

学校编码: 10384

分类号 \_\_\_\_\_ 密级 \_\_\_\_\_

学号: 13020091150355

UDC \_\_\_\_\_

厦门大学

硕士学位论文

对民事非法证据排除规则的思考

On the Exclusion of Illegal Evidence in Civil Litigation

王宏斌

指导教师姓名: 卢正敏 副教授

专业名称: 法律硕士

论文提交日期: 2012年4月

论文答辩时间: 2012年 月

学位授予日期: 2012年 月

答辩委员会主席: \_\_\_\_\_

评阅人: \_\_\_\_\_

2012年4月

对民事非法证据排除规则的思考

王宏斌

指导教师

卢正敏 副教授

厦门大学

厦门大学博硕士学位论文摘要库

## 厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下,独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果,均在文中以适当方式明确标明,并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范(试行)》。

另外,该学位论文为( )课题(组)的研究成果,获得( )课题(组)经费或实验室的资助,在( )实验室完成。(请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称,未有此项声明内容的,可以不作特别声明。)

声明人(签名):

年 月 日

## 厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，  
于 年 月 日解密，解密后适用上述授权。

2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年 月 日

## 内 容 摘 要

最高人民法院 1995 年针对以偷录方式取证做出的《关于未经对方当事人同意私自录制其谈话取得的资料不能作为证据使用的批复》以及 2001 年《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干问题规定》公布并实施以来，法律实践与法律规定脱节，“批复”和“规定”并未得到切实的执行。学术界也有不少学者对上述“批复”和“规定”持批评态度，认为“批复”对非法证据的排除标准过于严格，而稍后的“规定”也过于原则化，缺乏可操作性。但是十多年来，我国诉讼法和证据法相关立法对此问题并未有突破性进展，最高人民法院也未对此条款做进一步的具体解释。笔者想通过本论文探究最高人民法院未对该“规定”第 68 条关于非法证据排除做出进一步具体规定的原因以及非法证据排除规则在民事诉讼领域的可适用性。

对于民事诉讼中能否适用非法证据排除规则这一问题，在世界范围内，学术界尚未形成共识，司法实务中做法不一，不排除非法证据仍占据主导地位。本文对确立我国民事非法证据排除规则提出了质疑，分析了其存在的不合理性，主张对民事诉讼中的非法证据以不予以排除为原则，以排除为例外，对非法取证行为给以实体性制裁为主，程序性制裁为补充的制裁方法，以救济非法取证行为所侵害的公民的合法权益，进而更好地实现社会正义。

**关键词：**非法证据；排除规则；民事诉讼

## ABSTRACT

In 1995, the Supreme People's Court made a reply on talk recordings for the Higher People's Court of Hebei Province, and in 2001, the Supreme People Court made provisions on civil litigation evidences. Judicial practices and law itself are out of joint. They did not receive the effective implementation. Academia, there are many scholars of the above "approved" and "specified" critical attitude that the "approved" illegal evidence exclusion criteria are too strict, and later under the "too principled, lack of maneuverability. But more than a decade, China's procedural law and the law of evidence relevant legislation on this issue has not been a breakthrough, the Supreme Court nor this clause further specific explanation. I would like to explore through this thesis, the supreme People's court did not make further specify the reasons for excluding illegally obtained evidence of the provisions of section 68 as well as well as illegal exclusionary rule applicability in the field of civil litigation. Exclusionary rule, illegally obtained evidence can be applied in the civil, academia has not yet formed a consensus in a world, judicial practice varies, does not exclude illegal evidence is still dominant. Illegal exclusionary rule established in Civil questioned its existence unreasonable, advocated civil illegal evidence not be ruled out as the principle, as an exception to exclude illegal evidence act to give the entity the sanctions-based, procedural sanctions supplemented by sanctions relief illegal evidence acts against the citizens' legitimate rights and interests, and thus better achieve social justice.

**Keywords:** civil litigation; illegal evidence; exclusion rule

# 目录

引 言.....	1
<b>第一章 民事非法证据排除规则概述.....</b>	<b>3</b>
<b>第一节 证据的合法性与非法证据.....</b>	<b>3</b>
一、证据的合法性与非法证据的关系.....	3
二、民事非法证据排除规则的含义界定.....	5
<b>第二节 关于民事非法证据排除规则的域外立法.....</b>	<b>5</b>
<b>第二章 民事非法证据排除规则的理论基础质疑.....</b>	<b>8</b>
<b>第一节 关于非法证据排除规则理论基础的三种学说.....</b>	<b>8</b>
<b>第二节 我国民事非法证据排除规则理论基础的非理性.....</b>	<b>9</b>
<b>第三章 我国民事非法证据排除规则的现实必要性反思.....</b>	<b>12</b>
<b>第一节 非法证据排除规则在民事诉讼中适用的现状.....</b>	<b>12</b>
一、我国现有民事非法证据排除规则之评析.....	12
二、民事非法证据排除规则司法实务中出现的一些问题.....	13
<b>第二节 对民事非法取证行为双重惩罚的反思.....</b>	<b>14</b>
一、民事诉讼非法取证与刑事诉讼非法取证的比较.....	14
二、民事非法取证行为的法律后果.....	16
<b>第四章 民事非法证据排除规则否定论的出路.....</b>	<b>18</b>
<b>第一节 排除非法证据不是解决非法取证行为的最好方法.....</b>	<b>18</b>
<b>第二节 规制非法取证行为的具体制度安排.....</b>	<b>20</b>
结 语.....	22
参 考 文 献.....	23

# CONTENTS

<b>Preface.....</b>	<b>1</b>
<b>Chapter 1 The Summarization of Evidence Exclusionary Rule .....</b>	<b>3</b>
<b>Subchapter 1 The Validity of Evidence and Illegal Evidence.....</b>	<b>3</b>
Section 1 The Relationship of Validity of Evidence and Illegal Evidence .....	3
Section 2 The Concept of Exclusion of Illegal Evidence in Civil Litigation.....	5
<b>Subchapter 2 The legislation of Exclusion of Illegal Evidence in other countries.....</b>	<b>5</b>
<b>Chapter 2 Question the theoretical Basic of Established Civil and Illegal Evidence Exclusion Rules.....</b>	<b>8</b>
<b>Subchapter 1 Theoretical Basis of Illegal Evidence Exclusion Rules.....</b>	<b>8</b>
<b>Subchapter 2 The Irration of the Theoretical Basis of Illegal Evidence Exclusion Rules.....</b>	<b>9</b>
<b>Chapter 3 Question the Reality of the Need for Civil Action Illegal Evidence Exusion Rules.....</b>	<b>12</b>
<b>Subchapter 1 The Status Quo of Excluding illegally Obtained Evidence In Civil Proceedings .....</b>	<b>12</b>
Section 1 The Assessment of Our Existing Civil Illegal Evidence Exclusion Rules .....	12
Section 2 Some of the Problems in Judicial Practice .....	13
<b>Subchapter 1 Reflection of the Double Punishment to Civil Illegal Evidence .....</b>	<b>14</b>

Section 1 The difference of Illegal Evidence in Civil and Criminal Proceedings .....	14
Section 2 The Legal Consequences of the Civil Illegal Evidence...	16
<b>Chapter 4 The way of Denying the Civil Illegal Evidence Exclusion Rules .....</b>	<b>18</b>
<b>Subchapter 1 Exclusion of Illegal Evidence is not the Best Way to Address the behavior of Illegal Evidence .....</b>	<b>18</b>
<b>Subchapter 2 Specific Institutional Arrangements for Regulation Illegally Collecting Behavior .....</b>	<b>20</b>
<b>Conclusion .....</b>	<b>22</b>
<b>Bibliography .....</b>	<b>23</b>

廈門大學博碩



## 引言

民事诉讼的首要目的是公正地解决纠纷，维护当事人的合法权益。为了公正地解决民事纠纷，首先必须查明案件事实，而要顺利地做到这一点，调查收集证据是最重要的手段。因此，证据历来是民事诉讼的核心内容。我国近年来的民事诉讼法改革，改变原来的职权主义模式为当事人主义模式，增强了当事人的举证责任，当事人为了取得更多的对己有利的证据，采取了一些法律禁止或侵害他人合法权益的方式来实现自己的目的，也就出现了非法举证行为以及通过非法举证行为而获取的非法证据。

在司法证明中，现在理论和实务界普遍持法律真实的观点，主张：“查明客观真实只是诉讼的理想目标，在现实的司法实践中，裁判者的认识只能最大限度的接近客观真实”。<sup>①</sup>但在司法证明中，裁判者追求的目标依然是最大限度的接近客观真实，以期法律真实能与客观真实相一致。

民事诉讼领域中出现的非法证据应当如何处理，在立法层面上并没有明确可行的规则，在理论界也未形成统一的观点。学术界关于民事诉讼非法证据问题的观点主要有以下几种：1.一律排除。这种观点在1995年最高人民法院在答复河北省高级人民法院的请示时做出《关于未经对方当事人同意私自录音取得的资料能否作为证据使用问题的批复》中得到了具体体现，但该观点在司法实践中的运用导致了许多个案的非正义，因此饱受理论界和实务界的批评，目前已经很少有学者持有该观点；2.一律不排除，而是直接追究非法取证者的民事或者刑事责任。近五年来关于民事非法证据排除规则的论文持这种观点的人有一部分。3.以排除为原则，以不予排除为例外。目前学界持这种观点的学者占据主流地位。根据学者们对于在何种情况下对民事非法证据不予以排除的不同观点，此种观点又可以分为以下几种小观点：（1）以重大违法作为排除非法证据的实质性标准,并引入

---

<sup>①</sup> 卞建林，郭志媛. 论诉讼证明的相对性 [J]. 中国法学, 2001, (2).

利益考量的方法确定是否构成重大违法。这种观点以李浩教授为代表,此种观点认为,在非法证据排除问题上,深刻地反映了法律制度中各种不同目标、价值、利益之间的冲突与竞争,对一个目标的肯定往往意味着对另一个目标的否定,选择一种价值的同时不得不舍弃另一种价值,保护一种利益会不可避免地损害另一种利益。而这些互相冲突的目标、价值、利益均有其合理性,它们之间不存在明显的优劣之分,轻重之别,所能够区分和辨析的,充其量也只是在特定情势下,哪一目标更具有紧迫性,哪一种价值更值得珍视,哪一种利益需要优先保护,在具体案件中各种权利发生冲突时,应尽量保证较大的权益获得保障而牺牲较低层次的权利。<sup>①</sup>(2)将美国刑事诉讼中非法证据排除规则的诸多例外情形引入到我国民事诉讼中,比如必然发现的例外、独立来源例外、善意的例外、重大证据的例外、反驳证人的例外、取证对象自认默认的例外、国家利益与社会公共利益例外、紧急情况例外、“非法证据”作为证明侵权行为本身时的例外等。<sup>②</sup>(3)结合案件具体情况,综合考量各种因素,决定是否予以排除。该种观点认为,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。<sup>③</sup>

目前学术界大都是针对民事非法证据排除规则的不足,提出改革和完善的方法和措施。本文从相反的视角,来审视在民事诉讼中确立非法证据排除规则是否合理,针对非法取证行为有没有可替代的制裁措施,能更好的吓阻非法取证行为和救济受非法取证行为所侵害的人的合法权益。

<sup>①</sup> 李浩. 民事诉讼非法证据排除规则探析 [J]. 法学评论, 2002, (6).

<sup>②</sup> 张跃进. 论民事非法证据排除 (硕士学位论文) [D]. 南京: 南京师范大学, 2007.

<sup>③</sup> 汤维建. 民事诉讼非法证据排除规则刍议 [J]. 法学, 2004, (5).

## 第一章 民事非法证据排除规则概述

### 第一节 证据的合法性与非法证据

#### 一、证据的合法性与非法证据的关系

合法性是否是证据的基本属性在我国证据法理论界尚未形成统一的观点。我国证据法学者一般持有两性说、三性说或者四性说，持两性说的学者认为，证据具有客观性和关联性（相关性）两种属性；<sup>①</sup>持三性说的学者认为，证据具有客观性、相关性和法律性（合法性）三种属性，法律性是将诉讼证据与一般证据区分开来的基本属性；<sup>②</sup>持四性说的学者认为，证据具有客观性、主观性、证明性和法律性，而证据的合法性或非法性是证据法律属性的正反两个方面。<sup>③</sup>目前理论界占优势的是三性说，但该说并未成为学术界的通说。笔者认为论证证据是否具有法律性，取决于诉讼法上的证据概念是否与生活中证据一词有本质区别。与其说证据具有客观性、相关性和法律性三种属性，不如说是诉讼证据具有这三种属性。在法律上使用证据一词，特指“诉讼证据”，只不过为了使用方便而简称“证据”。为了避免使用上的混乱，笔者建议将尚未进入诉讼作为认定案件事实的依据的证据称之为“证据材料”。

在这里我们还要注意，证据的法律性与合法性并不是完全等同的概念。证据具有法律属性，并不是说证据一定是合法的。合法性是法律性在一定法律制度下对证据的具体要求的体现。笔者认为法律性而非合法性才是证据的基本属性。所以对于一些学者认为，因为证据具有合法性，所以必须在民事诉讼中确立非法证据排除规则，笔者是不认同的。因为主张在民事诉讼中确立非法证据排除规则的学者大都认为合法性是证据的三大基本属

<sup>①</sup> 张建伟. 证据法要义[M]. 北京: 北京大学出版社, 2009. 119.

<sup>②</sup> 卞建林, 主编. 证据法学[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000. 78.

<sup>③</sup> 何家弘, 主编. 证据法学研究[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2007. 91-92.

性之一，所以本文退一步讲，在认可合法性是证据的基本属性的基础上来论证无需确立民事非法证据排除规则。

如果承认合法性是证据的基本属性，就意味着必须同时承认并非所有能够证明案件真实情况的事实材料都能够成为诉讼证据，证据材料仅具备真实性和关联性是不够的，它们若要成为证据，还要经过法律的选择。承认证据具有合法性将导致有些证据材料，尽管它们能够或有可能证明案件事实，但法律却基于某种考虑，将它们排除出证据的范围，否定其证据资格。承认证据具有合法性的多数学者都认为证据的合法性包含以下内容：第一，证据的主体必须符合有关法律的规定；第二，证据的形式必须符合法律的规定；第三，证据的收集程序必须符合法律的有关规定；第四，证据的收集方法或提取手段必须符合法律的有关规定。

明确非法证据的内涵是研究民事非法证据排除规则的首要问题。“非法证据”的英文为“Evidence Illegally Obtained”，指用不合法的方式取得的证据。<sup>①</sup>从严格意义上讲，非法证据并非诉讼法意义上的“证据”，而是证据材料，为了论述方便下文中依然使用“非法证据”这个概念。“非法证据”的概念有广义与狭义之分。广义的非法证据包括三种：(1)主体不合法的证据，即不具备法定主体资格的人提取或提供的证据。(2)形式不合法的证据，即不具备或不符法定形式的证据。(3)程序或手段不合法的证据，即通过不符合或违反法律规定的程序或手段取得的证据。狭义的非法证据或者最主要的非法证据则仅指第三种。<sup>②</sup>一般非法证据排除规则中所讲的非法证据是指狭义上的非法证据，本文所探讨的“非法证据”指的是狭义的非法证据。非法证据明显不具有证据基本属性中的合法性，无论其违法的程度如何，在性质上这些证据材料都是不具有合法性的，因此不具有证据资格，从而不能成为认定案件事实的依据。

我们还要探究的是民事非法证据中的“非法”二字的怎样去理解，和刑事非法证据中的“非法”含义是否一样。民事诉讼法以及民法属于私法

<sup>①</sup> 杨宇冠. 非法证据排除规则研究[M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2002. 4.

<sup>②</sup> 何家弘, 姚永吉. 两大法系证据制度比较论[J]. 比较法研究, 2003. (4).

的范畴，法无明确禁止即为许可，而刑法及刑事诉讼法属于公法的范畴，法无明确授权即为禁止。因此在民事诉讼中，非法证据是指通过违反法律强制性规定的程序或手段取得的证据，而不包含通过不符合法律规定的程序或手段取得的证据。

## 二、民事非法证据排除规则的含义界定

从语言学上讲，“民事非法证据排除规则”这个词组包含三部分内容，即民事、非法证据和排除规则，中心词语是排除规则，修饰语是民事和非法证据。民事是指民事诉讼；非法证据是指不符合或违反法律规定的程序或手段取得的证据；证据的排除规则在广义上一般包括传闻证据规则、意见证据规则、关于事实的排除规则等等，而在狭义上即为非法证据的排除规则。<sup>①</sup>非法证据排除，是指证据材料虽具有真实性、关联性，但按照法律规定和诉讼程序的要求应当予以排除，而不得被采纳作为认定案件事实的依据。<sup>②</sup>因此民事非法证据排除规则是指在民事诉讼中，规范法官认定案件事实的过程中如何排除非法证据的一种证据规则。民事诉讼非法证据排除规则涉及的是证据能力或证据资格问题，即非法取得的证据能否成为诉讼证据。

## 第二节 关于民事非法证据排除规则的域外立法

通说认为，非法证据排除规则肇始于美国。在 1914 年，美国联邦最高法院在维克斯诉合众国一案的判决中提出了非法证据排除规则。在 1966 年，联邦最高法院对米兰达案的判决，标志着非法证据排除规则在美国完全确立。非法证据排除规则虽然源于美国，但仍然是仅仅适用于刑事诉讼，而不适用于民事诉讼，对于私人以违法方式，即装窃听器、入室窃取、强行进入他人住宅等方式所取得的证据，除非是在警察的授意下实施的，否则法院在认定案件事实时是不予排除的。对于纯粹的私人非法取证行为，美国判例一般认为，联邦宪法第 4 修正案的理论基础是威慑理论，其目标在

<sup>①</sup> 杨荣新, 乔欣. 论民事诉讼证据的排除规则 [J]. 2000 年 4 月民事诉讼法专业委员会第三届年会论文.

<sup>②</sup> 俞兆平, 杨秀清, 刘金华. 民事证据法学 [M]. 厦门大学出版社, 2007. 183.

于禁止警察无理搜查扣押，限制政府机关人员侵犯私人秘密，并非对于私人与私人之间的限制，因而不适用于私人违法取得证据的行为。私人或其雇佣的私人侦探，非法侵入他人住宅或用其他不正当方法获取证据，与警察无理搜查扣押具有不同的性质，因而并不违反宪法第4修正案的规定。<sup>①</sup>即使在刑事诉讼中，非法证据排除规则的适用范围也经历了一个从无到有，从小到大再到诸多例外、适用范围逐步受到限制的过程，反映了美国司法界在此问题上关于程序价值与实体价值选择上的现实主义态度。<sup>②</sup>

目前，除美国之外的其他法治国家，例如英国、德国、日本等，在其民事诉讼法律制度中，大都没有明确规定非法证据排除规则。

英国在非法证据的证据能力问题上，持的是二分法的理论，即否定违法收集证据的行为，但是肯定收集到的证据。<sup>③</sup>在英国的法律实践中，把获取证据的非法方法和证据本身区别开来，不因证据的非法获取而影响证据的可采性，法官所关注的是证据本身的证明价值和它能否使被告人受到公正的审判，因此英国对待非法证据是以最大限度的采用为原则，以法官行使自由裁量权排除少数的非法证据为例外。英国对非法证据的采用设定了限制性条件：一是强调所采用的非法证据必须具有真实可靠性和相关性；二是强调非法证据的采用不得损害诉讼的公正性。<sup>④</sup>

总体上属于大陆法系的日本民事证据法，对于当事人以不正当手段获得的证据存在着肯定和否定其证据能力的两种判例，学术上围绕允许或不允许当事人提出这种证据的基准也有争论。对于非法收集的证据的处理在具体案件中有着不同的情况和程度，日本法没有一刀切地制订一个统一的标准。可见，日本排除非法证据的理由之一是抑制违法侦查，因此在民事诉讼中没有确立非法证据排除规则。<sup>⑤</sup>

<sup>①</sup> 周叔厚. 证据法论[M]. 台北：三民书局股份有限公司，1995. 1157. 张永泉. 论证据排除规则与证据禁止原则[J]. 东吴法学. 2001.

<sup>②</sup> 陈娴灵. 民事非法证据排除规则之商榷[J]. 河北法学, 2007. (6).

<sup>③</sup> 柳薇, 胡靖. 刍议我国民事诉讼非法证据排除规则[J]. 福建政法管理干部学院学报, 2007. (4).

<sup>④</sup> 肖晗. 非法证据排除规则研究[M]. 湖南：湖南师范大学出版社，2004. 96.

<sup>⑤</sup> 郑莉莉. 也驳确立我国民事诉讼非法证据排除规则[J]. 法制与社会, 2011. (3).

在德国，其证据排除规则是“衡量采纳的适用规则”，也就是在非法证据甚至是合法取得证据之“不利作用”与其本身“有效价值”之间进行衡量，以决定其取舍。而在民事诉讼中并不存在非法证据的排除。<sup>①</sup>

当然，也有一些国家的民事诉讼对非法证据予以排除，但在排除的广度上较刑事诉讼要窄。换言之，民事诉讼中对非法证据的排除，一般而言，是一种有限的、相对的、附条件的排除。例如在澳大利亚，根据该国《1995年证据法》第138条的规定，法官对排除通过不当或非法的手段获取的证据享有自由裁量权。该条文第（1）款规定：“（a）不当行为或违反澳大利亚法律；或者（b）因不当行为或违反澳大利亚法律之结果，所获取的证据，法院不得采纳，除非采纳以上述方式获取的证据之利大于弊。”<sup>②</sup>

综上所述，从总体上看，大多数西方法治国家的立法对于民事非法证据排除规则持否定的态度，只有少数国家持有限肯定的态度。

---

<sup>①</sup> 郑莉莉. 也驳确立我国民事诉讼法非法证据排除规则 [J]. 法制与社会, 2011. (3).

<sup>②</sup> 何家弘, 张卫平. 外国证据法选译 [M]. 北京: 人民法院出版社, 2000. 273-274.

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to [etd@xmu.edu.cn](mailto:etd@xmu.edu.cn) for delivery details.

廈門大學博碩