

刑訴法第 205-2 採取尿液規定合憲性淺析

林超駿

(臺北大學法律學系教授)

壹、前言

本人很榮幸受邀參加有關刑事訴訟法第 205-2 條，即：「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。」之條文，其中有關採取尿液規定之合憲性問題，表示意見。由於系爭法律合憲性判斷所涉問題極為複雜，非三言兩語所可究竟，本意見書當有未盡之處。

本意見書以下共區分為四部分：一是於第貳段立論，有關刑訴法第 205-2 條採取尿液合憲性問題之判斷， 大院有必要超出實證法規定之藩籬，重新對問題定性，以判斷刑訴法第 205-2 條採取尿液規定之合憲與否；二是於第參段闡釋，為何有關刑訴法第 205-2 條採取尿液合憲性之問題，必須從搜索架構而為討論，而刑訴法第 205-2 條採取尿液規定是否有合憲之關鍵，則是在其是否屬我國憲法所（應）承認之無令狀搜索範圍；三則是於第肆段，舉美國及英格蘭兩地法制為例，說明外國法制是如何地處理有關合法拘捕到案被告、犯罪嫌疑人等，無令狀採取此等人士尿液之法制；最後則是於第伍段分析與建議， 大院可能採取之三種不同範圍憲法解釋，本意見書建議至少從合憲解釋出發，藉由限縮刑訴法第 205-2 條之適用範圍，以使該條規定維持合憲之可能性，至少是部分合憲之可能性。亦即，如借用美國憲法之學理說明，刑訴法第 205-2 條採取尿液合憲性之問題，應僅構成適用上違憲。

貳、處理刑訴法第 205-2 條採取尿液合憲性問題，應跳脫實證法架構，

重新為問題之定性

欲解決本釋憲標的之合憲問題，也就是刑訴法第 205-2 條採取尿液合憲性問題，本意見書強烈建議 大院應跳脫該條文在現有刑事訴訟法之章節，也就是不受該條所在之「鑑定與通譯」節之影響，同時也不受該條文字用語之左右，重新

定性相關問題，進而從憲法角度解決問題。之所以如此建議，至少是基於以下兩項理由。

（一）重新對問題定性，方能看出刑訴法第 205-2 條與先前修法之齟齬

首先，從當下我國之一般立法程序看，無論修正既有條文，或是新增相關條文，主事者不免基於業績之考量，不得不求速效，因而相關法條草案之提出，不免未能盡研究之能事，對於本應參考之外國法制或法理，倉促之間，可能割愛。抑有進者，當下部分法律增修條文之提出，每每有個案性，不能盱衡全局，故前後之立法間不免欠缺一致，其問題之嚴重者，甚至可能發生齟齬與衝突之問題。以本釋憲聲請標的，即 2003 年出現之刑訴法第 205-2 條規定為例，便有可能與早兩年（2001 年）新修或新增之刑訴法第 130 條之附帶搜索，及第 131 條第 2 項緊急搜索物等兩項規定間，發生競合，甚至是發生衝突（請詳以下第叁、四點之分析）。以此而言，釋憲者當然有義務對問題為適當定性，再進而解決問題。

再者，純就刑訴法修法之特殊性言，由於審、檢、辯三方對於刑事訴訟特定制度之設計，各有看法，從而刑訴法部分條文不僅可能是三方協商，甚至是較勁後之產物，前後之修法間欠缺一致性，或亦可以想像。在此情況下，作為釋憲者，當然應勇於介入，從憲法角度對特定法制、特定法規範，做出較為周延之詮釋，因此需要對問題重新定性。

（二）重新對問題定性，方能避免系爭規定之合憲性判斷淪為零和遊戲

其次，這樣之主張有外國法前例可循。就刑訴法第 205-2 條採取尿液之規定言，雖然本意見書以為從憲法角度看，該條規定確有可議之處，但尚未到全部否定之地步，至少在部分場合，該條之規定仍有價值。而為說明此一複雜現象，唯有將相關問題重新定性，除一方面較能凸顯相關問題癥結外，同時也提醒我國法界過往可能忽略之問題。對此，美國最高法院現任首席大法官 John Roberts 於著名之歐巴馬健保案中一席話，可為註腳。

按所謂歐巴馬健保案爭議之關鍵，是在於雙方爭執美國憲法中之商業條款，可否作為強迫人民給付歐巴馬健保費之憲法基礎，自由、保守兩派對於此一議題立場對立。John Roberts 首席大法官雖以為美憲商業條款不足以作為歐巴馬健保之憲法基礎，但認為此一社會福利法制有存在價值，渠遂對相關爭議重新定性，以為這應該是人民納稅義務之問題，以維持歐巴馬健保法制之合憲性。對此，渠於判決中謂：It is only because we have a duty to construe a statute to save it, if fairly possible, the mandate can be interpreted as a tax.”（既然吾人有義務解釋法律避免其違憲，假如可行的話，強制給付之健保費，應解釋為係一種稅）。易言之，John Roberts 首席大法官另闢蹊徑，不囿於法條之窠臼，從而妥適地保存歐巴馬健保法制。

叁、刑訴法第 205-2 條採取尿液合憲性問題，應從搜索架構下探討

有關刑訴法第 205-2 條採取尿液合憲性之問題，亦面臨類似 John Roberts 首席大法官所言之場景。本意見書以為，欲維繫該條規定之價值、合憲性，亦必須重新對相關問題定性。亦即，該條採尿問題（甚至是該條規定之其他問題），不能從鑑定之角度探討，而須從刑訴法之搜索、扣押制度框架下看。之所以如是說，主要是基於以下六點之理由：

一、類似我國刑訴法第 205-2 規定，主要國家法制罕見規定於鑑定章節者

刑訴法第 205-2 條採取尿液合憲性問題之討論，之所以必須從搜索架構下談之第一項理由，是一很簡單之理由，即從比較法上看，主要國家法制似皆未將該國類似刑訴法第 205-2 條有關身體檢查之規定，放在鑑定章節中者，其中，美國、日本及英格蘭（含威爾斯）之法制，皆是將類似規定放在搜索章節者。

其實，如從立法目的看，衡諸刑訴法第 205-2 條中之幾項重要用語，諸如「違反犯罪嫌疑人或被告之意思」、「有相當理由認為」以及「得作為犯罪之證據時」，意味著該條之立法目的實際再賦予檢察官事務官、司法警察官以及司法警察等，對拘捕到案被告、犯嫌疑人等，無令狀強制取證之權力，本質上與該條同時進入刑訴法之第 205-1 條規定意旨不同。亦即，2003 年刑訴法新增兩項看來似孿生兄弟與鑑定有關之條文，即 205-1 與 205-2 兩條，無論是從理論或是比較法看，前者是與鑑定有關之規定無疑（且適用至審理程序），但是後者既僅針對偵查程序，規定在搜索、扣押章中，或許就比較妥適。

此外，刑訴法第 205-2 條相關規定，既是屬強制取證之作為，就現行刑訴法之體系言，當然是搜索之問題，更何況我國刑訴法之原則性規定，即刑訴法第 122 條有關搜索之客體之規定，包括被告、犯罪嫌疑人及第三人之身體。是以，刑訴法第 205-2 條中包含採取尿液之規定，本就應從搜索角度予以討論。

最後，退萬步言，刑訴法第 205-2 條中包含採取尿液之相關規定，即便是鑑定相關議題，但問題是，行鑑定之前，必須以有合法扣押物為前提，而合法之扣押物復又以有合法之搜索為前提。是以，在刑訴法第 205-2 條規定之重要前提，是被告、犯罪嫌疑人須先經合法拘捕，再經合法取證之作為，任一環節出錯，皆恐影響鑑定結果。事實上，美國最高法院早於近五十年前即已指出，人身證據（physical evidence）供科學鑑識者，必以先經合法拘捕、合法搜索扣押為前提，此可為參考。¹是以，即便刑訴法第 205-2 條規定目的係為鑑定，但怎能略去鑑

¹ State v. Dionisio, 410 US 1, 8 (1973).

定前之必要程序，即搜索與扣押不談？

二、依據美國最高法院見解，強制取尿即屬搜索

前一段是從比較法以及立法意旨說明，刑訴法第 205-2 條之規定，本質上是搜索問題，若就本釋憲聲請案之標的，也就是本條有關採取尿液之規定言，若參酌美國最高法院見解，一般採取尿液之作為，自屬美國憲法第四增修條文所稱之搜索（search），更遑論如係侵入性（intrusive）採尿之場合，當然更屬美國最高法院所定義之搜索。

就我國法言，一個重要但向來被忽略之問題，是有關刑事訴訟程序上搜索之意義。先就實證規範言，無論是刑訴法抑或是憲法，皆未對刑事搜索之意義、內涵有所界定：刑訴法搜索扣押章之第一條規定，即刑訴法第 122 條規定，直接規範搜索之客體，但對搜索意義未置一詞；至於憲法層次，則如所周知，我國憲法之權利清單中無有關搜索之明文規定。而當實證之法律及憲法對於重要之搜索概念並未有所規範時，便有賴相關司法機關解釋之補充。但是，不免令人遺憾地，承擔刑訴法第 122 條法續造大任之最高法院，迄今似尚未對刑事搜索之意義做出詮釋；就 大院言，雖然在處理通訊保障及監察法之釋字第 631 號解釋之解釋理由書中，提及搜索，但並未藉機對搜索之概念、內涵做進一步耙梳。

相對於此，美國最高法院於著名的 *Katz v. United States*² 出現後，便在不同案件中，不斷界定美國憲法第四增修條文所稱搜索之意義與內涵。其中，與本釋憲聲請標的類似之非侵入性強制採尿作為，美國最高法院於 1989 年之 *Skinner v. Railway Labor Executive's Association*³ 乙案中，即曾表示，違反當事人意志之蒐集尿液作為，除因當然侵害一般人所認為如廁之隱私外，尿液化驗結果更會因顯示諸多個人資訊而侵害隱私，同時取尿行為本身也是限制當事人之行動自由（freedom of movement），基此，美國最高法院以為違反當事人意志之尿液蒐集行為，即便非侵入性，當屬美國憲法第四增修條文意義下之搜索。

本意見書以為，美國最高法院此一有關違反當事人意志採取尿液，即便是非侵入性之作為，仍屬搜索之見解，有其借鏡之處，並值得參酌、援引。不過，在此參考此一美國最高法院見解之更重要目的，是欲進一步強調，唯有從搜索角度切入，方能討論以下諸多重要但被忽略之問題。

三、現行身體檢查法制之問題，不在有無新令狀，而在搜索法制應更層級化與細緻化

當下我國法界有一種看法，即有關刑事程序之身體檢查處分與搜索處分有

² 389 US 347 (1967).

³ 489 US 602 (1989).

別，特別是在侵入性身體檢查情形，因而有必要於通訊保障及監察法之改革一般，承認新的令狀類型。對此，本意見書不否認創設新的刑事程序取證令狀，或許對人權保障有更大之貢獻，但問題是，就我國現行法言，如與美國法制比較，搜索制度之問題在於規範密度過低，且欠缺層級化之規範。以下茲區分為三點，予以進一步申論

首先，由於自民國九十年之後，我國刑事搜索已改採法官保留原則，凡屬檢警搜索之作為，自然要經法官審查，是故，如上所言，倘使刑訴法第 205-2 條之採尿之規定有任何侵害人權問題可能的話，問題之關鍵，應該無論是現行法規規定抑或是實務界之作為，均未將刑訴法第 205-2 條採尿之作為評價為搜索，一旦評價為搜索，除屬無令狀搜索之例外（詳下述），自然受法官保留之保障。所以，無論是刑訴法第 205-2 條有關身體檢查規定之本身，抑或是本釋憲聲請案之標的尿液採取等作為，如有任何侵害人權之結果，絕非來自於搜索之概念或定性，至少不是來自有法官保留之搜索法制。以此而言，是否需承認搜索狀以外之新令狀，當然有相當之檢討空間。

其次，如果說在有法官保留之後的我國搜索法制，尚有任何不足的話，首要之缺點，恐在於欠缺層級化之搜索法制。以美國法為例，在搜索概念下，早就出現視搜索對象之不同，而從憲法角度給予寬嚴不同之準據。比如說，在我國刑訴法第 205-2 條所規定之身體檢查對象中，諸如指紋、照相以及聲調等，美國最高法院早於一九六零年代末期開始，便以為警察對於合法拘捕到案被告採取上述個人證據，並不構成美國憲法第四增修條文之搜索，所以，若是違背當事人意志無令狀取得，並不違憲。在晚近，美國最高法院以為刑訴法第 205-2 條中所規定之吐氣，得為無令狀附帶搜索之標的；另更以為司法警察對於合法拘捕到案之被告，得進行無令狀之 DNA 採集。所以，以美國法而言，部分身體檢查之搜索，其對於令狀原則之需求度，反而低於傳統之搜索作為。

反之，在另一方面，美國最高法院對於部分搜索類型，特別是本釋憲聲請案所關切之侵入性身體搜索類型，強調必須具備更嚴格之條件方屬合憲，甚至在個案中以為雖有令狀，但該特定侵入性之身體搜索仍屬違憲。具體而言，美國最高法院早於一九五二年之 *Rochin v. California*⁴ 乙案即表示，警方以強迫腹瀉方式以取得被告身體中之毒品，違反被告正當程序保障。之後，在一九五七年之 *Breithaupt v. Abram*⁵ 乙案中則表示，本案由醫師執行強制驗血之作為，避免了前述 *Rochin* 案中之野蠻作為及侵入性。而在一九八五年之 *Winston v. Lee*⁶ 乙案中，警察以外科手術取得被告體內子彈之取證方式，雖事先取得法官所核發之令狀，但仍被美國最高法院認為該舉措違憲。

⁴ 342 US 165 (1952).

⁵ 352 US 432 (1957).

⁶ 470 US 753 (1985).

職是之故，由以上有關美國法之分析可知，搜索雖是傳統且行之久遠之概念，但在美國最高法院解釋下，不僅與時俱進，更重要的是，創造了我國法所忽略之搜索層級化體系。這至少可區分為四層次：一是在最嚴重侵入性身體搜索場合，即便有令狀，其合憲性仍需個案決定；二是在較不嚴重侵入性身體搜索場合，則除令狀外，更需有適當身分之專家，如醫師，予以執行；三是在其他侵入身體搜索場合，只要有令狀即可；最後，在部分身體檢查場合，所取得相關來自身體之證據，如上面提及之指紋、聲紋等等，甚至無需令狀。

最後，上述美國最高法院判決，或許還提醒吾人，所謂身體檢查乙詞，恐不完全精確。此因，在上述案件中，部分案件雖侵入身體，但目的不在搜尋、扣押身體之組織或成分，如血液、臟器等，而是欲從身體中找到一般之物，即毒品、槍彈等物。是以，身體檢查乙詞如不能精確說明此種在人體內找尋物之情形，還不如回歸搜索乙詞，反更為貼切？

四、從搜索切入，方能看到刑訴法第 205-2 條與現行搜索體系之衝突

回到我國法，包含採取尿液在內之刑訴法第 205-2 條規定，只有從搜索角度切入，才能看到該條規定與現行刑訴法所架構搜索體系衝突之問題，特別是與無令狀搜索法制間之衝突。或更精確的說，刑訴法第 205-2 條之規定，恐使現行刑訴法第 130 條之附帶搜索與刑訴法第 131 條之緊急搜索，特別是該條第 2 項緊急搜索物之規定，空洞化。

先就刑訴法第 205-2 條與附帶搜索規定之可能衝突言，原因當在於二者皆是以拘捕被告、犯罪嫌疑人，作為進行無令狀搜索之要件。刑訴法第 130 條僅規定檢察官等進行附帶搜索時，得搜索被告、犯罪嫌疑人之身體，但刑訴法第 205-2 條則明確賦予檢察事務官等採取指紋以血液、尿液等證據。此處蘊含之問題很多，僅舉其中一個，在我國現行法下檢察官亦得從事附帶搜索，但其得搜索之範圍竟較其職位低檢察事務官所從事搜索之範圍（至少就身體檢查言）不明確？此屬妥適立法？再者，如果反過來說，附帶搜索範圍不當然包括尿液等證物，則是意味著刑訴法第 205-2 條之搜索範圍反較寬？法律明文承認之無令狀搜索，反不如鑑定節中之規定，此是否屬一種體系上之問題？

再就刑訴法第 131 條第 2 項緊急搜索物與刑訴法第 205-2 條規定之比較言，特別是就刑訴法第 205-2 條後段以有相當理由，得採取血液、尿液等物之規定言，刑訴法第 131 條第 2 項緊急搜索之要件，除同以具相當理由為要件外，更僅限檢察官指揮之場合，且要求必須以證據有偽造、變造、煙滅或隱匿為要件，更需於緊急搜索後陳報法院，相關要件卻未見諸於刑訴法第 205-2 條，顯見刑訴法第 131 條第 2 項緊急搜索之要件規定，遠比刑訴法第 205-2 條規定為嚴格。是以，此處

之問題，亦類同上述附帶搜索與刑訴法第 205-2 條規定之關係問題，一方面由檢察官所進行之緊急搜索要件，反嚴格於檢察事務官、司法警察官及司法警察所從事之無令狀等之搜索，如此一來，是否會使得刑訴法第 131 條第 2 項緊急搜索物之規定空洞化？事實上，依據筆者約略之查詢，最高法院電子查詢網站上，僅有兩件裁判與刑訴法第 131 條第 2 項緊急搜索物之規定有關，但反觀與刑訴法第 205-2 條規定有關之裁判，則多達四十多件。

究其原因，很可能即如先前第貳、一段提及者，因相關條文於不同時間立法，因而有相當可能性立法者未能前後兼顧，未能綜觀全局之結果，便造成上述可能衝突之場景。而欲認識到此一隱而未現之重要問題，唯有將刑訴法第 205-2 條規定，從搜索角度予以檢視，方能看出。

五、從搜索切入，方能適切地回答大院所提之諸多難題

再者，大院所提諸多有關刑訴法第 205-2 條尿液採集之問題，如從搜索角度切入，方能獲致適切之答案：

就二（一）、二（三）以及二（五）之問題言，如上所言，無論是一般採集尿液，或是侵入性採集尿液，在美國最高法院相關定義下皆屬搜索，故原則上需以先獲得法院核發之令狀，方能從事相關採尿作為。

就二（二）之問題，只要是符合搜索要件下所獲得之證據，當然不僅用於本案，也得用至他案。但問題是，刑訴法第 205-2 條有關尿液採取之規定，如上所言，需先取得令狀，既未取得令狀，該尿液便屬非法取得之證據。再者，從無令狀搜索之角度看，除非個案採尿情形同時具備刑訴法第 131 條第 2 項緊急搜索要件，或是大院所提以為附帶搜索範圍包括採取尿液，否則當下依據刑訴法第 205-2 條採取之尿液，並非合法取得之證據。

至於有關不自證己罪之問題，如參酌美國法自上述 *Schmerber v. California* 乙案所確立之原則，證據只要不具供述性（testimonial）或溝通性（communicative），便無不自證己罪原則之適用。而美國最高法院以為血液並不具備此兩種特性，故強制抽血、驗血，並不構成不自證己罪，這樣之見解，當亦可適用至強制採取尿液之場合。

就二（四）之問題言，如上所言，刑訴法第 205-2 條尿液採取本身即是搜索，所以無刑訴法所稱第 133 - 1 條 1 項非附隨搜索之扣押處分。雖然，刑訴法第 205-2 條係以拘捕為中心，賦予檢察事務官等蒐集尿液之權力，立法目的不僅在處理作為拘捕之本案，看似屬非附隨搜索之扣押處分，但畢竟不如評價為搜索，對於被告及犯罪嫌疑人之保障較佳。

就二（七）之所提之正當程序問題言，如果刑訴法第 205-2 條採取尿液評價為搜索，當然就必須符合搜索之正當程序。

六、從搜索切入，方能看出刑訴法第 205-2 條採取尿液之合憲問題所在

雖然，綜上之分析，本意見書以為刑訴法第 205-2 條採取尿液之作為，應以令狀為原則；同時，該條之規定亦與現行法之無令狀搜索體系有所衝突，但問題是，當下係從事憲法解釋，如本文第貳段所言，如果釋憲之系爭法規範有合憲之可能性時，釋憲者有義務透過解釋盡力維持其合憲性，或至少部分案件（適用上）合憲。

而本意見書以為，刑訴法第 205-2 條之採尿規定如仍有合憲可能，關鍵應在於 大院應釐清與確認我國憲法所允許之無令狀採尿範圍。事實上，無論是從維持司法警察等在緊急狀態之執法空間，抑或是從維持社會安定之角度看，各國搜索法制皆維持一定搜索例外，甚至在有些國家例外成為原則，比如說有德國學者強調，德國法在傳統搜索領域，無令狀搜索案件比例高達百分之九十，⁷由於該文並未談及德國法有關無令狀身體檢查搜索之比例，但從國內碩士論文提供之資訊看，應有一定比例。⁸

既然，在各國搜索法制下，必有一定之無令狀搜索，且有些國家，如美國，係從憲法角度確立無令狀搜索之範圍，為解決刑訴法第 205-2 條之採尿規定合憲性問題， 大院恐有必要在本案中，釐清我國憲法所允許之搜索原則暨例外。以下一段便舉美國與英格蘭兩種建構無令狀搜索之例，供 大院參考。

肆、允許無令狀採取尿液之外國法制借鏡：美國及英格蘭法

如從比較法檢視，特別是從結果論，主要國法制中似皆賦予司法警察一定無令狀採取尿液之權力，但此處重點是，各國法制究竟是以何種準據？何種要件？賦予檢察官或司法警察等得無令狀採取被告、犯罪嫌疑人之尿液之權力，應該是吾人理解之重點。以下便介紹美國以及英格蘭法制為例，以為參考。

一、美國法：以美國最高法院及各州終審法院判決見解為中心

必須先說明的是，美國最高法院迄今，並未出現於刑事程序上無令狀採取尿液合憲性之案件，雖然，曾出現數起（五件）其他場合無令狀採取尿液案件，為首者即上述之 *Skinner v. Railway Labor Executive's Association* 乙案，但因此些案

⁷ Thomas Weigend, *Germany*, in CRIMINAL PROCEDURE: A WORLD STUDY (2nd ed.) 243, 250 footnote 34 (Craig M. Bradley ed. 2007).

⁸ 任君逸，緊急強制處分有效控制－以遲延危險為中心（政大碩士論文），頁 2，2011 年。

件基本上屬非刑事案件，所以於此便不予介紹及討論。

雖然如此，美國最高法院確曾做出有關無令狀採取血液之案件，且重點是，於前後共四件有關無令狀採取血液之案件中，有三件係發生在 2013 年之後者，故相關見解反映美國最高法院晚近有關美國憲法第四增修條文搜索意義、要件之看法，同時由於近來處理到無令狀採取尿液問題之各州終審法院案件，皆不免參酌最高法院近來之見解而下判決，所以美國最高法院有關無令狀採取血液之案件，雖看似與本釋憲聲請案有關無令狀尿液採取之問題無關，但實際上仍有一定關聯性。基此，以下便先介紹美國最高法院歷來四份與無令狀採取血液有關之判決，之後，再介紹各州參酌最高法院判決後，針對無令狀採取尿液所下判決之見解。

（一）*Schmerber v. California* 乙案

1966 年之 *Schmerber v. California*⁹ 乙案，是美國刑事訴訟法制演變上極其重要之案件，除一方面處理到美國憲法第四增修條文之無令狀採取血液合憲性問題外，同時亦討論到強制驗血與美國憲法第五增修條文不自證己罪間之關係（此部分已如前述）。於本案中，美國最高法院以為，強制抽血之作為的確侵害隱私權，故屬憲法第四增修條文意義下之搜索，但因被告係合法逮捕，且因酒精濃度會隨著時間消散，為避免證據滅失故有其緊急性，因而司法警察有強制抽取血液之正當（相當）理由；此外，本案之抽血係在醫院且由醫生執行，故司法警察此一無令狀強制取血液之作為，係屬合憲。

（二）*Missouri v. McNeely*

在 *Schmerber v. California* 乙案出現近半世紀之後，美國最高法院方再度處理無令狀強制採血之合憲問題。在 2013 年之 *Missouri v. McNeely*¹⁰ 乙案中，最高法院限縮上述 *Schmerber v. California* 案之見解，該案強調不能僅以酒精濃度恐隨時間消逝，證據因而滅失，作為緊急搜索要件，即不得以酒精消失作為緊急搜索之 *per se rule*，故本案司法警察無令狀強制取血之作為違憲。是以，司法警察對酒駕司機進行無令狀緊急驗血之要件，除酒精濃度恐隨時間消逝之理由外，尚需其他具體事證。

（三）*Birchfeld v. North Dakota*

於 *Missouri v. McNeely* 乙案出現三年後，美國最高法院再度對無令狀採取血液等之合憲性問題，表示意見。在 *Birchfeld v. North Dakota*¹¹ 乙案中，美國最高法院表示對酒駕者無令狀強制驗血，不屬附帶搜索之範圍，但無令狀強制酒駕者吐氣者，則在司法警察附帶搜索之權限內。

⁹ 384 US 757 (1966).

¹⁰ 133 S. Ct. 1552 (2013).

¹¹ 138 S. Ct. 2160 (2016).

(四) *Mitchell v. Wisconsin*

最後一例，則是 2019 年之 *Mitchell v. Wisconsin*¹² 乙案。本案主要是補充前述 *Missouri v. McNeely* 乙案中，強調對於酒駕者以緊急狀態為由，所進行之無令狀強制抽血之作為，除酒精濃度隨時間消逝之理由外，究竟尚需哪些事證方能滿足進行緊急搜索之要件？在 *Mitchell v. Wisconsin* 乙案中，美國最高法院以為本案之被告不醒人事狀態，足以作為發動緊急搜索，即無令狀強制驗血之事由，故本案中司法警察抽血之作為合憲。

(五) 相關州法院判決有關強制採取尿液合憲性見解

由於上述美國最高法院或是對於緊急搜索，或是對於附帶搜索之要件，近來有進一步之釐清，故開始出現部分州終審法院有關強制採取尿液合憲性問題之判決。在此，比較值得注意的是，在不符美國法之緊急搜索要件時，當事人只能選擇以附帶搜索主張無令狀採取尿液之基礎，但問題是，基於上述 *Birchfield v. North Dakota* 乙案之見解，僅有吐氣部分屬附帶搜索範圍，血液部分不是，此時便須釐清，採取尿液究竟類似於抽取血液？抑或是相同於吐氣？

亦即，部分州終審法院若選擇附帶搜索角度，切入有關無令狀採取尿液之合憲判斷，必須先從事一重要比較，即強制採取尿液究竟較類似強制驗血之情形？抑或是較類似強迫吐氣之情形？因為，一方面取尿不似驗血般，必經過侵入性之搜索；但另一方面，取尿對於隱私之侵害，亦遠大於吐氣之情形。由於強制取尿之本質，相當程度在強制抽血與強制吐氣之間，但如上述，美國最高法院在附帶搜索領域，對於強制抽血與強制吐氣給予不同答案，所以問題癥結在於，特定之州終審法院，到底認為是採尿與抽血較為近似？亦或是以為採尿與吐氣較為類同？歸類不同，有關是否屬合憲無令狀附帶搜索之答案，自然不同。

二、英格蘭法：以實證法律規定為中心

由於英國最高法院尚未對司法警察無令狀強制取尿之行為，表示過法律見解，本處便就英國之實證法制，做扼要介紹。英國法基本上係以美國法所稱之同意搜索（我國法自 2001 年後，亦明文規定在刑訴法第 131 條之 1 中）為基礎，並輔以對被告綿密之程序保障，方賦予司法警察相當之無令狀採取血液、尿液等私密樣本權限。

三、小結

由於時間有限，本意見書無法對美國法及英格蘭法，做更完整之介紹分析與闡釋。不過，僅從以上扼要之介紹可知，兩國法制如與本釋憲標的刑訴法第 205-2 條之採尿規定相較，外國法制是要完整得多，值得吾人注意。

¹² 139 S. Ct. 2525 (2019).

伍、對刑訴法第 205-2 條採取尿液規定憲法解釋之建議

最後，謹針對 大院所可能從事之憲法解釋，提出建議：

一、應利用本案作為建構更完善搜索法制之起點

本釋憲聲請案所凸顯之諸多難題，如前述，相當程度來自我國法，無論是實證法或實務見解，未對搜索之概念、內涵有所界定。但我國現行之搜索法制不是僅止於此而已，如先拋開釋憲標的之刑訴法第 205-2 條採取尿液規定合憲性問題不談，我國現行搜索法制之最大問題，是在於規範之質與量皆有不足。先就法條之數目言，如以美國人口最多之加州為例，該州有關搜索、扣押之實證法律規定，若從條項之數目來看，可能至少是我國法之四五倍之上。再就法條規範之質言，我國刑訴法第 205-2 條之規定，未如英格蘭法類似規定之嚴謹，特別是未如英格蘭法要求執法人員進行此類無令狀搜索時，必須留下一定書面紀錄。

是以，為建立更完善完備之搜索法制， 大院應嘗試從憲法層次確立搜索之內涵，除釐清搜索之概念外，更應樹立相關原則（如無令狀搜索），以作為強化我國搜索法制規範密度之基礎，而本案正提供 大院此一千載難逢之良機。

二、應以複數憲法文本作為釋憲基礎

作為釋憲基礎，不應僅依賴憲法第二十二條隱私權，作為釋憲之憲法文本基礎。因依據刑訴法第 205-2 條所採取之尿液，如得作為證據，必不利於被告，所以以此而言，該條規定對於人民之訴訟權恐亦有所影響。所以，至少應將憲法第十六條規定亦作為釋憲之文本基礎。

三、三種可能之不同釋憲範圍

如前已提及者，本意見書以為刑訴法第 205-2 條採取尿液之規定，在某些場合仍有其重要價值，所以不應以其未採令狀原則，便宣告當然違憲，應使此一系爭規定，保留一定合憲空間，以美國法來看，相當於頂多是適用上違憲而已。而如前述，這便涉及憲法所容許之無令狀採取尿液範圍。從解釋範圍之窄到寬，本意見書以為恐至少有三種可能。

（一）範圍最小者：僅對刑訴法第 205-2 條之採尿規定作合憲性限縮解釋

範圍最小者，即是做適用範圍限縮之合憲性解釋。至於適用範圍限縮之準據，當然有多種可能，但至少應調和前述刑訴法第 205-2 條規定，與附帶搜索及緊急搜索物衝突之問題。易言之，刑訴法第 205-2 條有關主體、要件等規定，絕對不能寬於附帶搜索與緊急搜索之相關規定。

（二）範圍次大者：界定憲法層次之我國法無令狀搜索之範圍

範圍次大者，謹建議 大院應將現行刑訴法所規定之無令狀搜索規定，提升至憲法位階，一方面調和刑訴法第 205-2 條規定與其他規定之衝突，另一方面藉由闡釋憲法位階之無令狀搜索，指引實證法制進一步之立法方向。

（三）範圍最大者：從憲法宣示建構層級化搜索法制之原則

範圍最大者，即從憲法角度宣示層級化之搜索法制，即藉由對採取尿液合憲性之詮釋，區別與其他所謂身體檢查搜索之異同，以及對物搜索之異同等，進而一方面保障人權，另一方面給予執法人員較為明確之執法空間。

陸、結論

由於本釋憲聲請所涉議題複雜且困難，加以時間倉促，本意見書相關分析與論述多不完整，謬誤之處難以避免，還祈請 大院海涵！