

# 論內視鏡取證之容許性

劉芳伶\*

## 要 目

壹、前 言	二、兩種不同的解讀途徑
貳、兩則可資借鏡之日本判決	三、我國憲法之解釋適用
一、千葉地院2020年判決	肆、法律層次上的容許性
二、東京高院2021年判決	一、有關身體檢查之令狀 類型
三、兩判決之貢獻與問題點	二、我國刑訴法之解釋適用
參、憲法層次上的容許性	伍、結 論
一、與判例之整合性	

DOI : 10.6460/CPCP.202504\_(40).0002

本篇文章業經雙向匿名審查通過。

\* 東海大學法律學院法律學系副教授，日本東京大學法學博士。

## 摘 要

本文擬討論內視鏡取證在我國現行法下之合憲性與合法性問題。具體以言，首先於前言指出問題之所在。接著論析兩則可資借鏡之日本判決，並指出其之貢獻有二。第一貢獻，係正確地指出內視鏡取證在對身體侵襲之程度上與強制採尿之情形具有異質性。第二貢獻，係進一步指出本件內視鏡取證之施術須先獲得被處分人「對醫療行為之同意」才能有效地「控制醫療風險」。於此前提之上，再分層討論內視鏡取證之合憲性問題與合法性問題。最後分析作結指出，若以「必須已取得被處分人之醫療上的知情同意」為大前提，係有可能將內視鏡取證解為合憲；不過，即便如此，在合法性之層次上，就我國之解釋論而言，仍應將之解為係屬法無明文之強制處分。

關鍵詞：搜索、扣押、身體檢查、鑑定、勘驗、強制採尿、醫療風險、知情同意

# Acceptability of Endoscopy as a Means of Collecting Evidence

Fang-Ling Liou\*

## Abstract

This article intends to discuss the constitutionality and legality of endoscopic evidence collection under our country's current laws. To be more specific, the article first points out the issues to be discussed through this research in the preface. Then it analyzes two Japanese judgments that can be used as reference, and points out that they have two contributions. The first contribution is to correctly point out that the degree of possible invasion of the body caused by endoscopic evidence collection is heterogeneous with that of forced urine collection. The second contribution is to further point out that the implementation of endoscopic evidence collection must obtain concerned party's "consent to medical behavior" in order to effectively "control medical risks." Based on this premise, we will discuss the constitutionality and legality issues of endoscopic evidence collection respectively. Finally, it was pointed out in the conclusion that if "the informed consent of the concerned party must be obtained" as the major premise, it is possible to interpret

---

\* Associate Professor, College of Law Tunghai University; Doctor of Laws, The University of Tokyo.

endoscopy evidence collection as a measure consistent with the constitution; however, even so, at the level of legality, as far as our country's interpretation is concerned, if there is no clear provision in the applicable law, it should still be interpreted as an illegal prosecutors' order.

**Keywords:** Search, Seizure, Physical Examination, Expert Examination, Inspection, Forced Urine Collection, Medical Risk, Informed Consent

## 壹、前 言

針對內視鏡取證在現行刑事訴訟法（下稱刑訴法）下是否具有容許性之問題，國內公刊文獻中似未見有深入探討者<sup>1</sup>。雖有論者指出，對於像是肛門或陰道藏毒此類情形，要如何合法取證，係屬於邊界案例，如係需要借用醫療器材（如婦科用的鉗子）才能取出之情形，應解為已經不屬於搜索之範疇，而進入身體檢查之範疇（適用刑訴法第204條，第205條之1），其理由係，既然需要動用醫療輔助器械，本就宜由專業醫師來執行<sup>2</sup>。又我國偵查實務上，在肛門藏毒之取證程序係，由警方持檢察官所核發之鑑定許可書，將運毒者帶往特定醫院以X光照射檢查身體，確認肛門內是否藏有異物，之後，才在警方監視下，由運毒者自行排出體外抑或由醫師將之取出<sup>3</sup>。由此可知，我國實務見解與前引論者同調，即將之定性為鑑定之必要處分（適用前引刑訴法第205條之1）而非屬搜索<sup>4</sup>。問題

---

<sup>1</sup> 雖國內有從身體檢查處分之觀點檢討吞囊毒販案，其案情有二，其一，被告將毒囊吞入口中，警方可否附隨搜索口腔，其二，若進一步將之吞入胃中，可否將被告帶往醫院催吐。林鈺雄，從基本權體系論身體檢查處分，國立臺灣大學法學論叢，33卷3期，2004年5月，頁152-153。但同論文並未討論到使用內視鏡之情形。

<sup>2</sup> 同前註，頁167。

<sup>3</sup> 劉芳伶，論採尿處分之定性——以111年憲判字第16號判決為中心，當代法律，32期，2024年8月，頁113-114。並參照臺灣高等法院高雄分院99年度上訴字第1904號、臺灣高等法院93年度上訴字第1312號判決、臺灣高等法院93年度上訴字第1310號等判決之事實部分。

<sup>4</sup> 但要注意的是，同論者對刑訴法第205條之1，從立法論之觀點，多有

是，若醫師非使用鉗子，而係使用內視鏡從肛門深入大腸將其腸道內所藏毒品等異物取出之情形，是否仍能以檢察官所核發之鑑定許可書予以正當化其處分之容許性，則尚待進一步探究。有關此一問題，日本有兩個指標性實務見解，亦即千葉地方法院2020年3月31日判決（下稱千葉地院2020年判決）<sup>5</sup>與東京高等法院2021年10月29日判決（下稱東京高院2021年判決）<sup>6</sup>可資借鏡。故以下擬以此兩判決為中心以為議論之開展。

## 貳、兩則可資借鏡之日本判決

### 一、千葉地院2020年判決

本案被告A遭檢方以涉嫌在10月18日侵入住宅與傷害之犯行起訴（下稱本件對象事實<sup>7</sup>）。其概要係，A侵入B女之住宅之際，被正在入浴中之B之長男C發現，C隨即追出去，A遂毆傷C，A旋即被以現行犯逮捕，不過當時A身上帶有攝影機，雖設定為錄影中，不過SD卡卻遭拔除，警方在現場以及逮捕地進行搜索，然一無所獲，因此，警方懷疑可能已經被A吞嚥入肚。又警方推認A應係基於偷拍

---

批評。林鈺雄，同前註1，頁190，192-193。

<sup>5</sup> 千葉地判令和2年3月31日判夕1479号241頁。

<sup>6</sup> 東京高判令和3年10月29日判夕1505号85頁。本件為千葉地院2020年判決之第二審，已經判決確定。

<sup>7</sup> 除本件對象事實外，還起訴了三個侵入住宅犯行（分別在平成30年3月10日至11日，同年9月6日，同年月16日，犯之）。但此部分與本文檢討無關，故略之。

的目的而侵入住宅，故認為SD卡內有高度可能性存有與偷拍等犯行有關的影像，而具有作為證據加以確保之高度必要性；為了將之取出，警方曾相當長時間、數次，持搜索扣押令狀、身體檢查令狀以及鑑定處分許可狀，將A帶往醫院，由醫師使其服用瀉劑或實施灌腸，警方則在一旁監視並等待A排泄，然排泄物中仍是不見SD卡的蹤影<sup>8</sup>。

雖未順利取得SD卡，檢方仍予起訴。起訴後，警方與內部高層及負責的檢察官討論後，考慮到直至起訴之前，都不斷讓A服用瀉藥，但也一直未能將SD卡順利排出，故認為雖無前例，確實也只能以內視鏡方式直接取出，遂重行聲請搜索扣押令狀、身體檢查令狀以及鑑定處分許可狀，並持各該令狀，帶A到醫院，先由醫師對之實施CT檢查，確認SD卡仍卡在腸道內。在當日下午2點6分，從其肛門插入內視鏡的管子（管子之頂端之外徑是11.7公釐，插入部分最大外徑是13.7公釐），插入時，由於A表示肛門有強烈痛感，醫師便讓其服下鎮定劑，待藥效發作A半清

---

<sup>8</sup> 所謂「相當長時間、數次」之明細如右揭所示：(1)10月20日CT檢查，確認在結腸部分（距肛門約50公分之處）有異物存在，但排泄物中搜索無果。(2)雖從21日開始一直服用瀉藥，但直至同月26日都沒有將異物排出，雖然當日的CT檢查曾確認在大腸的S狀結腸處（距肛門約25-30公分的部分）有異物，然而直至29日還是沒有在排泄物中發現SD卡。(3)11月1日又帶被告到醫院服用瀉藥與灌腸，當日的CT檢查，在盲腸處確認有異物，但到了同月2日之間，連續排泄了10次，還是沒有順利排出。(4)11月7日復又帶被告到醫院重複服用瀉藥與CT檢查等過程，雖確認異物仍在盲腸處，但搜索排泄物仍然一無所獲。以上(1)-(4)的處置都有持搜索扣押令狀、身體檢查令狀、鑑定處分許可狀等相關令狀行之。

醒狀態之際，才繼續深入大腸內部（約莫距肛門80公分之部分），直至2點53分才順利以鉗子將SD卡（長1.5公分，寬1.0公分，厚度0.1公分）夾出。被告則被留置在醫院進行觀察，直至當日下午4點左右，才由警方帶回拘留所。

對此，被告之辯護人主張，以內視鏡插入大腸內進行取證，乃係法所不許的強制處分，故屬於違法取證，該SD卡以及其內所儲存的影像皆無證據能力。法院也認為，本件以內視鏡進行體內強制取證確實有重大的違法性，亦即，基於其對於人格權所造成侵害之重大性以及將來違法偵查抑制之觀點，而以裁定排除SD卡暨其之衍生證據（係指附有SD卡內存影像輸出為相片之報告書以及被害人B女在觀看SD卡內存影像後所為供述等）之證據能力（2019年10月29日）並駁回檢方對該SD卡進行證據調查之聲請（2020年2月13日）<sup>9</sup>。最後，對被告宣告一部無罪一部有罪之判決<sup>10</sup>。

## 二、東京高院2021年判決

就認為本件以內視鏡進行強制取證係具有重大違法應予證據排除之結論而言，作為二審之東京高院2021年判決係維持一審之見解。整理其理由，有以下四點<sup>11</sup>。

<sup>9</sup> 千葉地院2020年判決，內含兩裁定，為行文簡明，概稱判決；並於本文中以括號明示作成兩裁定之日期。

<sup>10</sup> 就本件對象事實部分係認定有罪，宣判一年六個月有期徒刑緩刑三年。其餘三個侵入住居部分則是無罪。

<sup>11</sup> 以下四點皆係摘要自東京高院2021年判決全文（參見註6）。而有關二審肯認一審所判定本件SD卡暨其之衍生證據皆具有取證違法之重

(一)本件內視鏡取證在對身體侵襲之程度上與強制採尿之情形具有異質性

即如一審所認定，本件與強制採尿之情形相較，在以內視鏡進行體內強制取證之情形，後者對身體所造成的侵襲性係更為重大。對此，二審亦肯認之，並指出按進行內視鏡施術很有可能造成腸穿孔等致命的風險，而作為施術的前置措施所服用的鎮靜劑也有可能對呼吸系統造成影響；確實，依據日本消化器內視鏡學會所公開的統計資料顯示，大腸內視鏡檢查以及服用鎮靜劑所造成併發症之件數之比例極低，然話雖如此，為了取證而進行內視鏡施術，就違背被處分人之意思強制實施此點而言，即便機率極低，然一旦發生併發症，卻可能危及生命，又內視鏡取證所帶來的屈辱感等精神上的打擊，較諸強制採尿之情形，亦係更為重大。

又二審指出，與強制採尿不同的是，內視鏡取證需要先讓被處分人分次服下瀉藥不斷拉肚子好將腸道清空，而且還需要服用鎮靜劑讓人陷入意識放空的狀態，又內視鏡管也比導尿管更長更粗，且所需要的施術時間也更久，這些都會對身體帶來相當的痛苦以及屈辱。基此，應可認為內視鏡取證與強制採尿兩者在本質上有所不同。

---

大性與證據排除之相當性之理由，由於本文不處理證據排除之問題，故略之。

## (二)本件欠缺對於醫療行為之同意而無法有效控制內視鏡施術之醫療風險

即如原審所指摘本件無法肯認被告A已經同意接受內視鏡之施術，二審基本上亦同調，並更進一步指出，前揭學會所公開的資料，也是基於本人對醫療行為之同意下所為之內視鏡施術為前提，若係未得到此等同意之情況下，其所可能造成的併發症等風險如何，並沒有可資參照的統計資料。即便檢方主張本件係在被處分人服用鎮靜劑後半清醒的狀態下由經驗豐富熟悉施術之醫師為之，故不至於會因其在施術中掙扎而造成腸穿孔等醫療風險之發生，但醫療行為之同意，係建立在被施術者自願全面配合施術的前提之上，像是提供過去的病例或過敏症等個資後做成問診紀錄，檢查前的禁食乃至於檢查中應保持平靜或某種姿勢等醫囑的注意事項之配合。

故二審指出，本件即便服用鎮靜劑，至多也只是讓被告在施術中不會亂動而已，根本無法確保醫師能取得作為施術前提之所必要的個資乃至於各種醫囑的注意事項之配合，即便是經驗豐富熟悉施術之醫師，若沒有被施術者之配合，也無法保證不會發生前述醫療風險。要之，二審認為，以內視鏡進行體內直接取證之情形，有引發危及生命之重大併發症之風險，若未取得被處分人對醫療行為之同意，則難以合理地控制醫療上所可能產生的風險，而本件並未取得此種同意。

### (三)無法肯認本件SD卡之取得係具有偵查上的高度 必要性

二審認為，以內視鏡進行體內直接取證之情形，可認為其對身體之侵襲乃係較諸強制採尿更為重大，若非有偵查上的高度必要性，則不得為之；且其之程度，較諸強制採尿之情形，理應更高。而所謂偵查上的高度必要性，按照日本最高法院1980年10月裁定（下稱強制採尿判例<sup>12</sup>）所示，應考量「犯罪的重大性、是否有相當的嫌疑，系爭證據之重要性以及取得之必要性乃至於不存在其他的替代偵查手段等情事」；問題是，如原審所指摘，本件涉犯並非重罪；又被告係以現行犯逮捕且對相關人證已經完成警詢筆錄，事實上也已經據此起訴，再者，系爭SD卡中是否儲存有與本件對象事實有關的影像也在未定之天，若此，實難肯認SD卡具有作為證據之重要性與取得之必要性；至於檢方主張因為一直無法用瀉藥排出所以只好用內視鏡直接取出云云，此點也無法正當化本件有所謂「不存在其他的替代偵查手段」之情事；按作為肯認無可替代性之前提，必須是有取證之高度重要性與必要性。

二審並進一步指摘，本件於令狀聲請之際，就是否有偵查上的高度必要性並未予以釋明，按若要判斷是否具有偵查上的高度必要性，也必須有具體的釋明資料，申言之，雖說強制採尿之情形，就吸食毒品的案件特性上，尿液檢查的鑑定書乃係決定性的證據，可謂是不證自明；相

---

<sup>12</sup> 最決(一)昭和55年10月23日刑集34卷5号300頁。

對於此，本件以內視鏡進行體內夾取SD卡之情形，其內所儲存的影像數據，就被告所涉犯行，在證明上，究竟有何重要性，並非不證自明，然檢方卻未提出具體的資料予以釋明；復又對照強制採尿判例所示諸情事加以檢討，也不能認為本件在偵查必要性之程度上更高於強制採尿之情形；基此，自係無法肯認本件具有偵查上的高度必要性。

#### (四)本件令狀審查過程具有未經實質審查之瑕疵而欠缺妥適性

二審指摘，誠如前述，內視鏡取證在對身體侵襲之程度上，較諸強制採尿之情形，顯係更為重大。要之，如原審所指摘，內視鏡取證之際所涉及新的法律問題既無前例，於其令狀核發之際，自有必要為相當慎重的檢討。申言之，即便是實務上慣用的強制採尿令狀在聲請之際，被認為係法官職務上所明知而無釋明必要之事項，在以內視鏡進行體內強制取證之情形，仍有必要提出具體的資料進行釋明，但本件相關令狀聲請之際，有關各該釋明，盡皆付之闕如。

具體以言，二審認為，像是本件的情形，若要評價其對被處分人之精神上打擊之程度，自應提出像是服用鎮靜劑等前置措施乃至於夾取體內異物之施術具體內容（例如內視鏡的形狀大小或是施術所需要的時間等）以及可能對身體所造成的侵襲之內容（例如可能對腸道造成損傷的機率或是鎮靜劑的副作用等）與程度之相關資料；惟此等釋明資料皆未為提出，故如原審所指摘，本件各該令狀之審

查，既欠缺必要之釋明資料，無異於未經實質審查，其之審查過程欠缺妥適性等情，並無違誤。

### 三、兩判決之貢獻與問題點

據上可知，就本文所欲檢討之課題而言，上揭兩判決之貢獻有二<sup>13</sup>：第一，兩者皆正確地指出本件內視鏡取證在對身體侵襲之程度上與強制採尿之情形具有異質性。事實上，在日本，也有論者肯認原審即千葉地院2020年判決此部分判旨至為正確，蓋本件以內視鏡侵入肛門進行探索，係直接將肛門暴露在人前，且內視鏡的管線比導尿管更粗大，插入探索的時間也更長，就此點來看，其所加諸被處分人之屈辱感或精神上的打擊自係更高，又加諸還得先讓被處分人服用瀉藥，此舉對身體所造成的負擔也可能超越強制採尿的程度<sup>14</sup>。而東京高院2021年判決此部分判

<sup>13</sup> 相對於此，另有論者認為，千葉地院2020年判決之啟發性價值有三，即第一，若著眼於對身體之高度侵襲性，則可能將內視鏡取證之處分解讀為不具容許性，第二，如肯認內視鏡取證處分之容許性恐有違反強制處分法定主義之疑慮，第三，以本件令狀核發未經實質審查為主要論點，可以藉此喚起人們對令狀審查形骸化問題之關注，且會影響於是否應予以證據排除之判斷構造。黑澤睦，內視鏡による嚥下物の強制採取（千葉地裁令和2.3.31判決），法学教室，489号，2021年6月，頁171。第一點與本文所述貢獻一係屬異曲同工，只可惜黑澤論文並未關注到合憲性與合法性之層次區別的問題。有關第二點，本文納入第一貢獻，申言之，第二點屬於第一貢獻之合法性層次之問題，如後所述，此處應檢討者係，內視鏡取證應適用何種法定令狀類型之問題。而第三點則係有關證據排除之判斷構造問題，因非本文檢討對象，故割愛不論。

<sup>14</sup> 淵野貴生，內視鏡を用いて大腸内の異物を強制採取する処分の許容性，新・判例解説Watch：速報判例解説，vol.29（法学セミナー増

旨係與原審同調，評價自同。第二，兩判決皆認為本件並未獲得被處分人「對醫療行為之同意」，而東京高院2021年判決則更進一步指出本件內視鏡取證之施術須先獲得被處分人「對醫療行為之同意」才能有效地「控制醫療風險」。換言之，此判旨之貢獻係指出，從「控制醫療風險」之觀點來看，僅對「偵查處分」予以同意尚有不足，還必須亦對「醫療行為」有所同意。

不過，問題是，兩判決從結論而言，雖皆係否定內視鏡取證之容許性，但是在討論的過程中並未區分憲法與法律的層次；故而就內視鏡取證之所以欠缺容許性，究竟係屬合憲但違法之情形，抑或係屬違憲且違法之故，仍不明瞭<sup>15</sup>。也因此，前述兩貢獻，具體上，究應作為合憲性要件抑或作為合法性要件發揮其機能，也有進一步討論之必要。因此，以下將區分憲法層次與法律層次來分別討論其之容許性問題。

## 參、憲法層次上的容許性

### 一、與判例之整合性

從與判例之整合性觀點來看，與上揭作為檢討素材之兩則判決最具關聯性之指標性判例即為所謂強制採尿判例<sup>16</sup>。此判例雖肯認以導尿管強制採尿係屬合憲，但在日

---

刊)，2021年10月，頁230-231。

<sup>15</sup> 並參見黑澤睦，同前註13，頁171。

<sup>16</sup> 同前註12。

本學界，仍素有爭議。若整理實務與學說之合憲論據可得四點，即(一)若案件係屬重大，在沒有其他替代的偵查方式，且有偵查之急迫性與必要性之時，強制採尿作為最後手段，應可容許；(二)雖強制採尿會伴隨著屈辱感等精神上打擊，不過，像是實施勘驗之時也會進行裸身或是身體孔洞（例如肛門等）之檢查亦同；(三)被處分人不自行提出尿液而自招屈辱，無法歸責於偵查機關；(四)強制採尿必須由有經驗的專業醫師親自實施，只要其係合於醫療常規適切地進行施術，鮮少會對身體或健康造成危害，即便在極少數的情形，不幸引起某些生理機能之障礙，其程度亦屬輕微<sup>17</sup>。

而作為強制採尿之對照組，最典型的就​​是剖腹取證之情形。有關此點，在日本學界，幾乎一致地認為，以外科手術取得腹腔內的證物係屬絕對違憲，故即便法有明文也無法正當化其容許性，換言之，該法違憲<sup>18</sup>。事實上，千

---

<sup>17</sup> 田宮裕，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，1988年1月，頁61；沢新，覺せい劑事犯と採尿検査，法律のひろば，32卷5号，1979年5月，頁22；島伸一，カテーテルによる強制採尿の適法性（最判昭和55.10.23），北海学園大学法学研究，17卷3号，1982年3月，頁583；北嶋良蔵，強制採尿（最高裁昭和55.10.23第一小法廷決定），收於：刑事訴訟法判例百選，11版，2024年3月，頁62-63。相對於此，也有主張違憲說之論者，可參見竹中省吾，尿の採取と令状，法律時報，48卷12号，1976年11月，頁108；小早川義則，強制採尿の違憲性，成文堂，2019年2月，頁11-15。

<sup>18</sup> 土本武司，体液の強制採取をめぐる問題——その適法性と令状の種類，判例タイムズ，32卷10号，1981年5月，頁8-9；鬼澤友直，嚙下

葉地院2020年判決也指出，像是在吞下以保險套包覆毒品的案例中，因該藥物有外漏導致生命危險之時，而可認為應採取醫療上的救命措施的情況下，是可以為了救助人命而採取外科手術剖腹取出異物，但本件並無若不及時移除SD卡即有可能招致生命危險之情形<sup>19</sup>。

若與剖腹取證係屬絕對違憲之觀點兩相對照，再重新咀嚼上揭強制採尿合憲說之四點論據，我們不難發現，在剖腹取證的情形，(二)(三)(四)都是顯然不成立的。首先，(二)的部分，剖腹取證的情形跟身體孔洞之檢查迥然不同，不言自明。(三)的部分，被處分人可以自由決定要否自行排尿，但是腹部有異物的被處分人，卻不可能自由決定要否自行排泄出腹腔內的異物，此點也是顯而易見。而(四)部分，剖腹，光是需要全身麻醉這一項的危險性，就有足以致死的風險。在(二)(三)(四)不成立之前提下，即便具有(一)，自然也不足以憑此肯認其合憲性。申言之，(二)(三)(四)係對基本權干預之強度之描述。而(一)乃係在肯認對基本權干預程度具有可容許性之前提下，基於憲法之比例原則所為之要求。換言之，在剖腹取證的邏輯下，無論案件具有如何的重大性、證據又係怎樣的無可替代性、且外科手術又係被定性為最後手段性、還有偵查急迫性與必要性等情，也不可能僅因此，就可在憲法的層次

---

物，体腔への挿入物の搜索差押え，別冊判例タイムズ，35号（令状に関する理論と実務Ⅱ），2012年12月，頁116。

<sup>19</sup> 同前註5。同見解可參照，鬼澤友直，同前註。

上，正當化外科手術剖腹取證之容許性。

但問題是，內視鏡取證之情形，其對基本權干預之強度係高於強制採尿，但低於剖腹取證。雖說(三)的部分，與腹部有異物的情形一樣，本件被告A無法自由決定要否自行排泄出腹腔內的異物。事實上，即便A一直服用瀉藥，異物還是一直卡在腸道內。但(二)(四)是否成立，就處於灰色地帶。首先，(二)的部分，肛門內視鏡檢查跟單純的身體孔洞之肛門檢查，可以說具有類似性，也可以認為有所差異。如前所述，本件二審與一審都認為，內視鏡取證在對身體侵襲之程度上與強制採尿之情形具有異質性。若此，(二)的部分應該解為不成立。而(四)的部分，內視鏡取證雖然不需要全身麻醉，但還是有腸穿孔致死的風險，只不過按照日本消化器內視鏡學會所公開的統計資料顯示，其比例極低而已。然不管比例再低，只要有可能致死，那麼(四)的部分就不可能成立。

基上所析，似應認為內視鏡取證係較接近剖腹取證之情形。換言之，應解為係屬違憲，較為合理。又如此也較能呼應前述兩則判決之第一貢獻，亦即，既然內視鏡取證在對身體侵襲之程度上與強制採尿之情形具有異質性，那麼解為前者違憲，後者合憲，邏輯上似乎較為一貫。惟話雖如此，若從兩判決之第二貢獻重行分析，合憲與否，如下所析，又有兩種不同的解讀途徑。

## 二、兩種不同的解讀途徑

按前述第二貢獻指出，本件欠缺被處分人之同意而無

法有效控制內視鏡施術之醫療風險。事實上，有關此點，東京高院2021年判決也有更進一步詳細的說明，其指出，按雖從本件的施術結果來看，實際上並未發生可能危及生命的併發症，但這僅係出於偶然，事實上，依據本件內視鏡施術之際在場監視的警官的證言可知，被告A對於內視鏡施術一直是採取不太配合的態度，除了不斷叫囂著「服用鎮靜劑也太扯了吧」、「叫律師來」等語，此外，在插入內視鏡之際，醫師要求A左半身向下橫躺，但A根本充耳不聞，還是一直仰躺，施術中，警官還得幫忙壓住A的大腿，甚至在插入內視鏡之後，A竟叫嚷的更大聲了，醫師還因此提醒A說「不要講話，一講話，腸子會蠕動，這樣可能會出事」，結果A根本不聽，直到施術結束，都一直大聲說話，故此，同判決認為無法肯認本件被處分人已有通常醫療行為所要求之（患者的）同意<sup>20</sup>。

由以上判旨所示，應可推認，東京高院2021年判決認為，如要肯認內視鏡取證之容許性，就應先取得「通常醫療行為所要求之同意」，也就是學理上一般所稱之「知情同意」（informed consent）<sup>21</sup>。若此，似可解為其應係與剖腹取證之邏輯同調。亦即，內視鏡檢查與剖腹手術一

---

<sup>20</sup> 同前註6。

<sup>21</sup> 所謂「知情同意」，就一般論而言，關注的重點在於醫療過程中醫師是否已經盡到「說明義務」而足以對應病患所享有之「自我決定權」。換言之，若未盡到此種「說明義務」乃係侵害病患之「自我決定權」。中野貞一郎、畔柳達雄，醫療事故と司法判断（ブック・レビュー），判例タイムズ，1174号，2005年5月，頁125。

樣，只能作為一種醫療行為，而不能作為一種偵查行為。換言之，只能在基於救助人命或維持健康所必須之目的下，才能進行內視鏡施術，而不能專為偵查取證的目的來施術。若採此解，其結論會與前述判例整合性之分析相同，即認為內視鏡取證係屬違憲。

然話雖如此，如係解為與剖腹取證之邏輯同調，因為剖腹取證是絕對違憲，故若無救助人命或維持健康之必要，則即便已經取得被處分人之醫療上的知情同意，也無法施術。問題是，兩判決都在「無法肯認本件SD卡之取得係具有偵查上的高度必要性」，以及「本件令狀審查過程具有未經實質審查之瑕疵而欠缺妥適性」此兩點上，有著大幅著墨<sup>22</sup>。由此似又可推論，如本件令狀有經過實質審查，而得以肯認SD卡之取得，係具有偵查上的高度必要性者，即可肯認內視鏡取證之法律層次上的容許性。若此，作為前提，自應係先行肯認內視鏡取證處分在憲法層次上係具有容許性，其論理才能一貫。

若採上段所論，似又能將內視鏡取證解為係屬合憲。亦即，若在已取得被處分人之醫療上的知情同意之前提下，即便並無救助人命或維持健康之必要，然對照前述強制採尿之合憲性要求，且採取較之更為高程度之偵查上的高度必要性審查，若能通過此種實質審查，則似仍可肯認內視鏡取證具有合憲性。如從此解，則會得出與前述判例

---

<sup>22</sup> 尤其係以後者為主要論點。同見解參照，黑澤睦，同前註13，頁171。

整合性之分析不同的結論。

不過，問題是，既然係以「已取得被處分人之醫療上的知情同意」為大前提，此種內視鏡取證，是否仍具有強制性，還有進一步討論之必要。按日本學說上對於偵查處分是否具有強制性的判斷，以最大公約數來說，主要有兩要件，其一，「是否壓制或違反個人意思」抑或「是否已得個人同意」（下稱要件一），以及其二，是否構成「侵害權利」（下稱要件二）；雖針對要件二是否限於「對重要基本權造成實質性侵害」此點，學說上見解紛呈；且兩要件之關係如何，也是論說各異；若概括以言，在邏輯上，可將眾多學說粗分為二，即一為併立關係，此時需兩要件同時成立才會被評價為具有強制性，而另一為擇一關係，即兩要件只要有其一成立就可構成強制性<sup>23</sup>。在內視鏡取證之情形，顯係毫無疑問地會對重要基本權造成實質性侵害，故此時該當要件二，乃不言自明。所以，問題會在於兩要件之關係，如果認為係併立關係，那麼，既然已取得被處分人之醫療上的知情同意，換言之，要件一不該當，此時的內視鏡取證並不具有強制性；反之，若認為係擇一關係，那麼，即便已取得被處分人之醫療上的知情同意，既然要件二已然該當，如此一來，依然會被定性為強制處分。

<sup>23</sup> 後藤昭，強制処分法定主義と令状主義，法学教室，245号，2001年2月，頁12；三井誠，刑事手続法(1)，新版，1997年6月，頁81；井上正仁，強制捜査と任意捜査，2006年4月，頁8-10。

本文認為，在偵查處分是否具有強制性之判斷上，宜採擇一關係之立場。首先，有論者主張，要件二是一般性、類型性的判斷標準，而要件一則是個別性、具體性的判斷標準<sup>24</sup>。若從此說，該當要件二，係意味著對權利（係指憲法上所保障之生命、身體、自由、財產、隱私等重要基本權）造成實質性侵害，但若在該具體個案中對該權利之干預並不違反被處分人之意思，換言之，權利主體同意國家干預該權利，則並無必要將之作為強制處分加以規制。不過，此論具有正當性之前提，必須是「法律上承認該權利主體對其之權利具有合法的處分權」。

有關此點，就我國現行法制面而言，在法律上，權利主體並非對自己所有的權利都享有合法的處分權。例如，我國刑法第275條第1項規定：「受他人囑託或得其承諾而殺之者，處一年以上七年以下有期徒刑。」。此處所稱「受囑託或得承諾而殺之」，即係作為權利主體之個人，欲處分自己所擁有的生命權，亦即請他人殺自己或承諾他人可以殺自己，但刑法第275條第1項卻明定加工自殺罪，藉以對其所為之此一處分施加限制，亦即「受他人囑託或得其承諾而殺之」被立法者設計為一種「構成要件同意」，因此，雖受囑託或得承諾，行為人仍然無法據以主張得被害人承諾而阻卻違法。由此可知，法律上並不承認個人可以完全自由地處分自己的生命權。而為何法律可以

---

<sup>24</sup> 井上正仁，同前註，頁7-8。

如此限制權利主體對自己權利之處分權？有關此點，可藉由所謂「基本權二重機能論」中的「保護義務論」<sup>25</sup>來加以說明。

舉例以言，像是「保護義務論」認為，國家對於胎兒具有保護義務，亦即，為使尚未出世的生命免於被無故墮胎，故有墮胎罪之設<sup>26</sup>。按同一邏輯，刑法第275條第1項也可以理解為，國家對於個人生命具有保護義務，亦即，為使個人免於因一時失慮而自喪生命，故有加工自殺罪之處罰。而之所以該行囑託或給承諾之有意自殺者本人並不在處罰之列，係因為其想自殺，就意味著連死都不怕，如此一來，對之科以刑罰，根本毫無意義，故而欠缺予以成罪化之正當性。而同一邏輯，亦可套用在刑事程序的規制設計之理解上。亦即，對專屬於個人之生命、身體等重要法益，同樣也可以基於國家「保護義務論」，而以法律限制權利主體（即被處分人）對於自己重要權利之處分權。若此，即便權利主體同意國家干預該重要權利，也無礙於在法規制設計上將之定位為強制處分。因為對於此種專屬於個人之生命、身體之重大的法益，基於國家保護義務

---

<sup>25</sup> 松本和彦（訳／解説），ヨーゼフ・イーゼンゼー（著），防禦權としての基本権，收於：保護義務としての基本権，2003年9月，頁60。

<sup>26</sup> 小山剛、上村都、栗城寿夫（訳），小山剛（解説），ヨーゼフ・イーゼンゼー（著），保護義務としての基本権，收於：保護義務としての基本権，2003年9月，頁131。

論，權利主體之處分權本就受到法律限制之故<sup>27</sup>。

此外，還有另一個問題是，如採以上所解，亦即從兩判決之第二貢獻作為切入視角進行分析，就會認為若以「必須已取得被處分人之醫療上的知情同意」為大前提，係有可能將內視鏡取證解為合憲。不過，問題是，如此一來，是否連前述彼邦通說認為係屬絕對違憲之剖腹取證之情形，也可能因援用同一邏輯，竟也有可能轉而被解為得肯認其合憲性<sup>28</sup>。然本文認為，應不至於如此。蓋此處問

<sup>27</sup> 要附帶說明的是，擇一關係之立場，在不該當要件二，而僅該當要件一之情形，若也將之定義為強制處分，有可能會招致是否過度規制之質疑。雖然，就本文所探討之內視鏡取證之情形，並無面臨此項質疑之困境，因為在內視鏡取證之情形，顯然係該當要件二，此點並無疑義；惟為免招致誤解，故僅在註腳中進行簡要的補充說明。有關此點，事實上，也確實有論者主張，任何未得個人同意的權利制約，不論其制約的程度如何，皆應解為係屬強制處分，不過，要注意的是，與此同時，同論者也強調，並非所有的強制處分皆當然服膺於令狀原則之規制。參見後藤昭，同前註23，頁12。然可惜的是，此論者並未為進一步敘明，所謂令狀原則以外的規制係指何種規制，也未說明何種強制處分在制度設計上應受令狀規制，何種強制處分則無庸採取令狀規制之設計。惟話雖如此，若就其文脈推之，不難想見，同時該當要件一與二之強制處分，應服膺於令狀原則採行嚴格的規制，而只該當要件一，不該當要件二之情形（換言之，不涉及基本權，或雖涉及基本權但侵害程度輕微而不構成實質侵害之情形），立法制度上可以考量其他的規制可能性。本文認為，此論所為提案，對於科技時代下的偵查手法之規制設計而言，在立法論上，應可評價為相當具有啟發性。不過，囿於篇幅所限，且又與本文之檢討對象並無直接關聯性，故暫且割愛，期待他日為文再行申論之。

<sup>28</sup> 雖與本文在推論的文脈與論據上有所不同，然就有關肯認內視鏡取證之容許性可能被擴張至剖腹取證之情形的擔憂此點而言，事實上亦有論者曾有類似指摘，即其認為若可以援用強制採尿判例的見解而肯認本件內視鏡取證之容許性，那麼是否將來連剖腹取證都很有可能被解

題的關鍵應在於，對東京高院2021年判決所指摘的「醫療風險的控制」之理解上。按其之理解，若係以「已取得被處分人之醫療上的知情同意」為前提，即可藉此進行有效的「醫療風險控制」，故可肯認其合憲性；反之，則否。有鑒於內視鏡施術乃係大腸癌或胃癌等身體健康檢查項目之常規操作，通常係對不知是否有病灶之人實施，換言之，即便可能是事實上完全健康之人，也會接受大腸鏡或胃鏡之健康檢查，此時，若係「已取得被處分人之醫療上的知情同意」之情形，應可肯認足以有效地達成「醫療風險控制」之目的。按若非如此，醫療上，也不可能將之列為常規檢查項目。換言之，此種內視鏡取證對身體干預的程度，必須係限於可與大腸鏡或胃鏡等身體檢查項目之常規操作之情形同視者。相對於此，剖腹手術之情形，則顯非屬於可與身體健康檢查常規操作之情形同視者。蓋以剖腹手術對身體干預所可能造成的重大醫療風險而言，就現階段的醫療水平來說，即便「已取得被處分人之醫療上的知情同意」，恐怕也無法因此評價為已足以藉此有效地進行「醫療風險控制」。事實上，此種施術也只會針對有病灶且已展現出病徵之人實施，對於完全健康之人或尚無病徵出現之人，就現今之醫療倫理而言，似尚不允許僅基於健康檢查之目的而貿然行之。

---

為係具有容許性。瀧野貴生，同前註14，頁231。

### 三、我國憲法之解釋適用

接著應續行檢討者係，前揭以日本法為素材所行之合憲性分析，就我國憲法之解釋論而言，是否亦屬妥適。為此，自應先行比較我國有關強制採尿之相關議論與前述日本有關強制採尿之相關議論之異同。有關此點，我國與日本之議論基礎並不相同，蓋於日本刑訴法中並無所謂強制採尿之明文，也因此彼邦最高法院才借搜索扣押制度自創所謂強制採尿令狀。相對於此，我國刑訴法第205條之2明定：「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。」。而過去我國實務上肯認得依據同條規定實施侵入性的強制導尿之處分<sup>29</sup>。彼時，我國實務根本未曾意識到強制採尿合憲與否之問題。當然，過去此解，現如今已為111年憲判字第16號判決（下稱111憲判16）透過目的性限縮解釋予以推翻<sup>30</sup>。不過，可

<sup>29</sup> 最高法院107年度台上字第2760號，同院之109年度台上字第3154號，109年台上字第4572號，109年度台上字第543號等刑事判決參照。

<sup>30</sup> 此外，還宣告同條違憲，不過，此部分並非本文檢討對象，故略之。又司法院為符合同判決意旨，已於113年2月23日召開第209次會議通過刑訴法第70條之1、第205條之2、第205條之3、第205條之4修正草案；明定檢察事務官、司法警察（官）調查及蒐證處分所應踐行之正當法律程序，並賦予受採取之犯罪嫌疑人或被告得向法院聲明不服、請求救濟之機會。司法院網站，<https://www.judicial.gov.tw/tw/cp->

惜的是，111憲判16對於強制採尿本身究竟是否合憲之問題，並未有所著墨<sup>31</sup>。

至於我國學說之議論況狀，雖就強制採尿與刑訴法第205條之2解釋適用問題乃至於同條之立法妥適性，有不少討論，但並未見有特別針對強制採尿本身之合憲性問題加以深入討論者。而就合法性問題之討論來看，我國學說多數，在基本立場上，係與111憲判16同調，亦即認為刑訴法第205條之2在解釋論上，應解為並不包括授權偵查機關可為強制採尿之情形<sup>32</sup>。此外，另有論者整理日本強制採尿相關議論，就強制採尿是否具有正當性之問題，區分為肯否兩說；首先，否定強制採尿有正當性之理由有三點，其一，強制採尿太過屈辱而有戕害人性尊嚴且違反比例原則，其二，強制採尿侵害個人對身體之自我決定權，其三，就法律保留而言，強制採尿必須有法律明文，但我國刑訴法上並無明文，故有違反法律保留之嫌；相對於此，肯定有正當性之理由則有四點，其一，強制採尿之屈辱感與對身體之鑑定或勘驗並無大差，且透過專業醫師操作也可以將屈辱感大幅緩和，其二，就比例原則而言，由專業醫師行之，對身體健康造成之風險性小且若以強制採尿為

---

1429-1042829-5a860-1.html（最後瀏覽日：2025年3月25日）。

<sup>31</sup> 並參照劉芳伶，同前註3，頁110。

<sup>32</sup> 林鈺雄，干預處分與刑事證據，2008年1月，頁80-81；梁世興，司法警察強制採尿行為，中央警察大學法學論集，22期，2012年4月，頁140；李佳玟，急診室中的強制導尿——簡評最高法院99年度台上字第40號判決，台灣法學雜誌，158期，2010年8月，頁225-226。

最後手段，應無禁止之理，其三，強制採尿之諸般不利益本可透過自行排尿而輕易迴避，被處分人捨此不為，故以強制處分之方式行之，應無絕對不許之理，其四，有鑒於毒品案件氾濫，強制採尿有其高度必要性<sup>33</sup>。於此之上，同論者基此肯否兩說之分析，主張正當化強制採尿之要件有八，即：(一)具有犯罪嫌疑，(二)具有證明重要性與取證必要性，(三)被處分人拒絕自行排尿，(四)偵查機關已經取得為強制採尿之搜索扣押令狀，(五)無其他替代方式，(六)最後手段性並符合正當法律程序，(七)由專業醫師行之，(八)強制力之實施必須限於最小限度<sup>34</sup>。此八點，非常顯然地混合了合憲性與合法性此兩層次之各種不同要素。對此，若要抽出合憲性層次之判斷要素，則應回歸「我國法制上就『強制處分對於基本權之干預是否合憲』之判斷基準為何」來加以進一步討論。

有關此點，我國主流見解認為，有關「強制處分對於基本權之干預是否合憲」之問題，在判斷上，主要係以是否合於我憲法第23條所要求的「法律保留原則」與「比例原則」為基準；前者是審查干預之「授權形式」，主要係審查是否符合「授權明確性」與「類推禁止」之要求；後者是審查「實質內容」，基本上須符合「目的」之「適合性」原則、「手段」的「最小干預」原則，以及「目的與

---

<sup>33</sup> 李錫棟，計謀採尿與強制採尿，中央警察大學法學論集，6期，2001年8月，頁74-76。

<sup>34</sup> 同前註，頁77-78。

手段」之間之「狹義的比例」（亦即兩者之間必須具有「適合且必要之關係」）原則，此外與之相關的具體審查原則，還有「相關性原則」、「重大犯罪原則」以及「重大嫌疑原則」等<sup>35</sup>。

而日本國憲法（下稱日憲法）與我國憲法相較，雖法條文字有所不同，但對於強制處分是否合憲之判斷基準，在原則上並無二致；亦即同樣係求諸於「法律保留原則」與「比例原則」。申言之，前一原則係以日憲法第31條為據。即同條明定：「任何人非經法律明定之程序，不得剝奪其之生命或自由，亦不得科以其他之刑罰。」。彼邦通說認為，同條所定法律保留原則，於刑事訴訟程序當然亦有適用<sup>36</sup>。事實上，此點也具體表現在日本刑事訴訟法（下稱日刑訴法）第197條第1項所定強制處分法定主義之上<sup>37</sup>。又就其主要內涵之理解，基本上，亦與我國主流同調，亦即，皆應服膺於「授權明確性」與「類推禁止」之要求<sup>38</sup>。

<sup>35</sup> 林鈺雄，同前註1，頁160-162，178-180。

<sup>36</sup> 久岡康成，法律の留保原則・比例原則と接見禁止：EU指令2013/48/EUを参考に，立命館法学，363/364卷，2016年3月，頁1891。

<sup>37</sup> 川出敏裕，「強制処分」の概念とその規律：現状と今後の課題，刑法雜誌，58卷3号，2020年3月，頁371-372。

<sup>38</sup> 津田敬三，行為規範としての刑事訴訟法197条1項の解釈：最大判平成29年3月15日を巡って，慶應法学，43卷，2019年12月，頁39；後藤昭，法定主義の復活？最大判平成29年3月15日を読み解く（判例時評），法律時報，89卷6号，2017年6月，頁5。

而有關後一原則，其之依據，係求諸於日憲法第13條所定：「全體國民，生而為人被尊重。有關於生命、自由以及幸福追求之國民的權利，以無違反公共福祉者為限，立法與其他國政上，應給予最大的尊重。」。對此，日本主流見解認為，本條之旨趣，係以國家有義務保障個人的基本人權並且維持公共福祉為前提，而此兩項義務往往會處於對立面有所衝突，故本條課以國家負有依據「比例原則」加以調和之義務，於此意義上，本條被認為係「比例原則」在憲法上之依據；且通說認為，同原則在刑事程序中，也毫無疑問地，應一體適用<sup>39</sup>。又對其主要內涵之理解，也與我國主流見解一致，亦即，須符合前所述及「適合性」、「最小干預性」以及「狹義的比例性」三原則，此外與之相關的具體立法原則，也與我國相似，即有所謂「相關性原則」、「重大犯罪原則」以及「重大嫌疑原則」等可為依歸<sup>40</sup>。

若將以上所論對照前述日本強制採尿令狀之合憲性判斷之四項理由，可得出如下的對應關係，亦即：(一)考量

---

<sup>39</sup> 佐藤幸治，憲法，3版，1995年4月，頁444，590；松井茂記，日本國憲法，3版，2007年12月，頁544；鈴木茂嗣，刑事訴訟の基本構造——訴訟対象論序説，1979年1月，頁5；須藤陽子，比例原則，法学教室，529号，2024年10月，頁12；金子章，刑訴法における「強制処分」についての一考察：「強制処分」の意義に関する議論を中心に，横浜国際経済法学，20卷2号，2011年12月，頁2。

<sup>40</sup> 參照淡路智典，憲法上の比例原則の構造と段階説——ドイツにおける職業の自由の議論を参考として，社学研論集，17卷，2011年3月，頁124-125。

「案件重大性」，係對應於所謂「重大犯罪原則」以及「重大嫌疑原則」；而「有無其他替代偵查方式乃至於有無偵查之急迫性與必要性」，則係對應於「相關性原則」；又「是否為最後手段」，乃對應於「最小干預性」原則。(二)考量「干預對精神之侵害程度」，係對應於「狹義的比例性」原則。(三)考量「是否可歸責於偵查機關」，係對應於「適合性」原則。(四)考量「干預對身體健康之侵害程度」，也係對應於「狹義的比例性」原則。由此以觀，顯而易見地，日本在強制採尿之合憲性判斷上，也係以「比例原則」作為基準；又日本最高法院之所以藉用日刑訴法有關搜索扣押令狀之相關規定作為創出強制採尿令狀之法依據，毫無疑問地，乃係為了能符合「法律保留原則」之合憲性要求。另外，如前所析，本文借鏡日本法之相關議論進行檢討後，得出「若以『必須已取得被處分人之醫療上的知情同意』為大前提，係有可能將內視鏡取證解為合憲」之論證，此點，也與前引我國論者在強制採尿文脈下所提及之「個人對身體之自我決定權」此點相呼應。

承上可知，雖我國憲法與日憲法之法條文字各異，但對於強制處分之干預是否合憲之判斷上，皆係以「法律保留原則」與「比例原則」為基準；且對兩原則之主要內涵的理解，基本上也並無大差。再者，我國公刊文獻上，雖尚未有論及內視鏡取證之問題者，但在強制採尿之文脈下，如前所述，曾有論者提及「個人對身體之自我決定

權」與「強制處分」之關係，於此意義上，本文所提出之「被處分人之醫療上的知情同意」與「強制處分」之關係，亦可以理解為，係對「個人對身體之自我決定權」與「強制處分之關係」之進一步具體化與類型化。於此前提下，應可肯認，前述本文以日本法為鏡所為合憲性分析，於我國憲法之解釋論上，亦有比較法研究上援引參照之妥適性。

然而，即便可以肯認內視鏡取證處分在憲法層次上的容許性；問題是，其於法律層次上，要適用何種類型之令狀，方能肯認其容許性，則仍有疑問。故以下有必要續行分析之。

## 肆、法律層次上的容許性

### 一、有關身體檢查之令狀類型

有關強制取證之令狀，在日刑訴法中，有三種類型可資運用，即搜索扣押令狀、身體檢查令狀與鑑定處分許可狀。在本件之情形，偵查機關係採取三種令狀併用之方式。而內視鏡取證之情形，上揭兩則日本判決，在結論上，否認本件取證處分之容許性，而在論證過程中並未一一具體分析應適用之令狀類型。但在強制採尿之情形，有關令狀類型之分析卻有豐富的議論。而內視鏡取證，如前所析，雖其與強制採尿具有異質性，但也有部分類似性，故有關內視鏡取證令狀之類型分析，可借鏡有關強制採尿令狀之相關議論。

所謂強制採尿令狀，係日本最高法院將人工導尿取證之處分，定性為搜索扣押，創造出一種附條件（即以必須由專業醫師依照醫療常規實施為條件）對尿液進行搜索扣押之令狀類型<sup>41</sup>。此種令狀，係著眼於尿液作為一種排泄物本來就要排出體外，據此將之定義為應扣押物，並將侵入尿道取得尿液（應扣押物）之過程定義為搜索<sup>42</sup>。而本件SD卡係屬於存於體內之應扣押物雖無疑慮，但問題是，內視鏡取證尚無先例，又偵查機關也無權自行創造附條件之內視鏡取證令狀。從而也不難理解，為何彼邦偵查機關係採取同時聲請搜索扣押令狀、身體檢查令狀與鑑定處分許可狀此三種令狀來進行處分之方式。

又對照前述三種法定令狀類型可知，在日刑訴法中，有關身體檢查之規制體系，以一般論而言，有三種類型，即作為搜索之身體檢查（日刑訴法第102條、第222條第1項本文），作為勘驗之身體檢查（同法第218條第1項，同條第5項），以及作為鑑定之身體檢查（同法第225條、第168條第1項）；第一種係限於非裸身之體表檢查，第二種則指對於容貌、體格、生物跡證等裸身的體表乃至於身體自然孔洞之觀察與認識，第三種則須由醫療等專業人士行之，包括侵入性的體內檢查乃至於體液之採取等處分<sup>43</sup>。

<sup>41</sup> 同前註12。並參照井上正仁，同前註23，頁50-53。

<sup>42</sup> 同前註。

<sup>43</sup> 有賀真博，身體檢查の限界，別冊判例タイムズ，35号（令狀に関する理論と実務Ⅱ），2012年12月，頁124-125；柴田和也，身体に関する令狀実務について（覚書）：証拠収集のための身体搜索と科学

而之所以有此種不同令狀類型之體系化區分，乃係為了因應採取不同的檢查方法，可能會造成不同的權利侵害態樣，而應給予不同的司法令狀加以分別規制之故<sup>44</sup>。若此，強制採尿取證乃至於內視鏡取證皆係作為一種身體檢查，究竟應適用何種類型的令狀，就有分別討論的必要。

事實上，雖然作為一種附條件的搜索扣押之強制採尿令狀，乃日本最高法院所創，也是現今彼邦的實務通說<sup>45</sup>；但對此，學說上仍有異音，像是川崎教授就認為，依據日刑訴法對於身體檢查之分類，強制採尿應定性為鑑定之必要處分，但是鑑定處分許可狀並無法直接強制，只能間接強制，故而認為基於強制處分法定主義，在日刑訴法之現有規定中，並無足以正當化強制採尿處分之令狀存

---

捜査のための検体採取，判例タイムズ，71卷11号，2020年11月，頁6-7。

<sup>44</sup> 高田昭正，強制採尿，收於：刑事訴訟法判例百選，8版，2005年3月，頁67。要補充說明的是，雖一般論承認有所謂作為搜索之身體檢查，但要注意的，相對於此，也有論者認為，作為搜索之身體檢查係屬法無明文之立法漏洞。古川実，鑑定處分許可狀，收於：刑事実務ノート，3卷，1973年5月，頁361。不過，之所以會有此見解差異，係因為一般論與古川所稱之作為搜索之身體檢查之具體內涵並不相同所致，按一般論所謂作為搜索之身體檢查僅限於「對體外搜索」，而此處古川所稱者，則係指像是照X光來搜索體內是否有異物（例如被告所吞下的證據物）此種「對體內搜索」情形之身體檢查。不過，上揭古川論文同頁雖指摘此為立法漏洞，但認為可以將之定義為鑑定之必要處分，以鑑定許可狀來填補漏洞。

<sup>45</sup> 參照同前註12。並參見田宮裕，同前註17，頁61；沢新，同前註17，頁22；島伸一，同前註17，頁583；北嶋良蔵，同前註17，頁62-63。

在<sup>46</sup>。相對於此，酒卷教授則主張，日本最高法院獨創強制採尿令狀根本違反強制處分法定主義，若論令狀適用之類型，應如過去實務主流的作法為妥，亦即應以鑑定處分許可狀為本，再輔以必須由有經驗的專業醫師施術為條件之作為勘驗之身體檢查令狀，如此方得以符合採尿處分在體系上係屬於作為鑑定之身體檢查之性質，與此同時，並可以透過勘驗令狀來解決無法直接強制之問題<sup>47</sup>。

而在內視鏡取證之情形，若採前述川崎說，即應將之定性為法無明文之強制處分；反之，若採酒卷說，則本件偵查機關既然係併用搜索扣押令狀、身體檢查令狀與鑑定處分許可狀，如此一來，看似並無問題。惟如前所述，日刑訴法針對身體檢查之體系化區分，乃係為了因應權利侵害態樣之不同而給予不同規制，若此，應不得以「併用」之型態來打破此區分。換言之，鑑定處分許可狀在本質上既然無法直接強制，從體系化區分的觀點來看，應不得在將之定性為鑑定之必要處分之同時，卻又另以作為勘驗的身體檢查令狀，來彌補鑑定之必要處分無法直接強制之缺陷<sup>48</sup>。

<sup>46</sup> 川崎英明，強制採尿，收於：刑事訴訟法判例百選，9版，2011年3月，頁67。按日刑訴法第168條第6項僅規定準用同法第137條與第138條之間接強制的規定（可對拒不配合者處以罰鍰、罰金或拘役等）而不及於第139條乃至第172條之直接強制的規定。

<sup>47</sup> 酒卷匡，刑事手続法を学ぶ（8回）捜査手続（7）検証・鑑定・体液の採取，法学教室，364号，2011年1月，頁80-81。

<sup>48</sup> 另有論者指摘，既然係使用鑑定處分許可狀，就是將之定性為作為鑑定的身體檢查，若因有需要動用到直接強制，此時卻又將其性質轉為

據上可知，就合法性之層次上，接下來應討論問題點有二，其一，附條件之令狀是否違反強制處分法定主義，其二，併用令狀是否違反法定主義下之令狀類型之體系化區分。以下將聚焦在此兩點之上進一步討論有關內視鏡取證，在我國刑訴法上，應適用何條項予以正當化之問題。

## 二、我國刑訴法之解釋適用

如前所述，就肛門藏毒之取證，我國實務僅以檢察官所核發之鑑定許可書行之，而在由醫師取出之情形下，除了使用鉗子取出外，是否還有需要動用到內視鏡方能取出之情形，從公開的判決資料中所載事實雖尚未得見，然實際上，若藏毒時，推得太深，確實是有可能出現需以內視鏡方能取出之情形。又如上所分析，即便認為內視鏡取證具有合憲性，問題是，現行法之下，是否有相對應的令狀並非無疑。為此，首應說明者係，我國現行法之有關身體檢查處分之體系化區分，與前述日本之情形相較，有如下四點所示差異。

第一，我國刑訴法雖有勘驗制度，但與日本不同，在我國，勘驗僅作為一種證據調查方式，而非取證方式，故並無彼邦所定勘驗令狀。換言之，在法定的令狀種類上，我國並無日刑訴法所定作為勘驗之身體檢查令狀。

第二，有關身體檢查處分，我國刑訴法有第205條之1

---

作為勘驗之身體檢查，在邏輯上並不一貫。行方美和，ロー・クラス刑事訴訟法における学説と実務：初学者のために（7回）強制採尿に関する論点，法学セミナー，59卷10号，2014年10月，頁117。

與第205條之2等規定。然如前所述，雖日刑訴法之鑑定處分許可狀無法為直接強制，但依據我國刑訴法之第205條之1第2項所適用同法第204條之1第2項之鑑定許可書，不但可間接強制，亦可直接強制。即同法第204條之3第1項規定：「被告以外之人無正當理由拒絕第204條第1項之檢查身體處分者，得處以新臺幣三萬元以下之罰鍰，並準用第178條第2項及第3項之規定。」；同條第2項則規定：「無正當理由拒絕第204條第1項之處分者，審判長、受命法官或檢察官得率同鑑定人實施之，並準用關於勘驗之規定。」。因此，就現行法而言，我國並無在鑑定許可書之外又併用勘驗規定之必要。

第三，有關刑訴法第205條之2的規定，如前所述，111憲判16已將同條之適用射程解為僅限於以非侵入性之自然解尿方式之情形，故而，在現行法之解釋論上，自不可能再以第205條之2來正當化屬侵入性方式之內視鏡取證之容許性。換言之，現行法下，可能考量的選項是，第205條之1第2項的鑑定許可書。

第四，日刑訴法除了有前述作為勘驗或作為鑑定之兩種身體檢查外，還有第三種，亦即作為搜索（扣押）之身體檢查。而日本最高法院所獨創的強制採尿令狀，可以說是典型的作為搜索之身體檢查。相對於此，我國學說上對於現行刑訴法之身體檢查之體系化區分之理解上，雖無所謂一致性的見解，但有力論者認為，身體檢查乃係不同於

搜索之具有獨立性之處分<sup>49</sup>。

據上所述，若按我國有力說，那麼正當化內視鏡取證處分之令狀類型，在現行法下，就僅有鑑定許可書此一選項。且我國之情形，與日本不同，持鑑定許可書係可以進行直接強制，故也不會有前述彼邦所生無法直接強制而必須併用之問題。換言之，前述併用令狀是否違反法定令狀之體系化區分問題，自然解消。

但問題是，我國之鑑定許可書在核發上係採二分模式，亦即法官與檢察官皆有核發權限，換言之，並未採取法官保留之規制。若此，在規制上，即有輕重失衡之問題。要之，對物之搜索扣押令狀，唯有法官有權核發，相對於此，在身體檢查之情形，卻不論對身體干預之輕重，皆允許檢察官亦有核發權限。此點，誠如論者所指摘，身體檢查處分具有所謂「欠缺可預測性」，亦即，有從干預程度極其輕微的測量身高，到中度之抽血或催吐，乃至於構成重度干預的手術剖腹等各種類型；若法律授權用語僅係容許「身體檢查」，便難以窺知立法者容許之具體內涵，而容易流為概括授權；又從比例原則的觀點來看，上揭各種類型對基本權干預的程度既然天差地別，當然不應適用同樣程度的干預門檻<sup>50</sup>。也確如此論所進一步指摘者，即現行法第205條之1與之2雖明示列舉諸多身體檢查處分的具體干預類型，但卻含有「一網打盡式」的列舉加

<sup>49</sup> 林鈺雄，同前註1，頁151，153-155，162-166。

<sup>50</sup> 林鈺雄，同前註1，頁168，185。

概括條款（例如「其他相類之行為」或「其他出自或附著身體之物」），因而欠缺限定國家權力之功能，尤其並未有效採行比例原則之觀點因而導致明確性要求空洞化的缺陷（例如未區分對被告或對第三人，又如係採二分模式卻未針對重大基本權干預採取法官保留原則）<sup>51</sup>。

既然如此，反觀我國搜索扣押令狀，在設計上，係僅有法官擁有核發權限，以此點來說，反而較可滿足以上所論，即針對重大基本權干預應採取法官保留原則之要求。又由於身體檢查處分之「欠缺可預測性」，導致干預之程度輕重與態樣千差萬別，從此點而言，與其採行上述「將身體檢查處分定性為係獨立於搜索之外之不同型態的處分之我國有力說」之理解，還不如改採前析「日本法之作為勘驗、作為鑑定或作為搜索之三種類型之身體檢查體系化區分」之理解，似乎更能對應所謂「欠缺可預測性」之分別規制的需求。事實上，在日本，也有文獻指出，有不少論者認為，既然身體也可作為應搜索處所，那麼，身體內的搜索也無道理全然排除，像是用X光照射身體內部是否存有被嚥下的證據物等處分，即屬於一種可容許的體內搜索<sup>52</sup>。另一方面，我國最高法院也曾認為「強制採尿雖無自願放棄令狀原則及檢察官書面許可之明文，但與搜索身

<sup>51</sup> 林鈺雄，同前註1，頁190，192-193。

<sup>52</sup> 古川實，同前註44，頁361。古川論文在同頁註(1)指出，持此見解之學者有團藤、足立、出射、小野等可資參照。

體之性質相同，自可類推適用」<sup>53</sup>。若此，就我國現行法之解釋論而言，至少在概念上，也並非全然不可能將強制採尿乃至於內視鏡取證等身體檢查處分，定性為一種對體內之搜索扣押。

但問題是，若要將之定性為一種搜索扣押，誠如日本最高法院所創之強制採尿令狀所示，還必須附加上由有經驗的專業醫師按照醫療常規適切地進行施術、最後手段性等諸多條件方能肯認其容許性；問題是，一旦必須附加上法無明文之條件，又會面臨到前述「附條件之令狀是否違反強制處分法定主義」之問題。就現行法之規定而言，因為我國刑訴法第128條第3項明文規定：「搜索票，由法官簽名。法官並得於搜索票上，對執行人員為適當之指示。」；由此文義觀之，似乎附條件之搜索扣押令狀乃係我國刑訴法之明文所許，若此，似可解為並無違反強制處分法定主義。然事實上，問題並非如此簡單。尤其，此一問題會隨著干預基本權之深刻化而更為嚴峻化。具體以言，如前所述，本件內視鏡取證在對身體侵襲之程度上與強制採尿之情形具有異質性，換言之，前者之侵襲遠高於後者，因此，在內視鏡取證所需要附加之條件，除了強制採尿時所示之「須由有經驗的專業醫師按照醫療常規適切地進行施術」外，還必須加上「已獲得被處分人之醫療上的知情同意」此一條件。

---

<sup>53</sup> 最高法院109年度台上字第4572號判決。並參照同院108年度台上字第2817號判決有類似見解。

但問題是，即便附加上述兩要件，是否就可以因此認為已經具有限定國家權力之功能，而可以評價為，係屬基於比例原則觀點之有效規制，並且符合強制處分法定主義之明確性要求。答案，恐怕還是否定的。有關此點，即如日本學說所指摘，在內視鏡取證之情形與強制採尿之情形，其所附條件，在規制上之意義，並不相同。首先，所謂「按照醫療常規適切地進行施術」之具體內涵，在強制採尿之情形，因為長年的穩定運作，或許可以認為核發令狀法官、聲請令狀之偵查機關以及施術之醫師，此三者間已經有了一致的認識，所以司法審查的內容與實際執行的內容不會發生齟齬；但是在內視鏡取證之情形，這三者的認知，卻係非常有可能並不一致，如此便會導致審查與執行之間發生齟齬；亦即，執行所採用之手段雖可認為係「按照醫療常規進行施術」，但該手段對身體干預所生之危險性，卻可能已經遠遠超過當時令狀核發法官所想像者，而因此產生（醫療施術）風險失控之人權蹂躪問題<sup>54</sup>。

如此一來，為了避免上述所指摘之齟齬齟齬而可能衍生的風險失控，就會走向令狀附條件之細分化，具體以言，像是令狀審查法官得就應先用瀉藥或灌腸，嘗試幾次失敗後再用內視鏡，抑或是內視鏡插入之時間的上限應為多久等細節，做出因應個案不同情況之細分化的附條件指

---

<sup>54</sup> 類似見解，可參照泷野貴生，同前註14，頁232。

示；問題是，此種只能透過各別的法官依據個案所提出的釋明資料予以個別地量身打造之細分化指示的附條件令狀，被認為係與強制處分法定主義之要求相牴觸<sup>55</sup>。此點，蓋如日本最高法院2017年3月15日判決（通稱GPS偵查判決）所指摘，「若係非要由擔任審查令狀之法官，依據個案的不同而分別在各式各樣的多種選項中選出明確的條件，才能予以准許的強制處分」，肯認此種處分之容許性，恐與日刑訴法第197條第1項但書所定強制處分法定主義之意旨有所齟齬<sup>56</sup>。

申言之，日刑訴法所定強制處分法定主義之核心，在於令狀主義，而有關搜索扣押之令狀主義之依據，則明定於日憲法第35條。按同條第1項明定：「除第33條之情形外，若非依據基於正當理由所核發且明示應搜索場所與應扣押物之令狀，任何人皆享有其之住居、書類以及所持物品不受侵入、搜索以及扣押之權利。」。相對於此，我國憲法雖然並無如日憲法第35條之明文<sup>57</sup>，但對於「強制處分法定主義」與「令狀主義」之理解，基本上實與彼邦並無大異。

要之，臺日皆將前者理解為「強制處分之類型必須有

---

<sup>55</sup> 瀧野貴生，同前註14，頁232。

<sup>56</sup> 最大判平成29年3月15日刑集71卷3号13頁。

<sup>57</sup> 在我國，憲法僅有第8條第2項明定拘束人身自由之強制處分應該由法院進行司法審查。基本上，大法官釋字第392號解釋亦屬同調。至於其他類型之強制處分令狀，憲法並無明文。

法律明確規定，若無此等明文為據，則不得為之」<sup>58</sup>。而將後者理解為「令狀之核發必須基於正當理由且應符合明示性與特定性之要求」，蓋日憲法第35條所稱「明示應搜索場所與應扣押物之令狀」（搜索する場所及び押収する物を明示する令狀），即彼邦實務通說認為日本憲法第35條明定之令狀原則應符合明示性與特定性要求之明文依據<sup>59</sup>。此一要求，在學理上又被稱為「概括令狀禁止」（一般令狀の禁止）原則<sup>60</sup>。無獨有偶，有關此點，我國最高法院也指出：「刑事訴訟法第128條第2項規定，明文列舉搜索票法定必要之應記載事項，修正後並就令狀搜索改採法官保留原則，及增訂搜索票之得記載事項。此據以規範搜索票之應記載事項者，即所謂『概括搜索票禁止原則』。其中尤以搜索票上之『應扣押物』以及『應搜索處所等』之任何一項，必須事先加以合理的具體特定與明

<sup>58</sup> 具體以言，像是臺灣有GPS偵查判決，即最高法院106年度台上字第3788號判決；日本也有，即最大判平成29年3月15日判決（刑集71卷3号13頁）。兩判決都將GPS偵查解為法無明文之強制處分，亦即皆認為，應由立法明定後方得為之。原因無他，正因為強制處分法定主義要求強制處分之類型必須有法律明確規定，若無此等明文為據，則不得為之。由此亦可窺知，兩國主流見解，對於強制處分法定主義之理解，在主軸上係屬同調。

<sup>59</sup> 齋藤司，〔第5回〕令狀主義の趣旨からスタートする思考プロセス（搜索・差押え編）（刑事訴訟法の思考プロセス）（ロー・クラス），法学セミナー，通号739号，2016年8月，頁112。

<sup>60</sup> 山中俊夫，令狀による搜索差押（6搜索・差押、その他），特集：捜査と人権——令狀事務の理論と実務（判夕296号臨増）臨時增刊，1973年9月，頁384。並參照劉芳伶，遠距搜索扣押與令狀之明示特定，東海大學法學研究，49期，2016年8月，頁61。

示，方符明確界定搜索之對象與範圍之要求，以避免搜索扣押被濫用，而違反一般性搜索之禁止原則。」<sup>61</sup>。此處所謂「概括搜索禁止原則」以及「具體特定與明示」之要求，與日本憲法第35條所明定概括令狀禁止原則之明示性與特定性之要求，實屬異曲同工。

據上可知，臺日主流見解皆認為，強制處分法定主義之核心在於前述之「法律保留原則」之「明確性」要求，而令狀主義之核心則在於「正當理由」暨「明示性」與「特定性」要求。據此，應可肯認，本文上揭有關附條件令狀是否違反「強制處分法定主義」之「明確性」要求等日本法之相關議論與分析，在我國刑訴法暨實務脈絡下亦有其妥適性，故可資借鏡為我國法之說理論據。若此，據前所析，如不採個案量身訂製的細分化式附條件的令狀審查方式，就難以達到基於比例原則有效限定國家權力之要求，但問題是，審查時之附條件，一旦必須因案而異予以細分化地量身定制，如此一來，又恐會違反強制處分法定主義之明確性要求<sup>62</sup>。從而，本文認為有關內視鏡取證此種強制處分之態樣，應將之解為，現行法中尚無可資對應

<sup>61</sup> 最高法院97年度台上字第1509號刑事判決。同旨參見最高法院100年度台上字第5065號刑事判決。並參見劉芳伶，概括搜索禁止原則與另案扣押·附帶扣押制度／最高院100台上5065判決，台灣法學雜誌，291期，2016年3月，頁180。

<sup>62</sup> 即如我國論者所指摘，「明確性」原則，係要求從法條之文義已經可以「相對確定其干預的內容」。林鈺雄，同前註1，頁168。從而，若必須由法官因案而異予以細分化地量身定制，顯然就不符合從法條之文義已經可以「相對確定其干預的內容」之要求。

之令狀類型，方屬妥適。

## 伍、結 論

回顧以上所析，可知本文之重要論點有三：

其一，若以「必須已取得被處分人之醫療上的知情同意」為大前提，係有可能在符合法律保留與比例原則之要求下，將內視鏡取證解為合憲。反之，則應否定其在憲法上之容許性。

其二，剖腹取證，應認為係屬絕對違憲。換言之，即便已取得被處分人之醫療上的知情同意，也不能基於取證之目的來加以實施，而只能專為救助人命、治療疾病或恢復健康之目的行之。若從此解，則對於前述有關處分之強制性判斷的要件一與二之關係之理解，就會傾向於擇一關係。如此一來，即便合憲的內視鏡取證係以已經取得被處分人之醫療上的知情同意為前提，此時仍無礙於將之定性為強制處分。按如前述，即便有知情同意，也不會因此改變內視鏡施術本身對身體等重要基本權會造成實質性干預之事實，而有將之定性為強制處分加以規制之必要。

其三，就法律上層次之強制處分法定主義之角度來看，在合憲的內視鏡取證之情形，應適用何種類型之令狀加以規制，就現行法之解釋論而言，以性質來說，確實，本應歸類為係屬於一種作為鑑定之身體檢查；但問題是，我國的鑑定許可書係連檢察官都有核發權限，若此，似乎還不如借鏡日本強制採尿判例之作法，亦即以附條件之方

式將之解為作為搜索（扣押）之身體檢查，反而還比較能符合法官保留原則之要求。不過，可惜的是，即便如此，問題也無法因此獲得解決。因為縱使係由法官核發的情形（不論是鑑定許可書或搜索票），也會有如前所指摘之因審查者與執行者之間，發生了認知上的齟齬，而導致有醫療施術風險難以控制之問題<sup>63</sup>。因此，為了有效控制風險，法官在審查令狀之時，就必須採取依據個案量身訂製的細分化式附條件的審查方式，如此，方有可能使令狀發揮基於比例原則有效限定國家權力之功能。但問題是，此種細分化審查又會與明確性要求相鑿枘，若此，實難謂為與強制處分法定主義之精神無違。從而不得不解為，即便係在合憲的內視鏡取證之情形，其於我國現行法之解釋論上，仍應定性為係屬法無明文之強制處分，而不具有法律層次上之容許性。

---

<sup>63</sup> 具體以言，如前所析，內視鏡檢查之實施，其具體內涵其實千差萬別，有僅止於通常健康檢查程度的大腸鏡與胃鏡之情形，但也有超越此程度而可稱之為手術的情形（按內視鏡之管徑、長度、大小以及其內所搭載醫療器具也各異），對此，核發令狀之法官、聲請令狀之偵查機關以及施術之醫師三者的認知，係非常有可能並不一致，如此就可能導致實際執行所生之危險性，可能遠遠超過令狀核發當時法官所想像者。

## 參考文獻

### 一、中文文獻

- 司法院網站（2025年3月25日）。<https://www.judicial.gov.tw/tw/cp-1429-1042829-5a860-1.html>
- 李佳玟（2010）。急診室中的強制導尿——簡評最高法院99年度台上字第40號判決。*台灣法學雜誌*，158，223-227。
- 李錫棟（2001）。計謀採尿與強制採尿。*中央警察大學法學論集*，6，61-82。
- 林鈺雄（2004）。從基本權體系論身體檢查處分。*國立臺灣大學法學論叢*，33（3），149-200。<https://doi.org/10.6199/NTULJ.2004.33.03.03>
- 林鈺雄（2008）。*干預處分與刑事證據*。元照。
- 梁世興（2012）。司法警察強制採尿行為。*中央警察大學法學論集*，22，115-143。
- 劉芳伶（2016）。概括搜索票禁止原則與另案扣押・附帶扣押制度／最高法院100台上5065判決。*台灣法學雜誌*，291，183-186。
- 劉芳伶（2016）。遠距搜索扣押與令狀之明示特定。*東海大學法學研究*，49，45-96。
- 劉芳伶（2024）。論採尿處分之定性——以111年憲判字第16號判決為中心。*當代法律*，32，103-114。

### 二、日文文獻

- 山中俊夫（1973）。令狀による搜索差押（6搜索・差押、その他）。*特集：捜査と人権——令状事務の理論と実務（判タ296号臨増）臨時増刊*，384-389。
- 土本武司（1981）。体液の強制採取をめぐる問題——その適法

- 性と令状の種類。判例タイムズ，32（10），6-17。
- ▶三井誠（1997）。刑事手続法(1)（新版）。有斐閣。
  - ▶小山剛、上村都、栗城寿夫（訳）、小山剛（解説）、ヨーゼフ・イーゼンゼー（著）（2003）。保護義務としての基本権。載於ドイツ憲法判例研究会（編訳）、栗城壽夫（ほか編）、*保護義務としての基本権*（頁129-244）。信山社。
  - ▶川崎英明（2011）。強制採尿。載於井上正仁、大澤裕、川出敏裕編、*刑事訴訟法判例百選*（九版，頁66-67）。有斐閣。
  - ▶久岡康成（2016）。法律の留保原則・比例原則と接見禁止：EU指令2013/48/EUを参考に。立命館法学，363/364，1887-1910。  
<https://doi.org/10.34382/00007410>
  - ▶小早川義則（2019）。強制採尿の違憲性。成文堂。
  - ▶川出敏裕（2020）。「強制処分」の概念とその規律：現状と今後の課題。刑法雑誌，58（3），367-377。[https://doi.org/10.34328/jcl.58.3\\_367](https://doi.org/10.34328/jcl.58.3_367)
  - ▶中野貞一郎、畔柳達雄（2005）。医療事故と司法判断（ブック・レビュー）。判例タイムズ，1174，124-128。
  - ▶井上正仁（2006）。強制捜査と任意捜査。有斐閣。
  - ▶北嶋良蔵（2024）。強制採尿（最高裁昭和55.10.23第一小法廷決定）。載於大澤裕、川出敏裕編、*刑事訴訟法判例百選*（十一版，頁62-63）。有斐閣。
  - ▶古川実（1973）。鑑定処分許可状。載於河村澄夫・古川實編、*刑事実務ノート*，3巻（頁357-364）。判例タイムズ社。
  - ▶田宮裕（1988）。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（1），61-71。
  - ▶有賀真博（2012）。身体検査の限界。別冊判例タイムズ，35（令状に関する理論と実務Ⅱ），124-125。
  - ▶竹中省吾（1976）。尿の採取と令状。法律時報，48（12），

107-111。

- ▶行方美和（2014）。ロー・クラス刑事訴訟法における学説と実務：初学者のために（7回）強制採尿に関する論点。法学セミナー，59（10），117-121。
- ▶佐藤幸治（1995）。憲法（三版）。青林書院。
- ▶沢新（1979）。覚せい剤事犯と採尿検査。法律のひろば，32（5），15-24。
- ▶松井茂記（2007）。日本国憲法（三版）。有斐閣。
- ▶松本和彦（訳／解説），ヨーゼフ・イーゼンゼー（著）（2003）。防禦権としての基本権。載於ドイツ憲法判例研究会（編訳），栗城壽夫（ほか編），保護義務としての基本権（頁51-128）。信山社。
- ▶金子章（2011）。刑訴法における「強制処分」についての一考察：「強制処分」の意義に関する議論を中心に。横浜国際経済法学，20（2），1-26。
- ▶後藤昭（2001）。強制処分法定主義と令状主義。法学教室，245，10-14。
- ▶後藤昭（2017）。法定主義の復活？最大判平成29年3月15日を読み解く（判例時評）。法律時報，89（6），4-6。
- ▶津田敬三（2019）。行為規範としての刑事訴訟法197条1項の解釈：最大判平成29年3月15日を巡って。慶應法学，43，37-66。
- ▶島伸一（1982）。カテーテルによる強制採尿の適法性（最判昭和55.10.23）。北海学園大学法学研究，17（3），583-593。
- ▶柴田和也（2020）。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搜索と科学捜査のための検体採取。判例タイムズ，71（11），5-27。
- ▶酒巻匡（2011）。刑事手続法を学ぶ（8回）捜査手続（7）検証

- ・鑑定・体液の採取。法学教室，364，72-83。
- ▶高田昭正（2005）。強制採尿。載於井上正仁編，刑事訴訟法判例百選（八版，頁66-67）。有斐閣。
- ▶鬼澤友直（2012）。嘔下物，体腔への挿入物の搜索差押え。別冊判例タイムズ，35（今状に関する理論と実務Ⅱ），116-117。
- ▶斎藤司（2016）。〔第5回〕令状主義の趣旨からスタートする思考プロセス（搜索・差押え編）（刑事訴訟法の思考プロセス）（ロー・クラス）。法学セミナー，通号739，110-115。
- ▶淡路智典（2011）。憲法上の比例原則の構造と段階説——ドイツにおける職業の自由の議論を参考として。社会学論集，17，118-131。
- ▶瀧野貴生（2021）。内視鏡を用いて大腸内の異物を強制採取する処分の許容性。新・判例解説Watch：速報判例解説，29（法学セミナー増刊），229-232。
- ▶黒澤睦（2021）。内視鏡による嘔下物の強制採取（千葉地裁令和2.3.31判決）。法学教室，489，171（全一頁）。
- ▶須藤陽子（2024）。比例原則。法学教室，529，12-19。
- ▶鈴木茂嗣（1979）。刑事訴訟の基本構造——訴訟対象論序説。成文堂。