

秘密录音的分类、证据资格和司法政策

叶自强

内容提要:本文全面分析了民事诉讼中的秘密录音问题的来由、种类及其证据资格问题,最后得出如下结论:第一,不通过法定的审批手续开展秘密录音活动是非法的;由此所获得的证据在性质上是违法证据。第二,此种违法取证行为不应该受到鼓励;但是对于这种违法证据应该采取一种客观的立场,按照它所属的类型区别对待,不应该绝对地一概排除。第三,对于没有被排除证据资格的违法证据,由法官根据案件中所获得的所有证据进行全面衡量,以决定它最终是否具有证据能力。

关键词:民事诉讼 秘密录音 分类 证据资格

叶自强,中国社会科学院法学研究所教授。

一 引言

2001年12月6日,最高人民法院通过了《关于民事诉讼证据的若干规定》^[1](以下简称《证据规定》),其中第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。第69条规定:“下列证据不能单独作为认定案件事实的依据:……(三)存有疑点的视听资料;……”第70条规定:“一方当事人提出的下列证据,对方当事人提出异议但没有足以反驳的相反证据的,人民法院应当确认其证明力:……(二)物证原物或者与物证原物核对无误的复制件、照片、录像资料等;(三)有其他证据佐证并以合法手段取得的、无疑点的视听资料或者与视听资料核对无误的复制件;……”上述条款确认了有其他证据佐证并以合法手段取得的、无疑点的视听资料的证明力。

从上面可以看到,《证据规定》第68条初步确立了非法证据的排除标准;该条与第69、70条结合起来,确定了视听资料的采纳标准。但是,上述三个条文在诉讼法学界和司法实务界引起了激烈争论。焦点问题有两个:一是如何正确理解第68条的意义?二是私自录取的视听资料在何种条件下才是合法证据?由于这两个问题具有密切的联系,因此,人们在争论的过程中,正如下面所表明的那样,并没有严格地把它们区别开来。

一种观点认为,《证据规定》摒弃了最高法院1995年2号批复^[2]中“经对方当事人同意”的提法,以

[1] 最高人民法院审判委员会第1201次会议通过。

[2] 最高人民法院给河北省高级人民法院案件请示的批复写道:“证据的取得首先要合法,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。”(1995年3月6日,法复[1995]第2号)尽管理论界和实务界对此持有不同看法,但是,在审判实践中均本此规定执行,即对于未经对方当事人同意取得的录音资料不能作为证据使用。

“合法手段取得”作为条件,因此,私录的视听资料只要手段合法就可以作为证据使用。^[3]具体地说,如果未经相关当事人同意的录音录像资料没有侵害到他人的合法权益,也没有违反法律的禁止性规定,则该录音录像资料可以作为定案的根据。有人还进一步指出,私人取证“不会对公民的基本权利构成严重侵犯,排除私人证据会导致可以运用的证据大为减少,而不利于诉讼的进行和案件事实的查明”,因而主张私录的视听资料具有可采性。^[4]

另一种观点则认为,最高法院1995年2号批复明确规定,未经对方同意的私录行为系不合法行为,这自然也就不符合证据规则中以“合法手段取得”的条件,因此,私录的视听资料不能作为证据使用。^[5]

有人还指出,由于法律意识差、与案件有利害关系等原因,私人取证甚至更容易侵犯公民的权利,并扰乱司法机关的正常取证。因此对私人取证应慎重使用,最高人民法院规定私录视听资料不得作为证据使用就是一个很好的例证。所以,对私人取证应严格审查:如通过合法途径获取且具备客观性、关联性,则具有可采性;若系通过非法途径获取,则不论其是否具备客观性、关联性,都不具有可采性。^[6]

第三种观点认为,《证据规定》所确立的非法证据的排除规则与判断标准比较含糊,不便准确地适用。一位作者写道:《证据规定》实施后在全社会都引起了广泛的关注。最为人们关注的,“除了医疗事故纠纷中的举证责任倒置之外,就是非法证据的排除规则与判断标准。区别在于,非法证据的排除规则与判断标准所涉及的偷拍偷录的证据是否合法有效及能否采信问题,就不像医疗事故诉讼中举证责任倒置那样简单明确了”。^[7]根据《证据规定》,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。这一规定虽然没有把偷拍偷录的材料全部排除在证据之外,但也绝不能以此得出偷拍偷录材料可以作为合法有效证据的结论。^[8]

我注意到,尽管学术界和司法实践部门对此有不同的声音,但是一些媒体却明显地表现出一致的倾向:偷拍偷录的材料可以作为民事诉讼中合法有效的证据,^[9]或者“未经他人许可的录音、录像能作为证据”^[10],并将这种倾向性观点灌输给广大的受众。据报道,在国内很多地方,专门用于偷拍的针孔摄像头公开买卖、唾手可得,由偷拍偷录而引发的案件、纠纷也呈现快速增加的趋势,从而证明了在媒体作用之下《证据规定》的广泛影响。

然而,这种影响的性质是积极的还是消极的,目前还难以做出定论,仍有待时间的检验。

由于上述法条留有比较宽的解释余地,加上权威性的法律解释滞后,导致理论界和司法实务界争议

[3] 《未经他人许可的录音、录像能作为证据》,《青岛晚报》2001年12月31日。文章说:“未经他人许可的录音、录像不能作为证据”今后不再适用。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》指出:只要通过不侵害他人的合法权益或者不违反法律禁止性规定的方法取得的证据,都可以成为有效证据。此次出台的《规定》中写明:第一,以侵害他人合法权益方法取得的证据为非法证据,比如违反社会公共利益和社会公德侵犯他人隐私取得的证据;第二,以违反法律禁止性规定的方法取得的证据是非法证据,比如擅自将窃听器安装到他人住处进行窃听取得的证据。除以上两种情形外取得的证据就不得视为非法证据。

[4] 蔡文硕:《完善我国非法证据排除规则的构想》,正义网 2004-01-19 09:38:17。

[5] 游冰峰:《民诉中私录视听资料证据合法性解析》,中国法院网 2003-03-07 13:42:13。

[6] 蔡文硕:《完善我国非法证据排除规则的构想》,正义网 2004-01-19 09:38:17。

[7] 胡勇:《谨防滥用偷拍偷录》,《法制日报》2002年4月10日。

[8] 胡勇:《谨防滥用偷拍偷录》,《法制日报》2002年4月10日。

[9] 华云:《邵阳法院:首起采信录音证据案审结》,新华网 2003-04-29 13:34:06。

湖南邵阳市双清区法院在审理借款纠纷一案时,采信了原告陈女士出具的证据——一盒私录的录音磁带,并据此认定被告赵先生欠款事实存在。双方最终以调解方式握手言和,被告归还原告欠款600元,并承担本案诉讼费。据悉,这是最高人民法院去年4月1日施行《关于民事诉讼证据的若干规定》这个新的司法解释后,邵阳市法院采信录音磁带作为证据而审结的首起民事案件。根据新的司法解释,当事人如果要以私自录制的录音磁带等视听资料作为证据并得到法院的采信,除了符合证据的基本要求外,还须符合不能侵害他人合法权益或违反法律禁止性规定,以及无疑点两个条件。

[10] 《未经他人许可的录音、录像能作为证据》,《青岛晚报》2001年12月31日。我应当说明的是:该文章所使用的标题具有明显的倾向性,而这种倾向是有害的,因为作者对这个问题的认识尚不深入,理由见本文。

较大,莫衷一是,从而在一定程度上造成了法律适用上的不统一,甚至出现了截然相反的判例。^[11]为了解决上述问题,我将主要从如下方面进行研究:什么是秘密录音,它有哪些基本特征,可分为哪些种类?英美法系和欧盟国家的有关政策是什么?秘密录音活动是合法取证行为,还是非法取证行为?通过秘密录音活动所获得的证据是何种性质?是合法证据还是非法证据?如果是非法证据,法庭是坚决加以排除还是留给法官自由裁量?^[12]通过上述讨论,我想基本上能够把握这种事物的本质,并且为我国制定相关政策提供参考。

二 秘密录音的定义、特征和种类

我们从前一部分可以看到,目前人们对秘密录音、视听资料、偷录偷拍等问题十分关心,纷纷展开讨论,所用的术语也比较繁杂。为了便于问题的讨论,笔者首先界定秘密录音这个关键的术语,以便限定讨论的范围。

首先,什么是秘密录音?所谓秘密录音,是指录制者在被录制者不知情的情况下所进行的录音活动。它具有三个基本特征:一是被录制者可以是特定的人,也可以是不特定的任何人;二是录音的场合可以是公开场合,也可以是不完全公开的场合,或者是完全不公开的场合;三是被录制者不知情,这是秘密录音活动的最重要的特征。只有满足上述三个特征的录音活动,才能称为秘密录音。

其次是秘密录音的种类。它包括公共场所下的录音,私人场所下的录音,电子监听(或者窃听,有人亦称之为“偷听偷录”)。秘密录音与窃听不完全是一回事。秘密录音的范围比较宽,它包含不同的形式,窃听只是其中的一种。由于这个原因,必须对秘密录音做出细致的分类,以便把窃听从中分离出来,并同秘密录音中的其他形式进行比较。采用不同的秘密录音形式可能会对录制者造成不同的反应或后果,而这些后果是需要区别对待的。也就是说,在司法实践中,区别地对待不同的秘密录音形式及其可能的后果,以便适用不同的司法政策,是一种理性的明智的选择。

本文不讨论通过秘密手段所获得的计算机数据,因为从严格的学术意义上说,计算机数据属于书证类型,而不属于视听资料的范围,它与我们这里所讨论的秘密录音在本质上存在重大差别。^[13]

最后,尽管本文不讨论秘密录像问题,但是本文的结论同样适用于这类问题,因为秘密录像与秘密录音在许多方面都具有同质性,主要的区别是磁性介质的不同。只是为了避免使用冗长的术语,才把这

[11] 石森:《偷录的视听资料可以作为证据》,中国法院网 2002-10-21 11:03:29。

2002年1月8日,李某与某医院签订协议一份,约定李某为该医院设计两个交互式对话聊天室、某网站登录认证系统程序。协议同时约定,程序验收合格后,医院向李某首期支付5000元,待程序安全、稳定运行30天后,再支付5000元;该程序完成后6个月内,李某为医院继续完善程序系统,并维护网站的正常运行,医院向李某每月支付2000元的酬劳。同日,医院向李某支付5000元,余款未付。李某将该医院诉至法院。

审理中,被告对原告已按要求完成设计程序以及程序运行稳定的事实予以否认。原告向法庭提交了录音磁带一盘,该磁带收录了他与被告法定代表人的5次电话通话(录音未经被告法定代表人同意),其中第一次通话为:“下个月什么时候”(原告问);“下月底付清”(被告法定代表人答);“设计程序6个月正常运行,您知道吗”(原告问);“噢”(被告法定代表人答)。其他4次通话双方只就何时付款进行了交涉,被告法定代表人未就程序提出任何异议。该磁带经当庭播放,被告质证后对该磁带收录内容真实性不持异议,但认为其法定代表人通话为敷衍的态度,不能认定为他对原告运行正常事实予以认可。原告还提交了收据存根一张,该收据存根载明的交款单位为被告,金额为7000元,时间为2002年3月12日,上面有被告法定代表人的签名。原告称7000元包括剩余的设计费5000元及1个月的维护费用,提交此证的意图为被告法定代表人同意支付剩余的设计费及1个月的维护费用。被告质证对该证据的真实性不持异议,但认为同意付款和程序正常运行之间没有因果关系,而且未就其主张的原告未按要求完成设计程序、该程序运行后不稳定无法进行验收向法庭进一步提交其他证据。

法庭经审理后认为,被告虽对原告按要求完成设计程序以及程序运行稳定的事实予以否认,但根据录音磁带中反映的内容可以证明原告的主张,而原告提交的收据存根载明的内容则可以印证他的主张;被告负有反驳原告主张的举证责任,但被告未进一步提交其他证据。法庭对原告提交的录音磁带予以采信,被告则应承担举证不能的后果。法庭最终认定原告已尽到程序设计及维护义务,判决被告给付原告设计及维护费用。

本案原告李某胜诉的关键证据是他向法庭提交的那盘录音磁带。

[12] 游冰峰:《民诉中私录视听资料证据合法性解析》,中国法院网 2003-03-07 13:42:13。

[13] 参见拙著:《民事证据研究》,法律出版社2002年版,第408页。

个问题放到一边,而集中讨论秘密录音问题。

三 比较法上的考察

(一)美国的立法和司法实践

1. “9·11”事件之前美国的立法和司法实践

“9·11”事件发生之前,美国的立法和司法实践在秘密取证问题上经历了一个认识过程,但是,这个认识过程进行的时间比较长,不像“9·11”事件之后那样仓促。政府决策的变化也比较谨慎。

20世纪60年代,电话窃听技术的日益广泛运用以及扩音器和无线电发射装置微型化的迅速发展,引起了法院和立法机关对保护私人秘密的关注。在某些州,一般说来,非经法院批准,窃听电话是非法的。假如安装扩音器并不构成非法侵入而为宪法所准许的话,那么,使用电子窃听也是不禁止的。到60年代末期,各级警察局,不管是电话窃听还是电子仪器窃听,在申请法院批准时,都受到日益严格的限制。^[14]

在未获得法院允许的情况下,使用电子监控仪器和装置所获得的证据,在法庭审判中不能得到承认。1967年的“卡茨诉合众国”案中,联邦调查局工作人员将电子监控装置贴在公用电话亭外边,用来监听和记录被告人的电话。显然,工作人员并未非法侵入被告人的房产。但最高法院认为,其行为已经侵犯了被告人的隐私权,因为被告享有使用公用电话亭而不受窃听的合法权利。1968年美国《综合整治犯罪与街道安全法》禁止任何人未经法院授权,以电子的、机械的或者其他类型的装置来达到窃听或者企图窃听谈话或电话线传输的目的。该法还规定,除非有法院专门授权,即使窃听的内容有时是证据,也不能随便泄漏。从监听内容中得到的证据,只有法官才能在其职务所允许的条件下适当使用。^[15]

1972年,联邦调查局在纽约的一名特工因非法窃听电话和私入民宅而被起诉。这个案子查到最后,连联邦调查局前任代理局长L.帕特里克·格雷也受到指控。在美国,司法部长既有责任保护国家不受间谍的陷害,也有责任根据美国宪法第四条修正案,保护公民个人权利不受侵犯。总统固然可以通过司法部长行使他的“固有权力”,下令对某人进行搜查和截听,而不必再由法院办手续。可是当时对水门丑闻中滥用这种权力的事,举国上下,记忆犹新。因此,卡特上任之后,考虑签发一项新的法律,要求对这类事情秘密办理手续。

但是,在1978年美国弗吉尼亚州联邦法院对“罗纳德·路易斯·汉弗来和戴维·忠间谍”案的审判中,第一次直接使用无手续调查得来的犯罪证据。这是对原有法律的突破。在这起案件的侦察过程中,司法部长贝尔仔细权衡了各种办法的利弊后,终于批准联邦调查局在戴维·忠的房间里安装一个窃听器,法院不必再办理手续。那时,最高法院对于不办理手续就利用电子监视来调查外国间谍活动问题,还从未有过任何规定。

此案审判结束4个月后,1978年,卡特总统签署了一项法律,即《国外情报监视法》,废除了40年来总统可以随意下令对间谍进行监视的“固有的权利”。该法规定在大多数外国间谍案中,必须先经法院批准,而后方能进行电子监视。这些规定包括:(1)为了在本国侦缉外国间谍而安装电话截听器时,在大多数情况下须有联邦法院办理手续。将来,手续由美国最高法院首席法官指定7名法官组成一个专门轮流小组签发,小组按严格保密规定在华盛顿开会。(2)只有司法部门已经查明,有一定理由相信美国公民或其他“旅美人员”(如常住外侨或公司人员等)是某“外国”间谍,且在从事秘密情报搜集活动,“可能构成”联邦罪时,方可对此人进行电子监视。美国人涉嫌其他秘密情报活动或恐怖活动者,在某种情况下,也可成为电子监视的目标。(3)允许政府有关部门(主要指绝对保密的国家安全局,也可在联邦调查局协助下进行窃听),继续进行电子截听而无须法院办理手续,唯此类活动应专门针对外国

[14] 上海社会科学院法学研究所编译:《刑事侦察与司法鉴定》,知识出版社1982年版,第10页。

[15] 引自吴刚:《对偷录证据材料成为证据的质疑》,《政治与法律》2003年第6期。

“官方机构,如人人皆知的由外国政府指挥与控制的部门、组织或单位的办公室或通讯设施。司法部长必须切实注意,尽力避免使美国人也连带受到截听。(4)临时旅美的外侨一般与美国人受到同样保护,但在某些情况下另作别论,例如参加国际恐怖主义组织,或在旅美期间受外国招雇等。对此类人进行监视时,仍须法院办理手续,但政府方面无须出示任何证据来说明此人即将触犯联邦刑律。”^[16]

从上面可以看到,在“9·11事件之前40多年的时间里,美国对待电子监听经历了如下的认识过程:最初,在手段合法(从事窃听活动并不构成非法侵入)的前提下,并不禁止电子窃听。60年代末期,法院严格限制警方的窃听活动。到1978年,总统签署法律,废除了40年来总统可以随意下令对间谍进行监视的“固有的权利,规定在大多数外国间谍案中,必须先经法院批准,而后方能进行电子监视。由此可见,美国对待电子截听监听活动的态度越来越严厉。这意味着,美国企图用规范的正当法律程序来控制这种活动,使之符合一个法治国家的尊重人权、尊重正当的法律程序的发展目标。

由此我们可以做出如下推断:第一,无论是刑事案件还是民事案件中,法院对电子窃听问题都是十分关注的。严格限制和禁止对他人进行电子监听。除非法院批准,否则任何人(包括警察)均无权监视他人。因为根据美国宪法第四条规定,公民个人权利不受侵犯。一旦允许进行电子监听活动,就会造成对他人权利的侵犯,故应当予以禁止。第二,通过电子监听所获得的证据是非法证据,应当予以排除。这与英国的规定具有本质区别。尽管英国和美国一样,也认定电子监听系非法行为,但是,美国法律明确地排除由此得到的证据,英国则不是。

诚然,美国法律用鲜明的立场和坚决的态度处理了电子监听问题。然而也有一些美国人认为这种一概排除的做法过于极端。^[17]从1914年到1961年,人们还为除外规则辩护,认为它维护了美国宪法修正案第四条所保证的个人生活秘密权不受非法搜查和没收的权利。但随后不久,美国联邦最高法院就不再强调这种保护私人生活秘密权利,因为他们对这条规则的合理性深感怀疑。大法官卡多佐对此规则也持有反对意见。^[18]

2.“9·11事件之后美国秘密录音政策的变化

2001年“9·11事件发生之后,仅几个星期,美国国会就通过了《爱国者法案》。它规定,政府除了对电话等电子通讯手段进行监视之外,还可以通过其他途径掌握公民个人的情况。与过去相比,美国“9·11”之后的秘密录音政策发生了如下变化:

其一是监视范围的扩大。“9·11”之前,被秘密窃听的仅仅是固定电话,且政府执法人员的每个电话窃听都要得到法庭许可。“9·11”之后,不仅固定电话允许继续窃听,而且移动电话及其他通讯设施(如因特网、传真机、电传机)也允许受到监视。因此,扩大了被监视设施的范围。被监视设施的范围的扩大,使得窃听的内容发生了惊人的膨胀,因而在某些方面使政府更容易跟踪监视对象。例如,当某个固定电话被准许窃听时,这条电话线上所有的通信情况,都会成为监听的对象。再如搭线窃听,只要在传输线路上的任何一处,搭线接上相应的接收或窃听设备,就能截获线路上传送的所有信息,包括各种数据和图像信息。如是话音信息,可直接听辨,如是其他信息,则需进行解调处理。如有一种移动式的小型传真窃听器,可同时窃听几条传真线路,只要将窃听线并联到电话线上,线路上传输的全部传真信息都可被记录下来存入电脑,然后转换成图文符号打印出来。司法部公共事务部主任科拉洛为此辩解说:“我们生活在数码时代,人们使用手机、数码电话、办公室电话、传真以及电话卡等各种通讯手段,如

[16] 《世界大案秘闻》,汪宗兴、李玉安选编,学苑出版社1989年版,第93-94页。

[17] 曾任美国哥伦比亚特区上诉法院法官的马尔科姆说:“我认为,所有能够获得的材料和推理表明,把最可靠的证据予以排除,对于惩罚以致禁止政府官员干坏事丝毫不起作用。而这种做法的不可避免的必然结果却是,使有罪的被告人得以逍遥法外。”他质问道:“为什么对于非法取得的证据要实行一种除外原则,而对于非法逮捕的人却不实行这种除外原则呢?”原载《法学译丛》1980年第3期,刘康书译,周叶谦校。转引自西北政法学院科研处编《证据学资料汇编》(下),1983年8月,第551页。

[18] 原载《法学译丛》1980年第3期,刘康书译,周叶谦校。转引自西北政法学院科研处编《证据学资料汇编》(下),1983年8月,第548页。

果嫌疑犯转换电话,或从一个司法管辖区跑到另一个司法管辖区,而执法人员每次都要到法庭申请新的许可,就增加了犯罪嫌疑人潜逃的可能性。流动搭线电话监视使调查人员可以集中对付嫌疑犯。”

其二,批准条件发生了明显变化。根据美国法律的规定,“9·11事件前后,政府执法机关的秘密录音活动都需要经过法院批准,^[19]但是批准的条件却发生了重要变化。“9·11”之前,政府执法机关必须向法院严格证明开展秘密录音活动的必要性,否则不予批准。“9·11”之后,政府执法机关不必向法院严格说明开展秘密录音活动的必要性,在很大程度上只是通知而已,因为反恐需要严守秘密。批准条件的变化在很大程度上使法院审批这一重要环节形同虚设,从而留下了侵犯公民权利和通讯自由的隐患。

其三,对于未经法院批准所取得的证据,法院不予采纳。这一政策在“9·11”前后仍保持一致。但是这条规定因审批条件的放宽而变得有名无实。

其四,对于未经法院批准所取得的证据,立法定性为非法证据,法院不予采纳,因而“9·11”之前,这种证据并不多。“9·11”事件之后,一方面立法机关和法院的立场未发生变化,另一方面随着批准条件大大降低,执法机关没有必要撇开法院,甘冒“非法取证”及证据无效的风险,因而这种证据的数量只会更少。

其五,经过批准所取得的合法证据,在“9·11”之前是很少的,因为法院的批准条件十分严格。“9·11”之后则发生了很大变化,它的数量之所以会大大增加,是因为反恐怖的政治需要和审批条件放宽所致。

最后是美国公众对法案反应的变化。“9·11”之前,美国有极少数人对非法取得的证据一概排除表示不满,认为是姑息罪犯的举措。但这一政策基本没有受到触动。但是“9·11”之后,美国许多人对法院降低条件准许执法机关从事秘密窃听活动表示了强烈不满,尽管他们从事秘密录音活动具有合法性,以及通过这种活动所取得的证据是合法证据。这在“9·11”事件之前的同类法律中是没有的。

通过上述比较,可以得出如下结论:第一,在监视范围扩大、审批条件放宽的情况下,虽然执法机关的秘密录音活动是经过法院批准的,所取得的证据是“合法证据”,但由于公众惧怕这种“合法外衣”下的活动泛滥,及其“合法证据”数量可能极大扩充,因而出现了强烈反应。这说明《爱国者法案》存在极大的隐患,显然不利于美国社会的和谐。由此可以预测,该法案在很大程度上要成为“短命鬼”。第二,《爱国者法案》引起了强烈社会反映,反过来说明严格限制监听范围的必要性。在过去的实践中,执法机关在经过批准后可以窃听固定电话。但是移动电话能否被窃听是一个需要认真讨论的问题。随着时间的推移,通信技术的发展,犯罪活动方式的变化,政府的应对政策肯定会发生变化。然而,这种变化如何保持适当的限度是需要加以考虑的。第三,说明了严格审批条件的必要性。这确实是一个至关重要的问题。一方面,为了打击数码时代条件下的新型犯罪,需要适当扩大监听的范围;另一方面,为了避免监视范围的扩大化所引起的权利普遍受到侵害和人心恐慌,在这两者之间,必须借助法院确定严格的审批条件,以便保持适当的平衡。如果在放宽窃听范围的情况下,又放宽审批条件,就会极大地助长所谓合法的窃听活动,使窃听活动的总量大大增加,使被窃听的人群总量和内容总量大大增加,进而造成一种普遍的不安全感和恐惧感。这无疑会阻碍现代通讯技术的发展和社会的进步,背离建立“和谐社会”的目标。第四,秘密录音政策不仅仅是一项法律政策,而且是一项十分敏感的、容易引起动荡的社会政策,因此必须理性对待,在制定这项政策之前必须公开地提交全民讨论。《爱国者法案》的出台则完全

[19] “9·11”事件发生之前,涉及公民监视的法律有两部:1968年通过的《综合整治犯罪与街道安全法》和1978年通过的《国外情报监视法》。前一部法律允许执法人员在严重刑事案件中在万不得已的情况下进行电子窃听,但必须得到司法部官员的批准和法庭的命令。《国外情报监视法》的目的不是搜集犯罪证据以提出刑事诉讼,而是为了搜集有关外国人以及外国情报人员的情报,因此法庭的参与是秘密的,而且保持在最低限度。法院参与是这两部法律的共同点。就此而言,《爱国者法案》与上述两个法律之间有一定的联系。

违反了这一原则。^[20] 它是在举国上下一片“反恐怖”之声中迅速通过的。^[21]

(二) 英国的司法实践

英国没有关于秘密录音等行为的立法规定,但是通过法院长期的审判实践,已经确立了相应的原则,这就是:

第一,使用窃听器取证系非法取证行为。例如,在“R 诉 Khan 案中,警察在嫌疑人的房间里安装了窃听器,因此取得了被告人涉嫌运输海洛因的证据,这也是指控被告人的唯一证据。公诉方也承认是一种民事侵权行为,侵犯了被告人的隐私权。^[22]

第二,通过非法手段(包括秘密录音)取得的证据,并不必然被排除。在“R 诉 Khan 案中,尽管公诉方获取被告人的海洛因证据是通过非法手段获得的,但是,法官仍然裁定采纳该证据。后来,该判决得到上诉法院的支持。上诉法院认为,非法取得证据所带来的不公正并不足以抗衡因采纳该证据而实现的对双方的公正。上议院随后确认了上诉法院的裁定。被告人根据《欧洲人权公约》第 8 条,控告警察实施的行为侵犯了他的隐私权,所以该证据应该被排除。对此,Nolan 法官做了以下论述:对证据的衡量,并不能仅仅依靠其明显的不当性或者违法性来决定,而应考虑到程序的公正性与不公正性。法官完全有权去考虑所有与取得证据相关的情形,即使明显违反了第 8 条,也不必然导致证据的排除。^[23]

第三,通过非法手段得到的录音磁带具有可采纳性。但是否被法官最终采纳,取决于法官的自由裁量。在“R 诉 Smurthwaite 案中,被告人企图雇佣凶手,警察化装成职业杀手与被告人交谈并秘密录音,而后公诉人根据秘密录音来指控被告人。在这起案件中,上诉法院认为,第一,录音所记录的不是对以前犯罪的自认,而是对当前犯罪的自认;第二,录音显示出整个过程是由被告人在牵头,警察只起到很小的作用,且没有引诱被告人;第三,录音是准确又不可反驳的记录;第四,警察没有去问作为一个警察不该问的问题。据此,法院认定录音证据不应该被排除。^[24]

总之,英国的情况表明,在诉讼中非法证据如何认定,法官具有很大的自由裁量权。在民事诉讼中,证据是否被接受一直是由法院把关的。这在民事案件由陪审团认定事实的时代就是如此。陪审团制度废除之后,法院认定事实又裁定法律,法院的做法不是增加排除证据的数量,而是尽量地接受,然后真正去听了、看了,以及考虑了这些证据之后,再衡量证据的分量。^[25]

美国发生的“9·11 事件对英国的上述政策没有造成多大影响,尽管英国也加强了反恐措施。

[20] 因此,《爱国者法案》不是基于一种社会秩序的常态所制定的法律。所谓常态,是指事物的正常状态,是非常状态的反面。就秘密录音而言,应该是在社会安全与公民自由之间达到基本平衡状态。1978 年美国所制定的秘密录音政策就符合这种要求,因而是一种常态下的政策。相反,《爱国者法案》所确定的政策则导致了严重的不对称,因而是非常态的政策。这种政策有着深刻的政治文化和历史背景。在美国现代史上,只要社会出现普遍的不安全感,就可能发生一种有组织的侵犯公民自由权利的严重事态。例如二战时期,美日战争爆发之后,日裔美国人被强制隔离,关在拘留营中,他们的自由和人权被剥夺殆尽。冷战初期,美国政坛上掀起了歇斯底里的反共高潮,不少美国公民深受其害,他们的自由和权利受到严重损害。对此,美国政治学家理查德·霍夫施塔德曾说,不安全感常常会引发“美国政治上的偏执狂”,即将威胁模式化并不断放大,在这种非理性的紧张状态中,社会不愿倾听少数人的意见,对政府政策或领导人的任何批评更是不能容忍,轻则被压制,重则被扣上不爱国或对国家不忠诚的帽子,在这种情况下宪法所保障的自由和人权要么是出于担心而自我限制,要么是被政府明确限制。参见张立平:《寻求安全,难舍自由与人权》,载《21 世纪环球报道》2002 年 9 月 9 日。

[21] 《爱国者法案》颁布之前,没有经过严密的论证和广泛的讨论,缺乏科学的理论依据和广泛的群众基础。按照美国通常的立法程序,通过一部法律应当在国会进行公开辩论,社会上要进行广泛讨论。但是,该法案通过之前,美国参众两院很少进行公开辩论,也未提供机会对这类提案的代表性证据进行广泛的公共讨论。这表明在当时特定情况下,正常的政治对话被野蛮的袭击吓晕了,而且人们担心更多的恐怖活动正在密谋当中。这意味着议员们审议和表决该法案时恐惧和仇恨的心理占了上风,缺乏应有的立法理智,因此难免失误。

[22] Alan Taylor, *Principles of Evidence*, Cavendish Publishing Limited, 2000, p. 248. 转引自齐树洁主编《英国证据法》,厦门大学出版社 2000 年版,第 161 - 162 页。

[23] Alan Taylor, *Principles of Evidence*, Cavendish Publishing Limited, 2000, p. 248. 转引自齐树洁主编《英国证据法》,厦门大学出版社 2000 年版,第 161 - 162 页。

[24] 齐树洁主编:《英国证据法》,厦门大学出版社 2000 年版,第 166 页。

[25] 杨良宜、杨大明著:《英美证据法》,法律出版社 2002 年版,第 720 页。

(三) 欧洲人权法院的观点

欧洲人权法院在“Khan诉UK案”中认为,警察取得证据的方法违背了《欧洲人权公约》第8条和第13条。随着《欧洲人权公约》的生效,法院在裁定非法证据时,需要重新考虑取得证据的方式。与此同时,一系列案件已经确立了一个潜在的原则:即使证据的取得是非法的或不当的,只要具备相关性就具有可采性。这表明,法院最重视的是所获得的证据的证明作用,而证据的取得方式则退居第二位。欧洲人权法院认为,“程序公正”不仅包含对被告人的公正,也包含对公众的公正。^[26]由此可见,欧洲人权法院实际上认可英国的做法。我们可以进一步往下推断:不仅刑事诉讼中采用此原则,民事诉讼中更应采用此原则,因为就诉讼的严格标准来说,民事诉讼不如刑事诉讼。

(四) 小结

让我们对上述讨论作一个小结。“9·11事件”之前,美国严格限制了秘密窃听的范围,规定了比较严格的秘密录音条件,比较准确地反映了美国广大公民的诉求。“9·11”之后,美国放宽了电子监听行为的限制,但这是在非常状态下的做法,不具有普遍性,虽然我们应当考虑《爱国者法案》所反映出来的种种问题。不过,我们重点借鉴的对象应该是美国1978年所制定的秘密录音法律。与美国不同,英国的做法比较宽松。根据英国的司法实践,任何录音磁带(不论属于什么种类,不论是否通过违法的方式取得),都不是被排除的。刑事诉讼和民事诉讼均是如此。不仅如此,在判断录音磁带的标准方面,民事诉讼的判断标准比刑事诉讼要低一些。不过,应当指出的是,使用窃听器在英国是违法取证行为,一般要承担民事侵权责任。

四 按照录制场所对秘密录音的分类,以及不同场合下秘密录音磁带的证明资格

录音以不同的标准可作不同的分类。例如,我们可以录音对象的内容为标准,将它分为新闻录音、文艺录音、法庭录音等等,其中的每一个类型还可以根据一定的标准做出更为细致的分类。但是在本文中,我们将以录音的场所为标准,将它分为两种:公共场所的录音和私人场所的录音。

(一) 公共场所的录音

公共场所的录音可分为公开录音和秘密录音两种。公开录音是指在公开场所,录制者在征求被录制对象同意之后所进行的录音,它是合法行为。秘密录音则是在公开场所,在未经录制对象同意的情况下所进行的录音,这种录音行为具有何种性质要区别对待。

在公共场所下的秘密录音分为两种,一种就是近距离的、未经对象同意的录音,再一个是远距离的秘密监听。这种区分方法的标准是:录制者本人(而不是录制设备),能否清晰地感知和记录被录制者的声源。如果录制者本人能够清晰地感知和记录被录制者的声源,那么,他的录音就是近距离的录音。反之,就是远距离的录音。

1. 近距离的、未经录制对象同意的录音

近距离的、未经录制对象同意的录音是一个常常引起歧义的问题。最高人民法院1995年的2号批复中曾经就这个问题做出专门解答,但后来又被替换,原因不详。为了解决这个问题,首先需要澄清一个所谓“公共场所无隐私”原则,以避免因这个貌似合理其实含混的原则所导致的错误。

有人认为,根据公共场所无隐私的原则,一般而言,未经对方当事人同意私自录制其在公共场所的言行,所形成的视听资料可以作为证据使用。这个观点初看起来,仿佛是合理的,但细致分析,觉得有问题。

首先,是否存在“公共场所无隐私”的原则,是一个需要研究的问题。即便确有这项原则,也不能采

[26] Per Lord Taylor CJ in R v Smurthwaite and Gill (1994), 转引自齐树洁主编《英国证据法》,厦门大学出版社2000年版,第161-162页。

取绝对化的立场,因为凡有原则就有例外,这是一个常识。我们举一个例子。比如公厕,应该是公共场所,但是人们在使用公厕时显然不愿意他人了解自己的隐私。因此,在公厕安装摄像之类的设备是不适宜的。又如繁华大街,也应该是公共场所。但是有一天,我亲眼在西单大街上所见,当一名男子用自己的摄像设备正在向人群拍摄的时候,一个高个子青年立刻过来挡住了他的镜头,并愤怒地声言要砸烂它。因此,我认为,应当对这项原则的含义从严解释,而不是扩张解释。

其次,在公共场所,谁敢绝对否认会有私人性质的谈话?如果这种谈话确实存在,还要不要受到保护?我认为应该受到保护,这符合隐私权应该受到保护的法律原则。只要存在隐私,无论在何种场合都存在窃听的问题。在公共场所,既然存在人们之间的私人谈话,既然这种谈话有泄露的可能性,就应该受到法律保护。因此,这里不存在绝对的“公共场所无隐私”的原则。在这种场合,不仅警方无权随意监听他人之间的私人谈话,而且其他任何人也无权随意这样做。此外,在公园、商店、酒吧等公共地域,人们的私人谈话都是要受到法律保护的。只有在得到录制对象同意的情况下,人们才可以进行采访、录音或者录像。

再次,在有些公共场所,法律法规是明令禁止录音录像的。例如,根据现代的公开审判原则,一般来说,法庭是确定的公开场所(法庭有固定的和流动两种形态,不论是固定的法庭还是流动的法庭,一般都属于公开场所,禁止旁听的情况属于特例),人们可以到此自由旁听庭审情况。但是许多国家都严格规定,为了保证法院公开、公正、不受任何干扰地独立行使审判权,在法庭上禁止录音录像,有的甚至禁止作笔记。^[27]我国最高人民法院1999年3月8日发布的《关于严格执行公开审判制度的若干规定》第11条规定:“依法公开审理的案件,经人民法院许可,新闻记者可以记录、录音、录像、摄影、转播庭审实况。”《中华人民共和国民事诉讼法法庭规则》第9条规定:“旁听人员必须遵守下列纪律:(1)不得录音、录像和摄影;(2)不得随意走动和进入审判区;(3)不得发言、提问;(4)不得鼓掌、喧哗、哄闹和实施其他妨碍审判活动的行为。”该规则第10条是专门规范新闻记者的行为的:“新闻记者旁听应遵守本规则。未经审判长或者独任审判员许可,不得在庭审过程中录音、录像、摄影。”对违反这些规定的人,审判长和独任审判员可以口头警告训诫,也可以没收录音、录像和摄影器材,责令退出法庭或者经院长批准予以罚款、拘留,对严重扰乱法庭秩序的人要追究刑事责任。^[28]

事实上,我国人民法院早已开展了这方面的实践。例如,1998年7月,北京市第一中级人民法院审理一件诉讼案时,中央电视台获准在现场实况转播。但是参加旁听的其他诸多新闻记者却不得记录、录音、录像和摄影。因此,记者并非进入法庭就能任意采访,采访必须经人民法院许可。^[29]

不允许记者在法庭上公开录音录像已经成为一条定则。有的记者为了达到自己的目的,采用了秘密拍摄法庭活动和在法庭秘密录音的做法。例如,有一家电视台为了批评某法院一法官,使用暗藏式录像设备到法院内部采访,并制成节目播放。^[30]这种行为是明显的违法行为。因为根据我国刑法等法律的规定,有权使用这类器材的人只能是国家安全机关、公安机关和人民检察院依法执行公务的人员。使用这类器材,应当“根据国家有关规定,经过严格的批准手续”方可使用。新闻单位属事业单位,不具有使用这类器材的权利。未经人民法院许可使用暗藏式录音、摄像器材到人民法院或正在开庭的法庭中录音或摄像,是违法行为和藐视法庭的行为,是应当严格禁止的。记者旁听公开审判的案件,未经许可在开庭前、休庭时或闭庭后也均不允许拍摄法庭内情形和法官及诉讼参与人影像。

[27] 法国刑事诉讼法规定,如果法庭辩论对社会秩序或者道德、风俗存在危害时,法庭可以禁止任何录音、电视、电影摄像及照像,否则罚款300-120000法郎。

[28] 这里实际上存在一个利益冲突问题。一方面,新闻记者要进行正常的新闻报道,另一方面,法庭要行使正常的审判职能,从而产生了一对矛盾。有的新闻记者对法院限制了新闻自由和采访权的做法感到不理解,认为只要凭记者证就可以随意出入法庭任意采访,这种认识是片面的。那么,在法庭上,是优先保证新闻采访的自由,还是优先保证法庭的正常审判?最高人民法院的有关规则已经做出了正确的回答。

[29] 李大勇:《论新闻报道与独立审判的关系原则》,中国法院网2002-10-25 09:47:08。

[30] 李大勇:《论新闻报道与独立审判的关系原则》,中国法院网2002-10-25 09:47:08。

因此,无论出于何种原因,人们在从事录音活动时,必须确切地了解有关法律法规的规则,避免违反禁止性规定。

2. 远距离的秘密监听

同样需要重视的是远距离的秘密监听。与私人场所下的秘密监听不同,这种监听是受到法律保护的,是在得到有关部门批准的情况下采用的。进入这样的公开场所,任何一个具有清醒意识的成年人或许都应该知道这一点。比如在机场,为了确保机场的安全和正常的工作秩序,经过政府部门的批准后,通常都安装了监视监听设备。在这种场合进行监视监听只能由机场内部的职能部门行使权力,其他任何人都无权这样做,否则就是违法行为,要受到禁止。由此可见,从事远距离的秘密监听活动至少应该符合两个基本要件:一是要经过政府有权机关批准;二是由负责公共场所秩序的专门机关或者其工作人员行使这项权力。

(二)私人场所的录音

它分为两种情况:公开录音和秘密录音。公开录音是指在私人场所,录制者在征求被录制对象同意之后所进行的录音;它是合法行为。秘密录音则是在私人场所,在未经录制对象同意的情况下所进行的录音;它是违法行为,但是这种违法行为所取得的证据是否应该被法庭采纳是需要具体分析。

秘密录音又包括两种子类:近距离的未经录制对象同意的录音和远距离的秘密监听。这两种录音形式都具有违法性,但是在违法程度及其后果上都是有区别的。

首先,就违法程度而言,后者更为严重,它是明显地恶意侵害他人隐私权。而前者虽然也是故意侵犯他人隐私权,但是在有些情况下,并不表现为恶意,也可能是善意的,正因为如此,这种行为又可能事后得到被录制者的理解而被事后追认。

其次,从违法后果上来说,远距离的秘密监听通常侵犯了民法所保护的隐私权,严重的有可能触犯刑法,要受到刑事处罚。而近距离的未经录制对象同意的录音,从性质上讲也是侵犯公民的隐私权,要承担民事侵权责任,但是,这种纠纷在录制者与被录制之间达成和解的可能性比较大,事后还有可能得到对方的追认。但是对秘密监听来说,是绝对不可能被追认的。正相反,更多的情况是,这种监听一旦被发现,录制者有被控告的可能。因此,这种窃听行为在法制比较健全的国家都被宣布为违法行为,是受到严厉禁止的。^[61] 根据我国《刑法》第 284 条,《国家安全法》第 21 条的规定,秘密窃听的取证方式本是不合法的。但是,以这种违法的取证方式所获得的证据是否能够作为证据使用,是需要研究的问题。

这里存在一个疑问:对于私人场所发生的即使被人窃听也毫无价值的谈话,要不要受到保护?我认为应该受到保护,因为这种谈话发生在私人场合,是隐私权保护的對象。

显然,与公共场所里私人性质的谈话受到保护的标准相比,这里所确定的保护标准要低许多。它是按谈话发生的地点来确定的,而不是按谈话的性质来确定的;依这种标准所确定的保护范围非常宽泛,不论是有价值的谈话,还是无价值的谈话,只要发生在私人场所,就应该受到保护。因此,这种标准侧重于保护私人场所的隐私权,确保人们私人生活的安宁。

然而在公共场所,则侧重于维护公共秩序,这意味着私人隐私权要暂时让位于维护公共秩序这个目标。然而这不是绝对的,在公共场所,当两个人窃窃私语的时候,显然,他们不希望任何第三人去打搅,更不允许窃听。

(三)小结

基于以上分析,我们可以得出如下几个结论:

其一,在法律法规允许录音的公共场所,秘密录音是合法的,其录音磁带可以采用。

其二,在法律法规允许录音的公共场所,未经被录制者同意的录音磁带视听资料可以被采用为证

[61] 国外一些立法甚至还对私人场合的个人言行提供刑法保护。比如,法国刑法第六章第一节“侵犯私生活罪”规定,未经本人同意,监听、拍摄私人性质的谈话或在私人场所得到的录音、录像资料,以任何方式使用都构成本罪。德国刑法、瑞士刑法也都有类似规定。

据,但被录制者反对的除外。反对是否有效,由法官自由裁量。

其三,在法律法规不允许录音的公共场合,录音是违法行为,但录音磁带是否被法庭采纳为证据,应当由法官衡量案件的所有相关证据之后自由裁量。

其四,在私人场所,经过被录制者同意的录音,可以作为证据采纳。

其五,在私人场所,未经被录制者同意的录音,不得被采纳为证据,但事后经被录制者承认的除外。

五 结 论

以上我们对秘密录音问题进行了详细的研究,最后作一个基本总结。

首先,对于现实生活中出现的秘密录音问题应采取何种对策,这取决于我们对秘密录音这种事物的分类是否合理。本文尽可能地做了一些分类,对不同类型的秘密录音行为的性质尽可能加以合理的界定,对于不同秘密录音行为之下所获得的证据如何对待表明了自己的看法。这些结论应适用于民事诉讼,因为我主要是以最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》为依据进行比较研究的,而对于刑事诉讼的秘密录音政策,需要另文讨论。

其次,对待民事诉讼中的秘密录音证据可以确定一些比较和缓的政策。根据《证据规定》第68条,秘密录音属于非法取证行为,由此获得的证据是非法证据,不能作为法院认定案件事实的依据,即应当予以排除。法官根本没有自由裁量权。仅就这一点来看,我国《证据规定》所确立的规则比英国要严格些,与美国1978年法律所确定的政策没有什么差别,而这项政策主要是一项刑事政策。我认为在民事诉讼中确立这样的严格标准,缺乏充分的依据,在司法实践中难以有效地实行。

再次,对美国1978年的政策,英国以及其他西方发达国家基本上持保留的立场。我认为,我们可以参考英国的做法,至少在民事案件中,对于通过秘密录音所获得的证据采取一种客观的立场,不应该先入为主,将它界定为“违法证据”而一概排除,尽管不通过法定的审批手续开展秘密录音活动的确是非法的。^[32]

最后,必须尽快制定一部综合性的秘密录音法,以便比较准确地划清保护公民通信自由与打击犯罪、维护国家安全之间的界限,以及维护自身正当民事权益与侵犯他人隐私权之间的界限。在对待民事诉讼中的秘密录音与刑事诉讼中的秘密录音方面有可能确定不同的标准。刑事诉讼方面的规定可能要严格一些。

秘密录音涉及十分复杂的社会问题,因此要制定一项合理的政策并不容易。本文提出的看法不一定成熟,不妥之处,请专家指正。

[Abstract] The paper analyzes comprehensively the cause, types and qualification of evidence concerning secret recording in civil lawsuits, and comes to the following conclusions. First, it is illegal to conduct secret recording without getting examination and approval by competent authorities; evidence obtained in this way is regarded as illegal one accordingly. Secondly, evidence obtained through illegal means should not be encouraged; however, we should take an objective approach towards these kinds of evidence. According to different types of evidence, distinctions should be made but not absolute exclusion. Thirdly, for illegal evidence yet having qualification of evidence, the judge shall weigh up all evidences collected in a case to decide ultimately whether it can be taken as valid evidence.

[32] 英国在刑事诉讼中也采用这项政策。我不完全同意这种做法。我认为,在现代通信设备日益高新的年代,这项政策可能被滥用,公民权利和自由被严重侵犯的可能性越来越大,因此应当加以改变。