

調 查 報 告

壹、案由：據訴，渠與同案羅姓被告妨害家庭案件，經臺灣新北地方法院102年度簡上字第97號判決確定，然該判決未依法律為「證據能力之認定」，而為自由心證無限上綱之判決，認判決涉有違背法令等情。究陳訴人所訴是否屬實，有深入瞭解之必要案。

貳、調查意見：

據訴，陳訴人與同案羅姓被告妨害家庭案件，經臺灣新北地方法院（下稱新北地院）102年度簡上字第97號判決確定，然該確定判決未依法律為「證據能力之認定」，而為自由心證無限上綱之判決，認判決涉有違背法令；且最高檢察署對陳訴人多次聲請提起非常上訴，均予以駁回，亦屬違法等情案。經向臺灣新北地方檢察署調取本案相關偵審全卷過院審閱，次請最高檢察署就陳訴人等多次聲請提起非常上訴案件，說明處理情形並提供准駁之相關書類、復函等。業已調查完竣，茲列述調查意見如下：

一、新北地院102年度簡上字第97號確定判決（下稱原確定判決），並無陳訴意旨所指未依法律為證據能力之認定，而為自由心證無限上綱之判決，有違背「毒樹果實理論」、「私人不法取證」、「共同被告不利於己之陳述不得採為其他共同被告犯罪之證據」等證據法則情事，原確定判決並未違背法令。

（一）原確定判決認定之事實及其理由

1、事實

陳訴人與告訴人陳○○於民國（下同）101年7月15日仍有夫妻關係，羅○○亦明知陳訴人係有配偶之人，竟各基於通姦與相姦之犯意，於

101年7月15日凌晨0時50分許，在陳訴人與陳○○位於新北市○○區○○村○○號4樓住所內，以性器官接合之方式為通、相姦行為。嗣陳○○於同日晚間6時許，在上址住所內發現陳訴人私自竊錄上揭性交行為之影像畫面，始悉上情。

2、理由

告訴人提出之性愛影片及翻拍照片之證據能力部分：

- (1) 學理上所謂毒樹果實理論 (Fruit of the poisonous tree)，乃指先前違法取得之證據，有如毒樹，本於此而再行取得之證據，即同毒果，為嚴格抑止違法偵查作為，原則上絕對排除其證據能力，係英美法制理念，我國並未引用。我刑事訴訟法第158條之4所定：「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。」是為法益權衡原則，採相對排除理論，以兼顧被告合法權益保障與發現真實之刑事訴訟目的。

- (2) 經查：

《1》被告羅○○部分

本件扣案之性愛光碟，係陳訴人單純為留作個人紀念，並非出於其它惡意，在未經被告羅○○同意之狀況下，自行架設並以行車紀錄器所攝錄之事實，業據陳訴人及被告羅○○2人於新北地院審理時供陳明確，且上開光碟業經新北地院審理時進行勘驗，依影片內容所示，顯屬無從認定被告羅○○於事前已知悉陳訴人攝錄或徵得其同意而攝錄性

交過程之事證跡象，從而被告羅○○辯稱係在不知情狀況下遭陳訴人攝錄一節，應可採信。則扣案之性愛影片，既係陳訴人未事先告知被告羅○○，徵得其同意，擅自以行車紀錄器攝錄其身體隱私部位，其自嚴重侵害被告羅○○之隱私權，陳訴人已涉有刑法第315條之1第2款之妨害秘密罪嫌，前揭性愛影像乃竊錄所得，對被告羅○○而言，即為私人不法取得之證據，應堪認定。進而審酌：該竊錄影像所侵害被告羅○○之個人隱私權之情節甚為嚴重，證據取得之違法對被告羅○○訴訟上防禦不利益之程度甚鉅等情形，復參酌我國現行刑法第315條之1無故竊聽竊錄罪，為3年以下有期徒刑、拘役或3萬元以下罰金之罪；而刑法第239條後段相姦罪，乃1年以下有期徒刑之罪，復難認與公共利益有重大影響，是縱通相姦罪於實務上採證不易，惟依比例原則，於此情形，實不宜允許以情節較重之違法取得之證據，為輕罪之證明，恣意侵害他人私權領域，況以該影片證據之攝錄係陳訴人無故以錄影竊錄他人身體隱私部位，有危及被告羅○○個人基本人權之保障之重大瑕疵，揆諸首開說明，該性愛光碟、據上開性愛影片所翻攝之照片，對被告羅○○應無證據能力，不得作為認定被告羅○○犯罪之裁判基礎。

《2》 陳訴人部分

陳訴人雖辯稱：本案性愛光碟係私自錄影，為妨害秘密所得，不得作為證明陳訴人通姦犯行之證據使用，且依據「毒樹果實理

論」應將據上開性愛影片所翻攝之照片之證據能力排除云云。然查上開性愛影片係陳訴人自行架設行車紀錄器拍攝而成，並非他人對陳訴人使用暴力、刑求、詐欺、利誘、強暴等方式而取得，亦非他人妨害秘密所為，對於陳訴人本身具有高度之任意性，亦未有侵犯其個人隱私權之情形，用以證明自己之犯罪，要係當然之結果（如因犯妨害秘密罪嫌而扣案之影片，得作為該被告犯罪之證據使用），並無基本人權之保障與發現真實之目的間權衡之問題，此與被告羅○○係遭他人妨害秘密所拍攝之情形大相逕庭，自無比擬適用之餘地，陳訴人空言其亦應依私人違法取證理論排除上開性愛光碟之證據能力云云，礙難採納。況查，告訴人即陳訴人之配偶陳○○係在其與陳訴人共同支配之生活空間內，發現該行車紀錄器及其內之性愛影片檔案，並非以暴力、刑求、詐欺、利誘、強暴等方法取得，或對他人恣意侵害基本權及私領域而犯罪所得，揆諸首開說明，上開性愛影片之光碟、據上開性愛影片所翻攝之照片，並無毒樹果實理論適用之餘地，應認對陳訴人有證據能力，當可作為認定犯罪之裁判基礎。陳訴人所辯，顯屬無據，洵非可採。

3、實體部分

（1）陳訴人部分：

上揭犯罪事實，業據陳訴人於偵查中、新北地院準備程序及審理時均自白不諱，核與告訴人陳○○於偵查中之指訴、共同被告羅○○於偵查中及新北地院審理時所陳相符，並有扣

案之性愛影片及翻拍照片及新北地院勘驗筆錄各1份在卷可資佐證，足認陳訴人上開任意性之自白與事實相符，應堪採信。本案事證明確，陳訴人通姦犯行洵堪認定，應依法論科。

(2) 被告羅○○部分：

上揭犯罪事實，業據被告羅○○於偵查中、新北地院準備程序及審理時均坦承不諱，並陳稱：陳訴人一直跟伊說他離婚，但事實上陳訴人還沒離婚，案發當天伊也知情，對於原審認定伊有犯罪願意坦承錯誤，對於量刑亦沒有意見等語，顯見被告羅○○上開自承於起訴書所載時間、地點，與陳訴人發生性行為之供述自始一致，且與常情相符。

又依據陳訴人於偵查中及新北地院審理時所陳關於被告羅○○與陳訴人發生性交行為之過程及原因，衡以陳訴人與被告羅○○涉犯相姦罪部分，係與之處於必要正犯中之對向犯、利害相同之地位，乃自甘曝露其通姦行為而毫無保留地揭露被告羅○○之相姦行為，已使自己曝露於通姦罪追訴之危險，復衡以陳訴人於新北地院審理時，多有欲協助被告羅○○為答辯之情，應無僅為羅織罪名於被告羅○○而自陷罪刑及導致與告訴人之家庭關係破碎之理。又陳訴人陳述與被告羅○○發生性交行為之時間、地點等細節性事項，亦與被告羅○○之陳述互核相符，足認陳訴人上開所述與事實相符，應堪作為被告羅○○自白之補強證據。另查告訴人於偵查中所述：發現扣案性愛影片後，陳訴人表示發生性行為當日係為了分手，才會拍攝影帶作為紀念等語，亦與被告羅○○

○、陳訴人所述情節互核一致，益見被告羅○○上開自白及陳訴人上開供述情節為真，是則告訴人之指述堪信為真正，亦可作為被告羅○○自白之補強證據。

從而，前後對照前開3人陳述以觀，被告羅○○對於其與陳訴人發生婚姻外性行為之時間、地點等細節性問題，無論於偵查中時及新北地院審理時，其自白內容均屬一致，並無瑕疵可指，亦與共同被告即陳訴人、告訴人陳○○之供述互核一致。被告之自白既有上開證據足資補強，足認被告羅○○上開自白情詞非屬虛構，而確與事實相符。據此，本案事證明確，被告羅○○相姦犯行堪以認定。

4、原審判決之認事用法，核無不合，量刑亦屬妥適。上訴人即陳訴人及被告羅○○2人猶執前詞，指摘原審判決不當，請求撤銷改判，渠等上訴均無理由。

(二)按「毒樹果實理論(Fruit of the poisonous tree)」

¹為來自美國法的證據排除法則，乃指先前違法取得之證據，有如毒樹，本於此一證據為基礎，而再行取得之證據，則如同毒果，為嚴格抑止違法偵查作為，原則排除證據能力。然我國刑事證據法則並未引用英美法制之毒樹果實理論，而係以權衡理論之相對排除為原則。此觀我國刑事訴訟法第158條之4

¹毒樹果實理論源於1920年美國的西爾沃索恩木材公司案 ([Silverthorne Lumber Co. v. United States](#)) 251 U. S. 385 (1920) SILVERTHORNE LUMBER COMPANY, INC., ET AL. v. UNITED STATES. No. 358. Supreme Court of United States.。在該案中，聯邦特勤人員用非法手段取得西爾沃索恩的稅冊，意圖證明西爾沃索恩確有逃稅之嫌。第一次被使用是在納爾多訴美國案 ([Nardone v. United States](#)) 308 U. S. 338 (1939) NARDONE ET AL. v. UNITED STATES. No. 240. Supreme Court of United States. 中。資料來源：
<https://zh.wikipedia.org/zh-tw/%E6%AF%92%E6%A8%B9%E6%9E%9C%E5%AF%A6%E7%90%86%E8%AB%96>

規定：「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。」即明(最高法院99年度台上字第6279號及100年度台上字第851號、96年度台上字第4177號等刑事判決意旨)。

- (三)又上述刑事訴訟法第158條之4，係就「實施刑事訴訟程序之公務員」所為之規定；至於私人「不法」取證，與偵查機關「違法」偵查蒐證，乃完全不同之取證態樣，兩者所取得之證據排除與否，理論基礎及思維方向非可等量齊觀，私人不法取證，難以證據排除法則作為其排除之依據及基準，私人所取得之證據，原則上無證據排除原則之適用。惟如私人故意對被告使用暴力、刑求等方式，而取得被告審判外之自白或證人之證述，因違背任意性原則，且有虛偽高度可能性，基於避免間接鼓勵私人以暴力方式取證，應例外排除該證據之證據能力(最高法院97年度台上字第4889號及99年度台上字第3168號判決意旨)。

經查原確定判決就陳訴人於同案被告羅○○不知情之情況下，擅自攝錄兩人性交過程之影像及翻攝之照片，已詳為說明對羅○○無證據能力，不得作為認定羅○○犯罪之裁判基礎。然上開影像影像及翻攝之照片，係陳訴人出於自己任意性所錄，並非他人對陳訴人使用暴力、刑求、詐欺、利誘、強暴等方式而取得，亦非他人妨害秘密所為，對於陳訴人本身具有高度之任意性，並無侵犯陳訴人個人隱私權之情形，即難謂有基本人權之保障與發現真實之目的間需要權衡之問題，此與同案被告羅○○係遭他人妨害秘密所拍攝之情形大相逕庭，自無相

比擬及適用之餘地，陳訴人指陳應有「毒樹果實理論」、「私人不法取得之證據並無證據能力」，尚難謂屬有據。

- (四)按司法院釋字第582號解釋文：「憲法第十六條保障人民之訴訟權，就刑事被告而言，包含其在訴訟上應享有充分之防禦權。刑事被告詰問證人之權利，即屬該等權利之一，且屬憲法第八條第一項規定『非由法院依法定程序不得審問處罰』之正當法律程序所保障之權利。為確保被告對證人之詰問權，證人於審判中，應依法定程序，到場具結陳述，並接受被告之詰問，其陳述始得作為認定被告犯罪事實之判斷依據。刑事審判上之共同被告，係為訴訟經濟等原因，由檢察官或自訴人合併或追加起訴，或由法院合併審判所形成，其間各別被告及犯罪事實仍獨立存在。故共同被告對其他共同被告之案件而言，為被告以外之第三人，本質上屬於證人，自不能因案件合併關係而影響其他共同被告原享有之上開憲法上權利。……刑事審判基於憲法正當法律程序原則，對於犯罪事實之認定，採證據裁判及自白任意性等原則。刑事訴訟法據以規定嚴格證明法則，必須具證據能力之證據，經合法調查，使法院形成該等證據已足證明被告犯罪之確信心證，始能判決被告有罪；為避免過分偏重自白，有害於真實發見及人權保障，並規定被告之自白，不得作為有罪判決之唯一證據，仍應調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符。基於上開嚴格證明法則及對自白證明力之限制規定，所謂『其他必要之證據』，自亦須具備證據能力，經合法調查，且就其證明力之程度，非謂自白為主要證據，其證明力當然較為強大，其他必要之證據為次要或補充性之證

據，證明力當然較為薄弱，而應依其他必要證據之質量，與自白相互印證，綜合判斷，足以確信自白犯罪事實之真實性，始足當之。……」係闡明刑事被告詰問證人之權利，屬憲法正當法律程序所保障之權利，為確保被告對證人之詰問權，證人於審判中，應依法定程序，到場具結陳述，並接受被告之詰問，其陳述始得作為認定被告犯罪事實之判斷依據，另亦闡明被告之自白，不得作為有罪判決之唯一證據，仍應調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符。

經查刑法第239條之通姦罪及相姦罪，學理上稱之為「對向犯」，本質上並無犯意聯絡之行為，乃不同的犯罪，係各就自己之行為負責，故非共同正犯，並無刑事訴訟法第156條第2項「共犯之自白不得作為有罪判決之唯一依據」之適用。原確定判決依據陳訴人之自白，以及對陳訴人具有證據能力之系爭性愛光碟、翻攝之照片；另同案被告（相姦者）羅○○亦自白犯罪，其自白與陳訴人之自白相符，即得互為補強證據，因而認定陳訴人等之犯罪事實，並未違背司法院釋字第582號解釋意旨。

(五)綜上，原確定判決並無陳訴意旨所指違背「毒樹果實理論」、「私人不法取證」或「共同被告不利於己之陳述不得採為其他共同被告犯罪之證據」等情事，原確定判決並未違背法令。

二、陳訴人就本案多次向最高檢察署聲請提起非常上訴，該署均予駁回，已詳述其理由，經核並未違法，亦無不當。

(一)據最高檢察署函復本院表示：自102年11月27日至107年10月8日，陳訴人等（包括同案被告羅○○）共向該署聲請提起非常上訴1,065次，所持理由與

陳訴人向本院陳訴意旨雷同，並提供5件該署檢察官駁回聲請之法律意見簽呈過院。其內容略以：

1、102年度非字第3175號

- (1) 聲請人（即陳訴人）聲請意旨略以：刑法第239條通姦罪是必要共犯，犯罪之主體必須2人以上方可成立，只有1人不成立犯罪。因此法律條文中指的證據，是指偷拍影片（2人）中所有人物，以偷拍影片（2人）為一基本單位。並無根據影片（2人）中的人物再細分（1人），來判斷有無證據能力。本案是聲請人（即陳訴人）偷拍自己與另一被告做愛，原判決卻切割成，聲請人自拍自己做愛與聲請人偷拍另一被告做愛。聲請人偷拍另一被告做愛無證據能力，聲請人自拍自己有證據能力，當作通姦證據，顯然違背法令，因聲請提起非常上訴云云。
- (2) 查原確定判決依據聲請人之自白，告訴人陳○○於偵查中之指訴，共同被告羅○○之供述，扣案之性愛影片及翻拍照片、原審勘驗筆錄等資證，認聲請人有於原判決事實所載時、地，與羅○○為通姦行為之犯行，因論聲請人通姦罪刑。核之原審此項取捨證據認定事實之職權行使，並未違背經驗法則，且已詳細敘述其所憑之證據及認定之理由，而以聲請人所辯均不足採信，也已詳予指駁。並無理由不備、應調查之證據未予調查，或認定事實與卷附之證據不符等情形，原判決並無違背法令情形存在。至本件系爭性愛影片係聲請人自行架設行車紀錄器拍攝而成，並非他人對聲請人使用暴力、刑求、詐欺、利誘、強暴等方式而取得，亦非他人妨害秘密所為，對於聲請人本身具有高度

之任意性，亦未有侵犯聲請人個人隱私權之情形，用以證明聲請人自己之犯罪，要係當然之結果，並無基本人權之保障與發現真實之目的間需要權衡之問題，原判決因認系爭性愛影片有證據能力，並無違誤。與認定系爭性愛影片對羅○○無證據能力，亦無矛盾可言。聲請人徒執己見，以系爭性愛影片對伊亦無證據能力，指摘原判決認有證據能力，為有違誤云云，漫事爭執，聲請提起非常上訴，顯無理由而無從辦理。

2、104年度非字第1864、1865號

- (1) 聲請人羅○○前曾對原確定判決，聲請提起非常上訴，因與非常上訴要件不合，不得提起，業經該署迭次函復在案。本次聲請人又以司法院司法院釋字第582號解釋前段意旨「共同被告身分所為之陳述，應不得採為不利於其他共同被告之證據」及本案告訴人係觀看性愛影片內容後始知悉此事，並非在場目睹聲請人通姦之犯行，亦難為本案證據，因此本案除性愛影片及共犯陳訴人之自白外，並無補強證據，原判決違反刑事訴訟法第156條第2項之規定，聲請提起非常上訴。
- (2) 按聲請人針對上開確定判決聲請提起非常上訴案，已有數件，均詳予說明原確定判決以共同被告之自白為證據及以性光愛光碟為補強證據，並未違背法令之理由。聲請人猶執前詞，憑其己意堅指上開取證違背法令，聲請提起非常上訴，仍屬無從辦理。

3、105年度非字第2071、2072、2073、2074號

聲請人(即陳訴人)、羅○○對原確定判決多

次聲請提起非常上訴，因與非常上訴要件不合，不得提起，迭經本署詳敘理由函復在案。茲又以原審認扣案性愛光碟及據該性愛影片所翻攝之照片，對聲請人羅○○本無證據能力，復以告訴人觀看同一光碟影片內容後（並非在場親自目睹犯行）所為之陳述，及共同被告之自白，採為論罪之依據；忽略適用對竊錄者證據應完全排除之法則，各論聲請人通姦、相姦罪刑，即有違毒樹果實理論及依法應於審判期日調查之證據未予調查之違背法令云云，再次聲請提起非常上訴。經再審核，聲請意旨乃再次對卷內證據資料之判斷持與原判決不同之評價，核係對於事實審法院證據取捨裁量權行使之當否指摘，尚與非常上訴審以統一法令適用之本旨不合。

4、106年度非字第1791號

聲請人又以相類之理由，再次聲請提起非常上訴，其聲請意旨仍係就確定判決已為指駁及該署前已多次說明函復之事項，再事指摘，與法律規定得提起非常上訴之情形不相適合，其聲請仍屬無從辦理。至於聲請人主張性交行為所竊錄之證物，確定判決未宣告沒收，違反刑事訴訟法第315條之3義務沒收之規定，屬違背法令云云。然查，同法第441條之非常上訴係採便宜主義，是否提起，應依非常上訴之本旨，衡酌人權之保障、判決違法情形及訴訟制度之功能等因素，為合理正當之考量。故違法之判決除與統一適用法令有關，或該判決不利於被告，非予救濟不足以保障人權者外，尚無提起非常上訴之必要（最高法院97年度第4次刑事庭會議決議意旨參照）。依上說明，縱認該竊錄證物確定判決漏未宣告沒收，因

與聲請人已判決確定之主刑無涉，尚難認屬不利於聲請人，核無提起非常上訴之必要。

5、107年度非字第1444號

聲請人羅○○又以：竊錄內容，不問屬於犯人與否，均應沒收，並禁止使用，原審就本案竊錄證物漏未宣告沒收，任其持續侵害聲請人隱私權，違背刑法第315條之2、第315條之3之立法理由及憲法第23條之比例原則；又違反司法院釋字第181號解釋意旨等雷同之理由，再次聲請提起非常上訴。經詳予審核，聲請意旨仍係就原判決及該署多次前函已詳為說明之事項，再事指摘，或對同一證據資料，為相異之評價，或就法院自由判斷職權之適法行使，憑持己見，再為單純事實上與法律上之爭執，均與法律規定須判決違背法令始得提起非常上訴之情形，不相適合，所請提起非常上訴，仍屬無從辦理。

(二)按原確定判決並無陳訴意旨所指違背「毒樹果實理論」、「私人不法取證」或「共同被告不利於己之陳述不得採為其他共同被告犯罪之證據」等證據法則情事，已如前述，最高檢察署對陳訴人等聲請提起非常上訴，認無理由，未予提起，已詳述其理由，經核並未違法，亦無不當。

參、處理辦法：

一、調查意見函復陳訴人。

二、檢附派查函及相關附件，送請司法及獄政委員會處理。

調查委員：江明蒼