



專題企劃

由嚴格證明法則論數位證據及影音證據 於刑事訴訟法上之處理

臺灣臺北地方法院法官 ◀◀◀ 吳冠霖

目次

壹、前言	二、證據真實性（或同一性）之問題
貳、嚴格證明法則與自由證明法則	三、證據排除之問題
一、應嚴格證明之事項	肆、合法調查方面
二、得自由證明之事項	一、原始證據之調查程序
參、數位證據與影音證據證據能力之檢討	二、替代證據之調查程序
一、證據關連性之問題	伍、結論

壹、前言

刑事審判程序是在確定被告犯罪之有無及罪名、量刑等程序。此攸關被告權益甚大，是以，就審判程序之進行，刑事訴訟法（下稱刑訴法）也以極大之篇幅予以規範。

又為嚴格恪守程序正義，刑訴法採行嚴格證明法則與自由證明法則之概念，並要求對於犯罪事實之認定須依嚴格證明之方式為之。而此等嚴格證明方式在傳統型態之證據部分，固然問題較少，然隨著時代之進步，網路與影音器材之發展，早已不可同日而語。又雖然刑訴法就影音證據及數位證據略有規範，但該如何能使該種新型態之證據符合嚴格證明法則之要求，實有研究之必要。

本文擬先說明嚴格證明法則與自由證明法則之意義，及其適用之程序，並進而說明影音證據及數位證據在刑訴法上應如何獲得嚴格證明法則之要求，茲論述如下。

貳、嚴格證明法則與自由證明法則

刑訴法中有所謂嚴格證明法則與自由證明法則，所謂嚴格證明法則，乃指證據不僅須有法定之證據能力，且應在審判中經適法證據調查程序者，始足證明並為判斷之依據者，稱之；而不受該等制約即得為判斷之依據者，例如係本於無證據能力之證據，或未經合法調查程序所得之證據而為判斷者，則稱為自由證明法則¹。

實務上就有關嚴格證明法則部分，在最高法院98年度台上字第1611號判決認為：「證據裁判原則係以嚴格證明法則為核心，亦即認定犯罪事實所憑之證據，須具證據能力，且經合法調查，否則不得作為判斷之依據」，認為「有證據能力」加上「合法調查」乃嚴格證明法則之內涵。而就自由證明法則部分，由最高法院71年台上字第5658號判例內容，可知在自由證明法則中，法官得以無證據能力或不符合證據調查程序之方式來認定所須認定之事項。

1 三井誠、酒卷匡，刑事手続法，有斐閣，3版，2005年10月30日，177頁。另外，最高法院71年台上字第5658號判例亦謂：「犯人與被害人平日之關係，雖為單純科刑應行審酌之情狀（刑法第57條第8款），非屬犯罪構成要件之事實，以經自由證明為已足，然所謂自由證明，係指使用之證據，其證據能力或證據調查程序不受嚴格限制而已，其關於此項科刑審酌之裁量事項之認定，仍應與卷存證據相符，始屬適法」。



是依實務見解，同認為「有證據能力」加上「合法調查」，構成嚴格證明之內涵。從而，刑訴法第155條第2項規定：「無證據能力、未經合法調查，不得作為判斷之依據」之規定，當可認為係現行法上有關嚴格證明法則之依據²。

至於關於何種事實應為嚴格之證明，何種事實應為自由之證明，依學者之見，分類如下³：

一、應嚴格證明之事項

- (一) 犯罪事實：指包含犯罪構成要件事實、共犯型態、罪數單複、阻卻責任、阻卻違法等相關事實等。
- (二) 刑罰加重、減輕、免除之原因事實。
- (三) 確定刑罰範圍之基礎事實。
- (四) 客觀處罰條件事實。
- (五) 間接事實：即本於間接證據所證明之事實。
- (六) 依特別經驗法則所知之事實。

二、得自由證明之事項

- (一) 科刑應行審酌之情狀：如刑法第57條至第59條等量刑時應考量之情狀。
- (二) 地方性規章、地方習慣或外國法，為法院所不知者，其存在事實。
- (三) 程序事實：例如免訴之原因事實、不受理之原因事實、法官迴避之原因事實。

是由上述可知，在關於認定犯罪事實成立與否之相關部分，係屬嚴格證明之範疇。

傳統證據法則下，嚴格證明之適用固然問題較小，然隨著科技之進步，與網路相關之犯

罪或者是證據本身即非屬實體證據者，例如數位證據或（即在電腦儲存媒體上以數位方式儲存而可供為證據所用之資料⁴）影音證據（包括錄音、錄影、照片或相類似之證據），該如何評價以符合嚴格證明之要求，確屬一大問題。茲將數位證據與影音證據在嚴格證明法則之適用問題，說明如下。

參、數位證據與影音證據證據能力之檢討

在傳統就證據之分類上，以該證據資料是否屬於人之陳述，可區分為供述證據與非供述證據。凡以人之陳述內容供作證據資料者，為供述證據，例如目擊證人之證詞、或被告之自白等，均屬供述證據。另一方面，以人類知覺以外之型態與犯罪相連結者，屬非供述證據。例如供犯罪所用之兇器、竊盜、強盜之被竊盜或被強盜之物品、現場所遺留之足跡、指紋等，均屬非供述證據之適例⁵。

區分供述證據與非供述證據，除在證明力上，向來實務界認為供述證據因為常受供述者之記憶力、觀察認知角度、自由意志變化、表達能力程度及筆錄記載之簡略等主、客觀不確定因素，影響其真實性，因而認為非供述證據之證明力，通常會高於供述證據外⁶，在證據能力上仍有其意義，此部分容見後述。

又不論係供述證據或非供述證據，依日本學者之通說見解，證據要具有證據能力，必須是：一、有關連性之證據（包含自然上及法律

2 惟亦有學者主張，證據須先經合法調查後，才可能取得證據能力，換言之，並不認為證據能力是嚴格證明法則之一環。見林鈺雄，刑事訴訟法（上冊），自版，3版，2003年9月，405頁。

3 朱石炎，刑事訴訟法（上），三民，修訂3版，2003年10月，137-138頁。

4 有認為「數位證據」較完整之定義為：「電腦儲存媒體中任何足以證明犯罪構成要件或關連之數位資料，為物理證據之一種，包括有文字、圖片、聲音、影像等型態，具有可無限無差異複製、原始作者不易確定、資料完整性不易驗證等性質，其以數位方式儲存於電腦儲存媒體上」，見邱獻民，刑事數位證據同一性之攻擊與防禦，東吳大學法律學系碩士論文，2007年6月，6頁。

5 三井誠，刑事手続法Ⅲ，有斐閣，初版（2刷），2005年10月10日，14頁。

6 見最高法院96年度台上字第1626判決：「證據證明力之判斷，雖屬事實審法院之職權，然仍應受經驗法則與論理法則所支配，此觀刑訴法第155條第1項規定即明。本諸證據資料愈豐富，愈有助於真實之發現，而書證、物證、勘驗等非



上之關連性)；及二、證據本身並不能違反證據排除之要求⁷。此外，雖然並非日本學界明認屬證據能力之事項，然因其內容可能會與證據關連性有極大關係者，此即證據真實性（或同一性）之問題，是此部分當亦於證據能力部分加以說明。茲分述如下。

一、證據之關連性之問題

在討論證據是否具有關連性時，基本上可分為兩階段，即(一)此證據與所欲直接證明事實間之關連性；(二)若肯定有前述(一)之關連性時，此證據所能直接證明之事實與審理中所欲待證之事實間有無關連性之問題⁸。

上述(二)之部分，乃自然及法律之關連性之問題。而就上開(一)之部分，即涉及證據真實性（或同一性）之問題。此乃在論述上揭(一)之事實上及法律上之關連性之前提要件。如果無法確認證據有真實性之情形時，則當事人所請求調查之證據，將被認為欠缺與欲證明事實間有關連性⁹。例如，在被告施用毒品之案件中，檢察官雖提出被告之尿液鑑定報告書，欲作為被告有施用毒品之證據，然經調查結果，該尿液事實上係混入被告以外之他人之尿液時，即屬適例，此部分將於後述。

關連性證據之部分，其內容甚為繁多，為免轉移焦點，本文僅簡略介紹其內容如下¹⁰：

(一)自然關連性：所謂自然關連性，乃指該證據之存在，對於待證事實存否之推認，具有最小限度之證明力之謂¹¹；亦即，如果訴訟上有該項證據之存在，則對待證事實之存否，均可發生一定的影響者，即可認為該證據有自然的關連性¹²。證據自然關連性之存在理由，主要係證據在性質上應該要具備最低限度之證明力，如果證據不具有最低限度之證明力，法院調查該等證據不僅毫無任何意義，也可能使法院在判斷時有產生錯誤之危險。從而，若證據本身有此等情形時，即應認為其與待證事實間欠缺自然關連性，法院對此等欠缺為調查對象的法律上資格之證據，自不應予以調查¹³。

(二)法律關連性：證據即使被認為有自然關連性，但在其信用性方面，該證據不能對法院心證之形成，有帶來錯誤影響之危險，此即證據之法律關連性存在之目的¹⁴。換言之，證據之法律關連性是避免法院對證據之證明力有錯誤評價，所以從法政策之角度，否定待證事實與證據間之關連性¹⁵。而相較於自然關連性主要是要避免對待證事實無意義之證據調查，法律關連性是在證據調查有證明上之危險（有害性）之情形下，禁止為證據調查¹⁶。

在法律關連性中，所謂會造成法院心證形成錯誤影響之「危險」，依日本學者之見，主要包括：1.對法官有形成不當偏見造成誤判危

供述證據，具有客觀、不變易之特性，供述證據則常受供述者之記憶力、觀察認知角度、自由意志變化、表達能力程度及筆錄記載之簡略等主、客觀確定因素，影響其真實性，是就認定事實所憑之證據以言，非供述證據之價值判斷，通常高於供述證據。倘經合法調查之供述及非供述證據，均存於訴訟案卷而可考見時，自不能僅重視採納供述證據，卻輕忽或完全疏略非供述證據，否則其證明力判斷之職權行使，即難認合於經驗法則與論理法則」。

7 田口守一，刑事訴訟法，弘文堂，3版，2004年5月30日，295頁；三井誠、酒卷匡，入門刑事手続法，有斐閣，3版（9刷），2005年10月30日，178頁。

8 三井誠，刑事手続法Ⅲ，有斐閣，初版（2刷），2005年10月10日，38頁。

9 三井誠，刑事手続法Ⅲ，有斐閣，初版（2刷），2005年10月10日，38頁。

10 此部分詳可見吳冠霖，論刑事證據之關連性，法令月刊57卷7期，2006年7月，21-35頁。

11 山名京子，科学的証拠の証拠能力，刑事訴訟法の争点（第3版），2002年4月25日，164頁。

12 三井誠，刑事手続法Ⅲ，有斐閣，初版（2刷），2005年10月10日，41頁。

13 同上註。

14 三井誠，刑事手続法Ⅲ，有斐閣，初版（2刷），2005年10月10日，44頁。

15 池田真一，証拠の關連性，刑事訴訟法の争点（第3版），2002年4月25日，163頁。

16 三井誠，刑事手続法Ⅲ，有斐閣，初版（2刷），2005年10月10日，44頁。



險之證據。2.該證據可能混淆審理之爭點，會造成審理長期化之危險。3.對他造當事人可能造成不公平或突襲之危險之證據。4.若准許該證據提出，可能因他造提出反證，或造成訴訟時間之浪費等情形在內¹⁷。此與美國聯邦證據法第403條：「證據因有不公平之偏見，爭點混淆，誤導陪審團之危險或其有不當延遲、費時或多餘證據不需提出之考慮，至實質上超過其證明價值時，縱具關連性亦得排除之」¹⁸之規定相當。換言之，法律關連性係本於預斷排除之觀念所為之規定，與自然關連性中要求有最小限度之證明力，並不相同。

二、證據真實性（或同一性）之問題

如前所述，在討論證據是否具有關連性時，基本上可分為兩階段，即(一)此證據與所欲直接證明事實間之關連性；(二)若肯定有前述(一)之關連性時，此證據所能直接證明之事實與審理中所欲待證之事實間有無關連性之問題。而前述(二)乃上述證據關連性之問題，至於(一)此證據與所欲直接證明事實間之關連性之部分，則係證據真實性（或同一性）之問題。

在實際訴訟實務上，證據真實性之問題，常可能被混用。舉例而言，在傷害案件中，檢察官提出小刀一把，供作認定被告刺傷被害人之證據，而辯護人則以被告與本事件毫無關連為由，主張該把小刀欠缺真實性，則此等主張是否有理由？就此，日本學者認為，辯護人所指摘之真實性，乃是該把小刀與被告間之關連性，然而，應該被檢討的關連性並非被告有沒

有用這把小刀傷人，而是這把小刀與傷害行為間有無關連性。倘該把小刀確實係傷害被害人之小刀，則就證據之真實性部分，並無疑問，至於被告是否有持此把確實傷害告訴人之小刀傷害告訴人，則可再以其他直接或間接證據加以證明，從而，辯護人主張此把小刀不具真實性，並無理由¹⁹。

當然，由於證據真實性與否在訴訟上常常無法有效釐清，是以，在日本實務上有不從否定證據能力之角度出發，而僅從證明力之部分加以判斷之見解²⁰。例如，就收據是否真實有所疑問之情形下，東京地方裁判所昭和56年1月22日之判決²¹中，認為：「就非供述證據之關連性，於有無證據能力之判斷上，應認為只要形式上存在即為已足，至於真正作成者何人並不需詳加追究」，認為在證據真實與否有所爭議時，僅須該證據形式上存在即可認為有證據能力，並無庸針對證據真實與否予以嚴格認定。惟相對地，日本實務界亦有在犯罪現場照片真否存有疑義時，認為「本於報導或記錄等目的所拍攝之現場照片，因為該等照片有合成、造假或修正，以致於與犯罪現場狀況不合之可能性存在，因此，關於有此等可疑性之照片，因為有可能會損及『直接表徵犯罪現場情景之映像』此一現場照片之本質，所以，應認屬非供述證據，並否定其證據能力」²²，從證據能力方面，排除該證據之適用。

在傳統型態之證據下，證據真實性之問題或許較容易判斷，然在科技進步之網路時代，

17 光藤景皎，口述刑事訴訟法（中），同註8，147頁。三井誠，刑事手続法Ⅲ，同註5，44頁。

18 Rule 403. Exclusion of Relevant Evidence on Grounds of Prejudice, Confusion, or Waste of Time: Although relevant, evidence may be excluded if its probative value is substantially outweighed by the danger of unfair prejudice, confusion of issues, or misleading the jury, or by consideration of undue delay, waste of time, or needless presentation of cumulative evidence.

19 三井誠，刑事手続法Ⅲ，有斐閣，初版（2刷），2005年10月10日，37-38頁。

20 依個人所信，此可能係何以日本學界通說中，並未將本應屬證據能力之證據真實性（同一性）之問題，明白採為證據能力之要件之原因。

21 見判例時報992號3頁「ロッキード事件兇玉・小佐野ルート」，引自三井誠，刑事手続法Ⅲ，有斐閣，初版（2刷），2005年10月10日，40頁。

22 東京高等裁判所昭和56・9・7（高刑集35卷2號126頁），引自引自三井誠，刑事手続法Ⅲ，有斐閣，初版（2刷），2005年10月10日，39頁。



不論是前述數位證據或影音證據，均很有可能不著痕跡地增刪，而以目前之電腦技術，利用程序修改檔案時間後，確實很難再回復檔案原始建立之日期，是此種證據同一性之確保與證明，確屬一大難題，因此，國內方有學界認為在此等情形下，除非以現行犯逮捕犯罪嫌疑人，否則要單憑一項數位證據論人於罪，存有相當難度²³。另因證據真實與否，會影響該等證據可否進入審判程序，非僅涉及該證據證明力之評價，是個人認為，解釋上仍應將證據真實性（或同一性）定位於屬於證據能力而非證明力之要件，較為妥適。

其次，因為此等數位證據或影音證據，在訴訟上常常無法以直接證據（即原始證據）之方式顯現，而會以證據替代品之方式顯現，例如傷害案件中，檢察官非以犯行錄影帶當作證據，而係以由犯行錄影帶內某個畫面拍照後之影像供作犯罪證據；又例如被告係在網路上誹謗告訴人，檢察官係以對該網路留言內容之照片為證據者，均屬之。此除了涉及後述「合法調查」部分外，在證據同一性此一證據能力事項上，同將會有疑義，此部分即涉及到複本證據能力之問題。

傳統意義上與複本概念相近者，有謄本及抄本等，所謂的「謄本」，乃指與原本之內容完全相同之文字、符號等所轉寫之文書，而能證明與原本有同一之旨，且此點可經認證者，稱之。而所謂之「抄本」，則係將原本內容之一部，以同一之文字、符號所轉寫之文書，能證明與原本一部分有同一之內容者，稱之。至於所謂之複本，乃指與原本之內容完全相同之文字、符號等所轉寫之文書，而能證明與原本

有同一之旨，但關於與原本有同一之旨此點，並無法經認證者，稱之。

在比較法上，對複本之證據能力，美國聯邦證據法第1003條中對複本之容許性，認為：「除：(1)關於原本之真正已引起真正與否之問題，或(2)容許複本代替原本有不公平之情況外，複本在與原本相同之範圍內，具有容許性」²⁴，亦即，除非就原本之真正與否已有爭執，或有不公平之情事，原則上承認複本有其真實性，並認其有證據能力。

而在日本法中，在前述數位證據或影音證據部分，日本東京高等裁判所昭和58年7月13日判決中，認為錄影底片本身或者是所放映之影像係非供述證據，在與待證事實具有關聯性之情形下，肯定其有證據能力。至於錄影帶及拍攝自錄影帶之照片，是取代原本證據所提出，所以關於該複本證據之許可與否之基準為：

(1) 原本證據仍然存在。更嚴密地來說，並不是聲請將複本證據供為證據所用時，原本證據仍須存在，而是複本證據能與原本證據確認並無不同之時點，該原本證據仍然存在即為已足。

(2) 複本證據係忠實重現原本證據之內容（並不以完全複製原本證據為必要，只要就待證事項有關聯，且就該必要之情狀得予以真實重現即可）。

(3) 複本證據無法顯現出來之原本證據性質、狀況（例如材質、凹凸、有無透明紋路、重量等），並不能作為待證事項²⁵。

至於提出複本證據時，是否須以原本證據滅失或原本證據提出困難為准許複本證據提出之證據能力要件？日本學界通說認為原本證據

23 邱獻良，刑事數位證據同一性之攻擊與防禦，東吳大學法律學系碩士論文，2007年6月，94頁。

24 Rule 1003. Admissibility of Duplicates: A duplicate is admissible to the same extent as the original unless a genuine question is raised about the original's authenticity or the circumstances make it unfair to admit the duplicate.

25 東京高等裁判所昭和58・7・13（高刑集36卷2號86頁），引自山田道郎，寫し，刑事訴訟法判例百選（第9版），有斐閣，2011年3月30日，194頁至第195頁。



滅失或提出困難，應該是准許複本證據提出之證據能力要件²⁶，惟在前開東京高等裁判所昭和58年7月13日判決中，則持否定見解，認為原本證據滅失或原本證據提出困難，應該只是最佳證據原則或者是有無提出複本證據必要性之問題，並不涉及證據能力之要件。

在我國法上，對於原本證據係屬於數位證據或影音證據之部分，其複本證據之證據能力如何，並未見明文規定，特別是在就證據能力有所爭執時，實務上似尚無明確表示。例如在最高法院97年度台上字第6729號案件中，上訴人即被告上訴理由之一即為：「……以本件從網路上列印之交談內容資料，係經陳○○複製，轉貼於空白WORD檔，再行列印，其中有部分語句不連貫，其手段顯然違反憲法對於基本人權之保障，且已逾越偵查犯罪之必要程度，對於公共利益之維護並無意義，此等違反法定程序所取得之證據，應無證據能力。原判決認為有證據能力，違背證據法則」等，在上訴中爭執複本證據之證據能力。然就此部分，最高法院僅表示：「……又網路聊天室因使用者眾，對話之畫面快速更新，而警方所列印之網頁交談資料，其時間順序並無錯置情形，況承辦警員陳○○不僅須持續與陳○○（即被告）對話，且須快速擷取電腦螢幕上之畫面以保全證據，自難強求其毫無遺漏，完整無缺。其間縱有部分漏未擷取，亦無礙其真實性，應認具有證據能力。……至於從網頁上列印之交談資料，屬於刑訴法第165條之1第2項所稱之『其他相類之證物可為證據者』，經依法踐行

調查證據之程序後，即有證據能力」等，在被告質疑原本證據之數位證據（本案中係網路對話內容）與影印之複本證據有所出入，其證據能力有疑之情形下，未為釋疑其證據能力，反僅認為「其間縱有部分漏未擷取，亦無礙其真實性，應認具有證據能力」，其論述似未臻妥善²⁷；甚至將屬於嚴格證明中「合法調查」之刑訴法第165條之1第2項之規定，亦認為須踐行該合法調查程序後，方有證據能力，顯然混淆了嚴格證明中「證據能力」與「合法調查」之不同。

從而，關於此等數位證據或影音證據部分，在嚴格證明上，應先敘明其證據能力。若係提出該等數位證據或影音證據本身（例如錄音、錄影或電磁紀錄本身）時，則應從關連性法則、證據排除法則（如下述）等論述其證據能力。若所提出者非數位證據或影音證據本身時（如前述傷害案件，檢察官非以犯行錄影帶當作證據，而係由犯行錄影帶內某個畫面拍照後之影像供作犯罪證據；或如被告係在網路上誹謗告訴人，檢察官係以該網路留言內容之照片為證據者），則除關連性法則與證據排除法則外，更應就複本證據之真實性（同一性）加以論述，而其標準則於參酌美國聯邦證據法及日本實務見解後，可認為須：(一)原本證據仍然存在；(二)複本證據係忠實重現原本之內容；及(三)複本證據無法顯現出來之原本證據性質、狀況（例如材質、凹凸、有無透明紋路、重量等），並不能作為待證事項等，方能允許複本證據存在。

26 山田道郎，写し，刑事訴訟法判例百選（第9版），有斐閣，2011年3月30日，194-195頁。

27 相類似之見解，例如最高法院98年度台上字第7057號判決中，認為：「文書證據，其係以本身物理上存在之事實作為證據者，有別於以其內容作為證據之供述證據，性質上屬於物證，原本固屬證明此文書存在之『最佳證據』，惟由於科技進步，科技產物之複本恆具有原本之真實性或同一性，英美證據法已不嚴守『最佳證據法則』（the best evidence rule，或稱『文書原本法則』original document rule）。況在職業法官審判制度下，證據能力與證明力之審酌，悉由法官判斷，非如陪審制有法官與陪審團就證據能力與證明力之職權分工情形，並無當然排除文書影本之理由。尤其，在單方授權所書立之委託書，依一般常情，委託人未必然另執有原本，是委託人僅執有影本之情形，核不違背經驗法則，更不能因委託人提不出原本即排除文書影本之證據」。雖然同認為複本可有證據能力，然本案中上訴人係爭執有所謂「原本」存在，是卷內影本自不真實，最高法院卻未就卷內之影本如何具有真實性論述，似有斟酌空間。



就此部分，最高法院在99年度台上字第3988號判決中，認為：「儲存電腦系統內之記憶，須經由一定程序，以文字、圖片、影像或符號予以重現。惟因儲存過程，具有潛在性偽造、變造或修改之危險，是將電腦儲存資料列印後提出為訴訟上之證明，應確認電磁紀錄是否與輸入時之資料相合，若以列印資料之影本為某項事實之證明，尤以證明影本與原本之內容具有一致性為必要」中，已敘明「複本係忠實重現原本之內容」此點屬於證據能力之要件，當值肯定。惟若能再加論述需原本證據仍然存在（以該判決而言，即原始之電磁紀錄），亦屬承認該複本證據（即列印資料）有證據能力之要件之一，將更為妥適。

至於提出複本證據時，是否須以原本證據滅失或原本證據提出困難為準許複本提出之證據能力要件？本文認為在嚴格證明法則之下，原本證據滅失與否應該係最佳證據原則之問題（如後述），在證據能力此點上面，並無多加論述之必要，是不須以此點為證據能力之要件。

三、證據排除之部分

就證據能力中有關「未經證據排除」部分，此部分涉及問題甚多，並非本文所得完整論述。簡單而言，就供述證據部分，主要以透過自白法則與傳聞法則之方式來處理，此二法則並被稱為供述證據之二大法則²⁸；就非供述證據部分，主要是非法取得證據之排除，例如刑訴法第131條第4項、第416條第2項有關撤銷之搜索程序所取得經扣押之物，或刑訴法第158條之4有關違背法定程序取得證據時所採

用權衡法則之部分等，均屬適例²⁹。

我國實務關於此部分，亦同此見解，例如最高法院97年度台上字第6153號判決中，即認為：「傳聞法則主要之作用在確保當事人之反對詰問權。由於傳聞證據有悖直接審理主義及言詞審理主義諸原則，影響程序正義之實現，應予排斥以保障被告之反對詰問權。刑訴法第159條第1項規定，被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律另有規定外，不得作為證據。係屬傳聞法則之規定。同法第159條之1至第159條之5則屬傳聞法則之例外規定。上開傳聞法則及其例外之規定係規範供述證據之證據能力。至於以文書之物理外觀作為證據，則屬物證之範圍，並無上開傳聞法則規定之適用問題，如該文件非出於違法取得，並已經依法踐行調查程序，即不能謂其無證據能力」³⁰，就證據排除部分，區分供述證據與非供述證據之不同，並別其證據能力之論述。

就數位證據及影音證據部分，較困難之問題，在於究竟應將之視為供述證據或非供述證據。例如就犯罪現場之照片或者現場錄影而言，究竟是強調機械的紀錄性，或是強調攝影者係本於機械之作用而呈現其所認知之事務？或在誹謗案件中，被告係在網路之公開論壇上誹謗告訴人，告訴人將該等網路內容予以照相存證，並據以提起告訴，且經檢察官起訴時引用為證據時，則該等證據，究竟應以供述或非供述證據視之？

就此部分，在日本法上，採非供述證據說之日本學者認為，此等並不具供述之性質，因為此乃利用光學機械之科學性、機械性，忠

28 黃朝義，刑事訴訟法（證據篇），元照，2002年11月，初版，23-24頁。

29 實務雖偶有認為刑訴法第158條之4之適用包含供述證據，然解釋上應僅適用於非供述證據。見黃朝義，刑事訴訟法，新學林，2009年9月，2版，450頁；王兆鵬，新刑訴新思維，元照，2005年8月，初版，18-23頁。刑訴法第158條之4修正理由中，亦認為：「……供述證據與非供述證據之性質不同，一般認為供述證據之採取過程如果違法，即係侵害了個人自由意志，故而應嚴格禁止，而蒐集非供述證據之過程如果違反法定程序，則因證物之型態並未改變，尚不生不可信之問題……。」，將供述證據排除於刑訴法第158條之4之適用。

30 惟此判決後段所述「……如該文件非出於違法取得，並已經依法踐行調查程序，即不能謂其無證據能力。」又將嚴格證明中「合法調查」此非屬證據能力之要件表徵其內，仍會使人誤以「合法調查」屬於證據能力之要件，並不妥適。



實、正確記錄犯罪現場之狀況，所以在真正攝影之人所在不明之情形下，只要能證明該照片或攝影與待證事實間具有關聯性，即應認為有證據能力。

而日本法上採供述證據說之學者，則認為該等內容仍然伴隨著拍攝者之價值判斷與編輯者之取捨，縱然光學、化學的過程具有科學之高度正確性，隨著拍攝過程、拍攝條件不同，或介入拍攝、編輯者主觀意圖等因素，依然存在事實難以正確再現之危險，並因而認為應類推日本刑訴法第321條第1項第3款：「除前2款（即在法官、及檢察官面前所為之供述書面）以外之書面，以原供述者死亡、有精神或身體障礙、所在不明或現在國外而無法於準備程序或審判期日供述，且其陳述係為證明犯罪存否所不可欠缺時，得以該被告以外之人供述有簽名或捺印之書面為證據，但以該證據具有特別可信之情狀者為限」之規定，在具有該條項之例外情形時，始得以供述證據之方式，認定其有證據能力³¹。

我國實務上，最高法院在就數位證據及影音證據部分，認為：

(一) 該院97年度台上字第3854號判決認為：「刑訴法第159條第1項：『被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據。』該所謂『被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述』，並不包含『非供述證據』在內。按照相機拍攝之照片，係依機器之功能，攝錄實物形貌而形成之圖像，除其係以人之言詞或書面陳述為攝取內容，並以該內容為證據外，照片所呈現之圖像，並非屬人類意思表達之言詞或書面陳述，當不在上引規定『被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述』之範圍內，其有無證據能力，自應與一般物證相同，端視其取得證據之合法性及已否依法踐

行證據之調查程序，以資認定」。將該等證據認為原則上屬於非供述證據，僅有在拍攝照片之內容係以言詞或書面陳述為攝取內容，並以該內容為證據時，此時方認為屬於供述證據。

(二) 在同院98年度台上字第7301號判決中，則不為明確表示屬於供述或非供述證據，認為：「書面證據在刑事訴訟程序中，依其證據目的不同，而有不同之屬性，有時為供述證據，有時則屬物證性質，亦有供述證據與物證兼而有之情形。如以書面證據記載內容之事實作為供述證據者，亦即以記載之內容確定某項事實，而與一般人陳述依其感官知覺所認知之見聞事實無異者，應依人證程序檢驗該書面證據；若以書面證據本身物體之存在或不存在作為證據者，係屬物證，須依物證程序檢驗；他如利用科學機械產生類似文書之聲音、影像及符號等作為證據，則屬新型態科技證據，兼具人為供述及物證性質，自須依科學方法先行鑑驗，然後分別依人證或物證程序檢驗之」，認為應先判斷是供述證據或非供述證據，再依各該證據之檢驗程序予以檢驗。

就此問題，個人認為若數位證據及影音證據之性質明確屬於供述證據時，例如該證據是網路上之對話記錄，或照片、攝影證據等內容係以人之言詞或書面陳述為攝取內容，則當然屬於供述證據無誤，在證據能力此一部分，有傳聞法則或自白法則之適用；但如非明顯可認為屬於供述證據時，例如一般之照片證據等，則因為在拍攝過程中確如前述日本學者所述，主要係經由拍攝、顯影、沖洗之過程所作成，並未受到諸如認識能力、記憶能力、組織能力、敘述能力等人類供述之影響，又係經由光學、化學原理所作成，本身乃科學的、機械的證據，是此時當如最高法院97年度台上字第3854號判決所述，原則上認為屬於非供述

31 三井誠、酒卷匡，刑事手続法，有斐閣，3版，2005年10月30日，194-196頁，國內亦有介紹，見吳秋宏，照相錄影於刑事程序之運用及容許性界限，東吳大學法學院法律學系博士論文，2011年8月，220-224頁。



證據。

其次，數位證據及影音證據原則上雖認屬非供述證據，但關於該等證據之證據能力具備與否，卻不能僅依前述最高法院97年度台上字第3854號判決，認為只是判斷證據取得合法性與否，即能認定其證據能力。詳言之：

(一) 因近年來科技進步神速，此等影音證據或數位證據之變造或偽造並非難事，亦不需具有極佳技術之人始得偽造或變造，實務上常見藉由人為修圖、剪接等，製造出並不真實之影像或照片甚至電磁資料。是若關於該等影音證據或數位證據之真實性與否已有爭執時，則如前述，提出該等證據之一造，須就該等證據之真實性予以舉證，而真實性是否具備，如前所述，亦屬證據能力之要件。

(二) 某些數位證據或影音證據之作成，確實如採供述證據說之見解所述，該等證據內容可能伴隨著拍攝者之價值判斷與編輯者之取捨（例如攝影證據，拍攝者僅針對被告部分予以拍攝，故意不拍攝告訴人之挑釁行為等），因此，該等證據容易使法院對證據之證明力有錯誤評價，並因該錯誤評價形成不當偏見。故如前述，關連性中法律關連性存在之目的，即在避免證據使裁判者形成錯誤評價，是數位證據或影音證據之存在，若有被錯誤評價之危險，則在法律關連性部分，提出該證據之一方須證明並無上揭情事存在，例如須傳喚該數位證據之製作人或其他在場人等，以為證明，此同為證據能力之要件。

(三) 若經前述認定該屬於非供述證據之數位證據或影音證據已具證據真實性，亦已通過法律關連性之審酌，則在該證據非屬不法取得之證據時，方足認定該等數位證據具有證據能力。

肆、合法調查方面

嚴格證明法則之另一要求即係證據應符合合法調查之程序。所謂合法調查，係指法定證據方法需在法定程序調查後，方得為本案判斷之依據，例如文書證據應通過刑訴法第165條宣讀或告以要旨、證人或鑑定人應經過刑訴法第166條以下交互詰問程序等均屬之。最高法院亦均同此見解，例如該院98年度台上字第1147號判決即認為：「所謂合法調查，係指於審判期日，由審判長將容許為訴訟上證明（具備證據能力）之證據資料，按照其性質、種類，依刑訴法第164條、第165條及第165條之1等規定，以提示當事人、代理人、辯護人或輔佐人，使其辨認，或向其宣讀或告以要旨，或以適當之設備，顯示錄音、錄影、電磁紀錄或其他相類證物內含之聲音、影像、符號或資料等方式，將證據資料之實質內容顯現於審判庭，並予當事人及訴訟關係人陳述意見及辯論證據證明力之機會等程序而言」³²。

嚴格證明法則中之合法調查，主要意義有二：

一、落實直接審理主義：在直接審理主義之下，證據必須以合法之方式，表徵於審判庭，由法官直接行證據調查，並進而以鮮明之印象形成正確之心證³³。

二、保障訴訟參與人之訴訟權益：合法調查程序要求審判長於審理期日中，將每一證據依各該證據方法調查，並依照刑訴法第288條之1第1項詢問當事人意見，及依同法第288條之2，賦予當事人、代理人、辯護人或輔佐人，以辯論證據證明力之適當機會。如此，訴訟參與人得以就每一證據之證明力予以表示意見，渠等之訴訟權益方足獲得確保。若未為該等提示，則法院之訴訟程序自屬違法³⁴。

32 相同見解如最高法院97年度台上字第3932號判決、95年度台上字第2685號判決、93年度台上字第5898號判決等。

33 白取祐司，刑事訴訟法，日本評論社，4版，2007年1月，280頁。

34 見最高法院99年度台上字第2807號判決：「查原判決以扣案證物編號69之刀械，作為認定郭○○殺人及違反槍砲彈藥



就「合法調查」部分，影音證據及數位證據主要涉及者有二：即原始證據之調查程序，及替代證據之調查程序兩部分，茲分述如下。

一、原始證據之調查程序

文書證據一般而言，均具有文字性與可讀性，然而，一般之影音證據及數位證據卻欠缺此等特性。是以，就影音證據及數位證據其原始證據部分，事實上很難以一般文書證據所用之宣讀或告以要旨方式為之（刑訴法第165條第1項）。是關於影音證據及數位證據其原始證據之合法調查證據方法，主要當係刑訴法第165條之1第2項：「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」，或刑訴法第212條、第213條所定之勘驗程序此等調查證據方法。

就此部分，最高法院在96年度台上字7339號判決中，認為：「按證明同一事實之證據，如有二種以上，而其中一種之證據縱有違證據法則，然如除去該部分，綜合案內其他證據，仍應為同一事實之認定者，則原審此項違誤並不影響於判決，即不得指有調查職責未盡及判決理由不備或矛盾之違法。原判決認定上訴人有本件行使偽造私文書之犯行，如上所述，並非僅以電子郵件之電子檔為據，雖未勘驗該電子檔之磁片，然本件除去此部分證據，綜合案內其他所有之證據，仍應為同一事實之認定，並不影響於原判決之本旨」，以間接之方式，表徵對數位證據之電子檔未行勘驗此一合法調查程序，其程序尚有違誤，即認為對該等數位證據應以勘驗為其合法調查證據程序。此等見

解堅守以正確之證據方法調查影音證據與數位證據，當值肯定。

二、替代證據之調查程序

在影音證據與數位證據之合法調查程序中，最成問題者，乃在於對於替代證據之調查部分。舉例而言，被告被起訴於某網站上留言誹謗告訴人，而法院並不勘驗該網站資料，而係以提示電腦畫面之列印資料以為調查；或是檢察官提出傷害案件之現場錄影光碟，而法院不予實際勘驗該錄影光碟，反而提示列印自該光碟之書面以為提示者，此時，究應如何評價？

就此問題，應先討論調查程序之最佳證據原則。此原則之基本理念在於在調查程序中，不論何種證據，即便替代證據之實質內容與原始之證據相符，也應盡量以其原始證據予以調查，不應輕易在無相當理由情形下，調查該原始證據之替代證據。此不僅有助於訴訟之合法調查，對於實體之發現，也有其助益。

在學說上，我國學者同有認為應禁止法院轉換證據方法而使用「證據的替代品」，認為原則上應禁止法院以派生的、間接的證據方法來替代原始的、直接的證據方法。例如，作為犯罪證據之誹謗錄音帶，應該依刑訴法第212條當庭勘驗，而非依照刑訴法第165條朗讀其節譯文（派生的證據方法）；再如，扣押物清單是由扣押物派生而來的證據替代品，根據實質的直接性，法院原則上不得用朗讀的間接證據方法來替代勘驗的直接證據方法³⁵。

在比較法上，美國聯邦證據法第1004條規定：「如有下列情形之一者，原本已非需要，且文書、紀錄、或照片內容之其他證據具有容

刀械管制條例之證據；原審審判筆錄並記載：『對於扣案之尖刀二把……，有何意見』等語（見原審卷第228頁）。然原審於審判期日前向台北市政府警察局函調上開刀械，經該局函覆上開證物已送交台灣台北地方法院檢察署贓物庫。而依卷內證據，似無原審調取該等刀械之記錄。果如此，審判長似未依法提示使當事人或其選任之辯護人辨認，所踐行之程序，於法有違。其次，依原審審判筆錄之記載，審判長就卷內證物、筆錄及文書證據等，即僅訊問當事人『有何意見？』，不僅未依證據種類之不同，依法踐行調查程序；亦多未依上開規定向郭○○等之選任辯護人履踐前述程序，其調查證據之程序，於法亦有未合」。

35 林鈺雄，刑事訴訟法（上冊），自版，3版，2003年9月，408頁。



許性：(1)原本已遺失或毀損：所有原本均已遺失或毀損，但提出者惡意將之遺失或毀損者，不在此限；(2)原本無法獲得：依任何可行之司法程序或手續均無法獲得原本；(3)原本由對造所持有：原本由受該原本影響之當事人保有，而業以聲請狀或其他程序通知該當事人，告以在調查程序中該原本之內容將為證明之主題，而該當事人仍未在調查程序中提出該原本，及(4)與關鍵之爭議並無密切關係之文書、紀錄或照片³⁶」，將原本證據之提出困難或原本證據滅失等情形，列為得使用複本證據之原因，亦間接說明最佳證據原則之適用。

前述學說及比較法上，雖某程度上均承認有最佳證據原則之適用，惟我國實務關於此原則，只有在少數較為重大之案件中，方行採取此等見解。例如在殺人案件中，最高法院94年度台上字第4283號判決中，認為：「採為判決基礎之證據資料，必須直接顯現於審判庭，依法踐行調查程序，始與直接審理主義相符。又審判長應將證物提示當事人、代理人、辯護人或輔佐人，使其辨認，刑訴法第164條第1項定有明文。原判決採憑扣案之水果刀一支及枕頭套（事實欄認定「枕頭」，理由內則謂「枕頭套」，見原判決第2面第5行、第9面第2行）3個等證物，為認定事實之依據。但稽之原審審判筆錄，原審審判長於審判期日，未依上開規定將該證物提示當事人及辯護人，使其辨認，僅

訊問：『對於扣押物品清單所示及證物，有何意見？（提示偵卷第38頁並告以要旨）』等語，以替代各該證物之直接調查，是原審所踐行之證據調查程序，自難謂為適法」，撤銷原審採取提示證據清單而未為實物提示之判決。然在一般較非重大之案件中，最高法院並不認為應該要以原始證據之調查，而多認為縱使僅為替代證據之調查，其訴訟程序仍屬合法³⁷。

個人認為，嚴格證明中之「合法調查」，具有落實直接審理主義及保障當事人訴訟權益之意涵在內，是就替代證據之調查部分，在當事人或辯護人對於法院已認為未調查原始證據違法，並於訴訟進行中依照刑訴法第288條之3表示異議時，除非替代證據之調查對當事人之權益並不生影響，否則審判長當即中止原審判程序，改以原始證據調查之方式，若未為原始證據之調查時，其訴訟程序當屬違背法令。如此，方足有效落實嚴格證明法則所要求之合法調查程序。

若以此等見解檢討數位證據及影音證據時，則可知法院不應毫無限制以替代證據之方式調查影音證據及數位證據，而仍應盡量以原始證據之方式調查該等證據。雖然考量到數位證據與影音證據較之其他證據（如一般之書證、物證等），調查原始證據確實較為繁雜，且容易浪費訴訟時間，然縱許調查替代證據，也應建立在：(一)當事人及辯護人未表異議，且

36 Rule 1004. Admissibility of Other Evidence of Contents:

An original is not required and other evidence of the content of a writing, recording, or photograph is admissible if:

(a) all the originals are lost or destroyed, and not by the proponent acting in bad faith;

(b) an original cannot be obtained by any available judicial process;

(c) the party against whom the original would be offered had control of the original; was at that time put on notice, by pleadings or otherwise, that the original would be a subject of proof at the trial or hearing; and fails to produce it at the trial or hearing; or

(d) the writing, recording, or photograph is not closely related to a controlling issue.

37 見最高法院97年度台上字第1355號判決：「……惟此『實物提示』原則僅於『證物之同一性』（identification）有所爭議時，始有適用；反之，證物之同一性如無爭議者，以其他替代實物之證據型態提示於審判庭，則非法律所不許。司法警察依刑訴法第43條之1準用第42條製作之扣押物名目，性質上乃筆錄之一部分，如當事人、代理人、辯護人或輔佐人對於扣押物之同一性並無爭議，換言之，扣押物並無栽贓、偽造或變造情形時，其以書證之型態踐行審判期日之調查證據程序，由審判長依據同法第165條規定，向當事人、代理人、辯護人或輔佐人踐行『宣讀或告以要旨』，則不得指為證據未經合法調查」，相同見解可見同院99年度台上字第234號判決、第893號判決、第2800號判決、第6321號判決，98年度台上字第2339號判決、第5906號判決等。



替代證據之調查方式對當事人之權益不生影響時，始得為之；(二)若當事人並不同意而法院仍欲以替代證據調查時，則應參酌前述美國聯邦證據法第1004條之規定，於判決或以當庭諭知之方式，說明調查原始證據有何事實上或法律上困難之處，始得以調查替代證據之方式，予以調查，較屬妥適³⁸。

伍、結論

所謂嚴格證明法則，乃指證據不僅須有法定之證據能力，且應在審判中經適法證據調查程序者，始足證明並為判斷之依據者，稱之。簡言之，「有證據能力」加上「合法調查」，乃嚴格證明法則之內涵。

而在數位證據及影音證據中，如何通過嚴格證明法則之要求，應作如下判斷。

在「有證據能力方面」：

一、應符合證據關連性之要求。此包括自然關連性（即該證據之存在，對於待證事實存否之推認，具有最小限度之證明力），及法律關連性（即證據縱有自然關連性，然該證據之存否仍不能使法院對證據關連性，有錯誤評價）兩部分。

二、應符合證據真實性（或同一性）之要求。此即應證明該數位證據及影音證據並未經變造或偽造等。而若係提出數位證據及影音證據之複本證據而非原始證據時，則在證據能力之要求，應符合(一)原本仍然存在；(二)複本係忠實重現原本之內容；及(三)複本無法顯現出來之原本性質、狀況（例如材質、凹凸、有無透明紋路、重量等），並不能作為待證事項等

要求。

三、該證據須未經排除。數位證據及影音證據除非性質明確屬於供述證據外，原則上當認為係非供述證據。至於屬非供述證據之該數位證據及影音證據若未被排除，則須符合：(一)證據屬於真實性。(二)就證據之製成，可能使法院產生錯誤評價之虞時，本法律關連性之要求，應傳喚該證據之製作人等，以資證明。(三)該證據非本不法方式取得等要件。

在「合法調查」方面：

一、數位證據及影音證據原始調查程序，原則上應依刑訴法第165條之1第2項，或同法第212條、第213之勘驗方式，以為調查。

二、就替代證據之調查程序方面，原則上應禁止法院以派生的、間接的證據方法來替代原始的、直接的證據方法。雖然考量到數位證據與影音證據較之其他證據，調查原始證據確實較為繁雜，且容易浪費訴訟時間，然縱許調查替代證據，也應建立在：(一)當事人及辯護人未表異議，且替代證據之調查方式對當事人之權益不生影響時，始得為之；(二)若當事人並不同意而法院仍欲以替代證據調查時，則法院應於判決或以當庭諭知之方式，說明調查原始證據有何事實上或法律上困難之處，始得以調查替代證據之方式，予以調查，較屬妥適。

數位證據及影音證據係發展中之證據，在現行法下，須盡力尋其依據，使之能符合嚴格證明之要求。本文僅係野人獻曝提出不成熟之見解，尚祈經由拋磚引玉，能使學界及實務界對此等發展中之證據法則，如何更妥適符合嚴格證明之要求，提出更適切之見解！

38 在最高法院99年度台上字第2800號判決中，上訴人係主張原審法院未勘驗調查電腦光碟內之軟體資料，僅以替代證據方式，即列印光碟內容代替原審證據之調查，故認原審未盡合法調查，惟最高法院則以：「上開經電腦顯示螢幕內容後列印之光碟內容，於審理期日提示檢察官、上訴人及辯護人就證據能力及證據價值表示意見，檢察官、上訴人及辯護人均表示沒有意見，自己踐行調查程序，並對Alcohol 120%軟體之存在及同一性無爭議，有該次審判筆錄在卷可稽。上訴意旨指摘原審未提示調查Alcohol 120%軟體光碟，剝奪上訴人及辯護人辨認並表示意見及辯論其證明力之權利云云，顯非依據卷內資料執為指摘，不得據為第三審上訴之合法理由」，雖未明確表徵駁回上訴之理由，惟已略加說明關於不調查原始證據之方式而以調查替代證據之方式此點，當事人及辯護人均無意見，則自不得再主張調查程序違法。