GPS偵查

作者／井上 正仁　譯者／張永宏

中

（文接上期）

《解說》

1. 問題之所在

（1）由於行動電話等攜帶移動通信機器，甚且，包含高度資訊處理功能在內，具有多種功能、可以持續連接網路之智慧型手機的普及，有關於各個機器之現在所在地的位置資訊，不僅是該機器之使用者本人、或提供此等通訊及位置資訊服務之電訊業者，甚至其他第三人均可能取得。

上述位置資訊，可分為（A）上述提供通訊服務之電訊業者在通常之業務過程中必然會取得者（例如在通信之準備階段、隨著地區之移動，各個機器被機械地分配之最近的基地台（群）所顯示之位置登錄資訊，以及個別送訊、受訊時實際使用之基地台所使用之基地台資訊等），以及（B）其他得以測定或取得之資訊（各機器藉由 GPS 而得之 GPS 位置資訊等）二種，雖因其種類不同，或電訊業者、機種不同之測定位置方式不同，該機器現在所在場所周邊之基地台配置狀況或電波狀況不同，其精確程度有可能產生相當程度之落差（以本案而言，落差為 10 餘公尺至數百公尺），但仍能隨時掌握攜帶使用機器之人、裝置機器之物品、車輛等一由此，在多數之場合亦包括持有、搬運等利用該物品、車輛之人一之大概所在地，在犯罪偵查上即有各式各樣之用途，故世界各國之偵查機關逐漸嘗試取得、利用。

（2）另一方面，此等位置資訊正因為有上述性質，故持續地取得、累積位置資訊的話，即可能相當程度地暴露個人之日常行動或生活狀況之全貌，故站在保護隱私或個人資訊的觀點，就此等資訊之一般性處理、甚至讓偵查機關取得等等，均逐漸強烈地意識到有必要為適當之規範。

然而，上述從通信終端機器取得位置資訊之情形急速普及，且技術持續進化，實際情形往往難以掌握，因此對於對象者（譯按，即被暴露位置資訊之人）之隱私乃至個人資訊之影響，特別是與埋伏、跟監等傳統之偵查手法相比，在質、量上是否有明顯不同？每個人之認知、評價均有不同，因此，應該如何對此加以規範？即呈現見解互異，且浮動之狀況。

例如現今之美國，問題之角度在於此種位置資訊是否屬於聯邦憲法所保障之「不受不合理之搜索、扣押之權利」[8]之範圍（且亦受到相當數量之州憲法上權利所保障），故偵查機關所為之探知該當於「搜索」，原則上需有法官之令狀？關於此點，針對在對象者所有之物品上裝置發報器，由偵查人員確認發報器訊號接收位置以追蹤之手法，1980 年代之判例認為，（Ⅰ）在公用道路上駕乘車輛之人，關於其行進路線與到達地點等，均暴露在他人視線之下，故不能謂仍可以保持上述憲法權利保障的保護法益，亦即「合理隱私期待」（以下稱為「REP」[9]），所以偵查機關取得此等資訊自不該當於「搜索」（後述 B-①[10]），但（II）如果對象物品等係在住宅內等可以保持 REP 之場所，仍以上述方法探知者，即該當於「搜索」（B-②[11]），故經由 GPS 機器而取得位置資訊，一開始，亦多認為應為同樣之解釋。

然而，2010 年之哥倫比亞特區聯邦上訴法院援用了「馬賽克[12]理論」（此見解認為看來個別而無價值之資訊，累積且相互關連起來成為一個整體後，即具有重要之意義），認為即使是在公用道路上之行動，藉由 GPS 長期間之監視，將會造成對象者不期待為人知悉的習性癖好，或參加宗教上、政治上及其他之各式活動、群體等等私人事物均會暴露於外，因而有害於 REP，故該當於「搜索」。此一全新的看法（以下稱為「馬賽克理論說」）（B-③[13]），作為一個配合「大數據時代」而出現的激進觀點轉換，此說引起了巨大的迴響。但是，一般而言，不知道是不是此種看法仍屬新奇，並未成為共通的見解，最終審之聯邦最高法院毋寧是回到了將上述權利保障理解為是為了「保護財產」此種傳統之見解，改為著眼於在對象車輛上裝置 GPS 機器之行為這一點，認為此不外乎是為了取得資訊而「對於（私人）財產之物理性侵入」，從而認為該當於「搜索」（B-④[14]）。

若依照上開 B-④之看法，若未伴隨有在對象者之所有物上裝置機器之要素，即藉由電子機器進行監視或取得位置資訊者，可能被解釋為不該當於「搜索」。然而，對此，聯邦最高法院內部亦有 4 位法官認為《藉由 GPS 進行長期間監視之情形，乃遠遠超越人們預期範圍之隱私侵害，違反 REP，故該當於「搜索」》，另 1 位法官更進一步認為《不僅於此，即使是短期間藉由 GPS 監視，有鑑於偵查機關可以輕易且有效率地大量取得個人之私領域資訊，而可能任意加以利用，且係秘密進行，而屬可能無法對於偵查機關之濫用進行控制之偵查手法，故援用傳統之判斷方法並不適當》，暗示要採納馬賽克理論說，若依此，或可認為有對於上述取得位置資訊之行為肯定該當於搜索之意。但另一方面，上述馬賽克理論說有後述理論上、實際上之重大瑕疵存在，故反對意見亦不在少數，故現狀乃是，各法院之判斷仍屬分歧兩端。

更何況，美國憲法對於「通訊之秘密」並未特設明文保障，針對個別通訊之內容以外之外部性資訊[15]，採取只要進行通訊之人任意向第三人（通訊業者）揭露，即不能認為仍保持 REP，故憲法上之保護即不及之的見解；故有法院採取偵查機關向通訊業者索取基地資訊等保存資料，並不該當於「搜索」之解釋；但亦有法院認為事後取得長期間之位置資訊等資料，等同於即時繼續取得之情形，而認為該當於搜索，故關於此點，亦呈現出混亂的樣貌（C-⑦[16]參照）。

（3）至於我國（譯按：日本），憲法第 21 條[17]或電氣通訊事業法等均保障「通訊之秘密」，且一般解為不僅是個別通訊之內容，也包含通聯紀錄或與通訊當事人有關之資訊在內。電信業者若未得到本人之承諾，即將上開資訊提供給偵查機關，除非係為了反查（逆向追查）擄人勒贖之威脅電話，或有違法阻卻事由外，認為僅限於依法官之令狀的情形才可以進行。1998 年制定之郵政省（現改制為總務省）「關於電訊事業之個人資訊保護指引」中，針對可移動機器的持有人之位置資料之處理進行規範時，不僅將基地資訊等視為「通訊秘密」而加以保護，即使是不屬於此範圍之位置登錄資訊，亦以此係隱私權中有高度保護必要性、且屬於與通訊有密接關係之事項為由，除了上述反查等場合以外，僅限於依法官之令狀之情形，方能提供給偵查機關（11 條 1 項【現為 26 條 1 項】）。甚且，對於不以通訊服務之提供為必要的 GPS 位置資訊，在之後的修正中，亦增列了電信業者若未基於使用者之意思，原則上即不能取得，縱使係受到偵查機關之要求，亦僅限於依法官令狀之情形，方能取得位置資訊的規定（26 條 3 項）。

從而，警方在實務上的運用方式，基本上係遵循上開指引，在取得法官之勘驗令狀，且得到電信業者協助之範圍內，獲取位置資訊之提供。

相對於此，偵查機關不透過電信業者，自行在對象車輛上裝置 GPS 機器而取得位置資訊之情形，應從何處探求其權源？即會被直接了當地提出質問。

關於此點，警方認為 GPS 偵查應定位為基於刑事訴訟法第 197 條第 1 項本文[18]，故無須法官令狀的任意處分，如本件此種連續竊盜等一定犯罪之偵查，「有鑑於犯罪之嫌疑、危險性甚高，而屬於應儘速查獲犯罪嫌疑人之情形，且以其他之偵查手法來進行對象之跟蹤亦有其困難性等……故特別有其必要性」，此時即可使用此種手法（依後述下級審判例等為依據）。相對於此，論者批評，應認為此種手法業已該當於強制處分，而主張（I）視為勘驗等既有之強制處分，若無法官之令狀即不得為之，或主張（II）既有之強制處分均不符合，除非以立法方式新設一個適當之處分型態，否

（文轉三版）

註釋

8 美國聯邦憲法第四修正案。

9 即合理隱私期待之英文 Reasonable Expectation of Privacy 之簡稱。

10 United States v. Knotts, 460 U.S. 276(1983).

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

12 即 mosaic，指以小石塊或有色玻璃碎片鑲嵌組合而成圖樣之裝飾美術技法，又稱為鑲嵌藝術。

13 United States v. Maynard, 615 F.3d 544 (D.C. Cir. 2010).

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

15 例如通訊位置資訊（基地台位置）。

16 E. Lode. Validity of Use Cellular Telephone or Tower to Track Prospective, Real Time, or Historical Position of Phone Under Fourth Amendment, 92 A.L.R. Fed.2d 1(2017).

17 日本國憲法第 21 條第 2 項後段規定「通訊之秘密，不得侵害」。

18 日本刑事訴訟法第 197 條第 1 項但書規定：

（文接二版）

則即不應准許。且此一爭點，業已被帶進各地之法院裡。

2. 下級審法院裁判例・學說之狀況

（1）對此，下級審法院之判斷，可分為 GPS 偵查係屬任意處分，及 GPS 偵查係屬強制處分兩種見解。

作為採取任意處分說之見解，例如高等法院裁判例 A-⑦[19]等見解認為《通常，車輛暴露在公眾之眼前而受到觀察這件事情，乃是必須容忍的，所以其位置資訊，基本上並沒有不為第三人知悉的合理期待之性質，故其保護必要不高，至少作為補充偵查人員之跟蹤而取得位置資訊者，並不該當於強制處分》，在地方法院之層級，如 A-⑨[20]、A-12[21]則以取得之資訊有限、且未必正確，故侵害隱私之程度並非重大，或認為此不過係跟監之補助手段為理由，否定 GPS 偵查之強制處分性格。另有以後述之二分說的解釋為前提，就該案件以同樣之理由認為係屬任意處分之 A-13[22]裁判例。

相對於此，作為採取強制處分說者，並使用馬賽克理論說而肯定 GPS 偵查之強制處分性格的高等法院裁判例 A-⑥[23]則認為《GPS 偵查在性質上，乃係在對象者未意識到之期間，不僅是以簡單、低成本之方式，長期間、能隨時取得相對正確之位置資訊，並且透過其結果之紀錄、分析，即可能全面明瞭對象者之交友關係、宗教、思想、信念、嗜好等個人資訊，視其使用方式，是有嚴重侵害對象者隱私之危險性的手法；本案之 GPS 偵查亦係沒有預定結束期間、長期間漫然地進行，且獲得通訊業者之同意而保存位置資訊檢索之結果，偵查機關可以取得上述結果，故上述危險性業已相當程度之現實化》，此外，在地方法院之層級，A-⑩[24]、A-14[25]亦採取類似之看法。如前所述，將重點放在《既然有可能取得對象者位在高度隱私保障合理期待之空間的位置資訊，故內在地、必然地伴隨著嚴重之隱私侵害》的有本件第一審裁定，以及併採上述二種看法之 A-11[26]裁判例。

此等採取強制處分說之裁判例，似乎均認為 GPS 偵查具有勘驗之性質，故只要取得勘驗令狀即可實施，但 A-⑥之裁判例則認為這樣仍然有問題，而強調應該檢討採取適當之立法措施。

（2）在學說上，基本上亦可區分為任意處分說及強制處分說（C-③～⑥[27]參照）。

其中有關任意處分說之論據，大致上與前述裁判例相同。但亦有採取「二分說」，而認為 GPS 偵查若作為跟監之補助手段，僅止於片段地取得位置資訊者，可以容認其為任意處分，但如果是將對象者之行動全面地、持續地掌握之情形，即該當於強制處分。

另一方面，強制處分說大致上可以認為是依循馬賽克理論說的看法。但針對可否援用現行刑事訴訟法既有之強制處分來實施？則可區分為肯定說與否定說之不同意見（此外，亦有認為姑且不問取得位置資訊之本身是否具有強制處分性格，但重視如果大量累積，將對象者之私生活相關之資訊合併、收集，並在本人無法控制之情形下，本於各種目的加以利用所產生之危險及萎縮作用，而認為應該立法規制一視論者而異，亦有主張應進一步回溯到取得位置資訊之階段一的見解）。

3. GPS偵查之強制處分性格

（1）在前述狀況之下，儘管對於案件本身之解決並無必要，但日本最高裁判所仍將本案交由大法庭處理，並以全員一致之結論，而作出可說是少見的回應：（A）確認 GPS 偵查該當於強制處分，並以此為前提，（B）認為無法藉由解釋、運用現行法來處理 GPS 偵查之適法性，而強烈勸說應以立法方式來對應。從下級審見解莫衷一是，因此有認為實務界業已陷於一種閉塞狀態來看，若由司法機關迅速表示統一且明確之見解，非但可以解除現有之混亂，且從偵查機關最近有取得勘驗令狀以進行 GPS 偵查之動向來看，因其適法性在訴訟上仍受爭執，為防止產生新的混亂於未然，故上述判決，可謂最高裁判所毅然決然態度之展現。

問題是，上述大法庭見解之內容是否正當？且包含類似之偵查手法之處置等相關問題在內，今後之法律解釋、運用，甚至在立法上，又提出了怎麼樣的指引或暗示呢？

（2）首先，如果從前述（A）來看，刑事訴訟法第 197 條第 1 項但書所謂是否該當於強制處分之判斷基準，判例 A-①[28]實際上提出了（I）「個人之意思受到壓制」及（II）「身體、住居、財產等受到制約」等 2 個要件，其中關於（I）之要件，至少憲法上所保障之重要權利、利益受到實質上侵害的情形，該當於此要件，並無異論；但關於（I）之要件，是否如文義所示，必須現實上壓制對方之反對意思為限？還是只要可以合理地推認有違反當事人之意思或默示之意思之情形亦屬之？學說上仍有爭議，但 A-③[29]、A-⑤[30]判例針對並未伴隨有現實地壓制反對意思之電話監聽、包裹之 X 光檢查等，均認為該當於強制處分。

本判決亦援用（因案情不同，故採取了「參照」的形式）前述判例 A-①的基本判斷結構，且明確立於「足以合理地推認違反個人意思」之情形亦滿足前揭（I）之要件的解釋為前提，認為 GPS 偵查乃是「壓制個人意思而侵害憲法保障之重要法律利益」，故肯認其強制處分性格。

（3）此一見解實質上重要的是，是否伴隨有此處所謂「憲法保障之重要法律利益」之侵害？就此點，本判決回到憲法第 35 條[31]之保障而立論，但並未拘泥於規定之「住居、書類及持有物品」文義之形式，而採取實質性解釋，認為其保障對象包含「性質上相近之私人領域」不受「侵入」之權利，以此檢討 GPS 偵查是否侵害此等權利之探討方法。

上述對於憲法第 35 條文義射程之實質性解釋，有關對於隱私或通訊、資訊等無形之價值或法益所為「非物理性」之侵害，迄今為止，是圍繞在特定通訊監察對象之討論為前提（C-②[32]第 13 頁以下參照），A-③、A-⑤判例亦隱含有此一含意，但最高裁判所從正面明確宣示採行此種實質性解釋，對於今後憲法第 35 條之令狀主義保障之討論方向，應認為具有相當之意義存在。

（4）（a）問題是，本件 GPS 偵查之情形，何者可謂此處所謂之「私人領域」？怎麼樣的行為或作用可以判定是侵害私人領域？尤其是，與目前一般被視為任意處分而被容許之跟蹤、對於在公用道路等公共場所活動者攝影（A-④[33]）等相比，在哪些方面可以說有意義的差異存在？誠屬重點所在。

本判決認為，GPS 偵查（I）（α）「性質上，並不僅限於公用道路上，亦包含涉及個人隱私應受強烈保護之場所或空間，而對於對象車輛及其使用者之所在及移動狀況，均可能逐一掌握」，（β）「伴隨著必然持續地、全面地掌握個人行動之性質，故可能侵害個人之隱私」，且（II）「將此等可能為上述侵害之機器，偷偷裝置於個人物品以進行 GPS 偵查」之點，與前述傳統手法並不相同，（III）故可認為是「伴隨有公權力侵入私人領域之情」，從而（IV）「此種將可能侵害個人隱私之機器偷偷裝置於私人物品，可合理推論係違反個人意思而侵入私人領域之偵查手法」，故應認為該當於強制處分。

從文義來看，前述（III）及（IV）所謂「私人領域」究何所指？初步來看雖不清楚，倘若這是指安裝有 GPS 機器之「私人所有物品」（以本件而言，乃是 X 等人之汽車），從而，所謂「侵入」乃指機器之「安裝」，則似無如前述（3）一般，特意主張憲法第 35 條之保障對象不僅限於「所有物品」等對象，而解釋其保障對象包含「性質上相近之私人領域」之必要，換言之，上述（I）即成為無意義之說明。即使從實質來考量，案情之本質的（I）很明顯地是指隱私侵害，但特意將安裝 GPS 機器在所有物品這件事，認為是對於「私人領域」之「侵入」，即與前述 B-④[34]判例一樣，無法迴避誤判案情輕重之批評。故本判決似乎並非立於此種觀點。

（下期待續）

（作者為日本早稻田大學教授
譯者為臺灣高等法院法官）

註釋

關於偵查，為了達成其目的，得為必要之調查。

19 廣島高等裁判所平成 28 年 7 月 21 日判決，判例秘書 L07120375。

20 大阪地方裁判所平成 27.1.27 裁定，判例時報 2288 號 134 頁。

21 廣島地方裁判所福山支部平成 28.2.16 判決，（2016）WLJPCA02166006。

22 福井地方裁判所平成 28.12.6 判決，LEX/DB 25544761。

23 名古屋高等裁判所平成 28.6.29 判決，判例時報 2307 號 129 頁。

24 名古屋地方裁判所平成 27.12.24 判決，判例時報 2307 號 136 頁。

25 東京地方裁判所立川支部平成 28.12.22 裁定，LEX/DB 25544851。

26 水戶地方裁判所平成 28.1.22 裁定（未登載於判例集）。

27 ③特集「監視型捜査とその規律」刑法雜誌 55 卷 3 號 391 頁以下，④特集「捜査における位置情報の取得」刑事法ジャーナル 48 卷 30 頁以下，⑤特集「GPS 置による動静監視」季刊刑事弁護 89 號 92 頁以下，⑥上述③～⑤所引用之各文獻。

28 同註 6。

29 最高裁判所第三小法庭平成 11.12.16 裁定，刑集 53 卷 9 號 1327 頁。

30 最高裁判所第三小法庭平成 21.9.28 裁定，刑集 63 卷 7 號 868 頁。

31 日本國憲法第 35 條第 1 項：無論何人，就其住居、書類及所有物品，不受侵入、搜索及扣押之權利，除第 33 條之情形外，非有基於正當理由所核發、且明示搜索場所及扣押物之令狀，不得侵害。

32 井上正仁，捜査手段としての通話・会話の傍受，1997 年。

33 最高裁判所第二小法庭平成 20.4.15 裁定，刑集 62 卷 5 號 1398 頁。

34 同註 14。