

憲法法庭 111 年憲判字第 16 號判決部分不同意見書

蔡大法官明誠 提出

本件判決認刑事訴訟法第 205 條之 2 關於採取尿液部分之規定，係以非侵入性方式採取尿液而為規範。惟其規定不符憲法正當法律程序原則之要求，牴觸憲法第 22 條保障資訊隱私權及免於身心受傷害之身體權之意旨。於完成修法前，檢察事務官、司法警察官或司法警察以非侵入性方式採取尿液之實施，事前應報請檢察官核發鑑定許可書，情況急迫時事後應陳報檢察官許可，並給予受採尿者事後權利救濟機制，此係為確保採尿制度及救濟程序之完善，固可資贊同。然因本件判決對採取尿液所為限於非侵入性方式之「限縮性解釋」，與有關憲法原則及基本權審查等部分之論理及理由，及宣示系爭規定採定期失效與相關諭知，仍有值得商榷之餘地，爰提出部分不同意見書如下：

一、刑事訴訟法第 205 條之 2 規定之限縮解釋問題

本件判決認刑事訴訟法第 205 條之 2 關於採取尿液部分之規定，係就檢察事務官、司法警察官或司法警察以非侵入性方式採取尿液而為規範。對於系爭規定之此種限縮性解釋，是否已非法律解釋(Gesetzesauslegung)，而係目的性限縮(Teleologische Reduktion)之補充性法續造(Ergänzende Rechtsfortbildung)¹，故其妥適性，不無疑問。

¹ 就法律漏洞之填補(Lückenschließung)，其不僅可適用「類推」(Analogie)，亦可採用反面推論(Umkehrschluss)、目的性限縮與適用一般(自然)法原則(例如民事法誠信原則)(參照 Rolf Wank, Die Auslegung von Gesetzen, 5. Aufl., München: Verlag Franz Vahlen, 2011, S.85ff.; Franz Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., Wien, New York: Springer, Nachdruck 2011, S.428ff, 472ff, 480f.;

（一）最高法院之實務見解

從最高法院之實務見解而言，有判決認為刑事訴訟法第 205 條之 2 規定，固賦予檢察事務官、司法警察官、司法警察對犯罪嫌疑人或被告身體採證權。惟該條規定之立法意旨，乃在偵查階段若非於拘提或逮捕到案之時即為該條所規定之採集行為，將無從有效獲得證據資料，有礙於國家刑罰權之實現，故本得違反犯罪嫌疑人或被告之意思，強制採尿²。此乃不須令狀或許可，即得干預其身體之立法特例，係針對犯罪嫌疑人或被告頑強地繼續拒絕任意提供尿液之替代方法，俾滿足偵查階段之及時蒐證需求，使證據能有效取得，國家刑罰權得以實現。³惟身體檢查處分，係干預身體不受侵

Helmut Köhler, BGB Allgemeiner Teil, 37. Aufl., München: Beck, 2013, Rn.22ff.)

² 參照最高法院 107 年度台上字第 2760 號刑事判決及最高法院 109 年度台上字第 3154 號刑事判決。該等判決認為此之強制採取尿液，其屬侵入身體而作穿刺性或侵入性之身體採證者，因攸關人身不受侵害基本權之保障，學說上固有仍須取得令狀而排除在本條授權之外之主張，惟如屬一般強迫犯罪嫌疑人或被告自然解尿之方式採尿取證，例如警察命犯罪嫌疑人或被告喝水、喝茶或走動等以促其尿意產生，待其自然排泄之後再予扣押者，則以合乎刑事訴訟法有關告知緘默權之程序即可，依法並無事先取得令狀或許可之必要。至於有無相當理由之判斷，則應就犯罪嫌疑之存在及使用該證據對待證事實是否具有重要性、且有保全取得之必要性等情狀，予以綜合權衡。

³ 參照最高法院 109 年度台上字第 543 號刑事判決。該判決認為自願性同意採尿，係以一般意識健全具有是非辨別能力之人，得以理解或意識採尿之意義、方式及效果，而有參與該訴訟程序及表達意見之機會，可以自我決定選擇同意或拒絕，非出於警方明示或暗示之強暴、脅迫或其他不正方法施壓所為同意為實質要件，尤應綜合徵求同意之地點及方式，是否自然而非具威脅性、同意者之主觀意識強弱、教育水準、年齡、智力程度、精神狀態及其自主意志是否已為警方以不正方法所屈服等一切情狀，加以審酌判斷。

犯及匿名、隱私權利之強制處分，適用上自應從嚴。其於干預被告身體外部之情形，須具備因調查犯罪情形及蒐集證據之必要性；於干預身體內部之時，則以有相當理由為必要。此等必要性或相當理由之判斷，須就犯罪嫌疑程度、犯罪態樣、所涉案件之輕重、證據之價值及重要性，如不及時採取，有無立證上困難，暨有無其他替代方法存在之取得必要性，所採取者是否作為本案證據，暨犯罪嫌疑人或被告不利益之程度等一切情狀，予以綜合權衡；於執行採證行為時，就採證目的及採證證據之選擇，應符合比例原則，並以侵害最小之手段為之。法院對於必要性或相當理由之有無，得依職權予以審查，以兼顧國家刑罰權之實現與個人身體不受侵犯及隱私權之保障。苟被告就其適法性已為爭執，事實審法院尤應於判決內為必要之說明，始臻適法。⁴且有最高法院判決進一步認為刑事訴訟法第 205 條之 2 規定之要件，係指司法警察之採尿（非侵入性），並無應事先取得檢察官之許可。⁵亦即有相當理由而為強制採尿（非侵入性）作為犯罪之證據，如符合刑事訴訟法第 205 條之 2 規定之要件，並無違法可言。

⁴ 參照最高法院 100 年度台上字第 3292 號刑事判決。

⁵ 參照最高法院 103 年度台上字第 447 號刑事判決、最高法院 107 年度台上字第 2760 號刑事判決、最高法院 108 年度台上字第 3187 號刑事判決、最高法院 108 年度台上字第 4288 號刑事判決、最高法院 109 年度台上字第 543 號刑事判決及最高法院 109 年度台上字第 3154 號刑事判決等。以上判決，皆認為依卷內現存事證以觀，或依案內相關證據資料憑以判斷，縱上訴人於斯時拒絕驗尿，司法警察自仍得依刑事訴訟法第 205 條之 2 之規定對其強制採尿（非侵入性），是其已符合刑事訴訟法第 205 條之 2 規定之要件。又前開最高法院 108 年度台上字第 3187 號刑事判決另認為，縱認上訴人所辯係員警對其強制採尿乙節屬實，因上訴人涉嫌違反毒品危害防制條例罪嫌重大，員警合理懷疑其仍有施用毒品之行為，亦足認有相當理由對上訴人強制採尿（非侵入性）作為犯罪之證據，符合刑事訴訟法第 205 條之 2 規定之要件，而無違法可言。

本件判決就刑事訴訟法第 205 條之 2 規定之適用範圍，採取狹義解釋，亦即認為採尿取證以侵入性方式為之者，並不符憲法正當法律程序原則之要求，且系爭規定中與採取尿液併列之其他取證標的，並不包含必須以侵入性方式採取之血液，系爭規定所稱之採取尿液，解釋上應與同條文所定其他標的之採樣方式相當，限於以非侵入性方式為之者。再者，對照刑事訴訟法第 205 條之 1 規定，其明文列舉之取證標的，除排泄物（解釋上自應包含尿液）外，尚包括血液，而血液之採樣勢必須以侵入性方式為之。因此，系爭規定所規範之採取尿液行為，應不包含以侵入性之手段為之者，其係就非侵入性方式採取尿液而為規範。

前述實務見解固可與本件判決就強制採尿方法，限縮於非侵入性方式，兩者相互呼應。惟採尿是否違背意思（強制性）或以侵入、非侵入性方式為之，仍宜另從法律體系及立法過程之歷史解釋，亦即刑事訴訟法第 205 條之 2 關於採取尿液部分規定應與第 205 條之 1 規定整體合併觀察，始足以整合式確定其法律概念，否則難免可能有望文生義之疑慮！如超越系爭規定之文義所及可能範圍，其已非限縮性之法律解釋，而係屬目的性限縮之法律補充問題。

（二）從刑事訴訟法第 205 條之 1 與第 205 條之 2 合併觀察

前開兩條規定係於民國 92 年 1 月 14 日修正（92 年 2 月 6 日公布），其中第 205 條之 1 規定，與憲法法庭 111 年憲判字第 1 號判決肇事駕駛人受強制抽血檢測所涉問題相關⁶，然

⁶ 該號判決指出，102 年 1 月 30 日修正公布之道路交通管理處罰條例第 35 條第 5 項規定係授權交通執法人員與受委託之醫療及檢驗機構，以限制人身自由及侵犯身體之方式，強制採檢肇事駕駛人血液中之酒精濃度值，並據以為對其酒駕行為之處罰證據，乃公權力

與本件採尿問題相比較，解釋上可能存有差異。從歷史解釋而言，第 205 條之 1 規定之立法理由明確指出，其係參考德國刑事訴訟法第 81a 條第 1 項之立法例，依目前各種科學鑑定之實際需要，增訂鑑定人實施鑑定之相關程序規定，即明定鑑定人得經審判長、受命法官或檢察官之許可採取分泌物等。且鑑定人實施該條第 1 項之鑑定處分時，應於第 204 條之 1 第 2 項許可書中載明。

至刑事訴訟法第 205 條之 2 即系爭規定，其立法理由⁷並未明確指出其與第 205 條之 1 規定之關係，僅指明有調查犯罪及蒐集證據權限者，須具有必要性與有相當理由作為犯罪證據，始得違反犯罪嫌疑人或被告之意思而採取尿液。如對照第 205 條之 1 規定之立法理由，系爭規定既未明確指出其係參考何國立法例，亦未充分說明其增訂之理由，僅係考量偵查程序之順利進行與否，及能否有效取得認定事實之證據，而特別立法作為執法依據。質言之，細譯該條文之文義，似難以理解其係就非侵入性方式之採尿行為而為規範，而僅規定須有必要性及相當理由而得違背意思採尿之構成要件。茲整理上開兩條規定之簡表如下，以供參考：

所實施之強制取證措施，其性質與內容實與刑事訴訟程序之身體搜索及身體檢查措施（刑事訴訟法第 122 條及第 205 條之 1 規定參照）無異。

⁷ 系爭規定之立法理由謂，檢察事務官、司法警察（官）、依法有調查犯罪嫌疑人犯罪情形及蒐集證據之權限，則其等於有必要或有相當理由時，對於經拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告，得否違反犯罪嫌疑人或被告之意思，予以照相、測量身高或類似之行為，並採取其指紋、掌紋、腳印、毛髮、唾液、尿液、聲調或吐氣？事關偵查程序之順利進行與否，及能否有效取得認定事實之證據，爰增訂本條，以為執法之規範。

法律依據	採取主體	規定內容之定位	許可程序與一般要件	例外要件
第 205 條之 1	鑑定人	刑事訴訟法第 12 章證據第 3 節鑑定與通譯	1. 經審判長、受命法官或檢察官之許可；應於第 204 條之 1 第 2 項許可書中載明 2. 採取內容：分泌物、排泄物、血液、毛髮或其他出自或附著身體之物	
第 205 條之 2	檢察事務官、司法警察官或司	刑事訴訟法第 12 章證據	因調查犯罪情形及蒐集證據	1. 必要且有相當理由

	法警察	第 3 節 鑑定與通譯	之必要，對於經拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告，得違反犯罪嫌疑人或被告之意思，採取其指紋、掌紋、腳印，予以照相、測量身高或類似之行為	2. 採取內容：以毛髮、唾液、尿液、聲調或吐氣作為犯罪之證據
--	-----	-------------	--	--------------------------------

比較系爭規定與第 205 條之 1 規定之規範內容及體系後，可見兩者皆一同列入刑事訴訟法第 12 章證據第 3 節鑑定與通譯，而有意作為鑑定程序中採證之方法，有認為系爭規定係為鑑定作業之前置程序。⁸如符合一定法定要件，自可解為其具有得作為證據使用之證據能力。至於證明力，係屬法院就實際個案之調查證據及認定事實之問題。⁹

⁸ 有關係爭規定，係賦予偵查輔助人員強制採證之權限，藉以實施該條所定各種非侵入性之採證行為。此項強制採證，並非鑑定性質，實乃鑑定之前置作業，偵查輔助人員據以蒐證所作書面紀錄或報告，可認為符合傳聞證據之例外情形而有證據能力。參照朱石炎，刑事訴訟法論，臺北：三民書局，2017 年 8 月修訂 7 版 1 刷，頁 288。

⁹ 另有認為我國法向來忽略身體檢查處分屬獨立型態之強制處分，以致於強制處分章節未設其授權規範，也無干預要件之詳細規定。

(三) 從比較法觀察

從比較法觀察，前述第 205 條之 1 規定參考德國刑事訴訟法第 81a 條第 1 項之立法例，係為確認訴訟程序上重要事實(Feststellung von Tatsachen)之目的，得命被告接受身體檢查。且基於該目的實施驗血與由醫師依醫療規則所為之其他身體上侵入(andere körperliche Eingriffe)¹⁰，如對其健康無不利後果之虞者，得不經被告同意為之。其以實施驗血作為例示主要類型，另列為其他身體之侵入，其包含採尿，與單純身體檢查(einfache körperliche Untersuchung)(非侵入性; kein Eingriff)有所區別。¹¹前項之命令，原則上由法官為之，亦即

2003 年雖修法，惟體例上繼受舊法缺失，將其編列於證據章鑑定及勘驗節。從身體檢查附隨於證據章規定可知，立法者未能辨明強制處分與證據調查兩者之區別，其通常具有先後關係。參照林鈺雄，刑事訴訟法上冊，臺北：新學林，2019 年 10 月 9 版 2 刷，頁 478-479。

¹⁰ Andere körperliche Eingriffe(其他身體上侵入)(第 81a 條第 1 項; Abs.. 1 S. 2 Alt. 2:), 包含從身體上採集與對身體內輸送材料或其他侵入者(例如 Entnahme von Liquor, Samen, Harn, Speichel; Zuführung von Stoffen oder sonstige Eingriffe in das haut- und muskelum-schlossene Körperinnere.)

¹¹ 參照 Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, 63. Aufl., München: Beck, 2020, §81a Rn.13ff..另德國聯邦憲法法院有關依刑事訴訟法第 81a 條酒測之憲法訴願案之裁定(Beschluß des Ersten Senats vom 10. Juni 1963-- 1 BvR 790/58)，亦區分驗血與其他身體侵入(Entnahme von Blutproben und andere körperliche Eingriffe)類型，其主要涉及之基本權，係為身體不受侵犯基本權(Grundrecht der körperlichen Unversehrtheit)(另亦論及基本法第 103 條第 1 項有關法院聽審請求權; Vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör; Das rechtliche Gehör)(參照 BVerfGE 16, 194(202) - Liquorentnahme)。再者，德國聯邦憲法法院判決認為刑事訴訟法第 81a 條符合憲法比例原則(BVerfGE 47, 239 (248) = NJW 1978, 1149)(Zwangweise Veränderung der Haar- und Barttracht eines Beschuldigten, GG Art. 1 I, 2 I, II; StPO §§ 81 a, 81 b)。又於秩序罰法之

得命被告身體檢查之執法主體，於同條第 2 項前段明定，原則上為法官(Richter)，如因遲延將導致危害偵查結果時(bei Gefährdung des Untersuchungserfolges durch Verzögerung)(有稱遲延之危險; Gefahr im Verzug)，例外得由檢察官與其偵查輔助人員（或譯輔佐人員）(Ermittlungspersonen)（德國法院組織法第 152 條參照）為之。¹²於此設有法官保留之例外(Ausnahme vom Richtervorbehalt)規定，賦予檢察官與警察（檢察官之輔助人員）命令權限(Die Anordnungs-kompetenz)。¹³職是，德國刑事訴訟法第 81a 條第 1 項規定係關於被告身體檢查與身體侵入之容許性(Körperliche Untersuchung des Beschuldigten; Zulässigkeit körperlicher Eingriffe)，被告身體得作為勘驗客體(Augenscheinsobjekt)，係屬於基本法第 2 條第 2 項第 1 段保護之身體不受侵犯權(Recht auf körperliche Unversehrtheit)之特別容許干預。至於因驗血涉及 DNA 等資訊獲取之測試檢定或檢查，實與肇事者一般性酒精濃度之檢測及確認之目的不同，其適用程序及規範依據，有另為其他特別規定，例如德國刑事訴訟法第 81e 條(分子基因檢測; Molekulargenetische Untersuchung)至第 81h 條¹⁴，其中第 81g

強制採尿，須符合憲法上人性尊嚴與比例原則(Menschenwürde, Verhältnismäßigkeit)之要求，否則可拒絕之。尿液樣本僅於自願交付，始可使用(eine Urinprobe ist nur bei freiwilliger Abgabe verwertbar)。Burmans, in: Burmann/Heß/Hühnermann/Jahnke, Straßenverkehrsrecht, 27. Auflage 2022-beck-online, StPO § 81a Rn. 1f..

¹² 參照 Adolf Rebler, Die Bedeutung des § 81 a II StPO im Fahrerlaubnisrecht, JA 2017, 59ff..

¹³ 參照 Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, a.a.O., §81a Rn.26.

¹⁴ 德國刑事訴訟法有關基因檢測規定增修(Art. 1 Nr. 3 Strafverfahrensänderungsgesetz – DNA-Analyse („Genetischer Fingerabdruck“) – (StVÄG) 17.3.1997)之發展史與其相關基因分析資料之問題及評析，參照 Trück, in: Münchener Kommentar zur StPO, 1.

條有關 DNA 身分確認(DNA-Identitätsfeststellung)，對其與其他特別法規定或措施之間，如何為其法體系定位之問題¹⁵，及第 81h 條有關 DNA 系列檢查(DNA-Reihenuntersuchung)¹⁶等，值得探究。

另德國聯邦憲法法院就前述刑事訴訟法第 81a 條之合憲性審查，有以人性尊嚴與比例原則，作為審查原則者。因此，就前述身體檢查之鑑定客體及採集程序，固可經由個別法律進行解釋或補充，惟如從憲法自由基本權保障觀點而言，其重點宜放置於受檢測者之意思自主，即採尿意思是否受到強迫或其他強制手段而遂行採尿之目的。換言之，其應著重於尿液採集是否違反受檢測者之意思，而受到強制實施可能性(zwangsweise durchsetzbar)。是於此情形，實不宜以採尿方式是否具侵入性(例如侵入人體內之強制導尿)與非侵入性(例如自行解尿而採集者)，作為其是否事先應經檢察官許可之區分標準。

Auflage 2014-beck-online, StPO § 81e Rn. 5f.; Lothar Seng, Gesetz zur Änderung der Strafprozeßordnung (DNA-Identitätsfeststellungsgesetz), NJW 1999, 253ff.; Harald Wollweber, DNA-Analysen und Richtervorbehalt, NJW 2002, 1771ff.; Stephanie Pommer, Die DNA-Analyse im Strafprozess – Problemfelder der §§ 81e ff. StPO, JA 2007, 621ff..

¹⁵ 參照 Harald Wollweber, DNA-Analysen und Richtervorbehalt, NJW 2002, 1771ff.. 其從學理上，論述德國刑事訴訟法第 81e 條可否認為係屬不成文之補助性條款(eine ungeschriebene Subsidiaritätsklausel)或補助性考量(Subsidiaritätsgedanke)，而作為補充性之規範。

¹⁶ 德國刑事訴訟法有關基因檢測之要件與干預資訊自主決定等問題，參照 Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, a.a.O., §81g Rn.1, 7ff., 26; §81h Rn.1ff..例如第 81h 條僅適用於殺人與其他重罪(Verbrechen)(如謀殺犯罪、重大身體傷害及兒童之重大性侵害等)，並須符合必要性與比例原則等要件。

綜上，於此建議未來修正系爭規定時，宜與第 205 條之 1 規定合併觀察且適度予以整合，或合併於一條規定如前述德國立法例，並對於較特殊採集方式，例如前述 DNA 等資訊獲取之測試檢定或檢查，另加以明定為獨立或特別條文，以示區別，並對新進科技鑑識手段之採用，作出程序規範之適當回應。

二、本件判決所涉及憲法原則及基本權審查之問題

本件判決理由中，對維護人性尊嚴之憲法價值，固有其啟示性意義，惟以個人自主控制個人資料之資訊隱私權，作為系爭規定侵害憲法基本權之立論，不無推敲之必要。不論驗血或採尿，因鑑定所獲取內容，或許隱藏諸多個人資料或資訊，惟如本件採尿判決為例，於必要且有相當理由時得允許司法警察（官）進行強制採尿，其所採取之尿液所應適用範圍，固應限於毒品檢驗為主，惟如有其他使用，可能涉及證據使用與禁止之範圍，而非動輒皆認為其係為資訊隱私權之侵害。

至於本件判決主要以憲法正當法律程序原則作為審查原則，是否妥當，亦有再推敲之必要。本件判決就系爭規定所規範採尿取證限於非侵入性方式，因既有刑事訴訟法作為司法警察（官）之執法規範，並另有相關作業準則或規定，設若司法警察（官）依此等規範進行採尿，是否即認為其違反憲法正當法律程序原則之要求，抑或係主導採尿或許可權限受到質疑？換言之，是否為違反意思（強制採尿）或法官保留等問題？如此等爭點之事實調查或許可權限，以是否有無給予事後救濟程序，而違反正當法律程序（即所謂通知(notice)與聽證(hearing)(陳述意見)等)原則，兩者是否列為同一層次或前提之問題，亦值得探究！又本件判決以非侵入性

方式之採尿取證程序，仍應具備必要之法律程序，以符合憲法正當法律程序原則之要求，固非無見，惟其有過度強調受採尿者受憲法保障之資訊隱私權與免於身心受傷害之身體權侵害嚴重，及相關刑事取證程序違背憲法正當法律程序原則之疑義！

三、宣示系爭規定採定期失效與相關諭知之問題

本件判決認系爭規定違背憲法正當法律程序原則，侵害憲法保障前開基本權意旨，看似其情節不可不謂具相當嚴重性，惟對於受違憲宣告之系爭規定之法規範效力與相關諭知，卻又相當保守，而定系爭規定 2 年期限失效，且依系爭規定採取尿液而尚未終結之各種案件，仍依現行規定辦理。此設例外不禁止其作為證據之使用，恐有其不得已之處，但此宣示方式是否妥適，亦有可議之處。換言之，倘若系爭規定隱含如此嚴重違憲情事存在，即應宣示系爭規定立即失效，且應採更嚴格之法官保留原則，否則實不足以彰顯憲法法庭保障人權之意旨與目的(Sinn und Zweck)！

此外，於主文另有諭知採取尿液而尚未終結之各種案件，仍依現行規定辦理，是否有其必要，不無商榷之餘地。如觀察憲法訴訟法第 54 條第 1 項規定¹⁷之立法目的與意旨，為維持法秩序之安定，判決宣告法律位階法規範定期失效者，原則上於期限屆至前，各法院審理案件，仍應適用該法規範。除非例外情形，否則實毋庸就主文另有諭知。所謂例

¹⁷ 憲法訴訟法第 54 條第 1 項規定，判決宣告法律位階法規範定期失效者，除主文另有諭知外，於期限屆至前，各法院審理案件，仍應適用該法規範。但各法院應審酌人權保障及公共利益之均衡維護，於必要時得依職權或當事人之聲請，裁定停止審理程序，俟該法規範修正後，依新法續行審理。

外情形，參考立法理由可見，係因個案情形不一，給予各法院得考量該經違憲宣告但尚未失效之法規範於個案之影響，審酌人權保障及公共利益之均衡維護，於必要時，得依職權或當事人之聲請，裁定停止審理程序，俟該法規範修正後，依新法續行審理。因此，本件判決諭知各法院依現行規定審理，係屬前開憲法訴訟法第 54 條第 1 項之原則規定之通常情形，故實無諭知之必要，否則可能限制各法院基於個案之情事，個別審酌人權保障及公共利益之均衡，而另作例外處理之可能性。