

壹、聲請解釋之目的

一、按憲法為國家最高規範，法律抵觸憲法者無效，法律與憲法有無抵觸發疑義而須予以解釋時，由司法院大法官掌理，此觀憲法第171條、第173條、第78條及第79條第2項有明文規定。又法官依據法律獨立審判，憲法第80條定有明文，故依法公布施行之法律，法官應以其為審判之依據，不得認定法律違憲而逕行拒絕適用。惟憲法之效力既高於法律，法官有優先遵守之義務，法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有抵觸憲法之疑義者，自應許其先行聲請解釋憲法，以求解決。是遇有前述情形，各級法院得以之為先決問題裁定停止訴訟程序，提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請本院大法官解釋，鈞院大法官釋字第371號解釋著有明文。而所謂「法官於審理案件時」，係指法官於審理刑事案件、行政訴訟事件、民事事件及非訟事件等，爰此，所稱「裁定停止訴訟程序」自亦包括

各該事件或案件之訴訟或非訟程序之裁定停止在內，裁定停止訴訟或非訟程序，乃法官聲請釋憲必須遵循之程序。又所謂「先決問題」係指審理原因案件之法院，確信系爭法律違憲，顯然於該案件之裁判結果有影響者而言；所謂「提出客觀上形成確信法律違憲之具體理由」，係指聲請法院應於聲請書內詳敘其對系爭違憲法律之闡釋，以及對據以審查之憲法規範意涵之說明，並基於以上見解，提出其確信系爭法律違反該憲法規範之論證，且其論證客觀上無明顯錯誤者，始足當之；如僅對法律是否違憲發生疑義，或系爭法律有合憲解釋之可能者，尚難謂已提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由；又各級法院得以之為先決問題裁定停止訴訟程序，聲請大法官解釋。俟大法官就該先決問題作成有拘束力之憲法上判斷後，審理原因案件之法院始得以之作為裁判基礎，續行個案之審理程序。 鈞院釋字第 601 號、第 590 號、第 572 號解釋亦分別揭示甚明。

二、按道路管理處罰條例【下稱：道交處罰條例】第 35 條第 5 項規定：「汽車駕駛人肇事拒絕接受或肇事無法實施第一項測試

之檢定者，應由交通勤務警察或依法令執行交通稽查任務人員，將其強制移由受委託醫療或檢驗機構對其實施血液或其他檢體之採樣及測試檢定。」，並且違反道路管理事件統一裁罰基準及處理細則【下稱：裁罰基準及處理細則】第 19-2 條第 5 項第 2 款規定：「汽車駕駛人拒絕配合實施本條例第三十五條第一項第一款檢測者，應依下列規定處理：…二、有肇事者，強制移由受委託醫療或檢驗機構對其實施血液或其他檢體之採樣及測試檢定。」、道路交通事故處理辦法【下稱：道交辦法】第 10 條第 4 項規定：「肇事之汽車駕駛人拒絕接受或無法實施酒精濃度測試，或疑似吸食毒品、迷幻藥、麻醉藥品及其相類似之管制藥品者，警察機關應將其強制移由受委託醫療或檢驗機構對其實施血液或其他檢體之採樣及測試檢定。」、道路交通事故處理規範【下稱：道交規範】八（二）4 規定：「駕駛人肇事拒絕接受呼氣酒精濃度測定，應將其強制移由受委託醫療或檢驗機構，實施血液或其他檢體之採樣及測試檢定。」、警察人員對酒後駕車當事人實施強制作為應注意事項三（二）3 規定：「3. 強制檢測：汽車駕駛人如仍拒絕接受檢測，警察應以言詞勸說或使用身體力量（如腕力）等方法，並強制將其移由受委託醫療或檢驗機構，實施血液或其他檢體之採樣及測試檢定。至於因肇事昏迷或其他

原因，致無法主動配合實施酒精濃度檢測之汽車駕駛人，執勤員警應依據上揭規定，逕行實施血液或其他檢體之採樣及測試檢定。」等，對於無法實施呼氣酒精濃度測試之汽車駕駛人，均有關於「強制抽血」檢測血液中酒精濃度內容類似之規範。然而，「強制抽血」之偵查作為不僅是侵入身體的方式，其取得之血液亦與個人資訊隱私具密切重要之關聯，性質上應屬於干預人民基本權之強制處分，上開相關規定均無相關事前聲請令狀或因有緊急情況而於實施強制抽血後向法院申請補發令狀等要求，上開規定中，顯係以道交處罰條例第 35 條第 5 項為依歸所衍生之各種下位階規範，惟道交處罰條例第 35 條第 5 項以行政法規容許司法警察在未經任何事前或事後監督，即可進行強制抽血，顯然已悖於法治國原則之下「法官保留」〔Richtervorbehalt〕的憲法價值，亦有與我國最高法院對於強制處分需符合令狀原則（令狀主義）¹之要求相違，同時參考外國立法例〔美、德、日、韓〕，

¹ 最高法院 106 年度台上字第 3788 號判決：「…至 GPS 追蹤器之使用，確是檢、警機關進行偵查之工具之一，以後可能會被廣泛運用，而強制處分法定原則，係源自憲法第 8 條、第 23 條規定之立憲本旨，亦是調和人權保障與犯罪真實發現之重要法則。有關 GPS 追蹤器之使用，既是新型之強制偵查，而不屬於現行刑事訴訟法或其特別法所明定容許之強制處分，則為使該強制偵查處分獲得合法性之依據，本院期待立法機關基於強制處分法定原則，能儘速就有關 GPS 追蹤器使用之要件（如令狀原則）及事後之救濟措施，研議制定符合正當法律程序及實體真實發現之法律…」；最高法院 105 年度台上字第 2224 號判決：「…惟查，拘提，乃屬於對人之強制處分之一種，為示慎重，刑事訴訟法第七十七條規定：「拘提被告，應用拘票。」；搜索、扣押係對物之強制處分，搜索原則上採令狀主義，應用搜索票，由法官審查簽名核發之，目的在保護人民免受非法之搜索，二者核

強制抽血既是物理性侵入身體之強制處分，上開西洋、東洋先進、文明諸國之立法例，均有對事前或事後監督之要求，道交處罰條例第 35 條第 5 項之規範方式，難見容於法治國的最低標準，而其他相關之下位階規範亦與法律保留原則不符。再者，偵查機關採取侵入性之偵查作為，理應符合「無損健康原則」及「最小必要限度之侵害」，上開規範中的制定技術上均以「受委託醫療或檢驗機構」為要件，惟一方面是「檢驗機構」是否等同「醫事檢驗機構」？檢驗機構人員是否需具有醫療人員（如：醫師、護士、護理人員等）之專業醫學技術及知識？倘若不具備醫學領域的專業知識或證照，對於實務上常見適用強制抽血檢測的對象往往是「因交通事故而已失去意識的駕駛人」，如何確保其抽血過程中不會影響其享有憲法上保障之免於身心受傷之身體權？況且，另一方面，血液係具有高度人別辨識性之物，上開各該規範對於「因交通事故而已失去意識的駕駛人」之「資訊隱私權」、「資訊自主權」等保障均付之闕如，規範密度顯然有所不足，違反憲法第 22 條對於資訊隱私權及免於身心受傷之身體權等基本權。是聲請人審理 107 年度花原交簡字第 403 號被告鄭○○因公共危險案件，依據法治國之「法官保留」及「令狀原則」、憲法第 22 條之

發要件、性質均不同，非謂有搜索票即得拘提犯罪嫌疑人，員警持搜索票搜索上訴人住居所，非不得同時持拘票拘提上訴人。…」。

資訊隱私權及身體健康權、憲法第 23 條之狹義比例原則，基於下述合理之確信，認為於審理本案過程中，所應適用之道交處罰條例第 35 條第 5 項違反法治國之「法官保留」、「令狀原則（主義）」，亦違反憲法第 22 條保障之資訊隱私權、免於身心受傷之身體權，及裁罰基準及處理細則第 19-2 條第 5 項第 2 款、道交辦法第 10 條第 4 項、道交規範 八（二）4、警察人員對酒後駕車當事人實施強制作為應注意事項三（二）3 部分，均違反法律保留原則。業已裁定停止其訴訟程序。茲依 鈞院釋字第 371、572、590、601 號解釋意旨，聲請司法院大法官解釋憲法。懇請鈞院以解釋之方式，實現憲法保障人民基本權利之意旨。

貳、疑義性質與經過，及涉及之憲法條文

一、本院受理 107 年度花原交簡字第 403 號被告鄭○○因公共危險案件，該案係臺灣花蓮地方檢察署【下稱：花蓮地檢署】以 107 年偵字第 1772 號起訴，其聲請之犯罪事實略以：被告鄭○○於民國 107 年 3 月 20 日下午 3 時許至同日下午 6 時許，在花蓮縣秀林鄉三棧無名網咖飲用米酒 2 瓶後仍騎乘普通重型機車，嗣於同日下午 6 時 5 分許因擦撞停放路旁之自用小貨車，經救護人員將被告鄭○○送至國軍花蓮總醫院救治。嗣經警到場處理，由於被

告鄭○○送國軍花蓮總醫院，當時被告頭、頸多處外傷併腦震盪及多處骨折，傷勢嚴重無法實施吐氣酒精測試，故抽取被告鄭○○之血液檢驗血中乙醇濃度乙情，有員警職務報告1份附卷可稽（見本院卷第10頁），而卷內並無法院核發之搜索票、亦無法官或檢察官核發之鑑定許可書狀或其他令狀。其後因結果測得血液酒精濃度275mg/DL，由花蓮縣警察局新城分局報告花蓮地檢署提起公訴。

二、聲請人經審酌員警所依循之道交辦法第10條第4條規範內容，其上位規範係道交處罰條例第35條第5項，而道交處罰條例第35條第5項對於強制抽血此一強制處分未有符合「法官保留」或「令狀原則」之要求，且自道交處罰條例第35條第5項規定內容觀之，亦無法得知是否必定由具有醫療專業知識及技術者實施強制抽血，也無法知悉該強制抽血之後的血液究竟為如何處理，業已違反憲法第22條保障之資訊隱私權及免於身心傷害之身體權。是職本於自己之確信後，認為本案判決所應適用之道交處罰條例第35條第5項確有牴觸法治國之法官保留、令狀原則、憲法第22條及第23條之疑義，是已於107年6月25日裁定停止本案訴訟程序。

參、聲請解釋憲法之理由及對本案所持之立場與見解

一、道交處罰條例第 35 條第 5 項違反法治國之法官保留、令狀原則

(一)偵查機關所實施之「強制抽血」的強制處分，須符合法治國之法官保留 [Richtervorbehalt]、令狀原則

- 1、按現代社會中所謂「法治國家」之意涵，無非係指「國家之行為必須受到法之拘束」，亦即「國家權力之行使必須以形式上及實質上都合憲的法律作為依據」，倘若立法者所制定之法律規範未有符合憲法之要求，則不應要求人民仍一律地加以遵循。又按李震山大法官釋字第 689 號解釋部分不同意見書：「…在此灰色地帶，誠是釋憲者從司法權與行政權之分立相互制衡觀點，就『立法形成自由』與『法官保留』之間，作出具有憲法高度之抉擇的好機會…本院大法官解釋中有關權力分立者雖不在少數，但直接涉及司法權與行政權之爭議者卻不多（例如釋字第三五號、第一〇五號解釋等）。且該等解釋甚少直接深入闡明憲法第七十七條、第七十八條及第八十條賦予法院及法官審判權之具體內容為何，至少亦未闡明何事項應保留給『司法』而不宜由『行政』為之的所謂『一般法官保留』(allgemeiner Richtervorbehalt) 意涵。倒是在審判權以外事項，將特定事項保留給獨立且中立的法官，以預防性控制作為權力分立相互制衡之機制之所謂『特別法官保留』(spezieller Richtervorbehalt)，則多所著墨，例如：本屬憲法保

留給法官之範疇，有關限制與剝奪人身自由之拘留（釋字第一六六號解釋）、送交相當處所矯治（釋字第二五一號解釋）、羈押（釋字第三九二號解釋）、拘提管收（釋字第五八八號解釋）等，以及應由立法者明文保留給法官之通訊監察令狀核發（釋字第六三一號解釋參照）…。再按司法院釋字第631號解釋理由書之意旨：「…國家基於犯罪偵查之目的，對被告或犯罪嫌疑人進行通訊監察，乃是以監控與過濾受監察人通訊內容之方式，蒐集對其有關之紀錄，並將該紀錄予以查扣，作為犯罪與否認定之證據，屬於刑事訴訟上強制處分之一種。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，致其無從行使刑事訴訟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。系爭通保法第五條第二項未設此項規定，使職司犯罪偵查之檢察官與司法警察機關，同時負責通訊監察書之聲請與核發，未設適當之機關間權力制衡機制，以防免憲法保障人民秘密通訊自由遭受不必要侵害，自難謂為合理、正當之程序規範…。足認偵查機關實施偵查作為時，如採取侵害、干預人民基本權甚鉅之強制處分，為了與現代「法治國」原則相符，立法者理應具備「法官保留」〔Richtervorbehalt〕之概念，而非以立法形成之自由為藉口而讓干預、侵害人民基本權甚鉅之強制處分遁入行政權的範疇，由隸屬行政權之警察自行發動強制處分儼然違背憲法上之正當法律程序，倘立法者欠缺「法官保留」之思維，而制定違反權力分立、憲法正當法律程序之法規範，則應由釋憲者作成保障人民基本權利之最終決斷，而我國關於通訊監察之強制處分，經司法院釋字第631號解釋後改由獨立、客觀行使職權之審判機關〔即法

院〕事前核發通訊監察書，則為著名之實際案例。

2、次按，我國最高法院之近期實務判解亦清楚指出：「…偵查係指偵查機關知有犯罪嫌疑而開始調查，以發現及確定犯罪嫌疑人，並蒐集及保全犯罪證據之刑事程序。而偵查既屬訴訟程序之一環，即須依照法律規定行之。又偵查機關所實施之偵查方法，固有『任意偵查』與『強制偵查』之分，其界限在於偵查手段是否有實質侵害或危害個人權利或利益之處分而定。倘有壓制或違反個人之意思，而侵害憲法所保障重要之法律利益時，即屬『強制偵查』，不以使用有形之強制力者為限，亦即縱使無使用有形之強制手段，仍可能實質侵害或危害他人之權利或利益，而屬於強制偵查。又依強制處分法定原則，強制偵查必須現行法律有明文規定者，始得為之，倘若法無明文，自不得假借偵查之名，而行侵權之實。…至 GPS 追蹤器之使用，確是檢、警機關進行偵查之工具之一，以後可能會被廣泛運用，而強制處分法定原則，係源自憲法第 8 條、第 23 條規定之立憲本旨，亦是調和人權保障與犯罪真實發現之重要法則。有關 GPS 追蹤器之使用，既是新型之強制偵查，而不屬於現行刑事訴訟法或其特別法所明定容許之強制處分，則為使該強制偵查處分獲得合法性之依據，本院期待立法機關基於強制處分法定原則，能

儘速就有關 GPS 追蹤器使用之要件（如令狀原則）及事後之救濟措施，研議制定符合正當法律程序及實體真實發現之法律…」²；「…審諸搜索因對於被搜索人隱私權或財產權造成一定程序之干預與限制，基於憲法第 23 條法律保留原則之要求，我國採令狀主義，應用搜索票，由法官審查合法後簽名核發之，目的在保護人民免受非法之搜索、扣押。人民對於『過去已結束』之通訊內容，既享有一般隱私權，且通訊內容往往含有與本案無關之大量個人私密資訊，比其他身體、物件、處所、交通工具等之搜索，其隱私權之保障尤甚，應有法官保留原則之適用，是偵查機關原則上應向法院聲請核發搜索票，始得搜索、扣押（刑事訴訟法第 122 條、第 128 條、第 128 條之 1），方符憲法上正當程序之要求。又 105 年 6 月 22 日修正公布之刑事訴訟法，增訂第 133 條之 1 及第 133 條之 2 規定非附隨於搜索之扣押裁定及聲請程序，偵查機關認有聲請非附隨於搜索之扣押必要時，原則上應向法院聲請核發扣押裁定，其立法理由乃認非附隨於搜索之扣押與附隨於搜索之扣押本質相同，除僅得為證據之物及受扣押標的權利人同意者外，自應一體適用法官保留原則。…」³。而學理上認為「令狀原則」（或令狀主義）之制

² 最高法院 106 年度台上字第 3788 號判決。

³ 最高法院 106 年度台非字第 259 號判決。

度，借鏡外國立法例（如：美國）可知該原則背後想法在於：(1) 令狀制度目的在建立「事先審查」程序，為防止事後審查之偏頗，政府對人民為搜索必須有實質原因—「相當理由」，而在偵查機關進行搜索及發現證據前，法官較容易公正客觀的判斷；(2) 事先審查並建立書面記錄，較能避免司法警察事後說謊、捏造相當理由之存在，對人民之隱私、自由保障較為周全；(3) 外國實證研究指出令狀聲請程序，雖對司法警察增加負擔、花費時間，但也導致辦案細心度 (standard of care) 之提升；(4) 美國聯邦最高法院曾指出只有「中立及超然的司法人員」有權簽發令狀，因執法熱衷之警察為了破案、打擊犯罪之競爭上通常要面對極大的壓力，若完全委由警察自行判斷，等同憲法對於人民的保障如同具文⁴。足認偵查機關之偵查作為如屬強制處分者，基於法官保留原則、正當法律程序及我國所採取之令狀主義，偵查機關應向法院聲請令狀始得實施干預人民基本權之強制處分等情，至為明確。

3、而「強制抽血」的行為究屬「搜索」型態之一種⁵，抑或基於干預目的及手段觀點而被視為「獨立型態的身體檢查處分」⁶，外

⁴ 王兆鵬，「自令狀原則論我國相關規定之缺失」，第 33 頁至第 37 頁，刑事法雜誌第 44 卷第 4 期，2000 年 8 月。

⁵ Missouri v. McNeely, 133 S.Ct. 1552(2013). 劉靜怡，「飲酒駕車者的憲法權利保護：公權力的程序紅線」，第 6 頁至第 8 頁，月旦法學教室第 132 期，2013 年 10 月。

國立法例及我國學說之間或有不同之認定，但毋庸置疑的是代表國家之偵查機關對於一般民眾施以「強制抽血」的偵查作為屬於「強制處分」之類型，依照司法院大法官解釋、最高法院及學理之見解均認為須符合法官保留、令狀原則（令狀主義），剩下的問題僅是：「司法警察對『失去意識之民眾』，為了檢測血液中酒精濃度而進行『強制抽血』時，需要何種令狀以及向何者聲請」，此部分或可參考外國立法例之作法已為借鑑。

(二) 道交處罰條例第 35 條第 5 項關於「強制抽血」之規定遠遠落後西洋及東洋等先進國家之規範要求：

- 1、首先，美國聯邦最高法院於「*Missouri v. McNeely*」案當中，對於向來「未經具有酒醉駕車之犯罪嫌疑人同意，即強制取得其血液樣本，作為分析其血液中酒精濃度之用」的違憲爭議，重新審視並且正反意見呈 5 比 4 的比例，多數意見認定採集血液樣本為美國憲法增修條文第 4 條之「搜索」，依照美國憲法增修條文第 4 條之意旨，在不至明顯減損搜索效能之情況下，應該在強制採集血液樣本前，先取得搜索票，倘若搜索票之要求將使血液中酒精濃度明顯降低，則不切實際，此時則屬於足以構

⁶ 林鈺雄，「從基本權體系論身體檢查處分」，第 163 頁至第 165 頁，臺大法學論叢第 33 卷第 3 期，2004 年 5 月。

成緊急狀況，無需事先取得搜索票；但「多久的遲延」才能夠成立例外的緊急狀況，如果透過電話溝通方式即足以履行取得搜索票的程序、或者可以透過其他類似的快速方式取得搜索票，則很難主張構成例外的緊急狀況，尤其在現代科技發達的世界，迅速取得搜索票並非難以實現，所謂「迅速取得搜索票不等於草率」，也不等於法官棄守控制執法機關裁量權過大的職責，對於美國聯邦最高法院而言，負責執法職務之警察應該被認定為對於自己所屬管轄區域內的搜索票申請核發程序所涉及的機制和所需時間，相當熟悉，因此期待警察就取得搜索票的程序要求對系爭個案情況是否會產生不可接受的遲延結果，做出合理判斷，亦非不可⁷。可悉除非員警能夠舉證未經一般民眾之同意且未取得搜索票之強制採集血液樣本符合緊急狀況之例外，否則原則上應取得搜索票始得進行強制血液抽取採樣。

2、其次，德國刑事訴訟法第 81a 條規定：「(第 1 項)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。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

⁷ 劉靜怡，「飲酒駕車者的憲法權利保護：公權力的程序紅線」，第 6 頁至第 8 頁，月旦法學教室第 132 期，2013 年 10 月。

為之。(第 2 項)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。(第 3 項)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用；一旦對此目的不再需要，應盡速銷毀。」⁸。足悉依照德國刑事訴訟法明文規定，如對於一般民眾要進行抽血等身體檢查處分，原則上必須由法官作成決定，例外於遲延會危及調查結果時，始由檢察官及檢察機關之偵查人員有權命令之，惟均未有如同我國道交處罰條例第 35 條第 5 項規定直接將決定權交給司法警察。

3、再者，依照日本實務及學說見解，強制採血會伴隨著被採血者身體完整性之侵害，血液為維持人身體健康所不可或缺之一部分，與尿液能透過生理機能自然地排出體外則有所不同，對於如何採取血液，學說上向來有依照日本刑事訴訟法第 168 條關於鑑定之處分及依照日本刑事訴訟法第 139 條、第 221 條偵查機關進行勘驗性質之身體檢查的爭議，如果是鑑定處分，則須有「鑑定處分許可令狀」，反之，如果是勘驗性質的身體檢查處

⁸ 連孟琦譯，「德國刑事訴訟法-附德國法院組織法選譯」，第 51 頁，元照，2016 年 9 月。

分，則須有「身體檢查令狀」；當然也有採取兩者皆要有的並用說⁹；而實務見解則是對於「被告飲酒駕車肇事之案件，同乘者死亡、自己負傷，在失去意識的狀態下被送至醫院接受治療，該醫院之醫師基於警察的囑託，指示護士對於失去意識的被告以注射器進行靜脈抽血」的案例事實，第一審法院〔仙台地方裁判所〕認定以血液作為鑑定資料的鑑定結果欠缺證據能力，判決被告無罪；檢察官不服提起上訴，第二審法院〔仙台高等裁判所〕則認為「雖然抽取的血液僅為5公克，並未影響被告身體健康，但既然警察沒有取得被告之任意性承諾，則依照（日本）刑事訴訟法第225條準用同法第168條第1項規定，亦應取得『鑑定處分許可狀』」，而駁回上訴。仙台高等裁判所結論上與仙台地方裁判所一致，僅是仙台地方裁判所認為需要取得的是「身體檢查令狀」，而仙台高等裁判所則認為需要「鑑定處分許可狀」，不過日本實務見解則多採取「身體檢查令狀」、「鑑定處分許可狀」併用說。¹⁰。可知我國道交處罰條例第35條第5項對於「強制抽血」之規定完全無需任何令狀之規定，與日本實務運作相距甚遠，明顯欠缺法官保留及令狀原則之思維。

⁹ 水野陽一，「刑事手続における強制採血とDNA型鑑定に関する一考察」，第127頁至第130頁，*広島法学* 36卷2号，2012年。

¹⁰ 仙台高判昭和47年1月25日（*刑月* 4卷1号14頁）。請參考井上正仁、大澤裕、川出敏裕，「刑事訴訟法判例百選」，第235頁，2017年4月30日。

4、又以與我國同為東亞民主國家之韓國為例，韓國大法院〔相當於日本之最高裁判所〕於2012年11月15日駁回檢察官上訴之案件中，該案案例事實為：「被告於2011年3月5日下午11時45分許，駕駛摩托車行進中從後方追撞前面車輛所引起的交通事故，被告失去意識而由救護車送到附近的醫院。隔天2011年3月6日上午50分許，前來醫院的警察沒有取得來自法官的搜索扣押令狀或檢證令狀，只取得被告兒子的同意，即由護理人員對失去意識的被告進行抽血。之後也沒有取得事後令狀，依照送(韓國)國立科學搜查研究所的鑑定結果而血液中酒精濃度0.211%。」，被告雖然被以違反韓國道路交通法第148條之2第2項第1款飲酒駕車而被檢察官起訴，但第一審〔韓國水原地方法院安山分院〕認為基於違法採血所得之鑑定回報結果屬於違法取證，沒有證據能力，除此之外也沒有補強證據，因此判決無罪；雖然檢察官提起上訴，但上級審〔即韓國水原地方法院〕以同樣的理由駁回上訴，檢察官因此上訴至第三審。韓國大法院則認為：「…犯罪嫌疑人的身體或衣服如果因酒醉而有強烈難聞的氣味，依照(韓國)刑事訴訟法第211條第2項第3款規定符合因為有犯罪跡證顯著的準現行犯的要件，依照社會通念，從交通事故發生時，為了救助犯罪嫌疑人之身體、生命，

犯行後緊接著送到醫院，從事故現場直接送到醫院急診室的場所，應可準用刑事訴訟法第 216 條第 3 項犯罪場所，而檢察官或警察為了取得犯罪嫌疑人血中酒精濃度作為證據，必須依照醫療法上具有醫療人資格者依照醫學方法使用醫療器具，在必要最小限度內採取犯罪嫌疑人之血液，得在沒有令狀的情況下採取及扣押血液，但是在這樣的場合，依照(韓國)刑事訴訟法第 216 條第 3 項但書、刑事訴訟規則第 58 條、第 107 條第 1 項第 3 款，應該事後無遲延地將強制採血的搜索扣押事由記載在令狀請求書上，從法院取得搜索扣押令狀…」，而駁回上訴確定¹¹。韓國大法院採取這樣的看法，或係考量「強制抽血」是「強制處分」，但如果要事前申請核發令狀的話，由於韓國憲法第 12 條第 3 項本文，「令狀聲請權」由檢察官獨占，司法警察必須向檢察官申請，檢察官再向法院申請，則會有一定程度的時間耗費，最短的時間耗費也必須要花費 2 至 3 個小時¹²，因此要求司法警察至少必須事後向法院為令狀之補發聲請。相較於韓國實務見解，我國道交處罰條例第 35 條第 5 項欠缺類似通訊保

¹¹ 氏家仁，「韓国における意識不明の飲酒運転者に対する事前令状いよらない強制採血」，第 110 頁至第 111 頁，法律時報 89 卷 6 号，2017 年 06 月。韓國刑事訴訟法協會〔The Korean Association of Criminal Procedure〕，「刑事訴訟理論與實務」第 6 卷第 1 期，第 18 頁至第 19 頁。參考網站 <http://scholar.dkyobobook.co.kr/searchDetail.laf?barcode=4010024239533#>〔最後瀏覽時間：2018 年 7 月 24 日〕。

¹² 氏家仁，前註(15)文，第 110 頁。

障監察法第 6 條事後向該管法院陳報補發補發令狀的規定，再再證明立法者制定到道交處罰條例第 35 條第 5 項規定時，完全欠缺權力分立的觀點，無視法治國原則下之法官保留及嚴守憲法正當法律程序所要求之令狀原則。

(三)立法者所制定之道交處罰條例第 35 條第 5 項規定，規範方式明顯不足與法治國相襯：

回顧我國學說見解，亦不乏認為：(1)檢察官辦理刑事訴訟案件應行注意事項第 82 點第 2 項規定：「鑑定許可，檢察官得依職權或依聲請為之，司法警察機關因調查案件之必要，亦得陳請檢察官依職權為之。」不得作為檢察官授權強制抽血之依據，蓋該注意事項第 82 點第 2 項的依據係刑事訴訟法第 204 條、第 204 條之 1、第 205 條之 1 的前提在於「鑑定人因鑑定之必要」，關於「強制抽血」，司法警察並不具有鑑定人之資格¹³；(2)道交處罰條例第 35 條第 5 項涉及兩個訴訟行為，以蒐集證據為目的進行的身體檢查為強制處分，抽血後將血液送驗的行為則為鑑定，不同的身體檢查處分造成之隱私、自由、身體完整性及人性尊嚴的侵害程度不同，侵入性程度越高者越需要由中立的法官把關，

¹³ 吳耀宗，「檢察官依職權核發鑑定許可書」，第 15 頁至第 16 頁，台灣法學雜誌第 228 期，2013 年 7 月。

此從刑事訴訟法第 205 條之 1 來看關於「抽血」也必須由法官或檢察官以許可書委任專業人士進行，只有法官或檢察官才有這樣的權限，道交處罰條例第 35 條第 5 項之適用勢必要有所限縮，這也說明了當初發生強制抽血爭議時，多數檢察官為何不支持警察自行送醫抽血¹⁴；(3)道交處罰條例第 35 條規定強制抽血，在實務執行上對第一線執行警察人員而言雖然增強許多法律依據，但以行政法規作為干預人民基本權，無法通過法律正當性基礎的檢驗，此明定警察得強制抽血似有違憲之虞¹⁵；(4)我國道交處罰條例第 35 條第 5 項以行政法規明文授權警察得下命抽血檢驗，除從人民身體不受傷害權之立場而言，已經違反比例原則，亦有規避法官介入的立法錯誤之情¹⁶。爰此，參考前開我國司法院大法官解釋、最高法院見解、我國學說見解及西洋、東洋之外國立法例，立法者所制定之道交處罰條例第 35 條第 5 項規定，以行政法規規避法官監督，無視法治國原則之「法官保留」，亦違背憲法正當法律程序所要求之「令狀原則」，不僅沒有事前審查機制，亦無事後聲請補發令狀的查核機制，不符

¹⁴ 李佳玟，「反酒駕戰爭的幾個程序問題」，第 172 頁至第 177 頁，月旦法學雜誌第 225 期，2014 年 2 月。

¹⁵ 方文宗，「強制抽血取證正當性之研究」，第 146 頁至第 147 頁，律師雜誌第 286 期，2003 年 7 月。

¹⁶ 李翔甫，「警察下命抽血檢驗酒精濃度值正當性問題之探討（下）」，第 8 頁至第 9 頁，台灣本土法學雜誌第 93 期，2007 年 4 月。

先進、文明國家對於法治國的最低要求，誠屬違憲之法律。

二、道交處罰條例第 35 條第 5 項違反憲法第 22 條保障人民之資訊隱私權及免於身心受傷之身體權

(一)違反憲法第 22 條保障人民資訊隱私權之部分

- 1、按司法院釋字第 603 號解釋理由書：「…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），其中包含個人自主控制其個人資料之資訊隱私權，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。隱私權雖係基於維護人性尊嚴與尊重人格自由發展而形成，惟其限制並非當然侵犯人性尊嚴。憲法對個人資訊隱私權之保護亦非絕對，國家基於公益之必要，自得於不違反憲法第二十三條之範圍內，以法律明確規定強制取得所必要之個人資料。至該法律是否符合憲法第二十三條之規定，則應就國家

蒐集、利用、揭露個人資訊所能獲得之公益與對資訊隱私之主體所構成之侵害，通盤衡酌考量。並就所蒐集個人資訊之性質是否涉及私密敏感事項、或雖非私密敏感但易與其他資料結合為詳細之個人檔案，於具體個案中，採取不同密度之審查。而為確保個人主體性及人格發展之完整，保障人民之資訊隱私權，國家就其正當取得之個人資料，亦應確保其合於目的之正當使用及維護資訊安全，故國家蒐集資訊之目的，尤須明確以法律制定之。…指紋係個人身體之生物特徵，因其具有人各不同、終身不變之特質，故一旦與個人身分連結，即屬具備高度人別辨識功能之一種個人資訊。由於指紋觸碰留痕之特質，故經由建檔指紋之比對，將使指紋居於開啟完整個人檔案鎖鑰之地位。因指紋具上述諸種特性，故國家藉由身分確認而蒐集個人指紋並建檔管理者，足使指紋形成得以監控個人之敏感性資訊。國家如以強制之方法大規模蒐集國民之指紋資料，則其資訊蒐集應屬與重大公益之目的之達成，具備密切關聯之侵害較小手段，並以法律明確規定之，以符合憲法第二十二條、第二十三條之意旨。…」。

2、而人體體內之「血液」為個人身體之生物特徵，能夠充分地與

個人身分連結，屬於具備高度人別辨識功能，尤其在當今大數據的年代，僅以行政法規授權司法警察得在無法進行呼氣酒測的情況下，逕自對一般人民強制抽血，復未如同前揭德國刑事訴訟法第 81a 條第 3 項規定：「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用；一旦對此目的不再需要，應盡速銷毀。」，經抽取之血液究竟是否銷毀？抑或被納入其他資料庫為其他目的所用？完全無從知悉，該道交處罰條例第 35 條第 5 項規定，嚴重侵害人民受憲法第 22 條所保障之資訊隱私權、個人資訊自主權。

(二)違反憲法第 22 條保障人民免於身心傷害之身體權之部分

- 1、按司法院釋字第 689 號解釋理由書指出：「…免於身心傷害之身體權亦與上開闡釋之一般行為自由相同，雖非憲法明文列舉之自由權利，惟基於人性尊嚴理念，維護個人主體性及人格自由發展，亦屬憲法第二十二條所保障之基本權利。…」。又按學理上所謂「身體不受傷害權」係指確保人之身體完整性，包含外在的形體與內在的器官、組織，人之精神層面則包含人在心理、精神、靈魂上對其身體完整性有不受外界操控的主體地位，而德

國聯邦憲法法院於 1995 年的「駕駛車輛酒精濃度限值裁定」中，已提及德國基本法第 2 條第 1 項及第 1 項第 2 句規定，係在課予國家負有保護並助長人民生命及身體完整性的義務¹⁷。

2、而道交處罰條例第 35 條第 5 項規定，一來以行政法規授權司法警察得在一定情況下對一般民眾強制抽血，造成「人民所享有憲法保障的免於身心傷害的身體權」有所衝突，且無法官事前或事後介入監督，憲法第 22 條保障之「免於身心傷害之身體權」的基本權保障已出現缺口；二來是，立法者對於道交處罰條例第 35 條第 5 項的立法技術，係以「受委託醫療或檢驗機構」為要件，文義上解讀應係「醫療機構」或「檢驗機構」。然而，觀諸我國立法技術所制定之「檢驗機構」並非均指醫事檢驗機構¹⁸，不僅道交處罰條例第 35 條第 5 項並沒有如同德國刑事訴訟法第 81a 條第 1 項「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」要求，其他下位階規範只是複製道交處罰條例第

¹⁷ 李震山，「從憲法觀點論身體不受傷害權」，收錄於「人性尊嚴與人權保障」，第 162 頁至第 163 頁，元照，2000 年 2 月。

¹⁸ 按國內相關規定，提及「檢驗機構」如係指醫療方面者，往往會用「醫事檢驗機構」〔如：促進民間參與公共建設法施行細則第 8 條、全民健康保險轉診辦法第 4 條〕；但立法者制定法律時使用「檢驗機構」則包羅萬象，例如：石油管理法第 29 條規定：「…委託專業檢驗機構…」、農產品生產及驗證管理法第 15 條規定：「…由中央主管機關委任所屬檢驗機構辦理…」。

35 條第 5 項之文字，亦無更進一步準確地要求抽血時所需符合的最小必要侵害程度〔如：即便是強制抽血時，僅能抽取靜脈，而不得抽取動脈〕，如此一來，倘若司法警察強制移送單位並非具有醫療人員之專業資格、具備醫療專業技術及資格者，如何擔保抽血過程中不會損害一般人民的身體健康亦存在極大的疑問，道交處罰條例第 35 條第 5 項規定顯然存在「無損受抽血者之健康」的疑慮，而違反憲法第 22 條保障之免於身心傷害的身體權。

三、道交處罰條例第 35 條第 5 項不應做為下位階規範之授權依據，上開裁罰基準及處理細則第 19-2 條第 5 項第 2 款、道交辦法第 10 條第 4 項、道交規範 八（二）4、警察人員對酒後駕車當事人實施強制作為應注意事項三（二）3 等下位階規範，均違反法律保留原則

承前所述，因道交處罰條例第 35 條第 5 項規定業已違反法治國原則之「法官保留」、令狀原則，與憲法正當法律程序之要求相悖，且亦違反憲法第 22 條保障人民資訊隱私權及身體健康權，而屬違反憲法之法律，自不得作為下位階規範的依據；從而，上開裁罰基準及處理細則第 19-2 條第 5 項第 2 款、道交辦法第

10 條第 4 項、道交規範 八（二）4、警察人員對酒後駕車當事人實施強制作為應注意事項三（二）3 等規定，均屬欠缺法律保留原則的下位階規範。

肆、結論

當代法治國原則所要傳遞的「法治」思維，並非東方千百年前的思想家韓非所主張君主以法、術、勢來統治人民的依法治國，而是在於「國家權力的行使無論形式或實質都要以合乎憲法的法律依據進行」；其主要不在於要求一般民眾不論法律是否正確而凡事都要遵守法規範，而是在於「目的正當不能證立手段的合法」、「實質正當法律程序包括實體內容及程序要件」、「公權力要先管好自己才能取得指導、取締人民的正當性」¹⁹，此些才是實質法治國所要傳遞的精神。道交處罰條例第 35 條第 5 項關於「強制抽血」之規定，違反法治國原則下之「法官保留」，亦與憲法正當法律程序之「令狀原則」不符，且違反憲法第 22 條保障人民之資訊隱私權、免於身心受傷之基本權，是道交處罰條例第 35 條第 5 項規定難與西洋、東洋各先進、文明國家並駕齊驅，亦不合於法治國家的最低限度標準。基此，如前所述，聲請人考量前

¹⁹ 李震山大法官釋字第 699 號解釋不同意見書。

開各該規範，顯無合憲解釋之可能，並有聲請解釋之必要，爰提出上開確信法律為違憲之具體理由，爰聲請 鈞院大法官解釋憲法。

伍、參考文獻（依首字部首筆畫排序）

（一）中文文獻

1. 王兆鵬，「自令狀原則論我國相關規定之缺失」，刑事法雜誌第 44 卷第 4 期，2000 年 8 月。
2. 方文宗，「強制抽血取證正當性之研究」，律師雜誌第 286 期，2003 年 7 月。
3. 李震山，「從憲法觀點論身體不受傷害權」，收錄於「人性尊嚴與人權保障」，元照，2000 年 2 月。
4. 李佳玟，「反酒駕戰爭的幾個程序問題」，月旦法學雜誌第 225 期，2014 年 2 月。
5. 李翔甫，「警察下命抽血檢驗酒精濃度值正當性問題之探討(下)」，台灣本土法學雜誌第 93 期，2007 年 4 月。
6. 吳耀宗，「檢察官依職權核發鑑定許可書」，台灣法學雜誌第 228 期，2013 年 7 月。
7. 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5月。

8. 連孟琦譯，「德國刑事訴訟法-附德國法院組織法選譯」，元照，2016年9月。
9. 劉靜怡，「飲酒駕車者的憲法權利保護：公權力的程序紅線」，月旦法學教室第132期，2013年10月。

(二)外文文獻

1. 水野陽一，「刑事手續における強制採血とDNA型鑑定に関する一考察」，*広島法学* 36卷2号，2012年。
2. 井上正仁、大澤裕、川出敏裕，「刑事訴訟法判例百選」，2017年4月30日。
3. 氏家仁，「韓国における意識不明の飲酒運転者に対する事前令状いよらない強制採血」，*法律時報* 89卷6号，2017年06月。
4. *Missouri v. McNeely*, 133 S.Ct. 1552(2013).

(三)網站資料

1. 司法院法學資料檢索系統

<https://www.judicial.gov.tw/index.asp>

2. 韓國刑事訴訟法協會〔The Korean Association of Criminal

Procedure), 「刑事訴訟理論與實務」第6卷第1期。參考網站

[最後瀏覽時間：2018年7月24日]:

<http://scholar.dkyobobook.co.kr/searchDetail.laf?barcode=4010024239533#>

此 致

司 法 院

聲請人：臺灣花蓮地方法院法官吳志強

中 華 民 國 107 年 8 月 2 日