

檔 號：
保存年限：

司法院刑事廳 函

地址：100203台北市中正區重慶南路1段124號

承辦人：吳鎔涵

電話：(02)2361-8577轉243

受文者：本院大法官書記處

司法院大法官書記處收文
110年 9 月 11 日
會台字第 12288 號

—H

發文日期：中華民國110年9月11日
發文字號：廳刑一字第1100001664號
速別：普通件
密等及解密條件或保密期限：
附件：如文(3485931_0001664A00_ATTCH1.docx)

主旨：檢送本廳就貴處110年9月16日說明會(會台字第12288號臺灣新北地方法院刑事第十七庭聲請案)，關於刑事訴訟法第205條之2之書面資料1份，請查照。

說明：復貴處110年8月27日處大二字第1100000928號函。

正本：本院大法官書記處

副本：



刑事廳關於 110 年 9 月 16 日說明會之研究意見

目錄

- 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、第 205 條之 1 及毒品危害防制條例第 25 條，三者皆未有規定得行強制導尿（侵入性）之明文。..... 3
 - (一) 實務上，依本法第 205 條之 1 規定強制導尿之實例？又何謂「因鑑定之必要」？實務上如何適用？..... 3
 - (二) 實務上，有無依毒品條例第 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？..... 7
 - (三) 實務上，若一律要求司法警察（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、非侵入性），有無窒礙難行之處？..... 12
- 二、系爭規定以「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」，其要件說明及相關資料：..... 15
 - (一) 系爭規定採尿方式，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，如命喝水、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？..... 15
 - (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？..... 16
 - (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．．．得做為犯罪之證據」，應如何解釋及適用？又法院或學理上之見解為何？..... 18
 - (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（本法第 212 條規定及第 213 條第 2 款規定參照）？..... 20
 - (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（本法第 133 條之 1 第 1 項參照）？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採取尿液？..... 22
 - (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？	26
(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？	33
三、 違反受採尿者意願強制採尿（含侵入性及非侵入性強迫解尿）之正當法律程序為何？並就下列事項說明：	35
(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？	35
(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？	42
(三) 如由司法警察（官）發動非侵入性強迫解尿，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採尿取證之合法性，是否有違憲法正當法律程序原則？	43

刑事廳關於 110 年 9 月 16 日說明會之研究意見

一、關於違反受採尿者意願採尿之法律依據，有刑事訴訟法（以下簡稱本法）第 205 條之 2、第 205 條之 1 及毒品危害防制條例（以下簡稱毒品條例）第 25 條，三者皆未有規定得行強制導尿（侵入性）之明文。

（一）實務上，依本法第 205 條之 1 規定強制導尿之實例？又何謂「因鑑定之必要」？實務上如何適用？

1. 實務適用本法第 205 條之 1 的實例：

（1）依檢察案件編號計數分案報結實施要點第 3 之（66）點規定，偵查階段檢察官核發鑑定許可書之案件，案號係冠「鑑許」字；另若係依毒品條例第 25 條由警察機關或觀護人報請檢察官許可強制採驗尿液案件，依同要點第 11 之（14）點則規定，案號係冠「警聲強」或「觀聲強」字，兩者字別不同。是以冠鑑許字之鑑定許可書，應係檢察官依本法第 205 條之 1 所核發；依統計資料，民國 109 年終結件數 1,354 件¹。

（2）下列案例事實，係經檢察官核發鑑定許可書後，執行強制導尿：

¹ 依附件一「地方檢察署辦理『鑑許』、『警聲強』字號案件收結統計、地方檢察署保護管束強制採驗尿液案件統計」所示，100 年至 110 年 6 月止，檢察官依本法第 205 條之 1 核發鑑定許可書之「鑑許」案件，其終結件數共計 8,074 件，其中 109 年為 1,354 件。

表一

編號	判決日期與案號	事實概要
1	109.12.29 新北地院 109 易 512	本案係由員警聲請檢察官核發鑑定許可書（108 年度鑑許字第 55 號），經檢察官審酌後准予核發，許可在新北市立醫院三重院區採取被告之排泄物（尿液）及交由鑑定機關執行鑑定。被告係由護理人員為其導尿後，由被告在瓶口封緘處蓋指印。
2	108.06.19 新北地院 108 訴 89 ²	本案有兩個事實，針對 107 年 8 月 27 日查獲即事實一（二）部分，係由員警聲請檢察官核發鑑定許可書（107 年度鑑許字第 6 號），經檢察官審酌後准予核發，許可採取被告之排泄物（尿液）及交由鑑定機關執行鑑定。被告係至醫院接受侵入性導尿。

(3) 至下列案例事實，係檢察官已核發鑑定許可書，然難由判決內容確認其後是否實際執行強制導尿³：

表二

編號	判決日期與案號	事實概要
1	106.12.15 基隆地院 106 簡 上 196	1. 被告為販毒案件藥腳，因拒絕接受採尿，員警乃向檢察官聲請核發鑑定許可書，經檢察官審酌後准予核發，許可在新北市立醫院三重院區

² 相關事實亦可參見新北地院 109 年度聲再更一字第 2 號裁定。

³ 檢察官核發後，執行人員僅取得合法執行名義，並不必然會實際執行。

		<p>採取被告之排泄物（尿液）及交由鑑定機關執行鑑定。</p> <p>2. 被告雖辯稱：警方把我抓去強制導尿，採證不合法，尿液檢驗報告不能作為證據云云，但判決書記載：被告於 106 年 4 月 23 日「接受」採尿。</p>
2	<p>106.11.08 臺灣高等法院 106 上易 2211</p>	<p>1. 被告經通緝到案後，拒絕採尿送驗，員警發現其係毒品列管人口，乃向檢察官聲請核發鑑定許可書，經檢察官審酌後准予核發（105 年度鑑許字第 11 號）。</p> <p>2. 被告雖辯稱：我沒有吸食毒品，但是警方卻把我抓去強制導尿云云，但判決書記載：被告於 105 年 7 月 1 日「接受」採尿。</p>

2. 「因鑑定之必要」及其實務運用：

(1) 本法第 204 條所謂「鑑定人因鑑定之必要」，係指鑑定人為鑑定而須蒐集資料所必要者而言⁴。第 205 條之 1 既亦以「鑑定人因鑑定之必要」為要件，與第 204 條同屬鑑定之必要處分，第 205 條之 1 第 2 項並規定：「前項處分，應於第 204 條之 1 第 2 項許可書中載明。」立法用意兩者相同，要在昭告慎重，則第 205 條之 1 規定「因鑑定之必要」意涵，當與第 204 條相同⁵。

(2) 第 205 條之 1 立法理由二，並指出：「依目前各種

⁴ 林永謀，《刑事訴訟法釋論（中）》，2006 年，初版，第 207 頁。

⁵ 林永謀，同前註書，第 213 頁。

科學鑑定之**實際需要**，鑑定人實施鑑定時，往往有必要採取被鑑定人之分泌物、排泄物、血液、毛髮或其他出自或附著身體之物，或採取指紋、腳印、聲調、筆跡、照相或為其他相類之行為，為應實務之需要，兼顧人權之保障，爰參考德國刑事訴訟法第 81 條 a 第 1 項之立法例⁶，於本條第一項明定鑑定人得經審判長、受命法官或檢察官之許可而為之，以資適用」。

- (3) 綜上，有關第 205 條之 1「因鑑定之必要」，係指為查明刑事程序具有重要性之事實，而由專業知識者輔助判斷特定事項之必要而言。其授權相關處分行為（採取分泌物、排泄物、血液、毛髮、其他出自或附著身體之物等之行為），如係為達鑑定目的所實際需要者，即應符合此要件。
- (4) 實務上論及第 205 條之 1，多係引用最高法院 95 年度台非字第 102 號判決意旨：「刑事訴訟上檢查身體及其採樣等處分，係為便利執行鑑定，以判別、推論犯罪相關事實，而對人之身體進行觀察、採集或檢驗之取證行為，乃鑑定之前置準備，常為鑑定之必要處分，或對人之身體健康及不可侵犯性等基本權造成干預、侵害，而具有強制處分之性質，為保障人權，因而採令狀主義，鑑定人固須依同法第 204 條、第 204 條之 1 及第 205 條之 1 之規定，於偵查中經檢察官、審判中經審判長或受命法官許可，始得進行。然為許可授權主體之檢察官、法官，各

⁶ 德國刑事訴訟法第 81 條 a 相關條文及適用問題，並詳後述。

本於其在偵查、審判程序中調查證據之職權，自得不待聲請，主動為之，再揆諸刑事訴訟法第 204 條之 3 第 2 項規定，法官、檢察官並得強制實施之，尤徵法官、檢察官對檢查身體及其採樣等處分之執行，實居於指揮、主導之地位。而同法第 205 條之 1 所列舉之採取出自被鑑定人身體之尿液等鑑定採樣行為，為實施尿液等鑑定之必要處分，屬檢查身體之範疇，依此規定，鑑定人（包括鑑定機關）因鑑定而有採樣之必要時，須經法官、檢察官許可始得為之。是鑑定許可之聲請，固應以鑑定人為聲請人，然法官或檢察官亦得本於職權之行使，主動為鑑定採樣取證之許可，非必待鑑定人聲請，此乃法理所當然。」亦即，鑑定人依第 205 條之 1 對人之身體進行觀察、採集或檢驗之取證行為時，須係為便利將來執行鑑定，以判別、推論相關程序與犯罪事實，且於偵查中經檢察官、審判中經審判長或受命法官許可，始得進行。另其發動者不限於鑑定人，法官、檢察官亦得不待鑑定人之聲請，主動核發許可書。此與前述實務運作情形，亦屬相符。

(二) 實務上，有無依毒品條例第 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？

1. 實例：

(1) 在非屬少年之案例，依毒品條例第 25 條規定⁷，其

⁷ 毒品條例第 25 條規定：

適用之對象、時機主要為「犯第十條之罪而付保護管束者」(第1項)或「執行刑罰或保護處分完畢後二年內」(第2項),又依上開規定及同條第3項授權制定之採驗尿液實施辦法(下稱採尿辦法)第9條、第10條規定⁸,可知對於應受尿液採驗人(即俗稱毒品調驗人口)進行尿液採驗,可分為警察機關或執行保護管束者所為之「定期採驗」,及對於有事實可疑為施用毒品時之「臨時採驗」。其規範目的,係針對施用毒品執行刑罰或處遇完畢後的長期管控措施。

- (2) 實務上,警察機關依毒品條例第25條規定以書面通知應受尿液採驗人到場採驗尿液,如應受尿液採驗人經合法通知無正當理由不到場,或到場拒絕採驗,或查獲有事實可疑為施用毒品拒絕接受採驗者,警察機關等得報請檢察官許可強制到場、採驗尿液。

犯第十條之罪而付保護管束者,或因施用第一級或第二級毒品經裁定交付保護管束之少年,於保護管束期間,警察機關或執行保護管束者應定期或於其有事實可疑為施用毒品時,通知其於指定之時間到場採驗尿液,無正當理由不到場,得報請檢察官或少年法院(地方法院少年法庭)許可,強制採驗。到場而拒絕採驗者,得違反其意思強制採驗,於採驗後,應即時報請檢察官或少年法院(地方法院少年法庭)補發許可書。

依第二十條第二項前段、第二十一條第二項、第二十三條第一項規定為不起訴之處分或不付審理之裁定,或依第三十五條第一項第四款規定為免刑之判決或不付保護處分之裁定,或犯第十條之罪經執行刑罰或保護處分完畢後二年內,警察機關得適用前項之規定採驗尿液。

前二項人員採驗尿液實施辦法,由行政院定之。

警察機關或執行保護管束者依第一項規定通知少年到場採驗尿液時,應併為通知少年之法定代理人。

⁸ 採驗尿液實施辦法第9條規定:「執行定期尿液採驗,每3個月至少採驗一次;警察機關通知採驗尿液,應以書面為之;通知書應載明無正當理由不到場者,得依法強制採驗之意旨」、第10條規定:「於應受尿液採驗人有事實可疑為施用毒品時,警察機關或執行保護管束者除執行定期採驗外,得隨時採驗」。

檢察官許可後，即核發「檢察官強制到場（強制採驗尿液）許可書」，警察機關可據以違反應受尿液採驗人之意思強制採驗其尿液。

- (3) 經檢察官依毒品條例第 25 條規定核發「強制到場（強制採驗尿液）許可書」後，執行強制導尿之案例：於司法院法學檢索系統，以關鍵字「毒品條例第 25 條」及「導尿」進行搜尋，再逐案過濾結果，有如下案例事實：

表三

編號	判決日期與案號	事實概要及判決要旨
1	109.04.16 臺灣高等法院 109 上訴 176 (原審案號：新北地院 108 訴 609)	<p>事實概要： 被告為毒品條例所定毒品調驗人口，司法警察向檢察官聲請並取得其核發之「臺灣新北地方法院檢察署檢察官強制到場（強制採驗尿液）許可書」（記載法律依據：毒品條例第 25 條第 1 項或第 2 項），之後將被告帶往亞東紀念醫院由醫療人員對被告進行導尿處分。</p> <p>判決要旨： 該許可書顯係毒品條例所定毒品調驗人口，在司法警察依法通知採尿未到場時，由檢察官開立強制其前往警局接受採尿之「強制到場通知書」，並非依據本法第 204 條之 1 開立，由醫療人員進行侵入性強制導尿採取排泄物之「鑑定許可書」。是司法警察以該強制到場許可書，</p>

		將被告帶往醫院進行強制導尿以取得被告尿液，其法律依據及法定程式已有相違，所採集之尿液有違法取得之嫌。
--	--	--

註：除上開法院公開裁判之案例外，實務上是否有警察機關依「檢察官強制到場（強制採驗尿液）許可書」執行「強制導尿」之案例，本院並無全部資料，應洽詢毒品條例主管機關法務部。

（4）檢察官核發「強制到場（強制採驗尿液）許可書」之統計資料：

依檢察案件編號計數分案報結實施要點第 11 之（14）點規定，依毒品條例第 25 條，警察機關或觀護人報請檢察官許可強制採驗尿液案件，案號分別冠以「警聲強」或「觀聲強」字別；是冠有「警聲強」或「觀聲強」字別之強制到場（強制採驗尿液）許可書，均係檢察官依毒品條例第 25 條規定所核發。依法務部函覆之統計資料，自 100 年至 110 年 6 月止，「警聲強」字別之終結案件共計 31,133 件（其中 109 年為 6,263 件）；另實務上執行中保護管束個案多次無正當理由不到場者，觀護人得依毒品條例第 25 條第 1 項規定報請檢察官許可，並函請司法警察機關協助採驗尿液，100 年至 110 年 6 月止，共計 1,162 人次（其中 109 年為 96 人次），惟統計上並無「觀聲強」案件⁹（詳細統計資料，詳如附件一「地方檢察署辦理『鑑許』、『警聲強』字號案件收結統計、地方檢察署保護管束強

⁹ 此或為觀護人係以執行中之保護管束案號「簽請」檢察官核發許可，而未另為「聲請」並分「觀聲強」字別案號所致。

制採驗尿液案件統計」所示)。

2. 核發「強制到場(強制採驗尿液)許可書」,是否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?分述如下:

(1) 依據毒品條例第 25 條第 1 項之文字,係以:「犯第十條之罪而付保護管束者...警察機關...通知其於指定之時間到場採驗尿液,無正當理由不到場,得報請檢察官或少年法院(地方法院少年法庭)許可,強制採驗。到場而拒絕採驗者,得違反其意思強制採驗,於採驗後,應即時報請檢察官或少年法院(地方法院少年法庭)補發許可書」。

(2) 依「檢察機關辦理毒品條例案件應行注意事項」(下稱注意事項)相關規定,執行毒品條例第 25 條強制採尿之方法,包括強制導尿。詳言之,依注意事項第 28 點後段之規定:「依本條例第二十五條第一項、第二項之規定受通知於二十四小時內到場採驗尿液者...以強制方式自其身體內部採取尿液時,應由具合法醫師資格者為之。執行人員應將執行結果陳報檢察官」¹⁰。法務部 108 年 10 月 17 日法檢

¹⁰ 《檢察機關辦理毒品危害防制條例案件應行注意事項》第 28 點規定:「依本條例第二十五條第一項、第二項之規定受通知於二十四小時內到場採驗尿液者,該二十四小時自通知函送達時起算,無正當理由不到場或到場而拒絕採驗者,警察機關或執行保護管束者得審酌個案情狀,檢具事證並以書面報告檢察官許可強制採驗,如情況急迫,得先以傳真方式為之。檢察官認應許可者,應簽發強制到場(強制採驗尿液)許可書交執行人員,許可書應記明受強制採驗尿液人之人別資料、許可期間及強制採驗尿液處所。以強制方式自其身體內部採取尿液時,應由具合法醫師資格者為之。執行人員應將執行結果陳報檢察官」。

決字第 10800174330 號函同申此旨¹¹。

(3) 是依據上開規定及函文，警察機關取得檢察官核發之強制到場（強制採驗尿液）許可書，其採驗尿液之方法，除一般非侵入性強迫解尿外，尚包括委由合法醫師資格者執行侵入性之強制導尿。依據上開資料，實務上檢察官核發強制採驗尿液許可書時，並無明文規定需記載採驗之方式（包括侵入性導尿）；僅警察機關執行侵入性強制導尿方式採驗尿液時，應由合法醫師資格者為之。

(4) 惟應注意，毒品條例第 25 條第 1 項所規定之「到場」與「(強制)採驗」，條文也有分開記載的情形。因此，如果相關書面只有「到場」之記載，而無任何「(強制)採驗」之文字時，似應認僅授權強制到場，而未授權「(強制)採驗」。

(三) 實務上，若一律要求司法警察(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、非侵入性)，有無窒礙難行之處？

1. 關於「侵入性」強制採尿部分：

參酌實務上「侵入性」強制採尿案例相對較少，依公益資源亦即現有檢察官、法官人力、值班時間、與其他案件之時間排擠效應，以及為偵查中強制處分之法官嗣後必須依法院組織法規定迴避審理，所造成後續可能之分

¹¹ 法務部 108 年 10 月 17 日法檢決字第 10800174330 號函（復內政部警政署詢「警察機關依法強制採驗尿液得否委託醫護人員實施導尿」乙案），指出：「警察機關依毒品危害防制條例第 25 條規定，經檢察官之許可簽發強制到場（強制採驗尿液）許可書，以強制方式自受採驗尿液之人內部採取尿液時，應由具合法醫師資格者為之」。

案行政成本、法院組織之調配及運作等因素¹²考量，倘一律要求司法警察（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為「侵入性」強制採尿，衡酌可能造成之公益資源耗損應非嚴重，此部分似較無窒礙難行之處。

2. 關於「非侵入性」強制採尿部分：

一律要求司法警察（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為「非侵入性」強制採尿，於現行**實務窒礙難行之處**如下：

- (1) 衡酌毒品犯罪（包括各種形式之有償交易、擴散、無償轉讓、各種形式使他人施用，抑或單純自己施用毒品犯罪類型）之偵查必要性、施用毒品者保護管束期間相關採驗尿液之規範；第一線司法警察機關實難知悉尿液中所含藥毒物為何，尿液中所含待檢驗之物質有可能於短時間內即代謝殆盡；又實務上「非侵入性」強制採尿之人數與案例相對甚多。故依前揭有關公益資源等項之考量，恐有相當**窒礙難行之處**。
- (2) 另外，由於採尿與否、方式及其過程，其中一項倘與受採尿者之自由意思有所衝突，均可得評價為「強制」採尿。從而，被告、犯罪嫌疑人或其他依法須受採尿者完全主動自願到場，且依其意願所為

¹² 《法院組織法》第 14 條之 1 第 1 項：「地方法院與高等法院分設刑事強制處分庭，辦理偵查中強制處分聲請案件之審核。但司法院得視法院員額及事務繁簡，指定不設刑事強制處分庭之法院」。第 2 項：「承辦前項案件之法官，不得辦理同一案件之審判事務」。

解尿方式及受採驗過程，亦與程序規範相符¹³，始可評價為「非強制」採驗。

(3) 考量縱被告主動到場排尿，倘若任其自由選擇排尿

¹³ 《警察機關執行毒品犯罪嫌疑人尿液採驗作業規定》第 2 點：「本作業規定適用對象為毒品犯罪嫌疑人。毒品危害防制條例第二十五條第二項所定應受尿液採驗人之尿液採驗，應依『警察機關執行採驗尿液作業規定』辦理」。第 3 點：「採集犯罪嫌疑人尿液應於採尿室或適當處所為之，並應注意於馬桶水槽內加入藍色清潔劑，且無其他水源」。第 4 點：「採集尿液前，應使犯罪嫌疑人脫去足以夾藏攙假物質之衣物後洗手並烘乾或擦乾，不得將個人物品攜入採集尿液處所」。第 5 點：「犯罪嫌疑人進入採集尿液處所，一次以一人為限。採集尿液時，應由同性別之警察人員全程在場監控、指導及協助，防止尿液檢體攙假」。第 6 點：「採集尿液後，應於採尿處所立即將尿液檢體裝入甲、乙二瓶尿液容器，每瓶尿量須達三十毫升，由提供尿液之犯罪嫌疑人按捺左大拇指指紋封緘，採尿人員及第一層主管或副主管並應於封緘條核章。前項封緘條登載內容應包含採尿人員及第一層主管或副主管核章、採尿時間、尿液檢體編號及受檢人捺印」。

採驗尿液實施辦法第 12 條：

應受尿液採驗人應遵守下列事項：

- 一、報到時，應接受採尿人員查驗身分。
- 二、於採尿人員發給之檢體監管紀錄表等相關表格資料之正確欄位簽名。
- 三、採尿時，不得攜入個人物品。
- 四、採尿前，應先洗手、烘乾。
- 五、尿液檢體須達六十毫升。
- 六、有下列情形之一，應重新採尿：
 - (一) 尿液檢體溫度未達攝氏三十二度或超過攝氏三十八度或內有浮懸物存在或顏色顯有異常者。
 - (二) 其他於採尿人員認有必要，且經執行保護管束者或警察機關主管長官許可者。

應受尿液採驗人所採尿液未達前項第五款之量時，採尿人員應提供充足飲用水。

第 13 條：

採尿人員應全程監控尿液採驗過程，並注意下列事項：

- 一、尿液檢體應分別裝入二瓶尿液容器，每瓶尿量須達三十毫升，並由應受尿液採驗人按捺左大拇指指紋封緘。
 - 二、每一尿液檢體應製作檢體監管紀錄表，記載自採集至運送檢驗機關（構）所經過之各項作業處理程序、時間、人員、目的及尿液檢體之資訊、重要特殊跡象等，連同尿液檢體（含可疑攙假之尿液檢體），一併送驗。
 - 三、尿液檢體送驗前應置於攝氏六度以下之冷藏櫃加鎖保管，並隨時檢視之。
- 應受尿液採驗人左大拇指無法按捺指紋時，應依右手大拇指、左食指、左中指、左環指、左小指、右食指、右中指、右環指、右小指之順序捺印指紋，並由採尿人員附註該指名稱。但依其情形不適合按捺指紋，且經採尿人員註明者，不在此限。

方式、過程，將可能致使尿液之同一性、可信性產生疑義；故於主動到場排尿之被告，因仍由司法警察（官）「命令」特定具體之方式及過程，其採尿仍屬違反排尿者之意思（亦即，還是屬於「強制」採尿）。

- (4) 從而，倘若相關違反受採驗人意思之「非侵入性」採尿案件—即採尿與否、方式及過程，須全數由檢察官、法官事前審核授權方得為之，衡之前述相關公益資源考量，更有窒礙難行之處。

二、系爭規定以「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」，其要件說明及相關資料：

- (一) 系爭規定採尿方式，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，如命喝水、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？

1. 依據系爭規定後段為：「．．．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」，得以違反犯罪嫌疑人或被告之意思採取尿液。在該條之條文文義範圍內，並未明文排除強制導尿（侵入性）或強迫解尿（非侵入性，如命喝水、茶或走動等以促其尿意產生，待其自然排泄之後再予扣押）。

2. 惟依據近來實務通說見解¹⁴，系爭規定尚「不」包括違

¹⁴ 臺灣宜蘭地方法院 108 年度易字第 432 號判決；臺灣新北地方法院 108 年度訴字第 609 號判決、臺灣高等法院 109 年度上訴字第 176 號判決；臺灣新北地方法院 108 年

反犯罪嫌疑人或被告意思之強制導尿(侵入性)之類型。
學理上，亦有認系爭規定應排除侵入性強制導尿類型¹⁵。

(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？

1. 依據司法院內相關研議增訂、修正資料，76 年間對鑑定之身體檢查處分，已有增訂本法第 205 條之 1 相關討論¹⁶。77 年間，並有增加第 205 條之 2 相關討論¹⁷，曾試擬為：「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而情況急迫時，得違反犯罪嫌疑人之意思為前條第一項之行為。但應即報檢察官」¹⁸；對於第 205 條之 2 立法之必要性、規範文字，亦有相關討論，惟環繞於強制處分權限之分配，且針對分泌物、排泄物、血液為整體的討論，最後排除於草案之外¹⁹。至 85 至

度簡上字第 839 號判決、臺灣高等法院 109 年度上易字第 616 號判決。至於稍早之實務見解，可參臺灣桃園地方法院 95 年度廳交簡字第 687 號、桃交簡字第 876 號、第 310 號、第 393 號判決。

¹⁵ 例如：王兆鵬、張明偉及李榮耕，《刑事訴訟法（上）》，2020 年 3 月，5 版，第 298 頁標題「未侵入身體之緊急搜索」，內容：「§205-2 規定，· · · 等於是§131 II 之特別規定，執法人員對經拘提或逮捕到案之人採取毛髮、唾液、尿液、吐氣之行為，應適用 §205-2 規定」。以及：李佳玟，〈急診室中的強制導尿－簡評最高法院九九年度台上字第四〇號判決〉，《台灣法學雜誌》，第 158 期，第 227 頁；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，第 81 頁。

¹⁶ 司法院刑事訴訟法研究修正資料彙編（四），司法院秘書處，77 年 6 月，第 208-214 頁、第 219-223、228 頁、第 231-237 頁、第 249-251 頁、第 254-264 頁、第 262-266 頁（規定於第 231 條之 1 或第 204 條第 2 項等）第 269-283 頁。

¹⁷ 司法院刑事訴訟法研究修正資料彙編（四），司法院秘書處，77 年 6 月，第 686、691-692、699-700 頁、第 703 頁。

¹⁸ 司法院刑事訴訟法研究修正資料彙編（四），司法院秘書處，77 年 6 月，第 703 頁。

¹⁹ 司法院刑事訴訟法研究修正資料彙編（四），司法院秘書處，77 年 6 月，第 710-725、727-734 頁、第 735-748 頁、第 752、756-757、852-853 頁。

89 年間，繼續討論增訂系爭規定草案²⁰。90 年間，系爭規定草案經決議修正為：「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，得違反犯罪嫌疑人之意思，採取其指紋、掌紋、腳印，予以照相，測量身高或類似之行為；情況急迫時並得採取其毛髮、唾液、尿液、聲音或吐氣」²¹。討論系爭規定草案時，因警政署建議增加「血液」等項目，但有若干委員指出「血液」因涉及「侵入性」之行為，因此不宜列入²²。迄 91 年間，系爭規定與其他條文草案一併送立法院審議²³。

2. 依據立法過程記錄，系爭規定原由係司法院與行政院會銜，提案之條文內容為：「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，得違反犯罪嫌疑人之意思，採取其指紋、掌紋、腳印，予以照相、測量身高或類似之行為；情況急迫時，並得採取其毛髮、唾液、尿液、聲調或吐氣」²⁴，目的在於「防止證據湮滅或消失，有害真實之發見，以利犯罪調查之進行」，並設有「情況急迫」之要件，但未以拘提或逮捕（下稱拘捕）為前提²⁵。立法院審議過程中，為免適用範圍過於廣泛而不

²⁰ 司法院刑事訴訟法研究修正資料彙編（九），司法院秘書處，86 年 6 月，第 428-429 頁；司法院刑事訴訟法研究修正資料彙編（十二），司法院秘書處，89 年 6 月，第 537、547-549、566-567、595、598-599 頁。

²¹ 司法院刑事訴訟法研究修正資料彙編（十三），司法院秘書處，90 年 11 月，第 1941 頁。

²² 司法院刑事訴訟法研究修正資料彙編（十三），司法院秘書處，90 年 11 月，第 1943-1947 頁（蔡墩銘委員、葉雪鵬為遠、楊思勤委員、曾有田委員、林永謀委員）。

²³ 司法院刑事訴訟法研究修正資料彙編（十四），司法院秘書處，91 年 12 月，第 1946-2083 頁

²⁴ 與先前最後討論之草案版本相仿。差異僅在「情況急迫時」後加上逗號，另將「聲音」改為「聲調」。

²⁵ 立法院公報，第 91 卷第 45 期第 3241 號，一冊，第 16-19 頁。

當侵害人權，遂加上「拘提或逮捕」之要件，惟刪除「情況急迫」等文字。最後三讀通過條文之立法理由稱：「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」。從而，「拘提或逮捕」與「相當理由」二者，係取代司法院及行政院會銜草案的「急迫情形」要件²⁶。但無論原始草案或通過條文，均未將得採證之情形，限於該拘捕之「本案」相關證據。

3. 另就一般情形而言，偵查中對被告的干預處分制度，係為達成偵查目的而為干預基本權之行為，所以才會將「本案」偵查目的與干預基本權之手段有所連結，亦即解釋上應將干預處分手段與偵查犯罪之具體目的連結，而有對應的「事實根據」。系爭條文之解釋，原則上亦應採取相同立場。
4. 惟系爭條文不應全面限縮在「本案拘捕」，且倘透過採取「不包括侵入性強制採尿」之見解，「非侵入性」的見解，已經得以相當程度限縮適用空間。加上該條搭配「相當理由」要件之解釋與適用，得以實現前述「事實根據」連結的效用。藉此，已以達到保障基本權效果，以及立法目的之衡平。如限於拘捕之本案，將可能造成過度限縮偵查取證空間，妨礙真實之發現。至於是否會有不當連結的過度侵害問題，則可透過其他要件的解釋適用，使系爭規定適用時符合比例原則。

(三) 所謂「因調查犯罪情形及蒐集證據之必要」及「有相當

²⁶ 立法院公報，第 91 卷第 66 期第 3262 號，上冊，第 4 頁；第 91 卷第 67 期第 3263 號，上冊，第 5 頁；第 91 卷第 73 期第 3269 號，第 179 頁。

理由認為採取．．．尿液．．．得做為犯罪之證據」，應如何解釋及適用？又法院或學理上之見解為何？

1. 「因調查犯罪情形及蒐集證據之必要」之規定文字，可見本法關於司法警察（官）通知被告詢問權²⁷、聲請核發搜索票²⁸、通知證人詢問權²⁹，以及檢察官發交司法警察（官）偵查³⁰等規定。依據系爭條文之文義與體系解釋，係與司法警察（官）有關，而發動相關犯罪調查、證據蒐集之用語。
2. 至於「相當理由」，於本法發動強制處分之用語，係與「有必要時」之文字區分，對於客觀上所需之釋明程度不同。其所需要釋明之程度，以「相當理由」較高、「有必要時」較低³¹。實務上例如最高法院 100 年度台上字第 3292 號判決即指出，檢查身體處分如干預身體外部時，以必要性為準，但如干預身體內部，則以相當理由為必要，判斷上則須審酌犯罪嫌疑程度、態樣、輕重、

²⁷ 本法第 71 條之 1 第 1 項：「司法警察官或司法警察，因調查犯罪嫌疑人犯罪情形及蒐集證據之必要，得使用通知書，通知犯罪嫌疑人到場詢問。經合法通知，無正當理由不到場者，得報請檢察官核發拘票」。

²⁸ 本法第 128 條之 1 第 2 項：「司法警察官因調查犯罪嫌疑人犯罪情形及蒐集證據，認有搜索之必要時，得依前項規定，報請檢察官許可後，向該管法院聲請核發搜索票」。

²⁹ 本法第 196 條之 1 第 1 項：「司法警察官或司法警察因調查犯罪嫌疑人犯罪情形及蒐集證據之必要，得使用通知書通知證人到場詢問」。

³⁰ 本法第 228 條第 1、2 項：「檢察官因告訴、告發、自首或其他情事知有犯罪嫌疑者，應即開始偵查」。「前項偵查，檢察官得限期命檢察事務官、第二百三十條之司法警察官或第二百三十一條之司法警察調查犯罪情形及蒐集證據，並提出報告。必要時，得將相關卷證一併發交」。

³¹ 除系爭規定針對干預程度（取證標的）區別，而以「必要時」、「相當理由」區別之外，另例如本法第 122 條：「對於被告或犯罪嫌疑人之身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所，必要時得搜索之」（第 1 項）。「對於第三人之身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所，以有相當理由可信為被告或犯罪嫌疑人或應扣押之物或電磁紀錄存在時為限，得搜索之」（第 2 項）。

採證目的、替代選擇，並應符合比例原則³²。學說亦有指出其係釋明程度不同者³³。

(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（本法第 212 條規定及第 213 條第 2 款規定參照）？

1. 按本法第 133 條之 1 第 1 項規定：「非附隨於搜索之扣押，除以得為證據之物而扣押或經受扣押標的權利人同意者外，應經法官裁定」。則依據該條條文文字，扣押得以區分為「附隨於搜索」或「非附隨於搜索」。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，其所扣得者既非搜索所獲之證物，則於「附隨搜索／非附隨搜索」之分界下，應認屬於非附隨於搜索之扣押處分。惟應一併說明者，此一非附隨於搜索之扣押處分，並不排斥其他強制處分之競合。從而，倘若具體案件合致其他取證規範（例如合乎系爭規

³² 最高法院 100 年度台上字第 3292 號判決：「惟身體檢查處分，係干預身體不受侵犯及匿名、隱私權利之強制處分，適用上自應從嚴。其於干預被告身體外部之情形，須具備因調查犯罪情形及蒐集證據之必要性；於干預身體內部之時，則以有相當理由為必要。此等必要性或相當理由之判斷，須就犯罪嫌疑程度、犯罪態樣、所涉案件之輕重、證據之價值及重要性，如不及時採取，有無立證上困難，暨有無其他替代方法存在之取得必要性，所採取者是否作為本案證據，暨犯罪嫌疑人或被告不利益之程度等一切情狀，予以綜合權衡；於執行採證行為時，就採證目的及採證證據之選擇，應符合比例原則，並以侵害最小之手段為之。法院對於必要性或相當理由之有無，得依職權予以審查，以兼顧國家刑罰權之實現與個人身體不受侵犯及隱私權之保障。苟被告就其適法性已為爭執，事實審法院尤應於判決內為必要之說明，始臻適法」。

³³ 請參見：林鈺雄，《刑事訴訟法（上）》，2020 年 9 月，10 版，第 434 頁。

定)，仍不排斥依據該等規範所為之處分。

2. 申言之，扣押係對於證物或得沒收之物之保全措施，其發動及其標的，並非必然全源自於搜索，亦即，物品不問是否為強制性搜索方式所得，只要有保全之必要，即得對之扣押。基於其保全之目的，扣押所干預之對象與權利，與強制從人民取得物品持有之處分，例如搜索，即有所不同。扣押所關注者，不在於證據來源是否正當，而在於國家繼續持有人民財產權之理由是否正當，故違反規定之法律效果，並非證據排除，而在於財產權回復與損害填補。因此，原則上尿液之取得與扣押，分屬證據取得與保全，各有不同之目的，程序正當性之要求有別，不該混為一談。從而，尿液之取得是否合法，端看是否符合第 205 條之 1 或第 205 條之 2 之規定，倘若違法，則涉及證據排除的問題。至於得否扣押，應視其是否符合第 133 條之 1 之規定，如係附隨於搜索，毋庸法院裁定；倘非於附隨搜索，例如身體檢查所得之物品，但係得為證據之物，仍毋庸法院裁定；倘若違法，法律效果應係發還或賠償。³⁴

3. 關於勘驗，係指法院或檢察官透過第 213 條各款之方法，觀察處所、身體、屍體或物品，獲致相關資訊，以之作為判斷基礎，與鑑定同為法定證據方法之一³⁵。因

³⁴ 請參見柯耀程，〈扣押問題的定性與思辯〉，《高大法學論叢》，第 6 卷第 2 期，2011 年 3 月，第 4-6、8-12 頁以下。

³⁵ 最高法院 101 年度台上字第 1238 號判決：「審判中之勘驗，係由法官透過五官知覺作用，觀察受勘驗物體狀態或場所之一切情狀，以獲取證據資料之處分．．」；最高法院 101 年度台上字第 4177 號判決：「．．如該證物本身之物理上存在不具事實之證明功能，又非涉及專門知識與經驗之範疇，而由法院或檢察官透過直接之感官作用，就該證物之形態、性質、形狀、特徵、作用加以查驗，依其內在心理作用予以認定，並以

其主體僅限於法院及檢察官，不及於司法警察（官），故毋庸令狀作為證據取得正當性之擔保；其實施之目的在於透過感官取得與案件有關之資訊，在該目的之範圍內，得準用本法關於搜索執行程序之規定，違反當事人意願而為一定之處分；系爭事項為一般人感官所能知覺者，得以勘驗之方式調查，但需特別專門知識始能識別者，則須透過鑑定人³⁶。從而，如果依照一般人感官來分辨尿液之顏色、溫度、黏稠等特性，係屬勘驗之範疇，基於此目的而違反意願採取尿液，屬於第 213 條之干預處分；但是，倘若為了究明尿液中所含成分為何，透過鑑定人專業知識及方法以取得相關資訊，係屬鑑定之事項，基於此目的違反意願採取尿液，屬於第 205 條之 1 之干預處分。因此，關於採取尿液是否屬於法院或檢察官勘驗處分之檢查身體之重要內容，非可一概而論。

（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（本法第 133 條之 1 第 1 項參照）？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採取尿液？

1. 採取尿液與扣押尿液，目的不同，前者在於取得證物以獲得資訊，後者在於保全證據，違反之法律效果，前者在於證據排除，後者則為發還或賠償，準此，程序上要求，前者較高，原則上須以令狀擔保，而後者較低，僅在侵害財產權重大時，始有以令狀擔保之必要。尚難以

查驗之結果作為證明事實之用，此種證據資料獲取之方式，即屬『勘驗』，為法定證據方法之一種．．」。

³⁶ 林鈺雄，註 33 書，第 596-597 頁。

扣押之令狀規定，檢視採取尿液之程序要求。

2. 題示情形（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），尿液僅為證物時，依據本法第 133 條之 1 第 1 項規定，無須檢察官書面命令或法院書面裁定³⁷。惟扣押物件，仍應依法定程序為之，例如在場、受通知權³⁸、製作筆錄³⁹、且有相關封緘、保管、適當處置及保管規定適用⁴⁰；且應符合比例原則之規定，乃屬當然⁴¹。具體案件類型符合特別法規定時，仍應適用各該特別規定予以書面通知⁴²。
3. 關於法官保留與否，應先區分其為憲法層次之法官保留，抑或法律層次之法官保留。詳言之：
 - (1) 依據目前憲法第 8 條規定、司法院釋字第 392 號、第 631 號解釋，分別針對羈押、通訊監察認定為憲法層次之法官保留。
 - (2) 關於羈押，司法院釋字第 392 號闡釋：「．．．羈押之將人自家庭、社會、職業生活中隔離，『拘禁』於看守所、長期拘束其行動，此人身自由之喪失，非特予其心理上造成嚴重打擊，對其名譽、信用—人格權之影響亦甚重大，係干預人身自由最大之強制處分，自僅能以之為『保全程序之最後手段』，

³⁷ 該「扣押」之解釋及其救濟方式，另詳後述。

³⁸ 本法第 150 條。

³⁹ 本法第 42 條。

⁴⁰ 本法第 133 條第 1 項、第 139 條、第 140 條。

⁴¹ 例如本法第 133 條第 3 項（先命提出或交付）。

⁴² 例如毒品條例第 25 條第 3 項、其授權之採驗尿液實施辦法第 9 條第 2 項規定：「警察機關通知採驗尿液，應以書面為之。通知書應載明無正當理由不到場者，得依法強制採驗之意旨」。

允宜慎重從事，其非確已具備法定條件且認有必要者，當不可率然為之。是為貫徹此一理念，關於此一手段之合法、必要與否，基於人身自由之保障，當以由獨立審判之機關依法定程序予以審查決定，始能謂係符合憲法第八條第二項規定之旨意」⁴³。其所指出羈押係因對於人身自由長期拘束、心理嚴重打擊，名譽信用等人格權亦有重大影響。從而，對於此一涉及不同種類、全面、長期且嚴重影響人身自由、心理、名譽或信用之強制處分，必須提升至最高層級之法官保留。

- (3) 關於**通訊監察**，司法院釋字第 631 號闡釋：「．．．惟通訊監察係以未告知受監察人、未取得其同意且未給予防禦機會之方式，限制受監察人之秘密通訊自由，具有在特定期間內持續實施之特性，故侵害人民基本權之時間較長，亦不受有形空間之限制；受監察人在通訊監察執行時，通常無從得知其基本權已遭侵害，致其無從行使本法所賦予之各種防禦權（如保持緘默、委任律師、不為不利於己之陳述等）；且通訊監察之執行，除通訊監察書上所載受監察人外，可能同時侵害無辜第三人之秘密通訊自由，與刑事訴訟上之搜索、扣押相較，對人民基本權利之侵害尤有過之」、「鑒於通訊監察侵害人民基本權之程度強烈、範圍廣泛，並考量國家執行通訊監察等各種強制處分時，為達成其強制處分之目的，被處分人事前防禦以避免遭強制處分之權利常遭

⁴³ 另參司法院釋字第 653 號、第 654 號、第 665 號解釋理由書。

剝奪。為制衡偵查機關之強制處分措施，以防免不必要之侵害，並兼顧強制處分目的之達成，則經由獨立、客觀行使職權之審判機關之事前審查，乃為保護人民秘密通訊自由之必要方法。是檢察官或司法警察機關為犯罪偵查目的，而有監察人民秘密通訊之需要時，原則上應向該管法院聲請核發通訊監察書，方符憲法上正當程序之要求」。其已具體指出，通訊監察對於受監察人之秘密通訊自由造成強烈、長期影響，且其秘密、不受有形空間限制進行而未能當場察覺之特性，受監察人更無從防禦；通訊監察亦可能同時涉及無辜第三人之秘密通訊，而有影響不同基本權主體之干預性質。從而，此一干預處分亦須為最高層級之法官保留。

4. 除上開憲法層次之法官保留外，其餘是否採行法官保留或檢察官保留，則應尊重立法機關之優先形成權限⁴⁴。換言之，憲法框架之下，立法者基於其民主正當性，對於法律所定強制處分之授權主體及其相關程序，應得以優先評價。則立法機關基本權保障，以及訴追機關實現偵查任務以發現真實、遂行刑法保護義務之權限，所涉之具體衡酌，應予尊重。
5. 同上理由，於憲法框架內，立法者得於具體衡量後，對於急迫情形下，得以法律授權司法警察人員逕行為非侵

⁴⁴ 德國關於身體檢查處分，其亦屬於「法律層次」（而非基本法或憲法裁判指出）的相對法官保留。詳言之，基本法規定的法官保留，係住宅搜索（Art. 13 Abs. 2 GG）、住宅監聽（Art. 13 Abs. 3, 4 GG）、剝奪人身自由（Art. 104 Abs. 2 GG），身體干預處分之法官保留密度，係立法裁量範圍（s. auch BVerfG [1. Kammer des Zweiten Senats], Beschl. v. 24.02.2011 - 2 BvR 1596, 2346/10）。

入性採取尿液。

(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？

1. 按一般所謂「不自證己罪」原則，係指個人並無證明自己犯罪與否之義務。我國憲法與法律對此並無特定明文。惟司法院釋字第 509 號理由書闡釋：刑法第 310 條第 1 項、第 2 項規定誹謗罪，並於同條第 3 項規定「對於所誹謗之事，能證明其為真實者，不罰」，係以指摘或傳述足以毀損他人名譽事項之行為人，其言論內容與事實相符者為不罰之條件，「並非謂行為人必須自行證明其言論內容」⁴⁵。另最高法院若干判決，亦指出「不自證

⁴⁵ 司法院釋字第 509 號理由書：「刑法第三百十條第一項：．．第二項：．．係分別對以言詞或文字、圖畫而誹謗他人者，科予不同之刑罰，為防止妨礙他人自由權益所必要，與憲法第二十三條所定之比例原則尚無違背。刑法第三百十條第三項前段規定：「對於所誹謗之事，能證明其為真實者，不罰」，係以指摘或傳述足以毀損他人名譽事項之行為人，其言論內容與事實相符者為不罰之條件，**並非謂行為人必須自行證明其言論內容確屬真實，始能免於刑責**。惟行為人雖不能證明言論內容為真實，但依其所提證據資料，認為行為人有相當理由確信其為真實者，即不能以誹謗罪之刑責相繩，亦不得以此項規定而免除檢察官或自訴人於訴訟程序中，依法應負行為人故意毀損他人名譽之舉證責任，或法院發現其為真實之義務」。另釋字第 509 號蘇俊雄大法官協同意見書三、(三)：「另一方面，如果進而將第三一〇條第三項之規定，解釋為行為人必須負證明所言確為真實的責任，更無異於要求行為人必須證明自己的行為不構成犯罪，亦違反了刑事法上『被告不自證己罪』的基本原則。為避免上開違憲狀態之發生，吾人實應對第三一〇條之處罰範圍做嚴格之認定，而對第三一〇條第三項規定，做取向於合乎憲法意旨的解釋」。其餘釋憲實務上諸位大法官曾指出者（同一大法官、不同字號者，不另列出），例如釋字第 582 號許玉秀大法官協同意見書：「如欲審查判例是否符合憲法上不自證己罪之原則，即應審查判例對於其他必要證據之闡明，是否不致使被告自白在證據法則之操作過程，淪為證明被告有罪之唯一證據。是以判例所謂補強證據之意涵，亦屬違憲審查之範圍」、「憲法上之自主原則在刑事訴訟法上之第一層意義，乃無罪推定原則．．。自主原則於刑事訴訟法上之第二層意義，則為被告之不自證己罪原則．．。」。釋字第 654 號葉百修大法官協同意見書參、二、(二)：「公平審判原則是現代法治國家司法程序之基石.....。在現代法治國家採行之控訴原則下，刑事被告已取得『程序主體』之地位，而不再是單純之程序客體。為擔保其程序

己罪」屬於憲法訴訟權或法治國自主原則之內涵⁴⁶。據上，不自證己罪原則似已提升至憲法層面。

2. 但關於所謂「不自證己罪」之內涵範圍，尚有爭議。詳言之，不自證己罪究竟是「個人並無供述證明自己犯罪之義務」(供述基準說)⁴⁷，抑或「個人並無積極行為證明自己犯罪之義務」(行為基準說)，兩者對於不自證己罪之範圍理解並不相同⁴⁸。

3. 倘依「供述基準說」，不自證己罪略等同於緘默或拒絕證言權利，事涉個人是否有「供述」對自己不利事項之

主體地位，乃發展出所謂『不自證己罪』.....等原則」。釋字 670 號許宗力大法官協同意見書二、(二)：「然而本席以為，因冤賠聲請人涉上述各式『自招犯罪嫌疑』行為，而對其獲無罪判決前所受羈押拒予刑事補償，已違反無罪推定原則。．．其不僅在抽象層面強調關於被告之人格與自由應受到充分尊重與人道待遇、揭示被告必須受正當、公平的合法裁判，更在制度層面支配法庭舉證責任之分配與證據法則。是具體而言．．；被告享有不自證己罪的特權，即使保持緘默或未積極舉證推翻被指控的罪名，亦不能逕以其消極不舉反證作為對被告不利認定的基礎、甚至其虛偽之證言不受偽證罪之追訴」；陳新民大法官部分協同、部分不同意見書二、(四)：「嫌疑人對於控方提出的證據，有無澄清的義務？易言之，憲法同樣的保障人民有『不自證己罪』(nemo tenetur)的權利(美國憲法增修條文第五條)，能否衍伸的主張人民得『無庸自證無罪』之權？就邏輯上而言，．．人民應有完全的自主性，來決定要否配合司法的進行」。

⁴⁶ 最高法院 106 年度台上字第 791 號判決：「至刑事被告不自證己罪，係基於法治國自主原則下，被告並非訴訟客體而係訴訟主體，有權決定是否及如何行使其訴訟上防禦權，而不自陷於不利地位之考量，乃禁止強迫被告為不利於己之陳述，是被告保持沈默、拒絕陳述而消極否認犯罪，為緘默權行使之態樣，雖屬不自證己罪原則之內涵。然被告如自願打破沈默，為任意性之供述，無侵害其緘默權之可言」。109 年度台上字第 5530 號判決：「被告單純否認犯行，因係其訴訟上『不自證己罪原則』之踐行，固不能執為科刑時從重量刑之因子，俾免侵害其憲法上所享有之訴訟權。.....」。

⁴⁷ 供述基準說：最高法院 107 年度台上字第 1009 號判決：「『不自證己罪』，雖非我國憲法所明文，惟依司法院釋字第 384 號、第 392 號解釋意旨，應為憲法所保障之基本權利。不自證己罪原則顯諸於被告為緘默權，顯諸於證人則為拒絕證言權」。行為基準說：109 年度台上字第 3877 號判決：「被告在訴訟上固然享有不自證己罪特權，但也僅止於無義務自行提出證據，以證明自己罪責而已，要不能容許其可以利用不正方法，妨害司法權之適正行使，否則當屬『防禦權之濫用』」。

⁴⁸ 中文文獻相關整理，可參見游明得，〈論刑事訴訟法中酒駕強制呼氣檢查規定之妥適性〉，《法令月刊》，第 66 卷第 11 期，2015 年 11 月，第 49-50 頁。

義務，但無關個人是否必須以「積極行為」證明自己犯罪。倘依「供述基準說」，系爭檢查身體處分之規定或干預之權利，無關個人之供述，並無不自證己罪原則之問題。分述如下：

- (1) 比較法上，以美國法為典型；美國憲法增修條文第 5 條規定：「任何人於任何刑事案件中，不得被強迫成為對自己不利的證人。」(No person shall be ... compelled in any criminal case to be a witness against himself)，明確揭示不自證己罪原則，其意義在於禁止國家機關強迫被告成為證人⁴⁹。不自證己罪原則之目的，在於防止國家機關強迫被告揭露其所知、所思、所信，再藉該所知、所思、所信而定被告於罪，供述證據表達人之所思、所信、所知，自受不自證己罪原則之保護⁵⁰。故判斷某證據是否為不自證己罪之保護範疇，應以該證據是否具有「供述或溝通」(testimony or communications)之本質為判斷依據，倘該證據具有供述或溝通之性質，則應受不自證己罪原則之保護，國家機關不得強迫取得；反之，即不受不自證己罪原則之保護，國家機關得強迫取得⁵¹。從而，美國法院認為血液、聲音、筆跡、尿液均不具有供述或溝通之本質，不屬於不自證己罪原則之保護客體，故強制採取血液⁵²、強制

⁴⁹ Murphy v. Waterfront Comm'n, 378 U.S. 52 (1964).

⁵⁰ 王兆鵬，〈不自證己罪之保護客體〉，《台灣本土法學雜誌》，第 95 期，2007 年 6 月，第 67 至 75 頁。

⁵¹ Schmerber v. California, 384 U.S. 757, 763-64 (1966).

⁵² *Id.*; Davis v. District of Columbia, 247 A.2d 417 (D.C.1968).

採集聲音樣本⁵³、強制採集筆跡⁵⁴、強制採取尿液⁵⁵均未違反不自證己罪原則。

- (2) 我國憲法雖未明定不自證己罪原則，然憲法第 22 條規定：「凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障。」又具有內國法效力之公民與政治國際權利公約第 14 條第 3 項第 7 款規定：「審判被控刑事罪時，被告一律有權平等享受下列最低限度之保障：不得強迫被告自供或認罪」，當可肯認不自證己罪原則屬於憲法第 22 條所保障之其他基本權利。又最高法院亦曾認為，不自證己罪特權包括被告無義務自行提出證據以證明自己罪責⁵⁶，故不自證己罪原則之保護客體，除供述證據外，尚包括非供述證據。從而，任何人皆無義務以積極作為協助對己之刑事追訴（包括積極提供證據），國家機關亦不得強制任何人積極自證己罪。然而，不自證己罪係禁止被告「積極」自證己罪，並不免除被告「消極」忍受義務，倘被告為強制處分或其他調查證據方法之對象時，於符合法律保留原則下，課以被告忍受義務，並未違反不自證己罪原則⁵⁷。系爭規定並非要求被告積極提供尿液予國家機關，而係在符合下列要件下：「檢察事務官、司法警察官或司法警察因調查犯罪情形及

⁵³ United States v. Dionisio, 410 U.S. 1 (1973).

⁵⁴ Gilbert v. California, 388 U.S. 263 (1967).

⁵⁵ McKenna v. State, 671 S.W.2d 138 (Tex. App. 1984).

⁵⁶ 最高法院 94 年度台上字第 3293 號刑事判決、109 年度台上字第 3877 號刑事判決。

⁵⁷ 林鈺雄，註 333 書，第 163-164 頁。

蒐集證據之必要，且有相當理由認為採取尿液得作為犯罪之證據時」，課以被告（被動）忍受強制採尿之義務，自未違反不自證己罪原則。

- (3) 關於採集血液、呼氣、尿液是否需要令狀，美國法院認為採集血液、呼氣原則上需要令狀，惟在急迫情況或合法逮捕後之附帶搜索⁵⁸下可不須令狀⁵⁹，法院應在「國家機關取證行為對於被告隱私權之侵害程度」與「國家機關取證行為對於國家利益之提升程度」間進行衡量 (the degree to which it intrudes upon an individual's privacy and ...the degree to which it is needed for the promotion of legitimate governmental interests)。就呼氣之情形，因「國家機關取證行為對於國家利益之提升程度」高於「國家機關取證行為對於被告隱私權之侵害程度」，符合合法逮捕後之附帶搜索，可不須令狀。就採集血液之情形，因「國家機關取證行為對於國家利益之提升程度」低於「國家機關取證行為對於被告隱私權之侵害程度」，仍需要令狀。亦有法院將前開法則適用至採集尿液之情形⁶⁰，認為當警察合理懷疑

⁵⁸ 美國法上，所謂的附帶搜索，係指附隨於逮捕之無令狀搜索而言，且有類型之區分，各類型有其法理及要件，其中一類如本法第 130 條，亦即，為保護執法人員安全及防止滅證目的，對於經拘捕之嫌疑人，對其身體或所持有物品，所為無令狀搜索。而本段所討論之附帶搜索，非指前開類型，而係警方合理懷疑嫌疑人酒駕並進行逮捕，進而無令狀採取嫌疑人血液或呼氣，以鑑驗其內酒精成分之搜索。

⁵⁹ *Missouri v. McNeely*, 596 U.S. 141 (2013); *Birchfield v. North Dakota*, 136 S. Ct. 2160 (2016).

⁶⁰ *State v. McMullen*, 279 P.3d 367 (Or. Ct. App. 2012); *State v. Raymond*, 360 P.3d 734, 736 (Or. Ct. App. 2015); *County of Milwaukee v. Shah*, No. 2015AP1581, WL 2016 4275582 (Wis. Ct. App. Aug. 16, 2016); *State v. Thompson*, 886 N.W.2d 224 (Minn. 2016), cert. denied, 137 S. Ct. 1338 (2017).

被告所施用之物質會迅速在體內自然代謝掉時，即屬緊急狀況，可不須令狀。就採集尿液之情形，法院判斷「國家機關取證行為對於被告隱私權之侵害程度」時，應考量下列三項因素：對被告身體之侵入性、對被告個人資訊之揭露程度、被告之羞恥感。採集尿液可能揭露被告身體狀況之個人資訊，如是否懷孕、有無糖尿病等，就此因素而言固有侵害被告隱私權之虞，惟採集尿液並未對被告身體造成侵入行為，就此因素而言並未侵害被告隱私權，且相較於受監禁人在公共浴室遭執法機關監視，被逮捕人採集尿液時，執法機關僅在外聽聞，並未產生較大羞恥感，就此因素而言僅對於被告隱私權造成些許影響，綜合上開三項因素，「國家機關取證行為對於被告隱私權之侵害程度」並未超越「國家機關取證行為對於國家利益之提升程度」，符合合法逮捕後之附帶搜索，可不須令狀⁶¹。

- (4) 依照司法院釋字第 603 號解釋意旨，隱私權係憲法第 22 條所保障之基本權利，強制採尿固可能揭露被告身體狀況之個人資訊，而有侵害隱私權之虞，然系爭規定已排除侵入性採尿之情形，是強制採尿並未對被告身體造成侵入行為，亦未使被告產生較大羞恥感，僅對於被告隱私權造成些許影響，當國家機關之強制採尿行為對於調查犯罪、蒐集證據之利益大於對被告隱私權之些許影響時，在利益衡量

⁶¹ Mariah Haffield, *Is Warrantless Urine Testing Constitutional?—Reasonableness of Warrantless Urine Testing in Cases Involving Driving While Under the Influence of Alcohol or Drugs*, 97 NEB. L. REV. 860 (2018)

下，國家公益應優先於被告利益，縱強制採尿對於被告隱私權有所影響，在符合法律保留原則及比例原則之情形下，系爭規定仍無違憲之疑慮。

4. 倘依「行為基準說」，則不自證己罪之內涵，包括無積極配合提供自身入罪證據之義務⁶²。若以此說出發，則系爭規定所定「呼氣」或「自行排放尿液」，都會形成要求強制受處分人以積極行為配合，藉以證明自身犯罪與否之狀態，而與不自證己罪有衝突的可能性⁶³。
5. 惟所謂「不自證己罪原則」並非絕對；縱認屬於權利，亦非不得依據憲法第 23 條限制之。一般而言，僅需受處分人並非單純且唯一地課予積極義務，而於程序上仍有代替選項時，即無違上開原則；且亦須視具體規範或命令情形⁶⁴。舉例而言，被告涉嫌犯酒後不能安全駕駛犯罪，則行為人受到「主動呼氣」之要求時，仍有「被動抽血」之選項，即無違反上開原則⁶⁵。是以，倘依據系爭規定，受干預人除了積極配合吐氣、自行排尿之外，仍有被動接受侵入性檢測處分之選項時，即無違「行為基準」之「不自證己罪」原則。
6. 另關於資訊隱私權，為憲法第 22 條所保障；惟仍得在

⁶² Vgl. KK-StPO/Hadamitzky, 8. Aufl. 2019, StPO § 81a Rn. 4; BeckOK StPO/Goers, 40. Ed. 1.7.2021, StPO § 81a Rn. 18.

⁶³ 據此觀點，以醉態駕駛罪為例，實務上內政部警政署訂定「刑法第一百八十五條之三案件測試觀察紀錄表」，內容包括：命犯罪嫌疑人（駕駛人）為行走直線測試、平衡動作，觀察是否有腳步不穩、手腳顫抖等情狀，亦可能涉及不自證己罪原則之議題。

⁶⁴ 例如：BVerfG 21.4.1993 – 2 BvR 930/92, NStZ 1993, 482（緩刑條件包括提出尿液樣本，但縱不提出，亦僅屬先前犯罪之執行，並非單方面成立新的犯罪，因而並不違憲）。

⁶⁵ 請參見：王士帆，《不自證己罪原則》，2007年，第260頁；林鈺雄，〈從基本權體系論身體檢查處分〉，《臺大法學論叢》，第33卷第3期，2004年，第263-264頁。

符合憲法第 23 條所定之意旨內，以法律限制之⁶⁶。依據本意見書相關說明，應認已得以適當保障⁶⁷。

(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？

1. 關於強制處分之決定權限或書面程序，在憲法框架下，立法者得以衡酌基本權保障、刑事實體法之保護義務、追訴之偵查效能等利益，有優先形成之權限。其中，倘將權限交由法官行使、書面為之者，因法官之獨立、中立性及機關制衡角度，得以形成最高度保障受強制處分人基本權的制度，相對地，另一方的公益也可能將因此有所減損。換言之，受強制處分人的基本權並非絕對，決定法官保留或令狀主義與否，同樣必須考慮刑事實體法處罰作為基本權保護義務之方式、有效訴追之公益事項，因而制度上並非所有強制處分均需由法官以書面行使。據上，系爭規定是否屬於憲法層次之法官保留、令狀主義，毋寧是先決問題。
2. 就此部分，倘認系爭規定中，關於「侵入性」強制採取尿液，已經形成強烈的基本權干預，而應有更高度之程序控制，可得以目的性限縮，將之排除於系爭規定之外，而回歸本法第 205 條之 1 之事前程序控制，並有第 416

⁶⁶ 司法院釋字第 603 號解釋理由書：「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。惟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」。

⁶⁷ 至於是否涉及目的外使用，則係另一問題。

條之救濟規定適用。至於「非侵入性」之強制採取尿液，其基本權干預程度較小，且透過立法機關衡酌後明定的拘提、逮捕要件為前提，並合憲地解釋急迫性、「相當理由」（具體個案的關聯性、較高度的事證釋明），事後亦可透過多種程序救濟（詳後述），應無違憲之疑慮。

3. 在憲法第 8 條第 1 項規定之下，國家剝奪或限制人民身體自由之處置，不問其是否屬於刑事被告之身分，除須有法律之依據外，尚應踐行必要之司法程序或其他正當法律程序（司法院釋字第 384 號、第 588 號、第 636 號、第 708 號解釋參照）。而憲法上正當法律程序原則之內涵，應視所涉基本權之種類、限制之強度及範圍、所欲追求之公共利益、決定機關之功能合適性、有無替代程序或各項可能程序之成本等因素綜合考量，由立法者制定相應之適當程序（司法院釋字第 689 號解釋參照）；於人身自由之限制達到剝奪之情形，則應按其實際剝奪之方式、目的與造成之影響，在審查上定相當之標準（司法院釋字第 392 號、第 588 號、第 636 號及第 664 號解釋參照）。系爭規定是否合於正當法律程序，就侵入性採取尿液而言，依其侵害之程度，損及隱私、身體、生命非屬輕微，應採取嚴格之解釋，於令狀擔保合法性之下（第 205 條之 1），且事後可受法院審查（第 404 條、第 416 條），始無違正當法律程序之要求；惟就非侵入性採尿而言，鑑於被告人身自由本已受到合法拘束，司法警察（官）於相當理由之限制下，始得要求被告自行排尿，仍須得到被告一定程度配合，對於隱私、身體、生命之侵害較為有限，事後亦有證據排除規定之適用，

應可採取較為寬鬆之標準，而為合憲之解釋。

三、違反受採尿者意願強制採尿(含侵入性及非侵入性強迫解尿)之正當法律程序為何？並就下列事項說明：

(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？

1. 德國刑事訴訟法第 81a 條規定：

(1) ① 為確認對刑事程序具有重要性之事實，得命對被告進行身體檢查。② 為此目的，得由醫師根據為檢查目的所定之醫術規則，進行抽血及其他侵入身體之行為，若對被告身體健康無不利之虞，得不經其同意為之。

(2) ① 法官有權命令之，在遲延將危及調查結果時，檢察官及檢察機關之偵查人員(《法院組織法》第 152 條)亦有權命令之。② 與第 1 句相異，有事實足認犯刑法第 315a 條第 1 項第 1 款、第 2 項、第 3 項，第 315c 條第 1 項第 1 款第 (a) 目、第 2 項、第 3 項及第 316 條之罪者，抽取血液樣本無須法官命令⁶⁸。

(3) 從被告身上抽取之血液樣本或其他人體細胞，僅得在據以抽取之本案或繫屬中之其他刑事程序中使

⁶⁸ 除第 81a 條第 2 項第 2 句(下稱新增條文)之外，其餘翻譯參照連孟琦，《德國刑事訴訟法》，2016 年 9 月，第 51 頁。

新增條文之例外無須令狀規定，係於 2017 年間針對醉態駕駛之各種類型而為(BGBl. I S. 3202)。其立法意旨，係為確保該類犯罪追訴有效性之憲法重要原則，且舊條文對於法官保留之執行，亦有實際上之困難，從而為上開增訂(Vgl. BeckOK StPO/Goers, 40. Ed. 1.7.2021, StPO § 81a Rn. 22-23; auch BT-Drs. 17/4232)。

用；一旦對此目的不再需要，應盡速銷毀。

一般來說，非侵入式之強制取得尿液樣本並非完全禁止⁶⁹。至於侵入式的強制採尿，則有不同見解⁷⁰。否定說大致基於人格權保護及尊嚴出發，此類違反受採尿者意願之之導尿管方式採尿，有疼痛、羞恥及後續感染風險⁷¹。惟倘若持肯定立場，於合乎比例原則之情形下應可為之，例如考量犯罪是否輕微、對於毒藥物相關檢驗是否有其他可靠之方法、手段上亦可透過醫術之無菌方式進行⁷²。

2. 關於美國法部分，詳見前述不自證己罪及供述基準部分。

3. 關於日本法部分：

(1) 「藉由將導尿管插入膀胱強制採尿之方式取得尿液」(以侵入性方法違反他人意願強制採取尿液，以下稱「強制採尿」)，日本刑事訴訟法並無明文規範，是以偵查機關得否為偵查犯罪而實施此種強制處分？又實施之法律依據為何？日本早年曾有不少爭議及討論，曾有見解認為此一強制處分侵害人性尊嚴，不得為之⁷³；另一方面，採「肯定說」見解中，就其性質及依據，亦有不同看法，主要大致分為：一、身體檢查令狀說(日本刑事訴訟法第 218 條第 1 項)；二、鑑定處分許可狀說(日本刑事訴

⁶⁹ BVerfG 21.4.1993 – 2 BvR 930/92, NStZ 1993, 482 (提出尿液樣本與緩刑條件)。

⁷⁰ Park, Durchsuchung und Beschlagnahme, 4. Aufl. 2018., Rn.767 (註 837 列出肯定及反對見解)。

⁷¹ Vgl. BeckOK StPO/Goers, 40. Ed. 1.7.2021, StPO § 81a Rn. 15.3; Meyer-Goßner/Schmitt StPO 63. Aufl. 2020, § 81a Rn. 21..

⁷² Vgl. MüKoStPO/Trück, 1. Aufl. 2014, StPO § 81a Rn. 18 (註 107、108 引用相關文獻)。

⁷³ 採否定見解者，如熊本典道「採尿検査」ジュリスト増刊・刑事訴訟法の争点 89 頁。

訟法第 225 條、第 168 條第 1 項)；三、身體檢查令狀與鑑定處分許可令狀併用說；於過去，日本通說及實務見解認為得併用「身體檢查令狀」與「鑑定處分許可令狀」為之，而無依日本刑事訴訟法第 218 條第 1 項規定為搜索扣押之問題⁷⁴⁷⁵。

- (2) 嗣日本最高裁判所於 1980 年（昭和 55 年）10 月 23 日裁定就有關強制採尿強制處分之適法性、性質、定位、實施之要件以及應注意事項等，作成代表性判例，並為之後數十年日本實務實施強制採尿所依循。該見解認為：「雖然對於拒絕自行提出尿液之犯罪嫌疑人使用強制力採取尿液，不僅為對身體侵入的行為，且為給予屈辱感等精神上打擊的行為，惟就本案採尿使用通常所用的導尿管插入尿道以採取尿液之方法，即使會給予被採尿者肉體上的不快感及抗拒感，只要由醫師等熟習技能者為之，其帶給身體乃至於健康障礙的危險性相對較小，即使有帶來障礙相對而言也較為輕微；又本案強制採尿給犯罪嫌疑人帶來之屈辱感等精神層面之打擊，即使在以勘驗等方法實施身體檢查也可能有相同程度的情形，是以並無絕對不能以本案方法對於犯罪嫌疑人強制採尿之理由可言。參照嫌疑案件之重大性、嫌疑之存在、該當證據之重要性及取得之必

⁷⁴ 行方美和「強制採尿に関する論点」法学セミナー717 卷（2014.10）117 頁。

⁷⁵ 上述「身體檢查令狀」及「搜索扣押令狀」均規範於日本刑事訴訟法第 218 條第 1 項；該條項規定：「檢察官、檢察事務官或司法警察職員於犯罪偵查而有必要時，得依法官所核發之令狀，為扣押、搜索或勘驗。於此情形所實施之身體檢查，應依身體檢查令狀為之」；同條第 3 項規定：「第一項之令狀，依檢察官、檢察事務官或司法警察職員之聲請核發之」。

要性、不存在適當之替代手段等情事，於犯罪偵查上確實認為有不得已之情形，在以之為最後手段之前提下，經以適切之法律上程序為之，亦得為此種行為；惟其實施應充分考量犯罪嫌疑人之身體安全與人格保護，始屬相當。」、「再者，考量前述適當之法律上程序，因強制採取存在體內的尿液作為犯罪證據，應認為具有搜索扣押之性質，故應認為偵查機關實施此行為應以搜索扣押令狀為之。惟就上開行為侵害人權這一點來看，因其與一般搜索、扣押有異，而與以勘驗方法所為之身體檢查處分具有共通性質，是以此搜索扣押令狀應準用有關身體檢查令狀之本法第 218 條第 5 項，亦即令狀記載要件上，載明『強制採尿係由醫師以於醫學上認為相當之方法為之』之條件，為不可或缺。」。

(3) 上開最高裁判所裁定之重要性，在於：

A. 肯定於日本法制下偵查機關實施強制採尿處分之合憲性：

過去，論者主張，日本憲法第 38 條對被告之緘默權保障⁷⁶，係來自美國法上被告的「拒絕自證己罪特權」(privilege against self-incrimination，美國聯邦憲法增修條文第 5 條)，在此法理之下，強行從被告體內抽取尿液等體液，相當於強行取得被告對自己不利益之供述，而有違憲之虞⁷⁷。

⁷⁶ 日本憲法第 38 條：「任何人不被強行索取對自己不利之供述。」

⁷⁷ 惟美國判例上業以該特權限於具有供述性質之證據，而否定類似性質之強制採血侵害該特權。Schmerber v. California, 384 U.S. 757 (1966); South Dakota v. Neville, 459 U.S. 553 (1983)

另一觀點，則由日本憲法第 13 條所規定之「人性尊嚴」條款⁷⁸出發，認為以顯著侵害人性尊嚴之方法蒐集證據，如同以逸脫令狀原則之方法蒐集證據，應否定因此取得證據之證據能力，本案判決之二審名古屋高等裁判所裁定⁷⁹基於此一理由，認為強行將導尿管插入犯罪嫌疑人身體取得尿液，即使因技術、手段的進步，未帶給被採尿者身體傷害或生理痛苦，但仍給予本人恥辱感，並使其感到羞恥及榮譽心受損，而屬「顯著侵害犯罪嫌疑人人格」，即使依法院令狀實施，亦為違法偵查手段；基於與上述論理相同立場，亦有認為違反憲法第 31 條正當程序保障規定者⁸⁰。惟最高裁判所並未採上述違法（或違憲）論之見解，仍肯定在嚴謹的實體利益衡量與程序規範之下，偵查機關依法院令狀所實施之強制採尿行為，應屬適法⁸¹。

B. 提出強制採尿處分得以合憲（合法）進行之判準⁸²：

- a. 實體要件：於犯罪偵查上確有不得已之情形。其衡量標準包括⁸³：一、案件之重大性；二、強制採尿乃必要不可或缺之處分（必要性）；三、並

⁷⁸ 日本憲法第 13 條：「國民以其為個人受到尊重。」

⁷⁹ 名古屋高判昭和 54.2.14 判例タイムズ 383 号 156 頁。

⁸⁰ 岡部泰昌「適正手續と強制採尿」判例タイムズ 427 号 9 頁。

⁸¹ 另一方面，亦有基於「強制處分法定主義」批評最高裁判所見解者，認為強制採尿之強制處分是否合乎憲法人性尊嚴規範，應屬由國會立法決定之事項。川崎英明『刑事訴訟法判例百選』〔第 9 版〕67 頁。

⁸² 參見行方美和「強制採尿に関する論点」法学セミナー 717 卷（2014.10）118 頁。

⁸³ 此部分之整理參考：土本武司「体液の強制採取をめぐる問題—その適法性と令狀の種類」判例タイムズ 435 号 11 頁。

無其他足以達到偵查目的之手段存在(不可替代性)；四、強制採尿之手段、方法於保障身體安全與人格保護上核屬相當(相當性)；五、因強制採尿使個人遭受身體痛苦、損傷乃至於屈辱感、羞恥心等精神上打擊等產生不利益，或於產生不利益情形時其程度(不利益性)。六、以之為最後手段(最後手段性)。

b. 經由適切之法律上程序。

c. 於實施之際，充分考量犯罪嫌疑人之身體安全與人格保護。

C. 明示強制採尿所應依循之令狀與方式：

依最高裁判所見解，強制採尿應依日本刑事訴訟法第 218 條第 1 項規範之搜索扣押令狀為之，惟就應記載事項，則準用日本刑事訴訟法第 218 條第 6 項規定：「法官就有關身體檢查，應附加認為適當之條件」，要求法院必須具體記載「限由醫師以於醫學上認為相當之方法為之」。在本裁定作成以後，日本實務上，即統一以上述附加條件之搜索扣押令狀(強制採尿令狀)實施強制採尿之強制處分措施。依上開最高裁判所見解，相較於對犯罪嫌疑人強制採血，雖然均為具有強制性、侵入性之強制處分，日本法院認為強制採尿有「不人道」性質，故對於強制採尿之實施，採取較為嚴格的標準⁸⁴，如認同

⁸⁴ 如強制採血不以「確有不得已之情形」為必要；參見柴田和也「身体に関する令状実務について（覚書）～証拠収集のための身体捜査と科学捜査のための検体採取～」23 頁。

施用毒品案件合乎前述「重大性」要件，但酒駕案件則不符合此要件⁸⁵；此外，也要求偵查機關提出諸如有持續努力說服犯罪嫌疑人自願採取並提出尿液，或足以證明以無法期待犯罪嫌疑人會自願提出尿液之證據，始符合「無替代手段」之要求⁸⁶。值得注意者，前述最高裁判所昭和 55 年裁定之背景事實為「被告遭逮捕以後拒絕提出尿液且持續抗拒」；至平成 3 年 7 月 16 日最高裁判所裁定⁸⁷則認為，於犯罪嫌疑人陷於精神錯亂狀態，而已無法期待其自行提出尿液之情形，綜合考量案件重大性、證據之重要性及取得證據之必要性，不存在其他替代手段等情形，亦屬「於犯罪偵查上確有不得已之情形」，而得對犯罪嫌疑人为強制採尿處分。再於平成 6 年 9 月 16 日最高裁判所裁定⁸⁸則指出，偵查機關得以強制採尿令狀將被告強制帶往採尿場所，目前實務上，強制採尿令狀並會附記：「為強制採尿而有必要時，得將犯罪嫌疑人帶往○○或適於採尿之最近場所」⁸⁹。

D. 據上，可見日本最高裁判所雖然認強制採尿為對個人基本權侵害較為重大之強制處分，惟仍考量偵查與追訴犯罪之國家公益及個人基本權之衡

⁸⁵ 柴田和也「身体に関する令状実務について（覚書）～証拠収集のための身体捜査と科学捜査のための検体採取～」20、21 頁。

⁸⁶ 柴田和也「身体に関する令状実務について（覚書）～証拠収集のための身体捜査と科学捜査のための検体採取～」21、22 頁。

⁸⁷ 最高裁判所最二小決平成 3.7.16 刑集 45 卷 6 号 201 頁。

⁸⁸ 最高裁判所最二小決平成 6.9.16 刑集 48 卷 6 号 420 頁。

⁸⁹ 行方美和「強制採尿に関する論点」法学セミナー717 卷（2014.10）120 頁。

平，認為在符合嚴謹之實體與程序要件下，仍屬適法。

(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？

1. 關於強制侵入性導尿部分，倘若將本法第 205 條之 2 為目的性限縮，而排除強制侵入性導尿者，體系上即應回歸第 205 條之 1，而有檢察官或法官之事前審核。並得以透過許可書相關事項之記載，於具體案件中為比例原則之控制。
2. 而上開身體檢查，事後亦得以透過第 404 條第 1 項第 2 款、第 2 項⁹⁰及第 416 條⁹¹救濟。此外，亦不排除對違

⁹⁰ 刑事訴訟法第 404 條：

對於判決前關於管轄或訴訟程序之裁定，不得抗告。但下列裁定，不在此限：

一、有得抗告之明文規定者。

二、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、身體檢查、通訊監察、因鑑定將被告送入醫院或其他處所之裁定及依第一百零五條第三項、第四項所為之禁止或扣押之裁定。

三、對於限制辯護人與被告接見或互通書信之裁定。

前項第二款、第三款之裁定已執行終結，受裁定人亦得提起抗告，法院不得以已執行終結而無實益為由駁回。

⁹¹ 刑事訴訟法第 416 條：

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。

二、對於證人、鑑定人或通譯科罰鍰之處分。

三、對於限制辯護人與被告接見或互通書信之處分。

四、對於第三十四條第三項指定之處分。

前項之搜索、扣押經撤銷者，審判時法院得宣告所扣得之物，不得作為證據。

第一項聲請期間為五日，自為處分之日起算，其為送達者，自送達後起算。

第四百零九條至第四百十四條規定，於本條準用之。

法執行職務者之刑事、行政究責及民事救濟。

(三) 如由司法警察(官)發動非侵入性強迫解尿，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採尿取證之合法性，是否有違憲法正當法律程序原則？

1. 關於司法警察(官)發動非侵入性強迫解尿，立法者已經在條文之構成要件預設框架，必須係以拘提、逮捕到案之被告或犯罪嫌疑人為前提，藉此限定所得發動之受處分人範圍。其次，透過該條「相當理由」、目的與手段在程序執行上之解釋，應更能符合正當法律程序。詳言之，該條所定「相當理由」之限制，原則上應解為與拘提、逮捕所根據之涉嫌犯罪事實根據有所對應⁹²，且要求較為高度的事證釋明，據以界定該處分之執行，以符合規範目的。再者，透過一般強制處分之解釋原則，該處分既屬例外授權規定，亦應在急迫之情形下方得為之。此外，倘有其他能達成保存證據目的之取證時，則應選擇對受處分人及公眾損害最少之方法為之。上開取證方式所造成之干預，亦不致與欲達成留存證據目的之利益顯失均衡。
2. 按司法救濟途徑，並不限於特定程序或方式，亦非限於即時之程序救濟。具體而言，對於司法警察(官)違法所為之非侵入性採尿處分，本得以民事求償，行政懲戒或刑事追訴，且亦能透過本案審理程序，以效果較為強

第二十一條第一項規定，於聲請撤銷或變更受託法官之裁定者準用之。

⁹² 倘非本案之拘捕，僅於急迫情形而別無其他有效保存證據之手段時，方能為之。

烈的證據排除（使用禁止）為救濟⁹³。再者，不論系爭規定構成要件所定受「拘提、逮捕」之情形，抑或恣意逸脫原始「拘提、逮捕」之基礎、導致過程中另外涉及拘束人身自由者，受處分人亦得隨時聲請提審，由法院救濟⁹⁴；其後如符合刑事補償法所定之要件，也得以聲請刑事補償⁹⁵。

3. 另外，倘若仍認憲法層次，對於基本權干預均應以「程序即時救濟」為界線，則於非侵入性強迫解尿之情形，解釋上，司法警察（官）適用系爭規定，本不能於物理界線上逾越身體之界線（即不得侵入身體），亦不得逾越身體檢查之必要程度（例如綑綁身體及四肢並脫去衣物），且以將來鑑定目的之必要，而必須「扣押」受採尿者自行排放之檢體。此類情形，在我國本法仍採檢察官為偵查主體之法制下，司法警察（官）為偵查輔助機關⁹⁶，其「扣押」於偵查中仍得由檢察官（主動或被動）撤銷⁹⁷。倘檢察官仍不撤銷者，既屬檢察官對基本權干預與否之決定，上開「扣押」得以解為檢察官所為之扣押處分。據此，非侵入性強迫解尿之過程如有違法疑義，

⁹³ 例如，司法警察（官）違法搜索，審理時宣告證據排除（使用禁止）為法律明定之救濟方式。刑事訴訟法第 131 條第 3 項：「前二項搜索，由檢察官為之者，應於實施後三日內陳報該管法院；由檢察事務官、司法警察官或司法警察為之者，應於執行後三日內報告該管檢察署檢察官及法院。法院認為不應准許者，應於五日內撤銷之。」。第 4 項：「第一項、第二項之搜索執行後未陳報該管法院或經法院撤銷者，審判時法院得宣告所扣得之物，不得作為證據」。

⁹⁴ 提審法第 1 條第 1 項：「人民被法院以外之任何機關逮捕、拘禁時，其本人或他人得向逮捕、拘禁地之地方法院聲請提審。但其他法律規定得聲請即時由法院審查者，依其規定」。

⁹⁵ 刑事補償法第 1 條、第 2 條。

⁹⁶ 刑事訴訟法第 228 條以下。

⁹⁷ 另一種可能的解釋是：將司法警察（官）之「扣押」，解為輔助檢察官所為之扣押處分，其救濟管道其後仍屬相同。

則因其最終屬於扣押處分之一部分或過程，而得併依本法第 416 條尋求法院救濟⁹⁸。就此角度，可得透過上開解釋，避免無程序即時救濟徑之疑慮。

⁹⁸ 如不採此見解，仍不排除類推適用刑事訴訟法第 416 條救濟。