

## 112 年法研刑訴近期重要判決與文章整理

一、最高法院 110 年度台非字第 230 號判決【告知義務範圍】 .....	3
二、最高法院 111 台非大字第 15 號裁定【協商判決確定時點】 .....	5
三、最高法院 110 年度台上大字第 2337 號裁定【協商判決上訴三審】 .....	6
四、最高法院 110 年度台上大字第 5765 號裁定【另案監聽範圍】 .....	8
其他文獻資料-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.....	9
五、最高法院 110 年度台上大字第 2943 號裁定【監聽的期中報告義務】 .....	11
其他文獻資料.....	13
1.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 .....	13
2.大法官意見書 .....	14
六、最高法院 110 年度台抗字第 1501 號裁定【再審法官迴避】 .....	15
其他文獻資料.....	16
1.李榮耕，再探再審及法官迴避-簡評最高法院 110 年度台抗字第 1654 號刑事裁定及最高法院 110 年度台抗字第 1501 號刑事裁定，當代法律， 第 8 期，2022 年 8 月，頁 130-133 .....	16
2.李榮耕，就無罪判決為受判決人利益聲請再審-簡評最高法院 109 年 度台抗字第 91 號刑事裁定，當代法律，第 4 期，2022 年 4 月，頁 150- 154 .....	16
3.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 .....	18
七、最高法院 110 年度台抗大字第 427 號裁定【初次受裁定抗告第三審】 .....	

.....	21
八、最高法院 111 年度台上大字第 1924 號裁定【交付審判法官迴避】 ..	23
九、111 年憲判字第 7 號【偵查中辯護人在場筆記權等之救濟案】 .....	29
十、111 年憲判字第 16 號【司法警察（官）採尿取證案】 .....	31
其他文獻資料-林鈺雄，司法警察（官）之強制導尿處分及其救濟途徑- 刑事訴訟法第 205 條之 2、第 416 條之合憲性問題，月旦實務選評，第 1 卷第 4 期，2021 年 10 月，頁 110-123.....	34
十一、最高法院 110 年度台上字第 4549 號判決【M 化車】 .....	37
十二、國民法官法專題.....	41
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】 ....	41
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】 .....	43
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】 .....	46
十三、驗真程序與最佳證據法則專題.....	48
十四、王士帆，德國聯邦最高法院刑事判決 BGHSt 44, 129 - 神棍線民 - ， 司法周刊，第 2125 期，2022 年 9 月 30 日，第 2-4 版.....	55
十五、111 年憲判字第 3 號【被告之辯護人對羈押裁定抗告案】 .....	58
其他文獻資料-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 .....	59

## 一、最高法院 110 年度台非字第 230 號判決【告知義務範圍】

刑事訴訟法第 95 條第 1 項第 1 款係規定：「訊問被告應先告知犯罪嫌疑及所犯所有罪名。罪名經告知後，認為應變更者，應再告知」。所謂應告知或再告知之「罪名」，是否包括「罪數」在內？

最高法院先前裁判就此見解有所歧異，

①有認為不包括告知「罪數」在內，係以究屬接續犯或集合犯一罪，抑應論以數罪而併合處罰，係犯罪罪數問題，並非罪名之變更，縱未告知，亦與刑事訴訟法第 95 條第 1 項第 1 款之規定無違。

②有認為應包括告知「罪數」在內，則以刑事訴訟法第 95 條第 1 項第 1 款規定之罪名告知，植基於保障被告防禦權而設，既係被告依法所享有基本訴訟權利之一，亦係國家課予法院的闡明告知及訴訟上照料之義務，縱使檢察官或被告向法院提出罪名變更之請求，皆不能免除法院告知與聽聞之義務。又所稱罪名變更者，除質的變更（罪名或起訴法條的變更）以外，自包含量的變更造成質的變更之情形（如包括的一罪或裁判上一罪變更為數罪），事實審法院於罪名變更時，若違反上述義務，所踐行之訴訟程序即屬於法有違。

③結論上，包括「罪數」在內之見解，茲補充理由如下：

罪名告知除為保障被告防禦權，並課予法院的闡明告知及訴訟上照料義務外，更是被告在刑事訴訟程序上的請求資訊權規定，基於憲法第 8 條、第 16 條正當法律程序及訴訟基本權保障核心的聽審權，具體落實於刑事訴訟程序而課予國家的憲法上告知義務，旨在使被告能充分行使訴訟防禦權，以維審判程序之公平。所謂「犯罪嫌疑及所犯所有罪名」，除起訴書所記載之犯罪事實及所犯法條外，自包含依刑事訴訟法第 267 條規定起訴效力所擴張之犯罪事實及罪名，暨法院依同法第 300 條規定變更起訴法條後之新罪名。法院就此等新增或變更之罪名，則均應於其認為有新增或變更之時，隨時、但至遲應於審判期日前告知，使被告能知悉而充分行使其防禦權，始能避免突襲性裁判。

**聽審權的內涵，至少包含有請求資訊權、請求表達權及請求注意權三者。刑事訴訟法第 95 條第 1 項第 1 款的罪名告知程序即係資訊請求權的具體實現，唯有被告告知悉完整資訊後，始能對之有陳述並進而辯明的機會，尤其在對被告作出不利益決定前，更應讓被告能陳述其意見（請求表達權）；而被告的答辯及表達，法院要能實質且有效的回應，提出論理及說服的過程，被告始能得知法官有無注意，並足供上級審檢驗（請求注意權）。一般而言，數罪併罰的科刑合計及定應執行刑結果，相較於實質上或裁判上一罪的單一科刑，在罪責評價上對於被告顯為不利，自應保障被告有預先獲知可能性，並進而就此為陳述及辯論之機會，法院始能將被告的意見充分考量及予以回應，如此方係完整的聽審權保障，以免突襲性裁判。**

綜上所述，法院踐行刑事訴訟法第 95 條第 1 項第 1 款之罪名告知義務，如認為可能自實質上或裁判上一罪，改為實質競合之數罪，應隨時、但至遲應於審判期日前踐行再告知之程序，使被告能知悉而充分行使其防禦權，始能避免突襲性裁判，而確保其權益，不致侵害被告憲法上之聽審權。至被告如已就罪名、罪數之變更，曾為實質辯論而得知悉，縱形式上未依刑事訴訟法第 95 條第 1 項第 1 款之罪名告知程序再為告知罪數變更，既對被告之防禦權未造成突襲性侵害，屬無害瑕疵，如顯然於判決無影響，仍不得據為上訴第三審之理由，自屬當然。

## 二、最高法院 111 台非大字第 15 號裁定【協商判決確定時點】

第一審依協商程序所為之科刑判決，如未提起上訴，應於何時確定？

我國刑事訴訟制度明確朝「改良式當事人進行主義」之方向調整，要求通常程序案件於第一審即行合議審判，並須以集中審理、交互詰問方式發見真實，而為有效運用訴訟資源，讓法院有更多之時間與精神致力於重大繁雜案件之審理，使已悔過之初犯、犯罪情節非屬嚴重或已與被害人達成和解之被告早日脫離訴訟，用啟自新，視被告罪行輕重及是否認罪，採行認罪協商求刑制度。

為達成前揭立法目的，使法院得以迅速、簡易方式終結訴訟，乃以協商程序均經當事人同意，於刑訴法第 455 條之 10 第 1 項本文規定：「依本編所為之科刑判決，不得上訴。」已明定依協商程序所為之科刑判決（下稱協商判決）不得上訴。蓋對於判決結果是否提起上訴雖屬當事人訴訟上之處分權，然如允許當事人在協商判決後，又反覆上訴爭執，推翻先前之合意，將使前揭立法目的落空。惟憲…（略）…協商判決縱經當事人同意，亦難謂無違法或不當之救濟需求，為兼顧協商判決之正確、妥適及當事人之訴訟權益，同法第 455 條之 10 第 1 項但書另規定：「有第四百五十五條之四第一項第一款、第二款、第四款、第六款、第七款所定情形之一，或協商判決違反同條第二項之規定者，不在此限。」使協商判決於有同法第 455 條之 4 第 1 項第 1 款（撤銷合意或撤回協商聲請）、第 2 款（被告協商之意思非出於自由意志）、第 4 款（被告所犯之罪非依法得以聲請協商判決）、第 6 款（被告有其他較重之裁判上一罪之犯罪事實）、第 7 款（法院認應諭知免刑、免訴或不受理）情形之一，或違反同條第 2 項之科刑超過協商判決得科之刑者，得提起特別救濟，其於第二審法院認為上訴有理由者，應將原審判決撤銷，將案件發回第一審法院依判決前之程序更為審判。

判決係於不能聲明不服時確定，上開第 455 條之 10 第 1 項本文既明定協商判決「不得上訴」，顯然於協商判決宣示時即告確定。

## 三、最高法院 110 年度台上大字第 2337 號裁定【協商判決上訴三審】

第一審依刑事訴訟法第七編之一協商程序所為之科刑判決（非屬刑事訴訟法第 376 條不得上訴於第三審之案件），提起第二審上訴經判決後，得否上訴於第三審？

依**立法體例**，各種法律多於首編章置總則，適用於其他各編章，至各編章相互間則各自獨立，除有準用之規定外，尚難比附援引。而協商程序規定於刑事訴訟法第七編之一，屬有別於通常程序之特別程序。有關依協商程序所為科刑判決之救濟，該編第 455 條之 11 第 1 項規定：「協商判決之上訴，除本編有特別規定外，準用第三編第一章及第二章之規定。」而刑事訴訟法於第三編上訴置第一章通則、第二章第二審、第三章第三審，乃屬通常程序，**茲協商程序之上訴既無準用第三審上訴之規定**，依上開說明，自應認協商程序僅例外許可為第二審上訴，不得提起第三審上訴。另雖刑事訴訟法第 375 條第 1 項規定，不服高等法院之判決而上訴者，應向最高法院為之，惟此條乃規定在通常上訴編章內，當係指通常程序之**高等法院判決**，至特別程序之協商判決上訴第二審之高等法院判決，既獨立規定於協商程序編，自無該法第 375 條第 1 項規定之適用可言。

又依刑事訴訟法第 455 條之 10 第 2 項規定，第二審法院對於例外得上訴之協商判決案件，其調查之範圍以上訴理由所指摘之事項為限，並無得依職權調查事項之規定，較諸同法第 393 條第三審之調查範圍更狹。由訴訟構造以觀，自無准予上訴第三審，卻使第二審調查範圍反較第三審為窄之理。

本法就請求進行協商程序之要件及協商程序之審理，設有須經當事人雙方合意且被告認罪；被告表示所願受科之刑逾有期徒刑 6 月，且未受緩刑宣告，應有辯護人協助進行協商；法院於判決前，應訊問被告並告以所認罪名、法定刑及因適用協商程序所喪失之權利；法院協商訊問終結前，被告得隨時撤銷協商之合意，檢察官於被告違反與其協議之內容時，亦得撤回協商之聲請等規定。而上訴與否又屬當事人訴訟上之處分權，是法律就協商判決，既設有上開諸多適用上之限制，及強化被告辯護倚賴權保障，以

及當事人得撤銷或撤回協商之機制，則檢察官及被告就法院在其等雙方合意範圍內而為之協商判決，理論上即已等同放棄救濟機會，除有特別情形外，自不許其上訴。故而刑事訴訟法就協商判決，採原則上不得上訴，僅於例外之情形，賦予當事人上訴救濟之機會，且上訴審為事後審之性質，並僅準用上訴編通則及第二審之規定，顯然本法對於該例外得上訴之第二審判決，是採不得提起第三審上訴甚明。

況刑事訴訟法增訂協商程序，提供檢察官與被告藉協商方式溝通，達成協商之合意，法院即得以迅速、簡易方式終結訴訟，對無爭執之非重罪案件明案速判，以達疏減訟源，合理、有效運用有限司法資源之目的。而此一程序之溝通性、迅速性、終局性，復為簡易程序或通常程序之簡式審判程序所無，亦不容違反立法意旨，將協商程序與一般程序同視，就其例外得提起上訴之第二審判決，再許提起第三審上訴，以延滯訴訟之理。

綜上，無論從協商程序之立法體例、立法目的以及訴訟構造等各個面向以觀，均應認本案徵詢「第一審依刑事訴訟法第七編之一協商程序所為之科刑判決，提起第二審上訴經判決後，得否上訴於第三審？」之法律問題，應採不得提起第三審上訴之法律見解。

## 四、最高法院 110 年度台上大字 5765 號裁定【另案監聽範圍】

一、對監察對象所涉販賣或意圖販賣而持有毒品等罪嫌，於合法實施監聽期間，取得販賣、運輸毒品（下稱販運毒品）予監察對象之上、下游，或與監察對象共犯上開罪嫌之人的監聽內容，對該上、下游或共犯而言，是否屬通保法第 18 條之 1 第 1 項所定「其他案件」之內容？（下稱法律爭議一）

二、倘通訊監察聲請書內已敘明監聽範圍包括「監察對象之上、下游或共犯等與販運毒品有關之對話」，而法院也據以核發通訊監察書之情形，法律爭議一之結論有無不同？（下稱法律爭議二）

A 裁判見解---法律爭議一：

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。是以，通保法第 5 條第 2 項乃明定通訊監察書之聲請應記載同法第 11 條之事項，其監察對象非電信服務用戶，應予載明，務使法院核發通訊監察書准許實施監聽之對象範圍趨於特定；並於同條第 5 項明定通訊監察書之聲請，應以單一監察對象為限。同法第 11 條復就通訊監察書之應記載事項，規定包含監察對象、案由及涉嫌觸犯之法條、監察通訊種類及號碼等足資識別之特徵與監察期間及方法等，旨在藉由具體特定執行通訊監察之對象、涉嫌之犯罪事實，及相關工具設備等，以初步界定實施監聽之主觀及客觀範圍。可知通訊監察書之聲請、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。

A 裁判見解---法律爭議二：

法律爭議二部分依上開說明，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。自不及於原核准進行監聽之「監察對象」以外之人。是與本案有關之上、下游，或與監察對象共犯上開罪嫌之人之監聽內容，對該上、下游或共犯而言，仍屬另案監聽所取得之內容。

其他文獻資料-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

1. 最高法院提出「假設再次干預亦受允許」、「類似犯罪例外」說明另案通訊監察的合法性。依照「假設再次干預亦受允許」只要另案監察所取得之通訊內容屬於得進行通訊監察的重罪，且與本罪範圍有「客觀關聯性」，有「充分理由相信」相法官聲請令狀亦會獲准。「類似犯罪例外」的說法則基於「一聽即知原則」（衍生於一目了然原則），認為將令狀的監察對象涵蓋到毒品案件的上下游、共犯，或是「充分近似」之其他犯罪，合於偵查應涵蓋其他具客觀關聯性而充分近似的犯罪性質，所以是合法的另案通訊監查。

2. 本文評析：

- ① 一人一票原則：一通訊監察書只能記載一個監察對象，不能持以一令狀對於兩個以上之人進行通訊監察，此來自第 5 條第 5 項之要求，但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，是否以同一通訊監察書或是案號為之，並非規範上的重點。要求偵查機關只能以單一對象聲請一通訊監察書，除了增加紙張製造及銷售產業的營業額外，著實沒有任何實質意義，此規定應予刪除。
- ② 假設再次干預亦受允許例外：此說法根本不存在，蓋法官是否核票必須取決於偵查機關在監察前是否提出足夠的證據，證明特定案件合於重罪、相當理由、情節重大及最後手段性，對於另案監聽來說，偵查機關可能根本未掌握說服法官核發令狀的證據，若有的話直接向法院聲請令狀即可，不會有另案監聽的問題。如果要假設法官是否會核票，審查的時點應為「進行通訊監察之前」，不是在取得另案的通訊內容之後，所以答案是法院不會同意就另案通訊監察，因為偵查機關尚未掌握相關證據。

- ③類似犯罪例外：這個概念指出由於偵查活動本質的緣故，令狀所記載的監察對象可以涵蓋嫌疑人的上下游、共犯及具客觀關聯性的其他犯罪。然而裁定又認為基於一人一票原則，不得共用同一通訊監察書，裁定如此強調此一原則，但在說明得允許另案監察時，卻又認為令狀本來就應該可以有相當程度的擴張，兩者間略有衝突矛盾。

在偵查階段本來就具有動態及不確定性，執法機關須隨著證據的蒐集及發展逐步確認事實，但這非代表偵查階段就可以恣意的侵害人民權益，還是需要依照法定程序，才可以監察。因此即使是本案嫌疑人的上下游、共犯或是相關聯犯罪，原則上還是要依照第 5 條經法院核發令狀。

- ④第 18 條之 1 第 1 項修正：

- a.混淆了「發動要件」與「執行結果」。第 5 條第 1 項列舉重罪是「發動本案」通訊監察的要件，並非就另案監察有無證據能力做規範。
- b.與本案具客觀關聯性的其他犯罪，可能根本不屬於通保法容許得進行通訊監察的重罪，為何與本案有關就可以有證據能力。以刑訴法第 152 條另案扣押法理，肯認在本案通訊監察的發動及執行合法的前提下，另案的通訊監察內容皆無須排除，較為妥適。
- c.7 日陳報期間應刪除。蓋如此短的陳報期間及強大的法律效果（裡理論上要回歸本文的絕對排除），使得最高法院要想方設法緩和違反時的法律效果（目前最高法院比照刑訴法第 131 條第 4 項，舉重明輕，採取權衡判斷證據能力<sup>1</sup>）。然只要課予陳報義務，未經陳報不得使用，及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>1</sup> 最高法院 107 年度台上字第 3052 號判決

## 五、最高法院 110 年度台上大字第 2943 號裁定【監聽的期中報告義務】

一、依通保法第 5 條第 4 項規定，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，或依核發通訊監察書之法官之命提出報告。若執行機關於 15 日內或法官指定之期日前製作期中報告書，惟陳報至該管法院時已逾 15 日或法官指定之期日，是否違反該規定？（下稱法律爭議一）

二、執行機關違反通保法第 5 條第 4 項之期中報告義務，其進行監聽所取得之內容，有無證據能力？（下稱法律爭議二）

A 裁判見解---法律爭議一：

通保法第 5 條第 4 項規定使執行機關於執行監聽期間負有提出期中報告書之義務；嗣立法者為強化監聽執行期間之外部監督機制，每 15 日至少作成一次以上之報告書，說明監聽行為之進行情形，以及有無繼續執行監聽之需要。

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，理由如下。

1. 該條項前段規定「作成」報告書，惟由 96 年增訂該條項之立法理由，可徵執行機關除作成報告書外，尚需提出，亦即條文所稱之「作成」是指「作成及提出」。而該條項中段雖僅規定「提出」報告，然提出前應先作成報告書，乃當然之理，是條文所稱之「提出」同指「作成及提出」。基此，尚難僅以條文文義，逕認執行機關只需在該期日作成報告書，即符合該條項之期中報告義務。
2. 鑑於通訊監察對人民秘密通訊自由與隱私之侵害既深且廣，司法院釋字第 631 號解釋除揭示通訊監察之發動，應由獨立、客觀行使職權之法官事前審查外，亦於其理由書作出法官應「隨時監督通訊監察執行情形」之指示。而執行機關之期中報告義務，即係通保法回應上開憲法之誡命，為強化監聽進行中之外部監督機制，使法院得適時判斷是否有不應繼續執行監聽情狀，以撤銷原核發之

通訊監察書而設。則該條項所稱之 15 日，及法官指定提出報告書之期日，自應解釋為報告書陳報至該管法院之期限，否則執行機關僅於期限內製作期中報告書，卻遲未交付法院，或者陳報至法院時，監聽期間行將屆滿，將無從落實該規範目的。從而，執行機關雖於執行監聽期間 15 日內，或法官指定之期日前製作期中報告書，惟陳報至該管法院時已逾該期限，自屬違反通保法第 5 條第 4 項規定之期中報告義務。

#### A 裁判見解---法律爭議二：

法官僅有在符合該條項所定之要件，始得核發通訊監察書。而通訊監察書之核發是否合法，應以法官核發當時之偵查狀況為審查基點，尚非以事後監聽進行之情形為斷。是以，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。

通保法第 18 條之 1 第 3 項規定違反第 5 條之證據絕對排除，基此，如無違反第 5 條規定進行監聽之情事，自無該條項證據絕對排除規定之適用。而執行機關僅於應為定期報告或指定報告之期限屆至時，仍未盡其作為義務，始有違反第 5 條第 4 項期中報告義務規定之可言。則所謂違反期中報告義務規定監聽所得資料，自僅止於違反期中報告義務後之監聽所得資料，不應回溯推翻違反該義務前，依法院核發之令狀合法監聽所得資料之證據能力。

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。

從而，**通保法第 18 條之 1 第 3 項**所稱「**違反第 5 條規定**」，就違反期中報告義務而言，應為限縮解釋，僅指執行機關在通訊監察期間完全未製作期中報告書之情形，至其他違反情狀，期限後監聽所得資料證據能力之有無，則應依刑事訴訟法第 158 條之 4 規定認定之。

#### 其他文獻資料

1. 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

有指出此裁定之見解與立法者課予執行機關期中報告的規範目的不盡相符不利於人民通訊隱私的有效保護。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**。只要違反第 5 條、第 6 條就一律排除，但像是要求單一令狀只能監察單一對象 (§5 V)，此僅屬行政文書上的細節，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，但卻無第 18 條之 1 第 3 項的適用。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，個案中所涉及的條文在通保法的整體架構中，**是否居於核心地位**。<sup>2</sup>

---

<sup>2</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

- ②最高法院援用第 1 條認為秘密通訊自由、隱私權、國家安全及社會秩序同學通保法立法目的，第 5 條是權衡各種不同利益下的規定，所以違反期中報告義務，不問違反情節，一律都適用第 18 條之 1 第 3 項，不符合立法者權衡的設計，但**原因部分並無詳細說理**。<sup>3</sup>
- ③**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，就執行到第八天才停止，因此在期中報告的審查中，法官就可以有機會確認期限前的通訊監察執行的合法性，**若官員違反期中報告義務，法院將無法如期審查**。故**期中報告義務不僅讓法院審查是否應繼續通訊監察，也讓法院監督通訊監察合法與否，違反期中報告義務者，還是有可能因為通訊監察的違法而排除報告義務期前的通訊監察內容**。<sup>4</sup>
- ④**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，則是否能達到設置期中報告義務的目的，因此遲延提出報告，應有第 18 條之 1 第 3 項的適用。<sup>5</sup>

## 2. 大法官意見書

針對法律爭議二部分，通保法第 18 條之 1 第 3 項已指出違反第 5 條之情形，**依照文義、體系、立法本旨，均應得出依通保法絕對排除的法律效果**，最高法院一方面認可遲延陳報違反第 5 條陳報義務，另一方面又認為遲延陳報僅需依刑法相對排除規定認定證據能力，**修法原意，而有違反權力分立之虞**。<sup>6</sup>

<sup>3</sup> 同前註，頁 118

<sup>4</sup> 同前註，頁 119

<sup>5</sup> 同前註，頁 119-120

<sup>6</sup> 部分不同意見書－梁宏哲法官提出，李錦樑法官加入

## 六、最高法院 110 年度台抗字第 1501 號裁定【再審法官迴避】

曾參與原確定判決之法官，於再審案件，應否自行迴避？

否定實務見解<sup>7</sup>

再審程序屬同一審級更為審判，且釋字 178 號解釋指出「曾參與前審之裁判，係指同一推事，就同一案件，曾參與下級審之裁判而言。」故若非牽涉審級利益則無此款迴避適用。

肯定實務見解<sup>8</sup>

雖司法院釋字第 178 號解釋謂，刑事訴訟法第 17 條第 8 款所稱法官「曾參與前審之裁判」，係指同一法官，就同一案件，曾參與下級審之裁判而言。故再審案件其參與原確定判決之法官，並不在該款應自行迴避之列。

惟其後司法院釋字第 256 號解釋認民事訴訟法第 32 條第 7 款所稱法官「曾參與該訴訟事件之前審裁判」，於再審程序，參與原確定判決之法官，亦應自行迴避（惟其迴避以 1 次為限），使法官不得於其曾參與裁判之救濟程序執行職務，以維護審級之利益及裁判之公正。

行政訴訟法第 19 條第 6 款，亦將法官「曾參與該訴訟事件再審前之裁判」列為自行迴避事由（但其迴避以 1 次為限）。

刑事再審程序雖屬同一審級更為審判，但涉及推翻原確定判決安定性的救濟程序，非僅原審級訴訟程序之續行，基於避免裁判預斷偏頗與維護公平法院的理念，原審法院分案實施要點第 12 點第 3 款明訂法官迴避時的分案原則，該院民事、刑事及行政案件之分案，於再審案件，準用前 2 款規定，參與前一次原確定裁判之法官應予迴避，以維護刑事再審程序的正當及裁判的公正性。

<sup>7</sup> 28 年聲字第 10 號判例（最高法院 102 年度台抗字第 11 裁定亦援用）

<sup>8</sup> 最高法院 109 年度台抗字第 157 號裁定、最高法院 110 年度台抗字第 1501 號裁定

## 其他文獻資料

1.李榮耕，再探再審及法官迴避-簡評最高法院 110 年度台抗字第 1654 號刑事裁定及最高法院 110 年度台抗字第 1501 號刑事裁定，當代法律，第 8 期，2022 年 8 月，頁 130-133

(1)本文主要焦點在「僅須迴避一次為限」。再審程序應迴避，是為了保護人民依憲法第 16 條所享有的訴訟權、正當法律程序，以及審判的公平性。

(2)承上，為什麼參與第二次再審會違反憲法前述意旨，而第二次參與就沒有此項疑慮，此處或許可以解為「考量法官名額編制」，但迴避的要求是基於保障人民憲法權利，及憲法上的誠命，是否能僅因實務運作需要，而有所妥協。

(3)倘若果有人員編制考量，法院尚可依照刑訴法第 10 條第 1 項度 1 款移轉管轄，因此應一律自行迴避，於實際操作上，並不會增加太大困難。

2.李榮耕，就無罪判決為受判決人利益聲請再審-簡評最高法院 109 年度台抗字第 91 號刑事裁定，當代法律，第 4 期，2022 年 4 月，頁 150-154

(1)第 420 條第 1 項第 6 款指出，為受判決人利益聲請再審，基於新事證者須「足認受有罪判決之人應受無罪、免訴、免刑或輕於原判決所認罪名之判決者」，因此為受判決人利益聲請再審，需先受有罪判決，且改為無罪、免訴、免刑判決，或受輕於原判決所認罪名，受無罪判決之人，沒有聲請再審之資格，但受無罪判決之人並非無受不利益處分，例如受判決人仍受有保安處分，而最高法院近來認為，被諭知無罪並受保安處分之人，為救濟其所受處分，得向聲請法院聲請再審。

(2)判決立場：按為受判決人之利益聲請再審者，固僅限於有罪確定判決，始得為之。惟如因有刑法第 19 條第 1 項所定因精神障礙或其他心智缺陷，致不能辨識行為違法，或欠缺依其辨識而行為之能力而不罰，而應諭知無罪之判決，並依刑法第 87 條規定令入相當處所，施以監護者，因該監護處分，乃

出於防衛社會與預防再犯之目的，對受處分人施加治療之措施，以期回歸社會，具有替代刑罰之作用，並有拘束身體、自由等處置，屬於對被告不利之處分。是以，此類保安處分與其前提之無罪諭知，具有不可分離關係，必須整體觀察。倘被告因欠缺責任能力之行為不罰而受無罪諭知，同時附加施以保安處分之判決，形式上雖為無罪確定判決，實質上仍具備犯罪行為之構成要件該當與違法性，此部分與受有罪確定判決無異，受判決人為除去監護處分，主張此無罪確定判決肯認之犯罪事實有錯誤，並有刑事訴訟法第 420 條、第 421 條規定之再審事由，為其利益而聲請再審，自非法所不許，合先敘明。

### (3) 本文評析

#### ① 無罪判決得否適用第 420 條：

最高法院認為是否能聲請再審，重點是判決是否課予被告不利的法律效果，而不能只因為法院所諭知的是無罪判決，就否定其利用再審程序救濟，就受判決人的保護層面來說也較為周全。

保安處分本質上屬於限制人民人身自由的措施，執行上帶有類似自由行的拘禁效果，所以刑法第 1 條明定，監護處分等拘束人身自由的保安處分，與刑罰一樣，同受罪刑法定原則之拘束。故就無罪判決及其所附帶的監護處分得如同有罪判決及其附帶的刑罰般，得聲請再審。

#### ② 不得聲請再審的另一種情形：

由於條文明定「輕於原判決所認罪名」，而非「罪刑」，故只要原確定判決所認定之罪名正確，即使刑度判定有誤，也不可以聲請再審。且判斷上以「法定刑的主刑」判斷為主，宣告刑之輕重為量刑問題，不屬於此一款項所謂的罪名，因此若是同一罪名，但有加減刑罰事由，只是影響到刑度輕重，不改變罪名之認定，所以不能依照第 420 條第 1 項第 6 款聲請再審。包含自首、既未遂均是如此。

③本文建議：

再審聲請要件之寬窄涉及確定判決之穩定與正確性間的取捨，倘若為自首、既未遂此類的改變，由於涉及到受判決人所應承受的刑罰，對其權益影響重大，若不允許聲請再審對受判決人保護並不合理。最高法院可以認為監護處分與無罪判決「具有不可分離關係」，受判決人可否依照刑訴法第 420 條聲請再審「必須整體觀察」判斷，則有罪判決及所科處之刑罰也應適用相同標準，肯定受判決人有權就量刑有所違誤的確定判決聲請再審。更佳的作法是，修正第 420 條，容許應受輕於原判決所認「罪刑」之判決的受判決人聲請再審，或至少要賦予受判決人可以就違反「當然減刑」規定的確定判決，聲請再審。

- 3.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誡命，僅於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§19<sup>⑥</sup>）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。」

筆者認為：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。

## 七、最高法院 110 年度台抗大字第 427 號裁定【初次受裁定抗告第三審】

刑事訴訟法（下稱刑訴法）第 376 條第 1 項但書案件，是否屬於同法第 405 條所稱「不得上訴於第三審法院之案件」？

司法院於民國 106 年 7 月 28 日所作成之**釋字第 752 號解釋**（下稱第 752 號解釋），對於修正前刑訴法第 376 條第 1 款、第 2 款所列之案件，經第二審法院撤銷第一審法院無罪判決並自為有罪判決者，該初次受有罪判決之被告不得上訴於第三審法院之部分，未能提供至少一次上訴救濟之機會，宣告與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨有違。

上開解釋後，**刑訴法第 376 條於 106 年 11 月 16 日修法時**，增列第 1 項但書、第 2 項之規定，其立法意旨為：「原條文限制特定範圍法定本刑或犯罪類型之案件，經第二審法院判決者，不得上訴第三審。惟上開案件經第二審法院撤銷第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤判決，並諭知有罪判決（含科刑判決及免刑判決）者，因不得上訴第三審法院之結果，使被告於初次受有罪判決後即告確定，而無法依通常程序請求上訴審法院審查，以尋求救濟之機會，與憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨有違（司法院釋字第七五二號解釋意旨參照）。為有效保障人民訴訟權，避免錯誤或冤抑，應予被告或得為被告利益上訴之人至少一次上訴救濟之機會，爰於本條序文增訂但書之規定」、「第一項但書規定已賦予被告或得為被告利益上訴之人就初次有罪判決上訴救濟之機會，已足以有效保障人民訴訟權，為兼顧第三審法院合理之案件負荷，以發揮原有法律審之功能，依第一項但書規定上訴，經第三審法院撤銷並發回原審法院判決者，不得就第二審法院所為更審判決，上訴於第三審法院，爰增訂第二項規定」。堪認**此次修法之宗旨**，在於**刑訴法第 376 條第 1 項前段所列之案件**，性質上雖屬不得上訴於第三審法院之案件，然其有該條項但書之情形時，為更有效保障人民訴訟權，例外允許得上訴於第三審法院，並為顧及第三審法院係法律審之合理負荷，以同條第 2 項規定，將之限制為僅得上訴一次，以為救濟。因此，刑訴法第 376 條第 1 項但書案件，應係同條項前段不得上訴於第三審法院規定之例外。

惟刑訴法第 405 條「不得上訴於第三審法院之案件，其第二審法院所為裁定，不得抗告。」之規定，未因同法第 376 條第 1 項但書之增列而配合修正，致生本件法律爭議。參諸抗告與上訴同係訴訟救濟之程序，目的均在於使受裁判之當事人得有救濟之機會，則無論是由前述第 752 號解釋之訴訟權保障或刑訴法第 376 條之修法宗旨以觀，本於同一法理，自應容許第二審法院對於刑訴法第 376 條第 1 項但書案件所為之裁定，亦同有得抗告於第三審法院一次之機會。而此抗告程序之救濟既係立基於刑訴法第 376 條第 1 項但書案件得上訴於第三審法院一次之性質，自不因其通常訴訟程序中，案件是否曾提起第三審上訴或第三審上訴結果如何而有不同。即使此類案件之通常訴訟程序中，被告或得為被告利益上訴之人並未提起第三審上訴，或提起第三審上訴後撤回上訴，或經第三審法院以上訴不合法或無理由予以駁回，或經第三審法院撤銷發回或自為判決等，均不影響其第二審法院所為之裁定，有一次抗告於第三審法院之救濟機會。

## 八、最高法院 111 年度台上大字第 1924 號裁定【交付審判法官迴避】

司法院頒「法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項」第 134 點規定：法院為交付審判之裁定，因該案件視為提起公訴，法院允宜於裁定理由中敘明被告所涉嫌之犯罪事實、證據及所犯法條，俾使被告行使防禦權，並利於審判程序之進行。則法官依上揭規定裁定准予交付審判，並於裁定中敘明起訴書法定應記載事項，實質上是否等同已執行檢察官職務，而應依本法第 17 條第 7 之規定自行迴避？或僅應以上述情形在客觀上有足認該法官執行職務有偏頗之虞，而由當事人依同法第 18 條第 2 款規定聲請法院裁定該法官迴避嗣後本案之審判？

## 1. 毋庸迴避說：

交付審判制度之目的，在賦予法院以外部監督制衡方式，以防止檢察官可能之濫權不起訴（或緩起訴）處分，並保障被害人（告訴人）權利。法官為職掌交付審判權限之主體，且適用審判程序，**並非偵查程序之一環**。又基於「無訴即無裁判」之基本法理，**裁定交付審判，法律規定視為該案件已提起公訴。此係法律擬制之公訴，並非由檢察官提起之公訴**。自不能因法院裁定交付審判，即可認與本法第 17 條第 7 款法官曾執行檢察官職務之情形相當。是**交付審判與偵查程序二者在制度本質及目的皆有不同，自與審檢分立、控訴原則無涉。裁定交付審判之法官並無同上條款所定「曾執行檢察官職務」之自行迴避事由**。

交付審判制度，法院不能調查或蒐集新證據，僅能依偵查中顯現之證據為限，以審查檢察官不起訴處分是否具有合法性或合理性，即案件是否已達「足認有犯罪嫌疑」而應予起訴之門檻，**並非為有罪或無罪之判斷**。且法院准予交付審判後，仍由檢察官實行公訴，並負積極舉證責任，須證明被告犯罪事實至通常一般人均不致有所懷疑，而得確信其為真實之程度者，法院始能為有罪之認定，非謂法院准予交付審判即認定被告有罪。是由准予交付審判之法官參與審理本案，在客觀上尚不足使人懷疑其可能有因准予交付審判而必然作成不利被告之不公平裁判。

至於司法院已於 110 年 8 月間會銜行政院向立法院提出刑事訴訟法修正草案，將交付審判制度適度轉型為准許提起自訴之模式，並增定參與准許提起自訴裁定之法官，不得參與其後自訴之審判規定（草案第 258 條之 4 第 2 項），此係屬**立法政策之選擇**，既尚未經立法通過施行，現行法復無法官准予交付審判即必須迴避之規定，顯見立法當時並無要求裁定准予交付審判之法官應自行迴避之意，故准予交付審判之法官縱未迴避本案審判，亦無違法可言。

## 2. 法定迴避說 (§17⑦)：結論採此說

承審交付審判聲請之法官，在為准駁之裁定前，須就偵查卷內所存證據審查是否符合本法第 251 條第 1 項規定「足認被告有犯罪嫌疑」之情形，且法院除審酌偵查卷內所存證據外，並得就偵查中曾經顯現之證據為必要之調查，如法院為准予交付審判之裁定時，依同法第 258 條之 3 第 4 項規定，該案件即視為提起公訴。且依應行注意事項第 134 條規定，法院宜於裁定理由中敘明被告所涉嫌之犯罪事實、證據及所犯法條，俾使被告得以行使其防禦權，並利於審判程序之進行。是依上開說明，**法院在裁定交付審判時，無異認為依偵查卷內所存之證據，已經跨越起訴門檻，或認為檢察官原先所為之不起訴處分及檢察長之駁回再議處分，所為證據取捨及事實認定之理由違背經驗法則、論理法則或其他證據法則，而有依審判程序究明之必要，可見為交付審判裁定之法官，對偵查卷內所存之證據，顯已深入探究，且有足夠之確信，對證據價值採取與檢察官不同之判斷，其職權之行使，實質上已具有「實施偵查」及「提起公訴」之檢察官功能。**

慮及被告權益及法院公正性要求，參與裁定交付審判之法官，既已依據本法第 258 之 3 條第 3 項規定，就本案事實為實質調查，並於**准予交付審判之裁定中表達其理由與意見，已涉及本案事實之評價**，若嗣後再參與本案審判，足可認定聲請交付審判准許之理由及意見，有高度可能因預斷成見而損及本案被告之利益。縱使該法官在嗣後本案審判時能夠避免預斷而保持客觀中立，亦難以期待該被告可以充分信賴該法官在本案必能保持客觀中立，客觀上亦易使一般人懷疑承審法官已經具有預斷成見，故為求法院裁判之中立性與公平性，避免影響被告之權益，以維護法院裁判之公信，**裁定准予交付審判之法官，應自行迴避本案之審判。**

### 3. 聲請迴避說 (§18②)

**裁定准予交付審判之法官，立法者既未明示禁止其參與本案之審判，足徵立法者並不認為裁定准予交付審判之法官在本案審判上絕對無法保持客觀中立而為公正之裁判，故不能以類推適用同法第 17 條第 7 款規定之方式，要求裁定准予交付審判之法官應自行迴避本案之審判。僅能由當事人聲請迴避，再由法院依個案具體情形審酌該被聲請迴避之法官執行職務有無偏頗之虞而為決定。**

法院為交付審判之裁定時，依法律規定視為案件已提起公訴。交付審判之程序，除法律別有規定外，適用第二編第一章第三節之規定，本法第 258 條之 3 第 4 項及第 258 條之 4 分別定有明文。換言之，**裁定准予交付審判以後，本案之審判程序仍由檢察官實行公訴，並非由裁定准予交付審判之法官擔任公訴檢察官，形式上仍維持控訴原則之三面關係，自難謂違反控訴原則。且該案之偵查職務亦非由裁定准予交付審判之法官執行，亦不符同法第 17 條第 7 款所規定之事由。**

交付審判制度係司法權基於職權主義以制衡檢察官濫權不起訴之外部監督機制，如認交付審判制度違反控訴原則，無異於糾問制度（雙面關係）復活，則裁定准予交付審判之法官，為避免淪於偵查法官地位，僅得就偵查卷內已存在之證據而為審查，除不能依職權自行蒐集證據以外，亦不能調查聲請人所提出之新證據。則本法第 258 條之 3 第 3 項：法院為駁回或准予交付審判之裁定前，得為必要調查之規定，即形同虛設，而使交付審判制度流於具文，無法發揮該制度原本應具有之功能。

#### 4. 提案庭欲採取法定迴避說：

彈劾主義（控訴原則）係公平審判之基石，公平審判則為訴訟權之核心領域：

憲法保障人民有訴訟之權，旨在確保人民有請求受公正而獨立之法院依正當法律程序審判之權利。刑事訴訟之目的在確定國家刑罰權之有無及其範圍，是刑事訴訟程序，應貫徹彈劾主義（或稱控訴原則），落實審檢分立及法定法官原則，非由法院以外之訴追者（檢察官或自訴人）起訴，法院不能對未經起訴之被告或犯罪審判（§266、268），始符合正當法律程序之要求。法官於受理之案件，負有合法、公正、妥速及時處理之義務，基於公平法院原則，則應立於客觀、公正、超然地位，依據法律獨立審判，不受任何干涉（憲法§80）。法官如同時為案件之訴追者（當事人），顯與其公正審判職務有悖，自應迴避審判（§17⑦）。又法官對於案件之裁判應否自行迴避，攸關人民訴訟權及受公正審判之憲法上權利保障，並非立法裁量事項，故法官主觀上於該管案件如有預斷成見或違反無罪推定原則之疑慮，客觀上已難期其能公正執行職務者，雖法律規範密度不足，司法者尚非不能依合憲性及合目的性之解釋方法予以填補，認為法官仍應自行迴避，以確保人民得受公平之審判，而維繫人民對司法公正性之信賴。

參與准予交付審判裁定之法官，「實質上」已執行檢察官職務：

法官所為准予交付審判之裁定，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、特定審判範圍之主動性功能。此外，被告原經檢察官為不起訴處分，上級檢察署檢察長亦認告訴人再議之聲請為無理由而予駁回，偵查程序至此本已終局終結，復因法院再就偵查中發現之證據為必要之調查後（§258-3 III），足認其有犯罪嫌疑，而裁定交付審判，案件死而復活，實係參與交付審判法官依職權調查證據之結果。則法院因依職權為必要之證據調查，足認被告有犯罪嫌疑，而裁定交付審判，視為提起公訴等規定，顯與審判權正義性、被動性、公正第三者性及獨立性之特徵不符，反而近似於檢察權之公益性、主動性及當事人性質。又交付審判程序，雖在偵查程序終結以後，固非偵查程序（或

其延伸程序)；但一經裁定准許，則法律擬制視為提起公訴，而開啟審判程序對被告進行審判，其參與裁定交付審判之法官，形式上雖非檢察官，但實際上係以自己所為在法律效果上等同於起訴之交付審判決定，取代檢察官之不起訴處分，自應認其實質上已執行檢察官實施偵查、提起公訴之法定職務。倘參與交付審判裁定之法官，猶參與其後之審判，無異集公訴與審判職權於一身，形成「自己起訴、自己審判」之糾問現象，非但違反彈劾主義（控訴原則）之精神，且已先入為主形成有罪之預斷而與公平法院及無罪推定原則有悖。縱使該案件事後於審理程序，仍應經檢察官舉證、調查證據、辯論等嚴格證明程序；而參與交付審判裁定之法官，於其後之審判程序，亦能保持中立而不致有所偏頗，然法官既實際上已等同於執行檢察官之職務，客觀上自足以使一般人懷疑法官已經具有預斷成見，已難維持公平審判之外觀及裁判之公信力，自應依本法第 17 條第 7 款規定迴避嗣後本案之審判。

德、日立法例及司法院刑事訴訟法修正草案皆有准予交付審判之法官，與其後本案審判之法官不能相同之規定：

我國交付審判制度，依其立法理由，係參考德國「強制起訴」及日本「付審判（準起訴）」制度而設。然德國強制起訴制度規定由邦高等法院管轄，如聲請有理由，則應為提起公訴之裁定，檢察官有義務執行強制起訴之裁定，故須提出起訴書向對應管轄之下級審法院提起公訴，並無控訴原則違反之問題（見德國刑事訴訟法第 172 條第 4 項、第 175 條）。日本立法例雖與我國同規定由地方法院合議庭管轄（見日本刑事訴訟法第 265 條第 1 項），但同時規定法官曾參與准予付審判裁定時，應自行迴避執行職務（見日本刑事訴訟法第 20 條第 7 款）。我國刑事訴訟法既參考德、日立法例而於 91 年 2 月 8 日修正公布增訂第 258 條之 1 至第 258 條之 4 等交付審判制度規定，復於 92 年 2 月 6 日修正第 258 條之 1，但並未同時修正第 17 條法官應自行迴避條文。倘係立法者有意為之，應見其特別說明與德、日立法例不同考量之意見，但相關立法說明均未敘及，應係疏漏。故總統府司法改革國是會議第三分組 106 年 5 月 24 日第一次增開會議決議，謂：為維持控訴原則、防止法院預斷、避免道德危險，應明定核准交付審判的法官與審理本案之法官須不同等語。司法院為避免交付審

判制度違反審檢分立、控訴原則等質疑，復已提出刑事訴訟法修正草案，並於 110 年 8 月 13 日發函立法院審議，將交付審判制度轉型為「准許提起自訴」，明定：參與准許提起自訴裁定之法官，不得參與其後自訴之審判（**草案第 258 條之 4 第 2 項**），以防止預斷。故無論自立法例之比較或我國目前之修法趨勢以觀，對於交付審判制度違反控訴原則、公平法院等憲法訴訟權規定均已有相當之共識。

讀家

## 九、111 年憲判字第 7 號【偵查中辯護人在場筆記權等之救濟案】

一、刑事訴訟法第 416 條第 1 項及其他規定，就檢察官依同法第 245 條第 2 項但書規定，禁止或限制辯護人於訊問時在場、筆記或陳述意見之處分，未賦予被告、犯罪嫌疑人或其辯護人享有向法院聲明不服、請求救濟之機會，於此範圍內，與有權利即有救濟之憲法原則不符，違反憲法第 16 條保障訴訟權之意旨。相關機關應於本判決公告之日起 2 年內，依本判決意旨修正刑事訴訟法，妥為規定。

二、於完成修法前，被告、犯罪嫌疑人或其辯護人，得準用刑事訴訟法第 416 條所定程序，就檢察官依同法第 245 條第 2 項但書規定，所為限制或禁止辯護人於訊問被告或犯罪嫌疑人時在場、筆記或陳述意見之處分，聲請所屬法院撤銷之。

就犯罪偵查程序而言，被告或犯罪嫌疑人受檢察官訊問時，其於不諳法律下，可能為不當或不利於己之陳述或未能及時為有利於己之主張，其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。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。【13】

本法第 245 條第 2 項規定：「被告或犯罪嫌疑人之辯護人，得於檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察訊問該被告或犯罪嫌疑人時在場，並得陳述意見。但有事實足認其在場有妨害國家機密或有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人或妨害他人名譽之虞，或其行為不當足以影響偵查秩序者，得限制或禁止之。」其前段部…（略）…如前所述，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。【16】

上開規定**但書部分**亦明定檢察官訊問被告或犯罪嫌疑人時，對被告、犯罪嫌疑人或其辯護人所應享有之偵查中辯護權，於一定要件下仍得予以限制或禁止，從而被告或犯罪嫌疑人憲法上之受辯護人有效協助與辯護之權利，即可能因此受到限制或剝奪。對此，現行本法並未設有相應之救濟途徑。影響所及，被告、犯罪嫌疑人或其辯護人對檢察官限制或禁止辯護人於訊問時在場、筆記或陳述意見之處分不服，認已侵害其憲法上受有效協助與辯護之權利，即無從循司法救濟程序，請求法院為有效之權利保護。就此而言，被告、犯罪嫌疑人或其辯護人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。……與有權利即有救濟之憲法原則不符，違反憲法第 16 條保障訴訟權之意旨。相關機關應於本判決公告之日起 2 年內，依本判決意旨修正本法妥為規定。於完成修法前，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，所為限制或禁止辯護人於訊問被告或犯罪嫌疑人時在場、筆記或陳述意見之處分，聲請所屬法院撤銷之。【17】

## 十、111 年憲判字第 16 號【司法警察（官）採尿取證案】

一、刑事訴訟法第 205 條之 2 規定：「檢察事務官、司法警察官或司法警察因調查犯罪情形及蒐集證據之必要，對於經拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告，得違反犯罪嫌疑人或被告之意思，……有相當理由認為採取……尿液……得作為犯罪之證據時，並得採取之。」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。

二、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。

維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，為自由民主憲政秩序之核心價值，基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，隱私權乃為保障個人生活私密領域免於他人侵擾及個人資料之自主控制，所不可或缺之基本權利；其中之個人自主控制個人資料之資訊隱私權，係為保障人民就其是否揭露其個人資料及揭露之對象、範圍、時間、方式等，享有自主決定權，並保障人民對其個人資料之使用，有知悉、控制權及資料記載錯誤之更正權（司法院釋字第 603 號解釋參照）；此外，人民免於身心受傷害之身體權，旨在確保個人對自我身心之完整有不受侵犯之權利，亦屬憲法第 22 條所保障之基本權利（司法院釋字第 689 號解釋及本庭 111 年憲判字第 1 號判決參照）。【8】

就採尿之方式觀之，違反受採尿者意思採取其尿液，其方式可大別為侵入性與非侵入性方式兩大類。侵入性方式之採尿，係由第三人以侵入身體之器具，強行採取受採尿者體內之尿液（例如將導尿器具插入人體內以強制導尿）。非侵入性方式之採尿，則係於受採尿者自行解尿後予以採集，其如屬違反受採尿者意思為之

者，具體實施方式，通常係受採尿者受制於採尿人員可得支配之實力範圍下，因採尿人員之要求，而自行喝水、走動以產生尿意，從而自行解尿、採集，最終由採尿人員取得定量之尿液。【11】

由於尿液蘊含足資辨識個人行為與生活方式之個人資訊，例如體內毒品濃度之閾值（濫用藥物尿液檢驗作業準則第 15 條規定參照），而屬個人資訊之載體，所採取之尿液亦得依法予以檢測，進而為後續之評價利用，因此尿液中所蘊含之個人資訊受有為第三人所知悉之危險，並使受採尿者喪失對其個人資訊之自主控制權，且尿液檢測結果又可作為相關犯罪之證據，因此，上述兩種違反受採尿者意思之採尿方式，就取得受採尿者之尿液作為犯罪之證據而言，其對受採尿者之資訊隱私權之侵害程度，雖無本質之不同，惟侵入性方式之採尿，因係以器具侵入受採尿者之身體私密部位以採集尿液，除令受採尿者裸露私密部位，嚴重侵害其等個人私密領域之隱私權外，更使受採尿者之身體受到實施採尿者之操控，且須忍受異物侵入體內，可能產生精神上屈辱感及心理創傷，致嚴重侵害受採尿者免於身心受傷害之身體權，甚至可能危害其身心健康。【12】→基本權侵害

縱憲法上允許於實現國家刑罰權之特別重要公益所必要範圍內，以侵入性方式採尿取證，然就其嚴重侵害受採尿者之基本權而言，授權受檢察官指揮（命令）或協助檢察官偵查犯罪之司法警察（官）（法院組織法第 66 條之 3、刑事訴訟法第 228 條至第 231 條規定參照），作為以侵入性方式採取尿液之強制處分主體，顯非合理、正當之程序規範。是系爭規定使司法警察（官），得違反受合法拘捕者（刑事訴訟法第 75 條、第 76 條、第 87 條、第 88 條及第 88 條之 1 規定參照）之意思採尿取證，如係以侵入性方式為之者，並不符憲法正當法律程序原則之要求。況由刑事訴訟法第 205 條之 2 規定中與採取尿液併列之其他取證標的，並不包含必須以侵入性方式採取之血液，可知，系爭規定所稱之採取尿液，解釋上應與同條文所定其他標的之採樣方式相當，限於以非侵入性方式為之者。再者，對照同屬涉及身體採樣取證，但其實施須經審判長、受命法官或檢察官許可之刑事訴訟法第 205 條之 1 規定，其明文列舉之取證標的，除排泄物（解釋上自應包含尿液）外，尚包括血液，而血液之採樣勢必須以侵入性方式為之。因此，系爭規定所規範之採取尿液行為，應不包含以侵入性之手段為之者，其係就非侵入性方

式採取尿液而為規範。【13】→第 205 條之 2 不包含侵入性導尿

惟考量人體尿液檢體，雖亦蘊含體內毒品濃度之閾值等個人資訊，因而亦受憲法資訊隱私權之保障，但人體尿液並不如血液般蘊含大量個人生物特徵識別資料，其對受採尿者憲法上資訊隱私權之侵害程度，實不若強制採檢血液之情形；且以非侵入性方式違反受採尿者意思採尿，對受採尿者之免於身心受傷害之身體權造成限制，其嚴重程度實遠不及以侵入性方式所為者。再者，檢察官主要任務係在犯罪之偵查及公訴權之行使，犯罪證據之蒐集為其中不可或缺之一環，因此檢察官依法有指揮司法警察（官）偵查犯罪之權（刑事訴訟法第 230 條第 1 項及第 231 條第 1 項規定參照），而司法警察（官）就犯罪調查之情形並應主動或應要求報告該管檢察官（刑事訴訟法第 228 條第 2 項、第 230 條第 2 項、第 231 條第 2 項及第 231 條之 1 規定參照）。是賦予檢察官以非侵入性且對受採尿者身體健康無虞方式之採尿取證權限，就個案具體情狀，決定是否違反受採尿者之意思採尿取證，尚符合憲法正當法律程序原則之要求。【17】→違背意願的非侵入性取尿須由檢察官決定

司法警察（官）為調查犯罪及蒐集證據，對受合法拘捕者，有違反其等意思採取尿液作為犯罪證據之必要，固得於受合法拘捕者之人身自由已受合法留置之限制下，經事前報請檢察官發動職權，核發鑑定許可書（刑事訴訟法第 205 條之 1 規定參照），以非侵入性且對受合法拘捕者身體健康無虞之方式採尿取證。惟權衡國家刑罰權之實現、犯罪訴追對個案法益之保護、司法警察（官）於犯罪偵查程序之地位及職權（刑事訴訟法第 229 條至第 231 條規定參照），亦非不得視採尿取證對受採尿者如上述之基本權侵害情形，暨情況急迫程度等因素，例外授權司法警察（官）於調查犯罪及蒐集證據而干預基本權之必要範圍內，違反受合法拘捕者意思，以非侵入性且對其等身體健康無虞之方式，採尿取證；但於採取尿液後，仍應有事後監督及權利救濟機制，以符合憲法正當法律程序原則之要求。【18】→非侵入性導尿原則上由檢察官開許可書，例外事後允許

其他文獻資料-林鈺雄，司法警察（官）之強制導尿處分及其救濟途徑-刑事訴訟法第 205 條之 2、第 416 條之合憲性問題，月旦實務選評，第 1 卷第 4 期，2021 年 10 月，頁 110-123

① 文章爭點討論

- Q1. 第 205 條之 2 是否授權司法警察（官）逕行發動強制導尿措施
- Q2. 第 416 條準抗告不包含司法警察（官）所為的干預處分，是否牴觸有權利即有救濟
- Q3. 強制導尿是否違反不自證己罪原則
- Q4. 第 205 條之 2 是否包含非侵入性之自然解尿
- Q5. 依照第 205 條之 2 取得之尿液樣本，是否限於本案證據用途，亦即偶然發現及個人資訊目的外使用的問題

② 強制導尿的基本權影響包含身體健康在內的身體完整性不受侵犯之權利，而若強制實施則附帶涉及短期性的人身自由拘束或限制，還有保障匿名及隱私的一般人格權，及資訊自我決定權。強制導尿可能造成人體身體上的痛苦性，插入部位的隱私性，及插管失誤時造成損害健康的潛在可能性，屬於比抽血檢測更為嚴重的干預處分，其發動門檻不應低於抽血檢測。

③ Q1：

就文義解釋而言或許可以包含強制導尿，惟第 205 條之 2 忽略比例原則的授權基礎，從干預深度的觀點而言，新法忽略各該干預之基本權的種類及輕重，以致穿刺性處分與照相處分是用相同的寬鬆授權，難以從受干預基本權之重要性及比例原則來合理解釋。另外，新法容許司法警察（官）得違反受拘捕犯罪嫌疑人之意思而強制導尿，而不用醫生。

從體系解釋而言，立法規定自身評價矛盾，蓋干預通常比採尿更低的搜索處分採取較嚴格的法官保留原則，而有價值失衡。且我國法依照干預門檻高低區分成第 205 條之 1 與第 205 條之 2，前者是高門檻、後者是低門檻的立法授權規定，且立法者有意將所有穿刺性處分或侵犯性處分納入前者，包含抽

血處分，因此後者並無抽血或類似的處分，強制導尿是比抽血更為嚴重的干預處分，則在第 205 條之 2 無抽血處分下，自然應否定包含強制導尿。

**依照合憲性解釋，本於釋字第 443 號解釋層級化法律保留，並比照抽血處分的規範，應認為強制導尿不得訴諸於第 205 條之 2。**綜上，不論是警察自己或委由專業機構，第 205 條之 2 均不得成為警方強制導尿的依據。且我國欠缺一般性的無損健康原則之限制、醫事人員執行及遵循醫事法則等基本原則，亦應一併納入修法。

④Q2：

**應類推適用第 416 條準抗告**的規定，否則有違反有權利即有救濟之虞，且在強制處分部分，在採行法官保留原則下，縱使承認急迫例外，亦有事後的監督管道，以便控制強制處分合法性，而我國在附帶搜索、同意搜索下不僅欠缺事後救濟管道，亦欠缺事後監督規範。

⑤Q3：

此涉及到不自證己罪原則的射程範圍，包含「主動基準」與「供述基準」的主張。不過由於強制導尿對於被告而言僅是課予消極忍受義務，且不涉及被告意思表示，因此不違反不自證己罪原則，反而是需被告配合才能完成的「聲調或吐氣」採集措施，才有違反不自證己罪原則的問題。

⑥Q4：

第 205 條之 2 授權採尿，在所有採尿措施中，又以自然解尿干預最輕微且最無損健康，從比例原則及無損健康原則來看，系爭規定不但不禁止自然解尿之採尿措施，反而應該正是授權這種採尿手段。

## ⑦Q5：

針對基於 A 案進行採尿，卻偶然發現被告涉及 B 案部分，此「**偶然發現**」**猶如另案扣押**，只要國家不是蓄意的偶然發現，因合法發動之干預處分而偶然發現的另案證據，原則上不在禁止使用之列，蓋不可能期待國案的犯罪證據視而不見。但對於偶然發現，我國僅就另案扣押有所規範，亦無如德國刑訴法的個資目的外使用的一般性規定，因此**有關機關應增訂相關規定**。

讀家

## 十一、最高法院 110 年度台上字第 4549 號判決【M 化車】

維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，乃自由民主憲政秩序之核心價值，亦為我國憲法保障基本權之精神所在。基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於他人侵擾及個人資料之自主控制，**隱私權為人民不可或缺之基本權利，而受憲法第 22 條所保障。其中就自主控制個人資料之資訊自主權而言，乃保障人民決定是否揭露其個資，及在何種範圍內、於何時、以何種方式、向何人揭露等決定權，並保障其對個人資料之使用有知悉與控制權，而不受干擾。**故隱私權及資訊自主權均為憲法第 22 條所保障之人民基本權利，此觀司法院釋字第 603 號及第 689 號解釋理由意旨自明。惟憲法對前述基本權利之保障並非絕對而無例外，在符合憲法第 23 條規定意旨範圍，仍非不得對前揭隱私權及資訊自主權加以適當之**限制，惟必須以法律或法律授權明確規定之方式為之，始符合法律保留原則。是國家行使公權力，基於公共利益而例外有干預人民前述自由權利之必要者，應以法律明確規定，始無違反憲法第 23 條法律保留原則之誡命**，以合於法治國標準，而符合憲法保障人民基本權利之旨趣。→**隱私權、資訊自主權、法律保留原則**

本件警方依內政部警政署刑事警察局訂定之「**執行 M 化定位勤務作業流程**」，使用「M 化偵查網路系統」（下稱「M 化車」）蒐證過程，係藉由「M 化車」利用行動電話為確保手機（即行動電話，下同）用戶享有之電信服務在移動過程不被中斷，因此插入門號卡片之手機開機後，無論處於通訊中、上網時或待機狀態，即自動搜尋並持續向其所在位置附近所屬電信業者基地台註冊，而傳輸該手機本身全球獨一無二之專屬序號（即 International Mobile Equipment Identity，中文譯為國際行動設備識別碼，簡稱 IMEI）及該手機使用門號即 SIM 卡之全球專屬識別碼（即 International Mobile Subscriber Identity，中文譯為國際行動用戶識別碼，簡稱 IMSI）等通訊設備間自動連結之技術原理，透過「M 化車」裝設之載收器偽裝成基地台（即偽基地台），發出比附近電信業者基地台更強之訊號，藉此令在其發射功率區域內所有手機均誤認其為真實基地台而向其註冊，而截取該區域內手機之 IMEI 及 IMSI 等識別碼資料，經比對得知目標對象之手機識別碼後，除可

向電信業者調取該識別碼之通訊使用者資料及所屬門號外，並可藉由系統與目標手機連結訊號之強弱，即時定位該手機位置。而隨著科技日新月異，手機之普及與便利已快速改變人類生活習慣，使其成為現代人與外界互動之重要媒介，廣泛形成手機如同其使用者之貼身物品，導致使用「M 化車」截取特定手機 IMEI 及 IMSI 及位置等資訊，可即時鎖定該手機位置及持續定位追蹤，而據以研判獲悉該手機使用者之位置而持續追蹤其行跡。→M 化車運作介紹

警方使用「M 化車」蒐證取得手機 IMEI、IMSI 及位置等資訊，並非手機使用者因通訊附隨產生之資料，而係手機與「M 化車」等科技設備間自動連結傳輸之技術訊號，該資訊均不具有人際間表達或交換意見等通訊應有之特徵，亦無從藉此推斷該手機使用者與他人之通訊情形或二者之關係，故警方使用「M 化車」蒐證取得手機識別碼及位置等資料，並非秘密通訊自由保障之範疇。惟「M 化車」所截收之 IMEI 及 IMSI 等識別碼，如同手機及門號 SIM 卡之身分證號碼，因電信業者有通訊使用者（即行動電話門號之申辦人）之資料，電信業者在行動通訊網路中即藉由該識別碼辨識通訊使用者之身分。而警方取得手機識別碼，既可依規定向電信業者調取該識別碼之電信門號及使用者資料，亦可藉由「M 化車」系統與該手機連結訊號之強弱而偵測該手機位置資訊，進而探知手機使用者所在位置，故「M 化車」所取得之手機識別碼及位置資訊，均係可連結辨識與該手機使用者相關個人資料之中介資訊，而屬憲法第 22 條所保障隱私權及資訊自主權之範圍。又在現代生活中，手機雖已成為現代多數人不可或缺之一部，而廣泛形成持有手機之人與該手機緊密相隨，即所謂「機不離身」之現象，以及手機持用人必須向電信業者提供其個人資料，以取得電信業者所提供之電信服務。惟依一般社會通念，實難想見任何持用手机者，僅因手機具有自動搜尋聯繫臨近基地台等傳輸功能之科技原理，及他人有利用此原理以虛設之基地台誘使該手機向該偽基地台註冊之情形，即可謂手機使用者自願或同意向他人揭露其手機識別碼及所處位置等私密資訊，進而謂其對生活私密領域、具私密性個人資料之隱私及自主控制等憲法所保障之隱私權及資訊自主權均欠缺合理期待。蓋手機持有者無論身處何處，未必願意他人利用科技方法任意取得其手機資訊內容，對其緊密追蹤，而窺知其所在位置。因此，手機持用人對其生活私密領域及資訊自主權，自仍享有免於受他人使用科技設備非法掌握之合理隱私期待。→所涉基本權

偵查機關使用「M 化車」在目標對象即手機持用人不知情下，秘密截取手機識別碼及位置資料，而對目標對象之手機進行定位追蹤之偵查作為，在操作上並無時間限制，且定位追蹤範圍，亦不因目標對象身處私人住宅或公開場域而有區別。偵查機關上開秘密蒐集、處理及利用人民私密資料之偵查手段，已干預人民隱私權及資料自主權，使人民之行蹤澈底暴露在國家公權力之監控下而無所遁形，洵至將使人民對自我行為設限，而壓縮其依內心意思決定如何行為之空間，影響其人格發展之完整與自由。故偵查機關不受時空限制，以「M 化車」之截收器偽裝成基地台，在目標對象不知情下，秘密蒐集、處理截取目標對象手機之識別碼，再利用該等資料，以「M 化車」定位系統精確定位手機位置資訊，無論手機使用者身居何處，偵查機關均能持續定位追蹤而精準掌握其所在位置之偵查作為，顯已侵犯一般人不欲被追蹤窺探之需求及隱私之合理期待，而屬對手機使用者之生活私密領域及資訊自主權造成一定程度干預之強制偵查作為。又縱令警方關閉「M 化車」相關系統而停止操作後，即自動清除「M 化車」截收器截取訊號範圍內之所有手機識別碼，惟該科技偵查作為，對非目標對象之其他手機持用人之資訊自主權亦已造成附帶干預之不良效應。→基本權干預

國家對人民自由權利（包括隱私權及資訊自主權）等基本權，在符合憲法第 23 條規定範圍內，雖非不得以法律加以適當限制。惟我國現行刑事訴訟法第 228 條第 1 項、第 230 條第 2 項、第 231 條第 2 項僅係對檢察官、司法警察官及司法警察發動偵查或調查為抽象之誡命規定。警察職權行使法第 11 條第 1 項則係基於防止犯罪之目的而規範警察對無隱私或秘密期待之行為蒐集資料，屬行政警察作用，並非調查犯罪所實施偵查處分之司法警察作用，前揭規定均不得援為「M 化車」強制偵查作為之法律依據。而通訊保障及監察法（下稱通保法）之立法目的雖係保障人民秘密通訊自由及隱私權不受非法侵害，惟該法僅係授權對於通訊雙方相互溝通傳達之符號、文字、影像、聲音或其他信息等具有意思表示之通訊內容及通訊附隨產生之資料等通訊隱私權之干預。而「M 化車」所截取之識別碼及位置資料，均係手機與「M 化車」設備間自動連結傳輸之科技訊號，並非人際間之通訊內容，亦非通訊附隨產生之位置資料，且係「M 化車」以偽基地台方式，介入手機與電信業者基地台之聯繫，而取得手機識別碼及位置等資料，並非向電信業者取得手機之通訊附隨位置資料，通保法自不能引為「M 化車」偵查作為之

法律授權依據。另個人資料保護法第 15 條第 1 款僅係對公務機關蒐集及處理個人資料為應符合特定目的及執行法定職務必要範圍之抽象性規定，對於資料蒐集及處理之期間、方式及要件等必要程序事項均欠缺具體明確規定，亦不能作為「M 化車」定位追蹤之授權規範。又刑事訴訟法所規定之搜索，係物理性侵入有形空間或侵害受搜索人財產權而對其身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所進行蒐證，以保全已存在之證據資料，而避免該資料遭隱匿或湮滅之危險。因此其所謂電磁紀錄，係指已儲存在電子載體內或網路雲端空間之數位資料而言，且搜索之執行，法律賦予受搜索人在場權，亦非以秘密方式為之。而「M 化車」科技偵查，則在目標對象不知情下，秘密截取其所持用手機現在即時及未來自動傳輸訊號之情形，並不符合現行法搜索規定之要件，因此雖均基於蒐證之目的而為，然二者之概念、方法及本質均不相同。→干預正當化事由

至於內政部警政署刑事警察局雖已訂定「執行 M 化定位勤務作業流程」，作為執行操作之依據，惟該規定並非經立法機關授權所訂定，非屬法律層次之規定，亦不得作為本件「M 化車」強制偵查作為之法律授權基礎。是本件警方依該作業流程使用「M 化車」之強制偵查作為，欠缺法律授權基礎，違反法律保留原則，尚難謂適法。→違反法律保留原則

## 十二、國民法官法專題

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法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。

惟國民法官的 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。

### 十三、驗真程序與最佳證據法則專題

#### (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>9</sup>→**一致性、無痕性**

#### (二) 原件與複製品定義<sup>10</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>9</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>10</sup> 同前註，頁 91

具備證據能力之必要條件<sup>11</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>12</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>13</sup>。

#### （四）最佳證據法則<sup>14</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>11</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>12</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>13</sup> 同前註，頁146、148

<sup>14</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>15</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>15</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>16</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>16</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>17</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>17</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 110 年度的判決雖然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，則仰賴下述最佳證據法則處理**，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。

#### （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>18</sup>

<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 95

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。在此意義下，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」，而是與原件具有真實性與同一性的證據資料。如此一來，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，才能集中在檢驗「提出之證據資料是否確實與其原件的『內容』無差異」的真正爭點上，並在必要時透過數位鑑識等方式，解決實務上處理數位證據的難題。<sup>19</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

十四、王士帆，德國聯邦最高法院刑事判決 BGHSt 44, 129 – 神棍線民 –，司法周刊，第 2125 期，2022 年 9 月 30 日，第 2-4 版

### 1. 案例事實

被告 C 涉犯殺人罪，被法院裁定羈押。和警方有 7 年合作經驗的線民 S，因毒品案件被收押在 C 的同一房舍。S 終日向 C 佯稱是算命師，可占卜未來且法力無邊，能影響法官判決輕刑或無罪。S 某天謊稱若想催動法力，需主持神秘儀式，要被告在過程中毫無保留揭露犯罪事實並書寫下來，而且儀式一開，若 C 反悔，會遭神明復仇。S 總共進行 8 至 10 次神秘儀式，每次均強迫 C 吸食來源不明的麻醉藥品，使 C 產生幻覺及感官錯亂，C 果然向 S 口頭自白並寫成書面。S 裝神弄鬼得逞後，先聯繫警方邀功；對於 S 的神棍招數誘騙他人自白，警方早就司空見慣。S 後來在偵查程序以證人身分應訊轉述 C 自白，法院最終以 S 之偵訊筆錄證詞作為判決 C 有罪之證據。

### 2. 我國相關實務見解（最高法院 110 年度台上字第 3858 號判決）

所謂之「線民（V-Mann）」，係指不具國家追訴機關身分之「私人」，隱藏其與偵查機關之合作約定，從旁協助偵查機關達成追訴目的之私人。又依線民與偵查機關合作關係屬固定或個案模式，區分為「臥底線民」與「一般線民」，臥底線民與追訴機關有較為計畫性、長期性之合作關係；一般線民與追訴機關之合作則僅止於個案關係。

至線民所為之偵查作為如何評價？何種行為構成基本權干預（傳統稱為強制處分，惟概念上不合時宜，現代學說多已揚棄，而以「刑事訴訟之基本權干預」替代），並應受憲法基本權干預體系及刑事訴訟上取證規範之拘束？應受下列三階段審查：**國家性、基本權干預性、干預之正當化事由。**

(1)、《**線民國家性**》之判斷，在於線民行為可否歸責於國家，亦即可否計入國家追訴活動之一環？倘追訴機關（通常為警方）處於優勢支配關係，委託、指示、甚且監控線民從事特定之取證活動，對線民所為具有實力支配關係，線民已然取得國家機關手足延伸之地位時，應認線民該特定取證行為具有國家性，屬於國家偵查行為之一環。

(2)、《**基本權干預性**》之判斷，即線民實際從事之活動是否構成基本權之干預？倘肯認屬於基本權之干預，則應受相關取證規範之拘束。例如，憲法保障秘密通訊自由之基本權，於刑事訴訟領域訂有通訊保障及監察法，明訂追訴機關實施通訊監察（基本權干預）之授權依據及限制，縱使線民受警方之委託而於私人住宅裝置監視器材，與警方所為並無不同，仍然構成基本權之干預。

(3)、《**干預之正當化事由**》判斷，在此應審查線民所為之活動形式上是否有法律授權依據以及實質上是否合乎比例原則？倘若欠缺正當化事由，其取證所涉之基本權干預即非合法。又線民所為活動，倘公法上不具合法授權之正當化事由，該活動另涉及刑事違法者，於刑法之犯罪評價亦不能主張阻卻違法事由。

### 3. 德國聯邦最高法院判決

(1) 假如戲精 S 恰巧是警察，偵查機關為了取得自白，策略性安插 S 喬裝成在押被告的虛偽牢友，本案應直接依違反禁止不正訊問規定，宣告自白應予證據使用禁止即可（刑事訴訟法第 98 條、第 156 條及第 100 條之 2）。相反的，如果 S 是自發性誘騙自白，只能循私人取證脈絡，探討自主性證據使用禁止。中間情境是線民國家性，這是指國家委託線民秘密從事取證活動，國家對該線民具有實力支配關係，則線民是國家手足延伸，應認具有國家性，以防止國家透過線民規避法律。

(2) 私人不正訊問行為的國家性，「不但可來自於偵查機關與私人間之共同合作，也可從私人在何種情況取得被告自白而建立可歸責性。本案尤要考量取得自白情況的歸責性，因為證人 S 正是利用被告處於羈押之特殊條件下進

行探話」。雖然警方沒有對 S 直接指示，但從 S 利用被告在押這種情況，仍可考慮建立線民國家性。

- (3) S 對於在押被告的探話手法，一旦為偵查機關知悉，基於維護法治國聲譽，偵查機關即有義務阻止線民對被告打探自白。理由是：「**被羈押人必須為了刑事司法正常運作之利益，忍受對其身心自由之限制時，國家即負有相應之保護義務，防止被羈押人身體完整性與行為自我決定之自由受到重大侵犯，因為被羈押人處於羈押狀態，對前述重大侵犯僅能有限迴避，此不同於自由生活時可就社交關係自行選擇。共同受囚禁人對犯罪嫌疑人打探過程倘構成重大侵犯，甚或成立犯罪，假如國家機關已知情或依義務執行任務時應知悉卻未知悉，不論何者，只要國家機關未踐行上述保護義務，線民行為便可歸責於國家機關。**」

## 十五、111 年憲判字第 3 號【被告之辯護人對羈押裁定抗告案】

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。」整體觀察，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，被告之辯護人對於法院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，始與憲法第 8 條保障人身自由及第 16 條保障訴訟權意旨無違。

受羈押被告因與外界隔離，蒐集相關有利法令資訊以撰寫抗告書狀尋求救濟尤為不易，致其行使防禦權諸多困難，自我辯護功能幾近喪失；更因羈押裁定之法定抗告期間僅有 5 日，稍縱即逝。受羈押被告於此極為不利之情境下，唯有倚賴具法律專業知識之律師擔任辯護人為其提供及時有效之協助，例如獲知卷證資訊、提起救濟等，始能有效行使其防禦權，並確保法院裁定羈押之慎重性與最後手段性。【12】

至就抗告權人而言，系爭規定一（指同法第 403 條）僅就受裁定者，區分為當事人與證人、鑑定人、通譯及其他非當事人而為規定，並未就被告之辯護人設有排除性之特別規定，為使辯護人協助被告有效行使防禦權，被告之辯護人自得依系爭規定二（指同法第 419 條），準用同法第 3 編第 1 章第 346 條之規定，為被告之利益而抗告，始符憲法保障人民訴訟權之意旨。【16】

綜上，系爭規定一僅就當事人與證人、鑑定人、通譯及其他非當事人受裁定者，得對於法院所為得抗告之裁定提起抗告而為規定，並未就被告之辯護人設有排除性之特別規定，系爭規定一及二整體觀察，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。為有效保障被告之訴訟權，被告之辯護人對於法院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，始與憲法第 8 條保障人身自由及第 16 條保障訴訟權之意旨無違。【17】

其他文獻資料-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

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。而憲法法庭採肯定說，主要是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」，訴諸與憲法連結的論據，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>20</sup>
2. 辯護人雖然可以提起抗告，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上訴之代理性質，辯護人「應以被告名義」為之。若辯護人以自己名義為之，實務見解認為此不合法上訴無法命補正，但學說認為此有為法院的「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，如未先命補正，即認其上訴不合法者，應予依法救濟。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>21</sup>
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

<sup>20</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>21</sup> 同前註，頁 118-119

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>22</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>23</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。

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定與配偶（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>24</sup>

<sup>22</sup> 同前註，頁 120-121

<sup>23</sup> 以下整理自同前註，頁 121-122

<sup>24</sup> 同前註，頁 123