

## 數位證據之重要爭點與命題趨勢

編目 | 刑事訴訟法

主筆人 | 黎律師

壹、數位證據之證據能力<sup>1</sup>

## 一、數位證據之法律規範

現行刑事訴訟法基本上不存在有效規範，蓋刑事訴訟法第 156 條之 1 第 2 項，並無法處理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。

## 二、最佳證據法則

◇ 美國聯邦證據規則說明<sup>2</sup>

聯邦證據規則第 1001 條(d)項規定：所謂「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。

所謂的「複製品」，依據聯邦證據規則第 1001 條(e)項的定義，則是指以機械、照相、化學、電子或其他的科技方法，「準確重製」(accurately reproduce)原件的文本。

第 1002 條承繼了英美法上最佳證據法則的傳統概念，規定：除法律另有規定外，書寫、錄製品或照片均只有在「以其內容為證」(prove its content)時，才需要使用其原件。

第 1003 條則說明了原件和複製品的關係，並闡明兩者的使用時機。其規範為：原則上，複製品與其原件，有相同程度的證據資格(admissible to the same extent)。例外的情況，則是當原件的真實性受到質疑，或是依具體情況，允許使用複製品會造成不公平時，才要求使用原件。

(一) 英美普通法中的最佳證據原則，僅適用於「文書證據」。亦即僅在欲以文書的「內容」作為證據時，始有最佳證據原則之適用，要求必須提出該文書之「原件」，而不能逕以抄本、或據稱閱讀過該文書之人轉述其內容的方式，來證明該文書的內容為何。

<sup>1</sup> 蘇凱平，論數位證據的「替代品」之證據能力，月旦裁判時報第 106 期，2021 年 4 月，頁 50-59；蘇凱平，論數位證據之原件、複製品與最佳證據法則，月旦法學雜誌第 311 期，2021 年 4 月，頁 71-96；蘇凱平，數位證據在刑事訴訟中的性質與應用，月旦裁判時報第 93 期，2020 年 3 月，頁 61-69。

<sup>2</sup> 蘇凱平，論數位證據之原件、複製品與最佳證據法則，月旦法學雜誌第 311 期，2021 年 4 月，頁 91-93。

- (二) 在當代的美國聯邦證據規則中，則因為科技的進步，將最佳證據原則的適用範圍從「文書證據」擴張到了「錄音」和「照片」。即如聯邦證據規則第 1002 條之規定：「除本規則或聯邦法律另有規定外，文書、錄音或照片內容之證明，應以其原件為之。」但也同樣因為科技的進步，考慮到證據資料的複製品有可能重製出與原件完全相同的內容，因此聯邦證據規則第 1001 條(e)項與第 1003 條進一步規定：證據之複製品，只要是以機械、照相、化學、電子或其他的科技方法，「準確重製」原件者，原則上即與原件有相同的證據能力。除非當證據的真實性受到質疑，或是依具體情況，允許使用複製品會造成不公平時，才例外要求使用原件。

### 三、實務判決

◇ 最高法院 107 年度台上字第 3724 號刑事判決（指標判決）

我國社會隨著電腦資訊及網際網路科技之快速發展，利用電腦、網路犯罪已屬常態，而對此形態之犯罪，相關數位證據之蒐集、處理及如何因應，已屬重要課題。一般而言，**數位證據具無限複製性、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、內容非屬人類感官可直接理解（即須透過電腦設備呈現內容）**。因有上開特性，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，惟複製過程仍屬人為操作，且因複製之無差異性與無痕跡性，不能免於作偽、變造，**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（即通過「證據使用禁止」之要求），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。至於能否藉由該複製品，證明確有與其具備同一性之原件存在，並作為被告有無犯罪事實之判斷依據，則屬證據證明力之問題。本案行車紀錄器 SD 卡之數位錄音影檔案，須利用電腦或手機等數位設備之影音軟體播放，屬前述之數位證據，如將之轉錄至電腦、光碟、隨身碟或者上傳至雲端硬碟再由此下載之檔案等，即屬該原始數位證據之複製品。

◇ 最高法院 109 年度台上字第 1478 號刑事判決

又刑事審判上，有所謂「**最佳證據原則**」，指法院應盡量以原本、直接的原始證據，取代以派生、間接的替代證據調查證據。例如，對扣案兇刀，應盡量將之視為物證，以提示命辨識等方式，取代以書證之扣押物品目錄表方式調查。最佳證據原則之目的，在於法官得以直接檢視原始證據以形成心證、保障當事人清楚知悉證據內容，及確保證據得直接呈現其本質（例如文件之影本原則上均係忠實呈現原本內容此一本質；然槍枝之

重量為何，則無法由槍枝照片忠實呈現該本質)。從而，在不違反該等目的，即法官縱使僅調查替代證據，亦不影響心證之形成、該替代證據之真實性已獲確保而不影響當事人權益，及該替代證據係忠實呈現原始證據之狀態等前提下，以替代證據取代原始證據調查，並無違法。

★ 蘇凱平老師：

最高法院 109 年度台上字第 1478 號判決中對於「最佳證據原則」的闡述，恐怕是誤將英美法上的「最佳證據原則」與「直接審理原則」、尤其是其內涵之一的「實質直接性」概念混淆的結果。

該判決中所強調者，其實都與英美法中的最佳證據原則無關，而與實質直接性概念強調「禁止法院轉換證據方法而使用『證據的替代品』，亦即原則上禁止法院以派生的、間接的證據方法來替代原始的、直接的證據方法」相符；特別是判決中稱：「1.法官須直接檢視證據(直接審理主義)。2.保障當事人清楚知悉證據內容(當事人防禦權保障)。3.確保替代證據不影響原始證據之本質(符合真實性與正確性)。」等語，更清楚的連結到了直接審理原則和實質直接性的概念。<sup>3</sup>

#### 四、判決重點

- (一) 數位證據具有 5 項基本性質：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、內容非屬人類感官可直接理解(須透過電腦設備呈現內容)。
- (二) 由於具有「無限複製性」、「複製無差異性」這兩項特性，數位證據之複製品與原件的內容可以完全相同，因此得有「相同之效果」。
- (三) 由於具有「增刪修改具無痕跡性」、「製作人具不易確定性」這兩項特性，數位證據不能免於作偽、變造，因此原則上應提出數位證據的「原件」供法院調查。欲以之證明某待證事項，須提出原件供調查。
- (四) 例外得使用複製品為證據的情況有三種：
  - 1、當事人不爭執。
  - 2、與原件核對證明相符。
  - 3、原件滅失或提出困難時，法院應審查證據取得過程是否合法，並且勘驗或鑑定複製品，若未經偽變造，即有證據能力。

<sup>3</sup> 蘇凱平，論數位證據的「替代品」之證據能力，月旦裁判時報第 106 期，2021 年 4 月，頁 54-55。

## 五、判決評析

- (一) 指標性判決(最高法院 107 年度台上字第 3724 號刑事判決)在處理數位證據時,確實是以最佳證據法則為本。因為不管是原件和複製品的區分、認為兩者間「具真實性及同一性,有相同之效果」、複製品可能比原件受到更多的挑戰等,指標性判決的觀點,都和最佳證據法則相符。
- (二) 因此蘇凱平老師認為,美國聯邦證據規則第 1001 至 1003 條,對於傳統最佳證據法則的承繼和因可完美準確複製文本的科技出現,而對該法則進行的修正,應可供我國立法和實務運作參考,以銜接、補充最高法院指標性判決中的數位證據內涵。
- (三) 最佳證據法則並未要求「以提出原件為原則」。蓋認為只有原件才是「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。20 世紀以來的最佳證據法則,是一種「解放之法則」,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。指標性判決「原則上欲以之證明某待證事項,須提出原件供調查」的觀點,可能是出於對最佳證據法則的誤解。無論在理論或實務運作上,均應揚棄此種觀點,回歸最高法院指標性判決所稱的「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」,此處所謂的「有相同之效果」,即是指「與原件有相同內容的複製品,與原件有相同的證據能力」而言。至於認為複製品與原件應具有相同證據能力的基礎,正在於數位證據可以準確無誤複製文本的技術。

## 六、小結

- (一) 基於數位證據上述的科技特性,在以數位證據之「內容」為證據的情況,只要能夠確定當事人所提出之數位證據資料的「內容」,確實與其所欲證明存在的內容相同,則在此前提下,法院與當事人無須先經過複雜的「原始證據」或「替代證據」論證過程,始得判定系爭數位證據資料的證據能力。
- (二) 換言之,在「以數位證據之『內容』為證據」和「數位證據之複製品確實『準確複製』了原件之內容」此二要件具備的情況下,應認為數位證據的「原件」和「複製品」原則上具有相同的證據能力。美國聯邦證據規則第 1001 條、第 1002 條與第 1003 條之規定,可供法院實務運作和未來立法參考。
- (三) 至於數位證據的複製品是不是準確複製了原件的內容,則屬於「事實」探究的問題,有時甚至必須運用數位鑑識的鑑定方法來確定事實為何,並不是應採取何種證據法則來判斷的「法律」議題。
- (四) 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。

#### ◇ 最高法院 110 台上 3726 決

為保障被告之反對詰問權，並符合直接審理主義之要求，若提出被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，作為證據以證明其所敘述之事項為真實者，該項陳述應屬傳聞證據，原則上並無證據能力（刑事訴訟法第 159 條參照），僅於符合傳聞法則之例外規定時，方有證據能力（同法第 159 條之 1 至 5 參照）。惟該項陳述倘非用於證明其所敘述之事項為真實，而係在證明其他事實或法律效果者，即非傳聞證據，無傳聞法則之適用。又關於文書複本的證據能力，參諸美國法「最佳證據原則」，為證明文書的內容，始須提出文書之原本。且以機械、照相、化學、電子或其他的科技方法，準確重製原本之文書複本，除原本之真正已引起真正與否之問題，或容許複本代替原本有不公平之情況外，複本與原本 2 有相同的證據資格（美國聯邦證據法第 1001 條(e)、第 1002 條、第 1003 條參照）。是當事人雖未提出文書原本供法院調查，然所提文書複本倘非以文書的內容作為證據，復無不法取得、人為竄改及重製失真之情形，該複本原則上與原本具有相同的證據能力。

## 貳、數位證據之驗真<sup>4</sup>

### 一、案例

甲在汽車上與乙討論合作事宜。兩人觀點分歧，逐漸發展為爭吵，雙方不歡而散。事後甲認為乙曾言：「再不配合，我讓你不知道怎麼死！」等語，已經造成自己的安全顧慮，遂向警方報案，並將錄有兩人對話內容的行車記錄器提供給警方。案件經偵辦後，檢察官以恐嚇危害安全罪起訴乙。審判中，被告乙主張自己沒有說過類似的話，甲提供的行車記錄器中的檔案經過剪接或偽、變造，要求甲要先證明錄音內容真實，才可以作為證據。甲則反駁稱錄音檔案絕未經偽、變造，應該是乙要證明錄音檔案經過偽、變造，否則錄音應該可以作為證據。法院囑託法務部調查局鑑定錄音檔案是否經偽、變造，但調查局回覆表示「依現行技術難以鑑定」。請問法院應如何判斷該錄音檔案得否為證據？

### 二、爭點

數位證據之「真實性」應由誰舉證？法院又應如何判決？

<sup>4</sup> 蘇凱平，數位證據如何分辨真偽？如何舉證？，月旦法學教室第 233 期，2022 年 3 月，頁 20-23。

### 三、實務判決

#### ◇ 最高法院 110 台上 1954 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、製作人員不易確定性等特性，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。

### 四、判決評釋

- (一) 判決要求數位證據出證者以適當方式合理「釋明」系爭證據資料，是正確的，而其法理在於證據法即係所謂「驗真」之概念。蘇凱平教授認為，驗真目的，只是說服法院「所提出的數位證據，確實為我方所主張之同一數位證據」，達至「大致相信」的程度。只要能說服至此，即應認為系爭證據資料具有證據能力，得於經合法調查後作為法院判斷的依據。
- (二) 至於證據資料內容的真偽爭執，並不是出證者所應釋明的內容，而是應由事實的審判者衡量證據價值（證明力），與驗真處理的證據能力層次議題無關。
- (三) 由此可知，上開判決一方面稱出證者只需要「釋明」，另一方面卻稱要「達證據優勢之程度」的矛盾見解，實乃混淆了「要求出證者釋明，以進行同一性驗真」和「要求雙方當事人對於通過驗真的證據充分舉證，以決定其證明力」的結果，蘇凱平教授認為前開判決此部分之論述並不正確。

### 五、小結

- (一) 蘇凱平教授認為，法院在面對錄音檔案真實性的爭執時，應先命檢察官釋明該錄音檔案之同一性，以進行驗真。例如：檢察官可以釋明，該檔案乃存在於行車紀錄器內存硬碟，一般技術難以輕易取出或修改其內容；或該檔案的記錄時間連續不中斷，且與被告承認發生對話的時間地點相符；或該行車記錄器在犯行發生後不久交給警方保管等。
- (二) 釋明這些項目的目的，不是要證明或說服法官該錄音檔未經偽造變造，而是要驗真「檢察官所提出的檔案，確實是錄有系爭車上對話的檔案」，也就是同一性的問題。檢察官若能使法院「大致相信」是同一檔案，該檔案即應認為有證據能力，是可以在審判中進行調查之證據。至於該錄音檔案是否經過偽變造，也就是證據內容之實質真實性的

爭執，則應在審判中由雙方當事人互相舉證，各自說服法院己方所持的論點更為合理，由法院據此判斷系爭數位證據之證明力。

- (三) 因此，法院在驗真的層次，需要判斷的不是「數位證據是否經過偽變造」，而是「雙方當事人是否善盡其舉證責任」。前者是科學問題，法院不是適格的判斷者；後者是證據法問題，法院正是適格且具有專業能力的判斷者。

## 六、實務最新見解

### ◇ 最高法院 111 台上 1021 決

「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）。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。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。

【本文影音版精彩內容請看高點影音線上學習】

 YouTube



高點影音線上學習

