

107 年度憲三字第 20、22 號

臺灣花蓮地方法院刑事第五庭聲請案之鑑定意見

國立成功大學法律系 李佳玟

2021.11.10

《目次》

<b>壹、爭點題綱</b> .....	2
題綱一：系爭規定侵害的基本權.....	2
(一) 人身自由.....	2
(二) 身體不受傷害權.....	2
(三) 隱私權.....	3
題綱二：比例原則與法律明確性原則的審查.....	3
(一) 系爭規定具有目的合憲性.....	3
(二) 系爭規定之手段適當性.....	3
(三) 系爭規定之手段必要性.....	5
(四) 系爭規定之手段衡平性.....	6
(五) 系爭規定之用語明確性.....	7
題綱三：系爭規定與刑事訴訟法的適用疑問.....	8
(一) 系爭規定與刑事訴訟法交錯的問題.....	9
(二) 強制抽血與逮捕.....	10
(三) 正當法律程序之審查.....	10
題綱四：系爭規定是否違反法律保留原則與正當法律程序？.....	10
(一) 法律保留原則之審查.....	10
(二) 正當法律程序之審查.....	11
<b>貳、附件：道交處罰條例中強制抽血等酒測處分之合憲性審查（李佳玟）</b>	13

## 壹、爭點題綱

### 題綱一：系爭規定侵害的基本權

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？

答：均是。

#### （一）人身自由

系爭規定允許國家可強制將那些肇事拒測與無法執行呼氣酒測的駕駛人帶離現場，前往受委託的醫療或檢驗機構。不管肇事駕駛人的理由是什麼，依照系爭規定，拒測或是無法被檢測的駕駛人必須與警察一同前往醫療或檢驗機構，在被成功地採取生物檢體之前無法自由離開。因此，即便警察並未對被移送的駕駛人使用手銬、即便此時尚未達到刑事訴訟法現行犯的門檻、即便駕駛人之人身自由通常只受到幾個小時的限制，也即便強制身體檢測的重點在於對該駕駛人強制取得生物檢體進行檢驗，駕駛人的自由看起來只是附帶限制，依然無法否認該駕駛人於此時被強迫前往他/她並不想前往的處所，在身體不受傷害權與隱私權被侵害之前，人身自由先受到剝奪。據此，系爭規定所授權進行的處分已構成憲法第 8 條第 1 項的「逮捕」，應受正當法程序等憲法原則之保障。

#### （二）身體不受傷害權

系爭規定授權國家機關將人民帶往醫療或檢驗機構，強制取得血液或其他生物檢體，受託之醫療或檢驗人員被允許在沒有得到駕駛人的同意，使用針筒器具，刺穿駕駛人的皮膚，深入駕駛人的身體，取得該駕駛人的生物檢體。上述行為不僅侵害駕駛人的身體完整性，若實施不當，可能影響被檢測者的身體健康，甚至感染其他疾病。國家取得生物檢體之後，可進一步檢查知駕駛人身體資訊，也侵害其對於身體物質的控制權，個人身體不被任意使用與操控的權利。

### (三) 隱私權

系爭規定授權醫療或檢驗機關在取駕駛人的生物檢體之後，可進一步對駕駛人的生物檢體進行檢驗，在沒有得到個人同意的情況下，讓個人檢體中的生化學物質與基因資訊成了被檢驗的對象。透過檢驗可查知之個人飲食內容、飲食習慣、健康狀況，疾病帶原情況，甚至是遺傳疾病，都可能因此受到醫療、檢驗機構與國家機關的掌握，這些資訊不再只是個人的隱私資料。從此角度來看，道交處罰條例所授權的強制身體檢測，對於個人的隱私權、個人資訊自我決定權有可能造成極為重大的侵害。

#### 題綱二：比例原則與法律明確性原則的審查

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。

答：系爭規定違反比例原則也違反法律明確性原則。

#### (一) 系爭規定具有目的合憲性

參酌系爭規定的立法目的（「增列第 4 項，明定汽車駕駛人肇事拒絕接受或肇事無法實施第 1 項第 1 款及第 2 款測試之檢定者，應移請受委託機構對其強制實施檢測」），可以看出，系爭規定是讓肇事拒測與肇事但無法檢測的駕駛人一定會受到檢測。推測立法者是希望可以透過這樣的規定，避免駕駛人會因為有機會毋須被檢測，出現「鑽檢測漏洞」的僥倖心理，導致毒駕酒駕處罰的規定因此失去嚇阻的效力。如果說道交處罰條例中對於毒駕酒駕的處罰，是為了促進道路交通的安全，確保所有用路人之生命身體與財產，並讓人民安心使用道路，進行日常生活，系爭規定意在確保前述處罰可維持其嚇阻力，所欲追求的目的具有憲法正當性。

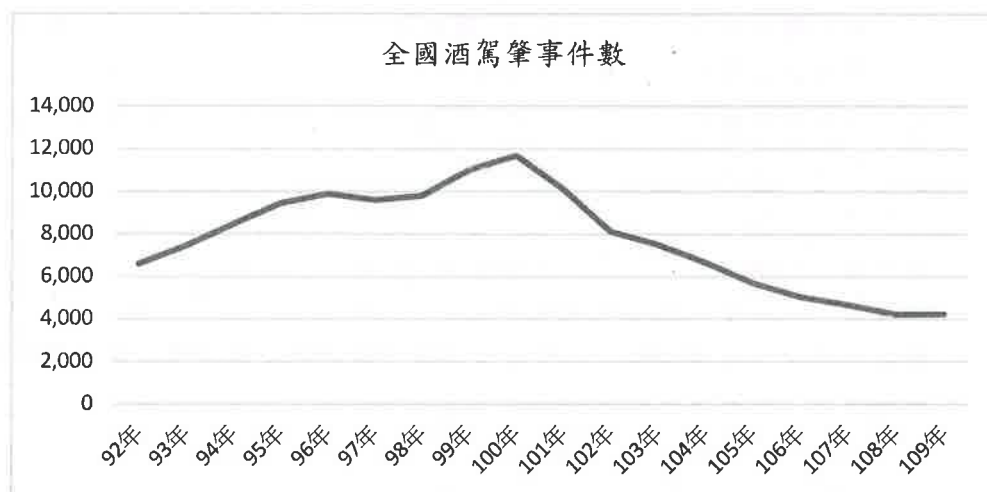
#### (二) 系爭規定之手段適當性

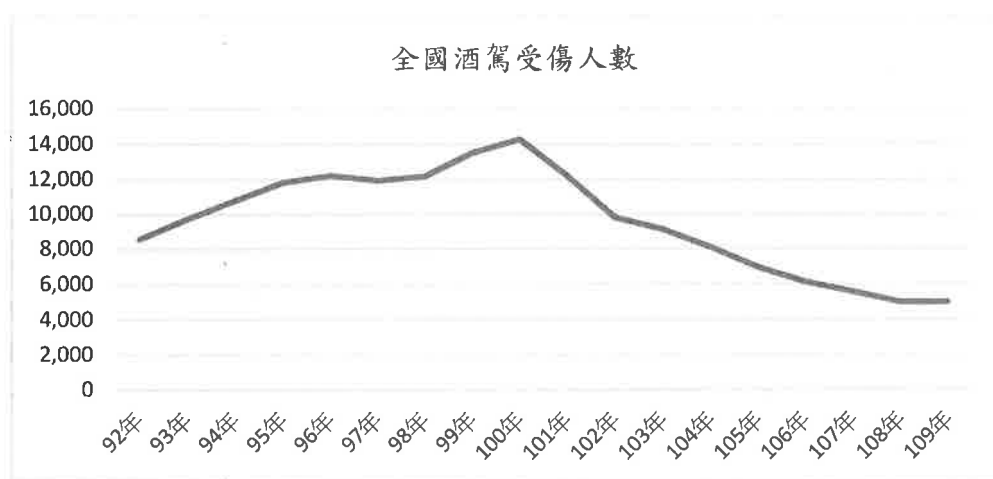
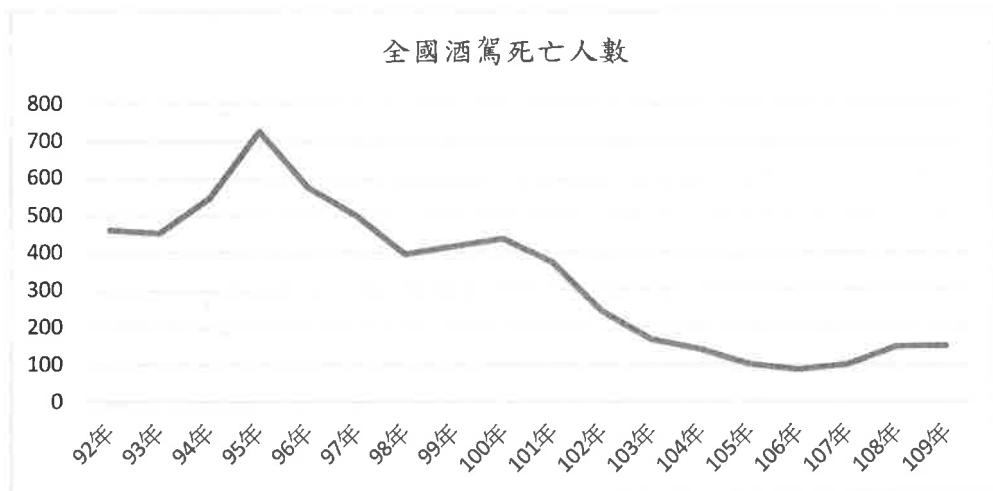
道交處罰條例之主管機關之一的內政部警政署於 2019 年提出近三年酒駕肇事強制抽血件數，每年佔酒駕違規為 4.35%-4.68%，以及大約有三分之一受強制抽血檢測者違規，數量大約是每年 1000 件左右。警政署應該是希

望藉此證明：系爭規定的確能夠「逮到」相當數量的酒駕者，堵住執法的漏洞，「立法者的事實判斷合乎事理，說得過去」，系爭規定具有手段適合性。

警政署的資料讓系爭規定的存在看起來有防制酒駕的正面效用。不過，如果考量到這個處分會讓身體完整性受到破壞，並讓人的身體隱私資訊受到國家掌握，或許在此可以進一步追問：「系爭規定是否有助於降低酒駕數量，減少死傷？」，確認系爭規定是否真的在數據上具有適當性，參照下面的官方資料，這個問題的答案恐怕不必然是那麼理所當然。

下面三個依據 2003 年到 2020 年警政署統計資料繪製的折線圖顯示，酒駕肇事件數與傷亡人數在 2003 年之後到 2006 年之間上升，在 2011 年之後都逐漸下降，統計上比較重要的轉折時間點是 2011 年。以此數據為基礎，近年一些實證研究大致肯定我國政府酒駕政策有降低酒駕肇事件數與傷亡人數的效果，不過歸因與細部結論並不一致。有研究注意到酒駕政策效果有區域差異；有研究主張酒測加嚴處罰可降低駕駛人重度喝酒的情況，但沒有杜絕酒駕上路；有研究發現提高罰金對於酒駕累犯有嚇阻效果，但不是罰越重就越有效；有研究認為，酒駕嚴罰政策能有效降低半、一年內再次酒駕的機率，但部分酒駕政策處分在酒後駕車的累犯身上嚇阻成效不彰；有研究認為刑罰比行政罰有用，但有些研究認為刑罰會因為駕駛人拒測而被規避。似乎沒有研究單獨針對 2001 年就制定的系爭規定，進行政策成效進行分析，畢竟，2003 年到 2006 年這段時間，各項酒駕數據逐年升高。





本意見書認為，現有數據顯示出系爭規定應該不是影響酒駕肇事件數與傷亡人數的關鍵因素。雖然概念上確實存在「倘若沒有系爭規定，2011年後越來越嚴格的酒駕政策就不會發揮功能」，以及「拒測之處罰規定加上系爭規定，對於駕駛人拒測有嚇阻效果，使得本來拒測的駕駛人接受呼氣酒測，但是這些案例無法直接顯現在統計數據上」的可能性，但是可能性不等同於有實證依據。鑑於強制抽血等身體檢測對於駕駛人之重要基本權利的侵害確定發生，要確認系爭規定的手段適合性，大法官應責成主管機關提出相關數據，確認是否有具體與紮實的實證分析可支持。

### (三) 系爭規定之手段必要性

本意見書認為，駕駛人是否構成酒駕，原本並非不能用其他較不侵害基本權的方式來判斷，包括由警察觀察特定駕駛人的駕駛行為是否明顯異常（譬如：蛇行、車身搖擺不定等），對警察指揮及交通號誌是否無反應或遲

緩，駕駛人是否滿身酒氣，眼神迷茫，臉色泛紅，無法通過「直線測試」、「平衡動作」、「同心圓繪製」等生理平衡檢測。但是在1990年道安規則第114條設定吐氣酒精濃度標準（2006年新增血液酒精濃度標準），1997年道交處罰條例第35條第1項對於酒駕的處罰要件設定為「酒精濃度過量」之後，對於酒駕的處罰就非得透過儀器獲得駕駛人酒精濃度數值，確認數值是否超標不可。

因此，倘若肇事駕駛人因為拒絕接受呼氣酒測，或是因為其他理由無法使用呼氣酒測儀進行檢測，國家非得透過其他檢測方式，確認駕駛人身體的酒精濃度數值。文獻顯示，除了吐氣與血液之外，尿液、唾液、頭髮都有可能用來檢驗酒精濃度，後面這幾種檢測對於受檢測者之基本權侵害程度較低（強制導尿除外）。但是，從技術層面來說，這些檢驗方式因為檢體或是技術之限制，檢測結果都沒有血液與吐氣檢測可靠。事實上，在我國體制上被當作是備用的血液酒測技術，比吐氣酒測技術發展得早，結果也比較可靠。文獻指出，血液酒測取樣不受被取樣者身體狀況與合作程度的影響，比較沒有取樣時間的限制，準確度較高。但是，由於血液檢測的程序較為繁複（需要特別送到醫療機關，由醫事人員進行），較不能配合警察執法的機動性，在呼氣酒測之技術相當程度成熟之後，被呼氣檢測取代，成為較為備位的酒測方式。

因此，當肇事之駕駛人因拒絕受檢測或無法接受呼氣酒測時，鑑於法條要求國家證明駕駛人身體中酒精濃度超過法定數值，兼考量到檢測結果的可靠性，本意見書認為，依據現在的技術水準，尚無其他比抽血酒測更為溫和的方法，因此系爭規定授權抽血之身體檢測具有手段必要性。

#### （四）系爭規定之手段衡平性

系爭規定並沒有一律將所有拒測者或無法被呼氣檢測者送強制抽血酒測，僅限定在已肇事者。在駕駛人並未肇事的情況下，僅在拒測的情況，令拒測之駕駛人接受拒測的處罰，相當程度為系爭侵害三種重要基本人權的國家處分設定適用範圍。但由於系爭規定並未明確規範具有抽血資格的醫事人員在符合醫療規範下進行抽血等身體檢測，也沒有明確規定何等檢測可以進行，這使得系爭規定可能引發之身體不受傷害權的侵害難以被預測。此外，由於現行法欠缺對於檢測範圍與檢測樣本的儲存、管理、銷毀與紀錄之建立、使用、提供、刪除及監督管理之規定，使得受檢測之駕駛人的隱私權會受到何等程度的侵害難以被預測。規範的疏漏使得駕駛人私益的侵害可能相當巨大，即便系爭規定所保護的是相當重要，受到社會高度重視的公益，也無法肯定系爭規定可通過手段衡平性的審查。

## (五) 系爭規定之用語明確性

### 1. 「依法令執行交通稽查任務人員」

道交處罰條例裡，其實有相當多條文使用「依法令執行交通稽查任務人員」一詞，立法者在不同的規定裡，授權這些人指揮交通（第 4 條）、稽查與紀錄違規（第 7 條）、指揮車輛過磅（第 29 條之 2），或是移置違規車輛（第 56 條、第 57 條）。以此來看，「依法令執行交通稽查任務人員」是個廣泛被使用，因此顯得普通，適用上似乎並無窒礙的法條用語。

然而，與其他條文大為不同的是，系爭強制抽血等身體檢測之規定，不只有行車路線受到限制，對於受處分的人民而言，這一條授權國家機關將她/他帶離車子，帶離現場，接下來的幾個小時中限制她/他的人身自由。被帶到特定處所之後，還會受到身體權與隱私權的侵害。因此，究竟哪些國家機關有權將人民帶離，受影響的人應該要能夠透過條文文字預見。授權此一處分的規定必須透過文字，讓立法者在此議題上扮演主導地位，而非交由行政部門來決定執行處分的人是誰。條文中「交通勤務警察」並無問題，有疑問的是，誰是法條中所說之「依法令執行交通稽查任務人員」？

參酌道交處罰條例本身與相關細則，「依法令執行交通稽查任務人員」可能包括公路主管機關人員（第 6 條第 2 項）與交通助理人員（第 7 條第 2 項），後者依據交通助理人員管理辦法，由內政部警政署國道公路警察局、直轄市、縣（市）政府警察局、交通局或相關機關，依據交通狀況及執行交通稽查實際需要僱用，只要具有一定學歷，沒有色盲，經過訓練，即有資格。再參考交通部 92 年 12 月 9 日交路字第 0920068497 號函，地方政府有「自行印製交通稽查證授予停車管理課主管及行政職系人員擔任交通稽查任務人員」的可能性。以此可見，「依法令執行交通稽查任務人員」的來源很多，人員範圍可能因為行政機關改動相關辦法而變動。

更重要的是，依其他規定與細則執行交通稽查任務的人，並不像交通警察一樣，職權行使受到警察職權行使法的限制。這部法律要求警察於行使職權時，必須先表明身份，執行時注意比例原則，並給予人民有異議與救濟之機會，它讓受警察職權處分的人有比較多的保障。因此，即便「依法令執行交通稽查任務人員」在用語上並不難理解，甚至實務上也以交通警察執法為多，這個規定讓駕駛人無法預見有權將之移送至醫院強制抽血等身體檢測的機關包含誰，也無法讓立法者決定執行者是誰，基本權受侵害者也無法依據具體有效的作用法保障自己的權利。基於上述理由，本意見書認為，系爭規定中，「依法令執行交通稽查任務人員」之用語無法達到法律明確性的要求。

## 2. 「血液或其他檢體」

系爭規定另一有疑問的條文用語為「血液或其他檢體」，這樣的規定文字是否等同授權國家機關可在駕駛人身上取得血液之外的各種檢體？譬如：毛髮、尿液、膽汁、分泌物、排泄物、胃液、脊髓液，甚至是留存於陰道中之精液。畢竟，本條適用於「汽機車駕駛人肇事拒絕接受或肇事無法實施第1項測試之檢定者」，第1項之不能安全駕駛行為之測試，除了酒精之外，還包括毒品、迷幻藥、麻醉藥品及其相類似之管制藥品，強制取得尿液或是頭髮以檢驗駕駛人是否吸食毒品，應該也算合理適用本項之規定。即便依照內政部警政署的函覆，說明實務上委託醫療或檢驗機構就肇事駕駛人進行檢測時，僅就血液進行採樣測試檢定駕駛人的酒精濃度，並未就「其他檢體」做採樣測試檢定，系爭規定主要爭點在於強制驗血酒測的問題。

本意見書認為，即便實務上適用範圍有限，不代表法條用語就不需要審慎。系爭規定中，可以被「其他」所涵蓋的生物檢體，所涉及的身體侵害程度相差非常大。譬如：強制導尿驗尿高度侵害人性尊嚴，但取得數根毛髮的侵害度相當低。雖然「其他」是一個十分淺顯易懂的文字，但是，這樣的用語，無法讓駕駛人可明確預見自己會被帶去醫療機關進行何等檢體的採集與檢驗，不能確知自己的身體將會受到何等程度的傷害。這樣的文字賦予行政機關過大的權限，司法也無法明確地審查，行政機關之執行方式，是否已經超過立法者當初的授權。彷彿行政機關只要證明該生物檢體可以檢驗出駕駛人身體中的酒精與毒品濃度，這樣的強制採驗就不違反此一規定。本意見書因此認為，系爭規定中「血液或其他檢體」的用語違反法律明確性原則，立法者應明確規定，為達成確認駕駛人是否受到酒精或毒品的影響（合併考量比例原則），何等生物樣本可被國家採集與檢測，何等檢測可以進行。

### 題綱三：系爭規定與刑事訴訟法的適用疑問

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？以上問題有無合憲性解釋之空間？



答：依系爭規定強制取得之血液檢測結果（報告），只要進行時沒有規避刑事訴訟法的情況，可逕為刑法第 185 條之 3 第 1 項各款規定犯罪之證據，其採證自然不違反法治國無罪推定原則與不自證己罪原則。

#### （一）系爭規定與刑事訴訟法交錯的問題

當駕駛人肇事拒測或無法酒測，而有強制驗血等檢測以確認酒精或毒品濃度的必要時，警察究竟是要依據道交處罰條例之規定，將駕駛人逕自送到醫療檢驗處所強制檢測，或是依據刑事訴訟法向檢察官聲請核發鑑定委任書狀？這個問題早在 2013 年引發爭議。

依據法務部當時新聞稿的意見，倘若當時客觀情狀（例如：駕駛人帶有酒氣、車行不穩、語無倫次或有其他異常行為），足以認為駕駛人有刑法第 185 條之 3 所定不能安全駕駛的犯罪嫌疑，而駕駛人又拒絕接受呼氣酒測。此時警察應以現行犯逮捕，告知相關法令規定，確認駕駛人依然不接受呼氣酒測之後，向檢察官聲請身體檢查鑑定書狀。

此種解決方式雖然看來解決警察酒測之執行規避刑事訴訟法的疑問，也一併回應了規避刑事訴訟法，因此侵害刑事被告應有憲法權利的疑問，但在適用上仍有不少問題等待解決：倘若警察一開始並無此種客觀判斷，沒有規避刑事訴訟法的疑問，警察是否仍可依據系爭規定進行強制身體檢測？更進一步地，倘若警察依照道安條例之規定進行強制檢測，才發現駕駛人身體酒精濃度已達刑法第 185 條之 3 之規定，此時若直接將檢測結果交給檢察官，算不算規避刑事訴訟法中關於身體檢查的規定？內政部警政署的疑問是，倘若禁止警察將依據道交處罰條例強制抽血獲得之結果交給檢察官，要求警察依刑事訴訟法第 205 條之 1，向聲請檢察官核發委任鑑定書狀，以進行刑事訴訟法上的抽血檢驗，對於駕駛人而言，是否反而有被強制抽血兩次的疑問？再考量到第二次抽血離事故發生間隔較久，駕駛人體內之酒精濃度非常可能因時間衰退，第二次抽血檢測的證據價值很可能反而不如第一次驗血，甚至無法證明駕駛人違反刑法規定，這樣的困境該怎樣解決？

本意見書認為，這些問題其實不難處理，關鍵點在於警察一開始判斷駕駛人並無刑法第 185 條之 3 所定不能安全駕駛等犯罪嫌疑時，是否符合當時的情況，抑或有故意規避刑事訴訟法的適用。倘若警察並未故意規避刑事訴訟法，依照道交處罰條例進行強制驗血酒測之後，發現駕駛人酒測值已達刑法第 185 條之 3 之規定，應該能夠直接將驗血結果交給檢察官，作為起訴刑法不能安全駕駛罪的依據。警察依法執行行政勤務時發現犯罪證據，本來就沒有捨棄的必要。從法律適用的角度來看，一旦第一個問題解決，後兩個問題就不生困擾。

## (二) 強制抽血與逮捕

同題綱一、(一)。

## (三) 正當法律程序之審查

同題綱四。

題綱四：系爭規定是否違反法律保留原則與正當法律程序？

系爭規定強制取得之駕駛人血液或其他檢體，其採檢目的、項目與範圍、檢測結果（報告）之用途、資料之傳送以及檢體之處理等，是否應受法律保留原則與正當法律程序原則之拘束？

答：系爭規定強制取得之駕駛人血液或其他檢體，其採檢目的、項目與範圍、檢測結果（報告）之用途、資料之傳送以及檢體之處理等，應受法律保留原則與正當法律程序原則之拘束。

### (一) 法律保留原則之審查

系爭對人民人身自由、身體權與隱私權有侵害的強制抽血等身體檢測處分，現已規定在系爭規定，看起來並未違反法律保留原則。問題在於，依系爭規定採得之血液或其他檢體樣本，於檢測完畢後，依據內政部警政署的回應，由各該醫療或檢驗機構依照醫療廢棄物相關規定處理。現行醫療廢棄物之處理，主要是依照醫療廢棄物共同清除處理機構管理辦法，母法為廢棄物清理法，依照廢棄物清理法第1條之規定，這類法令主要的目的在於「改善環境衛生，維護國民健康」，而非在於後來成為醫療廢棄物之檢體「主人」之隱私權的保障。

本意見書認為，鑑於系爭規定讓人民的血液等生物檢體被強制採樣與檢驗，檢體所包含之高度隱私的個人資訊，都可能進一步受到醫療、檢驗機構與國家機關的掌握，不只有樣本主人身體中之酒精或是毒品濃度，樣本有可能被私人研究者、藥廠或是生技公司搜集挪用做其他用途，也可能會被國家機關進行目的外使用。從此角度來看，立法者若不在道交處罰條例仿照去氧核糖核酸採樣條例，對於樣本的鑑定、儲存、管理、銷毀與紀錄之建立、使用、提供、刪除及監督管理，建立規範。也必須在法律中訂立明確的準則，授權主管機關自行訂定管理辦法，或甚至建立一個統一的法律規範，一併規定國家法規中所有身體檢查之檢體的處理。由於道交處罰條例欠缺這樣的規

定或準則，讓駕駛人隱私權面臨受到嚴重侵害的可能性。就此部分，系爭規定違反法律保留原則。

## (二) 正當法律程序之審查

系爭規定涉及三種重要的憲法基本權：人身自由、身體不受傷害權與隱私權。人身自由向來被認為是所有基本權的基礎，屬於相當重要的基本權，但是，此處所涉及的是短期人身自由的剝奪。憲法並不要求短期人身自由的剝奪事前的法官保留，事後法官介入審查，也只有當人身自由超過 24 小時，人身自由地剝奪要從短期轉為長期時。

但是，系爭處分不是一個只涉及人身自由的公權力行為，強制抽血的執行還會讓人民的身體被穿刺，取得相當隱私的身體資訊（包括受檢測者是否罹患愛滋病等高度敏感的個人資訊）。生物樣本可以被轉賣，政府或企業可以做各種再利用，愛滋歧視、基因歧視在當代並不只是科幻電影的題材。抽血等身體檢測對於人可以有的傷害，從不只是刺進皮膚會不會痛而已。即便系爭規定對於隱私權的侵害，可以因為法規範的補充，使得生物檢體的檢測範圍、保存與後續廢棄方式受到比較好的控制，但系爭規定授權國家可將人民送到醫療與檢驗機關進行強制抽血等身體檢測，還是無法迴避這類處分允許公權力可以強制取得個人身體資訊，開啟了個人極端隱私的身體資訊被國家與私人企業蒐集與濫用的可能。

本意見書進一步認為，允許公權力可以穿刺人民身體，破壞身體完整性，從憲法的角度應該被嚴肅看待。一旦允許國家強制對人民進行抽血，這個處分一旦做成，人民身體不受傷害權就終局地受到侵害，事後的救濟或證據排除都不能改變這個事實。即便抽血檢測看起來是一個技術成熟、執行普遍的醫事檢測技術，一旦不是沒有得到受處分者的同意，憲法意義就大不相同。

對比我國刑事訴訟法授權進行的強制抽血，雖然程序看來比道交處罰條例嚴謹，它讓檢察官以核發鑑定書面的方式，對於警察之強制抽血等身體檢測的要求進行審查。但是檢察官並非中立、獨立的機關，具有憲法意義的監督是法官保留，不是檢察官保留。刑事訴訟法與道交處罰條例之交錯衍生的爭議，固然可以在解釋學的層次上被解決（參閱附件文章參、二），更根本的問題在於系爭規定與刑事訴訟法的規定是否符合憲法正當法律程序之要求。畢竟，不管是為了確認駕駛人是行政不法還是刑事不法，強制抽血等身體檢測對於受檢測者之基本權的傷害是一樣的。刑事訴訟法第 205 條之 1 雖然不是本次釋憲對象，但是這個條文允許檢察官授權進行相當大範圍的身體檢查，且對進行方式，檢測範圍，生物檢體的事後處理欠缺規定，大法官其實有在旁論警告違憲的必要。

檢察官是否要獨佔向法院聲請令狀的資格，或是讓警察自行向法院聲請令狀，並配合著最新之通訊科技的發展，屬於立法形成自由。在緊急情況下，是否依然像德國刑事訴訟法第 81a 條第 2 項那樣，同時授權檢察官與警察進行，也在立法形成自由的範圍。對於違憲審查而言屬於重要的是，不管是規定在行政法或是刑事訴訟法，當公權力在人民未同意的情況下，強制穿刺人民身體，獲得人民極為敏感重要的身體資訊時，應該要有中立機關介入把關。在無緊急情況下進行事前把關，在有緊急情況下，進行事後的把關。需要不斷強調的是，不管這樣做的目的有正當，在受檢測者未同意的情況，抽血就不只是普通的醫療行為，而是一個國家侵入人民身體的行為。

本意見書認為，將強制抽血納入法官保留的對象，在法規範面上也比較能呈現一制性的價值觀。畢竟，抽血為廣義搜索下的一種，刑事訴訟法的搜索採取相對法官保留，偵查機關原則上必須向法院聲請搜索令狀，只有在符合例外情況時候，才可以進行無令狀搜索。侵害性高於一般搜索的抽血等身體檢查，卻不適用法官保留，價值觀顯得錯亂。人民將不能理解，國家不能未得法院許可進入他的房子，卻可以未得法院許可進入他的血管。

從這個角度理解聲請人引用的兩個最高法院判決，一個是針對國家在沒有法律規定下使用 GPS 進行偵查（最高法院 106 年度台上字第 3788 號刑事判決），另一個是檢察官以調取票，向電信公司取得被告利用電信公司網路傳真服務所留存的傳真內容（最高法院 106 年度台非字第 259 號刑事判決）。最高法院肯定這兩種國家偵查行為對人民隱私權造成侵害，主張偵查機關都應該向法官聲請令狀。最高法院這兩個判決相當程度顯示出一個與日本及韓國實務一樣的價值判斷：以個人隱私為侵害對象的國家處分，應由中立的法院把關，才能合乎憲法價值。侵害較低的 GPS 偵查以及調取傳真內容已是如此，侵害隱私更高的抽血等身體檢查，自然也應該受法官保留的保障。

## 貳、附件

### 道交處罰條例中強制抽血等酒測處分之合憲性審查

李佳玟◎

成功大學法律系教授

#### 摘要

道交處罰條例第 35 條第 6 項授權國家進行之強制抽血等酒測處分，一般被認為是打擊酒駕利器，然而它同時侵害了受檢測者的人身自由、身體不受傷害權與隱私權。本文認為，這類處分的確追求重要的公益，但若未來要持續進行，應須有更為具體之實證資料確認其效果，法條用語也應更精確，且應針對檢測檢體的處理立法規範，否則不僅違反法律明確性原則與法律保留原則，也有違反比例原則的疑問。程序上，鑑於這類處分對於受檢測者的基本權影響重大，侵害程度超過一般搜索，處分進行前後卻欠缺法院把關，違反正當法律程序，系爭規定應被宣告違憲。

#### 《文章目次》

壹、前言	14
貳、系爭規定涉及的憲法基本權利	15
一、人身自由	15
二、身體不受傷害權	16
三、隱私權	17
參、系爭規定的立法概況與適用爭議	17
一、立法概況	17
二、適用爭議	18
肆、系爭規定之合憲性審查	20
一、法律明確性原則之審查	20
1. 法律明確性原則	20
2. 有疑義的用語	21
二、法律保留原則之審查	23
三、比例原則之審查	24
1. 目的合憲性	25
2. 手段適合性	25
3. 手段必要性	27

4. 手段衡平性	29
5. 小結	29
四、正當法律程序之審查	30
1. 正當法律程序的意義	30
2. 美國聯邦最高法院的意見	30
3. 司法院釋字第 631 號解釋的啟示	34
4. 系爭規定之正當法律程序要求	36
伍、結論	39

關鍵字：強制抽血、道路交通管理處罰條例、身體不受傷害權、隱私權、法官保留

## 壹、前言

於 2013 年曾在台灣社會引發爭議的酒駕強制抽血等檢測措施，因為兩號釋憲聲請案（107 年度憲三字第 20 與 22 號案釋憲聲請案）<sup>1</sup>，可望在 2021 年年末重回公眾視野。大法官將會決定，道路交通管理處罰條例（以下簡稱道交處罰條例）中的強制抽血等檢測規定（現規定在道交處罰條例第 35 條第 6 項，以下簡稱系爭規定），是否違反法律明確性原則、法律保留原則、比例原則、正當法律程序等憲法原則，因此不當地侵害了受檢測者的人身自由、隱私權，以及身體不受傷害權。

由於釋憲聲請人於審理兩宗被告被控違反刑法第 185 條之 3 不能安全駕駛罪之案件時，警察均將依據道路交通管理處罰條例之強制檢測規定的採證結果，逕自移交給檢察官，作為起訴駕駛人違反刑法第 185 條之 3 的證據<sup>2</sup>，大法官因此也必須決定，此種做法是否有規避刑事訴訟法中對於抽血之身體檢查處分較為嚴格的規定（刑事訴訟法第 205 條之 1），因此衍生侵害刑事被告無罪推定或不自證己罪等憲法保障的疑問。讓討論更為複雜的是，倘若現行刑事訴訟法的規定方式也有違憲疑義（後詳），究竟在何等程序要件下對駕駛人進行強制抽血等身體檢測，才能符合憲法各項原則的要求，有分別釐清的必要。

本文作為釋憲聲請鑑定意見的一部分，第貳部分首先說明對人民進行強制抽血等身體檢測涉及何等憲法權利，這是規範合憲性審查的起點。不過在進入憲法各個原則審查之前，第參部分先爬梳我國現行法中與強制抽血等身體檢測有關規定的立法經過與相關爭議。由於道交處罰條例並非我國唯一授權國家進行強制抽血的規定，依據道交處罰條例進行強制抽血的結果，不一定讓被抽血的駕駛人只

<sup>1</sup> 這兩個聲請案均為花蓮地院刑事第五庭吳志強法官於 2018 年聲請。

<sup>2</sup> 花蓮地院 107 年度玉原交易字第 1 號與 107 年度花原交簡字第 403 號這兩個案件。

受道交處罰條例的處罰，而有受到刑事處罰的可能。連帶地讓道交處罰條例強制抽血等身體檢測程序的討論，無可避免牽動刑事訴訟法關於身體檢查的規定，因此有必要先行釐清哪些議題屬於法律適用的疑問，哪些進一步涉及憲法。本文第肆部分將會逐一從各項憲法原則，對於系爭規定進行審查。這份意見書將會完整地檢視系爭規定的合憲性，以提供未來修法方向的參考。

## 貳、系爭規定涉及的憲法基本權利

所有授權國家機關對人民進行強制抽血之處分行為的規定，都是授權國家機關自己或在他人幫助下，以針筒等器具穿刺身體表面，取得血液等生物樣本進行檢測，最終目的是要獲知組織樣本中的生化成分，以判斷人民的身體狀態是否違反特定法律。若依照系爭規定，為執行強制身體檢測，人民會先被強制送往受委託的醫療或檢驗機構。依據前述描述，道交處罰條例之強制身體檢測的進行，不只涉及身體不受傷害權與隱私權，還有侵害人身自由的問題。

### 一、人身自由

所謂人身自由，是指人民有身體活動自由，不管是積極前往某些地點，或是消極不移動，都不應受到任何人（包括國家）的干預。人身自由被認為是其他自由權利可被行使的前提，受到我國憲法第 8 條第 1 項的保障。

長期人身自由的剝奪（例如：徒刑、羈押等）容易被辨認，也比較容易得到保障，短期人身自由剝奪則需要認定標準，以確認人身自由剝奪的存在，也確認人身自由剝奪的起點。就此，本文不以身體活動自由受影響者是否當時被壓制在地、被上手銬、先被宣告有犯罪嫌疑等因素作為判斷標準，而是參考美國法，以“free to go” --「當時身體自由受影響者在當場已無法自由離去」作為判斷方式。至於那些失去意識或是被因其他獨立原因被困在現場的人，判斷標準依然是「能否自由離去」。但依照現場狀況，改為判斷「當受影響者在恢復意識（解除困在現場的狀態）之後，是否能夠自由決定留下或是離開」。判斷時，所參考的是一般理性人的觀點，在個案中一併考量受國家行為影響者的知識能力<sup>3</sup>。

系爭規定允許國家可強制將那些肇事拒測與無法被檢驗的駕駛人帶離現場，前往受委託的醫療或檢驗機構。不管肇事駕駛人的理由是什麼，依照系爭規定，拒測或是無法被檢測的駕駛人必須與警察一同前往醫療或檢驗機構，在被成功地採取生物檢體之前無法自由離開。因此，即便警察並未對被移送的駕駛人使用手

<sup>3</sup> 關於人身自由之拘束的認定標準，參閱李佳玟，論人身自由的拘束，收錄於《程序正義的綱索》，2014 年，118-126 頁。德國通說似乎採取同樣的見解，參見林明昕，論剝奪人身自由之正當法律程序：以「法官介入審查」機制為中心，國立臺灣大學法學論叢，46 卷 1 期，2017 年 3 月，13 頁。

銬、即便此時尚未達到刑事訴訟法現行犯的門檻、即便駕駛人之人身自由通常只受到幾個小時的限制，也即便強制身體檢測的重點在於對該駕駛人強制取得生物檢體進行檢驗，駕駛人的自由看起來只是附帶限制<sup>4</sup>，依然無法否認該駕駛人於此時被強迫前往他/她並不想前往的處所，在身體不受傷害權與隱私權被侵害之前，人身自由先受到剝奪。據此，系爭規定所授權進行的處分已構成憲法第 8 條第 1 項的「逮捕」，應受正當法程序等憲法原則之保障。

## 二、身體不受傷害權

所謂身體不受傷害權，是指人之肉體、精神與心理，擁有不受他人妨害、使用、操控或侵害的權利<sup>5</sup>，學說上亦有稱為身體完整性不受侵犯的權利<sup>6</sup>。學者李震山轉引德國學者 Dirig 的見解，指出身體不受傷害權可再細分為：(1) 人體必須處於得以繼續繁衍生命的狀態，擁有免於被迫不生育的自由；(2) 人體必須保留在客觀健康狀況，擁有身體健康免遭傷害的自由；(3) 人體必須處於不受疼痛之狀態，擁有免於疼痛的自由；以及(4) 人體必須處於身體外觀不受傷害狀態，擁有免於毀形的自由<sup>7</sup>。此一權利在國際社會被廣泛地承認<sup>8</sup>，我國憲法雖然並未明文規定身體不受傷害權，學說大致認為，身體不受傷害權屬於我國憲法第 22 條所稱的「其他自由及權利」<sup>9</sup>。

系爭規定授權國家機關將人民帶往醫療或檢驗機構，強制取得生物檢體，受託之醫療或檢驗人員被允許在沒有得到駕駛人的同意，使用針筒器具，刺穿駕駛人的皮膚，深入駕駛人的身體，取得該駕駛人的血液或其他檢體。上述行為不僅侵害駕駛人的身體完整性，若實施不當，可能影響被檢測者的身體健康，甚至感染其他疾病。國家取得生物檢體之後，可進一步檢驗查知駕駛人身體資訊，也侵害其對於身體物質的控制權，個人身體不被任意使用與操控的權利<sup>10</sup>。

<sup>4</sup> 不同意見，參見：林鈺雄，從基本權體系論身體檢查處分，收錄於《干預處分與刑事證據》，2008 年，30-32 頁。

<sup>5</sup> 李震山，基本權各論基礎講座(9)--身體不受傷害權，法學講座，25 期，2004 年 1 月，6 頁。

<sup>6</sup> 林鈺雄，前註 4，13 頁。

<sup>7</sup> 李震山，第四章 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 3 版，2009 年，140 頁。

<sup>8</sup> *E.g. Missouri v. McNeely*, 569 U.S. 141, 148 (2013); *British Columbia Civil Liberties Association v. Canada (Attorney General)*, 2019 BCCA 228; *S Saribekyan and Balyan v. Azerbaijan*, No. 35746/11, ECtHR (Fifth Section), 30 January 2020.

<sup>9</sup> 亦有認為身體不受傷害權為先於國家而存在的固有權利，或可從憲法第 8 條關於人身自由之保護，憲法增修條文第 10 條第 6 項保障婦女人身安全，消除歧視之規定中推導出一般性的身體不受侵害權。參考李震山，前註 5，8-9 頁；李震山，前註 7，136、140-147 頁。

<sup>10</sup> 陳筱屏，對被告之侵犯性身體檢查，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2005 年，18-19 頁。



### 三、隱私權

所謂隱私權，原指個人獨處時不受干擾的權利，而後被進一步擴充為個人對其自身私人領域的事務，享有是否公開揭露，可自行決定私人事務，不受外界侵擾、刺探的權利，著重的是他人對於個人私人領域的承認與尊重<sup>11</sup>。與身體不受傷害權一樣，隱私權雖然不是憲法明文列舉的權利，但被認為是人性尊嚴、個人主體性之維護及人格發展之完整不可或缺的基本權利。司法院大法官過去數號解釋明確承認隱私權受憲法保護（釋字第 293、535 與 585 號解釋參照），學者認為，隱私權也屬於我國憲法第 22 條所稱的「其他自由及權利」<sup>12</sup>。

系爭規定授權醫療或檢驗機關在取駕駛人的生物檢體之後，可進一步對駕駛人的生物檢體進行檢驗，在沒有得到個人同意的情況下，讓個人檢體中的生化物質與基因資訊成了被檢驗的對象。透過檢驗可查知之個人飲食內容、飲食習慣、健康狀況，疾病帶原情況，甚至是遺傳疾病，都可能因此受到醫療、檢驗機構與國家機關的掌握，這些資訊不再只是個人的隱私資料。從此角度來看，道交處罰條例所授權的強制身體檢測，對於個人的隱私權、個人資訊自我決定權有可能造成極為重大的侵害。

#### 參、系爭規定的立法概況與適用爭議

前一個部分顯示強制駕駛人被國家機關帶往醫療與檢驗機關進行身體檢測，侵害了該駕駛人三項極為重要的憲法權利，系爭規定是在什麼脈絡下被制定出來？

#### 一、立法概況

強制抽血等身體檢測之規定，是立法者在 2001 年修訂道交處罰條例的時候加進去的。當時強制檢測規定被放在第 35 條第 4 項，緊接著第 3 項對於拒測者的處罰。從處罰內容來看，拒測者不僅面臨相較於酒駕者最為嚴厲的罰鍰與更為不利的處罰（吊銷駕照而非吊扣駕照一年），肇事拒測或無法被檢測的駕駛人，還會被強制送醫驗血<sup>13</sup>。雖然道交處罰條例的修正相當頻繁，防制酒駕的手段變

<sup>11</sup> 陳筱屏，前註 10，62-64 頁。

<sup>12</sup> 例如：李惠宗，憲法要義，台北：敦煌書局，1998 年 1 月第二版，頁 237-240。

<sup>13</sup> 道交處罰條例第 35 條（2001 年 1 月 17 日修正）：「（第 1 項）汽車駕駛人，駕駛汽車經測試檢定有左列情形之一者，處新臺幣一萬五千元以上六萬元以下罰鍰，並當場禁止其駕駛及吊扣其駕駛執照一年。因而肇事致人受傷者，並吊扣其駕駛執照二年；致人重傷或死亡者，吊銷其駕駛執照，並不得再考領：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。（第 2 項）汽車駕駛人經依前項規定吊扣駕駛執照，並於吊扣期間再有前項情形者，處新臺幣六萬元罰鍰，並吊銷其駕駛執照；如肇事致人重傷或死亡者，吊銷其駕駛執照，並不得再考領。（第 3 項）汽車駕駛人拒絕接受第 1 項測試之檢定者，處新臺幣六萬元罰鍰，並吊銷其駕駛執照；如肇事致人重傷或死亡者，吊銷其駕駛執照，並不得再考領。（第 4 項）汽車駕駛人

得多樣，酒駕與拒絕酒測的處罰越來越重，但是強制檢測規定從制定之後相當程度保留原貌。這項規定不僅「挺過」2013年法律人的質疑<sup>14</sup>，也沒有因為交通部的要求，去除駕駛人「肇事」作為強制檢測的前提要件<sup>15</sup>。一直到2019年，因為道交處罰條例對於酒駕的處罰擴及機車騎士，條文內容中的強制檢測對象，才由「汽車駕駛人」擴張為「汽機車駕駛人」。

## 二、適用爭議

雖然立法者在2001年就在道交處罰條例授權警察對肇事拒測與無法進行酒測之駕駛人送醫進行強制抽血等身體檢測<sup>16</sup>，一直要到2003年6月，立法院制定警察職權行使法，於該法第8條第1項授權警察可攔停「已發生危害或依客觀合理判斷易生危害之交通工具」，並要求駕駛人接受酒測，影響人民行動自由與身體隱私的酒測處分，才真正有個法律層次的處分執行依據<sup>17</sup>。同樣地，2001年雖然就有強制抽血等身體檢測的授權，到了2006年，立法者才在道路安全規則（以下簡稱「道安規則」）中規定血液的酒精濃度標準<sup>18</sup>。

如果說前兩項法律的制定與修正，讓道交處罰條例的酒測在規範面上更為完整，立法者在2003年對於刑事訴訟法的修正，則讓道交處罰條例的適用變得複雜。在2003年2月修正通過的刑事訴訟法裡，立法者於鑑定章節新增第205條之1與第205條之2身體檢查之規定。雖然刑事訴訟法早有身體檢查之規定（舊刑事訴訟法第204條、第213條與第215條），2003年新增的規定，將檢察事務官、司法警察官或司法警察可進行之身體檢查的種類，與法官及檢察官可委任進行的身體檢查種類具體區分開來，只有法官與檢察官方得委任鑑定人進行抽血等身體檢查，委任鑑定書狀中尚必須指明身體檢查的項目內容。

肇事拒絕接受或肇事無法實施第1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。」

<sup>14</sup> 例如：陳長文，讓酒駕悲劇歸零 立法應完整配套，中國時報，2013年6月24日，a16版；李寧修，實施酒測之正當程序--桃園地院101交6判決，台灣法學雜誌，227期，2013年7月1日，205-210頁。

<sup>15</sup> 酒駕強制抽血 政院：恐侵犯人權，中國時報，2013年7月5日，a10版（「交通部…提出修改《道路交通管理處罰條例》第35條修正草案，取消現行需有「肇事」事實，才能強制對拒絕酒測民眾採樣及測試檢定的條件。…意即所有汽車駕駛人若拒絕酒測，就可以強制移由醫院抽血檢查有無酒駕。楊秋興表示，行政院法規會擔心此舉有侵犯人權疑慮…。」）

<sup>16</sup> 更準確地說，1990年的道路安全規則就有駕駛人吐氣酒精濃度的規定，1997年道交處罰條例有駕駛人酒精濃度過量的處罰。

<sup>17</sup> 立法院在制定警察職權行使法時，明確意識到道交處罰條例之駕駛人酒精濃度檢測欠缺發動要件、執行程序、執行方式、異議或救濟程序之規定。參閱立法院公報，第92卷第19期，2003年6月5日，335-336頁。當年學界與實務界的討論狀況，參閱楊汝滿，酒醉駕車之酒精測試檢定與檢查身體，國立政治大學法律學碩士論文，2008年，30-31頁。

<sup>18</sup> 第114條第2款（2006年6月30日修正）：「汽車駕駛人有左列情形之一者，不得駕車：…二、飲用酒類或其他類似物後其吐氣所含酒精濃度超過每公升〇·二五毫克或血液中酒精濃度超過百分之〇·〇五以上。…」

不過道交處罰條例與刑事訴訟法之間的糾結，並非因為兩部法律授權進行同樣的處分。原本各有目的之行政調查與刑事偵查，是因為立法者在 1999 年於刑法中新增第 185 條之 3 不能安全駕駛罪，喝酒上路的駕駛人可能同時違反道交處罰條例第 35 條第 1 項與刑法第 185 條之 3，讓酒測處分很容易同時是行政調查與刑事偵查，或是由行政調查轉為刑事偵查<sup>19</sup>。依據刑事訴訟法第 205 條之 2 後段，司法警察有相當理由時，可對於「經拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告」進行吐氣之身體檢查。當駕駛人肇事拒測或無法酒測，而有強制驗血等檢測以確認酒精或毒品濃度的必要時，警察究竟是要依據道交處罰條例之規定，將駕駛人逕自送到醫療檢驗處所強制檢測，或是依據刑事訴訟法向檢察官聲請核發鑑定委任書狀？

前述的法規適用疑問，在 2013 年引發爭議。依據法務部新聞稿的意見，倘若當時客觀情狀（例如：駕駛人帶有酒氣、車行不穩、語無倫次或有其他異常行為），足以認為駕駛人有刑法第 185 條之 3 所定不能安全駕駛的犯罪嫌疑，而駕駛人又拒絕接受呼氣酒測。此時警察應以現行犯逮捕，告知相關法令規定，確認駕駛人依然不接受呼氣酒測之後，向檢察官聲請身體檢查鑑定書狀<sup>20</sup>。此種解決方式雖然看來解決警察酒測之執行規避刑事訴訟法的疑問，也一併回應了規避刑事訴訟法，因此侵害刑事被告應有憲法權利的疑問，但在適用上仍有不少問題等待解決：倘若警察一開始並無此種客觀判斷，沒有規避刑事訴訟法的疑問，警察是否仍可依據系爭規定進行強制身體檢測？更進一步地，倘若警察依照道安條例之規定進行強制檢測，才發現駕駛人身體酒精濃度已達刑法第 185 條之 3 之規定，此時若直接將檢測結果交給檢察官，算不算規避刑事訴訟法中關於身體檢查的規定？內政部警政署的疑問是，倘若禁止警察將依據道交處罰條例強制抽血獲得之結果交給檢察官，要求警察依刑事訴訟法第 205 條之 1，向聲請檢察官核發委任鑑定書狀，以進行刑事訴訟法上的抽血檢驗，對於駕駛人而言，是否反而有被強制抽血兩次的疑問？再考量到第二次抽血離事故發生間隔較久，駕駛人體內之酒精濃度非常可能因時間衰退，第二次抽血檢測的證據價值很可能反而不如第一次驗血，甚至無法證明駕駛人違反刑法規定<sup>21</sup>，這樣的困境該怎樣解決？

本文認為，前述問題其實不難處理，關鍵點仍在於警察一開始判斷駕駛人並無刑法第 185 條之 3 所定不能安全駕駛等犯罪嫌疑時，是否符合當時的情況，抑

<sup>19</sup> 從公法學與刑事訴訟法學的角度來看，這裡涉及行政調查如何與犯罪偵查區分、警察職權行使法中行政警察與司法警察之區別，以及駕駛人之刑事被告地位何時形成的問題，參閱楊汝滿，前註 17，34-頁；陳運財，從警職法之制定探討行政警察與司法警察作用之區別，收錄於《偵查與人權》，2014 年，57-74 頁；謝旻霓，酒駕調查程序問題之研究，成功大學法律研究所碩士論文，2018 年，48-50 頁。

<sup>20</sup> 參見法務部 2013 年 6 月 20 日新聞稿。

<sup>21</sup> 參見 107 年度憲三字第 20 號聲請解釋案—內政部意見（2019 年 10 月 15 日），6-7 頁。

或有故意規避刑事訴訟法的適用<sup>22</sup>。倘若警察並未故意規避刑事訴訟法，依照道交處罰條例進行強制驗血酒測之後，發現駕駛人酒測值已達刑法第 185 條之 3 之規定，應該能夠直接將驗血結果交給檢察官，作為起訴刑法不能安全駕駛罪的依據。警察依法執行行政勤務時發現犯罪證據，本來就沒有捨棄的必要<sup>23</sup>。從法律適用的角度來看，一旦第一個問題解決，後兩個問題就不生困擾。至多需要進一步討論，我國法是否應參考美國法的規定，構築緊急狀況例外的法則（後詳）。真正需要大法官釐清的問題，毋寧是：這個涉及駕駛人人身自由、身體不受傷害與隱私權的國家處分，究竟應該要如何規定，才能符合憲法各項原理原則的要求？

## 肆、系爭規定之合憲性審查

### 一、法律明確性原則之審查

#### 1. 法律明確性原則

法律明確性原則的憲法審查，是指憲法要求法律的規範內容（包括構成要件與法律效果）客觀上必須清楚明白、具體詳盡。雖然立法者無可避免會使用不確定法律概念或概括條款，對應生活事實的複雜性，並達到個案適用的妥當性，但必須能夠通過「意義非難以理解」、「為受規範者所得預見」，與「可經由司法審查加以確認」之「明確三要件」的審查（司法院釋字第 432 號參照）。

至於法律明確性原則的目的為何，依照司法院釋字第 636 號解釋，是「基於法治國原則，以法律限制人民權利，其構成要件應符合法律明確性原則，使受規範者可能預見其行為之法律效果，以確保法律預先告知之功能，並使執法之準據明確，以保障規範目的之實現。」學者進一步主張，法律明確性原則尚有鞏固民主的意義，它讓具有民主正當性的立法者，在基本權利領域具有支配性地位<sup>24</sup> 換言之，法條文字是否足夠明確，不能只是說文解字地判斷用語是否能被理解，尚必須考量系爭規範是否讓立法者在基本權利領域具有主宰地位。由於法律明確性原則有此制度性功能，法律明確性原則會與法律保留原則的審查有所重疊<sup>25</sup>。

<sup>22</sup> 內政部的意見（「…（拒測強制驗血檢驗措施）可藉此防杜駕駛人已拒絕接受酒測之方式規避肇事後觸犯刑法第 185 條之 3 公共危險罪責，故該立法時有其必要性。」）的確給人警察想藉由道交處罰條例，規避適用刑事訴訟法的觀感。參見內政部，前註 21，2-3 頁。

<sup>23</sup> 此處的見解與陳運財的行政法與刑事訴訟法競合說相同，參見陳運財，前註 19，67-68 頁。

<sup>24</sup> 黃舒芃，法律明確性原則的制度功能—評釋字第 702 號解釋對法律明確性原則之認定，月旦裁判時報，第 17 期，2012 年 10 月，9-10 頁。薛智仁，刑法明確性原則之新定位：評介德國聯邦憲法法院之背信罪合憲性裁定，國立臺灣大學法學論叢，第 44 卷第 2 期，2015 年 6 月，615-6 頁。

<sup>25</sup> 許宗力認為這兩個原則必須相互支援，否則可能產生法條用語明確，但規範粗略；或是規範密度雖然足夠，但法條用語模糊的問題。許宗力，論法律明確性之審查：從司法院大法官相關解釋談起，台灣大學法學論叢，41 卷 4 期，2012 年 12 月，1688 頁。

系爭規定侵害受憲法第 8 條第 1 項保障的人身自由，雖然此處所涉及的並非長時間的人身自由限制，考量到系爭規定同時侵害人民身體不受傷害權與隱私權，這幾項權利都與人格與人性尊嚴息息相關。再考量此處並不像司法院釋字第 690 號解釋針對之傳染病防治法，所處理的對象是難以預見或是控制的傳染病，需要給予醫療專業處理之彈性，本文主張就系爭規定應採較為嚴格的中度審查標準。

## 2. 有疑義的用語

### (1) 「依法令執行交通稽查任務人員」

道交處罰條例裡，其實有相當多條文使用「依法令執行交通稽查任務人員」一詞，立法者在不同的規定裡，授權這些人指揮交通（第 4 條）、稽查與紀錄違規（第 7 條）、指揮車輛過磅（第 29 條之 2），或是移置違規車輛（第 56 條、第 57 條）。以此來看，「依法令執行交通稽查任務人員」是個廣泛被使用，因此顯得普通，適用上似乎並無窒礙的法條用語。

然而，與其他條文大為不同的是，系爭強制抽血等身體檢測之規定，不只有行車路線受到限制，對於受處分的人民而言，這一條授權國家機關將她/他帶離車子，帶離現場，接下來的幾個小時中限制她/他的人身自由。被帶到特定處所之後，還會受到身體權與隱私權的侵害。因此，究竟哪些國家機關有權將人民帶離，受影響的人應該要能夠透過條文文字預見。授權此一處分的規定必須透過文字，讓立法者在此議題上扮演主導地位，而非交由行政部門來決定執行處分的人是誰。條文中「交通勤務警察」並無問題，有疑問的是，誰是法條中所說之「依法令執行交通稽查任務人員」？

參酌道交處罰條例本身與相關細則，「依法令執行交通稽查任務人員」可能包括公路主管機關人員（第 6 條第 2 項）與交通助理人員（第 7 條第 2 項），後者依據交通助理人員管理辦法，由內政部警政署國道公路警察局、直轄市、縣（市）政府警察局、交通局或相關機關，依據交通狀況及執行交通稽查實際需要僱用，只要具有一定學歷，沒有色盲，經過訓練，即有資格。再參考交通部 92 年 12 月 9 日交路字第 0920068497 號函，地方政府有「自行印製交通稽查證授予停車管理課主管及行政職系人員擔任交通稽查任務人員」的可能性。以此可見，「依法令執行交通稽查任務人員」的來源很多，人員範圍可能因為行政機關改動相關辦法而變動。

更重要的是，依其他規定與細則執行交通稽查任務的人，並不像交通警察一樣，職權行使受到警察職權行使法的限制。這部法律要求警察於行使職權時，必須先表明身份，執行時注意比例原則，並給予人民有異議與救濟之機會，它讓受

警察職權處分的人有比較多的保障。因此，即便「依法令執行交通稽查任務人員」在用語上並不難理解，甚至實務上也以交通警察執法為多，這個規定讓駕駛人無法預見有權將之移送至醫院強制抽血等身體檢測的機關包含誰，也無法讓立法者決定執行者是誰，基本權受侵害者也無法依據具體有效的作用法保障自己的權利。基於上述理由，本文認為，系爭規定中，「依法令執行交通稽查任務人員」之用語無法達到法律明確性的要求。

## (2)「檢驗機構」

相較於「依法令執行交通稽查任務人員」，「檢驗機構」在道交處罰條例裡只有兩個條文使用，一個是第 29 條之 4，規範常壓液態罐槽車罐槽體的檢驗；另一為第 35 條第 6 項，規範強制抽血檢驗，這兩個條文的規範目的明顯不同。本文雖然不認為執行機關會因為條文的簡略混淆送檢驗的場所，也認為第 35 條第 6 項「醫療或檢驗機構」的規範方式，會讓前面的「醫療」對於「檢驗」機構的解讀有指導作用，鑑於強制驗血將會侵害駕駛人的身體不受傷害權與隱私權，將「檢驗機構」更改為「醫事檢驗機構」，更能符合法律明確性原則。

不過這種規定方式的最大疑問，在於條文中是否規定了將駕駛人送醫療機構或醫事檢驗機構，就能夠確保實際執行抽血的人具有進行抽血等身體檢測的資格與能力，以及執行方式符合醫療法規。考量到很多身體檢測會穿透人的體表，以器械進入人體，倘若執行不當，可能造成感染等影響受檢測者健康的問題。再考量到強制抽血等身體檢測，其實是在違反駕駛人意願下進行，執行上不會像一般醫療檢驗那樣被高度配合，因此檢測者需要有相關的醫療訓練與經驗。雖然多數進行的檢測（例如：抽血）在醫療機構與醫事檢驗機構是一個技術上並不困難，經常進行的醫療行為，在此應參考其他國家就身體檢查之規定，法條內應進一步限制可進行檢驗人之資格，並增加執行方式之原則性要求（例如：「以無損健康之方式執行」，或是「執行時應注意以最小必要性限度之侵害」），或是仿照去氧核糖核酸採樣條例第 10 條：「去氧核糖核酸採樣，應依醫學上認可之程序及方法行之，並應注意被採樣人之身體及名譽。」讓強制身體檢測的進行方式明確可被預見，限制受委託機關的進行方式，也讓整個流程具有明確的標準，可被司法審查。

## (3)「血液或其他檢體」

系爭規定第三個有疑問的條文用語為「血液或其他檢體」，這樣的規定文字是否等同授權國家機關可在駕駛人身上取得血液之外的各種檢體？譬如：毛髮、尿液、膽汁、分泌物、排泄物、胃液、脊髓液，甚至是留存於陰道中之精液。畢竟，本條適用於「汽機車駕駛人肇事拒絕接受或肇事無法實施第 1 項測試之檢定

者」，第 1 項之不能安全駕駛行為之測試，除了酒精之外，還包括毒品、迷幻藥、麻醉藥品及其相類似之管制藥品，強制取得尿液或是頭髮以檢驗駕駛人是否吸食毒品，應該也算合理適用本項之規定。即便依照內政部警政署的函覆，說明實務上委託醫療或檢驗機構就肇事駕駛人進行檢測時，僅就血液進行採樣測試檢定駕駛人的酒精濃度，並未就「其他檢體」做採樣測試檢定，系爭規定主要爭點在於強制驗血酒測的問題<sup>26</sup>。

本文認為，即便實務上適用範圍有限，不代表法條用語就不需要審慎。系爭規定中，可以被「其他」所涵蓋的生物檢體，所涉及的身體侵害程度相差非常大。譬如：強制導尿驗尿高度侵害人性尊嚴，但取得數根毛髮的侵害度相當低。雖然「其他」是一個十分淺顯易懂的文字，但是，這樣的用語，無法讓駕駛人可明確預見自己會被帶去醫療機關進行何等檢體的採集與檢驗，不能確知自己的身體將會受到何等程度的傷害。這樣的文字賦予行政機關過大的權限，司法也無法明確地審查，行政機關之執行方式，是否已經超過立法者當初的授權。彷彿行政機關只要證明該生物檢體可以檢驗出駕駛人身體中的酒精與毒品濃度，這樣的強制採驗就不違反此一規定。本文因此認為，系爭規定中「血液或其他檢體」的用語違反法律明確性原則，立法者應明確規定，為達成確認駕駛人是否受到酒精或毒品的影響（合併考量比例原則），何等生物樣本可被國家採集與檢測，何等檢測可以進行。

## 二、法律保留原則之審查

與基本權有關的法律保留原則審查，是指倘若某個國家事務對於人民基本權的行使或實現具有重要性，必須有國會通過的法律作為依據。這個原則與法律明確性原則一樣，與民主國家中國會與行政之制衡關係有關<sup>27</sup>。我國大法官於司法院釋字第 443 號解釋進一步建立層級化法律保留理論，指出「並非一切自由及權利均無分軒輊受憲法毫無差別之保障…。至何種事項應以法律直接規範或得委由命令予以規定，與所謂規範密度有關，應視規範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重而容許合理之差異：諸如剝奪人民生命或限制人民身體自由者，必須遵守罪刑法定主義，以制定法律之方式為之；涉及人民其他自由權利之限制者，亦應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則；若僅屬與執行法律之細節性、技術性次要事項，則得由主管機關發布命令為必要之規範，雖因而對人民產生不便或輕微影響，尚非憲法所不許。」依照學者的整理，與剝奪人身自由、財產與身體自主有關的刑罰事項、行政罰、公務員懲戒、租稅、臨檢、強制隔離、外國人受驅逐前暫時收容、強制

<sup>26</sup> 參見 107 年度憲三字第 20 號聲請解釋案—內政部意見（2021 年 8 月 24 日），第 1 頁。

<sup>27</sup> 許宗力，論法律保留原則，收錄於法與國家權力，台北：月旦出版有限公司，1993 年，185-205 頁。

注射等事項需要嚴格的法律保留。至於國家行政需要彈性、效率與專業的事項，則不要求國會自行制定法律，可授權給行政機關制定規則<sup>28</sup>。

系爭對人民人身自由、身體權與隱私權有侵害的強制抽血等身體檢測處分，現已規定在系爭規定，看起來並未違反法律保留原則。問題在於，依系爭規定採得之血液或其他檢體樣本，於檢測完畢後，依據內政部警政署的回應，由各該醫療或檢驗機構依照醫療廢棄物相關規定處理<sup>29</sup>。現行醫療廢棄物之處理，主要是依照醫療廢棄物共同清除處理機構管理辦法，母法為廢棄物清理法，依照廢棄物清理法第 1 條之規定，這類法令主要的目的在於「改善環境衛生，維護國民健康」，而非在於後來成為醫療廢棄物之檢體「主人」之隱私權的保障。

本文認為，鑑於系爭規定讓人民的血液等生物檢體被強制採樣與檢驗，檢體所包含之高度隱私的個人資訊，都可能進一步受到醫療、檢驗機構與國家機關的掌握，不只有樣本主人身體中之酒精或是毒品濃度，樣本有可能被私人研究者、藥廠或是生技公司搜集挪用做其他用途，也可能會被國家機關進行目的外使用。從此角度來看，立法者若不在道交處罰條例仿照去氧核糖核酸採樣條例，對於樣本的鑑定、儲存、管理、銷毀與紀錄之建立、使用、提供、刪除及監督管理，建立規範。也必須在法律中訂立明確的準則，授權主管機關自行訂定管理辦法，或甚至建立一個統一的法律規範，一併規定國家法規中所有身體檢查之檢體的處理。由於道交處罰條例欠缺這樣的規定或準則，讓駕駛人隱私權面臨受到嚴重侵害的可能性。就此部分，系爭規定違反法律保留原則。

### 三、比例原則之審查

我國憲法第 23 條規定：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」通說認為，此一規定要求國家的權力行使若有侵害人民基本權利之必要時，應以最適當、最小侵害的方法為之<sup>30</sup>。授權國家權力行使之法規必須經過比例原則各項子原則的審查：目的合憲性、手段適合性、手段必要性與手段衡平性<sup>31</sup>，過去大法官也曾以此對不少法令進行審查（司法院釋字第 544 號、第 551 號、第 646 號、第 669 號、第 790 號與第 799 號解釋參照）。而就比例原則的審查密

<sup>28</sup> 莊國榮，行政法，增訂二版，2014 年，76-80 頁。

<sup>29</sup> 內政部，前註 26，第 1-2 頁。

<sup>30</sup> 依照黃昭元對於司法解釋的考察，我國大法官自 1996 年的釋字第 414 號解釋，開始繼受德國之憲法上比例原則，成為我國憲法第 23 條的內容。黃昭元，同大法官解釋審查標準之發展（1996-2011）：比例原則的繼受與在地化，國立台灣大學法學論叢，42 卷 2 期，2013 年 6 月，235-237 頁。

<sup>31</sup> 黃舒芃，比例原則及其階層化操作——一個著眼於司法院釋憲實務發展趨勢的反思，中研院法學期刊，第 19 期，2016 年 9 月，6-7 頁。



度，如本文先前在法律明確性原則部分的意見，雖然系爭規定涉及的並非長時間的人身自由限制，考量到系爭規定不只有侵害人身自由，還導致人民身體不受傷害權與隱私權受到侵害，這三項權利都與人性尊嚴息息相關。因此，系爭規定的比例原則審查應以較為嚴格的中度審查標準進行，大法官必須判斷「立法者的事實判斷是否合乎事理，說得過去，因而可以支持」<sup>32</sup>。

## 1. 目的合憲性

目的合憲性審查，是指系爭規定所追求的目的必須具有憲法正當性。參酌系爭規定的立法目的（「增列第 4 項，明定汽車駕駛人肇事拒絕接受或肇事無法實施第 1 項第 1 款及第 2 款測試之檢定者，應移請受委託機構對其強制實施檢測」），可以看出，系爭規定是讓肇事拒測與肇事但無法檢測的駕駛人一定會受到檢測。推測立法者是希望可以透過這樣的規定，避免駕駛人會因為有機會毋須被檢測，出現「鑽檢測漏洞」的僥倖心理，導致毒駕酒駕處罰的規定因此失去嚇阻的效力。如果說道交處罰條例中對於毒駕酒駕的處罰，是為了促進道路交通的安全，確保所有用路人之生命身體與財產，並讓人民安心使用道路，進行日常生活，系爭規定意在確保前述處罰可維持其嚇阻力，所欲追求的目的具有憲法正當性。

## 2. 手段適合性

手段適合性審查，是指國家公權力為追求前述目的而使用的手段，必須有助於目的之達成。考量到強制抽血檢驗會對人民重要基本權產生侵害，系爭規定不能只是為了表彰政府打擊酒駕決心，必須能夠達成嚇阻酒駕的效果。系爭規定於 2001 年增訂，至今已有 20 年，主管機關應該有足夠的實證資料，提供司法部門事後檢視系爭規定的手段適合性<sup>33</sup>。就此，道交處罰條例之主管機關之一的內政部警政署於 2019 年提出近三年酒駕肇事強制抽血件數，每年佔酒駕違規為 4.35%-4.68%<sup>34</sup>，以及大約有三分之一受強制抽血檢測者違規，數量大約是每年 1000 件左右<sup>35</sup>。警政署應該是希望藉此證明：系爭規定的確能夠「逮到」相當數量的酒駕者，堵住執法的漏洞，「立法者的事實判斷合乎事理，說得過去」，系爭規定具有手段適合性。

<sup>32</sup> 司法院釋字第 578 號解釋許宗力大法官協同意見書第 2 段。

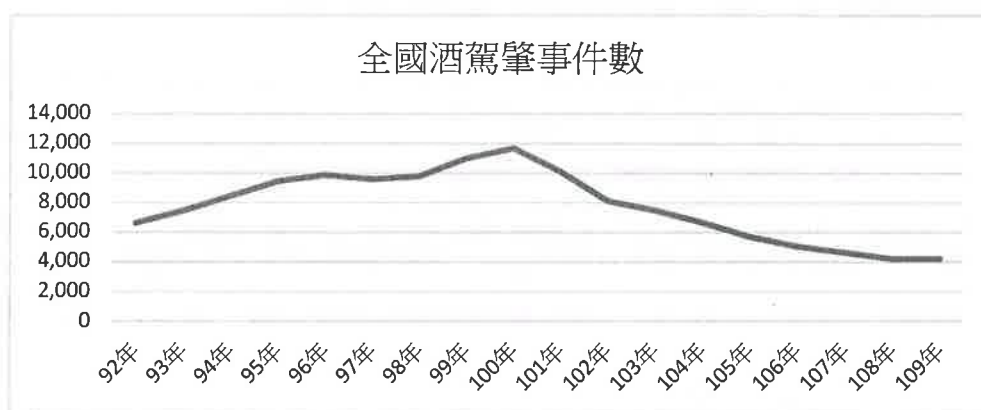
<sup>33</sup> 從憲法的角度來說，立法者在立法之前，就應該要有實證的依據，對於未來可能的法律效果進行事實預測。參見許宗力，違憲審查程序之事實調查，收於氏著，法與國家權力（二），2007 年，48-51 頁。

<sup>34</sup> 內政部，前註 21，1 頁。依據內政部於 2021 年提供的數據，2017 年至 2020 年強制抽血件數佔歷年酒駕違規比例為 3.10%~4.40%，比例似乎下降。但在 2021 年 7 月底前的數據，躍升為 8.94%。參見內政部，前註 26，附件資料。

<sup>35</sup> 內政部，前註 26，附件資料。

警政署的資料讓系爭規定的存在看起有防制酒駕的正面效用。不過，如果考量到這個處分會讓身體完整性受到破壞，並讓人的身體隱私資訊受到國家掌握，或許在此可以進一步追問：「系爭規定是否有助於降低酒駕數量，減少死傷？」，確認系爭規定是否真的在數據上具有適當性，參照下面的官方資料，這個問題的答案恐怕不必然是那麼理所當然。

下面三個依據 2003 年到 2020 年警政署統計資料繪製的折線圖顯示<sup>36</sup>，酒駕肇事件數與傷亡人數在 2003 年之後到 2006 年之間上升，在 2011 年之後都逐漸下降，統計上比較重要的轉折時間點是 2011 年。以此數據為基礎，近年一些實證研究大致肯定我國政府酒駕政策有降低酒駕肇事件數與傷亡人數的效果，不過歸因與細部結論並不一致。有研究注意到酒駕政策效果有區域差異<sup>37</sup>；有研究主張酒測加嚴處罰可降低駕駛人重度喝酒的情況，但沒有杜絕酒駕上路<sup>38</sup>；有研究發現提高罰金對於酒駕累犯有嚇阻效果，但不是罰越重就越有效<sup>39</sup>；有研究認為，酒駕嚴罰政策能有效降低半、一年內再次酒駕的機率，但部分酒駕政策處分在酒後駕車的累犯身上嚇阻成效不彰<sup>40</sup>；有研究認為刑罰比行政罰有用<sup>41</sup>，但有些研究認為刑罰會因為駕駛人拒測而被規避<sup>42</sup>。似乎沒有研究單獨針對 2001 年就制定的系爭規定，進行政策成效進行分析，畢竟，2003 年到 2006 年這段時間，各項酒駕數據逐年升高。



<sup>36</sup> 資料來源：警政統計查詢網，「道路交通案件」、「酒後駕車」，

<<https://ba.npa.gov.tw/npa/stmain.jsp?sys=100>>（拜訪日期：2021 年 10 月 23 日）。

<sup>37</sup> 蔡欣佑，論臺灣酒駕修法之有效性，臺灣大學經濟學研究所碩士論文，2018 年；馮世辰，臺灣酒駕政策與酒駕事故及死傷人數之關聯性分析，政治大學行政管理碩士學程論文，2020 年。

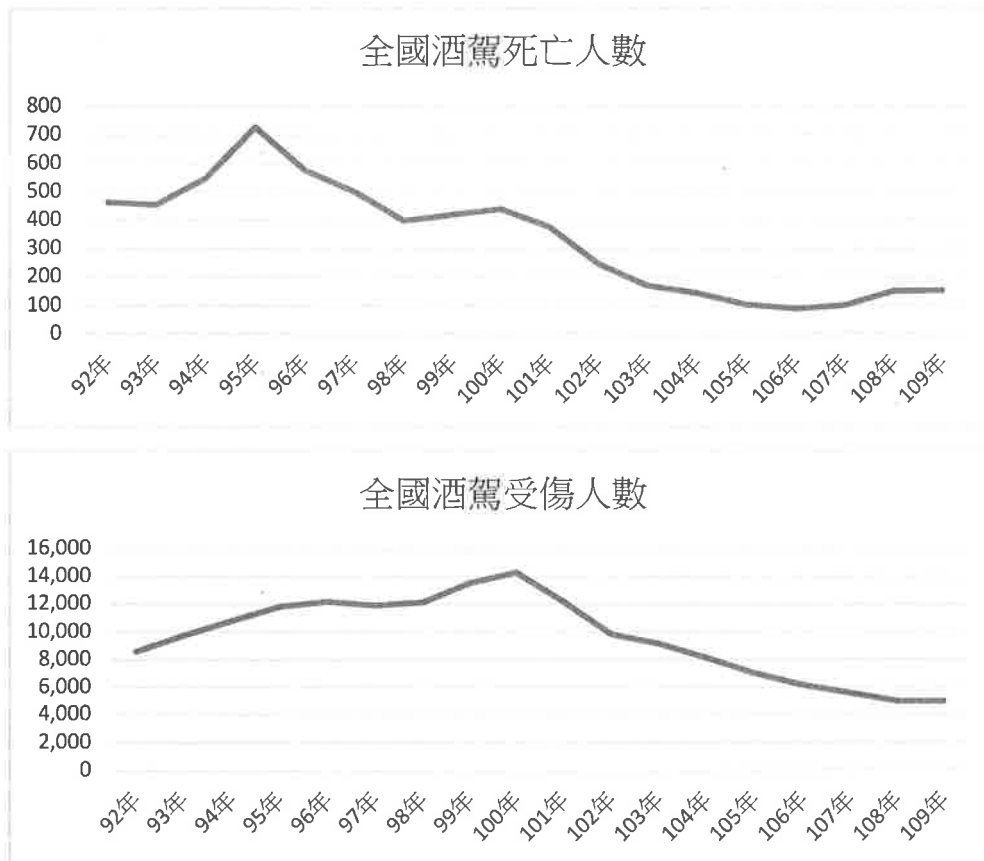
<sup>38</sup> 黃珮瑜，酒駕政策對降低駕駛人飲酒上路、酒駕事故比例及死傷的關聯，中央大學產業經濟研究所碩士論文，2018 年，51 頁。

<sup>39</sup> 鍾怡婷，酒駕政策對酒駕累犯之懲罰效果評量，中央大學產業經濟研究所碩士論文，2019 年，60-61 頁。

<sup>40</sup> 蘇信義，臺灣酒駕政策與酒駕者再犯行為之關聯性分析，中央大學產業經濟研究所碩士論文，2019 年，49-50 頁。

<sup>41</sup> 李佩玲，台灣酒駕政策與酒駕事故之關聯性研究，中央大學產業經濟研究所碩士論文，2016 年

<sup>42</sup> 蘇信義，前註 40，41 頁。



本文認為，現有數據顯示出系爭規定應該不是影響酒駕肇事件數與傷亡人數的關鍵因素。雖然概念上確實存在「倘若沒有系爭規定，2011年後越來越嚴格的酒駕政策就不會發揮功能」，以及「拒測之處罰規定加上系爭規定，對於駕駛人拒測有嚇阻效果，使得本來拒測的駕駛人接受呼氣酒測，但是這些案例無法直接顯現在統計數據上」的可能性，但是可能性不等同於有實證依據。鑑於強制抽血等身體檢測對於駕駛人之重要基本權利的侵害確定發生，要確認系爭規定的手段適合性，大法官應更仔細確認是否有具體與紮實的實證分析可支持<sup>43</sup>。

### 3. 手段必要性

手段必要性審查，審查的是系爭規定是否屬於最小侵害手段。考量到系爭規定對於基本權產生侵害，雖然追求的目的具有憲法正當性的公益，倘若有多個相同有效的手段可供選擇，國家有義務使用對於相對人基本權侵害較小，較為溫和的手段。假設強制抽血等身體檢測之手段適當性可以得到具體的實證研究之支持，

<sup>43</sup> 許宗力指出，鑑於違憲審查帶有強烈的公益性格，大法官還是負有職權調查的義務，以確認立法事實的正確性，聲請人與關係機關擔負的毋寧是主觀的舉證責任。許宗力，*違憲審查程序之事實調查*，法與國家權力（二），2007年，57-58頁。

鑑於將駕駛人被強制送往醫療與檢驗機關進行抽血等身體檢測，將會侵害駕駛人之重要基本權，立法上有無其他更為溫和的選擇，可以讓國家達成同樣的目的？

本文認為，駕駛人是否構成酒駕，原本並非不能用其他較不侵害基本權的方式來判斷<sup>44</sup>，包括由警察觀察特定駕駛人的駕駛行為是否明顯異常（譬如：蛇行、車身搖擺不定等），對警察指揮及交通號誌是否無反應或遲緩，駕駛人是否滿身酒氣，眼神迷茫，臉色泛紅，無法通過「直線測試」、「平衡動作」、「同心圓繪製」等生理平衡檢測。但是在 1990 年道安規則第 114 條設定吐氣酒精濃度標準（2006 年新增血液酒精濃度標準），1997 年道交處罰條例第 35 條第 1 項對於酒駕的處罰要件設定為「酒精濃度過量」之後，對於酒駕的處罰就非得透過儀器獲得駕駛人酒精濃度數值，確認數值是否超標不可。

因此，倘若肇事駕駛人因為拒絕接受呼氣酒測，或是因為其他理由無法使用呼氣酒測儀進行檢測，國家非得透過其他檢測方式，確認駕駛人身體的酒精濃度數值。文獻顯示，除了吐氣與血液之外，尿液、唾液、頭髮都有可能用來檢驗酒精濃度，後面這幾種檢測對於受檢測者之基本權侵害程度較低（強制導尿除外）。但是，從技術層面來說，這些檢驗方式因為檢體或是技術之限制，檢測結果都沒有血液與吐氣檢測可靠<sup>45</sup>。事實上，在我國體制上被當作是備用的血液酒測技術，比吐氣酒測技術發展得早，結果也比較可靠。文獻指出，血液酒測取樣不受被取樣者身體狀況與合作程度的影響，比較沒有取樣時間的限制，準確度較高。但是，由於血液檢測的程序較為繁複（需要特別送到醫療機關，由醫事人員進行），較不能配合警察執法的機動性，在呼氣酒測之技術相當程度成熟之後，被呼氣檢測取代，成為較為備位的酒測方式<sup>46</sup>。

因此，當肇事之駕駛人因拒絕受檢測或無法接受呼氣酒測時，鑑於法條要求國家證明駕駛人身體中酒精濃度超過法定數值，兼考量到檢測結果的可靠性，本文認為，依據現在的技術水準，尚無其他比抽血酒測更為溫和的方法<sup>47</sup>，因此系爭規定授權抽血之身體檢測具有手段必要性。

---

<sup>44</sup> 道交處罰條例第 37 條第 1 項（1968 年 2 月 5 日制定）：「汽車駕駛人有左列情形之一駕駛汽車者，處一百元以上三百元以下罰鍰，並禁止其駕駛；因而肇事致人傷亡者，並吊銷其駕駛執照：一 酒醉。二 患病。三 精神疲勞，意識模糊。」

<sup>45</sup> National Drug Screening, Inc. *Alcohol And EtG Testing – Urine, Breath, Blood, Oral Fluid, Hair*, <<https://www.nationaldrugscreening.com/alcohol-testing/>> (Last accessed on Oct. 27, 2021).

<sup>46</sup> 也有一些地方是先實施呼氣酒測，倘若超過標準值，會再將駕駛人送血液酒精檢測。王清暉，呼氣酒精測試證據之研究，國立台北大學碩士論文，2003 年，19-20 頁。

<sup>47</sup> 隨著科技之發展，未來可能會有其他更為溫和的酒測方式。例如：PPG 脈搏訊號以一種非侵入的感測方式，擷取受測者的生物訊號，進行人體酒精濃度辨識。參考林禹丞，非侵入式人體酒精濃度檢測機制，國立中興大學電機工程學系所碩士論文，2016 年。

#### 4. 手段衡平性

手段衡平性審查，是審查系爭規定所保護與所侵害的權利，彼此間在損益衡量上，是否處於法益相稱的關係。倘若比例原則的審查適用嚴格審查標準，在手段衡平性的審查是否有所不同？學者黃舒玓雖然對過去司法解釋是否在不同審查密度間作出區分，抱持質疑的態度，但指出司法院釋字第 669 號關於槍砲條例所做的解釋：「人民僅出於休閒、娛樂等動機而改造合法之空氣槍，雖已達殺傷力標準，但若其殺傷力甚微，對他人生命、身體、自由、財產等法益之危險甚低，或有其他犯罪情節輕微情況，法院縱適用刑法第 59 條規定酌減其刑，最低刑度仍達二年六月以上之有期徒刑，無從具體考量行為人所應負責任之輕微，而為易科罰金或緩刑之宣告，尚嫌情輕法重，致罪責與處罰不相對應。」為嚴格審查標準下之手段衡平性的審查，做出相當好的示範<sup>48</sup>。這號解釋相當程度呼應了後來做成的司法院釋字第 755 號解釋，要求受審查之法規必須有依照個別情況給予適當法律效果的可能性，而非一律給予嚴厲的處罰。

從這個角度來看，系爭規定似乎可以通過手段適當性的審查。理由是，系爭規定並沒有一律將所有拒測者或無法被呼氣檢測者送強制抽血酒測，僅限定在已肇事者。在駕駛人並未肇事的情況下，僅在拒測的情況，令拒測之駕駛人接受拒測的處罰，相當程度為系爭侵害三種重要基本人權的國家處分設定適用範圍。但配合著本文先前關於法律明確性審查與法律保留原則之審查，本文認為，由於系爭規定並未明確規範具有抽血資格的醫事人員在符合醫療規範下進行抽血等身體檢測，也沒有明確規定何等檢測可以進行，這使得系爭規定可能引發之身體不受傷害權的侵害難以被預測。此外，由於現行法欠缺對於檢測範圍與檢測樣本的儲存、管理、銷毀與紀錄之建立、使用、提供、刪除及監督管理之規定，使得受檢測之駕駛人的隱私權會受到何等程度的侵害難以被預測。規範的疏漏使得駕駛人私益的侵害可能相當巨大，即便系爭規定所保護的是相當重要，受到社會高度重視的公益，也無法肯定系爭規定可通過手段衡平性的審查。

#### 5. 小結

綜合來說，系爭規定所追求之減少酒駕毒駕導致之傷亡，提升道路交通安全的目的，雖然具有憲法正當性。但是，至今似乎欠缺足夠的實證研究，可以肯定系爭規定有助於達到其所追求的政策目的。雖然比較各種檢測方式，可以肯定在現行法框架下，抽血檢測是確認駕駛人身體酒精含量是否違反法律標準最可靠與侵害最小的作法，但是，鑑於規範的缺陷，使得抽血檢測的進行方式，可能檢測的範圍難以被確定，可能讓受檢測者蒙受相當大的身體傷害與隱私的傷害，因此系爭規定違反憲法第 23 條比例原則。

<sup>48</sup> 關於審查密度與手段衡平性審查之關聯性的評論，參見黃舒玓，前註 32，28-30 頁。

#### 四、正當法律程序之審查

##### 1. 正當法律程序的意義

正當法律程序（due process of law）原是英美法上的概念，禁止國家恣意干預人民的基本權利。美國聯邦憲法增修條文第 5 條與第 14 條均明文規定，保證人民擁有其生命、自由或財產，若未經過正當法律程序，不受聯邦政府與州政府干預的基本權利。我國憲法雖然不像美國憲法那樣，明文規定正當法律程序，但在過去，大法官透過司法解釋，將我國憲法第 8 條第 1 項：「人民身體之自由應予保障。除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁。非由法院依法定程序，不得審問處罰。非依法定程序之逮捕、拘禁、審問、處罰，得拒絕之。」中之「法定程序」，納入英美法「正當法律程序」之概念<sup>49</sup>。大法官其後更將正當法律程序對於人身自由的保障，從刑事被告擴張至非刑罰的人身自由限制，納入憲法第 16 條訴訟權內涵，並擴及對於財產權、工作權等基本權的保障。依照學者的觀察，多年下來，正當法律程序在我國逐漸被一般化為程序基本權<sup>50</sup>，基本權的剝奪或是限制尤其必須符合正當法律程序。

不過，雖然基本權的剝奪或是限制必須符合正當法律程序，已是實務與學界的共識，個別權利應遵循之正當法律程序的內涵，至今仍未有一致的見解。限制個別權利之正當法律程序為何已有爭議（例如：性侵害犯罪者持續治療的正當法律程序），系爭規定同時侵害駕駛人之人身自由、身體不受傷害權與隱私權，讓這個規定之正當法律程序的審查更加複雜。

##### 2. 美國聯邦最高法院的意見

聲請人於 2018 年釋憲聲請書引用美國聯邦最高法院在 2013 年 *Missouri v. McNeely* 案所做的判決<sup>51</sup>，主張對於駕駛人之強制抽血檢測，應先向法院聲請搜索票，除非警察可舉證證明當時存在緊急情況，方得在受抽血之駕駛人未同意的情況下進行強制抽血<sup>52</sup>。事實上，*McNeely* 案並非美國聯邦最高法院唯一與強制抽血酒測有關的判決。早在 1957 年 *Breithaupt v. Abram* 一案<sup>53</sup>，美國聯邦最高法

<sup>49</sup> 陳愛娥，正當法律程序與人權之保障-以我國法為中心，司法院大法官九十二年度學術研討會紀錄，2004 年 10 月，司法院出版(司法院大法官書記處編著)，7-8 頁。

<sup>50</sup> 參閱湯德宗，論憲法上的正當法律程序保障，《行政程序法論》，2003 年，169-94 頁；李震山，從正當法律程序論行政罰法之裁罰程序，收錄於《民主、人權、正義—蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集》，2005 年，639 頁。

<sup>51</sup> *Missouri v. McNeely*, 569 U.S. 141 (2013).

<sup>52</sup> 吳志強，前註 1（第 20 號釋憲聲請書），14-15 頁。

<sup>53</sup> 352 U.S. 432 (1957). *Breithaupt* 案是在 1961 年 *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 一案作成之前所做的判決，在那個時間點，美國聯邦憲法增修條文第四條違法搜索扣押的證據排除法則尚未適用到各

院就對強制抽血酒測的合憲性做出決定。美國法上更為重要的判決，其實是美國聯邦最高法院在 1966 年做出的 *Schmerber v. California* 案判決<sup>54</sup>。

在 *Schmerber* 這個直接與抽血酒測有關的標竿性判決裡，多數意見大法官首先確認對被告抽血酒測構成聯邦憲法增修條文第四條的搜索。代表撰寫多數意見的 William J. Brennan Jr. 大法官指出，抽血酒測與其他搜索一樣，原則上需要法院令狀，但最終搜索是否不當侵害被告隱私權，重點在於搜索是否具有正當理由以及適當的執行方式<sup>55</sup>。Brennan 大法官認為，車禍後兩小時左右的時間再度在醫院見到被告的警察，從被告身體狀況之飲酒的明顯徵兆（而非只是一個可能性），可能有理由相信此處存在一個緊急情況，如果等待法院核發搜索令狀，被告的醉酒證據就會通過身體在血液中自然代謝<sup>56</sup>。Brennan 大法官認為，即便讓一個中立的法官判定此時是否有人侵人民身體以獲得證據具有無可爭辯的重要性，但考量到警察已有相當理由逮捕被告，也合理相信這裡存在一個緊急例外，再加上本案是由醫師以合理方式進行之無令狀的抽血，此一無令狀的抽血檢測並不侵害被告受憲法增修條文第四條不受不合理之搜索扣押的權利，也不違反正當法律程序，他謹慎地將本案判決的適用範圍限制在抽血這個處分上<sup>57</sup>。

*Schmerber v. California* 一案判決雖然將抽血酒測納入美國憲法增修條文第四條搜索的範疇，也建立起原則與例外的處理方式。然而，酒精在人體自然代謝是否本質上（per se）構成令狀要求的緊急例外，*Schmerber* 案判決後，下級法院意見分歧，釋憲聲請人引用的 *Missouri v. McNeely* 案判決就是在這個脈絡中做成。在 *McNeely* 案中，被告因為有不安全駕駛行為在凌晨 2 點 08 分被攔下，凌晨 2 點 35 分就在醫院被強制抽血<sup>58</sup>。美國聯邦最高法院多數意見主張，血液酒精自然消散本身並不本質上構成緊急情況。酒後駕駛案件的緊急程度，必須根據情況的整體情況逐案確定<sup>59</sup>。主筆多數意見的 Sonia Sotomayor 大法官強調，考量到國家穿刺人體取證都涉及憲法極為重要的隱私權，以及在酒醉駕車案例裡，要對法

---

州，*Breithaupt* 適用的是 1952 年 *Rochin v. California*, 342 US 165 案所建立的「驚嚇良心」（shock the conscience）與「冒犯正義感」（offend a sense of justice）之標準。

<sup>54</sup> 384 U.S. 757 (1966).

<sup>55</sup> *Schmerber*, 384 U.S. at 767-768.

<sup>56</sup> *Id.*, at 768-769.

<sup>57</sup> *Id.*, at 770-771. 本案被告同時主張自己不自證己罪的權利與受律師協助權受到侵害，但都沒有被多數意見接受，多數意見認為，不自證己罪權利只適用在證詞性的證據。*Id.*, at 760-765; 765-766. 部分學者認為呼氣檢測侵害被告不自證己罪的權利（參見：林鈺雄，前註 4，38 頁；王士帆，不自證己罪原則，2007 年，259-264 頁）。不過，關於抽血酒測，國內學界相對一致地認為沒有侵害被告不自證己罪的問題（例如：朱富美，強制酒後駕車涉嫌人呼氣或抽血檢驗酒精濃度是否侵害其緘默權？司法週刊，1009 期，2000 年 12 月 6 日，第 3 版，3 頁）。對於呼氣酒測與抽血酒測有不同的認定是否存在邏輯上的落差，相關討論，參閱游明得，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，66 卷 11 期，2015 年 11 月，48-53 頁。

<sup>58</sup> *McNeely*, 569 U.S. at 145-146.

<sup>59</sup> *Id.*, at 148-156.

官提出足以核發令狀其實相對簡單，因此不應在酒駕抽血案件中，全面斷然地（categorically）允許警察以緊急例外的理由，完全不用向法院聲請令狀<sup>60</sup>。

然而「警察若進行無令狀抽血酒測，需要向法院證明緊急情況存在」的法則，在 2019 年的 *Mitchell v. Wisconsin* 案中被修改<sup>61</sup>。與 *Schmerber* 與 *McNeely* 同樣是一個五比四的高度爭議判決，*Mitchell* 案多數意見雖然沒有改變 *Schmerber* 案之「抽血酒測為憲法上搜索，只有在緊急或得到同意的情況下才可能無令狀進行」的決定，但強調血液中酒精自然代謝是一個生物學確定會發生的事實，警察為了聲請令狀，可能會阻礙他們同時完成其他重要的車禍救援工作。因此，原則上應允許警察無令狀進行抽血酒測，但是被告可以舉證證明他的案件屬於少數例外，要求警察在當時去聲請令狀，並不會造成無法完成其他工作的附帶傷害，也不至於之後無法順利獲得被告血液酒精濃度的證據<sup>62</sup>。*Mitchell* 案判決沒有改變 *Schmerber* 案判決關於抽血酒測為憲法上搜索，因此原則需要法院令狀的決定，它改變的是 *McNeely* 案見解，緊急狀況不再從整體狀況來判斷。*Mitchell* 案判決轉換了 *McNeely* 案判決的原則與例外，換成由被告舉證當時的狀況並不緊急，而且還不能妨礙警察就肇事事件其他更為重要的工作。

*Mitchell* 案判決的多數意見受到 *Sotomayor* 大法官的嚴厲批評。*Sotomayor* 大法官在不同意見中指出，本案被告在被警察逮捕到送往醫院進行無令狀抽血酒測之間大約隔了 90 分鐘，在這 90 分鐘裡，警察從未試圖向法院聲請令狀。*Wisconsin* 州甚至不主張此處存在緊急例外，而是強調威州跟其他州一樣，在交通法規設定駕駛人推定同意接受抽血酒測。*Sotomayor* 大法官認為「推定同意」在憲法上並無意義，因為同意要能構成憲法上令狀要求的例外，必須由個案當事人現場做出，當事人必須是在資訊充足（informed）的情況下做出同意。她批評多數意見居然回應一個威州根本不主張的緊急例外。她再次強調抽血這個國家處分，不管當事人是否失去意識，都是國家為了獲得犯罪證據，強迫刺穿人民之皮膚，深入人民血管，侵犯身體完整性，將人民的血液交給政府，讓政府可能獲得血液酒精濃度以外極端隱私的個人資訊的處分。因此應該由中立之法院個案審查是否有抽血檢測之必要性，而不是以酒精會在身體代謝，一律認定構成令狀例外，讓積極打擊犯罪的偵查機關決定是否抽血。即便令狀之要求的確會讓程序有所延遲，但是，科技的進步已經大幅減少警察聲請令狀需要的時間。此外，檢察官還是可以透過酒精濃度回推的方式，證明被告當時的酒精濃度值。更何況，酒駕後失去意識的駕駛人通常酒精濃度非常高，即便抽血因為令狀聲請而耽擱，絕大多數情況下，還是不會妨礙警察得到足以定罪之酒精濃度數值。對於 *Sotomayor* 大法官而言，

<sup>60</sup> *Id.*, at 157-163.

<sup>61</sup> 139 S. Ct. 2525, 2530-2539 (2019).

<sup>62</sup> *Id.*, at 2531-2532.



搜索令狀絕對不是一個形式性的要求，而是讓這個對於人民有高度侵害的處分，在原則上可以受到法院的把關<sup>63</sup>。

*Mitchell* 案判決雖然沒有改變 *Schmerber* 案判決關於「抽血酒測為憲法上搜索，因此原則需要法院令狀」的判決，但是 *Mitchell* 案判決轉而要求被告舉證自己不屬於緊急情況。考量到舉證一事對於被告不利，*Mitchell* 案判決相當程度讓 *Schmerber* 案判決所建立起來的令狀要求被掏空。

不過在台灣的脈絡下，要引證美國聯邦最高法院判決，根本的疑問是，這兩個國家的憲法框架是否一樣？美國聯邦憲法增修條文第 4 條保障人民不受無理之搜索和拘捕的權利，拘捕與搜索扣押原則上要求法院事先核發令狀(warrant)，這樣的規定讓短期人身自由的拘束與搜索扣押一樣，適用法官保留原則。台灣憲法第 8 條雖然被當作是正當法律程序之憲法依據，但是，因為條文中明確針對的是人身自由，而且只有針對刑事被告之長期人身自由之拘束有明文規定(該條第 2 項)，該條第 1 項「非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁」，司法院釋字第 392 號明確地認為憲法第 8 條第 1 項的「司法機關」包括檢察機關，合併該條第 2 項，只有當刑事被告有長時間剝奪人身自由之需要時，才送法院進行審查。雖然這樣的規定方式並沒有阻止大法官以類推適用的方式，將正當法律程序之保護適用在其他形式其之人身自由拘束與其他基本權利之剝奪與限制，但是，憲法未規定的部分留下詮釋的空間。簡單地說，美國憲法明確地讓逮捕(短期人身自由之剝奪)、搜索與扣押都有令狀原則的適用，原則上都必須經過法院的審查，但是這卻不是我國立憲者的決定。

進一步參考聯合國公民與政治權利國際公約，第 9 條關於人身自由之保障，條文中雖然一般性地規定任何人不得被剝奪自由，但是第 2 項規定「任何被逮捕的人，在被逮捕時應被告知逮捕他的理由，並應被迅速告知對他提出的任何指控。」第 3 項：「任何因刑事指控被逮捕或拘禁的人，應被迅速帶見審判官或其他經法律授權行使司法權力的官員，並有權在合理的時間內受審判或被釋放。」第 4 項：「任何因逮捕或拘禁被剝奪自由的人，有資格向法庭提起訴訟，以便法庭能不拖延地決定拘禁他是否合法以及如果拘禁不合法時命令予以釋放。」學者林明昕指出，「由逮捕拘禁機關主動且即時移送法官決定拘禁與否的法官保留模式，僅限定於涉及犯罪嫌疑之刑事羈押的情形。至於非屬這類情形者，最多也僅以當事人聲請移送的提審方式，來確保法官對於人身自由剝奪程序的介入。」<sup>64</sup> 由此來看，我國憲法上至少在人身自由部分的保障方式，並沒有低於國際人權公約。對照之下，連短期人身自由之剝奪都必須以由法官事先審查的美國憲法，可以說是提供美國人民更高規格的保障。

<sup>63</sup> *Id.*, 2541-2551 (Sotomayor, J. dissenting).

<sup>64</sup> 林明昕，前註 3，17 頁。

這一段討論的意思並非指我國憲法與美國憲法不同，因此美國聯邦最高法院判決對於我國毫無意義<sup>65</sup>。而是，當兩國的憲法規定方式不一樣，美國聯邦最高法院判決是在美國憲法將令狀作為原則的框架下，在我國要引用美國判決進行論證時必須被意識到。台灣在處理這一題時應該重視的是判決裡所提出的實質理由，畢竟，我國大法官在處理基本權侵害是否應適用法官保留原則時，也曾不受憲法文字的限制，司法院釋字第 631 號解釋就是一個最好的例子。

由於司法院釋字第 631 號解釋是從實質利害面向討論法官保留的必要性(因此對於本案之審查具有極大的參考價值)，美國聯邦最高法院在論證強制抽血酒測所提出來的論點，也會有參考的意義。有參考價值的不一定是美國聯邦最高法院的多數意見，也可能是協同意見或是不同意見。而這樣的參考，將不會讓當下的討論陷入美國現在有效的見解是 *Mitchell* 案而非 *McNeely* 案，不想採取 *Mitchell* 案判決多數意見，只好以美國憲法跟台灣不一樣，所以美國判決「無參考價值」的困境。

### 3. 司法院釋字第 631 號解釋的啟示

司法院釋字第 631 號解釋是唯一非涉及人身自由，但是被大法官要求在公權力對於基本權利有所剝奪（通訊監察進行）之前，其進行與否或是執行期滿是否繼續進行，必須先交由法官決定。大法官的理由是：「…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。」鑑於「通訊監察侵害人民基本權之程度強烈、範圍廣泛」，因此通訊監察之處分應有先「由獨立、客觀行使職權之審判機關之事前審查」的必要<sup>66</sup>。

司法院釋字第 631 號解釋所給的第一個啟示，是在於系爭規定涉及之公權力侵害基本權的方式。雖然通訊監察是某個意義下的搜索，與一般搜索行為一樣，希望從犯罪嫌疑人身上獲得可以用來定罪的證據，但是跟一般搜索不同的是，被通訊監察的人不會知道自己被監聽，她/他無從行使其作為刑事被告的權利；通

<sup>65</sup> 關於他國法之法律框架與參照價值的討論，參閱李佳玟，性犯罪者刑後強制治療制度的定位（上），台灣法律人，2021 年 8 月，第 2 期，99-100 & 103 頁。

<sup>66</sup> 司法院釋字第 631 號解釋理由書第 3-4 段。

訊監察的行為尚且不會一次性結束，而會持續一段時間；通訊監察行為不只會針對與犯罪有關的部分，甚至會擴及受通訊監察者的一般生活，強烈侵害個人隱私。任何人只要跟受通訊監察者聯絡，其生活隱私也會暴露在國家的監察下。司法院釋字第 631 號解釋所給的第二個啟示是基本權的重要性。本號解釋考量到通訊監察侵害人的秘密通訊自由，而「秘密通訊自由乃憲法保障隱私權之具體態樣之一，為維護人性尊嚴、個人主體性及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於國家、他人侵擾及維護個人資料之自主控制，所不可或缺之基本權利。」<sup>67</sup> 基於上述理由，大法官認為通訊監察適用法官保留與令狀原則。

司法院釋字第 631 號解釋在 2007 年 7 月 20 日做出，立法院很有趣地在 2007 年 7 月 11 日就通過修法，將通訊監察改為事前法官保留。已存在之通訊保障及監察法的緊急通訊監察（該法第 6 條）並沒有被刪除，但執行機關被要求在 24 小時內必須向法院陳報並補發通訊監察書，倘若法院並未在 48 小時內核發通訊監察書，必須停止進行通訊監察，相當程度地維持了法官保留與令狀原則。這部法律一直要到 2014 年因為前一年的政治爭議才再度修正，緊急監察的規定在學說上並未被認為違背釋字第 631 號解釋的意旨。緊急通訊監察的啟示是，一旦存在緊急情況，應容許事前法官保留的例外。但是為了避免國家濫用緊急名義侵害基本權，通訊監察行為還是必須立即接受法院審查。不過這種緊急例外的適用對象還是有其極限，長期人身自由之剝奪通常不被允許有緊急例外，每個長期人身自由之剝奪原則上應先交由法院進行審查，除非有什麼現實上難以達成的例外。法規範上是否容許基本權剝奪之緊急例外，以及倘若容許公權力先行剝奪人民基本權，事後國家是否負有義務，將案件送交法院審查，還是賦予基本權受剝奪者有向法院聲請救濟之機會，就能夠符合憲法正當法律程序之要求，都有仔細討論的必要。

參考學者林明昕的分類，法官保留可分為事前與事後，前者是指公權力對於基本權利之剝奪，其進行與否或是執行期滿是否繼續進行，先由法官（或是法院）決定；後者是指公權力對於基本權利之剝奪或是續行剝奪先行決定，但在基本權剝奪尚未終結之前，法院可決定是否繼續進行，就此還可以分由公權力主動移送法院，或是由受侵害之當事人向法院聲請審查。事前法院就介入審查之方式，對於基本權的保護程度最高，由受侵害之當事人聲請法院審查的保障最低<sup>68</sup>。從緊急監聽等例子來看，立法者應採取哪一種模式，法理上應取決於基本權的重要程度，以及法院究竟有無事先審查的可能性。

現行法規授權國家進行各種會侵害到人民基本權的處分，有的侵害高，例如長時間的監禁，甚至是不定期刑、監聽、對人民進行洗胃催吐，或是穿刺人民的

<sup>67</sup> 司法院釋字第 631 號解釋理由書第 2 段。

<sup>68</sup> 林明昕，前註 3，8-10 頁。林文聚焦在人身自由，本文將之擴充為所有基本權利。

身體取得脊髓液；有的侵害性低，例如：警察在道路上進行交通管制，或是對於犯罪嫌疑人測量身高。有些不涉及憲法保障之基本權的侵害，例如：警察在被告已丟棄在垃圾桶的垃圾袋裡，找到被告吸毒的針筒，或是在車禍現場拍攝肇事車輛的外觀，與馬路上的輪胎痕。考量到採取每一種監督方式都有不同程序成本，不管是組織人事成本與進行的時間成本。理論上，相對耗時與謹慎的程序，應該保留給重要的基本權利。至於雖然涉及重要權利，但執行時也可能出現緊急情況，難以讓法院先行審查，譬如：現行犯的逮捕，與可能會被立刻滅證的搜索，此時，事後法官保留，或加上嚴格的證據排除法則，就能達到正當法律程序的要求。這種緊急情況難以被法院事先監督的法理被廣泛地承認，就連憲法中明文規定拘捕、搜索與扣押適用令狀原則的美國，法院判決也廣泛承認緊急例外，*Schmerber* 案、*McNeely* 案，一直到 *Mitchell* 案判決都是在這個脈絡下做成。

司法院釋字第 631 號解釋到通訊保障及監察法之緊急通訊監察，所給的啟示是，公權力若侵害人民重大基本權，立法者就必須給予當事人最為慎重的監督機制與程序權利。即便執行時存在緊急情況，也必須在讓監督機制在事後有立即介入審查的可能。而且這種審查應該不待人民聲請，而應賦予國家自動送審的義務。若對於基本權侵害性不是那麼高，立法者可以設定要件授權讓公權力逕行執行，只要人民有異議與事後爭訟的機會，就能符合憲法正當法律程序的要求。個別權利之正當法律程序的內涵為何，也只能個別地從前述幾個因素進行衡量。系爭規定從正當法律程序的角度是否應如聲請人所說，應有事前或是事後的法官保留，就必須從這個國家行為所涉及的基本權究竟多重大開始討論起。

#### 4. 系爭規定之正當法律程序要求

如本文第貳部分所說，系爭規定涉及三種重要的憲法基本權：人身自由、身體不受傷害權與隱私權。人身自由向來被認為是所有基本權的基礎，屬於相當重要的基本權，但是，此處所涉及的是短期人身自由的剝奪。憲法並不要求短期人身自由的剝奪事前的法官保留，事後法官介入審查，也只有當人身自由超過 24 小時，人身自由地剝奪要從短期轉為長期時。

但是，系爭處分不是一個只涉及人身自由的公權力行為，強制抽血的執行還會讓人民的身體被穿刺，取得相當隱私的身體資訊（包括受檢測者是否罹患愛滋病等高度敏感的個人資訊）。生物樣本可以被轉賣，政府或企業可以做各種再利用，愛滋歧視、基因歧視在當代並不只是科幻電影的題材。抽血等身體檢測對於人可以有的傷害，從不只是刺進皮膚會不會痛而已。即便系爭規定對於隱私權的侵害，可以因為法規範的補充，使得生物檢體的檢測範圍、保存與後續廢棄方式受到比較好的控制，但系爭規定授權國家可將人民送到醫療與檢驗機關進行強制

抽血等身體檢測，還是無法迴避這類處分允許公權力可以強制取得個人身體資訊，開啟了個人極端隱私的身體資訊被國家與私人企業蒐集與濫用的可能。

本文進一步認為，允許公權力可以穿刺人民身體，破壞身體完整性，從憲法的角度應該被嚴肅看待。一旦允許國家強制對人民進行抽血，這個處分一但做成，人民身體不受傷害權就終局地受到侵害，事後的救濟或證據排除都不能改變這個事實。有人或許覺得，絕大多數依照系爭規定進行的抽血檢測，是個技術成熟、執行普遍的醫事檢測技術，不需要大驚小怪，主筆 *Schmerber* 案多數意見的 Brennan 大法官顯然這樣認為。Brennan 大法官在刑事議題上向來是自由派，他卻在那個案件中支持無令狀酒測並未違憲。這個結果，或許有部分是因為 *Schmerber* 案的被告是在車禍後兩小時才被抽血（*McNeely* 案是不到半小時，*Mitchell* 案是九十分鐘），被告早也被以酒駕逮捕，在意識清醒的情況下拒絕呼氣酒測；有部分或許是因為當年血液可以發現的身體資訊有限；也或許有部分是因為，在 Brennan 大法官眼中，「抽血酒測是醫療檢查中相當有效且平常的檢測，血液被抽取的量極少，此種檢測並無風險，對於檢測者而言並不會造成肉體痛苦或是心理創傷」<sup>69</sup>。

將近五十年之後，對於拉丁裔的 Sotomayor 大法官而言，在警察要求下執行之強制抽血酒測，即便是由醫療人員進行，其意義毋寧是讓政府可以用器具刺穿人民之皮膚，深入人民血管，侵犯身體完整性，進一步獲得極端隱私的個人資訊。她與 Brennan 大法官之差別或者與種族身份所帶來的經驗有關，曾有親朋好友被警察逮捕的 Sotomayor 大法官，警察濫權的可能性離她並不遙遠。她同意酒測可能會有緊急情況，因此允許令狀例外的存在。但是，單以酒精會在身體代謝，一律地讓積極打擊犯罪的偵查機關決定是否對人民進行抽血，並不是個合乎憲法正當法律程序的選擇<sup>70</sup>。

對比我國刑事訴訟法授權進行的強制抽血，雖然看來程序比道交處罰條例嚴謹，它讓檢察官以核發鑑定書面的方式，對於警察之強制抽血等身體檢測的要求進行審查。但是檢察官並非中立、獨立的機關，具有憲法意義的監督是法官保留，不是檢察官保留。刑事訴訟法與道交處罰條例之交錯衍生的爭議，固然可以在解釋學的層次上被解決（參見本文參、二的討論），更根本的問題在於系爭規定與刑事訴訟法的規定是否符合憲法正當法律程序之要求。畢竟，不管是為了確認駕駛人是行政不法還是刑事不法，強制抽血等身體檢測對於受檢測者之基本權的傷

<sup>69</sup> *Schmerber*, 384 U.S., at 771.

<sup>70</sup> Sotomayor 大法官曾公開表示，種族身份與經驗，會讓她在釋憲時自然地帶入與白男人不一樣（而且是更好）的視角。Sonia Sotomayor, *Raising the Bar: Latino and Latina Presence in the Judiciary and the Struggle for Representation*, 13 BERKELEY LA RAZA L.J. 87 (2002). (“Second, I would hope that a wise Latina woman with the richness of her experiences would more often than not reach a better conclusion than a white male who hasn’t lived that life.”)

害是一樣的。刑事訴訟法第 205 條之 1 雖然不是本次釋憲對象，但是這個條文允許檢察官授權進行相當大範圍的身體檢查，且對進行方式，檢測範圍，生物檢體的事後處理欠缺規定，大法官其實有在旁論警告違憲的必要。

檢察官是否要獨佔向法院聲請令狀的資格，或是讓警察自行向法院聲請令狀，並配合著最新之通訊科技的發展，屬於立法形成自由。在緊急情況下，是否依然像德國刑事訴訟法第 81a 條第 2 項那樣<sup>71</sup>，同時授權檢察官與警察進行，也在立法形成自由的範圍。對於違憲審查而言屬於重要的是，不管是規定在行政法或是刑事訴訟法，當公權力在人民未同意的情況下，強制穿刺人民身體，獲得人民極為敏感重要的身體資訊時，應該要有中立機關介入把關。在無緊急情況下進行事前把關，在有緊急情況下，進行事後的把關。需要不斷強調的是，不管這樣做的目的有正當，在受檢測者未同意的情況，抽血就不只是普通的醫療行為，而是一個國家侵入人民身體的行為。

本文認為，將強制抽血納入法官保留的對象，在法規範面上也比較能呈現一制性的價值觀。畢竟，抽血為廣義搜索下的一種，刑事訴訟法的搜索採取相對法官保留，偵查機關原則上必須向法院聲請搜索令狀，只有在符合例外情況時候，才可以進行無令狀搜索。侵害性高於一般搜索的抽血等身體檢查，卻不適用法官保留，價值觀顯得錯亂。人民將不能理解，國家不能未得法院許可進入他的房子，卻可以未得法院許可進入他的血管。

從這個角度理解聲請人引用的兩個最高法院判決，一個是針對國家在沒有法律規定下使用 GPS 進行偵查（最高法院 106 年度台上字第 3788 號刑事判決），另一個是檢察官以調取票，向電信公司取得被告利用電信公司網路傳真服務所留存的傳真內容（最高法院 106 年度台非字第 259 號刑事判決）。最高法院肯定這兩種國家偵查行為對人民隱私權造成侵害，主張偵查機關都應該向法官聲請令狀<sup>72</sup>。最高法院這兩個判決相當程度顯示出一個與日本及韓國實務一樣的價值判斷：以個人隱私為侵害對象的國家處分，應由中立的法院把關，才能合乎憲法價值。侵害較低的 GPS 偵查以及調取傳真內容已是如此，侵害隱私更高的抽血等身體檢查，自然也應該受法官保留的保障。

<sup>71</sup> 德國刑事訴訟法第 81a 條：「(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。」轉引自吳志強，前註 1（第 20 號釋憲聲請書），15-16 頁。

<sup>72</sup> 吳志強，前註 1（第 20 號釋憲聲請書），11-14 頁。

## 伍、結論

綜合前述各個部分的分析，本文發現，系爭規定授權國家對人民強制送往醫療或檢驗機關進行抽血等身體檢測，侵害受檢測者之人身自由、身體不受傷害權與隱私權。然而系爭規定之「依法令執行交通稽查任務人員」、「檢驗機構」與「其他檢體」用語欠缺需要的明確，條文中亦無規定檢測之方式需要由醫事人員進行，並符合醫療規則，給予行政機關過多的裁量權限，讓受檢測者不能預見其基本權將會受到何等程度的侵害，因此違反憲法法律明確性原則。系爭規定就抽血等身體檢查後所得生物檢體的儲存、管理、銷毀與監督，欠缺規範，就此違反法律保留原則。系爭規定追求的目的雖然具有憲法正當性，但是是否真能達到其所追求的目的，欠缺具體的實證研究支持。即便現行技術下，抽血檢測是確認駕駛人身體酒精濃度最可靠與侵害最小的作法，但是，抽血等身體檢測的進行方式，以及檢測的範圍並未固定，可能讓受檢測者蒙受相當大的身體傷害與隱私的傷害，系爭規定因此違反憲法第 23 條比例原則。最後，雖然強制抽血檢測通常只涉及短期的人身自由剝奪，考量到這個處分讓政府可以用器具刺穿人民之皮膚，終局性地破壞身體完整性，並進一步獲得極端隱私的個人資訊，對受測者有重大基本權侵害。然而這樣的處分，卻欠缺法院事前與事後介入把關，因此違反憲法上之正當法律程序。總結來說，系爭規定應被宣告違憲。