

『髒手』拿證據，法官不會採

台南市林小姐來函問：上週「女兒曾遭非禮，單憑被害人說詞，不能入人於罪……」那篇報導，提及「傳聞證據」相關內容，可否再說清楚一些？我先生有外遇，為取得證據，偷錄老公和那女人的肉麻對話，並在法庭提出錄音帶，但法官卻說這不能當證據，怎麼會這樣？

答：

打官司固然要靠證據證明事實，但妳所拿出的證據，到底是怎麼來的，這很重要，也就是證據取得方式有沒有違法。若以不乾淨的手段，也就是用違法的方式取得證據，當然有問題，美國人比喻為，像是一顆樹本身是有毒的，該毒樹所生下的果子亦將是有毒的，一般稱為「毒樹果實理論」。換言之，若為取得「姦夫淫婦」通姦事實的證據，而以侵犯到「個人隱私權」的方法來達成目的，除了妳個人可能吃上妨害秘密的刑事官司外，就連妳老公與那女人外遇對話的錄音帶，都不見得可以當做證據。因個人隱私權為憲法所保障，故妳盜錄的行為已經觸法。

或許妳會覺得很不可思議，而且想不通，為何搞婚外情的人沒事，抓姦錄音的人反而有事？事實上現行法律制度，搞婚外情的人犯通姦罪，偷錄人家的對話取證，亦是犯了妨害秘密罪，甚至依目前的刑法，偷錄取證（三年以下）的刑度比通姦罪（一年以下）還重。司法實務上，對於以違法手段取得的證據，像是偷錄的錄音帶、錄影帶，或偷拿日記、書信等等，是否一律都不得當證據，這還有不同看法。有的法官認為一律不得當證據，有的認為仍可當證據，應視情況而定。

但若是警察以違法的程序迫使被告認罪，例如警方查獲被告，訊問製作筆錄的口供時間已超過二十四小時，或警方沒有搜索票而違法搜索取得的物證等等，到底可否做為證據，這在我們新的刑事官司制度設計裡，可以視不同情況而做出不同的取捨。如果被告遭刑求逼供所得口供，或證人未簽名具結就在檢察官、法官面前所講的證詞，該口供及證詞絕對要排除掉，不能當做證據，美國人叫做「絕對排除理論」。又被告被警方抓到超過二十四小時所講的口供，或者夜晚在警局所做口供，原則上亦要排除不能用，但若警察並非故意的情況下，有例外情形，還是可以拿來當做證據，日本人稱做「相對排除理論」。至於其他辦案的公務員用違法的方式搜證，搜得的證據是否可用也要視情況而定。德國人叫做「權衡理論」、有點像行政法上「比例原則」的觀念。

至於妳所提及的「傳聞證據」，是指本件被告以外的其他人（包括證人、共犯、被害人）在法庭外所講的話及所寫的字，都稱「傳聞證據」，原則上都不能當證據。但有例外，如遭性侵害的女子在警察局作筆錄稱：於某時某地被某甲強姦……等語。但後來被害人與某甲和解，並獲賠償一百萬元，被害人出庭在法官前面改口說：當時是我心甘情願……云云。法官傳訊承辦員警出庭，警察證

稱：於某時某地被某甲強姦……等語；警方筆錄是法庭外所講的，雖是「傳聞證據」但還是會被當做證據。

總之，在刑事通姦的案件裡，私人盜錄的錄音帶應是不能當做證據，理由是用侵犯隱私權，來追訴刑法上的通姦罪，有點像是拿大砲來轟小鳥。至於公務員以違法手段取證，能否當成證據，應視不同情況來做判斷，不能一概而論。畢竟，在我們的社會裡，抓歹徒維護治安，還是多數人的主流價值觀，若是僅因警察辦案手續的一點小缺失，就將大壞蛋放走，恐怕還是不會被認同的。

