

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補充鑑定意見

國立成功大學法律系 李佳玟

2021.11.16

一、對拒測者已嚴厲處罰，是否有授權國家強制抽血等檢測的必要？

從 2001 年開始，拒測者的確受到相當嚴厲的處罰。從處罰內容來看，立法者似乎將拒測者預設為最糟糕的酒駕者。不過考量到系爭規定的適用限制在肇事之駕駛人，道交處罰條例第一項對於造成死傷之酒駕者的處罰已經超越拒測者，至少在造成死傷的部分¹，光是處罰拒測者，仍然存在處罰的漏洞。過去幾年，行政法院對於同時違反道交處罰條例之第一項與第四項之駕駛人，也採取雙罰之立場²，應可認為即便有拒測之處罰，系爭規定在肇事後拒測仍有存在之必要。

二、系爭規定之立法目的如在於追求確保行政處罰規定之嚇阻力，其是否屬憲法上重大之公共利益？

立法者為促進道路交通安全，杜絕酒駕毒駕行為，設下處罰性規定。倘若此一處罰性規定可因為駕駛人的拒絕，駕駛人失去意識，或是各種原因無法受到呼氣酒測，而被「放過」，形成處罰漏洞，處罰之規定非常可能會降低嚇阻的效果。因此系爭規定，與拒測之處罰，均可視為避免規範漏洞的輔助性規定。輔助性規定與處罰規定，共同是為了杜絕酒駕，促進道路交通的安全，屬於憲法上之重大公共利益。這樣的規定方式，能否通過比例原則其他層次（特別是手段適當性與衡平性）的檢驗，仍有進一步確認的必要，但起碼就立法者為完整地讓酒駕處罰生效之規定，應認為可通過比例原則之目的合憲性的審查。

三、系爭規定「真正的」目的在於避免駕駛人規避刑法之處罰規定？

¹ 是否應將「肇事」強制抽血檢測範圍更加限縮，本文將在「肇事」之用語是否違反法律明確性原則的部分討論。

² 例如：高等行政法院 105 年度交上字第 170 號判決（「...駕駛車輛行經測試檢定處所後不停車接受稽查，或停車後拒絕接受測試檢定予以處罰，係以『不作為』行為方式違反接受測試檢定之作為義務，又駕駛人接受測試檢定，如呼氣或血液中酒精濃度超過法定標準而未達移送刑法公共危險罪嫌標準予以處罰，係以『作為』方式違反禁止飲酒超過特定標準之不作為義務，故拒絕接受測試檢定與酒後駕車二者違反行政法上義務並不同，分屬數行為，應分別處罰，無『一行為不二罰』原則適用。」）。

參閱其他鑑定人與關係機關的意見書，以及 11/16 日警政署的意見，似乎認為系爭規定「真正的」立法目的是避免駕駛人規避刑法不能安全駕駛罪的追訴。

本文首先認為，前述意見欠缺立法理由的支持（「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」），查閱立法紀錄，當時提案意旨也無此意思³。不過真正重要的是，刑法與道交處罰條例處罰酒駕的酒精濃度標準不同，立法者若希望道交處罰條例對於酒駕的處罰不會被規避，不能等到符合刑事訴訟法之規定才能檢測駕駛人，必須在道交處罰條例裡建立自己的檢測手段。依照系爭規定進行的抽血檢測，只要警察並未規避刑事訴訟法之規範，當檢測後發現駕駛人已達刑法之酒精濃度標準，此一檢測結果亦可作為刑事審判證據之用，不需要再令駕駛人依據刑事訴訟法再抽一次血。

本文同意，官方說詞經常容易讓人誤會系爭規定的存在是為了避免駕駛人規避刑事處罰，也同意警察執法時的確有可能規避，在現行法下，爭取較為寬鬆的處分空間，但後者其實是具體個案之審查問題。真正重要的問題毋寧是，當立法者分別在道交處罰條例與刑事訴訟法授權國家進行此等身體檢查之處分，符合憲法之程序要求與要件規定是什麼。

四、德國刑事訴訟法關於抽血之規定，新法與舊法何者適當？

2017 年之前，德國刑事訴訟法就強制抽血之身體檢查，採取原則法官保留，緊急例外時，才由檢察官授權進行。2017 年之後，德國國會將刑事訴訟法中涉犯刑法飲酒不能安全駕駛火車、船舶、航空器或一般車輛之強制抽血酒測的法官保留規定廢除，改由檢察官與檢察機關之偵查人員決定進行。參考行政訴訟與懲戒廳書面意見，理由似乎是：（1）抽血是對身體完整性的輕微侵害，沒有必要法官保留；（2）法官只能根據警方提供的資訊作出決定，透過法官保留保障權利，事實上沒有效果；（3）酒精會在體內代謝，通常需要迅速採證，大多數情況下無論如何都構成遲延；以及（4）被告可以在事後請求司法救濟。

本文並不認同德國新法之規定方式。根本的原因是，國家未得當事人同意之強制抽血，並不是對身體完整性的「輕微侵害」。本文也認為，即便讓駕駛人事後請求司法救濟，無法逆轉身體完整性被侵害，以及身體資訊已被國家掌握的事實。除非符合緊急例外，一概地讓受強制抽血的駕駛人自行聲請事後救濟，在處

³ 參酌立法紀錄，強制抽血酒測的規定是由行政院提出，於立法過程不曾受到討論，最後該條依照行政院的本版本通過。當年立法委員比較在意的是酒駕標準是否足夠明確、酒駕處罰是否夠嚴厲、是否沒入酒駕者的車輛，以及可否留置駕駛人 24 小時，參閱立法院公報 89 卷 74 期 3133 號上冊 81-86 頁（2000 年 12 月 22 日）。

分侵害重要基本權的情況下，並不適當。王兆鵬教授曾經參照美國法界之討論，指出事後審查反而容易因為證據已得，容易因為受處分者是否違犯法律，影響對於國家處分合法性之判斷。法官介入審查，應在證據獲得之前，才能客觀。事後審查制也會鼓勵警察說謊，因為一旦坦承當初並無理由進行國家處分（搜索或是抽血酒測），證據會因為處分之違法而被排除⁴。此外，除非德國立法者放心放手讓抽血這樣的身體檢查交給警察自行決定，否則採取檢察官保留，一樣會有橡皮圖章與遲延導致酒精濃度消散的問題。更何況，檢察官跟警察一樣，都是追訴機關，此種監督並非具有憲法意義的中立監督。

五、令狀核發欠缺實質意義也浪費時間？

比較實質的問題毋寧在於，如何讓法官審查不至於淪為橡皮圖章，以及如何加速令狀的核發。針對前者，王兆鵬教授建議參考美國法之機制，建立書面紀錄（說明搜索或是身體檢查處分進行之理由），有助於未來再次審查處分是否合法。事先審查程序也有助於警察更為謹慎地進行強制抽血酒測，有助於辦案細心程度的提升⁵。就不用擔心為了爭取時效，法官在警察聲請後，快速核發令狀，因此淪為橡皮圖章。

至於令狀之核發會不會導致酒精濃度散去。依據取締酒後駕車作業程序（內政部提供之資料），警察進行取締酒駕之勤務規劃時，其實就能夠搭配必要的電子設備，並聯絡執勤之法官，在一定時間內配合核發強制抽血等身體檢查之令狀。當代科技的進步，不僅警察之設備比以前進步（Covid-19 的流行，更鼓勵司法與警政部門遠端電子設備的使用，包括線上提交聲請文件與視訊聲請令狀），以及每個人都會隨身攜帶智慧型手機之事實。搭配著警察職權行使法之規定，警察執法時必須出示證件，表明身份，其實不用太過擔心會有人冒用身份或造假。擔心令狀造假，所以乾脆不要求令狀，其實是一個奇怪的論證。

如果說現行已有部分案件必須向檢察官聲請核發鑑定書狀，檢察體系也在檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項第 82 條裏規定：「（第一項）應經許可始得進行之鑑定行為，尤其本法第 205-1 條第 1 項之採取出自或附著身體之物如：分泌物、排泄物、血液、毛髮、膽汁、胃液、留存於陰道中之精液等檢查身體之鑑定行為，係對人民身體之侵害，偵查中檢察官核發鑑定許可書前，應本於發現真實之目的，詳實審酌該鑑定對於確定訴訟上重要事實是否必要，以符合鑑定應遵守之必要性與重要性原則，並慎重評估鑑定人是否適格。（第二項）應經許可始得進行之鑑定行為，尤其本法第 205-1 條第 1 項之採取出自或附著身體之物如：分泌物、排泄物、血液、毛髮、膽汁、胃液、留存於陰道中之精液等檢查身體之

⁴ 王兆鵬，自令狀原則論我國相關規定之缺失，刑事法雜誌，44 卷 4 期，2000 年 8 月，36-39 頁。

⁵ 王兆鵬，同註 4，40-41 頁。

鑑定行為，係對人民身體之侵害，偵查中檢察官核發鑑定許可書前，應本於發現真實之目的，詳實審酌該鑑定對於確定訴訟上重要事實是否必要，以符合鑑定應遵守之必要性與重要性原則，並慎重評估鑑定人是否適格。(第三項)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。(第四項)聲請鑑定許可，應以鑑定人為聲請人。鑑定人聲請核發鑑定許可書，得以言詞或書面為之，其書面格式不拘，惟不論以言詞或書面聲請，均應敘明有必要為本法第 204 條第 1 項、第二百零五條之一第 1 項所列行為之具體理由。(刑訴法第二〇四、二〇四之一、二〇五之一)」本文其實不能理解，同樣的操作方式其實也可以由法院的強制處分專庭來進行，為何換成法官就會變得特別不可行？

再考量到美國聯邦最高法院 Sotomayor 大法官提到，實務上其實會在檢測時，進行酒精濃度值回推，確認駕駛人於被攔檢時的酒精濃度。此一方式雖非毫無爭議，但酒精濃度隨時間消退，因此會造成檢測不能，處罰漏洞，可能被過度誇大了。

六、緊急例外需要考量哪些因素？

美國 *Missouri v. McNeely* 案建議考量的因素包括：時間、科技技術與司法可用性 (Judicial Availability)。

1. 時間

指「警察是否能在證據滅失之前的合理時間內獲得令狀」。在 *Schmerber* 案中，法院認定該警察要求醫護人員的抽血行為是合理的(事故發生兩小時之後)，因為「在這種情況下，獲得令狀所必需的時間延遲，將威脅到證據的取得」。警察在那個案件中，必須應先處理事故現場，並將嫌疑人送往醫院治療，調查工作因此出現了相當大的延誤，這些狀況在 *McNeely* 案中並不存在。此外，令狀聲請需要時間。美國聯邦最高法案注意到，在許多地區，已將聲請程序簡化以節省時間。

2. 技術

近二十年來，通訊科技快速進步。Covid-19 的流行，加速司法與警政部門遠對於科技的使用。既然，技術進步已讓警察有機會迅速獲得令狀，降低緊急例外的適用。

3. 司法可用性

即便科技大幅進步，仍必須要有法官來核發。不能保證在凌晨 2 點 08 分 (*McNeely* 的被攔停時間) 有地方法官當值。司法並不提供全天候的服務。即使

是那些有夜班法官，也有晚餐或咖啡休息時間，以及案件量過多的問題。若有上述情況，無令狀抽血就會變得緊急與合理。

七、系爭規定之「肇事」是否違反憲法明確性原則？

司法院釋字第 777 號解釋曾指舊刑法第 185 條之 4 之條文中「肇事」不夠明確，理由是這個用語可包括「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。駕駛人只能預見自身故意或過失所致之事故，非因駕駛人故意或過失所致事故之情形是否構成「肇事」，並非一般受規範者所得理解或預見。司法院行懲廳據此認為，系爭規定「肇事」部分，語意上可能包括「因酒精影響之肇事」或「非因酒精影響之肇事」，違反法律明確性原則。

本文認為，以「肇事」作為抽血等身體檢測的規定，相當程度是延續警職權法第 8 條第 1 項將「已發生危害或依客觀合理判斷易生危害之交通工具」當作是酒測前提（該條第一項第三款）的規範方式。系爭規定之「肇事」，可認為是對應警職法第 8 條第 1 項之「已發生危害」。此種規範方式等於是將符合條件者當作已具有客觀表徵的酒/毒駕者，授權國家機關進行檢測。呼氣酒測對於駕駛人的基本權干預較小，條文用語明確性要求較低，但是抽血等身體檢查對於駕駛人之基本權有重大干預，系爭規定是否讓執法準據明確，的確存在疑問。不過考量到本條之檢測對象亦包括毒駕，與其修正「肇事」，不如在系爭規定加上「必要時」，如此可限制國家機關適用系爭規定的執法範圍。