析論數位證據及其複製品與替代品之證據能力判斷 下

文／陳文貴

（文接上期）

三、數位電磁紀錄重製之複製品

數位電磁紀錄重製之「複製品」(duplicate)，係對原始數位電磁紀錄加以轉存、拷貝、複製或轉存於其他載體，如光碟、SD 卡或雲端硬碟，而準確的重製與呈現與原始數位電磁紀錄完全相同狀態之重製物。由於數位電磁紀錄本身的特性，可透過電腦設備予以編輯、處理、傳輸、顯示或儲存，本質上具備完整之再現性，且因電腦科技的創新與進步，在重複讀取、傳輸數位電磁紀錄的過程中，原有數位電磁紀錄所承載的資訊內容，可以無限制複製且不致減損耗盡，因此原則上具有與原始電磁紀錄等值之同一性。但翻拍自通訊軟體手機或電腦螢幕之對話紀錄照片，並非即等同於屬數位電磁紀錄重製之複製品，而應屬於傳統定義的衍生證據，亦即二手證據。因為翻拍自顯示於手機或電腦螢幕等通訊軟體對話紀錄之照片，並非準確重製原始電磁紀錄，與原始電磁紀錄也不具有一致性可言。此與直接勘驗顯示於手機或電腦螢幕之通訊軟體對話，係屬於對數位電磁紀錄輸出物之勘驗，而屬於上述所謂對應物，亦屬於原件不同。

關於數位電磁紀錄重製之複製品的證據能力問題，刑事訴訟法同樣缺乏明文規定。如果數位電磁紀錄重製的複製品，與原始數位電磁紀錄的一致性並無爭議時，聯邦證據法第 1003 條則規定：除非具有（1）原件的真實性已引起疑問，或（2）在特定情形下，允許複製品替代原件是不公平的情形外，複製品與原件具有相同的證據能力。因此，如果數位電磁紀錄證據之複製品所承載之資訊內容，與原始數位電磁紀錄完全相同，在當事人之間也沒有爭議，那麼重製的數位電磁紀錄複製品，就與原始的數位電磁紀錄具有同等的證據能力，法院也無須要求出證之當事人必須提出原始數位電磁紀錄[9]，始可認為具有證據能力。最高法院 107 年度台上字第 3724 號刑事判決、109 年度台上字第 5660 號判決意旨均認為，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，亦得作為證據，亦同此旨。惟倘若訴訟當事人對於數位電磁紀錄重製複製品的真實性，亦即重製的複製品與原始電磁紀錄是否一致，是否經過修正、竄改後才重製，抑或在重製的過程中有無經過修改，抑或與原始數位電磁紀錄是否具備一致性，已有所爭執，而原始數位電磁紀錄又已經遺失或者毀壞，而僅留存重製之數位電磁紀錄時，即無上開聯邦證據規則與最高法院判決意旨之適用，則需另外透過下文所述「驗真」程序，加以確定重製過後的數位電磁紀錄複製品，與原始證據是否具有一致性。

肆 數位證據及其複製品與替代品之驗真

一、驗真之證明程度

所謂數位電磁紀錄之「驗真」（Authentication），就是鑑驗充分證明其為真實的程序，但不以必須經鑑定，或以原件鑑定為必要，只須達到足以使法院相信該證據確與該資料所欲表彰的待證內容符合即可，亦即達到優勢證據的證明門檻即可，而不必達到與認定犯罪事實同一程度的確信門檻。就此，美國聯邦證據規則第 901 條（a）就有類此規定，作為證據能力的先決條件驗真與識別，可以用足以支持提出人所主張的事實確與待辨認的資料所欲顯示的內容相符合的證據，來使人相信該證據的形式是真實的。也就是說，關於數位電磁紀錄證據的驗真，當事人提出數位電磁紀錄證據，欲證明某待證事實時，原則上必須以證據充分證明（sufficient to support）所提出之特定證據，確實係其所主張之證據。這包括了證據驗真的提出證據責任，以及應達到充分證明 2 個標準[10]；惟其證明之程度，祇須達到「證據優勢」（preponderance of evidence）之程度即可，亦即無須達到超越毋庸置疑（beyond any doubt）的程度，即可認為已通過驗真程序之門檻[11]。

依據上開所述，實務上如果當事人在訴訟上提出數位電磁紀錄作為證明某一待證事實，而經對造之當事人爭執其真偽或與原始電磁紀錄是否一致之證據能力時，主張該數位電磁紀錄之一方，自負有提出充分證明所提出之數位電磁紀錄，非係出於偽造或變造，而與原始電磁紀錄相符之驗真證明責任。但此種驗真證明責任之釋明程度，並不以達到與有罪證明門檻一樣，至一般人均可得確信而無合理懷疑之證明門檻，而僅須達到優勢證據之證明門檻即可。

二、數位證據及其複製品之驗真

刑事訴訟實務上常見，檢察官提出被告與證人之間，顯示於手機或電腦螢幕之通訊軟體的對話電磁紀錄，或翻拍自手機、電腦通訊軟體所顯示數位電磁紀錄對應物的照片，作為證據使用。此種情形，經由刑事訴訟法第 165 條之 1 第 2 項之程序，直接勘驗顯示於手機或電腦螢幕通訊軟體的對應物，依上所述，是對於原件，亦即原始電磁紀錄，即原始證據之勘驗。然而翻拍自顯示於手機或電腦螢幕通訊軟體之對話紀錄照片，依上所述，則屬對於其衍生證據，即文書證據之調查而已，並非對於原始數位電磁紀錄證據或其對應物之勘驗，也不是對於原始數位電磁紀錄重製的複製品之勘驗。若訴訟上當事人對上述衍生證據所承載之內容有爭執時，如認為翻拍自顯示於手機或電腦螢幕通訊軟體之對話照片，並非原始數位電磁紀錄的對應物，亦即主張與原始數位電磁紀錄所承載的內容不符，而是經過變造、修改後再拍照的，或者是主張根本沒有原始的數位電磁紀錄之存在，而是偽造的對話紀錄照片，則依上所述，自應經由驗真程序加以證明確定，這種驗真程序並無法經由刑事訴訟法第 165 條之 1 第 2 項所定，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之程序，所可以達成。

在上述的爭議之下，原則上數位電磁紀錄證據在刑事訴訟案件中，以供作為認定犯罪事實使用之前提，如果於訴訟當事人之間有所爭執時，必須先證明其「真正性」及未被竄改之「驗真」程序，提出證據之當事人，就該證據是否足以使法院認定具有證據能力，自應負舉證責任[12]，已如上述。

至於在數位電磁紀錄所承載之內容，如果係屬被告於偵審外供述之情形時（如被告與他人在通訊軟體 Line 中之對話紀錄），此種被告在偵審外所為之供述係儲存於載體，而以數位方式傳送，產生類似文書之聲音、影像、符號或資料。此種作為證據使用之數位電磁紀錄，因具可無限複製、增刪修改、製作人不易確定等特性，相較於一般傳統之書證、物證，更易於偽造、變造或竄改，自須注重與原始電磁紀錄之同一性與真實性。從而，苟被告爭執該數位證據所承載內容之真實性，而否定其證據能力時，提出證據之一方，基於上述同一法理，亦應負驗真之證明責任，以及釋明達到優勢證據之門檻。

而於爭執數位電磁紀錄之複製品或對應物，與原始電磁紀錄是否一致之情形，實務上最高法院 109 年度台上字第 5660 號刑事判決則認為，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，亦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），經勘驗或鑑定複製品，苟未經過偽、變造，該複製品既係原件內容之重現，並未摻雜任何人為之事後加工作用，亦未影響內容所顯現之真實性，且經合法調查，自有證據能力等語，亦可認為相當對於數位電磁紀錄複製品的驗真與釋明程度要求。

另於數位電磁紀錄重製「複製品」，解釋上如通過上述確屬原始數位電磁紀錄重製複製品之驗真程序與證明門檻，則依照上文所述，複製品與原件具有相同的證據能力，則其驗真與證明之門檻，當與對原始數位電磁紀錄的驗真與證明之法理相同。

三、數位證據替代品之驗真

主張係所謂翻拍自通訊軟體對話

（文轉三版）

註釋

9 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 67-68；陳文貴，同註 1，頁 308；蘇凱平，數位證據的「代替品」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。

10 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，臺北大學法學論叢，第 91 期，2014 年 9 月，頁 184。

11 United States v. Dhinsa,. 243 F.3d 635 (2d Cir. 2001); United States v. Tin Yat Chin, 371 F.3d 31 (2d Cir.2004).

12 陳文貴，同註 1，頁 308。

13 最高法院 97 年度台上字第 6417 號刑事判決。

14 最高法院 94 年度台上字第 1270 號、96 年度台上字第 1177 號、96 年度台上字第 1869 號、97 年度台上字第 6417 號刑事判決參照。

15 Markus Bader, in: Rolf Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Aufl. 2019., §71 Rn.74.

16 最高法院 96 年度台上字第 1869 號，97 年度台上字第 561、2023 號，106 年度台上字第 86、1516、1747 號，110 年度台上字第 2236 號刑事判決參照。

17 Gerhard Schäfer/Günther M. Sander/Gerhard van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, 6. Aufl. 2017, Rn. 1518a.

植根法律資訊
劃撥帳號：07929998 戶名：植根雜誌社有限公司 TEL:(02)2707-2848 FAX:(02)2708-4428
黃茂榮 著作 定價 900 元
訂購未滿 請自付郵
植根法律書
迅速、妥 之商業事件
商業 審理
設置
採二級 、妥適 大商業
律師
由律師 格之人 ，提升
科技
以線上 ，並得 式審理
調解
應由具 識之人 行調解
當事人
得列舉 造查詢 以評估
引進
得聲明 意見， 專業性
秘密
文書、 及營業 法院發
乾淨・透明・
司 法
http://www.juc

（文接二版）

紀錄之照片，乃證據替代品，是否與原始數位電磁紀錄所承載之資料內容完全相符，既然已經引起爭執，則未經通過優勢證據證明之門檻，證明確與原始數位電磁紀錄所承載之資訊相符時，自不能逕行認為確係翻拍自原始數位電磁紀錄對應物之照片，而逕認係屬於原始證據之證據替代品或衍生證據之文書證據。此法理與實務上認為，依據監聽錄音結果翻譯而成之通訊監察譯文，以顯示該監聽錄音內容，為學理上所稱之派生證據，屬於文書證據之一種，固有方便證據檢驗之功能，但究非證據本身之內容。此於被告或訴訟關係人對其譯文之真實性發生爭執或有所懷疑時，法院自應依刑事訴訟法第 165 條之 1 第 2 項規定，勘驗該監聽之錄音帶踐行調查證據之程序，以確認該錄音聲音是否為本人，及其內容與通訊監察譯文之記載是否相符。但如監聽錄音帶已滅失，或因保存不善而無法顯示聲音，而被告或訴訟關係人對監聽譯文復有爭執時，因監聽譯文之真實性無法獲得確保，自不得僅憑監聽譯文作為判斷之依據[13]，其法理相同。此乃因上述情形之「文書證據」，係以其「物之性質」作為證據資料者，與一般「物證」無異，固得直接以文書證據本身之解讀，據以推論待證事實；惟主張係所謂翻拍自通訊軟體對話紀錄之照片，係以該文書所承載之內容、意義作為證據，乃刑事訴訟法第 165 條第 1 項所定之「證據文書」，即一般所稱之「書證」，則其前提要件必須先驗真加以證明，確有此一原始數位電磁紀錄之存在，始有所謂翻拍自原始通訊軟體對話紀錄之可言，而與上述之「文書證據」不同。倘若不能經由驗真程序加以證明，確有此一原始數位電磁紀錄之存在，則根本上即無從推論證明係屬於原始數位電磁紀錄對應物之證據替代品，而僅屬一般文書證據而已。

確實是翻拍自顯示於手機或電腦螢幕通訊軟體之對話紀錄照片，係屬於衍生證據，並非原始數位電磁紀錄重製之複製品，也不是原始證據的對應物，而是屬於證據替代品，應無聯邦證據法第 1003 條規定之適用餘地，則若原始對話數位電磁紀錄已經滅失或毀損，而當事人對其真實性復有爭執時，自無從對原始對話之數位電磁紀錄加以驗真鑑驗。但翻拍自顯示於手機或電腦螢幕通訊軟體之對話紀錄照片，如果確與原始電磁紀錄所承載之資訊完全相符，自屬已「轉化」為「文書證據」之證據替代品，惟主張此種轉化過後的文書證據，其承載之內容與原始數位電磁紀錄所承載之資訊內容相符時，在雙方當事人對其真實性與一致性有所爭執時，自亦應由出證之一方舉證證明其真實性與一致性。

就此，實務上不妨本於同一法理，參照上開聯邦證據規則所定，可以使用足以支持提出人所主張的事實確與待辨認的資料所欲顯示的內容相符合的證據，亦即「補強證據」的方法，來驗真證明該文書證據與原始已滅失或毀損之數位電磁紀錄，其形式性與真實性是一致的，應該也可以通過驗真程序，即嚴格證明法則的要求。例如原始數位電磁紀錄雖已滅失或毀損，而無從驗真加以鑑驗，然若檢警早於警詢或偵查階段，在詢（訊）問被告或證人時，已先將系爭通訊軟體對話紀錄之翻拍照片所顯示內容之真實性加以確認，並記載於筆錄。至若警詢或偵查階段並未先加以確認，則於法院行準備程序或審理時，亦可對此部分之證據能力問題由檢辯雙方先加以確定，庶免日後再行爭執；或是再經由其他證據方法，加以補強證明，如提出者以外之其他目擊證人、通聯紀錄等等，則這種因為原始數位電磁紀錄業已滅失的情況下，現存翻拍自顯示於手機或電腦螢幕通訊軟體之對話紀錄照片，依照如上所述補強證據的方式，應該亦可通過充分證明與優勢證據門檻的驗真要求。然而，最根本的偵查作為，應該是在檢警最初發現此種數位電磁紀錄之證據時，及時依法加以扣押、留存，避免僅留存其翻拍照片，致日後衍生審判上關於證據能力有無，及其證明力之爭執，始屬根本之道。

至倘若原始數位電磁紀錄業已滅失、毀損，又無重製之複製品電磁紀錄可供驗真鑑驗，而出證者主張所謂係翻拍自顯示於手機或電腦螢幕之通訊軟體對話照片，又不能通過上述驗真程序的證明要求，亦即不能證明與原始數位電磁紀錄所承載內容相符，則此時如仍許使用所謂係翻拍自顯示於手機或電腦螢幕之通訊軟體的對話照片代替原始數位電磁紀錄，將導致對訴訟當事人形成不公平之情形，則依照聯邦證據規則第 1003 條規定之反面解釋，主張係翻拍自顯示於手機或電腦螢幕通訊軟體對話紀錄之照片，因為不能通過驗真程序的要求，自不能逕行認為確係所謂自原始數位電磁紀錄轉化而來之「文書證據」，因此其證據證明力之價值，已屬極其低微。

如實務上檢警依據監聽錄音紀錄轉譯而成之通訊監察譯文，此種「派生證據」如與原始通訊紀錄所承載之資訊內容具有一致性，而經轉化為文字之紀錄，固可認為已轉化為文書證據，而依文書證據之調查方法加以調查即可，但若於訴訟當事人之間，對其譯文與原始監聽紀錄是否具有一致有所爭執或懷疑時，因為原始錄音紀錄業已滅失，自無從依據刑事訴訟法第 165 條之 1 第 2 項規定，勘驗該原始監聽之錄音帶踐行調查證據之程序加以驗真，實務上亦認為，於此情形因監聽譯文之真實性無法獲得確保，自不得僅憑監聽譯文作為判斷之依據[14]，同其法理，亦可供參考。

伍 證據替代品之證據能力

最後談到證據替代品的證據能力問題，原始證據之派生或衍生證據，如上文所述，原始數位電磁紀錄重製之複製品、翻拍自通訊軟體的對話紀錄照片、Internet 顯示的網頁翻拍照片等二手證據，均屬於廣義的所謂「證據替代品」（Beweissurrogate），雖然並非原始證據，然其證據價值僅係較原始證據減低而已[15]，但並非即完全無證據能力，惟除有例外之情形者外，基於直接審理的實質直接性原則，證據替代品並不能完全取代原始證據，例如警察所製作之通訊監察譯文，不能完全取代原始的通訊監察紀錄；翻拍自通訊軟體的對話紀錄照片，不能完全取代原始的數位電磁紀錄。此種證據替代品如通訊監察譯文、通訊軟體的對話紀錄翻拍照片，倘當事人間對於與原始數位電磁紀錄所承載之資訊內容，其同一性或真實性發生爭執或有所懷疑時，固應依刑事訴訟法第 165 條之 1 第 2 項規定踐行調查證據程序，使之忠實再現，據以確保其所承載內容之真實性。

惟當事人如已承認該派生證據與原始證據所承載內容之一致性或並不爭執，而法院復已就該轉化後之文書證據，依法踐行調查證據程序者，則該文書證據自亦有證據能力[16]。但如當事人對於派生證據與原始證據所承載內容之一致性發生爭執，而原始證據復已經滅失或毀損之情況下，則仍應有其他補強證據加以補充其證明力，此種補強證據方法，與上文所述驗真程序之充分證明程度，以及達到優勢證據之程度即可。同理，數位電磁紀錄重製之複製品及其對應物以外的其他衍生證據，諸如上述翻拍自通訊軟體的對話紀錄照片、Internet 顯示的網頁翻拍照片等二手證據，如果當事人對於其所顯現出資訊之真實性並不爭執時，如販賣毒品的被告在警詢中自白承認，翻拍自證人手機中的通訊紀錄照片，確係其與證人之間的對話紀錄，而與提出該證據一方證人所證述之情節相符，即可認為已達到充分證明及優勢證據之程度，那麼本於同一法理，自無須再要求檢察官提出原始的數位電磁紀錄加以鑑驗其真實性。

上述對於衍生證據或所謂「證據替代品」的調查，如果能通過驗真程序，及相當於刑事訴訟法的嚴格證明法則，通常亦可認為並不違反刑事訴訟直接審理主義的精神，例如原始監聽紀錄、原始通訊軟體的對話紀錄業已滅失或毀損，而無從調查勘驗，然僅調查其衍生證據如監聽紀錄之譯文、翻拍自通訊軟體的對話紀錄照片，此種轉化後之文書證據，倘若能通過上述的驗真程序，達到充分證明及優勢證據之程度，而透過文書證據之方法進入刑事訴訟程序中，作為證據使用，其證據調查的結果所提供的訊息，並不構成違反德國刑事訴訟法第 261 條所定的法官自由評價證據原則（Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung）[17]，即通常所謂的自由心證。此與審判實務上法庭之證據調查，並非一定必須要直接勘驗凶殺案的屍體、竊盜之汽車、盜採砂石之挖土機，始謂合於實質的直接審理主義。而在當事人間無爭執，或有爭執，但已達到充分證明及優勢證據之證明程度，亦即嚴格證明的要求，而僅須調查卷內原始證據替代品之文書證據，即卷內所附之檢察官檢驗屍體照片、竊盜之汽車照片、盜採砂石之挖土機照片，亦屬符合直接審理主義與嚴格的證明要求，法理相同。

陸 結語

隨著現代數位科學技術之進步與發展迅速，有別傳統書證、物證或經由類比訊號編碼後透過磁帶來儲存聲音或影像之證據，經由數位科技所產生的錄音、錄影、電腦處理之電磁紀錄，或顯示器、瀏覽器等所呈現之數位影像，以及各種通訊軟體等所呈現當事人間的對話通訊紀錄，與近來廣為輿論討論的 AI Deepfake 人工換臉技術等新型態數位電磁紀錄，已廣為人們所使用。行政院更已於 2022 年 3 月 10 日第 3793 次院會決議通過刑法部分條文修正草案，其範圍包括真實性影像的製作、重製、散布等處罰，也包括虛偽性影像之禁止，相應的法律問題，也必定因此日漸增多。

上述各種新型態數位證據及其複製品與衍生證據替代品，近來更是日漸普遍被提出於法庭作為證據使用，並引起有關證據能力有無與證據證明力程度的主張爭議。實務上最高法院 107 年度台上字第 3724 號判決理由雖曾首度點出，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，而對此型態之犯罪，相關數位證據之蒐集、處理及如何因應，已屬重要課題。但究應如何判斷各種新型態數位證據及其複製品與衍生證據替代品之證據能力問題，至今仍妾身未明。本文針對此一問題參酌美德兩國證據法理論與相關最高法院判決見解，加以簡要分析，希望能對實務在處理相關法律問題時有所助益與釐清。

（作者為臺灣高等法院法官，中國文化大學兼任副教授）

法律網的最佳平台
法學方法與現代民法（增訂七版）二刷
1000元者 贈 65 元
書城熱賣中
適、專業 件審理程序 事件 理法 重點
專業法院 二審制，迅速 、專業處理重 事件
強制代理 或具有律師資
代為程序行為 審判效能
之運用 系統傳送書狀 以遠距訊問方
前置程序 備相關專門學 為調解委員先
人查詢制度 必要事項向他 或請求說明， 訴訟策略
專家證人 專家證人提供 強化事實審之
保持命令 勘驗物等如涉 秘密，得聲請 秘密保持命令
之司法
便民禮民・效能
法 院
judicial.gov.tw/
廣告