

律师持令取证的实践现状与制度构建

——以浙江省为例的实证研究

胡铭 赵青航¹

【摘要】“律师取证难”是困扰民事诉讼司法实践的突出问题。本文以浙江省的裁判文书和律师访谈为样本，对律师取证方式进行实证研究，以便揭示律师取证的实践现状。实证分析显示，律师自行取证和申请取证这两种传统的法定取证方式的效果不佳，而地方自行推行二十余年的律师持令取证展现出强劲的现实需求和实践效果。但调查令制度存在缺乏法律依据、有地域适用限制等问题，导致律师持令取证时常受阻。从立法层面亟需建立一套系统的调查令法律制度，从而适度拓宽律师的取证渠道，助力法院更加准确、全面地查清案件事实，促进司法公正。

【关键词】 自行取证 申请取证 持令取证 协同主义诉讼模式

司法实践中，“律师取证难”已是多年热议的难题。民事诉讼中的律师取证现象更为普遍，而民商事律师取证制度究竟在实践中是何种样态，是否有进一步完善的空间？上述问题的解答亟需采用实证研究方法，在探析实践逻辑的基础上研究制度完善的路径。本文围绕上述实践难题，主要开展了两项实证分析。其一，从律师取证数据和访谈切入，以位于杭州市的浙江 J 律师事务所本部及在浙江省六地开设的分所（以下统称为 J 所）为例展开实证分析。¹先调取、整理 J 所相关数据和资料，再随机抽取该所 60 位以民商事诉讼为主要执业领域的律师进行深度访谈。其二，从法院视角入手，通过 Alpha 案例检索系统检索出浙江省三级法院共计 2109 份裁判文书，²并随机抽取出 400 份裁判文书作为案例样本进行实证分析。

一、法定取证模式下律师取证效果的实证分析

在民事诉讼实践中，“争执很少涉及到对所确认的事实情况的法律判断”，“更多时候当事人是对已经发生的事，即对事实情况，发生争执”。³也就是说，多数甚至大多数案件，尤其是一审案件源于事实问题的争议。法院审理和裁判案件应当以事实为根据，所谓以事实为根据集中体现为以证据为根据对案件事实作出认定。由此也决定了诉讼中双方当事人之间的攻击防御主要围绕着事实问题展开。

我国《民事诉讼法》第 67 条第 1 款和第 2 款确立了律师的两种取证方式，即自行取证和申请取证。前者是律师取证的主要方式，后者是补充方式，二者结合成为现行的律师取证法定模式。这种取证模式突出了律师在取证中的主导作用。近三年来 J 所的律师共代理了 5608 件民商事案件，其中需要取证的民商事案件共计 1137 件，占 J 所全部民商事案件的 20.2%。可见，在 J 所律师接受委托的民商事案件中，有相当比例的案件是需要律师进行取证的。这在一定程度上体现出取证是民商事律师的一项常规性工作，而律师的取证效果将直接影响到当事人的诉讼效果。在访谈中，有 75% 的 J 所律师表示其在取证时受到了较大的阻碍。如此之高的比例引起了笔者的关注，促使展开更为细致的实证探究。

（一）律师自行取证：缺乏司法强制力的保障

《民事诉讼法》第 64 条规定，代理诉讼的律师有权调查收集证据，可以查阅本案有关材料。据此，律师在接受当事人委托

¹基金项目：国家社科基金重大项目（18ZDA137）；浙江大学国家制度研究院和国家“2011 计划”司法文明协同创新中心的研究成果

的条件下有权调查、收集、查阅并向法院提供与案件有关的证据。律师自行取证强调其凭借个人力量调取相关证据并提供给法庭，其实质是当事人取证手段的延长。

奠定民商事诉讼案件基本走向的基础性工作证据的收集。相较于不具备法律专业素养的当事人，律师取证最大的优势在于其专业和经验方面的优势，这是普通当事人所不具备的。基于此，不少当事人愿以支付报酬为对价聘请律师代为参加诉讼。实践证明，在民事诉讼中，律师可凭借其经验、技巧和智慧从相关单位或个人处调取相关证据，也更能说服证人和鉴定机构有关人员出庭作证。

不仅如此，律师还拥有普通当事人所不具备的取证身份优势。访谈发现，律师的身份优势虽然没有得到法律的确切背书，但在实践中确实存在。我国的许多行政机关只向律师打开了取证的通道，未向当事人本人开放。受访律师例举了以下案例：

例 1:2018 年，J 所的一位律师接受当事人的委托，委托内容仅有一项，即向 H 市某区市场监督管理局查询某公司的内档。该律师表示，之所以当事人必须委托律师前去查询公司内档，是因为这项看似简单的工作是当事人自己无法完成的。H 市市场监督管理局于 2015 年下发的《关于进一步做好律师查询市场主体档案资料服务工作的通知》以便利律师调查取证为原则，对律师在 H 市地区的市场监督管理部门查询市场主体档案资料作出了详尽的规定。律师认为，虽然这份《通知》没有明文禁止当事人前来调查取证，但拒绝向当事人打开调查取证通道乃是文件的应有之义。(IN04)⁴

“律师作为法律专业人士，本身不属于个案中的利害关系人，较当事人更容易获得有关单位和个人的信任，因此取证相对较顺。”(IN03)然而，律师相比于当事人的身份优势远不足以为其取证提供充分的保障。虽然法律赋予律师以调查取证的权利，但这种权利的性质具有完全的民间性，没有国家强制力作为保障，取证效果多取决于被调查单位或个人的配合与支持，在这一点上律师自行取证与当事人自行取证其实没有区别。倘若被调查者积极支持律师的取证活动，那么律师就可能成功获取证据。访谈结果表明，有 48%的律师表示律师取证最大的难题就是有关单位和个人不予配合。有 32%的律师明确表示由于法律没有规定有关单位和个人拒绝配合取证后的救济手段，律师根本无法维护其执业权利。这是律师自行取证的重大难题。

三年来 J 所律师在案件代理过程中采用自行取证方式取证的案件共计 406 件，其中取证成功的案件有 54 件，比例仅有 13.3%。在访谈中，有 60%的律师认为大部分行政机关是愿意配合律师自行取证的，但在向公安、财政、建设、规划等国家机关自行调查取证时易被受拒。有 85%的律师表示向个人、银行、证券交易所、电信、医院等单位取证时常遇困难。甚至有律师认为，“在缺乏制度支持的环境下，律师自行取证能否成功主要还是靠运气”。(IN49)

(二) 律师申请取证：在司法实践中欠缺可操作性

在不少案件中，非但当事人客观上无力承担证据收集的责任，律师亦是如此。为弥补当事人及律师取证能力的不足，《民事诉讼法》第 67 条第 2 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，人民法院应当调查收集。《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》(以下简称为《民诉法解释》)第 94 条将“因客观原因不能自行收集的证据”作了宽泛的列举。概言之，这类证据都是制度上不允许私人取得、法院却可以接近的信息。⁵当律师在自行取证受阻时求助于法院帮助其实现取证的权利，此即律师的申请取证方式。与自行取证的民间性相比，律师申请取证的本质是申请法院以强制手段调取证据，其最大的特点是律师一旦成功申请法院调查取证，这种取证行为便具有了国家强制力，被调查的单位和个人一般都会提交证据，出具书面证明或出庭作证。

“法院作为国家司法机关，具有律师不具有的权威地位与公信力，这种权威和公信力必然有利于促使有关单位或者个人配合法院调查收集证据。”(IN36)另外，法院的调查取证权是以制裁作为后盾的，对不合作者，设置障碍者，可以采取罚款、拘留等民事诉讼强制措施。所以，当律师因客观原因无法取证时，由法院基于律师的申请调查收集，对于当事人获得证据确有显著的作用。

但是，律师申请取证方式也有固有的弊端，其不能从根本上解决律师取证难的问题。三年来J所律师在案件代理过程中采用申请取证方式取证的案件只有155件，其中取证成功的案件更是只有19件，申请取证成功的案件比例仅为12.3%。2020年，J所律师取证成功的案件比例更是低于10%。根据访谈结果，有90%的律师认为申请法院调查取证存在较大困难。“律师申请取证最明显的问题是，当前我国法院（尤其是基层法院）的民事审判面临案多人少、司法资源紧张的严峻形势。在这样的背景下，法院对申请取证的范围往往从严把控，多数情况下就以《民诉法解释》第95条规定驳回了律师的取证申请，若律师寄希望于法官频频挤出时间去亲自调查取证，显然不具可操作性。”（IN17）“法院会倾向于对当事人及其诉讼代理人不能自行提供证据的‘客观原因’作限缩性解释，从而缩小了律师可以申请法院调查收集的证据范围。何况，所谓的‘客观原因’本身就存在较大的解释和裁量空间。”（IN28）不仅如此，法院拒绝了律师调查取证的申请后，律师无法获得有效的司法救济。此外，也有学者指出，在当事人主义诉讼模式下，证据的提出主要由当事人自行负责，导致实践中极有可能出现法官怠于查明事实真相、案件审理质量下降的现象，进而损害了司法权威，还会为虚假诉讼提供机会。⁶

二、律师持令取证运行现状的实证分析

调查令是指民事诉讼当事人或代理律师因客观原因无法取得诉讼所需要的证据，经代理律师申请并获法院批准，由法院签发代理律师向协助调查人收集所需证据的法律文书。笔者将律师持法院签发的调查令向协助调查人取证的方式称为律师持令取证方式。这种取证方式的运用突破了法定的律师取证模式。其中，调查令制度是律师持令取证最重要的制度载体。

如上所析，律师在法定取证模式下确实存在“取证难”的困境，经常遇到各种阻碍，难以完成取证工作，影响律师正常履责。为解决这一难题，各地推出了不少改革举措，其中最常见的举措就是由律师向法院申请调查令。上世纪90年代末，上海市长宁区人民法院创造性地开始试点推行律师向法院申请调查令的做法。本世纪初，上海市高级人民法院颁布《上海法院调查令实施规则（施行）》，在全市范围内推行调查令制度。上海法院系统成为我国调查令实践的发源地。之后，山东、北京、浙江⁷、四川等地相继出台适用于当地的调查令规则。根据笔者的统计，截至2021年3月底，全国已有逾二十个省、直辖市、市、县区在探索试点调查令制度。调研发现，有95%的J所受访律师向法院申请过调查令，所有受访律师均肯定调查令的制度价值。可见，调查令制度的实践基础比较深厚。

（一）律师持令取证的成功率

笔者选择以2018年至2020年J所收案的251件涉及律师持令取证的民商事案件为研究样本，并对律师进行深度访谈。J所律师持令取证的实施现状分析如下：

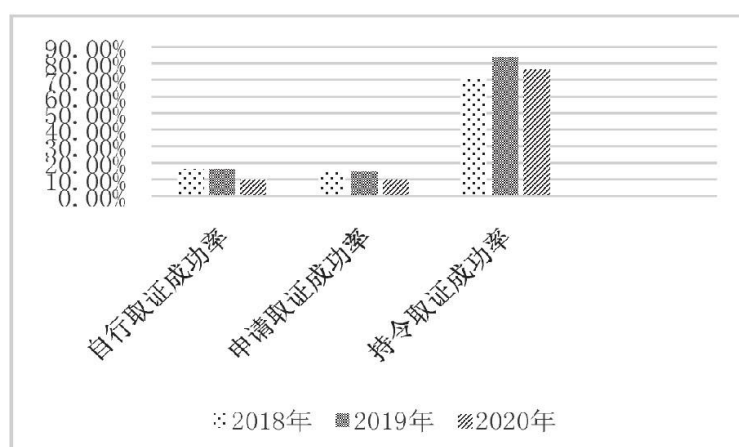


图 1 2018 年至 2020 年 J 律师事务所律师三种取证方式成功率对比图

三年来 J 所律师采用持令取证方式取证的案件共计 251 件，其中持令取证成功的案件有 192 件，比例高达 76.5%，远高于自行取证和申请取证成功的比例（见图 1，分别为 13.3%、12.3%）。⁸在笔者随机抽取的裁判文书中，法院准许调查令申请的案件数量高达 368 件，其中律师持令取证成功的案件数量达到 344 件，成功比例为 86%。这充分体现了律师持令取证的成功率很高。根据访谈结果，持令取证的效果显著优于自行取证和申请取证的主要原因有下述两点：

1. 持令取证以司法强制力为必要保证

在当事人主义诉讼模式下，因法院恪守不干预原则，同为私权利主体的律师和当事人只能自行采取平和的方式获取相关证据，享有的只是欠缺义务设定、救济途径、强制保障的“自然意义上的权利”，无法享有同司法机关强制对方交出证据般的“权力”。最终很可能出现因律师客观取证不能致使案件事实无法查清的情况。

持令取证方式以加强法官与律师的良性互动关系为着力点。区别于自行取证方式的是，持令取证方式是律师向法院提出申请后，法院继而签发协助律师取证的调查令，律师持此调查令便代表法院向有关单位和个人进行调查取证。“调查令上负载的调查取证权正是存有法院司法权力的背书，因而具有官方性、强制性的效力，其威慑力必然大于单纯的民间取证。”（IN09）根据案例检索结果，实践中，法院会根据《民事诉讼法》的有关规定对不配合律师持令取证的协助调查人作出罚款的决定。例如山东省招远市人民法院曾对某市公安局拒不配合调查取证的行为处以 10 万元的罚款。

2. 持令取证更能有效地发挥律师在取证中的积极作用

持令取证区别于申请取证的是，法院并不亲自实施取证活动，而是由律师在法院向其签发调查令后径行取证，它从形式上看依然属于律师自行实施的取证活动，只是律师的这种取证获得了法院的肯定、支持与授权。⁹两种取证方式相比，“持令取证最大的优势在于其能更充分地发挥律师作为专业法律代理人在事实调查和证据收集中的作用”。（IN14）律师借助获取的证据向法官全面展示案件事实，有助于保障当事人的合法权益。

“司法正义是零售业务，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。”¹⁰然而，我国法院（尤其是基层法院）案多人少、司法资源有限的矛盾非常突出，在如此形势下，律师大量的取证申请很难得到充分满足，导致取证效果大打折扣。有学者指出，作为诉讼代理人的律师在当事人自我利益与自我责任的激励下具有充分收集证据的内在动力，¹¹能让法官更加专注于司法裁判，提升审判效率，实现司法资源的优化配置。

（二）律师持令取证的受阻情况

与律师访谈的结果显示，总体上律师持令取证成功的数量多于取证失败的数量，取证成功 1-3 件的比例最高（56%）。但依然可以看出实践中取证受阻的情况还存在较高比例（见图 2），失败 1-3 件的比例也不低（27%）。

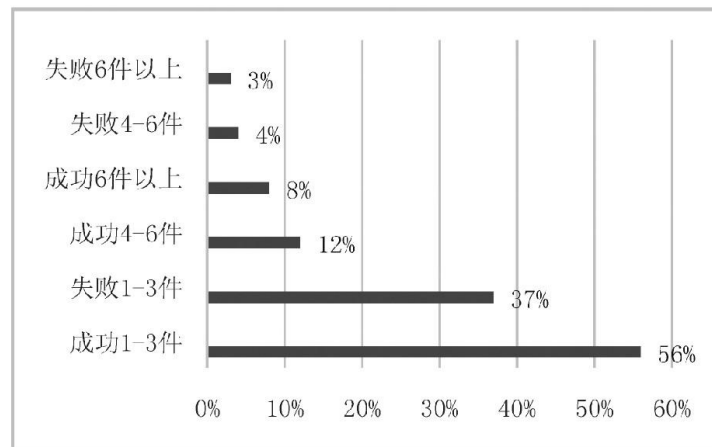


图2 2018年至2020年J律师事务所律师持令取证成败率分析图

三年来J所律师持令取证失败的案件数量为59件，共涉及23位律师。笔者对该23位律师进行逐个访谈，并对这59起案件进行梳理。结果显示：律师持令取证受阻的情形主要发生在使用法院已经签发的调查令进行取证时（54例，占91.5%）。其中，有39次受阻是因协助调查人拒绝配合，有15次受阻是因需调取的证据不在协助调查人的控制之下。也有少部分受阻情况发生在律师申请法院签发阶段（5例，占8.5%），理由皆为需调取的证据与待证事实无关联。

考虑到J所仅有5个在申请法院签发阶段受阻的案例，样本不够全面。为保证样本的充足性，笔者对随机抽取的400份裁判文书中的32份裁判文书（其载明法院不准许律师调查令申请）进行分析。经过统计（见图3），有23份裁判文书写明的理由是申请调查令调取的证据“与待证事实无关联、对证明待证事实无意义或者其他无调查收集必要的”，有4份裁判文书写明的理由是“属于当事人自行取证的范围”，有2份裁判文书写明的理由是“已超过举证期限”，有2份裁判文书写明的理由是“证据不属于调查令的取证范围”，还有1份裁判文书写明的理由是“涉及第三人商业机密”。

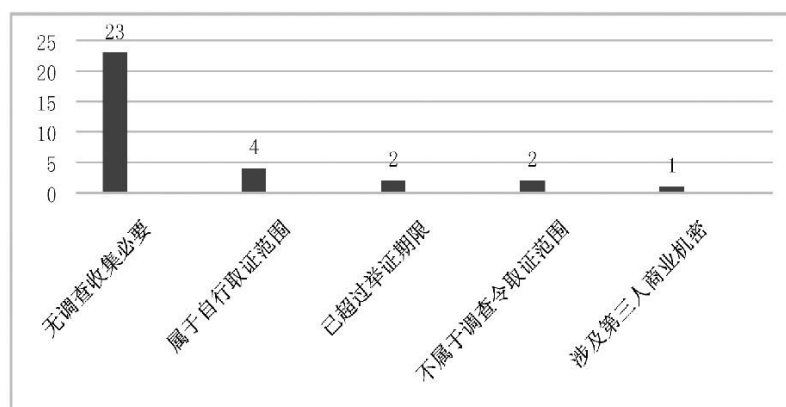


图3 律师持令取证在申请法院签发阶段受阻的理由

为探究相关单位不愿配合律师持令取证背后的深层次原因，笔者对杭州某银行分管法务工作的副行长进行了访谈，他表示：“部分银行不愿意配合律师持令取证其实是无奈之举。目前调查令制度没有法律依据，各地的调查令适用规则仍不完善，不排除一些律师会利用持令取证侵犯被调查对象的隐私，实践中已经发生过被调查对象以违法泄露个人金融信息为由向监管部门投诉

银行的事件，给银行的声誉造成了极为恶劣的影响。银行从监管合规和金融消费者权益保护的角度考虑，最保险的做法就是拒绝律师持令取证，要求由法官亲自调取证据，实际上这样的做法也不影响取证效果，还能避免职业风险。”（IN61¹²）

实践中，如何平衡律师持令取证权与保护被调查对象的秘密、隐私已成为了摆在协助调查人面前的一道难题，如过分重视前者而轻视后者，协助调查人恐会面临被调查对象投诉甚至被起诉的境遇。南京市某派出所就曾依据调查令载明的调查取证内容（被调查对象的开房记录）被调查对象诉至法院，请求法院确认该行政行为违法。经审理，法院认定配合律师持令取证是公安机关的法定协助义务，所以本案不属于行政诉讼的受案范围，最终驳回了被调查对象的起诉。由此，“保护机构的商业秘密和公民的隐私是立法者需要着重关注的方面”。（IN61）从司法实践和访谈情况来看，律师持令取证常受阻的主要原因有以下两点：

1. 调查令制度缺乏法律依据

目前国家法律尚未确立调查令制度，即使某一地区的法院已颁布调查令规则，当地仍有相当数量的机构或部门拒绝律师持令取证。受访律师谈到，律师持调查令在有关部门取证时被拒，这些部门的主要理由是在没有国家法律规定的情况下，该部门必须遵守本系统内的有关规定，法院开具的调查令对其没有约束力。

例 2:2018 年，J 所的一位律师在代理一起离婚诉讼时，曾向 H 市某区人民法院申请调查令，调取对方当事人的税务信息。法院开具调查令后，律师赴 B 市某区税务部门取证，但遭到税务部门的拒绝。交涉时，税务部门讲明了其拒绝律师持令取证的理由：《B 市国家税务局纳税人涉税保密信息管理实施办法》第 14 条只规定了法院、检察院和公安机关依法查询纳税人涉税保密信息时应当由两名以上工作人员到主管税务机关办理，但并未写明律师可持令前往取证，所以税务部门是不受理律师持令取证的。律师以《关于委托调查制度的若干意见（试行）》（B 市高级人民法院于 2004 年颁布）和《关于充分保障律师执业权利，共同维护司法公正的若干规定》（B 市第四中级人民法院在前者的基础上于 2015 年出台）作为驳斥税务部门的理由，但税务部门不采纳，律师持令取证失败。（IN15）受访律师介绍，甚至有金融机构直接主张调查令制度与其所遵循的法律有直接的冲突，不认可调查令的效力。

例 3:2019 年，J 所的一位律师在办理一起合同纠纷案的过程中，持调查令向三个省的六家银行取证。但有四家银行以《最高人民法院、中国人民银行关于依法规范人民法院执行和金融机构协助执行的通知》第 1 条的规定（法院查询被执行人在金融机构的存款时，执行人员应当出示本人工作证和执行公务证，并出具法院协助查询存款通知书）为由拒绝接收调查令，银行认为法院的执行人员查询尚需出具其本人的工作证和执行公务证，律师仅凭调查令查询便更无依据。另有一家银行认为调查令制度与《商业银行法》第 29 条、第 30 条的规定相抵触，拒绝配合律师持令取证。（IN35）

分析随机抽取的 400 份法院裁判文书可知，调查令制度的合法性得到了浙江省绝大部分法院的肯定，但仍有 3 份裁判文书对调查令制度的合法性提出质疑，主要涉及诉前、二审期间及再审审查期间律师申请调查令的合法性，法院均以调查令缺乏法律依据为由不予准许。

我国《民事诉讼法》曾经过多次修正，期间虽也曾将调查令制度纳入修订草案之中（IN62）¹³，但该制度最终没有被确立。作为保障律师执业权利基本法的《律师法》虽经多次修改，但亦未涉及调查令制度。至今，在全国人大及其常委会颁布的法律中没有关于调查令制度的法律规定，因此必需清楚地认识到，持令取证不属于律师的法定取证方式。

2. 各地调查令规则均有地域适用限制

二十多年来，多地法院先后出台了四十余份与调查令制度相关的司法文件，仅省级的高级人民法院制定的调查令规则就多达二十余份。然而，地方司法文件存在严格的地域适用限制，导致调查令规则缺乏适用的统一性，其已成为律师持令取证最明显的制度障碍。

例 4:2020 年, J 所的一位律师在办理一起股权转让纠纷案时, 持 Z 省某法院开具的调查令向 S 省某国有公司调取证据材料。但公司拒绝配合, 其理由为 S 省高级人民法院联合另外 16 家单位最新发布的《关于在民事诉讼中实行律师调查令制度的暂行规定》中没有规定调查令可以适用于除发布该规定的 17 家单位以外的组织, 且 Z 省的调查令适用规定对 S 省的公司也不具有约束力, 故公司认为其没有配合持令取证的义务, 拒绝向律师提供证据。(IN32)

笔者对随机抽取的 400 份裁判文书进行统计, 涉及律师在省外持令取证遇阻的裁判文书有 5 份。律师持令取证失败后只能向法院申请调取证据(有 3 份裁判文书载明), 或只得由当事人承担举证不能的法律后果(有 2 份裁判文书载明)。

有时, 为确保外地的协助调查人能够根据当地法院开具的调查令向律师提供证据, 部分法院会将其规定的拒不配合持令取证的处罚措施扩大适用于外地协助调查人, 以此强制协助调查人在规定时间内向律师提供证据。受访律师举了一例:

例 5: 某律师根据 Z 省某法院出具的调查令向外省某银行调取证据, 但银行拒绝配合。后法院根据 Z 省高级人民法院调查令规则中的处罚规定向银行送达了《预罚款通知书》, 要求其在指定期间内提供证据, 否则将依据《民事诉讼法》的相关规定采取罚款的措施。银行这才配合律师的取证工作, 律师得以获取涉案关键证据。但 Z 省法院根据该省的司法文件对外省的银行作出预处罚的决定, 该行为的合法性本身就是值得商榷的。(IN59)

笔者梳理了全国现行有效的三十八份调查令适用规则, 发现各规则里对调查令的适用阶段、适用对象、证据种类、申请和签发程序、内容、罚则、相关监督管理措施等内容均有不同的规定, 但上述七项规定实为调查令制度的核心内容, 确有统一的必要性。“目前各地对调查令制度的规定不尽一致, 律师在适用时常无所适从。有些法院甚至连调查令的名称都不统一, 有的法院称之为‘委查函’, 有的法院称‘协查函’。2012 年, 我向 L 省某公司出示 J 省某法院出具的《协查函》, 公司表示对《协查函》这种司法文书闻所未闻。”(IN50)

三、体现协同主义诉讼模式的律师持令取证制度

上述实证研究显示, 律师自行取证和申请取证的效果皆不佳, 反倒是地方自行推行多年的律师持令取证有着较好的取证效果。但这只是司法实践展现的表象, 其背后是协同主义诉讼模式在近年来的勃兴。所谓协同主义诉讼模式, 是指民事诉讼中法院(法官)运用职权发挥能动作用, 与当事人及律师实现充分地相互沟通与协作, 从而使法官和当事人及律师在事实发现、程序促进等方面共同推进民事诉讼程序的一种模式。¹⁴协同主义诉讼模式针对传统当事人主义和职权主义诉讼模式的不足, 通过确保法官权力运用与责任强化, 促进法官与当事人在诉讼中的互动。

我国近三十年的民事诉讼制度演进呈现出法院职权弱化、当事人作用强化的趋势, 当事人(及律师)取证义务的加重就是例证。当前两种法定的取证方式是当事人主义诉讼模式的典型表现形式。然而, 当事人主义诉讼模式往往是建立于双方当事人在这场司法竞技中诉讼“武器”(最典型的即是取证能力)对等的假设之上, 其在实际适用过程中极易导致形式上平等、实质上不平等的弊端, 这在一定程度上会加剧人民群众对司法正义的疏远感。¹⁵协同主义诉讼模式以加强法官与律师的良性互动关系为着力点, 要求法院在诉讼资料收集层面面对当事人予以协助, 从而为当事人提供实质性程序保障。¹⁶律师持令取证的性质正是法院以签发调查令的方式对律师调查取证给予支持。¹⁷律师持令取证方式是当前协同主义诉讼模式的重要体现, 在此有必要以协同主义为理论指导对持令取证的基本规则进行阐释。

(一) 法官与律师围绕取证平等对话

协同主义的核心是法官和律师之间的协力合作, 那么, 彼此之间的商谈沟通就显得尤为重要。即协同是目标, 商谈是方式。多年前, 哈贝马斯将法律商谈理论引入司法裁判领域, 主张通过主体之间的平等沟通和交流来达成最终的共识, 强调程序参与者的主体性, 即对话的参与者必须要学会去聆听他人的意见, 通过参与者之间意见的相互表达和说服, 最终达成共识。¹⁸在民事诉

讼中，双方当事人（及代理律师）和法官都是商谈的主体，他们通过交往行为的实践来发现事实和寻找法律，并以形成关于裁判内容的共识为目标。¹⁹

心理学研究表明，虽然法官控制着整个诉讼程序，但当事人（及律师）对于案件的参与度、控制度才是其认为正义是否获得实现的一个重要的考量标准。²⁰由此，在诉讼过程中，法官应视案件需要，以平等对话的姿态与律师进行沟通交流，在证明阶段的主要表现即是法院对律师取证的协助。这其中至少应包含三项基本要求，一是法官应仔细听取律师表达的申请持令取证请求、事实和理由；二是法官不得拒绝律师合理的持令取证申请，应及时以签发调查令的方式协助律师取证；三是，若法官不同意律师提出的持令取证申请（而这份证据又是当事人非常重视的），应再次聆听律师的意见，综合考量后作出最终决定，若结论还是否定的，须详细说明理由。

（二）以协作发现真实作为诉讼使命

法官与律师以协作发现真实为诉讼使命系协助关系建立的基础。江必新大法官曾精辟地指出：“‘发现真实’作为诉讼所努力实现的价值之一，具有超越法体系或法文化的普遍意义。”²¹律师虽不似法官居于中立的诉讼地位，但忠于事实应该优先于忠于他的当事人。由此，协助关系得以建立的根本原因在于法官与律师在诉讼中的使命具有一致性，即协作发现真实，其对实现民事诉讼制度的目的异常关键。律师应从维护当事人利益的角度出发查清事实真相，最大限度地调查取证，将挖掘、还原出的客观事实形塑成为法律真实，为法院的正确裁判提供事实依据。故笔者建议在民事诉讼证明活动过程中，由代理律师主导证据的调查与收集，法院则发挥一定的积极作用给予律师必要的协助，切忌认为取证是律师的“分内工作”便与自己无涉。这么做的目的是为实现矛盾纠纷的实质性化解奠定坚实的事实基础，法院和律师共同维护法律的正确实施，实现社会公平与正义。

（三）法官释明权的适时行使

必要时法官应行使释明权以协助律师申请持令取证。法院对律师持令取证的协助具体表现在律师申请调查令的各个环节，更为关键的是，协同主义要求法官应合法行使释明权，对律师的调查取证作出必要、公开的说明、提示和指导。因为从发现真实的角度来看，诉讼指挥权的妥当行使可以完善诉讼资料，使案件裁判建立在更为接近事实真相的事实基础之上。²²在德国，加强法官实质指挥诉讼已成为民事诉讼的潮流所向，其衍生出的“对话诉讼”作为自由和高效诉讼文化的产物，在当事人和法院之间创造出了一种诉讼作业共同体的形式。“这种模式在辩论主义的框架范围内凸显了法官的主动角色和法官在事实阐明问题上的协助责任；法官通过与当事人开诚布公的对话以及全面积极主动地行使实质指挥诉讼的义务，避免了突袭裁判，提高了判决的正确性以及程序效率，并最终促使诉讼尽可能在一个审级结束。”²³我国学界一般认为法官的释明包括在事实认定上的心证公开义务和在法律观点上的开示义务。其中，心证结论公开的目的是让当事人和律师用尽证据资源，而用尽证据资源的前提必须是将证据材料收集齐全。为此，对于认定事实所需要的证据是否充分，当事人是否需要继续补充证据材料，是否已使法官产生确信的心证，法官有必要公开。如果法官认为双方的举证没有使其形成心证时，应积极释明双方及时补充证据材料，从而便于律师围绕法官的心证结论开展富有效率的取证活动。²⁴

（四）对律师违法取证行为的制裁

法院有权制裁律师在持令取证过程中的违法行为。法院对律师的调查取证行为予以协助，是以自己的职业信誉作为保障的，所以律师在获得调查令时立即生成了对法院负责的义务。国家既要保证律师充分行使执业权利，在司法过程中发挥其应有的作用，又要对那些知法犯法、破坏规则的行为进行制裁。²⁵现实中存在不少律师滥用调查令，辜负法院的司法信任甚至妨碍诉讼的行为，破坏二者间的协助关系，例如凭调查令获取证据后未在规定期限内将证据提交受诉人民法院的，不当使用、泄露持令获得的证据或者信息的，伪造、变造调查令或者伪造、变造、隐匿、毁灭持令获得的证据的，等等。各地调查令规则都明确了签发调查令的法院拥有制裁律师这些违法行为的权力。

四、持令取证制度的构建路径

鉴于律师持令取证的运行效果，具有中国特色社会主义司法属性的调查令制度有必要在全国范围内施行统一。下文将具体论述调查令制度在立法层面的构建路径。

（一）由法律确立调查令制度

调查令制度必须以国家立法形式作出规范的原因如下：第一，党的十八届四中全会提出了“做到重大改革于法有据”的要求。2014年10月，《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》指出：“实现立法和改革决策相衔接，做到重大改革于法有据、立法主动适应改革和经济社会发展需要。实践证明行之有效的，要及时上升为法律。”《关于深化律师制度改革的意见》提出要完善律师收集证据制度，这基本表明中央有决心要完善包括调查令在内的律师证据收集制度。第二，调查令制度属于全国人大及其常委会专属立法权的范畴。《立法法》第8条规定诉讼制度只能由法律规定。诉讼制度是国家关于诉讼程序和诉讼方式的统一规定，诉讼要解决的是公民的基本权利和义务，解决的程序和方式应由法律规定。²⁶调查令制度属于《民事诉讼法》中的证据收集制度，规定调查令制度的直接目的是拓宽当事人及其代理律师的取证渠道，增强其取证能力，从而最大程度地保障法院查明案件事实，并最终国家的名义解决当事人之间的权利和义务。²⁷因此，调查令制度必须且只能由国家法律直接规定。国家立法机关应及时修改《民事诉讼法》的相关规定。笔者建议：第一，在《民事诉讼法》第六章“证据”中增设一条：

第XX条【调查令制度及效力】代理诉讼的律师因客观原因不能自行收集的证据，可以向人民法院申请调查令，由律师持令调查收集证据。调查令的具体规则由最高人民法院规定。

代理诉讼的律师持调查令向有关单位和个人调查取证，有关单位和个人不得拒绝。

第二，修改《民事诉讼法》第67条第2款的规定，将律师排除在申请取证的主体范围之列，即以律师持令取证方式全面代替律师申请取证方式。由此，律师取证只有两种法定方式，即自行取证和持令取证（见图4）。

如果国家立法机关认为现阶段直接修改《民事诉讼法》的条件仍不成熟，需要先行先试的，可按照法定程序授权最高人民法院在部分地区开展适用调查令制度的试点。一旦获得授权，改革创新就是在宪法和法律的范围内进行的。²⁸试点期满后，实践证明是可行的，再修改完善有关法律；实践证明不宜调整的，则恢复施行有关法律的规定。

（二）通过司法解释细化调查令制度

迄今为止，最高人民法院的司法规范性文件虽尚未对调查令制度作出规范，但其一直在酝酿以司法解释的形式作出统一规定。例如2001年最高人民法院在制定《关于民事诉讼证据的若干规定》时，起草组成员曾将调查令制度纳入征求意见稿中，但考虑到彼时调查令制度新生，需留待进一步的探索与总结，故未作出规定。近年来，最高人民法院在起草有关民事诉讼制度的司法解释时，也尝试过建立调查令制度，但国家立法机关以《民事诉讼法》尚未确立调查令制度，司法解释不宜规定为由，不建议在司法解释中率先规定有关调查令的内容。（IN63）²⁹

此外，《关于认真贯彻律师法依法保障律师在诉讼中执业权利的通知》《关于全面加强知识产权审判工作为建设创新型国家提供司法保障的意见》《关于依法制裁规避执行行为的若干意见》《关于进一步加强金融审判工作的若干意见》等一系列司法规范性文件里的相关内容表明了最高人民法院对于调查令制度的认可态度。这些文件有时甚至成为了地方法院制定调查令规则的直接依据。不仅如此，最高人民法院还曾发布典型案例，从保护当事人权益的角度肯定了调查令的适用。

由此，在《民事诉讼法》作出相应修改后，笔者建议：

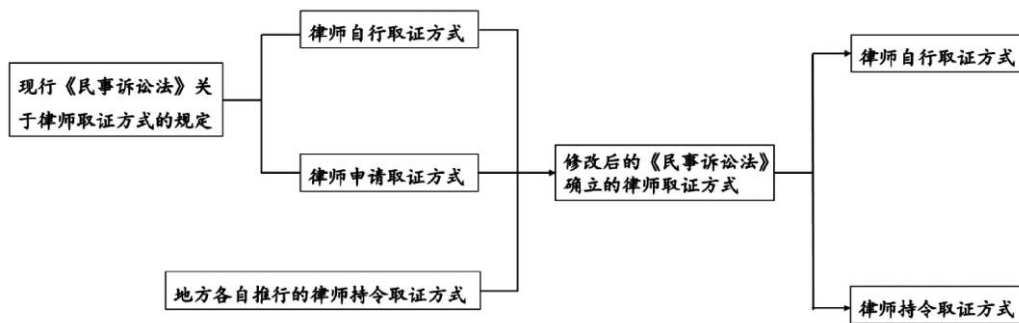


图4 《民事诉讼法》修改前后关于律师取证方式的规定

第一，最高人民法院应随即修改《民诉法解释》，一是明确“代理诉讼的律师因客观原因不能自行收集的证据”之范围，该范围可与现行《民诉法解释》第94条规定所列的三种情形一致。二是在《民诉法解释》中增设一条：

第XX条【人民法院不予准许调查令申请的情形】代理诉讼的律师申请调查令调查收集的证据，与待证事实无关联、对证明待证事实无意义或者其他无调查收集必要的，人民法院不予准许。

第二，为保证调查令制度的系统性和可操作性，最高人民法院宜制定一部《最高人民法院关于律师调查令制度的若干规定》，规范调查令制度的主要内容。最高人民法院还有必要统一调查令申请书和调查令的样式，将其制作的文书样式附于其内。

（三）部门规范性文件作出相应调整

《民事诉讼法》修改后调查令制度虽会上升为国家正式的法律制度，可若要在实践中运行通畅，国家有关部门应对其之前出台的部门规章、规范性文件中涉及调查取证的部分作出相应的调整。《关于深化律师制度改革的意见》更是提出要完善律师收集证据制度。届时有关部门更应及时修改有关规则，从而保障律师的持令取证权。³⁰

同时，我国长期的法治实践中存在一种多主体联合发文的普遍现象，在目前地方调查令规定的推行中就有所体现。比较典型的是天津，2017年10月，天津市法院、检察院、司法局、地税局、国税局、金融工作局、国土资源和房屋管理局等十三家单位联合印发了《关于依法保障律师调查权的若干规定（试行）》，对调查令制度作出了详尽的规定。之后，律师持调查令赴以上十三家单位取证便不再存在制度性障碍。虽然多主体联合发文制定具有规范性内容的文件确有可商榷之处，但总体而言，这种做法可以确保一份规范性文件在多个行政管理领域内统一适用，不仅可以提升适用的效果，还减少了规范性文件的制定和实施成本。鉴于此，可由最高人民法院联合国务院的市场监督管理、公安、海关、金融和不动产登记等部门共同发文，以一种“宣示性”的方式保障律师在民事诉讼中的持令取证权，以期在各部门系统内更顺畅地施行调查令制度。

（四）清理地方调查令规则

目前多数地方的调查令规则在第1条写明其立法依据是《民事诉讼法》和《律师法》的相关规定，³¹甚至还有规则直接指明是《民事诉讼法》第64条、《律师法》第35条。³²这是法条援引错误，“没有上位法依据”已成为这些规范性文件备受诟病的最主要原因。待国家层面有关调查令制度的法律、司法解释、部门规章等法律渊源完备后，地方规则的“混乱”局面就应结束。各制定机关应及时清理，修改与上位法相冲突的规定。若司法解释已作出明确且细致的规定，地方规则中与之类似且无需再细化之处，则尽可废除，确保调查令制度在全国范围内得以统一适用。

注释:

1 之所以选择以 J 所作为调查对象,考虑的是 J 所是浙江省规模最大的综合性律师事务所之一,总部位于杭州市,并在杭州市钱塘区、宁波市、温州市、台州市、湖州市、绍兴市开设分所,业务覆盖浙江全省。近十年来, J 所在业内以民商事诉讼业务见长,平均每年的民商事诉讼业务创收占全所总创收的一半以上。律师取证工作往往反映的是特定情境下的经验和感受,广泛抽样统计分析可能无从把握其细节和微妙之处。因此,在本研究中,主要采用了代表性律师事务所的数据调查和随机抽样访谈的方法。

2 在 Alpha 系统中,以“浙江省”“民事”“调查令”作为关键词进行案例检索。

3[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 页。

4 此处统计的二审、再审案件,既包括之前已委托 J 所代理过一审或二审的案件,也包括单独委托 J 所代理的二审或再审案件。

5 出于尊重受访律师意愿和研究伦理的考虑,本文在引用相关访谈内容时隐去了他们的个人信息,并做了化名处理。为明确起见,笔者对访谈进行了编号,其体例为“INXX”,其中“IN”代表访谈(interview),“XX”代表受访律师在访谈中的编号。例如 J 所的受访律师共有 60 位,“37”即笔者按顺序访谈的第 37 位律师。

6 王亚新、陈杭平、刘君博:《中国民事诉讼法重点讲义》(第二版),高等教育出版社 2021 年版,第 120 页。

7 杨严炎:《论民事诉讼中的协同主义》,《中国法学》2020 年第 5 期。

8 近年来,浙江省高级人民法院先后出台了三个调查令适用规则:2014 年发布了《浙江省高级人民法院关于民事诉讼立案审查阶段适用调查令的意见》(浙高法[2014]1 号),2018 年发布了《浙江省高级人民法院关于在民事诉讼和执行程序中试行律师调查令的若干意见》(浙高法[2018]109 号),2020 年发布了《浙江省高级人民法院关于规范律师调查令制度的办法》。

9 据报道,浙江省高级人民法院自 2018 年 7 月起试运行调查令制度的近一年内,全省法院共发出律师调查令 11640 件,成功调查收集证据的 11486 件,占比为 98.7%。参见张纵华:《律师调查令制度的完善与规范》,《人民法院报》2019 年 5 月 6 日,第 2 版。

10 陈瑞华:《刑事辩护的理念》,北京大学出版社 2017 年版,第 336~337 页。

11[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。

12 曹建军:《论民事调查令的实践基础与规范理性》,《法学家》2019 年第 3 期。

13 因为该杭州某银行分管法务工作的副行长不在 J 所 60 位律师的访谈之列,所以用“61”表示其访谈编号。

14 上述内容系笔者与全国人大常委会法工委民法室某立法工作人员访谈得知。因为该工作人员不在 J 所 60 位律师的访谈之列,故用“62”表示其访谈编号。

15 唐力:《辩论主义的嬗变与协同主义的兴起》,《现代法学》2005 年第 11 期。

16 王福华：《民事诉讼的社会化》，《中国法学》2018 年第 1 期。

17 熊跃敏、张伟：《民事诉讼中的协同主义：理念及其制度构建》，《法治研究》2012 年第 1 期。

18 在笔者随机抽取的法院裁判文书中，有 1 份裁判文书对调查令制度的性质作出了认定，即调查令制度实为法院委托律师取证。浙江、江西等省份的调查令适用规则将律师持令取证定性为法院依法授权律师取证。笔者认为将律师持令取证定性为法院对律师的授权或委托，是有失偏颇的。一来，法院把取证权力授权或委托给律师，并没有上位法依据。二来，委托权限范围内的行为后果应由委托人承受，然而律师持令取证的效果最终是归属于当事人而非法院的。笔者认为，在日益强调法官与律师以发现真实为目标进行协作的当下，持令取证的性质应是法院对律师取证的协助。

19 任岳鹏：《哈贝马斯：协商对话的法律》，黑龙江大学出版社 2009 年版，第 56 页。

20 段厚省：《诉审商谈主义——基于商谈理性的民事诉讼构造观》，北京大学出版社 2013 年版，第 164 页。

21 马靖云：《司法商谈机制的构建及其功效》，《华东政法大学学报》2018 年第 4 期。

22 江必新：《加强法官律师良性互动探索构建协同诉讼模式》，《中国律师》2018 年第 3 期。

23 许可：《民事审判方法——要件事实引论》，法律出版社 2009 年版，第 279 页。

24[德]罗尔夫·施蒂尔纳：《当事人主导与法官权限——辩论主义与效率冲突中的诉讼指挥与实质阐明》，周翠译，《清华法学》2011 年第 2 期。

25 胡铭：《司法公信力的理性解释和构建》，《中国社会科学》2015 年第 4 期。

26 郑戈：《保护律师权利，促进人权事业发展》，《人民日报》2017 年 7 月 7 日，第 9 版。

27 全国人大常委会法制工作委员会国家法室编著：《中华人民共和国立法法释义》，法律出版社 2015 年版，第 57 页。

28 冯玉军主编：《新〈立法法〉条文精释与适用指引》，法律出版社 2015 年版，第 49 页。

29 胡健：《习近平“重大改革于法有据”思想探析》，《云南社会科学》2015 年第 3 期。

30 上述内容系笔者与最高人民法院某审判员访谈得知。因为该审判员不在 J 所 60 位律师的访谈之列，故用“63”表示其访谈编号。

31 值得一提的是，2018 年 3 月，国土资源部制定的《不动产登记资料查询暂行办法》已认可了律师持法院的调查令申请查询不动产登记资料的取证方式。

32 例如广州市中级人民法院制定的《关于民事诉讼律师调查令的实施办法（试行）》。

33 例如重庆市高级人民法院制定的《关于在民事诉讼中试行律师调查令的意见》。