

民事审判方式改革研究--论调查令制度 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/480/2021_2022__E6_B0_91_E4_BA_8B_E5_AE_A1_E5_c122_480106.htm

自党的十五大以来，“依法治国”已经成为我国经济发展和政治体制建设的一项基本方针，随着“依法治国”方针的确立，司法改革已成为我国政治体制改革的重要组成部分。近几年，我国进行了大规模的司法改革，在全面落实公开审判制度，实现司法公正等方面做了大量的工作，并取得了一系列的成果。尤其在民事审判方式改革中，我国法院通过进一步强化庭审职能，强调当事人举证责任，初步构建出一个公正、公开，高效的审判机制。但是，在我国民事审判方式正从职权主义向当事人主义转变的过程中，我们又遇到了不少问题，当事人因客观原因无法举证并因此承担不利法律后果的情况大量发生，形成了一种新的不公平，严重影响法院作出公正判决的能力。这与我们一直所追求“以事实为依据，以法律为准绳”的愿望是相悖的。就上述问题本文旨在研究在中国设立并完善调查令制度，以扫清改革中的障碍，进一步深化我国的民事审判方式改革，使我国审判机制继续朝公正、公开、高效的方向迈进。

一、我国民事诉讼模式的历史与发展。

众所周知，中共中央于1949年2月废除了国民党的《六法全书》，在立法和司法上受前苏联的影响，规定法院全面收集调查证据。一直实行职权主义的诉讼模式，强调统治阶级的意志和国家干预，奉行由法官主动依职权调查取证，法官办案基本上是每案必查，调查取证率占总案件数的95%以上，且法官取证材料占整个案件证据材料的80%以上[注1]。1991年4月9日，

第七届全国人民代表大会第四次会议正式通过的《中华人民共和国民事诉讼法》第64条第一款明确规定“当事人对自己提出的主张有责任提供证据。”自此，当事人负有举证责任在法律上有了明确的依据。但该法第64条第二款同时又规定：“当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，或者人民法院认为审理需要的证据，人民法院应当调查收集。”由于当时中国国情的限制和几千年封建社会历史的影响，当事人依赖法官调查收集证据并举证的思想仍然根深蒂固，大部分当事人仍未能树立“谁主张，谁举证”的观念。尤其是在一些偏远落后的地区，当事人完全不懂如何主动举证以支持自己的主张，因此在当时的司法实践中仍大量采取以法官依职权调查取证的方式，来补充当事人举证上的不足。近几年由于社会高速发展，案件数量不断增多，法官负担日渐烦重，客观上要求将法官从大量的调查工作中抽离出来，以应负更多的审判工作。随着人民的生活水平不断提高，人民的文化素质与思想观念已不断改善，因此在近期推行的审判方式改革中，强调当事人负有举证责任，如当事人无法举证就必须承担对其不利的法律后果。除了在某些特殊情况下，法官一般极少介入调查，这就从根本上解决了“当事人动动嘴，法官跑断腿”的现象。从目前情况看，法官调查取证并在庭上提供证据材料只占总案件数的一小部分，所举的证据也仅限于的关键个别证据。事实证明，现阶段我国民事审判方式改革取得了初步成功。

二、当事人举证难问题及原因。

随着法院审判方式的改革的深化，我国民事审判方式从职权主义向当事人主义过渡，举证责任得到有效分配与落实，法官举证也由过去的包揽举证向限制举证方向转变，这无

疑更有利于司法公正。但是任何事物发展都有其矛盾的一面，举证责任落实了，当事人举证难的问题却又凸现出来。当事人及其委托代理律师在调查和搜集证据时常常受到很大的阻力。不单在向有关单位、知情人、证人进行调查取证时得不到合作，甚至更严重的是在向如公安、工商、土地、房管、交通等行政执法部门调查取证时也常常被以管理或保密需要等理由拒绝，严重影响了当事人的举证能力，致使当事人一方陷入了“有理说不清”的境地，并不得不面临败诉的风险。笔者就曾经遇到这样一个案件。某广告公司甲与某房地产开发公司乙，签订了广告代理合同，由甲公司为乙公司进行广告宣传，包括电视广告、电台广告和宣传资料、售楼书等制作。在一年多的合作中，双方实际履行，未有纠纷。后来，因乙公司拖欠其中售楼书制作款项，甲起诉乙要求清还欠款。乙方却辩称没有收到售楼书。由于甲公司员工遗失了乙公司的签收单据，便向法官申请由法庭调查（一、乙公司在售楼过程中已经使用甲公司所制作的售楼书，且乙公司售楼部至今仍在使用该售楼书；二、承印该售楼书的印刷厂存有此批售楼书的送货记录。）法庭认为当事人负有提供证据的义务，应自行调查。于是甲方委托其代理律师进行调查。由于该楼盘的新业主们生怕开罪开发商，影响办理房产证，不愿在律师笔录上签字。承印该售楼书的印刷厂也生怕影响将来的业务发展，不肯提供相关的证据材料。最后，甲方因证据不足，起诉被驳回。当事人取证难的原因多种多样。综合来说主要有几方面：（一）受中国传统思想的影响，所谓“生不入官门，死不进地狱”、“多一事不如少一事”许多单位和个人怕麻烦、怕得罪人，生怕自己提供的线索、事实、

证据将来给自己带来不便，担心会“惹火烧身”，会被对方当事人用做攻击自己的武器，也怕一些别有用心的人用作非法目的，于是采取不作为的方式，不愿意向当事人提供证据。(二)一些单位和个人法律水平和认识能力低，不知道该不该配合调查，对可以配合调查的程度，可以提供的资料是哪些弄不清楚，干脆拒绝调查。(三)我国在法律制度上存在问题。我国在《民事诉讼法》第61条和《律师法》第31条中都作出了相关的规定，赋予诉讼代理的律师和其他诉讼代理人有调查收集证据的权利，但同时又设定了原则性的限制。我国《律师法》第三十一条规定：“律师承办法律事务，经有关单位或者个人同意，可以向他们调查情况”。这一过于原则性的规定不但没有赋予诉讼代理律师完全有效的调查取证权，而且在立法上明确了有关单位或个人没有提供证据的义务，更没有规定证人拒绝作证应面对什么样的法律后果。在现实情况下，往往出现一些对案件事实认定起关键作用的证据材料，诉讼代理律师也无法取得，即使由法院进行调查取证，有时也颇不顺利。

三、关于解决当事人举证难问题的学术观点。

从目前的情况看，当事人举证难的问题已经严重影响了当事人举证的积极性，如果不从根本上解决这一问题，强调当事人举证责任就难以深入，法院调取查证的任务也难以减少，法院的审判也就难以实现高效和公正。面对这一问题，我国学术界也出现了几种观点：第一种观点认为基于我国国情的特点，不能过分强调当事人的举证责任，法官调查取证仍应当是重要的审判方式，但法官进行调查取证的，必须依当事人的申请为前提。第二种观点认为我国法院应将法官分为调查法官、程序法官、判案法官[注2]，建议可由审理

法官以外的法院其他工作人员前往调查收集证据。第三种观点：认为应当扩大举证责任倒置的适用范围。第四种观点认为我国应当引入自由心证规则，运用事实推定[注3]。最后一种观点认为应当设立调查令制度，以解决当事人取证难问题。笔者认为，第一种观点并没有摆脱职权主义诉讼模式的影子，这样做只能使我们又回到由法官大包大揽的回头路上，这与当前我国审判方式改革的方向是背道而驰的，并不值得我们提倡。第二种观点，由审理法官以外的法院其他工作人员前往调查虽然可以解决当事人取证难的司法救济问题，也可在某一程度上杜绝审理法官介入调查取证，但从总体来看，这仍属于由法院调查取证的范畴，并未能从根本上提高法院的工作效率。而且在实践中也难以处理这些由其他法院工作人员调查所得证据材料的效力问题，因此这种方法也存在不少的局限性。至于另一种观点，引入自由心证规则，运用事实推定。因自由心证的前提在于法官必须具有很高的专业素质，在我国的体制下或至少在我国现阶段国情下，是难以操作的，且自由心证规则本身就存在着不少问题，如果在我国推广，将必造成更多的弊端和腐败。笔者支持最后的一种观点，认为强化当事人的举证责任是当前民事审判方式改革的重要内容之一。当事人负有举证的责任也是国际上通行的准则。“谁主张，谁举证”的制度早在罗马法中已经形成。我国也继承和发展了这一古老的法律制度，早在《六法全书》中就有“当事人主张有利于己之事实者，就其事实有证明之责任”的规定。现行《民事诉讼法》第64条第一款也作出了相关的规定：“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据”即“谁主张，谁举证”。因此我们应当尽量限制由法官

或法院直接进行调查收集证据，强调当事人就自己提出的主张负有举证责任，并借鉴英美法律中的令状制度，在我们设立并完善调查令制度，以解决当事人举证难的司法救济的问题。

四、学者对设立调查令制度的忧虑。调查令是指当事人在民事诉讼中因客观原因无法取得自己需要的证据，经申请并获人民法院批准，由法院签发给当事人的诉讼代理律师向有关单位和个人收集所需证据的法律文件。据调查所得，许多人认为调查令制度的实施将必导致律师权利的扩大，容易产生许多流弊，而且调查令制度的实施没有法律上的依据，因此不予以支持。首先，对于某些学者担心律师权力过大的问题。笔者认为往往只有那些没有监督的权力才容易导致流弊。我们可以从实际操作中看，律师调查取证的权力是人民法院授予的，调查令文书是经人民法院审查后签发的。律师持令调查所取得证据也是必须通过开庭质证最后才成为定案依据的。由此可见，调查令从申请、签发、使用到认定的全过程都在人民法院的监督和管理下进行。只要我们建立完善的调查令制度管理机制，问题是可以避免的。其次，在调查令的法律依据方面。从立法上看，我国《民事诉讼法》第六十四条第一款：“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。”；第六十五条第一款：“人民法院有权向有关单位和个人调查取证，有关单位和个人不得拒绝。”和我国《律师法》第三十条：“律师承办法律事务，经有关单位和个人同意，可以向他们调查情况。”我们可以明确的是：当事人就自己的主张有举证的责任，当事人的诉讼代理律师有调查与案件相关情况的权利，而人民法院拥有向有关单位和个人调查取证的强制性权力。调查令制度在性质上是人民法院在某些

个别案件和特殊情况下，委托授权当事人的诉讼代理律师对案件的事实和情况代为进行专业的调查取证工作。因此，不但我国法律没有明文禁止使用调查令委托律师代为调查，而且调查令制度的设立也有其法理上的依据。

五、设立调查令制度在我国民事审判方式改革中的重要意义。

笔者认为，在我国设立调查令制度不但有助于解决当事人举证难的问题，而且还在深化我国民事审判方式改革中有着积极的作用和意义：

（一）设立调查令制度有利于强化当事人的举证责任。强化当事人的举证责任是当前民事审判方式改革的重要内容之一。现行《民事诉讼法》第64条第一款作出了规定：“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据”即“谁主张，谁举证”。可以这么说，举证责任不仅仅是当事人应负的诉讼义务，也是当事人应当享有的诉讼权利。既然法律规定当事人有权向人民法院提出诉讼请求，就要赋予其证明自己诉讼请求的手段，这是提出主张的当事人必须具有的诉讼权利，人民法院也必须以具体的方法保障当事人的这项权利。确立调查令制度为当事人在客观原因无法履行举证义务时提供了一条司法救济的途径，从程序上保障了当事人的诉讼权利，增强了当事人举证意识，有助于改变以往法官包揽查证的不良做法，从而有利于强化当事人的举证责任。

（二）设立调查令制度有利于约束被调查人的行为。由于调查令由人民法院签发，指令当事人的诉讼代理律师代为调查取证，效力上具有一定的强制性。在一般情况下，被调查人在核对持令人姓名、单位无误后，需在有效期内向持令人提供调查令指定的证据。除有关证据涉及国家机密、个人隐私或其他不宜公开的证据外，有关单位和个人不得拒绝。如不能在有效期内

提供或无证据提供的，还应当在调查令上或另作书面形式说明原因，由经办部门负责人签名，并加盖公章后交还法院归入案卷。这一做法不但符合我国行政机关职能部门依法行政的原则，而且有利于约束被调查人的行为，防止被调查人由于各种原因，采取不作为的方式妨碍司法公正。（三）设立调查令制度有利于法官审判的中立。在我国现行立法和司法上都始终坚持一项基本原则----“以事实为根据，以法律为准绳”，强调必须查清客观事实真相，但其最大的弊端是在当事人一方因客观原因无法自行收集证据时，促使法官不得不依职权调查取证，其结果往往造成法官实际负担了当事人的部分或全部的举证责任，亲自介入了当事人的诉讼过程。这种做法本身会使法官在社会公众面前失去其独立及中立裁判者地位的形象，而且法官必然重视自己亲自调查所取得的证据，也自然会影响法官内心的中立。采取由法官发出调查令的方式由律师前去调查收集证据可减少或消除这种负面的影响，有利于确保法官在客观上和主观上的中立。（四）设立调查令制度有利于构建廉洁的审判机制。《人民法院审判纪律处分办法（试行）》第二十五条规定：“私自会见所承办案件的当事人及其代理人，造成不良影响的，给予警告至记大过处分。”这一规定目的在于禁止审理法官与案件当事人私下接触，防止腐败现象。该规定与《民事诉讼法》第64条第二款的规定存在着一定的冲突。一方面，在当事人因客观原因无法举证时，为了查清事实真相，要求法官介入调查。另一方面又禁止法官私自与当事人接触。事实上，法官在进行调查时常常会在庭前单方面接触当事人。为了解决这一矛盾现象，建议采取调查令的方式由律师进行调查，在程序

上减少法官与当事人一方私下接触的机率，在一定程序上可防止腐败的现象，更有利于构建廉洁的审判制度。（五）设立调查令制度有利于强化庭审职能。庭审是法官了解案件事实，判断是非真伪的一项重手段。因此强化庭审职能成为当前民事审判方式改革的一项重要内容。由法官参与调查、收集证据，容易使法官过早的介入冲突解决之中，从而有可能造成审判人员在开庭审理前根据自己调查收集的证据材料形成先见，难以摆脱开庭审理只不过是这些先入为主的观点的推演和展示。从某个角度上看这种“先定后审”的现象等于剥夺了当事人的诉讼权利，影响了判决的公正性。实行调查令制度，有效避免了法官及其他审判人员过早地形成内心确信，防止庭审虚化现象的发生，强化了庭职能。（六）设立调查令制度有利于充分发挥律师的作用。律师依法独立执业，提供法律服务，保护委托人的合法权益。律师调查在律师工作中有着重要的作用与地位。我国《律师法》第三十一条就明确地赋予了律师调查权。由于法律没有明文规定被调查人负有提供协助的义务，律师在调查中常常遭到无理的拒绝，限制了律师调查工作的顺利开展。笔者就常常在法律咨询上听到律师这么说：“我知道你说的是事实，但你没有证据我们也帮不上忙”。因此，设立调查令制度，暂时赋予律师执法者的身份，为律师调查创造良好的法制环境，有利于调动律师调查的积极性，充分发挥律师维护合法权益的作用。

（七）设立调查令制度有利于解决执行难问题。执行问题是我国司法的“老大难”问题。在民事诉讼和经济诉讼中，胜诉的当事人常常手执一纸空文，得不到真正意义上的司法保护。这严重打击了人民法院的权威。综合分析执行难问题，

其原因是多方面的，包括执行机构的设置问题、执行程序保障问题和地方保护主义问题等等。其中一个问题就是我国的执行力量相对薄弱。人民法院执行机构设置初期，执行任务并不繁重，故执行机构人员配备较少。我国确立市场经济体制后，人民法院审判各类案件大量增加，随之而来的执行案件数量迅速上升。由于执行工作具有特殊性，执行人员既要熟悉法律专业知识，又要具备强健的身体素质，人少案多现象非常突出，影响了执行工作的顺利开展。在执行阶段引入调查令制度，把一部分调查工作转交给当事人的代理律师，可有效减轻执行人员的工作压力，提高执行机构的工作效率，在一定程度上有利于解决执行难的问题。（八）设立调查令制度有利于提高法院的工作效率，降低司法成本。据统计所得，我国法官人数有18万人，法院总人数达30多万[注4]。虽然我国的法官和法院工作人员人数已位居世界前列，但随着我国社会经济的高速发展，案件数目的大量增加，人民法院的工作仍面临着巨大的压力，迫切要求我们必须构建一个高效的司法体系。设立并完善中国的调查令制度，以律师调查的方式解决当事人取证难的司法救济问题，可进一步强化当事人的举证责任，使法官从大量的庭外工作中解脱出来，将主要精力集中于研究庭审的具体环节和聆听双方的举证与辩论，既有利于提高法官办案的质量，也可降低法院的司法成本，从根本上提高法院工作效率。

六、调查令试行与效果

1998年12月，上海市长宁区人民法院率先在上海基层法院实施调查令制度，实践证明，调查令制度是符合我国审判方式改革要求的一项极为可取和值得推广的制度。2000年4月14日上海市高级人民法院颁布了《上海法院调查令实施规则（

试行)》。《上海法院调查令实施规则》对调查令的内容作出了具体的规定，包括：（一）持令人的姓名、性别、律师证编号、律师事务所的全称；（二）被调查人姓名或法人单位全称；（三）向被调查人收集、调查证据的范围；（四）持令人需要证明的待定事实；（五）调查令的有效期；（六）被调查人不能提供持令人所需证据的原因；（七）调查令签发人签名、签发日期及院印。《上海法院调查令实施规则》对调查令的签发也作出一些限制性规定。需要调查收集的证据属下列情形的，不予签发调查令：（一）涉及国家机密；（二）涉及个人隐私；（三）不宜由诉讼代理律师凭调查令自行调查收集的证据；（四）其他原因不公开的证据。涉及上述范围的证据，当事人应当向受理法院提交证据线索，经审查由法官依法调查收集。据不完全统计，上海市长宁区人民法院从1998年12月1日起正式实施调查令制度，截至2000年4月30日共发出调查令59份。其中，银行15份，税务10份，证券期货8份，房产5份，公安、工商、档案、电话、司法局7份，其他单位14份。调查令发出后，持令律师前往有关单位调查，接待的有28家，拒绝接待或不予配合的有29家，还有两家律师没去调查[注5]。从这些数据可以看出，50%的调查令得到了许多单位的积极配合，在调查令制度试行阶段得到如此效果已算不错，且只有两家律师没有前去调查，可见律师持令调查的积极性颇高。之后，各地也有某些地方法院仿效设立了调查令制度。如河北衡水市桃城区法院试行调查令制度一年来，带来的明显变化就是当事人托人找关系说情的少了，咨询如何取证和申请调查令的多了。当事人举证更充分，更有针对性，大大提高了案件庭审的效果。一位到法庭

申请调查令的损害赔偿案件当事人孙某说：“过去总认为打官司就是‘打关系’，现在才明白没有证据不行，打官司就是‘打证据’。”孙某因怀疑对方当事人医药费单据有假，手持法庭签发的“调查令”到衡水市某医院调查取证，很顺利地调取复印了对方当事人住院治疗的病历和治疗、检查、用药情况等证据。调查结果证实了他的怀疑。对方当事人住院期间不但做了与案件伤害毫不相干的肾结石检查，而且还开出了大量的感冒药、排石饮液等药品。案件开庭审理时，孙某当庭提供了调查得来的证据，经过质证、认证，在大量证据面前，对方当事人不得不承认虚开、多报医疗费用的事实。此案经当庭调解，双方当事人达成了调解协议[注6]。从调查令制度的试行效果来看，在中国实行调查令制度的方向是完全正确的。

七、完善调查令制度的几点建议。

目前调查令制度仍属试行阶段，在我国尚未普遍施行，现就完善我国的调查令制度提出几点建议。

（一）从上海试行调查令制度的效果来看，仍有50%的被调查人不配合或拒绝持令律师的调查工作[注7]，一些机关、行业仍明文禁止、限制律师调查，仅接受公、检、法进行调查。这是因为立法上仍未明文规定调查令制度。建议在新的《中华人民共和国民事诉讼法》的立法中规定调查令制度及其实施规则，并明确规定如果被调查人无正当理由拒绝或妨碍作证，应当按妨碍民事诉讼的行为处理。以法律形式赋予调查令具有强制性，避免调查令在性质上仅等同于一张介绍信的厄运。

（二）由于英美等国的调查令制度的根基是“法官自由心证规则”，前提是高质量的法官有能力享有是否签署调查令的最大自由裁量权。考虑到目前我国基层人民法院的法官业务水平参差不齐，建议

应赋予申请调查令的律师一次复议的机会。即律师如果对主审法官不予签发调查令的决定不服，可以向该法官所在法院的审判委员会申请复议。审判委员会的复议结果为是否签发调查令的最终决定。（三）由于某些单位和机关受制于其内部规定和规章制度，它们一般不公开由其掌管资料，当事人无法获取。所以目前调查令接受的对象主要限于那些依职权掌管和保管某些档案材料、社会公共信息资料和其它有关材料的行政管理机关和企事业单位。但有的调查令指向的接受对象却是证人，这种做法不符合证人应当出庭作证的证据规则。建议证人不能成为调查令的义务主体，证人证言不能使用调查令去收集，使用调查令收集的权限于民事诉讼法规定的书证，而且是有保存义务的单位持有的书证。（四）由于调查令在效力上具有强制性，持令调查取证属于权力性质范畴，且持令调查应当严格遵守法律规范、法律原则以及有关调查令实施的细则，操作上具有相当的专业性。如果允许当事人也可以持调查令调取证据，必然会引发许多新的问题。建议严格限定只允许向持有有效执业证书的律师签发调查令，并由该律师亲自持令进行调查取证。综合来说，在当前的民事审判方式改革中，进一步弱化法院依职权调查取证的权力，强化当事人的举证责任，已基本成为大部分学者和法官的共识。在我国大力推广调查令制度，使调查令制度成为当事人举证责任的主要司法救济途径，是可行且具有生命力的。它不但有助于解决民事审判方式改革中凸现的当事人举证难问题，而且在提高法院工作效率，充分发挥律师的作用和确保法院公正、权威等多方面具有显著的作用。更重要的是它与当前我国民事诉讼方式改革的大方向是完全一致的。

期望在不久的将来，调查令制度将在我国司法改革历史上写下光辉的一页！附注：[1][3]《论当事人举证难的司法救济》载于《浙江法制报》2000年7月8日 [2][4]《论审判管理改革的模式》载于《法制日报》2001年2月25日 [5][7]《关于实施调查令制度的几点思考》载于《人民法院报》2001年3月29日 [6]《“青年法庭”的改革之路?记河北衡水市桃城区法院河西法庭》载于《人民法院报》2001年3月29日 参考书目：1.《“以事实为根据”原则之再思想》房保国，中国法制出版社 2.《民事诉讼法学教程》北京大学出版社 3.《民事诉讼制度改革研究》中国法制出版社 4.《私自录音的证据效力研究》潘福仁、陈福民， 5.《关于实施调查令制度的几点思考》王建平，载于《人民法院报》2001-03-29 6.《律师需要“调查令”》杨亮庆，载于《中国青年报》2001-4-30 7.《律师调查应受法律保护和社会尊重》，徐文红 8.《审前准备独立的程序价值》曾浩荣、尹鲁先、李戈、秦拓，载于《人民法院报》2001-03-19 9.《“青年法庭”的改革之路??记河北衡水市桃城区法院河西法庭》2001-03-29 10.《心系法情声声切??最高法院民事证据司法解释论证会侧记》郭士辉，载于《人民法院报》2001-09-09 11.《论律师诉讼权利之扩张》李峰 12.《论民事诉讼中庭审前交换证据制度》唐伟利 13.《刑事诉讼中律师调查四证权之我见》潘传平、伍始真 14.《论审判管理改革》董白皋，载《法制日报》2001-2-25 15.《论对当事人举证难的司法救济》载《浙江法制报》2000/7/8 16.《民事证据立法的几个基本问题》毕玉谦，载于《人民法院报》2001-03-29 17.《上海法院调查令实施规则（试行）》，上海市高级人民法院2000年04月14日 18.《上海市第一中级人民法院庭前程序须

知》（作者：陈智成，广东创杰律师事务所）100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问
www.100test.com