

王利明:关于限制由法官依职权调查取证的必要性 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/486/2021_2022__E7_8E_8B_E5_88_A9_E6_98_8E__c122_486077.htm “以事实为根据、以法律为准绳”，是我国司法工作根本的原则。由于法院的裁判实际上是事实 and 法律的判断，因此“以事实为根据，以法律为准绳”的原则最准确地概括了司法的方针和目的。但在诉讼活动中如何正确的理解“以事实为根据”的含义，值得探讨。过去我们一直认为，所谓“以事实为根据”是指：由法官在亲自调查取证的基础上所认定的确凿无误的事实，才是裁判所依据的事实。诉讼的目的就是要发现客观真实，任何时候只要裁判结果与事实不符，则必须按有错必纠的原则消除裁判中产生的错误。首先，我们要认识到，诉讼中的事实都要靠证据来证明的。在绝大多数案件中，由证据所认定的事实基本上都说明了事实的真相。人类文明史表明，迄今为止，人们尚未找到比通过证据证明事实更有效的发现真实的方法，惟有证据才是发现真实的方法，诉讼中的事实都要靠证据来证明，依据充足的证据而确定的裁判才有可能公正的裁判。所以正是从这个意义上，边沁(Jereme Bentham)才指出：“证据为正义之基础”(Evidence is the basis of justice)[1]。然而，正是因为诉讼中的事实都要靠证据来证明，因此诉讼中认定的事实并不一定是客观上存在的事实。一方面，诉讼中认定的事实不可能完全是真实的，因为诉讼中争议的事实都是过去发生的，而法官并没有参与事件的过程和亲眼目睹发生的事实，时间的不可逆性使其不可能目睹事实的原貌。尤其在现实生活中，人们也不可能预知未来将要发生诉讼

，而将客观事实情况录制下来，恢复事情发生的真实过程，这就使证据可能是支离破碎的，法官只能根据现有的证据凭借自己的分析和判断能力努力认识事情的真相，而不可能在任何案件中完全恢复事实的真相。另一方面，由于在特定的案件中，法官因为受证据的不完整性以及缺乏证明力等因素的影响，以及法官自身不具有足够的分析和判断的能力、生活经验，这就导致了法官基于一定的证据所认定的事实不一定完全是事实的真相。即使法官意识到诉讼中认定的事实，与客观的事实不完全相符，为保护民事诉讼中的受害人的利益，只要其举证所证明的事实真实性达到可以合理相信的程度，便应当对该证据证明的事实予以认定。然而，“以事实为根据”绝不是说由法官亲自调查所认定的事实，才是可以认定的客观事实。以证据为根据，要求在诉讼中任何当事人要主张一定的权利存在，必须要主张该权利发生的原因、事实，这就是说要承担举证责任。举证是一种义务，这就是说，一方要提出请求，必须使法庭相信其请求的事实是真实的，这就需要举证证明请求的事实的存在，如果不能举出足够的证据，则要承担败诉的危险。法官的主要职责是对当事人举出的证据的予以分析和判断，而不是由自己去亲自调查收集证据，有关事实调查任务应当主要由当事人通过举证来完成。完全由当事人而不是由法官举证，才难更有效的发现真实。为什么在民事诉讼中必须要完全由当事人负担举证责任？因为一方面在民事诉讼中，诉讼直接关系到当事人的自身利益，当事人有义务对自己的请求进行举证，他们为了实现自己的权益，理所当然的应当负举证责任。尤其是当事人都亲自参与的事情的发生和发展过程，他们完全有能力进行

举证，且各方当事人都为了在诉讼中获胜，也会在诉讼中努力举证。另一方面，由于当事人受利益的驱使，也能够最大限度的收集提供有利于自己的证据，同时也能够向法庭最充分的阐明与揭示这些证据的证明力和价值。还要看到，通过双方当事人的充分举证不仅可以获得比法官亲自调查取证要多的多的证据，而且通过双方从不同的方面和角度所举出的证据也可以使法官进一步了解案件的事实，通过当事人的说明和辩论，法官也可以逐渐的了解证据的真实价值，从而在此基础上，对事实的认定作出准确的判断。我国的审判实践也证明，允许法官享有广泛的调查取证的权利，很难避免法官滥用权利，而这对于司法公正的危害是极大的。尤其应看到的是，程序的公正具有其极为重要的独立的价值。因为，尽管事实需要由证据证明的，但证据证明的事实不一定都能反映客观的真实，而证据的提供都是有时间限制的，我们不能为了追求真实的发现去破坏程序的设计，允许法官和当事人无限制的收集和调查证据；也不能为了满足一方要求发现真实的请求，而不考虑另一方的程序利益而拖延诉讼，或者将已经作出的裁判予以推翻。所以将真实的发现作为诉讼的唯一目的本身是不正确的。多数学者认为，我国民事诉讼模式采用的是当事人主义。然而必须清楚的是，尽管职权主义虽有利于发现真实，但它是法官具有较高的道德素质和业务素质作为前提的。司法是廉洁公正的、法官不会滥用职权，这是职权主义能够发挥作用的基本条件。要作到这点，需要通过严格的法官选拔等一系列制度保证法官具有较高的法律素质和品德修养，以及一整套保障法官独立公正及防止其滥用职权和徇私枉法的制度和程序。如果这些条件都具备，

职权主义也确实可以在发现真实、保障实体的正义和程序的公正效率方面发挥其独特的功效。如果不具备这些条件，采纳职权主义将极为不利于司法的公正。因为由于法官的职权多大，案件的裁判结果在很大程度上可以不依据当事人的举证和辩论而依赖于法官自身对事实的认定以及看法。例如，不管当事人提出在多的证据或理由，法官可以依职权主动收集证据，并可以完全不顾当事人的举证而认定自己收集的证据或者不考虑当事人的自愿而坚持实行无止无休的调解，或者不考虑当事人的理由而作出不阐述任何理由的裁判，这样法官完全是诉讼胜负的主宰者。职权主义的模式确实给予了那些素质很差的法官可以随意摆布当事人及其律师的能力，也为那些素质很差的法官在接触当事人的过程中索贿、敲诈提供了机会（如在法官调查取证过程中可以向当事人的律师提出各种要求）。法官的职权行为在很大程度上决定着诉讼的胜负，从而必然会出现经济学上的寻租行为，因而必然会“造成了当事人和诉讼代理人为打赢官司千方百计地和法官拉关系、向法官请吃请喝、甚至贿赂收买法官，以促使法官作出对自己有利的职权行为，”[2]各种形式的贿赂不仅败坏了律师和法官的名誉，也是我国的律师行业陷入了一种令人担忧的道德危机之中，然而，如果寻找腐败的源头，则不能不认为在缺乏保障法官素质和法官的独立公正的一整套机制的前提下而实行职权主义给予法官多大的权利，从而给司法腐败提供了太多的机会。因此，在现有的法官的整体素质不高、制度尚不健全的情况下，实行对抗制对于减少和防止司法腐败十分重要，正如一些学者所指出的，可以有效的减少和防止当事人与法官拉关系而形成的所谓勾兑现象，改变所

谓打官司就是打关系的极不正常的现象[3]。即使在法官的整体素质提高、各项制度已经健全以后，我们认为吸收更多的对抗制的经验而不是采纳职权主义仍然是十分必要的。因为法官受其能力精力，尤其是法院所提供的有限的资源的限制，使法官不可能通过自行调查取证，便能够在任何情况下发现真实，尤其是法官享有单独调查取证的权利，难免与当事人进行各种形式的接触，这就很难保证法官始终处于独立公正的地位，甚至有可能为司法的腐败提供机会，我国的司法实践已经证明，只要法官有机会与当事人单独接触，则司法腐败现象难以避免。所以，只有通过采纳对抗制彻底切断法官与当事人的庭外接触，一切证据都必须在庭审中公开提出，并实行公开的质证认证，才是防止司法腐败、发现案件真实最有效的办法。更何况由当事人负举证责任，当事人可以从自身利益出发，举出足够的证据，即使双方的证据是相互矛盾的，法官也可以从众多的证据中通过分析而认定证据，努力发现客观真实。我们要实行对抗制的审判方式，必须要改变由法官包揽调查取证的方式，在民事诉讼中，完全由法官调查取证，是不可能作到裁判的公正的，其原因在于，第一这一做法很难保证法官在调查取证的过程中始终保持独立、中立和清廉。法官在调查取证的过程中，必然要与当事人一方进行单独接触，这就很难避免法官接受当事人的吃请，更何况个别法官缺乏应有的职业道德和素质，难免在与当事人的接触中，发生权钱交易、徇私枉法现象。从实践来看，司法腐败现象的产生和发展，在很大程度上是因为制度不严和不完善。而使法官有许多的机会单独接触当事人及其律师。因此要从根源上治理司法腐败，必须废除由法官包揽调查

取证的制度。第二，由于我国法院普遍存在着办案经费紧张、财力不足的问题，由法官包揽调查取证是现有法院的资源所不能保证的。由于办案经费紧张而又要法官包揽调查取证任务，法官只能从当事人身上想办法，实践中大量存在的“谁出钱为谁办案”的现象，主要原因就在这里。而法官与当事人实行“三同”，也可以从这里找到原因。而这种状况完全损坏了法官的独立和公正形象。不难想象，法官靠一方当事人的资助，所收集调查的证据会是什么样的结果！造错案、收集假证据自然也是不可完全避免的事情。第三，即使法院具有足够的费用为法官调查取证提供足够的费用，因法官不可能投入足够的精力而造成证据的收集不全，在此情况下法官难免形成错误的判断。尤其是法官在调查过程中因先入为主的认知及偏见，使法官的调查出现差错，或因为在调查中所形成的预先判断使法官很难摆脱，从而使法官很难始终作到不偏不倚，或保持独立和中立的地位。第四，法官调查取证会使当事人的调查取证工作变得意义不大，甚至毫无意义。由于法官通常不会抛弃自己辛苦获得的证据而接受当事人的证据，即使当事人对法院的证据提出质疑，只要不是双方否认，则法官便有取舍证据的自由[4]。如果法官受到了来自于各方面的干预以及人情的影响，则法官的调查取证将会对一方当事人明显不公。[5]第五，法官的调查取证也会影响到二审的判决。因为在一审法官作出对一方的败诉以后，该当事人提起上诉，二审对一审法院所调查收集的证据，有时明知有误也不能轻易的否定，则对败诉一方当事人更为不利。第六，造成诉讼突袭。由法官调查取证，在客观上总会形成对一方有利而对另一年一方不利的结果，尤其是法庭突然收

集到的证据与一方收集到的证据形成重要的差距（例如由法庭聘请的专家所作出的证词与当事人一方聘请的专家所提供的证词在内容上截然不同），这就会诉讼突袭和突袭性的裁判，从而损害当事人对程序公正和司法正义的信赖。且受不利的一方常常难以相信其利益受到了平等保护，也会怀疑法庭的独立和公正。还要看到，由法官包揽调查取证，也影响诉讼效率。由于法官投入大量的精力进行证据的收集和调查工作，从而造成案件大量积压，每年都要到年终突击结案，从而影响了诉讼效率。我们说，审判方式改革一项重要内容是强调当事人的举证责任，彻底废除完全由法官调查取证的制度。但根据民事诉讼法第64条第2款的规定：“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案件需要的证据，人民法院应当调查收集”。由于该条对于造成当事人及其诉讼代理人不能收集的证据的客观原因并没有作明确的解释，尤其是对法院认为确有必要收集的情况没有作出严格的限制，从而在实践中被扩大解释，使法官享有了在主动收集调查证据方面享有极大的权限，从而根本不利于裁判的公正。我们认为对民事诉讼法这一规定必须作严格解释，因为按照对抗制的要求，证据原则上应当由当事人提供，法院不应负调查收集职责，如果将该条作扩大解释，则法院仍然享有在很多案件中主动调查收集证据的职权，则法院仍然代替了当事人的职责，这与对抗制是完全不符合的，对抗制的最基本的要求，就是法官不能主动依据职权而调查收集证据。尤其是只要保留法庭独立收集证据的权利，而且这些证据又具有优先于当事人提出的证据的效力，这无疑会给滥用职权的行为提供机会，当事人也会利用这

种法律上的缺口诱使法官实施有利于自己的职权行为。有一种观点认为，在实行对抗制的情况下，如果当事人双方提供的证据材料相互矛盾，或者双方当事人均不提出调查收集证据的申请，人民法院认为却有必要调查收集的，法院可以依职权调查取证。[6]我们认为，这一观点值得商榷，因为在对抗制的情况下，证据原则上应当由当事人负责，而法官只能处于消极仲裁者的位置，法官只是听取双方的意见和辩护，如果当事人的举证是相互矛盾的，或者双方当事人均不提出证据，则意味着原告的主张不能获得证据的支持，而应当承担败诉的后果，或者因为证据相互矛盾，则应当由法官依据其知识和经验对证据加以判断，而绝不能说在此情况下都应当由法官依职权调查取证，因为当事人双方的证据都是从自身的利益出发而收集和提出的，所以在绝大多数情况下，这些证据都可能是相互矛盾的，出现证据相互矛盾现象以后，就应当由法官做出分析和判断，而这正是法官的职责所在，但不能一旦出现证据的矛盾现象就要由法官依职权收集证据，否则，法官依职权收集证据的范围过大，而与对抗制的要求完全不符合。我们认为，对民事诉讼法第64条的规定应当理解为法官调查取证的范围，仅限于当事人及其代理人依法律规定的原因不能收集，而主动要求法官收集的证据。这就是说，一方面，必须是当事人及其代理人依法律规定的原因不能收集的证据，例如，当事人在银行开户情况、帐号、存款情况等依据法律规定只有司法机关等有关国家机关才有权查阅而当事人不能够获取的证据。如果当事人因为人力物力的限制而不能自行收集证据，不应属于民事诉讼法第64条规定的范围。另一方面，必须是当事人主动向人民法院提出申请

，请求法院调查取证。如果法院认为审理案件确实需要这些证据，则法院会依职权收集证据，但如果当事人并没有向法院提出要求，则法院不应当行使该项职权。在审判方式改革中，我国许多地方的法院，开始严格限制法庭调查取证的范围，例如，将法庭的主动收集证据的限定在当事人主动申请法庭查证，该要收集的证据是处理案件需要的证据，而非因当事人自己所能克服的客观原因造成的当事人自己难以收集[7]。尤其需要指出的是，即使是当事人客观上不能收集的证据也必须由当事人主动提出请求法院收集该证据，当事人在提出申请的时候必须要详细说明不能收集的理由，如涉及商业秘密、银行存款帐户等，法院要认真审查其理由，在一方请求法院收集证据以后，也应当允许另一方对此提出异议，如果另一方所提出的异议合理，法院应当拒绝一方请求收集证据的申请。诚然，在实践中，某些当事人因为法律知识欠缺，举证知识缺乏，其不懂得举证的要求或者收集的材料不符合证据的要求，据此有人认为法官在此情况下仍有义务帮助当事人收集证据，否则因为一方不知道如何举证便判令其败诉，是不符合事实求实的原则，我认为在此情况下，法院确有义务对当事人提供某些必要的法律建议，如告诉当事人应当举出那些证据，或者指出在那方面的举证不足，也应当通过交换证据等方式而使诉讼经验缺乏的一方当事人意识到自己在举证方面的不足，从而积极的、全面的履行举证责任。但法院不能一当事人不能举证为由而主动的代当事人收集证据。更何况当事人在诉讼经验缺乏的情况，应当聘请律师帮助其调查取证，否则因不能举出足够的应当承担败诉的责任。还需要指出的是，在实行谁主张谁举证的原则的同时

，必须意识到我国法律规定了在特殊情况下的举证责任转换制度，例如在产品责任、高度危险责任、环境污染责任等许多特殊的侵权责任中，实行举证责任转换制在原告提出请求以后，被告有责任就其没有过错并应当被免责的问题作出反证。【注释】 [1] Wigmore on Evidence, Textbook, sec447.1. [2] 李浩：“法官素质与民事诉讼模式的选择”载《法学研究》1998年第3期。 [3] 张卫平：“民事诉讼基本模式：转换与选择之根据”载《现代法学》1996年第6期。 [4] “民事司法的公正及其制度保障”《法学前沿》第三辑第32页。 [5] 参见张卫平：“民事诉讼基本模式转换与选择之根据”载《现代法学》1996年第6期。 [6] 参见景汉朝：《审判方式改革实论》第39页。 [7] 参见刘兰芳等：“关于庭审方式改革的思考与实践”载《中外法学》1996年第4期。 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