

筆者的碎念時間

楊雲驊教授曾於課堂上解答過本題(但並未言明其是否為出題者)，老師認為只要是在警局內之談話，均無合理隱私期待可言。因此，依楊教授之看法，本題其實很簡單，只要回答沒有合理隱私期待，無通保法適用，錄下之談話以及查扣之帳戶資料均可作為法院裁判之依據即可。

筆者在撰寫擬答前，亦曾猶豫過是否要採取這樣的答題方向，但思考過後，個人還是認為警局中是否有合理隱私期待，應視個案情形具體判斷才是，故筆者最後選擇具備合理隱私期待的看法。不過，這也只是筆者的個人看法而已，讀者們可自行思考後決定採取何種見解。相信只要在合理隱私期待部份完整交代自己的推論過程，不管結論為何，都還是能拿到不錯的分數。

4.15.5 通聯記錄與電子郵件之取證問題 ▶▶▶ 考.古.題

檢察官A偵查甲涉嫌販賣第二級毒品罪。甲被警方以現行犯合法逮捕。A訊問甲，甲否認販賣。A向甲表示要調閱甲之通聯紀錄，甲表示「隨便」。A即自行從甲被扣押之手機內，取得甲之手機號碼，經甲簽名以甲名義向電信公司調閱甲通聯紀錄及甲留存在電信公司之登記資料。A並查看甲手機，發現甲、乙疑似毒品交易對話之電子郵件。A行文電子郵件公司，要求其提供該電子郵件寄件人乙之身分資料。該電子郵件公司以保護客戶個人資料為由拒絕提供。A即合法取得搜索票，至電子郵件公司扣押乙之登記資料及通聯紀錄。A依此資料，傳喚乙到地檢署接受訊問。乙表示知道甲在賣毒品，不久前，甲曾告訴他手上有一批高檔貨，這次一定能賺大錢等等。其後，甲被提起公訴。審判中，乙以證人身分接受甲之詰問，乙當庭陳述甲告訴他手上有一批貨一事，甲否認並主張乙陳述不實。最後法官採認甲之通聯紀錄及登記資料、甲之電子郵件、乙之通聯紀錄及登記資料、乙當庭陳述等作為甲有罪之證據。試問法官如此採證之合法性及法理基礎。(50分)

【104政大】

析 Analysis.

本題主要涉及了「通聯紀錄」以及「電子郵件」之取證問題。就「通聯紀錄」部分，這個近期相當熱門的爭點，其重要程度應該不需要筆者多加贅述。而「電子郵件」之強制處分問題，則是國內討論較少的區塊，有特別討論過的學者，大概就屬何賴傑教授了。不過，就算沒看過何教授的文章，只要對於刑訴的問題意識夠清楚，應該可以想到此處可能涉及「搜索扣押」或「通訊監察」，因此在作答上只要沒有脫離這兩個區塊太多，還是可以獲得一定之分數。

答 Answer. 本題字數 1496

第一閱分數	題號	第二閱分數
	<p>茲就法官於本案採認甲有罪證據之合法性及法理基礎，分述如下：</p> <p>(一) 法官將甲之通聯紀錄及登記資料作為判決之依據，合法</p> <p>1. 通聯紀錄及登記資料之取得，具強制處分性質</p> <p>(1) 按通聯紀錄與登記資料，所涉及者乃通訊者撥出的號碼、地點、時刻、持續時間等通話「狀態」的記錄資料。這些包含了通訊內容「以外」之通訊相關資訊，依釋字第 631 號解釋，亦屬憲法第 12 條通訊秘密自由保護之領域。據此，國家調取個人通聯紀錄應屬對基本權之干預，具有強制處分之性質。</p> <p>(2) 通訊保障及監察法（下稱通保法）於民國 103 年 1 月 29 日修正後，亦增訂第 3 條之 1 及第 11 條之 1，將通聯紀錄以及通訊使用者資料納入通保法之規範。從而，國家機關倘欲調取通聯紀錄及通訊使用者資料，即須符合通保法第 11 條之 1 之規定，始得為之。</p>	

	<p>2. 強制處分非不得以「同意」作為其合法性事由</p> <p>承上述，通聯紀錄之調取，雖屬基本權之干預而具強制處分性質。然人民基本權，並非不得捨棄。倘基本權之權利人係出於自由意思，自願之同意，則刑事訴訟法上似無必要禁止得同意之強制處分。本案中，甲先是答應檢察官 A 取得甲之手機號碼，接著又以甲自己之名義向電信公司調閱之通聯紀錄及登記資料。故此部份之證據資料，應認為係甲同意下所取得。</p> <p>3. 退步言之，縱認甲表示「隨便」，無法解釋為其同意檢察官 A 調取通聯紀錄。惟依我國通保法第 11 條之 1 第 3 項規定，檢察官為偵辦毒品危害防制條例之犯罪，如有需要，亦得由檢察官依職權調取通聯紀錄，並不受同條第 1 項令狀原則之限制。故檢察官為偵查甲是否涉嫌毒品危害防制條例中之販賣第二級毒品罪，自得依職權調取其通聯紀錄。</p> <p>4. 綜上，本案法院將甲之通聯紀錄與登記資料作為判決甲有罪之證據，應屬合法且有理由。</p> <p>(二) 法官將甲之電子郵件作為判決之依據，不合法</p> <p>針對電子郵件之強制處分，參考德國學說及實務之見解，倘若該電子郵件已經「到達」(進入伺服器或硬碟)，無論是暫時儲存或最後儲存，皆得搜索及扣押。循此觀之，本案取得甲之電子郵件之合法性，應繫諸於是否具備無令狀搜索之事由。管見以為，針對一個已經被扣押之手機而言，其手機內之相關資料，已無被湮滅之危險，是個案中並不符合無令狀搜索之要件。且查，甲於系爭案例中，至多僅同意 A 取得通聯紀錄，就電子郵件部分，尚難認為甲有同意之意思。從而，檢察官在不具備無令狀搜索之情況下，逕自查看甲之電子郵件，該證據之取得應屬違法。法官將該違法取得之證據資料，採為判決</p>	
--	--	--

	甲有罪之依據，應有違誤。
	(三) 法官將乙之通聯紀錄及登記資料作為判決之依據，合法
	通保法於民國 103 年之修正，雖將通聯紀錄及通訊使用者資料納入通保法之規定，惟通聯紀錄之調取，係對於已經存在、且特定的通訊外觀所為之一次性之取得占有行為，仍屬刑事訴訟法上搜集物證的性質 ¹⁶ 。職是，對於此類證據所為之證據保全，亦非不得依循搜索及扣押之規定行之。據此，本案中檢察官 A 合法取得搜索票至電子郵件公司扣押乙之登記資料及通聯紀錄，應屬合法，法官自得將之採為判決之依據。
	(四) 法官將乙之當庭陳述作為判決之依據，合法
	1. 按證人之證據方法，以該證人於審判中到庭並接受對質詰問為其法定之調查程序。本案法官既以證人身分傳喚乙到庭，並給予被告甲詰問證人乙之機會，則該項證人調查程序，即符合刑事訴訟法(下同)第 155 條第 2 項嚴格證明之要求。
	2. 至於甲行詰問程序時，雖曾否認並主張乙之陳述不實，然此主張至多影響法官對於證人乙之憑信性而已，對於該證詞之證據能力而言，不生影響。是證人乙當庭所為之陳述，既已通過嚴格證明之調查程序，則法院依第 155 條第 1 項自由心證後，本於確信認定乙之陳述證明力較高，進而將之採為判決之依據，於法自無不合。

16 陳運財，偵查法體系的基礎理論，月旦法學雜誌第 229 期，2014 年 6 月，頁 14-15。

文 Extension.

何賴傑，論德國刑事程序「線上搜索」與涉及電子郵件之強制處分，月旦法學雜誌第 208 期，2012 年 9 月，頁 230-244。

▶▶▶ Topic16 測謊

4.16 測謊之證據能力 ▶▶▶ 重.要.爭.點

甲為富商，由於出入奢華，早已被乙、丙二人盯上，兩人埋伏於甲平日返家必經之路，待甲返家途中，製造假車禍，使甲下車查看並藉此擄走某甲，並獲得贖金一億元台幣。事後乙、丙準備潛逃出境時，被海關發現，隨即攔下並通知警方將其逮捕。在警局偵訊的過程中，乙、丙二人矢口否認犯案。然而，當案件移送至地檢署後，乙、丙二人一改先前口徑，反而互咬對方才是犯案的唯一凶手，案情陷入膠著。檢方因此提出了希望雙方均進行測謊之要求。其中，乙不同意測謊、丙同意測謊。對於乙的部分，檢察官向其表示：「丙已經答應測謊，你卻不願意答應，看來你自己心裡有鬼。」乙在聽完檢察官的話後，在不得已的情況下，只能同意測謊之要求，而最後測謊的結果顯示，乙說謊。

試問：乙、丙雙方之測謊結果可否作為法院判決之依據？

【筆者自擬】

析 Analysis.

測謊一直是近年來討論的熱門議題之一，其中測謊之結果是否具有證據能力，更是學說與實務討論的核心。實務上對於測謊證據能力有無之認定，大致上可區分為三個時期：初期，肯認測謊所得到之結果具有證據能力（代表判決為最高法院 92 台上 2282 決）；中期，實務上出現了否定測謊結果具有證據能力的看法，且被否定測謊結果之證據能力的學說大量引用（代表判決為最高法院 94 台上 1725 決）；近期，實務認為測謊結果具有證據能力，

但須有補強證據，此見解近來已成為最高法院目前的穩定見解¹⁷。

答 本題字數 1743
Answer.

第一閱分數	題號	第二閱分數
	(一) 本案乙之測謊結果不具有證據能力	
	1. 所謂測謊，係因一般人在說謊時，容易產生恐懼、不安、與情境經驗等情緒波動反應，乃以科學方法，由施測人利用測謊儀器，將受測者之情緒波動反應情形加以記錄，用以判別受測者之供述是否真實之技術 ¹⁸ 。	
	2. 測謊結果之法律性質	
	測謊結果之法律性質為何，學說上有供述證據說與心理鑑定說兩種不同之見解，此二說最大的差異在於，接受測謊者之緘默權是否有被侵害之問題：	
	(1) 供述證據說：	
	本說認為，測謊並非單純以受測者之生理變化作為證據，其最終之目的是藉由受測者這些生理反應記錄，來判斷受測者受質問時之心理狀態，也就是受測者之所知、所思或所信。從而，測謊結果應具有供述或溝通性質，若違反受測者之意願強行要求測謊，即有可能產生侵害緘默權之問題發生，更有可能違反不自證己罪原則。	
	(2) 心理鑑定說：	
	本說認為，測謊並非以受測者對質問的回答內容真實性為判斷，而是記錄受測者對於質問所產生的生理上反應，並藉由施測者對於測謊機所記錄之生理反應，予以分析判定，從而應屬於非供述之性質。	

17 最高法院 102 年度台上字第 439 號判決、102 年度台上字第 1274 號判決同旨。

18 最高法院 102 年度台上字第 439 號判決參照。

		<p>(3)小結：</p> <p>心理鑑定說雖認為測謊並非供述證據，而屬於心理鑑定之一種，然而對於心理鑑定，仍會涉及個人內心自由之侵害，故受測者之人格自主權仍應予以保護，從而非受測者真摯而積極之同意，不得對之實施測謊行為。據此，雖以上二說理由論述上有所不同，但均強調測謊時須得到受測者真摯之同意，故在個案操作上，往往會得到相同之結論。</p> <p>3. 本件檢察官向乙表示：「若不願意測謊，表示心裡有鬼。」使得原本不願意接受測謊之乙在不得已的情況下只好同意，此時，依照供述證據說，檢察官之行為已侵害了乙之緘默權；依照心理鑑定說，由於測謊涉及受測者之人格自主權，因此必須得到受測者真摯之同意，檢察官向乙所說之內容，已影響乙同意之真摯性，使乙意思決定自由受到侵害。職是之故，不論依照供述證據說或是心理鑑定說，該測謊結果均不具有證據能力。</p> <p>(二) 本件丙之測謊結果，依實務見解具有證據能力，惟另須其他證據補強之</p> <p>丙係自願接受檢察官提出之測謊要求，故不論從供述證據說抑或是心理鑑定說之觀點，並無侵害被告緘默權或是自由意思決定權。然而，接下來的問題在於，是否如此即當然謂測謊結果具有證據能力？有肯、否不同見解，分述如下：</p> <p>1. 否定說</p> <p>實務有認為，科學鑑識技術重在「再現性」，亦即一再的檢驗而仍可獲得相同之結果，如指紋、血型、去氧核糖核酸之比對，毒品、化學物質、物理性質之鑑驗等，均可達到此項要求，可在審判上得其確信，</p>	
--	--	--	--

	<p>至於測謊原則上沒有再現性，蓋受測之對象為人，其生理、心理及情緒等狀態在不同的時間不可能完全相同，與前開指紋比對或毒品鑑驗之情形有異，加之人類有學習及避險之本能，一再的施測亦足使其因學習或環境及過程的熟悉而使其生理反應之變化有所不同，故雖測謊技術亦要求以再測法而以兩次以上之紀錄進行研判，然與現今其他於審判上公認可得接受之科學鑑識技術相較，尚難藉以獲得待證事實之確信，是測謊技術或可作為偵查之手段，以排除或指出偵查之方向，然在審判上尚無法作為認定有無犯罪事實之基礎（最高法院 94 台上 1725 決參照）。</p> <p>2. 肯定說</p> <p>相對於否定說之見解，實務上之多數看法認為，在符合：(1)經受測人同意配合，並已告知得拒絕受測，以減輕受測者不必要之壓力。(2)測謊員須經良好之專業訓練與相當之經驗。(3)測謊儀器品質良好且運作正常。(4)受測人身心及意識狀態正常。(5)測謊環境良好，無不當之外力干擾等要件下，難謂無證據能力（最高法院 102 台上 439 決參照¹⁹）。</p> <p>3. 測謊結果應有證據能力，但須經補強證據補強之</p> <p>(1)科學證據須具有證據能力，須具備科學證據之信度與效度。而有關測謊，依照實務上所提及之測謊理論基礎，測謊符合「普遍接受標準」（最高法院 97 台上 6293 決參照），也因此而具備科學證據之「信度」；而測謊結果之鑑定報告應具備之五項要件，亦符合科學證據上「效度」的判斷。從而，在測謊結果符合上開要件的情況下，應認為具備證據能力。</p>
--	---

19 最高法院 102 年度台上字第 1274 號判決、102 年度台上字第 1166 號判決同旨。

	(2)又實務上肯定說之見解，除認為測謊結果有證據能力外，亦同時提及，雖測謊結果具有證據能力，然而不得採為有罪判決之唯一依據（最高法院 102 台上 1711 決參照），是故對於被告而言亦有所保障，管見以為實務上目前之看法兼顧真實發現與人權保障，應屬可採。
--	---

實 Extension.

最高法院 102 年度台上字第 1444 號判決

測謊鑑定，係依一般人若下意識刻意隱瞞事實真相時，會產生微妙之心理變化，如憂慮、緊張、恐懼、不安等現象，而因身體內部之心理變化，身體外部之生理狀況亦隨之變化，如呼吸急促、血液循環加速、心跳加快、聲音降低、大量流汗等異常現象。惟表現在外之生理變化，往往不易由肉眼觀察，乃由測謊員對受測者提問與待證事實相關之問題，藉由科學儀器（測謊機）記錄受測者對各個質問所產生細微之生理變化，加以分析受測者是否下意識刻意隱瞞事實真相，並判定其供述是否真實。測謊機本身並不能直接對受測者之供述產生正確與否之訊號，而係測謊員依其專業之學識及經驗，就測謊紀錄，予以客觀之分析解讀。至於測謊鑑定究竟有無證據能力，刑事訴訟法並無明文規定，惟實務上，測謊鑑定報告，形式上若符合測謊基本程式要件，包括：經受測人同意配合，並已告知得拒絕受測，以減輕受測者不必要之壓力、測謊員須經良好之專業訓練與相當之經驗、測謊儀器品質良好且運作正常、受測人身心及意識狀態正常且測謊環境良好，無不當之外力干擾等要件，即賦予證據能力，非謂機關之測謊鑑定報告書當然有證據能力。

最高法院 102 年度台上字第 1711 號判決

測謊鑑定，係依一般人在說謊時，會產生遲疑、緊張、恐懼、不安等心理波動現象，乃以科學方法，由鑑定人利用測謊儀器，將受測者之上開情緒