

行政院國家科學委員會專題研究計畫 成果報告

通訊及行動定位科技之運用與基本權利保障 — 以運用於 「治安」工作為例 研究成果報告(精簡版)

計畫類別：個別型
計畫編號：NSC 95-2414-H-004-010-
執行期間：95年08月01日至96年07月31日
執行單位：國立政治大學法律學系

計畫主持人：李震山

計畫參與人員：博士班研究生-兼任助理：許義寶、李錫棟

處理方式：本計畫可公開查詢

中華民國 96年10月31日

行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告

(精簡報告)

計畫名稱：通訊及行動定位科技之運用與基本權利保障

— 以運用於「治安」工作為例

The Application of Communication and Mobile Position System
Technology and the Protection of Fundamental Rights ---
Focusing on the Application of These Technologies in Policing

計畫編號：NSC95-2414-H-004-010

執行期限：95 年 08 月 01 日至 96 年 07 月 31 日

主持人：李震山 教授

執行機構及單位名稱：國立政治大學法律系

摘要

一個現代人的生活脫離不了各種通訊科技，以個人在都會區生活為例，諸多尋常甚且在默許下之舉措，都與定位科技有關，例如使用悠遊卡搭乘大眾運輸工具、繳交停車費或開著衛星導航定位之自用汽車通過多次公路電子收費站、撥打多次手機、刷用信用卡、進入辦公處所刷卡、發多封電子郵件、上網搜索資訊、出入不同裝設監視錄影器之公私場所。公權力透過其擁有之諸多辨識系統欲對人民通訊或行動定位，顯非難事，如果人民成為公權力之監視對象，例如依警察職權行使法第十一條，公權力就可視需要輕易的建構其生活圖像。

公權力運用定位科技措施之法律依據，需視採取該等措施之目的而定，若將

措施目的限於危害防止(Gefahrenabwehr)，則可分為危害預防與危害制止兩大部分。危害預防(Prävention)係指危害尚未發生時，即授權公權力採取前置措施(Vorfeldmaßnahmen)，其大多以情報治安法制為依據，例如國家情報工作法、警察職權行使法(第九至十五條)。危害制止(Repression)係指危害已經或即將發生時，授權公權力採取之制止執行措施，其中刑事危害之制止以刑法、刑事訴訟法及特別刑事法為依據，行政危害之制止則以安全秩序或警察行政法為主，前者例如資訊法、環保、衛生法等，後者例如社會秩序維護法、道路交通管理處罰條例、警察職權行使法第六至八條及第十九至二十八條等。

依本研究結果可歸納出以下特點：(一)、針對公權力運用定位科技措施，並未集中(單一或特別)立法。(二)、在分散立法現況下，刑事法領域中之刑法及刑事訴訟法並未特別授權，僅於通訊及保障監察法、性侵害犯罪防治法等特別刑事法中為個別授權規定。行政法領域中則以警察職權行使法規範較明確，多處提及「科技工具(第九條、第十一條)」，但大多針對危害預防事件，因此，在危害預測與認定上，亦會產生不確定性問題。行政法領域中之資訊法，大都以向私人或其他機關(構)要求提供其依法所有的定位資訊。(三)、相關規定要件欠缺明確性，包括實體要件與程序要件。雖然這是一般干預性公權力措施的共通問題，但在科技定位措施之規範，因立即涉及人民基本權利，相對上有其迫切性。

對於定位科技之快速發展，法律總是瞠乎科技之後，只能運用散處在各領域中規範應急，惟在尚未累積足夠理論與系統性實務經驗時，集中立法時機並非成熟，亦有其困難，為彌補可能的漏洞，只好容忍並運用不確定法律概念及概括條款為規範形式，此對基本權利保障甚為不利。因此不論未來立法政策上是採集中立法或分散立法，應優先關注各規範之實體與程序要件之明確性，並在強化一般行政、司法監督機制外，考慮設置獨立監督機關之可行性。

本文認同科技中立、尊重多元價值，認為有權為規範者，在尚無充分把握前，針對私人以自身價值運用科技，在公公益調和上，應以寬容態度面對之。至於公權力運用科技措施以人民為干預之對象時，為捍衛國家是為人民存在的理念，為維繫武器對等的正義衡平觀，在法治國原則支配下，特別需要藉助規範內容明確之可預見性，包括規範內容中實體與程序要件判準之可量度性，規制公權力可能之恣意。本文僅以「定位科技」為例，以落葉知秋之隱喻，促請法律人正視科技與法律關係之問題，共同追求人民福祉，開創國家、社會、個人共贏的多元、和諧榮景。

關鍵字：公權力、定位科技、基本權利保護、隱私權、通訊自由

前言：

資訊科技中之定位措施，最初主要係運用於國防事務之網際網路(Internet)或衛星定位與導航(GPS)上。之後，運用於大氣、環保、航測等領域，結合電腦與地球上空間資料之地理資訊系統(GIS)。如今定位科技之運用方法多端，例如利用通訊中發話者電話號碼顯示、行動電話定位、電子郵件地址、監視錄影器結合手機與電腦系統(VOIP)，在交通工具、攜帶物品、衣著上加裝定位儀、晶片發報器。針對受信通訊(聯)記錄查取(包括電話與網路記錄)、強制配戴電子手環之監控措施、監聽(包括電話、網路)以及監視錄影器、、、等，就公權力領域言，運用該等科技，主要在蒐集、確定通訊、行動位址資訊(Location Data)，據此，達到以下目的：一、作為救難、保護之用。二、單純蒐集資料，作為統計、分析或不時之需。三、可作為遠距監控、調查、偵查、預防不法作為之用，此為本文論述重點。此種科技運用在私部門或民間企業，有廣大商業功效及利益，誤用時亦涉及隱私權保障問題。科技本身是中立的，究應運用在公的領域或私的領域，就受人為的規範與思維模式制約，妥當與否，就成為需不斷討論與調整的議題。惟本文研究範圍，僅限於公權力措施。

得行使公權力措施者，原則是獨占公權力(Gewaltmonopol)之國家機關，例外亦可委託私人行使公權力，或以私人為行政助手，但責任仍由國家自己承擔。此外，國家亦可透過行政調查，要求私人陳述意見、課予私人協力義務、提供必要之物品及資料，間接取得私人(民間)所獲取之位址資訊，供為己用。不論直接或間接運用定位科技公權力措施獲取位址資訊，一般而言皆與人性尊嚴、人格權或平等權有關，具體而言，至少涉及以下憲法所保障的基本權利：秘密通訊自由、表現自由、隱私權(特別是資訊隱私權)、行為自由(心理制約形成之行為障礙)、營業自由、其他如身體權(晶片植入)、居住自由(在住宅中裝置設備)等。如何對各該基本權利之保障，方為本文探討之重心。

主要建議：

一、法規範內容明確

(一)、風險管理下預防性干預措施之立法授權

為預防某些具組織、隱密、高科技、智慧、再犯等性質之特別類型的重大危害，現代國家往往會試圖透過立法方式，授權行政機關在該「危害尚未發生」之時，即得採取限制、禁止之干預性措施，並以預防危害、風險或犯罪等公益理由，作為干預權行使正當化之理論基礎。就本研究主題言，即是授權行政機關在較寬廣預測空間下，以具有高風險的科技手段，去處理危害防止事務，使問題更具複雜性。既屬預防性的規範，大都植基於預測或預設的立場，但預測危害與具體危害之間，往往有相當落差，稍有不慎，所採取之干預措施將會過度侵害相對人之

基本權利。

(二)、干預性法律概括條款與法律明確原則

所謂干預性之法律，係指該法律得作為干預人民自由權利之依據，例如依考績法得對公務員為「實質上之懲戒處分」(釋字第四九一號解釋參照)、依集會遊行法得限制集會、遊行之權利(釋字第四四五號解釋參照)、依空氣污染防治法得課予負擔與義務(釋字第四二六號解釋參照)及其他得作為裁罰性行政處分之法律(釋字第四〇二、四三二號解釋參照)等。上述性質法律之構成要件與法律效果，應由法律自行明定之，不應授權法規命令訂定。此乃立法在維繫自由民主憲政秩序下之義務，否則立法者之怠忽，容易導致行政恣意擅為。

二、法規範實體與程序要件之要求

公權力運用定位科技措施之規範，應注意以下問題：(一)、措施之目的：究係為預防危害、制止刑事危害或制止行政危害。(二)、措施之法律依據：刑事法或行政法。(三)、危害之程度：危害是否需重大、急迫，或只需重大或急迫及其界限。危害若尚未發生，如何作立法預測與認定。(四)、使用定位科技工具之選擇：1. 僅對活動位置進行監控：例如衛星定位、電子手銬、網路 IP 之監控、IC 卡門禁管理、行動電話基地台分析。2. 同時對活動位置及內容進行監控：例如網路監控(包括對電子郵件、即時通訊、網路電話、電傳視訊等之監控)、電話監聽、電子監聽(竊聽)、監視錄影、衛星照相、通聯紀錄(可知道通訊對象、時間等)。(五)、措施事前抑制之必要性：視干預程度引進法官、檢察官或一定層級行政長官之介入機制。(六)、措施運用之時間長短及其次數等延續性問題。(七)、措施運用涉及空間性：室內或室外、公共或隱密、是否有隱私合理期待。(八)、措施可能涉及基本權利限制、侵害及其程度。(九)、以上各項間是否在目的與手段間、公益與私利間取得均衡，質言之，措施是否合乎比例原則。(十)、最後但非不重要者，即是所蒐集資料之利用與個人資料保護問題。以下僅擇(一)－(九)之要者，分為實體與程序要件說明之。第(十)部分則列於下述「獨立監督機關設置之可行性」中。

(一)、實體要件

公權力得對行動位置進行科技監控，應是以預防、制止、查緝公共性之危害為目的。所謂危害係指「在順利進行下，因物之狀況(Zustand)或人之行為(Verhalten)，極有可能對公共安全與公共秩序造成損害(Schaden)之一種情況(Lage)。」由此可知，危害防止即損害防止(Schadensabwendung)，而危害之構成有兩大要素，其一是損害，其二是損害之發生須有可能性(Wahrscheinlichkeit)。危害可分為事前、事中、事後，亦可分為行政危害或刑事危害。此外，危害由於情況可能殊異，有強調時間因素者，如行將來臨之危害(bevorstehende Gefahr)、威脅性危害(drohende Gefahr)、直接行將來臨之危害(unmittelbar bevorstehende Gefahr)、當前危害(gegenwärtige Gefahr)、急迫危害(Gefahr im Verzug)、或現存危害(bestehende Gefahr)等；有強調質

的因素危害程度者，如重大危害(erhebliche Gefahr)及嚴重危害(dringende Gefahr)；有因危害指涉對象而分者，例如公共危害(gemeine Gefahr)、生命危害(Lebensgefahr)。此外，尚有一些具獨特內涵之危害，例如抽象危害(abstrakte Gefahr)、潛藏性危害(latente Gefahr)、誤想危害(Putativgefahr, Scheingefahr)、表見危害(Anscheinsgefahr)、危害嫌疑(Gefahrenverdacht)。立法者將危害依其性質分「危害層級」(Gefahrssteigerung, Gefahrenstufen)或分門別類，主要是作為公權力發動之門檻及規範密度與強制之依據。運用定位科技之公權力措施，究應設定在何種危害層級下，立法者雖有一定形成自由，但一向未受重視，應予精緻立法。

(二)、程序要件

有關科技定位措施所依據法律，在程序上應注意時間之要求與「長官保留」問題。得採取定位措施之時間，除通訊保障及監察法、警察職權行使法第十條第二項外，鮮少規定。從比較法觀點，德國各邦警察法對所謂「長期監視」有不一而足之規定。例如有的邦以執行時間是否超過一週為分界，亦有的邦規定倘有一個超過數週的計畫，即使每天只三小時進行監視，亦屬長期的追蹤監視。長期追蹤監視的發動條件相當嚴格，在程序上亦有相當之節制，原則上非經機關首長的同意，不得行之。Hessen 邦與 Sachsen-Anhalt 邦的公共安全與秩序法規定，超過三個月以上之監蹤，須有內政部長或其代理人之同意。Schleswig-Holstein 邦一般行政法則規定追蹤監視需由法官決定，始得為之。某些邦的法律更規定於追蹤監視結束時，資料應即銷毀。與長期追蹤監視相對的即為短期追蹤監視，其實要件即不如長期監視那樣嚴格。少數邦警察法中對此類型的追蹤監視亦定有明文，且只規定警察基於危害防止之目的，且若無此項措施將危及警察任務之履行，必要時即得以短期性的追蹤監視蒐集個人資料。我國僅以一年作為「一定時間」之範圍，且一律由警察局長同意，略嫌粗糙，例如該「長官保留」之規定，是否必須視干預程度之高低或引進檢察官或法官介入，使規範更精緻，應有探討空間。至於個人資料保護問題，警察職權行使法第十一條第三項僅規定：「依第一項蒐集之資料，於達成目的後，除為調查犯罪行為，而有保存之必要者外，應即銷毀之。」對此簡略規定可能衍生之問題，則期望藉由下述獨立監督機關強化之。

三、獨立監督機關設置之可行性

資訊未經合法蒐集而使用，猶如食用「毒樹之果」。縱然合法蒐集之資料，未依蒐集之目的使用、揭露、傳遞，若在利用階段完全忽略「告知後同意」精神，弊害亦大。由於各該問題之釐清解決具有特殊專業性與急迫性，我們似應慎重考慮，參考德國為保護個人資料，依其個人資料保護法第二十二至二十六條及資訊公開法第十二條設置獨立、專業的「資料保護監察人」(Beauftragter für den Datenschutz 或譯為資訊保護官)，以補現行行政、立法與司法監督之不足，使憲法保障人民個人資料之美意得以落實。至於該單位應設置於立法院、監察院、

總統府的人權委員會，或者是中央與地方政府之行政機關中，這牽涉到整體政府組織再造的調整，以不疊床架屋，其人員之選任朝向能達到依據法律獨立行使職權之目的，其工作係接受人民有關個人資料保護案件之投訴，協助人民救濟，定期向政府及立法院（或議會）提出工作報告及資料保護的重要發展情形，並將相關報告與資訊出版公開，以利人民了解、檢視、監督政府有關個人資料保護之行為，祛除人民對公權力運用通訊科技所生之疑慮，堅實主權在民之基礎。

主要參考文獻：

中文文獻

1. ED Shanahan 撰，彭麗君譯，身分竊賊新伎倆，讀者文摘，2006 年 12 月。
2. 王郁琦，工作場合中電子郵件隱私權之研究，收於氏著，資訊、電信與法律，元照出版公司，2004 年。
3. 吳景欽，利用電子監控消滅性侵害犯再犯疑慮之立法評析，軍法專刊第 51 卷第 8 期，2005 年 8 月。
4. 李震山，「來者猶可追，正視個人資料保護」－司法院大法官釋字第六〇三號解釋評析，台灣本土法學雜誌第 76 期，2005 年 11 月。
5. 李震山，以法律課予私人完成行政任務之法理思考，月旦法學雜誌別冊（3）公法學篇（1995-2002），元照出版公司，2002 年 2 月。
6. 李震山，多元、寬容與人權保障，元照出版公司，2005 年。
7. 李震山，從公共場所或公眾得出入之場所普設監視錄影器論個人資料之保護，東吳法律學報第 16 卷第 2 期，2004 年。
9. 李震山，警察法第一講：警察作用法通論，月旦法學教室第 41 期，2006 年 3 月。
10. 李震山，警察法論－警察任務編，正典出版文化有限公司，2002 年。
11. 李震山，警察機關設置監視錄影器的法制問題－人權保障與治安維護的動態平衡，台灣本土法學雜誌第 86 期，2006 年 9 月。
12. 李震山，警察職務執行法草案之研究，內政部警政署委託研究計畫，1999 年 6 月。
13. 李震山譯，德國警察與秩序法原理，登文書局，1995 年。
14. 李錫棟，跟監對基本權利之干預，中央警察大學法學論集第 9 期，2004 年。
15. 周慧蓮，論行動化生活之資訊隱私侵害－以定位服務為例，月旦法學雜誌第 99 期，2003 年 8 月。
16. 林明鏘，論警職法第 28 條之權限概括條款與補充性原則，警察法學第 5 期，內政部警察法學研究中心，2006 年。
17. 林達峰，行動生活之隱私爭議－現行法制能否妥善處理位置資訊衍生問題，科技法律透析，2006 年 6 月。
18. 洪聖濠，行動定位服務中的位置資料隱私保護，科技法律透析，2005 年 1 月。
19. 范姜真嫩，企業內電子郵件之監看與員工隱私權，台灣本土法學雜誌第 60 期，2004 年 7 月。
20. 范建德主編，電信法制新紀元，元照出版公司，2003 年。
21. 彭心儀主編，美國資訊通信法案例評析，元照出版公司，2002 年。

22. 第二屆亞洲區監察使會議論文集，監察院國際事務小組編譯，監察院出版，1997年。
23. 陳運財，從警職法之制定探討行政警察與司法警察作用之區別，警察法學第5期，內政部警察法學研究中心，2006年。
24. 陳銘祥，通信的規範結構與通信變革，韋伯文化公司，2002年。
25. 湯德宗，行政程序法論，元照出版公司，2000年。
26. 黃壬聰，犯罪偵查勤務之研究，中央警察大學碩士論文，2000年6月。
27. 黃昭元，無指紋則無身分證？－換發國民身分證與強制全民捺指紋的憲法爭議分析，收錄於民主·人權·正義，蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集，元照出版公司，2005年。
28. 黃程貫，雇主監看員工電子郵件之合法界限－台北地院九一年勞訴字第一三九號民事判決評釋，台灣本土法學雜誌第73期，2005年8月。
29. 黃錦堂，論機關之獨立化，收於氏著，行政組織法論，翰蘆出版公司，2005年。
30. 詹明華、邱紹洲，「基地台通聯紀錄與手機序號通聯紀錄在犯罪偵查上之應用」，刑事科學54期，2002年9月。
31. 廖淑君，行動位址行銷(Mobile Phone Location-Based Marketing)與隱私權之研究，萬國法律第136期，2004年8月。
32. 廖淑君，淺談無線感測器網路之應用與隱私保護－以居家照護為例，科技法律透析，2006年1月。
33. 廖福特，歐洲聯盟監察使，收錄於黃偉峰主編，歐洲聯盟的組織與運作，第十一章，五南圖書公司，2003年。
34. 劉孔中，電信管制革新與數位網路產業規範，太穎投資顧問公司，2001年。
35. 劉定基，資訊時代的職場隱私權保護－以台北地院九一年勞訴字第一三九號判決為中心，律師雜誌第307期。
36. 蔡庭榕、簡建章、李錫棟、許義寶著，警察職權行使法逐條釋論，五南出版公司，2006年。
37. 蔡達智，公權力利用衛星科技對隱私權的影響－以美國法為中心，國立政治大學法律系博士論文，2006年3月。
38. 蔡達智，由美國判例法論電子偵查與隱私權之關係－以衛星偵查方法為例，政大法學評論第78期，2004年。
39. 蔡震榮，警察職權行使法概論，元照出版公司，2004年。

德文文獻

1. Die Schutzergänzungsfunktion von Art. 2 Abs. 1, Grundgesetz, 2000.
2. Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 9. Aufl., 1986.
3. Kugelmann, Polizei- und Ordnungsrecht, 2006.
4. Michael Kloepfer, Informationsrecht, C. H. Beck, 2002.
5. Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 22. Aufl., C. F. Müller, 2006.
6. Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, 3. Aufl., C. H. Beck, 2005.