

道路交通管理處罰條例「強制採血」規定合憲性研究

國立政治大學法律系教授楊雲驊 2021.11.16

一 102 年 1 月 30 日修正公布之道路交通管理處罰條例第 35 條第 5 項規定（108 年 4 月 17 日修正後移列第 6 項，規範意旨相同，下稱系爭規定）是否侵犯受強制抽血檢測者之人身自由、身體不受傷害權與資訊隱私權？

1 強制抽血檢測應該只是對人身自由之短暫限制

司法院第 392 號解釋認為，剝奪人身自由之措施不以憲法第八條所稱的逮捕、拘禁為限，只要是構成人身自由受剝奪者皆屬之，例如拘提、羈押、拘留、收容、留置、管收等，因而未可以辭害意。另釋字第 690 號認為，人身自由為重要之基本人權，應受充分之保護，對人身自由之剝奪或限制尤應遵循正當法律程序之意旨，惟相關程序規範是否正當、合理，除考量憲法有無特別規定及所涉基本權之種類外，尚須視案件涉及之事物領域、侵害基本權之強度與範圍、所欲追求之公共利益、有無替代程序及各項可能程序之成本等因素，綜合判斷而為認定。

德國「家事事件及非訟事件程序法」（Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, FamFG）第七章（人身自由剝奪事件之程序）第 415 條第 2 項內有定義何謂剝奪自由「(2) 剝奪自由是指一個人在違背其意願或無意識下被剝奪自由，特別是在封閉的場所，如拘留室或醫院的封閉場所。」按此，道交條例之強制抽血應非人身自由剝奪。

強制送醫抽血，雖會對相對人之行動自由造成限制，但執行中並非長期將其禁錮在一封閉、與外隔絕之場所，或是如施用戒具等高壓方式嚴重限制其行動，並施加周密的監視或看管，且執行時間甚為短暫，原則上應不構成對於人身自由之剝奪。其性質類似於警察職權行使法為查證人民身分得依據第 7 條第 2 項「依前項

第二款、第三款之方法顯然無法查證身分時，警察得將該人民帶往勤務處所查證；帶往時非遇抗拒不得使用強制力，且其時間自攔停起，不得逾三小時，並應即向該管警察勤務指揮中心報告及通知其指定之親友或律師。」

另即使在刑事訴訟法規定之「採取分泌物、排泄物、血液、毛髮或其他出自或附著身體之物」，依據第 205 之 1 條，偵查中檢察官亦有權下令鑑定人採取，並非均採法官保留。

2 侵犯身體不受傷害權以及資訊隱私權

自人體採集血液是對身體完整性的無害、相對不重要的干預措施¹，即便需忍受相關之強制，不至侵犯於憲法保護的人類尊嚴²。歐洲人權法院於 1996 年在 Saunders v. the United Kingdom 一案中，指出相對人忍受抽血是僅使用對身體侵害甚微的手段，呼吸測試或抽取血液檢驗可能只有在極度例外的情形會侵入第 3 條的保護範圍。這些侵入，縱使構成對於私人領域的侵害（私生活），亦可依據第 8 條第 2 項為了阻止犯罪之目的而正當化³。

歐洲人權法院 2006 年 6 月 7 日做出的「催吐劑」案判決（Jalloh gegen Deutschland EGMR, Urteil vom 7. Juni 2006 - 54810/00）中，詳加闡釋國家進行強制性醫療干預措施的標準以及與不自證己罪原則之關連。本判決認為，目的在協助調查刑事犯罪的強制性醫療干預，歐洲人權公約本身並不禁止。為獲取證據而對身體完整性進行的任何干預，都必需依據歐洲人權公約第 3 條進行嚴格檢查（任何人不得加以酷刑或使受非人道的或侮辱的待遇或懲罰。），對此以下因素尤為重要：強制醫療干預的程度對於獲得證據是必要的；嫌疑人現有的健康風險；執行干預程序的方式與範圍；已經造成的身體和精神痛苦；醫療監控的水準以及對嫌疑人健康的影響。在個案的所有這些情況，不得達到歐洲人權公約第 3 條規定的嚴重程度。關於通過使用催吐劑違反歐洲人權公約第 3 條的個案，其中已證明沒有對有關人員的健康造成重大影響。但以強制方式迫使被告吞下催吐劑，以取得被告先前吞下的藏有毒品的小袋，屬於歐洲人權公約第 3 條所稱「不人道以及貶損」的行為。

此外，大法庭詳細的區分本案與過去另案，亦即 Saunders v. the United Kingdom 一案的不同。Fall Saunders 一案中，法院致力於獲取資料的使用，這

¹ OLG Cologne NStZ 1986, 234

² BFarbe, NStZ 2000, 381

³ 第 8 條

一、人人有權使他的私人和家庭生活，他的家庭和通信受到尊重。

二、公共機關不得干預上述權利的行使，但是依照法律的干預以及在民主社會中為了國家安全，公共安全或國家的經濟福利的利益，為了防止混亂或犯罪、為了保護健康或道德、或為了保護他人的權利與自由，有必要進行干預者，不在此限。

些資料是「獨立」於被告意志單獨存在，例如血液、呼吸、尿液以及其檢驗，這些與 DNA 檢驗的進行有必要性，法院認為這些情況不會侵害「不自證己罪」權利⁴。本判決認為，不自證己罪的權利主要涉及尊重被告保持沉默的意願。正如《公約》締約國和其他地方的法律制度所普遍理解的那樣，其不包括在刑事訴訟中使用藉由使用強制權力從被告獲得但獨立於嫌疑人意志存在的資料，例如：，根據搜索令獲取的檔案、呼吸、血液和尿液樣本以及用於 DNA 檢測的身體組織。

考慮到所謂「獨立物質」多樣性，法院面臨一個問題，在本案吞下的毒品是否也屬於「獨立物質」範圍？法院對此持否定看法，並且將吞下的毒品與 Fall Saunders 所列舉的「獨立物質」作了以下之區別⁵：

- 1 首先、醫生的侵入身體在本案中係為了確保證據的目的，在 Fall Saunders 中，醫生的侵入則是為了發現酒精或毒品的存在。
- 2 其次，在本案所使用之強制力範圍明顯的偏高。Fall Saunders 案中為取得獨立物質，僅使用對身體侵害甚微的手段，相對人僅是忍受抽血。法院進一步指出，Fall Saunders 案中相對人的主動參與係屬必要，所採取的行為是一自然的措施。但不同的是，吞本案服下催吐劑後的嘔吐造成身體的劇烈反應，這樣的手段有導致健康損害的危險。
- 3 再者大法庭指出，本案之證據係經由違反第 3 條之措施所取得。故與呼吸測試或抽取血液檢驗有明顯的不同。呼吸測試或抽取血液檢驗可能只有在極度例外的情形會侵入第 3 條的保護範圍。法院復指出，這些侵入，縱使構成對於私人領域的侵害，亦可依據第 8 條第 2 項為了阻止犯罪之目的而正當化。

司法院釋字第 603 號揭示資訊隱私權「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。」因此資訊隱私權可在符合憲法第二十三條規定下，予以限制。

德國刑事法第 81a 條第 3 項規定「從被告身上採集的血液或其他細胞只能用於採集所依據的刑事訴訟或任何其他繫屬中刑事訴訟的目的；一旦不再需要，應立即予以銷毀。」關於「資料的使用、儲存和銷毀」等，學說認為，採集的血液或其他人體細胞樣本只能用於該命令所依據的刑事訴訟或任何其他繫屬的刑事訴訟。其他繫屬刑事訴訟不一定針對同一被告，也可能針對另一被告或未知之被告⁶。相

⁴ 本判決第 90 點

⁵ 本判決第 112 點以下

⁶ BeckOK StPO/Goers, StPO, 2020 年第 36 版，第 81a 條邊碼 35

關資料通常被保留，直到本次或其他刑事訴訟的判決確定時⁷。此外，如果預期一定期限後要求再審或在先前狀態下重審，則保留期可以延長⁸。無論對調查是否必要，隨後必須銷毀所取的所有資料。銷毀只涉及使用的資料，而不是調查結果，這些將成為卷宗檔案的一部分⁹。

道路交通管理處罰條例第 35 條第 6 項僅規定「實施血液或其他檢體之採樣及測試檢定」，對於該資料的使用、儲存和銷毀未以法律明確規定，恐有濫用之虞。

二、 系爭規定之立法目的為何？其規定內容是否適於該目的之實現且有必要？損益是否均衡？並請一併評估系爭規定所定強制移送行為，除由交通勤務警察為之外，亦得由「依法令從事交通稽查任務人員」為之，且採樣與測試範圍包括「血液或其他檢體」之合憲性。

1 比例原則之審查

道交條例第 35 條第 1 項對「一、酒精濃度超過規定標準。二、吸食毒品、迷幻藥、麻醉藥品及其相類似之管制藥品。」汽機車駕駛人駕駛汽機車處以罰鍰、當場移置保管該汽機車、吊扣或吊銷其駕駛執照等處罰或不利益處分，目的在於為加強道路交通管理，維護交通秩序，確保交通安全等，核其目的應屬正當。

第 35 條第 4 項 一、駕駛汽機車行經警察機關設有告示執行第一項測試檢定之處所，不依指示停車接受稽查。二、拒絕接受第一項測試之檢定。處以罰鍰、當場移置保管該汽機車、施以道路交通安全講習或吊銷其駕駛執照等處罰或不利益處分，乃對於違反行政法上義務而受罰鍰、沒入或其他種類行政罰之處罰，應有助於汽機車駕駛人接受「測試檢定」之目的。

第 6 項「汽機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。」

⁷ LG Berlin, 21.6.2006, NJW 2006, 2713

⁸ Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt, StPO, 2019 年第 62 版，第 81a 條邊碼 39

⁹ Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt, StPO, 2019 年第 62 版，第 81a 條邊碼 39

所謂「肇事」部分，依據司法院釋字第 777 號，可能文義所及之範圍，包括「因駕駛人之故意或過失」或「非因駕駛人之故意或過失」（因不可抗力、被害人或第三人之故意或過失）所致之事故，為無論如何，當有肇事情況或結果發生，當較單純之「酒精濃度超過規定標準或二、吸食毒品、迷幻藥、麻醉藥品及其相類似之管制藥品」駕駛汽機車之行為嚴重，汽機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時，必須當場保全證據以作為將來可能之民事、行政甚至刑事責任判斷或歸責之用，且此一證據需及時保全，否則日後可能有滅失或數據失真的危險，故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之規定，其目的應屬正當且有助於立法目的之達成。

將「肇事拒絕接受或肇事無法實施第一項測試之檢定者」強制移送醫療或檢驗機構實施血液或其他檢體之採樣及測試，是否符合比例原則之要求？此規定雖對其行動自由有所干擾，但一般而言所需時間應相當短暫、過程以及實施血液或其他檢體之採樣之場所並非將其長期禁錮於一封閉隔絕之處所，由醫療或檢驗機構內合格人員依據醫療專業實施血液或其他檢體之採樣對於人民身體健康可說是影響甚微，相關規定所造成之限制，其所致之損害顯然小於其目的所欲維護之利益，應無有失均衡之疑慮。對於無法實施第一項測試者，可能是因為死亡或遭受傷害需送醫急救之情況，此際恐怕連違反意願而強制移送都不構成，由醫療或檢驗機構實施血液或其他檢體之採樣及測試，甚至可能不是一獨立之基本權侵害，或僅是一侵害甚微之干預，相較於所欲達成之公益，應更無失衡之疑慮。

2 德國刑事訴訟法之修正—由「原則法官保留」轉向至「警察決定」

(1) 2017 年前舊刑事訴訟法時期之規定與爭議

德國通說對於不自證己罪原則之保護不以「被告供述」為限，亦即不僅保障被告之緘默權，而是擴張到被告無義務在對己的犯罪認定上「主動、積極」的幫助或配合。至於消極忍受的義務課予，不在此一原則保護範圍，而是與法律保留、身體不受侵犯與比例原則等有關。在德國並沒有法律規定可以藉由吐氣以進行酒精測試，原因就是基於不自證己罪原則，人民無義務積極配和或參與證明其犯罪的措施。吐氣酒精測試需要人民積極配和或參與方可實施，也就是人民必須依據指示對著測量機器吹管吐氣，人民有權拒絕配合。因此，舊德國刑事訴訟法第 81a 條（身體檢查；驗血）規定「（1）為了確定對訴訟程序具有重要意義的事實，允許下令檢查被告的身體。為此一目的，如果對被告身體健康並無不利之虞，可不經被告同意，由醫師根據醫術規則，為檢查目的而抽取血液驗血和其他的身體侵犯。（2）須由法官下令，在延誤可能影響偵查結果情況下，檢察署和其偵查人員（法院組織法第 152 條）也可下令。（3）從被告抽取的血液和身體細胞僅

允許使用於所據程序之目的；只要對此不再需要時，就應當立即銷毀。」其中所指之不經被告同意而可以使用強制力，不包括要求人民吐氣進行酒精測試。由於藉由吐氣測量酒精值並不精確，通常在認為被告有酒駕而構成犯罪嫌疑的情況，是經由刑事訴訟法規定抽血檢測酒精，以作為定罪與否之依據。

雖然條文規定需由法官始可下令抽血，但過去德國實務作法是，在交通檢查時，警察有權要求駕駛人下車，如果不配合，將受行政處罰¹⁰，駕駛人是否接受吐氣酒精測試或毒品快速測試，可基於任意性決定。但當值勤員警依據現場情況（例如駕駛人說話顛三倒四、語意不明、眼睛赤紅、有酒氣等）認為有刑事訴訟法的犯罪嫌疑構成可能性（例如酒駕，§315c StGB），並且依據法定原則有義務抽取血液檢驗時，可以違反駕駛人之意願，將之依現行犯逮捕後，依據第 81a 條規定，由法官下令，但在延誤可能影響偵查結果情況下，由檢察官或警察下令，將駕駛人送至醫院，由醫生對之抽血。由於抽血係對於人民身體的干預，因此僅能基於刑事訴訟法規定為之，此種驗血結果僅能於刑事訴訟程序或是秩序違反行政罰使用。

按此，駕駛人構成犯罪嫌疑後，「原則法官、例外檢警」下令抽血檢查的訴訟法規定，卻在實際執行時有很大的落差¹¹，此一「慣例」並引致聯邦憲法法院的多次指責，例如：

a 根據刑事訴訟法第 81a 條第 2 項，法官原則上有權下令採集血液樣本。只有在獲得法官決定的延誤將危及調查時，檢察官及其下屬調查人員才有權發布命令。因此，執法當局在決定採集血液樣本之前，必須先嘗試從法官那裡獲得命令¹²。

b 德國聯邦憲法法院在 2010 年的一項裁定¹³，指出實務作法違反法官保留原則。此裁定具體認為，立法者將下令抽血的權限原則上賦予法官，目的在於經由獨立且中立的法院確保對於偵查措施的有效控制。在這樣的法官保留之結構下，偵查機關原則上首先必須尋求法官對強制處分下令。只有在遲延將導致偵查發生危險之虞（Gefahr im Verzug）時，偵查機關方可以下令抽血。偵查機關於個案適用「遲延將導致偵查發生危險之虞」此一要件時必須附有理由，並於文件中描述，除非證據滅失之危險甚為顯然。

¹⁰ Regelsatz 20 €, Nr. 128 Bußgeldkatalogverordnung.

¹¹ 德國 Stern 雜誌 2010 年的報導「沒有法官許可，警方不可下令抽血檢查」，可以瞭解德國實務操作情形：長久以來，德國警察只要在無線電上說三個字母「AzW（Arzt zur Wache 醫生準備）」，就可以從涉及酒駕駕駛人身上取得血液檢測。大部分案件在 30 分鐘內完成程序，然後該駕駛人搭上計程車回家。法律不是要求抽血檢驗「原則須由法官下令，例外情況，亦即延誤可能影響偵查結果時，警察亦可下令」？但德國實務上，大部分警察都不注意「原則須法官決定」的要求。

¹² BVerfG v. 12.02.2007:

¹³ BVerfG, Beschluss v. 11. 6. 2010, 2 BvR 1046/08.

但要注意的是，聯邦憲法法院也強調¹⁴，將下令抽血的權限原則上賦予法官，並非來自憲法的強烈要求。刑事訴訟法第 81a 條第 2 項下的法官保留不屬於憲法不可或缺的領域。基本法僅對搜索住宅（基本法第 13 條第 2 項）和剝奪自由（基本法第 104 條第 2 項第 1 句）規定明確的法官保留，但不包括對人身完整與不可侵犯（第 2 條第 2 項第 1 和第 3 句）的干預。基本法第 2 條第 2 項第 1 句對身體完整的基本權利的重要性，在憲法上並未規定必須由醫生進行的血液採樣以檢測酒精、麻醉品或藥物等的血液等只能由法官下令。為調查事實之情況而採血，並不致影響基本權利的核心（nicht in seinem Wesensgehalt），從侵犯的強度來看，也不構成嚴重侵犯，因此必須要求法官保留。法官根據第 81a 條第 2 項的法官保留是基於立法者的決定，而不是強制性的憲法要求。

德國聯邦憲法法院的裁定做出後，讓這項長久的實務操作劃上句點。依據裁定之要求，警察不可以立刻援引「延誤可能影響偵查結果」而逕行下令抽血檢查，警察原則必須先問過法官，得到法官的下令才可以進行。「延誤可能影響偵查結果」只有在例外情況，而且有具體事由時方始構成。此裁定做出後，實務執行的結果是，酒醉駕車嫌疑人必須等到法官下令後，始進行抽血，其自由受拘束的時間比以前更久，有些案例甚至長達 5 小時¹⁵。

（2）2017 年刑事訴訟法修正（道路交通案件不需法官保留）

此一決定造成實務的重大負擔，但在法律沒有改變的情形下，實務也只得照做。引發甚大之批評聲浪。2017 年終於對刑事訴訟法修正，將原則需法官保留之要求在酒駕的情形鬆綁¹⁶，按此，身體檢查需由法官下令，在延誤可能影響偵查結果情況下，檢察署和其偵查人員（法院組織法第 152 條）也可下令。但當基於特定事實可認構成刑法「不能安全駕駛罪」時，則有別於第一句要求法官保留之規定，不需法官之下令即可以抽血。

¹⁴ BVerfG v. 24.02.2011；BVerfG v. 28.06.2014

¹⁵ 此些裁定引發許多爭議。警方代表認為，只是一個單純的原則，卻必須採取嚴重的侵害措施，令人不能理解。許多人建議，酒醉駕車如果沒有發生其他結果，應該不用抽取駕駛人血液檢驗，以吐氣酒精測試做為證據就夠了。內政部長建議將「抽血檢驗須法官下令的規定刪除」。法官協會代表 Christoph Frank 也認為，當經由吐氣酒精測試後發現存有犯罪嫌疑時，法官對於下令抽血檢驗並無判斷餘地！他建議，在此範圍應將法官保留原則去除，讓法官有較充裕的時間去決定重大案件，例如要否核准住宅搜索。德國律師公會卻贊成維持現狀，發言人 Swen Walentowski 表示，抽血檢驗屬於對身體的侵犯，只有法官可以下令為之。他強調「法治國原則不可以目的性衡量而犧牲！」布蘭登堡司法部人員建議一取巧的方法，「通常，如果當場逮到的駕駛人同意抽取血液檢驗，就不需要法官下令！如果不同意，才須向法官聲請下令！」

¹⁶ (2) Die Anordnung steht dem Richter, bei Gefährdung des Untersuchungserfolges durch Verzögerung auch der Staatsanwaltschaft und ihren Ermittlungspersonen (§ 152 des Gerichtsverfassungsgesetzes) zu. Die Entnahme einer Blutprobe bedarf abweichend von Satz 1 keiner richterlichen Anordnung, wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, dass eine Straftat nach § 315a Absatz 1 Nummer 1, Absatz 2 und 3, § 315c Absatz 1 Nummer 1 Buchstabe a, Absatz 2 und 3 oder §316 des Strafgesetzbuchs begangen worden ist.

血液取樣是德國刑事訴訟法本身即有規定作為身體干預的一個著例，即使在強制實施的情況下亦被認為是絕對安全的¹⁷。如果涉及道路交通違法，則根據刑事訴訟法第 81a 條第 2 項第 2 句有特別規定發布命令。據此，如果依德國刑法第 315a 條第 1 項第 1 款、第 2 項和第 3 項（危及鐵路、船舶和航空）、第 315c 條第 1 項第 1a 款、第 2 和 3 項（危害道路交通）或第 316 條 StGB（Trunkenheit im Verkehr 醉態駕駛）的某些事實懷疑涉及刑事犯罪，則採集血液樣本不需要法官命令。不需法官保留基本上適用於道路交通違法行為，當懷疑車輛是在酒精或麻醉品的影響下駕駛時。檢察署因其處理案件的權力而享有優先權，通常會發佈一般性指示（非個案性）將其移交給警方，同時規定案件處理的細節¹⁸。

至於「資料的使用、儲存和銷毀」等，學說認為，採集的血液或其他人體細胞樣本只能用於該命令所依據的刑事訴訟或任何其他繫屬的刑事訴訟。其他繫屬刑事訴訟不一定針對同一被告，也可能針對另一被告或未知之被告¹⁹。相關資料通常被保留，直到本次或其他刑事訴訟的判決確定時²⁰。此外，如果預期一定期限後要求再審或在先前狀態下重審，則保留期可以延長²¹。無論對調查是否必要，隨後必須銷毀所取的所有資料。銷毀只涉及使用的資料，而不是調查結果，這些將成為卷宗檔案的一部分²²。

三、 依系爭規定強制取得之血液檢測結果（報告），得否逕為刑法第 185 條之 3 第 1 項各款規定犯罪之證據？是否有規避相關刑事訴訟程序之疑慮？其採證是否違反法治國無罪推定原則與不自證己罪原則？交通勤務警察等人員依系爭規定所為強制移由醫療機構抽血之行為，是否構成憲法第 8 條第 1 項所稱之「逮捕」？從憲法角度言，是否應具備何等最低限度之司法程序或正當法律程序？以上問題有

¹⁷ Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt, StPO, 2019 年第 62 版，第 81a 條邊碼 13

¹⁸ Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt, StPO, 2019 年第 62 版，第 81a 條邊碼 26

¹⁹ BeckOK StPO/Goers, StPO, 2020 年第 36 版，第 81a 條邊碼 35

²⁰ LG Berlin, 21.6.2006, NJW 2006, 2713

²¹ Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt, StPO, 2019 年第 62 版，第 81a 條邊碼 39

²² Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt, StPO, 2019 年第 62 版，第 81a 條邊碼 39

無合憲性解釋之空間？

除第 6 項「汽機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。」外，刑事訴訟法亦亦有針對酒駕案件採檢保全酒精含量的規定：

第 205-1 條

鑑定人因鑑定之必要，得經審判長、受命法官或檢察官之許可，採取分泌物、排泄物、血液、毛髮或其他出自或附著身體之物，並得採取指紋、腳印、聲調、筆跡、照相或其他相類之行為。

前項處分，應於第二百零四條之一第二項許可書中載明。

第 205-2 條

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。

刑事訴訟法內對採集血液之規定，顯然較道交條例規定嚴格。在個案適用以及相關證據使用性上，應注意肇事的個案性質：

一 法條之適用，應依據個案情形區分「肇事且為刑事案件」與「肇事是否刑事案件不明」

1、如發生交通肇事致人傷亡之結果

此時，因發生「肇事致人致人傷亡之結果」，客觀上在現場警察已經根據當場的情況明確「知有犯罪嫌疑」（刑事訴訟法第 230 條第 2 項、第 231 條第 2 項）而進入「刑事案件偵查」之範圍，不論採如何之判斷基準（主觀說或客觀說），刑事被告之地位已經形成。亦即，汽車駕駛人因肇事發生致人重傷或死亡的結果，已明確成為刑事被告，當享有受告知權利以及不自證己罪原則之保護。

此時如有知悉肇事者有無酒駕之蒐證必要，應依據刑事訴訟法第 205-1 條「鑑定人因鑑定之必要，得經審判長、受命法官或檢察官之許可，採取分泌物、排泄物、血液、毛髮或其他出自或附著身體之物，並得採取指紋、腳印、聲調、筆跡、照相或其他相類之行為。前項處分，應於第二百零四條之一第二項許可書中載明。」規定，應由檢察官選任鑑定人後，許可該鑑定人採取被告之血液後進行酒精濃度之測試。

值得注意的是，刑事訴訟法第 205 條之 2 規定：「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。」由條文所稱「經拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告」，可知刑事偵查程序已經開啟，被告之地位也已確定形成，法條允許「得違反犯罪嫌疑人或被告之意思」採取被告之聲調或吐氣，已經是允許直接強制要求被告配合採取的措施，恐有違不自證己罪原則。此時應該依據刑事訴訟法第 205 條之 1 規定「鑑定人因鑑定之必要，得經審判長、受命法官或檢察官之許可，採取分泌物、排泄物、血液、毛髮或其他出自或附著身體之物，並得採取指紋、腳印、聲調、筆跡、照相或其他相類之行為。」如認為駕駛人有酒後駕車的跡象，應由醫生對駕駛人實施抽血檢驗。

至於車禍肇事之被害人，如車禍現場有明確之犯罪跡象（例如濃厚之酒氣），可認屬於現行犯而將之逮捕，此時如能取得檢察官之許可書後由鑑定人進行採血，應無問題。

在德國，由於不自證己罪之保護，禁止強制「主動、積極」的協助，亦即禁止強制吐氣測試。不自證己罪按通說不以「被告供述」為限，亦即不僅保障被告之緘默權，而是擴張到被告無義務在對己的犯罪認定上「主動、積極」的協助或配合。至於消極忍受的義務課予，不在此一原則保護範圍，而是與法律保留、身體不受侵犯。比例原則等有關。在德國並沒有法律規定可以藉由吐氣以進行酒精測試，原因就是基於不自證己罪原則，人民無義務積極配和或參與證明其犯罪的措施。吐氣酒精測試需要人民積極配和或參與方可實施，也就是人民必須依據指示對著測量機器吹管吐氣，人民有權拒絕配合²³。因此，德國刑事訴訟法第 81a 條規定身體檢查；驗血（三）從被告抽取的血液和身體細胞僅允許使用於所據程序之目的；只要對此不再需要時，就應當立即銷毀。其中所指之不經被告同意而可以使用強制力，不包括要求人民吐氣進行酒精測試。實務上，由於藉由吐氣測量酒精值並不精確，通常在認為被告有酒駕而構成犯罪嫌疑的情況，是經由刑事訴訟法規定抽血檢測酒精，以作為定罪與否之依據。

2 僅是單純肇事，但現場跡象顯示駕駛人體內酒精超過標準或吸食管制藥物之虞
檢測現場未發生肇事致人死傷之結果，但從當場跡象，例如肇事的車輛如打開車窗後有明顯酒氣，或駕駛人行為異常，說話已經顛三倒四等，按照執勤員警的一般經驗，駕駛人相當可能已因服用藥物或酒精而無法安全駕駛，此時亦已進入「刑事案件偵查」之範圍，被告之地位已經形成。如果駕駛人不願意配合酒測，或無法決定是否配合酒測，應該以現行犯逮捕駕駛人後，依據刑事訴訟法第 205 條之

²³ Kindhäuser, Strafprozessrecht, 2006, S. 87.

1 規定，由檢察官下令將駕駛人強制送到醫院抽血檢驗。或是刑事訴訟法第 205 條之 2 規定命被告吐氣進行檢測。

3 單純肇事，但現場跡象未顯示駕駛人體內酒精超過標準或吸食管制藥物之虞
此時是否為刑事被告尚不清楚，無從逕認「知有犯罪嫌疑者」而依據刑事訴訟法第 228 條以下開始刑事偵查，亦即刑事偵查開始之要件尚不具備，此時定性應偏重在行政檢查，駕駛人拒絕酒測（例如根本不打開車窗），處新臺幣十八萬元罰鍰，並當場移置保管該汽機車、吊銷其駕駛執照及施以道路交通安全講習，並可依據第 35 條第 6 項規定，強制送醫採集血液。

二 行政蒐證與刑事證據能力

值得注意的是，若僅屬行政檢查目的之情況，因此獲得之資訊可否作為刑事證據使用（例如血液檢驗酒精值達到刑罰標準）？德國學說認為，警察執行刑事訴追任務時，僅能依據刑事程序法賦予之授權基礎而行動。因此，執行警察行政任務時所獲得之資訊，原則上不可為了刑事訴追目的而使用，否則，刑事程序法上的許多限制較為嚴格的規定，將會被輕易的「架空」²⁴。相反的，警察基於刑事程序所獲得之資訊，可以在執行行政任務時使用。奧地利刑事訴訟法第 123 條（Körperliche Untersuchung）第 7 項明定「因刑事訴訟程序以外的其他原因所知悉之身體檢查結果，只有在證明本亦可以下令進行身體檢查的刑事犯罪有必要的情況下，方可作為刑事訴訟的證據。」²⁵

在德國，違反刑事訴訟法典第 81a 條身體檢查通常不會導致證據禁止²⁶。在刑事訴訟法中，並沒有普遍適用的原則，認為任何違反證據取得禁止的行為都會導致刑事程序使用禁止。對於違反規定所得證據的可用性問題，必需根據個案情況決定（侵權的類型和權重、權衡利益衝突以及公訴利益對被告的利益²⁷。例如，如果在沒有命令和同意的情況下進行了身體干預，或者如果使用了違反基於正義和公平的程序原則的方法而獲得結果，將禁止使用。例如，如果警察故意假裝血液樣本是由醫生採集的，或是警察使用法未授權的脅迫，或者如果在呼氣酒精測量過程中謊稱相對人有合作義務等²⁸。

我國司法實務可能從刑事訴訟法第 158 之 4 條規定「除法律另有規定外，實施刑

²⁴ Volk, Grundkurs StPO, 5 Aufl., 2006, § 7 Rn. 8

²⁵ (7) Ergebnisse einer körperlichen Untersuchung, die aus anderen als strafprozessualen Gründen durchgeführt wurde, dürfen in einem Strafverfahren nur als Beweismittel verwendet werden, wenn dies zum Nachweis einer Straftat, deretwegen die körperliche Untersuchung hätte angeordnet werden können, erforderlich ist.

²⁶ Meyer-Goßner / Schmitt / Schmitt, StPO, 2019 年 62 版, 第 81a 條邊碼 32

²⁷ BVerfG, NJW 2008 S. 3053

²⁸ Meyer-Goßner / Schmitt / Schmitt, StPO, 2019 年 62 版, 第 81a 條邊碼 33

事訴訟程序之公務員因違背法定程序取得之證據，其有無證據能力之認定，應審酌人權保障及公共利益之均衡維護。」之反面解釋，似認為行政合法取得之證據均可在刑事程序中使用。例如：

最高法院 99 年度台上字第 4546 號刑事判決

二、警察職權行使法第二條第一、二項規定：「本法所稱警察，係指警察機關與警察人員之總稱（第一項）。本法所稱警察職權，係指警察為達成其法定任務，於執行職務時，依法採取查證身分、鑑識身分、蒐集資料、通知、管束、驅離、直接強制、物之扣留、保管、變賣、拍賣、銷毀、使用、處置、限制使用、進入住宅、建築物、公共場所、公眾得出入場所或其他必要之公權力之具體措施（第二項）。」又其第十條第一項規定：「警察對於經常發生或經合理判斷可能發生犯罪案件之公共場所或公眾得出入之場所，為維護治安之必要時，得協調相關機關（構）裝設監視器，或以現有之攝影或其他科技工具蒐集資料。」足認警察人員為調查犯罪，在犯罪現場以自備影音器材或其他科技工具進行蒐集現場外觀情之證據資料，乃法律賦予警察職權之正當行使，此與通訊保障及監察法第一條所定「為保障人民秘密通訊自由不受非法侵害，並確保國家安全，維持社會秩序，特制定本法。」之旨，係執行通訊監察之公務員以公權力介入他人間之秘密通訊為通訊監察對象者迥異，自無所謂依通訊保障及監察法第二十九條第三款：「察者為通訊之一方或已得通訊之一方事先同意，而非出於不法目的者，不罰。」規定之適用。倘警察人員因調查犯罪，為蒐集犯罪證據，對犯罪現場外觀呈現情狀而為錄音、錄影，過程又無違法或不當之情形，其蒐證取得之證據資料，即難謂並無證據能力。原判決理由說明本件警方在犯罪現場蒐證之錄影光碟等證據資料，其監察者為通訊之一方且非出於不法目的而錄影，並無證據排除法則之適用云云，立論固欠允洽；然本件警方係因接獲線報，指稱上訴人等經營之系爭小吃店內有外籍女子脫衣陪酒情事，乃派員至現場實地勘查及由員警喬裝男客進入消費，經確認上情屬實，遂以攜帶之攝影機在現場進行錄影蒐證各情，既有警員宋○○、林○○於第一審之證詞等在卷可稽，堪認明確，而其蒐證過程又無違法或不當情事，依上揭說明，所取得蒐證光碟等證據資料，即難謂並無證據能力，原判決併採為論罪依據，於法要無違誤。

最高法院 98 年度台上字第 7590 號刑事判決

惟查警察因執行具體犯罪偵查之司法警察職務與一般維護治安之警察任務之不同，具有雙重身分，執行之程序是否合法，應視所執行職務之性質而定。如係執行司法警察之犯罪偵查職務，固須符合刑事訴訟法有關搜索之規定，其扣押可為證據或得沒收之物，始告合法，惟若執行一般維護治安之警察任務，其執行程序是否合法，則須依警察職權行使法觀察之。本件原判決係認定，警員林志清、詹慶賢執行巡邏勤務時，見上訴人形跡可疑，上前盤查要求出示證件時，上訴人因心虛逃跑，恰因背包之拉鍊未完全拉上，警員詹慶賢已發現其背包內有狀似槍柄

之物，乃隨手將之壓制，並詢問背包內究為何物，上訴人供出背包內藏有槍、彈等情，警員二人原非執行犯罪偵查職務，不生刑事訴訟法非法搜索、扣押問題。反之，其等係在公共場所，執行一般維護治安之警察任務，對於合理懷疑其有犯罪之嫌疑或有犯罪之虞之人情形，為達成其法定任務，所採取之行動，乃警察職權行使法第二條、第六條第一項第一款所定之查證身分及物之扣留，或第二十一條所定對軍器、凶器或其他危險物品，為預防危害之必要，所為之扣留，於法並無不合，不能謂之為非法取得證據。至於嗣後帶返警局，偵查上訴人違反槍砲彈藥刀械管制條例犯罪，係於行使司法警察權之際，為實施扣押而由上訴人簽立搜索同意書，以符刑事訴訟法扣押規定，然實際上並無搜索行為，此與上訴意旨所指先搜索、後補具搜索同意書之情形有別，核其程序並無不法，自無適用刑事訴訟法第一百五十八條之四權衡證據能力之餘地。

