

違法取得的證據不一定可以拿來用——刑事程序中的證據能力

文:黃郁真 (認證法律人) · 救濟與訴訟程序 · 2023-02-18

本文

依證據認定犯罪事實，乃證據裁判原則^[1]。在刑事程序中，追求真實的一方要想將犯人繩之以法，需要用盡各種手段蒐證，並期待這些證據都能拿來證明被告有罪。但是否可以為達目的不擇手段呢？違法取得的證據，站在保障被告應受合法刑事訴訟程序的角度，已侵害被告的權利，這樣的證據，有沒有作為證據的「資格」，在刑事程序中是否該排除或是被法官採納成為證據，就是「證據能力」有無的問題。

取證過程有瑕疵時，依照是否必須一定排除，認為沒有作為證據的資格，或者有權衡的空間，可以分為相對與絕對排除：（見圖1）

違法取得的證據可以拿來判被告有罪嗎？

取證過程如果有瑕疵，就不一定有作為證據的資格，依照取證過程的瑕疵，可分為以下 2 種情形：

相對排除	絕對排除
我國原則採相對排除，有沒有證據能力由法院權衡認定。例如，夜間詢問所取得的自白，證據能力由法院判斷	法律另外有規定，一旦發生，證據就必須排除不能用。例如，動用私刑所取得的被告自白，沒有證據能力
刑事訴訟法 § 158 之 4 刑事訴訟法 § 158 之 2 I	刑事訴訟法 § 156 I

依據證據是否有證據能力，才能決定是否可以用來認定被告有沒有犯罪。

(沒有證據能力的，就不能用來認定使用)

! 如果是私人祕密錄音，因為不是檢警等公務員做的，所以不適用刑事訴訟法 § 158 之 4，原則上內容出於任意性就有證據能力。

※ 推薦參考文章區的
《偷錄影音蒐證違法嗎？錄到的檔案可以當法庭上的證據嗎？》

法律百科
Legispedia

圖1 違法取得的證據可以拿來判被告有罪嗎？

資料來源：黃郁真 / 繪圖：Yen

一、證據的相對排除

若國家違法取證，我國原則上採相對排除，必須依刑事訴訟法第158條之4^[2]，權衡後才認定是否排除該違法證據^[3]，但有些違法證據於符合法條規定時例外不排除，例如在禁止訊問期間^[4]或夜間詢問^[5]、未告知受拘捕人得保持緘默及選任辯護人^[6]。

補充：權衡之後決定不排除而有證據能力，仍然必須符合證據調查的規定（如人證經詰問^[7]、物證經提示辨認^[8]），否則亦不得使用。

二、證據的絕對排除

例外於法律另有規定時，採絕對排除，指一旦違反該規定而取得的證據，就必須排除不能進入刑事訴訟程序，

例如刑事訴訟法第156條第1項^[9]，被告的自白不具任意性時，沒有證據能力。

三、實務上常見例子

(一)

私人秘密錄音、拍攝：私人非實施刑事程序的公務員，其違法取證不適用第158條之4，原則上如果內容出於任意性，就有證據能力^[10]。

(二)

動用私刑取得的自白：私人違法取證例外於被告的自白非出於任意時，沒有證據能力^[11]。

(三) 國家違法監聽

國家監聽原則上必須有通訊監察書^[12]，若違法監聽，取得的證據無證據能力^[13]。

如前面所說，證據能力是一種「權衡」，問題非常廣泛及複雜，特定情況是否有證據能力到現在都還有爭議，大家之後可以多注意相關新聞多思考看看。

註腳

[1] 刑事訴訟法第154條第2項：「犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實。」

[2] 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。」

[3] 最高法院96年台上字第4177號刑事判決。違法取得的證據衍生出的證據是否有證據能力？我國實務雖未正式採用毒樹果實理論，但違法取證後符合法定程序再行取得的證據也不一定有證據能力，仍要看與先前違法取證有無前因後果的直接關聯性，如高雄地方法院106年度易字第498號刑事判決，用來聲請搜索票的資料違法，導致法官認為後來搜索而查扣的證據無證據能力。

[4] 刑事訴訟法第93條之1第2項。

[5] 刑事訴訟法第100條之3。夜間依同條第3項，為日出前日沒後（參考中央氣象局）。

[6] 刑事訴訟法第95條第1項第2、3款及第158條之2。並請參考最高法院98年台上字4209號刑事判決。

[7] 刑事訴訟法第166條第1項。

[8] 刑事訴訟法第164條第1項。

[9] 刑事訴訟法第156條第1項。

[10]最高法院104年台上2628號刑事判決。

[11]刑事訴訟法第156條第1項反面解釋。並請見最高法院98年台上578號刑事判決。

[12]通訊保障及監察法第5條。同法第6條則規定急迫時例外可以不用先有通訊監察書的情況（但事後須聲請補發）。

[13]通訊保障及監察法第18條之1第3項。並請見臺灣高等法院105年度重上更（一）字第16號刑事判決。

標籤

► 證據裁判原則，證據能力，自白任意性，不正訊問，違法取證