

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釋憲案法律意見書

李榮耕

2021年9月10日

摘要

尿液的採取，主要可以分為相對人配合警察官員的要求提出，以及強制導尿等方式。前者在實務上，多是命受拘捕的嫌疑人喝水、喝茶、走動，或是說明案情，甚至是告知其若不配合，將報請檢察官核發鑑定許可書等，要求受拘捕的嫌疑人自行解尿，提出尿液檢體（刑事訴訟法第205條之2參照）。這樣的作法，由於獲得了嫌疑人的同意，配合進行，提出尿液，所以並不違反令狀原則或是正當法律程序。然而，若是強制導尿，由於其涉及嚴重的身體、健康及隱私等權益的侵害，再加上檢察官職司犯罪訴追，應有令狀原則的適用，方合於憲法對於正當法律程序的要求。亦即，前述條文在適用於非侵入性的尿液採取時，尚與憲法無違。要對嫌疑人實施強制導尿，現行刑訴法第205條之2的規定，未有令狀原則的明文，欠缺實施人員的資格及實施方式等的程序要求，也沒有侵害較小手段的規定，因此，在這一個範圍內，該條文有違憲的疑慮。

## 《外國法制說明及比較》

由於強制導尿涉及到侵入身體的處分，因此在答覆提問前，擬先簡要說明美國法制在這議題所累積的判決。在美國，多認為侵入身體，取得生理跡證的處分，屬於搜索，其發動及執行必須要遵循聯邦憲法的誡命。在 *Rochin v. California* 案<sup>1</sup>中，警察破門進入被告處所執行搜索時，發現被告將兩個膠囊放入口中。警察將被告帶至醫院，由醫師強制插入胃管，使其嘔吐出吞下的膠囊。美國聯邦最高法院判定，警察的行為違反了聯邦憲法第十四增修條文正當法律程序的要求，因為這樣的犯罪偵查方式，已經震撼一般人的良知<sup>2</sup>。在 *Breithaupt v. Abram* 案<sup>3</sup>中，被告是一場車禍事故中的駕駛人，警察到場時，被告昏迷不醒。警察將其送往醫院，由醫師進行抽血。在這一個案件中，聯邦最高法院同樣支持警察的作法，其指出，抽血是由醫師執行，抽血是在日常生活中常見的醫事檢驗，且相較於對被告身體的輕微侵害，確認其是否於酒後駕車的利益更為重大，所以警察在該案件中的抽血並不違反聯邦憲法第十四增修條文所要求的正當法律程序<sup>4</sup>。

在 *Schmerber v. California* 案<sup>5</sup>中，被告因為車禍被送入醫院，警察指示醫師抽取被告的血液，以確定其血液中酒精濃度。聯邦最高法院說明道，依聯邦憲法第四增修條文，國家機關不能只是有取得證據的可能性，就侵害人民的隱私或是尊嚴。若是沒有明確的跡象(a clear indication)可認得能夠發現證據，為了保護人民的憲法權利，就只能承擔證據滅失的結果<sup>6</sup>。至於何謂「明確跡象」，有法院認為其所指的是相當理由<sup>7</sup>，有法院則認為其係較相當理由為低的心證程度<sup>8</sup>。聯邦最高法院判定，本案存在有急迫情形，若不即時抽血，血液中的酒精會隨著時間的經過而代謝<sup>9</sup>。再者，警察所使用的是合理的方式，因為抽血是知悉相對人血液酒精濃度非常有效的手段，醫師經常實施的檢驗，只抽取極為少量的血液，就相對人幾乎不會造成任何嚴重的疼痛或是危險<sup>10</sup>。值得注意的是，雖然 *Schmerber* 案中所涉及的是無令狀搜索，但聯邦最高法院在其中的說理，常成為法院決定是否核發令狀，同意執法機關進行穿刺身體的處分時，所必須遵循的要件<sup>11</sup>。亦即，要進行穿刺身體，以取得證據的處分，必須具備有相當理由，且以合理的方式及程序為之。亦即，也就是應該由醫師，在醫療處所，以一般慣常的作法進行<sup>12</sup>。

另外一個可以參酌比較的類型，是以手術的方式自嫌疑人身上取出證據（如子彈）。在 *United States v. Crowder* 案<sup>13</sup>中，被告涉嫌犯有強盜殺人，在犯案過程中，胸口及手腕中彈。在經過聽證後，法院同意進行手術，取出子彈。巡迴法院引用 *Schmerber* 案，判定手術合憲，因為被告身上的子彈就犯罪事實而言，具關聯性，且有相當理由可信，可經由手術取得（事實上，除了手術之外，也沒有其他方式可以取得子彈），所實施的是非常小型的手術，由具備相當經驗的外科醫師執行，採取了醫療上一切必要的措置，以防止可能的術後併發症，所以風險極小。除此之外，在手術前，法院進行聽證，被告得以到場陳述意見，並受有律師協助，被告對於法院的裁定，有聲明不服的機會<sup>14</sup>。

<sup>1</sup>*Rochin v. California*, 342 U.S. 165 (1952).

<sup>2</sup>*Id.* at 172.

<sup>3</sup>*Breithaupt v. Abram*, 352 U.S. 432 (1957).

<sup>4</sup>*Id.* at 439.

<sup>5</sup>*Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966).

<sup>6</sup>*Id.* at 769–70.

<sup>7</sup>*E.g.*, *Elix v. State*, 743 P.2d 669 (Okla.Crim.App. 1987).

<sup>8</sup>*E.g.*, *Rivas v. United States*, 368 F.2d 703 (9th Cir. 1966).

<sup>9</sup>*Schmerber*, 42 U.S. at 770-71.

<sup>10</sup>*Id.* at 771.

<sup>11</sup>*See, e.g.*, *United States v. Bullock*, 71 F.3d 171 (5th Cir. 1995); *Birchfield v. State*, 412 So.2d 1181 (Miss. 1982).

<sup>12</sup>*Schmerber*, 42 U.S. at 771-72.

<sup>13</sup>*United States v. Crowder*, 543 F.2d 312 (D.C. Cir. 1976).

<sup>14</sup>*Id.* at 316. 不過，美國也有少數法院認為，美國聯邦最高法院絕對禁止法院裁定授權對任何人進行手術。*See*

除此之外，聯邦最高法院在 *Winston v. Lee* 案<sup>15</sup>中判定，是否能強制被告接受手術，取決於個案中的合理性(reasonableness)。要求被告接受手術是否合理，必須要權衡國家訴追犯罪及正確地認定事實的利益，被告的安全及健康因而可能受有的風險，以及對於被告尊嚴、隱私及身體完整<sup>16</sup>。歸納之下，依 *Winston* 案，法院在核發令狀時需要權衡綜合考量的因素有：1. 手術的重大程度；2. 取得證據的可能性，以及3. 證據的重要性<sup>17</sup>。

就前述的 1.來說，法院只能允許進行輕微或簡易的手術。例如，在 *Creamer v. State* 案<sup>18</sup>，法院判定可以實施耗時不超過十五分鐘，只需要局部麻醉，就可以從被告右胸口皮下脂肪層取出子彈的手術，但若必須要進行全身麻醉，帶有相當程度危險的手術（如手術時間長、手術位置、被告的年齡、病史、健康狀況及手術本身的危險性等），法院便不會允許<sup>19</sup>。至於手術的重大程度，可以再細分為兩個考量因素，一是對於嫌疑人具體的身體或健康的影響<sup>20</sup>，一是對嫌疑人隱私、尊嚴及身體自主（bodily integrity，或稱為身體完整）<sup>21</sup>。取得證據的可能性，指的是在個案中，必須存在有相當理由可信能夠透過手術取得證據<sup>22</sup>。證據的重要性所考量的是是否有執行該手術的必要性。例如，在 *Schmerber* 案，聯邦最高法院便認為，抽血是判定特定人體內酒精濃度極為有效的方式<sup>23</sup>。如果有其他的證據，取得的方式對於嫌疑人的侵害較小，可以用來證明同一個待證事實者，就不應容許對嫌疑人進行手術，而是應使用其他證據。舉例來說，嫌疑人身上的子彈固然可以用來證明其就是行為人，但若有目擊證人或是監視錄影資料，就不應該命嫌疑人接受手術，以取出子彈。

綜上所述，美國法制上容許對於嫌疑人進行穿刺性的處分，如抽血或甚至是簡易的手術。這樣的處分，構成了聯邦憲法第四增修條文意義下的搜索，在個案中必須要遵循一定要件，諸如令狀原則（包括相當理由的要求），以合理的方式進行，一定的司法審查程序，以及必要性。這都可以作為討論刑訴法第205條之2的相關個議題時的參考。

問題一：關於違反受採尿者意願採尿之法律依據，有：刑事訴訟法第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，……；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。」（下稱系爭規定）、刑事訴訟法第205條之1及毒品危害防制條例第25條，三者皆未有得行強制導尿（侵入性）之明文，請就下列事項予以說明，並提供相關資料：

（一）實務上，有無依刑事訴訟法第205條之1規定予以強制導尿之實例？又何謂「因鑑定之必要」？實務上如何適用？

刑訴法第205條之1的主體雖然是鑑定人，但適用上的具體情形，常與同法第205條之2有關。詳細地來說，會依刑事訴訟法（以下簡稱「刑訴法」）第205條之1採取尿液檢體或強制導尿，主要是毒品案件或使用毒品後駕駛動力交通工具等案件類型。這一類的犯罪嫌疑人受拘捕到案後，警察官員會採集其尿液，以確認其是否使用毒品，若受拘捕人拒絕配合，警察官員便會向檢察官聲請鑑定許可書，執行強制導尿。不過，在有採集尿液的需要時，警察多

Adams v. State, 299 N.E.2d 834 (1975).

<sup>15</sup>Winston v. Lee, 470 U.S. 753 (1985).

<sup>16</sup>Id. at 760.

<sup>17</sup>Wayne R. LaFave, et al., Search and Seizure – A Treatise on the Fourth Amendment 4.1(e).

<sup>18</sup>Creamer v. State, 192 S.E.2d 350 (1972).

<sup>19</sup>See, e.g., Winston, 470 U.S. at 764 n.9; Bowden v. State, 510 S.W.2d 879 (1974); People v. Smith, 362 N.Y.S.2d 909 (1974).

<sup>20</sup>Winston, 470 U.S. at 761.

<sup>21</sup>Id.

<sup>22</sup>Crowder, 543 F.2d at 316.

<sup>23</sup>Schmerber, 42 U.S. at 771.

半會以溝通、說明流程、配合與否對於案件的影響等方式，取得嫌疑人的同意，再加上與毒品案件相關的嫌疑人多有經驗，所以拒絕配合尿液採集的情形並不多見，即使拒絕，在取得鑑定許可書後，也幾乎都會願意合作。嫌疑人堅不配合，必須要送往醫療院所強制導尿的案件，可說是九牛一毛。

（二）實務上，有無依毒品危害防制條例第25條規定予以強制導尿之實例？檢察官是否於核發「強制到場（強制採驗尿液）許可書」（格式化許可書如附件）時，即係予以強制導尿之許可？抑或須明文記載許可侵入性導尿之內容？

依毒品危害防治條例第25條採集尿液檢體時，得以「強制方式」自受保護管束人之「身體內部採取尿液」，因此種方式具有高度的侵入性及專業性，必須「由具合法醫師資格者為之」（檢察機關辦理毒品危害防治條例應行注意事項第28條參照）。與刑訴法第205條之1及205條之2相比較，毒品危害防治條例及其子法對於強制導尿的規定較為明確。

實務上依照毒品危害防制條例第25條採驗尿液的案件量較刑訴法第205條之1及205條之2為大，主要的原因是，內政部警政署基於刑事政策，頒布有「強化應受尿液採驗人實施計畫」，影響到警察機關的行政管考、評核及獎懲。檢察官依毒品危害防制條例第25條第1項核發強制到場（強制採驗尿液）許可書後，在絕大多數的案件中，由於相對人多是因毒品案件頻仍進出警局者，都會配合尿液採集，顯少有因不配合採驗尿液而需要強制導尿的情形。此外，前述的許可書在實際的運用上，不只是強制受保護管束人到場，也包括了送往醫療院所強制導尿。檢察官在前述許可書上，對於得實施的具體處置，多是以勾選的方式為之，不會再另外明文記載得否進行強制導尿（侵入性採驗尿液）。

（三）實務上，若一律要求檢察事務官、司法警察官及司法警察〔下併稱司法警察（官）〕必須事前得到法官或檢察官許可，始得違反受採尿者意願強制採尿（含侵入性強制導尿及非侵入性強迫解尿），有無窒礙難行之處？

要求以侵入性的強制導尿必須要有法官或檢察官的許可（刑訴法第205條之1參照），對於實務上的運作來說，似乎不會有太大的問題。其中的原因在於，若是沒有法院或是檢察機關的許可書或是書函，可以執行導尿的醫療院所不會願意執行尿液的強制採集，也因此沒有許可書的情形下，即使是相對人拒絕配合採尿，警察機關也不會就直接送往醫院強制導尿。換言之，雖然現行刑訴法第205條之2規定，對於拘捕到案的犯罪嫌疑人，在有相當理由時，得違背其意思，採取尿液，但警察官員在嫌疑人不願意配合採尿時，多會報請檢察官依刑訴法第205條之1簽發鑑定許可書，而不會直接將其帶至醫療院所強制導尿。事實上，也很少有醫療院所願意在沒有鑑定許可書或類似書函的情形下，僅依警察官員的要求，便實施強制導尿。不過，現行刑訴法第204條之1的規定有其妥適性上的疑慮。詳細地來說，在有鑑定之必要，在法官或檢察官簽發的鑑定許可書後，鑑定人得「檢查身體、解剖屍體、毀壞物體或進入有人住居或看守之住宅或其他處所」（第204條）、「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」（第205條之1第1項），以及採取尿液（第205條之2的實務運作情形）。相較於搜索（刑訴法第122條參照）採取令狀原則，須經法官同意，方得為之，鑑定人所得為的鑑定處分對於相對人的隱私、身體或財產的權益的影響，有過之而無不及，卻由檢察官簽發鑑定許可書即可，兩者在規範上，輕重顯然失衡。有鑑於強制採（導）尿等處分就相對人的隱私及身體權益的影響鉅大，檢察官「職司犯罪偵查」，應有適當的「權力制衡機制」（釋字第6三一號解釋段四參照），以及正當法律程序的要求，應認這一類的鑑定處分，應有令狀原則的適用，必須由法官審查核發令狀<sup>24</sup>。

<sup>24</sup>相同結論者，可以參照林鈺雄，對被告/犯罪嫌疑人之身體檢查處分，台灣本土法學雜誌，55期，2004年2

不過，必須要考量的是，在此所欲取得的證據是嫌疑人體內的尿液，會隨著時間的經過而自然代謝（一般來說，約為一至五天，隨所使用的毒品而有所不同），在欠缺嫌疑人配合的情形下，除非是侵入性的強制導尿，否則幾乎無法有效地取得尿液的檢體。也因此，雖然在理論上，強制導尿應事先取得法官所核發的令狀，方得為之，但若是無法在尿液中毒品代謝至無法檢出前完成令狀的聲請及審查程序，多數的案件就可能需要以無令狀的方式為之。如果立法者認為在情況急迫時，應容許類似於緊急搜索的無令狀強制導尿，可能就需要一併考量依刑訴法第131條第3及4項，建立類似的事後審查機制。除了無令狀的強制導尿外，政策上還可以考慮在嫌疑人拒絕配合採尿時，採取侵害較小的強制抽血手段，以確認嫌疑人是否施用毒品等犯罪事實。不過，若要以抽血的方式，相關機關就會需要建立尿液及血液中毒品濃度的比較標準，以供遵循。

至於非侵入性的強迫解尿（尿液採集）是否必須經法院或檢察官許可，有需要詳細說明的地方。詳細地來說，按照是否出於相對人的意願，尿液的採集可以是強迫或非強迫，以強迫方式為之者，如前述的強制導尿，非強迫的方式，則例如是相對人自願解尿，提出檢體。依是否以侵入相對人身體的方式，可以分為以導尿管插入尿道採集尿液檢體（侵入性），以及在尿液排出後方予以採集（非侵入式）。侵入式可以是相對人同意（如無法自行排尿，或是需要監控尿量等原因），也可能違反其意願。經相對人同意的非侵入性尿液採集很容易就可以理解，但實務上所慣常使用的方式（命喝溫水、茶水或是走動，說明流程或案情，或是告知其若不配合，將向檢察官聲請鑑定許可書等），可能都還不是「違反相對人意願」。其中原因在於，除非是違反相對人意願的侵入式導尿，否則尿液的採集有賴於相對人的配合，即使是要求其喝水或是走動，以增加尿液，也都需要相對人的願意合作，否則無法順利取得尿液檢體。即使警察官員多會告知嫌疑人，若不配合，將報請檢察官簽發鑑定許可書，強制導尿，但在強制導尿有合憲的規範的前提下，嫌疑人因而同意，配合尿液採取，仍然可以認為是在其同意下所為的處分<sup>25</sup>。是故，要構成「違反相對人意願」，應該使用了已經是或近似於是強迫、脅迫等方式，壓制了嫌疑人的意思決定自由，例如嫌疑人不堪毆打，同意解尿給偵查官員，或是警察說：「再不尿，就給你好看！」也因此，除非是在這樣的情形，否則非強制導尿並不需要經過法官或檢察官的許可，不過這並不是因為其侵害較小或是執行上有何困難之處，而是因為在這種情形下，相對人多已願意配合，尿液的採取係出於嫌疑人的同意。

問題二：系爭規定係以「經拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告」為對象，並以「因調查犯罪情形及蒐集證據之必要」及「有相當理由認為採取……尿液……得作為犯罪之證據」，作為司法警察（官）得違反犯罪嫌疑人或被告之意思採尿之要件，請就下列事項予以說明，並提供相關資料：

（一）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）及強迫解尿（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？

單從條文文字上看，依刑訴法第205條之2，只要是合法的拘捕，有相當理由，就可以違反嫌疑人的意思，採取其尿液。其中，「違反……意思」，涵蓋了非侵入性的「強迫解尿」。至於是否包括使用強制力，進行侵入性的強制導尿，在實務的應用上，有著不同的看法。最高法院有判決認為，警察官員得依刑訴法第205條之2，對嫌疑人施以強制導尿，取得尿液檢體。例如，在99年度台上字第40號判決中，最高法院便判定：「上訴人為警查獲時係

月，頁68。

<sup>25</sup>就如同警察在告知「如果不同意搜索，將向法院聲請搜索票」後取得的同意，仍然是有效的同意，仍合於刑訴法第131條之1的規範。

通緝犯，並為持有毒品之現行犯，警員因而逕行逮捕被告乙情，則警員因其已具備施用毒品之初始嫌疑，基於調查違反毒品危害防制條例犯罪及蒐集證據之必要性，鑒於毒品成分殘留於尿液中有一定時間，逾此時間即難以檢出，且除此方法外別無其他蒐證方式，而有其立證上困難，認有及時採其尿液作為犯罪證據之相當理由，乃依刑事訴訟法第二百零五條之二規定，對上訴人為採尿蒐證措施，復由專業醫護人員依醫學上通常導尿程序採取，於法難謂不合。」<sup>26</sup>

但也有最高法院判決認為，依刑訴法第205條之2，並不能進行侵入性的尿液採取。如果在個案中，嫌疑人堅不配合，拒絕自行解尿，而有強制導尿的需要，必須要依同法第205條之1，取得檢察官或法官所核發的鑑定許可書後，方得為之。舉例來說，最高法院103年度台上字第447號判決便指出，由於強制採尿（導尿）屬於「侵入身體而作穿刺性或侵入性之身體採證」，涉及到嫌疑人的身體權益，所以必須要事先取得令狀，方得為之。亦即，刑訴法第205條之2的「違反……意思」，採取尿液只包括自然方式的解尿，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」，並不含侵入性的強制導尿<sup>27</sup>。

學理上似多認為，由於侵入或穿刺身體的處分，嚴重影響相對人的身體、健康及隱私等權益，而依刑訴法第205條之2，警察官員便得發動，無須經過法官審查授權，所以警察官員依該條僅得為非侵入性的生理跡證採集，若要為侵入性的身體檢查（如抽血），應依刑訴法第205條之1，取得法官所核發的令狀，方得為之<sup>28</sup>。

（二）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？

在不論現行刑訴法第205條之2是否合憲及是否應限縮其適用範圍的前提下，依該條執法官員得採取犯罪嫌疑人的尿液的要件是，合法的拘提或逮捕，以及有相當理由可信尿液得作為犯罪之證據。前述條文的立法理由也說明道：「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。」由此可以推知，本條條文中的「相當理由」指的是，有相當理由可信，尿液可以作為認定拘捕的本案犯罪事實的證據。亦即，執法機關只能夠為了證明拘捕本案犯罪事實，採取嫌疑人的尿

<sup>26</sup>另外還可以參考最高法院99年度台上字第7407號判決：「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，刑事訴訟法第二百零五條之二定有明文。上訴人係因另犯施用毒品案件經判決確定後，未遵期到案執行（即台灣苗栗地方法院檢察署九十七年度執字第二一五號），該署檢察官乃簽發拘票，經苗栗縣大湖分局警員邱泰坤於九十七年三月五日中午十二時二十五分許拘提上訴人到案。而上訴人前已有多次施用毒品前科，且上訴人於警員執行拘提之際，又因畏罪情虛，自住處二樓廁所窗戶一躍而下，再逃跑到附近果園後，因左腳受傷，為到場警員逮捕後送醫診治，已據上訴人於偵查中坦承在卷，並經證人邱泰坤於偵查中及第一審證述屬實。證人邱泰坤於第一審並證稱：在上訴人意識清醒時有徵詢上訴人意見，但上訴人不同意採尿，因上訴人係因毒品案件被拘提，極有可能吸食毒品，為了採集被上訴人吸食毒品犯罪證據，認有相當理由對上訴人採尿，才以司法警察身分要求手術室護士幫上訴人導尿等語。足見邱泰坤係因有相當理由懷疑上訴人有再行施用毒品，為調查上訴人涉犯施用毒品罪嫌及蒐集證據之必要，而違反上訴人意思採集尿液。」

<sup>27</sup>最高法院107年台上字第2760號判決同此意旨。

<sup>28</sup>如王兆鵬等，刑事訴訟法（上），自版，10版，2020年9月，頁296-99；林鈺雄，刑事訴訟法（上冊），自版，5版，2020年3月，頁486-87。

液。

另外，如果依隱私權基準，肯認尿液的採取屬於實質意義的搜索<sup>29</sup>，那麼刑訴法第205條之2的無令狀搜索就會是同法第130條的特別規定，或至少是類似於附帶搜索的設計。附帶搜索的規範目的在於，保全證據及維護執法人員的人身安全<sup>30</sup>。其中，保全證據指的是，在拘捕後，即時搜索嫌疑人的身體等處所，並在發現與拘捕事由相關證據時，予以扣押，以避免嫌疑人湮滅該證據<sup>31</sup>。也就是說，之所以在拘捕後，容許警察官員在沒有令狀的情形下進行搜索，是為了避免嫌疑人湮滅與拘捕案件相關的證據。由於尿液可以用以證明嫌疑人施用毒品等犯罪事實，但會因如廁而湮滅，所以立法者特別規定，警察官員在合法拘捕後，在有相當理由時，可以採取嫌疑人的尿液，以保全證據。也正因为刑訴法第205條之2的性質屬於附帶搜索，尿液的採取也就應該如同附帶搜索，只能夠是為了取得與本案相關的證據，而不是毫無限制地在任何的拘捕案件中，都可以進行這一個類型的處分。

最後，從政策上來說，若不限制採取尿液限制在與拘捕本案犯罪事實相關的證據，其結果會是，執法機關在所有的拘捕案件中，只要有相當理由認為懷疑嫌疑人施用毒品，就能夠採取其尿液，如此一來，將嚴重侵害嫌疑人的身體及隱私等權益，也完全違背了令狀原則的要求。是故，解釋及適用上應認，依刑訴法第205條之2的尿液採取，只能夠是為了取得與拘捕本案犯罪事實相關的證據<sup>32</sup>。

（三）所謂「因調查犯罪情形及蒐集證據之必要」及「有相當理由認為採取……尿液……得作為犯罪之證據」，應如何解釋及適用？又法院裁判或學理上之見解為何？

從條文文字上看來，刑訴法第205條之2中的「因調查犯罪情形及蒐集證據之必要」指的是有調查犯罪情形及蒐集證據的「必要性」，「有相當理由認為採取……尿液……得作為犯罪之證據」則是有相當理由(probable cause)可信，嫌疑人體內的尿液可以用以證明拘捕案由的犯罪事實。

實務上，法院似乎尚未有判決較為明確地說明前述的必要性的意涵，不過有相當數量的判決認為，相當理由並不是單指有相當理由可信受拘捕人的尿液可以證明其犯罪，而是嫌疑人的尿液得以證明其所受拘捕的本案犯罪事實。舉例來說，嫌疑人因竊盜罪受有通緝，警察官員在逮捕後，不能依刑訴法第205條之2採取嫌疑人的尿液，但嫌疑人若是因施用毒品被拘提或逮捕，在有相當理由可信其尿液可以證明毒品的施用時，就可以採取其尿液<sup>33</sup>。有論者則認為，條文中的必要或是相當理由，只是程度上的差別，並無本質上的不同<sup>34</sup>。

美國法制就此，有著類似的看法。亦即，在涉及類似，但侵害較小的處分（如抽血）的案件中，在符合有相當理由可信能夠以取得與拘捕本案事實相關的證據等要件時，得以侵入性的方式自受拘捕人的體內取得證據<sup>35</sup>。美國聯邦最高法院在 *Schmerber* 案中也判定，在合

<sup>29</sup>關於搜索的概念，有財產權基準及隱私權基準。這部份，可以參照王兆鵬，重新定義高科技時代下的搜索，月旦法學雜誌，93期，2003年2月，頁166-82；以及李榮耕，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卷3期，2015年9月，頁880-87。

<sup>30</sup>王兆鵬等，前揭註28，頁257；林鈺雄，前揭註28頁437。

<sup>31</sup>王兆鵬等，前揭註，頁260-63。也因此，於在嫌疑人身上不可能發現證據的案件中，拘捕後，就不能為了保全證據而進行附帶搜索。舉例來說，在肇事後逃逸的案件中，在逮捕嫌疑人後，警察在拍觸其身體，確認沒有武器後，就不能打開翻看隨身攜帶的皮夾或是皮包，因為其中不會有與肇事後逃逸案件相關的證據。

<sup>32</sup>臺灣高等法院108年上訴字第1575號判決，臺灣高等法院107年上訴字第3233號判決；臺灣高等法院107年上訴字第1738號判決；以及臺灣高等法院107年上易字第1431號判決相同旨。

<sup>33</sup>如臺灣高等法院108年度上訴字第1575號判決；臺灣高等法院108年度上訴字第779號判決；臺灣高等法院108年度上訴字第109號判決；以及臺灣高等法院107年度上易字第1560號判決等。

<sup>34</sup>林俊益，刑事訴訟法概論（上），新學林，20版，2020年9月，頁392。

<sup>35</sup>王兆鵬等，前揭註28，頁298。

於有明確跡象可信得自受拘捕人的體內發現及取得證據等要件時，得進行抽血類型的處分（搜索）<sup>36</sup>。至於明確跡象，有法院認為，就是相當理由的意思<sup>37</sup>。

（四）違反犯罪嫌疑人或被告之意思，從其自行解出之尿液，予以扣押而採取之，本質是否屬於非附隨於搜索之扣押處分？採取尿液是否亦屬於法院或檢察官勘驗處分之檢查身體之重要內容（刑事訴訟法第212條規定及第213條第2款規定參照）？

違反嫌疑人意思，命其解出尿液而取得尿液檢體，與非附隨於搜索的扣押，有其類似之處。兩者都是以可以作為證據之物為處分的客體（扣押還包括了違禁品，刑訴法第133條第1項參照），而且都是由相對人自行提出可為證據之物，不是由偵查官員以強制力搜尋可以扣押的物品，並在發現後，予以扣押。不過，兩者在執行的過程中，還是有其相當不同的地方。在非附隨於搜索的扣押，相對人在提出應扣押物的過程中，不涉及到其他權利的侵害，但是在尿液採取的過程中，由於採尿人員必須要全程監控（採驗尿液實施辦法第13條第1項參照），所以會嚴重侵害相對人的隱私。再者，尿液的採取有一定的急迫性，因所施用的毒品的不同，在一至五天不等的期間內，自然地從體內代謝<sup>38</sup>，所以立法者才會授權偵查機關在拘捕後，得以無令狀地採取尿液，但相對地，依刑訴法第133條之1所為的扣押，其客體並沒有這樣的性質。也因此，就性質上來說，刑訴法第205條之2的身體檢查處分，或許更類似於附帶搜索（同法第130條），而不是非附隨於搜索的扣押。

從結論上來說，尿液檢體的採取不同於刑訴法第212條及213條第2款的勘驗。其中的原因在於，刑訴法中的勘驗，指的是以人的感官知覺（眼、耳、鼻及觸覺等），直接接觸證據（有形體的物件或是以電腦等設備播放出來的聲音或是影像紀錄），據以形成心證<sup>39</sup>。相對地，採取尿液是取得尿液本身，採取後還需要鑑定人就其進行一定的化驗，確認尿液中特定物質的反應（如安非他命或大麻等）。從這樣的比較分析可以知道，勘驗及尿液採取有其本質上的不同。

（五）於前揭情形下之採取尿液，是否應符合強制處分令狀原則（刑事訴訟法第133條之1第1項規定參照）？即依一定書面法定方式為之？如採令狀原則，究應採檢察官保留或法官保留？其憲法上依據各為何？急迫情形下，法律得否授權司法警察人員逕行為非侵入性方式採取尿液？

同於問題一、（三）的答覆，侵入性的強制導尿，嚴重影響了身體及隱私等權益，依憲法對於正當法律程序的要求，應採令狀原則，由法官事先審查後，偵查機關才能夠以強制力採取尿液。不過，由於尿液會隨著時間自然代謝，所以在採取令狀原則的同時，可能要考慮是否容許急迫情形下的無令狀強制導尿，或是採取侵害較小的強制抽血。至於非侵入性的採取尿液，在執行上還是有賴於相對人的自願配合，較無侵害嫌疑人隱私或身體權益的疑慮，所以或可由法律授權，由偵查機關為之。

（六）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？

憲法中沒有不自證己罪權利的明文。不過，在數件協同或不同意見書中，都認為其屬人

<sup>36</sup>*Schmerber*, 384 U.S. at 769-70.

<sup>37</sup>*E.g.*, *Elix v. State*, 743 P.2d 669 (Okl.Crim.App. 1987).

<sup>38</sup>如最高法院106年台上字第1296號判決。另外可以參考毒品的檢測技術，中山醫學大學附設醫院－醫事檢驗科，available at [http://web.csh.org.tw/web/a32000/?page\\_id=377](http://web.csh.org.tw/web/a32000/?page_id=377) (last visited Sep. 6, 2021)。

<sup>39</sup>如最高法院104年度台上字第893號判決，以及103年度台上字第463號判決參照。另外可以參照林鈺雄，前揭註28，頁596；林俊益，前揭註34，頁612。



民依憲法所受有保障的權利<sup>40</sup>。

關於不自證己罪權利的內涵及國家是否侵害人民的此一權利，比較法上及學理有不同的看法。有認為不自證己罪權利的概念是，國家不能強迫被告積極地證明自己的犯罪事實，但被告仍然必須要忍受消極被動配合國家的偵查行為。據此，被告或嫌疑人沒有義務陳述自己的犯罪事實，也不需要依偵查機關的要求，主動提出非供述型態的證據，如吐氣或是走直線。但若只是消極被動地配合警察官員的抽血、採取毛髮等處分，被告或犯罪嫌疑人則有忍受義務<sup>41</sup>。這樣的看法，多稱之為主動基準。

相對於主動基準，有學者認為，不自證己罪指的是不被迫做成使自己入罪的供述，也就是說，被告有權拒絕做成會使自己受有刑事訴追或是處罰的供述。也因此，如果是要求被告或是嫌疑人接受強制處分（如配合抽血），或不是要求其做成供述（如提出前一個年度的帳本），其便仍有配合的義務。這樣的主張，多稱之為供述基準<sup>42</sup>。

主動基準將供述證據及非供述證據都涵蓋在不自證己罪所保護的範圍內，主張人沒有義務積極協助國家訴追自己，同時也禁止國家強制人民以積極的行為證明自己的犯罪事實。不過，從結論上來說，供述基準可能是用以解釋不自證己罪權利及判斷是否侵害此一權利，較為妥適的方向。其中原因之一是，依主動基準，國家可以強制嫌疑人接受抽血，但卻不能要求其吐氣，可以查看嫌疑人的身體，但不能命其走直線，但是就對於人們的隱私及身體權益的侵害或影響程度來說，抽血及查看身體都大於吐氣及走直線。這樣的結果，或值商榷。是故，在判斷是否侵害人民的不自證己罪權利，供述基準會是較為合理的判斷依據<sup>43</sup>。

從比較法上來說，美國聯邦最高法院判定，不自證己罪權利所保護的是嫌疑人或被告所作出的溝通或是供述<sup>44</sup>。是故，自嫌疑人身上取得尿液等生理跡證，雖然可以作為證據，認定犯罪事實之用，但是這一類證據並不是被告的陳述或是供述，所以不會有不自己罪原則的適用。亦即，就尿液的採集，被告不能主張不自證己罪權利<sup>45</sup>。除此之外，強迫被告穿上犯罪現場發現的褲子<sup>46</sup>，接受抽血<sup>47</sup>，要求被告及其他人講：「把錢放在袋子裡。」（為供證人辨識）<sup>48</sup>，提供筆跡<sup>49</sup>，配合採取指紋<sup>50</sup>、齒模<sup>51</sup>及尿液<sup>52</sup>等，都不違反聯邦憲法第五增修條文的不自證己罪權利。

綜上所述，由於尿液檢體不是被告的意思表達，從尿液中也不會得知其所知、所思、所想或所信，不屬於被告的供述。是故，刑訴法第205條之2並不違反人民依憲法所得主張的不

<sup>40</sup>指出不自證己罪權利屬於憲法上權利者，如釋字第五八二號解釋許玉秀大法官協同意見書、釋字第六五四號解釋許玉秀大法官協同意見書、釋字第六七〇號解釋許宗力大法官協同意見書，以及釋字第六七〇號解釋陳新民大法官協同意見書。

<sup>41</sup>如林鈺雄，對第三人之身體檢查處分－立法原則之形成，臺大法學論叢，33卷4期，年月，頁132；林鈺雄，不自證己罪原則之射程範圍：最高法院相關裁判之回顧與評釋，台灣本土法學雜誌，初版，93期，2007年月，頁222-28；吳俊毅，刑事訴訟上身體檢查措施被告忍受義務之界線，刑事法雜誌，53卷2期，2009年月，頁99-101。

<sup>42</sup>如王兆鵬，不自證己罪保護之客體，一事不再理，自版，初版，2008年3月，頁227-30。

<sup>43</sup>相同的結論，薛智仁，論拒絕證言權對取證強制處分之限制：以親屬與業務拒絕證言權為例，臺大法學論叢，49卷2期，2020年6月，頁729-31。

<sup>44</sup>See *Schmerber*, 384 U.S. at 761

<sup>45</sup>See *id.*

<sup>46</sup>*Holt v. United States*, 218 U.S. 245 (1910).

<sup>47</sup>*Schmerber*, 384 U.S. at 763-64.

<sup>48</sup>*United States v. Wade*, 388 U.S. 218 (1967).

<sup>49</sup>*United States v. Gilbert*, 388 U.S. 263 (1967).

<sup>50</sup>*E.g.*, *In re Doe*, 860 F.2d 40, 46 (2d Cir. 1988).

<sup>51</sup>*E.g.*, *United States v. Maceo*, 873 F.2d 1 (1st Cir. 1989).

<sup>52</sup>*E.g.*, *McKenna v. State*, 671 S.W.2d 138 (Tex. App. 1984).

自證己罪權利<sup>53</sup>。

我國憲法雖然沒有資訊隱私權的明文，但釋字第60三號解釋明確指出：「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(本院釋字第五八五號解釋參照)。其中就個人自主控制個人資料之資訊隱私權而言，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。」不過，大法官同時指出，「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。」

尿液可以揭露極為大量的人體資訊。除了是否施用毒品外，還包括了人別的確認及本人健康與身體狀況等。因此，人民對於其尿液及其能顯示的事項，可以依憲法第二十二條及釋字第60三號解釋，主張資訊隱私權。不過，如同大法官所指出，資訊隱私權不是絕對的權利，在有明確的法律規範及合於比例原則的情形下，可以限制此一權利。就刑訴法第205條之2在位階上屬於法律，與刑訴法中其他條文相比較，內容尚稱明確。這一個條文以刑事訴追及證據的蒐集為目的，屬於重要的政府利益，應無疑義。警察官員以非侵入性的方式採取尿液者，由於其有賴於嫌疑人的配合，可認是侵害最小的方式，但若是以侵入性的方式強制導尿，固然可以達到取得證據的目的，但其可能已經不是為了取得相關資訊（如嫌疑人是否施用毒品）所能夠使用的侵害最小方式。這是因為，偵查機關或許仍然能夠以強制抽血等其他方式，得到相同或類似的資訊，達成同樣的目的。

（七）系爭規定是否符合法官保留或令狀主義？是否合於憲法正當法律程序原則？

同於問題一、（三）的答覆，依刑訴法第205條之2所進行的尿液的採取，可以分為相對人配合的尿液採取，以及相對人拒絕時的強制導尿。前者由於相對人願意配合，所以由偵查機關在合法拘捕及有相當理由為之，與令狀原則尚無不符之處。也因為是受拘捕的嫌疑人配合下所進行的尿液採集，不涉及強制力的使用或是身體的侵入，所以可認合於正當法律程序的要求。但是在後者，由於侵入性的強制導尿，嚴重影響了身體及隱私等權益，依憲法對於正當法律程序的要求，應採令狀原則，由法官事先審查後，偵查機關才能夠以強制力採取尿液。現行實務運作，雖然多數的案件都會依同法第205條之1的規定，由檢察官核發鑑定許可書後為之，但因為檢察官職司犯罪的偵查，帶有強烈的訴追性質，所以這樣的運作方式，仍不合於令狀原則的要求。

再者，強制導尿涉及人體的侵入及穿刺，應由醫師或具備類似技術的專業人員，於醫療處所（如醫院），依醫事上的準則及程序，以不影響嫌疑人生命或嚴重影響其健康的妥適方式為之<sup>54</sup>。現行條文就此，並未有明確的規範，並不妥適。此外，尿液固然是證明許多犯罪事實的重要證據，但在有其他證據可以證明同樣的待證事實，取得方式所造成的侵害較小的情形下，就應該以該方式為之，而不是對嫌疑人施以強制導尿<sup>55</sup>。這部份，現行條文也未有具體規範。也因此，在這一範圍內，刑訴法第205條之2與憲法對於正當法律程序的要求並不一致。

問題三、違反受採尿者意願強制採尿（含侵入性強制導尿及非侵入性強迫解尿）之正當法律程序為何？並請特別就下列事項予以說明，以及提供相關資料：

<sup>53</sup>相同結論，王兆鵬，不自證己罪保護之客體，一事不再理，自版，初版，2008年3月，頁229-30。

<sup>54</sup>最高法院99年度台上字第7407號判決參照。See also Crowder, 543 F.2d at 316.

<sup>55</sup>Schmerber, 384 U.S. at 771.

(一) 立法例上，關於得違反受採尿者意願採尿之相關規定及實務見解為何？

依刑訴法第205條之1及205條之2，似乎都可以違反嫌疑人的意願，採取其尿液，甚至是強制導尿。不過，同於問題一、(三)及二、(一)的答覆，關於刑訴法第205條之2，最高法院有不同看法，有認為警察官員依該條得實施強制導尿者，有持否定立場者。至於實務上的作法，在大多數的案件中，警察官員似都會報請檢察官核發鑑定許可書，而不是逕自將拒絕配合的嫌疑人送往醫療院所強制導尿。

(二) 違反受採尿者意願強制導尿(侵入性)，應設置如何之事前審查機制，抑或尚應另設置事後審查機制，始能符合憲法正當法律程序原則之要求？

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？又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？

同於問題一、(三)及問題二、(七)的答覆，非侵入性的尿液採取，依提問的作法，都會有嫌疑人配合，所以可認係出於其同意，不會有違反正當法律程序的疑慮。至於使用強制力，取得特定人身上的尿液(強制導尿)，參考美國法制後可認，已經構成實質意義的搜索<sup>56</sup>，所以會有令狀原則的適用<sup>57</sup>。在個案中，必須要由中立客觀的司法官員審查個案中是否存有相當理由，並核發經明確記載的令狀，方得為之。除此之外，在個案中還應該考量到尿液對於犯罪事實證明的重要性，有無侵害較小的替代方式。但若是相對人願意配合，自行排解尿液，提出與執法官員，就不需要適用令狀原則。至於事後審查機制，依美國法制，受搜索人就法院所核發的令狀享有救濟的機會，也因此，嫌疑人或被告有權就法院所核發，授權警察官員強制導尿的令狀，聲明不服。在 *Crowder* 案中，巡迴法院也判定，對身體所為的侵入性處置(如以手術取出子彈)，應使被告享有對於法院裁定提起抗告<sup>58</sup>。

不過，同前所述，就我國實際的運作來說，在強制導尿是否能適用令狀程序，相當程度取決於令狀聲請及審查所需要的時間，若是在身體自然完全代謝相關物質前難以取得令狀，那麼採取令狀程序的結果，可能就會使得絕大多數的案件會以無令狀的方式為之。此時，立法者會需要考量，是否容許緊急情狀下的無令狀強制導尿，以及是否應以侵害較小的強制抽血取代強制導尿。除此之外，強制導尿應該由醫師或是具備相同技術的專業人員，於醫療院所，以合於醫療規範的方式進行，如此方能防止嫌疑人受有生命或重大身體或健康的危害。

<sup>56</sup>Alexander Galicki, *The End of Smith v. Maryland?: The Nsa's Bulk Telephony Metadata Program and the Fourth Amendment in the Cyber Age*, 52 Am. Crim. L. Rev. 375, 396 (2015)

<sup>57</sup>E.g., *Lockard v. City of Lawrenceburg, Ind.*, 815 F.Supp.2d 1034 (2011).

<sup>58</sup>*Crowder*, 543 F.2d at 316.