

## 目錄

1.王士帆，違法監聽之毒樹果實例外-評最高法院 110 年度台上字第 4646 號刑事判決，月旦裁判時報，第 128 期，2023 年 2 月，頁 54-63.....	3
2.李榮耕，通訊監察的期中報告義務及證據排除-檢評最高法院 110 年度台上大字第 2943 號裁定，台灣法律人，第 15 期，2022 年 9 月，頁 112-120.....	8
3.王士帆，通訊監察之期中報告義務——評最高法院 110 年度臺上大字第 2943 號刑事裁定，政大法學評論，第 174 期，2023 年 9 月，頁 165-216.....	10
4.李榮耕，另案通訊監察-最高法院 110 年度台大上字第 5765 號裁定，當代法律，第 10 期，2022 年 10 月，頁 131-136.....	13
5.李佳玟，刑事審判中通訊軟體對話紀錄的使用-評最高法院 111 年台上字第 1021 號刑事判決，月旦實務選評，第 3 卷第 2 期，2023 年 2 月，頁 91-105...14	
6. 王士帆，組頭傳真——搜索扣押電信業者，月旦法學教室，第 247 期，2023 年 5 月，頁 26-28.....	18
7.李榮耕，即時通訊程式的通信紀錄的調取，月旦法學教室，第 212 期，2020 年 6 月，頁 23-25.....	20
8.林鈺雄，交付審判法官之自行迴避-評最高法院 111 年台上大字第 1924 號刑事裁定，台灣法律人，第 24 期，2023 年 6 月，頁 129-136.....	22
9.林鈺雄，公平審判、法定法官原則與法官迴避事由——法官曾參與先前裁判之迴避問題，月旦法學雜誌，第 331 期，2022 年 12 月，頁 88-109.....	25
10.李榮耕，法官迴避及前審-兼評憲法法庭 112 年度憲判字第 14 號判決，台灣法律人，第 29 期，2023 年 11 月，頁 85-97.....	29
11.林鈺雄，科刑一部上訴與再審管轄法院，月旦法學教室，第 247 期，2023 年 5 月，頁 22-25.....	31
12.林鈺雄，被告之辯護人對羈押裁定之抗告權-憲法法庭 111 年憲判字第 3 號判決，月旦實務選評，第 2 卷第 10 期，2022 年 10 月，頁 113-125.....	33
13.林鈺雄，限制或禁止辯護人在場之抗告救濟權-111 年憲判字第 7 號判決評釋，月旦實務選評，第 3 卷第 1 期，2023 年 1 月，頁 93-107.....	36

14.林鈺雄，司法警察（官）之身體檢查處分及其救濟-111 年憲判字第 16 號判決評釋，月旦實務選評，第 3 卷第 8 期，2023 年 8 月，頁 114-124.....	37
15.國民法官法專題文獻 .....	41
16.數位證據專題文獻 .....	48

伯樺老師的法研考試小提醒：

考法研所最重要的是作答時間的掌握，以及爭找出爭點並簡潔扼要地提及各說，最後擇一做結。接下來的時間裡，可多寫題目、多看考題，並掌握各見解的「核心理由與結論」，力求於考場上，用最短的時間寫出做精準、到位的分析。預祝各位同學都能考上心目中的第一志願！

1.王士帆，違法監聽之毒樹果實例外-評最高法院 110 年度台上字第 4646 號刑事判決，月旦裁判時報，第 128 期，2023 年 2 月，頁 54-63

→實務見解：最高法院 110 年度台上字第 4646 號判決（灰底字為筆者所加）

依通訊保障及監察法（下稱通保法）第 5 條第 4 項之規定，執行機關應於執行監聽期間內，每 15 日至少作成 1 次以上之報告書（下稱期中報告），說明監聽行為之進行情形，以及有無繼續執行監聽之需要；法官依據經驗法則、論理法則自由心證判斷後，發現有不應繼續執行監聽之情狀時，應撤銷原核發之通訊監察書。又違反通保法第 5 條、第 6 條或第 7 條規定進行監聽行為所取得之內容或所衍生之證據，於司法偵查、審判或其他程序中，均不得採為證據，同法第 18 條之 1 第 3 項亦有明文。→法條概述

然此項規定係源自英美法制中之毒樹果實原則，乃指對於偵查犯罪人員非法取得之證據，若僅禁止直接使用，不禁止其間接使用而取得之證據，無異等於邀誘執法人員以違反法律或侵害人權的方式取得證據，且其結果對被告之防禦權產生重大之不利益。然而，**過度適用毒樹果實原則，會造成偵查犯罪人員一有非法行為，證據即永絕於世，無異承認犯罪追訴工作將因一次性的違法偵查而全面停擺。**故美國聯邦最高法院對毒樹果實原則，已透過判決先例，對於違法偵查作為後所衍生之合法取得證據，創設毒樹果實原則之例外法則，諸如「獨立來源」、「必然發現」、「稀釋原則」等，肯認其後續合法取得之證據具有證據能力，不受先前違法偵查行為之「毒素」影響。**此一原則與例外之承認，目的在不准偵查犯罪人員利用非法行為取得優越地位（原則的適用），但也不使其處於較非法行為前更劣勢的地位（例外的適用）。**亦即，偵查犯罪人員先前有違法之偵查作為，不當然代表不得再續行合法之犯罪偵查與追訴，亦不當然得認其後合法偵查所取得之證據，概為先前違法偵查之產物。→通訊保障及監察法第 18 條之 1 第 3 項為毒樹毒果原則，該原則與例外之內涵

又所謂「稀釋原則」，乃偵查機關人員為違法取證後，依該證據之發現，陸續進行合法偵查作為所取得之證據，倘已稀釋或消除先前違法取證之違法性（即毒樹之毒性），後續取得之證據（果實），即不在禁止使用（禁食）之列。是以，於審酌偵查機關人員違法取證之情節（包含前後取證所適用之法律之規範目的及保護法益）、前後取證經過之時間長短、有無其他事實介入等事證，依個案情節為綜合判斷後，倘認**先前違法取證之瑕疵已為稀釋或洗淨**，則其後之取證應認具有證據能力，自其法律效果而言，即難再認係**先前違法取證之衍生證據**。從而，通保法第 18 條之 1 第 3 項之規定，亦應秉持其立法源由，而為其合目的性之解釋，始屬允當。→通訊保障及監察法第 18 條之 1 第 3 項之衍生證據應為目的性限縮解釋

卷查附表一編號 1 之通訊監察錄音譯文，執行監察之內政部警政署國道公路警察局警員，本應依通保法第 5 條第 4 項之規定，於民國 108 年 3 月 12 日之前作成並提出期中報告於法院，然遲至同年 3 月 18 日始提出於法院；附表一編號 2、3、4、5 通訊監察錄音譯文，本應於同年 6 月 13 日之前作成並提出期中報告於法院，惟遲於同年 6 月 14 日才提出於法院，已違反通保法第 5 條第 4 項規定於執行監聽期間內，每 15 日至少作成 1 次以上之期中報告，提出於法院審查有無繼續執行通訊監察之義務，嗣於 108 年 6 月 23 日，警員持檢察官核發之拘票及法院核發之搜索票，合法拘提黃名豐，並搜索黃名豐居處，查扣附表二所示毒品海洛因等物，警員再依刑事訴訟法第 100 條之 2、第 95 條第 1 項、提審法第 2 條第 1 項之規定，告知黃名豐涉犯罪名及相關權利（下稱罪名及相關權利）後，黃名豐自白施用甲基安非他命，…（略，中間是關於合法訊問過程，以及警員於訊問中提示相關錄音與譯文）…。→國家違反期中陳報義務，而後有合法之訊問

是就案件偵辦歷程而言，本件偵查中合法拘提及詢（訊）問，雖難認非由本件通訊監察所得內容而衍生，惟警員逾期提出期中報告之日數約 1 日至 10 日之間，而非於通訊監察期間全然未提出供法院審查，又附表一各編號通訊監察錄音譯文內容甚為簡短，內容皆未提及毒品交易種類之暗語，僅以「一個」、「半個」及張數多寡等內容暗示交易，用語顯較模糊，是警員主、客觀違反提出期中報告之義務（不作為）而侵犯黃名豐及與其通話之人之通訊自由及隱私

之合理期待，就其不作為而違反規範目的及保護法益而言，違法情節尚屬輕微，又警員不作為違反提出義務之時日（2月11日、3月12日、6月13日），距離檢察官合法訊問時（6月24日），為時已久，而警員合法拘提、詢問黃名豐、李勇賢、李國揚、番能斌時，其等對通訊監察錄音譯文或稱係甲基安非他命交易，或稱非關毒品交易，或稱表示忘記等語，堪認其等供述均出於任意性，其後於檢察官合法訊問時，其等於檢察官尚未提示附表一編號1至5之通訊監察錄音譯文，即均供出本件甲基安非他命之交易事實，之後對於通訊監察錄音譯文之詢答，其等供明交易毒品之種類、價額、地點等構成要件事實，較之通訊監察錄音譯文內容更顯為明確；李勇賢、李國揚、番能斌並均具結以擔保其等所述屬實，並無非任意性證述之疑問，黃名豐則於原審另供明其於警詢、偵訊、第一審所述都實在，無非法取供之情形（原審卷第326頁）。是參以上述合法詢問、訊問、任意性及細節性之供述及證述、具結擔保所證屬實等事實之介入，當認本件警員逾期提出期中報告之違法性，至遲於檢察官訊問取得黃名豐之自白、李勇賢、李國揚、番能斌之供證內容時，已經稀釋、洗淨，業無警員違反通保法第5條第4項規定之「毒素」，其等於偵訊中之供證資料，當認非同法第18條之1第3項所指禁止使用之衍生證據，自具有證據能力。→實務見解說明如何適用稀釋法則

→學說評析：

(1)本案爭點：

通訊保障及監察法（下稱「通保法」）第18條之1第3項所謂「衍生證據」概念為何，禁止效力之射程為何？

(2)評析：

評析重點在於是否能夠找尋通保法第18條之1第3項之毒果例外，進而限縮衍生證據之禁止範圍。

## A.法條說明

我國通保法只規定原則而無例外，封鎖法官造法自創「除外或但書例外」的限縮文義機會，不過立法者並未在立法理由有明白表示要揚棄比較法經驗，以及對此一條文之法律解釋，仍蘊含將比較法經驗之毒樹果實例外予以內化之可能性。

## B.衍生證據之概念

### a.意義

通保法第 18 條之 1 第 3 項乃指違法進行監聽行為「所衍生」之證據，故應指「以違法監聽內容為取得系爭證據之必要條件者，或可稱為具有『密切結合之關聯性』、『密切之因果關聯』」。反之，實際取得系爭證據時，並不以違法監聽內容為必要條件者，則不屬於違法監聽之衍生證據。

### b.「稀釋例外」於通保法第 18 條之 1 第 3 項無適用餘地

所謂稀釋例外是指第 1 次違法取證行為之後，第 2 次合法取得證據以前，有其他因素的介入，而稀釋或消除原來的違法性。但此一例外顯然會抵觸通保法第 18 條之 1 第 3 項的明文規定，同時引發第 27 條第 3 項刑罰規定的高度疑慮，如同本文欲評釋的最高法院 110 年度台上字第 4646 號判決的問題。

### c.「必然發現」無法作為衍生證據之排除標準

必然發現例外是假設縱使沒有實際發生取得系爭毒果的偵查行為，最終亦必將被其他偵查行為發現系爭毒果。此假設立論係以「沒有實際發生」之假設為前提，自始不符合通保法第 18 條之 1 第 3 項對「衍生證據」設定之規範情境。該條之衍生證據是指「已取得」之證據作為命題，無從以否定取得證據的既存事實，再改以假設未取得衍生證據來推翻以構成衍生證據之認定。簡言之，在本項法律限定的框架內，無法套用必然發現例外之假設事實來推翻實際事實。

d. 衍生證據之標準，蘊含著毒樹果實原則的「獨立來源」例外

在前述關於「**衍生證據**」的定義下，若該證據得出自於兩個管道，且僅其中一個管道為違法者，該證據就不屬於違法取證所衍生之證據，在這樣的標準與定義下，**衍生證據本身即含有毒樹果實原則的「獨立例外」**，即允許使用「得以兩個以上管道取得而僅其一管道為非法」之資料。

C. 通保法第 18 條之 1 第 3 項「**衍生證據**」之射程範圍評前述判決對於毒樹果實例外之使用

關於該項證據禁止效力之射程範圍，在文義解釋範圍內，應該侷限在「**衍生證據**」、「**再衍生證據**」，而不及於「**第三次衍生證據**」。就該項之文義而言，其禁止「違法監聽內容」，以及「違法監聽之衍生證據」，效力均是禁止採為任何用途，故包含用於偵查方向指引而言，因此**此一法條對於「違法監聽內容」，以及「違法監聽之衍生證據」除了對該證據本身的證據禁止外，亦包含「用途上之禁止」**。

因此在違法監聽本身所取得之內容而言，法條已明文其本身的證據禁止及用途禁止，故就其衍生證據（第一次衍生證據）而言亦同受證據禁止效果所及。而該衍生證據（第一次衍生證據）之「再衍生證據」（第二次衍生證據）部分，因法條已全面禁止利用第一次衍生證據進行任何作為（用途禁止），因此其禁止效力包含國家機關違法使用第一次衍生證據取得之第二次衍生證據。但就第二次衍生證據之「再衍生證據」（第三次衍生證據），則不在法條的規範範圍中，因此回歸一般的證據禁止效力，得使用第二次之衍生證據做為偵查指引方向，進而取得其他證據，蓋未見法條有針對第二次衍生證據做用途禁止之規範，因此合法取證的第三次之衍生證據自然不在證據禁止效力範圍中。

2.李榮耕，通訊監察的期中報告義務及證據排除-檢評最高法院 110 年度台上大字第 2943 號裁定，台灣法律人，第 15 期，2022 年 9 月，頁 112-120

→實務見解：最高法院 110 年度台上大字第 2943 號裁定

一、通保法第 5 條第 4 項雖僅規定「作成」或「提出」報告書，而無應於 15 日內作成或法官指定期日提出「並陳報至法院」之明文，惟上開期日均應解釋為陳報至該管法院之期限，以落實釋字第 631 號解釋所要求法院隨時監督執行機關執行通訊監察合法性之任務。

二、期中報告義務並非針對「通訊監察書核發」合法性所設之中間審查制度，自不得以執行機關違反期中報告義務，致法院無從審查先前所核發通訊監察書之合法性為由，否定期限前監聽所得資料之證據能力。

三、僅於執行機關在通訊監察期間完全未製作期中報告書，始實質違反期中報告義務之規範意旨，其期限後監聽所得資料，方屬通保法第 18 條之 1 第 3 項所規範「違反第 5 條規定」，不得採為證據之範疇；反之，於執行機關業已製作期中報告書，僅陳報至該管法院有所遲延，因執行機關仍有履行其自我監督義務，且法官亦非無據以審查之可能，尚難謂期中報告義務之立法目的全然未獲落實，此時若認仍屬通保法第 18 條之 1 第 3 項所規範「違反第 5 條規定」之射程範圍，而予絕對禁止使用，不僅有悖立法者所為之利益權衡，且違反比例原則。於此情形，監聽所得資料並非依通保法上開條項規定排除證據能力，而應依刑事訴訟法第 158 條之 4 規定，斟酌逾期情形，對法院審查判斷有無應撤銷原核發通訊監察書之影響程度、執行機關違背法定程序之主觀意圖、侵害監察對象或第三人權益之種類及輕重、犯罪所生之危險或實害、禁止使用證據對於預防將來違法取得證據之效果、偵審人員如依法定程序有無發現該證據之必然性、證據取得之違法對被告訴訟上防禦不利益之程度等各種情形，以認定其證據能力之有無。

## →學說評析

有指出此裁定之見解與期中報告的目的不盡相符，說明如下。

- ①此裁定所採取的見解，**最主要的問題來源是通保法第 18 條之 1 第 3 項選擇了一個「絕對且毫無例外的證據排除及毒樹果實法則」為法律效果。**只要違反通保法第 5 條、第 6 條就一律排除，但要求單一令狀只能監察單一對象 (§5 V)，此與受監察人權利保護無關，對於設置單一窗口部分亦同 (§6 I、II)。反之像是通保法第 12 條關於通訊監察期間的規範，若有逾時情形則與無令狀監察並無二致，但卻無前開規定的適用。因此**應該採取「核心地位理論」，從法規範的整體架構及個別條文的規範目的來解釋和判斷，該條文在通保法的整體架構中，是否居於核心地位。**<sup>1</sup>
- ②**期中報告期限前的通訊監察部分**，最高法院認為違反期中報告義務並不溯及影響違反義務前通訊監察的證據能力，進而指出該部分有證據能力，**但法院還是要審查官員是否依照法令及令狀執行通訊監察，其所進行的通訊監察是否符合比例原則**，例如第五天就獲得相關資料，而執行到第八天才停止，故在審查中，法官仍有機會確認期限前的通訊監察執行合法性，若官員違反期中報告義務，法院將無法如期審查。期中報告義務不僅讓法院審查是否應繼續通訊監察，也讓法院監督監察合法與否。<sup>2</sup>
- ③**期限後的通訊監察部分**，期中報告義務部分並非讓執行機關履行自我監督義務，此為外部機構間的監督機制。另外，**遲延向法官提出報告，法官可能根本無從審視通訊監察執行合法與否以及有無繼續執行的必要**，若遲延到通訊監察執行結束後才提出期中報告書，是否能達到設置期中報告義務的目的，亦有疑慮，應有通保法第 18 條之 1 第 3 項的適用。<sup>3</sup>

<sup>1</sup> 李榮耕，通訊監察的期中報告義務及證據排除-檢評最高法院 110 年度台上大字第 2943 號裁定，台灣法律人，第 15 期，2022 年 9 月，頁 115-117

<sup>2</sup> 同前註，頁 119

<sup>3</sup> 同前註，頁 119-120

- 3.王士帆，通訊監察之期中報告義務——評最高法院 110 年度臺上大字第 2943 號刑事裁定，政大法學評論，第 174 期，2023 年 9 月，頁 165-216

→學說評析

A.對於將「做成」解釋成「做成並陳報」的批評

條文本身包含偵查機關的「做成義務」，以及法院可隨時命提出的「提出義務」，就文義來說，**立法者應有意區別「做成」及「提出」**。

就本條立法目的而言，本是要要求法院能隨時監督執行機關之監察情況，避免不必要之基本權侵害，**若將「做成」解釋不包含「提出」，亦不會影響釋字第 631 號解釋所要求的監督義務**，蓋法院可隨時命提出。

大法庭之解釋非條文文義的必然解讀，也壓縮執行機關監聽和報告作業時間，**已僭越到立法論層次**，成為指導修法的「法律政策」之見了。

B.使用刑訴法第 158 條之 4 可能性

a.文義解釋無突破性助益

通保法第 5 條乃針對「一般通訊監察」而來，其條文內容有一般通訊監察核准之實體要件(第 1 項)和形式要件及內部審核流程(第 2 項)、駁回條件(第 3 項)、期中報告義務(第 4 項)與「一票監聽一人」限制(第 5 項)。**通保法第 5 條所規範之整體內容以取證規定(證據取得禁止)為主，但又不限於此**，亦包含對於法院的要求(同條第 2 項第 4 句)或是與基本權無涉的規範(同條第 5 項)。第 5 條第 4 項期中報告義務由於是取證規定，違反時，應有連結是否予以證據使用禁止之問題，**但循求文義解釋來佐證第 18 條之 1 第 3 項所謂「違反第 5 條規定」包含第 5 條第 4 項，則淪為文字表面觀察，見樹不見林**。所以，通保法第 18 條之 1 第 3 項「違反第 5 條規定」的文字意涵，無法合理解讀為是立法者計畫性地擬對第 5 條各項規定一網打盡。準此，文義解釋對於刑事大法庭系爭法律問題之答案推論，絕無突破性助益。

### b. 體系解釋之內在和諧性

德國通說認為，違反通訊監察核准要件取得之證據，即未取得通訊監察書、不符合列舉重罪原則或違反補充性原則，應予證據使用禁止，至於其他違法型態，例如逾期監聽，由法院權衡判斷之。我國通保法第 18 條之 1 第 3 項所稱「違反第 6 條或第 7 條規定」之監聽證據予以禁止使用，以嚴格排除效果，彰顯**緊急監察和情報監察遵守「核准要件」的人權保護價值**。既然如此，**連核准要件都高於一般通訊監察的緊急監察和情報監察**，除了沒有期中報告義務明文要求外，**也只有**在違反核准要件時，始有證據使用禁止效果，何以違反第 5 條一般通訊監察規定的任何項次，需一視同仁施予等同違反核准要件的法律效果呢？這顯然是同一法秩序內部的輕重失衡。據此，基於維持法規範體系解釋的內在和諧性，通保法第 18 條之 1 第 3 項所稱「違反第 5 條、第 6 條或第 7 條規定進行監聽行為」，應將「違反第 5 條規定」向第 6 條及第 7 條規定內容校準，齊一標準在違反第 5 條核准要件（第 5 條前兩項）規定。

### c. 證據使用禁止層級化

證據使用禁止階層化設計，理論上應對應到證據取得禁止的違法型態，亦即，**依循比例原則，立法者在設計證據禁止法則應有層級化概念**。偵查機關最嚴重的違法取證，應課予最嚴重的使用禁止，中等程序違法者給予相對禁止，相對輕微的取證違法，則允許由法院個案權衡判斷。

期中報告義務之規範目的，是立法者使偵查機關於合法執行監聽期間所加重之自我監督義務，以供法官審查有無繼續執行監聽之必要。執行機關違反期中報告義務**若予以絕對證據使用禁止，效果評價上將等同違反通訊監察核准要件**（法官保留原則、重罪原則或補充性原則等）。換言之，**執行機關依通訊監察書執行合法監聽的期中報告，與檢察官聲請法官審核重罪原則及補充性原則後核發的通訊監察書，法律地位旗鼓相當**。這不免令人困惑，執行機關的期中報告（說明監聽進行情形、有無繼續監聽必要）與法官的通訊監察書（表徵法官審認符合重罪原則、補充性原則等）具有可比較性嗎？

在通保法第 18 條之 1 第 3 項規定下，如果單純操作文義，從通訊監察流程整體觀察，甚至可發現期中報告法律地位凌駕通訊監察書。一旦認為期中報告義務之違反，可逕自使後續監聽證據失去證據能力，法律評價上，等同否定後續監聽時期的通訊監察書效力，使原本通訊監察期間內本來合法執行的通訊監察書，降格成「附解除條件的通訊監察書」：監聽執行 15 日時，通訊監察書的法律命運，取決於執行機關有無準時作成期中報告，若無，此後的監聽證據，依通保法第 18 條之 1 第 3 項無證據能力。果真如此，引發之疑問接踵而來：通訊監察書於執行機關違反期中報告義務的後續至執行屆滿的這段期間，是否還能作為繼續監聽的依據？到頭來一樣會被強制證據禁止，有通訊監察書的繼續監聽成為違法監聽？還能依那張通訊監察書繼續監聽？更何況，違反期中報告義務亦非法院得撤銷原通訊監察書之事由（通保法第 5 條第 4 項後段）。

對照逾期監聽，違反期中報告義務的證據使用禁止效果，竟然比逾期監聽強烈。逾期監聽是逾越通訊監察書核准的監聽期間（通保法第 12 條第 1 項），也就是逾期日數欠缺取證正當性的違法監聽，現行法是依刑事訴訟法第 158 條之 4 處理。

#### d. 結論

基於文義解釋無突破性助益、體系解釋之內在和諧性和證據使用禁止層級化等理由，通保法第 18 條之 1 第 3 項所稱「違反第 5 條規定」應目的性限縮解釋，限於專指違反第 5 條第 1 項及第 2 項中的監察核准要件，亦即排除違反第 5 條第 4 項期中報告義務規定，故違反第 5 條第 4 項期中報告義務規定，繼續監聽之內容，應依刑事訴訟法第 158 條之 4 審酌個案之證據能力。

4.李榮耕，另案通訊監察-最高法院 110 年度台大上字第 5765 號裁定，當代法律，第 10 期，2022 年 10 月，頁 131-136

→實務見解：最高法院 110 年度台大上字第 5765 號裁定

核發通訊監察書之功能主要在於界定監聽活動實施之對象（人）、標的（通訊設備）與客觀事實的範圍，以為令狀保障附著之依據。通保法第 5 條第 5 項明定通訊監察書之聲請，應以單一監察對象為限。通訊監察書之聲請、核發，應嚴守「一人一票」原則，多數監察對象不得共用一張通訊監察書。與監察對象通話之他人，既非監察對象，則其涉嫌任何罪名犯行之通話內容，均屬另案監聽所取得之內容。

→學說評析

(1)一人一票原則：第 5 條第 5 項之根本沒有任何實質意義、所要維護或保護的利益或是規範目的可言。不論是聲請通訊監察或繼續監察都必須遵循通保法第 5 條或第 12 條的要件或程序。

(2)通保法第 18 條之 1 第 1 項修正：

①混淆了「發動要件」與「執行結果」。

②與本案具客觀關聯性的其他犯罪，可能本非容許通訊監察的重罪，為何與本案有關即可取得。依刑訴法第 152 條另案扣押法理，在本案通訊監察的發動及執行合法的前提下，無須排除另案的通訊監察內容。

③7 日陳報期間應刪除。過短的陳報期間及強大的法律效果（理論上應回歸本文的絕對排除），使得最高法院須設法緩和（目前最高法院採取權衡判斷<sup>4</sup>）。然只須課予陳報義務，即能夠確保法院得以審查通訊監察合法性，不須有陳報期間的要求，美國聯邦通訊監察法亦僅要求僅速陳報。

<sup>4</sup> 最高法院 107 年度台上字第 3052 號判決

5. 李佳玟, 刑事審判中通訊軟體對話紀錄的使用-評最高法院 111 年台上字第 1021 號刑事判決, 月旦實務選評, 第 3 卷第 2 期, 2023 年 2 月, 頁 91-105

→實務見解：最高法院 111 年度台上字第 1021 號判決（灰底字為筆者所加）

「數位證據」係指儲存於電磁紀錄載體，或是以數位方式傳送，於審判中得用以證明待證事實之數位資訊。而將該數位資訊內容，以機械、照相、化學、電子或其他科技方法，「準確重製」之產出物，乃原始證據內容重現之複製品，自與原始證據具有相同之證據能力（例如通訊軟體 LINE 對話內容紀錄畫面之翻拍照片，或列印成紙本文件）。→數位證據介紹

由於當事人所提出之證據是否確實係其所主張之證據（即二者是否具有同一性），乃該證據是否具有證據能力之前提要件。是於當事人就該複製品與原始數位資訊內容之同一性無爭議時，固得直接以該複製品為證據，惟若有爭議，如何確認該複製品與原儲存於載體之數位資訊內容同一，未經變造、偽造，即涉及驗真程序。證據唯有通過驗真，始具有作為審判中證據之資格。而驗真之調查方式，非僅勘驗或鑑定一途，亦得以其他直接證據或情況（間接）證據資為認定。易言之，得以對於系爭證據資料有親身經驗，或相關知識之人作證（例如銀行消費借貸部門經理，可以證明與借貸有關電腦資料為真；執行搜索扣押時，在場之執法人員可以證明該複製品係列印自搜索現場取得之電磁紀錄）；或以通過驗真之其他證據為驗真（例如藉由經過驗真之電子郵件，證明其他電子郵件亦為被告撰寫或寄出）；或者於電磁紀錄內容有其獨特之特徵、內容、結構或外觀時，佐以其他證據亦可通過驗真（例如電子郵件之作者熟知被告生活上之各種細節，或所述之內容與被告在其他場合陳述之內容相同等，亦可用以證明該郵件係被告撰寫之依據）等方式查明。→同一性爭議解決方式

又證據之驗真僅在處理證據能力層面之問題，與實體事實無關，屬程序事項，是其證明方法，依自由證明為之，且無須達到毋庸置疑，或毫無懷疑之程度，只需使法院產生大致相信該複製品與原儲存於載體之數位資訊具同一性之心證即為已足。至通過驗真之證據對待證事實之證明程度，則為證明力之問題，二者不容混淆。→心證要求與驗真定位

→學說評析：

(1)本案爭點：

得否使用複製拷貝後的文件？若無原始紀錄可供比對法院得否使用其拷貝之證據？若證據同一性遭受質疑時，法院是否只能使用勘驗或鑑定調查？

(2)評析：

A.關於「對話紀錄列印成紙本文件」之解釋

考量到對話紀錄列印成紙本文件的方式非常多種，例如證據提出者令通訊軟體帳號擁有者登入（或自行登入）電腦版通訊軟體，採用列印電腦桌面的方式獲取對話紀錄紙本文件；或是提出證據者匯出手機對話紀錄檔案，將之傳輸至電腦，而後從電腦開啟檔案印成紙本文件；或是對話紀錄早有雲端備份，證據提出者因此可登入雲端硬碟，列印雲端檔案；也有可能是證據提出者透過電腦的複製貼上功能，將對通訊軟體對話內容複製至文書作業軟體上，然後才列印成紙本文件等，並不如翻拍與截圖相對單純。最後一種存在證據提出者對於對話內容有所編輯竄改的疑慮，若證據提出者尚且在紙本上加註說明，疑慮更深。本文認為，**即便要從技術角度，將包括複製貼上列印所得的紙本文件原則上均視為數位證據複製品，法院也必須仔細考察對話紀錄文件是否「準確重製」原始對話內容，包括要求證據提出者提出其他證據佐證，才能夠合理化此一證據的採納。**

B.以判決承認複製品證據能力違反法律保留原則

美國聯邦證據法則在數位證據的處理上有細緻嚴謹的規定，值得我國參考。只是，倘若法院在判決中參考他國法規定，對被告的基本權增加法律沒有的限制，即便他國法的做法在法理與利益取捨上沒有問題，但此種做法依然存在違反法律保留原則等疑問。在數位證據上，最大的問題就是我國法院在何等法律基礎下，可以在審判中使用數位證據的複製品，或甚至是複製品外之替代證據。我國法制中依然有的直接審理原

則對於法院做法上的限制，這個起源於職權主義的直接審理原則，不因 2003 年台灣的刑事訴訟制度轉向改良式的當事人訴訟體制，引入傳聞法則後就失效。

**依據直接審理原則**，法官應該使用原始證據形成對於待證事實的心證，而非使用從原始證據派生出來的證據。**除非符合明文的例外規定，審判中禁止以派生證據取代原始證據**。從被告的角度來看，派生證據的使用，讓被告無法檢視原始證據的狀況，也侵害被告的防禦權，因此，如果對於通訊軟體對話的截圖、拍照、複製列印，或是偵查機關在審判外針對通訊軟體內的對話進行勘驗，做成數位證據檢視報告，都算是原始證據的派生證據，在無法律明文許可下，這些派生都不該被使用。

美國法制雖無直接審理原則的概念，而以最佳證據原則規范文書、錄音與照片證據的提出，但是美國國會也是透過清楚的定義與明確的條文（聯邦證據法則第 1003 條）賦複製品與原件相同的證據能力。證據法上並不會因為科技的神奇，自動讓這樣的證據具有證據能力。若從既有原則來看，使用這樣的證據存在違反原則的疑慮，立法者還是應該進行必要的法律修正。

### C. 驗真應由當事人主動進行並充分證明

最高法院關於數位證據的判決認為，**只有在對造對於數位證據之同一性與真實性於事實審提出爭執時，這些問題才需要被釐清**。之所以如此設計，長久以來，**我國實務進行證據調查時。不管是實際證物的提示，以及特定證據之真實性的爭議，都以對造於事實審主動進行爭執為前提**。在證據提示上，被告雖然不需要說明要求法院提示實際證物的理由，但被告若未曾在事實審中有所要求，未來就不能在上訴第三審時違反直接審理法則。而就證據**真實性**的部分，倘若被告沒有在適時審爭執特定證據不具真實性，甚至釋明理由（例如：被告對察官提出的尿液證據不可能是他的，因為他沒有吸毒），法院可能認為被告只是空言指摘，不會進行進一步的調查。

依據美國聯邦證據法則第 901 條的規定，**當事人提出某待證事實時，就必須以證據充分證明其所提出之特定證據確實是其所主張之證據。**依據美國事程序的相關規定，當事人雙方會先透過程序，知道哪些證據將會在審判中提出。舉證之一方若欲於審判中提出某個證據，必須在主詰問針對證據建立基礎過程中完成證據的驗真。

在審前程序中，**提出證據之一方先依驗真的規定，提出可驗真該證據之證據，之後由對造說明為何證據不該具有證據能力。**美國聯邦證據法則第 104 條 a 項賦予法院決定證據是否可用的權限，倘若空泛地主張「數位證據很容易被偽造，所以所有的數位證都不可信」，法院可依據前述條文，判斷舉證者已充分支持其所提出證據的真實性，准許證據進入法庭。但若是具體說明並指出未來舉證得內容，譬如：「辯方將在審判中提供證據，證明此一數位證據所顯示的對話發生期間，被告正在一個被禁止使用電子產品的地方開會，沒有機會接觸任何電子設備，不可能在那個時間登入通訊軟體與人聊天。在那段時間，被告的電腦放在辦公室，沒有受密碼保護，通訊軟體是登入狀態，任何在同間辦公室工作的人，都可能在那段時間使用她的電腦，以及在通訊軟體上冒充被告與其他人談話。」，法院可依據美國聯邦證據法則第 104 條 b 項的規定，有條件地接受此一證據，將證據的真偽以及證據是否與本案具有關聯性，在經過交互詰問程序後，由陪審團決定。

驗真之進行是否應以對造的反對為前提？本文認為，雖然可以理解我國實務之所有這樣的做法，是為了促進審判的效率。但是，被告並未在事實審有所爭，就喪失向最高法院主張的權利，還是會讓人在意，此種作法對於當事人（特別是刑事被告）有什麼傷害。本文的想法是，倘若對造於反對時並沒有被賦予釋明反對理由的義務，或是即便有此義務，舉證之一的舉證責任會相應提高。此外，若提出證據之一方為檢察官，對造是被告，而被告獲得律師的協助，可適時對證據提出反對意見；或是在被告沒有律師時，法院負有告知被告可以挑戰證據之同一性、真實性的義務。**在滿足上述條件情況下，驗真的進行究竟要對造反對為前提，或是由舉證之一方主動進行，實質上應該沒有差別。**

6. 王士帆，組頭傳真——搜索扣押電信業者，月旦法學教室，第 247 期，2023 年 5 月，頁 26-28

→案例事實：

被告 A 是六合彩組頭，提供電話予賭客傳真簽注單。A 為方便彙整簽注單，租用 B 電信公司之 Hibox 服務，將賭客傳真簽注單電子化，轉換成 Email 的附件，網路傳送到 A 租用的 Hibox 帳號電子信箱。警察向 B 公司出示法院搜索票，要求交付 A 於 Hibox 電子信箱半年內的簽注單傳真資料，B 公司因而交付傳真影像的列印文件。警察臨走前，因擔心打草驚蛇，囑咐 B 公司不可對外洩漏搜索情事。搜索後 1 個月，B 公司員工 C 私下通報 A「警方曾來搜索扣押」。A 認隱私權受損，自接獲 C 通報而知悉時起過了 1 個月，具狀向法院提起抗告。然而，被抗告法院裁定駁回，理由是「A 非受搜索人，無抗告權」，「縱有抗告權，檢警顧及偵查效率，得不通知 A 在場」，「就算違反通知在場義務，抗告期間亦已逾期」。請分析抗告法院見解有無理由。

→學說評析：

(1)本案爭點：

本案例爭點是，於電信業者 B 處搜索扣押被告數位證據，被告 A 是否有抗告權與搜索扣押在場權？依現行法規定，答案是肯定的。

(2)評析：

A.被告之抗告權

依第 403 條，「(第 1 項) 當事人對於法院之裁定有不服者，除有特別規定外，得抗告於直接上級法院。(第 2 項) 證人、鑑定人、通譯及其他非當事人受裁定者，亦得抗告」。對 B 搜索扣押，同時建立對 A 資訊隱私權的受干預性，基於**有權利即有救濟**的憲法原則，A 享有救濟權。A 是當事人，而在第 403 條第 2 項之非當事人受裁定者的情形，如因其具有利害關係，縱非受裁定之人，依第 403 條第 1 項「仍屬有抗告權，並不限以其本身所受之裁定」，惟 A 仍應有抗告利益，始有合法性。

## B.違反通知到場義務

第 150 條規定，「(第 1 項) 當事人及審判中之辯護人得於搜索或扣押時在場。但被告受拘禁，或認其在場於搜索或扣押有妨害者，不在此限。(第 2 項) 搜索或扣押時，如認有必要，得命被告在場。(第 3 項) 行搜索或扣押之日、時及處所，應通知前二項得在場之人。但有急迫情形時，不在此限」，據此，**不論執行搜索扣押是對被告或第三人為之，除非在場有妨害搜索扣押，A 原則上有在場權**，「使其目睹搜索或扣押之情形，以減少不必要之爭論」。

## C.未逾越抗告期間

第 227 條第 1 項規定，「裁判制作裁判書者，除有特別規定外，應以正本送達於當事人、代理人、辯護人及其他受裁判之人」。搜索票是法院製作之裁判書，**A 以當事人之身分，亦是搜索票之應受送達人**，否則，**A 若不知悉資訊隱私權受侵害，無從提起抗告救濟。抗告期間除有特別規定外，為 10 日，自送達裁定後起算(第 406 條)**。因此，裁定若未經合法送達於抗告權人，抗告期間將無從起算。

7.李榮耕，即時通訊程式的通信紀錄的調取，月旦法學教室，第 212 期，2020 年 6 月，頁 23-25

→案例事實：

在張三的行賄案件的偵查中，司法警察想要了解張三聯繫的對象、頻率、時間點及長度等資訊。在知道張三習慣以 Line 作為聯繫工具後，擬向 Line 調取張三的通信紀錄。試問，司法警察可以如何為之？

→學說評析：

(1)本案爭點：

偵查機關欲調取犯罪嫌疑人使用即時通訊程式後，系統所產生的**非內容性資訊**（如帳號、對象、時間、服務型態及長度等），是否得依通訊保障及監察法（下稱「通保法」）**第 11 條之 1**，向法院聲請核發調取票，向服務提供業者調取？

(2)評析：

A.通保法中的通信紀錄

偵查機關所能夠調取的「通信紀錄」，依通保法第 3 條之 1，指的是「電信使用人使用電信服務後，電信系統所產生之發送方、接收方之電信號碼、通信時間、使用長度、位址、服務型態、信箱或位置資訊等紀錄」亦即，**必須是人們使用「電信服務」後，電信系統或設備所產生，非屬內容之資訊或紀錄，才是得依通保法調取的通信紀錄。**

依電信法第 2 條第 4 及 5 款，電信服務，指的是「電信事業」利用電信設備所經營，提供公眾使用的服務。電信業者，又分為自己所設置的電信機線設備，後者則是使（租）用前者的電信機線設備，向公眾提供電信服務（第二類電信事業管理規則第 2 條參照），因此**通保法中的電信服務，必須要是電信業者經營或是租用電信機線設備等硬體，向公眾所提供的信息交換服務，如中華電信、台灣大哥大、遠傳電信、統一超商電信（租用遠傳電信線路）及家樂福電信（租用亞太電信線路）等。**

如果是利用網際網路，提供訊息交換的服務，例如電子郵件（如 Gmail，或是 Yahoo! Mail），或是即時通訊（Line、Instagram 或 Facebook Messenger），就不屬於電信服務，所以即使所發送、傳達或接受的信息符合「符號、文字、影像、聲音或其他信息之有線及無線電信」的描述（通保法第 3 條第 1 項第 1 款參照），非屬信息內容的相關資訊，仍不屬於通保法第 3 條之 1 第 1 項的通信紀錄，而沒有同法第 11 條之 1 的適用。

#### B. 本案至多依照刑訴法的非附隨於搜索之扣押處理

Line 所產生的非內容性通訊資料。雖然 Line 所提供的服務是為其使用者「發送、儲存、傳輸或接收符號、文字、影像、聲音或其他信息」，但是由於依通保法所得調取的電信紀錄，必須是「電信服務後，電信系統所產生之發送方、接收方之電信號碼、通信時間、使用長度、位址、服務型態、信箱或位置資訊等紀錄」（第 3 條之 1 第 1 項），而電信服務必須是由電信業者利用電信設備所經營，提供公眾使用的服務（電信法第 2 條），所以 Line 並不屬於電信業者，其所提供的服務，也就不是通保法所稱之電信服務，使用 Line 與他人交換信息後所產生，與內容無關的資訊，自然也就不是通信紀錄，而無通保法第 11 條之 1 的適用。

這一類資訊雖然不是通保法的通信紀錄，但仍屬於得為證據之物，所以仍可依刑事訴訟法第 133 條之 1，以非附隨於搜索之扣押取得。

8.林鈺雄，交付審判法官之自行迴避-評最高法院 111 年台上大字第 1924 號刑事裁定，台灣法律人，第 24 期，2023 年 6 月，頁 129-136

→實務見解：最高法院 111 年台上大字第 1924 號刑事裁定（灰底字為筆者所加）

控訴原則（即彈劾主義）係公平審判之基石，公平審判則為訴訟權之核心領域。刑事訴訟法第 258 條之 3 第 4 項規定，法院為交付審判之裁定時，視為案件已提起公訴。則法官依上揭規定裁定准予交付審判，並於裁定中敘明被告涉嫌之犯罪事實、證據及所犯法條等起訴書法定應記載事項，與檢察官之提起公訴，同具有使案件繫屬法院發生訴訟關係及特定審判範圍之主動性功能。刑事訴訟法現制未規定法官曾參與准予交付審判之裁定者，應自行迴避嗣後本案之審判，係屬法律漏洞，**本於同法第 17 條第 7 款規定法官曾執行檢察官職務應自行迴避之相同法理，自應類推適用上開規定自行迴避。**

→學說評析：

(1)本案爭點：

控訴原則之解釋？第 17 條第 8 款之解釋範疇？

(2)評析：

A.關於「控訴原則」之解釋

**控訴原則是完全禁止起訴職務由法官擔任，抑或僅禁止起訴、審判由同一法官擔任？**控訴原則係糾問制度之相對概念，後者，偵查起訴與本案審判，皆由同一法官擔任，造成主觀上難期無偏性的弊端。據此，歐陸的改革刑事訴訟，改採控訴原則，將偵查起訴與本案審判職務拆解，改由兩個不同的訴訟主體擔任，即，**禁止（偵查、）起訴者擔任審判者。**但是，一來**控訴原則並未限定起訴者僅能是檢察官**，自訴制度由被害之自訴人擔任起訴者，即是一例；二也**未禁止由不同法官分別擔任偵查起訴與本審判職務**，如創始現代檢察官制的法國法，諸多案件由調查法官（國內譯為預審法官）調查後起訴，再由其他法官擔任審判職務。

起訴者不能是審判者，這是控訴原則有別於糾問制度的根本差別。據此，我國交付審判現制，縱使有如大法庭裁定所言「法官（實質）執行檢察官職務」的現象，**只要不是同一法官為之，也不見得違反控訴原則**；更何況，如果將交付審判制度解釋上限縮於違反法定原則的不起訴之司法審查，既然只是法院的事後救濟，就更難論斷這是由法官執行檢察官職務了。因此，說來說去，**關鍵還是在於同一法官而已。關此，裁定理由所言，若交付審判之同一法官「猶參與其後之審判，無異集起訴與審判職權於一身，形成類似『自己起訴、自己審判』之糾問現象，違反控訴原則之精神。」**這就說到重點了！

## B.迴避之法律依據

### a.質疑類推適用第 17 條第 7 款

類推適用的問題，前提是存在法律漏洞。裁定理由從立法沿革解釋出發，認為我國當初參照德、日立法例而引進交付審判制度，卻疏未注意依德、日規定，皆排除同一法官，故存在立法漏洞。但**判定立法漏洞時，須存在違反規範計畫的情形，而從立法史料以觀，正反論據皆付之如，既無法得知為何交付審判立法未特別排除同一法官的理由，也無法論斷這究竟是出於立法者的疏失或其有意的選擇**；若為後者，有無可能立法者出於法官人力調度與負擔的考量。再者，我國法官迴避事由除自行迴避外，另有**聲請迴避之立法設計**（刑訴法第 18 條第 2 款），**具有截堵作用**。

大法庭定擬由類推適用刑訴法第 17 條第 7 款的法學方法，達到法官應自行迴避的結論，用意固然良善，但是否存在法律漏洞是其前提問題，論據恐不夠充分。至少，就審查順序言，應該先檢討依照其他現行法規定，有無自行避的可行途徑？若有，應優先適用既有規定，既不存在法律漏洞，更何必類推適用來達到自行迴避結果。

## b.直接適用第 17 條第 8 款

第 17 條第 8 款從文義解釋以觀，「前審」文義上也沒有必須局限於下級審的堅實依據；再從規範目的以觀，法官不得裁判自己的先前裁判，才是本款規範重點所在，而法官不得裁判自己的下級審裁判，僅是其運用類型之一而已。回到交付審判問題，雖然同一法官先裁定交付審判後又審判本案，並非下級審裁判之自行迴避，但在審判涵蓋範圍上，仍然有一大部分是法官裁判自己的先前裁判的情形。只要不再把本款「前審」自於下級審說的狹義見解，而是理解為更為貼近文義的「先前審判」，即可包含交付審判情形，即，交付審判之於本案審判，也是同一案件的一種先前審判型態。據，現行刑訴法第 17 條第 8 款的明文規定，即有可能作為交付審判法官應自行迴避本案審判的依據。

迴避與否之標準應取決於「無偏頗性」，蓋此為公平審判的基本要求。假使先前職務在罪責認定與事證判斷的涵蓋面上，與本案審判具有高度的交集或重疊，即有法官裁判自己先前裁判之嫌，將會影響法官審判職務的無偏頗性，應迴避。於交付審判情形，訴訟標的乃判斷被告犯罪事實是否有「足夠犯罪嫌疑」，依學理說明，此乃判斷是否具備「有罪判決之高度可能性」，其證明門檻雖與本案有罪判決有高低之別，但評價對象則是完全重疊；其重疊性遠高於強制處分與本案審判之關係。一旦法官判定同一案件已具有罪判決之高度可能性而裁定交付審判時，心理上對於被告犯罪事實恐怕已有定見。

9.林鈺雄，公平審判、法定法官原則與法官迴避事由——法官曾參與先前裁判之迴避問題，月旦法學雜誌，第 331 期，2022 年 12 月，頁 88-109

(1)問題討論：

Q1 曾參與再審或非常上訴前確定裁判之下級（事實）審法官？

Q2 曾參與再審或非常上訴前確定裁判之上級（法律）審法官？

Q3 曾參與更審前裁判之下級審法官？

Q4 曾參與更審前裁判之上級審法官？

**KEY：**有些純屬立法政策的選擇，有些則是憲法訴訟權的誠命，僅有違反後者情形始能宣告違憲。

(2)Q1：

基於公平審判之法官無偏頗性要求，法官既然不得參與審理自身裁判之通常救濟，當然更不得參與審理自身裁判之非常救濟。一旦曾參與現正被提起再審或非常上訴之原裁判法官，參與對於該確定裁判糾錯的非常救濟程序，等於是期待法官自己糾正自己的裁判錯誤，客觀上就欠缺無偏頗性的外觀，理應列為法官自行迴避事由。我國行政訴訟法（行訴法§19⑥）有明文規定；我國民事訴訟法雖無明文規定，惟自釋字第 256 號解釋以來，將其解釋為同法第 32 條第 7 款「前審」裁判之自行迴避事由。刑事案件部分大法庭提案前徵詢裁定始統一見解的 110 年度台抗字第 1501 號裁定，始明確採取肯定說，比照釋字第 256 號解釋將「前審」包含再審，但又比照行政訴訟法加上「於再審案件之迴避，亦以 1 次為限」的限制。

(3)Q2：

基於公平審判之法官無偏頗性要求，**法官不得參與審理自身裁判之非常救濟這個基本命題，在下級審法院法官與終審法院法官之考量，道理相同。**但應注意終審法官員額的問題，這部分宜由立法者形成立法政策。若因終審法院特性及員額考量，至少必須排除原確定裁判之受命法官，使其不得參與自己主筆裁判之非常救濟程序，以免造成同一法官糾正自己裁判錯誤之偏頗外觀。

(4)Q3：

與前述情形不同在於，**更審程序並非對於更審前裁判之（通常或非常）救濟程序，因此，前述「法官不得救濟自己裁判」的論述，無法直接套用在更審情形。**就比較法制言，德國聯邦憲法法院及歐洲人權法院，亦不認為從法官無偏頗性要求可以直接導出「更審要換法官來裁判」的結論。

就我國法制言，**行政訴訟法與民事訴訟法之立法歷程，結論上皆刪除法官參與更審前裁判之自行迴避事由，且解釋上「更審」不再被「前審」概念所包含。**如民事訴訟法修正刪除更審法官迴避時，立法理由即曾表示，一來，**「若該訴訟事件發回多次，而原審法院法官員額較少，勢必發生無法官可執行職務之情形」**；二來，**「受發回或發交之法院，應以第三審法院所為廢棄理由之法律上判斷為其判斷基礎，故該訴訟事件於發回或發交後縱仍由參與更審前裁判之法官審理，亦不致有所偏頗，而有迴避之必要。」**

學者認為：一來，更審前事實審法官應否自行迴避，屬於立法政策的權衡問題，否則，民事訴訟法、行政訴訟法之相同情形，恐怕也是一併違憲了！二來，其他各款的法官自行迴避事由仍有適用，且尚得視個案情節，而構成「有偏頗之虞」的聲請迴避事由。例如，參與更審前裁判之法官，在被撤銷之裁判理由中，表達對被告犯行之特殊嫌惡或強烈譴責。

(5)Q4：

在釋字第 178 號解釋的傍論中提及：「曾參與經第三審撤銷發回更審前裁判之推事，在第三審復就同一案件參與裁判，以往雖不認為具有該款迴避原因，但為貫徹推事迴避制度之目的，如無事實上困難，該案件仍應改分其他推事辦理。」此忽略更審前後之對象有別，陳世榮大法官在釋字第 178 號解釋所提不同意見書即已有所闡釋：「……然關於經第三審撤銷發回更審前之裁判，該第三審審判之對象為更審前之第二審判決，而更審後再上訴時之第三審審判之對象則為更審判決，並非更審前之第二審判決，更審判決與更審前之第二審判決又無何關聯……」。

就結論言，如果承襲 Q3 的論述，則此情形四終審法院法官就更無列入自行迴避事由之必要。一來，在更審判決又上訴法律審之情形，法律審法官縱使再度參與裁判，也不是參與自己裁判的救濟，不違反「法官不得救濟自己裁判」的原則。二來，終審法院畢竟有其特性，各國員額配置常是一庭或少數幾庭，更不可能永無止盡輪流提供不同法官來裁判。三來，終審裁判表達的法律見解，拘束全體終審法院之法官，這種法律終審之自縛性，基本上也預設不論何位終審法官來裁判案件，適用的都是終審法院一致的法律見解；在我國大法庭新制上路後，上開自縛性也有規範依據及制度保障。

更二連身條款在法定法官原則的討論，何等案件由何位法官承辦之事務分配規則必須具有事先性、抽象性、一般性等性質，排除個案量身定做之司法行政，此條款適用結果反而沒有個案介入去改變何位法官承辦的餘地。且法定法官原則自始沒有排除事物管轄、專業分工或其他合理考量的案件分配規則。

## 文獻重點整理

	再審	更審
關鍵差異：是否參與自己所為裁判之救濟	是	否
第二審法官重複	應迴避，憲法誠命，涉及救濟利益	立法形成範圍，蓋原先裁判已被撤銷，且係屬於第一審判決之救濟，兩次之審判均屬第二審級，更受到第三審發回裁判之拘束。
第三審法官重複	應迴避，若考量員額問題，至少做成判決之受命法官應迴避	立法形成範圍，除員額問題外，因法律審性質，故對外表示之法律意見不因法官而有異。

10.李榮耕，法官迴避及前審-兼評憲法法庭 112 年度憲判字第 14 號判決，台灣法律人，第 29 期，2023 年 11 月，頁 85-97

→實務見解：憲法法庭 112 年憲判字第 14 號判決

一、刑事訴訟法第 17 條第 8 款規定所稱法官「**曾參與前審之裁判者**」，係指法官就同一案件之審級救濟程序，「**曾參與下級審之裁判**」，不包括「**曾參與發回更審前同審級法院之裁判**」之情形，與憲法第 16 條保障訴訟權之意旨，尚無違背。於此範圍內，司法院釋字第 178 號解釋毋庸補充或變更。

二、法官就同一案件，**曾參與據以聲請再審或提起非常上訴之刑事確定裁判者**，於該再審（包括聲請再審及開始再審後之本案更為審判程序）或非常上訴程序，應自行迴避，不得參與審判。刑事訴訟法未明文規定上開法官迴避事由，與憲法第 16 條保障訴訟權之意旨有違。

三、更二連身條款與重罪連身條款，均分由最後發回之原承審法官辦理，與憲法第 16 條保障訴訟權之意旨，均尚無違背。

→學說評析

#### A.釋字第 178 號解釋疑義

##### a.迴避規範之目的

**迴避規範應係考量「維護審判公平」與「法官得以保持客觀公正」，而該解釋以「審級利益」作為具體判斷重點**，此一解釋方法與刑訴法第 17 條第 1 款至第 7 款事由衝突，而僅適合用於同條第 8 款之解釋。

不過釋字理由中亦有提及，上級審法官不得與下級審法官相同之迴避要求，也包含維持法院的公平性與法官心證公正，但此一理由卻未被使用在再審法官是否應迴避之問題中。

b.與釋字第 256 號解釋的不一致

刑事程序應有比民事程序更嚴謹之要求。

c.與上訴程序間的衝突

在審理未確定案件之救濟聲請上，刑訴法有著比較嚴格之要求，在不同法院的前提下，仍然要求不同法官，此為第 17 條第 8 款有所明文，惟在再審案件中，係屬同一法院，卻得由同一法官審理，且在經歷數次審理後，更容易使得法官傾向原判決並無問題，為維持法院審判公平性與法官心證上的公正客觀，釋字第 178 號解釋應有商榷餘地。

B.本判決重點

a.釋字第 178 號解釋無變更補充必要

由於釋字第 178 號解釋採取審級說，而法官迴避依照**本判決看法**，應以是否審查自己所為裁判為判斷重點，再審法官迴避與否結論亦不相同，因此應該有補充及變更必要，但本判決認為沒有。

b.法官迴避標準

**本判決認為重點在於不能審查自己所做的裁判**，故雖然在上訴過程的上下級審關係中，本判決與釋字第 178 號解釋採取相同結論，但理由並不相同，本判決更著重在對審判公平之要求，而非僅有審級利益保障。

c.特別救濟程序曾參與確定裁判者應迴避&更二與重罪連身條款合憲

d.本判決與釋字第 178 號解釋之衝突與尚未解決問題

本判決認為，在特別救濟程序中，非參與確定判決之歷審法官無庸迴避，惟釋字第 178 號解釋認為，前前審之法官亦在迴避範圍中，故第一審之法官不得參與第三審之判決，而本判決基於不能審查自己裁判之標準，非做成確定判決之法官，得參與特別救濟程序，蓋此時非針對其先前所為判決進行救濟，若依此概念，則第一審判決之法官，亦可參與第三審之裁判。

11.林鈺雄，科刑一部上訴與再審管轄法院，月旦法學教室，第 247 期，2023 年 5 月，頁 22-25

→學說評析：

(1)本案爭點：

(一)提起一部上訴之外，可否僅對原審所宣告「法律效果之特定部分」，如案例所示，只針對法律效果中的科刑刑度不服，或只針對科刑中的（未）宣告「緩刑」之特定部分，提起一部上訴？

(二)僅針對法律效果(或其特定部分)向第二審提起合法一部上訴，論罪部分未經上訴者，於第二審判決確定後，若對罪名不服擬聲請再審救濟，管轄再審之「原審法院」，究為第一審法院或第二審法院？

(2)評析：

A.問題一

本條項解釋上不僅包含針對所有法律效果皆聲明不服(假設案例所示乃針對科刑及沒收皆不服)，還可將聲明不服之範圍，進一步侷限在原審判決所宣示法律效果的「特定」部分。如對法律效果中的沒收不爭執，僅就科刑的量刑太重之部分有所不服，屬合法一部上訴；甚且亦得更進一步限縮於科刑事項中的是否宣告緩刑，僅就被聲明不服之科刑的量刑輕重及是否宣告緩刑之爭點審理即可。

合法上訴會產生移審作用，並阻斷原判決之確定。合法一部上訴後，原審判決在聲明不服的範圍內移審上級審，並（僅）在此移審範圍內阻斷原判決之確定，稱為「部分既判力」。應予注意，部分既判力僅具訴訟內部拘束效力，而非訴訟對外效力，故同一案件仍須等待至全案確定後，一體產生全案之既判力，始對外發生效力。據此，同一案件合法一部上訴後，若欲提起再審或非常上訴之非常救濟，須待全案確定後，始得為之。

## B.問題二

「聲請再審，由判決之原審法院管轄。」(刑訴§ 426 I)，所稱「原審法院」，係指原審級之事實審法院而言；故案件若於第一審確定者，再審由第一審法院管轄；於第二、三審確定者，再審由第二審法院管轄(刑訴§ 426 III)。然而，同一案件若提起法律效果之一部上訴者，論罪部分因未移審而於下級審先行確定，產生部分既判力，法律效果部分於上級審判決後始確定，全案亦在上級審確定；若欲以論罪事實認定錯誤為由而聲請再審，原審級之事實審法院為何？

原先一部上訴之再審相關規定(刑訴§ 426 II：「判決之一部曾經上訴，一部未經上訴，對於各該部分均聲請再審，而經第二審法院就其在上訴審確定之部分為開始再審之裁定者，其對於在第一審確定之部分聲請再審，亦應由第二審法院管轄之。」)，此係針對數案件而言。就同一判決中處理數案件，而被告依據刑事訴訟法第 348 條第 1 項一部上訴，爾後欲聲請再審時可視個別確定法院而定。

就問題二而言，**仍應向第二審而非第一審法院聲請再審，主要理由有二：其一、同一案件整體確定後始能提起非常救濟。**於普通救濟程序，雖因科刑一部上訴而使論罪部分先行產生**部分既判力，但此僅具訴訟內部效力，拘束第二審之審判範圍，並不具對外效力。**故同一案件既不得於全案確定前先行提起一部非常救濟，已如前述，確定後亦不得僅提起一部非常救濟。同一案件合法提起非常救濟後，排除的是整個案件的全部既判力，無法再行切割。

**其二、科刑一部上訴情形，仍未改變同一案件之最後事實審法院的判斷。**詳言之，所稱**事實審法院之「事實」，包含犯罪事實與量刑事實**，同一案件科刑一部上訴之量刑事實部分，屬於第二審審理範圍且於第二審始告確定。整體以觀，**全案事實係於第二審始全部確定，故第二審才是全案的最後事實審法院**，亦為本件再審之管轄法院。若再審合法且有理由，排除的也是同一案件的全部既判力，而非一部的既判力。

12.林鈺雄，被告之辯護人對羈押裁定之抗告權-憲法法庭 111 年憲判字第 3 號判決，月旦實務選評，第 2 卷第 10 期，2022 年 10 月，頁 113-125

→實務見解：憲法法庭 111 年憲判字第 3 號判決

刑事訴訟法第 403 條規定：「當事人對於法院之裁定有不服者，除有特別規定外，得抗告於直接上級法院。證人、鑑定人、通譯及其他非當事人受裁定者，亦得抗告。」及同法第 419 條規定：「抗告，除本章有特別規定外，準用第 3 編第 1 章關於上訴之規定。」關於抗告權人之範圍，仍應準用同法第 3 編第 1 章關於上訴權人之規定。就被告之辯護人而言，為有效保障被告之訴訟權，辯護人對羈押或延長羈押之裁定，除與被告明示意思相反外，自得為被告之利益而抗告，始符憲法第 8 條及第 16 條意旨。

→學說評析

(1)針對抗告權人在刑訴法第 403 條未列出辯護人一事，過去實務見解認係立法有意排除，而採否定辯護人提起抗告的見解。憲法法庭採肯定說，主要就法律解釋層次而言，從立法意旨及法條文義整體觀察，無意特別排除辯護人之抗告權，亦無特別概括排除抗告權人準用其他上訴權人規定，並引用憲法第 8 條、第 16 條規範，基於「合憲性解釋」，訴諸與憲法連結，主要在有效保障被告訴訟權、刑事被告受律師實質、有效辯護之權利。<sup>5</sup>

(2)辯護人雖可抗告，但與上訴相同，均受「代理權性質」的限制，一來「不得與被告明示之意思相反」，二來為了表彰代被告提起之代理性質「應以被告名義」為之。若辯護人以自己名義為之，實務見解認此不合法上訴無法補正，但學說認為此有違法院的「訴訟照料義務」，釋字第 306 號解釋亦認為，其情形既非不可補正，自應依法先訂期間命為補正。惟 111 憲判字第 3 號並未針對實務見解認為不能補正部分予以推翻。<sup>6</sup>

<sup>5</sup> 林鈺雄，被告之辯護人對羈押裁定之抗告權-憲法法庭 111 年憲判字第 3 號判決，月旦實務選評，第 2 卷第 10 期，2022 年 10 月，頁 117-118

<sup>6</sup> 同前註，頁 118-119

(3)事實上不管在憲法法院判決前後，辯護人提起抗告前，都要以被告名義為之、都要被告現在抗告狀上簽章才算，那肯定或否定辯護人抗告權的差異，學者認為並無實質上不同，唯一的差別是，釋字第 306 號解釋的瑕疵補正問題。實務過去採取否定補正的看法，辯護人過去「沒有抗告權」，因此辯護人以自己名義抗告，或許可稱作屬於無法補正的「無抗告權人」抗告一事，惟現今會變成「欠缺被告簽章」的不合法，畢竟辯護人已變成有抗告權，只是是代理性質，因此被告簽章一事並非不可補正，實務若維持過去的習慣，直接上訴不合法駁回上訴，將有違反訴訟照料義務與被告訴訟權保障，因此文章進一步指出，憲法法院若只是要得到辯護人得提起代理抗告的結論，無庸繞道準用上訴權人的規定，也不用全盤推翻否定說，只要比照或補充釋字第 306 號解釋，從訴訟照料義務出發，要求法院「駁回辯護人抗告前命補正」即可，如此一來只要實務見解願意在過去否定辯護人抗告權下命補正被告簽章，則辯護人是否有抗告權亦非重要。<sup>7</sup>

(4)抗告是否準用非辯護人之其他上訴權人，若從憲法判決的理由觀察是屬肯定，其提到「被告的法定代理人或配偶」之抗告權亦在準用範圍內（準用§345），且準用的結果應為獨立抗告權，得以自己名義、並違反被告意思提出抗告。不過這邊將會涉及到幾個問題，<sup>8</sup>

①立法權與司法權的權限衝突。且前述憲法判決論述辯護權及訴訟權重要性的理由，都無法套用到非辯護人的情形。

②憲法判決理由之拘束力，主文當然包含在內，判決理由也有間接的、實質的拘束效力，但僅指「必要理由」部分，若是「去除此部分亦不影響主文結論」者，則另當別論。本判決是針對「辯護人之抗告權」做解釋，針對「非辯護人」部分指示併予說明，非構成主文的必要理由，可能會陷入訴外裁判的疑慮。

---

<sup>7</sup> 同前註，頁 120-121

<sup>8</sup> 以下整理自同前註，頁 121-122

③混淆憲法法庭與最高法院大法庭制度的功能區分，抗告權人是否包含法代與配偶（是否準用§345）與「憲法關聯性」何在實屬疑問，這比較像是大法庭制度統一法律解釋的問題。

(5)辯護人是否可以概括取得所有被告的權利，判決列出諸多被告的權利，並表示相關機關允宜依本判決意旨，妥為研議、修正刑事訴訟法。但其實在未修法的現今，亦無不可，蓋現今常態性就是由辯護人協助被告行使權利，前提當然是以被告名義，為被告利益，並不違反被告意思，既符合被告權利保障，又符合辯護人代理、協助的性質。最根本的問題還是當法院收到沒有被告簽章的書狀後，應給予補正的機會，這才是問題的關鍵。<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> 同前註，頁 123

13.林鈺雄,限制或禁止辯護人在場之抗告救濟權-111年憲判字第7號判決評釋,月旦實務選評,第3卷第1期,2023年1月,頁93-107

→實務見解：111年憲判字第7號判決

就犯罪偵查程序而言，辯護人為有效維護其權益，自應有權於訊問時在場聽聞，並當場為被告或犯罪嫌疑人之權益，適時表示法律意見或提供法律上之協助。此外，提供法律專業協助之辯護人，既有權於被告或犯罪嫌疑人受訊問時在場聽聞並表示意見，自有權就聽聞所得進行記憶、理解與分析等思維活動，而當場自行筆記，乃屬其記憶與思維活動之輔助行為，與其在場並陳述意見密不可分。因此，被告或犯罪嫌疑人於偵查中所應享有之受有效協助與辯護之權利，除辯護人之選任權外，至少應包括辯護人在場權、筆記權及陳述意見權等偵查中辯護權。故本法第245條第2項前段，應包括均受憲法保障之辯護人在場權、筆記權及陳述意見權等偵查中辯護權。

又，辯護人既係以法律專業身分而協助被告或犯罪嫌疑人維護其權益，是被告或犯罪嫌疑人於偵查中辯護權遭受侵害時，基於被告或犯罪嫌疑人受有效協助與辯護權利之憲法保障，除與被告或犯罪嫌疑人明示之意思相反外，其辯護人自應有權為被告或犯罪嫌疑人之利益，而以自己之名義請求救濟。

上開規定但書部分亦明定於一定要件下仍得予以限制或禁止，現行本法並未設有相應之救濟途徑，基於有權利即有救濟之憲法原則，而受憲法保障之訴訟權已明顯受到侵害。完成修法前，被告、犯罪嫌疑人或其辯護人，得準用系爭規定一（§416 I）所定程序，就檢察官依同法第245條第2項但書規定，所為限制或禁止之處分，聲請所屬法院撤銷之。

→學說評析

就法學方法而言，於A情形有法律明文規定，但據類似性之B情形則無法律明文規定時，填補B情形法規範漏洞之方式，乃「類推適用」A情形，而非「準用」A情形。

14.林鈺雄，司法警察（官）之身體檢查處分及其救濟-111 年憲判字第 16 號判決評釋，月旦實務選評，第 3 卷第 8 期，2023 年 8 月，頁 114-124

→實務見解：111 年憲判字第 16 號判決

刑事訴訟法第 205 條之 2 規定係就檢察事務官、司法警察官或司法警察以非侵入性方式採取尿液而為規範。惟其規定不符憲法正當法律程序原則之要求，牴觸憲法第 22 條保障資訊隱私權及免於身心受傷害之身體權之意旨，應自本判決公告之日起，至遲於屆滿 2 年時失其效力。又本判決公告前，已依上開規定採取尿液而尚未終結之各種案件，仍依現行規定辦理。

相關機關應自本判決公告之日起 2 年內，依本判決意旨妥適修法；自本判決公告之日起至完成修法前，檢察事務官、司法警察官或司法警察依刑事訴訟法第 205 條之 2 規定以非侵入性方式採取尿液之實施，應報請檢察官核發鑑定許可書始得為之；情況急迫時，得依刑事訴訟法第 205 條之 2 規定以非侵入性方式採取尿液，並應於採尿後 24 小時內陳報該管檢察官許可；檢察官認為不應准許者，應於 3 日內撤銷之；受採尿者得於受採取尿液後 10 日內，聲請該管法院撤銷之。

→學說評析

#### A. 所涉基本權

身體完整性不受侵犯之權利（憲法§22）：導尿所致之身心傷害

短期性之人身自由之拘束或限制（憲法§8→正當法律程序）：強行壓制醫院，綑綁於病床上插入導尿管

資訊自我決定權（憲法§22、資訊隱私權）：尿液所揭露之生物特徵

## B. 身體檢查處分之立法錯置-證據取得與證據調查之混淆

取得（蒐集）證據及調查證據程序是不同的概念，通常先有前者而有後者，取得證據過程往往會干預人民受憲法保障之基本權，屬於刑事訴訟之干預處分主要規範的事項；至於調查證據程序應依證據章鑑定節來處理。在身體採樣處分，採集嫌犯之血液屬於前段取證之干預處分，送請鑑定比對，鑑定其是否屬同一人所有，則是後段證據調查程序。

現行身體檢查處分規定，將干預處分與證據調查兩者混為一談，誤置在鑑定、勘驗的證據調查章節，完全忽略身體檢查處分屬於獨立型態之干預處分的特性，因此其具體授權規範，於我國法也不是依照干預處分的原理或要求來設計，例如未採取事前法官保留原則，而係偵審二分模式，且針對警方的身體採樣未設置事後救濟途徑。

以救濟問題為例，調查證據程序的個別處分，通常得隨同本案一併救濟，容許獨立救濟反而是例外情形，是否容許救濟多是立法者的裁量權限。反之，干預處分即便是訴訟程序進行中所為，有鑑於其干預基本權之特性，基於有權利有救濟之憲法原則，容許提起獨立救濟，身體檢查之干預處分誤置於查證據程序，因而未規劃其獨立救濟途徑。

## C. 法律保留？比例原則？法定程序？

### a. 干預質量高低

區分為侵入性與非侵入性之身體檢查處分，區別實益在於依照層級化法律保留與比例原則，干預門檻高低有別。

### b. 干預對象不同

區分為對被告或第三人之身體檢查處分，區別實益在於第三人並非追訴對象，對其身體檢查，應適用較高之干預門檻。

### c. 發動主體

干預質量越高者，越應採行法官保留原則。

#### d.我國法制評論

我國將干預最輕微的照相與最嚴重的穿刺處分規範在一起，例如第 205 條之 1，並同樣適用寬鬆之授權條件，難以符合層級化法律保留、比例原則與法定程序要求。且我國身體採樣多屬二分模式，而非法官保留，並承認司法警察的廣泛採樣權限，法定干預條件又過於簡略，並未如德國採行相對法官保留、醫事準則、無損健康原則、目的外禁止、驗後銷毀等周全性規範。且我國亦未區分對被告或第三人之身體檢查處分。

#### D.第 205 條之 2 不包含侵入性導尿

就體系解釋而言，對照其他干預比較輕微的非急迫性處分，我國立法多採行較為嚴格的法官保留原則（如搜索、調取通信紀錄）。且立法者有意將侵入性處分接納入較高門檻的第 205 條之 1，並觀察同為侵入處分但干預較為輕微的抽血處分不在第 205 條之 2 內，則更不應容許第 205 條之 2 包含導尿措施。性質上屬侵入性且對基本權干預高於抽血檢測之強制導尿措施，不得援引較低門檻之第 205 條之 2 規定作為授權基礎，此亦符合字第 443 號解釋的層級法律保留之意旨。且強制導尿實施過程另涉及拘束人身自由的干預處分，必須遵守憲法第 8 條之法定程序要求以法官保留為則，豈可能容許司法警察（官）發動？

#### E.第 205 條之 2 針對非侵入性取尿違反正當法律程序？

大法官得以上違反正當法律程序之結論最重要的論據，無非認為採尿涉及太嚴重了，干預相對人的資訊隱私及身體權，自然解尿亦然。既然認為採尿的基本權干預質量是如此重大，那麼，為何不採取法官保留原則，而是採取（偵查中）檢察官保留原則呢？

自然解尿與強制導尿的干預質量，完全無法相提並論。後者是比抽血採樣更為嚴重的侵入性身體檢查處分，前者是欠缺侵入性的干預屬性而且通常具有「同意」的成分（因為相對人不配合就難以完成採樣），因此，必須同時檢討干預處分之同意問題。如果司法警察（官）經過相

對人明示且無瑕疵同意後取得其自然解尿樣本，試問還要大費周章來「報請檢察官核發鑑定許可書」嗎？

大法官就自然解尿所「創設」的具體程序規範，究竟是立法論或違憲論？尤其是關於「期間及方式」的設定，較像是立法權而非司法的決定事項。事實上，大法官的直接依照第 205 之 1 所定的程序要求即可，亦即司法警察（官）果真有採尿需求，報請檢察官指揮，再由檢察官依其自身授權許可規定（刑訴§205-1）。至於急迫例外的指示，更無必要，因為採尿固然有代謝時間問題，但沒有逮捕的急迫性，依照現在我國檢警聯繫實務，實在很難想像會有什麼情境是急迫到連檢察官也聯絡不到的緊急採尿情形，更何況這裡談的都是自然解尿，如果嫌疑人不配合採尿，就算再急迫，陳報檢察官也無濟於事，根本採不到尿液檢體。

#### F. 現行救濟機制合憲？

針對現行準抗告規定，大法官以憲判字放寬可救濟之情形與做成基本權干預之主體，但卻遲遲未宣告規定違憲，實在可惜。

## 15. 國民法官法專題文獻

(1) 蘇凱平，論「明顯錯誤」標準與國民法官法之上訴審查-臺灣高等法院 110 年度國模上訴字第 1 號刑事判決，月旦實務選評，第 2 卷第 2 期，2022 年 2 月，頁 117-123【國民法官法第 91 條上訴理由的審查】

①摘要：此判決引用美國法「明顯錯誤」標準，並指出「未提出視為放棄」原則的例外，探討在國民法官判中決案件是否上訴的標準。

②判決節錄

「按行國民參與審判之案件經上訴者，上訴審法院應本於國民參與審判制度之宗旨，妥適行使其審查權限，**國民法官法第 91 條**定有明文。」

「所謂上訴審法院妥適行使其審查權限，依據該條及國民法官法第 92 條第 1 項但書『關於事實之認定，原審判決非違背經驗法則或論理法則，顯然影響於判決者，第二審法院不得予以撤銷』之立法理由，乃指國民法官法為引進國民參與審判之特別刑事訴訟程序，**有關於事實之認定，第二審法院原則上應尊重國民法官於第一審判決所反映之正當法律感情，除第二審法院認為第一審判決認定事實違背經驗法則或論理法則，顯然影響於判決外，原則上不得遽予撤銷**，亦即，不宜輕易逕以閱覽第一審卷證後所得之不同心證，即予撤銷；至於，第二審法院以原審判決有認定事實以外之不當或違法而撤銷時，則適用刑事訴訟法之相關規定。」

「參考**刑事訴訟法第 379 條**列舉有判決當然違背法令之各款情形，同法**第 380 條**亦規定，除前條情形外，訴訟程序雖係違背法令而顯然於判決無影響者，不得為上訴之理由。是以，綜合上述法律明文規定及其立法意旨，行國民參與審判而適用國民法官法之刑事案件，因適用特別之刑事訴訟程序，於上訴審之第二審法院審查上訴有無理由時，就犯罪事實有無之認定，除非原判決違背經驗法則或論理法則，且其程度顯然影響於判決者，否則第二審法院皆應尊重原審法院所為有罪、無罪之判斷（與日本實務通說之『適用法則違反說』及美國法之『明顯錯誤標準』意旨相近）；另就違背證據法則等訴訟程序違法或其他法律適用之錯誤，則應視其違法之處，是

否無礙於判決本旨而顯然於判決無影響，以此作為撤銷與否之判斷基準（即無害違誤審查原則，最高法院 100 年度台上字第 5504 號判決意旨參照）；至於量刑之審查，雖國民法官法並無明文規定，但本於該法第 91 條之立法意旨，第二審法院仍應以事後審角度，審查第一審之量刑是否合法、允當，且層次上應予區分量刑所憑基礎事實有無認定錯誤及宣告刑之裁量有無違法或不當，前者，涉及事實認定問題，仍應回歸國民法官法第 92 條第 1 項但書之適用，以原審法院之認定有無違背經驗法則或論理法則，且顯然影響於量刑之妥當性為斷，僅量刑事實之證明乃自由證明，而與犯罪事實之證明應經嚴格證明有別而已，並非第二審法院可完全本於自由心證，以覆審制之角度重新認定量刑基礎事實，後者，則應視原審法院之量刑有無逾越法定刑範圍等違法，或有濫用裁量權限而屬不公平或輕重失衡等顯然不當之情形，以決定是否駁回上訴，或撤銷原判決並自為判決。」

### ③ 文獻對於判決之評析

#### a. 明顯錯誤標準何所指

美國法制的上訴審有兩個概念可能翻譯為「明顯錯誤」，包含 plain error，另一則是 clear error。前者是指上訴人就原事實審法院違背法令之主張，得否被上訴審法院審查的「可審查性」，後者則是上訴法院審查原事實審法院所認定之事實時，應適用何種「審查標準」。

判決中關於上訴需指摘判決違法、訴訟程序違法的要求偏向前者，而上訴審需審查原審是否違背經驗法則、論理法則偏向後者。不過美國適用 clear error 時，係在由「法官」認定事實時，不是用「陪審團」認定事實時，與我國由國民法官和職業法官共組的「國民法官法庭」進行事實認定有別。

#### b. 未提出視為放棄

美國法上的 plain error 標準乃是「未提出視為放棄」原則的一種例外，又稱為「權利喪失原則」。係指當事人對於原事實審進行過程中發生的違誤，若未曾於事實審進行中的適當時機以適當方式表示異議，而是在上訴

審中始提出主張時，上訴審法院通常會拒絕審查，此為使當事人後續不得主張、使當事人主張上訴審查的權利喪失機制。

此係基於「訴訟經濟」、「當事人進行主義」、「原事實審法院的尊重」。惟未提出視為放棄原則亦有例外，分別為「當事人在事實審中未有合理機會可以提出異議」，以及「當事實審違背法令屬於明顯錯誤」的情況。不過須注意的是，違背法令屬於明顯錯誤只是「允許審查」，上訴審法院可以「選擇」審查該項主張，而非「必須」審查。

### c. 國民法官法上訴審應有的樣貌

國民參與審判之第二審，一般認為係採取「事後審兼續審制」，與刑事訴訟法的第二審採取之「覆審制」不同。上訴審法院本於國民法官法第 91 條，及事後審兼續審制的制度本旨，應有採取「未提出視為放棄」原則之法律正當性與必要性，否則國民參審案件的勝負焦點仍集中於上訴審，而有第二審肥大化的現象，更架空國民參與審判制度。且國民法官法第 5 條第 5 項就型國民參與審判案件已採取強制辯護制度，被告必有辯護人之協助，並不因採取「未提出視為放棄」原則及「明顯錯誤」標準，而損及被告訴訟權利。

(2)蘇凱平，最高法院運用經驗法則對國民法官法上訴審之啟示-以最高法院 109 年度台上字第 5037 號刑事判決為例，月旦裁判時報，第 115 期，2022 年 1 月，頁 48-55【國民法官法第 92 條第 1 項解釋】

①摘要：如何解釋第 92 條第 1 項但書中的「關於事實之認定……違背經驗法則或論理法則」，關係到第一審判決是否會被撤銷，影響重大。此涉及第一審代表國民就該案件所反映之正當國民感情。若由職業法官組成之第二審法院合議庭，得以其閱覽卷證後所得之不同心證，即推翻原審的事實認定、撤銷原審判決，將違背國民參與刑事審判制度之宗旨。

②刑事訴訟法對於經驗法則、論理法則的規範，則僅及於第 155 條第 1 項之規定「證據之證明力，由法院本於確信自由判斷。但不得違背經驗法則及論理法則。」換言之，刑事訴訟法僅要求法院在判斷「證明力」時，必須

合於經驗法則、論理法則；而國民法官法卻似乎是要求凡涉及「事實之認定」的各種事項，國民法官法庭之判斷均需符合經驗法則、論理法則。因此，純就法律規定的文義而言，國民法官法要求第二審法院審查原判決是否符合經驗法則、論理法則之範圍，似乎較刑事訴訟法為更大。而審查範圍的擴大，理論上會導致原審判決更容易被撤銷。

- ③ 本案判決將經驗法則稱之為「客觀之經驗法則」，所謂經驗法則，即在普通一般人基於日常生活所得之經驗，從客觀上應認為確實之定則。惟過去將適用經驗法則的範圍，限於「判斷證據之證明力」，只是以「判斷證據之證明力」作為「據以認定事實」的一種途徑而已，但後來已將「對於證據之判斷，與事實之認定」兩者並列，同受經驗法則、論理法則判斷之限制，從而擴大了經驗法則、論理法則的適用範圍。
- ④ 國民法官法第 92 條第 1 項之但書規定「但關於事實之認定，原審判決非違背經驗法則或論理法則，顯然影響於判決者，第二審法院不得予以撤銷。」乃以違背法則是否「顯然影響於判決者」作為第二審法院得撤銷原審判決的要件；但違背法則之結果是否「顯然影響於判決」，其標準可以說完全存乎於第二審法院之一心。尤其在第二審法院已經認為原審判決認定事實違背經驗或論理法則的情況下，實難想像可以透過「顯然影響於判決」的規定，發揮限制第二審法院撤銷原審判決的實質作用。
- ⑤ 本文建議：無論是第二審或第三審法院，審查國民法官法上訴案件時，應秉持以下兩個原則
- a. 上訴審法院若認為原審法院之事實認定過程中，除了不符合上訴審法院之經驗與論理以外，同時亦有違背其他具體之證據法則（例如刑事訴訟法第 379 條第 1 至 14 款規定）者，應指出原審事實認定程序中所違背之具體法則。例如某項證據本應於審判期日調查之證據而未予調查（第 10 款）、判決不載理由或所載理由矛盾（第 14 款）、不具關連性之證據資料並無證據能力，不得作為判斷之依據等。上訴審法院應盡可能明確指出原審判決違背之具體法則內容，避免僅是概括指稱原審判決有「違背經驗法

**則或論理法則」情事，作為撤銷原審判決之理由。**如此一來，可以盡量避免「司法像月亮，每個法官經驗不一樣」之批評。

b.國民法官法第 92 條第 1 項但書規定：「關於事實之認定，原審判決非違背經驗法則或論理法則，顯然影響於判決者，第二審法院不得予以撤銷。」乃以經驗法則或論理法則作為認定事實是否妥適的標準，但畢竟「事實之認定」範圍廣大，涉及諸多刑事程序與證據法則，主要者如證據資料有無證據能力、是否經合法調查、證明力之高低如何認定等。**有無證據能力之判斷、是否經合法調查之程序等事項，均為立法者明定標準於法律之中、不容許司法者（法院）以自由心證判斷之事項，當然也就沒有以經驗法則或論理法則限制法院自由心證行使之空間。**

c.結論：國民法官法雖言「關於事實之認定」，但顯然**不是在事實認定過程中所涉及的全部事項或證據法則，都可以依經驗法則與論理法則進行判斷與審查。**國民法官法第 92 條第 1 項但書之規定，固然來自法院實務長年來的運作觀點，但卻造成了國民法官規範與刑事程序和證據法則原理矛盾的情況。因此，本文建議國民法官法案件之上訴審法院，仍應僅以「證據之證明力」此一事項，作為經驗法則、論理法則審查之對象，而非以經驗法則、論理法則概括地審查認定犯罪事實過程中的各種事項判斷與程序進行，將第 92 條第 1 項但書之適用，應進行「目的性限縮」之解釋，比照刑事訴訟法第 155 條第 1 項「證據之證明力，由法院本於確信自由判斷。但不得違背經驗法則及論理法則。」之規定，將上訴審法院得以經驗法則或論理法則審查之事實認定範圍，限縮在原審判決對於證明力之判斷。

(3) 蘇凱平，論國民參與刑事審判的上訴審查標準-臺灣高等法院模擬判決與美國法制觀點，萬國法律，第 242 期，2022 年 4 月，頁 2-16【國民法官法第 91 條、第 92 條第 1 項解釋】

- ① **第 92 條第 1 項**本文指出「……原審判決不當或違法者……」，其中的不當包含「認定事實錯誤」與「引用法律失當」。在審查標準上，同條但書針對「事實認定」給予的標準是「違背經驗法則或論理法則，顯然影響於判決者」此顯然與採取覆審制的刑事訴訟第二審顯著不同。但在「法律適用」方面，條文規範只要「原審判決不當或違法者，『應』將原審判決經上訴之部分撤銷」，亦即針對法律適用部分，第二審完全不受到原審法律判斷的拘束，惟如此的規範似乎與第 91 條的「上訴審法院應本於國民參與審判制度之宗旨，妥適行使其審查權限」有所違背，蓋若原審稍有違法，即應撤銷。
- ② **本判決**對於前述問題有詳細討論，其指出部分如同前述第二篇文章摘要，故省略。大意上是針對犯罪事實認定部分，需如同第 92 條第 1 項但書所指，至於法律適用部分，判決認為適用現行刑事訴訟法「第三審」的法律審查標準。
- ③ 本文觀點-**事實認定部分**：事實認定部分如同前文整理所指，應目的性限縮，回歸刑事訴訟法第 155 條第 1 項，只有證明力判斷要求不得違背經驗法則與論理法則，蓋基於此法則的抽象性，適用越廣越可能生原審判決被撤銷的結果。而違反經驗法則與論理法則係指僅在原審判斷事實有「顯然非出於理性決定」的情況下，方得依據本條但書撤銷原審判決，至於何時為有「顯然非出於理性決定」的情況，係指「即使將所有證據都往有利於維持原審判決的方向詮釋，有理性的人都無法得出原審判決結論」。
- ④ 本文觀點-**法律適用部分**：法制上就法律規定部分，第 92 條第 1 項並沒有設限制，只要原審判決不當或違法者，就應將原審判決經上訴之部分撤銷。刑事訴訟法就第二審在法律適用上，並沒有要求上訴審必須尊重原審而受到拘束之規定，國民法官法對於上訴第二審之案件進行法律適用審查時，自然也不需要受到拘束，可以完全由上訴審對於法律適用的觀點，決定原審適用法律是否有誤。惟模擬判決中認為須使用刑訴上訴第三審的標準在

國民法官法的第二審案件上，此一見解修正了國民法官法上訴審的「法律效果」規範，難以符合實際運作，甚至與立法目的背道而馳，但也使法制和「實務運作」有所歧異。

惟國民法官法第 4 條指出「行國民參與審判之案件，除本法有特別規定外，適用法院組織法、刑事訴訟法及其他法律之規定。」但第 92 條第 1 項已有明確規範，現行實務雖有其正當性，卻違反了國民法官法第 92 條第 1 項。因此本文主張第 92 條第 1 項係參考刑訴法的 369 條第 1 項，但前者為「事後審兼續審制」，後者為「覆審制」，後者本來就要完全依據自己的認事用法來形成判決，而前者則建立在原審的基礎上，續審與事後審查，並符合國民法官法的宗旨，上訴審法院在不影響公平正義和當事人權利保障的範圍內，盡可能尊重原審判決，故以刑訴第三審「無害錯誤」的觀點來審查原審判決是妥適的，但法制上僅能透過修正第 92 條第 1 項解決。

## 16. 數位證據專題文獻

### (一) 數位證據的特性

數位證據具有可以無限複製、複製無差別性、增刪修改不留痕跡、製作人難以調查等特性。<sup>10</sup>→**一致性、無痕性**

### (二) 原件與複製品定義<sup>11</sup>

→原件：在書寫或錄製品的情況，**除了指該書寫或錄製品本身，也包括「任何該書寫或錄製品的製作者、發行者，所欲發生相同效果的所有文本」**。而在電子儲存資訊（數位證據）的情況，原件包括「任何準確反映該資訊」的印出物或可閱讀的輸出方式。至於照片的「原件」，則包括其底片和沖洗出來的照片。「原件」不僅指某一最初創作出的文本本身，只要是文本的製作者或發行者，所意欲發生相同效力的其他所有文本，均屬於原件，亦即採取「製作者意圖說」。例如中文表達上有稱為「一式多份」的文本，即具有此種性質。因為「一式多份」中的各份文本，雖然完成的時間可能仍有先後之別（例如契約當事人在多份相同內容的契約文書上依序簽名），但是文本的製作者乃希望每一份文本均發生相同的**效果**，因此不論這些文本有多少及製作的先後，全部都是「原件」。

→複製品：以機械、照相、化學、電子或其他科技方法「**準確重製**」原件的文本。

### (三) 驗真程序

**所謂的驗真程序係指如何確認所提出的證據確實是其所主張之證據**。如果當事人所提出之證據是其所主張之證據，該證據才可能可以作為證據調查之用；相反地，如果當事人所提出之證據不是其所主張之證據，就應該予以排除，根本不得作為調查證據之用，因此本法則，就是在探討如何就證據資料進行驗真，此為

---

<sup>10</sup> 蘇凱平，論數位證據之原件、複製品與最佳證據法則——最高法院 107 年度台上字第 3724 號等 8 則刑事判決評析，月旦法學雜誌，第 311 期，2021 年 4 月，頁 77

<sup>11</sup> 同前註，頁 91

具備證據能力之必要條件<sup>12</sup>。簡言之，主要針對物證之檢驗，**出證者必須提出證據，說明其所提出的證據資料，確實為其所宣稱之同一證據，而與證據內容是否真實無涉<sup>13</sup>，屬於形式上的真實討論。**

常見的驗真方法，是請對該證據資料有親身經歷或專業人士，陳述該證據資料確實為出證者所宣稱之證據。例如檢察官於法庭上提出宣稱為被害人所收到之文書，則其必須證明確實是被害人收到的同一份文件，亦即出證者所「說的」（宣稱被害人所收到）與「做的」（提出作為證據者）兩者需一致，亦即形式上的真實性，而非涉及證據價值的實質上真實性判斷<sup>14</sup>。

#### （四）最佳證據法則<sup>15</sup>

最佳證據法則並非要求「審判者僅能以最佳證據作為審判基礎」，而是僅要求「依事物之性質，**能提供最佳證明之證據**」。因此，最佳證據法則並非限制當事人或審判者只能使用某種證據，或限制法院取捨證據的法則。

最佳證據法則在英美法中的發展，已經明顯限制在兩個層面上：第一，**僅適用於文書證據**；第二，**僅適用於要證明該文書證據的「內容」的情況**。換言之，僅有在出證者欲以某項文書為證據，且目的是要證明該文書之內容為真時，方有最佳證據法則的適用，要求出證者必須要提出該文書本身。之所以針對文書證據要求提出原件，主要考量避免出證者提出經偽、變造的文本。

在前述原件與複製品的定義下，「原件」與「複製品」既具有相同的文本內容，兩者原則上亦具有相同的證據資格，而具備正當性。原則上，**複製品與其原件，有相同程度的證據資格。例外的情況，則是當原件的真實性受到質疑，或是**

---

<sup>12</sup> 李榮耕，刑事審判程序中數位證據的證據能力—以傳聞法則及驗真程序為主，數位時代中的搜索扣押，2020年4月，頁52

<sup>13</sup> 蘇凱平，數位證據之舉證責任與驗真—評最高法院110年度台上字第1954號刑事判決，台灣法律人，第8期，2022年2月，頁146-147

<sup>14</sup> 同前註，頁146、148

<sup>15</sup> 蘇凱平，論數位證據之原件、複製品與最佳證據法則——最高法院107年度台上字第3724號等8則刑事判決評析，月旦法學雜誌，第311期，2021年4月，頁88-93

依具體情況，允許使用複製品會造成不公平時，才要求使用原件。例如出證者提出的複製品，僅重製了原件的一部分內容，而未重製的部分，確實可能對他造當事人有利時，法院可要求提出原件。至於**挑戰複製品證據資格的憑據和理由**，是否足以使法院命出證者提出原件，則由法院自由判斷。

最佳證據法則並未要求「以提出原件為原則」。前已說明：認為只有原件才是「最佳證據」，因此才具有證據資格的想法，早已遭到英美法揚棄。出證者只要依據所欲證明的事物性質，提出所能提供的最佳證據資料，該項證據即有證據資格，並不要求以原件為優先之證據，而是認為**複製品在原則上和原件有相同的證據資格**。

#### （五）直接審理原則<sup>16</sup>

實質直接性要求「法院應該盡其可能運用最為接近事實的證據方法」、「法院所調查之證據，必須與待證事實有最原始、最直接之關係」，而不能使用該證據方法的衍生物、替代品、間接或二手之證據。換言之，作為直接審理原則內涵之一的實質直接性，其作用在於其實是為了證明特定的「待證事實」，**是否將最直接、原始的「證據方法」，變換為較為間接、替代的「證據方法」之問題（筆者按：替代證據）**。例如以筆錄（文書的證據方法）替代證人的親自到場供述（人證的證據方法）；以朗讀錄音譯文（文書的證據方法）取代播放錄音內容（勘驗的證據方法）等均屬之。

就數位證據而言，法院通常面對的爭點並不是證據方法發生轉換、由直接的證據方法轉換為間接證據方法的問題，而是在「證據方法維持不變」、且「證據的內容完全相同」的情況下，能否使用數位證據的複製品作為證據的問題，數位證據具有「無限複製性」、「複製具無差異性」、「數位證據之複製品與原件具真實性及同一性，有相同之效果」之特性。因此，**在能夠確認與其原件的「內容相同」的事實前提下，數位證據的「複製品」，並不是證據品質較次、原則上無證據能力的「替代證據」；而是與其「原件」在原則上具有相同證據能力的證據資料。**

<sup>16</sup> 蘇凱平，論數位證據的「替代品」之證據能力——臺灣高等法院 108 年度原金上訴字第 1 號刑事判決，月旦裁判時報，第 106 期，2021 年 4 月，頁 57-58

證據內容完全相同的情況下，當事人主張法院僅能使用「最先」生成的數位證據、或主張生成時間「在後」的數位證據無證據能力的情況。此時涉及的並非證據方法直接或間接的問題（因為證據內容完全相同），而是在於數位證據的上述科技本質。實質直接性的概念雖然重要，卻無法用來解決數位證據具有「無限複製性」、「複製具無差異性」、「數位證據之複製品與原件具真實性及同一性，有相同之效果」的科技本質而生的問題。

舉例而言，甲使用平板電腦寫電子郵件恐嚇乙，乙在桌機電腦上收到此電子郵件後，轉寄給律師丙，律師丙在手機上看到郵件內容後，將畫面截圖向警方報案，並將畫面截圖檔案提供給警方。此時在甲的平板電腦上、乙的桌機電腦中、丙的手機裡、警方得到的數位畫面截圖檔案中，雖然訊息的生成時間有先、後之別，但都載有完全相同的內容。此時若執著於區別數位證據是「原始證據」或「替代證據」，認為恐嚇郵件最初生成的甲之平板電腦中，才有所謂的「原始證據」；而乙、丙、警方所持有的內容完全相同的之訊息則是「替代證據」，必須要符合另外的要件才能作為證據，不但在法理論述上治絲益棼，更違背了數位證據可無限複製、複製品具有與原件間無差異、具有真實性和同一性的本質。

#### （六）當事人爭執複製品的真實性、同一性時如何解決

實務見解<sup>17</sup>指出，原則上欲以之證明某待證事項，**須提出原件供調查**，或雖提出複製品，當事人不爭執或經與原件核對證明相符者，得作為證據。**然如原件滅失或提出困難，當事人對複製品之真實性有爭執時**，非當然排除其證據能力。此時法院應**審查證據取得之過程是否合法**，及**勘驗或鑑定複製品**，苟未經過人為作偽、變造，該複製品即係原件內容之重現，並未摻雜任何人之作用，致影響內容所顯現之真實性，如經合法調查，自有證據能力。

在最高法院 110 年度台上字第 1954 號判決中，其指出被告為證明其無於檢察官所指之時間為犯罪行為，而提出監視錄影紀錄，又經檢察官表示無法確定監視錄影時間是否正確，主張無證據能力，**法院卻未曉諭被告釋明該監視錄影時間**

<sup>17</sup> 最高法院 107 年度台上字第 3724 號判決

有無遭變造之情，未為必要之調查，即逕認監視錄影時間無法確定是否經人事後調校而與客觀情形一致，無從為上訴人有利之認定，難謂無應於審判期日調查之證據未予調查之違法。若當事人之一方提出數位證據為證，經他方爭執其真實性而否定證據能力，法院亦認該證據之存否與待證事實間具有關連性時，即應命提出該證據之一方，以適當方法釋明該數位證據有無遭偽造、變造之情。該釋明之程度並不以達於一般人均可得確信，而無合理懷疑存在之證明程度為必要，僅達證據優勢之程度即可。

(七) 學說對於上述實務見解的批評<sup>18</sup>

判決似乎是要求法院要以自行勘驗或鑑定的方式，判斷複製品是否經偽變造、有無證據能力。雖然「鑑定」可以提供較為客觀、專業的判斷標準，但事實上，所有的事實審判決，都是以法院自行「勘驗」而非鑑定的方式，決定複製品是否經偽變造。然而，不具有數位證據鑑識專業的法院，如何能在行勘驗後，正確判斷系爭數位證據是否「經過人為作偽、變造」？複製品是否確為「原件內容之重現」？是否「摻雜人之作用」，致影響內容之真實性？

首先，證據取得是否合法、是否因違法取證而需要排除其證據能力，乃是獨立的另一問題，與數位證據複製品之真實性如何，並無必然關係。次之，本則判決亦認為，數位證據之複製品「苟未經過人為作偽、變造，該複製品即係原件內容之重現，並未摻雜任何人之作用，致影響內容所顯現之真實性」，忽略了複製品即令未經「故意」偽變造，仍有可能在複製的過程中，因人為「過失」甚至意外（例如電腦系統突然故障），導致複製品與原件內容有所出入的情況。

本則判決對於數位證據之原件與複製品的說理，尚有一個矛盾：最高法院既然認為，若複製品「即係原件內容之重現」，此時「自有證據能力」。那麼，本則判決又為何需要主張「原則上欲以之證明某待證事項，須提出原件供調查」？換

<sup>18</sup> 蘇凱平，論數位證據之原件、複製品與最佳證據法則——最高法院 107 年度台上字第 3724 號等 8 則刑事判決評析，月旦法學雜誌，第 311 期，2021 年 4 月，頁 85；蘇凱平，數位證據在刑事訴訟中的性質與應用——簡評最高法院 107 年度台上字第 3724 號刑事判決，月旦裁判時報，第 93 期，2020 年 3 月，頁 67

言之，既然複製品可能承載與原件完全相同的資訊、最高法院亦認為此時複製品亦有證據能力，法院卻又要求「原則上」仍須提出原件作為證據，其意義何在？本文認為，這樣的矛盾觀點，凸顯出臺灣刑事訴訟法制上對於數位證據的陌生與空白。因為刑事訴訟法中，對於證據的「原件」與「複製品」欠缺明確規範。

而最高法院 110 年度台上字第 1954 號判決雖然正確的處理的數位證據真實性爭執的問題，而非停留在原件與複製品的差異，甚至在數位證據具備同一性下，還不斷援用直接審理原則要求出證者以提出原件為原則，但在探討數位證據的舉證責任時，應以證據法則中的「驗真」法則，作為出證者舉證責任之釋明範圍的標準。當出證者已能證明其所提出的證據與其所主張的相同時，則對於內容上的真偽，應由他造出證抗辯及法院自由心證進行判斷，對於複製品偽變造之嫌疑，則仰賴最佳證據法則處理，蓋驗真法則是在處理形式真實性，而非內容上的實質真實性，出證者的舉證責任僅在證明形式真實性，相對人若要質疑實質真實性，應提出證據抗辯反駁，並由法院依照自由心證綜觀全部事證判斷，蓋所謂的客觀真實僅由法院評議得知何者可能為客觀真實，當事人間僅能不斷出證支持主張或反駁對方。

### 最高法院 110 年度台上字第 1954 號判決

以儲存於電磁紀錄載體，或以數位方式傳送，所產生類似文書之聲音、影像及符號等作為證據之數位證據，因具無限複製性、複製具無差異性、增刪修改具無痕跡性、製作人具不易確定性等特性，較一般傳統之書證、物證，更易偽造或變造，而須特重其證據真實性之處理。於訴訟上，若當事人之一方提出數位證據為證，經他方爭執其真實性而否定證據能力，法院亦認該證據之存否，與待證事實間具有關連性時，即應命提出該證據之一方，以適當方法釋明該數位證據有無遭偽造、變造之情。至該釋明之程度，並不以達於一般人均可得確信，而無合理懷疑存在之證明程度為必要，僅達證據優勢之程度即可。法院若於該證據真實性尚存有疑問時，未予調查釐清，遽為判決，難謂無應於審判期日調查之證據未予調查之違法。

### (八) 正確的處理方式

最高法院指標性判決要求事實審法院判斷者，是數位證據複製品的真偽，此乃「事實的判斷」，需要的是與系爭證據類型相關的鑑識專業（例如資訊工程專業、影音鑑識專業等）；美國聯邦證據規則承襲最佳證據法則所要求者，則是**反對使用複製品的當事人，是否能提出足夠的理由，來挑戰複製品的證據資格**，此乃「法律的判斷」，需要的是操作一般證據法則的法律專業能力。職業法官固然不可能具備鑑識專業，來判斷數位證據的複製品是否經竄改，因此指標性判決的要求，才會在事實審法院的操作中滯礙難行，無法形成一致的標準。而若依據最佳證據法則的要求，**法官只需要判斷當事人對於複製品證據的質疑是否合理有據**，具備法律專業能力的法官，自然有能力做到。<sup>19</sup>

學者主張，在討論數位證據的「替代品」之證據能力時，應回歸數位證據的「無限複製性」、「複製具無差異性」、「複製品與原件具真實性及同一性，有相同之效果」等科技本質。在欲以數位證據之「內容」為證據、且複製品準確複製了原件內容的情況下，應認為數位證據之複製品與原件具有相同的證據能力。此時，數位證據的「複製品」並不是證據品質較次、原則上無證據能力的「替代證據」，而是與原件具有真實性與同一性的證據資料。法院審查數位證據的重點，以及當事人間關於數位證據的舉證責任分配，應集中在檢驗「提出之證據資料是否確實與其原件的『內容』無差異」的爭點上，必要時透過數位鑑識等方式確認。<sup>20</sup>

簡單來說就是**法院只需要判斷被告抗辯複製品有問題有無合理，若合理，對造則須提供原件或送鑑定，因此法院根本不用判斷證據真偽，而係以經驗法則判斷原告是否有提出原件之必要。**

<sup>19</sup> 蘇凱平，論數位證據之原件、複製品與最佳證據法則——最高法院 107 年度台上字第 3724 號等 8 則刑事判決評析，月旦法學雜誌，第 311 期，2021 年 4 月，頁 95

<sup>20</sup> 蘇凱平，論數位證據的「替代品」之證據能力——臺灣高等法院 108 年度原金上訴字第 1 號刑事判決，月旦裁判時報，第 106 期，2021 年 4 月，頁 57-58

### (九) 近期實務見解與評析

→最高法院 111 年度台上字第 1850 號判決

刑事訴訟法第 165 條之 1 第 2 項規定，錄音、錄影、電磁紀錄或其他相類之證物可為證據者，審判長應以適當之設備，顯示聲音、影像、符號或資料，使當事人、代理人、辯護人或輔佐人辨認或告以要旨。因自動監視錄影而拍攝儲存於電腦設備之數位檔案，乃全憑機械力拍攝取得，未經人為操作，或伴隨有人之主觀意見在內，自有證據能力。法院如以之為物證，亦即以該自動監視錄影、電腦設備及其內儲存之數位檔案之存在或形態為證據資料，其調查證據之方法，固應依刑事訴訟法第 164 條之規定，提示該自動監視錄影、電腦設備及其內儲存之數位檔案，命被告辨認；如係以該數位檔案內之畫面作為證據資料，而該等畫面業經檢察官或法院實施勘驗，製成勘驗筆錄，則該筆錄已屬書證，法院調查此項證據，如已依同法第 165 條第 1 項之規定，就該筆錄內容向被告宣讀或告以要旨，即無不合。縱未將該自動監視錄影、電腦設備及其內儲存之數位檔案之實體提示於被告，或第二審直接引用第一審之勘驗筆錄作為證據，均不能謂有應於審判期日調查之證據未予調查之違法。

→文章評析

應視不同主張而有不同判斷。若主張錄影檔案之內容與勘驗筆錄記載不符（須先提出合理根據，使法院產生合理懷疑），則此時為「數位證據同一性」之議題，乃屬於「證據能力」層次之爭執，此時法院應有勘驗該錄影檔案之義務，甚或是送鑑定，或請證據提出方舉證說服法院。若主張前審法院或檢察官偵查中之勘驗筆錄，對於該數位證據內容理解、詮釋有誤，希望重新勘驗，此時並不涉及證據能力之問題，法院可自由判斷重新調查之必要性，若認為無重新勘驗之必要，可依照刑訴法第 364 條準用的 163 條之 2 的規定，以裁定駁回當事人所提出之證據聲請。<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> 蘇凱平，數位證據的證據能力與合法調查-評最高法院 111 年度台上字第 1850 號刑事判決，月旦裁判時報，第 129 期，2023 年 3 月，頁 61-62、蘇凱平〈論數位證據之原件、複製品與最佳證據法則——最高法院 107 年度台上字第 3724 號等 8 則刑事判決評析〉，月旦法學雜誌，第 311 期，2021 年 4 月，頁 85

文獻指出，即使是自動監視錄影的數位檔案，也不見得「全憑機械力拍攝取得」、「未經人為操作」，或「伴隨有人之主觀意見」。實務見解指出數位證據增刪修改無痕性一事已如前述，因此縱使原先設計的運作方式係依據機械自動記錄而成，**呈現於法院中的檔案，是否未經人為「無痕跡」的增刪修改也很難說<sup>22</sup>。**

至於是否伴隨人之主觀意見在內一事，在數位檔案內容的展現方式，也很容易參有人的主觀意見在內，例如監視錄影檔案包含鏡頭架設之位置角度、成像的清晰程度、實時拍攝或縮時拍攝、機器拍攝檔案後儲存時的壓縮比例如何、拍攝影像是否同時收音均涉及「人」之作為。因此無論是數位證據之「製作過程」或「內容」並無伴隨人之主觀意見在內一事，與數位證據之科技本質不符，容易造成數位證據必定較其他證據更為可信的誤解。

---

<sup>22</sup> 同前註