

# 證據上的刑事訴訟（法官篇）

## ——毒樹果實理論：違法取得證據之證據能力



### 探討主題

不法取證、毒樹果實理論、權衡理論、私人不法取證

## 壹、違法取得證據之證據能力法律概念解析

### 案例

愛美的壞心皇后不停地問魔鏡：「魔鏡啊魔鏡，誰是世界上最美麗的女人啊？」魔鏡看到壞心皇后手裡正拿著鐵鎚準備敲碎魔鏡，魔鏡深怕被K破，只好說出皇后想要的答案：「世界上最美麗的女人當然是皇后！」魔鏡終得以完好無缺。

事實上，當烏鴉偷偷問魔鏡時，魔鏡卻悄悄地說：「皇后的確非常美麗，但是，這世界上還有一個人比她更美麗：白雪公主。」

壞心皇后躲在屏風後面偷聽到了，氣到不行，所以拿了一顆毒蘋果給白雪公主吃，白雪公主吃了毒蘋果之後昏昏沉沉寫了城堡讓渡書給皇后，然後昏迷不醒，在森林中被七個小矮人照顧著，此時壞心皇后強行當上了城堡的主人。而在森林的那頭，幾年後王子終於出現了，親吻了白雪公主一下，白雪公主終於醒來，向檢察官舉發壞心皇后給了她毒蘋果害她昏迷不醒，失去城堡，壞心皇后被檢察官起訴，白雪公主在法庭上作證稱：皇后給的蘋果有毒！壞心皇后非法取得城堡！

這個故事，如果套用在刑事程序中，會有二個爭點：

### 一、不法取供的禁止

首先，壞心皇后手裡正拿著鐵鎚準備敲碎魔鏡，魔鏡深怕被K破，只好說出皇后想要的答案：「世界上最美麗的女人當然是皇后！」其實這叫做「不法取供」，違背刑事訴訟法第98條關於訊問的態度規定：「訊問被告應出以懇切



之態度，不得用強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問或其他不正之方法。」皇后手拿鐵鎚準備敲碎魔鏡的問話，是一種強暴、脅迫手段，而魔鏡在深怕被K破的場合下所說的話，虛偽性太高了，所以要嚴格禁止，而這在訊問證人時也可以一併適用（類推適用）。

訊問人員違反了這條規定，依刑事訴訟法第156條第1項規定：「被告之自白，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不正之方法，且與事實相符者，得為證據。」的反面解釋，若有上面所列的不法取供情形，被訊問者所講的那些話，是沒有「證據能力」的，也就是不能在法庭上使用這種不法取供的供詞，因為任何人都是血肉之軀，難免無法忍受強暴、脅迫等不正手段的逼迫而供出不實的話，虛偽的風險太高了，當然不能當成證據拿來法庭使用。



圖：不法取供

## 二、毒樹果實理論與權衡理論

其次，第二個問題，還有一種比喻叫「毒樹果實理論」，也就是說毒樹長出來的果實通常也是有毒的，所以毒樹既然不能當證據，因此長出來毒果也不能當證據。一般的法律解釋是指：先前違法取得的證據，有如毒樹，本於此而再行取得的衍生性證據，即如同毒果，原則上應絕對排除證據能力，不能拿到法庭來當證據使用，這樣才可以嚴格抑止偵查人員的違法行為，這是源自於英美法的理念。

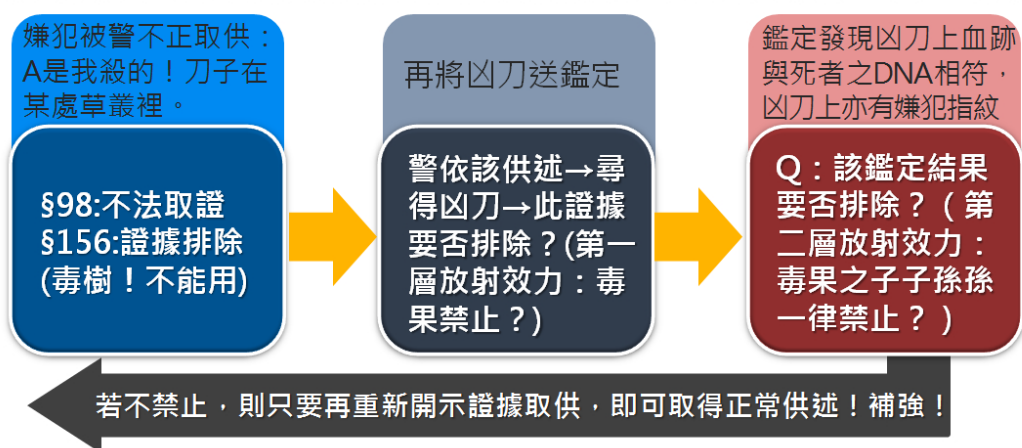


圖：毒樹果實理論

舉一個例子，嫌犯被警察刑求逼供而供出：「A是我殺的，刀子在某處草叢裡！」警察依這個供詞，果然找到凶刀，再將凶刀送鑑定，果然發現凶刀上的血跡與死者的DNA相符，並在凶刀上採得嫌犯的指紋。（圖示如下）

## 證據禁止之放射效力？

【肯定說】：完全之放射效力，才能落實禁止不法取供之行為  
 【否定說】：只當然排除毒樹，至於毒果，則§158-4權衡（→故通姦與擄人勒贖結果會不同）



以上刑求逼供的「供詞」就是「毒樹」，依上開規定不能當成任意性的自白來使用，但因為該供詞而找到的凶刀，叫做「毒果」（法律上稱為「衍生性證據」），再將凶刀送鑑定，果然發現凶刀上的血跡與死者的DNA相符，並在



凶刀上採得嫌犯的指紋，這些也都叫做「毒果」，一連串的毒果都在合法的程序下所取得，只不過因為一開始的毒樹是非法的、是有毒的。所以問題來了，這些毒果都要排除不能使用嗎？

英美法採取「原則上均排除不能使用」的高規格標準（肯定說／絕對排除法則），但我國則採取相對排除法則，這規定在刑事訴訟法第158條之4：「除法律另有規定外，實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序取得之證據，其有無證據能力之認定，應審酌人權保障及公共利益之均衡維護。」也就是說，這些衍生性的證據，能不能使用，必須權衡人權保障與公共利益，所以又叫「權衡理論」。在這個相對排除法則裡，立法者參考最高法院的見解，認為違背法定程序取得證據的情形，常因個案的型態、情節、方法而有差異，法官在個案權衡時，應斟酌下列七個因子：（一）違背法定程序的情節；（二）違背法定程序時的主觀意圖；（三）侵害犯罪嫌疑人或被告權益的種類及輕重；（四）犯罪所生的危險或實害；（五）禁止使用證據對於預防將來違法取得證據的效果；（六）偵審人員如依法定程序有無發現該證據的必然性及（七）證據取得的違法對被告訴訟上防禦不利益的程度等各種情形，來當成認定證據要不要排除不用的標準。

要辨明的是，相對排除法則，在上面的例子，是用在衍生性證據這個毒果上，如果是不法取供的毒樹，依上開刑事訴訟法第98條、第156條第1項反面解釋，是必須直接排除而不能在法庭使用，不能死灰復燃，再引用刑事訴訟法第158條之4的相對排除法則，這可不能混淆。

### 三、非供述證據的不法取證

要另外說明的是，上開相對排除法則，不僅僅可以適用在不法取供這種供述證據（人證）的衍生性證據的判斷上，也可以用在非供述證據的不法取證上，也就是一般人所說的物證。例如警察沒有搜索票就以臨檢之名搜索你的後車廂或住居所，或調查局人員沒有監聽票就竊聽、竊讀你的電話或通訊軟體所傳內容等，這種違法取證所得到的物證，例如找到毒品、槍枝或販賣管制物品等，是否可以當證據呈給法庭，也可以適用這一個權衡理論。

當然，這一個權衡法則一般只約束國家機關的不法取證，例如警察人員或政府機關的違法。如果是私人取證，要區分兩種情形：

| 私人取證 |                                              |                                    |
|------|----------------------------------------------|------------------------------------|
| 差異   | 刑事訴訟法第158條之4的權衡法則明文規定只約束國家機關的不法取證，私人取證不在其範圍內 |                                    |
| 類型   | 私人合法取證                                       | 私人不法取證                             |
| 效力   | 當然具有證據能力                                     | 原則上容許在法庭使用<br>例外：侵害法益過高，與其取得的對價不相符 |
| 舉例   | 1.公開場合錄音錄影<br>2.電話一方錄音                       | 元配與徵信社破門而入抓姦在床並蒐證錄影                |

圖：私人取證

#### （一）私人合法取證

例如別人在公開場合罵你（妨害名譽），你可以私下錄音、錄影，這種錄音、錄影，是在公開場合中合法所錄製取得，當然可以拿到法庭使用。另一種例如歹徒打恐嚇或詐騙電話給你，你當然可以在你的電話這一頭錄下你們雙方的對話內容，將來也可以拿到法庭當證據使用。

#### （二）私人不法取證

例如元配和徵信社一起破門而入，抓姦在床並進行蒐證錄影，這屋子是小三的套房，這個時候依多數法院的看法，這種錄影而抓姦在床的證據，容許在法庭使用，不過元配和徵信社反而會觸犯更重的妨害秘密罪，也就是刑法第315條之1所規定的：「有下列行為之一者，處三年以下有期徒刑、拘役或三十萬元以下罰金：一、無故利用工具或設備窺視、竊聽他人非公開之活動、言論、談話或身體隱私部位者。二、無故以錄音、照相、錄影或電磁紀錄竊錄他人非公開之活動、言論、談話或身體隱私部位者。」這個比通姦、相姦還重的妨害秘密罪。（按目前刑法第239條通姦罪的規定是：「有配偶而與人通姦者，處一年以下有期徒刑。其相姦者亦同。」）你和徵信社人員可能會得不償失。

### 本案解析

由上可知，本例皇后具是官方身分，她將毒蘋果給白雪公主吃下，使之



昏迷，趁機非法取得城堡，基於上開權衡理論，白雪公主在昏昏沉沉下寫了城堡讓渡書給皇后，是不能呈堂當證據的，白雪公主的抗辯有理。

【編輯註明，須請示意見】最後案例解析應該有誤，皇后具官方身分，將毒蘋果給白雪公主吃下，此時應該屬於所謂其他不正方法取證才是，而取得的讓渡書，則是違法取證取得的證據，按照前述的毒樹果實理論應該毒樹，根本無證據能力，而不是權衡理論。