德國聯邦最高法院刑事裁判 BGHSt 63, 82
— 發送「無聲簡訊」的法律基礎 — *

文／王士帆

導言

A 涉犯參與犯罪組織罪嫌。為調查 A 行蹤和行動網絡，警察 P 從線民得知 A 手機使用 B 電信業者門號後，在公務電腦安裝有發送無聲簡訊功能的軟體程式，設定每 2 小時自動發送無聲簡訊到 A 手機，長達 10 日。開機狀態下的手機收到無聲簡訊時，會透過手機所在地點最近的基地台向電信業者回報數據，電信業者因此有該手機登記的基地台位置資訊紀錄。惟手機收到無聲簡訊，既不發出聲響，螢幕畫面也不顯示簡訊通知，簡訊匣亦不存在該簡訊，故 A 對無聲簡訊毫不知情，也無從知悉。10 日後，P 報請檢察官許可，向法院聲請核發通信紀錄調取票，欲從 B 電信業者調取 A 手機的位置資訊。試問：A 主張 P 發送無聲簡訊於法無據，有無理由？

上述案情，構思自 2018 年德國聯邦最高法院刑事裁判 BGHSt 63, 82[1]。綜觀德國近年來的科技偵查實務，無聲簡訊確實逐漸扮演重要角色[2]。所謂「無聲簡訊」（德文 stille SMS；英文 silent SMS）[3]，是一種發送特殊簡訊到目標手機，透過基地台登錄紀錄，以調查手機位置的科技方法。被無聲簡訊鎖定的目標手機，必須是開機狀態且未設定拒收簡訊，如果手機關機，無聲簡訊便無法發送到該目標手機[4]。無聲簡訊發送成功後，手機不會發出聲響，螢幕和簡訊匣也不會顯示，手機使用人除非有安裝反制或監控 APP，否則根本不能察覺無聲簡訊的入侵。手機收到無聲簡訊，會如同平常收到一般簡訊，自動回覆數據到其功率最強或距離最近的登錄（／註冊）基地台，然後在各電信服務業者處產生通信紀錄，該通信紀錄也包含手機登錄的基地台位置。之後，當偵查機關向電信業者調取目標手機的通信紀錄，即可查明手機接收無聲簡訊時點的大約所在位置。由此可見，使用無聲簡訊的科技定位方法有先後兩個步驟：先發送無聲簡訊，再向電信業者調取通信紀錄。

在德國刑事追訴，無聲簡訊成為「查明個人所在位置的實務最重要偵查措施之一」[5]。相較於同樣是標榜手機定位追蹤功能的 IMSI-Catcher（國際行動通訊用戶識別碼截取器），使用無聲簡訊還比 IMSI-Catcher 簡單，且不受執行地點限制[6]。依德國國會調查，早在 2014 年，德國聯邦刑事警察局（Bundeskriminalamt, BKA）使用無聲簡訊追蹤定位的案件是 58 件、122 人，高於 IMSI-Catcher 的 24 件[7]。光是 2017 年下半年，包含聯邦刑事警察局在內的德國聯邦機關，已發送過 234,835 次無聲簡訊[8]。不只是聯邦層級，各邦警方尤其熱衷無聲簡訊，例如據統計，在 Schleswig-Holstein 邦，警察在 2019 年發送過 112,354 次，柏林在 2019 年有 336,569 次[9]。為什麼無聲簡訊會大行其道？簡言之，人手一機的世代，手機如影隨形，當手機註冊的所有基地台位置可以被串連並勾勒個人的行動足跡，手機轉變成為追訴機關眼裡的被告貼身追蹤器，IMSI-Catcher 的偵查魅力在此，無聲簡訊亦如出一轍。

然而，當使用 GPS 定位系統追蹤被告駕車路線，已被公認為侵害個人資訊自我決定權，而應有法律干預授權基礎[10]，那偵查機關發送無聲簡訊追蹤被告手機位置呢？這正是 BGHSt 63, 82 欲回應的法律爭點。「科技與法律的較勁，戰場還是回歸基本權干預的審查體系」[11]，無聲簡訊是否干預目標對象的基本權利、德國《刑事訴訟法》（Strafprozessordnung, StPO）有無干預的法律授權基礎，各說立場嚴重分歧[12]。德國聯邦最高法院直到 2018 年，才由刑事第三庭作出 BGHSt 63, 82，首次為發送無聲簡訊在德國《刑事訴訟法》的法律授權基礎定調[13]。質言之，BGHSt 63, 82 認定偵查機關發送無聲簡訊和後續調取由此方式產生的基地台位置資料，能製作個人行動軌跡而干預資訊自我決定權（Recht auf informationelle Selbstbestimmung; 段碼 6），至於干預授權基礎方面，發送無聲簡訊是《刑事訴訟法》第 100i 條（第 1 項第 2 款）所謂的調查行動通訊設備所在位置（段碼 11），調取無聲簡訊產生的基地台位置資訊則是根據同法第 100g 條「調取通信紀錄」規定（段碼 14）[14]。

BGHSt 63, 82 在 2018 年公布後，德國法律期刊陸續刊登 4 篇裁判評釋，裡頭 3 篇贊同[15]、1 篇反對[16]，德國日後的學理思辨料想是方興未艾。關於無聲簡訊在德國《刑事訴訟法》的干預授權基礎選定，德國學界翻遍所有可想像的干預基礎，例如第 100a 條、第 100h 條、第 100g 條、第 100i 條和第 161 條或第 163 條。這些干預規定的條文文字和體系錯綜複雜，基於本文寫作定位，筆者無法細說從頭，惟鑒於 BGHSt 63, 82 在科技偵查和個人基本權利保障的比較法意義，猶不揣淺陋譯介，以饗同好。

壹 裁判要旨

偵查機關發送所謂「無聲簡訊」的法律基礎是《刑事訴訟法》第 100i 條第 1 項第 2 款。

貳 理由

[段碼 1]

柏林高等法院（Kammergericht）以被告身為外國恐怖組織— 即庫德工人黨（PKK）— 成員，論知有罪判決。被告提起法律審上訴，主張原判決違反實體法且有程序違誤。本庭認為被告上訴顯無理由，依《刑事訴訟法》第 349 條第 2 項裁定駁回。

[段碼 2] (……)

[段碼 3]

II. 1. 基本上從檢察總長聲請書所述理由，可否定被告的程序指摘。被告提出的指摘中，本庭唯一需要更詳細說明的是，其主張使用所謂「無聲簡訊」（stille SMS）取得行動電話的位置資料，違反《刑事訴訟法》第 100a 條、舊法第 100b 條和第 261 條，故質疑欠缺干預授權一事。結論上，被告此程序違法指摘乃無理由。偵查機關發送無聲簡訊的法律基礎是《刑事訴訟法》第 100i 條第 1 項第 2 款；調取由無聲簡訊產生的資料，法律授權依據是《刑事訴訟法》第 100g 條第 1 項第 1 句第 1 款、第 3 句連結《電信法》（Telekommunikationsgesetz, TKG）第 96 條第 1 項第 1 句第 1 款和第 5 款，或《刑事訴訟法》第 100g 條第 2 項連結《電信法》第 113b 條第 4 項。詳細理由如下：

[段碼 4]

a)「無聲簡訊」（英文亦稱 stealth ping）是一種發送到行動電話號碼的

（文轉三版）

註釋

* 本文為行政院科技部補助專題研究計畫（MOST 109-2410-H-305-043-MY3）成果之一。

1 BGH, Beschl. v. 08. 02. 2018 – 3 StR 400/17。對此裁判評釋，參見 Bär, MMR 2018, 824 ff.; Puschke, NJW 2018, 2809 ff.; Rückert, NStZ 2018, 611 ff.; Ruppert, JR 2009, 297 ff.

2 Ruppert, a. a. O., 300.

3 相關介紹，參見如 Bruns, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur StPO, 8. Aufl., 2019, § 100i Rn. 1, 4, 6a; Eisenberg/Singelnstein, Zur Unzulässigkeit der heimlichen Ortung per “stiller SMS”, NStZ 2005, 62 ff.; Eschelbach, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), StPO, 4. Aufl., 2020, § 100i Rn. 4; Farthofer, Der Einsatz neuer Ermittlungsmaßnahmen – Das Beispiel stille SMS, ZIS 2020, 190 ff.; Gercke, in: Gercke/Julius/Temming/Zöller (Hrsg.), StPO, 6. Aufl., 2019, § 100i Rn. 6; Köhler, in: Meyer-Goßner/Schmitt (Hrsg.), StPO, 63. Aufl., 2020, § 100i Rn. 4; Krüger, Die sogenannte “stille SMS” im strafprozessualen Ermittlungsverfahren – Erkenntnisse zum Einsatz in der Praxis und Betrachtung der rechtlichen Anwendungsvoraussetzungen, ZJS 2012, 606 ff.

4 Krüger, a. a. O., 606.

5 Rückert, a. a. O. (Fn. 1), 613.

6 Puschke, a. a. O. (Fn. 1), 2812; Ruppert, a. a. O. (Fn. 1), 300.

7 BT-Drs. 18/2257, v. 01. 08. 2014, S. 3, 9。IMSI-Catcher 是一種虛擬基地台的科技偵查方法，實務運用和法律評價可參閱桃園地方法院 106 年度易字第 164 號判決。

8 BT-Drs. 19/505, v. 23. 01. 2018, S. 6.

9 https://fragdenstaat.de/anfrage/zahlen-fur-stille-sms-7/，最後瀏覽日期為 2020 年 11 月 15 日。

10 例如我國最高法院 106 年度台上字第 3788 號判決見解。新近討論，如吳俊毅，〈德國刑事訴訟上使用衛星定位技術進行監察之研究〉，《中正大學法學集刊》，63 期，2019 年 4 月，頁 29 以下；吳燦，〈科技偵查蒐證之授權依據及證據能力— 以警察裝置 GPS 偵查為例〉，《檢察新論》，27 期，2020 年 2 月，14 頁以下；范耕維，〈現行法下 GPS 追蹤定位偵查行為之合法性與立法方向— 比較法觀點與最高法院 106 年度台上字第 3788 號判決之考察〉，《政大法學評論》，157 期，2019 年 6 月，頁 109 以下；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〉，《月旦裁判時報》，70 期，2018 年 4 月，頁 42 以下。

11 王士帆，〈網路之刑事追訴— 科技與法律的較勁〉，《政大法學評論》，145 期，2016 年 6 月，頁 344。

12 整理可參見 Rückert, a. a. O. (Fn. 1), 613.

13 Bär, a. a. O. (Fn. 1), 827.

14 德國《刑事訴訟法》第 100g 條和第 100i 條之中譯，請參見連孟琦，《德國刑事訴訟法附德國法院組織法選譯》，2016 年。

15 Bär, a. a. O. (Fn. 1), 827; Puschke, a. a. O. (Fn. 1), 2811; Ruppert, a. a. O. (Fn. 1), 301 f.

16 Rückert, a. a. O. (Fn. 1), 614。另有其他批評者，如 Farthofer, a. a. O. (Fn. 3), 191 f., 195.

財團 李模務實 公 第二 法學論 佳作：廖立楷君、鄭仰博君（贈與獎金新台幣壹萬元） 第三名：陳玠宇君（贈與獎金新台幣參萬元） 第二名：朱瑞翔君（贈與獎金新台幣伍萬元） 獎助各大 優秀學 2. 劉芃原（政大） 1. 沈威宏（台大） 4. 林佳穎（成功） 3. 張凱欽（台北） 2. 邱若婷（中信金融） 8. 陳淨文（中興） 7. 陳炳譽（東華） 6. 邱筠庭（中原） 10 黃彥蓉（輔仁） 4. 邱詮穎（輔仁） 3. 林展暘（中正） 8. 陳韓依（國防） 7. 陳昱蓉（中信金融） 贈獎日期、地點另函奉達受獎學生並邀請貴賓參加。 董事長

（文接二版）

特殊簡訊。它雖然和被撥入的行動電話產生連結，但電話使用者不可能察覺，因為行動電話不會顯示收到無聲簡訊。收到簡訊，行動電話會— 如同平常撥打電話到行動通訊設備一樣— 回覆訊號到其所登錄的基地台，並因此在各電信服務業者處產生通信紀錄，該通信紀錄也包含所使用的基地台登錄紀錄。向電信服務業者調取相關資料後，可以— 依基地台覆蓋範圍而定— 查明行動電話接收無聲簡訊時點的大約所在位置，惟條件是被撥入的行動電話必須開機中且未拒收簡訊（即處於「待機模式」）。在運作狀態中的待機模式，行動電話每間隔一段時間發出類似的資料：電信服務業者於此會知悉某行動電話現在登錄的「位置區」。幾座基地台構成一個位置區。每若干小時的週期性間隔，行動電話會向電信服務業者通知其正登錄在哪一位置區。除此之外，當行動電話跨入另一位置區的基地台時，也會立刻通知電信服務業者。反之，同一位置區內的兩座基地台之間的轉換，則不通知業者（參見 BT-Drucks. 18/2695, S. 5 f.; Roggan, FS Hirsch, S. 153, 157 f.）。

[段碼 5]

b) 使用無聲簡訊和調取由此產生的位置資訊，不得以《刑事訴訟法》第 100a 條連結第 161 條第 1 項第 1 句、第 163 條第 1 項的偵查概括條款為依據，此不同於檢察總長支持之見解。調取無聲簡訊所產生的位置資訊，不在《刑事訴訟法》第 100a 條電話監聽條款涵蓋之內，因為其未落入電信通訊的範圍內。雖然《基本法》第 10 條的電信秘密自由除了保護通訊內容的秘密性外，也保護通訊過程的細節情況（BVerfG, Urt. v. 02. 03. 2010 – 1 BvR 256/08, BVerfGE 125, 260, 309 f.），此即通信紀錄，而通訊期間的位置資訊也應包括在通信紀錄內。在此意義下的通訊，指透過任何電信技術，將資訊以非實體傳輸方式傳遞給個人的接收者（BVerfG, Beschl. v. 22. 08. 2006 – 2 BvR 1345/03, NJW 2007, 351, 353）。但是，發送無聲簡訊並沒有以人為因素啟動涉及傳遞內容的資訊交換。無聲簡訊只是造成科技設備之間的資料交換，並無法從中推斷出通訊關係或通訊內容。

[段碼 6]

再者，《刑事訴訟法》第 100a 條按法條文義，只能「監聽或記錄」電信通訊，也就是取得既有的資料。然而，無聲簡訊產生資料則是積極影響現有資料構成，已逾越「監聽與記錄」的文義，因此需要自身的授權基礎（就此而言具說服力者，Eisenberg/Singelnstein, NStZ 2005, 62, 63; LR/Hauck, StPO, 26. Aufl., § 100a Rn. 70）。這一授權基礎不能是《刑事訴訟法》第 161 條第 1 項第 1 句、第 163 條第 1 項的偵查概括條款，因為使用無聲簡訊和後續調取由此產生的位置資料，能製作— 即便取決於基地台覆蓋範圍而非常粗糙的— 個人行動軌跡，並且顯著涉及資訊自我決定權（基本法第 2 條第 1 項連結第 1 條第 1 項）。

[段碼 7]

c) 如果考慮以《刑事訴訟法》第 100h 條第 1 項第 1 句第 2 款作為發送無聲簡訊的法律基礎（BeckOK StPO/Graf, § 100a Rn. 233; SSW-StPO/Eschelbach, 3. Aufl., § 100h Rn. 6; SK-StPO/Wolter/Greco, 5. Aufl., § 100a Rn. 21 und § 100g Rn. 29），這最後也不可採信。

[段碼 8]

aa)《刑事訴訟法》第 100h 條第 1 項第 1 句第 2 款雖然規定，即使受干預人不知情，若以其他方法調查犯罪事實或探查被告所在地成效不大或有困難者，得於住宅外使用其他特別為監視目的所設計之科技方法。與第 100h 條第 1 項第 1 句第 1 款的區分在於，第 2 款所謂「其他科技方法」應理解為既非用以製作影音紀錄，亦非記錄住宅內或住宅外非公開談話（刑事訴訟法第 100c 條、第 100f 條）的科技方法（參見 BGH, Urt. v. 24. 01. 2001 – 3 StR 324/00, BGHSt 46, 266, 271 f.; BVerfG, Urt. v. 12. 04. 2005 – 2 BvR 581/01, BVerfGE 112, 304, 317）。對此，判斷是否屬於監視目的之科技方法，應依其在刑事程序的具體使用而定。至於其起初出於何種目的被設計出來和投入市場，則無關緊要（MüKoStPO/Günther, § 100h Rn. 6）。無聲簡訊的科技方法符合上述這些條件。

[段碼 9]

bb) 然而，依據《刑事訴訟法》第 100h 條允許的科技方法，只可以在住宅外使用。刑事追訴機關對於行動電話接收無聲簡訊時的地點，既不知情，也無影響力。區分住宅外或住宅內偵查措施的關鍵，雖然不是科技方法的所在位置或效果，而是應取得資料的狀況（BGH, Beschl. v. 14. 03. 1997 – 1 BGs 65/97, NJW 1997, 2189 f.; MüKoStPO/Günther, § 100h Rn. 8）。惟系爭干預如可不受限於位置而使用，且不以觀察私人空間領域內發生活動為目的時，也就應不涉及《基本法》第 13 條住宅權的保護領域。理由是，《基本法》第 13 條對於可藉由個人相關空間之保護範圍而得以防止特殊危險的干預，並未提供不問獲取型態的概括保護（BVerfG, Urt. v. 27. 02. 2008 – 1 BvR 370/07, BVerfGE 120, 274, 309 f. 關於線上搜索）。

[段碼 10]

cc) 依此，《刑事訴訟法》第 100h 條第 1 項第 1 句第 2 款可考慮作為發送無聲簡訊的法律授權基礎。但是，《刑事訴訟法》第 100i 條第 1 項第 2 款的干預規範，已明確規定得使用科技方法調查行動電話位置，這也包含發送無聲簡訊（參見下述 d)），故就此而言，第 100i 條第 1 項第 2 款應成為第 100h 條第 1 項第 1 句第 2 款的特別規定（MüKoStPO/Günther, § 100i Rn. 17）。

[段碼 11]

d) 使用無聲簡訊的干預權限，在《刑事訴訟法》第 100i 條第 1 項第 2 款。該條文規定有一定事實懷疑違犯該處所稱之犯罪，為了調查犯罪事實或探查被告所在地有必要時，得使用科技方法調查行動通訊設備之位置。

[段碼 12]

aa) 立法者在 2002 年 8 月 6 日《刑事訴訟法修正案》（Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung v. 06. 08. 2002, BGBl. I S. 3018）增訂第 100i 條時，雖以所謂「國際行動通訊用戶識別碼擷取器」（IMSI-Catcher）為主要考量（BT-Drucks. 14/9088 S. 7）。惟按條文文義，可知立法者並未將條文適用範圍特別侷限在該技術，其透過選擇「科技方法」的概念用語，明顯有將科技進步列入考慮，並對其他刑事科技革新保持條文適用的開放性。這在憲法上是允許的，尤其不會侵害到由法治國原則推導出來，亦適用於刑事程序法條文的構成要件特定性和規範明確性要求（參見 BVerfG, Urt. v. 12. 04. 2005 – 2 BvR 581/01, BVerfGE 112, 304, 315 f.）。再者，由條文所謂為了調查行動通訊設備位置作為使用科技方法之目的，也充分確定了該規範的具體適用範圍。

[段碼 13]

bb) 立法歷史證實將無聲簡訊涵攝到《刑事訴訟法》第 100i 條第 1 項第 2 款的合法性。調查行動通訊設備約略位置的無聲簡訊，大多數是為了協助監視而使用。《刑事訴訟法》第 100i 條第 1 項第 2 款的原始條文，只允許為了基於押票或監護安置票而暫時拘捕犯罪行為人時，才能調查行動通訊設備的位置，但此項限制，立法者在 2007 年 12 月 21 日《改革電信監察和其他秘密偵查措施與轉化歐體 2006/24 指令之法案》（Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG v. 21. 12. 2007, BGBl. I S. 3198）予以刪除。藉由此，立法者明確表達也可以為了協助監視措施或預備依《刑事訴訟法》第 100g 條調取通信紀錄，而使用同法第 100i 條所稱的科技方法（BT-Drucks. 16/5846, S. 56）。

[段碼 14]

cc) 調取由無聲簡訊產生的資料，刑事追訴機關得依《刑事訴訟法》第 100g 條第 1 項第 1 句第 1 款、第 3 句連結《電信法》第 96 條第 1 項第 1 句第 1 款和第 5 款，或依《刑事訴訟法》第 100g 條第 2 項連結《電信法》第 113b 條第 4 項為之。聯邦政府已透過 2017 年 6 月 14 日的《電信監察規則修正案》（Verordnung zur Änderung der Telekommunikationsüberwachungsverordnung vom 14. Juni 2017, BGBl. I S. 1657, 2316），在《電信監察規則》第 7 條第 1 項第 1 句第 7 款創設落實相關調取資料的規定。

（作者為臺北大學法律系副教授）

國民法官新制文宣



國法人 法學基金會
告
十五屆 文甄選
本會辦理第二十五屆（一〇九年度）法學論文徵選，承蒙各界法學俊彥惠賜鴻文，共襄盛舉，經聘請學者專家審慎評閱結果，決定就下列各篇提供獎助：
第一名：柏佳垣君（贈與獎金新台幣壹拾萬元）
十九屆 大學法律系 生獎學金
本會第二十九屆（一〇九年度）獎助大學優秀法律學生業經評選決定，計得獎名單如下：
◎獎學金部份：共12名
特優獎2名（每名新臺幣5萬元整）
1. 何丞竣（台北）
優等獎10名（每名新臺幣3萬元整）
5. 胡凱雁（中原）
9. 歐秉豪（警大）
2. 黃揚歆（玄奘）
1. 黃俊凱（警大）
5. 鄭晴予（中興）
6. 葉盈妤（靜宜）
10. 呂沅洋（開南）
9. 吳家淳（開南）
◎助學金部份：共10名（每名新臺幣1萬元整）
李建中