



王士帆助理教授講評與問答 (第一場)

■國立臺北大學 王助理教授士帆

蔡碧玉院長：

今天下午這個新興法律問題研討會，是我們每一期司法官班例行在第三階段會舉辦，今天有兩個主題，一個是民事的，一個是刑事的。刑事的我們就選擇數位證據議題，民事的部分是選擇新型態的，就是勞動型態，以外送平臺作為主題的一個研究議題。這兩個議題，都是這幾年來，我們院檢實務面臨的一個新的課題，尤其是在上半年疫情緊張的時期，外送平臺部分也面臨更多問題，例如外送員與平臺的法律關係、外送員的勞動條件等等議題都受到社會關注。

很高興同學花了時間，準備這兩個議題的論文，並且在今天發表。今天發表的這個論文，將來我們會刊登在《司法新聲》，雖然刊登的時候，你們可能已經結業了，也就是說花時間在這個論文上面，好像也沒有辦法像其他的論文一樣，給你們加分。但對你們的人

生及職涯來講，你在這個論文上面投注研究，這些成果都是你們自己的資產。今天這個研討會結束之後，評論的老師會有一些講評，希望你們把它消化整理再修正，修正之後我們就會刊登在下一期的《司法新聲》，我很期待你們的報告跟後面 QA，希望大家也多多參與討論。

第一場 國立臺北大學王士帆助理 教授講評

王士帆助理教授：

院長、主秘、組長，還有各位未來的司法同仁，今天的報告，因為院長及司法官學院的邀請，我非常樂意跟大家交流新學理，討論的題目也確實契合這次「新興法律問題研討會」座談的名稱。育賢的報告非常的認真，那也可以看得出來，如果各位有詳讀的話，可以發現說，其實他的企圖心蠻大的，因



為他結合前面的取證，跟後面的證據能力。那其實取證這一塊，我記得去年三月的時候，德國 Trier 大學 Zöller 教授就在這邊發表演講，他就是在談取證，他現在去慕尼黑大學任教了。在歐洲視野底下，科技偵查取證這一塊，它的發展已經很快速了，我們要來談這個問題，跟歐洲的發展有所接軌。

我有注意到育賢剛剛有提到一個桃園地院的判決，就是 106 易 164 判決。我看那個判決的時候，覺得對從法官學院出來的這些未來的司法棟樑，有高度的期待，因為那也是一個年輕法官的一個新發展見解。那你怎麼去支撐一個新穎法律問題的答案，從法律見解的角度去做支撐，有一些法律上的原理原則要去遵守的，因為科技層出不窮，你必須放進法律原則，才能掌握、面對這裡面的科技挑戰。我等一下要評論的內容，會集中在取證這個部分，因為我覺得證據的那一塊領域算是比較穩定的，請容我預留。如果我們等一下還有足夠的 QA 時間，可以跟大家分享目前法務部的科技偵查法草案，草案雛形是完成了。

好，這個是育賢的報告，我把他集中在框架這一塊，從這裡面我切出了三個問題來。第一個是國內文獻在介紹的，他主要是看美國法文獻的說明，叫做二階段搜索扣押。第二個問題是線上

搜索和來源端電信監察。剛剛蠻可惜的是育賢沒時間深入介紹什麼是來源端電信監察。我不太確定各位學習司法官，是不是知道這是什麼樣的概念？那麼我等一下就簡單介紹，而且我也必須為這個新的科技偵查手段做行銷，希望大家能夠支持這個科技手段，不要說只是侷限在 GPS 而已，GPS 技術上其實蠻基本和低階的。那我要提出的第三個問題是科技定位監控設備，要談一些大家可能習以為常，但是我覺得未來會發生骨牌效應，實務會受到挑戰，我來談談幾個狀況。

第一個問題是二階段搜索、扣押。它要談的問題，如果你看到國內介紹美國法的資料，它所談的問題，像下面有寫的這個實例，警察 P 去附帶搜索 A 的手機，這是一種狀況。另一種狀況是 A 他同意警察扣押他的手機。那兩個問題是，第一個，警察拿到手機之後，他可不可以回去檢閱、鑑識那一支手機？通常我們會說撈手機裡面的資料。第二個，他撈到資料後，可不可以製作資料庫？你如果從第一階段的搜索而言，不管是第一個附帶搜索，或是第二個的同意扣押，我想法律上都沒有問題，附帶搜索依據是刑訴第 130 條，同意扣押你只要踐行刑訴第 133 條之 1 第 2 項告知義務後，那你的扣押會是合法的。但進一步的問題是他撈資料，撈資



料合不合法？在所謂的二階段搜索扣押裡面，就會變成第一階段有搜索扣押的合法授權，但是第二階段去撈資料鑑識這個部分，在二階段的說法裡面，認為這個也叫搜索扣押，這個剛剛育賢他有談到，就是 13 頁跟 14 頁，各位可以參考一下資料。但我覺得這個觀點可以拿出來談，就是說，如果你現在把他定位成是二階段的搜索扣押，那我想請教，二階段在這個鑑識的手機跟製作資料庫的部分，怎麼對應到我國法來？它需不需要法官的搜索扣押令狀呢？還是說這是一種緊急情況？有沒有另外成立搜索扣押的必要性？我覺得這需要討論，那當然美國文獻認為需要搜索票，但是我提出說這個問題的出發點，是因為和台灣的法律狀況不太一樣，各位都知道法官保留原則，那法官保留原則的相對例外是指急迫情況，警察或檢察官他可以先發動搜索、扣押，但是必須要有事後的監督機制，陳報法院核准。所以不管是事前聲請令狀，或是事後的陳報機制，一整個程序前前後後就是會有法官介入監督。但是美國的附帶搜索是無令狀的，沒有事後陳報法院，所以他們才會進一步去要求，無搜索票扣押的手機鑑識的部分要取得令狀。至於製作資料庫的部分，這個剛剛育賢有提到，也延伸到我們談目的拘束性的問題，就是說你製作一個資料庫，是為

了將來比對之用，那這是跳脫原來取證的目的，有目的外使用的問題。這個問題我稍微點一下就好，在科技偵查法草案裡面，是有把取得手機之後的鑑識部分，進行立法化。

再來，我應該談一下線上搜索和來源端電信監察。這兩個概念是從德文直接翻譯過來的，國內有不同的翻譯，線上搜索德文是 Online Durchsuchung，來源端電信監察是 Quellen-Telekommunikationsüberwachung。這兩個都是德文翻譯過來的，國內有不同的說法，尤其是第二個，第二個你看完名稱，大概完全猜不出來他在講什麼，在法務部的草案叫設備端通訊監察。我來跟大家介紹一下這兩個概念。

這兩個概念出現在德國刑訴法 2017 年 8 月的新法，在 2018 年 8 月的時候，被一些維權團體提出憲法訴訟，現在還在德國聯邦憲法法院審理中。不管是來源端電信監察或線上搜索，都是規範在德國的刑事訴訟法裡面，而他們上位概念就是干預資訊科技系統。就是說以你的手機、電腦作為偵查機關入侵的對象，設計了出這兩種偵查手段。那什麼叫來源端電信監察或設備端通訊監察？它其實唯一的設計目的，是為了要因應網路電話而來的，例如監聽 LINE 的通話而來的。我問一下在場各位，各位學習司法官有沒有人沒有使用 LINE

的？在和實務界的交流有聽過一種說法，尤其是警察說的，毒犯他真的要談交易地點的時候，他們不太會去用電話交談，他們會改用 LINE，我想你可能有聽過。那為什麼他們要改用 LINE？最大原因並不是因為 LINE 公司在日本，而是因為 LINE 這種電信通話是用網路通話，他的特性就是你沒辦法用傳統電話或無線電話去進行監聽。如果你要即時取得網路通話內容、語音內容，這個不是儲存在伺服器裡面，而是即時性發生的。那這種即時性通訊，為什麼會讓歐洲或台灣毒販善用？當然不是因為他不收費，比打電話便宜，而是因為你如果要監聽 LINE 的通話，現在科技上的做法是在你的手機直接植入木馬程式，這是德國為什麼叫做通訊端電信監察的原因。

通訊端電信監察在國際上的發展，有幾個思考點。先看一下國外立法例怎麼設計的，那為什麼他們需要立法，我以歐洲德語區國家作為例子。德國是 2017 年 8 月 24 日生效的，瑞士是 2018 年 3 月 31 日生效，再來是奧地利，奧地利是今年 4 月 1 日生效。你剛剛看到這三個先進國家，他們都有制定網路電話的監聽條款，凸顯的第一個意義就是，他們偵查實務在追訴犯罪上有這個立法，表示原先有實務需求。那第二個意義是他有立法必要性。所謂

的立法必要性是說，原本法律是規範不足的，才會有立法必要性。而這樣的問題，你可以進一步去想，為什麼原來立法不足？大家應該沒有疑問的是，LINE 的網路監聽，干預的是什麼樣的基本權利？秘密通訊自由應該沒有問題嘛，對不對？只是說把無線電話改成 LINE 的網路通話而已。所以是干預秘密通訊自由這個沒有疑問。那我們進一步就會去問說，那為什麼德國和瑞士、奧地利，如雨後春筍，2017、2018 跟 2020 年，會針對網路電話制定法律干預授權，難道他們原來沒有這樣的干預授權嗎？難道這三個國家以往沒有電話監聽條款嗎？這當然不是這樣子，因為他們本來就有電話監聽規定，但他們認為原來的電話就是指有線和無線電話的監聽，已經不足作為 LINE 網路監聽的干預授權，原因是和網路電話的技術有關。網路電話的特殊性是有一個加密過程在雙方的通話端，發話之前，會先編碼，然後一直到受話端後，才會解碼，那你如果從中段去攔截訊號的話，也會取得亂碼，亂碼破解需要很長的時間，不符合偵查效益，所以最直接了當的方式，就是在發話端跟受話端，在加碼之前跟解碼之後，直接在手機內植入木馬，那這是他的技術。因為這樣的技術性，會影響到原來的電信監聽授權，無法作為這種干預資訊科技的授權基礎。



這是 2019 年 10 月 15 日的報導，你可以看一下 LINE 公司說什麼。LINE 公佈執法機構用戶資料，在一次接受訪問的時候說，LINE 一向配合司法機構，在資料調取流程上，請執法機關出示法院搜索票才提供用戶資料。下一段，LINE 訊息傳輸採取的是點對點的加密方式。那因為他通訊是點對點的，所以連公司本身都沒有辦法保存訊息的傳送內容，這是他們的說法，你只要去使用 LINE，就是整個資安他們控管的非常好，解碼的 code 他們自己也不知道，這是他們的說法。為了因應這個狀況，所以就變成要在手機內植入木馬，才可以取得透過 LINE，或 skype 通話的訊息內容。在手機裡植入木馬，就是侵害秘密通訊自由嘛，在手機植入木馬的時候，他已經干擾到你手機的正常運作了，所以在德國法的理解下，這個涉及到另外一種比較新興的基本權，可是這個基本權也是德國發展出來的，他們叫做資訊科技基本權。對資訊科技設備使用的完整性跟秘密性的干預，那因為你原來的電話監聽條款，也就是傳統的電話監聽條款，並沒有包含對資訊科技設備的基本權的干預，所以德國法才會另外再立法，針對 LINE 或 skype 的監聽干預授權。這是他們的新法形成背景的源頭。

那麼大家可以思考一個問題，原

來德國法的發展是這樣，他們原先的通訊監察條文，因為他們不像我們台灣是有獨立存在的通訊保障及監察法，他們是把電話監聽規範在刑事訴訟法裡面。那你思考一下德國法的演進，對我國法的啟發會是什麼？德國法原來只有電話監聽，然後 2017 年在他們的電話監聽條款裡面又增訂了網路電話監聽，那我們可不可以如法炮製？我們需不需要一個新的干預授權條款？還是說我們可以直接在現行的通保法裡面，透過解釋，不用走立法院的途徑，就可以讓 LINE 監聽具有干預授權。這是育賢報告過的，是持否定的看法，我也是持否定看法。因為當你說 LINE 監聽是干預秘密通訊，這個沒有疑問，那你要去想一下，在通保法裡面，有沒有一個干預授權是針對資訊科技系統去植入木馬，變更程式，在執行任務結束之後，要盡可能去還原到原來的科技設備的狀態。像這樣的思維，在目前的通保法裡面，到底有沒有這種解釋的空間？可以思考的空間是通保法第 13 條第 1 項。通保法第 13 條第 1 項講說以截收、監聽、錄音、錄影、攝影、開拆、檢查、影印或其他類似的必要方法，作為通訊監察的手段。通保法第 13 條第 1 項是一個概括條款，概括條款不足以明確顯示出他有干預資訊科技系統的涵蓋性。我想這是一個比較根本性的問題，所以導致目



前的通保法，如果拿來作為 LINE 網路監聽干預授權的時候，會有違反法律保留的疑慮，比較有待商榷。這個見解是有說服這次的科技偵查法草案，科技偵查法草案的第三章就是要成立網路電話監聽。各位如果已經認識網路電話監聽的法律問題，不管叫來源端電信監察或設備端通訊監察，如果瞭解他的意義和目的，各位之後在實務界，應該多支持這個立法方向。

第二個我想談線上搜索。線上搜索其實就是一種干預範圍更大、更強的科技資訊侵入手段。剛剛談的通訊端設備監察，取證目的就是通訊內容，干預秘密通訊自由，你說你使用 LINE 打電話，他干預的就是你 LINE 的通話內容。可是德國線上搜索，他不是說你上網搜尋資料，像網路警察瀏覽網頁那樣，線上搜索可怕地方是等於把你的手機，被異地持有就對了，就是你本來持有你的手機嘛，但是會有一個遠端控制，把你手機的支配權完全奪走，你所有內部的資訊，都掌握在國家機關的手上，這是德國現在的情形，他們現在的條文就是這樣。立法政策目前還在觀望要不要引進，那科技偵查法草案不想要，還沒有把他引進來，因為進來的話，說服挑戰會非常的高。你可以想一下，德國對人權保障意識比我們高很多，這個無庸置疑，那他們都可以引

進線上搜索，但是他們學界對線上搜索的批判性，也非常猛烈。德國過去在反恐的危害預防法規有線上搜索，刑事訴訟法是 2017 年才引進。2007 年時德國法蘭克福匯報有報導過，這是簡報的標題，當時智慧型手機還沒有像現在蓬勃發展，當時就有講過一句話，如果你是要引進線上搜索，當時氛圍是你的硬碟在哪裡，你的家就在哪裡。你覺得這句話對不對？你的硬碟在哪裡，你的家就在哪裡了。就是你所有的秘密都儲存在主機硬碟時，那個主機所在之地就是你的家，就是你的堡壘就對了啦。這句話現在就變成說，你的手機在哪裡，你的家就會在哪裡。如果國家可以對你的手機完全取得支配，你的家就淪陷了。這是德國 2007 年的時候，法蘭克福匯報所做的警訊，但是目前一語成讖。2007 年的報導，差不多十年後就成為實際。再請看一下 2014 年德國之聲的報導，說資訊科技公司他們發現一個叫 Regin 的精密間諜木馬程式，他已經監控全球各地企業跟政府部門多年了。那專家表示說，這個新發現的木馬程式，可能出自情報機關，因為他設計很複雜，這個木馬程式他會侵入鎖定者的電腦中長期潛伏，然後隨著監控者的指令，自行截取電腦螢幕畫面、盜取密碼、監視資料的流通，還可以重製已經被電腦使用者刪除的檔案。這是 2014 年的駭客發



展，那現在我們大家說科技日新月異嘛，當然取得的資訊就更多了。

我接下來跟大家談的是，他們不是高端科技設備的偵查，而且目前我們實務已經在做，但是欠缺法律適法性的敏感度。這些科技偵查的違法性，有些是法官自己去挑戰和建立出來的，像高雄地院 GPS 案（最高 106 台上 3788）和桃園地院 106 易 164 號 M 化車案，是法官挑出法律問題的，還有一些科技偵查我是覺得可以去挑戰，大家都注意一下，聽聽看。

第一個受到矚目的科技偵查手段，我想大家應該會聯想到 GPS 案。GPS 這個案件，目前進展是非常上訴被駁回，2019 年年 10 月就被以形式判決駁回（108 台非 182），最近的一次是六月份的，一樣被駁回（109 台非 61）。GPS 這個問題，在臺灣，至少在實務界已經定調了。那你如果回去看一下 106 台上 3788 判決的內容，我不曉得大家有沒有看過判決內容，並比對一、二審判的判決內容？育賢有比對哪裡不一樣嗎？關於台灣現行刑訴法沒有 GPS 的干預授權，是高雄地院法官做出來的，那高雄高分院延續高雄地院見解，然後最高法院維持。所以你可以想見，是高雄地院判決帶動法律發展喔，法律見解這樣蓬勃發展的就是各位司法官。坦白說我覺得是這樣因為你有

一些新觀念、然後透過你的判決，你的見解用判決反映出來，所以我對各位是寄予重望。那我要講的是說，106 台上 3788 認為裝置 GPS 追蹤器構成刑法第 315 條之 1，但學界普遍是認為不應該從刑法第 315 條之 1 得出可刑罰性。但程序法方面，則幾乎是大家共識了，就是普遍認為欠缺法律保留干預授權。

裡面比較弔詭的是說，其實 106 台上 3788 最高法院法官有呼籲法規主管機關儘快制定法案，那刑事訴訟法主管機關不是法務部，所以大家要自立自強。那再來我談第二件事情是 M 化車。M 化車的問題，我們在開會討論過，但一直到桃園地院判決出來，實務才發現原來這個有問題喔。M 化車功能非常多，他除了可以當成是，像桃園地院的判決，是把他當成虛擬基地台，但除了虛擬基地台外，他也可以去截取手機識別碼，那個識別碼有兩個，一個是你的 SIM 卡的識別碼（IMSI），一個是你手機設備的識別碼（IMEI）。抓取識別碼這件事，IMEI 或 IMSI，他並不是在追蹤手機位置，而是在 catch 識別碼。抓取 IMSI 或 IMEI 這樣的干預授權，德國法是有干預授權的（§ 100i StPO）。

那第三個我想談的是住宅外的秘密錄影和照相。住宅外面照相，這不是目前偵查機關會做的嗎？不然的話，怎



會有新聞畫面播放犯罪現場呢？大家覺得這個是合法或違法？育賢你覺得這個是合法的還是違法的？你剛剛有說，我有聽到。

林育賢學員：

我覺得從現行法之下，授權密度雖然不足，但應該是取證部分在解釋論上仍可以得到合法的結論。

王士帆助理教授：

我們在學界比較開放，但如果你從學理來看的話，是值得商榷的。我記得去年 11 月檢察官協會舉辦一場研討會，我是報告人，我放了一段新聞影片，就是放那個骰子碗公的影片。各位有聽過是什麼故事嗎？我稱骰子碗公案，那個影片是我從網路抓下來的。你們現在都有手機，之後可以搜尋一下。情節大概是說警察喬裝，講到喬裝，大家會以為我要講陷害教唆或釣魚。我觀察最高法院裁判很久了，我看最高法院裁判講到釣魚或陷害教唆，大多數的犯罪類型並不是說用來什麼從事組織犯罪，也不是什麼犯罪集團，主要是兩種，一種就是喬裝尋芳客破獲性交易場所，另一種是抓販賣毒品。在破獲性交易犯罪的那一種，如果說警察他喬裝進去，然後出來告訴我們檢方說，我剛剛喬裝，說我在裡面目睹或觀察有性交

易，你信嗎？警察為了要取信，他可能會裝密錄器。我剛剛談的骰子碗公，也是我判決有看到，然後新聞報導出來，就是一樣，警察他喬裝，他就是尋芳客，就和裡面的性工作者擲骰子，一百元擲一次，如果警察輸了，一百元給對方，如果警察贏了，警察怎麼辦？你覺得是性工作者說，那我給你兩百元，不是的，他們就脫一件衣服。那這個過程是被警察拍下來的，拍下來當成證據。我請教各位，在我們談陷害教唆，各位都注意到主觀說、客觀說，有怎樣的法律效果，例如證據禁止、個人排除刑罰事由等等。但我要講的是，你知道在這個取證過程，你為了還原別人的犯罪事實，警察他使用的是密錄設備，秘密錄製非公開活動是刑事訴訟法上的合法取證，還是違法取證呢？取證動機很單純吧？我播放的那個影片不是我透過什麼方法千辛萬苦取得的，沒有喔，新聞報導都播出來了，你覺得媒體怎麼會取得呢？回到我剛剛談的問題，剛才那個是住宅內，包廂那個算是住宅內，我們現在談住宅外，像剛剛育賢有介紹說，你為了鎖定一個犯罪行為人，你在門口裝錄影機，然後長期的監攝。這個干預什麼基本權？我覺得最起碼應該想到肖像權，那我們刑事訴訟法上，目前有沒有這種干預授權？我們想到有干預基本權，然後你要找一下他的干預授權是什



麼。德國法是有的，他們是規定在刑訴法第 100h 條。這個問題目前是隱而不顯，就是說法院還沒有意識到這個法律疑義。為了要防堵這個問題被拿來成為下一個 GPS 判決，我們法律應該要有一個科技偵查的概括授權才對。因為像這種照相錄影，他不是一種高階科技設備，但他確實有干預基本權。上面這四點是我要跟大家做分享的，你可以稍微觀察一下，就是台灣司法實務，尤其是法院他對於科技偵查手段，如果一個一個去審查干預授權基礎，假如追訴機關沒有先做好防火牆，就好像骨牌效應，科技偵查手段一個一個倒下來了，GPS 追蹤器被法院判決推翻了，M 化車也被推翻了，那接下來是 C 跟 D 的部分。以上是我的評論，簡單到這邊，期待等一下有比較多的時間可以跟大家交流，謝謝。

蔡碧玉院長：

謝謝王教授的講評，我們現在就開始進行 QA，育賢有沒有特別要回應王老師評論的地方？先給你有一個辯護的機會。

林育賢學員：

其實在寫監視錄影部分的時候，心裡頗糾結，因為實務上最大的問題，確實如剛剛王教授所講的，就是警察通

常是使用密錄器來取證或者進行臥底偵查，不過這已經超出警察職權行使法授權，至少在我前述報告脈絡中，已經不是合法取證。現行法仍有改革空間，如剛才王教授提及科技偵查法當中有授權的話，可能問題會比較小，特別是監視錄影在現行法的情況下，可能衍生的問題如個資法相關的取得資料目的外使用，對於目前實務運作會構成挑戰。至於其他部分就是就留給大家提問吧。

蔡碧玉院長：

謝謝育賢的回應。那我們現在開始進行 QA，各位同學對這個議題，剛才報告的內容，還有王教授的評論內容，有沒有什麼要提問或回應的地方？這個議題你們應該要很有感才對啊。因為你們出去以後馬上會面臨，這些都是現在實務上一定會面臨到的議題，你們在檢方實習，院方實習，應該都已經有碰到過才對。有沒有疑問？

張維貞學員：

我想請教一下，就是說像 M 化車的話，是否因為可能取得的資訊內容不同，或者是涉及了隱私權，或者是秘密通訊的內容有所不同，而有不同的，是否適用法律，或適用法官保留程度有所不同？那第二個問題是想請教現在現行的這個科技偵查法是否會把這些新型的



科技，全部納入這個相關的一些規定？那我們要怎麼適用？或者是什麼時候會有比較明確的一個適用？謝謝。

林育賢學員：

好，關於科技偵查法的起草內容，可能要問參與的王教授。個人認為，M 化車所取得的資料，如果是關於位置資料的使用，應該適用法官保留原則。剛剛時間不夠沒有特別講的是，到底是採取事先法官保留或是事後法官保留，這一問題便要考慮偵查時效性。例如個案中遲延危險的時候，是不是事後陳報即可？但無論如何，原則上是採取法官保留沒錯監督機制。比較更輕微的基本權干預，如拍照、攝影，或許是要一般授權條款，而如我先前所說是現行法所未規範，這一情況下，是否仍要法官保留便可以再思考看看，是否讓偵查人員先行處理即可。至少就你問的 M 化車取證部分，所干預的程度較高。而且就算你要事前採取偵查手段，檢察官也可以事後陳報執行結果，如現行的搜索規定一樣，因此採取法官保留，應該是沒有問題。如同剛剛王教授提到科技偵查法的相關草案規定，這部分回應先這樣，謝謝。

王士帆助理教授：

你好，第一個問題是關於 M 化

車，M 化車的功能非常的多，我們不能用 M 化車來去鎖定說他預期功能必然是什麼，而是看你使用 M 化車的目的。如果你是要截取手機訊號，有些就是無線電話的訊號，就很單純回到通保法規定，要拿通訊監察書。如果為了追訴犯罪，有必要調取手機位址而派出 M 化車，現行法是沒有法律依據的。我想有人會納悶說，為什麼不是使用通訊紀錄調取票，通訊紀錄本來就包括位址嘛，那 M 化車可不可以說，我們向法院聲請通訊紀錄調取票，就可以用來作為追蹤手機位址的干預授權？名稱看起來像，但其實不一樣的，因為通保法規範的通訊紀錄，是去向電信業者調取，就是儲存在電信業者伺服器的。但是 M 化車這個，他是現場派車圈選範圍，就是說你鎖定某個手機後，個別去追蹤手機位址的。所以德國法區分成兩種干預授權，如果你是向電信業者調取，透過電信業者的協力義務去調取手機位址，他們是規範在刑訴法第 100g 條，如果是個別手機的追蹤 catch 識別碼，不是透過電信業者，而是國家直接派一台虛擬基地台的追蹤器，他們是規定在刑訴法第 100i 條。因此我剛剛說過，就是看派遣 M 化車的取證目的是什麼，會要求不同干預授權。這是我對第一個問題的看法。有些是你在現行法可以找到授權，有些是沒有的，我剛說



如果是截取通訊的內容，這個是現行法有授權的，那如果你是抓其他的位置，就是沒有授權，我看法和桃園地院 106 易 164 一致。

那第二個問題是，目前科技偵查法，我無法代表主管機關發言，我只是有參與其中，然後不少意見是跟法務部立場不一樣。但我們有志一同，就是都認為目前欠缺立法授權，所以要立法填補，只是在一些細節上或是一些大方向上，會有一些不太一樣的看法。我知道現在科技偵查法，第一個是總則編，那總則編那裡面有一些故事，因為我想之後可以邀請法務部承辦人過來跟大家談。科技偵查法主要的干預手段有三種，第一種就是為了錄音、錄影跟追蹤位址的，有一個概括條款。然後有階層化的概念，高一階的干預是使用空拍機，干預程度更高的是使用 GPS 等定位追蹤。那他還有一個是干預最高，我們學者是反對的，但法務部是放到條文裡面了，就是可以從隱私空間外去刺探隱私空間內的活動。譬如說從住宅外刺探住宅內的非公開活動，這個舉動在我們現行法裡面，有沒有干預授權？我們現行法，就是通保法有將「言論跟談話」規定成是通訊的一種，就住宅內的言論和談話，通保法第 13 條是禁止你在私人住宅裡裝置監聽設備的，但是他沒有禁止你從外面竊聽到住宅內裡面，

可是不管怎麼樣，言論和談話充其量就是聲音而已，但是科技偵查法草案他是直接去刺探住宅內的活動，這個是主管機關想要引進的。你可以具體想像的干預設備就是像顯像儀，或是你直接拉隱藏鏡頭，從管線深入家宅裡面監看，草案有這樣的實施依據，我是覺得這個立法不妥，會不會過關就拭目以待。

草案第三個部分是通訊端設備監察或來源端電信監察這個條文。我是覺得在座的各位應該支持，像我不用追訴犯罪的學界人，但我就覺得有必要的立法引進。就好像我們都支持說定位追蹤有立法的必要，不然的話，要各位綁手綁腳對付犯罪行為人，喊窮寇莫追嗎？GPS 追蹤器在科技偵查的光譜裡是很低階的技術，可是如果說毒販或犯擄人勒贖的，他們是用 GPS 追蹤運毒或被害人、用 LINE 議價勒贖，那我們國家卻不允許偵查機關監聽 LINE，不允許用 GPS 追蹤被告，這不是太一廂情願了嗎？就是你追訴犯罪永遠追不上被告的科技使用情況。因此第二部分，是針對設備端通信監察，就是制定 LINE 監聽條款。LINE 監聽條款在引進的時候，會有問題在於，他到底要規範在通保法或規範在科技偵查法？因為整個科技偵查法，假設因為他原先的科技偵查法的立法初衷，只是為了呼應 GPS 追蹤器的立法訴求嘛，那我請教各位喔，

既然最高法院 106 台上 3788 講說，呼籲當主管機關要有 GPS 干預授權，就是他呼籲司法單位要有所作為，但主管機關現在的重心不是放在 GPS 條款。所以法務部自己要想辦法，那把 GPS 追蹤放到通保法裡，那這樣的方向對不對？GPS 追蹤不涉及通訊，在通保法規定 GPS 條款是名不符實。通保法本身已經不是只有干預秘密通訊自由而已，兩個人在秘密空間裡的言論和談話被認為是「通訊」（通保法第 3 條第 1 項第 3 款），可是通保法干預的應該是秘密通訊自由，不包括秘密通訊自由以外的基本權，理論上是這樣，但通保法不是這樣規範。所以如果你再把一個 GPS 追蹤器放到通保法裡，理論上是行不通的。硬塞在通保法，也不能說不行，反正是讓通保法更四不像而已。所以後來才會想到說，那不如制定科技偵查法，制定過程中考量越來越多，草案的規模就越來越大、越來越複雜。然後第四部分是手機鑑識，就是取得手機後，對手機紀錄的解讀跟建置資料庫。科技偵查法法案的雛形大概是如此。謝謝。

蔡碧玉院長：

好，謝謝王教授的回應，我補充一下。雖然剛剛王教授給我看了一下法務部的科技偵查法草案，因為我不知道

這個草案是不是定稿了？我想應該王老師有參與這個草案研擬小組的討論，所以他知道這些狀況，其實我沒有參與這個小組，我不知道詳情。但是我要說的是，其實原先法務部真的是有考慮要在通保法裡面去做修正，但是現在修通保法幾乎是禁忌，就是你只要釋出要修正通保法的訊息，這個東西就好像是踩到大家的敏感神經，在立法院你只要修通保法，然後是要增加偵查機關的權限，到了立法院以後，就會變成一個焦點，然後會很容易就產生政治對抗。因為通保法過去曾經有一段很敏感的歷史，就是曾經引起極大風暴的特偵組監聽國會疑雲案件，為此大修了一次通保法之後，後來要再修通保法，幾乎都是變成非常困難的一件事情。第二個當然就是王老師講的，其實因為科技的發展有很多的通訊模式一直在改變，隱私侵犯的種類也不同，其實也不見得能夠很適合現在通保法裡對通訊的定義。如果勉強放到裡面規範，的確是沒有辦法因應一直新產生的一些科技通訊態樣。所以就是說，制定一個科技偵查法，也許就可以離開那個敏感的神經，然後也可以比較完備的規範相關的科技蒐證程序。但是看起來，科技偵查法應該還是會跟通保法有競合，還有跟刑事訴訟法也有很多競合。我個人也比較樂見是用科技偵查法，用特別法的方式去處理，



因為這個領域變化太快。那如果要修法的話，以基本法來講，像刑訴法要去動他，有時候就會牽一髮動全身，特別法的修正就比較彈性。所以有關科技偵查的手段，就是因在立法技術面及現實面，有很多的障礙跟考驗，因此才會有科技偵查法的提出。以上是我個人的補充。

廖易翔學員：

院長、主秘、組長還有那個教授大家好。因為時間不夠，我本來想問科技的數位產生的一些問題，那我把這個部分省略掉。我最想問的是私人取證的部分。那您剛剛有提到，就私人取證的部分，無法做為使用，在法律上有一些爭議性。那我想提出一個想法就是說，是不是可以考慮用類似補強證據的效果。因為既然私人取證，該取證人一定有一個目的存在，而私人取證的東西大多也是數位證據的一種，該證據到底怎麼製造出來的？內容是否為真實存在？這個證據可能會有這樣的問題存在，那會不會他本身的可信度就有爭議。如果我們用原本的想法，認為說這個不是國家所為，這不是國家取得的，沒有任何法律的規範，然後全部用權衡方式處理，我自己覺得，這樣會不會太快？但是也可能我沒有到很瞭解說這個議題，我只是剛才聽到王教授講提到，

想問那有沒有考慮過，我們把私人取證以補強的方式來處理，使私人取證之證據更能夠相信？

林育賢學員：

好，感謝易翔的提問。就是這個問題比較麻煩的是，我們到底國家要不要禁止使用私人取得的證據。這取決於證據使用禁止理論基礎為何。個人認為，我們不要在刑事程序上使用這些證據，理由不在於他的可信度高低與否。我們要從把私人取證納入法庭來使用來思考。在證據調查的過程中，必然會加深被告或相關人的資訊自主決定權的干預，由基本權干預的角度，可以導出我們為什麼要禁止私人違法取證。因為使用私人取證會干預基本權。國家基於基本權保護義務，因此他不能拿這些違法取證所得進入。易翔你剛剛提到補強證據，其實補強法則是對自由心證主義的限制。在這個狀況之下，某些私人取證的形式，所得不是供述性證據，如果要運用補強法則來處理，有若干理論上難以克服的障礙，正因為他不是單純強化可信度的問題，特別是在既有某些物證的情況下，其可信度，隨便使用補強證據都可以來補強，其結果是一種沒有效果的限制，私人取證碰到的問題，跟一般密室犯罪或單一被害人單一指訴的情況不太一樣。通常私人取證所取得

證據，他所呈現的可信度相對較不容易被挑剔，之所以不宜使用進來的主要理由原因還是因為可能進一步加深基本權侵害。因此個人認為，你的問題還是在於證據排除法則的前提。以上是我的回應，謝謝。

蔡碧玉院長：

育賢你剛才回應的，我聽起來，你是覺得私人取證沒有證據能力的問題，只有證明力的問題，是這樣嗎？

林育賢學員：

不是，私人違法取證還是證據能力的問題，而不是證明力的問題，跟補強法則沒有那麼強烈的關係。而且再來大部分的私人取證，如果是私人錄影那種，要套用補強法則也過於勉強。錄音錄影我們在證明力評價上還是可能依照個案需要，與其它證據相互輔佐，這個是證據力評價的問題，但不會因為是私人取證還是國家取證而有性質上的差異。所以我們還是要回答這一個前提問題，為什麼要禁止國家拿私人違法取得的證據來使用？他為什麼要禁止是一個前提。如果為了保障基本權的話，就跟補強法則沒有關係，跟證據內容的真實性也沒什麼關係，即便有高度證明力的私人所取得的證據取證，國家基於保護基本權義務，還是有可能要禁止證據使用。

蔡碧玉院長：

好，謝謝。

王士帆助理教授：

對不起，我應該要談一下科技偵查的問題。您剛剛講的問題是私人取證，他牽涉到是另外一個主題。我講一下德國聯邦最高法院 2018 年有一個判決（BGH, Urt. v. 15.05.2018 – VI ZR 233/17），是關於行車紀錄器，他記錄到車禍肇事，那你們現在問說那個行車紀錄器，可不可以用來作為車禍肇事的證據？德國聯邦最高法院認為這是私人取證。那因為育賢其實有說過，我們談私人取證的時候，如果從國家脈絡來談，關鍵不是在取得，因為取得是私人，那私人必須為他的行為負責，如果他違法取得，他本來就要承擔民事或刑事的責任，那個是私人的部分。那為什麼會和國家產生連結性？是因為當私人證據帶到法庭來，是國家去使用那個證據，國家使用證據，也就是說透過法院的證據調查程序，在法庭上面構成對私人證據的一個獨立性干預，已經跳脫了原來那個私人取證的違法了，可是法院去採用那個證據的時候，是不是對原來取證受侵害的人另外一次干預？那我們這時候就要討論說，不管是行政、立法或司法機關，凡是政府機關，都有基本權的保護義務，那就可以考慮說，我採



納這個證據，是不是會造成對於受干預人的權利保護不足？我們台灣實務目前的一致性見解，結論是基本上沒有保護不足的問題，因為我們透過民事跟刑事責任的制裁，對於那一個違法侵權的人加以制裁了。那如果真的是極其嚴重的私人違法取證，像強暴和脅迫取證，才會例外的讓刑事法院也要宣告私人取得的證據，不可以作為證據使用。這個算是私人不法取證已經定調的討論方式。那你談到能否切到補強法則，這個看大家對補強法則的概念是什麼而定。我知道最高法院跟實務是認同利用補強法則，發展出多樣性的超法規補強，心證沒有把握的時候，就讓他補強。但就學理而言，補強法則比較像是一個宣言式的口號，因為你很難單憑說一個被告的自白，就直接判被告有罪嘛；你很難單一個被害人的性侵陳述，就認為說加害人一定有性侵，然後，像兒童的陳述也都是這個情況。所以最終還是落在罪疑唯輕上面，我的想法是這樣。謝謝。

蔡碧玉院長：

好，謝謝，那各位還有沒有關於科技偵查的問題要問？

饒倬亞學員：

院長，組長，老師你們好，我有兩個問題。第一個問題想先請教王老

師，針對警察密錄器的部分。因為剛才老師在評論的時候講到，然後老師舉的是一個犯罪挑唆的例子，就是警察利用密錄器密錄犯罪行為。那我想請問一下，如果我們在實務上，廣泛看到警察在執勤的當中，都會開啟密錄器，那往往會在執勤的當中，自然而然會目擊一些犯罪行為。譬如說接受有民眾報案，然後到場的時候，看到有人在打群架。或者警察剛好在調解的時候，或辦理酒駕案的時候，警察就被民眾攻擊，就可以當做一個證據，記錄以及保全的一個手段。像這種跟老師所舉的犯罪挑唆的情況，這兩個情況一個是，好像是警察是似乎有意利用密錄器，去蒐集犯罪證據；另外一個是正常的職務執行當中所自然取得的一些犯罪的證據。那這兩者之間，是否有區分授權依據的必要性？或者是如果有，都是要有法律授權，那他的強度是否有什麼不同？這是第一個問題。

那第二個問題是，我想要針對育賢的報告，第六頁針對隱私權的搜索的部分。育賢的報告裡面，對於隱私期待，好像是做了搜索的一個以符合合理隱私期待為前提要件的感覺，那這個跟我們所瞭解的美國隱私權的內容，好像比較不太一樣，因為美國法他們所謂的隱私權的內涵，他的核心內涵其實叫做合理隱私期待，這個合理期待又可以

分成主觀跟客觀。也就是說，你要符合合理隱私期待的原則的話，才是一個美國憲法上所保障的隱私權，這才是一個人民的基本權。而不是說我們搜索的前提，你要保障人民的隱私期待。文本裡面有指出，當搜索的時候，需賦予人民在場權的保障，作為搜索須符合合理隱私期待原則的論述基礎。但是在場權的保障，也不等於合理隱私期待的保障。因為在場權可以放棄啊，你放棄在場權，你不想要在場，也不會導致說整個搜索違法，也不會導致這個蒐證的行為就不叫搜索，是吧？所以應該是說，因為你侵犯了合理隱私期待所保障的隱私權，所以國家高權干預的這個行為，叫做搜索，而不是因為他不符合一個前端的合理隱私期待，所以這個東西就不叫搜索行為，這是我覺得邏輯上好像比較像是這樣，可不可以再補充說明？謝謝。

蔡碧玉院長：

請育賢先回應。

林育賢學員：

感謝這個提問。我國學說把合理隱私期待抓進來台灣使用的時候，會出現有一個問題是，是這個熱顯像儀可不可以使用啊？構不構成搜索？我覺得這樣的討論有點迷失重點。我們知道，在美國法脈絡下，熱顯像儀的使用，因

為是不合理的搜索，所以要令狀保留。如果放在台灣的脈絡下的話，依照我的立場，並不是從這個角度切入他可能不是搜索，確實如你所講的，美國法上對於這一問題，並不是說侵害合理隱私期待與否去決定搜索與否，這種推論方式是過快的推論。但學說的問題，是在我們現行法跟美國法不太一樣的狀況下去，進行類比推論，但我們不能直接透過擴張或緊縮搜索令狀適用範圍與否，直接把熱顯像儀納入現行搜索令狀適用對象。學說上討論說這個可能會侵害人權，是不是可以用搜索規定來去處理？個人認為這種推論不太適當，所以並沒有很喜歡用這種方式進行分析，並不是說美國法有什麼不對。因此，我們藉由美國法來討論搜索，來檢討搜索合理與否的前提，可能迷失焦點，特別是現行法搜索規範的構造，自始至終跟合理隱私期待無法掛勾起來。即便是美國法也有搜索問題上的爭論，是否合理可能有合理隱私期待標準，另外大法官 Scalia 也曾提出的財產權基準，作為判斷標準。但問題是，即便有如此豐富的討論，現行法適用搜索令狀，就是跟合理或合理隱私期待沒有直接關係，我們不能將 GPS 定位或者熱顯像儀只透過向法院聲請就拿來使用。在討論搜索時，直接說這個有可能有侵犯到合理隱私期待，而這種蒐證方式可能是不合理，所



以推論說我們要用搜索規定來處理，是放錯重點的。因此，現行法的脈絡下，我認為討論合理隱私期待是沒有必要。意思大抵如此。

蔡碧玉院長：

各位是否能理解？

林育賢學員：

上面討論有點紊亂，我再簡單重述一下。上述討論主要可以分成兩個重點。第一個，現行法搜索跟美國法判斷是不是適用令狀，無論是規範構造前提還是規範邏輯均不一樣，我剛剛的在場權也是要講這個意思，直接拿合理隱私期待的概念來套，類比現行法規定說可以搜索，只要向法院聲請令狀，就可以使用，個人認為是一種錯誤的看法，但部分學說在解決現行法並未授權的基本權干預行為時，常常有這種傾向，但我並不同意，不知道這樣的說明是否大家可以接受。

王士帆助理教授：

我覺得有些話一定要現在講，因為我不曉得什麼時候還有機會跟各位交流啊，你們接下來可能就直接去基層機關服務了。我先回答第一個問題，你們剛剛所談的問題，干預門檻確實是要區分，先區分干預對象是住宅內或住宅

外，住宅內的干預比住宅外高。然後再來干預客體是聲音或影像，科技偵查目的是監聽聲音或監錄影像，是不一樣的干預門檻。這樣排列組合下來，住宅外的監錄活動是最輕微的干預，住宅內監錄影像是最嚴重的干預，我是覺得不可以允許這麼做。還有一點要提醒的是，目前的科技偵查法草案所構想的是針對不知情之人，如果相對人是知情的，或者是欠缺合理隱私期待的，那個就不是科技偵查法的規範對象了。那我剛才說額外要跟大家談的是，科技這件事情，他其實擺在我們法律人面前，他就是一種科技跟法律的較勁，那你不要因為說對科技陌生，然後你就把法律立場完全棄守，我覺得我們不是用這個退縮角度，來去看待任何的科技偵查和法律的關係的。你如果從 106 易 164 那個桃園地院的判決，那我請教，法官做這個判決之前，有個指標判決給他參考嗎？沒有嘛，你想想看，那你總是要解決科技偵查的法律問題啊，對不對？論證方法就是你要盤點一下，到底現在這個科技手段干預什麼樣的基本權？然後我們現行法有沒有提供什麼樣的法律授權依據？一定要先做盤點。那現在實務上有三個案件，就可以拿來作為盤點審查，可以驗證一下你的法律實力喔。第一個是 106 台非 259 的 Hibox 案，他問題非常簡單，因為他涉及秘密通訊自由範



圍界定而已。然後第二個是 GPS 案，這個大家都耳熟能詳了嘛。第三個是雲端搜索。如果說你的搜索票記載的是手機或電腦，可是你打開被告手機或電腦，會發現它連接到雲端硬碟，那個雲端硬碟算不算是原先搜索票允許的搜索扣押範圍？這些都和科技有關，但都是透過基本權干預理論可以解決的法律問題。所以在這邊，我是誠心呼籲，也鼓勵各位未來的司法棟梁，其實你面對科技問題時，你就是從你原來所學過的法律基本權干預理論去看待，不要怕、不要慌，從這個法律角度出發，一些科技

偵查問題還是可以迎刃而解的。謝謝。

蔡碧玉院長：

謝謝育賢今天的報告，也感謝王教授的評論跟與談，還有大家的提問。這個議題雖然說是新興議題，可是其實也不算太新了，因為他已經是進行式的，而且不斷的在發生，希望各位結業之後出去，面對這樣的問題，能夠時時保持思考，尤其剛才王老師提醒大家思考的點，不要忘記要能夠展現在你們的個案裁判中。謝謝，這一場次就到這邊結束。