

證據上的刑事訴訟（法官篇）

證據能力

——以偷裝GPS追蹤定位為例

探討主題

證據能力、證據排除法則、GPS偵查蒐證、強制處分、合理隱私期待

壹、證據能力概念說明

案例

衝過頭員警為了績效，從線民處得知小明可能涉及多起竊盜案，於是偷偷在小明平日使用的自用小客車底部裝設GPS（Global Positioning System）全球衛星定位追蹤器，來追蹤小明的行蹤。某日小英家裡失竊，員警透過該GPS當時的行徑軌跡發現小明曾於小英家失竊的相同時間、地點，確實開車到小英家門口附近停車約半小時，於是開始偵辦小明，小明表示當日他沒有去小英家，他在家睡覺，警察提出上開以GPS追蹤的資料來戳破小明的謊，檢察官據以向法院起訴，小明的律師在法庭抗辯稱：員警未經法官令狀，偷偷在小明車子底下裝GPS衛星定位追蹤器所取得的路徑資料，沒有證據能力。律師這樣的抗辯有沒有理由？

並不是當事人所庭呈的任何證據，都可以成為法院判決被告有罪的依據，必須經過「資格」篩選的程序，確定沒有證據被污染，才能被法院採用於定罪的依據。

這個道理很簡單，假如你／妳在廚房想作一道美味可口的菜，但材料裡的肉居然是腐臭的，即便其他的食材都是上等新鮮貨，整盤菜就是不能吃啊！這個可怕的腐敗臭肉已污染了整盤菜啊，「一顆老鼠屎壞了一鍋粥」不正是在講這檔事嗎。

同樣的道理套用在法庭的證據上，也是一樣，國家必須確保毒液不會被注入法庭來污染事實及法律的判斷，這樣的判決才能有公正性可言，否則一旦證據被污染，而法院也採用了這個已被污染的證據來當作判決的基礎，你／妳會一整個噁心，唾棄這種判決結果。因此，我國刑事訴訟法（下稱「刑訴

法」)第155條第2項乃規定：「無證據能力，未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據。」意思是說，如果當事人所提出的證據資料，是沒有證據能力的，不能當成定罪依據。這裡所說的具有「證據能力」，換句話說，是指具備能夠成為證據的資格，白話一點就是夠格當證據才可以被法庭所採用。

而要判斷哪些證據資料（證據方法）夠格當證據，這種判斷的過程就是一種證據篩選的程序，刑事訴訟法的專有名詞叫做「證據排除法則」，如果某項證據資料被排除而不能用，就代表它沒有證據能力。

證據排除法則	
定義	作為篩選證據是否具有證據資格
類型	1. 不正訊問取得的自白或證詞 2. 未經具結的證詞或鑑定 3. 傳聞證據排除與例外容許 4. 非法監聽 5. 公務員違背法定程式取得證據的相對排除 6. 其他非法取證
效果	一旦排除證據資格，即無後階段合法調查與自由心證之採用，不得作為判決基礎

圖：證據排除法則

我國刑訴法或其他程序規範基於此，設有一些明文的規定來排除證據的被使用於法庭。例如強暴、脅迫等刑求逼供的不當或不正取供（刑訴法第98條、第156條）、沒有經過具結的證詞或鑑定（刑訴法第158條之3）、傳聞證據之排除與例外容許（刑訴法第159條之1以下到第159條之5）、公務員違背法定程式取得證據的相對排除法則（刑訴法第158條之4）、非法監聽（通訊保障及監察法第18條之1）等等，汗牛充棟，實在非常複雜。但總言之，記住一個要訣：如果一項證據資料被認定沒有證據資格，就沒有後階段用自由心證所判斷的證據價值了，也就是證據能力都被排除了，這項證據資料就「出局」了，不能再死灰復燃地偷偷拿出來當成法官判斷的基礎。

而比較值得注意的是較新興的員警偵查手段中的GPS全球衛星定位的偵搜手段問題，讓我們來分析一下。

貳、私下以GPS全球衛星定位偵搜

過去警察常用人力跟監、埋伏的方式來追查嫌疑人，但是警力有限，科

技日新月異，犯罪行為人的犯罪手法也愈來愈難以掌握，於是警察的辦案不得不改採科學辦案模式，用GPS來跟蹤嫌疑人遠比土法鍊鋼式的人力跟監來得有效及省力，也因此常能破獲重大案件。

問題在於，這樣的模式在今日是否能繼續運作？換句話說，案例所示的情形，員警沒有經過法官允許，日後可不可以私下在小明車子底下裝GPS全球衛星定位追蹤器來取得對小明不利的證據？

未經法院許可的GPS偵查			
國家	美國	日本	我國
標竿案件	United States v. Jones, 132 S. Ct. 945 (2012)	高裁大法庭平成29年3月15日，平28(あ)442号	最高法院106年度台上字第3788號刑事判決
內容	1. 私人車子上安裝GPS，是侵犯了人民的私人財產，屬於非法侵入獲取的信息，屬於搜索。 2. 須得法院許可，否則違反憲法第四修正案。	1. GPS偵查將持續全面掌握個人行蹤，不免侵害個人隱私，與公共道路上的攝影機不同，侵入私人領域。 2. 違反個人合理隱私期待，屬於強制處分，須得法院許可。	1. 即使個人身處公共空間，仍享有私領域不被侵入或掌握行蹤的合理隱私期待。 2. 偵查機關使用GPS連續多日蒐集資料所蒐集的龐大資訊將可透視使用人的日常作息模式，對隱私權重大侵害。（馬賽克理論）。 3. 對基本權重大侵害屬於強制處分，在未有法律依據的情況違背法定程式，不得作為定罪證據。

圖：我國與外國實務操作比較

一、國外實務操作（美國、日本）

其實，這個問題涉及隱私權的合理期待有沒有被不法侵害的判斷。在美國最高法院有一個著名的案子United States v. Jones, 132 S. Ct. 945 (2012)，認定在車輛上安裝GPS全球定位系統追蹤裝置，並使用該裝置監測車輛的運動，通過將GPS設備安裝在被告的汽車上，警方侵犯了人民的「私人財產」（personal effects），這種非法侵入是為了獲取信息，這屬於憲法第四修正案的搜索。當然必須符合搜索的正當法律程序。

另外，日本最高法院大法庭於2017年3月針對一起員警對於搜查對象的車輛裝GPS來取得搜查對象位置等情報的案件裡，認定員警在沒有法院核發令狀的情形下私自裝設GPS的搜查方法是違法的，所取得的證據沒有證據能力，不能拿法庭來使用。而檢察官及警察向來的主張是：這只不過是任意搜查，並不是強制搜查！但不被日本最高法院所接受。

日本最高法院所持理由在於，GPS這種全球定位系統的搜查，由於其性質完完全全的掌握目標車輛及其用戶的位置和運動狀態，包括那些與個人隱私受到強烈保護的地點和空間有關的位置和運動狀態，不僅僅是在公共道路上而已。換句話說，這種搜查方式，不可避免地要持續地、全面地掌握個人的行蹤，所以有可能侵犯個人的隱私，這種侵害隱私權的行為與在公共道路上



用肉眼或攝影機拍攝位置的方法完全不同，就偷偷裝在私人車輛等物品上的行為而言，它涉及公共機構侵入私人領域的問題。因此，全球定位系統的搜查是一種侵犯私人領域的調查方法，合理的推論已違背了個人的意圖，構成個人自由意思的壓抑（侵害人民合理隱私期待），違反了憲法所保障的人民的重要法律利益，除非有特別的理由，否則是屬於強制處分，應該有法官的令狀核准（至少要有檢證令狀，類似我國的勘驗）才可以使用這種GPS的搜查方式。（參最高裁大法庭平成29年3月15日，平28(あ)442号。）

二、我國實務操作

我國最高法院在2017年12月也做出了相同的判決（最高法院106年台上字第3788號刑事判決）。在一件海巡士官長為了查緝某公司的貨車是否有運送私菸的案子，士官長在貨車底盤裝上GPS定位器，該貨車由小陳使用。一週後，貨車停在小陳住家外面的空地，士官長走到車旁，剛取下車上的GPS時被小陳先生發現，報警逮捕。最高法院維持二審判決士官長構成刑法第315條之1「無故以電磁紀錄竊錄他人非公開活動罪」的理由，和日本最高法院的看法相同，認為即使個人身處公共空間中（例如道路），仍享有私領域不被使用科技設備非法掌握行蹤或活動的隱私合理期待。而偵查機關使用GPS，可以連續多日、全天候持續而精確地掌握該車輛及使用人的位置、移動方向、速度及停留時間等行蹤，追蹤範圍也沒有時空限制，車輛進入私人領域也受到監控，如果再將所蒐集的大量資訊進行交叉分析比對，就可以透視車輛使用人的日常作息及行為模式，這對於車輛使用人的隱私權構成重大侵害。這當然屬於強制處分之一，如果沒有法律依據，當屬違背法定程式而不被允許可以當成定罪的證據來使用。

〔日本最高裁判所判決是以GPS偵查「有可能」侵害私人領域之隱私為由宣告為強制偵查（故需事先取得法官令狀），而我國最高法院106年度台上字第3788號判決則套用「馬賽克理論」認為大量累積的行蹤調查可以形塑個人隱私而認定GPS偵查妨害秘密，兩者論據似有不同。〕



本案解析

綜上所述，我們可以很清楚的發現，本案例小明的律師在法庭所抗辯的：「員警未經法官令狀，偷偷在小明車子底下裝GPS衛星定位追蹤器所取得的路徑資料，沒有證據能力。」這樣的抗辯是有理由的，這種偷偷裝GPS的辦案方式，會持續地、全面地掌握個人的行蹤，所以有可能侵犯個人的隱私，這種侵害隱私權的行為與在公共道路上用肉眼或攝影機拍攝位置的方法完全不同，人民具有隱私的合理期待。

又這裡所說的「合理隱私期待」，我國實務判決認為，通常有雙重要求，即一個人必須有「隱私的主觀期待」及該隱私的期待必須是「客觀上一個社

會普遍承認為合理」，前者為被害者主觀心理反應，即以被害者之意思是否保留其活動之控制加以認定，後者被定性為客觀事項，以社會相當性為判斷基準（臺灣高等法院105年度上易字第1405號刑事判決參照）。

因此，人民身處在公共道路上，是沒有合理隱私期待的，因此，狗仔隊的跟蹤，或警察在公共道路上用肉眼或攝影機拍攝，並沒有違法的問題，應予區分。

然而，要加以說明的是，釋字第689號解釋認為：社會秩序維護法第89條第2款規定：「有左列各款行為之一者，處新臺幣三千元以下罰鍰或申誡：……二、無正當理由，跟追他人，經勸阻不聽者。」這規定是在保護個人的行動自由、免於身心傷害的身體權，以及在公共場域中可以合理期待不受侵擾的自由與個人資料自主權等，而處罰「無正當理由，且經勸阻後仍繼續跟追的行為」，並沒有違反憲法第11條保障新聞採訪自由及第15條保障人民工作權之意旨。所以新聞採訪者在有事實足認特定事件屬大眾所關切並具有一定公益性的事務，而具有新聞價值，如仍須以跟追方式進行採訪，其跟追行為如果依照社會通念認為可以被容忍時，就具有正當理由，而不必處以三千元以下罰鍰或申誡。