

出國報告（出國類別：訪問學者）

偵查中檢察官強制處分權之比較法
研究
—以G P S搜查為中心—

服務機關：新北地方檢察署

姓名職稱：陳漢章檢察官

派赴國家/地區：日本京都大學

出國期間：108年8月21日至109年8月19日

報告日期：109年11月17日

本文摘要

強制處分權的比較此一題目甚廣，本文擬聚焦於強制處分及任意處分的區分問題作為本國及日本刑事訴訟法間的比較對象，並藉由GPS搜查此一議題進行較為具體的比較。日本就檢察官偵查中所為強制處分與任意處分間的界線此一問題長久以來經實務及學說的討論及發展，並已形成大量的學說及實務見解可供參考，但此一部分的問題觀念在國內的學說及實務著墨不多，直到最高法院106年台上字第3788號判決後才有著比較熱烈的討論，這也同時代表著台灣的刑事訴訟法並非沒有如同日本區分任意處分與強制處分的問題，只是發展時間較日本為晚，是有必要借鏡日本就此部分之發展。本文擬先就日本實務及學說上就任意處分與強制處分區之發展及內容予以介紹，之後再藉由日本及我國均曾發生過爭議的GPS搜查問題進行進一步具體的比較，最後就我國對GPS搜查之立法部分提出建議及心得。

目次

壹、前言

貳、任意處分與強制處分之界線

一、區分任意處分與強制處分之差異性

二、日本對於任意處分與強制處分之區別標準

三、日本對於強制處分及任意處分間操作之實務爭議案件介紹

四、我國實務、學說對於強制處分與任意處分間的區分標準

五、偵查實務上對於強制處分與任意處分區分上的困難

參、日本及台灣實務、學說見解對於GPS搜查在該國刑事訴訟法上之定位

一、日本平成29年最高裁大法庭判決

二、日本學界在上開平成29年最院判決出現前對GPS搜查之爭論

- 三、對上開平成 29 年最院大法庭判決日本學界的解釋及看法
- 四、台灣現行實務對於 GPS 定位器使用之看法
- 五、高雄地院 105 年易字第 110 號、高等法院高雄分院 105 年
上易字第 604 號、最高法院 106 年台上字第 3788 號判決對
我國偵查實務之影響

肆、GPS 偵查之立法建議

伍、結語

壹、前言

筆者從事檢察官工作至今已有 8 年，在偵查組的時間佔了其中的 6 年之強，以新北地檢署檢察官平均每位檢察官每年承辦約 1000 件的案件數量來說，6 年時間所累積偵辦案件數的經驗值，使筆者雖不能說是精通，但也對於偵查工作有了一定程度的認識。偵查中的強制處分的實施可說是檢察工作中非常重要的環節，偵查中檢察官對被告、嫌疑人及第三人均時常實以相關的處分行為，而這些處分行為的性質在理論上雖可劃分明確，但實際執行上尤其是非傳統偵查作為的手法，其在刑事訴訟法上處分的定性及界線就會變得相當模糊，這些模糊的區間可說是給予了檢察官、司法警察較寬裕的偵查手段，但這些偵查手段除了遊走於灰色地帶外，有時其性質也有可能一舉偏斜的落入強制處分的範疇而不自知，經典案例就如約莫 10 年前 GPS 定位器（追蹤器）逐漸開始實用於偵查工作時，為了使偵查工作順利進行且減少偵查人力達到更高的辦案效率，許多偵查單位都開始使用裝設 GPS 發射器於嫌疑人、被告的交通工具及物品上，藉此進行對被告、嫌疑人、監控物品的行動軌跡予以追蹤及紀錄，於該時偵查單位雖然隱約有認識此種方式可能會涉及人民隱私權方面的侵害，但為了偵查的效率，總是會自己說服自己 GPS 不過只是代替跟監的手段，屬於任意處分的範圍，而且這種手法其實只要不顯示於起訴的證據資料內，偵查單位究竟是用何種方式進行對被告、嫌疑人的追蹤其實民眾也不得而知，偵查單位在這種默默使用 GPS 偵查手法的情形下終

於在民國 103 年所發生的香菸走私案（下稱私菸案）碰到一鼻子灰，海巡署南區巡防局岸巡大隊王姓士官長因涉嫌偷偷裝設 GPS 追蹤器於被告的貨車的行為甚至被以刑法第 315 條之 1 第 2 款無故以電磁紀錄竊錄他人非公開之活動判處拘役 50 日、緩刑 2 年之刑責，這則判決的出現在當時可說是對於偵查機關們的一記重拳，檢察官、司法警察均紛紛開始認真的找尋 GPS 可能於偵查工作上執行的途徑，從刑事訴訟法、通訊保障及監察法等相關法律中尋找出路，在處處碰壁後最後認命地回歸以立法方式解決，這也就是近來熱議的科技偵查法草案。由此可見，處分性質的認定在偵查中佔有非常重要的地位，一旦處分性質認定的錯誤，不僅該處分行為本身可能涉及違反刑法等法律，因處分行為的違法所產生證據排除、衍生性的證據排除、國家賠償、公務員的懲戒等問題隨之接踵而來，可說對整個刑事案件的走向及其結果至關重大，這也是本篇文章的寫作動機。這種新型態的偵查方式所碰到同樣的問題其實全世界各地都在發生，日本也不例外，而且其目前處境與台灣相當相似，日本在 2017 年 3 月 15 日最高法院大法庭的判決中亦具體定性 GPS 搜查係屬強制處分的範圍，而日本的究竟與我國對於強制處分、任意處分的界線認定有何差異性？就 GPS 搜查兩國的走向何去何從？以下就相關問題進行介紹。

貳、任意處分與強制處分之界線

一、區分任意處分¹與強制處分之差異性

我國與日本對於任意處分與強制處分區分之目的其概念相同，如果偵查行為的性質一但被歸類於強制處分，則該行為將會受到強制處分法定原則、令狀主義（法官保留）之嚴格要求，所以不論在我國或是日本，刑事訴訟之構造內偵查均係以任意處分為原則、強制處分為例外²。不過考量強制處分與任意處分

¹ 任意處分與以下內文所提及任意偵查在本文內均係相同之概念，強制處分與強制偵查亦屬相同意義。

² 日本犯罪搜查規範第 99 條更進一步揭明：「搜查應盡可能的以任意搜查為方法施行。」作為任意搜查為原則之宣誓。

時，要先排除一個情形，就是被處分人同意的情形，只要被處分人有同意，即使是屬於強制處分的行為，即不須受到上開強制處分法定原則、令狀主義之約束。

二、日本對於任意處分與強制處分之區別標準

強制處分與任意處分中間這條「線」要如何劃分呢？在日本法上，我們可以參考有關任意處分與強制處分判斷最為知名之判決——最高裁昭和 51 年 3 月 16 日第三小法庭之判決，該判決所提出對強制處分之定義為：「其內容不限於有形力手段之行使，只要是個人之意思遭壓制、且為了強制達成搜查目的之實現，而對身體、居住、財產等所加之制約行為等，均應以特別規定為根據，無特別規定而容許之則係屬不相當之手段³（下簡稱 51 年判決內容）」，該「特別規定」即係指法律的授權。為了更貼切的了解該判決的意旨，在此簡略地介紹該判決之事實。事實略以：警察對於疑似有酒後不能安全駕駛之被告欲對其進行呼氣檢查，該被告拒絕酒測並欲離去現場時，此時警察為使被告實行酒測，而將被告兩手「抓住」使被告無法離去現場。上開判決認為，該抓住被告雙手之行為雖係有形力之行使，但該行為之目的係為勸使被告進行酒測檢驗，且因程度並非如此的強烈，難認與逮捕或其他強制處分之程度相當，故上開行為解釋上非屬日刑訴法之強制處分，而係任意處分之範疇。此判決顛覆了既有認為有形力行使即屬強制處分之刻板印象，但卻使強制處分與任意處分的界線更加的難以捉摸，以至於日本學說上對於 51 年判決內容之解釋上有所分歧，其中，（1）採取意思壓制說的學者著重於上開 51 年判決的「個人之意思遭壓制」這段文字，認為對處分對象的意思壓制與否是屬於強制處分的判斷標準之一，另一判斷標準即為「對身體、居住、財產等權利的實質侵害」之解釋上廣泛認為及於所有的權利及利益。但此一說法馬上遭受到挑戰，在個人意思遭到壓制

³ 此處，判決原文為「ここにいう強制手段とは、有形力の行使を伴う手段を意味するもので、個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など、特別の根拠規定かなければ許容することか相当でない手段を意味する」。

的條件下，若處分對象不在場時，意思即未遭到壓制，是否當然就落入任意處分的範疇？例如對宅配業者運送過程中的貨物進行 X 光檢查、例如通訊監察，這種雖未得到受處分人同意，但也沒有壓制受處分人的意思，是否即當然屬於任意處分？再者，該說在權利侵害上對於權利範圍的從寬認定，在許多對權利侵害甚輕或對於非屬重要權利、利益侵害的情形下，反而造成了不合理擴張強制處分範圍的情形，從這種判斷的結構上可以清楚認識篩選是否為強制處分行為的判斷標準其實就是「個人之意思遭壓制」，權利侵害此一要件卻無實際篩漏功能。而現在日本學說的有力說及實務所採取的標準，較接近井上正仁教授所提出的見解。(2) 此有力說的提出者井上教授認為，上開 51 年判決內容所示「為了強制達成搜查目的之實現」只是將強制處分換句話說的表現方式、「應以特別規定為根據，無特別規定而容許之則係屬不相當之手段」則為日刑訴法 197 條第 1 項但書所規定之內容，並非判斷標準，真正的判斷基礎應放在「個人之意思遭壓制與否」及「身體、居住、財產等所加之制約行為」這兩部分文句之理解上。而「個人之意思遭壓制與否」此部分並不限於當事人於處分執行當時之反對意思被壓制之情形⁴，例如執行通訊監察、或對被告於宅急便運送途中之物為 X 光檢查⁵等情形（下稱密行性搜查），於執行之對象當事人因不知悉處分之事實，所以無從表示反對，但並不代表當事人的意思並未遭受壓制，此時「個人之意思遭壓制與否」之意涵應解釋為：考量到若本人知悉此事必然反對之情形，則可被合理推認違反當事人之意思而剝奪其重要權利，此與當事人現實上表明反對之意思而仍壓制其意思行使之評價並無不同。所以不論是處分對象之意思明示或默示的違反，都是屬於「個人之意思遭壓制」之情形。而於 51 年判決內所載「身體、居住、財產等所加之制約行為」之解釋，看似只要對於權利與利益的制約，都會落入此一要件檢討之範圍，然有力說認為，考

⁴ 此部分日本學說有認為，對於密行性的處分（處分對象對於處分之存在並不知悉）因不滿足個人意思遭壓制之條件而否定其強制處分之空間。土本武司，犯罪搜查（1978）130 頁。

⁵ 最高裁第三小法廷平成 21 年 9 月 28 日判決。

量到強制處分嚴格的要件及程序，應限於「**重要的權利、利益為實質上的侵害或制約**」之情形始滿足上開要件之條件，而並非對所有的權利或利益與以制約之情形均為落入強制處分的範圍。但其實「重要的權利、利益」到底是什麼？重要與不重要的劃分標準是什麼？什麼是實質上的侵害與制約？其實都是不那麼明確的標準，可能需要由案例的累積以及當時的社會價值觀與以判斷之。而由 51 年判決內之理由可窺知，法院認為警察所使用之手段輕微，是否已經到了對重要權利的實質侵害並非無疑，所以才認定警察之行為並非屬強制處分。這種判斷標準明顯與意思壓制說所著重點相反，也就是說，51 年判決內所提出的「個人意思遭到壓制」此一條件並非真正的判斷重點，重點應著重於是否係對於重要的權利、利益為實質上侵害此一條件。(3) 於上開有力說的基礎上，有論者認為應該給予「個人意思遭到壓制」此一條件一個重要功能，因為在上開所列舉通訊監察等密行性搜查的情形下，只要是對於重要權利、利益的制約，就難以解釋有合理推認不違反當事人意思之空間，此時「個人之意思遭壓制」與接下來所要說明的另一要素「重要的權利、利益為實質上的侵害或制約」即無區別的意義，當然也就喪失了此一判斷條件的重要性。然此處「意思的壓制」若解釋為**被處分者對於該處分可自主的判斷同意與否之情形已被全面否定**之情形，則於面對面執行處分（下稱面對型搜查）之情形，被處分者有自主判斷表示同意之空間時，則不構成強制處分，反之則符合意思壓制之條件。而在密行性搜查之情形，因歸類於被處分者並無自主判斷的可能性，所以一定符合「意思的壓制」這個要件，這樣的解釋也賦予該要件於密行性搜查中即有其獨立於「重要的權利、利益為實質上的侵害或制約」之外判斷之價值⁶，此見解其實並非與有力說對立的新見解，應該理解是對於有力說所闡述的「可被合理推認違反當事人之意思」的進一步具體化認識。其後，日本最高法院平成 29 年 3 月 15 日大法庭判決中，就警察利用 GPS 設備進行所

⁶ 池田公博·井上正仁先生古稀祝賀論文集（有斐閣、2019 年）第 238 頁、239 頁。

在位置掌握之竊盜案件中亦明確表示因屬「被合理推認違反個人之意思」、「對個人之意思予以壓制並對憲法所保障之重要的法利益之侵害」，故評價為強制處分之範疇。此實務見解對即於上開學說內容解釋方式極為相似，被認為是實務對學說見解的回應。此解釋方式亦成為目前日本的通說。

三、日本對於強制處分及任意處分間操作之實務爭議案件介紹與學說討論

偽計搜查，算是強制處分與任意處分判斷的古典問題型態之一，以下就以日本平成 28 年 8 月 23 日東京高等裁判所第 4 刑事部判決內關於偽計搜查的違法性作為討論對象。

- (一) 案件經過：本案是發生在埼玉市內，埼玉縣警員 A 及 B 對該縣內某建設公司作業所內所發生的竊盜案件進行調查，A 與 B 鎖定調查對象係為在荒川河岸地廢水處理設施附近搭帳篷維生的遊民甲，至於為什麼會鎖定是甲？員警是先以平成 17 年 DNA 數據化後並未列入數據庫之對象進行篩選後，再以該縣南部建設公司臨時事務所內曾發生之竊盜案件嫌疑人作為過濾後得到甲有涉案之可能。然該被告甲因有前案在身，所以對警察特別敏感，A 與 B 恐甲對於渠等是員警之身份過於警戒，所以先至荒川河川事務所先取得甲歷年遭國土交通省（相當於我國交通部）開立警告書之資料，再於平成 27 年 1 月 28 日某時，至被告甲居住的帳篷，就被告在該處以遊民身份居住之事實予以問話訪談，並將上開取得之資料給被告甲觀覽。此時，警員 A 未告知（隱匿）其係為採取被告甲之 DNA 為目的，將裝有熱茶之紙杯遞給甲供甲飲用，而甲在飲用熱茶後，自己將該紙杯交還予警員 A 回收。員警 A、B 於取得該廢棄之紙杯後，隨即辦理「領置⁷」手續，並在同月翌（29）日，將該紙杯送往埼玉縣警察本部刑事科學搜查研究所對該紙杯所附著之唾液進行 DNA 型別之鑑定。該 DNA 鑑定之結果，紙杯所附著唾液之 DNA 與竊盜案件中嫌疑犯所遺留於現場之免洗筷上所附著之 DNA 型別一

⁷ 領置係日本刑事訴訟法（下簡稱日刑訴）第 221 條、第 101 條規定之程序，其對象是對被告或其他人所遺留之物；或所有人、占有人、保管人所任意提出之物，其效力相當於我國刑法之扣押。

致。員警基於上開資料以被告甲為對象向法院申請逮捕狀⁸，並於同年2月12日將被告甲逮捕到案後經被告甲之同意再次採取被告甲之口腔黏膜送驗，並作成鑑定書。

(二) 簡述判決內容：

上開判決之結論是對於員警 A、B 取得被告甲 DNA 之手段及過程認定為係屬『強制處分』的範疇，而員警獲取 DNA 樣本之手段因違反強制處分之令狀主義而違法，且該種情形下之紙杯並不符合日刑訴第 221 條、第 101 條所規定「領置」之定義，所以領置手續亦為違法，上開於同年 2 月 12 日對被告甲採取口腔黏膜送驗後所得之鑑定書，係基於違法之搜查方法而生，警察利用違法之方式拘束被告甲之人身自由後對被告採取口腔細胞進行鑑定，其結果亦即鑑定報告書亦帶有違法之性質。在證據能力的考量上，因警察上開搜查行為嚴重違反令狀主義之精神，係屬重大違法，若予以容許作為證據使用，有害於對於將來違法搜查之抑制，故認上開鑑定報告書無證據能力。本件被告之判決結果亦為無罪。

(三) 本案判決爭點眾多，包括(1)本案警察 A、B 所為之偽計搜查，是否係屬「強制處分」之範疇？(2) 本案警察 A、B 所為之偽計搜查是否適法？(3)本案警察所為之留置是否適法？本文僅就上開(1)爭點部分進行討論。

首先，本判決在論述何謂「強制處分」之時，同時也引述了上開最高裁 51 年判決內容，並且採取了上開學說有力說極為類似的判斷邏輯，然其套用事實的過程中認為：「警察所使用的搜查方法係隱藏渠等採取 DNA 之目的，誘使被告使用茶杯喝茶後，被告將使用後欲丟棄之紙杯交予警察回收，而警察卻將該紙杯所留存的 DNA 檢體進行採取」、「本件若被告於當時認識對方為警察的話，就不可能去飲用對方所提供的熱茶，而警察利用了被告的錯誤取得了被告交予警察回收之留有被告 DNA 之紙杯」、「當事人並未認識的情形下進行之搜查行為，考量到

⁸ 此所謂之逮捕狀之性質，若比對我國刑訴法之內容，與刑訴法第 76 條拘提之性質較為相近。但程序與要件差異甚大，依日刑訴第 199 條之規定，逮捕狀採法官保留原則。

若本人知悉此事必然反對之情形，則可被合理推認違反當事人之意思而剝奪其重要權利，此與當事人現實上表明反對之意思而仍壓制其意思行使之評價並無不同⁹。是本件警察之行為，應被認為係與壓制被告之意思而實行相當」、「本件警察想從被告之唾液所取得的，係唾液中所含之 DNA 並對該 DNA 進行 DNA 型別鑑定，此 DNA 與…合計 11 件竊盜案件所遺留之 DNA 型別資料進行比對，此係被告是否係這些竊盜案件犯人之決定性證據」、「含有 DNA 之唾液不為警察隨意採取之利益（作為個人識別資訊之 DNA 型別不為搜查機關濫為知悉之利益），係理解為與強制處分所要求應予保護之重要利益相當」、「基於上開檢討內容，本件的搜查方法應係屬強制處分，在無令狀且無拘束人身自由的情形下，違反被告默示之意思而從被告處取得其唾液，本件警察之行為係屬違法」。然本判決之上開論述其實存在了許多跳躍性的思考。

我們先從被告是否有「個人之意思遭壓制」之情形進行討論。先從最為表面的行為進行探討，被告就其自身使用後的紙杯交與警察回收之行為是否有認識？這答案是肯定的，被告有認識將紙杯交予對方這件事毫無疑問。但被告是否需認識到對方將紙杯回收後的使用目的？此即涉及被告就交予紙杯的動機是否發生錯誤的問題。事實上不論在日本的實務或是學說中，對於此種動機錯誤的情形，並不認為是屬於對於「個人之意思遭壓制」之適例¹⁰，例如釣魚式偵查的例子¹¹，日本最高法院也認為係屬任意搜查的範疇，也就是說，販毒者不需要認識購毒者其實是警察偽裝的，只需認識到其有交付毒品與對方這一行為即可；另一個例子為秘密錄音，此處的秘密錄音可以想為「經對話方之一造同意後之錄音行為」，此處日本「為犯罪搜

⁹ 本段雖於判決內係載明「參照最高裁判所平成 21 年 9 月 28 日第三小法庭判決」，該最高裁判所平成 21 年 9 月 28 日第三小法庭判決係對於警察就被告以宅急便方式寄送之毒品包裹進行 X 光檢查一事是否屬強制處分進行判斷之案件，其內容並未提及上開加黑字體部分，事實上該加黑字體部分與上開註 5 井上教授論文第 11 頁之內容一字不差。

¹⁰ 吉田雅之「警察官が、自己が警察官であることも DNA 採取目的であることも秘して被疑者に手渡した紙コップから DNA センブルを採取した行為は，強制処分に当たるとされた事例」研修雜誌（平成 29.2.第 824 號）第 13 頁至第 37 頁。

¹¹ 最決平成 16 年 7 月 12 日刑集 58 卷 5 號第 333 頁。

查之通信傍受相關法律」法（相當於我國通訊保障及監察法）之立法者解說內，即表明上開「經對話方之一造同意後之錄音行為」並未有侵犯通信之秘密，亦未有違反日本憲法第 21 條第 2 項後段之通信秘密之保障、通信秘密之侵害禁止之規定，是在通話之一方同意之情形下，搜查機關可依日本刑訴法第 197 條第 1 項任意處分之規定，以搜查為目的進行上開通話之監察活動。學說上亦對於「經對話方之一造同意後之錄音行為」多採任意處分說之見解¹²，以上相同屬於「動機錯誤」之情形，不論實務、學說均採站在任意處分這一方，但本判決卻認為此種動機錯誤係應歸類為強制處分，本判決不僅與學術主流見解相悖，其就實務判決間的整合性亦有問題。原本，偵查機關於偵查進行時係以秘密進行為原則，此即為「搜查密行之原則」，如果開門見山的就跟對方說明白搜查的目的，大該只會招致隱密罪證、逃亡等可能無法保全證據及程序之情形，所以一般來說，並不會課與搜查機關告知義務或是說明義務（或稱為錯誤解消之義務），況且此係非供述證據，並未有緘默權告知的問題，說真的要是這種義務存在，那大概案件也都不用了。況且於尚屬流動狀態的偵查狀態中課予偵查機關此一義務亦屬不切實際，因搜查之各階段所想定使用的偵查作為均有不同，到底告知義務之內容要如何判別？是否真的可以合理的區別將來所可能使用之目的及當時所欲使用之目的而進一步進行區分處理？其實都有很大的問題¹³。是偵查對象的動機錯誤實不能直接與「個人之意思遭壓制」畫上等號。

前述將「個人之意思遭壓制」解釋為**是否被處分者對於該處分可自主的判斷同意與否之情形已被全面否定之學說**下，亦認為在此情形不應該直接的否定被告同意的有效性¹⁴，其理由在於上述的「搜查密行之原則」之外，若以被告的「認識」的

¹² 井上正仁「強制搜查と任意捜査」2014年12月20日新版第13頁、三浦守ほか「組織的犯罪対策関連三法の解説」（法曹会）第57頁、松尾浩也監修「条解刑事訴訟法（第4版）」弘文堂第370頁。

¹³ 吉田雅之前掲（註10）第29頁。

¹⁴ 池田公博・井上正仁先生古稀祝賀論文集（有斐閣、2019年）第248頁。

可能性範圍作為同意的範圍，則該範圍即會受到個人之經驗、知識程度等得不同而變動影響處分之性質，此部分在法的安定性上亦有所疑慮。

接下來就「重要的權利、利益為實質上的侵害或制約」此一要件進行檢討。白話來說，本判決其中一項理由認為，因為DNA鑑定在這些竊盜案件中是有罪判決決定性的證據，重要性極高，所以是重要的利益，但權利、利益的重要性真的可以證據證明力的高低來決定嗎？一般來說，是否為重要的權利、利益應該有著一般性、類型性的判斷標準為宜，換句話說，應針對該權利、利益本身的重要性進行論述，其價值應非由個案偵查的過程及目的不同而有所差異，也就是說，如果同樣的案件，DNA鑑定變成不是這麼主要的證據時，還有其他的證據如監視器畫面、證人之證述等足以認定被告有罪之時，此時此權利、利益即不具有重要性，這樣的論述將權利、利益的重要性的認定趨於流動、不確定，實則有礙於重要權利、利益內涵之認定在司法實務上之形成，且亦可能發生同一權利、利益在各個案件中出现不同結論的矛盾結果，實際上等同破壞了此一強制處分認定要件。此外，本判決提出了「含有DNA之唾液不為警察隨意採取之利益（作為個人識別資訊之DNA型別不為搜查機關濫為知悉之利益），係理解為與強制處分所要求應予保護之重要利益相當」此一見解，然在排除上開證據在本案中之重要性此一理由外，該判決並無具體的論述究竟作為個人識別資訊之DNA型別不為搜查機關濫為知悉之利益的重要性在何處。在這裡我們可以參考一件日本最高法院的判決為對照觀察，這則最高法院的判決主要是對於被告丟棄於垃圾收集場所之垃圾是否可以「領置¹⁵」的問題¹⁶進行討論。該案係一強盜殺人案件，被告為強盜而殺害被害人後，取得被害人之金融卡，再利用該金融卡進行提領等行為，警察於調查提款機之監視錄影器檔案後發覺，提領現金之人並非被害人，而係別有他人，後來

¹⁵ 參註7之內容。

¹⁶ 最決平成20年4月15日刑集62卷5號第1398頁。

警察盯上了被告，就在被告與其妻居住的地點附近之垃圾收集場所進行埋伏，將被告所丟棄之垃圾回收後，在其內發現了與上開監視錄影器畫面中提款人穿著相類似的羽絨衣及手錶等物，並將發現的物品進行「領置」。此案件與本案有著 80% 的相似度，被告也沒有想到自己所丟棄的物品是被清潔隊以外之人拿走、而廢棄的垃圾內也涉及了被告個人及其家族的個人隱私權，故辯護人主張偵查機關此一行為係屬強制處分而違法。然日本最高法院最終不採辯護方之意見，而認為上開個人隱私權之部分並非強制處分所應予保護之重要權利、利益，故警察的行為係屬任意偵查。而在垃圾丟棄的案件中，其所謂個人隱私權，也就是足以特定該個人之特徵、行為之資訊，實際上與本案之 DNA 採取相當類似，且兩者均為出於本人之意思脫離本人之占有之隱私權資訊，對於此兩種隱私權之保護期待是否需要差別性的看待並非無疑，故本案就重要權利、利益的論述其實在日本最高法院歷來判決的整合性上也有問題¹⁷。實際上，本案取得 DNA 之過程並未有侵入性及有形力之行使，到底本案就取得 DNA 係屬重要權利、利益之實質侵害之具體理由為何並未有明確論述。

日本在憲法學說上將個人隱私權區分為固有隱私權及外延隱私權，可以將前者理解為隱私權的核心部分、後者為核心以外的部分，兩者的區分在於該個人隱私權的質與量的差異，因質與量的不同，保護的程度亦應有所差異。就個人隱私權的質而言，歷來實務對於指紋及聲紋採取、取得指認照片所為之攝影並非均採取強制處分的立場，而 DNA 採取其實與上開證據的質係相當，在量的方面亦未有達到侵害固有隱私權之程度（僅單次採取，無繼續性、網羅性的搜集），實際上單純地 DNA 採取是否即屬固有隱私權亦即重要之權利、利益之範疇其實仍欠缺有力的論述¹⁸。綜上，本判決中警察搜集 DNA 之行為應屬任意偵查較為妥當。但並非任意偵查即可任意為之，還是要受到

¹⁷ 吉田雅之前揭（註 10）第 32 頁。

¹⁸ 大久保隆志「偽計手段による証拠収集」·法學教室（平成 29 年 11 月第 446 號）第 22 頁。

比例原則的審視。然本案並無明顯違反比例原則之情事，亦無如前一、所述佐賀地唐津支決平成 28 年 6 月 8 日判決內警察不當的主觀意圖，是此部分警察之採證應無違法之問題。由此可知，即使 51 年判決已經出世多年，且學說有力說亦被實務所採納的今天，要正確地區分是強制處分或任意處分，還有許多細部的操作，其實非一件易事。

四、我國實務、學說對於強制處分與任意處分間的區分標準

我國實務似未如日本有對於強制處分及任意處分的區分作出指標性的區分標準的實務見解，讓我們來參考一下最高法院近來有關任意處分及強制處分間認定標準之判決。在 108 年台上字第 839 號刑事判決內有提及及任意處分的概念，然本案實質上並非在探討任意處分，而是針對同意搜索的範圍進行界定，而法院認為同意搜索本質與任意處分相近，所以使用任意處分的概念來解釋同意下的搜索行為，最高法院認為『所謂「任意處分」，是指不使用強制手段，不對受處分人的重要生活權益造成強制性侵害，而由受處分人自願配合所實施的處分。』，在上開定義中其實可以瞭解，實務上在認定任意處分或強制處分的標準仍是沿用一直以來的「強制力」有無的判斷標準，但此處也提到了所侵害的是「重要生活權益」，此一重要生活權益的概念應該可理解為重要的基本權利及利益，最後最高法院所提出的「由受處分人自願配合所實施的處分」此一標準就顯得有點畫蛇添足，或許是因為本案在討論的是同意搜索，所以才在要件內將「自願配合」納入，抑或是可能以此段文字來闡述該行為並不違反被處分人之意思。綜觀此判決對於任意處分的定義，就強制性有無的標準明顯有跟不上時代的嫌疑外，如果任意處分納入上開「自願配合」要件，豈不等於完全消滅任意處分的概念，自願配合如果可與同意劃上等號，則處分變成只有強制處分與受處分人「同意」下的處分 2 種情形？這樣的情形下將大幅限縮偵查可能的作為，像是在公共場合的跟搜與拍照攝影，都絕對屬於被處分人非「自願配合」的情形，難道這種行為都要落入強制處分的範疇？但回到定義觀之，像是跟搜

與拍照攝影等蒐證方式並不具有「強制性」，似乎在上開判斷標準中不應列入強制處分，那到底這樣的行為定義上應該何去何從？所以上開最高法院的判斷標準其實邏輯上有其無法圓滿之處。另外如最院108年度台上字第1004號刑事判決、台灣高等法院107年上訴字第1427號、104年侵上字第16號均是以「是否有強制力的實施」作為任意處分與強制處分的區分標準，比較特別的是106年台上字第3788號判決，本判決即為上開提及的私菸案的第三審判決，判決內就任意處分與強制處分的區分標準有較為明確的定義，判決內容以『又偵查機關所實施之偵查方法，固有「任意偵查」與「強制偵查」之分，其界限在於偵查手段是否有實質侵害或危害個人權利或利益之處分而定。倘有壓制或違反個人之意思，而侵害憲法所保障重要之法律利益時，即屬「強制偵查」，不以使用有形之強制力者為限，亦即縱使無使用有形之強制手段，仍可能實質侵害或危害他人之權利或利益，而屬於強制偵查。』此一判決的認定標準從文字上進行推敲，很明顯就是繼授上開日本學界有力說的見解而來，但此一標準是否為目前實務的通說還需要更多的判決累積才能判斷。

而我國學說傳統的見解與實務傳統見解相同，以「有無使用強制力」來做為任意處分與強制處分的區分，但此一區分標準與日本早期的見解類似，但在新型態的偵查方式出現後面臨無法套用的問題已如前述。翻找許多較為古早的教科書上甚至只列舉刑事訴訟法內已經明文的搜索、扣押、拘提、逮捕、羈押等處分來說明強制處分的性質，這種倒果為因的敘述讓人不禁聯想是否就是這些明文的規定才是叫做強制處分。而近來學說就此部分也逐漸重視，有日派與德派的學者就此部分進行了較為深入的說明，日派見解即與日本學說見解略同，在此就不多贅述。而德派見解則將強制處分行為定義為刑事訴訟法上的基本權干預，在德派學者判斷的模型中，只要是屬於國家與對於人民就刑事訴訟法上的行為，對人民憲法上所保障的基本權予以干預，此時就會進入強制處分的範疇，是較之日本上開有力說

的判斷標準而言，德派的判斷對於任意處分的空間更為狹窄，當然不論任何基本權侵害或侵害之程度都會落入強制處分的判斷標準，對人民基本權的保障絕對是充足的，但在實際的案件偵查上就會給予辦案人員相當程度的限制，若屬輕微侵害基本權的情形如短暫且輕微的肢體接觸、或是上開提及的對於蒐證用的照相及錄影等都必須要有進入強制處分而必須有法律保留、令狀原則的適用，不僅於實務操作上有點不切實際，且現行的立法密度上亦完全不足，在偵查手段不斷與時俱進的今天，每出現一種偵查手法只要涉及基本權干預就得立法管制是否是不可能的任務？

五、偵查實務上對於強制處分與任意處分區分上的困難

從上開區分標準觀之，好像對於強制處分與任意處分的區分是一件很簡單的事，但實際操作並不盡然，尤其隨著科技的日新月異，利用新型態的偵查方式往往難以明確的斷定是否為強制處分或是任意處分，因為其實何謂「重要的權利、利益」、什麼又是「實質的侵害」本身就含有程度的問題，也就是判斷標準其實存在著模糊空間，而實際採取的偵查手段其實也存在難以徹底斷定其性質的變數，例如最近很夯的空拍機搜查，該空拍機的使用本身是否即該需受到強制處分法定主義原則的拘束，若不是一定被禁止，其在一般公共區域的使用與私人領域的使用、使用時間的長短、操作方式的不同、搭載電子器材（鏡頭）功能的不同等是否即有使侵害強度躍升至強制處分領域？又例如 GPS 搜查，即使我國法院已有見解認為 GPS 搜查屬於強制處分，但若是經過租車公司的同意調取被告所使用該租車公司車輛的 GPS 軌跡的情形下，因為被告於簽署車輛租賃契約時即可能同意租車公司對其車輛所在進行追跡，而再經由租車公司的同意後取得被告租用車輛的行車軌跡，這樣雙重的同意是否即可認為是任意處分的範疇？再例如偽計搜查的行使、偵查中照相、攝影器材的使用、E T C 紀錄的調取、道路監視器及車牌辨識系統（如日本的 N system）的資料調取、各種數據庫的建置及 AI 智慧的運用是否均為任意處分的範疇？在

偵查實務上就是處處存在這這種模糊的判斷領域。

參、日本及台灣實務、學說見解對於GPS搜查在該國刑事訴訟法上之定位

任意處分與強制處分的區分在日本實務及學界是討論已久的問題，但在我國的討論度意外的低，一直到了上開私菸案的出現，實務上才有了較為明確的解釋，並開始聚焦眾人目光，又考量目前正值科技偵查法草案提出之際，GPS搜查確實是值得關注的議題，故本文擬聚焦於GPS部分搜查來進行日本、台灣兩國目前實務、學說見解對此問題之整理，對GPS搜查之性質為定義後，在現行法的架構內是否有可行之方案進行討論，最後再提出立法上之建議。

一、日本平成29年最高裁大法庭判決¹⁹

在此一日本最高裁的判決出現以前，其實日本實務就GPS搜查²⁰的性質究竟為強制處分或是任意處分並無固定見解，有實務見解認為GPS搜查屬於任意處分²¹，亦有見解認為GPS搜查係屬強制處分，但無「檢証」令狀而執行GPS搜查係屬違法的見解²²，反面解釋這則判決，似乎是認為GPS搜查可以日本刑事訴訟法的「檢証」²³作為法律依據進行令狀的申請，不過GPS搜查的性質、法律保留之依據等一直缺乏日本最高裁的判斷。

接下來先簡要介紹平成29年3月15日最高裁判決（下稱平成29年判決）之事實。本案係集團性的汽車竊盜案件，因日本警方懷疑被告X涉入該集團性汽車竊盜案，所以使用了GPS追蹤器並陸續加裝於與被告X、其女友及其他正犯有關的19台的汽車上，再利用民間企業的GPS服務，接收該GPS追

¹⁹ 最大判平成 29.3.15 刑集 71 卷 3 號第 279 頁。

²⁰ GPS 搜查為日文的概念，與下文內容中所提及 GPS 偵查為同一概念。

²¹ 廣島高裁平成 28.7.21 (LEX/DB25543571)、大阪地決平成 27.1.6(LEX/DB 25544761)、広島地福山支判平成 28.2.16(前記広島高裁第一審，公刊物未登載)、福井地判平成 28.12.6(LEX/DB 25544761)

²² 名古屋高裁平成 28.6.29(LEX/DB25543439)、名古屋地判平成 27.12.24 判例時報 2307 號第 136 頁、水戶地決平成 28.1.22(公刊物未登載)、東京地立川支決平 28.12.22(LEX/DB25544851)。

²³ 日本刑事訴訟法就「檢証」的概念較接近於我國刑事訴訟法上勘驗的概念。

蹤器的訊號使被告等人所使用車輛之所在地及移動軌跡可以在警方的手機上觀覽，以此方式對被告等人進行了為期 6 個半月的長期蒐證，當然加裝 GPS 追蹤器的行為並未有得到被告 X 及上開相關人士的同意，也並未申請令狀，第一審大阪地裁²⁴的判斷中，認為本案的 GPS 搜查方式係屬強制處分的範圍，而警方蒐證違法而否定此部分證據之證據能力，但仍以其他證據判決對被告 X 等人為有罪判決之諭知；案子到了第二審，大阪高裁認為「本案 GPS 搜查對於車輛使用者的隱私權有重大的侵害，屬強制處分之範疇，無令狀而為之則有違法之虞」但又認為「本案 GPS 搜查並不能被解釋為有重大的違法」而判決駁回被告等人的上訴。是被告等人復上訴至日本最高法院，

而日本最高裁確認了此一行為屬於強制處分的範疇，並就此進行了一番說理過程，首先最高法院以日本憲法第 35 條所保障「不限於住居、書類、所有物而係類此概念的私領域」之侵害為出發，爰用了最決昭和 51.3.16 號判決對於強制處分與任意處分之區分標準，認為上開 GPS 搜查係 1. 秘密裝置可能對個人隱私權造成侵害之機器於其所有物上、2. 必然地對個人行動予以繼續性地、網羅性地掌握而造成隱私權的侵害、3. 除了可能對車輛及其使用者的所在、移動狀況進行掌握外，亦包含了對應受到高度個人隱私權保障的場所及空間的掌握，基於此 3 點 GPS 搜查的性質，GPS 搜查實有「被合理推認違反個人意思而侵入私領域的搜查手段」、「壓制個人意思而對憲法上保障的重要法的利益進行侵害」，是故，上開 GPS 搜查屬於強制處分之性質，應受到強制處分法定主義及令狀原則的約束，係屬無特別規定不得為之的強制處分。此外本判決亦提及使用現行刑事訴訟法之規定為依據，並就於法官核發令狀時附帶條件之方式作為 GPS 搜查之令狀依據部分，並不符合日本刑訴法第 197 條第 1 項但書中規定「若無法律特別規定之情形，不得為強制處分」之意旨，故委婉地否定了上開名古屋地裁以「檢証」作為 GPS 搜查令狀之依據，最後就 GPS 搜查肯定其在偵查

²⁴ 大阪地決平成 27.6.5，判例時報 2288 號第 134 頁

實務上之功能，並希望可以另外立法對此進行規範。此外本判決的補充意見²⁵亦提及在日本現行法律規範不足的情況下，將其法制化需要一定的時間，在完成法制化的期間內，對於即為重大的犯罪中，由法官審查後進行 GPS 搜查的可能性並不應被全盤否定。

二、日本學界在上開平成 29 年最院判決出現前對 GPS 搜查之爭論

日本學界對於 GPS 搜查是否具有強制處分性的問題，學者大分為肯定說、否定說及二分說三種見解。1. 肯定說²⁶的見解認為，GPS 定位器既小且輕量，易於安裝及拆除的特性對於車輛本身損害輕微，且該 GPS 定位器對於車輛操作並無影響，再者，從 GPS 搜查所得到的包含對象車輛進入私有地等場所的相關資訊，都是在第三人不知悉的情形下所獲取，所獲取的情報內容等同於在從公共場所觀察而得的資訊，是 GPS 搜查並非係對於人民重要權利、利益之實質侵害，是 GPS 搜查的性質其實不過是在補強偵查人員目視下的跟監、跟搜行為，是屬於此一偵查方式的延長，而認為 GPS 搜查係屬任意處分之範疇。2. 否定說²⁷的看法著眼於目前監視技術的快速發展及資料庫大數據建置為趨勢的情況下，常常在個人無法掌控的情形下，其移動履歷、生活、興趣、宗教信仰、思想等均被國家機器一點一滴地收集並檔案化，取得之情報未受到法律規範可能會被用做其他用途的危險，從隱私權保護的觀點切入，否定說學者強調於

²⁵ 岡部喜代子裁判官、大谷岡諺裁判官、池上政幸裁判官的補足意見。

²⁶ 清水真「自動車の位置情報の取得についての考察」法学新報〔中央大学〕117 卷 7=8 號第 443 頁、大久保隆志・刑事訴訟法第 33 頁、前田雅英「判批」捜査研究 770 号 56 頁、柳川重規「捜査における位置情報の取得——アメリカ法を踏まえて」刑事法ジャーナル 48 号 30 頁、滝沢誠「捜査における位置情報の取得——ドイツ法を踏まえて」同 41 頁、中谷雄二郎「位置情報捜査に対する法的規律」同 48 頁、太田茂「GPS 捜査による位置情報の取得について」同 61 頁。

²⁷ 土屋真一「判批」判例時報 2150 号 3 頁、稲谷龍彦「情報技術の革新と刑事手続」井上正仁＝酒巻匡編・刑事訴訟法の争点 40 頁、大野正博「GPS を用いた被疑者等の位置情報探索」曾根威彦・田口守一先生古稀祝賀論文集（下）485 頁、山本和昭「判批」専修ロージャーナル 11 号 49 頁、山本龍彦「監視捜査における情報取得行為の意味」法時 87 卷 5 号 60 頁、緑大輔「監視型捜査における情報取得時の法的規律」同 65 頁、笹倉宏紀「捜査法の思考と情報プライバシー権——『監視捜査』統御の試み」同 70 頁、指宿信「GPS 利用捜査とその法的性質——承諾のない位置情報取得と監視型捜査をめぐって」法時 87 卷 10 号 58 頁等。

情報取得後法規制之必要性。3. 二分說²⁸認為 GPS 搜查因情狀不同而在處分的定性上有其差異，區分是否為強制處分或是任意處分之界線在於「是否作為跟蹤的輔助手段」此一標準，其理由在於，如果 GPS 搜查是作為警方跟蹤行動的輔助手段，就不會就對象的行動為「繼續性、網羅性的」搜集，對隱私權的侵害的程度輕微而屬於任意處分，但如果不是作為跟蹤的輔助手段，就屬於強制處分的範圍。從上開平成 29 年的判決內容觀之，其明顯是採擇上揭否定說的看法，至於為何沒有採像是二分說這種類型化的劃分方式，推測可能是對於此種類型化標準在客觀上特定有其困難性，也就是說，採取二分說最後的結果可能變成視偵查機關的主觀意圖來決定該行為是否為任意處分及強制處分，且對於情報資料的累積、使用、分析的情形來決定是否為強制處分或是任意處分，並不符合日本憲法對於令狀主義的要求。而在強制處分說的學者當中，對於是否可以日本刑事訴訟法的「檢証」作為 GPS 搜查令狀之依據又分為積極說及消極說兩派，積極說認為 GPS 搜查對權利侵害程度明顯較低、GPS 搜查某程度上有檢証的性質存在、而 GPS 定位器的裝設可以被解釋為日本刑事訴訟法第 129 條的「必要之處分」、從刑事訴訟法的目的觀之，強制處分法定主義應隨著如犯罪現象、所需得到的情報種類等對象的變化而得以改變偵查的方式，不應僵化認定新型的偵查手法均不得使用、在經過法官事前的審查偵查目的正當性，對象是否有足夠的犯罪嫌疑，並考量該偵查手段對偵查目的有利、有取得位置情報之可能性、偵查之手段與目的達成間有相當性及必要性等，並在檢証許可狀內記載「應與檢証之場所或物品」，並對實行 GPS 搜查之對象車輛、裝設期間及實施方法為限定，再付上對應 GPS 搜查之目的、實施方式必要的條件後，即為合法之強制處分。而消極說仍主張 GPS 搜查所得之情報之管理及利用，有立法規範之必要，所以不能使用檢証之方式為之，況且，對於 GPS 搜查以檢

²⁸ 滝沢誠「捜査における位置情報の取得——ドイツ法を踏まえて」刑事法ジャーナル 48 号 46 頁、中谷雄二郎「位置情報捜査に対する法的規律」同 56 頁

証令狀附條件一事並不是像強制採尿令狀附加條件如此簡單的事，條件的內容很有可能隨著法官的不同而使得所附加的條件也不盡相同，這樣難認為符合強制處分令狀主義的旨趣。

三、對上開平成 29 年最院大法庭判決日本學界的解釋及看法

上開最院判決的出現，實際上對於日本的偵查實務影響非常重大，日本警察廳（相當於我國警政署）立即對全日本的警察發出通知，告知日本國內警察在 GPS 搜查有新的法律可資遵循前，應限制以 GPS 搜查的方式進行犯罪偵查。而學界也對此判決有許多的解釋及看法。首先在日本的現行法下就是否可以檢証方式實行 GPS 搜查的部分，宇藤崇教授認為²⁹，以判決內提及「期望有相關立法措施」之結論而言，似乎對於日本的現行法下採取 GPS 搜查一事採取否定的態度，但本案係針對無令狀執行 GPS 搜查的事例，雖然補充意見提出上開見解，但是否確實不能以「檢証」之方式進行 GPS 搜查實際上仍有討論空間，所以宇藤教授認為此部分最高裁應為更明確的說明。但針對此部分亦有實務家³⁰認為此判決已經完全否定了法院利用現行日本刑訴法上規定簽發令狀的可能性。此外，若在此一判決出現前有取得檢証令狀而為之的 GPS 搜查，是否有餘地解釋為該行為因未有違反令狀主義之重大情節而肯認已取得之證據具有證據能力一事仍有待討論與觀察。

此外，就判決之射程範圍部分，憲法學者堀口悟郎氏³¹提出質疑，因本案聚焦於 GPS 對個人行動予以繼續性地、網羅性地掌握而造成隱私權的侵害之特質，但試若 GPS 搜查情形若僅有對當下的、一次性的隱私權侵害時，是否也同樣落入強制處分的範圍？此部分並未予以釐清。同為憲法學者的笹田栄司教授則認為³²，雖然補充意見認為在一定極為重大的案件中，可

²⁹ 宇藤崇「捜査のために GPS を使用することの適否について」法学教室，2017 年 5 月，No.440 第 152 頁。

³⁰ 伊藤雅人、石田寿一「車両に使用者らの承諾なく密かに GPS 端末を取り付けて位置情報を検索し把握する刑事手続き上の捜査である GPS 捜査は令状がなければ行うことができない強制処分か」ジュリスト 2017 年 6 月 No.1507 第 115 頁。

³¹ 堀口悟郎「GPS 捜査とプライバシー」法学セミナー 2017 年 7 月 No.750 第 104 頁。

³² 笹田栄司「GPS 捜査と憲法 35 条」法学教室 2017 年 7 月 No.442 第 122 頁。

透過法官審查的方式進行 GPS 搜查，但實際上此判決一出，下級法院對此申請應該會採取消極的態度。

又在 GPS 搜查的強制處分屬性認定上，若仔細觀察，該判決並非直接以「對個人行動予以繼續性地、網羅性地掌握而造成隱私權的侵害」即直接導出其強制處分屬性，而是有加上了「秘密裝置可能對個人隱私權造成侵害之機器於其所有物上」這種類型的行為態樣，是除了對於人民重要權利、法益的實質侵害此一條件外，是否認定該行為的強制處分屬性須要有類型性的行為態樣作為判斷標準？就此一部分，有學者認為應該從該判決的全體文脈觀之，其實該判決對於強制處分之認定標準與學說有力說「是否對重要權利、法益的實質侵害」較為相近³³，並外另外採取不同之標準；也有學者認為，是否以行為態樣作為認定強制處分與否之標準其實在最終的判斷結果應無差異³⁴。

由此可知，GPS 搜查在平成 29 年判決後仍留有許多想像空間，尤其是這則判決的射程如何更是令人玩味。如日本的控制下交付行為，一直以來都與跟監相同被視為是任意偵查的部分，只要事前對已控制之物品有申請搜索扣押令狀，則在實施搜索扣押之時即為合法的偵查行為，但如果在物品已進入了所謂與住宅等同視「私領域」的情形下，例如進入私人土地的圍牆內，此時因已有侵害合理的隱私期待的問題原應另以搜索令狀為之，此時若僅以上開物品的搜索扣押令狀是否即得以合法的執行即有疑問；再者，如果在控制下的物品內加裝了可得特定位置的發射器，這種情形似乎與上開 GPS 搜查侵害的程度相同，這樣是否就等同於上開討論的 GPS 搜查一樣變成無法使用的偵查手段呢？柳川重規教授認為³⁵其實也不盡然，就侵入私領域部分，因為偵查機關聲請搜索令狀時可能無法特定可能侵

³³ 伊藤雅人、石田寿一「車両に使用者らの承諾なく密かに GPS 端末を取り付けて位置情報を検索し把握する刑事手続き上の捜査である GPS 捜査は令状がなければ行うことができない強制処分か」ジュリスト 2017 年 6 月 No.1507 第 111 頁。

³⁴ 大澤裕「強制捜査と任意捜査」法学教室 No.439 第 69 頁。

³⁵ 柳川重規「位置情報の取得」刑事法ジャーナル 2019 年 No.59 第 39 至 40 頁。

入的地點，所以在令狀聲請時可以用「該物品所搬運進入之場所」之方式加以特定地點，以此方式來事前對該地點聲請搜索令狀；又將可得特定位置的發送器放入追蹤物品內之方式，除了使用海關的行政檢查權可以打開物品外，一般來說還是要取得搜索扣押令狀後再就該物品開拆並裝設發射器，而該物品於裝設發射器後的移動監視，原則上就是在監控物品的流向，其實並無上開平 29 年判決內所提到「對與犯罪事實無關之使用者為過剩地行動上的掌握」之情形，所以此情形應該可以使用搜索令狀配合檢証令狀，並由法官在令狀內進行條件附加之方式（如令狀有效期間、對物品受領人的事後通知）為上開偵查活動執行之令狀依據，此即符合日本刑事訴訟法第 197 條第 1 項但書強制處分法定原則的要求。不過也有論者認為，因為物品所在何處此一事實應該是屬於重要的隱私權內容，是這種情形應該認為是對隱私權的重大侵害，這兩種正反見解在此之後都有檢討的必要性。

就判決射程範圍部分也有可能影響基地台資訊取得是否合法的問題，因為從電信公司調取某行動電話門號基地台位置資訊，除了可得知調取期間內該門號的通話對象、通話時間、通話時所經由的基地台位置外，因為現在大多數的門號都帶有數據傳輸功能，其實只要該門號的行動電話是處於開機狀態，其實就會一直與最近的基地台進行感知及聯繫，則在偵查機關調取數據通聯的內容中，就其調取期間內該門號有聯繫的基地台資訊即在調取表單上會一覽無遺，雖然所顯示的僅有基地台位置並非門號持有人的真正所在地，但可推知其真正的所在地是在該基地台方圓數百公尺（依基地台的密度不同而有差異）中基地台夾角某 120 度角內的某處，是以精確度雖不若 GPS。撇除精確度這一條件，通聯紀錄的調取某程度上也可以稱之係對被調取人個人行動的繼續性地、網羅性地掌握。一般而言，這種資料的調取通常是針對過去的資料，例如 6 個月內的基地台移動紀錄，但實際上也可以對現在門號所在基地台位置進行調取的功能，我國實務上稱為即時定位。在日本的實務上，即時

定位部分是使用檢証令狀，而調取過去基地台紀錄則是使用交付紀錄命令之扣押令狀，在上開判決後是否會對基地台紀錄的調取產生影響？在這裡先回顧平成29年判決，該判決事實係偵查機關有一個「裝設」GPS定位器的侵入性行為（即上開所述類型化的行為態樣），而調取基地台位置是直接向電信公司進行調取，在沒有了裝設定位器的侵入行為，沒有了精確的定位功能下，是否可爰用該判決的判斷理論即非無疑，而且日本實務在申請基地台位置資訊本來就有使用令狀的情形下，在這部分可推測受到判決的影響並不大。其實從上面所舉的例子綜合來看，其實真正的問題變成了任何有關「個人行動予以繼續性地、網羅性地掌握」的偵查方式，雖然本判決並未對這些偵查方式予以一一說明，但這些偵查方式可能於本判決之後都可能要面臨重新檢視合法性與否的風險。附帶一提，像是監視錄影系統（Nsystem）的調閱、ETC車行紀錄等，有學者即認為這種使用電機器而繼續性、系統性、廣範圍的監視與情報取得，性質上是只有在公用道路上等對不特定多數人開放的場所中對人、車等所在位置及移動狀況之取得，並不屬於隱私權保障的重要範圍，應不屬於強制處分的範疇³⁶。在這要特別注意的是，如上所述，如果「秘密裝設GPS」這種類型的行為態樣條件本身並非屬判斷GPS偵查強制處分屬性要件的情形下，偵查機關使用對象電話的GPS定位功能（手機內藏的定位功能）、或是該車輛本來就有GPS功能（像是前述租賃車內由出租方所裝設的GPS定位器）作為偵查手段，因為侵害程度與上開平成29年判決內容的質、程度幾乎相同的情形下，應該也要以同樣標準為之始為妥適。

回到正題，不論實務或學說，其實對於GPS搜查在日本現行法下實施均採消極的態度，唯一的方向似乎就是朝立法方式解決，但因為平成29年的判決限於對該案事實範圍，而對GPS搜查的各種執行情形並未有詳細說明，所以在立法上對於

³⁶ 井上仁正「GPS搜查」ジュリスト 2017年8月 No.232 刑事訴訟法判例百選第10版第69頁。

各種的 GPS 搜查或相類似的科技辦案手法，如何區分其對人民權利及利益侵害的程度而給予不同的規範仍須有更為周全的安排。

四、台灣現行實務對於 GPS 定位器使用之看法

筆者試著查詢台灣就 GPS 定位器使用的相關判決，但台灣就使用 GPS 定位器而生的案件其實非常之稀少，實務上也鮮少對使用 GPS 定位器而就證據能力部分予以爭執的案件，會有這種結果筆者認為因為被告要發現且有證據可以證明偵查機關在該案中有裝設 GPS 幾乎是不可能的事（除私菸案外），且 GPS 定位器的使用一般是不會出現在提供予法院的證據之列，也就是說，該案是否有使用 GPS，其實除了偵查機關外，其餘人均不得而知，警察為什麼可以知道被告或物品之所在，通常都是以經警追查等模糊方式帶過，其餘的就自行腦補。而 GPS 偵查的指標性案件在台灣即為上開提及的私菸案，要不是本案偵辦人員的疏失，我國實務可能至今都沒有相關的判決都不奇怪。如此經典的案例在此就簡單介紹其事實以及訴訟過程及結果。海巡署的王姓士官長於 103 年 6 月間偵辦香菸走私案時，為監控可能涉嫌載運私菸的營業小貨車之行蹤，故在其上裝設 GPS 衛星定位器進行監控，並於裝設 7 天後欲取回定位器時，恰巧被貨車司機逮個正著，司機報警逮捕王姓士官長並對之提告妨害秘密罪。

1. 偵查之結果：高雄地檢署偵查認為王姓士官長基於辦案需要裝設 GPS 不違法，不予起訴，這個決定其實並不令人意外，同為偵查機關且繫案行為係偵查作為之一部份，當然檢察官在法律適用的解釋上會較為從寬認定。後經被害人聲請再議後亦經高檢署駁回，於是貨車司機聲請交付審判經高雄地院核准審理，是本案進入了法院審理程序。
2. 第一審之判斷：被告王姓士官長於第一審高雄地院的抗辯內容，從無妨害秘密之故意、並非屬刑法第 315 條之 1 所稱之「無故」、「非公開活動」等部分均進行防禦，但高雄地院首先肯認隱私權係屬憲法所保障的人民基本權利，且引用釋字第

689 號解釋認為「個人於公共場域中亦應享有依社會通念得不受他人『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之權利」，而「GPS 定位追蹤器可連續多日、全天候不間斷追蹤他人車輛行駛路徑及停止地點，將可鉅細靡遺長期掌握他人行蹤，此等看似瑣碎、微不足道之活動資訊，經由此種「拖網式監控」大量地蒐集、比對定位資料，個別活動之積累集合將產生內在關連，使以此等方式取得之資料呈現寬廣的視角場景，私人行蹤將因此被迫揭露其不為人知之私人生活圖像。」如同「馬賽克拼圖一般，乍看之下微不足道、瑣碎的圖案，但拼聚在一起後就會呈現一個寬廣、全面的圖像」，是「車輛使用人對於車輛行跡不被長時間且密集延續的蒐集、紀錄，應認仍具有合理之隱私期待」。以此論述就隱私權侵害、構成要件「非公開活動」部分予以確認。接下來就「無故」部分之解釋，高雄地院在此有對任意偵查及強制偵查做出說明，該判決認為「而偵查機關所實施之偵查方法，依其是否使用強制力或強制處分於學理上可分為「任意偵查」及「強制偵查」，前者乃不使用強制力或強制處分而為之偵查，後者乃使用強制力或強制處分而為之偵查。強制偵查必須有狹義之成文法依據始得為之，包含對人之強制處分即逮捕、拘提、羈押、為搜集保全證據而為之訊問、身體檢查及鑑定留置等；為取得物之占有所為之對物強制處分即搜索、扣押及勘驗等」而本案 GPS 搜查的行為係屬強制偵查，應受到法律保留之規範，「不能僅憑刑事訴訟法第 228 條第 1 項前段、第 230 條第 2 項及第 231 條第 2 項之規定，遽認偵查機關得以上開規定為據以實施裝設 GPS 衛星定位器蒐集車輛位置資訊之偵查作為之法律授權」、「於立法者尚未訂立個別法律規範之情形下，究不能以之為裝設 GPS 衛星定位器偵查手段之法源依據，是被告甲○○不得援引上開規定認為具法律上正當理由。」，再否定警察職權行使法第 11 條作為法律授權之依據，而認為王姓士官長的行為仍屬刑法第 315 條之 1 所稱之「無故」。是被告王姓士官長之行為確實構成刑法第 315 條之 1 妨害秘密之罪行而

為有罪之判決，判處王姓士官長拘役 40 天，得易科罰金，並宣告緩刑 2 年。而高雄地檢於收受判決後對本案進行上訴。

3. 第二審之判斷：二審高雄高分院的判斷內容大致與第一審內容相同，高雄高分院另以王育洋具有公務員身分應加重其刑，改判拘役 50 天，得易科罰金，緩刑 2 年。為了被告利益而上訴結果卻獲得更重的刑期，真是預料外的結果，高檢署檢察官再度進行上訴。
4. 第三審之判斷：最高法院駁回檢察官之上訴而本案確定，但最高法院在本案中有提及了任意偵查與強制偵查的區分，如本文的貳、四所示，在此就不加贅述。

五、高雄地院 105 年易字第 110 號、高等法院高雄分院 105 年上易字第 604 號、最高法院 106 年台上字第 3788 號判決對我國偵查實務之影響

高雄地院 105 年易字第 110 號判決對於隱私權的合理期待的解釋詳細，配合美國的馬賽克理論，架構了隱私合理期待的範圍，此部分論述其實與日本上開平成 29 年最院判決所述非常雷同，肯定了 GPS 定位器的使用屬於對隱私權的侵害，並同時否定了刑訴法第 228 條第 1 項前段、第 230 條第 2 項及第 231 條第 2 項及警察職權行使法第 11 條作為繫案 GPS 定位器使用之法律保留依據，文意雖並未完全否定 GPS 定位器之使用在現行法上有無法規依據的問題，但以其文脈觀之，似乎認為這部分應個別立法進行規範。又本判決在解釋任意偵查與強制偵查的區分標準時，仍舊先以是否有以「強制力」或「強制處分」進行偵查作為區分，但其後就說明 GPS 定位器之使用屬於強制偵查的範疇時，又以「嚴重干預基本權」作為區分判準，簡而言之，其判斷標準其實已應新型態的偵查模式而跳脫了舊實務見解之判斷（即強制偵查取決於強制力之有無），但在論述上並未對區分標準部分予以著墨太多。不過此部分的遺珠之憾隨即為最高法院 106 年台上字第 3788 號判決所補足，最高法院判決明顯引進了日本最高法院平成 29 年的判決對於任意處分及強制處分的區分標準，且對於 GPS 偵查在我國的使用做

出了「…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…」的結論，等同於否定了以我國現行法律下可以合法進行 GPS 偵查的途徑，明確表示此問題需要以立法方式進行解決。

肆、GPS 偵查之立法論

我國就 GPS 偵查的立法目前看似搶先日本一步，現已將 GPS 偵查的部分，納入「科技偵查法」草案的一部，而且該科技偵查法草案內並非僅對於 GPS 偵查予以規範，而是對於近來可能使用於偵辦刑事案件的機器如空拍機、無人機的使用，以及可能的科技辦案手段如植入程式對通訊軟體實施通訊監察、查扣雲端硬碟、還原電磁紀錄等都予以規範。讓筆者先就日本學界討論 GPS 偵查在立法上應注意的問題予以介紹，再就科技偵查法草案針對 GPS 偵查的規範內容與日本實務、學說見解做個對照，在法案仍未走完立法程序前，比較看看是否仍有值得借鏡之處。

一、科技偵查法草案對 GPS 偵查之定位

如前所述，在日本的架構下，偵查作為一但被歸類為強制處分，就必須受到強制處分法定主義及令狀主義之限制。這邊首先要釐清的一點是，令狀主義的內容在日本與我國有著些許的差異性，因為在日本，令狀核發的權限只有在法院；在我國，因為檢察官被視為具有司法屬性，故我國檢察官也有部分核發令狀的權限，如拘票、鑑定等令狀之核發等。這種令狀核發的模式也被稱為法官保留及檢察官保留二分模式。不論在我國或是日本，令狀主義的出發點均係在以事前或事後審查的方式來

判斷是否被處分之對象有足夠的嫌疑及是否要核准或認可為此一處分行為，目的就是為了節制偵查機關（檢察官保留的情形下則為警察機關）濫權行為，但也因此賦予了偵查機關（警察機關）收集向法院（檢察官）釋明有執行處分必要相關資料的義務。在所謂GPS偵查等「監視型搜查」之情形下，以此種事前及事後的審查確實是個有效節制偵查機關對監視型搜查的濫用的方式。接下來我們來看看我國科技偵查法草案是如何對GPS偵查的屬性予以定位。該草案第5條「I檢察官認為有必要時，得使用全球定位系統或其他具有追蹤位置功能之科技設備或技術實施偵查。II檢察事務官、司法警察官或司法警察因調查犯罪情形及蒐集證據，必要時得報請檢察官許可後，實施前項調查。III檢察事務官、司法警察官或司法警察因調查犯罪情形及蒐集證據，必要時檢察事務官、司法警察官或司法警察實施前二項調查之累計期間，不得逾2個月。有繼續實施之必要者，至遲應於期間屆滿之五日前，以書面記載具體理由，由檢察官或由司法警察官報請檢察官同意後，聲請該管法院許可。IV前項許可實施之累計期間，每次不得逾三十日，有繼續實施之必要者，至遲應於期間屆滿之五日前，以書面記載具體理由，由檢察官或由司法警察官報請檢察官同意後，聲請該管法院許可。V前二項聲請經法院駁回者，不得聲明不服。」，似乎是依侵害程度不同而採擇取了二階段的不同處理方式，此種二階段的處理從其立法理由可知是參考刑事訴訟法第93條之3限制出境之規定，再配合同法第6條第1項「I前條第三項及第四項之許可，應用許可書。」觀之，於第一階段檢察官之許可其實並不需要核發令狀，只有聲請法院許可的情形下始需要有許可書此種令狀，再酌以立法理由認「隱私權之干預程度，會因實施期間長短而有不同，短期實施時因難以形成『圖像效果』，隱私權干預程度較輕，長期實施時，干預程度較高。從而，追蹤位置調查之法律架構，應以層級化之方式為設計，區分短期實施與長期實施，而為相異之處理。爰於第一項及第二項規定初次實施追蹤位置調查，得由檢察官依職權或由檢察事

務官、司法警察官或司法警察聲請檢察官許可後為之。」、
「檢察官或檢察事務官、司法警察官或司法警察實施追蹤位置調查二個月後，受調查人之私人生活圖像及行為模式將逐漸形成，若繼續實施，干預隱私權之程度將隨之提高，自應有更嚴謹之程序規範，以保障隱私權。爰參考刑事訴訟法第九十三條之三限制出境之規定，於第三項及第四項規定應向法院聲許可，始可繼續實施，並規定許可後實施之期間限制，以利隱私權之保障…」，似乎在解讀上檢察官職權發動或聲請檢察官許可的第一階段，因對隱私權侵害輕微，故認為此一階段的行為係屬任意偵查之範疇；而繼續實施GPS偵查超過2個月的期間（下稱第二階段），因為對隱私權的侵害重大，故認為係屬強制處分且需符合法官保留的要求。不過這種區分方式可能會有個疑問產生，為何2個月內的GPS偵查資訊的累積係屬輕微的隱私權侵害？這2個月的劃定標準從何而來？假設偵查機關係裝設GPS定位器在對象之車輛上，該車輛有可能2個月都沒動，也有可能在這2個月間每天頻繁使用，在頻繁使用的情形下可以說沒有繼續性地、網羅性地掌握該車輛的移動、所在等情報資訊嗎？換句話說，2個月的期間難道沒有可能發生所謂對情報資訊掌握過剩的問題嗎？筆者認為，以GPS偵查所預定施行的期間來判斷是否屬強制處分行為並非最為理想的方式，因為實施GPS偵查的期間內所得資訊是否有過度搜集之情形於偵查之初不太可能掌握，故不如直接將GPS偵查直接認定屬強制處分的範疇予以規範，亦即承認GPS偵查在本質上具有嚴重干預人民隱私權之性質，故應受到令狀主義之限制，然此令狀的規範方式可依侵害的程度予以區分，在2個月內期間的GPS偵查，因為侵害程度較之2個月以上的時間相對輕微，故以檢察官保留的方式為之；2個月以上的實施期間，則以法官保留的方式為之。而在檢察官保留的部分，法條結構應該參考刑事訴訟法拘提的規定，需有令狀名稱、令狀內容應記載事項，事實上在科技偵查法第7條「檢察事務官、司法警察官或司法警察有實施第五條調查之必要而情況急迫者，得逕行實施。前項情形，應

於實施後三日內報請檢察官許可。檢察官許可者，實施期間自前項實施之日起算；檢察官不許可者，應即停止實施；檢察官於報請日超逾三日未為許可與否之決定者，視為不許可。」此規定即相當於刑訴法88條之1第2項、131條第3項的緊急狀況及事後陳報規定，從此處看來，立法者似乎也有傾向將監視型偵查列入強制處分的意思，但條文內許可書的使用卻未規範至第5條第1、2項的情形，此部分用意為何實在令人不解。況且若於2個月內的前階段內不以令狀為之，則難以防範偵查機關以不同名義或方式重啟對同一對象的GPS偵查，如此，第5條第3項以下之規定即形同具文。

二、令狀審查之內容

科技偵查法草案第5條第1項「I檢察官認為有必要時，得使用全球定位系統或其他具有追蹤位置功能之科技設備或技術實施偵查。」，是審查是否核發的標準並未對罪名及刑度等予以限制，而係認「有必要」即可為之。此一「必要時」之用語與刑事訴訟法第122條1項、第128條之1第1項、第133條之2第1項等搜索扣押的用語相同，但實際審查時所考量的內容會因手段本質上的不同而有其差異。因為搜索扣押通常是對於有形物為之，所以搜索扣押會考慮到扣押標的物在搜索現場存在之可能性、扣押物品的證據價值、重要性或是會被滅失隱蔽的程度以及物品經扣押後對於該物品之所有人不利益之情形予以綜合判斷，但GPS偵查本身並沒有上開考量，加上GPS這種監視型偵查的情形較之搜索扣押而言，並不會有明顯地造成處分對象的剝奪感或實施偵查當下的不利益感受，所以該「必要性」唯一的考量即在於處分對象的犯罪嫌疑程度。從這種觀點出發，看似偵查機關的釋明義務（花費之勞力、時間）會較之搜索扣押為輕，但實際上GPS偵查往往會使用在偵查的最初階段，或者是說偵查碰到門檻而無法再進一步取得更多資訊時，也就是偵查機關情報相對不足的時期，所能提出釋明之資料也是相對薄弱，此時若對於犯罪嫌疑的釋明門檻過度嚴苛，可能會因此喪失了偵查的最佳時機，法官保留就節制偵查機關的濫

權確實有明顯效用，但因法官的思考模式不免受到判決時有罪無罪與否的高門檻影響，此時若將第一階段的令狀核發權限給予檢察官，對於追訴犯罪的有效性確實有莫大幫助。又雖然檢察官在刑事訴訟法上處於偵查主體的地位，有著積極主動之性質，但另一方面檢察官其實也是扮演著節制警察機關濫權的角色，故此部分若以檢察官保留的方式為之，實係科技偵查法草案第1條揭示之保障人權及有效追訴犯罪此二目的權衡後頗為理想之處理方式。

三、手段公正性之擔保

在日本的平成29年大法庭判決中，就程序公正性手段擔保的部分列舉了第三人在場此一方式，但此一方式是否在監視型偵查的情形下適用仍有疑義，讓我們從節制過剩的資料搜集此一層面來討論，如果不是承辦人本身，旁邊的人看著GPS的移動軌跡大多是霧裡看花，因為GPS的軌跡必須要由偵查人員綜合其對於處分對象的認知及情報進行推測，實際上就是一個看圖說故事的概念，一個完全旁觀者立場的第三人站在旁邊，事實上是無法區分資訊的有效或無效。再者，就偵查中保密及人力成本的問題而言，在偵查中到底要選任何人進行在場？該人員由何人選任？人員的費用由誰負擔？尤其是監視型偵查的運用將來在偵查實務勢必相當廣泛，於條文中亦未對實施期間予以限制，有長期化實施之可能，以第三人在場的方式擔保手段公正性不僅沒有其實質意義，更會造成龐大的資源耗費，筆者認為，手段公正性之擔保部分可以進一步的討論，像是設計將監視的過程予以強制備份得以供事後檢視的方式等，但第三人在場的方式實在不適宜於此種監視型偵查的型態。另外，在上開平成29年的判決當中也提及了「事後告知」的擔保性手段，而科技偵查法草案在第8條的內容定為「I執行機關實施第五條及第七條之調查結束時，應即敘明受調查人之姓名與年籍、實際調查期間、有無獲得調查目的之資料，陳報許可調查之檢察官。II第五條調查之累計期間逾二個月者，執行機關應於調查結束後，將前項事項報由檢察官陳報法院通知受調查人，但通

知有妨害調查目的之虞或不能通知者，不在此限。III前項不通知之原因消滅後，執行機關應報由檢察官陳報法院補行通知。原因未消滅者，應每三個月向法院補行陳報未消滅之情形。逾期未陳報者，法院應於十四日內主動通知受調查人第二項情形，調查結束後，執行機關逾一個月仍未為陳報者，法院應於十四日內主動通知受調查人。但不能通知者，不在此限。」此即為事後的擔保手段的一種。但仔細觀之，只有在監視型偵查持續2個月以上的部分才有通知的問題，這樣的安排可能因為草擬者有意將未滿2個月的部分視為任意偵查所致，但筆者認為此部分亦應視為強制處分的情形下，即使未滿2個月的部分亦有手段公正性擔保的問題，若沒有妨害偵查的情形下，仍應予以通知較為合適。此外，比較科技偵查法草案第8條即及通訊保障及監察法（下稱通保法）第15條兩組事後通知的制度，因科技偵查法草案於執行機關敘明之內容部分規範在無庸事後通知（即第8條第1項）的情形下，故反而漏列救濟程序的部分，法條的嚴謹程度明顯不如通保法的規定。

四、資料的保存及濫用抑制

在上開 GPS 搜查屬性爭議中日本學說的強制處分說有提及「情報取得後的法規制性」此一概念，也就是說，監視型搜查取得之資料如何管理、銷毀、不正利用之罰則等應予以規範，此部分我們同樣參照我國通保法第 16 條（執行情形之報告）、第 16 條之 1（統計資料年報之製作及公告）、第 17 條（所得資料之保存及銷毀）、第 18 條（所得資料之案件外利用）、第 19 條（他案監聽的證據能力）、第 20 條至第 24 條（洩漏、提供、使用資料之責任）等所得資料之管理相關規範，在科技偵查法草案中對於此種監視型偵查的部分居然完全付之闕如，在人民忌憚國家進行網羅性、繼續性的搜集資料並形成資料庫，對資料利用人民無法有效控管政府以大數據的方式透析人民的生活隱私的情形下，就此部分建議參酌通保法之規定予以規範，避免實行後發生爭議。

伍、結語(代心得)

觀之科技偵查法草案第 5 條第 1 項「I 檢察官認為有必要時，得使用全球定位系統或其他具有追蹤位置功能之科技設備或技術實施偵查。」可知，其不僅在規範 GPS 偵查，應該是規範現在或未來可供追蹤位置功能設備的科技設備及技術用以實施偵查的情形，本文雖多以 GPS 偵查（搜查）作為討論主軸，但實際上討論的內容應可套用在上開所述之可供追蹤位置功能設備的科技設備及技術。雖然此時有輿論及媒體以聳動的標題如「賦予檢調更大的調查權」、「科技偵查法辦案還是偷窺？」、「民眾 LINE 私聊全曝光」、「東廠」等，彷彿是指責偵查機關欲擴權監視全體人民般，但報導中卻對於偵查機關的偵辦困境並未多做描述，當然如果人民完全知悉偵查的困境，且認為打老虎只需給你一根小棍子就好，那身為偵查機關的我們也只能無奈接受。社會治安的劣化、破案率的下滑就讓我們全民來負責，而不是一昧指責偵查機關，要偵查機關擔起所有責任，這就如同俗語所說「要馬好，又要馬不吃草」般的矛盾。林鈺雄教授亦認為，此種辦案手段應須立法規範³⁷，不對新型態的偵查手段予以規範又要求提升破案率而迫使偵查機關為了破案而秘密使用無規範的偵查手法並承受其所帶來的風險，這樣只是陷偵查機關於不義而已，久而久之，偵查將倒向防禦型偵查的方式，此後果絕非全民之福。先來肯定此部分需要立法，但立法的內容如何、是否適當、有無修正的空間者些都可以討論，但若完全不考慮立法或擱置立法，躲在暗處偷笑的永遠只會是犯罪者，而不是安安穩穩過生活的老百姓們。

參考文獻：

一、 期刊雜誌

- 1、大久保隆志「偽計手段による証拠収集」・法學教室（平成 29 年

³⁷ 林鈺雄「火網評論：虛晃一招的科技偵查法」

<https://tw.appledaily.com/forum/20200921/C3JLY2UBNJARJHS7U3QP7SGKU4/>

11月第446号)第22頁。

- 2、大澤裕「強制捜査と任意捜査」法学教室 No. 439。
- 3、井上仁正「GPS 捜査」ジュリスト別冊 2017年8月 No. 232 刑事訴訟法判例百選第10版。
- 4、太田茂「GPS 捜査による位置情報の取得について」刑事法ジャーナル 48号。
- 5、中谷雄二郎「位置情報捜査に対する法的規律」刑事法ジャーナル 48号
- 6、中島宏「GPS 捜査最高裁判決の意義と射程」法学セミナー2017年9月 752号。
- 7、石田倫識「GPS 捜査の適法性」法学セミナー2017年6月 749号。
- 8、水野陽一「刑事手続における実装と個人情報保護に関する諸問題」北九州市立大学法政論文集第47巻第1・2合併号(2019年12月)。
- 9、吉田雅之「警察官が、自己が警察官であることもDNA採取目的であることも秘して被疑者に手渡した紙コップからDNAサンプルを採取した行為は、強制処分にあたるとされた事例」研修雑誌(平成29.2. 第824号)。
- 10、宇藤崇「捜査のためにGPSを使用することの適否について」法学教室, 2017年5月, No. 440。
- 11、伊藤雅人、石田寿一「車両に使用者らの承諾なく密かにGPS端末を取り付けて位置情報を検索し把握する刑事手続き上の捜査であるGPS捜査は令状がなければ行うことができない強制処分か」ジュリスト 2017年6月 No. 1507。
- 12、伊藤雅人、石田寿一「車両に使用者らの承諾なく密かにGPS端末を取り付けて位置情報を検索し把握する刑事手続き上の捜査であるGPS捜査は令状がなければ行うことができない強制処分か」ジュリスト 2017年6月 No. 1507。
- 13、池田公博「捜査対象者の同意と捜査手法の適否」。井上正仁先生古稀祝賀論文集(2019年)。有斐閣。

- 14、池田公博「車両位置情報の把握に向けたGPS端末装着の強制処分該当性」法学教室2017年9月No.444。
- 15、池田公博「写真・ビデオ撮影」法学教室2011年6月No.364。
- 16、前田雅英「判批」捜査研究770号。
- 17、柳川重規「捜査における位置情報の取得——アメリカ法を踏まえて」刑事法ジャーナル48号。
- 18、柳川重規「位置情報の取得」刑事法ジャーナル2019年No.59。
- 19、笹田栄司「GPS捜査と憲法35条」法学教室2017年7月No.442。
- 20、堀口悟郎「GPS捜査とプライバシー」法学セミナー2017年7月No.750。
- 21、清水真「自動車の位置情報の取得についての考察」法学新報〔中央大学〕117巻7=8号。
- 22、滝沢誠「捜査における位置情報の取得——ドイツ法を踏まえて」刑事法ジャーナル48号
- 23、緑大輔「監視型捜査」法学教室2017年，No.446。

二、 専書

- 1、土本武司(1978)・犯罪捜査。
- 2、三浦守/他(平成13年11月)「組織的犯罪対策関連三法の解説新法解説叢書16」(法曹会)。
- 3、大久保隆志(2014年4月1日)・刑事訴訟法。新世社。
- 4、井上正仁(1997年10月30日)「捜査手段としての通信・会話の傍受」。有斐閣。
- 5、井上正仁(2014年12月20日新版)「強制捜査と任意捜査」。有斐閣。
- 6、酒巻匡，大澤裕，川出敏裕，池田公博等(2019年)・井上正仁先生古稀祝賀論文集。有斐閣。
- 7、宇藤崇、松田岳士、堀江慎司(2019年4月25日)「刑事訴訟法(第2版)」。有斐閣。

- 8、松尾浩也監修（2016年12月2日）「条解刑事訴訟法（第4版）」。弘文堂。
- 9、林鈺雄（2020年9月1日）「刑事訴訟法上冊（第10版）」。新學林。
- 10、長沼範良、田中開、寺崎嘉博（2017年3月30日）「刑事訴訟法（第5版）」。有斐閣アルマ。

三、網路資源

林鈺雄「火網評論：虛晃一招的科技偵查法」

<https://tw.appledaily.com/forum/20200921/C3JLY2UBNJARJHS7U3QP7SGKU4/>