（文接二版）

GPS偵查

作者／井上 正仁　譯者／張永宏

下

（b）如果是這樣，（III）及（IV）所謂「私人領域」，實質上來看，可能可以認為就是（I）所謂之「隱私」，從上述（I）（β）之文義來看，「持續地、全面地掌握個人行動」一般而言，亦非不能視為「侵入」憲法第 35 條所保障之「私人領域」。但在此之前，特別是（α）指出了可能「包含涉及個人隱私應受強烈保護之場所或空間……所在及移動狀況均能逐一掌握」之偵查手法，（β）若徹底地承受此一看法的話，從整體而言，無寧說關於「個人隱私應受強烈保護之場所或空間」（以下稱為「強烈保護之隱私空間」）之位置資訊之取得，乃是該隱私侵害之核心位置，然案件之性質上，在準備取得上開位置資訊的時點上，尚無法區別是否屬於此等資訊，故如此一來，恐怕往往會被理解為要等到位置資訊逐一地取得，而得以持續地、全面地掌握對象者之行動，才能將之視為侵害隱私之問題。

關於此點，來自美國的馬賽克理論說認為，即使所取得之位置資訊均為對象者在公用道路上之所在位置，但經過長期間以電子機器更有效率地取得相當數量之資訊者，亦屬對於對象者隱私之重大侵害。但對於此一見解，即使在美國，亦有如下強烈之批判：①偵查人員不斷地進行監視或跟蹤，相當程度上、或者說可以更直接認知到對象者與誰見面、做了什麼事情的手法，無寧是更可以暴露對象者的私人事務，故與 GPS 偵查間並不能說有質上面的差異，反過來說，如果認為監視或跟監此種偵查的常見手法也有問題，顯然並不妥當；②需要持續多久的時間來取得位置資訊、達到多少的量才能夠完成「馬賽克圖樣」？此一見解運用上並不明確，故實際上適用有其困難（C-⑧[35]參照）。至少在我國，此種見解不能說是通說，本判決雖然顧慮到公權力對於個人資訊之大量取得之危險性，但藉由將討論核心放在有關於強烈保護之隱私空間之隱私侵害，可以推知其有與過去之偵查手法進行差別化處置，以導出 GPS 偵查之強制處分性格。

（C）然而，即使如此理解，仍然會有下列疑問存在，亦即在最高裁判所在提及（I）之後，為何還要特別註記（II）及（IV）之「此等將可能侵害（個人隱私）之機器偷偷裝置於私人物品」？

其中一個可能之理由，或許是如本件之 GPS 偵查所取得者，幾乎都是對象者在公用道路上之位置資訊，故僅以（I）之要素尚不能認為已經侵害憲法上保障之重要權利[36]，還要加上（II）之要素才足夠。但（II）所產生之法益侵害與（I）之隱私侵害乃是各自獨立的，如果說要將之合併計算，才能說是達到「侵害重要的權利」的程度，實在過於粗糙。況且，即使是用了（II）的方法、態樣，也不能認為（I）之隱私侵害比起其他偵查方法、態樣就變得更嚴重，故難以認為本判決是本於這樣的想法。

本文認為，無寧說（II）乃是以前述（b）之相關解釋為前提，若將二者合併起來考慮，將可能造成所謂「隱私侵害」之機器偷偷安裝在對象者之所有物品上，只要在機器正常運作，偵查機關可以視其需要，隨時取得不知情之對象者與其所有物品一起移動—往往會涉及到強烈保護之隱私空間—時之位置資訊，如此狀態本身，性質上不外係屬著手於「侵入」「私人領域」之處分。上述（IV）即係表達此一旨趣，至少對於筆者而言，此一解釋方式才可以。

以此種方式解釋時，即使是前述二分說所說的「跟監的補助手段[37]」，但只要造成上述狀態，亦仍屬強制處分[38]。

4. 以現行之強制處分實施之可能性[39]

（1）接下來，最高裁判所判決在確認 GPS 偵查該當於強制處分後，認為「一般而言，亦難認為有與現行犯逮捕等無須令狀之處分同等看待之情形存在，故應解為若無令狀即不得進行之處分」，文義雖未必易於理解，但應係僅在確認於 GPS 偵查之情形，一般而言難以認為存在有足以比擬現行法中容許無令狀強制處分正當化「無必要以令狀為之」的事由（例如「現行犯逮捕之情形之犯罪、犯人之明白性、應即時逮捕之緊急必要性」），故即使對於憲法、刑事訴訟法之相關規定為如何寬鬆之解釋（C-①[40]15-17 頁、76 頁參照），屬於強制處分之 GPS 偵查亦無容許以無令狀方式行之的餘地。

（2）在此前提下，本判決進一步認為，承認以勘驗等依法官之令狀得以進行之現有強制處分來進行 GPS 偵查，亦有疑義。其理由之一，乃因 GPS 偵查具有「藉由在對象車輛上裝置 GPS 機器以進行對象車輛及其使用者所在位置之檢索」這一點，乃具有勘驗所無法涵括之性質。

若認為裝置機器此等物權上之侵害，在一般勘驗之情形亦得為之，且與文章後面所提到的「搜索許可狀」合併起來考量的話，如同本件第一審判決一般，將偵查人員以視覺確認在行動電話等畫面上顯示之對象車輛位置，認為係屬勘驗，但在此之前的階段，有關藉由 GPS 機器搜尋該車輛之位置後，並使之在上述畫面上顯示者—可以認為是屬於「為了勘驗而進行之搜索」—是否亦能認為屬於既有之勘驗的範圍內？實非無疑問。關於此點，容許以勘驗方式來進行電話監聽的 A-③[41]判例，認為從包含不少無關部分的通話中篩選出特定電話，此種與專門以對象機器測定而取得特定時點之位置資訊，再藉由與該機器之無線電交換而取得之 GPS 偵查相較，有更多「搜索」性格的行為，都容許視為勘驗之「必要處分」，GPS 偵查當然也可以用現有的搜索、勘驗來進行，但此一解釋顯屬不當（C-②[42] 97 頁以下參照）。故本判決實質上來說，也許是要改正這樣的不當解釋方式。

然而，如果反面考量的話，在 GPS 偵查中真正想要瞭解的，不外乎是對象車輛的位置或移動狀況，故其位置或移動狀況才是應該勘驗的事項，上述搜尋行為，定位為乃是以機器作為輔助手段以辨識此種勘驗程序之前半段（裝置機器則是為了達成之「必要處分」），無寧說，才是能夠正確地掌握案件之本質，且為可能之解釋吧。

（3）（a）然而，真正成為問題的，不僅在於被搜尋對象車輛之位置實際上是否與該案件之偵查有關。如果如前所述，對於憲法第 35 條為實質性解釋，對於隱私或資訊等無形物進行勘驗等強制處分，亦應受該條之規範，則需有進行此等行為之「正當理由」—亦即應勘驗或搜尋之事項被認為具有上述之關連性—，此等「正當理由」應事先經由法官確認，且必須於令狀中特定經確認事項之範圍。本判決認為 GPS 偵查無法允許以現有之強制處分進行，還有一個理由，即在於 GPS 偵查藉由檢索對象車輛之所在，必然伴隨有持續地、全面地掌握使用者行動之性質，「僅僅特定應裝置 GPS 之（對象）車輛及罪名，仍無法抑制對於無關之使用者行動過剩的掌握」，故仍有無法滿足由法官審查令狀聲請之立法宗旨的危險，但這真的是問題嗎？

誠然，刑事訴訟法之規定中，為進行勘驗或搜索、扣押之令狀，其必要記載之事項，限於「罪名」、處分對象之「場所」、「身體」、「物」等（第 219 條第 1 項），如果逕自援用以允許 GPS 偵查的話，本判決所指摘之危險恐怕的確會出現。然而，如果立於前述憲法第 35 條實質解釋之前提下，令狀處分對象之記載，並無限於有形之「場所」或「物」之理由，無寧說，應切合實質之需要。現在，一如 A-③[43]案中所看到的，電話監聽等情

（文轉三版）

註釋

35 D. Gray and D. K. Citron, A Shattered Looking Glass, 14 N.C.L. & TECH. 381 (2013).

36 即「私人領域不受侵入之權利」。

37 二分說認為僅屬任意處分。

38 最高裁判所調查官伊藤雅人、石田寿一針對本件最高裁判所判決所作的解說認為「二分說」的區別標準不明確，恐將取決於偵查機關之主觀判斷，亦即偵查機關聲請令狀者為強制處分、不聲請令狀者即非強制處分，故本件最高裁判所判決並不採之。見伊藤雅人、石田寿一，時の判例，ジュリスト，1507 号，2017 年 6 月，頁 110。

39 本件日本最高裁判所判決中，岡部喜代子、大谷剛彦、池上政幸法官即對於「以現行之強制處分實施GPS偵查之可能性」有不同之看法，其等雖然贊同多數意見認為應以立法方式解決 GPS 偵查的基本態度，但在立法完成之前，認為針對極為重大之犯罪，有持續、全面掌握對象車輛之使用者行動之高度必要性時，經過法院在令狀審查時充分考量本判決所示各項事項後，並非不得在極端例外之情況下，援用現行法發給令狀。

40 同註 32。

41 同註 29。

42 同註 32。

43 同註 29。

44 同註 32。

45 同註 29。

46 最高裁判所第一小法庭昭和 55.10.23 裁

（文接上期）

形，在勘驗令狀中，已經有將應勘驗之事項以「勘驗內容」的方式來加以特定後記載之運用方式。而且，上述 A-③案，針對上述應勘驗之「場所」或「物」之記載，亦藉由限定應監聽之通話、監聽對象之電話線路、勘驗之實施方法、場所、期間等方式。而可能相當程度地滿足特定強制處分對象之要求。通信監察法中，更具體化、精密化地規定了必要之記載事項。

從而，應認為 GPS 偵查亦須基於一定之事實根據，認為或有相當理由確信特定之人、車輛之位置資訊、移動狀況與犯罪嫌疑事實有關連性，於此情形藉由限定期間或時段、場所之範圍、實施方法等方式，同等程度地特定其處分對象，以抑制「過剩的」取得無關之位置資訊。

（b）本件判決，並未完全否定上述可能性。然而，最高裁判所更進一步認為，GPS 偵查之情形無法預想可以事前提示令狀，且無法確保在結構上有足以代替之而擔保「程序之公正」的手段，故從正當程序之保障之觀點，亦有問題。

關於此點，通信監察等在處分對象不知情之情形下進行處分者，雖有認為為了滿足對於該處分對象之正當程序保障（憲法第 31 條）要求，最低限度至少應有事後之通知及異議之機會（C-② [44] 100 頁以下，A-③ [45] 有反對意見），但 A-③認為只要法官發給令狀之際，附加「（監聽時）有第三人在場，且應採取儘速遮斷認為非屬對象之通話內容之監聽」之條件，則事後通知或給予異議之機會未必是不可欠缺之要件。實際上，實施電信監察時，電訊業者亦為處分對象，故可以事先提示令狀再予實施，雖然從通信當事人之權利保護此點來看，保障並不充分，但擔保程序之公正本身而言，應認為可以如此為之。相對於此，因為偵查機關獨自進行之 GPS 偵查欠缺了上述要素（譯按：即向通訊業者提示令狀），情形有所不同，雖然說論理上未必能說是完全相互矛盾，但本判決以「無法確保在結構上」有此等擔保手段，作為 GPS 不得以現行之強制處分來進行之消極理由，實質上來看，即表現出基本看法的改變。

（C）本判決在此前提下，更認為，為了解決現行法之強制處分架構內之上述 2 個問題，認為如果允許在令狀中附加各式各樣的限制條件後准許處分，並由負責審查令狀聲請之法官依個案情形進行判斷，如果沒有「在各式各樣的選項中選擇確實之條件」就不可能准許之強制處分，即不能認為仍然符合刑事訴訟法第 197 條第 1 項但書「強制處分，若無法律有特別規定者，不得為之」規定之旨趣。

目前為止，除了 A-③以外，允許以搜索、扣押方式進行強制採尿之 A-② [46] 等判例認為，雖然在刑事訴訟法之法規上，並無得於令狀上附加條件之規定存在，但仍應容許負責審查令狀聲請之法官附加限制性條件，而准許依循該條件而進行之強制處分；相對於此，學說之中，固有此舉不啻法院立法創設新的強制處分之批判。但如果視此為原本即在此一限制之範圍內，該等處分始有進行之權限，上述限制性條件不過是將之明確化而已，則此不過是法律解釋範圍之事情，至於本判決，恐怕也不是採取上述「法官造法」此種批判論的看法。

無寧說，對於同樣有必要附加各式各樣要件或程序上限制之「監聽」，上述 A-③判例認為，只要附加了此等條件，即可以既有之勘驗令狀來進行監聽，為何本判決針對 GPS 偵查，卻認為無法採取同樣的方法來解決問題？如果從稍微不同之觀點來思考，A-③判例出現的時期，通訊監察法業已制定，並就通訊監察之要件、程序，以及事後通知、異議方法等均有詳細規定，並於約 8 個月後即將施行，實際上難以想像偵查機關會刻意以勘驗來進行監聽，故可以認為 A-③於該案件中—以幾乎是依循上述立法旨趣而記載之勘驗令狀—不過是對於已經實施之電話監聽，在既有之法律解釋容許之限度內，進行追認之動作而已。相對於此，本件乃是沒有令狀即進行 GPS 偵查之案件，因此上面所述，均為假設之判斷。如果宣稱只要在令狀上加上了適當之條件，即可以既有之令狀來實施 GPS 偵查的話，今後的令狀實務上，在各種選項之中應該附加哪些條件，恐將隨著個案不同、受理聲請令狀之法官不同，而有不同之判斷，恐有造成偵查實務嚴重混亂之虞。因此，或可推測最高裁判所認為，若 GPS 偵查確有其必要，藉由立法臚列周全齊一且明確之要件及程序後方始准許進行 GPS 偵查，或可使上述無益的混亂不致產生。

誠然，上述防止混亂亦為強制處分法定主義的其中一個重要意義（C-① [47] 29 頁參照），如果本判決所謂「刑事訴訟法第 197 條第 1 項但書之旨趣」即此之謂，實質上來說，最高裁判所作為司法機關之高度，實值肯定。

（4）但是，本判決雖然認為以既有之強制處分來認可進行 GPS 偵查仍有疑義，但亦未斷言完全不可能。因此，在既存之法規之下是否且如何仍然存有可能性即成為問題，然而，偵查實務或令狀實務，在最高裁判所表明強烈疑問，且亦無明確的解決線索的情形下，實際上已難以想像仍然會打算以既有之強制處分來實施或許可 GPS 偵查。在此意義下，姑且不問理論如何，除了後述 5（1）（C）之情形外，實際上以既有強制處分行之的可能性已經幾乎不存在了。對於 GPS 偵查而言最重要的，不外是儘速討論立法措施。

5. 從本判決而生的暫時性推論

（1）至少關於如本件之 GPS 偵查，本判決前述判決要旨所述者，其直接射程並不以此為限，自不待言，以上所述筆者之理解若是正確的話，目前可能推論出以下相關之問題。

（a）首先，如果前述 3（4）（b）[48] 可以確認的話，縱使是使用電子機器進行持續性、系統性或廣泛地監視、資訊取得之方法，性質上，僅以監視器專門對於在公用道路上或其他對於不特定多數人開放之場所的人或車輛等之所在或移動狀況等監視，或取得相關之資訊，由於幾乎並無取得「強烈保護之隱私空間」相關資訊之可能性，故應該即不該當於強制處分。

（b）另一方面，如前述 3（4）（c）所述，肯定位置資訊取得之強制處分性的實質性根據，並非在於在對象車輛上裝置 GPS 機器本身之法益侵害性，而是偵查機關逐一取得經常有可能涉及強烈保護之隱私空間的位置資訊，以致可能侵害隱私之狀態。例如，將原本即裝置有 GPS 機器之行動電話或汽車，或得所有人之承諾而裝設 GPS 機器之物品等，在以無法察知的形式交予對象者，並維持同樣的狀態，從交付之時點開始才是強制處分。在理論上應該得到這樣的結論。

此外，偵查機關如果是意外發現對象者使用之行動電話或汽車本來有裝配有 GPS 功能，並藉由電訊業者，而於一定期間持續地取得位置資訊，此種情形，其隱私侵害之性質、程度等並無不同，故自其著手時起，應為相同之處理。

（c）然而，本判決認為有問題的，乃是如前述 3（4）（b）一般 [49] 取得位置資訊，特別是以逐一的「持續地、全面地」掌握「個人之行動」因而侵害隱私的情形。如果是這樣的話，例如擄人勒贖案件中，在放置贖金之皮包等控制下交付之行李內裝置 GPS 機器，然後交給犯罪嫌疑人，於有限之期間內，專門追蹤該犯罪構成物件或被害物品者，或許結論即有不同。然而，相對於此，亦可能有認為上述情形亦可能暴露出該物品存在於某一個人之強烈保護之隱私空間之事實，該事實若屬於私事，仍屬重大之隱私侵害之見解，而為今後必須檢討之論點（關於擄人勒贖之情形，與反查脅迫電話之情形相同，也許也能從別的根據而正當化無令狀之位置資訊取得，此部分值得檢討）。

縱使上述情形該當於強制處分，但亦可能解釋為，只要 GPS 偵查之對象明顯地限定與犯罪嫌疑事實相關之事項，而滿足前述 4（3）（a）[50] 之要求，並採取確保 4（3）（b）[51] 公正性確保之適當措施的話，亦可藉由既有之強制處分而進行 GPS 偵查。

（d）得到電訊業者之同意而事後取得所保存之基地台資訊或位置登錄資訊等，理論上並非無須檢討之問題，此部分留待日後再行檢討。

（2）關於今後之立法，希望能不侷限於 GPS 偵查，而將類似之偵查手法 [52] 都放入考量，廣泛地檢討包含上述各點在內之相關論點，並參考外國之立法例或通訊監察法之規定，以整備足以承載未來技術發展、適切的制度、程序。

（脫稿後，JURIST1507 號「時之判例」欄載有負責執筆本判例之最高裁判所調查官所撰寫之解說 [53]，請一併參照）

（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

定，刑集 34 卷 5 號 300 頁。

47 同註 40。

48 即 GPS 偵查之強制處分性格乃在於「強烈保護之隱私空間之隱私侵害」。

49 即可能侵害強烈保護之隱私空間之 GPS 偵查。

50 即限定 GPS 偵查之期間或時段、場所之範圍、實施方法。

51 即事後通知或給予異議之機會，或附加「第三人在場，且應採取儘速遮斷認為非屬對象之通話內容之監聽」之條件。

52 例如利用空拍機來蒐證。

53 伊藤雅人、石田寿一，時の判例，ジュリスト，1507 号，2017 年 6 月，頁 106 至 115。