

[文章编号] 1009-3729(2013)01-0079-05

论民事诉讼中诱惑性证据的证据能力

邓金容

(四川大学法学院, 四川 成都 610207)

[摘要]近年来,在我国刑法、民法、行政法领域,出现了一种“打擦边球”的特殊取证方式,即刑事中的诱惑侦查、民事中的陷阱取证、行政执法中的钓鱼执法。这些取证方式因为存在合法与非法的争议,造成了整个司法实务适用的不确定性。民事案件中,在用尽正当手段仍难以取证的情况下,应当在一定范围内允许陷阱取证。这在我国立法、司法实践及理论上都得到了肯定。但为了防止更多的私人违法收集证据影响整个司法体制和社会的良性运转,借鉴国外立法及司法实践,可依据民事诉讼中的非法证据排除规则,同时参照刑事诱惑侦查的成熟理论,在民事诉讼中承认善意机会提供型证据的证据能力,区分不同情况讨论恶意诱发型证据的证据能力。具体实践操作中则要求行为人必须遵守有关陷阱取证的基本原则,如目标明确性原则、利益相关者原则、行为适度性原则、最后手段原则;同时,赋予法官审查诱惑性证据的证据能力的自由裁量权,让检察院适当、适时、适度地参与到民事诉讼中来,赋予原告立案预备登记权,被告对非法陷阱取证的异议权;此外,还应当完善相关的制度建构,如建立完整的保证当事人取证权的制度、建立完整的规范陷阱取证适用程序和诱惑性证据可采性的制度、建立完善的着重保障权利人利益的公证制度、建立完整的企业信息披露与监督机制。这样有利于平衡加害人、受害人之间的权益,最终达到公平、公正的目的,实现社会的长治久安。

[关键词] 陷阱取证;诱惑性证据;证据能力;非法证据排除规则

[中图分类号] D915.13 **[文献标志码]** A **[DOI]** 10.3969/j.issn.1009-3729.2013.01.017

近年来,在我国刑法、民法、行政法领域,出现了一种“打擦边球”的特殊取证方式,即刑事中的诱惑侦查、民事中的陷阱取证、行政执法中的钓鱼执法,通过这类方式取得的证据被统称为“诱惑性证据”。因为这些取证方式存在合法与非法的争议,造成了整个司法实务适用的不确定性。因此,如何扶正这种介于合法与非法之间的灰色地带成为亟待解决的问题。在以往有关上述问题的探讨中,学者多从程序法的角度切入,且主要囿于刑事和行政法领域,较少涉及民事侵权领域。但自从2002年“北大方正公司诉北京高术天力公司与北京高术公司计算机软件著作权侵权纠纷案”发生后,有关陷阱取证的法律效力和通过陷阱取证方式获取的证据资料是否具有证明力以及通过陷阱取证后的侵权责任分析等问题便成为学术界探讨的新热点。

陷阱取证是指民事权利人或受权利人委托的人,为获取侵权方面的证据,对被怀疑或者被怀疑侵害其权利的人,采取故意与对方交易等方法诱使对方实施侵权行为而从中获得有关侵权的证据。^[1]陷阱取证分为机会提供型和恶意诱发型,证据的有效性由取证的动机来决定,而不是由取证的方式来决定,故而学界多认为善意机会提供型的证据一般会被法律所认可,而恶意诱发型的证据一般会被法律所禁止。判断通过陷阱取证方式获取的诱惑性证据是否合法的标准有三种。一是主观标准——判断被诱惑者本身有无违法倾向。如果被诱惑者本身有违法倾向,那当事人对其的引诱和欺骗只是为其进一步的违法提供机会,其陷阱取证行为便是合法的,反之亦然。二是客观标准——当被诱惑者本身的违法倾向是产生还是暴露很难划分时,应将陷阱取证行

[收稿日期] 2012-11-12

[作者简介] 邓金容(1989—),女,四川省泸州市人,四川大学硕士研究生,主要研究方向:宪法与行政法。

为人的行为是否适度合法,是否诱发他人产生违法倾向作为行为合法性的判断标准。这种客观标准的具体适用,应以陷阱取证的行为是否足以使正常的普通人产生违法意图为限度。三是综合标准——先看诱惑的行为是否适当,再判断被诱惑者本身是否有违法倾向,两者的结合更有利于实现司法的公平、公正。但目前,从调查取证行为的效力性角度分析其背后证据的证据能力鲜有学者涉笔。众所周知,在一个诉讼中证据的重要性是首位的。因而本文试图从证据能力分析的角度入手,同时结合民事诉讼领域的非法证据排除规则,深入探讨民事诉讼中陷阱取证适用的可行性和如何规范陷阱取证下诱惑性证据的证据能力问题。

一、民事诉讼中诱惑性证据之证据能力的现实分析

诱惑性证据是指通过欺骗、诱惑方法所得的相关证据。参照证据三性理论,即案件材料要想成为证据必须具有关联性、真实性、合法性,诱惑性证据是否具有证据能力最大的争议就在于其是否具有合法性。

1. 立法层面

由于最高人民法院在法复(1995)2号《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》的规定缺乏操作性,基于司法实践的客观需要,最高人民法院2001年12月6日《关于民事诉讼证据的若干规定》的第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。”这意味着民事诉讼中当事人在不侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定的前提下,以偷拍、偷录形式收集的证据具有合法性。据此规定我们发现:其一,法律并未对诱惑性证据的合法性直接作出规定,无论是在实体法还是程序法中,根据“法无禁止即自由”的法哲学原理,诱惑性证据的合法性有了一定的辩驳空间;其二,诱惑性证据是否侵害了他人的合法权益成为判断证据是否合法的主要标准,即依据逻辑推理,如果行为未侵害到他人的合法权益,那么民事诉讼中的诱惑性证据将具有证据能力。此外,2002年10月15日开始施行的《关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第8条第1款规定:“当事人自行或者委托他人以定购、现场交易等方式购买侵权复制品而取得的实物、发票等,可以作为证据。”该解释实际上承认了通过陷阱取证方式所得的诱惑性证据的证据能力。

2. 司法层面

近年来,通过陷阱取证方式所获诱惑性证据的

证据能力问题出现在许多知识产权纠纷案件中,如英特尔公司诉深圳东进通讯技术股份有限公司侵权案、日本索尼公司诉深圳两家企业侵犯其专利权案、Adobe诉年华案。关于陷阱取证的方式是否可取,有过较大的争议和曲折,但上述案件的法官们对通过陷阱取证方式所获取的诱惑性证据的证据能力的态度却是一致的,即一概承认,而未加以区分或排除。可见,在我国,证据资料的真实性依然是一些法官认定证据时最重要的标准,即使证据是非法取得的,但只要具有真实性,也将被采用,这与我国以事实为依据、以法律为准绳的司法原则密不可分。

3. 理论层面

在我国司法实践中,非法取证是一个久治不愈的顽症,对使用非法手段获得的案件材料能否作为证据存在着很大的分歧,学术上主要呈现三种观点。一是全盘否定说,即认为通过陷阱取证方式所获取的诱惑性证据有证据能力,只是法官不把它作为定案的依据而已。这就属于证明力而非证据能力的问题了。二是真实肯定说,即认为应把非法手段与证据区别开来,对其违法行为可视情节轻重予以处理,但非法所得的材料若与案情相关,就可以采用为证据。^[1]真实肯定说的意义在于强调在司法实践中,通过陷阱取证方式所获的证据只要具有相关性,就可以作为证据使用;“陷阱”是否合法将会另案处理——如果只是提供了一个违法的机会,那就不用处罚了;如果是诱发他人产生了新的违法意图,那么这种陷阱行为就应该受到处罚。该理论存在逻辑错误,陷阱行为发生在前或同时于证据产生,陷阱行为尚未定性,就先断定证据的可采性,这种本末倒置的做法不合逻辑思维。三是折中说,其中又存在两种观点。一种观点主张,采用非法手段取得的材料只是一个证据引子,要使这种线索转化为民事上的证据,须依法定程序重新取证和查证。^[1]即证据材料由违法手段所取得,要想让它具有证据能力,就必须经过程序上的补正与认可。另一种观点认为非法证据原则上不能采用,但应设若干例外,以平衡实体正义和程序正义的冲突。这种方法较为灵活,能够平衡各方利益,并考虑到证据本身的特点,但此方法的确立还有待法律进一步规范。

二、非法证据排除规则视野下的诱惑性证据

对于非法取得的证据,英美法系国家一般严格排除,不作为证据使用;大陆法系国家则一般允许法官根据取证行为的具体情况加以裁量以决定是否予以排除。

1. 民事诉讼中非法证据排除规则之适用

长期以来,我国对民事诉讼的证据规则采用的是一种虚无主义的做法,这导致了相关法律对非法证据及其排除的规定付之阙如,实践中的运用也差强人意。我国现行的民事诉讼法对非法证据排除规则并没有作出明确规定。最高人民法院在法复(1995)2号《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》中认为,未经对方同意私自录制的谈话录音资料,不具有合法性,不能作为证据使用。这是我国第一个非法证据排除规则。出于司法实践的客观需要,最高人民法院于2001年12月6日通过了《关于民事诉讼证据的若干规定》,该规定的第68条进一步明确了非法证据的判断标准,并明确否定了非法证据的证据能力。但是,此标准仍然过于原则,并没有解决在司法实践适用中遇到的难题。机会提供型的陷阱取证,它的合法性是为法律所认可的,容许这样的诱惑性证据进入民事诉讼过程中不会违反法律的禁止性规定,也不会损害他人的合法权益,甚至有利于市场经济健康有序的发展,有利于法制的进步;而恶意诱发型陷阱取证,其本身就是一种违法行为,参照《关于民事诉讼证据的若干规定》第68条,其所获得的证据将严重损害他人的合法权益,因此必然会被排除。

2. 刑事诉讼中“毒树之果理论”之借鉴

“毒树之果理论”是刑事诉讼中比较重要的理论,民事诉讼中可以适当借鉴。英国的普通法和成文法中都采用了排除“毒树”但食用“毒树之果”的原则。对于毒树之果适用非法证据排除规则的理论基础在于“最初的违法收集的证据,污染着往后收集之全部证据”^[2]。而以我国目前的司法实践现状,我们一般是砍树食果,即承认毒树之果是可以作为证据使用的,比如被告的供述为严刑逼供所得是毒树,应当予以排除,但根据毒树找到的杀人凶器,是可以作为证据使用的。刑事证据法的毒树之果理论图示:陷阱(毒树)—证据(直接证据)[环节1]—违法行为—证据(间接证据,果实)[环节2]^[3]。

(1)从类型上看:排除言词证据,不排除实物证据。由于言词易变且受主观因素的影响很大,确定其合法将导致整个诉讼活动不公正,而实物证据具有客观性和稳定性,且通常是在取证行为前已经存在的,因此实物证据可以很好地反映出违法事实,不因取证行为的性质影响其合法性,可以交由法官根据具体情况进行自由裁量。

(2)从层次上看:排除直接证据,区别排除间接证据。私人违法陷阱取证所得的直接证据,因为其

行为已经违法,其所获证据亦不具有证据资格,正如水源已经被污染了,其水流亦有毒。因此环节1中的证据应当予以排除。若间接证据直接来源于违法陷阱取证,此时的附带间接证据应予排除,但如果间接证据是独立产生的,与前面的违法取证行为已经完全隔断,只是因陷阱导致被告作出违法行为后间接产生的,此时它更多地体现在真实性和关联性上,只要环节2的取证方式合法,其就可以作为证据使用。因为这些证据是在陷阱取证前就已存在,是客观真实的,并且独立于源头的陷阱取证行为,所以,它不因行为的违法而违法,可以成为法官判断案件的事实依据。

(3)从范围上看:排除本案证据,不排除他案证据。非法证据排除规则的适用范围是有限度的,所排除的证据只能是与陷阱取证行为有因果关系的证据,而不能任意扩张非法证据排除规则的效力范围。同时他案证据与陷阱取证行为并无因果关系,只是行为人在很偶然的情况下发现的,非法证据排除规则的效力是不能适用于其他案件的。

(4)从案件性质上看:绝对排除严重侵犯公民基本权利的,相对排除轻微违法的。^[4]因为公民的基本权利由《宪法》直接规定,在公民的权利体系中处于核心地位,其重要性也是不言而喻的。绝对排除严重侵犯公民基本权利的非法证据,对遏制当事人非法取证,保障人权有很大作用。这是宪法规范的逻辑结果,也是现代法治国家的必然要求。但在某些情况下,尽管证据资料的取得违反了法律的规定,但并没有严重侵犯到公民的基本权利,而这些证据又对查明案件事实极为有利,若绝对地否认其证据能力,则有悖于民事诉讼的目的,因此可赋予法官对此类证据的自由裁量权。

3. 司法排除程序之思考

(1)举证责任的分配。取证方式的选择与举证责任紧密相连,举证责任的分配取决于取证途径。我国民事诉讼中证明责任的分配原则是“谁主张,谁举证”,只有少数是举证责任倒置,即把原来应由原告承担的证明责任予以排除,而就该待证事实的反面事实由被告负举证责任。在事实真伪不明的情况下,由被告承担败诉的责任。在陷阱取证案件中,取证方式合法性的证明责任分配实行的是举证责任倒置,即原告只需证明被告有违法侵权的高度可能性,无需证明自己的陷阱取证是否合法,然后将举证责任转移给被告,由被告来证明原告陷阱取证的违法性。如盗版案件中的“实质性相似接触可能性排除合理来源的解释”^[5]的原则即其一例。

(2)具体程序。我国《民事诉讼法》第112条规

定:“人民法院收到起诉状或者口头起诉,经审查,认为符合起诉条件的,应当在七日内立案,并通知当事人;认为不符合起诉条件的,应当在七日内裁定不予受理;原告对裁定不服的,可以提起上诉。”在审理之前,法院应当对原告、被告提交的证据进行初步审查,对认为涉及违法收集的证据要传唤提交方进行核实,确定确实违法后予以排除,坚决不让受污染的证据进入诉讼。如果证据排除后,原告再无证据证明被告的违法事实,法院应当在七日内裁定不予受理。如果案件进入了审判,被告提出了陷阱取证的异议,应属于《民事诉讼法》第136条规定的“其他应当中止诉讼的情形”,此时法官应裁定中止诉讼,待陷阱取证的合法性问题解决后再恢复诉讼。如果陷阱取证最后被确认违法了,那么法官应排除与违法陷阱取证有直接因果关系的证据,并依据余下的证据直接判决。

民事证据法的根本目的是发现真实,其他目的如程序公正、诉讼效率、解决纠纷、保护其他权益都是为其服务的。^[1]由此可以得出诱惑性证据如果最终符合实体法的公平公正,那么它就有进入诉讼的资格,即使其在程序法上有偶尔的瑕疵。在司法实务中,法官在进行证据的排除与选择时,必须处理好实体法与程序法之间的矛盾和冲突,必须权衡好各方利益,必须树立处理价值冲突时的均衡价值观,必须坚信维护社会稳定是根本。

三、民事诉讼中诱惑性证据的证据能力之制度重构

私人在受到不法侵害时可运用各种方法来取证以更好地维护自己的合法权益,但其中的尺度在哪儿?机会提供型陷阱取证是可以得到法律认可并且被采纳的,而犯意诱发型的陷阱取证是被整个法律体制所谴责并予以排斥的。笔者认为要防止私人违法收集证据影响整个司法体制和社会的良性运转,应从下面3个方面入手。

1. 坚持基本原则

(1)目标明确性原则。陷阱取证的目标必须是原告有足够的证据证明其确有违法事实或者有高度怀疑的违法倾向,而不能出现用高回报去诱惑本无违法倾向的人去违法。这是因为社会上人的一切活动总是一种“自利行为”^[6]的活动,利诱会导致他人违法。

(2)利益相关者原则。陷阱取证的实施者必须是与违法人的违法侵权行为有直接利害关系的人。因为我们现在大多承认原告是与违法侵权行为相关的个人或法人,而未对公益诉讼进行具体定位。但

随着社会的不断进步,社会化程度越来越高,公益诉讼将会越来越多,这就为代表人诉讼制度的进一步发展奠定了基石。

(3)行为适度性原则。陷阱取证的度在于不能诱导他人违法,至于如何操作则由具体的案件决定。行为是否适度不仅关系到行为的合法性、证据的可采性,还关系到整个社会的诚信问题。策略的正当性应当以社会的可接受性为底线,以不侵犯他人合法权益为基准,不能因为实施策略而侵犯其他公民的基本权利,此乃“行为适度”的底线。

(4)最后手段原则。由于陷阱取证本身的合法性存在争议,在法律没有出台具体规定来规范它时,如果每个人一开始就都使用这种方式,而不考虑其他的救济手段,就会使整个社会陷入人人自危、个人隐私有受到侵犯之虞和正常市场交易无法顺利进行的困境。因此,笔者认为,只有在其他取证方式都穷尽或迫不得已的情况下,才能使用陷阱取证(且应仅限机会提供型、排除犯意诱发型),才能赋予它证据能力。

2. 采取必要的司法保障措施

(1)赋予法官审查诱惑性证据证据能力的自由裁量权。最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第64条规定:“审判人员应当依照法定程序,全面、客观地审核证据,依照法律的规定,遵循法官职业道德,运用逻辑推理和日常生活经验,对证据有无证明力和证明力大小独立进行判断,并公开判断的理由和结果。”由此可见,我国法律只规定了法官对证据证明力的审查和认定,而没有赋予法官裁量证据能力的权利。但在司法实践中,认定通过陷阱取证方式所获的诱惑性证据需要法官的主观判断作为依据,在民事诉讼中,法官审查诱惑性证据能力的自由裁量权的缺失将使很多案件审理朝向有违司法审判本意的危险性境地发展。

(2)让检察院适当、适时、适度地参与到民事诉讼中来。随着社会的发展,民事实体法领域越来越多地涵涉公益,对此我们认为检察机关基于维护公益的目的应予以干涉。如法国、日本、英国,其国家的检察机关或以原告身份、或以当事人身份、或以法律监督机关的身份、或检察官以个人身份,均可以作为原告诉讼代理人的形式参与到民事诉讼中,这些方式都可以为我国的司法实践借鉴。在我国,由全体纳税人支撑的检察机关积极维护公益是其所应当承担的责任。因此,如果当事人发现自己作为社会一员的公共利益受到侵权损害时就可以向检察院提出申请,由检察院代表社会公益去调查取证,不仅体现出检察院的职能价值,也使当事人和潜在的被侵

权者的利益得到最大程度的保护。

(3) 原告的立案预备登记权。当行为人发现自己的合法权益遭到他人的侵犯但又没有证据证明时,可以先向法院的立案庭做立案预备登记,交纳一定的保证金,经法院初步审查认可后,当事人便可以对违法嫌疑人实施陷阱取证,此时法院可以派工作人员协助调查。这样既可以使原告错误的陷阱取证对被告权益的损害降到最低,又可以在被告提出陷阱取证异议时有据可查,避免司法的尴尬。

(4) 被告的异议权。为了实现权利与义务的对等,体现司法的公平正义,从而让整个诉讼过程呈现出一种原告、被告平等的局面,应该赋予被告对违法陷阱取证的异议权^[7],这相当于是给原告设立了严格遵守陷阱取证规则的义务。当被告有足够的证据证明原告的陷阱取证是故意侵犯其自身合法权益时,就可以向法院提出异议,让法院审查陷阱取证的合法性。法院可裁定中止诉讼,待合法性问题解决后恢复诉讼,这样就可以避免相关的非法证据在取证行为的合法性尚未断定前流入诉讼中,导致整个诉讼受到污染。

3. 完善制度建设

(1) 建立一套完整的保证当事人取证权的制度。要建立一套完整的具体保障当事人取证权的制度,完善当事人的合法举证方式。这样当事人进行调查取证时就有了法律保障,也降低了随意采用陷阱取证等灰色取证方式的可能性。同时,完善法院在民事诉讼中的调查取证权,即当行为人的合法权益遭到他人的非法侵害、有些证据靠个人能力不能取得时,可以依法直接向法院提出申请,借助法院的力量查明案件事实,以平衡当事人之间的权益。法院也可以在当事人立案审查卷宗后发现当事人未提交影响案件事实查明的关键性证据时,依职权进行调查取证——即使当事人并未申请。这样可以从根本上扼制陷阱取证的发生。

(2) 建立一套完整的规范陷阱取证适用程序和诱惑性证据可采性的制度。因为陷阱取证有其自身的优越性,但同时也会对社会正常秩序带来负面影响,因此严格限制它的适用范围是必要的,但我们的态度应该是严控而不是严禁。由此我们需要建立一套完整的规范陷阱取证适用程序和诱惑性证据可采性制度,使当事人的取证行为在法律允许的范围内进行。如美国司法部1981年制定的《关于秘密侦查的基准》,该基准在注意不与正当程序原则和陷阱之法理相抵触的前提下,对诱惑侦查的许可基准、申请程序和实施期限做了明确、具体的规定,从而实现了以法律制度的形式对诱惑侦查的规制。

(3) 建立一套完善的着重保障权利人利益的公证制度。《关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第8条第2款规定:“公证人员在未向涉嫌侵权的一方当事人表明身份的情况下,如实对另一方当事人按照前款规定的方式取得的证据和取证过程中出具的公证书,应当作为证据使用,但有相反证据的除外。”由此可见,公证制度是受法律承认和保护的,是有准官方性质的,由公证机关协助法院和当事人取得的证据是具有说服力的。

(4) 建立一套完整的企业信息披露与监督机制。通过建立一套完整的信息披露与监督机制,让企业的一般信息(不涉及企业的机密)能被消费者、竞争者、上游商家、下游商家及一般的社会民众(潜在的消费人群)所知晓,将整个企业的良性运转纳入广泛的社会监督中,从而通过自律和他律减少企业的违法行为,进而从源头上扼制陷阱取证的出现。

四、结语

综上所述,民事陷阱取证是民事诉讼领域的新课题,其具有合理性,在用尽正当手段仍难以取证的情况,应当在一定范围内允许陷阱取证。但为了防止更多的私人违法收集证据影响整个司法体制和社会的良性运转,可依据民事诉讼中的非法证据排除规则,同时参照刑事诱惑侦查的成熟理论,在民事诉讼中承认善意机会提供型证据的证据能力,区分不同情况讨论恶意诱发型证据的证据能力。为此,应要求法律在赋予法官一定自由裁量权的同时对一些问题做出具体的规定,同时,应遵守相关基本原则,注重司法保障,完善制度建构,这样才能更有利于平衡加害人、受害人之间的权益,最终达到公平、公正的目的,实现社会的长治久安。

[参 考 文 献]

- [1] 李浩. 民事证据法的目的[J]. 法学研究, 2004(5): 103.
- [2] 刘善春, 毕玉谦, 郑旭. 诉讼证据规则研究[M]. 北京: 中国法制出版社, 2000.
- [3] 万毅. 违法诱惑侦查所获证据之证据能力研究[J]. 法律科学, 2010, 28(4): 142.
- [4] 陈立. 美国有关警察圈套认定标准的争议及其启示[C]//柳经纬. 厦门大学法学评论(第6辑). 厦门: 厦门大学出版社, 2003: 401.
- [5] 李雪宇, 张宏雷, 徐梅, 等. 著作权诉讼证据实务操作指引[M]. 北京: 知识产权出版社, 2009.
- [6] [英] 亚当·斯密. 国民财富性质和原因的研究(下卷)[M]. 郭大力, 王亚南, 译. 北京: 商务印书馆, 2008: 27.
- [7] 张永泉. 民事证据采信制度研究[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2003: 25.