



# 自成本效益分析建構科技偵查 立法框架之理論嘗試 ——由GPS與M化車偵查相關判決談起

范耕維\*

## 要 目

|                         |                                   |
|-------------------------|-----------------------------------|
| 壹、前 言                   | 參、成本效益分析模式與追求<br>國民自由與安全的立法<br>框架 |
| 貳、科技偵查與司法解釋中的<br>權利保障模式 | 一、成本效益分析模式簡介<br>與適用理由             |
| 一、科技偵查相關判決概述            | 二、科偵法立法框架建構之<br>嘗試                |
| 二、以權利保障為中心的論<br>述模式     | 肆、結 論                             |
| 三、權利保障模式的問題             |                                   |

DOI：10.6460/CPCP.202208\_(32).01

本篇文章業經雙向匿名審查通過。

\* 國立東華大學法律學系助理教授，日本一橋大學法學博士。感謝兩位匿名審查者提供寶貴意見，使筆者得以修正論述不足之處。此外，林俊儒律師閱讀後的批評指教，與楊禔昇先生對內容的細心校對，皆令筆者相當感激。惟一切文責由筆者自負。

## 摘 要

本文主題是嘗試建構科技偵查的立法框架。首先，本文分析目前與GPS及M化車等偵查手段相關的判決，指出我國法院採取以保障隱私權為中心的論述模式。接著，本文從判決過度聚焦被偵查者隱私權保障、比例原則存在方法論上的問題、社會與科技發展脈絡下的隱私概念變化等三個面向出發，說明法院所採論述模式不適用於用來發展科技偵查的立法框架。最終，本文從成本效益分析的角度出發，建立初步的分析模型，並指出未來我國立法應注意之處。

關鍵詞：科技偵查、隱私權、比例原則、令狀原則、成本效益分析

# **A Theoretical Attempt to Establish the Legislative Framework for Technology Investigation**

Keng-Wei Fan\*

## **Abstract**

The main issue of this article is to establish the legislative framework for technology investigation. At first, this paper analyzes the current judicial precedents regarding on investigation methods such as GPS and IMSI catcher, and points out that Taiwanese courts have adopted a analysis model centered on ensuring privacy. Next, I will point out the problems of this model from the viewpoints of “too much attention to the privacy of the subject to be investigated”, “methodological problems of the principle of proportionality” and “changes in the concept of privacy in the social context”. Moreover, I will argue that the model adopted by the Taiwan courts is not suitable for legislation of technology investigation law. At last, Finally, I will establish the legislative framework for technology investigation from the perspective of cost-benefit analysis and points out the

---

\* Assistant Professor, Department of Law, National Dong Hwa University; Doctor of Laws, The Graduate School of Law, Hitotsubashi University, Japan.

important points to note about the legislation of technology investigation law.

**Keywords:** Technology Investigation, Privacy, Proportionality Principle, Warrant Requirement, Cost-Benefit Analysis

## 壹、前言

伴隨科技發展，許多犯罪類型在交易效率提升、被害人範圍擴大的狀況下，犯罪率也受顯著影響<sup>1</sup>。面對此轉變，偵查機關為達追訴犯罪、治安維持等目的，自然有使用科技設備進行偵查的必要。同時，最高法院在106年度台上字第3788號判決（下稱：GPS案判決）中，認為性質上屬於強制處分的GPS追蹤定位偵查行為（下稱：GPS偵查），因於現行法下欠缺法律授權而違法，並呼籲立法部門應儘速進行相關立法，使該偵查方式符合強制處分法定原則之要求。呼應前述偵查機關的現實需求與判決的呼籲，法務部也於2020年9月提出科技偵查法（下稱：科偵法）草案。不過，由於草案內容爭議頗多，法務部最終並未將其提出於行政院或送立院審議。在此背景下，立法論層次應如何對包括GPS偵查在內的新型態科技偵查，制定相關法規範，可說已成為目前重要的課題<sup>2</sup>。正因如此，本

---

<sup>1</sup> 有實證研究指出資訊通信科技的發展對竊盜、詐欺及毒品犯罪之犯罪率的提高，具顯著影響：劉孟奇、盧敬植，資訊通信科技與犯罪率之實證研究，犯罪學期刊，16卷1期，2013年6月，頁21-22。

<sup>2</sup> 亦有論者從現行法論層次主張在無直接被害人的重大犯罪中，當用通常偵查方式難以查獲該犯罪，而有持續、全面掌握對象車輛行動的高度必要性時，得由司法審查者透過類推適用搜索規定的方式，在搜索票上對執法人員如何使用GPS蒐證為適當指示，兼顧實務需求與人權保障。見：吳燦，科技偵查蒐證之授權依據與證據能力——以警察裝置GPS偵查為例，檢察新論，27期，2020年2月，頁164；蔡彩貞，定位科技在刑事司法程序之運用與人權保障，裁判時報，65期，2017年11月，頁77。

文設定以針對科偵法提出理論性的立法框架為主題。

關於本文寫作目標與理論建構取徑，則有二點說明。第一，直接針對多樣化的科技偵查類型，廣泛分析各類型之干預屬性、授權基礎與介紹外國制度<sup>3</sup>，並非本文預設的寫作範圍。亦即，由於立法工作在於建構明確的框架秩序，故本文希望透過說明「立法時應考量的要素為何」、「如何理解各要素間的關係」、「若衡量各要素時，衡量基準為何」等問題，初步提出一個討論科偵法立法時的基本框架<sup>4</sup>。未來再以此為基礎，將不同科技偵查手段置於該框架下，進一步思考對各手段可能的規範方式。第二，於國內對GPS偵查的外國法制介紹可謂汗牛充棟的狀況下，本文雖會引用外國素材作為例子，但並非以比較法研究為文章主軸。理由在於若要進行真正的、功能性的比較法研究，並非只是單純釐清問題或為制度介紹的描述性工作，亦非純粹說明某國制度考量全面或條文體系完整等，即可作為我國立法之啟示，而是必須理解不同法秩序面對共同問題時發展出不同因應之道的的原因，才能探討將他國制度供我國解決問題時參考的可能性與限制<sup>5</sup>。如此一來，在比

<sup>3</sup> 不同科技偵查類型的干預屬性與授權基礎的詳細介紹：林鈺雄，科技偵查概論（上）——干預屬性及授權基礎，月旦法學教室，220期，2021年2月，頁46-57；林鈺雄，科技偵查概論（下）——干預屬性及授權基礎，月旦法學教室，221期，2021年3月，頁42-52。

<sup>4</sup> 國內嘗試透過比較法素材建構科技偵查立法架構：施育傑，科技時代的偵查干預處分——兼論我國法方向，月旦法學雜誌，306期，2020年11月，頁154-174。

<sup>5</sup> 黃舒芃，比較法作為法學方法：以憲法領域之法比較為例，收於：變

較法研究本身內含兩重因果推論的狀況下<sup>6</sup>，除了對不同法秩序下制度成效的實證研究與效益評估，非本文可一蹴而幾外，更重要的是在第二重的因果推論中，對我國參考不同法秩序之成效或數參考對象間的差異進行評估時，仍需要一個據以估量的框架。因此，本文即將討論範圍設定在提出科偵法立法的理論框架，並以之作為未來因果推論的基礎。

綜上，在我國目前未有相關草案，而司法解釋事實上可能影響立法的前提下，本文將以GPS案判決與處理M化車偵查合法性的桃園地院106年度易字第164號判決（下稱：M化車案地院判決）為對象，嘗試分析我國現行司法解釋面對科技偵查問題時，判決中所蘊含以權利保障為中心的論述模式（本文貳）。接著，以指出前述模式之問題為基礎，本文將改採成本效益分析的路徑，進行科偵法立法框架最適化的理論嘗試，提出以維護國民自由與安全等福祉為中心的論述模式。最終，筆者將以此論述模式發展的立法框架為基礎，指出對科偵法立法的初步發想（本文參）。

---

遷社會中的法學方法，2009年9月，頁250-260。

<sup>6</sup> 兩重因果推論指：第一，在各國背景條件不同的前提下，說明某國制定A法是產生B現象的差異製造事實，某國若無A條文則無B現象，或者制定A條文使B現象出現機率增高、更為普遍；第二，臺灣制定A條文後，由C法律現象轉為B法律現象的機率升高。見：張永健，社會科學式的比較法研究，中研院法學期刊，20期，2017年3月，頁226-228。

## 貳、科技偵查與司法解釋中的權利保障模式

本文在第貳部分將由GPS案判決與M化車案地院判決切入，由其對科技偵查手段合法性的判斷中，分析司法解釋採取的論述模式。誠然，司法解釋似與本文討論的立法層次有別，前者關注個案中被採用之偵查方式對憲法上權利限制的合法性或合憲性，後者則關心如何針對不同偵查方式，預設適用上應遵循的合法性要件，故司法判決未必會明確指引立法論的問題。不過，從理論上來看，現行法論（*de lege lata*）與立法論（*de lege ferenda*）本來即非清楚地截然區分，法釋義學雖然追求關於現行法的知識，但許多情況下也導致了法律的改變<sup>7</sup>。如GPS案判決雖然以個案中偵查方式合法性作為關照重心，但該判決最終呼籲立法時，仍不免提出了令狀原則與事後救濟等立法方向。同時，雖然該判決未明示立法應循相同的論理方式，而採開放性的立場，但判決所適用的論述模式與建議，仍有經由國內相似倡議，而成為立法方向的可能<sup>8</sup>。因此，以下將針

---

<sup>7</sup> ALEKSANDER PECZENIK, SCIENTIA JURIS: LEGAL DOCTRINE AS KNOWLEDGE OF LAW AND AS A SOURCE OF LAW 4-5 (2005).

<sup>8</sup> 國內針對科技偵查立法問題，與GPS案判決論述取徑相似，採取基本權干預審查體系或以憲法上權利保障為核心之主張，見：劉靜怡、王士帆、林鈺雄、溫祖德、施育傑、李濠松，科技偵查立法藍圖——刑事訴訟目的之試金石（上），裁判時報，103期，2021年1月，頁105；林俊宏，《科技偵查法》擴張國家監控人民權利，2020年9月22日，<https://www.cogitobar.com/publication-2020-09-22-2/>（最後瀏覽日：2022年5月26日）。



對二則判決進行分析，指出其蘊含以憲法上權利保障為中心的論述模式，並進一步指出此模式雖可適用於個案判決，但可能不宜適用於立法層次的原因。

### 一、科技偵查相關判決概述

雖然二則判決據以要求偵查行為須有法律授權的法律原則有別，關於偵查行為合法性判斷的偵查法體系有所差異。但是，由這兩則判決觀之，其大體上採取相似的論述脈絡：偵查機關所採偵查手段對人民隱私權造成重大侵害，屬於強制處分而應有法律授權。但因現行法下未有可視為授權依據者，故偵查手段違法。關於此脈絡，可分二點說明。

第一，二判決皆圍繞隱私權概念來展開論述。詳言之，在GPS案判決中，最高法院援引援引釋字第603號、第689號為基礎，說明GPS偵查所涉及者為憲法第22條非明文列舉之基本權的「隱私權」，並指出該權利是為維持尊重人格自由發展之自由民主憲政價值，以及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而生。其中，由於GPS偵查內容勢必包含偵查對象於公共場域的位置與行蹤，故此判決特別提及釋字第689號，指出由於個人的私密領域與資料自主，在公共場域也可能受干擾而超出可容忍之範圍。特別是考量資訊科技的高度發展與相關設備容易取得，導致私人活動受注視、監看、監聽或公開揭露等侵擾之可能性增加，私人活動及隱私受保護之需要，也相應提升。因此，有無隱私權合理保護之期待，不

應以個人所處空間有無公共性，作為決定其是否應受憲法隱私權保障之絕對標準，即使個人身處公共場域，仍享有私人活動領域與個人資料自主，不被他人持續監視、侵擾的合理隱私期待。至於M化車案地院判決則與GPS案判決相同，同樣以釋字第689號為基礎，在承認一般行為自由、生活私密領域不受侵擾、個人資料自主與隱私等權利，均屬憲法第22條保障範圍，且該範圍及於公共場域的前提下，討論使用M化車偵查是否對隱私權造成非屬輕微的干預。

第二，雖然GPS案判決採取區分強制處分及任意處分的觀點，並以強制處分法定原則作為GPS偵查應有法律授權的依據，M化車地院判決採取基本權干預體系，以法律保留原則作為該偵查方式應有法律授權的理由，二者使用的偵查法體系與法律原則略有差異，但基本思維應屬相同<sup>9</sup>。首先，GPS案判決以偵查手段是否有實質侵害或危害個人權利或利益為基準，認為不論偵查手段有無使用有形之強制手段，凡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，性質即屬強制處分。據此，此判

<sup>9</sup> 學理上有認為強制處分法定原則不同於法律保留原則，可將被歸類為強制處分的行為類型化後明示於法規中。見：綠大輔，最高裁判例と強制処分法定主義、令状主義，收於：GPS捜査とプライバシー保護，2018年4月，頁200。但我國法脈絡下二者可理解為功能相當，見：范耕維，現行法下GPS追蹤定位偵查行為之合法性與立法方向——比較法觀點與最高法院106年度臺上字第3788號判決之考察，政大法學評論，157期，2019年6月，頁163-165；陳運財，GPS監控位置資訊的法定程序，台灣法學雜誌，293期，2016年4月，頁67-68。

決一方面認為GPS偵查異於傳統跟監，其無跟丟可能、可取得較大量資訊，並可將該資訊長期記錄、保存。另一方面，因GPS偵查可在不受時空限制的狀況下，連續多日、全天候持續而精確地掌握車輛及其使用人的活動行蹤，且可事後將長期蒐集而來的大量資訊進行分析比對，進而掌握使用人的日常生活與行為模式，故應重大侵害被偵查者之隱私權。因此，GPS偵查因重大侵害隱私權，應歸類為強制處分，在強制處分法定原則的適用下，若無法律授權則偵查行為應屬違法。

接著，M化車案地院判決指出其原理是利用虛擬基地台的方式，透過已知的IMEI或IMSI，藉M化車與目標設備間的訊號連結，進而定位目標設備，藉此定位所欲偵查之對象。一方面，透過訊號強弱連結來探知資訊的偵查手段，可在不限時間、地點的狀況下，讓偵查機關持續定位追蹤目標對象所在位置資訊，並蒐集、處理、利用這些資料。另一方面，由於目標對象的位置資訊並非客觀上隨時、隨地可為一般人探見者，故不因他人報案或具有犯罪嫌疑，而失去合理的隱私期待。因此，法院認為此偵查手段對目標對象的隱私權，造成非屬輕微的干預。在此前提下，本判決同樣將傳統跟監作為比較對象，認為從偵查作為干預基本權之質量程度、風險層面等進行考量，由於跟監只對一般人格權造成程度輕微的干預，故僅需如刑事訴訟法第230條、第231條等依據。反之，由於M化車造成非屬輕微的干預，性質上為侵害基本權程度較嚴重的強制處

分，故依法律保留原則，應有待法律具體授權始得為之。

## 二、以權利保障為中心的論述模式

承上述，以下將從判決推論脈絡結合國內外相關學理切入，分就兩點指出上開判決所採取者，可歸類為以憲法上權利保障為中心的論述模式，亦即本文所稱之「權利保障模式」。

第一，前述二則判決皆以釋字第689號為起點，說明隱私權保障的內涵，作為論證二案中偵查行為造成隱私權干預的基礎。誠然，該號釋字實質上賦予警察判斷記者採訪、跟追行為正當性的權力，存在警察箝制採訪行為並掏空新聞自由實質內涵的問題<sup>10</sup>。但是，無可否認的是在該號解釋中，即是從保障隱私權的角度來討論保障的對象、必要性與範圍。在此狀況下，若二則判決是立足於本號釋字的脈絡進行討論，則或可理解為這些判決把GPS偵查、M化車定性為強制處分，強調其造成非屬輕微的隱私權侵害而要求法律授權的論述，應有將法律授權及後續如令狀原則等法律要件設定，認知為具有保障隱私權免於受到不合比例限制的功能。如M化車案地院判決曾提到：「蒐集犯罪證據固然重要，惟更重要者實為發動此等行為之要件及程序，如犯罪證據之蒐集不合目的性或以不正手段非法取得，人民基本權之保障將蕩然無存」，就表現出其認為

---

<sup>10</sup> 劉靜怡，大法官保護了誰？——釋字第689號的初步觀察，月旦法學雜誌，197期，2011年9月，頁50-61。

偵查法對法定要件與程序的設定，固然具有蒐集證據、發現真實等功能，但更重要的目的是在基本權保障。而這種以隱私權等憲法上權利保障為中心，將偵查法理解為基本權保障功能者，即是權利保障模式的思維。

第二，縱使不將二則判決放在大法官解釋的脈絡下觀察，單從二者採取的偵查法體系中，也同樣可發現將隱私權保障置於思考的中心，由隱私權保障與受侵害程度，來思考後續的規範上要求。首先，GPS案判決中，由於判定GPS偵查重大侵害隱私權，屬於強制處分而非任意處分，故透過強制處分法定原則的適用，認為該偵查手段因欠缺法律授權而違法。關於此論述，最高法院院長吳燦即指出可能受日本最高裁判所平成29年3月15日大法庭判決（下稱：日本平成29年判決）影響，而採取類似於日本法上對任意偵查與強制處分的區分<sup>11</sup>，以「是否壓制或違反個人之意思」與「偵查手段是否有實質侵害或危害個人權利或利益」為基準，當偵查手段符合此基準時，則屬於適用強制處分法定原則之強制處分，反之則為無需事前法律授權的任意處分。若在此脈絡下，更深一層檢視此基準背後的意涵時，以目前居於日本多數說的「重要權益侵害說」為例，該說即認為偵查行為是否具有強制處分之性質，應著眼於侵害權利的「質」，亦即判斷重點在於該行為是否實

---

<sup>11</sup> 吳燦，同前註2，頁158-159。又國內關於此日本判決簡評，可見：顏榕，簡評日本最高法院2017年3月15日判決——GPS偵查的合法性，月旦法學雜誌，278期，2018年7月，頁257-268。

質上侵害了須受到民主授權制定之嚴格要件與程序所保障的個人重要權利<sup>12</sup>。同時，針對侵害重要權利的強制處分，該說則認為應透過在法規範中要求令狀等設計，避免造成對偵查目的來說不必要或不相當的權利侵害，使侵害最小化<sup>13</sup>。對此，日本學者稻谷龍彥即將其理解為以權利保護為中心的觀點<sup>14</sup>。總結以上，從所採取的偵查法體系來看，GPS案判決可謂是將偵查法理解為以個人權利保障為核心的論述模式：當某偵查行為會造成個人權利重大侵害而歸類為強制處分時，則有必要透過事前法律授權及本判決最終提及的令狀原則等規範設計，限制此處分的發動可能，進而保障被告權利。

接著，在M化車案地院判決中，其異於GPS案判決而採取基本權干預的審查體系，將M化車定性為強制處分，並指摘其不符法律保留原則而違法。而在基本權干預審查體系之下，為基本權干預之偵查行為，除了法律保留原則外，也同時受到比例原則之限制，亦即要求國家機關干預人民基本權之手段與欲達成之目的間，必須符合適當性、必要性與狹義比例原則之要求<sup>15</sup>。而比例原則呈現於我國

---

<sup>12</sup> 井上正仁，強制捜査と任意捜査，新版，2014年12月，頁10-12；大澤裕，強制捜査と任意捜査，法学教室，439号，2017年4月，頁58-64。

<sup>13</sup> 井上正仁，同前註，頁58。

<sup>14</sup> 稻谷龍彥，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，2017年12月，頁39。

<sup>15</sup> 林鈺雄，刑事訴訟法（上），8版，2017年9月，頁324。

釋憲實務適用憲法第23條中，其最重要而為人所熟知的功能，就是防止國家公權力對人民基本權的過度侵犯，亦即用來節制不當公權力，進而保障人權<sup>16</sup>。在此理解下，以透過比例原則限制強制處分為內容的基本權干預審查體系，自然同樣立基於保障憲法上權利的基本意識上。而前面曾提到本判決強調偵查法之法律要件與程序，係為保障人民基本權而存在的內容，也正呼應了此審查體系所採的基本思維。簡言之，雖然與GPS案判決採相異的偵查法體系，但本判決依然反映其分享相同的思維，亦即透過偵查法對強制處分施加限制，來達成保障人民權利之功能。

### 三、權利保障模式的問題

透過以上整理，可歸納出二則判決採用權利保障模式時的兩項特點：第一，以隱私權保障為核心，偵查法的法律授權與法律要件限制作為保障手段；第二，都以傳統跟監為比較對象，考量偵查行為對隱私權侵害的質量，判斷其非輕微權利侵害而屬強制處分。不過，這種在個案判決中以已實行的強制處分與已受限制的基本權作為判斷前提的論述模式，若適用於針對未來所有可能的處分行為預先制定規範的立法層次時，其適當性即有商榷的餘地。簡言之，二則判決採取的論述模式是否適宜作為科偵法立法的基礎思維？是否宜由權利保障為中心的設定來進行科偵法

---

<sup>16</sup> 黃舒芃，比例原則及其階層化操作——一個著眼於司法院釋憲實務發展趨勢的反思，中研院法學期刊，19期，2016年9月，頁7。

立法？會是本文須先釐清的課題。以下，筆者由三個角度切入，指出此模式雖可適用於個案判決中，但可能不適用於以建構科偵法立法框架的理由。

### (一)側重被偵查者權利受限制面向

在二則判決中，都是透過指出偵查手段對隱私權造成非屬輕微或重大的干預，來認定其性質為強制處分，並要求應有法律授權。甚至，GPS案判決還建議未來立法時應有令狀原則等要件限制。在此，可以思考一個問題：在立法層次，可以如二則判決所採的權利保障模式般，單純透過被偵查者受限制的權利性質與程度來層級化地進行偵查手段的類型化工作，並決定其在規範上應受法律要件限制的強度嗎？

當然，本文並非反對就偵查手段可能限制的權利內涵進行討論。如釐清科技偵查牽涉的隱私權性質上究竟是以類似財產權的形式來理解或以個人對與他人互動之界限的支配來思考<sup>17</sup>，以及如釋字第689號討論隱私權保障是否因住居場域或公共場所而有別等問題，當然具討論實益。但是，具體個案的判決與抽象規範的立法，在目的與著眼面向上都存在差異。前者是在權利已受限制的前提下，以現實化的實害為基準，判斷個案中造成侵害的偵查行為性質以及應受的法律要件限制。即使對該性質認定或法律要件

---

<sup>17</sup> 阪本昌成，プライバシーの権利と個人情報保護——情報財の保護か自由な流通か，收於：国民主權と法の支配 佐藤幸治先生古稀記念論文集〔下卷〕，2008年10月，頁124-133。



的意涵有歧見，也是在同一預設該實害為基準的前提下，透過法釋義學來討論是否調整性質認定的標準或修改對要件的解釋。反之，後者並非以處理過去已發生個案的特定實害為重點，而是以制定未來能普遍適用於科技偵查行為之抽象規範為目標的政策工作，故除思考科技偵查可能牽涉的權利種類與內涵外，也必須同時思考可能限制這些權利的偵查行為類型，並針對不同類型設定相異的法律要件。而且，縱使立法工作仍需觀察過往個案狀況，但也僅是將累積案例作為預測基礎，思考未來應保障的權利清單、應規範的行為類型與如何設計相應的規制措施。如此一來，司法判決與立法即使都會觀察科技偵查行為造成的權利限制，但因處理的問題有別，故關心的面向、需蒐集的資訊與所需成本自有不同。

若著眼上述層面，則單由被偵查者的權利面向切入，僅考量受限制權利的質量，對於立法上不同類型的偵查行為應如何分類、定性與設計相對應的規範強度來說，思考上確實有未盡完善之處。例如GPS案判決提及GPS偵查不同於傳統跟監，可不受時空限制、連續多日、全天候地持續精確掌握車輛與使用人行蹤，沒有跟丟的可能，且可取得較大量資訊，故認定其造成非屬輕微的隱私權侵害而屬於強制處分。但是，此說法的因果推論本身即有疑義：縱然不採GPS偵查的方式，當偵查者願意投入更高的人力與器材成本時，事實上也可能足以掌握被偵查者行蹤與位置資訊，GPS偵查未必會取得大於傳統跟監的資訊量，而

GPS偵查造成的隱私侵害程度，現實上未必大於傳統跟監所造成者。另外，針對採取相似論述的日本平成29年判決，也有論者提出相似批評，認為當現實上透過傳統跟監與攝影器材的使用，願意投入夠多的人力資源時，事實上也可能產生相同程度的隱私權侵害<sup>18</sup>。若是如此，單從被偵查者隱私權侵害的角度來看，GPS偵查與傳統跟監之間，未必有區分授權依據或設定不同法律要件限制的必要。

從以上分析可發現若要在偵查法作為隱私權保障機制的前提下，單從被偵查者隱私權受干預質量來立法，對不同手段方式的偵查行為類型進行規制，顯有不足之處。在此狀況下，要將不同偵查行為類型定性為強制處分與進一步思考立法政策如何規範時，勢必要將偵查者面向的事由也納入思考。誠然，從二則判決來看，在隱私權性質與干預程度外，他們在與傳統跟監對比時，都確實提及偵查行為方式的性質，如使用GPS或M化車偵查都具有不受時空限制、可連續為之、取得資訊並加以保存分析的特質。不過，這些判決的論述並未精確地掌握將偵查行為類型納入思考時應注意的兩個重點，也是其所採論述模式不適於作為立法框架建構指引的原因。

首先，若要對GPS偵查與傳統跟監設定不同規制措施，則重點顯非對被偵查者隱私權造成侵害的質量，也不

---

<sup>18</sup> 稻谷龍彥，同前註14，頁25。

是偵查者的行為實際造成何質量的實害。從立法學角度來思考，由於立法須預留形成與折衝的空間，無需鉅細靡遺地規定任何細節，僅需建構明確的框架秩序<sup>19</sup>，故偵查法立法的重心應放在將造成權利限制的偵查行為予以類型化。而要將多樣化的科技偵查行為加以類型化時，應重視的其實是該偵查行為類型可能對權利產生限制的危險性或機率高低，而此點也契合立法政策工作的預測性質。以搜索為例，縱使違反令狀原則的搜索並未實際造成被偵查者的重大基本權侵害，為何欠缺實害時仍會依預設的規範而被認定為違法，理由即在於該偵查行為類型對憲法上權利限制有相對較高的危險性<sup>20</sup>。接著，同樣關於偵查者面向，前述二則判決皆未論及偵查行為背後包含偵查者可運用資源、可承受成本與現行制度下所受限制等，自然也不會談這些制度性脈絡對偵查者行為選擇的影響。而此點也與前一個問題相關連，反映此論述模式未考慮到各類型偵查行為造成隱私權限制危險性高低的層次<sup>21</sup>。

綜上所述，由二者判決所呈現的論述模式中，可發現

---

<sup>19</sup> 李建良，立法學導論——比較法的框架性思維，月旦法學雜誌，295期，2019年11月，頁100。

<sup>20</sup> 相似看法：稻谷龍彥，同前註14，頁28。

<sup>21</sup> 這些立法政策上無法忽略的課題，要由價值觀相異法官組成的司法部門在資源及資訊有限的狀況下進行判斷，原本就有其極限。這也反映在判決所採論述模式不適於立法政策討論的背後，根本問題是不宜將司法部門作為終局解決問題的機構，而僅是作為觸發立法部門處理問題的角色。相關理論See CASS R. SUNSTEIN, ONE CASE AT A TIME JUDICIAL MINIMALISM ON THE SUPREME COURT 46-60 (2001).

存在過度重視被偵查者權利侵害面向，忽略偵查者面向相關事由的缺陷。誠然，這不代表該論述模式是無用的。當個案中存在實害時，透過該模式來判斷處分合法性、證據排除與如何救濟，自有其價值。但是，當科偵法立法勢必要設定偵查行為類型並思考各類型對應的規範機制與強度時，此缺陷在立法層次即可能導致無法清楚進行類型劃分、無法充分評估如何設計規範等問題。由此出發，本文將嘗試提出可兼顧偵查者與被偵查者面向的立法框架。

## (二)基本權干預審查體系的利益衡量預設

接著，若檢視如現存的資訊框架理論時，由於其著重被偵查者受干預資訊的質與量，同時也將屬於偵查者面向的干預手段造成之風險納入考量<sup>22</sup>，故上段(一)的問題未必會發生。但是，縱使如此，也不代表權利保障模式就適合用在科偵法立法。理由在於透過此種以基本權干預審查體系為基礎的理論來思考科偵法立法時，仍無法避免另一項質疑：若偵查法的程序與要件設計以隱私權保障為目的而對偵查者加諸之限制，反而為社會總體帶來不利益時，是否仍應選擇此立法方案？而此問題則源自於作為基本權干預審查體系內涵的比例原則本身，可能並非最適的利益衡量機制<sup>23</sup>。

<sup>22</sup> 施育傑，同前註4，頁167。

<sup>23</sup> 比例原則作為法學方法論之缺陷已是近年國際學界熱議的課題，較完整討論 See Yun-Chien Chang & Xin Dai, *The Limited Usefulness of Proportionality Principle*, 18 INT'L J. CON.L. 1 (2021); Louis Kaplow, *On*

申言之，制定偵查法固然有擔保偵查活動合法與避免對被告及第三人權利造成侵害的面向，但由偵查目的來看，其本身當然也具有蒐集、保全與犯罪相關之人與證據的功能<sup>24</sup>，故進行偵查法立法時，自然必須兼顧偵查效率與人權保障等面向。只不過，由於以法律保留及比例原則為內涵的基本權干預審查體系，具有指向人權保障的性質，故當設定偵查行為的合法界限時，勢必要選擇最小化基本權干預的手段，而這也是適用比例原則中必要性概念時，可合理推導的結論。但是，若把對偵查行為的觀察，由被偵查者的權利面向擴張到偵查機關的制度面與整體社會的層次時，即有可能出現對防止偵查機關違法偵查與最小化基本權干預來說最有效的立法政策，卻導致對整體社會產生不利益或妨礙社會利益最大化的可能。如透過令狀原則的審查可有效保護被偵查者的隱私權，但偵查機關對此投入的成本將導致其餘偵查資源的減縮，可能導致證據或情報蒐集的困難與偵查機關對資源使用的政策改變，而當因此造成案件偵查不利乃至於冤案發生時，將明顯減損社會總體利益<sup>25</sup>。簡言之，不僅是偵查機關濫權偵查造成人民隱私權侵害有受約束的必要，刑事追訴效能降低導致

---

*the Design of Legal Rules: Balancing Versus Structured Decision Procedures*, 132 HARV. L. REV. 992 (2019).

<sup>24</sup> 陳運財，偵查之基本原則與任意偵查之界限，收於：偵查與人權，2014年4月，頁9。

<sup>25</sup> 稻谷龍彥，情報技術の革新と刑事手続，收於：刑事訴訟法の争点，2013年12月，頁40。

社會安全減損與弱者受害，也同樣須被兼顧。

透過以下設例，可更清楚發現權利保障模式無法兼顧社會總體利益的狀況。若某偵查方式可得到的預期效益為100，但因違法濫權的風險而有150的預期成本時，假若適用令狀原則可將違法風險所招致的預期成本降低到20，但會伴隨產生其他成本80時，則此偵查方式最終的預期效益為0。此時，假若不適用令狀原則而採取其他合法控制手段時，雖然只會將違法風險導致預期成本壓低到30，惟若伴隨的其他成本只有20時，則此時預期效益會變為50<sup>26</sup>。若對比二者，確實基於最小化基本權干預的觀點，會選擇採用令狀原則方案。但是，若採取效益主義的視角而追求社會總體利益時，後者反而可能才是最適方案。而此現象則起因於從立法等政策科學常使用的成本效益分析觀之，基本權干預審查體系內含的比例原則在立法層次至多構成殘缺的成本效益分析，且可能預設認知偏誤（Cognitive Bias）的存在。

詳言之，若由聚焦於人權限制或減損後果進行考量的「必要性」切入時，由於其以最小干預原則為內涵<sup>27</sup>，著重於與其他替代方案相比，待審查措施是否為對基本權干預最小之手段，導致其僅是片面關注私人成本（private cost）有無最小化，卻忽略合理的公共政策應關注總體社

<sup>26</sup> 稻谷龍彥，同前註14，頁45。

<sup>27</sup> 林鈺雄，同前註15，頁323。

會成本（social cost）<sup>28</sup>。如黃昭元大法官即指出必要性審查雖然利於人權保障，但也存在對系爭法律直接限制之人民提供最大保障，但對系爭法律保護之其他人民或公共利益卻構成保護不足的現象。亦即，此種單從人權保障出發的單面向思考，在人人互動密切的時空環境下，即可能導致「某人權利之最小侵害為他人權利之最大限制」的狀況。而且，若立法目的追求的公共利益可還原為個人利益的結合時，若將最小侵害（最低成本）視為必然要求，可能會剝奪立法者適度的形成空間，甚至造成反向的權利侵害<sup>29</sup>。而當必要性審查作為偏頗的成本效益分析時，狹義比例原則勢必於待審查措施可能非最佳的狀況下延續偏頗的分析。如此一來，對於目標為制定適用於整體社會之最佳規範的立法層次來說，恐怕並非立法政策上良好的論述模式。

此外，如德國學者Anne van Aaken曾指出比例原則蘊含了可稱為「損失厭惡」（loss aversion）的認知偏誤，導致當政府管制同時包含欲達成目的與受侵害權利時，卻往往對受侵害者的損失給予較高權重，而對政府目的給予較低權重。而且，根據van Aaken的看法，相較於成本效益分析可透過顛倒成本與效益項目來消除認知偏誤（de-

---

<sup>28</sup> 張永健，社科民法釋義學，2020年8月，頁130-132。

<sup>29</sup> 黃昭元，憲法權利限制的司法審查標準——美國類型化多元標準模式的比較分析，國立臺灣大學法學論叢，33卷3期，2004年5月，頁128-129。

bias)，比例原則審查體系卻無法做到此點<sup>30</sup>。而此看法所指出的問題，在立法政策的層次中會更為明顯。詳言之，本文提及的二則判決中，由於是以已遭遇國家偵查而被限制權利的特定被偵查者為對象，故以判斷該案已發生之偵查行為是否合法、造成權利限制是否合比例為目的時，聚焦於被偵查者所受實害並預設權利保障有較高權重，錨定被告權利受限制的實害質量作為後續判斷偵查行為是否合比例的基準，自有其理由而可能排除認知偏誤的質疑。但是，當立法並非要處理已發生的個案與已存在的權利侵害措施，而是要制定未來普遍適用於整體社會的規範時，其不應只聚焦在被偵查者的權利並賦予其較高權重，而是應該將社會總體的成本與效益都納入觀察，整體考量各方案的利弊得失。如此一來，內含比例原則適用而隱含認知偏誤的基本權干預審查體系，就未必是立法政策制定的適當指引。自此延伸，本文將嘗試提出可全面考量成本、效益，積極形塑最適立法框架的論述模式。

### (三) 監視社會與隱私批判弱化的社會脈絡

最後，若立法是針對社會問題進行現況分析，並制定能普遍適用於社會的規範來作為法律對策，其勢必在法治思維外，必須結合其他學科領域之知識、經驗，掌握社會

---

<sup>30</sup> Anne van Aaken, *The Decision Architecture of Proportionality Analysis: Cognitive Biases and Heuristics* (2019), <https://ssrn.com/abstract=3364553> (last visited: May 26, 2022).



現況、構思立法對策與進行影響評估<sup>31</sup>。在此意義下，社會學對監視如何影響當代社會的觀察，應是有助於理解立法背景的視角。而當論及國家對人民的監視，George Orwell式的「監控老大哥」是最常被使用的想像。在由強大的科層體制與公權力管理個人並透過社會整體追求共同目標的情況中，由於抵抗途徑是嘗試將個體從均一化的整體中解放，故自然會出現追求個人隱私保障來對抗老大哥的論述。然而，面對監視技術透過科技發展、降低成本與商業型態的全面滲透，而與個人生活交織在一起的現況，比起Orwell式想像，Bruce Schneier式的「無數打小報告小老弟（little brother）」<sup>32</sup>，或許更精確地詮釋監視與社會的關係。

根據David Lyon對當代監視社會的理解，監視（Surveillance）係指並非以是否能特定個人身分為重點，而是以影響資訊被蒐集者，整體性支配其行為為目的，蒐集與處理個人資訊的所有行為。故監視重點並非相互警戒的個人，而是自個人解析出的斷片事實。而在當代資訊化社會中，監視社會係指完全依靠資訊技術，蒐集與處理個人資訊，用以治理與管理，且對非身體的監視已充斥社會的現象<sup>33</sup>。以我國的科技偵查課題來說，透過GPS等取得

---

<sup>31</sup> 李建良，同前註19，頁98。

<sup>32</sup> BRUCE SCHNEIER, DATA AND GOLIATH: THE HIDDEN BATTLES TO COLLECT YOUR DATA AND CONTROL YOUR WORLD 34 (2015).

<sup>33</sup> DAVID LYON, SURVEILLANCE SOCIETY: MONITORING EVERYDAY LIFE 13, 60 (2001).

個人位置資訊、透過線上搜索取得個人生活資訊，以及使用大數據將保存資訊進行分析的狀況，正符合這個以取得個人資料來進行管理的社會想像。

其中，更重要的是監視意涵的實質轉變，如Zygmunt Bauman指出在當代社會，過往公權力所進行的管制已緩和而分散到私領域，轉型由作為自由個體的個人自身承擔風險與責任，社會中管理者與被管理者的關係也逐漸解消<sup>34</sup>。換言之，當代社會不再是國家單方向監視個人，而是個人為追求安全與自由，進行自我治理與監視。監視的意涵由限制個人自由與侵害隱私，轉化為追求安定，由管制與禁止轉化為自由與鼓勵<sup>35</sup>。如使用手機或允許智慧型路燈的裝設會使個人處於位置資訊被掌握及記錄的狀態，但由於同時帶來生活便利與安全，故人們願意付出自由與隱私。此狀況下，正如Lyon的觀察，人們希望透過制定法律、規範來對隱私侵害進行規制型（regulative）的抵抗，但當監視扮演照料與控制的角色並形塑當代社會時，由於監視在侵害隱私的同時，也帶來安全與快速等生活上利益，有效降低對隱私侵害的批判<sup>36</sup>。可以說，當國家可透過科技偵查個人，是有賴於個人為求生活的自由、安全與便利，而使監控機制得以滲透並參與個人生活的形塑時，

---

<sup>34</sup> ZYGMUNT BAUMAN, *LIQUID MODERNITY* 15-16, 34-39 (2000).

<sup>35</sup> 阿部潔，公共空間の快適——規律から管理へ，收於：空間管理社会：監視と自由のパラドックス，2006年9月，頁23-35。

<sup>36</sup> LYON, *supra* note 33, at 3, 130.

對隱私侵害的批判與對國家權力的節制，相應地困難許多。在此脈絡下，本文將捨棄以隱私保障為核心的論述模式，嘗試從追求個人自由與安全，但仍試圖兼顧隱私保障的角度，來建構立法框架。

### 參、成本效益分析模式與追求國民自由與安全的立法框架

承上述，本文將嘗試建構以考量整體社會利益為基礎，積極追求個人自由與安全，並將偵查者與被偵查者面向皆納入考量的立法框架。故第參部分將嘗試由成本效益分析觀點來建構該框架，並提出對未來立法的初步發想。

#### 一、成本效益分析模式簡介與適用理由

本文所稱的成本效益分析（cost-benefit analysis）係指最適化多重目的之利益衡量，亦即Kaldor-Hicks效率標準：當目的Z1對應A措施，而目的Z2對應B措施，且採任一措施必然減損另一目的之實現時，應比較兩個措施——如是否採令狀原則——所導致之不同狀態下的成本效益總和，並選擇總和較高的措施<sup>37</sup>。對此，有論者從Robert Alexy針對原則碰撞所提出之衡平法則——原則Pi與Pj相碰撞，若Pi不被實現或被侵害程度越高，則Pj實現的重要性

---

<sup>37</sup> 王鵬翔、張永健，論經濟分析在法學方法之運用，國立臺灣大學法學論叢，48卷3期，2019年9月，頁842。

則隨之越高<sup>38</sup>——切入，認為該原則「正當化對Pi的侵害、優先實現相衝突原則Pj時，則後者實現所獲得利益須大於前者所受侵害」之主張，可謂與成本效益分析思維相符<sup>39</sup>。而由此分析模式與法學上利益衡量間的相近性，也凸顯其有適用於法學領域的可能。因此，以下即簡介於不同規範目的相衝突時，應如何適用成本效益分析，也藉此說明適用此分析模式於建構科偵法立法框架的理由。

首先，法學中所謂目的論證的思維，係指當某目的Z應當被實現而某措施M有助於實現Z時，則吾人即應採取M措施。而當規範目的代表某種好的或值得實現的利益時，因目的的實現通常並非全有或全無，而是存在實現程度高低的狀態，故若將「目的Z應實現」理解為最適化之要求時，即應盡可能以較高程度來實現該目的或價值。然而，當要追求的目的不只一個時，最適化要求的本身就必然包含利益衡量的工作：權衡數個無法兼得之目的或價值時，因為目的之實現必然伴隨機會成本，可能造成對其他目的之不良影響，甚至帶來犧牲其他目的之不良效果。此時，就勢必要衡量目的實現帶來的效益與它所造成的機會成本。在此意義上，不論衡量之目的為效率或如公平、正義等其他法律原則，成本效益分析可以說具有解決目的競

<sup>38</sup> 王鵬翔，論基本權的規範結構，國立臺灣大學法學論叢，34卷2期，2005年3月，頁23。

<sup>39</sup> 王鵬翔、張永健，同前註37，頁841。

合問題之功用<sup>40</sup>。對此衡量，參考學者張永健採取之用語，則可將之分為二個層次：一階層次是直接針對實質規範目的進行解釋之層次，論者可追求效率、自由等各種價值；二階層次則是在各種一階層次的價值發生衝突、產生目的競合時，權衡解決目的衝突。在此後設的層次中，為了能最適化實現一組可能相衝突之目的，可設定一項整合性的價值（下稱：二階效益），來對其包括且衝突的多重（一階）價值進行衡量，透過量度好處與壞處的大小，選擇淨好處值最大者<sup>41</sup>。

由上述對成本效益分析操作的說明，可發現其應用於科偵法立法中的實益。申言之，科偵法作為偵查法制的一環，偵查制度涉及的偵查效率與人權保障之衝突<sup>42</sup>，應有運用此分析模式進行衡量的可能。一方面，經濟分析所設定的抽象規範目的為效率，而成本效益分析作為經濟分析手法，以效率作為衡量對象是再自然不過。因此，當偵查效率必然是偵查法規範目的而作為與人權保障相衝突的一階價值時，正適於使用本模式進行分析。另一方面，針對一階層次中產生衝突而有衡量必要的二項規範目的，此模式可在二階層次透過提出包含二項目的在內的整合性價值，提供量度最大淨效益值的基準，使二項目的可依循基準為理性衡量，而非流於恣意選擇。如稻谷龍彥即認為無

---

<sup>40</sup> 王鵬翔、張永健，同前註37，頁839-840。

<sup>41</sup> 張永健，同前註28，頁78-81。

<sup>42</sup> 陳運財，同前註24，頁8。

論是提高偵查效率或維持隱私權保障，偵查活動的最適化即是要避免人民陷於犯罪支配或國家濫權支配，進而維護多元主義下的民主社會<sup>43</sup>，即可理解為將維持多元主義與民主社會設為二階效益的作法。

接著，由於成本效益分析不同於傳統法釋義學，採取結合行為理論的觀點來評估立法對受規範者之影響<sup>44</sup>，故在當設定科偵法立法要追求的總體利益後，可從如何制訂規範方可影響偵查者行為並達成該利益的視角，思考科偵法立法框架的形貌。詳言之，科偵法立法並非只是單純形式上滿足強制處分法定原則的要求，而是在科技並非外部中立，具有內部性與導引權力作用之性質的前提下<sup>45</sup>，在科技設備導引偵查者行為選擇的同時，透過法規範來提供另一個導引偵查者行為選擇趨向社會總體利益的機制。故若我們預設偵查者具有理性自立面時，科偵法立法方向即是要提供誘因（incentive）來引導偵查者，建構使偵查行為選擇偏向社會總體利益之追求，進而達到規範科技偵查行為效果的立法框架。

例如，在同樣使用此分析模式討論偵查法的文獻中，對於偵查機關為社會追訴犯罪、發現真實以追求公共利益的同時，為何仍會做出侵害人民、造成社會成本的違法偵

---

<sup>43</sup> 稻谷龍彥，同前註14，頁42-43。

<sup>44</sup> 張永健，同前註28，頁109。

<sup>45</sup> Langdon Winner著，方俊育、林崇熙譯，技術物有政治性嗎？，收於：STS讀本——科技渴望社會，2004年10月，頁125、137-138。

查，一個常見的觀點是從經濟學上「委託—代理問題」（principal-agent problem）的角度來加以解釋<sup>46</sup>。此問題指當委託人與代理人間各自目標不一致，加上委託人要從利益最大化的觀點來監督代理人進行正確的行為判斷有所困難，故若代理人本身動機驅使其行為目標著重在增加自身利益，而非增加委託人利益，二者即會產生利益衝突，此時要如何合理控制代理人的不正行為，或引導代理人為委託人利益而行動，就成為問題所在。而當偵查機關（代理人）與國民（委託人）各自存在不同目的時，也可能發生偵查機關違背國民意願而進行違法偵查的類似狀況，故有以偵查法規制作為對此問題回應之必要<sup>47</sup>。而此部分的敘述，即可呈現出本模式基於行為理論來設定法律作為誘因，規範偵查者並追求總體最大利益的分析方式。

具體言之，偵查機關的任務在於有效利用資源來追求刑事追訴效能的最大化，故為理性選擇的偵查機關應會尋求以較低成本來獲得相對較多的資訊。以GPS偵查和傳統跟監為例，在對偵查對象獲得相同資訊的前提下，僅需使用科技設備即可不分時空掌握對象位置資訊的前者，相較必須出動大量人力的後者，會是偵查機關較合理的選項。

---

<sup>46</sup> 柳川隆、町野和夫、吉野一郎，*ミクロ経済学・入門*，新版，2015年3月，頁196-209。

<sup>47</sup> Richard H. McAdams, *Bill Stuntz and the Principle-agent Problem in American Criminal Law*, in *THE POLITICAL HEART OF CRIMINAL PROCEDURE: ESSAYS ON THEMES OF WILLIAM J. STUNTZ* 47 (Michael Klarman et al. eds., 2012).

在此脈絡下：第一，同樣偵查效率的手段中，從有限資源運用與組織負擔的角度來看，低成本手段相較高成本者，自然成為容易被選擇的選項。換言之，在講求資源利用效益的思考下，由於高成本的傳統跟監被輕易大量濫用的可能性相對較低，相較於低成本的GPS偵查，即可能採較不嚴格的監督措施。第二，在蒐集同程度資訊量的假設下，耗費成本較低的手段會留下更多資源供偵查之用。故低成本而高效益的偵查手段，即有被偵查者連續使用來增加偵查效率的可能。不過，雖然此狀況可能對社會治安等公益追求有所助益，但當不對此種低成本而高效益的偵查手段進行較嚴格的監督時，由於偵查機關本身恐無自我約束的誘因，即會導致隱私權等被過度限制的危險。且如GPS偵查等手段具較高隱密性時，由於國民處於不知情的狀態，無論是抵制乃至於提起救濟的可能性都會降低，使偵查機關濫用可能性又相應提高。此外，除偵查手段外，將資料之保存、利用納入考量時，由於相較於紙本資料，電子檔案形式僅需較低成本卻可提高組織運作的效率，同時可能產生對資訊使用控管不足的風險。如此一來，當偵查手段具以上特質而有較高的濫用可能性時，由於偵查者代理懈怠（agency slack）發生的機率相應提高，即可考慮在立法時透過如令狀原則等來強化審查機制，進而降低違法的可能<sup>48</sup>。而在此分析下，即使不採最小化權利侵害的模式，

<sup>48</sup> Orin S. Kerr, *An Economic Understanding of Search and Seizure Law*, 164 U. PA. L. REV. 591, 597-98 (2016); 稻谷龍彥，同前註14，頁293-



也依然可在追求社會總體利益的框架下，得到相似結論來兼顧人權保障。

## 二、科偵法立法框架建構之嘗試

### (一)二階效益的確認

為便於操作成本效益分析的思考，本段將嘗試提出科偵法的立法框架，使立法者可將考量要素置入該框架中，進行效益比較與評估。承前所述，當要將規制科技偵查的科偵法最適化時，於一階層次須衡量者自然包括偵查效率與人權保障二者。然而，因二者可謂處於相互衝突的關係，故需一個二階層次的整合價值，作為衡量二者的基準。如美國學者Orin S. Kerr在嘗試以經濟分析理解美國憲法第四修正案時，即以社會福利（social welfare）為效益分析基準<sup>49</sup>。

但是，單以「福祉」概念為基準，似有過度抽象、內涵不明之虞，故較具體的參考對象可能是前述稻谷龍彥提出，建立在尊重個人與追求幸福實現的社會之上的維護多元主義下的民主社會<sup>50</sup>。不過，雖然此概念在臺灣也有作為福祉內容的可能，但當偵查效率不彰或違法偵查侵害人權時，是否可推論到妨礙追求幸福的實現或民主價值受侵害等較高的層次，仍有商榷的餘地。因此，筆者考量符合

---

296。

<sup>49</sup> Kerr, *id.* at 605-08.

<sup>50</sup> 稻谷龍彥，同前註14，頁320。

人們主觀偏好與客觀上增加個人福祉等面向後，嘗試在較低的層次以「國民自由與安全」作為衡量二個目的衝突的二階效益。當然，這個主張可能面對以下質疑：科技設備偵查將侵害人民的隱私，重大干預對個人領域與資訊自主，如何達成保障自由的效益。而對此質疑的回應，也正可說明採此二階效益的理由。

首先，偵查效率所追求的是對犯罪刑事追訴、證據蒐集的保全，進而達到發現真實與維持治安等公共利益。但是，當過度追求此效率時，可能因而放寬對偵查行為的監督與規制，導致違法偵查或濫權使用取得資訊的情況發生，在科偵法所要處理的範疇內，即可能造成對人民隱私權之限制。而對人們來說，雖然偏好治安良好且可在其中自由營生、追求個人價值實現的社會，但當過多違法偵查發生時，也同時會影響生活的安定乃至於產生突然遭受國家侵害的恐懼，進而限制其追求個人價值與形塑生活型態的自由。而這些在曾經歷威權統治，甚至民主化後仍有如監聽國會事件發生的臺灣社會，的確會對國民的安全與自由造成負面影響。相對地，人權保障所追求的是盡可能避免或最小化國家對人民權利的限制。但當過度偏向此目的時，也可能因審查過嚴或發動門檻過高而造成偵查行為難以發動，導致面對因科技設備而日益強大的犯罪者時，產生追訴與蒐證的困難。如此一來，雖然人們可享受高度保障隱私的生活，但過多犯罪也同時會造成生活受犯罪者威脅、生命與財產等權利反遭侵害的狀況，也同樣會導致國

民生活在弱肉強食而非法治的社會，遭受暴力的支配而無法享有追求理想生活的自由。在此意義上，國民的自由與安全即可能整合二者而成為一項二階效益。

接著，確實偵查機關依法律授權進行偵查會對人民自由加諸限制，但如果我們思考自由的實質意義，也就是自由並非想做任何事就做的自由，而是在人們尊重他人被恰當理解的道德權利的情況下，做願做的任何事的自由時，則自由應理解為在非以不正當方式侵害他人的前提下，用最佳的方式來正當處置自己的資源<sup>51</sup>。那麼，實質的自由原本就不應導致他人落入被犯罪支配或生活於恐懼的境況。在此理解下，作為二階效益的國民自由，即可詮釋為在盡可能尊重其他社會成員道德權利的情況下，使自己與其他成員共存於追求整體利益的社會中，形塑自身生活且不被侵擾的自由。而此種人們平等地付出一部分行為受限制，在追求整體皆能享受最大自由之效益時不受其他社會成員侵害的情境，則是本文理解的安全。同時，當以本文所採二階效益為前提時，縱然不採基本權干預審查體系、不適用最小干預的原理，而將偵查效益也納入成本效益分析時，由於國民自由形塑的立法框架可設定刑事訴追的合理閾值，故仍可避免效益掛帥而出現刑事訴追最大化與國家監控權限過度膨脹的現象。而這也反映本文的分析模式並非完全逸脫法學思維的，亦即若所採方案導致人民隱私

---

<sup>51</sup> Ronald Dworkin, *Do Liberal Values Conflict?*, in THE LEGACY OF ISAIAH BERLIN 73-91 (Mark Lilla ed., 2001).

或其他自由權利完全不受保障時，此種保障歸零的方案仍會受拘束而無法被採納，而可免於「好經濟學、壞法律」<sup>52</sup>的困境。根據上述說明，本文將以國民自由與安全作為二階效益，透過成本效益分析尋找最適化的科偵法立法方向。

## (二) 衡量模型的建構

接著，為在立法時能判斷是否對某偵查方式進行規制與採取何種規制，進而最適化科偵法規範，本文將試圖提出一個可將偵查效率或人權保障相關的考量事項納入其中的模型，作為清晰而可減少思維負擔的立法框架。其形式參考Kerr提出之經濟分析模型，呈現如下<sup>53</sup>：

### $P*V-C_i-C_e$

偵查者進行偵查可獲得的預期效益是由 $P*V$ 所代表。 $P$ 所代表的是追訴犯罪所需的證據被發現的機率，由於不同調查手段往往有不同的偵查效率，故較低的 $P$ 值代表該手段並未增加追訴犯罪的機會，反之較高者代表該手段有較高可能成功追訴犯罪。如相較於可能會因疲倦或疏失而失去偵查對象行蹤的傳統跟監，透過不受時空限制的訊號持續追蹤的GPS偵查可能有較高的 $P$ 值。至於 $V$ 代表的是成

<sup>52</sup> 簡資修，經濟分析作為法律科學，中國法律評論，總26期，2019年1月，頁101-102。

<sup>53</sup> Kerr, *supra* note 48, at 599.

功追訴犯罪可獲得的效益，由追訴所帶來的嚇阻、教化等預防犯罪之效果扣除刑罰本身成本所構成。當不同犯罪類型被追訴時可獲得的期待利益會相應不同<sup>54</sup>，如越重大犯罪類型所代表的V值可能也越高，而這一點也可作為證成如通保法中「重罪原則」的論據<sup>55</sup>，當然也可作為未來科偵法是否要採同原則，以及是否針對不同科技偵查手段設定不同的對象犯罪範圍時，據以評估的切入點。

偵查行為的預期成本可分為二者。內部成本 $C_i$ 可分為兩組，一組是從政策制定者或偵查機關上層監督預算的觀點而生，如訓練、設備、裝備與薪資等費用，另一組是從現場偵察者的視角產生，如調查所需耗費的時間、勞力，以及可能因經歷危險而生的身心傷害。至於外部成本 $C_e$ 則是此處須詳細說明者。詳言之，不同於諾貝爾經濟學獎得主Becker在討論最適化偵查時，僅將內部成本納入考量<sup>56</sup>，如Kerr及稻谷龍彥皆認為應將偵查行為對被偵查者隱私、財產與自由等權利侵害，作為外部成本而納入分析中<sup>57</sup>。對此，考慮到權利侵害可能對自由及安全產生負面影響，且可能因證據排除而間接減損偵查效益，有礙於國民自由與安全的追求，本文也認為應將其作為外部成本而

---

<sup>54</sup> Gary S. Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, 76(2) J. POLIT. ECON. 169, 185 (1968).

<sup>55</sup> 重罪原則的介紹：李榮耕，電磁紀錄的搜索及扣押，收於：通訊監察與隱私保護，2020年3月，頁380-382。

<sup>56</sup> Becker, *supra* note 54, at 174-76.

<sup>57</sup> Kerr, *supra* note 48, at 600; 稻谷龍彥，同前註14，頁44。

納入分析。在此意義上，成本效益分析模式並非捨棄對權利保障的討論，而是將其作為一個項目，納入效益衡量中。

不過，縱使肯定應考量外部成本，仍須釐清其在分析中的角色為何。一種想法是如Kerr的模型將其作為影響分析的變項之一，另一種則如稻谷龍彥的後設權利論，認為權利侵害雖可作為判斷如何使偵查活動最適化的代理（proxy）變項，但即使沒有此變項亦無妨。而後者的理由在於即使因偵查而受干預的權利重大，也無法直接推論出要對偵查機關使用如令狀原則等成本較高、審查較嚴格的規制措施。亦即，要使用何種規制手段，還應考量低成本方式可否達到相同規制效果，以及偵查行為濫用危險性是否較低而欠缺採取高成本規制手段之必要性，才能做出最適化的決定，故不如直接由二階層次出發，從如何最適化偵查行為的角度來思考對偵查行為的規制措施即可<sup>58</sup>。針對此點，從方法論的角度來說，本文認為要跳過一階層次的分析，直接透過整合多種價值的上位概念來思考立法選擇時，等於要立法者已經清楚知道某規制措施會使人民在偵查效率與人權保障等一階效益綜合來說變高，但若未能先進行數個一階分析，確認不同規制措施對偵查效率、偵查機關資源分配的具體影響與對人權保障的效果時，其實難以直接評估二階效益的高低<sup>59</sup>。因此，本文仍會將權

<sup>58</sup> 稻谷龍彥，同前註14，頁44-47、318。

<sup>59</sup> 張永健，同前註28，頁81-82。

利限制之外部成本，作為效益分析模型的變項之一。

當確定將外部成本作為分析變項後，最後須說明的是此變項的判斷方式。由於外部成本指的是偵查行為對憲法上權利的侵害，因此判斷內容勢必涉及偵查行為限制權利的內容（質）與程度（量）。但正如批評權利保障模式時所言，單純聚焦在被偵查者的層次，無法有效類型化各種偵查行為對權利限制的質量如何，特別是量的部分更是如此。申言之，我們在質的面向可設定「限制的權利類型」作為具體判斷指標，對不同權利限制類型設定不同的成本。例如在技術上透過定序（ordinal）變數來對應被偵查者受限制之不同權利，設定成本的高低<sup>60</sup>，即是可能的作法。但是，在量的部分只聚焦被偵查者時，顯難充分類型化權利限制的態樣並評價其代表的成本高低。對此，根據應兼顧偵查者層次的立場，應由各偵查行為類型可能對權利產生限制的危險性或機率出發，評價常態下對權利施加限制而生的外部成本。例如將隱私權理解為人們對如何形塑自身與他人的相互關係、如何合理支配對他人表現自我，能夠擁有一個對個人資訊流動合理可預測的場域或界限時<sup>61</sup>，對隱私權的侵害即是不正當地顯著降低個人對該場域或界限的支配<sup>62</sup>。故應著眼於偵查行為如何降低人們

---

<sup>60</sup> 用定序變數描述利益衡量的代表，如Alexy的權重方程。見：王鵬翔，同前註38，頁27。

<sup>61</sup> Andrei Marmor, *What is the Right to Privacy?*, 43(1) PHILOS PUBLIC AFF 3, 7-11 (2015).

<sup>62</sup> *Id.* at 13-14.

對該場域支配，來將偵查行為類型化並評價各類型的危險性高低，據以決定各類型代表的外部成本。而在類型化過程中，包括偵查對象為被告或第三人、偵查時間長短、偵查行為次數等因素，都可納入類型化工作，使偵查行為的成本評價與相對應規制措施的成本效益分析更為精緻。

最終，我們以上開模型為基礎，分析各偵查類型下對偵查機關應適用何種規制措施較可達到追求國民自由與安全之目的。而在規制措施的部分，除針對偵查行為發動本身事前設定的要件限制（如：令狀原則）外，也應注意對偵查取得資訊的保存與使用進行事後管制的方式。分析方式則是針對某規制措施，比較在上述模型下適用該措施所得的值（ $W_r$ ）與不適用該措施所得的值（ $W_p$ ），決定應採用何者。如對低內部成本、高偵查效益但會產生高外部成本的類型，假若不設任何規制措施會導致使用頻率升高、增加權利侵害的機率而過度升高外部成本時，若適用某規制措施比不適用帶來較高效益（ $W_r > W_p$ ），則應考慮在立法時設定該措施。反之，若某類型外部成本較低，適用某規制措施時降低外部成本幅度有限，卻會造成內部成本增加與使用頻率降低而壓低偵查效益，則因 $W_p > W_r$ 而不應立法設定該措施<sup>63</sup>。

### （三）模型操作之初步嘗試

作為上開模型操作之初步嘗試，以下透過對GPS與M

---

<sup>63</sup> Kerr, *supra* note 48, at 611.



化車偵查的觀察，嘗試簡單勾勒可能的立法方向。首先，在將偵查法理解為導引作為代理人的偵查機關避免發生代理懈怠之誘因的前提下，強制處分應指有高度危險性或機率限制基本權並造成國民安全與自由受侵害，故有必要透過法律規定授權並設定法定要件作為誘因來使危險實現機率降低的偵查行為。如此一來，二種偵查手段本身可不受時空限制持續掌握偵查對象位置資訊，對隱私限制具較高危險性的前提下，當其成本較傳統跟監低，隱匿性又降低受抵制干擾的可能，使其被頻繁使用甚至濫用，致隱私限制的危險性更為升高時，自應定性為強制處分，透過立法制定事前發動要件、審查機制與事後資訊使用界限，來降低該危險性。同時，也可考量重罪原則之適用或將偵查發動限定在有事實足認蒐集所得證據與本案偵查有必要性及關連性的情形，將偵查發動限定在可獲得較高偵查效益之情形。

接著，由於二種偵查手段對隱私產生限制的方式與危險性有所差異，故可考慮將其歸屬為二種不同的類型。如GPS偵查屬於透過衛星接收儀接收衛星系統之訊息，並計算接收儀位置之測量技術或其他具有追蹤位置功能之科技設備或技術來進行調查，獲得者僅是被偵查者的位置資訊（A類型）。相對地，雖然M化車同樣以取得被偵查者位置資訊為目的，但此透過科技設備或技術蒐集行動通訊設備所在位置資訊的類型，是先獲取偵測範圍內所有手機門號與其登錄，故在偵測階段獲得者包括非鎖定對象的位置

資訊（B類型）。如此一來，因B類型相較於A類型對隱私權造成限制的範圍較大、外部成本較高，對國民自由與安全的影響也較大，故立法時可設定較A類型嚴格的發動門檻。

在此，應注意到本文並非針對GPS偵查、M化車偵查逐一規範其合法性要件，而是透過觀察包括二者在內的各種科技偵查類型使用狀況，先歸納出科技偵查可能的類型（如類型A與B），再依照如GPS偵查或M化車偵查於個案中的具體適用狀況，決定應歸屬於哪一個類型，最後依該類型的規範來判斷其合法性。而此種以偵查手段限制憲法上權利之方式與危險性作為基準的類型化方式，相較於針對各個偵查手段逐一制定不同規範，顯然具有可兼顧科技偵查手段快速推陳出新與科技設備使用方式千變萬化等特質的優點，故可作為整套科偵法立法指引，而非僅能適用於本文提及的二種偵查手段。以無人機為例，學說上即有主張其作為中性的飛行載具，對基本權干預的屬性會取決於所搭載的科技元件，可能涵蓋搭載熱像儀追蹤隱匿的嫌疑犯行蹤，或搭載具有截收通訊信號的元件等偵查方式<sup>64</sup>。在此狀況下，要特別針對無人機來制定可涵蓋其各種可能使用方式的規範時，由於預先設想所有可能適用方式顯有困難，故顯然並非適當的立法模式。相反地，若依本文主張，先根據科技偵查手段限制憲法上權利的方式與

<sup>64</sup> 林鈺雄，科技偵查概論（上）——干預屬性及授權基礎，同前註3，頁52。

危險性來歸納出上段的A類型與B類型時，即可根據無人機實際使用狀況，將追蹤嫌疑犯位置的行為適用A類型的合法性要件，而將截收偵查範圍內不特定多數人通訊信號的行為適用B類型<sup>65</sup>。

不過，正如前述，在類型化過程中，透過增加偵查對象、偵查時間長短、偵查行為次數等變項，我們或可將各類型更深一層地細緻化。對照下開交叉圖，假設偵查對象為被告的前提下，可將特定日數以下且僅為一次的短期間GPS偵查確立為A類型的典型，而當一次性的偵查時間拉長到特定日數以上時，雖然時間長短可能與蒐集證據及追訴犯罪的機率呈正相關（顯著提高P值），但同時也可能因與隱私侵害之危險性呈正相關，而可推估其產生較高外部成本（顯著提高Ce值），因而對其設定較嚴格——如與B類型同等——的規制措施。在此狀況下，若GPS偵查需要法律授權時，即可衡量不同期間下預期效益與預期成本的相互關係，以及觀察各種法律要件對此相互關係的影響，進而以時間長短為基準，設定門檻不同的法律要件<sup>66</sup>。另外，設若偵查機關為多次A類型GPS偵查時，由於

---

<sup>65</sup> 甚至，我們可以觀察不同偵查手段取得通信訊號時，各種通信訊號的性質差異與對隱私權限制程度的影響差異，或可再區分出不同的類型。不過，由於本文僅是要提出一種立法思維，在此也僅是要說明此立法模式可作為一整套科技偵查立法指引的可行性，故篇幅上無法再假設更多的科技偵查方式與可能歸納出的類型。相關延伸討論，留待他文處理。

<sup>66</sup> 相似看法：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，30卷1期，2018年7月，頁159。他國

偵查時間必定拉長到特定日數以上，故同樣可推估產生較高外部成本而適用B類型同等規制措施，如我國即有認為偵查者將長期監視切割為數次短期監視時，應適用長期監視的嚴格法定要件之見解<sup>67</sup>。在此脈絡下，可以將B類型理解為當偵查時間、偵查對象範圍與隱私限制危險性呈正相關時，因外部成本增加而須設定較A類型更嚴格法定要件之情形。

|        | 時間短 | 時間長 |
|--------|-----|-----|
| 一次位置蒐集 | A   | B   |
| 複次位置蒐集 |     | B   |

而須附帶一提的是，雖然上述關於偵查期間長短與法律要件設定的討論，在結論上似乎與國內多數見解雷同。不過，當實際操作成本效益分析模式，試以常與此模式結合運用的法實證方法來分析B類型可能設定的期間時，即可看出取徑此模式的實益。詳言之，隱私權作為應受保障

---

法制例子如德國刑事訴訟法163f條，針對未必使用科技監視，但可能與之競合的長期監視，設有不同干預基礎，見：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，68卷9期，2017年9月，頁125-129；薛智仁，GPS跟監、隱私權與刑事法——評最高法院106年度台上字第3788號刑事判決，裁判時報，70期，2018年4月，頁59。

<sup>67</sup> 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，國立臺灣大學法學論叢，44卷3期，2015年9月，頁958。

的憲法上權利，當國家一定期間的偵查可能造成隱私權受嚴重干預時，無疑地即應考量以令狀原則等法定要件來規範偵查發動的合法性。但是，單從該重要權利應受保障出發，並無法直接回應「多長的期間始應適用令狀原則」等疑問，自然難以在符合嚴謹因果推論的前提下推論出該期間可能的長度區間，最終可能僅是參考他國法制後，設定欠缺充分實證研究與效益評估的期間長度。對此，透過實證研究能夠更有效描述法論證與法現象的特質<sup>68</sup>，我們可透過結合實證研究為數據賦予規範意義，為成本效益分析提供更堅實的論證基礎，進而制定出較符合臺灣脈絡與具參考價值的期間長度。

以台灣人權促進會與立委尤美女國會辦公室2019年所取得的法務部調查局2017年至2018年間GPS偵查相關統計為基礎（詳下表）<sup>69</sup>，可發現2017年與2018年間裝置GPS對毒品案件的偵破率分別為52%與62%，而扣除裝置於運毒船舶的特殊狀況外，多數狀況都是在30日內完成GPS偵查。由此經驗事實出發，可能的規範意義是，對偵查機關來說可獲得最大偵查效益的期間約為30日，在該期間內多半可獲得偵查必要的資訊，且決定後續偵查結果，而當超過30日時，由於效益遞減，偵查機關繼續使用GPS裝置也

---

<sup>68</sup> 關於法實證研究的功用，見：張永健，法實證研究：原理、方法、應用，2版，2022年2月，頁34-36。

<sup>69</sup> 圖表取自台灣人權促進會，法務部調查局GPS偵查相關統計數據，[https://www.tahr.org.tw/sites/default/files/u147/diao\\_cha\\_ju\\_gpszhen\\_cha\\_xiang\\_guan\\_tong\\_ji\\_shu\\_ju\\_.pdf](https://www.tahr.org.tw/sites/default/files/u147/diao_cha_ju_gpszhen_cha_xiang_guan_tong_ji_shu_ju_.pdf)（最後瀏覽日：2022年5月26日）。

無法獲得更多資訊，可能也無法提高案件偵破機率。同時，這也意味著偵查者平均在30日內可能即已對偵查對象的行蹤與生活圖像有所掌握，對偵查對象的隱私造成較大侵害。因此，若偵查期間繼續延長，則隱私侵害將擴大而繼續累加外部成本，但偵查效益不會顯著增加。如此一來，透過規範意義來思考立法政策時，以僅有GPS偵查資料可供參考的現況為前提，當認為B類型因需要適用較高發動門檻而適用令狀原則時，則應當是偵查機關適用該類型偵查方式的期間小於、等於30日時，即應通過法官核發令狀方得發動。換言之，以法務部在2020年提出的科偵法草案來說，該草案第5條規定檢警機關在2個月內使用如GPS裝置進行追蹤偵查時無須經法官核發令狀許可的規定<sup>70</sup>，顯然忽略在我國脈絡下，當使用GPS裝置偵查超過30日時，即可能出現「效益未顯著增加、成本繼續累加」的狀況，導致該偵查的預期成本大於預期效益。因此，該草案將時間點設定在2個月恐非合理作法，且現實運用也可能招致架空令狀原則或法官保留適用之結果。同時，雖然此草案未必是採取基本權審查體系或權利保障模式等思維的產物，但也明顯呈現出在未採取成本效益分析模式結合實證研究的狀況下，制定規範卻忽略立法經驗事實時，可能出現不當立法的狀況。總結以上，也可發現成本效益

---

<sup>70</sup> 法務部於2020年9月預告制定科技偵查法草案總說明，<https://www.moj.gov.tw/Public/Files/202009/70320090817536d83f.pdf>（最後瀏覽日：2022年5月26日）。

模式下的立法思維，不僅是理路不同，而是在實用層次有所差異，甚至更具操作價值。

表

|          | 安裝案件數 | 偵破案件數 | 安裝偵破比率 | 安裝次數  | 偵破案件起訴率 | 所涉案件類型 |
|----------|-------|-------|--------|-------|---------|--------|
| 2017年第1季 | 5     | 3     | 60.0%  | 無統計資料 | 100%    | 毒品犯罪   |
| 2017年第2季 | 4     | 2     | 50.0%  | 無統計資料 | 100%    | 毒品犯罪   |
| 2017年第3季 | 16    | 9     | 56.3%  | 無統計資料 | 100%    | 毒品犯罪   |
| 2017年第4季 | 13    | 6     | 46.2%  | 無統計資料 | 100%    | 毒品犯罪   |
| 2018年第1季 | 15    | 9     | 60.0%  | 無統計資料 | 100%    | 毒品犯罪   |
| 2018年第2季 | 10    | 7     | 70.0%  | 無統計資料 | 100%    | 毒品犯罪   |
| 2018年第3季 | 11    | 7     | 63.6%  | 無統計資料 | 100%    | 毒品犯罪   |
| 2018年第4季 | 9     | 5     | 55.6%  | 無統計資料 | 100%    | 毒品犯罪   |

|          | 1-30天 | 31-60天 | 61-90天 | 91天以上 |
|----------|-------|--------|--------|-------|
| 2017年第1季 | 4     | 1      | 0      | 0     |
| 2017年第2季 | 3     | 1      | 0      | 0     |
| 2017年第3季 | 14    | 1      | 1      | 0     |
| 2017年第4季 | 13    | 0      | 0      | 0     |
| 2018年第1季 | 14    | 1      | 0      | 0     |
| 2018年第2季 | 9     | 1      | 0      | 0     |
| 2018年第3季 | 8     | 2      | 1      | 0     |
| 2018年第4季 | 9     | 0      | 0      | 0     |

註：圖表由法務部製作，資料來源為台灣人權促進會網頁。

最終，將偵查行為類型化後，接著要思考的是針對各類型所生外部成本，應如何加以規制來達到偵查行為的最適化。如前述，規制方式包括事前設定法律要件與審查機

制，以及事後資訊的保存、使用與分析。事後規制的部分，除事後通知義務外，一方面可排除無偵查效益而僅有外部成本的情形，將無關本案者銷毀，並限制資訊使用範圍限於本案偵查與審判，除非有極高偵查效益時才有例外用於他案的可能<sup>71</sup>，另一方面則盡可能避免外部成本持續發生，縱使與本案相關者，使用後也應在一定期限內銷毀，不允許長期保存使用<sup>72</sup>。至於事前規制的部分，重點在於是否採GPS案判決呼籲立法時所提及的令狀原則，亦即合法發動是否須經法官審查並核發令狀？

依本文理解，令狀原則的功能在於透過法官審查來判斷偵查機關有無判斷違誤或濫用可能，防止違法偵查造成之外部成本，同時導引偵查者符合委託人利益，進行得維護國民自由與安全的偵查行為，使偵查行為的預期效益大於預期成本<sup>73</sup>。依此脈絡，本文有三點發想：第一，從隱私侵害危險性與外部成本高低的角度來說，B類型比A類型具較高隱私侵害危險性，故適用令狀原則的必要性較高，但這不等於A類型必然不適用該原則。亦即，立法者可透過成本效益分析的模型，比較A類型下 $W_r$ 與 $W_p$ 的關係，決定是否適用。此外，雖然本文並未處理通訊監察的議題，但相較於使用GPS與M化車取得者多為後設資料（meta data），當通訊監察直接取得通訊內容時，由於節

<sup>71</sup> 李榮耕，同前註67，頁955-956。

<sup>72</sup> 綠大輔，監視型搜查，法學教室，446期，2017年11月，頁29。

<sup>73</sup> 相似看法：稻谷龍彥，同前註14，頁290-292。



省資料分析時間而可更為接近被偵查者個人圖像，故可謂可能在證據蒐集與刑事訴追上的機率比A、B類型更高（P值更高），但同時產生隱私權侵害的外部成本也更高（ $C_e$ 更高），而有設定更嚴格之事前審查機制的必要。如此一來，假定通訊監察法制暫無嚴重缺陷的前提下，或可以此類型作為參考基準，並結合目前行政部門實際運用GPS與M化車後累積的次級資料所延伸的規範意義，來思考A、B類型是否要採與之相同門檻或略低其門檻的事前審查機制。第二，當成本效益分析結果為 $W_p > W_r$ 時，確實有不適用令狀原則的空間。如有論者建議急迫狀況可作為該原則的例外，但事後仍須向法官陳報<sup>74</sup>。對此，筆者認為從急迫狀況反映極高偵查效益來看，若事後陳報機制與事後資訊使用的規制措施，仍可將效益維持在提高對國民自由與安全維護的框架內時，此看法應值贊同。第三，GPS偵查除限制隱私權外，部分裝置的案例還會因擅自侵入（trespass）而有限制財產權的危險性。對此，是要特別就裝置與取下設備行為設定法律要件與審查門檻<sup>75</sup>，或者將其視為GPS偵查預備行為而一併處理，應是立法者須思考的面向。

---

<sup>74</sup> 李榮耕，同前註67，頁955。

<sup>75</sup> 他國法制例子如法國刑事訴訟法第230-34條，見：范耕維，最高法院106年度台上字第3788號判決後GPS定位追蹤之立法展望，萬國法學，222期，2018年12月，頁95。

## 肆、結 論

本文中，先指出二則科技偵查判決採取之權利保障論述模式，不適用於作為現今科偵法立法指引的原因，接著初步嘗試以成本效益分析模式設計科偵法立法框架。但限於本文目的在於提出理論性框架，故僅能先就針對犯罪嫌疑人發動GPS偵查、M化車偵查等位置資訊蒐集之類型進行初探，藉此說明本文理論框架的應用性，並無法更進一步完整化個人對科偵法立法的想像。例如本文未觸及的儲存資料調取、設備端通訊監察及數位證據蒐集類型，由於不同於位置資訊蒐集，其取得資訊性質有較高機率觸及被偵查者個人圖像，故即應思考此手段是否對隱私侵害具較高危險性或可能造成更大限制，因而產生較高外部成本，同時又因發動的內部成本更低，而有被偵查者更頻繁使用的可能？若答案為肯定，則可能此類型相比位置資訊蒐集，有加強規制之必要。再如偵查對象擴及第三人的狀況，伴隨偵查範圍擴大，若偵查效能並未顯著增加，但隱私權限制之外部成本卻可能增加時，也可能有必要設定更嚴格的規制措施。更進一步，若再將這些類型所對應的事後資訊保存與對受偵查者通知之成本也納入考量，或許又能在各類型間擬定更細緻的規範。正因如此，筆者期待未來以本文提出之立法框架為起點，能有回應上述疑問並進一步將多樣化的科技偵查手段完整地類型化，再透過成本效益分析思考各類型規制方式的可能。

## 參考文獻

### 一、中文文獻

- Winner, Langdon (2004). *技術物有政治性嗎？*（方俊育、林崇熙譯），載於吳嘉苓、傅大為、雷翔麟主編，*STS讀本——科技渴望社會*（頁123-150）。群學。
- 王鵬翔（2005）。論基本權的規範結構。*國立臺灣大學法學論叢*，34（2），1-61。http://doi.org/10.6199/NTULJ.2005.34.02.01
- 王鵬翔、張永健（2019）。論經濟分析在法學方法之運用。*國立臺灣大學法學論叢*，48（3），791-871。http://doi.org/10.6199/NTULJ.201909\_48(3).0001
- 台灣人權促進會（n.d.）。法務部調查局GPS偵查相關統計數據。[https://www.tahr.org.tw/sites/default/files/u147/diao\\_cha\\_ju\\_gpszhe\\_n\\_cha\\_xiang\\_guan\\_tong\\_ji\\_shu\\_ju\\_.pdf](https://www.tahr.org.tw/sites/default/files/u147/diao_cha_ju_gpszhe_n_cha_xiang_guan_tong_ji_shu_ju_.pdf)
- 朱志平（2017）。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*，68（9），93-133。http://doi.org/10.6509/TLM.2017.6809.05
- 吳燦（2020）。科技偵查蒐證之授權依據與證據能力——以警察裝置GPS偵查為例。*檢察新論*，27，149-168。
- 李建良（2019）。立法學導論——比較法的框架性思維。*月旦法學雜誌*，295，87-101。http://doi.org/10.3966/102559312019120295007
- 李榮耕（2015）。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。*國立臺灣大學法學論叢*，44（3），871-969。http://doi.org/10.6199/NTULJ.2015.44.03.04
- 李榮耕（2020）。電磁紀錄的搜索及扣押。載於李榮耕著，*通訊*

- 監察與隱私保護（頁321-389）。元照。
- 林俊宏（2020）。《科技偵查法》擴張國家監控人民權利。  
<https://www.cogitobar.com/publication-2020-09-22-2/>
  - 林鈺雄（2017）。*刑事訴訟法（上）*（八版）。新學林。
  - 林鈺雄（2021）。科技偵查概論（上）——干預屬性及授權基礎。*月旦法學教室*，220，46-57。<http://doi.org/10.3966/1684739322009>
  - 林鈺雄（2021）。科技偵查概論（下）——干預屬性及授權基礎。*月旦法學教室*，221，42-52。<http://doi.org/10.3966/1684739322110>
  - 法務部（2020）。科技偵查法草案總說明。<https://www.moj.gov.tw/Public/Files/202009/70320090817536d83f.pdf>
  - 施育傑（2020）。科技時代的偵查干預處分——兼論我國法方向。*月旦法學雜誌*，306，154-174。<http://doi.org/10.3966/1025593130608>
  - 范耕維（2018）。最高法院106年度台上字第3788號判決後GPS定位追蹤之立法展望。*萬國法學*，222，89-103。
  - 范耕維（2019）。現行法下GPS追蹤定位偵查行為之合法性與立法方向——比較法觀點與最高法院106年度臺上字第3788號判決之考察。*政大法學評論*，157，109-197。
  - 張永健（2017）。社會科學式的比較法研究。*中研院法學期刊*，20，211-249。
  - 張永健（2020）。*社科民法釋義學*。新學林。
  - 張永健（2022）。*法實證研究：原理、方法、應用*（二版）。新學林。
  - 陳運財（2014）。偵查之基本原則與任意偵查之界限。載於陳運財著，*偵查與人權*（頁7-34）。元照。
  - 陳運財（2016）。GPS監控位置資訊的法定程序。*台灣法學雜*

誌，293，59-74。

- 黃昭元（2004）。憲法權利限制的司法審查標準——美國類型化多元標準模式的比較分析。《國立臺灣大學法學論叢》，33（3），45-148。http://doi.org/10.6199/NTULJ.2004.33.03.02
- 黃舒芃（2009）。比較法作為法學方法：以憲法領域之法比較為例。載於黃舒芃著，*變遷社會中的法學方法*（頁245-279）。元照。
- 黃舒芃（2016）。比例原則及其階層化操作——一個著眼於司法院釋憲實務發展趨勢的反思。《中研院法學期刊》，19，1-52。
- 溫祖德（2018）。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》，30（1），121-167。
- 劉孟奇、盧敬植（2013）。資訊通信科技與犯罪率之實證研究。《犯罪學期刊》，16（1），1-27。
- 劉靜怡（2011）。大法官保護了誰？——釋字第689號的初步觀察。《月旦法學雜誌》，197，27-61。
- 劉靜怡、王士帆、林鈺雄、溫祖德、施育傑、李濠松（2021）。科技偵查立法藍圖——刑事訴訟目的之試金石（上）。《裁判時報》，103，102-122。http://doi.org/10.3966/207798362021010103009
- 蔡彩貞（2017）。定位科技在刑事司法程序之運用與人權保障。《裁判時報》，65，63-78。http://doi.org/10.3966/207798362017110065007
- 薛智仁（2018）。GPS跟監、隱私權與刑事法——評最高法院106年度台上字第3788號刑事判決。《裁判時報》，70，42-59。http://doi.org/10.3966/207798362018040070005
- 簡資修（2019）。經濟分析作為法律科學。《中國法律評論》，26，101-115。
- 顏榕（2018）。簡評日本最高法院2017年3月15日判決——GPS偵查的合法性。《月旦法學雜誌》，278，257-268。http://doi.org/

10.3966/102559312018070278012

## 二、日文文獻

- ▶大澤裕（2017）。強制捜査と任意捜査。法学教室，439。58-71。
- ▶井上正仁（2014）。強制捜査と任意捜査（新版）。有斐閣。
- ▶阪本昌成（2008）。プライバシーの権利と個人情報保護——情報財の保護か自由な流通か，載於初宿正典等編，*国民主権と法の支配 佐藤幸治先生古稀記念論文集〔下巻〕*（頁83-133）。成文堂。
- ▶阿部潔（2006）。公共空間の快適——規律から管理へ。載於阿部潔、成実弘至主編，*空間管理社会：監視と自由のパラドックス*（頁23-35）。新曜社。
- ▶柳川隆、町野和夫、吉野一郎（2015）。*ミクロ経済学・入門*（新版）。有斐閣。
- ▶稲谷龍彦（2013）。情報技術の革新と刑事手続。載於井上正仁、酒卷匡主編，*刑事訴訟法の争点*（頁40-41）。有斐閣。
- ▶稲谷龍彦（2017）。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。
- ▶緑大輔（2017）。監視型捜査。法学教室，446。24-30。
- ▶緑大輔（2018）。最高裁判例と強制処分法定主義、令状主義。載於指宿信主編，*GPS捜査とプライバシー保護*（頁190-202）。現代人文社。

## 三、英文文獻

- ▶Bauman, Zygmunt (2000). *Liquid Modernity*. Polity.
- ▶Becker, Gary S. (1968). Crime and Punishment: An Economic Approach. *Journal of Political Economy*, 76(2), 169-217. <http://doi>.

org/10.1002/9780470752135.ch25

- Chang, Yun-Chien & Dai, Xin (2021). The Limited Usefulness of Proportionality Principle. *International Journal of Constitutional Law*, 18, 1-25. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3345798>
- Dworkin, Ronald (2001). Do Liberal Values Conflict?. In Mark Lilla (Ed.), *The Legacy of Isaiah Berlin* (pp.73-91). New York Review Books.
- Kaplow, Louis (2019). On the Design of Legal Rules: Balancing Versus Structured Decision Procedures. *Harvard Law Review*, 132, 992-1065. <http://doi.org/10.2139/ssrn.3371231>
- Kerr, Orin S. (2016). An Economic Understanding of Search and Seizure Law. *University of Pennsylvania Law Review*, 164, 591-647.
- Lyon, David (2001). *Surveillance Society: Monitoring Everyday Life*. Open University Press.
- Marmor, Andrei (2015). What is the Right to Privacy?. *Philosophy and Public Affairs*, 43(1), 3-26. <https://doi.org/10.1111/papa.12040>
- Mcadams, Richard H. (2012). Bill Stuntz and the Principle-agent Problem in American Criminal Law. In Michael Klarman et al. (Eds.), *The Political Heart of Criminal Procedure: Essays on Themes of William J. Stuntz* (pp. 47-63). Oxford University Press. <http://doi.org/10.1017/CBO9781139094603.004>
- Peczenik, Aleksander (2005). *Scientia Juris: Legal Doctrine as Knowledge of Law and as a Source of Law*. Springer.
- Schneier, Bruce (2015). *Data and Goliath: The Hidden Battles to Collect Your Data and Control Your World*. W W Norton & Co Inc.
- Sunstein, Cass R. (2001). *One Case at a Time Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Harvard University Press.

- van Aaken, Anne (2019). The Decision Architecture of Proportionality Analysis: Cognitive Biases and Heuristics. <https://ssrn.com/abstract=3364553>