



元照出版提供 請勿公開散布

偵查機關調取歷史性行動電話 基地臺位置資訊之合憲性審查 ——從美國聯邦最高法院判決檢視我國 法制

溫 祖 德^{*}

要 目

- | | |
|------------------|-------------------|
| 壹、前 言 | (三)對於公共場域之行蹤資訊無合 |
| 貳、調取歷史性行動電話基地臺位置 | 理隱私期待之判例檢討 |
| 資訊之憲法定位及令狀原則 | (四)第三人原則之檢討及現代意義 |
| 一、Carpenter案事實 | (五)對第三人調取令與增修條文第4 |
| 二、聯邦最高法院判決論理 | 條之適用關係 |
| (一)增修條文第4條搜索之判斷 | (六)可能適用之範圍 |
| 基準 | (七)緊急情況之例外 |
| (二)歷史性行動電話基地臺位置資 | (八)小 結 |
| 訊之本質 | 三、大法官Kennedy不同意見書 |

DOI: 10.53106/102398202021120167003

^{*} 中央大學法律及政府研究所專任副教授，美國伊利諾大學香檳分校法學博士。本文感謝兩位匿名審稿委員給予之寶貴意見及指正，本文獲益良多。另外，本文為行政院科技部補助專題研究計畫（計畫編號：MOST 109-2410-H-008-038-）研究成果之一部分。本文在此感謝科技部的補助與支持。

投稿日期：一〇九年八月四日；接受刊登日期：一一〇年六月十一日

責任校對：林嘉瑛



- | | |
|---|--|
| <p>(一)增修條文第4條保護客體為「個人」之「人身、住宅、文書、物件」</p> <p>(二)主張合理隱私期待仍以「個人」之「人身、住宅、文書、物件」為限</p> <p>(三)個人對於本案位置資訊不具有任何財產權益</p> <p>(四)本案多數說對第三人原則之誤解</p> <p>四、大法官Thomas不同意見書</p> <p>(一)增修條文第4條之文義解釋及判斷基準</p> <p>(二)增修條文第4條之保護客體應限於「個人(本人)」之財產權</p> <p>(三)對於合理隱私期待法則內涵之批判</p> <p>五、大法官Alito不同意見書</p> <p>(一)調取令與增修條文第4條搜索之區辨</p> <p>(二)被告對於歷史性行動電話基地臺位置資訊之財產權及持有利益之析論</p> <p>(三)合理隱私期待以個人對於「財產權」具有必要關聯性為要件</p> <p>六、大法官Gorsuch不同意見書</p> | <p>(一)增修條文第4條判斷基準(隱私權基準說或財產權基準說?)</p> <p>(二)財產權判斷基準之實質內涵</p> <p>參、本案判決之評析與啟示</p> <p>一、個人位置資訊與增修條文第4條之理論更迭及內涵</p> <p>(一)私人／公共場域基準說</p> <p>(二)財產權基準說</p> <p>(三)合理隱私期待基準說之內涵擴充</p> <p>(四)小 結</p> <p>二、對於第三人原則之檢討</p> <p>(一)第三人原則之理論基礎與適用</p> <p>(二)第三人原則之檢視與評論</p> <p>(三)Carpenter案判決對第三人原則之檢討</p> <p>(四)第三人原則之未來</p> <p>三、對於第三人調取令之憲法誠命及限制</p> <p>四、司法權與立法權之功能與界限</p> <p>五、對於我國現行法制之啟示</p> <p>(一)個人之歷史性行動電話基地臺位置資訊涉及之基本權</p> <p>(二)我國法制之討論</p> <p>(三)未來修法方向</p> <p>肆、結 論</p> |
|---|--|



摘 要

美國聯邦最高法院於Carpenter v. United States案，針對偵查機關蒐集調取個人行動電話產出之歷史性行動電話基地臺位置紀錄資訊，具有深度揭露性、全面觸及性及蒐集資訊自動性及不可避免性之本質，縱使該等資訊交由第三人蒐集、儲存、持有及控制之，個人對於資訊仍保有合理之隱私期待，因而當國家蒐集取得此類資訊時，構成增修條文第4條搜索，國家應遵循令狀原則，本於相當理由核發之令狀，方得為之。至於我國法制關於歷史性行動電話基地臺位置資訊，屬於通聯紀錄，並訂有通訊保障及監察法第11條之1之規範保護之。然從美國Carpenter案之最新見解及論述，反思我國調取歷史性行動電話基地臺位置資訊之調取令之立法，應重新思考修正之以充分保障人民之隱私權及秘密通訊自由。

關鍵詞：第三人調取令、提出文書命令、調取歷史性行動電話基地臺位置紀錄、第三人原則、合理隱私期待、國家監視



偵查機關追蹤監視蒐集取得個人之行蹤位置資訊，得運用下列數種類型之科技偵查手段，全球衛星定位追蹤監視系統（Global Positioning System，下稱「GPS定位追蹤監視」）、行動電話基地臺位置追蹤（Cell Site Location Information, CSLI）¹、行動電話虛擬基地臺監視用戶之定位系統及無人機之位置追蹤等²，上述監視之共通點在於國家蒐集取得該等資訊均屬於追蹤個人所在位置之資訊，以上述方式蒐集取得之資訊，包含個人在公共場域及私人領域（由公共場域進入私人領域內）二部分，其中個人在公共場域之活動及位置資訊，鑑於以往美國法傳統判例見解認為個人於公開場所之活動並無合理之隱私期待，因而國家蒐集調取該資訊，也未侵害個人之隱私權，難以主張該偵查行為構成聯邦憲法增修條文第4條（下稱「增修條文第4條」）之搜索，自不受該條之誡命及限制³。然二〇一二年於United States v. Jones⁴案（下稱「Jones案」），美

¹ 依據偵查機關蒐集取得個人使用行動電話產生之基地臺位置資訊（CSLI）為「歷史性（非即時性）位置」或「即時性（現時及未來）位置」，可區分即時性及歷史性（非即時性）基地臺位置資訊，其中歷史性位置資訊，屬於非即時性位置資訊，係指過往已經儲存於電信公司之行動電話通話者通訊時，透過該基地臺提供服務而呈現之基地臺位置之非通訊內容性資訊。詳見黃政龍，新型態科技偵查作為之法規範研究，中央警察大學警察政策研究所博士論文，頁33-35，2016年7月。

² 黃朝義，刑事訴訟法，頁354-356、362-364，2017年9月，5版。

³ 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930-939，2015年9月；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，頁150-154，2018年7月。

⁴ 參見李榮耕，同前註，頁930-939；黃朝義，同註2，頁356；林裕順，GPS偵查法治化研究，裁判時報，68期，頁12-23，2018年2月；溫祖德，同前註，頁



國聯邦最高法院針對偵查機關裝置GPS定位追蹤監視設備以蒐集取得個人駕駛車輛在公共場域之行蹤資訊，構成增修條文第4條之搜索，該案多數說採取財產權基準說作為增修條文第4條搜索之判斷基準，但有二位大法官提出協同意見書主張以隱私權基準說作為增修條文第4條搜索判斷基準，並成為本文探討Carpenter v. United States案（下稱「Carpenter案」）之重要參考論述。

二〇一八年，美國聯邦最高法院於Carpenter案⁵，針對偵查機關蒐集調取個人使用行動電話，本於行動電話訊號連結基地臺方向角位置，而由第三人（電信公司）創造、記錄、持有及儲存之歷史性（非即時性）行動電話基地臺位置紀錄資訊，是否侵害憲法保障之個人基本權、該偵查行為是否構成增修條文第4條意義之搜索、有無令狀原則之適用及法院核發令狀之審查門檻等問題，該院已做出最新見解。同時，聯邦最高法院也限縮部分傳統見解，並進一步保障人民之隱私權，足見該案見解對現行美國既有之法規範體系之影響、有無限縮或推翻既有判例，如第三人原則或公共場域之隱私權等，殊值探討之。申言之，聯邦最高法院重新思考調取歷史性行

150-154。

- ⁵ Carpenter v. United States, 138 S. Ct. 2206 (2018); 溫祖德，調取歷史性行動電話基地台位置資訊之令狀原則——自美國Carpenter案之觀察，月旦法學雜誌，297期，頁139，2020年2月。就文獻回顧分析之，上述文章主要分析Carpenter案大法官多數意見書為核心，或許因為受限於篇幅的緣故，該文已無法論述各別不同意見書的意見及內涵，乃至於對我國未來立法之建議。而本文為免重複，除扼要分析Carpenter案外，另外完整分析該案不同意見大法官的不同意見書，詳盡論述各別大法官見解異同。其次，在啟示論部分，特別針對在現代遭受美國實務界及學界檢討的第三人原則、位置資訊與增修條文第4條理論更迄及內涵，及第三人調取令之憲法誠命及限制之論述，最後並提出立法論之建言。故本文除篇幅遠甚於上文外，在論述上，則是以該案判決全面影響所及的美國諸多原則之檢討與未來可能適用之情形，乃至於對我國未來法制論之建議作為論述核心，本文在此特別比較敘明之。



動電話基地臺位置資訊（下稱「本案位置資訊」）之憲法定位及合憲性審查，以決定在科技發達之當代社會，國家偵查機關得以輕易取得此類資訊，透過此等資訊又可能進一步掌握到個人私生活隱私細節，若仍持傳統見解，對人民基本權之保護是否周全，應重新思考之，因之，應該重新檢討該偵查行為之定位及合憲性問題。

至於我國法制關於歷史性行動電話基地臺位置資訊，即為行動電話開機後處於得通訊狀態，自動產生使用者所在之行動電話基地臺位置之資訊，屬於通訊狀態，依據通訊保障及監察法第3條之1第1項規定：「電信使用人使用電信服務後，電信系統所產生之發送方、接收方之電話號碼、通信時間、使用長度、位址、服務型態、信箱或位置資訊等紀錄」，均為通聯紀錄之內容，大法官釋字第631號解釋認為通訊之有無、對象、時間及方式，此等通訊狀態涉及人民之秘密通訊自由權及隱私權，因此，國家調取該資訊即構成對人民基本權之侵害，自應受到憲法限制，對於本案位置資訊之調取，依據通訊保障及監察法第11條之1規範，應核發調取命令蒐集取得之，固屬有據。然從比較法觀察，美國聯邦最高法院Carpenter案之最新見解及論述，重新檢討傳統以調取命令蒐集取得本案位置資訊之合憲性及憲法定位，該案立論不僅受到外界高度重視，並足為檢討我國通訊保障及監察法相關規定之立法思維。

以下，貳、首先詳細論述調取本案位置資訊之憲法定位及令狀原則，透過美國聯邦最高法院Carpenter案事實、判決理由及論理，分析就偵查機關調取該等資訊之憲法定位、構成增修條文第4條之搜索詳為論述，再探討該院限縮及改變傳統見解之說理及適用範圍；其次，針對本案判決，共有四位大法官提出不同意見書，本文針對四位不同意見書分別論述之，扼要分析其說理重點及與多數說之不同意見。參、本文評析Carpenter案判決，其判斷增修條文第4條搜索之內涵，從傳統判例到Carpenter案之理論更迭、對於第三人

元照出版提供 請勿公開散布
原則之檢討及適用範圍、對於我國現行通訊保障及監察法之啟示等
進行論述。肆、本文結論。

貳、調取歷史性行動電話基地臺位置資訊之憲法定位 及令狀原則

一、Carpenter案事實

二〇一一年，在密西根州連續發生多起搶奪案件，警方逮捕四名犯罪嫌疑人，其中一人交出搶奪犯罪時，共犯集團成員之行動電話號碼，由聯邦檢察官向治安法官聲請三項法院命令電信公司交出此等共犯成員之通聯紀錄（包括調取本案位置資訊⁶）。治安法官基於聯邦儲存中通訊法（Stored Communication Act，下稱SCA）第2703條(d)規定「當有特定及具體事實（specific and articulable facts）足認具有合理基礎（reasonable grounds）認定有線或電子通訊內容或調取之紀錄或資訊與正在偵查中犯罪間具有關聯性且實質性時（relevant and material），得申請法院核發命令（court order；d order）」⁷，強制命令電信業者提出被告行動電話紀錄，包括：

⁶ 就技術面上關於行動電話與基地臺位置之運作模式，乃藉由行動電話訊號與基地臺方向角作用，讀出行動電話訊號發出位置在基地臺之方向角位置，進而透過訊號角度與強度決定行動電話之接、發話位置之技術面之論述，由於國內偵查相關機關對之也不陌生，本文認為並無贅述必要。關於行動電話基地臺之科技運作及其產生資料，詳見黃政龍，同註1，頁42-45；李榮耕，通訊保障及監察法，頁206，2018年2月。

⁷ *Carpenter*, 138 S. Ct. at 2212-13; 18 U.S.C. § 2703(d) (2012)(“when the governmental entity offers specific and articulable facts showing that there are reasonable grounds to believe that the contents of a wire or electronic communication, or the records or other information sought, are relevant and material to an ongoing criminal investigation.”); 在此處特別要提出說明的是法



元照出版提供 請勿公開散布

向Sprint電信公司調取七天及MetroPCS電信公司調取一五二天之歷史性行動電話基地臺位置資訊。治安法官共核發二項法院命令，MetroPCS電信公司依據命令交出一二七天位置資訊，包括186頁之被告Carpenter所在之位置資訊、Sprint電信公司交出二天之位置資訊，總計調取12,898基地臺位置點，平均每天101個點，證明在搶奪案發時，在每個搶奪犯罪地點0.5英哩到2英哩間，被告之行動電話位置均在該範圍內，被告（即上訴人）因而被訴連續幫助搶奪罪及於聯邦暴力犯罪中、幫助使用或攜帶槍砲罪。被告抗辯以調取令蒐集本案位置資訊之偵查行為，違反增修條文第4條之令狀原則，非屬於法院基於相當理由核發之令狀，請求裁定排除上開證據，密西根東區地方法院駁回請求，聯邦第六巡迴上訴法院維持地方法院判決⁸。

院在本案核發之法院命令（court order），目的在於強制命令相對人揭露相關文書、資訊，在判決中提到向第三人調取文書紀錄命令（subpoena third parties for records），性質上即為提出文書命令，在本案判決大法官Alito之不同意見書也提到提出文書命令（subpoena duces tecum）（詳本文後述大法官Alito不同意見書），本文在主標題與內文均以調取令為名，實因著我國通訊保障及監察法之規定，命令第三人（電信業者）依據法院核發之調取令提出通聯紀錄，法律文本稱之為調取令，為使能與我國法制之用語銜接，故以調取令稱之，以免造成誤會。實則此一命令，即為提出文書命令，而此等命令之本質係要求相對人、第三人或證人到庭並提出文書之命令，同樣地在大法官Alito不同意見書也詳盡的論述此等提出文書命令之分類，本文在此註解特別先行陳述，附此敘明。

- ⁸ United States v. Carpenter, 819 F. 3d 880, 888, 890 (6th Cir. 2016). 聯邦第六巡迴上訴法院區分本案位置資訊及GPS定位追蹤資訊，且通訊者知道該資訊會傳輸到最近的基地臺位置而曝露自己的位置資訊，也知悉電信公司為商業目的，會紀錄位置資訊，而偵查機關乃自第三人取得該等資訊，被告對資訊僅有減少的隱私期待，因此個人對於本案位置資訊並無合理隱私期待，調取蒐集該等資訊並不屬於搜索，see *id.* at 887-88.

元照出版提供 請勿公開散布
二、聯邦最高法院判決論理

(一)增修條文第4條搜索之判斷基準

增修條文第4條明定「人民對個人（**their**；他們個人的）人身、住宅、文書或物件受有安全之確保，不受不合理搜索及扣押，並不得違反之；令狀核發，非基於相當理由，並經宣誓或代誓宣言及明載特定之搜索地點及扣押之人或物外，不得為之」，本條之目的在於禁止或限制國家不合理之搜索及扣押，保障人民財產權及安全以對抗國家恣意侵害個人基本權，因之，當國家搜索取得個人之犯罪證據及隱私資訊時，有無侵害個人基本權及類型，涉及增修條文第4條保障基本權之判斷基準。也就是說，國家偵查行為構成增修條文第4條之搜索，其判斷基準為何，以美國聯邦最高法院解釋該條保障人民基本權利之理論及現行見解，主要分為財產權與隱私權二種判斷基準，茲分述如下。

第一、財產權基準說，自增修條文第4條制憲史觀之，制憲背景源於英王使用概括搜索票進入人民住宅、搜索證據之歷史，制憲者為保護人民之住宅、物件等財產權而制定本條保障之，自增修條文第4條之文本，可知該條保障權利之客體以個人之人身、住宅、文書及物件之財產權客體遭受侵害為準，認為國家以物理性侵入個人受增修條文第4條保障之個人人身、住宅、文書或物件之客體，蒐集取得證據資料，即構成憲法意義之搜索，稱之為財產權基準說，又增修條文第4條搜索也繫於普通法採取之侵入財產權理論作為判斷基準，故又稱物理性侵入說⁹。依據聯邦最高法院判例認為增修條文第4條主要目的在於保護人民之隱私及安全免於國家恣意

⁹ *Carpenter*, 138 S. Ct. at 2213; *United States v. Jones*, 565, U.S. 400, 405, 406 (2012).

濫權侵入隱私生活¹⁰。申言之，增修條文第4條要防止的是國家任意的侵入人民受到增修條文第4條保護之財產權而蒐集取得證據或資訊二個重點。但在面對未來高科技偵查設備不斷進步之當代社會，偵查機關蒐集取得資訊之偵查手段未必以物理性侵入財產權方式為之，未來判斷增修條文第4條之搜索，若仍持財產權基準說之觀點，一定要物理性侵入個人財產權範疇蒐集取得資訊，將使得未來諸多高科技偵查所蒐集取得資訊之偵查手段，排除於增修條文第4條搜索概念之外，而無法完整保障人民之基本權，自非妥適，足見財產權基準說之概念已經不足面對未來世代，而有重新檢討之必要。

第二、隱私權基準說，此說源自Katz v. United States案（下稱「Katz案」）見解認為增修條文第4條保護客體是「人」，非「處所」，國家偵查機關偵查蒐集取得個人資訊時，侵害個人之合理隱私期待之隱私權時，構成憲法意義之搜索，改以隱私權作為增修條文第4條搜索之判斷基準¹¹。以隱私權作為判斷基準及內涵仍屬於抽象，目前美國學術及實務界以Harlan大法官在Katz案提出協同意見書所提出之二要件，作為認定隱私權基準說之內涵，1.主觀上，個人對於偵查機關偵查蒐集取得之資訊，展現該人之主觀隱私期待，2.客觀上，該隱私期待係社會共認為合理期待者，即屬憲法保障之「合理隱私期待」，作為增修條文第4條之保護利益。因而，聯邦最高法院認為國家於該隱私範疇內蒐集取得個人具有合理隱私期待之資訊，即構成憲法意義之搜索，偵查機關應取得具備相當理由門檻之令狀（“requires a warrant supported by probable cause”），

¹⁰ See *Carpenter*, 138 S. Ct. at 2213.

¹¹ *Id.* (quoting *Katz v. United States*, 389 U.S. 347, 351 (1967).)



方得為之¹²。在這個思維下，聯邦最高法院承認增修條文第4條在於保護生活之隱私免於國家恣意濫權；及制憲者目的在於限制防止過度滲入性的警察監控¹³。於當代高科技設備增加國家侵入個人私領域能力時，聯邦最高法院應保障自增修條文第4條存在時之個人之隱私以避免政府侵害，因之，財產權基準說並非判斷增修條文第4條搜索之唯一基準¹⁴。在Kyllo v. United States案（下稱「Kyllo案」），聯邦最高法院拒絕機械式解釋（mechanical interpretation）增修條文第4條，認為使用紅外線熱感應器偵測被告住處散發之熱輻射（屬於個人住宅內資訊），已構成增修條文第4條之搜索¹⁵；同樣地，在Riley v. California案（下稱「Riley案」），也認為本於現代行動電話巨大儲存能力之本質，其內部儲存質與量，國家應先取得令狀，方得蒐集取得行動電話內數位資訊¹⁶。

質言之，美國憲法意義之搜索概念之判斷基準，多年來一直介於二種見解之選擇，而二〇一二年Jones案更在隱私權基準說作為主流見解多年後，改為財產權基準說判斷偵查機關偵查手段是否構成憲法意義之搜索，同時Jones案多數說也並未推翻合理隱私期待理論，在僅以電信傳輸、沒有物理性侵害財產權之偵查行為，仍採

¹² Smith v. Maryland, 442 U.S. 735, 740 (1979); RONALD JAY ALLEN, WILLIAMS J. STUNTZ, JOSEPH L. HOFFMANN, DEBRA A. LIVINGSTON & ANDREW D. LEIPOLD, COMPREHENSIVE CRIMINAL PROCEDURE 361, 367-70 (2011); WAYNE R. LAFAYE, JEROLD H. ISRAEL, NANCY J. KING & ORIN S. KERR, CRIMINAL PROCEDURE 167 (2017).

¹³ Carpenter, 138 S. Ct. at 2214.

¹⁴ Soldal v. Cook County, 506 U.S. 56, 64 (1992) (“property rights are not the sole measure of Fourth Amendment violations.”).

¹⁵ Kyllo v. United States, 533 U.S. 27, 34, 35 (2001). 亦即使用此種強化感知之科技設備（sense-enhancing technology）偵查蒐集取得私人住宅內資訊，即使未物理性侵入人民之財產權，仍構成憲法意義之搜索。

¹⁶ Riley v. California, 573 U.S. _ (2014).



取隱私權基準說作為判斷標準¹⁷。直到二〇一八年Carpenter案，聯邦最高法院對於增修條文第4條搜索之判斷基準，又回到合理隱私期待之隱私權基準說作為判斷標準，判斷國家調取蒐集人民之本案位置資訊，侵害個人之合理隱私期待，構成增修條文第4條之搜索，受到增修條文第4條之誡命及限制。本案法院採取隱私權基準說也是因應數位時代下高科技偵查技術之進步，蒐集調取由第三人儲存、控制、持有之位置資訊，若仍適用財產權基準說，將置隱私利益保護於危險之中，職此，聯邦最高法院再從調取該等資訊行為之本質，才能決定有無憲法之誡命及限制，並繼而重新檢視若干傳統判例之論述基礎。

(二)歷史性行動電話基地臺位置資訊之本質

本案爭點乃數位時代任何社會可能面臨之問題，亦即當代高科技偵查手段與增修條文第4條之調和及解釋適用之問題，聯邦最高法院當務之急乃在於如何解釋適用增修條文第4條之搜索，同時也為增修條文第4條之現代任務，以便回應高科技偵查設備之發展與未來。因此，調取本案位置資訊是否構成增修條文第4條之搜索？如何判斷決定個人對於該等資訊有無合理隱私期待，應受憲法保障之隱私權，即為司法之現代任務。因之，聯邦最高法院特別針對本案位置資訊之本質及特性，分別就個人資訊之隱私性及個人資訊之全面監視性二點論述。

第一、個人資訊之隱私性：Carpenter案多數說之思維，認為藉由本案位置資訊詳細紀錄個人歷史性的活動資訊，與GPS定位追蹤監視共享許多相同本質，此等資訊具有詳盡、百科全書般及毫不費力地累積之本質，因此個人行動電話處於長期、不間斷持續性傳輸

¹⁷ Jones, 565, U.S. at 400, 405, 406.

元照出版提供 請勿公開散布

位置資訊於電信公司（wireless carrier），若准許國家蒐集取得本案位置資訊，分析（mapping）個人資訊長達一二七日，足以提供行動電話持有人個人全面包括性之位置紀錄（an all-encompassing record of the holder's whereabouts），如此一來，調取本案位置資訊與GPS定位追蹤監視無異，就像是時間印記資訊（the time stamped data）¹⁸。Carpenter案多數說也引用Jones案大法官Sotomayor協同意見書見解認為位置資訊提供個人生活親密的點滴細節，包括個人位置資訊，所揭露的甚至是親密的、政治的、專業的、宗教的及性相關的關係事項¹⁹。

第二、個人資訊之全面監視性：聯邦最高法院檢視本案位置資訊之回溯全面性（retrospective pervasiveness of CSLI data），此等資訊詳盡記錄個人之個別行動，堆砌長達數年之私人每日、每個時間之行動。復以，個人幾近強迫式攜帶行動電話，因之，行動電話具有人類剖析之特徵（“feature of human anatomy”），追蹤近乎於行動電話所有人之全部行蹤，此等監視程度如同腳踝上設置之監視設備，也就是讓國家得以回溯追蹤個人之所在，賦予警方得以取得無法以其他方式得知之資訊（“a category of information otherwise unknowable”），此種回溯性本質，國家得以回溯到追蹤過去個人位置之所在，近乎於完美監視（near perfect surveillance）。再者，本案多數說更指出，本案位置資訊屬於持續性記錄（logged）美國四億人口之行動電話之設備，而非僅限於受偵查之對象，甚至警方毋庸事先知悉，有無追蹤特定個人之必要，此也代表著任何個人將被長期連續性追蹤長達五年（亦即該等資料之保存期限），而完全

¹⁸ *Carpenter*, 138 S. Ct. at 2216.

¹⁹ *Carpenter*, 138 S. Ct. at 2217 (quoting *United States v. Jones*, 565 U.S. 400, 415 (2012).)(Sotomayor, J., Concurring).

元照出版提供 請勿公開散布。
毋庸受到憲法之限制²⁰。

雖然檢察官及大法官Kennedy之不同意見書表示該位置資訊不如GPS資訊精確，單憑此等資訊尚難確定被告在犯罪現場，因此不認為個人對之具有合理隱私期待，也不認為國家蒐集取得該位置資訊構成增修條文第4條之搜索，然Carpenter案多數說認為從一二七天位置資訊，綜合其他資訊後，可以推繹（deduce）詳盡的個人位置地點，且檢方於結辯時也強調該位置資訊之正確性²¹。因此，Carpenter案多數說也拒絕上述的主張，並仍認為當代此等資訊正確性已經快速趕上GPS等級之精確性，當基地臺位置倍增時，每個基地臺所覆蓋範圍也就減縮，搭配時間及達到基地臺訊號角度，電信公司已具有鎖定行動電話於50米以內距離之能力，取得此等資訊時，即侵害個人對於自己行動全面性之合理隱私期待²²。

質言之，聯邦最高法院認為本案位置紀錄呈現出來者為個人位置資訊，其正確性可與GPS定位追蹤資訊相提並論，所揭露他人隱私生活不言可喻。再者，對於個人之位置資訊，即使為個人處於公共場域之資訊，此等資訊仍屬於全面性資訊，毫無遺漏個人行蹤紀錄，對於個人資訊隱私形成重大危險，也造成國家進行之完美監視，聯邦最高法院乃表示任何人不因處於公共場域即失去（surrender）增修條文第4條之保護，任何人若欲保持隱私者，即使處於公共場域可接近之區域，仍為憲法保障之區域²³，正因如此，本案位置資訊，為個人物理性行動之完整記錄，提供一個親密的窗口窺視個人之生活（“an intimate window into a person’s

²⁰ *Id.* at 2218.

²¹ *Id.*

²² *Id.* at 2219.

²³ *Id.* at 2218 (quoting *Jones*, 565 U.S. at 430 (Alito, J., Concurring); *Jones*, 565 U.S. at 415 (Sotomayor, J., Concurring)).

life”），偵查機關之蒐集調取行為，已違反個人之合理隱私期待，而值得受到增修條文第4條隱私權之保護²⁴。

（三）對於公共場域之行蹤資訊無合理隱私期待之判例檢討

國家向電信公司等第三人企業（下稱「第三人」）調取本案位置資訊，乃保持、儲存於第三人之資訊，依據聯邦最高法院傳統見解認為個人在公共場域之行蹤（活動位置）資訊，屬於個人自願揭露於外，而無合理隱私期待之資訊，這一類見解以聯邦最高法院之 *United States v. Knotts*²⁵案（下稱「Knotts案」）為首，執法機關事先取得販賣化學品業者同意，裝置無線訊號發射器（beeper）於化學品容器內，再由業者出售容器給被告，以蒐集取得被告車輛之活動及位置資訊，最後卸貨處亦在公開場域內，執法機關所蒐集取得之資訊，為個人車輛在公共場域之路徑資訊及起訖點，均屬被告自願性對外公開之資訊，所以被告不能主張對公共場域之活動及位置資訊享有合理隱私期待，故Knotts法院認為個人難以主張隱私權遭受侵害²⁶。Knotts案後，聯邦最高法院在 *United States v. Karo*案（下稱「Karo案」），再度重申以無線訊號發射器追蹤蒐集個人於公共場域之行蹤，不構成搜索，足見傳統見解是以公共場域劃出界線，偵查機關蒐集取得個人在公共場域之活動及位置資訊，即不受增修條文第4條之保護，因之，國家蒐集取得該等資訊之偵查行

²⁴ *Carpenter*, 138 S. Ct. at 2217; 本案法院也認為就位置資訊持續地記錄（logged）於科技設備，不僅對於所偵查之犯罪之位置資訊，甚至包括犯罪時點以外之位置資訊亦包括其中，此種設備有效追溯個人每日行動，導致警方在不受增修條文第4條搜索限制下，取得對任何人之監控結果。

²⁵ *United States v. Knotts*, 460 U.S. 276, 281 (1983).

²⁶ *Id.* at 285.

為，非屬於增修條文第4條之搜索²⁷。

但是Knotts案也謹慎劃分出以無線訊號發射器進行之基本性質之追蹤與全面性監視（“more sweeping modes of surveillance”）間的差異性，強調以無線訊號發射器蒐集取得單次性車輛行動資訊（a discrete automotive journey）與二十四小時型態之監視個人（“twenty-four hour surveillance of any citizen of this country”），可能適用不同之憲法原則²⁸，就以最近Jones案之監視模式，聯邦最高法院確實採取不同的憲法原則，法院認為較為複雜型監視適用不同之憲法原則，舉例言之，若警方秘密啟動遭竊車輛內裝GPS定位追蹤系統，以GPS定位追蹤個人車輛長達二十八天之每一個活動之資訊蒐集之偵查行為，在該案共有五位大法官採取從隱私權基準說判斷是否構成憲法意義之搜索，其中二位大法官提出協同意見書認為長期定位追蹤偵查大多數犯罪則侵害個人之合理隱私期待，而無關乎於該等活動是否揭露於公眾²⁹。

要之，個人在公共場域之活動位置資訊，聯邦最高法院Jones案已有大法官從隱私權基準說的角度提出應該以合理隱私期待標準判斷偵查行為之合憲性，到Carpenter案多數說基於資訊之全面監視性及近乎於完美監視之詳盡本質，本於國家完美監視之情況，傳統之Knotts案法則根本不該適用於本案之情形。

²⁷ United States v. Karo, 468 U.S. 705 (1984).

²⁸ Knotts, 460 U.S. at 283-84 (“different constitutional principles may be applicable”). 但該院特別強調若涉及24小時型態之鋪天蓋地式追蹤（twenty-four-hour “dragnet-type” of surveillance），將適用不同憲法原則，see *id.* at 284.

²⁹ Jones, 565 U.S. at 400, 430 (Alito, J., Concurring); Jones, 565 U.S. at 415 (Sotomayor, J., Concurring).

四、第三人原則之檢討及現代意義

1. 第三人原則之意義及內涵

第三人原則，認為個人自願揭露或交付給第三人資訊，即難認有合法之隱私期待，偵查機關蒐集取得該等自願交付之資訊，不構成增修條文第4條之搜索，因此不受到增修條文第4條之保護³⁰。聯邦最高法院於United States v. Miller³¹案（下稱「Miller案」），偵查機關偵查逃漏稅捐罪，檢察官調取被告銀行紀錄，包括註銷支票（cancelled checks）、存款條（deposit slips）及對帳單，聯邦最高法院本於被告對於上開資料無所有／持有權利，該資料為銀行之紀錄文書，且確認該等文書之本質內容，因被告支票並非機密性通訊內容，而為商業交易交換工具，且銀行紀錄文書內容，屬於被告自願揭露給銀行行員作為商業交易流程之資訊，被告僅具有有限的隱私期待（limited expectation of privacy），因之，被告應承擔風險而推定該資訊可能由第三人交給國家使用，檢察官之調取並未違反增修條文第4條之令狀原則³²。

其後，在Smith v. Maryland³³案（下稱「Smith案」），警方在未取得令狀下，使電話公司於被告電話線附載發話撥號記錄器（pen register），記錄被告Smith住處內電話撥出的電話號碼，發話撥號記錄器顯示被告住處之電話曾撥話至被害人所使用的電話，警方以此等證據為基礎聲請取得搜索被告住處之令狀。聯邦最高法院認為電信用戶個人自願傳輸電話號碼給電信公司，主觀上個人對

³⁰ *Carpenter*, 138 S. Ct. at 2216 (quoting *Smith v. Maryland*, 442 U.S. 735, 743-44 (1979)); see also *Carpenter*, 138 S. Ct. at 2262 (Gorsuch, J., Dissenting).

³¹ *United States v. Miller*, 425 U.S. 435, 443 (1976).

³² *Id.* at 443.

³³ *Smith v. Maryland*, 442 U.S. 735, 743-44 (1979).



於撥打之電話號碼，並無主觀之隱私期待；客觀上，個人也認識到電信公司將撥打電話號碼紀錄作為電信公司各種商業用途，於是對於自願交付給第三人資訊，也非社會承認之合理之隱私期待³⁴。事實上，就設備及功能而言，發話撥號記錄器之有限能力與Katz案竊聽設備迥異，發號撥號記錄器僅紀錄撥打之電話號碼，未有撥話者與接聽者之任何通訊內容，因而推定被告自願承擔電信公司得將資訊交付給警方之風險³⁵。

質言之，本案位置資訊，其內容涉及個人之位置資訊（包括公、私場域之位置資訊），若適用第三人原則，則屬於個人自願揭露於外之資訊，個人無從主張合理之隱私期待，因而國家蒐集取得該等資訊之行為，不構成憲法意義之搜索，然而若抱持此一見解，將無法解決新興科技偵查手段，對人們之隱私權侵害，形成保護不周之情況。承如上述，透過行動電話基地臺位置資訊蒐集個人過往位置資訊之全部，與Jones案本質相似，具有詳盡、類百科全書般之無窮盡的資訊集合，若認為得適用傳統第三人法則，將致國家得以全面監視個人私生活隱私，毋庸事前經由司法審查。因之，聯邦最高法院在本案開始思考第三人原則的現代意義，是否限縮或推翻第三人原則。

2. 對第三人原則之討論與質疑

首先，第三人原則理論第一個理論基礎源於資訊分享行為（the act of sharing），因而形成減少之隱私期待（reduced expectation of privacy），但減少之隱私期待利益，不代表完全與增修條文第4條無關，Carpenter法院多數說認為不應該完全仰賴分享資訊行為，判斷個人合理之隱私期待，反而以「調取資料本質」

³⁴ *Id.* at 742-44 (“is not one that society is prepared to recognize as reasonable”).

³⁵ *Id.* at 744-45.



(the nature of particular document sought)，判斷對於資訊內容，個人是否具有合理之隱私期待³⁶。舉例言之，Smith案發號記錄器記錄受話方號碼，僅具有非常有限之揭露能力、Riley案行動電話通訊錄（或稱電話簿；telephone call logs）所載對象身分，僅揭露小部分內容³⁷、Miller案銀行紀錄僅係商業交易之交換工具³⁸，上述案例揭露之資訊僅為非常有限的個人隱私資訊，與Carpenter案揭露無窮無盡的位置資訊（the exhaustive chronicle of location information）相較，二者間差異頗鉅，長時間追蹤被告位置資訊因為具有延續性追蹤（pervasive tracking）之本質，Jones案大法官協同意見書即認為長期定位追蹤車輛於公共場域之行蹤，已構成憲法意義之搜索，Carpenter法院多數說認為本案非關於某個特定時間使用行動電話或特定時間之個人行動，本案係關乎於詳盡地全天候、長達數年之物理性活動及位置資訊之彙整蒐集，從而，若適用第三人原則，將導致大幅度擴張第三人原則於另一個類型之資訊³⁹。

其次，第三人原則第二個理論基礎在於自願揭露（voluntary exposure），但吾等必須思考的是個人是否真正地揭露予第三人本案位置資訊。在行動電話服務之內容，具有全面性及日常生活之持續性（such a pervasive and insistent part of daily life），乃參與現代社會不可缺少的部分，個人之行動電話持續性登錄基地臺位置資訊，而毋庸使用人採取任何積極行為，即自動產生基地臺位置紀

³⁶ *Carpenter*, 138 S. Ct. at 2219-20. *Carpenter*案也指出第三人原則源自個人減少之合理隱私期待（a reduced expectation of privacy），但減少之隱私利益並非完全無增修條文第4條之適用（“diminished privacy interests does not mean that the Fourth Amendment falls out of the picture entirely.”）。

³⁷ *Smith*, 442 U.S. at 742; *Riley*, 573 U.S. at _ (slip op., at 24).

³⁸ *Miller*, 425 U.S. at 442.

³⁹ *Carpenter*, 138 S. Ct. at 2217-19.

錄，包括撥入電話號碼、文字訊息或電子郵件及無數的資訊連結均屬於電話自動產生紀錄，本質上言之，任何利用行動電話之舉動都將產生位置資訊，在這種情況之下，難以推定使用者承擔交付物理性位置移動之完整記錄（a comprehensive dossier of his physical movements）之風險⁴⁰。

綜上，對於第三人原則及適用範圍之檢討，本案位置資訊完全不同於商業紀錄，國家蒐集調取該等資訊，個人具有合理隱私期待，即無第三人原則之適用。

(五)對第三人調取令與增修條文第4條之適用關係

Carpenter法院多數說認為行動電話使用人對於儲存於第三人（電信公司）之本案位置紀錄，屬於個人具有合理隱私期待之隱私資訊，與一般商業紀錄不同，個人因而受到增修條文第4條之保護，也就是國家不得任意調取個人具有合理隱私期待而儲存於第三人之紀錄資訊⁴¹。因是之故，Carpenter法院認為增修條文第4條對於個人具有合理隱私期待之資訊隱私之保護，同樣適用於國家偵查機關向第三人蒐集調取個人之本案位置紀錄。申言之，多數說很明確地採取本案位置紀錄，屬於個人具有合理隱私期待之隱私資訊，國家偵查機關之調取行為，應受到增修條文第4條之誡命及限制，於符合令狀原則下，由法院本於相當理由核發之令狀，方得為之，Carpenter法院多數說認為即使由第三人控制、持有該資訊，個人因而不具有行使增修條文第4條權利之當事人適格，個人對之仍保有合理之隱私期待，而此一見解，也與下述多位不同意見書之大法官形成強烈衝突，舉例來說，大法官Alito認為國家以調取令取得文書

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ *Id.* at 2222.

不涉及直接蒐集取走證據，因而對於個人之隱私權侵害較為輕微，從而調取令（提出文書命令）不受到令狀要件之限制，不同於相當理由之審查標準，而應受到寬鬆之審查標準，若持此一思維，私人信件、行動電話數位內容等任何個人資訊，只要以文書形式呈現，即得以調取令蒐集為之，使調取令成為增修條文第4條保護之個人權利之類型限制（a categorical limitation），將造成無任何類型之文書（no type of record）受到令狀原則之限制與保護，亦屬不妥⁴²。至於其他調取命令（提出文書命令），Carpenter法院則認為，並非所有的調取令狀均需要經過相當理由之審查，於大多數偵查案件，偵查機關仍得本於調取令調取之，該院特別表明僅有在少數案件，當個人對於第三人持有、控制之資訊紀錄具有合法之隱私期待時，則應本於具備相當理由之令狀，方得蒐集取得該等資訊⁴³。

（六）可能適用之範圍

本案多數說表示本案見解不適用於即時性（real-time）行動電話基地臺位置資訊之調取，也不影響第三人原則適用的商業紀錄及行動電話撥話號碼記錄，也未質疑傳統監視設備取得之記錄資訊，例如：保全監視用錄影設備（security cameras）；其次，針對其他商業紀錄，若可能會意外地觸及揭露位置資訊的話，本案見解也不適用；再次之，本案見解也不適用於其他資訊蒐集之科技設備，包括外交事務及國家安全型態之資訊蒐集科技設備⁴⁴。申言之，聯邦

⁴² *Id.* at 2221-22.

⁴³ *Id.* at 2222 (“This is certainly not to say that all orders compelling the production of documents will require a showing of probable cause. The Government will be able to use subpoenas to acquire records in the overwhelming majority of investigations. We hold only that a warrant is required in the rare case where the suspect has a legitimate privacy interest in records held by a third party.”).

⁴⁴ *Id.* at 2220.

元照出版提供 請勿公開散布

最高法院直言本案未推翻第三人原則，僅採取限縮適用之範圍，更稱本案判決採取的是一個狹隘適用的見解⁴⁵。

(七) 緊急情況之例外

對於緊急情況，例如：追蹤脫逃之犯罪嫌疑人、為避免立即危害或立即證據滅失損害之危險，仍有令狀原則緊急情況例外之適用，亦即當緊急情況出現時，立即執法之利益具有優先性，因此，縱使未有具令狀而進行無令狀搜索仍然符合增修條文第4條之客觀合理性⁴⁶。因之，無論是炸彈威脅、積極性攻擊、幼童誘拐均得適用緊急例外之情況，而直接蒐集取得個人之位置資訊。

(八) 小 結

本文先就判決理由直觀之結論，整理論述如下（關於本案判決之評析與啟示，詳見後述參、之部分），本案判決認為偵查機關依據聯邦儲存中通訊法第2703條(d)聲請法院核發命令調取七天以上本案位置資訊，而該核發調取令採取低度之審查門檻，並不符合令狀主義之要求，由於個人對於本案位置資訊具有合理隱私期待，偵查機關蒐集取得此等資訊之偵查行為，屬於憲法增修條文第4條之搜索，應由法院本於相當理由之審查門檻，由法院核發搜索令狀後，方得為之⁴⁷。換言之，此等資訊之調取，已不得再依調取令為

⁴⁵ *Id.* at 2220 (“Our decision today is a narrow one.”).

⁴⁶ *Id.* at 2222-23 (“a warrantless search is objectively reasonable under the Fourth Amendment”).

⁴⁷ 在此之法院命令，不同於搜索票，審查門檻低於核發搜索票之相當理由之審查門檻，依據聯邦儲存中通訊法之規定聲請人提出「合理基礎」（reasonable grounds），足信調取之資訊與偵查中犯罪具有關聯性及實質性（the records were relevant and material to an ongoing investigation）要件時，審查法院即核發調取令。

之，必須依據令狀原則之要求，本於相當理由之門檻，由法院核發之搜索令狀，方得為之。至於，核發命令調取六天以下之資訊，是否亦適用於本案見解，至今未明，有學者認為Carpenter案判決，並未解決此一問題，尚不能適用本案判決⁴⁸。

本案判決的思維，代表著現代及未來世界，由個人分享給第三人，而由第三人儲存、持有、控制之資訊內容，基於本案判決分析建構之判斷標準，本案位置資訊，具備「深度揭露性」、「資訊之深度、廣度及全面觸及性」（下稱「全面觸及性」）及「蒐集資訊之自動性及不可避免性」等重要本質，前二者，代表以資訊內容涵蓋個人隱私生活之「深度揭露性」及「全面觸及性」而揭露個人之隱私資訊，後者，代表著資訊不斷的自動產生而儲存於第三人（電信公司），以累積為數可觀之個人資訊，綜合之後呈現顯著揭露個人隱私生活，可以得知該等資訊雖交由第三人蒐集並儲存保管之，但不代表國家蒐集取得該資訊受到較為寬鬆之審查標準，反而在可能曝露諸多隱私資訊的危險考量之下，要另外思考保護之理論基礎⁴⁹。其次，Carpenter案似乎也勾勒出未來第三人原則適用之界線，一般言之，如果個人資訊之揭露，並非有意義之自願性揭露，甚至為個人所不知，既然個人不知交付該等資訊給第三人，自難認為個人自願性揭露之行為⁵⁰。另有學者認為第三人原則之基礎，本於個人自

⁴⁸ Margot E. Kaminski, Response, *Carpenter v. United States: Big Data Is Different*, GEO. WASH. L. REV. ON THE DOCKET, July 2, 2018, available at <https://www.gwlr.org/carpenter-v-united-states-big-data-is-different> (last visited: 2019.09.05); Amy Davidson Sorkin, *In Carpenter, the Supreme Court Rules, Narrowly, for Privacy*, NEW YORKER, June 22, 2018, available at <https://www.newyorker.com/news/daily-comment/in-carpenter-the-supreme-court-rules-narrowly-for-privacy> (last visited: 2020.02.05).

⁴⁹ 溫祖德，同註5，頁139。

⁵⁰ *Carpenter*, 138 S. Ct. at 2220; Matt Ford, American Policing Goes to the Supreme



願分享第三人資訊的本質，已經推定風險，但此一推定風險之基礎非常不穩，應該不適用於本案位置資訊⁵¹。無論是自願分享及風險承擔推定之基礎，在現代社會都應該受到檢討，因此，則有檢討第三人理論之現代意義及限縮第三人原則之適用範圍之倡議（詳後述參、本案判決之評析與啟示）。

最後，本案共有四位大法官提出不同意見書，以下分別就各別大法官之不同意見書，論述重點理論，深入探討Carpenter法院不同意見書之重要歧異。

三、大法官Kennedy不同意見書

大法官Kennedy提出不同意見書認為多數見解將調取本案位置資訊與商業及電話等其他紀錄分別觀之，如此係違反本院判例見解，將對偵查權運作增加不適當之限制。其次，也認為因著個人對於非所有、持有、控制及使用權限之系爭位置資訊，欠缺個人所有及財產權利益，也就無從主張合理之隱私期待⁵²。茲就其論點分述如下。

(一)增修條文第4條保護客體為「個人」之「人身、住宅、文書、物件」

大法官Kennedy認為，慣例上分析增修條文第4條之搜索，應

Court, The Atlantic, Oct. 1, 2017, available at <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2017/10/supreme-court-carpenter-cases/541524/> (last visited: 2019.10.06).

⁵¹ Susan Freiwald & Stephen Wm. Smith, *The Carpenter Chronicle: A Near-Perfect Surveillance*, *The Supreme Court-Comments*, 132 HARV. L. REV. 205, 225 (2018).

⁵² 由大法官Alito及Thomas加入，see *Carpenter*, 138 S. Ct. at 2223-24 (Kennedy, J., Dissenting). 因為現代人使用行動電話位置定位程式或透過社群媒體分享個人位置資訊比比皆是，個人「主觀上」對於本案資訊具有「隱私期待」之說理，即屬有疑；Jordan M. Blanke, *Carpenter v. United States Begs for Action*, 2018 U. ILL. L. REV. 260, 261 (2018).

以該條文本之客體亦即個人之「人身、住宅、文書或物件」為限。因之，本案唯一必須判斷的問題是國家偵查機關行為是否構成國家搜索「個人」之「文書、物件」等客體⁵³。本於Miller/Smith案被告對於由第三人創造、所有、持有及控制之商業紀錄或行動電話受話方電話號碼紀錄，被告並無法主張所有權、持有利益，因此，也就認為個人自願交付第三人之資訊，就無法主張合理之隱私期待⁵⁴。增修條文第4條保障權利屬於個人權利，不在於保障「他人」之權利。因之，個人對第三人（電信公司）所有財產（即本案位置資訊）即欠缺必要的關聯性（“property to which they lack a requisite connection”），而難以主張增修條文第4條之保護利益⁵⁵。

(二)主張合理隱私期待仍以「個人」之「人身、住宅、文書、物件」為限

大法官Kennedy認為Katz案未放棄倚賴財產權基礎概念，本於個人對於「屬於自己」之住宅、物件等享有較大的合理隱私期待，因之，僅有保護「個人所有」之住宅、物件等客體⁵⁶。當個人「欠

⁵³ *Carpenter*, 138 S. Ct. at 2226 (Kennedy, J., Dissenting).

⁵⁴ *Carpenter*, 138 S. Ct. at 2227.

⁵⁵ *Id.*

⁵⁶ *Id.* (quoting *Rakas v. Illinois*, 439 U.S. 128, 143-44 (1978)). (“sought to look beyond the ‘arcane distinctions developed in property and tort law’ in evaluating whether a person has a sufficient connection to the thing or place searched to assert Fourth Amendment interests in it.” Yet “property concepts” are, nonetheless, fundamental “in determining the presence or absence of the privacy interests protected by that Amendment.”); 大法官Kennedy並解釋道該案即將公用電話亭類比於友人之公寓、計程車內及飯店房間內，當個人闖上公用電話亭大門使用電話時，個人對該空間即有暫時之利益，及他人不致於侵入於內之合法期待（a legitimate expectation），此即如同飯店內旅客對於該空間之利益或者是在友人住處過夜的客人，因之，當政府裝置竊聽器監聽電話亭內之對話內容

元照出版提供 請勿公開散布。
缺財產權之利益」時，無法主張受到該條之保護⁵⁷。

(三)個人對於本案位置資訊不具有任何財產權益

本案被告 Carpenter 主張本案位置資訊為個人之文書（papers），依據聯邦電訊通訊法第222條規定，原則上禁止業者揭露個人可識別性行動電話基地臺紀錄資訊，並准許用戶個人申請調取自己之上開資訊，因之，個人對該資訊具有財產利益⁵⁸，但大法官 Kennedy 認為這個規範內容並非授權（grant）用戶個人對於系爭資訊具有意義之利益（any meaningful interest），該等資訊，也可能因法律規範要求、保護行動電話企業之權利或財產，或者為了通訊服務而製造該等資訊，所以，該法所指網路資訊，屬業者所有之資訊（“proprietary” to the service providers），亦非用戶得以控制之資訊，被告欠缺必要關聯性，亦無從主張合理之隱私期待⁵⁹。

要之，財產權之概念仍為決定增修條文第4條保護之隱私利益之存否基礎，個人可否主張合理隱私期待之保護，取決於對於搜索之客體，如文書、物件或住宅等，是否與個人具有必要關聯性而得主張增修條文第4條之保護利益。但大法官 Kennedy 也提到 Miller/Smith 案則有適用之限制，若國家調取屬於個人所有之現代型之文

時，政府即已侵入該空間，*see Katz*, 389 U.S. at 348, 357-59.

57 *Id.* at 2228. 當作主張隱私期待之「消極要素」（the absence of property law analogues can be dispositive of privacy expectations），個人對於非所有或持有之歷史性行動電話基地臺位置資訊，既無控制或使用之權利，被告對該等資訊也就無從主張合理之隱私期待。

58 *Id.* at 2229-30. 限制行動電話企業得使用消費者（下稱電話用戶）所有之網路資訊（customer proprietary network information），包括行動電話基地臺紀錄。

59 業者得以保護己身利益或財產或為通訊服務、蒐集、出帳之目的，揭露該資訊；另亦須依據法律規定要求而揭露之，*see id.* at 2229-30.

元照出版提供 請勿公開散布

書或物件，縱使由第三人持有中，則不適用調取令取得之⁶⁰。

（四）本案多數說對第三人原則之誤解

大法官Kennedy認為本案多數說見解誤解並規避適用第三人法則，逕行適用Jones案見解而主張個人對於物理性位置資訊有合理隱私期待，有如下述錯誤⁶¹。

第一、大法官Kennedy認為依據聯邦儲存中通訊法要求，已緩和過度侵入性之警察監視，在實務上很少認為濫用。其次，本案多數說竟採取Jones案二位大法官協同意見書之見解（而非該判決多數說見解），但實際上，這兩案件之間重大差異處在於，Jones案未取得法官授權，由國家監視蒐集取得個人車輛位置資訊（特別是GPS定位資訊之精準性），而本案偵查機關已經取得法院核發調取令調取第三人控制、持有之歷史性行動電話基地臺位置資訊，則應適用第三人法則⁶²。

第二、大法官Kennedy也認為個人之行動位置並不特別私密，在Knotts案，個人在公共場所之行動位置乃自願揭露給他人上述資訊，而現代人則透過行動電話之各類位置資訊服務及社群媒體與他人分享個人所在，足見當代個人對於位置資訊之隱私期待，更不具合理性。而行動電話紀錄所揭露之個人位置僅有一般區域（a general area），不包括個人生活、工作資訊，更別說是親密、政治、專業、宗教及性有關之資訊；反之，商業紀錄卻揭露個人私

⁶⁰ *Id.* at 2230 (quoting “Ex parte Jackson, 96 U.S. 727, 733 (1878)(letters held by mail carrier); United States v. Warshak, 631 F.3d 266, 283-88 (C.A.6 2010)(e-mails held by Internet service provider).”).

⁶¹ *Id.* at 2231; Harvey Gee, *Last Call for the Third-Party Doctrine in the Digital Age After Carpenter?*, 26 B. U. J. SCI. & TECH. L. 286, 299 (2020).

⁶² *Id.* at 2231.



事、意見、習慣及個人關係，包括個人購買紀錄、對政黨或宗教組織之捐款、精神治療、愛滋疾病治療、整形及墮胎紀錄等，國家因此可得之隱私資訊，超越本案位置資訊得知之隱私資訊，所以Carpenter案多數說仍堅稱本案位置資訊應受憲法保障之論述，實屬有誤⁶³。

第三、大法官Kennedy認為第三人法則建立在個人資訊自願交付給第三人，因此個人欠缺合理隱私期待，而毋庸進行個案隱私利益與揭露給第三人利益之衡量比較⁶⁴。大法官Kennedy顯然認為偵查機關已經事前取得法官核發之調取令（提出文書命令），透過法院之司法審查已經緩和了偵查機關的過度侵入性監視的本質，因而不致有濫用之疑慮。且第三人持有控制之本案位置資訊，即應適用第三人法則，該等資訊並不特別私密，所以，也認定本案應適用第三人原則，而個人對於調取之資訊不具有合理之隱私期待。

四、大法官Thomas不同意見書

大法官Thomas認為增修條文第4條搜索確保個人（their；他們個人的）之人身、住宅、文書、物件免於受到國家不合理搜索、扣押，因之，本案應該取決於「個人」之「財產權」被搜索為重點。本案位置資訊，非被告創造、持有、控制之資訊，完全屬於電信公司所有，個人更無銷毀該資訊之權利，因此並未構成偵查機關搜索被告財產權之行為。其次，合理隱私期待基準說之基礎，不存在於憲法之文本，採取此標準，並不妥適⁶⁵。茲將其主要說理，臚列分

⁶³ *Id.* at 2232-33.

⁶⁴ *Id.* at 2232. 多數說採取對各種本質上相異類型資訊（qualitatively different category）進行受侵害隱私利益（privacy interest at stake）與揭露第三人資訊利益之輕重衡量，實非妥適。

⁶⁵ *Id.* at 2235-36 (Thomas, J., Dissenting) (“The Court concludes that, although the

元照出版提供 請勿公開散布

析如下。

(一)增修條文第4條之文義解釋及判斷基準

從Olmstead v. United States案（下稱「Olmstead案」）以來，聯邦最高法院均採取財產權基準說作為增修條文第4條搜索之判斷基準，聯邦官員以竊聽住宅附近電話線方式，截聽被告對話，無論在屋外竊聽電話線或被告無形體的對話，法院認為由於沒有物理性侵入被告物宅，均不構成增修條文第4條保護之客體⁶⁶。但Katz案法則直接否定Olmstead案以來適用之財產權基準說，改以隱私權基準說作為判斷基準，而從增修條文第4條找不到此一基準之合理基礎，更錯誤解釋增修條文文本之每一個字義⁶⁷。隱私並未出現於增修條文第4條之文本內，從制憲者角度，增修條文只論及（references）個人權利應被確保，該權利限於個人人身及住宅等財產權，所以個人權利之確保，應與條文文本連結而產生與財產權之緊密關係⁶⁸。早期英國法時代論述，個人住宅即為個人之城堡，財產權之安全性是英國法的傳統，此概念更出現在早期著名判決⁶⁹，因此，制憲者也藉由增修條文第4條保障財產權的同時，保護隱私權，但增修條文

records are not Carpenter's, the Government must get a warrant because Carpenter had a reasonable 'expectation of privacy' in the location information that they reveal. *Ante*, at 2216-2217.”).

⁶⁶ *Id.* at 2236 (quoting “Olmstead v. United States, 277 U.S. 438 (1928); Goldman v. United States, 316 U.S. 129, 131-32, 135-36 (1942)(use of detectaphone to hear conversations in office next door).”). Olmstead案之後，也相繼出現不同形式的監聽方式，例如以偵察電話（detectaphone）竊聽隔牆處所之對話，聯邦最高法院認為沒有物理性侵入之行為，沒有違反增修條文第4條之財產權。

⁶⁷ *Id.* at 2238.

⁶⁸ *Id.* at 2239.

⁶⁹ *Id.* at 2239 (quoting Entick v. Carrington, 95 Eng. Rep. 807, 817 (K.B. 1765)).



第4條「附帶」(attendant)保護隱私並不能正當化Katz案得以將隱私提升作為增修條文之保護本質，正如Katz案多數說見解所稱增修條文第4條並不能轉化成憲法保護隱私權之一般條款⁷⁰。易言之，大法官Thomas認為應直接探求的是增修條文第4條賦予人們何種保護(“what protection it affords to people”)，從文本觀之，保護客體只限該條所指四種客體，而Katz案合理隱私期待法則卻取代了這四種客體，卻也造成該等文義之不安定性⁷¹。

(二)增修條文第4條之保護客體應限於「個人(本人)」之財產權

增修條文第4條強調「個人」受有確保「他們的」(their)人身、住宅、文書或物件免於受到不合理之搜索、扣押之權利，其中「他們的」之意義在於每個人「自己」，換言之，個人對於他人(第三人)財產權並無法主張增修條文第4條之權利，聯邦最高法院判例從未承認個人得以對於他人(第三人)之商業紀錄主張合理之隱私期待，然在Carpenter案多數說見解下，個人對於「他人」之財產得主張具有合理之隱私期待⁷²。大法官Thomas與大法官

⁷⁰ *Id.* at 2240. 制憲者也瞭解藉由財產權之確保，增修條文第4條通常也保護隱私權，大法官Thomas同時引用學者見解認為Katz案見解混淆權利本身與行使受到保護權利之目的，行使個人受到保護之權利之目的可以是出於隱私權之動機，但個人動機本質上不是增修條文文本要保護之權利，*see* THOMAS CLANCY, THE FOURTH AMENDMENT: ITS HISTORY AND INTERPRETATION 78 (2008).

⁷¹ *Id.* at 2241.

⁷² *Id.* at 2242 (“See, e.g., *Carter*, 525 U.S., at 89, 119 S. Ct. 469 (majority opinion) (“[A] person may have a legitimate expectation of privacy in the house of someone else”). Until today, our precedents have not acknowledged that individuals can claim a reasonable expectation of privacy in someone else’s business records. See *ante*, at 2224 (Kennedy, J., dissenting). But the Court erases that line in this case, at least for cell-site location records. In doing so, it confirms that the *Katz* test does not necessarily require an individual to prove that the government searched *his*



Kennedy見解相同，增修條文第4條僅限於保護個人之財產權，本案被告以聯邦電訊通訊法第222條規範證明該法賦予個人對於系爭資訊享有財產權之見解，並無依據⁷³，大法官Thomas也認為偵查機關並未搜索「被告」「財產權」，被告無從主張受到憲法之保障。

（三）對於合理隱私期待法則內涵之批判

大法官Thomas認為以Katz案法則內涵認定構成搜索，也就錯誤解釋增修條文第4條之每一個文字（misconstrues virtually every one of these words）⁷⁴。Katz案之合理隱私期待法則重大偏離增修條文第4條之文本內容，至今該院仍然無法詳述合理隱私期待之相關考量，且合理隱私期待法則表面上為描述性命題（descriptive question），然隱私期待必須是社會共認為合理者，取決於當代社會真實，各類型之隱私期待是否具有合理性，其合理性其實是可以被規避的，若國家使人們事前知悉即不具有隱私期待，而可以巧妙的規避人們的隱私期待⁷⁵。

person, house, paper, or effect.”).

⁷³ *Id.* at 2242-43. 至於被告Carpenter答辯本案位置紀錄資訊屬於被告個人之增修條文第4條之文書，但大法官Thomas認為被告之答辯沒有舉出物權法之依據，也沒有法源可以證明被告對於第三人企業之商業紀錄具有財產權。另外，被告主張依據聯邦電訊通訊法第222條規範禁止第三人（電信公司）在未取得用戶個人之同意下，揭露用戶個人之位置資訊，所以認為對該資訊有所有權，此實屬錯誤見解。

⁷⁴ *Id.* at 2244 (“In cases like this one, a subpoena for third-party documents was not a ‘search’ to begin with, and the common law did not limit the government’s authority to subpoena third parties. See *post*, at 2247-2253 (Alito, J., dissenting). Suffice it to say, the Founders would be confused by this Court’s transformation of their common-law protection of property into a ‘warrant requirement’ and a vague inquiry into ‘reasonable expectations of privacy.’”).

⁷⁵ *Id.* at 2245. 對於合理隱私期待批判之學說，也不在少數，大法官Thomas在此



最後，大法官Thomas認為以純粹描述性命題來理解Katz案法則，可能帶有循環論證之風險（risks circularity），因為社會之隱私期待之「合理性」是由法院來形塑確定，個人是否具有「合理」之隱私期待取決於法律原則，法律原則取決法院決定之，因而產生循環論證之效果⁷⁶。所以，大法官Thomas認為Carpenter法院對於合理隱私期待之標準採取的是規範價值判斷（normative question），非描述性命題。同時，只有透過規範性價值判斷是唯一得以解釋該院歷來判例之見解，但這也帶有主觀政策決定（subjective policymaking），使法院逾越司法中立性的角色（neutral legal decisionmaking）。職此，社會之合理隱私期待，等同於法院所審酌、認定之合理隱私期待⁷⁷。

綜上，大法官Thomas與大法官Kennedy不同意見書有諸多雷同之意見，從大法官Thomas之角度觀之，增修條文第4條文本及判斷基準，應以財產權基準說作為判斷基準，據以保護人們免於國家不合理之搜索、扣押，該條保護之客體應限於憲法文本保護之財產權，則本案位置資訊，既非個人享有之財產權或財產利益，也就不受增修條文第4條之誡命及令狀主義之限制。在普通法時代，以調取令調取第三人文書、物件並非增修條文第4條之搜索，因此，也不限制國家向第三人之調取，然而Carpenter案見解已與制憲者確立之法則不同，採取Katz案合理隱私期待之判斷基準，不但誤解憲法

臚列諸多學術批判及數則聯邦最高法院之判決作為立論之依據。

⁷⁶ *Id.* at 2245. 大法官Thomas也認為法院也堅持隱私期待必須來自於增修條文第4條判例以外之外在世界，無論是參考真實或個人的財產權概念，或以社會觀點承認或准許之角度，但可以看到的是現在判例參考真實或個人財產權之概念僅為空談而已，Katz案法則之理論基礎更在於貶抑財產權與增修條文第4條之關係。

⁷⁷ *Id.* at 2246.

文本之意義，更具有諸多缺點，根本不可適用之。

五、大法官Alito不同意見書

大法官Alito從搜索與調取令係不同本質的角度出發，本案多數說見解認為調取令構成憲法意義之搜索，此見解違反增修條文第4條之規範及聯邦最高法院歷來見解，則其他之調取令（*Subpoena duces tecum*），如大陪審團之提出文書命令、行政機關之提出文書命令，是否也應具備相當理由之要件，方得核發之⁷⁸？再者，准許「個人」得以對於「第三人」調取令主張增修條文第4條之保護，此與增修條文第4條保障「個人」之財產權免於受到國家不合理之搜索及扣押不符，該條並非保障「他人」之財產權。因此，國家向第三人調取系爭位置資訊，並未直接搜索被告個人之財產權，被告無從主張財產權遭受侵害⁷⁹。茲臚列其論述重點如下。

（一）調取令與增修條文第4條搜索之區辨

首先，大法官Alito從法制史分析普通法時代，調取令（*Subpoenas duces tecum*）及其他形式提出文書命令（*other forms of compulsory document production*），為被告承認持有該等文書時，得以調取令命令被告到庭並提出文書於法院，自殖民時期到美國建國時期，大陪審團運作仰賴大陪審取得任何相關文書之能力（*the grand juries' ability to access any relevant documents*）⁸⁰。制憲

⁷⁸ *Id.* at 2247 (Alito, J., Dissenting). 大法官Thomas也加入之。

⁷⁹ *Id.*

⁸⁰ *Id.* at 2247-50 (“The order in this case was the functional equivalent of a subpoena for documents, and there is no evidence that these writs were regarded as ‘searches’ at the time of the founding. Subpoenas *duces tecum* and other forms of compulsory document production were well known to the founding generation.

者原意為調取令或提出文書命令，並不受增修條文第4條之憲法誡命，該條僅禁止不合理之搜索、扣押個人之人身、住宅、文書及物件，而不管制（regulate）所有國家取得文書之方式⁸¹。

再者，本案調取令與提出文書命令具有「功能上相當性」（“functional equivalent of a subpoena for documents”），調取令之調取行為，既未有國家物理性侵入私人空間，也未直接搜索被告財產權，更未取走任何財產，大法官Bradies在Olmstead案，即認為以文義解釋言之，在一般訴訟程序中要求被告提出文書也非屬於增修條文第4條之搜索、扣押⁸²。以制憲史言之，增修條文第4條之限制在於禁止國家恣意物理性進入個人隱私處所，翻搜或取走任何財產權，而調取令則不涉及上述任何情形，也避免了伴隨著物理性搜索而意外地發生侵入隱私之情況⁸³。

Blackstone dated the first writ of subpoena to the reign of King Richard II in the late 14th century, and by the end of the 15th century, the use of such writs had ‘become the daily practice of the [Chancery] court.’”).

⁸¹ *Id.* at 2250-51.

⁸² *Id.* at 2251 (quoting *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438, 476 (1928)(Bradies, J., dissenting opinion)). 大法官Alito同時也稱大陪審團之調取權，也是反應出傳統普通法法律思維，認為公眾對於每個人之證據均有權利（“the public...has a right to every man’s evidence.”），在制憲者的角度，於聯邦系統，對於聯邦重罪起訴，應由大陪審團為之，則大陪審團偵查之重要工具，包括強制程序（compulsory process），亦即強制提出證據（production of evidence）或強制證人作證（the testimony of witnesses as they consider appropriate），現代大陪審團程序，仍持續運用此調查糾問之權限，*see United States v. Nixon*, 418 U.S. 683, 709 (1974).

⁸³ *Id.* at 2252 (“Compliance with a subpoena *duces tecum* requires none of that. A subpoena *duces tecum* permits a subpoenaed individual to conduct the search for the relevant documents himself, without law enforcement officers entering his home or rooting through his papers and effects. As a result, subpoenas avoid the many incidental invasions of privacy that necessarily accompany any actual search.

元照出版提供 請勿公開散布

(二)被告對於歷史性行動電話基地臺位置資訊之財產權及持有利益之析論

對於增修條文第4條之文本解釋，大法官 Alito 同大法官 Kennedy、Thomas 所主張，認為增修條文第4條為確保個人對於「他們的」人身、住宅、文書或物件有不受到國家不合理搜索、扣押之權利，但沒有賦予個人得以對於「他人」之財產權主張，且不得代位主張之（may not be asserted vicariously）⁸⁴。而 Carpenter 案多數說見解賦予被告對於「搜索」第三人之財產權得主張受到財產權侵害，此一見解，無論從增修條文第4條文本（財產權基準說）或合理隱私期待之隱私權基準說來觀察解釋，均無依據⁸⁵。從而，個人對於第三人之文書，並無財產利益，也不得主張個人之財產權遭受侵害而受到憲法之保障。

至於聯邦電訊通訊法第222(c)條規定賦予行動電話使用人得請求企業交付行動電話基地臺資訊（cell-site records）請求權，尚不足以賦予行動電話使用人取得系爭位置資訊之所有權或利益，無論是法規賦予個人得請求調閱行動電話基地臺資訊或機密性條款之限制，都不足以構成財產權之基本要素（具備使用財產權並排除他人之本質），本案位置資訊難認屬於增修條文第4條客體之文書或物件⁸⁶。

And it was *those* invasions of privacy—which, although incidental, could often be extremely intrusive and damaging—that led to the adoption of the Fourth Amendment.”).

⁸⁴ *Id.* at 2257 (quoting *Rakas v. Illinois*, 99 S. Ct. 421 (1978)).

⁸⁵ *Id.*

⁸⁶ *Id.* at 2258-59 (“‘So not only does Carpenter lack’ ‘the most essential and beneficial’ ‘of the’ ‘constituent elements’ of property, *Dickman v. Commissioner*, 465 U.S. 330, 336, 104 S. Ct. 1086, 79 L.Ed.2d 343 (1984)—*i.e.*, the right to use



(三)合理隱私期待以個人對於「財產權」具有必要關聯性為要件

最後，大法官Alito與大法官Kennedy持相同見解，認為增修條文第4條文本以保障「個人」之財產權為限，縱使以Katz案之合理隱私期待之判斷基準，仍以個人對於「財產權」具有必要關聯性為要件，方得主張憲法之保障，而Carpenter案多數說見解不符合上述增修條文第4條之文本意義，被告對於第三人所有之本案位置資訊欠缺「財產權」之必要關聯性要件，多數說見解自屬有誤。此也可從Miller/Smith案，聯邦最高法院認為該等被告已經放棄支配及控制銀行帳戶之相關資訊，因此喪失增修條文第4條對該等資訊之保障得到相同結論，職是，個人主張增修條文第4條之權利，應具備「財產權」之必要關聯性，因此，本案多數說見解始終無法解釋其見解如何符合增修條文第4條文本應以保障「個人」之財產權為限⁸⁷。

六、大法官Gorsuch不同意見書

大法官Gorsuch認為多數說判斷基準本不該取決於Katz案之抽象的合理隱私期待之解釋，而將適用界限留給由司法機關創造之想像空間，更不該由法官依據個人主觀之隱私期待判斷「合理性」而決定人民之憲法權利，又或者即使仍以Katz案作為判斷增修條文第4條之保護利益，其也從未屬於唯一的判斷基準，而應從增修條文第4條文義解釋之，以傳統財產權基準說角度判斷，否則無從提供

the property to the exclusion of others—but he cannot even exclude the party he would most like to keep out, namely, the Government.⁵ For all these reasons, there is no plausible ground for maintaining that the information at issue here represents Carpenter’s ‘papers’ or ‘effects.’”).

⁸⁷ *Id.* at 2260.



完整的保護。另外，多數說仍然維護第三人原則，此將帶來更多麻煩而甚於解決問題⁸⁸，茲就其說理論述如下。

(一)增修條文第4條判斷基準（隱私權基準說或財產權基準說？）

大法官Gorsuch認為從憲法草創時期到一九六〇年代，增修條文第4條保障權利之判斷基準向以人身等客體受侵害為準，因之，認為Katz案產生不可預測及不可思議的法理，甚而法院以自己的判斷取代社會共認之合理隱私期待，合理隱私期待應該是規範性問題，但用以決定何種隱私利益應該被承認，通常取決於政策選擇，在隱私價值與對抗犯罪之社會利益這二個無從相比較利益之脈絡下，應該留給赤裸裸的政治意志之立法權運作，而非適合於法院之法律判斷⁸⁹。其也認為將合理隱私期待之判斷基準適用到本案位置資訊，法院沒有說明如何確定解決何種隱私期待受到保護，沒有指明調取「多少期間」之位置資訊構成政府之權力濫用及警察監視行為「何時」構成「過度」侵入性、滲入性的本質，及該如何限制此等行為？這些問題都造成下級法院及執法機關無從解決之難題⁹⁰。

總之，大法官Gorsuch認為司法決定增修條文第4條之判斷基礎，應該植基於法之民主合法性來源（“democratically legitimate sources of law”），此為法官判決之基礎，實證性法律（positive law）或憲法明定保護之客體，而非基於法官個人偏見或政策選擇。因此，要求法官應探詢立法者所表達關於權利之判斷，應以文

⁸⁸ *Id.* at 2262-63 (Gorsuch, J., Dissenting).

⁸⁹ *Id.* at 2264, 2265.

⁹⁰ *Id.* at 2266-67. Carpenter法院更稱本案法則不適用於傳統監視設備，如錄影監視器（security cameras），但如何定義「傳統型監視設備」、如果傳統型監視設備造成過度侵入性的話，難道也不得適用Carpenter法則嗎？「何種設備」構成過度侵入性、滲入性的警察監視或國家權力之濫用，此等在在都是問題。

元照出版提供 請勿公開散布

本之個人住宅等歸屬主張該條權利，如同Jones案見解為準，採取財產權基準說⁹¹。

(二)財產權判斷基準之實質內涵

大法官Gorsuch認為財產權之判斷基準，個人文書、物件即便由第三人控制或持有中，仍受到增修條文第4條之保障，而由第三人持有、控制個人之數位記錄（digital records），雖為第三人持有之資訊財產，但個人對於自己之數位資訊，仍保有財產權，因而受增修條文第4條之保障⁹²。因此其對於財產權及法律利益（legal interest）歸屬之判斷基準，可分為下列三點說明之。

首先，大法官Gorsuch認為第三人企業取得（access）或持有個人文書或物件，並不必然代表排除（eliminate）個人對文書、物件之利益，個人也就可能未必失去增修條文第4條之利益，個人信託給第三人之資訊，可能不代表個人對該等資訊喪失憲法所保護之利益，因而在調取電子郵件案件裡，法院認為由第三人企業之伺服器所持有電子郵件，仍然受到增修條文第4條之保護⁹³。再者，在科技世代，個人儲存於第三人之資訊，可能形成一種「非自願性的寄託關係」（involuntary bailment），正因如此，個人文書或物件縱使由第三人持有中，個人仍得以主張增修條文第4條之保障⁹⁴。

其次，大法官Gorsuch另舉依據電訊通訊法（Telecommunications Act）第222條規範行動電話基地臺位置資訊為用戶個人所有之網路

⁹¹ *Id.* at 2268.

⁹² *Id.*

⁹³ *Id.* at 2230 (Kennedy, J., Dissenting). *see* United States v. Warshak, 631 F. 3d 266, 285-86 (CA6 2010).

⁹⁴ *Id.* at 2269-70 (Under Justice Gorsuch's theory, people's "papers and effects" can be protected under the Fourth Amendment even if they are held by a third party.).

資訊（CPNI），卻賦予用戶個人特定權利，去控制及取得個人自己之網路資訊，一般言之，上述法律除提供消費者通訊服務所需之外，禁止第三人（電信公司）在未取得用戶個人同意下，揭露、使用或接近個人可識別之資訊，賦予用戶個人控制及使用上開資訊之權利；且在用戶個人或其委託人書面請求下，第三人應揭露之。因而，大法官Gorsuch認為用戶個人對於本案資訊享有實質法律利益，包括持有、排除及控制使用之利益，而此等利益足認與財產權內涵相同⁹⁵。

最後，大法官Gorsuch認定個人之行動電話基地臺位置資訊，為現代型之個人文書或物件，雖然是由第三人持有、控制該等財產，個人對於本案資訊仍享有財產利益，本案應以財產權基準說作為判斷基準。但是因被告Carpenter並未提出以財產權基準判斷現代類型之個人文書、物件之財產權受到國家侵害，其也就拒絕討論本案位置資訊若以財產權判斷基準為之，是否得受到增修條文第4條之保護⁹⁶。

參、本案判決之評析與啟示

針對使用新興科技偵查設備是否侵害人民基本權及侵害基本權之類型、是否構成增修條文第4條搜索及採取令狀原則，殊值討論。聯邦最高法院在本案採取之審查路徑，乃對於本案位置資訊之本質確認個人隱私資訊在憲法保障之權利譜系內之定位，屬於人民

⁹⁵ *Id.* at 2263 (Gorsuch, J., Dissenting)(“substantial legal interests in this information, including at least some right to include, exclude, and control its use. Those interests might even rise to the level of a property right.”).

⁹⁶ *Id.* at 2263. 但大法官Gorsuch也暗示本案應該從財產權之論點主張之，再由聯邦最高法院對之表示意見。



具有合理隱私期待之資訊，國家蒐集取得個人具有合理隱私期待資訊，涉及侵害個人受增修條文第4條保護之隱私權。因之，國家蒐集取得本案位置資訊應受增修條文第4條之憲法誡命及限制，禁止國家不合理之搜索及扣押，判斷國家偵查行為合憲性之審查標準取決於合理性（reasonable），合理性判斷須國家蒐集取得資訊之行為，本於相當理由核發之令狀，方得為之，僅於例外情形，適用令狀要件之例外，得在未取得法院核發令狀情形下，以無令狀搜索方式為之⁹⁷。

其次，本文前曾論述大法官Alito不同意見書認為普通法傳統之調取令（或稱提出文書命令），具有強制提出文書之效果，相對人並不受增修條文第4條令狀原則之保障，而僅受到合理性標準之限制，當調取令之內容若屬太過概括，則違反合理性之限制，而可能遭濫用之虞，但Carpenter案也改變關於第三人調取令與增修條文第4條之適用關係之見解，以下將申述之。

再者，聯邦最高法院創造之第三人原則，認為偵查機關調取通聯紀錄及商業紀錄，屬於個人自願交付、分享與第三人之資訊，推定個人願意承擔由第三人轉交給偵查機關或他人之風險，因此，依據社會共認通念不承認個人對於該等資訊具有合理之隱私期待。然本案聯邦最高法院改變上述見解，認為此等資訊不適用第三人原則，而限縮第三人原則之適用範圍，因之，面對當代社會諸多資訊，均由個人分享第三人，特別是大企業等，對於該等個人隱私資訊之保護，是否仍持第三人原則論述思考之，不無疑問，本文以下將一併申述之。

Carpenter判決對判斷增修條文第4條憲法意義之搜索理論及實務運作影響深遠，對未來偵查機關蒐集取得本案位置資訊，甚至包

⁹⁷ Riley, 573 U.S. _ (slip op., at 5).

括其他非通訊狀態資訊法制發展，均有深遠影響，以下乃從歷史性行動電話基地臺位置資訊探討聯邦最高法院對於個人位置資訊之判斷基準之演變（個人對於此等位置資訊之合理隱私期待）、對於第三人原則之檢討及對於第三人調取令之憲法誠命及限制等分別探討評析之，最後論述對我國現行法制之啟示。

一、個人位置資訊與增修條文第4條之理論更迭及內涵

針對調取本案位置資訊，得以得知或推論個人在公共場域或私人場域之位置所在，國家調取行為取得者乃是個人位置資訊，歷來美國聯邦最高法院對於個人位置資訊與增修條文第4條之關係，先後在不少案例表示意見，其判斷理論及內涵也有所更迭，茲就其理論更迭及內涵分析如下：

（一）私人／公共場域基準說

依據以往聯邦最高法院見解，*Knotts*案認為，警方裝置無線電波發射器追蹤個人在公共場域之資訊，屬於個人自願揭露於外，而無合理隱私期待之資訊，故傳統上認為追蹤蒐集個人於公共場域之位置資訊，非屬於增修條文第4條之搜索，不受增修條文第4條之保護。反之，依據*Karo*案，執法人員取得出售化學劑公司同意後，在被告訂購化學劑之桶子安裝無線電波發射器，追蹤被告製毒販毒相關犯行，被告送貨之處，包括私人住宅等，因此偵查機關也取得了上述產品進入個人住宅之事實，即取得個人具有合理隱私期待之資訊⁹⁸。以這二個判決進行比較分析，聯邦最高法院區分私人住宅領域內或公共場域之位置而異其判斷結果，係以公共場域或私人場域為判斷基準，蒐集取得個人在公共場域位置資訊，屬於自願揭露於

⁹⁸ *Karo*, 468 U.S. at 705, 714.



外，而無合理隱私期待之資訊；反之，若屬於蒐集取得個人於住宅內資訊或進入住宅內資訊，則已經侵害個人之合理隱私期待，屬於憲法意義之搜索，應受增修條文第4條之誡命與限制。

對於這個見解，也就代表著聯邦最高法院曾以「私人／公共場域說」作為區分國家蒐集取得個人位置資訊構成憲法意義之搜索之判斷基準，而對此見解最主要的質疑是個人對於在公共場域之位置資訊，就一定毫無合理之隱私期待嗎？如果個人被國家全天候、長時期之追蹤，即如同國家長期之監視，因而蒐集取得全面之隱私資訊，是否個人對之仍無合理之隱私期待，即應重新思考之。事實上，業如前述，**Knotts**案當時即已表示偵查機關全天候（二十四小時式）監視個人，可能適用不同之憲法原則⁹⁹。而在**Knotts/Karo**案當時，科技尚未發達，聯邦最高法院也無法闡述國家利用各種科技設備蒐集資訊之憲法定位，然而在科技發展已趨成熟之現代，聯邦最高法院則似已呈現更多元之想法。

（二）財產權基準說

上述見解，於二〇一二年**Jones**案針對GPS追蹤監視偵查手段，聯邦最高法院確實採取不同的憲法判斷基準，並沒有因為GPS追蹤監視模式屬於全天候式監視個人之行蹤，包括個人於公開場所之活動及位置紀錄資訊，而採取隱私權說，該案多數說採取財產權基準說，作為決定國家偵查行為是否構成憲法意義搜索之判斷基準，主筆大法官**Scalia**以傳統之財產權基準說解決新型態之科技偵查運用於現代社會所可能產生侵害人民基本權利之問題，多數說認為基於獲取資訊之目的，偵查機關物理性侵入增修條文第4條保護之客體而獲取資訊之行為，屬於憲法意義之搜索，該案警方基於取

⁹⁹ *Knotts*, 460 U.S. at 283-84.



得追蹤資訊之目的，裝置GPS追蹤器附著於個人財產權之物件，已屬於侵害人民之財產權，構成憲法意義之搜索。聯邦最高法院沒有採取合理隱私期待之判斷基準，判斷政府裝置GPS追蹤器之手段合憲性與否，是否妥適，遭到不少的質疑。面對高科技偵查設備之快速發展，政府未藉由侵入財產權行為，即取得個人隱私資訊之偵查行為，仍應當受到憲法之限制，因此Katz案合理隱私期待之判斷基準仍有適用之餘地，否則，處於高科技偵查之追蹤技術日新月異之當代，單單以財產權基準說，恐不足以提供充足之保護。

復以，具有非物理性侵入性質之電子監視設備，常以長期性、持續性方式蒐集獲取資訊，此種偵查行為涉及之基本權利，已非財產權之干擾，而係隱私侵害，當個人之生活受到國家持續性監視、監控，個人顯難以經營其隱私生活，並直接影響個人之人格發展，足見以財產權基準說已經無法提供人民免於高科技設備侵入隱私生活之保護，更無法滿足現代社會對隱私權之關切程度¹⁰⁰。或許正因如此，Jones案並沒有推翻合理隱私期待之基準，甚至強調在僅有涉及電子訊號資訊之蒐集，而非物理性侵入之案件，仍有隱私權基準之適用¹⁰¹。當然對於該案多數說見解，批判不少，就以該案大法官言之，共有五位大法官認為應從隱私權角度觀察判斷該等國家行為，其中二位大法官提出之協同意見書均認為長期以GPS定位追蹤個人位置資訊以偵查大多數犯罪，則侵害個人之合理隱私期待，二位大法官也都認為現代行動電話、錄影監控及其他新興科技將重新塑造一般人之隱私期待及影響社會之合理期待¹⁰²，大法官

¹⁰⁰ Jace C. Gatewood, *It's Raining Katz and Jones: The Implications of United States v. Jones—A Case of Sound and Fury*, 33 PACE L. REV. 683, 684, 692, 701 (2013).

¹⁰¹ 李榮耕，同註3，頁915。

¹⁰² *Jones*, 565 U.S. at 430 (Alito, J., Concurring); *Jones*, 565 U.S. at 415 (Sotomayor, J., Concurring).



Sotomayor更提出深具啟發性之協同意見書，認為當位置資訊已不再是位置資訊，透過推論（through inference-making），也就自動轉化成為更具敏感性歷史性紀錄（資訊），包括：家庭、政治、專業、宗教及性相關之資訊¹⁰³。

上述二位協同意見書的見解，學者Kerr教授認為源自馬賽克理論（Mosaic theory），長期使用GPS定位追蹤監視蒐集被告在公共場域之活動及位置資訊，足以揭露個人之私生活習慣及模式，在長期性蒐集資訊之量達到一定程度，產生資訊之「量變」到「質變」，集合此等蒐集之資訊，形同對個人之馬賽克式監視，構成美國憲法意義之搜索概念，二位協同意見書均認為長時間GPS定位追蹤監視個人於公開場所之活動及位置資訊，蒐集個人全面之總合性資訊，即構成憲法意義之搜索，因此被認為係採馬賽克理論之進路¹⁰⁴。換言之，以國家長期、連續性蒐集資訊行為作為集合性資訊整體，形成馬賽克式監視，藉以判斷國家偵查行為構成增修條文第4條之搜索，因此，以GPS長期定位追蹤個人活動及位置資訊（長達二十天），蒐集集合整體性資訊，與單次、間斷性之監視個人活動揭露之生活習慣及模式，係「質」之差異性，非僅「程度」之不同，由於一般社會大眾固然能觀察到個人間斷性之單次之公開場所之活動，但本質上不可能由任何人監視追蹤個人之整體性

¹⁰³ Jones, 565 U.S. at 415 (Sotomayor, J., Concurring).

¹⁰⁴ Orin S. Kerr, *The Mosaic Theory of the Fourth Amendment*, 111 MICH. L. REV. 311, 312-14, 328 (2012); Orin S. Kerr, Initial Reaction to Carpenter v. United States, Does the Carpenter Revolutionize the Law of Subpoenas, Volokh Conspiracy, June 26, 2018, at 8-9, 12-13, available at https://reason.com/2018/06/26/does-carpenter-revolutionize-the-law-of/?itm_source=parsely-api (last visited: 2020.04.15); 李榮耕，同註3，頁905-906；溫祖德，GPS定位追蹤監視之立法論，載：聯合國反貪腐公約專題學術研討會實錄論文集，頁236-240，2019年11月。

活動，個人私人活動不致於有系統地曝露於大眾，然而，由國家偵查機關進行整體性行動資訊之集合，使私人片斷之活動資訊被以系統性方式曝光，即如馬賽克般揭露個人隱私生活之完整圖像¹⁰⁵，所以此已經構成憲法意義之搜索，而這正是憲法誠命應否介入限制此一類型的偵查行為之問題。

總之，裝置使用GPS定位追蹤器追蹤監視個人之全時活動，蒐集取得長期性個人活動位置資訊，聯邦最高法院Jones案，反而採取一個可能被認為是過時的判斷基準，決定裝置使用GPS定位追蹤器之憲法意義，但新興科技偵查之手段，多半以非物理性侵入財產權方式蒐集取得資訊或證據，因此，以財產權判斷基準說作為判斷憲法意義之搜索，作用非常有限。本文認為無論從財產權基準說或隱私權基準說，雖均得以判斷憲法意義之搜索，從該判決之時代意義言之，國家偵查行為若集合成為連續性、集合性之追蹤監視，揭露個人具有合理隱私期待之隱私生活圖像，而侵害個人隱私權，構成憲法意義之搜索之論理，可能比較能夠解決現代社會面臨之無所不在之高科技偵查手段，也才能面對科技偵查手段不斷更新發展之未來。其後，到了二〇一八年Carpenter案，聯邦最高法院所持之判斷基準，則比較能夠因應上述科技發展，而作為限制國家行為之準據。

(三)合理隱私期待基準說之內涵擴充

承上，Carpenter案判決多數說並沒有以Jones案財產權基準說判斷國家蒐集取得個人本案位置資訊之偵查行為，是否構成憲法意義之搜索，而係以合理隱私期待基準說決定該偵查行為是否構成憲法意義之搜索概念。本案多數說分析了國家蒐集取得個人之系爭位

¹⁰⁵ 溫祖德，同前註，頁236-239。

元照出版提供 請勿公開散布

置資訊，就如Knotts案所稱之二十四小時型態之追蹤，與單次性之位置資訊應該適用不同之憲法原則，因之，個人對該資訊具有合理之隱私期待，國家蒐集取得本案位置資訊不該恣意濫權而侵害人民之隱私生活，同時為限制過度之警察監控，即應使之受增修條文第4條之憲法限制。

然而如何判斷國家取得本案位置資訊之行為，是否侵害個人具有合理隱私期待之隱私權，依據Katz案之協同意見書固以主、客觀要件而審查之，但本案則更增加多重因素作為探討國家取得本案位置資訊之偵查行為有無侵害個人之合理隱私期待之內涵¹⁰⁶。法院多數說藉由探討本案位置資訊之本質，極具隱私揭露性，需要加強保護個人隱私資訊免於外露，基於資訊本質之內涵，判斷資訊本質是否屬於合理隱私期待而受保護資訊，法院從下列三個內涵探討資訊本質，第一、資訊之深度揭露性；第二、資訊之深度、廣度及全面觸及性（資訊之全面觸及性）；第三、資訊蒐集之自動性及不可避免性，有學者稱為多重因素審查法則（multi-factor test）¹⁰⁷。換言之，法院審酌系爭資訊內涵之多重因素，包括資訊之深度揭露性及侵入性（intrusive）、資訊之持續性、全面觸及性及取得成本及效率（expense and efficiency），而這三大內涵形成了Carpenter法院所說的近乎於完美監視（near perfect surveillance），個人對於此等監視之下所從事的整體活動之全部，具有合理之隱私期待，而當偵查機關監控及記錄個人之本案位置紀錄之每一個活動，也就侵害了這一個合理之隱私期待¹⁰⁸。

¹⁰⁶ Freiwald & Smith, *supra* note 51, at 219.

¹⁰⁷ Paul Olm, *The Many Revolutions of Carpenter*, 32 HARV. J.L. & TECH. 358, 361, 363 (2019); Freiwald & Smith, *supra* note 51, at 219.

¹⁰⁸ Freiwald & Smith, *supra* note 51, at 210-21.



Carpenter案判決基於本案位置資訊之本質及該等資訊之自動產生性等內涵，可以得到此一位置資訊之揭露性本質，經過資訊之蒐集、儲存、集合及分析，在在均觸及個人隱私秘密，而拼湊出外人所不知之事，此已成為本世紀新興科技的技術，並可以用於諸多用途之上，以之運用於偵查當然也不例外。再者，本於自動化產生之數據，當代行動電話之通訊狀態（含位置資訊），本於行動電話之使用及連結，而長期、不間斷自動產生，再由電信公司蒐集、儲存、整理等，難以認為此等資訊屬於個人自願分享於第三人（電信公司），甚至更難推定個人自願承擔由業者再轉交給政府之風險。

四、小 結

上述理論之演變，也對於合理隱私期待之判斷，特別是本案位置資訊，以往認為個人分享與第三人之資訊，本於分享行為及自願揭露行為，個人對於該等資訊，即難以主張合理隱私期待，這個見解在過往或許因為個人分享及揭露之資訊，均屬有限的性質，言之成理，但在數位時代之今日，則反而變成美國隱私權法制之核心缺點，也就是說，聯邦最高法院也表示對於高科技發展帶來隱私權之高度風險，當代個人使用網路進行諸多線上交易及瀏覽活動或透過電信服務連結進行諸多之通訊、訊息傳輸及網路活動，因此用戶個人經常提出該敏感性資訊給電信公司等第三人，對於交付之資訊，已無法再從個人自願分享之角度，一概否決對於個人隱私資訊之保護，而應有可能適用增修條文第4條保護之¹⁰⁹。Carpenter法院也特別指出增修條文第4條之首要目的（overarching purpose）在於保護隱私對抗權力恣意及對於過度侵入性之警察監控增加限制，因之對

¹⁰⁹ Margot E. Kaminski, Response, *Carpenter v. United States: Big Data is Different*, GEO. WASH. L. REV. ON THE DOCKET, July 2, 2018, available at <https://www.gwlr.org/carpenter-v-united-states-big-data-is-different/> (last visited: 2020.01.20).



元照出版提供 請勿公開散布

於不斷進步之科技偵查，必須有所限制¹¹⁰。尤其是今日科技偵查與效率，已造就與以往執法手段之重大差異，在Jones案大法官Alito也就指出避免警方權力透過執法科技進步而顯著的擴張¹¹¹。所以也加諸法院適當介入角色，須由法院本於令狀原則，亦即具備相當理由之門檻核發令狀，進行審查方足以衡平節制國家權力¹¹²。

從早期的私人／公共場域說、Jones案財產權基準說，二說都有缺點，私人／公共場域說固守於傳統理論，對於個人隱私權之保護以公私二元論直接一分而二，正凸顯此一判斷基準之老舊與不足。而Jones案多數說採取財產權基準說，是近年來聯邦最高法院判斷增修條文第4條之搜索較為少用之理論，其缺點則是面對當代高科技偵查之手段，財產權基準說提供之保護顯然不足，已如前述，反而是該案二位大法官之協同意見書更受到外界重視，協同意見書以長期性追蹤監視個人之活動位置資訊，侵害個人之合理隱私期待，社會期待執法機關不會秘密以長時間監視個人之車輛之每一個移動¹¹³。但此標準卻帶有一個缺點，到底國家偵查機關長期性、連續性的監視蒐集資訊，構成憲法意義之搜索，則多久時間的監視屬於憲法意義之搜索？又或者是蒐集多少量的資訊會產生質變，構成憲法意義之搜索？均是吾等所無法確定之事，此亦造成執法機關無從於執法之前先確定之重要事項，正因為協同意見書所主張用以判斷偵查行為有無構成憲法意義之搜索界線並不明確，因而也使得執法者無所適從。到了本案，聯邦最高法院才明確論述國家偵查蒐證取得位置資訊之本質與隱私間之關係，尤其是長期監視與

¹¹⁰ *Carpenter*, 138 S. Ct. at 2214.

¹¹¹ *Jones*, 565 U.S. at 400, 429-30 (Alito, J., Concurring).

¹¹² Kerr, *The Mosaic Theory of the Fourth Amendment*, *supra* note 104, at 328.

¹¹³ *Jones*, 565 U.S. at 400, 430-31 (Alito, J., Concurring).

短期監視之區分，正為本案論述之所本（“on which the reasoning of Carpenter is based”）¹¹⁴。本案正視長時間的蒐集取得本案位置資訊，而構成憲法意義之搜索，這也對未來諸多的科技偵查設備或蒐證技術帶來重大啟示，有論者認為本案對數位時代隱私權之論述，對增修條文第4條之思維有重大突破¹¹⁵。另有學者主張本案判決清楚地示意，對於未來得以蒐集巨量地理資訊之科技設備，亦有適用¹¹⁶。

二、對於第三人原則之檢討

（一）第三人原則之理論基礎與適用

第三人原則主要規範著偵查機關從第三人處蒐集取得犯罪證據或資訊時，若該證據或資訊屬於個人自願揭露或交付給第三人資訊者，個人也就承擔了第三人可能將該資訊再轉交給他人（包括政府）之風險，個人對該資訊也就無從主張具有合理之隱私期待，偵查機關蒐集取得該等自願交付之資訊，不構成增修條文第4條之搜索¹¹⁷。然而其實第三人原則發展於一系列涉及個人向國家線民揭

¹¹⁴ ORIN S. KERR, 2020 CASELAW AND STATUTORY SUPPLEMENT TO COMPUTER CRIME 50 (2020).

¹¹⁵ Douglas Harris, *Carpenter v. United States: How Many Cell Phone Location Points Constitute a Search Under the Fourth Amendment?*, 13 DUKE J. CONST. L. & PUB. POL'Y 101, 118 (2018); Adam Liptak, *In Ruling on Cellphone Location Data, Supreme Court Makes Statement on Digital Privacy*, N.Y. TIMES, June 22, 2018, available at <https://www.nytimes.com/2018/06/22/us/politics/supreme-court-warrants-cell-phone-privacy.html> (last visited: 2019.09.05).

¹¹⁶ YALE KAMISAR, WAYNE R. LAFAYE, JEROLD H. ISRAEL, NANCY J. KING, ORIN S. KERR & EVE BRENSIKE PRIMUS, MODERN CRIMINAL PROCEDURE CASES, COMMENTS, AND QUESTIONS 264-65 (2019).

¹¹⁷ *Carpenter*, 138 S. Ct. at 2216 (quoting *Smith v. Maryland*, 442 U.S. 735, 743-44 (1979)); see also *Carpenter*, 138 S. Ct. at 2262 (Gorsuch, J., Dissenting); Orin S. Kerr, *The Case for the Third-Party Doctrine*, 107 MICH. L. REV. 561, 563 (2009);

露自己不法或犯罪行為資訊之案件¹¹⁸，而美國聯邦最高法院即表示就個人將不法行為之秘密資訊洩漏予國家秘密探員（secret agent），認為當個人洩漏於其朋友或國家代理人（線民）之資訊，而誤信該他人不會將該秘密資訊揭露予警方或偵查機關，個人即承擔可能遭線民及朋友之背叛之風險¹¹⁹。舉例言之，於臥底線民蒐集資訊之案件，最早出現於On Lee v. United States案¹²⁰，該案中被告在開設的洗衣店販售鴉片，並對朋友Poy為自我負罪的陳述，而Poy卻是政府派來臥底者而配戴竊錄器錄取被告負罪陳述，並用該錄音作為證據，被告抗辯國家行為違反增修條文第4條，聯邦最高法院表示被告係對於所信賴之朋友秘密談話，而該錄音是因為對話當事人一方（朋友方Poy）之默許，因此無須取得令狀即可為之。

其後，在Lopez v. United States案¹²¹，被告欲賄絡IRS官員，該官員身上戴有錄音器，之後該錄音內容及證詞均作為起訴證據，審判中錄音內容及官員證詞均被認具有證據能力，聯邦最高法院認為被告深知（knew full well）自己對於官員之陳述，可能用作對其不利證據，及該錄音設備僅用以獲得政府自己之官員為對話中一方之一段對話之最可靠之證據，政府代理人完全有權揭露，而被告應承

MARC L. MILLER, RONALD F. WRIGHT, JENIA I. TURNER & KAY L. LEVINE, CRIMINAL PROCEDURES THE POLICE CASES, STATUTES, AND EXECUTIVE MATERIALS 424 (2019).

¹¹⁸ Peter C. Ormerod & Lawrence J. Trautman, *A Descriptive Analysis of the Fourth Amendment and the Third-Party Doctrine in the Digital Age*, 28 A.L.B. L.J. SCI. & TECH. 73, 110-11 (2018).

¹¹⁹ Daniel De Zayas, *Carpenter v. United States and the Emerging Expectation of Privacy in Data Comprehensiveness Applied to Browsing History*, 68 AM. U. L. REV. 2209, 2225 (2019).

¹²⁰ On Lee v. United States, 343 U.S. 747, 753-54 (1952).

¹²¹ Kerr, *supra* note 117, at 563-68; see Lopez v. United States, 373 U.S. 427 (1963).

元照出版提供 請勿公開散布

受該官員日後將在法庭上複製二人之間的對話內容之風險¹²²。其後，在 *Hoffa v. United States* 案¹²³，被告向其暗中為警方工作之同事吐露犯罪事實，其信賴朋友不會洩漏二人間的對話內容，而自願揭露朋友自己犯罪內容，該案警方線民日後到法庭證稱所聽及見聞之事，法院認為被告主觀上期待友人不會洩漏對話內容，並不受憲法所保護，而該友人得自由分享被告揭露之資訊¹²⁴。最後，個人對於國家代理人自願揭露資訊之案件，在 *United States v. White* 案(下稱「White 案」)¹²⁵表示犯罪之個人與線民在屋內進行談話，在屋外之警方透過線民穿戴之設備，獲得談話內容，聯邦最高法院表示被告選擇信賴線民，與之對話，則無合理之隱私期待¹²⁶。

上述判例均為個人自願將犯罪資訊揭露給國家代理人(線民)而應承擔該等資訊將可能由國家代理人交給偵查機關之風險。其後，第三人原則真正源於聯邦最高法院認為個人基於商業行為而產生或交付給第三人紀錄或資訊，屬於自願揭露或交付予第三人資訊，基於自願揭露及削弱之隱私期待之論理，個人則無法主張受到增修條文第4條之保護之理論¹²⁷。舉例來說，個人自願提出交付之銀行商業紀錄或電話號碼之撥號紀錄而揭露儲存於第三人(銀行業或電信公司)之資訊，為個人自願揭露於第三人之資訊，個人也就

¹²² *Lopez*, 373 U.S. at 438, 439.

¹²³ *Hoffa v. United States*, 385 U.S. 293 (1966); Kerr, *supra* note 117, at 567-68; KAMISAR ET AL., *supra* note 116, at 271; 李佳玟，在場人錄音之證據能力，載：程序正義的鋼索，頁236-238，2014年6月。

¹²⁴ *Hoffa*, 373 U.S. at 302.

¹²⁵ *United States v. White*, 401 U.S. 745 (1971).

¹²⁶ *Id.* at 751-752; 李榮耕，同註3，頁890。

¹²⁷ Kerr, *supra* note 117, at 563-68; RICHARD M. THOMPSON II, THE FOURTH AMENDMENT THIRD PARTY DOCTRINE, CRS REPORT, 1, 7-11, Congressional Research Service (2014); Zayas, *supra* note 119, at 2227-28.



承擔了第三人可能將該資訊再轉交給他人（包括政府）之風險，個人對該資訊也就無從主張具有合理之隱私期待，職是，政府從第三人處取得資訊之行為，並不構成增修條文第4條之搜索¹²⁸。於Miller案，偵查機關偵查逃漏稅捐罪，檢察官調取被告之銀行商業紀錄等資料，聯邦最高法院本於被告對於上開資料無所有／持有權利，該資料為銀行之紀錄文書，且確認該等文書之本質內容，因被告支票並非機密性通訊內容，而為商業交易交換工具，且銀行紀錄文書內容，屬於被告自願揭露給銀行行員作為商業流程之資訊，被告僅具有有限的隱私期待（limited expectation of privacy），因之，被告應承擔風險而推定該資訊可能由第三人交給國家使用，檢察官之調取並未違反增修條文第4條之令狀原則¹²⁹。

其後，在Smith案，偵查機關未取得令狀下，使電話公司以發話撥號記錄器記錄被告住處撥出的電話號碼，聯邦最高法院在本案適用上述第三人原則，表示電信用戶個人自願傳輸電話號碼給電信公司，主觀上為個人對於撥打電話號碼，一般難認為人們有任何真實期待，因此，被告並無主觀之隱私期待；客觀上，個人也認識電信公司將撥打電話號碼紀錄作為電信公司各種商業用途，被告對於自願交付給第三人資訊，也非社會承認之合理之隱私期待¹³⁰。另就該設備之功能論之，發號撥號記錄器僅記載撥打之電話號碼，未記錄任何通訊內容，與竊聽設備不同，因而，推定被告並承擔著電信公司會將電話號碼資訊交付給警方的風險¹³¹。

總之，聯邦最高法院創造第三人原則而適用到商業紀錄及電話

¹²⁸ *White*, 401 U.S. at 745; Kerr, *supra* note 117, at 567-68.

¹²⁹ *Miller*, 425 U.S. at 443.

¹³⁰ *Smith*, 442 U.S. at 742-44; Ormerod & Trautman, *supra* note 118, at 112-13.

¹³¹ *Id.* at 744-45.



受話方之電話號碼等資訊，為個人分享給第三人之資訊，而由第三人持有、控制該等資訊，若由國家蒐集取得該資訊，個人難以主張具有合理之隱私期待¹³²。但這樣一個原則，在過去由國家蒐集取得個人自願揭露或交付給第三人之資訊均屬有限的資訊，或許尚無太多疑問，但在網路科技發達之當代，則或許不合時宜，或需進行檢討，因而受到不少批評，支持與反對第三人原則之論述各有主張，茲論述如下。

(二) 第三人原則之檢視與評論

學者Orin Kerr教授算是支持第三人原則之最有力學說，認為在科技變遷世代，第三人原則得以維持隱私與安全間的衡平，一般言之，犯罪者儘量把犯罪行為或公開的部分隱藏起來，以免於公眾觀察檢視及遭執法機關逮捕，然而有了第三人之存在，犯罪者反而可以利用第三人之服務進行犯罪，第三人變成遠端代理人使得犯罪者得以降低曝露於外接受公開監視的可能，這種情況反而使得隱私與安全間的均衡遭到破壞，若偵查機關需蒐集犯罪證據時，警方須符合相當理由之門檻，但是警方必須先取得犯罪證據證明相當理由之存在，也才能取得令狀，在許多情況，若無第三人原則，整體上將造成在偵查中減少使用第三人證據，因此第三人原則反而可以回應上述情況造成之不平衡¹³³。申言之，Kerr教授認為由於第三人原則之存在，使得偵查機關對於利用第三人如網路、電話企業等進行犯罪之人，得以直接蒐集取得犯罪證據，而無需要先取得證據證明相當理由之存在，如此一來，也使得隱私保護與安全之間取得均衡¹³⁴。

另一個支持第三人原則之理由在於持有個人交付資料之第三

¹³² KAMISAR ET AL., *supra* note 116, at 271.

¹³³ Kerr, *supra* note 117, at 575-77.

¹³⁴ THOMPSON II, *supra* note 127, at 16.



元照出版提供 請勿公開散布

人企業，是該等資料之持有人，同時也通常是該等資料之所有人，第三人具有自由之權限將資訊移轉於他人，而毋庸取得資訊主體之同意¹³⁵，在Miller案，聯邦最高法院即認為被告對於銀行商業紀錄（存款條等）資料為銀行之紀錄文書，非被告之隱私文書，被告也無權主張所有或持有之權利¹³⁶。而此一主張，與Carpenter案提出不同意見書之三位大法官採取之路徑相同，大法官Kennedy、Thomas及Alito之不同意見均主張，系爭位置資訊屬於第三人所有、創造、持有及控制之紀錄，個人對之無法主張所有權／持有利益，因之，被告無從主張財產權遭受侵害，而渠等也認為即使採取合理之隱私期待判斷基準，仍以個人之財產權（人身、住宅、文書、物件）為限（或稱對財產權具有必要關聯性為要件），方得受到增修條文第4條之保障¹³⁷。因此，對於第三人所有及持有之財產權，無從主張其增修條文第4條之權利遭受侵害。

但事實上，對於第三人原則之批判，在美國學界不在少數，即使美國聯邦最高法院大法官們也非完全支持第三人原則，就以大法官Marshall在Smith案不同意見書所表示，隱私不是一次性商品交易，絕對的持有或非持有，另外也指出，基於特定商業目的揭露特定事實給銀行或電話企業之人，並不需要推定資訊將會洩漏與其他人（基於其他目的）¹³⁸。此外，學界也針對此提出相類似的見

¹³⁵ CHRISTOPHER SLOBOGIN, *PRIVACY AT RISK: THE NEW GOVERNMENT SURVEILLANCE AND THE FOURTH AMENDMENT* 157 (2007)(describing arguments for and against the possessory interest argument).

¹³⁶ *Miller*, 425 U.S. at 440-41.

¹³⁷ *Carpenter*, 138 S. Ct. at 2230 (Kennedy, J., Dissenting), 2247 (Alito, J., Dissenting). 大法官Thomas也加入之。

¹³⁸ *Smith*, 442 U.S. at 749 (Marshall, J., Dissenting)(“privacy is not a discrete commodity, possessed absolutely or not at all.”).



解，揭露給大眾與揭露給特定控制環境的資訊，應該要區辨之，前者資訊是國家在公開場合下非常容易取得之資訊，例如在機場公開場合之下，大聲進行對話，正因為個人決定揭露給大眾該訊息，也就無從主張隱私期待¹³⁹。後者資訊則含有更受限制之分享，而這本該是包括在交易雙方當事人之間合法交易內之一部分，因此有權受到增修條文第4條之保障¹⁴⁰。

其次，對於第三人原則之第二個評論來自於對於「自願揭露（分享）與他人論點」之質疑，Miller/Smith案均認為商業紀錄及電話受話方之電話號碼等文書及通聯紀錄，為個人分享給第三人之資訊，但評論者質疑這些交易中是如何自願的分享，或者說根本欠缺積極分享之行為（the absence of an affirmative act of sharing）¹⁴¹。在Miller案，大法官Brennan即在不同意見書表示「就實際目的來說，個人所為之揭露或公司對銀行揭露之財務狀況，並非全然基於自願的，因為要參與現代社會之經濟生活，若無交易帳戶的話是不可能的」¹⁴²。Smith案大法官Marshall亦在不同意見書表示「除非個人準備放棄使用電話，否則對多數人言之，使用電話已成為個人或專業之必要性，個人沒有辦法而必須接受受到監視的風險。若認定為推定風險的話，就實際上言之，個人是沒有實際上其他選擇的」¹⁴³。有論者即認為合理之隱私期待並非取決於第三人所有或控制該

¹³⁹ Susan W. Brenner & Leo L. Clarke, *Fourth Amendment for Shared Privacy Rights in Stored Transactional Data*, 14 J.L. & POL'Y 211, 258 (2006).

¹⁴⁰ *Id.*

¹⁴¹ Eunice Park, *Objects, Places and Cyber-Spaces Post-Carpenter Extending the Third-Party Doctrine Beyond CSLI: A Consideration of IoT and DNA*, 21 YALE J. L. & TECH. 1, 14 (2019).

¹⁴² *Miller*, 425 U.S. at 451 (Brennan, J., Dissenting).

¹⁴³ *Smith*, 442 U.S. at 750 (Marshall, J., Dissenting).

等資訊之利益，而應以個人有無積極分享行為為判斷合理隱私期待之內涵¹⁴⁴。

第三個批判來自於「風險承擔之推定」概念，「人們並不會假定法律風險，但對於法院警告之不受管制之政府干預的風險會進行推定」¹⁴⁵。正如同大法官Harlan在White案所表示，法院決定人們應期待與受到多少的隱私保護，而人們的隱私期待與風險假定是法院及立法者所定下之法律反射，而這也是法律塑造及投射（form and project）之任務，法官不該僅僅是做文字替換而已，然後重複引用隱私期待及風險，而不檢視鞍座於社會之希求（without examining the desirability of saddling them upon society），法院應該衡平審酌某特定實務本質及該實務影響之可能範圍，執法行為實效與個人安全之感受¹⁴⁶。申言之，在每一個新興法律架構（爭點）下，法院不該僅僅是套用風險假定之名詞，而應該檢視每一個新興監視案例，然後決定對個人隱私利益的真實影響為何¹⁴⁷。而學者Slobogin另提出頗值得參考的想法，其認為國家不該擁有毫無限制接近人民資訊之權利，反之，國家蒐集取得之每一筆資訊，也非必定要求具備相當理由，而應該依據蒐集取得資訊之本質，決定保護之程度¹⁴⁸。

最後，有學者認為第三人原則主張個人自願分享第三人之資訊，僅具有削弱或有限的合理隱私期待（a reduced expectation of

¹⁴⁴ Park, *supra* note 141, at 2-3, 6, 14.

¹⁴⁵ Stephen E. Henderson, *The Timely Demise of the Fourth Amendment Third Party Doctrine*, 96 IOWA L. REV. BULL. 39, 47 (2011) (“It is the law that defines what risks we do and do not assume.”).

¹⁴⁶ *White*, 401 U.S. at 786 (Harlan, J., Concurring).

¹⁴⁷ THOMPSON II, *supra* note 127, at 19.

¹⁴⁸ SLOBOGIN, *supra* note 135, at 157.



privacy)，但是Miller/Smith案均為探究「資訊本質」用之決定個人對於資訊內容是否具有合理之隱私期待，商業紀錄及電話受話方之電話號碼，為個人與商業機構之交易紀錄及自願交付給電話公司之有限量的資訊，但是即使是削弱的合理隱私期待之資訊，個人仍然具有合理之隱私期待，就以聯邦最高法院在Riley案所表示，個人的電話號碼伴隨著其他類型的確認型資訊（phone numbers accompanied by “identifying information that an individual might add”），不受到減少的合理隱私期待，進而在該案，Riley法院也表示削弱的合理隱私期待並非意味著完全落出於增修條文第4條之圖像以外¹⁴⁹。

總之，對於第三人原則之擁護與反對者，各有道理，在聯邦最高法院未全面推翻第三人原則概念下，Slobogin教授所主張較為中道，國家不得毫無限制具備取得人民資訊之權限，但國家蒐集之每一筆資訊，也不是非得具備相當理由方得蒐集之，部分資訊應該容許國家本於第三人原則蒐集取得之，但其他資訊則應該採取嚴格之限制，本於令狀原則之要求，方得蒐集取得之。

（三）Carpenter案判決對第三人原則之檢討

對於第三人原則之評論，本案Carpenter法院也有自己的看法，本判決認為第三人原則建立於二個理論基礎，第一、基於個人「分享資訊之行為」（the act of sharing），而判斷欠缺個人之隱私期待；第二、基於「自願揭露」之行為而「推定」個人願意承擔該資訊再分享或交付予他人（包括政府）之風險。針對第一個理論基礎，Carpenter法院多數說認為，Miller/Smith案並非完全仰賴於分

¹⁴⁹ Riley v. California, 134 S. Ct. 2473, 2488, 2492-93 (2014); Zayas, *supra* note 119, at 2229-30.

元照出版提供 請勿公開散布

享資訊行為，而以「調取資料本質」(the nature of particular document sought)，是否具有敏感性之資訊內容，而判斷個人是否具有合理之隱私期待，以資訊本質是否具有敏感性之本質¹⁵⁰。如果第一個基礎是基於資料之本質，判斷個人是否真正揭露給第三人資訊之行為，則關於本案位置資訊本質與Miller/Smith案資訊具有本質上不同，本案位置資訊之本質帶有隱私及敏感特性，而且個人之行動電話基地臺位置記錄，屬於電話自動產生紀錄，本質上言之，既然屬於自動產生之記錄，也難以認為是個人「分享」給第三人之資訊。

針對第二個基礎，基於上述自願揭露而「推定」使用者承擔風險的部分，因為個人交付物理性位置移動之完整記錄之本質具有敏感性、隱私性，也就難以推定個人願意承擔資訊再分享或交付他人之風險¹⁵¹。再者，審酌基於自動分享給第三人之資訊量，無論是雲端服務或網路服務業者，若將第三人原則適用於網路脈絡下，非常清楚可見將產生疑問¹⁵²。職是，本案聯邦最高法院認為傳統第三人原則之思維，已無法切合地適用於現代社會，並承認第三人原則之見解將置隱私權於危險之中。

即使Carpenter法院多數說排除第三人原則適用於本案位置資訊這一個類型，但有疑問的是，關於其他電子或網路資訊呢？就此，該院也提到本案判決適用於非常狹隘的本案事實¹⁵³，而無意大幅

¹⁵⁰ *Carpenter*, 138 S. Ct. at 2219-20; Margot E. Kaminski, Response, *Carpenter v. United States: Big Data is Different*, GEO. WASH. L. REV. ON THE DOCKET, July 2, 2018, available at <https://www.gwlr.org/carpenter-v-united-states-big-data-is-different/> (last visited: 2019.09.05).

¹⁵¹ *Id.*

¹⁵² MARIA HELEN MURPHY, SURVEILLANCE AND THE LAW 29 (2019).

¹⁵³ *Carpenter*, 138 S. Ct. at 2220; Daniel Solove, *Carpenter v. United States*, Cell



度限縮第三人原則適用範圍，本案判決未選擇推翻第三人原則，而僅僅區辨（*distinguish*）本案位置資訊與Miller/Smith案資訊，本質上為不同類型之資訊（*a qualitatively different category*），本案位置資訊更直接涉及憲法擔心之政府權力恣意性，而遠甚於銀行紀錄及受話方電話號碼。審酌前述支持第三人原則的想法，Kerr教授認為第三人原則不是沒有存在的價值，通常犯罪者利用第三人之服務進行犯罪，使得犯罪者可以降低曝露於外接受公開監視的可能，這種情況反而破壞隱私與安全之間的均衡¹⁵⁴。正如Slobogin教授前述所指，國家不該擁有毫無限制接近人民資訊之權力，但國家蒐集取得之每一筆資訊，也非以具備相當理由方得蒐集之，而Carpenter案聯邦最高法院就以「資訊本質」決定保護之程度、是否適用第三人原則而定之。不可諱言的，在數位年代之今日，諸多資訊交付到第三人手中，第三人原則適用範圍將影響到個人受到資訊隱私保護之界線，法院（司法）的任務，應該要小心注意憲法得以對政府權力進行適當限制。

再者，不僅是本案多數說對於第三人原則之檢討，大法官Gorsuch在本案之不同意見書也提出非常中肯之意見，其表示以當代個人使用網路從事各式各樣的交易，無數網路公司不但保存個人紀錄，也為個人（*for*）持有該等紀錄，即便是最隱私的個人資訊也可能存放於第三人企業（伺服器內），依據第三人原則，一旦揭露給第三人，個人即放棄對之具有合理隱私期待，造成憲法不限制偵查機關得蒐集取得個人託付於第三人之紀錄，然現代一般人抱持合理期待託付給第三人的資訊，應被保存於私密之中，特別是雙方

Phone Location Records, and the Third Party Doctrine, TeachPrivacy, July 1, 2018, available at http://www.techpolicy.com/Solove_Carpenter-v-UnitedStates-CellPhoneLocationRecords-andThirdPartyDoctrine.aspx (last visited: 2019.09.05).

¹⁵⁴ THOMPSON II, *supra* note 127, at 16.



合約有機密性約定者，職是，第三人原則並無法提供一個說服人的解釋，其次，其也質疑推定風險理論，到底個人同意承擔了什麼風險，若只是單純認識到風險存在，也不代表願意承擔責任或接受該結果，而同意由第三人取得私人文書、資訊，更不等同於同意由政府蒐集該等資訊¹⁵⁵。這個見解，在Jones案大法官Sotomayor之協同意見書也提出相同疑問，認為此原則不太適用於數位時代，更直接呼籲推翻第三人原則，其表示在日常生活當中，個人對於第三人揭露非常大量之個人資訊，舉例來說，撥打電話時個人揭露電話號碼或訊息內容給電話業者、揭露造訪網站或電子郵件信箱給網路服務業者、揭露購買書籍、各式雜貨或藥品資訊給線上零售商，因此質疑人們願意接受毫無令狀的揭露給政府一整個年分、整個月或整個星期的造訪紀錄清單¹⁵⁶，是而可以預見未來，面對越來越多的科技設備蒐集取得個人存放於第三人之資訊，第三人原則將面臨更多的挑戰及質疑，而可能更加限縮其適用範圍¹⁵⁷。

本文也認為本案判決終於開始對第三人原則設下適用範圍的限制，現今，法院留下之問題主要是法院並沒有清楚論述，究竟在Carpenter案後，除本案位置資訊外，其他的商業紀錄或資訊，若也涉及位置資訊時，是否仍有第三人原則適用之可能性？或者亦有實務家提出本案判決得以適用提出文書命令之範圍，乃至於國家調取即時性及未來性之行動電話基地臺位置紀錄，或者調取傳統型監視紀錄器錄製之長期紀錄資訊等，是否有適用之餘地，此為尚待釐清

¹⁵⁵ *Id.* at 2262-63 (Gorsuch, J., Dissenting). 其表示推定風險理論原本適用於侵權法，當契約或其他方式明示同意接受損害風險或默示承諾自願接受風險，因此願意接受損害之風險。

¹⁵⁶ *See Jones*, 565 U.S. at 415, 417-18 (Sotomayor, J., Concurring).

¹⁵⁷ RIC SIMMONS, SMART SURVEILLANCE: HOW TO INTERPRET THE FOURTH AMENDMENT IN THE TWENTY-FIRST CENTURY 144-46 (2019).

之處¹⁵⁸，但因此部分（Carpenter案未來之適用範圍）已超越本文處理之範圍，即未在此討論之。

四、第三人原則之未來

對於第三人原則，批判者不在少數，尤其是數位時代，對於資訊隱私之保護，將造成國家過度監視、威脅個人對抗國家不合理之搜索、扣押之權利及造成保護不周之情形¹⁵⁹，但聯邦最高法院並無意全面推翻之，並指出其判決僅僅適用於本案位置資訊之正當理由在於該院不欲在未來造成令人尷尬之況（embarrass the future）。因此，就第三人原則適用範圍，鑑於第三人原則所指資訊與當代科技設備產出資訊具有重大差異性，Smith案撥號紀錄器記錄受話方號碼，僅具有非常有限之揭露能力、Riley案行動電話通訊錄之身分，僅揭露小部分內容¹⁶⁰、Miller案銀行紀錄僅係商業交易之交換工具¹⁶¹，上述揭露之資訊僅為非常有限的個人隱私資訊，與Carpenter案揭露個人無窮盡的位置資訊相較，差異性頗鉅，長時間追蹤個人位置資訊因為具有延伸性追蹤本質，已構成憲法意義之搜索。Carpenter法院認為本案非關於某個「特定時間」電話使用之個人行動位置，而係關於詳盡地全天候、長時間之物理性位置資訊之匯集，若仍適用第三人原則，將導致大幅度擴張第三人原則於新興類型之資訊，也只有採取這樣一個新的見解，才能恢復被第三人原則破壞之憲法秩序，畢竟在現代數位社會，已非當初聯邦最高法院

¹⁵⁸ BEN HARRINGTON, UPDATE: SUPREME COURT TAKES FOURTH AMENDMENT CASE ABOUT CELL PHONE LOCATION DATA, Congressional Research Service (2018); Freiwald & Smith, *supra* note 51, at 227.

¹⁵⁹ DAVID GRAY, THE FOURTH AMENDMENT IN THE AGE OF SURVEILLANCE 249 (2017); Gee, *supra* note 61, at 288, 294-95.

¹⁶⁰ *Smith*, 442 U.S. at 742; *Riley*, 573 U.S. at _ (slip op., at 24).

¹⁶¹ *Miller*, 425 U.S. at 442.



創造第三人原則所能想像，個人依據該原則提出或自願交換的資訊，非常有限，甚至本於科技設備自動化產生的資訊，並非個人自願分享或揭露，如此解釋，也可以避免第三人原則被無限上綱，而不當的擴大適用。更甚者是，在極其重視隱私資訊之現代社會，個人願意交出的資訊，極其有限，以此種第三人原則，推定個人自願承擔風險之理論，更不適用於現代社會，才屬未來之趨勢。

最後，應該要特別強調的是，在眾多批判第三人原則之見解及學者們各式的主張將Carpenter案適用於各類型的第三人企業之資訊，本案法院已稱並未推翻第三人原則，且表示本案見解僅適用於非常狹隘之情形，其無法對所有問題一次交代清楚，這也代表著第三人原則仍然支配者諸多個人交付或儲存於第三人之資訊，並無法如同眾多學者所主張的大幅度被應用於各類型資訊。但本文認為本案判決卻也點出未來資訊與第三人原則之關係，應該採取逐步限縮第三人原則之適用範圍，並依據資訊之本質，本於資訊「深度揭露性」、「全面觸及性」及「資訊之自動性及不可避免性」之內涵，協助判斷個人對各別資訊是否具有合理之隱私期待，並藉此探討未來第三人原則之適用範圍。當資訊本質具有上述內涵時，即符合Carpenter案判決創造之判斷基準，足認個人對之具有合理隱私期待而受到保護，並受增修條文第4條誡命及限制。在當代社會下，不能只有第三人原則，此將足以使所有存放於第三人處之資訊隱私失去保護，而只有將本案調取令取得本案位置資訊認定為憲法意義之搜索，才能衡平當代之隱私與自由之保護與政府間之利益¹⁶²。

¹⁶² Stephen E. Henderson, *Carpenter v. United States and the Fourth Amendment: The Best Way Forward*, 26 WM. & MARY BILL RTS. J. 495, 531 (2017).

三、對於第三人調取令之憲法誠命及限制

Carpenter案另個重要啟示聚焦於調取令之憲法誠命與限制，傳統上來說，當國家認為犯罪嫌疑人在其住處藏有犯罪證據時，偵查機關可以透過二個途徑取得犯罪證據，一般最直接想到的是由偵查機關取得法院核發之搜索票，授權偵查機關得以物理性進入嫌疑人住處搜索之。其次，透過法院核發之命令或大陪審團之調取令（或稱提出文書命令；a grand jury subpoena），直接命令相對人提出犯罪證據於大陪審團。二者不同之處在於，搜索是直接物理性的侵入受搜索人之財產權範疇而蒐集取得犯罪證據，而調取命令則命令相對人提出持有、控制之證據，相對人負有提出證據之義務，提出持有（控制）之證據於大陪審團或其他偵查機關¹⁶³，二者同為蒐集取得相對人之資訊，然而二者未必適用相同之憲法限制。搜索票應本於相當理由核發之，偵查機關應提出滿足相當理由之證據，且搜索票需合於特定明確性原則（特定而明確記載搜索地點及客體），受到美國增修條文第4條之誠命及限制。但調取令是否採取與搜索票相同審查門檻、受到憲法誠命及限制及有無令狀原則之適用，一般言之，傳統上僅認為受到寬鬆之限制¹⁶⁴。二者之差異性及調取令所受到之憲法限制為何，論述如下。

首先，調取令不涉及國家直接取走證據，由調取令相對人提出該等文書資訊等，基於侵害隱私程度較為輕微，如大法官Alito不同意見書表示，最早傳票（subpoenas）多半用於強迫被告出庭及強

¹⁶³ Orin S. Kerr, Initial Reaction to Carpenter v. United States, Does the Carpenter Revolutionize the Law of Subpoenas, Volokh Conspiracy, June 26, 2018, available at https://reason.com/2018/06/26/does-carpenter-revolutionize-the-law-of/?itm_source=parsely-api (last visited: 2020.04.15).

¹⁶⁴ *Id.*



迫證人，相當於現代法院傳喚令（*subpoenas ad testificandum*）。之後，才形成新種類的命令，強制證人攜帶證據到庭，其後從衡平法院到普通法法院，同時適用於民事法院及刑事法院，法院及檢察官均使用調取令或提出必要文書命令（*the writ to compel the production of necessary documents*）。美國殖民時期之大陪審團程序，以提出文書命令作為常用之調查工具，大陪審團被賦予權限極為廣泛之調查權，以偵查刑事犯罪，這也包括強制提出證據或強制證人到庭作證之權力（*the power to “compel the production of evidence or the testimony of witnesses as they consider appropriate”*），足見，在普通法時代，調取令等提出文書命令，被告承認持有該等文書時，得以調取令命令被告到庭並提出文書於法院，大陪審團運作仰賴大陪審取得任何相關文書之能力¹⁶⁵。換言之，從調取令之發展史言之，調取令或提出文書命令，並不受增修條文第4條之憲法誡命，該條僅禁止不合理之搜索、扣押個人之人身、住宅、文書及物件，而不管制（*regulate*）所有國家取得文書之方式¹⁶⁶。從制憲史

¹⁶⁵ *Id.* at 2247-50 (“The order in this case was the functional equivalent of a subpoena for documents, and there is no evidence that these writs were regarded as ‘searches’ at the time of the founding. Subpoenas *duces tecum* and other forms of compulsory document production were well known to the founding generation. Blackstone dated the first writ of subpoena to the reign of King Richard II in the late 14th century, and by the end of the 15th century, the use of such writs had ‘become the daily practice of the [Chancery] court.’”).

¹⁶⁶ *Id.* at 2250-51 (“That history makes it abundantly clear that the Fourth Amendment, as originally understood, did not apply to the compulsory production of documents at all. The Fourth Amendment does not regulate all methods by which the Government obtains documents. Rather, it prohibits only those ‘searches and seizures’ of ‘persons, houses, papers, and effects’ that are ‘unreasonable.’ Consistent with that language, ‘at least until the latter half of the 20th century’ ‘our Fourth Amendment jurisprudence was tied to common-law trespass.’ *United States*



及聯邦最高法院歷來判例，均認為調取令（提出文書命令）與搜索不該適用相同之憲法要件，增修條文第4條之令狀原則不適用於調取令，也就無理由及證據認定制憲者意在以增修條文第4條適用於法院命令提出文件之提出命令。

大法官Kennedy也認為國家以調取令強制調取個人持有及控制之文書及其他證據，與以搜索令狀（warrant）搜索證據，在侵入性權力及執行力（in its force and intrusive power）具有不同效力。搜索令狀授權國家「進入」人民財產權域內，進行「檢視」、「扣押」，調取令則命令相對人揭露相關事項或證據（資訊），並提供相對人異議機會¹⁶⁷。調取令不適用增修條文第4條相當理由之標準，無令狀原則之適用。僅有增修條文第4條之合理性限制之適用。此外，調取令相對人具有增修條文第4條之利害關係，得主張調取令過於概括及命令內容過度負擔之限制¹⁶⁸。然上述見解適用於本案系爭位置資訊即應檢討之，Carpenter法院多數說認為系爭位置資訊與一般商業紀錄本質相異，不能認為偵查機關以調取令調取之，即不受令狀原則之保護，多數說更指以大法官Alito見解推論，私人信件、行動電話之數位內容，乃至於任何以文書形式存在之個人資訊，都可能受到調取令之命令而提出之，此將導致沒有任何種類之文書得以受到令狀原則之保護¹⁶⁹。

v. Jones, 565 U.S. 400, 405 (2012). So by its terms, the Fourth Amendment does not apply to the compulsory production of documents, a practice that involves neither any physical intrusion into private space nor any taking of property by agents of the state.”).

¹⁶⁷ *Id.* at 2228-29.

¹⁶⁸ *Id.* (“A recipient does have Fourth Amendment rights at stake, but he can challenge the subpoena only on the ground that it is overbroad or compliance is overly burdensome.”)

¹⁶⁹ *Carpenter*, 138 S. Ct. at 2221-22.

元照出版提供 請勿公開散布

次之，當個人將任何與犯罪有關之證據儲存於第三人處時，尤其是現代型文書或物件，常常涉及到電子通信或網路傳輸媒介，往往諸多個人之檔案資料或紀錄，儲存於第三人處，針對個人資訊儲存於他人的企業或公司控制持有中，透過調取令向第三人調取或命令提出文書時，由第三人直接提供調取之證據，調取資訊之內容卻又涉及個人（或嫌疑人）之資訊隱私時，有無增修條文第4條之令狀原則之適用，本來即有檢討傳統見解之必要。特別是因為科技進步，當代諸多資訊儲存於電腦、網路或雲端資料庫者，典型的網路使用者，儲存諸多個人資訊於大型企業之遠端資料庫內，適用傳統調取令之理論，將導致顯著的擴張偵查機關之權力，而形成國家在極少的限制下得以蒐集取得各式各樣的資訊，造成國家得以在無相當理由之下蒐集取得個人儲存於第三人之資訊隱私，致被調取資料之個人，面對國家蒐集取得關於個人之資訊隱私，毫無防禦之力；同時也造成對於國家權力毫無節制之危險，顯然對個人儲存於第三人之資訊隱私保護不周，形成法律空窗之嫌。職是，Carpenter法院堅持儲存於第三人之資訊隱私應受令狀原則之保護，這是一個相對應的衡平保護，維持一個公益與隱私利益之平衡，以對於傳統調取令增加重大的限制¹⁷⁰。

申言之，個人之「現代型資訊」，常透過網路傳輸或電子通訊，由第三人創造、儲存、控制、持有該等資訊，縱使偵查機關本於對第三人調取令命令提出該等資訊，仍不得侵害個人具有合理之隱私期待，Carpenter法院認為當個人對於由第三人儲存、持有及控制之系爭位置資訊，具有合理之隱私期待，縱使非個人所有、持有

¹⁷⁰ Orin S. Kerr, Initial Reaction to Carpenter v. United States, Does the Carpenter Revolutionize the Law of Subpoenas, Volokh Conspiracy, June 26, 2018, available at https://reason.com/2018/06/26/does-carpenter-revolutionize-the-law-of/?itm_source=parsely-api (last visited: 2020.04.15).



及控制，個人得主張受到增修條文第4條之保障，適用憲法令狀原則之誡命及限制，而不認為現代型數位資訊適用於調取令之效力，上述大法官Alito之見解係完全忽略資訊控制、持有與資訊內容之重點。質言之，這一類儲存於第三人、並由第三人持有、控制之資訊，憲法要保護的是資料內容，當資訊內容足以揭露個人資訊隱私部分，特別是取得與個人極具深度揭露性、全面觸及性之資訊隱私，而屬於個人具有合理隱私期待之資訊內容，應該受到特別的保障，當國家蒐集取得該等儲存並由第三人持有之資訊時，應該受到增修條文第4條之保障及限制，以監督國家強制取得該等資訊之權力，由法院進行令狀要件之司法審查。

最後，大法官Alito主張調取令僅受到增修條文第4條「調取令或文書提出命令合理性標準」（*reasonableness subpoena standard*）之限制，並以聯邦最高法院判決見解為例，在Hale v. Henkel案¹⁷¹，該院表示增修條文第4條並不介入審判中法院核發之提出文書命令強制提出文書證據於法院，若欠缺該命令的話，法院明顯地無法運作司法，但該院認為提出文書命令仍有增修條文第4條之「合理性」標準之適用。其後，在Oklahoma Press Publishing Co. v. Walling案表示，提出文書命令與增修條文第4條關係在於增修條文第4條保障免於濫用提出文書命令，也就是說，當提出文書命令之調取或提出內容不明確或過於概括，應適用增修條文第4條之特定明確性要件（to be ‘particularly described’）限制之，只要該命令係出於國會通過之法律授權核發，且命令提出之文書與調查具有相關性即為已足，但不適用增修條文第4條相當理由之要件¹⁷²。因此，大法官

¹⁷¹ *Carpenter*, 138 S. Ct. at 2253-54 (quoting *Hale v. Henkel*, 201 U.S. 43, 73, 76 (1906)).

¹⁷² *Id.* at 2254 (quoting *Oklahoma Press Publishing Co. v. Walling*, 327 U.S. 186, 204, 208-09 (1946)). (“When it comes to ‘the production of corporate or other business

元照出版提供 請勿公開散布

Alito認為本案偵查機關取得之調取命令，依據聯邦儲存中通訊法第2703條(d)規定，授權法院核發相關類型之命令，於偵查機關提出具體特定之事實、證明具備合理基礎足認調取之文書紀錄與正在偵查中犯罪具有相關性及實質性三要件即可，但Carpenter案見解竟違背上述判決，認為調取令強制提出系爭位置資訊，構成憲法意義之搜索¹⁷³，並因此認為本案之調取令相同於增修條文第4條之搜索，應適用相同之憲法標準，此將可能危及於當代偵查機關所經常使用之調取令及其他形式之提出文書命令進行偵查，而嚴重減損調取令之效用¹⁷⁴。

records,’ the Court held that the Fourth Amendment ‘at the most guards against abuse only by way of too much indefiniteness or breadth in the things required to be ‘particularly described,’ if also the inquiry is one the demanding agency is authorized by law to make and the materials specified are relevant.’ Notably, the Court held that a showing of probable cause was not necessary so long as ‘the investigation is authorized by Congress, is for a purpose Congress can order, and the documents sought are relevant to the inquiry.’”).

¹⁷³ *Id.* at 2254-55. 所謂Oklahoma Press Publishing Co.案法則，法院調取令（或提出文書命令），應該符合三要件，1. 應該限於範圍以內（be sufficiently limited in scope）；2. 調取命令與目的相關（relevant in purpose）；3. 具備特定性（specific in directive），以致免於造成不合理之負擔（unreasonably burdensome），且當受命令提出者（the provider）認為命令提出之資訊本質上數量過鉅（unusually voluminous in nature）或依據提出命令將導致提出者不適當負擔（compliance with such order otherwise would cause an undue burden on such provider）而聲明異議時，法院得依職權撤銷或更正之，此法則為增修條文第4條賦予命令提出商業紀錄或文書之相對人最大之保護。

¹⁷⁴ *Id.* at 2256 (“That standard, we have held, is ‘the most’ protection the Fourth Amendment gives ‘to the production of corporate records and papers.’ *Oklahoma Press*, 327 U.S., at 208, 66 S. Ct. 494 (emphasis added).”). 舉例來說，大陪審團常強制提出文書證據，才能據以決定是否具有相當理由足認被告是否涉嫌犯罪，若要求大陪審團核發提出文書命令，也必須依據增修條文第4條相當理由之審查基準，方得以核發命令，將使得未來大陪審團無法在調查之初，滿足



本文認為上述大法官Alito見解言過其實，本案多數意見書已經表示，本案判決適用於非常狹隘之事實，專指調取本案系爭位置資訊，並未擴及於其他資訊，也就是說，針對其他類型之調取令，聯邦最高法院尚無意願將Carpenter案見解擴及於其他之調取令；況且本文也認為「調取令（或文書提出命令）合理性標準」之限制，失之寬鬆，針對類似於系爭位置資訊之取得，若只需要符合合理性之限制，國家機關將非常容易取得此等資訊，而無法節制國家權力之行使，故採取「合理性標準」沒有辦法發揮限制效用，自不足以完全採取之。

四、司法權與立法權之功能與界限

本案判決最後一個值得探討之啟示來自於司法權是否適宜重新檢視國會立法之聯邦儲存中通訊法調取令之規定，並思考調取本案位置資訊之意義，已經不同於以往區分內容性資訊及非內容性資訊之意義，而須從合理隱私期待之判斷基準重新檢討之，以決定調取行為是否符合憲法意義之搜索。但是由於國會對於偵查機關調取本案位置資訊之授權基礎，明定於聯邦儲存中通訊法之規範，依據該規範，偵查機關欲自第三人（企業）處取得通信紀錄，於取得依據聯邦刑事訴訟規則之搜索令狀、大陪審團之提出文書命令、行政提出文書命令、審判法院之提出文書命令等，均可調取之，此為立法者之意思，則聯邦最高法院本於司法權是否適宜推翻或僭越此界線，非無疑問。就以本案判決中有二位大法官所提出之不同意見書，均暗示或稱本案多數說的見解可能會僭越到立法者立法權的界線，大法官Kennedy稱，在科技發展於現代社會的角色變得更清楚

令狀應具備之相當理由之證據，若採取這樣的見解，將導致一般偵查也將因偵查門檻無法開啟之緣故而使偵查陷於停頓之中，*id.* at 2256-57.



之前，過於詳盡的論述新興科技與增修條文第4條之見解有鑄成錯誤之風險，當代科技發展對於犯罪與執法產生複雜效果，也因而使傳統隱私期待的見解產生不安，因之，法院應先尊重立法裁量，國會已制定聯邦儲存中通訊法之規範，本於司法審查，避免國家越權濫用，故而司法權即應尊重立法判斷，並應樹立憲法禁止司法為立法指導之限制原則¹⁷⁵。

另一位不同意見之大法官 **Alito** 也主張本案判決很有可能適用於所有之調取令（或提出文書命令），而要求應具備較為嚴格之相當理由之門檻方得蒐集取得之，而國家蒐集調取由第三人所有、控制、持有之敏感性個人資訊（*sensitive personal information*），個人得主張受增修條文第4條之保護利益，然大法官 **Alito** 認為聯邦儲存中通訊法已明定國家調取本案位置資訊之審查門檻及法院命令，若要修改此一規範內容，應該透過民主程序，由國會本於立法程序為之，以此回應快速進步之科技及主題之重大複雜性。特別是增修條文第4條限制對象是國家（聯邦及州政府），但未包括私人企業，然而現代對於個人隱私之重大侵害有部分其實來自於具有權勢之大型私人企業，由企業進行蒐集及部分時候之濫用公民之大量資訊，假設僅僅是宣告聯邦儲存中通訊法單一條文違憲，無法通盤思考保護個人隱私權之目的，本案判決之結果可能無法達到對於保障個人免於日漸增加之隱私權侵害，甚至可能會誤導或阻礙之¹⁷⁶。

由於新興科技偵查手段，乃至於法制設計，其細節性事項均應審酌各種利益，由立法者權衡後進行法制安排與設計，達成憲法上

¹⁷⁵ *Id.* at 2232 (Kennedy, J., Dissenting). 其也表示司法應建構憲法界線避免進一步對立法權進行指示，雖然多數說論述本案判決僅限於本案事實，但其對於第三人原則之闡述，將對執法實務、法院及社會整體產生劇烈變化。

¹⁷⁶ *Id.* at 2261 (Alito, J., Dissenting).



各項權利保護與利益衡平，尤其是高科技偵查發展迅速，解決隱私權最好的方式就是仰賴立法權¹⁷⁷，特別是立法機關最適於判斷變遷中之公眾態度、劃出詳盡的執法警戒線、以全方位審酌隱私及公眾安全¹⁷⁸。司法的任務在於判斷法規範的法則是否符合憲法條文之規定，適用憲法增修條文第4條的理論，判斷所審理之案件，但不在於創造具體的法則（詳盡的立法內容）¹⁷⁹，因此，最重要的是立法權不能怠惰，而應該積極立法，特別是針對科技發展快速的現代，立法者也應該能夠隨時跟上科技的腳步，並審酌多元化之競爭利益，衡平保護基本權利及國家利益、公眾安全，而司法權則僅能個案審查，也難完整的對於全新的法制度或者細節性、執行性事項進行全面性的造法活動，而這個角度也同樣地足以作為我國司法權與立法權之運作及界線，特別是對於新興科技立法的工作，具有重大的啟示。

五、對於我國現行法制之啟示

（一）個人之歷史性行動電話基地臺位置資訊涉及之基本權

由於行動電話基地臺位置紀錄，乃個人行動電話與電信公司基地臺之連結交換，回傳所在位置之紀錄，當行動電話處於非關機時，基地臺仍會自動蒐集、產生該等行動電話連結基地臺之位置及時間資訊，此等資訊非關於通訊內容資訊，屬於通聯紀錄（又稱為通信紀錄）之一，通聯紀錄通常包括收發話門號、地點、通訊時

¹⁷⁷ Jones, 565 U.S. at 429-30 (Alito, J., Concurring); Henderson, *supra* note 162, at 520-21.

¹⁷⁸ Henderson, *supra* note 162, at 520.

¹⁷⁹ Daniel J. Solove, *Fourth Amendment Pragmatism*, 51 B. C. L. REV. 1511, 1515 (2010).

元照出版提供 請勿公開散布

間、位置等資訊¹⁸⁰，又稱為通訊之狀態，均被電信公司蒐集、記錄及儲存之。因之，當國家偵查機關蒐集取得此等資訊，經過匯集、分析及比對後，可以使偵查者重建使用者之數位足跡，足以拼湊並推知個人隱私生活之樣貌。依據通訊保障及監察法第3條之1規定，本案位置資訊屬於通信紀錄，依據大法官釋字第631號解釋認為「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，所踐行之程序應合理、正當，方符合憲法保護人民秘密通訊自由之意旨。中華民國88年7月14日制定公布之通訊保障及監察法第5條第2項規定：『前項通訊監察書，偵查中由檢察官依司法警察機關聲請或依職權核發』，未要求通訊監察書原則上應由客觀、獨立行使職權之法官核發，而使職司犯罪偵查之檢察官與司法警察機關，同時負責通訊監察書之聲請與核發，難謂為合理、正當之程序規範，而與憲法第12條保障人民秘密通訊自由之意旨不符。」足見大法官認為關於通訊內容及狀態同屬於憲法第12條之秘密通訊自由權保障範疇，在解釋文內並闡述秘密通訊自由乃憲法保障隱私權之具體態樣之一，亦屬憲法保障隱私權之範疇。因此，偵查機關蒐集取得通訊內容資訊，乃對個人基本權之侵害，應受到憲法限制，包括法律保留原則（法律明文的授權依據）、限制（授權）要件明確性原則、通訊監察書核發採法官保留原則及比例原則之限制。

至於國家蒐集取得通訊狀態資訊（通訊有無、對象、時間及方式部分），該號解釋亦認為涵蓋於秘密通訊自由權及隱私權之保護範疇，但國家對之侵害時，並非完全受到與通訊內容相同之憲法限制，

¹⁸⁰ 李榮耕，論偵查機關對通信紀錄的調取，政大法學評論，115期，頁128，2010年6月。



國家調取此類資訊時，仍然必須受到憲法所定原則、程序等限制，包括法律保留原則、授權要件明確性原則及比例原則之限制¹⁸¹。但調取通訊狀態之命令，應否採取法官保留原則，該號解釋文並沒有言明應否採取法官保留原則或令狀原則，而學者認為通聯紀錄與通訊內容相比，對人民基本權之侵害程度顯著的不同，是否必要採取相同的令狀原則，不無疑問¹⁸²。以下，本文主要針對調取通訊狀態中歷史性行動電話基地臺位置資訊之法制來作探討。

(二)我國法制之討論

依據通訊保障及監察法第11條之1第1項、第2項規定，偵查機關調取歷史性行動電話基地臺位置資訊，聲請主體分為由檢察官或司法警察官二種主體，檢察官聲請者，由檢察官向法院聲請調取之及緊急調取之例外規定。司法警察官聲請者，由司法警察於有必要時，於報請檢察官後，向法院聲請調取之；另外，依據同條第3項規定，偵辦最輕本刑十年以上有期徒刑之罪及特定列舉重罪，由檢察官依職權或由司法警察官向檢察官聲請同意後調取之職權調取例外規定。我國立法上，調取歷史性行動電話基地臺位置資訊，採取法律保留原則、相對法官保留原則、調取資料與本案偵查有必要及

¹⁸¹ 林鈺雄，通訊監察之修法芻議——通訊保障及監察法之部分修正條文，萬國法律，192期，頁28，2013年12月；林鈺雄，刑事訴訟法（上冊），頁323，2019年9月，9版；黃朝義，同註2，頁343；張麗卿，通訊保障及監察法之修正與評析，月旦法學雜誌，229期，頁25-45，2014年5月；劉靜怡，只是勉強及格而已——二〇一四年通保法修正評析，月旦法學雜誌，232期，頁6-7，2014年8月；李榮耕，同註6，頁38、203-211。關於令狀主義與法官保留原則之意涵，陳運財，由強制處分法定原則與令狀主義論搜索法制，載：偵查與人權，頁302-305，2014年4月。

¹⁸² 張麗卿，同前註，頁39。

元照出版提供 請勿公開散布

關聯性原則等¹⁸³。但上述大法官釋字第631號解釋並沒有就通訊狀態之調取，包括本案位置資訊之調取，應否採取法官保留原則或令狀原則，表示見解。

參考比較法制上，本案位置資訊，從美國Carpenter案思考，可能使吾等思及蒐集取得深具揭露隱私性、全面回溯性本質之本案位置資訊，往往非僅止於關乎個人所在位置資訊之單一意涵，透過這樣的位置資訊，所揭露之個人隱私生活之特性，近乎國家完美監控，職是之故，我國立法者，面對未來也應思考，調取、匯集、比對及分析此一資訊所呈現個人之隱私生活，可以是一個全面性隱私資訊，可能形成國家監視的狀態，有異於傳統所持之見解，通訊狀態涉及人民隱私程度遠低於通訊內容之隱私程度。復以，從我國憲法保障之基本權分析，大法官釋字第631號解釋，此一資訊，也同時屬於隱私權及秘密通訊自由權保護之範疇，透過美國Carpenter判例之新思維，本文探討之位置資訊，以Carpenter案見解，可以得知在現代乃至於未來，本案位置資訊之隱私內涵不亞於通訊內容之通訊隱私，本文認為應重新思考通訊保障及監察法對於歷史性行動電話基地臺位置資訊之保護，有無保護不足或應檢討修法之處。

（三）未來修法方向

1. 職權調取違背令狀原則

憲法對通訊內容之保護，大法官釋字第631號解釋指出通訊內容監察，屬於憲法第12條人民秘密通訊自由權之核心事項，對之侵害應採取法官保留原則，由客觀中立獨立行使職權之法院把關偵查機關之通訊監察行為，在立法層次，通訊保障及監察法第5條立法

¹⁸³ 張麗卿教授稱新法對於通聯紀錄調取採取相對法官保留原則，參張麗卿，同註181，頁25、37；李榮耕，同註6，頁38、207-211，李榮耕教授則稱之為令狀原則。



採取相對法官保留原則（或稱之為令狀原則），由法官把關，同時兼顧保障人民秘密通訊自由及隱私權免於受到國家恣意、濫權之侵害及國家偵查必要二項利益，以決定核發之。同樣地，在國家調取歷史性行動電話基地臺位置資訊，由於偵查機關蒐集取得此等資訊後可以得到個人之資訊隱私遠甚於過往，足以拼湊出個人之完整隱私及生活，達到所謂的完美監控之狀態，此等侵害隱私程度不低於通訊內容之隱私，立法論上似宜考慮法院對於此部分資訊調取令之審查，應該採取較為高度之相當理由之審查標準，以保障人民之隱私權及秘密通訊自由。此外，除現行法急迫情況外，本案位置資訊之調取令，應均由法院核發此部分調取令，方足以保障個人之秘密通訊自由及隱私權，而不該如現行法所定之職權調取之例外。

申言之，我國現行通訊保障及監察法第11條之1規範，對於本案位置資訊由檢察官向法院聲請調取之或由司法警察於報請檢察官許可後，向法院聲請調取之；若有急迫情形，採例外規定之相對法官保留原則，就此部分，本已採取相對法官保留，除急迫情形外，由中立第三者進行司法審查，足以保障人民之隱私權及秘密通訊自由權；有急迫情形而調取者，依同法第11條之1第4項規定，於急迫原因消滅後，應向法院補行聲請調取票，由法官進行事後審查，此仍符合由法官監督國家權力之行使以防濫權，故此部分立法，尚無疑問。有疑問的是，該法第11條之1第3項另定重罪調取資料，由檢察官依職權核發調取令原則，此一部份之規範，則不足以保障人民之隱私權及秘密通訊自由權，基於Carpenter案及我國憲法基本權之分析，吾等似該思考的是本案位置資訊或許與上述通訊狀態之其他資訊，應出於不同之立法考量，縱使此等資訊屬於通訊狀態之一種，但本於本案位置資訊具有隱私之深度揭露性及全面回溯性本質，實與一般通訊狀態資訊有異，也就是說，從本案位置資訊可能獲得、分析之資訊，若因為屬於特定重罪，即由偵查機關依職權調



取，等於對於國家權力毫無節制，任由偵查機關調取毫無期間、對象限制之資訊，顯然可能造成權力之濫用，卻毫無監督審核之機制。因之，本文認為現行法對於本案位置資訊之調取，特定重罪之調取令核發主體規定由檢察官依職權核發調取之立法，欠缺由中立第三者之審查，引發重大侵害人民隱私權及秘密通訊自由權之疑慮。

2. 取得本案位置紀錄之審查門檻

其次，核發調取命令蒐集取得歷史性行動電話基地臺位置資訊之審查，依據通訊保障及監察法第11條之1第1項規範，實質要件是以「有事實」足認調取資料與本案犯罪偵查間之關聯性及必要性為已足，顯然採取較低之審查門檻，學者稱該審查門檻採取「合理懷疑」之標準¹⁸⁴。本文認為「有事實」，只須有基礎事實足以認定調取資料與偵查中案件具有關聯性及必要性即符合該審查門檻，這一個基礎事實，沒有需要到達確定事實，也沒有需要具備相當理由之門檻，則這一個事實只需要符合低度門檻，亦即具備合理懷疑這樣一個事實，就足以核發調取命令。但承本文關於美國法制之論述，以往美國聯邦儲存中通訊法規範偵查機關調取已經儲存之本案位置資訊（或其他非內容性之通訊狀態資訊），調取之審查標準也是採取比較寬鬆之門檻，提供較為低度之保護及審查，未採取令狀原則之相當理由之審查門檻¹⁸⁵，然而Carpenter案改變此部分見解，同樣地，該判決也審查聯邦儲存中通訊法此部分規範之合憲性，使此種偵查行為受到審查門檻較高度的相當理由之審查。

同樣地，基於我國憲法基本權之分析，通訊保障及監察法第11條之1第1項規範，對於人民歷史性行動電話基地臺位置資訊之保

¹⁸⁴ 李榮耕，同註6，頁211。李榮耕教授稱該審查門檻採取合理懷疑之標準。

¹⁸⁵ 18 U.S.C. § 2703(c)(2); § 2703(d).



障，整體而言，對於人民之隱私權及秘密通訊自由之保障已嫌不足，為因應現行偵查機關蒐證、匯集及分析資訊之強大偵查能力，即應將調取蒐證此一資訊之審查門檻提高之，以免國家恣意、大量、毫無限制的，調取本案位置資訊，方足以反應保障對於此一類型的資訊，個人所具有之合理隱私期待，同時節制未來無所不在之監控可能性¹⁸⁶。

¹⁸⁶ 另審稿老師審稿意見提到「如檢方原係依據通保法第十一條之一第二項之規定獲取資訊，但審理中法院變更起訴法條為同條第一項之罪名，此時，該歷史性行動電話基地臺位置資訊，是否有證據能力之問題？第二，類似地，對於被依據通保法第十一條之一第一項罪名起訴之其他共犯共同被告，依據第十一條之一第二項之規定獲取資訊，是否得予以適用此些共犯共同被告？煩請作者對此兩項問題稍作分析」，本文分析如下。

就提問一部分，檢察官依通保法第11條之1第2項規定，調取之本案位置紀錄，因審理中法院變更起訴法條，為同條第1項之罪名，因該條第1項及第2項所指均為最重本刑三年以上有期徒刑之罪，而非第3項之最輕本刑十年以上有期徒刑之罪，則因為檢察官與審理中法院對於起訴法條之認定見解不同，變更為不同罪名（但二者均屬於最重本刑三年以上有期徒刑之罪），則原來聲請之調取票，於法院核發時本係基於原來所涉嫌之罪名及與本案偵查中犯罪具有關聯性、必要性等要件而經法院審查核發之，故於蒐集取得該資訊時，仍係合於法律保留原則、法官保留原則所為之資訊調取，如今於審判中，雖因法院變更起訴法條而有罪名不同之問題，然偵查機關於調取資訊當時，本於法院核發有效之調取令蒐集取得之資訊，仍屬有效，則因此調取之歷史性行動電話基地臺位置紀錄，應無違反法律保留原則、法官保留原則，而屬合法之調取資訊，具有證據能力。

就提問二部分，檢察官依通保法第11條之1第2項規定，調取之本案位置紀錄，用以適用於依據同條第1項罪名之共犯或共同被告，若該本案位置紀錄，實係關於共犯或共同被告本人之位置紀錄，依據前所論述之理論，屬於干預到該共犯或共同被告之合理隱私期待之隱私權，應由檢察官直接以該他共犯或共同被告為對象，聲請調取該位置資訊，不得以調取其他人之位置資訊，作為干預共同被告或共犯之位置資訊之隱私權之授權基礎，否則，對於共犯或共同被告而言，該等資訊之取得屬於沒有經過中立第三者之法官把關審查之強制處分，因此，此等資訊之蒐集取得將違反上述原則及法定程序，而認



肆、結 論

當代偵查機關不再完全仰賴傳統之偵查手段蒐集證據，取而代之的是開發新偵查技術大量地擷取或蒐集個人之數位資訊或足跡，進行連續性、累積性、巨量性蒐集、集合並利用此等資訊。更重要的是，經由科技進步提升傳輸、蒐集資訊的能力，透過第三人營運之科技通訊設備及應用程式，個人資訊，在質與量上，大幅度被以自動化方式傳輸、紀錄、集合於第三人之資料庫，此等資訊呈現出極具揭露性質之用戶端隱私生活¹⁸⁷，正因如此，美國聯邦最高法院於Carpenter案，針對偵查機關蒐集調取個人行動電話產出之歷史性行動電話基地臺位置紀錄資訊，因為此類型資訊，具有深度揭露性、全面觸及性及蒐集資訊自動性及不可避免性之本質，縱使該等資訊交由第三人蒐集、儲存、持有及控制之，個人對於資訊仍保有合理之隱私期待，因而當國家蒐集取得此類資訊時，侵害個人之合理隱私期待，構成增修條文第4條搜索，國家應遵循令狀原則，本於相當理由核發之令狀，方得為之。

至於我國法制關於行動電話基地臺位置資訊，屬於通聯紀錄之內容，從憲法層次言之，大法官釋字第631號解釋認為通訊之有無、對象、時間及方式，也涉及人民之秘密通訊自由權及隱私權，

為無證據能力。

¹⁸⁷ Brief of scholars of Criminal Procedure and Privacy as Amici Curiae in Support of Petitioner, *Carpenter v. United States*, 585 U.S. __ (2018)(No. 16-402); Andrew Guthrie Ferguson, *Carpenter v. United States: Brief of Scholars of Criminal Procedure and Privacy as Amici Curiae in Support of Petitioner*, Aug. 14, 2017, available at <https://ssrn.com/abstract=3019294>. Orin S. Kerr, *Implementing Carpenter*, Dec. 14, 2018, at 5-6, available at <https://ssrn.com/abstract=3301257> (last visited: 2019.09.20).

元照出版提供 請勿公開散布

國家調取該等資訊即構成對人民基本權之侵害，自應受到憲法限制。在法律層次而言，對於歷史性行動電話基地臺位置資訊之調取，依據通訊保障及監察法第11條之1規範，本於核發調取命令蒐集取得之，固屬有據。然從美國Carpenter案之最新見解及論述，歷史性行動電話基地臺位置資訊非僅止於關乎個人所在位置資訊之單一意涵，透過這樣的位置資訊，所揭露之個人隱私生活，近乎國家完美監控，可能形成國家監視，而有異於傳統見解所認，亦即通訊狀態涉及人民隱私程度遠低於通訊內容之隱私程度。職是，立法論上似宜考慮除現行法急迫調取之情形以外，歷史性行動電話基地臺位置資訊之調取令，應均由法院核發之，以節制國家恣意、大量、毫無限制的調取，足以保障個人之秘密通訊自由及隱私權，現行通訊保障及監察法第11條之1之立法，就特定重罪職權調取之例外，違反令狀原則，已不足以保障人民之秘密通訊自由權及隱私權，應修訂之。其次，法院對於此部分資訊調取令之審查，應該採取較為高度之相當理由之審查標準，以保障人民之隱私權及秘密通訊自由。



元照出版提供 請勿公開散布

參考文獻

一、中 文

1. 李佳玟，在場人錄音之證據能力，載：程序正義的鋼索，頁225-256，2014年6月。(Chia-Wen Lee, *The Admissibility of Recording of the Conversations by the Party*, in: JUSTICE ON A TIGHTROPE: ESSAYS ON CRIMINAL JUSTICE, 225-256 (2014).)
2. 李榮耕，論偵查機關對通信紀錄的調取，政大法學評論，115期，頁115-147，2010年6月。(Rong-Geng Li, *The Law Enforcement's Acquisition of Call Detail Records*, 115 CHENGCHI LAW REVIEW, 115-147 (2010).)
3. 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 REVIEW, 871-969 (2015).)
4. 李榮耕，通訊保障及監察法，2018年2月。(Rong-Geng Li, *The Communication Security and Surveillance Act* (2018).)
5. 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-Shun Lin, *The Normative Perspective of GPS Investigation*, 68 COURT CASE TIMES, 12-23 (2018).)
6. 林鈺雄，通訊監察之修法芻議——通訊保障及監察法之部分修正條文，萬國法律，192期，頁25-39，2013年12月。(Yu-Hsiung Lin, *The Normative Perspective of Communication Surveillance—Some Parts of Revisions of the Communication Security and Surveillance Act*, 192 FT LAW REVIEW, 25-39 (2013).)
7. 林鈺雄，刑事訴訟法（上冊），9版，2019年9月。(Yu-Hsiung Lin, *Criminal Procedure (I)*, 9th ed. (2019).)
8. 張麗卿，通訊保障及監察法之修正與評析，月旦法學雜誌，229期，頁25-45，2014年5月。(Li-Ching Chang, *The Revision and Commentary on the*

元照出版提供 請勿公開散布

- Communication Security and Surveillance Act*, 229 THE TAIWAN LAW REVIEW, 25-45 (2014).)
9. 陳運財，由強制處分法定原則與令狀主義論搜索法制，載：偵查與人權，頁293-315，2014年4月。(Yun-Tsai Chen, *From the Mandatory Measures and Warrant Requirement to Elaborate the Search*, in: CRIMINAL INVESTIGATION AND HUMAN RIGHTS, 293-315 (2014).)
10. 黃政龍，新型態科技偵查作為之法規範研究，中央警察大學警察政策研究所博士論文，2016年7月。(Zheng-Lun Huang, *The Research on the Law of High-tech Investigation*, Central Police University, Department of Administrative Policy, Doctor Dissertation (2016).)
11. 黃朝義，刑事訴訟法，5版，2017年9月。(Jau-Yih Huang, *Criminal Procedure*, 5th ed. (2017).)
12. 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，頁123-167，2018年7月。(Tzu-Te Wen, *The Constitutionality of the Use of GPS Monitoring and Tracking Devices—A Note on Mosaic Theory*, 30(1) SOOCHOW LAW REVIEW, 123-167 (2018).)
13. 溫祖德，GPS定位追蹤監視之立法論，載：聯合國反貪腐公約專題學術研討會實錄論文集，頁224-253，2019年11月。(Tzu-Te Wen, *The Normative Perspective of the Use of GPS Monitoring and Tracking Devices*, in: AGENCY AGAINST CORRUPTION, UNITED NATIONS CONVENTION AGAINST CORRUPTION ACADEMIC SEMINAR PUBLICATION, 224-253 (2019).)
14. 溫祖德，調取歷史性行動電話基地台位置資訊之令狀原則——自美國Carpenter案之觀察，月旦法學雜誌，297期，頁130-147，2020年2月。(Tzu-Te Wen, *The Warrant Requirement on the Acquisition of Historical Cell Site Location Information—From the Perspective of the Case of Carpenter v. United States*, 297 THE TAIWAN LAW REVIEW, 130-147 (2020).)
15. 劉靜怡，只是勉強及格而已——二〇一四年通保法修正評析，月旦法學雜誌，232期，頁5-17，2014年8月。(Ching-Yi Liu, *The Commentary on the Revision of the Communication Security and Surveillance Act in 2014*, 232 THE TAIWAN LAW REVIEW, 5-17 (2014).)

二、外 文

1. Allen, Ronald Jay, Stuntz, Williams J., Hoffmann, Joseph L., Livingston, Debra A. & Leipold, Andrew D. (2011), *COMPREHENSIVE CRIMINAL PROCEDURE*, New York, NY: Kluwer Law & Business.
2. Blanke, Jordan M., *Carpenter v. United States Begs for Action*, 2018 U. ILL. L. REV. 260 (2018).
3. Brenner, Susan W. & Clarke, Leo L., *Fourth Amendment for Shared Privacy Rights in Stored Transactional Data*, 14 J.L. & POL'Y 211 (2006).
4. Clancy, Thomas (2008), *THE FOURTH AMENDMENT: ITS HISTORY AND INTERPRETATION*, Durham, NC: Carolina Academic Press.
5. Freiwald, Susan & Smith, Stephen Wm., *The Carpenter Chronicle: A Near-Perfect Surveillance, The Supreme Court-Comments*, 132 HARV. L. REV. 205 (2018).
6. Gatewood, Jace C., *It's Raining Katz and Jones: The Implications of United States v. Jones—A Case of Sound and Fury*, 33 PACE L. REV. 683 (2013).
7. Gee, Harvey, *Last Call for the Third-Party Doctrine in the Digital Age After Carpenter?*, 26 B. U. J. SCI. & TECH. L. 286 (2020).
8. Gray, David (2017), *THE FOURTH AMENDMENT IN THE AGE OF SURVEILLANCE*, New York: Cambridge University Press.
9. Harrington, Ben (2018), *UPDATE: SUPREME COURT TAKES FOURTH AMENDMENT CASE ABOUT CELL PHONE LOCATION DATA*, Washington, District of Columbia: Congressional Research Service.
10. Harris, Douglas, *Carpenter v. United States: How Many Cell Phone Location Points Constitute a Search Under the Fourth Amendment?*, 13 DUKE J. CONST. L. & PUB. POL'Y 101 (2018).
11. Henderson, Stephen E., *The Timely Demise of the Fourth Amendment Third Party Doctrine*, 96 IOWA L. REV. BULL. 39 (2011).
12. Henderson, Stephen E., *Carpenter v. United States and the Fourth Amendment: The Best Way Forward*, 26 WM. & MARY BILL RTS. J. 495 (2017).
13. Kamisar, Yale, LaFare, Wayne R., Israel, Jerold H., King, Nancy J., Kerr, Orin S.

元照出版提供 請勿公開散布

- & Primus, Eve Brensike (2019), *MODERN CRIMINAL PROCEDURE CASES, COMMENTS, AND QUESTIONS*, St. Paul, MN: West Academic Publishing.
14. Kerr, Orin S., *The Case for the Third-Party Doctrine*, 107 MICH. L. REV. 561 (2009).
15. Kerr, Orin S., *The Mosaic Theory of the Fourth Amendment*, 111 MICH. L. REV. 311 (2012).
16. Kerr, Orin S. (2020), *2020 CASELAW AND STATUTORY SUPPLEMENT TO COMPUTER CRIME*, St. Paul, MN: West Academic Publishing.
17. LaFave, Wayne R., Israel, Jerold H., King, Nancy J. & Kerr, Orin S. (2017), *CRIMINAL PROCEDURE*, St. Paul, MN: West Academic Publishing.
18. Miller, Marc L., Wright, Ronald F., Turner, Jenia I. & Levine, Kay L. (2019), *CRIMINAL PROCEDURES THE POLICE CASES, STATUTES, AND EXECUTIVE MATERIALS*, New York : Wolters Kluwer.
19. Murphy, Maria Helen (2019), *SURVEILLANCE AND THE LAW*, London and New York: Routledge.
20. Olm, Paul, *The Many Revolutions of Carpenter*, 32 HARV. J.L. & TECH. 358 (2019).
21. Ormerod, Peter C. & Trautman, Lawrence J., *A Descriptive Analysis of the Fourth Amendment and the Third-Party Doctrine in the Digital Age*, 28 A.L.B. L.J. SCI. & TECH. 73 (2018).
22. Park, Eunice, *Objects, Places and Cyber-Spaces Post-Carpenter Extending the Thired-Party Doctrine Beyond CSLI: A Consideration of IoT and DNA*, 21 YALE J. L. & TECH. 1 (2019).
23. Simmons, Ric (2019), *SMART SURVEILLANCE: HOW TO INTERPRET THE FOURTH AMENDMENT IN THE TWENTY-FIRST CENTURY*, United Kingdom: Cambridge University Press.
24. Slobogin, Christopher (2007), *PRIVACY AT RISK: THE NEW GOVERNMENT SURVEILLANCE AND THE FOURTH AMENDMENT*, Chicago: University of Chicago Press.
25. Solove, Daniel J., *Fourth Amendment Pragmatism*, 51 B. C. L. REV. 1511 (2010).



元照出版提供 請勿公開散布

26. Thompson II, Richard M. (2014), THE FOURTH AMENDMENT THIRD PARTY DOCTRINE, CRS REPORT, Washington, District of Columbia: Congressional Research Service.
27. Zayas, Daniel De, *Carpenter v. United States and the Emerging Expectation of Privacy in Data Comprehensiveness Applied to Browsing History*, 68 AM. U. L. REV. 2209 (2019).

元照出版提供 請勿公開散布

Historical Cell Site Location Information and Privacy: An Examination of the Taiwanese Current Norm

Tzu-Te Wen^{*}

Abstract

The United States Supreme Court, in 2018, made a landmark decision concerning the constitutionality of a court-ordered subpoena requesting a third party to turn over historical cell site location information to the investigation of an accused party.

The Supreme Court considered that an individual holds a reasonable expectation of privacy towards personal historical cell site location information and held that a court order (subpoena duces tecum) compelling a third party to turn over an individual's historical cell site location information constitutes a search under the Fourth Amendment to The Constitution of The United States, and as such, is subject to the warrant requirements. Under this same contextual analysis, an individual's personal historical cell site location information is subject to the protection of the Republic of China (Taiwan) Constitution Article 12.

^{*} Associate Professor, Institute of Law and Government, National Central University; J.S.D. University of Illinois, Urbana-Champaign.

Received: August 4, 2020; accepted: June 11, 2021



Under the Communication Security and Surveillance Law, an access warrant for personal historical cell site location information is not subject to the probable cause standard. Additionally, certain felonies are exempted from the requirement that an access warrant be issued by a judge, instead allowing the prosecutor to issue the warrant. This paper suggests that these issues should be reexamined and amended to protect the privacy and freedom of private communications of all individuals.

Keywords: Subpoena *Duces Tecum*, Third-Party Doctrine, Reasonable Expectation of Privacy, Cell-Site Location Information, Nation's Surveillance