

從正當法律程序論我國法新增之科技打詐措施

—以刑事訴訟法第 153 條之 1、第 153 條之 2、第 153 條之 3 為中心

陳韋樵*

壹、前言

隨著詐騙案件隨著科技發展逐年遞增，曾有詐騙集團與國際人口販運集團合作誘騙 88 位台灣人到柬埔寨控制渠等人身自由並強迫遂行對國人之詐騙行為¹，甚至因為生成式 AI 科技²而能夠快速協助重新編組資訊³，更能夠「深度偽造」(Deepfake)人類面孔之偽造影像與「聲音轉換」(Voice Conversion)之偽造聲音⁴，致使詐騙案件猖獗。據法務部統計，於民國(下同)109 年底以詐欺罪為名而在監在押人犯即有高達 4,141 人，於 112 年底竟成長到 5,785 人⁵，媒體更曾以「詐騙之島」形容詐騙案件在我國之橫行程度⁶。

為有效打擊詐騙犯罪，行政院曾分別於 111 年 7 月訂頒「新世代打擊詐欺策略行動綱領」、112 年 5 月通過「新世代打擊詐欺

策略行動綱領 1.5 版」，希冀透過「識詐、堵詐、阻詐、懲詐」4 大面向，分別透過「教育宣導面：加強詐騙手法之認識(識詐)」、「電信網路面：課與電信業者、網路業者共同防範詐騙訊息流串，更研議與 Meta 公司建立『綠色通道』下架涉詐廣告，與 LINE 公司研議建置『紅色通道』下架涉詐帳號，也與 Google 公司建立打詐聯繫管道(堵詐)」、「偵查打擊面面：由臺灣高等檢察署於 112 年 5 月 3 日成立『查緝詐欺及資通犯罪督導中心』，統合檢警調澈底瓦解詐欺犯罪組織。另就保護被害人部分，加強查扣犯罪所得、落實罪贓返還及強化犯罪被害人關懷，同時優化境內外虛擬通貨調取、凍結及查扣機制(阻詐)」，達成「減少接觸、減少誤信、減少損害」等 3 減目標，全面降低詐騙受害事件⁷。

* 本文作者為國立臺北大學法律學研究所財經法學組碩士、國立高雄大學財經法律學系公司法兼任教師、橋頭地方法院國民法官義務辯護律師。

1. 參中央社新聞，誘 88 台灣人赴柬埔寨從事詐騙惡性重大 主嫌李振豪判 18 年，112 年 4 月 13 日，<https://www.cna.com.tw/news/asoc/202304130155.aspx>，最後瀏覽日：113 年 12 月 5 日。
2. 生成式 AI 科技之發展迅速，更使歐盟因此於 2021 年 4 月提出全球第一部關於人工智慧之監管專法——人工智慧法(Artificial Intelligence Act)，全文共計 113 年，立法討論共計四年，並於 2024 年 6 月 24 日經歐洲議會通過，於 2024 年 8 月 1 日正式施行，參楊智傑、鄭富源，歐盟人工智慧法與生成式 AI 規範，國會月刊第 52 卷第 1 期，2024 年 3 月，頁 1 至 30；吳佳琳，從歐盟人工智慧監管框架論人工智慧的治理挑戰，世新法學第 17 卷第 1 期，2023 年 12 月，頁 223-263；林昱梅，預防原則於人工智慧之適用——歐盟人工智慧規則草案及其基本原理之觀察，臺灣法律人，第 12 期，2022 年 6 月，頁 1-17；魏杏芳，2024 歐盟「人工智慧法」要義——兼論對未來全球經濟秩序的影響，世新法學第 17 卷第 2 期，2024 年 6 月，頁 1 以下。
3. 參自由時報電子報，詐騙集團再進化「AI 生成」投資名師，113 年 4 月 25 日，<https://news.ltn.com.tw/news/society/breakingnews/4652150>，最後瀏覽日：113 年 12 月 5 日。該篇報導提到：「警方指出，以前投資型詐騙無法編出大量的文章，但現在有 AI 生成幫助，很容易在網路上塑造假的名師，以目前的 AI 技術，只要詐騙團掌握被害人常見的幾個反應，還能針對各種被害人的問題來預判答案，降低訓練詐騙團成員的成本，民眾面對投資詐騙要更加注意。」
4. 參內政部刑事警察局公告，眼見不能為憑，慎防 AI 深偽科技詐騙，113 年 1 月 1 日，<https://www.cib.npa.gov.tw/ch/app/news/view?module>

=news&id=1887&serno=9f67e7c7-4a71-4b36-91e2-b2377e968e0d，最後瀏覽日：113 年 12 月 5 日。

該篇公告提到：「深偽內容的氾濫，成為詐騙的犯罪手法，近期就有詐騙方利用 Deepfake 影片詐騙金錢、感情的案例，演變成另一場科技犯罪風暴。舉案例來說，一間外商公司的執行長，因為接到英國母公司上司一通電話，要求他緊急將新臺幣 620 萬元匯至指定供應商的帳戶，而該執行長認為其對上司聲音相當熟悉不疑有它，隨即派人轉帳，但上司的聲音是透過聲音轉換(Voice Conversion)的技術偽造的，單純的聲音深偽的犯罪手法，對嫌犯來說更加容易，使民眾降低戒心而上當受騙。隨著近年來深度學習技術模型技術的快速發展，大幅提升做出高仿真內容偽造的效能，深偽技術變得更容易取得、偽造時間縮短、技術獲取門檻變低的趨勢，在 AI 來臨的時代，民眾遇到親友或陌生人以影片或電話請求借錢或威脅匯款等，應以其他方式聯繫當事親友以多方聯繫管道或撥打 165 反詐騙諮詢專線查證，才能避免 AI 科技造成的危害或財產損失。」

5. 參法務部，矯正統計，https://www.rjtd.moj.gov.tw/RJSDWeb/common/WebList3_Report.aspx?menu=INF_COMMON_C&list_id=772 最後瀏覽日：113 年 12 月 5 日。

6. 參聯合新聞網，每年詐欺犯罪逾 700 億！洗刷詐騙之島惡名 台灣戰起來，112 年 9 月 2 日，<https://udn.com/news/story/6842/7410399>，最後瀏覽日：113 年 12 月 5 日。

該篇報導提及：「2022 年，詐騙集團利用多層次「養套殺」，一年平均犯罪所得 700 億，嚴重危害國家及社會安全。詐欺案件五花八門，前三大類型為投資詐騙、解除分期付款、假網拍等，受害人數愈來愈多，儼然成為民怨之首。」

7. 參行政院，重要政策：新世代打擊詐欺策略行動綱領 1.5 版，<https://www.ey.gov.tw/Page/5A8A0CB5B41DA11E/d6bb7d87-3e54-44ca-a4ad-3f11d329338d>，最後瀏覽日：113 年 12 月 5 日。

無奈在政府忙於打擊詐騙犯罪，身為依據律師倫理規範第 21 條規定：「律師應協助法院維持司法尊嚴及實現司法正義，並與司法機關共負法治責任。」之律師，卻於 113 年 1 月迄今，接連爆發共計超過二十名以上律師與詐騙集團勾結而賺取不法利益之弊案，不僅有律師被搜索、拘提、交保，更有律師被羈押禁見與起訴，被起訴之律師人數迄今至少超過 20 人⁸。最高檢察署更因此特別與全國律師聯合會於 113 年 8 月 28 日共同舉辦「偵查階段辯護權之定位與範圍」以詳細討論為何有多位律師因涉嫌洩密而涉入詐騙案件⁹。

正如台北地方檢察署於 113 年 4 月 26 日對 ACE 虛擬貨幣交易所數億元詐騙案提起公訴之起訴新聞稿所載建議：「近年我國發生之虛擬貨幣詐騙案層出不窮，暴露國內虛擬貨幣監管問題，尤以對照證券交易所對於企業股票掛牌上市，訂有明確標準並嚴格審查，更凸顯國內對虛擬貨幣發行、上架、交易把關機制明顯不足。現階段對虛擬貨幣之監管，以洗錢防制與指導原則為主軸，惟指導原則並無法之拘束力，倘僅仰賴業者自律，對投資人之保護顯有不足，遑論本案被告王○桓遭查獲前曾出任 VASP 公會籌備小

組副召集人兼法務，更突顯單純仰賴業者自律之方式，無法有效發揮作用。相關主管機關實應積極檢討現行規範不足之處，訂定專法，明定不肖業者之罰則及退場機制，以維護整體金融秩序，保障國人財產安全¹⁰。」國內許多防制洗錢與打擊詐騙的措施，在面對快速進步的新興科技與流通量與日俱增的虛擬貨幣，已有不足。

因而行政院會遂於 113 年 5 月 9 日決議提案「打詐四法」，包括《詐欺犯罪危害防制條例》草案，及 3 項執法相關法案，包括《科技偵查及保障法》草案、《通訊保障及監察法》修正草案及《洗錢防制法》全文修正草案¹¹。「打詐四法」於立法院很快獲得朝野認可，《詐欺犯罪危害防制條例》、《通訊保障及監察法》均於 113 年 7 月 12 日經立法院三讀通過；《洗錢防制法》於 113 年 7 月 16 日經立法院三讀通過；始於法務部曾於 4 年前即 109 年 9 月所提出之《科技偵查法》草案¹²，後經法務部改為《科技偵查及保障法》草案，最後經立法者決定改列為《刑事訴訟法》之「特殊強制處分」專章即第 153 條之 1 至 153 條之 10 之修正條文¹³，並於 113 年 7 月 16 日經立法院三讀通過。以上「打詐四法」再經總統於 113 年 7

8. 參中央社，ACE 交易所負責人王晨桓涉虛擬貨幣詐騙洗錢 遭羈押禁見，113 年 1 月 24 日，<https://www.cna.com.tw/news/asoc/202401240352.aspx>，最後瀏覽日：113 年 12 月 5 日。
 中央社，ACE 王牌交易所涉詐近 8 億 創辦人潘奕彰律師王晨桓等 32 人遭起訴，113 年 4 月 26 日，<https://www.cna.com.tw/news/asoc/202404260055.aspx>，最後瀏覽日：113 年 12 月 5 日。
 中國時報電子報，3 律師慘了！組團洩密當詐團「軍師」遭收押禁見，113 年 2 月 3 日，<https://www.chinatimes.com/realtimenews/20240203000869-260402?chdtv>，最後瀏覽日：113 年 12 月 5 日。
 中央社，16 律師涉洩密詐騙集團遭起訴 主嫌鄭鴻威當軍師檢求刑逾 9 年，113 年 5 月 13 日，<https://www.cna.com.tw/news/asoc/202405130034.aspx>，最後瀏覽日：113 年 12 月 5 日。
 9. 參最高檢察署月刊，2024 年 8 月，頁 6 至 44。
 10. 參臺北地檢署偵辦王○交易所等涉嫌詐欺等案件新聞稿（2024 年 4 月 25 日）。
 11. 參行政院新聞，陳揆拍板通過「打詐新四法」為國家打詐法制建立新里程碑 有效保障人民財產安全，113 年 5 月 9 日，[https://www.ey.gov.tw/Page/9277F759E41CCD91/cdedac72-e512-4f92-8a44-](https://www.ey.gov.tw/Page/9277F759E41CCD91/cdedac72-e512-4f92-8a44-492847bed989)

492847bed989，最後瀏覽日：113 年 12 月 5 日。

12. 關於《科技偵查法》之討論參林鈺雄，科技偵查概論（上）——干預屬性及授權基礎，月旦法學教室第 220 期，2021 年 2 月，頁 46 至 57；科技偵查概論（下）——干預屬性及授權基礎，月旦法學教室第 221 期，2021 年 3 月，頁 42 至 52；朱富美，國安偵查與基本人權保障——「科技偵查法」草案「設備端通訊監察」章評析與建議，法學叢刊第 65 卷 4 期，2020 年 10 月，頁 67 至 99；王士帆，德國全球衛星定位系統（GPS）偵查規範與司法實踐——兼評我國《科技偵查法》草案相關規定，政大法學評論第 170 期，2022 年 9 月，頁 55 至 128；范耕維，自成本效益分析建構科技偵查立法框架之理論嘗試——由 GPS 與 M 化車偵查相關判決談起，刑事政策與犯罪防治研究第 32 期，2022 年 8 月，頁 1-56；林鈺雄，科技偵查之立法沿革與新法簡介，月旦法學雜誌第 359 期，2025 年 4 月，頁 9-12。
 13. 本次《刑事訴訟法》之修法，除「特殊強制處分」專章外，立法院同時依據司法院憲法法庭 111 年度憲判字第 7 號，大法官之限期違憲宣告而修正同法第 245 條，並增訂同法第 245 條之 1 以保障辯護人之偵查中筆記權。關於偵查中筆記權之討論可參，梁志偉，憲法法庭言詞陳述程序之規範與實踐，全國律師第 27 卷第 9 期，2023 年 9 月，頁 47 至 49；陳明賢，辯護人偵查中筆記權之救濟——淺析憲法法庭 111 年憲判字第 7 號判決，軍法專刊第 69 卷第 2 期，頁 93 至 121。

月 31 日公布施行之。

因《刑事訴訟法》之「特殊強制處分」專章、《通訊保障及監察法》與《洗錢防制法》、《詐欺犯罪危害防制條例》之打詐措施，屬於國內學說曾有多次呼籲修法、制訂新法之規範，有些呼籲已被立法者三讀通過，惜有些呼籲似仍未被立法者接受，故本文乃拋磚引玉，除介紹以上新法以外，並試圖整理琳瑯滿目之國內學說發展以饗讀者。

貳、打詐之偵查手段應注意之資訊隱私權與正當法律程序

因本文以下所欲介紹之打詐措施，包括《刑事訴訟法》之「特殊強制處分」專章、《通訊保障及監察法》與《洗錢防制法》，均涉及憲法第 22 條所保障之資訊隱私權，係憲法法庭近年來迭有透過憲法判決而擴增資訊隱私權之比例原則審查與適用正當法律程序時所應注意之法規範，故本文先概覽相關憲法判決，再分別介紹與評析刑事訴訟法第 153 條之 1、第 153 條之 2、第 153 條之 3 等規定。

憲法法庭近年來對於資訊隱私權之憲法判決，包括 111 年憲判字第 1 號【肇事駕駛人受強制抽血檢測酒精濃度案】、111 年憲判字第 16 號【司法警察（官）採尿取證案】、112 年憲判字第 9 號【搜索律師事務所案】所闡述之偵查手段應遵循之比例原則與正當法律程序，自不可忽略，以下分析說明。

一、憲法法庭 111 年憲判字第 1 號判決揭示涉及資訊隱私權之強制抽血之偵查手段應遵守之正當法律程序

就 111 年 2 月 25 日公布之 111 年憲判

字第 1 號判決，所審查之 102 年 1 月 30 日修正公布之道路交通管理處罰條例第 35 條第 5 項規定：「汽車駕駛人肇事拒絕接受或肇事無法實施第 1 項測試之檢定者，應由交通勤務警察或依法令執行交通稽查任務人員，將其強制移由受委託醫療或檢驗機構對其實施血液或其他檢體之採樣及測試檢定。」（108 年 4 月 17 日修正，僅微調文字，規範內容相同，並移列為同條第 6 項；111 年 1 月 28 日修正同條規定，本項未修正）該條文已於 113 年 2 月 25 日後失其效力，迄至 113 年 11 月 30 日前仍尚未修正。

111 年憲判字第 1 號判決理由書第 17 段即強調：「受憲法第 22 條所保障之資訊隱私權，係保障人民就是否揭露其個人資料及揭露之對象、範圍、時間及方式等，享有自主決定權，並保障人民對其個人資料之使用，有知悉、控制權及資料記載錯誤之更正權（司法院釋字第 603 號解釋參照）。國家基於公益之必要，雖非不得立法強制取得所必要之個人資料，惟其取得與利用個人資料之目的、範圍與程序等重要事項，均應以法律明確規定，如授權以命令定之，亦應符合授權明確性原則；且應依個人資料之屬性、取得方式、利用目的與範圍等，設定相當之正當法律程序以及確保該等資訊不受濫用與不當洩露之適當防護機制，始無違憲法第 23 條之法律保留原則，而符合憲法保障人民資訊隱私權之意旨。」

判決理由書第 30、32 段更就該條文，就部分規範指出，該條文不分情況是否急迫，事前既未經法官或檢察官之審查或同意程序，事後亦未有任何陳報該管檢察官或法

院之監督查核程序；且對受強制實施血液酒精濃度測試檢定者，亦未提供任何權利救濟機制；就檢體採樣與檢測之項目與範圍、檢測結果之合目的利用範圍與限制以及檢體之保存與銷毀條件等重要事項，立法者均未以法律或有法律明確授權之命令予以明定。**大法官更直言：「無論司法程序或正當法律程序，均付之闕如，相較於實施刑事訴訟程序中之身體搜索或身體檢查措施所應具備之相關司法程序，系爭規定一明顯牴觸憲法正當法律程序之要求。」**本件憲法判決是憲法訴訟法於 111 年 1 月 1 日正式施行後之第一件判決，亦係對於偵查手段所應注意之憲法第 22 條保障之資訊隱私權、比例原則與正當法律程序，提出諸多值得檢討改進之處，惜立法者迄今超過 2 年仍未修正該條文，致令人民被強制抽血之檢體與個人資料仍暴露於無正當法律程序保障之偵查手段。

111 年憲判字第 1 號最後判決宣告：

「系爭條文一牴觸憲法第 8 條保障人身自由、第 22 條保障身體權及資訊隱私權之意旨，應自本判決公告之日起，至遲於屆滿 2 年時失其效力。又本判決公告前，已依上開規定實施相關採證程序而尚未終結之各種案件，仍依現行規定辦理。相關機關應自本判決公告之日起 2 年內，依本判決意旨妥適修法。

自本判決公告之日起 2 年期間屆滿前或完成修法前之過渡階段，交通勤務警察就駕駛人肇事拒絕接受或肇事無法實施吐氣酒測，認有對其實施血液酒精濃度測試，以檢定其體內酒精濃度值之合理性與必要性時，其強制取證程序之實施，應報請檢察官核發

鑑定許可書始得為之。情況急迫時，交通勤務警察得將其先行移由醫療機構實施血液檢測，並應於實施後 24 小時內陳報該管檢察官許可，檢察官認為不應准許者，應於 3 日內撤銷之；受測試檢定者，得於受檢測後 10 日內，聲請該管法院撤銷之¹⁴。」

二、憲法法庭 111 年憲判字第 16 號判決揭示涉及資訊隱私權之強制採尿之偵查手段應遵守之正當法律程序

至於 111 年 10 月 14 日作成之憲法法庭 111 年憲判字第 16 號判決，審查刑事訴訟法第 205 條之 2：「檢察事務官、司法警察官或司法警察因調查犯罪情形及蒐集證據之必要，對於經拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告，得違反犯罪嫌疑人或被告之意思，……有相當理由認為採取……尿液……得作為犯罪之證據時，並得採取之。」然系爭條文迄 113 年 11 月 30 日已超過 2 年仍未修法。故該條文就檢察事務官、司法警察官或司法警察因調查犯罪情形及蒐集證據之必要得未經檢察官核發鑑定許可書即可對被告或犯罪嫌疑人強制以非侵入性方式採尿之規範，已屬失效之規定。

111 年憲判字第 16 號判決理由書第 8、9 段首先強調憲法第 22 條保障之資訊隱私權應注意之比例原則與正當法律程序：「維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，為自由民主憲政秩序之核心價值，基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，隱私權乃為保障個人生活私密領域免於他人侵擾及

14. 關於本件之判決評釋可參李建良，肇事駕駛人強制受檢法制的體系解釋與憲法審查——憲法法庭 111 年憲判字第 1 號判決淺釋，月旦裁判時報第 121 期，2022 年 7 月，頁 31-39；林明鏞，具有雙重功能之強制抽血——評憲法法庭 111 年憲判字第 1 號判決，月旦裁判時報第 121 期，2022 年 7 月，頁 20-30；洪兆承，行政調查與刑事偵查之證據共用關係，成大法學第 46 期，2023 年 12 月，頁 130-132。

個人資料之自主控制，所不可或缺之基本權利；其中之個人自主控制個人資料之資訊隱私權，係為保障人民就是否揭露其個人資料及揭露之對象、範圍、時間、方式等，享有自主決定權，並保障人民對其個人資料之使用，有知悉、控制權及資料記載錯誤之更正權（司法院釋字第 603 號解釋參照）；此外，人民免於身心受傷害之身體權，旨在確保個人對自我身心之完整有不受侵犯之權利，亦屬憲法第 22 條所保障之基本權利（司法院釋字第 689 號解釋及本庭 111 年憲判字第 1 號判決參照）。【8】

又國家基於公益之必要，雖非不得立法以限制人民身體權之方式，強制取得人民之個人資料，惟其除須符合憲法第 23 條所定要件外，尤須具備必要之正當法律程序；至其所應踐行之必要程序，除人民權利受侵害或限制時，應有使其獲得救濟之機會外，亦應取決於所涉基本權之種類、案件涉及之事物領域、侵害基本權利之強度與範圍、所欲追求之公共利益、有無替代程序及各項可能程序之成本等因素，綜合判斷而為認定（司法院釋字第 689 號及第 710 號解釋參照）。

【9】」

判決理由書第 11 段再稱：「系爭規定所涉及之採尿取證行為，係為取得犯罪之證據，認定犯罪相關事實，對人之身體產生之尿液進行採集之取證行為，屬對身體採樣之身體檢查處分（如刑事訴訟法第 204 條、第 204 條之 1 及第 205 條之 1 之規定），與刑事訴訟法第 1 編第 11 章所定之搜索同具有強制處分之性質，即本質均在蒐集證據以釐清犯罪事實之有無，俾利決定是否追訴犯

罪。而就採尿之方式觀之，違反受採尿者意思採取其尿液，其方式可大別為侵入性與非侵入性方式兩大類。侵入性方式之採尿，係由第三人以侵入身體之器具，強行採取受採尿者體內之尿液（例如將導尿器具插入人體內以強制導尿）。非侵入性方式之採尿，則係於受採尿者自行解尿後予以採集，其如屬違反受採尿者意思為之者，具體實施方式，通常係受採尿者受制於採尿人員可得支配之實力範圍下，因採尿人員之要求，而自行喝水、走動以產生尿意，從而自行解尿、採集，最終由採尿人員取得定量之尿液。」係憲法法庭首次就強制採尿之身體檢查處分之偵查手段區分「侵入性方式之採尿」與「非侵入性方式之採尿」。

判決理由書第 13 段接續強調：「縱憲法上允許於實現國家刑罰權之特別重要公益所必要範圍內，以侵入性方式採尿取證，然就其嚴重侵害受採尿者之基本權而言，授權受檢察官指揮（命令）或協助檢察官偵查犯罪之司法警察（官）（法院組織法第 66 條之 3、刑事訴訟法第 228 條至第 231 條規定參照），作為以侵入性方式採取尿液之強制處分主體，顯非合理、正當之程序規範。是系爭規定使司法警察（官），得違反受合法拘捕者（刑事訴訟法第 75 條、第 76 條、第 87 條、第 88 條及第 88 條之 1 規定參照）之意思採尿取證，如係以侵入性方式為之者，並不符憲法正當法律程序原則之要求。況由刑事訴訟法第 205 條之 2 規定中與採取尿液併列之其他取證標的，並不包含必須以侵入性方式採取之血液，可知，系爭規定所稱之採取尿液，解釋上應與同條文所定其他

標的之採樣方式相當，限於以非侵入性方式為之者。再者，對照同屬涉及身體採樣取證，但其實施須經審判長、受命法官或檢察官許可之刑事訴訟法第 205 條之 1 規定，其明文列舉之取證標的，除排泄物（解釋上自應包含尿液）外，尚包括血液，而血液之採樣勢必須以侵入性方式為之。因此，系爭規定所規範之採取尿液行為，應不包含以侵入性之手段為之者，其係就非侵入性方式採取尿液而為規範。」憲法法庭再就系爭規定採體系解釋，經檢視系爭條文與採取尿液併列之其他取證標的，包括指紋、掌紋、腳印、予以照相、測量身高或類似之行為、毛髮、唾液、聲調或吐氣，但不包含必須以侵入性方式採取之血液；再檢視屬於系爭條文之前後文的刑事訴訟法第 205 條之 1 規定，就排泄物（解釋上自應包含尿液）及其他出自或附著身體之物外，尚包括血液之採樣既然屬於「侵入性方式之採樣」且其實施必須經審判長、受命法官或檢察官許可，故以體系解釋與限縮解釋而認定系爭規定之強制採尿，顯見應不包括「侵入性方式之採尿」¹⁵。

判決理由書第 16 段再強調：「司法警察（官）依系爭規定，以非侵入性方式違反受合法拘捕者意思採尿取證，其目的，主要係為於犯罪調查程序之初，檢測受合法拘捕者體內是否有毒品陽性反應，以判定其是否涉及違法施用毒品或違法毒駕等行為。因此，採尿檢測之結果，即有可能成為施用毒品（毒品危害防制條例第 6 條、第 7 條、第 10 條、第 11 條之 1 第 2 項規定參照）或

毒駕犯罪（刑法第 185 條之 3 第 1 項第 3 款規定參照）處罰之證據，是系爭規定乃刑事偵查階段蒐證方式之一種。從而，系爭規定所應具備之正當法律程序，原則上即應與法律屬性相近之其他刑事蒐證方式之必要程序相當。而系爭規定既涉及人體自然解出之尿液，性質上屬對身體採樣之身體檢查處分之一種，已如前述，因此，系爭規定之採尿取證，即應踐行與同具強制處分性質之身體檢查處分程序相當之法律程序，始符憲法正當法律程序原則之要求。若非如此，則刑事訴訟程序就搜索或身體檢查處分所設正當法律程序之要求，即可因系爭規定而遭規避或脫免，同時亦變相剝奪受合法拘捕者原應享有之相關刑事正當程序之保障。」

判決理由書第 20 段最後就正當法律程序部分，對系爭條文總結稱：「為偵查程序之順利進行及有效取得認定事實之證據，於有非即時採尿否則無法有效保全證據之急迫情況，自得例外賦予司法警察（官）以非侵入性方式採尿取證之強制處分權限，且於採尿後，於一定期限內陳報檢察官許可，檢察官並應得於事後予以撤銷，以保障受採尿者之資訊隱私權及免於身心受傷害之身體權。此外，司法警察（官）以非侵入性方式採尿既具有強制處分之性質，則受採尿者作為受處分人之身分，自應享有依法向法院請求救濟之機會，始符合憲法正當法律程序原則之要求。故系爭規定未區分是否有非即時採取尿液，否則無法有效保全證據之急迫情況，即例外授權司法警察（官）無須令狀或許可，得違反受合法拘捕者意思採尿取證，並欠缺須經檢察官事後審核監督之機制，以及

15. 本判決亦有大法官於意見書表明此屬於限縮解釋之法律解釋，參黃瑞明大法官，協同意見書頁 6；呂太郎大法官提出，蔡宗珍大法官加入、吳陳鑽大法官加入，協同意見書，頁 2 至 3；蔡明誠大法官，部分不同意見書，頁 1。

受採尿者事後權利救濟途徑等權利保障之程序規定，與前述限制資訊隱私權及免於身心受傷害之身體權所應具備之正當法律程序不合。

111 年憲判字第 16 號最後判決宣告：

「系爭條文應於自本判決公告之日起，至遲於屆滿 2 年時失其效力。又本判決公告前，已依上開規定採取尿液而尚未終結之各種案件，仍依現行規定辦理。

相關機關應自本判決公告之日起 2 年內，依本判決意旨妥適修法；自本判決公告之日起至完成修法前，檢察事務官、司法警察官或司法警察依刑事訴訟法第 205 條之 2 規定以非侵入性方式採取尿液之實施，應報請檢察官核發鑑定許可書始得為之；情況急迫時，得依刑事訴訟法第 205 條之 2 規定以非侵入性方式採取尿液，並應於採尿後 24 小時內陳報該管檢察官許可；檢察官認為不應准許者，應於 3 日內撤銷之；受採尿者得於受採取尿液後 10 日內，聲請該管法院撤銷之¹⁶。」

三、憲法法庭 112 年憲判字第 9 號判決揭示涉及資訊隱私權之對屬於案件第三人之律師事務所搜索、扣押之偵查手段應遵守之正當法律程序

最後於 112 年 6 月 16 日作成之憲法法庭 112 年憲判字第 9 號判決則於審查刑事訴訟法第 122 條第 2 項規定：「對於第三人之身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所，

以有相當理由可信為……應扣押之物或電磁紀錄存在時為限，得搜索之。」同法第 133 條第 1 項規定：「可為證據或得沒收之物，得扣押之。」及其他相關規定整體觀察，判決主文宣告：

「未將律師或辯護人與被告、犯罪嫌疑人、潛在犯罪嫌疑人間基於憲法保障秘密自由溝通權之行使而生之文件資料（如文書、電磁紀錄等），排除於得搜索、扣押之外，於此範圍內，與憲法第 15 條保障律師之工作權及憲法第 16 條保障被告之訴訟權之意旨不符，相關機關應於本判決宣示之日起 2 年內，依本判決意旨修正刑事訴訟法，妥為規定。於修法完成前，法官、檢察官及相關人員辦理搜索、扣押事務，應依本判決意旨為之。」

就檢察官、司法警察官得否向法院聲請搜索、扣押存在於律師事務所之淺在犯罪嫌疑人、犯罪嫌疑人或被告之犯罪證據，112 年憲判字第 9 號判決理由書第 42、43 段指出：

「依刑事訴訟法第 128 條規定，搜索採取法官保留，依同法第 128 條之 1 第 1 項及第 2 項規定，偵查中檢察官認有搜索之必要者，除附帶搜索、逕行搜索或同意搜索之情形外，應以書面記載第 128 條第 2 項各款所列之事項，並敘明理由，聲請該管法院核發搜索票；司法警察官因調查犯罪嫌疑人犯罪情形及蒐集證據，認有搜索之必要時，得依第 1 項規定，報請檢察官許可後，向該管法院聲請核發搜索票；依第 128 條第 3 項後段規定，法官並得於搜索票上，對執行人員為適當之指示。準此，法院於審查對立於第

16. 本判決有邀請四位學者提供專家學者意見書，分別為林鈺雄、李榮耕、林超駿、劉芳伶。但本判決之相關評釋的期刊論文尚不多見，僅參林臻嫻，搜索之概念及修法之契機—從最高法院 110 年度台上字第 4549 號判決談起，國會季刊第 52 卷第 1 期，2024 年 3 月，頁 84。但關於刑事訴訟法第 205 條之 2 之討論可參李佳玟，急診室中的強制導尿—簡評最高法院 99 年度台上字第 40 號判決，台灣法學雜誌第 158 期，2010 年 8 月 15 日，頁 223-227。

三人地位之律師事務所為搜索之聲請時，應審酌律師事務所之特殊性，就具體個案搜索律師事務所之相當理由，嚴格審查以判斷是否核發搜索票。核准搜索時，應於搜索票明確記載搜索律師事務所之處所、身體、物件或電磁紀錄之範圍，並具體指示執行人員對搜索律師事務所得搜索、扣押取得之應扣押物，應不含律師或辯護人與被告、犯罪嫌疑人或潛在犯罪嫌疑人間行使秘密自由溝通權之紀錄及因此而生之文件資料（如文書、電磁紀錄等）。【42】

又同法第 133 條第 3 項規定：『對於應扣押物之所有人、持有人或保管人，自得命其提出或交付。』準此，法院於審核對立於第三人地位之律師事務所簽發搜索票時，或縱已核發，偵查機關於執行中，亦應審酌個案情形，根據憲法比例原則之要求，仍應先以干預基本權程度較低之『命其提出或交付』之手段為之。又附隨於搜索之扣押，應依法院核發之搜索票執行，亦已採取法官保留。如有誤為扣押之情形，應依同法第 142 條規定發還或暫行發還律師事務所，以維護辯護人與其委任人之權益。又執行搜索、扣押之過程，均應全程錄音錄影，以擔保檢視扣押物與搜索、扣押之過程，符合憲法正當法律程序原則之要求。執行過程中，在場之人就扣押物是否屬秘密自由溝通權保障範圍如有爭執，受處分人得即時依同法第 416 條第 1 項第 1 款規定，向該管法院聲請撤銷或變更搜索、扣押處分，並聲請先將扣押物封緘送交法院檢視審查。檢察官或司法警察官於聲請核發之搜索票執行後，依同法第 132 條之 1 規定，應將執行結果陳報核發搜索票

之法院，法院得審查執行搜索、扣押之合法性【43】¹⁷。」

綜上所述，由上述三則憲法法庭判決，包括 111 年憲判字第 1 號【肇事駕駛人受強制抽血檢測酒精濃度案】、111 年憲判字第 16 號【司法警察（官）採尿取證案】、112 年憲判字第 9 號【搜索律師事務所案】之判決意旨可整理如下：

- 一、偵查手段若涉及資訊隱私權之干涉，於申請階段需考量該偵查手段究係適用如刑事訴訟法第 128 條搜索票之絕對法官保留（112 年憲判字第 9 號參照）；或如刑事訴訟法第 133 條之 2 非附隨於搜索之扣押、111 年憲判字第 1 號之強制抽血、111 年憲判字第 16 號討論之非侵入性採尿等身體檢查處分之相對法官保留；於偵查手段之選擇更須確認有無其他較小侵害手段得以選擇而未選擇（111 年憲判字第 16 號判決理由書第 9 段參照）。
- 二、於偵查手段之進行中，偵查機關應確認有無全程錄音錄影或其他法定文書紀錄以擔保檢視扣押物與搜索、扣押之過程符合憲法正當法律程序原則之要求，以及應審酌個案情形，根據憲法比例原則之要求，仍應先以干預基本權程度較低之「命其提出或交付」之手段為之。

17. 本件憲法判決於審理期間之討論熱烈，憲法法庭更曾於 112 年 3 月 27 日召開憲法法庭，並邀集學者林超駿、楊雲驊、李佳玟、陳運財分別提供專家諮詢意見，且有監察院國民人權委員會提出鑑定意見，並有財團法人民間司法改革基金會、社團法人台灣冤獄平反協會、社團法人台灣刑事辯護律師協會分別提出法庭之友意見書。本判決之相關評釋的期刊論文尚不多見，僅參林麗瑩，憲法法庭關於搜索律師事務所之判決研析——評 112 年憲判字第 9 號判決，月旦裁判時報第 137 期，2023 年 11 月，頁 81 至 90；李佳玟，搜索律師事務所的基本權難題——評憲法法庭 112 年憲判字第 9 號判決，台灣法律人雜誌第 28 期，2023 年 10 月，頁 131 至 146；李榮耕，律師事務所的搜索，台灣法律人雜誌第 22 期，2023 年 4 月，頁 74 至 87；陳俊偉，無「所」不搜？——搜索律師事務所之合法性，月旦法學教室第 245 期，2023 年 3 月，頁 21 至 25。

(112 年憲判字第 9 號判決理由書第 43 段參照)；

三、於偵查手段進行後，應須檢視有無檢察官或法院之監督查核程序、資訊隱私權受干涉之相對人或第三人有無及時依刑事訴訟法第 416 條第 1 項第 1 款規定，向該管法院聲請撤銷或變更搜索、扣押處分，並聲請偵查機關先將扣押物封緘送交法院檢視審查之權利救濟機制（111 年憲判字第 1 號判決理由書第 30、32 段、111 年憲判字第 16 號判決理由書第 20 段、112 年憲判字第 9 號判決理由書第 43 段參照）。

四、最後就檢察官或司法警察（官）取得之證物，就採樣與檢測之項目與範圍、檢測結果之合目的利用範圍與限制以及檢體之保存與銷毀條件等重要事項，則須注意有無法律或法律明確授權之命令予以明定。（111 年憲判字第 1 號判決理由書第 30、32 段）。

以上均屬於日益受到憲法法庭重視之偵查手段應注意之正當法律程序，本文接續也嘗試以打詐之科技偵查手段，是否符合憲法法庭揭示之偵查手段應注意之正當法律程序，而檢討《刑事訴訟法》之「特殊強制處分」專章之規範。

參、《刑事訴訟法》之「特殊強制處分」專章之部分條文介紹

一、GPS 等得以對被告或犯罪嫌疑人追蹤位置之偵查措施¹⁸

1. 條文規範

《刑事訴訟法》第 153 條之 1 規定：

「為調查犯罪情形或蒐集證據認有必要時，得使用全球衛星定位系統或其他非以辨識個人生物特徵之科技方法對被告或犯罪嫌疑人追蹤位置。（第一項）

對第三人實施前項調查，以有相當理由可信與被告、犯罪嫌疑人、證人或應扣押之物或電磁紀錄有所關連時為限。（第二項）

前二項實施期間，不得逾連續二十四小時或累計逾二日，實施當日不足二十四小時，以一日計。有再次或繼續實施之必要者，至遲應於再次實施前或期間屆滿前，由檢察官依職權或由司法警察官報請檢察官許可後，以書面記載第一百五十三條之五第一項各款之事項與實施調查之必要性及其理由向該管法院聲請核發許可書。（第三項）

實施第一項、第二項調查前，可預期實施期間將逾連續二十四小時或累計逾二日者，得於實施前，依前項規定向該管法院聲請核發許可書。（第四項）

前二項法院許可之期間，每次不得逾三十日。有繼續實施之必要者，至遲應於期間屆滿之二日前，由檢察官依職權或由司法警察官報請檢察官許可後，以書面記載具體理由向該管法院聲請核發許可書。（第五項）」

2. 立法理由

「一、本條新增。

二、明定因調查犯罪情形或蒐集證據，於有追蹤被告或犯罪嫌疑人或第三人之必要時，得以使用全球衛星定位系統或其他非以辨識個人生物特徵之科技方法調查之，並因

18. 學者林鈺雄定義為「被告定位之科技追蹤」，引自林鈺雄，刑事訴訟法（上冊），自版，13 版，2024 年 9 月，頁 484。

受調查人為被告、犯罪嫌疑人或第三人而異其要件。在第三人與被告或犯罪嫌疑人或證人或應扣押之物或電磁紀錄之所在具有一定關連為對第三人發動要件之一。

三、衛星定位雖為目前最普遍之即時追蹤位置技術，但追蹤位置之方法或技術種類甚多，無論是否以衛星定位系統、無人機或其他科技方法實施追蹤位置或定位之調查，均應遵守本條規定。惟如調查標的為行動通訊設備之位置，依本法之層級化規範架構，則應依第一百五十三條之二規定實施調查。又如以大規模蒐集不特定人之生物特徵，如人臉資訊，即時辨識比對以追蹤調查對象之位置，其干預特定對象及不特定人之個人資訊自主權及隱私權之程度過高，不得依本條授權為之。

四、短期追蹤位置調查因難以形成「圖像效果」，隱私權干預之程度較輕。長期蒐集或追蹤受調查人之位置資訊，將使受調查人私人生活圖像及行為模式得以被掌握，干預隱私權之程度較高，故對於追蹤位置調查之法律架構，應區分短期或長期實施而為相異之處理。參照德國刑事訴訟法第一百 h 條及第一百六十三 f 條之規定，如實施追蹤位置調查未逾連續二十四小時或未累計逾二日，其干預隱私權之程度較輕，檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察認有必要時即得實施；如逾連續二十四小時或累計逾二日，因干預隱私權之程度已提高，若需再次或繼續實施，自應有更嚴謹之程序規範，爰於第三項、第五項規定應向法院聲請許可，及聲請之應記載事項、程序、許可後實施之期間限制，並於第三項定明『累計逾二

日』之期間計算方法，即當日只要實施調查，縱未滿二十四小時，亦以一日計，以資明確，並確實保障隱私權。

五、如偵查機關於實施調查前已可預期實施期間將逾連續二十四小時或將累計逾二日，自無不許其事先向法院聲請核發許可書之理，爰制定第四項。所定『累計逾二日』，同第三項規定計算方式¹⁹。」

3. 立法前，偵查實務所遇相關爭議

透過偵察機關裝設 GPS 衛星定位追蹤器 (Global Positioning System；下稱 GPS 追蹤器) 於特定車輛或物件，再透過撥打連接 GPS 追蹤器之行動電話號碼以設定定時回傳定位功能，即可將被追蹤人之特定車輛或物件所在位置之經緯度、地址及停留時間等數據至該 GPS 追蹤器所之查詢平台，再於行動電話裝設並登入該查詢平台所設置 APP 軟體之方式，即可以電磁紀錄竊錄上開貨車之所在位置經、緯度及地址、停留時間與行蹤等資訊，係為現行世界各國偵查實務所常用之偵查手段。

惟該偵查手段因事涉被追蹤人依憲法第 22 條保障之資訊隱私權，自應有應注意之比例原則與正當法律程序。

正如有關裝設 GPS 追蹤器於車體是否構成偵查手段，國內討論熱烈之最高法院 106 年度台上字第 3788 號判決就警察機關得否自行對民眾之車輛裝設 GPS 追蹤器，判決認定該行為乃屬違法，更構成刑法第 315 條之 1 第 2 款之妨害隱私罪，遂駁回被告之上訴並判命身為被告之警察應處拘役 50

19. 引用自立法院法律系統，刑事訴訟法 113 年 7 月 16 日三讀之異動條文及理由。

日，但得以易科罰金 1 日 1,000 元新臺幣，並得緩刑 2 年，本件判決指出：

「偵查係指偵查機關知有犯罪嫌疑而開始調查，以發現及確定犯罪嫌疑人，並蒐集及保全犯罪證據之刑事程序。而偵查既屬訴訟程序之一環，即須依照法律規定行之。又偵查機關所實施之偵查方法，固有『任意偵查』與『強制偵查』之分，其界限在於偵查手段是否有實質侵害或危害個人權利或利益之處分而定。倘有壓制或違反個人之意思，而侵害憲法所保障重要之法律利益時，即屬『強制偵查』，不以使用有形之強制力者為限，亦即縱使無使用有形之強制手段，仍可能實質侵害或危害他人之權利或利益，而屬於強制偵查。又依強制處分法定原則，強制偵查必須現行法律有明文規定者，始得為之，倘若法無明文，自不得假借偵查之名，而行侵權之實。查偵查機關非法安裝 GPS 追蹤器於他人車上，已違反他人意思，而屬於藉由公權力侵害私領域之偵查，且因必然持續而全面地掌握車輛使用人之行蹤，明顯已侵害憲法所保障之隱私權，自該當於『強制偵查』，故而倘無法律依據，自屬違法而不被允許。……」

至 GPS 追蹤器之使用，確實是檢、警機關進行偵查之工具之一，以後可能會被廣泛運用，而強制處分法定原則，係源自憲法第 8 條、第 23 條規定之立憲本旨，亦是調和人權保障與犯罪真實發現之重要法則。有關 GPS 追蹤器之使用，既是新型之強制偵

查，而不屬於現行刑事訴訟法或其特別法所明定容許之強制處分，則為使該強制偵查處分獲得合法性之依據，本院期待立法機關基於強制處分法定原則，能儘速就有關 GPS 追蹤器使用之要件（如令狀原則）及事後之救濟措施，研議制定符合正當法律程序及實體真實發現之法律，附此敘明。」最高法院本件判決不僅明確指出「任意偵查」與「強制偵查」之差異，更基於正當法律程序之要求，罕見於判決末段期待立法院儘速要求明定 GPS 追蹤器使用之要件（如令狀原則）及事後之救濟措施²⁰。

4. 比較法參照

我國最高法院並非世界各國當中首次有最高法院認定 GPS 追蹤器之偵查方法屬於新型之強制偵查方式，例如美國聯邦最高法院曾於 *United States v. Jones* 案²¹，該案之案例事實為警察機關為了偵查被告 Antoine Jones 之涉嫌販賣毒品行為，於是計畫在其妻子名下的汽車上裝設 GPS 追蹤器，遂向美國聯邦哥倫比亞特區地方法院聲請令狀，法院乃授權警察得在令狀核發後 10 日內裝設，但警察機關遲至第 11 日方始裝設，在裝設之後的 28 天內，政府藉由此追蹤裝置掌握該汽車的行動路徑，最終獲得高達 2000 多頁的 GPS 路徑紀錄資料，並藉此獲得 Jones 的相關販毒證據。Jones 於是主張警察機關裝設 GPS 追蹤器之行為，美國聯邦憲法增修條文第 4 條所規範之需聲請法官核發搜索票之搜索行為，而該行為欠缺法

20. 本件判決因係最高法院首次指出 GPS 之偵查方法既是新型之強制偵查，而不屬於現行刑事訴訟法或其特別法所明定容許之強制處分，故立法者應另行立法，而引起學界廣泛討論，參范耕維，現行法下 GPS 追蹤定位偵查行為之合法性與立法方向—比較法觀點與最高法院 106 年度台上字第 3788 號判決之考察，政大法學評論第 157 期，2019 年 6 月，

頁 114-119；吳燦，科技偵查蒐證之授權依據及證據能力—以警察裝置 GPS 偵查為例，檢查新論第 27 期，2020 年 2 月，頁 149-168；林朝雲，利用 GPS 偵查合法性的探討—兼評科偵法草案，東海大學法學研究第 65 期，2023 年 4 月，頁 90-91。

21. *United States v. Jones*, 565 U.S. 409 (2012).

院令狀依據（GPS 追蹤器裝設地點、時間，皆不符合原法院授權令狀要求），故法院應排除警察機關藉由欠缺令狀所裝設的追蹤裝置所獲得的所有資料做為證據。政府方於是抗辯 Jones 對於其駕車於公共道路行駛的行車路徑紀錄，並不具有合理的隱私保護期待，故對於此些行車路徑資料的蒐集，並不構成美國聯邦憲法增修條文第 4 條所規範之需聲請法官核發搜索票之搜索行為。主筆大法官 Scalia 大法官之多數意見乃回到 1928 年 *Olmstead v. United States* 案所建立之「物理侵入原則」（the physical trespass doctrine）²²，強調政府基於獲取資訊而物理性地佔用私人財產，即將 GPS 裝置安裝於 Jones 使用的車上以獲取販毒資訊之行為，構成第 4 條規定之「搜索」，偵查機關需要聲請搜索票始得調閱裝設 GPS 追蹤器以追蹤行車路徑資料。²³

日本最高裁判所亦在 106 年 3 月 15 日宣判之平成 28 年（あ）第 442 号判決，明確認定 GPS 偵查係屬強制處分，應受令狀原則之拘束，該案中以 GPS 偵查所取得之證據並無證據能力，並希望立法機關能盡速制訂符合憲法及刑訴原則的法律²⁴。

德國則於刑事訴訟法第 100h 條規定住宅外延伸措施²⁵（Weitere Maßnahmen außerhalb von Wohnraum）：「即使受干預人不知情，若以其他方法調查犯罪事實或探查

被告所在地成效不大或有困難者，得於住宅外：

1. 記錄影像 (Bildaufnahme)，
2. 使用其他特別為監視目的所設計之科技方法。第一項第二款之措施，僅限於針對重大犯罪。（第一項）

系爭措施僅得針對被告為之。若針對被告以外第三人則需：

1. 就第一項第一款之措施，僅限於以其他方法調查犯罪事實或探查被告所在地成效不大或有困難者，始得為之。
2. 就第一項第二款之措施，僅限於有事實足認被告以外第三人已與被告有接觸或即將有接觸者，且調查犯罪事實或被告所在地，若以其他方法調查犯罪事實或探查被告所在地成效不大或有困難者，始得為之。（第二項）

系爭措施若會間接干預第三人者，亦得為之。（第三項）

本法第 100d 條第一項、第二項準用之。（第四項）」

此條文亦為我國刑事訴訟法第 153 條之 1 之立法理由第四點明載參考之德國立法例。

所謂「記錄影像」乃指在住宅外的拍照或攝影的科技干預措施；所謂「使用其他特別為監視目的所設計之科技方法」，則不包含監聽，但包含住宅外科技追蹤措

22. *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928).

23. 相關討論可參林莉芝，從美國最高法院 *United States v. Jones* 案分析美國政府運用 GPS 定位追蹤器探知個人位置資訊之適法性，月旦法學雜誌第 272 期，2017 年 12 月，頁 177-188；金孟華，GPS 跟蹤之程序適法性—從美國 *United States v. Jones* 案談起，月旦裁判時報第 68 期，2018 年 2 月，頁 24-35；張陳弘，美國聯邦憲法增修條文第 4 條搜索令狀原則的新發展：以 *Jones, Jardines & Grady* 案為例，歐美研究第 48 卷第 2 期，2018 年 6 月，頁 288-293；溫祖德，從 *Jones* 案論使用 GPS 定位追蹤器之合憲性—兼評馬賽克理論，東吳法

律學報第 30 卷第 1 期，2018 年 7 月，頁 121-167；范耕維，現行法下 GPS 追蹤定位偵查行為之合法性與立法方向—比較法觀點與最高法院 106 年度台上字第 3788 號判決之考察，政大法學評論第 157 期，2019 年 6 月，頁 140-143。

24. 判決評釋可參河村有教，GPS 偵查之權利侵害及強制處分性質——以日本最高法院大法庭判決為中心，裁判時報第 68 期，2018 年 2 月，頁 5-11；顏榕，簡評日本最高法院 2017 年 3 月 15 日判決——GPS 偵查的合法性，月旦法學雜誌第 278 期，2018 年 7 月，頁 257-268。

25. 本條文之翻譯參王士帆，前揭註 12，頁 65。

施，例如 GPS 追蹤器、感測器、常見的應用於道路電子收費系統、寵物晶片的「無線射頻辨識系統」(RFID, Radio Frequency Identification) 等等²⁶。

德國刑事訴訟法第 100d 條第一項、第二項則規定²⁷：「如有事實足認，根據第 100a 至 100c 條採取的措施將干涉私人生活核心領域 (Kernbereich privater Lebensgestaltung)，則系爭措施不應為之。(第一項) 透過第 100a 至 100c 條規定的措施所獲得的私人生活核心領域之相關調查結果不得運用之。針對此類調查結果所為之記錄必須立即刪除。關於不當獲取及刪除之紀錄必須留存之。(第二項)」

至於何謂私人生活核心領域 (Kernbereich privater Lebensgestaltung)，實委由實務個案判斷有無「個人主觀隱私期待」與「客觀合理隱私期待」，故私人生活核心領域應可包括撰寫無關乎犯罪之私人日記、在住宅內穿脫衣服等等²⁸。

又關於偵查期間，德國刑事訴訟法第 163f 條規定²⁹：「如有事實足認被告涉嫌重大犯罪，則可對被告進行計畫性追蹤 (eine planmäßig angelegte Beobachtung des Beschuldigten)，當對於被告若以其他方法調查犯罪事實或探查被告所在地成效不大或有困難者：

1. 系爭追蹤措施得連續超過 24 小時；
2. 系爭追蹤措施得總計超過 2 天。

系爭追蹤措施亦得逕自針對第三人，當

有事實足認第三人與被告已有犯意聯絡，或已有犯罪之行為分擔，且系爭追蹤措施有助於發現事實或確定被告下落，且若以其他方法調查犯罪事實或探查被告所在地成效不大或有困難者。(第一項)

系爭追蹤措施若會間接干預第三人者，亦得為之。刑事訴訟法第 100d 條第一項、第二項準用之。(第二項)

系爭追蹤措施需取得法院允許，或於緊急時由檢察官或其調查人員為之，然檢察官或其調查人員若未於追蹤措施採行後三天內向法院申請補充允許，則失效之。刑事訴訟法第 100e 條第 1 項第 4 句、第 5 句，及第 3 項第 1 句準用之。」

德國刑事訴訟法第 100e 條第 1 項第 4 句、第 5 句規定³⁰：「偵查措施之期限最長為三個月。每次延長，不得超過三個月。」德國刑事訴訟法第 100e 條第 3 項第 1 句規定：「偵查措施之申請必須以書面為之。」

5. 我國法應檢討修正之處

經比較我國法與德國法之差異，可以得知就我國刑事訴訟法第 153 條之 1 第 2 項規定：「對第三人實施前項調查，以有相當理由可信與被告、犯罪嫌疑人、證人或應扣押之物或電磁紀錄有所關連時為限。」與德國刑事訴訟法第 100h 條第 2 項規定：「系爭措施僅得針對被告為之。若針對被告以外第三人則需：

(1) 就第一項第一款之措施，僅限於以其他方法調查犯罪事實或探查被告所在地成

26. 參王士帆，同前註，頁 69-71。

27. 本條文之翻譯參王士帆，同前註，頁 76。

28. 德國聯邦憲法法院曾於 2016 年判決《聯邦刑事警察法》有關於科技監控之措施侵犯私人生活核心領域，卻無相關法律或法律明確授權之

命令規定因而違反憲法，BVerfGE 141,220,295 Rn. 176f. 另參王士帆，同前註，2022 年 9 月，頁 76。

29. 本條文之翻譯參王士帆，同前註，頁 82。

30. 本條文之翻譯參王士帆，同前註，頁 82。

效不大或有困難者，始得為之。

(2) 就第一項第二款之措施，僅限於有事實足認被告以外第三人已與被告有接觸或即將有接觸者，且調查犯罪事實或被告所在地，若以其他方法調查犯罪事實或探查被告所在地成效不大或有困難者，始得為之。(第二項)」顯有不同。

德國刑事訴訟法就被告、犯罪嫌疑人、第三人面對特殊強制處分時，尚不僅以「有相當理由」之「發動嫌疑門檻」即認可偵查機關得對被告、犯罪嫌疑人、第三人發動特殊強制處分之偵查程序，更要求偵查機關必須考量憲法關於比例原則之要求，就「紀錄影像」之偵查措施「僅限於以其他方法調查犯罪事實或探查被告所在地成效不大或有困難者，始得為之」；就「使用其他特別為監視目的所設計之科技方法。」例如記錄行蹤位置之衛星定位系統、無人機或其他科技方法實施追蹤位置之調查的偵查措施更是「僅限於有事實足認被告以外第三人已與被告有接觸或即將有接觸者，且調查犯罪事實或被告所在地，若以其他方法調查犯罪事實或探查被告所在地成效不大或有困難者，始得為之。」

在 112 年憲判字第 9 號判決理由書第 43 段已提到：「又同法第 133 條第 3 項規定：『對於應扣押物之所有人、持有人或保管人，自得命其提出或交付。』準此，法院於審核對立於第三人地位之律師事務所簽發搜索票時，或縱已核發，偵查機關於執行中，亦應審酌個案情形，根據憲法比例原則之要求，仍應先以干預基本權程度較低之『命其提出或交付』之手段為之。」亦凸顯我國憲法法

庭已開始就偵查措施宣示其亦應有比例原則之考量，亦即就手段之採取應先以干預基本權程度較低之手段為之³¹。

且 112 年憲判字第 9 號判決首次於判決主文一宣示，刑事訴訟法第 122 條第 2 項規定：「對於第三人之身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所，以有相當理由可信為……應扣押之物或電磁紀錄存在時為限，得搜索之。」同法第 133 條第 1 項規定：「可為證據或得沒收之物，得扣押之。」及其他相關規定整體觀察，未將律師或辯護人與被告、犯罪嫌疑人、潛在犯罪嫌疑人間基於憲法保障秘密自由溝通權之行使而生之文件資料（如文書、電磁紀錄等），排除於得搜索、扣押之外，於此範圍內，與憲法第 15 條保障律師之工作權及憲法第 16 條保障被告之訴訟權之意旨不符，而首次宣示刑事訴訟法第 122 條第 2 項就第三人搜索之規定有部分違憲。

故就刑事訴訟法第 153 條之 1 第 1 項部分，並未如德國刑事訴訟法第 100h 條第 1 項規定：「即使受干預人不知情，若以其他方法調查犯罪事實或探查被告所在地成效不大或有困難者，得於住宅外：

(1) 記錄影像 (Bildaufnahme)，

(2) 使用其他特別為監視目的所設計之科技方法。第一項第二款之措施，僅限於針對重大犯罪。」而設有「重罪原則」、「發動嫌疑門檻」、「補充性原則」之規定。惟按我國通訊保障及監察法第 5 條第 1 項本文亦規定有「重罪原則」、「發動嫌疑門檻」、

31. 相關討論可參林俊益大法官，112 年憲判字第 9 號判決協同意見書，頁 9。

「補充性原則」，通訊保障及監察法第 5 條第 1 項本文係規定：「有事實足認被告或犯罪嫌疑人有下列各款罪嫌之一，並危害國家安全、經濟秩序或社會秩序情節重大，而有相當理由可信其通訊內容與本案有關，且不能或難以其他方法蒐集或調查證據者，得發通訊監察書…。」是我國刑事訴訟法第 153 條之 1 第 1 項規定相較於德國刑事訴訟法第 100h 條第 1 項規定似較寬鬆。就偵查手段之採取並未採取類似通訊保障及監察法第 5 條第 1 項本文之「列舉重罪原則」要件，實則亦容易使偵查機關忽略偵查手段應盡比例原則之考量，而忽略「列舉重罪原則」、「發動嫌疑門檻」、「補充性原則」等原則，亦即就手段之採取應先以干預基本權程度較低之手段為之，若非以其他方法調查犯罪事實或探查被告、犯罪嫌疑人或潛在犯罪嫌疑人所在地成效不大或有困難者，即不應任意採取特殊強制處分之偵查措施（111 年憲判字第 16 號判決理由書第 9 段參照）。

就刑事訴訟法第 153 條之 1 第 2 項規定部分，僅以「有相當理由」之「發動嫌疑門檻」即認可偵查機關得對第三人發動特殊強制處分之偵查程序，即不僅有忽略律師或辯護人與被告、犯罪嫌疑人、潛在犯罪嫌疑人間基於憲法保障秘密自由溝通權之行使而共同有之衛星定位系統、無人機或其他科技方法實施追蹤之位置（例如被告、犯罪嫌疑人、潛在犯罪嫌疑人單獨前往律師或辯護人之事務所之行蹤；被告、犯罪嫌疑人、潛在犯罪嫌疑人與律師或辯護人共同前往其他辦公處所蒐證自清之行蹤等等）而有類似於 112 年憲判字第 9 號判決未保障憲法第 15 條保障

律師之工作權及憲法第 16 條保障被告之訴訟權之違憲疑義。

另就偵查手段之採取僅以「有相當理由」之「發動嫌疑門檻」為審查門檻，實則亦容易使偵查機關忽略偵查手段應盡比例原則之「補充性原則」的考量，亦即就手段之採取應先以干預基本權程度較低之手段為之，若非以其他方法調查犯罪事實或探查被告、犯罪嫌疑人或潛在犯罪嫌疑人所在地成效不大或有困難者，即不應任意對第三人採取特殊強制處分之偵查措施，始符合比例原則（111 年憲判字第 16 號判決理由書第 9 段參照）。

最後衛星定位系統、無人機或其他科技方法實施追蹤位置之偵查措施所取得之 GPS 行蹤，刑事訴訟法第 153 條之 1 亦欠缺如德國刑事訴訟法第 100h 條第 4 項準用之德國刑事訴訟法第 100d 條第一項、第二項則規定：「如有事實足認，根據第 100a 至 100c 條採取的措施將干涉私人生活核心領域 (Kernbereich privater Lebensgestaltung)，則系爭措施不應為之。

（第一項）透過第 100a 至 100c 條規定的措施所獲得的私人生活核心領域之相關調查結果不得運用之。針對此類調查結果所為之記錄必須立即刪除。關於不當獲取及刪除之紀錄必須留存之。（第二項）」故就前揭受追蹤之行蹤若顯然係紀錄到與犯罪無關之私人生活核心領域，例如被告、犯罪嫌疑人、潛在犯罪嫌疑人在住宅內休憩、前往朋友住宅娛樂等等，均尚未經我國刑事訴訟法第 153 條之 1 明訂而屬於具有「個人主觀隱私期待」與「客觀合理隱私期待」之隱私權核心範圍

而應排除於偵查範圍之部分，故就此部分，我國刑事訴訟法第 153 條之 1 未如德國刑事訴訟法第 100h 條第 4 項準用之德國刑事訴訟法第 100d 條第一項、第二項規定有應排除干涉之「私人生活核心領域」，顯有法規範保護不足之疑慮，應有檢討修正之必要。

惟關於刑事訴訟法第 153 條之 1 規定之每次延長偵查措施之期間，同法第 5 項規定：「前二項法院許可之期間，每次不得逾三十日。有繼續實施之必要者，至遲應於期間屆滿之二日前，由檢察官依職權或由司法警察官報請檢察官許可後，以書面記載具體理由向該管法院聲請核發許可書。」此項規定之每次不得逾 30 日之偵查期間，雖未經立法理由說明何以如此規範，但參考通訊保障及監察法第 12 條第 1 項規定：「第五條、第六條之通訊監察期間，每次不得逾三十日，第七條之通訊監察期間，每次不得逾一年；其有繼續監察之必要者，應釋明具體理由，至遲於期間屆滿之二日前，提出聲請。但第五條、第六條繼續之監察期間，不得逾一年，執行機關如有繼續監察之必要者，應依第五條、第六條重行聲請。」應可推測每次不得逾 30 日之偵查期間，係仿照通訊保障及監察法第 12 條第 1 項規定每次不得逾 30 日之偵查期間。

相較於相較於德國刑事訴訟法第 100e 條第 1 項第 4 句、第 5 句規定：「偵查措施之期限最長為三個月。每次延長，不得超過三個月。」我國刑事訴訟法第 153 條之 1 第 5 項規定每次不得逾 30 日之偵查期間，讓法官有相較於德國，有更多機會審查我國特殊強制處分之偵查措施是否應再延長，係值得

肯定之法規範，惟個別延長時間是否過短，則有待本條文施行一段時間後再隨時檢討之。

二、得以調查被告或犯罪嫌疑人之行動通訊設備位址之偵查措施³²

1. 條文規範

《刑事訴訟法》第 153 條之 2 規定：

「為調查犯罪情形或蒐集證據認有必要時，得使用科技方法調查被告或犯罪嫌疑人管領或使用之行動通訊設備之位置、設備號碼或使用之卡片號碼。（第一項）

對第三人管領或使用之行動通訊設備之位置、設備號碼或使用之卡片號碼實施前項調查，以有相當理由可信與被告、犯罪嫌疑人、證人或應扣押之物或電磁紀錄有所關連時為限。（第二項）

前二項情形，應由檢察官依職權或由司法警察官報請檢察官許可後，以書面記載第一百五十三條之五第一項各款之事項與實施調查之必要性及其理由向該管法院聲請核發許可書。（第三項）

前項許可之期間，每次不得逾三十日。有繼續實施之必要者，至遲應於期間屆滿之二日前，由檢察官依職權或由司法警察官報請檢察官許可後，以書面記載具體理由向該管法院聲請核發許可書。（第四項）

實施第一項、第二項調查時，因技術上無可避免取得非受調查人之個人資料，除為供第一項、第二項之比對目的外，不得使用，且於調查實施結束後應即刪除。（第五項）」

2. 立法理由

32. 學者林鈺雄定義為「行動通訊設備之科技偵查」，引自林鈺雄，前揭註 18，頁 485。

「一、本條新增。

二、定因調查犯罪情形或蒐集證據，於有搜尋被告或犯罪嫌疑人或第三人所管領或使用手機、手錶等通訊設備之位置及設備、卡片之號碼，必要時，得以使用 M 化偵查網路系統（簡稱「M 化車」）調查手機、手錶位置、設備號碼（國際行動設備識別碼，International Mobile Equipment Identity，簡稱 IMEI）或使用之卡片號碼（即 SIM 卡號碼，國際行動用戶識別碼 International Mobile Subscriber Identity，簡稱 IMSI）之科技方法為之，並因受調查人為被告、犯罪嫌疑人或第三人而異其要件。在第三人與被告或犯罪嫌疑人或證人或應扣押之物或電磁紀錄之所在具有一定關連為對第三人發動要件之一。

三、上開調查方式因個人對隨身行動通訊設備本有較高之隱私期待，且調查行動通訊設備位置，將可精確定位及追蹤受調查人位置，對隱私權之干預程度較高，於調查過程中亦可能蒐集虛擬基地台內其他非受調查人之設備號碼或卡片號碼以資比對，對非受調查人之資訊自主權亦造成一定程度之干預，應採較嚴格之程序保障。爰參照德國刑事訴訟法第一百 i 條，為第一項至第四項規定，採法官保留原則，並定明聲請核發許可書之程序、許可期間、繼續調查之聲請程序，以資明確。

四、另為保障非受調查人之資訊自主權不受過度干預，爰於第五項定明使用非受調查人個人資料之限制及供比對結束後應即刪除之規定³³。」

3. 立法前，偵查實務所遇相關爭議

本條文所涉及者，主要涉及內政部警政署刑事警察局訂定之「執行 M 化定位勤務作業流程」，所揭示使用「M 化偵查網路系統」蒐證過程。

最高法院 110 年度台上字第 4549 號刑事判決即指出，「M 化偵查網路系統」即所謂「M 化車」係利用行動電話為確保手機（即行動電話，下同）用戶享有之電信服務在移動過程不被中斷，因此插入門號卡片之手機開機後，無論處於通訊中、上網時或待機狀態，即自動搜尋並持續向其所在位置附近所屬電信業者基地台註冊，而傳輸該手機本身全球獨一無二之專屬序號（即 International Mobile Equipment Identity，中文譯為國際行動設備識別碼，簡稱 IMEI）及該手機使用門號即 SIM 卡之全球專屬識別碼（即 International Mobile Subscriber Identity，中文譯為國際行動用戶識別碼，簡稱 IMSI）等通訊設備間自動連結之技術原理，透過「M 化車」裝設之截收器偽裝成基地台（即偽基地台），發出比附近電信業者基地台更強之訊號，藉此令在其發射功率區域內所有手機均誤認其為真實基地台而向其註冊，而截取該區域內手機之 IMEI 及 IMSI 等識別碼資料，經比對得知目標對象之手機識別碼後，除可向電信業者調取該識別碼之通訊使用者資料及所屬門號外，並可藉由系統與目標手機連結訊號之強弱，即時定位該手機位置。而隨著科技日新月異，手機之普及與便利已快速改變人類生活習慣，使其成為現代人與外界互動之重要媒介，廣泛形成手機如

33. 引用自立法院法律系統，刑事訴訟法 113 年 7 月 16 日三讀之異動條文及理由。

同其使用者之貼身物品，導致使用「M化車」截取特定手機IMEI及IMSI及位置等資訊，可即時鎖定該手機位置及持續定位追蹤，而據以研判獲悉該手機使用者之位置而持續追蹤其行跡。

惟查最高法院110年度台上字第4549號刑事判決要旨同時指出，關於「M化車」之蒐集資訊方式，「M化車」所截取之識別碼及位置資料，均係手機與「M化車」設備間自動連結傳輸之科技訊號，並非人際間之通訊內容，亦非通訊附隨產生之位置資料，且係「M化車」以偽基地台方式，介入手機與電信業者基地台之聯繫，而取得手機識別碼及位置等資料，並非向電信業者取得手機之通訊附隨位置資料，通訊保障及監察法自不能引為「M化車」偵查作為之法律授權依據。

又個人資料保護法第15條第1款僅係對公務機關蒐集及處理個人資料為應符合特定目的及執行法定職務必要範圍之抽象性規定，對於資料蒐集及處理之期間、方式及要件等必要程序事項均欠缺具體明確規定，亦不能作為「M化車」定位追蹤之授權規範。

最後就刑事訴訟法所規定之搜索，係「物理性侵入有形空間或侵害受搜索人財產權而對其身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所進行蒐證，以保全已存在之證據資料，而避免該資料遭隱匿或湮滅之危險」。因此其所謂電磁紀錄，係指已儲存在電子載體內或網路雲端空間之數位資料而言，且搜索之執行，法律賦予受搜索人在場權，亦非以秘密方式為之。然則「M化車」科技偵查，則在目標對象不知情下，秘密截取其所持用

手機現在即時及未來自動傳輸訊號之情形，並不符合當時刑事訴訟法搜索規定之要件，因此雖均基於蒐證之目的而為，然二者之概念、方法及本質均不相同。

綜上，最高法院110年度台上字第4549號刑事判決要旨揭示，隨著科技迅速發展，犯罪手法不斷更新，偵查機關為蒐證追蹤犯罪事證，以有效打擊傳統及新興犯罪，基於維護公共利益之目的，雖有使用干預人民基本權之各種新型態科技器材或技術而實施偵查之實際必要。惟偵查機關使用「M化車」之秘密性科技偵查行為，涉及犯罪偵查效率與人民基本權保護等重要價值之衝突與抉擇，而科技偵查之種類、適用之犯罪類型與監督程序，及其使用方式、期間、蒐集資訊之保存暨使用、事後救濟與通知義務等事項之決定，宜由國會儘速以法律或法律授權就偵查機關所應遵循之程序及實質要件，予以明確規定而妥適立法。

至於內政部警政署刑事警察局雖已訂定「執行M化定位勤務作業流程」，作為執行操作之依據，惟該規定並非經立法機關授權所訂定，非屬法律層次之規定，亦不得作為本件「M化車」強制偵查作為之法律授權基礎。是本件警方依該作業流程使用「M化車」之強制偵查作為，欠缺法律授權基礎，違反法律保留原則，尚難謂適法（最高法院112年度台上字第2060號刑事判決亦有相同判決意旨）³⁴。

最高法院110年度台上字第4549號刑事判決、最高法院112年度台上字第2060號刑事判決均明確同於再基於正當法律程序之要求，如同前揭有關GPS之最高法院106

年度台上字第 3788 號刑事判決罕見提出之立法期待，最高法院亦指出在刑事訴訟法第 153 條之 2 立法前，偵查機關使用「M 化車」之秘密性科技偵查行為使用方式、期間、蒐集資訊之保存暨使用、事後救濟與通知義務等事項之決定，宜由國會儘速以法律或法律授權就偵查機關所應遵循之程序及實質要件，予以明確規定而妥適立法。

4. 比較法參照

我國最高法院就「M 化車」等行動通訊設備之偵查措施，亦非世界各國當中首次有最高法院認定「M 化車」之偵查方法屬於新型之強制偵查方式，例如美國聯邦最高法院曾於 *Carpenter v. United States* 案³⁵，該案之案例事實為警察機關為了偵查 2011 年之通訊門市連續搶劫案而逮捕了 15 位共犯中之其中一名共犯，該名共犯於是提供了 Carpenter 之電話號碼給予警察機關，警察機關因而申請法院依據「儲存通訊紀錄法」(Stored Communication Act, 1986) 而向美國兩家電信業者 Sprint 公司跟 MetroPCS 公司調取 Carpenter 之 12,898 個定位資訊以拼湊出 Carpenter 在 127 天內之行蹤位置而分析出其應有涉入連續搶劫行為，Carpenter 因而被認定成立六項搶劫行為。Carpenter 於是主張警察機關調取數筆定位資訊以拼湊其行蹤位置之行為，構成美國聯

邦憲法增修條文第 4 條所規範之需聲請法官核發搜索票之搜索行為，而該行為欠缺法院令狀依據，故法院應排除警察機關藉由欠缺令狀所裝設的追蹤裝置所獲得的所有資料做為證據。政府方則抗辯對於 Carpenter 對於其因為使用手機而透過手機電訊提供給電信業者 Sprint 公司跟 MetroPCS 公司的行蹤位置，並不具有合理的隱私保護期待，故對於此些行蹤位置的蒐集，並不構成美國聯邦憲法增修條文第 4 條所規範之需聲請法官核發搜索票之搜索行為。主筆大法官即聯邦最高法院院長 Roberts 大法官之多數意見則認為，藉由行動電話之定位資訊以定位行動電話持有者之行蹤位置，已足以全面性涵蓋行動電話持有者之動向，並描繪個人之生活面貌，因而有侵害行動電話持有者之隱私權的疑慮，相關偵查措施構成第 4 條規定之「搜索」，偵查機關需要聲請搜索票始得調閱行動電話持有者之行動電話的定位資訊³⁶。

德國則於刑事訴訟法第 100i 條規定針對行動通訊設備的科技偵查措施³⁷(Technische Ermittlungsmaßnahmen bei Mobilfunkendgeräten)³⁸：「有事實懷疑以正犯、共犯、未遂犯或預備犯之地位，犯個案中犯罪情節重大之犯罪，尤其是第 100a 條第 2 項所列犯罪，為了調查犯罪事實或探

34. 最高法院 110 年度台上字第 4549 號刑事判決之相關討論可參蔣智仁，M 化車偵查之合法性——最高法院 110 年度台上字第 4549 號刑事判決，*台灣法律人雜誌*第 19 期，2023 年 1 月，頁 140 至 155；林鈺雄，以 M 化車探知手機位置資訊之合法性，*月旦法學教室*第 244 期，2023 年 2 月，頁 26 至 29；黃立維，檢察機關科技偵查運用實務現況介紹，*檢察新論*第 32 期，2023 年 5 月，頁 61；王士帆，最高法院 M 化車判決一破案神器跌落神壇，*檢察新論*第 32 期，2023 年 5 月，頁 78 至 86；王士帆，德國聯邦憲法法院裁判—IMSI-Catcher (M 化車) 偵查，*司法周刊*第 2202 期，2024 年 4 月 3 日，第 2 版；陳怡廷，M 化車偵查合法性爭議之最新解決方案——刑事訴訟法增訂「特殊強制處分」專章，*科技法律透視* 36 卷 4 期，2024 年 12 月，頁 22-30；王士帆，刑事訴訟法第 153 條之 2——M 化車條款，*月旦法學雜誌*第 359 期，2025 年 4 月，頁 23-36。

35. *Carpenter v. United States*, 585 U.S. 296 (2018).

36. 相關討論可參林其樺，數位時代個人隱私界線怎麼畫？——從美國 *Carpenter v. United States* 案淺介行動電話定位資訊之隱私合理期待，*科技法律透視* 30 卷 11 期，2018 年 11 月，頁 11 至 15；溫祖德，調取歷史性行動電話基地台位置資訊之令狀原則——自美國 *Carpenter* 案之觀察，*月旦法學雜誌*第 297 期，2020 年 2 月，頁 130 至 147；林昕琄，論大規模政府監控之資訊隱私保障——評析美國聯邦憲法法院相關裁判，*憲法解釋之理論與實務*第 11 集，2021 年 11 月，頁 673 至 674；溫祖德，偵查機關調取歷史性行動電話基地台位置資訊之合憲性審查——從美國聯邦最高法院判決檢視我國法制，*政大法學評論*第 167 期，2021 年 12 月，頁 174 至 194。

37. 本條文之翻譯參王士帆，前揭註 12，頁 65。

查被告所在地有必要時，得使用科技方法調查：

1. 行動通訊設備之設備號碼或所使用卡片之卡號，以及

2. 行動通訊設備之位置。（第一項）

為達成第 1 項目的而基於技術原因無可避免者，始得於措施執行期間取得第三人之個人資料。除為調查所尋找之設備序號及卡號而比對資料外，不得使用第三人之個人資料，且應在措施結束後立即刪除。（第二項）

第 100a 條第 3 項、第 100e 條第 1 項第 1 句至第 3 句、第 3 項第 1 句及第 5 項第 1 句之規定準用之。命令最長期限為 6 個月。當第 1 項要件持續存在時，得延長之，每次延長不超過 6 個月。（第三項）」

德國刑事訴訟法第 100a 第 3 項之規定係特定得以被調取行動通訊設備之位置、設備號碼或所使用卡片之卡號之人，該規定稱：「偵查措施只能針對被告或根據某些事實可以假定接收或傳遞旨在發送給被告或源自被告的消息的人，或者被告使用其聯繫或資訊的人。」

此條文亦為我國刑事訴訟法第 153 條之 2 之立法理由第三點明載參考之德國立法例。

德國刑事訴訟法第 100e 條第 1 項第 1 句至第 3 句則規定：「僅有依據應檢察官的請求，法院始得許可第 100a 條規定之調取措施。如有緊急狀況，檢察官亦得逕行調取之。如果檢察官的命令在三個工作天內未得到法院確認，則該命令失其效力。」

本條之規定類似於我國刑事訴訟法第 153 條之 6 第 1 項規定：「於下列情形之一，檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察有相當理由認為情況急迫，而有立即實施之必要者，得逕行實施，並應於實施後三日內依各該條規定以書面聲請該管法院補發許可書：

一、實施第一百五十三條之一之調查已逾連續二十四小時或已累計逾二日，實施當日不足二十四小時，以一日計。

二、實施第一百五十三條之二、第一百五十三條之三之調查。」

德國刑事訴訟法第 100e 條第 3 項第 1 句規定：「系爭偵查措施應以書面為之。」

德國刑事訴訟法第 100e 條第 5 項第 1 句規定：「如果系爭偵查措施已無必要再繼續進行，則應主動停止之。」本條之規定則類似於我國刑事訴訟法第 153 條之 6 第 2 項規定：「前項之調查，有下列情形之一者，應即停止實施：

一、檢察官不許可或於報請日起逾三日未為許可之決定。

二、法院未補發許可書或於聲請日起逾三日未為補發許可書之裁定。」

5. 我國法應檢討修正之處

就德國刑事訴訟法第 100i 條第 1 項規定使用「M 化車」之特殊強制處分，應係類似如同樣作為刑事訴訟之科技偵查措施，主要係規範監聽電話（通訊保障及監察法第 3 條、第 13 條第 1 項參照）、調取通聯記錄（通訊保障及監察法第 11 條之 1 第 2 項參照）、調取網路流量紀錄（通訊保障及監察法第 11

38. 本條文之翻譯參王士帆，M 化車法制出路—德國 IMSI-Catcher 科技偵查借鏡，台北大學法學論叢第 121 期，2022 年 3 月，頁 97。

條之1第2項參照)等之科技偵查措施,我國通訊保障及監察法第5條第1項本文之「列舉重罪原則」(發動通訊監察需限於通訊保障及監察法第5條第1項列舉各款之重罪)、「發動嫌疑門檻」(發動通訊監察需限於有事實足認被告或犯罪嫌疑人有…並危害國家安全、經濟秩序或社會秩序情節重大,而有相當理由可信其通訊內容與本案有關者,使得為之)、「補充性原則」(發動通訊監察需限於經過刑事訴訟法第122條以下之通常偵查措施仍不能或難以其他方法蒐集或調查證據者,始得為之)³⁹,通訊保障及監察法第5條第1項本文係規定:「有事實足認被告或犯罪嫌疑有下列各款罪嫌之一,並危害國家安全、經濟秩序或社會秩序情節重大,而有相當理由可信其通訊內容與本案有關,且不能或難以其他方法蒐集或調查證據者,得發通訊監察書…»然我國刑事訴訟法第153條之2第1項規定則無「列舉重罪原則」、「補充性原則」之要求,此立法例較類似113年7月12日經立法院三讀通過之通訊保障及監察法第11條之1第1項至第3項規定:「

檢察官、司法警察官為偵查犯罪及蒐集

證據,有事實足認通訊使用者資料於本案之偵查有必要性及關連性時,得調取之。(第一項)

檢察官為偵查犯罪及蒐集證據,有事實足認通信紀錄或網路流量紀錄於本案之偵查有必要性及關連性時,除有急迫情形不及事先聲請者外,應以書面聲請該管法院核發調取票。聲請書之應記載事項,準用前條第一項之規定。(第二項)

司法警察官為調查犯罪及蒐集證據,有事實足認通信紀錄或網路流量紀錄於本案之調查有必要性及關連性時,得依前項規定,報請檢察官許可後,向該管法院聲請核發調取票⁴⁰。(第三項)」

是我國刑事訴訟法第153條之2第1項規定相較於德國刑事訴訟法第100i條第1項規定亦較寬鬆。就偵查手段之採取並未採取類似通訊保障及監察法第5條第1項本文之「列舉重罪原則」、「補充性原則」要件,實則亦容易使偵查機關忽略偵查手段應盡比例原則之考量,亦即就手段之採取應先以干預基本權程度較低之手段為之,若非以其他方法調查犯罪事實或探查被告、犯罪嫌疑人

39. 參林鈺雄,前揭註18,頁476至477;學者王兆鵬、張明偉、李榮耕則將學者林鈺雄所稱之「列舉重罪原則」、「發動嫌疑門檻」、「補充性原則」改稱為「重罪原則」、「相當理由」、「最後手段性」,參王兆鵬、張明偉、李榮耕,刑事訴訟法(上冊),新學林,7版,2024年2月,頁339至340。

40. 惟關於通訊保障及監察法第11條之1有關調取通信紀錄,不再設定「最重本刑三年以上有期徒刑之罪」之重罪門檻,立法理由第二點載明:二、原第一項有關調取通信紀錄之規定移列第二項,並刪除「最重本刑三年以上有期徒刑之罪」要件限制:
(一)原規定限制調取通信紀錄之門檻,導致諸多案件無法調取通信紀錄,有害犯罪之調查及真實之發現,更有礙於對被害人及弱勢團體之權利保護,例如刑法第二百七十一條第三項預備殺人罪、第三百二十八條第五項預備強盜罪、第三百三十九條之一準詐欺罪、第三百四十七條第四項預備擄人勒贖罪、兒童及少年性剝削防制條例第四十五條第二項引誘兒童或少年涉及色情罪、公職人員選舉罷免法第九十九條第二項預備賄選罪等,對被害人權益及公益保障顯有重大影響。此外,檢察官辦理相驗案件之初,常因是否有人涉及犯罪或所涉罪名均待釐清,致不符合「偵查最重本刑三年以上有期徒刑之罪」要件,無法即時調取通信紀錄查明死者生前通訊情形,妨害人民權益及社會治安之保障,亦影響通信紀錄作為被告不在場或非實際持用人之有利證據,有礙刑事司法對真實之發現。
(二)刑事訴訟法就拘提、搜索、羈押等干預基本權程度較高之強制處分,亦未限制一定刑度以上之罪始得發動,通信紀錄調取相較於上開強制處分干預更為輕微,限制最重本刑三年以上之罪始得調取,恐

有輕重失衡。爰刪除「最重本刑三年以上有期徒刑之罪」要件,並酌作文字修正。

另外通訊保障及監察法第11條之1有關調取「網路流量紀錄」,立法理由第十點則說明:

十、增訂調取「網路流量紀錄」之規定:

(一)網路犯罪及資安駭侵事件日益增加,如券商集體遭DDoS攻擊勒索案、大型企業遭受勒索軟體攻擊、民眾個資遭盜取而致詐騙案件、網路炸彈恐嚇信件或網路平台販賣兒少或其他被害人性私密影像、付費式偷拍影片或深度偽造色情影片等網路性暴力案件,是類案件發生時,缺乏相關網路連線流量紀錄致案件難以查緝、溯源攻擊者或色情網站經營者真正身分、手法、被害人範圍,亦無法利用網路流量紀錄之分析,發現潛在被害者以提早防範,致查緝、後續預警及防禦作為難以實行,影響被害人權益、資安及國家安全甚鉅。

(二)網路流量紀錄與通信紀錄相類,均不涉及通訊內容,對個人隱私權及秘密通訊自由之干預有限,然該等資訊應用於查緝網路犯罪或資安駭侵案件極有助益,不僅得為認定犯罪事實之補強證據,亦得作為認定被告不在場或非實際持用人等有利證據。參照國外立法例,澳洲已於二〇一五年通過法案 Telecommunications (Interception and Access Amendment (Data Retention) Act2015),課予網路服務提供者保存一定網路連線資料之義務;美國「儲存通信法」(Stored Communication Act)及通訊協助執法法(Communication Assistance for Law Enforcement Act, CALEA),亦規範電信業者有協助執法機關調取相關紀錄之義務。爰比照調取通信紀錄之程序,於修正條文第二項至第六項、第九項及第十項增訂調取網路流量紀錄之規定。

或潛在犯罪嫌疑人所在地成效不大或有困難者，即不應任意採取特殊強制處分之偵查措施（111年憲判字第16號判決理由書第9段參照）。

就刑事訴訟法第153條之2第2項規定部分，僅以「有相當理由」之「發動嫌疑門檻」即認可偵查機關得對第三人就第三人管領或使用之行動通訊設備之位置、設備號碼或使用之卡片號碼發動特殊強制處分之偵查程序，亦有忽略律師或辯護人與被告、犯罪嫌疑人、潛在犯罪嫌疑人間基於憲法保障秘密自由溝通權之行使而放在律師事務所之行動通訊設備（例如被告、犯罪嫌疑人、潛在犯罪嫌疑人單獨前往律師或辯護人之事務所而攜帶行動通訊設備而得以經由「M化車」之行蹤；被告、犯罪嫌疑人、潛在犯罪嫌疑人與律師或辯護人共同前往其他辦公處所蒐證自清，被告、犯罪嫌疑人、潛在犯罪嫌疑人攜帶行動通訊設備而得以經由「M化車」之行蹤等等）而有類似於112年憲判字第9號判決未保障憲法第15條保障律師之工作權及憲法第16條保障被告之訴訟權之違憲疑義。

另就偵查手段之採取僅以「有相當理由」之「發動嫌疑門檻」為審查門檻，實則亦容易使偵查機關忽略偵查手段應盡比例原則之「補充性原則」的考量，亦即就手段之採取應先以干預基本權程度較低之手段為之，若非以其他方法調查犯罪事實或探查被告、犯罪嫌疑人或潛在犯罪嫌疑人所在地成效不大或有困難者，即不應任意對第三人採取特殊強制處分之偵查措施，始符合比例原則（111年憲判字第16號判決理由書第9

段參照）。

再比較我國法與德國法之差異，可以得知就我國刑事訴訟法第153條之2第2項規定：「對第三人管領或使用之行動通訊設備之位置、設備號碼或使用之卡片號碼實施前項調查，以有相當理由可信與被告、犯罪嫌疑人、證人或應扣押之物或電磁紀錄有所關連時為限。」與德國刑事訴訟法第100i條第2項第1句規定：「為達成第1項目的而基於技術原因無可避免者，始得於措施執行期間取得第三人之個人資料。」得以知悉德國刑事訴訟法就第三人面對特殊強制處分時，尚不僅以「有相當理由」之「發動嫌疑門檻」即認可偵查機關得對第三人發動特殊強制處分之偵查程序，更要求偵查機關必須考量憲法關於比例原則之要求，就「行蹤位置」之偵查措施「基於技術原因無可避免者，始得於措施執行期間取得第三人之個人資料。」之「補充性原則」，經衡量比例原則後，不得已始得發動之。

但有趣的是，我國刑事訴訟法第153條之2第5項特別規定：「實施第一項、第二項調查時，因技術上無可避免取得非受調查人之個人資料，除為供第一項、第二項之比對目的外，不得使用，且於調查實施結束後應即刪除。」係明顯注意到第三人面臨特殊強制處分時，第三人畢竟並非被告或犯罪嫌疑人，應有更多之資訊隱私權之保障。立法理由因而提及：「另為保障非受調查人之資訊自主權不受過度干預，爰於第五項定明使用非受調查人個人資料之限制及供比對結束後應即刪除之規定。」相同規定亦可參照德國刑事訴訟法第100i條第2項第2句規定：

「除為調查所尋找之設備序號及卡號而比對資料外，不得使用第三人之個人資料，且應在措施結束後立即刪除。」

然而於我國刑事訴訟法第 153 條之 1 部分，為何並未有我國刑事訴訟法第 153 條之 2 第 5 項特別規定：「實施第一項、第二項調查時，因技術上無可避免取得非受調查人之個人資料，除為供第一項、第二項之比對目的外，不得使用，且於調查實施結束後應即刪除。」則未見立法理由有任何討論。

但因為我國刑事訴訟法第 153 條之 8 既已經規定：

「實施第一百五十三條之一至第一百五十三條之三及第一百五十三條之六調查所得資料，與本案有關者，除法律另有規定外，應留存該案卷宗，供本案偵查、審判使用，不得作為其他程序之證據或其他用途。（第一項）

實施第一百五十三條之一至第一百五十三條之三及第一百五十三條之六調查所得其他案件資料，不得作為證據。但於實施期間屆滿後三十日內補行陳報法院，並經法院審查認可該案件與本案具有關連性或為最重本刑五年以上之罪者，不在此限。（第二項）

實施第一百五十三條之一至第一百五十三條之三及第一百五十三條之六調查所得資料，除符合前二項情形外，應即銷燬或刪除之，不得作為司法偵查、審判、其他程序之證據或其他用途。但已供另案偵辦使用者，不在此限。（第三項）

第二項之陳報，經法院駁回者，不得聲

明不服。（第四項）」

刑事訴訟法第 153 條之 8 之立法理由則提及：

「一、本條新增。

二、本章調查方法對於基本權有所干預，如為本案之偵查、審理有關之資料，應留存於相應之卷宗，依偵查或審理之本案卷宗保存、管理或銷燬等規範為之，不得作為其他程序之證據或其他用途，爰為第一項之規定。

三、於第二項明確規範，如調查過程中取得其他案件之資料，且與本案具有關連性或與最重本刑五年以上之罪有關，執行機關得於一定期間內陳報法院審查認可，否則即不得作為他案證據，以保障受調查人之權益。

四、為切實保障人民基本權，實施本章調查取得之資料，非屬第一項或第二項之情形者，均應即銷燬或刪除之，不得作為他用。但因若取得之資料另有犯罪嫌疑應予偵辦，且該資料業已立案供調查、偵辦使用者，則例外允許留存於該案卷宗內。至如未另行立案偵辦者，則該等資料應即銷燬，爰為第三項之規定。

五、依第二項所為之陳報，經法院駁回者，視同急迫情形補行聲請經法院駁回，爰於第四項明定不得對之聲明不服。」

故似乎我國刑事訴訟法第 153 條之 1 部分，並未有我國刑事訴訟法第 153 條之 2 第 5 項特別規定，並不代表第三人之行動通訊設備位址等個人隱私會被任意使用，如該等個人隱私經檢察官或法院認定與案情或其他

案件均無關連，仍應即銷燬或刪除之。

惟關於刑事訴訟法第 153 條之 2 規定之每次延長偵查措施之期間，同法第 4 項規定：「前項許可之期間，每次不得逾三十日。有繼續實施之必要者，至遲應於期間屆滿之二日前，由檢察官依職權或由司法警察官報請檢察官許可後，以書面記載具體理由向該管法院聲請核發許可書。」此項規定之每次不得逾 30 日之偵查期間，雖如刑事訴訟法第 153 條之 1 規定仍未經立法理由說明何以如此規範，但參考通訊保障及監察法第 12 條第 1 項規定：「第五條、第六條之通訊監察期間，每次不得逾三十日，第七條之通訊監察期間，每次不得逾一年；其有繼續監察之必要者，應釋明具體理由，至遲於期間屆滿之二日前，提出聲請。但第五條、第六條繼續之監察期間，不得逾一年，執行機關如有繼續監察之必要者，應依第五條、第六條重行聲請。」應可推測每次不得逾 30 日之偵查期間，係仿照通訊保障及監察法第 12 條第 1 項規定每次不得逾 30 日之偵查期間。

又相較於德國刑事訴訟法第 100i 條第 3 項第 2 句、第 3 句規定：「命令最長期限為 6 個月。當第 1 項要件持續存在時，得延長之，每次延長不超過 6 個月。」我國刑事訴訟法第 153 條之 2 第 4 項規定每次不得逾 30 日之偵查期間，讓法官有相較於德國，有更多機會審查我國特殊強制處分之偵查措施是否應再延長，亦係值得肯定之法規範，惟個別延長時間是否過短，則有待本條文施行一段時間後再隨時檢討之。

三、從生活空間外而監看或攝錄之偵查措施⁴¹

1. 條文規範

《刑事訴訟法》第 153 條之 3 規定：

「為調查最重本刑五年以上有期徒刑之罪，有相當理由可信被告或犯罪嫌疑人管領或使用具隱私或秘密合理期待之空間內之人或物與本案有關，得從該空間外，使用非實體侵入性之科技方法對該空間內之人或物監看及攝錄影像。（第一項）」

對於第三人管領或使用具隱私或秘密合理期待之空間內之人或物，實施前項調查，以有事實足認與被告、犯罪嫌疑人、證人或應扣押之物或電磁紀錄有所關連時為限。（第二項）」

前二項情形，應由檢察官依職權或由司法警察官報請檢察官許可後，以書面記載第一百五十三條之五第一項各款之事項與實施調查之必要性及其理由向該管法院聲請核發許可書。（第三項）」

前項許可之期間，每次不得逾三十日。有繼續實施之必要者，至遲應於期間屆滿之二日前，由檢察官依職權或由司法警察官報請檢察官許可後，以書面記載具體理由向該管法院聲請核發許可書。（第四項）」

2. 立法理由

「一、本條新增。

二、明定對於被告或犯罪嫌疑人或第三人管領或使用有隱私或秘密合理期待之空間內之人或物有相當理由與本案有關，得使用非實體侵入性之科技方法，對具隱私或秘密合理期待之空間內之人或物監看及攝錄影像之規定。

三、本條對人民隱私等基本權干預較

41. 學者林鈺雄定義為「隱私空間之科技偵查」，引自林鈺雄，前揭註 18，頁 486。

大，應為更嚴謹之程序規範，以保障人權。故本條限於調查最重本刑五年以上有期徒刑之罪，始可為之。

四、第三人所管領或使用之上述空間，於有事實足認與被告或犯罪嫌疑人、證人或應扣押之物或電磁紀錄之所在具有一定關連為限，亦得為之。

五、依本條所為之調查，執行機關僅得從外對目標空間以非實體侵入性之方式進行調查，例如以高倍數攝影機或照相機，透過窗戶拍攝屋內，或透過熱顯像設備探知內部溫度等。至實質之調查設備或人員進入隱私空間，例如開門入屋拍照、在屋內裝置攝影機等方式，即非許可範圍。此外，亦不得以入侵受調查人之資訊系統或設備之方式實施調查。

六、言論或談話之監察本應依通訊保障及監察法之規定為之，故本條僅限於以科技方法實施監看及攝錄影像之調查，而不包括錄音。

七、為保障隱私權，本條採法官保留原則，應經法院許可後始可實施，每次許可之期間不得逾三十日，期滿如有繼續實施之必要者，須再經法院許可始得為之。」

3. 比較法參照

因本文未注意到立法前偵查實務有遇到相關爭議，亦尚未注意到美國法、日本法有相關案例，故並未做相關介紹。

我國刑事訴訟法第 153 條之 3 之偵查措施類似於前揭刑事訴訟法第 153 條之 1 所述之 GPS 等得以被告或犯罪嫌疑人追蹤位置之偵查措施所論及之德國刑事訴訟

法第 100h 條規定針對居住空間外之進一步措施 (Weitere Maßnahmen außerhalb von Wohnraum)：「

(1) 即使被告或犯罪嫌疑人不知情，也可以在居住空間外進行以下措施：

1. 拍攝影像，
2. 使用其他用於觀察目的之特殊技術手段，

系爭措施限於調查案件事實或確定被告的下落將不太有希望或更困難。又只有當被告或犯罪嫌疑人涉及重大刑事犯罪時，才允許根據第 1 句第 2 句採取調查措施。

(2) 這些措施只能針對被告為之。若要針對被告以外之第三人，則必須 1. 只有在透過其他方式調查案件事實或確定被告下落的希望大大降低或困難得多的情況下，才允許採取第 1 項第 1 款規定的措施，

2. 只有在以下情況下才允許採取第 1 項第 2 款所規定的措施：根據某些事實，可以假定這些人與被告有聯繫，或者這種聯繫已成立，該措施將導致對事實進行調查或確定被告的下落，否則這將是無望的或更困難。

(3) 如果第三方不可避免地受到影響，也可以採取該調查措施。

(4) 本法第 100d 條第 1 項規定及第 2 項規定準用之。」

故相關爭議如前揭參、一、5，本文不再贅述。

4. 我國法應檢討修正之處

我國刑事訴訟法第 153 條之 3 第 1 項規定相較於德國刑事訴訟法第 100h 條第 1 項

規定亦較寬鬆。就偵查手段之採取雖經立法理由第三點提及：「本條對人民隱私等基本權干預較大，應為更嚴謹之程序規範，以保障人權。故本條限於調查最重本刑五年以上有期徒刑之罪，始可為之。」然則對於五年以上有期徒刑之罪，何時得採取該偵查手段則未如德國刑事訴訟法第 100h 條第 1 項規定詳盡，實則亦容易使偵查機關忽略偵查手段應盡比例原則之之「補充性原則」考量，亦即就手段之採取應先以干預基本權程度較低之手段為之，若非以其他方法調查犯罪事實或探查被告、犯罪嫌疑人或潛在犯罪嫌疑人所在地成效不大或有困難者，即不應任意採取特殊強制處分之偵查措施（111 年憲判字第 16 號判決理由書第 9 段參照）。

又本條立法理由第五點、第六點指明本條之偵查措施之限制包括「實質之調查設備或人員進入隱私空間，例如開門入屋拍照、在屋內裝置攝影機等方式，即非許可範圍。」、「此外，亦不得以入侵受調查人之資訊系統或設備之方式實施調查。」、「言論或談話之監察本應依通訊保障及監察法之規定為之，故本條僅限於以科技方法實施監看及攝錄影像之調查，而不包括錄音。」係基於比例原則而主動限縮並釐清本法適用範圍，值得肯定，惟實務上會遭遇到哪些具體偵查問題，仍有待觀察。

四、本專章規定依據正當法律程序而踐行對於被調查人之事後通知義務⁴²

1. 條文規範

《刑事訴訟法》第 153 條之 7 規定：

「經法院依第一百五十三條之一至第

一百五十三條之三及前條核發或補發許可書實施之調查結束，或依前條第二項停止實施後，執行機關應敘明受調查人之姓名、住所或居所、許可書核發機關文號、實際調查期間、有無獲得調查目的之資料及救濟程序，陳報該管檢察官及法院，由法院通知受調查人。如認通知有妨害調查目的之虞、通知顯有困難或不能通知者，應一併陳報。（第一項）

調查結束或停止實施後，執行機關逾一個月未為前項之陳報者，法院應於十四日內主動通知受調查人。但通知顯有困難或不能通知者，法院得不通知受調查人。（第二項）

法院對於第一項陳報，除有具體理由足認通知有妨害調查目的之虞、通知顯有困難或不能通知之情形外，應通知受調查人。（第三項）

第一項不通知之原因消滅後，執行機關應陳報法院補行通知。原因未消滅者，應於第一項陳報後每三個月向法院陳報未消滅之情形。逾期未陳報者，法院應於十四日內主動通知受調查人。（第四項）

實施第一百五十三條之一之調查未逾連續二十四小時或未逾累計二日者，除通知有妨害調查目的之虞、通知顯有困難或不能通知之情形外，應由執行機關於調查結束後一個月內，敘明受調查人之姓名、住所或居所、實際調查期間、有無獲得調查目的之資料及救濟程序，通知受調查人。並應每三個月檢視不通知之情形是否消滅，如不通知之情形已消滅，應即通知受調查人。（第五項）」

42. 相關討論參林鈺雄，同前註，頁 489 至 490。

另《刑事訴訟法》第 153 條之 5 第 4 項規定：「檢察官或核發許可書之法官得命執行機關提出執行情形之報告。執行機關應於執行期間內，依檢察官或法官指示作成報告書，說明執行行為之進行情形，以及有無繼續執行之需要。核發許可書之法官並得於發現有不應繼續執行之情狀時，撤銷原核發之許可。」

本條應係仿照通訊監察及保障法第 15 條規定：

「第五條、第六條及第七條第二項通訊監察案件之執行機關於監察通訊結束時，應即敘明受監察人之姓名、住所或居所、該監察案件之第十一條第一項各款及通訊監察書核發機關文號、實際監察期間、有無獲得監察目的之通訊資料及救濟程序報由檢察官、綜理國家情報工作機關陳報法院通知受監察人。如認通知有妨害監察目的之虞或不能通知者，應一併陳報。（第一項）

通訊監察結束後，檢察官、綜理國家情報工作機關逾一個月仍未為前項之陳報者，法院應於十四日內主動通知受監察人。但不能通知者，不在此限。（第二項）

法院對於第一項陳報，除有具體理由足認通知有妨害監察目的之虞或不能通知之情形外，應通知受監察人。（第三項）

前項不通知之原因消滅後，執行機關應報由檢察官、綜理國家情報工作機關陳報法院補行通知。原因未消滅者，應於前項陳報後每三個月向法院補行陳報未消滅之情形。逾期末陳報者，法院應於十四日內主動通知受監察人。（第四項）

關於執行機關陳報事項經法院審查後，交由司法事務官通知受監察人與該受監察之電信服務用戶。但不能通知者，不在此限。（第五項）

前項受監察之電信服務用戶包括個人、機關（構）、或團體等。（第六項）

前六項規定，於依本法規定調取他人網路流量紀錄之情形，亦準用之。但實施第十一條之一第四項調取網路流量紀錄之情形，應由執行機關通知。（第七項）」而定之。

2. 立法理由

「一、本條新增。

二、明定實施本章規定之調查時，須經法院許可者，其調查作為對隱私權之干預程度較高，有使受調查人事後知悉之必要，故應通知受調查人，惟若有妨害調查目的之虞，應准許延後通知；若通知顯有困難，例如利用 M 化車之虛擬基地台實施第一百五十三條之二之調查，將短暫取得非受調查人之手機序號資料，因人數眾多且難以一一特定其身分，且如為特定該等非受調查人之身分以進行通知，反而造成不必要之隱私干預，或有其他不能通知之情形者，亦應准許延後通知或不通知，爰為第一項規定。另如屬停止實施之情形，因無許可書之核發，執行機關於踐行通知時，得免填載許可書核發機關文號，自不待言。

三、為保障受調查人之權利，避免執行機關於調查結束或停止實施後，就是否通知受調查人之事項久未陳報法院，並促使執行機關定期檢視不通知原因是否消滅，爰為第

二項至第四項規定。

四、依第一百五十三條之一實施調查，未逾連續二十四小時或未逾累計二日者，因未經法院核發許可書，爰於第五項規定由執行機關於調查結束後一個月內通知受調查人。如有不通知或延後通知之情形，亦應定期檢視，以保障受調查人權益。」

3. 我國法應檢討修正之處

查《刑事訴訟法》第 153 條之 7 規定，雖立法體例類似通訊監察及保障法第 15 條規定，然卻未有通訊監察及保障法第 16 條第 1 項：「執行機關於監察通訊後，應按月向檢察官、核發通訊監察書之法官或綜理國家情報工作機關首長報告執行情形。檢察官、核發通訊監察書之法官或綜理國家情報工作機關首長並得隨時命執行機關提出報告。」、同法第 16 條之 1 第 1 項規定：「通訊監察執行機關、監督機關每年應製作該年度通訊監察之相關統計資料年報，定期上網公告並送立法院備查。」、同法第 16 條之 1 第 3 項規定：

「第一項統計資料年報應包含下列事項：

一、依第五條、第六條、第七條及第十二條第一項聲請及核准通訊監察之案由、監察對象數、案件數、線路數及線路種類。依第十一條之一之調取案件，亦同。

二、依第十二條第二項、第三項之停止監察案件，其停止情形。

三、依第十五條之通知或不通知、不通知之原因種類及原因消滅或不消滅之情形。

四、法院依前條規定監督執行機關執行

之情形。

五、依第十七條資料銷燬之執行情形。

六、截聽紀錄之種類及數量。」

則究竟人民或立法者應如何確認偵查機關有確實依據刑事訴訟法第 153 條之 7 之規定於調查結束或停止實施，主動或由法院逕行通知受調查之人民？尚無法律規定，僅有刑事訴訟法第 153 條之 5 第 4 項規定：「檢察官或核發許可書之法官得命執行機關提出執行情形之報告。執行機關應於執行期間內，依檢察官或法官指示作成報告書，說明執行行為之進行情形，以及有無繼續執行之需要。核發許可書之法官並得於發現有不應繼續執行之情狀時，撤銷原核發之許可。」使檢察官或核發許可書之法官得不定期命偵查機關提出執行情形之報告，但人民或立法院卻欠缺如通訊監察及保障法第 16 條第 1 項、第 16 條之 1 第 1 項第 3 項之監督偵查機關是否能定期於調查結束或停止實施，主動或由法院逕行通知受調查之人民？此係為明顯之立法漏洞，僅見刑事訴訟法第 153 條之 10 第 5 項僅規定：「依本章實施調查之方式、所得資料之保存、管理及銷燬、陳報、通知、救濟、監督及其他相關事項之辦法，由司法院會同行政院定之。（第五項）」規定，惟授權規範迄至 113 年 11 月 30 日仍未訂定之，實有待未來立法改進之。

五、本專章規定有關訴訟權保障，仍有部分不足⁴³

1. 條文規範

《刑事訴訟法》第 153 條之 10 規定：

43. 相關討論參林鈺雄，同前註，頁 490 至 491。

「受調查人及被告或犯罪嫌疑人之辯護人，對於法官、檢察官依本章所為之裁定或處分，得向該管法院提起抗告或聲請撤銷或變更之。（第一項）」

前項提起抗告或聲請期間為十日，自送達後起算。法院不得以已執行終結而無實益為由駁回。（第二項）」

第四百零九條至第四百十四條、第四百十七條、第四百十八條第二項規定，於本條準用之。（第三項）」

對於第一項之裁定，不得聲明不服。（第四項）」

依本章實施調查之方式、所得資料之保存、管理及銷燬、陳報、通知、救濟、監督及其他相關事項之辦法，由司法院會同行政院定之。（第五項）」

2. 立法理由

「一、本條新增。

二、明定受調查人及被告或犯罪嫌疑人之辯護人，對於法官、檢察官依本章所為調查或許可之裁定或處分，得向該管法院提起抗告或聲請撤銷或變更之，並明確規範被告、犯罪嫌疑人或辯護人提起抗告或聲請撤銷或變更之方式、程序及準用之程序規定，爰增訂本條。

三、有關本章所規定之特殊強制處分，可能因其高度借重科技設備而有長時間、遠距離、大規模、不知情、難逃脫、無差別及易複製等特性，干預人民基本權深淺不一，

就調查實施之方式、所得資料之保存、管理及銷燬、陳報、通知、救濟、監督及其他相關事項等辦法，授權司法院會同行政院定之。」

3. 我國法應檢討修正之處

刑事訴訟法第 153 條之 10 之條文屬於我國獨特之規定，故無再舉美國法、日本法、德國法之必要。又無其他偵查實務問題得以討論。然學者林鈺雄批評，本法文字似有過度累贅之嫌，應簡潔規定為：「受調查人得依本法關於抗告之規定提起抗告或聲請撤銷或變更之。」即可⁴⁴。

然刑事訴訟法第 153 條之 10 第 1 項卻逕自規定：「受調查人及被告或犯罪嫌疑人之辯護人，對於法官、檢察官依本章所為之裁定或處分，得向該管法院提起抗告或聲請撤銷或變更之。」迥異於我國刑事訴訟法第 346 條規定：「原審之代理人或辯護人，得為被告之利益而上訴。但不得與被告明示之意思相反。」徒生辯護人是否有「獨立抗告權」，亦即得否不依據被告之利益，或與被告明示之意思相反而獨立向該管法院提起抗告或聲請撤銷或變更之法律上爭議，惟司法院分別於 113 年 8 月 5 日、113 年 9 月 11 日新聞稿具體說明辯護人並無所謂「獨立抗告權」⁴⁵。

又刑事訴訟法第 153 條之 10 第 5 項僅規定：「依本章實施調查之方式、所得資料之保存、管理及銷燬、陳報、通知、救濟、監督及其他相關事項之辦法，由司法院會同

44. 參林鈺雄，同前註，頁 490。

45. 參司法院新聞稿，劍青檢改於 113 年 8 月 5 日所為聲明：「刑訴新法竟助詐團植入『盯梢』條款 請賴總統令司法院說明條款來源」及其內容有諸多謬誤，本院提出嚴正澄清聲明，113 年 8 月 5 日，<https://www.judicial.gov.tw/cp-1887-1138417-22509-1.html>，最後瀏

覽日：113 年 12 月 5 日；司法院新聞稿，針對媒體報導引述學者批評：刑訴科技偵查法制之修訂有「黑箱修法」、「修法錯誤」之事，本院澄清說明如下，113 年 9 月 11 日，<https://www.judicial.gov.tw/tw/cp-1887-1162049-75572-1.html>，最後瀏覽日：113 年 12 月 5 日。相關批評參林鈺雄，同前註，頁 490 至 491。

行政院定之。(第五項)」卻欠缺如通訊監察及保障法第 16 條第 1 項：「執行機關於監察通訊後，應按月向檢察官、核發通訊監察書之法官或綜理國家情報工作機關首長報告執行情形。檢察官、核發通訊監察書之法官或綜理國家情報工作機關首長並得隨時命執行機關提出報告。」、同法第 16 條之 1 第 1 項規定：「通訊監察執行機關、監督機關每年應製作該年度通訊監察之相關統計資料年報，定期上網公告並送立法院備查。」、同法第 16 條之 1 第 3 項規定：

「第一項統計資料年報應包含下列事項：

一、依第五條、第六條、第七條及第十二條第一項聲請及核准通訊監察之案由、監察對象數、案件數、線路數及線路種類。依第十一條之一之調取案件，亦同。

二、依第十二條第二項、第三項之停止監察案件，其停止情形。

三、依第十五條之通知或不通知、不通知之原因種類及原因消滅或不消滅之情形。

四、法院依前條規定監督執行機關執行之情形。

五、依第十七條資料銷燬之執行情形。

六、截聽紀錄之種類及數量。」

同法第 17 條第 1 項規定：「監察通訊所得資料，應加封緘或其他標識，由執行機關蓋印，保存完整真實，不得增、刪、變更，除已供案件證據之用留存於該案卷或為監察目的有必要長期留存者外，由執行機關於監察通訊結束後，保存五年，逾期予以銷燬。」

同法第 32 條之 1 有關外部監督之規定：

「法務部每年應向立法院報告通訊監察執行情形。立法院於必要時，得請求法務部報告並調閱相關資料。(第一項)

立法院得隨時派員至建置機關、電信事業、郵政事業或其他協助執行通訊監察之機關、事業及處所，或使用電子監督設備，監督通訊監察執行情形。(第二項)

本法未規定者，依立法院職權行使法或其他法律之規定。(第三項)」等法律位階之規範。

然按前揭憲法法庭 111 年憲判字第 1 號判決理由書第 17 段即強調：「受憲法第 22 條所保障之資訊隱私權，係保障人民就是否揭露其個人資料及揭露之對象、範圍、時間及方式等，享有自主決定權，並保障人民對其個人資料之使用，有知悉、控制權及資料記載錯誤之更正權（司法院釋字第 603 號解釋參照）。國家基於公益之必要，雖非不得立法強制取得所必要之個人資料，惟其取得與利用個人資料之目的、範圍與程序等重要事項，均應以法律明確規定，如授權以命令定之，亦應符合授權明確性原則；且應依個人資料之屬性、取得方式、利用目的與範圍等，設定相當之正當法律程序以及確保該等資訊不受濫用與不當洩露之適當防護機制，始無違憲法第 23 條之法律保留原則，而符合憲法保障人民資訊隱私權之意旨。」

又憲法法庭 111 年憲判字第 13 號【健保資料庫案】判決理由書第 61 段亦指出：「就資訊隱私權之保障而言，除應以法律明確訂定蒐用個資之目的及要件外，應配合當代科技發展，運用足以確保資訊正確及安全

之方式，並對所蒐集之個資採取組織上與程序上必要之防護措施，以符憲法保障人民資訊隱私權之本旨（司法院釋字第 603 號解釋參照）。前述組織上與程序上必要之防護措施中，個資保護之獨立監督機制為重要之關鍵制度。此一獨立監督機制之目的，在於確保個資蒐用者對於個資之蒐用，均符合相關法令之規定，以增強個資蒐用之合法性與可信度，尤其個人健保資料業已逸脫個人控制範圍，如何避免其不受濫用或不當洩漏，更有賴獨立機制之監督。」惟查刑事訴訟法第 153 條之 10 第 5 項竟然將通知、救濟、監督等攸關資訊隱私權之重要事項僅透過法律授權之法規命令定之，顯相異於通訊保障及監察法第 16 條、16 條之 1、17 條第 1 項、32 條之 1 均係以法律位階明文規範，更何況迄至 114 年 1 月 14 日司法院始發布之《刑事訴訟特殊強制處分執行辦法》第 12 條第 3 項至第 5 項僅規定：「

執行機關依本法第一百五十三條之一至第一百五十三條之三、第一百五十三條之六規定實施特殊強制處分者，應依各該條所示科技方法，檢附調查之聲請、核發、執行、所得資料之保管、使用、陳報、銷燬或刪除，以適當之方式，就其經辦、調閱及接觸者，製作連續流程履歷紀錄；其係指示建置科技設備單位、協助執行者或囑託其他機關協助執行時，僅提供協助執行所需之必要資訊，並應記載在場具體指示完成事務性、技術性之內容。（第三項）

實施特殊強制處分所得資料，應保存完整真實，不得增、減、變更，除已立案供另案偵辦之用留存於該案卷或依本法第

一百五十三條之八第一項、第二項使用之情形外，由執行機關於實施期間結束載明於連續流程履歷紀錄後，立即報請檢察官、依職權核發許可書之法官許可後銷燬或刪除。（第四項）

偵查中經核發許可書案件，法院得定期派員監督執行機關執行情形。審判中法院依職權核發許可書之案件，亦同。（第五項）」就監督之機制而言，欠缺如通訊保障及監察法第 16 條第 1 項之偵查機關的主動向法院陳報義務，及通訊保障及監察法第 16 條之 1 之統計彙整偵查情形之義務外，更欠缺如通訊保障及監察法第 17 條第 1 項之應至少保存 5 年已加封緘或其他標識之通訊監察資料的保存義務以供外部機關如法務部、立法院得依通訊保障及監察法第 32 條之 1 而為外部監督，故《刑事訴訟特殊強制處分執行辦法》第 12 條第 3 項至第 5 項規定之外部監督機制顯有不足。

肆、代結論：科技偵查措施的正當法律程序值得再觀察

因《刑事訴訟法》之「特殊強制處分」專章、《通訊保障及監察法》與《洗錢防制法》、《詐欺犯罪危害防制條例》之「打詐四法」，經總統於 113 年 7 月 31 日公布施行不久，故《刑事訴訟法》之「特殊強制處分」專章即刑事訴訟法第 153 條之 1 至 153 條之 10 的細項規定、相關偵查措施之證據能力等，至 113 年 11 月 30 日止仍尚未有相關裁判，故本文尚難逕作判決評釋。

惟本文仍就憲法法庭判決，特別是 111 年憲判字第 1 號【肇事駕駛人受強制抽血檢

測酒精濃度案】、111年憲判字第16號【司法警察(官)採尿取證案】、112年憲判字第9號【搜索律師事務所案】揭示之判決意旨，並整理美國法、德國法等相關裁判與國內學說，拋磚引玉之。

經整理前述三個憲法法庭之判決意旨，可以發現憲法法庭日益重視之偵查手段應注意之正當法律程序，包括：

一、偵查手段若涉及資訊隱私權之干涉，於申請階段需考量該偵查手段究係適用如刑事訴訟法第128條搜索票之絕對法官保留(112年憲判字第9號參照)；或如刑事訴訟法第133條之2非附隨於搜索之扣押、111年憲判字第1號之強制抽血、111年憲判字第16號討論之非侵入性採尿等身體檢查處分之相對法官保留；於偵查手段之選擇更須確認有無其他較小侵害手段得以選擇而未選擇(111年憲判字第16號判決理由書第9段參照)。

二、於偵查手段之進行中，偵查機關應確認有無全程錄音錄影或其他法定文書紀錄以擔保檢視扣押物與搜索、扣押之過程符合憲法正當法律程序原則之要求，以及應審酌個案情形，根據憲法比例原則之要求，仍應先以干預基本權程度較低之「命其提出或交付」之手段為之。(112年憲判字第9號判決理由書第43段參照)；

三、於偵查手段進行後，應須檢視有無檢察官或法院之監督查核程序、資訊隱私權受干涉之相對人或第三人有無及時依刑事訴訟法第416條第1項第1款規定，向該管法院聲請撤銷或變更搜索、扣押處分，並聲請

偵查機關先將扣押物封緘送交法院檢視審查之權利救濟機制(111年憲判字第1號判決理由書第30、32段、111年憲判字第16號判決理由書第20段、112年憲判字第9號判決理由書第43段參照)。

四、最後就檢察官或司法警察(官)取得之證物，就採樣與檢測之項目與範圍、檢測結果之合目的利用範圍與限制以及檢體之保存與銷毀條件等重要事項，則須注意有無法律或法律明確授權之命令予以明定。(111年憲判字第1號判決理由書第30、32段)。

惟經過適用憲法法庭111年憲判字第1號【肇事駕駛人受強制抽血檢測酒精濃度案】、111年憲判字第16號【司法警察(官)採尿取證案】、112年憲判字第9號【搜索律師事務所案】揭示判決意旨所整理之正當法律程序，再特別檢視刑事訴訟法第153條之1、153條之2、153條之3等規範，可以發現仍有值得檢討改進之處。

例如三條文均欠缺如通訊保障及監察法第5條第1項本文規定：「有事實足認被告或犯罪嫌疑人有下列各款罪嫌之一，並危害國家安全、經濟秩序或社會秩序情節重大，而有相當理由可信其通訊內容與本案有關，且不能或難以其他方法蒐集或調查證據者，得發通訊監察書。」之類似通訊保障及監察法第5條第1項本文之「重罪原則」、「補充性原則」要件。我國刑事訴訟法第153條之1第1項、刑事訴訟法第153條之2第1項、刑事訴訟法第153條之3第1項規定相較於德國刑事訴訟法而言均較寬鬆。就偵查手段之採取並未採取「重罪原則」、「補充性原則」要件，實則亦容易使偵查機關忽略

偵查手段應盡比例原則之考量，亦即就手段之採取應先以干預基本權程度較低之手段為之，若非以其他方法調查犯罪事實或探查被告、犯罪嫌疑人或潛在犯罪嫌疑人所在地成效不大或有困難者，即不應任意採取特殊強制處分之偵查措施（111年憲判字第16號判決理由書第9段參照）。

就刑事訴訟法第153條之1第2項、第153條之2第2項、第153條之3第2項規定部分，僅以「有相當理由」即認可偵查機關得對第三人發動特殊強制處分之偵查程序，即不僅有忽略律師或辯護人與被告、犯罪嫌疑人、潛在犯罪嫌疑人間基於憲法保障秘密自由溝通權之行使而有類似於112年憲判字第9號判決未保障憲法第15條保障律師之工作權及憲法第16條保障被告之訴訟權之違憲疑義。

另就偵查手段之採取僅以「有相當理由」為審查門檻，亦容易使偵查機關忽略偵查手段應盡比例原則之「補充性原則」考量，亦即就手段之採取應先以干預基本權程度較低之手段為之，若非以其他方法調查犯罪事實或探查被告、犯罪嫌疑人或潛在犯罪嫌疑人所在地成效不大或有困難者，即不應任意對第三人採取特殊強制處分之偵查措施（111年憲判字第16號判決理由書第9段參照）。

又衛星定位系統、無人機或其他科技方法實施追蹤位置之偵查措施所取得之GPS行蹤，以及從生活空間外而監看或攝錄之偵查措施，刑事訴訟法第153條之1、153條之3亦欠缺如德國刑事訴訟法第100h條第4項準用之德國刑事訴訟法第100d條第

一項、第二項則規定：「如有事實足認，根據第100a至100c條採取的措施將干涉私人生活核心領域(Kernbereich privater Lebensgestaltung)，則系爭措施不應為之。

（第一項）透過第100a至100c條規定的措施所獲得的私人生活核心領域之相關調查結果不得運用之。針對此類調查結果所為之記錄必須立即刪除。關於不當獲取及刪除之紀錄必須留存之。（第二項）」

故就前揭受追蹤之行蹤，以及從生活空間外而監看或攝錄之偵查措施，若顯然係紀錄到與犯罪無關之私人生活核心領域，例如被告、犯罪嫌疑人、潛在犯罪嫌疑人在住宅內休憩、前往朋友住宅娛樂等等，均尚未經我國刑事訴訟法第153條之1、第153條之3明訂屬於具有「個人主觀隱私期待」與「客觀合理隱私期待」之隱私權核心範圍而應排除於偵查範圍之部分，故就此部分，我國刑事訴訟法第153條之1、第153條之3未如德國刑事訴訟法第100h條第4項準用之德國刑事訴訟法第100d條第一項、第二項規定有應排除干涉之「私人生活核心領域」，顯有法規保護不足之疑慮，屬於「立法漏洞」，應有檢討修正之必要。

又刑事訴訟法第153條之10第5項竟然將通知、救濟、監督等攸關資訊隱私權之重要事項僅透過法律授權之法規命令定之，顯相異於通訊保障及監察法第16條、16條之1、17條第1項、32條之1均係以法律位階明文規範，更何況迄至114年1月14日司法院始公布之《刑事訴訟特殊強制處分執行辦法》第12條第3項至第5項規定，可發現就監督之機制而言，欠缺如通訊保障

及監察法第 16 條第 1 項之偵查機關的主動向法院陳報義務，及通訊保障及監察法第 16 條之 1 之統計彙整偵查情形之義務外，更欠缺如通訊保障及監察法第 17 條第 1 項之應至少保存 5 年已加封緘或其他標識之通訊監察資料的保存義務以供外部機關如法務部、立法院得依通訊保障及監察法第 32 條之 1 而為外部監督，故《刑事訴訟特殊強制處分執行辦法》第 12 條第 3 項至第 5 項規定之外部監督機制顯有不足。

最後就前揭四項本文整理之憲法法庭日益重視之偵查手段應注意之正當法律程序，亦未能見到刑事訴訟法第 153 條之 1、153 條之 2、153 條之 3 規範有採納之，故刑事訴訟法第 153 條之 1、153 條之 2、153 條

之 3 規範及其他特殊強制處分之科技偵查措施之施行，除了尚欠缺國內學說介紹之德國刑事訴訟法第 100 條 a 規定之「小木馬」程式，即得以透過「來源端通訊監察」措施，以「秘密植入監視軟體」之方式來擷取被告或犯罪嫌疑人使用之加密通訊軟體之內容；還有德國刑事訴訟法第 100 條 b 規定之「大木馬」程式，即得以透過「線上搜索」措施，以「秘密植入監視軟體」之方式，不僅擷取被告或犯罪嫌疑人使用之加密通訊軟體之內容，更包括已儲存於加密通訊軟體或持續流入加密通訊軟體之其他內容等在外國已實施多年之重要的科技打詐措施尚未引進我國外⁴⁶，我國目前之科技打詐措施恐仍有多項未能遵守正當法律程序之疑義，而值得持續觀察之。

46. 相關制度介紹可參王士帆，網路之刑事追訴—科技與法律的較勁，政大法學論叢第 145 期，2016 年 6 月，頁 371 至 381；李榮耕，初探遠端電腦搜索，東吳法律學報第 29 卷第 3 期，2018 年 1 月，頁 57-59；林鈺雄，國家木馬與國家安全—以德國法發展趨勢為借鏡，最高檢察

論壇創刊號，2023 年 6 月，頁 13 至 16；王士帆，；王士帆，科技偵查立法藍圖—刑事訴訟目的試金石，最高檢察論壇創刊號，2023 年 6 月，頁 23 至 43，頁 40 至 43；溫祖德，國家植入間諜程式遠端搜索之法制，台大法學論叢第 53 卷 3 期，2024 年 9 月，頁 873 至 948。



兩岸電子商務監管制度之比較法研究

——以微商為中心

陳東晟*、張羽誠**

壹、前言

電子商務，係指透過網路、網路交易平台、社交軟體等電子媒介，而進行之銷售、提供服務、交易等商務活動，係一種新興之交易模式，由於該種交易模式全然透過網路技術、線上進行，故其突破了傳統交易模式所具有的地域限制、國境限制，此外，亦因電子技術之輔助、物流及倉儲等業者之垂直整合，使交易成本大為減少、交易之進行更為便利，遂使其之交易量逐漸提升，成為一現代人常用之交易方式。

而中國大陸之電子商務，約於 1990 年代開始發展，自透過傳真機、電話進行交易之萌芽時期開始，逐漸「無紙化」，一直發展到近年的使用網路交易之高級時期¹，2017 年，電子商務之總交易量已達到人民幣 28.66 兆元之規模，比前年度增長了 24.77%²，可見電子商務市場規模之龐大、電子商務之於日常生活的重要性。然而，交易量如此龐大之市場，應有專法或規範之制定以維護其之交易安全、解決交易糾紛，但在 2018 年 8 月前，涉及電子商務之紛爭解決，大多仍依《中華人民共和國合同法》、

《中華人民共和國電子簽名法》等較為基本、零散之法律規定處理，少數如《非金融支付服務管理辦法》、《網路商品交易及有關服務行為管理暫行辦法》等針對網路交易之法規命令，雖規範對象明確，但失於法律層級過低、實際執行之難度太高以及各部門整合與協調之障礙過多³，而《國務院辦公廳關於加快電子商務發展的若干意見》更僅係政策性文件，並未有相當於法律之效力，其中之原則僅供立法之參考；故而，針對中國大陸電子商務此一龐大之市場，亟需制定一規範完整、體系縝密之專法，以釐清各部門之責任、交易過程中之權利義務歸屬；多數論者亦認為制定專法有其必要性⁴，並須循一定之立法原則⁵。

2018 年 8 月 31 日，經過近六年之立法工程，第十三屆全國人大常委會第五次會議終表決通過《中華人民共和國電子商務法》（下稱電商法），其第 2 條第 2 項及第 9 條第 1 項：「本法所稱電子商務，是指通過互聯網等資訊網路銷售商品或者提供服務的經營活動。」、「本法所稱電子商務經營者，是指通過互聯網等資訊網路從事銷售商品或者提供服務的經營活動的自然人、法人

* 金石國際法律事務所律師、臺灣海事保險公證人、英國特許仲裁人學會會員。

** 金石國際法律事務所律師。

1. 支政黨，法史學視野下的電子商務法研究，鄭州大學碩士學位論文，2015 年 4 月，頁 1、6。
2. 中國電子商務研究中心，2017 年度中國電子商務市場數據監測報告，2018 年 6 月 26 日。
3. 孔毓偉、熊驥，我國電子商務立法的相關討論，企業導報，2012 年 8 期，2012 年 8 月，頁 155。

4. 穆傑，淺析電子商務法的調整範圍與特點，科技視界，2013 年 36 期，2013 年 12 月，頁 126。

5. 王融，關於我國《電子商務法》立法定位的思考與建議，現代電信科技，2015 年 2 期，2015 年 4 月，頁 33-39；董彬，我國電子商務立法探析，環球市場信息導報，2014 年 4 期，2014 年，頁 11；王文博，淺析電子商務法與社會主義市場經濟，學理論，2013 年 3 期，2013 年，頁 129-130；曹麗紅，電子商務立法若干問題研究，吉林大學碩士學位論文，2005 年 3 月，頁 33-38；王楠，電子商務法基本原則的闡釋與反思，山西財經大學碩士學位論文，2012 年 5 月，頁 16-35。

和非法人組織，包括電子商務平台經營者、平台內經營者以及通過自建網站、其他網路服務銷售商品或者提供服務的電子商務經營者。」將所有透過網路等電子資訊交換方式進行交易或經營之活動、活動參與者，全部納入該法之規定範圍，亦即無論係淘寶、京東、一號店等傳統網路拍賣、網路購物平台業者，抑或係透過社交平台進行交易活動之「微商」，皆為該法之規範對象，似已為中國大陸電子商務之市場提供一完善的紛爭解決制度、成功將所有電子商務之型態納入規範體系；然而，對電子商務作一如此廣泛之定義，使所有電子商務之現存型態皆受該法不分軒輊地規範，係否適當？立法者於立法時係否皆有考量各型態之特性與問題？抑或係立法者對於電商法之制定，已有一定之規範想像對象？實有探討之空間，而本文即係欲透過「微商」該一電子商務之型態，探討本次電商法立法之問題與可能的闕漏。

此外，台灣電子商務相關法制之發展方向，早期係關注電子商務消費者保護之議題，以《消費者保護法》建立「通訊交易解除權」之相關規範；近期則著重於建立電子、網際網路詐騙行為之行政及刑事防詐措施，此即 2024 年制定之《詐欺犯罪危害防制條例⁶》。本文擬就此等法規之規範對象為比較對象，探討台灣現行規範不足之處，以期促進兩岸電子商務監管制度之研究及發展。

貳、微商之概述與現狀

微商，中國大陸電商法並未賦予其定

義，然實務界對其有豐富之見解，有論者認為微商係指一種社會化的移動社交電子商務模式，而採用此種模式進行商品銷售的商家既可以是企業，同時亦可為個人⁷；亦有論者著重於其社會化之特性，認為微商係企業或個人基於社會化媒體開店的新型電商，係一種社會化的電商⁸；此外，中華全國工商聯美容化妝品業商會所頒布之《中國化妝品微商標準（執行草案）》，亦對微商有詳細之定義，其認為微商有廣義、狹義之區分，狹義之微商，係指透過騰訊公司所營運之微信平台，而開展之各種商業活動與從事該種活動之個人或組織；而廣義之微商，則不限於微信平台，係指「以移動互聯網為基礎，透過各種個人或企業應用終端（微博、微信、手機、QQ 等），或透過『使用移動互聯網技術所開發之具有移動電商或社交屬性的工具』（如 APP、移動網站），所開展之各種商業活動，以及從事該種活動之個人或組織」⁹；雖各論者對於微商之定義容有見解上之不同，然本文認為，可將各見解加以整合，而將微商定義為：係指透過社交平台或社交軟體所開展之各種商務活動，以及從事該種活動之個人或組織。

雖然，微商係一種新興之電子商務型態，然其之規模及發展趨勢實不容忽視，依創奇社交電商研究中心所發布之《2018 中國社交電商行業發展報告》，2017 年微商之從業人數為 2018.8 萬人，除較前年之從業人數多了 31.5%，其從業人數亦達致前所未有之高峰，且據該報告顯示，2017 年微

6. 制定詐欺犯罪危害防制條例，<https://www.ly.gov.tw/Pages/Detail.aspx?nodeid=33324&pid=242170>，最後瀏覽日：2024 年 11 月 4 日。

7. 翁轟哲，基於微商的發展現狀管窺微商未來的發展，商場現代化，2015 年 3 期，2015 年 2 月，頁 79。

8. 孫濤勇、趙曉萌，微商：B2B2C 才是未來，銷售與市場（評論版），2015 年 20 期，2015 年，頁 80。

9. 中國化妝品微商標準（執行草案），http://www.sohu.com/a/7932960_119141，最後瀏覽日：2024 年 11 月 4 日。

商之總交易量亦達到了人民幣 6835.8 億元之規模，其總交易量不僅為歷年新高，亦較前年之總交易量多了 89.5%¹⁰；故而，實不可小覷微商之規模、發展趨勢，中國大陸立法者對其之規範應不可不慎。

而微商雖係指一種新興之電子商務型態，但因著經營微商之主體、方式不同，仍可分為四種經營模式¹¹：

一、企業於社交平台上之虛擬店鋪

此類微商一般係以微信公眾號或社交軟體之官方帳號之形式存在，大多本即有自己之實體店鋪、取貨店鋪，而使用微信平台或社交軟體，僅係為拓展企業之觸及族群、提升知名度或宣傳商品資訊，並非將微信平台或社交軟體作為唯一之銷售或宣傳管道，易言之，僅係將微信平台或社交軟體作為提供商品資訊、宣傳實體店鋪之營銷手法，真實之交易活動仍需消費者於其之實體店鋪進行，抑或係連結至其之官方網站、其餘交易平台下單進行。

二、微信分銷

此類微商係以微信平台或社交軟體為基礎進行分銷，一般分為三級之代銷商，品牌商為一級、經銷商為二級，而經銷商下游之代理商為三級分銷商；此類微商主係利用微信作為銷售平台，無員工、無店租，進而以此實現零成本宣傳、銷售。此等經營模式大多係直銷型化妝品企業所使用，例如：玫琳凱、雅芳。

三、代理模式

此等經營模式又稱為金字塔模式，最常見的即係微信朋友圈中最熱門之面膜代理，其主要之進行方法為：不斷開發下游、向下招募代理，下級代理須自上級代理訂貨，而上級代理商從中賺取不同代理等級間之差價，類似台灣所稱之「多層次傳銷」；而此等經營模式，往往並非以銷售予真實之需求者為目的，大多係以銷售予下級代理、賺取傭金為目的，因此，常有商品成本過高、下級代理無法壓低售價之問題，使真實需求者因售價過高而無法或不願購買、下級代理無法出售手上存貨，形成一封閉之銷售迴路。此等模式常於最後形成一封閉之銷售迴路，使真實賣家難售出商品、真實需求者亦無力或不願買入商品，實有「老鼠會¹²」之嫌，實應對其詳細規範之。

四、微店模式

此等模式多為甫出社會之創業青年、新創產業所用；由於社交軟體、社交平台之帳號並無註冊費用，故甫出社會之創業青年、新創產業常以此作為開展業務之手段，於其上進行宣傳、銷售活動，並同時累積商譽、資金，易言之，其係將社交平台或社交軟體作為唯一銷售、宣傳方式，與「企業於社交平台上之虛擬店鋪」有所不同，微店模式並無實體店面作為基礎，完全係透過社交軟體或社交平台之帳號經營業務、收取貨款，而「企業於社交平台上之虛擬店鋪」僅係將社交軟體或社交平台之帳號作為宣傳之媒介、僅係其經營業務之一環而已，並不以社交軟體或社交平台為其唯一之營銷通路或管道。

10. 《2018 中國社交電商行業發展報告》：社交電商行業的發展現狀到底是怎樣的？https://www.sohu.com/a/243028808_227320，最後瀏覽日：2024 年 11 月 4 日。

11. 李倩，我國微商監管立法的研究——以微信平台為例，廣西師範大學碩士學位論文，2016 年 4 月，頁 5-6。

12. 陳重見，變質多層次傳銷認定的實務難題，台灣法學雜誌，341 期，2018 年 4 月，頁 159-164；黃銘傑，公平交易法第二三條不當多層次傳銷「主要」、「合理市價」二項要件之分析——評司法院大法官釋字第 610 號解釋，台灣本土法學雜誌，74 期，2005 年 9 月，頁 13-14。

此模式常為鮮花、糕點工作坊所用，而海外代購亦常使用該模式經營。

而微商之經營模式如此多元，其於發展中所可能發生之問題，勢必亦非常多元，例如：於微信分銷、代理模式中，由於產品供給者與真實消費者之間存有若干代理商，而此些代理商為賺取層級間之差價、利潤，勢必會有價格之落差，此就造成最終售價與原售價之巨大落差，可能使消費者無法辨別商品之真正價值¹³；次之，由於社交軟體或社交平台之帳號虛擬性高，且付款與實際取貨間有時間上之落差，可能使有心人利用此些特性，於商品之資訊或品質上為不實之陳述，並進而寄送較劣品質或完全不同之產品予消費者，使消費者之權益受到侵害、無法保障¹⁴，而倘消費者欲進行訴訟、求償或維權之行為以填補或補償損害時，亦可能因社交軟體或社交平台之帳號使用者難以辨別，使消費者於求償、維權時面臨「侵權主體難以確定」、「維權成本過高」之困境¹⁵；此外，若於社交軟體或社交平台上發生消費糾紛，而有求償之情事，該社交軟體或社交平台係否須為其系統闕漏、交易過程中之疏失負連帶賠償責任？皆非無疑問，實為微商未來發展時可能發生之問題，實需一部詳細規範買賣雙方、平台業者之權利義務與責任之法律，方能對未來可能發生之問題迎刃而解。

參、現行電子商務法適用於微商之問題

依電商法第 2 條第 2 項之規定，凡透過互聯網等資訊網路銷售商品或提供服務之經

營活動，皆為該法所指之電子商務，而社交平台、社交軟體係以互聯網作為其之訊息傳遞技術，理所當然地，透過社交平台、社交軟體進行交易活動之「微商」，亦係本條所稱之電子商務、亦受電商法所規範。然而，本次立法雖將微商納入電商法之規範，惟觀其規範內容，若適用於微商此一電子商務模式，將有下列問題：

一、在微商之經營模式中，「電子商務平台經營者」之角色不鮮明

微商，係透過社交軟體、社交平台等載體，而進行交易、經營活動，由於社交軟體、社交平台係以互聯網作為訊息傳遞技術，故依電商法第 2 條第 2 項之規定，微商所進行之交易、經營活動應屬電商法所稱之電子商務，循此邏輯，則經營微商之個人或組織應被定義為電商法第 9 條第 3 項所稱之「平台內經營者」，而作為微商經營媒介之社交軟體、社交平台，則應被定義為電商法第 9 條第 2 項所稱之「電子商務平台經營者」，並各受平台經營者、平台內經營者之相關規定規範；前開如此推論，似為合理。然而，社交軟體、社交平台之創立目的應在於提供社交機會、維持社交關係，並非係提供交易平台或促進交易，倘擅將其定義為電子商務平台經營者，不僅與其之創立本意相悖，亦因微商廣泛分佈於各社交軟體、社交平台，無異使所有社交軟體、社交平台皆成為電子商務平台經營者，且皆受到電商法關於電子商務平台經營者規定之規範，實有過苛之嫌，並可能使創設社交軟體或社交平台之意願降

13. 李洪娟，我國微商發展現狀及對策分析，中國商論，2018 年 14 期，2018 年 5 月，頁 166。
14. 蔡曉美，C2C 模式下微商發展的法律問題及規制，黑龍江生態工程職業學院學報，2018 年 1 期，2018 年 1 月，頁 55-56。

15. 梁欣，論微商交易中消費者權益的保護，職工法律天地，2018 年 16 期，2018 年，頁 163；劉俊芳、王阮芳，微信朋友圈交易法律風險分析，山西青年，2020 年 2 期，2020 年 1 月，頁 11。

低，進而不利社交軟體或社交平台產業之發展，蓋只要有任何一交易活動於該者營運之社交軟體或社交平台發生，頓時該者即變成電子商務平台經營者，須負電商法規之電子商務平台經營者的相關責任與義務；但雖如此，亦不能因其經營目的上之考量，即為「社交軟體或社交平台於微商之經營模式中，全非電子商務平台經營者」之解釋，因倘為此等解釋，不僅等同於認為所有經營微商之人皆非平台內經營者、解除其平台內經營者之義務及責任，進而可能有害於消費者之權益，亦完全悖離電商法之規定與立法目的，故應亦不得為此等解釋。

本文認為，由於社交軟體、社交平台同時具備促進社交、交易便利之特性，故使其於微商之經營模式中，電子商務平台經營者之角色並不鮮明，既不可將其完全解釋為電子商務平台經營者，亦不能完全否定其電子商務平台經營者之角色，實難將其精準定位於一角色中；因此，本文認為似僅可為一折衷之解釋：社交軟體、社交平台於平時、對於普通之使用者而言，仍作為其原有之角色；但若於其上發生交易時、對於交易之雙方使用者而言，依電商法第9條第2項之規定，即應將其解釋為「電子商務平台經營者」，使其與平台內經營者皆可受電商法相關規定之規範、各負電商法規定之責任與義務。此雖係相對可行之解釋，但非無疑問，例如：究於交易中之何時點，方可將其定義為電子商務平台經營者？係雙方有成立契約之合意時？抑或係契約成立後？

此外，若為上述之折衷解釋，亦有一大問題：社交軟體或社交平台如何察覺交易之發生，進而對其施行管理？因在社交軟體、

社交平台上，除非經營微商之個人或組織向官方申請商戶號，使官方能於微商進場前就知悉賣家之存在、交易發生之可能性，否則其餘使用個人帳號進行交易、經營的微商，社交軟體或社交平台管理者根本無從察覺交易之發生，更遑論對其施以有效之管理；或可認為察覺交易之發生可從源頭做起，只要使用者於帳號註冊時，命名中含有「代購」或「商店」等之關鍵字，即強迫其申請商戶號，接受管理與管控，抑或係可使社交軟體、社交平台官方時時監測使用者之訊息內容，只要有交易發生，就啟動管理機制；然此二作法應難以實行或難有效用，前者，只要迴避掉此些關鍵字，此作法即失去效用，而後者，無異使社交軟體及社交平台於大海中找一根針、強其所難，根本不可能時時監測所有用戶間之訊息內容，即使用人工智慧監測用戶間之訊息內容，亦難保有交易暗號之出現、難真實監測到所有交易的發生，且如此監測作為，亦過於侵犯用戶隱私，恐會減消使用該平台之意願。故而，社交軟體、社交平台該如何察覺交易之發生，進而對經營微商之個人或組織施行管理，仍為一艱難之課題¹⁶。

或有認為電商法第27條可作為上述問題之解方，使經營微商之個人或組織負起「提供身份、位址、聯繫方式、行政許可等真實資訊」之義務，進而使社交軟體或社交平台官方能掌握資訊、施行管理，但仍回到問題之核心，如何得知有交易之發生？使經營微商之個人或組織負起前述義務之前提，即係其「進入市場或有交易活動發生」，

16. 若無法察覺、無法管理，即使其負電子商務平台經營者之責任與義務，實過於苛刻。

但問題是，在微商之經營模式中，市場之概念很抽象、模糊，任何處於社交軟體或社交平台之使用者，只要有交易之念頭、想法，即可馬上成為微商，並踏入微商市場，易言之，微商市場並不是由社交軟體或社交平台先天劃設出、創設出的，而係基於使用者交易之念頭或想法後天劃設出、創設出的，要如何得知使用者於註冊時係為了社交還是銷售商品，進而使其負起提供身分等真實資訊之義務？而若已註冊之使用者欲進行交易活動，如何期待其補交上述資訊？實為大哉問；若以現行之電商法觀之，似僅能期待經營微商之個人或組織皆「自律」地主動提供資料，自承係欲進入平台銷售商品，否則倘微商私底下進行交易、發生消費糾紛時，社交軟體、社交平台雖不知情交易之發生，仍可能依電商法第二章第二節、第三章、第六章之規定，被要求負起電子商務平台經營者之法律責任或義務。

二、電商法第 10 條但書之「零星小額交易活動」，定義過於模糊、邏輯亦有問題

依電商法第 10 條之規定，電子商務之經營者原則上應依法辦理市場主體登記，然立法者亦有考慮到經營規模、銷售商品類別之不同，而設有部分例外、不須登記之情形，並將其規定於但書中：「但是，個人銷售自產農副產品、家庭手工業產品，個人利用自己的技能從事依法無須取得許可的便民勞務活動和零星小額交易活動，以及依照法律、行政法規不需要進行登記的除外」，似為考慮周全、公平合理。惟若審慎思考其法條之規定，即會發現其中之問題；但書中之「零星小額交易活動」，於其適用上有一顯著之問題，亦即如何的交易活動可稱為「零星」？

是一筆還是兩筆交易活動？還是在幾天的期間內有多少交易活動？還有，如何的交易活動可稱為「小額」？是人民幣 1,000 元以下？還是在幾天的期間內交易量有多少？本次之立法中未見定義，且由於該法尚屬嶄新，亦缺乏實務上之見解，實有適用上之困難，仍需待立法者或實務見解予以補充。

而市場監管總局於 2020 年公布之《網路交易監督管理辦法（徵求意見稿）》，雖有將「零星小額交易」定義為：「網路交易經營者年交易不超過 52 次且年交易額不超過所在省、自治區、直轄市上年度城鎮私營單位就業人員年平均工資¹⁷」，惟於該管理辦法公布施行後，其第 8 條第 3 項僅規定：「個人從事網路交易活動，年交易額累計不超過 10 萬元的，依照《中華人民共和國電子商務法》第 10 條的規定不需要進行登記。同一經營者在同一平臺或者不同平臺開設多家網店的，各網店交易額合併計算。個人從事的零星小額交易須依法取得行政許可的，應當依法辦理市場主體登記。」，然「年交易額累計不超過 10 萬元」是否即屬「零星小額交易」？實無法遽斷，現行規定猶存疑問。

退步言之，縱認上開規定已補充「零星」、「小額」之定義，仍有適用上之邏輯問題：經營微商之個人或組織，若要確認係否能適用「零星」、「小額」之但書規定，必須先知悉自身之交易量或其餘交易數據資訊，方能比對、適用，進而免去市場主體登記之義務，但問題是，為市場主體登記之行為會先於交易活動發生，於交易前如何知悉自身之交易量或其餘交易數據資訊？係以

17. 參照網路交易監督管理辦法（徵求意見稿）第 7 條第 2 項之規定；同條項後段規定並指出：「同一經營者在同一平臺或者不同平臺開設多家網店的，各網店年交易次數、年交易額合併計算。」

預期交易數據為準？還是以過往交易數據為準呢？那初入市場、完全無過往交易數據之新創產業應如何？如何確認自身係否符合零星、小額之但書規定，並進而無須為市場主體登記？易言之，「是否應為市場主體登記」之問題係在交易前發生，但此問題之答案卻繫之於交易後之結果數據，顯有邏輯上之問題，立法者或實務見解理應加以補充說明，否則此等但書規定將淪為具文，所有要進入市場的個人或組織，仍須先進行市場主體登記，無法依電商法第 10 條但書之規定，免去登記之義務；如此一來，就算是想出賣身邊的一本舊書，仍須為市場主體登記¹⁸。

三、電商法第 47 條規定之闕漏

依電商法第 47 條之規定，若電子商務之當事人訂立契約，則其契約之訂立與履行，適用該法第三章之規定，以及《中華人民共和國民法總則》、《中華人民共和國合同法》、《中華人民共和國電子簽名法》等法律之規定；其將幾乎所有關於電子商務、民法權利義務之規定，皆依該條而引入電子商務法之適用體系，似為考慮周全、合情合理。

然若以微商中之微店模式觀之，經營微商之個人或組織之於商品買受人的關係，近似於經營者與消費者之關係，理應可適用《中華人民共和國消費者權益保護法》（下稱消權法）之規定，使消費者權益得以受到保障，而電商法第 47 條卻未將其引入，係

否代表立法者有意省略而不可適用？本文認為，此應係立法之疏失，實應將消權法之規定亦一同引入，其原因在於：首先，於微店模式中，由於經營微商之個人或組織之於商品買受人的關係，實與消權法中的經營者與消費者之關係相似，故基於保護消費者、約束經營者之考量，應引入消權法之規定，使之得適用消權法並受其規範；此外，對於其餘更似消權法中經營者與消費者關係之電子商務模式，如京東、一號店等傳統網路購物業者，此等規定之引入，實更有堅強之道理。次之，若自電商法第 61 條¹⁹之法條用語、文意觀之，似亦可見其將電子商務經營者與消費者之關係，類比為消權法中經營者與消費者之關係的本意。基此，本文認為，若於不修改目前條文之前提下，或可透過電商法第 61 條規定之文意、立法目的，將經營微商之個人或組織、傳統網路購物業者等電子商務經營者與電子商務消費者之關係，解釋為類似於或等同於消權法中經營者與消費者之關係，並因此適用或類推適用消權法之規定，將消權法之規定²⁰引入。

肆、對於電商法適用於微商之問題以及微商本身之問題，可能的解方

一、修法或透過實務見解之解釋，否認微商之經營模式中社交軟體、社交平台之電子商務平台經營者之法律地位，並解除其責任、義務

18. 內地電子商務法 1 月 1 日實施 微商、代購大變天，載於香港 01 線報 <https://www.hk01.com/%E9%87%91%E8%9E%8D%E5%B8%82%E5%A0%B4/277186/%E5%85%A7%E5%9C%B0%E9%9B%BB%E5%AD%90%E5%95%86%E5%8B%99%E6%B3%95%E6%9C%88%E6%97%A5%E5%AF%A6%E6%96%BD-%E5%BE%AE%E5%95%86-%E4%BB%A3%E8%B3%BC%E5%A4%A7%E8%AE%8A%E5%A4%A9>（最後瀏覽日：2024 年 11 月 4 日）。

19. 電商法第 61 條：「消費者在電子商務平台購買商品或者接受服務，與平台內經營者發生爭議時，電子商務平台經營者應當積極協助消費者維護合法權益。」

20. 尤其是消權法第 44 條之規定：「（第 1 項）消費者通過網路交易平台購買商品或者接受服務，其合法權益受到損害的，可以向銷售者或者

服務者要求賠償。網路交易平台提供者不能提供銷售者或者服務者的真實名稱、位址和有效聯繫方式的，消費者也可以向網路交易平台提供者要求賠償；網路交易平台提供者作出更有利於消費者的承諾的，應當履行承諾。網路交易平台提供者賠償後，有權向銷售者或者服務者追償。（第 2 項）網路交易平台提供者明知或者應知銷售者或者服務者利用其平台侵害消費者合法權益，未採取必要措施的，依法與該銷售者或者服務者承擔連帶責任。」惟有論者認為，就透過網路交易平台提供服務者部分，網路交易平台提供者之侵權責任應予以調整，如負連帶責任之時機、應考慮因素等，詳參楊立新，網路交易平台提供服務的損害賠償責任及規則，法學論壇，163 期，2016 年 1 月，頁 85-92。

依目前電商法之規定，由於社交軟體、社交平台係透過網路提供服務，並係使用互聯網作為用戶間聯絡或社交之通訊技術，故依該法第9條第1項，係為「電子商務經營者」；然而，若於社交軟體、社交平台上發生交易活動，亦即經營微商之個人或組織於其上進行經營或交易活動時，似又無形中為「交易雙方或者多方提供網路經營場所、交易撮合、資訊發佈等服務，供交易雙方或者多方獨立開展交易活動」，依電商法第9條第2項，似亦成了「電子商務平台經營者」，而須為平台中所發生之交易糾紛負起監管責任或連帶責任，但，由於社交軟體、社交平台旨在提供一社交之場所，用戶於傳送訊息之內容中或發表之文章內容中，難免可能夾帶交易之訊息、資訊，如此解釋的話，可能使社交軟體、社交平台須審查所有用戶之訊息或文章，方能盡管理或監管之責任，不僅失於過度侵犯用戶隱私，亦對社交軟體、社交平台課予過苛之審查責任或義務。若須避免為此等解釋，似可透過修法或實務見解之解釋，將微商經營模式中社交軟體及社交平台之法律地位、角色，定位於電商法第9條第1項規定的「通過自建網站、其他網路服務提供服務的電子商務經營者」，易言之，社交軟體、社交平台依電商法第9條第1項之規定，仍為電子商務經營者，但並非「電子商務平台經營者」，即使於其上發生交易活動，對於交易之雙方使用者，仍不須負電子商務平台經營者之責任或義務，但如此的話，交易中的出賣人即不可被定義為「平台內經營者」、使其負平台內經營者之責任或

義務，因於微商之經營模式中，若無平台經營者之概念，何來平台「內」經營者？另或許可將經營微商之個人或組織，解釋為電商法第9條第1項規定之「通過自建網站、其他網路服務銷售商品的電子商務經營者」，亦即與社交軟體、社交平台之地位相同，皆為「電子商務經營者」，但此等解釋，將使「經營微商之個人或組織」及「社交平台、社交軟體」負相同之責任或義務，係否恰當，非無推求之餘地。

言歸正傳，若依現行電商法之規定，實有可能將微商中社交軟體及社交平台之法律地位、角色，解釋為「電子商務平台經營者」，但此等解釋過度加重社交軟體或平台之責任、義務，實可能有害於社交軟體、社交平台產業之發展，故應透過修法或實務見解之解釋，將其解釋為電商法第9條第1項後段之「通過自建網站、其他網路服務提供服務的電子商務經營者」，或者修法建立「微商」章，以明確化「經營微商之個人或組織」及「社交平台、社交軟體」各應負之義務與責任²¹。

此外，固有諸多論者²²認為社交軟體或社交平台應建立一完善之市場准入制度，以便事先對經營微商之個人或組織進行篩選與紀錄，進而使社交軟體或社交平台得對其進行監督、管理，惟誠如本文上開所述，於社交軟體、社交平台中，除非經營微商之個人或組織於註冊時係申請商戶號、有一明確之市場概念存在，否則市場之概念是抽象的、市場之界線是模糊的，任何使用者只要有交易之念頭、交易之想法，隨時可進入市場進行交易，而社交軟體、社交平台若不完全監

21. 詳前註14，頁56。

22. 詳前註13，頁166；關金芳、劉翹印，微店模式中消費者的權益保護探析，山西省政法管理幹部學院學報，31卷4期，2018年12月，

頁34；馬雪萌，微商交易中的消費者權益保護問題研究，時代金融，2018年708期，2018年，頁295；李琳，微商的法律規制研究，中國地質大學專業碩士學位論文，2018年5月，頁23。

控每位使用者之一言一行，實難避免會有交易之發生、市場之出現，易言之，在微商之經營模式中，市場之概念並非係由社交軟體、社交平台先天劃分而出的，而係因著使用者交易意思之產生、交易之合意，而後天劃設出的，如何能要求社交軟體、社交平台於此等後天形成之市場、因使用者自由意志產生之市場，建立一完善之市場准入制度？實為強人所難，此等見解應非可採。

二、所有社交軟體、社交平台皆直接設置交易平台，並加強防制私下交易

倘欲避免個人帳號間私下交易之問題，如商品品質無法確保、賣家收款後不交付商品、發生交易糾紛時難以維權等危險，或可鼓勵或強制所有社交軟體、社交平台皆直接設置交易平台，抑或係鼓勵或強制社交軟體、社交平台使用者使用現有交易平台進行交易，並加強防制、宣傳私下交易之違法性；如此一來，所有交易資料皆會留存於現有交易平台之後台伺服器中，即使發生交易糾紛，亦有留存之交易資料可供雙方於後續之紛爭解決機制中使用、舉證。

惟若鼓勵或強制社交軟體、社交平台設立交易平台，不僅將使社交軟體、社交平台失去經營重心，多餘之交易平台，亦使社交軟體、社交平台多出須管理之部分，可能使社交平台成本擴大、業務範圍過大；而若「鼓勵社交軟體、社交平台使用者使用現有交易平台進行交易」有其效用，即不會有微商的出現；至於加強宣導私下交易、與無行政許可之個人或組織交易之違法性及缺點，則或有其效用，可事先嚇阻使用者進行危險之交易、避免危險交易之發生，進而達致保護消

費者之目的。

三、使用者帳號實名制、保留使用者使用資料，並注意防制「一帳多用」、「帳號他用」之情形

於發生微商之交易糾紛時，多數消費者無法維權之情事，皆係因為無法找到賣家、賣家下落不明而使然，故社交平台、社交軟體或許可以透過推動帳號實名制、保留使用者使用資料（如ip位址等）解決之，因即使消費者進行維權時賣家下落不明，亦可透過賣家帳號之真實使用者資料、ip位址，使檢調單位方便進行調查及追蹤，將真實之賣家揪出、使其負責；此外，賣家帳號使用者資料之保存，亦便於消費者於後續之紛爭解決機制中舉證、確定侵權主體，實對消費者有利，確實為社交軟體、社交平台可考慮進行之保全方案之一。

然而，社交平台、社交軟體亦要注意防制「一帳多用」、「帳號他用」之情形，因現下資訊交換便利、訊息交換快速，故可能發生「帳號註冊者與帳號真實使用者不同」之情形，如將帳號出售或借予他人使用等情事，此可能使消費者進行維權時誤判或錯判侵權主體，進而有害於消費者之維權行為，浪費中國大陸之司法資源。

四、可提部分對電子商務經營者所課稅款，設立消費者保護基金

依電商法第11條之規定，電子商務經營者應依法履行納稅義務，亦即中國大陸政府對其得依法課徵稅款²³；而於微商之消費糾紛中、電子商務之消費糾紛中，由於時常

23. 惟有論者指出，對微商課稅存有「稅種界定爭議」、「應稅所得額難以確定」等問題，詳參嚴書，〈微商徵稅法律問題研究——以《電子商務法》的實施為背景〉，湖南稅務高等專科學校學報，2019年167期，2019年6月，頁31-33。

發生經營者收款後下落不明之情事，使消費者根本無從維權、無法確定侵權主體，進而使其受有金錢上之損失，故本文認為，或許中國大陸相關部門可考慮提撥部分對電子商務經營者所課之稅款，設立一電子商務消費者保護基金，除於前述經營者下落不明時，該等基金可先賠付部分消費者之損失外，亦可於消費者無資力進行紛爭解決時，提供其必要之訴訟輔助或紛爭解決扶助，達致保護消費者、促進電子商務發展之目的。

五、釋明該次立法有疑之處

本次立法中，所謂「零星小額交易活動」，以及依電商法第 47 條之引用民法總則、合同法之規定，適用上皆有其疑義；前者，零星、小額之定義不明，亦未見有細則或法規命令之補充，又現行規定之「年交易額累計不超過 10 萬元」係否即指「零星小額交易」？其具體評估標準究為何？係透過經營者過往之交易量數據？抑或係預期之交易量數據？若係以過往之交易量數據為準，則初入市場之新創產業又如何適用？而若係以預期之交易量數據為準，則二手品或收藏品市場等主觀性較高之市場，又如何預判價值進而作為標準？實有疑義，但因關乎電子商務經營者係否負有市場主體之登記義務，立法者或實務見解實應對其作出補充解釋或修法，以明確電子商務經營者之市場主體登記義務；後者，依電商法第 47 條之規定，未明文引入消權法之規定，係否代表立法者有意省略而無法適用？實亦應釐清，有待立法者或實務見解對其補充之。

伍、台灣電子商務相關監管制度概述

台灣於 2001 年訂定、復於 2017 年修正之《電子商務消費者保護綱領》，係參照經濟合作暨發展組織（OECD）公布之《電子商務消費者保護指南》之內容訂定²⁴，旨在提供相關機關制定法規之參考，並無法律上之拘束力，故而，目前台灣有關電子商務之民事糾紛，主要仍係回歸民法及相關法律之規定處理。刑事責任部分，原則上則應依刑法論處。此外，與電子商務有關之其他特別民事、刑事及行政規範，主要為消費者保護法及詐欺犯罪危害防制條例，概述如下：

一、消費者保護法

消費者保護法（下稱消保法）具有消費者保護基本法之性質，有關消費者保護之問題，在該法未設規定時，應補充適用其他相關法令予以解決。再者，消保法係以消費關係為其規範範圍，只要具有消費關係存在，均應適用該法。而所謂「消費關係」，依消保法第 2 條第 3 款規定，係指消費者與企業經營者間就商品或服務所發生之法律關係而言；所謂「企業經營者」，依消保法第 2 條第 2 款規定，係指以設計、生產、製造商品或提供服務者為營業者而言²⁵。

消保法於 1994 年制定之初，並未包含電子商務之相關規範，直到該法於 2004 年修正時，將第 2 條第 10 款原「郵購買賣」定義之中納入網際網路一詞，透過網路所進行之商品販售及服務提供，才正式受到消保法之規範²⁶；同法於 2015 年修正時，復將「郵購

24. 董澤平、宋俊賢，由歐體經驗探討台灣電子商務消費爭議解決機制之研究—以臉書網站「開心農場」遊戲為例，公平交易季刊，18 卷第 4 期，2010 年 6 月，頁 112-113。

25. 改制前消費者保護委員會 87 年 7 月 1 日消保法字第 00752 號書函。

26. 詳參郭戎晉，消費者保護主管機關如何因應數位平臺管制趨勢—以日本「交易型數位平臺消費者權益保護法」為觀察對象，消費者保護研究，27 輯，2023 年 4 月，頁 30-31。

買賣」之用語修正為「通訊交易」，更為貼合其本質。在電子商務之消費關係中，最為重要之規定，乃消保法第 19 條第 1 項：「通訊交易或訪問交易之消費者，得於收受商品或接受服務後 7 日內，以退回商品或書面通知方式解除契約，無須說明理由及負擔任何費用或對價。但通訊交易有合理例外情事者，不在此限。」之規定。依消保法第 2 條第 10 款及第 19 條第 1 項規定之意旨，企業經營者如利用網路，使消費者於未能檢視商品或服務下而與企業經營者所訂立之契約，即屬通訊交易，進行此種交易之消費者原則上即享有得於 7 日之猶豫期間內行使之解除權²⁷。

而微商之交易型態是否受消保法規範？不可一概而論；由於消保法之適用範圍限於消費關係，亦即須以交易當事人之其中一方具有企業經營者之身分，另一方為消費者為前提，如當事人之間無此關係，即無消保法之適用餘地。然而，個人賣家與企業經營者之界限究應如何判斷，長期未有明確標準²⁸。例如實務上，曾有認定個人在社交平台上經營社團販售商品，非偶一為之，為以經營商品為營業之人，屬消保法上企業經營者之案例²⁹。此外，網路拍賣亦會涉及相同之判斷問題³⁰，改制前消費者保護委員會曾就網路拍賣之出賣人是否適用消保法之疑義，作成函釋指出：「網路拍賣之出賣人倘以經銷商品或提供服務而為營業活動，且尚非屬偶一為之拍賣行為…似應屬消保法所規範之企業經營者；惟若網路拍賣之出賣人係一般民眾，且屬偶一為之，或係將自己不需之用

品透過網路拍賣之方式出售給他人且非以此為業者，則該出賣人似非屬消保法所規範之企業經營者，從而若與拍定人發生爭議，應無消費者保護法之適用³¹。」。

此外，學理上亦有建議制定個人賣家從事的網路交易活動是否達到常態性程度之「基本（通案）量化指標」門檻，諸如特定期間內之商品刊登筆數或具體成交金額等，避免實務判斷上產生模糊不清或有標準不一之情形³²，亦值參考。

二、詐欺犯罪危害防制條例

台灣甫於 2024 年 7 月制定之詐欺犯罪危害防制條例（下稱詐防條例），於其第 1 條明定該條例之立法目的為：「防制及打擊詐騙危害，預防與遏止不當利用金融、電信及網路從事詐欺犯罪並保護被害人，保障人民權益。」，並著重建立三大面向之規範：其一、與事前預防詐騙有關「就源防詐機制」（第二章）；其二、嚴懲詐欺犯罪行為之「溯源打詐執法」（第三章）；其三、保護詐欺犯罪被害人之措施（第四章）。

詐防條例第二章第三節之「數位經濟防詐措施」，主要係針對電子商務領域，透過課予私部門應辦理防詐措施之行政法上義務，強化公私協力之方式，以期達成事前防詐之目的。詐防條例之納管對象包含「一定規模之網路廣告平臺業者」、「第三方支付服務業者」、「電商業者」及「網路連線遊戲業者」等四類業者。符合納管要件之業者，即負有辦理相關防詐措施之行政法上義

27. 詳參陳汝吟，合理例外情事適用準則在消費者保護機制下之適用範圍，台灣法學雜誌，387 期，2020 年 3 月，頁 125-144；李淑如，遠距拍賣適用無條件後悔權之反省，政大法學評論，133 期，2013 年 6 月，頁 73-132。

28. 郭戎晉，論數位時代下消費者保護立法對個人賣家之影響，東海大學法學研究，61 期，2021 年 4 月，頁 112。

29. 相關案例，參高雄地方法院高雄簡易庭 106 年度雄小字第 813 號民事判決。

30. 相關案例，參新竹地方法院 111 年度訴字第 852 號民事判決。

31. 改制前消費者保護委員會 96 年 10 月 3 日消保法字第 0960009076 號函。

32. 同前註 28，頁 116。

務，例如：電商業者應盡善良管理人之注意義務，防止其服務遭濫用於詐欺犯罪；應配合司法警察等機關，對於涉詐用戶暫停提供服務³³；應保存包含用戶註冊身分所得資料、交易記錄等足以重建使用者及個別交易之有關資料，並配合調查詐欺犯罪之檢警等機關提供該等資料³⁴。另如，一定規模之網路廣告平臺業者應驗證委託刊播者及出資者之身分、公開揭露廣告之委託刊播者、出資者相關資訊；應主動或依司法警察等機關之通知，將涉及詐欺之廣告予以移除、限制瀏覽或停止播送等³⁵。經納管之業者如違反相關行政法上義務者，則應受行政裁罰³⁶。

以微商為例，此種交易型態是否受詐防條例規範？應依詐防條例第2條第7款：「電商業者：指主要從事網際網路方式零售商品或經營網際網路平臺提供他人零售商品之業者」之定義，加以判斷。自該條規定之立法理由：「為強化網路防制詐欺作為，參照數位經濟相關產業個人資料檔案安全維護管理辦法第2條附表1規定，於第7款規定本條例所稱電商業者，係指非以實體銷售為主，主要從事網際網路方式零售商品或經營網際網路平臺提供他人零售商品（例如拍賣平臺）之業者。」，可知詐防條例所稱電商業者，包含兩種類型，第一類為「主要從事網際網路方式零售商品之業者」，第二類為「經營網際網路平臺提供他人零售商品之業者」。承前所述，微商之交易模式中，存在「經營微商之個人或組織」、「消費者」與

「社交平台或社交軟體」三方角色。其中「經營微商之個人或組織」如係以網際網路為主要銷售管道，即屬詐防條例第2條第7款前段之電商業者，例如上文介紹的「微店模式」，因無實體店面作為基礎，而係完全透過社交軟體或社交平台之帳號經營業務，在台灣即屬詐防條例第2條第7款前段「主要從事網際網路方式零售商品之業者」。至於「社交平台或社交軟體」，並非詐防條例第2條立法理由所稱「拍賣業者」³⁷；再者，依上文所述，用戶於社交平台或社交軟體進行之交易行為，應係基於使用者交易之念頭、想法後天劃設出、創設出的市場概念。據此，恐難以斷然將社交平台或社交軟體認定為詐防條例第2條第7款後段「經營網際網路平臺提供他人零售商品之業者」。

比較前文介紹之電商法與詐防條例，可知電商法所規範之電子商務經營者，包含「電子商務平台經營者」、「平台內經營者」及「通過自建網站、其他網路服務銷售商品或者提供服務的電子商務經營者」之3類業者，電商法並分別於第2章第1節、第2節，規範各類電子商務經營者應遵守之一般規定，以及電子商務平台經營者應單獨遵守之規定。至於詐防條例之規範對象則包含第2條第7款前段與後段之2類電商業者。

茲有疑義者，在於詐防條例第2章第3節之數位經濟防詐措施，似乎就詐防條例第2條第7款之2類電商業者，一律課予應執行相同防詐措施之行政法上義務，是否妥

33. 詐防條例第36條規定：「（第1項）電商業者及網路連線遊戲業者對於其服務應盡善良管理人之注意義務，防止服務遭濫用於詐欺犯罪，並得採取向用戶宣導預防詐欺之資訊等合理措施。（第3項）電商業者及網路連線遊戲業者經司法警察機關或目的事業主管機關通知其服務有疑似涉及詐欺犯罪之情事者，應配合司法警察機關或目的事業主管機關辦理，並對涉及詐欺犯罪情事之用戶帳號於合理期間暫停提供服務。」

34. 參詐防條例第37條規定。

35. 參詐防條例第30條規定。

36. 參詐防條例第39條至第41條規定。

37. 但如社交平台或社交軟體有提供網路廣告服務且達到主管機關指定之一定規模，則可能屬於詐防條例第2條第5款之「網路平台廣告業者」，而負有採行相關防詐措施之義務。

適？就詐防條例第 2 條第 7 款後段所稱「經營網際網路平臺提供他人零售商品」之電商業者而言，此類電商業者既是提供交易平台服務，則數位經濟防詐措施乙節將此類電商業者列為協力角色，課予應避免其所提供之交易平台服務遭用戶濫用於詐欺犯罪之行政法上義務，應屬合理妥適。然就詐防條例第 2 條第 7 款前段所稱「主要從事網際網路方式零售商品之業者」而言，此類電商業者係自己與消費者進行交易，而為交易當事人之一方，此際，此類電商業者自己對消費者為詐欺行為之問題，似非將電商業者列於協力角色之行政規範所能涵蓋處理。例如：詐防條例第 36 條第 1 項至第 3 項有關「電商業者應防止服務遭濫用於詐欺犯罪」、「使用聯防系統通報同業採取預防等措施」、「對於涉詐用戶暫停提供服務」等行政法上義務，就詐防條例第 2 條第 7 款前段「主要從事網際網路方式零售商品」之電商業者，亦即電商業者自己與消費者進行交易之情形，恐難以期待此類電商業者遵守相關行政法上義務而達其規範目的。本文認為，為了防止此類電商業者自己對於消費者所為詐欺行為，除了回歸刑事程序加以追訴，檢驗電商業者所為是否該當刑法第 339 條之 4 第 1 項第 3 款之加重詐欺罪，並檢驗有無詐防條例第 43 條有關詐欺達一定金額時予以加重處罰等規定之適用之外，尚得與廣告及支付工具相關業者合作強化監管機制，亦即前文介紹，詐防條例之數位經濟防詐措施乙節中，課予一定規模之網路廣告平臺業者應事前驗證委託刊登廣告者身份、移除、限制瀏覽或停止播送涉詐廣告之行政法上義務，以及課予第三方支付服務業者應確認客戶身份、採取延後撥

款或提供服務等控管措施等行政法上義務。

三、小結

觀察消保法及詐防條例之適用對象，電子商務適用消保法之前提，在於從事交易之當事人是否屬企業經營者，實務對此並無明確之判斷標準。學理上則有建議制定網路交易活動是否達到常態性程度之量化指標門檻，亦值參考。而就詐防條例而言，詐防條例第 2 條第 7 款前段所稱「主要從事網際網路方式零售商品」之電商業者既是自己與消費者進行交易，此與同款後段「經營網際網路平臺提供他人零售商品」之電商業者，僅提供平台服務，並非自己與消費者進行交易之情形，恐不能等同視之，故而，該條例就兩類電商業者一律課予應執行相同防詐措施之行政法上義務，似有未妥之處，而宜予檢討改進。

陸、結語

於本次中國大陸電商法之立法中，若詳細思考、自微商之經營模式觀之，實將發現許多法律地位之問題、法律適用之疑義，倘中國大陸立法者或實務見解得以本文所提出之問題或闕漏作為檢討之基礎，並修改、補充之，實可使電子商務之發展更臻成熟、電子商務法制之建設更上一層樓。另一方面，台灣對於電子商務法制之監管制度尚未成熟，特別是甫實施不到 1 年之詐防條例，雖將相關業者予以納管，惟該等業者能否確實履行相關行政法上義務而達到防詐實效，有待商榷，尚有待未來觀察改進。

供應鏈風險治理

— 以模具及智慧財產歸屬為中心*

林冠亨**
黃敦彥***

壹、前言

供應鏈（Supply Chain）顧名思義，就是由多間廠商所組成的，從原料、加工、成品、包裝、出貨至終端客戶的價值線。其中一個程序若出現問題，就會影響到後續路徑的進行。從法律風險角度，位於中游的廠商若因上游廠商出現履約瑕疵或權利義務上的爭議，相當可能使得中游廠商因此對下游客戶無法完整履約，而因「非純屬自己可控因素」導致負擔違約責任。

上游廠商因貨款爭議或其他商業因素拒絕出貨，中下游廠商將欠缺半成品或原料，難以進行後續製程要徑；更換上游廠商時，上游廠商拒絕交付模具，也將影響生產的成本與時程。另外，若產品或模具的開發、改良構成智慧財產權，上游廠商在合作期間或合作終止後，能不能、會不會主張該等智慧財產權歸屬於自己，全面性地干擾買方的生產與販售，用以作為商業上的籌碼？這些位於「鏈」上的議題對位於下游的買方來說相當重要。臺灣是國際貿易大國，筆者以執業至今的經驗與研究，對典型供應鏈風險議題進行分析，希望讓「貿易大國」的臺灣製造業、貿易業者參考，在訂立契約時能有更完整、充分的評估，在具合理基礎且符合現實

的前提下爭取最佳的貿易條件。

貳、模具所有權歸屬議題

在大部分產品的開發與生產過程中，模具為必備工具；一旦欠缺模具，買方至少須支出重新製作模具之成本；若模具的開發製作具有相當技術門檻，那麼（原）上游供應商拒絕交付模具時，業主或中下游供應商甚至可能面臨「無法製造產品」之窘境，遭取消訂單失去預期可得商業利潤之情形亦非罕見。在大量生產（Mass Production）的情形下，相較於整體訂單金額，模具開發與製作之費用或許不高，但模具在供應鏈當中卻扮演相當關鍵且基礎的角色，因此供應鏈爭訟當中以返還模具為案由者，占相當之比例；以下就業主能否要求供應商交付模具所涉及的因素與情形進行分析。

一、商業實務上模具之交易模式類型

（一）模具之費用負擔與歸屬

關於模具之提供與費用負擔，以油封零件業界為例，通常有分為三種交易模式¹：

1. 由供應商自行負擔模具開發、製造費用，供應商自行提供模具進行生產（此時模具所有權應歸屬於供應商）。
2. 由買方自行提供模具（此時模具所有權

* 本篇英文名：Manage the Risk of Supply Chain Transactions, Focus on Ownership of Tooling and Derivative Intellectual Property.

** 國立臺灣大學法律學系學士，現任群展國際法律事務所律師、經濟部中小企業榮譽律師（113-114 年度）。

*** 東海大學法律學系碩士，現任敦彥國際法律事務所主持律師。

1. 臺灣高等法院 107 年度上更二字第 27 號民事判決，及該案件中法院函詢橡膠暨彈性體公會，該公會之回函。

歸屬於買方)。

3. 由供應商開發或取得模具，而買方支付模具費用；在此情形模具所有權通常歸屬於支付模具費用之買方，模具費用就是買斷模具所需給付的對價。

(二) 模具之價格是否另計費

就模具費用之訂定，產業及商業實務上，亦略可分為三種情形²：

1. 若訂單規模大、金額高，供應商相當可能自行吸收模具成本。
2. 若(初期)訂單規模較小、金額較低，供應商在成本利潤結構上較有必要向買方另計模具費。
3. 在2的情形，供應商若欲與買方長期合作，估價後經過磋商可能降低模具之費用，甚至約定各自分攤一半模具開發、製造成本。

(三) 模具之交易流程

1. 一般典型之交易流程(下稱「交易模式1」)：舉例而言，如買方訂購之產品欠缺模具，供應商即報價要求買方另出資訂製模具；待買方瞭解模具費用報價後向供應商發出模具訂單(Purchase Order)，供應商則於收受該採購單後，提出預約發票(Proforma Invoice)經買方簽署後，供應商即製造模具，並以該模具生產產品。生產完成後，開立發票(Invoice)並載明模具編號、模具對應生產產品之規格、對應之模具費用金額。此種模式之模具所有權歸屬可能直接適用民法承攬章節之規定或出資者原始取得動產所有權之法律原則。
2. 另一常見但非上述典型之交易流程(下稱「交易模式2」)：買方與供應商大

致約定費用由買方負擔，並由供應商製作模具；供應商將模具製作完成後通知買方，買方不必直接驗收模具，而是直接下單，再驗收以該模具所製造出之第一批貨物；模具費於完成後再一併結算。至於模具，則留在供應商之製造廠³。此種模式之模具所有權歸屬較常適用民法物權編關於占有改定之規定。

二、關於模具契約是否成立

在返還模具案件中，被告(大部分情形為供應商)常見抗辯為雙方並未約定模具所有權應歸屬於原告(大部分情形為買方)。若有模具相關之款項、金流紀錄，此時供應商經常抗辯該等款項其實只是「模具補助費」或「研發補助費」之性質，也可能抗辯該等款項是「試製費用」、「產品開發費用」、「樣品費用」並非模具之對價，因此雙方對模具所有權移轉並無約定。

此時，若買方能提出「給付模具對價」之單據(例如載明模具項目、費用之報價單、請款單、發票)，則買方有向供應商訂購模具之事實，已有相當程度之明瞭，供應商之抗辯較難被法院採認。但買方必須注意，有部分情形或部分判決對於此證據之認定相當嚴格，認為若「款項」與「對應模具」間之對價關係無法勾稽清楚，就不會認定雙方對模具具備合意；例如臺灣高等法院103年度上更一字第121號民事判決就因此在判決理由敘明：「被上訴人所收取該等模具費，其原因多端，可能為贊助模具研發費用或其他，是否為系爭模具之買賣對價，依前述解釋兩造締約真意，據此尚不足證明所謂模具

2. 同前註，可參考臺灣高等法院107年度上更二字第27號民事判決。

3. 例如臺灣高等法院臺中分院111年度重上更一字第3號民事判決之背景事實。

費即為系爭模具買賣價金。」因此買方（無論是中下游廠商或業主）必須注意在交易初期的文件上，是否有足以勾稽給付款項與對應模具之間對價關係之佐據，以免將來在模具所有權爭議發生時，縱使有給付款項之事實，卻因為對價關係證據不足而面對不利的狀況。另外，在部分情形固然可以援用業界交易習慣，甚至聲請法院函詢該產業之同業公會以作為「雙方就模具對價有約定」之舉證方式，然而一來業界習慣之交易模式至少就有本文第貳、一點所整理之數種角度、層次、模式，難以有具體之單一之結論，對舉證活動之幫助應非關鍵；其次，業界習慣仍然無法完全取代個案當中的當事人約定，如果被告能呈現當事人約定與業界習慣有顯著差異，那麼即便證明對原告有利之業界習慣存在，也難以產生太大的助益。總而言之，進行模具交易的過程中留下足夠證明「所有權歸屬約定」、「對價約定」之文件或溝通⁴，仍有難以取代的重要性。

三、模具爭議所適用民法債編之規定

契約是當事人之間的立法⁵，模具交易的相關權利義務，最直接、重要的解釋依據當然是契約條款。然而民法上的規定也是法院判斷的重要依據。因民法的規定，分為任意規定與強制規定，如果當事人沒有排除任意規定，那麼有關的任意規定就也會成為交易當中發生權利義務的依據；有關的強制規定則是必定是用於交易當中。尤其，模具交易的契約文件或條款簡陋，並非罕見，在這種情形下，會更須要依靠民法規定解決爭端，因此買方更應對模具交易可能適用的民法規定有相當程度的瞭解。

（一）承攬章節規定對於所有權歸屬及模具對

價之影響

若將模具契約定性為承攬契約，並且主要材料由買方提供，依臺灣高等法院臺中分院 111 年度上更一字民事判決：「因承攬契約而完成之動產，如該動產係由定作人供給材料，而承攬人僅負有工作之義務時，則除有特約外，承攬人為履行承攬之工作，無論其為既成品之加工或為新品之製作，其所有權均歸屬於供給材料之定作人」所闡釋的法律原則，縱使契約對於所有權歸屬並無特別約定，模具所有權仍然歸屬於買方。

此外，對供應商來說，必須注意民法第 490 條第 2 項規定：「約定由承攬人供給材料者，其材料之價額，推定為報酬之一部。」模具材料之費用必須在交易過程中就約定清楚，或於模具費用報價時涵蓋在內，否則可能因此須自行吸收材料費用成本。

（二）製造物供給契約定性之影響與時效

若是供應商連工帶料製造模具的情形，依最高法院 109 年度台上字第 2980 號判決：「所謂製造物供給契約，乃當事人之一方專以或主要以自己之材料，製成物品供給他方，而由他方給付報酬之契約。此種契約之性質，究係買賣抑或承攬，應探求當事人之真意定之，如當事人之意思重在工作之完成，應定性為承攬契約；如重在財產權之移轉，即應解釋為買賣契約；兩者無所偏重或輕重不分時，則為承攬與買賣之混合契約」模具交易可能被定性為兼具「民法買賣章節」及「民法承攬章節」的「製造物供給契約」⁶。

4. 以契約文件約定應為最適合之方式之一。

5. 最高法院 110 年度台上字第 260 號民事判決：「當事人本於自主意思所締結之契約，若其內容不違反法律強制規定或公序良俗，基於私法自治及契約自由原則，即成為當事人間契約相關行為之規範」可資參照。

對於供應商而言，模具契約為「承攬契約性質」或「製造物供給契約性質」最直接的不同就是模具對價請求的時效。依民法第127條第7款規定，承攬報酬請求權的時效為2年；然而若是製造物供給契約，供應商的報酬、費用請求權時效則適用一般時效也就是15年⁷。時效抗辯如被法院採認，在訴訟上具有決定性的作用，因此對於契約性質不同可能影響到的時效規定，供應商、買方都應當有相當的瞭解。但本文也必須提出，目前製造物供給契約與承攬區別、定性之標準，似仍有更細緻、明確之空間；如能發展出更具可預測性之判斷標準，將有助於上下審級見解不同造成發回更審之可能性，對當事人訴訟勞力時間費用、運用我國法院解決供應鏈爭端之效率，以及司法資源之運用都有正面的效益。

對於買方（或業主）而言，承攬契約關係中，其因承攬人不完全給付所造成損害的損害賠償請求權，受民法第495條第1項、第514條第1項規定限制，適用的時效規範為「發見後1年」。這是民法承攬章節之特別規定，與民法債編總論第227條對於一般性「不完全給付」損害賠償請求權所適用的15年時效有重大差別⁸。時效對訴訟有決定性影響，就此買方（或業主）應特別謹慎留意。

四、模具爭議所適用民法物權編之規定

（一）所有權移轉的時間點與占有改定

臺灣法關於動產所有權移轉採用的法律原則是「債權行為與物權行為分離」，因此並非一有約定就當然發生模具所有權歸屬於買方之效果。民法第761條規定：「動產物權之讓與，非將動產交付，不生效力。但受讓人已占有動產者，於讓與合意時，即生效力。讓與動產物權，而讓與人仍繼續占有動產者，讓與人與受讓人間，得訂立契約，使受讓人因此取得間接占有，以代交付。讓與動產物權，如其動產由第三人占有時，讓與人得以對於第三人之返還請求權，讓與於受讓人，以代交付。」若模具費用為買方「嗣後給付」而非「自始即給付」，那麼就不適用出資製作者取得動產之法理，必須符合民法第761條第1項本文，有交付事實，才發生模具所有權移轉之效果。

而關於交付模具的方式，依民法第761條規定，有「交付」、「簡易交付」、「占有改定」、「指示交付」四種。模具為製造產品之前提工具，但並非買方之最終商業目的，模具製作完成後，買方通常都不會馬上取回，而是將模具留在供應商處，讓供應商依買方指定之規格，使用該模具製造產品。因此，本文主要討論模具交易中「占有改定」之法律適用。

臺灣高等法院臺中分院 111 年度重上更一字第 3 號民事判決，認定兩造有約定模具之對價及所有權歸屬，並以此為前提，對於兩造有無占有改定之爭議判斷：「系爭

6. 製造物供給契約，並不是民法債編各論當中規定的契約類型，而是法院為因應商業實務交易型態所創設的一種典型「無名」契約類型。判斷是否為製造物供給契約，可以參考臺灣高等法院 112 年度上易字第 446 號民事判決、臺灣高等法院 111 年度重上字第 569 號民事判決、臺灣新北地方法院 112 年度訴字第 1182 號民事判決等實務見解。

7. 最高法院 95 年度台上字第 2530 號民事判決：「具有承攬與買賣混合契約性質之不動產製造物供給契約，就不動產財產權之移轉而言，尚與民法第一百二十七條第七款所定「技師、承攬人之報酬及其墊款」為一般單純之承攬有間，故此類不動產製造物供給契約之價金或報酬請求權，難認有上開條款二年短期消滅時效期間規定之適用。」

8. 最高法院 98 年度台上字第 2274 號民事判決、100 年度台上字第 592 號民事判決及 102 年度台上字第 1147 號民事判決所肯認。臺灣臺北地方法院 107 年度訴字第 2644 號民事判決：「承攬工作物因可歸責於承攬人之事由，致工作物發生瑕疵，定作人之損害賠償請求權，其行使期間，民法債編各論基於承攬之性質及法律安定性，於承攬中既已定有短期時效，自應解為係承攬人債務不履行之損害賠償請求權之特別規定，依特別法優於普通法之原則，自應優先適用，無再適用不完全給付適用總則編第 125 條規定 15 年之一般消滅時效之餘地，否則如可同時適用一般時效，該短期時效即形同具文，況依民法第 125 條但書亦規定，法律所規定期間較短者，依其規定。」

模具製作完成後，致達公司隨即下單訂製以系爭模具製造之花鼓零件，始未要求誠鋒公司現實交付系爭模具，而仍由誠鋒公司繼續占有之，足以間接推知其等應已默示合意以占有改定方式交付系爭模具。誠鋒公司主張其與致達公司間並無占有改定之約定云云，亦不足採。」相對地，臺灣高等法院 107 年度上更二字第 27 號民事判決，認為兩造未約定「模具所有權歸屬之對價」，對於占有改定之爭議並認定：「如以占有改定之方式代替現實交付，使受讓人取得動產物權，必須讓與人與受讓人訂立足使受讓人因此取得間接占有之契約，始足當之，如僅單純約定讓與人為受讓人占有，並無間接占有之法律關係存在，尚不成立占有改定，其受讓人即不能因此取得動產物權（最高法院 95 年度台上字第 764 號判決要旨參照）；依兩造間之交易模式，僅能認定上訴人向被上訴人訂製模具後，係約定暫由被上訴人為上訴人占有模具以使用以生產油封零件，尚難遽認兩造已就系爭模具訂立足使受讓人即上訴人因此取得間接占有之契約，是被上訴人抗辯其業以占有改定方式交付模具予上訴人，難認可採。」比對這兩個判決，其實都著重於：不能僅憑單純由供應商占有使用模具，即認定雙方有占有改定，必須要有足以認定雙方已合意讓買方取得間接占有之事實。至於何為「雙方已合意讓買方取得間接占有之事實」，通常就是雙方對模具所有權有較明確之約定或甚至有明確對價之佐據，甚至買方

已支付該對價時，較能以此主張雙方已合意由買方取得間接占有，模具發生所有權移轉之效力。因此，對買方而言，交易時能否留下關於模具所有權歸屬、對價之明確約定佐據，才是最重要且最能取得法律上、證據上優勢的保障。

（二）留置權

若模具所有權歸屬於買方⁹，對供應商來說，民法第 928 條第 1 項所規定的「留置權」會是一個相當重要的保障，也是一個能夠對買方造成具體、直接影響的工具。關於留置權之意義與要件¹⁰，臺灣高等法院臺中分院 106 年度上易字第 350 號民事判決、最高法院 60 年台上字第 3669 號判決（前判例）有相當明確之闡釋：「留置權者，謂債權人占有他人之動產，而其債權之發生與該動產有牽連關係，於債權已屆清償期未受清償時，得留置該動產之權；商人間因營業關係而占有之動產，與其因營業關係所生之債權，視為有前條所定之牽連關係，民法第 928 條第 1 項、第 929 條定有明文。又按依民法第 929 條之規定，商人間因營業關係所生之債權，與因營業關係而占有之動產，即可視為有牽連關係而成立留置權。縱其債權與占有，係基於不同關係而發生，且無任何因果關係，亦無不可。」亦即，若買方尚有與模具「相關聯」¹¹之款項尚未給付完畢，供應商可以依法「留置」該模具，此時供應商拒絕交付或返還模具，並不違法，也不會發生賠償責任。例如臺灣新北地方法院 112 年度訴字第 266 號民事判決：「兩造亦不否認原告將系爭模具交予被告保管係為製造加工半成品使用，已如前述，則被告因製造半成品所產生對原告之債權，與系爭模具之

9. 無論是基於買方原始取得，或占有改定。

10. 臺灣新北地方法院 112 年度訴字第 266 號民事判決參照民法第 928 條立法理由所闡述之留置權三要件：「(一)債權須已至清償期而不為清償者。(二)債權之發生須與該動產有牽連之關係者。(三)其動產非因侵權行為而占有者。」

11. 依實務見解，不限於「模具費用」，以該模具製造產品之貨款亦可能認定為與該模具之間具備牽連關係。

返還請求有基於同一法律關係所生之牽連關係，被告自得以原告未償還加工費用而就系爭模具主張留置權。」即認定以模具製造半成品之貨款，與模具之間具牽連關係；貨款之積欠，讓供應商產生留置權。

買方要如何避免供應商留置權之發生，最根本者當然就是依付款條件給付貨款¹²，但特殊情形下亦可採用提存方式消滅留置權¹³。另一常見的釜底抽薪方式，民法上有許多規定都是「任意規定」，買方勢必會想以約定排除留置權之適用；若要以特別約定排除留置權規定，須特別注意契約擬撰之細緻性。臺灣高等法院臺中分院 106 年度上易字第 350 號民事判決之案例事實為，雙方約定「甲方交付乙方之零件（含鑄件）、工具、木模、設備之財產，如甲方擬移轉或欲取時，乙方應配合處理不得刁難。」法院認為：「依文字所示僅顯示兩造約定於正常情況下上訴人欲取回系爭模具時，被上訴人應配合處理不得刁難，既未提及於有其他情況時，被上訴人亦應無條件配合交還模具乙節，尚難認兩造已明文約定限制或排除民法第 928 條第 1 項、第 929 條規定之適用，且民法第 929 條規定既屬牽連關係之擬制，依其立法理由亦係重在保護債權人之利益，從而如有欲對此擬制規定為限制或排除，當明確載明方符民法第 929 條之立法目的。綜此由系爭合約書第 9 條第 6 項所為之文字記載，尚難認被上訴人因此負有在任何情況下均須無條件配合交還模具之義務。」值得買方留

意及參考如何依該則判決之意旨進行契約制定或修改¹⁴。

參、供應鏈間所生產之模具智慧財產權歸屬議題

一、模具之營業秘密與專利權

供應鏈上開發與製造模具，所產生之專利權或營業秘密究竟歸屬為何方？若有爭議，供應商可能無法出貨，買方也可能不願付款；甚至可能影響到買方將來可生產的產品範圍，或買方交由其他供應商生產類似產品時，遭到原供應商主張侵害智慧財產權。因此在筆者承辦供應鏈合約之案件中，尤其代表買方審閱修改合約時，都會在契約內清楚處理智慧財產之議題。惟若買方及供應商都沒有就模具及衍生智慧財產進行約定，則開發模具之申請專利權、專利權（專利權依我國法可分為發明專利、新型專利及設計專利三種，為行文方便，以下合稱專利權）或營業秘密歸屬於何人？如果事先沒有在契約內約定清楚，當模具開發後買方或供應商卻以生產的模具申請專利取得專利權，藉此限制另一方繼續生產或販賣，或要求另一方支付專利授權費時，被請求之一方可能被迫暫時放棄該產品，或遭客戶取消訂單。因此，本文就契約無明文約定模具智慧財產權歸屬之情況下，各方之法律上權利之狀態進行分析：

（一）由供應商自行吸收成本開發模具

臺灣專利法第 7 條第 1 項、第 8 條及

12. 未屆期之債權不會發生留置權，因此供應商若提出要求提前給付貨款等不符契約約定之要求，買方不配合之情形也不會發生留置權。

13. 臺灣高等法院 100 年度上字第 529 號民事判決：「友通公司旋於同年 2 月 25 日依該假扣押裁定，為北郡公司提存 2,329,560 元（見原審卷(一)第 204 頁提存書），堪認友通公司已為前述債務之清償提出相當之擔保，依民法第 937 條第 1 項規定，北郡公司對系爭 I/O 模具之留置權即告消滅。」

14. 該則判決亦闡述：「系爭合約書第 9 條第 6 項及系爭備忘錄之『處置方式』欄第四項及第六項均未提及被上訴人應無條件配合交還模具乙節，尚難認兩造間已明文約定限制或排除民法第 928 條第 1 項、第 929 條規定之適用，亦難認被上訴人因此負有無條件配合交還系爭模具之義務，自無適用民法第 930 條規定之餘地。從而，上訴人主張依系爭合約書第 9 條第 6 項約定及民法第 767 條第 1 項規定，請求被上訴人返還系爭模具，為無理由，應予駁回。」

營業秘密法第 3 條雖有規定受雇人於職務上或非職務上所生之專利權歸屬於雇用人或受雇人；但供應商與買方之間的關係，明顯不是受雇人與雇主的關係，不適用上述規定。若是供應商投入自己之資源所產生之智慧財產權，在契約未明文約定歸屬於何方之情形下，基於專利法第 7 條、營業秘密法第 4 條後段之法理，既然開發之資源投入者是供應商，模具開發所生之專利申請權、專利權及營業秘密應屬於實質貢獻者即供應商所有。買方對模具之開發並無出資，除非可證明對價關係，否則似乎難以直接主張買方為模具智慧財產之出資者，而依專利法、營業秘密法關於出資者之規定主張權利。

(二) 買方支付模具費，由供應商開發模具

依專利法第 7 條第 3 項規定：「一方出資聘請他人從事研究開發者，其專利申請權及專利權之歸屬依雙方契約約定；契約未約定者，屬於發明人、新型創作人或設計人。但出資人得實施其發明、新型或設計。」及營業秘密法第 4 條規定：「出資聘請他人從事研究或開發之營業秘密，其營業秘密之歸屬依契約之約定；契約未約定者，歸受聘人所有。但出資人得於業務上使用其營業秘密。」模具之專利申請權、專利權及營業秘密歸屬於供應商，但買方有實施專利技術或使用該項營業秘密之權利。對買方來說，固然有權，但無法阻止供應商或他人使用該智慧財產權開發、製造產品；也就是說，買方無法對該模具所含有之智慧財產取得獨家、

排他之使用權限。

至於如何判斷是否為買方就模具費用出資？若只是以支出「專利服務費及規費」佐證，法院並不認為是屬於出資¹⁵，依實務案例¹⁶，本文認為可在契約上針對該項模具開發的費用特別約明「模具之委託設計開發費」以留下出資之佐據。

(三) 雙方共同負擔模具開發費用

營業秘密法第 5 條之規定相當明瞭：「數人共同研究或開發之營業秘密，其應有部分依契約之約定；無約定者，推定為均等。」。至於專利部分，因專利法未如營業秘密法第 5 條之設計，因此實務在此情形下判斷專利權歸屬之關鍵在於模具之發明或創作或設計究竟是由誰貢獻，依其實質貢獻度，決定誰具有該項專利申請權或專利權¹⁷。

依智慧財產及商業法院 102 年度民專上字第 23 號民事判決所闡釋之法律原則，專利法上所謂「實質貢獻之人」，就是為完成發明而進行創作之人，必須就發明所欲解決之問題或達成之功效產生構想（conception），並進而提出具體而可達成該構想之技術手段¹⁸。最高法院 104 年度台上字第 2077 號民事裁定認為，若只是簡單提供發明者通常知識或係解釋相關技術，而未對專利申請之整體組合有具體想法，或僅係將發明者之想法落實之通常技術者，甚至在發明過程中，僅提出設想或對課題進行指導或提出啟發性意見、只負責組織工作、領導工作、準備工作，並不構成發明創造具體內容的人，都不能認為是發明人或共同發明人。

依照上述臺灣法院實務，無論是買方

15. 智慧財產及商業法院 108 年度民專訴字第 65 號民事判決。

16. 智慧財產及商業法院 109 年度民專上字第 45 號民事判決。

17. 我國就申請專利權及專利權之人採「實質貢獻」說，參最高法院 104 年度台上字第 2077 號民事裁定；智慧財產及商業法院 110 年度民專訴字第 76 號民事判決、同院 108 年度民專上字第 5 號、98 年度民專上字第 39 號民事判決。

18. 即申請專利範圍所記載之技術特徵。

或供應商，若要主張自己為實質貢獻人而享有專利權，必須提出其於構思專利時之相關資料佐證。至於有何佐據？舉例而言¹⁹：研究記錄簿（其中有各項編號、研究人員、數據）、生產計畫書（包含各項設計之細節、圖說等）、歷次討論之相關文件（例如 email、通訊軟體對話紀錄）等都曾經出現於專利爭議案件中。主張自己為實質貢獻者，所提出之相關證據必須足以證明己方的工作內容有具體而可達成構思之技術手段，才能被認定為對於專利之技術特徵有實質貢獻。因此，雙方共同負擔模具費用情形下，如業主或供應商擬主張具有該項模具之專利申請權及專利權者，必須在開發過程中，妥善記錄且保存歷次研發過程、進行工作之人員與項目，才能在將來提出足以證明「創造或發現具體而可達成該構想之技術手段」之證據，在主張申請專利權或專利權時有較為堅固的基礎。

此外，因業主與供應商對該項模具之發明或創作或設計可能各有「實質貢獻」，即有可能會出現「共有專利」的情況²⁰。此時應注意如欲申請專利應一起提出（專利法第 12 條），該項模具之專利未得全體共有人之同意，不得讓與、信託、授權他人實施、設定質權或拋棄（專利法第 64 條，同法第 120 條、第 142 條準用第 64 條）。且不得將其應有部分讓與、信託他人或設定質權（專利法第 65 條，同法第 120 條、第 142 條準用第 64 條）。

專利申請權或專利權，在法律性質上屬

於所有權以外的財產權，而共有的專利申請權或專利權，則形成「準共有」的型態（民法第 831 條）。應如何利用、處分準共有專利申請權或專利權？因我國採民商合一制，專利法未就共有專利申請權或專利權有明文規範的事項，即應回歸民法規定，民法 831 條規定：「本節規定，於所有權以外之財產權，由數人共有或共同共有者準用之。」因此在解釋上須視共有究屬分別共有或共同共有而定。如共有該項專利申請權或專利權是基於共同共有關係而產生，就應準用民法關於共同共有之規定（民法第 827 條至第 830 條），除此之外，自屬準用民法分別共有規定（民法第 817 條至第 826 條）之範疇²¹。

必須注意的是，專利法第 13 條、第 65 條第 1 項（新型專利、設計專利準用此項）等規定，與民法分別共有人得自由處分其應有部分之概念不同，屬民法第 819 條、820 條之特別規定²²；惟若某項專利權受到侵害，共同專利權人可否單獨請求侵權人賠償？共同專利可否為強制執行標的？專利權比例各占多少？申請費、專利年費分擔比例及其他規費比例之分擔²³？共有人單獨實施該項專利是否須支付他共有人報酬？共有人單獨實施該項專利是否造成專利權之侵害？共有人可否單獨授權予第三人？等等許多問題，專利法似無明文規定，易生爭議。因此，如買方與供應商擬共同出資製作某項模具，本文建議應於契約中明訂各方利用、處分、行使權利之方式，以免因上述法律上不確定性而產生訟爭與程序成本及實施、授權遭對方主

19. 智慧財產及商業法院 108 年度民專上字第 5 號民事判決。

20. 此惟因法律所形成的共有，與當事人間事前協議所形成的交互授權（Cross-Licensing）、互惠授權（licensing of reciprocity）、專利聯盟（Pooled Patents）、專利侵權協議（Patent infringement agreement）並不相同。詳參，專利權共有利益衝突之法律處理對策及因應措施，黃鏡輝，2013 年 9 月，第 8 頁至第 11 頁。

21. 謝在全，民法物權論（上），第 442 頁，2014 年 9 月修訂六版二刷。

22. 經濟部智慧財產局，專利法逐條釋義，2021 年 6 月版，第 231、233 頁。
<https://www.tipo.gov.tw/tw/cp-178-532218-c78ea-1.html>，（最後瀏覽日期：113 年 12 月 23 日）。

23. 專利規費收費辦法。

張權利之商業上影響。

(四) 共同專利之權利歸屬爭議實務上聲明表達方式與使用收益條款

於實務上，如發生共同專利權歸屬爭議事件時，其訴之聲明如何表達，實務有兩種表達模式，第一種²⁴為：「確認中華民國（發明或新型或設計）專利第 00000 號」（專利名稱）」專利之專利申請權、專利權為兩造共有。」、「被告應將中華民國新型專利第 00000 號」（專利名稱）」專利權變更登記為兩造共有。」，第二種²⁵為：「中華民國發明專利證書編號第 00000 號」（專利名稱）」發明專利，歸屬於原告與被告共有。」

為預先處理智慧財產爭議，本文建議供應鏈間在模具開發採共同負擔費用之交易中，契約應約明如因此所生之專利申請權、專利權、營業秘密及將來規費負擔之比例²⁶、能否單獨授權予第三人？能否單獨實施？以及相關授權金之分配等，以為雙方將來對該專利權為使用收益之機制，並且防免原本可以共同獲利之專利權，反變成讓雙方衍生爭議支出訴訟成本之訟爭標的。

二、其他與模具開發相關之智慧財產權規定與爭議

(一) 衍生的智慧財產權

於模具開發之過程中，可能本於同一設計概念而同時設計許多個近似之產品，或者就同一產品陸陸續續進行改良而產生之近似設計。臺灣專利法於民國 100 年導入衍生設

計制度，專利法第 127 條第 1 項規定：「同一人有二個以上近似之設計，得申請設計專利及其衍生設計專利。」因此於模具開發過程中，所研發之模具屬設計專利者²⁷，如同時有近似之設計，亦得依前開規定申請衍生設計專利。

共同開發（合作）模具之過程中，如有涉及著作財產權性質之物品，則有適用著作權法第 8 條規定：「二人以上共同完成之著作，其各人之創作，不能分離利用者，為共同著作。」及同法第 40 條規定：「共同著作各著作人之應有部分，依共同著作人間之約定定之；無約定者，依各著作人參與創作之程度定之。各著作人參與創作之程度不明時，推定為均等。」之可能。

(二) 延伸專利歸屬之爭議

實務曾發生專利權人將專利授權予廠商，廠商支付授權金予專利權人，取得生產並販售之授權，雙方並約定授權專利所延伸之專利修改、改版，皆屬於授權範圍。如專利權人嗣主張廠商另外申請之專利為該授權專利之延伸而有爭議時，法院於判斷上係以兩項專利說明書所揭露技術之「主要技術特徵」、「技術及效果」等技術內容加以比對，並非以廠商所製造之產品比對。在延伸專利之爭議案件中，如授權人擬主張廠商所另外申請之專利為共有人時，法院仍以其就該專利之創作是否具有實質貢獻為認定標準²⁸。

以智慧財產及商業法院 111 年民專上更一字第 9 號民事判決為例，法院認定：「系爭專利 A（指廠商另外註冊的專利）係利用『緊配合』技術達到套環與套筒緊密結合的效果，此與 501 號專利（指專利權人所授權

24. 智慧財產及商業法院 109 年度民專訴字第 110 號、107 年度民專訴字第 16 號、104 年度民專上字第 26 號民事判決。

25. 智慧財產及商業法院 108 年度民專上字第 5 號民事判決。

26. 一個直觀的方式為直接依雙方開發投入資金、費用、成本或其他資源換算之數額約定共有比例。

27. 參專利法第 121 條、第 122 條規定。

28. 智慧財產及商業法院 111 年民專上更一字第 9 號民事判決。

專利)係利用承接環上第一卡制段與套接環上對卡段互相對接形成『卡制-對卡』緊密結合技術，並不相同。雖系爭專利 A 第一、二限位段(331, 332)分別與第一、二定位段(252, 253)對接的技術，**似乎近似於 501 號專利第一卡制段與對卡段互相對接的技術，然非如此**，此由系爭專利 A 說明書第 11 頁第 9 至 14 行記載內容可知，該限位段與定位段實際僅係作為**定位之技術及效果**，與 501 號專利第一卡制段與對卡段係作為**緊密結合的技術及效果**，並不相同。因此，**系爭專利 A 不存在 501 號專利之主要技術特徵**(『卡制-對卡』技術)，且整體而言，系爭專利 A 亦不存在 501 號專利中任何對先前技術有貢獻的技術特徵。準此，**系爭專利 A 與 501 號專利兩者主要技術特徵並不相同，自非該專利之延伸、修改或改版。**」乃以「授權專利」及原告所主張的「延伸專利」主要技術特徵進行比對。

法院並具體檢視「授權專利」之內容，對「被主張為延伸專利之專利」有無貢獻，若無貢獻，當然就不具備所謂的「延伸」關係。可參考本件法院心證：「系爭專利 B (指廠商另外註冊的專利)係利用加強環內徑與本體外徑之差異，使兩者套接時令本體形成『變形』而達到緊配合之結合技術，完全未使用到 501 號專利利用承接環上第一卡制段與套接環上對卡段互相對接所形成『卡制-對卡』緊密結合技術，因此，**系爭專利 B 與 501 號專利之主要技術特徵並不相同，亦非該專利之延伸、修改或改版。**」²⁹

(三) 衍生智慧財產權可能適用之其他法令

首先，著作權法第 6 條第 1 項規定：「就原著作改作之創作為衍生著作，以獨立之著

作保護之。」、第 28 條本文規定：「著作人專有將其著作改作成衍生著作或編輯或編輯著作之權利。」衍生著作並非是基於該作者原生之創意而來，而係基於他人原有之著作加以「改作³⁰」而來，雖原創之著作人於著作完成時享有著作權，固專有將其著作改作成衍生著作之權利，惟就該衍生著作，係以獨立之著作保護之，對原著作之著作權不生影響。且特定之表達能否享有著作權，係以其有無智慧之投入為依據，而非以有無獲得授權為判斷。是就他人著作改作之衍生著作，不問是否取得授權，均於著作完成時享有獨立之著作權。至於其利用他人著作，是否構成侵害著作權而應負侵害他人著作權之責，要屬別一問題，與其享有著作權者無關³¹。換言之，衍生著作是否具有著作權，不以該衍生著作創作者業經授予改作權為判斷標準，而應以該衍生著作本身是否具有原創性³²、有無智慧之投入³³作為判斷標準。供應商或買方，若想對合作關係所產生的著作權進行改良，改良成果是否為衍生著作、是否須取得他方之授權，應以前述法則進行判斷與評估。

此外，商標法第 30 條第 1 項第 12 款規定：「商標有下列情形之一，不得註冊：相同或近似於他人先使用於同一或類似商品或服務之商標，而申請人因與該他人間具有契約、地緣、業務往來或其他關係，知悉他人商標存在，意圖仿襲而申請註冊者。」實務見解³⁴認為適用本款之要件，除申請人具

29. 同前註。

30. 著作權法第 3 條第 1 項第 11 款規定：「改作：指以翻譯、編曲、改寫、拍攝影片或其他方法就原著作另為創作。」

31. 最高法院 106 年度台上字第 290 號民事判決意旨參照。

32. 智慧財產及商業法院 109 年度民著訴字第 42 號民事判決、105 年度刑智上訴字第 7 號刑事判決意旨參照。

33. 智慧財產及商業法院 110 年度刑智上易字第 45 號刑事判決意旨參照。

有仿襲之意圖外，並包括：(1) 相同或近似於他人先使用之商標。(2) 使用於同一或類似商品或服務。(3) 申請人因與他人間具有契約、地緣、業務往來或其他關係，知悉他人商標存在。(4) 未經他人同意申請註冊等要件。又本款旨在避免剽竊他人創用之商標而搶先註冊，賦予先使用商標者，遭他人不法搶註其商標時的救濟機會。因為臺灣商標法採取註冊主義，而非使用主義，先使用而未註冊的商標，原則上雖不予保護，然因商標使用是商標存在的意義及其價值之所在，為避免過度僵化未註冊不予保護所產生的流弊，所以本款對於未註冊而於國內外先使用之商標予以保護，此為商標註冊主義及屬地主義之例外。供應商若意圖與買方競爭，擅自進行近似商標之註冊，通常情形能符合「因與他人間具有契約、業務往來，而知悉他人商標存在」之要件；但畢竟仍存在法律上與事實認定上之不確定性，本文建議買方應視情形評估是否就商標訂立預防條款，以及違反效果，將來在行使權利時能更為順利及取得更大之談判優勢。

本文另說明一種保護規範某程度介於著作權與專利權間的智慧財產權，即積體電路（Integrated Circuit 簡稱 IC）電路布局權。積體電路為臺灣重要的經濟命脈，臺灣因此於 1995 年制定「積體電路電路布局保護法」³⁵，以保障積體電路布局權。依積體電路

電路布局保護法第 15 條之規定，積體電路布局權採登記保護主義，與著作權第 10 條採「創作保護主義」，只要著作人於著作完成時即取得，無須申請之制度不同。另外，其保護要件³⁶為原創性與非普遍性³⁷，亦與發明專利、設計專利之保護要件不完全相同³⁸。就申請、註冊流程，專利必須先申請，再由經濟部智慧財產局審查公告，嗣經核准審定或處分者，申請人應於審定或處分書送達後 3 個月內，繳納證書費及第 1 年專利年費後，始予公告，自公告之日起授予專利權（專利法第 52 條）。而積體電路布局權之登記，採形式審查，與發明專利亦有所不同。

但為實現、製造積體電路布局所採用之製程技術，例如化學氣相沉積（Chemical Vapor Deposition, CVD）技術、蝕刻（Etching）技術³⁹，具備專利保護要件之情形，而可申請專利者，並非罕見；而這也是供應商核心競爭力之所在，供應商必須在契約當中必須詳細檢視、嚴守此部分之衍生智慧財產歸屬、運用，不因契約條款而受影響。另一方面，若設計上有新特定功能之電路，亦可能可以方法專利、裝置專利保護該特定電路功能⁴⁰，這也是積體電路設計製造交易當中，雙方都應注意之智慧財產議題。

積體電路電路布局保護法第 18 條第 1 款、第 2 款規定：「電路布局權不及於左

34. 最高行政法院 111 年度上字第 756 號判決意旨參照。

35. 94 年 7 月 27 日經濟部智慧財產局以智著字第 09400059700 號函釋區別「積體電路電路布局法」與「著作權法」的不同：著作權法保護表達，不保護表達所含之概念，如表達的本身概念與其表達同一，此時因僅有一種或少數有限方法可予表達時，該概念的表達即例外不受著作權法保護。查積體電路電路布局之概念，係由積體電路電路布局法予以保護，至積體電路電路布局圖係其電路布局之唯一表達方法，故積體電路電路布局圖自不受著作權法保護。又積體電路電路布局保護法所保護者非該電路布局之圖形，而係該圖形所揭示之電路布局本身。

36. 積體電路電路布局保護法第 16 條：「本法保護之電路布局權，應具備左列各款要件：
一、由於創作人之智慧努力而非抄襲之設計。
二、在創作時就積體電路產業及電路布局設計者而言非屬平凡、普通或習知者。

以組合平凡、普通或習知之元件或連接線路所設計之電路布局，應僅就其整體組合符合前項要件者保護之。」

37. 以實證觀點檢視我國積體電路電路布局保護法十二年的運作，張添榜，科技法學評論第 6 卷第 1 期，交通大學，2009 年 4 月，第 79 頁。

38. 范容榕，積體電路電路布局智慧財產權之法律保護，東吳大學法學院法律學系法律專業碩士班碩士論文，2015 年 1 月，第 15 頁提及：「舉我國專利法為例，發明專利的要件分別為：1. 新穎性、2. 進步性，以及 3. 產業上的可利用性；因此，雖積體電路電路布局有保護之必要，但其無法符合發明專利中新穎性、進步性之規定。另外，積體電路之電路布局屬於功能取向，而非視覺面的配置，是其亦不屬於專利法中設計專利的範疇。也就是積體電路之電路布局本身，被排除在專利法的三種專利之保護範疇之外。」

39. 同前註，第 56 頁。

40. 同註 41，第 58 頁。

列各款情形：一、為研究、教學或還原工程之目的，分析或評估他人之電路布局，而加以複製者。二、依前款分析或評估之結果，完成符合第十六條之電路布局或據以製成積體電路者。」前開第 2 款規定，就是半導體產業界所稱之「還原工程」（REVERSE ENGINEERING）。還原工程是指分析、評估他人之電路布局，予以改良後，再製造與其功能相容之晶片，以便在市場上競爭。因為進行還原工程亦需投入相當之人力、財力與時間分析評估，非不勞而獲，竊取他人之研究成果；而仿冒與抄襲通常只是將積體電路層層除去後照相複製，並未投入相當之人力、時間及財力⁴¹，因此還原工程為產業所認可、並且慣用的合法開發產品方法⁴²，因此本款允許還原工程所得的結果為基礎創設新的電路布局，是被還原工程等電路布局的衍生產品，如果還有原電路布局的影子，如依著作權法的原則，可能有侵害原電路布局的權利，至少涉及改作權的問題⁴³，因此積體電路電路布局保護法第 18 條第 2 款特別將此情況予以排除電路布局權之保護，亦即如進行還原工程之廠商已投入大量資源進行研究、分析紀錄，如工作日誌、研究分析計劃、邏輯電路圖、測試紀錄、金錢花費等紙上紀錄等，如因此而生衍生之積體電路布局，原積體電路布局權人不得主張侵害其電路布局權，此與前述著作權人享有改作權不同。

肆、結語

買方與供應商發生爭端之情形，供應商有機會以「拒絕交付」之方式，卡住買方之生產計劃與訂單履行；若模具之開發、製作有特殊技術或高技術、資本門檻之情形，對買方之影響更為深遠；此外，供應商亦可能主張留置權，在有相當法律基礎之保護下穩定其對供應商之「杯葛」及降低採取如此作法之法律風險。供應商也有可能藉由「拒絕授權買方或買方其他供應商使用衍生智慧財產權」、「主張買方或買方其他供應商無權使用其智慧財產權，構成侵權」之方式使買方之供應鏈「斷鍊」。本文分析以上有形、無形之「阻斷供應鏈」方式，與買方應進行評估、判斷之事項，並提供買方可採用之預防方法。當然，這些契約條款之擬撰、修改仍必須建立在買方談判地位至少非弱勢且懸殊之前提上。

臺灣以中小企業、國貿為經濟發展之主軸，筆者提供商業法律服務以來見到越來越多中小企業投入大量資源，整合國內廠商，共組優質供應與貿易團隊，在全球市場上逐漸獲得一定的地位、聲譽與成績。安內攘外，是自古以來治國的重中之重，對於整合供應團隊，在國際市場競爭的企業來說，何嘗不是如此。期望本文的分析與提出之淺見，能讓臺灣企業在進行供應鏈交易時更全面、有效評估及處理重要風險，建立完善、穩固之供應法律關係，在國際的激烈競爭當中展現臺灣經濟產業的堅韌實力。

41. 積體電路電路布局保護法第 18 條第 2 款立法理由參照。

42. 同註 40，第 81 頁。

43. 積體電路的智慧財產權，鄭中人，智慧財產權月刊第 26 期，經濟部智慧財產局，2021 年 2 月，第 91 頁。