

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

《書面資料》

東海大學法律系副教授 劉芳伶

目次

壹、引言.....	2
貳、強制採尿	2
一、日本之實務與學說	3
(一) 肯定說.....	3
1. 鑑定處分許可狀與身體檢查令狀併用說（過去實務多數亦有不少學說支持）	3
2. 搜索扣押令狀說（現行實務、通說）	3
(二) 否定說.....	6
1. 強制採尿違法說（過去實務少數亦有學說支持）	6
2. 強制採尿違憲說（學說少數）	6
(三) 小結.....	7
參、任意供尿（待其解尿）	8
一、日本實務上的運作模式.....	8
二、有關任意供尿的代表性案例.....	8
(一) 欠缺明確承諾之任意同行	8
(二) 以任意處分以名長時間留置被告等同於實質違法逮捕	9
肆、與不自證己罪之關係	10
一、強制採尿令狀案	10
二、有關不自證己罪特權之日本理解	10
(一) 通說：限於供述證據說	10
(二) 少數說：不限於供述證據說	11
伍、爭點回應	11
題綱之一	11
題綱之二	12
題綱之三	14

壹、引言

基於偵查目的所為之採尿處分，日本實務上主要有兩種方式，第一、強制採尿：此係違反犯罪嫌疑人或被告意思，透過醫療性手段，實施侵入性的導尿方式以採取尿液；第二、任意供尿（待其解尿）：此多係利用犯罪嫌疑人或被告遭到逮捕或為任意同行之後，警方再三勸說其自願提供尿液，待其自然排泄之後再予以扣押，此雖曰扣押，實乃「經同意之扣押」，日本刑事訴訟法（下稱日刑訴法，相對於此，我國則稱台刑訴法）名曰「領置」¹。第一種方式為強制處分，第二種則被定位為任意處分之一環。以下分項說明之。

貳、強制採尿

為了偵辦有關酒駕、吸毒等案件，而有必要採取血液或尿液作為直接證據。就偵查目的之遂行而言，犯罪嫌疑人或被告如不願配合採血、採尿，此時，就有進行強制採血、採尿之極高的必要性。不論是強制採血抑或是強制採尿，皆屬於強制處分，此點並無疑義。而強制採尿，尤其多用以對應偵查吸食毒品案件之情形。因為在吸食毒品的案件中，如果透過採血之方式，要能測出吸食毒品之陽性反應，就必須把握吸食後的 30 分鐘內之黃金時段；相對於此，若係採尿檢驗，那麼可得有效驗出之時間帶便大幅延長至 4 日乃至於 10 日之間，從而，對於吸毒案之偵辦而言，採尿確實具有高度之必要性與有益性²。問題是，強制採尿在日刑訴法中並無直接的明文規定，故有肯否兩說之對立，其詳如下。

¹ 「領置」係指，偵查機關取得所有者、所持者、保管者所任意提出之物的占有之處分（日刑訴法第 221 條參照）。由於係屬任意提出，因此無需令狀，惟其取得占有之效果與扣押完全相同。

² 岡部泰昌，適正手續と強制採尿—最高裁昭和 55 年 10 月 23 日決定を契機に，判例タイムズ，32 卷 2 号，頁 11（1981）。

一、日本之實務與學說

(一) 肯定說

1. 鑑定處分許可狀與身體檢查令狀併用說（過去實務多數亦有不少學說支持）

代表案例：東京高判昭和 54 年 2 月 21 日判例タイムズ 389 号 153 頁

案例要旨：「（強制）採尿乃係基於身體檢查令狀以及鑑定處分許可狀所為之強制處分，因此，採尿之際，為了防止危害而壓制被告之身體，將導尿管插入尿道進行採尿，乃係為了執行（採尿）強制處分所必要不得已之措施。」

學說批判：由於單憑身體檢查令狀無法進行體液之採取（因為此等措施需要專門的知識與技術，性質上屬於鑑定，無法歸類為勘驗。），所以便解為此部分可用鑑定處分許可狀予以處理（日刑訴法第 172 條、第 225 條第 4 項）；然問題是，單憑鑑定處分許可狀又無法進行直接強制，故此部分又轉而援引身體檢查令狀作為壓制被告之身體（以利導尿順利進行）等直接強制的依據（日刑訴法第 222 條第 1 項準用同法第 139 條）；惟如此之解釋手法恐難免招致（偵查）便宜主義之譏³。

2. 搜索扣押令狀說（現行實務、通說）

代表案例：最決昭 55 年 10 月 23 日刑集 34 卷 5 号 300 頁（下稱強制採尿令狀案）

事實概要：被告因讓渡安非他命而被逮捕，在其手腕上清楚可見許多靜脈注射之孔洞，觀其行止也透露出吸毒的濃厚嫌疑，偵查官再三勸說其任意提出尿液，然皆遭其頑強拒絕，不得已，於翌日下午 4 點左右，取得身體檢查令狀以及鑑定處分許可狀，由醫師擔任鑑定受託者，欲進行強制採尿。惟該名醫師表示，還是盡可能讓他自然排尿比較好吧，因此並沒有立刻進行強制採尿，直

³ 除本文所載肯否兩立場中之各說外，在肯定之立場中還有另兩說，其一，身體檢查令狀說：此說認為屬於勘驗之一種的身體檢查，也並非僅侷限於身體之外表（體表）之觀察，特別是，作為身體檢查之附加條件（日刑訴法第 218 條第 5 項），得指定必須由醫師等醫療專業人士作為輔助者行之，限於有此附加條件之情形，且其內部檢查之程度並未超越鑑定之情形者，即可肯認其適法性，而作為體液採取之依據。對此，有批判指出：勘驗之性質乃係五感作用，至多只能涵括至身體孔穴之指觸或探查，無法包括體液採取。又體液採取必須要有醫師等專門技術人員實施，但是法律上的實施主體卻是偵查機關，如此一來，便導致事實上的實施主體與法律上之實施主體兩相分離，恐有責任主體不明確之問題。其二，鑑定處分許可狀說：體液採取在性質上必須由醫師等の專家實施，屬於鑑定之必要處分（日刑訴法第 225 條、同法第 168 條第 1 項）。對此，有批判指出，偵查機關的囑託鑑定與法院命鑑定不同，並未準用直接強制之規定（日刑訴法第 225 條、同法第 172 條），若此，即便解為鑑定之必要處分，也不能允許以導尿管進行強制採尿。

到當晚 7 點左右，被告還是堅拒排尿，警方只好再度聯絡醫師，適時，醫師才趕赴警察署，在警察署醫務室的床上，由數名警察官壓制被告的身體，再由醫師插入導尿管，約莫 10 分鐘，採取到 100cc 的尿液，被告被壓制的最初係劇烈抵抗，不過開始採尿之後，就整個放棄了而不再抵抗，所採取的尿液送鑑定的結果為陽性，被告以讓渡及吸食安非他命被提起公訴。

一審的名古屋地裁一宮支部，採用尿液鑑定書為證據，判決被告有罪。二審名古屋高裁⁴，雖然肯定鑑定書之證據能力而駁回被告上訴維持一審判決，不過也同時在判決中指出，強制採尿「對犯罪嫌疑人之人格尊嚴造成顯著的妨害」係屬違法。

而本件辯護人主張，強制採尿違反憲法所保障之緘默權與禁止拷問之規定（日本國憲法第 31 條，第 38 條），故以違憲強制採取的尿液為基礎做成的鑑定書應屬於違反取證而無證據能力，提起上訴三審。

三審判決：以上訴理由並不該當於日刑訴法第 405 條，駁回其上訴。

三審要旨：「（強制採尿）係對身體之侵入行為，同行為伴隨而來的是會造成屈辱感等精神上打擊，本件採尿係以通常所使用的導尿管插入尿道中採取尿液之方法，雖會對受採者造成某程度的肉體上之不快感乃至於抵抗感，然以由醫師等熟悉此技能者適切地實施為限，引起身體上乃至於健康上特別的障礙之危險性相對較低，即便有可能引起障礙也只不過係屬程度輕微者，而且本件強制採尿對犯罪嫌疑人所造成的屈辱感等精神上打擊，在以勘驗進行身體檢查之時也可能會有相同程度之情形，因此，作為偵查程序上的強制處分，並無理由絕對禁止對於犯罪嫌疑人進行如本件之強制採尿，有鑒於犯罪案件之重大性、嫌疑之存在、該當證據之重要性以及其取得之必要性、沒有其他適當的替代手段等情事，確實可以認為其乃犯罪偵查上所不得已者，作為最終手段，並經適切的法律上程序，應得允許之。…所謂適切的法律上程序[係指]…存在於體內的尿液作為犯罪的證據物予以強制地取得之行為，應認為係具有搜索扣押之性質，故應解為偵查機關於實施之際應以搜索扣押令狀為必要…惟[其]…與作為勘驗之方法的身體檢查亦有共通性，因此，有關身體檢查令狀刑訴法第 218 條

⁴ 即後出強制採尿違法說：名古屋高判昭和 54 年 2 月 14 日判例タイムズ 383 号 156 頁。

第 5 項⁵於[為強制採尿的]搜索扣押令狀時應準用之，作為令狀之記載要件，必須明白記載強制採尿應由醫師等以醫學上被認為相當之方法行之此一條件[。]…[本件]偵查機關，依循從來的偵查實務的常例，為行強制採尿，自法院取得身體檢查令狀與鑑定處分許可狀，在被告遭逮捕後已經過 33 小時仍不願意提出尿液，也不存在有其他可資替代強制採尿的適當手段，偵查機關不得已只能依據所取得的身體檢查令狀以及鑑定處分許可狀，囑託醫師進行採尿，由該醫師在適切的醫學上的考量之下採用合理且安全的方法實施採尿，當該醫師要進行採尿之際，被告非常激烈地抵抗，因此數名警察官才一起壓制被告之身體，應可認為此乃係為了讓採尿能安全地實施所必要最小限度之有形力之行使，本件強制採尿之過程，有關令狀之種類以及形式之點雖有瑕疵，但是除此之外，顯然皆符合前述法所要求之諸要件。」

* 學說批判：

①搜索、扣押係以取得「物」之占有為目的之處分，體液為身體之一部分，並非「物」。故而，強制採尿並非搜索扣押令狀之適用對象。

②搜索·扣押專由偵查機關執行，相對於此，體液採取在性質上則應由醫師等專家來執行，因此前者並不適合作為後者的法依據。

③強制採尿伴隨著屈辱感等精神上打擊，對犯罪嫌疑人或被告之人格尊嚴造成顯著的戕害。

* 對批判之反論：

①尿雖然是體液的一種，但是屬於身體的排泄物，於此意義上，其與吞入體內之異物，在本質上並無二致。

②採尿雖應由醫師實施，但取得之尿液往往又交由其他的化學專家進行化驗，因此採尿可以說是為了提供鑑定資料所為之搜索扣押。

③強制採尿伴雖然會隨著屈辱感等精神上打擊，但是以勘驗方式進行身體檢查時，也不乏有招致同程度屈辱、打擊之情形。

* 支持強制採尿案之代表性學者：田宮裕

⁵ 「檢察官、檢察事務官又は司法警察員は、身体検査令状の請求をするには、身体の検査を必要とする理由及び身体の検査を受ける者の性別、健康状態その他裁判所の規則で定める事項を示さなければならない。」

代表作：同氏，捜査における強制採尿の適否(最決昭和 55.10.23)，警察研究，59 卷 1 号，頁 61-71（1988）。

主張摘要：強制採尿令狀乃係一種「究極的令狀」，其作為偵査之必要不得已之最後手段，在強制採尿令狀案中，最高法院以適切的條件為前提予以肯認，尚未違反適正程序保障之要求。

（二）否定說

1. 強制採尿違法說（過去實務少數亦有學說支持）

代表案例：名古屋高判昭和 54 年 2 月 14 日判例タイムズ 383 号 156 頁

案例要旨：「（本案所實施之強制採尿）雖然有法官所核發之令狀為據，且直接由醫師親手實施，即便如此，仍然對犯罪嫌疑人之人格尊嚴造成顯著的戕害，已經超越該令狀之執行程序可得容許之限度，不得不謂為違法。」⁶

2. 強制採尿違憲說（學說少數）

代表性學者：小早川義則

代表作：同氏，強制採尿の違憲性，成分堂（2019）。

主張摘要：以美國法之「適正程序保障」（due process clause）⁷區分為程序的適正程序保障與實體的適正程序保障為其論述前提，認為強制採尿縱然定位為最後手段且有法官所核發之令狀為據並必須直接由醫師親手實施，如此措施，至多也只能評價為尚不違反程序的適正程序保障罷了，然而，其之實施，必然伴隨著強烈的屈辱感等精神上打擊，對人格尊嚴造成顯著的戕害，此情，

⁶ 本件判旨：「被告人が、覚せい剤粉末を他の者に譲渡し、並びに、覚せい剤を水に溶いて自己の腕部に注射して覚せい剤を使用した事案の控訴審において、犯罪の種類、性質等により犯行の日時、場所、数量を明らかにすることができない特殊事情がある場合には幅のある表示で記載された訴因によっても審判対象が明示されていると言えるので刑法 256 条 3 項に違反しないとした原審を支持し、また、強制採尿は憲法 38 条の黙秘権を侵害するものではないが被疑者の身体を押さえつけてなされた強制採尿は被疑者の人格の尊嚴を著しく害し違法なものであるとした上で、結果として採取された尿及び鑑定結果の証拠能力は否定されないとして、控訴を棄却した事例。」本件三審即前引最決昭 55 年 10 月 23 日刑集 34 卷 5 号 300 頁（強制採尿令狀案）：「被告人による覚せい剤粉末の譲渡及び覚せい剤の自己使用の事案の上告審において、被疑者の身体を押さえつけてなされた強制採尿は被疑者の人格の尊嚴を著しく害し違法であるとした原審について、被擬事件の重大性、嫌疑の存在、当該証拠の重要性とその取得の必要性、適当な代替手段の不存在等の事情に照らし、犯罪捜査上真にやむを得ない場合に最終手段として適切な法律上の手続きを経てなされる強制採尿は許されるとして、この点で原審に法令違反があったとした上で、原審が結果として採取された尿及び鑑定結果の証拠能力を認めて控訴を棄却していることから、当該法令違反による判決への影響はないとして上告を棄却した事例。」

⁷ 或稱正當法律程序原則或正當法律程序基本要求（the essential requirements of due process of law）。

已然該當於美國聯邦最高法院 Rochin v. California, 342 U.S. 165 (1952) 所指摘「對良心造成驚嚇」之程度，而顯然違背實體的適正程序保障，故屬違憲。

(三) 小結

有關強制採尿（直接強制）之可否：

(1) 否定說

理由摘錄：

①強制採尿伴隨著屈辱感等精神上打擊，對犯罪嫌疑人或被告之人格尊嚴造成顯著的戕害。

a. 違憲說：此種戕害已經達到「對良心造成驚嚇」之程度而違反實體的適正程序保障之要求。禁止立法允許強制採尿。

b. 違法說：日本現行法並無強制採尿之明文，基於強制處分法定主義，必須有立法明文，且其立法必須對於強制採尿所帶來伴隨著屈辱感等精神上打擊以及可能造成身體傷害或人體生理機能之障礙等問題有明確且適當之對應，並在令狀制度之制約下，方得以合法化。

②難以否定強制採尿仍有造成身體傷害或人體生理機能之障礙的可能性。⇒故難調為適正程序之保障已然充分。

(2) 肯定說(通說)

令狀形式：搜索扣押令狀說（別稱：強制採尿令狀，最決昭 55 年 10 月 23 日刑集 34 卷 5 号 30 頁。）

理由摘錄：

①沒有其他替代的偵查方式，基於偵查之緊急性與必要性，強制採尿作為最後手段應可容許。

②強制採尿雖會伴隨著屈辱感等精神上打擊，然實施勘驗進行像是裸身或是孔洞（例如肛門等）等身體檢查時，亦同。故兩者都沒有違反適正程序保障之問題。

③明明可以任意提出（尿意）也就不至於招致強制採尿的屈辱，被處分人捨此不為，偵查機關也是徒嘆奈何。

④強制採尿必須由醫師等專業醫療人士親自實施，只要其實施合於醫療常規適切地的進行，鮮少有對身體上乃至於健康上造成甚麼特別的危險之可能性，即便極少數的情形果真萬一不幸引起生理機能之障礙，其程度亦屬輕微。

參、任意供尿（待其解尿）

一、日本實務上的運作模式

待其解尿係屬於非侵入性之任意處分。日本實務的作法，通常不會直接就要強制採尿，而是會花費相當長的時間進行勸說，要求犯罪嫌疑人或被告自行提出尿液，當然這中間也會不斷勸其喝水、喝茶或走動等以促其尿意產生，不過因為是任意處分，所以不能說是「命令」，只能是「勸說」，待被告接受勸說而願意自然排泄之後再將尿液予以扣押。前述強制採尿案中警方的處置正是彼邦實務上的慣行，警方在被告遭逮捕後花了長達 33 小時進行勸說，然和被告無論如何還是不願意任意提出尿液，最後不得已才進入強制採尿之環節。

這裡要特別注意的是，該案的警方已經在下午 4 點左右就取得身體檢查令狀以及鑑定處分許可狀，不過亦未立刻進行強制採尿，因為受囑託的醫師還是希望盡可能讓被告自然排尿，因此在取得令狀的情況下，勸說還是繼續，直到當晚 7 點左右，被告還是嚴拒堅不排尿，才放棄勸說，進入強制排尿的環節。

要之，彼邦實務運作上確實係將強制採尿作為最後手段，此點表現在，即便已經有令狀在手，通常還是會繼續勸說（以強制採尿案來看，4 點取得令狀等到 7 點才實施強制採尿，等於約莫又花了 3 小時進行最後勸說。），給被告最後的機會。如此也就不難理解，為何前述肯定說有感而發指出：「明明可以任意提出（尿意）也就不至於招致強制採尿的屈辱，被處分人捨此不為，偵查機關也是徒嘆奈何。」

二、有關任意供尿的代表性案例

（一）欠缺明確承諾之任意同行

案號：最判昭 61 年 4 月 15 日 40 卷 30 号 215 頁

要旨：「偵辦吸食安非他命之案件中，警察官沒有得到犯罪嫌人的承諾就進入其住宅寢室內，而且也沒有得到明確的承諾就以任意同行的方式將人帶到警察署，其人已經表示要離開卻充耳不聞還是讓人留在警署，此等諸般情事，皆已經逸脫了任意偵查的可容許範圍，在這一連串過程後接著讓其提出尿液並加以扣押，於此情形，不得不評價其採尿程序帶有違法性，不過，對於一直讓犯罪嫌疑人留置在警察署這件事，警察官並沒有強迫的言行，而且就尿液提出本身也沒有施加任何之強制，乃係基於任意承諾而為，綜觀本件上述諸般情

事，其違法之程度尚不能謂為重大，故無法否定本件尿液鑑定書之證據能力。」

(二) 以任意處分以名長時間留置被告等同於實質違法逮捕

案號：最決平 6 年 9 月 16 日 48 卷 6 号 420 頁

事實概要：警察在上午 11 點 10 分對犯罪嫌疑人所駕駛的車輛實施攔停進行職務質問，從其言行判斷認為具有濃厚的吸毒嫌疑，於是將手伸入車窗直接把車鑰匙拔走，並繼續由數名警察輪流質問，直到下午 5 點 43 分，不斷勸說其任意同行到警察署，不過，犯罪嫌疑人都持續果斷拒絕。又在過程中，警察為了讓犯罪嫌疑人鎖車所以曾經一度將車鑰匙交回，豈料其人竟然趁機鑽進車內，警察立刻從其兩臂腋下穿過予以環抱藉此加以阻止，犯罪嫌疑人只好又將車鑰匙交給警方，其後，警方就一直保管著。而在下午 3 點 26 分左右，現場指揮的警察官為了取得令狀暫時離開，之後，約莫在下午 5 點 2 分，簡易法院核發了以系爭車輛以及犯罪嫌疑人之身體為對象暨實施強制採尿之搜索扣押令狀，而在 5 點 43 分執行令狀強制排除犯罪嫌疑人之抵抗。具體上，警方先搜索扣押該車輛，並壓制暴走的犯罪嫌疑人強制帶往醫院，晚間 7 點 40 分至 7 點 52 分在醫院進行強制採尿。

要旨：「本件到搜索扣押令狀之執行開始為止，期間，警方阻止被告繼續開車，而且將被告留在現場超過 6 個半小時，雖然開始[係指開始進行職務質問之時，即指職務質問的發動而言。]有適法性，即便考慮到被告吸食安非他命的嫌疑是變得越來越高，不過，為了請求被告任意同行而進行的說服行為也已經超過了其[係指作為任意處分之任意同行]限度，而且被告的行動自由被長時間的剝奪，勘此諸點，不得不說[係指本件所進行的職務質問之全體而言]已經逸脫了作為任意偵查可得容許之範圍係屬違法。…[惟在本件]職務質問之過程中，警察官所行使之有形力，像是將車鑰匙拔走不還，或是阻止被告拿著車鑰匙鑽進車內等程度，皆未構成過度強制，而可謂為仍僅止於為阻止被告繼續駕駛之目的所必要最小限度之範圍內。又路面積雪甚滑，被告本身反覆出現因為可疑有安非他命中毒的異常之舉動，即便如此，被告還是執意要從盤越公路開往宮城方面，因此，不僅是任意偵查的側面，就交通危害防止之交通警察的側面而言，也應可謂為有阻止被告繼續開車之高度必要性。然而，被告卻還是固執己見要親自駕車，一直斷然拒絕以其他方式為任意同行，考慮到被告的這種

態度，就結果而言，可以說警察官進行長時間的說服也是有不得已的一面，有鑒於此，實不能認為警察官從最初一開始就有違法留置[被告]之意圖。綜合考慮此間諸般情事…雖不得不謂警察官未早期請求令狀而長時間將被告留置在現場之措施係屬違法，然其違法尚未達到將令狀主義之精神視為無物之重大程度。」

肆、與不自證己罪之關係

一、強制採尿令狀案

在強制採尿令狀案（最決昭 55 年 10 月 23 日刑集 34 卷 5 号 30 頁）中，辯護人以強制採尿違反憲法所保障之緘默權與禁止拷問之規定（日本國憲法第 31 條，第 38 條）為由提起上訴三審，然遭駁回。

同案原審（二審：名古屋高判昭和 54 年 2 月 14 日判例タイムズ 383 号 156 頁。）也指出，強制採尿並非求取供述因此與緘默權侵害無關。亦無構成拷問之虞。

二、有關不自證己罪特權之日本理解

（一）通說：限於供述證據說

所謂不自證己罪特權，其之對象是否僅限於「供述」而不及於「物件」（item）？此乃有關同特權之意義與效力的傳統爭議問題；惟，日本現今實務通說咸認為同特權僅限於「供述」⁸。在日本，所謂不自證己罪特權的效力，一般認為有三點，第一點，禁止課予關於不利益事實之供述義務；第二點，證據禁止之效果，第三點，不利益推認禁止之效果⁹。此三點可進一步歸納為構成不自證己罪特權的具體內涵之兩大要件，第一點為特權保障之「強制禁止」之要件，係指不得以法律規定違反供述義務之刑罰或行政法等其他的制裁，若有違反，則屬於強制供述，而侵害不自證己罪特權¹⁰。第二點與第三點則係特權保障之「使用禁止」之要件，申言之，證據禁止係指禁止將供述作為證據使用，此處之「使用」乃係「直接使用」；而不利益推認禁止係指不能因為行為人行使

⁸ 劉芳伶，事故調查之供述義務與不自證己罪特權—以系統性觀點為分析視角，月旦法學雜誌，290 期，頁 192-193（2019）。

⁹ 同前註。

¹⁰ 同前註。

僅供司法院大法官審理聲請案 20210916 說明會之用，未經同意請勿引用、外流或轉用。

不自證己罪特權（即拒絕供述），而將其拒絕供述之事實作為不利於行為人之推認根據來使用，此處之「使用」乃係「間接使用」¹¹。

（二）少數說：不限於供述證據說

相對於通說，亦有論者提出批判認為，關於日本國憲法第 38 條第 1 項解釋，若從其保護利益的實質解釋出發的話，在理論上也未必不能擴張至供述以外的行為¹²。

伍、爭點回應

以下針對「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爭點題綱」（下稱爭點題綱）所載一、二、三之提問，分項進行扼要回應。題綱之一

- （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？
【答：有，參見最高法院 109 年台上字第 4572 號刑事判決。】又何謂「因鑑定之必要」？實務上如何適用？
【答：按司法院法學資料檢索系統所公刊之實務判決所示，並未說明何謂「因鑑定之必要」，皆徑行引用條文予以適用。】
- （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？
【答：有，參見最高法院 109 年台上字第 4572 號刑事判決。】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？
【答：按司法院法學資料檢索系統所公刊之實務判決所示，雖未明白提及此點，然從相關判決文脈推知，似乎核發「強制到場（強制採驗尿液）許可書」即係予以強制導尿之許可，而似未明文記載許可侵入性導尿之內容。要之，持該許可書，即可以進行非侵入性（強迫解尿）或侵入性（強制導尿）之強制採尿。參考：最高法院 109 年台上字第 3154 號刑事判決，最高法院 109 年台上字第 543 號刑事判決，最高法院 107 年台上字第 2760 號刑事判

¹¹ 同前註。

¹² 笹倉宏紀，自己負罪拒否特權，法學教室，第 265 号，頁 107-108（2002）。

決，最高法院 109 年台上字第 2914 號刑事判決。惟此點仍應向檢察實務確認，以臻確實。】

- (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？【答：按日本觀點，彼邦實務通說（強制採尿合憲說）就強制採尿必須受事前令狀規制此點而言，並無異議，有差異者，僅在於令狀之形式。若以日本強制採尿令狀的運作情形來看，其實務上係一律要求必須事前得到法官許可，始得違反受採尿者意願強制採尿，迄今為止，並未見有何窒礙難行之處。畢竟，採尿有效檢出之時間帶高達 4 日乃至於 10 日，即便一律要求必須事前取得令狀，時間上應也游刃有餘。至於檢察官的部分，由於日本與我國不同，彼邦檢察官就是偵查機關，係屬於行政官，而非準司法官，得到檢察官許可，不能認為已經符合應受令狀原則規制之要求。】

題綱之二

- (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）？【答：是，參見最高法院 109 年台上字第 4572 號刑事判決，最高法院 109 年台上字第 543 號刑事判決，最高法院 107 年台上字第 2760 號刑事判決。】又法院裁判或學理上之見解為何？【答：我國之情形，參見最高法院 109 年台上字第 4572 號刑事判決，最高法院 109 年台上字第 3154 號刑事判決（內含對我國學說之回應）。日本之情形，參見前述壹至參之說明。】
- (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？【答：若採日本觀點以言，則我國實務將台刑訴法第 205 條之 2 規定解為包括強制採尿，會被認為係屬違反令狀原則而有違憲之虞；若欲採合憲性解釋，則同條應解為不包括強制採尿。又彼邦採行強制採尿令狀，故自應限定於令狀所載之本案，不過，任意供尿之情形，則無此問題。】

- (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？【答：在我國之情形，按司法院法學資料檢索系統所公刊之實務判決所示，對此點雖有言及，但並未多所著墨，即仍援用素來所理解之令狀原則逕予解釋適用。日本之情形，請參照前述貳之說明。】
- (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）？【答：在我國之情形，雖有實務判決（最高法院 109 年台上字第 4572 號刑事判決）指出：「…授權司法警察強制採驗之規定，在體例上與搜索（搜索身體）、扣押相同，均為干預基本權之行為…」。惟台刑訴法第 205 條之 2 在體系上與非附隨於搜索之扣押欠缺親近性，而係比較接近於檢查身體乃至於鑑定（介於兩者之間）。相對於此，若按日本現行實務通說之觀點，自行提出尿液予以扣押之情形，本質上可以定位為係屬於非附隨於搜索之扣押的一種類型；且採取尿液亦屬於勘驗之檢查身體之重要內容。不過要注意的是，彼邦在制度上與我國有兩點不同：第一，日本之搜索、扣押本來就可以分別獨立（可以單獨開立，也可以合併開成一張。）。第二，日本之勘驗須受司法審查，換言之，其也必須服膺於令狀原則之下，即有所謂勘驗令狀（檢証許可狀）之規制。】
- (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）？【答：雖說我國最高法院 106 年台非字第 259 號判決指出，針對過去已結束之通訊內容，應依台刑訴法第 133 條之 1 第 1 項（非附隨搜索之扣押）以為調取。惟同項規定本係針對沒收制度之配套措施¹³，同判決所作此解是否妥適，恐非無疑。因此，若以同項規定進行強制採尿，恐有違強制處分法定主義之疑慮。】即依一定書面法定方式為之？【答：令狀原則通常要求一定書面法定方式為

¹³ 陳文貴，刑事訴訟法增訂保全扣押相關條文立法過程與簡釋，司法周刊，第1805期，頁27-29（2016）。

之，但並非有一定書面法定方式為之即符合令狀原則。】如採令狀原則，究應採檢察官保留或法官保留？【答：按日本觀點，所謂令狀原則只有法官保留，沒有檢察官保留之概念。】其憲法上依據各為何？【答：日本憲法第 35 條。】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？【答：採尿檢驗，可得有效測出之時間帶長達 4 日乃至於 10 日之間，從而較難想像所謂急迫情形係何所指？若能具體指出確有急迫情形之立法事實之存在，即便可以正當化其立法之必要性，然也不宜直接授權司法警察人員得逕行為非侵入性方式採取尿液，至少也必須有檢察官的事前參與及法院之事後審查等規制。】

- (六) 不自證己罪原則是否為憲法原則？【答：按日本觀點，是。請參見前述肆之說明。】其內涵是否應包含「無積極配合提供證據之義務」【答：日本實務通說認為不自證己罪特權之保障射程僅止於供述證據，不及於非供述證據。】？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？【答：若按日本實務通說之立場，我國同規定並未違反不自證己罪原則。又同規定設計欠缺跨巨庫觀點，故難謂為符合資訊隱私權之保障。有關跨巨庫觀點與刑事程序中資訊隱私權（情報自己決定權）之保障，可參考：劉芳伶，從跨巨庫觀點論刑事訴訟法新設「科技設備監控處分」之定性與規制—以「GPS 科技之利用」為檢討中心，月旦法學雜誌，306 期，頁 111-138（2020）；劉芳伶，論運用「車牌辨識技術」所為「N 系統偵查」之適法性判斷構造與要件，軍法專刊，67 卷 4 期，頁 91-122（2021）。】

- (七) 系爭規定是否符合法官保留或令狀主義？【答：按日本觀點，不符合。】是否合於憲法正當法律程序原則？【答：按日本觀點，不符合。】

題綱之三

- (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？【答：日本之情形，參見前述壹至參之說明。】
- (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？【答：日本之情形，參見前述壹至參之說明。】

(三) 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？【

答：日本之情形，只有侵入性強制採尿(直接強制)與任意供尿(任意處分)。發動違反受採尿者意願之強迫解尿屬於非侵入性強制採尿，屬於法無明文之間接強制，基於強制處分法定主義自非所許。如以任意處分(任意供尿)之名而行強迫解尿之實者，屬於逸脫任意處分之可容許界線之違法處分。】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？【

答：按日本觀點，本條若解為司法警察即具有強制採尿之處分權，本身就已經違反適正程序保障了；更遑論其後未予救濟之途或事後審查等情。】