

# 民事诉讼中法官依职权调查取证的适度扩张 及“三层次”反向检视

## 论文提要:

民事诉讼法官调查取证是民事法官绕不开的“每日课题”。鉴于《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第九十六条明确限定了依职权调查的范围，导致实践中依职权调查取证出现了标准不统一、取证不规范等问题。是否可以合法合理适度扩展，回应实践困境，是本文试图回答的问题。

第一部分问题展现，本文从“超职权”“未依职权”“酌定依职权”调查取证等问题出发，阐明当前民事审判实践中法官依职权调查取证的现状。

第二部分原因及本质分析，为了将举证责任归还给当事人，民事诉讼法顺应时代发展趋势，对法官依职权调查取证进行了限缩，但是从案件审理实践看来，当前法律框架内法官依职权调查取证权的限度是窄的。但无论是奉行“当事人主义”还是“职权主义”案件得到公正的审判这个本质没有变，追求案件“实质真实”的价值导向没有变。因此需要灵活调整、并界定法官依职权调查取证的“度”。

第三、四分路径构建，笔者根据不同类型调查取证情况提出法官依职权调查取证权适度扩张之“三阶层”检视，即

律观点释明及证据释明用尽；以依职权调查取证介入“客观证明责任”从而打破真伪不明之事实认定困境；分类对调查取证结果进行必要性评估；通过以上三个层次，既扩张又制约，从而达到依职权调查取证之规范化适用。（全文共计11069个字）

### 主要创新观点：

1. 实证研究可视化：相比以往以民诉法理论及概念分类作为论据的研究方法，本文中引入大量已审结的案例，更加直观地展现出目前民事诉讼中法官依职权调查取证的现状。

2. 解决路径系统化：针对法官依职权调查取证标准不统一的现状，本文最后从实务角度出发，构建适度扩张之“三阶层”的具体路径，让民事诉讼中法官依职权调查取证真正具有可操作性。

3. 以解决本土化问题为目标：关于法官依职权调查取证，比较法上的讨论很多，但无论是辩论主义还是修正辩论主义下的“调查取证权”，本质上都是将证据收集的权利在法院和当事人之间进行平衡和切割。但无论理论如何发展，本质上要符合当前的司法实践和我国本土化法律发展的趋势。本文即紧紧围绕审判一线实践问题，并且回应新时代中国特色的法律问题。

以下正文：

审判实践中，法官对依职权调查取证的态度将法官分成了两个“派系”。一种是将客观真实和实体公正放在第一位，在当事人提供的证据不足以使案件事实清楚时，主动依职权调查取证，加强内心确信；另一种是根据辩论主义的诉讼构造，严格在民诉法及司法解释的框架内依职权调查取证，并根据证明责任来分配案件的举证责任。通过在法院系统内走访调查，法官对是否应当主动收集证据普遍存在认识不一致、把握尺度不一致的问题。一方面，对于当事人穷尽举证手段，案件仍处于真伪不明时，通过法官主动收集证据，可以实质上化解纠纷，从而减少当事人诉累。但另一方面，法官主动收集证据时，也存在质疑之声，在不涉及社会公共利益和案外人利益的情况下，法官“依据什么”可以替当事人一方主动收集证据。毕竟调查取证不是法官的义务，突破现行民事诉讼法关于法官主动调查取证划定的范畴，会对法官中立等程序正义原则形成一定的冲突。

与主动突破职权调查取证相反的是，在证据调查方面，法官职权行使不到位、不规范，“消极”调查取证的也并非个案。而该类案件，当事人几乎会在数月内再次起诉，其中部分案件本来是通过法官主动调查取证而避免当事人多次、反复诉讼的。因此，实践中的不规范，使得法官主动

调查取证，蒙上了一层“灰色”面纱，在职权行使不当的情况下影响了司法的权威性和人民群众的信赖感。

实践中更亟待统一标准的是，如果法官为了一次性解决纠纷而主动调查取证，法官依职权调查取证的界限及该界限的标准该如何确定，突破该界限是否沦为“滥用调查取证”？同样，应当依职权调查取证而不为，导致案件反复诉讼的，当事人如何救济？带着审判实践中的疑惑、司法中的矛盾与理论上的冲突，本文试图探究法官依职权调查取证的界限，以及如何利用法官这一“权利”保障纠纷一次性解决。

## **一、民事诉讼中法官依职权调查取证现存问题**

### **（一）法官“超职权”调查取证**

为了区别于法院应当依职权调查取证的情形，笔者调取B市A区基层人民法院2021年至2022年合同类及侵权类样本卷宗作为抽样统计，样本数量为200件。其中，涉及法院调查取证记录的案件有18件，包括电话联系笔录、现场勘验笔录、庭外调查笔录。其中卷宗中存有当事人调查申请的案件为3件，其余均为笔录形式。其中涉及机动车交通事故责任纠纷电话联系修理厂笔录5件、物业服务合同纠纷勘验笔录3件、涉管辖权调查笔录1件、向公安调证笔录3件，其他联系笔录6件。

合同纠纷及侵权类纠纷属于较为常见的案件，一般而言，法官在该类型案件中，主动依职权调查取证的空间较小。

举证责任本应属于当事人，法官的取证容易对中立性造成影响。但是，由于受到当事人举证能力、案件事实是否清楚等诸多因素影响，法院主动为其中一方调查取证的情形并不鲜见。

## （二）法官“未依职权”调查取证

一般而言，家事纠纷领域，当事人通常会申请法院调取人事档案、存款、债券、亲属关系证明、房屋档案材料等。通过抽样调取B市A区基层人民法院2018年至2023年1377件继承纠纷案件发现，撤诉案件共计562件，其中未交费按自动撤诉处理257件，申请撤诉305件，占比40.81%，其中以证据不足作为撤诉理由的案件占比较高。当事人重复案件82件，即撤诉后再次起诉41件，占比2.9%。

在调解案件中，多次起诉并且就相同事由提出调查取证申请的案件仍然存在。例如，在吕某1、吕某2、吕某3法定继承纠纷一案中，该3人作为法定继承人曾于2020年进行了一次法定继承纠纷诉讼，最终以调解结案，3人均分了其父母遗留的银行存款5000元。之后，吕某1、吕某2称在整理母亲遗物时，发现了多张母亲亲笔书写的其存款总数为362000元的纸张，吕某1、吕某2以对此事并不知情且当时实际知情的吕某3刻意隐瞒了此事，于2022年第二次提起继承纠纷诉讼，随后二原告申请撤诉，理由为需重新整理相关证据。2023年4月，吕某1、吕某2第三次以不当得利纠

纷起诉，证据材料与诉讼请求与第二次诉讼均相同。

在家事及非诉讼程序领域，德国和日本均采取职权探知主义，法院有权利并有责任就构成裁判基础的事实及证据进行收集。通过调研发现，在家事审判领域，虽然法官普遍会主动调查取证，但也存在一定“任意性”。如果严格按照当事人提供的财产信息为调查取证，不排除当事人会在后续诉讼过程中发现遗漏财产线索，并导致反复提起调查取证申请，或者反复提起诉讼。主动为调查取证，调查取证的限度又该如何把握？

### （三）法官“酌定依职权”调查取证

司法实践中，曾有法官提出，当事人充分举证质证后，待证事实达到 50%以上的证明程度，即只达到优势证据标准，但尚未达到“高度可能性”的证明程度时，法官可以酌定调查取证。<sup>①</sup>上述标准是实践中，法官对于除涉及国家利益、社会公共利益等之外一般类型民事案件，为查清案件事实、增强内心确信而为调查取证的标准。暂称之为酌定调查取证，但该种方式与一方当事人提交的证据所达到的证明程度这一单一维度连结，缺乏递进层次，也难免会对另一方当事人造成“证据突袭”之嫌。

此外，司法实践中当事人提交证据的方式多样，有的当事人甚至申请法官通过“走访”“调查”来印证自己提交证

---

<sup>①</sup> 参见李俊冰、李云梦：《在摇摆中抉择：民事诉讼中法院依职权调查取证的反思与重构》，第二十九届全国学术讨论会论文。

据的真实性、合法性及关联性。在笔者审理的一起养老服务合同纠纷案件中，原告作为向社区老年人提供服务的工作者要求被告公司按约定支付服务费。根据合同约定，原告需要每月服务完成 100 位老人，并通过拍照上传系统等方式证明已完成工作任务。被告答辩称，原告 2022 年 11 月只服务了 75 位老人，未按照合同约定完成任务且未拍照上传相应资料，故法院应当驳回原告全部诉讼请求。原告则主张，有的老人不愿意且不配合相关服务，且客观上被告未向原告提供 100 位老人名单。原、被告对合同实际履行情况陈述差距较大。从被告提交的证据来看，原告确实存在未在规定期限内服务 100 位老人的客观事实。原告除向法庭提交自己书面记录的服务情况外，无其他相关证据，严格按照合同约定，原告可能白白付出了几个月的劳动。双方举证后，法官不足以使法官对任何一方的主张内心确信。经合议庭讨论，有的法官主张前往服务的村子实地走访老人进行调查，有的法官主张依据被告提交的证据判决驳回原告诉讼请求。

根据上述“酌定调查取证”的标准，原告提交的证据尚不足以达到优势证据标准，以上述酌定调查取证为标准，法官主动调查应当受限。但从“案件真实”的角度，笔者认为上述案件，法官有为调查取证之必要，但如何主动调查取证，在调查取证之前有何“必要之功课”尚需进一步讨论。

#### **（四）明为申请调查取证实为依职权调查取证**

实践中，法官在审理过程中发现案件事实不清、证据不足，直接调查取证或者通过给一方当事人调查令方式调查取证，都是常见的取证手段。而且，部分当事人提出的申请调查取证，实质上法官指导下的“后补”的，本质上法官根据案件审理的需要，认为案件应当补强证据，故而“要求”一方当事人提出取证申请，从而为调查取证又披上合法的外观，实际上该类“调查取证申请”既不符合程序性要求也不符合中立性的要求，且无从对法官该职权的行使进行监督。

## 二、适度扩张法官依职权调查取证权的必要性分析

### （一）法官依职权调查取证权的法律规范限定过窄

我国现行法律对法官依职权调查取证权的规定体现在《中华人民共和国民事诉讼法》第六十七条<sup>②</sup>、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称《民诉解释》）第九十二条、第九十六条<sup>③</sup>、第一百二十一条、第九十二条、第三百六十八条，主要限定在涉及身份关系、国家利益、社会公共利益等应范围内。

从法律沿革及司法改革的脉络来看，其实是在不断限缩法官依职权主动调查取证，而主要通过由当事人提出相关申请的方式进行调查取证。意在回归民事诉讼的本质，让审判

---

<sup>②</sup> 《中华人民共和国民事诉讼法》第六十七条第二款规定，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。

<sup>③</sup> 最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释第九十六条规定，民事诉讼法第六十七条第二款规定的人民法院认为审理案件需要的证据包括：（一）涉及可能损害国家利益、社会公共利益的；（二）涉及身份关系的；（三）涉及民事诉讼法第五十八条规定诉讼的；（四）当事人有恶意串通损害他人合法权益可能的；（五）涉及依职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等程序性事项的。除前款规定外，人民法院调查收集证据，应当依照当事人的申请进行。



者回归中立，让当事人为自己的诉讼行为负责。但是基于案件办理的需要，法官总是倾向于查清案件事实，让自己审理的案件可以经过内心的审问、内部的评查、外界的评价以及历史的考验。

例如在笔者审理的门某诉郭某劳务合同纠纷一案中，原告门某要求被告郭某支付拖欠的工资、生活补偿、医疗费等。原告关于工资的证据仅为自己的陈述以及施工现场的照片。被告郭某辩称，原告应起诉承包该工程的劳务公司，自己只是介绍人。原告门某称，不知道被告郭某所说的公司情况，被告郭某是“包工头”，就应该由他支付工资。法院向双方释明是否追加相关被告后，双方均未提出相应申请，且均未进一步举证。面对此类情形实践中，法官一般会主动调查被告提及的相关公司信息，并主动询问相关情况、调取证据，并根据实际情况决定是否依职权追加其他主体作为被告或者第三人，并要求其提供相应证据。假使法院不主动调查相关情况，而仅凭当事人申请调查取证或者提交证据，不仅案件事实难以查清，在被告怠于应诉或者消极应诉的情况下，诉讼周期也会无限拖延。类似于劳务合同纠纷等，一方当事人为相对弱势群体，且举证能力较弱时，真正让当事人完全为自己的诉讼行为负责，似乎并不符合当前的国情。

## **（二）适度扩张法官依职权调查取证权符合纠纷一次性解决的理念**

最高人民法院党组书记、院长张军在国家法官学院 2023 年春季开学典礼上在论述关于怎样推进民事审判理念现代化时指出，“在一审的时候就要把化解矛盾、服判息诉的功课做足，止于至善，尽量避免可以不发生的后续诉讼程序”。因此，在严格依法履职的前提下，根据案件实际情况能动司法，探索既符合现代民诉法理念又能动调查取证的方式，可以避免发生前文提及的吕某法定继承纠纷案反复诉讼的情况。同样的，有的案件当事人因为证据不足主动撤诉了，但是该类案件并未真正得到化解，还会再次诉至法院，再次增加法院及当事人的审查及诉讼成本。

## **（三）不必拘泥于比较法上“分离原则”之概念**

比较法层面，在民事诉讼中，虽然大陆法系国家的法官在证据方面的影响力也程扩大趋势，但法官依职权调查取证的内涵与我国还是存在较大差别。以德国为例，在辩论主义等程序原理下，对于事实和证据由谁提出的问题，法官的证据调查权与当事人的证据收集（取证）权是分离的。德国法官依职权调查取证权须经当事人提出，且证据收集由当事人进行，法官通过职权提出命令的方式命令相关方提出证据。只有在家事、非诉讼程序及部分程序性事项上可以突破“不经申请不得调查”。

我国在调查取证方面没有上述“分离原则”之传统。相反，我国的传统是马锡五式的，是深入基层进行调查。有学者提出重构调查取证权，需抽象出证据调查权与证据收集权。证据收集权仅限于当事人，法官只负责证据调查，法官的权力框定在法庭之内，杜绝庭外调查取证产生的公正性问题，同时扩大法官依职权提出证据的权力，直接要求（命令）证据源头提出证据。<sup>④</sup>

笔者认为不必拘泥或者纠结于“当事人主义”还是“职权主义”的二元划分。也不必拘泥于证据收集权与证据调查权的概念之争。过度陷于概念之争或者从定义角度界定调查取证权，更多是基于形式理性的逻辑推演，而非对于实践问题的直接回应，更难有效的运用于实践。我国的民事诉讼模式之所以天生带有强烈的职权主义色彩，这与我国的历史传统以及建国初期的国际环境、政治环境密切相关。虽然民事诉讼法及民事诉讼法解释关于法官依职权调查取证，是朝着当事人主义诉讼模式转变，但仍然只是一个“程度”的变化，这个程度的界限之外就是法官依职权调查的“度”。但无论程度如何变化，让案件得到公正的审判这个本质没有变，在确保公正的前提下兼顾效率的要求没有变。“以事实为根据以法律为准绳”的价值目标没有变。这也是尽管对于法官依职权调查取证权的指责甚至废除之声接连不断，然而我国理

---

<sup>④</sup> 参见袁中华：《论民事诉讼中的法官调查取证权》，载《中国法学》，2020年第5期。

论界和实务界多数人仍然坚守追求客观真实的现行法官取证模式。因此，只要适度扩张法官调查取证权没有违背上述原则，即没有改变公正审判之本质，可在合理框架内讨论其扩张之前提。

#### **（四）适度扩张法官依职权调查取证权符合追求案件“实质真实”的价值导向**

关于法官主动调查取证，批判的主要原因是违背中立原则。对此，笔者认为，固然从权利属性来看，提出证据属于当事人的诉讼权利，与法官享有的审判权利是不同的，但是两者在“查清案件事实”的目标上是一致的。法官依职权调查取证虽然表面上看，是补强了一方的证据，但法官的初衷和目的不是偏袒，而是查清事实。因此，从追求案件“实质真实”的角度，不仅没有违背中立性原则，反而是促进了案件的公平性。如果，只是为了恪守“形式上的中立”，导致一方对判决不服，反复诉讼，更是损害了司法的权威性和效率性。

在对证据的收集上，当事人与法院并不是对立的关系，而应该是共存共生、相辅相成的合作关系，在这个合作关系中法官必须适时、适当地行使司法职权、调查证据，才能更好地解决民事纠纷。<sup>⑤</sup>诉讼当中，法官与当事人应共同担负起实现诉讼目标的重任，法院对于当事人的举证工作应当加

---

<sup>⑤</sup>参加吴梦寒：《法院依职权调查证据研究》，2020年苏州大学硕士学位论文。

以督促和指导，使得当事人能够在法定的期限内调查收集到充分的证据材料，而不至于有所遗漏。从这个角度法官依职权调查取证，更像是法官行使释明权那样，是起到诉讼“指挥”的作用。

### **三、法官依职权调查取证权适度扩张之“三阶层”检视**

#### **（一）“第一阶层”之检视：法官通过法律观点释明促使当事人穷尽举证**

正如前文所述，当前，法院依职权调查取证体现在，法官可以在案件涉及身份关系、国家利益、社会公共利益时依职权调查取证。而除此之外的一般民事案件，如果诉讼中并没有相关迹象或证据表明对该案事实的认定会损害他人合法权益，法官是不能主动依职权调查取证的。但是，这与司法实践中，法官为了查清案件事实“超职权调查取证”的现状是不相适应的。那么一般的民事案件，怎样启动依职权调查取证，才能不影响中立性、权威性以及公正性，从而符合程序正义呢？

一般而言，法官依职权调查取证之前要遵循这样的顺序：第一，当事人收集和提供证据；第二，当事人及诉讼代理人提出申请，法官审查后通过发送协查函、调查令等方式协助当事人调查收集证据；第三，法官依职权依法收集证据。但这样的顺序，是有缺陷的。因为，在法官为主动调查取证之前，忽略了法官在诉讼中所充当的“诉讼指挥”这一角色。

而这一指挥的模式应当是证据释明。

庭审中，在双方充分辩论的基础上，当事人对法律关系、法律构成要件及案件事实的认识与法官不一致，而法官不能正确行使释明权时，可能造成裁判突袭或者后续的再次诉讼，甚至信访。尤其是法官认为证明案件争议焦点的证据不充分时，能否规范行使释明权会影响当事人的“证据准备”。此时，区别于一般程序性的释明，法官应进行必要的法律观点释明。法律观点释明不是简单的权利义务告知，他是法官对案件重要事实的法律认识与心证，是真正影响案件审理走向的释明，是影响当事人对案件审理结果预期以及避免裁判突袭的释明。

此处的法律观点释明，不同于弥补当事人法律知识不足的“释法”，而是随着庭审中双方辩论、举证质证之后，案件事实仍处于真伪不明，或者一方当事人对法律关系的理解存在明显偏差时，有法官向其进行法律观点释明，此处包括，诉讼请求释明、抗辩权释明、案件事实释明、法律观点指出（建立在案件焦点问题基础上，法官对当事人主张的事实、证据等形成的综合性的法律评价），而上述释明旨在平衡法官“优势信息”与当事人“弱势信息”之间的鸿沟。

通过前述庭审过程、辩论过程以及法官就法律观点的释明，旨在确保当事人明确案件争议焦点，并就证据提出的方向，与法官就案件事实的认识不存在偏差。

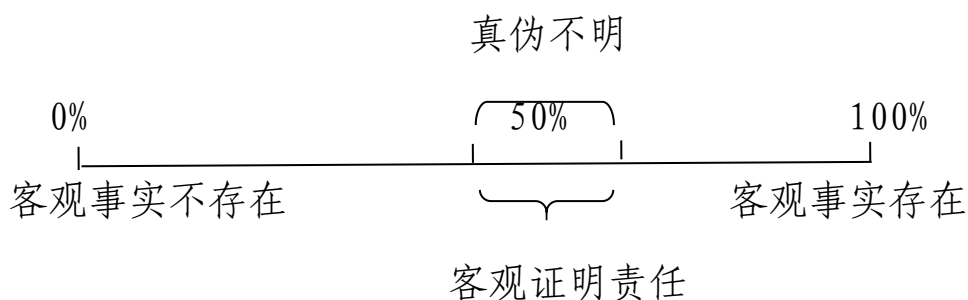
当事人对于案件争议焦点充分辩论后，贯穿于其中的证据释明工作也已穷尽，此时当事人对于证据是否充分，或者举证的方向应当是清晰的。此时，如果证据尚不充分，当事人因客观原因无法调取的证据可以申请法院调查取证，或者法院认为可以由当事人调取的证据，可以出具调查令。此外，如果证据调取由当事人调取存在客观障碍，且案件事实仍不清楚，则需根据具体情况，进入下一阶段的判断。

## **（二）“第二阶层”之检视：事实认定真伪不明时以法官依职权调查取证作为“客观证明责任”之补充**

传统的三段论要求法官需要在认定事实的基础上才能适用法律。在事实认定真伪不明时，只能通过适用证明责任得出不利于本证方的判决。当穷尽法律观点释明及证据释明后，主张方提出的证据本身无法使法官形成事实存在或者不存在的心证；或者单独考虑任何一方当事人提供的证据，各自主张的事实都能够得到法官的认定，由于两种事实针锋相对不能同时为“真”，法官也只能将事实认定为真伪不明。事实真伪不明时，客观证明责任成为了裁判方法的落脚点，指引法官在无法形成心证时，何方负担不利后果的问题，至于举证责任的分配规则，取决于实体法的规定。德日即采用上述三分式证明责任模式，即事实存在、不存在和真伪不明三种可能。

但是，如果仅通过证明责任进行裁判，作为结束存在个

案证明困难的手段，而未能发挥法官发现事实的能动作用，与证明责任的理论也是背道而驰的。<sup>⑥</sup>



图一：三分式证明责任模式

关于证明责任，《民诉解释》第90条第2款<sup>⑦</sup>与第108条第2款<sup>⑧</sup>，虽然都规定了败诉后果的承担问题，但其证明责任的模式是不同的。其中《民诉解释》第90条第2款没有规定真伪不明状态下的法律适用问题，而是将其与法官确认不存在的事实同等看待。实际上，在司法实践中，明确区分正确适用两者是困难的。对此，笔者于2023年7月4日，在中国裁判文书网中以“真伪不明”作为检索词，共检索到64829篇文书，在上述检索到的判例中，由部分文书确实涉及对真伪不明的认定。粗略以“《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一百零八条”作为检索词，仅检索到72篇文书。可见一审法官在事实认定上如履薄冰，难以遵循三分式证明责任模式。而且在上述语

<sup>⑥</sup> 曹志勋：《民事一审裁判技术研究：以事实认定技术为中心》，法律出版社，第402页。

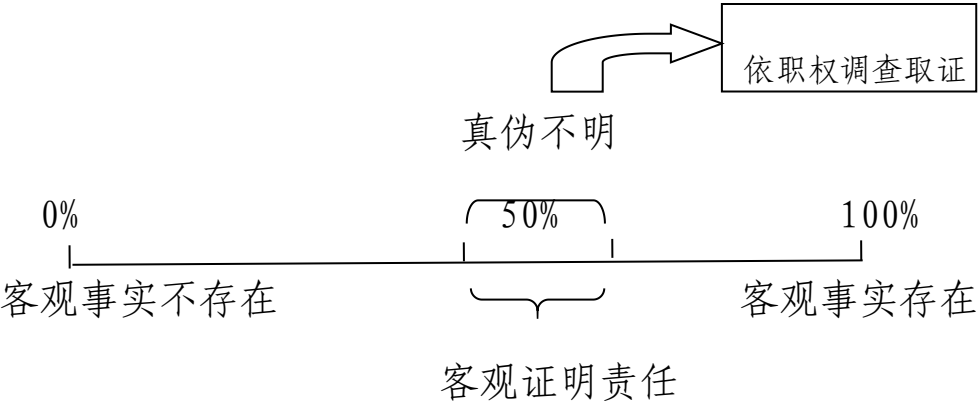
<sup>⑦</sup> 《民诉解释》第九十条第二款：“在作出判决前，当事人未能提供证据或者证据不足以证明其事实主张的，由负有举证证明责任的当事人承担不利的后果。”

<sup>⑧</sup> 《民诉解释》第一百零八条第二款：“对一方当事人为反驳负有举证证明责任的当事人所主张事实而提供的证据，人民法院经审查并结合相关事实，认为待证事实真伪不明的，应当认定该事实不存在。”



境下，直接在裁判文书中认定真伪不明也使法官面对相对困难的说理负担。

因此，对于上述事实认定的困境，笔者认为应当发挥法官发现事实的能动作用，在可依职权调查取证的场景，积极发挥法官依职权调查的能动作用。如果通过职权调查取证，可以补强一方证据从而指引法官形成心证时的裁判，或许可以破解证明困难面前的“破局”。因此法官应当在适用客观证明责任之前，尝试是否可以通过依职权调查取证查清案件事实。

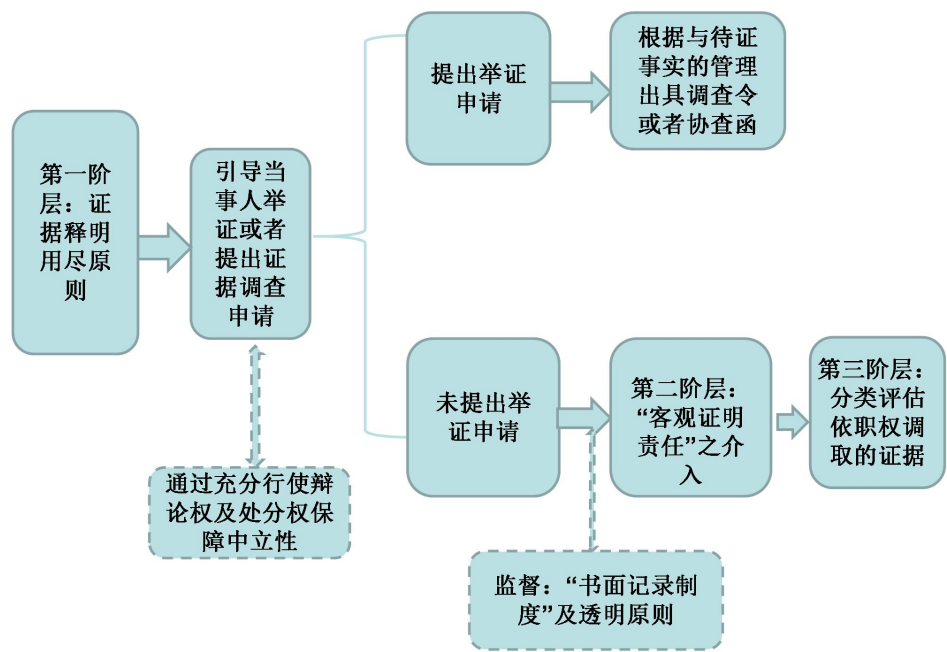


图二：在客观证明责任模式中介入法官调查取证

例如在门某诉郭某劳务合同纠纷一案中，原告门某提交向被告郭某主张工资的证据只有自己单方记录的情况说明，被告郭某一直称自己只是介绍人，不给门某记录考勤、发放工资，自己与门某向谁提供劳务无关。在事实真伪不明的情况下，如果适用客观证明责任，应当由原告门某承担败诉风险。但是该案件语境下，存在法院依职权调查取证的可能性，

即通过追加门某所在的建筑工地、劳务公司等，综合判断是否追加相关被告等，从而查清案件事实。

图三：启动依职权调查取证三阶层流程图



**（三）“第三阶层”之检视：以案件是否达到“实质真实”为标准分类评估依职权调取的证据**

为防范法官依职权调查取证之任意扩张，在案件“真伪不明”时，即便笔者认为依职权调查取证可以破解客观证明责任之困境，有利于保障案件实质公平，但依然应对法官依职权调查取证进行必要的限制。实践中，已经出现当事人在提交上诉状时，将一审法官依职权调查取证作为上诉事由之一，主张法官“违法调查取证”侵害己方权益。对此，笔者认为可以区分调查取证的类型对调取的证据进行综合评估。毕竟，即便存在法官依职权调查取证的“空间”，法官调取的证据可能是直接证据，也可能是不能作为判断依据的间接

证据，因此还需进一步对调查取得的证据进行评估，从而综合决定是否可以作为认定案件事实的依据。依据调查取证的方式，可以分为以下三类：

第一，待调查事实指向与本案争议事实相关的案外人。如前文所述，在养老服务合同纠纷案中，原告要求被告支付服务费用，但其证据甚至达不到 50% 的优势证据标准。而且服务对象又是不特定的每月 200 位老人，直接驳回原告诉请，具有合同依据，但是不符合公平原则，亦可能对社会养老服务起到负面的舆论。因此，法官可通过实地走访、抽样调查等方式主动依职权调查取证，对于调查取得的证据，如果是涉案相关方的陈述，该抽样调查取得的案外人陈述，具有客观参考性，取证结果经当事人质证，可以作为认定案件事实的依据。

第二，待调查事实指向与一方证据相关的间接证据。例如，在笔者审理的山东力步公司诉河北雄安公司、盛世岩森公司合同纠纷一案中，山东力步公司向河北雄安公司支付服务费，由河北雄安公司将产品上行至其拥有合法授权的 40 家养老驿站进行展示，河北雄安公司为证明其以及履行义务向法院提交其拍摄的带有时间、地点水印的照片，证明已经在各个养老驿站对产品进行展示，但山东力步公司对证据真实性并不认可。原、被告对己方主张的事实均初步举证，举证的事实彼此矛盾，案件事实真伪不明。此时，按照前文论

述，法官可以依职权调取相关证据，向 40 家养老驿站经营者核实相关情况。但是主动为调查取证，该案外事实状态是不确定的，即经营者可以存在记忆力不准确，或者店铺没有监控等情况。对此，笔者认为在此种情况下，法官可主动为调查取证，作为补强或者否定一方证据的一种方式，但无论法官如何力求“客观”的进行调查取证，该种方式仍具有一定的随机性。因此，该种调查方式不宜直接作为认定案件事实的依据，本质上是对一方提交证据是否真实性的“检测”。如果该调查取证结果，可以间接证明一方证据为“真”，仍需须知当事人对法院调取的证据进行质证，从而作为间接认定一方证据的依据。

第三，待调查事实指向法院酌定的相关标准。涉及需要进行评估鉴定的案件中，不乏部分当事人经法院释明仍不申请鉴定而要求法院依法判决，那么判决时法官有时会征询第三方意见，或者是鉴定机构、或者是相关专家，亦或者是相关政府机构。因此该类调查结果并非认定案件事实的依据，而常作为法官酌定相关金额、确定相关标准的参考，笔者认为因该种调查获取的结果，无需经双方当事人质证，但是需要形成书面记录，留附卷备查。

以上三阶层为“递进式”关系，既对于一般民事案件，如果法官需依职权主动调查取证，需首先通过“法律观点释明”使当事人穷尽举证；，其次案件陷入“真伪不明”，通

过法官依职权调查取证具备查清案件事实的可能性；最后应结合具体调查取证的类型、场合、并综合全案事实对法院依职权调取的证据进行整体评估，从而决定是否作为认定案件事实的依据。通过以上步骤，既保证通过扩张法官依职权调查取证达到一次性解纷和公平争议的目的，又通过设置相对严谨的步骤防范法官肆意依职权调查取证。

#### **四、适度扩张法官依职权调查取证权的监督措施**

##### **（一）法官依职权启动调查原因书面记录制度**

毕竟，对于民事诉讼法解释第 96 条五种法定依职权调查取证的情形之外的案件，法官主动调查取证，应当予以适度扩张。但是为了保障司法的中立性、权威性以及公正性，应该对法官依职权调查取证权以必要的方式进行监督。对此，笔者认为，可以通过书面记录制度进行规范及监督。规范是指，通过书面记录方式记载启动调查的对象、时间、内容、调查人员、启动调查原因、调查经过等内容。监督是指，该书面记录应该作为工作记录，存入卷宗副卷备查。

一方面，通过书面记录制度记载法官依职权调查取证的必要性，可以防范一般民事案件启动该程序的“任意性”，确保法官在主动调查取证前，充分的通过正确行使释明权的方式，督促或者指挥当事人充分提交证据；另一方面，存入副卷备查，可以使二审或者再审法院在案件后续审理过程中，更加清楚事实调查及证据调查脉络；此外，如果因为法

官依职权调查取证而造成的“中立性困扰”，或者由此导致的一方当事人信访，均可通过书面记录，及时给出合理解释与回应。

## **（二）庭外调查取证程序透明原则**

如果是法官就案件事实向法庭外第三方征询观点、意见或者进行取证，需明确告案外人诉讼案件案号、当事人、调查背景、调查目的等真实情况而不应有所隐瞒或者遗漏。如果是个人，应通过笔录或者执法记录仪等记录上述情况。如果是单位，协查函应当载明上述情形。尤其是如果上述事实作为判决依据时，应当留存备查。例如，在继承纠纷中，当涉及房屋价值时，当事人可能不申请鉴定，但当该房屋市场价值又是作为判决金额的重要依据时，法官可能征询第三方机构或者有关机关的相关意见，该意见作为法官酌定的重要依据，在调查时应当透明且正当。又如，在法院通过实地走访、抽样调查等方式作为调查取证方式时，法官的中立性关系到各方当事人的利益，因此调查取证应严守程序透明原则，才能经受住各方的质疑。

## **结语**

从民事诉讼法改革的方向来说，将举证责任交还给当事人其发展的趋势。但是，在中国本土的法律文化传统所带有的“深入调查”以及对“实质真实”的追求亦是根植于无数

法律人内心的优秀法律文化的组成部分。因此，把握好法院职权调查的“度”，在一般民事案件调查取证中把握好“三阶层”递进式关系，让法院在合理的范围内依照法定的程序进行职权调查，不仅可以发挥法院在调取证据方面的优势，还可以让案件得到公正、高效的审判。

附作者信息：

1. 王晨，男，1988年生。现任湖北省安陆市人民法院党组副书记、副院长。联系方式：18671626658，邮箱：102881505@qq.com。

2. 马莹，女，1990年生，中央民族大学民商法专业研究生，法学硕士。现任北京市东城区人民法院立案庭（诉讼服务中心）法官助理。多篇论文在期刊上发表，参与执笔的《东城区人民法院“和立方”诉源治理》等系列工作报告获最高人民法院、中国法学会等领导重点批示，合作撰写的《“信息不对称”理论下释明权的行使与纠纷一次性解决》的获第三十三届全国学术讨论会三等奖、《家事裁判文书中“暴力语义因素”的识别与拆解》获第三十四届全国学术讨论会二等奖。联系方式：18600861816，邮箱：maying0614@163.com。