

德国民事诉讼中 非法证据的使用及启示 ——以“行车记录仪案”为切入点*

吴逸越

摘 要：关于民事诉讼中能否使用非法证据，一直以来存有争议。德国的“行车记录仪案”，以利益衡量理论为基础，印证并实践了“非法证据并不必然导致禁止使用，而要在个案中根据情况进行利益衡量”的观点。据此，应当根据比例原则以及法律规范的保护目的来衡量涉案各方的利益。如果举证人的利益处于优势地位，则非法证据可以作为认定案件事实的依据。相比于我国最高人民法院通过规范性文件来排除非法证据的做法，德国的做法更具可操作性，不仅有利于当事人权利的行使以及民事诉讼的有效开展，也有利于实现实质正义。

关键词：民事诉讼；非法证据；“行车记录仪案”；利益衡量

作者简介：柏林洪堡大学 法学院 博士研究生 柏林 10099

中图分类号：D951.651

文献标识码：A

文章编号：1005-4871(2019)02-0088-11

* 本文受“中国国家留学基金”(编号:201608080096)资助。

在民事诉讼理论中,如果收集和获取证据的过程违反了法律规定或者侵害了他人的合法权益,就会构成非法证据,例如,没有告知证人有权拒绝作证,或者提交给法院的录音、照片、书信、个人录像等证据是非法制作或者非法占有的。^①但是,与通行“非法证据排除规则”的刑事诉讼不同,民事诉讼中调查取证的主体是当事人自己,举证的过程更加艰难,也不存在滥用公权力而非法获取证据的可能性。因此,民事诉讼中能否将非法证据作为认定案件事实的依据,在理论研究和实务操作中都存有争议。

一、德国法学界对“民事诉讼中使用非法证据”的争论

德国《民事诉讼法》(Zivilprozessordnung, ZPO)中没有明确规定非法获取的证据是否需要被禁止使用。对此,德国的法学理论界和实务界曾一度存在较大分歧。

(一)反对“民事诉讼中使用非法证据”的观点

德国历史上曾先后出现几种主张民事诉讼中不得使用非法证据的观点,至今仍对各地各级法院有着较大的影响。

1. 维护法律体系的一致性

早在1950年,汉斯·凯尔纳(Hans Kellner)就基于法律体系的一致性原则提出,应全面禁止使用非法获取的证据。他指出,如果一项证据的获取违反了实体法,则会自动导致程序上的违法性,因此应禁止该证据的使用,即使法律对此没有明确规定。^②

但是,很多人对这一观点进行了批判,因为它没有注意到应当将非法获取证据的行为与使用证据的行为相区分。^③这两个行为处于两个相互独立的过程之中,因此应当分别进行评价。另外,实体法和程序法的规范目的不尽相同。^④程序法的目的在于保障法律程序有秩序地进行,而实体法的目的是保护当事人的法律权益。因此,从非法获取证据的行为中不能自动得出程序违法的结论。^⑤

^① Hanns Prütting, in Thomas Rauscher/Wolfgang Krüger (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, Band 1, 5. Auflage, München: Verlag C. H. Beck, 2016, ZPO § 284, Rn. 63.

^② Hans Kellner, „Verwendung rechtswidrig erlangter Briefe als Beweiskunden in Ehesachen“, *Juristische Rundschau*, 09/1950, S. 270–271, hier S. 271.

^③ Manfred Dauster/Franz Braun, „Verwendung fremder Daten im Zivilprozess und zivilprozessuale Beweisverbote“, *Neue Juristische Wochenschrift*, 05/2000, S. 313–319, hier S. 318.

^④ Thomas Gemmeke, *Beweisverwertungsverbote im arbeitsgerichtlichen Verfahren*, 1. Auflage, Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH & Europäischer Verlag der Wissenschaften, 2003, S. 64.

^⑤ Olaf Werner, „Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel“, *Neue Juristische Wochenschrift*, 16/1988, S. 993–1001, hier S. 999.

2. 预防的目的

另一种具有代表性的观点认为,出于预防的目的,应禁止非法证据的使用。如果某人明知自己非法获取的证据在诉讼程序中不会被使用,那么他就不会为了取证而进行违法行为。^①相反,如果法院使用非法证据,则会变相鼓励通过非法手段来获取证据。^②因此,对于非法获取的证据,有必要禁止其使用,从而发挥其普遍的预防功能。^③

但是,这样的观点也存在问题。首先,证据的作用在于认定案件事实,而这一功能的发挥并不一定依赖法院在诉讼程序中的认定。在法院诉讼之外,无论是调解程序、和解程序等,还是对案件当事人的周边环境的影响,非法证据都可以发挥很大的作用。因此,预防的目的难以实现。^④其次,基于预防的目的而禁止非法证据的使用与民事诉讼法的目的不相符。虽然民事诉讼法也应当保障实体法的规定,但是主要是通过个案中确定实体法上的法律请求权而实现这一目标。^⑤此外,非法获取证据的当事人的行为将被分别评价。即使其非法获取的证据被法院认定可以在民事诉讼程序中使用,也不影响其取证行为的违法性,不会改变其因此所要承担的不利后果。

3. 诚实信用原则

在德国的司法实践中,很多法院拒绝将非法证据作为认定案件事实的依据,因为这违背了诚实信用原则。^⑥虽然诚实信用原则主要存在于民法理论之中,但是法学界普遍认为其也应当适用于诉讼法领域。^⑦但是近年来,这一观点越来越不被认可,因为必须区分非法获取证据的行为和在诉讼过程中使用证据的行为。虽然非法获取证据的行为可能与诚实信用原则不相符,但是也很可能有助于查明案

^① Walther Jakob Habscheid, „Das Persönlichkeitsrecht als Schranke der Wahrheitsfindung im Prozeßrecht“, in Conrad/Jahrreiß/Mikat/Mosler/Nipperdey/Salzwedel (Hrsg.), *Gedächtnisschrift Hans Peters*, Berlin/Heidelberg: Verlag Springer, 1967, S. 862.

^② Dieter Leipold, in Friedrich Stein/Martin Jonas (Hrsg.), *Kommentar zum Zivilprozess*, Band 4, 23. Auflage, Tübingen: Verlag Mohr Siebeck, 2018, ZPO § 284, Rn. 87.

^③ Athanassios Kaissis, *Die Verwertbarkeit materiell-rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess*, Frankfurt am Main: Verlag Peter Lang, 1978, S. 120f.

^④ Christoph Betz, „Die Gerichtliche Verwertbarkeit datenschutzwidrig erlangter Beweismittel“, *Recht der Arbeit*, 02/2018, S. 100 – 110, hier S. 105.

^⑤ Anja Schlewning, „Prozessuales Verwertungsverbot für mitbestimmungswidrig erlangte Erkenntnisse aus einer heimlichen Videoüberwachung?“, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 19/2004, S. 1071 – 1077, hier S. 1076.

^⑥ LG Frankfurt v. 2. 2. 1982 – 2/16 S 225/81, NJW 1982, 1056; LAG Berlin v. 15. 2. 1982 – 9 Sa 108/81, AP ZPO § 284 Nr. 1.

^⑦ Richard Zöller/Max Vollkommer, *Zivilprozessordnung*, 32. Auflage, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2016, Einleitung, Rn. 56.