

美國聯邦憲法增修條文第 4 條 搜索令狀原則的新發展： 以 *Jones, Jardines & Grady* 案為例^{*}

張陳弘

東吳大學法律學系
10048 臺北市貴陽街一段 56 號
E-mail: chihshein@gmail.com

摘 要

美國聯邦最高法院在判斷什麼樣的政府行為會構成美國聯邦憲法增修條文第 4 條規定的搜索而需適用法院的令狀原則要求，在西元 2012 年 Scalia 大法官主筆的 *United States v. Jones* 案中，產生一個新的轉折發展：主張以隱私權為基礎的合理隱私期待標準與以財產權為基礎的物理侵入原則，兩者間並非「取代」，而係「併存」關係。此一「雙軌理論」主張，繼續在西元 2013 年之 *Florida v. Jardines* 案與西元 2015 年之 *Grady v. North Carolina* 案獲得援用，應值重視。此外，新興科技對於政府搜索行為認定的影響，美國法院出現了物理侵入

投稿日期：106.9.20；接受刊登日期：107.3.23；最後修訂日期：107.4.10

責任校對：林碧美、黃意函、曾嘉琦

^{*} 作者感謝匿名審查人提供寶貴的審查意見。另編輯委員會提供修正建議，提升本文的閱讀流暢性，作者於此併申謝忱。作者特別感謝中央研究院法律學研究所 106 年度研究組群計畫「資訊、監控、權力技術與民主——一個短期與中長期的研究規劃」對於本文寫作所提供的資源挹助。

原則至合理隱私期待標準，再到兩標準併立的轉變因應過程，亦值我國搜索法制發展援引借鏡。

關鍵詞：合理隱私期待標準、物理侵入原則、隱私權、美國聯邦憲法增修條文第 4 條

壹、前言

美國聯邦最高法院在判斷何種政府行為會構成美國聯邦憲法增修條文第 4 條（以下簡稱「美憲增第 4 條」或「第 4 條」）規定¹ 的搜索而須適用法院的令狀原則要求，經歷數個重要的轉折時點。從西元 1928 年 *Olmstead v. United States* 案後的「物理侵入原則」（the physical trespass doctrine），² 進入 1967 年 *Katz v. United States* 的「隱私保護之合理期待判斷準則」（the reasonable expectation of privacy protection test，以下稱「合理隱私期待標準」）。³ 從 *Katz* 案後，對於第 4 條搜索規定的判斷就落在是否對當事人之「隱私」構成侵害。然而，Antonin Gregory Scalia 大法官於其主筆之 2012 年 *United States v. Jones* 案的多數意見中，主張合理隱私期待標準與物理侵入原則兩者間並非「取代」，而係「併存」關係。⁴ 申言之，第 4 條的保護涵蓋兩種權利類型：1. 財產權，用以對抗恣意的入侵（arbitrary invasion）行為；在判斷標準上適用物理侵入原則。2. 隱私權，適用於非物理侵入的監視（non-physical-invasive monitoring）行為；在判斷標準上適用合理隱私期待標準。此新發展使得對於第

¹ The Fourth Amendment of the U.S. Constitution states: “The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.”（「人民有保護其身體、住所、文件與財物之權，不受無理拘捕、搜索與扣押，並不得非法侵犯。除有正當理由，經宣誓或代誓宣言，並詳載搜索之地點、拘捕之人或收押之物外，不得頒發搜索票、拘票或扣押狀。」）中文翻譯，引自林子儀、徐璧湖大法官釋字第 689 號解釋部分協同及部分不同意見書。

² *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928).

³ *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967).

⁴ *United States v. Jones*, 565 U.S. 400, 405-411 (2012).

4 條搜索行為的判斷，不再僅止於判斷隱私侵害，亦將回歸 *Olmstead* 案，重新擴及於財產侵害的判斷。此一「雙軌理論」(a two-tier theory) 見解，繼續在 2013 年之 *Florida v. Jardines* 案⁵ 與 2015 年之 *Grady v. North Carolina* 案⁶ 獲得援用，應值重視。

國內文獻不乏關於美憲增第 4 條搜索規定判決的整理介紹，⁷ 惟因撰文目的之需求不同，在案例選取與整理方向上，本文與過去文獻仍有差異。故本文於章節「貳」進行所需的判決整理，著重在「財產權標準」與「隱私權標準」的認定差異說明。至於本文所選取 *Jones* 案後（含 *Jones* 案）的三件判決之最新發展觀察，關於 *Jones* 案，國內已有文獻就案件整理部分為詳盡論述，本文即不贅複。⁸ 惟關於 *Scalia* 大法官就財產權標準與隱私權標準兩者間關係之態度及留存的解釋空間，仍有進一步說明之必要。另關於 *Jardines* 案，國內文獻的論述整理，著重在警犬使用與搜索之關係（溫祖德，2017: 125-198），其間雖有論及 *Scalia* 大法官主筆的多數意見所使用之「財產權標準」與 *Elena Kagan* 大法官撰寫之協同意見書使用之「隱私權標準」的差異，但並未進一步釐清兩種判斷標準間之關係，以及實際運用會存在何種關鍵差異。就此，本文認為應有進一步延伸闡述之需。至於 *Grady* 案，國內則尚未有文獻整理介紹，本文將補足此部分，說明 *Grady* 案沿用財產權標準的主張。

Scalia 大法官於 *Jones* 案提出的雙軌標準，在仰賴隱私權與財產權共同保護作用下，相較於過往僅仰賴單一權利的作用（不論是

⁵ *Florida v. Jardines*, 133 S. Ct. 1409 (2013).

⁶ *Grady v. North Carolina*, 135 S. Ct. 1368 (2015).

⁷ 若以本文設定的 *Jones* 案作為分水嶺，*Jones* 案之前的整理論述，可參閱王兆鵬（2003: 166-182）；王兆鵬、張明偉、李榮耕（2015: 177-194）。

⁸ 參閱李榮耕（2015: 897-926）。由於寫作時間點的關係，此文並未納入 *Jardines* 與 *Grady* 兩案之財產權標準使用的延續觀察。

Olmstead 案後的財產權，或 *Katz* 案後的隱私權)，對於第 4 條搜索認定之範圍勢必會變得更廣，亦即政府行為將更容易構成搜索。這樣的發展有下述爭點值得進一步探究：

1. 隱私權作為第 4 條的保護法益，從 *Katz* 案後已被確認，*Jones* 案的雙軌標準亦繼續遵循，而只是添加（或「回歸」*Olmstead* 案標準）另一軌的財產權保護法益。因此，第 4 條保護隱私這點應是沒有爭論的，但新增的財產保護，就有值得進一步深究的必要。畢竟此舉變動了 *Katz* 案後對於第 4 條規定的權利保護認知。換言之，雙軌制是否真如 *Scalia* 大法官所述，只是回歸過往判決先例？雙軌制是否真的在最高法院的判決先例中存在？

2. 倘若不是單純地回歸判決先例，那麼 *Scalia* 大法官創設雙軌制的目的，值得探究。若以結果回推，擴張第 4 條搜索認定範圍是一個可能目的，即增加財產權的保障範圍，以涵蓋隱私權保護不到，但卻應受第 4 條規範的國家行為。以 *Jones* 案與 *Grady* 案的科技運用之事實背景來看，值得觀察是否因為雙軌標準而更有利於因應政府監控技術快速變遷所造成第 4 條搜索行為認定的困難？科技變動是否真的造成單軌制下之合理隱私期待標準的難以因應？

本文主張，*Scalia* 大法官以財產權與隱私權為基礎（雙源），所建構之物理侵入原則與合理隱私期待標準併立之雙軌制，究其實質，僅以隱私權為基礎之「單源雙軌制」，物理侵入原則應被認定為合理隱私期待標準操作的更具體化標準：藉由財產或身體的具體物理空間被侵入，推定合理隱私期待保護的侵害。申言之，若係以物理侵入手段截取財產物或身體之物理空間內所隱藏不欲人知的資訊之情形，使用簡易操作的物理侵入原則認定是否構成第 4 條搜索；若非以物理侵入手段為之，是否構成第 4 條搜索，則使用合理隱私期待標準為判斷。至於政府截取已經脫離或不在財產物或身體

之物理空間內之不欲人知的資訊（例如飄散至屋外之氣味或熱能、人或車的地理位置）之行為，由於本就不存在一個物理空間可供侵入，自然無物理侵入原則使用之可能，而應使用合理隱私期待標準判斷是否存在隱私權遭受政府侵害。*Jones, Jardines* 與 *Grady* 三法院為迴避合理隱私期待標準操作的不明確性，對物理空間之概念作擴張解釋：僅是「貼附或接觸」財產物或身體物理空間的行為，亦構成「物理侵入」。惟究其實際，該貼附或接觸行為所取得之資訊，已經不是該物理空間內的資訊，應不存在「侵入」物理空間之效果。

新興科技對於政府搜索行為認定的影響，美國法院出現了物理侵入原則至合理隱私期待標準，再到兩標準併立的轉變因應過程。反觀我國，除了在通訊搜索部分，制定通訊保障及監察法（以下簡稱「通保法」），導入合理隱私期待標準以為因應外，並未特別關注政府運用新型態科技監控通訊以外之無體物資訊的搜索行為。我國刑事訴訟法（以下簡稱「刑訴法」）第 122 條以下規定，雖然於西元 2003 年時曾修法將搜索客體擴及「電磁記錄」此無體物之搜索，但整體仍屬對於有體物之搜索規範（黃朝義，2014: 238）。我國此種原則不及於「無體物」搜索之刑訴法，結合通訊監察之通保法的立法模式，無法有效因應通訊以外的新型態科技監控的法控制需求。本文主張，與刑訴法搜索規定之立法文字相仿的美憲增第 4 條規定之發展，值得借鏡。

貳、*Jones* 案前美國聯邦最高法院判決實務之觀察

一、*Olmstead* 案 (1928) 前——除了財產權外，亦同時強調生活隱私保護

在美國聯邦最高法院早年的發展上，對於「搜索」的認知，著

重在住宅的侵入以尋找物件的行為。例如 *Wilkes v. Wood* 案⁹ 及 *Entick v. Carrington*¹⁰ 案中，法院認定強制進入住宅，使用破壞屋內物品以取得誹謗國王的相關文件（證據）之行為，構成第 4 條規定之搜索 (Ferguson, 2017: 595-596; Kerr, 2012a: 72-73)。此種「搜索」認定標準主要著眼於「財產」(property) 利益保護的想像。此從制憲先賢 James Madison 在西元 1789 年提出的憲法草案 (現第 4 條的前身) 版本之文字為：「人民有保護其身體、住所及其他財產之權」(a right of the people in their persons, their houses, and **their other property**)，可觀察出第 4 條規定保護財產權的原始想法 (Kerr, 2012a: 75-76)。

西元 1886 年的 *Boyd v. United States* 案，是第一個聚焦在「搜索」意涵討論的聯邦最高法院判決。¹¹ 政府調查人員依據法院命令 (court order) 要求 Boyd 提供其最近進口物品的單據，以決定其是否應支付相關法定稅。Boyd 主張強制其交出單據，構成第 4 條規定之搜索行為；法院接受 Boyd 此一主張。¹² 然而，相較於上述之 *Wilkes* 案與 *Entick* 案，政府於 *Boyd* 案中，並未存在一個物理侵入 Boyd 住家的行為，而只是依據法院命令要求 Boyd 交出其財產（單據）。*Boyd* 法院認為，要求 Boyd 遵守法院命令交出單據的行為，在效果上等同於實際進行尋找並取得單據的行為，故兩行為應被等同對待。¹³ 申言之，第 4 條規範的對象不僅是政府物理侵入住家的行為，還包括所有政府侵害人民生活隱私 (the privacies of life) 尊嚴的行為。¹⁴

⁹ *Wilkes v. Wood*, 98 Eng. Rep. 489 (C.P. 1763).

¹⁰ *Entick v. Carrington*, 95 Eng. Rep. 807 (K.B. 1765).

¹¹ *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616 (1886); see Kerr (2012a: 77).

¹² *Id. Boyd*, at 635.

¹³ *Id.*

¹⁴ *Id.* at 630.

1918 年的 *Perlman v. United States* 案，¹⁵ Perlman 在審判中提出財產作為其專利訴訟案之證物。之後，檢察官認為 Perlman 構成偽證罪，並企圖使用上述證物作為起訴的證據。Perlman 主張檢察官對該證物的使用構成第 4 條規定之「搜索」行為。法院雖然接受 *Boyd* 案見解，認為第 4 條規定之搜索行為包括侵害當事人隱私的行為，¹⁶ 但本案並沒有隱私被侵害，因 Perlman 是自願將其財產做為證物呈於法院。¹⁷ 觀察 *Boyd* 案與 *Perlman* 案，會發現法院不再將第 4 條的搜索規範目的僅侷限於財產保護，而將之擴及於隱私保護。

1924 年的 *Hester v. United States* 案，¹⁸ 法院認為政府官員侵入當事人所有之土地，並在距離其住宅 100 碼外之處窺視當事人之行為，並不構成第 4 條之搜索。因為本案雖然存在物理侵入私人財產行為，但並不存在搜索當事人身體、住所、文件與財物之行為，即沒有對於當事人生活上的隱私產生侵擾。¹⁹ 申言之，物理侵入私人財產行為並不一定必然構成第 4 條規定之搜索，尚須對私人生活隱私產生侵擾，亦即，必須是對內含隱私之財產所為之侵入行為，方構成搜索。本案如同 *Boyd* 案及 *Perlman* 案，亦將第 4 條搜索的規範目的擴及於隱私保護。

二、*Olmstead* 案後至 *Katz* 案 (1967) 前

——以財產權為基礎的「物理侵入標準」時期

上述發展在西元 1928 年的 *Olmstead* 案後，進入第一個重要轉

¹⁵ *Perlman v. United States*, 247 U.S. 7 (1918).

¹⁶ *Id.* at 14.

¹⁷ *Id.* at 15.

¹⁸ *Hester v. United States*, 265 U.S. 57 (1924).

¹⁹ *Id.* at 58.

折時期。*Olmstead* 法院認定政府調查人員在位處當事人住宅外的電話線上裝設竊聽器，並沒有構成美憲增第 4 條規定的搜索行為，因為本案並沒有一個物理侵入住宅的行為存在。²⁰ 一般皆將 *Olmstead* 案建立的標準理解為：第 4 條搜索規定之意涵為物理侵入私人財產之行為。²¹

法院在西元 1942 年的 *Goldman v. United States* 案中，認為調查人員使用偵聽器隔著牆壁監聽被告傳出的談話（隔牆 [off-the-wall] 監聽），²² 並未構成侵入，沒有違反第 4 條規定。²³ 相對而論，在 1961 年的 *Silverman v. United States* 案中，警察懷疑某住所被用來當作賭博活動的總部，乃利用臨接該住所之房間，在該住所牆壁釘入了傳聲器（spike mike），同時併接揚聲器，電源組與耳機；此一傳聲器被安裝貼附在暖氣傳送管上，從而能利用屋內整個暖氣系統轉換成聲音導體，強化監聽屋內活動的效果（穿牆 [through-the-wall] 監聽）。²⁴ 法院判定該傳聲器的裝設乃透過物理穿透房屋牆壁，構成第 4 條之搜索。²⁵

²⁰ *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438, 456-457 (1928) (“Small wires were inserted along the ordinary telephone wires from the residences of four of the petitioners and those leading from the chief office. The insertions were made without trespass upon any property of the defendants. They were made in the basement of the large office building. The taps from house lines were made in the streets near the houses.”).

²¹ *Id.* at 464 (“The amendment itself shows that the search is to be of material things—the person, the house, his papers, or his effects.”); Clancy (1998: 307, 318) (“Based on *Olmstead*, the Fourth Amendment only regulated physical trespasses within constitutionally protected areas, and searches and seizures of people and tangible physical objects.”).

²² *Goldman v. United States*, 316 U.S. 129, 131-132 (1942).

²³ *Id.* at 134.

²⁴ *Silverman v. United States*, 365 U.S. 505, 506-507 (1961).

²⁵ *Id.* at 511 (“[T]he officers overheard the petitioners’ conversations only by usurping

綜合觀察 *Olmstead*, *Goldman* 與 *Silverman* 三個案件，會發現對於第 4 條搜索行為是否構成，法院判斷的重點不在政府是否蒐集到住宅內的未公開談話內容，而係有無存在政府物理侵入住宅的行為，只要政府有本事使用不侵入住宅的行為以獲取住宅內的資訊，就不構成第 4 條規範的搜索行為。因此，第 4 條保護的不是隱私權，而是財產權。

在 *Olmstead* 案後，學說、實務大都認為第 4 條搜索行為的認定乃採用以財產權為基礎的「物理侵入原則」(Boyd, 2016: 161-162)；而這樣的印象，得到 *Katz* 法院的認證：*Olmstead* 案創立了物理侵入原則，將第 4 條搜索規定的適用侷限於對於有形財產（住所、文件與財物）的侵入行為。²⁶

三、*Katz* 案後至 *Jones* 案 (2012) 前——以隱私權為基礎的「合理隱私期待標準」時期

(一) 合理隱私期待標準「取代」物理侵入標準

Olmstead 案後所建立的物理侵入原則，在西元 1967 年的 *Katz* 案後發生轉變，進入了第 2 個重要轉折期。一般認為，*Katz* 法院接受了 Louis Dembitz Brandeis 大法官於 *Olmstead* 案不同意見書的看法。Brandeis 大法官的意見書擴張了「空間」概念，從原本的物理

part of the petitioners' house or office—a heating system which was an integral part of the premises occupied by the petitioners, a usurpation that was effected without their knowledge and without their consent. In these circumstances we need not pause to consider whether or not there was a technical trespass under the local property law relating to party walls. Inherent Fourth Amendment rights are not inevitably measurable in terms of ancient niceties of tort or real property law.”).

²⁶ *Katz v. United States*, 389 U.S. 347, 352-353 (1967).

空間擴張至「非具體事物或無形事物」(intangible matters)，使得非物理空間的侵入，也有受到美憲增第 4 條保護的可能。²⁷ Brandies 大法官的此項見解，在 *Katz* 案中為多數意見所採用。²⁸ *Katz* 案之事實乃調查局探員在公共電話亭外裝設監聽設備，竊聽被告在電話亭內的電話談話內容。²⁹ *Katz* 法院認為，雖然公共電話亭不是當事人的財產，竊聽器也未物理侵入電話亭內，但電話亭使用者仍可以合理仰賴電話亭所提供的隱私保護，³⁰ 故該竊聽行為應構成第 4 條之搜索，而放棄了物理侵入原則的使用。³¹

²⁷ *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438, 478-479 (Brandies, J., dissenting).

²⁸ *Katz*, at 352-353 (“It is true that the absence of such penetration was at one time thought to foreclose further Fourth Amendment inquiry, for that Amendment was thought to limit only searches and seizures of tangible property. But ‘(t)he premise that property interests control the right of the Government to search and seize has been discredited.’ Thus, although a closely divided Court supposed in *Olmstead* that surveillance without any trespass and without the seizure of any material object fell outside the ambit of the Constitution, we have since departed from the narrow view on which that decision rested. Indeed, **we have expressly held that the Fourth Amendment governs not only the seizure of tangible items, but extends as well to the recording of oral statements overheard without any ‘technical trespass under * * * local property law.’**”) (citations omitted).

²⁹ *Id.* at 348.

³⁰ *Id.* (holding that “[t]he Government’s eavesdropping activities violated the privacy upon which petitioner justifiably relied while using the telephone booth and thus constituted a ‘search and seizure’ within the meaning of the Fourth Amendment” and “[b]ecause the Fourth Amendment protects people rather than places, its reach cannot turn on the presence or absence of a physical intrusion into any given enclosure.”).

³¹ *Id.* at 353 (“We conclude that the underpinnings of *Olmstead* and *Goldman* have been so eroded by our subsequent decisions that the ‘trespass’ doctrine there enunciated can no longer be regarded as controlling. The Government’s activities in electronically listening to and recording the petitioner’s words violated the privacy upon which he justifiably relied while using the telephone booth and thus constituted a ‘search and seizure’ within the meaning of the Fourth Amendment. The fact that the electronic

John Marshall Harlan 大法官於 *Katz* 案的協同意見書中進一步建構出「合理隱私期待標準」，認為要主張政府之搜索行為必須符合第 4 條所規定之程序，其前提必須是個人對系爭搜索之事物具有「隱私之合理期待」，亦即：1. 個人必須顯現其對所主張之隱私有真正之主觀期待，以及 2. 該期待必須是社會認為屬客觀合理之期待。³² 自此，合理隱私期待標準取代了過去的物理空間侵入原則，成為第 4 條適用與否的判斷標準。

(二) 合理隱私期待標準的操作觀察

依據合理隱私期待標準，最高法院隨後於一系列判決中進一步發展出許多次標準，例如公開揭露法則 (the public exposure doctrine)、公開領域法則 (the open-fields doctrine)、一目瞭然 (或稱「目光所及」) 法則 (the plain view doctrine) 與第三人法則 (或稱「第三方原則」) (the third party doctrine) 等。以下依循美憲增第 4 條規

device employed to achieve that end did not happen to penetrate the wall of the booth can have no constitutional significance.”).

³² *Id.* at 361 (Harlan, J., concurring) (“As the Court’s opinion states, ‘the Fourth Amendment protects people, not places.’ The question, however, is what protection it affords to those people. Generally, as here, the answer to that question requires reference to a ‘place.’ My understanding of the rule that has emerged from prior decisions is that there is a twofold requirement, first that a person [has] exhibited an actual (subjective) expectation of privacy and, second, that the expectation be one that society is prepared to recognize as ‘reasonable.’”). 中文論述，參閱司法院大法官釋字第 689 號解釋林子儀、徐璧湖大法官部分協同及部分不同意見書第三點：「隱私之合理期待判斷準則，係美國聯邦最高法院 John Marshall Harlan 大法官於 1967 年 *Katz v. United States* 案之協同意見中，認為要主張政府之搜索行為必需符合美國聯邦憲法增修條文第四條所規定之程序，其前提必需是個人對系爭搜索之事物具有『隱私之合理期待』，亦即：1. 個人必需顯現其對所主張之隱私有真正之主觀期待；以及 2. 該期待必需是社會認為屬客觀合理之期待。」

定「身體 (persons)、住所 (houses)、文件 (papers) 與財物 (effects)」之分類，為進一步分析觀察。

1. 「文件」搜索認定

第 4 條保護的「文件」部分，反應了保護思想、言論及通訊自由的重要性。在 *Ex parte Jackson* 案中，法院判決信件與彌封包裹受第 4 條規定保護，其理由即為憲法保護人民有確保其文件獲得安全，不受無理搜索與扣押的權利，故人民得以拒絕檢查，不論文件在何處，縱使信件已寄出而脫離寄件者控制的情形亦然。³³ 然而，法院卻在判決實務上，透過創建許多例外標準，擴張政府透過法律程序強制揭露私人文件的權力，「第三人法則」即為著例。

最高法院於西元 1976 年之 *United States v. Miller* 案中立基於合理隱私期待標準，建構「第三人法則」：一旦個人資料落入第三人手上，則此個資即不再受第 4 條規定的隱私保護，蓋當事人得合理預期此個資會藉由該第三人散布，故對此個資即不再具有合理隱私期待。³⁴ 在 *Miller* 案中，由於當事人是自願提供資訊給銀行，故政府向銀行索取當事人與銀行的往來紀錄，即不構成第 4 條規定之搜索行為。³⁵ 同理，在 *Smith v. U.S.* 案中，政府在電話公司裝設電話號碼記錄器，記錄當事人撥出之電話號碼的行為，亦不構成第 4 條規定之搜索，蓋當事人撥打電話時，知道其撥出的電話號碼會傳送

³³ *Ex parte Jackson*, 96 U.S. 727, 733 (1877).

³⁴ *United States v. Miller*, 425 U.S. 435, 443 (1976) (“[T]he Fourth Amendment does not prohibit the obtaining of information revealed to a third party and conveyed by him to Government authorities, even if the information is revealed on the assumption that it will be used only for a limited purpose and the confidence placed in the third party will not be betrayed.”).

³⁵ *Id.* at 442-443.

至電話公司，且電話公司會留存，當事人應瞭解電話公司可能會將其所撥出的電話號碼挪作他用的風險，故當事人對撥出的電話號碼，並不具備合理隱私期待。³⁶

2. 「住所」搜索認定

關於第 4 條規定「住所」範圍的認定，在 *Oliver v. U.S.* 案中，警察逕行闖入當事人已標誌「禁止進入」(no trespassing) 的所屬土地，看到當事人種植大麻。³⁷ 法院認定警察此舉雖侵入當事人「土地 (財產)」，但並未侵害當事人的「隱私」。³⁸ 對於「住所」空間的解釋，法院在本案建立「院落」(curtilage) 標準，將住所概念擴張解釋至住所附連圍繞土地的範圍，即圍繞住所並與住所緊密連結的土地範圍，因而形成「保障『院落』、不保障『開放領域 (非院落)』」的二分法標準。³⁹ 舉例來說，最高法院在 *California v. Greenwood* 案中，判決警察檢查被告棄置於住所外路旁放在不透明塑膠袋內的垃圾，發現有毒品使用證據的行為，不構成搜索；理由乃住所外的道路旁，屬開放領域 (與住所沒有緊密連結)，不被劃入住所範圍。⁴⁰ 另於 *Dow Chemical Co. v. U.S.* 案中，警察以精密照相設備，自高空拍攝被告位於工廠之物品，法院亦認定不構成搜索，其中一項理由乃照相目標為工廠，較像開放地域而非住家。⁴¹

至於如何具體判斷「院落」範圍，法院在 *U.S. v. Dunn* 案中，進一步提出四項判斷因素：(1) 土地與住所的距離；(2) 土地是否在

³⁶ Smith v. U.S., 442 U.S. 735, 743-444 (1976).

³⁷ Oliver v. U.S., 446 U.S. 170, 173 (1984).

³⁸ Id. at 177.

³⁹ Id. at 180; See Hancock (2007: 551-571).

⁴⁰ California v. Greenwood, 486 U.S. 35, 40-41 (1988).

⁴¹ Dow Chemical Co. v. U.S., 476 U.S. 227 (1986).

房子的圍籬範圍內；(3) 土地使用的性質；(4) 居住者所採取的防範他人窺探措施。⁴²

然而，也不是所有落入「院落」範圍內的事物，當事人對之皆具備合理隱私保護期待。Harlan 大法官在 *Katz* 案的協同意見書中言及：住所雖然是個人期待隱私保護的地方，但若個人自行將物件、行為或言談曝露於外人清楚可見之處，即不受隱私保護，蓋此一公開行為顯示當事人並無意圖隱藏自己不為公眾所見。⁴³ 此即一般習稱之「公開原則」。

在 *California v. Ciraolo* 案中，警察接獲檢舉當事人在自家後院種植大麻，因後院有 10 呎高的藩籬，警察於是搭飛機至後院上方約 1,000 呎高空（飛機可航行之合法高度），看到當事人後院確實種有大麻。法院運用合理隱私期待標準判決警察搭飛機自高空蒐證的行為並不構成第 4 條規定之搜索。⁴⁴ 在主觀標準部分，法院認為圍籬只能阻擋地面觀看，無法阻擋一定高度的窺視，例如搭雙層巴士

⁴² U.S. v. Dunn, 480 U.S. 294, 294-295 (1987) (“Extent-of-curtilage questions should be resolved with particular reference to the following four factors, at least to the extent that they bear upon whether the area claimed to be curtilage is so intimately tied to the home itself that it should be placed under the home’s ‘umbrella’ of protection : (1) the proximity of the area to the home; (2) whether the area is within an enclosure surrounding the home; (3) the nature and uses to which the area is put; and (4) the steps taken by the resident to protect the area from observation by passersby.”) 參閱王兆鵬 (2004: 64)。

⁴³ Katz v. United States, 389 U.S. 347, 361 (1967) (Harlan, J., concurring) (“Thus a man’s home is, for most purposes, a place where he expects privacy, but objects, activities, or statements that he exposes to the ‘plain view’ of outsiders are not ‘protected’ because no intention to keep them to himself has been exhibited. On the other hand, conversations in the open would not be protected against being overheard, for the expectation of privacy under the circumstances would be unreasonable.”).

⁴⁴ California v. Ciraolo, 476 U.S. 207, 213-214 (1986).

即可觀見後院，故當事人主觀上並無法合理期待具備隱私保護；在客觀標準部分，由於飛機在高空飛行本即可能看到庭院活動，而飛機在高空飛行乃為社會上普遍所見之事，故社會通念並未肯認後院上空的隱私保護。⁴⁵ 在相類似事實的 *Florida v. Riley* 案中，法院判決警察駕駛直昇機在 400 呎高空（直昇機可航行之合法高度）觀察被告在庭院的溫室種植大麻之行為，不構成第 4 條之搜索。理由除了認為該警察的高空觀察行為未製造不當噪音、灰塵或危害之威脅，不構成物理侵入行為外，亦未觀察到被告在住家或庭院內的私密行為，不構成隱私侵害。⁴⁶

上述 *Ciraolo* 與 *Riley* 兩判決可理解為：住所的高空不是住所本身，故並不存在物理侵入住所行為；是否構成第 4 條規定之搜索，重點並非「住所」的所有權（財產權）被侵入，而是住所是否具「開放性」或「公眾可見性」或不具「隱蔽性」，而不受隱私保護（即不具合理隱私保護期待）。

在 *U.S. v. Knotts* 案中，聯邦調查局懷疑當事人製造毒品，由於知道某製造商會賣某化學物品予當事人，調查人員乃在取得製造商配合下，將電波發送器（a beeper）置於售給當事人的物品內。當事人取得該物品後，開始移動，最後發送器顯示該物品在一小屋外。調查人員乃向法院聲請搜索票搜索該屋。當事人抗辯調查人員置放電波發送器的行為構成第 4 條之搜索，但法院判決不構成搜索。法院的主要理由乃任何人皆可看見被告在公共道路上的行車軌跡及最終所至小屋的所在，故被告就電波發送器所顯示其之移動軌跡，並不具備合理隱私保護期待。⁴⁷ 相反地，在相類似事實的 *U.S. v.*

⁴⁵ *Id.* at 211-213.

⁴⁶ *Florida v. Riley*, 488 U.S. 445, 445-446 (1989).

⁴⁷ *U.S. v. Knotts*, 460 U.S. 276, 285 (1983).

Karo 案中，同樣是警察在容器內裝置電波發送器，發送器顯示容器的最後一次移動是由倉庫搬到一私人住宅內。警察持搜索票至該住宅搜索找到毒品，但法院卻判決警察此一發送器裝置行為構成第 4 條之搜索。法院認為差別的關鍵在於：*Karo* 案中的電波發送器被攜置於住宅內、發送住宅內的移動訊息（非公開訊息），而不只是公共道路上的行車路徑訊息。⁴⁸

綜據上述，在合理隱私期待標準的認定下，關於「住所」搜索行為的認定，住宅這棟建築物本身並非規範重點，核心思考在居住者或使用對某物理空間是否採取了防範他人窺探的措施，而成為主、客觀上得以期待隱私保護的地方。例如公共電話亭可以是第 4 條保護的物理空間；辦公室也可以。⁴⁹ 反之，就算是住所、辦公室內的空間也可能在曝露於眾的情況下，而不受第 4 條保護。這就是 *Katz* 法院強調之概念：第 4 條保護的是「人」，而非「地方」。⁵⁰

3. 「財物」搜索認定

在 *United States v. Chadwick* 案中，⁵¹ 法院建立第 4 條「財物」規定的解釋標準：該被侵入財物必須具有「封閉容器 (closed containers) 性」。在 *Chadwick* 案中的財物是封閉鞋櫃；而法院亦將「財物」概念擴張解釋至：包裹、汽車、行李和各種封閉容器。⁵² 依照

⁴⁸ *U.S. v. Karo*, 468 U.S. 705, 716-717 (1984).

⁴⁹ *G.M. Leasing Corp. v. United States*, 429 U.S. 338 (1977).

⁵⁰ *Katz v. United States*, 389 U.S. 347, 351 (1967) ("For the Fourth Amendment protects people, not places. What a person knowingly exposes to the public, even in his own home or office, is not a subject of Fourth Amendment protection. But what he seeks to preserve as private, even in an area accessible to the public, may be constitutionally protected.") (citations omitted).

⁵¹ *United States v. Chadwick*, 433 U.S. 1 (1977).

⁵² *Id.* at 11 (1977) ("In this case, important Fourth Amendment privacy interests were

「封閉容器性」標準，會發現第 4 條規定財物搜索的重點不在財物本身的財產權利益，而在於該財物所「封閉」的內容物資訊。蓋如果財產權就是第 4 條規定財物搜索的保護利益，那麼只要財物為當事人所有而被侵入，就應當滿足第 4 條規範要求，而不須添加「封閉性」要件。申言之，成為第 4 條保護的「財物」，解釋上必須具備兩項要件：「所有」(possession) 與「隱蔽」(concealment)；只要封閉容器仍屬個人所有，具有隱蔽內容物功能，不為外界所見，該封閉容器就享有第 4 條保護。

前述 *Greenwood* 案中，法院認定雖然私人垃圾是被包裝在不透明袋中，具有隱蔽性，但私人仍會因丟棄該袋子（丟棄所有）而喪失第 4 條保護，即缺少「所有」要件。⁵³ 或是法院在 *Minnesota v. Dickerson* 案中運用「一目瞭然法則」，認為若違禁品被放置在開放視野處，警察在合法的制高點即能觀及，則警察的觀察行為並不構成第 4 條規定之搜索，蓋此情形並無合理的隱私期待被侵害。⁵⁴ 即該違禁品（財物）不具備「隱蔽」要件。

at stake. By placing personal effects inside a double-locked footlocker, respondents manifested an expectation that the contents would remain free from public examination. No less than one who locks the doors of his home against intruders, one who safeguards his personal possessions in this manner is due the protection of the Fourth Amendment Warrant Clause. There being no exigency, it was unreasonable for the Government to conduct this search without the safeguards a judicial warrant provides.”).

⁵³ *California v. Greenwood*, 486 U.S. 35, 40-41 (1988).

⁵⁴ *Minnesota v. Dickerson*, 508 U.S. 366, 375 (1993) (“The rationale of the plain-view doctrine is that if contraband is left in open view and is observed by a police officer from a lawful vantage point, there has been no invasion of a legitimate expectation of privacy and thus no ‘search’ within the meaning of the Fourth Amendment-or at least no search independent of the initial intrusion that gave the officers their vantage point.”).

在 *U.S. v. Jacobsen* 案中，民間快遞公司在貨品運送過程中，發現一受損的盒子內有一管狀物，內有白色粉末塑膠袋，懷疑為毒品，遂報警。警察在現場以特殊溶劑測試，顯示管狀物內的白色粉末為古柯鹼。法院判決警察以溶劑測試白色粉末的行為並不構成第 4 條規定之搜索行為，其主要理由乃該受損的盒子已不再具備隱蔽內容物的作用（不具備「隱蔽」要件），故警察之行為不具有物理侵入效果；且化學測試只能顯示系爭物質為古柯鹼，並未顯示其他個人私密事項。⁵⁵

然而，亦曾發生過被搜索的財物具備「所有」與「隱蔽」兩要件，但法院卻認定不構成第 4 條搜索之例。於 *U.S. v. Place* 案，毒品藥物管理局的警察懷疑當事人行李箱內有毒品，乃以緝毒犬嗅聞行李。該行李為當事人所有，且行李滿足封閉容器特性，可是法院卻認定此搜索行李的行為並未構成第 4 條規定之搜索。⁵⁶ 法院的判決理由除了緝毒犬只揭露毒品訊息，而未涉及當事人的其他私密資訊外，還因為行李乃放置於公共場所，警察並未以物理侵入方式（打開行李箱）取得行李箱內資訊（暴露行李內容）。⁵⁷ 簡言之，本案中警察的調查行為並未真實存在一個侵入行為（an actual trespass），亦即行李箱雖然是第 4 條規定的財物，但本案並不存在第 4 條規定的物理侵入之搜索行為。最高法院使用同樣標準，於 *Illinois v. Caballes* 案，認定警察在公共道路上攔停 Roy Caballes 所駕駛的車輛後，讓緝毒犬環繞車輛嗅聞而發現後車廂內藏有毒品之行為，不構成第 4 條之搜索，主要理由乃公共道路屬暴露於眾的公共場域，且緝毒犬

⁵⁵ *U.S. v. Jacobsen*, 466 U.S. 109, 115-120 (1984).

⁵⁶ *U.S. v. Place*, 462 U.S. 696, 697-698 (1983).

⁵⁷ *Id.* at 706-707.

只嗅聞毒品，並不會揭露車內其他資訊。⁵⁸

整言之，第 4 條「財物」搜索構成的認定標準為：被「物理侵入」的財物（物理侵入性），必須屬個人所有（所有性），且具有隱蔽內容物功能（隱蔽性）。在合理隱私期待標準下，財物的所有性與隱蔽性的要求，不難理解；但同時要求適用「物理侵入標準」，則似又回到了財產權保障要求：在 *Place* 案中，緝毒犬嗅聞的行李箱具備所有性與隱蔽性，但警察對該行李箱內毒品訊息的蒐集，卻因未物理侵入行李箱，而不構成第 4 條規定的財物搜索行為。*Place* 法院此一見解有兩種解釋可能：一是解釋為捨棄合理隱私期待標準，而改採物理侵入標準認定第 4 條規定之搜索行為；另一種解釋的可能，則是延續過往 *Dickerson* 及 *Jacobsen* 案透露的訊息，違禁品資訊明顯不應受隱私保護，無待乎再運用合理隱私期待標準為判斷（或說運用合理隱私期待標準的結果就是違禁品不受隱私保護）。

4. 「身體」搜索的認定

第 4 條規定的「身體」搜索，若按照物理侵入標準，任何物理上接觸人身體以獲取資訊的行為，都會被認定為第 4 條規定的搜索，例如在 *Skinner v. Railway Labor Executives' Ass'n* 案中，政府機關為防止交通事故，要求鐵路局對曾發生事故或涉嫌違反規則的員工，進行血液測試，以瞭解員工是否使用毒品。法院判決認為此血液測試行為構成第 4 條搜索，其理由乃該測試不僅會顯示毒品使用，亦

⁵⁸ *Illinois v. Caballes*, 543 U.S. 405, 409-410 (2005). 不過，David Hackett Souter 大法官於不同意見書中認為多數意見的論點立基於相信緝毒犬嗅聞毒品行為的結果不會出錯的前提，但此一前提並不穩固。See *Caballes*, 543 U.S. at 410-411 (Souter, J., dissenting)。事後，也確有案例出現緝毒犬嗅聞毒品出錯的狀況發生。See *Florida v. Harris*, 133 S. Ct. 1050, 1059 (2013)。

可能顯示個人的其他私密事項。⁵⁹

「身體」此文字規定的解釋並被擴張至衣服、口袋中的物件、襯衣、襪子等身體的延伸物。雖然解釋上此些身體的延伸物件亦可被認為第 4 條規定的「財物」，但法院多仍以「身體」規定作為認定依據 (Ferguson, 2017: 592)。以新近發生的 *Grady* 案為例，政府對於被定罪性侵犯者強制裝戴「全球定位系統」(Global Positioning System; GPS) 裝置，使之置於國家監控下，構成第 4 條規定之「身體」的物理侵入搜索。⁶⁰ 法院的理由乃 GPS 裝置係物理性地「接觸」在個人身體上，且該裝置乃設計為取得身體產生的個資，縱使身體並沒有被物理性地搜索。⁶¹

關於第 4 條規定的身體搜索之判斷，運用物理侵入原則或合理隱私期待標準的判斷結果，大部分會相同，蓋以物理侵入手段所獲取身體蘊含的內容物，大都未顯現於身體外，而得合理期待隱私保護。⁶² 例如，*Skinner* 案得理解為 *Skinner* 對其體內的血液具有合理

⁵⁹ *Skinner v. Ry. Labor Execs.' Ass'n*, 489 U.S. 602, 616-617 (1989) ("We have long recognized that a 'compelled intrusio[n] into the body for blood to be analyzed for alcohol content' must be deemed a Fourth Amendment search . . . Much the same is true of the breath-testing procedures required under Subpart D of the regulations. Subjecting a person to a breathalyzer test, which generally requires the production of alveolar or 'deep lung' breath for chemical analysis . . . Implicates similar concerns about bodily integrity and, like the blood-alcohol test we considered in *Schmerber*, should also be deemed a search.").

⁶⁰ *Grady v. North Carolina*, 135 S. Ct. 1368, 1370 (2015).

⁶¹ *Id.* at 1371 ("The State's program is plainly designed to obtain information. And since it does so by physically intruding on a subject's body, it effects a Fourth Amendment search.").

⁶² Ferguson (2017: 593) ("The Supreme Court was clear that physical intrusion into a body to obtain information violated a reasonable expectation of privacy, even if such a search is a relatively minor physical intrusion.").

隱私保護期待，因此鐵路局的血液測試行為構成第 4 條之搜索。

然而，對於已脫離於身體外的尿液或呼出氣體的採集檢測，在物理侵入原則的判斷下，由於欠缺物理侵入身體之行為的使用，而可能不構成第 4 條之搜索，但在合理隱私期待標準的判斷下，則不必然。在 *Skinner* 案中，法院即曾論述此兩種生物物質的採集檢測皆涉及隱私保護期待。⁶³

參、*Jones* 案後的「雙軌制」時期

一、*United States v. Jones* (2012)

過往多數論述認為「合理隱私期待標準」與「物理侵入原則」乃「取代」關係的見解，在西元 2001 年 Scalia 大法官主筆的 *Kyllo v. United States* 案⁶⁴ 中，開始產生動搖。美國聯邦最高法院於 *Kyllo* 案中，對於警察使用「熱顯像儀 (thermal-imaging device)」偵測被告住宅，發現屋內某一空間的溫度偏高，懷疑被告在屋內以高熱能燈照射種植大麻，乃向法院聲請令狀，搜索被告住宅，發現大麻種植行為。⁶⁵ 法院判決警察使用熱顯像儀掃描被告屋內熱能，構成美憲增第 4 條規定之搜索行為，須先向法院取得搜索票。但所仰賴的主要理由，卻非自 1967 年的 *Katz* 案以來所習用的合理隱私期待標準，而係回歸習慣法上之物理侵入原則，主張除非政府機關物理侵入住宅，否則不可能得知被告的大麻種植行為，故此熱顯像儀偵測

⁶³ See *Skinner*, 489 U.S. at 617-618 (“Because it is clear that the collection and testing of urine intrudes upon expectations of privacy that society has long recognized as reasonable, the Federal Courts of Appeals have concluded unanimously, and we agree, that these intrusions must be deemed searches under the Fourth Amendment.”).

⁶⁴ *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001).

⁶⁵ *Id.* at 30.

行為具備物理侵入效果，構成第 4 條之搜索行為。⁶⁶ 惟於本案中，Scalia 大法官尚未明確說明「合理隱私期待」與「物理侵入」兩標準間之關係。

在 2012 年的 *Jones* 案中，Scalia 大法官於其主筆的多數意見，仍持續沿用其於 *Kyllo* 案之主張，並進一步說明合理隱私期待標準與物理侵入原則兩者間，並非「取代」，而係「併存」關係。⁶⁷ 申言之，第 4 條的保護涵蓋兩種權利類型：1. 財產權，用以對抗恣意的入侵行為；在判斷標準上適用物理侵入原則。2. 隱私權，適用於非物理侵入的監視行為；在判斷標準上適用合理隱私期待標準 (Brennan-Marquez & Tutt, 2017: 115-116; Dery III, 2014: 459-463; MacDonnell, 2015: 178-259)。

Jones 案的事實部分，乃警察機關為了偵查被告 Antoine Jones 之涉嫌販賣毒品行為，乃計畫在其妻子名下的汽車上裝設 GPS 追蹤器，遂向美國聯邦哥倫比亞特區地方法院聲請令狀，法院乃授權警察得在令狀核發後 10 日內裝設，但警察機關遲至第 11 日方始裝設，且裝設地點是在馬里蘭州的一處公共停車場，而非哥倫比亞特區內；在裝設之後的 28 天內，政府藉由此追蹤裝置掌握該汽車的行動路徑資訊，並藉此獲得 Jones 的相關販毒證據。⁶⁸ Jones 主張警察機關裝設 GPS 追蹤器之行為，構成第 4 條所規範之「搜索、扣押」行為，而該行為欠缺法院令狀依據 (GPS 追蹤器裝設地點、時間，皆不符合原法院授權令狀要求)，故法院應排除警察機關藉由欠

⁶⁶ *Id.* at 40.

⁶⁷ *United States v. Jones*, 565 U.S. 400, 405-411 (2012) (“[T]he *Katz* reasonable-expectation-of-privacy test has been *added to*, not *substituted for*, the common-law trespassory test.”).

⁶⁸ *Id.* at 402-403.

缺令狀所裝設的追蹤裝置所獲得的所有資料做為證據。⁶⁹ 政府抗辯主張 Jones 對於其駕車於公共道路行駛的行車路徑紀錄，並不具有合理的隱私保護期待，⁷⁰ 故對於此些行車路徑資料的蒐集，並不構成增修條文第 4 條所規範之搜索行為。⁷¹ Scalia 大法官執筆的多數意見乃回到物理侵入原則，強調政府基於獲取資訊而物理性地佔用私人財產，即將 GPS 裝置安裝於 Jones 使用的車上以獲取販毒資訊之行為，構成第 4 條規定之「搜索」。⁷²

在本案，Samuel Anthony Alito 大法官雖然同意多數意見書的結論，但在協同意見書中反對多數意見使用物理侵入標準判斷 GPS 裝置安裝行為是否構成聯邦憲法增修條文第 4 條規定之搜索，而主張應延續使用 *Katz* 案以來所採用的合理隱私期待標準。⁷³ 惟使用合理隱私期待標準來判斷 *Jones* 案，會凸顯一個新型態科技所造成的隱私爭議：GPS 裝置所記錄的行車路徑，是否因為屬於已公開資訊，當事人即對之不再具有合理隱私期待，而不受隱私保護。Alito 大法官在其意見書中坦承合理隱私期待標準有其解釋適用上的難處，尤其是科技的變動快速，造成隱私期待合理與否，隨時有更迭之可能。⁷⁴ 然而，在大多數犯罪偵查案件中，長時間地使用 GPS 裝置監控犯罪嫌疑人的行動，已經違反犯嫌的合理隱私期待，構成第 4 條之搜索，應然無疑。⁷⁵

⁶⁹ *Id.* at 403-404.

⁷⁰ *United States v. Knotts*, 460 U.S. 276, 281 (1983) (“A person traveling in an automobile on public thoroughfares has no reasonable expectation of privacy in his movements from one place to another.”).

⁷¹ *Jones*, 565 U.S. at 405 (2012).

⁷² *Id.* at 404. 關於 *Jones* 案的中文說明，可參閱李榮耕 (2015: 897-926)。

⁷³ See *Jones*, 565 U.S. at 427-431 (Alito, J., concurring).

⁷⁴ *Id.* at 426.

⁷⁵ *Id.* at 429-430.

Sonia Maria Sotomayor 大法官在協同意見書中亦表達，人們對於自己在公開場所的活動資訊，在一定期間內被蒐集，能否具有合理隱私期待，須考量 GPS 追蹤器的特性；GPS 裝置能夠準確且全面地記錄個人於公共場所的活動蹤跡，並得藉由統計技術，分析此些資訊，進一步瞭解、推估個人的家庭、政治、專業、信仰，甚或是性關係方面的細節；政府並得儲存此些資料，於未來有需要時再為進一步之分析。⁷⁶ 因此，合理隱私期待標準於 *Jones* 案之操作，應重視人們是否能夠合理預期其於公開場所的行動，會被政府全面地記錄分析，進而掌握個人私生活及政治、宗教信仰等資訊。⁷⁷ Sotomayor 大法官認為，人們並無法合理預期政府此些行為的發生，亦即，人們對此些隱私資訊仍應具有合理的隱私期待，政府就此些個資的蒐集行為，構成第 4 條規定之搜索。

然而，上述兩位大法官協同意見書的主張，強調的是人民無法合理期待其於公開場合的活動資訊會被政府長時間鉅細靡遺地監控，進而擁有掌控其個人生活細節的可能性。但 GPS 裝置所記錄的個人活動資訊，要能得到以推估個人私生活細節的程度，必須累積一定的資料量。對於要記錄到何種程度之資料「量」才構成第 4 條規定之搜索，Sotomayor 大法官並沒有進一步說明，而只說 28 天的 GPS 追蹤器監控已足以構成。

倘若暫且擱置蒐集資料「量」之判斷標準的操作可行性爭議，上述協同意見書提出了一個重要的隱私保護觀點：在公開場合之單一時點的單一行為，可能無法享有隱私保護，但累積每一個單一時

⁷⁶ *Id.* at 415 (Sotomayor, J., concurring) (“GPS monitoring generates a precise, comprehensive record of a person’s public movements that reflects a wealth of detail about her familial, political, professional, religious, and sexual associations.”).

⁷⁷ *Id.* at 416.

點的單一行為，到達一定「量」後，可能藉由新型態的資訊統計分析技術，整合出不是在公開場合單一時點之單一行為所能顯示的隱私內涵。按學者的觀察，兩位大法官的此一論點乃係採納了哥倫比亞特區的聯邦巡迴上訴法院 (D.C. Circuit Court) 於 *United States v. Maynard* 案所使用的馬賽克理論 (mosaic theory)。⁷⁸ *Maynard* 案為 *United States v. Jones* 的前審案件。Douglas Ginsburg 法官主筆的判決書認為，政府利用 GPS 裝置追蹤 Jones 的每個行動長達四個星期之久，已違反聯邦憲法增修條文第 4 條之保障，構成不合理搜索。⁷⁹ 於此判決中，Ginsburg 法官引介了一個新的第 4 條的理論，即馬賽克理論。⁸⁰ 馬賽克理論乃於一連串的資訊自由法 (Freedom of Information Act) 案件爭議中所建構之理論，本係用於處理政府是否核准人民對於政府資訊公開的請求。⁸¹ 馬賽克理論之概念為：透過統計分析技術，個人資訊整合的影響，將可能產生大於單純個別個資的相加效果 (即 1+1 可能產生大於 2 的效果) (Gatewood, 2014: 506)。簡單地說，馬賽克理論提出的是一個「量」變導致「質」變的發生可能性之關心。⁸²

Alito 與 Sotomayor 大法官個別於 *Jones* 案的協同意見書中，不約而同地部分採納了馬賽克理論的想法，令聯邦憲法增修條文第 4 條的判例法出現了一個新的方法論的討論可能。雖然，部分學者質疑馬賽克理論在實際操作上有其困難，以 *Jones* 案為例，28 天的 GPS 追蹤器監控構成「搜索」，那如果僅是 7 天的 GPS 監控是否仍構成

⁷⁸ *United States v. Maynard*, 615 F.3d 544 (D.C. Cir. 2010).

⁷⁹ *Id.* at 563-564.

⁸⁰ *Id.* at 562.

⁸¹ 關於馬賽克理論的詳細論述，參見 Pozen (2005: 628-679)。

⁸² *Maynard*, 615 F.3d at 562 (D.C. Cir. 2010).

搜索？⁸³ 但不可否認地，馬賽克理論凸顯了科技發展對於隱私保護可能產生的影響，傳統認為已公開個資不具合理隱私期待的隱私保護理論，容有修正的必要性。

二、*Florida v. Jardines* (2013)

Scalia 大法官隨後在西元 2013 年其主筆 *Florida v. Jardines* 案之多數意見書中，⁸⁴ 繼續使用物理侵入標準以認定本案是否存在第 4 條規定之搜索行為。西元 2006 年 11 月 3 日警探 Willaim Pedraja 接獲線報指出 Joelis Jardines 在家中栽種大麻，同年 12 月 6 日 Pedraja 偕同另一警探帶著緝毒犬 (drug-sniffing dog) 至 Jardines 住家 (house) 進行偵查；在附近觀察 15 分鐘後，沒有發現可疑跡象，倆人遂帶著緝毒犬靠近建築物，緝毒犬因嗅聞到接受訓練辨識的氣味而開始變得興奮，警探乃鬆開 6 英尺長的套帶空間讓緝毒犬得以活動搜尋氣味來源，最終緝毒犬坐定在前門廊確認該處為大麻氣味最濃烈點。⁸⁵ Pedraja 乃據以聲請搜索令，查獲 Jardines 的種植大麻行為。⁸⁶

Jardines 向法院主張警探帶著緝毒犬至其住家門廊處嗅聞氣味之行為，未事前取得法院令狀，違反美增憲第 4 條規定要求。⁸⁷ 一審法院接受 Jardines 的主張，但州政府不服上訴，佛羅里達第三區上訴法院推翻前審法院決定，認定該緝毒犬嗅聞行為不構成第 4 條之搜索，沒有該條規定之適用；佛羅里達最高法院又推翻上訴法院

⁸³ 關於馬賽克理論的批評，參見 Kerr (2012b: 328-343)。

⁸⁴ *Florida v. Jardines*, 133 S. Ct. 1409 (2013).

⁸⁵ *Id.* at 1413.

⁸⁶ *Id.*

⁸⁷ *Id.*

決定，認定該嗅聞行為屬第 4 條之搜索；聯邦最高法院同意移審以決定該緝毒犬嗅聞行為是否屬第 4 條搜索之爭議。⁸⁸

聯邦最高法院於本案的「五比四」意見中，由 Scalia 大法官主筆的多數意見 (Clarence Thomas, Ruth Bader Ginsburg, Sotomayor 與 Kagan 大法官加入) 仍然迴避使用 *Katz* 案的合理隱私期待標準，而繼續採用 *Jones* 案以財產權為基礎的物理侵入標準，認定 Pedraja 運用緝毒犬嗅得 Jardines 屋內大麻味之行為，具備物理侵入的效果，構成第 4 條規定之搜索行為，必須先行向法院取得搜索令。⁸⁹ Scalia 大法官認為在社會規範中的確可能存在著屋主默許訪客接近家門口的行為，但典型情況是：訪客經過門徑走到門前、隨即敲門、短暫等待回應、若無回應即應離去。此種默許標準也適用於法律執行人員對於私人的強制行為；而社會並不存在一種習慣是屋主會默許警察帶著緝毒犬進入家門口進行犯罪證據搜查。⁹⁰ 申言之，法院認定本案之緝毒犬嗅聞行為構成第 4 條搜索的主要理由，乃警察在未經當事人明示或社會規範 (social norms) 默示許可下，攜緝毒犬踏進前門廊（「院落」範圍）取得屋內資訊的行為，構成財產侵入。⁹¹

⁸⁸ *Id.* at 1413-1414.

⁸⁹ *Id.* at 1414-1415.

⁹⁰ *Id.* at 1416.

⁹¹ *Id.* at 1416-1417 (“But introducing a trained police dog to explore the area around the home in hopes of discovering incriminating evidence is something else. There is no customary invitation to do that. An invitation to engage in canine forensic investigation assuredly does not inhere in the very act of hanging a knocker. To find a visitor knocking on the door is routine [even if sometimes unwelcome]; to spot that same visitor exploring the front path with a metal detector, or marching his bloodhound into the garden before saying hello and asking permission, would inspire most of us to—well, call the police. The scope of a license—express or implied—is limited not only to a particular area but also to a specific purpose. Consent at a traffic stop to an officer’s checking out an anonymous tip that there is a body in the trunk does not

在 Kagan 大法官主筆的協同意見書 (Ginsburg 與 Sotomayor 大法官加入) 中，則強調警察攜緝毒犬嗅聞毒品的行為，同時侵害 Jardines 的財產權與隱私權，即 Jardines 的住所不僅是他的財產，同時也是他最親密事務的所在，故應具高度的隱私期待。⁹² 本案中緝毒犬嗅聞屋內氣味之行為違反了 *Katz* 案的合理隱私期待標準，因該犬嗅出了 Jardines 欲隱藏於家中的親密敏感資訊。⁹³ 此外，Kagan 大法官引用 *Kyllo* 案，認為緝毒犬的鼻子就像是超靈敏氣味偵測儀器，與 *Kyllo* 案中警察所使用的熱顯像儀相同，皆非一般大眾輕易可取得使用的工具。⁹⁴ 最後，Kagan 大法官認為她的協同意見書之隱私權標準可以強化多數意見的財產權標準，並更易於解決本案。⁹⁵

Alito 大法官既不同意多數意見的財產權標準、也不同意 Kagan 大法官協同意見的隱私權標準之操作所得出本案違反第 4 條要求的結論，故撰寫不同意見書 (John Glover Roberts, Anthony McLeod Kennedy 與 Stephen Gerald Breyer 大法官加入)。首先在財產權的物理侵入部分，Alito 大法官認為本案警察攜緝毒犬嗅聞行為，並未偏離過往判例對於陌生人靠近門廊的允許標準——空間侷限性與時間暫時性 (並未要求一定要按門鈴或與住戶說話)；而犬隻的嗅聞行為僅發生在門廊前走道上 (空間限制)，且在未超過兩分鐘內就完成 (時間限制)，故並未違反習慣法上允許接近門前的標準，並不構成

permit the officer to rummage through the trunk for narcotics. Here, the background social norms that invite a visitor to the front door do not invite him there to conduct a search.”).

⁹² *Id.* at 1418-1419 (Kagan, J., concurring).

⁹³ *Id.* at 1418.

⁹⁴ *Id.* at 1419.

⁹⁵ *Id.* at 1420.

住家侵入。⁹⁶ 此外，在隱私權侵害部分，Alito 大法官認為以緝毒犬嗅聞作為毒品搜索的強制方法已行之有年，Jardines 應可合理預見此種緝毒方法的使用，故他對於屋內大麻氣味飄散至屋外的資訊並不具備合理隱私期待。⁹⁷

三、*Grady v. North Carolina* (2015)

由於 Torrey Grady 是猥褻兒童的累犯，因此北卡羅來納州政府欲對其進行全天候的 GPS 監控；Grady 依據 *Jones* 判決，主張政府此舉構成違反美憲增第 4 條規定的不合理搜索行為；州政府主張依據北卡羅來納州上訴法院於 *State v. Jones* 案之判決，⁹⁸ Grady 的主張無法成立；州法院亦以 *State v. Jones* 判決作成於 *Jones* 案之後，而同意州政府以 *State v. Jones* 判決為據之主張。⁹⁹

聯邦最高法院同意本案之移審，並全體作成決定（並無個別主筆大法官），認為州政府的主張及州法院的決定違反了聯邦最高法院的判例。雖說本案的審理重點在 GPS 監控的行為是否構成「不合理」搜索而違反第 4 條搜索規定要求（Boyd, 2016: 171-208），但此爭點討論的前提在 GPS 監控行為是否屬第 4 條規定之搜索行為而有該條之適用。¹⁰⁰ 最高法院引用 *Jones* 案及 *Jardines* 案的財產權標準，

⁹⁶ *Id.* at 1421-23 (Alito, J., dissenting).

⁹⁷ *Id.* at 1425-1426.

⁹⁸ *State v. Jones*, 750 S.E.2d 883 (N.C. Ct. App. 2013).

⁹⁹ *State v. Grady*, 762 S.E.2d 460, 460 (N.C. 2014).

¹⁰⁰ 同樣的問題也發生在 *Florida v. Harris*, 133 S. Ct. 1050, 1059 (2013)。本案涉及警察在路邊攔檢車輛後，在車輛周圍進行緝毒犬嗅聞毒品行為，是否違反美憲增第 4 條規定之要求。雖然本案的爭論重點在於：緝毒犬嗅聞毒品的正確率是否影響構成「相當理由」(probable cause) 之判斷，但進入「相當理由」判斷的前提必需是該嗅聞行為構成第 4 條之搜索行為。參見 Owsley (2013: 374-378)。

認定州政府在未徵得 Grady 同意下，強制要求其穿戴 GPS 裝置的行為，構成第 4 條之搜索，蓋政府此舉之目的在追蹤 Grady 的行動軌跡。¹⁰¹ 首先，法院說明第 4 條規定禁止不合理搜索的保護，不僅限於犯罪偵查行為；其次，法院一致同意繼續沿用 *Jones* 案使用物理侵入標準認定政府對於被定罪的性侵犯者強制裝戴 GPS 裝置，使之置於國家監控下之行為，構成第 4 條規定之「身體」搜索；¹⁰² 其理由乃 GPS 裝置係物理性地「接觸」在個人身體上，且該裝置乃設計為取得個資，縱使身體並沒有直接被物理性地搜索。¹⁰³ 雖然此判決擴張至透過 GPS 裝置取得個資的行為亦構成「搜索」，但其論述基礎仍在該裝置必須與身體有物理接觸才行。

肆、爭點釐清

一、*Jones* 法院的雙軌制，究係回歸判決先例？抑或新創？

經過上述最高法院的判決整理後，再回過頭來回應此章節一開始的設問：第 4 條是否存在財產權保護認知的判決先例？

學者 Orin S. Kerr (2012a: 86, 89-90) 質疑 Scalia 大法官的「回歸」物理侵入原則說法，並主張聯邦最高法院對於美憲增第 4 條搜索規定的解釋，從來不曾採用過以財產權為基礎的物理侵入原則。

¹⁰¹ Grady v. North Carolina, 135 S. Ct. 1368, 1370 (2015).

¹⁰² *Id.* at 1370; 另參見 Boyd (2016: 151-209)。

¹⁰³ *Id.* Grady, at 1371 (“The State’s program is plainly designed to obtain information. And since it does so by physically intruding on a subject’s body, it effects a Fourth Amendment search.”).

Kerr 主張現行學說、實務之所以認為最高法院對於 *Katz* 案時間點前的第 4 條搜索認定的案件採用物理侵入原則，那是因為最高法院在 *Katz* 案的判決文中這麼說。然而，*Katz* 法院並沒有對於此一指稱，提出任何來源依據說明。Kerr 並主張 *Katz* 法院錯誤解讀了第 4 條搜索規定的判決歷史。

若暫且不論學者 Kerr 質疑 *Katz* 法院的錯誤解讀判決先例的主張是否成立，根據前述法院判決整理，表面上法院的確曾經呈現過以保護財產權之物理侵入原則，來判斷第 4 條規定之搜索行為，例如在 *Goldman* 案中，警察隔著牆壁使用偵聽器監聽犯罪嫌疑人在屋內的談話，因不存在一個物理侵入住宅的行為，所以不構成第 4 條之搜索。然而，法院判決不一致的現象出現在造成財產權侵害的物理侵入行為，有時並不被法院認定構成第 4 條的搜索，例如對於已破損露出內容物的貨品檢測，雖然具有一個實際侵入貨品的行為，但因貨品本已破損而得為公眾所見，而被法院認定不具有物理侵入效果 (*Jacobsen* 案)。此一「隱蔽性」要求，並非財產權保護所致，而係源自於隱私權作用。職此，法院判決對於物理侵入原則的使用，的確存在著不一致的狀況。

既然法院判決先例對於物理侵入原則的使用，的確存在著不一致的狀況，那麼 Scalia 大法官所論述的雙軌制，就不是單純地「回歸」判決先例，而是重新建立第 4 條搜索行為的認定標準。那麼就進入前言的另一設問：建立雙軌制的目的為何？按照 Scalia 大法官的解釋，對於美憲增第 4 條搜索規定之解釋採用「雙軌制」——「財產權（或身體權）侵害的物理侵入原則」與「隱私權侵害的合理隱私期待標準」——的優點在：讓簡單的案件保持簡單，不變複雜。¹⁰⁴

¹⁰⁴ Florida v. Jardines, 133 S. Ct. 1409, 1417 (2013).

申言之，在政府物理侵入私人空間（住所或身體）的簡單案件中，不需要使用合理隱私期待標準，造成本來簡單的案件變得複雜；只有當政府使用非物理侵入行為進行監控時，才須使用合理隱私期待標準判斷是否構成第 4 條規定之搜索行為。但為何雙軌制可以達到簡單案件、簡單處理的作用？

以 *Jones* 案為例，推測 Scalia 大法官的想法，倘若運用合理隱私期待標準判斷政府裝設 GPS 追蹤裝置，記錄 Jones 駕駛汽車於公共道路上之行車路徑資訊的行為，是否構成第 4 條規定之搜索，將面臨判決先例中例如第三人法則或公開法則的挑戰，而可能無法有效因應政府運用新型態科技截取個人資訊之監控行為。為了繞過此些麻煩，且因 *Jones* 案中確實產生了 GPS 裝置「接觸（侵入）」汽車此一財產物，*Jones* 法院因此想到了運用判決先例中曾出現過的物理侵入原則，作為判斷構成第 4 條搜索行為的標準，達到簡單處理的作用（相較於合理隱私期待標準的操作）。

然而，判決先例所建構的物理侵入原則，判斷重點在政府行為有無「物理侵入或穿透」該財產物，以獲取該財產物本身所蘊含或隱蔽的資訊內容。以汽車此一財產物為例，警察破壞車窗，拿取車內文件行為，即為典型之第 4 條搜索行為。若以 *Goldman* 與 *Silverman* 兩案相較為例，警察若僅將偵聽器材「貼附」牆壁，監聽住所內的談話，不構成物理侵入；但若將偵聽器材「穿透」牆壁，就構成物理侵入。倘延續此判決先例所建構之物理侵入原則，在 *Jones* 案中，警察僅是將 GPS 裝置「貼附」在汽車底盤，應未構成物理侵入。此外，警察貼附 GPS 裝置行為所獲取的並非汽車內所蘊含或隱蔽的資訊，而是汽車此一財產物的外觀移動路徑。凡此，皆與 *Olmstead* 案後所建立的物理侵入原則，有所差異。因此，毋寧應認為 Scalia 大法官在 *Jones* 案使用的物理侵入原則，不太像是「回

歸」過往判決先例，而比較像是「新創」了一個不太關心財產權（或 *Grady* 案的身體權）是否真的遭受破壞或侵入的物理侵入原則。

二、*Jardines* 案是否改變過往緝毒犬嗅聞毒品之判決先例見解

（一）與聯邦最高法院判決先例之比較

Jardines 判決認定緝毒犬在前門廊嗅聞屋內大麻氣味之行為構成美憲增第 4 條搜索行為的結果，與最高法院過往緝毒犬嗅聞毒品的判決先例（例如 *Place* 案與 *Caballes* 案）結果相異，但 *Jardines* 判決並未推翻過往結果相異之判決，理由在下列關鍵區分點。

Place 案使用合理隱私期待標準，認定緝毒犬在機場嗅聞行李箱內毒品之行為，不構成第 4 條之搜索，其中有兩點關鍵因素：1. 機場屬公共場域，警察並未以物理侵入方式（打開行李箱）取得行李箱內資訊（暴露行李內容）；2. 緝毒犬只嗅聞毒品，並不會揭露行李箱內其他毒品以外之資訊。相較而言，*Jardines* 案的緝毒犬嗅聞毒品行為發生在私人住家（院落標準），因而採取財產權標準，認定該行為構成第 4 條搜索。

法院於 *Jardines* 案中使用的是財產權標準，而在 *Place* 案使用的是隱私權標準；財產權標準並無法使用於 *Place* 案，因緝毒犬嗅聞行為是發生在公共場域，而非私人住所。故 *Jardines* 判決並無是否需要推翻 *Place* 判決之問題。

（二）與聯邦下級法院之緝毒犬嗅聞公寓、飯店門前氣味之判決先例的比較

聯邦下級法院對於警察攜緝毒犬於公寓（apartments）或飯店

(hotels) 內走道 (hallways, corridors) 或其他公共空間 (common areas) 進行毒品嗅聞之行為，不論是使用隱私權標準或財產權標準，大多認定不屬第 4 條規定之搜索行為，其中的關鍵理由乃：在住房外的公共空間（例如走道，不是住客的財產權範圍）是公開給公眾使用（不具備合理隱私期待），儘管緝毒犬嗅聞的是房內（私人場域）的氣味。¹⁰⁵ 不過，法院曾經判決認為，合理隱私期待可能得發生於有門禁管理（門口上鎖、只有住戶能出入）的公寓；但若大門未上鎖而允許警察進入，則隱私期待即可能消失。¹⁰⁶

由於上述案件發生的地點皆在公共場域，故與 *Jardines* 案的私人住所之事實，仍屬有別，故判決間亦無相互矛盾之問題。

三、財產權標準與隱私權標準之雙軌運用結果的可能缺陷

（一）結果的不一致

於 *Jardines* 案，Scalia 大法官沿用 *Jones* 案提出財產權標準與隱私權標準雙軌併存的主張，認定警察攜緝毒犬至家門口嗅聞毒品的行為構成財產權的物理侵入，屬第 4 條規範的搜索行為。Scalia 大法官對於未沿用過往最高法院認定緝毒犬嗅聞毒品行為未造成隱私侵害、不構成第 4 條搜索的判決先例之回應為：*Katz* 案的合理隱私期待標準是「添加」第 4 條搜索行為判斷的標準，而非「取代」過往存在的財產權標準，故當面臨政府物理侵入受憲法保護的區域

¹⁰⁵ *United States v. Roby*, 122 F.3d 1120, 1125 (8th Cir. 1997); *Fitzgerald v. State*, 864 A.2d 1006, 1017-1018 (Md. 2004).

¹⁰⁶ *United States v. Broadway*, 580 F. Supp. 2d 1179, 1193 (D. Colo. 2008).

蒐證時，只要使用財產權標準即可，不須考慮使用隱私權標準。¹⁰⁷這樣的說明將可能造成原本設定「併行關係」的雙軌標準，變成「先後關係」的實質單軌結果：即財產權標準「優先於」隱私權標準使用；一旦構成財產權的物理侵入取得資訊行為，即屬第 4 條之搜索行為，若未構成，才會再進行隱私權標準的判斷。¹⁰⁸

但本文以為，若依 *Scalia* 大法官主張使用雙軌標準的理由：讓簡單的案件保持簡單，即在政府物理侵入私人空間（住所或身體）的簡單案件中，使用財產權之物理侵入標準，判斷是否構成第 4 條規定之搜索行為，而不須使用合理隱私期待標準，造成本來簡單的案件變得複雜。那麼財產權標準使用的作用就應僅在讓案件簡單處理，而非改變原本使用隱私權標準會得到的結果。亦即，兩種標準在案件處理上應得出同樣結果，採擇何種標準，取決於那種標準易於說理。

然而，若仔細分析 *Place* 案，機場此一公共場域雖是一個認定不構成第 4 條搜索的重要因素，但更關鍵因素其實是行李箱所有人對於箱內毒品不具備合理隱私期待。造成雖然箱內物品仍然符合 *Chadwick* 案在處理「財物」搜索時所建構的「所有」與「隱蔽（封閉容器）」要件，但由於緝毒犬嗅聞不會揭露毒品以外的行李箱內隱私資訊，因此不構成隱私侵害，不構成第 4 條之搜索行為。

若上述解讀無誤，則在 *Jardines* 案使用 *Place* 判決的隱私權標準，理應得出不構成第 4 條搜索行為的結論，蓋緝毒犬嗅聞的仍然

¹⁰⁷ *Jardines*, 133 S. Ct. at 1417.

¹⁰⁸ 也因此，學者李榮耕即主張，*Scalia* 大法官認為 *Jones* 案並沒有隱私權標準的適用；只要財產權標準運用的結果認定屬物理侵入而構成第 4 條之搜索行為，即不能援引隱私權標準加以推翻。參閱李榮耕（2015: 899）。

只有屋內的毒品資訊，而不會揭露屋內其他的隱私資訊。職此，在 *Jardines* 案將發生使用財產權標準會構成第 4 條搜索行為，但使用隱私權標準則不會構成的相迥結論。顯然地，Scalia 大法官的雙軌標準並不只是如同其所說的僅讓複雜的案件變簡單；運用財產權標準或隱私權標準，可能會得出不一致的結果。

(二) *Jardines* 案的財產權標準可能形成貧富區分的歧視效應

Jardines 案運用院落標準判斷是否構成財產權侵入的判決結果，可能造成有錢住得起「獨棟住宅」(house) 的家門口，相較於可能較沒錢只能住「公寓」的家門口之兩類人，享有不一樣的美憲增第 4 條之保障。亦即，同樣屬於捍衛家中堡壘的家門口，較貴的前者受第 4 條保障，較便宜的後者則否。

當然，如果遵循 Scalia 大法官的雙軌主張，則可能可以善意解讀「獨棟住宅」家門口的緝毒犬嗅聞毒品屬於「簡單案件」，可以使用財產權標準，而「公寓」家門口的嗅聞屬於「複雜案件」，就應該使用隱私權標準。但如上所述，延續 *Place* 判決使用隱私權標準的結果，對於緝毒犬在公寓家門口嗅聞毒品的行為，住戶仍然無法享有第 4 條之保障。

綜上，*Jardines* 判決的財產權標準可能造成富者享有較貧者更多的第 4 條保障。此結論與第 4 條應係保障所有人享有不受政府無令狀侵入搜索之意旨相悖，也違背了「家」作為私人生活最堅固堡壘的認知 (Roth, 2014: 571-573)。

四、Alito 大法官於 *Jardines* 案中不同意見書之觀察

在 *Jardines* 案中，Scalia 大法官主筆的多數意見強調，*Jardines* 並未同意（無論明示或默示）警察基於搜查目的攜緝毒犬至其家門

口進行嗅聞。但 Alito 大法官在不同意見書中的批評，有其見地。畢竟本案警察攜緝毒犬嗅聞行為並未偏離過往判例對於陌生人靠近門廊的允許標準。若說，Scalia 大法官在 *Jardines* 案建構的是一個新的住家（財產權）侵入標準——以「行為目的」界分：社會一般通念不允許警察基於查案目的駐足家門口，則此標準形同原則禁止警察在無令狀的情形下接近住家門口，蓋警察接近門口的行為多半是為了查案所需 (Steinberg, 2013: 113-114)。反之，倘若警察不是為了查案目的而接近家門口，例如警察帶著緝毒犬在街頭巡邏過程中，看見某住家庭院內有個有趣的鞦韆，心想其小孩應該會喜歡，因此帶著緝毒犬至門口按鈴想要詢問屋主在何處購買的。此行為符合社會一般通念，而不構成住宅侵入。孰料靠近門口時，緝毒犬產生聞到毒品之反應。此際，該緝毒犬嗅聞行為是否構成第 4 條之搜索，即生爭議，蓋緝毒犬原本靠近門口的目的並非為了查案。

此外，對於 Kagan 大法官在協同意見書中補充的隱私權標準部分，Alito 大法官認為判決先例並不支持 Kagan 大法官的主張。首先，判例認為人民對於已發散出財產權（例如行李箱、汽車）外的大麻氣味，並不具備合理隱私期待。¹⁰⁹ 其次，Kagan 大法官以「一個陌生人帶著高倍數望遠鏡站在前門廊處看進屋內」類比「警察攜緝毒犬站在前門廊處嗅聞氣味」之行為，¹¹⁰ Alito 大法官認為並不合理。蓋人若已站在門口處，則有無使用高倍數望遠鏡，差異不大；Kagan 大法官忽視了在 *Kyllo* 案中，法院曾認定「目視觀察」(visual observation) 不構成第 4 條搜索。¹¹¹ 故警察站在門口、向內窺視之

¹⁰⁹ *Jardines*, 133 S. Ct. at 1425 (Alito, J., dissenting).

¹¹⁰ *Id.* at 1418.

¹¹¹ *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27, 40 (2001).

行為（例如透過未遮蔽窗簾的窗戶），並不構成第 4 條搜索。此外，望遠鏡與緝毒犬這兩種搜查工具的使用所引發的隱私問題，並不相同。望遠鏡可以看到的屋內隱私資訊，不限於毒品，但狗的嗅聞只能顯示毒品氣味。最後，Kagan 大法官亦引用 *Kyllo* 案，將「緝毒犬的鼻子」類比「熱顯像儀」，兩者皆非一般大眾輕易可取得使用的工具。然而，法院曾於 *Caballes* 案中認為使用緝毒犬與使用熱顯像儀並不相同。¹¹²

五、美憲增第 4 條搜索行為認定的三種可能發展路徑

美國學者 Timothy C. MacDonnell (2013: 60-82) 認為，立基於美國聯邦最高法院的判決先例基礎上，第 4 條搜索行為的標準未來有三種可能的發展路徑：

（一）完全採取「違禁品」不具備合理隱私期待之路徑

第一種路徑乃以 *Place* 案與 *Caballes* 案為基礎，只要政府搜查標的之行為能夠侷限於違禁品 (contrabands) 的發現，不會揭露其他資訊的話，即可以當事人對於違禁品不具備合理隱私期待為由，認定該搜查行為不構成第 4 條之搜索。此種路徑具備下列優點：

1. 標準明確。例如緝毒犬嗅聞毒品的行為不會構成第 4 條規範之搜索，縱使嗅聞的是住家內的毒品氣味；
2. 有助於政府機關積極研發搜查違禁品更為精準、侵害更小的科技設備。¹¹³

¹¹² *Illinois v. Caballes*, 543 U.S. 405, 409-410 (2005).

¹¹³ *Id.* at 61.

然而，此路徑之缺點乃可能造成隱私的保護不足，尤其是住家內隱私。例如警察可能使用號稱僅會偵測違禁品的工具偵測屋內其他隱私資訊，事後再以工具出錯為由卸責。此外，此路徑顯與 *Jardines* 法院見解相悖：「住家」因素之作用更甚於「違禁品」資訊；只要物理侵入住家，縱使蒐集到的只會是違禁品資訊，亦構成第 4 條搜索。

(二) 加入「使用工具性質」之折衷路徑

此折衷路徑乃以違禁品標準為基礎，加入使用工具性質：區分生物搜查與科技搜查，以決定第 4 條搜索行為之構成與否。以 *Jardines* 案的緝毒犬嗅聞屋內氣味與 *Kyllo* 案的熱顯像儀偵測屋內熱能比較為例，兩項搜查工具的使用，存有下列差異：

1. *Kyllo* 判決的核心想法在設法防止科技發展造成第 4 條保護範圍的萎縮。¹¹⁴ 據此，由於狗鼻子不是科技，不會有 *Kyllo* 判決擔心的問題發生；
2. 使用狗鼻子作為氣味搜尋工具已存行數百年，早在第 4 條制定時已在，人們不會覺得此種方法的使用為不合理；但熱顯像儀或其他類似的新型態科技則不然 (MacDonnell, 2013: 70)。

使用「違禁品」加上「使用工具性質」作為修正之標準，則 *Kyllo* 案與 *Jardines* 案雖然都是為了搜查大麻，但使用緝毒犬作為搜查工具，不構成第 4 條搜索，而使用熱顯像儀作為搜查工具，則會構成第 4 條搜索。

¹¹⁴ *Kyllo*, 533 U.S. at 28.

(三) 完全保護「住家 (home) 內資訊」之路徑

法院也可強調「住家」在第 4 條保護的特殊地位，選擇完全保護住家內的所有資訊，不論政府使用何種工具企圖獲取住家內未揭露於眾的資訊，皆構成第 4 條搜索 (MacDonnell, 2013: 74-75)。Kyllo 與 *Jardines* 判決可以如此解釋。此一路徑亦不會完全抵觸 *Place* 與 *Caballes* 關於緝毒犬嗅聞毒品之判決先例，蓋住家與機場、公共道路仍可作為有效的區分標準。

六、小結

日新月異的新科技令政府的監控技術不斷地推陳出新，的確使得合理隱私期待標準的判斷變得益發困難。也因此，若能發展一個更清晰明瞭的簡易判斷標準，來認定第 4 條規定的搜索行為，當然是一個好的發展方向。然而，Scalia 大法官於 *Jones* 案中所提出的雙軌理論主張，是否就是一個良好解方？此從 *Jardines* 案的五比四判決，以及上述三種未來可能發展路徑之預測，即可察見其仍具有爭議。

本文以為，見解分歧的關鍵處仍在於第 4 條保障的核心權利究竟為何？物理侵入原則究竟是植基於財產權？抑或隱私權？在操作上可能會產出相異結果，而有釐清之必要性。

(一) 物理侵入原則作為合理隱私期待標準下的次原則

Scalia 大法官在 *Jones* 案提出以財產權為基礎之非傳統意義的物理侵入原則，其實早在 2001 年的 *Kyllo* 案中已有跡可尋。若將 *Kyllo* 案對照 1983 年的 *Place* 案及 2013 年的 *Jardines* 案，觀察法院就物理侵入原則的運用：

<i>Place</i> (1983) 隱私權標準	行李箱 (財物搜索)	具隱蔽性	緝毒犬嗅聞	未以物理侵入方式取得行李箱內資訊，不構成第 4 條搜索
<i>Kyllo</i> (2001) 隱私權標準？財產權標準？	住宅 (住宅搜索)	具隱蔽性	熱顯像儀掃描	以物理侵入方式取得住宅內資訊，構成第 4 條搜索
<i>Jardines</i> (2013) 財產權標準	住宅 (住宅搜索)	具隱蔽性	緝毒犬嗅聞	警察攜緝毒犬踏進前門廊行為，在未經當事人明示或社會規範默示許可下，屬物理侵入住宅行為，構成第 4 條搜索

三案相較，其實不太容易理解同樣具有隱蔽內容物作用的財產，其蘊含之內容物（氣味或熱能）逸散出財產物外，同樣被未以真實地「物理穿入」財產物內的行為所採集，卻產生不同的物理侵入構成與否的結論。此種不一致的物理侵入原則的判決結果，其實已暗示了物理侵入原則的重點不在是否真實存在一個物理侵入財產物的行為，而是政府是否截取財產物內具有合理隱私期待保護資訊之行為。

Place 與 *Kyllo* 兩案，皆不存在一個實際物理侵入財產物的行為，但卻產生不同判斷結果的原因在於：*Place* 案的緝毒犬嗅聞只會曝露行李箱內的毒品資訊，不會擴及行李箱內的其他資訊，在毒品資訊不具合理隱私期待保護的情況下（不被社會接受應受隱私保護），緝毒犬嗅聞行為不發生隱私侵害，不構成第 4 條搜索；但 *Kyllo* 案的熱顯像儀掃描行為，曝露的不僅可能是大麻種植資訊，尚擴及屋內的其他熱能流動訊息，而可能曝露出住宅內人的其他生活細節（例如入浴時間），會發生隱私侵害，構成第 4 條搜索。

若再比較 *Jardines* 案，與 *Place* 案同樣是緝毒犬嗅聞行為，*Jardines* 法院卻又為何判斷構成第 4 條搜索？那是因為 *Place* 案的緝毒犬嗅聞行為是在公共場域中進行，而 *Jardines* 案的緝毒犬嗅聞行為是在私人「院落」內進行。警察攜緝毒犬踏進前門廊的嗅聞行為，畢竟跟一般訪客踏進前門廊的敲門行為，有所差異。在社會規範下，可合理期待住宅主人會邀請訪客踏進前門廊敲門，但不會合理期待住宅主人會邀請訪客踏進前門廊帶狗嗅聞屋內傳出的氣味。

綜上以言，法院判斷的重點其實不在是否存在一個真實物理侵入行為，而是有無產生一個行為去取得當事人可以合理期待隱私保護的資訊。¹¹⁵ Scalia 大法官的「回歸」說法，表面上仰賴了財產權作為物理侵入原則的基礎，但卻係改變了（而非回歸）過往物理侵入原則之內涵，將物理侵入行為所獲取的資訊，擴及於財產物所「發散」的自體或「衍生」資訊；Scalia 大法官的物理侵入原則主要仰賴的保護利益，其實不是財產權，而是隱私權。

職此，本文主張，對於法院就物理侵入原則使用的不一致狀況的一種合理解釋可能為：物理侵入原則並非源自於財產權保護，而係源自隱私權保護。至於過往曾以財產權作為物理侵入原則之基礎的判決，應該將之理解為：財產權只是用來輔助判斷該財產物所隱蔽的內容訊息屬財產物所有或持有者之隱私。簡言之，財產權人對其財產具有管領力，政府機關強行穿透（或破壞）財產物，取得內容物資訊，除了對於財產權人想要隱藏的財產物訊息有所侵害外，

¹¹⁵ See Fifiield (2017: 154) (“[P]rior to the revival of a trespass-based test in *Jones* and its application to curtilage in *Jardines*, the curtilage analysis was really about reasonable expectations of privacy. The *Dunn* factors were designed to measure whether expectations of privacy in areas surrounding a person’s home are objectively reasonable.”).

自然亦對於財產權有所侵害。因此，在反向理解下，侵害財產權的行為，就可以做為「輔助」認定是否侵害隱私權的一項標準；而既然只是「輔助」作用，最終的重點仍在隱私權侵害與否的判斷上。此從 *Chadwick* 法院提出的「封閉容器性」標準即可瞭解，第 4 條規定的財物搜索行為，重點不在該物的財產利益，而在該物所封閉的內容物資訊（隱私利益）；但財物的「所有」要件，仍具有確認容器所隱蔽之內容物資訊屬所有人之隱私的作用。

在本文的主張下，物理侵入原則可理解為屬於合理隱私期待標準下的次原則（如同第三人法則或公開法則般）。人們對於身體或財產物所蘊含的內容「通常」具有合理隱私期待，因此政府使用物理侵入行為以獲取身體或財產物所蘊含的訊息時，就會對於隱私有所傷害。故物理侵入原則可被認知為合理隱私期待標準操作的更具體化標準。

申言之，第 4 條之所以保護人民的身體、財產（住所、文件與財物）不受無理搜索，重點不在表象上之物理搜尋行為的防止，而係在防止藉由搜尋身體、財產物（住所、文件與財物）行為，以獲取身體或財產物所蘊藏之不欲人知的內容。對於身體、財產物所蘊藏之不欲人知的內容，被以「物理侵入」的手段所獲取，通常即可推定違反合理隱私保護期待，此即物理侵入原則的運用。惟若被以「非物理侵入」的手段獲取，則須進一步判斷是否違反合理隱私保護期待。

過往 *Olmstead* 判決建立的財產權標準，並未考慮隱私權保護，亦即，只要政府有本事使用不侵害財產權（例如不侵入住宅）的方法以獲取財產體內所含的資訊，就不構成第 4 條之搜索行為。但若依 *Scalia* 大法官主張的雙軌標準，在不構成財產權侵害的情形下，仍須再檢驗是否有隱私權侵害，才能確認是否構成第 4 條搜索。不

過，如前所述，Scalia 大法官主張的奇特之處在於：財產權優先於隱私權標準使用的順序關係，因此，會形成物理侵入財產權獲取資訊的行為，就會構成第 4 條搜索，而無須再考量是否有隱私權侵害。此一見解，並不符合 *Oliver* 判決先例見解（隱私權標準）：進一步將當事人所有之土地（財產）進一步區分為「院落」與「開放領域」，院落的侵入才可能構成第 4 條搜索。於 *Jardines* 判決中，Scalia 大法官也使用了「院落」標準，擴張住宅「財產權」範圍，但「院落 v. 開放領域」的二分法標準，卻係依隱私權侵害而來，而非財產權。

總結而論，本文可以接受 Scalia 大法官建構雙軌標準的初衷：讓簡單的案件簡單處理。但本文以為，Scalia 大法官主張雙軌關係的真意果若真是「先後」而非「併行」的話，並無法達成其所設定之目的。因此，本文主張，對於雙軌標準的理解，應以單源（隱私權）雙軌（物理侵入+合理隱私期待）併行標準的理解為佳。

（二）判決之再檢視

將物理侵入原則理解為合理隱私期待標準下的次原則，而非如同 Scalia 大法官主張兩者為雙軌併列的兩分立原則，最有力的理由來自前述最高法院判決的觀察：判決先例存在有物理侵入財產行為，卻不構成第 4 條搜索之決定，且亦曾出現沒有物理侵入財產行為，卻構成第 4 條搜索的結果；兩相對照，法院判決呈現出第 4 條保護利益的關鍵並不在財產侵害。

1. *Jones* 案前的判決先例檢視

（1）*Ciraolo & Riley* 案：警察在住所高空的觀察行為，不構成物理侵入；但若住所庭院具備「隱蔽性」，在合理隱私期待標準的操作下，該警察行為仍可能構成第 4 條之搜索；

- (2) *Oliver* 案：警察侵入當事人標誌禁止進入之所屬土地，法院認定此行為雖侵入當事人土地，但未侵害當事人隱私，因該開放土地並不具備隱蔽效果；
- (3) *Chadwick & Greenwood* 案：第 4 條保障之財物必須具有隱蔽內容物作用。若財物喪失隱蔽作用，縱使存在一個實際侵入該物以獲取內容物訊息的政府行為，也會被認定不具備物理侵入效果，不構成第 4 條搜索；
- (4) *Place* 案：警察以緝毒犬嗅聞行李箱尋找毒品之行為，法院以該行為未以物理侵入方式取得行李箱內資訊為由，認定不構成第 4 條之搜索。但同樣的思考邏輯，卻未在後續的 *Kyllo* 案中適用。*Kyllo* 法院認定警察以熱顯像儀偵測被告住宅，發現被告的大麻種植行為，構成第 4 條之搜索。兩案比較顯示出第 4 條搜索行為的構成，物理侵入手段的存在，並非絕對必要。

2. *Jones, Jardines & Grady* 案之檢視

Jones, Jardines & Grady 這三個案件，乃 Scalia 大法官建立雙軌制後，運用物理侵入原則判斷第 4 條搜索構成與否的判決，值得用來進一步檢視 Scalia 大法官所運用物理侵入原則的真意。

Jones 與 *Grady* 案可當作一組作比較分析，兩案皆係政府運用 GPS 裝置追蹤「汽車」與「人」的行動軌跡。典型對於「汽車（財物）」或「人（身體）」運用物理侵入原則判斷第 4 條搜索行為的案例，例如警察搜索汽車內物品或警察對身體抽血進行毒品使用檢測。這兩類行為都是使用對於財產或身體實際侵入的行為，獲取財產內或身體內之資訊，因此，仍然可以以財產權或身體權侵害，作為物理侵入原則的規範基礎。*Jones* 案與 *Grady* 案的特別之處在於，法院擴張「物理侵入」的解釋，將之含括物理「接觸」行為，即將

GPS 裝置「接觸」在汽車與身體的行為，也被認定構成物理侵入。此外，*Jones* 與 *Grady* 案的物理侵入行為所獲取的並非汽車或人本體所蘊含的內容訊息，而是汽車或人之行為所「衍生」的移動訊息。此些衍生訊息的獲取，無關於財產權或身體權的侵害，不宜再以財產權或身體權作為物理侵入原則的規範基礎。依據本文主張，兩案中政府安裝 GPS 裝置的行為之所以被認定構成第 4 條搜索，其關鍵仍應該在當事人對於駕駛汽車或移動身體的行動軌跡，是否具備合理的隱私保護期待。而這兩案中所運用的物理侵入原則，應被認知為作為判斷合理隱私期待存在與否的更具體判斷標準。由於黏附追蹤裝置於財產物或身體之行為，將可獲取財產物或身體「鉅細靡遺」的移動軌跡；鉅細靡遺的移動軌跡可能蘊含著人們不欲人知的訊息內容，而具備合理隱私保護期待。所以，在大多數的情形，可以簡化地認為，政府裝置 GPS 的物理侵入行為，造成當事人隱私侵害，構成第 4 條之搜索。

從隱私角度出發的觀察，*Jones* 與 *Grady* 兩案應有一值得關注的差異：GPS 裝置貼附「身體」與「汽車」對於隱私侵害的區別。貼附於身體的 GPS 裝置係無時不刻地發送身體的位址資訊，但貼附於汽車的 GPS 裝置，則只有在使用汽車時，方發送汽車的位址資訊。因此，在 *Jones* 案中，主張運用合理隱私期待標準判斷第 4 條搜索行為構成與否之 *Sotomayor* 大法官與 *Alito* 大法官各自的協同意見書中，會討論到 GPS 裝置所記錄的汽車移動資訊量，要能累積到得以推估個人私生活細節的程度，才構成第 4 條規定之搜索。¹¹⁶

Jardines 法院以警察攜帶緝毒犬已跨進當事人住所門廊，構成「住宅」的物理侵入，認定屬第 4 條規範的搜索行為。此一物理侵

¹¹⁶ See *United States v. Jones*, 565 U.S. 400, 415 (2012) (*Sotomayor*, J., concurring); *Jones*, at 427-431 (*Alito*, J., concurring).

入原則的判斷，簡易明瞭，但也引發爭議。例如警察假冒推銷人員走進門廊處按門鈴的行為，按照同樣的物理侵入標準，亦將構成第4條之搜索行為。因此，*Jardines* 法院除了使用「院落」標準認定住所門廊屬第4條保護的住所範圍外，尚添加另一要件：該警察進行的行為必須是未得屋主明示或社會規範默示許可的行為。¹¹⁷ 例如訪客走進門廊處按門鈴進行廣告行為，可能得解釋為屋主默示允許的行為，但攜帶緝毒犬嗅毒的行為，則無法解釋為得到屋主允許的行為。然而，屋主默示允許的要件，在操作上其實也就是在審究屋主可否合理期待住所門廊能夠提供不被警察攜帶緝毒犬嗅毒的隱私保護。¹¹⁸ 這只不過是合理隱私期待標準操作的另一種說法而已。就如同 Kagan 大法官在 *Jardines* 案的協同意見書中所述：警察侵入 (trespass) 前門廊的行為，是 *Jardines* 享有合理隱私保護期待的證據。¹¹⁹

3. 第4條保障的「空間」或「身體」隱私，可能與「資訊」隱私保護重疊

學說上一般將立基於第4條規定所建構出的隱私概念，稱之為「空間隱私權」或「身體隱私權」，其意涵乃保護個人私密空間或

¹¹⁷ *Florida v. Jardines*, 133 S. Ct. 1409, 1414 (2013).

¹¹⁸ See Hagerm (2017: 213-215) ("That the detectives took their drug-sniffing dog onto Jardines' front porch and up to his front door shows that they trespassed on his curtilage-this trespass is *evidence* that Jardines had a reasonable expectation of privacy under the meaning of *Katz*. It was reasonable for Jardines to expect that his curtilage, specifically the walkway and his porch, would not be intruded upon by a specially trained drug-sniffing dog for the purpose of determining whether he was in possession of narcotics.").

¹¹⁹ *Jardines*, 133 S. Ct. at 1419.

身體不受政府機關不合理的侵擾（搜索或扣押）。¹²⁰ 此種隱私概念的理解或多或少受到了物理侵入原則的影響，認為第 4 條規定適用的特徵，乃私密的物理空間（財產物或身體）受到政府侵擾。但此看法忽視了物理的侵擾行為只是手段，其最終目的乃在資訊的取得。過往政府為了取得「身體、住所、文件與財物」內含的資訊，必須使用物理侵入的方法取得，但因為科技的演變，欲取得此些資訊不再必然須使用物理侵入方法取得。一旦是使用非物理侵入方法取得「身體、住所、文件與財物」內含的資訊，要說是空間隱私權或身體隱私權受到侵害，就顯得有點牽強。但由於財產物或身體內含的資訊還是被取走了，空間或身體隱私的確已遭受侵害，因此必須修正原有的物理空間概念，轉化為非物理空間的理解。

本文主張第 4 條搜索行為的認定，重點不在物理行為的侵擾，而是在具合理隱私期待資訊的取得，因此在手段上可以是任何行為（含非物理行為）的侵擾。物理空間與身體的侵擾以取得資訊的行為，只是用來推定隱私侵擾效果的存在。縱使政府行為沒有產生物理空間或身體侵擾的效果，只要取走了財產物或身體內具合理隱私期待的資訊，就構成第 4 條之搜索。一旦侵入空間或身體所取得的資訊，性質上屬個人資料時，¹²¹ 則侵害者不只是空間或身體隱私，

¹²⁰ 參閱 Cate & Cate (2012: 256); Kang (1998: 1202-1205); Lindgren (2010: 451-468)，中文說明參閱陳起行 (2000: 306-322)。

¹²¹ 按個資法第 2 條第 1 款規定，所謂「個人資料」，乃指「自然人之姓名、出生年月日、國民身分證統一編號、護照號碼、特徵、指紋、婚姻、家庭、教育、職業、病歷、醫療、基因、性生活、健康檢查、犯罪前科、聯絡方式、財務情況、社會活動及其他得以直接或間接方式識別該個人之資料。」為更明確說明個人資料概念，本款除揭示界定個人資料的基本概念——得以直接或間接方式識別特定個人之資料——外，尚輔以社會活動中常見被蒐集、使用的個人資料為例示說明；並於個人資料保護法施行細則第 3 條規定進一步闡釋何謂「得以間接方式識別」：指保有該資料之公務或非公務機關僅以該資料不能直接識別，需與其他資料對照、

同時亦將產生資訊隱私權的侵害。此際，即產生空間或身體隱私權與資訊隱私權保護重疊的情形。

4. 第 4 條搜索行為構成與否之判斷標準

第 4 條搜索行為構成與否之判斷標準，得區分為下列情形：

(1) 截取財產物或身體之物理空間內所隱藏不欲人知的資訊

若係以物理侵入手段為之者，使用物理侵入原則認定是否構成第 4 條搜索；若非以物理侵入手段為之，是否構成第 4 條搜索，則使用合理隱私期待標準為判斷。

(2) 截取已經脫離或不在財產物或身體之物理空間內之不欲人知的資訊（例如飄散至屋外之氣味或熱能；人、車的地理位址）

政府此類截取資訊之行為，由於本就不存在一個物理空間可供侵入，自然無物理侵入原則使用之可能，而應使用合理隱私期待標準判斷是否存在隱私權遭受政府侵害。但 *Jones, Jardines* 與 *Grady* 三法院為了迴避合理隱私期待標準操作的不明確性，對物理空間之概念作了擴張解釋：僅是「貼附或接觸」財產物或身體此物理空間的行為，亦構成「物理侵入」。惟究其實際，該「貼附或接觸」行為所取得之資訊，已經不是該物理空間內的資訊了，應不存在「侵入」物理空間之效果。¹²²

組合、連結等，始能識別該特定之個人。參閱張陳弘 (2016: 67-101)。

¹²² 審查人提出一個參考意見：「參照英美法上的 trespass 概念：任何未經許可而『碰觸』財產之行為，無論該財產是否為公眾所見，都構成 trespass 的侵權行為。依此，是否可說，財產權人對於財產的任何一部分，均擁有主權，而可『合理期待不被侵犯（包括碰觸）』，即使該財產之地點係曝露於公眾面前，亦然。……依此，也更能解釋『警察貼附 GPS 裝置行為所獲取的並非汽車內所蘊含或隱蔽的資訊，而是汽車此一財產物的外觀移動路徑』，卻仍然被認為是『搜索』。因為重點應該不是狹義的『侵入』，而也可以包含『貼附』。」此意見比較相近於 Scalia 大

伍、美憲增第 4 條的「雙軌制」發展給予我國法之啟示

一、隱私權作為憲法權利的作用

目前美國聯邦最高法院處理隱私權爭議案件，區分三種類型：第一種隱私概念為「親密性事務的『自主決定隱私權』(decisional privacy)」，保護內涵為相關於婚姻 (marriage)、生殖 (procreation)、避孕 (contraception)、自願性性關係 (consensual sexual relations)、家庭關係 (family relationships)、兒童撫養和教育 (child rearing, and education) 等事務的自主決定權 (Cate & Cate, 2012: 257)。第二種隱私概念則是本文所討論立基於美憲增第 4 條規定所建構出的「空間隱私權 (spatial privacy) 或身體隱私權 (physical privacy)」，其意涵乃保護個人私密空間或身體不受政府機關不合理的侵擾 (搜索或扣押)。第三種隱私概念則是資訊隱私權 (information privacy, data privacy)，保護個人資料免於被政府強迫揭露的侵害，以及個人控制關涉自己資料的權利。¹²³ 本文所著重討論的空間隱私權作為美憲增第 4 條保障之權利，具有憲法位階，規範所有政府行為。

法官提出的財產權標準，本文也能同意審查人此一意見的主張可能性。只是此一主張並不同於最高法院在 *Jones* 案前關於第 4 條規定的判決先例 (例如警察使用偵聽器「隔著」牆壁監聽犯罪嫌疑人的屋內談話，不構成物理侵入；必需是將傳聲器「穿入」牆壁監聽屋內談話之行為，才構成物理侵入)。

¹²³ *Whalen v. Roe*, 429 U.S. 589, 600 (1977) (“The mere existence in readily available form of the information about patients’ use of Schedule II drugs creates a genuine concern that the information will become publicly known and that it will adversely affect their reputations. This concern makes some patients reluctant to use, and some doctors reluctant to prescribe, such drugs even when their use is medically indicated. It follows, they argue, that the making of decisions about matters vital to the care of

若以上述美國聯邦最高法院所發展的三種隱私權概念對照以觀，中華民國憲法第 10 條規定之居住自由權與第 12 條規定之秘密通訊自由權，涉及空間隱私權及資訊隱私權之保障。¹²⁴ 另併觀司法院釋字第 603 號解釋見解，憲法第 22 條保障之隱私權，包括保障個人生活私密領域免於他人侵擾之「空間（或身體）隱私權」，及賦予個人資料自主控制之「資訊隱私權」。¹²⁵

-
- their health is inevitably affected by the statute. Thus, the statute threatens to impair both their interest in the nondisclosure of private information and also their interest in making important decisions independently.”); 參見 Moore (2010: 111-141); Richards (2006: 1087); Rössler (2005: 111-114)。惟需加以進一步說明的是，美國聯邦最高法院到目前為止只是假設性地而未決定性地認為美國聯邦憲法保障資訊隱私權。NASA v. Nelson, 562 U.S. 134, 138 (2011) (“We assume, without deciding, that the Constitution protects a privacy right of the sort mentioned in *Whalen* and *Nixon*.”). 參見 Gorkin (2011: 18-20)。不過，聯邦巡迴上訴法院倒是比較清楚地肯認資訊隱私權受聯邦憲法保障的地位。Doe v. City of New York, 15 F.3d 264, 267 (2d Cir. 1994) (“Individuals who are infected with the HIV virus clearly possess a constitutional right to privacy regarding their condition.”); Alexander v. Peffer, 993 F.2d 1348, 1350 (8th Cir. 1993) (“[W]e hold that to violate Appellant's constitutional right of privacy the information disclosed must be either a shocking degradation or an egregious humiliation of her to further some specific state interest, or a flagrant breach of a pledge of confidentiality which was instrumental in obtaining the personal information.”). 參見 Seeley (2016: 1359- 1363)。
- ¹²⁴ 司法院釋字第 756 號解釋理由書第 4 段：「憲法第 12 條規定：『人民有秘密通訊之自由。』旨在確保人民就通訊之有無、對象、時間、方式及內容等事項，有不受國家及他人任意侵擾之權利。此項秘密通訊自由乃憲法保障隱私權之具體態樣之一，為維護人性尊嚴、個人主體性及人格發展之完整，並係保障個人生活私密領域免於國家、他人任意侵擾及維護個人資料之自主控制，所不可或缺之基本權利（本院釋字第 631 號解釋參照）。」
- ¹²⁵ 司法院釋字第 603 號解釋文（第 1 段）：「維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，乃自由民主憲政秩序之核心價值。隱私權雖非憲法明文列舉之權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於他人侵擾及個人資料之自主控制，隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第二十二條所保障（本院釋字第 585 號解釋參照）。其中就個人自主控制個人資料之資

具有憲法位階地位的隱私權理當具有引領法律解釋方向的作用，故美國法院對於美憲增第 4 條搜索行為認定的判決發展，對於我國搜索法制的發展，應甚具比較法參考價值。

二、我國法制現況與司法實務發展

關於美憲增第 4 條規範政府搜索行為之要求，於我國，主要由刑訴法第 122 條以下規定及通保法¹²⁶ 規範。依照刑訴法第 122 條的搜索規定，¹²⁷ 國內學說大都將搜索定義為：乃指以發現被告或犯罪嫌疑人或犯罪證據或其他可得沒收之物為目的，而對於被告或第三人之身體、物件、住宅或其他處所、電磁紀錄，¹²⁸ 施以搜查檢索之強制處分（朱石炎，2014: 127；林俊益，2014: 299；林鈺雄，2015: 411-412；黃朝義，2014: 237-238）；規範關心的重點在政府強制侵入手段的使用（王兆鵬，2004: 58-59）。一旦認定屬第 122 條之搜索行為，依照同法第 128 條規定，原則上政府機關即必須向法院聲請取得搜索令狀。

刑訴法關於搜索規定的立法結構相似於美國聯邦憲法增修條文第 4 條規範；對於是否構成搜索行為之認定，操作上亦類似於美

訊隱私權而言，乃保障人民決定是否揭露其個人資料、及在何種範圍內、於何時、以何種方式、向何人揭露之決定權，並保障人民對其個人資料之使用有知悉與控制權及資料記載錯誤之更正權。惟憲法對資訊隱私權之保障並非絕對，國家得於符合憲法第二十三條規定意旨之範圍內，以法律明確規定對之予以適當之限制。」關於隱私權概念於司法院大法官解釋的發展歷程，參閱葉俊榮（2016: 5-19）。

¹²⁶ 民國 88 年 7 月 14 日制定公布。

¹²⁷ 刑事訴訟法第 122 條：「I 對於被告或犯罪嫌疑人之身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所，必要時得搜索之。II 對於第三人之身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所，以有相當理由可信為被告或犯罪嫌疑人或應扣押之物或電磁紀錄存在時為限，得搜索之。」

¹²⁸ 民國 90 年修正新增。參閱李榮耕（2012: 1055-1116）。

國法院在 *Olmstead* 案後所建立的物理侵入原則之運用，著重在「物理空間（有體物）」的侵入。¹²⁹

然而，許多過往必須仰賴物理侵入身體或財產物之行為，方能發現被告或犯罪證據的情形，隨著科技監控技術的不斷演進，已不再必然。例如過往警察必須潛入住宅內偷聽被告之談話內容，科技的改變使得警察可以在住宅外安裝竊聽器取得相類似的監聽效果。對於政府科技監控技術進化的改變，美國法院創立合理隱私期待原則以為因應。但美國法院此一從「物理侵入原則」至「合理隱私期待標準」，再到兩標準併立的轉變因應歷程，卻未在我國刑訴法搜索規範的學說、實務發展中出現。我國法制的因應之道，係針對通訊監察部分，另外制定通保法，引進合理隱私期待概念，¹³⁰ 作為規範。¹³¹

¹²⁹ 學者李榮耕亦認為，無論是在法律的條文或是傳統學理上，我國刑訴法對於搜索的界定，與美國聯邦最高法院早年的判決極為相仿。依刑訴法，搜索的客體雖然包括了「電磁紀錄」，但是仍是以「身體」、「物件」、「住宅」或「處所」為主。從條文的文字足可推知，刑訴法中的搜索仍相當侷限於物理性地侵入有形的空間，藉以發現有形體之物件或人，並取得其佔有或為拘捕。參閱李榮耕（2015：882-883）。

¹³⁰ 通訊保障及監察法第3條：「I 本法所稱通訊如下：一、利用電信設備發送、儲存、傳輸或接收符號、文字、影像、聲音或其他信息之有線及無線電信。二、郵件及書信。三、言論及談話。II 前項所稱之通訊，以有事實足認受監察人對其通訊內容有隱私或秘密之合理期待者為限。」通訊保障及監察法施行細則第2條第4項：「本法第三條第二項所稱有事實足認受監察人對其通訊內容有隱私或秘密之合理期待者，應就客觀事實加以認定。」

¹³¹ 按學者黃朝義之觀察，在美國，監聽屬廣義搜索之領域。此部分，我國等一些歐陸法系國家（如德國），在界定搜索之範圍上，涵蓋的領域只是限定於有體物之搜索，至於無體物部分，即不屬之。我國刑事訴訟法第122條以下規定，雖然西元2003年時曾修法將搜索客體擴及「電磁紀錄」此無體物之搜索，但整體仍屬對於有體物之搜索規範。至於對隱私權影響頗深的監聽行為此無體物搜索部分，則交由通訊保障及監察法規範。參閱黃朝義（2014：238）。

原則不及於「無體物」搜索之刑訴法，結合通訊監察之通保法的立法模式，無法有效因應通訊以外的新型態科技監控的法控制需求。¹³² 例如警察在鄰街道路上使用熱顯像儀偵測住宅內熱能流動軌跡 (*Kyllo* 案)，或警察攜緝毒犬在住宅門外嗅聞飄散至屋外的毒品氣味 (*Jardines* 案)，皆不屬通訊監控情形。雖說 *Jardines* 法院以財產權標準認定構成物理侵入而有美憲增第 4 條適用的見解，可能得落入刑訴法的搜索規範範疇，但由於我國的住宅型態以公寓、大樓為主，獨棟房屋反而較為少見，故 *Jardines* 判決見解的作用有限。此外，政府對性侵前科犯強制裝戴 GPS 裝置以取得其行動位置資訊之行為 (*Grady* 案)，是否屬通訊監控，亦有爭議。¹³³ 凡此，皆未存在一個強制物理侵入身體或財產物之政府行為，既不構成我國刑訴法規範下之搜索行為，又因非屬通訊監控，亦不適用通保法規範，因而無法有效保護人民受憲法保障的隱私權利。¹³⁴ 以性侵害犯罪

¹³² 學者李榮耕認為，傳統上在刑訴法裡用以規範搜索扣押各樣重要程序機制，諸如令狀原則及相當理由等，在科技定位監控中似乎是全無用武之地。參閱李榮耕 (2015: 932)。

¹³³ 學者薛智仁即主張 GPS 裝置所記錄的汽車位置資訊並非「通訊」。蓋行為人將 GPS 裝置於他人駕駛的汽車時，該汽車位置資訊並非由駕駛人藉由電信設備所發送的無線電信，而是 GPS 依據幾何原理計算完成的結果。如果汽車沒有被裝設 GPS，駕駛汽車至多是留存他人透過感官即可接收的判斷位置資訊，但是沒有向第三人收發任何承載位置資訊的無線電信。唯有在裝置 GPS 而計算出汽車位置資訊後，該資訊以無線電信的方式傳遞至電信公司的內容及過程，才是一個利用電信設備傳遞信息的無線電信。據此，若有第三人利用設備截收 GPS 向電信公司所回傳的訊號，將構成通保法規範的監察通訊行為，但若係以 GPS 來獲取伴隨著駕駛所留存的汽車位置資訊，該資訊並非通保法的無線電信，也就不構成監察通訊的行為。參閱薛智仁 (2014: 133-136)，另參閱李榮耕 (2015: 932-935)。

¹³⁴ 堅守物理侵入原則以認定搜索行為的負面影響，還有另一種可能是：犯罪偵查效果的妨礙。例如政府未使用物理侵入財產物之行為為取得資訊，因未侵害財產權，而不屬刑訴法規範之搜索行為。惟因仍會對憲法保障之隱私權造成影響，在憲法第 23 條法律保留原則的要求下，該犯罪偵查行為將因欠缺法律依據而違法。參

防治法第 20 條第 3 項第 7 款規定為例，觀護人對於付保護管束之性侵犯實施科技設備監控（例如強制其穿戴 GPS 裝置以監控其行蹤），即因不屬刑訴法規範之搜索行為，亦不屬通保法規範之通訊行為，而不須適用法院令狀原則，立法乃規範得在報請檢察官許可下為之。¹³⁵

我國最高法院在民國 106 年處理一件與 *Jones* 案相類似事實之案件。海岸巡防署具司法警察身分之幹員王○○（被告）於 103 年 6 月 28 日晚間，將裝置有電信公司預付卡門號之 SIM 卡之 GPS 追蹤器，裝設於陳○○使用、登記於公司名下之營業用小貨車底盤，再撥打行動電話號碼設定定時回傳定位功能，傳送該貨車所在位置之經緯度、地址及停留時間等數據至其所能查詢之平台，藉此查獲陳○○走私菸酒。¹³⁶ 法院乃以王○○違反刑法第 134 條、第 315 條之 1 第 2 款之公務員假借職務上之機會，故意犯無故以電磁紀錄竊錄他人非公開活動，處拘役 50 日，得易科罰金；緩刑 2 年。¹³⁷

本案之起訴法條雖未直接涉及刑訴法關於搜索規定之適用，但對於本案起訴法條刑法第 315 條之 1 窺視竊聽竊錄罪構成要件之「非公開之活動、言論、談話或身體隱私部位」的認定，法院乃運用「合理隱私期待標準」認為，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

閱王兆鵬 (2004: 88)。

¹³⁵ 性侵害犯罪防治法第 20 條第 3 項第 7 款：「觀護人對於付保護管束之加害人，得採取下列一款或數款之處遇方式：……七、得報請檢察官、軍事檢察官許可，對其實施科技設備監控。」

¹³⁶ 臺灣高雄地方法院 105 年度易字第 110 號刑事判決，司法院法學資料檢索系統，旁碼 14-46。

¹³⁷ 臺灣高等法院高雄分院 105 年度上易字第 604 號刑事判決；最高法院 106 年度台上字第 3788 號刑事判決駁回王○○上訴，判決定讞。

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。¹³⁸ 關於公共道路上的行車路徑資訊，是否仍受隱私保護之爭議，法院引進美國法院所發展的「馬賽克理論」，主張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、記錄，應認仍具有合理之隱私期待。¹³⁹ 若將此見解對照 *Jones* 案的搜索案件，則安裝 GPS 裝置之行為將因隱私權標準的使用，而被認定為搜索行為，應有令狀原則的適用。此結論可提供日後對於政府使用 GPS 裝置作為資訊搜查工具時的立法政策參考。

同樣關於刑法第 315 條之 1 之適用，最高法院認為「住宅內活動」並不當然得主張隱私保護，而必須進一步使用合理隱私期待標準為判斷。最高法院在 101 年台上字第 6343 號刑事判決中主張，刑法第 315 條之 1 規定之目的在保障人民從事不欲公開活動之隱私法益，而所謂「非公開活動」之解釋，不能僅賴活動者在任何情形下恣意對其活動願否公開之主觀意願（或稱主觀之隱私期待），否則在極端情形下，倘其活動已為一般第三人無須特別努力即得見聞（例如在玻璃屋內之活動），猶因遵從活動者主觀上不願公開之保留意願，即稱此為「非公開活動」，令受規範者入罪受罰，不啻令受刑法規範之人民依其日常生活經驗與智識，也難理解、判斷及預見國家刑罰權之客觀界限，實與罪刑法定及法律明確性原則不符。¹⁴⁰

¹³⁸ 最高法院 106 年度台上字第 3788 號刑事判決，司法院法學資料檢索系統，旁碼 78-82。

¹³⁹ 同前註，旁碼 90-130。另可參閱臺灣高等法院刑事 104 年度上易字第 352 號判決，司法院法學資料檢索系統，旁碼 217-224。

¹⁴⁰ 最高法院 101 年台上字第 6343 號刑事判決（民國 101 年 12 月 13 日），司法院法學資料檢索系統，旁碼 450-468。

是故，系爭規定藉由「非公開活動」所劃定應受刑法保護之隱私法益範圍，當以一般受規範人均能理解、判斷，亦即客觀上具有預見可能性者為限。因此，所謂「非公開活動」，當指依活動者之主觀意願，該活動乃欲隱密進行而不欲公開（亦即活動者對之具有主觀隱私期待），且客觀上並有相當之設備或環境，足資確保其活動之隱密性者。¹⁴¹

至於在公寓內之公共空間的活動，能否受到保護？在原告（4樓住戶）主張被告未經全體區分所有權人同意，擅自在被告3樓住家門前裝設監視器，攝錄3、4樓往返梯間之出入情形，得知原告之生活作息及交友狀況之民事侵權訴訟案件中，¹⁴²我國法院判決認為，監視器屬於一種「電子監控」，故要難單純以物理侵入之「侵入準則」判斷原告於系爭樓梯間不受侵擾之自由是否受侵害，而應以「合理隱私期待準則」判斷，並以此準則作為衡量兩造基本權利衝突之判準。¹⁴³公寓大廈樓梯間對於住戶以外之人固然不得任意出入，惟對公寓大廈所有住戶而言，則屬共用之公共空間，住戶得任意通行、使用。惟司法院大法官於釋字第689號解釋曾論述公共場域之活動，並不全然不受隱私權之保障，而係以得合理期待者為限。鑑於被告所裝設之監視器雖屬長時間監控，然並非單獨鎖定原告為之，而係任何行經系爭樓梯間之人均有遭攝錄之可能，且系爭監視器裝設之位置不具有隱密性，一般人均可清楚目視，拍攝之範圍亦僅涵蓋部分樓梯間，足見監視器僅係短暫拍攝行經該處之原告身影，此與監視器直接拍攝特定住戶門前，可能得知住戶之生活作

¹⁴¹ 同前註，旁碼471-487。

¹⁴² 臺灣臺北地方法院104年度簡上字第300號民事判決（民國104年12月30日），司法院法學資料檢索系統，旁碼26-36。

¹⁴³ 同前註，旁碼107-115。

息、性傾向、家庭關係等私密事項而侵害隱私之強度迥異。此外，對於公共梯間的使用，一般理性之人應可預期隨時有住戶、訪客、甚至不速之客走動得被看見，故難認原告所主張之隱私期待為社會所認之客觀合理期待。¹⁴⁴ 此一判決認定亦可供日後我國發生類似 *Jardines* 案件的比較參考。

三、主、客觀之合理隱私期待標準的理解

隱私概念的發展源自於自己與他人關係建立的理解，是自己在所處社會的角色定位之決定；沒有社會脈絡，就不須談論隱私 (Cohen, 2013: 1904-1905)。人生活所處的社會樣貌將影響隱私如何被理解，也因此隱私保護必須包括個人主觀上的隱私想像與來自於個人所處社會的客觀期待；此種隱私社會價值的概念能確保個人自我與社會規範間的和諧連結 (Cohen, 2013: 1909-1911)。

此種隱私「社會性」特徵的觀察，可明顯發現作用在合理隱私期待標準的建構上。客觀期待標準的存在，可說是來自於隱私社會性特徵的作用所致。隱私既是一種產自於社會演進過程的概念，則隱私的價值自然必須考量社會脈絡才能得到正確的理解。故立基於人性尊嚴之隱私權概念強調社會價值的影響 (Post, 2001: 2087, 2092)。隱私權所保護的不僅是個人對所處社會體的「自我」回應態度，其最終所保護的應是包覆「自我」的社會有機體對於該自我的回應態度 (Mead, 1964: 239)。

四、於我國法之啟示

鑑於現行學說、實務對於刑訴法規範之搜索行為的認定，侷限

¹⁴⁴ 同前註，旁碼 140-157。

於對有體物（物理空間）之強制侵入行為的見解，無法有效因應政府搜查無體物資訊的行為，對於隱私權保護產生危害。本文主張，與刑訴法搜索規定之立法文字相仿的美憲增第 4 條規定之發展，值得借鏡。美國法院自 *Jones* 案後建立之「物理侵入原則」與「合理隱私期待標準」併用的雙軌制，不論是藉由擴張「物理（有體物）空間」概念所運用之物理侵入原則，或是延續使用合理隱私期待標準，皆能用以因應管制政府搜查無體物資訊的行為。刑訴法搜索規範之解釋，應導入該「雙軌制」概念，以有效因應新興科技運用之搜查資訊行為。

陸、結論

自 *Jones* 案後，美國最高法院就美憲增第 4 條搜索行為之判斷，進入財產權標準（物理侵入原則）與隱私權標準（合理隱私保護期待）併立的雙軌理論時期。然而，若依 *Scalia* 大法官所主張的「雙源（財產權 & 隱私權）雙軌制（物理侵入原則 & 合理隱私期待標準）」作為判斷第 4 條搜索行為構成與否之標準，容易產生與過往判決先例不一致的結果。

職此，本文提出「單源（隱私權）雙軌制」的主張，即第 4 條搜索行為的認定，重點不在物理行為的侵擾，而是在具合理隱私期待資訊的取得，因此在手段上可以是任何行為（含非物理行為）的侵擾。物理空間與身體的侵擾以取得資訊的行為，只是用來推定隱私侵擾效果的存在。縱使政府行為沒有產生物理空間或身體侵擾的效果，只要取走了財產物或身體內具合理隱私期待的資訊，就構成第 4 條之搜索。循此主張，相較於 *Katz* 案後僅使用合理隱私期待的單軌標準，添加「物理侵入原則」的雙軌標準之好處會作用在：政府

以物理侵入手段截取物理空間（財產物或身體）內所隱藏不欲人知的資訊之行為；針對此類行為構成搜索與否之判斷，比較能夠產生明確、一致的判斷結果。

為因應政府科技監控技術不斷演進對於美憲增第 4 條搜索行為構成與否之判斷影響，美國法院存在從著重物理空間（有體物）侵入的物理侵入原則，轉變為不強調物理空間侵入的合理隱私期待標準，再進入兩標準併立的雙軌理論之演進歷程。雖說我國刑訴法關於搜索規定的立法結構相似於美憲增第 4 條規範，但對於是否構成搜索行為之認定標準，卻堅守在物理空間（有體物）的侵入，而未出現類如美國法院為因應科技革新所生的合理隱私期待標準與雙軌理論的轉變發展。

本文主張，我國應可考慮借鏡美國法之發展，採用單源雙軌理論作為刑訴法上關於搜索行為認定的一般性標準，以避免新興科技發展所造成搜索法制的規範漏洞。至於類如通保法規定，應理解為針對通訊資訊搜索之特殊性所疊加的特別規範。

參考文獻

- 王兆鵬 (2003)。〈重新定義高科技時代下的搜索〉，《月旦法學雜誌》，93: 166-182。(Wang, J.-P. [2003]. Redefining the search in the high technology era. *The Taiwan Law Review*, 93: 166-182.)
- 王兆鵬 (2004)。《新刑訴·新思維》。臺北：元照。(Wang, J.-P. [2004]. *New criminal procedure. New Thinking*. Taipei: Yuan Zhao Book.)
- 王兆鵬、張明偉、李榮耕 (2015)。《刑事訴訟法 (上)》。臺北：瑞興。(Wang, J.-P., Chang, M.-W., & Li, R.-G. [2015]. *The code of criminal procedure* (1). Taipei: Hsin Hsueh Lin Book.)
- 朱石炎 (2014)。《刑事訴訟法論》。臺北：三民。(Zhu, S.-Y. [2014]. *The code of criminal procedure*. Taipei: Rui Xing Book.)
- 李榮耕 (2012)。〈電磁紀錄的搜索及扣押〉，《臺大法學論叢》，41, 3: 1055-1116。(Li, R.-G. [2012]. Search and seizure of digital evidence. *National Taiwan University Law Journal*, 41, 3: 1055-1116.)
- 李榮耕 (2015)。〈科技定位監控與犯罪偵查：兼論美國近年 GPS 追蹤法制及實務之發展〉，《臺大法學論叢》，44, 3: 871-969。(Li, R.-G. [2015]. GPS surveillance and criminal investigation: A Lesson from United States v. Jones. *National Taiwan University Law Journal*, 44, 3: 871-969.)
- 林俊益 (2014)。《刑事訴訟法概論》(上冊)。臺北：新學林。(Lin, J.-Y. [2014]. *The code of criminal procedure* [I]. Taipei: Hsin Hsueh Lin Book.)
- 林鈺雄 (2015)。《刑事訴訟法》(上冊)。臺北：元照。(Lin, Y.-H. [2015]. *The code of criminal procedure* [II]. Taipei: Yuan Zhao Book.)
- 陳起行 (2000)。〈資訊隱私權法理探討：以美國法為中心〉，《政大法學評論》，64: 297-342。(Chen, C.-S. [2000]. A jurisprudential inquiry of information privacy based on the American Law. *Chengchi Law Review*, 64: 297-342.)
- 張陳弘 (2016)。〈個人資料之認定——個人資料保護法適用之啟動閥〉，《法令月刊》，67, 5: 67-101。(Chang, C.-S. [2016]. The concept of personal data—When to trigger the Taiwan Personal Data Protection Act. *The Law Monthly*, 67, 5: 67-101.)
- 黃朝義 (2014)。《刑事訴訟法》。臺北：新學林。(Huang, J.-Y. [2014].

- The code of criminal procedure*. Taipei: Hsin Hsueh Lin Book.)
- 葉俊榮 (2016)。〈探尋隱私權的空間意涵：大法官對基本權利的脈絡論證〉，《中研院法學期刊》，18: 1-40。(Yeh, J.-R. [2016]. Towards the spatial connotations of privacy: Contextual articulation of the basic rights by the grand justices. *Academia Sinica Law Journal*, 18:1-40.)
- 溫祖德 (2017)。〈警犬使用與搜索、臨檢——美國法對我國法制之啟示〉，《高大法學論叢》，13, 1: 125-198。(Wen, T.-T. [2017]. Dog sniffs and the Fourth Amendment to the United States constitution-Implications to Taiwanese norms. *National University of Kaohsiung Law Journal*, 13, 1: 125-198.)
- 薛智仁 (2014)。〈衛星定位追蹤之刑責——評臺灣高等法院 100 年度上易字第 2407 號判決〉，《科技法學評論》，11, 1: 119-154。(Hsueh, C.-J. [2014]. Criminal penalties for GPS tracking: A case study on Taiwan high court judgment No. 100-Shangyi-Tzi-2407. *Technology Law Review*, 11, 1: 119-154.)
- Boyd, J. B. (2016). Tracking reasonableness: An evaluation of North Carolina's lifetime satellite-based monitoring statutes in the wake of Grady v. North Carolina. *Campbell Law Review*, 38, 2: 151-209.
- Brennan-Marquez, K., & Tutt, A. (2017). Offensive searches: Toward a two-tier theory of fourth amendment protection. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 52, 1: 103-144.
- Cate, F. H., & Cate, B. E. (2012). The Supreme Court and information privacy. *International Data Privacy Law*, 2, 4: 255-267. Retrieved from <http://idpl.oxfordjournals.org/content/2/4/255.full.pdf+html>
- Clancy, T. K. (1998). What does the Fourth Amendment protect: Property, privacy, or security? *Wake Forest Law Review*, 33, 2: 307-370.
- Cohen, J. E. (2013). What privacy is for. *Harvard Law Review*, 126, 7: 1904-1933.
- Dery III, G. M. (2014). Falling to keep "easy cases easy": Florida v.

- Jardines refuses to reconcile inconsistencies in Fourth Amendment privacy law by instead focusing on physical trespass. *Loyola of Los Angeles Law Review*, 47, 2: 451-480.
- Ferguson, A. G. (2017). The “smart” Fourth Amendment. *Cornell Law Review*, 102, 3: 547-632.
- Fifield, K. E. (2017). Let this jardines grow: The case for curtilage protection in common spaces. *Wisconsin Law Review*, 2017, 1: 147-177.
- Gatewood, J. C. (2014). District of Columbia Jones and the mosaic theory in search of a public right of privacy: The equilibrium effect of the mosaic theory. *Nebraska Law Review*, 92, 3: 504-536.
- Gorkin, R. T. (2011). The constitutional right to informational privacy: *NASA v. Nelson*. *Duke Journal of Constitutional Law and Public Policy Sidebar*, 6: 1-20.
- Hagerm, A. (2017). Sniffing for answers: Florida V. Jardines, drug-detecting canines, and the case for a normative approach to Fourth Amendment activity for sense-enhancing devices. *University of Louisville Law Review*, 55, 2: 203-227.
- Hancock, C. (2007). Justice Powell’s garden: The Ciraolo dissent and Fourth Amendment protection for curtilage-home privacy. *San Diego Law Review*, 44, 3: 551-571.
- Kang, J. (1998). Information privacy in cyberspace transactions. *Stanford Law Review*, 50, 4: 1193-1294.
- Kerr, O. S. (2012a). The curious history of Fourth Amendment searches. *Supreme Court Review*, 2012: 67-97.
- Kerr, O. S. (2012b). The mosaic theory of the Fourth Amendment. *Michigan Law Review*, 111, 3: 311-354.
- Lindgren, Y. F. (2010). Personal autonomy: Towards a new taxonomy for privacy law. *Women’s Rights Law Reporter*, 31, 4: 447-486.
- MacDonnell, T. C. (2013). Florida v. Jardines: The wolf at the castle door. *New York University Journal of Law and Liberty*, 7, 1: 1-83.
- MacDonnell, T. C. (2015). Justice Scalia’s Fourth Amendment: Text, context, clarity, and occasional faint-hearted originalism. *Virginia Journal of Criminal Law*, 3, 1: 175-259.

- Mead, G. H. (1964). *On social psychology*. Chicago: University of Chicago Press.
- Moore, A. D. (2010). *Privacy rights: Moral and legal foundations*. University Park, PA: Penn State University Press.
- Owsley, B. L. (2013). The supreme court goes to the dogs: Reconciling Florida v. Harris and Florida v. Jardines. *Albany Law Review*, 77, 2: 349-387.
- Post, R. C. (2001). Three concepts of privacy. *The Georgetown Law Journal*, 89, 6: 2087-2098.
- Pozen, D. E. (2005). The mosaic theory, national security, and the Freedom of Information Act. *The Yale Law Journal*, 115: 628-679.
- Richards, N. M. (2006). The information privacy law project. *The Georgetown Law Journal*, 94, 4: 1087-1140.
- Rössler, B. (2005). *The value of privacy*. Cambridge, UK: Polity Press
- Roth, D. C. (2014). Florida v. Jardines: Trespassing on the reasonable expectation of privacy. *Denver University Law Review*, 91, 2: 551-574.
- Seeley, C. A. (2016). Once more unto the breach: The constitutional right to informational privacy and the Privacy Act. *New York University Law Review*, 91: 1355-1385.
- Steinberg, D. (2013). Florida v. Jardines: Privacy, trespass, and the Fourth Amendment. *Temple Political & Civil Rights Law Review*, 23: 91-119.

New Development Regarding Search Warrants under the Fourth Amendment of the U.S. Constitution —*Jones, Jardines & Grady*

Chen-Hung Chang

Department of Law, Soochow University
No. 56, Sec. 1, Guiyang St., Taipei 10048, Taiwan
E-mail: chihshein@gmail.com

Abstract

In regards to the requirement of a search warrant under the Fourth Amendment of the U.S. Constitution, a new rule was declared by the U.S. Supreme Court in *United States v. Jones* in 2012, authored by Justice Scalia. Jones did not adopt the prior position that the reasonable expectation of privacy test should replace the physical trespass doctrine. In *Jones*, the Court ruled that both tests—a reasonable expectation of privacy (a principle based on the right to privacy), and physical invasion of private property (a principle based on the protection of private property)—should apply in the examination of the requirement of a search warrant. This two-tier theory in Jones was restated by the Court in 2013 in *Florida v. Jardines* and reaffirmed in 2015 in *Grady v. North Carolina*. This article introduces the evolvement of Fourth Amendment tests in the U.S. and the above most recent standard the Court has adopted in reviewing searches by the government. The alteration of privacy tests may have reflected the Court's positions in resolving different types of disputes arising from the government's use of innovative technologies in conducting searches. The above development of the U.S. Fourth Amendment tests may provide guidance on approaches to develop our own laws relating to searches conducted by the government.

Key Words: the reasonable expectation of privacy protection test, the physical trespass doctrine, the right to privacy, the Fourth Amendment of the U.S. Constitution