

國立政治大學法律學系碩士班
碩士學位論文

GPS 科技定位偵查與刑事訴訟法的搜索概念
GPS Location Surveillance and Search in Criminal Procedure



指導教授：許恒達 博士

研究生：林誠澤 撰

2019 年 1 月

謝辭

已經有許久，未嘗去關心周圍的事物，眼裡忙著看成堆的文獻，手不斷在鍵盤上來回尋找論文的理路，忽爾間，竟也到來到了寫謝辭的時刻，回想這三年半的研究所生涯，修了許多課、結識了許多厲害的人，在政大的日子的人事物讓我重新反省自己的人生、找尋新的人生方向，帶給我不斷向前進步的動力與養分，三年半的時間實在不能算短，至此也應該暫別學生活了。

本論文得以完成，首先最要感謝我的恩師許恒達老師，還記得在碩一時去旁聽老師刑總、刑分的課程，老師以活潑詼諧的教學並精闢的分析學說、實務外，還會提出獨到的想法，著實拓展了我刑法領域的視野，並重構了我對刑法世界的想像；碩二時選修老師所開設的刑罰思想史，那堂課中老師深刻討論刑罰基礎理論與死刑議題，還會偶爾討論刑法的相關議題，其中所帶來的收穫也實在是難以言喻；在論文產出的過程中，從題目的選定、架構鋪排到核心見解的形成，老師細心給予指導與建議，在遇到論文瓶頸時，也不厭其煩的回答我的問題，在老師身邊學習刑事法的過程，讓我見識到老師過人的學養與對於學術品質的堅持，另外，老師除了在學業上給予指導，在人生規劃上也給了許多有用的建議，感謝老師這三年半來的指導，能在老師門下學習，真的是我人生中非常幸運的一件事，謝謝老師。

接下來要感謝我大學時期的班導王乃彥老師，感謝老師在大學時期啟蒙了我刑事訴訟法的世界，奠定我在刑訴法上對人權保障目的的堅持，並贈書與撥冗為我口試，指出我在日本法論述的問題，給予我論文撰寫上許多的建議與溫暖的鼓勵；感謝楊雲驛老師一口答應為我口試，在研究所期間，多次修老師的課，老師常常將憲法與刑事訴訟法結合思考的方式，也深深影響我對刑訴的理解，在口試時老師展現了高度的包容，對我的論文也提供了很多論述的建議，促使我有不同面向的思考；感謝李榮耕老師在素未謀面的情況下，義不容辭答應擔任我的口試委員，在口試過程中，老師從大方向上的問題到細節性的論述，都給予學生更有深度的思考與相當實質的建議，同時也相當大方分享自己的看法，並建議我如何修正其中的論述，讓我的論文更加正確與完備。

在研究所的階段中，首先要感謝我研究所最好的朋友含雅，從準備研究所的讀書會認識，到一起進入政大，你一直都給予溫暖的鼓勵與信任，縱使現在你遠在日本交換，仍幫我蒐集資料、提供我第一手的日文文獻，在研究所這段過程感謝有你，相信你交換回來必能更上層樓；感謝子鈺在論文的撰寫過程中的幫忙，不論是論文討論會還是資料的蒐集，你都不吝嗇的分享自己的資源，在口試時主動給予協助，也祝你口試一切順利；感謝軒儀將研討會的資料無限

期的借給我使用，並給我很多鼓勵；感謝姍瑄分享自己去研討會的資料，還幫我要的部分印好，真是太令人感動了；感謝依晴，謝謝你讓我去聽你口試，使我可以見習一場優秀的口試，另外在繁忙司法官訓練時，貼心如你，還為我留意關於我論文的實務見解，你才是那個一直是溫暖且堅定的朋友呢；感謝奐均在Carpenter案作成的第一時間就通知我，為我的論文增色不少，希望以後可以繼續讓我抱個腿；感謝宜昇在口試當天我無暇處理雜事時，一口答應幫我處理大小事宜，讓我能放心的口試；感謝羽欣、軒儀、彥廷、庭志、逸筑、映潔、鞍稷、易軒、子淳、于晴和許門的大家，跟你們不論是聚餐還是出遊都很開心，也從中獲得很多寶貴的建議與經驗，能身在許門是我人生的幸運；感謝一起玩樂但也一起水深火熱的穎皓、逸筑、庭志、映潔、鞍稷、楊鷺、昭億、許願、宜君、昱君，與你們在研究所的日子是我珍貴的回憶；感謝秉衡、惟翔、啟弘、瑞菁、盈孜、于晴和可晴不嫌棄我這個老人，時常分享有趣的事、聊聊八卦，讓我研究所生涯後半段有趣不少，還有你們口試前的每個鼓勵都讓我備感溫暖，謝謝你們。

除了政大外，還要感謝東吳很多人的幫忙，首先要感謝威震江湖的珞亦，記得當時政大筆試完還必須口試，你不僅慷慨分享自己的書審資料給我參考，還在一起前往政大的路上傳授我口試技巧，沒有你的幫忙我可能連進政大都不可能，遑論有這本論文的誕生；感謝遠在美國攻讀博士的迺軒，你在考取政大之後斷然放棄第二關的口試，讓我能以孫山之姿進入政大，如果沒有你的大氣，可能就沒有今天這本論文；感謝跟我一起進政大也一起畢業的孟緯，在論文程序上的提點，還直接給我參考你的論文計畫書跟簡報，沒有你的幫忙我可能無法順利口試畢業；感謝博彥學長在大學時期就給予我許多幫助，還記得我科技部大專生計畫的題目還是學長給的，準備研究所時期也常常為我解惑，而在論文撰寫期間也給予我鼓勵，並提供了一些意見供我參考；感謝目前就讀台大的淑玲，在撰寫本論文初期，你大方分享課堂撰寫的報告給我參考，提供我思考的進路，使我更有方向撰寫；感謝同樣就讀台大的孟軒，感謝你幫我借論文的用書，沒有你的幫忙這本論文將失色不少；感謝哲銘、博堯在論文撰寫過程中解答我公法上的疑惑，讓這篇論文的公法論述更為正確，不過一切文責當然還是由我承擔；感謝至偉時而聆聽我論文的見解，使我更加確定自己的想法；感謝吃喝嫖賭樣樣來群組的每個人，裡面的對話總是有趣，緩解了我論文撰寫時的困頓。

當然還有一些老朋友，博文、泓毅、芷、司穎…等等，在人生的各階段中都有你們相伴，每每與你們相聚，都有聊不完的話題，一起分享生活中的酸甜

苦辣，有你們在都是開心的時光，希望未來還能有你們常伴左右；特別感謝佩儀，謝謝你一路的陪伴，從大學到研究所，你總是義無反顧的支持我做每件我想做的事，作為我最堅強的後盾，不管是我在國考準備還是撰寫論文期間，在我忙碌時你總是能找到事情做，彼此相互體諒，是你讓我看見一切美善，不管未來會怎麼樣，感謝這一路有你相伴扶持。

感謝我的家人，謝謝你們提供我良好的學習環境，不斷鼓勵我向上學習，給予我不管是精神上還是經濟上的支持，讓我無憂無慮的過完研究所生涯，感謝你們耐心等待我畢業，如果未來能有什麼成就，都將歸功於我的家人。

謝誌的末隅，我想留給辛苦完成論文的自己，感謝過去的自己在這段艱辛撰寫論文的路上沒有放棄，能寫出一本還說得過去的論文，沒有遺憾地走入人生的下個階段，走筆至此，發現自己一路以來很幸運的受到很多人無私的幫助，平庸如我實在無以為報，只能期許自己在未來也能無私的幫助需要幫助的人，認真的對待生命中的每個人，關心並對這個社會有所貢獻，才能配得起我這一路以來的幸運。

A large, semi-transparent watermark of National Chengchi University's seal is centered on the page. The seal features a circular design with the university's name in Chinese and English around the perimeter, and a central emblem with Chinese characters.

林誠澤

2019年2月春初 寫於三元居

摘要

近年來，隨著科技的進步，偵查人員也將科技導入到傳統的偵查技術之中，開始使用科技方式偵查犯罪，科技定位偵查就是在此背景下產生，其中近來最熱門的偵查手法，不外是偵查機關以 GPS 全球定位系統偵查犯罪，利用 GPS 全球定位系統高效率、低成本，還經常可隱形於生活之中難以察覺的優點，大幅提高偵查效率，在高效率偵查的掩蓋下，原本就隱身於後的侵害人民權利面向更化為無形，其中，更蘊含著諸多難解的問題，例如：科技定位技術在實務中是如何的運用？而科技定位偵查與傳統人力跟監的差異在哪？科技定位偵查是否侵害人民的基本權？如果是需要安裝在個人財產上，會侵害財產權？還是僅是隱私權？而隱私權的內涵為何？是否也會涉及與隱私權相關的合理隱私期待概念？那何以在公開場所還有隱私權的保障？就上開問題，本論文將借鏡美國法與日本法上的發展，並擬從兩條路徑進行開展，第一是探究強制處分的概念為何，第二是隱私與合理隱私期待概念的釐清，藉以加以重構我國搜索概念，確立我國搜索應採取隱私權基準的立場，最後，對本文見解解釋論上可能有的疑問予以回應，並同時提出相關的立法方向。

關鍵字：GPS 科技定位偵查、隱私權、公開場所隱私權、合理隱私期待、強制處分定義、搜索基準、附條件令狀

簡目

第一章、緒論.....	1
第一節、研究動機與問題意識.....	1
第二節、研究範圍與方法.....	2
第一項、研究範圍.....	2
第二項、研究方法.....	2
第三節、本論文的架構.....	3
第二章、科技定位系統與偵查應用	5
第一節、GPS 全球定位系統與偵查應用	5
第一項、GPS 全球定位系統之簡介	5
第二項、GPS 全球定位系統之應用	9
第三項、GPS 定位追蹤與犯罪偵查	12
第二節、其他定位追蹤技術的偵查應用.....	15
第一項、行動通訊定位追蹤	15
第二項、行動網路定位追蹤	16
第三項、Wi-Fi 定位追蹤.....	17
第四項、差異比較與本文關注的面向.....	19
第三節、跟監與科技定位偵查	21
第一項、跟監意義與類型	21
第二項、科技定位偵查與傳統跟監之差異	26
第三項、科技定位偵查的法律面向	28
第四項、小結	28
第三章、比較法之研究	30
第一節、美國法	30
第一項、美國實定法上的依據	30
第二項、美國實務見解的流變	32
第三項、美國實務的分析與質疑	67
第四項、小結	73
第二節、日本法	76
第一項、日本實務見解分析	76
第二項、學說見解的討論	97
第三項、小結	111
第三節、我國法	113
第一項、我國實務的態度與立場	113
第二項、我國學說見解	125
第四項、小結—對我國法的啟示	134
第四章、科技定位偵查的性質與解釋	136

第一節、強制處分概念的釐清	136
第一項、犯罪預防與犯罪偵查的區分	136
第二項、任意偵查與強制處分的分野	139
第三項、強制處分與正當程序	151
第四項、小結	156
第二節、隱私權與合理隱私期待	156
第一項、隱私權的濫觴與發展	157
第二項、美國憲法增修條文第4條的基準	170
第三項、雙軌基準的解構與重構	177
第四項、重構合理隱私期待的內涵	185
第三節、科技定位偵查的強制處分性	196
第一項、先決問題	196
第二項、科技定位偵查涉及侵害隱私權	198
第三項、科技定位與合理隱私期待	200
第四項、我國授權依據的探尋與分析	204
第四節、我國搜索的重構與科技定位偵查	217
第一項、我國搜索法理之討論	217
第二項、我國搜索與隱私的連結	220
第三項、科技定位與搜索	224
第五節、可能面臨的質疑與回應	229
第一項、論理基礎的質疑	229
第二項、架空強制處分法定原則？	230
第三項、反噬傳統人力跟監的任意性	231
第四項、不衝突的選項—立法論	231
第五章、結論	237
參考文獻	241

詳目

第一章、緒論.....	1
第一節、研究動機與問題意識.....	1
第二節、研究範圍與方法.....	2
第一項、研究範圍.....	2
第二項、研究方法.....	2
第三節、本論文的架構.....	3
第二章、科技定位系統與偵查應用	5
第一節、GPS 全球定位系統與偵查應用	5
第一項、GPS 全球定位系統之簡介	5
第一款、GPS 全球定位系統之發展簡史	5
第二款 GPS 全球定位之原理與結組成	6
第一目 定位原理	6
第二目 太空衛星部分	7
第三目 地面控制部分	8
第二項、GPS 全球定位系統之應用	9
第一款、軍事部分	9
第二款、測量部分	9
第三款、交通部分	10
第四款、產業部分	10
第五款、社福部分	11
第六款、犯罪預防與處遇	11
第三項、GPS 定位追蹤與犯罪偵查	12
第一款、GPS 定位追蹤於犯罪偵查的功能	12
第一目、輔助跟監	12
第二目、取得目標軌跡（作為證據）.....	13
第三目、監控對象活動	13
第二款、GPS 定位追蹤於偵查實務的運用	14
第一目、即時式定位追蹤.....	14
第二目、非即時式定位追蹤.....	14
第二節、其他定位追蹤技術的偵查應用	15
第一項、行動通訊定位追蹤	15
第二項、行動網路定位追蹤	16
第三項、Wi-Fi 定位追蹤.....	17
第四項、差異比較與本文關注的面向.....	19
第一款、技術類型的差異比較.....	19
第一目、位置資訊取得之執行問題	19

第二目、位置資訊的完整性.....	19
第三目、技術的先天障礙.....	20
第四目、需求面向之差異.....	20
第三節、跟監與科技定位偵查	21
第一項、跟監意義與類型	21
第一款、跟監之定義	21
第二款、跟監之類型	22
第一目、以跟監目的分類.....	23
第二目、以時間久暫分類.....	23
第三目、以跟監地點固定與否分類	24
第四目、以技術工具為分類.....	24
第三款 科技定位偵查的類型與本文的極限	24
第一目、科技定位偵查的類型	24
第二目、本文的研究範圍.....	26
第二項、科技定位偵查與傳統跟監之差異	26
第三項、科技定位偵查的法律面向.....	28
第四節、小結	28
第三章、比較法之研究	30
第一節、美國法	30
第一項、美國實定法上的依據	30
第二項、美國實務見解的流變	32
第一款、實務見解的拓荒期	32
第一目、United States v. Knotts 案	32
第二目、United States v. Karo 案	34
第三目、United States v. McIver 案	37
第四目、United States v. Garcia 案	39
第五目、United States v. Marquez 案	41
第六目、United States v. Pineda-Moreno(2009)案	43
第二款、異軍突起的 Jones 案	44
第一目、本案事實	44
第二目、本案訴訟過程	45
第三目、聯邦哥倫比亞特區巡迴上訴法院(United States v. Maynard).....	45
第四目、美國最高法院之見解(United States v. Jones).....	48
第三款、美國最高法院的延續與擴充	58
第一目、Riley v. California 案	59
第二目、Grady v. North Carolina 案	61
第三目、Carpenter v. United States 案	62

第三項、美國實務的分析與質疑	67
第一款、物理場所的微妙	67
第二款、馬賽克理論的曖昧	68
第三款、回歸物理侵入理論的困境	69
第四款、第三人原則的萎縮	71
第五款、國會立法為最佳方案？	72
第四項、小結	73
第二節、日本法	76
第一項、日本實務見解分析	76
第一款、任意偵查說	76
第一目、大阪地方法院平成 27 年 1 月 27 日裁定	76
第二目、廣島高等法院平成 28 年 7 月 21 日判決	77
第二款、強制處分勘驗說	79
第一目、大阪地方法院平成 27 年 6 月 5 日裁定	79
第二目、大阪高等法院平成 28 年 3 月 2 日判決	81
第三目、東京地方法院立川分院平成 28 年 12 月 22 日裁定	82
第三款、強制處分立法說	83
第一目、名古屋高等法院平成 28 年 6 月 29 日判決	83
第二目、最高法院平成 29 年 3 月 15 日判決	84
第四款、日本實務見解的分析	87
第一目、下級法院歧異的原因與批評	87
第二目、勘驗令狀的一般性	89
第三目、最高法院判決的分析與射程	90
第四目、取得時中心主義的批判	95
第二項、學說見解的討論	97
第一款、任意偵查說	97
第二款、強制偵查(強制處分)說	99
第一目、本質上勘驗說	100
第二目、強制處分立法說	101
第三款、區分說(二分說)	103
第一目、時間久暫基準	103
第二目、類型化基準	104
第三目、階段化區分基準	106
第四目、危險現實化基準	106
第四款、日本學說的剖析	107
第一目、任意偵查說的問題	107
第二目、區分說的虛實	108
第三目、勘驗說的批評	109

第四目、強制處分立法說的疑慮	111
第三項、小結	111
第三節、我國法	113
第一項、我國實務的態度與立場	113
第一款、實務概說	113
第二款、實務見解動向	113
第一目、早期實務見解	113
第二目、近期實務見解	115
第三款、實務見解的問題	121
第一目、車輛的位置資訊與車內人物的活動相當？	122
第二目、偵查目的之人力跟監必然合法？	122
第三目、強制處分定義與 GPS 科技定位跟監性質的論理瑕疵	123
第四目、創設新型態強制處分的隱憂	124
第二項、我國學說見解	125
第一款、學說見解	125
第一目、非強制處分說	125
第二目、強制處分說	126
第三目、區分說	128
第二款、現行學說的分析	129
第一目、非強制處分說的疏漏	129
第二目、搜索說的說理不備	130
第三目、新型態強制處分說的盲點	131
第四目、區分說的缺陷	132
第四節、小結—對我國法的啟示	134
第三章、科技定位偵查的性質與解釋	136
第一節、強制處分概念的釐清	136
第一項、犯罪預防與犯罪偵查的區分	136
第一款、警察的多重任務	136
第二款、任務階段區分的困難	137
第三款、修正客觀說的提出與補遺	138
第二項、任意偵查與強制處分的分野	139
第一款、日本法見解	139
第一目、日本實務見解	139
第二目、形式強制力說	141
第三目、中間領域說(實力說)	141
第四目、形式權利侵害說	142
第五目、重要權利實質侵害說	142

第六目、權利實質侵害說.....	143
第二款、我國法的討論	144
第一目、傳統學說	144
第二目、重要權利實質侵害說	144
第三目、基本權干預說	145
第三款、本文見解.....	147
第一目、命題的結合與分離的兩種思維.....	147
第二目、主流學說的問題.....	148
第三目、階層化強制處分概念	149
第三項、強制處分與正當程序	151
第一款、憲法比例原則的調控與任意偵查原則.....	151
第二款、立法控制—強制處分法定原則	153
第一目、強制處分法定原則的意義	153
第二目、強制處分法定原則與法律保留的分野	154
第三款、司法抑制—令狀原則.....	155
第四項、小結	156
第二節、隱私權與合理隱私期待	156
第一項、隱私權的濫觴與發展	157
第一款、隱私權濫觴與理論	157
第一目、隱私權的萌芽	157
第二目、概念化取向的理論.....	159
第三目、類型化取向的理論.....	161
第二款、美國實務承認的遞進—從侵權法到憲法	164
第三款、與資訊自決權的區分？	165
第四款、本文關注的面向—空間、資訊控制與社會脈絡	167
第二項、美國憲法增修條文第4條的基準	170
第一款、實務早期—財產權基準的發展	170
第二款、實務中期—隱私權基準的確立	172
第三款、實務近期—雙軌基準的形成	175
第三項、雙軌基準的解構與重構	177
第一款、Scalia 財產權基準來源的質疑	177
第二款、Scalia 僅著眼於憲法保護領域	179
第三款、「私人活動依附性」詮釋財產權基準.....	180
第四款、確立單源雙軌基準的判斷模型	181
第一目、單源雙軌基準的提出	181
第二目、第一次嘗試的基本缺陷	183
第三目、修正單源雙軌基準的提出	183
第四項、重構合理隱私期待的內涵.....	185

第一款、合理隱私期待蘊含隱私權的「量差」	185
第二款、主觀要件的爭論	186
第一目、主觀要件的問題.....	186
第二目、放棄主觀要件的主張.....	187
第三目、同意原則的主張.....	188
第四目、本文見解—主觀要件的破棄與轉化.....	189
第三款、客觀要件的細緻化	191
第一目、判斷因子的歸類.....	191
第二目、判斷模式的歸類.....	192
第三目、本文取捨	193
第三節、科技定位偵查的強制處分性	196
第一項、先決問題.....	196
第一款、切斷戰略與連續戰略.....	196
第二款、安裝與取得行為的切割與結合	197
第三款、取得行為與累積、利用的後續行為.....	198
第二項、科技定位偵查涉及侵害隱私權	198
第三項、科技定位與合理隱私期待.....	200
第一款、合理隱私期待的檢驗.....	200
第二款、毋庸區分長期/短期的科技定位偵查	202
第四項、我國授權依據的探尋與分析	204
第一款、通訊保障及監察法	204
第二款、警察職權行使法	207
第三款、國家情報工作法	209
第四款、個人資料保護法	210
第五款、刑事訴訟法	212
第一目、勘驗	212
第二目、搜索	215
第四節、我國搜索的重構與科技定位偵查	217
第一項、我國搜索法理之討論	217
第一款、傳統學說.....	217
第二款、隱私權基準說	218
第三款、隱私權基的未竟之功.....	219
第二項、我國搜索與隱私的連結	220
第一款、增訂「電磁紀錄」的時代意義	220
第二款、私人活動依附性的空間概念	223
第三款、我國單源雙軌搜索的基準	224
第三項、科技定位與搜索	224
第一款、搜索與科技定位偵查的連結	224

第二款、附條件的搜索令狀與應記載事項	225
第三款、執行層面的相關回應.....	227
第五節、可能面臨的質疑與回應	229
第一項、論理基礎的質疑	229
第二項、架空強制處分法定原則？	230
第三項、反噬傳統人力跟監的任意性.....	231
第四項、不衝突的選項—立法論	231
第一款、《通訊保障及監察法》草案第 5 條之 1 的重大缺失....	232
第二款、科技定位偵查的立法方向	234
第五章、結論.....	237
參考文獻	241
壹、中文文獻	241
一、專書(依作者姓氏筆畫排序).....	241
二、譯著(依作者姓氏字母與筆畫排序).....	241
三、專書論文與期刊論文(依作者姓氏筆畫排序).....	242
四、學位論文(依作者姓氏筆畫排序).....	246
五、其他資料	248
貳、外文文獻	248
一、日文部分	248
(一)專書(依作者姓氏假名排序)	248
(二)專書論文與期刊論文(依作者姓氏假名排序)	249
(三) 學位論文(依作者姓氏假名排序).....	253
(四)其他資料	254
二、英文部分	254
(一)專書(依作者姓氏字母排序)	254
(二)期刊論文(依作者姓氏字母排序).....	255
(三)美國法院判決(依原告字母開頭排序).....	257
(四)其他資源.....	259

第一章、緒論

第一節、研究動機與問題意識

西元 1994 年美國完成全球定位衛星建置，民用 GPS 全球定位系統正式啟用，個人 GPS 開始出現，隨著科技的進步，個人電腦愈來愈普及，因應商務人士的需求，PDA 個人數位助理也日益發展，個人電腦的功能濃縮於掌上；2005 年 Google 公司發表 Google Map 功能，將地圖全面電子化，提供大眾查詢；而 2007 年美國蘋果電腦公司，則發表改變行動通訊的劃時代產品—iPhone，整合電腦與行動電話，並結合無線網路系統，開啟智慧型手機的新時代，隔年，蘋果公司更於新產品 iPhone3G 加入 A-GPS 定位系統，結合 PDA、GPS 及行動電話功能，於今日，使用智慧型手機內建的 GPS 及電子地圖導航，已經是再正常也不過的事。

正因科技爆炸性的進步，固有的現實世界開始受到衝擊，新的問題也隨之產生，新型態犯罪的產生，如欲以傳統方式打擊犯罪，無異是以為張開雙手就能撐住天空的純真想法，科技技術也導入傳統的偵查技術之中，偵查單位也開始使用科技方式偵查犯罪，例如：張錫銘搶案，正是因為透過 IP 位置，方使張錫銘落網，科技定位偵查就是在此背景下產生，其中近來最熱門的偵查手法，不外是偵查機關以 GPS 全球定位系統偵查犯罪，利用 GPS 全球定位系統高效率、低成本，還經常可隱形於生活之中難以察覺的優點，大幅提高偵查效率，在高效率偵查的掩蓋下，原本就隱身於後的侵害人民權利面向更化為無形，其中，更蘊含著諸多難解的問題，是以，於刑事訴訟法的領域中，使用此種偵查方式即有如下疑問：

首先最基本的就是科技定位技術在實務中是如何的運用？而科技定位偵查與傳統人力跟監的差異在哪？科技定位偵查是否侵害人民的基本權？如果是需要安裝在個人財產上，會侵害財產權？還是僅是隱私權？而隱私權的內涵為何？是否也會涉及與隱私權相關的合理隱私期待概念？那何以在公開場所還有隱私權的保障？如果有，該命題並不容易證成，這是因為一方面人們在公共空間中基本上已經揭露了自我的一部分，另一方面在公共空間中人們又想要保有隱私？再進一步說，這種偵查方式刑事訴訟中究竟是任意處分？還是強制處分？是否須要法律明文授權？法定程序為何？這種偵查方式外國法制如何看待？我國存在這樣的法律嗎？我國實務、學說又有什說明呢？這些問題，似乎都還有必要加以釐清。

第二節、研究範圍與方法

第一項、研究範圍

本論文是在研究關於「科技定位偵查」的刑事訴訟問題，原則上聚焦在「科技定位偵查」本身，又以 GPS 科技定位偵查作為主要探討的對象，而不擴及傳統的人力跟監，這是因為在科技定位偵查與人力跟監存在蒐集資訊的範圍、執行層面的差異與人類感官與體能的極限等多項差異，塑造了科技定位偵查獨立於傳統跟監的性格與特性，且對於基本權的侵害較傳統人力跟監也更為深遠，因此，本論文就各該層面的論述原則上都是針對科技定位偵查加以開展，在外國法上本文擇採了美國法與日本法進行分析比較，選擇美國法的原因在於，美國法上已累積相當多有關 GPS 定位偵查的判決，其中包含了舉世為名的 Jones 案，在 2018 年 6 月美國最高法院又做出 Carpenter 案，其中個判決的論理都相當精彩，值得本論文加以介紹、分析，而選擇日本法作為第二個比較法，則是因為我國法體例受日本法影響深遠，也都多繼受外國法制，論述背景可以說相當接近，其中日本最高法院作出平成 29 年 3 月 15 日判決後，我國最高法院相繼在同年底的 106 年度台上字第 3788 號刑事判決中，也相當程度的「借鏡」了日本最高法院的見解，這樣血統性的承襲讓本論文難以忽視日本法制的重要，在分析完外國法與我國法後，在本論文確立兩個開展路徑，第一是探究強制處分的概念為何，第二是隱私與合理隱私期待概念的釐清，附帶重構我國搜索概念，就此二條路徑提出本文見解，以進一步的釐清相關疑義。

第二項、研究方法

本研究為法學研究，乃社會科學的一類，而社會科學重視歸納、演繹及分析，而非實驗。就歸納部分，本研究對於所欲研究的問題，如已有討論，即仰賴第一手經驗性資料蒐集，盡可能還原資料作者的原意，並試圖組織歸類、整理以發展為普遍性的理論；而演繹之部分，係指針對一特定現象，為一概括性的預設來研擬可透過經驗方式加以檢驗的命題，換言之，本研究將使用自發性思索、分析為探討方式，就欲探討的爭點為概括性的假設，使其可透過經驗方式加以檢驗。具體來說，本研究之方法將側重在「文獻分析法」與「內容分析法」並輔以「案例分析」的方式，以供發現問題及證立抽象理論的基礎，進一步思索該法律制度蘊含的原理原則、法規範的結構，汲取該理論的養分，並求法制度的周延。

就「文獻分析」部分，主要透過國內既有的書籍、專論，及大量的文獻，

並參考外國實務操作與學說文獻，及能從中理解相關論點並整理其發展軌跡，做為我國未來立法及實務應用的參考；而「內容分析」的部分，將現可查詢的資料中，加以比較分析，藉以推論產生該制度內容的環境背景及其意義，是以，本研究將藉由資料的彙整，對現有資料做客觀的分析研究，以推得此制度的意義及操作模型。最後，法律制度的設計與理論的提出，皆在解決社會問題，終究在於定分止爭，本研究將輔以「案例分析」將以已有的科技定位偵查案件為中心，整理個案事實，並加以組織、類型化，從而提供我國法院對於此一制度的操作基準。

綜上所述，在前揭學說理論與實務判決相互參照、比對，探求其中異同之處及其原因，並分析該法規範體系，逐一驗證其理論是否足以解決我國所面臨的困境，以期能調和刑事訴訟法的目的及呼應社會對公平正義的渴求，使二者均衡，而不致有倚輕倚重之嫌，並企圖思考修正法制度之缺漏、弊病，使法制度更趨於完備以適宜我國，藉此研究，作為我國實務日後操作此一概念時，能有思考的空間與基礎。

第三節、本論文的架構

本論文在架構鋪排上共分五章，首先，在第一章緒論中先提出本論文的研究動機與問題意識，並限定研究範圍再就研究方法扼要說明；第二章則先就本論文所研究「科技定位偵查」的技術層面加以說明，並論述定位科技技術在偵查面的運用，比較科技定位偵查與傳統人力跟監間的差異性，透過差異比較展現科技定位偵查本身的獨特性，藉此限定本論文的研究範圍在科技定位偵查上，而不擴及傳統跟監論述。

第三章則進入外國法制的比較研究，該章第一節以美國法作為比較對象，畢竟美國身為科技應用首屈一指的國家，科技定位偵查也相對於其他國家更早開始發展，在此部份中先介紹美國實定法中對於科技定位偵查的規範，再以時間次序方法引介美國實務對於科技定位偵查的判決，藉以完整呈現美國實務見解的流變，最後再對美國法上實務判決加以評析，以作為本文後續見解的養分，第二節則是將視角拉回同在東亞且對我國法制有深遠影響的日本法，此部份中先就日本實務見解加以介紹，並依各該判決所擇採的見解加以歸類，並針對日本實務判決加以分析、評論，在分析完日本實務見解後，緊接著介紹日本學說對於科技偵查的各種見解，並在日本法的視角上，剖析各該學說見解可能的缺漏與問題，第三節就回歸我國法制的層面，先就我國稀少的實務見解做時間排序統合性的論述，並分析我國實務的論理，就我國實務見解提出若干論述上的質疑，次就我國學說見解加以介紹，在此同樣分析學說見解後針對各說的

論理提出相關的評論，最後，則統合各國法制特色與其相關批評，論述對於我國法制的啟示，以利在下一章中建構本文所提出的論述體系。

第四章為基本上就是在建構本論文的核心見解，在第一節中本論文先就強制處分概念加以說明，並提出本文認定強制處分的體系，之所以必須在此討論強制處分概念，是因為在我國偵查行為性質論上區分為任意處分與強制處分，兩者所銜接的程序控管與保障差異相當大，前者僅受事後檢視適法性的控制，後者卻有諸多原則加以限制，在處理科技定位偵查的性質前，有必要先確認強制處分與任意偵查的界限，方能正確掌握科技定位偵查的性質與適用的程序，第二節中就科技定位偵查引發侵害人民隱私的疑慮，涉及隱私權與合理隱私期待的概念，在此部份本論文先深入隱私權理論與實務流變，並就本文關注的面向加以討論，次者探究合理隱私期待的概念，就其發源—美國憲法增修條文第4條的基準出發，並提出本文見解，釐清合理隱私期待與隱私的關係，藉此重構合理隱私期待的內涵，第三節則是結合上開論述檢視科技定位偵查的性質，檢視科技定位偵查是否屬於強制處分，抑或是任意偵查，如為強制處分在我國實定法中是否可以找到相應的授權依據，第四節則是重新檢視我國搜索規範，並賦予搜索新的意義，探討科技定位偵查與搜索間的關聯，細究我國學說、實務解釋論上是否過於狹隘的問題，第五節則是就本文見解可能遭致的質疑，先擬預設的問題加以回應，透過自問自答的方式釐清本文見解可能未說明清楚的地方；最後，第五章為結論，將總結上開問題與彙整本文見解的脈絡，提出本論文的研究成果。

第二章、科技定位系統與偵查應用

第一節、GPS 全球定位系統與偵查應用

GPS 全球定位系統，近年來結合智慧型手機與應用程式，已成為普羅大眾頻繁運用的定位工具，而此技術從軍事用途到開放一般使用，並成為偵查利器，其發展歷史其實並不算短，在探討 GPS 全球定位系統當作為偵查方式之前，先了解此種技術的發展與原理，可以便於掌握其應用於偵查時，所產生的刑事訴訟法的意義與可能涉及的權利侵害面向，因此，本節中將扼要的介紹 GPS 全球定位系統的發展歷史與定位原理，進而擴展至此技術的應用層面，並聚焦在此技術在犯罪偵查所發揮的功能與實際運用的方式。

第一項、GPS 全球定位系統之簡介

第一款、GPS 全球定位系統之發展簡史

GPS 全球定位系統，英文全稱為：「Global Positioning System」正式名稱為：「NAVigation Satellite with Time and Ranging Global Positioning System」亦稱為全球衛星定位系統，其發展脈絡與網際網路相似，皆濫觴於軍事部門的需求而建立；最早的衛星定位系統即 GPS 全球定位系統之前身，係美國海軍所建立之 TRANSIT 衛星星系，即經緯儀系統¹或子午儀衛星定位系統，此系統透過都卜勒頻移原理(Doppler Frequency Shift)，由人造衛星發射無線電波傳達至地面接受台，透過都卜勒頻移量度來推算接收者位置，而接收方如有運動(移動)，則亦會影響都卜勒偏移量²，其精確度須視接收方及其設備而定³，如接收方為雙頻率接收器，平均誤差在 15~25 公尺；如為單頻率接收器，則平均誤差將擴大至 80~100 公尺，且其定位間隔為 70~100 分鐘⁴，可見其定位較慢，且對接收使用者之運動過於敏感⁵，不利於快速移動者，如飛機等高動態定位，是以經緯儀系統多於用於航海等低動態定位。

¹ 關於經緯儀系統之介紹可詳見陳詩經，衛星定位系統，船舶科技，9 期，1992 年 4 月，頁 93。

² GPS 與都卜勒偏移量的基礎介紹，參見安守中，GPS 定位原理及應用，全華科技圖書股份有限公司，初版，2005 年 10 月，頁 2-84 – 2-85；黃正中，漫談全球定位系統，國研科技，7 期，2005 年 07 月，頁 53。

³ 黃正中，同前註 2，頁 53。

⁴ 陳詩經，衛星定位系統，船舶科技，9 期，1992 年 4 月，頁 94。

⁵ 黃正中，同前註 2，頁 51。

嗣後，美國海軍見此系統效果不佳，無法提供較精確的資訊，因此提出 TIMATION 計畫，欲在上開系統經驗的基礎上，建立更精確的全球定位系統(然仍是二維定位)，同時，因空軍亦有定位需求，提出 NAVSTAR 計畫，此一計畫基本上與海軍類似，但定位更精準、系統更複雜(為高動態三維定位)，由於同時開發兩個類似的計畫，不僅疊床架屋，更須付出巨額的開發費用，美國國防部避免過鉅的計畫費用結合海軍的 TIMATION 計畫和空軍的 NAVSTAR 計畫⁶，設計一套具即時性、可適用於二度及三度空間的精準定位系統⁷，是以，現代 GPS 全球定位系統至此確定，嗣後美國政府因應民間對於 GPS 全球定位系統的需求，於 1984 年宣布開放 GPS 定位系統的部分功能(加入 SA 干擾碼加以控制，降低定位速度與精準度)，隨著 GPS 定位技術運用的層面越來越廣，終於在 2000 年，美國政府取消 SA 干擾碼的限制，提升現今使用 GPS 定位技術精準度。

第二款 GPS 全球定位之原理與結組成

本文並非電子、電機類論文，是以，僅簡略介紹 GPS 全球定位系統之原理⁸與組成，如下：

第一目 定位原理

GPS 全球定位系統之定位於三度空間中，係以三顆衛星以球狀發射無線電訊號，提供 X、Y、Z 三個未知座標之資訊，即透過無線電訊號從衛星傳送至接收端之傳送時間，推算出衛星與接收端之距離(公式為 $d=vt$ ， $v=3 \times 10^8 \text{ m/s}$)，取得 X、Y、Z 座標交集點，然現實上述三維定位模式，其前提是，接收端與三個衛星時間必須是同步一致的，方能透過衛星發射時間與接收端接收時間之時間延遲差計算二者距離，此即所謂「同步對時」⁹，如一個衛星時間與接收端僅差一毫秒($1/1000$ 秒)，誤差即可達約三百公里，此誤差即不可忍受¹⁰，是以，現運行之衛星均有配置鉻、銫原子鐘各兩個，銫原子鐘誤差為每三十萬年一秒，

⁶ 吳昭興，應用 GPS/GIS 於汽車導航系統設計之研究，國立臺灣大學造船及海洋工程學研究所碩士論文，2000 年，頁 4。

⁷ 安守中，同前註 2，頁 2-2 - 2-9。

⁸ 安守中，同前註 2，頁 2-7 - 2-9；吳昭興，同前註 6，頁 11-14；詳細的幾何分析，吳國華，運用視覺偵測可視衛星遮蔽在 GPS 定位精準度之改善，國立臺灣科技大學電子工程系碩士論文，2015 年，頁 7-8。

⁹ 黃正中，同前註 2，頁 52。

¹⁰ 黃正中，同前註 2，頁 52。

鉑原子鐘則每三萬年一秒¹¹，以同步、精確時間，然而接收器部分，僅能以石英鐘提供大約時間，況三顆衛星於傳送過程中，均可能形成誤差，此時，即需要第四顆衛星進行「回歸修正」¹²，將各個衛星之定位信號所提供之向度，作增量或減量，並修正接收端使用石英鐘所形成的誤差，有學者稱第四顆衛星是「整個 GPS 定位系統的重點」¹³，由上述原理可知，整個 GPS 全球定位系統的組成，勢必需要衛星與接收端，事實上，除接收端與衛星外，還需地面控制端監控衛星於太空的運作情形，方能確保整個 GPS 全球定位系統正常運作。

第二目 太空衛星部分

關於 GPS 太空衛星，目前共有三代，第一代衛星為 Block I，亦稱 NAVSTAR(Navigation System with Timing And Range)，於 1978~1985 年間，共發射 11 顆，因該時代太陽能電池技術並未發展完全，電池壽命僅在 3~5 年¹⁴，是以，第一代 GPS 衛星 Block I 設計壽命為 4.5 年；第二代 GPS 衛星又有分 II、IIA、IIR、IIR-M 與 IIF 五種，分別有 9、19、12、8 和 12 顆¹⁵，全系列共 60 顆衛星，最後一顆第二代衛星 Block IIF 於 2016 年 2 月 5 日成功發射，第二代 GPS 衛星除改良太陽能電池外，更增加原子鐘及核子試爆偵測感應器等設備，增加衛星的使用性；而第三代衛星 Block III 目前預計於 2018 年發射¹⁶，並延長其使用年限，希冀至 2030 年仍可繼續使用。

GPS 太空衛星須維持共有 24 顆衛星，其中 21 顆為工作衛星，3 顆為備用衛星，平均分配於距地表約 2 萬 200 公里的高空，分布於以赤道 360 度圓周，每 60 度為一軌道的 6 個軌道上，每個軌道有 4 顆衛星，每顆衛星維持 90 度，以約 12 小時(11 小時 58 分)繞行地球一周，上述分部設計，均係為能確保地表於任何時間、地點均能提供有效的定位，另外，於 2000 年前，美軍雖開放 GPS 純予民間使用，惟為確保 GPS 不淪為不法用途，加入 SA 干擾降低 GPS 精準度，嗣後因為鼓勵民用、商業與科學發展，且已發展出新的 SA 技術可針對特定地區予以干擾，是以，取消 SA 干擾，大幅提高民用 GPS 的精準度¹⁷，一般

¹¹ 詹明華、李文章，全球衛星定位系統在犯罪偵防上之應用，刑事科學，第 59 期，2005 年 09 月，頁 3。

¹² 安守中，同前註 2，頁 2-11。

¹³ 安守中，同前註 2，頁 2-11。

¹⁴ 安守中，同前註 2，頁 1-14。

¹⁵ 安守中，同前註 2，頁 1-15 – 1-16。

¹⁶ 可詳見：<http://gpsworld.com/gps-iii-satellite-delivery-slips-because-of-capacitor/>，最後瀏覽日：2017 年 12 月 9 日。

¹⁷ 關於取消 SA 干擾後精準度的國研研究，詳見羅逢源，“SA”取消後 GPS 的精確度，海運研究學刊，10 期，2001 年 4 月，頁 23-32。

定位誤差可達 15 公尺以內¹⁸，甚至達公分級的水平¹⁹。

第三目 地面控制部分

地面控制部分²⁰，係由一個主控制站、六個監控站與四個地面天線所組成，主要負責追蹤與檢查之任務，詳言之，即追蹤各個衛星的位置、檢查各衛星是否正常運作：

一、主控制站部分

主控制站，目前僅有一個，位於美國科羅拉多州 Schriver 空軍基地，負責管理所有 GPS 衛星、監控站、地面天線與中繼站之資訊，並下載各衛星資訊，修正誤差再透過地面天線回傳給衛星。

二、監控站部分

監控站，目前共有六個，分布於美國科羅拉多州、夏威夷、南太平洋、大西洋、印度洋等地，主要是監控各衛星資訊，協助主控制站修正衛星資訊，並有相應的原子鐘，對衛星進行每天兩次的詳細檢查。

三、地面天線

地面天線係接收、發射信號介面，為避免地面雜訊干擾，其必須於偏遠地區建置基地，且因衛星於地球上空進行橢圓形運動，為了能隨時監控衛星之動向，地面天線須於赤道附近等距離分布，每 90 度一個地面天線，地面天線基本上為無人，自動運作，但仍有與監控結合之地面天線。

四、使用者部分

接收者部分，係由訊號接受、訊號傳送及訊號處理等三個部分所構成，訊息接收部分即由接收天線與接收器所組成，而接收器又分為單頻率與雙頻率兩種²¹，如接收方為單頻率接收器，容易受外界因素影響，如傳送路線的電子干擾、季節氣候等因素，僅能透過修正公式加以處理；如為雙頻率接收器，因具有兩個信號可組合為特殊的線性組合，能消弭來自電離層等電子性的干擾；傳送部分，則由接收器內裝載的 GSM 行動電話，透過 GSM 基地台傳送 GPS 定

¹⁸ 安守中，同前註 2，頁 1-9。

¹⁹ 曾清涼，衛星定位最新發展，地籍測量：中華民國地籍測量學會會刊，19 卷 2 期，2000 年 06 年，頁 13。

²⁰ 此部份係參考安守中，同前註 2，頁 1-11 – 1-31；吳昭興，同前註 6，頁 5-9。

²¹ 安守中，同前註 2，頁 2-60 – 2-61。

位訊號至另一台行動電話上，是以，在使用 GPS 接收器時，須有任一電信公司的開通 SIM 卡，方能發揮傳送運號的功能，最後訊息處理部分，則由訊息解碼器解讀後，結合電腦內的電子地圖，將定位資訊呈現於使用者面前。

第二項、GPS 全球定位系統之應用

第一款、軍事部分

承前述，GPS 全球定位系統建置之濫觴係軍事需求²²，軍事上的應用自無須多言，有文獻²³指出，定位系統應用於現代戰場中，有覆蓋性、即時性、精準性、安全性與擴充性等特點，而從原先的導航需求，於戰略上作為航母、戰艦、潛艦和戰機等導航、定位²⁴，延伸至實際戰術運用，如飛彈的精準打擊、全天候地形偵察、遠距遙攻及無人機遙控，甚至，攔截飛彈等²⁵，突破原先預設的應用範圍，大幅應用於實戰當中，其中，最著名的即是 1991 的波斯灣戰爭與 2003 年伊拉克戰爭，利用 GPS 間接定位，迅速掌握敵方資訊精準轟炸，並提高地面飛彈的命中率，使平民傷亡人數下降，使 GPS 全球定位系統於現代軍事中成為不可或缺的角色，俄羅斯與中國亦各自研發俄羅斯 GLONASS 和北斗衛星定位系統亦是例證

第二款、測量部分

雖說 GPS 全球定位系統始於軍事用途，然事實上在 GPS 衛星全數建置完成前(即未有夠數量之衛星前)，土木工程界已經開始應用 GPS 為土地探勘與大地測量之工作，於 GPS 全球定位系統建置完成後，更仰賴其測量之精準性與快速，廣用於大地測量學，有文獻²⁶指出，其與傳統測量理論相異之處在於，GPS 測量技術係利用微波發射測量，而微波特性在於，不受天候因素影響、亦無分日夜均可測量，且於地表任何區域均可使用。

GPS 衛星測量方法²⁷，根據載波相位的基本觀測理論、儀器性能、觀測時

²² 關於定位系統運用的軍事意義，可參考黃俊麟，中共衛星航太科技與反衛星系統發展，國防雜誌，22 卷 4 期，2007 年 08 月，頁 40-52；林明武、林輝龍，導航衛星於電子戰作為之研究，國防雜誌，25 卷 5 期，2010 年 10 月，頁 75-87；羅春秋，中共「北斗」導航衛星發展及其軍事戰略意涵，國防雜誌，29 卷 6 期，2014 年 11 月，頁 63-79。

²³ 林明武、林輝龍，同前註 22，頁 79-80。

²⁴ 安守中，同前註 2，頁 1-8。

²⁵ 安守中，同前註 2，頁 3-58 – 3-60。

²⁶ 安守中，同前註 2，頁 3-27。

²⁷ 關於 GPS 測離方法的詳細介紹，曾清涼，同前註 19，頁 13-18；張仁義，低成本單頻 GPS

間長短、衍生的應用解法及其定位精度，可分為靜態與動態，靜態部分又分為靜態基線和快速靜態二種測量方法，前者適用於5公里以上之高精度控制網測量，如地殼監測、大區域大地控制網，測量時間至少須半小時，後者則適用於5公里以內之短邊長控制測量、加密測量、導線測量、細部點位測量以及界址測量等，測量時間則5分至半小時；而動態測量部分，細分為三有虛擬動態、半動態及純動態，虛擬動態之適用範圍與快速靜態相同，然其僅須重覆測量兩次，中間間隔一小時，每次約3~5分鐘，即可測量完成，此點係與快速靜態測量法之區別，半動態則適於適合於空曠地區，點位間距數十公尺內，點位密集之小規模測量，如地形測量、界址測量等，測量時間短於30秒，最後，純動態測量，測量時間最短，僅須10秒即可完成，適用於適用於移重物體之軌跡定位，空曠地區地形測量、界址測量，從此簡介可知，GPS測量方法有一定程度的發展。

第三款、交通部分

GPS最廣為人知的應用，不外乎就是導航的功能，初期建置之GPS全球定位系統亦用於軍事導航，流用於民間後，結合GIS地理資訊系統與電子地圖，構成汽車導航系統的基礎，是類導航系統主要功能為定位與方向確認²⁸，然智慧型手機的興起、Google地圖日益完善，再加上行動網路技術成熟，以智慧型手機內建GPS定位已是常事，事實上，透過行動網路定位可分GPS、A-GPS、Wi-Fi與行動通訊四種方式²⁹，GPS定位已如前述；A-GPS係是透過手機基地台信號結合傳統GPS衛星信號，使定位速度更快、更強大，惟此與GPS相同，須仰賴無遮蔽之室外空間，於室內並無法發揮其作用；其後兩種則非用於交通中，容後再述。

第四款、產業部分

因GPS全球定位系統的導入，在產業管理上亦有相當的助益，例如，建置「GPS車隊管理系統」使現行物流、計程車隊、大眾運輸業等，透過該系統管理車隊調度與運送時間，進而降低管理成本、提高運輸效率，而歐美國家進一

²⁸ 衛星接收儀定位精度之研究-以ACC TU820 L1 GPS接收儀為例，中興大學土木工程學系所碩士論文，2011年1月，頁18-22。

²⁹ 賴進貴，導航系統發展與地圖問題之探討，中華民國地圖學會會刊7期1996年12月，頁29。

²⁹ 關於行動網路定位的基本介紹，可以見下文本章第二節第二項；另可參考崔文、殷志揚、陳昭男，行動網路定位技術概觀，電腦與通訊115期，2006年03月，頁54-60。

步研究「智慧型運輸系統」(Intelligent Transportation System，簡稱：ITS)，其由GSM系統、電子地圖、電腦網路、監控系統與控制系統組成，亦係利用GPS全球定位系統調度大眾運輸工具，並再細分³⁰為先進交通管理系統(ATMS)、先進旅遊資訊系統(ATIS)、商用車輛運行系統(CVO)、先進郊外運輸系統(ARTS)、先進公共運輸系統(APTS)、先進車輛控制管理系統(AVCS)等子系統，除運輸產業外，農工礦業亦有利用GPS全球定位系統，農業部分，例如用GPS結合GIS地理資訊系統，進行農業蟲害防治分布的分析，礦業則是用於探勘礦脈，提高發現機率，節省昂貴的機械使用，另外，亦可利用差分全球定位系統³¹(Differential Global Positioning System，簡稱：DGPS)於原油管線埋設規劃，使用公分級的精確定位，利於事後的維修保養。

第五款、社福部分

GPS全球定位系統，可以即時、正確地顯示所在位置，搭配路線紀錄器後，更可以記錄其行經路線，更有應用於人身保全系統之上，而在日本，因高齡化社會而老人失智人口亦隨之上升，為解決老人走失問題，如日本有將GPS全球定位系統之接收器，配戴於失智老人身上或鞋子中³²，以防其走失，而走失問題不僅於老人才有，幼童走失亦屢見不鮮，同樣在日本亦有人研發GPS電子書包³³，將GPS追蹤器安裝於書包中，防止走失與綁架時，能立即知悉兒童位置；另外，於美國則有研發盲人用的GPS導航手杖，亦是應用於社福的例子。

第六款、犯罪預防與處遇

自從GPS接收器趨於迷你化後，攜帶更加方便外，其隱蔽性亦隨之提升，因此，各國偵查、警察機關看上GPS全球定位系統的追蹤功能與日益優越的隱蔽性，具有秘密、即時、精確及廉價特性，以GPS追蹤、接收器預防犯罪，亦

³⁰ 相關介紹可參見交通部，101年運輸政策白皮書，頁15-20，下載網址：<file:///D:/1010101441b.pdf>，最後瀏覽日：2017年12月10日。

³¹ 安守中，同前註2，頁2-68-2-80。

³² 上田学，認知症の高齡者にGPS端末 徘徊してもすばやく保護，朝日新聞，<http://www.asahi.com/articles/ASJDG6DSYJDGUBQU00M.html>，最後瀏覽日：2017年12月10日。

³³ 高橋暁子，【保存版】キッズケータイや子供向けGPSを徹底比較！通学や塾通いの「見守り」に最適なのは？，できるネット，<https://dekiru.net/article/15964/>，最後瀏覽日：2017年12月10日；我國關於這方面的研究，陳士杰、韓邦郡、王安妮、石宛璇、杜念庭，以行動裝置與穿戴式設備為基礎之孩童隨身照護機制之研究，臺東大學綠色科學學刊，5卷2期，2015年11月，頁151-160。

非不能想像之事，而將其應用於犯罪預防³⁴與犯罪處遇³⁵之上，有手機、汽機車等較昂貴的商品，業者即推出內建 GPS 全球定位系統之商品，如 iPhone 即內建「尋找我的 iPhone」功能，使該商品被竊時，透過內建的 GPS 全球定位系統予以尋回，減少失竊率，亦有文獻³⁶建議可運用於運鈔車，防止運鈔車被搶事件，或運用在警車上以利警力之布署與攔截圍捕作業。

第三項、GPS 定位追蹤與犯罪偵查

基本上，本文作為刑事訴訟領域的論文，自然是必須與刑事訴訟領域有關，因此，將聚焦在 GPS 定位追蹤系統應用於犯罪偵查³⁷的面向，探討 GPS 定位追蹤於偵查中所發揮的功能與實務上的運用方式：

第一款、GPS 定位追蹤於犯罪偵查的功能

第一目、輔助跟監

偵查實務將刑事案件分為五個階段，分別為犯罪發生、調查蒐證、緝捕犯嫌、移送法辦，最後即判決階段，其中調查蒐證與緝捕嫌犯之階段，經常須要追蹤之手段，詳言之，蒐集對象活動、掌握行蹤、確定住所及擬定攻擊逮捕計畫，進而，將犯嫌逮捕歸案，於此過程中，必須探知、確定追蹤對象³⁸之行蹤與住所，根據警察偵查犯罪手冊第四章第四節以下之規定，亦可知跟蹤與監視，即跟監，於實務辦案的重要性，而傳統跟蹤與監視往往無法預測後續動向，而存有一定失敗的可能性，GPS 全球定位系統的應用，可以適當彌補此向缺失，清楚掌握對象位置、方向甚至移動速度等資訊，縱使訊號消失，亦可精確知悉跟監對象的最後消失位置，有效提升偵查效率。

既然是有輔助跟監的功能，那跟監之功能亦會橫向移植到此處，基本上偵查跟監的功能就是 GPS 追蹤定位於偵查應用中的功能，而跟監的功能介紹，將留待本章的最後一節處理。

³⁴ 本款主要參考自詹明華、李文章，同前註 11，頁 11-15。

³⁵ 關於科技監控於犯罪處遇應用的檢討，可參見許福生，科技設備監控在性侵害犯之運用，月旦法學雜誌，166 期，2009 年 3 月，頁 92-110。

³⁶ 詹明華、李文章，同前註 11，頁 15。

³⁷ 本款主要參考自詹明華、李文章，同前註 11，頁 11-15；詹明華、李文章，目標軌跡在犯罪偵查上之應用，刑事科學，第 60 期，2006 年 03 月，頁 88-99；廖韋傑，以 GPS 追蹤裝置偵查犯罪之法律問題研究，國立海洋大學海洋法律研究所碩士論文，2013 年 6 月，頁 15-17。

³⁸ 追蹤對象可能是犯罪嫌疑人，可能是關係人等，不一而足。

第二目、取得目標軌跡（作為證據）

GPS 全球定位系統除追蹤功能外，透過搭配紀錄器，可將犯罪嫌疑人及其關係人所使用之交通工具、物品之移動軌跡³⁹，觀察、記錄並儲存於電腦中，供偵查人員重複檢閱觀看，以分析其所至位置、所為行為，研判其涉案可能、涉案程度，甚至作為預測後續行動的依據，例如，於擄人勒贖案件中，往往犯罪嫌疑人於取得贖款、釋放人質後，即展開亡命天涯的旅程，其後續的行蹤成為實務偵查的難題，而於此應用 GPS 全球定位系統，放置 GPS 迷你追蹤器於贖金提袋中，可以克服無法知悉行為人後續動向的困擾，準確掌握犯罪嫌疑人的行動，縱使犯罪嫌疑人發現追蹤器，將其拆除或丟棄，亦可就已取得的目標軌跡，縮小偵查範圍，鎖定犯罪嫌疑人及其關係人，除跟蹤、監視紀錄外，於審判時，亦可能當作證據，佐證其犯罪。

另外，亦可利用追蹤或跟監對象的行動軌跡，推測整個犯案過程與路徑，藉以找到關鍵證人或證物，如目擊證人、犯案後丟棄的證物等，縮小偵查的範圍，並更容易取得所需要的證人或證物，使偵查不致陷入膠著的狀態。

第三目、監控對象活動

承上述，運用 GPS 全球定位系統，可以有效記錄、分析目標軌跡的移動，與於點停留的久暫，可合理推斷當下追蹤對象於該時該地所為何事，並可能連結其他資訊一併判斷，例如：觀察到追蹤對象於銀行前停留一段時間，並調閱、結合其金融資料，進而可以得知其最近之財務狀況，甚至追查贓款流向等，或結合追蹤對象的背景資料，判斷其接觸的人、事，進一步擴大偵查範圍；於實務走私毒品案件中，以漁船方式走私者可謂相當常見，然縱算有情資顯示有走私毒品情形，偵查人員於海上亦難以跟蹤接應之漁船，經常無法知悉接應毒品之漁船的上岸地點，查緝毒品走私相當困難，如於接收情資時，鎖定接應之漁船並裝置 GPS 接收器，即可知悉其泊錨地點、上岸地點等，降低查緝的困難程度，是以，就 GPS 全球定位系統於偵查應用上，有監控對象活動之功能。

此外，另有私人運用 GPS 全球定位系統，來進行監控活動並蒐證者，最常見的就是—配偶外遇(即俗稱的抓姦)，惟此係私人運用，非國家偵查行為，不

³⁹ 建立目標軌跡之方法，參見詹明華、李文章，同前註 27，頁 85-88。

在本文討論範圍⁴⁰。

第二款、GPS 定位追蹤於偵查實務的運用

GPS 全球定位系統應用於偵查面向，分有不同的類型，根據 GPS 訊號接收器內有無傳送器等，大致分為即時式與非即時式二類⁴¹：

第一目、即時式定位追蹤

即時式定位追蹤⁴²，非單純的 GPS 全球定位系統組成，係透過行動通訊系統之訊號，傳送 GPS 追蹤器所接收的位置訊息，換言之，除利用 GPS 追蹤器本身，尚須有行動電話的系統方得運作，細言之，運用即時式定位追蹤前，須先申辦行動電話的 SIM 卡，透過行動通訊系統的訊號傳送 GPS 追蹤器的位置資訊，而因行動通訊技術的發展，有分為 2G(GSM)、2.5G(GPRS)、3G(UMTS)、4G 等不同代次的系統，有文獻⁴³依此將常見的即時式 GPS 裝置歸納為「全球移動通訊系統(GSM)之即時式 GPS 追蹤裝置」與「通用封包無線技術(GPRS)系統之即時式 GPS 追蹤裝置」二類，惟本文以為，是二類區分僅係行動通訊的技術新舊有別，而有傳輸技術與速度的差異而已⁴⁴，其本質均係結合行動通訊之訊號傳輸，而能即時知悉位置資訊，於法律意義上，並無差異。

第二目、非即時式定位追蹤

此種方式，與上述即時式有所不同⁴⁵，最大的差異在於，非即時式並無訊號傳送設備，而是由 GPS 追蹤器中裝載儲存，嗣跟蹤與監視行動完成或電力耗盡時，始由偵查人員前往取回讀取內容，方能知 GPS 追蹤器所記錄的經緯度、

⁴⁰ 關於私人運用 GPS 行為(多用於抓姦)，學說上多有討論，如許恒達，GPS 抓姦與行動隱私的保護界限——評臺灣高等法院一〇〇年度上易字第二四〇七號刑事判決，月旦裁判時報，24 期，2013 年 12 月，59-78；薛智仁，衛星定位追蹤之刑責—評臺灣高等法院 100 年度上易字第 2407 號判決，科技法學評論，11 卷 1 期，2014 年 6 月，頁 119-154。；學位論文如蘇軒儀，私人使用 GPS 取證之刑事法問題研究，國立政治大學法律學系碩士論文，105 年。

⁴¹ 此種分類方式參考自黃政龍，論新型偵查方法之法律問題—以 GPS 追蹤與無人機偵查為例，刑事法雜誌，59 卷 4 期，2015 年 8 月，頁 124；黃清德，科技定位追蹤監視與基本人權保障，元照出版公司，初版，2011 年 11 月，頁 84-86。

⁴² 此部份主要參考自黃清德，同前註 41，頁 85-86；詹明華、李文章，同前註 23，頁 9-10；黃政龍，同前註 41，頁 124。。

⁴³ 廖韋傑，同前註 37，頁 19-20。

⁴⁴ 當然就技術面而言，有其差異，然效果則是 2G~4G 之間的差異，可以上網搜尋，本文推薦下文，其有簡白的科普介紹，<https://technews.tw/2015/10/06/3g%E3%80%814g%E3%80%815g-meaning/>。

⁴⁵ 此部份主要參考自黃清德，同前註 41，頁 85-86；黃政龍，同前註 41，頁 124；廖韋傑，同前註 37，頁 19-20。

方向與速度等位置資訊，將此類位置資訊載入電腦內與 GIS 地理資訊系統、電子地圖重疊，回溯觀看其紀錄之路線，與上述可即時觀察位置資訊之系統有所差異，由此可知，此種系統因無法即時得知位置資訊等動態資訊，僅能取回後分析處理，方能篩選所需之位置資訊，此項時間差有一定的不便，況如受追蹤者如行蹤不定，則難以取回 GPS 追蹤器與紀錄器，更無所謂為分析位置資訊的可能，此適用範圍似乎必須限縮於有固定住所之對象，否則，以此種 GPS 追蹤器偵查犯罪，並無實質意義。

不論上述何種 GPS 追蹤方式，因 GPS 全球定位系統之特性，天線必須見天，即盡可能不被遮蔽，方能達其應有的接收功能，因此，偵查、警察機關多會將 GPS 接收器、電池組與天線放置於車內角落或利用磁鐵吸附於車體保險桿及其他金屬製之隱密部位，並同時配合地理資訊系統的圖形資料系統，並注意天線、電源供應、隱蔽性、脫落可能、訊號漂移等因素⁴⁶，以利犯罪偵查之效能。

第二節、其他定位追蹤技術的偵查應用

經上一節扼要的介紹 GPS 全球定位系統的發展與其應用於犯罪偵查所發揮的功能後，可以知道於偵查中為知悉特定對象的位置資訊與行動軌跡，運用 GPS 定位技術是相當重要的取得管道，雖說本文是以 GPS 定位技術為討論中心，然現今其他定位技術亦是蓬勃發展，有些甚至與 GPS 定位系統交互混用，相互補足技術缺陷，使定位精準度提高，可知 GPS 定位技術並非唯一取得位置資訊與行動軌跡的途徑，就此，於本節中將一併分析其他偵查實務中應用的定位技術，再與 GPS 定位技術作差異的比較，並透過篩選將各技術加以分類，構成具有法律意義的類型。

第一項、行動通訊定位追蹤

行動通訊定位，係利用行動電話通訊時，發射的無線電與行動通訊的基地台而為之定位技術，屬二度空間定位，申言之，行動電話於待機狀態時，每 7 秒會自動搜尋訊號最強之基地台，以利通訊時能在最佳的品質下進行，而搜尋到能提供最佳訊號之基地台時，行動電話則會自動傳送使用者門號（即 IMSI，SIM 卡識別碼）與該行動電話獨有的序號（即 IMEI，手機序號），此時，可以透

⁴⁶ 詹明華、李文章，同前註 11，頁 15-16。

過基地台接收之門號或行動電話序號，又依此分為兩類⁴⁷：一為利用基地台記錄「行動電話門號」者，知悉該「門號」的使用位置，稱為行動電話基地台分析；二為以「行動電話序號分析」知悉並鎖定使用該行動電話之位置，稱為「行動電話序號清查」是以，如該使用者使用到某個基地台，即可觀察行動電話與多個基地台的訊號強度，推估與行動電話的距離，即 CGI-TA 定位技術，另有三角定位、TOA (Time of Arrival) 、TDOA (Time Difference of Arrival) 與 CELL-ID 等定位技術⁴⁸，若再使用指向性天線或指向通聯紀錄，則又可以知道訊號方向，此即行動通訊定位。

事實上，行動通訊之位置資訊可以從「通聯紀錄」所載資料，回溯知悉或「即時定位資訊」中得知，前者，通聯記錄之調取，目前已有通訊保障及監察法予以規範，不在本文討論之列⁴⁹；後者，於偵查實務上亦有應用，即 M 化偵查網路系統，所謂 M 化定位系統(M 化偵查網路行動電話定位系統)，係以 M 化定位車、頻譜分析儀與指向性天線所組成，M 化定位車可模擬基地台，知悉模擬基地台範圍內的行動電話訊號與資料，再以頻譜分析儀偵測訊號強度，推估與行動電話之距離，再以指向性天線尋找方位，據媒體報導其誤差範圍甚至可縮小至 1 公尺⁵⁰，甚至可以鎖定至特定大樓之房間⁵¹，以利偵查埋伏與逮捕作業。

第二項、行動網路定位追蹤

行動網路定位，即為 A-GPS(Assisted Global Positioning System)，係結合傳統 GPS 全球定位系統技術，透過行動通訊系統之訊號、網路予以定位，通常傳統的 GPS 接收器於第一次定位或長時間未使用下再次開機使用，即冷開機狀況下，須耗費 30 秒到 15 分鐘的時間重新定位，且於室內無法發揮作用，然 A-

⁴⁷ 有學者將之分為「行動電話基地台分析」及「行動電話手機序號分析」兩者差異可詳見黃清德，同前註 41，頁 91-92。

⁴⁸ 關於 TOA 、TDOA 定位方式的介紹，可參考吳世琳、張自強、葉禹良、許冠傑，無線網路定位技術應用於即時救援，臺灣職能治療研究與實務雜誌，4 卷 2 期，2008 年 12 月，頁 140 ；更詳細的研究，朱翊雯，結合 TOA 及 AOA 混合式定位技術於地面無線定位之應用，成功大學電機工程學系碩士論文，2015 年 1 月，頁 13-14 。

⁴⁹ 通訊保障及監察法第 3 條之 1 第 1 項：「本法所稱通信紀錄者，謂電信使用人使用電信服務後，電信系統所產生之發送方、接收方之電信號碼、通信時間、使用長度、位址、服務型態、信箱或位置資訊等紀錄」。

⁵⁰ M 化車裝基地台 定位找到藏身地，蘋果日報，2015 年 1 月 25 日，<https://tw.appledaily.com/headline/daily/20150125/36349616>，最後瀏覽日：2017 年 12 月 11 日。

⁵¹ 詹明華、陳弘斌、宋奕賢，定位技術在犯罪偵查上之應用，刑事科學，第 80 期，2016 年 03 月，頁 5 。

GPS 因利用行動通訊訊號輔助，大幅縮短冷開機定位時間，使用者開啟行動網路至完成定位，僅須約 8 秒即可，且較傳統 GPS 省電⁵²，強化傳統 GPS 之缺點，又因行動通訊系統之基地台具相當數量，其精準度亦有所提升，誤差範圍為 5~15 公尺，較傳統追蹤用 GPS 定位的 5~30 公尺，來的精確許多，甚至連室內也可使用 A-GPS，然其室內定位受限於基地台位置，因此，誤差較室外定位來的大，誤差範圍可達 500 公尺。

現今行動網路定位，基本上多以智慧型手機，搭配手機內部的行動應用程式(mobile application，亦簡稱 mobile app、apps)，以 Google 地圖為例，於使用 Google 地圖時，有一個功能為 Google 定位紀錄，可記錄每次使用定位的位置資訊，並經設定還可分享予使用者同意公開的對象，使該對象知悉使用者每天的位置資訊，簡單來說，Google 定位紀錄設定取決於使用者是否開啟、分享對象，可以想像於偵查應用將多有助益，本文依據偵查機關的主動裝設與利用追蹤對象自己的裝置，分為兩種類型：前者是指偵查機關以行動通訊裝置開啟定位功能，放置於追蹤對象之物件上，並同時設定定位紀錄，以此得知追蹤對象之位置資訊；後者，則是利用追蹤對象所擁有的行動通訊裝置，並開啟定位紀錄功能所得之位置紀錄，前者，與本節第一項中的即時式 GPS 定位追蹤無異，僅該項是用 GPS 追蹤器，本項是用行動電話；後者，則是以紀錄方式呈現，屬非即時式之位置資訊，須在區分為國家機關取得追蹤對象之帳號密碼，進而進入系統取得其定位紀錄，和 Google 公司或業者提供(國家機關要求或主動)，綜上，行動網路定位可以說有多種取得位置資訊的管道。

第三項、Wi-Fi 定位追蹤

Wi-Fi，係為 Wi-Fi 聯盟所創之產品品牌認證，為建立於 IEEE 802.11 標準的無線區域網路技術，現今都市中，不論室內或室外，幾乎有分布 Wi-Fi 訊號，正因其訊號分布廣泛的特性，用於定位上自然是可以想像的事，關於 Wi-Fi 定位之原理與技術，分為時間測距(Time-to-distance)、角度測距(Angle-to-distance)與訊號強度測距(Signal strength)三種⁵³，應用層面各有不同，本文不多加詳述，而大多的技術方法於室內、室外均可為定位，然須注意，既然是以無線電傳送訊號，對於不同的物體就會有不同的反應，進而影響其反射率、折射

⁵² 黃晟中，結合 GPS 與行動通訊系統之無線電定位技術研究，國立海洋大學導航與通訊系碩士論文，2002 年，頁 28-31。

⁵³ 吳世琳、張自強、葉禹良、許冠傑，同前註 48，頁 140-143。

率等，其訊號強度亦容易受環境因素、布建方式、位置而有不同⁵⁴，影響 Wi-Fi 定位技術的主要因素有訊號的存取地點、基地台分布與接收端移動速度等。

Wi-Fi 定位係仰賴 Wi-Fi 基地台而為定位，而 Wi-Fi 基地台所在位置的資訊就相當重要，現關於 Wi-Fi 基地台位置資料(即 MAC 位址，Media Access Control)，以 Google 公司藉由 Google 地圖之街景車與 Android 系統用戶提供建置之資料庫，可謂最為完備⁵⁵，申言之，Google 地圖的街景車除蒐集街道的景物外，還蒐集所經路線 Wi-Fi 基地台位置資料，再透過 Android 用戶或 Google 地圖之使用者，更新 Wi-Fi 基地台位置資料，實際上，縱算以行動網路定位而使用 Google 地圖時，Google 地圖通常會建議打開 Wi-Fi 接收選項，以提供更準確的定位⁵⁶，可見 Wi-Fi 定位的存在已經是相當成熟的技術，然 Google 畢竟是私人企業，其資料庫亦為私人所有，不在本文討論之列，而我國國家機關此一資料庫之建置仍在發展階段，尚無成功以此定位方式偵查之例⁵⁷。

上述乃傳統所稱的 Wi-Fi 定位，是當追蹤對象正在使用的 Wi-Fi，偵查機關以儀器加以偵測而為之定位，屬靜態、定點定位(與行動通訊定位相仿)，而現今 Google 地圖已有提供無須行動網路而單獨使用 Wi-Fi 之定位功能，並同時可以記錄行徑路線，使 Wi-Fi 定位更廣泛的運用，「理論上」偵查機關亦可能直接將行動通訊裝置或其他設備開啟 Wi-Fi 定位功能，放置於追蹤對象之物件上，並同時設定定位紀錄，以此得知、記錄追蹤對象之位置資訊，此即無須仰賴建置 Wi-Fi 基地台位置資料庫，亦可為 Wi-Fi 定位追蹤，然 Wi-Fi 定位追蹤仰賴基地台之數量，於我國非都市區，其誤差範圍可能會隨之擴大，是否可如行動網路定位一般方便精確，仍待研究。

綜上，本文如同行動網路定位追蹤的分類方式，依據偵查機關的主動裝設與利用追蹤對象自己的裝置，將 Wi-Fi 定位分為兩種類型，前者，是偵查機關以行動通訊裝置開啟 Wi-Fi 定位功能，放置於追蹤對象之物件上，並同時設定定位紀錄，以此得知追蹤對象之位置資訊；後者，即傳統的 Wi-Fi 定位，是利用追蹤對象正在使用的 Wi-Fi，偵查機關以儀器加以偵測而為之定位。

⁵⁴ 詹明華、陳弘斌、宋奕賢，同前註 51，頁 8。

⁵⁵ 詹明華、陳弘斌、宋奕賢，同前註 51，頁 8。

⁵⁶ 經研究發現，Wi-Fi 點較密集的都會區，易使 GPS 定位效果不佳，但可輔以 Wi-Fi 定位加以補足，Zhang, J., Li B., Dempster A. G. and Rizos C., 2011, Evaluation of High Sensitivity GPS Receivers, Coordinates, 7(3). <http://mycoordinates.org/evaluation-of-high-sensitivitygps-receivers>.，轉引自林老生、郭清智，整合 Wi-Fi 與 GPS 技術於室外定位之研究，臺灣土地研究，18 卷 1 期，2015 年 05 月，頁 7。

⁵⁷ 詹明華、陳弘斌、宋奕賢，同前註 51，頁 8。

第四項、差異比較與本文關注的面向

第一款、技術類型的差異比較

第一目、位置資訊取得之執行問題

從位置資訊的取得執行問題的角度出發，可分為兩個面向，一是控制程度的差異，二是執行成本的問題，經上述可以發現，GPS 定位追蹤，係偵查機關主動裝置在追蹤對象(可能是犯罪嫌疑人抑或是其他關係人)的交通工具或物件上，此種偵查行為排除先天的技術障礙，基本上是偵查機關可以完全操控，然其執行成本在於，須先掌握特定對象並鎖定其交通工具或物件，並將 GPS 定位追蹤器裝載於交通工具或物件，而裝載時是於公共空間或私人空間，又會產生不同的執行成本；行動通訊定位則是搜尋、利用追蹤對象自己本身擁有的行動通訊設備，受限於追蹤對象是否開啟行動通訊設備，且此執行上亦非直接取得其完整、無差別的位置資訊、行動軌跡，而是必須先知悉並限定追蹤對象的活動範圍，再透過此種方式知悉其大概或精確的所在位置，因此，此種方式的執行成本在於，須先蒐集其他資訊限縮於一定的地域，方能使用此種方式予以定位追蹤；行動網路的定位追蹤則分有偵查主動裝置與利用對象本身的訊號兩種，已如前述，前者如上述 GPS 定位追蹤有相同的操作問題，後者則同樣仰賴追蹤對象始終或長期自發的開啟定位設定，方能掌握完整的定位資訊與行動軌跡，偵查機關的控制受到一定程度的限縮，且後續侵入電腦或線上系統或要求業者提供紀錄等，屬線上搜索⁵⁸、提出命令或搜索之範疇，執行成本大幅提升，亦涉及不同的偵查行為；最後 Wi-Fi 定位也分為分為偵查主動裝置與利用對象本身的訊號兩種，前者如上述 GPS 定位追蹤有相同的操作問題，後者則與行動通訊定位相同。

第二目、位置資訊的完整性

先不論技術層面的定位精確度，單就取得位置資訊的完整性來看，GPS 全球定位系統追蹤器的裝載，通常會搭配紀錄器，可完整記錄受追蹤者的位置資訊與行動軌跡；行動網路定位中(不論何種類型)，雖技術層面與 GPS 全球定位系統有所差別，事實上亦是 GPS 全球定位系統技術的延伸，與 GPS 全球定位

⁵⁸ 我國刑事法上關於線上搜索的文獻不多，如王士帆，網路之刑事追訴—科技與法律的較勁，政大法學評論，145 期，2016 年 6 月，頁 339-390；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，208 期，2012 年 09 月，頁 230-244；劉芳伶，遠距搜索扣押與令狀之明示特定，東海大學法學研究，2016 年 8 月，頁 1-52 等。

系統的位置資訊完整度應無差異；Wi-Fi 定位中的主動偵查型，亦可完整記錄受追蹤者的位置資訊與行動軌跡；而 Wi-Fi 定位中的利用對象型與行動通訊定位，則和上述三種定位之位置資訊完整度有所不同，Wi-Fi 定位之利用對象型與行動通訊定位，原則上僅係顯示該即時、靜態的定位位置，其動態的行動軌跡則較難觀察，如須完整記錄其動態的行動軌跡，仍須搭配其他技術或軟體。

第三目、技術的先天障礙

就技術先天障礙的面向來說，GPS 全球定位系統追蹤器之天線必須見天(即不能有包覆的遮蔽)，不能於室內使用⁵⁹；行動通訊定位則是受限於基地台的設置位置、數量與訊號，於都市、鄉村或山區極有可能有不同的定位誤差，然其於室內亦可定位；行動網路定位，其原理雖同於 GPS 全球定位系統，然亦是透過行動通訊基地台之訊號，當然受基地台位置、數量與訊號之影響，雖說其室內定位精準度尚待加強⁶⁰，然已突破傳統 GPS 全球定位系統的先天缺陷；最後，Wi-Fi 定位中的利用對象型亦因有賴於基地台的布置數量與 MAC 位址資訊之資料庫是否完備，目前，都市中的 Wi-Fi 基地台的數量堪謂完備，然國家建立的基地台 MAC 位址資訊之資料庫尚在建置中⁶¹，且其係透過無線電傳送，訊號強度亦容易受環境因素影響⁶²，造成訊號不穩的現象，然優點是室內亦可定位。

然須注意的是，現行動網路定位多直接用 Google 地圖或其他定位之行動應用程式，而此類定位之行動應用程式多會建議使用者開啟 Wi-Fi 裝置，透過 Wi-Fi 定位技術，使原先行動網路定位更加精確⁶³，縮小誤差範圍，因此，行動網路定位經常是結合 Wi-Fi 定位進行，再透過智慧型手機中的行動應用程式予以紀錄，單獨使用 Wi-Fi 定位是相當少見的。

第四目、需求面向之差異

因執行問題與位置資訊完整的程度的差異，偵查機關應根據不同的偵查需求而配合不同的定位技術，例如：偵查機關為取得集團犯罪地點、集團總部位置與犯罪行徑路程等行動軌跡紀錄，以一次性破獲整個集團性犯罪，並以此

⁵⁹ 詹明華、李文章，同前註 11，頁 16。

⁶⁰ 詹明華、陳弘斌、宋奕賢，同前註 51，頁 8。

⁶¹ 詹明華、陳弘斌、宋奕賢，同前註 51，頁 8。

⁶² 詹明華、陳弘斌、宋奕賢，同前註 51，頁 8；吳世琳、張自強、葉禹良、許冠傑，同前註 48，頁 140。

⁶³ 同前註 56。

項位置資訊與行動軌跡作為犯罪證據，此時，偵查機關於偵查的需求在於「以行動軌跡作為證據」及「逮捕犯罪集團人員」先鎖定其中一名成員並使用有完整定位之位置紀錄的 GPS 定位追蹤或行動網路定位，相較於僅能顯示該名成員靜態定點位置的行動通訊定位，更符合偵查機關的需求；相反的，如偵查機關的需求僅在逮捕個別犯罪嫌疑人，情資僅顯示該名犯罪嫌疑人在某特定區域出沒時，此時，以行動通訊定位方式不失為一個選項，當然，亦有可能同時混用不同的定位技術，除以行動通訊定位外，亦加裝 GPS 定位追蹤器於犯罪嫌疑人之親屬或其他關係人之交通工具或物件上，此二位置資訊交叉比對，如有於相同的時間卻出現於同一地點，即更可確定犯罪嫌疑人之位置資訊。

第三節、跟監與科技定位偵查

跟監，是警察執行勤務經常使用的手法，從行政調查到犯罪偵查都可見其蹤跡，事實上，科技定位偵查的原型就是跟監的一種型態，因此，本節將話說從頭，從跟監行為的定義開始檢討並嘗試修正，再整理、歸納現有的類型加以介紹，並透過傳統跟監與科技定位偵查的比較，進一步掌握科技定位偵查的特性，以利後續探討法律性質的問題，而跟監的法律根據(尤其是偵查跟監)與法律性質的爭議，雖與科技定位偵查有高度重疊，但本論文是專注在科技定位偵查本身，是以，本節僅就跟監的意義、類型和比較分析進行檢討，再藉由之間差異的比較延伸至法律問題的處理。

第一項、跟監意義與類型

第一款、跟監之定義

跟監之定義，依據《警察偵查犯罪手冊》第 93 條規定，區分為跟蹤與監視：「跟蹤乃偵查人員為達成偵查犯罪任務，對特定之人或物等偵查對象所作的一種秘密而持續的觀察活動，屬「流動觀察」或「動態觀察」目的在發現犯罪嫌疑人之不法行為，並掌握可能犯罪之證據及其犯等；監視亦為偵查人員為達成偵查犯罪任務，對特定之人、事、地、物等對象實施秘密而持續的觀察，屬「固定觀察」或「靜態觀察」目的在瞭解對象之活動情形，並防止其逃亡及湮滅證據。」；此規定將跟監區分為跟蹤與監視，並直接規定兩者存有不同的目的，而部分文獻⁶⁴亦直接引用這種定義。

⁶⁴ 林昶瑨，論刑事程序之跟監行為，國立政治大學法學院碩士在職專班碩士論文，2009 年，頁 9。

而另有學者⁶⁵提出另一種定義方式，認為跟監係指國家機關為防止犯罪或犯罪發生後以秘密而不伴隨國家公權力之方式，對無隱私或秘密合理期待之行為或生活情形，利用目視或科技工具進行觀察及動態掌握等資料蒐集活動；此種定義方式可以發現，其大幅限縮跟監行為，限縮在不伴隨國家公權力的方式，且須對跟監對象無隱私或秘密合理期待之行為或生活情形，揆此種定義方式之真意，是認為跟監是任意偵查的手段，不能以帶有國家公權力的方式為之，從而，跟監的範圍也必須限於無隱私或秘密合理期待的範圍之內，然而，往往在實務中的跟監手法不勝枚舉，帶有公權力性質或侵入有合理隱私期待者所在多有，如果只限於上開含納許多法學爭議的定義⁶⁶始能稱為「跟監」那非上述定義下的跟蹤或監視就不能稱為跟監，只會使法學名詞的產出不斷擴增，且與日常語彙過度脫節，使概念不易釐清。

本文基本上認為，細觀《警察偵查犯罪手冊》第 93 條規定所定義的跟監，區分為跟蹤與監視，可以發現兩者均是基於偵查活動下，對特定對象實施秘密而持續的觀察，僅說文解字的將跟監一詞拆字為跟蹤與監視，並冠以不同的目的與靜、動態之分，實則於偵查實務中，往往跟蹤都伴隨著監視，難道跟蹤就不是監視？顯然二者根本無法截然區分，此項區分定義的方式實無必要，而比較適當的作法是僅須將偵查機關行為有相同特徵者劃入相同定義當中，而在該項下加以類型化即可；雖說《警察偵查犯罪手冊》第 93 條的分類定義並無必要，不過該規定本身仍提供了定義跟監的基本素材，從其定義可以知道，原則上跟監是對於跟監對象行為與活動具持續性的緊密觀察，且必須具有隱密性，因此，如非具有持續性或非緊密或非隱密性的觀察，則非屬跟監，然須注意，該手冊係針對偵查而定，跟監定義須限於偵查目的與特性，其中隱密性的要件即是基於偵查的隱密性而來，然而，跟監不必然只用於偵查，如行政調查亦可能使用跟監作為手段，因此，本文稍作修正並嘗試定義如下：跟監，係指國家機關對於特定對象之活動具持續性的緊密觀察，藉以獲取所需用的資訊。

第二款、跟監之類型

關於跟監的種類⁶⁷，可以依據跟監的目的、時間久暫與方式等，分有以下類型：

⁶⁵ 吳巡龍，跟監之證據能力，月旦法學教室，151 期，2015 年 5 月，頁 34。

⁶⁶ 何謂任意偵查？何謂合理隱私期待與其界限？本身即是重大的法學爭議，也是本文欲討論的核心。

⁶⁷ 此部份參考吳爾文，警察跟監制度之研究，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2007 年，頁 6、18-21；與本文相同的歸類方式：戴東盛，偵查程序中資料蒐集與利用之研究-以跟監為中心，中央警察大學警察政策研究所碩士論文，2012 年，頁 89。

第一目、以跟監目的分類

一、刑事跟監

刑事跟監分為偵查跟監與刑事執行之跟監，偵查跟監就是基於偵查目的而為的跟監行為，申言之，即司法警察於犯罪發生後，為偵查犯罪所為的調查活動；而刑事執行之跟監，則是指於刑事判決執行前為確保受刑人能確實受執行或在執行中的假釋期間、緩刑中或受保護管束人諸如此類的關於刑事執行的跟監⁶⁸。

二、行政調查之跟監⁶⁹

行政調查之跟監，則是關於犯罪預防或危害公安全事件預防等行政目的，由行政警察執行之跟監，如確認受居家隔離之病患是否遵守隔離命令、集會遊行場合之跟監等。

三、目的與公開與否的牽連

跟監在一般的印象中，均為秘密、不公開，所謂祕密或不公開，係指受跟監者不知情而言，事實上公開與否取決於跟監之目的而定：

偵查跟監即是因具秘密性，當然屬不公開跟監；刑事執行之跟監，其對象為緩刑、假釋之受保護管束人、待審被告及受特殊保安處分之人，為達到避免再犯、判斷是否違反規定等功能⁷⁰，應以公開方式使受跟監者知悉，形成一定程度的制約；而載負防止危害等行政目的跟監，亦多以公開方式為之，理由也同於刑事執行的跟監，然如為行政調查亦同於偵查般，須以秘密方式為之。

第二目、以時間久暫分類

跟監依據時間長短分為長期跟監與短期跟監，然而何謂長期？何謂短期？該界線如何劃定實為困難，有學者⁷¹建議具體標準可援參德國刑事訴訟法第 163 條 f(1)⁷²：「若有足夠事實依據顯示發生重大犯罪，得命對被告進行下列計畫行監視(長期跟監)：1.持續不間斷地超過 24 小時，或 2.超過 2 日……」為標準，即持續性跟監 24 小時以上或間歇性跟監超過 2 日為長期跟監，反之，則屬短期跟監。

⁶⁸ 可參考許福生，同前註 35，頁 92-110。

⁶⁹ 吳爾文，同前註 69，頁 6、14-18。

⁷⁰ 許福生，同前註 35，頁 97。

⁷¹ 薛智仁，司法警察之偵查概括條款？—評最高法院一〇二年度臺上字第三五二二號判決，月旦法學雜誌，235 期，2014 年 12 月，頁 254。

⁷² 條文翻譯取自連孟琦，德國刑事訴訟法，元照出版公司，初版，2016 年 9 月，頁 226。

第三目、以跟監地點固定與否分類

跟監依據跟監地點固定與否⁷³，區分為動態與靜態兩個面向，前者，指國家機關尾隨跟監對象的行動，藉由監看其活動蒐集所需的資訊，通常以步行或派車方式為之，國家機關的行動受制於跟監對象的活動，跟監地點自然為不固定；後者，則指針對特定處所進行監看，觀察該處所之特定人或出入人員，加以蒐集所需資訊，此種方式則是鎖定特定的處所進行監看，國家機關不必隨人或物加以移動⁷⁴。

第四目、以技術工具為分類

一、傳統跟監

傳統跟監方式，基本上以純粹人力、肉眼方式跟監特定對象，必須緊跟對象避免跟丟，然而亦必須隨時保持距離，以防跟監對象發現被跟監之事實，進而喪失偵查資訊優勢，因此，在傳統跟監中以徒步跟監為例，即發展出多種跟監方式⁷⁵，如單人、雙人、三人即跳蛙跟蹤法等，其用意就是在於避免跟監失敗。

二、科技定位偵查

科技跟監方式，即是運用科技設備進行對於特定對象之活動具持續性的緊密觀察，如前兩節所介紹的定位技術、攝影設備等，其又有論者⁷⁶分為通訊監察、物理性監視科技與交易資訊監視科技，而因大部分跟監的行為均由科技設備取代，國家機關不必再派遣大量人員進行跟監，僅須由少數操作人員進行即可，且可精準掌握跟監對象的位置與活動，本文所探討科技定位偵查即屬科技跟監的分支之一。

第三款 科技定位偵查的類型與本文的極限

第一目、科技定位偵查的類型

從前一節比較可以發現，有各種不同的定位技術，偵查機關可以依據自己需求，採取不同的定位技術方式，加裝於追蹤對象持有的物件或所使用的交通工具，進而取得追蹤對象即時或非即時的位置資訊，或直接鎖定區域範圍，透

⁷³ 鄭厚堃，犯罪偵查學，民國 90 年修正版，頁 291；事實上這也是《警察偵查犯罪手冊》第 93 條的分類基準。

⁷⁴ 這並不表示國家機關完全不能移動，而是視情形變更不同的優勢點(可良好觀察的地點)，可參見蘇逸修，行動蒐證之研究，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2003 年，頁 7。

⁷⁵ 蘇逸修，同前註 75，頁 16-19。

⁷⁶ 黃政龍，科技偵查之研究—以公共空間行動資訊隱私權為範疇，中原大學財經法律研究所碩士論文，2009 年，頁 10。

過追蹤對象本身擁有的行動裝置，直接取得追蹤對象即時或非即時的位置資訊，雖說追蹤定位方式有技術和上述差異，然而核其目的，都是為了取得追蹤對象的「位置資訊」而本文並非科學類論文，就技術上的差異細並不多加著墨，本文僅將視角置於取得位置資訊之方式(行為)與既有的法規範上，因此，本文就上述介紹的定位技術，將以國家行為的方式作為分類：

一、偵查機關主動型

所謂偵查主動裝置型⁷⁷，是指偵查機關須主動先安裝或放置追蹤定位設備，並藉此加以取得追蹤對象之位置資訊，此類型特色在於其具有「雙階」的構造，偵查機關當在為第一階段行為時，可能先侵害人民基本權，如侵入私人車庫，將追蹤裝置安裝於追蹤對象的車上，此時，「侵入」與「安裝」的行為本身即有獨立的法律意涵，申言之，侵入與安裝行為可能已單獨侵害追蹤對象或第三人的基本權，至於後續有無取得位置資訊，都不會改變該行為既已侵害的事實，與後續「取得位置資訊」僅有行為順序的連結，至於在刑事訴訟法中是否產生有意義的差異，須視個案而定，因此，本文暫將區分階段，這類侵入私宅或安裝行為屬第一階段之行為，而取得位置資訊行為即是第二階段行為。

屬於此種構造的定位技術，基本上分別是 GPS 定位追蹤、偵查主動型的行動網路定位追蹤與偵查主動型的 Wi-Fi 定位追蹤。

二、利用對象型

利用對象型，則是利用追蹤對象本身所攜帶的行動裝置，該裝置所發出的訊號予以定位，偵查機關直接偵測該訊號進而取得追蹤對象的位置資訊，此種方式相對於偵查機關主動型具備雙階構造而言，其僅具備單階的構造，即無須安裝行為即可得知追蹤對象的位置資訊，屬於此種構造的定位技術，基本上是利用追蹤對象訊號的行動電話(如 M 化定位車當作模擬基地台等)、行動網路定位追蹤與利用追蹤對象訊號的 Wi-Fi 定位追蹤。

三、第三人同意型

原則上，偵查實務中似乎以上開二類型為大宗，然理論上，仍存在著第三種類型，即是利用第三人與追蹤對象本身自願性的聯繫，取得追蹤對象即時的位置資訊，而該聯繫方式係利用上開定位技術，舉例來說：第三人跟追蹤對象為男女朋友或夫妻關係，追蹤對象平時即與第三人有互相使用定位系統的習慣

⁷⁷ 事實上在前一節第二項、行動網路定位追蹤時，本文已經做了這樣的區分。

(現智慧型手機均有 A-GPS 系統，搭配如 FAMY、LINE HERE……等應用程式)，而偵查機關透過第三人同意提供其設備或與偵查機關連線，進而取得追蹤對象「即時」的位置資訊，簡單來說，就是透過追蹤對象自願性的與第三人聯繫的設備，取得追蹤對象的位置資訊，此種類型基本上與通訊保障及監察法所討論的得一方同意之監聽構造相同。

第二目、本文的研究範圍

不論是前目何種類型，本文所關心的重點，皆在「透定位技術方式取得位置資訊」據此，必須排除「侵入追蹤對象電腦，取得其自行記載的位置資訊」的討論，排除此類型是因為偵查機關所為的是侵入追蹤對象的電腦或線上硬碟，取得其儲存過去的路徑紀錄⁷⁸，而非透過定位技術，因此，不在本文的研究範圍。

因此，舉凡非以定位技術作為介面的取得追蹤對象的位置資訊，均不在本文的研究範圍，但有疑問的是，上開利用第三人型係第三人作為取得位置資訊的介面，是否也排除於本文研究之範圍？本文認為，雖說偵查機關以第三人作為介面，但基本上還是用的是定位技術，只是設備由第三人提供罷了，不過此特性確實影響著法律意義，本文僅能附帶提及第三人提供的類型，而非直接針對此種類型進行論述。

第二項、科技定位偵查與傳統跟監之差異

上述各類型係基於不同的標準所做的區分，根據上開分類，本文所關注的科技定位偵查即同時為上述刑事偵查、動態、科技跟監的類型，其中最為相關的分類模型即是傳統型跟監與科技型跟監的分類方式，本文將聚焦在屬於科技跟監派支的科技定位偵查上，就科技定位偵查與傳統跟監(當然基於偵查目的)作異同比較，透過差異比較的處理進一步掌握科技定位偵查的特性：

一、蒐集資訊的範圍

傳統跟監方式僅能靠跟監人員以目視(肉眼)方式觀察跟監對象的活動，蒐集跟監對象的位置資訊、與他人間的互動等，並同時搭配書寫或記憶的方式加以記錄，而科技跟監則是透過科技設備追蹤跟監對象的位置，並加以推斷跟監對象的活動與接觸的對象，同時以電子設備加以記錄，由此觀之，就蒐集資訊

⁷⁸ 這應該是線上搜索或搜索電磁紀錄的問題。

範圍的層面而言，傳統跟監與科技定位偵查雖均是為取得特定對象的動向與位置資訊，然傳統跟監還可以確認跟監對象與誰會面、與會面對象互動等實際的外顯行為，且不必如較科技定位偵查般，須以特定對象所到的地點推論其所為何事，傳統跟監可直接取得並確認，但須注意的是，傳統跟監因隱密性的需求，必須與跟監對象保持一定的距離，避免跟監行動曝光，因此，傳統跟監所得蒐集資訊的範圍略為廣泛，卻也不盡然正確，另外，科技定位偵查在資訊蒐集的範圍還有一點優勢，就是當跟監對象進入私人場所時，例如私人大型的莊園或汽車旅館，偵查機關以人力方式往往難以深入，但科技定位偵查卻可以知悉跟監對象在該等場所的具體位置，這點也是傳統人力跟監所不能及。

二、執行層面的差異

然而在執行層面上，首先，從人力資源的耗費來看，傳統跟監以單人方式執行跟監任務失敗機率較高⁷⁹，通常為多人方式進行跟監，如為長期跟監更可能須多組人馬分批進行；而科技定位偵查則僅須於安裝與更換電源設備時須使用人力，其餘的跟監作業均由電子設備進行並加以記錄，跟監人員無須緊盯追蹤對象，甚至一個跟監人員即可監視數對象的動向，大幅降低偵查機關的人力成本，並更有效率的蒐集偵查資訊，偵查成本大幅降低；再來是隱密性的問題，傳統跟監以人力跟監或車輛跟監方式進行，往往可能因跟監技術與訓練不足、跟監對象敏感度高或障礙物過多等因素，致使跟監對象察覺或跟丟，跟監任務進而失敗；而科技定位偵查，則因科技日漸精進、追蹤器愈趨迷你化，可隱密的藏於跟監車輛(最大宗)或跟監對象的隨身行李之中，除非跟監對象偶然發現，基本上很難察覺其存在，而如為上一節本文所歸類的利用對象型(利用跟監對象本身設備所發出的訊號)，更是使跟監對象無從察覺，其行蹤已暴露於無形，綜上，不論從人力資源的耗費或隱密性觀之，科技定位偵查都有相當的優勢。

三、人類感官與體能的極限

傳統偵查跟監以人力跟蹤為主，雖可使偵查人員親見親聞，然而跟監時跟監人員與對象通常保有相當的距離，受限於人類感官的極限，不易觀察跟監對象較為具體細緻的活動(如與他人的談話內容等)，且跟監人員須將各種可能有用的資訊加以記錄時，通常僅能靠人力筆記或記憶的方式，使得偵查資訊較為零碎，再加上訓練不足、天氣影響、遮蔽物或體能極限等因素，亦有跟丟或觀

⁷⁹ 蘇逸修，同前註 76，頁 17。

察不清楚的風險存在；相對的，科技定位偵查則無上開問題，在正常的安裝與使用環境中，通常可以完整、準確的顯示並記錄跟監對象的所在位置、移動軌跡與位置的停留時間等，且為全天候、不受天氣影響，此種追蹤與紀錄方式實已突破個人的感官與體能極限，說是「超感官」的科技工具都不為過，並予以突破物理障礙限制，降低跟丟的風險、提升跟監任務的成功率。

第三項、科技定位偵查的法律面向

誠如上述，科技定位技術用於偵查上有許多與傳統偵查方式不同之處，也帶來了偵查的便利與效益，然而，這樣的偵查方式具有隱密性，並加以刺探人民的私生活，並可能透過大量、長期的累積的位置資訊，而解析個人的人格圖像，白話的說，大多數人的生活基本上都一定的規律可尋，在哪上班、何時搭捷運、甚至吃飯的地點與時間都有固定的模式，也或者有隱疾時去哪家醫院，這些生活細節大多都處在公共空間，但卻是一般人不願讓人知道的私人生活領域，如今，因科技的發展，偵查機關居然可以得知、還不被跟監對象所知悉，是否妥適實在有必要加以探討。

從法律的角度更進一步的分析，首先，科技定位偵查是否侵害人民的基本權？如果是需要安裝在個人財產上，會侵害財產權？還是僅是隱私權？那何以在公開場所還有隱私權的保障？再進一步說，這種偵查方式刑事訴訟中究竟是任意處分？還是強制處分？是否須要法律明文授權？法定程序為何？這種偵查方式外國法制如何看待？我國存在這樣的法律嗎？我國實務、學說又有什說明呢？這些問題，似乎都還有必要加以釐清⁸⁰。

第四節、小結

綜上所述可知，GPS 定位技術的發展是從軍事戰略的需求而起，於現代戰場中，有覆蓋性、即時性、精準性、安全性與擴充性等多項特點，其定位原理係以三顆衛星以球狀發射無線電訊號，提供 X、Y、Z 三個未知座標之資訊，即透過無線電訊號從衛星傳送至接收端之傳送時間，推算出衛星與接收端之距離，取得 X、Y、Z 座標交集點加以定位，除了軍事運用外，美國嗣後逐步開放民間使用，於 2000 年取消 SA 干擾碼的限制後，更加快民間運用定位技術的速度與應用層面，於測量、交通、產業、社會福利與犯罪預防、處遇等地方都可以看見使用 GPS 定位技術的蹤跡，甚至偵查機關也應用在偵查犯罪上，藉由即

⁸⁰ 必須說明的是，雖說接下來的檢討都是以 GPS 科技定位偵查為中心，但事實上其他科技定位技術的偵查，也同樣是以蒐集個人位置資訊為目的，基於此種性質應該都有其適用。

時式或非即時式的 GPS 定位追蹤器，以輔助跟監、取得目標軌跡與監控對象的活動，成為偵查時的利器，除了 GPS 定位追蹤外，偵查機關更另有以行動通訊定位、行動網路定位與 Wi-Fi 定位等技術加以追蹤特定對象；比較這些定位技術，就其執行、位置資訊的完整性、先天的技術障礙等面向各有利弊。

因此，在實際的技術運用上都有交互混用的情形，而本文以國家行為的方式將上述各種定位技術分類為偵查機關主動型、利用對象型與第三人同意型，以利後續的論述與分析，並強調僅關注在透過定位技術取的追蹤或跟監對象的位置資訊或行動軌跡，以其他方式取得則不在討論的範圍，最後，科技定位偵查方式事實上即是跟監的型態之一，而純就資訊收集的範圍，相較傳統的跟監更能深入非公眾得任意出入的場所，更具備蒐集資訊的優勢，在人力的耗費、隱密性與超越人類感官的層面上，也較傳統跟監更具優勢，正因這些優勢的存在，使發動門檻降低，偵查機關得大力運用這些定位技術，以獲得實際的破案績效，進而技術背後的法制空洞與權利侵害面向亦容易被忽視，建構科技法制的秩序與探求現行法上解釋論的空間，即為首要的課題與挑戰，因此，為我國科技定位偵查法制進行反思與建構，並提出解決的良方，本文將在下章中，探討比我國更早開始將定位科技運用於偵查的美國，和鄰近我國的日本法制，作為本文的思考素材，希冀能加以釐清科技定位偵查的虛實，並提出本文見解，建構科技定位偵查法制應有的面貌，期能在人權保障與偵查效能間尋求平衡，以供未來實務或立法工作的指引。

第三章、比較法之研究

在第二章中，本文介紹了各種科技定位技術及其在偵查的運用後，並就其法律上的疑慮提出若干問題，為能正確分析科技定位偵查的本質與尋求法制應有的面貌，本章將援參外國法例，先從科技定位技術的發源地與運用最為廣泛的美國法談起，分析其法院實務見解與盲點，再將視角拉回與我國同屬東亞、且同時與美國法淵源甚深的日本法，就其實務案例、學說爭論等加以分析，以供本文見解的養分，最後回歸我國法的現行制度、法院見解與學說現況，予以評論與分析。

第一節、美國法

GPS 全球定位系統濫觴於美國，已如前述，而美國偵查機關也早已將此技術運用在偵查實務當中，甚至在 GPS 運用前，使用其他早期的定位技術進行犯罪偵查工作，累積了為數不少的實務判決，更於 2006 年在聯邦刑事訴訟規則當中，明定科技定位技術的基本規範，本文將在本節當中，先簡介聯邦刑事訴訟規則的明文規定，再介紹美國實務對於科技定位技術的相關重要判決，最後，歸納美國實務見解並稍加評析，以供我國借鏡與反思。

第一項、美國實定法上的依據

關於 GPS 科技定位偵查的實定法規範，美國國會早在 2006 年 4 月 12 日通過聯邦刑事訴訟規則⁸¹修正案中(於 2006 年 12 月 1 日實施)第 41 條，首度針對定為科技的使用作出規範，增訂有「Tracking device」(追蹤裝置)的明文，規範法院與偵查機關對於 GPS 科技定位偵查令狀核發與程序，並在本文茲就上開條文(2016 年版)作初步的介紹如下：

現行聯邦刑事訴訟規則第 41 條(a)(2)(E)⁸²規定，追蹤裝置之定義規定於美國聯邦法典第 18 章第 3117 條(b)⁸³，該規定明文：「本條中所指『追蹤設備』一語係指允許追蹤人或物活動的電子或機械設備。」幾乎涵蓋本文於第二章所揭示的所有技術，而安裝與使用追蹤設備，依聯邦刑事訴訟規則第 41 條(下同稱規則第 41 條)須有令狀始得為之，首先，於規則第 41 條中規定核發主體為治安法官(magistrate judge)，根據聯邦官員或檢察官聲請⁸⁴，對關轄區內的人或財產

⁸¹ 注意美國雖訂有聯邦刑事訴訟規則，但僅適用於聯邦案件。

⁸² FED. R. CRIM. P. 41 (E) (“Tracking device” has the meaning set out in 18 U.S.C. §3117 (b).).

⁸³ 18 U.S.C. §3117 (b) (As used in this section, the term “tracking device” means an electronic or mechanical device which permits the tracking of the movement of a person or object.).

⁸⁴ FED. R. CRIM. P. 41 (b)(VENUE FOR A WARRANT APPLICATION. At the request of a federal

核發令狀，如人或財產有移動至管轄以外之區域，仍得對之核發令狀⁸⁵，而就發動門檻方面，則相當弔詭的規定「如有相當理由，則必須核發令狀」⁸⁶，依此規定只是說明有相當理由即必須核發令狀，似乎未排除合理懷疑核發令狀的情形，之所以做此種規定，依據 2006 年聯邦司法委員會的修正案意見說明，認為關於最高法院並未解決安裝追蹤設備問題⁸⁷，規則第 41 條也不解決此一爭議，因此，僅須規定在有相當理由時，法院必須核發令狀；而在核發令狀程序時，聯邦人員須有宣誓書或行宣誓證詞程序，並加以記錄製作筆錄。

除此之外，對於令狀內容規則也有相關規範，規則第 41 條(e)(2)(C)⁸⁸規定，追蹤裝置的令狀須明確表明追蹤的人或財產，並註明令狀返還的法官與使用裝置的合理期間，該合理期間不得超過自核發令狀日起四十五日，但法院得基於正當理由(good cause)予以延長，每次延長不得超過四十五日，而安裝須在令狀所載期間內、不得超過十日內完成，且除非法官有正當理由授權於其他時間安裝，否則應在日間執行安裝，最後，在執行期間過後(即結束使用追蹤裝置後)，十日內執行官員應歸還令狀於指定法官⁸⁹，並送達令狀影本予追蹤對象⁹⁰，如追蹤對象之救濟途徑⁹¹，則是須依規則第 12 條，於本案訴訟中的審前程

law enforcement officer or an attorney for the government).

⁸⁵ FED. R. CRIM. P. 41(b) (4) (a magistrate judge with authority in the district has authority to issue a warrant to install within the district a tracking device; the warrant may authorize use of the device to track the movement of a person or property located within the district, outside the district, or both; and).

⁸⁶ FED. R. CRIM. P. 41 (d)(1)(In General. After receiving an affidavit or other information, a magistrate judge—or if authorized by Rule 41(b), a judge of a state court of record—must issue the warrant if there is probable cause to search for and seize a person or property or to install and use a tracking device.).

⁸⁷ United States v. Karo, 468 U.S. 705, 718 n. 5 (1984).

⁸⁸ FED. R. CRIM. P. 41 (e)(2)(C)(Warrant for a Tracking Device. A tracking-device warrant must identify the person or property to be tracked, designate the magistrate judge to whom it must be returned, and specify a reasonable length of time that the device may be used. The time must not exceed 45 days from the date the warrant was issued. The court may, for good cause, grant one or more extensions for a reasonable period not to exceed 45 days each. The warrant must command the officer to:(i) complete any installation authorized by the warrant within a specified time no longer than 10 days;(ii) perform any installation authorized by the warrant during the daytime, unless the judge for good cause expressly authorizes installation at another time; and(iii) return the warrant to the judge designated in the warrant.).

⁸⁹ FED. R. CRIM. P. 41 (f)(2)(B) (Return. Within 10 days after the use of the tracking device has ended, the officer executing the warrant must return it to the judge designated in the warrant. The officer may do so by reliable electronic means.).

⁹⁰ FED. R. CRIM. P. 41 (f)(2)(C) (Service. Within 10 days after the use of the tracking device has ended, the officer executing a tracking-device warrant must serve a copy of the warrant on the person who was tracked or whose property was tracked. Service may be accomplished by delivering a copy to the person who, or whose property, was tracked; or by leaving a copy at the person's residence or usual place of abode with an individual of suitable age and discretion who resides at that location and by mailing a copy to the person's last known address. Upon request of the government, the judge may delay notice as provided in Rule 41(f)(3)).

⁹¹ FED. R. CRIM. P. 41 (h) (MOTION TO SUPPRESS. A defendant may move to suppress evidence in the court where the trial will occur, as Rule 12 provides.).

序(pretrial procedure)，聲請證據排除(Motion To Suppress Evidence)。

第二項、美國實務見解的流變

關於科技定位偵查的討論，在美國法上實務見解可以說是汗牛充棟，而就法系統上就有聯邦法院與五十州不同層級法院的見解，為避免過多實務見解導致問題失焦，本文對於實務見解的擇採上，以聯邦法院系統作為主軸，並以時序方式陸續引介，而於 2012 年美國最高法院作出相當具有指標性的判決—United States v. Jones 案，該案更進一步影響日本與我國的司法見解，因此本文將 Jones 案作為分水嶺，把美國實務見解大致分為三個階段：拓荒期、Jones 案與延續、突破期，透過時期區分的方式，更能清楚的觀察美國實務見解的流變過程，與美國實務界在此議題上的態度轉變。

第一款、實務見解的拓荒期

第一目、United States v. Knotts 案

一、本案事實⁹²

生產化學產品的 3M 公司發現一名離職的員工 Tristan Armstrong 竊取可用來製造毒品的化學原料，並通報明尼蘇達州毒品調查人員進行調查，調查人員跟監 Armstrong 後發現，Armstrong 在離職後有向另一間化學原料公司 Hawkins 購買相同的化學原料，並運送給共同被告 Darryl Petschen，經查為循線追查毒品流向，在得 Hawkins 公司同意後，將無線電追蹤器安裝在放置三氯甲烷(又名哥羅芳)五加侖的桶中，而三氯甲烷即是製造毒品的原料之一，同時 Hawkins 公司也同意在下次 Armstrong 來購買原料時，將安裝有無線電追蹤器的桶子交易給 Armstrong，在 Armstrong 購買後，毒品調查員透過無線電追蹤器所發射的訊號搭配人力跟監，循線跟著 Armstrong 找到 Petschen 的住所，並發現毒品的原料被搬運到 Petschen 的車上，毒品調查員轉而跟監 Petschen，在 Petschen 要進入威斯康辛州時，發現調查員的跟監並開始擺脫跟監，毒品調查員在失去無線電追蹤器訊號後，尋求直升機設備追蹤訊號，大約一個小時後重新搜尋到訊號，發現訊號停在威斯康辛州貝殼湖 Knotts 的小屋附近，毒品調查員依據電波發射器的數據和人力跟監所獲得的資訊，向法院聲請搜索令狀，進入小屋內搜索，發現有安非他命(苯丙胺)和甲基安非他命(甲基苯丙胺)的配方、價值 1 萬元的製作設備和可提煉 14 磅純安非他命的原料，檢察官根據上述證據，以製造毒品的罪名起訴 Knotts、Armstrong 和 Petschen 三人。

本案被告 Knotts 於地方法院審理前，曾異議調查員未取無令狀使用電波發

⁹² United States v. Knotts, 460 U.S. 276, 103 S. Ct. 1081, 75 L. Ed. 2d 55 (1983).

射器違反美國憲法增修條文第 4 條，地方法院駁回該異議並判決 Knotts 有罪，上訴至聯邦第八巡迴上訴法院，該法院贊成被告主張，認為使用無線電追蹤器侵害被告的合理隱私期待，違反美國憲法增修條文第 4 條，進而無線電追蹤器所取得的資訊(小屋地點)均為違法取得之證據，檢察官上訴至美國最高法院，美國最高法院准予上訴而核發移審令。

二、美國最高法院見解

本案爭點是，使用無線追蹤器跟監被告，是否侵害被告美國憲法增修條文第 4 條的權利？

首先，本案多數意見分析，在過去的司法見解，如 *Olmstead v. United States*⁹³案中，認為美國憲法增修條文第 4 條必須以實際、物理的侵入為要件，竊聽並無侵害被告美國憲法增修條文第 4 條的權利，而該案國家所使用的竊聽方式沒有實際的侵入行為，然而 Katz 案推翻了此一見解，認為國家以電子方式監聽與紀錄被告的對話，侵害被告的合理隱私期待，構成美國憲法增修條文第 4 條所稱的搜索與扣押⁹⁴，另外在 *Smith v. Maryland* 案⁹⁵，又再一次宣示 Katz 所建立的合理隱私期待標準，認為檢驗是否違反美國憲法增修條文第 4 條，標準在於國家是否侵害個人的合理隱私期待，並援用 Katz 案中 Harlan 大法官所提出的協同意見書，合理隱私期待之要件分為主觀合理隱私期待和客觀合理隱私期待⁹⁶，須主、客觀要件均具備，方有合理隱私期待可言，此一檢驗方式在先前的 *Rakas v. Illinois*⁹⁷案、*United States v. White*⁹⁸案也都在一再被確認，儼然是美國最高法院的穩定見解。

然而，對於行駛於公共場所的汽車，美國最高法院如在 *Cardwell v. Lewis*⁹⁹案、*Rakas v. Illinois* 案和 *South Dakota v. Opperman*¹⁰⁰案，也強調個人對於汽車的合理隱私期待較低，因為汽車乃是一種交通工具，很少人會拿來作為住所或存放私人物品，況且在公共道路上行駛，汽車內的人或物都是可以輕易觀察的，簡言之，一輛行駛於公共道路的汽車根本無從逃避公眾的觀察¹⁰¹；從汽車

⁹³ *Olmstead v. United States*,277 U.S. 438,(1928).

⁹⁴ *Katz v. United States*, 389 U.S. 347,353 (1967).

⁹⁵ *Smith v. Maryland*,442 U.S. 735 (1979).

⁹⁶ 所謂主觀要件是指個人是否表現出對隱私實際的期望的行為(試圖將某些東西保留為私人)；客觀要件則是指客觀、社會的角度觀之，該個人主觀期待是合理的。

⁹⁷ *Rakas v. Illinois*,439 U.S.128(1978).

⁹⁸ *United States v. White*,401 U.S. 745(1971).

⁹⁹ *Cardwell v. Lewis*,417 U.S. 583(1974).

¹⁰⁰ *South Dakota v. Opperman*,428 U.S. 364(1976).

¹⁰¹ *Cardwell v. Lewis*, 417 U.S. 583, 590, 94 S.Ct. 2464, 2469, 41 L.Ed.2d 325 (1974) (plurality). See also *Rakas v. Illinois*, 439 U.S. 128, 153-154, and n. 2, 99 S.Ct. 421, 435-436, and n. 2, 58 L.Ed.2d 387 (1978) (POWELL, J., concurring); *South Dakota v. Opperman*, 428 U.S. 364, 368, 96 S.Ct. 3092, 3096, 49 L.Ed.2d 1000 (1976).

例外的靈感，美國最高法院繼續延伸，認為當 Petschen 在公共道路上行駛時，他是自願的將去哪條路、在哪停下來以及最終目的地傳達給任何想看到的人，因此，在公共道路上駕駛或搭乘汽車的人，對於從一個地方到另一個地方的活動中並無合理隱私期待，縱算 Knotts 對於自己的小屋有合理隱私期待，但藉由 Hester v. United States¹⁰²案提出的開放領域理論¹⁰³也可以得知，該隱私期待的保護並無不會外溢至 Petschen 開車抵達小屋的活動。

接著，美國最高法院提到，使用無線電追蹤器僅加強警察先天的感官能力，並沒有改變原先人力跟監的模式所能獲得的資訊，美國憲法增修條文第 4 條也無從禁止警察使用科技方式增強他們與生俱來的感官能力¹⁰⁴，況且在過去的案件中，如前述 Smith 案也提及¹⁰⁵，被告都是在撥打電話時，主動向電信公司傳送撥打的號碼，撥打的號碼正是在這種正常的業務過程中揭露給電信公司，被告須承擔此種揭露風險，而不論電信公司使用接線生或自動化號碼交換設備，均不會改變這種結果才是，因此，本案也不會因使用科技設備，而改變無合理隱私期待的結論¹⁰⁶。

最後，被告曾抗辯，認為檢察官的主張將可能使國家在不受司法監督的情形下，對任何一位人民均可實施 24 小時的監控，關於這個問題，本案法院回應認為，這種情形現實中幾乎不會發生，縱算發生了，也會有足夠的時間來決定適用不同的憲法原則，況且被告的抗辯來自於對於執法效率的提升，但執法效率的提升從未成為違憲的理由，法院更明確表示，在本案中也同樣拒絕將執法效率和違憲與否做連結；雖說被告不斷主張，使用無線電追蹤器侵害了美國憲法增修條文第 4 條「住家」的憲法領域，然在本案中，並沒有任何證據顯示國家以無線電追蹤器觀察住家內的活動，或觀察到肉眼無法觀察的資訊，至少在本案中，國家是「有限的」使用無線電追蹤器。

基於上開理由，美國最高法院認為，使用無線追蹤器跟監被告，並無侵害被告美國憲法增修條文第 4 條的權利。

第二目、United States v. Karo 案

一、本案事實¹⁰⁷

¹⁰² Hester v. United States, 265 U.S. 57 (1924).

¹⁰³ 所謂開放領域理論，係指如果私人土地為一般人或警方均隨時可能進入而觀看的場域（欠缺如住家般的封閉性），國家縱算進入屬普通法上侵入，也不是美國憲法增修條文第 4 條的搜索，須注意如為庭院則屬於與住宅緊密連結的土地，與住宅受相同保障，Oliver v. United States, 466 U.S. 170, 180 (1984)、United States v. Dunn, 480 U.S. 294 (1987).

¹⁰⁴ United States v. Knotts, 460 U.S. at 282.

¹⁰⁵ Smith v. Maryland, 442 U.S. at 744-745.

¹⁰⁶ United States v. Knotts, 460 U.S. at 284.

¹⁰⁷ United States v. Karo, 468 U.S. 705, 709-711 (1984).

1980 年 8 月美國緝毒局(DEA)幹員獲線民舉報 James Karo、Richard Horton 和 William Harley 三人，向線民 Carl Muehlenweg 訂購 50 加侖可用於提煉古柯鹼的乙醚，偵查機關在取得令狀和線民 Muehlenweg 同意後，在裝乙醚的桶子中安裝無線電追蹤器，並將桶子的外觀塗成與其他桶子一樣，以混入其他桶子中，在 9 月 20 日時，緝毒幹員發現 Karo 至線民處搬運乙醚桶後，透過無線電追蹤器訊號搭配人力跟監 Karo 的車至 Karo 的住家，當天晚上緝毒幹員透過無線電訊號，發現裝有無線電追蹤器的乙醚桶被搬運至 Horton 的家中，且在 Horton 住家外的公共街道上可以嗅出乙醚的氣味，兩天後，緝毒幹員發現乙醚桶再度被搬運至 Horton 父親的家中，在被搬運至 Horton 父親家後的第二天，乙醚桶再度被搬運至商用倉儲櫃，然而，因無線電追蹤器敏銳度不足，無法確定是哪一個櫃子，緝毒幹員轉而向法院聲請調閱倉儲客戶單之令狀，調閱倉儲租戶的資料後，經比對發現 Horton 所承租的是編號 143 號的儲存櫃，並透過無線電訊號與人工嗅聞乙醚的方式，確認編號 143 號的儲存櫃內有存放乙醚桶，基於這些證據，緝毒幹員聲請法院命令於儲存櫃門口安裝開門警示器，在安裝警示器時，幹員發現在櫃中有以乙醚桶在內，但並未採取行動，同時，因安裝了警示器，也未再使用無線電追蹤器和跟監，僅靜待 Horton 或其他被告再次開啟儲存櫃，詎料 Horton 再次開啟儲存櫃時並未觸發警示器，幹員還是受倉儲公司經理告知 Horton 來過後才知道儲存櫃已被打開。

於是，幹員只好再度搜尋無線電追蹤器的訊號，搜尋三天後，終於在另一家儲存公司發現訊號，並發現並與該公司經理確認 Horton 和 Harley 二人使用化名承租了該公司的儲存櫃(編號 15 的儲存櫃)，這次雖說緝毒幹員同樣獲得安裝警示器的授權，但並未安裝，取而代之的是經倉儲經理同意下，安裝監視器在可觀察到編號 15 儲存櫃的地方，1981 年 2 月 6 日幹員在監視器中發現 Gene Rhodes 和一名未知的女子進入儲存櫃中，將乙醚桶搬運至 Horton 的車上，幹員立即以無線電追蹤器搭配人力跟監該汽車，中途 Rhodes 回到自己家中搬些許貨物上車後，就上高速公路行駛至 Horton、Harley 和 Michael Steele 合租的房子附近，沒過多久汽車駛離該屋，但無線電追蹤器的訊號仍顯示在屋內，2 月 7 日，幹員透過打開的窗戶觀察屋內情形，發現被告疑似開始用乙醚製毒，於是，幹員於 2 月 8 日向法院聲請搜索令狀，在 2 月 10 日進行搜索，查獲古柯鹼與相關製毒設備，並逮捕在場的 Horton、Harley、Steele 和 Evan Roth。

檢察官最後以意圖散布及持有古柯鹼的罪名起訴 Karo、Horton、Harley、Steele 和 Evan Roth，另外以共同持有毒品起訴 Rhodes，於第一審地方法院的審前請求(Pretrial Motion)程序中，被告請求應排除在住宅中扣押的證據(古柯鹼與

製毒設備)，地方法院核准被告請求，其理由在於，地方法院認為先前安裝無線電追蹤器的令狀無效，藉此所取得的證據(古柯鹼和製毒設備)應予以排除，而第二審上訴時，檢察官並未質疑先前令狀無效的判斷是否有誤，第二審上訴法院則認為，安裝無線電追蹤器在乙醚桶中和監控住家、儲存櫃時，須有合法令狀，是以，調查員的偵查行為應屬非法安裝和監控行為，附隨而來的住家搜索與扣押亦受上開非法行為的汙染而須排除，本案在經上訴至美國最高法院，美國最高法院准予上訴而核發移審令。

二、美國最高法院見解

美國最高法院本案無線電追蹤器分為安裝和使用兩個層次做判斷，首先，美國最高法院認為，在本案中，國家是在乙醚桶移轉給被告「前」安裝無線電追蹤器，在安裝時該乙醚桶乃國家所有，並無侵害被告的權利，且在交付該桶予被告時，也沒有侵害被告的隱私，因為單純的交付並不會就此傳達被告的任何資訊，至於移轉該桶後，無線電追蹤器依附在乙醚桶內，是否為侵入財產權？美國最高法院認為無線電追蹤器雖佔據桶內的空間，且此種技術性侵入，屬物理侵入方式，然而，並無干擾被告財產權的行使¹⁰⁸，況且在 Katz 案後，實際、物理侵入已經不是美國憲法增修條文第 4 條唯一且必要的條件，單純的物理侵入已不足以構成違反美國憲法增修條文第 4 條，更何況如果說僅因佔用空間就構成扣押，那任何物品在他人空間都算扣押，因此，本案安裝無線電追蹤器在乙醚桶，並不構成美國憲法增修條文第 4 條的侵害¹⁰⁹，相反的，使用無線電追蹤器才可能侵害被告的隱私利益。

至於使用無線電追蹤器部分，美國最高法院認為本案情形與 Knotts 案有所不同¹¹⁰，本案除了使用於公共街道外，更涉及到房屋內活動的監視，在本案員警聲請令狀時，曾經作證陳述透過無線電追蹤器可以確定在乙醚桶在屋內，而正因住宅屬於一般人希望自己的隱私免於國家侵害的場所，社會顯然也認可具合理隱私期待，在沒有緊急的情形下，無令狀的搜索或扣押均應推定為不合法¹¹¹，況且，從美國憲法增修條文第 4 條的目的來觀察，乙醚桶在屋內位置並非外部肉眼所得觀察，沒有像 Knotts 案有自願揭露的問題，如果我們認為幹員以無令狀、秘密進入被告住宅的方式，確定乙醚桶位置，構成美國憲法增修條文第 4 條所稱的搜索，那本案幹員未進入房屋內部而以無線電追蹤器方式，結論上也應該是搜索才對，縱使幹員曾看見乙醚桶進入被告住宅，但持續的使用無

¹⁰⁸ *Id.* at 711.

¹⁰⁹ *Id.* at 713.

¹¹⁰ *Id.* at 715.

¹¹¹ *Welsh v. Wisconsin*, 466 U.S. 740, 748–749(1984); *Steagald v. United States*, 451 U.S. 204, 211–212 (1981); *Payton v. New York*, 445 U.S. 573, 586(1980).

線電追蹤，方得證明幹員所見且確定乙醚桶仍在屋內。

最後，檢察官主張無線電追蹤器因侵害隱私輕微，且事前根本無從知悉追蹤器會到私人住宅，因此毋庸相當理由、令狀原則，甚至是合理懷疑，然美國最高法院認為檢察官貶低了令狀的益處、誇大了取得令狀的困難，並重申令狀原則的要求乃是在人民與偵查機關之間設置一個中立且獨立的司法官¹¹²，保護人民權利不受國家恣意的侵害，況且在緊急情況下，也有令狀例外加以適用，於本案中，無差別的監控已脫離公開場合的個人財產，對於住所的隱私權利已構成嚴重的侵害，豈可就此規避美國憲法增修條文第4條的保護，至於事前雖說無法知悉被告可能將裝有無線電追蹤器的乙醚桶帶進住所內，但仍可確定追蹤器依附的物體、欲安裝的情形、時間長短等，這些資訊已足以為令狀的審查基準¹¹³。

綜上所述，本案安裝無線電追蹤器不構成隱私權侵害，但使用無線電追蹤器，涉及住所內的活動監控，已侵害被告對其住所的合理隱私期待，構成美國憲法增修條文第4條的搜索。

第三目、United States v. McIver 案

一、本案事實¹¹⁴

1997年7月8日，Kootenai National Forest 園區的森林駐警發現Sunday Creek 區附近遭人移植6株大麻，發現後西北緝毒小組囿於無監控資源，先予以移除大麻，然同年7月30日，幹員 Lorney Jay Deist 收到一份來自美國森林服務水利學家的報告，該報告指出在 Sunday Creek 區相同的地點又發現有人種植大麻，幹員 Deist 在同日下午即帶領轄下的森林警察 Joel Young，偕同水利學家一同前往勘查，共發現4株大麻，幹員 Deist 研判這4株大麻是經人移植至此，因為周圍的土壤並非本區的土質，並加入了肥料改良周圍的土壤，幹員 Deist 圍於轄下只有10名員警，根本無從以人力跟監方式調查種植大麻者的身分，決定於8月1日安裝監視器，藉此拍到種植者的樣子，監視器首先拍到一台側面有獨特粉紅印記的豐田休旅車，並在1997年8月17日發現 Christopher McIver 在大麻植物附近，同年9月12日拍到 McIver 帶著相機俯身查看大麻，幹員 Deist 在9月18日發現一部與 Sunday Creek 區監視器所拍攝到的豐田休旅車相當類似，立即尾隨該車至一處員工停車場，該車駕駛長相也與監視器所拍攝到的人類似，於是幹員 Deist 依車牌調查該車的登記資料，發現該車登記在

¹¹² Johnson v. United States, 333 U.S. 10, 14, 68 S.Ct. 367, 369, 92 L.Ed. 436 (1948).

¹¹³ United States v. Karo, 468 U.S. at 718.

¹¹⁴ United States v. McIver, 186 F.3d 1119, 1122-1124 (9th Cir. 1999).

McIver 名下，並載有住所地址，9 月 19 日監視器又發現一名留著長馬尾的人在大麻附近徘徊；在得知 McIver 的住所地址後，幹員 Deist 循線前往該處，抵達該住所時發現一輛褐紅色雪佛蘭的汽車，依其車籍資料顯示該車登記在 Brian Eberle 名下，登記的住所與 McIver 相同，幹員還注意到 Eberle 留有一頭長馬尾的生理特徵。

同年 9 月下旬，幹員 Deist 在監視器中觀察到大麻已經出芽，幹員根據過去的經驗，大麻一旦出芽表示快要可以收成，並推測大約在 9 月 23 日後，大麻就會完全成熟，因此，幹員 Deist 與森林警察 Billy Stewart 於 9 月 23 日凌晨三點抵達 McIver 的住所，找到豐田休旅車停放在(住家外)車庫前的車道，將 GPS 追蹤器和無線電追蹤器均安裝在豐田休旅車的底盤，然 GPS 追蹤器在安裝完三天後就故障，幹員只能用無線電追蹤器繼續跟監 McIver，經過一連串的跟監行動，在同年 10 月 2 日晚間，幹員發現無線電追蹤器的訊號出現在大麻附近的位罝，且在監視器中拍到有兩人將採收的大麻裝入袋中，在同日晚間 11 點 50 分該車抵達 McIver 的住所，並清楚觀察到下車的人為 McIver 和 Eberle，兩人還從後車廂搬出有莖葉冒出的大袋子，並把所有大袋子均帶進屋內，於 10 月 3 日凌晨 12 點 30 分左右，幹員 Deist 轄下的森林警察在未有逮捕令狀的情形下，進入 McIver 和 Eberle 的住所，逮捕 McIver 和 Eberle 兩人，同時進行保護性掃視(protective sweep)，在臥室中目視發現(一目瞭然)了大麻和槍枝，在地下室發現精密植栽的溫室(包括 63 株大麻、盆栽土壤、風扇、加熱燈和化學噴劑)，在經過保護性掃視後，幹員下令封鎖現場並聲請搜索令狀，於 10 月 3 日下午 1 點持搜索令狀進行搜索，發現先前採收的大麻袋，同時前往 Sunday Creek 區將剩餘的大麻株全數扣押，同時扣押 McIver 駕駛之豐田休旅車，McIver 和 Eberle 以共同製造大麻與意圖散布大麻的罪名，經大陪審團起訴，在審前程序中，法院認為警察署無令狀進入 McIver 和 Eberle 的住所，違反美國憲法增修條文第 4 條，因此裁定所衍生的證據(如一目瞭然所得之證據)均應排除。

二、聯邦第九巡迴上訴法院見解

本案上訴法院關於合理隱私期待的論述有兩個部分，一是在植栽大麻區設置監視器部分，另一個則是安裝 GPS 追蹤器部分。

監視器部分，本案上訴法院認為 McIver 和 Eberle 在國家森林公共土地上種植大麻，很顯然的將自己非法的活動揭露給在該地的任何人，而在森林也屬於開放區域，況且，顯而易見的是該區幹員和森林警察有權在自己所轄的森林進行執法任務，甚至是 24 小時的監控該區，而 Knotts 案也揭示了：「美國憲法增

修條文第 4 條無從禁止警察使用科技方式增強他們與生俱來的感官能力」¹¹⁵，另外在 United States v. Dubrofsky¹¹⁶案也說明了跟監技術的運用，不僅包括警察本身身體的運用，更包括探照燈、警報器與雷達設備等，通常情形下運用這些設備並不會違反美國憲法增修條文第 4 條¹¹⁷，總之，被告在公共森林的土地上種植大麻，屬自願揭露於公眾，且雖說 Katz 案強調公共場所仍有隱私的保障，但被告未加以隱藏該植栽地區¹¹⁸，是以，被告對於植栽大麻區無合理隱私期待。

而安裝 GPS 追蹤器部分，McIver 抗辯警方進入車道中，構成侵入，而安裝追蹤器則構成搜索或扣押，本案法院則認為，依據 Oliver 案，美國憲法增修條文第 4 條僅保護住家，而不及於周圍的開放土地¹¹⁹，況且該當侵入法則不代表該當美國憲法增修條文第 4 條的侵入，是以，警察進入 McIver 的車道不構成侵入，又在先前諸多案件中，如 United States v. Jacobsen¹²⁰案、New York v. Class¹²¹案等，均表明因汽車的外觀必會進入公眾的視線內，個人對汽車外觀並沒有合理隱私期待，進而不構成搜索¹²²，何況本案員警並非檢查底盤，而是將 GPS 追蹤器安裝至底盤，且被告對於底牌也未加以遮擋，員警並無侵入隱藏或封閉的區域，因此，本案安裝 GPS 追蹤器並非搜索；至於是否構成扣押，本案法院表示，安裝 GPS 追蹤器確實竊據底盤的部分空間，然而，該佔據空間本身並未對被告的占有利益受到有意義的干擾，此種技術性侵入與物理侵入關聯性相當微弱，而物理侵入也不必然、也不足以構成違反美國憲法增修條文第 4 條的理由。

綜上，本案設置監視器和安裝 GPS 追蹤器，均不構成美國憲法增修條文第 4 條的搜索或扣押。

第四目、United States v. Garcia 案

一、本案事實¹²³

¹¹⁵ United States v. Knotts, 460 U.S. at 282.

¹¹⁶ United States v. Dubrofsky, 581 F.2d 208 (9th Cir. 1978).

¹¹⁷ *Id.* at 211.

¹¹⁸ 本案法院說明，在酒店房間、小木屋或公共土地上的封閉帳篷裡，人們對其有合理隱私期待。See, e.g., United States v. Gooch, 6 F.3d 673, 677 (9th Cir. 1993) (holding that a person has a reasonable expectation of privacy in a tent pitched in a public campground); Katz v. United States, 389 U.S. at 351-352, (1967) (“seeks to preserve as private, even in an area accessible to the public, may be constitutionally protected.”).

¹¹⁹ Oliver v. United States, 466 U.S. at 178 (1984) (holding that individuals “may not legitimately demand privacy for activities conducted out of doors in fields, except in the area immediately surrounding the home”).

¹²⁰ United States v. Jacobsen, 466 U.S. 109 (1984).

¹²¹ New York v. Class, 475 U.S. 106 (1986).

¹²² United States v. McIver, 186 F.3d at 1126.

¹²³ United States v. Garcia, 474 F.3d 994, 995-996 (7th Cir. 2007).

被告 Bernardo Garcia 曾因製造甲基安非他命入獄服刑，在出獄後不久，一名有在吸食甲基安非他命的人告訴警方，被告曾經自行攜帶甲基安非他命前來與她和她的丈夫一同吸食，被告還向她透漏自己想重操舊業—製造甲基安非他命，另一名舉報者則說，被告曾向他吹噓說自己可以在警局前製造毒品也不會被逮捕，警方還藉由販賣藥品原料商店的監視器，發現被告曾買過藥品原料，警方獲知上開消息後開始進行調查，其中發現被告駕駛一輛跟別人借來福特汽車，為了能掌握被告活動，警方在被告將汽車停放在路邊時，安裝非即時式的 GPS 追蹤器於該車保險桿上，追蹤並儲存被告使用汽車的活動資料，並定期取回觀看紀錄，在警方(於公共街道)收回 GPS 追蹤器後，觀察被告曾經經過一片大面積的私有土地，警方在經土地所有人同意後，對該土地進行搜索，發現有製造甲基安非他命的設備與原料，後來被告回到該土地時，警方檢查該車發現了更多證據，基於上開證據，檢察官起訴被告，地方法院認為具備合理懷疑已足以為合法的搜索行為，更何況警方已具有相當理由，被告上訴至聯邦巡迴上訴法院，主張本案不僅須具備相當理由，更須有令狀方得安裝 GPS 追蹤器，因此，本案 GPS 追蹤器所得之活動紀錄不能作為證據，檢察官則主張警察不需要任何相當理由，因為本案安裝、使用 GPS 追蹤器，並非美國憲法增修條文第 4 條意義下的搜索或扣押。

三、聯邦第七巡迴上訴法院之見解

本案係上訴至聯邦第七巡迴上訴法院，由美國知名法學家與法官—Richard Allen Posner 擔任主筆，而本案主要的就是討論：究竟安裝、使用 GPS 追蹤器，是否為美國憲法增修條文第 4 條意義下的搜索或扣押？

本案上訴法院說明，在討論是否須要令狀授權前¹²⁴，仍須先檢視是否構成美國憲法增修條文第 4 條的搜索或扣押，首先，安裝 GPS 追蹤器並非扣押，因為安裝 GPS 追蹤器並不會影響汽車的使用品質、獲得汽車的動力，也沒有占用乘客或儲物的空間，甚至連汽車的外觀都沒有影響，因此，不構成扣押。

既然不構成扣押，那是否構成搜索？本案法院先比較了傳統人力跟監、路口監視器跟監、衛星跟監(如 Google Earth)和 GPS 科技定位跟監，認為這些僅

¹²⁴ 討論令狀原則時，Posner 法官提出一個有趣的觀點，他認為美國憲法增修條文第 4 條僅在防止不合理的搜索扣押，條文文字上並沒有要求以令狀方式建立搜索、扣押的合理性，僅要求令狀的內容與簽發須有正當理由，對照學者 Telford Taylor 的研究(Telford Taylor, Two Studies in Constitutional Interpretation 23-43 (1969))，事實上，增修條文的立憲者希望令狀保護人民免於警察的侵害，但更擔憂令狀可能被警方拿去作為侵權豁免的藉口，之所以有令狀原則的要求，是由最高法院在諸多個案當中建立，如 1984 年 United States v. Leon 案(468 U.S. 897)、1987 年 Mincey v. Arizona 案(437 U.S. 385)等，Posner 法官認為要求令狀的基礎在於，令狀可以不讓警方在沒有任何調查下就進行搜索，使接下來的搜索更具成效，這樣一來，就不難建構搜索的合理性。

止於新、舊技術的差異，本質上均為公共道路上的跟監行為，如果認為衛星跟監不是搜索，那何以 GPS 科技定位跟監必然是跟監，本案法院繼續延伸比較，認為 Katz 案雖宣示搜索的內涵必須跟上科技發展的腳步，在 Kyllo 案中也是如此，但本案被告並沒有辦法援用 Kyllo 案，因為 Kyllo 案呈現的是使用熱顯像儀取代傳統進入住所的搜索¹²⁵，而本案是用 GPS 追蹤器取代的是傳統的人力跟監，很明顯的，過去認為傳統人力跟監並不是搜索，作為取代方案的 GPS 科技定位跟監當然也不會是搜索¹²⁶。

雖說本案法院認定 GPS 科技定位跟監並非搜索，但 Posner 法官在判決的末隅卻留了一段立場曖昧不明的說詞，他認為¹²⁷過去因技術的侷限，國家並沒有能力實現「全面性的監控」(wholesale surveillance)，但現在人們卻可以想像警察在數千輛的汽車上安裝 GPS 追蹤器，以數位技術辨識可疑車輛，甚至是以法律要求新車都必須安裝定位設備，以便國家跟監所有車輛，如果過去要做到這樣，恐怕只能動員上千萬名員警，使用科技設備無疑是更有效益的選擇，法院在判斷此種大規模監控(mass surveillance)，就不可能再說這不是美國憲法增修條文第 4 條的搜索¹²⁸，然 Posner 法官仍強調美國憲法增修條文第 4 條並沒有禁止警察提升執法效率，如同最高法院在 Knotts 案也認為無線電追蹤器增加執法人員的感官能力，並不會構成搜索；回歸本案，Posner 法官慶幸在本案中警方有充分的理由懷疑被告進行犯罪行為，且也不涉及大規模的跟監，因此，毋庸考量上述因素，並認為國家有朝一日決定實施大規模監督，再來考量美國憲法增修條文第 4 條的問題也不遲。

第五目、United States v. Marquez 案

一、本案事實¹²⁹

2007 年 3 月，美國緝毒局與愛荷華州緝毒小組的調查員發現有販毒組織以愛荷華州的狄蒙因(Des Moines)作為據點，該販毒集團使用三輛客貨兩用車(皮卡車；pick-up truck)，其中一輛是福特白色車款(下稱白色福特車)，2007 年 5 月調查人員趁白色福特車停放在沃爾瑪的停車場時，在該車保險桿上安裝 GPS 追蹤器，藉此觀察該車的動向，調查人員發現該車似乎是前往科羅拉多州的丹

¹²⁵ Kyllo v. United States, 533 U.S. at 34.

¹²⁶ United States v. Garcia, 474 F.3d at 997.

¹²⁷ *Id.* at 998.

¹²⁸ *Id.* Posner 法官在此也呼應過去 Warren 時任首席大法官在 1963 年 Lopez v. United States 案(373 U.S. 427)的協同意見，Warren 大法官認為，電子通訊技術的快速進步對個人隱私形成巨大的威脅，在執法時不加區別地使用這些設備將在美國憲法第四、五增修條文的解釋上，引發嚴重的憲法問題，此一問題將加重聯邦最高法院對司法系統公正性的監督責任。

¹²⁹ United States v. Marquez, 605 F.3d 604, 607-609 (8th Cir. 2010).

佛，於是，調查人員隨即聯絡丹佛警方並合作，在該車在不同州時都可以予以監控該車，同時，調查人員也在狄蒙因裝設兩台監視器，分別在 Guthrie Avenue 上的車庫附近一台則在 Northeast Broadway Avenue 上的房屋附近，並監聽兩隻販毒成員的手機。

在調查過程中，調查員發現一名叫 Josue Acosta Marquez 的人，開著貨車跟著白色福特車，從丹佛運毒至狄蒙因，並以 Northeast Broadway Avenue 的房屋作為轉運地點，而監聽結果也顯示 Acosta 與販毒集團成員有數百通的通話紀錄，2007 年 10 月 10 日，警方在愛荷華州和科羅拉多州的多個地點進行有令狀之搜索，並發現為數可觀的現金、兩把手槍和數百磅的大麻，其中在 Acosta 住所的搜索，也發現了現金、大麻、一把來福槍和一支手槍，在當日於 Acosta 的住所中，警方以英文向 Acosta 為米蘭達告知(Miranda warning)，Acosta 表示自己了解自己的權利，並簽署放棄緘默的文書，他坦言他有從販毒集團成員手中獲得少量大麻，而且他每次往返丹佛就可以賺取 500 至 600 美元不等的報酬，依據上述證據，Acosta 和五名販毒集團成員以共同散佈大麻的罪名起訴。

在審前程序中，本案被告 Acosta 抗辯自己被逮捕時的自白與 GPS 追蹤器數據的證據能力，Acosta 認為自己的英文能力根本不足以了解米蘭達告知與放棄緘默的效果，而警方無令狀安裝 GPS 追蹤器違反了美國憲法增修條文第 4 條，但員警 Jeremy Pickett 和員警 Dave Tinker 却作證陳述 Acosta 在被逮捕時，不論是簽署放棄緘默文書或與員警交談，都是以英文進行，另外 Acosta 的女友也證稱，Acosta 的英文會話並沒有問題，大多數的時間她都是用英文跟 Acosta 交談，至於 GPS 追蹤器部分，法院認為 Acosta 無權爭執 GPS 追蹤器的安裝與使用(因為並未安裝在他車上)，因此，地方法院駁回 Acosta 的兩項異議，並判處 10 年有期徒刑。

二、聯邦第八巡迴上訴法院見解

針對本案中，關於安裝和使用 GPS 追蹤器是否違反美國憲法增修條文第 4 條，本案上訴法院認為，單就本案被告而言，並不具排除 GPS 追蹤器數據證據的適格，這是因為警察使用 GPS 追蹤器並非針對被告所駕駛的貨車，而是被告所跟隨的白色福特車，被告既沒所有、也沒駕駛過該車¹³⁰，並無主張排除警方搜索與他關係不夠密切的地方的適格，退一步來說，縱算被告具排除適格，但在過去 Knotts 案認為，在公共道路上特定路程的活動並無合理隱私期待，何況 Garcia 案中，該法院認為警方有合理懷疑時，對停放於公共場所的汽車，可無

¹³⁰ *Id.* at 609,這跟過去同樣是聯邦第八巡迴上訴法院 2004 年所處理的 *United States v. Barragan*(379 F.3d 524, 530)案一樣，這裡法院認為後座純粹的乘客，並不具抗辯汽車搜索不合法的權能。

令狀安裝 GPS 追蹤器並在合理期間內使用，同樣的，本案上訴法院也認同 Posner 法官所言¹³¹，認為大規模的監控是可能發生的，並對可疑活動進行數據分析，這種發展著實令人擔憂，但同樣的，本案中並未發生恣意安裝或使用 GPS 追蹤器，警察是在有合理懷疑，並且在公共場所安裝與使用，法院不能禁止警方使用該設備讓執法成本降低，因此，本案上訴法院認為，地方法院駁回(被告關於排除 GPS 追蹤器數據的)異議應屬正確。

第六目、United States v. Pineda-Moreno(2009)案

一、本案事實¹³²

2007 年 5 月 28 日，美國緝毒局幹員發現一群男的在 Home Depot 商場買了大量常用於植栽大麻的肥料，幹員隨即尾隨那些人至停車場，發現他們駕駛一輛吉普車，緝毒局經比對後確認，該車車主為 Pineda-Moreno，而在同年 6 月，美國緝毒局幹員更進一步得知，Pineda-Moreno 和他的同夥也在其他家商店購買大量的雜貨、肥料、灌溉設備與驅鹿劑(deer repellent)，同時，幹員也開始跟監 Pineda-Moreno，並找到 Pineda-Moreno 所租用的活動式房屋(trailer home)，幹員為提高調查效率，在 Pineda-Moreno 的吉普車(停放在活動式房屋周圍)的側面與底部安裝 GPS 追蹤器，在此後的 4 個月內，幹員在 7 個不同的場所拆卸、安裝即時性或非即時性 GPS 追蹤器，其中有兩次是在 Pineda-Moreno 活動式房屋附屬的開放式車道(Pineda-Moreno 並未標示禁止進入)；2007 年 9 月 12 日，GPS 追蹤器回傳的資料顯示 Pineda-Moreno 正在駛離疑似大麻種植的地點，幹員立即動身前往 Pineda-Moreno 的所行駛的公路，並要求 Pineda-Moreno 靠邊停車，幹員在查看身分後，發現車上三人均違反移民法規，且在他們身上聞到了大麻的氣味，幹員隨即通知移民主管機關，將三人逮捕，在 Pineda-Moreno 的同意下，幹員搜索了他的吉普車和活動式房屋，在活動式房屋中，查獲了兩大袋的大麻。

2007 年 11 月 2 日，大陪審團以共同製造大麻的罪名起訴 Pineda-Moreno，在地方法院審理時，被告 Pineda-Moreno 主張排除從 GPS 追蹤器所取得的證據，認為幹員安裝 GPS 追蹤器在吉普車上已違反了美國憲法增修條文第 4 條。地方法院駁回上開主張後，Pineda-Moreno 則進行有條件的有罪答辯，就證據排除的部分保留提出上訴的權利，Pineda-Moreno 及時提出上訴。

二、聯邦第九巡迴上訴法院見解

本案上訴法院為聯邦第九巡迴上訴法院，本案法院事實上也是 McIver 案的

¹³¹ United States v. Garcia, 474 F.3d at 998.

¹³² United States v. Pineda-Moreno, 591 F.3d 1212,1213-1214 (9th Cir. 2010).

承審法院，不過上訴法院在本案中，除保留了 McIver 案原有安裝 GPS 追蹤器的論述外，還多討論了使用 GPS 追蹤器的論述，本案上訴法院的見解如下：

首先，被告爭執他將車停在住屋周圍的車道，仍屬住家的範圍，法院則認為，縱算他停在住家周圍，僅算是「不完全私人領域」且該車道被告並未證明其設有防止他人進入的障礙，也無任何遮擋防止路人觀看，調查人員作證時也聲稱，如果送報員要送報或有需探訪某人，都必須經過該車道，被告並沒有採取任何措施排除任何經過的人¹³³，被告對該車道無合理隱私期待，而對於汽車的外觀，在 McIver 案已經闡釋了個人對於汽車外觀無合理隱私期待，底盤作為汽車外觀的一部分，自然也沒有合理隱私期待，是以，幹員進入車道安裝 GPS 追蹤器，並不構成美國憲法增修條文第 4 條的搜索。

接著，被告主張在 Kyllo v. United States¹³⁴ 案後修正了 Knotts 案的論述，在 Kyllo 案中，美國最高法院認為使用熱顯像儀獲知關於住家內部的資訊，縱算未物理侵入該憲法保護之區域，仍構成搜索，而該技術並非一般人所能使用的，被告認為，在本案就是透過一般人所無法取得的感官增強技術，因此構成搜索，本案上訴法院則回應，認為被告根本錯誤理解兩個案子之間的關係，援參 Garcia 案的見解，Kyllo 案的熱顯像儀是搜索的替代方案，Knotts 案則僅是跟監公共道路活動的替代而已，本案上訴法院再次重申，不能僅因警察使用科技設備提升執法效率，即認為警察的偵查行為違憲，是以，使用 GPS 追蹤器不構成美國憲法增修條文第 4 條的搜索。

第二款、異軍突起的 Jones 案

第一目、本案事實

於 2004 年，警方懷疑哥倫比亞特區中，名為「Levels」夜店的所有者 Antoine Jones 和夜店經理 Lawrence Maynard 共同販賣毒品，並成為聯邦調查局和大都會警察局特別工作組調查的目標，展開一系列的偵查活動。於本案中，警方採用了各種調查技術，包括夜店活動的監視、安裝鎖定在夜店前門的監視器，還有電話紀錄器¹³⁵和竊聽 Jones 的手機，基於上開管道蒐集的部分資訊，偵查機關於 2005 年向美國哥倫比亞特區地方法院聲請令狀，授權在登記於 Jones 妻子名下的車子上使用電子追蹤設備，而該令狀僅授權「在 10 天內」於

¹³³ 在這裡，法院還幽了被告一默，法院認為就算鄰居的小孩跑到被告的車道，去車底找丟掉的球或亂跑的貓，被告也沒理由抱怨。(If a neighborhood child had walked up Pineda-Moreno's driveway and crawled under his Jeep to retrieve a lost ball or runaway cat, Pineda-Moreno would have no grounds to complain.).

¹³⁴ Kyllo v. United States, 533 U.S. 27 (2001).

¹³⁵ 電話紀錄器是一種記錄特定電話機所撥出的電話號碼，但本身不會記錄通訊內容的機器。

「哥倫比亞特區」內安裝 GPS 定位追蹤設備與定位追蹤。

詎料，偵查機關卻在第 11 天才在馬里蘭州內(而非哥倫比亞特區)，才在停放在公共停車場的吉普車底盤上安裝了 GPS 追蹤定位器。在接下來的 28 天，政府使用該裝置追蹤車輛的運行情況，並且曾經在該車停放於馬里蘭州的一個公共場所時，更換該裝置的電池。通過來自多個衛星的訊號，該裝置在每 50 至 100 英尺範圍內建立車輛的位置，並通過行動電話將該位置傳到偵查機關的電腦中，28 天內共傳送了超過 2000 頁的數據，而基於上開位置資訊，偵查機關發現 Jones 和其他共犯的集會場所，並藉此正式搜索，在該屋中發現現金 85 萬美元、97 公斤的古柯鹼和 1 公斤的游離鹽基古柯鹼(古柯鹼的游離鹼形式；cocaine base)。

第二目、本案訴訟過程

依據上開證據，以共犯散布和持有 5 公斤或更多的古柯鹼和 50 克或更多的游離鹽基古柯鹼為起訴事實，將 Jones 起訴，在審判之前，Jones 提出一項異議，要求將 GPS 定位追蹤設備的所蒐集之所有證據予以排除，但地方法院僅批准部分異議，即僅排除車輛停在 Jones 住宅附近的車庫時獲得之數據，而其餘保留的數據仍有證據能力，最後本案在共犯(conspiracy)認定上陪審團未獲一致結論，產生 hung jury(懸而未決案)，然而 2007 年 3 月，大陪審團又提交了一份起訴書，指控 Jones 和其他人共犯散布和持有毒品，在此審判中，仍引用前次審判中同樣的 GPS 定位取得之地點數據，該數據顯示 Jones 有到過其他共犯藏匿的房屋，而該屋中發現包括現金 85 萬美元、97 公斤的古柯鹼和 1 公斤的游離鹽基古柯鹼，這次陪審團作出有罪判決，地方法院判處 Jones 中終身監禁(無期徒刑)。

被告 Jones 不服上開判決，上訴至哥倫比亞特區巡迴上訴法院(United States v. Maynard¹³⁶)，該法院認為因 GPS 定位追蹤設備而獲得的證據，因違反了美國憲法增修條文第 4 條應予排除，是以，撤銷原地方法院判決，檢察官對此表示不服，向美國最高法院提起上訴，美國最高法院准予上訴而核發移審令。

第三目、聯邦哥倫比亞特區巡迴上訴法院(United States v. Maynard)

一、GPS 科技定位偵查是否構成搜索？

(一) 是否受 Knotts 案之拘束？

首先，被告 Jones 主張，依據 Katz 創設下的合理隱私期待檢驗，於本案中應有適用，認為警方使用 GPS 定位追蹤器已經侵害了他的合理隱私期待，為美

¹³⁶ United States v. Maynard, 615 F.3d 544 (D.C. Cir. 2010).

國憲法增修條文第 4 條的搜索，然檢察官則主張本案情形應受 Knotts 案見解的拘束，認為開車於公共道路上之人，對於從一個地方到另一個地方的移動並無合理隱私期待可言，縱使 Knotts 案法院特別保留了 24 小時長時間跟監是否須令狀的問題，但該法院亦表示如果「拖網式」的執法行為出現，法院仍有足夠的時間以不同的憲法原則，予以決定令狀問題，檢察官認為所謂拖網式應是指大規模的蒐集行為，而非對於個別、個體式的跟監而言。

就上開主張，本案法院則有不同意見，認為結論上 Knotts 案對本案應無拘束，蓋 Knotts 案法院明確的區分於離散而不連續的使用無線電追蹤器跟監，和更全面性的跟監(24 小時長時間、連續跟監)，前者，Knotts 案法院確實認為無合理隱私期待而非搜索，但對於後者，Knotts 案法院卻予以保留而未處理，並同時回應檢察官的主張，認為檢察官僅專注在「拖網」一語，卻未觀察到 Knotts 案法院論述的脈絡，該法院在處理此一問題時，同時援用被告的抗辯，認為如無須令狀(即無任何司法監督下)，將產生對任何國民實施長時間 24 小時跟監的可能，因此，以個案事實的拘限而免於判斷「長時間 24 小時跟監是否搜索」的問題。

本案法院認為，Knotts 案僅針對「從一個地方到另一個地方」(單點式)的公開行動有無合理隱私期待進行判斷，並非表示所有的公開活動均無期待，在本案中，偵查機關對 Jones 所實施的是 24 小時的、長達 28 天的跟監，是數十個地方活動的整體觀察，因此，本案非 Knotts 案事實情形，並不受該案拘束，而且也是 Knotts 案法院所保留、未處理的問題。

(二)Jones 的個人位置資訊是否揭露於公眾？

在討論個人位置有無合理的隱私期待之前，本案法院認為有無合理隱私期待的判斷，與個人位置是否揭露於公眾有很大的關連，蓋 Katz 案揭示一個人明知向公眾揭露，則非美國憲法增修條文第 4 條所保護，因此，須先探求 Jones 是否向公眾揭露其個人位置，本案法院從兩個視角檢視此一問題，一是 Jones 的個人位置資訊現實上是否揭露，二是 Jones 的個人位置資訊是否結構性的揭露。

關於前者，本案檢察官主張，Jones 在一個月內的活動是現實上已經揭露予公眾，因為在跟監的一個月中，警察依法可以跟監 Jones 所行經的公共道路，然本案法院認為，檢察官的主張卻隱存著錯誤，理由在於，在理解「揭露」的一語時，其關鍵因素並非他人物理上(最大)可能且合法的知悉到什麼程度，而是一個合理的人期待他人實際可能知悉到什麼程度，簡言之，就是揭露公眾與否並非取決於理論上的發現可能性，而是取決於陌生人實際上的發現可能性，

例如在 California v. Greenwood 案¹³⁷中，該法院即認為公共街道旁的垃圾袋容易被動物、兒童、清道夫、無聊人士和其他公眾人員所接近，從此例可知，一個合理的人對於自己丟在路上的垃圾，本來就很清楚可能被公眾所利用，同樣的，適用於本案中，本案法院一個人在一整月的活動，實際上並未揭露於公眾，畢竟一個陌生人要去他人觀察整體活動的可能性根本極低，更可以說本質上為零，須知一個人路過觀察或對單一路程的觀察，與日復一日的跟蹤直到可以拼湊私人迄今的所有行程，根本不能說是同一件事，是以，Jones 一個月的個人整體活動，事實上並未揭露於公眾。

而所稱結構性揭露的檢驗，則是在回應一個疑問：即使承認個別的活動皆揭露於公眾的前提下，何以可以認為整體活動並未被揭露於公眾？雖說檢察官在本案中並未提出此一問題，但本案法院基於職權仍予以解釋，認為縱算個別活動揭露於公眾，亦不能表示整體活動揭露於公眾，因為整體活動所能透露的資訊比個別活動來的多，甚至比部分個別活動的總和還要多，同時援參 United States Department of Justice v. Reporters Committee for Freedom of Press 案法院的見解作為立基點，該法院認為雖然性侵害犯罪者的前科表所記錄某些個別犯罪為公開紀錄，但對於具有集合性質的前科表(記錄所犯過的罪刑)仍有別於個別的犯罪紀錄，而對整個前科表具有隱私利益，另外，在 Smith v. Maryland 案中美國最高法院似乎也隱含著整體與個別的區分，本案法院並進一步採取馬賽克理論(Mosaic Theory)¹³⁸的觀點，認為看似瑣碎而微不足道的東西，但對有寬廣的視角的人來說，都可能是重要的，而長時間跟監能觀察到與短期跟監不同類型的資訊，如一個人重複做了什麼、不做什麼，不同的目的地都訴說著不同的故事，顯然的，長期跟監所揭示的整體資訊遠超越短期跟監所揭示的，兩者並不是程度的差異，而是類型的差異，因此，縱使本案 Jones 的個別活動已揭露於公眾，一個月的整體活動仍是未揭露於公眾。

(三) Jones 對於自己的位置資訊是否有合理隱私期待

另外，檢察官主張 Jones 並無合理的隱私期待，蓋這些受跟監觀察的活動均是在公開場所發生的，而非自己的家中，本案法院則回應，認為是否有合理隱私期待確實與場所有關，然而，Katz 案法院明確表示，縱使是公眾可以使用的場所，仍有受憲法上隱私保護的可能，而本案法院過去也在 Reporters Comm. for Freedom of Press v. AT & T 案表明，美國憲法增修條文第 4 條保護每個個人

¹³⁷ California v. Greenwood, 486 U.S. 35 (1988).

¹³⁸ Benjamin M. Ostrander, The Mosaic Theory and Fourth Amendment Law, 86 Notre Dame L. Rev. 1733 (2011); Orin S. Kerr, The Mosaic Theory of the Fourth Amendment, 111 Mich. L. Rev. 311 (2012).

的私密領域，並以合理隱私期待為界線，在本案中，以 GPS 追蹤器跟監長達一個月，將揭露一個人期待不被他人知悉人格圖像，這種跟監方式與 Knotts 案相對簡單的侵入模式形成鮮明的對比，透過 Katz 所創設的合理隱私期待標準的檢驗，其結果只能得出 Jones 對本身一整個月的活動有合理隱私期待，以 GPS 追蹤裝置跟監一個月的活動侵害其合理隱私期待，當然構成搜索，甚至超越 Katz 案所實施的搜索。

二、該搜索是否合理？

既然認定使用 GPS 追蹤器跟監 Jones 為美國憲法增修條文第 4 條所稱之搜索，隨之而來的令狀要求即無可避免，本案法院認為，除非有少數明確規定的例外情形，在美國憲法增修條文第 4 條的要求下，無令狀授權的搜索本身當然是不合理的，本案中，對 Jones 使用 GPS 追蹤器跟監長達一個月，且無令狀之授權，當屬不合理之搜索，然而，在此有個小疑問，就是本案中是否有美國法上「汽車例外」的適用，本案法院解釋，該例外是在「有相當理由認為車上有違禁物」的情形下，使警方便可以在無令狀授權時搜索汽車，而此例外並無授權警方在無令狀授權的情形下，可以於汽車上安裝 GPS 追蹤器，因此，衡諸本案情形，應無該例外法則之適用。

三、無害錯誤(Harmless Error)¹³⁹之檢驗

最後，使用無令狀的 GPS 科技定位偵查，是否屬於判決中的無害錯誤，如為無害錯誤，則於判決並無影響，那原判決即無撤銷必要，本案法院認為，檢察官雖主張絕大多數的證據均可證明 Jones 的共犯罪嫌，然而，檢察官所揭示的證據，如共謀者陳述或手機紀錄等，須與 GPS 追蹤器所獲得的數位位置資訊結合，方能描繪出 Jones 活動的具體軌跡與圖像，進而使檢察官指控 Jones 的罪名得以成立與可信，此點從檢察官對陪審團做案情陳述的開場白：「the GPS data would demonstrate Jones's involvement in the conspiracy」即可得知，本案法院認為是否屬無害錯誤，應以該控訴證據是否具備可以有助於定罪的合理可能性，如欠缺 GPS 追蹤器所蒐集的資訊，其他證明 Jones 的證據明顯非壓倒性的，無從達到超越合理懷疑的程度，因此，本案院撤銷了 Jones 的第一審判決。

第四目、美國最高法院之見解(United States v. Jones)

本案中¹⁴⁰，美國最高法院的九名大法官結論上均認為，將 GPS 跟蹤設備裝

¹³⁹ 無害錯誤法則(Harmless Error Rule)的基本介紹，王兆鵬，美國刑事訴訟法，元照，二版，2007 年 9 月，頁 781-790；陳建宇，無害違誤審查原則，月旦裁判時報，36 期，2015 年 6 月，頁 71-82。

¹⁴⁰ 565 U.S. 400, 132 S. Ct. 945, 181 L. Ed. 2d 911 (2012).

置到個人的車輛，以及隨後使用該設備監視車輛在公共街道上的行駛，均構成美國憲法增修條文第 4 條意義範圍內的搜索或扣押，然而，對於判決所持之理由卻大相逕庭，本案的多數見解由大法官 Antonin Scalia 主筆，並獲 Roberts 首席大法官、Kennedy 大法官、Thomas 大法官和 Sotomayors 大法官支持加入，而另有兩份協同意見書，一份由 Sotomayors 大法官提出，另一份則是由 Alito 大法官提出 Ginsburg 大法官、Breyer 大法官和 Kagan 大法官加入，本文將多數意見與兩份協同意見書整理如下：

一、本案多數意見

(一)美國憲法增修條文第 4 條的審查基準

首先，主筆多數意見的 Scalia 大法官闡釋，美國憲法增修條文第 4 條於制憲當時，係以英國 1767 年 Entick v. Carrington 案¹⁴¹所揭示：保護人民的財產不受政府不合理的侵入之意旨為出發點，且分析美國憲法增修條文第 4 條的用語可以發現，第四修正案與財產權有緊密的關聯¹⁴²，申言之，如果美國憲法增修條文第 4 條僅是為了防止政府不合理的搜索或扣押而已，那只須明定「防止政府不合理的搜索或扣押」即可，何須加入「身體、住所、文件與財物」等要件¹⁴³，而從 20 世紀後半葉直至 Katz 案，美國最高法院(以下簡稱本院)對於是否違反美國憲法增修條文第 4 條的認定，均以財產權作為審查客體¹⁴⁴，雖說 Katz 以合理隱私期待作為審查違反美國憲法增修條文第 4 條的標準，偏離了以財產權為基礎的檢驗方法，然而，Katz 案並未推翻以「身體、住所、文件與財物」作為審查客體的標準，在本院之後的諸多案件也都揭示：不會因 Katz 案的作成，而減少對上開區域的憲法保護¹⁴⁵，Katz 案並沒有縮小美國憲法增修條文第 4 條的保護範圍¹⁴⁶，因此，合理隱私期待標準的檢測僅是「加入」而非取代原先普通法的侵入檢驗¹⁴⁷。

(二)本案安裝與使用 GPS 追蹤裝置，構成搜索

再來，美國最高法院認為本案安裝與使用 GPS 追蹤裝置，構成搜索¹⁴⁸。本

¹⁴¹ Entick v. Carrington, 95 Eng. Rep. 807 (C.P. 1765).

¹⁴² United States v. Jones, 132 S. Ct at 949.

¹⁴³ Kyllo v. United States, 533 U.S. 27(2001); Kerr, The Fourth Amendment and New Technologies: Constitutional Myths and the Case for Caution, 102 Mich. L.Rev. 801, 816 (2004).

¹⁴⁴ United States v. United States v. Jones, 132 S. Ct at 950.

¹⁴⁵ Kyllo, 533 U.S. at 34 (“assure preservation of that degree of privacy against government that existed when the Fourth Amendment was adopted.”).

¹⁴⁶ Jones, 132 S. Ct at 951.

¹⁴⁷ *Id.* at 952 (“But as we have discussed, the Katz reasonable-expectation-of-privacy test has been added to, not substituted for, the common-law trespassory test.”).

¹⁴⁸ *Id.* at 949 (“We hold that the Government's installation of a GPS device on a target's vehicle,² and its use of that device to monitor the vehicle's movements, constitutes a “search.””).

案檢察官主張¹⁴⁹本院曾在 Knotts 案與 Karo 案二案中，認為使用無線電追蹤器跟監被告並無侵害其合理隱私期待，而不構成美國憲法增修條文第 4 條的搜索，本案多數意見則認為，在 Knotts 案中，僅處理是否有合理隱私期待的問題，而未討論經原所有人同意的安裝是否搜索的爭點，然而也不必討論，因為警方是經桶子的所有人同意後安裝無線電追蹤器，更何況 Knotts 也沒有爭執「安裝」的問題¹⁵⁰；在 Karo 案中，則解決了經同意的安裝是否為搜索的爭議，該案中，警方同樣是經第三人同意，將無線電追蹤器安裝於政府所有的桶子裡，並由第三人交易給被告，當時本院認為，在安裝時該桶子為政府所有，單純的交易給被告並不會獲得被告任何的資訊，進而也不會侵害被告的隱私權¹⁵¹，直至今日，本案多數意見也同意這樣的看法，在本案中，警方是安裝在 Jones 持有(Jones 妻子名下)的車上(屬美國憲法增修條文第 4 條所列舉的「財物」)，此立基點與上開二案相當不同，警方的安裝行為應屬搜索¹⁵²，此外，檢察官另援引 New York v. Class 案¹⁵³，在該案中，本院曾經表示，當汽車的外觀進入公眾視野，對其所為的目視檢查並非搜索¹⁵⁴，然而，正如同檢方所承認的那樣，本案情形超出了單純的外觀目視檢查的範圍，因為本案與 Class 案的區別在於，Class 案僅是警察單純用肉眼對汽車外觀做檢查，而本案卻是警方透過安裝追蹤設備連接至吉普車上(而非外觀的檢查而已)，這種方式暫時侵入車子內部的作法屬侵入憲法的保護領域，進而構成搜索¹⁵⁵。

(三) 不適用開放領域原則

而本案檢察官另主張本案有 Oliver v. United States 案¹⁵⁶所採「開放領域理論(Open Fields Doctrine)」的適用，本案多數見解則回應，在 Hester v. United States 案¹⁵⁷中早已揭示美國憲法增修條文第 4 條的保護客體為「身體、住所、文件與財物」而不擴張至開放領域¹⁵⁸，Oliver 案中爭執的客體並非美國憲法增修條文第 4 條所列舉的客體，自然不構成美國憲法增修條文第 4 條的搜索，然本案警方安裝 GPS 追蹤器的地方為汽車，屬美國憲法增修條文第 4 條的保護客體，因此，Oliver 案並無法在本案中適用¹⁵⁹。

¹⁴⁹ *Id.* at 951.

¹⁵⁰ *Id.* at 952.

¹⁵¹ Karo, 468 U.S. at 712.

¹⁵² United States v. Jones, 132 S. Ct at 952.

¹⁵³ New York v. Class, 475 U.S. 106(1986).

¹⁵⁴ *Id.* at 114.

¹⁵⁵ *Id.* at 114-115.

¹⁵⁶ Oliver v. United States, 466 U.S. 170(1984).

¹⁵⁷ Hester v. United States, 265 U.S. 57 (1924).

¹⁵⁸ Oliver, 466 U.S. at 183.

¹⁵⁹ United States v. Jones, 132 S. Ct at 953.

(四)結論

綜上，本案多數意見回歸美國憲法增修條文第 4 條以財產權保障的原始基礎，以物理侵入法則檢驗本案警察的偵查行為，認為國家為蒐集資訊而占用私人財產，此種物理的干擾將構成搜索，本案中，汽車為美國憲法增修條文第 4 條的保護客體，國家在目標車輛上安裝 GPS 追蹤裝置，並使用該裝置跟監車輛的活動，構成美國憲法增修條文第 4 條所稱的搜索。

二、本案協同意見

(一)Alito 大法官提出 Ginsburg 大法官、Breyer 大法官和 Kagan 大法官加入之協同意見書

Alito 大法官指出，廣泛運用 GPS 設備追蹤人民屬於 21 世紀的監控技術，然而，相當諷刺的是，多數意見卻是使用 18 世紀的侵權行為法在詮釋解釋美國憲法增修條文第 4 條，這樣不明智的解釋方法，不僅大幅壓縮美國憲法增修條文第 4 條語意的空間，也顯得相當不自然，同時，觀諸當前的判決先例也幾乎找不到支持的論點¹⁶⁰，因此，Alito 大法官轉而尋求合理隱私期待的論理路徑來解釋本案，其論理過程如下：

1. 本案安裝行為非扣押，亦非搜索

首先，Alito 大法官批評，在多數意見中無法得知安裝與使用 GPS 設備如何具體適用美國憲法增修條文第 4 條，因此，Alito 大法官從如何適用美國憲法增修條文第 4 條出發，先排除本案情形有解釋為扣押行為的可能，他認為在 United States v. Jacobsen 案¹⁶¹闡釋了，扣押屬於對他人財產利益有實際影響的干擾，而本案警方所採取監控技術的成功與否，正是取決於 GPS 追蹤設備不會干擾汽車的活動、運行，如果有所侵擾，那豈不是會備受追蹤者所發現？因此，本案不存在扣押行為。

確立此點後，再進一步觀察可以發現，多數見解認為安裝與使用 GPS 設備屬搜索的見解，是建立在一個可疑的前提下，即將「安裝」和「使用」當作同一個的程序，然而，如果分開觀察安裝和使用兩者，將無法明瞭多數意見為何將安裝行為視作美國憲法增修條文第 4 條的搜索，因為，如果警方僅安裝卻未使用 GPS 追蹤設備，根本無從取得被告的任何資訊¹⁶²，那麼多數意見也不可能將單純的安裝行為當作搜索，由此可知，安裝行為既非扣押，亦非搜索。

2. 侵入私人財產非必然為搜索

Alito 大法官接著提到，他同意多數意見所稱，法院必須確保人民至少擁有

¹⁶⁰ *Id.* at 958.

¹⁶¹ United States v. Jacobsen, 466 U.S. 109, 113, 104 S.Ct. 1652, 80 L.Ed.2d 85 (1984).

¹⁶² United States v. Jones, 132 S. Ct at 958.

美國憲法增修條文第 4 條通過當時的隱私程度¹⁶³，不過，同時也認為實在難以想像 18 世紀末會發生如本案情形般，而需判斷是否適用美國憲法增修條文第 4 條的事件(可以想像得情境只有警察躲在馬車之中，並持續一段時間，就為了監控馬車主人的活動？¹⁶⁴)，另外，多數意見似乎認為，任何以蒐集證據為目的而技術性侵入(Technical Trespass)私人財產，均構成搜索，然而這樣的看法並不正確，因為在 Oliver 案¹⁶⁵和 Hester 案¹⁶⁶中，本院就曾表示警察侵入他人的開放領域，縱然違反普通法，但開放領域並不是美國憲法增修條文第 4 條所稱的「住所」因而不構成搜索。

回歸本案脈絡的分析，Alito 大法官認為，多數意見在本案使用的論理方式，相當類似於本院早期處理監聽案件，例如在 Silverman v. United States 案¹⁶⁷中，警察在被告的房屋隔壁空房，將名為 spike mike 的監聽設備穿過共用的牆中，插嵌進被告家的暖氣管，以竊聽被告在家中的對話，因該設備已實際物理性的進入被告的房屋中，確實物理侵入美國憲法增修條文第 4 條的保護領域，而構成搜索¹⁶⁸；相對的，在 Olmstead v. United States 案中，警方則是用被告房屋和辦公室延伸至屋外與辦公室地下室的電話線，加以竊聽被告的談話內容，因警方的行為均未有物理侵入被告的房屋，進而也不構成搜索，另外 Goldman v. United States 案¹⁶⁹中，警方在被告辦公室外安裝竊聽器，如 Olmstead 案的理由，同樣也不構成搜索¹⁷⁰，然而，以物理侵入作為解釋美國憲法增修條文第 4 條的基礎卻屢受批評，如在 Olmstead 案中，Brandeis 大法官就提出不同意見書，認為雖說電話中的私人交談難以合於美國憲法增修條文第 4 條的法條文字，但美國憲法增修條文第 4 條仍應該被理解為禁止國家不合理的侵擾個人隱私，在此理解下，是否(與電話線有)物理的連結就不重要了，同樣的，在 Goldman 案中，Murphy 大法官的不同意見書也提及，科技讓搜索住家或辦公室無須藉著物理力，即可侵犯個人隱私，同時，也提供了比制憲者禁止的直接侵入更為有效的手段¹⁷¹。

¹⁶³ *Id.* at 958.

¹⁶⁴ *Id.* at 958 (“Is it possible to imagine a case in which a constable secreted himself somewhere in a coach and remained there for a period of time in order to monitor the movements of the coach's owner?”).

¹⁶⁵ *Oliver v. United States*, 466 U.S. 170, 104 S.Ct. 1735, 80 L.Ed.2d 214 (1984)

¹⁶⁶ *Hester v. United States*, 265 U.S. 57, 44 S.Ct. 445, 68 L.Ed. 898 (1924).

¹⁶⁷ *Silverman v. United States*, 365 U.S. 505 (1961).

¹⁶⁸ *Id.* at 511.

¹⁶⁹ *Goldman v. United States*, 316 U.S. 129, 135, 62 S.Ct. 993, 86 L.Ed. 1322 (1942).

¹⁷⁰ *Id.* at 135.

¹⁷¹ Murphy 大法官言下之意是認為，國家無物理力的侵入也應該是憲法第四修正案所欲規範的行為，參見 Goldman, *Id.* at 139 (Murphy, J., dissenting : “[T]he search of one's home or office no longer requires physical entry, for science has brought forth far more effective devices for the invasion

正因為上述的批評，最終在 Katz 案中，推翻了過去的見解，認為第四修正案毋庸以直接物理侵入作為要件，Katz 案作成以後，美國最高法院也一再重申此一立場，如在 Rakas v. Illinois 案¹⁷²認為，美國憲法增修條文第 4 條的保護並非取決於是否侵入場所的財產權，而是取決於是否侵害被告對場所的合理隱私期待¹⁷³；Kyllo 案中則是認為，美國最高法院已將美國憲法增修條文第 4 條的權利與侵入財產權的概念脫鉤¹⁷⁴；另外 Karo 案也表明，現實上侵入的要件既非必要，亦不足以構成憲法上的侵害¹⁷⁵；Oliver 案更明確的說明，財產權只是決定合理隱私期待是否合法的要素之一¹⁷⁶，以財產權作為美國憲法增修條文第 4 條的前提已經不可採，雖說後續仍有稀少的案件隱存著財產權侵入的觀點，如 Soldal v. Cook County¹⁷⁷案和 Alderman v. United States¹⁷⁸案，但此二案能給予財產權侵入觀點的支持卻相當有有限，總而言之，透過上述實務脈絡的分析，在 Katz 案作成後，多數意見很難找到支持物理侵入理論的判決先例¹⁷⁹，侵害財產權也不見得構成搜索。

3. 財產權取徑的合理性

接著，Alito 大法官對多數見解的取徑方式提出四個質疑¹⁸⁰，第一，多數見解的推論忽視了就為重要的長時間「使用」行為，反而將重心移轉至多數人認為不重要的「安裝」行為上，之所以說不重要，是因為單純的安裝不會對汽車的運行產生任何妨礙，況且在現代侵權行為法中，安裝行為僅被視為對私人財產輕微、無害的接觸，無法作為損害賠償的基礎，但本案多數見解卻視安裝為侵害憲法第四修正案的行為，相對的，如果警方以不技術性侵入的方式實施長時間跟監，例如：國家要求汽車製造商在出廠時均須安裝 GPS 設備在車上，此時，多數見解在這種情況就無法提供聯邦美國憲法增修條文第 4 條的保護；第二，多數見解將導致兩種適用結果的不一致，第一種是依多數見解所提出的標準，短時間使用 GPS 定位技術實施跟監，必然構成美國憲法增修條文第 4 條的搜索，然而，長時間人力或直升機跟監卻不會被認定為侵害美國憲法增修條文第 4 條，第二種則是，本案是被告的妻子將汽車(登記於被告妻子名下)交付予

of a person's privacy than the direct and obvious methods of oppression which were detested by our forebears and which inspired the Fourth Amendment”).

¹⁷² Rakas v. Illinois, 439 U.S. 128, 99 S.Ct. 421, 58 L.Ed.2d 387 (1978).

¹⁷³ *Id.* at 143.

¹⁷⁴ Kyllo v. United States, 533 U.S. at 32.

¹⁷⁵ United States v. Karo, 468 U.S. at 713.

¹⁷⁶ Oliver v. United States, 466 U.S. at 183.

¹⁷⁷ Soldal v. Cook County, 506 U.S. 56 (1992).

¹⁷⁸ Alderman v. United States, 394 U.S. 165 (1969).

¹⁷⁹ United States v. Jones, 132 S. Ct at 961.

¹⁸⁰ *Id.* at 961.

被告後，警察才將 GPS 設備安裝於汽車¹⁸¹，多數意見之所以認為國家侵害被告的財產權，是因為其假設被告妻子與被告間有寄託關係存在，使被告享有排他的使用權，被告至少享有受託者的財產權能，但有問題的是，受託者僅能在寄託關係有效存續時，方能主張因侵入動產的侵權行為而受有損害，因此，依多數意見的論理推演下，只要警方在被告妻子交付汽車予被告前，安裝 GPS 追蹤設備，被告就無法主張因侵權行為而財產權受有損害，進而也無從主張美國憲法增修條文第 4 條的保護；第三，多數見解的理論也會因為各州的夫妻財產制的不同，而導致不同的結論，如在有夫妻共同財產制(Community Property)或統一婚姻財產法(Uniform Marital Property Act)的州，被告和被告妻子原則上共有該汽車，警察不論在被告妻子交付被告前或交付後安裝 GPS 追蹤器，均為侵害被告財產而構成搜索，反之，如果在未採取夫妻共同財產的州，則會推定登記在妻子名下的汽車係妻子所有，警察安裝 GPS 的行為將視在被告妻子交付被告前或交付後安裝，始能判定是否構成搜索；第四，多數意見將在難以解釋無物理侵入的電子監控案件，例如警察以電子訊號暗中啟動內建的自動防盜系統，加以追蹤被告活動，這種發送電子訊號啟動系統的行為，是否屬於侵入動產？近來有法院開始反思傳統侵權概念，如何適用於涉及無物理侵入的電子訊號案件，其中如 CompuServe, Inc. v. Cyber Promotions, Inc.¹⁸²案和 Thrifty-Tel, Inc. v. Bezenek¹⁸³案的法院均認為，只要有發送電子訊號並連接至另一台電腦即可，假設多數見解的理論中重要的部分是在通過憲法增修條文第 4 條時已經存在的侵權法，那麼上開判決是法律的改變還是僅僅是舊侵權法在新情況下的應用？

4. 本案應採合理隱私期待標準

Alito 大法官認為採取 Katz 案所建立的合理隱私期待標準，就可以避免多數見解所可能造成的疑慮與複雜性，而 Alito 大法官相當負責的指出合理隱私期待標準操作上可能衍伸的問題，並表明自己的立場，他認為合理隱私期待標準操作上有兩個問題，第一，在個案適用時，法官經常將自己的隱私期待當作一般理性人的隱私期待¹⁸⁴；第二，雖說合理隱私期待的標準，是建立在一般理性人有健全發展與穩定之隱私期待的假設上，但隨著科技的發展，科技也可能使大眾的隱私期望產生顯著的改變，新的科技帶來了方便且安全的生活方式，如無所不在的監視器、智慧型手機的問世(搭載精確的 GPS 系統)，甚至以位置資訊作為社交工具，很多人很可能願意以自己的隱私換取便利又安全的生活¹⁸⁵，

¹⁸¹ *Id.* at 951.

¹⁸² CompuServe, Inc. v. Cyber Promotions, Inc., 962 F.Supp. 1015, 1021 (S.D.Ohio 1997).

¹⁸³ Thrifty-Tel, Inc. v. Bezenek, 46 Cal.App.4th 1559, 1566, n. 6, 54 Cal.Rptr.2d 468 (1996).

¹⁸⁴ Minnesota v. Carter, 525 U.S. 83 (1998), SCALIA, J., concurring, at 97.

¹⁸⁵ United States v. Jones, 132 S. Ct at 962-963.

縱算大眾再怎麼不樂見新科技可能所帶來減少隱私的問題，但終究仍無可避免科技的發展，這些新穎設備的使用都一再的影響一般人對於日常生活的隱私期待，不過，新科技也不見得會全然改變隱私的內涵，也可能促使立法形成新的規範。

在說明了合理隱私期待操作上可能的問題後，Alito 大法官接著表示，他觀察到在電腦時代以前，聯邦憲法或法律就隱私權的保護並未有明文規定，真正給予隱私最大保障的反而是實施技術的限制，例如過去長期跟監需要動員相當的人力，甚至有時需要直升機的支援，所耗費的偵查成本非常昂貴，通常只有在重要犯罪的調查，才會實施長期跟監，然而，現在因科技的發展，大幅降低長期跟監的執法成本，面對這種科技時代來臨的巨變，Alito 大法官主張，立法者才是解決保護隱私問題的最適機關¹⁸⁶，因為只有立法者有能力去衡量、評估公眾態度的轉變，進而劃定偵查的界線，平衡隱私保護與公眾安全(偵查)間的需求，如在在 Katz 案後，關於監聽的問題，國會並沒有任由法院實務以個案方式解決，反而是制定更全面的監聽法規，此後的監聽問題基本上都是尋求實定法予以解決，而非透過判決先例加以處理，這也說明了雖然科技可能改變公眾對隱私內涵的解讀，但也可能使人們擔憂新科技的發展會產生新的隱私侵害，而促使新的立法予以防範這種新的侵害。

在立法予以規範前，Alito 大法官認為¹⁸⁷法院能做的就是以美國憲法增修條文第 4 條，加以檢視本案警察使用 GPS 設備是否侵害被告的合理隱私期待，據此，如 Knotts 案中的短期跟監並無侵害合理隱私期待，但在大多數犯罪調查中使用長時間 GPS 科技定位跟監，則會侵害合理隱私期待，因為社會公眾的期望是執法人不會(認為實際上可能根本無法)秘密的跟監並記錄個人長時間的活動。至於多長時間的跟監才構成搜索，在其他案件中或許會成為困難的問題，然而，在本案的 4 周跟監肯定構成搜索，另外，本案也無庸處理涉及特別的犯罪類型使用長時間 GPS 設備跟監是否構成搜索的問題，因為過去在此類型犯罪調查中，警察本來就會實施長時間的人力跟監，偵查該類型的犯罪。

基於上開理由，Alito 大法官肯定下級法院—哥倫比亞特區聯邦巡迴法院的見解，並同意多數意見的結論。

(二)Sotomayors 大法官提出之協同意見書

相較於 Alito 大法官的協同意見，Sotomayors 大法官提出相對友善的協同意見，首先，Sotomayors 大法官肯認多數意見的論理，認為本案中，警察藉由物

¹⁸⁶ Kerr, *supra* note 143, at 805–806.

¹⁸⁷ United States v. Jones, 132 S. Ct at 964.

理侵入被告的財產，而侵害了被告的隱私利益，即構成美國憲法增修條文第4條所稱之搜索，也同意 Scalia 大法官的見解¹⁸⁸，即 Katz 案所建立的合理隱私期待標準並非取代或推翻原有的物理侵入標準，而是補充原有的標準，相對的，Alito 大法官的見解使國家的物理入侵行為與美國憲法增修條文第4條完全脫鉤，大幅削弱長期以來對人民對固有財產享有隱私期待的保護，就此而論，多數意見則沒有這種論理缺陷，儘管 Alito 大法官的說理有上述瑕疵¹⁸⁹，Sotomayors 大法官仍然肯定 Alito 大法官提出的許多觀點，認為現在科技技術日益精進，許多監控的形式都不再需要物理性的侵入¹⁹⁰，隨著時間的推移，未來國家將有能力透過民間業主所內裝的 GPS 設備或內建 GPS 的手機，反覆監控人民的行動¹⁹¹，在此種情形下，多數意見的觀點確實難以解決隱私問題，而如同 Alito 大法官所說¹⁹²，非物理侵入的監控方式也同時會影響到合理隱私期待標準，就結論而言，Alito 大法官所稱：「大多數犯罪調查中使用長時間 GPS 科技定位跟監則會侵害合理隱私期待」是可以贊同的。

Sotomayors 大法官接著從 GPS 全球定位系統的特性出發，認為 GPS 追蹤器能精確、全面的監控一個人的公共活動，這些活動可以充分反映一個人有關於家庭、政治、專業、宗教甚至於性生活等方面的細節¹⁹³(如 People v. Weaver¹⁹⁴案所述，GPS 數據將揭露一些本質上私領域的行程，例如去了哪些診所(涉及醫療資訊)、律師事務所、脫衣俱樂部等)，國家除了可以探知，甚至還可以儲存這些資訊，在未來的某一天拿出來使用，另外，就執法層面來看，GPS 跟監方式相較於傳統的人力跟監的成本更為便宜，並且透過隱密的執行方式，很容易規避一般性的司法控制¹⁹⁵，正因為 GPS 追蹤設備有上述特性，國家一旦濫用此種低成本卻提供大量個人隱私的監控方式，將使人民隨時會感覺國家正在監視自己，影響人民思想表達的自由，並終局的改變人民與國家的關係¹⁹⁶，有害於民主社會健全的發展。

基於 GPS 追蹤設備的特性，在處理「人們對於公開場合的活動總量，是否有合理隱私期待」的問題，就必須視人民是否能合理的預期到，國家會蒐集並彙整他們的公開活動，進而知悉他們的宗教信仰、私人生活甚至性生活等，

¹⁸⁸ *Id.* at 954.

¹⁸⁹ *Id.* at 955.

¹⁹⁰ *Id.* at 961.

¹⁹¹ United States v. Pineda-Moreno, 617 F.3d 1120, 1125 (C.A.9 2010).

¹⁹² United States v. Jones, 132 S. Ct at 962-964.

¹⁹³ *Id.* at 955.

¹⁹⁴ People v. Weaver, 12 N.Y.3d 433, 441-442, 882 N.Y.S.2d 357, 909 N.E.2d 1195, 1199 (2009).

¹⁹⁵ United States v. Jones, 132 S. Ct at 956; Illinois v. Lidster, 540 U.S. 419, 426, 124 S.Ct. 885, 157 L.Ed.2d 843 (2004).

¹⁹⁶ United States v. Cuevas-Perez, 640 F.3d 272, 285 (C.A.7 2011) (Flaum, J., concurring).

Sotomayors 大法官認為¹⁹⁷警方並無法透過一般的跟監，取得與 GPS 科技定位跟監一樣的成果，換句話說，人們根本沒辦法合理預期到，國家可以鉅細靡遺的知悉、彙整並利用他們的公開活動的資訊，與此同時，還必須考量到美國憲法增修條文第 4 條之目的，就是在遏止警察權力的任意行使和防止警察的監控行為過度滲透私人生活，而 GPS 科技定位跟監並沒有監督制衡機制，賦予其執行的正當性，因此，應認為 GPS 科技定位跟監構成搜索。

在處理完上述主要爭議後，Sotomayors 大法官提出了多數意見與 Alito 大法官均未提及的第三人原則，所謂第三人原則係於 Miller¹⁹⁸案和 Smith¹⁹⁹案所確立，是指如果人民有意的將個人資訊揭露給第三人知悉，則無美國憲法增修條文第 4 條的保護，他認為本案給予了反思第三人原則的契機，第三人原則應不適用於數位時代²⁰⁰，因為在現今數位的時代，人們在生活上大量的向第三人揭露自己的個人資訊，例如撥打電話即向電信公司揭露的撥號對象、上網和寄電子郵件即向網路服務業者揭露了自己的瀏覽紀錄與電子郵件內容，更別說網路購物揭露了更多的資訊，正如 Alito 大法官所說，或許人們是願意以自己的隱私換取便利又安全的生活，也或許是接受隱私的縮減是無法避免的結果²⁰¹，但很有可能的是有些人兩者都不是，Sotomayors 大法官根本性的懷疑，人民對於無條件地向國家揭露自己長時間(可能一周、一個月甚至一年)的網路紀錄會沒有任何異議，在 Smith 案中，Marshall 大法官的不同意見也提到：「隱私不是絕對、全有全無的概念，對銀行或電信業者透露的個人資訊，不能就此推斷人們同意將這些個人資訊用於其他用途」²⁰²，Sotomayors 大法官為雖認毋庸在本案中一併解決，但仍值得多數意見在未來的案件中反思第三人原則的存廢。

三、多數意見對協同意見的回應

事實上，本案多數意見的主筆 Scalia 大法官在做完本案分析後，在判決的後半段也回應了本案 Alito 大法官協同意見對多數見解的質疑。

首先，協同意見指摘多數意見是倒退適用回 18 世紀的侵權行為法²⁰³，Scalia 大法官認為這種指摘是扭曲本案多數意見的原意，因為多數意見並非是

¹⁹⁷ United States v. Jones, 132 S. Ct at 956.

¹⁹⁸ United States v. Miller, 425 U.S. 435 (1976).

¹⁹⁹ Smith v. Maryland, 442 U.S. 735 (1979).

²⁰⁰ United States v. Jones, 132 S. Ct at 957.

²⁰¹ *Id.* at 962.

²⁰² See Smith, 442 U.S., at 749, 99 S.Ct. 2577 (Marshall, J., dissenting) (“Privacy is not a discrete commodity, possessed absolutely or not at all. Those who disclose certain facts to a bank or phone company for a limited business purpose need not assume that this information will be released to other persons for other purposes”).

²⁰³ United States v. Jones, 132 S. Ct at 957.

適用 18 世紀的侵權行為法，而是適用 18 世紀侵權行為法所提供的保證²⁰⁴，擔保人民可以免於不合理的搜索或扣押，多數意見認為至少應該提供美國憲法增修條文第 4 條通過時所提供的保護²⁰⁵，Scalia 大法官認為協同意見似乎不贊同這種想法，在協同意見僅適用 Katz 案合理隱私期待檢驗的情形下，可能忽視過去已經承認的權利；另外，協同意見還誤解多數意見的解釋方法，認為多數意見以物理侵入法則解釋的方法，將在不涉及身體接觸，例如涉及電子訊號傳輸的情況下，將會出現難以解決的困境²⁰⁶，Scalia 大法官則回應，認為協同意見是將合理隱私期待標準作為唯一的檢驗標準，排斥其他的檢驗模型，但多數意見並沒有如協同意見一樣專斷，將物理侵入法則作為排他的檢驗方式，多數意見認為在只有電子信號傳輸而無物理侵入的情形下，合理隱私期待的標準仍然有適用的餘地²⁰⁷。

接著 Scalia 大法官火力全開，批評協同意見將 Katz 案建立的法則賦予排他性，才會造成不必要且難解的問題，因為，在最高法院迄今仍認定公共道路上特定路程之目視跟監為合憲(非搜索)²⁰⁸的前提下，採取協同意見解釋方向，勢必須回應一個質疑²⁰⁹：何以在大多數的犯罪偵查中，允許公路上短時間的目視跟監，但卻認為使用長時間跟監視不妥當的？況且，在判決先例中尚未有「搜索的發動須取決於被調查的犯罪本質」這種新穎的見解，縱使接受這樣的觀點，仍無法解釋何以四週的跟監必然是長時間的跟監？又限定於特定犯罪始可長時間的跟監的前提下，為何本案情形不是特定犯罪？對於恐怖分子跟監 6 個月是否允許？這些沒有物理侵入而須適用 Katz 案的問題，本院在未來可能都必須解決，然而，在本案的情形，根本還不需要去解決這些問題²¹⁰，因為本案已經有物理侵入的行為。

第三款、美國最高法院的延續與擴充

在 Jones 案中 Scalia 大法官的說法，本文認為似乎宣告了美國憲法增修條文第 4 條的基準為財產權為主、隱私權基準為輔的雙軌基準，就是在有財產權受物理侵入時，即以財產權受侵害為標準，如無物理侵入，則以是否侵害合理隱私期待為標準，在此之後，美國最高法院也延續了 Scalia 大法官所宣示的原則，而在此須先說明的是，Riley v. California 案並非直接與 GPS 科技定位偵查

²⁰⁴ *Id.* at 953.

²⁰⁵ *Id.* at 953.

²⁰⁶ *Id.* at 962.

²⁰⁷ *Id.* at 953.

²⁰⁸ *Kyllo v. United States*, 533 U.S. at 31–32.

²⁰⁹ *United States v. Jones*, 132 S. Ct at 954.

²¹⁰ *Id.* at 954.

有關，但其中基準的擇採卻也和 Jones 案所設下的原則有關，因此也加以介紹，如下：

第一目、Riley v. California 案

一、本案事實

此案中美國最高法院合併了兩個案子做出判決，兩案事實如下²¹¹：

第一個案子是 Riley 於行駛汽車途中遇警察臨檢，警察於臨檢過程中發現 Riley 使用過期牌照，依據相關作業準則，警察對汽車進行全面性搜索，發現兩把並逮捕 Riley，附帶搜索他的口袋發現一台智慧型手機，並檢視手機簡訊內容，發現有簡訊內容出現幫派用語，將被告押送至警局兩個小時後，另名刑警在手機中又發現了與先前犯下槍擊案幫派有關的照片與影片等數位資訊內容，基於該等手機中的數位資訊內容，檢察官以共犯槍擊的罪名將 Riley 起訴。

在第二個案件中，被告 Wurie 因毒品交易案件遭逮捕，並附帶搜索扣得掀蓋式手機(非智慧型手機)，在警察局中，員警注意到有個名為「my house」的號碼不斷撥給被告的手機，並顯示在外屏幕上，並在手機上搜尋該號碼，發現電話簿中該號碼的資料有住址資料，員警懷疑該住址即是 Wurie 的公寓，基於上開資訊，警方向地方法院聲請搜索令狀，並在該屋中起出古柯鹹、大麻，吸食器與現金等，並遭檢察官起訴，第一審 Wurie 被判有罪。

二、多數意見之見解

多數意見認為²¹²在 Chimel 案中所確立附帶搜索的正當化基礎在於—保護執法人員的安全與防止證據滅失，從此二目的觀察可否附帶搜索手機內的數位資訊，首先，數位資訊內容本身難以作為危害執法人員安全的工具，況執法者當時已經扣押該手機，基本上沒有保護執法人員的需求，然有疑慮的是，是否可能有第三人遠端刪除手機內資訊，然多數意見認為，警方防範的方法有非常多，其中不乏有便宜有效的方式，如以關機、拔電池或放入錫箔紙袋等屏蔽電磁波的方法，退一步說，就算第三人即時刪除手機內數位資訊，警方也難以發覺並立即搜尋到該資訊，因此，本案中並不存在這兩個正當化事由。

而本案檢察官另有提出 United States v. Robinson²¹³案與 Arizona v. Gant²¹⁴案加說明警方附帶搜索手機內容的合法性，前者是確立附帶搜索之明確法則

²¹¹ Riley v. California, 134 S. Ct. 2473, 2480-2481, 189 L. Ed. 2d 430 (2014).此案雖未直接針對科技定位偵查做出論述，但對手機特殊性的論述與延續 Jones 案的雙軌基準有重要意義。

²¹² 事實上這個案子的討論重心與爭點在於，手機內容的搜索是否得無令狀之附帶搜索，進而有無違反美國憲法增修條文第 4 條的問題，有鑑於篇幅與討論方向的考量，本文就將翻譯重心擺在美國最高法院對於搜索認定基準的突破。

²¹³ United States v. Robinson, 414 U.S. 218(1973).

²¹⁴ Arizona v. Gant, 556 U.S. 332(2009).

(Bright-Line Rule)，認為於附帶搜索時，可對被告可觸及之處(座位周圍與該空間之任何容器)為完全的搜索(Full Search)，後者則是處理於附帶搜索汽車²¹⁵時所得搜索的範圍，認為逮捕駕駛或乘客後，合理懷疑車內有犯罪證據或有保護執法人員安全的需求時，因汽車內部全部均在立即可控制的範圍，且汽車內的容器亦為可控制範圍，均得為附帶搜索，本案多數見解認為上開二案均不拘束本案，多數意見認為被告受逮捕時，即便隱私期待利益減少，然而卻仍受美國憲法增修條文第4條的保護，而所謂明確原則在平衡國家執法利益與個人隱私利益，對於立即可控制的實體物(物理對象)可以達到平衡，但手機承載了大量的個人資訊，這是當時在 Robinson 案中未曾考慮過的因素，此時隱私利益應大於國家執法利益，應有令狀始得為之，而汽車搜索問題，多數意見認為汽車搜索的是建立在隱私減少理論與機動性理論(強烈執法需求)的前提下，手機並沒有如汽車的特徵，況且，Gant 案的標準套用在手機上，可以發現根本沒有任何限制可言，將使警方肆無忌憚的自由裁量，翻找個人在手機上的個人資訊，基於上開理由，多數意見認為，附帶搜索手機應非合法。

事實上，上開的推論都依建立一個前提上—手機的特殊性，直至在本判決的後半段，多數意見才揭露對於手機論述作為支撐整個判決的前提，多數意見認為在過去的年代要搜尋一個人受到實際物理空間的拘束，對於一個人的生活的事物隱私的侵入相當狹窄，基於科技的變革與智慧型手機的發明，多元的功能被集合到一台手機之上，大多數人將生活的細節記載手機中，根據調查，超過四分之三的智慧型手機用戶，大多數的時間都不會超過手機5英尺，且透過強大的儲存空間，記載事務與瀏覽紀錄幾乎涵蓋一個人的生活的每個面向，甚至有些透過連接雲端技術，使儲存空間不限於手機本身，而就資訊的質來說，有些還比住宅內的資訊更為敏感，搜索手機猶如在口袋中搜到一把鑰匙，開啟個人隱私的大門，將個人隱私暴露無遺，因此基於這些特殊性，多數意見再次重申，警方在搜索手機之前，應先取得令狀。

三、Alito 大法官提出之部分協同意見書

Alito 大法官基本上認為，偵查機關於偵查時，原則上須先取得令狀，方能搜索手機儲存的訊息或瀏覽紀錄，然仍有不同於多數見解的論理，分兩部分如下：

第一部份，Alito 大法官挑戰多數見解所論述附帶搜索的基礎，他認為原始的附帶搜索並非為了保護執法人員的安全與防止證據滅失，從過去的判決先例

²¹⁵ 關於汽車搜索的特殊性，可參考王兆鵬，同前註 139，頁 193-223。

中，甚至是著名的 Weeks v. United States²¹⁶案，並沒有辦法找到這樣的說法，反而是認為在被逮捕人身上可以取得什麼證據，換言之，是基於取證的需求而已²¹⁷，況且，在過去的判決先例中，對於被逮捕被告的隨身文件都可以作為犯罪證據，然而該等文件一旦脫離被告，就根本沒有保護執法人員安全與防止證據滅失的風險，顯然，此二理由並不是附帶搜索的理由，在 Chimel v. California 案中，僅涉及對於現場的搜索，而不應擴張至對於被告人身的搜索，將之擴張的先例都應該是錯誤的推論。

Alito 大法官進一步同意多數意見，認為不應當將數位時代之前的規則機械性的適用到搜索手機上，手機上大量的資訊，其中夾帶著高度個人私密性，如果轉換成紙本，很難想像有人會隨身攜帶，然而，多數意見將數位資訊重於紙本資訊的取徑將有不尋常的結果，如一個人將整個月的通話紀錄紙本夾帶在身上，警察可以附帶搜索該紙本，但卻不能搜索手機的通話紀錄，這樣結果著實奇怪，對此，Alito 大法官說明他也沒有更好的解決方式，靜待未來司法依個案建構更細緻的操作供執法人員遵行。

第二點，Alito 大法官認為關於執法的合法性與個人隱私的保護，立法機關應加以權衡劃定合理的界線，以 Katz 案的發展來說，在 Katz 案後，立法機關即制定相關法律規範監聽的問題，以此之後，幾乎都以實定法為遵行的指標，而現代社會中，手機可以成為犯罪的工具，亦形成執法的新難題，手機在生活中扮演的腳色，使他可能承載著私密的資訊，對此法院根本難以衡量與評價，且相較於過去數十年，人們因為科技的便利，似乎更願意向公眾分享過去所不願分享的資訊，考量這樣的發展，如果能刻板的適用美國憲法增修條文第 4 條，對於個人隱私的保護可說是相當不幸的，進而，相對於司法者而言，立法者較受公眾所影響，處於更有能力權衡的位置，能夠因應現時與未來的變化。

第二目、Grady v. North Carolina 案

一、本案事實

本案事實²¹⁸為上訴人 Torrey Dale Grady 於 1997 年因二度性侵兒童入獄，於 2006 年服刑期滿，依據北卡羅萊納州的相關法規，性侵累犯服刑期滿後將受一定期間電子腳镣的 GPS 定位監控，上訴人 Grady 並未爭執其作為累犯的事實，但就電子腳镣的處遇措施部分，認為此處置侵害其美國憲法增修條文第 4 條的

²¹⁶ Weeks v. United States, 232 U.S. 383(1914).

²¹⁷ 況基於學者們對於美國憲法增修條文第 4 條與刑事訴訟的歷史研究，也認為美國憲法增修條文第 4 條的出現並沒有就此改變這樣的認知，TELFORD TAYLOR, Two Studies in Constitutional Interpretation 45 (1969).

²¹⁸ Grady v. North Carolina, 135 S. Ct. 1368 (U.S. 2015).

權利，北卡羅萊納州最高法院駁回 Grady 的請求，Grady 上訴至美國最高法院。

二、最高法院見解

美國最高法院法官一致認為，在 Jones 案中已經說明政國家在目標車輛上安裝並使用 GPS 設備監控車輛的活動構成搜索，且該案中也說明國家為獲取個人資訊而物理占有(physically occupied)私有財產，就不必再探求個人的合理隱私期待，進一步說，只要國家物理侵入憲法保護領域獲取資訊，將無疑的構成搜索，在 Florida v. Jardines 案中也重申此點，根據上開見解可知，國家在未經個人同意的下，為追蹤個人行動而安裝定位設備至個人身體，應構成搜索，美國最高法院強調，美國憲法增修條文第 4 條的保護並不限於刑事偵查程序²¹⁹，國家蒐集資訊的目的並不能決定蒐集資料的方法是否構成搜索，美國最高法院最後重申，美國憲法增修條文第 4 條是禁止不合理的搜索，而搜索的合理性取決於所有情狀，包含了該搜索的性質、目的與所侵害的合理隱私期待，不過，因北卡羅萊納州最高法院並未論及該措施是否合理，因此，美國最高法院也並未對該措施的合理性進行檢驗。

第三目、Carpenter v. United States 案

一、本案事實

本案²²⁰是 2011 年於底特律發生搶案，遭逮捕的四名被告中，其中一名被告向警方供稱過去四個月中有 15 名組織成員參與此搶案，並向聯邦調查局提供所知的行動電話號碼，其中一支電話號碼即是本案被告 Carpenter 的號碼，警方就此號碼向 Carpenter 的電信服務商提出兩項命令，第一、要求調取過去 152 天(其中有連續的 127 天)的發話位置，第二、調取 7 天短期接收 Carpenter 訊號的基地台位置資訊(CSLI：手機基地台位置資訊，其中有兩天涵蓋了被告在俄亥俄州東北部的活動)，警方共計取得 12,898 個被告位置資訊，平均每日共 101 個位置數據，警方認定被告 Carpenter 參與先後六起搶案，被控強盜並攜帶槍枝罪，地方法院與聯邦第六巡回法院均認定有罪，美國最高法院簽發移審令。

二、多數意見

本案的多數見解由 Roberts 首席大法官主筆，多數意見如下：

(一)隱私權基準的採納

首先，多數意見重申美國憲法增修條文第 4 條的重要性，並再一次闡釋 Jones 案所揭露的，認為在過去的判決先例中，美國憲法增修條文第 4 條的搜索

²¹⁹ Ontario v. Quon, 560 U.S. 746, 755 (2010).

²²⁰ Carpenter v. United States, 138 S. Ct. 2206, 201 L. Ed. 2d 507 (2018).

與普通法中的侵權法則息息相關，聚焦在國家是否物理侵入憲法所保護的領域，然而，多數意見也強調，近來美國最高法院也意識到，財產權不再是判斷侵害美國憲法增修條文第4條權利的唯一判準²²¹，並復述Katz案中「美國憲法增修條文第4條保護的是人，而非場所」與美國憲法增修條文第4條擴張及於保障被告的合理隱私期待，而美國憲法增修條文第4條的目的即在於確保生活隱私免於專斷的權力²²²與防範警察過度滲透的監視²²³，在面對監視工具的革新時，美國最高法院始終保持這樣的初衷，試圖確保某種程度隱私的保護，這在Kyllo案中拒絕機械性的解釋可以獲得驗證²²⁴，同樣的在Riley案中，最高法院也鑑於手機強大的儲存能力，而認為警方須有令狀方能搜索手機內的資訊²²⁵。

(二) 本案調取手機基地台資料，構成搜索

在本案中，最為關鍵的問題即是的調取手機基地台的位置資訊，藉以得知被告過去的活動，是否為美國憲法第四增修文所稱的搜索？關於這個問題，最高法院分成兩個層次加以分析：

第一個層次是，人民對其物理位置資訊是否有合理隱私期待？從Knotts案中，可以知道加強的目視跟監並不構成搜索²²⁶，人民在公開場所中特定路程的活動(his movements from one place to another)不具備合理隱私期待，這是因為人民在公共場所中是自願揭露給想看的第三人，然而，須要小心區辨的是，beeper這種傳統跟監與其他更為滲透型態的跟監的差異，Knotts案法院強調beeper屬國家有限的使用科技設備，如果未來有對任何公民實施二十四小時的跟監，那將會有不同憲法原則加以適用²²⁷，在此案三十年後，Jones案即適用了不同的憲法原則，在Jones案中就有五位大法官支持²²⁸，如果有暗中記錄Jones自己安裝的竊車偵測系統或是連接Jones手機上的GPS紀錄，將可主張與隱私權連結，協同意見也表示長時間以GPS監控被告侵害被告的合理隱私期待，不論被告的活動是否總體性的向公眾揭露。

第二個層次是，第三人原則的適用與界限何在？在Miller案²²⁹、Smith案²³⁰中，最高法院確立了第三人原則，認為被告向第三人揭露資訊後，承擔其資

²²¹ Soldal v. Cook County, 506 U.S. 56, 64 (1992).

²²² Boyd v. United States, 116 U.S. 616, 630, (1886).

²²³ United States v. Di Re, 332 U.S. 581, 595, (1948).

²²⁴ Carpenter v. United States, 138 S. Ct. at 2214.

²²⁵ Riley v. California, 134 S. Ct. at 2484.

²²⁶ United States v. Knotts, 460 U.S. 281-282.

²²⁷ *Id.* at 283–284.

²²⁸ United States v. Jones, 132 S. Ct at 945 (ALITO, J., concurring in judgment)、(SOTOMAYOR, J., concurring).

²²⁹ United States v. Miller, 425 U.S. at 443.

²³⁰ Smith v. Maryland, 442 U.S. at 743–744.

訊可能向第三人傳達的風險，該第三人為國家也是如此，在其有限的目的下使用，而社會通念也不認為此具有合理隱私期待，美國憲法增修條文第 4 條現今所面臨的問題，就是透過手機訊號紀錄編輯個人過去的活動，就此 Jones 案給了此案一些靈感，手機定位訊號類似於 GPS 定位追蹤，也詳如百科全書並易於取得，第三人原則在過去被應用在電話紀錄與銀行交易紀錄，手機訊號的紀錄是否可以邏輯性的延伸，實有疑問，第三人原則在 1979 年被確立時，並不能想像一個社會中，電話可以紀錄持有者所到之處，持有者向電信服務商傳達的不僅是撥打的號碼而已，更是持有者詳細的活動，因此，本案多數意見拒絕延伸 Miller 案和 Smith 案的第三人原則²³¹，認為 Katz 案已經確立人民在公共場域仍有隱私權的保護，Jones 案也說明大多數人對於整體的活動具有合理隱私期待²³²，在數位時代以前，偵查機關要進行長時間的監控技術困難且所費過鉅，基此，社會通念並不會認為偵查機關會實施，事實上偵查機關也沒有能力實施與紀錄詳細的個人活動²³³，雖說手機基地台紀錄屬於商業性紀錄，但這並不會就此否定被告對於自己的物理位置有合理的隱私期待，被告 127 天的手機訊號紀錄反映了被告這些日子的活動紀錄，與於汽車安裝 GPS 追蹤器相差無幾，手機定位資訊甚至更為簡便，因為相較於傳統調查方式，國家幾乎不必花費任何費用就可以調取這種資料庫²³⁴，同時，多數見解認為手機基地台的歷史紀錄所帶來的隱私風險，遠勝於汽車安裝 GPS 追蹤器²³⁵，畢竟手機隨身攜帶，可以說是個人活動的剖析，更能精確的追蹤個人的活動，這種趨近於完美的監控，宛如在個人的腳踝裝上追蹤器，偵查機關在重建被告過去活動的過程中，只要電信服務商有保留紀錄即可(最長可達五年)，更重要的是有多達四百萬台設備(基地台)隨時隨地的記錄，與 GPS 追蹤器大有不同，偵查機關無須先確定跟監對象，事後再調取即可，這樣的監控模式，恐怕只有極少數人能夠逃脫，因此，多數意見認為偵查機關侵害被告 Carpenter 對於自己整體活動的合理隱私期待，而構成美國憲法增修條文第 4 條的搜索。

(三)對不同意見的回應

1. 科技精確性的回應

檢察官和 Kennedy 大法官指出，手機基地台紀錄並不如 GPS 資訊來得精密，手機基地台資訊僅能推知他在犯罪現場 1/8 至 4 平方英里的範圍內，而非

²³¹ Carpenter v. United States, 138 S. Ct. at 2217.

²³² United States v. Jones, 132 S. Ct. at 945 (ALITO, J., concurring in judgment).

²³³ *Id.*

²³⁴ Carpenter v. United States, 138 S. Ct. at 2218.

²³⁵ *Id.*

在犯罪現場，多數意見認為這樣的推論已被 Kyllo 案所廢棄²³⁶，況且在這十幾年的發展下，尤其是都會區，基地台的數目激增，透過訊號時間與方向角的測量，電信服務商已經有能力在 50 公尺的範圍內精確的定位手機，國家也可能位置資訊與其他資訊相結合，演繹出細緻的活動資訊，進而得知被告在犯罪現場，因此，多數意見認為偵查機關侵害被告 Carpenter 對於自己整體活動的合理隱私期待²³⁷。

2. 第三人原則質疑的回應

檢察官和 Kennedy 大法官認為手機基地台位置資訊屬商業紀錄，並堅稱雖說有本案有新科技的特點，但仍為第三方而來的證言²³⁸，多數意見認為這樣的見解無法適應於科技的劇變，因為科技的變化不僅使追蹤 Carpenter 的位置資訊成為可能，也使追蹤任何人成為可能，電信服務商並不是典型的證人，不像是愛打聽他人的鄰居，電信服務商總是相當機警且記憶力幾乎可靠，Miller 案和 Smith 案所揭露的有限資訊與本案電信服務商隨意蒐集的詳盡資訊之間有著天壤之別²³⁹，因此，檢察官和 Kennedy 大法官認為也不要求直接適用第三人原則，而是擴張應用至不同類型的資訊，多數見解認為，第三人原則部份源自於隱私減少的概念，即個人有意的分享資訊將使此資訊的合理隱私期待降低²⁴⁰，但這並不表示會逸脫美國憲法增修條文第 4 條的保護，況且 Miller 案和 Smith 案所揭示的第三人原則並非全然取決於分享行為(即揭露行為)，還考量了特定文件的性質，也就是說，也取決於個人對於該文件內容是否存在合理隱私期待²⁴¹，上開見解未能理解手機基地台並未有此限制，因此，也沒有比較的基礎而能加以援用第三人原則，雖說 Knotts 案認為個人在公共場所的活動為自願揭露任何想看的人，而無合理隱私期待，但面對更全面的跟監，Jones 案已認為有合理隱私期待。

至於 Gorsuch 大法官表示質疑，不明白為何個人在哪打電話是敏感的事²⁴²，Kennedy 大法官則表示不連續的活動並非特別的私密²⁴³，多數見解回應認為，手機位置資訊並非真正的共享，而手機又屬現代生活所不可或缺的工具，

²³⁶ Kyllo v. United States, 533 U.S. at 36.

²³⁷ Carpenter v. United States, 138 S. Ct. at 2219.

²³⁸ *Id.* at 2229-2231

²³⁹ *Id.* at 2219 (“Sprint Corporation and its competitors are not your typical witnesses. Unlike the nosy neighbor who keeps an eye on comings and goings, they are ever alert, and their memory is nearly infallible. There is a world of difference between the limited types of personal information addressed in Smith and Miller and the exhaustive chronicle of location information casually collected by wireless carriers today.”).

²⁴⁰ Riley v. California, 134 S. Ct. at 2488

²⁴¹ Miller, 425 U.S., at 442. ; Smith, 442 U.S., at 742.

²⁴² Carpenter v. United States, 138 S. Ct. at 2262.

²⁴³ *Id.* at 2232.

在使用手機的過程中產生的基地台資訊，除了切斷訊號以外，沒有辦法避免遺留位置資訊，個人根本沒有真正意義的「自願」承擔這種假設風險，因此，多數見解拒絕延伸 Miller 案和 Smith 案的第三人原則至手機位置資訊。

多數見解強調，其決定僅狹義適用於手機基地台位置資訊，換言之，並不妨礙 Miller 案和 Smith 案的應用(不推翻 Miller 案和 Smith 案)，或其他常見的跟監技術和工具(如監視器)²⁴⁴，也不表示其他的商業紀錄均會揭露位置資訊，同時也不涉入或擴及至對外國事務或國家安全的蒐集技術。

3.是否須有令狀原則適用的釋疑

既然認定取得被告手機基地台位置資訊屬搜索，除有特別例外的情形外，必須有令狀與相當理由始得發動，然而，美國法律 18 U.S.C. §2703(d)規定的門檻卻是有正當理由—有調查的必要性與關聯性，遠不及相當理由並取得令狀的門檻，多數意見認為國家欲取得被告的手機基地台位置資訊，所負的義務即是取得令狀。

對此，Alito 大法官認為，手機基地台位置資訊並沒有實際取得文件本身，屬較小的侵害，因此，在法院核發強制性傳票(普通傳票及必要時簽發的逮捕令或拘押令)的情形下，並不適用令狀原則，也不適用相當理由的標準，在他的觀點下，多數意見提出了與第三人原則不同的類型原則，提供以傳票寬鬆的審查而不必審查合理隱私期待，然而，多數見解認為，在本案中並沒有如此認定，詳言之，多數意見並沒有宣告，在該紀錄被懷疑有合理隱私期待時，國家可能傳喚第三人，多數意見認為 Alito 大法官的見解顯然忽視了關鍵的問題，因為不同意見書其實已經意識到，手機基地台位置資訊是完全不同種類的商業紀錄，況且根據 Alito 大法官的見解，所有類型的紀錄都可以傳票方式，逸脫令狀的要求，而手機上個人資訊都將化約成文件，都可以透過傳票加以蒐集，多數意見認為採行令狀原則可以防止上述傳票理論超越合理隱私期待的判準，拒絕第三人原則在此適用是蘊含著使文件得以受到美國憲法增修條文第 4 條完整的保護，並再次強調並非所有法院提出指令都必須有相當理由，在大多數的調查幾乎無需如此，另外，原則上須有令狀方得調取，但同時也容許個案特別的例外，因為在緊急的情形下，無令狀搜索是美國憲法增修條文第 4 條所容許，本案的決定並不影響無令狀搜索的情形，最後多數意見表示，誠如 Brandeis 大法官在 Olmstead 案提出著名的不同意見書中所說，法院有義務確保科技的進步不會侵蝕憲法第四增修文的保護²⁴⁵，而本案正是法院肩負法律面臨科技的進步的

²⁴⁴ *Id.* at 2210 (“We do not disturb the application of Smith and Miller or call into question conventional surveillance techniques and tools, such as security cameras.”).

²⁴⁵ *Olmstead v. United States*, 277 U.S. at 473 – 474 (the Court is obligated—as “subtler and more far-

挑戰，多數意見堅定地認為，國家調取手機基地台資訊不該毫無限制，從手機基地台資訊本質與涉及層面，也不該僅有寬鬆的保護，國家調取手機基地台資訊屬美國憲法增修條文第 4 條的搜索。

第三項、美國實務的分析與質疑

第一款、物理場所的微妙

觀察美國早期實務見解可以發現「場所」為何，有著關鍵性的影響，在 Knotts 案與 Karo 案中，兩案中偵查機關所使用的均是 beeper 觀察被告在公共道路上的活動，侵害手段沒有明顯差異，而蒐集的均是桶子的位置資訊，取得資訊也無實質差異，只是 Karo 案的偵查機關有持續觀察桶子至住宅內，顯然的，住宅與非住宅的場所差異成為關鍵，而在 McIver 案中也可以發現，聯邦上訴巡回法院也有同樣的論述，認為森林屬於開放區域，無合理隱私期待可言，顯然是以公、私場所作為判斷要素，然而，在關於科技定位偵查的美國實務見解中，只要是以隱私權作為論述主軸的判決，均會援參 Katz 案所提供的操作模型，也都言之鑿鑿的說，美國憲法增修條文第 4 條保障的是人，而非場所，在公開場所也有隱私權的保護，上開論理將物理場所作為關鍵判斷因素，似乎與 Katz 案的精神有悖。

關於這點，除僅 McIver 案法院直接回應，認為被告並未加以隱藏該植栽地區外²⁴⁶，其他法院均未直接回應，Garcia 案法院則相當巧妙的運用 Kyllo 案中憲法保護領域的論理，同樣也是以場所作為判斷的實質標準，在 Jones 案之前，這種場所判斷的見解可以說是相當穩固，但 Jones 案出現後開始有不同的論述²⁴⁷，在 Riley 案和 Carpenter 案中採取隱私權基準，開始翻轉傳統物理場所的論述軸線，改以資訊總量取代，但上開物理場所的論述並沒有直接被推翻，在合理隱私期待基準下，這種物理場所的意義為何？為何公開場合就為自願揭露給公眾？而需要做什麼隱藏？這種物理場所的公、私區分，所代表的意義為何？似乎都需要進一步探究。

reaching means of invading privacy have become available to the Government"—to ensure that the "progress of science" does not erode Fourth Amendment protections.).

²⁴⁶ 美國學者 William C. Heffernan 教授認為向來美國最高法院，判斷是否有合理隱私期待時，都會檢視當事人事前有無意識到個人資訊被揭露的可能，如果有當事人必須有所警覺而採取防範措施，這種判斷模式 Heffernan 教授稱為「警覺模式 (Vigilance Model)」不過認為應該採取壓抑模式(Forbearance Model) 立場，William C. Heffernan, Fourth Amendment Privacy Interests, 92 J. Crim. L. & Criminology 1,6-7,61 (2001)；上開 Heffernan 教授見解的中文介紹，謝咏庭，合理隐私期待與搜索概念，國立臺灣大學法律學系碩士論文，2004 年 7 月，頁 127-133。

²⁴⁷ Jones 案本身因採取財產權侵入的取徑，認為開放領域原則僅適用在美國憲法增修條文第 4 條所未列舉的客體，而未涉及隱私權問題，see United States v. Jones,132 S. Ct at 953.

第二款、馬賽克理論的曖昧

Alito 大法官、Sotomayors 大法官所支持²⁴⁸與 Maynard 案哥倫比亞特區聯邦巡迴上訴法院的論理基礎—馬賽克理論，基本上認為在零碎的資訊個別來看，沒有合理隱私期待，但整體觀察卻有合理隱私期待，而根據 Alito 大法官的說法，則是說明在大多數的犯罪偵查中，長時間的使用 GPS 追蹤器跟監被告的活動，違反被告的合理隱私期待；Sotomayors 大法官除認同 Alito 大法官的見解外，並以「視人民是否能合理的預期到，國家會蒐集並彙整他們的公開活動，進而知悉他們的宗教信仰、私人生活甚至性生活等」為標準。

從上開定義可以發現，馬賽克理論並非全然沒有問題，第一，何謂大多數的犯罪？怎麼樣的犯罪就容許？第二，何為長時間？第三，須蒐集到什麼程度才具有合理隱私期待？誠如 Scalia 大法官所說：何以在大多數的犯罪偵查中，允許公路上短時間的目視跟監，但卻認為使用長時間跟監視不妥當的？何以四週的跟監必然是長時間的跟監？又限定於特定犯罪始可長時間的跟監的前提下，為何本案情形不是特定犯罪？對於恐怖分子跟監 6 個月是否允許？美國知名刑事訴訟法學者 Kerr 教授也認為，馬賽克理論在適用上有四個問題：第一，適用標準不一²⁴⁹，蓋從 Maynard 案、Alito 大法官與 Sotomayors 大法官所採用的標準均有差異，究竟應適用哪個標準？而蒐集資訊怎樣是足夠的？第二，集合的問題²⁵⁰，整體活動的蒐集怎麼樣達到「馬賽克線」？從非搜索如何跨越至搜索？第三，憲法合理性的問題，馬賽克理論根據不同的跟監方法，有不同的馬賽克圖像，每種方式都有不同的合理性，法院勢必面臨統一合理性標準的問題²⁵¹，第四，馬賽克理論後續問題²⁵²，經馬賽克理論而認定為搜索後，是否即適用證據排除法則？而誰有排除適格？毒樹果實理論的適用？歸結上開問題，均指向馬賽克理論的不精確²⁵³，同時，Kerr 教授也認同 Alito 大法官的見解，認為立法機關較司法機關更具制度設計的優勢，應該交由立法機關解決²⁵⁴。

但事實上本文認為，所謂不精確的指控並非馬賽克理論的原罪，這必須從馬賽克理論的上位法理作探討，進一步說，就是合理隱私期待理論的內容，本

²⁴⁸ United States v. Jones, 132 S. Ct at 955.

²⁴⁹ Orin S. Kerr, *supra* note 138,330-332 (2012).

²⁵⁰ *Id.* at 333-335.

²⁵¹ *Id.* at 336-340.

²⁵² *Id.* at 340-343.

²⁵³ 尾崎愛美，位置情報の取得を通じた監視行為の刑事訴訟法上の適法性:United States v. Jones 判決と以降の裁判例を契機として，法学政治学論究，第 104 号，2015 年 3 月，頁 268；同作者，アメリカの GPS 捜査とプライバシー保護，收錄於：指宿信編，GPS 搜査とプライバシー保護—位置情報取得検査に対する規制を考える，現代人文社，2018 年 4 月，頁 116。

²⁵⁴ Orin S. Kerr,*supra* note 138,at 350.

身就隨著社會期待、當事人主觀期待有所變動，概念上本來就容許一定的不精確，容許裁判者依據個案為一定程度的調控，這點從最一開始的 Knotts 案到 Carpenter 案(除 Jones 案採取財產權取徑外)可以發現，判決均以合理隱私期待作為搜索的判斷標準，但判決的結果與理由卻相當歧異，各級法院對於合理隱私期待的內涵均有不同的理解，可見合理隱私期待理論內涵的不確定與流動性，作為解釋合理隱私期待的馬賽克理論當然可能具有相同的性質，況且馬賽克理論只是在說明各種看似無合理隱私期待的細瑣資訊(馬賽克磚)，一旦予以組合將質變成新的資訊(馬賽克磚圖)，而該新的資訊因顯露一個人過多活動資訊而可能具有合理隱私期待，本文認為馬賽克理論只是將觀察視角從個別資訊轉移至整體資訊，重點仍然是判斷有無合理隱私期待，而不是將馬賽克理論視為解決科技下隱私問題的萬靈丹。

第三款、回歸物理侵入理論的困境

在 Jones 案中，Scalia 大法官的論理回歸原始的財產權侵入，然而此種的論理取徑，將產生以下問題²⁵⁵：

1. 過去判決先例的誤讀

在 Katz 案中，已經明確宣示不以直接物理侵入為必要，美國最高法院也一再重申此立場，如在 Rakas v. Illinois 案認為，美國憲法增修條文第 4 條的保護並非取決於是否侵入場所的財產權，而是取決於是否侵害被告對場所的合理隱私期待；另外 United States v. Karo 也表明，現實上侵入的要件既非必要，亦不足以構成憲法上的侵害，多數意見卻是認為財產權基準與隱私權基準並行，並強調以侵入財產權作為判斷原則，認為只有在無侵入財產權的情形，方適用隱私權判斷，此點與過去判決先例顯然有所出入，另外也有論者認為²⁵⁶，多數意見等同推翻 Oliver 案所確立的開放領域原則，因為在該案中也是涉及侵入財產權，但美國最高法院並沒有就此以財產權基準作為該案的檢驗標準，仍採取合理隱私期待標準，而事實上 Scalia 大法官所代表的多數意見在判決中也有交代此點，基本上回歸憲法文本的原始意義，認為該案所涉及的並非憲法所列舉的搜索客體，當然不是搜索。

本文認為 Scalia 大法官所代表的多數意見回應雖說牽強，但也非全無道理，因為 Katz 案僅表明侵入財產權不再是必要、關鍵的因素，但並未明確表示不再以侵入財產權作為判斷標準²⁵⁷，因此，Scalia 大法官採取的雙重基準並

²⁵⁵ 部分整理自李榮耕，科技定位監控與犯罪偵查：兼論美國近年 GPS 追蹤法制及實務之發展，臺大法學論叢，44 卷 3 期，2015 年 9 月，914-920。

²⁵⁶ *Id.* at 916.

²⁵⁷ 美國學者 Slobogin 教授認為美國最高法院見解已經遠離了物理侵入的標準，而以保護隱私

不見得與過往判決先例相悖，而開放領域原則在 Scalia 大法官的理解下，也確實成立，因為住宅周圍的開放空間，確實也非美國憲法增修條文第 4 條所列舉的客體，另外，美國刑事法學者 Kerr 教授認為，真正的誤讀在於現行實務、學說普遍認為 Katz 案之前最高法院採行物理侵入法則，但並沒有任何依據說明這個說法，唯一的依據就是 Katz 案判決書自己這麼說，如此說來將會得到一個驚人的結論，就是 Scalia 大法官在回歸一個從來不存在的法則。

牽強的地方是，Scalia 大法官的見解無從解釋，在諸多案件中何以美國最高法院均以合理隱私期待理論處理²⁵⁸，開放領域原則也不是透過他的說理方式解決，將合理隱私期待當作備位的選項，可說相當程度的扭曲過去判決先例所揭示的原則。

2.混淆搜索與扣押的概念

Scalia 大法官所主筆的多數意見，以侵入財產權解釋搜索，有學者為其歸納於該案中設定的搜索要件²⁵⁹：1.須為美國憲法增修條文第 4 條明文列舉保護者、2.有物理侵入行為 3.基於取得資訊之目的，然而，可以發現扣押亦屬對於財產權的侵害，侵害的權利標的已無法作為搜索與扣押的界線，而兩者的界線將移轉至目的取向的解釋，也就是說，搜索是基於取得資訊的目的，扣押是為保全資訊為目的，然而，有學者認為²⁶⁰，究竟為何種目的取決於偵查機關的主觀目的，偵查機關可以任意宣稱自己的目的，進而架空搜索所設定的程序門檻，此種結果恐怕不是當時多數意見所樂見。

3.不平等的適用結果

既然是財產權取徑，那財產權的歸屬主體即可能影響到是否受美國憲法增修條文第 4 條之保護，換句話說，權利的歸屬主體方能主張因偵查機關不合理的搜索，然而，假設被告向他人借或租車而遭偵查機關安裝 GPS 追蹤器，被告並該車所有人是否可以爭執偵查機關為不合理之搜索？如果可以，應如何解釋？如果不可以，財產權取徑豈不是宣示以個人財富多寡作為的前提²⁶¹，進而構

權為重心，CHRISTOPHER SLOBOGIN ,PRIVACY AT RISK: THE NEW GOVERNMENT SURVEILLANCE AND THE FOURTH AMENDMENT 24(2007).

²⁵⁸ See, e.g., Bond v. United States, 529 U.S. 334, 120 S.Ct. 1462, 146 L.Ed.2d 365 (2000); California v. Ciraolo, 476 U.S. 207, 106 S.Ct. 1809, 90 L.Ed.2d 210 (1986); Smith v. Maryland, 442 U.S. 735, 99 S.Ct. 2577, 61 L.Ed.2d 220 (1979).

²⁵⁹ Benjamin J. Priester, Five Answers and Three Questions after United States v. Jones (2012), the Fourth Amendment GPS Case, 65 Okla. L. Rev. 491,498 (2013) (“But the opinion of the Court in Jones, with the support of five Justices, did not use the preexisting Katz definition as the basis for its holding. Instead, the Court added a new component to its doctrinal definition of a Fourth Amendment “search”: an activity involving (1) an enumerated protected category from the text of the Amendment, (2) a physical intrusion, and (3) a purpose to obtain information.”).

²⁶⁰ 李榮耕，同前註 255，頁 917。

²⁶¹ Michael Mayer, Keep Your Nose out of My Business – A Look at Dog Sniffs in Public Places

成不合理的差別待遇。

4.迴避公共場所中合理隱私界限的難題

Scalia 大法官的論理回歸原始的財產權侵入，並指出不同意見將造成不必要的難題，然而換個面向來看，Scalia 大法官顯然是毫不避諱坦承，無法處理在公開場合中隱私保障的問題，而取巧的改用早已失傳已久的財產權基準，甚至如上述所指扭曲過去判決先例所揭示的原則與立場，以佐證自己迂迴的論述取向，況且，財產權基準僅能解決「安裝」GPS 追蹤器的問題，真正的問題在於，「使用」GPS 追蹤器層面的難題，更進一步的說，何以使用 GPS 追蹤器是美國憲法增修條文第 4 條的搜索，這個問題財產權基準根本無從回答，況且使用 GPG 追蹤器當作偵查的手段，其目的在於取得個人位置資訊，僅評價安裝行為顯然擺錯重點，有避重就輕之嫌，當然，在 Scalia 大法官的邏輯下，想當然爾會以「安裝違法，接續的使用當然也違法」的論述方式加以回應質疑，但是，此種論理並無法解決無安裝行為的科技定位偵查，這也是不同意見書中所質疑的²⁶²，最後，到頭來還是必須要解釋公共場所中合理隱私界限的疑義²⁶³，Scalia 大法官的論理看似迂迴的很高明，但實則卻未解決真正的問題。

第四款、第三人原則的萎縮

在 Carpenter v. United States 案中，主筆多數意見的 Roberts 首席大法官，在判決中對於第三人原則的詮釋卻相當有趣，多數意見認為 Miller 案和 Smith 案所揭示的第三人原則並非全然取決於分享行為(即揭露行為)，還考量了特定文件的性質，也就是說，除了須考量分享行為外，還必須衡酌個人對於該文件內容是否存在合理隱私期待²⁶⁴，並認為蒐集本案被告 127 天的位置資訊猶如 GPS 追蹤器所蒐集的一樣，像是一個通往私密的窗口揭露著個人的生活，是侵害了個人生命的隱私(privacies of life)，因此構成美國憲法增修條文第 4 條的搜索，這樣的理解使第三人原則在過去判決可以被維持，又不使第三人原則橫跨至數位時代的資訊，同時，還呼應了學者認為第三人原則不能適用在數位時代的呼籲²⁶⁵，Carpenter 案可以說大幅的限縮第三人原則的適用，並是繼 Jones 案後，

versus the Home, 66 U. Miami L. Rev, 1045 (2012); David C. Roth, Florida v. Jardines: Trespassing on the Reasonable Expectation of Privacy, 91 Denv. U. L. Rev., 551, 572-573 (2014).

²⁶² United States v. Jones, 132 S. Ct at 962.

²⁶³ 日本學者三井誠和池龜尚之認為多數意見以財產權基準迴避自 Knotts 案以來留存的困難問題，即「公共空間中跟監是否侵害合理隱私期待？」參見三井誠、池龜尚之，犯罪捜査における GPS 技術の利用—最近の合眾国刑事裁判例の動向，刑事法ジャーナル，No.42，2014 年，頁 61。

²⁶⁴ Miller, 425 U.S., at 442. ; Smith, 442 U.S., at 742.

²⁶⁵ Daniel J. Solove, Fourth Amendment Codification and Professor Kerr's Misguided Call for Judicial Deference, 74 Fordham L. Rev. 747, 753 (2005).

再對位置資訊的保護立下新的里程碑，不過，Roberts 首席大法官所代表的多數意見不知道是不是如此限縮將造成法秩序的衝擊，在判決的末隅強調此案僅狹義的適用於手機基地台位置資訊，並煞費苦心的說明，該判決沒有表達其他隱私問題的看法，例如即時獲取手機位置紀錄，或者獲取特定時間、某個特定基地台的所有的資訊等議題，算是相當謹慎的限縮。

第五款、國會立法為最佳方案？

Kerr 教授對於馬賽克理論的質疑已如前述，而其更進一步提出解決方案²⁶⁶，認為國會相較於法院處於更優勢的地位，去規範新科技下的隱私問題，透過聽證和參考專家意見去制定法律，縱算有錯誤的立法也能迅速修正，或制定落日條款定期審查法律本身，這樣的意見基本上跟 Alito 大法官的意見相同，都認為司法機關不適合介入，而應交由立法機關處理。

然而，本文認為，國家權力部門之分立與制衡為一持續進行的過程，憲法機關間各有其憲法職責，各權力間相互間透過制衡而相互對話，藉由憲法權力機關間持續的憲法對話，促使實現思辨民主的終極目標，此即學說上主張的權力動態平衡論²⁶⁷，上開 Kerr 教授和 Alito 大法官的見解，或許出於類似於德國法上功能最適的觀點，然而，由司法機關率先做出解釋，提供立法機關立法上的指引，況且立法經常緩不濟急²⁶⁸，司法機關就此填補立法空窗期所可能出現的基本權保護漏洞，可使行政機關更為謹慎使用行政手段，同樣以 Katz 案的後續發展為例，因美國最高法院作出判決促使國會完善立法²⁶⁹，使偵查機關後續案件都有程序規範可以遵循，這不正是良好憲法對話、促進思辨民主的最佳適例，再者，面臨新科技的規範，國會立法也不見得可以預見問題所在，而僅能以抽象概括的條文予以規範，勢必面臨不明確或個案漏洞等問題，仍須仰賴個案出現始能加以修法、填補漏洞，因此，本文認為國會立法或許勢在必行，但司法機關也不能藉此作為託辭，而坐視人民權利受國家機關不合理的侵害，反而，應透過憲法權力機關的相互作用與對話，達成人民權利保護與偵查效能的平衡。

²⁶⁶ Orin S. Kerr,*supra* note 138,at 350.

²⁶⁷ 湯德宗，立法裁量之司法審查的憲法依據—違憲審查正當性理論初探，收錄於：違憲審查與動態平衡：權力分立新論 卷二，元照，2014 年 10 月，頁 35-39。

²⁶⁸ DANIAL J. SOLOVE, NOTHING TO HIDE: THE FALSE TRADEOFF BETWEEN PRIVACY AND SECURITY 165-166 (2011).

²⁶⁹ Courtney E. Walsh, Surveillance Technology and the Loss of Something a Lot Like Privacy: An Examination of the Mosaic Theory and the Limits of the Fourth Amendment, 24 St. Thomas L. Rev. 169,242 (2012)

第四項、小結

美國實務對於科技定位偵查見解，基本上依循著科技技術的演進，從早期的無線電追蹤器(Beeper)到 GPS 追蹤器、手機基地台資訊的調取，更深入地說，隨著科技的進步，原先個人較為私密或無法被記錄的資訊，透過科技技術的滲透與還原，可能開始不知不覺地被知悉與記錄，顛覆傳統侵入具有一定「痛感」的理解²⁷⁰，國家可能且可以用更高能量的方式侵入人民的私領域，從上開案例的引介，可以發現美國最高法院似乎也逐漸意識到，科技進步對於權利的侵害型態的轉變，原先趨於保守的見解逐漸轉為對於人民權利保護的面向。

在 Knotts 案中，美國最高法院以合理隱私期待標準檢視使用無線電追蹤器，可歸結三個重點：1. 被告是自願向第三人揭露自己的行蹤、2. 在公共道路上駕駛或搭乘汽車的人，對於從一個地方到另一個地方的活動中並無合理隱私期待、3. 如涉及大規模跟監留待日後實務加以形成，這三個重點雖說明確，但也留了一些彈性與空間，留給日後實務見解各自發展與論述的空間，這點從其後的判決(不管是否認為科技定位偵查為搜索)均加以援用可以得知，而接下來的 Karo 案則做出與 Knotts 案完全不同的結論，不過該法院並未推翻 Knotts 案，反而是繞了一個彎，認為 Karo 案已涉及屋內活動的觀察，想當然爾結論自然不同，自此之後至 Jones 案出現前，多維持 Knotts 案的論述模型與結論，認為科技定位偵查並非美國憲法增修條文第 4 條的搜索，其中最有名的不外乎是由 Posner 擔任主筆的 Garcia 案，該案中除重申並援用 Knotts 案外，更直接回應新科技是否危及美國憲法增修條文第 4 條的保護的命題，並提供了另外的論述，Posner 法官認為傳統人力跟監並不是搜索，作為取代方案的 GPS 科技定位跟監，或其他類似的如路口監視器跟監、衛星跟監(如 Google Earth)等跟監方式，僅止於新、舊技術的差異，本質上均為公共道路上的跟監行為，當然也不是搜索，在 Garcia 案作成以後，後續的 Marquez 案、Pineda-Moreno 案也大多持相同見解。

上開見解在實務中維持了十餘年之久，但在 Maynard 案(即後來的 Jones 案的第二審)，聯邦哥倫比亞特區巡迴上訴法院採取與過去實務見解相左的論述，認為 GPS 科技定位偵查侵害被告的合理隱私期待，應為美國憲法增修條文第 4 條的搜索，美國最高法院有鑑於下級法院見解分歧，於是在 2012 年作出 Jones

²⁷⁰ 日本學者山本龍彥教授將權利的侵害比喻為痛感，並區分為「激痛」(直接侵害)與「鈍痛」(間接侵害)，並說明過去學說、實務都聚焦在前者，後者經查被忽略，山本龍彥，監視検査における情報取得行為の意味，法律時報，87 卷 5 号(通卷 1085 号)，2015 年 5 月号，頁 61。

案，全體大法官²⁷¹一致認為，GPS 科技定位偵查屬美國憲法增修條文第 4 條的搜索²⁷²，並由知名保守派大法官 Scalia 主筆，該案推翻過往下級法院認為 GPS 科技定位偵查非搜索的見解，認為 GPS 科技定位偵查屬美國憲法增修條文第 4 條的搜索，然而，更令人訝異的是，美國最高法院並沒有肯定聯邦哥倫比亞特區巡迴上訴法院以隱私權切入的取徑模型²⁷³，反而回歸自 Katz 案以前的古典侵入概念²⁷⁴，認為必須有財產權的侵害方屬搜索，而安裝追蹤器即是侵入被告的財產(汽車)，並強調美國最高法院並無推翻財產權基準，美國憲法增修條文第 4 條的搜索原則上仍須侵入人民的財產權為原則，只有在無侵入人民財產權時，方判斷是否侵害隱私權，換句話說，本文認為美國最高法院採取的似乎是雙重標準，即以財產權基準為主、隱私權基準為輔。

Jones 案作成後，使財產權的取徑重新回到搜索的戰場，但有意思的是，美國最高法院在 2014 年 Riley 案(票數 8：1)採取的見解卻相當耐人尋味，雖說該案中檢察官未加以爭執「是否為搜索」的前提命題提出質疑，並與被告一致同意此為搜索，該前提命題並非裁判範圍²⁷⁵，但按理說，該案警方附帶搜索取得了被告手機並查看手機內容，依循 Jones 案的檢驗方式，警方取得手機占有，也可以說是物理侵入被告的財產，但美國最高法院卻以合理隱私權期待基準檢視該案，並分別從手機具有多元化功能、人民的生活依賴性、強大的資料儲存功能與超越物理空間的連線功能等面向，佐證手機作為搜索容器的特殊性，可見美國最高法院悄悄將 Jones 案揭示的檢驗方式「擱置」將論述取徑再拉回合理隱私權期待的基準上，並舉例數位資訊或連線至雲端資料，均可能有合理隱私權期待，似乎暗示著物理侵入財產權基準只是曇花一現的論點，反而 Sotomayors 大法官在 Jones 案的意見書²⁷⁶中，從節制國家權力節制的角度，提出重新檢視第三人原則的命題，這樣的建議預告著合理隱私權基準才是真正的新戰場。

果不其然，在 2018 年 6 月，美國最高法院作出 Carpenter 案(票數 5：4)，

²⁷¹ 但卻對判決理由存有高度分歧，呈現五比四的局面。

²⁷² 而姑且不論判決理由的論述取向，單就結論而言，對於美國實務界的衝擊也是相當大，見 Debra Cassens Weiss, Jones Decision Spurs FBI to Disable 3,000 GPS Devices and to Consider Legality of Trash Can Trespass ,

http://www.abajournal.com/news/article/jones_decision_spurs_fbi_to_disable_3000_gps_devices_and_to_consider_legal/(最後瀏覽日：2018/11/22)。

²⁷³ 在我國有文獻誤讀此判決，認為本判決中，美國最高法院以隱私權作為論述並採納馬賽克理論，參見林禎瑩，日本 GPS 搜查之實務發展，檢察新論，第 20 期，2016 年 7 月，頁 248-249、252-253。

²⁷⁴ 雖說這樣的論理著實令人意外，但事實上從主筆大法官 Scalia 向來的解釋的取向，即憲法原意主義的立場看來，倒也就不那麼令人意外了，更何況在 Kyllo 案中，Scalia 大法官就未明確的採用合理隱私權期待標準，反而強調憲法明文保護區域作為論述基礎，就更見端倪了。

²⁷⁵ Riley v. California, 134 S. Ct. at 2489 n. 1.

²⁷⁶ United States v. Jones, 132 S. Ct at 956.

有條件的拒絕延伸 Miller 案與 Smith 案所採用第三人原則，相對擴大合理隱私期待的範圍，而科技定位偵查屬於搜索的觀點，也再次拿下多數，在 Carpenter 案中，多數意見援用 Knotts 案所稱的適用不同的憲法原則，重申 Katz 案合理隱私期待標準作為本案的檢驗基準，而此一立場也確實延續 Jones 案多數意見的立場—在無物理侵入的情形適用合理隱私期待標準，透過前述 Jones 案、Riley 案的論述，巧妙的將個人位置資訊與手機特殊性加以結合，並以個人未真正自願提供個人資訊，進而無承擔揭露風險的推論，相對限縮第三人原則的適用，本文認為美國最高法院這樣的見解也印證了在 Knotts 案中所說的：「對任何一位人民均可實施 24 小時的監控，關於這個問題，本案法院回應認為，這種情形現實中幾乎不會發生，縱算發生了，也會有足夠的時間來決定適用不同的憲法原則」Carpenter 案正是美國最高法院認為適用不同憲法原則的時刻，最後，同時宣告在緊急情形下，可無令狀搜索手機基地台位置資訊，同時為了避免新見解對於第三人原則的衝擊，還刻意限縮本案的適用，美國最高法院其用心可見一斑，不過，美國最高法院並非屬於司法法院，而是政治法院²⁷⁷，法律見解的擇受到自由派與保守派法官的協調與折衝，上開 Carpenter 案中 Gorsuch 大法官的說法看來，是否仍能維持傾向於人民隱私權的保護，似乎還在未竟之天。

關於科技定位偵查的實務演進，美國最高法院如履如臨、相當謹慎的解釋，在每個判決中都保有彈性，給予未來因應新情勢發展保留論述的空間，並隨著科技的發展提出相應的對策與解釋，雖說仍存在著上開分析的疑慮，但卻也屢屢突破舊有的見解，調和偵查效益與人民權利保護，相當值得我國法參考與省思。

²⁷⁷ 理察·波斯納(Richard A. Posner)，法官如何思考，商周出版，2010 年 10 月，頁 337-399。

第二節、日本法

爬梳美國法後，可以發現屬普通法的美國有許多論述值得我國借鏡，然我國法採取大陸法系體例，如何銜接將是問題，關於這個問題，令人不禁想到同樣位於東亞地區，且屬於大陸法系的日本，其實務運作是如何？學說上又有什麼見解？雖說日本屬大陸法系國家，但因二戰關係受美國法影響甚深²⁷⁸，如何橋接歐陸與美國法成為日本本土性的法律，就成為日本法上的重要課題，而這種橋接的論述值得同樣深受外國法制影響的我國予以借鏡，另外從法制繼受的角度來看，我國包括刑事訴訟法在內的諸多法律也不乏受到日本法的影響，因此，本文決定將視角拉回與我國同位於東亞的日本，探討日本法如何處理關於GPS定位等科技定位偵查的問題，同時加以評析，以供我國借鏡。

第一項、日本實務見解分析

第一款、任意偵查說

第一目、大阪地方法院平成27年1月27日裁定

於2012年至2013年間，於大阪地方法院管轄地區發生多件侵入住居與竊盜案件，被告於2014年遭檢察官起訴，2015年大阪地方法院審理中針對偵查中警方使用GPS追蹤器跟監被告所得之證據提出異議，主張該項證據應予排除，2015年1月27日大阪地方法院第九刑事庭作出裁定如下²⁷⁹：

一、辯護人主張

辯護人主張，偵查機關關於2013年5月23日起調查本案時，在被告所駕駛的汽車上無令狀安裝GPS追蹤器，侵害日本憲法第13條所保障的隱私權，自該當強制處分而違法，縱認為非強制處分，仍逾越任意偵查之界限而違法，從而，應可認偵查機關使用GPS追蹤器重大違反令狀主義精神，應將使用GPS追蹤器所取得的證據予以排除，認定無證據能力。

二、法院見解

(一)GPS偵查的強制處分性

大阪地方法院認定，本案偵查機關使用GPS追蹤器，並連結偵查人員的手機，藉以獲得被告個人位置並顯示於螢幕當中，然而，偵查機關並無二十四小時掌握與記錄被告位置，且所顯示的位置資訊誤差達數百公尺，因此，偵查機

²⁷⁸ 田口守一，*刑事訴訟法*，弘文堂，第7版，2017年，頁6-9、平野龍一，*刑事手続における人身の保障*，收錄於：*捜査と人権（刑事法研究第三卷）*，1986年12月，頁13；白取祐司，*刑事訴訟法*，9版，日本評論社，2017年3月，頁24-38。

²⁷⁹ LEX/DB 文獻編號 25506264〔大阪地方裁判所平成26年(わ)第124號等案件〕。

關掌握的個人位置資訊並非正確無誤，偵查機關為了跟監被告於汽車上安裝 GPS 追蹤器，屬於跟監所使用的輔助工具，況且這種方式只是對於被告個人位置的暫時性調查的筆記，而非作為記錄而儲存，就侵害隱私的程度而言，GPS 偵查無異於一般跟監方式，因此，應非強制處分。

(二)任意偵查的界限

在本案中，為調查案情全貌，而具有跟監被告、被告據點和活動的高度必要性，另一方面，被告利用贓車、更換車牌、無視交通號誌與硬闖高速公路 ETC 等方式，高速而大範圍的反覆活動，假設被告為犯人的情形下，跟監行動勢必相當困難，況且，偵查人員對於門真市的停車場進行監視時，發現被告經常對於周遭環境懷有戒心，從此點可推知跟監有其困難，因此，偵查人員為跟監被告，在被告所使用的車輛上安裝 GPS 追蹤器，並藉此獲取被告之個人位置資訊，具確保被告位置之高度必要性；再者，上開 GPS 偵查未對隱私權有重大侵害，GPS 追蹤器是以磁石貼附於車體外部，係以不損車體方式使用之，另外，偵查人員大多是使用於公共道路上，亦無侵害第三人的權利，基此，本件 GPS 偵查是以相當方法為之。

最後，雖說有部分 GPS 追蹤器是偵查人員在商用停車場、商場或情趣旅館附設停車場內所安裝，有未得場所管理人承諾的相關問題，但考量該類場所全都是可以從公共道路進入而不必越過大門、進入時間相當短暫且夜間不易取得管理人同意等，基於上開安裝 GPS 追蹤器情況的不明確，縱然給予未得管理人進入安裝之情事違法的評價，也並非重大違反令狀主義之精神，綜上，本案 GPS 偵查非重大違反令狀主義精神，當然也無辯護人所指摘無證據能力的問題。

第二目、廣島高等法院平成 28 年 7 月 21 日判決

一、強制處分該當性

本案²⁸⁰GPS 偵查用於，蒐集被告在反覆竊盜時廣泛的移動，將 GPS 追蹤器貼附於被告車輛的底盤，掌握被告使用車輛的所在位置，透過此種方法跟監被告、觀察被告行動，採集被告犯罪跡證，與此同時，最終的目的還是在現行犯的逮捕，且此次並未限定期間。以磁鐵方式安裝 GPS 追蹤器通常不會造成車體的損傷，進而對於所伴隨財產權的實質侵害的可能一般來說也較小，就此點以觀，實無解為強制處分之餘地，因此，問題在於，GPS 偵查和隱私權的關係為何？

²⁸⁰ LEX/DB 文獻編號 25543571 [廣島高等裁判所平成 28 年(う)第 45 号案件]。

本案 GPS 偵查性質上，除掌握車輛位置資訊外，實際上至少也掌握車輛移動時使用人員的活動，無法否定其限制隱私權的面向，從這點看來，GPS 偵查就侵害對象的權利、利益似可解為強制處分，然而，車輛通常多為在公共道路上的移動、不特定多數人得以出入的停車場，均屬多數人得以目視、觀察，自應被告所須忍受，對車輛使用者來說，基本上無法合理期待第三人不知，隱私的須保護性不高，如此說來，至少本案 GPS 偵查在性質上，非所謂須依據法定嚴格要件、程序，而伴隨著對須保護的重要權利、利益有實質侵害的偵查活動，不該當刑事訴訟法第 197 條第 1 項²⁸¹但書的強制處分，而應解為任意處分始為相當。

有論者強調本案 GPS 偵查與作為任意偵查的目視跟監相異，誠然，本案 GPS 偵查大幅改善向來跟監人員對被告行動的確認能力，但除此之外，此種偵查的基本性格仍是依據現場跟監而為的行動觀察，並伴隨採集證物的活動，GPS 追蹤器的使用只是縮小偵查人員探尋對象車輛範圍的有效手段，將來縱算隨著提高定位的精確度至可掌握現所在位置，但其偵查的基本性格仍不會因之改變，此外，也無法否認 GPS 偵查直至偵查結束，除非對象車輛的使用者發現，並沒有受到關於偵查正當性的檢驗，有流於恣意操作的可能，對此，考量易流於不透明操作的危險，事前接受司法審查的想法也有一定的道理，然而，是否屬於強制處分仍須回歸刑訴法第 197 條第 1 項的解釋，僅因前述的擔憂無法就將 GPS 偵查解為強制處分，前述運作的擔憂，可透過留下偵查過程的紀錄予事後司法審查，以建構一個確保正當運作的制度，因此，不必將 GPS 偵查當成強制處分。

另外有論者認為 GPS 偵查是有透過行動電話操作，應有勘驗許可書，電信業者對於被處分人的通訊秘密具有守密義務，須有法官核發之令狀始可為之，不可否認的，行動電話與人有直接相關，然而，GPS 偵查針對的是車輛這點完全不同，以此作為論證得出 GPS 偵查的法律性質是不合理的，綜上，GPS 偵查非強制處分，而屬任意偵查，而無規避令狀之重大違法可言。

二、任意偵查的適法性

任意偵查並非毫無限制，仍須考量犯罪嫌疑、偵查必要性、方法相當性等，以判斷任意偵查的適法性，以下就本案 GPS 偵查檢討是否逸脫任意偵查的

²⁸¹ 刑事訴訟法第 197 條第 1 項：「検査については、その目的を達するため必要な取調べをすることができる。但し、強制の処分は、この法律に特別の定のある場合でなければ、これをすることができない。」中文翻譯為：「偵查為達目的，得為必要之調查。但強制處分除本法特別規定之情形外不得為之。」譯文參考自朱學瑛、張弘昌、劉河山、蔡甄漪，日本刑事訴訟法既刑事訴訟規則，法務部，初版，2016 年 8 月，頁 42。

限度：

根據偵查的事實關係，被告在中國地區犯下多起竊盜案，已經具備足夠的合理懷疑，在本案 GPS 偵查開始時，至少有一部分具相當高的嫌疑，另一方面，被告對於偵查具強烈的警戒心，偵查機關投入了相當的人力、物力等資源等種種方針，但均未獲得很好的成效，在無法掌握被告行動的情形下，同種的被害狀況也不斷發生，具安裝 GPS 追蹤器以取得個人位置資訊的高度必要性，而現實上也缺乏其他可採取的有效手段。

在開始實施本案 GPS 偵查之後，除被告外，另名經確認共犯可能性高的 Z3 移動過程中不斷更換車輛，而行動周邊地區也持續發生竊盜案，並持續發生跟丟的情形，GPS 追蹤器也遭被告發現並丟棄，直至 GPS 偵查結束，在原具有嫌疑的情形下，偵查機關也迅速在新的車輛上安裝 GPS 追蹤器，可說依然有實施前述偵查的高度必要性；而偵查人員安裝 GPS 追蹤器於被告與 Z3 等移動所使用具有高度蓋然的車輛，應評價為相當，況且偵查人員僅活用其檢索時點片段的位置資訊與實際跟監的資訊，並無分析、監控不間斷、網羅式累積紀錄的位置資訊，另外，在安裝追蹤器時也沒有損傷車體也沒有進入須管理人同意的場所。

綜上所述，本案 GPS 偵查，是為達成正當目的、於必要範圍、以相當方法實施，屬適法的任意偵查，原判決雖未進行任意偵查之適法性判斷，然認定為 GPS 偵查為適法的結論要屬正確。

第二款、強制處分勘驗說

第一目、大阪地方法院平成 27 年 6 月 5 日裁定

2012 年 2 月至 2013 年 1 月，於長崎縣、大阪府及熊本縣等地發生多起連續侵入住宅竊盜案件，偵查人員對被告進行一連串的偵查行為，主要係在公共道路上跟監並攝影、信箱內部攝影與於被告使用車輛安裝 GPS 追蹤器，被告主張上開偵查所取得之證據應予排除，大阪地方法院第七刑事庭作出裁定如下

²⁸² :

一、跟監偵查的合法性

本案法院認為本案情節為連續竊盜案件，有複數被告涉入此案，而本案多數都發生在深夜且短時間，甚少有目擊者可以加以佐證，也難以取得相關客觀證據，因此，具有釐清共犯關係、贓物藏匿處所等之高度必要性，另外，關於共犯關係與犯罪情形的掌握，拍攝照片遠比警方的記憶更為客觀，於審判中亦

²⁸² LEX/DB 文獻編號 25540308 [大阪地方裁判所平成 25 年 (わ) 第 5962 号等案件]。

有重要價值，可見跟監偵查與拍攝有高度的必要性，而且，拍攝地點均為公眾可以觀察到的地方，雖說辯護人主張在跟監中一邊拍攝，將造成隱私權更大的侵害，此點值得傾聽，不過，跟監拍攝並不如監聽般，僅通訊當事人雙方知悉對話內容而具秘密性，在合理隱私期待較低的場所單純觀察他人容貌，應屬可忍受的範圍，因此，本案跟監拍攝對於隱私權之侵害不高而非強制處分，屬任意偵查，進一步觀察本案可以發現，本案跟監拍攝是為達偵查目的，在必要的範圍內並合於相當的方式所進行，此種任意偵查為合法²⁸³。

至於，對信箱內拍攝以探知郵件，於涉及秘密通訊下，信箱內的空間屬住居附屬設備空間，有高度的合理隱私期待(在令狀實務中，對於信箱內的搜索扣押，須搜索扣押令狀)，因此，本案警方對信箱內拍攝行為，嚴重侵害寄件人與收件人的隱私權，具強制處分性質，無令狀為此等偵查行為應屬違法。

二、GPS 偵查的強制處分性

本案所使用 GPS 追蹤器於被告的汽車與機車共計 19 台，偵查人員每三至四天就必須更換電池，更換電池的場所多為商業場所的停車場、投幣式停車場或飯店停車場，偵查人員基本上均未獲場所管理人的同意而進入該類私人場所，而 GPS 追蹤器可連結至手機上並可隨時檢閱、紀錄與下載保存所蒐集到的個人位置資訊，其精準度須視訊號強弱而言，在訊號良好時，定位誤差在約十公尺的範圍內；如訊號不好時，定位誤差則達數十公尺。

本案所使用的 GPS 追蹤器依據所在地點的不同有很大的差異，但誤差在十公尺內的位置資訊也有很多筆，可見其仍具有很高的精準度，至少讓警方在跟丟被告的車輛時，可以透過 GPS 追蹤器所取得的個人位置，再次跟監被告，須注意的是，跟監被告的同時，也在跟監車上的乘客；本案跟監有別於從公共道路目視觀察他人，GPS 偵查有於私有地、不特定多數第三人無法觀察的空間，亦即 GPS 追蹤器能取得有高度合理隱私期待的場所的個人位置資訊，在本案情形，警方取得的位置資訊不僅包含商業停車場內，還包含具有門簾可遮蔽外人查看的情趣旅館停車場等，在使用性質上，預定可以隔絕利用者以外的人員出入的場所，可認為警方是取得在高度合理隱私期待空間內的位置資訊。

雖說，檢察官主張 GPS 偵查只是偵查的輔助工具而已，但本案法院認為在警方跟丟的時候，檢索被告個人位置時，也可能因被告在高度合理隱私期待的處所，而獲得該類場所的活動，更進一步說，警方為了更換、拆卸與安裝 GPS 追蹤器時所需取得的位置資訊，也可能涉及上開場所，如果 GPS 偵查是以上述

²⁸³ 事實上，法院有回應辯護人對於拍攝照片未來可能受目的外使用的指摘，法院認為，如有目的外使用的情形，應單獨追究該目的外使用的違法性，並不足以左右本案拍攝之證據蒐集的適法性判斷。

的具體內容作為前提，就不能得出任意偵查的結論，反而應認為 GPS 偵查內蘊必然伴隨高度隱私侵害的偵查方法，更何況如果車輛不是停放在公共道路時，可想像在更換 GPS 追蹤器時，警方必然須侵入私有土地，另外，有無獲得設施管理者的同意也有疑義。

因此，本案 GPS 偵查對車輛使用者的隱私權有重大侵害，應屬強制處分，而有鑑於 GPS 偵查屬於偵查人員以五官作用觀察，在行動電話的螢幕上顯示 GPS 追蹤器所蒐集的位置資訊，具有勘驗的性質，據此，無令狀勘驗所實施的 GPS 偵查，應屬違法。

第二目、大阪高等法院平成 28 年 3 月 2 日判決

本案為本款第一目的上訴審，由大阪高等法院第二刑事庭審理²⁸⁴，關於跟監合法性的問題上，大阪高等法院認為雖說辯護人有所爭執，但仍不能認原審法院的見解有誤，因此，以下就聚焦在 GPS 偵查問題上²⁸⁵：

GPS 偵查為探尋車輛位置的偵查方式，一般而言，是未經對象同意而掌握一定程度正確的位置資訊，只要 GPS 追蹤器安裝於車輛上，在持續跟監有困難的情形(縱算不存在目標位置的線索)，仍得獲得一定程度的即時位置資訊，根據其實施的方法，將有導致侵害對象私生活的機會，本案實施 GPS 偵查乃在一連串竊盜案的犯人所使用的車輛上安裝 GPS 追蹤器，警方多次、連續取得位置資訊，這種可能取得的資訊相異於單純跟監的情形，僅限於對象車輛的位置，而不清楚車輛使用者的行為，另外，警察累積、不間斷、機械性的取得相當期間內各車輛位置資訊，也不能認為是對於網羅的掌握過去位置資訊，因此，並侵害隱私程度並非重大，然而，透過此種偵查方式，即使警察遠離跟監對象，也能相當容易取得對象位置，本案中根據車輛位置資訊相對較長、次數即為多數，另一方面，GPS 服務業者的使用者事先登記時間區段，進而保存過去一個月與當月的位置資訊，使警方可下載過去的位置紀錄，警察在無特別妨害下得掌握對象過去的位置資訊，正因著眼於此，第一審法院證據決定的結論，即 GPS 偵查對於車輛使用者隱私權侵害較大而該當強制處分；雖說無令狀實施不無解為違法的餘地，但至少不能解為重大違法。

換言之，被告與犯罪集團一系列竊盜案件存有相當程度的犯罪嫌疑，於夜間高速且廣泛的移動，並在短時間內反覆實行犯罪，況且，被告加強警戒，在

²⁸⁴ LEX/DB 文獻編號 25542299 [大阪高等裁判所平成 27 年(う)第 966 号案件]。

²⁸⁵ 事實上此號判決語焉不詳，一方面認為 GPS 偵查侵害隱私權非重大，另一方面卻又認為原審判決認定為強制處分有其理由，而又假設 GPS 偵查為強制處分仍合於令狀要件等論述，實難探知此判決究竟所指為何，是以，本文猜測此判決就強制處分的論述上，並無意推翻原判決，只是就是否重大違法而須排除證據部分，推翻原審的判斷。

對被告行動的確認上，可以說除了實施跟監，更有合併使用 GPS 追蹤器探索車輛位置的必要性，雖說警察在蓋然性高的車輛安裝 GPS 追蹤器，就不用實際探尋各位置，但在安裝的三個月的期間，仍發生一連串竊盜案與集團犯罪，因此可以說有不得已之處，加上，被告擁有多數車輛並頻繁換車使用，可認有相當理由，縱使認為實施本案 GPS 偵查須有令狀方得為之，綜觀上述，本案也有滿足核發令狀的實質要件(一審的裁定也認為本案 GPS 偵查在相當程度上有很大的可能核發勘驗許可書)，此外，合併考量實施本案 GPS 偵查時，將 GPS 偵查解為強制處分的司法見解未必穩定，實難認警察有逸脫令狀主義相關規定的意圖，接下來，警察安裝 GPS 追蹤器，並未取得飯店管理人和取得令狀即進入飯店停車場等私有地，此點有違法疑慮但不能謂程度為重大，且安裝 GPS 追蹤器時並未破壞車體外觀，違法程度也不能說是重大，因此，本案 GPS 偵查不能評價為重大違法。

第三目、東京地方法院立川分院平成 28 年 12 月 22 日裁定

本案²⁸⁶GPS 偵查並未取得被告的承諾且無法官核發之令狀，而安裝 GPS 追蹤器於被告車輛上，透過 GPS 系統與使用行動電話取得個人位置資訊；本案所蒐集位置資訊的精準度，其誤差約在五十公尺以內，縱使在偵查三課的警察跟丟被告車輛時，也能透過 GPS 追蹤器取得的位置資訊，掌握被告使用車輛的行進情形，持續進行跟監作業，據此，GPS 偵查掌握被告車輛位置資訊，可以說有相當程度的正確性。

首先，本案實施 GPS 偵查並未獲得被告的同意，依據此等偵查所得的內容，應可合理推知係違反被告的意思。

其次，檢討關於隱私權侵害的有無、程度，本案 GPS 偵查是以 GPS 追蹤安裝於被告使用的車輛上，在掌握車輛位置的同時，因車輛位置資訊與其使用者的位置資訊有緊密的關聯性，恐有侵害被告隱私權之虞；GPS 偵查這種透過網路連接手機，偵查機關可隨時隨地獲得正確的位置資訊，更容易掌握偵查對象的活動，實際上來看，說是將偵查對象完全置於偵查機關監視底下也是有可能的，因此，難認可無限度的容任此種調查方法，GPS 偵查應為嚴重侵害個人隱私，相當於強制處分的效果，又因為視覺識別手機顯示位置蒐集的結果，具有勘驗性質。

²⁸⁶ LEX/DB 文獻編號 25544851〔東京地方裁判所立川支部平成 27 年（わ）第 470 号，平成 27 年（わ）第 626 号，平成 27 年（わ）第 837 号，平成 27 年（わ）第 1117 号等案件〕。

第三款、強制處分立法說

第一目、名古屋高等法院平成 28 年 6 月 29 日判決

本案²⁸⁷被告涉嫌侵入居、竊盜與覺醒劑取締法，愛知縣警察本部刑事部偵查三課員警為掌握被告行動與查明犯罪，對被告進行人力跟監，未料被告常高速行駛，跟監行動經常失敗，員警決定對被告使用 GPS 偵查。

本案 GPS 偵查是對被告使用車輛安裝 GPS 追蹤器，雖說有很大的可能性掌握與被告隱私有緊密關係的行動，但因安裝在車輛而非人，對於被告的行動仍無法掌握，另外，車輛所在多位於公共道路上，通常、也不可避免地必須忍受來自他人的觀察，另一方面來說，也很可能取得對象車輛在有隱私期待保護較大場所的位置資訊，不過也可能從公共道路上看見該當車輛進入隱私期待保護較大場所，話雖如此，利用 GPS 追蹤器偵查可使對象間不易發覺、易操作且低成本，還可獲得相當準確的位置資訊，不僅能隨時獲取，並可根據獲取的結果長期分析、紀錄，進一步可能網羅性的解析對象的交友關係、宗教、思想、信仰、興趣與愛好等個人資訊，就其接下來的運用，不能否定其內含嚴重侵害對象隱私權的危險性。

本案 GPS 偵查開始目的在於被告具有竊車、侵入居竊盜等嫌疑，並在跟監被告時跟丟，為確認被告使用車輛的位置而實施 GPS 偵查，如依此目的運用而論，可能無法說對車輛使用者有重大侵害隱私的危險，但從具體實施的情況來看，首先從一開始就不確定何時結束，即陷於可能侵害隱私的危險中，而《移動追跡裝置運用要領》規定，以無繼續使用 GPS 偵查的必要性作為該偵查作為的終了時點，然如何判斷形成必要性也並非具體，造成 GPS 偵查有漫無章法和長期化的現象，根據本案實際情形，直至被告偶然發現 GPS 追蹤器為止，約三個半月的時間裡，多次成功的檢索到被告位置，就精準度而言，多數誤差均在數十公尺內(最小誤差在十數公尺內)，當然也有少數誤差在一千公尺以上，難認有為達成偵查目的於必要限度內實施的情形，加上 GPS 偵查的位置資訊由 SECOM 公司保管，如果合併考量偵查機關對此資訊有取得可能的話，應評價本件 GPS 偵查內蘊現實侵害隱私權的危險已相當程度的現實化(危險現實化)，應全部該當強制處分，就此部份原判決並無違誤，從而，本件 GPS 偵查為以令狀為之，應屬違法。

另外，利用 GPS 偵查直至犯人遭逮捕，會經長時間的毫無節制的偵查，實施過度的資訊蒐集，隱私侵害的程度達到相當深刻的危險性，如此一來，在

²⁸⁷ LEX/DB 文獻編號 25543439 [名古屋高等裁判所平成 28 年 (う) 第 48 号案件]。

GPS 偵查被判斷為強制處分的場合，當然須考量法律規制，本件 GPS 偵查，如就既有的強制處分類型的話，具有勘驗的性質，但在作為勘驗的情形，為合於 GPS 偵查的特質的合理規制，將產生須檢討如取代事前令狀提示的條件、勘驗對象與特定期間等種種問題，縱使在解釋論上也是必須迫切解決的問題，加之，伴隨著科技的進步，GPS 偵查進一步往高度精確化、設備的小型化、輕量化發展，此種科技進步可容許用於偵查之上，但也帶來更深的隱私侵害，且也可能用於汽車以外的地方，因此，應根本的考慮對 GPS 偵查為新的立法措施。

第二目、最高法院平成 29 年 3 月 15 日判決

一、本案²⁸⁸事實概要

本案被告為一竊盜案之共同正犯，為了查明犯罪嫌疑、組織有無與組織內腳色、參與程度，進而釐清犯罪事實的全貌，偵查機關於平成 25 年(2013 年)5 月 23 日至同年 12 月 4 日止，為期 6 個月半的期間內，在被告及其共犯和被告熟識的女性友人有可能使用的車輛上，無相對人同意、更無令狀安裝合計 19 台 GPS 追蹤器，即實施 GPS 偵查，藉此掌握被告活動狀況，檢察官基於 GPS 偵查所得證據與其他證據，向大阪地方法院提起公訴。

二、第一審與第二審見解

第一審法院認為(即上開「大阪地方法院平成 27 年 6 月 5 日裁定」)，本件 GPS 偵查該當有勘驗性質的強制處分，本件因未取得勘驗許可書而實行 GPS 偵查，應屬重大違法的偵查行為，是以，亦應否定透過 GPS 偵查直接取得的證據及與之有緊密關聯證據的證據能力，然而，第一審仍根據其他證據認定被告有罪，而被告上訴至大阪高等法院。

相對的，第二審法院(即上開「大阪高等法院平成 28 年 3 月 2 日判決」)認為，本案 GPS 偵查取得可能的情報，該情報限於 GPS 追蹤器所安裝的車輛所在位置等，隱私權侵害不必然重大，不過就被告行動的確認而言，同時合併跟蹤與監視(跟監)觀之，可以認為有實施 GPS 偵查的必要性，本案 GPS 偵查應該當強制處分，至於合法性問題，本案無令狀實施似可解為違法之餘地，但仍得考量本案滿足令狀核發的實質要件，且在實施 GPS 偵查時司法見解尚未有定見，難認警方在實施時有規避令狀主義相關法令的意圖，怎樣也不能解為「不論有無令狀，均違反強制處分法定主義，而不得合法實施」本案 GPS 偵查並未有重大違法可言，第一審 GPS 偵查索的證據無證據能力之見解應無理由，被告上訴駁回。

²⁸⁸ 最大判平成 29 年 3 月 15 日，刑集 71 卷 3 号 279 頁。

經大阪高等法院駁回上訴後，被告上訴至最高法院，最高法院組成大法庭作成平成 29 年 3 月 15 日判決。

三、本院見解

日本最高法院在本判決中，首次對 GPS 偵查的適法性作出判斷，其理由細分列三點，本文略譯如下：

(一)GPS 偵查之特性

GPS 偵查乃檢索、掌握對象車輛時時刻刻的位置資訊，在其性質上不僅對於公共道路，也包含應強烈保護個人隱私權的場所與空間，均可能逐一把握對象車輛及其使用者所的移動狀況，這樣的偵查方式因必然伴隨著對個人行動繼續性、網羅性的掌握，而可能侵害個人的隱私權，且將此種可能侵害個人隱私的機器祕密安裝於個人持有物這點上，就與公共道路上以肉眼掌握與攝影等手法相異，也應是伴隨公權力侵入私領域的性質。

(二)GPS 的強制處分性

日本憲法第 35 條規定，對任何人的住所、文件以及持有物不得侵入、搜查或扣留，此規定保障對象應解為不限於住所、文件以及持有物，還包括對於類似私領域不受侵害的權利始為相當，而 GPS 偵查乃於他人所持物品，秘密安裝可能侵害個人隱私的機器，應認屬於合理推定違反個人意思而侵入私領域的偵查方法，而違反個人意思而侵害憲法保障的重要法律利益，於刑事訴訟法上，該當須特別授權始能容許的強制處分²⁸⁹；於此同時，GPS 偵查難以將現行犯逮捕等無令狀處分同視，應解為須有令狀方得實施的處分。

(三)GPS 偵查之法律定性

GPS 偵查是在螢幕上讀取對象車輛所在位置與移動的掌握，與刑事訴訟法上勘驗有相同性質，但就在對象車輛安裝 GPS 追蹤器與檢索車輛及使用者的所在位置這點來看，勘驗實難掌握 GPS 偵查的性質；假設，已有勘驗許可書或合併有搜索狀的情形，GPS 偵查因必然伴隨繼續、網羅性的掌握對象車輛與使用者的行動，而不可避免地掌握到與特定車輛與罪名等嫌疑事實無關的使用者活動，基此，就難以貫徹要求法官令狀審核之意旨，另外，GPS 偵查須秘密不被嫌疑人知悉而實施始有意義，是以，也難以想像實施 GPS 偵查前就提示令狀，刑事訴訟法中各種的強制處分，原則上為貫徹擔保程序公正的意旨，而要求事

²⁸⁹ 最高裁昭和 50 年（あ）第 146 号同 51 年 3 月 16 日第三小法廷決定・刑集 30 卷 2 号 187 頁參照。

前提出令狀(同法第 222 條第 1 項²⁹⁰、第 110 條²⁹¹)，如果有其他方法可達到相同意旨，則不將該規定解為絕對的要求，但如果沒有替代手段確保程序的公正，從保障正當程序的觀點看來仍留有疑義。

為消除上開疑慮，一般來說，可考慮以限定期間的方式、第三人參與程序或事後通知等方式，在偵查時效性的考量下，選擇應使用的手段，並依刑事訴訟法第 197 條第 1 項²⁹²但書之意旨，應解為主要委託予立法機關，另一方面來說，如果僅在法解釋的層次上，解釋為刑訴法的強制處分，為解決上開問題，法官就必須在核發令狀時附上種種的條件，申言之，將多樣的選擇中適切條件的選擇權交由法官依據個案處理，此種方式實難謂與刑訴法第 197 條第 1 項但書之旨趣相符。如上所述，GPS 偵查應合於刑訴法第 197 條第 1 項但書，所稱的須法律特規定的情形，而是否須規定以令狀核發則有疑問，有鑑於 GPS 偵查未來廣泛的運用而為有力的偵查手段，最好著眼其特質，建構合於憲法與刑訴法眾多原則的立法措施，原審此部分判斷誤解憲法與刑事訴訟法之解釋，難以肯認。

四、補充意見

本案補充意見由日本最高法院法官岡部喜代子、大谷剛彥和池上政幸共同提出，此補充意見基本上贊同大法庭所表示之見解，認為著眼於 GPS 偵查特性而為立法，但即便具體討論立法，在法制化之前仍需要一段時間，在這段期間內，仍無法全然否定由法官審查實施 GPS 偵查的可能性，當然，即使如此，也須是與現有的令狀不同，在根據刑訴法第 1 條²⁹³的立法精神，肯定基於高密度的司法審核的前提下應容許實施，因此，應限於為了極重大犯罪的偵查，必須

²⁹⁰ 刑事訴訟法第 222 條第 1 項：「第九十九条第一項、第百条、第百二条から第百五条まで、第百十条から第百十二条まで、第百十四条、第百十五条及び第百十八条から第百二十四条までの規定は、検察官、検察事務官又は司法警察職員が第二百十八条、第二百二十条及び前条の規定によつてする押収又は搜索について、第百十条、第百十一条の二、第百十二条、第百十四条、第百十八条、第百二十九条、第百三十一条及び第百三十七条から第百四十条までの規定は、検察官、検察事務官又は司法警察職員が第二百十八条又は第二百二十条の規定によつてする検証についてこれを準用する。ただし、司法巡回は、第百二十二条から第百二十四条までに規定する処分をすることができない。」中文翻譯請參考朱學瑛、張弘昌、劉河山、蔡甄漪，同前註 281，頁 49。

²⁹¹ 刑事訴訟法第 110 條：「差押状、記録命令付差押状又は搜索状は、処分を受ける者にこれを示さなければならない。」中文翻譯：「扣押票、附紀錄命令扣押票或搜索票，應提示予受處分人。」譯文參考自朱學瑛、張弘昌、劉河山、蔡甄漪，同前註 281，頁 24。

²⁹² 同前註 281。

²⁹³ 刑事訴訟法第 1 條：「この法律は、刑事事件につき、公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障とを全うしつつ、事案の真相を明らかにし、刑罰法令を適正且つ迅速に適用実現することを目的とする。」中文翻譯：「本法之目的，乃就刑事案件，維持公共福祉並保障個人基本人權，同時釐清事實真相並且適切迅速地適用實現刑罰法令。」譯文參考自朱學瑛、張弘昌、劉河山、蔡甄漪，同前註 281，頁 24。

持續性、全面性的掌握對象車輛的行蹤，這樣的高必要性下方得為之，再者，在核發令狀時，應充分考量本院判決所指示的各點，在限於極特別的情形下很慎重判斷後，認為有核發必要方得核發令狀。

第四款、日本實務見解的分析

在日本最高法院平成 29 年(即 2017 年)3 月 15 日判決以前，日本實務見解可以說是相當混亂，採取任意偵查說者，以本文所選大阪地方法院平成 27 年 1 月 27 日裁定與廣島高等法院平成 28 年 7 月 21 日判決為例，其主要是認為 GPS 偵查所蒐集的個人位置資訊，是跟監對象車輛於公共道路上的行徑路線，原本就可以被不特定第三人所觀察，並無隱私權受侵害，而過去最高法院判例也將人力跟監視作任意偵查，GPS 追蹤器在個案中僅為跟監的輔助手段，自然無法將 GPS 偵查解為強制處分，就算 GPS 偵查與傳統人力跟監有其差異，但 GPS 追蹤器也僅是大幅改善過去跟監人員對被告行動的確認能力而已，仍依附在人力跟監底下，並以精準度低加強論述；相反的，實務見解中的強制處分說，則是著眼於 GPS 偵查所帶來的隱私侵害「程度」大阪地方法院平成 27 年 6 月 5 日裁定認為 GPS 偵查雖大多是取得跟監對象在公共道路上的位置資訊，但仍有進入第三人無法觀察、具「高度隱私的物理空間」(如私有地等)，而東京地方法院立川分院平成 28 年 12 月 22 日裁定是以侵入跟監對象的「私密領域」作為論述，並認為應以勘驗令狀實施之；而名古屋高等法院平成 28 年 6 月 29 日判決則是以結合了大阪地方法院平成 27 年 6 月 5 日裁定的論述，並指出 GPS 偵查可能過度取得資訊，內蘊重大隱私的危險。

而在日本最高法院為統一上開下級法院混亂的見解，組成大法庭作成平成 29 年 3 月 15 日判決，判決內容已介紹如上，本文將就日本下級法院的見解與最高法院見解進行分析，如下：

第一目、下級法院歧異的原因與批評

從前述介紹可以看出，雖說上開日本實務見解均從日本最高法院昭和 51 年 3 月 16 日第三小法庭裁定所揭示的強制處分定義作為出發點²⁹⁴，以隱私權作為檢視各案中重要權利侵害的對象，那何以各下級法院間、甚至同法院的各庭對於 GPS 偵查性質的結論卻有所出入？

本文認為，細觀各法院所持的理由可以發現，認為 GPS 偵查屬任意處分，是因為公共場所活動本來就可能受不特定第三人所知悉；而認為屬強制處分，是因為 GPS 偵查可能侵入私人物理空間，日本實務見解不論採取何種觀點，論

²⁹⁴ 同前註 289。

述的焦點大多集中在公、私物理空間的侵入²⁹⁵，換句話說，兩者的判斷基準事實上都是從公、私二元的物理區分，只是一個是認為 GPS 偵查僅會在觀察公共道路的活動，另一個則認為有觀察私人在私有空間可能，可知見解歧異的原因並非採取不同的審查基準，而是對於 GPS 性質的著眼點不同罷了。

然而，觀察 GPS 偵查的本質，甚至說所有個人位置的蒐集行為，基本上都是為知悉跟監對象的位置而發動，自無從知悉跟監對象下一步的行動，在此無庸明言的前提下，並無法斷言車輛僅會活動在公共場所之中²⁹⁶，偵查機關根本無從限定跟監對象的活動²⁹⁷，也正因為此種特性方才具有蒐集的價值，從而，實務上任意偵查說的論述似乎預設了在跟監對象僅會行駛於公開道路中，可說是相當狹隘，不僅無法契合實際情形，更忽視 GPS 偵查不確定的本質；而任意偵查說的不可採，並不能就此反證強制處勘驗說或新強制處分說的正確，誠如上述，大多的下級法院見解的論述都建立在「個人在公共場所無合理隱私期待」這個可議的前提上，此一前提將以單純物理空間的切割人類生活，使隱私權保障面臨全有全無的境地，似乎忽視了現代隱私權發展的脈絡²⁹⁸，即對於公開場所中個人隱私權的保護並不會就此喪失²⁹⁹，並有發展「公共匿名權」的趨勢³⁰⁰，因此，本文認為下級法院所採取的見解均有偏失，至於現代隱私權理論與合理隱私期待理論的問題，容本文於下一章中再予討論。

²⁹⁵ 不過，東京地方法院立川分院的見解卻是用 GPS 定位偵查的精密度對隱私的影響加以論述，參見本項第二款第三目。

²⁹⁶ 這也是日本最高法院的理由之一，參見本項第三款第二目。

²⁹⁷ 斎藤司，GPS 大法廷判決と GPS 監視捜査立法—その展望と課題書，收錄於指宿信編，GPS 捜査とプライバシー保護—位置情報取得捜査に対する規制を考える，現代人文社，2018 年 4 月，頁 59。

²⁹⁸ 指宿信，GPS 利用捜査とその法的性質—承諾のない位置情報取得と監視型捜査をめぐつて，法律時報，第 87 卷 10 号，2015 年，頁 62。

²⁹⁹ 宮下紘，GPS 捜査とプライバシー保護—憲法論からの考察，收錄於指宿信編，GPS 捜査とプライバシー保護—位置情報取得捜査に対する規制を考える，現代人文社，2018 年 4 月，頁 38、同作者，GPS の捜査利用—位置情報の追跡はプライバシー侵害か，時の法令，1973 号，2015 年 3 月，頁 51、同作者，GPS を使用した捜査の合憲性，收錄於：ジュリスト臨時増刊—平成 27 年度重要判例百選，有斐閣，2016 年 4 月，頁 13；安村勉，捜査のために GPS を使用することの適法性，法学教室判例セレクト，2015[II]，頁 40；辻脇葉子，科学的捜査方法とプライバシーの合理的期待，收錄於：井田良、高橋則夫、只木誠、中空壽雅、山口厚編，川端博先生古稀記念論文集[下巻]，2014 年 10 月，頁 649；指宿信教授更指出應重新思考「私人空間等於秘密等於有隱私保護、公共空間等於無秘密等於隱私保護減少」的合理性，同前註 298、指宿信，ハイテク機器を利用した追尾監視型捜査—ビデオ監視と GPS モニタリングを例に，三井誠、中森喜彦、吉岡一男、井上正仁、堀江慎司編，鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集下，成文堂，2007 年，頁 184；中曾久雄，GPS 捜査とプライバシー権，愛媛大学教育学部紀要，第 63 卷，2018 年 02 月，頁 248 及註 74；黒川亨子，捜査方法としての GPS の利用の可否，法律時報 87 卷 12 号，2015 年，頁 119，三島聰，GPS 装置による動静監視の解釈論的検討，季刊刑事弁護，89 期，2017 年 1 月，頁 118。

³⁰⁰ 高橋義人，パブリック・フォーラムとしての公共空間における位置情報と匿名性，琉大法学，第 88 号，2012 年 9 月，頁 145-182。

第二目、勘驗令狀的一般性

日本實務上採取強制處分勘驗說並非少數，主要理由認為 GPS 偵查為偵查人員以五官作用觀察，在行動電話的螢幕上顯示 GPS 追蹤器所蒐集的位置資訊，具有勘驗的性質，為使令狀原則不致落空，GPS 偵查須現行刑事訴訟法上的勘驗令狀始能發動，事實上，部分實務這樣的說法並非毫無根據，更進一步說，本文認為這應該從日本最高法院過去的判例推演而來³⁰¹：

根據日本最高法院平成 11 年 12 月 16 日第三小法庭裁定³⁰²所揭示的內容，監聽通訊內容屬強制處分，雖當時未有法律規定這種強制處分，而違反日本刑事訴訟法第 197 條第 1 項但書強制處分法定原則，然在一定條件下並非憲法所不許，而所謂一定條件，大致上可分為六個要件：一、涉及重大犯罪，二、有充分理由足認犯罪，三、可能藉由通話進行有關犯罪事實的聯絡，四、以監聽方式以外方式顯難蒐集有關犯罪重要、必要證據，五、實施監聽為偵查上不得不不然，六、依據法律程序實施；符合以上六點就可實施憲法所仍許的監聽。不過，現行法並未規定監聽相關程序，何以符合第六點依據法律實施呢？日本最高法院的方式是「借用」當時刑事訴訟法勘驗的規定，認為通訊監聽乃藉由聽覺認知通話內容並予以記錄，屬以五官作用認知對象存否、性質、狀態、內容等，具證據保全的勘驗性質，而藉由勘驗規定使令狀法官事前審查該監聽是否符合前述要件，至於令狀特定問題，可依據日本刑事訴訟法第 219 條第 1 項³⁰³所謂「應勘驗場所或物品」限定應監聽內容、對象、線路、方法與場所等，並儘可能限制監聽時間，為加強上開論述，日本最高法院將日本刑事訴訟法第 218 條第 5 項³⁰⁴身體檢查可附加條件的規定作為解釋媒介，認為該條規定在身體檢查以外之勘驗亦得予以準用，對於偵查機關的實施附加條件加以限制，而另一方面，日本最高法院卻也不否認，在法律上未明定相關實施規範前，如事

³⁰¹ 相同的觀察，中谷雄二郎，位置情報捜査に対する法的規律，刑事法ジャーナル，No.48，2016 年，頁 57-59；田口守一，同前註 278，頁 100。

³⁰² 最決平成 11 年 12 月 16 日・刑集 53 卷 7 号 1327 頁。

³⁰³ 刑事訴訟法第 219 條：「前条の令状には、被疑者若しくは被告人の氏名、罪名、差し押さえるべき物、記録させ若しくは印刷させるべき電磁的記録及びこれを記録させ若しくは印刷させるべき者、捜索すべき場所、身体若しくは物、検証すべき場所若しくは物又は検査すべき身体及び身体の検査に関する条件、有効期間及びその期間経過後は差押え、記録命令付差押え、捜索又は検証に着手することができず令状はこれを返還しなければならない旨並びに発付の年月日その他裁判所の規則で定める事項を記載し、裁判官が、これに記名押印しなければならない。」中文翻譯參考朱學瑛、張弘昌、劉河山、蔡甄漪，同前註 281，頁 48。

³⁰⁴ 刑事訴訟法第 218 條：「検察官、検察事務官又は司法警察員は、身体検査令状の請求をするには、身体の検査を必要とする理由及び身体の検査を受ける者の性別、健康状態その他裁判所の規則で定める事項を示さなければならない。」中文翻譯參考朱學瑛、張弘昌、劉河山、蔡甄漪，同前註 281，頁 48。

後通知等規範適用上將生疑義，不過，仍表示經上述的限縮適用，就符合憲法規範，不能僅憑適用疑義即認為監聽為法律所不許。

就此判例可知，日本實務的強制處分勘驗說是將比附援引上開裁定對於監聽的解釋，並非突發奇想的自創見解，在 GPS 偵查的例子中，甚至可以看出下級法院有意將勘驗令狀一般化為原則性規定的趨勢。

第三目、最高法院判決的分析與射程

在下級法院見解相當分歧的情況下，日本最高法院組成大法庭，於平成 29 年 3 月 15 日作出判決，該判決可以說是撼動整個偵查實務與刑訴學界³⁰⁵，其中諸多內容對日後實務與學說的發展都將有不容忽視的影響，本文針對本判決的特色，分析如下：

一、與過去相異的憲法依據

先就憲法的層次來看，日本最高法院反於過去日本最高法院昭和 44 年 12 月 24 日判例，以日本憲法第 13 條引申隱私權保障內涵的方式，而是援用日本憲法第 35 條作為保障實體權利的條文³⁰⁶，並採納現今主流學說對於該條文的詮釋，不限於財產權、物理權利的保護，而是從個人隱私權的觀點加以詮釋，認為日本憲法第 35 條包含保障免於私領域的入侵³⁰⁷；次就 GPS 偵查法律性質的最上位法理—強制處分的定義，日本最高法院在本判決中，大致延續了昭和 51 年 3 月 16 日判例所表示並非有形力行使即該當強制處分的意見，並更擴張了原先強制處分的內涵，原先昭和 51 年判例僅將強制處分定義為：「壓制個人意思，強制實現偵查目的所加諸身體、住居與財產等的限制」其中，壓制個人意思應如何解釋則成為問題，畢竟，在如通訊監察等以秘密方式進行的強制處分，均未有明確的壓制個人意思，學說上有認為應指違反個人明示或默示意思³⁰⁸，也有認為任意偵查通常都是違反個人意思，重點應該是取探求是否獲當事

³⁰⁵ 清水真教授的發言，座談會 GPS 搜查の課題と展望：最高裁平成 29 年 3 月 15 日大法廷判決を契機として，特集 GPS 搜查の課題と展望，刑事法ジャーナル，成文堂，第 53 号，2017 年 9 月，頁 28。

³⁰⁶ 相同的觀察，宮下紘，同前註 299，頁 41；山田教授與最高法院調查官都指出，過去多將日本憲法第 35 條作為住居不可侵犯或集中在令狀主義的討論，參見山田哲史，GPS 搜查と憲法，法学セミナー，第 752 号，2017 年 9 月，頁 28-29；伊藤雅人、石田寿一，車両に使用者らの承諾なく秘かに G P S 端末を取り付けて位置情報を検索し把握する刑事手続上の搜査である G P S 搜査は令状がなければ行うことができない強制の処分か——最大判平成 29・3・15，ジュリスト，2017 年 6 月号(No.1507)，頁 110-111。

³⁰⁷ 日本憲法第 13 條第 35 條的關係，參見山田哲史，同前註 306，頁 28-29。

³⁰⁸ 小林直樹，新版憲法講義(上)，東京大學出版會，1980 年 12 月，頁 482；芦部信喜著、高橋和之補訂，憲法，第 6 版，2015 年 3 月，頁 248；井上正仁，強制搜查と任意捜査，2 版，有斐閣，2014 年，頁 58-63；酒卷匡，刑事訴訟法，初版，有斐閣，2015 年，頁 105。

人同意³⁰⁹，而 51 年的判例所揭示的三種權利，也認為僅是例示規範，所表彰的應該是重要權利、利益³¹⁰，在本判中最高法院將強制處分擴張為：「違反個人意思而侵害憲法保障的重要法律利益」採納了類似於上開學說的看法³¹¹，也算是將舊有的判例與學說見解做了一定程度的結合。

二、強制處分法定原則與過去見解的歧異

本判決除了認定 GPS 偵查應屬強制處分外，又再一次的宣示強制處分法定原則³¹²，即「於刑事訴訟法上，該當須特別授權始能容許」的意旨，並認為 GPS 偵查雖有勘驗的性質，但在部分性質與執行面上難以適用勘驗的規定，最後還罕見的對立法機關喊話：「最好著眼其特質，建構合於憲法與刑訴法眾多原則的立法措施」就上開見解看來，日本最高法院堅守強制處分法定原則的立場不言可喻，並且推翻部分下級法院採取勘驗說的立場，然而，如此堅守強制處分法定原則，真是日本最高法院最高法院向來的見解嗎？

誠如前述所介紹的日本最高法院平成 11 年 12 月 16 日第三小法庭裁定，在該裁定中，實施監聽當下並沒有監聽的相關立法，監聽和勘驗也有一定程度的差異，但日本最高法院表示仍得以勘驗令狀實施監聽，並設下重重限制加以控管，事實上，日本最高法院早在昭和 55 年 10 月 23 日第三小法庭裁定³¹³中，肯認當時未有法明文的強制採尿的合法性；另外，日本最高法院平成 6 年 9 月 16 日第三小法庭裁定³¹⁴，肯認強制採尿處分可將嫌疑人帶往合適場所進行的立場³¹⁵，上開判例均採取較為柔軟的解釋立場，而非苛守強制處分法定原則，但在本判決中卻反於過去的立場，以性質不合、無法實施等理由加以否定 GPS 偵查的實施，雖說最高法院未明言推翻過去的見解，但實質上卻否定過去的立場，明確拒絕創設對應新型帶強制處分的令狀，忠實地遵守強制處分法定原則³¹⁶，且大幅度限縮勘驗令狀的使用，強力的遏制下級法院將勘驗令狀一般化的趨

³⁰⁹白取祐司，同前註 278，頁 95。

³¹⁰井上正仁，同前註 308，頁 12-13。

³¹¹堀江慎司，GPS 搜查に関する最高裁大法廷判決についての覚書，論究ジュリスト，22 号，2017 年，140 頁；山田哲史，同前註 306，頁 28；伊藤雅人、石田寿一，同前註 306，頁 110；稻谷龍彦，GPS 搜査の法的性質（最大判平成 29・3・15），平成 29 年度重要判例解説（ジュリスト臨時増刊），2018 年 4 月 10 日号（1518 号），頁 180；山本龍彦教授的發言，強制・任意・プライバシー [続]—GPS 搜査大法廷判決を読む、そしてその先へ，法律時報，日本評論社，2018 年 1 月号（通卷 1120 号），頁 61。

³¹²關於強制處分法定原則，可參見本論文下一章的討論。

³¹³最決昭和 55 年 10 月 23 日・刑集 34 卷 5 号 300 頁。

³¹⁴最決平成 6 年 9 月 16 日・刑集 48 卷 6 号 420 頁。

³¹⁵有學者就批評此為最高法院自行造法，違反強制處分法定原則，參見安村勉，採尿令狀による連行，刑事訴訟法判例百選，第 8 版，有斐閣，2005 年，頁 69。

³¹⁶後藤昭，法定主義の復活？—最大判平成 29 年 3 月 15 日を読み解く，法律時報，2017 年 6 月号（通卷 1112 号），日本評論社，頁 5。

勢，日本最高法院就此改變司法與立法權限的分配，這種態度的轉變，有學者提出兩種方向的假說³¹⁷，第一個假說是認為，對於資訊技術的發展傾向於緊密且大範圍的探索，加上 GPS 偵查使警察徹底慣行秘密主義，而為對象所不知，無法完全了解 GPS 偵查的實際狀態，對此，最高法院抱持著警戒，認為有必要使國民討論的必要；第二則是有所謂「立法時代」的背景因素，日本在二十世紀結束後，修正包含刑事訴訟法在內的基本法制已變得活躍，過去最高法院平成 7 年 2 月 22 日大法庭判決的見解，也在刑事訴訟的修正中實現，這樣的經驗可能就是促使最高法院抑制自我任務的原因，然而本文認為此二者或許都是日本最高法院的考量因子，只不過是推力與拉力的關係罷了。

另外，雖說日本最高法院的多數意見採取否定使用勘驗令狀實施 GPS 偵查的可能，但由岡部喜代子法官、大谷剛彥法官和池上政幸法官共同提出的補充意見卻指出，在立法前的法制空窗期，在一定嚴格的條件下，有以法官核發令狀的可能，相較於多數意見近乎否定的立場，似乎採取較為柔軟的解釋，也趨近於前述平成 11 年 12 月 16 日裁定的見解，不過，該補充意見卻沒有指明以何種強制處分之令狀加以實施，似乎還是須委諸下級法院的實務操作，換句話說，還是以勘驗令狀在嚴格的條件下實施，再進一步結合多數意見，就不難發現所謂堅守強制處分的立場，實質上與平成 11 年 12 月 16 日裁定近乎一致，申言之，多數意見與補充意見是原則與例外的關係，而平成 11 年 12 月 16 日裁定本來就是闡述例外的情形，這樣看來多數意見也可能只是個政治性的宣示罷了。

三、馬賽克理論與取徑立場的搖擺

相較於名古屋高等法院明確採取馬賽克理論的立場³¹⁸，日本最高法院在本判決中，僅以「必然伴隨繼續、網羅性的掌握對象車輛與使用者的行動」作為說明其侵害隱私權的性質，並未明確採取馬賽克理論³¹⁹，然而所謂「網羅性掌握」的描述手法，可以說多少受馬賽克理論的影響³²⁰，有學者就認為本判決採取類似於馬賽克理論的取徑³²¹，然有學者認為單以馬賽克理論切入，傳統跟監或公路上垃圾採集³²²也能透過累積而掌握與個人私生活有關的重要資訊，應該

³¹⁷ 後藤昭，同前註，頁 6。

³¹⁸ 井上正仁著、張永宏譯，GPS 偵查(中)，司法周刊，第 1887 期，2018 年 2 月 2 日，頁 3。

³¹⁹ 中島宏，GPS 搜查最高裁判決の意義と射程，法学セミナー，第 752 号，2017 年 9 月，頁 13；井上正仁著、張永宏譯，GPS 偵查(下)，司法周刊，第 1888 期，2018 年 2 月 9 日，頁 2。

³²⁰ 尾崎愛美，GPS 搜查の適法性に関する最高裁大法廷判決を受けて(上)，搜查研究，798 号，2017 年 6 月 5 日，頁 48-50。

³²¹ 尾崎愛美，同前註，頁 50。

³²² 最決平成 20 年 4 月 15 日・刑集 62 卷 5 号 1398 頁。

是須令狀的強制處分才對，只關注在最終法益侵害的程度，將無法凸顯與 GPS 偵查的差異³²³，另外，馬賽克理論的基準並不明確，要描繪至何種程度的圖像方評價為強制處分，本文認為本判決確實受到馬賽克理論的影響，但可能因在日本學界或實務界未獲普遍的共識³²⁴，使日本最高法院對該理論採取保留姿態，況且本判決似乎還添加物理私領域的概念，如單純按照馬賽克理論，似乎不需要這樣的論述³²⁵，顯然日本最高法院形式上並未採馬賽克理論。

另外，關於侵入私人領域的解釋問題，日本最高法院以多種描述方式³²⁶建構 GPS 偵查侵入私人領域，其中有以「安裝於個人持有物」加以描述侵入私領域，是否意味著安裝指的是侵入、個人物品則指私領域，果如此，此種理解將趨近於美國最高法院在 Jones 案中所揭示以財產權為基準的物理侵入法則，然有學者指出如果將安裝追蹤器於車輛解釋為侵入私領域，將使憲法第 35 條解為不限於所持有之物品，而包含類似私人領域的解釋陷於無用，也使其他如「對個人行動繼續性、網羅性的掌握」等敘述變得沒有意義，因此有兩種解釋方向，第一種是認為因為 GPS 偵查多取得個人在公共道路的位置資訊，僅以行動掌握的角度來看，不能算是侵害重要權利侵害，必須加上侵入個人持有物，才能算是重要權利，但學者批評此種說法忽視行動掌握與侵入持有物是不同權益的侵害，如何合併計算，此說法實在過於粗糙³²⁷；第二種是認為綜合多項描述看來，所謂私人領域應是指「應高度保護個人隱私的場所或空間」而安裝於個人持有物上須與其他描述方式合併思考，應解為將該等侵害隱私的機器裝載於個人所有物上時，(只要機器運作正常)已使偵查機關隨時可取得可能涉及高度保護個人隱私場所的位置資訊之狀態，性質上已著手於侵入私人領域，以刑法的術語來說，該學者是將 GPS 偵查當作危險犯(侵害隱私危險的發生)，安裝追

³²³ 不過，該學者也強調，GPS 偵查有低成本取得大量準確的位置資訊，有加以累積、分析的可能，相較於一般偵查手法，是比較可能侵害隱私的類型，參見堀江慎司，同前註 311，頁 146。

³²⁴ 堀江慎司，同前註 311，頁 146；篠倉宏紀教授的發言，同前註 311 頁 66。

³²⁵ 相同的觀察，稻谷龍彥教授的發言，強制・任意・プライバシー [続]——GPS 搜查大法廷判決を読む、そしてその先へ，法律時報，日本評論社，2018 年 1 月号(通卷 1120 号)，頁 66。

³²⁶ 井上教授將之分為 I (α) 「性質上，並不僅對於公共道路，也包含應高度保護個人隱私權的場所與空間，均可能逐一把握對向車輛及其使用者所的移動狀況」、(β) 「必然伴隨著對個人行動繼續性、網羅性的掌握，而侵害個人的隱私權」、II 「將此種可能侵害個人隱私的機器祕密安裝於個人持有物」、III 「伴隨公權力侵入私領域的性質」、IV 「於他人所持物品，秘密安裝可能侵害個人隱私的機器，應認屬於合理推定違反個人意思而侵入私領域的偵查方法」參見，同前註 318，頁 3。

³²⁷ 井上正仁著、張永宏譯，GPS 偵查(下)，司法周刊，第 1888 期，2018 年 2 月 9 日，頁 3。

蹤器本身當作著手實行的時點³²⁸，此種解釋方向方合於該判決的意旨³²⁹。

上開學說將安裝行為作為侵入私領域的著手，這樣的解釋頗有新意，但有疑問的是，該學者對於第一個解釋方向的質疑是，安裝行為與後續蒐集行為(可能涉及高度隱私場所)的批評是侵害不同的權益，然而，第二個解釋方向卻將安裝作為侵害高度隱私空間的著手，似乎忽視安裝行為本身帶來的侵害本質³³⁰，而且論理上有所矛盾，應如何解釋確實是成為問題，事實上本文認為最高法院的判決加入各種描述建構侵入私領域，而安裝行為的論述應該多少是受美國 Jones 案的取徑所影響，這樣單純想將以各種角度均能證成侵入私領域的概念，卻忽視取徑不一致的問題。

還有一點值得注意，就是本判決雖說以侵入私人領域的解釋，突破舊有對憲法第 35 條的理解，但觀察判決中以各種面向描述 GPS 偵查方式是如何侵入私人領域，其中最為關鍵的就是「不僅對於公共道路，也包含應高度保護個人隱私權的場所與空間」的論述，誠如上開學者所指出的本判決著重在 GPS 偵查難以區別「應高度保護個人隱私的場所或空間」³³¹，換句話說，所謂侵入私人領域的「私人領域」是以實際物理的公、私區分，公共道路上似無隱私權保障，與大阪地方法院平成 27 年 6 月 5 日裁定所採取的見解一樣³³²，也與過去在昭和 44 年 12 月 24 日大法庭判決³³³中，對於公共道路攝影的見解相配合，不過這種全然否定公共空間隱私權的立場，似乎忽視了現代隱私權發展的脈絡³³⁴，有再檢討的餘地³³⁵。

四、本判決的最大射程

最後，本判決根據本案事實對於 GPS 偵查的討論，是針對「裝置型」的 GPS 偵查，也就是須偵查人員裝置追蹤器於對象車輛的偵查手法，如「非裝置

³²⁸ 笹倉宏紀教授的發言，強制・任意・プライバシー [続]—GPS 捜査大法廷判決を読む、そしてその先へ，法律時報，日本評論社，2018 年 1 月号(通卷 1120 号)，頁 64。

³²⁹ 稲谷龍彦教授認為，從井上教授用語看來，井上教授自己也認為解釋的相當勉強，同前註 325，頁 64。

³³⁰ 有學者認為安裝行為仍是有侵害財產權，中島宏，同前註 319，頁 12；綠大輔教授的發言，強制・任意・プライバシー [続]—GPS 捜査大法廷判決を読む、そしてその先へ，法律時報，日本評論社，2018 年 1 月号(通卷 1120 号)，頁 66。

³³¹ 井上教授認為這是核心論述，參見井上正仁著、張永宏譯，GPS 偵查(下)，司法周刊，第 1888 期，2018 年 2 月 9 日，頁 3。

³³² 尾崎愛美，同前註 320，頁 48。

³³³ 最大判昭和 44 年 12 月 24 日・刑集第 23 卷 12 号 1625 頁。

³³⁴ 指宿信，同前註 298，頁 62；大野正博，GPS を用いた被疑者等の位置情報探索，曾根威彥先生・田口守一先生古稀祝賀論文集(下卷)，成文堂，2014 年，頁 514。

³³⁵ 這裡必須說明的是，本文並非認為，觀察他人在私人物理空間的活動不能作為認定為強制處分的理由，而是認為隱私權的保障不應僅因在公開道路上就全面棄守。

型」的 GPS 偵查則非屬本判決所能涵蓋的範圍³³⁶，然而，就實質侵害隱私權的可能性觀之，非裝置型或內藏型的 GPS 偵查似乎更為嚴重³³⁷，這是因為在過去下級審實務中，可以得知有裝置型 GPS 偵查時有壞損或被跟監對象發現，並因此中止 GPS 偵查的情形，但非裝置型或內藏型的 GPS 偵查遭跟監對象發現的可能性就相當低了，另外，依據《電信事業有關個人資訊保護指南》第 35 條第 4 項規定³³⁸，電信業者受偵查機關要求取得位置資訊，在依據法官所核發之令狀範圍內，取得該當位置資訊，又依據總務省資訊與通信科技服務安心安全研究會轄下的工作小組之會議紀錄³³⁹，認為偵查機關取得 GPS 位置資訊的法律根據是刑訴法第 218 條第 1 項的勘驗，由行動電話取得 GPS 位置資訊須基於勘驗令狀及其必要處分，這兩個規範雖然不是法律位階，但卻提供實務操作的處理方向，並對本判決射程外的非裝置型或內藏型 GPS 偵查做了一定程度的約制，然而明顯的問題是，這些規定允許偵查機關以勘驗令狀向電信業者請求位置資訊，相對的裝置型 GPS 偵查卻因本判決的教示而不能實施，形成了對隱私侵害可能較大的偵查方式可以實施，較小者卻無從實施的窘境，此問題成為了本判決殘留的疑問。另外，須注意的是，緊急性 GPS 偵查³⁴⁰或是在贖金袋中安裝 GPS 追蹤器³⁴¹的情形，也同樣都是本判決未能涵蓋的部分。

第四目、取得時中心主義的批判

日本憲法學者山本龍彥教授，觀察在資訊蒐集方面的警察實務與相關裁判例，加上分析刑事訟法學的討論後，認為警察蒐集資訊實務，事實上包含了資訊保存、累積、利用、連結與解析等，但直至今日，不論在實務、裁判例或刑事訴訟法學說上，主要仍著眼於資訊取得所產生的衝擊³⁴²，而將焦點放在資訊

³³⁶ 尾崎愛美，GPS 搜查の適法性に関する最高裁大法廷判決を受けて(下)，*搜查研究*，800 号，2017 年 8 月 5 日，頁 8；不過，也有強調本判決並非認為須有安裝行為才能認定為強制處分，伊藤雅人、石田寿一，同前註 306，頁 111。

³³⁷ 誠如渥美東洋教授所說：「相較於物理性侵入的場合，未伴隨物理性的侵入所造成的是未被察覺的隱私侵害，因此，其侵害的程度更為強大。」參見渥美東洋，全訂刑事訴訟法，第 2 版，有斐閣，2009 年，頁 132；我國有學者林鈺雄教授也曾提出類似的說法，不過是針對臥底偵查，他認為：「隱性的偵查手法只會『升高』(帶有詐欺及規避的本質)而不會降低干預的強度」參見林鈺雄，干預保留與門檻理論－司法警察（官）一般調查權限之理論檢討，政大法學評論，第 96 期，2007 年 4 月，頁 218。

³³⁸ 《電信事業有關個人資訊保護指南》第 35 條第 4 項：「電気通信事業者は、捜査機関からの要請により位置情報の取得を求められた場合においては、裁判官の発付した令状に従うときに限り、当該位置情報を取得することができる。」

³³⁹ 総務省 I C T サービス安心・安全研究会個人情報・利用者情報等の取扱いに関するWG（第3回会議事要旨）http://www.soumu.go.jp/main_content/000360183.pdf(最後瀏覽日：2018 年 11 月 23 日)。

³⁴⁰ 學者尾崎愛美稱為短時間的 GPS 偵查，同前註 336，頁 9-10。

³⁴¹ 伊藤雅人、石田寿一，同前註 306，頁 111。

³⁴² 山本龍彥，警察による情報の収集・保存と憲法，收錄於山本龍彥，プライバシーの権利を

取得的法律正當性上³⁴³，取得資訊後的行為幾乎沒有人關心³⁴⁴，這種現象稱為「取得時中心主義」³⁴⁵，取得時中心主義導致了警察保存、累積、利用、連結與解析資訊等問題的討論遭到排除³⁴⁶，為現行法律規範所不及，形成某種法秩序的「聖域」；而山本教授論述並非突發奇想，其契機是來自於建置日本DNA資料庫的相關討論，他認為採集DNA檢體的原因，如果是為了該當嫌疑事件的偵查與解決的話，有其正當化的理由，然在之後為了未來潛在事件的偵查而做的「登錄」與繼續「保存」的正當化問題，仍留有疑義，但卻未見有活躍的討論；又例如指紋資料庫的問題，也是集中在採集指紋的身體侵入性問題，沒有在登錄資料庫的議題上有活躍的討論也是例證，而與GPS偵查最為相關的公共道路上對嫌疑人拍照、攝影的情形，山本教授也認為刑訴學界與判例也多以「拍照時」在公共空間為由，否定其強制處分性，而未見考量資訊取得後利用與保管的相關討論³⁴⁷，可見以取得時中心主義作為基本組合的取向並沒有太大的變化。

然刑訴學界對這樣的批評，也做出了相對的回應，綠大輔教授認為³⁴⁸，首先，在公路上攝影的例子，實務上似乎是採取取得時中心主義的立場，但刑訴法界並非所有強制處分，都採取取得時中心主義的判斷組模，就以平成11年12月16日第三小法庭裁定³⁴⁹的監聽判例為例，該判例認為監聽是對於秘密通訊的侵害，進而是侵害個人隱私的強制處分，並設定以勘驗令狀實施的要件，然而關該判例可以發現，最高法院並沒有將焦點放在實際上監聽到什麼程度，而是抽象地以侵害通訊秘密而認定侵害個人隱私³⁵⁰，加以肯定強制處分性，學說上也同樣採取與攝影相異的考量，認為縱使是短時間的監聽也是伴隨著重要權利的限制，判斷上非具體認定資訊取得時限制權利的程度，而是抽象性高的「重要權利」的解釋，因此，在判斷強制處分時，除了有考量「取得資訊時對於被處分者受到何種程度的限制」情況，也有「考量偵查機關資訊取得行為所

考える，信山社，初版2刷，2018年1月，頁68-75。

³⁴³ 山本龍彥，同前註270，頁60-61。

³⁴⁴ 山本龍彥教授的發言，同前註311，頁57。

³⁴⁵ 山本龍彥，同前註343。

³⁴⁶ 事實上，大野正博教授就曾經建議，今後關於科學偵查的容許性與適法性問題，不應僅限於資訊取的方法的討論，包含取得後的記錄、累積、剖析等，都有必要去檢討對隱私權侵害的有無與程度，大野正博，携帶電話による位置認識システムの活用とプライバシー，朝日法學論集，第三十九号，2010，頁135。

³⁴⁷ 山本龍彥教授的發言，同前註311，頁61。

³⁴⁸ 綠大輔，監視型捜査における情報取得時の法的規律，法律時報，87卷5号(通卷1085号)，2015年5月号，頁65-66。

³⁴⁹ 最決平成11年12月16日・刑集第53卷9号1327頁。

³⁵⁰ 指宿信教授觀察最決平成21年9月28日(刑集第63卷7号868頁)，也得出類似的結論，指宿信，同前註298，頁61。

生的波及效果」判斷類型的情形³⁵¹，因此，並非全然採取「取得時中心主義」的立場。

次者，雖說過去裁判例基本上是以實際權利的限制程度，作為有無侵害重要權利、利益的依據，如任意同行是否該當實質逮捕的判準就是如此，但監聽具有無限制繼續取得資訊而過度限制權利的性質，進一步來說，這種取得資訊的管道勞力成本相對較低，同時也容易累積又不被監聽對象所知悉，在如果沒有法律規範的約制，偵查機關有無限期實施的可能，通說與最高法院平成 11 裁定也抱持著同樣的問題意識，從而，此例就是展現了對於資訊取得後的疑慮，進而影響取得時的法律規制，因此，在綠大輔教授的見解下，是認為取得時中心主義的批評並非無理，但卻不盡全面。

本文認為，上開學說的討論相當具有啟發性，山本教授確實地掌握傳統強制處分的判斷運用到現代科技下資訊取得所產生的問題，即單純的以取得時作為基本權侵害的基準時，而未曾考慮到後續因科技技術而生的新型侵害，而綠大輔教授的回應的論據也相當有理，同時結合平成 11 年裁定與昭和 51 年 3 月 16 日判例，說明在實務與刑訴學說中是將後續可能的侵害涵化進重要權利的解釋中³⁵²，也相對的取得學說與判例間的平衡。

第二項、學說見解的討論

日本學說關於 GPS 定的討論方法，基本上與實務見解相同，都是從上位概念—強制處分的界限出發，然而各學者間詮釋方向卻存在著一定程度的差異，也與實務著眼的面向與深度有所不同，且均各有擁護者，本文盡可能收錄並整理，將各學說大致區分為任意偵查說、強制處分說與區分說，而各說下又因各自說理的歧異程度又再有不同的區分，茲整理如下：

第一款、任意偵查說

日本學說上有部分學者採任意處分說³⁵³，此說認為以 GPS 偵查取得個人位置資訊，並非侵害重要的法利益，屬於任意處分：

滝沢誠教授早期認為³⁵⁴使用 GPS 偵查可鉅細靡遺監控犯罪嫌疑人的行

³⁵¹三島聰教授也有類似的觀察，認為強制處分說較著眼於取得後濫用的危險，重視資訊取得後的累積、分析、利用情形的利益侵害性，參見三島聰，同前註 299，頁 118。

³⁵²事實上這樣的說法，山本教授也是同意的，並稱為「連續戰略」的解釋，參見山本龍彥，同前註 270，頁 62。

³⁵³採此說者，有滝沢誠早期見解，參見滝沢誠，滝沢誠，GPS を用いた被疑者の所在場所の検索について，立石二六先生古稀祝賀論文集，成文堂，2010 年，頁 743、745。；清水真教授早期見解，參見清水真，自動車の位置情報把握による捜査手法についての考察，法学新報，第 117 卷第 7・8 号，2011 年，頁 443-462。

³⁵⁴滝沢誠，同前註 353，頁 743-745。

動，縱然有不容忽視的弊害，但因之全盤否定此種偵查手段，不免有害發現事實真相的偵查目的，是以，只要有避免弊害的相關配套措施，使用 GPS 跟蹤器偵查，應該是可以被允許的，換言之，受監控的犯罪嫌疑人所在位置及其移動場所，若是在不受隱私權保障的領域，使用 GPS 追蹤器取得該犯罪嫌疑人行動資訊，就無庸令狀，只要符合作為任意處分之跟監所需的條件³⁵⁵即可。

而清水真教授早期³⁵⁶認為，使用 N システム(自動識別車牌系統)和 GPS 追蹤器掌握位置資訊是否為強制處分，須端視是否符合日本最高法院昭和 51 年 3 月 16 日裁定所謂「壓制個人意思，強制實現偵查目的所加諸身體、住居與財產等的限制、若無特別規定而實施則顯然不當的手段」學說上認為從上開裁定「所加諸身體、住居與財產等的限制」解釋可知，須有重要法益強度的限制³⁵⁷，方得稱為強制處分，由此觀之，公權力掌握公共道路上車輛的位置資訊、行徑資料並不該當壓制個人意思、重要法益強度的侵害，不能說是強制處分，進一步的說，依照道路運送車輛法及其規則規定，有依法掛置車牌的義務，此規定無非就是為了有外部識別的可能性，應不生隱私權的問題³⁵⁸，同時援參日本憲法的母法國—美國³⁵⁹，依據 Katz 案及 Harlan 大法官的協同意見所建立的合理隱私期待理論，認為公共道路上車輛僅有主觀的隱私期待，客觀隱私期待上並無法與住家般有隔絕外界的狀態，且公共道路又是容許不特定多數人出入，在不特定多數人得以目視所及的空間欲不受來自公權力監督，僅具有主觀的隱私期待而已³⁶⁰，而可認為缺乏合理隱私期待，也是因為如此，日本最高法院曾著有判例，公權力在公共道路上所為攝影屬任意偵查³⁶¹，是以，不管從援參美國法與日本判例，均應認為使用 N システム(自動識別車牌系統)和 GPS 追蹤器掌握位置資訊非屬強制處分。

不過清水真教授強調，將之定位為任意偵查不代表公權力得無約制的監視

³⁵⁵ 這裡所需的要件是指相當性、必要性、緊急性，參見最決昭和 51 年 3 月 16 日・刑集第 30 卷 2 号 187 頁。

³⁵⁶ 清水真教授主要是依據當時美國實務見解所做的分析，同前註 353，頁 451-454。

³⁵⁷ 井上正仁，同前註 308，頁 12-13。

³⁵⁸ 清水真，同前註 353，頁 456。

³⁵⁹ 同前註。

³⁶⁰ 清水真，同前註 353，頁 457。

³⁶¹ 事實上日本最高法院並未指明屬於任意偵查，而有性質論的爭論，但多數學說均認為最高法院應是將公路上攝影認定為任意偵查，參見清水真，同前註 353，頁 457；田口守一，同前註 278，頁 97-99；井上正仁，任意搜查と強制捜査の區別，收錄於：井上正仁、酒卷匡編，刑事訴訟法の争点，新版，有斐閣，2013 年，頁 58；若原正樹，寫真・ビデオ撮影—裁判の立場から收錄於：三井誠、馬場義宣、佐藤博史、植村立郎編，新刑事手続 I，悠々社，第 1 版，2002 年 6 月，頁 362-363；椎橋隆幸，任意捜査と強制捜査の区別の基準，渥美東洋、椎橋隆幸、日高義博、山中敬一、船山泰範 編刑事法学の現実と展開—齊藤誠二先生古稀記念，信山社，第 1 版，2003 年 6 月，頁 539。

干涉，仍須遵守日本最高法院昭和 51 年裁定的教示，就公共空間的位置情報而言，僅由肉眼注視所得與使用特殊儀器精密監視、紀錄，仍有很大的差異，因此經過一定時間必須予以消除，避免記錄、保存長時間的行徑紀錄，在連續長時間不必要的保存情形下，應認為欠缺相當性而違法。

第二款、強制偵查(強制處分)說

目前日本多數學者均採強制處分說，認為 GPS 偵查以任意偵查方式理解並不適當，主要是因為此偵查行為性質上嚴重侵害隱私權，並侵害追蹤對象的重要法益，應屬強制處分，此種說法導源於，從日本最高法院昭和 51 年 3 月 16 日判例所設下的強制處分要件³⁶²，此說學者多分別以就個人意思的壓制和限制重要權利作論述³⁶³，本文歸納個學者所提出的理由，分列六點如下：一是 GPS 偵查屬密匿處分，現實上並無壓制當事人意思，但仍可合理推斷違反當事人意思³⁶⁴；二是 GPS 偵查所使用的機器越趨小型、精密化，僅需少許成本(低成本)就可達成長時間的監視活動，產生濫行蒐集、利用的危險³⁶⁵；三是 GPS 偵查為低成本又為跟監對象所不知，容易有長時間實施、頻繁使用的可能，且其具備一定的精準度，上開特點將導致權利、利益過度的限制，或是被處分者及一般人行動自由萎縮的可能性³⁶⁶；四則是就 GPS 偵查的特徵是繼續取得他人位置資訊而言，對象車輛並不只在公共道路上行駛，也會行駛到私人住宅用地停車，像是最高法院平成 29 年 3 月 15 日判決的事實就是出入情趣旅館的停車場等，使即使此等非暴露於公眾目視的場所，仍有知悉的危險³⁶⁷；五是縱算在公共道路上³⁶⁸，若長期繼續、網羅性的蒐集、分析個人位置資訊，對象者的交友關係、興趣取向、生活模式與政治活動等³⁶⁹，將如馬賽克畫般赤裸的浮現³⁷⁰，已

³⁶² 可參考本論文第四章第一節第二項第一款第一目。

³⁶³ 中島宏，同前註 319，頁 11-12。

³⁶⁴ 黑川亭子，同前註 299，頁 118。

³⁶⁵ 稲谷龍彥，情報技術の革新と刑事手続，收錄於：井上正仁、酒卷匡編，刑事訴訟法の争点，新版，有斐閣，2013 年，頁 41；相同的疑慮，綠大輔，同前註 348，頁 67。

³⁶⁶ 綠大輔，同前註 348，頁 67；笹倉宏紀，搜查法の思考と情報プライバシー権，法律時報，87 卷 5 号，2015 年，頁，頁 72.；三島聰，同前註 299，頁 119

³⁶⁷ 中島宏，同前註 319，頁 12；山本和昭，GPS を使用した根拠收集の適法性をめぐる二つの決定，專修ローディヤナル，11 号，2015 年 12 月，頁 64。

³⁶⁸ 大野正博教授就直言，應重新考慮「在公共場所一概減少隱私保護必要性」解釋本身的妥當性，並強調隱私權的論述並非如公私二元論般單純的組合，討論視角應放在隱私與科技關係，參見大野正博，同前註 334，頁 514。

³⁶⁹ 土屋真一，捜査官が G P S により公道を走る被疑者の車を監視することは、違法か適法か？—最近のアメリカ連邦最高裁判決，判例時報 2150 号，2012 年 7 月 21 号，頁 8。

³⁷⁰ 中島宏，同前註 319，頁 12；綠大輔，監視型捜査と被制約利益—ジョーンズ判決を手がかりとして，刑法雜誌 55 卷 3 号，2016 年，頁 389-399；河村有教，GPS 捜査による権利侵害と強制処分性について—平成 29 年 3 月 15 日最高裁大法廷判決の検討を中心に，海保大研究報告第 62 卷第 2 号，2017 年，頁 77；大野正博，同前註 334，頁 510；稻谷龍彥，同前註

超越任意偵查的界限³⁷¹，而是對於隱私權的重大侵害，更何況公共場所不代表全然無隱私權的保護，僅是隱私權有所縮減³⁷²；六、與傳統人力跟監相比，GPS 偵查是 24 小時不間斷蒐集位置資訊³⁷³，傳統人力跟監難以達到此種程度³⁷⁴，綜合上述理由，應認 GPS 偵查屬強制處分。

而在 GPS 偵查屬強制處分的前提下，學說上對於 GPS 偵查屬何種強制處分、如何適用法規範等又有不同的見解，本文將此說項下再區分兩說，歸納、整理如下：

第一目、本質上勘驗說

清水真教授早期對於 GPS 偵查採取任意處分說已如前述³⁷⁵，但在 2012 年美國最高法院作出 Jones 案³⁷⁶後，其援參美國法的論理基礎開始動搖，清水真教授說明³⁷⁷，當時所持的見解是基於美國最高法院在與 Beeper(無線電追蹤器)相關判決³⁷⁸的法理推演而來，不過，2012 年美國最高法院作出 Jones 案判決，考量到該判決對於今後類似的偵查方法有不小的影響與意義，清水真教授過去持任意偵查見解的立場似乎所有鬆動³⁷⁹，認為雖說 GPS 追蹤器對於對象車輛使用的燃料多寡、行車速度、安全性與乘客健康並無不良影響，並不該當日本憲法第 35 條第 1 項的搜索、扣押，然而認為假設 Jones 案運用在日本法上³⁸⁰，認定 GPS 偵查屬於憲法第 35 條須令狀的侵入、搜索、扣押，而日本法制與英美法有相異之處，必須考量到強制處分法定原則，因此，應先檢視其是否為強制處分，依日本最高法院昭和 51 年裁定，強制處分有兩個要件，一是壓制個人意思，二是加諸限制身體、住居與財產等之處置；GPS 追蹤器是在對象所不知的情形下安裝，違反對象的潛在意願，第一個要件該當，第二個要件依據 Jones 案的見解，應解為對於重要法益的限制屬強制處分，既為強制處分則須遵守強

³⁶⁵, 頁 41；指宿信，同前註 299，頁 182。

³⁷¹ 指宿信，GPS と犯罪捜査，法学セミナー 619 号，2006 年，頁 4。

³⁷² 同前註 299。

³⁷³ 指宿信，同前註 298，頁 62-63。

³⁷⁴ 指宿信，同前註 299，頁 184-185。

³⁷⁵ 見本項第一款。

³⁷⁶ United States v. Jones, 565 U.S. 400(2012).

³⁷⁷ 清水真，捜査手法としての GPS 端末の装着と監視・再論，明治大学法科大学院論集，第 13 号，2013 年，頁 179；安富潔，刑事訴訟法，2 版，三省堂，2013 年，頁 164-165；清水真，GPS と捜査，法学教室 427 号，2016 年，頁 41-44。

³⁷⁸ 如 Knotts 案、Karo 案等，判決內容詳見第三章第一節第二項第一款。

³⁷⁹ 清水真，同前註 377，頁 178-180。

³⁸⁰ 不過，柳川重規教授則認為，Jones 案提出物理侵入法則的取徑模型無法用於日本法制，這是因為日本判例(最判昭和 53 年 6 月 20 日・刑集 32 卷 4 号 670 頁)向來將所持物品檢查當作任意偵查，與美國法上有 Bond v. United States 案(529 U.S. 334 (2000))的基礎不同，不能相提並論，柳川重規，同前註 409，頁 38-39。

制處分法定原則，就 GPS 偵查是監視對象車輛的行徑紀錄資訊的層面來看，即以五官作用感知無法於法庭上顯示其狀態的紀錄，性質上為勘驗的一種類型³⁸¹。

但另一方面，清水真教授也認為，有鑑於 GPS 偵查必須在一定時間內密集的監視對象的行徑與位置資訊，且無法將令狀出示於監視對象(嫌疑人)，以傳統勘驗的程序予以實施，多少有些不適合，就像是通訊監察般有刑訴法第 222 條之 2³⁸²另外授權制訂的必要，秘密安裝 GPS 追蹤器應如刑訴法第 222 條之 2 制定特別法授權實施。

第二目、強制處分立法說

多數學者³⁸³採取強制處分立法說³⁸⁴，如稻谷龍彥教授就認為應從以導正資訊濫行蒐集、利用為目的而有規範必要的立場出發，認為長時間監視行為所累積龐大的行動數位資訊，如經由電腦程式分析，相當有可能描繪出包含宗教信仰或思想等非常詳盡的輪廓，而作為防止監視行為濫用的資訊成本，也急遽且日益的降低，稻谷龍彥教授以日本憲法第 35 條作為依據，認為該條規定應理解是擔憂執政者有透過濫行蒐集、利用資訊方式壓制的危險而加以起草的，為使 GPS 偵查的實施予以正當化，應將 GPS 偵查解為強制處分而有特別法律規定的必要，並以令狀原則等嚴格的法律程序加以規範，在此基礎下，稻谷龍彥教授認為問題本質還是在於，如有資訊的累積，令狀審查僅檢視是否存在不當目的並不充分，至少應在令狀審查階段釋明必要期間，並設有預先檢視不當目的的機會，就此而言，在現行法下似乎可以考慮勘驗令狀加以附加監視期限，然而考量解釋上為新型態強制處分，卻使用原有的強制處分規定有違強制處分法定原則，加上有鑑於累積資訊的性質與量、低成本的特性，為防止不當的目的外使用，至少應該如通信傍受法第 19 條規定以下，有個別具體的事後規定，因

³⁸¹ 須留意的是，日本法上勘驗(檢証)與我國的勘驗有所不同，日本法上檢証基本上屬強制處分的一種，須令狀授權方可實施，而我國則將勘驗置於證據章節，體系定位上相當不同；另外中谷雄二郎法官將此說稱為令狀執行可能說，中谷雄二郎，同前註 301，頁 57；清水真，同前註 377，頁 187。

³⁸² 日本刑事訴訟法第 222 條之 2：「通信の当事者のいづれの同意も得ないで電気通信の傍受を行う強制の処分については、別に法律で定めるところによる。」中文翻譯：未得通信當事者一方同意之通訊監察強制處分，依其他法律規定，譯文參考自朱學瑛、張弘昌、劉河山、蔡甄漪，同前註 281，頁 50。

³⁸³ 土屋真一，同前註 369，頁 3-8；稻谷龍彥，同前註 365，頁 40-41、大野正博，同前註 334，頁 485-515、山本龍彥、綠大輔、指宿信、笹倉宏紀、河村有教、田口守一，同前註 278，頁 99-100 不過笹倉宏紀教授與山本龍彥教授在座談會上明確表明自己並未打算採取單純的強制處分說，同前註 311，頁 58。

³⁸⁴ 實際上此說是認為 GPS 偵查為新型態的強制處分，但本文為區隔過去田宮裕教授在「公路攝影偵查」的爭議所提倡的新強制處分說，因此，以強制處分立法說體現此學說的重點，至於新強制處分說的整理與批判，參見井上正仁，同前註 308，頁 29-32。

此，勘驗的概括規定並不足規範，GPS 偵查就現行法下並不能實施。

綠大輔教授則認為³⁸⁵，對於法律未明文規範監視型偵查的情形下，在既有的刑事訴訟法中強制處分的群組中尋求規範，也不失為一個方法，而 GPS 偵查是偵查機關透過行動電話公司取得位置資訊，如對應既有的強制處分群組，或許可以考慮使用勘驗或扣押令狀³⁸⁶，然而考量到 GPS 偵查為長時間累積，有很高的可能性混雜與犯罪事實欠缺關聯性的位置資訊，上開說法就有檢討的必要，再者，就通訊監察來說，令狀核發法官是判斷監聽對象與嫌疑事實的關聯性、必要性，但在 GPS 偵查，令狀法官有可能變成去判斷安裝對象未來是否前往犯罪現場的可能性，這樣的判斷就蓋然性判斷的對象，將有不集中的可能³⁸⁷，況且，GPS 偵查並無法排除進入私有地的可能³⁸⁸，勘驗令狀的法官也不適合授權進入私有地，似乎有必要求諸另外的令狀³⁸⁹，勘驗的規定無法適用於 GPS 偵查，雖說令狀主義的活用，在沒有規範關於監視型偵查的資訊蒐集行為的上限時，對於偵查機關的資訊蒐集行為劃定的上限，有促使謹慎利用監視型偵查的政策意味，但監視型偵查為繼續性細微資訊的累積，才掌握全面向、有意義的資訊，此種特性產生的問題是必然與事前規制的令狀原則有不合致的情形，因此，因應監視行為對於個別權益的限制相當細微，卻因低成本而有濫用可能的特性，應立法建構規範模組，換句話說，關於監視型偵查，預先立法透過設定要件、期間的上限予以規範，比起令狀規範更為有效³⁹⁰，至於資訊的利用也宜求諸立法解決。

指宿信教授則是考察過去日本判例、歐洲人權法院與美國實務³⁹¹見解，從兩個面向分析³⁹²，第一個面向是，公私二元的區分的合理性，指宿信教授認為在現代監視技術與大數據時代下，應重新思考「私人空間等於秘密等於有隱私保護、公共空間等於無秘密等於隱私保護減少」的模組³⁹³，關於現代隱私權理

³⁸⁵ 綠大輔，同前註 348，頁 68-69。

³⁸⁶ 綠大輔，同前註 348，頁 68。

³⁸⁷ 綠大輔，同前註 348，頁 69。

³⁸⁸ 池田公博教授亦持相同看法，車両位置情報の把握に向けた GPS 端末装着の強制処分該当性，法学教室，No.444，2017 年 9 月，頁 76；松代剛枝，GPS 及び携帯電話による位置情報取得検査，收錄於：井田良、井上宣裕、白取祐司、高田昭正、松宮孝明、山口厚編，淺田和茂先生古稀祝賀論文集(下巻)，成文堂，2016 年 10 月，頁 63。

³⁸⁹ 綠大輔，GPS 端末による動静検査によって得られた証拠を排除した事例，TKC Watch 刑事訴訟法 No.100，2015 年，頁 183。

³⁹⁰ 事實上綠大輔教授對於事前令狀規制採取相當懷疑的態度，參見綠大輔，同前註 348，頁 68-69、同作者，同前註 370，頁 403-404。

³⁹¹ 指宿信，アメリカにおける GPS 利用検査と事前規制，季刊刑事弁護，No.85，2016 年，頁 89-95。

³⁹² 指宿信，同前註 298，頁 62-63。

³⁹³ 同前註 299。

論的發展，也肯認在公共場所中個人資訊的秘匿性的情形下，應警覺近代科技的侵害可能性，考慮資料取得時與取得後的法律規制，正是考量 GPS 偵查主要是擴大累積公共空間中位置資訊和移動紀錄，並以現代隱私權理論作為開端，建構位置資訊取得與後續利用的法律規範，第二的面向是，從特性論上與傳統跟監脫鉤，指宿信教授認為 GPS 偵查相較於傳統人力跟監，具有監視和資訊收蒐集的自動性(24 小時自動蒐集)、取得資訊的性質與範圍(進入宗教或政治等場所將洩漏私人活動，取得緊密的身體活動紀錄)、紀錄性質(紀錄的性質相較單純的)的三項差異，GPS 偵查自然較人力跟監侵害隱私權的程度更重大，從而，為使偵查機關適當取得、利用資訊，應效仿監聽令狀的樣式，並依照美國聯邦刑事訴訟規則的修正內容，有事後通知並確立新型態的令狀樣式³⁹⁴。

另外，土屋真一律師則是認為³⁹⁵，勘驗或許可以考慮，然而勘驗對象或目的的不確定性、監視對象以外之人的不可避免性、無法中止或禁止與嫌疑事實無關的監視、事後告知的必要性等問題，均是現行法勘驗規定所無法規制，上開問題均須充分檢討，應立法設定其令狀要件、程序³⁹⁶；龜井源太郎教授與學者尾崎愛美也認為³⁹⁷，GPS 偵查的法律規範應有事後通知與異議的管道，現行法下的勘驗卻付之闕如，應立法配套事後通知與異議的規範³⁹⁸。

第三款、區分說(二分說)

區分說同樣立基在日本最高法院昭和 51 年 3 月 16 日判例對於強制處分的定義上，但相較於強制處分說將 GPS 偵查著眼於經常性重大侵害隱私權作為理由，區分說則從「侵害程度」的角度出發，申言之，區分說重視隱私侵害的程度、GPS 偵查的實施情形或取的資訊的量與內容³⁹⁹，但其間各學者又採取不同的區分基準，本文整理各說並基於各自的主張予以類型如下：

第一目、時間久暫基準

滝沢誠教授早期採取任意偵查說的觀點已如前述，後來滝沢誠教授援參德國法後試圖整合德國法與日本判例見解，提出二分說的想法⁴⁰⁰，他舉出日本最

³⁹⁴ 指宿信，同前註 299，頁 186。

³⁹⁵ 土屋真一，同前註 369，頁 8。

³⁹⁶ 大野正博也認為就現行法的考量上，勘驗或許可以考慮，然性質上或有無現行法無法補充之處，仍宜立法解決，大野正博，同前註 334，頁 514。

³⁹⁷ 龜井源太郎、尾崎愛美，車両に GPS を装着して位置情報を取得する検査の適法性—大阪地裁平成 27 年 1 月 27 日決定・大阪地裁平成 27 年 6 月 5 日裁定を契機として，刑事法ジャーナル，No.42，2014 年，頁 50。

³⁹⁸ 松代剛枝教授認為可援參美國法上的規定，松代剛枝，同前註 388，頁 39-66。

³⁹⁹ 中谷雄二郎，同前註 301，頁 51。

⁴⁰⁰ 滝沢誠，検査における位置情報の取得—ドイツ法を踏まえて，刑事法ジャーナル，No.48，2016 年，頁 46-47。

高法院對於通訊監察、X光檢查貨物兩則判例⁴⁰¹均未言及個別處分具體的權利侵害為何，而是對於該類偵查手法的一般特質進行強制處分的檢討⁴⁰²，因此，滝沢誠教授將GPS偵查區分成兩種，第一種是超過一次、短時間多次反覆或長時間取得位置資訊，而具有監視性格，是長時間侵害對象的權利(重要的隱私)，屬強制處分，另外因其性質相異於勘驗，而近似於通訊監察，應有事後通知的規範；第二種則是，在公共道路上和不特定多數人得出入等隱私權不受完整保障的領域，或是現行犯的場合，僅短時間、以目視作為跟監的輔助手段，只要不要到監視的程度，都應視為任意偵查。

第二目、類型化基準

太田茂教授認為強制處分是對於重要的權利或利益有實質的限制或侵害⁴⁰³，在判斷GPS偵查是否為強制處分時，也應該觀察GPS偵查是否有造成重要的權利或利益有實質的限制或侵害，而提出採取類型化的區分基準，首先，他將GPS偵查分成兩種類型⁴⁰⁴，第一種為跟監輔助手段型，就是以GPS追蹤器作為人力跟監的輔助手段，在跟丟時方予以使用，第二種為遠距持續監視型，這種GPS偵查警察不必實際進行跟監，僅須裝載GPS追蹤器後，連接警署內電腦儲存不間斷、持續傳送的位置資訊，確認或整理、記錄所掌握到對象的行動資訊，太田茂教授觀察日本判決發現，實務上僅有跟監輔助手段型的案例，認為在探討GPS偵查容許性問題時，須以跟監輔助手段型作為原則，否則論點的本質將會有偏差，因此，太田教授的見解基本上是建立在跟監輔助手段型之上，並與作為任意偵查的人力跟監做比較並詳細分析，首先，太田茂教授認為在人力跟監時，偵查人員透過目視確認追縱對象的情形，例如進入情趣旅館的情形？和什麼人進入？並確認對象身體的位置，掌握其下車後的行動，但GPS偵查僅能確認車輛位置，一旦對象下車後，就無法掌握其行動，且位置誤差在數公尺至數百公尺以上；再者，GPS偵查超越人力跟監的地方在於，如果停車的地方有外牆無法以目視得知，GPS偵查可提供車輛的位置，作為偵查人員資訊的附加價值，但針對掌握位置資訊的權利侵害卻與人力跟監沒有差別，

⁴⁰¹ 分別是最決平成11年12月16日・刑集53卷9号1327頁、最決平成21年9月28日・刑集63卷7号868頁。

⁴⁰² 滝沢誠，同前註400，頁45。

⁴⁰³ 太田茂，GPS検査による位置情報の取得について，刑事法ジャーナル，No.48，2016年，頁70。

⁴⁰⁴ 從下面的論述可以發現，雖然太田茂教授將GPS偵查作了區分，應該算是區分說，然而卻未對遠距持續監視型明確表示見解，保留了論述空間，也就是僅就跟監輔助手段型進行分析，而採取任意偵查說的見解，這讓本文在分類時非常為難，但基於尊重太田茂教授的論述意志，仍然歸類在區分說。

是以，就位置資訊的內容而言，根據 GPS 偵查所得比起人力跟監還來的粗糙，也因此不能說 GPS 偵查有限制或侵害實質侵害重要權利或利益；而有論者認為 GPS 偵查的繼續性特質，對侵害、限制與對象生活、行動有關的隱私權有很高的危險性，而能該當強制處分，然而太田茂教授回應認為至少就跟監輔助型而言，GPS 偵查僅止於一般、抽象的危險，執此理由作為強制處分的根據，實不妥當⁴⁰⁵，最後，太田茂教授更將 GPS 偵查與通訊監察、X 光檢查貨物⁴⁰⁶相比較，作為否定 GPS 偵查強制處分性的論據，認為通訊監察是對電話通訊內容的探知，可合理期待通訊者與通訊第三人以外的人無法掌握通訊內容，同樣的 X 光檢查貨物則是對於宅配內容物的探知，可合理期待他人不知道的內容物為何，但 GPS 偵查並非如此，依前述其所得內容與人跟監相同甚至比人力跟監還少，與通訊監察、X 光檢查貨物大異其趣，如果將之相比並不妥當。

城祐一郎檢察官也認同太田茂教授的見解⁴⁰⁷，認為觀察各裁定與判決所使用的 GPS 追蹤器，就精確度或性能而言，並無法使對象的隱私完全的暴露，不論偵查機關有沒有想要累積這樣的位置資訊，討論的重點應該是，隱私的侵害程度是否具有強度，像遠距持續監視型那樣，根據累積的資訊進行犯罪推理而生新的人權侵害與現實的情形不同，這種討論至少現階段在日本的 GPS 偵查是不需要的；而就日本最高法院歷來的判例和學說立場觀之，至少跟監輔助手段型毫無疑問的是任意偵查⁴⁰⁸，因為對於對象在公開場所行動的掌握，與人力跟監相比，並不必然會有更多的隱私侵害，況且近來私人為預防犯罪而裝設監視器，記錄並加以保存附近往來的車輛，根據情形而用於犯罪偵查，也是被社會所接受，另外，根據 ETC 的利用紀錄或自動識別車牌系統所產生的行徑紀錄或位置，用於偵查同樣也受社會所接受的話，那對於對象車輛使用 GPS 追蹤器，作為任意偵查也可能會受社會所接受；最後，城祐一郎檢察官回應綠大輔教授的疑慮，綠大輔教授認為 GPS 偵查結果上將帶來過度權利、利益的限制，或是被處分者及一般人行動自由萎縮的可能性，但城祐一郎檢察官認為，就實際上並不會發生萎縮效果，因為日本偵查實務所用的 GPS 追蹤器的體積都很大，一旦覺得被跟監，只要確認使用的車輛底部就能簡單發現並將之丟棄，很容易就解除偵查機關的監視行動，實際上日本實務就發生過跟監對象發現 GPS 追蹤器，而導致跟監行動失敗的例子，因此，根據日本實際實施的 GPS 偵查(跟監

⁴⁰⁵ 太田茂，同前註 403，頁 71。

⁴⁰⁶ 最決平成 21 年 9 月 28 日・刑集 63 卷 7 号 868 頁。

⁴⁰⁷ 城祐一郎，GPS 端末による尾行捜査の適法性—平成 28 年 3 月 2 日大阪高裁判決，同年 6 月 29 日名古屋高裁判決及び同年 7 月 21 日広島高裁判決の検討を通じて，明治大学法科大学院論集，第 18 号，頁 106-107。

⁴⁰⁸ 城祐一郎，同前註，頁 108。

輔助手段型)僅是補足人力跟監的程度，應屬任意偵查。

第三目、階段化區分基準

柳川重規教授則認為⁴⁰⁹，在日本法的架構下，應以合理隱私期待的角度分析監視偵查，考量干預隱私權的程度後，將 GPS 偵查區分為取得與保全兩個階段⁴¹⁰，第一種位置資訊的取得，這種單純取得位置資訊的情形應屬任意偵查，這是因為公共道路與住家相比，其隱私期待相對萎縮，無法排除他人一時的觀看，僅殘留不被「凝視」的期待而已，而當職務質問(相當於我國臨檢盤查的一種)後存有正當化程度的嫌疑事由，就變得無法排除來自他人的凝視，如果進一步有高度犯罪嫌疑，則無法排除一定期間持續的注視；使用 GPS 追蹤器取得位置資訊，就是一定期間持續嚴密的監視，以發現與犯罪事實相關聯的事實，此種高度嫌疑事由與所持品檢查(相當於我國臨檢盤查的一種)的正當化是相同程度的嫌疑事由，不必至搜索的相當理由就可以實施，簡言之，有高度嫌疑事由即可實施不侵害隱私期待的 GPS 偵查，而此種高度嫌疑事由，將蘊含於現行日本判例檢驗任意處分適法性要件中相當性的判斷；第二種則是位置資訊的保全措施，就是將上開取得、累積與分析後的位置資訊，作為核發逮捕書、搜索許可書聲請程序中所須的釋明資料，此種情形相較於前階段取得位置資訊，對於隱私的干預程度更強，而該當於憲法上的扣押、刑訴法上的勘驗⁴¹¹；第三種則是開始監視至資訊保全之間的措施，就是取得位置資料後將位置資料予以「累積、分析」等行為，柳川教授認為，這種介於中間的措施雖具有高度嫌疑事由且隱私期待大幅萎縮，但累積與分析行為仍是粉碎性地干擾殘餘的隱私期待，由此以觀，應該當憲法上搜索、刑訴法上強制處分⁴¹²。

第四目、危險現實化基準

中谷雄二郎法官也認為⁴¹³，應該採取二分說較為允當，不過他認為區分的基準應求諸危險是否現實化始為妥當⁴¹⁴，而該危險就是大幅侵害要保護性較高之隱私權的危險，具體的說，從日本最高法院的判例觀之，似乎是以侵害重要

⁴⁰⁹ 柳川重規，*捜査における位置情報の取得—アメリカ法を踏まえて*，《刑事法ジャーナル》，No.48，2016 年，頁 38。

⁴¹⁰ 柳川重規，同前註，39-40。

⁴¹¹ 渥美東洋，*刑事訴訟法*，有斐閣，新版，1990 年，頁 69。

⁴¹² 不過柳川教授認為此種情形，根據馬賽克理論主張，是對於某一個時點造成上述的干擾，但是，到底是對哪一個時點形成干擾呢？這在判斷上具有困難，並採取美國學者 Kerr 教授的見解，認為還是應該交給立法來解決。而如果要交給立法者，為了讓立法者有足夠的裁量空間，在此還是應該採取任意處分的方式，只不過，高度嫌疑事由仍應該作為最低限度的要件，參見柳川重規，同前註 409，頁 36。

⁴¹³ 中谷雄二郎，同前註 301，頁 55-57。

⁴¹⁴ 中谷雄二郎，同前註 301，頁 56。

權利、利益加以區分類型⁴¹⁵，換言之，GPS 偵查中須從是否足以侵害要保護性高的隱私權的觀點加以檢討，如安裝 GPS 追蹤器是為了作為輔助人力跟監，因車輛行徑於公共道路上，均為公眾所得觀察，且所取得位置資訊為片段的資訊，加上 GPS 追蹤器是以磁鐵貼附於車底，並不伴隨車體機能的毀損，財產權的侵害程度尚屬輕微，是以，如果 GPS 偵查僅用於跟監輔助手段，其侵害的隱私權要保護性較不算高，屬任意處分；相反的，如為長時間、恆常性的監視，並將所獲結果進行記錄、分析，以網羅性地確認對象者的親屬、交友關係、宗教、政治信仰、職業或性癖好，因性質上非僅限於片段的位置資訊，內含大幅侵害要保護性高隱私權的危險性，GPS 偵查如已達此類型危險現實化的程度，應解為強制處分，至於如何判斷危險現實化，中谷法官觀察美國最高法院 Jones 案、大阪地方法院平成 27 年 6 月 5 日裁定、大阪地方法院平成 27 年 1 月 27 日裁定與大阪高等法院平成 28 年 3 月 2 日判決歸納得出，應綜合考量該當 GPS 偵查的目的為何、實施情形對於目的的達成，是否在必要限度內、GPS 偵查的實施期間與檢索位置資訊的頻率與情形、取得資訊記錄化的有無、量，分析的有無與內容、已取得位置資訊的精確度、實際所得的資訊種類與內容，加上偵查過程中法規範或運用要領逸脫的程度等，加以判斷是否危險現實化而為強制處分⁴¹⁶。

第四款、日本學說的剖析

第一目、任意偵查說的問題

歸結任意偵查說主要的理由有三⁴¹⁷，一是 GPS 追蹤器所裝載的對象車輛多行徑在公共道路上，於公共道路上不可避免的接受來自於他人的觀察，因此不能說位置資訊是重要的隱私利益；二是 GPS 偵查並沒有過度取得數值化的位置資訊，況且也未必能清楚跟監對象的情況；三是，所取得的位置資訊有其誤差並非細緻資訊，是以，相較於人力跟監⁴¹⁸，GPS 偵查並沒有更多的侵害，也沒有侵害重要的法益。

觀察上開任意處分說的論述重點，不外乎是依據過去判例對於公路上攝影的寬容和將人力跟監認定為任意處分⁴¹⁹，然而，日本最高法院這個見解已遭學

⁴¹⁵ 井上正仁，同前註 308，頁 12-13。

⁴¹⁶ 中谷雄二郎，同前註 301，頁 57。

⁴¹⁷ 整理自中島宏，同前註 319，頁 12。

⁴¹⁸ 之所以與人力跟監相比，是因為日本實務與多數學說均認為，傳統人力跟監屬於任意偵查

⁴¹⁹ 三島聰教授分析任意偵查說是認為在位置取得的面向上，任意偵查的傳統跟監可能取得的範圍與 GPS 偵查範圍一致，而強制處分說則是著眼於取得後濫用的危險，參見三島聰，同前註 299，頁 118。

者所質疑⁴²⁰，更何況如前所述，更何況公共場所不代表全然無隱私權的保護，僅是隱私權有所縮減⁴²¹，不應直接作為任意偵查的理由，而且，GPS 偵查性質上與傳統人力跟監不同，GPS 偵查是 24 小時不間斷蒐集位置資訊將公路上，傳統人力跟監難以達到此種程度⁴²²，況且任意偵查說忽視 GPS 偵查所使用的機器越趨小型、精密化，僅需少許成本(低成本)就可達成長時間的監視活動，而有濫行蒐集、利用的危險⁴²³，同時也因長時間的跟監導致權利、利益過度的限制，使被處分者及一般人行動自由萎縮⁴²⁴，況且，誠如日本最高法院所說，不僅對於公共道路，也包含應強烈保護個人隱私權的場所與空間，並逐一掌握對象車輛及其使用者所的移動狀況，屬於對個人行動繼續性、網羅性的掌握，這種偵查方式實在難以評價為利益侵害輕微的類型⁴²⁵，從上述理由可知，任意偵查說並不是可以採取的見解。

第二目、區分說的虛實

區分說的出發點乃是以重要權利侵害說作為出發點，試圖藉著 GPS 偵查對隱私權的侵害程度的概念，加以區分出 GPS 偵查有任意偵查與強制處分的樣態，此說學者與實務家都各自創設區分的基準，然而卻隱藏了諸多問題，首先，區分說的理由幾乎都是針對 GPS 偵查長期對於私人活動的網羅的特性，認為如沒有到一定程度的掌握，則屬任意偵查，藉此與過去判例公路上攝影與跟監的見解取得論述上的平衡，然而，區分說卻忽視私人活動有其不確定的特性，偵查機關根本無從確保對象者只會在公共空間活動，正如日本最高法院和強制處分說的見解所持的理由，GPS 偵查可能探尋到個人在私人物理空間的活動，如汽車旅館的哪一號房等，從而，GPS 偵查縱使所取得的資訊不是緊密的一舉一動，但因該私人物理空間有物理性的阻隔，本非不特定的第三人所得觀察到的⁴²⁶，但透過 GPS 偵查卻可以得知，這正是典型窺探個人在私人物理空間中的活動嗎？觀察區分說(不論何種基準)的理由，均未提及對於此種特性的回應與說明，顯然區分說的學者並未正確掌握 GPS 偵查的本質與其偵查範圍所帶來的隱私危害⁴²⁷。

⁴²⁰ 三井誠，刑事手続法(1)，新版第 1 刷，1997 年 6 月，頁 114-119。

⁴²¹ 同前註 299。

⁴²² 指宿信，同前註 299，頁 184-185。

⁴²³ 稲谷龍彥，同前註 365，頁 41；綠大輔，同前註 348，頁 67。

⁴²⁴ 綠大輔，同前註 348，頁 67；笹倉宏紀，同前註 366，頁 72、三島聰，同前註 299，頁 119。

⁴²⁵ 三島聰，同前註 299，頁 119。

⁴²⁶ 黒川亨子，同前註 299，頁 118。

⁴²⁷ 或許會有見解任認為進入私人物理空間僅是危險(發生可能性)而已，但本文認為此種危險卻無從透過其他方式滌除，也當然無法事前得知，實在很難不將此因素納入考量。

再來，是區分標準的疑慮，時間久暫基準以長時間、短時間作為區分基準，但多長時間是長時間、多短是短時間似乎難有一個標準，如果貫徹淹沢誠教授援參德國法制的想法，應該是以連續不間斷 24 小時或超過 2 日之計畫性跟監⁴²⁸作為基準才是，不過淹沢誠教授並未有這樣的建議⁴²⁹，而類型化基準以為是否跟監輔助手段而定，但是，此基準乃是建立在「跟監必然是任意處分」的前提之上，然這樣的前提顯然是可疑的，畢竟長期的跟監也會對隱私的保護有所威脅，再者，這樣的見解也忽視人力跟監與 GPS 偵查的差異，光就記錄個人位置來說，人力跟監伴隨著人類記憶的界線與謬誤⁴³⁰，但 GPS 偵查卻因機器紀錄而能如實記載，GPS 偵查早已超過輔助的性質，這點本文在第一章也已經說明，類型化基準顯然也未精確掌握 GPS 偵查的性質；至於階段化基準，則是完全將個人位置取得作為任意處分⁴³¹，完全忽視個人位置資訊的取得行為所帶來的隱私危害，也忽略單單取得或蒐集本身可能產生人民行動自由萎縮的現象，實在難以採納此種見解；最後，危險現實化說以侵害隱私權的危險是有已達實害的說法確實頗有新意，將侵害隱私權的程度給予了相對明確的說法，也提供諸多判斷因子相當具有參考性，但可以發現結論上卻仍依時間的長短做區分，與時間久暫說沒有什麼區別，似乎沒有真正將所列的考量因子納入判斷之中。

最後，觀察所有區分說的見解，幾乎將論述重心方在證成 GPS 偵查有任意偵查的一面，城祐一郎檢察官甚至挑明的說，現行日本實務尚未需要討論遠距持續監視型的 GPS 偵查⁴³²，直接跳過證成強制處分的部分，區分說美其名提出區分的立場，實質上卻帶有濃厚任意偵查說的色彩，是以，基於以上理由，本文認為區分說並不可採。

第三目、勘驗說的批評

強制處分勘驗說肯認了 GPS 偵查的強制處分性，但認為可以以現行勘驗令狀實施的立場卻受不少學者的批評⁴³³，如稻谷龍彥教授就認為，將 GPS 偵查以勘驗令狀為之，將有違強制處分法定原則⁴³⁴，綠大輔教授則認為，勘驗令狀的法官不適合授權進入私有地，似乎有必要求諸另外的令狀⁴³⁵，田口守一教授也

⁴²⁸ 參照德國刑事訴訟法第 163f 條，中文翻譯詳見連孟琦，同前註 72，頁 226。

⁴²⁹ 反而是表示須與日本法制結合，容許合理期間的蒐集，頁 744-745

⁴³⁰ 宮下紘，同前註 299，頁 13。

⁴³¹ 此種思考與山本龍彥教授所提出的切斷戰略不謀而合，不過山本龍彥教授強調在現行法制下切斷戰略是不可採的，參見山本龍彥，同前註 270，頁 63。

⁴³² 城祐一郎，同前註 407，頁 107。

⁴³³ 本文在此僅舉幾位學者，其他學者的意見、詳細介紹與其論理，請參考本節第二項的內容。

⁴³⁴ 稲谷龍彥，同前註 365，頁 41。

⁴³⁵ 綠大輔，同前註 389，頁 183。

認為縱算有上開判例存在，然上開判例的作成是在通信傍受法後⁴³⁶，因此無法將該裁定作為適當的過渡措施，況且條件過多的勘驗令狀將失去實施條件的統一性，恐有違反正當程序之虞，應以新立法解決⁴³⁷；不過也有實務家如中谷雄二郎法官則認為，上開學說所持理由並不充分，因為一般均認為監聽的隱私要保護性比 GPS 偵查來得高，前掲判例指出監聽有以勘驗令狀實施的可能，那 GPS 偵查又有何不可，在這種有適切司法審查的情形下，不應以沒有直接規範 GPS 偵查的立法，而加以否定基於(勘驗)令狀而實施的 GPS 偵查⁴³⁸。

本文認為日本最高法院平成 11 年 12 月 16 日裁定，在解釋論上一方面對強制處分法定原則與勘驗令狀適度放鬆，另一方面又對以勘驗令狀而為的監聽設下重重限制，衡平調適人權保障與偵查效能的用心可見一斑，對於實務學說也深具意義，或許誠如上開學者批評本判例將與嚴格意義的強制處分法定原則有些許違和、事後程序問題也是隱憂，但細觀該判例對於這些批評事實上也有解釋，並提出附條件的勘驗令狀加以解決，另外，本文認為田口教授的批評並不可採，這是因為縱算裁定在立法後方才作成，但並不影響裁定所針對的對象，仍然是過去(未有通信傍受法時)偵查機關所為的監聽行為，從而，並不能就此說明強制處分勘驗說的不當，再說，過多條件將失去實施條件統一性的批評，似乎忽略個案本身即具有多樣性，更何況立法者可能正因個案多樣性，方制定日本刑事訴訟法第 208 條第 5 項附加條件之規定，那到底 GPS 偵查尚未立法前，可否作為過渡期間的措施？

事實上，刑事訴訟法中各該強制處分皆有一定的分野，本文認為勘驗是實施者用五官加以感知、觀察犯罪相關之人、地、物等犯罪證據或犯罪情形的狀態、形狀或外觀，日本法上的定義也是如此，然而這種五官感知並非泛指所有透過五官的強制處分⁴³⁹，而是指透過五官單純的認知所為「確認」與「保全」作用，而非「發現」作用，因此，GPS 偵查屬於對追蹤對象的位置資訊或行動的探索，非單純的確認，簡言之，勘驗是在確認犯罪證據外觀、形體或存在的觀察，並非在搜尋犯罪證據的存在，因此，就事物本質而言，誠如最高法院平成 29 年 3 月 15 日判決所說，勘驗確實不能完全掌握 GPS 科技定位偵查的形貌，既然勘驗無法掌握 GPS 偵查的關鍵特性，中谷雄二郎法官所說：「適切的

⁴³⁶ 中島宏，同前註 319，頁 14；斎藤司，同前註 297，頁 59。

⁴³⁷ 田口守一，同前註 278，頁 100。

⁴³⁸ 中谷雄二郎，同前註 301，頁 58。

⁴³⁹ 事實上這應該是顯而易見的，因為哪有一個強制處分不必透過偵查人員的五官感知，如真的照該定義，何須區分那麼多種強制處分。

司法審查」⁴⁴⁰顯然無法如所宣稱的那麼的適切⁴⁴¹，因此，本文認為強制處分勘驗說並不可採，縱算在立法空窗期內，也不能作為過渡期間的暫時措施。

第四目、強制處分立法說的疑慮

強制處分立法說的核心論據在於，嚴守強制處分法定原則與傳統強制處分的概念，進而推論現行法制均無法作為 GPS 科技定位偵查的法律授權依據，關於強制處分法定原則的堅持，本文予以贊同，而強制處分勘驗說也如本文所批評的，無法作為 GPS 偵查的實施依據，另外，日本的搜索依日本刑事訴訟法第 102 條規定：「(第 1 項)法院於必要時，得搜索被告之身體、物品或住居所及其他場所。(第 2 項)就被告以外之人之身體、物品或住居所或其他場所，限於足以認定應扣押之物存在時得搜索。」均為物理性空間的描述，在重視空間性質的前提下，日本多數學說均認為限於物理性侵入有形空間，在解釋論確實有無法突破的問題，從而，才有強制處分立法說。

不過，對於強制處分立法說仍抱持著些許的疑慮，一是偵查機關動輒得咎，偵查方式僅能以傳統方式為之，使科技型或隱密犯罪難以偵查，二是偵查機關與其坐等立法規範，在立法空窗期下，倒不如直接實施的僥倖心態，反正只要不要作為犯罪證據(僅作為偵查的資訊)，就不必接受法院審查，而人民基本權利也會因該偵查行為而受確實受損，其中第二個疑慮並非本文恣意揣度，就在日本最高法院 2017 年 3 月 15 日認定 GPS 偵查違法的判決後，同年 4 月日本三重縣警察仍安裝 GPS 追蹤器於跟監對象的車輛底部⁴⁴²，縱然此一事件使日本警察單位重新檢討偵查方針，但人民權利已然受損，也顯示偵查機關曾心存僥倖心態，證實本文非以小人之心度君子之腹。

第三項、小結

日本法上對於科技定位偵查的的論理取向，與美國法呈現相當不同的面貌，首先，日本法承繼了歐陸法上強制處分⁴⁴³的概念，而有強制處分類型化的觀念，而因強制處分，在日本法上衍伸了所謂強制處分法定主義，使新型態的強制處分如需套用現行法的強制處分多了一層障礙，這在使日本法與美國法詮釋的起點不太相同，在這樣的基礎上，日本法不管是實務還是學說見解，都圍繞在強制處分說、任意處分說之間徘徊，加上過去日本最高法院對於強制處分

⁴⁴⁰ 中谷雄二郎，同前註 301，頁 58。

⁴⁴¹ 綠大輔教授見解所稱「勘驗令狀法官不宜授權」的說法也大致呈現這樣的想法，參見綠大輔，同前註 389，頁 183。

⁴⁴² 三重県警令状なしで G P S 捜査 容疑者の車底部に端末，
<https://mainichi.jp/articles/20171227/k00/00m/040/124000c>

⁴⁴³ 白取祐司，同前註 278，頁 21-23。

法定主義的柔軟解釋，致使部分學說採取附條件的勘驗令狀加以解套的做法，形成日本法上的一大特點。

而日本實務與學說早期的見解，也大多都是認為 GPS 偵查屬任意偵查，這點與美國法上認為非搜索而無庸令狀的結論不謀而合，只是理由不是僅因為無合理隱私期待，更重要的是過去判例對於人力跟監的詮釋，不過也是因為強制處分概念的存在，使 Alito 大法官時間久暫的區分在日本法上更具有立足點(日本學說上區分說的見解)，呈現與美國法不同的面向，不過，雖說與美國法的討論起點略有差異，日本法上的討論還是有試圖含納進些許美國法上的論理，如名古屋高等法院平成 28 年 6 月 29 日判決就明確的採取 Maynard 案⁴⁴⁴判決理由中的馬賽克理論，就是明證，況且，有實務與學說加以詮釋時，均使用美國法上的諸多觀點，這些現象充分展現日本憲法、刑訴兼具歐陸法與英美法的特色。

日本實務也突破過往的解釋，大幅增加強制處分的認定範圍，並採納學說見解，藉以拓展日本憲法第 35 條的意義與範圍，加深對於隱私權的保護，同時提出如「不可避免的侵入高度隱私場所」的獨特觀點，在過往判例與現代科技偵查間劃出了一條界線，也引發了學界相當多的討論，學說論著如雨後春筍般冒出，並提出與實務見解更為細緻的討論，呈現多樣化的面貌，展現了在繼受外國學說與實務見解後，更能將理論本土化的精神，值得背景相似的我國加以取法，雖說如同本文分析的，日本實務與學說仍有些許疑慮，但其探討問題的脈絡、思維和相關見解，實在值得我國法借鏡與省思。

⁴⁴⁴ United States v. Maynard, 615 F.3d 544 (D.C. Cir. 2010).

第三節、我國法

分析完美國法與日本法的發展與問題後，本節將回歸我國法⁴⁴⁵的討論，觀察我國是否也有一樣的討論，首先，先就我國實定法中探尋，是否存在科技定位偵查相關規定，再從我國偵查實務、法院實務探討是否容許科技偵查，最後整理學說對於科技偵查的討論，審視各說的合理性，以利在下一章中提出本文見解。

第一項、我國實務的態度與立場

第一款、實務概說

實務上使用 GPS 定位追蹤科技定位技術方式偵查犯罪，其實並非罕見，從本文所蒐集法務部函釋即可知，早在 2002 年即有爭議，近來更因鄰近的日本最高裁判所與我國最高法院，相繼做出 GPS 科技定位偵查有關的判決，使 GPS 定位追蹤等科技定位技術方式偵查受到熱切的關注，然而，遍查司法院法學檢索系統卻可以發現，以科技定位偵查之適法性為爭點的判決卻相當稀少，顯見此種偵查方式的檢驗極少在判決中呈現出來的。

本文找出有二個討論到科技定位偵查適法性的案例，一則是在台灣高等法院定讞⁴⁴⁶，另一則雖係討論刑法第 315 條之 1 適用，屬以刑事實體法討論為重心的案件，惟內容卻附帶提及科技定位偵查適法性的程序法討論，使該案成為第一件最高法院有表態科技定位偵查適法性的案子⁴⁴⁷，更獲選為 2017 年最高法院具參考價值判決，實屬難得，基此，本文將透過觀察實務界對於此種偵查方式的態度與動向，進而分析實務見解的合理性。

第二款、實務見解動向

第一目、早期實務見解

一、法務部與司法院函釋

91 年 7 月間，監察院針對警政署督察室使用 GPS 定位調查台北市政府警察局北投分局內部風紀一事調查，並請法務部與內政部檢討改進，其中法務部與司法院刑事廳分別回函表示之法律意見如下：

⁴⁴⁵ 須先說明的是，應用於偵查中的科技定位方式，如早期的 beeper 無線電追蹤器乃至於近期的 M 化定位車(虛擬基地台)，實務上以 GPS 科技定位技術常見、廣泛，是以，以下學說、實務的討論上都將環繞在 GPS 科技定位偵查上，但並不表示以下的討論僅適用於 GPS 科技定位偵查，蓋所有的定位技術本質上都在蒐集個人位置資訊，法律上的爭議基本上都相同，是以，以下法律的討論亦可套用到其他科技定位技術上，在此先予敘明。

⁴⁴⁶ 臺灣高等法院 101 年度上易字第 2814 號刑事判決。

⁴⁴⁷ 最高法院 106 年度台上字第 3788 號刑事判決。

法務部以 91 法檢字第 0910023954 號函認為：「(一) 有關司法警察機關為犯罪偵查或行政調查私裝追蹤器於他人汽車之適法性部分：由於我國司法實務尚未見有關此類案例之判解，尚無從得悉我國法院對於私裝追蹤器於他人汽車是否適法之見解。惟參考美國最高法院在 United States v.Knotts,460 U.S.276 (1983) 案例中，對於警察為延展視力範圍，而在嫌犯之車輛加上「信號發射器」(beeper)，以利在公路上追蹤一節，認為此種科學儀器不過加強警探們與生俱來之視覺能力，其所揭露之範圍，並不大於沿路之目視追蹤，故不構成搜索。另在 United v.Karo,468U.S.705 (1984) 案例中，則認若追蹤器所揭露者顯非一般大眾所能以目視得知時，即有可能構成搜索，例如：警察在毒品原料中裝設追蹤器，當該毒品原料被運進某一建築物內，所揭露者已是毒品在建築物中之那一房間，此時追蹤器之裝置應事先聲請搜索票。綜上，美國最高法院之見解，並非單就司法警察私裝追蹤器之行為而判斷，而係就該私裝追蹤器之行為所表彰之效果有無違反人民「合理的隱私期待」加以論究，換言之，若未侵害人民之隱私權，屬於「目光所及 (plain view)」範圍，無須搜索票，反之，如侵害人民之隱私權，則認為必須聲請搜索票始得為之。此外，如將追蹤器加裝於他人汽車之車廂外部，亦認未侵害他人之隱私權；如將追蹤器加裝於他人汽車之車廂內部，因必須事先侵入車廂內，應認有侵害人民之隱私權，必須聲請搜索票始得為之。」

司法院部分，則由司法院刑事廳 91 年 7 月 15 日(91)廳 15660 號函略稱：「在他人汽車加裝追蹤器，衡情僅輕微妨害他人的隱私權，似屬犯罪調查方法之一，允無核發令狀之必要」此一立場與上開法務部之意見相同。

二、法務部 99 年 3 月 16 日內部會議⁴⁴⁸

此會議起源自時任法務部部長王清峰，於屏東地檢署視察時與當地檢察官座談，有檢察官提出以 GPS 定位追蹤器偵查之想法，王清峰部長責成時任檢察司司長蔡瑞宗研擬此種偵查方式適法性的研究，檢察司司長蔡瑞宗於 99 年 3 月 16 日邀請當時東吳大學李榮耕助理教授、內政部警政署鄭孝恩主任、吳朝平組長、國家通訊傳播委員會梁溫馨簡任技正、韓鎮華科長、王幼芳專門委員、調查局吳世賢科長、王偉鈞科長、最高法院檢察署王春山檢察官、臺灣高等法院檢察署孫冀薇檢察官、臺灣臺北地方法院檢察署黃謀信主任檢察官、檢察司陳孟黎檢察官等人，召開法務部內部會議，研議此種偵查方式的法律疑義，其中

⁴⁴⁸ 此部份資料因原始資料並無出刊，僅能參考自廖韋傑，同前註 37，頁 45-48；許明昶、陳麒元、邱文字，使用科技器材支援毒品查緝蒐證之證據能力及法律問題探討，105 年毒品犯罪防制工作年報，法務部調查局，頁 97-98。

僅當時任教於東吳大學李榮耕教授認為，裝設 GPS 追蹤器本身無庸規範⁴⁴⁹，但如使用電話取得一般肉眼觀察不到的資訊，始須取得法律上授權，其餘與會者大多認為如進單純取得受追蹤者的位置資訊，毋庸取得法律授權與受令狀原則之管控，因此，會議結論為：「目前 GPS 暫時是無需列入規範的，至於未來隨著科技發展，各辦案機關如認為有需納入規範的必要時，將會再邀請相關的專家、學者及實務界代表開會研討有無修法必要。」。

第二目、近期實務見解

一、案例一(臺灣高等法院 101 年度上易字第 2814 號刑事判決)

(一) 案例簡述

警方為調查甲之竊盜案，於被告甲、乙二人共同意圖為自己不法之所有，以掌握被告行蹤，於民國 100 年 6 月 17 日某時，由甲駕駛自用小客車搭載乙至偏遠之宜蘭縣南澳鄉某村某路某號，共同侵入該宅大門內之庭園，分別以客觀上可做為凶器使用之鐵剪，將該庭園內埋設之塑膠管及其內之電纜線剪斷，竊取電纜線，另又破壞該房屋之鐵窗及玻璃，爬進屋內竊取電纜線，得手後二人駕同車將該批贓物載回五結鄉某路某號旁邊被告甲所租用之倉庫，經警方於同日下午 4 時 30 分許搜索查獲，被告二人以加重竊盜罪加以起訴。

第一審宜蘭地方法院審理時，檢察官曾欲調閱 GPS 定位追蹤器之定位紀錄，然宜蘭縣政府警察局三星分局卻函覆定位紀錄已過調閱時效而無法調閱，第一審宜蘭地方法院認定被告二人確有加重竊盜之犯行，而為有罪判決，其中並未就科技定位偵查一事討論，待被告上訴至第二審臺灣高等法院後，臺灣高等法院始就科技定位偵查、搜索等程序進行調查，並有深入的討論，本案於第二審終以罪證不足，判被告二人無罪定讞。

(二) 臺灣高等法院裁判要旨

本案上訴其中一個爭點即在於，警方在被告所使用的汽車上裝有 GPS 定位追蹤器是否適法，結論上，臺灣高等法院認為警方使用 GPS 定位追蹤器非屬正當行為，檢察官又無法舉證此有經正當法律程序，因此，應屬違法的偵查行為，本文整理法院理由，大致五點如下：

第一，法院先闡述隱私權屬憲法所保障之基本權，認為隱私權之內涵為保障不欲為人所知之私密遭他人探知與干擾的權利，其根本是尊重個人自由，並進一步說明如欲探知他人具有合理隱私預期之非公開活動之行為須依法律正當程序方得為之，而所謂合理隱私期待，則是指個人之行為活動果不欲對公眾公

⁴⁴⁹ 不過李榮耕教授已變更見解，參見同前註 255，頁 943-958。

開而具有隱密性，且在客觀上所選擇之場所或所使用之設備亦足以確保活動之隱密性即足當之。

第二，法院認為裝設 GPS 定位追蹤器於被告車子底盤，對於被告財產權的所有與使用應無干擾，但對個人行動自由與隱私卻有重大限制，並說明車體外觀雖處於共見共聞的狀態，然如以車體外觀處於共見共聞的狀態，即認為底盤裝設 GPS 定位追蹤器不構成隱私權的侵犯，將導出「任何人都可因處於眾人可共見共聞的狀態下，任意在他人車體底盤、甚至衣服裝置衛星定位追蹤器」的結論，從而，裝設 GPS 定位追蹤器應違反法律保障之隱私權。

第三，關於合理隱私期待的檢驗，法院認為駕駛者未必想公開其行蹤，其行蹤亦非必為眾人所知，外人所看見的僅為汽車於某時瞬間行經某處，未必能察知所見汽車駕駛人之身分，對於汽車駕駛人之出發地及目的地亦無從得知，又汽車使用人亦得藉由車廂與外界之隔離，而使外界之人不易察知車廂內之駕駛人或乘客及其活動，以保有其車廂內之私密，自仍得因客觀上時間、空間之區隔，而保有其行蹤之隱密性，而對其行蹤在客觀上得有合理之隱私期待，汽車駕駛人不僅其不受侵擾之期待已表現於外，且該期待依社會通念亦認為合理，是以，在汽車上裝設 GPS 定位追蹤器，追蹤汽車使用人之行蹤，已侵犯個人對其行為舉止不被窺視之需求及合理期待。

第四，法院援參司法院大法官釋字第 689 號解釋，該解釋認為，基於人性尊嚴理念，維護個人主體性及人格自由發展，人民免於身心傷害之身體權、行動自由、生活私密領域不受侵擾之自由、個人資料之自主權，均屬憲法第 22 條所保障之基本權利。對個人前述自由權利之保護，並不因其身處公共場域，而失其必要性，是個人縱於公共場域中，亦應享有依社會通念得不受他人持續注視、監看、監聽、接近等侵擾之私人活動領域及個人資料自主權利，蓋個人之私人生活及社會活動，隨時受他人持續注視、監看、監聽或公開揭露，其言行舉止及人際互動即難自由從事，致影響其人格之自由發展。

第五，參酌現今資訊科技高度發展及相關設備之方便取得，個人之私人活動受注視、監看、監聽或公開揭露等侵擾之可能大為增加暨個人之私人活動及隱私受保護之需要，亦隨之提升等考量，因此，法院認為警方屬無故以衛星定位追蹤器追蹤汽車使用人在道路或其他場所之行蹤，非屬正當行為，並綜觀全卷，未見警察裝設 GPS 追蹤器之正當法律程序，檢察官復未舉證證明警察此一行為係依據正當程序所為，被告二人之隱私權顯已受此監控行為之侵害。

二、案例二(最高法院 106 年度台上字第 3788 號刑事判決)

(一) 案例事實與爭點

1. 案例事實

被告甲為行政院海岸巡防署海岸巡防總局南部地區巡防局五二岸巡大隊（下稱五二岸巡大隊）士官長，擔任司法組組長一職，具有司法警察之身分。因甲為查緝 A 公司名下車輛走私私菸之情形，於民國 103 年 6 月 28 日晚間 8 時 40 分前之不詳時間及地點，以向他人借得之 GPS 定位器(已裝置 SIM 卡)裝設於丙使用(登記於 A 公司名下)之營業用小貨車(下稱上開貨車)下方底盤，再撥打行動電話號碼設定定時回傳定位功能，傳送上開貨車所在位置之經緯度、地址及停留時間等數據至 B 電子科技股份有限公司（下稱 B 公司）設置之 GPS 衛星定位器查詢平台，再於行動電話裝設並登入該公司所設置 APP 軟體之方式，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，而知悉上開貨車使用人丙非公開之動靜行止及狀態等活動。

嗣被告甲與不知情之乙於同年 7 月 4 日下午 3 時 39 分由被告甲騎機車載乙至上開貨車停放之空地（下稱上開空地）察看後離去，於同年月日下午 3 時 51 分再度由被告甲騎前揭機車載乙至上開空地，由乙在上開空地外等候，由被告甲獨自進入上開空地將先前安裝之 GPS 衛星定位器取下（所涉侵入住居部分，經檢察官不起訴處分確定），甫取下之際即為丙及其家人丁所察覺，並當場追呼後，報警逮捕被告甲及乙，當場自被告甲處扣得 GPS 衛星定位器 1 台（含行動電話門號 SIM 卡 1 張），並由丙提起妨害秘密告訴，高雄地檢署原作出不起訴處分，然經交付審判獲准後，經臺灣高雄地方法院 105 年度易字第 110 號刑事判決，認定被告甲成立刑法第 315 條之 1 第 2 款之以電磁紀錄竊錄他人非公開活動罪，處拘役 40 日，檢察官為被告利益而上訴至臺灣高等法院高雄分院，又臺灣高等法院高雄分院作成 105 年度上易字第 604 號刑事判決，雖撤銷原判決，然認定被告甲成立刑法第 134 條前段及第 315 條之 1 第 2 款之罪，處拘役 50 日，檢察官又為被告利益，再上訴至最高法院，最高法院作成 106 年度台上字第 3788 號刑事判決，駁回被告甲之上訴，而告確定。

2. 本案爭點

本案的爭點在於，被告甲為調查犯罪，而在他人車子底盤安裝 GPS 追蹤器，是否屬合法的偵查行為？法源依據為何？是否成立刑責⁴⁵⁰？

(二) 地方法院判決(臺灣高雄地方法院 105 年度易字第 110 號刑事判決)與高等法

⁴⁵⁰ 此屬實體法探討部分，囿於篇幅，本論文茲不討論，可參考許恒達，GPS 抓姦與行動隱私的保護界限——評臺灣高等法院 100 年度上易字第 2407 號刑事判決，月旦裁判時報，24 期，2013 年 12 月，59-78；薛智仁，同前註 40，頁 119-154；薛智仁，GPS 跟監、隱私權與刑事法—評最高法院 106 年度臺上字第 3788 號刑事判決，月旦裁判時報，70 期，2018 年 4 月，頁 42-60。

院(臺灣高等法院高雄分院 105 年度上易字第 604 號刑事判決)⁴⁵¹

1.被告主張

觀察判決中被告所主張內容，大致有二，一是使用 GPS 衛星定位器取得車輛位置資訊與傳統人力跟監無異，不構成隱私權侵害；二是貨車為公司的營業用車，其車輛位置資訊，非隱私權保障範疇，不該當「非公開活動」之要件，且該車輛位置資訊無從連結告訴人，不構成隱私權侵害。

2.法院見解

首先，法院先揭示基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活秘密空間免於他人侵擾及個人資料之自主控制，隱私權乃為憲法第 22 條所保障之基本權利，並援參釋字 689 號解釋說明個人於公共場合亦有隱私權之保障，惟以有不受侵擾之期待已表現於外，且該期待須依社會通念認為合理者為界線。

再來，關於車輛於公共道路上是否為公開活動，法院認為，車輛使用人行駛於道路或其他公共場域，雖處於同時間利用同一空間之他人可得共見共聞之狀態，然他人之私密領域及個人資料自主，如在公共場域受到干擾，而超出可容忍之範圍，該干擾行為亦有加以限制之必要，有不受他人持續追蹤及侵擾之私人活動領域，而得保有「獨處之權利」車輛在公共道路上之行跡，伴隨駕駛或乘員即時發生之活動行止，除明示放棄隱私期待之情形（例如：公共汽車或計程車於車身上標示駕駛人之姓名、保全從業人員駕駛公司裝設衛星追蹤器之車輛執行業務），通常可認其期待隱沒於道路上之往來車輛，不欲公開其個人行蹤。倘若汽車駕駛人駕車行駛於供公眾往來道路上，而無以特別之方式引起他人注視，其亦非公眾人物或基於公益事由而有行蹤為眾人週知之必要，應可認其主觀上不欲公開其個人行蹤，且汽機車經由車廂或頭戴安全帽與外界隔離，一同利用該公共道路之其他人車通常不易察覺該駕駛或乘員之身分，而能自在的選擇移動方向、路徑、速度以及停止地點，客觀上自無須採取其他確保活動隱密性之舉止。而經由衛星追蹤器即時紀錄車輛之動態行止及狀態，可以連結至駕駛或乘員之行蹤，仍與個人即時之隱私活動密切相關，而屬於非公開之活動。

而使用 GPS 定位追蹤器偵查的性質，法院認為，GPS 定位系統與追蹤器可連續多日、全天候不間斷追蹤他人車輛行駛路徑及停止地點，鉅細靡遺長期掌握他人行蹤，此種「拖網式監控」大量地蒐集、比對瑣碎的定位資料，個別活

⁴⁵¹ 本文將兩個判決擺在一起是因為第二審法院與第一審法院見解，幾乎一模一樣，因此，為節省篇幅，整理在同一個標題下。

動的累積集合將產生內在關連，使所取得之資料呈現寬廣的視角場景，私人行蹤被迫揭露其不為人知之私人生活圖像，再經由長期大量比對、整合車輛行跡，分析該車輛駕駛人之慣用路線、行車速度、停車地點、滯留時間等活動，使車輛使用人之日常作息、生活細節及行為模式一覽無遺，形式上身體保有獨處狀態，然實質心理上卻被透視，並援參美國法上「馬賽克理論」說明零碎資訊大量累積後，仍有隱私權得嚴重危害。同時，法院也回應被告辯護人與人力跟監無異的抗辯，認為人力跟監無論在追蹤定位功能、侵害隱私強度、取得資訊總量、不受空間限制等面向，均無從與「GPS 衛星定位器」比擬，強調二者實不具有「等質性」無從以人力跟監論證裝設 GPS 追蹤器的合法性。

最後，法源依據問題上，法院認為裝設 GPS 追蹤器予以偵查屬強制偵查(即使用強制力或強制處分而為之偵查)，因此，刑事訴訟法第 230 條第 2 項、第 231 條與警察職權行使法第 11 條並非被告甲使用 GPS 衛星定位器追蹤他人、蒐集行車資訊之法律授權依據，甲利用 GPS 追蹤器非屬合法的偵查行為。

(四)最高法院(最高法院 106 年度台上字第 3788 號刑事判決)

1.公共空間的隱私保障

最高法院的見解大致上與地方法院、高等法院見解相同，同樣援引釋字 689 號解釋，論證隱私權屬於憲法所保障之權利，說明隱私權之保護不應因處於公共場所即失去，同樣的，有無隱私權合理保護之期待，亦不應以個人所處之空間有無公共性，作為決定其是否應受憲法隱私權保障之絕對標準。換言之，個人身處公共場域中，仍享有私領域不被使用科技設備非法掌握行蹤或活動之合理隱私期待。

2.非公開活動的解釋

車輛於公共道路上是否為非公開活動，最高法院則認為刑法第 315 條之 1 的「非公開之活動」指該活動並非處於不特定或多數人得以共見共聞之狀態而言，倘處於不特定或多數人得以共見共聞之狀態，即為公開之活動，在認定是否為「非公開」之前，須先行確定究係針對行為人之何種活動而定，以行為人駕駛小貨車行駛於公共道路上為例，就該行駛於道路上之車輛本體外觀言，因車體本身無任何隔絕，固為公開之活動；然由小貨車須由駕駛人操作，該車始得移動，且經由車輛移動之信息，即得掌握車輛使用人之所在及其活動狀況，足見車輛移動及其位置之信息，應評價為等同車輛使用人之行動信息，故如就「車內之人物及其言行舉止」而言，因車輛使用人經由車體之隔絕，得以確保不欲人知之隱私，即難謂不屬於「非公開之活動」。

3.GPS 科技定位跟監的特性

又偵查機關為偵查犯罪而非法在他人車輛下方底盤裝設 GPS 追蹤器，由於使用 GPS 追蹤器，偵查機關可以連續多日、全天候持續而精確地掌握該車輛及其使用人之位置、移動方向、速度及停留時間等活動行蹤，且追蹤範圍不受時空限制，亦不侷限於公共道路上，即使車輛進入私人場域，仍能取得車輛及其使用人之位置資訊，且經由所蒐集長期而大量之位置資訊進行分析比對，自可窺知車輛使用人之日常作息及行為模式，難謂非屬對於車輛使用者隱私權之重大侵害。而使用 GPS 追蹤器較之於現實跟監追蹤，除取得之資訊量較多以外，就其取得資料可以長期記錄、保留，且可全面而任意地監控，並無跟丟可能等情觀之，二者仍有本質上之差異，難謂上述資訊亦可經由跟監方式收集，即謂無隱密性可言。

4. 強制處分的界限與強制處分法定原則

至於強制處分與任意偵查的界限問題，最高法院也在本判決中，表達與下級法院稍有不同的見解，最高法院認為，強制處分與任意偵查的界限在於，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，而偵查機關非法安裝 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。

5. 現行法授權不足

而在法源依據的問題上，最高法院認為刑事訴訟法第 228 條第 1 項前段、第 230 條第 2 項、第 231 條第 2 項及海岸巡防法第 10 條第 1 項、第 2 項、第 3 項之規定，僅係有關偵查之發動及巡防機關人員執行犯罪調查職務時，視同刑事訴訟法第 231 條司法警察（官）之規定，自不得作為裝設 GPS 追蹤器偵查手段之法源依據，並認同下級法院對於警察職權行使法第 11 條第 1 項規定之見解，即不得作為被告安裝 GPS 追蹤器偵查之依據，且說明被告事前亦未立案調查或報請長官書面同意，在無法律授權下，擅自藉口犯罪偵查，自行竊錄蒐證，不能認為有法律上之正當理由。

6. 罕見的立法呼籲

最後，最高法院罕見地在判決中呼籲，認為 GPS 追蹤器之使用確實為檢、

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，屬新型之強制偵查，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，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。

第三款、實務見解的問題

我國實務見解的發展脈絡大致為從 GPS 科技定位偵查無須法律授權，至須有法律授權依據，然偵查機關所表示之意見卻是始終認為 GPS 科技定位偵查屬任意偵查，此點從案例二中檢察官為被告利益上訴亦可見端倪，作為偵查機關主體的檢察官，於上訴理由中始終不願將 GPS 定位偵查當作強制處分，乃至於連法源依據均予以力爭，其實，不難想像法務部與檢察官的立場，認為 GPS 定位偵查屬於任意偵查，這樣的解釋之目的在於使 GPS 科技定位偵查毋庸法律授權依據，且可免去強制處分所應踐行的諸多程序門檻，偵查的法律成本隨之降低，使用上又有偵查自由作為屏障，可謂方便至極，然而此種解釋方式犧牲的恐怕是人民權利的保障，相對地，法院立場則似乎對於此種偵查方式從寬容看待到有所疑慮，多否定此種偵查方式的適法性，其中案例一的法院即認為 GPS 科技定位偵查有侵害人民隱私權，並以合理隱私期待作為檢驗標準，可謂相當新穎，雖說其判斷模型似乎是在檢驗 GPS 科技定位偵查的強制處分性，然並未明確說明是否為強制處分，僅言「難謂為正當行為」結論上語焉不詳，可以說是為德不卒；而案例二的最高法院(最高法院 106 年度台上字第 3788 號刑事判決)論述與結論則相對清楚，其論述脈絡與結論大致上是，先確立公共空間仍有隱私權保障，並將車輛位置資訊連結車輛使用人的活動，進而說明車輛的位置資訊等同車內之人物及其言行舉止，接下來論證科技跟監與人力跟監的差異，揆其用意似乎是在說明無法以人力跟監為合法推導 GPS 定位跟監即合法，再來，點出強制偵查(強制處分)與任意偵查的界限，以「是否有實質侵害或危害個人權利或利益之處分而定」明言以 GPS 定位跟監屬強制處分，並檢視現行法尚無授權依據，最後呼籲立法機關盡速修法。

上開實務判決中，考量判決的影響力、代表性與說理的翔實程度，本文選擇最高法院 106 年度台上字第 3788 號刑事判決(下稱本判決)作為主要的評析對象，於本判決中，對於以 GPS 定位偵查分析相當清楚，然而，本文仍認為有相當的疑慮，茲分析如下：

第一目、車輛的位置資訊與車內人物的活動相當？

最高法院援參釋字 689 號解釋認為，於公共場所隱私權之保障不必然喪失，仍須回歸合理隱私期待的標準予以判斷，而人民於公共場合有不被隨時監視的隱私期待，此點應可贊同，最高法院在說明車輛的位置資訊與車輛使用者的活動予以連結也是正確的論述，然而，何以車輛位置資訊即與車內活動相當，此點最高法院直接跳躍的邏輯實在令人費解，蓋就短時間而言，車輛的位置資訊是可於外在觀察，然而車內的活動受到車體的屏障，縱算是透明、未貼隔熱貼紙的玻璃窗，一般人要觀察車內的情形仍須於近距離或使用特定工具，至少無如觀察車輛位置般一望即知，透過觀察的難易度可以顯示對外的屏障的高低，進而客觀隱私的程度也有所差異，何以兩者具有相當性可以相互比擬，簡言之，兩者的客觀隱私的程度應該有相當的差異，因此，難以理解最高法院所謂「如就『車內之人物及其言行舉止』而言」的論證從何而來，是否不與車內活動相當即不具合理隱私期待？即屬公開活動？此處最高法院的見解實令人費解。

第二目、偵查目的之人力跟監必然合法？

最高法院在本判決第二的問題點是，最高法院花了相當的篇幅說明人力跟監與 GPS 定位跟監偵查的差異，表面上似乎僅在說明 GPS 定位偵查的基本權侵害較為嚴重，然而從歷審上訴意旨與被告辯護人的答辯，均表示 GPS 定位偵查為傳統人力跟監的替代手段，與傳統跟監無異，不構成隱私權之侵害，而從第一審法院(高雄地方法院)至第三審最高法院，均詳細論述 GPS 定位偵查與傳統跟監不同，旨在試圖將 GPS 定位偵查與傳統人力跟監拉開距離，論證 GPS 定位偵查為侵害基本權嚴重之強制處分，不能以傳統跟監合法即說明 GPS 定位偵查合法，然而，此種論述方式和推導邏輯，存在著一個隱而不宣的前提要件，那就是傳統人力跟監必然合法⁴⁵²，但為何傳統人力跟監必然合法？其合法要件為何？何以傳統人力跟監就不會侵害隱私權？同樣的以偵查為目的之傳統人力跟監，似乎亦未有法源依據，何以必然合法？遍查最高法院與各級法院判決，對於傳統人力跟監的適法性幾乎均未質疑，難道僅因以人力為之，釋字 689 號解釋所設下隱私權保護屏障就驟然消失？就此，最高法院在本判決與過去的見解⁴⁵³中，似乎未給予一個明確的答案，何以提出這樣的推論實在令人費

⁴⁵² 相同的批評，薛智仁，GPS 跟監、隱私權與刑事法-評最高法院 106 年度臺上字第 3788 號刑事判決，月旦裁判時報，70 期，2018 年 4 月，頁 45。

⁴⁵³ 僅有最高法院 102 年度台上字第 3522 號判決認為，「『跟監』係指國家機關為防止犯罪或犯罪發生後，以秘密而不伴隨國家公權力之方式，對無隱私或秘密合理期待之行為或生活情形，利用目視或科技工具進行觀察及動態掌握等資料蒐集活動（警察職權行使法第十一條規定參

解。

事實上，就本文於上一章的技術分析已明白指出，GPS 等科技定位偵查與傳統人力跟監在蒐集資訊的範圍、執行層面的差異與超人類感官的層面，均有所不同，簡言之，GPS 等科技定位偵查完全不同於傳統人力跟監，法律評價上也無法比照說明，本文認為，應直接就 GPS 等科技定位偵查的特性切入，就其本身直接進行法律評價，其與傳統人力跟監的異同說明，僅在凸顯其更具人權侵害的風險，不能論證 GPS 等科技定位偵查的適法性，因此，最高法院於此本判決為論證 GPS 等科技偵查問題，卻將論證建立在一個充滿疑慮的基礎上，凸顯的只是實務見解對於傳統人力跟監的審查過度寬鬆，而未能掌握 GPS 等定位偵查真正的法律論據。

第三目、強制處分定義與 GPS 科技定位跟監性質的論理瑕疵

最高法院過去對強制處分之定義並未正面定義，僅於最高法院 71 年度台上字第 2360 號裁判⁴⁵⁴間接表示過意見：「扣押係強制處分之一種，以扣押意思並實施扣押之執行，即生效果。因此，扣押之意思表示於到達扣押物之持有人（包括所有人），並將應行扣押之物移入於公力支配下，其扣押之行為即屬完成，該扣押物於此時在法律上應認為已由國家機關占有中。……」由此觀之，僅可認為強制處分有公力性質，似乎採取物理強制力作為強制處分的核心要素，然於本判決中，最高法院首次正面定義強制處分，認為強制處分係以「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」採取實質侵害重要權利作為判斷是否為強制處分之標準，此種觀點採取日本法上所謂「重要權利侵害說」的立場⁴⁵⁵，以侵害個人權益的「程度」作為強制處分性的核心要素，而如何將此一標準套用在 GPS 科技定位偵查上，即如何涵攝的過程最為關鍵，申言之，GPS 科

照)。是所謂『跟監』包括對人民行動為追蹤、監視及蒐證等活動。無論係基於調查犯罪之必要或為預防犯罪而為跟監，對於被跟監者之隱私權等憲法所保障之基本權固有不當之干擾，然偵查犯罪及預防犯罪之發生，均係維持社會秩序及增進公共利益所必要，自得以法律限制之。刑事訴訟法第二百三十條第二項、第二百三十一條既規定司法警察官、司法警察知有犯罪嫌疑者，應開始調查。而『跟監』復係調查及蒐集犯罪證據方法之任意性偵查活動，不具強制性，苟「跟監」後所為利用行為與其初始之目的相符，自無違法可言。」事實上，我國最高法院的判決很明顯的是援參日本最高法院曾表示的見解，但是日本最高法院於過去判例中基本上都有提及須受任意偵查的適法性檢驗，我國實務僅粗糙的認為只要與初始目的相符就合法，可以說是採取「離譜審查」的態度。

⁴⁵⁴ 此判決參考自陳運財，陳教授於書中將此裁判稱為判例，蓋遍查司法院判例編選未有此判例，應是將裁判誤植為判例，參見陳運財，偵查與人權，元照，2014 年 4 月，頁 29。

⁴⁵⁵ 關於日本法上強制處分與任意偵查學說的介紹，參閱第四章第一節之內容。

科技定位偵查有如何實質侵害個人之重要權利，即是論理的核心。

然觀察最高法院於本判決中的涵攝，最高法院先以「...由於使用 GPS 追蹤器，偵查機關可以連續多日、全天候持續而精確地掌握該車輛及其使用人之位置、移動方向、速度及停留時間等活動行蹤，且追蹤範圍不受時空限制，亦不侷限於公共道路上，即使車輛進入私人場域，仍能取得車輛及其使用人之位置資訊，且經由所蒐集長期而大量之位置資訊進行分析比對，自可窺知車輛使用人之日常作息及行為模式，難謂非屬對於車輛使用者隱私權之重大侵害。...」似乎是以資訊總量分析其對隱私權侵害已達重大程度，然而短時間的使用 GPS 科技定位偵查是否有蒐集到大量個人資料，恐無法套用上開說理⁴⁵⁶；而後段以重要權利侵害說分析 GPS 科技定位偵查時，則以「.....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』.....」說明，其中所謂「明顯侵害」究指為何，是上開的重大侵害，抑或是只要產生明確的侵害即足，單以「明顯侵害」一語並無從說明實質侵害的程度概念，此種檢驗模型反而像是採取是日本法上另一個學說—「形式權利侵害說」的觀點，而非重要權利侵害說，最高法院先後論理用語上頗不一致，無法知悉其所檢驗的理論基礎究竟為何。

事實上，從最高法院判決全文可知，最高法院明顯援參最高法院平成 29 年 3 月 15 日判決，就我國最高法院願意正面定義何謂強制處分的面向上，積極的態度固然值得肯定，不過，其涵攝於 GPS 科技定位偵查上，卻不夠清楚、嚴謹，致使應用上與原始理論無法完全嵌合，實在相當可惜。

第四目、創設新型態強制處分的隱憂

最高法院於本判決末段，說明 GPS 定位偵查屬新型態強制處分，現行法並無法源依據，無法符合強制處分法定原則，而有疑問的是，最高法院並未審視現行法下既有的強制處分，例如：是否構成刑事訴訟法上搜索等，就斷言此為新型態之強制處分，推論上似乎過於率斷，況且，依照最高法院的說法，現今科技發展日新月異，偵查手段也越來越仰賴科技工具，在刑事訴訟法的基本要求—強制處分法定原則下，一個新技術的偵查方式產生，且有強制處分性質，即必須馬上立法規範，這樣的想法在理想狀態下，本文沒有反對的理由，然而，此種說法只是淪為「理論上或許可行，實務中卻殊難想像」的高談，原因不外乎立法速度遠不及科技發展的速度，法律的建制往往都是在事實發生之後

⁴⁵⁶ 在日本法中也同樣存在相同的問題，參見尾崎愛美，同前註 336，頁 9-10。

才完成，此時的立法空窗期又該如何，難道要坐等立法通過之後，方能實行嗎？

果如此，不難想像將造成兩個結果，一是偵查機關深怕動輒得咎，囿於立法速度，偵查方式僅能以傳統方式為之，致使科技型或隱密犯罪難以偵查，二是偵查機關偷偷執行⁴⁵⁷，就是偵查機關趁立法空窗期趕緊實施利用，反正只要不作為證據提出於法院即可，進而達到規避司法審查與往後立法可能增加的門檻，使人民基本權利因該偵查行為的隱密性而受確實受損，最高法院見解將面臨左支右絀的兩難局面，況且，從權力分立的動態平衡⁴⁵⁸的角度觀察，國家權力部門之分立與制衡為一持續進行的過程，憲法機關間各有其憲法職責，各權力間相互間透過制衡相互對話，司法機關不妨就此一爭議做出原則性的立法指引，使立法機關加以遵循或修正，促使憲法對話的形成，是以，最高法院之見解未深究現行強制處分內涵擴大的可能，輕忽貿然宣告為新型態的強制處分所帶來的風險，而不求解釋論上的最大可能，恣意將人民基本權利保障之責推給立法機關，此種解釋方向恐非解決問題的最佳途徑。

第二項、我國學說見解

第一款、學說見解

第一目、非強制處分說

學說上⁴⁵⁹有採非強制處分說之見解，此說認為以傳統強制處分之定義觀之，司法警察使用 GPS 定位追蹤器跟監他人，並未使用物理強制力，對於隱私權亦為輕微侵害而已，因此，毋庸認定為強制處分，而無採令狀主義之必要，否則將影響司法警察的效率，況且，實務上司法警察常調取個人資料，如資金往來明細、戶籍、電話用戶、網路 IP 資訊等，此等隱私權侵害更大，當事人亦完全不知情，而司法警察在偵查初期對於個人資料，常無任何物理力的使用，如以外在形式來衡量隱私權是否受到侵害，有保護過嚴之嫌，因此，侵害隱私權程度的標準，應視「有無合理隱私期待」為準，如無合理隱私期待，當無採令狀原則之必要，此學說並另有說明，裝設追蹤器時，不可侵入車內或加裝監聽

⁴⁵⁷ 最高法院明顯援參日本最高法院的見解下，日本實務已發生本文所的副作用，這恐怕是我國最高法院始料未及的，參見三重県警令状なしてGPS捜査 容疑者の車底部に端末，<https://mainichi.jp/articles/20171227/k00/00m/040/124000c>(最後瀏覽日：2018年11月22日)。

⁴⁵⁸ 湯德宗，同前註 267，頁 35-39。

⁴⁵⁹ 莊武能，使用衛星定位追蹤器偵防犯罪之法律爭議探討，中國文化大學法律學研究所碩士論文，2009 年，頁 110，此篇碩士論文將警察大學李錫棟教授的見解列為非強制處分說，然觀察其所引的李教授文章似乎是針對傳統跟監所做的分析，因此本文未將李教授的見解列為非強制處分說，參見莊武能，同碩士論文，頁 109 註 179。

功能，且必須該裝置車輛停放在非私人領域始可安裝追蹤器。

另有實務家認為，汽車追蹤器所能探知者，為追蹤對象於馬路上之行蹤，屬無合理隱私期待範圍，我國無法令不全之問題，並以美國法上「目光所及」原則(Plain View Doctrine)與美國最高法院 Kyllo v. United States 案為依據，認為未侵害人民隱私權且毋庸令狀，況汽車追蹤器之使用非強制措施，無須法律授權依據⁴⁶⁰，然該實務家於 2017 年 11 月 1 日內政部警政署刑事警察局與中央警察大學主辦的「2017 年臺日海洋與偵查法制研討會」⁴⁶¹中的發言，似乎變更見解認為使用 GPS 追蹤器有侵害人民之隱私權，但對於是否需法律授權依據，僅言「……『也許』將來要有法律授權……」、「……談立法問題，萬一將來要立法的話……」從語意上推斷似未明確、積極表示支持。

第二目、強制處分說

一、刑訴法上搜索說

關於我國搜索的內涵，近來學說⁴⁶²上有認為，過往學說刑事訴訟法上搜索定義過於狹隘，即僅囿於物理空間之入侵或侵入有形空間取得有形物為限，不包括無形資訊，然而隨科技的革新，此種物理侵入判斷搜索的標準，是否能適切的保護人民權益，實有疑問，於是援參美國法上 Katz 案 Halarn 大法官所創設，用以處理是否為美國憲法增修條文第 4 條的搜索之標準，即以合理隱私期待作為搜索的核心內涵，申言之，判斷是否為搜索須視是侵害人民的合理隱私期待，而合理隱私期待的判斷模型包括主觀要件與客觀要件，即主觀上人民對於特定有體物或無體物有隱私期待之意思，客觀上必須社會一般通念認為其隱私期待為合理，兩要件須同時具備，該隱私期待方屬合理而受保護，如偵查機關侵害人民的合理隱私期待，就構成搜索，上述學說即稱上開合理隱私期待標準為隱私權說或隱私權基準說，欲以合理隱私期待重構我國刑訴法的搜索概念，而一旦採取此一觀點，搜索將不囿於物理侵入或有形空間的限制，完全以是否侵害人民合理隱私期待作為標準，因此，縱算取得的是無形資訊，亦可構成搜索。

關於 GPS 等科技定位偵查的問題，有學說即引申上開學說的概念⁴⁶³，認為

⁴⁶⁰ 監察院 2002 年 10 月 16 日(91)院台司字 0912601797 號函，未出版，轉引自莊武能，同前註 459，頁 134。

⁴⁶¹ 陳瑞仁參事的發言，科技犯罪偵查的法律問題會綜述，月旦裁判時報，第 68 期，2018 年 2 月，頁 43。

⁴⁶² 最早提出此概念者係王兆鵬教授，參見王兆鵬，重新定義高科技時代下的搜索，月旦法學雜誌，第 93 期，2003 年 2 月，頁 166-182；而最早提出此概念的碩士論文，參見謝咏庭，同前註 246，頁 147-175。

⁴⁶³ 採此說學者，林利芝，從美國最高法院 United States v. Jones 案分析政府運用 GPS 定位追

我國刑訴法的搜索，不應再受限於物理侵入的傳統想法，應賦予搜索現代意義的內涵，在採取隱私權基準說的前提下，觀察 GPS 等科技定位偵查的問題，可以發現此種偵查方式即侵害人民得合理隱私期待，應屬刑訴法上搜索⁴⁶⁴，是以，我國刑訴法上搜索應可解決 GPS 等科技定位偵查的問題，並作為其法源依據，同時須遵守令狀原則⁴⁶⁵等搜索所須遵守的正當法律程序；另有學者則認為在搜索賦予現代意義的同時，最妥適的方法仍是直接修法承認此種偵查輔助行為，至於要以搜索或通訊監察之樣貌予以立法，該學者並無堅持⁴⁶⁶；又另有學者認為以搜索與 GPS 科技定位偵查，雖有實施的個別差異性存在，然搜索與 GPS 科技定位偵查的目的均在發現證據或犯罪嫌疑人，且均主要涉及隱私權的侵害，都有以法律保留和法官保留規範的重要原因，因此，在立法前的過渡時期，GPS 科技定位偵查可類推適用刑訴法上搜索的規定⁴⁶⁷，以落實國家對人權之保障。

二、新型態強制處分說

多數學說⁴⁶⁸認為，GPS 科技定位偵查侵害人民隱私權甚深，檢視現行法制下所有的強制處分，如同本節第一項的檢視，認為無論是警察職權行使法、通訊保障及監察法、個人資料保護法及刑訴法上勘驗、搜索，乃至於一般授權條款(即刑訴法第 230、231 條)，均無法掌握 GPS 科技定位偵查特性或囿於現行法框架的限制，無從作為 GPS 科技定位偵查的法律授權依據，其中，此說對於上述搜索說的回應，理由大致分之有三，一是刑訴法上搜索乃是物理性的侵入，與 GPS 科技定位偵查這種無形的資料蒐集不同，二是刑訴法上搜索屬一次性的蒐集，GPS 科技定位偵查屬持續性的資料蒐集，三是縱算採取隱私權觀點的搜

蹤器探知個人位置資訊之適法性，「運用 GPS 探知個人位置資訊之適法性」學術研討會，東吳大學法學院刑事法研究中心、台灣刑事法學會主辦，第二場次(2016 年 5 月 11 日)、溫祖德，GPS 之定位追蹤・財產權或隱私權之保障(?)—兼論美國聯邦最高法院之最新見解，「運用 GPS 探知個人位置資訊之適法性」學術研討會，東吳大學法學院刑事法研究中心、台灣刑事法學會主辦，第四場次(2016 年 5 月 11 日)；蔡彩貞，定位科技在刑事司法程序之運用與人權保障－以利用 GPS 追蹤為中心，月旦裁判時報，第 65 期，2017 年 11 月，頁 62-78。

⁴⁶⁴ 林利芝，同前註，頁 16；溫祖德，同前註，頁 20-23。

⁴⁶⁵ 林利芝，同前註 463，頁 18。

⁴⁶⁶ 溫祖德，同前註 463，頁 23-24。

⁴⁶⁷ 蔡彩貞，同前註 463，頁 77。

⁴⁶⁸ 不過這算是我國學說的多數見解，參見薛智仁，同前註 452，頁、47-51、56-58；朱志平，GPS 定位追蹤於刑事偵查程序之運用及其授權基礎－從臺灣高等法院高雄分院 105 年度上易字第 604 號刑事判決出發，法令月刊，第 68 卷第 9 期，2017 年 9 月，108-116、125 頁；林裕順，GPS 偵查法治化研究，月旦裁判時報，第 68 期，2018 年 2 月，頁 21-23；金孟華，GPS 跟監之程序適法性－從美國 United States v. Jones 案談起，月旦裁判時報，第 68 期，2018 年 2 月，頁 32-35；吳協展，從美國運用 GPS 衛星定位追蹤器之合法性探究我國司法實務，檢察新論，第 23 期，2018 年 2 月，頁 131-145。

索，於搜索執行的規定亦難以契合，如立法者要求搜索之執行應符合公開性⁴⁶⁹原則，執行人員必須向在場之人出示搜索票等規定，如此一來，縱算侵害人民的合理隱私期待，因其性質必須隱密發動與執行的偵查行為，解釋上無法被涵蓋進現行法的搜索概念之下⁴⁷⁰，而 GPS 科技定位偵查正是此種隱密偵查行為，是以，無法解釋為刑訴法上搜索。

既然非現有的強制處分所能及，那 GPS 科技定位偵查勢必屬新型態之強制處分，又如屬強制處分，則須遵守法律保留或強制處分法定原則，是以，一旦認定為新型態強制處分，則須立法承認此種強制處分，偵查機關方得實施此種偵查行為。

第三目、區分說

區分說基本上不反對新型態強制處分說，認為 GPS 科技定位偵查確實無從於現行法中獲得法律授權依據，然新型態強制處分說一概將 GPS 科技定位偵查劃歸為強制處分，恐有疑問，蓋本說的論理基礎係先回歸強制處分的一般性定義，認為關於強制處分與任意偵查的界限，應採取日本法上「重要權利侵害說」的立場，以有無侵害個人實質或重要權益作為判斷標準，因此，在某些條件或解釋方向下，部分 GPS 科技定位偵查行為將被歸類至任意處分，而區分說又依其主張分為兩說，本文茲分類如下：

一、住居隱私或資訊總量判斷說

此說認為⁴⁷¹日本法上「重要權利侵害說」之標準套用到 GPS 科技定位偵查時，應以所得蒐集的資訊總量或該權利是否重要作為判斷基準，此項見解亦與美國法上所發展馬賽克理論的核心精神類似，此見解就是在此框架下予以開展，本說認為在「重要權利侵害說」的立場下，GPS 科技定位偵查須以是否涉及私人住宅、建物或是否長時間追蹤作為界限，只要符合其一，即可認定為強制處分，反之，如兩者均無符合則可認係任意偵查。

具體而言，GPS 定位之範圍，僅限於偵查追蹤對象的車輛進出於公共場所或公眾得以出入之場所，且定位時間較短，尚不足解析出偵查追蹤對象的生活型態或社交活動等人格圖像，此種合理隱私期待的保護性並不高，故基於調查的必要性與堅守比例原則的情形下，應認為 GPS 科技定位偵查對於重要的合理隱私期待並未造成實質侵害，而可界定為任意處分，反之，如安裝地點或定位範圍已涉及偵查追蹤對象於私人住宅、建物內行止的掌握，應認已對住居隱私

⁴⁶⁹ 朱志平，同前註 468，頁 114。

⁴⁷⁰ 薛智仁，同前註 452，頁 49。

⁴⁷¹ 陳運財，GPS 監控位置資訊的法定程序，台灣法學雜誌，第 293 期，2016 年 4 月，頁 59-74。

造成實質侵害，或是長時間的使用 GPS 科技定位偵查，其資訊總量已達到可以解析偵查追蹤對象的生活型態或社交活動等人格圖像，此應係對重要的合理隱私期待造成實質侵害，而構成強制處分。

二、類型化區分說

此說認為 GPS 科技定位偵查對於資訊隱私權確實具有侵害，且取得相對人同意的可能性幾乎沒有，因此，原則上應評價為強制處分，然有些情形仍可能被解為任意處分，大致有四種情形⁴⁷²：一是由警方提供之誘餌車掛載 GPS 追蹤器，引誘竊車集團竊盜該車，因所掛載的車為偵查機關提供，而非密掛於追蹤對象之車；二是於勒贖案件，在現金袋中裝置追蹤器，追蹤擄人勒贖行為人之去處；三，參考洛杉磯法律，於追捕現行犯或通緝犯時，為避免公路追逐索造成偵查人員或公眾之危險，而以壓縮氣體發射 GPS 飛鏢至追蹤對象車上，此時，應無庸受法律保留或令狀原則之拘束，並再援用日本憲法第 33 條⁴⁷³補充其論據，認為日本法對於逮捕現行犯亦是如此規定；第四，於追蹤對象與得車輛所有人或管理人不同之情形下，經所有人或管理人同意後裝置 GPS 追蹤器，此時，因獲得所有人或管理人同意，就可能不會造成基本權侵害，綜上，本說認為，原則上 GPS 科技定位偵查為強制處分，然仍有四種情形可例外認定為任意處分。

第二款、現行學說的分析

第一目、非強制處分說的疏漏

非強制處分說認為 GPS 科技定位偵查侵害隱私權微小，顯然是忽視個人位置資訊所能透漏訊息的多寡與透析人格圖像的危險，況且 GPS 科技定位偵查無可避免將蒐集到個人在私有地得位置資訊，顯然是對於個人在私人場所位置的鎖定，難道沒有這樣也是侵害隱私權輕微？另一方面在強制處分的認定上一在強調沒有強制力的使用，似乎認為強制力的施用才是強制處分的核心，但觀察日本法可以發現強制處分的概念已非必然具備強制力的施用，我國主流學說也不再以強制力進行強制處分的判斷，此說似乎相當程度的將強制處分概念予以扁平化，再者此說又認為以外在形式來衡量隱私權是否受到侵害，有保護過嚴之嫌，顯然過度忽視隱私權作為基本權的地位，大法官釋憲實務已一再強調隱

⁴⁷² 吳秋宏法官的發言，科技犯罪偵查的法律問題會綜述，月旦裁判時報，第 68 期，2018 年 2 月，頁 47-51。

⁴⁷³ 日本憲法第 33 條：「何人も、現行犯として逮捕される場合を除いては、権限を有する司法官憲が発し、且つ理由となつてゐる犯罪を明示する令状によらなければ、逮捕されない。」（即：除逮捕現行犯之情形外，如無有權之司法機關簽發並明示犯罪理由的令狀，對任何人均不得加以逮捕。）

私權的重要性，然而此說居然將之視若無物，加上此說也反覆申述偵查效率，所導致的結果就是一味的向偵查效率傾斜的刑事訴訟，最後，該說有援用美國法上目光所及原則與 Kyllo 案的論述，但所謂目光所及原則(主流的翻譯為「一目瞭然」法則)，此原則是指警察於合法搜索時，違禁物或證據進入警察的目視範圍內，警察得無令狀扣押該物⁴⁷⁴，似乎與 GPS 科技定位偵查背後法理脈絡不同，退一步說，此說法想表示的是公共場所中警察僅以目視方式為之，應無侵害個人的合理隱私期待，但這種見解不但忽視 GPS 科技偵查具有全面無差別網羅個人位置資訊的特性，也意味著公共場所中對隱私權的保障全面棄守，同時過度割裂公共與私人場的區分，而忽視私密活動本身才是保障的重點，再來是當初做成 Kyllo 案的主筆大法官 Scalia 大法官在 Jones 案也明確表態 GPS 科技定位偵查構成搜索，以此作為立論基礎之一的非強制處分說似乎也失所附麗，是以，本文認為非強制處分說過度強調偵查效率而忽視隱私權的重要性，同時也對 GPS 科技定位偵查的特性欠缺充足的了解，立論基礎也相當薄弱，應非可採的見解。

第二目、搜索說的說理不備

搜索說立意新穎，概念上可以說具有一定的突破性，並能解決現行科技技術發展所帶來侵害人權的隱憂，絕對值得肯定，然而，在解釋論上來說，卻無疑的具有相當程度的障礙，本文以下分三點論述：

首先，刑訴法第 122 條規定：「(第 1 項)對於被告或犯罪嫌疑人之身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所，必要時得搜索之。(第 2 項)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被告或犯罪嫌疑人或應扣押之物或電磁紀錄存在時為限，得搜索之。」其搜索的範圍就文義上初步看來，係限制在「身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所」似乎係較合乎傳統學說上所謂物理力侵入或有形空間取得有形物的看法，在此，近來學說所提出的隱私權說或隱私權基準說，僅言以合理隱私期待解釋現行刑訴法上搜索，然對於第 122 條如何與隱私權有所關連，恐非一句隱私權為基本權須予以保障或應隨科技發展調整搜索概念可以解決，畢竟，法律之解釋所依附者乃是文義，所有解釋的界限繫諸於文義的最大範圍，因此，解釋論上必須先解決刑訴法第 122 條與隱私權如何橋接的問題，方能將搜索說順利開展。

第二個點是，於執行配套的問題，例如：於執行搜索時，刑訴法第 145 條要求執行人員須向在場之人提示搜索票、第 148 條至第 150 條之命令或通知特

⁴⁷⁴ 王兆鵬，同前註 139，頁 245。

定人在場的規定，在 GPS 科技定位偵查視作搜索的前提下，如何適用上開規定即是一大問題，此種細節性的執行問題將成論理上的阻礙，採此說學者卻對此無任何說明，且亦為新型態強制處分說的論理之一。

第三個點則是，採此說學者中有認為要以搜索或通訊監察之樣貌予以立法，或是否採取法官保留，均為立法形成自由⁴⁷⁵，然而，如依此學者所言，不堅持以搜索門檻規範，將有修法前後法律效果混亂之情形，詳言之，強制處分的程序設定須與侵害權利程度相稱，此一考量係源於偵查實務需求與人民基本權保障的均衡思想，如在修法承認此種偵查行為前，以現行法搜索予以規範，即須遵守相當理由、令狀原則等，而修法承認後以更低的門檻規範，將造成法律秩序設定的混亂，舉例而言，以更低的門檻規範，如採取通保法上調取通聯記錄之程序，豈不是致陷人民權利於不顧，2018 年 11 月 7 日法務部所公布的通保法修正草案即是採取檢察官保留，此種結果豈是一句「立法形成自由」可以掩蓋，是以，不堅持何種立法方式的立場，乃是將說理責任推諉至立法機關，且嚴重的忽視人民權益或偵查機關利益，2018 年 11 月 7 日法務部所公布的通保法草案即可證明此點。

第三目、新型態強制處分說的盲點

新強制處分說的核心論據在於，嚴守法律保留原則與傳統強制處分的概念，進而推論現行法制均無法作為 GPS 科技定位偵查的法律授權依據，關於法律保留的堅持，本文予以贊同，然而，此說真正的問題與最高法院的判決相同，並無對於既有的強制處分做完全的解釋，即僅以傳統的理論詮釋既有強制處分，本文再次重申其可能產生的後果，一是偵查機關動輒得答，偵查方式僅能以傳統方式為之，使科技型或隱密犯罪難以偵查，二是偵查機關與其坐等立法規範，在立法空窗期下，倒不如直接實施的僥倖心態，反正只要不要作為犯罪證據(僅作為偵查的資訊)，就不必接受法院審查，而人民基本權利也會因該偵查行為而受確實受損，其中第二種結果，在隱密型偵查行為尤其如此，況且正是其隱密的運作，使國家機關可以默默地侵蝕人民權利，人民亦不自知，更別說踐行後續的救濟程序，所謂「有權利即有救濟」的憲法保障，詎料在刑事偵查程序中竟淪為空談。

而本文所討論的 GPS 科技定位偵查很可能就會不幸的成為上開所述的明證，從過往的偵查機關的態度與實施情形即可推知，蓋實務上於 2002 年分明就有執行 GPS 科技定位偵查的例子，同時也討論到立法問題，並在 2010 年又再

⁴⁷⁵ 溫祖德，同前註 463，頁 24。

次討論此偵查行為之疑義，但直至 2017 年最高法院還得在人民自行告訴偵查人員的案子中，藉由論述刑法第 315 條之 1，才能首次、間接地對實務上早已實施許久的 GPS 科技定位偵查表示意見，中間長達 15 年(可能不只)的時間，偵查機關可以說是僥倖規避所有的司法審查，或許有人認為此應歸責於立法與行政的怠惰，並非新型態強制處分說的說理缺陷，確實，新型態強制處分說並非此一問題的直接原因，然而，就結論上竟樂觀的委諸立法機關立法解決，實質上無疑擴增了偵查機關在法制空窗期中僥倖實施的空間，甚至增加了使偵查機關趁空窗期趕緊實施利用的可能性，藉以規避往後立法可能增加的門檻，況且全然交由立法者決定的說法，將使司法者作為守護人民權利的底線全盤崩潰，放任立法者恣意的立法，2018 年 11 月 7 日法務部所提出的通保法修正草案就是最佳例證。

第四目、區分說的缺陷

區分說從最基礎的強制處分定義進行推演，採取日本法上「重要權利侵害說」進行分析，頗具說服力，然而，作為理論基礎的重要權利侵害說，此說並未著墨太多，詳言之，何謂實質侵害？何謂重要權利？似乎無具體說明，而此一問題亦延伸至具體應用層面，即於分析 GPS 科技定位偵查時，產生各說的觀察視角有所出入，本文將先從住居隱私或資訊總量判斷說開始說明，蓋此說可說是最貼近重要權利侵害說的精神，其以是否侵害住居隱私或達一定資訊總量兩個標準作判斷，前者說明住居隱私為重要權利，後者以資訊量差的程度區別，展現重要權利侵害說「量」的觀察，相較於此，類型區分說則較無此明顯的特徵，本文茲分述如下：

住居隱私或資訊總量判斷說，以是否侵害住居隱私或達一定資訊總量作判斷說，在第一個標準中，侵害住居隱私標準認為住居隱私為重要權利，顯然是將隱私權內劃分種類與程度，至於如何劃分程度，此說並未說明，因此，第一標準的問題是，何以認為住居隱私為重要權利，而其他類型的隱私不是重要權利；而在第二個標準中，認為如蒐集達一定資訊量可解析追蹤對象的生活型態或社交活動，則應認為是實質侵害「重要的」合理隱私期待，第二個標準似乎是將合理隱私期待區分為重要與不重要兩種，何謂「重要的」合理隱私期待，此種合理隱私期待的操作，似乎與合理隱私期待的原始模型不同，究竟系出自何處不得而知；或有認為第一個標準是以合理隱私期待作為區分，如認為有合理隱私期待，則屬重要權利，然而，同時觀察第二個標準，則會發現似乎不是如此，因為從區分重要與不重要的合理隱私期待，可以看出此說所認為的合理隱私期待並非作為一種區分標準，而是作為一種權利樣態，總而言之，此說所

提出的標準模糊不清，且合理隱私期待的概念似乎與該理論的主張不同，不過此說相較於上開其他學說更勇於嘗試建構強制處分標準且運用於個別強制處分時論理一致，此點值得肯定且具有啟發性。

至於類型區分說則存在著更嚴重的問題，本文細之有二，第一個問題是，並未說明如何以重要權利侵害說判斷 GPS 科技定位偵查行為，僅說明強制處分應以基本權有無受實質干預或侵害，並直接跳躍認為 GPS 科技定位偵查有侵害資訊隱私權，此處說理上相當欠缺，甚至無法知悉其究竟採取形式權利侵害說抑或是採重要權利判斷說；第二個問題是，此說所提出解釋上四種可作為任意偵查的例外，其中第一、二、四個例外是舉裝置 GPS 追蹤器之物非追蹤對象所有，而為追蹤對象所利用之例，即追蹤對象與(裝置 GPS 追蹤器所在之)物之所有人或管領權人分離的情形，此三例所聚焦的重點在於裝置行為本身，對於蒐集行為隻字未提，然而，裝置行為本身所干預的權利，至多為使用物受到干擾的財產權，蒐集行為所干預的行為才是隱私權，上開三例剛好就是權利歸屬對象分離的例子，即財產權與隱私權分屬不同人的情形，何以僅獲得財產權人的同意，即可侵害追蹤對象的隱私權，實在令人費解；至於第三個例子，以追捕通緝犯或現行犯作為例子，本文肯認其保護執法人員安全及公眾安全的目的，此項技術亦是解決追捕過程危險性問題的途徑之一，然而，並不表示即須解釋為任意偵查，蓋至少在我國刑訴法的架構下，強制處分不見得須受事前的司法審查(事前令狀)，偵查機關在緊急的情況仍有緊急的強制處分得以使用，以現行犯逮捕(刑訴法第 88 條)為例，因有強烈急迫拘束人身自由的需求，而可免於事前的令狀管制，然而決不會有人主張逮捕為任意偵查，而使其逸脫法律保留或法定原則的拘束，換句話說，有緊急性與必要性可以說是令狀原則的例外，但不能因此反推該處分是否具強制處分的性質，再從日本法上觀察，該說所主張依據的日本憲法第 33 條乃是令狀原則的憲法依據⁴⁷⁶，雖說日本法下強制處分法定原則與令狀原則關係相當緊密⁴⁷⁷，甚至有混同論述者⁴⁷⁸，然而二者仍有一定程度的差異⁴⁷⁹，本文認為日本憲法第 33 條僅能說明現行犯逮捕毋庸令狀，但無從說明其不須遵守強制處分法定原則，更無法推論為任意偵查⁴⁸⁰，是以，何以因為保護執法人員安全及公眾安全的目的而排除其強制處分性⁴⁸¹，實無說服

⁴⁷⁶ 田口守一，同前註 278，頁 41；井上正仁，同前註 308，頁 58。

⁴⁷⁷ 田口守一，同前註；白取祐司，同前註 278，頁 92-94。

⁴⁷⁸ 田宮裕，刑事訴訟法，新版，有斐閣，1998 年，頁 72-73。

⁴⁷⁹ 井上正仁，同前註 308，頁 26-30。

⁴⁸⁰ 或許有謂此係逮捕的執行方法，毋庸受法律保留或強制處分法定的拘束，然而觀察我國刑訴法第 90 條仍是有規範逮捕容許的執行方式與界限，是以，此種說法應無理由。

⁴⁸¹ 同樣有此考量的我國刑訴法第 130 條附帶搜索，參考王兆鵬、張明偉、李榮耕，刑事訴訟法

力可言，綜上，區分說未就重要權利侵害理論作細緻運用，且所舉例外的第一、2、4例而論，僅側重裝置行為，完全忽略蒐集行為也是GPS科技定位偵查的一環，並在權利歸屬不同的前提下，以裝置行為合法推導整個偵查技術的合法性，而第3例則是僅以緊急與公安為由，卻未檢視是否具有強制處分性質，論理上邏輯跳躍，實有重大缺陷。

第四節、小結—對我國法的啟示

科技定位偵查確實是國家偵查強大的監控技術，卻也引發了對於人民隱私的風險，在本章中，本文首先探討科技定位運用最為成熟的美國，美國最高法院最早開始認為公共道路上特定路程的跟監，因跟監對象是自願揭露在公眾下，是以欠缺合理隱私期待，非美國憲法增修條文第4條所稱的搜索，隨著科技的發展，偵查機關開始使用該類技術，美國最高法院當然也意識到科技工具的滲透性，開始採取防守性的姿態，再再重申美國憲法增修條文第4條的目的是在於確保生活隱私免於專斷的權力⁴⁸²與防範警察過度滲透的監視⁴⁸³，從Jones案到Carpenter案的立場可以發現這樣明顯的轉變，姑且不論方法論的差異，美國最高法院的判決呈現的基本態度是對於國家權力的抑制與人民私密生活的保障，判決的內容更是具有啟發性，在我國部分學說中，也不乏參考美國法的足跡，不過誠如上述分析，美國法上將GPS科技定位偵查解為搜索乃是基於憲法修正條文，況且美國法是直接檢視GPS科技定位偵查是否為搜索，但我國法有強制處分的概念，進一步說，在我國法下必須先認定GPS科技定位偵查是否為強制處分，才有是否為搜索的問題，因此，美國法的見解如欲套用在我國法上，解釋論上似乎還有待解決或進一步論述的空間。

相對的，日本法的論述模式則與美國法不同，與我國較為類似，均承接了歐陸法上強制處分的概念，不過，日本法上以強制處分法定原則與令狀原則，連結抑制偵查機關的恣意，呈現出獨特的面向，雖說日本最高法院的判決不如美國最高法院判決來的精采，但卻提出與美國最高法院更詳盡的論述，充分展現日本法制的細膩，縱然部分內容有取徑不一致的問題，但仍值得我國借鏡，畢竟日本法與我國法同時均具有歐陸法繼受的特色，論述架構也較為一致；至於我國法上，實務就GPS科技定位偵查技術的使用，早已行之有年，但不論在實務運作或學理的討論卻不甚熱烈，尤其實務見解可以說是屈指可數，而各學說在援參各國法制時，卻忽視我國法基礎脈絡的問題，如強制處分的基本概

(上)，承法數位文化，2012年9月出版，頁153-158。

⁴⁸² Boyd v. United States, 116 U.S. 616, 630, 6 S.Ct. 524, 29 L.Ed. 746 (1886).

⁴⁸³ United States v. Di Re, 332 U.S. 581, 595, 68 S.Ct. 222, 92 L.Ed. 210 (1948).

念、搜索解釋的狹隘等，有鑑於上開問題，本文將於下一個章節中，結合上開美國法與日本法的啟示，建構合於我國法脈絡的論述，加以釐清科技定位偵查的本質與法律定性，在解釋論上有所突破，並為建構未來法制打下基礎、劃定最根本的底線。



第四章、科技定位偵查的性質與解釋

在第三章中，本文爬梳了美國法與日本法有關科技定位(多集中在 GPS 科技定位偵查)的法律討論，不管是美國法將之作為搜索的概念或日本法上各說的爭議都相當具有啟發性，而我國法上也有些許的討論，但相較於外國法上的細緻程度尚稍嫌不足，本文接下來將結合日本法與美國法的論述，認為應從強制處分的基本概念出發，先釐清強制處分的本質，再論及科技定位偵查進行分析，確認其是否為強制處分，如為強制處分，則是否在現行法下具有授權基礎，以符合強制處分法定原則或法律保留原則，並加以解決相關解釋論上的爭議。

第一節、強制處分概念的釐清

第一項、犯罪預防與犯罪偵查的區分

在釐清強制處分的概念之前，須先對偵查與犯罪預防進行區分，以確認強制處分出現的時機，這是因為多數強制處分之實施多由警察實施或從旁協助，以本文所討論的 GPS 科技定位偵查為例，在各國實務中均是由警察加以實施，我國也在警察職權行使法第 11 條⁴⁸⁴規定有跟監與使用科技工具輔助跟監的規定，因此，似乎有釐清的必要，但本文為避免問題失焦，簡單論述如下：

第一款、警察的多重任務

警察的任務傳統上分為行政危害防止與犯罪偵查，前者防止危害須分成兩個概念來看，所謂防止是指對於具體且特定之肇事者（或干擾危險者），進行防止或排除之行為⁴⁸⁵，而危害的概念，學說上認為有由個別法規規定者，可為抽象危害、表現危害等⁴⁸⁶，如無個別規範而以概括規定授權警察有防止危害任務者，該危害僅限於具體危害，所謂具體危害是指「若不加以阻止，可能造成損害的一種情況；亦即經外力影響，將減損事實存在正常的生活利益之狀況。」

⁴⁸⁴ 警察職權行使法第 11 條：「(第 1 項)警察對於下列情形之一者，為防止犯罪，認有必要，得經由警察局長書面同意後，於一定期間內，對其無隱私或秘密合理期待之行為或生活情形，以目視或科技工具，進行觀察及動態掌握等資料蒐集活動：一、有事實足認其有觸犯最輕本刑五年以上有期徒刑之罪之虞者。二、有事實足認其有參與職業性、習慣性、集團性或組織性犯罪之虞者。(第 2 項)前項之期間每次不得逾一年，如有必要得延長之，並以一次為限。已無蒐集必要者，應即停止之。(第 3 項)依第一項蒐集之資料，於達成目的後，除為調查犯罪行為，而有保存之必要者外，應即銷毀之。」

⁴⁸⁵ 林明鏘，由防止危害到危險預防：由德國警察任務與權限之嬗變檢討我國之警察法制，國立臺灣大學法學論叢，第 39 卷 第 4 期，2010 年 12 月，頁 172。

⁴⁸⁶ 相關定義與論述，李震山，警察行政法論：自由與秩序之折衝，元照，三版，2014 年，208-211。

⁴⁸⁷或是「在順利進行下，因誤之狀況或人之行為，極有可能對公共安全與公共秩序造成損害之一種狀況。」而判斷是否存在眼前現實的危險，則以現存的日常知識加以判斷⁴⁸⁸，這種行政危害防止是基於警察法令及一般行政法令，屬於行政作用，也稱為警察的行政行為⁴⁸⁹，此時警察被稱為「行政警察」。

後者基於刑事訴訟法、法院組織法、警察法及調度司法警察條例等法律規定而來，是指在犯罪發生後，協助檢察官所為的偵查行為，基本上受刑事訴訟法所支配，屬輔助刑事司法作用，警察在此時則為「司法警察」另外，上開二種任務側重在犯行或危害即將發生的防止，但卻未包含犯罪預防即危害萌生的前階段⁴⁹⁰，德國法在抗制組織犯罪及恐怖主義活動，已將犯為預防納入警察任務當中⁴⁹¹，我國警察職權行使法第9條至18條，也納入這種危害發生前之預防任務領域⁴⁹²。

第二款、任務階段區分的困難

接下來的問題是，如何區分行政危害防止與犯罪偵查，有學說認為是以主要依警察干預動機及目的而作區別(目的說)⁴⁹³，另有學者採取相似的觀點，認為應根據警察措施當時目的觀之，即值勤員警自己依照現場發動措施時的理由和意圖，作成係危害防止或刑事追訴的行為，若缺乏線索或依據，則依照客觀的目的歸類之，目的說的概念，係以作成措施之整體印痕獲得的觀點⁴⁹⁴，另有學者認為應採取客觀的主觀說，具體來說，以當時執行職務的目的、警察人數、手段以及可疑人的對應方式、侵害權益種類、程度與當時周遭環境綜合判斷，倘警察人員主觀上已對該可疑人物形成特定犯罪之認識時，即構成偵查犯罪的開始⁴⁹⁵。

雖說上開區分在概念上算是清楚，但在實務上往往難以截然分割⁴⁹⁶，而各國法也就上開區分有所爭議⁴⁹⁷，另外德國法在其警察法制的發展下，將警察任

⁴⁸⁷ 李震山，同前註，頁36。

⁴⁸⁸ 林明鏘，同前註485，頁171。

⁴⁸⁹ 陳英淙，論警察危害防止與刑事追訴的分與合，政大法學評論，第151期，2017年11月，頁99-100。

⁴⁹⁰ 林明鏘，同前註485，頁172。

⁴⁹¹ 李震山，同前註486，頁37。

⁴⁹² 李震山，同前註486，頁37。

⁴⁹³ 林明鏘，同前註485，頁173；刑訴法學者亦有採絕對主觀說者，參見林鈺雄，刑事訴訟法(下冊)，6版，2010年9月，頁11。

⁴⁹⁴ 陳英淙，同前註489，頁108-109。

⁴⁹⁵ 陳運財，同前註454，頁68。

⁴⁹⁶ 蔡震榮，警察職權行使法概論，五南，3版，2016年，頁143；林明鏘，同前註485，頁173。

⁴⁹⁷ 德國法部分，參見陳英淙，同前註489，頁107；日本法，陳運財，同前註454，頁59-62。

務從危害防止擴張至犯罪預防，並規定在警察法中規定，隨著犯罪預防任務的不斷擴張，使預防權限與偵查權限相互重疊，在德國法下產生相互影響的趨勢，進一步說，在行政危害防止或犯罪預防的情形下，可能同時有犯罪偵查的發生，而生競合的情形，又或者是在行政危害防止或犯罪預防行為時，發現有犯罪嫌疑，程序上如何轉換的問題，然而，從上開論述可以發現到警察「任務-行為-適用法律-身分」是一套串聯的群組、是一個「套餐」的概念，連結的法規並不相同、所受的指導原則也相異，產生了警察法(較寬鬆)與刑事訴訟法(較嚴格)的緊張關係，如何適用成為爭議問題。

第三款、修正客觀說的提出與補遺

本文認為，關於犯罪偵查、犯罪預防與危害防止的區分，不應採取如上開目的說的見解，亦即警察自己依照現場發動措施時的理由和意圖區分，蓋此種說法是完全建立在警察的主觀意圖之上，豈不是開啟警方以行政調查之名行偵查之實的方便之門，適用較為寬鬆的警察法，在上開學說中或許客觀的主觀說較為可採，雖說有學說批評客觀的主觀說考量因素過多，實益有限，仍須就個案決定⁴⁹⁸，本文認為考量因素過多並非客觀的主觀說的致命傷，況且個案情形不同本來結論就有差異，實非有效批評，倒是以客觀判斷主觀的方式，仍可能流於恣意才是缺陷，本文認為應將採取修正客觀說的立場，就是原則上以一般、理性、有經驗的偵查人員在相同情況下，認為已有偵查開始初始嫌疑，並輔以當時執行職務的目的、警察人數、手段以及可疑人的對應方式、侵害權益種類、程度與當時周遭環境綜合判斷，例外在上開客觀情事均不足認進入偵查，而該當本案警察主觀上認為進入偵查時，以該當本案警察的主觀為斷。

如上開客觀情形仍不足判斷，此時本文認為這是犯罪預防與偵查相互重疊的灰色地帶，應參酌學說上援參日本學者三井誠教授所提出的「競合說」⁴⁹⁹，認為應同時適用警察法和刑事訴訟法⁵⁰⁰，並且如違反警察法等情形，一樣會連結證據排除的效果⁵⁰¹，這樣對於人民權利保護方屬周延。

⁴⁹⁸ 洪家殷，行政調查與刑事偵查之界限，東吳法律學報，第25卷 第1期，2013年7月，頁29。

⁴⁹⁹ 三井誠，同前註420，頁84。

⁵⁰⁰ 三井誠，同前註。事實上這種作法與學說上認為，為落實交界地帶人權保障而優先適用刑事訴訟法的見解，結果上沒有太大差異，此因刑事訴訟法規範密度較高的緣故，優先適用刑訴法的見解，參見何賴傑，逮捕、搜索與扣押，臺灣本土，25期，2001年，頁120。

⁵⁰¹ 三井誠，同前註420，頁85；陳運財，同前註454，頁68。事實上跨法領域的連結處理，我國學者也有相類似的主張，林鈺雄，不自證己罪於非刑事程序之前置效力－評九十六年度台上字第7239號判決及相關裁判，月旦法學雜誌，第161期，2008年9月，頁266-284。

第二項、任意偵查與強制處分的分野

在確認了偵查的概念後，接下來要處理的問題是偵查行為的性質與侵害性，即強制處分與任意處分的概念，之所以探討這個問題，是因為 GPS 等科技定位偵查此種新科技的偵查手法的法律性質前，必須先說明何者為強制處分(強制偵查)？何者為任意處分(任意偵查)？而基本上兩者的區分通常是先界定強制處分的概念後，其餘者基本上就是任意偵查，也就是說任意偵查是透過反面的定義的方式被界定，另外所謂任意偵查的概念似乎為日本法上所獨有，並被我國法所繼受，而這兩個概念區分的實質意義在於其後續程序保障的寬嚴，是以，本文擬先從日本法上探討強制處分與任意偵查的區分基準，再論我國學說實務上的討論，並就區分基準嘗試提出本文見解，再討論強制處分的程序意義。

第一款、日本法見解

第一目、日本實務見解

日本法承繼了歐陸法強制處分的概念，並從判例發展了不同的定義，而有強制處分類型化的概念，但在昭和 50 年以前，實務對於強制處分均未有明確的定義，僅在盤查案件中，面對逃避臨檢的對象所實施的肢體制止行為，屬於法律上容許的行為⁵⁰²，有此觀之，學說上有認為判例上有以比例原則加以判斷盤查中有形力的行使是否適當的傾向⁵⁰³。

日本最高法院第一次對於強制處分加以定義，是在昭和 51 年 3 月 16 日第三小法庭裁定(下稱昭和 51 年判例)中表示，在該判例的事實中，警察在自撞現場要求嫌疑人酒測，嫌疑人拒絕酒測⁵⁰⁴後，乃任意同行至警局進行偵訊，其間嫌疑人欲離去而遭員警握其手腕阻止，日本最高法院認為：「關於偵查時使用強制手段，以法律有明文規定者，始能允許，但所謂的強制手段，不代表伴隨著有形力的行使，而是指壓制個人意思，強制實現偵查目的所加諸身體、住居與財產等的限制、若無特別規定而實施則顯然不當的手段，至於未達上述程度的有形力行使，則為任意偵查所容許，然縱使是不合於強制手段的有形力使用，也有侵害法益或侵害之虞，如不問狀況一律容許，則亦非妥當，應考量必要性、緊急性等之後，在具體的狀況下認為相當者，始能被容許」歸納此判例可知，判例為強制處分設下四個要件：(1)壓制個人意思、(2) 身體、住居與財產

⁵⁰² 最一小判昭和 29 年 7 月 15 日・刑集第 8 卷 7 号 1137 頁。

⁵⁰³ 三井誠，同前註 420，頁 104。

⁵⁰⁴ 該案中並不具備緊急逮捕的要件。

等權利的限制、(3)強制實現偵查行為、(4)若無特別規定而實施則顯然不當的手段，其中，壓制個人意思應如何解釋則成為問題，畢竟，在如通訊監察等以秘密方式進行的強制處分，均未有明確的壓制個人意思，另外，所謂身體、住居與財產等是否意味著僅限於該等權利，抑或是任何權利均包含在內？似乎仍有待解釋，學說上認為所謂壓制個人意思，應指的是違反受處分人明示或默示意思，亦有認為 51 年決定的射程，僅及於對象知悉受處分的情形，不包含對象不知悉的情形，而對於 51 年的判例所揭示的三種權利，多認為僅是例示，所表彰的應該是重要權利、利益⁵⁰⁵，不過從此判例的事實看來仍是對於傳統強制處分的解釋，而非針對科技型、隱密型偵查作為，這也進而導致在後續的實務進展中陸續發生問題，例如最高法院平成 11 年 12 月 16 日第三小法庭作出監聽為強制處分的裁定⁵⁰⁶等。

在上開判例做成後，日本最高法院在諸多判決中，大致延續了昭和 51 年判例所表示並非所有有形力行使即該當強制處分的意見⁵⁰⁷，而在最高法院平成 29 年 3 月 15 日判決更擴張了原先強制處分的內涵，並對昭和 51 判例所留下的疑點，即科技型、隱密型偵查作為做了進一步的說明，在平成 29 年 3 月 15 日判決中所針對的是實務長久以來無令狀實施 GPS 偵查的問題，已如前述，但對於強制處分的定義也做了一些著墨，其中對於昭和 51 年判例所稱「壓制個人意思」的要件進行延伸，認為包含了「合理推定違反個人意思」⁵⁰⁸，且對於侵害隱私權的程度做了一系列的說明，可知所謂並不限於身體、住居與財產權，而是重要權利，解答了過去學說上對於昭和 51 年判例的許多猜想，這種作法同時保留了昭和 51 年判例的立場，也擴大了強制處分的認定範圍，另外，平成 29 年的判決另一個焦點則是過去司法與立法權限分配的軸線，以較為強硬的立場宣示強制處分法定原則，關於日本最高法院態度的轉變，有學者提出兩種方向的假說⁵⁰⁹，其中一個面向就是認為日本在二十世紀結束後，修正包含刑事訴訟法在內的基本法制已變得活躍，過去最高法院平成 7 年 2 月 22 日大法庭判決的見解，也在去年刑事訴訟的修正中實現，這樣的經驗可能就是促使最高法院對於自我任務抑制的原因，不過本文認為該判決的補充意見卻也緩頰了判決的多數意見，這點值得注意。

總結來說，本文認為或許可以這樣理解日本實務，基本上強制處分區分為

⁵⁰⁵ 井上正仁，同前註 308，頁 12-13。

⁵⁰⁶ 最決平成 11 年 12 月 16 日・刑集第 53 卷 9 号 1327 頁。

⁵⁰⁷ 井上正仁，同前註 308，頁 9-11。

⁵⁰⁸ 池田公博，同前註 388，頁 77。

⁵⁰⁹ 後藤昭，同前註 316，頁 6，關於後藤昭教授的見解，本文在第三章第二節第一項第四款第三目的第二點有作簡要的說明。

兩個不同的論述軸線，第一條路線就是傳統強制處分，其判斷基準基本上依循昭和 51 年的判例，第二條路線則是新型態的強制處分(多與隱私權相關)，其判斷基準則依循平成 29 年判例進行判斷。

第二目、形式強制力說

此說為日本傳統學說代表，為過去日本刑事法界兩位重量級學者團藤重光教授和平野龍一教授所支持⁵¹⁰，認為強制處分與任意處分的界限在於，有無強制力的施展，所謂強制力包括了直接物理力與使相對人負有法律上或觀念上的義務，換句話說，此說的標準是以有無伴隨直接強制的物理有形力，與課予制裁義務的間接強制力而定，一旦有伴隨直接物理強制力或間接強制力，即屬強制處分。

此說係過去日本學界所支持，在逮捕、羈押、搜索或扣押等傳統強制處分，不過隨著科技技術與偵查說趨多樣的發展，在犯罪偵查也不再囿於傳統的方式，例如照相錄影、通訊監察等新興的偵查方式，不見得都伴隨著物理有形力的行使，而且很多都以秘密方式實施，對人民權利帶來莫大的侵害與威脅，上開學說無法套用致使強制處分範圍過於狹窄，對於人民權益的保障實在有欠周延，日本現行學說多已揚棄單純的刑事強制力的觀點。

第三目、中間領域說(實力說)

對於上開偵查方法的強制・任意二分方式，前檢察官出射義夫加以批判並提出所謂的中間領域說或實力說，他以日本警察職務執行法第 2 條所謂職務質問(相當於我國盤查的一種)，判例肯認具有一定有形力行使為論述契機，出射義夫檢察官認為偵查方式中不僅存在著純粹的任意偵查，還有不具強制力的中間階段⁵¹¹，也就是說，其提出「勸說」方式所為的實力階段的概念⁵¹²，根據此說，伴隨不涉及強制限度實力的任意手段，理論上無須特別規定的必要，而所謂勸說的妥當性求諸於勸說的程度、事態的程度、對象的態度等加以判斷，在結果上是根據社會通念判斷，並在判斷時衡酌比例原則⁵¹³。

換言之，此說與形式強制力說的核心論述事實上都是環繞有形力，只是形式強制力說在乎的是有形力的有無，而此說是在乎有形力實施的程度⁵¹⁴，對此

⁵¹⁰ 整理自團藤重光，*条解刑事訴訟法(上)*，弘文堂，1950 年，頁 361；平野龍一，*刑事訴訟法*，有斐閣，1958 年，頁 82。

⁵¹¹ 出射義夫，*任意・實力・強制*，*ジュリスト*，有斐閣，65 号，1954 年，頁 14。

⁵¹² 出射義夫，同前註，頁 16。

⁵¹³ 出射義夫，*檢察・裁判・弁護*，有斐閣，1973 年，頁 153，轉引自椎橋隆幸，*刑事訴訟法の理論的展開*，信山社，2010 年，頁 10 註 6。

⁵¹⁴ 三井誠，同前註 420，頁 80。

學說，椎橋隆幸教授認為⁵¹⁵，此說雖正視職務質問具有一定有形力行使的本質，然而所謂任意與強制中間的實力運用，本質上是將其視為任意處分，根本沒有必要理論解決，加之，此理論是針對職務質問等警察活動而發，於照相攝影、通訊監察等限制偵查對象隱私權偵查活動，並沒有就其法律性質提供一個有用的理論，即無法從此說中求得上開新興偵查方式法律性質的說明。

第四目、形式權利侵害說

有鑑於上開學說對於如隱私權這種無形法益的侵害，無法定其法律性質，且允許任意偵查有一定的物理力，任意偵查和強制處分的概念越趨接近，日本學者田宮裕教授提出應將關注在處分所對應的法益內容⁵¹⁶，認為在未得同意的個人法益侵害的情形，也應解為強制處分，而提出形式權利侵害說，此說是以是否有侵害個人權利或法益為標準⁵¹⁷，進一步說，此說並不論是否有強制力或實力的實施⁵¹⁸，凡未經對象同意而侵害個人權利或法益者，即屬強制處分，縱使不具有強制力或課與法律上或觀念上義務，仍可構成強制處分，而所謂侵害權利有違法侵害權利、利益的意思，如在社會通念下有正當化的情形，並不能說是有權利侵害，換言之，如在通常社會生活可共見共聞的範圍內，不能說是有侵犯私生活圈，從而，人力跟監並不一定是強制處分。

第五目、重要權利實質侵害說

此說是由井上正仁教授所提出，並受多數學者所支持⁵¹⁹，儼然成為日本的新通說⁵²⁰，井上教授認為過去形式強制力說無法適切的說明科技應用於偵查的情形，而田宮裕教授的形式權利侵害說以個人權利、法益侵害為基準，固然有其見地，但該說在有形力行使這點上，將可能原本是任意偵查的情形(如輕微握住對象手腕，制止其離去)直接認定為強制處分，似乎有不妥適之處，井上教授參考上開昭和 51 判例的見解，認為判例所揭示(1)壓制個人意思、(2)身體、住居與財產等權利的限制、(3)強制實現偵查行為、(4)若無特別規定而實施則顯然不當的手段等四個要件，其中第三個要件不過是強制處分換一種說法而已，第四個要件則是強制處分法定主義的重申，重點應是第一個和第二個要件，關

⁵¹⁵ 椎橋隆幸，任意捜査と強制捜査の区別の基準，收錄於：刑事訴訟法の理論的展開，信山社，2010 年，頁 6。

⁵¹⁶ 多田辰也，任意捜査と強制捜査，收錄於：田宮裕編，刑事訴訟法 I，有斐閣，1975 年，頁 129。

⁵¹⁷ 整理自田宮裕，刑事訴訟法，新版，有斐閣，1998 年，頁 71-73。

⁵¹⁸ 多田辰也，同前註，頁 129-130。

⁵¹⁹ 上口裕，刑事訴訟法，4 版，成文堂，2009 年，頁 60-61；酒卷匡，同前註 308，頁 69；田口守一，同前註 278，頁 42-43；白取祐司，同前註 278，頁 94-96；寺崎嘉博，刑事訴訟法，2 版，成文堂，2008 年，頁 95-96。

⁵²⁰ 李春福，刑事訴訟法論，新學林，2017 年 9 月，頁 193。

於第一個要件，井上教授認為壓制個人意思是指違反個人明示或默示意思，雖有認為井上教授過度解讀昭和 51 年判例⁵²¹，但井上教授反而認為意思壓制說所連結的仍是有形力行使的思考，在對象不知道處分實施的場合(如通訊監察)，因為對象無從知道實施，根本沒有壓制的可能⁵²²；第二個要件上，井上教授認為有意思違反，不代表就是強制處分，必須探求客觀上有什麼樣的權利、利益受侵害，而強制處分所連結的規定都有嚴格要件與程序，並原則上受憲法令狀主義的支配，若考量上開程序的連結與憲法令狀原則，也就可以得出並不是什麼樣的權利或利益的侵害都可以稱作強制處分，而須是以有基於法定嚴格的要件、程序保護必要的「重要權利或利益實質的侵害」始能解為強制處分⁵²³。

不過這裡需要釐清的是，三井誠教授認為此說與形式權利侵害說的區別是，此說著眼於權利侵害的「程度」⁵²⁴，但井上教授強調自己的見解並不僅是權利、利益侵害程度的考量而已，而是必須著眼於侵害或限制權利或利益的「質」以區別何者為重要權權利，何者不是重要權利⁵²⁵。

第六目、權利實質侵害說

此說是由三井誠教授所提出⁵²⁶，認為違反個人意思似乎沒有必要作獨立的要件，這是因為強制與任意的用語上看來並不側重於個人的意思，而就權利侵害部分，三井誠教授認為，偵查行為或多或少都會侵害個人權利，如採形式權利侵害說將使大部分的偵查活動落入強制處分的範圍，但另一方面過度強調重要權利的面向，將使透過形式強制力說已判斷的強制處分，可能因非重要權利的侵害，而落入任意偵查的範圍，此時，重要權利實質侵害說已向中間領域說靠攏，進而產生弱化強制處分法定的危險，就利益衡量觀點，上開各說有過度側重事實份量與偵查效率，而不當擴張任意偵查範圍的問題，因此，三井誠教授認為應以對象者的權利或利益受實質的侵害、危險作為判斷標準，強制處分即為有個人權利或利益受實質的侵害、危險(危殆化)，反之，則為任意偵查。

我國有學者認為三井誠教授與井上正仁教授的見解，只是側重的面向不同，實質判斷依據仍能然是「重要權利、法益的實質侵害」⁵²⁷，但日本學者椎

⁵²¹ 川出敏裕，任意搜查の限界，收錄於：小林充先生佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集刊行會編，小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集（下卷），判例タイムズ社，2006年3月，頁27。

⁵²² 井上正仁，同前註308，頁11。

⁵²³ 井上正仁，同前註308，頁12。

⁵²⁴ 三井誠，同前註420，頁80。

⁵²⁵ 井上正仁，同前註308，頁12。

⁵²⁶ 整理自三井誠，同前註420，頁81-82。

⁵²⁷ 李春福，同前註520，頁193-194。

橋隆幸教授則認為兩者區分基準與適用結論均有不同⁵²⁸，本文較認同椎橋教授的見解，這是因為三井誠教授的區分基準並不重視權利、法益是否「重要」區別的實益在於對新興權利、法益在實務、理論尚未成熟運作時，經常被忽視而可能被列為不重要的權利，在三井誠教授的見解下，可以直接檢驗是否受到實質侵害，但井上教授的見解下，就會直接不受判斷，可見兩者的適用基準與結論仍然不同。

第二款、我國法的討論

第一目、傳統學說

我國傳統學說上，有認為強制處分，所謂強制是指以物力或脅迫方法，拘束人之意思使之服從，而處分則是表示決定意思之表示與其執行之義⁵²⁹；另有認為強制處分，所謂強制力是指直接以物理力相加者，或是命對方就法律所課之義務為相應的舉止，並強調雖然存在著不以直接物理力加之且無法律義務課與，而對個人重要權利有所侵害的偵查行為(如通訊監察)，但仍不宜放棄強制力的要素，且另有通訊監察法之制定，就刑事訴訟法而言，強制處分仍應維持強制力要素；另有認為強制處分是使用強制力或強制之處分，反之，任意偵查則是不使用強制力或強制之處分⁵³⁰。

觀察上開傳統學說可以發現，傳統學說基本上就是對於強制處分一語說文解字，與日本法上形式強制力說大致相同，同樣的也就繼承了該說的缺陷，無法說明未使用直接強制與間接強制、卻侵害人民基本權甚深的偵查行為的性質問題，而上開學說中有以刑事訴訟法外，還有通訊監察法為由，進而堅持強制要素的存在，本文認為姑且不論強制要素是否必要，單從理由邏輯來看就無法接受，因為不論是否有通訊監察法存在，都無礙於通訊監察的法律性質，就好比行政程序法與行政罰法的關係一樣，不會因為有行政罰法就影響行政罰為行政處分的性質，同樣的，強制處分的定義不會因為是哪個法而有差異，與不能自外於該定義，況且，強制處分的定義在刑訴法也沒有規定，是否就可以說該概念不存在？是以，上開學說對於強制力列為必備要素的理由顯然不成立。

第二目、重要權利實質侵害說

有鑑於傳統學說囿於有形物理力的理解，我國有學說⁵³¹援參日本法上重要

⁵²⁸ 椎橋隆幸，同前註 515，頁 8。

⁵²⁹ 陳樸生，刑事訴訟法實務，自版，1993 年，頁 179-180；林俊益，刑事訴訟法概論(上)，新學林，14 版，2012 年，頁 212。

⁵³⁰ 林永謀，刑事訴訟法釋論（上冊）改訂版，三民，2010 年 12 月，頁 329-330。

⁵³¹ 整理自陳運財，同前註 454，頁 31；李春福，同前註 520，頁 193。

權利侵害說，認為隨著科技的發展，科學偵查方式日漸普及，這些偵查方式雖說外觀上沒有強制力的行使，但對於人民權利的侵害可能卻不亞於傳統的強制處分，考量到偵查是多樣、富有流動的性質，應從各個具體的偵查活動當中，就偵查對象所涉及的型態、程度、偵查手段以及個人權益遭受的侵害性質、程度等角度多面向的觀察，特別是須考量憲法與刑訴法上「強制處分法定原則」其精神主要就是在於，因強制處分手段與結果足以實質的侵害國民的重要權利，故以法定嚴格的要件與程序加以規範，以防止偵查權限的濫用，是以，應以有無侵害個人實質或重要之權益作為判斷基準，此一見解從理由與結論上看來，即是採取井上教授的重要權利實質侵害說。

第三目、基本權干預說

我國學說上⁵³²有批評強制偵查與任意偵查的區分，概括排除了法律保留在「非強制性」之基本權干預的運用，如通訊監察此等嚴重的基本權干預居然劃歸在任意偵查下⁵³³，這種區分等同顛覆了憲法優位性原則，縱容刑訴法成為憲法基本權體系的化外之地，而此說援參德國法上強制處分的發展，認為強制處分所表彰的是國家高權強制力的作用，傳統上受訴訟行為理論的影響，認為強制處分屬單純訴訟行為，而定位在訴訟行為的問題在於，訴訟行為救濟上須與本案判決一同救濟，不許強制處分單獨救濟，事實上，除涉及證據排除的為問題外，基本上強制處分合法性的問題與本案判決所涉及的罪責與刑罰，並無必然結合審查的必要性，單純訴訟行為說確實有問題。

於 1950 年代，德國學者 Niese 提出「雙重性質的訴訟行為」的說法，認為訴訟行為可能兼具程序與實體的性質，而強制處分正是這種訴訟行為，如羈押、逮捕就是干預個人的人身自由等，基於其實體的特性，德國學者 Amelung 更提出應揚棄過去強制處分的用語，認為應是「刑事訴訟上的基本權干預」這是因為過去強制處分的用語難以表彰現代型態的干預類型，例如通訊監察為強制處分，但卻因秘密進行，根本沒有強制的成分在內，與傳統強制處分大相逕庭，而德國學者 Amelung 的見解已成為德國多數學說，因此，此說認為應以刑事訴訟中基本權干預取代強制處分的概念，並逐漸成為我國的多數學說。

換句話說，此說似乎是將強制處分的用語代換成刑事訴訟的基本權干預，以彰顯基本權干預的本質，事實上兩者為同義詞，更進一步說，強制處分的判準就是基本權的干預與否，這樣的立場與日本法上的形式權利侵害說似乎大同

⁵³² 整理自林鈺雄，刑事訴訟法(上冊)，6 版，2010 年 9 月，頁 296-297；同作者，同前註 337，頁 189-226。

⁵³³ 該文所引用的是日本學者土本武司的見解，林鈺雄，同前註 337，頁 197 註 17。

小異，但事實上卻大相逕庭，這是因為該說必須搭配「門檻理論」⁵³⁴一併觀察方能完整詮釋此說精神，關於門檻理論的論述，本文簡單整理如下：

首先，干預概念從古典要件論，即判斷是否具有法效性、直接性、目的性、與強制性，到現今大幅度的擴張，將間接的、事實上的基本權影響均納入干預的概念中⁵³⁵，又基於現代法律保留的理論中，不論採取何種見解，國家干預基本權行為都必須法律保留，這也是我國憲法第 23 條的意旨所在，同時我國大法官解釋釋字 443 號建立層級化法律保留的做法，就權利的性質或影響的重要程度，建立不同層級的法律保留，而基本權干預說學者就此基礎上提出「修正的門檻理論」。

傳統的門檻理論認為，司法警察從事干預性的追溯活動時，在一定干預的門檻以下可以援用法律的一般授權條款，所謂的一般授權條款就是刑事訴訟法上關於司法警察偵查權限的一般規定，如刑訴法第 229 條第 1 項、第 230 條與第 231 條等規定，尤其在欠缺物理強制的資訊干預有其適用，相對的，有一般授權規範就有特別授權規範，特別授權規範就是針對該特定偵查行為予以特別規定，如搜索、扣押等強制處分，然傳統門檻理論在德國備受學說批評，認為此等為任務性指示規定難以作為干預授權規定，且違反法律保留之明確性原則，致使司法審查者遁入更模糊的比例原則判斷，另外，傳統門檻理論還會架空刑事訴訟的特別授權規定，使司法警察以一般授權規定，我國學者對此亦有批評⁵³⁶。

而修正的門檻理論則是認為，任務指示規定不必然與授權基礎排斥，且要求立法者鉅細靡遺的制定各種干預細項的授權規範，幾乎是不可能的任務，難以完全排除一般授權條款，不過，為避免一般授權規範的大幅運用，造成架空特別授權規範的疑慮，應對一般授權規範做一定的限制，該說學者認為在四種情形下，司法警察不得以一般授權條款進行干預性的偵查作為，一是立法已經特別授權的情形，如傳統強制處分；二是憲法古典權利清單，該說以通訊監察為例，認為電話監聽就是對於憲法第 12 條秘密通訊自由的重大干預，而調取通聯紀錄對於秘密通訊自由一樣有干預，也不能落入一般授權條款的範圍，簡單的說，一旦落入古典權利清單的基本權，原則上就排除一般授權條款的適用；

⁵³⁴ 有譯為界限理論，參見楊雲驛，「通訊保障及監察法」實施前電話監聽合法性及證據評價的探討－評最高法院 90 年台上字 848 號、91 年台上字第 2905 號及 87 年台上字第 4025 號判決，台灣本土法學，第 57 期，2004 年 4 月，頁 45。

⁵³⁵ 李建良，基本權利理論體系之構成及其思考層次，收錄於：憲法理論與實務(一)，1999 年，頁 85；林三欽，論基本權之侵害，收錄於：李建良、簡資修主編，憲法解釋之理論與實務(二)，中央研究院，2000 年，頁 439 以下。

⁵³⁶ 楊雲驛，同前註 534，頁 45-46。

三是該當刑法構成要件的干預，認為如果該當刑法構成要件的偵查行為，必須要特別授權始能為之，不能援用一般調查權限作為刑法阻卻違法事由或刑訴法的干預授權基礎，這是因為國家不能以犯罪行為來追訴犯罪；四是附帶授權之干預，所謂附帶干預是只為了達到某種刑事訴訟上的基本權干預目的，而附帶的干預了其他的基本權，該附帶干預包含在特別授權規範裡，至於非上述四種情形，則可依一般授權規範為之。

第三款、本文見解

第一目、命題的結合與分離的兩種思維

一、日本法的結合命題

上面介紹了日本法上區別強制處分與任意偵查的諸多見解，其區別實益在於後續的程序擔保，深入的說，強制處分與任意偵查該的區隔，意味著程序健行的寬嚴差異，一旦將特定的偵查行為劃入強制處份的範疇，偵查機關就必須接受發動該偵查行為所必須的代價，日本法上所謂的代價就是任意偵查原則與雙重控制，即立法上的強制處分法定原則與司法上的令狀原則⁵³⁷，而任意偵查則不必受這些原則的拘束，僅須受緊急性、必要性與侵害性質、程度的約束，並受事後法院相當性的檢驗，但本文觀察日本法上對於不相當或違法的任意偵查，雖說可以連結證據排除，不過所有權衡的結果都是「不排除」該證據，換言之，形式上宣告了偵查行為違法，但實質上所得證據還是可以使用，這樣的結果可以說是毫無控管可言。

本文所要指出的是日本法上的現象，是將強制處分與後續正當程序的踐行結合，一旦認定為強制處分就必然要給予高度的程序控管，正是這樣的程序級距差異使日本實務與學說致力探求兩者區別基準，權衡偵查效能與人權保障之間的關係。

二、基本權干預說的分離思考

上開我國學者援參德國法，主張應以刑事訴訟的基本權干預取代強制處分，實質上可以說就是將強制處分的判準繫諸於是否干預基本權，似乎類似於日本法的形式權利侵害說，事實上從上開整理可以發現並非如此，因為此說並非如同日本法的結合思維，換句話說，並非是干預基本權行為就必須有高密度的程序要求，而是從我國層級化法律保留的觀點，證立修正的門檻理論的正當

⁵³⁷ 強制處分是否必然採取令狀原則，事實上日本法上有競合說與限制說的爭議，不過多數應該還是採取競合說的立場，井上正仁，同前註 308，頁 2；不過日本法上還有採限制說的見解，認為僅人身自由或住居自由等強制處分方須採取令狀原則，後藤昭，強制處分法定主義と令状主義，法學教室，245 号，2001 年，頁 10；中文介紹，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 11-12。

性，並藉此加以區分哪種刑事訴訟的基本權干預要特別授權，哪種適用一般授權即可，最後的問題是，縱算認為須特別授權，也不必然連結令狀原則(或所謂的法官保留原則)，如何確認是否須以令狀為之，該說並沒有提供進一步的說明。

第二目、主流學說的問題

一、基本權干預說的疑慮

從結構上看來，基本權干預說是將強制處分的認定放寬，之後再依其歸類給予不同的授權方式，而日本法則是聚焦在強制處分的認定，之後一律給予高度的程序保障，兩者似乎不謀而合、殊途同歸，但仔細觀察可以發現，兩者不僅不同，基本權干預說實際上還存在著些許缺陷：

第一，無法解決新型態的干預的問題，深入的說，基本權干預說搭配的修正門檻理論，雖說提供四種情形須特別授權規範，但該四種情形都建立在憲法明確規定或法律明文的前提下，具體來說，如重大干預隱私權的偵查行為，可以發現其既非既有規定、也不在憲法古典權利清單當中、當然也非附帶干預行為，是否該當刑法構成要件行為也有爭議時，依據此理論不就是應該適用一般授權條款？似乎未見該理論的說明⁵³⁸，似乎過度重視偵查立利益，而犧牲對於基本權的保障。

第二，該說僅對於是否要特別授權規範作論述，而授權規範的密度則隻字未提，例如是否須採行令狀原則等，似乎完全委諸立法機關加以設定，這樣的作法顯然過度信賴立法機關的能力，但另一方面，該學說在論證修正門檻理論時，卻又以身體檢查處分為例，認為立法者可能不分青紅皂白的授權所有可能的干預型態，顯示出對於立法者的不信任，立場究竟為何，似乎不得而知。

第三，該說批評強制偵查(處分)與任意偵查(處分)的區分忽視「非強制性」干預基本權的問題，但該說似乎將強制處分與任意處分的界分，還停留在形式強制力說的年代，完全忽視日本法上已經有新的發展與變化，進而提出錯誤的批評，何況其認為輕微干預一般人格權可以適用一般授權規範，何謂輕微？有輕微就表示應該有重大，實質上也蘊含了侵害程度的思維，但卻未如日本法連結高度的程序保障，也未提出在採行令狀原則的基準與時機，在如此規範的密度未設下的底線的情形，似乎有不盡周延之處，是以，本文難以採取基本權干預說。

最後，事實上我國釋字 631 號解釋已經明確指出：「……為制衡偵查機關之

⁵³⁸ 輕微干預一般人格權(包括相關的資訊自決權)適用一般授權規範，卻未提及重大干預的情形，林鈺雄，同前註 337 頁 221。

強制處分措施，以防免不必要之侵害，並兼顧強制處分目的之達成，則經由獨立、客觀行使職權之審判機關之事前審查，……」顯示我國強制處分的實施須有中立法院的授權，明確採行令狀原則，並非採取基本權干預說加上門檻理論。

二、重要權利實質侵害說的危險

井上教授所提出的重要權利實質侵害說，在日本法中似乎已有通說化的趨勢，但該說強調自己須考量權利的「質」即必須是「重要權利」這點，本文在不禁有些許疑慮，首先，權利什麼樣是「重要」、什麼樣是「不重要」其區別基準為何似乎無法得知，再者，如三井誠教授的批評，過度強調重要權利的面向，將使透過形式強制力說已判斷的強制處分，可能因非重要權利的侵害，而落入任意偵查的範圍，此時，重要權利實質侵害說已向中間領域說靠攏，進而產生弱化強制處分法定的危險，就利益衡量觀點，有過度側重事實份量與偵查效率⁵³⁹，而不當擴張任意偵查範圍的問題，而稻谷龍彥教授也表達過類似看法⁵⁴⁰，認為重要權利實質侵害說，是使用「重要性」的概念，將偵查活動所帶來的社會利益考量在內，換句話說，一旦著眼於權利的「質」(性質、價值)，決定「甘受一定程度權限濫用風險」的偵查活動(任意偵查)和「相當程度封鎖權限濫用風險」的偵查活動(強制處分)時，將以謀求偵查活動的最適化的角度，考量社會法益的最大化，然而，從所謂社會法益最大化角度，就會產生最小化被限制、侵害權利的效果，原本權利保護的準則就不再有必要。

第三目、階層化強制處分概念

在現代法治國的思維下，本文認為程序的密度取決於對基本權干預程度的多寡，而強制處分作為刑事偵查中對於基本權的干預最為顯著，僅以基本權干預一說加以描述，無從顯示其干預的程度與後續程序的關聯性，是以，本文認為強制處分的用語不能揚棄，並應賦予其新的內涵，將強制處分作為連結強制處分法定原則(即特別授權)與令狀原則的概念，一旦認定為強制處分就應有法律明定與令狀授權，受到來自立法權與司法權的雙重控制，簡單來說，本文是採取日本法上的結合思維，那進一步的問題是，該如何認定強制處分？基準為何？

本文強調程序的密度取決於對基本權干預程度的多寡，那受到上開雙重控管的強制處分，必然是須要侵害至一定程度，而觀察我國大法官釋字 443 號解

⁵³⁹ 三井誠，同前註 420，頁 80。

⁵⁴⁰ 稲谷龍彥，*刑事手続におけるプライバシー保護—熟議による適正手続の実現を目指して*，弘文堂，2017 年 12 月，頁 66-68。

釋，將原先我國未層級化的權利體系，依據權利性質與影響程度加以分級，構成層級化的法律保留，雖說釋字 443 號解釋僅在處理法律保留的問題，但法律保留在刑事訴訟的體現即是強制處分法定原則，因強制處分與強制處分法定的連結，該「依據權利性質與影響程度加以分級」的判準同樣會連動到強制處分的認定基準上，不過，誠如上開學說的批評，重要權利實質侵害說可能有過度偏重偵查效率，致使對於基本權保護窄化的問題，本文也同意學說的批評，不過，為尊重我國對於層級化法律保留已成為實務的現實，判斷上仍必須參酌權利的性質，但為涤除上開學說所提出的疑慮，應盡可能將重要權利予以明確化，並透過重要性判斷的明確化，進而抑制社會法益最大化的危險，上開重要權利實質侵害說仍有可採之處，另外，關於有形力行使的要素，本文認為其仍存在著一定的價值，蓋對於來自偵查單位最為直接的物理強制力，難以否認其必須受到管控的本質，而幸運的是，我國不像日本法有昭和 51 年判例(判例中日本最高法院認為並非所有有形力的行使就必然該當強制處分)，大幅放寬偵查機關使用物理有形力的權限，另外，還必須處理所謂「壓制個人意思」或「合理推定違反個人意思」的問題，本文認為兩者的最大公因數基本上就是「未得處分對象明示同意」再者，我國不如日本實務有其論述的歷史脈絡須層層演進的論理負擔，是以，本文認為在兼顧新型態、隱密性偵查與傳統偵查作為間的特性，強制處分通常是未得處分對象明示同意的偵查作為⁵⁴¹，為兼顧上開要素的調整，本文認為除了未得對象明示同意外，在判斷是否為強制處分時，須分成三個階段：

⁵⁴¹ 實事實上這裡有個弔詭但又更深層的問題是，如果「未得處分對象同意」為強制處分的要件或前提，那一旦經當事人同意的強制處分就不再是強制處分，例如同意搜索就不是強制處分，關於這個問題本文初步的見解是認為，今天之所以要將一特定偵查作為認定為強制處分，是為了與程序保障的密度做結合，而當某一偵查作為在未得同意的情形下應被認定為強制處分時，並不應該因為當事人的同意而影響程序保障的密度，至多是說該同意可以取代原本的監管程序，進一步說，以同意搜索為例，就是將原本令狀程序改為同意機制，此時，原先所注重的程序密度就會轉向涵化在同意機制與判斷，例如書面明示同意、是否得隨時終止、是否須加重告知等保障，程序保障以他種面貌呈現，因此，不能因沒有違反、壓制個人意思或得明示同意此等主觀要素，架空原本應該要有的程序要求，反而是將該等要求轉向於確保同意的機制上，總而言之，在強制處分概念與程序保障密度結合的前提下，本文會認為與其說強制處分是以違反、壓制、合理推定違反個人意思或未得明示同意為要件，毋寧說這只是強制處分的原始想像，縱算得當事人同意仍不應就此棄守應有的程序保障，更明確的說，本文初步的立場是並不以違反、壓制、合理推定違反個人意思或未得明示同意為必要要件，只是大多的情形下的強制處分是有違反、壓制、合理推定違反個人意思或未得明示同意，是以，以上開所舉的同意搜索，本文認為同意搜索仍是強制處分，而其程序保障就轉為同意機制之上。這裡事實上就是基本權拋棄的效果問題，本文的上述立場與多數學說認為有效拋棄基本權就不構成干預的立場並不相同，不過，對於程序保障要求的結果是一樣的，多數見解的介紹參見程明修，基本權拋棄，月旦法學教室，第 35 期，2005 年 9 月，頁 6-7；李敏瑞，論強制處分之同意，國立政治大學法律學研究所，2003 年，頁 11-41；與本文相近的立場，林鈺雄，同前註 532，頁 293-294。

第一階段，先判斷是否存在強制力，即傳統上物理強制力與間接強制力的情形，如為肯定，那就毋庸進行下一個階段的判斷，直接認定為強制處分，如未有強制力的行使或難以判斷時，則進入下一個階段的判斷。

第二階段，應須衡酌該權利性質，本文認為應以憲法上的基本權區分，即古典權利清單與釋憲實務所承認的基本權作為基準，一旦有涉及古典清單的基本權與釋憲實務所承認的基本權即可肯認其重要性，一方面考量權利性質，另一面降低以重要性排除於強制處分認定範圍外的風險，不過，如未在古典清單的基本權與釋憲實務所承認的基本權內，司法實務仍可就該新興權利對於人民生活影響，是否與過去釋憲實務所承認的基本權相當，判斷其是否具重要性，以避免新興權利的出現馬上被排除在外。

第三階段，在確認涉及權利的性質後，須判斷是否對於該重要權利造成實質侵害，而所謂實質侵害，必須就各該權利本質加以認定，加以設定標準，深入的說，如果已經完全剝奪該權利者，必然是實質侵害，如僅為限制者，就須衡諸各個權利設定不同的基準，不過，應注意此時該權利已受權利性質的判斷，不必再考量權利「質」的問題，僅需求諸侵害的「量」是以，這裡所謂的實質侵害並不等同公法上所稱的干預，畢竟公法上所謂的干預相當寬泛，縱使是事實上的影響都可能構成干預⁵⁴²，而實質侵害的概念可以理解成須干預至一定的程度(量)，方構成強制處分。

事實上，上開階段化判斷是將日本學說形式強制力說、權利實質侵害說與重要權利實質侵害說加以結合，透過各說套疊方式互補其缺陷，達成統一強制處分定義的機能。

第三項、強制處分與正當程序

在確認了強制處分的界線後，接下來就必須說明強制處分所連動的程序保障，這也是本文強調程序設定門檻的密度須與侵害基本權的程度相當，是以，本文有必要在此說明與強制處分相關的程序保障，並分成憲法比例原則的調控、強制處分法定的立法控制與令狀原則的司法管控三個層面加以解析。

第一款、憲法比例原則的調控與任意偵查原則

基於憲法所揭示的比例原則，如果可以達到相同的目的、效果，應優先使用侵害基本權較小的手段，而這樣的落實在偵查之中，學理上稱為「偵查比例原則」既然前述提及強制處分屬侵害基本權重大的偵查行為，那相對於強制處分的任意偵查應該是較為優先使用的手段，日本多數學說都認為舊日本刑訴法

⁵⁴² 林三欽，同前註 535，頁 444-450。

第 197 條的規定可知，強制處分使用受法律所設定的門檻與時機的限制，任意偵查自是偵查主要的行為，而這樣規定的實質依據在於，強制處分都伴隨著對於人民權利的侵害，應盡可能的避免使用侵害人民權利的手段進行偵查，而我國學說上甚少有提及此原則，僅少數學者強調，在我國法架構下，基於憲法第 23 條之本旨就是在強調國家不得為實現具體刑罰權，而在程序上恣意限制國民人身、居住或財產等權益，應盡量在不侵害國民實質自由的前提下遂行發現真實之目的，是以，應採行任意偵查原則，而任意偵查原則即是偵查比例原則體現的面向之一。

不過這裡必須強調的是，不是落入任意偵查就毫無約制，日本最高法院昭和 51 年決定認為「……至於未達上述程度的有形力行使，則為任意偵查所容許，然縱使是不合於強制手段的有形力使用，也有侵害法益或侵害之虞，如不問狀況一律容許，則亦非妥當，應考量必要性、緊急性等之後，在具體的狀況下認為相當者，始能被容許……」即任意偵查應有必要性、緊急性與相當性的限制，而日本學說對於任意偵查適法性的見解，也大多建立在此一判例所揭示的判斷基準上，本文簡單整理如下⁵⁴³：(1)有採社會相當性說，認為對於不合於強制處分的任意處分，縱使有侵害對象的權利、法益，如在社會認可相當的範圍內，仍應視為合法，將適法與否求諸社會通念所能容許的界線；(2)被侵害權利均衡說，則認為昭和 51 年決定所說的「相當」的一語應被視為依據所實施的任意偵查，不逾越被侵害權利、法益與偵查的必要性、緊急性的均衡，而任意偵查適法性的判斷乃是，在比例原則的適用下，應判斷被侵害權利、法益和搜查的必要性的均衡；(3)另有見解基礎上維持被侵害權利均衡說的立場，提出行為規範形成說，認為從「偵查手段的法律規制之終極的目標，乃防止產生對於對象者不合理的法益侵害」的觀點來看，對昭和 51 年決定所謂的「相當性」一語，是為了提示偵查機關的「行為規範」；(4)另外還有見解提出適正說，同樣也是一邊維持與被侵害權利均衡說同樣的立場，不過，認為基於基本權的保護觀點，不限於實際有權利的侵害，更從侵害之虞的偵查手法「適當度」的觀點，予以影響法律的規制。

不論依照上述實務或學說的判斷基準，一旦逾越了上開界線，就會違反日本刑訴法第 197 條第 1 項，構成不適法或不相當的任意偵查，而認定為不適法或不相當的任意偵查後，將會有兩條路徑的發展，一是被認定為強制處分，並因未以令狀實施而違反令狀原則，進入證據排除階段的權衡判斷；二是認為單純的任意偵查違法，而進入證據排除的判斷，不過，因為是任意偵查違法，日

⁵⁴³ 整理自稻谷龍彥，同前註 540，頁 80-85。

本實務在證據排除上，又採取相對排除說，因此，就本文所知迄今未有因單純的任意偵查違法，而其所得證據的證據受到排除的案例，因此，本文認為上開學說擇採並非重點，而是後續連結證據排除法則的問題⁵⁴⁴，然這已經超出本文所能觸及的範圍，在此本文只是說明，並非落入任意偵查的守備範圍就無合法性的控制，另外在實施偵查行為時，不論是任意偵查或強制處分，都是國家公權力的展現，均必須遵守比例原則。

第二款、立法控制—強制處分法定原則

第一目、強制處分法定原則的意義

強制處分的第二個控制機制，就是強制處分法定原則，所謂強制處分法定原則，是指舉凡強制處分都應有法律予以明定，偵查機關方得實施該強制處分，日本法上以日本刑訴法第 197 條第 1 項但書有明文規定，日本學說多認為，強制處分法定原則的實質根據在於日本憲法第 31 條：「未經法律規定的手續，不得剝奪任何人的生命或自由，或科以其他刑罰。」所揭示意旨，就是關於剝奪個人生命或自由等重要權利、利益的處分，藉由法律明定其要件和程序加以防止國家濫用該等處分，將允許使用該等處分的決定權回歸國民主體本身，強制處分法定原則就是蘊含了透過作為國民代表的國會有意識且明示的做出決斷，換言之，強制處分法定原則是在強調，強制處分這等對人民權益有重大影響的處分，須由作為國民代表的立法機關為事前、一般性的統合制定，如何發動、有關內容、型態與處分要件、程序等正當偵查程序的設定，都應由立法機關以法律的形式加以預先告知，作為國民行動自由的民主擔保，而規制的對象就是身為偵查機關的行政機關與職司法律解釋的司法機關，也就是說，偵查機關僅能實施刑訴法所規定的強制處分，司法機關也不能僅依法解釋自行創造或追認強制處分。

不過上開看似清楚的論述，在日本學界並沒有被清楚的釐清，這是因為過去諸多見解，尤其是以日本已故知名刑事法學者田宮裕教授為首的見解，認為強制處分法定原則的實質內涵在令狀的規範，將令狀原則與強制處分法定主義混同視之⁵⁴⁵，近來許多學者已開始認真的區分強制處分法定與令狀原則的差異性⁵⁴⁶，本文認為強制處分法定原則是立法層面的控制，令狀原則是司法層面的

⁵⁴⁴ 本文的基本立場是認為違法的任意偵查應受證據排除法則的檢驗，也就是說須有事後司法檢驗的空間，類似立場，陳運財，同前註 537，頁 10。

⁵⁴⁵ 田宮裕，*捜査の構造*，有斐閣，1971 年，頁 253；渥美東洋，*刑事訴訟を考える*，日本評論社，1988 年 1 月，頁 7-8。

⁵⁴⁶ 井上正仁，同前註 308，頁 28-32。我國法學說上也有強調兩者不同，陳運財，同前註 534，頁 10-13。

控制，兩者所強調的面向相當不同，不能加以混淆，綜上，強制處分法定主義機能有二，第一是作為偵查機關所為偵查活動的行為規範，第二是在宣示立法機關方得對於強制處分具體內容、發動要件、程序等進行慎重的討論，而以實定法的方式創設。

第二目、強制處分法定原則與法律保留的分野

無獨有偶的是，我國雖說僅少數學者對於強制處分法定原則有深入討論⁵⁴⁷，認為強制處分法定原則是可從我國憲法第8、23條導出，並透過刑訴法的1條加以宣示，以事前規制的方式防止強制處分遭到濫用，但我國多數見解則是透過公法上法律保留的概念加以論述，認為就最狹義的侵害保留而論，應認為只要是公權力行為侵害基本權者，就應有法律明文加以授權，強制處分既然是國家機關在刑事程序中對於基本權的侵害，那理應也有法律加以授權才能發動，本文認為法律保留是憲法上的原則，可向下輻射至刑事法中，此點並無疑問，不過，本文認為法律保留與強制處分法定主義仍有一定的差異⁵⁴⁸，這是因為法律保留僅在強調公權力侵害行為必須要有法律加以授權管控、什麼樣的事項必須要由立法機關制定(憲法保留、國會保留等層級化保留)，卻未說明需要在法律中規定些什麼，並全權交付給立法機關決定，為立法者自由形成的空間⁵⁴⁹，然而強制處分法定原則則是強調強制處分須要法定以外，更須要在法律中事先明定發動要件、程序等⁵⁵⁰，表面上看似拘束行政機關與司法機關，實際上也在要求立法者要為詳盡的規範，這種特定程序保障的要求，與傳統上法律保留原則似乎又更為清楚，也是這樣的實質內容才能使強制處分法定原則有必要被強調，我國學說就有將強制處分法定原則與明確性原則、正當性原則一同論述，意義即在強化強制處分法定原則的立論基礎⁵⁵¹，因此，本文認為雖說有法律保留原則存在，不過，在刑事程序中仍有承認強制處分法定原則的必要性，同時，也不妨將強制處分法定原則視作法律保留原則及諸多憲法原則(如明確性原則、正當法律程序等)在刑事程序的化身，或者是將強制處分法定原則作為更高強度的法律保留亦無不可，所以與其說強制處分法定原則類似於法律保留原

⁵⁴⁷ 整理自陳運財，同前註454，頁14-19、298-300。

⁵⁴⁸ 綠大輔，最高裁判例と強制處分法定主義、令狀主義—1976年と2017年，收錄於指宿信編，GPS検査とプライバシー保護—位置情報取得検査に対する規制を考える，現代人文社，2018年4月，頁198-200。

⁵⁴⁹ 不過不表示立法者可以恣意形成任何法律，仍受憲法比例原則、平等原則與明確性原則的基礎原則的規範，本文在此只是凸顯法律保留與強制處分法定原則守備範圍的不同而已，並非否定法律保留原則。

⁵⁵⁰ 日本法上類似的看法，綠大輔，同前註548，頁200。

⁵⁵¹ 陳運財，同前註454，頁17-18。

則，毋寧說更趨近於正當法律程序原則的要求，另外，強制處分法定處分原則更具有將強制處分予以「類型化」的機能存在⁵⁵²，總之，強制處分法定原則較公法上所謂法律保留更強調必須以法律形式規範程序要件，並要求明確、合理與適當性，方合於「程序設定門檻的密度須與侵害基本權的程度相當」的基本法理。

最後，必須強調的是，承認強制處分法定原則，不必然排斥法律保留原則，毋寧是說同時保有強制處分法定原則與法律保留原則，這樣的作法看似疊床架屋，但實則是在確保強制處分應有的法律規制有清晰的輪廓，而統包性的將諸多憲法原則涵化在此一概念之中，另外，在任意偵查的情形也可以清楚的區分此二概念，在任意偵查中無強制處分法定原則的適用，但仍可能有基本權的侵害而有法律保留的約制，只是密度不必如強制處分法定的程度而已，此點須予以辨明。

第三款、司法抑制—令狀原則

在立法控制後，接下來是強制處分的司法抑制，強制處分的司法抑制體現在令狀原則上，令狀原則的實質根據在於，防止行政權力的濫用，透過中立、超然的機關作為強制處分的發動門檻，確保處分本身在個案的合法性，我國大法官解釋釋字 631 號解釋理由書中也說明：「……為制衡偵查機關之強制處分措施，以防止不必要之侵害，並兼顧強制處分目的之達成，則經由獨立、客觀行使職權之審判機關之事前審查，……」說明了我國強制處分須有令狀授權方得實施，而歸納令狀原則的意涵應該有四⁵⁵³：(1)須由獨立於偵查機關的中立機關進行令狀審核與簽發，有學者稱簽發者中立超然原則，而這個中立、超然的機關應是指狹義的司法機關(即法院)而言，不包含作為偵查主體的檢察官，而既然要求中立超然，對於令狀簽發有利害關係者，也不能作為簽發者，如檢察首長等均不宜作為簽發主體，是以，多強調原則上不能委由偵查機關加以判斷、裁量⁵⁵⁴(2)必須事前為之，這是因為事後審查容易因已取得所需證據，而形成不利於被告的心證，流於事後諸葛之嫌，因此，原則上應事前為之，(3)相當理由的控管，相當理由是在確保人民權利不受恣意侵害，並給予偵查人員一定的容錯空間，而透過中立的司法機關即可檢視是否有相當理由的存在，確保相當理由的控制機能，(4)明確特定原則，基本上要求令狀必須明確，不可為空白記載或授權，以架空令狀原則由中立第三者介入控管的意義，最後補充說明，令狀

⁵⁵² 綠大輔，同前註 548，頁 200。

⁵⁵³ 陳運財，同前註 454，頁 16、同前註 537，頁 10-11。

⁵⁵⁴ 後藤昭，同前註 537，頁 10。.

原則並不是絕對的要求，在緊急情形下，仍舊容許偵查機關發動緊急處分權，以因應多變的偵查情形。

第四項、小結

在本節中本文確認了犯罪預防與犯罪偵查的界線，須採取修正客觀說的立場，就是原則上以一般、理性、有經驗的偵查人員在相同情況下，認為已有偵查開始初始嫌疑，並輔以當時執行職務的目的、警察人數、手段以及可疑人的對應方式、侵害權益種類、程度與當時周遭環境綜合判斷，例外在上開客觀情事均不足認進入偵查，而該當本案警察主觀上認為進入偵查時，以該當本案警察的主觀為斷，並就強制處分的概念提出階層式判斷流程，以避免任一學說有所偏失，並透過各學說的串聯相互補遺各自的缺漏，以確認強制處分的概念，而認定強制處分後，其意義在於緊接而來的程序擔保，防止公權力恣意侵害人民權利，就此，本文提出須有刑訴法上三個層面的管控，第一是基於憲法所揭示的比例原則，並有任意偵查原則的適用，同時強調任意偵查既然也是公權力行為也必有一定適法性的要求，不過相較於強制處分可以適用更寬鬆的控制，第二是立法的控制，即強制處分法定原則的適用，並說明強制處分法定原則與法律保留有相互重疊，但強制處分法定原則又有更加細緻的要求，即要求強制處分必須要有法律加以明定程序要件，並加以明確、適當，最後則是來自司法的抑制—令狀原則，藉由令狀原則加以抑制偵查機關的恣意，達到對於人民權利的保護。

第二節、隱私權與合理隱私期待

在討論完強制處分的定義後，接下來的問題就是，GPS 等技術運用的科技定位偵查，究竟對於人民什麼樣的權利有影響？有多大的影響？從上一章外國法的討論中，可以發現多數判決與學理都是聚焦在隱私權的探討，這是因為科技定位偵查有透過位置資訊，探知個人在私生活中到底做了什麼事的功能，是以在此，本文先就隱私權的概念出發，並介紹其內涵和發展，在進一步延伸至合理隱私期待的概念，探討個人在公開場所的位置資訊是否有可能受合理隱私期待的保障。

第一項、隱私權的濫觴與發展

第一款、隱私權濫觴與理論

第一目、隱私權的萌芽

1873 年，英國哲學家 James Fitzjames Stephen 在其著作《Liberty、Equality and Fraternity》談及隱私的概念，他將隱私的內容描述為「生活隱密且敏感的關係」認為粗鄙的行為將使生活隱密且敏感的關係，帶來痛苦與持續精神的傷害，而首次將隱私帶入法律當中討論的，則是美國知名法學家同時也是法官的 Thomas M.Cooley，他在自己所著作的《侵權行為法論》(A Treatise on the Law of Torts)中，認為個人權利中有所謂「人身豁免」(Personal Immunity)，即個人有獨處的權利(the right "to be let alone")，但 Cooley 法官並未就獨處的權利做論述。

而這個「to be let alone」的概念卻被 Samuel D.Warren 與 Louis D.Bradley 二人發揚光大，在二人刊登於 Harvard Law Review 的〈The Right to Privacy〉一文中，將隱私權做了有系統的論述，這篇文章的起點是因為 Warren 出身紙業名門，其家庭自然成為報章雜誌的對象，並將其私生活見諸於眾，Warren 對此大為不滿，找來了當時同是律師的同學 Bradley 共同發表了〈The Right to Privacy〉一文⁵⁵⁵，在該文首先說明社會發展和經濟環境的轉變，從過去普通法承認有形身體與財產的保障，到現今已經有對無形精神保障的需求，必須承認新興權利的存在，而過去對於保障生命權的理解是免受暴力的對待，也因對無形精神、感情與智慧保障的需求轉變成享受生活的權利，這種權利稱之為「獨處而不受干擾」(the right "to be let alone")的權利，Warren 與 Bradley 認為當時因報章雜誌與照相技術的興起，而且諸多機械設備使「壁櫥內的低語從屋頂上被宣揚」的預言成真，八卦媒體產業迅速蓬勃與浮濫，使被報導的人受到的精神折磨與苦痛，遠超越單純身體傷害的痛苦，並導致社會道德與價值的低落，Warren 與 Bradley 進一步探討當時實務與法律是否有適當保護個人的隱私權，其保障的性質與程度如何？

Warren 與 Bradley 認為侵害隱私與誹謗、著作權、默示合意和信賴關係等關於保障精神面的法律，都無法完整涵蓋個人認知、思想和情感的傷害，不過，Warren 與 Bradley 在普通法中發現，過去法院確保了個人決定其思想、感情與情緒在何範圍內傳達給他人⁵⁵⁶，況且在美國制度下，除非坐上證人席，個

⁵⁵⁵ Samuel Warren & Louis Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 Harvard L.R. 193 (Dec. 15, 1890).

⁵⁵⁶ 這裡所謂的普通法是指 1769 在英國的 Millar v. Taylor 案，Yates, J., in Millar v. Taylor, 4 Burr.

人不會被迫表達自己的意見，縱使傳達給他人後，個人仍保留限制個人思想、感情與情緒公開的程度，這個權利不取決於表達方式，也不取決於個人思想的程度或價值，這種關於決定個人思想、感情與情緒是否公開的權利，只是獨處權利的具體事例，這種個人表達物的保護，並不是來自財產權的保護，而是基於人格權的不可侵犯，然而隱私權當然也不是絕對的保障，在四種情形下，隱私權並不受保障，一是涉及公益、二是依據法律可傳播、三是口頭散步而未造成特別損害、四是本人散佈或同意者。

而這樣的理據也一直延續至 Brandeis 擔任美國最高法院大法官時期，Brandeis 大法官在 Olmstead 案中即表達了不同意見，認為獨處的權利是制憲者給予人民對抗政府，最為全面與價值的權利⁵⁵⁷，而後 Katz 案推翻了 Olmstead 案，即採取 Brandeis 大法官的見解，而 Abe Fortas 大法官也認為，將隱私權定位為獨處的權利，是給予個人選擇生活的權利，除有正當理由外，免於受他方侵犯的權利⁵⁵⁸，William O.Douglas 大法官也表示，根據 Brandeis 大法官的說法，所謂獨處的權利包含了個人規劃自己生活的特權，每個人都有權利以自己認為最好的方式過生活；不過這樣的說法並不是每個學者都認同，反對學者通常認為，Warren 與 Brandeis 所說的隱私權範圍過於廣泛，如法學家 Anita Allen 就認為，如果隱私權被界定為獨處而不受打擾的權利，那任何形式的冒犯或傷害行為，都可能直接被認定侵害他人的隱私權⁵⁵⁹，另外，Daniel J. Solove 教授也引述哲學家 Ferdinand Schoeman 的說法，Brandeis 大法官從來就沒有定義過何謂隱私權⁵⁶⁰。

不過，就該年代 Warren 與 Brandeis 指出這樣的概念已屬難能可貴，歸納 Warren 與 Brandeis 所謂獨處權利(the right "to be let alone")，除了對於空間內的寧靜，更著重在個人私密生活的保持，並強調保障個人決定其思想、感情與情緒在什麼範圍內傳達給他人⁵⁶¹，並有權決定傳播的範圍，換句話說，隱私權一開始的界定，是包含對於私生活資訊保障，而不侷限在空間的保障，更精確地說，隱私權一開始的用意，就是處理私密事項進入公眾的問題。

^{2303, 2379 (1769). [p. 198 Note 2 in original.]}

⁵⁵⁷ *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438, 478 (1928)(Brandeis,J.,dissenting).

⁵⁵⁸ *Time, Inc. v. Hill*, 385 U.S. 374 (1967)(Fortas,J.,dissenting).

⁵⁵⁹ Anita L. Allen,Uneasy Access: Privacy for Women in a Free Society 7(1988).

⁵⁶⁰ Daniel J. Solove,Understanding Privacy18(2008).

⁵⁶¹ 相同的觀察，陳效瑄，刑事偵查「第三人原則」與「隱私之合理期待」—以偵查機關向網路服務提供者調取非內容性通訊資料為例，國立政治大學法律學系碩士論文，2018年7月，頁59。

第二目、概念化取向的理論

在 Warren 與 Brandeis 二人提出隱私權的概念後，各學者對於這個新興權利的出現都深感好奇，正如上開哲學家 Ferdinand Schoeman 所說，Warren 與 Brandeis 所說獨處的權利並沒有明確的定義，因此學說上並就其概念界定與範圍，各自提出主張，依美國隱私權著名學者 Daniel J. Solove 在著作《Understanding Privacy》一書的歸納，有以下各說：

第一個學說是限制接近理論，此理論認為隱私權可以理解成「個人有所隱藏，並與他人區隔」相當類似於獨處權利的說法，最早提出此說法的作家 E.L Godkin 認為就是任何人有權將自己的事務留給自己，並決定什麼事延伸至公眾觀察與討論⁵⁶²，和決定觀察討論的程度⁵⁶³，其後經學者 Sissel Bok、Hymn Gross 等學者支持，但反對此說者認為，此理論並未說明什麼是接近隱私？哪種程度的接近是構成侵害隱私？對此學者 Ruth Gavison 認為孤獨(solitude)、秘密(secracy)與匿名(anonymity)為限制接近三個獨立且不可稀釋的要素⁵⁶⁴，不過這個的說法 Solove 教授質疑，Gavison 的見解未將如騷擾行為與政府對於身體健康、家庭等重要決定的介入納入隱私保護，似乎有不夠周延的疑慮。

第二個學說是秘密理論，是將隱私理解為對某件事保密，而公開揭露先前隱藏的資訊，即會被認定為侵害隱私，根據法學家同時也是法官的 Richard A. Posner 的說法，認為隱私一詞包含了兩種面向的利益，一種是獨處的利益，另一種是對於自我資訊的隱藏，個人有權隱藏私密資訊，防止他人利用該等資訊對自己不利⁵⁶⁵，Solove 教授認為秘密理論算是限制接近理論的分支，但卻又比限制接近理論更為狹窄，因為他只有一種標準，就是個人事務的隱藏，也是因為這樣的標準，在法律的脈絡下，秘密的概念往往會導出一項結論，就是一旦揭露於眾，不論是多微小揭露，都將不再保持秘密，進而在不享有隱私權的保障⁵⁶⁶。

第三個理論是個人資訊控制理論，該理論是認為隱私權即是對於個人資訊的控制，學者 Alan Westin 認為，隱私是個人、團體或是機構決定關於自己的資訊何時、如何的傳遞給其他人，與傳遞到什麼程度，許多學者也表示過類似的意見⁵⁶⁷，例如 Arthur Miller 就認為，隱私的實益性質就是在於，個人有能力去

⁵⁶² SOLOVE,*supra* note 560, at 19 (citing E. L. Godkin, *Libel and Its Legal Remedy*, 12 JOURNAL OF SOCIAL SCIENCE 69, 80(1880)).

⁵⁶³ *Id.*(citing E. L. Godkin, *The Rights of the Citizen: IV. To His Own Reputation*, Scribner's Magazine (1890),at 65).

⁵⁶⁴ *Id.* at 20(citing Ruth E. Gavison, *Privacy and the Limits of Law*, 89YALE L.J.(1980)423,426,433.)

⁵⁶⁵ *Id.* at 21(citing Richard A. Posner, *The Economics of Justice*272-273(1981)).

⁵⁶⁶ *Id.* at 22-24.

⁵⁶⁷ *Id.* at 24(citing ALAN WESTIN, PRIVACY AND FREEDOM 7 (1967)).

控制關於他個人資訊的流通⁵⁶⁸，Charles Fried 則認為，隱私不僅是隔絕他人對於自我資訊的認知，更是我們自己對於自我資訊的控制⁵⁶⁹，美國最高法院也曾經在案中表示，隱私由個人資料的控制所構成，然而這樣的理據，Solove 教授認為太過狹隘，這是因為此理論聚焦在資訊本身，卻忽視非資訊性的隱私面向，如身體、生養小孩等基本決定，David M. O'Brien 教授也認為⁵⁷⁰，隱私權很多是涉及私人活動的自由，而不是資訊的揭露與否，加上此理論也未進一步界定，個人有權控制哪種類型的資訊，學者 Ferdinand Schoeman 也指出這樣的理據是錯誤的假定個人可以自由裁量什麼應該受保護，換句話說，此理論關注的是個人要所有資訊的控制權，但隱私不單是個人特權的主觀問題，同時也是社會上認為是否適當保護的問題，另外還有如何實施控制的問題，法律經濟學者 Richard Murphy 認為可以將個人資訊視作財產權⁵⁷¹，但這樣的理據忽視資訊與有體物不同，資訊更容易被傳播一旦被知悉就難以根除，這也是著作權所保護的是表達而不保護思想，此外個人資料未必是本人所創造的，往往大部分的訊息都是與他人共同創造。

最後，過度聚焦在個人的控制上，學者 Paul Schwartz 認為⁵⁷²此理論的加設前提是在知識與權力落差的情形下，個人仍能對於自己的資訊做出有意義的選擇，然這樣的前提是可疑的，因為個人可能在不知情的情形下提供資訊，更重要的是，隱私是社會結構的一個面向，不僅涉及個人控制更涉及資訊的社會控管，總之，Solove 教授認為當學者們無法定義何謂「控制」時，將使隱私定義過於模糊、失之過寬或失之過窄，並忽視隱私領域的決定自由。

第四個理論是人格權理論，在 Warren 與 Brandeis 的文章中，曾經指出獨處不受干擾的權利，是基於不可侵犯的人格權而來，哲學家 Jeffrey Reiman 認為隱私權保障一個人的行程、存在與保持，美國最高法院也在多個判決中闡述格權理論運用在隱私決定當中，並強調隱私是使人獨立的做某類重要決定的利益，然而，Solove 教授認為人格權理論為對人格加以定義，無助界定隱私權與其範圍，事實上，人格權的完整仍仰賴如言論自由等其他自由權加以保護，並非單單隱私權可以處理，以人格權加以闡述隱私似乎過於寬泛。

第五個理論是親密理論，此理論著重在人際關係上，認為隱私是由某種程度的限制接近或控制所構成，其所連結的是人際關係的發展，進一步說，親密

⁵⁶⁸ *Id.* at 24(citing MILLER, ASSAULT ON PRIVACY 25(1972)).

⁵⁶⁹ *Id.*(citing Charles Fried, *Privacy*, 77 Yale L.J. (1968)).

⁵⁷⁰ *Id.* at 28(citing DAVID M. O'BRIEN, PRIVACY, LAW, AND PUBLIC POLICY 13(1979)).

⁵⁷¹ Richard S. Murphy, *Property Rights in Personal Information: An Economic of Privacy*, 84 GEO. L.J. 2381, 2383-84 (1996).

⁵⁷² Paul Schwartz, *Privacy and Democracy in Cyberspace*, 52 VAND. L. REV. 1609, 1661 (1999).

的程度與自我暴露組織著人際關係，隱私價值取決於親密的程度，具體的說，在人際關係親密的朋友能分享較親密的資訊，但何為親密的資訊似乎過於模糊，學者 Charles Friede 和 James Rachels 認為，所謂的親密資訊就是僅能對少數人揭露的資訊⁵⁷³，然而，學者 Jeffrey Reiman 認為親密理論忽視了親密關係的建構不僅在於資訊的分享，也應考量分享資訊的意義⁵⁷⁴，舉例來說，去看醫生揭露身體資訊，不代表想與醫生建立親密關係，另外，學者 DeCew 也指出，親密理論過於狹隘，雖說愛、信賴與親促成隱私，但不必然是隱私的獨立來源，例如財務相關資訊是隱私，但卻和親密關係無關⁵⁷⁵，因此，Solove 教授認為此說似乎有時失之過寬、有時失之過窄。

第三目、類型化取向的理論

上開學說都是以概念式的理解隱私權，欲以統一的概念化約「隱私」本身，對於隱私的理解都是對於其中一個面向加以論述或延伸，但卻均有一定的缺陷，可見無法僅憑其中一個面向或價值建構隱私權的全貌，然另外存在著不一樣的思考，就是放棄直接定義隱私權，以既有的實務發展加以類型化，建構隱私權大致的框架，依循著不同脈絡尋求隱私權的意涵，Solove 教授認為此種為由下至上的理解方式，尋求解決隱私權困境的根本問題，但實際上，第一次做這樣嘗試的學者並不是 Solove 教授，而是美國侵權行為法巨擘 William L.Prosser，以下本文就 Prosser 教授與 Solove 教授的歸類加以介紹，如下：

一、Prosser 教授的四種隱私侵害

Prosser 教授歸納美國侵權實務上的判決，將侵害隱私權的樣態區分為四種⁵⁷⁶：1. 對他人獨處或私人事務的侵害，這種型態的侵害是針對被害人的獨立性 (solitude)，指在未經他人同意下，以物理或非物理的方式侵害他人私人事務，相對的來說，如果是在公開場所的言行舉止，就不再保護之列；2. 公開揭露使他人難堪的私人事務，此種型態是由兩個指標性判決(leading case)而來，即 Brents v. Morgan 案⁵⁷⁷和 Melvin v. Reid 案⁵⁷⁸，而所謂揭露並不限於書面形式，其他形式亦可，然必須該揭露有一般通念上具侵犯性或可抗議性；3. 使公眾誤解他人的公開，是指公開揭露與事實不符的事，致使被害人受公眾的誤解，但

⁵⁷³ SOLOVE, *supra* note 560, at 25.

⁵⁷⁴ *Id.* at 31.

⁵⁷⁵ *Id.* at 36.

⁵⁷⁶ William L. Prosser, *Privacy*, 48 CAL. L. REV. 384, 389 (1960). 中文可參考，林建中，隱私權概念之再思考：關於概念範圍、定義及權利形成方法，國立臺灣大學法律學系碩士論文，1999 年，頁 2-8。

⁵⁷⁷ Brents v. Morgan, 221 Ky. 765 (Ky. Ct. App. 1927).

⁵⁷⁸ Melvin v. Reid, 112 Cal. App. 285 (Cal. Ct. App. 1931).

並不如誹謗一樣以名譽受損為前提；4.未經同意使用他人姓名為其他類似特徵，是指未經他人同意，而基於營利目的加以使用他人的身分，如果只是附帶提及或偶然的使用他人姓名，則不構成隱私權侵害。

二、Solove 教授的十六種隱私態樣

上述 Prosser 教授的那套分類模型受實務工作者所喜愛，並編入 Restatement of Law 中成為權威性的見解，但可以明顯的看出 Prosser 教授這套分類方式，是針對侵權行為法所做的分類⁵⁷⁹，Solove 教授認為就範圍來說並不夠廣泛，加上 Prosser 教授的分類已經超過半個世紀⁵⁸⁰，許多新興技術的發明已然改變侵害隱私的論述軸線，其分類似乎已經過時，就此 Solove 教授認為隱私並非單一的概念，方法上以 Wittgenstein 所提出的家族類似性的概念⁵⁸¹，提出新的分類模型，將隱私環繞在對於「資訊」的諸行為上，分成四種基本的隱私侵害行為、十六種隱私侵害的子行為。

首先，Solove 教授將侵害隱私的行為分成四種基本行為，分別是資訊蒐集行為、資訊處理行為、資訊傳遞行為與侵犯行為，而這四種所要保障的利益各有不同：

第一種資訊蒐集行為所包含的子行為有二，一是監控行為(surveillance)⁵⁸²，二是訊問(interrogation)⁵⁸³，前者 Solove 教授認為自古以來偷窺和竊聽都是被禁止的行為，知名法學家 William Blackstone 就曾經指出，在普通法下竊聽是犯罪行為，而在二十世紀初美國已經有許多州立法禁止竊聽電話通訊，美國國會也分別在 1934 年、1968 年與 1986 年制定與竊聽相關的法規，歐洲也有制定隱私與電子通訊指令(Privacy and Electronic Communications Directive)，其中規定所有會員國應確保通訊的機密性，並禁止竊聽、竊聽、儲存或其他形式的竊聽或監視，雖說在日常生活中，縱算他人不願意，我們卻都在觀看和聆聽，不過，如果以某種、特定的方式進行如持續性的監視，就會產生問題，具體的來說，在乘坐公車或地鐵時，人們是可以預期被觀看的，但持續盯著的看不僅使人察覺，更直接意識到這種監視是不舒服的，進而讓人改變自我的言行舉止，產生自我審查與拘束的效果，而這種抑制效果使監視成為社會控制的工具，增強了社會規範的力量，白話的說，當人們感覺到受他人監視時，社會規範就會更有效的發揮，從社會控制的角度看來，監視似乎不是全然是壞事，但根據學者

⁵⁷⁹ SOLOVE, *supra* note 560, at 101-102.

⁵⁸⁰ *Id.*

⁵⁸¹ *Id.* at 42-44.

⁵⁸² *Id.* at 106-112.

⁵⁸³ *Id.* at 112-117.

Julie Cohen 的說法⁵⁸⁴，監控威脅著古怪的表達，並減弱我們對它的渴望，學者 Paul Schwartz 也認為⁵⁸⁵監控抑制了自由並影響自我決定，Solove 教授認為過多的社會控制將會為自由、創造力與自我發展產生負面影響，無論是公開或秘密的監控，他都欠缺對於一個主體的尊重，並可能產生寒蟬效應(chilling effect)⁵⁸⁶；另外，訊問也是一種侵害方式，將對個人施加壓力來揭露資訊，縱使個人沒有回答義務，但在面臨過度的探索訊問時，仍要思索該如何回答或如何拒絕回答，因為這將讓人有一種隱匿的印象，是以，訊問可能造成資訊的洩露，也會危及言論、思想等自由權的行使。

第二個就是資訊的處理行為⁵⁸⁷，Solove 教授將資訊處理行為項下區分有匯集(aggregation)、識別(identification)、不安全(insecurity)、目的外使用(secondary use)及排除(exclusion)，所謂的匯集是指，對各種個人資料片段的結合，換句話說，並非有力的片段資訊，當聚集、連結時，將會描繪出一個人的圖像，構成整體的資訊並產生增效作用(synergy)；識別是指因資訊而生的身分識別，連結至特定個人；不安全是指因保存資訊方式過於草率，導致資訊外洩或不當讀取；目的外使用則是因某種目的而取得的資訊，在未經資訊主體同意下，轉作其他目的的使用；最後，排除是指未使資訊主體知悉他人掌握自身的資訊，進而未參與資訊的處理與使用。

第三個是資訊傳遞行為⁵⁸⁸，包含了七種子行為，其中有信賴的破壞(Breach of confidentiality)，即違反維持個人資料秘密的承諾；揭露(disclosure)是指披露個人不願公開的真實資訊，影響他人對其人格的評價；暴露(exposure)是指洩漏令他人窘迫、羞恥的資訊，例如悲傷、不幸、受挫、裸露、性等生理特徵或情緒事項或活動，就公諸於世這點而言，相似於揭露的概念，但 Solove 教授強調暴露與揭露的差異在於，人們對於暴露的事項有強烈的羞恥感⁵⁸⁹；增加可取得性(increased accessibility)，這是指就原本已經公開的資訊，使他人更容易取得該資訊，例如上傳至網路平台等⁵⁹⁰；勒索(blackmail)是指威脅揭露他人資訊，

⁵⁸⁴ *Id.* at 108(citing Julie E. Cohen, *Examined Lives: Informational Privacy*, 52 Stan. L. Rev. 1371,1426 (2000)).

⁵⁸⁵ *Id.* (citing Paul M. Schwartz, *Privacy and Democracy in Cyberspace*, 52 Vand. L. Rev. 1607,1656 (1999))

⁵⁸⁶ *Id.* at 109.

⁵⁸⁷ *Id.* at 117-136.

⁵⁸⁸ *Id.* at 136-161.

⁵⁸⁹ *Id.* at 147.

⁵⁹⁰ 在美國過去實務中對於隱私利益存在與否常以公私二元作區分，例如在 *Walls v. City of Petersburg*, 895 F.2d 188 (4th Cir. 1990)，表示可在公共紀錄中取得者，不在隱私保護之列，但在 *United States Department of Justice v. Reporters Committee for Freedom of the Press*, 489 U.S. 749 (1989) 中，最高法院承認了易取得性的問題，認為有聚合性質的犯罪前科紀錄表，侵害個人隱私利益。

以換取金錢或利益；濫用身分(appropriation)則是為個人目的或利益，冒充他人資訊主體的身分；最後是扭曲(distortion)，散佈他人不正確或使人誤解的資訊。

第四個基本行為則是侵犯⁵⁹¹，此概念下有兩個子行為，一個是侵擾(intrusion)，另一個則是決定的干擾(decisional interference)，前者是指妨礙他人私生活的安寧或獨處，即與 Warren 與 Brandeis 所說的獨處的權利相同；後者則是指政府干擾人民對於自己事務的決定，此部份也被美國最高法院 Roe v. Wade 案中被承認。

第二款、美國實務承認的遞進—從侵權法到憲法

從上述 Prosser 教授的四分類法可以知道，早期隱私權的實務是發軌於侵權行為法，美國聯邦首宗隱私權的判決是在 1892 年的 Corliss v. E.W.Walker Co. 案，G.H.Corliss 的遺孀與子女控告出版社，認為出版社在 Corliss 去世後出版其傳記與照片，侵害他的隱私權，聯邦上訴法院主審法官 LeBaron B. Colt 以出版自由為憲法保障的權利為由，駁回原告(Corliss 的遺孀與子女)的主張，其後陸續有實務見解觸及隱私權的主張，但均未深入討論，承審法院也未加以檢驗，直至 1902 年紐約州法院在 Roberson v. Rochester Folding Box Co. 案⁵⁹²中表示，在普通法中並未承認隱私權，法院不宜直接創設該權利，如真有隱私權的保障需求，應求諸立法機關解決，因該判決引發爭議，承審的多數意見甚至還在哥倫比亞法學叢刊上捍衛自己的意見⁵⁹³，而在隔年，紐約州議會也回應了法院的見解，修正 New York Civil Rights Act 的第 50、51 條，正式將隱私權納入立法保護，相對的，在喬治亞州的 Pavesich v. New England Life Insurance Co. 案⁵⁹⁴中卻做出結論相反的判決，該判決執筆法官 Andrew J. Cobb 認為個人有展示自己的權利，決定在何時、何地與以何種方式展現自己，這項權利並非新創設的，而是早已存在於普通法之中，並引用 Warren 與 Brandeis 的論述，但實務中隱私權發展的進程卻相當緩慢，直至 1960 以後才有過半的州承認該權利的存在，內容與論述也相對成熟，例如 1937 年 Sarat Lahiri v. Daily Mirror 案中使用「公共利益」抗辯、1942 年 Barber v. Time 案使用「新聞價值」抗辯，將揭露個人私領域的事項與新聞價值予以權衡，這些案件都顯示了隱私權的概念已越趨清楚。

而隱私權開始從侵權法層次進入憲法權利的層次，是經 Griswold v. Connecticut 案⁵⁹⁵加以確立，在該案中美國最高法院認為，雖說憲法及其增修條

⁵⁹¹ SOLOVE, *supra* note 560, at 161-170.

⁵⁹² Roberson v. Rochester Folding Box Co., 171 N. Y. 538, 64 N. E. 442 (1902).

⁵⁹³ 這段歷史可以參考 Daniel J. Solove, A Taxonomy of Privacy, 154 U. Pa. L.Rev. 477,545 (2006).

⁵⁹⁴ Pavesich v. New England Life Insurance Co.,122 Ga. 190(1905).

⁵⁹⁵ Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).

文(權利法案)並未明文保障隱私權，但根據過去判決可以發現⁵⁹⁶，憲法及其增修條文有猶如「半影」(penumbra)的地方⁵⁹⁷，也就是說，在各該憲法及其增修條文明確保障特定權利(本影區)的外圍(半影區)，曖昧的保障著隱私權，只是未明確地指出來罷了，例如在該案所涉及的美國憲法增修條文第1條就有其曖昧之處，隱私權就在該半影地帶，另外在美國憲法增修條文第3、4、5條中亦含有隱私權的保障⁵⁹⁸，而在半影理論提出後，1973年的Roe v. Wade案⁵⁹⁹再次確認半影理論，認為美國憲法對於隱私權隻字未提，但依其長期累積的判決顯示，從美國憲法增修條文第1、4、5、9、14條的半影中推導出來，並確認隱私權具有憲法權利的地位⁶⁰⁰，並認為隱私權具有個人決定、選擇自由的面向，只是會受些許的限制，隔四年後的1977年，美國最高法院在Whalen v. Roe案中，認為半影理論保障的隱私權範圍包含「免於揭露個人事項的利益」與「重要決定的獨立性」Solove教授認為該案中是建立在實質正當程序上，確保個人有「免於揭露個人事項的利益」⁶⁰¹，並將隱私權擴張至資訊隱私權(Information Privacy)⁶⁰²，其後有更多的隱私權判決陸續出爐，使美國隱私權的面向，包含了「婚姻生活內容自由的保障」、「墮胎的自由」、「決定死亡的自由」、「生活方式的自主」、「資訊支配權」與「身體、家宅完整」等⁶⁰³多面向的權利保障。

第三款、與資訊自決權的區分？

相對於上開美國法隱私權的發展，我國法上另有相關的概念—資訊自決權與資訊隱私權，所謂資訊自決權，是指每個人基本上有權自行決定，是否將其個人資料交付與利用，在此定義下，個人資料如未經資料主體同意，不得任意蒐集、保存、運用與傳遞⁶⁰⁴，但仍受公益限制，並非作為絕對權利，此一概念是源自於德國聯邦憲法法院於1983年提出，屬於德國法上的概念⁶⁰⁵，其用意在於透過資訊流通的管制，以賦予個人對於與其自身相關的資訊，能擁有決定在何種範圍內、何時、何地、向何人，以何種方式加以揭露或處分使用的自主權，屬於一般性自我決定權的特殊形態，著重在自主控制的可能性，至於資訊

⁵⁹⁶ See, e.g., Breard v. Alexandria, 341 U.S. 622, 626, 644; Public Utilities Comm'n v. Pollak, 343 U.S. 451; Monroe v. Pape, 365 U.S. 167; Lanza v. New York, 370 U.S. 139; Frank v. Maryland, 359 U.S. 360; Skinner v. Oklahoma, 316 U.S. 535, 541.

⁵⁹⁷ Griswold v. Connecticut, at 484.

⁵⁹⁸ *Id.* at 485.

⁵⁹⁹ Roe v. Wade, 410 U.S. 113(1973).

⁶⁰⁰ *Id.* at 152-154.

⁶⁰¹ SOLOVE, *supra* note 560, at 141.

⁶⁰² Solove, *supra* note 593, at 518.

⁶⁰³ 詳細的說明，參見謝咏庭，同前註246，頁106-109。

⁶⁰⁴ 李震山，論資訊自決權，收錄於：人性尊嚴與人權保障，元照，3版，2009年2月，頁207-208。

⁶⁰⁵ 李震山，同前註486，頁201。

與個人間具有何種意義並不是重點，只要與個人相關的資訊都是保障適格；而所謂資訊隱私權，就是關於個人資料具有隱私的部分⁶⁰⁶。

而我國釋憲實務上，釋字 293 號解釋首次提及隱私權，後續的釋字 509、535 號解釋也均有提及，但都並未詳細說明其實質內涵，遲至釋字 603 號解釋，大法官對隱私權做出明確的說明⁶⁰⁷，其中「包含個人自主控制其個人資料之資訊隱私權」一語，而其後釋字 689 號解釋則改以資訊自決權加以處理記者於公共場所跟蹤的問題，引起學界對於「資訊隱私權」與「資訊自決權」區分的關注，有認為資訊隱私權或資訊自主權似乎是名詞上的差異，可以交互混用⁶⁰⁸，而另有認為資訊自決權是針對外在行動自由，資訊隱私權是維護個人人格內在形成的彈性空間，具不同的內涵、不同的射程範圍⁶⁰⁹，還有認為資訊自決權並不要求資訊需有私密性，但資訊隱私權有此要求，兩者為包含關係，而隱私權與資訊自決權是交叉關係⁶¹⁰。

本文認為上開爭論完全出自於法體系背景的誤會，從本文上開整理的美國隱私權論述可知，美國法上的隱私權源自 Warren 與 Brandeis 所謂獨處權利(the right" to be let alone")，本身就著重在個人私密生活的保持，並強調保障個人決定其思想、感情與情緒在什麼範圍內傳達給他人，並有權決定傳播的範圍，具有上開資訊自決的思考存在，並經諸多實務操作將隱私權從原先的消極防禦，轉向至積極請求的面向⁶¹¹，況在 Solove 教授所創建的體系中，也明顯可以看見資訊自決權的身影，換句話說，或許我們可以這麼理解美國法上的隱私權，就是美國法上隱私權具有兩個面向⁶¹²，一個是個人資訊的自主決定的積極面向，另一個則是私密生活保護的消極防禦面向，如果如此理解，可以發現事

⁶⁰⁶ 李震山，同前註 604，頁 216。

⁶⁰⁷ 節錄自釋字 603 號解釋理由書：「……維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，乃自由民主憲政秩序之核心價值。隱私權雖非憲法明文列舉之權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於他人侵擾及個人資料之自主控制，隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第二十二條所保障（本院釋字第五八五號解釋參照），其中包含個人自主控制其個人資料之資訊隱私權，保障人民決定是否揭露其個人資料、及在何種範圍內、於何時、以何種方式、向何人揭露之決定權，並保障人民對其個人資料之使用有知悉與控制權及資料記載錯誤之更正權。……」。

⁶⁰⁸ 黃昭元，無指紋則無身分證？換發國民身分證與強制全民捺指紋的憲法爭議分析，民主、人權、國家－蘇俊雄教授七秩華祝壽論文集，2005 年 9 月，頁 470。

⁶⁰⁹ 邱文聰，從資訊自決與資訊隱私的概念區分－評「電腦處理個人資料保護法修正草案」的結構性問題，月旦法學雜誌，第 168 期，頁 177。

⁶¹⁰ 張志偉，從資訊自決與資訊隱私的概念區分，檢視被遺忘權的證立問題，萬國法律，第 211 期，頁 4。

⁶¹¹ 芦部信喜，同前註 308，頁 123。

⁶¹² 劉靜怡，隱私權：第一講—隱私權的哲學基礎 憲法保障及其相關辯論－過去、現在與未來，月旦法學教室，第 46 期，頁 42；同作者，隱私權：第二講 隱權保障與國家權力的行使－以正當程序和個人自主性為核心，月旦法學教室，第 50 期，頁 43-44。

實上就是德國法上的資訊自決權加上資訊隱私權，雖說範圍上可能有些許差異，但實質上所表示的內涵大體一致，而釋字 603 號解釋也是透過美國法的架構，建構我國隱私權的內涵，但可能用語上不甚精確或折衷德國用語，而導致不必要的誤會，事實上學界也早有學者對此持相同意見⁶¹³，本文並非是第一次提出，是以，美國法上隱私權的範圍，大致上等同於德國法上資訊自決與資訊隱私權的範圍⁶¹⁴，而本文基本上是採取美國體系的隱私權。

第四款、本文關注的面向—空間、資訊控制與社會脈絡

本文所研究的科技定位偵查，其所涉及的就是在公共空間中的隱私問題，而關於公開場所的隱私權，本文認為須從兩個面向來討論，第一個是公開揭露後是否完全喪失隱私，這裡必須面對的是上開秘密理論的論述，第二個面向是，如果我們認為隱私不等於秘密，那又該如何說明公共場所中的隱私與其界限？

首先要說明的是，在隱私權理論的脈絡中概念化理論的秘密理論，基本上是美國最高法院的見解向來的看法，在 Whalen v. Roe 案⁶¹⁵ 中美國最高法院就認為，憲法保護的「隱私領域」(zone of privacy)不僅在保護個人可以獨立做重要的決定，也同時包含避免揭露私人事務的個人利益，Solove 教授批評這樣的理將隱私是同「秘密」作為限制隱藏資訊的揭露，然而這樣的觀點容易導致「某資訊一但揭露，不論揭露範圍有多狹隘，都不再是秘密」的結論⁶¹⁶，簡單的說，按照秘密理論的說法，如果想維持自我的隱私，恐怕只有整天待在自己家裡⁶¹⁷，不過，直至 Jones 案前，美國最高法院並未意識到這樣的問題，並將這樣的理解延伸至對國憲法增修條文第 4 條的解釋上，在 Knotts 案、Greenwood 案和 Riley 案等都可以發現這樣論述的蹤跡，本文贊同 Solove 教授的批評，在日常生活無可避免地必須進入公共場所，難道一旦進入公共場所中，就必須將自我隱私全然放棄，這樣的觀點似乎將隱私視作全有全無的概念，並非適當的處理隱私方式，雖說秘密的揭露必然構成隱私的侵害，但也並不能就此反向推導出揭露就會喪失隱私，理解上將秘密等同於隱私實在過於狹隘，加之現今社群網路蓬勃的時代，上開秘密理論顯然無法給予人民充足的隱私保護，再者，個人之所以向他人訴說秘密是基於對該他人的信賴，如果就此即認定喪失隱私權的保護，將有害人與人間的信賴關係，導致互不信任的社

⁶¹³ 李震山，同前註 604，頁 217-218。

⁶¹⁴ 不同見解，張志偉，同前註 610，頁 3-5。

⁶¹⁵ Whalen v. Roe, 429 U.S. 589 (1977).

⁶¹⁶ SOLOVE, *supra* note 560, at 22-24.

⁶¹⁷ DANIEL J. SOLOVE, THE FUTURE OF REPUTATION: GOSSIP, RUMOR, AND PRIVACY ON THE INTERNET 161-168 (Yale University Press, 2007).

會，另一方面，秘密理論過度重視資訊本身的狀態，而忽視個人對於資訊控制的權利面向，資訊揭露給特定群眾，不表示必須揭露於世界，是以，公開揭露不應導致喪失隱私的保護屏障。

關於第二個面向的問題，基本上涉及公、私領域的劃分，必須探究隱私本身意涵，我國有學者提出「隱私的空間意涵」的觀點⁶¹⁸，該學者認為私密空間的典型構築是自己的房間，該房間是對於人的保護，更是完整發展人格和想法的空間，從房間可以延伸至私密空間，而隱私權即是作為一個空間的概念，該空間並非靜態，而是隨著人們的互動和社會改變，在持續的辯證中動態發展，進一步說，私密空間的意涵並非絕對固定，而是與公共空間相互定義，在此意義下，公共空間不是指政府擁有的物理空間，而是相對開放、大眾容易進入的空間，相反的，私密空間則是被個人認為有限穿透性的空間，隱私正是確保私密空間的存在，有私密空間可以使人正當的拒絕外界窺視，控制資訊流向與揭露範圍，因此，隱私空間的辯證也可以合理說明個人對於自身資訊決定的面向。

本文認為上開見解頗具啟發性，「隱私的空間意涵」的觀點正確說明私密空間或領域，發源於物理空間卻不囿限於物理空間的特質，公開場所也只是相對開放、大眾容易進入的空間，也就是說，空間的概念並非拘泥於物理性的，而是以空間觀點來看待資訊隱私(誰控制資訊在這些空間的進出)，這樣的見解可以解釋公共場所中何以有隱私權的保障，並同時結合資訊隱私的面向，打破空間隱私與資訊隱私的界分，在同一個架構下討論兩個面向的隱私權，不過，本文在用語的運用上還是認為，不必打破原先對於公開(共)空間/私密空間的物理性理解，而是以私密領域加以闡述上開概念即可，也就是說，私密領域可能存在於公開的物理場所，當然存在於私密的物理空間。

觀察隱私權的發展可知，隱私權的原始意義是保障「獨處而不受干擾」的權利，就是在處理私密領域的資訊脫離了私密的物理空間，進入、流通於公開物理間的問題，並希冀透過私密領域的構築，使人們可以沒有羈絆地從事私密的活動，也就是說，基本上隱私權是在界定自我與社會間適當的分際、距離，建構屬於自我的私密領域範圍，此意義下的私密領域，必然不是指涉具體的物理空間，而是指自我與社會間適當的分際、距離，但不可否認的是，在許多的情形下，私密領域因與具體固定物理空間交互重疊，使自我可以透過具體物理空間，與社會形成清晰可見的分際與距離，判斷隱私權是否受到侵害也僅須觀

⁶¹⁸ 整理自葉俊榮，探尋隱私權的空間意涵－大法官對基本權利的脈絡論證，中研院法學期刊，第18期，2016年3月，頁1-40。

察是否跨越該物理的分界，此時，該物理空間的意義事實上是來自於與私密領域的耦合，藉由人類私密活動的依附表面上使該物理場所受到隱私保護，相反的，當私密領域與私密物理空間脫離時(公共場所的隱私即是如此)，該物理空間即不再有意義，私密領域的界定就必須回歸自我與社會間適當分際、距離的判斷，這種自我與社會互動的論述本質，意味著隱私權的界定必須衡諸社會價值的判斷，同時也必然無法逃脫著社會脈絡的探究⁶¹⁹，以確保個人與社會規範的和諧連結⁶²⁰，因此，在論述公共空間等沒有物理分界的隱私保護時，就必須要探求社會價值的脈絡加以觀察。

不論依照上開學者的論述或本文見解，都說明了隱私權是個人自我與社會的一層屏障，其中所界分出的公、私空間此消彼長、抽象而不確定的，導因於該界分標準繫諸於社會價值與脈絡，同時也將隱私權的重心轉移至資訊面向的隱私，對資訊隱私界限的社會脈絡問題，美國學者 Helen Nissenbaum 教授提出「隱私權之情境脈絡完整性理論（privacy as contextual integrity）」⁶²¹的觀點⁶²²，或許可以提供一些解釋上的方向，Nissenbaum 教授認為個人資料的保護必須求諸於特定情境脈絡下的資訊流動規範，特定脈絡本身是由行動、角色、關係、權力結構、規範、內部之價值或目標所建構出來的⁶²³，每種情境脈絡都有不同的資訊規範，例如同樣的資訊在某一種情境脈絡下被認為是非敏感資訊，但在另一種情境下卻可能是敏感資訊，也就是說，當特定情境下的資訊，被放置在另一種情境脈絡下，就可能破壞了個人資訊脈絡的完整性，一切必須各該情境所設定的資訊規範而定，而資訊規範的設定是由相關行動者(Actor)、特性/資訊種類(attributes/information types)與傳遞原則(transmission principles)所組成⁶²⁴，申言之，相關行動者基本上是由資訊主體(information subject)、資訊傳遞者與資訊接收者所構成，不同的行動者將影響適用不同的社會規範，而資訊種類也會影響適用不同的規範，承上述，如在特定情境下的某資訊始能揭露，但卻在不同的脈絡下被揭露時，即會被認為侵害隱私，這個判斷又被稱為適當性原則，最後的傳遞原則，是指對於資訊流動的要件與限制的規範，以決定在那些情形中，訊流動是否應該發生，換句話說，這是對於相關行動者間資訊流動的限制，例如，資訊主體在保密的要求下，禁止資訊接收者分享或在傳遞資訊給

⁶¹⁹ Julie E. Cohen, What Privacy is For, 126 Harv. L. Rev. 1904 ,1905(2013).

⁶²⁰ *Id.* at 1909-1911.

⁶²¹ 此名稱翻譯自劉靜怡，社群網路時代的隱私困境：以 Facebook 為討論對象，國立臺灣大學法學論叢，第 41 卷第 1 期，2012 年 3 月，頁 9。

⁶²² HELEN NISSENBAUM,PRIVACY IN CONTEXT TECHNOLOGY, POLICY, AND THE INTEGRITY OF SOCIAL LIFE 1(2010).

⁶²³ *Id.* at 133.

⁶²⁴ *Id.* at 140-147.

其他人⁶²⁵。

本文認為上開「隱私權之情境脈絡完整性理論」事實上並未說明各該規範如何形成，僅就資訊流動的情形加以論述，該理論的面貌也不見得多麼具體，不過其提供了對於自我與社會互動關係更清晰的說法，並用相關行動者、資訊種類與傳遞原則等具象化各該判斷因子，有助於思考當新興科技介入某種社會固有的情境時，是否會破壞既有的資訊規範，是以，仍然是有可採之處。

第二項、美國憲法增修條文第4條的基準

第一款、實務早期—財產權基準的發展

美國憲法增修條文第4條的制定背景，是因英國國王喬治三世與其官員濫用公權力⁶²⁶，美國人民開始反思建構對抗不合理的國家權力的制度，禁止不合理的搜索、扣押成為人民的重要權利，在1780年John Adams在制定麻塞諸塞州憲法時就納入禁止政府對人民財產進行不合理的搜索，而在普通法中，1763年的Wilkes v. Wood案暗示了破壞門鎖進入屋內和攏開抽屜屬於搜索，1765年Entick v. Carrington案再次暗示了破門進屋是構成搜索，兩個案子說明了為了取得證據，而物理侵入構成搜索，但並未對定義何謂搜索，進而，在1789年美國制憲者之一的James Madison，所提出的第四修正草案就明示人民有保護身體、住宅與財產的權利，就此看來，美國憲法增修條文第4條是建立在財產權的基礎上，而美國最高法院第一個討論搜索意義的判決是1886年的Boyd v. United States，在該案中調查員依據法院命令要求Boyd交出貨品單據，但調查員並未進入Boyd的家中，美國最高法院認為，要求Boyd依據法院命令交出貨單，實質上與目的看來，與實際進入Boyd的家中搜索無誤，美國最高法院強調，美國憲法增修條文第4條保障家的神聖性與生活隱私的不受侵犯；還有在Perlman v United States案⁶²⁷中，美國最高法院同樣認為，物理性的進入家宅所涉及的侵犯被告的隱私權⁶²⁸，但法院認為Perlman將財產交給法院，並不構成搜索⁶²⁹，另外，在Hester v. United States案⁶³⁰中，偵查人員進入距被告住家100碼外、屬被告土地上查緝犯罪，美國最高法院認為這並不構成搜索⁶³¹，可見早期美國

⁶²⁵ *Id.* at 145.

⁶²⁶ Orin S. Kerr, *The Curious History of Fourth Amendment Searches*, 2012 Sup. Ct. Rev. 67,70 (2012); David Gray&Danielle Citron, *The Right to Quantitative Privacy*, 98 Minn. L. Rev. 62,92-94 (2013).

⁶²⁷ Perlman v. United States, 247 U.S. 7 (1918).

⁶²⁸ *Id.* at 14.

⁶²⁹ *Id.* at 15.

⁶³⁰ Hester v. United States, 265 U.S. 57(1924).

⁶³¹ 這是確立開放領域原則的指標性案件。

最高法院並沒有將搜索與財產權、物理侵入畫上等號⁶³²，反而相較之下更為廣泛的認定搜索。

不過在 1928 年 *Olmstead v. United States* 案⁶³³出現後，美國最高法院的見解開始轉變⁶³⁴，在該案中，美國最高法院認為，偵查機關在被告家宅延伸至公共空間的電話線上裝設竊聽器，不構成美國憲法增修條文第 4 條所稱的搜索，首席大法官 William Howard Taft 認為美國憲法增修條文第 4 條所保障的是人身、住宅、文件和財物，但該案並不涉及物理進入住宅或辦公室，況且通話內容並非如信件般為文件或財物，縱算在 *Boyd* 案的基礎上也無法得出構成搜索的結論，而普遍認為本案以物理侵入財產作為搜索的基準⁶³⁵，在此之後，美國最高法院在 1942 年 *Goldman v. United States* 案中，調查員入侵被告房間安裝收音器，但該收音器無法發揮正常功能，因此改以敏感的收音器貼附於被告隔壁房間的牆壁上，監聽被告在隔壁房間的對話，美國最高法院保留了調查員侵入房間的部分，認為以貼附牆壁收音的方式並不構成搜索；而在 *On Lee v. United States* 案⁶³⁶ 中，臥底調查員在被告的同意下進入被告營業場所，並密錄下與被告的對話，主筆大法官 Robert H. Jackson 認為在被告同意下進入，不構成自始侵入，自然沒有搜索的問題，況且推翻 *Olmstead* 案對被告於事無補，因為本案並非涉及竊聽的案件，最後，在 1961 年的 *Silverman v. United States* 案件中，美國最高法院就對於利用 spike mike 的監聽設備穿過共用的牆中，插嵌進被告家的暖氣管，以竊聽被告在家中的對話，因該設備已實際物理性的進入被告的房屋中，確實物理侵入美國憲法增修條文第 4 條的保護領域，而構成搜索，綜觀 *Olmstead* 案、*Goldman* 案與 *Silverman* 案似乎可以說是以偵查機關以「是否物理侵入被告財產」為標準，而在 *Katz* 案中多數意見也認為，*Olmstead* 案建立了物理侵入原則，將美國憲法增修條文第 4 條的判斷繫諸於對於有形財產的侵入，稱為財產權基準(the property doctrine)或侵入法則(the trespass doctrine)⁶³⁷。

⁶³² Orin S. Kerr, *supra* note 626, at 79-80.

⁶³³ *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928).

⁶³⁴ 美國學者 Kerr 將美國憲法增修條文第 4 條的歷史區分為三個部分，第一個部分是美國憲法增修條文第 4 條的原始意義、第二部分是以 *Olmstead* 案為分野的轉變、第三個部分是 *Olmstead* 到 *Katz* 案出現前的案子，而我國有學者也援參 Kerr 教授的時期區分方式，參見張陳弘，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，頁 272-276。

⁶³⁵ Carol S. Steiker, *Brandeis in Olmstead: Our Government Is the Potent, the Omnipresent Teacher*, 79 Miss. L.J.149, 155 (2009); Kyle Nelson, *Florida v. Jardines: A Short-sighted View of the Fourth Amendment*, 49 Gonz. L. Rev. 415, 419-420 (2013).

⁶³⁶ *On Lee v. United States*, 343 U.S. 747 (1952).

⁶³⁷ 本文基本上也是混用兩種用語。

第二款、實務中期—隱私權基準的確立

上開財產權基準維持將近了要四十年，1967 年的 *Katz v. United States* 案⁶³⁸，該案偵查機關在被告所使用公共電話延伸至電話亭外的電話線上安裝竊聽裝置，竊聽被告的通話內容，美國最高法院推翻 *Olmstead* 案的見解，認為公共電話亭雖非被告的財產，竊聽設備也沒有侵入電話亭，但電話亭的使用者仍應有隱私權的保障，這是因為美國憲法增修條文第 4 條所保障的是人，而非場所，改變過往以財產權的物理侵入的標準，而是以隱私權作為美國憲法增修條文第 4 條的審查基準，這樣的立場並非首見於 *Katz* 案中，這個見解事實上是 *Brandeis* 大法官(也是上開介紹隱私權時，一直提到的那個 *Brandeis*)在 *Olmstead* 案所提出的不同意見書，在該不同意見中認為，政府對個人隱私不合理的侵害，無論是什麼樣的手段，都該被視為違反美國憲法增修條文第 4 條⁶³⁹，但多數意見並未就如何在美國憲法增修條文第 4 條操作隱私權這個新的基準，反而是 *John Marshall Harlan* 大法官所提出的協同意見，成為操作隱私權基準的指南，*Harlan* 大法官認為個人是否受美國憲法增修條文第 4 條的保護，取決於是否有合理隱私期待，而合理隱私期待具有雙重要求(twofold requirement)也有稱雙叉法則(two prong test)，亦即個人主觀上須展現實際的隱私期待，而該期待是客觀上社會所認可的隱私期待，符合上述的雙重要件即可認為該個人具有合理隱私期待，受美國憲法增修條文第 4 條的保護，*Harlan* 大法官還補充舉例⁶⁴⁰，認為在大多數的情形，家是個人具有合理隱私期待的地方，但如果個人有意的向外人公開，他人在室外可以一目瞭然(plain view)，顯示他人主觀上沒有隱私期待，另外一般在公開場合談話客觀上也沒有合理隱私期待。

Katz 案做成後，似乎宣告著美國憲法增修條文第 4 條搜索的基準，從物理侵入法則轉向隱私權基準，雖說 *Harlan* 大法官的協同意見給予了合理隱私期待較為清楚的輪廓，但在個案的判斷上仍有許多不確定⁶⁴¹，美國最高法院也試圖在許多案件中形塑合理隱私期待標準的樣貌，並形成限制的子原則，如在 1971 年 *United States v. White* 案⁶⁴²，在該案中偵查機關派出線民與被告談話，並在線民身上裝設無線電設備，以知悉被告與線民的談話，美國最高法院認為 *Katz* 案並未改變 *On Lee* 案的立場⁶⁴³，被告自願相信線民並與之交談，對於該談話的內

⁶³⁸ *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967).

⁶³⁹ *Id.* at 361 (“To protect that right, every unjustifiable intrusion by the Government upon the privacy of the individual, whatever the means employed, must be deemed a violation of the Fourth Amendment.”) at 478.

⁶⁴⁰ *Id.*

⁶⁴¹ *United States v. White*, 401 U.S. at 753 (1971).

⁶⁴² *United States v. White*, 401 U.S. 745 (1971).

⁶⁴³ *Id.* at 750.

容並無合理隱私期待，並延續了自 Hoffa v. United States 案⁶⁴⁴所建立的虛偽朋友理論或風險承擔理論，認為一個犯罪者應該要了解並評估他的同伴向警方報案的風險，這樣的風險應該歸於該犯罪者⁶⁴⁵，將風險承擔理論轉化為是否有主觀合理期待的判準，這樣的作法有稱為自願揭露法則⁶⁴⁶；而在 1976 年的 United States v. Miller 案⁶⁴⁷中，被告提交給銀行的支票與交易紀錄，偵查機關進而向銀行索取，美國最高法院認為被告是自願將交易資訊交給銀行，對該等資料無合理隱私期待⁶⁴⁸，這個案子也確立了合理隱私期待的子原則—第三人原則，接下來 1979 年的 Smith v. Maryland 案⁶⁴⁹中，偵查機關要求電信公司，在電信公司的中央辦公室安裝撥號紀錄器，用以記錄被告撥打了那些號碼，美國最高法院同樣認為被告在撥打電話時，是自願將撥打的號碼交給電信公司，被告對於撥打的號碼沒有主觀的隱私期待，縱使有主觀的隱私期待，社會通念也不會認為是合理的⁶⁵⁰，不構成美國憲法增修條文第 4 條的搜索。

1977 年 United States v. Chadwick 案⁶⁵¹中，美國最高法院表示被告將物品放置於車內的雙層鎖小箱中，顯示其不願受到公眾檢視⁶⁵²，偵查人員打開箱子顯然構成美國憲法增修條文第 4 條的搜索，我國有學者說明此案確立了封閉容器的標準⁶⁵³，不過在 1983 年的 United States v. Place 案⁶⁵⁴中，警察在機場派出緝毒犬，嗅出被告封閉行李箱內有毒品，美國最高法院反而認為不構成搜索，理由是警察使用緝毒犬並不需要打開行李箱，且只會嗅出違禁品，不會顯露非違禁性質的物品⁶⁵⁵，因此，所揭露的資訊比傳統搜索還來的少，隔年 1984 年 Oliver v. United States 案⁶⁵⁶中，美國最高法院提出「開放領域理論(Open Fields Doctrine)」認為美國憲法所保障的私密活動是如同家宅或類似條件下的活動，偵查人員侵入被告的土地為開放領域(Open Field)，因開放領域屬公眾隨時都得

⁶⁴⁴ Hoffa v. United States, 385 U.S. 293(1966).

⁶⁴⁵ *Id.* at 751-752 (“Inescapably, one contemplating illegal activities must realize and risk that his companions may be reporting to the police. If he sufficiently doubts their trustworthiness, the association will very probably end or never materialize. But if he has no doubts, or allays them, or risks what doubt he has, the risk is his.”).

⁶⁴⁶ 李榮耕，同前註 255，頁 879-890。

⁶⁴⁷ United States v. Miller, 425 U.S. 435 (1976).

⁶⁴⁸ *Id.* at 441-443.

⁶⁴⁹ Smith v. Maryland, 442 U.S. 735 (1979).

⁶⁵⁰ *Id.* at 739-741.

⁶⁵¹ United States v. Chadwick, 433 U.S. 1 (1977).

⁶⁵² *Id.* at 11 (“By placing personal effects inside a double-locked footlocker, respondents manifested an expectation that the contents would remain free from public examination.”).

⁶⁵³ 張陳弘，同前註 634，頁 284。

⁶⁵⁴ United States v. Place, 462 U.S. 696 (1983).

⁶⁵⁵ *Id.* at 706-707.

⁶⁵⁶ Oliver v. United States, 466 U.S. 170 (1984).

以進入或觀察，縱算有禁止進入的標示也無法有效阻止公眾觀察⁶⁵⁷，是以，應無合理隱私期待，不過，如果是緊密附連圍繞於家宅的庭院(curtilage)仍有合理隱私期待，而後 1986 年 California v. Ciraolo 案⁶⁵⁸也認為警察搭乘飛機在千呎的高空中，發現被告後院種植大麻，被告主觀上無法期待一定高度下不被觀察，客觀上任何搭乘飛機的公眾都可以觀察被告在後院種大麻，客觀上難認有合理隱私期待⁶⁵⁹，不構成搜索；1988 年 California v. Greenwood 案⁶⁶⁰垃圾檢索的案子，也認為被告自願垃圾被放置在公眾得以檢視的地方，而不構成美國憲法增修條文第 4 條的搜索，隔年 1989 年又發生與 Ciraolo 案類似的 Florida v. Riley 案⁶⁶¹，美國最高法院仍堅持前述立場，認為偵查人員搭乘直升機於 400 呎的高度，觀察被告溫室大麻的生長，並不構成美國憲法增修條文第 4 條的搜索，而本文在第三章美國法部分所介紹的 Knotts 案、Karo 案與 Jones 案出現以前關於 GPS 科技定位偵查的下級法院判決，都是以合理隱私期待基準進行操作，在此不再贅述。

觀察上開判決可以發現，美國最高法院以合理隱私期待當作搜索基準的同時，也不忘持續的與過去判決對話，例如在 White 案就巧妙的將風險承擔與合理隱私期待主觀基準銜接，在 Oliver 案也重申憲法保護區域的概念，並以合理隱私期待加以說明，另外，上開認為不具有合理隱私期待的案例，可能是以開放領域原則抑或是第三人原則等加以說明，但不論是主觀上的「自願揭露」或是客觀上無隱蔽性，基本上都不超越 Harlan 大法官在協同意見書中揭示的「公開」概念，換句話說，公開場所幾乎也就沒有合理隱私期待可言，然而，這和 Katz 案的初衷似乎有些背離，致使在科技偵查方法的判斷上，Katz 案推翻物理侵入法則變得毫無意義⁶⁶²，最後，在上開諸多判決之中，保守派大法官 Sandra Day O'Connor 所主筆的 Place 案一方面援引 Chadwick 案認為被告對於行李箱的內容具有隱私利益，但另一方面卻用打開行李箱與否的差異，認為不構成美國憲法增修條文第 4 條的搜索，這樣的論述重點似乎從合理隱私期待的存否，轉變為是否實際、物理性的侵入被告的財產⁶⁶³，為此階段的標準埋下不確定的因素。

⁶⁵⁷ 不過這樣的說法並不是所有學者都買單，相關學者評論介紹，參見王兆鵬，同前註 139，頁 110。

⁶⁵⁸ California v. Ciraolo, 476 U.S. 207 (1986).

⁶⁵⁹ *Id.* at 212-215.

⁶⁶⁰ California v. Greenwood, 486 U.S. 35 (1988).

⁶⁶¹ Florida v. Riley, 488 U.S. 445 (1989).

⁶⁶² Tracey Maclin, Katz, Kyllo, and Technology: Virtual Fourth Amendment Protection in the Twenty-First Century, 72 Miss. L.J. 51,87-88 (2002).

⁶⁶³ 我國有學者認為有兩種可能的解釋方向，一種是改採物理侵入標準，另一個則是延續 United States v. Jacobsen 案和 Minnesota v. Dickerson 案對於違禁物的解釋，不過本文認為第二個解釋方向根本不可能，這是因為 Jacobsen 案是在 Place 案後一年所判決，Dickerson 案更是在 1993 年

子，事實上也為下一個基準的產生埋下伏筆。

第三款、實務近期—雙軌基準的形成

隱私權基準下的合理隱私期待測試，向來被諸多判決當作美國憲法增修條文第4條的試金石，也是權威教科書所列為美國憲法增修條文第4條主要依據⁶⁶⁴，不過，這樣看似堅實的立場卻悄悄地在2001年的Kyllo v. United States案⁶⁶⁵開始出現轉變，而主筆大法官正是一手促成雙軌基準的推手、力倡憲法原意主義的Antonin Scalia，在Kyllo案中，偵查人員用熱顯像儀偵測被告住宅，發現被告住宅溫度偏高，懷疑被告在家中以鹵素燈加熱室溫以種植大麻，主筆的Scalia大法官在多數意見中，首先說明了在公共道路上目視跟監並不構成搜索，並批評Katz案所揭示合理隱私期待標準流於主觀而不可預測，但說明過去在Dow Chemical Co. v. United States案⁶⁶⁶中，最高法院曾經闡釋「住宅為享有最高程度的隱私區域」更重要的是，住宅這種典型享有憲法隱私權保障的私人領域，早已長久存在於普通法中，認為這是美國憲法增修條文第4條給予的最低保障，並進一步引申，認為偵查人員是利用了科技技術輔助偵查，否則偵查人員就必須進入美國憲法增修條文第4條保障的私人領域，才能得到用科技設備所取得的資訊，換句話說，Scalia大法官是認為偵查機關是利用科技設備，達到跟物理侵入憲法保護領域一樣的效果，這麼說來雖然Scalia大法官在判決中一再提及隱私權，但所連結的基準並不是合理隱私期待，而是古老的物理侵入法則⁶⁶⁷，不過在判決中Scalia大法官並沒有明示採取物理侵入法則，當然也沒有說明物理侵入法則與隱私權基準的關係，在2008年Virginia v. Moore案⁶⁶⁸涉及汽車例外的案件中，Scalia大法官就援參Wyoming v. Houghton案⁶⁶⁹與Wilson v. Arkansas案⁶⁷⁰開宗明義地表示，美國憲法增修條文第4條保障個人不受不合理的搜索和扣押，而如何確定合理與否，必須回歸歷史的脈絡觀察，探尋建國時期的法律與普通法，加以確定美國憲法增修條文第4條所保障的範圍⁶⁷¹，再次透露著Scalia大法官宣示回歸物理侵入法則的野心。

才判決，根本沒有所謂延續的問題，參見張陳弘，同前註634，頁285。

⁶⁶⁴ WAYNE R. LAFAVE, JEROLD H. ISRAEL, NANCY J. KING & ORIN S. KERR, CRIMINAL PROCEDURE Vol.2 61-66(West Publishing Co. 3th ed. 2007).

⁶⁶⁵ Kyllo v. United States, 533 U.S. 27 (2001).

⁶⁶⁶ Dow Chemical Co. v. United States, 476 U.S. 227 (1986).

⁶⁶⁷ Kerr, *supra* note 626, at 93 ; George M. III Dery, *Failing to Keep Easy Cases Easy:Florida v. Jardines Refuses to Reconcile Inconsistencies in Fourth Amendment Privacy Law by Instead Focusing on Physical Trespass*, 47 Loy. L. A. L. Rev. 451,456-457 (2014).

⁶⁶⁸ Virginia v. Moore, 553 U.S. 164 (2008).

⁶⁶⁹ Wyoming v. Houghton, 526 U. S. 295, 299 (1999).

⁶⁷⁰ Wilson v. Arkansas, 514 U. S. 927, 931 (1995).

⁶⁷¹ 不過該案事實中並無歷史上的依據可循，Scalia大法官認為須根據傳統合理性檢驗的標準，就是一方面衡量侵害個人隱私的程度，另一方面衡量可促進政府合法利益的程度，Virginia v.

在 2012 年 United States v. Jones 案⁶⁷²，Scalia 大法官終於找到絕佳的機會，判決內容已在上一章美國法比較中介紹，他明確指出美國憲法增修條文第 4 條並未廢棄財產權基準，也就是財產權基準仍是美國憲法增修條文第 4 條的基準，認為合理隱私期的提出並非全然排斥財產權基準，兩者非取代關係而是並存關係，不過 Scalia 大法官對於隱私權基準並不友善，他認為檢驗方式是先審查是否有物理侵入財產權，如果沒有物理侵入，才退而求其次的適用合理隱私期待基準，等於是將隱私權基準變成次級的基準，不過這樣的觀點還是獲得了其他四位大法官的支持，其中最關鍵並發表協同意見書的 Sotomayors 大法官也認為，Katz 案所建立的合理隱私期待標準並非取代或推翻原有的物理侵入標準，而是補充原有的標準，同意了 Scalia 大法官的見解，如果說 Katz 案是 Brandeis 大法官抗爭的勝利，那此案也可以說是 Scalia 大法官長久抗爭的勝利⁶⁷³，本文認為多數見解的立場基本上宣告了雙軌基準的來臨。

隔年 2013 年 Florida v. Jardines 案⁶⁷⁴中，偵查人員以緝毒犬在被告家門口偵測大麻氣味，並藉此發現被告在家種植大麻，Scalia 大法官再次主筆多數意見，在該案中 Scalia 大法官仍堅定地認為物理侵入美國憲法增修條文第 4 條所列舉的憲法保護領域，就會構成搜索⁶⁷⁵，並再次強調合理隱私期待是加入而非取代了傳統物理侵入法則，且認為財產權基準有使「簡單案件、簡單處理」優點⁶⁷⁶，在該案中 Scalia 大法官說明，雖然過去判決認為警察可以在公共道路上進行調查，也可以短暫在住家門口前逗或敲門，但這與派警犬嗅聞以發現犯罪證據是兩回事，並生動的比喻認為，縱使是不受歡迎訪客來敲門是正常的事，但訪客未經許可在門口用金屬探測器或把警犬放入庭院中刺探訊息，恐怕只會讓大家報警而已⁶⁷⁷，顯然的過去判決所允許的不僅是該特定區域，還包括了特定目的，如果是以搜索為目的的停留，恐怕不是任何人所允許的，是以，在援參 Oliver 案所揭示庭院也屬於住宅的一部份⁶⁷⁸，Scalia 大法官認為偵查人員使

Moore, 553 U.S. at 171.

⁶⁷² United States v. Jones, 565 U.S. 400, 132 S. Ct. 945, 181 L. Ed. 2d 911 (2012).

⁶⁷³ Kerr, *supra* note 626, at 97.

⁶⁷⁴ Florida v. Jardines, 569 U.S. 1 (2013).

⁶⁷⁵ *Id.* at 5.

⁶⁷⁶ *Id.* at 11, (2013) (“One virtue of the Fourth Amendment's property-rights baseline is that it keeps easy cases easy.”).

⁶⁷⁷ *Id.* at 9 (“But introducing a trained police dog to explore the area around the home in hopes of discovering incriminating evidence is something else. There is no customary invitation to do that. An invitation to engage in canine forensic investigation assuredly does not inhere in the very act of hanging a knocker.³ To find a visitor knocking on the door is routine (even if sometimes unwelcome); to spot that same visitor exploring the front path with a metal detector, or marching his bloodhound into the garden before saying hello and asking permission, would inspire most of us to—well, call the police. The scope of a license—express or implied—is limited not only to a particular area but also to a specific purpose.”).

⁶⁷⁸ Oliver v. United States, 466 U.S. 170, 176(1984).

用警犬踏進門前調查屋內的狀況，構成美國憲法增修條文第 4 條的搜索。

2015 年 *Grady v. North Carolina* 案⁶⁷⁹涉及對性犯罪累犯的 Grady，強制配戴 GPS 裝置，美國最高法院全體大法官作成判決，重申 *Ontario v. Quon* 案⁶⁸⁰和 *Jones* 案的立場，認為美國憲法增修條文第 4 條的保障並不僅限於偵查⁶⁸¹，而強制配戴 GPS 裝置屬物理侵入被告身體構成美國憲法增修條文第 4 條的搜索⁶⁸²。

最後，在 2018 年 6 月 *Carpenter v. United States* 案⁶⁸³，該案事實與判決內容已在上一章美國法比較中介紹，在此不再贅述，雖說該案採取隱私權基準加以檢驗，不過仔細觀察案例事實可以發現，偵查機關並沒有物理侵入被告財產權，而是向第三人索取被告位置資訊，在 Scalia 大法官所設下的標準下，確實是應該適用合理隱私期待加以判斷是否構成美國憲法增修條文第 4 條的搜索，況且該案主筆大法官開頭也交代了美國憲法增修條文第 4 條的基準，有財產權基準也有隱私權基準，至此，本文認為雙軌基準在美國最高法院內算是大致形成。

第三項、雙軌基準的解構與重構

第一款、Scalia 財產權基準來源的質疑

在 *Jones* 案中 Scalia 大法官宣稱自己所堅持的財產權基準，是來自於美國憲法增修條文第 4 條的原始理解，並引用 *Entick v. Carrington* 案中的名言⁶⁸⁴，以連結搜索與財產權的關聯性，且援用 1928 年 *Olmstead* 案認為，在 *Katz* 案前的搜索標準是建立在侵入法則(trespass law)之上，不過，美國著名刑訴法學者 Kerr 認為，從 *Wilkes v. Wood* 案和 *Entick v. Carrington* 案可以發現，該二案並沒有對搜所作出定義，無法確認其範圍如何，以狹義的觀點來解讀二案，可以說是政府執法人員物理侵入構成搜索，而廣義的理解，可以說政府執法人員是否干預財產權，或是政府執法人員干預隱私權，而物理侵入只是侵害隱私的行為之一，僅憑上開例子實在難以說明是採取哪種立場⁶⁸⁵，而仔細觀察 *Olmstead* 案可以知道，該案判決與侵入法則的關聯相當低⁶⁸⁶，主要是建立憲法的原文上，

⁶⁷⁹ *Grady v. North Carolina*, 135 S. Ct. 1368 (U.S. 2015).

⁶⁸⁰ *Ontario v. Quon*, 560 U.S. 746, (2010).

⁶⁸¹ *Id.* at 755 (“It is well settled,” , “that the Fourth Amendment’s protection extends beyond the sphere of criminal investigations.”).

⁶⁸² *Id.* at 1371 (“The State’s program is plainly designed to obtain information. And since it does so by physically intruding on a subject’s body, it effects a Fourth Amendment search.”).

⁶⁸³ *Carpenter v. United States*, 138 S. Ct. 2206, 201 L. Ed. 2d 507 (2018).

⁶⁸⁴ (“Our law holds the property of every man so sacred, that no man can set his foot upon his neighbour’s close without his leave; if he does he is a trespasser, though he does no damage at all; if he will tread upon his neighbour’s ground, he must justify it by law”).

⁶⁸⁵ Kerr, *supra* note 626, at 73-74.

⁶⁸⁶ Kerr 教授解釋在 *Olmstead* 案前，美國最高法院事實上提及隱私權與財產權的次數幾乎一樣

況且該案中還舉 Hester 案說明在住家附近的開放領域佐證不構成搜索，顯然物理侵入並不是關鍵，再從當時 Olmstead 案中 Brandeis 大法官著名的不同意見書可以發現，他所批評的是多數意見過度拘泥於文義，忽視在 Boyd 案中的解釋方法，如果 Olmstead 案的多數意見真的採取物理侵入的論理，Brandeis 的不同意見書為何未加以駁斥⁶⁸⁷，顯示 Olmstead 案並沒有明確指出與侵入法則的關聯，而事實上在 On Lee 案中，多數意見基本上否認侵入必然構成搜索⁶⁸⁸，最後的 Silverman 案多數意見也將調查與侵入法則脫鉤⁶⁸⁹，從上開案件的整理，Kerr 教授認為，美國最高法院著眼於物理滲透(physical penetration)受保護空間，申言之，美國最高法院早期對於美國憲法增修條文第 4 條的基準，就「對隱私空間的物理滲透通常都會構成侵入」這點，有著共通的特徵，但並沒有把搜索與物理侵入畫上等號，因此，「普遍認為在 Katz 案出現前美國最高法院採取侵入法則」的說法是不正確的，而 Scalia 大法官在 Jones 案所宣稱要回歸的，竟是一個自始不存在的法則⁶⁹⁰。

本文認為 Kerr 教授的論述相當具有說服力，所舉的案件確實誠如其所解讀的結論，除了 Kerr 教授從判決歷史觀點的理由外，本文基於另外兩個理由也認為 Scalia 大法官的論理並不是回歸物理侵入法則：

首先，從侵權法的觀點來看，或許有認為英美侵權法上 trespass 的概念包含任何物理接觸(any physical contact)，所以貼附或放置 GPS 追蹤器，也是構成物理侵入，但事實上英美侵權法的 trespass 有區分為「人身的侵犯」(trespass to the person)、土地的侵入(trespass to land)和動產的侵入(trespass to chattels)，在土地侵入的標準中，確實只需要放置物品就會構成 trespass to land⁶⁹¹，但單純放置或貼附物品置他人動產卻不見得會構成 trespass to chattels，這是因為 trespass to chattels 須證明有造成損害⁶⁹²，顯然的，Scalia 大法官的侵入法則跟侵權法上的侵入是不同的概念，退一步說，先撇除 Kerr 教授的批評，Scalia 大法官所說的侵入法則，是指美國憲法增修條文第 4 條相關判決所稱的物理侵入，但過去先例的共同特徵在於「物理上、實際侵入或破壞人民財產」如 1928 年 Olmstead 案、1942 年 Goldman 案與 1961 年 Silverman 案等，尤其從 Goldman 案和 Silverman 案的對比即可得知，然而，Jones 案的安裝行為嚴格來說並無侵入、

多，Kerr, *supra* note 626, at 77.

⁶⁸⁷ Kerr, *supra* note 626, at 82.

⁶⁸⁸ On Lee v. United States, 343 U.S. 747,751 (1952).

⁶⁸⁹ Silverman v. United States, 365 U.S. 505,511 (1961)(“We need not pause to consider whether or not there was a technical trespass under the local property law relating to party walls”).

⁶⁹⁰ Kerr, *supra* note 626, at 90.

⁶⁹¹ Vincent R. Johnson 著，趙秀文、楊智傑譯，英美侵權法，五南，2006 年 9 月，頁 41。

⁶⁹² Vincent R. Johnson 著，趙秀文、楊智傑譯，同前註，頁 42-43。

破壞人民財產權，頂多是干擾或附著於動產而已，與過往判決相當不同，並不是明顯物理侵入的例子⁶⁹³，且追溯到 Kyllo 案更可以發現，該案實際上根本沒有物理侵入的事實特徵，綜上兩點與 Kerr 教授的分析，Scalia 大法官的「回歸」說法確實令人質疑。

第二款、Scalia 僅著眼於憲法保護領域

誠如 Kerr 教授的觀察，本文認為事實上在 Boyd 案和 Perlman 案中，美國最高法院就已經闡釋物理侵入有干擾隱私的面向，而多數判決之所以將多以物理侵入作為考量因子，是因為囿於時代因素，也就是說早期美國憲法增修條文第 4 條的解讀必須圍繞著物理侵入，是因為沒有物理侵入行為，偵查機關根本無從進行搜索⁶⁹⁴，當時的科技並未到達非物理侵入，即能發現、獲取證據的地步，侵害方式、客體與取得內容想當然的自然是「物理侵入—憲法列舉空間—隱私資訊」的搭配，然而，隨著科技的進步、竊聽技術的發展，美國最高法院卻依然固守上開的經典搭配，未意識到偵查機關已經有能力以非物理侵入方式在憲法列舉空間外，取得列舉空間內的私人資訊等更多的技術選項，進一步說，可能還存在著「物理侵入—非憲法列舉空間—隱私資訊」、「非物理侵入—憲法列舉空間—隱私資訊」與「非物理侵入—非憲法列舉空間—隱私資訊」等搭配，最高法院在未清楚認知科技技術的擴張，已經足以威脅美國憲法增修條文第 4 條保護的情形下，進而做出了 Olmstead 案、Goldman 案和 Silverman 案三個形成對比的案件，學界與實務普遍將此三案解讀為物理侵入法則確實也是無可厚非。

在 Katz 案的事實中，大法官們開始意識到上開固定搭配並不合理，在該案中既無物理侵入又無憲法列舉空間，大法官們只好直接跳過侵害方式與客體的論述，直接取最大公因數—保障隱私資訊，並以合理隱私期待作為保障基準，雖說諸多的判決並不盡人意，Kerr 教授甚至認為 Katz 案的出現實質上並未擴大美國憲法增修條文第 4 條的保護範圍⁶⁹⁵，但 Katz 案至少提出了另一種搭配模型的可能性，而後 Scalia 大法官在 Kyllo 案中再次揭示了另一個搭配模型，就是「非物理侵入—憲法列舉空間—隱私資訊」不過正如上述，Scalia 大法官此舉並不是操作原始的物理侵入法則，而是擴張了物理侵入法則，其宣稱「回歸」無疑是「創造」一個不重視物理侵入方式的物理侵入法則，這種只著重在物理空間本身的觀點也忽視搜索真正的目的是在取得隱私資訊，另外，Jones 案存在

⁶⁹³ Kerr, *supra* note 626, at 91.

⁶⁹⁴ Kyle Nelson, *supra* note 635, at 419.

⁶⁹⁵ Kerr, *supra* note 626, at 96-97.

著更深層的問題，Scalia 大法官以自己宣稱物理侵入法則，並融合了 Katz 案的合理隱私期待基準，形成新的判斷模型—雙軌基準，認為在車外體安裝 GPS 追蹤器是物理侵入財產權，也就是「物理侵入—憲法列舉空間—隱私資訊」的組模，但 Jones 案真正的關鍵在於，Scalia 大法官所稱的憲法列舉的空間本身就在創造資訊，這樣的特殊性 Scalia 大法官僅用所宣稱的可以透過物理侵入的論理加以迴避，忽視該等資訊事實上是逸散在公共場所之中，無從物理侵入，評價的重點應該是監視本身對隱私危害的抽象性，而不是單純設備貼附的物理性。

第三款、「私人活動依附性」詮釋財產權基準

本文認為，Scalia 大法官確實並非回歸物理侵入法則，而是新創了一個新的基準，我國也有學者指出 Scalia 大法官比較像是新創一個不太關心財產權是否被破壞或侵入的物理侵入原則⁶⁹⁶，換句話說，Scalia 大法官的侵入法則既與侵權法的侵入無關，也不全然是過去判決所稱的物理侵入，進一步說，Scalia 大法官的侵入法則事實上包含了物理侵入與非物理侵入方式(Kyllo 案、Jardines 案)，甚至可以說 Scalia 大法官根本不在乎侵入的方式，而是就美國憲法增修條文第 4 條所列舉的空間加以保護，著重在絕對的保護憲法明文的區域，也就是限於憲法明示的那些空間，Scalia 大法官所說的侵入財產權，應該是指須有美國憲法增修條文第 4 條所示的財產權加以「依附」這樣的解釋或許更貼合 Scalia 大法官的原始想法，再進一步推論，從 Jardines 案中可以發現，Scalia 大法官使用了 Oliver 案所提出「庭院」(curtilage)的概念加以解釋⁶⁹⁷，但 Oliver 案並不是採取物理侵入法則，而是以合理隱私期待的觀點加以解釋「庭院」的概念⁶⁹⁸，也就是說，事實上 Scalia 大法官也使用隱私的觀點在其所宣稱的物理侵入法則。

Kerr 教授在曾經表示從 Wilkes v. Wood 案和 Entick v. Carrington 案，這兩個古老的案子中並無法得知美國最高法院是採取哪種立場，前已述及，而綜觀本文所整理與分析的脈絡中，在物理侵入時期的美國最高法院並未忽視對於隱私空間的保護，只是在其時代背景下需要用物理滲透的方式做判斷，Katz 案後則是仰賴合理隱私期待的判斷，直至 Scalia 大法官重新著眼於憲法列舉的領域，將物理侵入概念加以擴張至非物理侵入，本文認為不管是 Scalia 大法官所宣稱

⁶⁹⁶ 張陳弘，同前註 634，頁 300。

⁶⁹⁷ 該案詳細的介紹，王兆鵬，同前註 139，頁 109-110。

⁶⁹⁸ Kathryn E. Fifield, *Let This Jardines Grow: The Case for Curtilage Protection in Common Spaces*, 2017 Wis. L.Rev. 147 (2017)(“As this Note will show, prior to the revival of a trespass-based test in Jones and its application to curtilage in Jardines, the curtilage analysis was really about reasonable expectations of privacy. The Dunn factors were designed to measure whether expectations of privacy in areas surrounding a person's home are objectively reasonable.”).

的財產權基準，抑或是在 Katz 案前的財產權基準，事實上也沒有脫離對於隱私權的論述脈絡，只不過必須是限於美國憲法明文的「空間隱私」⁶⁹⁹，而空間隱私的證成正如同本文所分析的那樣，其所仰賴的是「私人活動行止的依附」也就是說，之所以給予該空間隱私的保障，關鍵在於保障個人在該類場所中可以享受私人生活。

美國學者 Richard G. Wilkins 教授就認為物理侵入行為事實上與合理隐私期待密切相關⁷⁰⁰，而在 Katz 案後住宅仍舊受到保護並非僅因美國憲法增修條文第 4 條的明文規定，更是主要因其天生與人類活動(human activity)具有關聯性⁷⁰¹，本文認為 Wilkins 教授所謂的人類活動應該是指人類私生活的活動，正是個人會在住宅中進行私密性的活動，才使住宅受到保障，因此，與其說 Katz 案終結物理侵入基準，倒不說是轉變了美國最高法院的論述軸線，美國最高法院不再囿於物理空間本身，而是重視場所與個人私密行為的關連性，也不再著重是否物理侵入憲法保護領域，而是仰賴是否以不被容許的監控形式侵害個人⁷⁰²。

因此，Katz 案判決中的經典名言：美國憲法增修條文第 4 條「保障的是人，而非場所」⁷⁰³，所傳達的意涵並不是場所不重要，而是場所的意義是人所賦予的，並可以清楚的解釋美國憲法增修條文第 4 條列舉空間與隱私權之間的關聯性，簡單來說，本文認為不管是過去的物理侵入法則或財產權基準，都與隱私權密不可分。

第四款、確立單源雙軌基準的判斷模型

第一目、單源雙軌基準的提出

本文既然將場所與隱私權以人類活動依附性的概念加以連結，所導出的解論必將是以隱私權觀點加以詮釋美國憲法增修條文第 4 條，無獨有偶的是，我國學者張陳弘也認為物理侵入法則並非源自財產權的保護，而是源自隱私權的保護，因此雙軌基準應是源於隱私權基準(單源雙軌)，物理侵入只是輔助判斷而已⁷⁰⁴，他肯定 Scalia 大法官雙軌基準的初衷是在於「簡單案件、簡單處理」但批評 Scalia 大法官為雙軌基準排定先後次序⁷⁰⁵，就是先以財產權基準審查，

⁶⁹⁹ 張陳弘，同前註 634，頁 315。

⁷⁰⁰ Richard G. Wilkins, *Defining the Reasonable Expectation of Privacy: An Emerging Tripartite Analysis*, 40 Vand. L. Rev. 1077,1114 (1987).

⁷⁰¹ *Id.* at 1111-1112("After Katz, the home is a protected locale, not only by virtue of its explicit mention in the language of the fourth amendment, but also (and perhaps primarily) because of the human activities innately associated with it.").

⁷⁰² *Id.* at 1116-1117.

⁷⁰³ Katz v. United States, 389 U.S. at 351(1967).

⁷⁰⁴ 張陳弘，同前註 634，頁 310。

⁷⁰⁵ 張陳弘，同前註 634，頁 311。

如不構成搜索，再使用合理隱私期待基準，這樣的做法將產生結果適用結果不一致的問題⁷⁰⁶，他舉例如果 Jardines 案採取 Place 案的標準就不會得出構成搜索的結論，並認為 Jardines 案的財產權標準可能形成貧富區分的歧視效應⁷⁰⁷，接著說明 Scalia 大法官的雙軌基準如適用在 Oliver 案，將會導出構成搜索的結論⁷⁰⁸，因此，雙軌基準應秉持「簡單案件、簡單處理」的原始設計，財產權基準與隱私權基準應是併行關係，適合何種基準取決於說理的繁簡程度，並認為空間隱私⁷⁰⁹與資訊隱私相互重疊⁷¹⁰，最後，他嘗試提出美國憲法增修條文第 4 條的判斷標準，認為應先區分「截取財產權或身體之物理空間內所隱藏不欲人知的資訊」與「截取已經脫離或不在財產物或身體之物理空間內不欲人知的資訊」如果是前者，需再區分是物理侵入或非物理侵入，如為物理侵入則以物理侵入法則判斷，如非物理侵入則以合理隱私基準判斷；而後者則一概以合理隱私期待判斷⁷¹¹。

對於上開學者的看法，本文認為就單源雙軌基準的構想相當具有啟發性，也深具參考價值，同時，本文同意物理侵入法則應該作為合理隱私期待的輔助判斷基準的說法，也完全支持 Scalia 大法官「簡單案件、簡單處理」的初衷，只是對於不論是 Scalia 大法官的雙軌基準或學者張陳弘對 Scalia 大法官的批評，都有難以贊同的地方：

首先，是 Scalia 大法官的雙軌基準並沒有說明，為什麼財產權基準必然優先於隱私權基準，說明財產權基準從未被揚棄或認為隱私權只是被加入的基準，並無法推論兩者判斷的先後關係，觀察 Katz 案後的諸多案件並未採取財產權基準即可明證，因此，認為兩者應是併行關係，是較為合理的說法。

再來是學者張陳弘雖然正確地指出上開觀察，然而其對 Scalia 大法官的見解卻存在著一些誤會，第一點是他批評 Scalia 大法官的基準造成結果不一致的問題，本文認為 Jardines 案與 Place 案有很大的差異，是在於 Place 案發生地點

⁷⁰⁶ 張陳弘，同前註 634，頁 301-303。

⁷⁰⁷ 事實上這是參考了美國學者 David C. Roth 的見解，David C. Roth, *supra* note 261, at 257-258.

⁷⁰⁸ 張陳弘，同前註 634，頁 311。

⁷⁰⁹ Michael M. Price, *Rethinking Privacy:Fourth Amendment Papers and the Third-Party Doctrine*, 8 J. NAT'L SEC. L. & POL'Y 247, 259(2016)；張陳弘，隱私之合理期待標準於我國司法實務的操作－我的期待？你的合理？誰的隱私？，法令月刊，第 69 卷第 2 期，2018 年 2 月，頁 102。

⁷¹⁰ 張陳弘，同前註 634，頁 314-316、同作者，同前註 709，頁 103-107。在此，本文贊同美國憲法增修條文第 4 條同時保障空間隱私與資訊隱私，這樣的現象事實上也可以透過人類私人活動依附性得到較為整合性的解釋，這是因為人類私人活動或其產出本身就資訊隱私的一環，而該活動及其產出資訊大多發生於一個空間或場所之中，此時又涉及了空間隱私，不過還是必須強調空間隱私不見得會被侵害，但資訊隱私基本上是一定會被侵害，如本文所研究的科技定位偵查即是如此，因此，將美國憲法增修條文第 4 條解釋為以私人活動的隱私保障或許比較適當。

⁷¹¹ 張陳弘，同前註 634，頁 316。

是在機場，而 Jardines 案是在庭院發生，這點差異足以影響合理隱私的判斷⁷¹²，第二點是關於 Jardines 案會因貧富而有不同的論述，事實上 Jardines 案適用隱私權基準也可能產生不同的論述，這是因為在該案中 Kagan 大法官以隱私權基準得出有合理隱私期待，那是否也應該歸究於貧富的差異？第三點是認為 Scalia 大法官的基準將與 Oliver 案發生衝突，但 Scalia 大法官在 Jones 案已經說明了這個問題，認為 Oliver 案的開放領域本來就不是憲法明列的保護領域，所以不構成搜索，Scalia 大法官似乎將雙軌基準設下未明言的前提，因此，Scalia 大法官的基準並不會與 Oliver 案發生衝突，不過 Scalia 大法官的回答本身也是一個不及格答案，這是因為非憲法明列的保護領域還有可能構成搜索，經典的 Katz 案就是這種情形，較為安全的回答應該是非憲法明列的保護領域須以取決於是否有合理隱私期待加以判斷才是⁷¹³。

第二目、第一次嘗試的基本缺陷

學者張陳弘所提出來的判斷模型有兩點基本缺陷：

第一點是「截取財產權或身體之物理空間內所隱藏不欲人知的資訊」所謂的財產是否必須受處分人所有？如果不需要是受處人所有，又如何解釋該財產所象徵的意義？另外，所謂不欲人知的資訊，不就是合理隱私期待該判斷的嗎？何以需要判斷兩次？

第二點就是將其所提出判斷基準套用至 Oliver 案時，會發現將會得出構成搜索的結論，這是因為在 Oliver 案的被告在自己的土地深處種植大麻(員警走了將近 1 英哩才發現)，並在土地與道路的分界標示禁止進入，而警察進入土地剛好就是物理侵入「截取財產權或身體之物理空間內所隱藏不欲人知的資訊」適用物理侵入法則而構成搜索，然而，這樣的結論剛好落入自己對 Scalia 大法官基準的批評，也顯示了未將憲法明示的私領域納入衡量的問題。

第三目、修正單源雙軌基準的提出

誠如上述，本文認為過去判決對於美國憲法增修條文第 4 條的解釋，都未脫離過保障隱私權的脈絡，只是以物理侵入作為判斷，而美國憲法增修條文第 4 條所明示的領域只是在宣示該類空間受高度的隱私保障，不盡然就排斥其他隱私的保障，也就是本文認為該類空間只是例示而已，並非列舉，況且對於空間隱私的保障，事實上是確保存在這類空間中，個人可以進行不受干擾的私人活動，進而確保該類活動所產出的資訊不被國家機關恣意的取得，也就是重點在於確保私人活動的資訊不被國家恣意取得，這樣的解釋也剛好符合在制定美

⁷¹² 事實上這樣差異該學者也是有發現，參見張陳弘，同前註 634，頁 308。

⁷¹³ 當然，依照 Scalia 大法官厭惡合理隱私期待的程度，應該是不會這麼說明。

國憲法增修條文第 4 條的背景，即為了對抗英王喬治三世恣意的搜索以取得抨擊自己言論的資訊，並對抗國家不分青紅皂白的監視和入侵⁷¹⁴，因此解釋的重心應該是哪種資訊是具有合理隱私期待。

上開單源雙軌基準雖說提供的標準雖說有些問題，但其發想確實深具啟發，本文不敢掠人之美，仍繼續沿用「單源雙軌」的用語，並修正上開單源雙軌的基準，認為單源雙軌基準基本上不能不顧及憲法上已經明文的空間，但同時必須兼顧以「人」才是該保護的對象，只要是有人類活動依附的空間與產出資訊，都應該獲得合理隱私期待判斷的保障，是以，本文嘗試提出下開單源雙軌的模型：

(1) 美國憲法增修條文第 4 條所例示的空間

本文認為在諸多判決的形成下，不能忽視該類判決對於這些空間的保障，也就是說這些空間基本上就是代表著高度隱私期待的「表徵」是以，將它做為第一層的區分。

進入此一階層接下來要判斷資訊是否附著於該憲法例示領域內⁷¹⁵，如果是固定附著於憲法領域內則須視侵害方式而定，如以物理侵入方式，則當然是依物理侵害法則，而構成搜索；如果是以非物理侵入方式，則適用合理隱私期待基準；如果非附著、逸散於憲法例示的領域內，如熱能、氣味等，因這些資訊本身無法透過物理侵入而獲取，因此，一概適用合理隱私期待基準。

事實上這裡之所以如此區分表面上看來似乎只是有物理侵入，直接適用物理侵入法則，非物理侵入則適用合理隱私期待，似乎沒有區分實益，然本文區分的用意在於，從憲法保護空間所逸散的資訊本身並不容易觀察，且可能就此流入公共場所之中，例如 Kyllo 案、Jones 案、Jardines 案與 Grady 案⁷¹⁶，都是這種情形，如果只是抓一個物理行為就認為是物理侵入，只會使物理侵入法則無限制的膨大，混淆評價的真正核心，也容易使物理侵入法則趨於不穩定。

(2) 非美國憲法增修條文第 4 條所例示的空間

本文認為如非美國憲法增修條文第 4 條所例示的空間，不論是實體空間抑或是虛擬空間，也不論侵入方式為何，都應以合理隱私期待做判斷，Katz 案和 Oliver 案即是典型的案例。

⁷¹⁴ David Gray&Danielle Citron, *supra* note 626 , at 95; Anthony G. Amsterdam, *Perspectives on the Fourth Amendment*, 58 Minn. L. Rev. 349,366 (1974).

⁷¹⁵ 這裡援參了學者張陳弘的想法，參見張陳弘，同前註 634，頁 316。

⁷¹⁶ 不過本文必須強調，這樣的判斷方式似乎與美國最高法院於 Kyllo 案、Jones 案、Jardines 案與 Grady 案的判斷基準有所出入，囿於本文研究範圍，在下一段僅就 Jones 案和 Grady 案有關科技定位偵查加以論述。

第四項、重構合理隱私期待的內涵

在確認單源雙軌的基準後，會發現許多情形均仰賴合理隱私期待基準，那接下來的問題就是如何判斷有無合理隱私期待的問題，也就是合理隱私期待的實質內涵是什麼的問題，在學說、實務判斷是否有合理隱私期待，大多均取道於 Katz 案 Harlan 大法官在協同意見書所揭示的主、客觀要件，即受處分者主觀上對該資訊有實際而不欲人知的私密期待，客觀上依社會通念認為該主觀隱私其為合理，然而這套標準飽受批評，有認為美國最高法院在 Katz 案根本沒有提出實質的操作標準⁷¹⁷，甚至有主張應該放棄合理隱私期待的呼籲⁷¹⁸，然而，本文認為合理隱私期待基準在實務操作多年，已然形成一套可供參考的標準，況且在學說中似乎尚未出現更好的基準，朝向精緻或修正現行標準的路徑思考，毋寧是較為務實的做法。

第一款、合理隱私期待蘊含隱私權的「量差」

從本文整理隱私權與合理隱私期待的脈絡中，不難發現隱私權的憲法依據相當多元，合理隱私期待概念基本上是適用於美國憲法增修條文第 4 條，隱私權與合理隱私期待概念呈現個別發展的面貌，經多個判決也可以發現，不是所有涉及個人隱私就必然構成合理隱私期待的侵害，也不是侵害隱私權就必然侵害合理的隱私期待，畢竟從前揭的 Roe 案(涉及墮胎)就可以知道隱私權概念涉及的層面相當的廣泛，事實上兩者範圍與在美國憲法依據都不盡相同⁷¹⁹，而早在隱私權被美國最高法院承認以前，家宅隱私早在 1886 年的 Boyd 案中被提及，不過僅限在美國憲法增修條文第 4 條明文的保護領域，在 1965 年 Griswold 案美國最高法院承認隱私權的兩年後，1967 年 Katz 案也才提出合理隱私期待基準，很顯然的美國最高法院是想透過合理隱私期待的概念，將原先囿限於憲法保護領域的觀點，擴張至資訊面向的隱私⁷²⁰，而從這樣實務發展的軌跡看來，也不能說隱私權與合理隱私期待全然無關，是以，我們可以這樣理解：合理隱私期待事實上是隱私權在美國憲法增修條文第 4 條的化身，屬隱私權的下位概念，在刑事程序中須透過合理隱私期待的判斷方能確認隱私權的侵害，例如 Oliver 案與 Riley 案，偵查人員確實都涉及了被告的隱私，但被告卻不受合理隱私期待的保障，這樣差異合理的解釋就是，在合理隱私期待為隱私權下位概念的前提下，合理隱私期待是隱私「程度」的概念，需要侵害到一定程度

⁷¹⁷ William C. Heffernan, *supra* note 246, at 37.

⁷¹⁸ DANIAL J. SOLOVE, *supra* note 268 ,at 115 (2011).

⁷¹⁹ 隱權與合理隱私期待概念的區分與釐清，參見謝咏庭，同前註 246，頁 105。

⁷²⁰ 正確指出這點，謝咏庭，同前註 246，頁 107-108。

的隱私，才會啟動美國憲法增修條文第 4 條的保護程序。

學者 David Gray 教授和 Danielle Citron 教授⁷²¹認為根據制憲歷史與過去判決可知，美國憲法增修條文第 4 條是擔憂國家恣意、無差別的搜索而來，不僅針對犯罪者，對於異議分子、藝術家等也是保障，學者 William Stuntz 也認為政府對於意義性言論和良知的廣泛攻擊，使美國憲法增修條文第 4 條的實質得以確立⁷²²，現在國家不受限制的使用現代的監視技術，過去擔憂國家不分青紅皂白的搜索也隨之而來，不論從美國憲法增修條文第 4 條的文本、歷史或理論，都是在確保個人可以生活在沒有全面監控的權利⁷²³，觀察美國最高法院在 Katz 案所表示的意見，認為該案所注重的是，是否侵害個人的合理隱私期待與侵害的程度⁷²⁴，屬質性分析的方法，但到 Jones 案的協同意見書卻可以發現量化分析的身影，而稱為「定量隱私」(quantitative privacy)，然而不管是質性分析還是量化分析，都無損合理隱私期待作為隱私權「程度」的概念。

是以，不論從美國最高法院的判決或是學者的討論，都可以看出合理隱私期待本身就是隱私權在美國憲法增修條文第 4 條所設定的程度。

第二款、主觀要件的爭論

第一目、主觀要件的問題

在 Katz 案確立合理隱私期待基準後，於 1971 年的 White 案對於主觀合理隱私期待做出解釋，確立所謂「自願揭露法則」認為個人如果自願向公眾或第三人揭露其私密資訊，將欠缺主觀合理隱私期待，後來的 Miller 案的第三人原則更是在這樣的基礎論理上進一步的開展，不過，這樣的要件招致不少批評。

第一個批評是，過去諸多判決將主觀合理隱私期待，建立在當事人必須要「實際上存在」著隱私權的問題，Anthony G. Amsterdam 教授認為主觀合理隱私期待的要件無法增加或減少美國憲法增修條文第 4 條的保護⁷²⁵，甚至提出一個預言式的假設⁷²⁶，認為如果是在探求主觀實際的期待，那政府大可宣告進

⁷²¹ David Gray&Danielle Citron, *supra* note 626 , at 95.

⁷²² William J. Stuntz, The Substantive Origins of Criminal Procedure, 105 YALE L. J. 393, 394 (1995).

⁷²³ David Gray&Danielle Citron, *supra* note 626 , at 99("Should law enforcement have unrestricted access to technologies like GPS-enabled tracking, drones, and massive data aggregation systems capable of effecting broad and indiscriminate surveillance of all of us, all of the time, across every dimension of our daily lives? Or, in the alternative, does the Fourth Amendment guarantee to all of us and to each of us the right not to live in this kind of surveillance state? As we see it, the Fourth Amendment's text, history, and doctrine leave no doubt that it is the latter.").

⁷²⁴ David Gray&Danielle Citron, *supra* note 626 , at 85("Under the Katz test, however, the key question in Fourth Amendment cases is not where a search occurs, but **whether and to what degree** it invades reasonable expectations of privacy. This is the qualitative approach to the Fourth Amendment.").

⁷²⁵ Anthony G. Amsterdam, *supra* note 714, at 384.

⁷²⁶ 事實上本文認為 Amsterdam 教授原意應該只是誇張批判主觀隱私期待，但在 2018 年的中國

入全面監控的時代，使 1984 年提前十年到來，以消除人民的主觀隱私期待⁷²⁷，另外，雖說主觀隱私「期待」與「同意」不同，同意除了要有知悉(knowing)外，還必有自願行為(voluntary conduct)⁷²⁸，然而，歸納過去判決卻可以發現同意與隱私期待有緊密的關聯，有通過同意而放棄期隱私期待，也有透過項公開展示他的活動，而同意公眾觀察並放棄期隱私期待，而 Kerr 教授也透過統計了過去關於合理隱私期待的判決支持 Amsterdam 教授的見解，發現僅有 12% 的判決操作到主觀合理隱私期待，而這些判決中主觀合理隱私期待也沒有發生關鍵的作用⁷²⁹，這是因為這種主觀心態是否實際存在，必須透過外在、客觀上是否展現(exhibition)阻止公眾或政府觀察行為加以判定⁷³⁰，從這個面向看來，主觀隱私期待相當於「同意」而最終仍是客觀的判斷基準或說是被客觀合理隱私期待基準所吸收⁷³¹，依 Kerr 教授的說法無疑宣告主觀要件是無用的要件，而以同意法則取代原先的判斷，第二個問題是延續上開的觀點，如果要求當事人必須為一定的客觀行為，等同宣示了人必須對私密資訊嚴密的防護不能給任何人知悉，一旦被他人知悉即等同放棄合理隱私期待保護，但這樣的說法無疑的是課予當事人防護的義務，進而弱化對於隱私權保護⁷³²，舉例來說，在使用網路時必然會將瀏覽的歷史資訊傳遞予電信公司、瀏覽器公司，但並不意味著我們放棄對於該等資訊的隱私⁷³³，所謂自願揭露，恐怕也不如想像的「自願」。

第二目、放棄主觀要件的主張

事實上在我國就有放棄主觀合理隱私期待的主張⁷³⁴，認為自願揭露法則使當事人陷入嚴格責任的疑慮，加之主觀合理隱私期待是個人主觀層次的問題，不應當以客觀事實為憑藉，從而，反對自願揭露法則作為主觀合理隱私期待的輔助判斷標準，並認為應全面破棄主觀合理隱私期待的要件，將「合理隱私期待」修正為「合理隱私」這種純粹主觀的判斷⁷³⁵，不過為全面放棄所帶來的衝

卻成為了教授口中的那個國家，參見〈中國監控新招 步態辨識 遮臉 距 50 米都能辨識 北京上海已實施〉，蘋果日報，<https://tw.appledaily.com/international/daily/20181108/38174016/>(最後瀏覽日：2018/11/28)。

⁷²⁷ Anthony G. Amsterdam, *supra* note 714, at 384.

⁷²⁸ A Reconsideration of the Katz Expectation of Privacy Test, 76 Mich. L. Rev. 154,163 (1977).

⁷²⁹ Orin S. Kerr, *Katz Has Only One Step: The Irrelevance of Subjective Expectations*, 82 U. Chi. L. Rev. 113,122(2015).

⁷³⁰ *Id.* at 127("Rather, the subjective test focuses on whether the individual took steps that"exhibited" an expectation of privacy—that is, whether the individual took objective measures to block the public or government from observing the information at issue.).

⁷³¹ *Id.* at 131-133.

⁷³² Orin S. Kerr, *supra* note 728, at 170-171 (1977).

⁷³³ 事實上早在 1974 年，Heffernan 教授就觀察到「公眾」一詞已從不熟識的陌生人擴張至生活中不可或缺的服務提供者，William C. Heffernan, *supra* note 246, at 38.

⁷³⁴ 謝咏庭，同前註 246，頁 133-138。

⁷³⁵ 於實體法中，相類似的主張，參見許恒達，通訊隱私與刑法規制—論「通訊保障及監察法」

擊，仍保留主觀隱私期待並降低其操作的可能性，修正為完全以當事人的主張為唯一的依據，也就是說，主觀合理隱私期待的有無完全以當事人的主張為斷；另有見解同意上開說法⁷³⁶，認為以當事人主張為唯一判斷標準，與我國實務操作大致一致，而且也可以避免政府或企業透過媒體工具讓所有人知悉監控的存在，單方面的改變個人隱私保障的範圍，進而迫使法院作出個人欠缺主觀合理隱私期待的結論。

第三目、同意原則的主張

不過也有將主觀要件的內涵轉向至「同意」的面向，Kerr 教授在探討第三人原則之時，曾提出默示同意說，認為當個人向第三人揭露私密資訊，雖說當事人對於資訊有合理隱私期待，但可以推定當事人以默示同意不受美國憲法增修條文第 4 條的保護，並在數年後再撰文認為主觀要件相當於同意原則，自此同意原則從原先建構第三原則的目擴張至取代整個主觀要件的判斷，然 Erin Murphy 教授則是針對 Kerr 教授的見解，認為他與 Kerr 教授都認為實務對第三人原則的論理有問題⁷³⁷，但他並不認同 Kerr 教授捍衛第三人原則的立場，並提出應限縮同意原則的見解⁷³⁸，認為國家在要求持有他人資訊的第三人提出他人資訊時，須告知該第三人該他人美國憲法增修條文第 4 條的權利，並在未取得令狀的前提下，不得提出該資訊，同時要求第三人負擔不當揭露的民事責任⁷³⁹。

在我國也有採取同意法則並加以修正的見解⁷⁴⁰，認為同意原則也是由個人客觀行為切入主觀要件，應可考慮從客觀面強化該要件，使主、客觀隱私期待相互連動，並認為同意原則本質上是一套政府行使公權力時加諸在人民身上的準則，難以基於自主原則而導出個人有義務承擔風險的結論，而既然個人在現實中還有其他選擇，成為隱私保障密度的關鍵，那也應當衡酌社會大眾的觀點，加以判斷個人使用該科技設備而揭露資訊於他人，是否為無從選擇，提出以「同意是否具有高度真摯性，且非受強迫而無從選擇」作為判斷基準，而是否具有真摯性的高低取決於「普遍而必要的使用習慣」以網路服務使用為例，如社會成員普遍使用網路服務，則無可避免地必須使用網路平台而交付個人資

的刑事責任，東吳法律學報，第 21 卷 第 3 期，2010 年 1 月，頁 117-118。

⁷³⁶ 李明勳，合理隱私期待之研究－以定位科技為例，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2013 年 7 月，頁 177-178。

⁷³⁷ Erin Murphy, The Case against the Case for Third-Party Doctrine: A Response to Epstein and Kerr, 24 Berkeley Tech. L.J. 1239 (2009).

⁷³⁸ *Id.* at 1252-1253.

⁷³⁹ *Id.* at 1253.

⁷⁴⁰ 陳姍瑄，同前註 561，頁 96-97。

訊，則其同意的真摯性傾向於低品質，反之，則因有其他選擇，在明知必須承擔資訊外洩的風險下，仍使用網路，則可認為該同意的真摯性為高品質，而提出此見解者同時也強調，仍宜檢驗個人同意範圍是否為用戶所知悉而同意，以確保同意行為的真摯性。

第四目、本文見解—主觀要件的破棄與轉化

本文認為主觀合理隱私期待確實存在著相當大的問題，尤其其所衍伸的自願揭露法則，不過觀察自願揭露原則的內容似乎也可以發現，它是客觀行為去界定主觀的知悉，這點在上揭論述中都一再強調，而如果要打擊的目標是自願揭露法則，恐怕就不是單純的將主觀要件虛化，這是因為就算將主觀要件虛化，自願揭露法則還是可以透過其客觀化的表徵，在客觀合理隱私期待中復活，因此，自願揭露法則的疑慮並不能作為破棄主觀要件的真正理由，另外，國家利用人民對於恐怖活動的恐懼，建構以安全為名的監控系統，進行實質性的監控，而這種公開的監控套用在合理隱私期待的公式中，可以發現將使個人幾乎沒有機會主張合理隱私期待，針對這樣的說法本文認為，確實有這樣的疑慮存在，不過，主觀要件事實上是以客觀行為判斷是否存在合理期待為基準，而不是指單純的期望本身，因此，這個理由似乎不是相當充分。

本文認為主觀要件真正的問題有二，第一是主觀要件本身是無用的基準，這是因為在刑事訴訟中被告均會主張自己有主觀的合理隱私期待，主觀要件幾乎喪失過濾功能，為使主觀要件發揮作用，就必須由個人外在行動加以確認，雖然說是主觀要件，但卻名不符實的以客觀處理，Kerr 教授的統計研究更加佐證了這樣的觀點，第二就是在判斷個人是否擁有權利時，往往不會去要求權利人去做些什麼，才能擁有該項權利，反而是要做了什麼才使權利喪失(例如明示同意或拋棄)，但主觀合理隱私期待可疑卻是要求權利人積極捍衛自己的隱私，才能獲得隱私權保障，白話的說，我們不去要求他人侵害權利人的隱私權，反而去要求權利人必須先做保護措施才能獲得法律的保護，無怪乎上開放棄主觀要件的見解中，認為主觀合理隱私期待的判斷形同加諸權利人嚴格責任，更嚴重的是，在某些情形不是權利人不去防護，而是無從防護，例如本論文所探討個人在公共場所中的行徑紀錄，此時要求權利人必須要有客觀的防護行為已然是超乎苛求的境地，是以，本文認為正確的做法就是加以弱化或破棄主觀的合理隱私期待，以避免一旦權利人未為一定的防護措施馬上被認定喪失隱私權保護的結論。

不過，本文在此必須說明的是，雖說本文認為應該破棄主觀要件，但不表示該要件的判準全然不需判斷，本文進一步的主張是，既然是判斷個人是否有

客觀防護的行為，就應該放置於客觀要件中觀察，作為判斷客觀要件的一環，為客觀要件所吸收，也就是說，本文真正廢棄的是將主觀要件當作獨立的要件，其判斷的實質轉化至客觀要件的判準之一，如果一個人有為隱私的防護行為，那有很高的可能其具備合理隱私期待，相反的，如果一個人沒有或無法進行隱私措施，那也不盡然喪失合理隱私期待，仍必須衡求其他要件與因子，簡單的說，只是將過去主觀要件的判斷內容移至客觀要件，使合理隱私期待名符其實的一階段判斷，即僅存客觀要件，又因仍有將個人採取的隱私措施納入客觀要件判斷，而對現行法秩序(如釋字 689 號解釋所揭示的合理隱私期待判斷)並未形成實質的影響，但卻可消除嚴格責任的疑慮，還使有採取隱私措施的個人不會因為主觀要件的廢棄而受影響的好處。

那接下來的問題是，在破棄主觀要件的前提下，是否也是否定同意原則的立論？本文認為，誠如我國同意原則的修正見解指出，事實上同意原則也是客觀面的觀察，既然如此，那何必強求同意原則是主觀要件的審查，定位上倒不如將同意原則作為客觀隱私期待審查的要素之一，至於應採取哪一套的同意原則，本文認為 Kerr 教授的默示同意的作法忽視自主選擇的問題，同時也可能是武斷的假設，尤其在資訊不平等的情形，同意的效力可能就會有問題；而 Murphy 教授的見解則透過告知持有被告資訊的第三人被告憲法上的權利，這樣的告知或許是為了連結後續不當揭露所生的民事求償機制，然而這樣的告知對於第三人不僅不痛不癢，第三人更可以隱私聲明的方式，事前在繁瑣的契約中排除自己的責任，使後續的民事求償無法發動，同時我國有見解正確地指出，Murphy 教授的見解雖強化了第三人與被告的救濟管道，但卻無從事前防堵偵查機關非法取證的行為⁷⁴¹，相較之下，我國修正見解所提出的「普遍而必要的使用習慣」的基準⁷⁴²來檢視同意的品質，似乎是比較合理的做法，不過，本文認為同意原則植基於個人的自主選擇之上，然而，個人根本無從選擇的前提下，何來自主判斷可言，因此，只能將同意原則作為客觀合理隱私期待的衡量因子之一，不能將其賦予決定性的影響力，簡單的說，不代表通過同意原則即無合理隱私期待，這是因為同意原則既然植基於個人同意，必然有同意範圍的問題，並具有使用目的限制，而所謂使用目的之判斷須求諸客觀上社會情境脈絡而定，例如銀行交易紀錄即限於商業使用，如偵查機關調閱銀行交易紀錄為使用於犯罪偵查，則違背社會情境脈絡的設定，而可能違背個人的隱私期待。

⁷⁴¹ 陳姍瑄，同前註 561，頁 94。

⁷⁴² 陳姍瑄，同前註 561，頁 96-97。

第三款、客觀要件的細緻化

既然破棄了主觀合理隱私期待，那如何判斷客觀合理隱私期待，即是相當重要的問題，根據 Harlan 大法官所定義的客觀合理隱私期待，是指社會承認的合理性，也就是說衡酌一般社會通念可認為主觀期待係屬合理，但因本文見解揚棄了主觀合理隱私期待，對於上開定義或許可以稍加修正為衡酌一般社會通念可認為具備合理的隱私利益(privacy interest)，因此，本文見解所稱的合理隱私期待理隐私利益，然而，這樣的定義並沒有提供任何判斷的標準⁷⁴³，所幸美國最高法院過去已累積了諸多的判決，或許可以取法於過去判決，並加以歸納形成一定的操作模型。

第一目、判斷因子的歸類

事實上美國學者對於最高法院的判決早已進行歸類，Wilkins 教授認為美國最高法院在判斷是否構成基本上考量相互關連的三個客觀因子，加以判斷是否侵害合理隱私期待，分別為⁷⁴⁴(1)監控場所地點(the place or location where the surveillance occurs)、(2)監控行為侵害的性質與程度(the nature and degree of intrusiveness of the surveillance itself)、(3)監控的標的或客體(the object or goal of the surveillance)，而既然是相互關連的因子，那就表示在最高法院在判斷時經常交互考量，任何一項因子都不具有絕對的決定力⁷⁴⁵，而在美國關於合理隱私期待的討論中，有援參上開 Wilkins 教授的區分方式，並修正為(1)「資訊性質」、(2)「侵害手段」、(3)「侵害場所」與(4)「第三人原則」⁷⁴⁶，並說明資訊性質並不囿於資訊所在的物理場所，侵害手段應納入馬賽克理論的觀點，侵害場所也不限於非公開場所，公開場所仍有隱私保護的可能，而第三人原則則視作一種利益權利。

而專注人力監控的學者 Christopher Slobogin 教授則整理過去判決判斷監控是否構成搜索的判斷因子區分為七個⁷⁴⁷：(1)監控地點的性質 (The Nature of the Place To Be Observed)、(2)被監控者採取加強隱私的措施(The Steps Taken to Enhance Privacy)、(3)監控物理侵入私人財產的程度(The Degree to Which the

⁷⁴³ Wilkins 教授認為合理隱私期待標準令人難以操作，Richard G. Wilkins, *supra* note 700, at 1107；Colb 教授則認為其相當不穩定，Sherry F. Colb, *What Is a Search? Two Conceptual Flaws in Fourth Amendment Doctrine and Some Hints of a Remedy*, 55 STAN. L. REV. 119, 122 (2002)；甚至有學者認為合理隱私期待的操作造成許多不一致和奇怪的結果，Silas J. Wasserstrom & Louis Michael Seidman, *The Fourth Amendment as Constitutional Theory*, 77 GEO. L.J. 19, 29 (1988).

⁷⁴⁴ Richard G. Wilkins, *supra* note 700, at 1080.

⁷⁴⁵ Richard G. Wilkins, *supra* note 700, at 1129.

⁷⁴⁶ 關於第三人原則的發展與問題，可參考陳姍瑄，同前註 561，頁 66 以下。

⁷⁴⁷ Christopher Slobogin, *Technologically-Assisted Physical Surveillance: The American Bar Association's Tentative Draft Standards*, 10 Harv. J. L. & Tech. 383,390-397 (1997).

Surveillance Requires a Physical Intrusion Onto Private Property)、(4)監控的事物或活動性質(The Nature of the Object or Activity Observed)、(5)普遍大眾可得使用的技術(The Availability of the Technology to the General Public)、(6)科技提升感官的程度(The Extent to Which the Technology Enhances the Natural Senses)與(7)採取侵害最小的方式措施(Steps Taken to Minimize the Intrusion)，這些因子⁷⁴⁸在個案中，除非在特定情形下，大多都有一定程度的重疊。

第二目、判斷模式的歸類

另一位歸類的學者 Kerr 教授認為 Harlan 大法官在 Katz 案中創造了「合理隱私期待」這個不甚精確的詞語後，美國最高法院自始未對合理隱私期待做出一致性的解釋，這是因為沒有人能精準的操作合理隱私期待基準⁷⁴⁹，不過 Kerr 教授還是歸類了最高法院操作的四種模式⁷⁵⁰，第一種是「可能性模式」(The Probabilistic Model)，這種模式將合理隱私期待取決於理性的人保有自己隱私的可能性，這種方式立基於普遍的社會實踐，進一步說，當他人有很高的可能性無法窺探其私人資訊，個人的隱私期待客觀上將視為合理，反之，隨著上開可能性的降低，個人隱私期待也會越來越不合理，不過既然建立在社會實踐，那就必須考量風俗、規範與社會習慣，如果偵查機關有違反風俗、規範與社會習慣的偵查行為，也會被視為違反合理隱私期待，以貫徹美國憲法增修條文第 4 條「人民免於無預期的隱私侵害」的意旨，實務上 Bond 案、Olson 案和 Ciraolo 案即採此模式；第二種模式是隱私事實模式(The Private Facts Model)，此模式側重於資訊本身，只有當該資訊屬私密者，方構成搜索而受憲法保護，在此一模式中的判斷重心為國家蒐集的什麼資訊，而非資訊如何取得，如 Jacobsen 案 Dow Chemical Co. 案與 Karo 案即採此種模式；第三種模式是實證法模式(The Positive Law Model)，此模式是將搜索的合理性建構在實證法之上，也就是去檢視相關實證法是否禁止或限制國家行為，倘若國以以違反法律的方式取得資訊，就是侵害了個人的合理隱私期待，此模式聚焦在該資訊公眾是否同樣能合法取得，如果社會成員都能夠合法的取得該資訊，那就沒有道理認為國家不能以該種方式取的該資訊，因而未違反合理隱私期待而不構成搜索，如 Rakas 案和 Riley 案就是採此種模式論述；最後一種政策模式，這種模式顧名思義就是政策性的考量，認為隱私期待是否合理取決於規範價值的判斷，因此，在判斷

⁷⁴⁸ 不過，Slobogin 教授認為這些判斷因子有諸多缺陷，例如他認為普遍大眾可得使用的技術也有可能是高度侵害隱私的科技技術，但並不表示偵查機關可以隨意的使用，Christopher Slobogin, *supra* note 747, at 398-404.

⁷⁴⁹ Orin S. Kerr, Four Models of Fourth Amendment Protection, 60 Stan. L. Rev. 503,504-505 (2007).

⁷⁵⁰ Orin S. Kerr, *supra* note 749, at 507-522 (2007).

合理隱私期待時，應進行偵查安全利益與人民隱私利益的權衡，也就是說，當該偵查行為未受法律規範的情形下，造成侵害人民自由(civil liberty)的棘手問題，則屬侵害合理隱私期待，相反的，規範此種偵查行為屬非必要的限制，該隱私期待即非合理，實務上 Kyllo 案即屬這種模式。

第三目、本文取捨

從上開彙整美國最高法院的見解，可以發現合理隱私期待所包含的面向廣泛，必須衡酌的要素相當繁雜，或許是肇因於社會通念與脈絡的難以界定，也誠如 Kerr 教授所說，從來沒有人能清楚界定合理隱私期待的概念，本文在此也無意建構一個單一標準的合理隱私期待概念，而是找出影響合理隱私期待的因素，提供一個大致的判斷方式：

首先，如 White 案中 Harlan 大法官的不同意見書所說⁷⁵¹，個人的隱私期待與期所承擔的風險已相當程度的反應在，由過去與現在規則、風俗與價值轉化而成的法律，在解釋合理隱私期待時，必須著眼於一般社會大眾所共同保有的價值與習慣，且前述所介紹 Nissenbaum 教授的「隱私權之情境脈絡完整性理論」也是特定情境脈絡下的資訊流動規範，因此，在判斷因子中也必須考量社會脈絡下的特定情境，另外，本文認為美國憲法增修條文第 4 條的目的，既然是在確保生活隱私免於專斷的權力⁷⁵²與防範警察過度滲透的監視⁷⁵³，而合理隱私期待基準作為美國憲法增修條文第 4 條的門檻，詮釋合理隱私期待內涵時，就不能逸脫各該行為作為公權利行為的論述脈絡，也就是說，在界定隱私期待或利益合理與否，並不單純是在劃定個人權利的範圍，同時是在確認公權力行使的界線，這也是在上開學者歸類的因素中都必須檢視偵查行為本身的原因，在上開見解中 Kerr 教授的歸類方式雖然別具創意、觀點獨特，但該歸類方式僅在說明美國最高法院形成的模式，並沒有提供如何判斷的因子，同樣的也沒有說明在何種情形、哪種案件型態中，美國最高法院會採取哪種判斷模式，Kerr 教授僅歸類美國最高法院在各該案件中採用何種模式，並建議在之後類似的案件類型也宜採用該模式⁷⁵⁴，以供下級法院作為類似個案的參考與依據，因此，本文在此論述方式較類似於 Wilkins 教授和 Slobogin 教授的歸類。

本文認為各該偵查行為是否侵害合理隱私期待，必須衡酌下列因子，不過各該因子與其他因子相互都有連動，必須相互衡量，沒有固定的權重可言，也不必每個因子都須具備，只須綜合權衡比較即可，所觸及的因子越多，原則上

⁷⁵¹ United States v. White, 401 U.S. at 786 (1971)(Harlan J.,dissenting).

⁷⁵² Boyd v. United States, 116 U.S. 616, 630 (1886).

⁷⁵³ United States v. Di Re, 332 U.S. 581, 595(1948).

⁷⁵⁴ Orin S. Kerr, *supra* note 749, at 526 (2007).

可能侵害合理隱私的可能性越高，而所須探求、衡量的因子有：

(1)侵害的場所

此點考量是在於美國憲法增修條文第4條本身就典型人類有高度隱私活動依附的場所明文例示，必須納入衡量，不過這不表示非憲法領域就沒有隱私保護，必須衡酌各該場所的封閉性與社會脈絡的意義，例如旅館房間雖非住宅，但具有高度封閉性且為社會脈絡定義下具高度隱私的場所，如侵害場所為公共場所，如街道、公園等，就必須衡量接下來的侵害手段和資訊的質量。

(2)侵害手段性質

此點須考量手段本身是否是人力的物理行為，還是借助科技或專業設備(如GPS設備、金屬探測器、熱顯像儀甚至緝毒犬等都包含在內)，必經借助設備可以達到與物理行為相同、甚至更優越的效果(加強人類感官或超越人類感官)，而此處不必考量是否為大眾使用的工具，這是因為現代科技設備相當容易取得，但卻都蘊含著侵害隱私的效果，大眾或許可以佯稱不知情，但身為偵查為專業的國家機關沒有推託的理由，另外，侵害行為不見得是蒐集資訊行為，也可能是後續的資訊處理。

(3)侵害行為所達成的效果

這項判斷因子是針對新興的偵查手段，雖說美國憲法增修條文第4條沒有禁止偵查機關使用更有效率的偵查方式，但也不表示放棄對於美國憲法增修條文第4條的底線必須全面棄守，如果該等手段可以達到與傳統搜索相同的效果，也應視為侵害個人的合隱私期待。

(4)侵害資訊的質與量

資訊的質是考量該等資訊是否內含私人資訊或私人活動，而私人性的判斷須觀諸社會成員對於該等資訊或活動，是否是可受他人任意知悉，至於當事人能否採取保密措施僅是輔助判斷，當事人也沒有或不能採取保密措施，仍須回歸資訊或活動本身，例如在公共場所誰都會留下指紋，但不代表我們願意將指紋資訊任意的分享；而資訊的量是指，縱然該資訊是公開資訊或否累積了一定的量，該數量的累積有揭露個人人格圖像的危險，即考量馬賽克理論所揭示的效應，例如公共場所的個人位置資訊即是，我國有學者即著眼於資訊集合(*collective information*)與片段資訊(*segmental information*)的差異，認為對於公開場所行動是否有合理隱私期待，須探求「偶然/刻意」、「暫時/長期」、「看見/觀察紀錄」和「有限/大量」的要素⁷⁵⁵，本文認為殊值可採；另外，還有一個相當爭議的問題，就是違禁物的資訊，在美國最高法院如 Place 案、Jacobsen 案與

⁷⁵⁵ 李榮耕，同前註 255，頁 948。

Illinois v. Caballes 案⁷⁵⁶似乎都顯示僅顯示違禁物並不違反合理隱私期待，而在 Rakas 案則直接表示合理隱私期待應為合法的隱私期待⁷⁵⁷，然本文認為這種推論過於速斷，仍必須衡酌是否同時揭露了違禁物以外的資訊與侵害的地點與行為，而不是直接將合理隱私期待的內涵轉變為合法的隱私期待。

(5)侵害對象所採取的隱私措施

正如本文對於主觀要件的主張，主觀要件基本上是在判斷當事人是否有採取客觀外在的隱私措施，那倒不如納入客觀要件做判斷，又為了滌除類似嚴格責任的疑慮，將其作為判斷要素之一，而非決定性因素，一方面使有為隱私措施的個人有獲得法律評價，另一方面又不會使未為或無法為隱蔽措施的個人驟然失去隱私保護。

而此因素考量的是受侵害對象本身自己所做的隱避措施，如果受侵害者自己所採取的隱蔽措施相當嚴密，而國家仍加以侵害、探知其隱避的內容，那應該可以認為具侵害個人合理隱私期待的高度蓋然性，相反的，如果侵害對象所採取的隱蔽措施較為鬆散，那仍必須衡量其他因子加以判斷。

(6)社會脈絡下的揭露與目的外使用

此因素的考量是針對自願揭露與第三人原則傳統上的揭露行為，該等原則將合理隱私期待的有無歸究於當事人的行為，然而卻絲毫不去確認社會成員如何評價該等揭露行為，是否致使當事人喪失隱私權的保護，例如在 Miller 案中銀行交易紀錄、White 案中私人談話或 Jones 案的 GPS 科技定位跟監等都是例子，透過銀行處理交易，雖說將交易對象或部分內容揭露於銀行，但社會脈絡下該等揭露在存在著商業目的，不是等於向全天下公布自己的交易，正如在 Smith 案中，Marshall 大法官的不同意見所說：「隱私不是絕對、全有全無的概念，對銀行或電信業者透露的個人資訊，不能就此推斷人們同意將這些個人資訊用於其他用途」⁷⁵⁸同樣私人談話是基於個人間的信賴關係，而公共道路上受他人不經意的觀察，在社會脈絡下確實是個人自願的揭露，然而計畫性的跟監是刻意性遭到刺探，非社會脈絡下的揭露。

最後，本文強調上開因子多少混雜了偵查利益的考量，然偵查利益是否重大的判斷不應出現在合理隱私期待的因子中，這是因為美國憲法增修條文第 4 條是在防止過度的偵查手段，認為該等手段必須要由中立的司法者加以授權，

⁷⁵⁶ Illinois v. Caballes, 543 U.S. 405 (2005).

⁷⁵⁷ See, e.g., Rakas v. Illinois, 439 U.S. 128, 143 n.12 (1978).

⁷⁵⁸ See Smith, 442 U.S., at 749, 99 S.Ct. 2577 (Marshall, J., dissenting) (“Privacy is not a discrete commodity, possessed absolutely or not at all. Those who disclose certain facts to a bank or phone company for a limited business purpose need not assume that this information will be released to other persons for other purposes”).

並非全然禁止而不得使用，在此前前提下，如果偵查利益極為重大，偵查機關應是想辦法通過令狀審查，而不是率爾的以侵害人民權利的方式進行，因此所謂的權衡判斷並不是指偵查利益是否重大，而是指在隱私權已受保障的前提下，是否會對偵查行為造成不必要的限制。

第三節、科技定位偵查的強制處分性

在探討完隱私權與合理隱私期待的流變後，回歸科技定位偵查本身，在判斷科技定位偵查是否為強制處分，依據本文前述對於強制處分判斷的流程，必須先探討科技定位偵查涉及侵害了何項權利，並進一步探討侵害是否達到一定程度，即實質侵害，而在此一層次所必須論述的就是該權利害的程度如何設定的問題，是以，本文將針對上開問題，依序論述如下。

第一項、先決問題

第一款、切斷戰略與連續戰略

在上一章中，日本公法學者山本龍彥教授曾就日本過往警察資訊取得實務與判例，提出「取得時中心主義」的觀察與批判，前已述及⁷⁵⁹，而山本龍彥教授對於這樣的現象提出相當有趣且細緻的看法，他認為要解決「取得時中心主義」的問題，有兩個思考方向：一個是切斷戰略、另一個則是連續戰略⁷⁶⁰，前者是主張在判斷該當資訊取得行為的合法性時，不加入超越該當案件(如將來使用)的不確定要素，例如將所取得的資訊加以資料庫化或利用，而須一般告知的情形，將資訊的取得與利用加以切割分離，爭取後續行為獨立的正當性；而連續戰略的思維剛好相反，是指將警察的資訊取得行為的法性格，與後續資訊累積、利用與解析不切割判斷，也就是說，在判斷資訊取的行為時，不僅判斷取得行為本身，更須合併判斷取得的後續行為。

究竟採取哪種方式就為恰當，山本龍彥教授也提出了自己的看法，他認為⁷⁶¹，假設現行法下，對於警察所得的資訊保存・累積・利用・解析或廢棄等有具體明確規範的法律存在時，資訊取得行為當然就應考量取得行為本身加以評價，有存在明確的法律除去環繞在取得後資訊汲取的疑慮，原則上連續戰略就不是必要的選項，果如此，也連動到探討取得行為本身時，不必課予較高門檻，然而，在日本對後續行為沒有完備法制的情形下，在取得資訊後保存、利用與解析，彷彿警察機關內部的黑箱，資訊主體現實上難以捕捉、感知後續資

⁷⁵⁹ 參見第三章第二節第一項第四款第四目。

⁷⁶⁰ 山本龍彥，同前註 270，頁 62。

⁷⁶¹ 山本龍彥，同前註 270，頁 63-64。

訊的運用，也難以就目的外使用進行訴訟爭執，資訊取得行為與後續行為難以有明確的切割，在這種法律現狀下，似乎不得不採取連續戰略，課予資訊取得行為與其本身更高的門檻，不過這樣的高門檻，山本教授認為就實務的觀點將生影響偵查效率的問題，絕非最佳的戰略，但另一方面，這種對於偵查的負荷也會成為促使法律制定的強力誘因，而當資訊累積與利用有明確且具體的法律時，因資訊取得行為所包含的隱私程度已然明確，資訊取得行為的門檻相較於現在，也會隨之下降。

本文認為，山本龍彥教授所提出的切斷戰略與連續戰略的思考，將資訊偵查的行為加以細緻化，在現行我國法對於資訊取得後處理的法制，同樣也尚未完備的情形下，相當具有參考價值，本文是就這個思考方向的指引，開展以下的論述。

第二款、安裝與取得行為的切割與結合

上開山本教授的戰略思考，所探討的對象取得行為與取得後資訊處理的問題，但事實上在需要安裝始能取得資訊的偵查行為，也區分為安裝行為與蒐集行為，因為兩者所侵害的權利面向不同，似乎也有必要說明是否須切割或連結的問題。

本文認為在需要安裝行為的資訊蒐集偵查，安裝行為須蒐集行為合併論述，將安裝行為當成為蒐集行為而存在的前階行為⁷⁶²，其侵害的論述脈絡必須依附在蒐集行為下，雖說 GPS 定位偵查在本文的歸類下，屬於偵查主動型的科技定位跟監，而存在安裝行為與蒐集行為兩階段的構造，安裝行為也確實的侵害對象或第三人的所有權，然而，基本權的侵害不必然直接導出獨立的強制處分的結論，這就好比逮捕，雖說定位上逮捕為拘束人身自由的強制處分，但過程中仍可能造成輕微的身體損害(可能因抗拒逮捕或掙脫等原因不一而足)而侵害身體權，這樣強制力的實施是逮捕的執行方法，不管在日本法或我國法都一定程度容許，而受比例原則的控制，不過決不會將執行方法作為一個單獨的強制處分，回到 GPS 偵查中也可以做同樣的理解，安裝行為固然是輕微的侵害財產權，但其目的是為了後續蒐集行為而存在，不應與蒐集行為切割判斷⁷⁶³，換言之，須與蒐集行為作為一個整體觀察，均為取得個人位置資訊的行為，而安

⁷⁶² 本文基本上雷同於井上教授的見解，不過理由並不同，關於井上教授的見解，參見井上正仁，同前註 331，頁 3。

⁷⁶³ 另外本文認為在科技進步的時代，有時取得或蒐集行為與後續的使用行為並不見得可以有相當明確的界線，例如人臉辨識系統的使用，在取得個人外在臉孔時，立即性的連結個人資料系統加以辨識，這一切的發生只在短短數秒間，如何物理性的區分實在有其困難之處，本文認為在一些情形下，連續戰略毋寧是較為可採的解釋方向。

裝行為可以理解為 GPS 偵查的執行方式，法律評價上附隨於取得資訊的行為。

第三款、取得行為與累積、利用的後續行為

上述山本龍彥教授對於切斷戰略的高度評價固然有道理，也承認日本現行法下只能以連續戰略當作立法前的暫時性戰略，而山本教授所謂的立法，是對於後續有「資料庫化」、「網絡化」、「大數據」或「數據挖掘」等行為所進行的分析，簡單的說，似乎是指系爭案件以外的使用(該案目的外的使用)，對於系爭案件中取得資訊後利用的行為，是否須另外制定法制似乎沒有那明確，姑且不論這個問題，除了山本教授所提的須暫時採取連續戰略的理由外，本文認為取得資訊行為雖與資訊利用等後續行為，侵害權利的面向與深度都有一定的差異，應區分考量，然而取得行為並不具備本身意義，其目的是為了利用而存在，且現行令狀實務上，難以想像要求偵查機關在取得時聲請一次令狀，在系爭案件欲利用資訊時再聲請一次令狀⁷⁶⁴，是以，更應在取得行為的時點一併考量後續的處理行為，並反映在令狀審查當中⁷⁶⁵。

從而，在考量現行法制下，我國法與日本法事實上都面臨一樣的法制問題，以山本教授的連續戰略，即將後續資訊使用、分析等不同侵害面向的行為，納入判斷取得行為的思考中，開展以下科技定位偵查法性格的討論，但如認定為強制處分後，在後續令狀審查時也須一併審酌。

第二項、科技定位偵查涉及侵害隱私權

關於科技定位偵查是否侵害隱私權的問題，本文在此仍必須再一次強調，現代侵害概念已經擴張至只要間接的、事實上對權利有影響或干擾都算是侵害或干預，而隱私權在我國釋憲實務上，經釋字 293 號解釋首次提及隱私權，後續的釋字 509、535 號解釋也均有提及，並至釋字 603 號解釋，大法官開始對隱私權有明確的論述，已無疑宣示隱私權屬憲法所承認的基本權，符合在本文見解所界定權利重要性的判準，在此前前提下開展關於科技定位偵查的隱私問題時，可以發現不論是採用哪一種技術的科技定位偵查，基本上都是在蒐集個人的位置資訊，而涉及了侵害隱私權的問題，本文就此分為三個面向加以論述：

第一個面向是私生活的揭露，在前述隱私權的發展引介中提及，隱私權最早是由 Warren 與 Brandeis 所提出獨處不受干擾的權利而來，隱私權最初始的面

⁷⁶⁴ 必須強調的是，本文並非排斥資訊處理、使用階段的令狀審查，只是現行法制上無法配合，而美國學者 Wayne A. Logan 就主張限制資訊使用的方式，是在使用階段時導入令狀審查，Wayne A. Logan, Policing Identity, 92 B.U. L. Rev. 1561, 1605-1606(2012).

⁷⁶⁵ 事實上這樣的思考模型，在我國學者中也有類似的論述，參見李榮耕，電磁紀錄的搜索及扣押，國立臺灣大學法學論叢，第 41 卷第 3 期，頁 1090-1091。

貌即在於避免過多的私生活暴露於公眾，給予個人對於自我私生活資訊揭露與否與揭露範圍的自主權利，而定位科技偵查就是在刺探他人在何時、何地出現，進而推敲他做了什麼，將他所到之處一覽無遺、毫無保留的呈現，這在過去的時代必須耗費相當多的偵查成本，幾乎是不可想見的事，人們對於自我私生活的全貌，應有隱私權的保護，是以，科技定位偵查將會揭露個人私生活領域的事務。

第二個面向是公共場所中的隱私保障，在本文上一項中已經提及現代隱私權的發展，不必然與秘密畫上等號，資訊時代下全有全無的隱私保障，恐怕不是周全的保障手段，也忽視個人將私生活自由選擇公開範圍的面向，從而在公共場所中也應有隱私權的保障，事實上每個人在公共場所中大多也都是希望自己只是一張陌生的臉孔，對於他人的凝視、緊盯或計畫性的跟蹤，基本上都會視為一種無理的冒犯，更嚴重的問題是，這樣的監視來自於國家機關，無形牽制效力讓人改變自我的言行舉止，產生自我審查與拘束的效果⁷⁶⁶，成為社會規訓與控制的最佳途徑，這樣的監視將整個社會變成傅柯口中那座全景敞視的監獄，肯認上開論述的前提下，以科技定位蒐集個人的位置資訊，無疑的就是強力的監視工具，可以逐一的檢視個人近乎所有公開場所的活動，只要個人踏出至公共場所當中，他的活動即被國家所知悉，無疑的侵害了該個人在公開場所中的隱私權，這樣的論述基礎基本上也可以在我國釋憲實務中尋得，釋字689號解釋就表明對於隱私權的保障不因在公共場所中消失，只是在公共場所中會受到限制而已，而該限制就是必須衡平其他社會參與者的行動自由，在他人逾越合理範圍時，方對他人行為有所限制，就此，本文仍可肯認科技定位偵查涉及隱私權的侵害，至於是否該當強制處分所謂的實質侵害，即是侵害個人的合理隱私期待的問題。

另外，我國曾有見解引述 Slobogin 教授的公共匿名權作為論證科技偵查侵害隱私的一環⁷⁶⁷，美國學者 Slobogin 教授所提出公共匿名權(The Right To Public Anonymity)的概念，其實是引申已故美國大法官 William Rehnquist 的見解⁷⁶⁸，Slobogin 教授認為在公開場所中人們都不希望被刻意、計畫性的觀察，都希望對自己的身分可以有所保留，並盡可能援離政府的關心，這種不安感不同於隱私權，稱之為「公共匿名權」⁷⁶⁹並傾向公共匿名權的憲法基礎源自於美國憲法

⁷⁶⁶ SOLOVE, *supra* note 560, at 108；日本法上綠大輔教授也強調 GPS 科技定位偵查，有使行動自由萎縮的面向，綠大輔，同前註 348，頁 67。

⁷⁶⁷ 黃政龍，同前註 76，頁 110-111。

⁷⁶⁸ William H. Rehnquist, *Is an Expanded Right of Privacy Consistent with Fair and Effective Law Enforcement*, 23 U. Kan. L. Rev. 1,9 (1974).

⁷⁶⁹ CHRISTOPHER SLOBOGIN, *supra* note 257, at 91.

增修條文第4條⁷⁷⁰，同時認為公共匿名權可以促進行動自由與一個開放的社會，相反的，欠缺公共匿名權將產生順從與壓抑的社會，就此看來似乎可以做為科技定位偵查的論據，不過，仔細觀察Slobogin教授在說明公共匿名權時，事實上有提及公共匿名的利益在一個人做了什麼或說了什麼時才會被放棄，多數時候是與犯罪活動有所關聯⁷⁷¹，也就是說該權利事實上存在一個不甚明顯的前提，就是該個人必須沒有可疑行為(*absent suspicious conduct*)⁷⁷²，就此點來說，科技定位偵查是偵查行為的一環，而偵查是否發動，依本文見解是必須以理性偵查人員的初始嫌疑出發，而該初始嫌疑也是建立被告或犯罪嫌疑人的行為之上，也就是被告或犯罪嫌疑人的行為引發了初始嫌疑，該行為與Slobogin教授說的可疑行為應該是一致的，因此，很難將公共匿名權作為科技定位偵查是否侵害隱私的論證基礎。

第三個面向是個人資訊蒐集與處理，承前所述，在現行法尚未能對於後端的資訊處理加以規範時，就必須在資訊蒐集法律定性的判斷上，將後段資訊處理所造成的隱私侵害一併考量，科技定位偵查所得蒐集的個人資訊繁多，例如何時出現在何地、停留多久、行徑時間等，使偵查機關對於個人私生活的活動幾乎瞭如指掌，該蒐集本身即是監視的一環，且監視時間越長，蒐集的資訊就多，強大的侵害性質已如前述，更為關鍵、同時也被美、日與我國學者提及，就是將所蒐集的個人位置資訊加以儲存、利用，甚至將之建置資料庫，在未來的各種國家權力運作中反覆使用，並與(不論公開或非公開的)其他資料進行比對、勾稽，涉及了侵害隱私權可以說毫無疑問。

第三項、科技定位與合理隱私期待

第一款、合理隱私期待的檢驗

確認了科技定位偵查涉及了侵害隱私權後，接下來的問題是科技偵查的侵害是否到達合乎隱私期待的程度，依據本文所歸類的要素，須就(1)侵害的場所、(2)侵害手段性質、(3)侵害行為所達成的效果、(4)侵害資訊的質與量、(5)侵害對象所採取的隱私措施、(6)社會脈絡下的揭露與目的外使用，綜合觀察這六項因子並權衡判斷是否侵害合理隱私期待：

首先，就第一個要素侵害場所的要素來看，科技定位偵查大多是蒐集公共道路上的位置資訊，就此必須再衡酌其他要素加以判斷，然科技定位偵查並不全然都在蒐集公共道路上的位置資訊，還是有可能觀察到跟監對象在私人場所

⁷⁷⁰ *Id.* at 106-108、116.

⁷⁷¹ *Id.* at 91.

⁷⁷² *Id.* at 116.

的活動與位置資訊，日本法上實務與學說的強制處分說就是認為跟監對象也會行駛到私人住宅用地停車，像是出入情趣旅館的停車場等，使此等非暴露於公眾目視的場所，有被知悉的危險，另外，在美國法上 Karo 案就是因為涉及到住宅內活動的監視，而侵害合理隱私期待，因此，科技定位偵查具備「無可避免的觀察到私人空間的活動」的特質，就本因子來說具侵害合理隱私期待的高度蓋然性。

第二個要素是侵害手段性質，科技定位偵查是利用科技定位設備，在第二章中已經說明，不論就資訊蒐集的範圍、執行成本與效率和超越人類感官的極限等面向，都顯示科技定位偵查具有強大資訊蒐集能力與準確性，另外，因科技定位偵查所蒐集個人位置的無差別性，大範圍取得個人活動的足跡，後續資訊的使用與處理，將可透視個人的全人格圖像，加以估計個人每次的行動，根本足以構成另一種的隱私侵害，依本文見解因後續資訊使用等法制尚未健全，應在蒐集階段合併考量此種風險，因此，就此要素而言，也具備侵害合理隱私期待的高度蓋然性。

第三個要衡量的要素是資訊的質與量，科技定位偵查雖說僅在蒐集個人位置資訊，然承前述，科技定位偵查也無可避免地蒐集到個人在私密場所的活動，縱算是在公共道路上的個人位置資訊與活動軌跡，也與偶然、暫時的觀察不同，科技定位偵查屬於計畫性、刻意蒐集個人「集合性資訊」取得近乎私密的資訊，如同 Jones 案 Sotomayors 大法官在協同意見所說的，這些活動資訊可以充分反映一個人有關於家庭、政治、專業、宗教甚至於性生活等方面的細節，揭露一些本質上私領域的行程，例如去了哪些診所(涉及醫療資訊)、律師事務所、脫衣俱樂部等，而此等無差別性、大範圍取得得資訊，數據數量必然相當龐大，不論就質、量上，都引發合理隱私侵害的疑慮。

第四個衡量的要素就是侵害行為的效果，正如前述，科技定位偵查不僅可觀察到私密空間的活動，更因蒐集數據的龐大，與傳統搜索的效果幾無差別，只是紀錄者不再是人民自己，而是國家機關幫人民記錄，試想，傳統搜索所取得的是個人自己親自記錄的資訊，那些個人不想留下的資訊，國家機關並無法蒐集取得，然而，科技定位偵查則可以直接跳過該個人的記錄行為，直接就個人活動本身加以觀察記錄，並加以廣泛運用，實質侵害的效果就此層面看來，似乎更甚傳統搜索。

第五個衡量因子是侵害對象所採取的隱私措施，在科技定位偵查蒐集於公共道路的位置資訊時，就此部份侵害對象基本上難以、甚至無從採取任何迴避的措施，是以，無法從此因子判斷合理隱私期待。

第六個要衡量的要素是社會脈絡下的揭露與目的外使用，縱使科技定位科技所蒐集的僅止於公共道路上的位置資訊，個人公共道路上的軌跡，在社會脈絡下所設定的情境是他人可能會偶然或暫時的目視，然而，計畫性的跟監，甚至是安裝 GPS 追蹤器在對象車輛上，無疑的就是揭露他人的私人活動，並非該對象自願性的揭露。

綜合上開要素檢視，可以發現科技定位偵查觸及了大部分判斷合理隱私期待的考量因子，甚至在特定的因子中甚至可以直接說明，科技定位偵查侵害了個人的合理隱私期待，因此，本文認為，科技定位偵查確實侵害了個人隱私期待。

第二款、毋庸區分長期/短期的科技定位偵查

美國學者 Slobogin 教授以 *Terry v. Ohio* 案⁷⁷³為基礎，認為美國憲法增修條文第 4 條的搜索、扣押的合理性取決於與警察的侵入行為是否合於大致的比例，並稱之為比例性原則(proportionality principle)，進一步說，Slobogin 教授的比例原則是建立在兩個基礎上，第一是美國憲法增修條文第 4 條的保護利益是在防止來自政府不正當的侵害個人財產、自主與隱私權，第二是在對於上開保護利益的威脅越大，政府就必須展現更強的正當性，簡單的說，搜索理由與其侵入性須成正比，方符合比例原則的要求⁷⁷⁴，並就監控技術的規制(regulation of surveillance techniques)區分為一般搜索(general search)與目標搜索(targeted search)，前者是針對不特定人、場所蒐集資訊，後者則是針對特定人或場所蒐集資訊，並強調不區分肉眼搜索，還是透過科技技術，在這樣的基礎下，Alito 大法官在 *Jones* 案所提出的協同意見書中，提出短期的 GPS 定位偵查並不會違反個人的合理隱私期待，而長期的 GPS 定位偵查會侵害合理隱私期待，Slobogin 教授認為這種長期與短期的區分就是比例原則的應用⁷⁷⁵，並說明 Alito 大法官在協同意見書中使用「長期(prolonged)」暗示著其非以技術類型作為考量，而是時間長短才是關鍵⁷⁷⁶，從而 Slobogin 教授認為在目標性公眾搜索(Targeted Public Searches)時，應以 20 分鐘、48 小時的區分方式，認為除有緊急情況外，在 48 小時以上者，須相當理由與令狀(warrant)授權，如在 20 分鐘以上 48 小時以內，則僅需有合理懷疑與法院命令(court order)即可，如有中斷情形則以加總是否達 20 分鐘或 48 小時⁷⁷⁷，加以判斷適用哪一種程序門檻。

⁷⁷³ *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968).

⁷⁷⁴ Christopher Slobogin, *Making the Most of United States v. Jones in a Surveillance Society: A Statutory Implementation of Mosaic Theory*, 8 Duke J. Const. L. & Pub. Pol'y 1,14 (2012).

⁷⁷⁵ *Id.* at 14.

⁷⁷⁶ *Id.* at 24-25.

⁷⁷⁷ *Id.* at 25.

我國學者溫祖德教授也贊同 Alito 大法官的意見書，並認為我國實務向來將人力跟監當作任意偵查，且我國釋字 689 號解釋應是專指「長期」「持續」監控干擾私人公開場所活動，認為短期性的使用 GPS 定位偵查與短期人力跟監並無差異，並從馬賽克理論的角度認為，短期的 GPS 定位偵查縱然蒐集該等資訊，亦屬於短暫、片段資訊，難以有系統性的拼湊整個關於個人之隱私資訊，是以，短期的 GPS 定位偵查毋庸令狀授權⁷⁷⁸。

本文對於上開 Slobogin 教授提出「程序門檻與偵查機關的侵害程度應合乎比例」的想法相當贊同，同時也認為程序門檻與密度須與侵害基本權的程度相稱，不過，對於其短期與長期的區分本身相當有疑問，姑且不去討論該區間是如何訂出來的，單就科技定位偵查中的 GPS 定位偵查來說，其本身並無法預測跟監對象的去向，進而無法排除跟監對象進入具高度隱私的私人場所(如汽車旅館)之可能性的特性，這同時也是日本最高法院認定 GPS 定位偵查為強制處分的關鍵理由，這個特性使科技定位偵查本身無法只是單純的 Public Searches，換句話說，不論時間或長或短，都無法排除跟監對象進入私人場所的可能，Slobogin 教授上開見解、Alito 大法官和我國溫祖德教授的見解似乎都僅考量資訊的「量」而未考量此一因素，才會提出以長期/短期的區分方式，事實上 Slobogin 教授的見解未能正確反映科技定位偵查的問題，正是導因於他長期以來強調不應去區分使用技術方式的立場⁷⁷⁹，雖說這樣的立場是為了擺脫美國實務長期以「大眾使用」、「感官增強或替代」作為保護區別⁷⁸⁰的亂象，但卻忽視科技設備的使用確實帶來與人力偵查的差異性，如果說美國實務見解僅就技術差異進行分析，而忽視資訊的量變，那 Slobogin 教授的見解就剛好相反，都是有倚輕倚重之嫌，這也是本文在上開判斷因子中將兩者都列入考量的原因，使各該因子都可獲得評價，當然可能會有人以短期的科技定位偵查必須聲請令狀可能造成緩不濟急為由加以批評，不過如有這樣的批評，顯然是忽視我國強制處分體系下有緊急處分權法理得加以援用，偵查機關自得為緊急處分⁷⁸¹，是以，不能以無法請領令狀的理由反推該處分的性質。

是以，本文認為 Slobogin 教授的區分方式並不可採，同樣的我國學者溫祖德教授的見解也不可採，是以，科技定位偵查不應區分長期/短期，都應是侵害合理隱私期待的偵查作為。

⁷⁷⁸ 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 160-161。

⁷⁷⁹ Christopher Slobogin, *supra* note 774, at 18; Christopher Slobogin, *supra* note 747, at 400.

⁷⁸⁰ Christopher Slobogin, *supra* note 747, at 400.

⁷⁸¹ 如我國搜索就有緊急搜索、監聽等措施加以處理，不過原則上都有事後陳報法院的程序規範。

第四項、我國授權依據的探尋與分析

既然確認了利用 GPS 定位追蹤與其他定位技術作為偵查方式，屬於強制處分，那依本文見解就必須給予強制處分法定與令狀原則的保護，不過科技定位偵查是否有實定法上的依據，實在存有疑義，本文將從特別規範開始檢視至一般性規定⁷⁸²，畢竟如特別規範有規定，似乎就會無須檢視一般規範，是以，本文將地毯式的逐一檢視現行法上是否有關於 GPS 定位追蹤與其他定位技術偵查的法源依據，就我國實定法做初步的分析。

第一款、通訊保障及監察法

國家機關利用 GPS 定位追蹤與其他科技定位技術作為偵查方式，參照第二章的介紹可以知道，GPS 定位追蹤等科技定位技術多須仰賴電信傳輸的方式，獲取追蹤對象的位置資訊與行動，因此，即衍伸了科技定位技術的偵查應用，是否可以在通訊保障及監察法(下稱通保法)中，尋得實定法的依據，即有疑義，而通保法的適用對象分別為通訊和通信紀錄，根據是否為通訊或通信紀錄，而有不同程度的保障與程序。

申言之，如為通訊或通信紀錄，則適用於通保法關於該等資訊的程序保障規定：依通保法規定，如為監察客體為通訊，又分為一般監察與緊急監察，於前者，形式要件上，遵守採取令狀原則(第 5 條第 2 項⁷⁸³)，須事前向法官聲請簽發之令狀，實質要件上則有相當理由、重罪原則、關聯性原則(第 5 條第 1 項⁷⁸⁴)、最小侵害原則與補充性原則(第 2 條⁷⁸⁵)加以管控，程序上則須於監察期間內，每 15 日做成報告書，說明監聽情形與繼續的必要性(第 5 條第 4 項⁷⁸⁶)，檢

⁷⁸² 同樣認為邏輯上如明確的特別規定即毋庸再著墨於一般規定，參見朱志平，同前註 468，頁 108-109。

⁷⁸³ 「前項通訊監察書，偵查中由檢察官依司法警察機關聲請或依職權以書面聲請該管法院核發。聲請書應記載偵、他字案號及第十一條之事項，其監察對象非電信服務用戶，應予載明；並檢附相關文件及監察對象住居所之調查資料，釋明有相當理由可信其通訊內容與本案有關，且曾以其他方法調查仍無效果，或以其他方法調查，合理顯示為不能達成目的或有重大危險情形。檢察官受理聲請案件，應於四小時內核復；如案情複雜，得經檢察長同意延長四小時。法院於接獲檢察官核轉受理聲請案件，應於四十八小時內核復。審判中由法官依職權核發。法官並得於通訊監察書上對執行人員為適當之指示。」

⁷⁸⁴ 「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。……(略)」

⁷⁸⁵ 「(第 1 項)通訊監察，除為確保國家安全、維持社會秩序所必要者外，不得為之。(第 2 項)前項監察，不得逾越所欲達成目的之必要限度，且應以侵害最少之適當方法為之。」

⁷⁸⁶ 「執行機關應於執行監聽期間內，每十五日至少作成一次以上之報告書，說明監聽行為之進行情形，以及有無繼續執行監聽之需要。檢察官或核發通訊監察書之法官並得隨時命執行機關提出報告。法官依據經驗法則、論理法則自由心證判斷後，發現有不應繼續執行監聽之情狀時，應撤銷原核發之通訊監察書。」

察官或核發令狀之法官亦可要求隨時提出報告書，且每個月向檢察官、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(第 16 條⁷⁸⁷)，最後，於結束監聽作業時，須陳報法院通知受監察人，使受監察人知悉自己受到通訊監察，從而得以救濟；而緊急監察與一般監察的差異在於，基於急迫情形，在特定犯罪案件下得先執行監察，嗣後於 24 小時內陳報法院，並事後核發令狀，其餘所要遵守的程序均與一般監察無異；相較於通訊監察要件與程序的嚴謹，通信紀錄的調取(第 11 條之 1⁷⁸⁸)則較為簡約，形式要件上分為最重本刑 3 年以上與最輕本刑 10 年以上之罪案件，如為前者，則原則上採令狀原則，例外於急迫情形時，允許事後聲請令狀，後者則採檢察官保留，毋庸法官令狀，實質要件上，則僅有必要性與關連性原則之適用。

從上述要件與程序的分析可知，如為通訊或通聯紀錄則有上開規定的適用，因此，適用通保法的前提要件與關鍵的問題即在於，國家機關以科技定位技術方式取得追蹤對象的「位置資訊」是否屬通訊或通信記錄？

首先，按通保法第 3 條⁷⁸⁹規定可知，通保法所認為的通訊，要件有三：一、方法上須利用電信設備發送、儲存、傳輸或接收，二、客體須為符號、文字、影像、聲音或其他信息之有線及無線電信、郵件及書信、言論及談話，三、客體內容上須有合理隱私期待，而在要件二的解釋上，實務⁷⁹⁰與多數學說

⁷⁸⁷ 「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」。

⁷⁸⁸ 「(第 1 項)檢察官偵查最重本刑三年以上有期徒刑之罪，有事實足認通信紀錄及通信使用者資料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 2 項)司法警察官因調查犯罪嫌疑人犯罪情形及蒐集證據，認有調取通信紀錄之必要時，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。(第 3 項)檢察官、司法警察官為偵辦最輕本刑十年以上有期徒刑之罪、強盜、搶奪、詐欺、恐嚇、擄人勒贖，及違反人口販運防制法、槍砲彈藥刀械管制條例、懲治走私條例、毒品危害防制條例、組織犯罪防制條例等罪，而有需要時，得由檢察官依職權或司法警察官向檢察官聲請同意後，調取通信紀錄，不受前二項之限制。(第 4 項)第一項之急迫原因消滅後，應向法院補行聲請調取票。(第 5 項)調取票，應記載下列事項：一、案由。二、應調取之通信紀錄或使用者資料。三、有效期間，逾期不得執行調取及調取後應將調取票交回之意旨。(第 6 項)第一項、第二項及第四項之聲請經法院駁回者，不得聲明不服。(第 7 項)核發調取票之程序，不公開之。(第 8 項)有調取第七條之監察對象通信紀錄及通訊使用者資料必要者，由綜理國家情報工作機關向電信或郵政事業調取，不受前七項之限制。」。

⁷⁸⁹ 「(第 1 項)本法所稱通訊如下：一、利用電信設備發送、儲存、傳輸或接收符號、文字、影像、聲音或其他信息之有線及無線電信。二、郵件及書信。三、言論及談話。(第 2 項)前項所稱之通訊，以有事實足認受監察人對其通訊內容有隱私或秘密之合理期待者為限。」。

⁷⁹⁰ 臺灣高等法院 100 年度上易字第 2407 號刑事判決與該判決所引用的 101 年 2 月 14 日法檢字第 10100511840 號函：「所謂符號、文字、影像等信息均應含有意思表示，即在於進行通訊雙方之間，得以進行溝通，而達到意思表示之目的，如無法藉此信息之傳達，使通訊雙方得以互相溝通及理解彼此意，應即非通訊保障及監察法所應予保障對象」。

均認為須有「人的意思」存在或特定意思的表達⁷⁹¹，換言之，須是人際間的意思交換或意思表達，而得相互溝通與交換意見，因此，通訊的核心內涵必須是基於個人意思而向外傳達訊息(至於傳達何種內容，並非重點)，如僅機器或設備自動產生的訊息或資訊，因不具備人的意思性，則非通保法所稱之通訊，由此推知，藉由 GPS 定位追蹤及其他定位追蹤技術而得知追蹤對象的位置資訊，因該位置資訊的產生非基於追蹤對象的意思而發⁷⁹²，而是 GPS 追蹤器或通訊設備發出，故非通訊⁷⁹³，進而無從適用通保法對於通訊的保障規範，縱算採取少數學說⁷⁹⁴的觀點，認為關鍵應該在於該訊息是否利用第三人所支配之媒介進行傳遞，GPS 追蹤器所產生的位置資訊亦非第三人所支配的媒介所傳遞，因此，並非通訊，另外亦有學者⁷⁹⁵指出，更本質的因素在於要件三—是否有合理隱私期待，認為依傳統合理隱私期待理論或自願揭露法則，個人於公共空間或公開場合的位置與行動資訊，因屬自願公開行為，任何人皆得以觀察，難以認為個人主觀上有隱私期待，一般社會大眾也不會認為隱私期待為合理，因此，要件三亦不該當，關於是否具有合理隱私期待之問題，本文認為，單就個別的位置資訊是沒有合理隱私期待，但觀察整體得位置資訊，可能就會有不同的結論，然不論如何，縱算合於要件三，亦非要件二所稱之通訊，因此，自無適用通保法關於通訊監察的程序保障規定。

再者，通信紀錄部分，源於 2014 年馬王政爭而意外的促使通保法之修正⁷⁹⁶，其中新增第 3 條之 1⁷⁹⁷將通信紀錄(過去稱「通聯紀錄」)正式納入規範⁷⁹⁸，所謂通信紀錄，指電信使用人使用電信服務後，電信系統所產生之發送方、接收方之電信號碼、通信時間、使用長度、位址、服務型態、信箱或位置資訊等

⁷⁹¹ 許恒達，通訊隱私與刑法規制—論「通訊保障及監察法」的刑事責任；蔡墩銘，通訊監察與證據排除，刑事法雜誌，第 39 卷第 1 期，1995 年 2 月，頁 1；陳志龍，秘密通訊自由之保障及郵件扣押合法性之商榷，刑事法雜誌，第 22 卷第 3 期，1978 年 6 月，頁 37。

⁷⁹² 更精確地說，追蹤對象根本無從知悉，何來基於其意思而發，關於此點薛智仁，同前註 40，頁 133-134，已明確指出。

⁷⁹³ 同此見解，朱志平，同前註 468，頁 109-110。

⁷⁹⁴ 薛智仁，同前註 40，頁 134-135。

⁷⁹⁵ 李榮耕，同前註 255，頁 934-935。

⁷⁹⁶ 邱彥瑜、陳睿哲，【監聽爭議】通保修法：保障人權？阻礙辦案？，公視新聞議題中心，2014/03/10https://pnn.pts.org.tw/main/2014/03/10/%E3%80%90%E7%9B%A3%E8%81%BD%E7%88%AD%E8%AD%B0%E3%80%91%E9%80%9A%E4%BF%9D%E4%BF%AE%E6%B3%95%EF%BC%9A%E4%BF%9D%E9%9A%9C%E4%BA%BA%E6%AC%8A%EF%BC%9F%E9%98%BB%E7%A4%99%E8%BE%A6%E6%A1%88%EF%BC%9F/，最後瀏覽：2018 年 2 月 6 日。

⁷⁹⁷ 「(第 1 項)本法所稱通信紀錄者，謂電信使用人使用電信服務後，電信系統所產生之發送方、接收方之電信號碼、通信時間、使用長度、位址、服務型態、信箱或位置資訊等紀錄。(第 2 項)本法所稱之通訊使用者資料，謂電信使用者姓名或名稱、身分證明文件字號、地址、電信號碼及申請各項電信服務所填列之資料。」

⁷⁹⁸ 過去都是依電信法直接向電信業者調取，可參考林鈺雄，通聯紀錄之調取—從幾則基地台相關判決談起，台灣法學雜誌，239 期，2014 年 1 月，頁 49-61。

紀錄，其中「位置資訊」似乎能涵蓋以 GPS 定位追蹤等科技定位技術的偵查方式，然而細觀條文可以發現，通信紀錄須是電信業務單位所設置的電信系統所產生的，始為通保法所稱之通信紀錄，除以行動電話定位中以調閱通信紀錄方式為之的偵查外⁷⁹⁹，其餘的定位技術，不是偵查機關所裝置的設備，再不來就是直接搜尋追蹤對象裝置所發出的訊號，這些技術有些有利用、直接略過或根本不利用業者的電信系統，但均非電信系統「所產生」的紀錄，即通信紀錄，進而不適用通保法上關於調閱通信紀錄的規定。

綜上可知，偵查機關以 GPS 定位追蹤等科技定位技術方式，獲取追蹤對象的位置資訊與行動，此種偵查方式無法適用通保法之規定，換言之，通保法並非科技定位偵查的法律依據。

第二款、警察職權行使法

按警察職權行使法(下稱警職法)第 11 條：「(第 1 項)警察對於下列情形之一者，為防止犯罪，認有必要，得經由警察局長書面同意後，於一定期間內，對其無隱私或秘密合理期待之行為或生活情形，以目視或科技工具，進行觀察及動態掌握等資料蒐集活動：一、有事實足認其有觸犯最輕本刑五年以上有期徒刑之罪之虞者。二、有事實足認其有參與職業性、習慣性、集團性或組織性犯罪之虞者。(第 2 項)前項之期間每次不得逾一年，如有必要得延長之，並以一次為限。已無蒐集必要者，應即停止之。(第 3 項)依第一項蒐集之資料，於達成目的後，除為調查犯罪行為，而有保存之必要者外，應即銷毀之。」觀本條規定可知，於特定犯罪中，警察得於警察首長的書面同意，即得以目視或科技工具方式觀察或蒐集人民無合理隱私期待之行為或生活，而所謂科技工具，就最大的文義範圍自包含 GPS 定位追蹤等科技定位技術設備，似得認為此在授權警察得使用 GPS 定位追蹤等科技定位技術方式取得位置資訊的法律明文，實務上警察機關亦多以本條作為授權依據⁸⁰⁰，然學說上多以三個理由否定警職法第 11 條作為以 GPS 定位追蹤等科技定位技術方式偵查的法源，理由分別是，一、警職法第 11 條乃為防止犯罪而設，犯罪偵查無從適用；二、警職法規範不夠嚴密，無監督管制機制可言，有侵害人民權益之虞；三、個人位置資訊是否屬無合理隱私期待之資料，有再研求餘地；而本文亦不贊同本條可作為以 GPS 定位

⁷⁹⁹ 此種偵查方式，因有通保法的規範，故不在本文的討論範圍，此一立場已在第二章第二節第四項已有說明。

⁸⁰⁰ 彰化縣警察局，常見問題 Q&A，為偵辦刑案於嫌疑人車輛裝設 GPS，是否有違反刑法妨害秘密罪及通訊保障及監察法規定之疑慮？

https://www.chpb.gov.tw/ch/home.jsp?id=26&parentpath=0,3&mcustomize=faq_view.jsp&dataserno=201512130098&mserno=201512130006。

追蹤等科技定位技術方式偵查的法源，然理由稍有不同，茲論述如下：

首先，本條之目的或適用前提，已明確形諸於明文中，限定於「為防止犯罪，認有必要」的情形，所謂防止犯罪，預防將來犯罪發生，屬犯罪行為尚未發生的前階段，如已發生犯罪行為，非屬本條所謂防止犯罪發生之情形，而是偵查階段之問題⁸⁰¹，此項設計係參考德國警察法聯邦與各邦統一警察法標準草案第8條C⁸⁰²而來，該法即以防止重大危害與防制特定犯罪為目的⁸⁰³，有學者推測此種設計係維持檢察官作為偵查主體的設計，而將之限定於防止犯罪的情形。

而警職法第11條第3項規定依第1項所蒐集之資料，於達成目的後，如為調查犯罪行為，而有保存之必要者，即可保存不予以銷毀，有學者指出此項規定為犯罪偵查之規範，據此是否意味著第1項也可擴張至犯罪偵查？有學者認為警職法與刑訴法二分的傳統理解已受到顛覆，卻未明言反對，另有學者認為此種立法模式逾越警職法危害預防的本質，破壞權力分立、混淆行政與司法的界線，宜修法導正，本文認為該項規定確屬犯罪偵查之明文，使警職法目的、功能與刑訴法相互重疊，而正確的解釋應該是，縱算警職法第11條第3項屬犯罪偵查之條文，亦僅規定已取的之資料後續「保存」的問題，而該蒐集行為的「發動」仍須回歸適用第1項的明文，第1項既然已經限定發動目的必須是防止犯罪，且第3項旋即規定調查犯罪的接續保存，顯見立法者有意排除以偵查（調查犯罪）為目的之發動，第3項的明文僅在表示該蒐集之資訊得順利轉換至刑事偵查程序，作為初始嫌疑的依據，因此，不得以第3項的規定即推導第1項可擴張適用至犯罪偵查階段。

然不可否認的是，於實務中，防止犯罪與犯罪偵查不見得可清楚界分，防止犯罪與犯罪偵查有歸屬衝突發生的可能，已如前述，對此，有學者⁸⁰⁴認為，基於憲法對人民基本權保障的觀點，如有刑事訴訟司法警察身分之行政人員，發現當事人有犯罪嫌疑時，即應轉換適用為刑事偵查程序，並說明須立法配套，如刑事訴訟法無配套措施，恐怕須回頭適用警職法規定，但須遵守法律保留、法律明確性、比例原則與正當法律程序等憲法原則，方得採取幾近於刑事

⁸⁰¹ 李榮耕，同前註255，頁936。

⁸⁰² 該條文中譯可見蔡震榮，同前註496，頁162。

⁸⁰³ 須注意我國警察職權行使法第11條僅言「防止犯罪」並無防止危害之明文，與德國法不同，似有意排除防止危害之情形，因此，本文在此並不細究警察法中危害概念的相關問題，相同見解：蔡庭榕、簡建章、李錫棟、許義寶，警察職權行使法逐條釋論，初版二刷，2006年，頁274-275。

⁸⁰⁴ 陳信伍，行政調查之研究：以其與刑事偵查程序之轉換為中心，國立中正大學法律學研究所碩士論文，2001年；李震山，同前註486，頁326-328。

手段的行政行為，由此推論，依刑訴法多數學說認為，刑訴法並無規定 GPS 定位追蹤等科技定位技術的偵查方式，回頭適用警職法第 11 條似乎就勢在必行了⁸⁰⁵，然是否刑訴法全無規定，本文持保留意見，因此，在此仍認為無從適用警職法第 11 條；再者，警職法第 11 條所稱之科技工具，係考量警察於跟監時，可利用科技設備作為輔助工具，然而如為超越感官之科技工具是否包括在內，實有疑問，有學者⁸⁰⁶認為應僅限於加強目視能力有直接關聯性之工具，方屬此處的科技工具，而 GPS 定位追蹤等科技定位技術已可超越人類感官之限制，作為此處的科技工具則非無疑問，且此處對於科技工具的解釋亦同時會連動到另一個要件—無合理隱私期待之資料，蓋如果允許使用超感官之科技工具，所取得的資料勢必相當細緻，依本文前開見解可知，GPS 科技定位偵查有侵害個人的合理隱私期待，是以，並無法適用警職法第 11 條。

最後，警職法第 11 條規定警察所得蒐集之資料須限於無合理隱私期待之資料，個人位置資訊是否屬於無合理隱私期待之資訊，即不無疑義，此處與前述通保法相同，簡單的說明是，釋字 689 號解釋承認人民於公共場合仍有隱私權的保護，在此前前提下，不論公開或私人場所，整體性的個人位置資訊是否完全無合理隱私期待，即難以一概而論，況且，警職法第 11 條所授權的期間可長達一年，一年所蒐集之個人資料數量勢必相當可觀，真能全無合理隱私期待，實在令人難以置信。

綜觀上述說明即可知，警職法第 11 條無法作為 GPS 定位追蹤等科技定位技術方式偵查的法律依據。

第三款、國家情報工作法

國家情報工作法第 7 條：「(第 1 項)情報機關應就足以影響國家安全或利益之下列資訊進行蒐集、研析、處理及運用： 一、涉及國家安全或利益之大陸地區或外國資訊。 二、涉及內亂、外患、洩漏國家機密、外諜、敵諜、跨國性犯罪或國內外恐怖份子之滲透破壞等資訊。 三、其他有關總體國情、國防、外交、兩岸關係、經濟、科技、社會或重大治安事務等資訊。(第 2 項)前項資訊

⁸⁰⁵ 依刑訴法多數學說認為刑訴法並無規定，亦不能依警職法第 11 條取得授權，不過，縱算例外適用似乎並無不可，蓋於適用時仍必須受上開所揭憲法原則拘束，而衝突時期通常均具有緊急性與短暫性，適用上不可能如警職法第 11 條所授權的一年之久，且只能蒐集無合理隱私期待行為或生活之資訊，並無所謂侵害人民權利甚深的疑慮，亦無所謂依馬賽克理論，形成「量變轉為質變」的疑慮，不過這不表示本文贊同警職法第 11 條第 1 項可用於犯罪偵查，本文僅是在質疑刑訴法學說上的理由不夠充分，至於，關於警職法的定位，非本論文研究之範疇，恐須另行研究，關於刑訴法學說的疑慮，可參考李榮耕，同前註 255，頁 935-937；朱志平，同前註 468，頁 110-111。

⁸⁰⁶ 蔡庭榕、簡建章、李錫棟、許義寶，同前註 803，頁 279、林裕順，GPS 偵查的論理，月旦法學教室，第 180 期，頁 31。

之蒐集，必要時得採取秘密方式為之，包括運用人員、電子偵測、通（資）訊截收、衛星（光纖）偵蒐（照）、跟監、錄影（音）及向有關機關（構）調閱資料等方式。(第3項)情報機關執行通訊監察蒐集資訊時，蒐集之對象於境內設有戶籍者，其範圍、程序、監督及應遵行事項，應以專法定之；專法未公布施行前，應遵守通訊保障及監察法等相關法令之規定。(第4項)外國人或大陸地區人民來臺從事與許可停留、居留目的不符之活動或工作者，主管機關得協調內政部警政署、內政部入出國及移民署或法務部調查局，對其實施查（約）訪。拒絕接受查（約）訪者，移請權責機關依法令處理。」觀本條明文，似有授權以GPS定位追蹤等科技定位技術的偵查方式，然依國家情報工作法第1條⁸⁰⁷規定，此僅適用於國家安全工作有關之蒐集，況該法第18條第1項規定⁸⁰⁸所稱之「主管機關」所指應為該法第2條⁸⁰⁹的國家安全局，是否可作為犯罪偵查或刑事審判的證據，實在不得而知，因此，一般犯罪偵查將無從適用本法，國家情報工作法第7條難以成為以GPS定位追蹤等科技定位技術的偵查方式一般性的授權依據。

第四款、個人資料保護法

在資訊發達的今日，人民也越來越重視個人資料的保護，立法者有鑑於此，特於2010年修正原先的「電腦處理個人資料保護法」更名為「個人資料保護法」(下稱個資法)，修法重點在於，同時擴張保護客體、規範行為與規範對象，詳細來說，就保護客體而言，不再限於經電腦處理之個人資料，且從須附著於個人活動或利用第三人之媒介傳輸之資料，擴及至所有可直接或間接識別自然人的資料；而規範行為則除原先已規範的個人資料之處理外，擴及至包括蒐集及利用行為；最後規範對象上，立法者就對象上區分為公務機關與非公務機關，作不同程度的規範與法律效果，而就本文所關注的公務機關蒐集個人資料之規定規範在個資法第15條⁸¹⁰，該條對公務機關蒐集、利用個人資料之行為作雙重限縮，第一重限制是個人資料範圍的限制，將公務機關得蒐集、利用之個人資料限縮於非個資法第6條之個人資料，第二重限制是對公務機關發動事

⁸⁰⁷ 國家情報工作法第1條：「(第1項)為規範、監督、統合國家情報工作，維護國家安全及利益，並保障人民之權益，特制定本法。(第2項)情報工作及其監督，依本法之規定，本法未規定者，適用相關法律之規定。」

⁸⁰⁸ 國家情報工作法第18條第1項：「情報機關於獲取足以影響國家安全或利益之資訊時，應即彙送主管機關處理；其涉及社會治安之重大事件或重大災難者，除依法處理外，應即彙送主管機關。」

⁸⁰⁹ 國家情報工作法第2條：「本法之主管機關為國家安全局。」

⁸¹⁰ 個資法第15條：「公務機關對個人資料之蒐集或處理，除第六條第一項所規定資料外，應有特定目的，並符合下列情形之一者：一、執行法定職務必要範圍內。二、經當事人同意。三、對當事人權益無侵害。」

由的管控，限定在「執行法定職務必要範圍內」、「經當事人同意」或「對當事人權益無侵害」三種情形下，始得蒐集、利用個人資料，如有違反個資法第 15 條之情形，即有個資法第 28 條損害賠償與第 41 條的刑事處罰。

就上述個資法的規定，以 GPS 定位追蹤等科技定位技術方式偵查取得個人的位置資訊是否有個資法第 15 條規定的適用，即有討論的必要，學說上有認為個人位置資訊固然屬於個資法之保護客體，然而，個資法第 15 條所定「法定職務必要範圍」之明文，不符合法律明確性原則⁸¹¹，亦有認為學者從節制偵查機關權限與設定程序規範的角度出發，認為個資法第 15 條「特定目的」、「法定職務必要範圍」要件過於空洞，且蒐集個資期間、方式或授權機關均無規範，個資法第 15 條實在難以作為 GPS 定位追蹤等科技定位技術方式偵查的授權依據。

本文贊同上述學說論點，從個資法第 2 條第 1、3 款⁸¹²規定可知，透過 GPS 定位追蹤等科技定位技術取得的位置資訊，係定位設備所依附物品的位置，雖說定位設備所依附的是物品(包包或交通工具等)，然該物品本身卻是與個人活動有空間上的緊密關係，可藉由該物所處的位置取得個人的位置資訊，進一步與其他資料對照、組合或連結識別該個人，屬間接方式得以識別個人之資料⁸¹³，而所謂蒐集，個資法第 2 條第 3 款則規定任何方式取得均屬之，接下來則須檢驗以 GPS 定位追蹤等科技定位技偵查的發動是否符合個資法第 15 條公務機關蒐集個資所限制的三種情形：「執行法定職務必要範圍內」、「經當事人同意」或「對當事人權益無侵害」基本上，科技定位偵查屬於秘密方式為之，取得追蹤對象同意要無可能，而對當事人權益是否無侵害，這部分在第四章會有更細緻的說明，簡單來說，依現代公法學說對於「侵害」概念的理解，已非古典侵害概念的狹義理解⁸¹⁴，亦即現代侵害的概念，只要使人民之基本權利無法完善行使，即屬侵害，要說科技定位偵查對當事人權益(如隱私權、資訊自決權等)無任何侵害，實在是難以說服人，排除上述兩種情形，僅剩下法定職務必要範圍，而檢察官為偵查主體，依刑訴法第 228 條有偵查權限與義務，而司法警察與司法警察官亦有協助偵查權限與義務，偵查事務當然為檢察官、司法警察

⁸¹¹ 薛智仁，同前註 452，頁 50。

⁸¹² 個資法第 2 條第 1、3 款：「本法用詞，定義如下：一、個人資料：指自然人之姓名、出生年月日、國民身分證統一編號、護照號碼、特徵、指紋、婚姻、家庭、教育、職業、病歷、醫療、基因、性生活、健康檢查、犯罪前科、聯絡方式、財務情況、社會活動及其他得以直接或間接方式識別該個人之資料。……三、蒐集：指以任何方式取得個人資料。……」

⁸¹³ 個人資料保護法施行細則第 3 條：「本法第二條第一款所稱得以間接方式識別，指保有該資料之公務或非公務機關僅以該資料不能直接識別，須與其他資料對照、組合、連結等，始能識別該特定之個人。」

⁸¹⁴ 同前註 535。

官與司法警察(下合稱偵查機關)之法定職務範圍，然而，從刑訴法的設計可以發現，屬於偵查事務並不表示偵查機關當然可以發動為之，仍有一定原則、要件或程序的管控，如所有偵查機關的蒐集個資行為均可透過個資法第 15 條獲得授權，那刑訴法的規定豈不形同具文，況且個資法第 15 條僅言法定職務必要範圍內，即可蒐集非個資法第 6 條的個人資料，顯然過於空洞，且何謂法定職務、必要範圍，以警察為例，現代警察危害防止與犯罪偵查均為其職務範圍，職務範圍相當廣泛，實在難以合於明確性原則。

綜上所述，個資法第 15 條不能作為 GPS 定位追蹤等科技定位技術方式偵查的法律依據。

第五款、刑事訴訟法

刑事訴訟法作為刑事偵查的一般性規定或基本法，然而，遍觀整部刑事訴訟法(下稱刑訴法)均無明確規範以 GPS 定位追蹤與其他定位技術的偵查方式，因此，須從相近的偵查行為著手，視明文規範的文字上是否可能導出，作為 GPS 定位追蹤與其他定位技術偵查的法源依據。

第一目、勘驗

勘驗⁸¹⁵，基本上規定於刑訴法第 212 條以下，係指以偵查中或審判中之調查證據時，實施者用五官加以感知、觀察犯罪相關之人、地、物等犯罪證據或犯罪情形的狀態、形狀或外觀，此種觀察係一般人均得以為之，毋庸專業知識的判斷，此點即是與鑑定不同之處，而其行為類型有：履勘犯罪場所或其他與案情有關係之處所、檢查身體、檢驗屍體、解剖屍體、檢查與案情有關係之物件、其他必要之處分等(刑訴法第 213 條)，從上述可知，勘驗的定義與所包含的面向相當廣泛⁸¹⁶，而 GPS 定位追蹤與其他科技定位技術的偵查方式，亦是由偵查人員以視覺(五官感知作用)觀察螢幕上顯示的追蹤對象位置，並為與案情有關之物件，似乎可以用勘驗的規定作為科技定位偵查的法源依據。

關於是否可以刑訴法上勘驗，作為 GPS 科技定位偵查的法源依據，學說⁸¹⁷上有認為，GPS 定位追蹤的偵查方式，並非我國法之勘驗，其理由大致有四：一為雖然大阪地方法院平成 27 年 6 月 5 日裁定⁸¹⁸即是採取此種見解，但我國勘驗體系上規範於刑訴法的證據章節，並未嚴格區分強制處分之勘驗和調查證據

⁸¹⁵ 事實上，這樣的主張在我國較少討論，而是源自於日本法上的見解，參見第三章第二節第一項第二款。

⁸¹⁶ 有學者即批評我國刑訴法所規定的勘驗，部分與搜索極為相似甚至混淆，可參閱黃朝義，犯罪偵查：第五講—勘驗與鑑定，月旦法學教室，12 期，2003 年 10 月，頁 74。

⁸¹⁷ 朱志平，同前註 468，頁 112-113。

⁸¹⁸ LEX/DB 文獻編號 25540308 [大阪地方裁判所平成 25 年(わ)第 5962 号等案件]。

之勘驗，此點與日本法上檢證之不同⁸¹⁹，但同時亦不否定部分勘驗行為有基本權侵害性質(如法官當庭勘驗被害人身上的傷口)，同時為干預處分與物的證據方法⁸²⁰；二為我國勘驗主體規範上為法官與檢察官，司法警察僅得為即時之勘察(第 231 條第 3 項)；三則是以勘驗理解 GPS 科技定位偵查，無法完全掌握實施 GPS 定位追蹤過程中，對人民造成的各種干擾型態；最後，勘驗通常是在受處分人知悉的情下實施，與 GPS 科技定位偵查本質上不同，對於上開見解，本文認為結論上固然正確，然部分理由卻不盡合理，有一些不同意見，以下分點說明。

首先，第一個理由之論理牽涉到勘驗性質論的爭議，上開見解認為我國勘驗規範於證據章節，未區分強制處分的勘驗與調查證據的勘驗，無法直接作為強制處分的授權依據，其背後的思維是認為體系上在證據章節的規範即不能作為強制處分的授權依據⁸²¹，但既然堅持證據章節的規範即不能適用於強制處分的立場，卻同時又不否認有部分的勘驗具有強制處分的性質，矛盾立場不言而可喻，因為如果堅持證據章節的規範即不能作為強制處分的授權依據，是否意味著部分具有強制處分性質的勘驗行為都不能實施？例如，檢察官都不能勘驗被害人身上的傷口？此種結果顯然無法被接受，相反的，如果可以實施，那何以可以透過同時為物的證據方法的身分，龜縮在此身份下偷偷摸摸的以證據章節的規定取得授權，藉以符合法律保留或強制處分法定原則的憲法誠命？可見證據章節的明文並非不可作為強制處分的授權依據，真正使勘驗體系顯得凌亂的原因可能在於，當時建構刑訴法體系時，未能顧及部分的勘驗行為也可能有強制處分的性質，而在承認部分的勘驗具有強制處分的性質的立場下，正確的解讀應該是，在解釋論的最大範圍下，盡可能使強制處分找到授權依據⁸²²，再透過區分強制處分的勘驗與調查證據的勘驗，並釐清其先後關係，使立法論上建構完善的刑訴法的體系與制度，此種推論始能兼顧理論與現行法的調和，更接軌未來立法的方向，因此，不應以法體系的不完善反過來說概念的不可能，更不能說體系上規定在證據章節即不能作為強制處分的依據。

⁸¹⁹ 日本法上之檢證相當於我國法上的勘驗，同樣是藉由五官作用認識對有關場所、人或物的形狀等的強制處分，可參閱田口守一，同前註 278，頁 95。

⁸²⁰ 於該文註解中引用學者林鈺雄教授的見解，參見朱志平，同前註 468，頁 112 註 63。

⁸²¹ 事實上，我國傳統學說認為勘驗規定於證據章節，應屬物的證據方法，為調查證據之一環，由此推論，確實如將調查證據的明文作為強制處分的法源依據，與刑訴法的體系將有相當的扞格，然近來有學說 主張偵查中偵查機關所為之勘驗具強制處分性質，應受司法控制，並認為我國勘驗規範有相當的缺陷，另有學說則認為勘驗原則上為物的證據方法，但認為部分勘驗行為有基本權侵害性質，同時為干預處分與物的證據方法，不過，其並未說明是否有體系扞格的問題，亦無否定，可參見林鈺雄，同前註 532，頁 450。

⁸²² 有批評此為破碎的授權，林鈺雄，同前註 532，頁 450。

第二，理由四認為勘驗的實施或執行方式多為使受處分人知悉，與 GPS 科技定位偵查以秘密方式為之，本質有所不同，進而不能以勘驗理解 GPS 科技定位偵查，然而，此種見解顯然忽視強制處分要件與執行方式屬不同層次的問題，詳言之，強制處分的思考順序是應該是，某偵查行為一旦認定具強制處分性後，須視其特性比對現行法下各該強制處分的要件，進而適用現行法下該強制處分的規定，只有在合於特定強制處分要件後，才有執行的問題，因此，回頭檢視勘驗的概念與要件，只要是符合「實施者用五官加以感知、觀察犯罪相關之人、地、物等犯罪證據或犯罪情形的狀態、形狀或外觀等」即可認定是勘驗，至於是受處分人知悉的實施或執行，根本不是勘驗的必備要件，更何況相關通知的規定(刑訴法第 219 條準用第 148 條)，係基於為減少違法搜索情事與增加避免爾後爭執時的證明管道⁸²³，並非說明必然須以公開方式為之，是以，以受處分人知悉推導的理由似乎有以執行方法反推定義、要件的謬誤，當然，這樣的見解另一個解釋面向是想透過法律明文規定，去論證勘驗制度在設計當時並無考量到新偵查型態的出現，原始意義上不可能包含新的偵查型態，但本文認為法律解釋不能僅拘限在立法當時的原意，而必須衡酌時代、社會變遷與各個法律基本原則是否抵觸等因素，於文義的最大範圍內進行妥適的解釋，以執行規定論證至多只能說明立法當時沒有考量到這樣的偵查方式，但不能就此說明概念的不能，是以，上開見解理由四應不足採。

而使勘驗不能作為 GPS 科技定位偵查法源的真正原因，是基於理由二與理由三，就勘驗的實施主體為法官與檢察官(第 212 條)，司法警察僅得為犯罪現場的即時之勘察(第 231 條第 2 項)，而 GPS 科技定位偵查的發動均由司法警察所為，而司法警察所得為的犯罪現場勘查意義是在於避免犯罪現場遭到破壞，保存犯罪現場之原貌而存在，因此，基於勘驗主體的問題與即時勘查的目的，勘驗與即時勘查均無法作為 GPS 科技定位偵查的法源，退一步說，排除勘驗主體的問題，勘驗仍然不能作為 GPS 科技定位偵查法源，更根本的理由是在於勘驗本質的問題，申言之，勘驗是對於特定人、物或場所的單純觀察或認識作用，是一種確認與保全的手段，然而 GPS 科技定位偵查屬於對追蹤對象的位置資訊或行動的探索，非單純的觀察與確認，換言之，勘驗是在確認或保全犯罪證據外觀、形體或存在的觀察，並非在搜尋犯罪證據的存在，因此，本質而言，勘驗確實不能完全掌握 GPS 科技定位偵查的形貌⁸²⁴。

經上述分析，基於勘驗主體侷限及與勘驗本質的差異，勘驗並非 GPS 科技

⁸²³ 林鈺雄，*搜索扣押註釋書*，元照，200 年 11 月，頁 277。

⁸²⁴ 日本最高法院雖未明確說明勘驗與搜索的區別，然亦表示勘驗確實不能完全掌握 GPS 定位追蹤偵查的特性，可見第三章第二節第一項第三款第二目的說明。

定位偵查的法源依據。

第二目、搜索

刑訴法第 122 條：「(第 1 項)對於被告或犯罪嫌疑人之身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所，必要時得搜索之。(第 2 項)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被告或犯罪嫌疑人或應扣押之物或電磁紀錄存在時為限，得搜索之。」為我國搜索的原則性條文，很明顯的是，本條並未就搜索明確定義⁸²⁵，僅指出搜索的對象與客體，不過就搜索屬於對犯罪相關之人或物未知的探索(尋人或尋物)，並以探索到的物作為犯罪證據或對人為拘捕為目的，就這個面向而言，GPS 定位追蹤與其他科技定位技術的偵查方式，亦是偵查機關對犯罪相關人探索其位置資訊，並藉以作為犯罪證據或為拘捕，可見搜索的規定似乎可以作為科技定位偵查的法源依據。

然而，我國部分學說認為，刑訴法上搜索的規定並不能作為 GPS 定位追蹤與其他科技定位技術偵查的法源依據，主要理由有三：

第一，根據刑訴法第 122 條文義，解釋上多認為，刑訴法上搜索應限於物理侵入有形空間，藉以發現人或有體物，有學者⁸²⁶更合併觀察第 128 條第 2 項⁸²⁷規定，認為我國刑訴法之搜索，侷限於以財產權侵害或物理性侵入有形空間，因此，從多數學說的見解觀之，科技定位技術偵查乃是取得追蹤對象的位置資訊，並無侵入任何物理空間，亦無取得任何實體有形物⁸²⁸，另外，刑訴法上搜索屬一次性的蒐集，GPS 科技定位偵查屬持續性的資料蒐集。

第二，是電磁紀錄的問題，認為由 GPS 定位或其他定位技術所取得之位置資訊，確實以電磁紀錄的形態存在，然所產生的電磁紀錄係偵查機關之設備所產生，非追蹤對象所有，因此，不能解為第 122 條的電磁紀錄。

第三，則是執行層面之問題⁸²⁹，認為搜索僅具有突襲性而無隱匿性，況且科技定位設備隨追蹤對象移動，如何滿足刑訴法第 128 條對於搜索處所與有效期間的規定，詳言之，第 128 條所稱的處所究竟是指定位設備裝置之處所抑或是追蹤對象所移動之處所，如為後者，偵查機關將如何能預見追蹤對象將移動

⁸²⁵ 相同見解，李榮耕，同前註 255，頁 931；余建德，搜索概念之解構與重建，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2013 年，頁 5。

⁸²⁶ 須說明的是，該學者似未完全贊同財產權基準或物理侵入的說法，認為財產權基準的理解將可能無法因應科技的進步，然而，該文中卻未解決套用隱私權基準在第 122 條解釋論上的難題，最後甚至於直接套用當今主流學說對搜索狹義的解讀，李榮耕，同前註 255，頁 930-932。

⁸²⁷ 刑訴法第 128 條第 2 項：「搜索票，應記載下列事項：一、案由。二、應搜索之被告、犯罪嫌疑人或應扣押之物。但被告或犯罪嫌疑人不明時，得不記載。三、應加搜索之處所、身體、物件或電磁紀錄。四、有效期間，逾期不得執行搜索及搜索後應將搜索票交還之意旨。」

⁸²⁸ 李榮耕，同前註 255，頁 931；朱志平，同前註 468，頁 113。

⁸²⁹ 朱志平，同前註 468，頁 114；黃政龍，同前註 76，頁 149-151。

至何處，從而如何聲請令狀並符合特定明確原則？且如何符合刑訴法第 145 條⁸³⁰與第 148 條⁸³¹之要求，通知一定人並命在場？一旦通知，偵查活動豈不是曝光而無從進行？最後，刑訴法第 146 條第 1 項有夜間不得搜索之限制，可否追蹤至深夜？學說因此推論科技定位偵查應無法適用搜索規定，如勉強適用恐生疑義。

上開學說見解集中在搜索定義、性質與執行的層面加以論述，基本上也是我國新型態強制處分說的立場，然而，除之前對於新型態強制處分說的疑慮外，本文認為上開見解似乎有解釋上過於狹隘的問題：

關於上開見解的第一個理由，基本上沿襲傳統學說對於搜索的理解，侷限在物理侵入有形空間的解釋，然而，隨著科技的進步，新型態的偵查方式也應運而生，如果固於傳統的理解方式，將產生無法及時立法、司法系統亦難以控制與救濟的人權陰影地帶，因此，有學者⁸³²提出以合理隱私期待重構我國搜索概念，如持此一見解，搜索就不再限於物理侵入有形空間，只要偵查機關侵入有合理隱私期待的領域，即構成搜索，進而第一個理由似乎就無法證立。

第二理由認為 GPS 定位或其他定位技術偵查所產生的個人位置資訊，非追蹤對象所有之電磁紀錄，進而否定為搜索，誠然，個人的行動資訊係由個人活動而產生，而電磁紀錄本身則是偵查機關的紀錄方式，非追蹤對象所製作、所有，然而，這個理由僅能否定偵查機關搜索的客體非電磁紀錄，無從全盤否定 GPS 定位或其他定位技術偵查為刑訴法上的搜索，換言之，GPS 定位或其他定位技術偵查不是搜索電磁紀錄，但可能是身體、物件及住宅或其他處所的搜索，是以，第二個理由的問題是，雖然說明了 GPS 定位或其他定位技術偵查不是搜索電磁紀錄，但無從證成科技定位偵查非搜索概念的根本命題。

第三個理由則是執行層面的問題，首先，是認為搜索無隱匿性質，反面言之，即是表示搜索屬公開的強制處分，考察此種說法的來源即是刑訴法第 148 條的通知規定，但該條規範目的在於，為減少違法搜索情事與增加避免爾後爭執時的證明管道⁸³³，並非說明必然是公開為之，此點在勘驗時已有說明，執行問題與上述反對作為勘驗見解的學說有相同問題，存在著以執行方式反推定義的謬誤，本文仍舊強調某偵查行為一旦認定具強制處分性後，須視其特性比對現行法下各該強制處分的要件，進而適用現行法下該強制處分之規定，只有在

⁸³⁰ 「法官、檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察執行搜索及扣押，除依法得不用搜索票或扣押裁定之情形外，應以搜索票或扣押裁定示第一百四十八條在場之人。」

⁸³¹ 「在有人住居或看守之住宅或其他處所內行搜索或扣押者，應命住居人、看守人或可為其代表之人在場；如無此等人在場時，得命鄰居之人或就近自治團體之職員在場。」

⁸³² 同前註 462。

⁸³³ 林鈺雄，同前註 823，頁 277。

合於特定強制處分要件後，方有執行的問題，如執行層面的立法有疏漏，應思考的是如何以立法補足或以司法造法方式暫時填補，而非直接排除於特定強制處分的概念之外，當然本文可以理解這以執行規定論證的見解，是在表示立法當時並未考量到此種偵查型態的存在，但誠如上述，本文認為法律解釋不能僅拘限在立法當時的原意，而必須衡酌時代、社會變遷與各個法律基本原則是否抵觸等因素，於文義的最大範圍內進行妥適的解釋，以執行規定論證至多只能說明立法當時沒有考量到這樣的偵查方式，但不表示概念的不能，此一理由似有再研求的餘地。

是以，本文認為刑訴法上搜索並非不能作為科技定位偵查的授權依據，只不過須對我國法上搜索的概念加以重整。

第四節、我國搜索的重構與科技定位偵查

上開反對搜索的見解，雖然有其問題，但卻也點出我國搜索根本的問題，本文認為如欲將科技定位偵查以我國搜索規定規範，似乎需要更深一層的論述，具體來說，必須回應兩個問題，第一個問題是，科技偵查解釋上是否可以被我國刑訴法上搜索概念所涵蓋，即搜索可否作為科技定偵查的授權依據，第二個問題是，如搜索可作為科技定位偵查依據，那現行法下是否有執行的可能，如果無法執行那也是無用，因此，在下一節中，本文將論述我國刑訴法搜索意義，並說明為何科技定位偵查可以以搜索規定加以處理，又應如何處理執行的問題。

第一項、我國搜索法理之討論

在歸納完美國實務的搜索基準後，可以發現美國實務採取的是雙重基準，反觀我國，搜索同樣是刑事訴訟中經常使用到的強制處分，然其定義與性質教科書幾乎僅泛泛論述，鮮少深入探討，然參照美國法的分類基準發現，我國法似乎也有相關的對應關係，亦有學者援參美國法基準論述我國的搜索概念，本文就此基本問題作探討並歸納，如下：

第一款、傳統學說

按刑事訴訟法第 122 條：「(第 1 項)對於被告或犯罪嫌疑人之身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所，必要時得搜索之。(第 2 項)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被告或犯罪嫌疑人或應扣押之物或電磁紀錄存在時為限，得搜索之。」為我國搜索的原則性條文，

本條並未就搜索明確定義⁸³⁴，已如前述，僅指示搜索的對象與客體，搜索之客體包括身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所，而傳統學說上認為，所謂搜索，係指「對於身體、物件及住宅或其他處所，施以搜查檢索之謂」⁸³⁵、「對於一定處所例如住宅、物件或人之身體而為之為發現物或人之目的而實施之強制處分」⁸³⁶、「發現犯罪嫌疑人、被告或犯罪證據或其他可得沒收之物為目的，而對於犯罪嫌疑人、被告或第三人之身體、物件、住宅或其他處所等施以搜查之強制處分」⁸³⁷或「以發現被告、犯罪嫌疑人(人)或應扣押之物(物)(找人或找物)為目的，而對於被告或第三人之身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所，施以搜查檢索之強制處分」⁸³⁸，單從文義解釋而言，除電磁紀錄外，似乎僅限於物理性的侵入有形空間，並藉此發現有形物或人，學說⁸³⁹多將搜索描述為：對於一定處所，為發現物或人為目的之強制處分，以財產權是否受侵害為基準，著重物理性的侵害模式，這樣的理據基本上就相當於美國法上原始的財產權基準(非 Scalia 大法官理解的財產權基準)，亦有學者⁸⁴⁰提及搜索住宅是干預住宅安寧權、財產權及隱私權「等」然並未明確說明搜索應採何種基準。

第二款、隱私權基準說

我國有學者⁸⁴¹援參美國法上 Katz 案，認為隨著科技不斷進步，偵查手法亦日新月異，即使偵查機關不以物理侵入方式，仍有可能達到與物理侵入方式相同的效果，如採傳統學說的看法，將無法因應新型態的侵入模式，並認為搜索雖使人民暫時失去對財產的控制權，然人民更在乎隱私權的侵犯⁸⁴²，更或者說，搜索僅是使人民暫時性的失去控制，並非剝奪，侵害應是輕微的，相對的，隱私權卻是長久、嚴重的，而法律保護「物件、住宅或處所」目的不在保護其有形體，而是保護隱藏在內無形的隱私權，是以，搜索係對隱私權的干預，而扣押才是對財產權的侵害。

此說主張判斷搜索的標準應該有二：一是政府是否物理侵害法律所保護的區域，二是政府是否侵犯人民隱私權，只要符合其一就構成搜索行為，相反

⁸³⁴ 同前註 825。

⁸³⁵ 陳樸生，刑事訴訟法實務，再訂二版，1999 年，頁 208。

⁸³⁶ 蔡墩銘，刑事訴訟法論，4 版，五南，2001 年 2 月，頁 191。

⁸³⁷ 林山田，刑事程序法，五南，2004 年 9 月，頁 338。

⁸³⁸ 林俊益，同前註 529，頁 294-295。

⁸³⁹ 張麗卿，刑事訴訟法理論與運用，五南，2010 年 9 月 11 版，頁 292；林永謀，刑事訴訟法釋論（上冊）改訂版，2010 年 12 月，頁 438。

⁸⁴⁰ 林鈺雄，同前註 532，頁 296；朱石炎，刑事訴訟法論，三民，2010 年 9 月 3 版，頁 123

⁸⁴¹ 採此說學者：王兆鵬、張明偉、李榮耕，同前註 481，頁 104-107；李榮耕，同前註 765，頁 1065-1067；黃朝義，刑事訴訟法，新學林，2013 年 4 月 3 版，頁 234；謝咏庭，同前註 462。

⁸⁴² CHRISTOPHER SLOBOGIN, *supra* note 257, at 24.

的，如果政府未物理侵入法律保護的區域，也未侵犯人民的隱私權，則不構成搜索，而所謂隱私權的侵害係以合理隱私期待為標準，則援參美國 Katz 案中 Harlan 大法官的協同意見書，認為合理隱私期待分為主觀與客觀要件，即主觀上必須有隱私期待之意思、客觀上則社會通念認為該期待為合理，上二要件須同時具備，否則無合理隱私期待可言。

第三款、隱私權基的未竟之功

本文認為，傳統學說以物理性侵入有形空間的標準建構我國刑訴法的搜索，在過去的年代，這樣的詮釋或許已經可以應付所有偵查情況，並給予人民權利足夠的保障，然而現今科技發達，偵查技術也因科技設備的運用而更為精進，並將侵害權利的方式化為無形，偵查機關不必再實際進入個人空間或處所，就可以獲取在其內進行的活動或所需的資訊，例如通訊監聽、熱顯像儀的使用等，從日本法上實務或學說對於強制處分概念的檢討反思，或美國法上搜索基準的演進，無不是參雜了科技進入偵查技術的因素而加以發展、擴充，反觀我國傳統學說對於搜索的理解似乎還停留狹隘的解釋，在科技進步的今日，搜索的定義也應與時俱進，況且條文僅就搜索「客體」加以規範，但傳統學說卻將搜索定義「物理性侵入(方式)有形空間(客體)」將搜索方式限定在物理的侵入，這樣的詮釋方式似乎混淆了侵害方式與侵害客體是屬於不同層次的問題，非物理性侵入有形空間似乎也在文義的範圍內，況且以非物理入侵方式取得屋內活動資訊，基本上達到與物理侵入相同效果，如以熱顯像儀觀察屋內活動，照理說傳統學說也應該不會反對才是(Kyllo 案主筆 Scalia 大法官就是這麼認為的)，怎麼還將侵害方式限於物理性的侵入，輕重顯然失衡，有鑑於此，本文認為隱私權基準說相較之下，是較可採的見解。

不過，從我國刑訴法第 122 條第 1 項搜索定義的條文結構來看，可以發現條文似乎將搜索的客體限於「身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所」也就是說，偵查機關須搜索的是上開客體，而「身體、物件、電磁紀錄及住宅」的描述，表面上似乎是在指涉一個封閉性空間，白話的說，是類似於容器一般的東西，而容器也必然具有一定的封閉性⁸⁴³，並在該等容器內裝載著證據資訊，如果著眼於此，回過頭檢視隱私權基準說，從文義上如何直接推導出所有隱私權均須保障的結論，換句話說，會發現該說所稱的隱私權事實上也是從「物

⁸⁴³ 這樣的說法事實上來自於美國法上類似容器理論(container analogy)，不過這樣的說法並未被美國最高法院所接受，美國最高法院在 Riley v. California 案就認為容器理論不能完全適用於數位載體，參見法思齊，美國法上數位證據之取得與保存，東吳法律學報，第 22 卷第 3 期，2011 年 1 月，頁 101-103；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 60-63。

件、住宅或處所」空間中的隱私所推導出來，也就是說，其所謂的隱私是指空間隱私，一旦脫離這些空間的隱私保障，例如單純資訊隱私的侵害，似乎就有難以解釋的問題，但是，另一方面隱私權基準第二的標準(即「以隱私權是否被侵害」為搜索標準)並未限制必須於是該類空間的隱私，這個問題之所以重要，是因為本文所探討的科技定位偵查，是蒐集個人活動與位置資訊，屬在開放空間中無形資訊的直接獲取，科技定位偵查似乎沒有進入該等具有一定封閉性的空間而獲取資訊，依照隱私權基準說應該是要構成搜索，但如何解釋刑訴法第122條，隱私權基準說似乎沒也提供說明，另外，採取隱私權基準的見解似乎也沒有對搜索後續執行的規定配套說明。

綜上說明，本文認為，上開隱私權基準雖提出相當具開創性的基準，卻未針對我國刑訴法條文文義、體系與執行做清楚的說明，致使在解釋科技定位偵查時，發生解釋論上的困境，本文接下來嘗試從隱私權基準的思考路徑出發，以隱私權的角度嘗試解釋刑訴法第122條，並藉此充實、深化隱私權基準的內涵，並建構科技定位偵查作為搜索的論述。

第二項、我國搜索與隱私的連結

第一款、增訂「電磁紀錄」的時代意義

在西元2001年刑事訴訟法修正以前，我國刑訴法第122條所規定的搜索客體，僅有「身體、物件及住宅或其他處所」關於「其他處所」之解釋基本上必須是與「身體、物件及住宅」相當的物理場所或空間，這也是傳統學說論述的出發點，不過，在2001年刑事訴訟法大修增訂電磁紀錄，這樣的增訂對本文接下來的論述來說，可以說是別具意義，不過，原先各版本的草案並沒有「電磁紀錄」的增訂，但在三讀經黨團協商通過的條文中卻出現不在規劃中的「電磁紀錄」⁸⁴⁴，查詢立法理由也只說明增訂了電磁紀錄，卻未說明為何增訂，立法資料也無從探尋立法者的用意，這樣的修法品質在我國不算意外，但卻衍伸一連串的適用問題，本文無意就適用問題詳加論述，只是要說明修法理由並無法從官方文件中得知，不過，有學者就增訂「電磁紀錄」部分，認為對照原條文已就物件進行規定，如為電磁紀錄的載體應為原條文「物件」的範圍所涵蓋，因此，增訂電磁紀錄的立法用意應在於追緝網路犯罪⁸⁴⁵，例如為了查獲色情網路等，以進入網站下載並儲存犯罪相關資訊，此種情形與傳統對於物件的搜索有別，因此，特增訂於刑訴法當中，以杜絕爭議，然而，另外有學者則批評電

⁸⁴⁴ 李榮耕，同前註765，頁1058。

⁸⁴⁵ 林鈺雄，同前註823，頁62。

磁紀錄為電腦訊息不能獨立存在，必須有其物理物加以附著，即儲存於一定的載體當中(電磁紀錄物)，進而認為刑訴法第 122 條第 2 項第 1 個電磁紀錄屬誤植，應是指電磁紀錄物，這是因為該條項是指在有相當理由可以信電磁紀錄存在於特定電磁紀錄物內時，得於該電磁紀錄物中搜尋所需要的資訊，同樣的，第 128 條第 2 項第 3 款的電磁紀錄也是指電磁紀錄物，並表示如果不如此解釋，上開兩個條文將不知所云⁸⁴⁶。

本文認為參照前揭學者的說法，電磁紀錄的增訂是為了虛擬網路犯罪追緝而設，那進一步說，電磁紀錄雖說是電腦訊號性質，然而，對照過去「身體、物件及住宅」此等空間性質的描述，在此處的意義應該也是指空間意義的表達，只不過是虛擬、無形和非物理性空間的描述，也就是透過電磁紀錄所建構的虛擬私人空間，具體來說，以電腦硬碟為例，其之所以可以使大眾都可以儲存資訊，除了硬碟本身(屬電磁紀錄物，本身就為「物件」所涵蓋)，還必須透過相應的軟體架構儲存空間，該軟體本身也是電磁紀錄，正是因為這等由軟體、程式所架構的儲存空間，屬非物理性空間，與傳統物件、住宅等物理空間有所差異，使得立法者將搜索原先劃定於物理私人空間的認知，擴大至非物理性的無形私人空間，至此，傳統有形空間探尋的定義已然鬆動並大幅弱化，不過，這並不是電磁紀錄在刑訴法中唯一意義，因為觀察刑訴法第 122 條第 2 項同時有兩個電磁紀錄，而仔細觀察可以發現，兩個電磁紀錄顯然是指涉不同的事情，第一個電磁紀錄與「身體、物件及住宅」此等空間性質的描述並列，指的就是上開本文認為的無形私人空間，第二個電磁紀錄則與應扣押之物並列，是指可得為證據的資訊，該資訊是以電磁紀錄的型態呈現出來，換句話說，無形資訊也可以是搜索取得的對象，是以，本文認為我國搜索相關規定所稱的電磁紀錄，解釋上有兩個意思，第一個是指稱表達私人空間的概念，另一個則是資訊呈現的型態，如何分辨在此時彼刻是哪個意思，須端視條文前後文義加以判斷。

如果再進一步推演，增訂電磁紀錄象徵著無形空間與無形資訊兩個意義的表達，那第 122 條所謂「其他處所」的解釋就不一定是有形的空間，也可以是無形空間取得無形資訊，另外，按照本文對增訂電磁紀錄的理解，應該可以緩解學說上對刑訴法第 122 條第 2 項與第 128 條第 2 項第 3 款的疑慮，況且該意見認為是立法者是誤電磁紀錄物為電磁紀錄，但如真為電磁紀錄物，那事實上早就涵蓋在物件的概念中，何須勞師動眾的修法，當然，本文的見解也會被批評有名詞意涵不統一的問題，不過這也顯示立法當時真的是未充分討論而倉促

⁸⁴⁶ 李榮耕，同前註 765，頁 1093-1094；同作者，同前註 255，頁 931 註 194。

立法，致使解釋上充滿疑問，不過還是可以推知立法者的意志在於突破原始搜索的概念。

那接下來的問題是，如果採取本文的見解就要回應以下問題：以手機為例，當偵查機關依法院令狀合法搜索並扣押被告手機，那偵查機關欲察看手機的內容時，是否仍須要再為令狀聲請？會有此問題是因為本文見解將電磁紀錄與電磁紀錄物(物件)分離觀之，就此，本文認為隨著科技技術的發展，電磁紀錄物所能承載的電磁紀錄越來越多、體積也大幅縮小，可以想像一個小硬碟可能可以放入一整間公司的文件檔案，這時候類比於物理空間的狀態，就等於是扣押了整間公司的檔案室，並容許偵查人員無時間限制地、隨意地翻動檔案室的任何資訊，縱算將電磁紀錄解釋為電磁紀錄物也是一樣，這樣的結果恐怕也是法官在授權時始料未及的，但相反的，如果電磁紀錄物所能乘載的電磁紀錄非常少，例如過去的 3.5 吋磁片⁸⁴⁷，似乎又不會說只允許扣押該磁片卻不允許查看，況且在現行實務下實在難以說要查看電磁紀錄物內容還必須聲請令狀，是以，本文對此問題的回應是認為在現行法下不必再聲請令狀，而是在聲請搜索扣押該電磁紀錄物的令狀審查時，如為容量相當大的載體，檢察官須盡可能特定所欲搜索的電磁紀錄(該檔案)，或法官予以只是補充，例如僅允許查看複製特定期間的檔案，另外，本文認為在實務中還是有發生須搜索伺服器主機的情形，這種情形偵查人員根本不可能將整台伺服器主機扣押，是以，檢察官聲請令狀時或法官審閱令狀時，反倒應特定所欲檢視、扣押的檔案或特定期間所建立的檔案，在伺服器所在當場進行搜索扣押該等電磁紀錄(檔案)，在此種情形下，刑訴法第 122 條所稱的電磁紀錄就如同本文所解釋的那樣屬無形空間的無形資訊，而非現實物理的電磁紀錄物。

綜上，本文認為在刑訴法中增訂電磁紀錄一項意義有二：第一，使傳統學說無立足之地，並確立了隱私權基準說的依據，這是因為這樣的增訂拓展了我國過去搜索僅就物理空間進行的傳統理解，將物理空間延伸至非物理空間，從有體物的搜索擴展至無體物的搜索，另外，從方式、場所的面向來看，增訂電磁紀錄也突破原先我國搜索「物理侵入—物理空間」的傳統設定，將「非物理侵入—非物理空間」納入我國搜索的概念之中，另外，「非物理侵入—物理空間」的組合，如熱顯像儀的運用，承上述本文認為傳統學說也應該不會反對才是(美國法上 Kyllo 案主筆 Scalia 大法官就認為構成搜索)，至此，我國搜索似乎涵蓋了「物理/非物理侵入—物理空間」和「非物理侵入—非物理空間」；第二，既然侵入方式可以是物理性的或非物理性的、空間性質同樣可以是物理性

⁸⁴⁷ 這種磁片通常只有 1.44MB，所能存的資訊量實在不多，已經是時代的眼淚了。

的或非物理性的，那顯示侵入方式或空間性質已經不是立法者所關心的重點，立法者所關心重點應該是是否取得隱私資訊。

第二款、私人活動依附性的空間概念

延續本文的推論，如果刑訴法第 122 條的「身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所」是指涉空間的概念，而且可以是有形物理、也可以是無形非物理的，事實上空間本身性質到底為何就不再是重點，立法者所關心重點應該是是否取得隱私資訊，如果是這樣，那立法者將刑訴法第 122 條以空間表述的方式定義搜索又意在何為呢？在上一個節次中，本文曾就美國憲法增修條文第 4 條基準的流變介紹過，美國憲法增修條文第 4 條是規定，人民有保護其身體、住所、文件與財物，不受無理的搜索，單就條文的結構與搜索客體而言，與我國刑訴法第 122 條搜索定義文字類似⁸⁴⁸，僅法律位階有所差異，或許可以借鏡其解釋方式，加以論證我國搜索的規定。

本文在詮釋美國憲法增修條文第 4 條曾表示，多數見解認為該條所稱的財產是在表示空間隱私，但空間隱私所仰賴的是「人類活動行止的依附」也就是說，之所以給予該空間隱私的保障，關鍵在於保障個人在該類場所中可以享受私人生活，美國學者 Richard G. Wilkins 教授也認為場所與人類活動(human activity)具有關聯性⁸⁴⁹，果如此，事實上空間本身並不具意義，而是透過人類活動賦予空間或場所意義，也就是說，正是因為有私人活動的發生，並產出相關資訊(更精確的說，個人行止本身其實就是資訊，當然也有經個人行止所產出的資訊)才使得該類空間成為搜索的客體，美國憲法增修條文第 4 條或我國刑訴法第 122 條所揭示的「身體、物件、電磁紀錄及住宅」也只是傳統上經常進行個人私生活活動的空間，並不排斥其他發生私人活動的空間，我國刑訴法第 122 條的「其他處所」解釋上則可包含所有私人活動發生的空間或場所，是以，關鍵應該在於人類私生活活動的界定，或有認為刑訴法第 122 條所謂「身體、物件、電磁紀錄及住宅」都具有一定的封閉性，進而「其他處所」的解釋也是具封閉性的空間，不過，誠如本文上述，該內空間的描述只是表示傳統上經常有個人私生活的活動，但在非封閉的空間中也有可能進行私人生活的活動，因此，該空間是否具有封閉性並非重點，重點在於私人活動是否依附在該空間或場所，這樣的解釋也同時解決過去我國隱私權基準說理不足的疑慮。

既然空間或場所性質本身並不具意義，必須仰賴人類活動的依附性決定空

⁸⁴⁸ 劉靜怡，政府長期追蹤與隱私保障，月旦法學教室，第 116 期，2012 年 6 月，頁 10。

⁸⁴⁹ Richard G. Wilkins, *supra* note 700, at 1111-1112("After Katz, the home is a protected locale, not only by virtue of its explicit mention in the language of the fourth amendment, but also (and perhaps primarily) because of the human activities innately associated with it.").

間或場所的意義，那解釋的重心就必然移轉到人類活動本身的私人性或私生活性質，而私生活的保障正是隱私權保障的基本內涵，然而，承前述對隱私權的介紹，基本上有與社會價值連動的特性，隱私權的保障並不是絕對的，當然也並不是不分隱私程度的私人活動及其資訊，在刑事訴中都必須給予令狀保護，必須有其界限的劃定，這樣的界線在本文前揭節次中也提及，在刑事訴訟中隱私權的保障必須求諸「合理隱私期待」的概念，換言之，隱私權在刑事訴中是以「合理隱私期待」的概念加以落實，同時，合理隱私期待是隱私權程度的基準，因此，「身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所」也同樣依據合理隱私期待的基準加以解釋，換句話說，並不是所有對「身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所」所為的探尋行為都是搜索，必須有達侵害合理隱私期待的程度，方構成搜索。

第三款、我國單源雙軌搜索的基準

綜合上述，本文認為我國搜索應採取隱私權基準的立場，既然是採取隱私權基準的立場，我國搜索法條結構與美國法相似，大多都是以物理空間為搜索客體，應也可以採取本文在觀察美國法後所採取的單源雙軌基準，將物理侵入當作輔助判斷侵害合理隱私期待的要素，不過，我國與美國法上又多了「電磁紀錄」和「其他處所」的客體，加上沒有諸多判決先例的拘束，基準的設定上可比美國法更加具有彈性、也簡單許多，並參酌學者王兆鵬教授所提出的隱私權基準，提出以下基準：

(1)物理侵入有物理區隔的私密領域，即傳統學說所認知的搜索範圍，這種有物理區隔開的私密領域，基本上還是為搜索，並不因為採行隱私權基準而會有變動；(2)以非物理方式侵入任何私密領域(資訊)，此時則一概以合理隱私期待判斷。

第三項、科技定位與搜索

第一款、搜索與科技定位偵查的連結

我國刑訴法上搜索，屬於發現犯罪相關之人或物（尋人或尋物），並以探索到的物作為犯罪證據或對人為拘捕為目的，且若依本文見解以私人活動依附性的角度，解釋我國刑訴法第122條所揭示的「身體、物件、電磁紀錄及住宅」該類空間或場所也只是傳統上經常進行個人私生活活動的空間，並不排斥其他發生私人活動的空間，進而，我國刑訴法第122條的「其他處所」解釋上則可包含所有私人活動發生的空間或場所，而該等私人活動是否受搜索相關程序的保障，取決於是否具備合理隱私期待，接下來要處理的就是，如何說明科技偵查屬於搜索。

本文認為科技定位偵查是在蒐集個人位置資訊，為偵查機關對犯罪相關人探索其位置資訊，並該位置資訊作為證據或依據位置資訊取得更近一步的證據或發現犯罪相關人員，與搜索「發現犯罪相關之人或物」的目的相符，而蒐集個人不間斷的位置資訊，即是刺探他人在公共場所或私有地的活動，承前述，我國刑訴法第 122 條的「其他處所」解釋上則可包含所有私人活動發生的空間或場所，因此，只要是對象車輛的行徑空間都是刑訴法第 122 條的其他處所，然而，蒐集個人位置資訊是否為搜索，端視是否侵害合理隱私期待，本文在之前也說明過，科技定位偵查就侵害的場所、侵害手段性質、侵害行為所達成的效果、侵害資訊的質與量與社會脈絡下的揭露與目的外使用等因子綜合判斷後，可以確認科技地位偵查侵害個人的合理隱私期待，構成刑訴法上的搜索。

是以，既然構成搜索就必須遵守刑訴法上搜索的規範，原則上必須法官核發令狀方得實施，而例外在緊急情形下，例如為逮捕現行犯過程使用 GPS 標槍，亦可依刑訴法第 131 條規定進行緊急的科技定位偵查，不過因科技定位偵查是針對人的活動而發，因此是適用第 131 條第 1 項對人的緊急搜索，另外，這裡要附帶回應其中一個可能反對科技定位偵查為搜索的理由，就是搜索屬於一次性的處分，科技定位偵查為持續、可反覆實施的處分，在性質上似乎無法相容，然而，本文認為所謂一次性處分的「一次性」與相對概念的「持續性」的基準為何？是以時間的長短或是以偵查物理行動的次數做區分？如果是前者，那要幾小時才算是一次？；如果是後者，那以 GPS 定位偵查為例，就是以外觀上安裝行為時起計算次數，解釋上也可以說科技定位偵查是一次性的偵查作為，事實上所謂一次性或持續性的區分只是在描述對於權利可能帶來的侵害或危害，持續性處分似乎所帶來的侵害較為廣泛，但不表示一次性處分的侵害必然亞於持續性處分，最終的判斷標準還是必須回歸各個強制處分的判斷中，就搜索而言，就是以合理隱私期待為基準，不論是一次性或持續性，一旦侵害個人的合理隱私期待，就「至少」構成搜索，一次性或持續性無疑是失焦的批評。

第二款、附條件的搜索令狀與應記載事項

在確認科技定位偵查可以被我國搜索概念所涵蓋後，接下來就必須開展科技定位偵查執行的問題，首先第一個執行上的疑義，也是反對科技定位偵查作為搜索的其中一個理由，就是如何滿足刑訴法的 128 條令狀應記載事項，以及日本法上強制處分立法說所強調，執行期間的控管與事後通知等問題，就此，本文嘗試建構與說明科技定位偵查如何與刑訴法第 128 條的規定相配合：

首先，刑訴法第 128 條的規範目的，學說上有認為是透過特定搜索之對象

與範圍，達到明確性的要求，以避免過度或恣意的基本權侵害⁸⁵⁰，有稱為避免釣魚式搜索、落實空白或概括搜索票禁止原則，學說上另有從美國法概念出發，認為該條與美國法上特定明確原則類似⁸⁵¹，特定明確原則的目的即在防止空白搜索票與概括搜索，以確保搜索權限受到必要的控制⁸⁵²，進一步說，特定明確性的機能在於「確保強制處分的發動有相當理由」和「避免不必要及錯誤的搜索扣押」⁸⁵³，不過，特定明確原則並非毫無彈性，畢竟機械式的要求令狀記載將導致偵查程序過度僵硬且不切實際，是否違反特定明確原則則必須求諸個案判斷是否有害上開兩種機能，詳言之，概括記載並不是絕對的禁止，重點還是並須回歸觀察令狀上記載是否有給予執行機關具體的指示，同時，學說上也強調通訊監察因所欲取得的是未來可能出現無實體的對話內容，與傳統搜索取得是已存在於一定空間的實體物不同，至多只能特定至監察對象、監察通訊種類及號碼等足資識別之特徵和案由及涉嫌觸犯之法條的方式特定，相較於傳統物理性的搜索判斷上更為抽象，但在判斷通訊監察令狀是否符合特定明確原則時，還是整體觀察以是否有害上開兩種機能作為判斷。

本文認為不論是概括搜索票禁止原則或特定明確原則，皆旨在確保司法機關得以為審查，加以控管強制處分之發動，並非硬性要求偵查機關須一字不差的載明處所，蓋偵查活動係動態、具流動性質，在執行上仍須保留一定彈性，學說上雖然強調搜索與通訊監察有不同的特性，然本文認為通訊監察在本文所定義的搜索範圍內(無形的通話空間)，也就是說，通訊監察只不過是搜索的下位概念，為特殊型態的搜索，這也是為何在判斷令狀是否特定明確，兩者最後都是求諸是否有損特定明確原則的機能，產生實際上沒有差異的判斷基準，回歸本文所討論的科技定位偵查，與通訊監察一樣蒐集的是向「將來」發生的資訊，難以特定於哪些封閉的物理場所，因此在適用刑訴法第 128 條第 3 款「應加搜索之處所、身體、物件或電磁紀錄」應將之視為科技定位設備所附著的地方與對象，如係以非裝置型的定位設備(如虛擬基地台、M 化車等)，則須記載搜索的特定區域與對象，而有效期間則可訂定執行期間(多少日須安裝、可跟監多少日⁸⁵⁴等)。

至於「事後通知」跟監對象、得否延長、紀錄的保存、銷毀與監督檢討方式等執行細節，刑訴法第 128 條第 2 項並未明確規定，不過，在刑訴法第 128

⁸⁵⁰ 林鈺雄，同前註 823，頁 90-91。

⁸⁵¹ 李榮耕，特定明確原則與機動性通訊監察運用為例之考察，政大法學評論，126 期，2012 年 4 月，頁 113。

⁸⁵² Groh v. Ramirez, 540 U.S. 551, 561-62.(2004).

⁸⁵³ 李榮耕，同前註 851，頁 114-115。

⁸⁵⁴ 執行期間可以參考美國聯邦刑事訴訟規則第 41 條(e)(2)(C)。

條第3項後段定有規範法官指示、授權的條款，本文認為該條是基於偵查流動與不確定的性質而制定，給予法官在個案中有特殊的執行方式需求⁸⁵⁵時，可以授權偵查人員特別的指示，而偵查人員也應受該指示的拘束⁸⁵⁶，同時，援參日本法上所謂附條件的勘驗令狀，似乎也是將執行細節與條件加入令狀中，因此，該等執行細節，在我國法上似可透過第128條第3項後段的法官授權條款加以處理，此種方式可稱之為「附條件的搜索令狀」。

第三款、執行層面的相關回應

回顧反對科技定位偵查為搜索的見解，本文除了以回應了上開刑訴法第128條的相關問題外，還有待處理刑訴法第145條搜索令狀提示、第146條夜間搜索限制與第148條搜索在場之規定的相關疑義，本文依次論述如下：

關於刑訴法第145條搜索令狀提示的規定，學者多認為其規範目的在於，使在場之人能知悉有權執行搜索，同時能夠知悉搜索之意旨(如案由、範圍、對象及法官特別授權事項等)⁸⁵⁷，這樣一來，在場之人就能有效見證搜索執行程序的合法性，既然提到在場之人就必須合併觀察刑訴法第148條要求須有在場之人見證的規定，該條規範目的在於見證並擔保執行的合法性，詳言之，就是透過執行人員以外的其他人在場，擔保搜索程序的合法性，亦可藉由在場之人的見證來釐清執行程序的究竟，合併觀察此二條文可以發現規範目的基本上都是為了希望藉由在場之人見證的方式，確保執行手段的公正性，而在科技定位偵查的情形，因具有相當的隱匿性，基本上是沒有辦法要求所謂的在場之人，否則偵查行動就毫無意義可言，不過既然規範目的在於確保執行的公正與合法性，那也不見得需要在場之人，似乎尋求一定的監督機制或第三人的參與即可⁸⁵⁸。

日本最高法院在前揭平成29年3月15日判決也強調，應考慮第三人參與程序的運用，日本最高法院之所以有此建議，是因為《犯罪捜査のための通信

⁸⁵⁵ 林鈺雄，同前註823，頁98。

⁸⁵⁶ 參照檢察機關實施搜索扣押應行注意事項第19條：「十九、實施搜索或扣押時，應遵守搜索票、扣押裁定上法官對執行人員所為之指示，針對案情內容之需要執行搜索，不應為漫無目標之搜索、扣押。」、警察機關執行搜索扣押應行注意要點第11條：「十一、執行搜索或扣押時，應遵守搜索票上法官對執行人員所為之指示，針對案情內容之需要執行搜索，不應為漫無目標之搜索。」即可得知。

⁸⁵⁷ 林鈺雄，同前註823，頁260。

⁸⁵⁸ 姑且不論刑訴法第148條後段規範的妥適性，該條後段規定在無在場之人時，得命鄰人和自治團體職員在場，也說明了可以以第三人參與的方式進行，不過學說上有認為以鄰人見證的方式，因鄰人沒有守密義務，可能到處散布受處分人隱私，忽視了受處分人的隱私權，因此建議後段刪除，不過本文認為只需刪除鄰人部分即可，自治團體職員則不必，畢竟自治團體職員多為公務人員，就其職務上事務有守密義務，應可滌除隱私相關疑慮，相關批評，王兆鵬、張明偉、李榮耕，同前註481，頁148。

傍受に関する法律》第 12 條規定有通訊業者在參與的規定⁸⁵⁹，對此，綠大輔教授認為在監視型偵查中，通信業者是否能夠真的能避免偵查機關取得過剩資訊，其成效令人質疑，況且使第三方協力調查等條件人為的提高了偵查成本，使偵查機關在真正需要監視偵查時才會使用，並舉出 2016 年《犯罪捜査のための通信傍受に関する法律》的修正為例，就是因為電信業者人力成本負擔過重，致使修正為如在偵查機關有設置特殊的電腦設備時，在法官許可下可免除第三人在場的要求，緩解了第三方參與的沉重負擔，不過就長期的監視需有第三人在場的情形，第三方負擔過重的問題仍舊存在，參照上開我國法的明文規定與日本法的見解，本文認為既然有一定的監督機制或第三人的參與即可，又為避免第三人參加的繁瑣，我國通保法第 16 條的規範可以做為參考，就是使執行機關定期向法院報告執行情形，不過就解釋論上來說，仍舊是透過刑訴法第 128 條第 3 項後段，由法院授權免除在場見證的要求，並要求偵查機關向法院定期報告，以維持刑訴法第 145、148 條的規範意旨。

最後是刑訴法第 146 條夜間搜索的限制，在學說上有肯定說與否定說的爭議，否定見解認⁸⁶⁰為夜間搜索，係基於休息睡眠時間是人道的必要，為尊重人性尊嚴與人權保障，自不容許國家機關藉用公權力任意干涉或影響人民正常休息與居住安寧，屬刑事程序侵害人民自由權利最低限度的基本建制，自不允許司法機關任意破壞，況且所謂急迫情形，法官在簽發令狀時並無從知悉，須交由執行人員判斷，因此，法官應不得授權夜間搜索，相反的，肯定見解則否定見解誤解本條為法官不得授權，基於體系解釋與法律政策面的考量，本條是對搜索執行人員的限制，而非對於簽發令狀法官的限制，個案法官在有合理理由的情形下，仍可授權偵查機關於夜間搜索，本文認為否定見解美其名是保障人權，但其結論是交由執行人員判斷這種更為寬鬆的控管，況且由中立的法官在有合理理由下所為的判斷授權，才真正是貫徹令狀原則，並使偵查人員的搜我行為更具正當性，否定說的理由實在過於牽強且價值失衡，本文認為應採取肯定說的見解。

是以，在科技定位偵查的情形可由法官在令狀上授權夜間安裝，如為白天安裝者，則依刑訴法第 146 條第 3 項的規定，在夜間依舊可以繼續進行蒐集個人位置資訊。

⁸⁵⁹ 不過在 2019 年即將上路 2016 年修正的《犯罪捜査のための通信傍受に関する法律》已就使用特殊電腦所為的通訊監察，免除了通訊業者在場的義務，2016 年修正的介紹與評析，川出敏裕，通信傍受法の改正について，東京大學法科大學院ローレビュー，Vol.10，2015 年 11 月，頁 103-110。

⁸⁶⁰ 林鈺雄，同前註 805，頁 98-100。

第五節、可能面臨的質疑與回應

本文見解將科技定位以我國搜索規定加以處理，並重構我國搜索概念，所涉及的層面既廣且深，必然招致相當多的質疑，本文試擬四個可能會有的質疑，分別是從論理基礎、強制處分法定、與傳統跟監的關係和立法論的問題，並嘗試回應如下：

第一項、論理基礎的質疑

首先，在美國法上將 GPS 定位偵查理解為搜索，涉及兩個層面的問題，第一個層面是「科技定位是否為搜索」的命題是建立在美國憲法增修條文第 4 條的規定屬憲法層次的解釋問題，然本文見解是建立在刑訴法的搜索，屬法律階層的解釋，是否可以如同美國最高法院解釋憲法般如此寬泛的解釋，恐有疑慮，況且，美國為普通法國家，容許相當程度的法官造法，本文見解將科技定位偵查解釋為搜索，幾乎直接援用美國法的論述，是否將衍生法官造法的疑慮？第二個層面的問題是，多數學說在理解搜索時多侷限於物理空間的探索、有體物的搜索，而通訊監察署對於個人通訊對話的探知，屬截取無形的資訊，兩者截然不同，因此有另外的通訊保障及監察法加以規範，而本文見解以私人活動依附形塑空間的搜索概念，將判斷重心置於私人活動是否有合理隱私期待，無疑將通訊監察也當作搜索的下位概念，那是否表示意在否定通保法的立法，刑訴法與通訊監察的關係究竟為何？

首先，美國法與我國法在法系上確實有其差異，我國法既然屬於大陸法系國家，解釋上必然需有實定法的依附，法官造法的空間相當小，雖然本文見解採取美國法上的見解，然並未脫離刑訴法第 122 條的文義範圍，所有解釋基本上始於文義也終於文義，本文見解始終謹守文義得最大範圍做妥適的解釋，既然未脫離文義的範圍，也難以指摘本文見解有衍伸法官造法的問題，至多在附條件的搜索令狀或許帶有法官造法(形成與傳統搜索不一樣的令狀)的色彩，不過，附條件令狀基本上是透過刑訴法第 128 條第 3 項解釋而來，該條本身是立法者授權法官得就執行事項為適當指示與條件，法官是基於立法者的授權而為，並不能算是法官造法，因此，本文見解是在相當嚴格的條件下提出，並非未思考我國法制體例而逕自援用美國法；第二個問題即是我國刑訴法搜索與通訊監察的關係，本文見解基本上認為通訊監察屬搜索的下位概念，然而這並不排斥通保法的立法，在美國法上將通訊監察當作搜索，也沒有排斥制定電子通訊隱私法(Electronic Communications Privacy Act，簡稱 ECPA)，或許有質疑認為一個是憲法上搜索，另一個法律制定，兩者不同層次的法律，不過，本文認為在看待刑訴法與通保法兩者間，應基本法與補充法的關係，也就是說，刑訴法

為基礎性規定，如有細節需補充者，可藉由其他法律加以補充，因此，在刑訴法為「基本法」的架構下，通訊監察作為刑訴法的搜索不必然排斥通保法的制定。

第二項、架空強制處分法定原則？

日本法上強制處分立法說批評強制處分勘驗說的理由之一，即在於強制處分勘驗說擴充勘驗令狀的內涵，將諸多新型態的強制處分均解釋為勘驗，造成強制處分法定原則進一步的虛無化，即有實質的架空強制處分法定原則的疑慮，其中，稻谷龍彥教授在其博士論文中，就探討日本最高法院的解釋界線時，回歸司法權與立法權互動關係⁸⁶¹，並援參美國學說對於美國憲法增修條文第4條解釋討論，稻谷教授最後採取美國學者 Cass R. Sunstein 教授所提出「寧淺勿深、寧窄勿寬」的司法極簡主義⁸⁶²，認為為了保護健全的民主主義，對於政府蒐集、保存與利用資訊的法規範，司法機關應採取促進民主主義的謙抑解釋，將具有價值對立的事項委由民主主義的充分討論方是最終的解決之道，這樣也才能往國民利益最大化的目標前進，形成刑事訴訟中隱私保護的最適化制度⁸⁶³，而強制處分法定主義正是將刑事程序的形成與營運考量國民利益最大化，以實現透過充分討論的正當程序為核心目標的原則，因此，稻谷教授認同日本最高法院平成29年3月15日判決的見解，認為GPS定為偵查內含的固有危險，是既存的強制處分所無法處理的，應有新的立法加以規範。

本文見解援參日本法上附條件勘驗令狀的做法，創造附條件的搜索令狀，事實上就是採取了勘驗說的作法，是否也同樣有架空強制處分法定原則的疑慮？對於這樣的質疑，本文分成兩點簡單回應：

首先，本文認為稻谷龍彥教授的見解相當精闢，對於強制處分法定原則的堅定立場也深表贊同，也無意推翻稻谷教授所提出的想法，而本文見解擴大我國搜索概念的立場，或多或少可能帶來弱化強制處分法定原則的危險，不過，本文認為司法機關的機能之一即在對於人民權利的守護與把關，在立法權尚未來得及介入控管時，監督行政權運作的重擔也僅能轉由司法權加以承擔，將科技偵查作為搜索的見解也是基於此項考量，一方面透過司法機關事前把關，另一方面又可使偵查機關有依循正當程序獲取令狀的管道，如真的按照貫徹科技定位偵查必須先行立法，偵查機關方能實施的立場，只會使偵查機關在真的需要動用時無法源依據，無法有效進行犯罪偵查，無疑也是另一種型態的人權保障缺漏，更有可能的發生是，偵查機關乾脆偷偷執行，藉以再連結其他合法的

⁸⁶¹ 稻谷龍彥，同前註540，頁91-95。

⁸⁶² 稻谷龍彥，同前註540，頁238-240。

⁸⁶³ 稻谷龍彥，同前註540，頁280-281。

強制處分，反正只要密而不報，將取得的證據混雜在錯綜複雜的線索與證據中，進而弱化其中的連結性，法院在事後證據排除的階段也就無從排除，原先為保障人民基本權而要求立法始能實施的美意，反而成為助長侵害人權的幫兇，倒不如讓司法機關指一條明路給偵查機關，在基本權受完善保障的前提下，兼顧偵查實務的需求，況且，司法機關僅是在劃定各該偵查行為的「底線」並未涉入各該偵查行為的規範細節，換句話說，並未真的介入立法權的範疇，所謂侵蝕強制處分法定的批評，對本文見解來說實屬過於沉重的批評⁸⁶⁴。

再者，從憲法權力分立的角度觀之，司法機關做出解釋後，立法機關也透過立法作為作適度的回應，而形成良善的憲法對話，加以促進民主思辯，對於民主主義的發展也有相當的助益；另外，日本學者田口守一教授認為附條件令狀的方式，將導致失去實施條件的統一性，恐有違反正當程序之虞⁸⁶⁵，然而，個案情形本就不同，田口教授的見解一方面忽略個案本身即具有多樣性，而不論在日本法還是我國法，立法者可能正因個案多樣性都授予一定附條件的空間，更何況司法機關也可以統一令狀條件與格式，是以，本文認為附條件令狀只要運用得宜，並絕對非不可行的方法。

第三項、反噬傳統人力跟監的任意性

或有認為在本文見解下，可能會將過去多認為屬任意偵查的人力跟監，也會構成強制處分，須加以適用刑訴法上搜索的規定，首先，本文在第二章時已將科技定位偵查與傳統人力跟監有所區隔，其後論述的重心基本上也聚焦在科技定位偵查上，再說，如果經本文所提出階層式強制處分概念，判斷為強制處分，那應該要問的是，為何過去見解均將人力跟監一律都視為任意偵查，不去探究其對隱私危害的程度，這樣的見解似乎不太妥當，不過本文還是要強調，本文研究範圍基本上是環繞在科技定位偵查，人力跟監的性質已經逸脫本文的能處理範圍了，有待未來學說、實務見解加以表示意見。

第四項、不衝突的選項—立法論

雖說本文將科技偵查解釋為刑訴法上搜索，但這並不表示本文見解排斥修法增訂科技定位偵查的相關規範，這是因為本文只是將刑訴法上搜索作為基礎規範，如基於各該處分特性而在刑訴法中增訂條文、專章；甚至是專法絕對都是可行的作法，然在未增定以前，司法機關仍應基於保障人民隱私權的憲法精

⁸⁶⁴ 退一步說，本文見解可能無法合於嚴格意義的強制處分法定原則，然而在立法緩不濟急、又有強烈的偵查需求時，或許採取柔軟的強制處分法定原則，在一定的司法程序監管下，使法制空窗期內有「法」可依循，使人權保障與偵查效率間取得平衡，才是務實的方法。

⁸⁶⁵ 田口守一，同前註 278，頁 100。

神，將科技定位偵查以搜索作為處理原則，並進一步使之成為未來增修條文或專法的底線，意即在該當刑訴法上搜索後，即以刑訴法上搜索規範門檻作為最低度的保障，使刑訴法成為真正意義的基本法。

第一款、《通訊保障及監察法》草案第5條之1的重大缺失

2018年11月7日法務部公布《通訊保障及監察法》部分條文修正草案⁸⁶⁶，其中就增訂了規範GPS科技定位偵查的條文，通保法草案增訂第5條之1：「(第1項)偵查中有事實足認被告或犯罪嫌疑人之位置資訊於本案偵查有重要性及關連性而有以全球衛星定位系統進行調查必要者，得由檢察官依職權或司法警察向檢察官聲請同意後，由檢察官開立許可書為之。(第2項)前項許可書應記載下列事項：一、案由及涉嫌觸犯之罪名。二、調查對象。三、使用之科技設備方法。四、使用之處所及期間。(第3項)司法警察官依第一項規定向檢察官聲請時，應以書面記載前項各款事由，並釋明其位置資訊與本案偵查之重要性及關連性。(第4項)檢察官受理聲請案件，應於四小時內核復，並得於許可書上對執行人員為適當之指示；如案情複雜，得經檢察長同意延長四小時。(第5項)前條第三項、第十二條第一項、第二項、第十五條及第十七條之規定，於依本條規定使用全球衛星定位系統調查時，準用之。」而法務部該條的立法目的稱：「隨犯罪手法日新月異及犯罪集團化、組織化、分工細緻化之趨勢，應賦予犯罪偵查機關得有效運用各項新興科技設備進行犯罪查緝，以維國家安全及社會秩序，例如裝設全球定位系統（Global Positionin System，以下稱GPS）以查知販毒集團行進路線、分佈位置等，即有此需求，然現行刑事訴訟法或其特別法就此並無明文，易引發適法性爭議，且社會治安之維護及正當法律程序之遵守同屬重要，是就此偵查方法，應以法律明定相關要件，俾符法治國家原則，爰為第一項規定，得由檢察官依職權或由司法警察官向檢察官聲請後核發許可書為之。三、明定許可書應記載涉嫌罪名、調查對象、裝設期間等事項，以期明確，爰為第二項規定。四、偵查中由司法警察官聲請檢察官許可時，除應載明第二項各款事項外，並應釋明位置資訊與本案偵查之重要性及關連性，爰為第三項規定。五、檢察官受理聲請後，處理時限亦宜明文，爰參酌第五條第二項後段，為第四項規定。六、此外，關於第五條第三項駁回聲請、第十二條執行期間、第十五條結束時之通知及第十七條所得資料之留存與銷燬等，均應準用於本條之規定，俾求完整，爰為第五項規定。」

⁸⁶⁶ 可至公共政策網路平台下載，<https://join.gov.tw/policies/detail/7660d6d4-ec2a-4052-a725-854cd4c3c1a8?fbclid=IwAR0XoYoJnfg9vDuOuHhZL2z5MliygPvu80M1z5mPEhuOR6QkuQ9t0xMsD2o>(最後瀏覽日：2018/11/25)。

對於上開修法，對照本文對於科技定位偵查的性質分析，很顯然的有很大的出入，本文認為法務部所提出的該條文草案有四個問題：

第一個問題是制定於通訊保障及監察法，關於是否應制定於通保法當中，學說上有肯定⁸⁶⁷與否定的見解⁸⁶⁸，本文認為通保法所針對應該是與通訊相關的偵查，也正因如此其所規制的對象原先是「通訊」必須具備人的意思存在，而後雖進一步將通信紀錄也納入，不過通信紀錄基本上是通訊而衍生的副產品，將之納入通保法也還說得過去，而科技定位偵查雖與通訊監察雖同樣具有科技型、隱密型的特性，但終究兩者所處理的問題仍有差異、也無直接關係，因此，本文認為不應將科技定位偵查制定於通保法當中。

第二個問題是採取檢察官保留的問題，誠如本文所分析的那樣，科技定位偵查具廣泛蒐集個人位置資訊與大量私人活動細節的機能，進而透過現代數據分析技術達到解析人格圖像的效果，為侵害隱私權甚鉅的偵查行為，在解釋上宜認為有相當理由與法官令狀方得實施，基本上我國採取強制處分說(不論是否支持構成刑訴法上搜索)的學說或最高法院 106 年度台上字第 3788 號判決見解，都是贊同這樣的方向，而在外國法制上(至少就長時間的使用 GPS 科技定位偵查)德國、日本與美國法也都相當程度認為必須有中立的司法機關家以核發令狀，詎料我國法務部所提出的草案竟逆行倒施的採取檢察官保留，將至關人民隱私權的把關完全交由做為偵查主體的檢察官決定⁸⁶⁹，我國或許是國際間的孤兒，但似乎還無須自貶為國際上的次等公民，採取低於各國人權水平的標準，不僅如此，準用至通保法第 12 條第 1、2 項，顯示檢察官可授權長達 30 天的 GPS 定位偵查，再觀準用至 15 條第 1 項陳報法規定，因 GPS 定位偵查為檢察官決定，因此解釋上似乎不必向法院陳報，而是向檢察官陳報，形成檢察官可以自己發動、自己決定、向自己陳報監督的荒謬立法邏輯，罔顧人民權益至斯，還在立法理由中提及是兼顧法治國原則，這樣的法治國原則可能又是我國法務部兄弟獨創的解釋，如果真的通過立法可能也會成為另類的台灣之光。

第三個問題是該條認為是在「有事實足認……有重要性及關連性」時方得發動 GPS 定位偵查，然而所謂「有事實足認……有重要性及關連性」是指有合理懷疑，還是指有相當理由？如果是只需合理懷疑，理由是什麼？如果是相當理由，那何以未交由法院判斷、決定？⁸⁷⁰此等攸關人民隱私保障門檻的疑問，

⁸⁶⁷ 論者進一步認為宜正名為「科技設備監察及權益保障法」參見朱志平，同前註 467，頁 129。

⁸⁶⁸ 薛智仁，同前註 452，頁 57；李榮耕：通保法擬再修 兩大爭議待商榷，蘋果日報，<https://tw.appledaily.com/new/realtime/20180924/1435278/>(最後瀏覽日：2018 年 12 月 26 日)。。

⁸⁶⁹ 相同意見，李榮耕，同前註。

⁸⁷⁰ 事實上這樣的問題也出現在通保法第 11 條之 1 中，不過有學者認為通保法第 11 條之 1 的門

在立法理由中均未見任何說明。

第四個問題是，草案第的 5 條之 1 第 2 項第 3 款「使用之科技設備方法。」是指如何的使用 GPS 技術或設備的方法，還是指可以跨足其他種科技設備？觀察立法理由似乎是必須限定在 GPS 定位技術的應用，而第 3 款似乎是指運用 GPS 技術或設備的方法，果如此，為何不指明「使用全球衛星定位系統設備之方法」即可，反而是以「科技設備」這種含混的字眼，使人不禁懷疑是否想偷渡其他種類的科技設備，會有這樣的懷疑，無非是因為我國偵查機關已有 M 化車等行動基地台蒐集個人位置資訊，這種方式的使用侵害隱私的本質與 GPS 定位偵查幾無差異，甚至有時更為強大，但卻未見納入規範的蛛絲馬跡，是否可解釋為此處的「科技設備」？再結合本條毫無監督機能可言的管控機制，本文深懼偵查機關放寬此款的解釋，認為所有的科技定位設備都可以使用，那豈不是使人民隱私門戶大開？是以，法律文字上應加以限定或指明。

綜上所述，法務部 2018 年 11 月 7 日所公布的《通訊保障及監察法》部分條文修正草案第 5 條之 1 有相當大的問題，本文認為法務部對草案內容應重新檢討，莫僅著眼於偵查效率而忽視人民隱私的保障。

第二款、科技定位偵查的立法方向

在現行法下以搜索規範處理科技定位偵查須透過附條件令狀的方式進行，不過，本文原則上也不反對以立法方式處理此一問題，也不認為解釋論與立法論是必然衝突的兩個選項，前以述及，而在本文之前也已有相當多的文獻提出修正方式⁸⁷¹，本文也不掠人之美，在此僅對科技定位偵查的法制(不限於 GPS 技術)提出幾個修法方向與原則：

1.原則上須有法官令狀方得為之，這是因為科技定位偵查屬強制處分，本應受令狀原則的管控，絕不能由檢察官逕自決定為之，而例外在有緊急情形，應允許一定條件下逕行使用，並事後向法院聲請補發令狀(即事後陳報的規定)，須注意的是，部分學者都將令狀原則或法官保留的採納侷限在長期跟監⁸⁷²，這樣的說法大抵來自德國刑訴法第 163 條 f 的規定，該條所稱的長期跟監是指「持續不斷超過 24 小時」或「總計超過 2 日」不過，又因德國基本法第 13 條的限制，須以住宅作為干擾的界限，不能在住宅內使用科技定位偵查，然而科技定位偵查正是在搜尋並記錄跟監對象的位置資訊，縱然是短期(未超過 24

檻為合理懷疑，參見李榮耕，通訊保障及監察法，新學林，2018 年 2 月，1 版，頁 211。

⁸⁷¹ 朱志平，同前註 468，頁 124-127；巫柏蕙，使用 GPS 探知個人位置資訊之適法性研究，東吳大學法律學系法律專業碩士班碩士論文，2016 年，頁 91-96。

⁸⁷² 朱志平，同前註 468，頁 126；巫柏蕙，同前註，頁

小時)的使用，如果對象進入住宅，除非及時終止系統運作⁸⁷³，不然幾乎無可避免的會在住宅內使用科技定位偵查，這也是日本最高法院所稱無可避免會蒐集到高度隱私場所的位置資訊，這因此種特性的存在，本文所提出的見解即不以短期、長期而影響其強制處分的性格，也必須要有法官令狀方得實施，況且實務上可以想像有短期跟監的需求，通常也是緊急情形下的使用，當然，有學者也提出說明，認為 GPS 因於其本身技術的限制，即必須見天，在住宅建物內本身就無法或難以作用⁸⁷⁴，誠然，單就 GPS 技術本身確實如此，但現行定位技術不僅有 GPS 而已，還有如 Wi-Fi 定位等方式交互搭配使用，甚至新技術的出現也未可知，因此，不能僅著眼在 GPS 技術而已，仍須衡量無可避免的會觀察到在住宅或高度隱私場所活動的特性，而不區分長期、短期的使用科技定位偵查均納入令狀的保護傘下。

2.重罪並非程序管控的化外之地，這主要是回應 Alito 大法官在其協同意見書中提到「絕大多數的犯罪」通常不會使用到長期跟監，因而違反個人的隱私期待，那相反的，如果是本來就會大費周章使用到長期跟監的重大案件，是否就沒有合理隱私期待的問題，這樣的說法似乎意味著特殊的重罪可以逸脫搜索法制的管控，然而，這樣的理據似乎與隱私權保障的出發點背道而馳，有所不妥，因此，應不能以重罪作為藉口，將之排除在程序管控之外。

更進一步的思考是，科技定位偵查的發動是否要採行重罪原則，基本上重罪原則是基於比例原則的思考，有學者即認為應可援參德國刑訴法第 100 條 h、第 163 條 f 的規定，制定重罪原則的門檻⁸⁷⁵，本文認為此部分值得參考，畢竟如果像是最重本刑五年以下的通姦罪，似乎就不宜發動科技定位偵查，但同樣刑度的竊盜罪，如為偵查連續竊盜或竊盜集團則又似乎可以接受⁸⁷⁶，此部分似乎需要考量法定刑與罪質兩個面向再予以制定。

3.執行層面的細緻化，既然決定增第或制定專法，那就應將執行方式、執行期間、可否延長執行期間、後續資訊使用的範圍、目的外使用的令狀約制、資訊保存、銷毀與整個執行程序的監督機制(如定期做成報告等)都應納入新修正的法律內，以周延保障人民的隱私利益。

4.緊急型的定位偵查，在實務中有緊急狀況，例如追緝現行犯或通緝犯時使用 GPS 飛鏢等情形，宜在新法中制定緊急情形的使用，並限於一定期間內制

⁸⁷³ 縱使技術上可以暫時停止跟監，但終止操作後就無法得知跟監對象何時離開住宅，要如何判斷重新接收位置資訊的時點，這將也是問題之一。

⁸⁷⁴ 朱志平，同前註 468，頁 123。

⁸⁷⁵ 朱志平，同前註 468，頁 126。

⁸⁷⁶ 日本實務中經常用以偵查連續竊盜或竊盜集團的案件，可以參考本論文第三章第二節第一項所蒐集的案例。

定事後陳報法院補行令狀程序。

5. 禁止目的外使用、數據分析與資料庫的建立，此部分我國法制幾乎是空洞狀態，僅釋字 603 號解釋對於指紋資料庫曾經表示：「國家基於特定重大公益之目的，而有大規模蒐集、錄存人民指紋，並有建立資料庫儲存之必要者，應以法律明定其蒐集之目的，其蒐集之範圍與方式且應與重大公益目的之達成，具有密切之必要性與關聯性，並應明文禁止法定目的外之使用。主管機關尤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為之，並對所蒐集之指紋檔案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。」而之所以指紋資料庫須予以嚴密的程序處理，是因為指紋基本上是個人身體之生物特徵，有人各不同、終身不變之特質，具備高度人別辨識功能之一種個人資訊，雖說 GPS 所得「個別」位置資訊並不如指紋般屬高度敏感性資訊，但將個別位置資訊整體、統合的觀察就全然不同，這也是馬賽克理論所強調的解析人格圖像的危險，在法制度的建立上，可以考慮限縮其使用範圍至本案的使用，僅例外時方得在一定條件下他案使用，並就銷毀等加以規定⁸⁷⁷。



⁸⁷⁷ 這部分可以參考德國刑訴法第 101 條第 8 項，翻譯條文可參見連孟琦譯，同前註 72，頁 105-107。

第五章、結論

在現代科技的發展下，犯罪偵查方法也隨之進步，科技定位偵查的運用就是科技時代下的產物，科技定位偵查提供了偵查機關相較於傳統人力跟監更具優勢的偵查手段，與此同時，科技定位偵查也象徵著未來政府想監控一個人的行蹤並非難事，為人民隱私保障帶來前所未有的危機，本文以此疑慮出發，演繹並檢討科技偵查的相關議題，最後整理結論如下：

首先，經科技定位跟監與傳統人力跟監的差異比較可以發現，科技定位偵查較傳統人力跟監更具優勢，進一步說，可以分為三個面向的優勢，第一在蒐集資訊的範圍上，傳統跟監方式僅能靠跟監人員以目視(肉眼)方式觀察跟監對象的活動，蒐集跟監對象的位置資訊、與他人間的互動等，有容易跟丟並受到各個偵查人員觀察能力的影響，而科技跟監則是透過科技設備追蹤跟監對象的位置，並加以推斷跟監對象的活動與接觸的對象，同時以電子設備加以記錄，在現代科技技術的發展下已可以相當精確的記錄跟監對象的活動，況且，如果跟監對象進入私人隱密的場所中，還可以精確知悉在該場所中的精確位置(如汽車旅館中的哪個位置)，第二是執行層面的差異，從人力資源的耗費來看，傳統跟監以單人方式執行跟監任務失敗機率較高，通常為多人方式進行跟監，如為長期跟監更可能須多組人馬分批進行；而科技定位偵查則僅須於安裝與更換電源設備時須使用人力，其餘的跟監作業均由電子設備進行並加以記錄，跟監人員無須緊盯追蹤對象，甚至一個跟監人員即可監視數對象的動向，大幅降低偵查機關的人力成本，並更有效率的蒐集偵查資訊，偵查成本大幅降低；再來是隱密性的問題，傳統跟監以人力跟監或車輛跟監方式進行，往往可能因跟監技術與訓練不足、跟監對象敏感度高或障礙物過多等因素，致使跟監對象察覺或跟丟，跟監任務進而失敗；而科技定位偵查，則因科技日漸精進、追蹤器愈趨迷你化，可隱密的藏於跟監車輛(最大宗)或跟監對象的隨身行李之中，除非跟監對象偶然發現，基本上很難察覺其存在，而如為上一節本文所歸類的利用對象型(利用跟監對象本身設備所發出的訊號)，更是使跟監對象無從察覺，其行蹤已暴露於無形，綜上，不論從人力資源的耗費或隱密性觀之，科技定位偵查都有相當的優勢，第三在人類感官與體能極限的層面上，傳統偵查跟監以人力跟蹤為主，雖可使偵查人員親見親聞，然而跟監時跟監人員與對象通常保有相當的距離，受限於人類感官的極限，不易觀察跟監對象較為具體細緻的活動(如與他人的談話內容等)，且跟監人員須將各種可能有用的資訊加以記錄時，通常僅能靠人力筆記或記憶的方式，使得偵查資訊較為零碎，再加上訓練不足、天

氣影響、遮蔽物或體能極限等因素，亦有跟丟或觀察不清楚的風險存在；相對的，科技定位偵查則無上開問題，在正常的安裝與使用環境中，通常可以完整、準確的顯示並記錄跟監對象的所在位置、移動軌跡與位置的停留時間等，且為全天候、不受天氣影響，此種追蹤與紀錄方式實已突破個人的感官與體能極限，說是「超感官」的科技工具都不為過，並予以突破物理障礙限制，降低跟丟的風險、提升跟監任務的成功率。

既然科技定位偵查與傳統人力跟監有諸多差異，在論述上就不再以傳統的人力跟監的思維加以解決，畢竟所帶來侵害基本權的程度與面向都不盡相同，此種科技偵查的手法在我國法中並未獨立規定，因此，為對我國偵查實務中已經行之有年的科技定位偵查予以分析，本文參考了美國法，之所以選擇美國法的原因在於，作為科技大國的美國，早已在上一個世紀運用了科技定位技術在偵查實務當中，並累積相當多有關科技定位偵查的判決，其中包含了 2012 年舉世為名的 Jones 案，在 2018 年 6 月美國最高法院又做出 Carpenter 案，詳細的說，美國實務對於科技定位偵查見解，基本上依循著科技技術的演進，從早期的無線電追蹤器(Beeper)到 GPS 追蹤器、手機基地台資訊的調取，更深入地說，隨著科技的進步，原先個人較為私密或無法被記錄的資訊，透過科技技術的滲透與還原，可能開始不知不覺地被知悉與記錄，顛覆傳統侵入具有一定「痛感」的理解，國家可能且可以用更高能量的方式侵入人民的私領域，從本文所揀選的實務判決可以發現，美國最高法院似乎也逐漸意識到，科技進步對於權利的侵害型態的轉變，原先趨於保守的見解逐漸轉為對於人民權利保護的面向，而美國法的特色在於，對於科技定位偵查的討論是圍繞在是否該當美國憲法增修條文第 4 條的搜索上，並對美國憲法增修條文第 4 條搜索基準的討論有相當激烈的辯論，將原有的搜索概念做細緻化的論述，透過美國憲法增修條文第 4 條的討論，認定科技定位偵查為搜索，以督促執法機關與立法機關給予人民周延的隱私保護。

本文另外還參考了日本法制，這是因為日本法向來對於我國刑事法都有相當的影響，日本法上對於科技定位偵查的論理取向，因承繼了歐陸法上強制處分的概念，而有強制處分類型化的觀念，與美國法呈現相當不同的面貌，不管是實務還是學說見解，都圍繞在強制處分說、任意處分說之間徘徊，日本實務與學說早期的見解，也大多都是認為 GPS 偵查屬任意偵查，這點與美國法上認為非搜索而無庸令狀的結論不謀而合，只是理由不是僅因為無合理隱私期待，更重要的是過去判例對於人力跟監的詮釋，在美國實務 Maynard 案(Jones 案的下審級)出現後，日本實務風向也開始轉變，許多判決都使用美國法上的諸

多觀點，這些現象充分展現日本憲法、刑訴兼具歐陸法與英美法的特色，直至日本最高法院平成 29 年 3 月 15 日判決作成後，日本實務也大致底定，在該判決中突破過往的解釋，採納學說上重要權利實質侵害說，大幅增加強制處分的認定範圍，為日本學說、實務的相互發展有著重要的意義，而日本法上的論述結構，因與我國都有強制處分的概念，相當值得我國法加以借鏡。

在上開外國法的比較分析後，本文認為我國法的架構下，如果要探究科技定位偵查的法律性質，必須從最上位的強制處分開始談起，這是因為在我國偵查行為性質論上區分為任意處分與強制處分，兩者所銜接的程序控管與保障差異相當大，前者僅受事後檢視適法性的控制，後者卻有諸多原則加以限制，在處理科技定位偵查的性質前，有必要先確認強制處分與任意偵查的界限，方能正確掌握科技定位偵查的性質與適用的程序，而本文認為不管是從學說抑或是實務見解都發現有相當程度的問題，應採取階層式的判斷方式，方能解決各個學說的缺陷，詳細的說，在判斷是否為強制處分時，須分成三個階段：第一階段，先判斷是否存在強制力，即傳統上物理強制力與間接強制力的情形，如為肯定，那就毋庸進行下一個階段的判斷，直接認定為強制處分，如未有強制力的行使或難以判斷時，則進入下一個階段的判斷；第二階段則衡酌該權利性質，本文認為應以憲法上的基本權區分，即古典權利清單與釋憲實務所承認的基本權作為基準，判斷是否涉及古典清單的基本權與釋憲實務所承認的基本權，一方面考量權利性質，另一面降低以重要性排除於強制處分認定範圍外的風險；第三階段，判斷是否對於系爭權利造成實質侵害，而所謂實質侵害，必須就各該權利本質加以認定，如果已經完全剝奪該權利者，必然是實質侵害，如僅為限制者，就須衡諸各個權利設定不同的基準，重要的是判斷侵害的「量」。

而科技定位偵查主要所涉及的基本權正是隱私權，關於隱私權的概念，本文認為人作為群體的概念下，日常生活中必然無法脫離在公開場所中活動，豈可因為在公開場所中，就全然放棄應有的隱私權保障，而隱私權的原始意義觀察，可以知道隱私權是保障「獨處而不受干擾」的權利，本來就是在處理私密領域的資訊脫離了私密的物理空間，進入、流通於公開物理間的問題，並希冀透過私密領域的構築，使人們可以沒有墨礙地從事私密的活動，也就是說，基本上隱私權是在界定自我與社會間適當的分際、距離，建構屬於自我的私密領域範圍，此意義下的私密領域，必然不是指涉具體的物理空間，而是指自我與社會間適當的分際、距離，這種自我與社會互動的論述本質，意味著隱私權的界定必須衡諸社會價值的判斷，同時也必然無法逃脫著社會脈絡的探究，以確

保個人與社會規範的和諧連結，因此，在論述公共空間等沒有物理分界的隱私保護時，就必須要探求社會價值的脈絡加以觀察；而與隱私權關係相當緊密的合理隱私期待概念，本文從美國最高法院對美國憲法增修條文第4條的解釋演進，發現合理隱私期待基本上就隱私權在刑事程序的化身，透過合理隱私期待使得隱私權得以獲得保障，同時，合理隱私期待也是一個隱私程度的展現，並非純然有無的概念，這樣說法剛好與本文所提出的強制處分概念不謀而合，也就是說，強制處分判斷中的「實質侵害」事實上就是探討程度的概念，進一步說，合理隱私期待就是隱私權侵害的程度門檻，申言之，在刑事程序中須透過合理隱私期待的判斷方能確認隱私權的侵害，當偵查機關的偵查作為一旦涉及隱私權並到達的合理隱私期待的程度，就會觸動一連串強制處分的程序保障機制。

而是否侵害合理隱私期待，本文提出六項判斷因子，分別為(1)侵害的場所、(2)侵害手段性質、(3)侵害行為所達成的效果、(4)侵害資訊的質與量、(5)侵害對象所採取的隱私權措施、(6)社會脈絡下的揭露與目的外使用，綜合觀察這六項因子並權衡判斷後認為，科技定位偵查確實侵害了個人的合理隱私期待，為強制處分無疑，而探究我國諸多實定法，發現僅有刑訴法上的搜索與科技定位偵查，同為發現被告或相關證據為目的，然傳統學說對我國搜索的理解實在過於狹隘，解釋論上有突破的必要，本文認為我國搜索概念在經增訂電磁紀錄後，已從物理性侵入物理空間的框架中釋放出來，應該採取隱私權基準的觀點，而科技定位偵查也是可以涵蓋我國搜索概念下，最後，本文必須強調縱算將科技定位偵查涵蓋在搜索概念下，並不盡然排斥以立法方式解決科技定位偵查的問題，本文只是認為搜索所設下的門檻是科技定位偵查的最低保障，至於，日後有新立法的方式處理只要未低於本文所建議的門檻，都是可以接受的方案，使刑訴法成為刑事程序實質意義的基本法，確實且完善的保障人民刑事程序中的隱私權。

參考文獻

壹、中文文獻

一、專書(依作者姓氏筆畫排序)

1. 王兆鵬、張明偉、李榮耕，刑事訴訟法（上），承法數位文化，2012年9月出版。
2. 安守中，GPS 定位原理及應用，全華科技圖書股份有限公司，初版，2005年10月。
3. 朱石炎，刑事訴訟法論，三民，2010年9月3版。
4. 李春福，刑事訴訟法論，新學林，2017年9月。
5. 李榮耕，通訊保障及監察法，新學林，2018年2月1版。
6. 李震山，警察行政法論：自由與秩序之折衝，元照，三版，2014年。
7. 林山田，刑事程序法，五南，2004年9月。
8. 林永謀，刑事訴訟法釋論（上冊）改訂版，三民，2010年12月。
9. 林俊益，刑事訴訟法概論(上)，新學林，14版，2012年。
10. 林鈺雄，刑事訴訟法(上冊)，6版，2010年9月。
11. 林鈺雄，刑事訴訟法(下冊)，6版，2010年9月。
12. 林鈺雄，搜索扣押註釋書，元照，2002年11月。
13. 張麗卿，刑事訴訟法理論與運用，五南，2010年9月11版。
14. 陳運財，偵查與人權，元照，2014年4月。
15. 陳樸生，刑事訴訟法實務，再訂二版，1999年。
16. 黃清德，科技定位追蹤監視與基本人權保障，元照出版公司，初版，2011年11月。
17. 黃朝義，刑事訴訟法，新學林，3版，2013年4月。
18. 蔡庭榕、簡建章、李錫棟、許義寶，警察職權行使法逐條釋論，初版二刷，2006年。
19. 蔡震榮，警察職權行使法概論，五南，3版，2016年。
20. 鄭厚堃，犯罪偵查學，民國90年修正版。

二、譯著(依作者姓氏字母與筆畫排序)

1. Richard A. Posner (理察·波斯納)，法官如何思考，商周出版，2010年10月。

2. Vincent R. Johnson 著，趙秀文、楊智傑譯，英美侵權法，五南，2006 年 9 月。
3. 朱學瑛、張弘昌、劉河山、蔡甄漪，日本刑事訴訟法既刑事訴訟規則，法務部，初版，2016 年 8 月。
4. 連孟琦譯，德國刑事訴訟法，元照出版公司，初版，2016 年 9 月。

三、專書論文與期刊論文(依作者姓氏筆畫排序)

1. 井上正仁著、張永宏譯，GPS 偵查(下)，司法周刊，第 1888 期，2018 年 2 月 9 日，頁 2。
2. 井上正仁著、張永宏譯，GPS 偵查(中)，司法周刊，第 1887 期，2018 年 2 月 2 日，頁 3。
3. 王士帆，網路之刑事追訴—科技與法律的較勁，政大法學評論，145 期，2016 年 6 月，頁 339-390。
4. 王兆鵬，重新定義高科技時代下的搜索，月旦法學雜誌，第 93 期，2003 年 2 月，頁 166-182。
5. 朱志平，GPS 定位追蹤於刑事偵查程序之運用及其授權基礎—從臺灣高等法院高雄分院 105 年度上易字第 604 號刑事判決出發，法令月刊，第 68 卷第 9 期，2017 年 9 月，頁 93-133。
6. 何賴傑，逮捕、搜索與扣押，臺灣本土，25 期，2001 年，頁 118-127。
7. 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，208 期，2012 年 09 月，頁 230-244。
8. 吳世琳、張自強、葉禹良、許冠傑，無線網路定位技術應用於即時救援，臺灣職能治療研究與實務雜誌，4 卷 2 期，2008 年 12 月，頁 139-150。
9. 吳巡龍，跟監之證據能力，月旦法學教室，151 期，2015 年 5 月，頁 34-36。
10. 吳協展，從美國運用 GPS 衛星定位追蹤器之合法性探究我國司法實務，檢察新論，第 23 期，2018 年 2 月，頁 131-145。
11. 李建良，基本權利理論體系之構成及其思考層次，收錄於：憲法理論與實務(一)，1999 年，頁 51-100。
12. 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 49-87。
13. 李榮耕，科技定位監控與犯罪偵查：兼論美國近年 GPS 追蹤法制及實務之發展，臺大法學論叢，44 卷 3 期，2015 年 9 月，頁 871-969。
14. 李榮耕，特定明確原則與機動性通訊監察運用為例之考察，政大法學評

- 論，126 期，2012 年 4 月，頁 105-153。
15. 李榮耕，電磁紀錄的搜索及扣押，國立臺灣大學法學論叢，第 41 卷第 3 期，頁 1055-1116。
 16. 李震山，論資訊自決權，收錄於：人性尊嚴與人權保障，元照，3 版，2009 年 2 月，頁 205-240。
 17. 林三欽，論基本權之侵害，收錄於：李建良、簡資修主編，憲法解釋之理論與實務(二)，中央研究院，2000 年，頁 439 以下。
 18. 林老生、郭清智，整合 Wi-Fi 與 GPS 技術於室外定位之研究，臺灣土地研究，18 卷 1 期，2015 年 05 月，頁 1-19。
 19. 林利芝，從美國最高法院 *United States v. Jones* 案分析政府運用 GPS 定位追蹤器探知個人位置資訊之適法性，「運用 GPS 探知個人位置資訊之適法性」學術研討會，東吳大學法學院刑事法研究中心、台灣刑事法學會主辦，第二場次(2016 年 5 月 11 日)。
 20. 林明武、林輝龍，導航衛星於電子戰作為之研究，國防雜誌，25 卷 5 期，2010 年 10 月，頁 75-87。
 21. 林明鏘，由防止危害到危險預防：由德國警察任務與權限之嬗變檢討我國之警察法制，國立臺灣大學法學論叢，第 39 卷 第 4 期，2010 年 12 月，頁 167-212。
 22. 林裕順，GPS 偵查法治化研究，月旦裁判時報，第 68 期，2018 年 2 月，頁 12-23。
 23. 林裕順，GPS 偵查的論理，月旦法學教室，第 180 期，頁 28-31。
 24. 林鈺雄，干預保留與門檻理論—司法警察（官）一般調查權限之理論檢討，政大法學評論，第 96 期，2007 年 4 月，頁 189-232。
 25. 林鈺雄，不自證己罪於非刑事程序之前置效力—評九十六年度台上字第 7239 號判決及相關裁判，月旦法學雜誌，第 161 期，2008 年 9 月，頁 266-284。
 26. 林鈺雄，通聯紀錄之調取—從幾則基地台相關判決談起，台灣法學雜誌，239 期，2014 年 1 月，頁 49-61。
 27. 林禎瑩，日本 GPS 搜查之實務發展，檢察新論，第 20 期，2016 年 7 月，頁 242-257。
 28. 法思齊，美國法上數位證據之取得與保存，東吳法律學報，第 22 卷第 3 期，2011 年 1 月，頁 95-147。
 29. 邱文聰，從資訊自決與資訊隱私的概念區分—評「電腦處理個人資料保護

法修正草案」的結構性問題，月旦法學雜誌，第 168 期，頁 172-189。

30. 金孟華，GPS 跟監之程序適法性—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。
31. 洪家殷，行政調查與刑事偵查之界限，東吳法律學報，第 25 卷 第 1 期，2013 年 7 月，頁 1-48。
32. 科技犯罪偵查的法律問題會綜述，月旦裁判時報，第 68 期，2018 年 2 月，頁 36-51。
33. 崔文、殷志揚、陳昭男，行動網路定位技術概觀，電腦與通訊 115 期，2006 年 03 月，頁 54-60。
34. 張志偉，從資訊自決與資訊隱私的概念區分，檢視被遺忘權的證立問題，萬國法律，第 211 期，頁 2-15。
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，頁 267-332。
36. 張陳弘，隱私之合理期待標準於我國司法實務的操作—我的期待？你的合理？誰的隱私？，法令月刊，第 69 卷第 2 期，2018 年 2 月，頁 82-112。
37. 許明昶、陳麒元、邱文字，使用科技器材支援毒品查緝蒐證之證據能力及法律問題探討，105 年毒品犯罪防制工作年報，法務部調查局，頁 94-110。
38. 許恒達，GPS 抓姦與行動隱私的保護界限——評臺灣高等法院 100 年度上易字第 2407 號刑事判決，月旦裁判時報，24 期，2013 年 12 月，59-78。
39. 許福生，科技設備監控在性侵害犯之運用，月旦法學雜誌，166 期，2009 年 3 月，頁 92-110。
40. 陳士杰、韓邦郡、王安妮、石宛璇、杜念庭，以行動裝置與穿戴式設備為基礎之孩童隨身照護機制之研究，臺東大學綠色科學學刊，5 卷 2 期，2015 年 11 月，頁 151-160。
41. 陳志龍，秘密通訊自由之保障及郵件扣押合法性之商榷，刑事法雜誌，第 22 卷第 3 期，1978 年 6 月，頁 36 以下。
42. 陳英淙，論警察危害防止與刑事追訴的分與合，政大法學評論，第 151 期，2017 年 11 月，頁 91-150。
43. 陳詩經，衛星定位系統，船舶科技，9 期，1992 年 4 月。
44. 陳運財，GPS 監控位置資訊的法定程序，台灣法學雜誌，第 293 期，2016 年 4 月，頁 59-74。
45. 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 5-24。

46. 曾清涼，衛星定位最新發展，地籍測量：中華民國地籍測量學會會刊，19 卷 2 期，2000 年 6 月。
47. 湯德宗，立法裁量之司法審查的憲法依據—違憲審查正當性理論初探，收錄於：違憲審查與動態平衡：權力分立新論卷二，元照，2014 年 10 月，頁 1-70。
48. 黃正中，漫談全球定位系統，國研科技，7 期，2005 年 07 月，頁 51-56。
49. 黃俊麟，中共衛星航太科技與反衛星系統發展，國防雜誌，22 卷 4 期，2007 年 08 月，頁 40-52。
50. 黃政龍，論新型偵查方法之法律問題—以 GPS 追蹤與無人機偵查為例，刑事法雜誌，59 卷 4 期，2015 年 8 月，頁 117-152。
51. 黃昭元，無指紋則無身分證？換發國民身分證與強制全民捺指紋的憲法爭議分析，民主、人權、國家—蘇俊雄教授七秩華祝壽論文集，2005 年 9 月，頁 461-508。
52. 黃朝義，犯罪偵查：第五講—勘驗與鑑定，月旦法學教室，12 期，2003 年 10 月，頁 74-86。
53. 楊雲驛，「通訊保障及監察法」實施前電話監聽合法性及證據評價的探討—評最高法院 90 年台上字 848 號、91 年台上字第 2905 號及 87 年台上字第 4025 號判決，台灣本土法學，第 57 期，2004 年 4 月，頁 37-54。
54. 溫祖德，GPS 之定位追蹤・財產權或隱私權之保障(?)—兼論美國聯邦最高法院之最新見解，「運用 GPS 探知個人位置資訊之適法性」學術研討會，東吳大學法學院刑事法研究中心、台灣刑事法學會主辦，第四場次(2016 年 5 月 11 日)。
55. 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。
56. 葉俊榮，探尋隱私權的空間意涵—大法官對基本權利的脈絡論證，中研院法學期刊，第 18 期，2016 年 3 月，頁 1-40。
57. 詹明華、李文章，目標軌跡在犯罪偵查上之應用，刑事科學，第 60 期，2006 年 03 月，頁 83-100。
58. 詹明華、李文章，全球衛星定位系統在犯罪偵防上之應用，刑事科學，第 59 期，2005 年 09 月，頁 1-20。
59. 詹明華、陳弘斌、宋奕賢，定位技術在犯罪偵查上之應用，刑事科學，第 80 期，2016 年 03 月，頁 1-13。

60. 劉芳伶，遠距搜索扣押與令狀之明示特定，東海大學法學研究，2016 年 8 月，頁 1-52。
61. 劉靜怡，社群網路時代的隱私困境：以 Facebook 為討論對象，國立臺灣大學法學論叢，第 41 卷第 1 期，2012 年 3 月，頁 1-70。
62. 劉靜怡，政府長期追蹤與隱私保障，月旦法學教室，第 116 期，2012 年 6 月，頁 9-11。
63. 劉靜怡，隱私權：第一講—隱私權的哲學基礎 憲法保障及其相關辯論—過去、現在與未來，月旦法學教室，第 46 期，頁 40-50。
64. 劉靜怡，隱私權：第二講 隱權保障與國家權力的行使—以正當程序和個人自主性為核心，月旦法學教室，第 50 期，頁 39-49。
65. 蔡彩貞，定位科技在刑事司法程序之運用與人權保障—以利用 GPS 追蹤為中心，月旦裁判時報，第 65 期，2017 年 11 月，頁 62-78。
66. 蔡墩銘，通訊監察與證據排除，刑事法雜誌，第 39 卷第 1 期，1995 年 2 月。
67. 賴進貴，導航系統發展與地圖問題之探討，中華民國地圖學會會刊 7 期 1996 年 12 月，頁 27-36。
68. 薛智仁，GPS 跟監、隱私權與刑事法—評最高法院 106 年度臺上字第 3788 號刑事判決，月旦裁判時報，70 期，2018 年 4 月，頁 42-60。
69. 薛智仁，司法警察之偵查概括條款？—評最高法院一〇二年度臺上字第 3522 號判決，月旦法學雜誌，235 期，2014 年 12 月，頁 235-256。
70. 薛智仁，衛星定位追蹤之刑責—評臺灣高等法院 100 年度上易字第 2407 號判決，頁 119-154。
71. 羅春秋，中共「北斗」導航衛星發展及其軍事戰略意涵，國防雜誌，29 卷 6 期，2014 年 11 月，頁 63-79。
72. 羅逢源，“SA”取消後 GPS 的精確度，海運研究學刊，10 期，2001 年 4 月，頁 23-32。

四、學位論文(依作者姓氏筆畫排序)

1. 朱翊雯，結合 TOA 及 AOA 混合式定位技術於地面無線定位之應用，成功大學電機工程學系碩士論文，2015 年 1 月。
2. 余建德，搜索概念之解構與重建，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2013 年。
3. 吳昭興，應用 GPS/GIS 於汽車導航系統設計之研究，國立臺灣大學造船及海洋工程學研究所碩士論文，2000 年。

4. 吳國華，運用視覺偵測可視衛星遮蔽在 GPS 定位精準度之改善，國立臺灣科技大學電子工程系碩士論文，2015 年。
5. 吳爾文，警察跟監制度之研究，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2007 年。
6. 巫柏蕙，使用 GPS 探知個人位置資訊之適法性研究，東吳大學法律學系法律專業碩士班碩士論文，2016 年。
7. 李明勳，合理隱私期待之研究—以定位科技為例，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2013 年 7 月，頁 177-178。
8. 林建中，隱私權概念之再思考：關於概念範圍,定義及權利形成方法，國立臺灣大學法律學系碩士論文，1999 年。
9. 林昶瑨，論刑事程序之跟監行為，國立政治大學法學院碩士在職專班碩士論文，2009 年。
10. 張仁義，低成本單頻 GPS 衛星接收儀定位精度之研究-以 ACC TU820 L1 GPS 接收儀為例，中興大學土木工程學系所碩士論文，2011 年 1 月。
11. 莊武能，使用衛星定位追蹤器偵防犯罪之法律爭議探討，中國文化大學法律學研究所碩士論文，2009 年。
12. 陳姍瑄，刑事偵查「第三人原則」與「隱私之合理期待」—以偵查機關向網路服務提供者調取非內容性通訊資料為例，國立政治大學法律學系碩士論文，2018 年 7 月。
13. 陳信伍，行政調查之研究:以其與刑事偵查程序之轉換為中心，國立中正大學法律學研究所碩士論文，2001 年。
14. 黃政龍，科技偵查之研究—以公共空間行動資訊隱私權為範疇，中原大學財經法律研究所碩士論文，2009 年。
15. 黃晟中，結合 GPS 與行動通訊系統之無線電定位技術研究，國立海洋大學導航與通訊系碩士論文，2002 年。
16. 廖韋傑，以 GPS 追蹤裝置偵查犯罪之法律問題研究，國立海洋大學海洋法律研究所碩士論文，2013 年 6 月。
17. 戴東盛，偵查程序中資料蒐集與利用之研究-以跟監為中心，中央警察大學警察政策研究所碩士論文，2012 年。
18. 蘇軒儀，私人使用 GPS 取證之刑事法問題研究，國立政治大學法律學系碩士論文，105 年。
19. 蘇逸修，行動蒐證之研究，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2003 年。

五、其他資料

1. <http://gpsworld.com/gps-iii-satellite-delivery-slips-because-of-capacitor/>，最後瀏覽日：2017年12月9日。
2. 交通部，101年運輸政策白皮書，下載網址：<file:///D:/1010101441b.pdf>，最後瀏覽日：2017年12月10日。
3. M化車裝基地台 定位找到藏身地，蘋果日報，2015年1月25日，<https://tw.appledaily.com/headline/daily/20150125/36349616>，最後瀏覽日：2017年12月11日。
4. 〈中國監控新招 步態辨識 遮臉 距50米都能辨識 北京上海已實施〉，蘋果日報，<https://tw.appledaily.com/international/daily/20181108/38174016/>，最後瀏覽日：2018/11/28)。
5. 邱彥瑜、陳睿哲，【監聽爭議】通保修法：保障人權？阻礙辦案？，公視新聞議題中心，2014/03/10，
[https://pnn.pts.org.tw/main/2014/03/10/%E3%80%90%E7%9B%A3%E8%81%BD%E7%88%AD%E8%AD%B0%E3%80%91%E9%80%9A%E4%BF%9D%E4%BF%AE%E6%B3%95%EF%BC%9A%E4%BF%9D%E9%9A%9C%E4%BA%BA%E6%AC%8A%EF%BC%9F%](https://pnn.pts.org.tw/main/2014/03/10/%E3%80%90%E7%9B%A3%E8%81%BD%E7%88%AD%E8%AD%B0%E3%80%91%E9%80%9A%E4%BF%9D%E4%BF%AE%E6%B3%95%EF%BC%9A%E4%BF%9D%E9%9A%9C%E4%BA%BA%E6%AC%8A%EF%BC%9F%E9%98%BB%E7%A4%99%E8%BE%A6%E6%A1%88%EF%BC%9F/)，最後瀏覽：2018年2月6日。
6. 彰化縣警察局，常見問題Q&A，為偵辦刑案於嫌疑人車輛裝設GPS，是否有違反刑法妨害秘密罪及通訊保障及監察法規定之疑慮？
https://www.chpb.gov.tw/ch/home.jsp?id=26&parentpath=0,3&mcustomize=faq_view.jsp&dataserno=201512130098&mserno=201512130006
7. 《通訊保障及監察法》草案，<https://join.gov.tw/policies/detail/7660d6d4-ec2a-4052-a725-854cd4c3c1a8?fbclid=IwAR0XoYoJnfg9vDuOuHhZL2z5MliygPvu80M1z5mPEhuOR6QkuQ9t0xMsD2o>(最後瀏覽日：2018/11/25)。

貳、外文文獻

一、日文部分

(一)專書(依作者姓氏假名排序)

1. 渥美東洋，刑事訴訟を考える，日本評論社，1988年1月。
2. 渥美東洋，刑事訴訟法，有斐閣，新版，1990年。

3. 渥美東洋, 全訂刑事訴訟法, 第2版, 有斐閣, 2009年。
4. 芦部信喜著、高橋和之補訂, 憲法, 第6版, 2015年3月。
5. 安富潔, 刑事訴訟法, 2版, 三省堂, 2013年。
6. 井上正仁, 強制捜査と任意捜査, 2版, 有斐閣, 2014年。
7. 稲谷龍彦, 刑事手続におけるプライバシー保護—熟議による適正手続の実現を目指して, 弘文堂, 2017年12月。
8. 三井誠, 刑事手続法(1), 新版第1刷, 1997年6月。
9. 山本龍彦, プライバシーの権利を考える, 信山社, 初版2刷, 2018年1月。
10. 指宿信編, GPS捜査とプライバシー保護—位置情報取得捜査に対する規制を考える, 現代人文社, 2018年4月。
11. 寺崎嘉博, 刑事訴訟法, 2版, 成文堂, 2008年。
12. 酒巻匡, 刑事訴訟法, 初版, 有斐閣, 2015年。
13. 出射義夫, 檢察・裁判・弁護, 有斐閣, 1973年。
14. 小林直樹, 新版憲法講義(上), 東京大学出版会, 1980年12月。
15. 上口裕, 刑事訴訟法, 4版, 成文堂, 2009年。
16. 団藤重光, 条解刑事訴訟法(上), 弘文堂, 1950年。
17. 椎橋隆幸, 刑事訴訟法の理論的展開, 信山社, 2010年。
18. 田宮裕, 刑事訴訟法, 新版, 有斐閣, 1998年。
19. 田宮裕, 捜査の構造, 有斐閣, 1971年。
20. 田口守一, 刑事訴訟法, 弘文堂, 第7版, 2017年。
21. 白取祐司, 刑事訴訟法, 9版, 日本評論社, 2017年3月。
22. 平野龍一, 刑事訴訟法, 有斐閣, 1958年。

(二)專書論文與期刊論文(依作者姓氏假名排序)

1. 安村勉, 採尿令状による連行, 收錄於: 井上正仁編, 刑事訴訟法判例百選, 第8版, 有斐閣, 2005年, 頁68。
2. 安村勉, 捜査のためにGPSを使用することの適法性, 法学教室判例セレクト, 2015[II], 頁40。
3. 伊藤雅人、石田寿一, 車両に使用者らの承諾なく秘かにGPS端末を取り付けて位置情報を検索し把握する刑事手続上の捜査であるGPS捜査は令状がなければ行うことができない強制の処分か——最大判平成29・3・15, ジュリスト, 2017年6月号(No.1507), 頁106-115。
4. 井上正仁, 任意捜査と強制捜査の区別, 收錄於: 井上正仁、酒巻匡編,

刑事訴訟法の争点，新版，有斐閣，2013年，頁54-59。

5. 稲谷龍彦，GPS 捜査の法的性質（最大判平成29・3・15），平成29年度重要判例解説（ジャーリスト臨時増刊），2018年4月10日号（1518号），頁179-181。
6. 稲谷龍彦，情報技術の革新と刑事手続，收錄於：井上正仁、酒巻匡編，
刑事訴訟法の争点，新版，有斐閣，2013年，頁40-41。
7. 河村有教，GPS 捜査による権利侵害と強制処分性について—平成29年
3月15日最高裁大法廷判決の検討を中心に，海保大研究報告第62巻第
2号，2017年，頁61-81。
8. 亀井源太郎、尾崎愛美，車両にGPSを装着して位置情報を取得する捜査
の適法性—大阪地裁平成27年1月27日決定・大阪地裁平成27年6月5
日裁定を契機として，刑事法ジャーナル，No.42，2014年，頁42-50。
9. 宮下紘，GPS の捜査利用—位置情報の追跡はプライバシー侵害か，時の
法令，1973号，2015年3月，頁50-51。
10. 宮下紘，GPS を使用した捜査の合憲性，收錄於：ジャーリスト臨時増刊—
平成27年度重要判例百選，有斐閣，2016年4月，頁13。
11. 宮下紘，GPS 捜査とプライバシー保護—憲法論からの考察，收錄於指宿
信編，GPS 捜査とプライバシー保護—位置情報取得捜査に対する規制を
考える，現代人文社，2018年4月，頁34-49。
12. 強制・任意・プライバシー [続]—GPS 捜査大法廷判決を読む、そし
てその先へ，法律時報，日本評論社，2018年1月号(通卷 1120号)，頁
54-83。
13. 後藤昭，強制処分法定主義と令状主義，法学教室，245号，2001年，頁
10-14。.
14. 後藤昭，法定主義の復活？—最大判平成29年3月15日を読み解く，
法律時報，2017年6月号(通卷 1112号)，日本評論社，頁4-6。
15. 高橋義人，パブリック・フォーラムとしての公共空間における位置情報
と匿名性，琉大法学，第88号，2012年9月，頁145-182。
16. 黒川亨子，捜査方法としてのGPS の利用の可否，法律時報87巻12号，
2015年，頁117-120。
17. 座談会 GPS 捜査の課題と展望：最高裁平成29年3月15日大法廷判決
を契機として，特集 GPS 捜査の課題と展望，刑事法ジャーナル，成文
堂，第53号，2017年9月，頁26-58。

18. 斎藤司, GPS 大法廷判決と GPS 監視捜査立法—その展望と課題書, 收錄於指宿信編, GPS 捜査とプライバシー保護—位置情報取得捜査に対する規制を考える, 現代人文社, 2018 年 4 月, 頁 50-69。
19. 笹倉宏紀, 捜査法の思考と情報プライバシー権, 法律時報, 87 卷 5 号, 2015 年, 頁 70-77。
20. 三井誠、池亀尚之, 犯罪捜査における GPS 技術の利用—最近の合眾国刑事裁判例の動向, 刑事法ジャーナル, No.42, 2014 年, 頁 55-63。
21. 三島聰, GPS 装置による動静監視の解釈論的検討, 季刊刑事弁護, 89 期, 2017 年 1 月, 頁 116-122。
22. 山田哲史, GPS 捜査と憲法, 法学セミナー, 第 752 号, 2017 年 9 月, 頁 28-32。
23. 山本龍彦, 監視捜査における情報取得行為の意味, 法律時報, 87 卷 5 号(通卷 1085 号), 2015 年 5 月号, 頁 60-62。
24. 山本和昭, GPS を使用した根拠收集の適法性をめぐる二つの決定, 専修ロージャーナル, 11 号, 2015 年 12 月, 頁 49-72。
25. 指宿信, GPS と犯罪捜査, 法学セミナー 619 号, 2006 年, 頁 4-5。
26. 指宿信, GPS 利用捜査とその法的性質—承諾のない位置情報取得と監視型捜査をめぐって, 法律時報, 第 87 卷 10 号, 2015 年, 頁 58-64。
27. 指宿信, アメリカにおける GPS 利用捜査と事前規制, 季刊刑事弁護, No.85, 2016 年, 頁 89-95。
28. 指宿信, ハイテク機器を利用した追尾監視型捜査—ビデオ監視と GPS モニタリングを例に, 三井誠、中森喜彦、吉岡一男、井上正仁、堀江慎司編, 鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集下, 成文堂, 2007 年, 頁 165-186。
29. 若原正樹, 写真・ビデオ撮影—裁判の立場から, 收錄於: 三井誠、馬場義宣、佐藤博史、植村立郎編, 新刑事手続 I, 悠々社, 第 1 版, 2002 年 6 月。
30. 出射義夫, 任意・実力・強制, ジュリスト, 有斐閣, 65 号, 1954 年, 頁 14-16。
31. 松代剛枝, GPS 及び携帯電話による位置情報取得捜査, 收錄於: 井田良、井上宜裕、白取祐司、高田昭正、松宮孝明、山口厚編, 浅田和茂先生古稀祝賀論文集(下巻), 成文堂, 2016 年 10 月, 頁 39-65。
32. 城祐一郎, GPS 端末による尾行捜査の適法性—平成 28 年 3 月 2 日大阪高裁判決, 同年 6 月 29 日名古屋高裁判決及び同年 7 月 21 日広島高裁判決の

- 検討を通じて、明治大学法科大学院論集、第 18 号、頁 77-117。
33. 清水真、GPS と捜査、法学教室 427 号、2016 年、頁 41-44。
 34. 清水真、自動車の位置情報把握による捜査手法についての考察、法学新報、第 117 卷第 7・8 号、2011 年、頁 443-462。
 35. 清水真、捜査手法としての GPS 端末の装着と監視・再論、明治大学法科大学院論集、第 13 号、2013 年、頁 163-181。
 36. 川出敏裕、通信傍受法の改正について、東京大学法科大学院ローレビュー、Vol.10、2015 年 11 月、頁 103-110。
 37. 川出敏裕、任意捜査の限界、收錄於：小林充先生佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集刊行会編、小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集（下巻）、判例タイムズ社、2006 年 3 月、頁 23-41。
 38. 多田辰也、任意捜査と強制捜査、收錄於：田宮裕編、刑事訴訟法 I、有斐閣、1975 年。
 39. 太田茂、GPS 捜査による位置情報の取得について、刑事法ジャーナル、No.48、2016 年、頁 61-76。
 40. 大野正博、GPS を用いた被疑者等の位置情報探索、曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集(下巻)、成文堂、2014 年、頁 485-515。
 41. 大野正博、携帯電話による位置認識システムの活用とプライバシーアシード、朝日法学論集、第三十九号、2010、頁 77-136。
 42. 滝沢誠、GPS を用いた被疑者の所在場所の検索について、立石二六先生古稀祝賀論文集、成文堂、2010 年、頁 733-752。
 43. 滝沢誠、捜査における位置情報の取得—ドイツ法を踏まえて、刑事法ジャーナル、No.48、2016 年、頁 41-47。
 44. 池田公博、車両位置情報の把握に向けた GPS 端末装着の強制処分該当性、法学教室、No.444、2017 年 9 月、頁 72-79。
 45. 中曾久雄、GPS 捜査とプライバシー権、愛媛大学教育学部紀要、第 63 卷、2018 年 02 月、頁 241-253。
 46. 中谷雄二郎、位置情報捜査に対する法的規律、刑事法ジャーナル、No.48、2016 年、頁 48-60。
 47. 中島宏、GPS 捜査最高裁判決の意義と射程、法学セミナー、第 752 号、2017 年 9 月、頁 10-15。
 48. 椎橋隆幸、任意捜査と強制捜査の区別の基準、渥美東洋・椎橋隆幸・日高義博・山中敬一・船山泰範 編刑事法学の現実と展開—齊藤誠二先生古

稀記念，信山社，第1版，2003年6月，頁529-544。

49. 辻脇葉子，科学的捜査方法とプライバシーの合理的期待，收錄於：井田良、高橋則夫、只木誠、中空壽雅、山口厚編，川端博先生古稀記念論文集[下巻]，2014年10月，頁629-655。
50. 土屋真一，捜査官がGPSにより公道を走る被疑者の車を監視することは、違法か適法か？—最近のアメリカ連邦最高裁判決，判例時報2150号，2012年7月21号，頁3-8。
51. 尾崎愛美，GPS捜査の適法性に関する最高裁大法廷判決を受けて(下)，捜査研究，800号，2017年8月5日，頁2-11。
52. 尾崎愛美，GPS捜査の適法性に関する最高裁大法廷判決を受けて(上)，捜査研究，798号，2017年6月5日，頁43-51。
53. 尾崎愛美，アメリカのGPS捜査とプライバシー保護，收錄於：指宿信編，GPS捜査とプライバシー保護—位置情報取得捜査に対する規制を考える，現代人文社，2018年4月，頁102-117。
54. 尾崎愛美，位置情報の取得を通じた監視行為の刑事訴訟法上の適法性:United States v. Jones 判決と以降の裁判例を契機として，法学政治学論究，第104号，2015年3月，頁249-281。
55. 平野龍一，刑事手続における人身の保障，收錄於：捜査と人権（刑事法研究第三巻），1986年12月，頁13。
56. 堀江慎司，GPS捜査に関する最高裁大法廷判決についての覚書，論究ジャーリスト，22号，2017年，頁138-147。
57. 柳川重規，捜査における位置情報の取得—アメリカ法を踏まえて，刑事法ジャーナル，No.48，2016年，頁30-40。
58. 緑大輔，GPS端末による動静捜査によって得られた証拠を排除した事例，TKC Watch 刑事訴訟法 No.100，2015年，頁181-184。
59. 緑大輔，監視型捜査と被制約利益—ジョーンズ判決を手がかりとして，刑法雑誌 55卷3号，2016年，頁389-399。
60. 緑大輔，監視型捜査における情報取得時の法的規律，法律時報，87卷5号(通巻1085号)，2015年5月号，頁65-69。

(三) 學位論文(依作者姓氏假名排序)

稻谷龍彦，刑事手続におけるプライバシー保護-熟議による適正手続の実現を目指して，京都大学法務博士論文。

(四)其他資料

1. 三重県警令状なしでG P S 捜査 容疑者の車底部に端末，
<https://mainichi.jp/articles/20171227/k00/00m/040/124000c>(最後瀏覽日：2018年11月22日)。
2. 総務省 I C T サービス安心・安全研究会個人情報・利用者情報等の取扱いに関するWG（第3回会議事要旨）
http://www.soumu.go.jp/main_content/000360183.pdf(最後瀏覽日：2018年11月23日)。
3. 上田学，認知症の高齢者にG P S 端末 徘徊してもすばやく保護，朝日新聞，<http://www.asahi.com/articles/ASJDG6DSYJDGUBQU00M.html>，最後瀏覽日：2017年12月10日。
4. 高橋暁子，【保存版】キッズケータイや子供向けGPSを徹底比較！通学や塾通いの「見守り」に最適なのは？，できるネット，
<https://dekiru.net/article/15964/>，最後瀏覽日：2017年12月10日。

二、英文部分

(一)專書(依作者姓氏字母排序)

1. CHRISTOPHER SLOBOGIN ,PRIVACY AT RISK: THE NEW GOVERNMENT SURVEILLANCE AND THE FOURTH AMENDMENT (2007).
2. DANIAL J. SOLOVE, NOTHING TO HIDE: THE FALSE TRADEOFF BETWEEN PRIVACY AND SECURITY(2011).
3. DANIEL J. SOLOVE, THE FUTURE OF REPUTATION: GOSSIP, RUMOR, AND PRIVACY ON THE INTERNET (Yale University Press, 2007).
4. DANIEL J. SOLOVE,UNDERSTANDING PRIVACY (2008)
5. HELEN NISSENBAUM,PRIVACY IN CONTEXT TECHNOLOGY, POLICY, AND THE INTEGRITY OF SOCIAL LIFE (2010).
6. TELFORD TAYLOR, TWO STUDIES IN CONSTITUTIONAL INTERPRETATION (1969).
7. WAYNE R. LAFAVE, JEROLD H. ISRAEL, NANCY J. KING & ORIN S. KERR, CRIMINAL PROCEDURE Vol.2 (West Publishing Co. 3th ed. 2007).

(二)期刊論文(依作者姓氏字母排序)

1. A Reconsideration of the Katz Expectation of Privacy Test, 76 Mich. L. Rev. 154,163 (1977).
2. Anita L. Allen,Uneasy Access: Privacy for Women in a Free Society 7(1988).
3. Anthony G. Amsterdam, Perspectives on the Fourth Amendment, 58 Minn. L. Rev. 349,366 (1974).
4. Benjamin J. Priester, Five Answers and Three Questions after United States v. Jones (2012), the Fourth Amendment GPS Case, 65 Okla. L. Rev. 491(2013).
5. Benjamin M. Ostrander, The Mosaic Theory and Fourth Amendment Law, 86 Notre Dame L. Rev. 1733 (2011).
6. Carol S. Steiker, Brandeis in Olmstead: Our Government Is the Potent, the Omnipresent Teacher, 79 Miss. L.J.149, 155 (2009).
7. Christopher Slobogin, Making the Most of United States v. Jones in a Surveillance Society: A Statutory Implementation of Mosaic Theory, 8 Duke J. Const. L. & Pub. Pol'y 1,14 (2012).
8. Christopher Slobogin, Technologically-Assisted Physical Surveillance: The American Bar Association's Tentative Draft Standards, 10 Harv. J. L. & Tech. 383,390-397 (1997).
9. Courtney E. Walsh, Surveillance Technology and the Loss of Something a Lot Like Privacy: An Examination of the Mosaic Theory and the Limits of the Fourth Amendment, 24 St. Thomas L. Rev. 169,242 (2012).
10. Daniel J. Solove, A Taxonomy of Privacy, 154 U. Pa. L.Rev. 477,545 (2006).
11. Daniel J. Solove, Fourth Amendment Codification and Professor Kerr's Misguided Call for Judicial Deference, 74 Fordham L. Rev. 747 (2005).
12. David C. Roth, Florida v. Jardines: Trespassing on the Reasonable Expectation of Privacy, 91 Denv. U. L. Rev.,551 (2014).
13. David Gray&Danielle Citron, The Right to Quantitative Privacy, 98 Minn. L. Rev. 62,92-94 (2013).
14. Erin Murphy, The Case against the Case for Third-Party Doctrine: A Response to Epstein and Kerr, 24 Berkeley Tech. L.J. 1239 (2009).
15. George M. III Dery, Failing to Keep Easy Cases Easy:Florida v. Jardines Refuses to Reconcile Inconsistencies in Fourth Amendment Privacy Law by Instead Focusing on Physical Trespass, 47 Loy. L. A. L.Rev. 451,456-457 (2014).

16. Julie E. Cohen, What Privacy is For, 126 Harv. L. Rev. 1904 ,1905(2013).
17. Kathryn E. Fifield, Let This Jardines Grow: The Case for Curtilage Protection in Common Spaces, 2017 Wis. L.Rev. 147 (2017)
18. Kyle Nelson, Florida v. Jardines: A Shortsighted Viewof the Fourth Amendment, 49 Gonz. L. Rev. 415, 419-420 (2013).
19. Michael M. Price, Rethinking Privacy:Fourth Amendment Papers and the Third-Party Doctrine, 8 J. NAT’ L SEC. L. & POL’ Y 247, 259(2016).
20. Michael Mayer, Keep Your Nose out of My Business – A Look at Dog Sniffs in Public Places versus the Home, 66 U. Miami L. Rev,1045 (2012).
21. Orin S. Kerr, Four Models of Fourth Amendment Protection, 60 Stan. L. Rev. 503,504-505 (2007).
22. Orin S. Kerr, Katz Has Only One Step: The Irrelevance of Subjective Expectations, 82 U. Chi. L. Rev. 113,122(2015).
23. Orin S. Kerr, The Curious History of Fourth Amendment Searches, 2012 Sup. Ct. Rev. 67,70 (2012).
24. Orin S. Kerr,The Mosaic Theory of the Fourth Amendment, 111 Mich. L. Rev. 311 (2012).
25. Orin S.Kerr, The Fourth Amendment and New Technologies: Constitutional Myths and the Case for Caution, 102 Mich. L.Rev. 801(2004),
26. Richard G. Wilkins, Defining the Reasonable Expectation of Privacy: An Emerging Tripartite Analysis, 40 Vand. L. Rev. 1077,1114 (1987).
27. Sherry F. Colb, What Is a Search? Two Conceptual Flaws in Fourth Amendment Doctrine and Some Hints of a Remedy, 55 STAN. L. REV. 119, 122 (2002).
28. Silas J. Wasserstrom & Louis Michael Seidman, The Fourth Amendment as Constitutional Theory, 77 GEO. L.J. 19, 29 (1988).
29. Tracey Maclin, Katz, Kyllo, and Technology: Virtual Fourth Amendment Protection in the Twenty-First Century, 72 Miss. L.J. 51,87-88 (2002).
30. Wayne A. Logan, Policing Identity, 92 B.U. L. Rev.1561,1605-1606(2012).
31. William C. Heffernan, Fourth Amendment Privacy Interests, 92 J. Crim. L. & Criminology 1 (2001).
32. William H. Rehnquist, Is an Expanded Right of Privacy Consistent with Fair and Effective Law Enforcement, 23 U. Kan. L. Rev. 1,9 (1974).
33. William J. Stuntz, The Substantive Origins of Criminal Procedure, 105 YALE L.

- J. 393, 394 (1995).
34. William L. Prosser, Privacy, 48 CAL. L. REV. 384, 389 (1960).

(三)美國法院判決(依原告字母開頭排序)

1. Alderman v. United States, 394 U.S. 165 (1969).
2. Arizona v. Gant, 556 U.S. 332 (2009).
3. Boyd v. United States, 116 U.S. 616, 630 (1886).
4. California v. Ciraolo, 476 U.S. 207 (1986).
5. California v. Greenwood, 486 U.S. 35 (1988).
6. Cardwell v. Lewis, 417 U.S. 583 (1974).
7. Carpenter v. United States, 138 S. Ct. 2206, 201 L. Ed. 2d 507 (2018).
8. CompuServe, Inc. v. Cyber Promotions, Inc., 962 F.Supp. 1015, 1021 (S.D.Ohio 1997).
9. Dow Chemical Co. v. United States, 476 U.S. 227 (1986).
10. Entick v. Carrington, 95 Eng. Rep. 807 (C.P. 1765).
11. Florida v. Jardines, 569 U.S. 1 (2013).
12. Florida v. Riley, 488 U.S. 445 (1989).
13. Grady v. North Carolina, 135 S. Ct. 1368 (U.S. 2015).
14. Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).
15. Groh v. Ramirez, 540 U.S. 551, 561-62 (2004).
16. Hester v. United States, 265 U.S. 57 (1924).
17. Hoffa v. United States, 385 U.S. 293 (1966).
18. Illinois v. Caballes, 543 U.S. 405 (2005).
19. Illinois v. Lidster, 540 U.S. 419 (2004).
20. Johnson v. United States, 333 U.S. 10 (1948).
21. Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967).
22. Kyllo v. United States, 533 U.S. 27 (2001).
23. Melvin v. Reid, 112 Cal. App. 285 (Cal. Ct. App. 1931).
24. New York v. Class, 475 U.S. 106 (1986).
25. Oliver v. United States, 466 U.S. 170 (1984).
26. Olmstead v. United States, 277 U.S. 438 (1928).
27. On Lee v. United States, 343 U.S. 747 (1952).
28. Ontario v. Quon, 560 U.S. 746, (2010).
29. Pavesich v. New England Life Insurance Co., 122 Ga. 190 (1905).

30. Payton v. New York, 445 U.S. 573 (1980).
31. People v. Weaver, 12 N.Y.3d 433, 882 N.Y.S.2d 357, 909 N.E.2d 1195 (2009).
32. Perlman v. United States, 247 U.S. 7 (1918).
33. Rakas v. Illinois, 439 U.S. 128 (1978).
34. Riley v. California, 134 S. Ct. 2473, 189 L. Ed. 2d 430 (2014).
35. Roberson v. Rochester Folding Box Co., 171 N. Y. 538, 64 N. E. 442 (1902).
36. Silverman v. United States, 365 U.S. 505 (1961).
37. Smith v. Maryland, 442 U.S. 735 (1979).
38. Soldal v. Cook County ,506 U.S. 56 (1992).
39. South Dakota v. Opperman,428 U.S. 364(1976).
40. Steagald v. United States, 451 U.S. 204 (1981).
41. Terry v. Ohio, 392 U.S. 1 (1968).
42. Thrifty-Tel, Inc. v. Bezenek, 46 Cal.App.4th 1559, n. 6, 54 Cal.Rptr.2d 468 (1996).
43. Time, Inc. v. Hill, 385 U.S. 374 (1967)(Fortas,J.,dissenting).
44. United States v. Chadwick, 433 U.S. 1 (1977).
45. United States v. Cuevas-Perez, 640 F.3d 272 (C.A.7 2011).
46. United States v. Di Re, 332 U.S. 581 (1948).
47. United States v. Dubrofsky,581 F.2d 208 (9th Cir.1978).
48. United States v. Dunn, 480 U.S. 294 (1987).
49. United States v. Garcia, 474 F.3d 994 (7th Cir. 2007).
50. United States v. Gooch, 6 F.3d 673 (9th Cir.1993)
51. United States v. Jacobsen, 466 U.S. 109 (1984).
52. United States v. Jones,565 U.S. 400 (2012).
53. United States v. Karo, 468 U.S. 705(1984).
54. United States v. Knotts,460 U.S. 276 (1983).
55. United States v. Marquez, 605 F.3d 604 (8th Cir. 2010).
56. United States v. Maynard, 615 F.3d 544 (D.C. Cir. 2010).
57. United States v. McIver, 186 F.3d 1119 (9th Cir. 1999).
58. United States v. Miller, 425 U.S. 435 (1976).
59. United States v. Pineda-Moreno, 591 F.3d 1212 (9th Cir. 2010).
60. United States v. Place, 462 U.S. 696 (1983).
61. United States v. Robinson,414 U.S. 218(1973).

62. United States v. White, 401 U.S. 745 (1971).
63. Virginia v. Moore, 553 U.S. 164 (2008).
64. Weeks v. United States, 232 U.S. 383 (1914).
65. Welsh v. Wisconsin, 466 U.S. 740 (1984).
66. Wilson v. Arkansas, 514 U.S. 927, 931 (1995).
67. Wyoming v. Houghton, 526 U.S. 295 (1999).

(四)其他資源

Jones Decision Spurs FBI to Disable 3,000 GPS Devices and to Consider Legality of Trash Can Trespass ,

http://www.abajournal.com/news/article/jones_decision_spurs_fbi_to_disable_3000_gps_devices_and_to_consider_legality/(最後瀏覽日：2018/11/22)。

