

诉讼法学文库(2011)(9)



总主编 樊崇义

# 民事诉讼证据收集制度的构建

吴如巧 著

THE CONSTRUCTION OF  
EVIDENCE COLLECTION SYSTEM IN  
CIVIL LITIGATION

本书分析、阐述了证据收集权的性质、价值及主体，并对两大法系在证据收集方面的理论研究和制度规定作了深入探讨。在回顾我国证据收集制度的发展历程、考察我国证据收集制度现状的基础上，提出了完善我国相关制度的构想。



中国人民公安大学出版社

中国政法大学法律硕士系列教材

◎

法律硕士联考

# 民事诉讼请求权基础的构建

田 禾 著

本书以请求权为研究对象，从请求权基础的概念入手，对请求权基础的概念、特征、分类、效力、构成要件、法律效果、请求权竞合、请求权冲突、请求权消灭等进行了系统、深入的研究，力求构建一个完整的请求权基础理论体系。

本书可作为法律硕士联考、法律硕士专业学位研究生课程教材，也可供法学专业本科生、研究生及法律实务工作者参考。



中国政法大学出版社

●诉讼法学文库 2011 (9)

总主编 樊崇义

# 民事诉讼证据收集制度的构建

## The Construction of Evidence Collection System in Civil Litigation

吴如巧 著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

**图书在版编目 (CIP) 数据**

民事诉讼证据收集制度的构建/吴如巧著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2011. 8

(诉讼法学文库)

ISBN 978 - 7 - 5653 - 0542 - 9

I. ①民… II. ①吴… III. ①民事诉讼—证据—司法制度—研究—中国  
IV. ①D925. 113. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 166234 号

诉讼法学文库

**民事诉讼证据收集制度的构建**

吴如巧 著

---

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京泰锐印刷有限责任公司

---

版 次: 2011 年 8 月第 1 版

印 次: 2011 年 8 月第 1 次

印 张: 13. 5

开 本: 787 毫米 × 1092 毫米 1/16

字 数: 248 千字

---

书 号: ISBN 978 - 7 - 5653 - 0542 - 9

定 价: 38. 00 元

---

网 址: [www.cppsups.com.cn](http://www.cppsups.com.cn) [www.porclub.com.cn](http://www.porclub.com.cn)

电子邮箱: [zbs@cppsup.com](mailto:zbs@cppsup.com) [zbs@cppsu.edu.cn](mailto:zbs@cppsu.edu.cn)

---

营销中心电话: 010 - 83903254

读者服务部电话 (门市): 010 - 83903257

警官读者俱乐部电话 (网购、邮购): 010 - 83903253

法律图书分社电话: 010 - 83905745

---

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换  
版权所有 侵权必究

## “诉讼法学文库”总序

诉讼法制是现代法治的重要内容和标志之一，也是依法治国的重要保障。我国法制建设的历程已经证明，诉讼制度是否健全与完善，直接决定着实体法律的实际效力：没有相应的诉讼制度作为依托，实体权利只能是“镜中花、水中月”；没有完善的诉讼制度予以保障，实体法律将无法如其所愿地实现其追求的立法目的。更为重要的是，诉讼法制的完善程度如何，还直接反映和体现着一个国家、一个民族进步、文明、民主和法治的程度，是区分进步与落后、民主与专制、法治与人治、文明与野蛮的标志。在现代法治国家，诉讼制度作为法治的一个重要环节，受到了前所未有的重视。美国联邦最高法院法官威廉·道格拉斯曾谈道，“权利法案的大多数规定都是程序性条款，这一事实绝不是无意义的。正是程序决定了法治与恣意的人治之间的基本区别”。<sup>①</sup>

我国1999年宪法修正案正式确立了“依法治国，建设社会主义法治国家”的治国方略，为推进我国社会主义民主、法制建设，完善我国司法体制，提出了新的纲领和目标。而社会主义市场经济的初步发展则培育了公众的权利观念，并由此对司法公正提出了更高的要求。在此大背景下，通过增设新的诉讼制度以充实公民实体权利的实现途径，通过完善现行诉讼制度以保障实体法律的公正实施，从而推进依法治国，加快社会主义民主与法制建设的步伐，已经成为我国法治建设的关键所在。

诉讼制度的构建，与人们对诉讼原理的认识和把握有着密切的关系。诉讼原理是人类在长期的诉讼实践中，在大量经验教训的基础上总结出来的、对有关诉讼活动的规律性认识。诉讼原理在诉讼制度的构建及运作中发挥着高屋建瓴的作用。只有正确认识和准确把握诉讼原理，才能构建较为完善的诉讼制度，才能推动诉讼活动向良性运作的状态发展。我国在改革与完善诉讼法律制度时，对于人类经过长期理论与实践探索获得的原理性认识，不能不予以重视，也不能不认真加以借鉴、吸收。

我国诉讼的立法和实践曾十分严重地受到“左”倾思潮和法律虚无主义的影响，诉讼规律和诉讼原理长期被忽视、被冷落。由此造成的后果之一：司法

---

<sup>①</sup> 转引自季卫东：《法律程序的意义》，载《比较法研究》总第25期。

机关和诉讼制度的功能被狭隘化。例如，刑事司法机关和刑事诉讼法律仅仅被视为镇压敌人、惩罚犯罪并通过镇压敌人、惩罚犯罪来维护社会秩序的功能单一的工具，忽视了司法机关和诉讼法制所具有的制约国家权力使之不被滥用和保护包括犯罪嫌疑人、被告人在内的公民基本人权的作用，忽视了刑事诉讼所具有的独立品格和价值。对诉讼原理、诉讼规律认识的片面和浅陋，已经严重地制约了我国诉讼法制发展的步伐，而且直接对公正、文明地进行诉讼活动产生了非常消极的影响。要扭转这一局面，必须在宏观法律观念上作一个大的转变，同时大力借鉴、吸收法治发达国家丰富的研究成果和宝贵的实践经验，加强对诉讼原理、诉讼规律的研究。

对诉讼原理的正确认识是诉讼立法科学化的前提条件。正确把握诉讼原理，可以帮助我们全面地认识司法机关的功能，并对各种不同的诉讼模式及规则进行正确的取舍，从而在一定的诉讼原理的指导下构建更为科学和更适合“本土资源”的诉讼模式及规则。由此制定的法律，将具有更强的民主性、文明性和科学性。反之，如果不能正确把握诉讼原理，对于存在着内在价值冲突的各种可供选择的立法方案就可能难以作出正确的选择，立法活动就可能要多走许多弯路，甚至要付出沉重的代价。

对诉讼原理的正确认识对于司法活动同样具有重要的积极价值。对诉讼原理的正确把握可以在一定程度上弥补立法的不足。法律永远是抽象的。要将抽象的法律适用于具体的案件，就必须有科学的观念作为指导。对基本诉讼原理的正确认识，将有利于指导人们对司法活动中必然存在的种种法律适用问题作出科学的解释，从而使法律文本本身存在的不足得到补救。在现代社会，由于法律的稳定性与现实生活千变万化之间的落差只能通过赋予司法人员自由裁量权的途径予以调和，所以对基本诉讼原理的认识，还直接决定着司法人员在行使法律赋予的自由裁量权时，能否作出符合公正标准的决定或者裁判。

要贯彻“依法治国，建设社会主义法治国家”的治国方略，保障诉讼活动的公正进行，也必须认真研究诉讼原理，把握诉讼规律。当前，我国已有不少学者开始探索一些诉讼原理性的问题，如诉讼法律观、诉讼法哲学、诉讼目的、诉讼职能、诉讼价值、诉讼法律关系等，并已取得了一定的研究成果，这有力地推动了人们法律观念的变化，并对立法和司法活动发挥着积极的影响作用。但总的来看，我国诉讼法学界对诉讼原理问题的研究距离立法、司法实践的需求还有很大差距，还需要继续深入。尤其是现有的研究成果一般只是就诉讼的某一方面进行探讨，缺乏对一般性诉讼原理的全面和系统的探讨。因此，随着我国法治进程的推进，探讨一般性诉讼原理已经成为我国

诉讼法学界必须研究的课题。

为吸引更多的诉讼法学者致力于诉讼原理的研究，同时也为了能够促使诉讼原理研究及时对立法、司法、学理研究等多个领域产生积极的影响，并对司法实践工作有所帮助，中国政法大学诉讼法学研究中心特意组织力量进行此项题为“诉讼法学文库”的大型丛书的编辑出版工作。“诉讼法学文库”是中心的一项长期出版项目，面向国内外专家、学者开放，凡以诉讼原理、诉讼规律为内容且有新意、有深度、有分量的专著、译著，以及对公安、司法工作有指导意义，对立法工作有参考价值的其他诉讼法学著作均可入选。

“诉讼法学文库”自 2001 年面世以来，得到了诉讼法学界专家、学者、实务工作者的热情支持，现已出版发行专著 60 多部，这些成果深受广大读者的青睐，已有多部著作获省部级以上的奖励，在这里特向广大读者和作者致以诚挚的谢意！由于编辑工作的需要，该文库从 2006 年起，每年以入选先后另行排序。特此说明。

中国政法大学诉讼法学研究中心名誉主任

Handwritten signature in black ink, consisting of three characters: 樊崇义.

2007 年元月于北京

## 序

本书是吴如巧博士在其博士学位论文《民事诉讼证据收集与制度构建》的基础上修改而成的。

作者在本书中对民事诉讼中的证据收集制度进行了深入研究。在对两大法系国家和地区相关制度进行充分比较研究的基础上，明确提出我国应建立民事诉讼证据收集的协作制度。作者所提出的这一观点，对于解决我国当前司法实践中的取证难、取证乱等问题具有一定的指导意义。

在我看来，本书的创新见解主要表现在如下几个方面：

第一，作者提出应扩展民事诉讼证据收集主体的范围，将法院调查取证和当事人及代理律师所进行的证据收集作为一个系统的整体予以研究。作者试图确立三者与证据收集对象在证据收集方面的协作关系，以突破传统的辩论主义与对抗制模式在证据收集方面所造成的困境。在我看来，证据收集方面协作关系的确立，亦顺应了传统的辩论主义或当事人主义诉讼模式向协同主义诉讼模式转变的发展趋势。

第二，作者通过对两大法系国家在证据收集制度的理念、方法、范围等方面所存在差异的对比分析，尝试从诉讼理念、诉讼程序、诉讼结构及制度差异四个方面，对前述差异作出新的、更深入的阐释。相对先前的既有成果而言，作者的分析更为深刻，视角也更为新颖。

第三，作者认为在我国目前当事人取证能力尚十分孱弱的现实情形下，最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》对法院的调查取证权加以极大限制，并强化当事人举证责任的做法并不可取。法院的调查取证权在当前仍有存在的必要性及合理性。为提高当事人的取证能力，除了完善并建立相关制度，以提供制度保障之外，将实践中所出现的诸如“私人侦探”、“悬赏取证”等取证方式纳入合法渠道亦不失为可行之道，为此，作者提出应对“非法证据排除规则”予以软化。作为对当事人取证能力的有力补充，代理律师取证能力的提高亦应受到重视，其中重要的一个途径即为引入并改造实践中所出现的“调查令”制度。在法院证据收集制度的完善方面，除了对依

职权取证和依申请取证予以进一步规范化之外，作者还建议在我国建立取证法官制度和法官阐明制度。此外，为预防被取证者妨害证据收集行为，作者提出应对证明妨碍理论予以主体扩展，并构筑我国的妨害证据收集的罚则体系。通过对我国民事诉讼当事人、代理律师及法院取证方式的完善与规制，作者试图在本书中实现对我国协作式证据收集模式的构建。作者的这一努力值得肯定。

当然，由于作者水平所限，该书中还存在一些需要加以完善的地方，希望吴如巧博士在今后的研究生涯中，能对这一选题进行进一步的深入研究，以取得更多更新的成果。

是为序。

江 伟  
2011 年 3 月

# 目 录

|                              |        |
|------------------------------|--------|
| 导 论 .....                    | ( 1 )  |
| 一、选题的理论意义及实践意义 .....         | ( 1 )  |
| 二、国内外研究现状 .....              | ( 2 )  |
| 三、本书的分析方法与研究框架 .....         | ( 6 )  |
| 四、本书的创新之处 .....              | ( 7 )  |
| 第一章 证据收集制度概述 .....           | ( 9 )  |
| 第一节 证据收集的概念、性质与目的 .....      | ( 9 )  |
| 一、证据收集行为的概念厘清 .....          | ( 9 )  |
| 二、证据收集行为的性质定位 .....          | ( 11 ) |
| 三、证据收集行为的目的探求 .....          | ( 13 ) |
| 第二节 证据收集制度的价值分析 .....        | ( 15 ) |
| 一、案件真相发现之促进 .....            | ( 16 ) |
| 二、当事人平等地位之维护 .....           | ( 18 ) |
| 三、法院正当裁判之保障 .....            | ( 20 ) |
| 四、诉讼效率提高之推动 .....            | ( 22 ) |
| 第三节 证据收集的主体与对象 .....         | ( 24 ) |
| 一、证据收集主体的确定及理由 .....         | ( 24 ) |
| 二、当事人对证据收集过程的主导 .....        | ( 27 ) |
| 三、代理律师收集证据：对当事人取证能力的补充 ..... | ( 29 ) |
| 四、法院在证据收集过程中的地位与作用 .....     | ( 32 ) |
| 五、分工与协作：证据收集主体与对象之关系定位 ..... | ( 34 ) |
| 第二章 民事诉讼证据收集制度之比较研究 .....    | ( 43 ) |
| 第一节 两大法系证据收集制度概述 .....       | ( 43 ) |
| 一、英美法系国家的证据收集制度 .....        | ( 43 ) |

|                                                |         |
|------------------------------------------------|---------|
| 二、大陆法系国家的证据收集制度 .....                          | ( 50 )  |
| 第二节 两大法系证据收集制度之比较分析 .....                      | ( 67 )  |
| 一、证据收集的理念 .....                                | ( 68 )  |
| 二、证据收集的方法 .....                                | ( 69 )  |
| 三、证据收集的范围 .....                                | ( 70 )  |
| 四、保密特权规则——对证据收集的限制 .....                       | ( 71 )  |
| 五、证据收集程序之运作 .....                              | ( 71 )  |
| 六、对违反证据提供义务的制裁措施 .....                         | ( 73 )  |
| 第三节 两大法系证据收集制度差异成因之评析 .....                    | ( 74 )  |
| 一、诉讼理念：司法被动与司法主动 .....                         | ( 74 )  |
| 二、诉讼程序：集中审理与陆续开庭 .....                         | ( 76 )  |
| 三、诉讼结构：陪审团审判与法官审判 .....                        | ( 77 )  |
| 四、诉讼制度：法官制度与律师制度之差异 .....                      | ( 78 )  |
| 第三章 我国证据收集制度的历史与现状 .....                       | ( 81 )  |
| 第一节 我国当代民事诉讼证据收集制度的历史演变 .....                  | ( 81 )  |
| 一、从“马锡五审判方式”到现行民事诉讼法：法官职权<br>取证主导地位的一脉相承 ..... | ( 81 )  |
| 二、《民事证据规定》：法官职权取证的限制与当事人举证<br>责任的强化 .....      | ( 83 )  |
| 第二节 我国当事人证据收集制度之现状探析 .....                     | ( 84 )  |
| 一、民事诉讼中当事人收集证据所面临的困境 .....                     | ( 84 )  |
| 二、对成因的解析 .....                                 | ( 85 )  |
| 第三节 我国代理律师证据收集制度之现状探析 .....                    | ( 90 )  |
| 一、民事诉讼中代理律师收集证据所面临的困境 .....                    | ( 90 )  |
| 二、对成因的解析 .....                                 | ( 92 )  |
| 第四节 我国法院调查取证制度的现状分析 .....                      | ( 94 )  |
| 一、《民事证据规定》对法院调查收集证据的规范 .....                   | ( 94 )  |
| 二、《民事证据规定》对于法院调查取证规定所存缺陷之探析 ...                | ( 96 )  |
| 第四章 我国民事诉讼证据收集制度的完善 .....                      | ( 100 ) |
| 第一节 我国民事诉讼证据收集制度之模式选择 .....                    | ( 100 ) |
| 一、证据收集制度的构建与诉讼体制的协调 .....                      | ( 100 ) |
| 二、证据收集制度的构建与我国社会之现实情况的适应 .....                 | ( 103 ) |
| 三、协作式证据收集模式之选择 .....                           | ( 104 ) |

|                                 |       |
|---------------------------------|-------|
| 第二节 当事人证据收集制度之完善 .....          | (106) |
| 一、诉前证据保全主体、对象范围之扩张与功能扩展 .....   | (106) |
| 二、证人出庭作证制度的建立与证人权利保障体系的完善 ..... | (111) |
| 三、诉讼外自认之收集：观念转变与制度保障 .....      | (120) |
| 四、私人侦探取证：合法性的争论与规制 .....        | (124) |
| 五、实践中其他取证方式：合法性标准之放宽 .....      | (130) |
| 第三节 代理律师证据收集制度之完善 .....         | (134) |
| 一、细化法律规定，强化程序规范 .....           | (134) |
| 二、调查令制度的引入及其规范 .....            | (135) |
| 第四节 法院证据收集制度之完善 .....           | (144) |
| 一、法院依职权取证之规范 .....              | (144) |
| 二、法院依当事人申请收集证据制度的完善 .....       | (150) |
| 三、审前独立调查收集证据的取证法官制度的建立 .....    | (154) |
| 四、确立法官阐明制度 .....                | (159) |
| 第五节 取证妨害之预防：证明妨害理论及其扩展 .....    | (165) |
| 一、证明妨碍制度及其功能设定 .....            | (165) |
| 二、证明妨碍理论的主体扩展 .....             | (168) |
| 三、妨害证据收集之罚则体系的构筑 .....          | (169) |
| 结 语 .....                       | (176) |
| 参考文献 .....                      | (178) |
| 后 记 .....                       | (196) |

# 导 论

## 一、选题的理论意义及实践意义

证据收集行为作为证明程序的起点，其在诉讼程序中的重要地位不容低估。证据的收集决定了后续诉讼程序中当事人质证、法院认证的范围，因此，证据收集行为能否顺利实施，将直接影响诉讼证明程序的效果，并最终影响法院正确裁判的作出。从这个角度而言，我们强调证据收集制度的重要作用，并对该制度给予充分重视。

证据收集制度在促进案件真相的发现，维护当事人在诉讼中的平等地位，保障法院作出正当裁判以及推动诉讼效率的提高等方面具有重要价值。在促进案件真相的发现方面，证据收集制度通过为证据的收集者扫清获取证据的障碍，以便其获得更多关于案件的证据，从而“拼接”出更为全面和完整的案件事实的图像。在维护当事人诉讼地位平等方面，证据收集制度通过详细规定当事人收集证据的方式与途径，并且为当事人的证据收集提供制度保障，使当事人能便利而全面地获取有利于自己的证据，从而使得诉讼中当事人之间的“攻防”真正建立在充分的证据资料之上。由于给予双方当事人同等的制度保障，因此基于双方当事人所提供之证据而作出的最终裁判，对双方当事人来说是平等的。易言之，证据收集方式与手段的平等享有促进了当事人在诉讼中的平等地位。在保障法院作出正当裁判方面，证据收集制度通过对法官恣意性加以限制，以及对当事人知情权予以保障，防止“证据突袭”现象的出现，真正保障了法院裁判的正当性。而在推动诉讼效率的提高方面，证据收集制度的重要价值体现在有利于促进当事人诉讼和解及审理的集中化。除了前述价值之外，证据收集制度亦有利于促进对当事人程序参与权的保障，体现对当事人程序主体地位的尊重。

正是因为证据收集制度所具有的前述重要价值，世界各国无不对其给予了格外的重视，并分别以立法的形式规定了较为完善的收集证据的方法和途径。例如，《美国联邦民事诉讼规则》，其条文总数为 86 条，但关于证据收

集制度内容的条文就占了全部条文的 1/3 以上；在大陆法系的代表国家德国、日本，其民事诉讼法中关于证据收集制度的规定也所占甚多。除了立法之外，证据收集制度也一直是两大法系各主要国家理论研究的重点课题，学者们围绕这一论题提出了不少有价值的观点，并出版了较为丰富的著述。较之国外，我国由于受传统诉讼观念之影响，立法中对证据收集制度历来不够重视，这从我国民事诉讼法中仅有的几条规定可以看出其端倪。近年来，随着民事司法改革的推进及最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《民事证据规定》）的颁布，我国学术界与实务界对证据收集等民事诉讼证据制度愈加重视，其中一个重要的表现，就是学术界推出了越来越多的关于民事证据方面的论文和著作，而且研究的广度和深度也是前所未有的。就证据收集这一论题来说，虽然专著尚少，但相关论文的数量却是颇为可观的，在学者们所探讨的范围方面，从宏观的证据收集模式，到微观的证据收集制度的具体设计，从对国外做法的介绍，到对我国本土国情的分析，我国学界对证据收集制度的研究正呈现出前所未有的繁荣之势。

不仅在学术界，近年来实务界亦对证据收集制度给予了越来越多的关注，创造性地采用了法律所没有规定的一些新的制度和做法，并取得了良好的效果，如现在已为许多法院所采行的“调查令”制度，其出现就得益于法官、律师等不少实务界人士对我国尚不完善的证据收集制度加以改革和完善的努力。可以说，来自实务界的创造性实践永远是证据收集制度不断取得完善的不竭动力。在审判方式改革继续向前发展的今天，当事人的举证责任愈益强化，法院在证据收集过程中的主导地位将逐渐成为历史，而当事人将从法院手中接过主导证据收集的重任。在这一大背景下，增强当事人的证据收集能力，并完善相关的证据收集制度，已经成为决定我国民事司法改革能否继续深入发展的关键性因素。从这个角度来说，对证据收集制度予以深入研究，其重要意义显然毋庸多言。

## 二、国内外研究现状

### （一）国外的研究现状

正如前文所指出的，国外在证据收集这一专题的研究上走在了我国的前面。特别是美国、英国、德国、日本、法国等两大法系的代表性国家，近些年在该领域的研究上取得了不小的进展。就英美法系国家而言，其历来遵守司法消极性原则，诉讼程序具有浓厚的对抗制色彩。在英美法系国家的民事诉讼中，当事人在程序中居主导地位，法院则处于消极地位，在民事诉讼证

据的收集方面,就表现为由当事人自行向对方当事人或者第三人收集证据,而法院对于当事人的证据收集活动则一般采取中立和不干涉的态度,只在必要时方予以适当介入。这种由当事人主导的传统的证据收集模式产生了“低效率、高成本”等一系列弊端。在现实的压力及学者们的倡导下,英美法系国家对其传统的证据发现程序进行了持续的改造,主要的措施即在于增加证据开示程序的强制性要求,也就是增加强制开示的内容,同时增强法官对于当事人证据收集程序的监督和管理力度。在当前的证据发现程序中,当事人可采用多种手段实施证据收集行为,如笔录证言、质问书、要求提供文书和物证、身体和精神上的检查、自认等。在这些取证方式中,除了在采取身体和精神上的检查这一手段时需经过法院的许可外,其他方式都无须法院的介入,而可以由当事人直接针对对方当事人和案外第三人实施。在对象范围方面,英美法系国家的证据发现程序所针对的开示对象范围亦颇为广泛,在美国,无论是当事人还是诉讼外的第三人,都负有提供证据的义务;一切可合理认为能导致可采性证据的发现的材料和事实,都可以被要求披露。另外,为防止当事人试图借证据收集程序而无限度地获取对方当事人或案外第三人的证据和信息,英美法系国家确立了完善的保密特权规则,以维持双方当事人之间攻防力量的均衡。同时,英美法系国家还对违反证据提供义务之人制定了一系列制裁措施。证据发现程序以国家强制力为后盾,以保障一方当事人从持有证据的对方当事人以及诉讼外第三人处获取相关证据,这使其在英美法系国家的民事诉讼中占据了重要地位。

在德国、日本、法国等大陆法系国家,于证据收集程序上其职权色彩颇为浓厚。与英美法系国家的“当事人进行主义”理念形成鲜明对比的是,大陆法系国家在证据收集程序中奉行的是“职权进行主义”的理念。在这些国家的民事诉讼中,当事人并不能直接向对方当事人收集证据,若需要向对方当事人或案外第三人收集证据,当事人应当向法院申请,并通过法院向对方当事人或第三人收集证据。法院有时还可依职权主动收集相关证据。因此,与英美法系国家相比,法院(抑或法官)在证据收集程序中扮演着更为重要的角色。在证据收集的方法上,大陆法系国家与英美法系国家相比要少得多,其强制性的证据收集方法仅限于诸如文书提出命令制度等,虽然规定有其他取证方式加以补充,但由于没有强制性,因此在效果的发挥上并不能寄予过多期待。在对象范围方面,大陆法系国家非常重视书证在诉讼中的作用,因此,大陆法系各国关于取证制度的规定基本上都是围绕书证来制定的。然而,受传统诉讼观念的影响,大陆法系国家当事人和诉讼外第三人并没有提供书

证的一般义务，并且各国一般都为文书提出命令规定了苛刻的条件。此外，大陆法系国家还为要求取证的当事人规定了很高的相关性标准。这些都使得大陆法系国家当事人取证的范围受到了很大限制。近年来，为实现当事人在证据领域中的平等，德国、日本等大陆法系国家对证据收集制度进行了改革，重点是拓展证据提供义务的范围，为当事人取得相关信息与证据提供法律上的保障。同时，为弥补取证方式匮乏所造成的不足，大陆法系各国形成了关于证据收集的各种理论，如形成于德国的证明妨碍理论、当事人事实案解明协力义务理论等，在扩充本国当事人诉讼中取证能力的同时，也逐渐被日本、我国台湾地区等大陆法系国家和地区所接受，成为弥补这些国家和地区当事人取证能力之不足的重要理论。

虽然英美法系国家与大陆法系国家在证据收集制度上存在诸多不同，但近年来，两大法系国家在证据收集方面表现出了越来越明显的相互借鉴和融合的趋势。在英美法系国家，为提高诉讼效率、降低诉讼成本并促进诉讼和解，其民事诉讼中兴起了一场“案件管理”运动。“案件管理”运动强调法官对证据开示程序的管理和控制，改变了法官先前在开示程序中消极、被动的形象，而变得更加积极和主动。而大陆法系国家也愈加重视对当事人取证权利的保障，除了完善已有制度之外，大陆国家还借鉴英美法系国家的做法，设立了关于当事人收集证据的新制度，如日本新设的“当事人照会制度”等。大陆法系国家采取这些措施的目的，是弥补先前制度之不足，充分保障当事人取证权利的实现。两大法系国家在证据收集方面所表现出的相互借鉴和融合的趋势，势必会对该制度今后的改革与发展产生深刻影响。

## （二）国内的研究现状

就民事诉讼证据收集而言，我国长期以来都由法官承担调查收集证据的主要任务，法官在证据资料的收集上不仅拥有主导权，而且在很多情况下法官的证据调查甚至成了民事诉讼中证据的唯一来源。近年来，民事审判方式改革的逐步深入，使得我国长久以来的证据收集模式越来越多地招致人们的批评。在不少学者看来，由法官（院）主导民事诉讼证据收集程序存在诸多弊端，其不仅易使裁判者产生先入为主的预断，而难以了解案件的事实真相，还容易误导庭审调查的方向，使其内容陷于偏差。不仅如此，由法院包揽证据调查不利于诉讼效益的提高，亦与程序公正的要求不符，易导致司法实践中滥用职权、枉法裁判现象的发生。正是认识到由法院主导证据收集过程所存在的诸多弊端，人们普遍认为应当对法院依职权调查收集证据的权力予以限制，而将证据的调查收集逐渐交由当事人及其代理人完成，以期在证据调

查领域实现彻底的当事人主义。实际上，我国民事诉讼立法在证据收集方面亦基本遵循的是一条限制法院职权范围、不断增强当事人举证责任的道路。从《民事诉讼法（试行）》及其之前的法律文件赋予法院几乎不受限制的取证权力，到《民事诉讼法》对以当事人举证为主、以人民法院调查收集证据为补充的证据收集机制的确立，再到《民事证据规定》对法院依职权调查取证范围的进一步限制，我国近几十年关于民事诉讼取证方面的立法显示出了对法院不断“限权”，而对当事人不断“扩权”的鲜明的演变轨迹。特别是《民事证据规定》的出台，使法院依职权调查取证的权力受到了极大的限制。但在当事人取证权利未能相应得以充实的情形下，《民事证据规定》的此种做法导致了一系列弊端。这一现实引发了人们对法院依职权调查取证的权力限制在何范围内方为适当的思索，近来不少学者围绕这一问题纷纷撰文予以探讨。

对于当事人的证据收集权来说，其一直以来都未能得到有效的保障。近些年的民事司法改革为当事人施加了越来越沉重的举证负担，却没有对当事人的取证权利予以相应的保障，如《民事证据规定》强化了当事人的举证责任，但在当事人依何途径、采取什么方法进行取证等方面却语焉不详，这使得法律所强调的当事人的举证责任并没有有效的制度和程序加以保障，因此，当事人所享有的收集证据的权利在很大程度上沦落成为一种“权利的招牌”。这种有名无实的“招牌”性权利实际上转变成为当事人举证方面的沉重负担。特别是在近年来不断出现的公害诉讼、环境诉讼、产品责任诉讼等现代型诉讼中，由于“结构性证据偏在”现象的存在，受害一方当事人若要获取对方证据更加困难。规则的缺位、证据资料的他人垄断、证人作证制度的不完善……这些因素共同造成了当前当事人在取证方面所面临的种种困境。不仅当事人，代理律师在民事诉讼证据收集过程中同样面临着重重障碍。然而，与对法院调查取证权给予充分关注形成对比的是，人们在强化对当事人及代理律师证据收集权利的保障方面并未予以应有的重视。虽然近来有部分学者就增强当事人、律师的证据收集能力发表了若干论文，并提出了不少有价值的建议，但总体来说，由于既有的研究成果在数量上偏少，故未能对这一论题展开较深入的研究，所得出的结论亦不够深入和全面。因此，对该论题进行深入而全面的研究颇有必要。这一现状也恰恰赋予了本书对此展开深入研析的重要意义。