

中央大學溫祖德助理教授講評

■溫祖德助理教授

中央大學溫祖德助理教授講評：

院長、主秘、兩位組長及各位導師同學大家好！感謝院長與學院邀請擔任本篇報告評論人。

今天主要點評 GPS 偵查犯罪之合法性報告，今日報告部分前言、學員報告評析、論點正確，學員報告非常清楚，仔細爬梳國內文獻，在此再作補充論述，以至於有些將採取不同意見，稍後說明為何採取不同意見，接續是修法草案，因為此篇報告中提到修法草案較少，因而將簡單論述修法草案幾項重點，目前有尤美女委員版本、法務部版本與司法院版本，本評點僅討論立法論重點，最後結論在定位追蹤資訊下，帶出 2018 年美國最新 case，這在美國學術與實務界引起極大震撼，相信未來對台灣亦將帶來衝擊與影響。

關於高科技偵查之思維，原先想爬梳一番，但因為時間關係有些來不及，今日報告組同學正確點出下列五大點：

- 一、報告組正確地從憲法角度檢討 GPS 偵查之行為，以及 GPS 定位追蹤之科技技術，報告組已仔細研究。
- 二、就美、日終審法院之見解，無論是美國 Jones 案或平成 29 年案件，同學剛剛也將美國終審法院歷來部分大致上講解論述。
- 三、相當清楚表達馬賽克理論之見解，對於馬賽克理論是何種內容，因為馬賽克理論其實有一些不確定性，亦有其缺點存在，但不代表馬賽克理論不能用，報告第 31 頁中報告組是持否定見解，對此報告組也表達自己之見解。
- 四、點出我國現行法之不足，剛剛報告組從警察職權行使法、刑事訴訟法與通保法規定點出我國現行法之不足，此為報告可取之處。
- 五、關於未來立法規範，報告結論稍微提到美國聯邦刑事訴訟規則第 41



條以及德國刑事訴訟法第 100 條與第 163 條 H 部分 (報告註腳部分) ，報告組正確點出此部分。

以下將提出一些不同想法：

關於 GPS 定位追蹤程序法問題，首先想像憲法下程序法概念，在此不應從刑事訴訟法位階，因為重要是從憲法位階以下進行討論，任何一個國家行為在偵查中運用 GPS 之蒐集，其不僅僅是蒐集而已，還有整合與分析等偵查行為，故其偵查行為不只有蒐集，還有整合甚至是建置資料庫再進行分析，這三種行為皆是關心重點，分析追蹤定位資訊，確定若從憲法秩序思維，有無侵害憲法上所保障之人民基本權？那是哪一種基本權呢？第二部分，運用此工具與使用此種設備所蒐集取得之資訊或證據，這些資訊事實上都是證據，只不過在美國法上將此稱為數位證據 (digital evidence) ，與傳統法用刑事訴訟法第 122 條物理性進入他人家中取得物體性證據，二者是以不同方式取得，此時是透過蒐集資訊或訊號，其行為本質為何？判斷標準為何？是否需要取得令狀？是否須符合令狀主義？此為美國法之討論，因為符合令狀主義或例外情況才是合憲性搜索扣押，至於我國憲法不像美國憲法第四增修條文人民有不受政府不合理搜索扣押之權利，但我國在刑事訴訟法有規定，GPS 定位追蹤能否用在我國刑事訴訟法？能否直

接適用現行刑事訴訟法搜索呢？第三部分，若不能適用，則相關定位追蹤資訊不只是 GPS，院長提到 google 定位，行動電話定位追蹤資訊只要電話開機，個人位置資訊將不斷被定位、蒐集傳送。另外，以前使用 M 型化車輛，以及 2018 年美國聯邦最高法院最新見解 Carpenter 案，以歷史性行動電話基地台位置紀錄追蹤，應如何判斷有無侵害基本權及有無法律保留原則及法官保留原則之適用？

以下先自 Jones 案開始思考，第一自憲法角度思考 GPS 定位追蹤，第二層次思考 -- 此是否為國家偵查行為？若非國家偵查行為則屬於私人違法取證 (圖上右邊部分) ，這部分不在今天討論範圍，我們看圖上左邊部分，國家偵查行為與憲法第四增修條文間的搜索，所以先判斷是否憲法第四增修條文之搜索，而非刑事訴訟法意義之搜索，此處之國家偵查行為，包含物理侵入財產權之搜索，亦即刑事訴訟法搜索，持一張搜索票物理性進入他人家中，或無票搜索，無令狀搜索地進入他人家中，更包含非物理侵入財產權取得通訊監察內容，亦即為美國憲法第四增修條文之搜索概念，此點與台灣不同。再者，還有調取與蒐集歷史性行動電話基地台位置資訊之行為，譬如：通保法第 11 條之 1 第 1 項、第 2 項、第 3 項中規定之調取歷史性行動電話基地台位置資訊，

在美國也於憲法第四增修條文作討論，其亦為憲法意義之搜索概念，而非法律位階之搜索概念。其次，若我們確定國家偵查行為之後，下一個問題再討論其究竟侵害何種權利？到底是財產權說或隱私權說？學員報告中已有爬梳，若確定侵害的是財產權或隱私權其中之一，再往圖片右邊來看，此時必須符合憲法第四增修條文規範之令狀主義，令狀主義是為了符合憲法第四增修條文一禁止不合理之搜索扣押，所謂合理性 (reasonableness) 原則，必須採取令狀，必須有治安法官核發之令狀，這是憲法之誠命，當然也有例外情況，是從合理性角度判斷例外之情形。

所以在此必須論述憲法第四增修條文，搜索所保障基本權之遞嬗經過為何？最早採取物理性侵入財產權說，此即我國傳統刑事訴訟法搜索概念，亦即進入他人家中，早年就是進入到人民家中大肆搜索，將東西搜索取出即為證據，至 1967 年 Katz 案件隱私權說，是個監聽案件，並非搜索案件，案例事實為嫌疑人涉嫌跨州賭馬犯罪，嫌疑人不在家中下單與接單，其至離家附近公用電話亭內，關起電話亭門後開始下單接單，跨州賭博被認為違反聯邦犯罪，此時該案 FBI 就在公用電話亭外裝設監聽器截聽通話內容，本來大家認為此時並無物理性侵害問題，若採取財產權說見解，此時並未侵害到個人住宅，這

只是在公用電話亭，但最高法院開始改變，今天憲法第四增修條文中搜索概念，保障的是人為核心之隱私權，亦即所謂合理隱私期待，法院認為關於電話內容，截聽公共電話亭內探討之內容，雙方對話是雙方有意不讓外解知道，所以對通話內容具有合理隱私期待，若用這種監聽方式得到賭馬下單接單之資訊，取得資訊證據，雖未進入他人財產權內，亦已侵害他人隱私權，此屬於憲法第四增修條文保護之範圍，正是因為對通訊監察之內容性保護，因而屬於憲法意義之搜索，所以聯邦第四增修條文搜索概念範圍較大，重點在於保障基本權與審查國家行為是否屬於第四增修條文之搜索意義。

就 2012 年 Jones 案，採取財產權與隱私權說，雖然多數意見採取財產權說，但其被外界重視者反而不是財產權，而是協同意見書的隱私權說，以 2018 年之 Carpenter 案亦大幅引用 Jones 案隱私權說 (大法官 Alito 與 Sotomayor 之協同意見書)，講述完此概念之後，再對此報告提出幾點作討論，第一、報告內容於部分用語上似乎未區分「憲法意義之搜索」與「法律意義之搜索」，因為此二種概念在美國法上是不同的，正因為如此，所以我們可以看到憲法意義之搜索，範圍很大，包括：傳統意義之搜索，亦即物理性侵入、通保法規定保障的對話內容，



是 1967 年 Katz 案及第三部分是 2018 年之 Carpenter 案，係關於歷史性行動電話基地台位置資訊，亦納入憲法意義之搜索而受保護。重點是 GPS 定位追蹤，其資訊其實不是通訊內容的資訊，亦非傳統意義下搜索的這些資訊，而是屬於非內容性資訊，並無對話內容，而是一個訊號，再下來就法律位階，在 Jones 案中，剛剛同學未提到美國聯邦刑事訴訟規則第 41 條，已經將追蹤監視票規範於內，其稱為 tracking device warrant，既然美國聯邦刑事訴訟規則早已有此規定，為何此案件仍要違憲審查？這是一個大問題，惜未見到這一點，為何在此檢討本案？報告未特別論述在刑事訴訟法位階，GPS 定位追蹤並非搜索，這個 GPS 定位追蹤並非搜索，它是憲法意義之搜索行為，並非刑事訴訟法意義之搜索，就我國言之，如果是的話，則不會有 106 年台上字第 3788 號判決，當時就不會有此判決之有罪確定，而且是執法機關。所以在法律層級內，聯邦刑事訴訟規則就上面三大部分有其相應規範，第一，聯邦刑事訴訟規則已規定一般搜索之搜索票，其次，就定位追蹤有追蹤監視之令狀；第三，屬於通訊監視，亦即通保法之規定，在美國是聯邦監聽法之監聽令狀規範。在此報告組未區分美國法上憲法意義之搜索與刑事訴訟規則之搜索，在美國法上二者意義不同，若未於報告中特

別說明，而在報告提到這是沒有搜索令狀就作 GPS 定位追蹤，這會讓讀者以為這裡在講的是美國刑事訴訟法的搜索，難道我國就可以用搜索票嗎？請看報告第 3 頁第 2 段第 2 行「聯邦探員在無有效搜索令狀下安裝 GPS」，此部分已讓人誤會。請看報告第 19 頁第 2 行「則警察以 GPS 定位追蹤器作為偵查手段，應已構成搜索」，這好像應加上「憲法意義之搜索」。

在此到底為何？既然聯邦刑事訴訟規則第 41 條已規範追蹤監視器，為何還會有 Jones 案？正是因為其欲推翻舊有之見解，報告組未在此清楚點出此部分，因而讓讀者容易混淆，重要的是聯邦最高法院於 1983 年、1984 年分別做了兩件 case，一個是 Karo，一個是 Knotts，兩件案件皆主張，最高法院最後一個判決認為在公共場所不受隱私權之保護，剛剛報告組提到公私二元論，這是美國聯邦最高法院舊的見解，今天為何聯邦最高法院要受理 Jones 案？它推翻舊有的見解，告訴美國社會現在我們要承認資訊隱私權，以憲法第四次增修條文之搜索概念保護之，同時也推翻 1983 年與 1984 年兩件案件之見解，亦即公開場所不受隱私權之保護。我國大法官釋字第 603 號與第 689 號解釋，尤其是第 689 號解釋在講記者跟蹤時，記者跟追名人案件中，假設今天下午某記者在新光三越旁健身房見到某知名人

士出現在此健身，明天又見到該知名人士在其他地方出現，單次性跟監，在公共場域之活動，對個人之隱私侵害尚屬輕微，若是長期性跟監、跟蹤或以科技設備追蹤監視，不只是蒐集，重要的是加以整合、分析變成了解個人重要隱私生活資訊，聯邦最高法院如何建構或判斷公共場域隱私權之侵害？透過前述說明，在 GPS 追蹤定位取得之資訊不只是蒐集行為而已，更包括整合與分析，故聯邦最高法院多數說雖採取財產權說，但此並未引起世人太大迴響，重要的是二位大法官協同意見書，亦即兩位協同意見書中所採取的見解，在此意見書中採取的見解亦即馬賽克理論，GPS 本來只是追蹤而已，但馬賽克理論今天呈現出來的是這個樣子的，本來只有一線，為何能堆砌拼湊成這個圖像？相信同學們已經唸過馬賽克理論，因為時間關係直接跳至此處，馬賽克理論之監視模式從點至線到面 (facet)，這才是重點，這也形成馬賽克式的監視，正因如此，本來認為公開場所不受隱私權之保護，但是因其形成馬賽克式的監控，事實上對任何人長達一段時間的監視，原來不願意曝露於外的部分都產生風險性，這種隱私權是資訊隱私權，其非通訊內容隱私。對此部分個人將採取與報告組不同之見解，因為報告組在第 31 頁最後一行至第 32 頁「準此…毋庸再提出馬賽克理論」，姑且不論馬賽克理

論已經被台灣的高等法院與最高法院採取此一看法，在美國是無法忽略馬賽克理論之理論本質與內涵，其必須有其本質與內涵方能依法加以堆砌，若長期性追蹤當然侵害其資訊隱私權，因此仍必須透過馬賽克理論，對此我與報告組採取不同見解。

最後，關於註釋部分給予建議，因為本篇報告將會刊登，因之寫文章時引註必須注意的點，提示如下：第 12 頁與第 13 頁註釋，第 12 頁註釋 22，Thomas Clance, *supra* note 10, 304 至 305 頁，此種引註模式可能有問題，因為前面註 10，事實上在本報告沒有引用 Thomas 的文章，在此必須重新完整引用，原來本篇文章中第一次引用必須完整引用他人文獻，若要轉引，再轉引其出處，此稱為轉引註，在此必須先引用 Thomas 教授所寫的，而該篇文章是在某一個學報所刊登的，將 *supra* note 10 這篇文章全文引述下來，然後寫第幾頁至第幾頁，然後再寫轉引註，同樣問題在第 13 頁上面註 23，且該教授的姓少鍵入一個 h。後面還有第 18 頁註 40 幾，若同學將發表這篇文章則必須注意這些。另外，還有英文使用錯誤，如第 13 頁，第一個具體財產的英文少一個字，無體權利是 *intangible rights*，所以會後請通篇自行檢閱。

關於修法草案，在此無法公開，三種版本重點，茲不論述。但提出立



法論之重點思考。關於增訂在通保法的提案，已經胎死，在此所談的是今年最新 4 月底前提出之版本，而非報告組所提去年 11 月底之版本，總之，新版本皆建議於刑事訴訟法中增訂之；第二，將此定位為一種新類型之強制處分，採取所謂法律保留原則或強制處分法定原則，其次，GPS 定位追蹤監視屬於美國憲法第四增修條文之搜索，為憲法意義之搜索，但非法律位階之搜索，故而不能將之當成搜索，在美國名詞上雖是搜索，但不同於聯邦刑事訴訟規則之搜索，其於聯邦刑事訴訟規則第 41 條中規範叫作 tracking device warrant，亦即追蹤監視票（令狀），本來即有此規定，所以如欲法律移植，亦應援用此處（追蹤監視票），不能援用搜索之規定。第三點相對法官保留原則，美國是採取令狀，亦即絕對法官保留，但個人覺得無須如此嚴格，急迫情形應交給檢察官，而報告組今日所引草案可以由警察官為之，如此又不妥適，引發警察國家式立法之疑慮，所以最起碼交由檢察官，並給予事後陳報或事後救濟方式即可。最後是合理期間之長短與延長次數等等，此於其他國家法律皆有規定，在此應該參酌比較法規定。此外，2018 年有一項新見解，關於行動電話定位追蹤之令狀主義，對於手機定位必須透過三座基地台，第二張圖上呈現三個基地台交叉後可定位出此人之所在，

定位出一次性所在之後，我們將其所有所在綜合出來就變成此狀況，一如院長剛剛所講的 google 之定位系統相似，但 google 之定位系統是當事人自願打開的，這邊講的是國家偵查行為，2018 年美國聯邦最高法院已形成新見解，此對美國實務界衝擊亦相當大，雖然今天沒有機會討論此問題，但整個科技定位追蹤概念均相同，可以作為一個類型思考。因為時間關係，今日評論到此，謝謝大家！

第二場問答：

提問人葉喬鈞學員：

其實看這篇報告都是在寫 GPS 侵害了多少，侵害憲法上哪些權利，又直接跳至最後結尾的法官保留，侵害哪些權利以及至何種程度之保留，在此中間應有架橋，例如：限制出境發文是由檢察官為之，甚至限制出境最早在行政機關，行為人只要在國稅局欠稅達一定數額，此是否限制憲法上基本權利？是啊！但其限制的不夠清楚，所以這並不一定直接跳至法官保留，但報告人於釐清其權利定位之後直接跳至法官保留，中間有無其他比例原則思考？一定要直接跳入法官保留，這段論述到底應該如何補充？此為第一點。

第二，關於救濟應採取何方法？如通保法上的日後陳報救濟，還是他被追了之後，因為在偵查中無法想像其被

定位之後馬上給予救濟，當追完之後發現後續追溯不能陳報之間的調整，我們該如何設計救濟途徑？將於何種時間點控制它？有無例外再延長狀況？因為偵查是動態狀況，定位他之後還要用其他證據追出進而構成整個犯罪事實，但若令狀時間已屆滿，有無彈性時間作通知？因為事先通知不可能作追蹤，事後一定要通知方能救濟。以上請教三位提出報告之同學，謝謝！

黃楷中學員：

第一個問題，本組報告主要論述使用 GPS 是侵害隱私權，至於為何直接跳至法官保留？這點較未著墨，我們先討論侵害隱私之後再探討我國法律依據為何，發現現行法律之下確實並無法律依據，討論完畢後再介紹草案部分，因為草案採相對應方式，我們所引的 2018 年 3 月的是相對法官保留，因為報告篇幅之故，故對此部分確實未能論述。

第二個問題問得非常好，報告前段介紹很多美國與我國法之規定，亦針對為何是侵害隱私權花費較多篇幅論述，提問針對後面草案提出之後其規定是否合理的部分以及其救濟規定，對此我們確實未想到以上層面。

蔡院長碧玉：

其他二位同學有無回答？

沈芳仔學員：

第一個問題，我們一開始直接在第 3 頁註釋直接以釋字第 443 號，但凡侵害憲法所保護之基本權即應落入法律保留之範圍，所以之後得出這是一個侵害隱私權之結論後，在此並無架橋條款設計，因為一開始前提已作設定，我們認為其已侵害基本權利，故其應有法律保留之適用。

蔡院長碧玉：

因為法律保留不等於法官保留，這是喬鈞之疑問，雖然這篇文章未曾提及，但能否簡述你們現在的觀點為何？

沈芳仔學員：

組內一開始撰寫本篇報告時，三人想法皆不同，當然為是侵害隱私權之後，到底是覺得法官保留或相對法官保留？因為主筆是我與楷中，其認為是絕對法官保留，我自己認為是緊急情況下可以適度開放，讓檢察官有此決定權力。

蔡院長碧玉：

有無其他人想對此議題發表意見？

黃導師睦涵：

關於第一個問題，最近去法國剛好與律師法官聊到此事，其律師法官等於是檢察官，其擁有很大權力，在法國



關於 GPS 有明文規範，於刑事訴訟法中允許他們架設 GPS 之偵查作為，其規定是檢察官必須向法官聲請方能取得 GPS 裝置，若是全國案件則可立即命警察裝設 GPS 設備。

另外，請教溫祖德教授，因為通常裝設 GPS 裝置只是一個手段，目的是想知道其將重要之物放在何處？譬如：106 年台上字第 3688 號案件為例，其為一個製毒工廠案例，他想知道製毒工廠在何處，方能申請搜索票開始搜索，假設在此案件中是否會有毒樹果實問題？若是違法裝設 GPS 因此而獲悉其工廠所在地，之後向法官取得搜索票，因此扣押一堆成品或半成品或製毒工具？是否會導致後來搜扣之物變成違法取得之證物而不得作為本案所認定之證據使用？這些是當事人相當在意的部分，其遭判刑 2 個月或 3 個月其實無關痛癢，但是若證據被排除，這是有罪或無罪之差別，這對我們而言會有很大影響。

溫祖德助理教授：

在美國法是有證據排除或毒樹果實理論之適用，毒樹果實理論是物證取得已違法取證，而因此衍生取得之物，即已建立此一見解。但在台灣我們自己的立法裡面，若未記錯，草案

版本有意識到此問題，究竟今天若是一個違法的 GPS 定位追蹤之後所衍生取得之證據，還有另案追蹤等皆有規範，換言之，草案有提，仿照通保法第 18 條之 1 第 1、2、3 項衍生性證據、另案監聽、他案監聽等規範，故就此部分確實已經意識到，在此為台灣自己之立法決定、立法裁量，到底立委要走非常嚴格的路線或走稍微寬鬆之路線，如剛剛報告組所說是否採取絕對的法官保留嗎？也如剛剛所說短期追蹤是否需要例外？或者 GPS 定位過程中可能發現其也犯下其他案件，可能因此又找到另外其他證據，這些等草案通過後即可知道。

蔡院長碧玉：

非常謝謝溫教授與各位同學之參與，今日討論十分熱烈，希望今天兩份報告日後將登載在司法新聲，以及包括各位老師之評論將會全文照登，這也是為學術論文通常之作法，於研討會發表之後參酌在場評論人意見再修正論文，嗣後再送出刊登，如此程序較為完整，透過刊登將來亦有人引用此篇文章，希望大家再重新思考此問題，重新潤飾整篇論文使之更臻完整，也讓大家共同受益，再次謝謝大家的參與！