

專題研究

數位證據

壹、數位證據之證據能力[150]

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



概念補充

美國聯邦證據規則說明[151]

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，

150 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。

151 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。

高點文化publish.get.com.tw
版權所有・翻印必究

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。**

㈠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」作爲證據時，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爲何。

㈡在當代的美國聯邦證據規則中，則因爲科技的進步，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台上3724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

高點文化publish.get.com.tw
版權所有・翻印必究

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台上1478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。

高點文化publish.get.com.tw
版權所有・翻印必究

★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。[152]

四、判決重點

㈠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）。

㈡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」。

㈢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僞、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。

㈣例外得使用複製品爲證據的情況有三種

*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，若未經僞變造，即有證據能力。

---

152 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。

高點文化publish.get.com.tw
版權所有・翻印必究

五、判決評析

㈠指標性判決（最高法院107台上3724決）在處理數位證據時，確實是以最佳證據法則爲本。因爲不管是原件和複製品的區分、認爲兩者間「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。

㈡因此蘇凱平老師認爲，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。

㈢最佳證據法則並未要求「以提出原件爲原則」。**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，並不要求以原件爲優先之證據，而是認爲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

㈠基於數位證據上述的科技特性，在以數位證據之「內容」爲證據的情況，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。

高點文化publish.get.com.tw
版權所有・翻印必究

㈡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。

㈢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。

㈣**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。

高點文化publish.get.com.tw
版權所有・翻印必究

考題研析

某銀行發生搶案、蒙面搶匪在逃亡途中死一人。警方判斷本案很可能是甲所犯，且有線報指出甲正在接洽偷渡出境管道、警方遂立即前往甲家拘提甲。警方執行拘提時搜索甲之身體，起出一把手槍。甲在警方偵訊時矢口否認犯案，但對於自己在搶案發生時的行蹤交代不清。案件移送至地檢署，檢察官偵訊時，甲改口稱「在搶案發生當時，自己正與乙在外地約會，不可能犯下該起案件。之前不願意向警察提起此一不在場證明，是因爲不希望拖累有配偶的乙。」檢察官傳喚乙作證，乙證稱甲所言屬實。

數日後，地檢署收到一個信封，指明給偵辦本案的檢察官。信封內有一個隨身碟，裡面僅有一個影像檔，點開來看是乙錄製的自拍影片。乙在影片中表示「搶案發生時，自己並未和甲在一起。因爲受甲威脅，才謊稱和甲在一起。後來心生後悔，遂錄製此吐實影片交給檢察官，自己則出國藏匿。」檢察官以此錄影內容及手槍等證據將甲起訴。審判中，檢察官主張以手槍和乙的陳述影片爲證據。被告甲反對，主張手槍是警方違法取得、乙影片中所言不實、且該影片檔案僅是複製品，均不得爲證據。

請分別就「檢察官」與「辯護人」之立場，對於雙方爭執的「手槍」與「陳述影片」得否爲證據。依我國憲法意旨，法律規定及實務見解提出該方的主張和具體理由。（50分）　（111台大②）

【答題關鍵】

本題涉及數位證據是否原則須提出「原件」，以及「複製品」證據能力之問題。就此，實務援用最佳證據法則，認為原則上須提出原件。然蘇凱平老師有不同見解，認為現代之最佳證據法則已不要求原則應提出原件，取而代之的是準確複製之要求。蘇老師之見解是否會影響日後實務判決，值得關注。

高點文化publish.get.com.tw
版權所有・翻印必究