

# 強制導尿身體檢查處分之合憲性問題

大法官說明會書面意見\*

國立臺灣大學法律學院

專任教授 林鈺雄

壹、爭點所在.....	2
貳、爭點分析.....	3
一、身體檢查處分及其干預性 .....	3
二、刑訴第 205-2 條採尿授權規定是否包含強制導尿之干預措施？ .....	5
（一）法律解釋：規範評價矛盾 .....	5
（二）合憲性解釋 .....	7
三、司法警察（官）之干預措施欠缺救濟之合憲性問題 .....	8
（一）立法規定、沿革與漏洞 .....	8
（二）警察干預處分之救濟漏洞 .....	9
四、本案其他爭點 .....	11
（一）身體檢查處分/強制導尿與不自證己罪原則 .....	11
1、歐洲人權法院觀點 .....	11
2、德國法及主動基準觀點 .....	12
3、筆者觀點 .....	13
（二）自然解尿問題 .....	14
（三）尿液限於作為本案證據？—偶然發現法則 .....	15
參、結論 .....	16

---

\* 本書面報告於 2021 年 9 月 16 日提出於大法官說明會。

## 壹、爭點所在

司法院大法官「會台字第 12288 號臺灣新北地方法院刑事第十七庭聲請案說明會」之系爭案例，警員（司法警察）援引刑事訴訟法（下稱刑訴法，括號法條內未特別標註法典者，皆指刑訴法）第 205-2 條授權規定而發動強制導尿措施。本案所涉身體檢查處分及權利救濟之解釋論、立法論及合憲性爭點，筆者先前發表文章從基本權體系開展<sup>1</sup>，分別論及對被告<sup>2</sup>及對第三人<sup>3</sup>身體檢查處分之相關問題；另刑訴法教科書<sup>4</sup>歷來版本亦再三強調，第 416 條警察所為干預處分仍欠缺權利救濟之立法漏洞。

以下針對本次說明會爭點題綱，援引相關文章段落供參考。惟因所列爭點眾多，本書面說明重點如下：

Q1、刑訴法第 205-2 條規定是否包含授權司法警察（官）逕行發動強制導尿措施？有無違憲問題？

Q2、刑訴法第 416 條關於干預處分之準抗告救濟規定，文義上不包含司法警察（官）所為之干預處分，是否牴觸有權利有救濟之憲法原則？

---

<sup>1</sup> 參林鈺雄，〈從基本權體系論身體檢查處分〉，收錄於：《干預處分與刑事證據》，2008 年，國立台灣大學人文社會高等研究院出版，頁 3-56（原載：《臺大法學論叢》，33 卷 3 期，2004 年 5 月，頁 149-200）。

<sup>2</sup> 參林鈺雄，〈對被告／犯罪嫌疑人之身體檢查處分〉，收錄於：《干預處分與刑事證據》，2008 年，國立台灣大學人文社會高等研究院出版，頁 57-96（原載：《臺灣本土法學》，55 期，2004 年 2 月，頁 56-78）。

<sup>3</sup> 參林鈺雄，〈對第三人之身體檢查處分〉，收錄於：《干預處分與刑事證據》，2008 年，國立台灣大學人文社會高等研究院出版，頁 97-140（原載：《臺大法學論叢》，33 卷 4 期，2004 年 7 月，頁 101-143）。

<sup>4</sup> 參林鈺雄，《刑事訴訟法（上/下）》，10 版，2020 年。

Q3、其他問題：

Q3-a、身體檢查處分/強制導尿是否牴觸不自證己罪原則？

Q3-b、刑訴法第 205-2 條是否包含非侵入性之自然解尿？

Q3-c、依刑訴法第 205-2 條取得之尿液樣本，是否限於本案證據用途？此即偶然發現及個人資訊目的外使用之問題。

## 貳、爭點分析

### 一、身體檢查處分及其干預性

系爭強制導尿措施於刑訴法上干預處分/強制處分之分類，屬於身體檢查處分。「身體檢查處分可能涉及的基本權，因檢查種類而異，但典型的基本權是包括身體健康在內的身體完整性不受侵犯之權利（Das Recht auf körperliche Unversehrtheit；屬我國憲法第二十二條所稱之『其他自由及權利』），這點，和主要是涉及人民居住權（憲法第十條，尤其是住居安寧不受干擾之權利）和財產權（憲法第十五條）的搜索、扣押處分有別。其次，猶如其他傳統型態之強制處分，包括抽血採樣在內等身體檢查處分，在強制實施的過程中，通常還會附帶涉及某些短期性的人身自由之拘束或限制（Freiheitsbeschränkungen）。此外，在某些身體檢查處分，尤其是 DNA 資訊的檢測、儲存，另外還會涉及保障匿名及隱私的一般人格權（亦屬我國憲法第二十二條所稱之『其他自由及權利』）以及由此導出的資訊自我決定權（das Recht auf informationelle Selbstbestimmung）」<sup>5</sup>。

以上補充說明兩點，一是附帶干預仍有質量之限制，例如抽血後之 DNA 檢測，鑑於其對資訊自我決定權之嚴重干預質量，不能

---

<sup>5</sup> 參林鈺雄，註 1 文，頁 13。另參司法院釋字第 603 號、第 689 號解釋。

解讀為抽血之附帶干預，而應另外取得檢測 DNA 之授權基礎<sup>6</sup>；再如身體檢查處分雖可能附隨短暫限制人身自由措施，但若需時長久者，則須另外依照鑑定留置 (§§ 203~203-4) 之授權與程序<sup>7</sup>。二是身體檢查處分係以相對人身體之物理、生理特徵或狀態作為蒐證目的，將會揭露相對人生物特徵，是以，和資訊自我決定權及個人資料保護法第 6 條所保護之特種個資產生關連，此亦影響目的外使用之問題（下文四、(三)）。

各種身體檢查處分，從最無害的測量身高到最嚴重的開刀（取子彈），干預程度不一而足，一般是以干預質量作為區分立法授權之干預程序門檻及比例原則判斷的標準。常見的干預高低指標乃「穿刺性（高）v.非穿刺性（低）」基準，以及「侵犯性身體檢查（高）v.單純的身體檢查處分（低）」基準<sup>8</sup>。儘管以上兩組分類各有所

<sup>6</sup> 參林鈺雄，註 1 文，頁 33-35；另參去氧核糖核酸採樣條例第 5 條以下之授權規定。

<sup>7</sup> 參林鈺雄，註 4 書（上），頁 479-481；同作者，〈論鑑定留置制度〉，收錄於：《干預處分與刑事證據》，2008 年，國立台灣大學人文社會高等研究院出版，頁 141-168（原載：《月旦法學雜誌》，113 期，2004 年 10 月，頁 51-65）。

<sup>8</sup> 參林鈺雄，註 1 文，頁 45-46：「至於如何界定基本權干預的嚴重性？穿刺性與非穿刺性處分，是常見的分類，優點在於標準相對明確，缺點是諸多個案未能忠實體現比例原則之運用。先就優點而言，若以是否進入皮膚或肌肉包覆範圍來區別穿刺與否，大多數個案皆能清楚定位，如抽血、插入內視鏡是穿刺性處分，身體表面的勘查是非穿刺性處分。但是，缺點在於干預嚴重性與穿刺與否，常常不是正比關係。例如，抽血是典型的穿刺性處分，但通常卻是無害且無損健康；而以 X 光、電腦斷層掃描或超音波等醫療技術來探知體內狀態（如內臟器官、腦功率或腦波活動等），由於並無任何物理器具進入皮膚或肌肉包覆的範圍，因此，屬於非穿刺性處分，但其干預程度卻不下於抽血等穿刺性處分。某些極端案例，如探知男性生殖器官生理反應的檢測術（如 Phallometrie; Phallograph），雖不是穿刺性檢查，但卻有可能侵犯到人性尊嚴。

類似但不完全相同的標準，如區別單純的檢查處分（die körperlichen

長，但無論如何分類，系爭強制導尿皆屬高干預性的穿刺性、侵犯性之身體檢查處分。在穿刺性、侵犯性處分中，強制導尿鑑於其施行方式對相對人身體可能造成的痛苦性及插管失誤時造成損害健康的潛在可能性，屬於比抽血檢測更為嚴重之干預處分，故其發動門檻亦不應低於抽血檢測。

## 二、刑訴第 205-2 條採尿授權規定是否包含強制導尿之干預措施？

### ※ 爭點題綱：

系爭規定之採尿方式，實務上是否包括違反犯罪嫌疑人或被告意思之強制導尿（侵入性）…？又法院裁判或學理上之見解為何？

#### （一）法律解釋：規範評價矛盾

文義解釋乃法律解釋之出發點。系爭刑訴法第 205-2 條規定：「檢察事務官、司法警察官或司法警察因調查犯罪情形及蒐集證據之必要，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，…；有相當理由認為採取……尿液……得作為犯罪之證據時，並得採取之。」

採尿方式主要有二：一是非侵入性（亦非侵犯性）之自然解尿取得排泄之尿液；二是使用侵入性兼侵犯性之強制導尿（插入導尿

---

Untersuchungen）與侵犯性的檢查處分（die körperlichen Eingriffe），也是可以考慮的方向，優點在於比起穿刺基準更有解釋空間，可以跟隨比例原則的角度而發展，但這也正是其缺點，因為並不相當明確。穿刺性處分由於入侵體內，因此概念上幾乎都可以列入侵犯性檢查的內涵，而如前述以放射線或超音波探知體內活動的檢查，也可以解讀為具有對身體的侵犯性，並且結論上也較為合乎干預嚴重性的角度。」

管抽取尿液)。上開立法條文明示司法警察(官)得違反被告/犯罪嫌疑人意思而取得尿液,且未明文限定其僅能使用自然解尿措施,文義上可能包含違反意願的強制導尿措施。是以,學說對於上開立法規定早有嚴厲批評:

「忽略比例原則的授權基礎…從干預深度的觀點而言,新法也忽略各該干預之基本權的種類及輕重,以致於穿刺身體與照相處分,同樣適用寬鬆的授權,這點顯然難以從受干預基本權之重要性及比例原則來合理解釋。其中,最為驚人的例證之一,便是新法容許司法警察(官)得違反受拘捕犯罪嫌疑人之意思而強制採尿(本法第二〇五條之二),試想:讓沒有任何醫療專業背景的司法警察(官)強行插入導尿管,這何其荒謬?」<sup>9</sup>

但文義解釋僅是法律解釋之起點,而非終點。就體系解釋言,對照刑訴法其他干預處分以及其他身體檢查處分,即可得知立法規定自身造成的評價矛盾。就強制採尿與其他干預處分之比較言,文獻早已指出:「新法甚至於還創設司法警察(官)在非急迫情形的採集尿液等採樣權限(本法第二〇五條之二),相較之下,干預通常比較輕微的搜索處分,反而採行較為嚴格的法官保留原則,可謂價值失衡。」

再者,專就身體檢查處分言,對照可知,我國立法本旨係依干預門檻高低而區分刑訴法第 205-1 條與第 205-2 條,前者是高門檻、後者是低門檻的立法授權規定,且立法者有意將所有穿刺性或侵犯性處分皆納入前者規範之。以採取血液樣本為例,由於取得必須動用穿刺性處分(抽血),故警察實務上雖有需求,但第 205-2 條完全排除警察自行發動抽血處分之可能性,抽血檢測僅得依照第 205-1 條的授權規定為之(二分模式,審判中法官或偵查中檢察官)。如前所述(上文一),強制導尿是比抽血更嚴重的干預處分,既然立法者

<sup>9</sup> 參林鈺雄,註 1 文,頁 53-54。

在第 205-2 條連抽血都排除，怎麼會容許司法警察自行發動更嚴重的強制導尿措施呢？由此可知，若將第 205-2 條依文義理解為包含強制導尿措施，立法規定自身即有評價矛盾之情形。

## （二）合憲性解釋

依照傳統解釋方法，系爭刑訴法第 205-2 條規定可能得出不同的、互相矛盾的解釋結論。此時，基於憲法優位性原則，應併考慮合憲性解釋之原則（Der Grundsatz verfassungskonformer Auslegung）。據此，審查法律的合憲性時，法院應該在可能的解釋範圍內，優先透過合憲性解釋的途徑，使法律免於違憲的命運；假設依照傳統的法律解釋方式，對於系爭法律有數種不同的解釋可能，採行其中某種解釋將會導致違憲的結論，但採行另一種解釋則與憲法並無牴觸者，法院應優先採行後者，也就是合憲性解釋。尤其是法律規定可能與基本權的保障產生牴觸時，合憲性解釋乃避免適用違憲法律的手段。

本於基本權體系，依照合憲性解釋，對於本質上屬穿刺性、侵犯性，且其對基本權干預性高於抽血檢測之強制導尿措施，不得援引低門檻之刑訴法第 205-2 條規定作為授權基礎，此亦符合司法院釋字第 443 號解釋揭示的門檻理論。更何況本條規定並無如高門檻的第 205-1 條的身體檢查許可書及其配套之程序控制（參 §§ 204~204-3），放任司法警察（官）自行發動實屬法治國所不可想像的作為。

據此，無論鈞院是否宣告違憲，各級法院本應基於合憲性解釋，禁止司法警察（官）自行發動（含送入醫院）強制導尿措施；若為之，則應宣告證據使用禁止。當然，逕行宣告系爭規定因未區分自然解尿或強制導尿，而違反法律授權明確性原則及比例原則，以違憲宣告而促成法規主管機關及立法機關修法，一勞永逸，亦是

可能的選項。

附帶一提，若是法律授權明確性原則及比例原則乃重點所在，則我國身體檢查處分欠缺一般性的無損健康原則之限制、醫事人員執行及遵循醫事法則等基本原則<sup>10</sup>，亦宜納入修法範圍。

### 三、司法警察（官）之干預措施欠缺救濟之合憲性問題

#### ※ 爭點題綱：

受採尿者雖得於本案審理程序主張司法警察（官）違法採尿，但法律未另予其等司法救濟途徑以事後審查司法警察（官）採尿取證行為之合法性，是否有違憲法正當法律程序原則？

#### （一）立法規定、沿革與漏洞

現行刑訴法第 416 條第 1 項規定：「對於審判長、受命法官、受託法官或檢察官所為下列處分有不服者，受處分人得聲請所屬法院撤銷或變更之。處分已執行終結，受處分人亦得聲請，法院不得以已執行終結而無實益為由駁回：一、關於羈押、具保、責付、限制住居、限制出境、限制出海、搜索、扣押或扣押物發還、變價、擔保金、因鑑定將被告送入醫院或其他處所之處分、身體檢查、通訊監察及第一百零五條第三項、第四項所為之禁止或扣押之處分。（下略）」

<sup>10</sup> 無損健康原則乃德國刑訴法針對身體檢查處分所課予之實體要件與國家義務，參林鈺雄，註 2 文，頁 67-68。

另，歐洲人權法院亦曾揭示（ECHR, Jalloh v. Germany, 2006），對人身自由受拘束之人違反其意志而實施醫療干預時，歐洲人權公約賦予簽約國一項義務，即剝奪身體健全之人的自由，同時必須加以保護，例如提供必備的醫療協助，且必須一併遵守程序性擔保。



以上準抗告規定，與抗告規定並列為我國刑訴法關於干預處分事後救濟之一般性規定。在 2001 年搜索扣押修法前，舊條文為：「對於審判長、受命推事、受託推事或檢察官所為左列之處分有不服者，得聲請其所屬法院撤銷或變更之：一、關於羈押、具保、責付、扣押或扣押物發還及因鑑定將被告送入醫院或其他處所之處分。（下略）」就有權利有救濟之觀點言，顯有以下三個立法漏洞：

1、羅列之干預處分，掛一漏萬。諸多干預處分皆未納入事後救濟範圍，如通訊監察、身體檢查等處分。

2、已經終結之干預處分欠缺救濟。然而諸多干預處分，通常是在終結後，相對人始來得及提起救濟（如搜索）甚或始知道有干預措施（如通訊監察）。

3、針對法院或個別法官之干預處分，有抗告及準抗告之救濟；針對檢察官之干預處分，有準抗告可資救濟。然而，針對法治國控制密度應該更高的司法警察（官）之干預處分，卻無一般性救濟之明文，顯然抵觸有權利有救濟之憲法原則。

關於以上第 1、2 點之立法漏洞，2014 年 1 月修法時將通訊監察、身體檢查處分納入，且增訂事後確認之訴的明文規定（§§ 404 II, 416 I 後）。但針對第 3 點即司法警察（官）干預處分之救濟漏洞，雖然學說呼籲修法已逾 20 年（參下文（二）引文），惟迄今為止，刑訴法主管機關即司法院，仍未提出相應之修法草案，成為我國有權利有救濟之憲法原則的最大破綻<sup>11</sup>。

## （二）警察干預處分之救濟漏洞

自 2001 年搜索扣押修法以來，司法警察（官）干預處分之救濟漏洞及立法缺陷問題，學說不斷呼籲修法，並主張在修法前，司法實務應類推適用第 416 條準抗告規定，賦予受干預人向法院提起

<sup>11</sup> 參林鈺雄，註 4 書（下），頁 507-509。

救濟審查司法警察（官）干預處分之合法性問題。但迄今（即說明會之 2021 年 9 月 16 日）為止，立法仍無作為，實務亦未採類推適用之學說主張。參以下引文：

關於強制處分事後審查之機制，「除羈押及搜索之特別規定外，我國目前僅有一種制度，容許撤銷或變更違法或不當之強制處分，並且範圍極其有限，即所謂的（準）抗告（§§ 403~, 416）。…相較於德國法制，我國關於強制處分的事前、事後監督機制，還在起步階段。依照德國現制，重大之強制處分率皆採行法官保留原則，縱使承認急迫例外，也都規定事後的監督管道，以便控制強制處分的合法性，避免偵查機關遊走法律邊緣。就事後監督而言，德國刑事訴訟法上所有干預人民基本權利之強制處分，原則上皆得提起法律救濟，以貫徹有權利有救濟之原則。據此，不但尚未終結之強制處分得請求法院撤銷之，即便已經終結之強制處分，只要有確認利益，亦得請求法院確認該處分之違法性；事實上，德國刑事訴訟法早已在上世紀中葉後就承認這種事後確認強制處分違法的確認之訴（我國於 2014 年 1 月之修法：§§ 404 II, 416 I 後…）。由於緊密控制強制處分的合法性，因此，相較我國，德國強制處分之運用可謂相當慎重。97 釋 653 之後，未來實務能否本於本號解釋的精神，將有權利有救濟原則運用到刑事訴訟上千預處分之救濟，並將立法漏未規定救濟途徑者（尤其是針對司法警察（官）所發動或執行之強制處分的救濟漏洞問題），類推適用目前已有的（準）抗告規定，可以說是值得觀察的重點。」<sup>12</sup>

「2、準抗告救濟。對於個別法官（審判長、受命法官、受託法官）或檢察官之『特定處分』有不服者，得聲請其所屬法院撤銷或變更之（§ 416），一般稱為準抗告。現行法將搜索明列為得提起準抗告之處分（§ 416 I ①），在此所稱的搜索，包括個別法官（如§ 279

<sup>12</sup> 參林鈺雄，註 4 書（上），頁 338-339。

之受命法官)所簽發的有令狀搜索,以及檢察官所為的無令狀搜索 (§§ 130, 131I, II, 131-1),但不包括檢察事務官、司法警察官所為的無令狀搜索 (§§ 130, 131 I, 131-1),這點,乃立法疏漏。…救濟途徑看似密密麻麻,但卻出現明顯漏洞:準抗告不包括司法警察(官)之無令狀搜索,…排除最為重要並且數量最大的無令狀搜索。如此立法,顯然不當<sup>13</sup>」<sup>14</sup>。

#### 四、本案其他爭點

##### (一) 身體檢查處分/強制導尿與不自證己罪原則

※ 爭點題綱:不自證己罪原則是否為憲法原則?其內涵是否應包含「無積極配合提供證據之義務」?系爭規定是否符合不自證己罪原則,及是否符合資訊隱私之保障?

##### 1、歐洲人權法院觀點

有別於明文規定不自證己罪原則 (nemo tenetur se ipsum

<sup>13</sup> 參林鈺雄,〈搜索修法之回顧與前瞻〉,《台灣本土法學》,21期,2001年4月,頁53-104(頁67):「如果對照新法事後審查的規定,可知立法的疏誤在於『見樹不見林』。依照新法,無令狀搜索的事後審查途徑,共有兩種:準抗告救濟與特別救濟。先就由於準抗告而言,新法沿襲舊法條文,除個別法官之處分外,僅以『檢察官』的處分為限,並不包括『司法警察(官)』在內(新法第四一六條第一項)。據此,雖然『檢察官所為的無令狀搜索』,可以依照準抗告途徑加以救濟,但是,實務上最為重要的無令狀搜索,也就是『司法警察(官)所為之無令狀搜索』,卻無法依照準抗告途徑來救濟。新法何以獨鍾對檢察官之審查,但卻遺漏對司法警察(官)的控制,道理令人費解。」迄今為止,學說指出以上權利救濟漏洞已經超過20年!

<sup>14</sup> 參林鈺雄,註4書(上),頁447-449。

accusare; nemo-tenetur-Prinzip) 之聯合國公民與政治權利公約<sup>15</sup>，歐洲人權公約及其議定書並未明文納入此項原則，但歐洲人權法院的一系列裁判，認為此原則乃公約第 6 條第 1 項公平審判條款導出之權利<sup>16</sup>。另，有別於美國法及美國聯邦最高法院見解，歐洲法並非以「供述基準」作為是否違反不自證己罪原則的圭臬；是以，國家機關命被告主動提出「非供述證據」來配合國家對其之追訴，亦可能抵觸此項原則<sup>17</sup>。

針對不自證己罪原則於身體檢查處分審查時之可適用性，歐洲人權法院於 *Jalloh* 裁判（強制催吐案）<sup>18</sup>援引 *Saunders* 案裁判的一段敘述：「不自證己罪並未保護『某種以強制力從被告取得之資訊且與被告意志無關的證據，特別是搜索票所扣押之文書、呼吸、血液、尿液樣本及欲作 DNA 檢測的身體組織』。據此，就強制取得尿液樣本本身而言，並不抵觸不自證己罪原則，但應注意公約之其他要求，尤其是依法為之（法律保留）及民主社會所必要（比例原則）。

## 2、德國法及主動基準觀點

不採供述基準，而採主動、被動區分模式（Aktivität/Passivität），乃是德國通說與實務（含德國聯邦最高法院與憲法法院）向來一致的看法<sup>19</sup>。亦即，不自證己罪原則係指被告沒有義務在自己的犯罪

<sup>15</sup> Article 14 ICCPR: "3. In the determination of any criminal charge against him, everyone shall be entitled to the following minimum guarantees, in full equality: ... (g) *Not to be compelled to testify against himself or to confess guilt.*"

<sup>16</sup> 參林鈺雄，〈論不自證己罪原則—歐洲法整合趨勢及我國法發展之評析〉，《臺大法學論叢》，35 卷 2 期，2006 年 3 月，頁 1-60。

<sup>17</sup> 詳參林鈺雄，同前註。

<sup>18</sup> ECHR, *Jalloh v. Germany*, 2006, § 109.

<sup>19</sup> *Dallmeyer*, StV 1997, 608-610; *Ranft*, StPR., 2005, Rn. 352; BGHSt 5, 332, 334; 34, 39, 46; 34, 324, 326; 40, 66, 71; BVerfGE 56, 37, 49。

認定上主動協助或主動貢獻，即被告無主動協助義務，僅有被動協助和忍受義務。據此，凡是命被告主動提供不利證據者，被告皆得拒絕之，範圍包括陳述（緘默權）、提出證物及主動型的身體檢查（例如發出聲音取得聲調、吐氣、命寫字取得字跡），若非被告主動配合，而是要被告被動忍受者，則不在不自證己罪適用範圍。

### 3、筆者觀點

不自證己罪原則之內涵在於，「任何人皆無義務以積極作為來協助對己的刑事追訴；反面言之，國家機關亦不得強制任何人積極自證己罪。據此導出，被告對於被控的嫌疑，並無陳述之義務，而是享有陳述之自由，被告可以從對己最為有利的防禦角度自行決定是否保持緘默（亦即，緘默權乃不自證己罪的核心內涵『之一』，但不自證己罪原則之禁止內涵，並不僅止於強制取得供述證據而已，而是包含了禁止國家機關要求被告主動、積極地提出非供述證據或配合其他取證行為等情形）。不過，不自證己罪原則的射程距離，僅止於被告『積極』自證己罪義務的禁止，並未免除其『消極』的忍受義務，因此，當被告作為強制處分或其他調查證據方法的對象時，例如抽血檢測、身體勘驗或（與證人或共同被告）對質等等，國家縱使課予被告忍受義務，亦不違反不自證己罪原則。」<sup>20</sup>

簡言之，關於身體檢查處分，不自證己罪的違反界限在於該行為是否屬於被告意志所能支配的身體反應，若非意志所能支配、控制的主動協助行為，則未牴觸不自證己罪（例如被動抽血）<sup>21</sup>。據此，強制導尿措施亦如同抽血檢測，僅止於課予消極忍受義務，不生牴觸不自證己罪原則之問題。在系爭刑訴法第 205-2 條身體檢查處分中，反而是必須被告主動配合才能完成的「聲調或吐氣」採集

<sup>20</sup> 參林鈺雄，註 4 書（上），頁 163-164。

<sup>21</sup> Weßlau, StV 1998, 343; Dallmeyer, StV 1997, 608 f.; Fahl, JA 1998, 279; Schumann, StV 2006, 665.

措施，才有違反不自證己罪原則之問題。

## （二）自然解尿問題

### ※ 爭點題綱：

系爭規定之採尿方式，實務上是否包括違反犯罪嫌疑人或被告意思之…強迫解尿（非侵入性，如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）？又法院裁判或學理上之見解為何？

如由司法警察（官）發動違反受採尿者意願之強迫解尿（非侵入性，如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），則其合於憲法正當法律程序原則之要件為何？

刑訴法第 205-2 條明文授權司法警察（官）發動違反意願的採尿措施，在扣除強制導尿手段後，主要的採集方式便是靠身體排泄作用的自然解尿（即爭點題綱所稱之強迫解尿）。從比例原則來看，如果能夠靠自然解尿手法取得，即不應發動更高干預程度的採尿措施，因此自然解尿不但不是本條授權所禁止的事項，甚至於通常是執行時較為合乎比例原則的手段。至於國家取得解出尿液之占有，就猶如抽血檢測所抽取的血液樣本般，原屬身體檢查處分之附帶干預，無庸再發動一次扣押處分（§ 133）。

就比例原則言，自然解尿是較為符合必要性原則/最小干預手段之採尿選項。類此觀點，如前述歐洲人權法院 *Jalloh* 裁判認為，相較於干預嚴重的強制催吐手段，「等待被告自然排泄」再予查扣取證，一樣可以達到保全體內毒品證據之目的。這也是該院判決德國強制催吐案敗訴的原因之一，其認為，追訴機關本可單純地等待

毒品從人體自然排出，強制催吐並非不可或缺的取證手段。此外，從身體檢查處分之無損健康原則而言，自然解尿也是最無疑慮之採尿手段。

據此，刑訴法第 205-2 條既然授權司法警察（官）採尿，而在所有採尿措施中又以自然解尿干預最為輕微且最無損健康，因此，從比例原則及無損健康原則來看，系爭規定不但不禁止自然解尿之採尿措施，反而應該正是授權這種採尿手段。至於採尿後的事後救濟問題，則如上文三所述，違反有權利有救濟之憲法原則，立法應儘速彌補欠缺救濟之漏洞。

### （三）尿液限於作為本案證據？—偶然發現法則

#### ※ 爭點題綱：

依系爭規定所為之採尿取證，是否限於拘提或逮捕之本案之證據？如限於拘提或逮捕之本案之證據，是否過度限縮系爭規定之適用範圍？

此乃「偶然發現」（Zufallsfunde）之問題，猶如 A 案（本案）發動搜索而發現 B 案（另案）之犯罪證據<sup>22</sup>。刑訴法基本處理原則是，因合法發動之干預處分而偶然發現之另案證據，例如搜索毒品 A 而意外發現殺人 B 之屍體，原則上不在禁止使用之列；蓋不可能期待國家機關對於另案犯罪證據一概視而不見，致使自身違反國家追訴原則。但若是「蓄意之偶然發現」（gezielte Zufallsfunde），亦即聲東擊西，國家機關明明是要取得 B 案證據卻故意佯裝 A 案而發動搜索處分，因而取得之 B 案證據，則應禁止使用證據。

以上刑訴法偶然發現法則固屬合宜，比較法上亦有前例可循，

<sup>22</sup> 參林鈺雄，註 4 書，頁 451-452。

但就我國立法規定言，密度則仍嚴重不足，我國法僅針對少數刑訴干預處分有偶然發現之明文規定，如前述之搜索扣押 (§ 152 之另案附帶扣押)<sup>23</sup>或監聽之偶然發現 (通保§ 18-1 I)<sup>24</sup>，身體檢查處分則否；此外，我國刑訴法亦無如德國刑訴法的個資目的外使用之一般性規定 (§ 477 II S. 2 StPO)<sup>25</sup>。是以，雖然就學理言，採尿之偶然發現應可作為另案證據，但立法規定欠缺明確授權，刑訴主管機關宜針對身體檢查處分及刑訴一般性個資目的外使用，儘速制訂相關的偶然發現法則。

## 參、結論

### 一、基本權干預

強制導尿乃穿刺性、侵犯性之身體檢查處分，涉及對身體不受侵犯之完整性、暫時性人身自由拘束及資訊自我決定權之干預，且

<sup>23</sup> 刑訴§ 152 (搜索扣押之偶然發現):「實施搜索或扣押時，發見另案應扣押之物亦得扣押之，分別送交該管法院或檢察官。」

<sup>24</sup> 通保§ 18-1 I (通訊監察之偶然發現):「依第五條、第六條或第七條規定執行通訊監察，取得其他案件之內容者，不得作為證據。但於發現後七日內補行陳報法院，並經法院審查認可該案件與實施通訊監察之案件具有關連性或為第五條第一項所列各款之罪者，不在此限。」

<sup>25</sup> 德國刑訴法第 477 條【傳遞資訊及使用限制】:「(2)<sup>1</sup> 若傳遞牴觸刑事程序目的——亦包括危及其他刑事程序調查目的——或特別之聯邦法或相應之邦法使用規定，則不由案卷訊息提供答覆及供查閱案卷。<sup>2</sup> 若某項處分依本法僅在特定犯罪嫌疑情況下得實施，則根據該處分所獲得之個人資料，僅在為查明依本法得命該處分之犯罪時，方得不經處分受干預人同意，為證據目的在其他刑事程序中使用之。<sup>3</sup> 除此之外，透過第 2 句所稱方式之處分所獲得之個人資料，僅在下列條件下，才得不經受處分干預人同意而使用之：… (下略)」

參林鈺雄，〈刑事程序中的個資保護——德國刑事訴訟法第 8 編 (§§474-499 StPO) 逐條釋義〉，《刑事政策與犯罪研究論文集》，22 期，2020 年 10 月，頁 201-233。



其基本權干預質量高於抽血檢測。

## 二、司法警察（官）命強制導尿（Q1）？

系爭刑訴法第 205-2 條文義解釋雖未排除強制導尿，但從體系解釋與其他解釋併看，可知立法規定自身之規範評價矛盾：連抽血都必須適用更高之干預門檻，豈可能容許司法警察（官）自行發動更高干預之強制導尿措施？據此，系爭規定至少應從合憲性解釋觀點，限縮文義解釋之適用範圍，容許自然解尿措施而排除強制導尿措施。或者，以違憲宣告來促成立法機關依照干預門檻而修法。

## 三、有權利無救濟（Q2）？

刑訴法第 416 條乃針對刑事訴訟上之干預處分/強制處分所設之一般性救濟規定。惟本條規定向來有先天缺陷，納入個別法官、檢察官所為之干預處分之救濟，卻漏未規定更應納入救濟範圍之司法警察（官）所為干預處分之救濟，造成有權利有救濟之憲法原則的法治國破綻。關此，學說呼籲立法填補漏洞已逾 20 年，應立即宣告本條規定違憲並責成修法。

## 四、其他相關爭點：

### 1、不自證己罪（Q3-a）

強制導尿並未要求被告主動配合，尿液亦無供述性質，就系爭措施本身並無違反不自證己罪之問題。但同條授權規定即刑訴法第 205-2 條之採取聲調、呼氣，則有賴相對人主動配合始得完成，有違反不自證己罪之問題。

### 2、自然解尿（Q3-b）

依照合憲性解釋，刑訴法第 205-2 條應排除強制導尿，故立法授權規定所允許的採尿措施，即屬干預程度較為輕微且不會對健康造成損害的自然解尿。從比例原則及無損健康原則而言，本條授權規定應容許且限定於自然解尿。若有必要更進一步之干預，則應回歸刑訴法第 205-1 條及其所連結之程序性規定。

### 3、尿液與他案（Q3-c）

此即偶然發現問題。就學理言，若合法採尿因而發現之他案犯罪證據，並不概括排除於其他案件之使用，但若屬規避授權規定之蓄意偶然發現，則應一概禁止。然而，學理雖說得過去，但就立法規定言，我國針對身體檢查處分並無如搜索扣押或通訊監察之偶然發現的容許明文，亦無如德國法般就刑訴程序取得之個資（含生物性特徵之個資）之目的外使用的一般性規定。是以，立法密度仍有不足，未來恐滋生實務爭議，立法宜未雨綢繆，制訂規範以資因應。