

论民事诉讼当事人的申请调查取证权

李 浩

摘 要 申请法院调查取证权是审判方式转型背景下民事诉讼法赋予当事人的一项重要权利。该项权利的实现有利于法院在发现真实的基础上保护当事人的合法民事权益和维护国家的民事法律秩序。目前民事诉讼法关于申请调查取证权的规定还过于原则，需要明晰该权利的构成要件，研究该权利在诉讼实务中的运作状况。修订《民事诉讼法》时，还应当制定用于调整行使这一权利所引发的利益冲突的具体规则。

关键词 民事诉讼 申请调查取证权 构成要件 实证分析 问题研究

作者李浩，法学博士，南京师范大学法学院教授。

一、当事人申请调查取证权概述

当事人申请调查取证权，是指民事诉讼中当事人及其诉讼代理人在收集证据时遇到客观上的障碍，无法获得必要的证据时，请求法院给予帮助，申请法院帮助其调查收集证据的权利。

申请调查取证权的确立始于1991年的《民事诉讼法》，是立法机关修订《民事诉讼法》（试行）时为当事人新增加的一项权利，而赋予当事人这项权利的背景是我国民事审判方式已经发生了重大的变革。从新中国成立一直到改革开放的初期的三十多年中，我国长期实行的是被理论界称为“超职权主义”的民事审判方式，^①这一审判方式的特点是强调法院职权在诉讼中的作用，要求法院不仅要对案件中的法律问题负责，而且也要对诉讼中的事实问题负责，为了获得作为裁判基础的事实，为了查明案件事实的真相，法官需要积极主动地调查收集证据，需要深入到纠纷发生地进行调查，需要通过走访当事人周围的干部和群众了解案情。^②新中国的第一部《民事诉讼法》在相当程度上是在职权主义的理念下制定的，在证据的收集上，该法一方面要求当事人对自己的主张向法院提供证据，另一方面责成法院全面地、客观地调查收集证据（第56条）。

随着改革的不断深化，尤其是随着以市场经济为价值取向的经济体制改革的提出，我国的民事诉讼理念发生了深刻的变化，民法是私法、民事诉讼是为解决私法上的争议而设置的制度的理念逐渐在理论和实务界占据主导地位。相应地，自20世纪80年代后期开始，在最高人民法院主导下我

^① 超职权主义是指比职权主义更加职权主义，我国理论界一般认为原苏联的民事审判方式体现了职权主义的特征，而我国的民事审判方式比原苏联更加注重和强调法院的职权行为。

^② 我国这一民事审判方式的前身是创立于解放战争时期的马锡五审判方式，该审判方式的重要特征之一是要求审判人员深入群众，调查研究。

国法院进行了民事审判方式的改革，这一改革的切入点是加强当事人的举证责任。^③

1991年，我国对《民事诉讼法》作了全面的修订，在修订的过程中，立法机关在很多方面引入了当事人主义的因素，弱化了法院的职权。^④引入当事人主义的具体做法是突出当事人的诉讼主体地位，在强化当事人诉讼权利的同时也强调当事人在诉讼中应当承担的责任。具体到证据的收集而言，修订后的《民事诉讼法》强调当事人应当对自己的主张提供证据，不再要求法院全面、客观地调查收集证据，明确了法院的职责主要是全面客观地审查核实证据（第64条）。

在法院退出收集证据的主力军的新的诉讼格局中，当事人收集证据的重要性凸现出来了，如果当事人不能收集到对自己有利的证据，不能提出证据来证明所主张的事实，败诉的结果可能接踵而来。当负有举证责任的当事人持有证据，或者虽不为其持有但比较容易获得时，收集证据的问题并不存在或不突出，但如果重要的证据为对方当事人占有，或者为诉讼外的第三人占有而他们又出于某种原因不愿意提供给举证人时，收集证据的问题就开始凸显。于是，在强调当事人举证责任的同时，如何保障当事人收集证据的权利，成为立法中需要解决的问题。针对当事人收集证据可能遇到的自身难以克服的困难，《民事诉讼法》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”（第64条第2款）。

尽管法律是针对法院作出的规定，是为法院设定帮助当事人调查收集证据的义务，但是，权利和义务总是相对而生的，既没有无义务的权利，也没有无权利的义务，从权利义务关系的这一原理中，我们不难得出一项新的诉讼权利——请求法院帮助调查收集证据的权利——由此诞生的结论。

《民事诉讼法》虽然赋予了当事人申请法院调查取证的权利，但是，法律关于法院在这一问题上的帮助义务只是原则性的规定，只是指明了处理这一问题的大方向。对于一个诉讼中经常会遇到、操作性极强的问题，仅有原则性规定显然是不够的，具体规则的缺位不仅不利于当事人合法行使这一权利，而且也不利于法院正确履行对当事人的协助义务。于是，最高人民法院在其2001年12月颁布的《关于民事诉讼证据的若干规定》（以下称《民事证据规定》）将《民事诉讼法》确立的这一权利具体化，明确了当事人可以申请法院调查取证的情形包括三种：（1）属于国家有关部门保存并须人民法院依职权调取的档案材料；（2）涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的材料；（3）其他因客观原因不能收集的材料（第17条）。当事人在第一审程序中提出申请的时间为举证期限届满前7天；提出的方式为书面方式，在申请书中应当载明被调查人的姓名或者单位名称、住所地等基本情况、所要调查收集的证据的内容、需要由人民法院调查收集证据的原因及其要证明的事实；如申请为法院拒绝，当事人可以向受理申请的法院申请复议一次；如果一审中的申请法院未准许，二审法院认为拒绝错误的，二审法院应当调查收集，收集到的证据可以作为新的证据在二审中使用。^⑤应当说，这些规定从实体到程序充实了这一权利的内容，也有助于保障这一权利的实现。

2007年10月，我国颁布了经过修订的《民事诉讼法》。这次修订只涉及到审判监督程序和执行程序。在对审判监督程序的修订中，再审事由可谓是重中之重。修订后的《民事诉讼法》把当事人申请再审的事由从原来的5项增加至15项，在新增的再审事由中，就包括了“对审理案件需要的证据，当事人因客观原因不能自行收集，书面申请人民法院调查收集，人民法院未调查收集的”

^③ 这里的举证责任是指当事人负担的行为意义上的举证责任，即向法院提供证据的责任。最高人民法院在第一个《人民法院五年改革纲要》中强调：民事、经济审判方式改革要进一步完善举证制度，除继续坚持主张权利的当事人承担举证责任的原则外，建立举证时限制度，重大、复杂、疑难案件庭前交换证据制度，完善人民法院收集证据制度，进一步规范当事人举证、质证活动（第16条）。

^④ 陈桂明教授曾对此作过深入细致的分析，参见陈桂明：《民事诉讼中法院职权的弱化及其效应——兼对新旧民诉法典中几项制度的比较研究》，载《法学研究》1992年第6期。

^⑤ 参见《民事证据规定》第17条、18条、19条、第41条第2款。

(第179条第1款第5项)。这充分表明了立法机关对当事人申请调查取证权的重视。

在强调当事人举证责任的背景下,民事诉讼赋予当事人这一权利,是非常必要的。

第一,是保障当事人证明权的需要。我国《民事诉讼法》赋予当事人广泛的诉讼权利,并责成法院在诉讼中应当保障当事人诉讼权利的实现。在当事人享有的诉讼权利中,证明权可谓是一项处于核心地位的权利,因为在事实争议型的诉讼中,无论是原告提出的诉讼请求,还是被告提出的抗辩,能否得到法院的采信,全在于证据。民事诉讼中的证据一般要由当事人来提供,所以可以说当事人举证的情况基本上决定了诉讼的胜负。

证明权含有丰富的内容,包括收集证据的权利、提供证据的权利、进行质证的权利、围绕证据进行辩论的权利等,在这些权利中,收集证据的权利应当是基础性的权利,在当事人收集证据遇到困难时,法院只有切实有效地对当事人提供帮助,其证明权才能够真正得到实现。因此,从保障当事人行使诉讼权利的角度,法院也应当协助当事人收集证据。

第二,是保障当事人平等进行诉讼的需要。在民事诉讼中,尽管双方当事人无论是在理论上还是在法律上都处在平等的地位,但法律上的平等并不等于事实上的平等,由于诉讼前双方的经济地位的不平等,如普通的消费者与生产者、经营者,尤其是那些处在垄断地位的大公司、大企业之间;由于双方的事实状态的不平等,如患者和医生之间、环境污染的受害者与排放污染物的企业之间,都会造成收集证据能力的重大差异。尤其是,有时候尽管某一要件事实是原告方要想获得胜诉必须向法院主张和证明的,但证明该事实的相关证据却为被告一方占有或掌控,在此情形下,如果仅仅由原告自己来收集证据,无异于拒绝对原告提供司法救济。即使是那些原、被告诉讼能力相当的案件,有时也会出现主张和证明某一事实的责任在一方,而关键性的证据却由对方当事人控制,对方当事人又不愿意把这一证据交出来的情形,在此种情形下,负有提供证据的责任的一方当事人同样需要法院给予协助。民事诉讼的理想状态是双方当事人能够真正地平等行使诉讼权利,在武器对等的情况下进行对抗,而要实现这一理想状态,法院对在收集证据问题上陷入困境的当事人提供帮助也是必不可少的。

第三,是法院发现真实,完成民事诉讼任务的需要。《民事诉讼法》要求法院通过诉讼查明事实、分清是非,确认当事人的民事权利义务关系,制裁民事违法行为,保护合法民事权益,维护社会秩序、经济秩序。一句话,要求法院在发现真实的基础上实现实体法确立的民事法律关系,从当事人的角度说,其合法的民事权益通过诉讼得到了国家的保护,而从国家的视角看,法律所确定的民事法律秩序得到了维护。

就发现真实对实现民事诉讼制度的目的的重要性而言,我们还应当注意到这样一个事实——民事纠纷虽然在性质上为法律上的权利义务之争,但诉讼实务中的争执很少涉及到对所确认的事实情况的法律判断,更多的时候当事人是对已经发生的事,即对事实情况,进行争执。^⑥ 因此对于法院来说,尤其是对于一审法院来说,发现真实的重要性无论怎样强调都不为过。诚如弗兰克所言:“纠纷的公正解决要求有这样一种法律制度,在这种法律制度下,法院能够并且持之以恒地,努力在力所能及的范围之内尽可能地接近法庭里的争端所涉及的实际事实。我重申一下,司法正义是零售业务,而不是批发业务。因此,在每一个特定案件中,初审法院的事实认定工作赫然显现为现代司法机关最重要的工作之一。”^⑦

就发现真实而言,如果仅仅依赖当事人举证,有时是难以实现的。我国《民事诉讼法》虽然规

⑥ 参见[德]奥特马·尧厄尼希:《民事诉讼法》(第27版),周翠译,法律出版社2003年版,第113-114页。

⑦ [美]杰罗姆·弗兰克:《初审法院——美国司法中的神话与现实》,赵承寿译,中国政法大学出版社2007年版,第108页。

定当事人有权收集证据,但当事人毕竟只是民事诉讼主体,他们并没有强制持有证据的对方当事人、诉讼外的单位和个人向他们提交证据的权力,无权对拒绝提交者进行制裁,也无权强制证人到庭作证。即使当事人委托律师作为诉讼代理人,虽然《律师法》也赋予了律师的调查取证权,但由于这一权利同样不具有可以通过律师协会或者司法行政机关强制实现的条件,所以在遇到阻碍时律师也无可奈何。我国的一些行政机关信息公开的程度比较低,同时也担心一些当事人不能正确地、合法地使用所获得的信息,所以一些同纠纷相关的信息,如企业的工商登记资料,房屋产权的登记资料、建筑物的规划、设计资料等,都是当事人自己无权查阅和复制的。法院是国家审判机关,调查收集证据是审判权的必要组成部分,法院的调查取证权是一种能够强制实现的权力,它是以制裁为后盾的,对不合作者、设置障碍者,可以采用罚款、拘留等民事诉讼强制措施。因此,一些当事人无法取得的证据,通过法院的协助,由法院来要求证据持有者提交,是完全有可能获得的。

第四,是减少适用证明责任判决的需要。尽管在事实无法查清,法官依据现有的证据无法形成待证事实真伪的心证时,还可以求助证明责任,根据证明责任的承担作出判决,但是,法院的证明责任判决毕竟建立在对本案事实的真伪无法作出判断的基础上的,证明责任判决虽然强制性地解决了纠纷,但民事诉讼制度所追求的保护当事人合法权益和维护国家民事法律秩序的目标毕竟没有实现。证明责任判决虽然无法绝对避免,但绝不可多用,如果在法院的裁判中,经常性地出现性质上属于“灰色结论”的证明责任判决,将会严重损害司法的公信力,动摇民众对司法制度的信心。^⑧

第五,也是完善我国民事诉讼制度的需要。其实,在法律中赋予当事人请求法院帮助其收集证据的权利并非我国立法的首创。当事人在收集证据的过程中遇到自身难以克服的障碍是民事诉讼中普遍存在的问题,各国立法机关都需要应对和解决这一共同性问题。所以,在两大法系的民事诉讼法中,都规定了当事人在一定条件下可以请求法院提供帮助,例如在美国的发现程序中,当事人为了收集用于支持其请求或者抗辩的证据,有权要求对方当事人、第三人提供所占有的文件,有权要求对对方当事人的身体或者精神状态进行检查,如果被请求方不予合作,提出请求的一方就只能求助于法院,请求法院作出强制披露的命令。^⑨在德国和日本的民事诉讼法中,规定了当事人有权申请文书提出命令、申请提交勘验标的物、^⑩申请询问当事人。其他国家的法律没有设定一条一般性的规则,而是根据需要收集证据的类别,分别作出规定。如果说,在我国原先的强调法院依职权调查取证的职权主义民事审判方式中不存在规定当事人申请调查取证权的必要的话,在转向强调当事人的举证责任的新的审判方式后,再规定当事人有申请调查取证的权利,对当事人诉讼权利的保障就会很不充分,诉讼制度就会由于责任与权利的严重不对等而存在在明显的瑕疵。

二、申请调查取证权的构成要件

研究申请调查取证权的成立要件,一方面可以使当事人和诉讼代理人知道在什么条件下自己有权申请法院调取证据,另一方面可以为法院审查当事人的申请、决定是否进行调查提供尽可能具体、明确的标准。笔者认为,申请调查取证权的构成要件包括以下四个方面:

(一) 该证据对查明案件中的争议事实具有重要作用

^⑧ 参见[日]小林秀之:《证据的收集》,杨本娟译,载《审判研究》第6辑,法律出版社2005年版,第168-169页。

^⑨ 《美国地区法院民事诉讼规则》第37条对不进行披露或不协助证据开示,如何强制其披露和协助,如何进行制裁做了详细的规定。

^⑩ 德国和日本的民事诉讼法均未把物证作为证据种类之一,但在对勘验的规定中,赋予当事人请求法院责令对方当事人或第三人提交勘验标的物的权利。

只有当证据同作为裁判基础的争议事实存在着紧密的关联,获得该证据对法院查明争议事实有重要作用时,法院才有必要调查,才会同意当事人的申请。其实,不仅当事人申请法院调查取证,要以必要性为前提,就是当事人将已经收集好的证据提交法院,也只有在必要的前提下法院才会组织质证。^①

在下列情形中,当事人的申请就会因为不符合这一要件而被拒绝:(1)证据对解决本案的争议缺乏重要性。如果事实本身对本案的诉讼无关紧要,就不能成为证明对象,当然也就不必用证据来证明。(2)申请调取的证据缺乏关联性。关联性是指由于证据的提出会使待证事实的真实或者虚假获得一定程度的证明,^②也是证据的基本属性之一;若缺乏关联性,就不能成为真正意义上的证据,也就没有必要去收集。(3)证据的证明力太弱。即使请求收集的证据与待证事实存在着关联,但若该证据的证明力相当弱,即使取得这一证据,也不能证明当事人主张的事实。对证明力明显太弱的证据,法院也不会同意收集。(4)超出证明需要的证据。有时候,当事人申请调取的证据虽然与争议事实有关联,但如果法官认为现有的证据已经达到了充分的要求,即使没有这一证据,法官也能够形成心证,法院就会以不必要为由拒绝当事人的申请。(5)可以用其它证据来替代当事人申请调查的证据,并且相比之下,其它证据可用较容易的方法获得或者可以支付较低的成本获得。^③

(二)当事人申请调取的证据是本人和诉讼代理人无法收集的证据

“因客观原因不能自行收集”是《民事诉讼法》确定的条件,这里的关键是如何理解法律的这一规定,应当承认,这一规定是高度抽象化的,如同民法中的“善意”、“恶意”、“过失”、“正当事由”一样。最高法院在《民事证据规定》中虽然作出了将其具体化的努力,但能够明确列举的也只有两种情形,不得不规定了“当事人及其诉讼代理人确因客观原因不能自行收集的其他材料”这一兜底性质的条款。在诉讼中,如果申请法院调取的是《民事证据规定》明确列举的情形,相对会好办些,当事人只要在申请书中说明该当于这两种情形的具体事实,但问题在于,诉讼实务中发生的,有不少并不属于明确列举的情形。

即使属于明确列举的情形,当事人本人进行诉讼还是聘请律师代理诉讼,由于收集证据能力上的差异,也会导致不同的结果。例如同样是企业的工商登记材料,如果当事人本人进行诉讼,当事人自己去要求查阅和复制对方当事人的登记信息就会被拒绝;而假如当事人委托律师作为诉讼代理人,律师就能够去收集这样的证据材料。法院在审查当事人的申请时,应本着保障当事人的申请权的宗旨,只要对当事人来说确实属于自己无法取得,而由法院帮助收集又不会给法院增加很大的负担,法院就应当同意当事人的申请。在当事人本人进行诉讼的场合,法院不宜以本来可以聘请律师代理诉讼拒绝当事人的申请,也不宜建议当事人请律师而自己不去调查取证,因为我国《民事诉讼法》并未规定当事人必须聘请律师代理诉讼。

对不属于明确列举的情形,就需要分析能否列入兜底条款的范围。而在进行这样的分析和判断时,需要从具体案件的实际情况出发,通过一个个具有典型性的个案,来明晰识别与判断的标准。例如,有些存放在企事业单位、社会团体的证据资料,虽然这些同商业秘密、个人隐私并无关系,但当事人自己去收集的时候,对方是否同意提供有很大的不确定性,而一旦拒绝提供,当事人和诉讼代理人除了申请法院调取外并无其他良方。对这样的证据,只要当事人向法院说明本人或者诉讼代理人已经前去收集但遭到拒绝,就可以认为符合“因客观原因不能自行收集”的条件。

^① 《日本新民事诉讼法》就明确规定:“法院认为当事人所申请的证据不必要时,不需要进行调查”(第181条第1款)。

^② 美国《联邦证据规则》第401条对“关联性”所下的定义是“关联性证据是指具有下述盖然性的证据,即任何一项对诉讼裁判有影响的事实的存在,若有此证据将比缺乏此证据时更有可能或者更无可能。”

^③ 司法是一种公共资源,调查收集证据势必动用这一公共资源,在使用这一公共资源时,应当尽可能节约。

（三）当事人向法院提出了书面的申请

《民事证据规定》明确要求当事人应当以书面方式向法院提出申请。在申请书中，应当写明被调查人的姓名或者单位名称、住所地等基本情况、所要调查收集的证据的内容、需要由法院调查收集证据的原因及其要证明的事实。写明上述内容，一方面是为了帮助法院判断是否符合申请调查取证的条件，另一方面在于当法院准予申请时，为法院的调查取证活动提供必要的信息。当事人提出书面申请的必要性还在于，法院会把申请书保存在案件的卷宗中，可以起到程序问题的证明作用，这对于可能发生的上诉或申请再审具有重要意义。^⑭

（四）一般应在举证期限届满前 7 日提出申请

《民事证据规定》规定当事人在举证期限届满的 7 日前向法院提出调查取证的申请，这一规定有其合理之处，因为如果等到举证期限即将届满才提出申请，法院就无法在举证期限内完成调查取证的工作；另外，如果法院不同意当事人的申请，当事人还有权申请复议，处理复议也需要时间。但是，这一时间要件也不应当绝对化，因为在有些情况下，是否需要申请调查取证，在案件审理前还无法确定，申请调取证据的必要性是在审前准备阶段对事实和争点的整理过程中，或在质证和辩论的过程中才显现的。考虑到证明过程的动态性，只要证据的确很重要且确实属于因客观原因不能自己收集，法院就不宜以不符合时间要件而拒绝。

当事人不仅在第一审有申请调查取证的权利，在第二审甚至到了再审，仍然享有这一权利。当事人在第二审申请调查取证，通常是由于某一重要的事实未被法院认定而招致了败诉，^⑮ 当事人认为其主张的事实是存在的，只是在第一审中自己并不知道法院认为其举证不充分，所以会在提起上诉的同时，进一步提供证据或者申请法院调查取证。修订后的《民事诉讼法》已经把法院未依法根据当事人的申请调查取证作为申请再审的事由，当事人以这一事由申请再审时，一旦申请成功，就会请求再审法院调查取证。当事人在第二审程序中申请调查取证，一般应在提起上诉的同时提出申请；而在再审程序中申请调查取证，应当在法院决定再审后及时向负责再审的法院提出申请。

三、申请调查取证权的实际运作

申请调查取证权作为一项重要的权利，当事人能否积极、合理地行使，法院如何对待当事人的申请，何种情况下会准予申请，何种情况下会拒绝申请，这些问题需要从诉讼实务中寻找答案。鉴于《最高人民法院公报》所具有的权威性，本文主要以《公报》上的相关材料作为分析的对象。

（一）法院准予当事人的申请

1. 申请法院向案外第三人收集证据。

（1）口福食品公司诉韩国企业银行、中行核电站支行信用证纠纷案。^⑯ 在该案件中，上诉人韩国企业银行（一审被告）的上诉理由之一是被上诉人口福公司倒签提单上的货物装船日期，欺诈信用证项下的当事人。为了证明这一事实，韩国企业银行还以因为客观原因无法调取“装船日期为 2002 年 6 月 1 日的提单副本”为由，申请二审法院查封中远公司所属的“凌泉河”货轮 2002 年 5 月至 6 月的航海日志，以核实实际装船日期。二审法院收到申请后，结合本案的实际情况，对装船

^⑭ 在上诉和再审中，有时候当事人或法官在原审中是否实施了某一诉讼行为非常重要，会成为审理中需要查明的重要事实，而对于这类事实的有无，上诉法院或者再审法院要根据原审卷宗中的材料来判断。

^⑮ 在审判实务中，多数法官在判决前不会向当事人公开他们的心证，而是等到作出判决时，才在判决书的理由部分说明其心证状况，所以当事人也只有等拿到判决书后，才知道法官认为他举证不充分。

^⑯ 参见《最高人民法院公报》2006 年第 1 期，第 37-44 页。

的时间和提单签发的情况进行了调查取证,查明承运方装船时间为5月31日8时至6月1日4时,于6月1日签发提单,而在给口福公司的提单上,填写的装船时间为5月31日,确为倒签提单。虽然存在着倒签提单的事实,但二审法院认为,从本案的全部事实看,仅凭倒签提单不足以构成欺诈,不足以推翻一审判决,最终驳回了韩国企业银行的上诉。在该案中,二审法院虽然维持了原判,但通过依申请调查取证,查明了提单是否倒签问题,在这一问题上给了上诉人一个公正的说法,增强了判决的正当性和可接受性。

(2) 国家开发银行(以下称“开发银行”)与沈阳高压开关有限责任公司(以下称“沈阳高开”)、新东北电气(沈阳)高压开关有限公司、新东北电气(沈阳)高压隔离开关有限公司、沈阳北富机械制造有限公司等借款合同、撤销权纠纷案。^{①⑦}开发银行于1998年借款15300万元给沈阳高开用于土建工程和购买设备,应还款期到后,沈阳高开未能还款,在此期间,沈阳高开还出资与其他法人设立了一些新的公司,还进行了股权置换。开发银行2004年5月向北京高院提起诉讼,要求沈阳高开偿还本金和利息,并主张沈阳高开与东北电气的股权转让行为系恶意串通而无效。在一审中,由于东北电气举证证明沈阳高开已将沈阳添升98.5%的股权以人民币13000万元的价格转让给沈阳德佳经贸有限公司,所以一审法院对开发银行主张的股权转让严重不对等不予采信。开发银行不服,向最高人民法院提起上诉,主张沈阳高开将其持有的新泰高压74.4%的股权与东北电气持有的沈阳添升98.5%进行置换,系双方恶意串通、转移财产、逃废银行金融债权的行为。原审判决仅以沈阳高开将所持有的沈阳添升98.5%的股权以13000万元转让给沈阳佳德为由,认定东北电气在与沈阳高开进行股权置换时向沈阳高开支付了对价,依据不充分。在二审期间,开发银行向二审法院提出了调查取证的申请,请求二审法院调查沈阳佳德华夏银行金都支行账户在本案股权交易期间发生的大额款项进出情况,以核实沈阳佳德是否实际向沈阳高开支付了13000万元的股权转让款。二审法院根据该申请,向银行调取了相关的账目,查明沈阳佳德收购沈阳添升股权的13000万元的资金出自辽宁新泰,沈阳高开收到沈阳佳德支付的13000万元后,当日即将其中的10592.63024万元分两笔背书给辽宁新泰和诚安电力,诚安电力又背书给辽宁新泰。因此,13000万元出自辽宁新泰,其中百分之八十的款项在划出的当天又转回到辽宁新泰,这些证据已初步证明上诉人主张成立。尽管被上诉人主张这是企业之间的正常经济往来,但二审法院要求被上诉人举证推翻法院的初步认定,由于被上诉人未能提供证据,法院认定上诉人开发银行的上诉主张成立,并撤销了沈阳高开的股权置换合同。

在该案件中,在股权置换中是否存在严重的不对等,沈阳佳德是否真的支付了13000万的股权转让款是本案争议的焦点。被上诉人采用了表面上支付了对价,然后通过一系列令人眼花缭乱的资金运作,又把置换股权的资金转回去的做法,来逃废银行债务。由于被上诉人不仅了解资金运作的真实情况,而且也控制着相关的证据,所以在诉讼中很容易举证证明已经支付了13000万元的对价,而对于上诉人来说,由于银行要对客户的资金运用情况保密,仅由自己及诉讼代理人去收集证据,要想获得对方资金实际运作的证据,就存在着难以克服的障碍。因此,上诉人申请法院调查取证是符合法律规定的条件的。而对于法院来说,要求银行提供相关的账目,可以说几乎不存在任何困难,法院为此付出的成本也是相当低的。

(3) 上海延长印刷厂(以下称“延长厂”)诉上海精华威印刷有限公司(以下称“华威公司”)承揽合同纠纷案。^{①⑧}延长厂于2001年1月委托华威公司印刷宝碟软盘彩卡50000张,纸张由延长厂

^{①⑦} 参见《最高人民法院公报》2008年第12期,最高人民法院民事判决书(2008)民二终字第23号,第11-23页。

^{①⑧} 该案例引自“北大法宝”上海市第二中级人民法院(2002)沪二中民四(商)终字第692号判决书。

提供。延长厂收到印刷的彩卡后，因发现印刷品存在严重色差，要求华威公司解决，因交涉未果，向上海市杨浦区法院提起诉讼，请求法院判决解除承揽合同、返还加工费并赔偿损失。原告称，其在同年1月16日、2月16日，分别致函被告，提出印刷品存在严重色差。被告辩解说未收到原告于2001年1月16日、2月16日邮寄的信函，仅收到原告于2002年1月6日邮寄的信函。原告在收货一年后才提出质量异议，已超过了提出质量异议的合理期限。在一审中，原告在法院指定的举证期限内，申请法院调查其于2001年1月16日、2月16日邮寄的信函被上诉人是否收到的证据，未获准许。一审法院认为：被告加工的印刷品已交付原告，原告也支付了加工价款，双方之间的承揽合同已实际履行完毕。原告与被告达成的口头承揽合同未约定质量验收标准，且原告未能提供充分证据证明其在合理时间内向被告提出质量异议，故驳回了原告的诉讼请求。原告败诉后向上海市第二中级人民法院提起上诉。二审过程中，上诉人再次提出同样的申请，理由是上述两份挂号信自交寄之日起一年内上诉人可以自行查询，至提起诉讼已过查询期，故上诉人申请法院调查取证。二审法院准许了上诉人的申请，经调查查明上诉人于2001年1月16日邮寄的0695号挂号信、2月16日邮寄的0024号挂号信均由被上诉人以单位邮件收发章签收。这两份证据经质证后，被上诉人亦予以确认。二审法院在查明印刷质量存在严重瑕疵和上诉人已在异议期内提出异议的事实后，撤销原判，改判被上诉人返还加工费和赔偿纸张损失3万余元。

在本案中，二审法院之所以准许上诉人调查取证的申请，一是因为该证据关系重大，如果确实存在着这两封挂号信，就可以确切地证明上诉人在异议期内提出异议，就可以推翻一审判决；二是由于根据邮局的规定，当事人自己确实无法去收集这一证据。

2. 申请法院向对方当事人收集证据。

(1) 黄颖诉美晟房产公司商品房预售合同纠纷案。^⑨ 原告黄颖购买被告美晟房产公司房屋一套，双方签订了《商品房预购合同》，后来双方为该房屋客厅窗外的一根用于装饰的钢梁发生纠纷。原告向北京市大兴区法院提起诉讼。原告诉称：在办理入住手续时发现，该房屋客厅窗外有一根用于装饰的钢梁。这个钢梁不仅遮挡窗户，给原告造成视觉和心理障碍，还威胁原告的人身、财产安全和隐私权。在原告与被告签订合同过程中，被告没有以任何方式向原告明示窗外有这个钢梁，更没有在购房合同中约定窗外有钢梁。因此请求判令被告拆除原告窗外的装饰钢梁，并负担本案诉讼费用。被告辩称：原告所诉窗外有钢梁情况属实。这个钢梁是从整个小区的美观与协调考虑，按照经政府相关部门批准的小区建设设计图纸安装的，且符合建筑规范。现在整个小区已经竣工，并经验收合格。原告应该考虑整个小区的利益，况且现在原告已入住，表明其对房屋的现状也认可，因此不同意原告的诉讼请求。

一审法院认为，原被告订立的合同合法有效，该钢梁在经政府有关部门审核批准的设计图中就有、且建造符合相应建筑规范。在交接房屋时黄某未提出异议，并实际办理了入住手续，现以窗外钢梁侵犯其人身、财产安全和隐私权，造成视觉和心理障碍为由，诉请被告拆除该钢梁，因无合同依据及损害后果，不予支持。据此，一审法院判决驳回原告黄某的诉讼请求。黄颖提出上诉，称他在收房时已经提出异议。二审法院审理时认为，上诉人在一审中一再陈述收房时对窗外有钢梁一事已在“业主入住验收单”上提出过书面异议，该验收单由被上诉人单方面保存。二审法院据此要求被上诉人提交该验收单。由于被上诉人拒不提交，二审法院依据《民事证据规定》第75条推定上

^⑨ 参见《最高人民法院公报》2006年第2期，第41-43页。

诉人已提出书面异议的主张成立。^②

(2) 石鸿林诉泰州市华仁电子资讯有限公司著作权侵权纠纷案。^③ 原告石鸿林诉称自己是“S型线切割机床单片机控制器系统软件 V1.0”的著作权人,被告华仁公司销售的切割机床未经许可使用了他的软件,请求法院判决被告停止侵权并赔偿损失。被告辩称该软件是自己独立自主开发完成。一审法院审理后,认为原告所举证据不足以证明被告控制器内置软件与原告的源程序具有相同性或者实质的相似性,故驳回原告的诉讼请求。原告不服提出上诉。在上诉中称,被上诉人有义务提供其软件源程序进行鉴定,源程序是被上诉人独有,上诉人对此无法获得,法院应当依法要求被上诉人提供。二审法院认为,上诉人要证明其被上诉人侵权的主张,需证明双方计算机软件之间构成相同或实质性相同,而要证明这一点就需要将双方的程序进行比对,因而责令被上诉人提供被控侵权软件的源程序。虽然经过法院反复释明,被上诉人仍然不提供。于是,二审法院适用《民事证据规定》第75条,推定上诉人的侵权主张成立。

以上两个案例的共同点是证明责任虽然在上诉人,但能够证明上诉人主张的重要证据却由被上诉人占有,在此情形下,只有通过法院责令被上诉人提交证据,才能够完成自己的提供证据的责任,所以上诉人需要请求法院向对方当事人收集证据。尽管请求向对方当事人收集证据也应当属于申请法院调查取证的范围,但在审判实务中,当事人一般不会像申请法院向案外第三人调查取证那样写申请书,法院也不要求当事人写申请书,而是直接责令对方当事人提供。但在笔者看来,此种情形也应当按照《民事证据规定》第18条的规定写书面申请,这样可以把理由阐述得更充分,法院也会更慎重地对待,如果法院不准许,当事人还可以申请复议。尤其是,将来如果以此为理由提出上诉或者申请再审,申请书的存在可以证明当事人在一审或者原审中就提出过申请。^④

(二) 法院拒绝当事人的申请

从笔者阅读的《最高人民法院公报》中,法院拒绝当事人的申请有两种情形:

1. 未说明理由和简单地说明拒绝的理由。福建三木集团股份有限公司(以下称“三木公司”)与福建煌星房地产发展有限公司(以下称“煌星公司”)商品房预售合同纠纷案。^⑤ 在该案件中,原告三木公司曾向一审法院申请对被告煌星公司《商品房预售许可证》项下的房产范围进行调查,但一审法院未对申请作出回应,于是三木公司将其作为上诉理由之一,称在一审中曾向法院申请调查取证,但一审法院没有向上诉人送达是否准许的通知,亦未将调查取证的结果向上诉人说明,违反了法定程序。^⑥ 在上诉时,三木公司申请二审法院对此调查取证。在二审判决书中,最高法院对这一上诉理由作出了评论:“本院认为,三木公司申请人民法院对煌星公司取得的《商品房预售许可证》项下的房产范围进行调查,该《商品房预售许可证》不属于最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》的第3条规定的‘当事人因客观原因不能自行收集证据’的范围。本案一、二审诉讼中,三木公司亦认可煌星公司取得的《商品房预售许可证》的真实性、及合法性。同时,二审庭审后,本院再次给三木公司延长举证期限,故三木公司的诉讼权利并未受损。”

在该案件中,一审法院拒绝了三木公司的申请,但并未告知当事人不予调查取证的理由,并且

^② 《民事证据规定》第75条规定:“有证据证明一方当事人持有证据无正当理由拒不提供,如果对方当事人主张该证据的内容不利于证据持有人,可以推定该主张成立。”

^③ 参见《最高人民法院公报》2009年第3期,第41-48页。

^④ 在实行再审补充性原则的国家,如果当事人在原审中不申请必要的救济措施,等到再审时再来提出,法院就会依法拒绝当事人的申请。

^⑤ 参见《最高人民法院公报》2006年第5期,最高人民法院民事判决书(2004)民一终字第104号,第6-16页。

^⑥ 在诉讼实务中,只要一审法院未准许当事人调查取证的申请,当事人上诉时通常都会将其作为上诉理由之一。参见《最高人民法院公报》2009年第1期,最高人民法院民事判决书(2008)民二终字第62号,第37页。

也没有按照《民事证据规定》第19条的要求,以书面方式通知三木公司。尽管三木公司申请调查取证的请求在二审也被上诉法院拒绝,但一审法院的做法,不能不说仍然是存在不足的,一审法院这样处理当事人的申请,表明了对当事人的这项诉讼权利缺乏起码的程序上的重视,也确实侵害了三木公司的诉讼权利。^⑤在审判实务中,这样的情形并非个别存在,所以这一现象应当引起理论和实务界的关注和重视。二审法院对三木公司的这一上诉理由和调查取证的申请虽然只做了简单的评说,但至少是已经对当事人的请求作出了回应。

2. 详细说明拒绝的理由。国际华侨公司(以下称“华侨公司”)诉长江影业公司(以下称“长江公司”)影片发行权许可合同纠纷案。^⑥华侨公司与长江公司签订协议书,约定双方合作拍摄影片《下辈子还做母子》,著作权归华侨公司所有,由长江公司负责该片在江苏省的13个地市放映,影片的放映收入双方按比例分成。长江公司应将放映收入及时告知华侨公司并将分成收入划入该公司的指定账户。后来,华侨公司认为长江公司隐瞒了影片的票房收入,将长江公司告到法院,要求长江公司承担违约责任。在该案件中,票房收入数额有无漏瞒报以及漏瞒报具体数额的认定是当事人争议的焦点和本案审理中的关键问题。对所主张的漏瞒报的事实及其数额,华侨公司负有证明责任。由于根据双方的合同,该影片在江苏省全省境内播放,还在许多中小学播放,所以涉及的播放地点相当之多。华侨公司在收集证据上也下了很大的功夫,向一审法院提交了1095份证明漏瞒报情况的调查表,但华侨公司认为这仅仅是漏瞒报的部分情形,不能说明漏瞒报的全部情况,所以,在提起上诉时向二审法院提出调查收集证据的申请。请求二审法院直接查清长江公司和江苏各市、县电影公司及影院实际瞒报的票房收入数。

该申请被二审法院拒绝。二审法院拒绝的理由是:首先,涉及该事实的证据不属于当事人因客观原因无法自行收集的证据。投资公司已经向法院提交了1095份证明漏瞒报情况的调查表,说明该证据并非其无法收集,只是因调查范围广,欲全面、准确收集存在困难。而华侨公司举证的困难,是其在与长江公司签订合同时应当预见到的。其次,该证据亦非属于人民法院因审理案件需要而必须自行收集的证据。合同明确约定,长江公司对投资公司查出漏瞒报数额承担10倍赔偿责任,华侨公司依照合同约定可以获得10倍经济赔偿。根据权利义务对等原则,华侨公司亦应当按照合同约定承担举证责任。人民法院应当对华侨公司所提交的证明漏瞒报数额的证据予以审查核实,而不是代替华侨公司履行举证义务。原审法院已经就华侨公司所提供的1000余份调查表的真实性进行了审查核实,如果由二审法院调查收集华侨公司举证范围之外的其他证据,实际上是代替投资公司履行举证义务,不仅违背了当事人之间的约定,也有悖于法院作为司法机关的中立地位,对另一方当事人亦不公平。第三,根据本案具体情况和当事人之间的约定,全面、准确查清漏瞒报数额不仅难以实现,而且由于10倍赔偿责任的约定已经使华侨公司在不能全面查清漏瞒报数额的情况下,仍可以较大程度地弥补其经济损失,故也不是审理本案所必须的。

应当说,判决书对不予准许的理由的论证是相当充分的。在该案中,由于影片的播放地点多、范围广,要想全面收集证据存在着显而易见的困难,所以华侨公司才向法院申请调查取证。但问题在于,如果由法院调查收集证据,也存在着同样的困难,退一步说,即便华侨公司的申请属于法院调查取证的情形,由法院到各地区调查收集,从人力、物力和时间上,法院也是难以承受的。就该案件的实际情况看,全面地获取漏瞒报的材料成本太高,几乎是无法做到的,无论是要求当事人还

^⑤ 由于未以书面方式通知,三木公司无法对一审法院不予调查的决定申请复议。这就像有的法院不受理原告的起诉,却不作书面裁定,致使当事人无从对法院的决定提出上诉。

^⑥ 参见《最高人民法院公报》2004年第5期,最高人民法院民事判决书(2001)民三终字第3号,第14-23页。

是法院去全面收集证据,都是不合理的。所以,仅就此而言,法院也不会准许当事人的申请。

四、需要探讨的几个问题

(一) 证人证言是否属于申请调查取证的范围

我国《民事诉讼法》赋予了当事人申请法院调查取证的权利,但并没有说明该规定针对的是哪一类证据,而民事证据总共有七类,是否所有这些证据都属于当事人申请法院调查取证的范围呢?书证、物证、视听资料属于申请调查取证的范围,应当是没有任何疑问的,鉴定结论需要通过鉴定来形成、勘验笔录要由法院的勘验行为来完成,^⑦对这两类证据,虽然当事人可以申请鉴定和勘验,但这是独立的获取证据的方法,一般不属于申请法院调查取证。当事人陈述虽然也是证据的一种,但一方当事人实际上很难通过获取对方当事人的陈述来得到对自己有利的证据,我国也未规定询问当事人的制度,^⑧所以申请法院调查取证一般也不包括申请法院询问对方当事人。应当说,上述范围应当是比较清晰的,存在疑问和令人困惑的是证人证言。证人证言是诉讼中的一类重要证据,在某些类型的案件中,证人证言可能成为当事人唯一能提供的证据。证人证言能否成为申请调查取证的对象,是一个需要详细分析的问题。

在原先注重实体公正、注重法院调查收集证据的诉讼模式中,证人并不需要到庭作证,证人证言一般以书面形式出现在诉讼中,证人证言的获取或者是通过当事人或律师走访证人,将证人的陈述记载下来提交给法庭,或者由法官到证人的单位或住所,通过询问证人,把证人关于案件事实的陈述记下来,形成法院对证人的调查笔录。由于担心当事人及其诉讼代理人在向证人收集证言时具有片面性,实务中更多的是由法官向证人调查。后来程序公正越来越受到重视,人们也逐渐认识到让证人出庭接受质询,由双方当事人和诉讼代理人当庭对证人询问,是审查判断证人证言真实性的最好方法,所以法院开始改变原来主要依赖书面证言的做法,要求证人出庭作证。然而,让证人出庭在我国一直是个老大难问题,^⑨证人通常不愿意出庭作证,法律对拒不出庭的证人也没有规定处罚和强制其出庭的措施,所以在改为要求证人到庭作证后,证人证言的使用率就大大降低了。于是,当证人证言是当事人依赖的唯一证据,法院依当事人申请传唤了证人、而证人又不愿意出庭时,当事人就会申请法院调查取证,请法院直接找证人做调查笔录。^⑩这的确给法院出了一个大难题,在此情形下,如果法院拒绝,当事人就会因为举证不能而败诉,而如果同意当事人的申请找证人做调查笔录,这样的笔录又无法在法庭上质证。在实务中,法院往往会拒绝当事人的申请。

法院拒绝当事人的申请虽然有一定的道理,但这是否是好的选择是值得研究的。《民事诉讼法》对证人出庭作证是留有余地的,并不要求证人一律要到庭作证,而是规定“证人确有困难不能出庭的,经人民法院许可,可以提交书面证言”(第70条)。《民事证据规定》又把“确有困难不能出庭”具体化为5种情形:年迈体弱或者行动不便无法出庭的;特殊岗位确实无法离开的;路途特别遥远,交通不便难以出庭的;因自然灾害等不可抗力的原因无法出庭的;其他无法出庭的特殊情况(第56条)。这至少表明出庭接受当事人的质询并不是必不可少的。从外国法律的规定看,虽然让

⑦ 是否需要鉴定、尤其是是否需要进行勘验,法官最清楚,所以在审判实务中这两类证据往往是法院主动去获取,并不需要当事人提出申请。

⑧ 在德国、法国、日本的民事诉讼制度中,当事人的陈述一般不作为证据方法,只有当法院依申请或者依职权询问当事人时,当事人的陈述才具有证据意义。

⑨ 根据有关方面的统计,证人的出庭率在各地法院从1%到8%不等。参见蒋惠岭:《重锤夯实事实审之迫切期待》,载《人民法院报》,2010年3月5日。

⑩ 有的证人向当事人表示,虽然不愿意出庭作证,但假如法院来向他调查,他愿意把所了解的案件事实告诉法官。

证人出庭作证是原则，但与出庭相比，证人用提交书面证言的方式作证在时间和费用上更为节约，所以在一些情况下，法律也允许证人用书面证言替代出庭，如德国 1990 年的《司法简化法》就允许法院在考虑作证的内容和证人的品格，认为证人提出书面回答已经足够的情况下，可以命令证人提出书面回答。法院在作出证人提供书面证言的决定时，无需取得当事人的同意。^④ 在证人确实不愿意到庭作证的情况下，由法院根据当事人的申请找证人询问后做成证言笔录，应该是一种更优的选择。^⑤ 为了保证当事人有质证的机会，法院在决定前往证人处所询问时，还可以通知双方当事人，让他们也到场。

（二）如何把握是否属于客观原因

在诉讼实务中，最难把握的是哪些证据当事人有权申请法院调取而法院又应当调取。这一问题虽然《民事诉讼法》和《民事证据规定》都作了规定，但实务中的把握却并非易事。在这一问题上，不仅当事人与法院之间常常存在着冲突，当事人认为自己的申请符合法律规定，但法院确认为所申请调取的证据并不属于法律规定的范围，而且一审法院与二审法院之间，受理再审申请的法院与原审法院之间，也会产生认识上的分歧。

出现上述困难并不奇怪，因为尽管《民事诉讼法》设定了“当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集”这一要件，尽管最高法院在《民事证据规定》中将它具体规定为三种情形，但这些规定在一些情况下其实并不能为法官在具体的案件中提供明确的指引。造成困难的原因在于，是否属于由于客观原因自己不能收集，不仅同案件的具体情况、证据的具体情况相关，而且也取决于当事人的具体情况，例如同样是企业的工商登记材料，如果当事人本人进行诉讼，就属于因客观原因不能收集，而假如当事人委托律师作为诉讼代理人，律师拿着律师事务所出具的介绍信和律师证就能够自己去收集。有些存在于企事业单位或者社会团体的证据材料，如果当事人社会地位比较高，本人去收集往往能够收集到，而那些社会地位比较低的当事人，自己去收集者常常会吃闭门羹。

在由当事人本人进行诉讼或者诉讼代理人并非律师的情况下，如果某一证据，只要当事人委托律师作为代理人就可以取得，法院是否可以一方面拒绝当事人调查取证的申请，另一方面建议当事人通过委托律师来帮助其收集证据呢？由于我国民事诉讼法并未采用律师强制主义，当事人未委托律师又有复杂的原因，再加上委托律师需要时间，反不如法院去调取来得快捷，所以只要符合调查取证的条件，法院应当采取调查取证措施。

当然，在对待当事人申请调查取证问题上，法院既要充分地保障当事人的这一权利，对符合法定条件的积极地、认真地去收集，也要防止把握的尺度太宽，对不符合条件的申请也去帮助当事人收集。就当事人而言，对一些本来通过自身的努力能够收集到的证据，应当自己去收集，而不能把这一困难的任务推给法院。

（三）申请调查银行存款是否要提供具体信息

在离婚案件中，一方当事人有时会主张对方存有“私房钱”，并请求法院向银行调查，以查明这部分被隐匿了的共同财产。而在当事人提出申请时，法院往往要求申请人提供存款银行的名称、存款的时间和数额，如果当事人不能提供这些信息，法院就会拒绝调查。

其实，在银行普遍采用电子计算机对储户的信息进行管理并且计算机已经联网的今天，存款的银行、存款的时间和数额这些信息不再是进行查询所必需的，只要当事人提供被查询人的姓名银行

^④ [德] 罗森贝格等：《德国民事诉讼法》（下），李大雪译，中国法制出版社 2007 年版，第 896 页。

^⑤ 由法官找证人作询问笔录比当事人或者诉讼代理人自己找证人写书面证言或调查笔录更好，且不说由当事人或诉讼代理人自己找证人，证人是否愿意提供书面证言或接受调查，即使证人愿意，由一方当事人或诉讼代理人获取的书面证言，对方当事人也会提出强烈的质疑。由法院去向证人调查则不同，其客观性和公正性一般是能够得到保证的。

就完全能够查询。对法院来说,帮助当事人调查也是非常容易完成的任务,不需要花费多少时间和精力。所以,对这样的调查收集证据的申请,法院不宜再设过高的门槛。只要当事人在申请中对对方当事人可能隐匿财产作出了合理的解释,法院认为存在着隐匿的可能性,就不妨启动查询。

(四) 申请调查取证的规则是否需要进一步具体化

同德、日等国当事人请求法院帮助收集证据的规则相比,我国的特点在于设立了一条一般性的规定,这样规范当事人和法院在这一问题上的关系,虽然有包容面宽的优点,但同时也存在着过于原则的不足。而在这一问题上,所涉及的显然不仅仅是提出申请的一方当事人与法院之间的关系,它有时还会涉及到申请人与被命令提交证据方之间的利益关系,涉及到对一方当事人证明权的保护与对另一方当事人、案外人技术秘密、商业秘密保护的冲突,所以需要更为明确、具体的规则来调整相关各方的利益。为了平衡各方的利益,同时也为了提供是否准许的尽可能明晰的标准,《德国民事诉讼法》针对举证人欲援引的书证在对方当事人、第三人或者在国家机关及公务人员手中用13个条文作了规定,^③具体规定了文书持有人在什么情况下有提出的义务,在什么情况下有权拒绝提出,申请人向法院申请时应当表明哪些事项,法院发出文书提出命令后文书持有人拒绝提交会产生什么样的法律后果。《日本民事诉讼法》第219-225条也用7个条文对当事人申请书证作了规定,规定的内容与德国的规定大体相同。我国关于申请调查取证的规则也有进一步具体化的必要,当下,我国的《民事诉讼法》正面临着再次修订,上述国家的规定对进一步完善我国的《民事诉讼法》,有着积极的参考价值。

【主要参考文献】

1. [德] 奥特马·尧厄尼希:《民事诉讼法》(第27版),周翠译,法律出版社2003年版。
2. [美] 杰罗姆·弗兰克:《初审法院——美国司法中的神话与现实》,赵承寿译,中国政法大学出版社2007年版。
3. [日] 小林秀之:《证据的收集》,杨本娟译,载《审判研究》2004年第6辑,法律出版社2005年版。
4. [德] 罗森贝格等:《德国民事诉讼法》(下),李大雪译,中国法制出版社2007年版。
5. 陈桂明:《民事诉讼中法院职权的弱化及其效应——兼对新旧民诉法典中几项制度的比较研究》,载《法学研究》1992年第6期。
6. 蒋惠岭:《重锤夯实事实审之迫切期待》,载《人民法院报》,2010年3月5日。

(责任编辑:肖建国)

^③ 参见:《德意志联邦共和国民事诉讼法》,谢怀斌译,中国法制出版社2001年版,第420-435条。