（文接二版）

若是如此，對令狀電子化表示疑慮的論者，歸根究柢，或許是在表達其對於現行制度下，並不信賴法官有嚴格進行令狀審查。倘若法官在未進行實質令狀審查的情況下即核發電子令狀，則隨著偵查機關聲請令狀的件數增加，令狀亦將隨之核發，從而加劇偵查機關浮濫聲請令狀的問題。相關論者所擔憂的，似乎正是此種現象。然而，另一方面，如果法官在受理令狀聲請時，確實進行實質審查，並有一定數量的電子令狀聲請遭到駁回，應不致發生偵查機關浮濫聲請的情形。換言之，此項疑慮究竟只是杞人憂天，抑或將成為現實，取決於法官對令狀審查究竟會嚴格到何種程度。

現階段仍難以預測此一問題未來的發展。我認為，法官大概仍會依照與過往實務運作相同的方式進行令狀審查，且可以期待其審查具有一定程度的嚴格性，因此預測應不致發生浮濫聲請的問題。不過，仍有必要持續觀察制度施行後的實際運作情形[46]。

三、令狀提示之方式

偵查機關執行令狀時，過去係提示紙本令狀；隨著令狀程序電子化，未來則規劃改以平板裝置顯示電子令狀後執行（例如就搜索、扣押而言，修正法施行後第 222 條第 1 項、第 110 條第 1 項第 2 款、第 110 條第 2 項第 2 款）。日本實務上曾發生所謂「匯款詐欺」等案件，犯罪者假冒警察身分欺騙被害人並騙取財物。因此，若採以平板裝置提示電子令狀之方式，如何使被處分人確認電子令狀之真正性，即可能成為新的問題。

日本法院規劃於電子令狀上顯示法官姓名，並採取防止電子令狀內容遭竄改之技術措施。此外，亦有意見指出，即使採用紙本令狀，仍可能發生偽造令狀並冒充警察之情形，因此，電子令狀並未改變此一問題之本質[47]。

然而，若僅試圖透過電子令狀本身解決真正性問題，恐怕並非有效之作法。被處分人判斷令狀是否真正，通常並非僅憑電子令狀內容，而司法警察人員如何證明自身身分，以及如何向被處分人說明其執行職務之真實性，反而更為重要。未來仍有必要持續探索更妥適之令狀執行方式。

此外，執行電磁紀錄提供命令之令狀時，亦可能採取線上提示令狀之方式。在此情形下，如何向被處分人說明令狀之真正性，可能變得更加困難。蓋令狀以線上方式送達時，司法警察人員甚至無須親自到場。由於電磁紀錄提供命令以通信業者等合作性較高之被處分人為主要對象，因此，在正式線上送達令狀之前，偵查機關與通信事業者間建立充分之溝通機制，應屬相當重要[48]。

四、其他問題

（一）防止過度取得資料之措施

即使已創設電磁紀錄提供命令，傳統以有體物為標的之電磁紀錄媒體扣押制度，仍將持續與其並行適用。於扣押智慧型手機、平板電腦等電磁紀錄媒體時，偵查機關仍不可避免地取得大量與犯罪嫌疑事實無關之資料。且由於各類終端設備之儲存容量持續大幅增加，其中與犯罪無關之資訊往往亦極為龐大。

日本目前尚未建立一套制度，使偵查機關得暫時保管智慧型手機或平板電腦，以檢視其中資料內容，並篩選是否與犯罪嫌疑事實具有關聯。換言之，日本並不存在一種可稱為「為搜尋、檢索資料而進行之扣押」制度。此一制度缺漏，反而使偵查機關長期取得過量資料之情形趨於常態。因此，未來宜建立制度，允許於一定保管期間內篩選與犯罪嫌疑事實有關之資料，刪除無關資料，或僅複製必要資料後，即返還有體物本身[49]。

倘若短期內仍無法建立上述制度，則至少應透過電磁紀錄提供命令，限縮應提供之資料範圍，使提出之資料盡可能侷限於偵查所必要之內容。

（二）解除裝置鎖定與強制手段

如前所述，即使依令狀扣押智慧型手機或平板電腦，如該設備設有生物辨識等認證機制，偵查機關仍可能無法存取其中資料。美國曾有案例中，被處分人拒絕配合以指紋解鎖智慧型手機，警方遂以有形力握住其拇指，強制完成指紋辨識並解除裝置鎖定；法院認為，此種作法並未違反美國憲法第四修正案禁止不合理搜索、扣押之規定[50]。據稱，日本亦可能發生，且實際上已發生類似情形。在此情況下，依據扣押物必要處分之規定（第 222 條第 1 項、第 111 條之 2），被處分人負有配合解除裝置鎖定之法律義務；惟即使拒絕配合，目前並無相應之制裁規定[51]。因此，是否得對被處分人施以有形力，仍須依是否符合社會通念上之相當性加以判斷[52]。

不過，如前所述，電磁紀錄提供命令得透過間接強制作為履行擔保，此制度亦可能成為較佳之替代方案。偵查機關可藉由聲請電磁紀錄提供命令，期待被處分人在間接強制之壓力下，自行放棄抵抗並配合解除裝置鎖定。相較於先採傳統扣押，再以有形力強制解除裝置鎖定，此種方式引發爭議之風險較低。

伍 結語

以上，本文就日本近年有關電磁紀錄提供命令及令狀程序電子化所引發之主要議題加以整理，並提出個人之理解與看法。

電磁紀錄提供命令固然仍存在若干課題，例如秘密保持命令可能使不服之救濟制度無法有效發揮功能。然而，相較於傳統有體物扣押制度，其仍具有將偵查機關取得資料之範圍，盡可能限縮於與犯罪嫌疑事實相關資料之潛力。未來亦期待偵查機關於聲請電磁紀錄提供命令時，能避免過度擴張資料範圍，而具體特定欲取得之資料。

另一方面，電磁紀錄提供命令之創設，亦顯示以取得有體物占有為前提之傳統偵查法體系，正逐步轉向建立以取得無體資料為核心之新制度。至於被處分人應受通知之範圍，立法過程中主要係考量與傳統扣押制度之衡平而設計，但未來仍宜參考各國立法發展，持續檢討並適時修正。

近年日本學界亦有見解指出，面對資訊科技快速發展，立法者欲透過不斷修法以更新制度並使刑事司法維持最佳運作，終究存在其極限。因此，有學者主張，在伺服器空間與實體空間高度融合之領域，應導入所謂「敏捷治理（Agile Governance）」之理念。依此觀點，刑事司法之各利害關係人（如偵查機關等）應共同朝向抽象之制度目標努力，並依據實際情況，持續調整具體之目標與方法，以動態、分散之方式不斷修正制度架構，使刑事程序得迅速回應科技變遷並維持正當程序之要求[53]。對於數位資料蒐集而言，傳統法制度確實已逐漸面臨其適用上的侷限，因此，本文亦相當理解上述問題意識。然而，筆者仍希望在尊重傳統法價值之基礎上，持續推動制度之改善，因此，本次並未從敏捷治理（Agile Governance）之觀點展開討論[54]。

（作者為一橋大學法學研究科教授
譯者為臺北大學法律學系副教授）

伍維婷所長談 CEDAW 於司法體系中的性別平等

為深化法院同仁及調解委員對性別平權之專業意識，並落實國際公約於司法實務之運用，彰化地院邀請世新大學性別研究所伍維婷所長主講「從 CEDAW 談司法體系中的性別平等」，由楊國精院長主持。

楊院長於致詞時首先感謝調解委員對於該院的辛勞付出與奉獻，並表示司法體系除追求程序公平外，在維護性別正義扮演關鍵角色，透過理解「消除對婦女一切形式歧視公約」（CEDAW）的精神，從性別平等角度建立同理態度，更能讓民眾感受到被尊重，從而公平的解決紛爭，給予最實質的法律保障。

伍所長首先闡述聯合國 1979 年通過 CEDAW，臺灣於 2011 年制定 CEDAW 施行法，CEDAW 已具國內法效力。其從性別歧視的態樣，分析各種基於性別理由所為之區別、排斥或限制，且在「直接歧視」之外，特別強調「間接歧視」往往隱藏在看似性別中立的法律或政策，卻因未考量男女權力關係的不平等而產生不利後果。

接著伍所長藉由影片分享，說明性別暴力的歧視，除了針對女性而施加暴力之外，尚包括以不成比例地影響女性，例如：性別文化看待性別暴力的角度，往往以「完美被害人」的角度，來檢視並責難被害人，而忽略了被害人難以脫離受到控制的環境，並介紹「權力與控制輪」模式，解析受暴者如何被困於經濟暴力、恐嚇與孤立的漩渦之中。伍所長並引用 CEDAW 第 33 號一般性建議，說明婦女的司法救助，應提供具有可訴性、可得性及可及性的優良素質司法系統，司法機關應確保程序的公正性與公信力，並積極消除司法系統內的性別偏見。

最後，聚焦於新型態的「數位性別暴力」，包括未經同意散布性私密影像、網路跟蹤與性勒索等。伍所長指出，網路的匿名性、擴大性、永久性與公開性，使得被害人影像被迫攤在大眾面前，導致被害人承受巨大壓力而不敢對外求助。對此，CEDAW 第 35 號一般性建議已明確指出，國家應制定並執行有效的措施，解決利用數位平台及網絡媒體所為的性別暴力行為。其並建議司法人員理解受暴者的創傷及其背後的權力動態，非訴訟糾紛解決程序不應妨害被害人訴諸正式司法救濟途徑，確保受害人可有效訴諸法院及法庭，當能提供更有效的司法救濟。（本文由彰化地院提供）

一、本刊歡迎兼顧理論與實務、探討司法制度、法學新知、足供讀者參考的作品；並歡迎司法人、事及法院的故事。來稿請聯繫（02）23618577 分機 849。
二、作品如以偵、審中案件為主題，或作者為文稿議題之關係人士，請勿來稿。
四、文長宜在 7200 字以內，以利一次刊出。文內引用資料請加註解，以利參考。
五、本刊對來稿有權潤飾斟酌，對有疑義之內容將洽請作者再行檢視；不願接受刪改者，請加注說明。