

憲法法庭 111 年憲判字第 16 號判決協同意見書

呂太郎大法官提出

壹、本判決結論應值支持

本判決宣告刑事訴訟法（下稱刑訴法）第 205 條之 2 規定授權檢察事務官、司法警察官及司法警察（以下僅以司法警察為例說明），得以非侵入性方式採取經拘捕到案之犯罪嫌疑人或被告尿液之部分（下稱系爭規定），不符憲法正當法律程序原則之要求，至遲於屆滿 2 年時失其效力。相關機關應自本判決公告之日起 2 年內，依本判決意旨妥適修法。此一結論，本席十分贊同。

至於本判決另宣告修法完成前，司法警察依系爭規定採取尿液，應報請檢察官許可；情況急迫時，得先行為之，但應於採尿後 24 小時內陳報該管檢察官許可；檢察官認為不應准許者，應於 3 日內撤銷之；受採尿者得於受採取尿液後 10 日內，聲請該管法院撤銷之部分，乃鑑於修法需有一定時程，故承認於現行刑事訴訟規範所無之情形，得採取之過渡性措施。此一過渡措施，對刑事被告程序之保障言，雖非釜底抽薪之計，但仍有揚湯止沸效果，較現行法有所進步，本席仍予支持。

貳、尚應從刑事審判，檢視司法警察強制採尿之容許性

一、賦予司法警察強制蒐集犯罪證據權，違反正當法律程序

依刑訴法規定，司法警察固有獨立調查犯罪之職責，於知有犯罪嫌疑時，應即為調查犯罪，無待檢察官之指示或許可。司法警察為調查犯罪，自有蒐集相關資料（包含個人資料、機關檔案、犯罪現場所留物品、血跡、指紋、體液等跡證）、詢問被告、證人或關係人及封鎖犯罪現場，並為即時之

勘察之職責，於調查完備時，將調查情形報告或移送檢察官（刑訴法第 229 條至第 231 條規定參照）。

然於審判程序，檢察官係對被告提起公訴之人，居於與被告對立之訴訟當事人地位（刑訴法第 3 條規定參照），司法警察則係協助檢察官或受檢察官指揮偵查犯罪之人，為檢察官之助手。司法警察蒐集犯罪證據之目的，係為證明被告之犯罪事實，促成檢察官對被告提起公訴，並作為檢察官對於被告進行訴訟上攻擊之資料，因此，不論於偵查或審判階段，司法警察事實上均居於與被告對立之地位。從而，賦予司法警察得對被告施以強制力蒐集對於被告不利之證據，等同授權訴訟當事人之一造，得對他造實施「壓迫」，形式上已與公平審判之原則不符。何況司法警察行使犯罪調查權，性質上仍屬行政權，具有主動積極之性格，賦予司法警察有強制蒐集被告犯罪證據之權力，實質上亦可能造成證據偏在於不利被告，使日後於檢察官判斷應否對被告提起公訴及檢察官提起公訴後法院之審判，均蒙受不利。另一方面，亦可能使司法警察有藉調查犯罪之名，對人民之生活自由進行不當干預之機會。因此，從憲法保障人民有受公平審判權利及生活自由不受干預之觀點，刑訴法賦予司法警察強制蒐集被告犯罪證據之規定，均不符正當法律程序而屬違憲，當無疑義。此一違憲性，並不因該證據是否涉及人民之隱私權，或蒐集過程是否以侵害人民身體權為手段，有所不同。

二、系爭規定之違憲性，除了侵害受採尿者之身體權或資訊隱私權外，更在於授權司法警察有「違反受採尿者之意思」之強制處分權

系爭規定之違憲性，除了抵觸憲法保障人民免於身心受傷害之身體權及資訊隱私權外，更在於授權司法警察「得違

反犯罪嫌疑人或被告之意思」採取其尿液之強制蒐集證據權力。從法律條文之文義言，系爭規定原有解釋為包含侵入性採尿（插入導尿管）及非侵入性採尿之空間，本判決鑑於侵入性採尿對於受採者之傷害尤甚，故認為系爭規定應限縮解釋為係就非侵入性採尿為規範，此一立場應值肯定。所謂非侵入性採尿，依目前實務上作法，通常係受採者在司法警察之要求下，自行喝水、走動以產生尿意，從而自行解尿、採集，最終由採尿人員取得定量之尿液；於被拘捕者不願意配合時，甚至有司法警察會告以如不自行喝水、排尿，將報請檢察官核發許可書強制採尿，致實際情形，受拘捕到案者幾無不自行喝水解尿者。上開情形無論是司法警察有無告以將報請檢察官核發許可書，既屬「違反犯罪嫌疑人或被告之意思」而採取其尿液，本質上即屬強制採尿，為強制處分之一種。依前述說明，系爭規定授權司法警察得強制蒐集犯罪證據，自屬違反正當法律程序而無效。

應值一提者，司法警察依系爭規定採尿之對象，雖為受拘捕到案之犯罪嫌疑人或被告，其人身自由已在司法警察實力支配之下，但並無任何實質理由可以說明憲法保障之正當法律程序及公平審判原則，在此應有例外。蓋司法警察對於執行拘提、逮捕通緝到案之被告，應即送指定之處所，於接受或逮捕現行犯者，即解送檢察官或法院（刑訴法第 91 條及第 92 條規定參照）。至於蒐集犯罪證據，應回歸一般規定處理，不得因其對象為受拘捕到案之人而有不同。以本件釋憲案之原因案件為例，司法警察以「告發人同意」之要件，對被告住處進行搜索，並以「逮捕現行犯」（被告為刑訴法第 88 條規定之現行犯？）為名，強取被告之尿液，目的只為證明本質上屬於「自戕」行為之施用毒品，正足以凸顯系爭規定

之不合理。

申言之，從正當法律程序原則之意旨，司法警察不應享有強制蒐集證據之權力，已如前述。事實上，刑訴法除包含系爭規定在內之第 205 條之 2 規定外，僅於同法第 130 條規定授權司法警察得為無搜索票之搜索。然第 130 條規定雖授權司法警察逮捕被告、犯罪嫌疑人或執行拘提、羈押時，雖無搜索票，得逕行搜索其身體、隨身攜帶之物件、所使用之交通工具及其立即可觸及之處所，但此係為保護執行拘捕人員之安全，例外賦予司法警察之搜索權，搜索之目的在於發現是否有可能危及拘捕人員安全之物件，而非賦予司法警察得對人身自由已受限制之受拘捕者，從事一般情形下所不得為之之證據蒐集。

蓋就已移送檢察官或已由法院審判中案件之犯罪事實，而有進行後續強制蒐證之必要，自應依訴訟程序之進度，由檢察官或法院依法為之，非司法警察越俎代庖而為強制採尿。即便是為證明尚在司法警察調查中之犯罪事實，受拘捕者與其他未受拘捕者應受之法律保障，不應有所區別，如同司法警察不得認為路人有犯罪嫌疑，即對其實施強制蒐集證據一般，司法警察不得對人身自由已受限制之受拘捕者，從事一般情形下所不得為之之證據蒐集。因為拘捕之目的，僅在一時的拘束受拘捕者之行動自由，俾將其解送指定處所而已，並非謂憲法所保障受公平審判及生活不受干預之自由，於受拘捕者應予排除。

三、司法警察依據無效之系爭規定強制採尿，即侵害受採者之身心免受侵害之身體權及資訊隱私權

按公務機關為執行法定職務之必要而蒐集、利用個人資料，原則上應不發生侵害個人資料保護之問題（個人資料保

護法第 6 條第 1 項第 2 款、第 15 條第 1 款及第 16 條等規定參照)。依刑訴法規定，司法警察本有獨立調查犯罪之職責，於知有犯罪嫌疑時，應即為調查犯罪，無待檢察官之指示或許可。司法警察為調查犯罪，自有蒐集相關資料（包含個人資料、機關檔案、犯罪現場所留物品、血跡、指紋、體液等跡證）、詢問被告、證人或關係人及封鎖犯罪現場，並為即時之勘察之職責，於調查完備時，將調查情形報告或移送檢察官（刑訴法第 229 條至第 231 條規定參照）。是司法警察依刑訴法之規定，蒐集有關犯罪之相關資訊，包含個人資料，應屬執行法定公權力，尚不能因此即認為侵害個人資訊隱私權。

然系爭規定因違反正當法律程序而無效，故司法警察依系爭規定而蒐集、利用個人資料，難認係執行法定職務所必要，因此其違反被拘捕到案者之意思而強制採取尿液，自應認為已侵害被拘捕到案者之資訊隱私權及身心不受傷害之身體權。換言之，從法律適用之邏輯言，係因系爭規定違反正當法律程序而無效，故司法警察據系爭規定採取尿液，已欠缺法律依據，因而應評價為侵害受拘捕者之資訊隱私權及免於身心受傷害之身體權。

參、如何依本判決意旨修法

一、過渡應只是過渡

本判決之結論有三：1. 系爭規定牴觸憲法，應自本判決公告之日起，至遲於屆滿 2 年時失其效力。2. 相關機關應自本判決公告之日起 2 年內，依本判決意旨妥適修法。3. 修法前可採之過渡措施。即自本判決公告之日起至完成修法前，檢察事務官、司法警察官或司法警察依刑訴法第 205 條之 2 規定以非侵入性方式採取尿液之實施，應報請檢察官核發鑑

定許可書始得為之；情況急迫時，得依刑訴法第 205 條之 2 規定以非侵入性方式採取尿液，並應於採尿後 24 小時內陳報該管檢察官許可；檢察官認為不應准許者，應於 3 日內撤銷之；受採尿者得於受採取尿液後 10 日內，聲請該管法院撤銷之。」然此僅為修法完成前之過渡性措施，並非謂未來應依此過渡措施而修法，未來如何修法，應依本判決之意旨為之。

二、檢察官許可強制採尿與正當法律程序

（一）按檢察官雖為刑事審判程序之當事人，代表國家擔任原告，與被告處於對立地位，基於前述公平審判原則，不但不應允許司法警察有對於被告強制蒐證權，亦不應允許檢察官有之。然我國刑訴法自立法初始，就犯罪證據之蒐集，向來賦予檢察官有類似法院之地位，檢察官與法院，均有搜索、扣押、勘驗、鑑定等強制蒐集被告犯罪證據之權，甚至為便於犯罪證據之蒐集，均賦予得羈押被告之權。檢察官只須所蒐集之證據，達到足以證明被告有犯罪嫌疑，即可提起公訴（刑訴法第 251 條第 1 項規定參照），不必達到被告犯罪已經證明之程度（刑訴法第 299 條第 1 項規定參照），至於證明超過被告有犯罪嫌疑至證明被告犯罪（一般人均確認無疑）間所須之證據，則由法院依職權填補之（中華民國 92 年 2 月 8 日修法前刑訴法第 163 條規定參照），法院如未依職權調查者，其判決為當然違背法令（刑訴法第 379 條第 10 款規定參照），換句話說，在蒐集被告犯罪證據上，檢察官與法院係居分工之關係，二者係處於前、後手之關係，檢察官舉證詳盡些，法院就可少補充調查些，檢察官舉證疏漏，則法院即必須費力調查。就檢察官偵查後所為不起訴之處分，亦賦予幾同確定判決之效力，於極嚴格之條件下，始得再行

起訴（刑訴法第 260 條規定參照）。

然而，將檢察官與法院之職權，設定為居於分工之關係，極易形成檢察官「聯手」法院追訴被告之想像，又使檢察官享有對被告之強制蒐集證據權，亦有訴訟當事人之一造得壓迫他造而取證之不符訴訟上武器平等原則，無論何者，均抵觸被告享有應受法院公平審判之權利。是自 84 年司法院釋字第 392 號解釋，認為對於被告之羈押，僅法院有權為之，檢察官不與焉起，歷經 86 年至 92 年間綿密之修法，使刑事訴訟制度朝當事人進行主義之精神邁進，檢察官欲為搜索、扣押、羈押、鑑定留置等強制處分，均應經法院允許，檢察官與法院間之關係，已由分工改為分立關係，有助於公平法院之建立。

本席認為，勘驗係法院或檢察官透過五官感受事物之性狀，以了解應證事實之行為，勘驗之對象物，係特定之物，該對象物之性狀，具有一定程度之公開性與客觀性。至於鑑定，則係第三人依其專業，判斷應證事實之真偽，較無檢察官利用勘驗或鑑定，對被告形成壓迫之疑慮。鑑於檢察官對於犯罪事實負舉證責任，檢察官所為不起訴處分，具有類似確定判決之效力，授權其為勘驗或鑑定，應有助於其舉證及明瞭犯罪事實真相，對於避免檢察官濫行起訴或濫行不起訴處分，均有所助益，因此，法律允許檢察官得為勘驗或囑託鑑定（鑑定留置例外），尚與為達成刑事訴訟目的所應遵循之正當法律程序無違。

（二）惟應注意者，鑑定人因鑑定之必要，固得經審判長、受命法官或檢察官之許可，採取分泌物、排泄物、血液、毛髮或其他出自或附著身體之物，並得採取指紋、腳印、聲調、筆跡、照相或其他相類之行為（刑訴法第 205 條之 1 第

1 項規定參照)。然而，得依上開規定請求檢察官許可而採取分泌物等，僅限於鑑定人有此請求權，司法警察並非鑑定人，並不符合上開規定。何況鑑定人並無調查或追究犯罪行為之職責，僅係本於其專業知識判斷待證事實，不必顧慮其利用此權力，對於被告造成壓迫，但司法警察亦有調查犯罪之職責，訴訟上為檢察官之助手，與被告居於對立地位，亦不應允許其依刑訴法第 205 條之 1 第 1 項規定，請求檢察官核發鑑定許可書。

至於毒品危害防制條例(下稱毒品條例)第 25 條規定雖有由檢察官或少年法院所發之鑑定許可書之設計，但其係針對已犯同條例第 10 條規定施用毒品罪尚於保護管束期間之人實施，而司法警察依刑訴法第 205 之 2 規定逮捕或拘提之人，並不限於已犯前開施用毒品罪者，對於非毒品條例第 25 條規定所列之人，亦無由司法警察先依刑訴法第 205 條之 2 規定對被告進行採尿，再報請檢察官補發「鑑定許可書」之依據。

(三) 因此，本判決宣告於過渡時期，檢察官得允許司法警察依系爭規定採尿，事實上係超出現行刑訴法或毒品條例所授權檢察官之權力。鑑於司法警察依系爭規定採尿，雖非為發現、取得可扣押之物件或被告所為之搜索，但仍係取得被告體內之尿液，實質上為蒐集犯罪證據所為之搜索(本判決理由第 11 段及第 16 段參照)，原則上應於搜索之相關規定規範。即使為考慮整體配套，而於過渡時期予以一定條件之准許，仍應由個案嚴格判斷是否符合系爭規定之要件，例如依客觀情形，有相當理由可認受拘捕人有施用毒品之犯罪(例如有毒癮發作現象)，為調查施用毒品之犯罪情形，確有採取尿液之必要，始可為之，非可透過所謂概括授權方式，

概括允許司法警察為之，符合此條件之檢察官許可，方與本判決一再宣示之正當法律程序相符。

三、系爭規定之修法，應與周邊制度保持均衡與維持體系一致性

刑訴法第 205 條之 2 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，採取其指紋、掌紋、腳印，予以照相、測量身高或類似之行為；有相當理由認為採取毛髮、唾液、尿液、聲調或吐氣得作為犯罪之證據時，並得採取之。」本判決雖僅就條文中有關強制採尿之部分為審查。然而，就同條後段有關違反受拘捕人之意思，而採取毛髮、唾液、聲調或吐氣得作為犯罪證據之規定，亦屬於司法警察等之強制蒐證行為，且蒐集之毛髮、唾液、聲調或吐氣等，亦含有受拘捕者之生理資訊，依本判決意旨，此等規定亦屬授權司法警察為強制蒐證，違反憲法保障正當法律程序及資訊隱私權之意旨，而屬無效。又指紋、掌紋、腳印、長相、身高等，亦為足以辨識個人之資料（個人資料保護法第 2 條第 1 款規定及司法院釋字第 603 號解釋參照），因此，本條前段授權司法警察因調查犯罪情形及蒐集證據之必要，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，亦與同條後段一般，授權司法警察有強制蒐證權，仍有違憲疑慮。

本席認為，刑訴法第 205 條之 2 前段規定之違憲性，亦如同本判決所判斷之強制採尿一般，在於授權司法警察「因調查犯罪情形及蒐集證據之必要」，而「違反犯罪嫌疑人或被告之意思」，採取個人資訊。如僅為辨識受拘捕人之真實

身分，確認有無拘捕錯誤，而非「因調查犯罪情形及蒐集證據之必要」，將蒐集所得資訊，作為證明犯罪事實之用，自非屬司法警察之蒐證行為。縱使為「調查犯罪情形及蒐集證據之必要」，但出於受拘捕人之同意採取上開個人資訊，亦無違憲問題。

因此，相關機關修法時，自宜就刑訴法第 205 條之 2 規定之全部，與其他周邊制度（例如搜索、鑑定等）之均衡與體系一致性綜合考量，依本判決意旨妥為修法。