

# 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

范 耕 維\*

### 要 目

壹、前 言	(二)GPS偵查與隱私權之侵害
貳、臺灣現況——以最高法院106年 度臺上字第3788號刑事判決為 中心	(三)偵查體系之分類（強制偵查與 任意偵查）及其區分之基準
一、本案事實	(四)GPS偵查欠缺法律依據、不合 於強制偵查法定原則之要求
二、GPS偵查相關之最高法院判決 要旨	(五)儘速立法以符合強制處分法定 原則之呼籲
(一)隱私權保障之憲法依據及公共 場域中之隱私權保障	三、小 結
	參、比較法對象之選擇

DOI : 10.3966/102398202019060157002

\* 中央研究院法律學研究所博士後研究員，日本一橋大學法學博士。本文完稿，首先感謝兩位匿名審稿人的寶貴意見，除提供對本文不成熟想法的修正建議，也指出筆者未來可更進一步思考的方向。此外，也感謝吳志強法官提供意見與對相關議題的想法，使筆者得自不同觀點進行思考。至於一切文責，由筆者自負。

投稿日期：一〇七年六月十三日；接受刊登日期：一〇七年十月六日

責任校對：林嘉瑛

一、平成29年判決本案事實與歷審法院判決	(三)反於可合理推論其存在之意思與「壓抑個人意思」
二、平成29年判決內容之整理與分析	(四)個人隱私保障與「侵害憲法保障之重要權利」
(一)GPS偵查侵害個人隱私與侵入私領域之性質	三、GPS偵查與現行刑事訴訟法下各種強制處分之關係
(二)GPS偵查侵害憲法第35條保障法益故應屬強制處分，需令狀始可為之	(一)GPS偵查可否該當現行法中強制處分類型之爭議
(三)GPS偵查難以透過「檢證」規範及難以事前提示令狀之特質	(二)日本判例的趨勢與平成29年判決的意義——回歸強制處分法定主義
(四)解決上開難題的方式：立法取徑	(三)問題一：GPS偵查難以透過法官事前之令狀審查特定其範圍
三、以日本法為比較對象之理由	(四)問題二：GPS偵查之性質上無法事前提示令狀
肆、最高裁平成29年3月15日大法庭判決之解析	(五)解決上開問題的困難：法官在令狀中附加條件可能不符強制處分法定主義
一、強制處分與任意處分的區分與界線	伍、最高法院2017年判決評析與立法政策建議
(一)昭和51年裁定之內容與強制處分的定義	一、強制處分與任意處分區分之體系與強制處分法定原則的適用
(二)學說爭議	(一)問題所在
(三)強制處分法定主義	(二)日本法中強制處分法定原則與法律保留原則之關係
二、GPS偵查之強制處分性質及與令狀原則之關係	(三)強制處分法定原則於我國法的意義
(一)GPS偵查性質之爭議——任意處分或強制處分？	(四)強制處分與任意處分之界線
(二)最高裁之論點與疑義——GPS偵查侵害憲法保障之重要法益而屬於強制處分	二、GPS偵查強制處分性質之檢討

(一)爭議核心：隱私保障內涵的認定	——搜索、通訊監察
(二)監視社會下的隱私權與GPS偵查	四、立法政策之可能方向
(三)GPS偵查與傳統跟監的關係	(一)資訊量控制與避免隱密偵查為核心
(四)GPS偵查作為強制處分——判斷基準及其適用	(二)法官事前核發令狀之原則與急迫例外
三、GPS偵查欠缺現行法下法律根據	(三)實施期間、實施目的、監視對象之犯罪類型的明文化
(一)欠缺具體明確授權規範——刑訴法、警職法與個資法	(四)事後通知、事後異議機會的賦予與資料控管
(二)無法適用明文規範強制處分類型	陸、結 論



元照出版提供

請勿公開散布

## 摘 要

最高法院於106年度臺上字第3788號判決中，認為透過GPS追蹤器進行跟監之行為，侵害憲法第22條保障之隱私權，構成強制處分，並建議應儘速針對法定要件與事後救濟，進行立法。對此，本文選擇強制處分判斷基準及論述脈絡與我國判決相似之日本最高裁判所平成29年3月15日大法庭判決作為比較對象。首先，本文對該判決中關於使用GPS偵查侵害日本憲法第35條之權利的性質、造成權利侵害的行為方式等構成強制處分的理由，進行說明。接著，透過比較判決，認為GPS偵查全面性、持續性取得被偵查者位置資訊，並透過儲存與分析資訊，解析其生活樣貌，侵害憲法上保障之隱私權，屬於強制處分。未來，建議以控制取得資訊量為立法方向，透過事前令狀審查與事後通知，保障受偵查者之權利。

關鍵詞：GPS偵查、強制處分、任意處分、強制處分法定原則、令狀原則、監視社會、隱私權、馬賽克理論、合理隱私期待、法律保留原則

## 壹、前言

伴隨科學技術發展，各種新型態的偵查手法也應運而生，除了透過行動電話裝置的訊號定位進行追蹤外，也包括近來備受矚目，將全球定位追蹤器（下稱「GPS定位器」）裝設於欲追蹤對象上，透過「全球衛星定位系統」（Global Positioning System）追蹤該對象行蹤，進行資訊之蒐集，甚至進一步儲存相關資訊加以分析的「GPS追蹤定位偵查」（下稱「GPS偵查」）。這些透過科學設備與技術對偵查對象進行追蹤與資訊蒐集的偵查手法，相較傳統跟監，能夠不受時空限制，更全面地掌握追蹤對象的所在位置、行動軌跡等資訊。此外，透過科學設備，也使偵查者無須與追蹤對象處於相同的時空環境，可在被追蹤者不知情的狀況，進行隱密偵查行為。但是，最大的難題在於，這些偵查行為可能導致人民遭受程度更高的隱私權侵害的同時，現行法制下卻無法可有效規範。

以GPS偵查為例，本文欲討論的最高法院106年度臺上字第3788號刑事判決（本文中稱「最高法院判決」）中，該案重要爭點之一就是GPS偵查的性質為何，以及現行法解釋下，其是否具備合法性。且由最高法院判決最終呼籲立法的結論觀之，現行法對此種新型態偵查手法欠缺明文規範的狀況下，未來應如何立法規範GPS偵查，也是亟須面對的課題。此外，本判決中為了判斷使用GPS進行跟監追蹤之行為，是否構成刑法第315條之1的無故竊錄罪，也是由現行法上是否存在對於GPS偵查的授權規定出發，檢討該行為是否構成「依法令行為」之阻卻違法事由，判斷該行為是否該當條文中「無故」之要件。換言之，實體法上是否具備阻卻違法事由、是否成立犯罪，繫於訴訟法上對GPS偵查合法性的認定結果。由此可見，GPS偵查行為合法性的討論，其影響層面不僅止於程序法上劃定偵查行為合法性的界限，並進而立法制定妥善的規範，也及於實

體法上應如何評價使用GPS偵查的行為，其橫跨實體法與程序法之性質，具有討論的高度實益。

本文中，首先整理最高法院判決，瞭解我國實務對GPS偵查之性質、侵害的權利種類及其合法性之看法，並分析此判決的論述脈絡（本文貳）。接著，介紹日本最高裁判所平成29年3月15日大法庭判決（下稱「平成29年判決」）後，說明以其作為比較對象之理由（本文參），並針對判決內容進行分析及討論（本文肆）。在此基礎上，透過與日本平成29年判決之比較，就最高法院判決關於強制處分性質的認定體系與方式、GPS偵查侵害之權利類型與行為態樣加以評析與補充解釋。最終，以我國現行法為基礎，思考是否有透過法律解釋，為GPS偵查覓得法律根據的可能。設若現行法之法律解釋有窒礙難行之處，再進一步思索未來GPS偵查法制化過程中，可能的立法方向（本文伍）。

## 貳、臺灣現況——以最高法院106年度臺上字第3788號刑事判決為中心

### 一、本案事實

本案被告A為具有法定職務權限之司法警察身分之公務員，因另案查獲車身印有「X公司」字樣之貨車載運私菸，為查緝該公司名下車輛走私私菸之情形，於二〇一四年六月二十八日晚間，將其所有之預付卡門號之SIM卡一張裝置於向他人借得之GPS追蹤器內，並擅自將該GPS定位器裝設於B使用、登記於X公司名下之營業用小貨車下方底盤。之後，再透過撥打上開預付卡門號之行動電話號碼設定定時回傳定位功能，傳送B使用之貨車之所在位置經緯度、地址及停留時間與行蹤等數據到Y電子科技股份有限公司（下

稱「Y公司」)設置之GPS衛星定位器查詢平臺,並於行動電話裝設並登入Y公司所設置APP軟體的方式,取得B行蹤之相關資訊。嗣後,於同年七月四日,A前往上開貨車停放之空地,並獨自進入空地想取下先前安裝之GPS追蹤器。正當取下之際,為B及其家人所察覺,經當場追呼後,遭報警逮捕,B並對A提起妨害秘密告訴。高雄地檢署對A為不起訴處分,但經B向高雄地方法院聲請交付審判且獲准,第一審高雄地方法院判決A構成刑法第315條之1之無故竊錄罪<sup>1</sup>。之後,檢察官為被告利益上訴於高等法院,亦遭駁回<sup>2</sup>。最終,本案上訴於最高法院,仍遭駁回而終局確定。

## 二、GPS偵查相關之最高法院判決要旨

觀察本判決「確認隱私權為我國憲法所保障之基本權→GPS偵查是否構成刑法無故竊錄罪之『非公開活動』要件(實體法爭點一)→GPS偵查在現行法下是否合法(程序法爭點)→GPS偵查是否構成刑法無故竊錄罪之『無故』要件(實體法爭點二)→結論」之論述脈絡,其認定GPS偵查行為該當「竊錄非公開活動」之構成要件後,於檢討是否具備法定阻卻違法事由,進而該當同條「無故」要件的判斷中,將竊錄行為是否無故,繫於該偵查行為在程序法上有無合法性之判斷。本文討論將聚焦該程序法層次中GPS偵查合法性的問題,以下先針對本案判決要旨中,與該問題相關部分,加以說明。

### (一)隱私權保障之憲法依據及公共場域中之隱私權保障

本判決延續本案地方法院與高等法院判決之脈絡,自隱私權保

<sup>1</sup> 臺灣高雄地方法院105年度易字第110號刑事判決。

<sup>2</sup> 臺灣高等法院高雄分院105年度上易字第604號刑事判決。

障的觀點開啟討論。本判決主張人性尊嚴與尊重人格自由發展作為自由民主憲政秩序之核心價值，為維護此價值，且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，屬於憲法第22條非明文列舉之基本權的「隱私權」，應屬不可或缺之基本權利。接著，本判決援引釋字第603號、第689號解釋意旨，強調對個人隱私權之保護，並不因其身處公共場域，而失其必要性。

換言之，由於他人的私密領域及個人資料自主，在公共場域也有可能受到干擾，而超出可容忍之範圍。特別是在現今資訊科技高度發展，以及容易取得相關設備的狀況下，個人的私人活動受注視、監看、監聽或公開揭露等侵擾之可能性也大為增加，個人的私人活動及隱私受保護之需要，也隨之提升。因此，個人縱然在公共場域中，仍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，而受法律所保護。綜上所述，本判決主張有無隱私權合理保護之期待，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。即使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。

## (二)GPS偵查與隱私權之侵害

本判決討論是否構成刑法上之「非公開之活動」時，將該要件之認定與隱私權保障相連結，認為縱然是行駛於公共道路之車輛，透過該車輛移動的信息，可掌握車輛使用人之所在及其活動狀況，故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。在討論GPS偵查是否造成隱私權侵害時，本判決也同樣著眼於GPS偵查可追蹤、掌握車輛使用人資訊此點，在公共場所中的隱私權仍受保障的前提下，主張GPS偵查行為對於車輛使用者之隱私權造成重大侵害。本判決主要觀察點有二：

### 1. 使用GPS追蹤器可長期、全天候、不受空間限制取得資訊，並進行分析比對

本判決主張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，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。

### 2. GPS偵查與傳統跟監之差異：資訊量多寡、監控全面性、無跟丟可能

使用GPS追蹤器較之傳統跟監，除取得資訊量較多外，就其取得資料可以長期記錄、保留，且可全面而任意地監控，並無跟丟可能等情形來看，本判決認為二者仍有本質上差異。因此，不可因為上述資訊也可經由跟監方式蒐集，就認定其無隱密性。

### (三)偵查體系之分類（強制偵查與任意偵查）及其區分之基準

為說明GPS偵查之合法性，本判決首先說明偵查行為之分類，以及合法偵查行為應符合之要件。偵查是指偵查機關知有犯罪嫌疑而開始調查，以發現及確定犯罪嫌疑人，並蒐集及保全犯罪證據之刑事程序，其屬於訴訟程序之一環，故須依照法律規定行之。而偵查機關所實施之偵查方法，可分為「任意偵查」與「強制偵查」，其界線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」。且不以使用有形之強制力者為限，亦即縱使未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。

若屬於強制偵查者，本判決強調其須符合強制處分法定原則，依該原則，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。因此，依上開判準，本案中偵查機關非法安裝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，明顯已侵害憲法保障之隱私權，該當於「強制偵查」，若無法律依據，該偵查行為自屬違法而不被允許。

#### ④GPS偵查欠缺法律依據、不合於強制偵查法定原則之要求

延續上開③之標準，本判決依序檢視刑事訴訟法與警察職權行使法相關規定，認為現行法下，並無可適用於GPS偵查之規定，欠缺法律授權之GPS偵查行為，違反強制處分法定原則，應屬違法。刑事訴訟法與海岸巡防法部分，本判決主張第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項等規定，只是有關偵查之發動及巡防機關人員執行犯罪調查職務時，將其視同刑事訴訟法第231條司法警察（官）之規定，不得作為裝設GPS追蹤器偵查手段之法源依據。警察職權行使法部分，本判決延續前審判決之論點，認該法第11條第1項之適用，必須出於「防止犯罪」之必要而進行觀察動態、掌握資料等蒐集活動，與本案中GPS偵查行為之目的在於進行蒐證不相符，故不得以該規定作為被告安裝GPS追蹤器偵查之依據。此外，本案中，被告事前也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。

#### ⑤儘速立法以符合強制處分法定原則之呼籲

本判決的論述脈絡下，被歸類為強制偵查類型的GPS偵查，必

須合乎源自憲法第8條、第23條意旨之「強制處分法定原則」。此原則之目的在於調和人權保障與犯罪真實發現，當使用GPS偵查追求犯罪真實發現時，將因該偵查手法而被侵害之隱私權，限定在在合乎法定程序與合乎比例的範圍內，若未能符合本原則之要求，則該隱私權侵害無正當性。根據上開中之敘述，本判決認為GPS偵查此種新型之強制偵查，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，難謂得符合強制處分法定原則之要求。因此，本判決呼籲，為了使屬於強制偵查手段之GPS偵查獲得合法性之依據，立法機關基於強制處分法定原則，應儘速就有關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。

### 三、小 結

本判決揭示了一條討論軸線：「(一)GPS涉及之憲法上權利：隱私權→(二)GPS偵查與隱私權之關連及其對隱私權之侵害→(三)強制偵查與任意偵查之體系及二者的區分基準下，GPS偵查屬於強制偵查須符合強制處分法定原則→(四)GPS偵查有無現行法下法律依據（解釋論層次）：欠缺法律依據→(五)立法論層次：建議立法規範GPS偵查（要件與事後救濟）」，本文認此討論順序應值贊同，但各環節仍有待補充解釋。以下，以上開軸線為基礎，一併觀察本判決內容與我國法體系，於下段中選擇比較法之對象。

## 參、比較法對象之選擇

### 一、平成29年判決本案事實與歷審法院判決

被告X與共犯多人涉嫌使用汽車於多個區域進行連續竊盜事件

之偵查中，司法警察官為查明其組織性的有無及程度，以及X在該組織內的角色等完整犯罪情節，向民間業者租用GPS設備後，未經X等人的同意，也未取得法院核發令狀的情況下，於被告X、共犯及被告女性友人有可能性之共計19台汽機車上裝置GPS設備，在前後約六個半月的期間內，使用GPS位置資訊通知服務，檢索其位置所在並掌握其移動狀況，實施本文中所稱之「GPS偵查」。

第一審之大阪地方裁判所認為，GPS偵查與對可透過目視觀察的公有道路上之車輛進行傳統跟監不同，受GPS偵查之車輛於偵查期間所停放之旅館停車場為不特定多數之第三人以目視無法觀察之私有地，應屬具有高度合理隱私期待之空間，GPS偵查具有可取得位於此空間之車輛的位置資訊的特質。此外，該私有地並非未設門戶，不特定多數人通常狀況下皆可進入的場合，未得到管理權人同意的狀況下，為裝設GPS設備而進入該私有地，可能造成私有地管理權人之權利侵害。故本案GPS偵查對車輛使用者隱私造成重大侵害，性質應屬強制處分。又考量此種偵查方式，是由偵查者透過五官作用，觀察顯示於行動電話畫面上之GPS裝置之位置資訊，應具有「檢證」之性質<sup>3</sup>。因此，本案中未取得檢證令狀所為之GPS偵查，為無令狀之檢證而構成無視令狀主義精神之重大違法，該偵查直接取得之證據及具有密切關聯之證據應排除而無證據能力<sup>4</sup>。但

<sup>3</sup> 日本刑訴法之檢證係指對於場所、物品或人的身體，透過視覺、聽覺、嗅覺等五官知覺之作用，感知認識其存在、形狀、狀態與性質之強制處分。同樣作為偵查機關蒐集證據與資訊的手段，不同於扣押以取得、保持有體物之占有為目的，檢證的目的在於取得對象物之相關資訊。依日本刑訴法第218條第1項，偵查機關為了犯罪偵查之必要為檢證時，原則上須取得法官核發之令狀（檢證許可書）。宇藤崇、松田岳士、堀江慎司『刑事訴訟法』有斐閣133-134頁（2014年7月）；白取祐司『刑事訴訟法（第八版）』日本評論社148頁（2015年9月）。

<sup>4</sup> 大阪地方裁判所平成27年6月5日判決（LEX/DB 25540308）。

是，其他與前述證據關聯性較低之證據仍具證據能力的狀況下，最終第一審仍對被告X為有罪判決<sup>5</sup>。

本案被告上訴後，針對GPS偵查合法性之部分，上訴審之大阪高等裁判所基於下開理由，認為本件GPS偵查實難謂有重大違法，駁回此上訴。首先，透過本件GPS偵查可能取得之資訊，僅限於裝設GPS定位器之車輛的所在位置，其對於隱私權之侵害未必過大。而且，為了確認被告等人的行蹤，配合實施跟監或監看，也有可認為有實施本件GPS偵查之必要性的情況存在。其次，本件GPS偵查屬於強制處分的前提下，無令狀即實施時，並非沒有解釋為違法之可能。即使如此，仍可能認為其已滿足令狀核發之實質要件。最後，本件GPS偵查實施時，並未有其該當強制處分之司法判決或定論，故實難認定實施偵查之司法警察官等有規避令狀主義相關規範之意圖存在。此外，GPS偵查違反強制處分法定主義，不問有無令狀即一律解釋為違法的看法也無法被認同<sup>6</sup>。被告X對此判決向最高裁判所提起上訴，下段就最高裁判所關於GPS偵查合法性之判斷介紹之。

## 二、平成29年判決內容之整理與分析

### (一)GPS偵查侵害個人隱私與侵入私領域之性質

日本最高裁判所（下稱「最高裁」）首先檢視GPS偵查可能侵害之權利，認為透過GPS偵查，可以檢索、掌握偵查對象車輛無時無刻的位置資訊，且其性質上也不限於對公有道路為之，個人隱私應受有效保障之場所與空間也包括在內，而可對於特定車輛及其使用者之所在位置與移動狀況，極為詳細地加以掌握。由於此種類型

<sup>5</sup> 大阪地方裁判所平成27年7月10日判決（LEX/DB 25540767）。

<sup>6</sup> 大阪高等裁判所平成28年3月2日判決（LEX/DB 25542299）。

之偵查手法，必然伴隨著對於個人行動持續地、全面性地掌握，故可能對個人隱私產生侵害。此外，在將能夠造成此種侵害的機器秘密裝置於個人所持有攜帶物品此點上，與對公有道路上之位置，使用肉眼掌握或照相攝影等方法相異，應屬藉由公權力對於私領域之侵入之偵查方式。

### (二)GPS偵查侵害憲法第35條保障法益故應屬強制處分，需令狀始可為之

最高裁認為日本憲法第35條<sup>7</sup>之保障對象，不限於明文規定之「住居、文書與所持物品」，解釋上應包含與其相當之「私領域」，皆享有不受侵入之權利。依此解釋，GPS偵查之方式如前所述，係藉由秘密裝置可能侵害個人隱私之設備於所持物品，反於可合理推論其存在之個人意思且侵入「私領域」，應屬壓制個人意思且侵害憲法上保障之重要法益，該當刑事訴訟法上若無特別規定時不應允許之強制處分。同時，此行為在一般情況下，也難以與現行犯逮捕此種無需令狀之處分等同視之，故應解釋為若無令狀時不得實施之處分。

### (三)GPS偵查難以透過「檢證」規範及難以事前提示令狀之特質

GPS偵查被定性為強制處分後，接著要檢視是否符合強制處分法定主義的要求。對此，最高裁認為GPS偵查在讀取資訊設備之畫面資訊，掌握偵查對象車輛之所在位置與移動狀況此點上，屬於透過視覺對物品感知其狀態，可謂與「檢證」之性質相同。但就並非直接透過肉眼之視覺觀察，而是透過裝設GPS設備於特定車輛來檢

<sup>7</sup> 日本憲法第35條：「任何人皆享有其住居、文書與所持物品，有不受侵入、搜索與扣押之權利，除有憲法33條之情形外，若無基於正當理由核發，且明示搜索場所及扣押物之令狀，不得限制之。」

索該車輛及其使用者之行蹤此點來看，無可否認GPS偵查擁有無法以「檢證」之概念完整涵蓋之性質。因此，縱使經核發檢證許可書，或經一併核發搜索票而為之，由於GPS偵查必然伴隨著藉由對裝置GPS設備之特定車輛的尋找，持續性、全面性地掌握特定車輛使用者行動之性質，故僅特定應裝置GPS設備之車輛及罪名，仍難以抑制對於與犯罪事實無關之使用者的行動資訊的過度掌握，可能也難以滿足要求法官審查令狀聲請之意旨。此外，從GPS偵查的性質觀之，若不是在犯罪嫌疑人未知的情況下秘密進行，則無意義，故難以想像在事前即提示令狀。從確保程序公正的意旨來看，刑事訴訟法上的強制處分原則上皆要求應事前提示令狀。縱使透過其他方式亦可達到相同的立法意旨，解釋上可認為事前的令狀提示並非絕對的要求，若此方式不能夠保證其可替代確保程序公正之手段時，從正當法律程序的觀點來看，則仍有疑義。

#### (四)解決上開難題的方式：立法取徑

為解決上述難題，一般認為可採取的方式，包括限定實施期間、第三人在場、事後通知等。考慮偵查的實效性並決定要選擇哪種方式時，對照日本刑事訴訟法（下稱「刑訴法」）第197條第1項但書意旨，其第一次的判斷應解為先委由立法機關為之。此外，若法律解釋上可認其屬於刑事訴訟法上之強制處分而容許之，為了解決上述難題，勢必產生需在法官核發之令狀上附加各種條件之必要。但最高裁認為，當令狀聲請時，在不同個案中，透過擔當審查令狀聲請之法官的判斷，要求自各種不同的選項中選擇適切的條件，此種強制處分難謂合乎日本刑訴法第197條第1項但書中「但強制處分，非有本法特別規定者，不得為之」之意旨。綜上所述，最高裁認為就GPS偵查符合日本刑訴法第197條第1項但書之「本法特別規定者」，並可依同法規定核發令狀此點，容有疑義。因此，為

了往後能夠廣泛使用GPS偵查此一有效之偵查方式，最高裁期望立法上能夠著眼於此種偵查方式之特質，制定合乎憲法與刑事訴訟法上各原則之立法措施。

### 三、以日本法為比較對象之理由

首先，觀察平成29年判決之背景及論述脈絡，與最高法院判決有其相似性。不同於如德法已存在可適用於GPS偵查的明文規範，臺日二國現行法缺乏可適用GPS偵查的明文規範存在，對GPS偵查之討論可謂處於相同發展階段。此外，對照臺日兩則判決（下稱「二判決」），可發現對GPS偵查之強制處分性質及合法性的論述脈絡極為相似，皆自隱私保障出發，討論GPS偵查對隱私權侵害的有無、侵害行為的態樣，認定其強制處分性質後，再討論有無作為授權依據之現行法規，並於缺乏此種規定後，呼籲應儘速立法。故透過比較二判決，可理解相同論述脈絡下，彼此內容的差異何在，思考彼此長處所在的同時，也可發現我國判決有待補充解釋之處。

接著，二判決認定GPS偵查性質，皆以「區分任意處分與強制處分之體系」為前提，故在此體系下比較雙方對GPS偵查性質之論述有何差異，應有比較基礎存在。但應注意，自字面觀之，最高法院採取與平成29年判決相同體系，明確表示採取區分任意處分與強制處分的體系，且強制處分性質認定之基準、強制處分法定原則的採用，也與後面介紹之日本最高裁昭和51年3月16日第三小法庭裁定（下稱「昭和51年裁定」）揭示者可謂相同（→肆、一）。但不同於日本自刑訴法第197條第1項推導出該體系，我國法並無可推論出同樣體系之明文規定。換言之，如何在我國法下詮釋強制處分的判斷基準、其與任意處分的界線及強制處分法定原則的意涵，仍有待詳細說明。

最後，形式上觀之，臺日二判決對GPS偵查的討論，都著眼於

對個人隱私之侵害，權利侵害內涵此點可謂有共通比較基礎。確實，美國亦有自合理隱私期待討論GPS偵查是否構成憲法增修條文第4條意義下之搜索。但如後述（→伍、三、(二)），以隱私權為核心之搜索概念，與臺灣現行法以物理性侵入理解之搜索，概念上有所差異。雖然如此，由於作為本文比較對象之日本法，其憲法第35條可謂源自美國憲法增修條文第4條，具有相似性<sup>8</sup>，故美國法有關隱私權之討論，對瞭解日本法仍有助益。此外，目前我國如通訊保障及監察法（下稱「通保法」）第3條第2項也已使用合理隱私期待之概念，故該概念在我國GPS偵查中能否應用，仍有討論的實益。

#### 肆、最高裁平成29年3月15日大法庭判決之解析

日本平成29年判決以沒有電信業者介入，由偵查機關自行裝置GPS設備於對象車輛並取得其位置資訊的狀況為對象，依序分為兩點討論：第一，GPS偵查的強制處分性質，及與令狀主義之關係；第二，肯定GPS偵查為強制處分之前提下，其與現行日本刑訴法中各種強制處分的關係，亦即討論其能否可歸類為現行法中之強制處分。說明GPS偵查性質屬於強制處分或任意處分前，為了更清楚解釋判決之論理，先簡介日本法上對強制處分與任意處分之區分基準。

##### 一、強制處分與任意處分的區分與界線

依日本刑訴法第197條第1項規定：「為達成偵查之目的，得為必要之調查。但強制處分，非有本法特別規定者，不得為之。」，該本文中的「調查」係指一切偵查上必要的手段與方式皆屬之，故

<sup>8</sup> 井上正仁『強制捜査と任意捜査（新版）』有斐閣33-37頁（2014年12月）。

廣泛地包括任意與強制的手法，惟依但書規定，若偵查手法係屬強制時，則應以法律明文規定為必要。故該條文可推導出三個原則：第一，偵查原則上需以任意偵查的方式為之（任意偵查原則）；第二，強制偵查只有在法律明定時，方可為之（強制處分法定主義）；第三，偵查手段、方式需和偵查必要性合乎比例（偵查比例原則）<sup>9</sup>。以下，主要針對強制處分的定義與強制處分法定主義的內涵，以關於該問題最重要的昭和51年裁定<sup>10</sup>內容為起點，加以說明。

#### （一）昭和51年裁定之內容與強制處分的定義

該案中，警察認為欲從警局內房間往出入口走去的犯罪嫌疑人將逃逸，故以雙手抓住其左手腕。該行為之性質，即成為爭點所在。該裁定重點如下：

1. 強制處分係指「①壓抑個人意思，且②對身體、住居、財產加以限制，③以實現強制偵查為目的，④若無特別明文規定而容許為之應屬不相當的行為（數字為本文所加）」。<sup>11</sup>由於③僅是強制處分的換句話說，而④僅是表明強制處分法定主義之適用，故強制處分的要件應為「①壓抑個人意思」與「②對身體、住居、財產加以限制」<sup>11</sup>。

2. 強制處分「非指伴隨著有形力行使的手段」且「未達到上開（強制處分）程度的有形力行使，仍有構成任意處分的狀況」，可謂有形力、強制力的行使與否並非強制處分構成與否的判斷基準。此外，若有形力的行使不合於上開①②之標準時，仍可能構成任意

<sup>9</sup> 白取祐司，同註3，91-94頁。

<sup>10</sup> 最高裁判所昭和51年3月16日第三小法庭裁定（LEX/DB 24005402）。

<sup>11</sup> 井上正仁，同註8，7頁。

處分。

3.但縱然是任意處分，有形力行使仍會造成法益侵害或有侵害危險，並非一律允許之。故任意處分之行使仍有其界限，在「考量必要性與緊急性後，根據具體狀況認為相當的限度內」，才允許為之。本裁定據此標準，認為嫌疑人即將離去，為了說服他而採取的措施亦難謂高強度，應屬具相當性而容許之任意處分。礙於篇幅，本文以下僅著重說明強制處分部分。

## (二)學說爭議

對本裁定的解釋，第一說（權益侵害說）以②作為判斷強制處分性質的核心，以「權利、利益的侵害」作為判斷重點。因此，強制處分應解釋為「反於個人明示或默示的意思」且「實質上侵害重要權利、利益」的處分行為<sup>12</sup>。關於前者，此說認為沒有得到當事人同意、承諾，應屬侵害權利的前提或內在要求。因此，縱然當事人不知道被偵查（如：監聽）而無從反對，若推論當事人知情時當然會反對，該處分違反當事人合理可推論的意思時，其意義與壓抑個人意思應無不同。關於後者，此說認為裁定中的「身體、住居、財產」代表的正是偵查中應被保障的個人權利與利益。從強制處分法定主義的精神來看，該權利、利益應是必須受到民主授權制定的嚴格法定要件與程序加以保障<sup>13</sup>，與該規範嚴格度相應的「重要權利、利益」<sup>14</sup>。

第二說（意思壓抑說）則認為①與②各有獨立意涵，①的程度不應僅是反於個人意思，而應到達壓抑個人意思的程度，才該當該

<sup>12</sup> 井上正仁，同註8，10-12頁。

<sup>13</sup> 大澤裕「強制處分と任意處分の限界」井上正仁、川出敏裕、大澤裕編『刑事訴訟法判例百選（第十版）』有斐閣5頁（2017年4月）。

<sup>14</sup> 大澤裕「強制處分と任意處分」法学教室439号58-64頁（2017年4月）。

要件<sup>15</sup>，與昭和51年裁定的文字較相近。此說中尚有針對偵查行為的方式不同，設定不同標準者（二分說）：若使用有形力直接對偵查對象實施處分者，適用昭和51年裁定，以有無壓抑個人意思為判斷基準，若如監聽等當事人不知情狀況下實施者，則以是否侵害重要權利、利益為基準<sup>16</sup>。

### （三）強制處分法定主義

#### 1. 意 涵

強制處分法定主義係指強制處分必須有法律明文規定之，其依據為日本憲法第31條：「對任何人生命或自由之剝奪，或科以其他刑罰，都必須依照法律規定的程序為之」，只有符合預先以法律規定的程序與要件，才可實施侵害生命或自由等憲法上權利之處分，藉此防止濫權侵害憲法保障之權利。不僅如此，是否允許使用此種侵害憲法上權利的處分，也必須由國民本身，透過代表國民之國會，在法律中明示來決定之。無論立法者在制定刑事訴訟法時，是否預想到某種強制處分的存在，只要是具有強制處分性質者，都應該符合強制處分法定主義之要求，符合明文規定方可為之<sup>17</sup>。因此，強制處分法定主義帶有三種意涵：第一，透過國會制定的法律，對強制處分進行民主的制約，劃定偵查機關限制個人自由之界限，進而保障人們的自由。第二，透過明文規定強制處分，使人們

<sup>15</sup> 渡辺咲子「任意捜査の限界」三井誠、佐藤博史、馬場義宣、植村立即編『新刑事手続Ⅰ』悠々社147頁（2002年12月）。

<sup>16</sup> 川出敏裕「任意捜査の限界」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）』判例タイムズ社29頁（2006年3月）。

<sup>17</sup> 井上正仁，同註8，28頁；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89卷6号4頁（2017年6月）。

思考授權偵查機關為處分時，應授權到何種程度，在此意義內賦予偵查權限正當性。第三，透過法律規定，將強制處分類型化地明示於刑事訴訟法中，對程序參與者告知強制處分可能的形式<sup>18</sup>。

## 2. 與令狀主義之關係

令狀主義係指必須有法官事前核發之令狀，才可執行強制處分<sup>19</sup>。其意旨在於須由法官對於作為偵查對象的人、場所或物而言，是否具備逮捕或搜索扣押之正當理由，進行事前確認，並在令狀上明示特定該人、場所、物，偵查機關僅被允許在該範圍內進行強制處分，藉此防止偵查機關恣意或濫用裁量權，避免其不當侵害權利<sup>20</sup>。故法官事前所為之令狀審查，其意旨之一就在於審查檢證之正當理由是否存在，並透過令狀將強制處分的範圍特定於該具備正當理由之範圍內。以日本憲法第35條為例，屬於該條適用範圍之檢證，只有在預料檢證與應探知之事項間具有關聯性，亦即具備正當理由的特定目的之範圍內，才可以正當化檢證對於隱私之侵害<sup>21</sup>。

關於強制處分法定主義與令狀主義間的區別，強制處分法定主義是在決定應由何人以何種形式，判斷一般來說是否允許利用刑事訴訟中的特定處分，而令狀主義是在規範允許實施強制處分狀況之條件，以及是否准許為具體特定處分的程序<sup>22</sup>。具體來說，強制處分法定主義僅是要求透過國會一般、抽象地制定強制處分的要件與效果，並無在個案狀況中事前確認是否該當明文要件之功能。但

<sup>18</sup> 綠大輔『刑事訴訟法入門』日本評論社42頁（2014年10月）。

<sup>19</sup> 同前註，66頁。

<sup>20</sup> 井上正仁，同註8，61頁；酒卷匡『刑事訴訟法』有斐閣25-26、105頁（2015年11月）。

<sup>21</sup> 井上正仁『捜査手段としての通信・会話の傍受』有斐閣97頁（1997年10月）。

<sup>22</sup> 井上正仁，同註8，29頁。

是，為避免偵查機關在個案中錯誤判斷導致被處分者之權利侵害，故另需令狀主義的存在。在令狀主義的要求下，透過居於中立角色的法官，一方面事前審查強制處分之要件，也就是正當理由是否存在，限制欠缺正當理由的強制處分的執行，另一方面對具有正當理由之強制處分，於核發令狀時，在令狀內具體特地地明示處分內容，劃定處分執行的界限<sup>23</sup>。

## 二、GPS偵查之強制處分性質及與令狀原則之關係

### (一)GPS偵查性質之爭議——任意處分或強制處分？

主張GPS偵查屬於任意處分的主要理由包括：1. 透過GPS偵查掌握車輛使用者行蹤，無可否認會造成隱私侵害。但在公有道路移動或不特定多數人出入之停車場停車者，該車輛無可避免需忍受其暴露於公眾眼前或被觀察，故對車輛使用者而言，對其位置資訊不被第三人所知應無合理期待，難謂具有作為隱私而受保護之高度必要；2. GPS偵查確實對於偵查者以目視進行車輛搜尋的能力具有補強性質，但扣除此點，其僅是透過使用發信器來限定偵查範圍，使進行現場跟監守望、採證活動之偵查者，在搜尋對象車輛上更有效率的輔助手段而已<sup>24</sup>；3. GPS追蹤器的安裝對車輛不生損傷，也不影響駕駛操作，縱然對車輛所有權仍有侵害，但程度輕微。且GPS偵查僅是知曉車輛停在某私有地內，此資訊透過從公有道路上的目視跟監或攝影觀察亦可取得，其並未取得對第三人不應獲知具合理

<sup>23</sup> 綠大輔，同註18，67頁。

<sup>24</sup> 廣島高等裁判所平成28年7月21日判決（LEX/DB 25543571）；大阪地方裁判所平成27年1月27日決定（LEX/DB 25506264）；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117卷7＝8号456-457頁（2011年3月）。

隱私期待之資訊，故並未對重要權利產生實質侵害<sup>25</sup>。此外亦有二分說主張若GPS偵查只是作為跟監的輔助手段，僅非持續性、片斷地取得位置資訊時，對於隱私難謂構成高度侵害，應屬任意處分；反之若持續性、全面性取得偵查對象之位置資訊時，則應屬強制處分<sup>26</sup>。實務上有持此論點，在個案中主張GPS偵查為任意處分之案例<sup>27</sup>。

主張GPS偵查屬於強制處分的主要理由包括：1. GPS偵查可在偵查對象不知情的狀況下，以簡單且低成本的方式，長期且規律地取得相對正確之位置資訊。不僅如此，透過儲存與分析偵查結果，可全面性解明偵查對象的交友關係、宗教、思想信條、興趣嗜好等個人資訊，無可否認為對個人隱私具重大侵害危險性之偵查手段<sup>28</sup>，甚且這些資訊檔案有被濫用其他目的的可能<sup>29</sup>；2. 前述的情況，個人片段的資訊被國家蒐集而得以詳細探知與掌握生活全貌時，人們將失去安心感與信賴感，身體行動自由與精神自由將被大幅度制約，此絕非輕微侵害<sup>30</sup>；3. GPS有持續取得資訊的特質，故除公開

25 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48号56頁（2016年5月）；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48号70-73頁（2016年5月）。

26 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48号46頁（2016年5月）；中谷雄二郎，同前註，56頁。

27 福井地方裁判所平成28年12月6日判決（LEX/DB 25544761）。

28 名古屋高等裁判所平成28年6月29日判決（LEX/DB 25543439）。

29 稲谷龍彦「情報技術の革新と刑事手続」井上正仁、酒巻匡編『刑事訴訟法の争点』有斐閣41頁（2013年12月）；大野正博「GPSを用いた被疑者等の位置情報検索」高橋則夫、寺崎嘉博、甲斐克則、川上拓一、松原芳博編『曾根威彦・田口守一先生古稀祝賀論文集（下）』成文堂485頁（2014年3月）。

30 三島聡「GPS装置による動静監視の解釈論的検討」刑事弁護89号119頁（2017年1月）。

場域外，可能取得具高度合理隱私期待之空間內之對象的位置資訊，有認知其位於該空間之危險，可能伴隨重大隱私侵害<sup>31</sup>；4.與傳統跟監不同，GPS偵查若出現類似跟丟的狀況，也不用費時費力重新尋找對象所在場所，也不用重頭到尾都注意位置資訊，可以透過儲存的檔案取得資訊<sup>32</sup>。在主張強制處分者中，又可區分為透過「檢證」規範GPS偵查之見解，與GPS偵查無法以檢證處理，應透過立法規範之見解，本文於後段（→肆、三、(一)）介紹之。

#### (二)最高裁之論點與疑義——GPS偵查侵害憲法保障之重要法益而屬於強制處分

對上述爭議，最高裁依昭和51年裁定所確立之判斷標準，認為GPS偵查之性質應屬強制處分。自「反於可合理推論其存在之個人意思且侵入私領域，應屬壓抑個人意思且侵害憲法上保障之重要法益」觀之，可知最高裁認為本案GPS偵查該當「壓抑個人的意思」之要件。接著，最高裁對日本憲法第35條之保障範圍進行實質解釋，認為「該條之保障對象，不限於明文規定之『住居、文書與所持物品』，解釋上應包含與其相當之私領域，皆享有不受侵入之權利，方屬相當」。因此，由於GPS偵查對該條保障私領域的侵入，可謂侵害該條保障之權利而滿足「侵害憲法保障之重要法益」之要件，性質上為強制處分。在進一步詳論前，有三點先予敘明：

1. 平成29年判決中，並未就GPS偵查的實施型態，區分其是否只是傳統跟監的輔助手段，而賦予相異的性質，明顯未採上述二分說。最高裁調查官亦對二分說提出質疑，認為客觀上、類型上能否

<sup>31</sup> 山本和昭「GPSを使用した証拠収集の適法性をめぐる二つの決定」專修ロージャーナル11号64頁（2015年12月）。

<sup>32</sup> 村井敏邦「GPS捜査の法的規律」刑事弁護85号86頁（2016年1月）。

將GPS偵查依是否為傳統跟監的輔助手段來分類，存有疑問<sup>33</sup>。再者，依照資訊取得後的儲存與分析情況來區分該GPS偵查為任意處分或強制處分，與憲法、刑事訴訟法中，實施處分當下即應有令狀之要求難以相容<sup>34</sup>。

2. 平成29年判決認定GPS偵查「反於可合理推論其存在的個人意思」，但如何推論其該當昭和51年裁定之「壓抑個人意思」要件，有待更詳細的解釋。

3. 平成29年判決異於昭和51年裁定，用語上未採較具體之「對身體、住居、財產等施加限制」，而是採用與學說相近之抽象用語：「侵害憲法上保障之權利」<sup>35</sup>。對此，本判決如何理解日本憲法第35條的保障對象、如何推論出該條保障對象為憲法上應保障權利，以及最重要者，如何劃定該保障之範圍及解釋其實質內涵，也有待詳細說明。

### (三)反於可合理推論其存在之意思與「壓抑個人意思」

昭和51年裁定將「壓抑個人意思」作為判斷強制處分性質的要件之一，但與該案不同，本案中的GPS偵查本質是在偵查對象不知情的狀況下秘密為之，故平成29年判決如何論述使GPS偵查該當此要件而構成強制處分，即有說明之必要。如前所述，學說上對此要件，主要有兩個解釋方向。權利侵害說將此要件解釋為「反於個人

<sup>33</sup> 同看法：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」論究ジュリスト22号146頁（2017年8月）。

<sup>34</sup> 伊藤雅人、石田寿一「最高裁大法廷時の判例（刑事、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的処分か）」ジュリスト1507号110頁（2017年6月）。

<sup>35</sup> 井上正仁，同註8，12頁。

意思」，故「反於個人可推論存在之意思」自然包含在此要件中<sup>36</sup>。二分說則區分處分行為態樣，認為昭和51年裁定的射程範圍僅及於直接對處分對象為處分之狀況（此時仍須達到壓抑個人意思的程度，才可構成強制處分），若處分對象不知情的狀況下，則以反於個人意思且侵害重要權利為基準，判斷是否構成強制處分<sup>37</sup>。

由於本案處分類型為對象不知情之GPS偵查，又由判決文字之「反於可合理推論其存在之個人意思」觀之，無論採何見解，皆該當「壓抑個人意思」而構成強制處分。若由該判決文字觀之，可謂與權利侵害說較為相近<sup>38</sup>。此外，該判決明示引用昭和51年裁定，且在判決文字中使用與該裁定相同之「壓抑個人意思」，故推論上並非二分說所採的「對象不知情時，只需反於個人意思，就成立強制處分」<sup>39</sup>，而是趨近於權利侵害說主張之「壓抑個人意思的概念本身就包含反於可推論存在之個人意思的情形，故本案之處分該當壓抑個人意思之要件，構成強制處分」<sup>40</sup>。若本判決之脈絡確實採權利侵害說，則在對象不知情的狀況下進行之處分，幾乎皆會反於可推認之個人意思，進而滿足「壓抑個人意思」之要件，在此狀況下，強制處分性質具備與否的判斷中，實質的判斷重心將放在「是否侵害憲法保障的重要權利」此點上<sup>41</sup>。

<sup>36</sup> 井上正仁，同註8，11頁。

<sup>37</sup> 川出敏裕『判例講座刑事訴訟法〔捜査・証拠篇〕』立花書房6-7頁（2016年3月）。

<sup>38</sup> 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444号77頁（2017年9月）。

<sup>39</sup> 中島宏「GPS捜査最高裁判決の意義と射程」法学セミナー752号12頁（2017年9月）。

<sup>40</sup> 堀江慎司，同註33，140頁。

<sup>41</sup> 池田公博，同註38，77頁。

#### 四個人隱私保障與「侵害憲法保障之重要權利」

##### 1. 平成29年判決對GPS偵查構成「侵害憲法保障之重要權利」之解釋脈絡

對於是否屬於強制處分的判斷，此判決參照昭和51年裁定的同時，將該裁定「身體、住居、財產」之文字，實質解釋為「憲法保障之重要權利」。依此解釋，是否構成強制處分，重點在於該被侵害權利、利益，是否屬於應為強制處分法定主義所保障之對象，屬於有必要透過包括令狀主義在內的嚴格法定要件與程序加以保障的重要權利、利益。此解釋脈絡可謂與前面說明強制處分與任意處分區分基準時，將重點放在「是否造成重要權利制約」的見解<sup>42</sup>相同<sup>43</sup>。

接著，對於本案GPS偵查是否構成對「憲法保障之重要權利」的侵害，此判決著眼於作為令狀主義根據的日本憲法第35條進行解釋。依該條文義，任何人都享有「住居、文書與所持物品，不被侵入、搜索與扣押之權利」，且該權利應受令狀主義之保障，若無基於正當理由核發，且明示搜索場所及扣押物之令狀，不得限制之。本判決從兩個面向進行解釋：第一點，將該條保障之範圍，不限於明文規定者，而是實質解釋為與住居、文書與所持物品相當的「私領域」。因此，該條所保障的權利，即可解釋為「享有『私領域』不受侵入的權利」；第二點，針對該權利是否屬於憲法所保障之重要權利，由於該權利為日本憲法第35條所保障者，又該條是令狀主義的依據，故可將該權利解釋為「享有非有令狀之核發，『私領域』不受侵入的權利」。換言之，該權利為受令狀主義保護者，屬於憲法所保障之重要權利。透過此解釋，此判決認為GPS偵查影響

<sup>42</sup> 井上正仁，同註8，12頁。

<sup>43</sup> 池田公博，同註38，75頁。

對象，是應有令狀核發方可干預之「『私領域』不受侵入的權利」。因為對此憲法保障之重要權利造成制約，故應屬強制處分，受到強制處分法定主義的限制。

關於此解釋方式中第二點，確實，如前所述，強制處分法定主義與令狀主義為不同的概念，各有其內涵與目的，可謂是自立法與司法兩種不同觀點，對強制處分進行控制<sup>44</sup>。而且，現行法中<sup>45</sup>並非所有強制處分皆須受令狀原則之規制。但此判決的解釋中，可發現二者的適用範圍有一致、重疊的可能，且此解釋方式明示二者的關係性，應值注意<sup>46</sup>。以下，將著重說明解釋方式的第一點，亦即將GPS偵查侵害之憲法上重要權利，界定為「享有『私領域』不受侵入的權利」的部分。

2. 是否構成侵害憲法上重要權利——以「是否侵入私領域」為基準

平成29年判決透過四點理由，推導出GPS偵查之強制處分性質：①-a.「可以檢索、掌握偵查對象車輛無時無刻的位置資訊，且其性質上也不限於對公有道路為之，個人隱私應受有效保障之場所與空間也包括在內，而可對於特定車輛及其使用者之所在位置與移動狀況，極為詳細地加以掌握」、①-b.「必然伴隨著對於個人行動持續地、全面性地掌握，故可對個人隱私產生侵害」；②與過往偵查方式不同，需「將能夠造成此種侵害的機器秘密裝置於個人所持有攜帶物品」；③「屬藉由公權力對於『私領域』之侵入之偵查

<sup>44</sup> 堀江慎司「令狀主義」法學教室268号15頁（2003年1月）。

<sup>45</sup> 如日本刑訴法中的「領置」。法院（日本刑訴法第101條）或偵查機關（日本刑訴法第221條）對於被告或其他人遺留物，或所有人、持有人、保管人所任意提出之物，得無令狀暫時扣留。

<sup>46</sup> 松田岳士「令狀なしのGPS捜査が違法とされた事例」刑事弁護91号103頁（2017年7月）；堀江慎司，同註33，140頁；宇藤崇「捜査のためにGPSを使用することの適否について」法學教室440号152頁（2017年5月）。

方式」；④「藉由秘密裝置可能侵害個人隱私之設備於所持物品，反於可合理推論其存在之個人意思且侵入『私領域』之偵查方式」<sup>47</sup>。

由理由③④觀之，其將GPS偵查與跟監或對公有道路上車輛之攝影等任意處分的區分重點，亦即是否造成憲法上保障權利的侵害，放在「是否侵入私領域」，判斷是否侵害日本憲法第35條保障之「享有『私領域』不受侵入的權利」。但仍有若干問題須補充解釋：

(1)「享有私領域不受侵入的權利」之內涵為何，此涉及日本憲法第35條的保障對象為何。

(2)此判決中最高裁首次使用「私領域」之用語<sup>48</sup>，其意義為何。

(3)此判決並非由持續性、全面性的掌握個人資訊（理由①）直接推論出強制處分之性質，而是特別於理由②④中加入秘密裝置GPS追蹤器等可能侵害隱私之設備於對象所持物品之行為（下稱「裝置行為」），將其作為區分GPS偵查與傳統跟監進而認定其強制處分性質的理由之一，也將此判決射程限於透過裝置行為進行GPS偵查的狀況，裝置行為的意涵為何。

3.「享有私領域不受侵入的權利」與日本憲法第35條保障之對象

平成29年判決將日本憲法第35條保障之權利解釋為「享有私領域不受侵入的權利」，為說明該「私領域」之意涵，本段先釐清該條保障對象為何。對此，有少數說認為不應窄化該條之保障範圍於財產權或個人隱私。由該條文字觀之，應理解為保障個人具有排他

<sup>47</sup> 井上正仁「GPS搜查」井上正仁、川出敏裕、大澤裕編『刑事訴訟法判例百選（第十版）』有斐閣67頁（2017年4月）。

<sup>48</sup> 笹田榮司「GPS搜查と憲法35条」法学教室442号123頁（2017年7月）。

性支配的「固有領域（財產與物權）」與要求秘密應受保護之「私領域」不受侵入之權利<sup>49</sup>。但目前主流學說多將該條保障對象著重於保障隱私的面向，認為該條權利保障範圍之重點，已由對明文規定之「住居、文書與所持物品」的占有及利用等所謂財產權乃至於物權的權利保障，轉向保障個人隱私等無形的權利及價值。如有論者認為該條保障法益為隱私權<sup>50</sup>，或有論者認為該條著重者為持有財產之資訊保護與隱私保護<sup>51</sup>。依此解釋，對有隱私保障必要之場所或空間產生隱私侵害之處分，皆有該條適用<sup>52</sup>。換言之，沒有合理的理由可支持將該條適用對象必然限定於刑訴法上之搜索扣押。相反地，透過該條可將令狀主義對於不應受侵犯權益的保障範圍，擴及於住居、文書與所持物品外的私人生活上利益，應屬妥當解釋<sup>53</sup>。

此外，日本實務上也已可見自隱私保障的角度，討論偵查行為是否構成強制處分的案例。如在監聽法立法前，針對電話監聽，最高裁平成11年12月16日裁定（下稱「平成11年裁定」）<sup>54</sup>認為其侵害通信秘密與個人隱私，屬於強制處分，須透過檢證令狀實施之。此外，針對使用X光掃描包裹，最高裁平成21年9月28日裁定（下稱「平成21年裁定」）認為可透過掃描知曉包裹內容物的形狀與材質，並進而相當程度特定該物品項，應屬對寄送人與寄送內容物隱私的重大侵害，屬於具檢證性質之強制處分，須透過檢證令狀方可

49 松田岳士，同註46，101頁。

50 堀江慎司，同註44，14頁。

51 渥美東洋『刑事訴訟における自由と正義』有斐閣168頁（1994年11月）。

52 井上正仁，同註8，62頁；酒卷匡，同註20，105頁。

53 池田公博，同註38，75頁；酒卷匡，同註20，104頁。

54 最高裁判所平成11年12月16日第三小法庭裁定（LEX/DB 28045259）。

為之<sup>55</sup>。本案中，本判決認為GPS偵查侵害日本憲法第35條所保障之「享有私領域不受侵入的權利」，故可將GPS偵查所侵害之權利實質理解為個人隱私<sup>56</sup>，亦即將GPS偵查理解為「可能侵害隱私」類型的偵查方式<sup>57</sup>。在此基礎上，「私領域」之意涵也應從隱私保障的角度來理解之。

#### 4. 「私領域」之意涵——自GPS偵查不同行為階段與態樣思考之

平成29年判決使用「私領域」一詞，認為日本憲法第35條所保障者為私領域不受侵犯之權利，但該「私領域」的意涵仍有爭議。由於是否成立強制處分，判斷重點並非GPS偵查實際上是否從私領域取得資訊，或實際上對某對象取得某程度的位置資訊，而是透過什麼形式的類型化手段可能侵害憲法保障的重要權利<sup>58</sup>。故以下自此判決提及的GPS偵查中不同的行為類型——裝置設備、持續且全面地取得資訊、從隱私應受保障領域取得資訊——出發，透過與憲法第35條及隱私保障之關係，解析此概念。

##### (1) 著重觀察「裝置行為（理由②）」之解釋方向

###### ① 概 說

由於理由②中，認為裝置行為是GPS偵查與傳統跟監的區別所在，並據此肯定GPS偵查的強制處分性質，故第一種解釋方法是將「侵入私領域」著重在裝置行為，將該行為理解為「侵入」，將秘密設備裝置於所持物品理解為「侵入私領域」，認為GPS偵查的法益侵害發生在裝置設備於個人所持物品（本案為車輛），導致財產

55 最高裁判所平成21年9月28日第三小法庭裁定（LEX/DB 25441230）。

56 伊藤雅人、石田寿一，同註34，111頁。

57 前田雅英「最新刑事判例研究（第39回）いわゆるGPS捜査の合憲性」捜査研究798号39頁（2017年6月）。

58 綠大輔「最高裁判例と強制処分法定主義、令状主義」指宿信編『GPS捜査とプライバシー保護（第三部第一章）』現代人文社197頁（2018年4月）。

或物的完整性受侵害。在此解釋中，著眼與財產權侵害的面向，將私領域的範圍特定在所持物品，與日本憲法第35條中「住居、文書與所持物品」的明文規定最相符。此外，從「侵入私領域」的字面來看，意思也最接近裝置追蹤器在車輛之行為。

②比較法上著重裝置行為者——United States v. Jones案

GPS偵查中，著重於裝置行為者，比較法上最知名的當推美國的United States v. Jones案（下稱「Jones案」）。該案中，檢警為偵辦毒品案件，於被告Jones登記於妻子名下的汽車安裝GPS追蹤器，向美國聯邦哥倫比亞特區聯邦地方法院聲請令狀。法院審查後，授權檢警在哥倫比亞特區於令狀核發後十天內安裝追蹤器。但檢警直到第十一天才於令狀許可區域外的馬里蘭州安裝該追蹤器於汽車底盤。之後的二十八天中，檢警使用該追蹤器追蹤汽車行蹤，中途也曾更換沒電的裝置，最終獲得約2,000頁的車輛位置相關記錄，並將該資訊作為起訴Jones之證據。本案重點在於GPS偵查是否屬於聯邦憲法增修條文（下稱「增修條文」）第4條之搜索，而多數意見與Alito、Sotomayor兩位大法官協同意見書的差異，正反映了認定基準的差別。

首先，說明Jones按多數意見所採之財產權基準。於Olmstead v. United States案中，針對警察透過在被告住家與辦公處所電話線安裝竊聽設備以取得通訊內容，聯邦最高法院著重於對空間與財物之保障，防止政府機關的侵入，故將增修條文第4條之搜索範圍，限定於該條文所示之有體物，認為警察行為未有物理性侵入，也未造成有體物之財產權侵害，故非屬該條適用範圍之搜索<sup>59</sup>。此即為以財產權基準，也就是財產權侵害法則（the trespass doctrine），認定是否構成搜索。之後案件中，也有採相同法理者，認為搜索要

<sup>59</sup> Olmstead v. United States, 277 U.S. 438 (1928).

件包括「物理性侵入」與「對有體物造成侵害」二者<sup>60</sup>。但亦有案件針對透過電子監聽設備插入牆壁竊聽屬於無體物對話之行為，著眼於物理性侵入之要件，認為該行為仍構成增修條文第4條之搜索<sup>61</sup>。Jones案多數意見（Scalia大法官主筆）也採此基準，認為增修條文第4條的保護對象依然包括財產權<sup>62</sup>，當政府為了取得資訊之目的，透過裝置行為占有私人財產時，此種對私人財產的物理性侵入，即已構成增修條文第4條意義下之搜索<sup>63</sup>。

不同於上開財產權基準，美國判決中另有隱私權基準存在。Katz v. United States案（下稱「Katz案」），針對警察在公用電話亭外之電話線，安裝竊聽器材以取得被告通話內容，該判決改自隱私權基準，亦即合理隱私期待（reasonable expectation of privacy）之觀點，認為「憲法所保障之對象為人，而非地方」，故不問竊聽行為是否侵入電話亭本身，或電話亭外觀是否透明，當竊聽行為涉及當事人合理隱私期待時，構成增修條文第4條之搜索<sup>64</sup>。依該案Harlan大法官協同意見書，合理隱私期待之判斷基準內涵有二：第一，被搜索對象在主觀上表現出隱私期待；第二，一般大眾認為其屬於合理之隱私期待<sup>65</sup>。

以此為前提，聯邦最高法院對於合理隱私期待如何適用於使用傳統無線電波追蹤器進行追蹤跟監的案件，提出區分公私領域之判斷標準：若被告在公有道路上行駛時，代表其自願將其行蹤揭露給任何想要知曉其位置之人。此外，警察原本即可在同一地點，合法

<sup>60</sup> Goldman v. United States, 316 U.S. 129 (1942).

<sup>61</sup> Silverman v. United States, 365 U.S. 505 (1961).

<sup>62</sup> United States v. Jones, 565 U.S. 409 (2012).

<sup>63</sup> *Id.* at 404-05.

<sup>64</sup> Katz v. United States, 389 U.S. 352-53 (1967).

<sup>65</sup> *Id.* at 361 (Harlan, J., concurring).

透過目視觀察、追蹤其行蹤。故使用科技設備，不會改變該跟監行為之性質。因此，被告不得對在公共道路上之行蹤，主張其享有合理隱私期待<sup>66</sup>。反之，若以監視為目的，使用無線電追蹤器於私人住宅等具有合理隱私期待的處所，因可得知住宅內是否放有設置追蹤器的桶子，並掌握桶子移動狀況等原本透過目視無法得知之資訊，故屬增修條文第4條之搜索<sup>67</sup>。但此區分之合理性，仍有疑義，後者狀況中，聯邦最高法院就認為當使用長期的連續的拖網式（dragnet）搜索時，可能產生其他合憲性問題，須適用其他憲法原則來解釋、適用增修條文第4條之內涵<sup>68</sup>。

Jones案中，Alito大法官與多數意見相異，認為最高法院於Katz案已不再採用財產權基準，財產權是否被侵害只是判斷是否侵害合理隱私期待的考量因素之一，並非構成搜索的條件。此外，使用財產權基準時，一來會因為財產關係的變動，導致判斷是否構成搜索之基準浮動，二來可能發生警察在他人車輛安裝GPS追蹤器進行短暫時間的跟監時構成搜索，反之若不使用追蹤器來進行長期跟監時，卻不會構成搜索的不合理適用結果。因此，仍應以合理隱私期待為基準，認定本案的偵查行為構成搜索。但在考量是否侵害合理隱私期待時，應考量時間因素與犯罪類型，使用GPS追蹤器在短期間內監控特定人在公有道路的行蹤，並未違反合理隱私期待，但在大多數犯罪類型中（most offenses），使用GPS追蹤器進行長期間的跟監，由於多數人認知警察無法秘密得知特定人長期間的行蹤，故應屬侵害合理隱私期待<sup>69</sup>。

<sup>66</sup> United States v. Knotts, 460 U.S. 276-83 (1983).

<sup>67</sup> United States v. Karo, 468 U.S. 705-15 (1984).

<sup>68</sup> Knotts, 460 U.S. at 283-84.

<sup>69</sup> Jones, 565 U.S. at 424-27 (Alito, J., concurring).

此外，Sotomayor大法官的協同意見書中，一方面認為財產權保障，特別是人民對其所有或控制之財產所得享有之隱私期待的保障，仍屬增修條文第4條之保障範疇，對此領域為物理性入侵自可構成該增修條文之搜索。另一方面也肯認在不伴隨財產侵害的非物理性監控中，如以GPS追蹤器為長期跟監，仍可適用Katz案確立的隱私權基準，認定其侵害合理隱私期待。此外，縱然是短期跟監，由於GPS追蹤器可全面且精確記錄個人位置，內容可包括個人的家庭、政治、專業、信仰甚至性生活之資訊，國家可儲存這些資訊，並事後分析其內容，獲取需要的情資。如此一來，對於在公共場所的行蹤資訊，透過具有低成本、隱密與方便使用等特質之GPS追蹤器，被全面、完整地記錄與分析，人們是否能夠合理預期到、對此有無合理隱私期待，成為需討論的問題。最終，針對「第三方法則」(the third party doctrine)<sup>70</sup>，其也提出數位化時代的反思。進入數位化時代後，人們在日常生活中，必然要向他人透露大量的個人資訊，人們對這些資訊是否可合理期待被轉透露給第三方，或者是否能接受政府在毫無令狀的情況下取得相關記錄，仍有待釐清<sup>71</sup>。

### ③問題所在

此解釋方法有幾個問題存在。第一，平成29年判決特別將憲法該條的保障範圍，從住居、文書與所持物品，擴張到與其相當之私領域，並以此作為GPS偵查侵害之憲法上權利及構成強制處分之理由。若依上開解釋，將私領域範圍特定在原本就屬於憲法該條保障

<sup>70</sup> 此法則為合理隱私期待理論的派生法則之一，若個人自願將特定資訊交付於他人時，則必須承擔該人對外向第三方揭露該資訊的風險，故對該資料無合理隱私期待。因此，包括政府在內的第三方從該他人處取得該資訊之行爲，也不會構成增修條文意義下之搜索。See *Smith v. Maryland*, 442 U.S. 735 (1979).

<sup>71</sup> *Jones*, 565 U.S. at 414-18 (Sotomayor, J., concurring).

範圍之所持物品，與該判決的解釋難謂相符，且最高裁也沒有擴張解釋該憲法條文的必要<sup>72</sup>。第二，不區分裝置行為的方式與狀況，一律認為該行為侵害財產或物品完整性，構成對憲法保障物品的侵入行為，此解釋容有疑義<sup>73</sup>。第三，將侵害對象特定於所持物品，著重於財產權侵害的面向，以之為GPS偵查構成強制處分的主要根據，顯然忽略該判決中透過理由①-a.與①-b.描述GPS偵查對於個人資訊取得與隱私權侵害，並以此區分GPS偵查與傳統跟監的論述<sup>74</sup>。最終，從比較法觀點來看，此解釋與Jones案取徑相同，皆無法免於事理判斷輕重失衡的批評，故此解釋並不妥當<sup>75</sup>。本文也認為，若依日本憲法第35條解釋「私領域不受侵犯之權利」所保障者為個人隱私時，著重在裝置行為對財產權之影響，顯與該意旨不合。且僅著重裝置行為而未考量其後續資訊取得行為時，僅該裝置行為所侵害之個人隱私，是否足以該當憲法所保障之重要權利，進而肯認強制處分性質，容有疑義。最高裁調查官也認為不應將被侵害利益的內涵界定為「作為私領域之自動車不被侵入的權利」<sup>76</sup>，明顯採相同立場。

另一個可能的解釋同樣將裝置行為理解為「侵入」，但將「私領域」解釋為「個人隱私應受有效保障之場所與空間」，而非侷限於所持物品，將侵入私領域解釋為「本來不應存在於該空間的異物，附加於該空間中」。但是，第一，僅是異物物理性地進入私人空間，難以構成重大的法益侵害；第二，從GPS偵查的性質來看，造成法益侵害的並不是「侵入該空間」，而應是取得該空間中的相

<sup>72</sup> 堀江慎司，同註33，141頁；井上正仁，同註47，67頁。

<sup>73</sup> 堀江慎司，同註33，141頁。

<sup>74</sup> 堀江慎司，同註33，141頁；井上正仁，同註47，67頁。

<sup>75</sup> 井上正仁，同註47，67頁。

<sup>76</sup> 伊藤雅人、石田寿一，同註34，110頁。

關資訊，故此解釋方向亦不可採<sup>77</sup>。

(2) 著重觀察「對私領域中相關位置資訊之取得行為（理由①-a.）」之「隱私場域說」

① 解釋重心——私領域係指「個人隱私權應受有效保障之場所與空間」

反對第一種解釋方向的論者中，有將「私領域」的概念與理由①中論及的隱私相連結，認為私領域實質上指的就是隱私，著重觀察取得私領域中相關資訊之行為的看法（下稱「隱私場域說」）。此看法認為只是對於個人行動持續地、全面性地掌握（理由①-b.），還不足以構成對私領域之侵入，必須一併觀察「不限於對公有道路為之，個人隱私應受有效保障之場所與空間也包括在內，而可對於特定車輛及其使用者之所在位置與移動狀況，極為詳細地加以掌握（理由①-a.）」此段，應以掌握「個人隱私應受有效保障之場所與空間」中相關之位置資訊所造成之隱私侵害為核心，持續且全面地掌握此種場所與空間中追蹤對象的位置資訊時，始構成對私領域之侵入。結論上，所謂「私領域不受侵犯之權利」，應解為「個人隱私應受有效保障之場所與空間不受侵犯之權利」。

故平成29年判決雖然也意識到大量蒐集個人資訊伴隨的危險（理由①-b.），但將是否侵入私領域判斷的重心，放在是否可能構成對「隱私應受強力保障之空間」相關之隱私侵害，且以此區分GPS偵查與傳統跟監方式，認為GPS偵查相較於傳統跟監，會更進一步侵害「隱私應受強力保障之空間」中的隱私，故屬於強制處分<sup>78</sup>。而GPS偵查比傳統跟監產生更多侵害的理由在於，GPS追蹤器裝置之後，不同於傳統跟監能選擇監視的場域，偵查機關無法選

<sup>77</sup> 堀江慎司，同註33，144頁。

<sup>78</sup> 井上正仁，同註47，67頁。

擇追蹤器所在位置，而是被動地由監視對象決定監視的場域為何，故難以避免對隱私應受保障領域產生侵害。換言之，GPS偵查與傳統跟監的差異，就在於對私領域侵害，欠缺迴避可能性<sup>79</sup>。因此，即使利用電子機器進行持續性、全面性的大範圍監視與資訊取得，若對象可限定在公有道路等對不特定多數人公開之場所中的人、車位置與移動資訊，幾乎不會取得「隱私應受強力保障之空間」的相關資訊時，則不會構成強制處分<sup>80</sup>。「隱私場域說」著重「隱私應受強力保障之空間」，也與日本憲法第35條明文的「住居」及平成29年判決所提及的「和住居相當之私領域」的意義相符。

②裝置行為之意涵<sup>81</sup>

由於GPS偵查中各行為間互有關聯，故解釋「私領域」的意涵時所著重的行為階段或態樣不同，也會影響對裝置行為性質的解釋。此處先說明將私領域內涵的解釋著重在「對私領域中相關位置資訊之取得行為」的觀點下，裝置行為的意涵為何。

此見解將構成強制處分的重點置於該行為造成憲法上重要權利、利益之侵害<sup>82</sup>，若從GPS偵查侵害憲法上保障法益而構成強制處分的角度出發，平成29年判決以裝置行為作為構成強制處分的理由之一，必然是此行為可使GPS偵查之侵害達到侵害憲法保障法益的程度。由於GPS偵查侵害私領域的核心在於其取得應受隱私強力保障之場所相關之資訊，透過侵害隱私之裝置，可使偵查機關在不知情的偵查對象與安裝裝置之持有物品一同移動時，無時無刻掌握

<sup>79</sup> 池田公博，同註38，76頁。

<sup>80</sup> 井上正仁，同註47，69頁。

<sup>81</sup> 雖然本判決著眼於裝置行為進而認定強制處分性質，但並不代表在欠缺裝置行為的處分中，即否定其構成強制處分之可能。見：伊藤雅人、石田寿一，同註34，111頁。

<sup>82</sup> 井上正仁，同註8，12頁。

其位置與移動資訊，當然也包括在隱私應受強力保障之場所中之資訊。而裝置行為的意義，即在於產生前述之狀態<sup>83</sup>。換言之，要可能取得隱私應受保障領域中的資訊，造成該領域不受侵害之權利的侵害，須透過裝置行為安裝追蹤器來達成（裝置追蹤器→可能取得隱私應受保障領域之資訊→可能侵害私領域不受侵入的權利）。綜上述，當有可能導致隱私應受保障領域之資訊被取得的裝置行為時，即構成強制處分，或至少可將裝置行為看成侵入私領域之著手行為<sup>84</sup>。

依此推論，縱使GPS偵查僅作為傳統跟監之輔助措施，僅取得非持續而片斷之資訊，惟若該裝置行為造成對隱私應受強力保障之場所之侵入時，與二分說認為應構成任意處分的結論不同，仍構成強制處分<sup>85</sup>。此外，若該裝置並非事後秘密安裝，可能是得到所有者同意而裝有GPS裝置之物品或原本就附加有該等功能之車輛與行動電話，在未被察覺的狀況下交給偵查對象時，由於隱私侵害或私領域入侵與否的判斷，本來就不以安裝行為本身的法益侵害性為重點，而是著重在偵查機關是否可取得隱私應受強力保障之場所相關的資訊，進而導致隱私侵害的狀態，故縱然沒有秘密安裝行為，該GPS偵查仍可構成強制處分<sup>86</sup>。

### ③對「隱私場域說」之疑問與批評

對此見解，學說上仍有若干疑問或批評。首先應確定的是，「隱私應受強力保障之空間」中的位置資訊，其內容與可取得之程度為何。有論者認為從GPS追蹤器的精確度來看，未必可取得偵查

83 伊藤雅人、石田寿一，同註34，111頁。

84 池田公博，同註38，76頁。

85 井上正仁，同註47，67頁。

86 井上正仁，同註47，69頁。

對象於該空間中各處的所在位置與移動狀況，且將追蹤器裝置於車輛的情形中，包括該空間內部狀況，以及個人離開車輛後在該空間內的移動狀況，都是無法被探知的。故本判決中所指涉的私領域中的資訊，應非該偵查對象於該空間內精確的所在位置與移動情形，而僅能掌握偵查對象「是否位於該空間」<sup>87</sup>。

接著，上述的位置資訊類型，是否果真屬於憲法保障的重要法益，是否應透過對強制處分的嚴格法律規範加以保障？以平成21年裁定為例，被認定為強制處分之X光掃描，可探知內容為包裹內容物形狀與材質，且相當程度可特定該物品項目。對比該探知的內容，GPS偵查僅是取得對象物或人是否在私人場域之資訊，對隱私之侵害難謂達到X光掃描同等程度，但二者皆被認定具強制處分之性質。反之，以警察進行警察職權行使法（下稱「警職法」）的職務訊問時伴隨的對所持物品的檢查為例<sup>88</sup>，最高裁認為打開未上鎖的包包後一瞥而過的檢查行為，並非強制處分。但對比其內容，包包內部應屬私有空間，即使是一瞥而過，也同樣可取得該空間中是否存在哪些物品的資訊，其對於隱私的侵害並不小於GPS偵查，但二者被認定為具有不同性質。確實，未上鎖的包包與GPS偵查所欲探查的私人場域有其差異，後者更接近於物品有上鎖的狀態，直接類比未必妥當。但由上開比較可知，GPS偵查中對私領域相關資訊之取得，是否必然侵害憲法保障之法益，仍有討論空間<sup>89</sup>。

最後，由於此見解著重於隱私應受保障之私有空間，故必須回應的疑問是：「私有空間中的位置資訊與公共空間中的位置資訊是否有本質上差異？對於二者法益侵害度的差異是否足以作為區分任

<sup>87</sup> 堀江慎司，同註33，142頁。

<sup>88</sup> 最高裁判所昭和53年6月20日第三小法庭判決（LEX/DB 27682160）。

<sup>89</sup> 堀江慎司，同註33，143頁。

意處分與強制處分的基準？」。一般常見的理由為公有空間中的位置資訊，通常可透過目視蒐集，故即使非以目視，而是透過GPS追蹤器蒐集時，也並未構成重要法益的侵害。惟若GPS偵查僅是探知偵查對象「是否在某私有空間中」，事實上透過目視也可獲知相同資訊。雖然目視無法認定對象就在該空間中，但可透過觀察出入狀況，判斷偵查對象在該空間中的始期與終期，進而達到相同效果。此外，透過掌握偵查對象是否位於某私有空間，可能得進一步分析其行動模式、交友關係與思想信仰，但在公有空間中，仍會有相同狀況發生，甚至可更廣泛掌握資訊、進行分析。因此，當GPS偵查取得者限於「是否在某空間」的資訊時，公有空間取得或私有空間取得的資訊間，法益侵害上難謂有明顯差異。若是如此，則此見解將私領域解釋為「個人隱私應受有效保障之場所與空間」的論點，將失其論據<sup>90</sup>。

(3) 著重觀察「持續性、全面性掌握行動資訊（理由①-b.）」之「資訊質量說」

① 相關美國法上概念——馬賽克理論（The Mosaic Theory）

由於「資訊質量說」與美國之馬賽克理論相關，故先簡介該理論。該理論係指透過資訊的蒐集，原本沒有價值的個個斷片資訊，就像個別且細小的磁磚，但透過資訊的累積，分析之後瞭解彼此相關性，可進而知悉一個人生活中整體性的細節，如同集合磁磚進而描繪出一幅馬賽克鑲嵌畫。在Jones案之下級審United States v. Maynard案中，法院透過該理論，認為連續二十八天進行GPS監視，將許多原本不屬於搜索的行為集合在一起後，所累積的行動資訊的集合，遠比個別舉止的總和，能揭露更多個人私密的資訊，此時已不只是「量」的差異，而是「質」的不同，透過累積資訊分析

<sup>90</sup> 堀江慎司，同註33，144頁。

形成可期待任何人都難以掌握的個人詳細生活方式<sup>91</sup>，違反合理隱私期待而質變為增修條文第4條之搜索<sup>92</sup>。前述Alito大法官的意見，即可被歸類為類似此理論的解釋取徑。

但是，雖然此理論擴大隱私保障之範圍，卻也遭受下開批評：第一，傳統透過目視或攝影的傳統跟監，也同樣可以透過長期監視與累積資訊，分析並掌握偵查對象的生活全貌。換言之，透過斷片的資訊蒐集進而掌握事件全貌的情形，並不限於GPS偵查才會發生。考慮到最終造成的權利侵害並無不同，GPS偵查與多被認定為任意偵查的傳統跟監有何明顯差異，有待說明<sup>93</sup>。第二，多長時間的偵查、累積到何種程度的資訊，才算侵害合理隱私期待的標準不明確。適用證據排除法則時，排除範圍應及於蒐集到的全部證據，抑或排除過度侵害的部分即可，也有疑問<sup>94</sup>。

②解釋重心——重點不在公私領域，而在持續性、全面性取得資訊

認為僅是取得偵查對象是否存在特定空間之資訊，並未達到重大法益侵害的論者，認為真正導致重大法益侵害的，是持續性、全面性取得這些資訊的行為。雖然平成29年判決未明言論及馬賽克理論，但「持續性、全面性掌握行動資訊」之觀點可謂與該理論相近，皆著重在長期且數次取得偵查對象的位置與移動資訊，並透過

<sup>91</sup> United States v. Maynard, 615 F.3d 544-68 (2010).

<sup>92</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，頁905-906，2015年9月。

<sup>93</sup> David Gray & Danielle Keats Citron, *A Shattered Looking Glass: The Pitfalls and Potential of the Mosaic Theory of Fourth Amendment Privacy*, 14 N.C.L. & TECH. 381, 404-05 (2013).

<sup>94</sup> 李榮耕，同註92，頁924；Orin S. Kerr, *The Mosaic Theory of the Fourth Amendment*, 111 MICH. L. REV. 311, 329-42 (2012).

儲存及分析資訊，掌握偵查對象生活模式等重要情報<sup>95</sup>。在此觀點下，資訊取自公領域或私領域並非區分的重點，也不影響侵害法益之程度，因為不論公私領域取得者，透過累積與分析，對分析個人生活與行動模式都同等重要<sup>96</sup>。換言之，判斷是否構成強制處分的基準並非場域的公私性質，僅是侵入私領域取得資訊也不足以構成對憲法第35條之侵害，重點在於是否「持續且全面地」取得資訊<sup>97</sup>。故「侵入私領域」之意涵應解為掌握個人行動的重要資訊而實質介入個人私生活之監視行為<sup>98</sup>。

### ③裝置行為之內涵

由於重點為持續性、全面性取得資訊，故裝置行為的意義，在於透過此行為使持續且全面取得資訊成為可能。因此，重要的並不是裝置設備於對象此行為本身，重要的是被裝置的設備須為可持續且全面取得資訊，進而侵害個人隱私者<sup>99</sup>。應注意者，縱然未裝置此種設備，若透過其他方式持續且全面取得資訊，仍可能構成強制處分<sup>100</sup>。

### ④對「資訊質量說」之質疑及其回應

主張「隱私場域說」的論者認為，確實在持續且全面地取得資訊時，有難以判斷取得資訊之性質是否與該空間相關的問題，但平成29年判決與馬賽克理論不同，該理論在日本也非有共識之見解，

<sup>95</sup> 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50頁（2017年6月）；中島宏，同註39，13頁。

<sup>96</sup> 三島聡，同註30，119頁。

<sup>97</sup> 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6頁（2017年8月）。

<sup>98</sup> 堀江慎司，同註33，145頁。

<sup>99</sup> 尾崎愛美，同註97，6頁。

<sup>100</sup> 堀江慎司，同註33，145頁。

故私領域之侵入不應解為來自於長期蒐集大量資訊細節拼湊出偵查對象的生活全貌與個人圖像，而應著重於對應受隱私保障之空間的資訊取得<sup>101</sup>。且如前述，馬賽克理論本身尚有難以說明GPS偵查與傳統跟監有何差異之問題，以及何種程度的資訊蒐集才構成隱私侵害的明確性不足之問題<sup>102</sup>。對前一個問題，「資訊質量說」認為GPS偵查與傳統跟監不同，能較確實地取得對象車輛位置資訊，追蹤失敗的可能性較小，且可耗費較少勞力取得較大量資訊來進行分析，形成偵查對象行動與生活資訊全貌的可能性較高，對偵查對象產生重大法益侵害。另外，「資訊質量說」認為GPS偵查必然伴隨持續且全面地資訊取得，故自開始使用GPS設備追蹤的時點開始，就具有侵害法益的高度可能性，故從該時點開始就需要透過令狀主義進行事前的規制<sup>103</sup>。

### 三、GPS偵查與現行刑事訴訟法下各種強制處分之關係

#### (一)GPS偵查可否該當現行法中強制處分類型之爭議

原則上，須有可以正當化「沒有使用令狀的必要」的事由存在時，才可能允許無令狀強制處分，例如現行犯逮捕時，須犯人與犯罪行為明顯可特定且有應緊急逮捕的必要性。但自平成29年判決認為GPS偵查「在一般情況下，也難以與現行犯逮捕此種無需令狀之處分等同視之，故應解釋為若無令狀時不得實施之處分」觀之，考慮到日本憲法第35條對於令狀原則採取嚴格形式的正面規定，僅有明文規定之同法第33條例外狀況才允許無令狀逮捕<sup>104</sup>，既然難以

<sup>101</sup> 井上正仁，同註47，67頁。

<sup>102</sup> 池田公博，同註38，77頁。

<sup>103</sup> 堀江慎司，同註33，146頁。

<sup>104</sup> 井上正仁，同註8，76頁。

認定GPS偵查時具備正當化無令狀強制處分之事由，無論如何彈性地解釋憲法與刑訴法相關規定，作為強制處分之GPS偵查，應無允許無令狀為之的可能<sup>105</sup>。因此，接著爭議在於，以GPS偵查為強制處分為前提，現行法有無其可適用的強制處分類型。

#### 1. 以檢證令狀進行GPS偵查之肯定說

透過檢證令狀允許實施GPS偵查之見解，主要理由如下：(1)透過目視瞭解顯示於行動電話上的位置檢索結果，至少具有檢證之性質<sup>106</sup>。且裝置行為，應可理解為日本刑訴法第129條之「必要處分」<sup>107</sup>；(2)GPS偵查之權利侵害程度顯著較低；(3)從刑事訴訟目的觀之，對應於作為強制處分法定主義對象的犯罪現象與須獲取之資訊種類的變化，偵查方式也會發生改變。若並未背離文脈時，應避免過度僵化地一律禁止實施新型態偵查方式。例如監聽法立法前，即允許透過檢證令狀實施之監聽<sup>108</sup>；(4)若事前審查偵查目的的正當性、足夠犯罪嫌疑、透過偵查可獲得有助於偵查目的之位置資訊的可能性、為達成偵查目的之必要性與偵查方式得相當性，在檢證令狀上「應檢證場所或物品」的記載中，特定資訊蒐集的對象車輛、期間、實施方式與GPS追蹤器的裝置期間，並對應於GPS偵查的目的與實施方式，附加禁止目的外使用等必要條件，並以事後告知取代事前提示令狀時，應可以檢證令狀實施GPS偵查<sup>109</sup>。

但採肯定說之判決也有注意到GPS偵查的特殊性，認為以檢證方式實施GPS偵查時，應以何種方式替代令狀的事前提示，如何特

<sup>105</sup> 井上正仁，同註47，68頁；伊藤雅人、石田寿一，同註34，111頁。

<sup>106</sup> 東京地方裁判所立川支部平成28年12月22日決定（LEX/DB 25544851）。

<sup>107</sup> 日本刑訴法第129條：「檢證，得為身體檢查、屍體解剖、發掘墳墓、破壞物品與其他必要處分。」

<sup>108</sup> 同註54。

<sup>109</sup> 山本和昭，同註31，68-69頁。

定檢證的對象與期間，仍有待法律解釋加以解決。並認為根本之道在於對GPS偵查，檢討相關立法措施，而趨近於否定說立場<sup>110</sup>。這種先透過適當法律解釋處理GPS偵查實施的難題，再期望以立法措施進行完善規範的論述脈絡，與平成29年判決乃至於最高法院判決，可謂相當相似。

## 2. 以立法措施規範GPS偵查之否定說

否定說的立論主要在著眼於GPS偵查就資訊儲存、分析與利用所造成的利益侵害，其可低成本儲存大量資訊，事後有濫用於其他用途的可能。故如何管理、運用透過此方式取得之資訊，如何適當控制資訊蒐集的量，成為主要問題。但透過令狀可能難以解決前述問題，應有在立法層次規範之必要<sup>111</sup>。

## (二) 日本判例的趨勢與平成29年判決的意義——回歸強制處分法定主義

雖然依強制處分法定主義的要求，禁止實行刑訴法未規定之強制處分。但最高裁對新型態強制處分的准否，向來採取較彈性的解釋，在現行法中尋找可對應的條文加以適用。以日本現行法中未明文規定的強制採尿為例，最高裁於昭和55年10月23日裁定中（下稱「昭和55年裁定」），著眼於體內尿液作為犯罪證據而強制採取的目的，認為應透過搜索扣押令狀實施該處分，但考慮採尿與一般搜索扣押相異，故要求應準用與身體檢查令狀相關的日本刑訴法第218條第6項<sup>112</sup>，必須在令狀記載「醫師以醫學上認為相當之方法

<sup>110</sup> 名古屋高等裁判所平成28年6月29日判決（LEX/DB 25543439）。

<sup>111</sup> 笹倉宏紀「捜査法の体系と情報プライバシー」刑法雑誌55卷3号441-443頁（2016年5月）；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77頁（2015年5月）。

<sup>112</sup> 日本刑訴法第218條第6項：「法官，對於身體檢查，得附加認為適當之條

實施處分」之條件<sup>113</sup>，可謂透過判例，創造出現行法不存在之強制處分類型<sup>114</sup>。此外，以電話監聽為例，最高裁在監聽法立法前，於平成11年裁定中，認為監聽是透過聽覺知曉通話內容，具有檢證性質。故針對重大犯罪，若犯罪嫌疑人有足夠犯罪嫌疑，且該通話有與犯罪嫌疑事實相關之蓋然性時，若透過監聽以外的方式取得與該犯罪相關之必要證據有顯著困難的場合，衡量監聽侵害之權益內容及程度後，在不得已的特定狀況下，若在檢證令狀上已盡可能為特定應監聽通話、作為監聽對象之電話線路、監聽的方式與場所、實施期間之記載時，可實施監聽處分。而在平成29年判決出現前，也存在以檢證性質肯認GPS偵查之實施的意見。

與前述趨勢相異，平成29年判決明確指出透過檢證令狀實施GPS偵查的問題與疑義，並期望儘速針對GPS偵查制定立法措施。為說明使用檢證令狀允許GPS偵查的疑義，此判決指出肯定檢證令狀可進行GPS偵查的見解中，存在兩項問題：第一是GPS偵查持續且全面性蒐集資訊的特質，將難以透過事前令狀審查特定實施範圍；第二是GPS偵查的隱密偵查特質，將難以符合事前提示令狀的要求。而在立法前為解決這些問題來實施GPS偵查，勢必需要法官在個案中，配合個案狀況於檢證令狀上附記不同的條件，也有違強制處分法定主義之要求。此判決的立論基礎，可謂是忠實回歸強制處分法定主義思考的結果<sup>115</sup>。

---

件。」

<sup>113</sup> 日本最高裁判所昭和55年10月23日第一小法庭裁定（LEX/DB 27682297）。

<sup>114</sup> 認為違反強制處分法定主義之批判，參考葛野尋之「強制採尿」井上正仁、川出敏裕、大澤裕編『刑事訴訟法判例百選（第十版）』有斐閣59頁（2017年4月）。

<sup>115</sup> 後藤昭，同註17，5-6頁。

### (三)問題一：GPS偵查難以透過法官事前之令狀審查特定其範圍

平成29年判決認為縱使核發檢證令狀或一併核發搜索令狀，「由於GPS偵查必然伴隨著藉由對裝置GPS設備之特定車輛的尋找，持續性、全面性地掌握特定車輛使用者行動之性質，故僅特定應裝置GPS設備之車輛及罪名，仍難以抑制對於與犯罪事實無關之使用者的行動資訊的過度掌握，可能也難以滿足要求法官審查令狀聲請之意旨」。換言之，透過檢證令狀實施GPS偵查與令狀主義間有其衝突之處，從令狀主義與日本憲法第35條意旨來看（→肆、一、(三)），由於GPS偵查具有持續且全面性蒐集追蹤對象資訊之性質，故所掌握的資訊中，必然包括與該案件偵查欠缺關聯性者。僅是透過事前的令狀審查，透過特定追蹤車輛與罪名，蒐集的位置資訊範圍可能仍難以特定於與案件具關聯性（有正當理由）的範圍內。故自令狀主義的意旨來看，此判決認為GPS偵查是否可透過檢證令狀的合法來加以規範，容有疑義。

惟有不同意見者認為若對於GPS偵查，僅適用日本刑訴法第219條第1項，要求在檢證令狀上記載者，限於罪名與處分對象（場所、身體、物）時，確實可能出現此判決所指之問題。但是，若從實質解釋日本憲法第35條的角度出發，令狀上應記載之處分對象沒有理由必須限於有形的場所或物，而應是實質上適合者皆可記載。因此，GPS偵查的情況下，若是基於一定的事實根據，可認知特定人或車輛的位置資訊乃至於移動狀況與案件有關聯性時，透過對實施期間、場所範圍、實施方法的特定，從抑制過度掌握和案件無關聯性的位置資訊的目的來看，仍有特定處分對象的可能<sup>116</sup>。

<sup>116</sup> 井上正仁，同註47，68頁；池田公博，同註38，77頁。

#### ④問題二：GPS偵查之性質上無法事前提示令狀

第二個問題是從GPS偵查的性質來看，難以想像可事前提示令狀。且若替代事前提示令狀的方式無法保證是可確保程序公正之手段時，可能無法滿足正當法律程序之要求。由於監聽與GPS偵查有以下相同特質：1. 令狀核發時無法確定欲取得資訊是否存在，故要事先特定與犯罪事實具有關聯性的範圍，顯有困難；2. 為了判斷和犯罪事實有無關聯性，必須先發動處分；3. 因為是對象不知情的秘密偵查，事前不可能提示令狀，故可自與平成11年裁定的比較中，更瞭解平成29年判決。該裁定認為，雖然從日本憲法第31條正當法律保障的要求來看，事後通知監聽對象或給予事後異議的機會應屬最低限度要求，應屬必要。惟若事前已盡可能於令狀上特定監聽對象、線路、期間、方式，且於令狀上附加「使第三者在場，若認為監聽內容有對象外之通話內容時，必須快速採取中斷監聽之措施」之條件時，則事後通知與事後異議機會的賦予未必是不可或缺的措施，縱然未事前提示令狀，也沒有以事後通知作為確保程序公正的替代手段，仍可透過檢證令狀合法監聽。

不同於平成11年裁定，平成29年判決的立場是例示事後通知、第三人在場、期間限定等確保程序公正的替代手段，但將選擇哪些方式交給立法決定。換言之，否定透過在令狀上附記條件來合法執行GPS偵查的作法。可能的理由在於：第一，監聽與GPS偵查不同，監聽是以電信業者為處分對象，向其提示令狀並實施監聽，縱使對監聽對象的權利保障難謂充分，但仍可認為相應地確保程序的公正性。但GPS偵查是由偵查機關自行對被偵查者為之，與監聽的性質及構成要素相異，故與監聽採取不同論述，論理上也難謂相互矛盾<sup>117</sup>；第二，平成11年裁定作出的時點，監聽法已立法且即將

<sup>117</sup> 井上正仁，同註47，68頁。

實施，關於監聽令狀的相關法制也趨完備，檢證令狀上應記載事項可參考該法，與GPS偵查面臨之現況不同<sup>118</sup>；第三，GPS偵查中，若只取得一個檔案，可謂毫無意義。勢必要長期持續取得資訊，該處分是否與犯罪事實有無關聯性才會顯現<sup>119</sup>，事前進行令狀審查可謂極度困難；第四，GPS偵查取得資訊可能大量儲存，有被該案偵查目的以外濫用的危險，而透過檢證令狀附加條件，也無法制約此種事後濫用行為<sup>120</sup>。

(五)解決上開問題的困難：法官在令狀中附加條件可能不符強制處分法定主義<sup>121</sup>

平成29年判決認為，為了解決上述兩個問題「勢必產生需在法官核發之令狀上附加各種條件之必要。但是，當令狀聲請時，在不同個案中，透過擔當審查令狀聲請之法官的判斷，要求自各種不同的選項中選擇適切的條件，此種強制處分難謂合乎日本刑訴法第197條第1項但書的意旨」。可以說，此判決以強制處分法定主義為基礎，否定透過在令狀附加條件的方式，在現行法下透過檢證令狀

<sup>118</sup> 井上正仁，同註47，69頁；伊藤雅人、石田寿一，同註34，114頁。

<sup>119</sup> 綠大輔「監視型捜査と被制約利益」刑法雜誌55卷3号403頁（2016年5月）。

<sup>120</sup> 中島宏，同註39，14頁。

<sup>121</sup> 因本案中未核發令狀，故本判決後，若現行法下請求核發令狀の場合，應由受請求之法官事前判斷是否核發令狀之問題仍存在。有論者認為本判決並未斷言由法官在令狀上附記條件的作法會違反強制處分法定主義（只認為「可能不符」），且該判決補充意見書中提及在重大犯罪的狀況下，若有持續且全面地掌握行動資訊之高度必要，在極為限定的情況下仍可能核發令狀，但應極為慎重地判斷是否有此狀況，故現行法下在極為限定的場合有允許GPS偵查之可能〔石田倫識「GPS捜査の適法性」法学セミナー62卷6号98頁（2017年6月）〕。相對於此，最高裁調查官則認為本判決基本上未設想受請求的法官為使GPS偵查發動而核發令狀的情形（伊藤雅人、石田寿一，同註34，115頁）。

許可GPS偵查之實施。反之，應委由立法機關對限定實施的期間、第三人在場、事後通知等措施，以立法規範才是根本解決之道。在此，應詳細說明者為透過令狀附加條件來實施新型態強制處分在現行法下之容許性，以及與強制處分法定主義的關係。

#### 1. 新強制處分說：透過令狀主義規範，無明文規定亦可實行新型態強制處分

對於現行刑訴法未明文規定，但因侵害個人權益而屬於強制處分之偵查行為，有學說認為縱使刑訴法未設有作為法律依據之特別規定，仍應允許為之，被稱為「新強制處分說」。此見解認為監聽、攝影等新型態強制處分是立法者在立法之初未能想見之類型，自然難以適用日本刑訴法第197條第1項但書之規定。但是，若新型態強制處分能受到憲法上令狀主義規範，透過法律解釋推導出符合其要求之要件，縱使刑訴法欠缺明文規定，仍應允許此種強制處分之實施<sup>122</sup>。此見解主張以令狀主義作為正當法律程序的核心，相應於當事人進行主義的精神，透過法官來確保不同個案中強制處分之相當性<sup>123</sup>。本文認為，若依此見解之推論，當法官在令狀審查時，於令狀附加限定之條件，在特定的範圍內，為明確化授權實施該處分之範圍而為法律解釋，則縱使現行法未對GPS偵查設有明文規定，仍可因實質上符合令狀原則之要求而合法實施。但此見解勢必與強制處分法定主義間有所衝突，其是否妥當也有待討論。

#### 2. 強制處分法定主義與GPS偵查

以下，從強制處分法定主義的意旨，先檢討新強制處分說的妥當性，再重新檢視平成29年判決論點的適切與否。確實，新強制處分說在刑事立法不易的狀況下有其實益，但法院審判的目的在於案

<sup>122</sup> 田宮裕『捜査の構造』有斐閣258頁以下（1971年1月）。

<sup>123</sup> 田宮裕『刑事訴訟法（新版）』有斐閣72頁（1996年3月）。

件的解決，若在不同個案各自特有的事件脈絡下，還需要處理是否允許新型態強制處分的問題，是否妥當，容有疑義<sup>124</sup>。此外，若允許法官依不同個案，在各種選項中選擇附加何種條件於令狀上，可能為偵查實務帶來混亂。再者，若法官不附加條件於令狀就無法正當實施該處分，代表非屬原本刑訴法所預定的強制處分類型，等同須透過法律解釋創造新型態強制處分，有違強制處分法定主義<sup>125</sup>。故有論者主張比起個案中由法官附加條件於令狀上，更應透過立法規範劃一且明確的要件與程序，以防止混亂，進而符合強制處分法定主義之精神<sup>126</sup>。

最高裁調查官也提到具體決定實施處分的期間長度、第三人在場的適用範圍與替代手段之有無、從偵查實效考量應在何時點進行事後通知、是否賦予事後異議機會等問題，以及GPS偵查的實施應限定於哪些犯罪類型、應達到何程度的犯罪嫌疑與必要性方可實施，若一律交由令狀審查的法官決定，將難以符合強制處分法定主義的要求。此外，雖然最高裁於昭和55年裁定中，肯定強制採尿處分中，法官可在搜索扣押令狀上附記「由醫師透過醫學上相當方式為之」之條件，但GPS偵查之檢證令狀所附記的條件恐非如此單純<sup>127</sup>。由此觀之，此判決明顯採取相同立場。對此，本文也贊同此判決與上開學說之看法，對於新型態強制處分，與直接立法相較，使不同法官在不同個案中於令狀上附記條件，將使強制處分的要件與程序相關之法律內容不明確且複雜化，除對偵查機關與令狀實務帶來混亂，也會有使個人權利保障不安定之問題。更甚者，強

<sup>124</sup> 井上正仁，同註8，29頁。

<sup>125</sup> 稻谷龍彥，同註29，41頁；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120頁（2015年11月）。

<sup>126</sup> 井上正仁，同註47，69頁。

<sup>127</sup> 伊藤雅人、石田寿一，同註34，114頁。

制處分法定主義的適用範圍將侷限於傳統意義之處分類型，對新型態處分缺乏規範效果，此原則恐遭架空，此觀點於使用新技術且可能造成嚴重隱私侵害之GPS偵查亦適用之。

## 伍、最高法院2017年判決評析與立法政策建議

本段開頭採與最高法院判決論述脈絡不同順序進行說明，先檢討強制處分與任意處分體系在我國的意義。接著討論最高法院就GPS偵查涉及的隱私權概念、行為態樣、構成強制處分之理由等論述。最終，同於臺日二判決之脈絡，先討論現行法下有無可適用於GPS偵查的法律規定，再建議未來立法政策可能的走向。

### 一、強制處分與任意處分區分之體系與強制處分法定原則的適用

#### (一)問題所在

最高法院採取區分任意偵查與強制偵查之體系，並以此認定GPS偵查屬於強制處分，應受強制處分法定原則拘束。自字面觀之，其與平成29年判決所採體系可謂相同。但是，第一，日本自刑訴法第197條第1項明文規定推導出此體系與相關原則，但我國並無相似規定；第二，我國學說有將強制處分認知為基本權干預，自法律保留原則加以限制的主張<sup>128</sup>，且釋字第443號中已揭示層級化法律保留之適用。因此，強制處分法定原則與法律保留原則關係為何，如何理解其意涵，有說明之必要。

<sup>128</sup> 林鈺雄，刑事訴訟法（上），頁310、319，2018年3月，8版。

## (二)日本法中強制處分法定原則與法律保留原則之關係

法律保留原則係指國家實施強制處分干預人民基本權利時，必須有法律授權依據，且應謹守該法律要件限制，否則即屬違法侵害人民基本權利<sup>129</sup>。以德國為例，在該原則下，非重大基本權干預的偵查行為可適用該國刑訴法第161條、第163條之概括授權條款，而重大基本權干預者，無法僅依該一般授權為之，需對應其基本權干預程度，特別規定法律要件與程序，以及適用法官保留原則。亦即在法律保留原則下，不限於重要權利，凡干預人民權利者，皆須有法律授權。

與該原則不同，對應昭和51年裁定之基準，日本刑訴法第197條第1項衍生之強制處分法定原則僅在侵害重要權利而構成強制處分時，才要求須有法律根據，若僅是任意處分則無須法律授權<sup>130</sup>。對此，有學說認為，不僅日本刑訴法第197條但書（強制處分法定原則）可與法律保留相連結，同條本文可看成任意偵查的授權規範，同樣屬於法律保留的範圍，試圖整合二原則<sup>131</sup>。但與德國不同，日本憲法沒有直接規定法律保留原則的條文，故該原則的根據仍有待解釋。有論者認為此問題與程序的法定相關，故根據應求諸於日本憲法第31條，將該條看成刑事訴訟程序中法律保留原則的明文化，透過該條確認刑事程序應法定的要求。此理解下，可將強制處分法定原則視為針對強制處分為較高要求的法律保留原則，要求對重大權利侵害之處分嚴格規範<sup>132</sup>。

<sup>129</sup> 同前註，頁319。

<sup>130</sup> 山田哲史「強制處分法定主義の憲法的意義」公法研究77号227頁（2015年10月）。

<sup>131</sup> 宇藤崇「強制處分の法定とその意義について」研修733号10頁（2009年7月）。

<sup>132</sup> 山田哲史，同註130，230頁。

針對GPS偵查，則有論者認為從法律保留的觀點出發，可整合不限於刑訴法的各種法規，對此偵查方式進行有效控制，且即使是任意處分也訂定個別具體的法規範，可與警察職務執行相關法令相調和，達到適當的規範密度。在此理解下，從民主主義的角度出發對強制處分進行制約的強制處分法定主義，實質上與法律保留的意涵一致。但是，此論者也認為強制處分法定主義的功能之一是將被歸類為強制處分的行為，類型化之後明示於刑訴法中，使程序參與者得知曉可能適用的處分類型。此類型化的功能可謂非屬法律保留內涵，強制處分法定原則的特殊意義<sup>133</sup>。

### (三)強制處分法定原則於我國法的意義

自釋字第443號解釋之「若欲對人民之自由權利加以限制，必須符合憲法第23條所定必要之程度，並以法律定之或經立法機關明確授權由行政機關以命令訂定」等語，已可見法律保留原則之適用。且該解釋也揭櫫「層級化法律保留」中「一切自由及權利均無分軒輊受憲法毫無差別之保障」之精神，應區分受干預自由與權利之性質，將法律保留與明確性原則的適用層級化。例如就憲法第8條所保障之人身自由，其內容屬於憲法保留層次者，參照釋字第392號，縱令立法機關，亦不得制定法律加以限制。惟若屬於憲法第7條至第22條保障之其他自由及權利，於符合憲法第23條之條件下，得以法律限制之。因此，侵害憲法上權利之強制處分，依該原則解釋，即應有法律授權且依該法律要件行之。例如釋字第631號解釋中認為通訊監察侵害憲法第12條保障之秘密通訊自由，其「旨在確保人民就通訊之有無、對象、時間、方式及內容等事項，有不受國家及他人任意侵擾之權利。國家採取限制手段時，除應有法律

<sup>133</sup> 綠大輔，同註58，200頁。

依據外，限制之要件應具體、明確，不得逾越必要之範圍，所踐行之程序並應合理、正當，方符憲法保護人民秘密通訊自由之意旨」等語，表明憲法上自由、權利侵害應有法律依據，始合乎法律保留之要求。

最高法院判決中提及強制處分法定原則意義與功能的重點有三，是理解與法律保留原則之間關係的著眼點：①源自憲法第8條、第23條規定之立憲本旨、②調和人權保障與犯罪真實發現之法則、③依該原則，強制偵查必須現行法律有明文規定者，始得為之。關於②的部分，或可理解為刑事訴訟除人權保障外，尚包括發現真實之目的，如何調和目的間的衝突實屬必要，故為發現真實而需使用強制處分為偵查手段時，應有明文法律授權且依法律要件為之，僅可在該限度內干預憲法權利、課以受干預者忍受義務，平衡追求法定程序與人權保障等目的<sup>134</sup>。在此意義下，可謂與法律保留原則的功能相當。關於③的部分，強制處分的發動須有法律規定，正是法律保留原則的核心內涵。因此，最高法院所描述本原則內涵，與法律保留原則實質上可謂相同。故依本文理解，強制處分法定原則於我國的意義，或可理解為法律保留的一環，針對刑事訴訟中侵害憲法保障權利之強制處分，特別要求其須有明文法律規定方可為之。自人權保障與法定程序的角度觀之，最高法院判決應值贊同。

但本文認為①的部分仍有補充說明之必要。關於該原則之根據，我國並無等同日本刑訴法第197條的條文，也無釋字曾論及該原則。學說上曾有主張以憲法第8條與第23條作為該原則依據者<sup>135</sup>，

<sup>134</sup> 林鈺雄，同註128，171頁。

<sup>135</sup> 陳運財，GPS監控位置資訊的法定程序，台灣法學雜誌，293期，頁67，2016年4月。

最高法院判決中①的內容應係採相同看法。但是，憲法第8條所保障者為「人身自由」，故釋字第384號解釋揭示人身自由應受法定程序、實質正當程序及憲法第23條保障之要求，能否直接自本條推導出適用於侵害其他權利之強制處分類型，仍有疑問。日本憲法第31條法定程序之要求中雖可推導出強制處分法定原則，但該條與我國憲法第8條不同，適用對象為「人身或自由之侵害」，故自可將人身自由外權利侵害，納入保障範圍。確實，最高法院判決將憲法第8條推導出之保障適用於其他權利侵害的強制處分類型，對擴大人權保障及正當法律追求之效益，本文認為應值贊同，但推論過程仍有待最高法院說明與精緻化。

#### （四）強制處分與任意處分之界線

自上述法律保留及強制處分法定原則關係之理解，解釋最高法院判決所採之強制處分與任意處分體系時，本文認為，無論何種處分行為，皆會影響處分對象權利、利益，僅是程度有別，而任意處分與強制處分的區別，即在於該處分行為對權利侵害的程度之分。強制處分法定原則作為法律保留的一環，對於權利侵害重大而被類型化為強制處分者，要求須符合法律明文方可實施。且自「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」之內容觀之，該原則可理解為對於侵害程度較大之強制處分，不得只是一般概括授權，應嚴格對該處分之手段方式、發動主體、侵害對象範圍與發動條件及令狀原則的適用等，制訂符合明確性要求的法律依據。至於任意處分，僅是對應其權利侵害程度及行為類型，可降低規範密度，但同樣不能免於法律保留之要求。

至此，強制偵查、任意偵查的區分基準何在，是有待解釋的最後一個問題。自「界線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」，可歸納最高法院判決重點如下：①強制處分不以有形力行使為必要、②以「實質侵害或危害個人權利或利益」為標準、③若反於個人意思且侵害憲法保障重要法律立意時構成強制處分。以最高法院判決與平成29年判決相比較，二者所採基準可謂相同，皆以「權利、利益的侵害」作為認定強制處分之基準。本文對此原則上贊同，但有四點欲補充說明。

1. 本文認為直接對處分對象施以有形力的處分中，反於處分對象的意思侵害其權利而排除其對權利的保護或支配時，必然可謂已達到壓抑的程度；若是處分對象不知情而施以處分的狀況，則現實上不可能壓抑其意思，只可能合理推論該處分反於其意思。綜上所述，以權益、利益是否可能被侵害及侵害程度作為是否構成強制處分的基準即可，可能侵害重要權利、利益時，就應視為強制處分而立法規範該侵害行為，「處分對象的意思是否被壓抑」實屬無必要的要件。學說上有在法律保留原則的前提下，採「修正的門檻理論」者，同樣自被干預的權利、利益類型決定規範密度，認為應區分被干預之權利類型，若該干預在一定門檻以上，超過一般調查權限而需有特別授權；若在門檻以下，適用一般授權規範即可，應值參考<sup>136</sup>。

2. 此判決僅以「實質侵害或危害個人權利或利益」即可構成強制處分，應有再檢討之必要。蓋考慮到任何處分皆會造成權利或利益侵害，僅是程度有別。可構成強制處分者，應為較重要之權利、

<sup>136</sup> 林鈺雄，干預保留與門檻理論，政大法學評論，96期，頁211以下，2007年4月。

利益，才有特別立法針對該處分類型加以規範的必要。

3. 此判決認為對權利、利益構成「實質侵害」或「危害」皆可構成強制處分，「危害」若指實害尚未發生，僅有侵害的危險性，則可擴大對權利的保障範圍。如GPS偵查此種可能隨著偵查進程，才產生重大侵害者，依此基準在實施處分行為達到可能危害權利的程度時，即可構成強制處分，在強制處分型態創新多變，個人權利受侵害形式也隨之變化，可能隨時間而擴大侵害或產生新侵害的狀況下，本文認為應值贊同。

4. 此判決認為GPS偵查「明顯已侵害憲法所保障之隱私權，自該當於強制偵查」，且呼籲立法上就令狀原則之適用加以規範，與平成29年判決同樣注意到強制處分法定原則及令狀原則之關係，但二者論述並不相同。不同於此判決的脈絡為「強制處分→強制處分法定原則→令狀原則」，平成29年判決認為憲法第35條之權利，非經令狀原則保障不得侵害之，因有令狀原則適用而屬於重要權利，亦即其脈絡為「令狀原則→強制處分→強制處分法定原則」。對此，本文認為最高法院判決之論述脈絡，應值贊同。首先，平成29年判決的論述方式，可謂有順序顛倒的疑慮，蓋正常的思考流程應該是先確定該權利為法律應保護者，再決定用什麼樣的制度架構去保護該權利，但該判決卻顛倒二者<sup>137</sup>。此外，該判決可能忽略令狀原則與強制處分法定原則適用範圍未必一致，日本現行法也存在屬於強制處分但不採令狀原則的類型<sup>138</sup>。

<sup>137</sup> 綠大輔「監視型捜査」法学教室446期26頁（2017年11月）。

<sup>138</sup> 後藤昭「強制処分法定主義と令状主義」法学教室245号10頁（2001年2月）。

## 二、GPS偵查強制處分性質之檢討

### (一)爭議核心：隱私保障內涵的認定

討論GPS偵查侵害的權利是否重要進而具強制處分性質前，首先比較臺日二判決，釐清侵害的權利內涵為何。由於GPS偵查包含自裝置開始到利用資訊的數個行為階段<sup>139</sup>，釐清侵害權利內涵也同時可確定侵害行為之態樣。平成29年判決認為GPS偵查侵害日本憲法第35條推導出之「私領域不受侵害的權利」，而該條所保障者為私生活乃至於廣義的隱私權<sup>140</sup>。但因該判決對GPS偵查侵害私領域之行為，同時提及「取得私領域中相關位置資訊」及「全面且持續取得資訊」二者，學說上也因著重不同行為態樣，而對私領域意涵之解釋產生爭議。本文認為爭議核心在於對憲法第35條隱私保障範圍的差異<sup>141</sup>：著重於私人場域隱私保障者（隱私場域說），強調空間與隱私之關係，認為不僅是持續且全面取得資訊，且須取得隱私應受保障之場域的資訊，才侵害憲法第35條保障者，侵害行為應著重對該領域取得資訊部分；不區分空間之公私場域隱私者，強調時間與取得資訊質量之關係（資訊質量說），認為僅取得私人場域資訊不至於違反憲法第35條，尚需持續且全面取得，侵害行為著重在持續且全面的部分。

不同於日本，最高法院明確指出GPS偵查侵害憲法第22條保障

<sup>139</sup> 陳運財，同註135，頁62。

<sup>140</sup> 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法（第六版）』岩波書店234頁（2015年3月）。

<sup>141</sup> 有學說認為本判決中憲法第35條保障私領域不被侵入之權利指「領域隱私」，但持續且全面取得個人資訊所侵害者指「情報隱私」，二者如何整合，容有疑義。合理解釋是將該條解釋為保障廣義的隱私，而涵蓋二者。但這會衍生該條所保障的隱私範圍應到多廣程度之問題（尾崎愛美，同註97，3-7頁）。

之隱私權，且參照釋字第689號解釋意旨，隱私權保障的對象是「人」而非「地方」<sup>142</sup>，不以空間的公共性為絕對標準，應包括公共場域中的個人隱私，故縱然身處公共場域，個人仍享有私領域依社會通念不被使用科技設備非法掌握行蹤或活動之合理隱私期待。且行為態樣上，也強調「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」之持續性，以及「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」之全面性，並著眼此行為所導致「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」之結果，從資訊量與質認為構成隱私權侵害。此論述可謂與日本爭議中之「資訊質量說」相近。

## (二) 監視社會下的隱私權與GPS偵查

最高法院判決從現今資訊科技高度發展及相關設備之方便取得，連結到公共場域之隱私權侵害可能性升高，故保護必要隨之提升，得出不區分公私領域隱私皆保障之結論。此伴隨科技發展導致對隱私侵害可能性升高的現象，放在歷史考察的視角中，可謂與監視作為現代性的明確表徵<sup>143</sup>的觀察吻合。在此背景下，以下嘗試自「監視社會」的概念，解釋隱私權與GPS偵查的關係。

### 1. 監視、監視社會與隱私權

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

<sup>142</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，頁55，2011年10月。

<sup>143</sup> Josh Lauer, *Surveillance History and the History of New Media: An Evidential Paradigm*, 14(4) NEW MEDIA SOC. 566, 568 (2011).

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<sup>144</sup>。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>145</sup>。Michel Foucault曾引用Bentham的全景敞視（Panopticon）概念，描述監獄中監視機制的運用，以及該機制脫離監獄範疇，擴散適用於學校、軍隊等機構之現象<sup>146</sup>。但Foucault所描述的監視，以空間中看與被看的關係為基礎，並從中思考主體性、自由與解放的詮釋，未必能充分解釋當代資訊化的社會。

形式上，包括GPS偵查在內，因科技進步而出現的監視技術已突破空間的限制，以更低的成本，更全面地滲透社會各處與人們的生活<sup>147</sup>。但更重要的是實質上監視意涵的改變，自Zygmunt Bauman的觀察，過往個人由世襲身分解放後被置於社會階級中，由強大的科層體制與公權力管理個人，透過社會整體追求共同目標、分散風險的狀況已經改變。當代社會中，過往公權力所進行的目標追求或管制，已經緩和而分散到私領域中，人們不再需要由試圖將個體均一化的整體中解放，因為已經轉化由作為自由個體的個人自身承擔風險與責任、管理者與被管理者關係解消的社會<sup>148</sup>。換言之，不再是國家單方向的監視個人，而是每個人為了追求安全、自由，進行自我治理與監視。監視的意涵由限制個人自由與

<sup>144</sup> DAVID LYON, *SURVEILLANCE SOCIETY: MONITORING EVERYDAY LIFE* 13 (2001).

<sup>145</sup> *Id.* at 60.

<sup>146</sup> M. Foucault, *Surveiller et punir: Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975, p.238-239.

<sup>147</sup> Bruce Schneier著，韓沁林譯，*隱形帝國：誰控制大數據，誰就控制你的世界*，2016年4月。

<sup>148</sup> ZYGMUNT BAUMAN, *LIQUID MODERNITY* 15-16, 34-39 (2000).

隱私轉化為追求安定與保障安全，由管制與禁止轉化為自由與鼓勵<sup>149</sup>。例如我們自願提供生物資訊來自由通關、提供個人資訊進行線上購物、維護個人健康，手機的使用使我們無時無刻被掌握位置，社群軟體的使用更暴露我們的思想，而為了舒適自由的生活，也允許無處不在的監視器。為了自由與安全，我們願意主動犧牲某部分的自由，這之中也包括個人隱私。

過往，可以用追求自由來批判公權力單向的監視，但當監視社會是由各個私有機構共同構成，且人們自由地提供資訊給這些機構，監視滲入並形塑人們的生活時，對其批判將困難許多。當監視與安全相連結，而人們又不可能抗拒安全的生活時，批判的重點將不是「監視本身」，而是「監視的內容」。換言之，監視社會的人們並非批判監視，而是認為監視的範圍有好壞之分，應劃定妥當的界限。若是如此，「隱私權保障」的論述對象將不是禁止監視，而是禁止不合理的監視<sup>150</sup>，亦即某範圍內的監視是合比例而允許的，在該範圍內可以追求安全等公益目的，而犧牲隱私作為代價。「惟憲法對資訊隱私權之保障並非絕對，國家得於符合憲法第23條規定意旨之範圍內，以法律明確規定對之予以適當之限制」之釋字第603號內容，正表現出此面向。

## 2. 消極抵抗觀點的選擇：以資訊質量視角思考GPS偵查

接著，思考隱私權論述僅是爭執監視的範圍而為消極抵抗時，在GPS偵查的狀況中，隱私權保障的實質內容與範圍為何，亦即我們不願意付出的代價是什麼。對應GPS偵查中的核心爭議，就是保

<sup>149</sup> 阿部潔「公共空間の快適——規律から管理へ」阿部潔、成実弘至編『空間管理社会——監視と自由のパラドックス（第一章）』新曜社23-35頁（2006年9月）。

<sup>150</sup> 鈴木謙介「監視批判はなぜ困難か」社会学評論55卷4号502-503頁（2005年3月）。

障範圍應著重私有領域之隱私，抑或不分公私領域，著重於取得資訊之質量。以下，分析此問題，並說明本文之結論。

(1)首先，GPS偵查可直接取得者為車輛位置資訊，並透過將各點位置相連，可能分析出偵查對象的行動模式與生活全貌，而其詳細度取決於取得的位置資訊量。確實，處在某個點的位置資訊也有保障的可能，但現實上當代社會的人們其實頻繁地交出自己的位置資訊，辦事時出示與個人身分相關的資料（信用卡、身分證件），同時就留下行動軌跡，更不用說行動電話就是即時的位置資訊來源。因此，在生活便利與隱私衡量間，多數人對位置資訊被取得應屬可容忍的代價。相對於此，以監聽為例，監聽不被容忍的主要理由在於其侵害了通訊此本身包含被監聽者思想及各種生活細節的領域並影響資訊自主。換言之，相較於「我在哪裡」，「我的生活樣貌」是難以容許被侵害的對象、不願付出的代價。故本文認為GPS偵查中之隱私保障應著重在透過位置資訊可推論出的生活樣貌與個人圖像<sup>151</sup>，考慮到該樣貌與取得資訊量的正相關性，GPS偵查中侵害隱私權的行為態樣應為「持續且全面地取得資訊」。

(2)確實，若透過位置資訊判斷某人常出現在某地點，也可判讀生活樣貌，故隱私應受保障之私人場域之資訊有其重要性。但在取得資訊量與生活樣貌完整度具正相關的前提下，不僅私人場域的資訊，若結合公有場域的資訊，例如各地點間的移動軌跡，對於生活樣貌的掌握度將更高。此外，從資訊內容來看，GPS偵查僅取得車輛位置資訊，故也僅能確認車輛位於某地點，但離開車輛者在私人場域中的活動細節是無法掌握的。若只是取得在某位置之資訊，且生活樣貌是綜合公私領域的位置資訊判讀時，位在某私人場域的位

<sup>151</sup> 類似看法，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，頁46，2018年4月。

置資訊沒有比位在公有場域的位置資訊具有更高的價值，或者取得時帶來更大的侵害。最後，觀察包括GPS偵查在內的當代監視型態，其皆已不僅止於對某空間監視，而是超越時空的限制，可長時間進行全面監視，並儲存資訊進行事後分析。自此角度觀之，仍以空間的公私性質作為評價隱私侵害程度、應保障程度的基準，恐難掌握當代監視的性質。故隱私權保障範圍應不分公私領域，對此本文贊同最高法院判決引用釋字第689號推導之結論。

綜上所述，本文認為GPS偵查對隱私權之侵害應著眼於「生活樣貌與個人圖像被解析」之侵害，故侵害行為應定位於可取得該資訊之行為態樣，亦即「持續且全面地取得資訊」。換言之，本文贊同前述之資訊質量說，亦即最高法院判決之取徑。

### 3. GPS追蹤器裝置行為的意涵

最高法院明確指出GPS偵查侵害「隱私權」，故GPS追蹤器裝置行為之性質，即應自隱私權侵害的角度解釋之。由「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……等活動行蹤」來看，本判決清楚點出裝置行為與隱私權侵害間的因果關係，故裝置行為的性質在於透過此行為使持續且全面取得資訊成為可能，創造出隱私權侵害的狀態。

### (三)GPS偵查與傳統跟監的關係

最高法院針對上訴意旨中GPS偵查與傳統跟監並無差異之主張，以「取得之資訊量較多……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」為由，認為二者有本質上差異。學說也有相似觀點，認為二者取得資料量有別，但更強調差異在於GPS偵查裝置行為可能帶來的住居隱私侵害與對私人領域的偵

測定位<sup>152</sup>。但如上述，GPS偵查對私人領域的偵測定位，僅是知曉車輛位置，隱私侵害未必重大，且隱私侵害也難謂高於公有領域取得之位置資訊，依此邏輯則GPS偵查與傳統跟監的隱私侵害未必有別。此外，若為裝置追蹤器於公有場域的車輛而未侵害住居隱私的個案，也難以說明為何GPS偵查侵害隱私大於傳統跟監。本文認為根本的問題在於「GPS偵查侵害大於傳統跟監」此前提，本身即有疑問。

首先，傳統跟監對隱私侵害較低的假設，本身就有問題，用白話就是「可能不是GPS偵查比較壞，而是傳統跟監沒想像的『不壞』」。若在個案中，投入大量人力，且長期佈下天羅地網在各處所進行目視跟監或攝影紀錄行蹤，完全掌握偵查對象在公私領域的行蹤，此時對隱私之侵害未必低於GPS偵查<sup>153</sup>，若已侵害合理隱私期待，可能構成強制處分。接著，傳統跟監與GPS偵查取得資訊的內容也有差異，傳統跟監雖然範圍多被限定在公共場域，但取得內容不限於位置資訊，還包括具體活動內容，反之GPS偵查雖然突破空間限制，但僅能取得非全然精確的位置資訊，無法掌握具體活動之內容<sup>154</sup>，二者實際上難以比較，其關係更近於相輔相成的偵查手法。依此推論，著重取得資訊質量來判斷GPS偵查是否構成強制處分之見解，常被批評無法說明GPS偵查與傳統跟監有何區別，該批評可為立於錯誤前提的產物。此外，有學說指出比較二者可能是為了反駁「傳統跟監既然合法，為何GPS偵查違法」的思維<sup>155</sup>，但此思維的根本問題同樣在於前提錯誤。詳言之，傳統跟監造成隱私

<sup>152</sup> 陳運財，同註135，頁66。

<sup>153</sup> 類似看法，陳運財，同註135，頁67；三島聰，同註30，120頁。

<sup>154</sup> 類似看法，薛智仁，同註151，頁45；金孟華，GPS跟監之程序適法性——從美國United States v. Jones案談起，裁判時報，68期，頁33，2018年2月。

<sup>155</sup> 薛智仁，同註151，頁45。

侵害的狀況下，同樣應有法律授權，在現行法未授權的前提下，傳統跟監是否合法本身就已有疑義。本文認為GPS偵查是否合法，關鍵在於其侵害權利性質與程度，而非與傳統跟監之間的比較，本判決說理值得商榷。

#### ④GPS偵查作為強制處分——判斷基準及其適用

##### 1. 強制處分的界限——以「合理隱私期待」為基準

綜上所述，強制處分構成與否取決於GPS偵查是否侵害重要權利，而GPS偵查侵害者為隱私權。但隱私有程度之分的前提下，對隱私侵害到何種程度才算侵害重要權利，進而構成強制處分，「基準何在」是有待解決的問題。對此，本文認為可以「合理隱私期待」之基準，依「被搜索對象在主觀上是否表現出隱私期待」與「一般大眾是否認其屬於合理之隱私期待」來判斷該隱私侵害是否重大、GPS偵查是否已構成強制處分。此概念雖為美國實務上所提出，但透過隱私權概念的解釋作為轉接器，已被引入我國法體系中，且將其保障範圍擴及公領域，不再限於私領域中。最高法院判決引用之釋字第689號解釋理由書就表明，隱私不受侵擾的自由，以得合理期待於他人者為限，而合理期待的意涵係指「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」，與美國實務發展之主客觀標準一致。對於「社會通念」此一不明確概念，林子儀、徐璧湖大法官於意見書中，認為即是指美國實務上「侵擾行為是否為一合理之人（a reasonable person）認為屬過度冒犯（highly offensive）之行為」之標準<sup>156</sup>。此外在通保法第3條第2項中，針對作為隱私權具體態樣的秘密通訊自由，也清楚規定保障對象為「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

<sup>156</sup> 劉靜怡，同註142，頁56。

待者」，以合理隱私期待侵害作為是否構成強制處分（通訊監察）之基準，故在GPS偵查中應可適用此概念來判斷其性質。作為隱私權侵害內涵的「個人圖像與生活全貌被解析」，應是每個人可想見不為他人所知之內容，且解析或刺探此內容應屬對合理之人的過度冒犯，侵害社會通念認為應屬隱私之內容，構成合理隱私期待之侵害，故若持續且全面取得資訊導致此種隱私侵害時，GPS偵查應屬強制處分。

## 2. GPS偵查之強制處分性質——裝置方式、監視場域、時間長短非影響要素

最高法院判決中，未細分追蹤器裝置方式及地點、監視時間長短等因素，僅強調不分公私領域，透過GPS追蹤器為長期且全面地監視，蒐集資訊加以儲存、利用等行為，侵害隱私權而構成強制處分。對此，學說上有不同意見認為應先以裝置方式、監視對象為基準，若有侵入私人住居或掌握私領域內的行為內容，應已構成住居隱私之侵害。若以資訊總量與監視時間為基準，長期追蹤且取得資訊量足以解析被偵查者的生活型態與社交活動時，應屬超越合理隱私期待之侵害，構成強制處分。反之，若僅是短期監視、蒐集較少資料量，或限定車輛使用的監視範圍於公領域，難以解析偵查對象的生活型態，則屬任意處分<sup>157</sup>。

針對上開見解，第一，裝置追蹤器僅是著手產生監視的狀態，使生活全貌與個人圖像被解析之侵害，主要來自持續且全面地監視；第二，即使侵入私人住居更進一步造成住居隱私侵害，其與持續且全面蒐集資訊，解析出個人圖像之隱私侵害，二者為不同類型化行為造成不同侵害內容，對GPS偵查之性質應無影響；第三，無

<sup>157</sup> 陳運財，同註135，頁69；林裕順，GPS偵查法治化研究，裁判時報，68期，頁17，2018年2月。

法否認監視期間越長，可能累積更多資訊量，提高解析個人圖像與生活全貌而造成隱私侵害的可能，屬於強制處分。但縱然是短期監視，仍可能因偵查者採取之監視策略與觀察點，或因被偵查者在短期內密集活動，而取得足以違反合理隱私期待之資訊量。此外，監視社會的特質在於監視與資訊蒐集已分散至社會各處，故短期監視取得位置資訊，仍可輕易與其他資訊結合，解析個人圖像而違反合理隱私期待<sup>158</sup>。故直接將短期監視連結到較小隱私侵害，並非合理推論。

本文認為，由於GPS偵查對合理隱私期待之侵害，來自持續且全面取得個人資訊，儲存、利用後解析出個人圖像與生活全貌。亦即，隱私權侵害在於個人圖像與生活樣貌被解析（或被解析出之危險），而構成此侵害的行為態樣則是持續且全面取得個人資訊之行為。自此特質出發並思考當代監視社會之背景，裝置方式、監視場域、時間長短並非影響GPS偵查是否侵害合理隱私期待之要素。結論上，不分公私領域、期間長短<sup>159</sup>，GPS偵查應一律認為強制處分<sup>160</sup>。且依此解釋，也可免於如馬賽克理論所遭遇的「多長時間的監視才構成強制處分，並不明確」之批評。

<sup>158</sup> 三島聰，同註30，119頁。

<sup>159</sup> 對此，審查意見曾提出疑問，若僅是數小時追蹤偵查，是否仍構成強制處分。依本文立場，由於將造成個人生活樣貌被揭露之隱私侵害的行為態樣置於使用GPS追蹤偵查，故在處分性質的層次，縱然是數小時的追蹤偵查，仍可能造成個人生活樣貌被解析（或解析之危險）而構成強制處分。僅是在構成強制處分後的立法層次，可能因追蹤時間較短，而在立法時設定低於長時間追蹤的發動門檻與執行限制（→伍、四、㉔）。

<sup>160</sup> 類似看法，薛智仁，同註151，頁47；金孟華，同註154，頁33。

### 三、GPS偵查欠缺現行法下法律根據

平成29年判決主要討論可否透過現行法已存在的檢證令狀合法實施GPS偵查，惟我國法並無類似檢證的強制處分類型，手段相近之勘驗亦無令狀原則適用，故現行法中有無可適用於GPS偵查之法律依據，討論脈絡與該判決不同。本文以下簡要分兩點說明現行法不存在GPS偵查法律根據之理由。

#### (一)欠缺具體明確授權規範——刑訴法、警職法與個資法

最高法院判決認為刑訴法第231條第2項、第231條之1第2項中，「司法警察（官）知有犯罪嫌疑者，應即開始調查」之規定，僅具有組織法意義，不得作為裝設GPS偵查之法源依據，本文認該主張應屬正確，理由在於GPS偵查作為強制處分，應有具體明確之授權規範存在。首先，依學說見解，基本權干預之授權規範應符合明確性之要求，該法律須能識別立法者允許干預之目的、內容與範圍，使司法權有具體審查來落實立法意旨的可能，此外也應確保規範意義非難以理解，受規範者有可預見性<sup>161</sup>。但上開條文對司法警察可採用的手段方式、發動要件與程序要求皆未明文規範，無法判斷立法者意旨，難謂合乎明確性之要求。且若承認上開條文為抽象概括授權規範時，將會使警察在缺乏有效監督的前提下，有濫用GPS偵查之可能<sup>162</sup>。故結論上，應對GPS偵查制定具體明確之個別條款，不得引用上開條文作為授權規範。

此判決也提到警察職權行使法第11條不得作為GPS偵查授權依據。確實，GPS偵查可為「以目視或科技工具，進行觀察及動態掌

<sup>161</sup> 薛智仁，司法警察之偵查概括條款？，月旦法學雜誌，235期，頁243-244，2014年12月。

<sup>162</sup> 類似看法，薛智仁，同註151，頁48。

握等資料蒐集活動」的文義所及。但是，第一，如多數學說所言，該條授權範圍限於「防止犯罪」之目的，且對象限於「無隱私或秘密合理期待之行為或生活情形」，故以追訴犯罪為目的並侵害合理隱私期待之GPS偵查，無法援引本條為授權依據<sup>163</sup>；第二，考量GPS偵查侵害隱私權，且其低成本與隱密偵查性質有被濫用可能，不應適用僅需偵查性格最強的警察局長即可發動的本條作為授權依據<sup>164</sup>；第三，考量GPS偵查為侵害隱私權之強制處分，應有明確授權規範，本條對偵查期間僅規範「一定期間內」，難謂合乎明確性之要求，對人權保障可能形成重大漏洞。因此，本文認為最高法院結論應屬正確。

此判決雖未論及，但學說上亦有討論個人資料保護法（下稱「個資法」）第15條第1項第1款作為授權依據的可能，公務機關除同法第6條第1項所規定資料外，應有特定目的，執行法定職務必要範圍內，對個人資料蒐集或處理。但「特定目的」、「執行法定職務必要範圍」都是極不明確的概念，與GPS偵查須有具體明確法定要件之要求難謂相合，故同多數見解，本條不應作為GPS偵查之授權規範<sup>165</sup>。

## （二）無法適用明文規範強制處分類型——搜索、通訊監察

最高法院雖未論及，但GPS偵查未能套用現行強制處分類型，是其在立法前無法合乎法律保留與強制處分法定原則之主因。自GPS偵查性質來看，搜尋特定對象之行蹤乃至於生活全貌可謂與搜索相近，而隱密偵查並取得被偵查者之資訊可謂與通訊監察相近，

<sup>163</sup> 薛智仁，同註151，頁47；陳運財，同註135，頁70。

<sup>164</sup> 類似看法，李榮耕，同註92，頁936。

<sup>165</sup> 薛智仁，同註151，頁50；李榮耕，同註92，頁938。

以下就此二者補充說明之。

本法搜索之定義為「以發現被告、犯罪嫌疑人或應扣押物為目的，對被告或第三人之身體、物件、電磁紀錄或其他處所實施之搜查檢索」<sup>166</sup>，其內涵偏重於物理性侵入有形空間來取得及占有有體物。但是，GPS偵查取得資訊之方式並非物理性入侵特定空間，且其取得者為法無明文之移動資訊或個人圖像，性質上與有體物不同，也難以解釋為電磁紀錄，故難謂符合現行搜索概念<sup>167</sup>。此外，雖然學說上有參考美國聯邦憲法增修條文第4條，主張自合理隱私期待概念詮釋搜索之主張<sup>168</sup>，且最高法院亦有自隱私權干預與限制的角度解釋搜索之判決<sup>169</sup>，依此立場可將GPS偵查此種隱私侵害之強制處分類型涵蓋於搜索的文意範圍內。但考量現行法下搜索具有公開性原則，執行者須向在場者事前提示搜索票、命令或通知特定人在場，具有隱密偵查性質的GPS偵查縱然劃入搜索類型中，實際上仍難以適用搜索規定<sup>170</sup>。此外，有自搜索與GPS偵查皆侵害隱私權的相似性出發，主張「類推適用」搜索規定者<sup>171</sup>。但從涉及基本權干預之強制處分應有明確授權，不得類推適用<sup>172</sup>的意旨思考，GPS偵查特有的隱密偵查方式，以及難以特定的隱私權侵害範圍，手段與侵害權利類型皆與搜索有異，且類推適用仍無法

<sup>166</sup> 林俊益，刑事訴訟法概論（上），頁295，2012年9月，13版。

<sup>167</sup> 類似看法，李榮耕，同註92，頁932；薛智仁，同註151，頁49；陳運財，同註135，頁70。

<sup>168</sup> 王兆鵬，重新定義高科技時代下的搜索，月旦法學雜誌，93期，頁179-182，2003年2月。

<sup>169</sup> 最高法院99年度臺上字第4117號判決。

<sup>170</sup> 薛智仁，同註151，頁49。

<sup>171</sup> 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，頁77，2017年11月。

<sup>172</sup> 林鈺雄，同註128，頁21。

迴避搜索之公開性原則難以適用於GPS偵查的問題。故類推適用搜索規定之作法，仍有商榷餘地。

GPS偵查之隱密偵查方式同於通訊監察，但取得內容有明顯差異。首先，通保法第5條「通訊監察」所取得者為同法第3條第1項第1款之「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」，但自通訊的意涵為包含通訊者意思或想法在內的溝通觀之<sup>173</sup>，GPS偵查取得之位置資訊僅是透過訊號接收與計算而得到的結果，難謂符合該意涵，故無法適用通訊監察規範之<sup>174</sup>。接著，通保法第11條之1「通信記錄調取」所取得者為同法第3條之1第1項之「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」，但偵查者GPS偵查透過裝置追蹤器蒐集資訊的方式，顯然非屬被偵查者使用電信服務之情形，且蒐集與被偵查者未來行動相關之位置資訊，也與事後取得使用電信服務儲存之紀錄不同<sup>175</sup>。綜上述，GPS偵查也無法以通保法作為其明文授權依據。

#### 四、立法政策之可能方向

##### (一)資訊量控制與避免隱密偵查為核心

GPS偵查應需要明確法律授權，且該法律應對應GPS偵查之行為態樣與可能侵害之權利來設計。本文認為：首先，自侵害隱私權來看，其與搜索或通訊監察有其相似性，但考慮其行為態樣須在偵

<sup>173</sup> 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，東吳法律學報，21卷3期，頁119-120，2010年1月。

<sup>174</sup> 類似看法，李榮耕，同註92，頁933；陳運財，同註135，頁69。

<sup>175</sup> 類似看法，李榮耕，同註92，頁935；薛智仁，同註151，頁50。

查對象不知情狀況下，以隱密偵查方式為之，且事前難以特定取得標的範圍，性質上較接近於後者。確實，從刑訴法設有附帶扣押（刑訴法第137條）或另案扣押（刑訴法第152條）之規定來看，搜索扣押仍有發現事前未特定標的存在之可能。但是，其事前仍可能盡力特定欲搜尋之標的，並在核發令狀時，審查搜索場域中存在搜索標的之蓋然性。但GPS偵查與通訊監察相似，是針對特定對象於特定期間內的通訊或行蹤，進行全面性的資訊蒐集，自始即難以限定取得內容必然與本案犯罪事實相關。更甚者，GPS偵查之權利侵害不限於資訊取得當下，而是包含對蒐集儲存之資訊的事後利用，進而解析出被偵查者個人圖像的部分，與搜索扣押不同。故立法方向上，應可以規範通訊監察的方向進行思考。

當然，GPS偵查所取得者只是位置資訊此種後設資料（metadata），與通訊監察取得通訊內容有別，而更近於通聯紀錄調取所取得者。學說上也有認為通聯紀錄與通訊不同，不應以同樣嚴格程度規範的看法<sup>176</sup>。但本文認為，後設資料雖非偵查對象的行為內容，卻是該內容所在的脈絡，透過大量蒐集足夠的後設資訊，也足以揭露偵查對象生活全貌，造成之隱私侵害未必較小<sup>177</sup>，故應採同等嚴格之規範密度。考量上開特性，為避免追求社會公益的同時造成過度隱私侵害，本文自兩點說明可能立法方向：第一，透過資訊量控制，盡可能特定侵害範圍，避免取得過量資訊；第二，透過事後通知，避免隱密偵查，使被偵查者有事後異議與監督資料使用狀況之機會。

<sup>176</sup> 陳運財，偵查法體系的基礎理論，月旦法學雜誌，229期，頁14-17，2014年6月。

<sup>177</sup> Bruce Schneier著，韓沁林譯，同註147，頁37。

### (二)法官事前核發令狀之原則與急迫例外

最高法院呼籲就GPS偵查之要件進行立法時，特別提及令狀原則，但此原則對規範GPS偵查合法性之效果，並非毫無疑義，如平成29年判決就提到令狀無法事前提示，以及難以控制案件無關之隱私被侵害等問題。也有學說認為，因GPS偵查與搜索扣押不同，事前難以確認欲取得對象是否有存在的可能，也難以確認隱私侵害的程度，故令狀審查內容可能僅剩犯罪嫌疑是否足以發動GPS偵查，難謂是經過充分利益衡量而核發之令狀。此外，因GPS偵查之行為態樣是一段時間持續且全面蒐集資訊，故該隱私侵害是一點一滴累積而成，法官審查令狀時可能難以體會侵害的實際程度。若是如此，令狀審查的功能，可能只剩下要求聲請之偵查機關，為了說服法官而蒐集資料，造成其勞力、時間、費用等成本的提升，可謂效果有限。更甚者，法官在審查令狀時，對於應容許多長的實施期間等問題，自身也難以判斷<sup>178</sup>。

對於法官難以事前決定實施期間等問題，本文認為應透過立法制定明確基準，以符合法律保留或強制處分法定原則之要求。且為確保個案中GPS偵查合於法定要件，仍須有事先令狀審查存在。此外，自控制資訊量與防止濫用的角度，為了在具體個案中就犯罪嫌疑是否充足、有無發動必要性，以及以什麼時點作為偵查始點等進行判斷，仍有事先令狀審查必要<sup>179</sup>。在此前提下，接著須處理的問題是要一律由法官核發令狀，或是允許急迫情形下，授權偵查機關例外得先行發動GPS偵查。

考慮GPS偵查造成隱私重大侵害，應不適合由擔負偵查角色之

<sup>178</sup> 綠大輔，同註137，27頁。

<sup>179</sup> 三島聡，同註30，121頁。

檢察官發動，而應由較中立之法官為之，應屬無疑<sup>180</sup>。但是，若有急迫狀況，例如追捕逃逸人犯、尋找失蹤車輛或人質，此時是否仍一律要求須經法官核發令狀始可為之，則有討論空間。首先，我國法可參考者為與GPS偵查具可比較性之通訊監察，由於二者偵查方式、侵害權利的程度具相似性，故規範密度上可採相同程度之立法。關於通訊監察，依釋字第631號解釋與通保法第5條第2項，原則應由法官核發通訊監察書，但依同法第6條，於急迫情形，准許司法警察機關得報請該管檢察官以口頭通知執行機關先予執行，但檢察官在二十四小時內陳報法院補發通訊監察書，法院受理聲請後應於四十八小時內補發通訊監察書，未於四十八小時內補發者，偵查者應即停止通訊監察。此外，參考外國立法例，如德國刑訴法第163條f第3項規定，針對使用科技設備之長期監視，原則上適用法官保留，但急迫狀況下，例外可由檢察官或檢察機關之偵查人員命令為之。不過，該檢察官與偵查人員之命令，若在三個工作天內，未能取得法院確認時，則失其效力。本文認為，刑事訴訟制度除人權保障外，尚有追訴犯罪、發現真實之目的，考慮GPS偵查對於追蹤犯罪者、車輛乃至人質之實效性，若是在急迫狀況，亦即有重大法益被侵害或可能被侵害，非立即透過GPS偵查則日後難以偵查時，為兼顧人權保障與公益追求，可例外允許偵查機關先行為之<sup>181</sup>，但應要求其實施後，立即向法院陳報。

<sup>180</sup> 法務部於通保法修正草案中，欲採取由司法警察向檢察官聲請許可，由檢察官核發許可書即可合法發動GPS偵查之立場（相關網址：<https://newtalk.tw/news/view/2018-09-19/141739>，最後瀏覽日：2019年5月19日）。本文對此採反對立場，認為此種涉及隱私侵害之偵查行為至少應採相對法官保留之模式立法，不應由偵查機關在不受控制的情況下自行發動。

<sup>181</sup> 類似看法，李榮耕，同註92，頁955。

### (三)實施期間、實施目的、監視對象之犯罪類型的明文化

若GPS偵查之隱私侵害，包括資訊的儲存與利用，為避免濫用以及限定取得之資訊量，可行方法之一是就犯罪偵查時間事前特定<sup>182</sup>。但是，由於GPS偵查有可能取得與本案犯罪欠缺關聯性之資訊，當實施期間越長，取得該資訊的可能性與量都會相應升高<sup>183</sup>，但若實施期間過短，則可能發生欠缺偵查實效性的結果，故該期間如何劃定，可謂與對GPS偵查及本案犯罪事實間關聯性（相當理由）的認定嚴格程度間具有連動性，是未來設定合理實施期間時應考量者。此外，考慮到實施期間長短對隱私侵害的差異，有建議區分實施期間長短，適用不同標準與法定要件之立法建議<sup>184</sup>。從比例原則的角度，思考國家犯罪偵查與人權保障的均衡，此作法應屬可行。但有兩點應注意之：第一，縱然劃分期間長短，對長期監視設定較嚴格的法定要件，短期監視僅是要件嚴格度降低，但仍須合乎法律保留原則，須立法授權方可為之<sup>185</sup>。第二，為避免偵查機關欲使用規範密度較低的短期監視<sup>186</sup>，而將長期監視切割為數次短期監視，應從隱私侵害的角度出發，若延長時間時，其可能的隱私侵害已不限於短期監視的範圍內，故應適用長期監視的嚴格法定要件。此時，依前述相對法官保留之精神，應由法官對可否延長監視期間而將程序轉為長期監視，進行審查<sup>187</sup>。

<sup>182</sup> 稻谷龍彥，同註29，41頁。

<sup>183</sup> 綠大輔，同註58，202頁。

<sup>184</sup> 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，頁125-129，2017年9月。

<sup>185</sup> 薛智仁，同註151，頁59。

<sup>186</sup> 李榮耕，同註92，頁958。

<sup>187</sup> 類似看法，薛智仁，同註151，頁58。

此外，參考外國立法，以德國刑訴法第101條h為例，其適用對象限於「顯著意義的犯罪」（Straftat von erheblicher Bedeutung）、目的限於以「監視為目的使用科技設備」，且有補充性要件（Subsidiaritätsklausel）之要求，針對長期監視規定之同法第163條f中也有須當查明案情或調查犯罪嫌疑人所在地，採用其他方式可能缺乏成效或實質上非常困難時方可採用，或監視其他人時，只有根據一定事實可以認為，該人與犯罪嫌疑人有聯繫，且此監視措施可以查明案情或調查犯罪行為所在地，並且採用其他方式可能缺乏成效或非常困難時，方可採用的補充性條款。此種限定實施目的、監視犯罪類型的作法，也是衡量國家追訴犯罪與避免隱私侵害後，可能的選項之一。

#### （四）事後通知、事後異議機會的賦予與資料控管

本文認為自GPS偵查的隱密偵查性質來看，為保障最高法院提到的事後救濟機會，前提是使受偵查者有知情的機會，亦即事後通知義務的要求<sup>188</sup>，通保法第15條於通訊監察中亦有相同設計。外國法上，如德國刑訴法第101條第4項第1句，即有事後通知之要求，日本平成29年判決亦將此設計視為確保程序公正之手段。但是，因為一旦通知，未來對同對象可謂不可能再進行GPS偵查，故何時通知成為立法上最困難的部分。換言之，若通知時點過早，可能導致偵查效益極低而失其實益，反之若通知時點過晚，可能影響被偵查者權益且使偵查機關有濫用可能，如何設計通知時點，須妥善考量<sup>189</sup>。

最後，由於位置資訊等可用以推論偵查對象的個人思想與生活

<sup>188</sup> 類似看法，薛智仁，同註151，頁59。

<sup>189</sup> 綠大輔，同註58，201-202頁。

全貌，具高度私密性，為避免洩露造成隱私侵害，應對取得資訊設計保存與銷毀規定，若分類後屬於與本案偵查無關者，應即銷毀<sup>190</sup>，若為本案偵查與審判有使用必要者，於程序結束後，也應於一定期間內銷毀。此外，資訊被使用界限——特別是另案使用之界限何在——也應規範之。原則上應僅可使用於本案偵查與審判，若例外於另案使用，有學說建議應嚴格限制，僅可用於其他法定重罪審判，但行政懲處不得使用之<sup>191</sup>，應值參考。

## 陸、結 論

本文自平成29年判決比較與評析2017年最高法院判決，檢討GPS偵查之性質後，認為GPS偵查持續且全面性取得資訊之行為，可蒐集、儲存大量位置資訊後，利用、解析而質變為被偵查者的生活全貌與個人圖像，應屬侵害合理隱私期待，具強制處分性質。因現行法欠缺可作為GPS偵查法律依據者，故於立法授權偵查機關實施GPS偵查前，此處分行為因違反法律保留原則或強制處分法定原則而違法。未來，應儘速制定明確化的授權規範，透過限制監視期間、監視目的與監視對象，盡可能特定隱私侵害範圍與控制被取得之資訊量，並透過法官保留事前實質審查法定要件與令狀核發，確保立法意旨得以實現。最後，由於GPS偵查取得資訊與影響範圍難以特定，應透過事後通知保障被偵查者事後異議機會，且就蒐集資料之利用範圍與銷毀制定規範，達到個人隱私之完善保障。

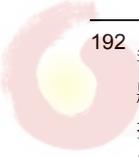
本文脈絡著重於「監視的內容」，在承認GPS偵查等監控具有維護社會秩序、確保自由與安全的前提下，討論如何限定監視內容

---

<sup>190</sup> 綠大輔，同註137，29頁。

<sup>191</sup> 李榮耕，同註92，頁955-956。

的範圍，如何透過制度避免其濫用<sup>192</sup>。但是，當我們所處的社會形式已然改變：由George Orwell於《1984》中描述的單一老大哥無所不在監控我們，轉為數以百計打小報告的小老弟<sup>193</sup>，與我們的生活難以分離，監視並形塑我們的生活。或許該深一層反思「監視」的意涵：我們為了安全同意監視器的設置，為了生活便利而提供大量個資給財團與政府，追求自由與安全的代價是同時放棄其他自由，這些代價是否值得？若監視社會追求安全與自由的同時，也包含標示與排除危險因子的內在邏輯，是否為我們期盼的初衷？本

192 審查意見曾對本文的立法建議提出是否可應對現今個人資訊蒐集無所不在的狀況之疑問，且提問本文在當代監視社會的處境中，有無在隱私權論述外，提出其他對抗策略的可能。本文認為當代監視社會中，個人資訊在自願或無意間被大量蒐集的狀況下，隱私權作為對抗策略已顯無力。對此，依然監視社會的問題在於每個個人都成為失去主體性的資訊載體、資訊蒐集來源，那可能的對抗策略是使個人重拾對資訊的掌握，在倫理層次上回復主體性。對此，在個人層次上，自然可以脫離社群網站、減少提供個資來消極對抗，甚至透過提出非真實資訊的方式來造成資訊蒐集成本的增加，進而積極對抗此體制。但本文所欲處理者為規範層次的問題，涉及整個社會的運作，而非僅限於個人的行為選擇。在此狀況下，筆者之所以仍選擇隱私權論述，是希望在現行法律制度仍以隱私權論述為主流的前提下，設法透過該擴大隱私權保障範圍，進行消極抵抗，盡可能限縮個人資訊被取得乃至於個人圖像被解析的可能，目的在於減少損傷與止血。在此立場下，本文希望透過對GPS偵查的討論，對所有透過科技設備取得個人資訊的方式盡可能加以限制，包括對科技設備的偵查設定發動門檻與執行限制，對於社群網站的個資取得乃至於大規模的監視器設置，也全面性要求法律授權與立法規定發動要件。但筆者承認此消極策略必有力有未逮之處，至於未來如何從規範層次對監視社會進行積極抵抗，在規範中撐出自由空間，是筆者後續針對搜查法欲研究探討的方向，對此感謝審查意見的提點與建議。

193 Bruce Schneier著，韓沁林譯，同註147，頁73。

文篇幅僅能在承認監視社會的前提下，思考追求自由、安全時，如何避免放棄過多的自由，盡力劃出現況下不被干預的空間。但上述問題應是未來必須反思之處，也或許才是GPS偵查相關問題討論最根本的源頭。



元照出版提供 請勿公開散布。

## 參考文獻

### 一、中文

1. Bruce Schneier著，韓沁林譯，隱形帝國：誰控制大數據，誰就控制你的世界，2016年4月。(Bruce Schneier [auth.], Yu-Lin Han [trans.], *Data and Goliath: The Hidden Battles to Collect Your Data and Control Your World* (2016).)
2. 王兆鵬，重新定義高科技時代下的搜索，月旦法學雜誌，93期，頁166-182，2003年2月。(Jaw-Perng Wang, *Redefine Search in High-Tech Times*, 93 THE TAIWAN LAW REIVEW, 166-182 (2003).)
3. 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，頁93-133，2017年9月。(Chih-Ping Chu, *The Application and the Grounds in Law of GPS Surveillance in the Criminal Procedure — A Lesson form Taiwan High Court Kaohsiung Branch Court Judgment No. 604 in 2016*, 68(9) THE LAW MONTHLY, 93-133 (2017).)
4. 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，頁871-969，2015年9月。(Rong-Geng Li, *GPS Surveillance and Criminal Investigation: A Lesson from United States v. Jones*, 44(3) NATIONAL TAIWAN UNIVERSITY LAW JOURNAL, 871-969 (2015).)
5. 林俊益，刑事訴訟法概論（上），13版，2012年9月。(Chun-Yi Lin, *Criminal Procedure Law I*, 13th ed. (2012).)
6. 林裕順，GPS偵查法治化研究，裁判時報，68期，頁12-23，2018年2月。(Yu-Shuen Lin, *The Legalization of GPS Surveillance*, 68 COURT CASE TIMES, 12-23 (2018).)
7. 林鈺雄，干預保留與門檻理論，政大法學評論，96期，頁189-232，2007年4月。(Yu-Hsiung Lin, *The Doorsill Theory: A Study on the Investigative Authority of the Police*, 96 CHENGCHI LAW REIVEW, 189-232 (2007).)
8. 林鈺雄，刑事訴訟法（上），8版，2018年3月。(Yu-Hsiung Lin, *Lehrbuch*

*zum Strafprozessrecht I*, 8th ed. (2018).)

9. 金孟華，GPS跟監之程序適法性——從美國United States v. Jones案談起，裁判時報，68期，頁24-35，2018年2月。(Mong-Hwa Chin, *The Legality of GPS Surveillance — A Lesson from United States v. Jones*, 68 COURT CASE TIMES, 24-35 (2018).)
10. 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，東吳法律學報，21卷3期，頁109-159，2010年1月。(Heng-Da Hsu, *Communications Privacy and Criminal Regulation: Research on Criminal Liability of “Communication Security and Surveillance Act”*, 21(3) SOOCHOW LAW REVIEW, 109-159 (2010).)
11. 陳運財，偵查法體系的基礎理論，月旦法學雜誌，229期，頁5-24，2014年6月。(Yun-Tsai Chen, *The Theory About the System of Investigation Law*, 229 THE TAIWAN LAW REVIEW, 5-24 (2014).)
12. 陳運財，GPS監控位置資訊的法定程序，台灣法學雜誌，293期，頁59-73，2016年4月。(Yun-Tsai Chen, *The Legal Procedure of GPS Surveillance*, 293 TAIWAN LAW JOURNAL, 59-73 (2016).)
13. 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，頁47-61，2011年10月。(Ching-Yi Liu, *Who is Protected by the Justice? — The Observation About Constitutional Court Interpretation No. 689*, 197 THE TAIWAN LAW REVIEW, 47-61 (2011).)
14. 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，頁63-78，2017年11月。(Tsai-Chen Tsai, *The Application of GPS Surveillance in the Criminal Justice Procedure and the Human Right*, 65 COURT CASE TIMES, 63-78 (2017).)
15. 薛智仁，司法警察之偵查概括條款？，月旦法學雜誌，235期，頁235-256，2014年12月。(Chih-Jen Hsueh, *The Police’s Generalized Provision in Investigation*, 235 THE TAIWAN LAW REVIEW, 235-256 (2014).)
16. 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，頁42-59，2018年4月。(Chih-Jen Hsueh, *GPS Surveillance, Privacy and Criminal Law — The Comment on the Supreme Court*

*Judgment No. 3788 in 2017, 70 COURT CASE TIMES, 42-59 (2018).*

## 二、日 文

1. 三島聡「GPS装置による動静監視の解釈論的検討」刑事弁護89号（2017年1月）。
2. 大野正博「GPSを用いた被疑者等の位置情報検索」高橋則夫、寺崎嘉博、甲斐克則、川上拓一、松原芳博編『曾根威彦・田口守一先生古稀祝賀論文集（下）』成文堂（2014年3月）。
3. 大澤裕「強制処分と任意処分」法学教室439号（2017年4月）。
4. 大澤裕「強制処分と任意処分の限界」井上正仁、川出敏裕、大澤裕編『刑事訴訟法判例百選（第十版）』有斐閣（2017年4月）。
5. 山本和昭「GPSを使用した証拠収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）。
6. 山田哲史「強制処分法定主義の憲法的意義」公法研究77号（2015年10月）。
7. 川出敏裕「任意捜査の限界」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）』判例タイムズ社（2006年3月）。
8. 川出敏裕『判例講座刑事訴訟法〔捜査・証拠篇〕』立花書房（2016年3月）。
9. 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48号（2016年5月）。
10. 中島宏「GPS捜査最高裁判決の意義と射程」法学セミナー752号（2017年9月）。
11. 井上正仁『捜査手段としての通信・会話の傍受』有斐閣（1997年10月）。
12. 井上正仁『強制捜査と任意捜査（新版）』有斐閣（2014年12月）。
13. 井上正仁「GPS捜査」井上正仁、川出敏裕、大澤裕編『刑事訴訟法判例百選（第十版）』有斐閣（2017年4月）。
14. 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48号

(2016年5月)。

15. 田宮裕『捜査の構造』有斐閣(1971年1月)。
16. 田宮裕『刑事訴訟法(新版)』有斐閣(1996年3月)。
17. 白取祐司『刑事訴訟法(第八版)』日本評論社(2015年9月)。
18. 石田倫識「GPS捜査の適法性」法学セミナー62巻6号(2017年6月)。
19. 伊藤雅人、石田寿一「最高裁大法廷時の判例(刑事、車両に使用者らの承諾なく私かに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)」ジュリスト1507号(2017年6月)。
20. 宇藤崇「強制処分の法定とその意義について」研修733号(2009年7月)。
21. 宇藤崇、松田岳士、堀江慎司『刑事訴訟法』有斐閣(2014年7月)。
22. 宇藤崇「捜査のためにGPSを使用することの適否について」法学教室440号(2017年5月)。
23. 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444号(2017年9月)。
24. 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)。
25. 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)。
26. 村井敏邦「GPS捜査の法的規律」刑事弁護85号(2016年1月)。
27. 松田岳士「令状なしのGPS捜査が違法とされた事例」刑事弁護91号(2017年7月)。
28. 芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法(第六版)』岩波書店(2015年3月)。
29. 阿部潔「公共空間の快適——規律から管理へ」阿部潔、成実弘至編『空間管理社会——監視と自由のパラドックス(第一章)』新曜社(2006年9月)。
30. 前田雅英「最新刑事判例研究(第39回)いわゆるGPS捜査の合憲性」捜査研究798号(2017年6月)。
31. 後藤昭「強制処分法定主義と令状主義」法学教室245号(2001年2月)。
32. 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89巻6号(2017年6月)。
- 33.酒巻匡『刑事訴訟法』有斐閣(2015年11月)。
- 34.堀江慎司「令状主義」法学教室268号(2003年1月)。
- 35.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」論究ジュリスト22号(2017年8月)。
- 36.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117巻7=8号(2011年3月)。
- 37.笹田榮司「GPS捜査と憲法35条」法学教室442号(2017年7月)。
- 38.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巻5号(2015年5月)。
- 39.笹倉宏紀「捜査法の体系と情報プライバシー」刑法雑誌55巻3号(2016年5月)。
- 40.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11月)。
- 41.渡辺咲子「任意捜査の限界」三井誠、佐藤博史、馬場義宣、植村立郎編『新刑事手続I』悠々社(2002年12月)。
- 42.渥美東洋『刑事訴訟における自由と正義』有斐閣(1994年11月)。
- 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48号(2016年5月)。
- 44.葛野尋之「強制採尿」井上正仁、川出敏裕、大澤裕編『刑事訴訟法判例百選(第十版)』有斐閣(2017年4月)。
- 45.鈴木謙介「監視批判はなぜ困難か」社会学評論55巻4号(2005年3月)。
- 46.稲谷龍彦「情報技術の革新と刑事手続」井上正仁、酒巻匡編『刑事訴訟法の争点』有斐閣(2013年12月)。
- 47.緑大輔『刑事訴訟法入門』日本評論社(2014年10月)。
- 48.緑大輔「監視型捜査と被制約利益」刑法雑誌55巻3号(2016年5月)。
- 49.緑大輔「監視型捜査」法学教室446期(2017年11月)。
- 50.緑大輔「最高裁判例と強制処分法定主義、令状主義」指宿信編『GPS捜査とプライバシー保護(第三部第一章)』現代人文社(2018年4月)。

### 三、外 文

1. Bauman, Zygmunt (2000), *LIQUID MODERNITY*, Cambridge: Polity.
2. FOUCAULT (M.), *Surveiller et punir: Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975.
3. Gray, David & Citron, Danielle Keats, *A Shattered Looking Glass: The Pitfalls and Potential of the Mosaic Theory of Fourth Amendment Privacy*, 14 N.C.L & TECH. 381 (2013).
4. Kerr, Orin S., *The Mosaic Theory of the Fourth Amendment*, 111 MICH. L. REV. 311 (2012).
5. Lauer, Josh, *Surveillance History and the History of New Media: An Evidential Paradigm*, 14(4) NEW MEDIA SOC. 566 (2011).
6. Lyon, David (2001), *SURVEILLANCE SOCIETY: MONITORING EVERYDAY LIFE*, London: Open University Press.



元照出版提供

請勿公開散布。

# The Interpretation and Legislative Policy About the Legality of the GPS Surveillance and Investigation in Taiwan: A Study of the Supreme Court Judgment in 2017 from a Comparative Law Perspective

Keng-Wei Fan<sup>\*</sup>

## Abstract

This article aims to reexamine the nature and the legitimacy of using GPS tracking device for investigation in the current era of rapid development of technology. In 2017, the Taiwan Supreme Court ruled that using GPS tracking device violates the right of privacy guaranteed by Article 22 of the Constitution and thus constitutes a law enforcement. In order to further investigate the superiority or inferiority of that Supreme Court's judgment, this Article aims to discuss the Judgment of Supreme Court of Japan dated March 15 2017 through the perspective of comparative law since the aforementioned judgment is similar to Taiwan's judicial ruling in the terms of law enforcement. The discussion on the nature of using GPS tracking device in Japan's

---

<sup>\*</sup> Postdoctoral Fellow, Institutum Iurisprudentiae, Academia Sinica; Doctor of Laws, The Graduate School of Law, Hitotsubashi University, Japan.

Received: June 13, 2018; accepted: October 6, 2018

judgment is then analyzed and compared with the judgment of Taiwan. It is then proposed that collecting and storing the location data of a certain target with GPS tracking device continuously and in the long-term—as well as using the collected data to analyze the target's everyday life—is a violation of privacy. Consequently, the use of GPS tracking device should be considered as a form of Prosecutors' Order. In conclusion, it is suggested that before the legislation of using GPS tracking device in The Code of Criminal Procedure, neither public prosecutor, judicial officer nor judicial policeman should have the right to use such form of investigation. In the future, it is recommended that a law that controls and limits the amount of information acquired from the certain target whose movement is under surveillance should be legislated. The privacy of people should also be protected through the warrant requirement and the formal notification after the surveillance.

**Keywords:** GPS Tracking Device, Privacy, Prosecutors' Order, Surveillance, Surveillance Society, Reasonable Expectation, The Code of Criminal Procedure, Warrant Requirement, The Mosaic Theory, Gesetzesvorbehalt