

民事诉讼非法证据排除规则的实证研究

——以 108 份民事裁判文书为样本

徐琳珂

(华东政法大学 法律学院, 上海 200042)

摘要: 2015 年《民诉解释》第 106 条施行以来, 司法实践中民事诉讼非法证据排除规则的适用得到一定程度的改善。108 份民事裁判文书的实证研究表明: 目前民事诉讼非法证据排除规则规定较为笼统, 法官具有适用规则的自由裁量权, 实际适用比例较低, 存在证明标准认定模糊、司法不统一和裁判文书说理不足的问题。因此, 应当从明确法官自由裁量排除的标准、明确相对排除效力和加强司法判例指导等方面, 进一步完善民事诉讼非法证据排除规则在司法实务中的运用。

关键词: 民事诉讼; 非法证据排除规则; 适用状况; 民事裁判文书; 自由裁量

中图分类号: D925 **文献标志码:** A **文章编号:** 1674-5639 (2021) 04-0059-08

DOI: 10.14091/j.cnki.kmxyxb.2021.04.010

An Empirical Study on the Exclusionary Rule of Illegal Evidence in Civil Litigation: 108 Civil Judgment Documents as Analysis Samples

XU Linke

(School of law, East China University of Political Science and Law, Shanghai, China 200042)

Abstract: Since the implementation of Article 106 of the *Judicial Interpretation of the Civil Procedure Law* in 2015, the application of the exclusionary rule of illegal evidence in civil litigation has been improved to some extent in judicial practice. The empirical analysis of 108 civil judgment documents shows that the current provision is relatively general, and judges have discretion when applying the exclusionary rule, resulting in a low proportion of its application in judicial practice. In addition, there exist problems such as vague identification of proof standards, judicial inconsistency and inadequate reasoning in the judgment documents. Therefore, the criteria of the discretionary exclusion for the judges and the relative exclusion effect should be clarified, and the guidance of judicial precedents should be strengthened to improve the application of the exclusionary rule of illegal evidence in civil litigation.

Key words: civil procedure; exclusionary rule of illegal evidence; application; civil judgment documents; discretion

一、问题的提出

关于民事诉讼非法证据排除规则, 我国最高人民法院曾先后发布三个司法解释, 对于非法证据以及其排除标准与范围的认定也经历了不同的发展阶段。最初, 1995 年最高人民法院颁布了《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》(以下简称《批复》) 明确规

定“未经对方当事人同意私自录制其谈话不能作为证据使用”, 其被视为我国民事诉讼制度上开始确立非法证据排除规则。2002 年最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《证据规定》) 第 68 条, 在对《批复》修改的基础上概括了非法证据的排除标准, 但不少学者认为《证据规定》中的排除标准属于笼统、宽泛的概念, 对于当事人收集证据以及法院适用规则都无法

收稿日期: 2020-12-04

作者简介: 徐琳珂 (1997—), 女, 江苏无锡人, 硕士研究生, 主要从事民事诉讼法研究。

起到明确的指引作用。之后,2015 年《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 106 条的规定增加了“严重”“违背公序良俗”“形成”等关键词,进一步完善《证据规定》中有关非法证据排除的内容规定。

当前,《民诉解释》第 106 条已经实施 5 年,在司法实践中民事诉讼非法证据排除规则的适用情况是否得到一定的改善;当事人申请非法证据排除的实质效果如何;法官对“非法证据”的认定享有一定的自由裁量权,如何规范这一裁量权的行使;目前有关非法证据排除规则规定尚有哪些方面亟须完善等,这些问题均有待通过实证研究加以分析。有鉴于此,本文运用实证分析方法,以中国裁判文书网上的民事裁判文书为样本进行研究,对非法证据排除进行类型化归纳和整理,分析《民诉解释》第 106 条民事诉讼非法证据排除规则在实践中的运用现状。

二、研究样本说明

本文以 2017~2019 年的案例为研究对象,选择“民事案由”,输入“非法证据排除”作为关键词在中国裁判文书网上进行案件检索,共计查询到 234 份民事裁判文书,除去重复出现的案例,以及虽然包括“非法证据排除”字样但当事人实际质疑证据的真实性或关联性的案例后,最终获得 108 份民事裁判文书,本文主要以这 108 份民事裁判文书为分析样本,对我国民事诉讼非法证据排除规则的运用现状进行整体梳理和深入分析,探讨当前司法实践中存在的问题,进而提出完善建议。

案例样本大致可以反映实践中民事诉讼非法证据排除规则具有以下适用特点:一方面,法官通常在对证据资料的真实性和关联性予以审查的前提下判断案涉证据是否具有合法性,排除当事人存在将证据的真实性、关联性和非法证据相混淆,错误申请非法证据排除的情形;另一方面,由于司法解释没有规定专门的非法证据排除程序,案例中大多数是当事人申请排除非法证据,同时由申请者承担相应的证明责任。由于民事裁判文书格式的固定,本文无法明确非法证据排除的其余两个程序问题:一是当事人通常在审前准备阶段和法庭调查阶段中哪

一阶段提出非法证据排除的申请;二是法官是在调查确认后立即对非法证据予以排除还是法庭辩论终结对案件评议时综合认定。

三、样本总体情况的实证分析

笔者虽然无法精准反映我国民事诉讼非法证据排除规则在司法实践中的适用全貌,但是透过案例样本归纳分析基本可以反映出其运用的大致状况,以下主要从案件审级分布、主要案件类型、证据种类、申请排除非法证据的理由、法官的处理方式以及常见取证行为这六个方面进行分析。

(一) 案件审级分布

在司法实践中,一审、二审和再审程序中都能涉及民事诉讼非法证据排除规则,从表 1 反映的情况可知,在这 108 份民事裁判文书中,一审案件中涉及非法证据排除的比例最大,当事人在二审中申请非法证据排除的情形较多,也有少数当事人在再审案件仍然提出排除非法证据的请求。

表 1 案件审级分布

案件审级	案件数量/件	占比/%
一审	63	58.3
二审	38	35.2
再审	7	6.5

(二) 主要案件类型

根据对这 108 份民事裁判文书的统计可知,民事诉讼非法证据排除规则涉及的案件类型相对集中(见表 2),笔者对于出现次数在 5 次以上的案件类型单独统计,出现次数在 3 次以下的案件类型统一归入“其他纠纷”。总体而言,最常见的案件类型是民间借贷纠纷,占件总数的 32.4%,其次是合同纠纷,占总数的 22.2%,其中主要包含买卖合同纠纷、装饰装修合同纠纷、商品房销售合同纠纷等。其次常见案件类型是知识产权纠纷、劳动争议纠纷与婚姻家庭纠纷,分别约占总数的 15.8%、7.4%、4.6%。案件类型为其他纠纷的约占比 17.6%,主要包含提供劳务者致害责任纠纷、机动车交通事故责任纠纷、损害公司利益责任纠纷以及生命权、健康权、身体权纠纷等。

表 2 主要案件类型分布

案件类型	案件数量/件	占比/%
民间借贷纠纷	35	32.4
合同纠纷	24	22.2
知识产权纠纷	17	15.8
劳动争议纠纷	8	7.4
婚姻家庭纠纷	5	4.6
其他纠纷	19	17.6

（三）证据种类

按照《民事诉讼法》第 63 条的规定对这 108 份民事裁判文书中的证据进行分类，申请排除非法证据的证据种类并不涉及当事人陈述、物证和勘验笔录，其余证据种类的分布情况具体如表 3 所示。

表 3 非法证据排除的证据种类

证据种类	案件数量/件	占比/%
视听资料	57	52.8
书证	42	38.9
鉴定意见	4	3.7
电子数据	3	2.8
证人证言	2	1.8

在非法证据排除的案件中视听资料是占比最大的证据种类，在司法实践中主要表现为偷拍偷录的取证方式，当事人可能在不知情的状态下被录音录像，通常会以此类视听资料未经同意取得侵犯个人隐私，或者是在利诱、套话、威胁等情形下取得为理由申请非法证据排除。其次是书证，主要包括公证书、合同、欠条这三大类，民间借贷纠纷和其他合同纠纷中债务人多主张自身是在暴力、威胁、非法拘禁等情况下被迫出具借条或相关合同协议而向法院申请非法证据排除；在知识产权纠纷案件中当事人常认为公证机关未按照法定程序进行公证，或者另一方当事人公证取证的方式不符合常理、不符合法律规定，而申请对公证书予以排除。鉴定意见、电子数据和证人证言这三种证据申请排除的案件较少，当事人主要以鉴定报告程序不合法、电子数据取得方式不合法以及证人在胁迫或利诱的情形下作证这几种情况为由申请非法证据排除。

（四）申请排除非法证据的理由

《民诉解释》第 106 条规定了非法证据的排除标准，但在案例中当事人一般以更为具体的理由主张对方当事人的取证行为符合规定的法定排除情形，案例样本中出现频率较高并具有代表性的理由有：(1)对方当事人未经其同意私自录音侵犯个人隐私，或采取利诱、套话等恶意方式偷拍偷录；(2)证据是以暴力、胁迫、限制人身自由等手段取得的；(3)公证证据保全、异地公证等公证程序违反法律规定，公证书不具有合法性；(4)对方当事人采用陷阱取证的方法获取证据；(5)证据来源不合法，是非法证据；(6)对证据的真实性、关联性、合法性均不认可。

（五）法官的处理方式

在案例样本中，法官对非法证据的处理方式主要分为三种（如表 4）：采纳证据、排除证据和没有回应。其中，法官采纳争议证据的案件有 69 件，约占总数的 63.9%；排除争议证据的案件有 32 例，占比为 29.6%；没有做出回应的案件有 7 件，约占比 5.5%，没有回应是指法院在“举证质证”部分记录了当事人申请非法证据排除的请求，但是在“法院认定”部分并没有明确证据是否具有合法性，回应当事人对案涉争议证据排除的申请。

表 4 法官对非法证据排除申请的处理方式

处理方式	案件数量/件	占比/%
采纳	69	63.9
排除	32	29.6
没有回应	7	6.5

注：案例样本中有 5 份裁判文书存在二审、再审法官处理方式与一审、二审法官处理方式不同情况，本文以二审、再审的处理方式计入数据统计。

由表 4 可知，目前司法实践中民事诉讼非法证据排除适用比例较低，法官对“非法证据”的态度较为宽松，与刑事诉讼严格排除非法证据不同，我国民事诉讼原则上不排除非法证据，只有在特殊情形时才予以排除，这也是因为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在取证主体、取证行为标准、排除后果和立法目的等方面存

在差异。

在这108份民事裁判文书样本中,法官采纳相关证据的情形占绝对优势,法官采纳证据和排除证据两者的比例约为6:3,对这两种情形归纳总结可以得出,一方面,法官整体上对民事诉讼非法证据排除规则从严适用,绝大多数情形下采纳案涉争议证据,主要理由如下:一是证据不属于《民诉解释》第106条规定的非法证据,或取证行为不属于《民诉解释》第106条规定的法定排除情形;二是申请人未提交证据证明或提交证据不足以证明争议证据是非法证据;三是公证取证、公证证据保全等程序没有违反法律规定,或异地公证等情形虽然程序上存在一定瑕疵,但可以补正。另一方面,法官持谨慎态度对少数证据认定为非法证据予以排除,其主要理由有以下几点:第一,偷拍偷录取得的证据侵犯他人隐私,或依据《民诉解释》第106条对合法性不予认定;第二,证据是在暴力、胁迫、限制人身自由等情形下非法取得的;第三,证据违反某一具体法律禁止性规定;第四,证据是以利诱他人、伪造等方式取得的;第五,证据是当事人为起诉需要有意识行为准备,或在案件受理后为收集有利于己方证据而取得的。

(六) 常见取证行为

样本中“非法证据”的取证行为根据案例数量依次为偷拍偷录取证、暴力胁迫取证、陷阱取证这三种,由于个案错综复杂,对这几种取证行为只能进行案件积累的类型化分析:

1. 偷拍偷录行为。偷拍偷录获得的视听资料是实践中当事人申请排除较多的证据,其主要原因在于此种取证行为简易方便,成本较低;同时又具有隐蔽性,不易被当事人和他人发现,视听资料的内容比较能反映案件的真实情况。相应地,当事人也会以录音录像未经同意侵犯其个人隐私,或存在利诱、套话等恶意情形而申请非法证据排除,我国绝大多数法院认为法官不应对在公共场所录制的和仅包括双方当事人谈话内容的录音录像证据排除,

但由于《民诉解释》第106条没有详细规定排除非法证据的具体要件,部分案例中法官也需要结合案件具体情况和取证行为特点,如偷拍偷录的地点、手段、目的、损害后果等,分析获得的证据是否严重侵犯当事人合法权益。

2. 暴力、胁迫、限制人身自由行为。此类取证行为已经违反《中华人民共和国治安管理处罚法》的规定,情形严重时还可能触犯《中华人民共和国刑法》,同时在此种行为下获取的证据通常违背当事人的真实意志,还会影响证据的真实性。因此,法官通常以该取证行为获取的证据违反法律禁止性规定或严重侵犯他人合法权益而予以排除,在样本分析中,法官排除此种取证行为获取的证据占全部排除证据的1/3。

3. 陷阱取证行为。陷阱取证最早于“北大方正诉北京高术有限公司软件著作权侵权纠纷”一案中被提及,最高人民法院的判决书中虽不包含“陷阱取证”的字样,但承认这种行为的证据效力。实践中,这一类取证行为在知识产权纠纷、不正当竞争纠纷、虚假宣传纠纷中出现得比较多,取证人通常面临直接取证困难、侵权行为隐蔽、侵害利益较大的问题,多数采取自己借用第三人身份或者委派员工、律师、公证人员作为普通消费者,与对方当事人达成交易的方式取证,并依照法定程序对证据进行公证保全。由于对方当事人已经存在违约行为或侵权行为^①,取证人为收集证据保障其合法权益,只要没有采取侵犯对方当事人合法权益的行为或者刑事违法行为,法院一般会采纳证据。

四、民事诉讼非法证据排除规则的实践问题

前述内容归纳了民事诉讼非法证据排除规则在司法实践中的运用状况,但案例样本也反映出其在实践运用中存在以下三大问题:证明标准认定模糊、司法不统一和裁判文书说理不足。在对样本案例研读后,将以部分个案为例具体对这三个问题予

^①陷阱取证多用于刑事诉讼中,分为“机会提供型”和“犯意诱发型”,两者的区别在于犯罪嫌疑人最初是否具有犯罪的意图,侦查人员的引诱行为是为犯罪实施提供条件还是使犯罪嫌疑人临时起意。在民事诉讼中,陷阱取证也应区别对待:“机会提供型”应当承认合法性,“犯意诱发型”应当作为非法证据排除。参见李浩:《民事证据法的目的》,载《法学研究》2004年第5期。根据样本分析,本文所提及的陷阱取证是“机会提供型”。

以说明。

（一）证明标准认定模糊

《民诉解释》第106条规定了非法证据排除的三种情形，即严重侵害他人合法权益、违反法律禁止性规定和严重违背公序良俗。对于这三种情形，理论界仍有争议，而实务中法官对非法证据证明标准的具体内涵认定模糊。

首先是严重侵害他人合法权益。其中“严重”程度的认定，虽然《民诉解释》提高非法证据排除的标准，赋予当事人更大限度的取证自由，但是法律并没有明确对严重程度的认定标准进行概括或列举描述，在样本案例中基本也没有法官明确提出如何认定达到严重程度。目前来看，非法取证人的主观目的、取证行为带来的后果、取证行为的合理性、另一方当事人的处理态度等是较为重要的认定严重程度的影响因素，而法官也会结合个案具体分析影响因素予以衡量。例如：在一起离婚纠纷案件中，原告为证明被告与他人存在不正当关系以及实施转移、隐匿夫妻共同财产的行为提供了十几份录音证据，虽然原告主观上并没有恶意，但是其将录音笔放在客厅中，录制内容范围广泛，不仅涉及被告每天生活内容，还包含被告与其父母间、被告父母间、被告父母与他人之间的聊天内容，取证行为缺乏合理性，严重侵犯他人隐私，法官最终认定一系列证据不具有合法性予以排除^①。此外，现行法律未能对“合法权益”做出界定，有学者曾提出应将其范围限定为“宪法性权利以及诉讼法上的程序权利”，而非所有法律、法规、规章里赋予公民的各种具体权利^②；由于案例统计的局限性，笔者并不能精准归纳司法案例中“合法权益”的类型，样本中法官排除非法证据的理由大多是取证手段侵犯他人实体法上的合法权益，通常侵权客体是名誉权、隐私权、健康权、人身自由权等人身、财产权益。

其次是违反法律禁止性规定。在研究样本中少数案例明确以这种情形排除非法证据，例如：在一

起网络侵权责任纠纷中，法官认为原告提交的照片、视频等证据是使用其他信道进行网络联网获取的，违反了《中华人民共和国计算机信息网络国际联网管理暂行规定》行政法规的规定而排除证据^③；在某机动车交通事故责任纠纷案件中，原告提交一份伤残情况司法鉴定意见书，法官以该证据并非参照最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部公告明确的《人体损伤致残程度分级》标准评定，违反法律禁止性规定为由予以排除^④。但“法律”是指狭义上的法律还是广义上的法律，仅指实体性法律还是包括程序性法律^[2]，这一概念的不确定性使得司法实践中法官对“法律禁止性规定”的认定也不一致。

最后是严重违背公序良俗。公序良俗本身的概念和适用都具有不确定性，在统计的样本中法官以此为由排除非法证据的案例较少，这一情形的适用更多属于非法证据排除中的兜底条款，为裁判法官指引大致的方向，适用标准其实仍是法院综合考虑该取证方式对社会的价值导向为基础进行判定的。

（二）司法不统一

我国《民诉解释》第106条规定的非法证据排除标准比较笼统宽泛，尤其是其中的“严重”“侵害他人合法权益”和“违背公序良俗”等关键词，使得法官在司法实践中具有认定和排除非法证据的自由裁量权，这也导致相同情形下每个法官对非法证据的处理方式不同，出现司法不统一现象。关于这一点，通过以下两个实例进行说明。

案例一：某合伙协议纠纷，被告对原告在当庭播放的两段录音的真实性没有异议，但提出双方通话发生在所有工程结束后，原告在其不知道的情况下录音是一种违法行为，录音证据是原告单方录制的节选片段，应当属于非法证据。一审法院认为原告在被告不知情时私自录音获得的证据不具有合法性并予以排除，而二审法院认为原告提交的两份通话录音的内容主要与当事人双方的合伙关系和利益亏损有关，虽然是私自录音但并没有侵犯被告与他

①详见浙江省义乌市人民法院（2019）浙0782民初12560号民事判决书。

②详见安徽省芜湖经济技术开发区人民法院（2018）皖0291民初4662号民事判决书。

③详见广西壮族自治区百色市中级人民法院（2019）桂10民终642号民事判决书。

人的合法权益,也没有泄露被告的隐私,证据具有合法性^①。

案例二:某劳动争议纠纷中被告提交了视听资料光盘一份,是原告工作人员约谈被告、出示违反公司规定兼职材料时被告私自录音的证据,原告对此份证据的真实性、关联性和合法性均不认可。法院审核确认该视听资料是被告未经原告工作人员同意,在双方约谈时私自录音获得的证据,依据《民诉解释》第106条的规定对视听资料的合法性不予认定,对证据不予采纳^②。

案例分析:上述两个案例中的证据均是录音者在双方谈话时未经另一方同意私自录音获得的视听资料,案例一中一审法官不予认可私自录音的证据,而二审法官肯定了录音目的的正当性最终采纳证据;案例二中法官直接以《民诉解释》第106条规定为由排除该份证据。由此,对于同一取证行为下的非法证据排除的请求,不同审级法院的法官处理方式不一致,相同情形下不同法院的法官也会做法不同。

(三) 裁判文书说理不足

法官一般会在民事裁判文书中对案涉争议证据是否属于非法证据予以排除做出决定并说明相应理由,但司法实践中存在部分裁判文书说理不足的问题,具体表现在以下三个方面:

第一,裁判文书中法官没有回应争议证据是否属于非法证据应当予以排除。在样本中共有7件案例存在法官没有在判决书中明确证据是否具有合法性、回应当事人对案涉争议证据排除请求的情形。结合案件具体情况以及法官最终裁判结果分析,可能是其他证据足以证明案件事实,无须再对争议证据是否属于非法证据进行审查认定。但不可否认的是,这种“没有回应”的做法并不规范,法官没有重视当事人提出的非法证据排除申请,在一定程度上打击当事人为保障自身合法权益运用该规则的积极性,同时也没有重视非法证据排除规则的实践适用,实现规范当事人收集证据行为的立法理念。

第二,裁判文书中法官采纳或者排除争议证

据,但是存在说理不充分或者说理欠妥的情形。说理不充分具体表现在法官往往只表述某证据依据《民诉解释》第106条予以采纳或不予认可,或者某取证行为具有违反法律禁止性规定、违背公序良俗、侵犯他人合法权益的情形,但是结合当事人“举证质证”部分证据的论述并不能直观反映出争议证据违反的是哪一法律条款、如何违背公序良俗、侵犯他人合法权益等,使得《民诉解释》第106条成为裁判文书中法官采纳或排除证据的概括性理由;法官更重视证据的客观印证,而多忽视心证说理,欠缺心证说理或者说理不充分极有可能导致当事人对判决可接受度不高。

说理欠妥主要表现为在涉及非法证据排除时,法官没有根据《民诉解释》第106条对证据的合法性予以判断,而是根据证据的真实性和关联性直接采纳或者排除了证据。例如:在某生命权、健康权、身体权纠纷中,被告提交一份视听资料证明死者在本案发生时不仅在被告公司就职,还在其他单位有兼职,休息时间与王某1私自串班,且王某1承诺向被告公司隐瞒此情况。原告三人对录音的过程认可,但是认为证据在录制时没有经过王某1同意,且不能证明被告的证明目的,属于非法证据应当予以排除^③。此案例中法官并没有依照《民诉解释》第106条对证据的合法性予以认定,仅说明本院对该证据的真实性予以确认,对内容真实性结合其他证据予以确认,最终采纳此证据,忽视了对证据合法性的认定。

第三,有极个别裁判文书中法官仅在“法院认定”部分简单提及对争议证据予以采纳或者排除,并没有记载质证的过程,没有办法看出法官是否对争议证据进行解释,缺乏法官心证说理过程。

五、我国民事诉讼非法证据排除规则的完善建议

《民诉解释》第106条施行以来,民事诉讼非法证据排除规则的适用得到一定程度的改善,但也呈现出非法证据排除适用率较低的现象,存在证明

①详见云南省迪庆藏族自治州中级人民法院(2017)云34民终153号民事判决书。

②详见甘肃省天水市麦积区人民法院(2019)甘0503民初2118号民事判决书。

③详见呼伦贝尔市海拉尔区人民法院(2018)内0702民初2962号民事判决书。

标准认定模糊、司法不统一和裁判文书说理不足的司法实践问题，基于上述分析，笔者希望能从明确法官自由裁量排除的标准、明确相对排除效力和加强裁判文书说理这三个方面来完善民事诉讼非法证据排除规则在实践中的运用。

（一）明确法官自由裁量排除的标准

《民诉解释》第106条确定的非法证据排除规则在实践中运行不畅，部分原因在于现有司法解释规定相对宽泛笼统，但我们不能就此否定其在民事诉讼领域所具有的独特价值和功能。如何平衡当事人双方间的实体利益、程序公正和实体公正、遏制违法取证行为和维护民事法律秩序之间的矛盾和冲突使得非法证据排除本身具有高度复杂性，直接以立法形式明确非法证据排除标准是一件十分困难的事情。必须承认的是，现有司法解释规定已经是判断证据合法性的底线^[3]，其为法官提供一个思考的方向，也对法官合理行使自由裁量权提出更高的要求。

实践中非法取证行为的形式较多，之后也可能不断出现新的取证方式，最重要的是法官如何结合案件情况进行判断，不少学者提出法官在个案中应采取“利益衡量”^①的方式认定和判断非法证据，法官自由裁量排除非法证据应以重大违法^[4]¹⁴⁴为标准。

首先是对取证行为本身的分析，主要从以下三个方面进行考虑：一是取证行为的手段、性质、情节。如在偷拍偷录取证这一行为中，采取安装摄像头、监视器、窃听器等方法比用手机录音谈话内容、拍摄视频的一般方法性质更为严重，他人住宅、工作场所等私人领域比公共场所隐私受保护力度大；二是取证行为是否唯一、不可替代。如果其他证据已经充分能够证明待证案件事实、当事人可以选择其他方法，法律也设置了取证的合法途径，则会对当事人的取证行为严格评价；三是取证行为的后果，主要考虑取证行为是否对当事人的合法权益造成严重损害、是否影响社会利益和公共秩序。

其次是对取证人的主观过错程度进行分析，当

事人收集证据应当是为了证明案件事实，保护自身的合法权益，而非诬陷、报复等不具有正当性和合法性的其他目的。非法取证的行为人大多数情况下主观是具有过错的，但也存在例外，如法律并未提供合法的取证渠道且除了采用违法方法外没有并无其他妥当方式可以选择，则不宜认定取证人有过错；或者法律虽然设置了合法取证方式，但存在紧急情况为了保全证据，当事人不得已采取违法方式取证，同样也不宜认为取证人存在过错^[4]¹⁴⁵。

最后是对证据予以分析，考虑证据是否属于证明案件事实的唯一证据，还有其与案件的关联性，是否对认定事实起着不可替代的作用。

（二）明确相对排除效力

目前，《民诉解释》第106条明确了非法证据的排除标准，但是仍缺乏相应的程序机制。司法实践中非法证据排除一般是以当事人申请为主，法官是否可以依职权主动排除违法取得的证据资料尚不明晰，对此，有学者提出应当明确《民诉解释》第106条规定的证据排除效力是相对效力，即由于《民诉解释》第104条第1款规定法院组织当事人对证据的合法性等内容进行质证，所以在一方当事人未主张证据合法性异议时，法官应当直接将该证据资料纳入证据评价的范畴，而非主动审查取证方式的合法性；如果在庭前会议组织交换举证或至迟在一审当庭质证时申请人未提出非法证据排除的申请，法官可以将违法取证方式获得的证据资料纳入证据评价的范畴^[5]。

（三）加强裁判文书说理

优秀裁判文书的说理能够良好反映某一制度或者规则在司法实践中的运用状况，本次样本研究由于裁判文书说理不足，并不能全面展现《民诉解释》第106条的实践现状。因此，完善司法判例，尤其是加强裁判文书说理，是完善立法对非法证据的认定和处分，解决其实践运用不畅的有效路径^[6]。

^①最高人民法院也提出在判断非法证据时，应采用利益衡量原则进行，即对取得证据方法的违法性所损害的利益与诉讼所保护的利益（忽略取证方法的违法性所能够保护的利益）进行衡量，以衡量的结果作为判断非法证据的重要考量因素。参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院新民事证据规定理解与适用》，人民法院出版社，2020年第1版，第764页。

一方面,应当增加相应的指导案例。2010年最高人民法院颁布了《关于案例指导工作的规定》,这为比较原则性规定的法条在司法实践中的运用提供一定的指导作用。但是最高人民法院公布的25批指导性案例主要涉及实体法问题,至今尚未有关于民事诉讼非法证据排除规则的指导性案例,最高人民法院发布的与此规则相关的唯一公报案例“北大方正案”也已距今10余年。因此,我国应当增加相应的指导性案例,指引非法证据排除规则在民事诉讼中的运用。

另一方面,应当强化、细化说理。依照2020年实施的新《民事证据规定》第97条的规定,法官应当将证据是否采纳的理由在裁判文书中阐明,因此实践中法官对非法证据没有回应或者仅说明结论而缺乏相应的说理均是极其不规范的。法官应当在裁判文书说理部分,说理内容具有详细性和针对性,重点记载当事人申请非法证据排除的证据种类和理由,对方当事人的异议理由;证据与认定事实的对应;法官对非法证据的处理结果和相应的理由,细

致说明法官利益衡量的心证过程,从证据、常理和法律规定适用等多个方面综合论证,减少裁判文书“简陋化”“碎片化”和“模板化”的现实问题,更好地指引当事人对民事诉讼非法证据排除规则适用的理解。

[参考文献]

- [1] 陈桂明,相庆梅.民事非法证据排除问题初探:兼评《关于民事诉讼证据的若干规定》第68条[J].现代法学,2004(2):21-27.
- [2] 李浩.民事判决中的非法证据排除规则[J].现代法学,2012(2):115-127.
- [3] 汤维建.民事诉讼非法证据排除规则刍议[J].法学,2004(5):92-96.
- [4] 李浩.民事证据立法前沿问题研究[M].北京:法律出版社,2007:144-145.
- [5] 周翠.民事非法证据排除的规范解释与实务观察[J].中国法学,2020(3):223-243.
- [6] 何家弘.适用非法证据排除规则需要司法判例[J].法学家,2013(2):106-179.



(上接第58页)

[参考文献]

- [1] 王玮玲.基于性别的家庭内部分工研究[J].重庆大学学报(社会科学版),2016,22(5):135-143.
- [2] 孙若军.离婚救济制度的立法研究[J].法学家,2018(6):161-172.
- [3] 沈海星.民法典离婚经济补偿制度的改善及司法适用[C]//上海法学会.上海法学研究,2020(9):224-229.
- [4] 胡军辉.论离婚判决的既判力及其程序保障[J].法学家,2014(3):74-84.
- [5] 王红艳.论我国离婚家务劳动补偿制度的适用[J].湖南社会科学,2013(5):104-106.
- [6] 杨遂全.民法婚姻家庭亲属编立法研究[M].北京:法律出版社,2018:189.
- [7] 王歌雅.离婚财产清算的制度选择与价值追求[J].法学论坛,2014(4):24-33.
- [8] 樊丽君.论德国法上的两愿离婚:兼评我国协议离婚制度[J].甘肃政法学院学报,2008(3):46-53.
- [9] 王雷.论身份关系协议对民法典合同编的参照适用[J].法学家,2020(1):32-46.
- [10] 吴琦.家务贡献补偿制度的解构与重塑[J].江西社会科学,2013(3):156-159.
- [11] 郁光华.从经济学视角看中国的婚姻法改革[J].北大法律评论,2007(8):413-432.
- [12] 王歌雅.家务贡献补偿:适用冲突与制度反思载[J].求是学刊,2011(5):80-86.
- [13] 夏吟兰.离婚自由与限制论[M].北京:中国政法大学出版社,2007:223.
- [14] 夏江皓.《民法典》离婚财产分割和离婚救济制度的法律适用:以保障农村妇女合法权益为重点[J].华中科技大学学报,2020,34(4):115-123.
- [15] 王利明.民法上的利益位阶及其考量[J].法学家,2014(1):79-90.