附

件

最高檢察署檢察總長非常上訴書　　108年度非上字第232號

被 告 王育洋

上列被告因妨害秘密案件，經臺灣高等法院高雄分院於中華民國106年1月18日以105年度上易字第604號判決，由最高法院以106年度台上字第3788號判決上訴駁回而確定，本檢察總長認為臺灣高等法院高雄分院105年度上易字第604號判決違背法令，應行提起非常上訴，茲將原判決主文及非常上訴理由分述於後：

原判決主文

原判決關於王育洋部分撤銷。

王育洋公務員假借職務上之機會，故意犯無故以電磁紀錄竊錄他人非公開活動，處拘役伍拾日，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。緩刑貳年。

非常上訴理由

壹、前言

按判決適用法則不當者，為違背法令，刑事訴訟法378條定有明文。本件系爭判決就有關刑法315條之1第2款之構成要件之認定，顯有適用法則不當之違法，爰提起非常上訴，以資糾正。

貳、利用 GPS 追蹤器偵查之屬性

一、隱私權之界限

(一)美國法

我國法律對於隱私權之界限並無明文，最高法院於 100 年度台上字第 4780 號判決仿效美國聯邦最高法院採取類似之標準。美國將隱私權之界限稱為「合理的隱私期待」(reasonable

expectation of privacy)，由美國聯邦最高法院大法官 Harlan 於 Katz v. United States 案之協同意見書提出，其認為受搜索人或監聽人是否受美國聯邦憲法增修條文第四條（該條規定禁止不合理搜索、扣押等強制處分）規定保護，應以其有無「合理的隱私期待」(legitimate expectation of privacy)為判斷標準，「合理的隱私期待」需符合下列二要件：(1)被搜索人或監聽人主觀上對該場所、通訊或談話有隱私期待（actual expectation of privacy）及(2)該期待為社會所認為合理（society is prepared to recognize as "reasonable"）[1]。若不符合上開二要件其中之一，即沒有「合理的隱私期待」，並非聯邦憲法增修條文第四條所保護之客體，警察對該場所、通訊或談話實施「搜索」或「監聽」行為，並非聯邦憲法增修條文第四條所謂的 search 或 seizure，並不違反該條規定，警察不必事先聲請令狀，也沒有心證門檻的要求。

「合理的隱私期待」源自Katz v. United States案，在該案中，警察在嫌犯使用之公共電話亭上裝竊聽器，聯邦最高法院認為聯邦憲法增修條文第四條保護的是「人」，並非「地方」[2]，被告在該電話亭內使用電話，雖非私人住所，但使用時談話人主觀上有隱私期待，客觀上該期待為社會所認為合理，故警察於監聽前應先聲請法院許可，否則監聽違法，其因此取得之證據原則上無證據能力。

循此原則，美國聯邦最高法院發展形成更多的判例法，在 United States v. Knotts案[3]，警察未向法院聲請許可而在製毒嫌犯所訂購之原料桶裝置無線電訊號發射器，查出製毒工廠位置，再向法院聲請搜索票搜索該工廠。被告主張該無線電訊號發射器

---

[1] Katz v. United States, 389 U.S. 347, 361 (1967) (Harlan, J. concurring).
[2] Katz v. United States, 389 U.S. 347, 351 (1967) ("For the Fourth Amendment protects people, not places.").
[3] United States v. Knotts, 460 U.S. 276 (1983).

已經侵害其「合理的隱私期待」，發射器之裝置未事先向法院聲請許可，屬於違法通訊監察，使用違法通訊監察所取得之資料聲請搜索票，因而影響到搜索的合法性，其因搜索取得之證物應該證據排除。聯邦最高法院認為車輛之行蹤為公眾可共見，駕駛對其在公共場所之行蹤並無「合理的隱私期待」，警察使用無線電訊號發射器只是輔助肉眼跟監之不足，因此不必事先聲請令狀。

在United States v. Karo案[4]，警察在製毒嫌犯所訂購之原料桶裝置無線電訊號發射器，追蹤該批貨物屋外行蹤及屋內動向，聯邦最高法院表示：以無線電訊號發射器探查屋內動向這一部分，侵害「合理的隱私期待」，應事先向法院聲請許可。本案未事先向法院聲請許可安裝無線電訊號發射器，以之監察屋內動向，並據以取得聲請搜索票之資料，但因即使警察沒有使用該發射器查看貨物屋內動向，警察其他監視資料仍足以聲請搜索票，故其搜索仍為合法。

在California v. Greenwood案[5]，嫌犯將證物棄放在垃圾袋內，置於路旁等垃圾車清理，警察翻尋垃圾袋找尋證據，被告主張其對該垃圾袋內容有「合理的隱私期待」。聯邦最高法院認為被告主觀上或許對該垃圾袋內容有隱私期待；但因動物、小孩或拾荒者、收垃圾者都可能會翻動垃圾而發現其內容，故該隱私期待並非為社會所認為合理，故被告對棄置門外之垃圾並無「合理的隱私期待」，警察翻尋垃圾袋找尋證據行為不構成搜索。

在Oliver v. U.S. 案[6]，警察進入被告所擁有並標示「禁止進入」之野外土地(open field)，查獲嫌犯種植大麻。聯邦最高法院認為：人民於住處圍牆內(curtilage) 之戶外活動才有隱私權，保護野外土地上之活動之隱私(例如種植何種植物)對社會並沒

[4] United States v. Karo, 468 U.S. 705 (1984).
[5] California v. Greenwood, 486 U.S. 35 (1988).
[6] Oliver v. U.S., 466 U.S. 170 (1984).

有利益，人民在野外土地上的活動並無「合理的隱私期待」，警察進入被告所擁有之野外土地上查看不構成搜索，不必向法院聲請令狀。

在Florida v. Riley案[7]，警察乘坐直昇機以四百呎高度飛過嫌犯房屋，以肉眼發現其在圍牆內之溫室種植大麻，警察此一蒐證行為是否構成搜索？聯邦最高法院認為：被告在住宅圍牆內之溫室種植大麻，外人從屋外無法查知，因此被告主觀上有隱私期待；但因任何人駕駛飛機經過被告住所上空都可以發現被告在溫室內種植大麻，故該隱私期待並非為社會所認為合理，故被告對此並無「合理的隱私期待」，警察此一行為不構成搜索。同理，在Dow Chemical Co. v. U.S.案[8]，環保局人員乘坐輕型機飛過嫌犯以圍牆圍繞之廠房，以高空照相器材發現其內種植大麻，聯邦最高法院認為：嫌犯對此並無合理的隱私期待，不構成搜索。

依「合理的隱私期待」理論，有無隱私權合理保護之期待，不應以個人所處之空間有無公共性，作為決定其是否應受憲法隱私權保障之絕對標準。即使個人身處公共場域中，仍享有私領域不被使用科技設備非法掌握行蹤或活動之合理隱私期待。嫌犯於書店內陳列色情書刊供顧客選購，警察入內翻閱，嫌犯對此並無「合理的隱私期待」，不構成搜索。又警察站在公眾得出入之高處以肉眼查看嫌犯屋內情形，嫌犯雖處於私人領域，對此並無「合理的隱私期待」，也不構成搜索。天空屬於開放空間，所有無線電瀰漫其間，隨時有被接收可能，除非發射電波者事先聲請頻道，否則應無「合理的隱私期待」。若以警犬在機場嗅往來旅客之皮箱，判斷旅客有無攜帶毒品，因是在公共場所所為，且警察沒有打開旅客皮箱查看，對隱私權干預極為輕微，且為往來旅客所能預見，也不構成搜索。

---

[7] Florida v. Riley, 488 U.S. 445 (1989).
[8] Dow Chemical Co. v. U.S., 476 U.S. 227 (1986).

若警察所使用之儀器極為先進特殊，非一般民眾所得以使用，雖未進入受搜索人屋內，仍可能構成搜索或監聽。例如嫌犯於室內種植大麻需輔以強光照射，會導致室溫增加，警察以溫度掃描器探測室內溫度，則已侵害「合理的隱私期待」，構成搜索。或警察在受搜索人屋外牆壁上裝置極為先進精密之竊聽器，聽取屋內談話內容，仍構成監聽。

(二)我國法

我國法律對於隱私權之界限並無明文，最高法院於100年度台上字第4780號判決仿效美國聯邦最高法院之「合理的隱私期待」標準，表示：「(二)、刑法第三百十五條之一第二款妨害秘密罪之立法目的，係對於無故竊錄他人非公開活動、言論、談話或身體隱私部位之行為，予以限制，以保障人民秘密通訊自由及隱私權。……而上述法條所稱「非公開之活動」，係指活動者主觀上具有隱密進行其活動而不欲公開之期待或意願（即主觀之隱密性期待），且在客觀上已利用相當環境或採取適當設備，足資確保其活動之隱密性者（即客觀之隱密性環境）而言（例如在私人住宅、公共廁所、租用之「ＫＴＶ」包廂、旅館房間或露營之帳篷內，進行不欲公開之更衣、如廁、歌唱、談判或睡眠等活動均屬之）。就上述妨害秘密罪旨在保護人民祕密通訊自由及隱私權之觀點而言，此項「非公開之活動」之認定，固應著重於活動者主觀上具有不欲其活動遭他人攝錄之意願或期待；但活動者主觀意願如何，外人不易確知，且該項意願未必恆定不變，若單憑活動者主觀上是否具有不公開之意願，作為認定上述犯罪構成要件（即「非公開活動」）之唯一標準，難謂與罪刑法定及法律明確性原則無違。故仍須活動者在客觀上已利用相當環境或採取適當設備，足資確保其活動之隱密性，始能明確化上述構成要件之

內容；不能僅以活動者主觀上對其活動有無公開之意願，作為上述罪名所稱「非公開活動」之唯一內涵。故上開條文所稱「非公開活動」，在犯罪構成要件之解釋上，應兼具前述主觀與客觀兩種層面之內涵，始具有刑罰之明確性及合理性。亦即活動者主觀上具有隱密性之期待，且在客觀上已利用相當環境或採取適當設備，足資確保其活動之隱密性，使一般人均能藉以確認活動者主觀上具有隱密性期待，而無誤認之虞者，始足當之。否則，若活動者在客觀上並未利用相當環境或採取適當設備，以確保其活動之隱密性，或其所採用之環境或設備尚不足以發揮隱密性效果，例如在透明之玻璃屋或野外空地沐浴或更衣，或情侶在公眾得出入之公園、停置在馬路旁邊之自用小客車內，或在住宅內未設有窗簾或未拉下窗簾之透明窗戶前為親暱或愛撫之私人活動等，一般人在上述情況下往往難以確認活動者主觀上有無隱密性期待。若僅因活動者主觀上並無公開其活動之意願，即認係屬上述罪名所稱之「非公開活動」，而對攝錄者課以刑事責任，顯屬過苛，亦有悖刑法謙抑性（即最後手段性）原則，自非所宜。」

最高法院101年度台上字第6343號判決亦同此旨，此後此套標準並為下級法院所循。

二、任意偵查與強制偵查的界限

偵查係偵查機關為確認犯罪嫌疑之有無及實施公訴，而調查犯罪事實及蒐集證據之程序。偵查方式可分為以強制處分進行偵查與任意偵查二類，強制處分因侵害人民受憲法保障的基本權，依法律保留原則，以有法律明文規定者為限，始得為之。但任意偵查因並未行使強制力，且對人民權益侵害相當輕微，雖無法律明文，檢察官或司法警察可使用較不侵犯他人權利的任意偵查方式發現真實。

何種偵查措施為強制處分，何者為任意偵查，判斷標準相當紊亂，有時不易判斷[9]。我國刑事訴訟法至今對於強制處分及任意偵查尚無清楚區分標準，我國學界傳統見解以有無使用強制力作為強制處分及任意偵查之區別標準[10]，但此說對於類似電話監聽的偵查行為，嚴重侵害人民權利卻因秘密進行無需強制力伴隨，無法作合理解釋。若以有無違反調查對象個人意願或對個人權益造成侵害為強制處分及任意偵查區分標準，則跟監、在公共場所對偵查標的攝影等作為可能都會成為強制處分，將過度限制任意偵查範圍，也不實際。日本最高法院判決以是否使用強制力壓制個人之意思及對個人權益之侵害程度等因素綜合判斷是否為強制處分[11]，值得我國參考。

任意偵查與強制處分的界限，並非固定不變，而係經常變動並與時俱進。以美國為例，美國聯邦最高法院在1971年Coolidge v. New Hampshire案[12]，認為警察若合法在某一場所，需「無意間發現」(inadvertent discovery)證物，才可依「明顯可見法則」(plain view)將該證物予以扣押；若警察事先預期會在該場合發現某證物，即應先向法院聲請令狀，否則不得依「明顯可見法則」扣押該證物。美國聯邦最高法院後來在1990年Horton v. California案[13]，廢棄了「無意間發現」要件，認為警察只要合法在該場所，縱使事先計畫有意查看而發現某證物，仍可依「明顯可見法則」(plain view)予以扣押。

美國偵查機關以任意偵查取得證據有很多方式，並相當普遍。例如警察明知心證程度尚未達搜索門檻，卻以詢問其他事情為由

---

[9] 關於強制處分與任意偵查之判斷標準，可參閱陳運財，偵查之基本原則與任意偵查之界限，東海法學研究，9期，1995年9月，294頁以下。

[10] 例如陳樸生，刑事訴訟法實務（4版），1984年，162頁；黃東熊，刑事訴訟法論（3版），1995年，134頁。

[11] 請參閱陳運財，偵查之基本原則與任意偵查之界限，東海法學研究，9期，1995年9月，294頁以下，299頁。

[12] 403 U.S. 443 (1971).

[13] 496 U.S. 128 (1990).

進入屋內，而東張西望行查看之實(United States v. Phillips[14])；或以交通違規之理由，攔檢車輛，以查看是否有犯罪證據(United States v. Villamonte-Marquez[15])；在上揭情形下，警察所執行之偵查均被美國司法實務判斷合法；其在上開執法過程中所發現之證據，均可依「明顯可見法則」(plain view)予以扣押。

三、利用 GPS 追蹤器偵查在美國法、德國法之規範

(一)美國法

公共場所與公眾得出入之場所之行蹤為公眾所共見共聞，人民對於路上行蹤並無合理之隱私期待，故如前所述，美國傳統上認為駕駛對其在公共場所之行蹤並無「合理的隱私期待」，警察使用無線電訊號發射器只是輔助肉眼跟監之不足，因此不必事先聲請令狀，屬於任意偵查。我國警察職權行使法第 10 條第 1 項亦規定：「警察對於經常發生或經合理判斷可能發生犯罪案件之公共場所或公眾得出入之場所，為維護治安之必要時，得協調相關機關（構）裝設監視器，或以現有之攝影或其他科技工具蒐集資料。」其法理與之相似。

在 United States v. McIver 案[16]，被告 McIver 涉嫌在 Kootenai 國家森林內種植大麻，司法警察在未聲請法院許可情形下，對被告所有、停在自家庭院外之汽車車底裝設 GPS 定位系統，因而查獲被告採收大麻，被告主張司法警察裝設 GPS 定位系統構成違法蒐證。美國聯邦第九巡迴法院表示：因為汽車外部是所有路人都能看到，如果被跟監車輛在私人住宅外，被告沒有合理隱私期待，該蒐證行為既未侵犯被告隱私權，並無違法。

在 United States v. Garcia 案[17]，警察有具體事證認為被

[14] 497 F.2d 1131 (9th Cir. 1974).
[15] 462 U.S. 579 (1983).
[16] 186 F.3d 1119-24 (9th Cir. 1999).
[17] 474 F.3d 994 (7th 2007).

告 Garcia 涉嫌製造安非他命及販毒，警察未取得法院許可，在被告使用之車輛後保險桿上安裝 GPS 定位系統，因而查獲被告製造毒品事證，被告主張警察蒐證違法。美國聯邦第七巡迴法院表示：警察只要有合理懷疑認為被告涉嫌犯罪，不必取得法院令狀，可利用 GPS 系統追蹤車輛，不構成違法蒐證。

美國聯邦刑事訴訟規則 Rule 41(d)(1)規定：法院審查司法警察聲請裝設追蹤器，於有相當理由時，必需許可[18]。該條規定直到 2006 年 4 月 12 日才經國會通過，並於同年 12 月 1 日生效[19]。研修委員會於該條注釋：本修法並非表示有相當理由認為被告涉嫌犯罪，才能聲請裝設追蹤器；而是表示有相當理由時，法院必需許可。且僅指裝設追蹤器有侵犯被告「合理的隱私期待」的情況(例如追蹤停放在私人車庫內之車輛)，才需先聲請許可[20]。

美國聯邦最高法院直到 2012 年 United States v. Jones 案[21]，才首次對警察未經法院許可、在私人車輛裝設 GPS 定位系統、追蹤其在公共場所行蹤，構成違法蒐證表示意見。本案被告 Jones 涉嫌意圖散布而持有毒品，警方原依哥倫比亞特區聯邦地區法院所核發有效期限 10 日之許可書，在 Jones 之配偶名下之吉普車上安裝 GPS 定位系統，嗣許可書期限屆至，警察逾越法院裝設 GPS 許可書之期限在法院轄區外之馬里蘭州之公共停車場，在該車底盤裝設 GPS，追蹤該車行蹤長達 28 天。美國聯邦哥倫比亞特區巡

---

[18] Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 41(d)"(1) In General. After receiving an affidavit or other information, a magistrate judge—or if authorized by Rule 41(b), a judge of a state court of record—must issue the warrant if there is probable cause to search for and seize a person or property or to install and use a tracking device."

[19] 黃清德，論科技定位追蹤監視偵查犯罪—以全球衛星定位法制為例，月旦刑事法評論，第 11 期，2018 年 12 月，85 頁，95 頁。

[20] Committee Notes on Rules—2006 Amendment, "...The amendment to Rule 41 does not resolve this issue or hold that such warrants may issue only on a showing of probable cause. Instead, it simply provides that if probable cause is shown, the magistrate judge must issue the warrant. And the warrant is only needed if the device is installed (for example, in the trunk of the defendant's car) or monitored (for example, while the car is in the defendant's garage) in an area in which the person being monitored has a reasonable expectation of privacy."

[21] 565 U.S. 400 (2012).

迴法院採「馬賽克理論」表示：蒐集個人零碎行蹤資訊，或許當事人不會感到隱私權被侵犯，若累積大量資訊，就會對隱私權產生危害，如同將眾多馬賽克單片併在一起會呈現完整圖像，警察逾越法院裝設 GPS 許可書之期限，在嫌犯車子底盤裝設 GPS 長達 28 天，違法侵犯隱私權，構成違法搜索，其法效果為證據排除[22]。聯邦最高法院支持聯邦哥倫比亞特區巡迴法院判決，並表示：未經法院許可在私人車輛裝設 GPS 定位系統，以侵犯嫌犯之財物方式獲取資訊、蒐證其在公共道路之行蹤，違反美國聯邦憲法增修條文第四條，構成違法搜索；此與警察純以人力在公共道路跟監，沒有侵害嫌犯之「合理的隱私期待」不同。亦即，警察未經聲請法院許可，在私人車輛裝設 GPS 定位系統，追蹤其在公共場所行蹤，不論時間長短，均構成違法蒐證、應證據排除。

(二)德國法

德國刑事訴訟法第 100h 條第 1 項規定：「(1)即使受涉及人不知情，若查清案情或調查被告所在地採取其他方式可能收效不大或困難時，亦得在住宅之外 1. 拍照 2. 使用其他特別為監視目的所設之科技設備。第 1 句第 2 款之處分，僅在調查對象為重要犯罪時才得為之。[23]」亦即，偵查得在關係人不知情下，採取攝錄影音以外之其他特別監視目的之科技方法措施，以調查事實或偵查犯罪者之居停留處所[24]。德國刑事訴訟法第 100h 條第 1 項第 2 句規定：「第 1 句第 2 款之處分，僅在調查對象為重要犯罪(eine Straftat von erheblicher Bedeutung)[25]時才得為之。」所謂「重

[22] United States v. Maynard, 615 F.3d 544 (2010)

[23] 參見連孟琦譯，德國刑事訴訟法，2016 年 1 月，61 頁。惟連孟琦教授將德國刑事訴訟法第 100h 條第 1 項第 2 句譯為：「第 1 句第 2 款之處分，僅在調查對象為(eine Straftat von erheblicher Bedeutung)十分重大之犯罪時才得為之。」基於本文後述原因，"eine Straftat von erheblicher Bedeutung"譯為「重要犯罪」似較為妥當。

[24] 黃清德，論科技定位追蹤監視偵查犯罪－以全球衛星定位法制為例，月旦刑事法評論，第 11 期，2018 年 12 月，85 頁，96 頁。

[25] 此處「重要犯罪」的用語，也出現於德國刑事訴訟法第 81g 第 1 項(DNA 身分鑑別)、第 98a 條

要犯罪」係指排除告訴乃論之罪(Antragsdelikt)以及輕微的違法行為(Bagatelldelikt)。

亦即，使用 GPS 定位系統蒐證需要犯罪嫌疑門檻，但只要求初始犯罪嫌疑，如同開始偵查的標準；與通訊監察有所區隔，不要求特定事實所支撐的犯罪嫌疑。使用 GPS 定位系統蒐證需符合補充性原則：在針對被告的情形，需以其他方式效果較差或困難(weniger erfolgversprechend oder erschwert)；針對其他人，則以其他方式沒有希望或是明顯困難(aussichtslos oder wesentlich erschwert)，才可使用此手段。但使用 GPS 定位系統蒐證不採法官保留，可由警察或檢察官依職權為之。對於命令的形式或內容也沒有規定，但應紀錄於卷內，以便事後的權利保障(例如通知被偵查對象)。

德國聯邦憲法法院 2005 年 4 月 12 日判決(BVerfG, Urteil vom 12. 4. 2005 - 2 BvR 581/01)認為：德國刑事訴訟法第 100h 條第 1 項第 1 句第 2 款是使用全球衛星定位系統為證據調查以及相隨而來之證據使用符合憲法要求之授權依據(判決當時條號為第 100c 條第 1 項第 1 款 b)，亦即 GPS 屬於德國刑事訴訟法第 100h 條第 1 項第 1 句第 2 款所稱之「使用其他特別為監視目的所設之科技設備」。偵查機關使用 GPS 雖干預人民的一般人格權，但並未干預典型不可侵犯的私人生活狀態核心領域。

因德國使用 GPS 定位系統蒐證，無論時間長短，不採法官保留，並無須法官許可。所得資料使用於其他犯罪時，只要其他犯

第 1 項(自動化比對)、第 110a 第 1 項(臥底偵查員)、第 131 條第 3 項(對大眾或特定群眾公告通緝被告)、第 131a 條第 3 項(公告通緝被告)、第 131b 條第 1 項及第 2 項(公布被告或證人照片)、第 163e 條第 1 項第 1 句(警察臨檢時進行監視)、第 163f 第 1 項第 1 句(長期監視)。而何謂重要犯罪，立法者並未使用「犯罪目錄(Straftatenkatalog)」的方式加以具體化。聯邦憲法法院認為重要犯罪至少屬於中度犯罪(mittlere Kriminalität)的範圍，會嚴重干擾法平和性以及顯著影響公眾法安定性的感受(參照 BVerfG, Urteil vom 12. 4. 2005 - 2 BvR 581/ 01，BVerfGE 103, 21 <34>; 107, 299 <322>; 109, 279 <344>)。與此相對，德國刑事訴訟法第 100a 條第 2 項(電信通訊監察)即有列舉那些犯罪屬於該條第 1 項第 1 款所指「嚴重犯罪(schwere Straftat)」；德國刑事訴訟法第 100b 條第 2 項(網際網路搜索)亦明文那些犯罪屬於該條第 1 項第 1 款所稱「特別嚴重犯罪(besonders schwere Straftat)」。

罪也是重要犯罪，即可使用。因為本條規定沒有形式上的前提要件，除非欠缺犯罪的初始嫌疑或非重要犯罪，較少有證據禁止使用問題[26]。

本條規定雖沒有執行期間的限制，惟如果結合其他偵查手段一併使用，應注意其他偵查手段的期限及相關規定。例如 GPS 常與跟監一併使用，依德國刑事訴訟法第 163f 條規定，長期跟監屬法官保留事項，應先聲請法院許可。第 163f 條規定之長期跟監若結合 GPS 定位系統蒐證，除須符合第 100h 條的規定外，當然也需聲請法官許可。

參、本署見解

一、對本案被告蒐證行為侵犯隱私權一節本署不爭執

本案臺灣高等法院高雄分院 105 年度上易字第 604 號判決解釋 GPS 追蹤器已侵犯隱私權：「再「全球定位系統」(Global Positioning System ；簡稱：GPS ）係利用繞行地球之人造衛星持續發射載有衛星軌道資料與時間之無線電波，由地球上之接收儀器利用幾何原理即時計算接收儀器所在位置之座標、移動速度及時間。而 GPS 衛星追蹤器之追蹤方法，係將自人造衛星所接收之資料透過通訊系統傳至接受端電腦，顯示被追蹤對象之定位資訊，透過通訊網路傳輸，結合地理資訊系統對於個人所在位置進行比對分析，而得知被追蹤對象之所在位置、移動方向、移動速度以及滯留時間。……足見被告王育洋所裝設 GPS 衛星定位器，具有即時定位（可自行設定回定位時間）、基地台定位、歷史軌跡紀錄（紀錄資料可儲存 6 個月，可回放、重複播放任何 1 天 24 小時所有定位紀錄）等功能，一旦安裝及設定完成，即可全面獲悉上開貨車之即時衛星定位資料。而以本件扣案之衛星追蹤器

[26] MüKoStPO/Günther, 1. Aufl. 2014, StPO § 100h Rn. 5-30.

而言，在車輛移動之情形下，可設定每隔5 分鐘、10 分鐘或1 小時即自動紀錄1 筆衛星定位資料，倘以設定5 分鐘為例，單日最高可紀錄高達280 筆（每小時可紀錄12 筆，每日最高達12X24=288 ）即時衛星定位資訊，以卷內GPS 衛星定位器行動軌跡紀錄列印資料顯示，自103 年6 月28 日起至同年7 月4 日止，共7 日均處於定位狀態，回傳資料除告訴人停放上開貨車地點即高雄市旗津區上竹巷37-7 號之地址外，尚有逐筆停留日期時間、詳細地址及經緯度位置等詳細車輛位置相關資訊，多達40餘筆資料之多，被告王育洋於原審審理時亦供稱可以透過遠建公司之APP 察看定位資訊等語（易字卷第133 頁背面），堪認被告王育洋可依上開方式全面掌握該貨車之行蹤。而以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。質言之，經由長期大量比對、整合車輛行跡，該車輛駕駛人之慣用路線、行車速度、停車地點、滯留時間等活動將可一覽無遺，並可藉此探知車輛使用人之日常作息、生活細節及行為模式。此一經由科技設備對他人進行長期且密集之資訊監視與紀錄，他人身體在形式上雖為獨處狀態，但心理上保有隱私之獨處狀態已遭破壞殆盡，自屬侵害他人欲保有隱私權之非公開活動。而此亦為美國法院近年針對類似案件所採取之「馬賽克理論（mosaic theory ）」（或譯為「鑲嵌理論」），即如馬賽克拼圖一般，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。個人對於零碎的資訊或許主觀上並沒有隱私權遭受侵害之感受，但大量的資訊累積仍會對個人隱私權產

生嚴重危害。是以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。」

系爭判決此部分論述，同於前述美國聯邦最高法院2012年United States v. Jones案所維持之聯邦哥倫比亞特區巡迴法院判決所採「馬賽克理論」，前以論及，本署不予爭執[27]。

二、「隱私權」與「非公開之活動」範圍不同

車輛行駛於公眾往來之道路上，其他路人及交通參與者均得共見共聞，顯屬「公開之活動」，與本罪的行為客體限於「非公開之活動」不同。對此，本案最高法院106年度台上字第3788號判決亦表示：「三、……按刑法第315條之1第2款妨害秘密罪之立法目的，係對於無故竊錄他人非公開活動、言論、談話或身體隱私部位之行為，予以限制，以保障人民秘密通訊自由及隱私權。所謂『非公開之活動』，固指該活動並非處於不特定或多數人得以共見共聞之狀態而言，倘處於不特定或多數人得以共見共聞之狀態，即為公開之活動。」

惟系爭判決卻認為：「是被告王育洋所裝設之GPS衛星定位器確有發揮追蹤定位之功能，且透過該GPS衛星定位器業已回傳103年6月28日起至同年7月4日長達7日之上開貨車行跡，此一長期且密集利用電磁紀錄蒐集、竊錄上開貨車所在位置之定位資訊，進而掌握告訴人使用上開貨車行止、動向等，應認GPS衛星定位器所回傳上開貨車所在位置、動靜行止等資訊，已該當於刑法第315條之1第2款他人『非公開活動』及『竊錄』行為無誤。」

亦即，系爭判決將A「車輛移動及位置」之信息等同於B「車

[27] 惟United States v. Jones案，司法警察使用GPS追蹤器追蹤嫌犯28天，聯邦哥倫比亞特區巡迴法院依「馬賽克理論」，固認為屬於侵犯被追蹤人之隱私權；本案被告使用GPS追蹤器只有6日，依「馬賽克理論」，是否達侵犯被追蹤人隱私權之程度，非無審酌空間。

內人物之言行舉止」，再以B「車內人物之言行舉止」既有車體作為物理屏障，應屬「非公開活動」，而認定A屬「非公開活動」。其論理明顯錯誤之處為：本案中的GPS追蹤器僅具位置訊號發送功能，無法錄音錄影，對於車內言談舉止並未窺知。系爭判決卻先不附理由將A等於B，再因B為車體隱蔽來認定A屬於「非公開之活動」，其論理顯有謬誤，難怪判決後即為學者相繼為文批判[28]。

以車輛長期行蹤一般人無從得知，固屬隱私權，本署雖敬表同意。惟本案事實審既從未指出本件GPS紀錄何處有系爭車輛在私人場域非公開活動之情形，GPS紀錄也沒有窺視或紀錄告訴人駕駛系爭汽車之聲音或影像，而系爭車輛行駛於公共道路某處時，為該處路人所共見共聞之公開行為，雖然每位路人都只能看到車輛從眼前經過之一小段路程，但每一小段行駛之「公開行為」之累積不會變成「非公開行為」。「隱私權」與「非公開之活動」範圍並不相同，GPS追蹤器是否侵犯隱私權究與侵犯之客體行為是否為「非公開活動」分屬二事，系爭判決以被告裝設GPS追蹤器已經侵犯隱私權，取代竊錄之客體為「非公開活動」，已經違反罪刑法定主義。美國聯邦最高法院2012年United States v. Jones案支持之「馬賽克理論」是解釋隱私權範圍，其法效果是證據排除；該理論並非解釋刑法，擴張「非公開活動」之意義。否則，如同蔡聖偉教授批評系爭判決所舉之例，依本判決意旨，若公開活動也成為本罪犯罪客體，恐怕連架設路邊的監視器也可能構成本罪，因為彙整各路段的錄影資料，也可拼湊出一個人之行蹤[29]。

---

[28] 請參見蔡聖偉，再論私裝GPS跟監與「竊錄非公開活動」—評最高法院106年度台上字第3788號刑事判決，月旦裁判時報，76期，2018年10月，27頁，33-35頁；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，42頁，53頁。

[29]請參見蔡聖偉，再論私裝GPS跟監與「竊錄非公開活動」—評最高法院106年度台上字第3788號刑事判決，月旦裁判時報，76期，2018年10月，27頁，36頁。

三、以「隱私受侵害」取代「非公開」構成要件，違反罪刑法定主義

系爭判決認為被告行為係犯刑法第 134 條、第 315 條之 1 第 2 款之公務員假借職務上之機會，故意犯以電磁紀錄竊錄他人非公開活動罪。刑法第 315 條之 1 第 2 款係規定：「有下列行為之一者，處 3 年以下有期徒刑、拘役或 30 萬元以下罰金：……二、無故以錄音、照相、錄影或電磁紀錄竊錄他人非公開之活動、言論、談話或身體隱私部位者。」

最高法院 101 年度台上字第 5879 號判決指出：「狹義之法律解釋方法，固有文義解釋、體系解釋、法意解釋（又稱歷史解釋或沿革解釋）、比較解釋、目的解釋及合憲解釋（後五者合稱為論理解釋），及偏重於社會效果之預測與社會目的考量之社會學解釋。然典型之解釋方法，是先依文義解釋，而後再繼以論理解釋；惟論理解釋及社會學解釋，始於文義解釋，而其終也，亦不能超過其可能之文義，故如法文之文義明確，無複數解釋之可能性時，僅能為文義解釋，自不待言。」

最高法院 106 年度台上字第 3788 號判決也發現系爭判決論述有上開問題，乃指出：「原判決以公共場所亦有隱私權，進而用『隱私受侵害』取代『非公開』構成要件要素之涵攝，固有微疵，但不影響本件判決本旨。」惟罪刑法定主義是刑法之帝王條款，法官只能在法條文義射程範圍內考量規範目的，不能拿規範目的取代法條文字，系爭判決上開論述豈是「微疵」，而「不影響本件判決本旨」。

四、司法警察調查犯罪前不必先行報告

本案被告王育洋係為查私菸出於偵查之目的，於上開貨車底盤裝設 GPS 追蹤器之行為，其裝設 GPS 追蹤器及拆卸均有五二岸巡大隊同事隨行，並非其個人單獨行動。已先後為臺灣高雄地方

法院105年度易字第110號判決、臺灣高等法院高雄分院105年度上易字第604號判決所確認。

按司法警察官知有犯罪嫌疑者，應即開始調查，並將調查之情形報告該管檢察官；司法警察知有犯罪嫌疑者，應即開始調查，並將調查之情形報告該管檢察官及司法警察官；巡防機關前2項以外之人員，執行第4條所定犯罪調查職務時，視同刑事訴訟法第231條之司法警察，刑事訴訟法第230條第2項及第231條第2項、海岸巡防法第10條第3項分別定有明文。警察偵查犯罪手冊第16點亦規定：「司法警察人員知有犯罪嫌疑者，應即開始調查且將調查情形報告直屬長官，並視案情報請檢察官主持偵辦。」亦即，司法警察調查犯罪原則係採事後報告，而不必事前報告。被告王育洋事前雖未立案調查或報請長官書面同意，其裝設GPS追蹤器之行為，不因此即認為違法。

五、被告行為時，司法實務未禁止警察使用GPS蒐證

與前開美國法及德國法相較，我國法律至今對於偵查機關或司法警察機關聲請裝設追蹤器未作任何規定，我國司法實務常見之案件係私人自行或委託徵信社蒐集配偶通姦證據，在車廂內裝置兼具竊聽功能的GPS定位追蹤器或在汽車底盤裝置僅能紀錄車輛位置之GPS定位追蹤器，例如第一件以GPS追蹤器妨害秘密之科刑案件係臺灣新竹地方法院98年5月11日97年度竹簡字第1545號判決，或後來發生之臺灣高等法院100年度上易字第2407號判決，均是此類案件，法院認為行為人成立刑法第315條之1第2款無故竊錄罪。

本案系爭判決認為：「按刑法第315條之1妨害秘密罪，以『無故』為構成要件，而『無故』之意義，通說認係指『無法律上正當理由』，學理上有主張係違法性要素，有主張係構成要件

要素，究其實質均屬排除行為不法之要件，可稱之為阻卻不法事由。而有無正當理由之判斷，須視行為者有無合理化其行為之事由而定，亦即綜合考量行為人行為之目的，行為當時之人、時、地、物等相關情況，及對方受干擾之程度等因素，合理判斷其行為所構成之侵擾，是否逾越社會通念所能容忍之界限。是所謂「正當理由」非謂行為人之行為有其目的或動機良善即屬之。另觀刑法第 306 條侵入住宅罪、第 315 條妨害書信秘密罪、第 316 條洩漏業務上知悉他人秘密罪，亦均以『無故』為構成要件，倘國家偵查機關或偵查輔助機關僅為犯罪偵查或刑事訴訟之舉證，而允許以此為由，侵入住宅（刑法第 306 條），開拆隱匿封緘信函（刑法第 315 條），窺視、竊聽、竊錄他人非公開之活動（刑法第 315 條之 1 ），或允許醫師等專業人員洩漏因業務知悉之秘密（刑法第 316 條），則憲法對於居住安全、隱私權之保護豈非具文。以通訊監察為例，犯罪偵查機關為維護社會治安、保障人民權益，於調查犯罪（甚至重大刑案）時，如欲以監聽方式蒐證，必須基於偵查犯罪、維護國家安全及社會秩序之目的，並符合法律所明定之嚴重危害國家、社會犯罪類型，依照法定程序，方得在法院之監督審核下進行通訊監察，始得為之，自不能認為國家偵查機關基於蒐集證據等之目的，即一概認定有侵犯人民隱私權之正當事由。因此，縱被告王育洋係基於偵查上開貨車使用人是否涉有走私私煙犯行之目的而侵害告訴人之隱私，因憲法上之法律保留原則乃現代法治國原則之具體表現，規範國家與人民之關係，依憲法第 23 條之規定，國家機關限制人民之基本權等重大事項原則上仍應有法律或法律明確之授權為依據，殊無由偵查機關憑一己之判斷或臆測，藉口犯罪偵查為由，即自行發動竊錄蒐證，而仍應審究是否具有法律上正當理由。」

系爭判決認為個人隱私於公共場所亦受保護，GPS 追蹤器與

人力跟監有本質差異，使用 GPS 追蹤器侵犯他人之隱私權，此部分見解本署亦表贊同。但本件被告行為時間是民國 103 年 6 月 28 日晚上 8 時 40 分前至 103 年 7 月 4 日，經上網司法院內部網站法學資料檢索系統查詢103年6月27日以前涉及司法警察使用 GPS 追蹤器蒐證或逮捕之判決，結果未發現最高法院 103 年 6 月 27 日以前有此類裁判；再查詢 103 年 6 月 27 日以前臺灣高等法院及其分院涉及司法警察使用 GPS 追蹤器蒐證或逮捕之判決，共蒐得 3 件判決，分述如下：

1. 臺灣高等法院高雄分院 99 年 9 月 23 日 99 年度上訴字第 1341 號判決表示：「理由、貳、一、上揭事實(按：被告涉嫌製造第四級毒品)，業據被告張家榮、李志偉於檢察官偵查中、原審及本院審理時均坦承不諱，核與共同被告陳琮偉於警訊及偵審中供述情節相符；而本案係 97 年底開始偵辦，同年 11 月初正式上線監聽，在查獲前，曾在被告張家榮車上裝置 GPS ，跟蹤被告張家榮之汽車前往『穎祥藥局』，當時被告張家榮與李志偉一起去，張家榮抱 1 大箱東西上車，伊等並有攝影，查獲當天是跟蹤被告張家榮車子到現場，因而查獲本案等情，復經證人即承辦員警張增賢於檢察官偵查中證述甚詳；」本件經被告張家榮、蔡嘉宏上訴最高法院，經最高法院以 99 年度台上字第 8147 號判決駁回上訴確定，並無隻字片語指責該案司法警察裝置 GPS 蒐證之程序有何違法或不當。

2. 臺灣高等法院臺南分院101年5月30日101年度上訴字第 298 號判決表示：「理由、三、(四)、2……查本案承辦員警固於偵查時，經由通訊監察知悉綽號阿銘者涉嫌販賣第一、二級毒品，然不知其真實姓名及行蹤。嗣經被告許保承於警詢時供出該綽號阿銘者為其上游毒販，並提供該綽號阿銘者之護照予警方，始知其真實姓名為葉朝銘。被告許保承並委託其父許英俊代為尋覓葉

朝銘之行蹤，並配合警方於許保承之機車裝設衛星定位 GPS 後，交付葉朝銘以折抵葉朝銘所稱被告許保承積欠之 1 萬元債務，警方因而經由前揭衛星定位 GPS 掌握葉朝銘行蹤而將其拘捕到案等情，此業經本案承辦員警盧忠遜於原審審理時證述綦詳（見原審卷第 90 至 94 頁），復有證人盧忠遜職務報告、臺灣嘉義地方法院檢察署 101 年 1 月 12 日嘉檢兆孝 100 偵字第 7273 字第 1216 號函文各 1 份在卷可佐（見原審卷第 47、79、80 頁）。參以檢察官於原審審理時亦陳稱：許保承部分確實係經由其供述才查獲葉朝銘，同意依毒品危害防制條例第 17 條第 1 項減輕其刑等語（見原審卷第 120 頁），足認因被告許保承供出其上游毒販葉朝銘之確切姓名資料並配合警方上開作法，警方始得以確切掌握葉朝銘行蹤並因而查獲，爰就被告許保承附表二各次犯行均依毒品危害防制條例第 17 條第 1 項之規定減輕其刑，並依法遞減之。」本案未上訴最高法院而確定，臺灣高等法院臺南分院 101 年度上訴字第 298 號判決亦未指責該案司法警察利用同案被告裝置 GPS 逮捕被告之程序有何違法或不當。

3. 臺灣高等法院 102 年 11 月 12 日 102 年度上訴字第 723 號判決表示：「理由、貳、乙、四、(二)證人即基隆調查站緝毒組調查員徐宿良於原審審理中證稱：約 99、100 年間，謝政憲涉嫌調查局承辦之健達順公司涉嫌偽造文書案件，結案之後，張和平組長向伊提到與謝政憲做過接觸，謝政憲對健達順案件感到後悔，願意就含麻黃鹼的藥品部分與調查局合作，因此請伊負責跟謝政憲聯繫，希望謝政憲對有不正常交易藥品之人於交易時間點能預先通知調查局，以利調查員跟監。在偵辦毒品案期間（約 100 年 5 至 7 月間），謝政憲如跟曾昱騰有交易約定，均會事先通知伊並配合調查局作業（包括包裝藥品大小、在曾昱騰車上安裝 GPS 等），使調查局能事先部署、跟監。」本案未上訴最高法院而確定，

臺灣高等法院102年度上訴字第723號判決亦未指責該案司法警察裝置GPS追蹤器蒐證之程序有何違法或不當。

對此，本案最高法院106年度台上字第3788號判決亦表示：「五、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。」

綜合上述判決可知，因我國法律對偵查人員使用GPS追蹤器蒐證或緝捕人犯之要件及程序未作規範，但偵查實務有使用GPS之需要，否則，縱檢警接獲運輸毒品、未稅洋菸集團之內部人員可靠情資表示某船隻或車輛將於何時載運毒品、未稅洋菸，在茫茫大海或車海中，偵查人員如何確認該船隻、車輛位置而成功截獲？警察維護社會治安之職責無法因等待立法而稍待，只因法律未作規範，故較少在移送書或起訴書將GPS蒐證紀錄列為證據。本案被告行為時，司法實務並未禁止司法警察使用GPS蒐證，與私人自行或委託徵信社蒐集配偶通姦證據偷裝GPS追蹤器應負刑責，並不相同。而比較同一時期先進國家之法律例如前述美國法、德國法，此種見解應屬正常合理。

六、法律見解固與時俱進，變更見解前不違法之偵查作為不負刑責

按刑法第315條之1妨害秘密罪，以「無故」為構成要件，而「無故」之意義，通說認係指「無法律上正當理由」，屬排除行

為不法之要件，稱為「阻卻不法事由」。而有無正當理由之判斷，須視行為者有無合理化其行為之事由而定，亦即綜合考量行為人行為之目的，行為當時之人、時、地、物等相關情況，及對方受干擾之程度等因素，合理判斷其行為所構成之侵擾，是否逾越社會通念所能容忍之界限。

我國刑事訴訟法或其特別法至今尚未規範使用 GPS 蒐證之要件及程序，被告行為時司法實務並未認定司法警察裝設 GPS 追蹤器蒐證違法，參考當時先進國家相關法制及時空環境，亦容許司法警察未經法院許可裝設 GPS 追蹤器蒐證；我國司法警察既有裝設 GPS 追蹤器蒐證之需求，其維護社會治安之職責復無法因等待立法而稍待，應認為被告之行為具有法律上正當理由。社會治安之維護及正當法律程序之遵守同屬重要，就此偵查方法，固應以法律明定相關要件，俾符法治國家原則。**但法律明定前之偵查作為，不能由社會共享司法警察維護治安之果實，卻由執法之司法警察獨自承擔刑責風險。**

以美國聯邦最高法院 United States v. Jones (565 U.S. 400, 2012)為例，後來雖認為警察逾越法院裝設 GPS 許可書之期限，在嫌犯車子底盤裝設 GPS，構成違法蒐證。其法效果亦僅係 GPS 紀錄證據排除，而非追究司法警察之刑事責任。

本件被告固有前往陳文聰置放車輛之處安裝 GPS 追蹤器之舉，然被告係屬五二岸巡大隊司法組成員，位居士官長之職，屬刑事訴訟法第 231 條之司法警察。且安裝此等 GPS 追蹤器乃因陳文聰所有之車輛屬該大隊前曾緝獲之同一運輸公司，故為調查該車輛是否有運輸私菸，方於勘查後決定安裝 GPS 追蹤器，堪認被告上開作為應係執行私菸查緝之偵查勤務。司法警察(官)調查方式、手段，法律並無要式性之規範；以裝設 GPS 於犯罪嫌疑人使用車輛之行為，係以秘密方式針對特定嫌疑人進行調查、蒐集犯罪事

證或相關資訊之國家公權力行為。告訴人駕駛車輛行駛於供公眾往來道路，現今社會雖認仍可能屬隱私權保護範疇，但早先曾被認為「無隱私合理期待」，已如前述。依被告行為當時司法實務見解，此等作為應認為具法律上正當理由，不應構成刑法第 315 條之 1 第 2 款之「無故」。

七、結論

「隱私權」與「非公開之活動」二者範圍並不相同，刑法第 315 條之 1 第 2 款係處罰無故竊錄他人「非公開之活動」，並非處罰侵犯他人之「隱私權」。本案 GPS 紀錄全部係系爭車輛在公共道路之「公開活動」，乃系爭判決及下級審判決均未指出本案 GPS 紀錄何處有系爭車輛在私人場域非公開活動之情形，也沒有窺視或紀錄告訴人駕駛系爭汽車之聲音或影像，系爭判決卻以「隱私權」替代「非公開之活動」，認為被告構成本罪，已經違反罪刑法定主義。

另外，本案被告行為時，司法實務並未禁止警察未經聲請法院許可，使用 GPS 蒐證；且偵查實務有使用 GPS 蒐證或追蹤嫌犯之需求。被告依偵查實務相沿成習之例蒐證，有法律上正當理由，應非「無故」。法律見解及人權保護觀念固與時俱進，法院以證據排除方式宣告其對警察使用 GPS 蒐證之最新見解已足，法院變更見解前之偵查作為，不能由社會共享司法警察維護治安之果實，卻由執法之司法警察將來可能獨自承擔刑責之不確定風險。

肆、案經確定，爰依刑事訴訟法第441條、第443條提起非常上訴，以資糾正。

此致

最高法院

中　華　民　國　108　年　10　月　25　日

檢察總長 江惠民

