

GPS定位追蹤監視之立法論

溫祖德*

目 次

| | |
|---------------------------------------|-------------------------------------|
| 壹、問題意識 | 三、馬賽克理論與大法官Alito 及Sotomayor協同意見書 |
| 貳、GPS定位追蹤監視與增修條 文第4條基本權 | 參、我國GPS定位追蹤監視立法 論 |
| 一、增修條文第4條保障之基 本權定位 | 一、我國憲法 |
| 二、聯邦最高法院關於GPS定 位追蹤監視侵害人民基本 權之見解 | 二、規範論之建構 |
| | 肆、結 論 |

關鍵詞：GPS定位追蹤監視、馬賽克理論、資訊隱私權、公共
場域隱私權、合理隱私期待

* 國立中央大學法律及政府研究所專任助理教授。

壹、問題意識

高科技偵查為對抗現代犯罪之必備手段之一，國家運用高科技偵查手段，蒐集、保全數位證據、資訊，包括個人與第三人之通訊內容、其他非通訊內容資訊，例如：虛擬世界之數位足跡及真實世界之行動位置等，以訴追犯罪，已成為現代刑事偵查、科技取證必備之工具。偵查機關不再完全仰賴傳統之偵查手段蒐集證據，取而代之的是新偵查技術擷取或蒐集個人之數位資訊或足跡，進行長期性、連續性、累積性、大量性蒐集、集合及利用此等資訊，更重要的是，經由科技提升傳輸、蒐集資訊的能力，透過新科技設備，個人資訊，在質與量上，大幅度被傳輸、蒐集、集合、分析及使用，呈現極具揭露性質之隱私生活，增加個人隱私曝光而有系統性地顯露於外之高度危險。

由於國家蒐集並利用個人於公共場域之活動及位置資訊，主要藉由下述方式為之，全球衛星定位追蹤監視器（下稱GPS定位追蹤器）、調取行動電話基地台位置資訊（包括即時性及歷史性資訊）及新興之無人機位置追蹤之技術。本文所探討的GPS定位追蹤資訊，屬於個人在公共場域之私人活動領域之隱私權及個人資料自主權，依據大法官釋字第689號解釋認為應受憲法第22條隱私權保障。因此，以GPS定位追蹤監視系統追蹤取得人民之GPS定位追蹤資訊，對上述基本權之侵害，自應受到憲法限制，包括法律保留原則、法官保留原則及比例原則之，固無疑問。然自我國現行法制，目前並無明文規範授權使用GPS定位追蹤監視之相關法律¹，實務亦採相同見解，最高法院106年度台上字第

¹ 李榮耕，科技定位監控與犯罪偵查：兼論美國近年GPS追蹤法制及實務之發展，臺大法學論叢，第44卷第3期，頁930-939，2015年9月；陳運財，GPS監控位置資訊的法定程序，台灣法學雜誌，第293期，頁62，2016年4月；林裕順，GPS偵查法治化研究，裁判時報，第68期，頁12-23，2018年2月；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，第70期，頁47-

3788號判決即認為「至GPS追蹤器之使用，確是檢、警機關進行偵查之工具之一，以後可能會被廣泛運用，而強制處分法定原則，係源自憲法第8條、第23條規定之立憲本旨，亦是調和人權保障與犯罪真實發現之重要法則。有關GPS追蹤器之使用，既是新型之強制偵查，而不屬於現行刑事訴訟法或其特別法所明定容許之強制處分，則為使該強制偵查處分獲得合法性之依據，本院期待立法機關基於強制處分法定原則，能儘速就有關GPS追蹤器使用之要件（如令狀原則）及事後之救濟措施，研議制定符合正當法律程序及實體真實發現之法律，附此敘明。」若此，偵查機關使用GPS定位追蹤監視干預人民隱私權及個人資料自主權，自有待於法律明文授權為之，方符合憲法誠命及限制。

立法論上，如何定位該類型國家偵查行為（強制處分類型）及規範內容，包括發動要件、審查門檻、法官保留原則、令狀內容、GPS定位追蹤監視期間、延長期間及聲請、證據與衍生性證據之排除與禁止、資料保存及銷毀等，應有詳盡之立法，本文從比較法角度，自美國聯邦最高法院Jones案²判決及協同意見書見解，分析裝置GPS定位追蹤器侵害人民憲法之基本權，而該案協同意見書論述之馬賽克理論及內涵，主張長期、連續性使用GPS定位追蹤監視設備蒐集個人於公共場域之GPS定位追蹤資訊，侵害人民之隱私權，屬於美國聯邦憲法增修條文第4條（下稱增修條文第4條）之搜索，但應特別指明的是，美國聯邦最高法院認為「裝置GPS定位追蹤監視設備」之本質，屬於增修條文第4條「搜索」，為「憲法意義之搜索」，但「裝置GPS定位追蹤監視

51，2018年4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，第293期，頁150-154，2018年7月。

² United States v. Jones, 132 S. Ct. 945 (2012).

設備」概念是否完全等同「法律位階之搜索」，容有討論之餘地。從法律位階之規範言之，美國聯邦刑事訴訟規則第41條(b)(4)、(d)(1)、(e)(2)(c)授權裝置追蹤監視設備，由法官核發「追蹤監視令狀」，也就是偵查機關裝置追蹤監視設備，屬於追蹤監視之偵查手段，故實與法律位階之「搜索」不同，Jones案乃就裝置GPS定位追蹤監視設備，屬於憲法意義之搜索所為之見解，核先敘明。

職是，本文自比較法及立法論二方面分析，比較法部分，分別自美國聯邦最高法院United States v. Jones判決理由扼要分析裝置GPS定位追蹤監視設備侵害人民憲法之基本權。其次，以美國聯邦最高法院協同意見書及馬賽克理論探討公共場域隱私權之認定及保障。最後，為保障人民之隱私權，針對新興科技追蹤監視設備建議相關立法之立法論，作為執法之依據，作為審查政府執法行為之合憲（法）性，以維護人民之隱私權及劃定執法界線，兼顧執法利益，冀望立法機關能盡速通過相關立法，以維法治。

貳、GPS定位追蹤監視與增修條文第4條基本權

關於GPS定位追蹤監視設備（Global Positioning System），為全球定位系統，係政府衛星群之網路系統以傳輸無線電訊號，並准許地球端接收器定位所在位置，透過衛星系統傳送訊號至地球接受端電腦，顯現定位對象所在位置及交通往來歷史紀錄等定位資訊，在裝置追蹤器後，尚須結合地圖資訊（如google map）對於個人所在位置進行比對分析，而得知被追蹤對象之確實位置³。目前透過該設備掌握人及車輛（或物體）之GPS定位追蹤

³ 劉靜怡，政府長期追蹤與隱私保障，月旦法學教室，第116期，頁9-11，2012年6月；李榮耕，同註1，頁883-887；陳運財，同註1，頁62；黃朝義，刑事訴訟法，頁354-355，2017年9月；溫祖德，同註1，頁125；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42-45，2016年7月。

資訊，減省跟監人力、成本，並得對多數人為之確定共犯關係。質是，使用GPS定位追蹤器以蒐集個人行蹤及位置資訊，有無干預人民之基本權，應如何判斷之，是否屬於新型態之強制處分，似有重新探討之必要。以下以美國增修條文第4條保障基本權及聯邦最高法院Jones案見解，探討國家蒐集取得個人於公共場域之GPS定位追蹤資訊之基本權之侵害及定位。

一、增修條文第4條保障之基本權定位

增修條文第4條規定：「人民對個人人身、住宅、文書或物件享有受保護之權利，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」。乃禁止國家不合理搜索及扣押行為⁴。針對本條禁止不合理之搜索、扣押所保障人民之基本權，學說及聯邦最高法院大致分為二種見解，財產權及隱私權說⁵。

⁴ Thomas K. Clancy, *United States v. Jones: Fourth Amendment Applicability in the 21st Century*, 10 OHIO STATE J. CRIM. L. 303, 303 (2012).

⁵ 至於學說有主張第三說隱私權兼以財產權認定說（緩和財產權論loose-property rights），暫時省略之，see Orin S. Kerr, *The Fourth Amendment and New Technologies: Constitutional Myths and the Case for Caution*, 102 MICH. L. REV. 801, 820-823 (2004). Orin Kerr教授認為Katz案表面上增修條文第4條採取合理隱私期待說（隱私權說），但未完全排除財產權之判斷標準，依據該案主筆大法官所認定之事實「當人民占用該電話亭、關起門並付費撥打電話，即確定推定在電話亭內所陳述之對話不會向外界散播」。從而，當Katz占用該電話亭、關起門並付費撥打電話，於該時該電話亭已變成暫時之隱私處所，而形成短暫占有之隱私期待免於受到政府侵害，應承認該隱私期待具有合理性。質言之，本案被告在撥打電話期間，如同所有人般暫時合法占有而對該處所享有隱私權。自此角度觀之，由該電話亭獲取之通話內容，亦屬侵入被告所承租之財產權，而由政府所為短暫侵害被告之財產權及排除他人的權利。中文部分，參見溫祖德，同註1，頁129-130。

(一)財產權說

增修條文第4條乃防止政府侵害人民財產權之保障，對抗政府物理性之侵入行為，防止政府恣意及空白搜索（general search）、扣押，保障個人財產權而制定之⁶。早在英國Entick v. Carrington案，即宣示「我國法律認為每個人之財產權如此神聖，任何人不得侵入鄰人之所而拒不離開，此即構成侵入者；如果要侵入鄰人所在，應具備法律正當理由⁷」。在Boyd v. United States案，聯邦最高法院表示增修條文第4條以保障財產權為基本權，因此，劃定憲法保障之範圍，質此，限定增修條文第4條保護有形財產權，免於受到物理性侵入⁸。

又在Olmstead v. United States⁹案，警方在犯罪嫌疑人住所外及辦公室外安裝及使用竊聽器，取得通訊對話內容，則國家是否侵入人民財產權而構成搜索？聯邦最高法院表示增修條文第4條搜索為物理性侵入個人住所、人身、文書或物件，該案安裝及使用竊聽器之處，均非屬犯罪嫌疑人住所或辦公室內之任何部分，非增修條文第4條保護之客體，因此監聽通訊對話內容即非物理性「侵入」，不構成憲法意義之搜索、扣押。其後更在Silverman v. United States¹⁰案，亦闡述增修條文第4條保障之核心在於：人

⁶ Thomas K. Clancy, *What Does the Fourth Amendment Protect: Property, Privacy, or Security?*, 33 WAKE FOREST L. REV. 307, 316-320 (1988); *The Supreme Court-Leading Cases*, 127 HARV. L. REV. 228, 230-231 (2013); Kerr, *supra* note 5, at 809-827; WAYNE R. LAFAVE, JEROLD H. ISRAEL, NANCY J. KING, ORIN S. KERR, *CRIMINAL PROCEDURE*, 149-150 (2009).

⁷ Entick v. Carrington, 95 Eng. Rep. 807, 817 (K.B. 1765) (“our law holds the property of every man so sacred, that no man can set his foot upon his neighbor’s close without his leave; if he does he is trespasser...and if he will tread upon his neighbor’s ground, he must justify it by law.”).

⁸ Boyd v. United States, 116 U.S. 616, 627, 628 (1886).

⁹ Olmstead v. United States, 277 U.S. 438, 464 (1928); Clancy, *supra* note 4, at 304-305.

¹⁰ Silverman v. United States, 365 U.S. 505, 511 (1961).

民有權退回其住所，而免受政府之物理性侵入。

申言之，財產權說，自物理性侵害（physical intrusion）角度觀察，凡物理性侵入人民財產權，由國家物理性占有私人財產以攫取相關證據或資訊，即構成搜索¹¹。就保護人民財產權而言，國家行為僅限於侵害增修條文第4條保護客體範圍，方屬於憲法意義之搜索，又其屬傳統機械式法律認定，又稱「財產權侵入性法則（the trespass test）」。

（二）隱私權說

在傳統年代，財產權說固得判斷以物理性侵入財產權以蒐集取得犯罪資訊或證據之行為，隨著日漸興起之高科技設備，對人民進行犯罪偵查蒐證所取得隱私資訊之侵害，則未物理性侵入個人占領支配之財產權之偵查行為，自難解為合於增修條文第4條「搜索」定義。然執法者藉由非物理性侵入他人財產權內，即取得財產內隱私活動、資訊，事實上已侵害他人之隱私權，若仍採取物理侵入性法則，將無法保障人民隱私資訊免於國家侵害。在 *Katz v. United States*¹²案，因執法者在被告使用之公共電話亭外安裝監聽設備，獲取州際間賭博罪之通話內容作為犯罪證據，該裝置竊聽器監聽通訊內容之行為，美國聯邦最高法院改變傳統見解認為增修條文第4條保護客體是「人」，非「處所」，以隱私權為保護利益，而非以財產權為保護利益¹³。申言之，*Katz*案變

¹¹ See Jones, 132 S. Ct. at 945, 949; David P. Miraldi, Comment, *The Relationship Between Trespass and Fourth Amendment Protection After Katz v. United States*, 38 OHIO ST. L.J. 709, 710 (1977).

¹² *Katz v. United States*, 389 U.S. 347, 357 (1967).

¹³ See JOSHUA DRESSLER & GEORGE C. THOMAS III, CRIMINAL PROCEDURE: INVESTIGATING CRIME, 77 (2006); RONALD JAY ALLEN, WILLIAMS J. STUNTZ, JOSEPH L. HOFFMANN, DEBRA A. LIVINGSTON & ANDREW D. LEIPOLD, COMPREHENSIVE CRIMINAL PROCEDURE 361, 367-370 (2011); Daniel Solove, *Fourth Amendment Pragmatism*, B. C. L. REV. 51, 1511, 1511-1521 (2010); William C. Heffernan, *Fourth Amendment Privacy*

更財產權說之見解，改以隱私權作為權利保護核心，對抗國家非物理性侵入人民之隱私範疇，蒐集取得人民隱私資訊¹⁴。

至於隱私權說之判斷標準，依據該案Harlan大法官協同意見書提出之合理隱私期待基準為「個人受憲法保障之合理隱私期待，應合於二要件，一、個人已顯示主觀真實之隱私期待；二、該期待為社會所共認其為合理之期待」¹⁵，並成為往後美國實務及學術以該基準判斷執法行為是否構成憲法意義之搜索概念。也就是說，個人主觀隱私期待必須是社會共認之合理隱私期待，方受到憲法增修條文第4條之保護。國家以非物理性侵入財產權方式蒐集取得他人無形體之資訊或證據，該侵害隱私之執法行為，即足以認定構成憲法意義之搜索，Katz案判決後，美國聯邦最高法院多以隱私權說判斷國家執法行為是否構成憲法意義之搜索及適用¹⁶。

二、聯邦最高法院關於GPS定位追蹤監視侵害人民基本權之見解

使用GPS定位追蹤器以蒐集個人於公共場域之活動及位置資訊，在United States v. Jones案¹⁷，該案多數意見係回到財產權說，認為裝置GPS定位追蹤器蒐集取得資訊，即屬於物理性侵害增修條文第4條保障之財產權，認定構成憲法意義之搜索，其中大法官Sotomayor另行提出協同意見書，一方面支持多數說，也

Interests, 92 J. Crim. L. & Crim. 1, 9-11 (2001); John B. Mitchell, *What Went Wrong with the Warrant Court's Conception of the Fourth Amendment?*, 27 NEW ENG. L. REV. 35, 47-53 (1992); Christopher Slobogin, *Technologically-assisted Physical Surveillance: The American Bar Association's Tentative Draft Standards*, 10 HARV. J. L. & TECH. 383, 439-440 (1997).

¹⁴ Kerr, *supra* note 5, at 817.

¹⁵ Katz, 389 U.S. at 361.

¹⁶ 李榮耕，同註1，頁886。

¹⁷ Jones, 132 S. Ct. at 945.

另外贊同大法官 Alito 提出之隱私權說。而大法官 Alito 之協同意見書，獲得其他三位大法官之支持，採取隱私權說，因之，在本案隱私權說同樣受到相當之重視，且二說同樣地認定裝置 GPS 定位追蹤構成憲法意義之搜索，本文基於 Jones 案之論述及分析，國內已有不少文獻詳盡爬梳分析事實基礎及判決理由¹⁸，以下僅就本案多數意見採取之財產權，與協同意見書之理論，扼要分析，作為論證我國立法論參考之依據。

(一)多數說關於裝置GPS定位追蹤監視干預個人基本權之探究

本案爭點厥為警方裝置GPS設備於犯罪嫌疑人車輛以追蹤個人於公共場域之活動及位置紀錄是否構成憲法意義之搜索行為¹⁹？聯邦最高法院多數說立論並未採取Katz案「隱私權」說探討增修條文第4條之搜索概念，而回到「財產權」說審查偵查行為之合憲性，主筆大法官Scalia認為增修條文第4條第一句禁止政府機關不合理搜索及扣押，若警方基於攫取資訊之目的，物理性侵入私人財產權，即構成憲法意義之搜索，此種財產權之思維與普通法之物理侵入說（common law trespass）可謂一貫之理論²⁰。從增修條文第4條歷史觀之，若政府行為侵入該條文保護範疇（個人人身、住宅、文書或物件），即受到該條之保護無疑，雖然在Katz案後，聯邦最高法院似乎已經放棄「財產權」理論改採「隱私權」理論解釋增修條文第4條保護客體實為「人」，Jones

¹⁸ 李榮耕，同註1，頁897-920；溫祖德，同註1，頁131-138；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，第68期，頁24-25，2018年2月。

¹⁹ Jones, 132 S. Ct. at 949; 其實，本案警方裝置GPS設備於犯罪嫌疑人之車輛以追蹤個人於公共場域之活動及位置資訊，係依據已經是逾期的法院令狀，故等同於無令狀而裝置GPS定位追蹤設備。

²⁰ Jones, 132 S. Ct. at 950.

案多數說認為財產權說所適用對抗政府不合理搜索之標準，至少（at a minimum）提供了與立憲當時同等程度之保障，因而認為Katz案並未推翻財產權判斷基準²¹，合理隱私期待理論係增加（in addition to）增修條文第4條之搜索、扣押之判斷標準，而非完全取代傳統之物理侵入財產權說之基準（not substituted for, the common-law trespassory test）²²。

從而，本案聯邦最高法院認為物理性侵入說（財產權說），仍足以提供人民財產權侵害之保障，且財產權說並非具有排他性，任何其他涉及電訊信號之傳輸若無涉於物理性侵入之方式，仍受合理隱私期待（隱私權說）之保障²³。換言之，現代許多高科技偵查設備，政府並未藉由侵入財產權行為，即取得個人之隱私資訊，此種未侵入財產權之客體蒐集取得隱私資訊，仍受到憲法限制，本案聯邦最高法院表示政府以科技設備進行任何涉及電子訊息（號）之傳輸，在無涉物理性侵入財產之取得資訊之行為，仍應受到Katz案合理隱私期待理論之適用²⁴。因之，本文認為聯邦最高法院對增修條文第4條之判斷標準採取財產權說兼隱私權說，自得稱之為併存說²⁵。

²¹ Jones, 132 S. Ct. at 950 (“The text of the Fourth Amendment reflects its close connection to property, since otherwise it would have referred simply to “the right of the people to be secure against unreasonable searches and seizures”; the phrase “in their persons, houses, papers, and effects” would have been superfluous. Consistent with this understanding, our Fourth Amendment jurisprudence was tied to common-law trespass, at least until the latter half of the 20th century.”) 本案聯邦最高法院大法官Alito之協同意見書即認為Katz案後，合理隱私期待理論即為聯邦最高法院採行之惟一排他理論，並以Harlan大法官提出之「合理隱私期待理論」判斷政府執法是否違反合理隱私期待而構成增修條文第4條之搜索。

²² *Id.* at 952.

²³ *Id.*

²⁴ *Id.* at 953.

²⁵ 李榮耕，同註1，頁915；溫祖德，同註1，頁132-133。

(二)小結與檢討

面對高科技偵查及電子監控追蹤技術不斷精進之數位資訊時代，以Jones案見解之財產權說，根本不足以提供足夠的保護及指導，尤其是非物理性且純粹電子監控之非侵入性行為本質、侵害時間長短、侵害性程度及範圍，無論屬於上述何種情況，Jones案無法滿足現代社會對隱私權關心之程度²⁶。更甚者，在數位時代下，無論是監視照相機、行車車牌號碼掃描器、家庭保全系統、身體掃描器、高速公路之雷達測速照相、闖紅燈照相相科技監視設備²⁷，在功能上均「得」與GPS定位追蹤監視進行相同程度之隱私侵害，執法者無須為物理侵入性行為，即取得隱私資訊或證據，若此，自無法適用Jones案之財產權說。此外，上述高科技定位追蹤設備，「蒐集」個人在公共場域之行動及位置資訊，亦必須要「累積」達到一定之量，而分析大量之個人日常生活、活動之集合資訊，方可能構成隱私侵害，可見Jones案見解或許過於保守、欠缺遠見，Jones案所採財產權說是否足以提供科技世代個人隱私權之保護，大有疑問？

再者，上述新興科技設備所取得資訊，若屬個人在公開場所之活動，美國法傳統學說認為早期隱私權概念，即劃分公／私二

²⁶ Barry Friedman, *Privacy, Technology and Law*, N.Y. TIMES, Jan. 29, 2012, at SR5, available at <http://www.nytimes.com/2012/01/29/opinion/sunday/in-the-gps-case-issues-of-privacy-and-technology.html> (last visit on Aug. 31, 2019); 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).

²⁷ 劉靜怡，監視科技設備與交通違規執法，月旦法學雜誌，第248期，頁73-75，2016年1月。事實上，依據警察職權行使法第10條規定，警察僅受允許基於治安需求，對於「經常發生或經合理判斷可能發生犯罪案件」的公共場所或路段，裝設監視器，劉靜怡教授即謂「以監視器與其他具有類似功能的攝影和科技工具蒐集資料時，並非在執法目標、執法場所與執法對象上毫無範圍限制，可以任由執法機關隨意運用」。

元領域，增修條文第4條搜索、扣押關於隱私權之保護，聯邦最高法院也是從住宅概念出發，在Kyllo案，即表示在住宅內之領域均為私密的細節，屬於免於受到政府打探窺視之眼打擾之安全地域²⁸。當搜索地點從住宅概念往外延伸，隱私期待之合理性即越加薄弱，當個人資訊或行為係處於公開場域時，即難認有合理隱私期待²⁹。換言之，法院採取二元領域之劃分，鑑於公私二元概念，不承認在公開場所隱私權概念，則GPS定位追蹤監視設備蒐集取得個人在公共場域之活動及位置資訊，也難以受到保護，針對公共場所之隱私權，應另闢途徑保障之。學者Daniel Solove即批判上述見解認為私人處於公開場所，即屬該私人向外曝露自己所做之事，自非屬隱私之事，這種二分法既過時且不妥當³⁰。正因如此，有學者認為應承認更細緻法則，亦即承認在公開場所之隱私權，以便因應新興科技發展帶來之利益及伴隨之隱私侵害³¹。以下本文簡述馬賽克理論定義及Jones案二位大法官之協同意見書，藉以論述未來科技偵查設備之使用，有無侵害人民於公開場所之隱私權，構成增修條文第4條搜索，但礙於篇幅限制，關於馬賽克理論上缺點有待立法克服部分，則暫略之³²。

²⁸ *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27, 37 (2001).

²⁹ Heidi Reamer Anderson, *The Mythical Right to Obscurity: A Pragmatic Defense of No Privacy in Public*, 7 ISJLP 543, 562 (2012).

³⁰ DANIEL J. SOLOVE, UNDERSTANDING PRIVACY, 110-111 (2008).

³¹ *Id.* at 7, 161; Patricia Sanchez Abril, *Recasting Privacy Torts in a Spaceless World*, 21 HARV. J. L. & TECH. 1, 4-6 (2007); 其中Abril教授批評法院依賴物理性空間作為隱私問題之關鍵，但是以物理性空間分析現代網路上之隱私權損害，即不再具有關聯性。

³² 關於Jones案第二審法院判決及馬賽克理論本質上之未盡明確之處，詳見溫祖德，同註1，頁141-147。

三、馬賽克理論與大法官Alito及Sotomayor協同意見書

(一)馬賽克理論意義

基於聯邦最高法院固有見解採取公／私二元概念，不承認個人在公共場域之活動應受隱私權之保護，則國家以GPS定位追蹤監視設備蒐集個人在公共場域之活動及位置資訊，也難以受到保護，因而有主張採取馬賽克理論取徑，認為長期使用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，構成憲法意義之搜索，以之解釋增修條文第4條之搜索概念，打破傳統以個別偵查行為判斷是否構成增修條文第4條之搜索，改以將國家長期、連續性蒐集資訊行為作為集合性整體（government conduct as a collective whole rather than in isolated steps），形成馬賽克式監視，稱為馬賽克理論（Mosaic theory）³³。

過往，美國聯邦最高法院對於國家偵查行為是否構成增修條文第4條之搜索，採取針對個別偵查蒐集資訊行為判斷之，但本案二位大法官協同意見書，採取長期使用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隱私，違反個人之合理隱私期待，構成憲法意義之搜索，因此大法官Alito認為在大多數犯罪類型（most offenses），政府全天候長時間GPS定位追蹤監視嫌疑人公開場合之活動位置資訊，已屬侵犯社會合理之人之合理隱私期待³⁴。Sotomayor也支持大法官Alito此一部分論點，其協同意見書認為長時間之GPS定位追蹤監視，將侵害個人之合理隱私期待，而短時間之定位監視，此種科技蒐集（探知）大量之個人私密或公開行動，以致於攫取豐富

³³ Orin S. Kerr, *The Mosaic Theory of the Fourth Amendment*, 111 MICH. L. REV. 311, 312-314 (2012).

³⁴ Jones, 132 S. Ct. at 964.

詳盡之家庭、政治、宗教及性相關之資訊，政府透過定位追蹤監視取得人民之大量資訊，若得規避權力濫用之審查，將無法保障個人隱私³⁵。申言之，對於長期GPS定位追蹤監視之偵查，若不進行審查，侵害隱私程度之大，將無法想像，對於短時間定位偵查犯罪，也抱持著應使政府權力受到節制，接受法院之審查³⁶。

學者Orin S. Kerr教授認為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，蒐集全面性個人上述之總合性資訊，即構成憲法意義之搜索，即屬採取馬賽克理論之進路³⁷，且Jones案之協同意見書其實來自於二審Maynard案判決論理，Maynard案認為以GPS長期定位追蹤個人活動及位置資訊（長達28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

³⁵ *Id.* at 955. (“GPS monitoring generates a precise, comprehensive record of a person’s public movements that reflects a wealth of detail about her familial, political, professional, religious, and sexual associations. ...Disclosed in [GPS] data ... will be trips the indisputably private nature of which takes little imagination to conjure: trips to the psychiatrist, the plastic surgeon, the abortion clinic, the AIDS treatment center, the strip club, the criminal defense attorney, the by-the-hour motel, the union meeting, the mosque, synagogue or church, the gay bar and on and on”). 本案大法官Sotomayor也支持大法官Scalia主張之財產權說，認為當政府行為物理性侵入人民之財產而取得資訊時，即構成增修條文第4條之搜索，*see Jones*, 132 S. Ct. at 954; *The Supreme Court-Leading Cases*, 126 HARV L. REV. (No. 1) 226, 229, 234 (2012).

³⁶ *Id.* at 957. 另外大法官Sotomayor亦認為在數位時代有重新檢討「第三人法則」，此即資訊自願揭露第三人即無合理隱私期待之觀點，認為一旦自願將資訊交付他人，即承擔資訊再轉交付給第三人(包括政府機關)之風險，因此難認享有合理之隱私期待，故政府從他人處取得資訊，不認係搜索，由於此一論點主要是認為應該限縮或推翻第三人原則，本文省略此部分之討論。

³⁷ Kerr, *supra* note 33, at 328; 李榮耕，同註1，頁921；溫祖德，同註1，頁144。

「程度」之不同，並已構成憲法意義之搜索³⁸。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長期活動之整體性，個人私人活動不致於有系統地曝露於大眾，然而，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³⁹。故裝置使用GPS定位追蹤器於個人私人車輛之活動，藉之蒐集取得長期性個人活動位置資訊，即足以集合成為連續性、集合性之追蹤監視，揭露具有合理隱私期待之隱私圖像，而構成增修條文第4條之搜索⁴⁰。

(二)協同意見書論述之馬賽克理論內涵之差異性

首先，大法官Alito協同意見書認為合理隱私期待判斷，應以「假設合理之人」之期待角度判斷，並指出在大多數犯罪類型，國家「長期」以GPS定位追蹤監視個人在公開場域之活動及位置資訊，為「社會」所未預期國家使用此種手段，即屬於侵害合理隱私期待⁴¹。大法官Alito之合理隱私期待，係以偵查機關偵

³⁸ United States v. Maynard, 615 F.3d 544, 558, 561-562 (D.C. Cir. 2010).

³⁹ Kerr, *supra* note 33, at 325.

⁴⁰ Maynard, 615 F.3d, at 561-563; Kerr, *supra* note 33, at 325; Gatewood, *supra* note 26, at 703-704; Madelaine Virginia Ford, Comment, *Mosaic Theory and the Fourth Amendment: How Jones Can Save Privacy in the Face of Evolving Technology*, 19 AM. U. J. GENDER SOC. POL'Y & L. 1351, 1364 (2011). 本案主筆法官Douglas Ginsburg判決另提及Knotts案不適用於本案情形，因為Knotts案曾經表示鋪天蓋地式執法行為（dragnet-type law enforcement），應該適用不同的憲法原則，而使用GPS的定位追蹤器蒐集達28天之定位追蹤紀錄即屬於此種執法行為，故不適用Knotts案判例之見解。

⁴¹ Jones, 132 S. Ct. at 963, 964 (“It involves a degree of circularity, and judges are apt to confuse their own expectations of privacy with those of the hypothetical reasonable person to which the Katz test looks. ...Under this approach, relatively short-term monitoring of a person’s movements on public streets accords with expectations of privacy that our society has recognized as reasonable. But the use of longer term GPS monitoring in

查犯罪蒐集取得資訊之手段，是否為「社會」或「假設合理之人」期待者，作為判斷合理隱私期待之標準，不同於以往Harlan大法官所提出之主客觀合理隱私期待說，以個人主觀之隱私期待，客觀上是否為社會共認具有合理性為判斷標準。

而大法官Sotomayor協同意見書認為社會合理隱私期待之判斷，採取以人們（people）是否合理期待其公開活動將被政府以GPS定位追蹤紀錄、集合個人之活動，以使政府確認個人政治、性相關等種種隱私生活⁴²。由此觀之，本案大法官Sotomayor認為判斷構成憲法意義之搜索，以人們是否合理期待，在公共場域之「全部活動」，由偵查機關「記錄、集合」，作為判斷合理隱私期待之內涵。

簡言之，長時間蒐集個人於公共場域之活動隱私資訊之總和，以分析人民在公共場域隱私活動之全部，則會顯著的曝露隱私資訊，自此內涵思考之，以馬賽克理論作為規範論言之，正好可以突破公開場域與私人場所隱私保護之界線，對於在公開場所隱私權之保護提供完整理論，是其作為規範論本身，非常值得作為法制上認定判斷隱私權侵害之判斷標準⁴³。馬賽克理論深具有程序法之分析解釋功能，對於個人在公共場域之活動及位置資

investigations of most offenses impinges on expectations of privacy. For such offenses, society's expectation has been that law enforcement agents and others would not—and indeed, in the main, simply could not—secretly monitor and catalogue every single movement of an individual's car for a very long period.”).

⁴² *Id.* at 956 (“I would take these attributes of GPS monitoring into account when considering the existence of a reasonable societal expectation of privacy in the sum of one's public movements. I would ask whether people reasonably expect that their movements will be recorded and aggregated in a manner that enables the Government to ascertain, more or less at will, their political and religious beliefs, sexual habits, and so on.”).

⁴³ 儘管馬賽克理論尚有對於其內容（即包含哥倫比亞特區聯邦巡迴上訴法院法官、大法官Alito及Sotomayor之判決意見書）、判斷基準及適用行為仍具有相異性及未盡明確之處，見溫祖德，同註1，頁141-147。

訊，有無享有隱私權之問題及有無侵害個人合理隱私期待，具有指導立法論之作用。

參、我國GPS定位追蹤監視立法論

一、我國憲法

我國憲法雖未如美國增修條文第4條禁止不合理之搜索、扣押之憲法誠命，但憲法對於財產權與隱私權之保障，均肯認之，殆無疑義。對於隱私權部分，雖然憲法本身並無明文規範，但是透過司法院大法官會議解釋早已承認隱私權之概念，最先提及隱私權者為司法院釋字第293號解釋，此後司法院釋字第535號解釋、釋字第585號解釋、釋字第603號解釋、釋字第631號解釋、釋字第689號解釋，建構隱私權之憲法依據及具體內涵，指出「維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，乃自由民主憲政秩序之核心價值。隱私權雖非憲法明文列舉之權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於他人侵擾及個人資料之自主控制，隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第22條所保障（本院釋字第585號解釋參照）。」換言之，大法官建立二個隱私權保護之核心領域，一為個人私密生活領域，包含住宅、生活等隱私空間領域，另一為個人資訊秘密自主領域⁴⁴，依據我國憲法第22條肯認對人民隱私權之保障，以個人對於生活私密領域（住居、身體等之個人私密領域）及資料自主控制（資訊隱私），享有隱私權之保障，當國家行為侵害個人隱私權時，應受到憲法之限制。

依據司法院釋字第689號解釋，肯認私人在公共場域之隱私權及個人資料自主權⁴⁵。換言之，個人在公共場域之活動或行

⁴⁴ 葉俊榮，探尋隱私權的空間意涵——大法官對基本權利的脈絡論證，中研院法學期刊，第18期，頁9，2016年3月。

⁴⁵ 葉俊榮，同前註，頁1、5。

蹤，並不因處於公共場域中而喪失憲法對於隱私權之保護，大法官從個人私生活領域不受干預及打擾之權利及個人人格自由之健全發展，承認個人在公共場域中，享有依社會通念，不受他人持續干擾等權利，也就解決了現今科技高度發展，個人之私人活動，縱於公共場域中，享有依社會通念不受他人「持續」注視、監看、監聽、接近等侵擾之私人活動領域及個人資料自主權，單就長期、連續性蒐集取得資訊言之，大法官以不受他人「持續」注視、監看等行為，就是節制國家持續監看、注視等偵查蒐集取得資訊行為，限制國家對個人長期、不間斷之監視，此即如同鋪天蓋地式的監視般，與前述馬賽克理論內涵相同，且大法官更提出具體之判斷基準，「惟在公共場域中個人所得主張不受此等侵擾之自由，以得合理期待於他人者為限，亦即不僅其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。」再細觀之，大法官此一論述，不僅與前述Jones案之協同意見書之取徑相同外，對於隱私權判斷基準，亦堪認採取Katz案提出之「合理隱私期待」判斷基準說。

當國家使用GPS定位追蹤監視蒐集、集合、分析個人在公共場域之行動及位置資訊，已屬對於個人隱私權之侵害，則國家行為，應取得法律授權為之，方合於憲法誠命之法律保留原則、法官保留原則（令狀原則）。但我國法律對於使用GPS定位追蹤蒐集個人位置資訊之偵查行為，並無法律規範授權，植基於前述比較法觀察、大法官解釋及最高法院等實務見解，本文提出立法論並分析論述如下：

二、規範論之建構

（一）刑事訴訟法或是通訊保障及監察法

我國刑事訴訟法第122條以下明定關於搜索之相關規範，以搜索發現被告、犯罪嫌疑人（找人）或取得犯罪證據或應扣押之

物（找物）為目的，而對被告或第三人之身體、物件、住宅及電磁紀錄，施以搜查檢索之強制處分，但搜索規範究竟在保障人民何種權利，有先探討必要。首先，搜索為國家執法者，進入個人住宅等財產權內，搜查或翻搜人民財產等物理證據或被告、犯罪嫌疑人，而物理性侵入財產權作為判斷搜索之基準⁴⁶。對於是否同時保障人民隱私權？我國憲法及刑事訴訟法雖未明列之，但私人居住空間之安寧，不受他人窺視、侵擾，即包含隱私權概念，居住空間亦為隱私權最初保障之客體⁴⁷。質是，個人居住空間之隱私權，亦屬刑事訴訟法第122條之保護客體，並從合理隱私期待之基準，解釋刑訴法搜索之定義⁴⁸。

因之，應特別注意的是，即使將隱私權同列為刑事訴訟法搜索保護之基本權，亦不能認為隱私權之保護概以刑事訴訟法之搜索為之，隱私權之保護亦有可能受其他法律涵蓋之，例如：通訊監察蒐集截聽人民具有合理隱私期待之通訊內容，若以隱私權之

⁴⁶ 林鈺雄教授認為就電磁紀錄而言，因電磁紀錄本即存在於某個實體之物，本即包括於物件之概念，參見林鈺雄，搜索扣押註釋書，頁122，2001年9月；林鈺雄，刑事訴訟法論上冊總論篇，頁423，2017年10月。準此，電磁紀錄所指應非指實體之物件，而係指附著於實體電腦硬體設備內之無形電磁紀錄。學者李榮耕教授亦認為電磁紀錄，不可能獨立存在而應儲存於載體，因電磁紀錄物與電磁紀錄為二個概念，當有相當理由認為電磁紀錄存於某載體時，得於電磁紀錄物內搜索該電磁紀錄，故刑事訴訟法第122條第2項及第128條第2項第3款之電磁紀錄應指電磁紀錄物，從而現行法關於搜索之判斷仍屬於以物理性之侵入有形空間，藉以發現有形之物件，並取得占有之財產權說為限，李榮耕，電磁紀錄的搜索及扣押，臺大法學論叢，第41卷第3期，頁1093-1094，2012年9月。

⁴⁷ 葉俊榮，同註44，頁7-8；劉靜怡，隱私權：第二講 隱私權保障與國家權力的行使——以正當程序和個人自主性為核心，月旦法學教室，第50期，頁39-49，2006年12月；黃朝義，同註3，頁258-259。

⁴⁸ 王兆鵬，重新定義高科技時代下的搜索，月旦法學雜誌，第93期，頁166-182，2003年2月；陳運財，同註1，頁69；張麗卿，刑事訴訟法理論與運用，頁277-278，2016年9月；李榮耕，同註46，頁1093-1094。

合理隱私期待判斷是否構成刑事訴訟法之搜索，則實施通訊監察亦同時構成刑事訴訟法之搜索，將混淆二者之定位，此二類型強制處分仍有本質差異性⁴⁹。本文認為將監聽與搜索合而為一，在概念上易造成混淆、法規內容亦多有不同，現行法搜索概念，專指持搜索票物理性進入個人住居所等財產權內，取得證據資料或尋找被告等人，又搜索同時也侵害個人具有合理隱私期待之隱私權，因而隱私權也受到刑事訴訟法搜索規範之保護。但此非謂侵害隱私權之偵查作為，即定位為搜索之強制處分，通訊監察以監聽、截聽他人之通訊內容為偵查手段，且通訊監察具有秘密性，應秘密執行之，不太可能由偵查機關持票進入個人財產權內監聽之，足見搜索與通訊監察二者間具有質之差異性，不宜將二者混合立法。從而，在GPS定位追蹤監視之立法論，首要探討的究竟應該規範於刑事訴訟法或是通訊保障及監察法？

由於執法機關使用GPS定位追蹤監視個人於公共場域之活動及位置資訊之方式不一，不以直接裝置於受追蹤人車輛（物件）為限，若以裝置方式為之，並無法採取美國Jones案見解，認為直接「裝置」GPS定位追蹤監視蒐集個人活動與位置資訊，即為物理性侵入人民之財產權，蓋裝置本身僅附著於車體外部，並未物理性侵入他人車輛內部，故若定位為搜索之強制處分，亦與前述我國法搜索之概念，尚有不符。至於其他方法進行GPS定位追蹤監視（車輛內建GPS定位追蹤監視設備及行動電話內建之GPS定位追蹤系統），並非偵查機關所裝置，並非以物理性進入人民財產權內部取得資訊，以我國法概念，尚難謂屬於刑事訴訟法之搜索⁵⁰。再者，Jones案見解，係從美國憲法角度分析判斷增修條文第4條之搜索行為，此與我國係在法律位階探討裝置GPS定位追蹤監視之立法，二者本已不同。

⁴⁹ 李榮耕，同註1，頁951。

⁵⁰ 採取相同見解，李榮耕，同註1，頁931-932。

其次，本法搜索保護客體，以身體、物件、住宅及電磁紀錄為限，受限於電磁紀錄之意義，通說主要仍以儲存於電腦載體之無形電磁紀錄為限⁵¹。至於偵查機關使用GPS定位追蹤監視取得之資訊，純為衛星傳輸訊號，非屬儲存於電腦載體之無形電磁紀錄，難以搜索之規範客體保護之。從而，吾等不能將美國憲法意義之搜索概念與我國刑事訴訟法搜索概念相提並論，基於我國現行法制架構及解釋論，GPS定位追蹤之運用即不屬於刑事訴訟法之搜索。

再者，以GPS定位追蹤取得資訊，可否以通訊保障及監察法之監聽規範之，由於透過衛星定位系統而傳輸之訊號，並非當事人與他人之通訊內容（並無對話內容），純粹僅有位置所在傳輸訊號，即使涉及通訊設備之使用，亦無涉及通訊者之意思或想法，只是由機器設備按照程式設計或預設指令傳送訊號，並沒有通訊人通訊內容可言⁵²。因此並非雙方當事人之通訊或通話，自非通訊保障及監察法之規範對象。質言之，在我國法制，此等衛星傳輸訊號並非通訊保障及監察法所稱具有通訊意義之內容或對話，自不適用該規範。質此，本文認為，最妥適方法當屬直接增訂授權政府使用GPS定位追蹤監視之偵查行為，並定位屬於刑事訴訟法新型態之強制處分⁵³，以便偵查機關執法有所依據，進而授權由法院事前介入審查以符合憲性及適法性。

⁵¹ 林鈺雄，同註46，頁425；黃朝義，同註3，頁260。

⁵² 李榮耕，同註1，頁933；陳運財，同註1，頁69；溫祖德，同註1，頁152。至於通保法第11條之1另有規定警察機關得經法院核發之調取票，調取通聯紀錄及使用者之基本資料，其中通聯記錄通常即包含基地台位置，但基地台位置與本案討論之衛星定位追蹤系統所定位之位置，並不相同，亦不得以之作為授權規定。

⁵³ 此外，警察職權行使法第11條亦不得作為授權依據，詳見李榮耕，同註1，頁933；溫祖德，同註1，頁153-154。

(二)人民在公共場域之隱私權之保障

美國法傳統上對個人在公開場所之活動資訊，基於公私二元論之區分，不認為個人具有合理隱私期待⁵⁴。質是，在過往針對政府使用GPS定位追蹤蒐集個人在公共場域之活動及位置資訊，不構成侵害憲法增修條文第4條保障之隱私權。這個立論，以現在社會發達及科技進步角度觀之，即有重新檢討之必要，如前述馬賽克理論之基礎思維，雖然個人在公共場域之個別、片斷部分之位置資訊難認具有合理隱私期待，但自宏觀角度觀之，全部資訊的集合、分析，則為合理之隱私期待所涵蓋，從而，國家根據GPS定位追蹤監視個人單一、個別行程可能無法取得太多資訊，但長時間定位追蹤監視個人公開活動肯定會曝露個人顯著的隱私資訊，將個人生活之片段累積起來變成「全紀錄」，進而可知悉個人生活之全貌及隱私圖像資訊。因此，個人對於長時間公開活動及位置資訊之集合仍保有合理隱私期待之隱私權，應受到憲法之保護。此一思維，與我國大法官釋字第689號解釋對於公共場域之隱私保護相同，脈絡上可認為與馬賽克理論採取相同思維模式，質此，人民於公共場域中，若受到長期、連續性追蹤監視，將侵害其合理之隱私期待，而應受隱私權之保障。此亦足為我國日後探討使用高科技偵查設備大量連續性、長時間蒐集累積個人資訊時，應思考之立基點及立法參考依據。

(三)未來立法之重點分析

GPS定位追蹤監視法制建置，應由立法機關為之，由於高科技偵查技術不斷精進，科技定位追蹤之技術，絕非僅使用GPS定位追蹤一端，尚且包括無人機的追蹤監視、未來可能的其他技術，無論何種定位追蹤科技設備之使用，均應從憲法角度思考，

⁵⁴ Mary Lehman, *Are Red Light Cameras Snapping Privacy Rights?*, 33 U. TOL. L. REV. 815, 818 (2002).

可能引發侵害基本權之疑慮，以致於應符合法律保留原則（或稱強制處分法定原則），則欲修法增訂全球定位追蹤監視專章之立法方向值得贊同，本文更認為本於偵查技術之快速發展及定位追蹤監視引發干預基本權之相似性，亦即主要侵害人民之隱私權及資料自主權，也為避免掛一漏萬，似可仿照美國刑事訴訟規則之規範，明定追蹤監視設備之追蹤監視令狀（票）及授權條款，藉此可以免卻每當新興科技發展產出新類型之追蹤監視技術，即需再增訂新類型之強制處分，而有法律永遠追趕不上科技之無力感，更使得偵查機關執法有所準據，而毋庸再畏頭畏尾，擔心侵害隱私權之疑慮，甚至遭受判刑之不利結果。再者，定位追蹤科技侵害基本權具有相同或相似之本質，為符合法律保留原則，於未來進行增訂時，似可一網打盡的方式，以追蹤科技設備作為規範對象，似乎更為詳盡妥適。

在立法內容，不妨參照外國立法例，例如：美國聯邦刑事訴訟規則第41條(b)(4)、(d)(1)、(e)(2)(c)⁵⁵作為規範典範，該條詳盡規範法官授權准許偵查機關「裝置」追蹤器遵循之法定程序及強制處分法定主義之要求。該條規範規定由治安法官基於相當理由，核發裝置追蹤監視令狀⁵⁶。此外，特別應提的是上述美國法

⁵⁵ FED. R. CRIM. PROC. 41(b)(4) “a magistrate judge with authority in the district has authority to issue a warrant to install within the district a tracking device; the warrant may authorize use of the device to track the movement of a person or property located within the district, outside the district, or both”.

⁵⁶ FED. R. CRIM. PROC. 41(d)(1). 聲請權人，為聯邦司法警察機關，聲請裝置定位追蹤器，命令核准使用裝置之轄區，亦以法官得授權准許追蹤定位在該管轄區內之受追蹤人或其財產、或該管轄區外，或同時准許轄區內及轄區外之追蹤定位。另亦有關於令狀之內容、確切執行期間（准許裝置GPS定位追蹤器之精確之執行時間，不得逾45日）及申請延長之規定，延長期間不得逾45日之規定；裝置期間之限制，執行後交回令狀及執行後應於何時通知受追蹤人，see FED. R. CRIM. PROC. 41(e)(2)(C); (f)(2)(A)(B)(C); (f)(3).

律設計執法者「裝置」追蹤監視的執法行為，應受令狀原則之限制，不得由司法警察（官）擅自為之，但該規則未包括非物理性追蹤監視設備之使用，因而諸多高科技偵查設備或定位追蹤科技，非以物理性侵入或僅有附著外部方式，蒐集個人之活動及位置資訊，即未包含於內，導致立法之漏洞，本文認為立法模式應包括物理性「裝置」或非物理性之使用追蹤監視設備，蒐集個人之活動及位置資訊，而侵害隱私權為核心保護權利，增訂使用追蹤監視設備之追蹤監視令狀（下稱追蹤監視令狀）及相關程序條款之新類型強制處分專章。

1.法官保留原則

為保障人權，對於GPS或其他追蹤監視設備蒐集取得之個人活動及位置資訊，並非通訊內容，形式上非屬侵害通訊內容之隱私權，非憲法第12條保障之秘密通訊自由基本權，但本於蒐集取得長期性、連續性之個人活動及位置資訊，透過「馬賽克式監視」完整拼湊個人生活之全面性，導致侵害個人之資料自主及隱私權，乃對於人民一般隱私權之侵害，此部分亦不得因侵害個人之隱私權，而納入搜索之規範保障之，蓋二者使用之偵查手段具有本質上差異，屬於新類型之強制處分，立法思維未必與搜索、通訊保障及監察法相同，本於侵害人民基本權之強制處分，本應由中立第三者進行司法審查，故應立法增訂之，以求保障人權之周全。

2.核發追蹤監視令狀應具有相當理由、並遵守最後手段性原則

由於國內已有關於此新類型之強制處分草案版本⁵⁷，就適用

⁵⁷ 立法院委員尤美女等17人擬具刑事訴訟法增訂部分條文草案，2019年4月26日，<https://www.lawbank.com.tw/News/NewsContent.aspx?NID=160014.00>（最後造訪日期，2019年8月29日）。

罪名、要件等以通訊保障及監察法作為立法參考對象，對於核發全球定位追蹤令狀之罪名，限於重罪之情形，且採取不能或難以其他方法偵查者，採取最後手段性原則，本文分以下二部分說明之，第一，由於GPS或其他追蹤監視乃偵查手段之一，若涉及長時間、持續不間斷性的集合定位追蹤資訊，拼湊集合個人全面性隱私生活之資訊，涉及隱私權之重大侵害，因此，採取令狀原則，事先經過法官審查、核發令狀後，即准許追蹤監視，而似無以重大犯罪為限，畢竟在兼顧人權保障與國家公益權衡之下，由法官進行事前審查，決定是否核發追蹤監視令狀即可使用追蹤偵查手段，似為已足，乃毋庸以法律剝奪或限制偵查機關使用此種偵查手段之可能性⁵⁸。申言之，此種偵查手段與通訊監察，仍屬不同，似無以通訊保障及監察法重罪原則為範而仿照之。

至於最後手段性原則，乃憲法比例原則之貫徹與實踐，應該是所有強制處分立法共通原則，從而於追蹤監視之偵查手段，涉及長時間、連續不間斷性的集合追蹤監視資訊，拼湊個人全面隱私生活，涉及隱私權之重大侵害，立法者本於立法裁量，審酌此種偵查手段，限制執法機關不得動輒為之，法文明定以「不能或難以他法為偵查者」，始可認有以追蹤監視之必要，當屬合宜。

至於是否承認急迫情況例外條款，本文認為可參酌我國相關強制處分，無論是搜索或通訊監察，均設有緊急搜索或急迫危險之通訊監察之例外情況，因此在立法上，即有基於防止他人生命、身體或財產之急迫危險，得先由司法警察機關報請檢察官，口頭通知司法警察機關先執行追蹤監視，並於事後向法院聲請補

⁵⁸ 前述美國聯邦刑事訴訟規則第41條規範之追蹤監視令狀，沒有區分犯罪類型之要件，偵查機關於取得法院核發之令狀後，即得蒐集取得該等資訊，蓋此類資訊與通訊監察所取得之通訊內容，仍有本質上差異，我國在立法時，對於此類資訊之蒐集，似無必要僅限定於重大犯罪之偵查，方得使用之。而本文所採之分析，也僅提供立法者另一個思維，並非法制上必然如此之見解，附此敘明。

發等事後審查程序，進行事後監督，若法院於事後駁回聲請補發者，應立即停止執行之。

3. 追蹤監視令狀應記載事項

關於追蹤監視令狀，書面應記載事項，應符合令狀之特定性及明確性原則⁵⁹，此原則於我國同樣亦適用之，並為我國實務見解所肯認之。立法上得參考外國立法例，例如：美國聯邦刑事訴訟規則第41條(e)(2)(C)及相似之強制處分為典範。本於上述特定性及明確性原則，對於受追蹤監視對象、裝置或非物理性裝置而使用追蹤監視設備以蒐集取得前述資訊者，其裝置或使用之客體、及裝置或使用之方式，均明確記載之。首先，追蹤監視對象應明確記載於令狀，裝置或使用設備之受追蹤監視對象之人身或財產，應明確記載之，使法院審核時，得以預期裝置或使用對象之財產或人身及裝置或使用方式，使法院一併審核執行機關之裝置或使用方式，當法院認為單純記載裝置於人身或財產上仍欠明確性時，得具體載明執行裝置或使用於特定財產或人身部分，且裝置或使用追蹤監視器，本屬於秘密性而為受追蹤監察人不知悉之方式為之，為使法院得以特定其裝置或使用追蹤設備之所在以符合特定、明確性原則，法律自應明訂之。

同時，為符合上述原則，由於此等裝置時間，配合執行人員執行裝置時機動性及秘密性，可能出於現場機動狀況，導致遲未裝置，以致裝置時間遲未起算，而使令狀處於遲未起算執行期間之狀況，對人民之隱私權保護亦有不周，故裝置追蹤器之期間，必須與執行追蹤期間，分開規範，且可明定裝置追蹤器期間，於核發追蹤監視令狀後之確定期間為裝置期間⁶⁰，並另於裝置後起

⁵⁹ 美國增修條文第4條明文規範之，而我國最高法院100年度台上字第5065號刑事裁判亦採之。

⁶⁰ FED. R. CRIM. PROC. 41(e)(2)(C)，由令狀載明應在10天期限範圍內，完成令狀授權之裝置。但可設例外規定；完成裝置之時點，應在白天，

算執行期間。

4. 追蹤監視令狀之審查程序及延長

由於追蹤監視令狀之核發程序，乃強制處分之審查程序，並非證明犯罪事實或認定刑罰權之有無之本案審判程序，本非採取嚴格證明法則，而採自由證明法則，但自由證明與自由心證不同，得於法律明定法官對於追蹤監視令狀之審查，應採自由證明，由聲請機關提出證據證明具備相當理由門檻，由法院依職權判斷之。法院審查核發追蹤監視令狀程序，應明文不公開之，藉以保障被追蹤偵查之人民隱私權及偵查秘密不公開原則。

其次，追蹤監視令狀之執行期間，係以裝置後起算其執行期間，並就執行期間期滿訖日，起算准許延長期間。此外，若執行機關無法於令狀內記載裝置期間內完成者，則不得裝置之，應由聲請機關重行聲請之；期滿而未聲請延長者，若欲再行追蹤監視，自應重行聲請之，當屬無疑。

至於延長期間及次數，我國似乎可以法規範體系一致性作為參考標準，若有相似之強制處分，以其延長期間及次數為參考標準，目前可以參考之強制處分者應該屬於通訊保障及監察法，雖然前已論及科技定位追蹤監視與通訊監察之本質相異性，但純粹就侵害合理隱私期待之隱私權部分，具有相似性，而以其延長之次數及期間之規範，延用並無不妥。

5. 追蹤監視執行時間之記載、執行完畢之通知、令狀繳回、資料保管、保存年限及銷毀義務

此部分雖屬於執行結束後之執行細節性事項，但應特別注意者，追蹤監視令狀之執行屬於重大侵害隱私權事項，於開始執行時，應明確記載精確時間、裝置地點及使用之起訖時間。另外，

但美國聯邦刑事訴訟規則對於白天（daytime），另有明文規範。

自應於執行結束後相當時間內通知受追蹤監視人⁶¹，除通知可能妨害現行正在偵查案件而須延期通知之情形外，均應通知之。延期通知，應經檢察官聲請，由法院決定之，而延期通知於原因消滅後，仍應通知之。此外，執行完畢之追蹤監視令狀，涉及重大侵害隱私權事項，包括令狀上所載事項，已屬於受隱私權保護之資訊，未免令狀所載資料外洩等，因而洩漏受監察人相關隱私等事項，應一併規範執行完畢繳回義務。

此外，執行追蹤監視令狀取得之資料，應規範保管方式、保存年限、銷毀之規定。除與聲請追蹤監視案件，具有關聯性及必要性之證據資料外，若屬無關者，亦得先報請檢察官、法官許可後銷毀之。若屬有關者，有關部分，已拷貝、存取提出於訴訟程序中作為證據，則應已存取、提出於法院，作為證據資料之一部分。

6. 追蹤監視證據資料之證據排除及衍生性證據證據能力

最末，對於合法追蹤監視取得之證據資料，承認具有證據能力，固無疑問。但未經取得追蹤監視令狀、或違反相關之形式、實質或程序要件，而蒐集取得個人之活動及位置資訊，及其衍生性證據，因為涉及人民之隱私權之重大侵害，當然不得作為證據。此外，合法追蹤監視取得之證據資料，若屬於與本案無關之另案案件之證據資料，是否不具有證據能力，或是應回到刑事訴訟法第158條之4之規定，採取權衡法則，參酌最高法院93年台上字第664號判例列舉審酌之八點因素，綜合所有情狀判斷之。關於此等問題，於2014年，通訊保障及監察法增訂第18條之1，大抵上解決違法通訊監察取得之通訊內容及衍生性證據之證據能力⁶²。雖然對於該條立法內容，尚有認為可以更為詳盡之處，而

⁶¹ 美國立法例，*see* FED. R. CRIM. PROC. 41(f)(2)(C).

⁶² 但因為該法規範排除之證據，以「違反通保法第5、6條規定」取得之通訊監察內容及衍生性證據之證據排除，至於違反第5、6條規定以外

我國草擬追蹤監視之立法，考量此等偵查手段屬於侵害個人隱私權之重大侵害，且侵害基本權之類型同為隱私權，得仿照通訊保障及監察法第18條之1規範，就違反核發追蹤監視令狀之形式、實質要件或違反審查程序者，或未經取得追蹤監視令狀所為之違法取證及衍生性證據之證據能力，一併詳為規定之。

所謂違反追蹤監視之形式、實質要件，不僅單指未經取得追蹤監視令狀所為之取證資訊之違法而已，尚且包括形式要件，如聲請機關、聲請有無備齊證據等，有無經過檢察官許可等；實質要件包括，聲請是否具備相當理由（審查門檻）、聲請是否屬於所列舉犯罪或適用犯罪範圍內、是否屬於最小侵害性原則等；至於審查程序，則指審查有無本於自由證明原則等。上述內容，得詳細於法律明列之，作為判定證據能力之依據。

肆、結 論

在最高法院106年度台上字第3788號判決出爐後，催促立法機構盡速制訂或增訂GPS定位追蹤監視或追蹤科技設備強制處分之倡議，不絕於耳，本文在探討美國聯邦最高法院於Jones案認為此設備使用已侵害財產權，並構成憲法意義之搜索，同時參酌該院協同意見書採取之隱私權說，反得以解決物理性侵入說之缺點，而更能適用於未來高科技時代之偵查設備，方不致於受限於財產權說之缺點，應更妥適。其次，GPS定位追蹤監視牽涉人民在公開場所之隱私權，是否個人出現於公開場所即屬於自願揭露該等資訊，而喪失合理隱私期待之隱私權之保障？本案二份協同意見書都肯認在公共場域之隱私權，認為長期定位追蹤而全天候監視個人於公共場域之活動及位置資訊，侵害人民之合理隱私期

規定，取得之通訊監察內容，其證據能力，則未規範之，此時應回到刑訴法第158條之4之規定解決適用之，李榮耕，通訊保障及監察法，頁133-134，2018年2月。

待，而此等見解與我國大法官釋字第689號解釋對於公共場所之隱私保護，肯認於公共場域中，仍應享有依社會通念得不受他人持續監控等侵擾之私人活動領域及個人資料自主，而受憲法所保護，採取相同精神。是人民於公共場域中，若受到長時間監控，將侵害其合理之隱私期待，而應受隱私權之保障，既然裝置或使用GPS定位追蹤監視之偵查工具涉及侵害人民之基本權，即應回歸強制處分之法理，由法院本於中立第三者角度審查核發令狀為之，方屬妥適。本於上述觀點，本文提出扼要之立法論架構，由立法機關以法律明定偵查執法人員裝置或使用追蹤監視科技設備應遵循之法定程序及符合強制處分法定主義之要求；而就令狀內容，確切執行期間（裝置追蹤器時間及執行令狀時間）、聲請延長程序及期間問題、執行令狀之細節性事項、令狀主義例外規定等，均需法制化，以符合人權保障及國家執法利益之均衡。