

民事诉讼非法证据排除规则刍议 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/471/2021_2022__E6_B0_91_E4_BA_8B_E8_AF_89_E8_c67_471870.htm

内容简介：非法证据排除规则源自证据的合法性特征，也是现代诉讼制度中一项具有普适性意义的证据规则，本文对非法证据排除规则在民事诉讼中的适用及其特殊性作出了初步探讨，认为非法证据排除规则在民事诉讼中对诉讼价值的衡平以及人权的保障都具有重要的意义。但非法证据排除规则的适用应当加以一定的限制，笔者提出了两个判断标准：一是重大违法性，二是利益衡量性。在我国民事证据立法中，应当就陷阱取证、偷拍偷录、私人侦探、测谎证据等非法证据排除规则在适用中经常涉及到的问题加以规定。关键词：证据的合法性 可采性 利益衡量 责任机制 非法证据排除规则通常适用在刑事诉讼领域，目的在于保障国家侦查机关依法行使侦查权，防止对公民合法权益造成侵害[1]。行政诉讼中也普遍认可非法证据排除规则[2]。但是，民事诉讼中是否适用此一规则？这个问题各国一直没有获得具有共识性的最终解决。我国民事诉讼法学界对此也常生争议，没有定论[3]。本文拟就此作一初步探讨，以期抛砖引玉。

一、民事诉讼非法证据排除规则的理论根据与立法状况

证据的合法性是证据的“三属性”之一，缺乏证据的合法性，该所谓证据便不能成为认定案件事实的根据，也就是要受到排除，不得使用。毫无疑问，赋予证据以合法性的品格和要求，乃是时代进步的表现，也是诉讼文明的表征。证据的合法性具有多方面的含义，其中有一层重要甚至是核心的含义便是证据来源的合法性，也就是收集证据

的方法、手段和程序的合法性。由这层含义的合法性，派生出一条著名的证据规则，此即：非法证据排除规则。非法证据排除规则指的是如果当事人提供的证据，是通过非法手段收集到的，则就失去了被接受成为认定案件事实的资格，也即不具有可采性。我国《民事诉讼法》没有明确规定非法证据排除规则，但关于该规则的原则和精神还是存在的。比如，《民事诉讼法》第50条第3款规定：“当事人必须依法行使诉讼权利”；第64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”。显而易见，《民事诉讼法》之所以规定在当事人及其诉讼代理人在收集证据遇到法律上或其他客观上的障碍时，转而诉求法院启动职权调查证据，其中便隐含着禁止当事人及其诉讼代理人非法取证的意思。基此精神，最高法院1995年在给河北省高级法院的批复中，曾对民事诉讼中非法证据排除规则作出过完整表述。该批复这样解释：“证据的取得必须合法，只有经过合法途径取得的证据才能作为定案的根据。未经对方当事人同意私自录制其谈话，系不合法行为，以这种手段取得的录音资料，不能作为证据使用”。尽管此一司法解释对非法证据的判断标准没有作出合理规定，因而在实践操作中存在一定滞碍，但毫无疑问，它对形成和发展我国民事诉讼中的非法证据排除规则起了极大的推动作用。为了进一步完善和健全我国民事诉讼中的非法证据排除规则，最高法院2002年实施的《关于民事诉讼证据的若干规定》第68条规定：“以侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定的方法取得的证据，不能作为认定案件事实的依据”。较之前一个司法解释而论，后者所确立的非法证据排除规则，无疑更

具有合理性和现实性。二、民事与刑事非法证据排除规则的比较 就非法证据排除规则的产生时间而言，刑事诉讼中的非法证据排除规则要先于民事诉讼。但非法证据排除规则一经在民事诉讼中形成后，便对非法证据排除规则的原始目的和价值取向产生了改观的作用，推动了非法证据排除规则的发展步伐，使之进入到了更高的法治境界[4]。民事诉讼非法证据排除规则与刑事诉讼非法证据排除规则有许多差异：1、规范的主体不同。刑事诉讼中，非法证据排除规则所规范的主体是行使侦查权的公权力机构；而在民事诉讼中，非法证据排除规则所规范的主体则是行使私权利的民事主体。2、规范的行为有所区别。刑事诉讼中，非法证据排除规则既制约获得被告人口供的行为，也调整获得其他实物证据的行为。在民事诉讼中，非法证据排除规则主要调整获得实物证据的行为。3、构成非法的标准不同。刑事诉讼中，所谓“非法”，主要是从获得证据的程序违法性来判断的，比如说在没有获得搜查证的情况下收集证据、或者在没有获准便窃听他人通话等等；民事诉讼中，所谓“非法”，则主要取决于行为本身的实体违法性，比如说偷窃证据、抢夺证据等等。4、后果不同。刑事诉讼中违背法律程序收集证据，除证据受到排除外，就是对行为主体施加纪律制裁或行政制裁，严重的构成犯罪。民事诉讼中采取非法手段收集证据，除证据受到排除外，其行为主体还要受到民法或刑法上的责任追究[5]。可见，民事诉讼中非法证据排除规则是一种相对刑事诉讼证据排除规则更加严格、更加明确、从而更加应当得到规定的司法准则。三、民事诉讼非法证据的判断标准 民事诉讼非法证据是民事主体通过侵害他人合法权益的方法方式所获取的证据

。其非法性的根本特征在于所实施的取证行为侵害了他人的合法权益。我国最高法院对民事诉讼非法证据设定了两个判断标准：其一，看取证行为本身是否侵害了他人合法权益；其二，看取证行为本身是否违反了法律禁止性规定[6]。侵害他人合法权益不一定违反法律的禁止性规定，但违反法律的禁止性规定，一定侵害了他人的合法权益。因此，民事诉讼中非法证据排除的根本性标准在于：收集该特定证据的手段与结果是否对他人的合法权益造成了侵害。然而，不难看出，“侵害他人合法权益”是一个含糊笼统的抽象标准，难以落实和操作。但应当明确的是，“侵害他人合法权益”是确定证据非法性的底线，没有侵害他人合法权益，便不构成非法证据。当然，这并不意味着取证行为只要“侵害他人合法权益”，就构成了非法证据。是否构成需要排除的非法证据，还要看该取证行为中的违法因素是否达到了“重大非法”或“严重违法”的程度。换句话说，如果当事人的取证过程中仅涉及轻微的非非法因素，则相关的证据无需加以排除。具体而言，民事诉讼中非法证据的排除应当具备以下要件：1、从主体上说，非法证据的收集者必须是当事人、诉讼代理人或者受当事人委托、聘请、指使的人。如果非法证据的收集者与当事人无关，则当事人对该证据的收集和使用就不具有非法性。2、从客观行为来看，当事人及其相关主体所实施的收集证据的行为已经触犯了现行法的规定，其行为因之而具有了违法性。正是因为其行为具有了违法性，立法和司法才对它作出否定性评价，从而才有排除该证据的可能。至于非法取证行为是发生在诉前还是诉中，则在所不问。3、从行为的后果上说，实施该行为的后果是取得了与本案有关的重要

证据或关键证据。如果没有取得相关证据，则也不构成非法取证行为。4、从侵害的客体上看，非法取证行为既侵害了诉讼外的通常合法权益，又侵害了诉讼中的特殊合法权益。因此，非法取证行为应当产生双重法律后果：一方面该行为构成了侵权或者犯罪；另一方面，该行为触犯了诉讼中程序公正的利益。凡具备了以上四个要件，非法证据便得以构成。某一项证据只要被认定为属于“非法证据”，就产生了双重法律责任：一方面收集该证据的非法行为构成了侵权或犯罪行为，因而产生了侵权责任或刑事责任，另一方面，因该非法行为所收集的证据也触犯了诉讼中的程序正义利益，因而导致了排除使用该非法证据的后果。同一个行为触犯了诉讼外和诉讼中的双重法律规定，因而产生了双重法律后果。

四、民事诉讼中应受排除的非法证据

如果当事人收集证据的行为违法性达到了严重或重大的程度，则应排除对该证据的使用。这主要包括三种情形：1、采用刑事违法行为所收集的证据，应当予以排除。比如采取抢劫、盗窃、抢夺、侵犯他人住宅等暴力方式所获得的证据；采用非法限制他人的人身自由、威胁、恐吓、打击报复等等方法所收集的证据，应受排除。实践中常见的诸如买断相对方职员盗窃企业重要文件、盗窃他人保险柜获取的证据、未经允许破门而入实施的所谓“捉奸举证”等等，均属此列。《关于民事诉讼证据的若干规定》第8条规定，当事人如果有证据表明其自认是在对方威胁的情况下做出的，则可以撤回，这也是基于取证行为的刑事违法性所作出的规定。2、采用侵犯他人人格权、隐私权、商业秘密权等重要民事权益的方式所收集的证据。比如在他人住房或卧室内安装窃听器、摄像机、对他人的通话实施监

听、用高倍望远镜偷窥他人住房内或工作室内的隐私、擅自开拆他人信函或其他邮寄物品等收集证据、未经企业许可越墙偷拍企业有关情况等等。3、违背法律禁止性规定所收集的证据。这里的“法律”应当从广义上理解，包括宪法、法律、行政法规、地方性法规以及司法解释等等一切具有法律效力的规范性文件。违反《国家保密法》、违反公序良俗、采用有伤风化的方式所收集的证据，如侵入、破坏他人祖庙收集证据、未经许可拍摄他人裸露的照片等等，均属于这类情形。立法除了应列举性规定以上非法取证行为并对其证据予以强制性排除外，还应赋予法官以自由裁量权对证据的合法性进行个案中的判断，从而决定是否采纳具有一定程度违法性的非法证据。之所以要做出如此规定，其主要的的原因就在于非法证据的判别标准本身比较含糊、抽象，需要借助个案具体情节将之具体化，这便需要发挥法官的主观能动性和司法创造性。同时，制定法本身不可避免地会存在缺陷和滞后性，需要司法者灵活司法予以补充。司法者所面临的非法证据，如果不属于上述明定情形，则需要运用裁量模式对非法证据的可采性予以判断并决定取舍。司法者在裁量决定是否采纳具有非法因素的非法证据时，应当遵循以下原则：1、以重大违法为判断标准。如前所述，非法证据的排除是一种加重责任，也是一种双重责任，因而并不是所有的带有违法因素的非法证据均需要加以排除。如果当事人在收集证据的过程中仅仅只有轻微的违法性，或者只有局部的程序瑕疵，则该证据不必受到排除。2、以利益衡量为判断方法。以非法方式收集的证据虽然具有违法性，但结合案件中的各种因素予以综合权衡，如果得出的结论是舍去该项证据的弊端或负面

效应更大于采用该证据的不利影响，则可以采纳该非法证据。这些因素包括：案件的重要性；被告违法行为的严重性；收集证据的违法行为的严重程度；当事人可以选择的收集证据的方式，也即，除这种非法方式外，是否还有其他的合法方式或违法程度较低的方式可以采用；司法者采纳这种非法证据所可能导致的示范效应或社会导向作用，等等。按照上述两项原则，司法者如果认为该特定的非法证据虽然不属于法律明定的强制排除之列，但却可以归结于重大违法收集证据的范畴，则应排除该证据的使用。这是一方面。另一方面，如果非法证据不属于重大违法范畴，而属于一般违法或轻微违法的范围，那么，是否排除该项证据由法官综合各种因素权衡决定。换言之，即使非法证据的违法性没有达到重大违法的程度，司法者视具体情形也可以斟酌排除。

五、非法取证的法律后果

非法取证是一个综合行为，它一经实施，便同时触犯多个法律规范，并由此引发多重法律后果，主要包括实体法上的后果和证据法上的后果。实体法上的后果表现为行为者对实体法律责任的承担；证据法上的后果表现为证据受到排除或限制。由于非法证据中包含的违法性因素不同，其所产生的法律后果以及相互间的连带关系也不尽一致。具体而言，非法证据的后果主要有这样几种组合形式：

- 1、承担刑事责任，证据必定受到排除。因违法犯罪所取得的证据，不仅要受到刑事法上的制裁，同时也应在证据法上产生不利后果。如果容忍该类证据的可采性，则必有放纵犯罪之嫌疑。
- 2、承担民事侵权责任，证据一般要受到排除。如果收集证据的违法行为属于严重的侵权行为，其后果应兼及证据的排除使用。如果属于一般的侵权行为，则侵权责任应予构成

，而相关证据可以采纳。3、轻微的侵权行为，如果侵权责任未能构成，则证据不受排除，但应当对其使用施加限制。比如说限制在一定范围内使用、一次性使用、秘密使用等等。至于其程序设置，可以分两种情况处理：其一，如果在民事诉讼中对于证据的合法性判断涉及刑事责任的追究，审理民事案件的司法者则应中止程序之进行，将与非法证据有关的刑事案件报送给刑事侦察机关先行处理。其二，如果属于侵权责任事项，则告知当事人可以另行起诉。如果当事人不予起诉，也不影响审理本案的法院对非法证据做出明确判断，从而排除其使用。 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