



淺論司法警察強制抽血檢測之適當性 ——以道路交通管理處罰條例 第 35 條 5 項為分析對象

■ 第 58 期學習司法官 沈芳仔

目 次

壹、前言	肆、比較德國與日本對於司法警察 抽血檢測之相關規範
貳、抽血檢測可能侵害的基本權	一、德國法上對司法警察抽血檢測之相 關規範
一、身體不受傷害權	二、日本法上對司法警察抽血檢測之相 關規範
二、緘默權	(一) 日本刑事訴訟法中與抽血採 證相關之規定
三、隱私權與資訊自決權	(二) 強制抽血之令狀種類
參、抽血檢測在我國刑事訴訟法上 的規範	三、小結
一、我國刑事訴訟法上的規範	伍、結論
(一) 鑑定人之身體檢查	參考文獻
(二) 司法警察之身體檢查	
二、道路交通管理處罰條例第35條5項 之規定	

壹、前言

由於層出不窮的酒駕肇事案件，造成許多受害者家毀人亡，使得民眾出門在外都必須小心翼翼，害怕這樣的事情會突然發生在自己身上，人們開車代步是稀鬆平常的事情，但意外也是天天

在上演，打開電視都隨處可見酒駕肇事的新聞在不斷播送，酒，是拉近人際關係距離的工具，可是喝酒一旦與開車相結合，就可能釀成悲劇，即使刑法第 185 之 3 有針對飲酒後不能駕駛動力交通工具之人處以刑罰，卻無法完全抑止這樣的事件重演，因此立法院於 2011

年及2013年間，在相隔不到2年即對刑法第185條之3作出2度修正¹，再再顯示出立法者欲透過刑度、罰金的提高與加重結果犯的設計，來抑制酒駕的情形，至於成效如何，還有待觀察。

司法警察於偵辦此類因飲酒後開車而肇事之案件時，通常藉由吐氣檢查及血液抽取作為測試被告或犯罪嫌疑人是否有無酒駕的蒐證方法，吐氣檢查未涉及物理性侵入行為，對受測者的基本權利較無侵害，只要遵守法律保留原則即可，即司法警察的偵查行為須符合刑事訴訟法上規定，不得對受測者為強暴脅迫等違法行為，惟血液抽取作為酒精濃度值的檢測手段，對人民身體進行「穿刺性」行為，嚴重的侵犯人民的基

本權利，²因此，本文接下來要討論司法警察得否對於被告或犯罪嫌疑人進行抽血以檢驗血液中的酒精濃度？其形式與實質要件是否皆具備？並透過比較法的方式列出德國與日本法上對於司法警察抽血檢測的規範，嘗試對我國刑事訴訟法上相關規定為修改的建議。

貳、抽血檢測可能侵害的基本權利

一、身體不受傷害權

人之身體有不受侵犯或干預之自由與權利，身體之侵犯分類有二：其一，身體行動自由之限制與剝奪，此為我國憲法第8條所明定對於人身自由之

¹ 2011年11月8日三讀通過「中華民國刑法第185條之3條文修正草案」，將原本的刑度由「1年以下有期徒刑、拘役或科或併科15萬元以下罰金」修正為「2年以下有期徒刑、拘役或科或併科20萬元以下罰金」不但提高法定刑度，且增訂了加重結果犯：「增列第2項，因而致人於死者，處1年以上7年以下有期徒刑；致重傷者，處6月以上5年以下有期徒刑」；修正理由：鑒於酒後駕車案件高居不下，行為人輕忽危險駕駛可能造成之死傷結果仍為危險駕駛，嚴重侵害他人生命、身體法益，是以，全面檢討酒後駕車刑事責任，參酌外國立法例及考量刑法各罪刑罰衡平為修正，以期遏止此類犯罪，維護交通安全，並保障用路人之生命及身體安全。於同年11月30日時由總統公布實施。嗣又在2013年5月31日做了大幅修正，將刑法第185條之3修正為：「第1項，駕駛動力交通工具而有下列情形之一者，處2年以下有期徒刑，得併科二十萬元以下罰金：一、吐氣所含酒精濃度達每公升零點二五毫克或血液中酒精濃度達百分之零點零五以上。二、有前款以外之其他情事足認服用酒類或其他相類之物，致不能安全駕駛。三、服用毒品、麻醉藥品或其他相類之物，致不能安全駕駛；第2項，因而致人於死者，處三年以上十年以下有期徒刑；致重傷者，處一年以上七年以下有期徒刑。」修法理由認為不能安全駕駛罪屬抽象危險犯，故增訂酒精濃度值作為判斷「不能安全駕駛」之標準，以遏阻酒醉駕車事件發生，另有其他客觀情事認為確實不能安全駕駛動力交通工具時，仍構成本罪，爰增訂第2款，並修正原條文第2項就加重結果犯之處罰，提高刑度，以保障合法用路人之生命身體安全。

² 李翔甫，警察下命抽血檢驗酒精濃度值正當性問題之探討（上），台灣本土法學第92期，2007年3月，第8頁。



憲法保留；其二，人身安全之侵犯，至少包括身體之安全及其完整性。後者為本篇所要討論的，由於我國憲法並無明文規定保障身體不受傷害權，但不代表國家即可免除其保護之義務，司法院釋字第 372 解釋文³明示確保人身安全為我國憲法保障人民自由權利之基本理念，因此，人民的人民身體的不受傷害權，是先於國家而存在的先驗、固有、普遍的人權，應肯定人民有一身體不受傷害之權利存在。而何謂身體不受傷害權？身體不受傷害權，旨在確保人身體之完整性，包括外在之形體與內在之器官、組織，從人的物質層面（如肉體）到精神層面（指心理、精神或靈魂上），對其身體完整之主體地位，不應受傷害。⁴

對被告或犯罪嫌疑人抽血檢測，為對身體的侵入性行為，侵犯了人身體不受傷害權，司法院釋字第 443 號解釋理由書提到：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。是以，抽血檢測此種對人民身體權之直接傷害，應認為侵害人民之基本權利重大，屬法律保留範疇，應以法律制定。

二、緘默權

緘默權來源係基於美國在 1878 年以後，聯邦最高法院開始承認被告有證人適格，以及英國在 1899 年之刑事證據法，亦承認被告之證人適格，均得主張「無自證己罪之義務」，被告之緘默權自此確立⁵，我國在刑事訴訟法第 95 條第 2 款規定：「訊問被告應先告知得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述。」此為被告所得享有之不自證己罪原則，即任何人皆無義務以積極作為來協助對自己的刑事追訴，國家機關亦不

³ 司法院釋字第 372 號解釋文：維護人格尊嚴與確保人身安全，為我國憲法保障人民自由權利之基本理念。增進夫妻情感之和諧，防止家庭暴力之發生，以保護婚姻制度，亦為社會大眾所期待。民法第一千零五十二條第一項第三款所稱「不堪同居之虐待」，應就具體事件，衡量夫妻之一方受他方虐待所受侵害之嚴重性，斟酌當事人之教育程度、社會地位及其他情事，是否已危及婚姻關係之維繫以為斷。若受他方虐待已逾越夫妻通常所能忍受之程度而有侵害人格尊嚴與人身安全者，即不得謂非受不堪同居之虐待。最高法院 23 年上字第 4554 號判例謂：「夫妻之一方受他方不堪同居之虐待，固得請求離婚，惟因一方之行為不檢而他方一時忿激，致有過當之行為，不得即謂不堪同居之虐待」，對於過當之行為逾越維繫婚姻關係之存續所能忍受之範圍部分，並未排除上述原則之適用，與憲法尚無抵觸。

⁴ 李震山，《人性尊嚴與人權保障》，元照出版，2009 年 2 月，第 135~136 頁。

⁵ 梁世興，司法警察身體採證行為，中央警察大學法學論集，2007 年 4 月，第 216 頁。

得為之，被告可以從對自己最有利的防禦角度來自行決定是否保持緘默，此乃不自證己罪的核心內涵之一⁶；因此，在強制抽血檢測以取得被告或犯罪嫌疑人是否有飲酒的證據時，是否侵害人民無積極提供證據以證明自己有罪之此一緘默權保障？

有學者認為，不自證己罪的射程距離，僅限於被告「積極」自證己罪義務的禁止，並未免除其「消極」的忍受義務⁷，因此當被告作為強制處分或其他調查證據方法的對象時，如本文中的抽血檢測，國家縱使課予被告忍受義務，亦不違反不自證自罪原則⁸。惟亦有學者認為，被告或犯罪嫌疑人拒絕檢測時，在無其他替代措施可以之下，會使得證據調查成為具文，有違反偵查目的及審判精神，因此認為此一緘默權權利範圍不及於抽血檢測之身體採樣。⁹上述兩種說法，本文亦表贊同，認為對於犯罪偵查所為的身體採樣並無侵害人民之緘默權。

三、隱私權與資訊自決權

所謂資訊自決權，指每個人基本上有權自行決定是否將個人資料交付以供利用，由於個人資料具有私密性，本質上與隱私權之保障密不可分，故資訊自決權顯係隱私權所保障之範圍內。¹⁰我國憲法上雖然未明文列舉隱私權保障的規定，但從司法院釋字 443 號、釋字 585 號可知，隱私權為不可或缺的基本權利，應該要受到憲法第 22 條所保障，就司法警察對人民進行強制抽血的行為，所取得的血液經分析化驗後，可以得出關於被抽血者的相關資訊，如血型、DNA 等個人資料，該項資訊應為資訊自決權的保障範圍內，況且為了追訴犯罪而將受測者的身體視為物品，並將取得的資訊作為證據使用，確實足以生侵犯隱私權之疑慮，¹¹雖然如此，基本權並非絲毫不得受侵害，此觀憲法第 23 條可知，若基於一定的公益目的之下，可對人民的基本權利以法律為某種程度的限制，但要注意手段與目的性之間的實質合法性。

⁶ 林鈺雄，《刑事訴訟法（上冊）》，自版，2017 年 9 月 8 版 1 刷，第 162~164 頁。

⁷ 刑事訴訟法除了對身為程序主體之被告給予多重的權利保障外，基於追求發現實體真實的目的，亦課予被告一定的忍受義務，即對於強制處分或其他證據相關的處分，被告不得抗拒。

⁸ 林鈺雄，同註 6，第 162~164 頁。

⁹ 李翔甫，同註 2，第 12 頁。

¹⁰ 李震山，同註 4，第 207~216 頁。

¹¹ 李翔甫，同註 2，第 15 頁。



參、抽血檢測在我國法上的規範

一、我國刑事訴訟法上的規範

講求科學辦案的今日，取得證據以進行科學鑑定已成為認定犯罪嫌疑的利器，然如藉由被告或犯罪嫌疑人之身體取得證據，尤其是對其身體侵害或進入以蒐集證據時，依法治國法律保留之原則（der Gesetzesverbehalt），應有法律依據。¹²立法院於民國 92 年 1 月 14 日三讀通過刑事訴訟法第 205 條之 1、第 205 條之 2，其中 205 條之 1 即賦予鑑定人包括「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」的權限，立法理由提到「…為應實務之需要，兼顧人權之保障，參考德國刑事訴訟法第 81 條 a 第一項之立法例，於本條第一項明定鑑定人得經審判長、受命法官或檢察官之許可而為之，以資適用」¹³；至 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，予以拍照、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。」明文承認檢察事務官、司法警察官、司法警察之強制採樣權，其立法理由謂「檢察事務官、司法警察官、司法警察依法有調查犯罪嫌疑人之犯罪情形及蒐集證據之權限，則其等於有必要或有相當理由時，對於經拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告，得否違反犯罪嫌疑人或被告之意思，予以拍照、測量身高或類似之行為，並採取其指紋、掌紋、腳印、毛髮、唾液、尿液、聲調或吐氣，事關偵查程序之順利進行與否，及能否有效取得認定事實之證據，爰增訂本條，以為執法之規範。」其立法目的在使此等人員得順利進行偵查程序。¹⁴ 以下就刑事訴訟法第 205 條之 1、第 205 條之 2 為介紹：

首先說明者，所謂「身體檢查」係為確認被告或犯罪嫌疑人身分及蒐集犯罪證據，而對被告或犯罪嫌疑人身體進行採證，以供作資料庫比對或作為鑑

¹² 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？（一），司法周刊第 1007 期，2000 年 11 月 22 日，第 2 版面。

¹³ 林鈺雄，對被告 / 犯罪嫌疑人之身體檢查處分，台灣本土法學第 55 期，2004 年 2 月，第 57 頁。

¹⁴ 林俊益，《刑事訴訟法概論（上）》，新學林出版，2010 年 9 月，第 343~344 頁。

定目的的使用。¹⁵

（一）鑑定人之身體檢查

鑑定人依刑事訴訟法第204條第1項規定，因鑑定之必要，得經審判長、受命法官或檢察官的許可檢查身體，其中，對被告之身體檢查部分規定於同法第205條之1第1項，得採取分泌物、排泄物、血液、毛髮或其他出自或附著身體之物以及採取指紋…等行為，被告若無正當理由拒絕第204條第1項的處分時，準用勘驗的規定，在勘驗部分，對檢查身體的勘驗得準用強制拘提、搜索之規定。鑑定人進行身體檢查之對象為被告，而實施以「鑑定之必要」為門檻，有學者認為這樣的實體要件規定過於簡陋，不但未設任何關於犯罪嫌疑程度、程序關聯前提或無損健康要求的規範，甚至連較為概括的比例原則之宣示也付之闕如，因本條鑑定人得進行的身體檢查，除了包括穿刺性處分（如抽血），甚至連侵害性嚴重的危險干預（如抽取體液）也包含在上開的文義範圍，其範圍之廣¹⁶，卻未對於侵害性的程度來劃分實施的門檻，有失妥當。

又本條是否發動係採二分模式¹⁷，

即於偵查中由檢察官決定，審判中由法官決定，但身體檢查既會侵害到人民身體等之基本權利，依照司法院釋字392意旨，侵害人身自由之羈押對人民基本權益甚大，因此應由獨立審判之法官予以決定，同理，對於侵害人民身體的侵入性身體檢查，也應採同樣的標準，即應同羈押之規定，回歸法官保留原則，如未來實務上遇到需開刀取出子彈或抽取脊髓液這類干預嚴重的棘手案件時，是否仍不考慮身體檢查的嚴重性或急迫性來分類，而僅以訴訟程度分類，有待商榷。

至於本條的身體檢查範圍，除了第205條之1所列舉者之外，尚以「出自或附著身體之物」來囊括其他身體檢查的情況，有學者認為，為避免與搜索混淆，應予限縮解釋為進入「體內」之物，始屬於所稱「出自或附著身體之物」。¹⁸另外，由於本條的身體檢查行為是對於身體的干涉與入侵，故必須無害於被告的身體健康之下，如果是持續性或對被告的精神或身體有傷害時，就不能實施，且要以嫌犯的健康狀況為標準，並非以干預的種類作判斷。¹⁹

¹⁵ 梁世興，同註5，第213頁。

¹⁶ 林鈺雄，同註13，第67~68頁。

¹⁷ 林鈺雄，同註13，第66頁。

¹⁸ 林鈺雄，同註13，第68頁。

¹⁹ 張麗卿，《驗證刑訴改革脈動》，五南書局，2008年9月，第209頁。



（二）司法警察之身體檢查

司法警察（包含司法警察官與檢察事務官）依照刑事訴訟法第 205 條之 2 規定，得基於確認身分及鑑定這兩種目的對經拘提或逮捕到案之被告或犯罪嫌疑人在必要時可違反其意思，或有相當理由時進行身體檢查，干預的種類以「必要時」或「有相當理由」作為分界，分別可對經拘捕或逮捕到案之被告或犯罪嫌疑人为採取其指紋、掌紋、腳印，予以照相、測量身高或類似之行為及採取毛髮、唾液、尿液、聲調或吐氣等行為。

本條之干預主體為有調查犯罪嫌疑人並蒐集證據權限之司法警察，受干預人為「經拘捕或逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告」，至於自行到場或被通知到案的犯罪嫌疑人則無規範，司法警察僅能透過檢察官的勘驗或由鑑定人聲請鑑定許可書而進行採證²⁰；實施的門檻分別以「必要時」和「相當理由」區分，內容與第 205 條之 1 相比較，排除了某些類型的侵入性身體檢查（如抽取血液），但並非排除所有具干預性的處分，如侵害身體完整性的採取毛髮，在性侵害案件中，對於被告或犯罪嫌疑人的陰毛取得，雖然不會造成疼痛，但

是會對被告或犯罪嫌疑人產生羞恥感的精神上侵害²¹，以及與不自證己罪有齟齬的採取聲調、吐氣之措施，且亦未設犯罪嫌疑程度的門檻，而所謂的「必要時」與「相當理由」依最高法院 99 年台上 40 判決理由書提到：「『必要性』或『相當理由』之判斷，須就犯罪嫌疑程度、犯罪態樣、所涉案件之輕重、證據之價值及重要性，如不及時採取，有無立證上困難，以及是否有其他替代方法存在之取得必要性，所採取者是否作為本案證據，暨犯罪嫌疑人或被告不利益之程度等一切情狀，予以綜合權衡；於執行採證行為時，就採證目的及採證證據之選擇，應符合比例原則，並以侵害最小之手段為之。」

有學者認為，本條的規定，似乎是將兩種不同的處分混為一談，一個是為確認身分的辨識措施，二是為鑑定目的所為的採樣處分，對於前者如拍照、測量身高；後者則是鑑定目的所為如採取毛髮等行為，其干預的種類、程度跟目的都不一樣，對於後者為鑑定所為的採樣處分，通常已經進入某種程度的追訴階段，概括容許司法警察不論情形是否急迫都可進行身體採樣，似有商榷餘地。²²且本條並無設任何執行的要件可

²⁰ 梁世興，同註 5，第 230 頁。

²¹ 梁世興，同註 5，第 226 頁。

²² 林鈺雄，同註 13，第 70 頁。

供司法警察遵循，也無事後的審查程序以審視司法警察的行為是否適當。

自上述對於刑事訴訟法第 205 之 1 與之 2 的說明可知，立法者經過衡量後，將某些具有穿刺性質之處分（如本文的抽取血液），授權給經由審判長、受命法官或檢察官許可之鑑定人行使，排除了檢察事務官、司法警察官或司法警察，故如本文中之司法警察對於被告或犯罪嫌疑人不得為強制抽血的行為。

二、道路交通管理處罰條例第 35 條 5 項之規定

道路交通管理處罰條例（下稱處罰條例）第 35 條第 5 項：「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。」規定，對於汽車駕駛人肇事拒絕為酒精濃度的檢測時，警察可以強制將駕駛人強制帶至醫療機構抽血檢驗，此為行政機關對於行政作為管理處罰措施，目的在於證明汽車駕駛人是否有服用酒類駕車或服用酒類駕車發生車禍肇事逃逸情形，但強制抽血為對人體身體之侵入，

影響人民之基本權甚鉅，且抽血並非證明汽車駕駛人有觸犯行政罰之唯一方法，故除非在所有證據方法均無法證明汽車駕駛人服用酒類、毒品肇事且屬於重大案件，或者汽車駕駛人同意之外，否則不應對被告或犯罪嫌疑人強制為抽血行為，至所謂其他方法：如依汽車駕駛人當時行走狀況、神情狀況、單腳站立及個案客觀事實等證據證明汽車駕駛人構成該罪。²³

且有學者認為：1. 侵害人民身體權之抽血化驗，竟由行政法規直接授權警察得以進行，忽略了刑事訴訟法第 205 條之 1 的立法意旨，是在排除警察強制抽血之處分權限；2. 刑事訴訟法第 205 條之 2 亦僅就相當理由認為採取吐氣得作為犯罪證據時，得對被告或犯罪嫌疑人進行吐氣檢查；是以，處罰條例第 35 條第 5 項似有架空法官審查機制之嫌，雖本條例具為立法形成自由之範圍，但應仍有所節制，並合乎比例原則，否則有違憲之虞。²⁴

肆、比較德國與日本對於司法警察抽血檢測之相關規範

²³ 方文宗，強制抽血取證正當性之研究，交通法律問題評析，元照出版，2008 年 9 月，第 48~50 頁。

²⁴ 李翔甫，同註 2，第 7 頁。



一、德國法上對司法警察抽血檢測之相關規範

在德國，身體檢查處分與拘提、逮捕、羈押、搜索、扣押等傳統型態的強制處分相同，都屬於獨立型態的刑事訴訟法上之基本權干預，德國法上對於被告之身體檢查規範在其刑事訴訟法第 81 條 a：「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，得由醫生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，應儘速銷毀。」²⁵

基本上，德國法對於被告身體檢查之規定，是由法官來決定，其目的是為了要確定訴訟上重要事實之必

要，所謂「訴訟上重要事實之必要」是指 1. 對本案判斷有意義的相關事實；2. 已有具體根據可得推論可能存在所欲探知的事實。²⁶ 首先，對本案判斷有意義的相關事實，即關於本案犯罪成立要件及其法律效果判斷之實體事實，如對於酗酒駕車嫌疑人，抽取血液檢驗是否達不能安全駕駛的程度。具體根據是指有特定依據顯示檢查處分所欲確認的事實存在，例如在酒醉駕車的嫌疑人車上發現酒瓶。接者，本條要求對被告的身體檢查須由醫師跟據醫術規則進行，且須無損健康之要求下，得違反被告的意思進行抽血。²⁷

依照第 2 項，遇有急迫情形時，檢察官及檢察機關之偵查人員（《法院組織法》第 152 條）得為之，所謂的「偵查人員」是指賦予特別強制權限之警察人員，一般之警察人員無此權限。²⁸ 此之例外權限，是由於酒精於血中的濃度會隨著時間減少，若警察遇有這類案件都必須先向法官申請許可始能進行抽血，則會有礙證據的保全，故有其急迫性及必要性，且須符合第一項要求由有

²⁵ 連孟琦譯，《德國刑事訴訟法附德國法院組織法選譯》，元照出版公司，2016 年 9 月初版第 1 刷，第 51 頁。

²⁶ Vgl. Kleinknecht/Meyer-Gobner, StPO, 45. Aufl., 2001, § 81a Rn. 6f. 轉引自林鈺雄，同註 13，第 60 頁註 10。

²⁷ 林鈺雄，同註 13，第 60~61 頁。

²⁸ 李翔甫，同註 2，第 16 頁。

專門醫師執照的醫師進行抽血的行為，和對被告健康之無虞，而醫生抽血係從靜脈抽取，無造成行為人健康上的不利影響，就公益而言，為保護他人生命、身體免於受到「酒醉駕駛」之威脅，遇有拒絕受測者，應有強制實施抽血的必要，此應為德國刑事訴訟法第 81 條 a 第 2 項在合憲下所為的解釋。²⁹ 強制抽血取得之資料，事後禁止他用並於達到使用目的後立即銷毀。³⁰ 對婦女身體之檢查足引起其羞恥情感者，應由婦女或醫師為之。依受檢查婦女之請求，准由其他婦女或其親屬在場。³¹

二、日本法上對司法警察抽血檢測之相關規範

在酒駕案件中，若駕駛人拒絕配合呼吸酒測，為了就駕駛人血液中酒精濃度進行蒐證，以前日本實務會認為可在無令狀之情況下對駕駛人強制抽血，

惟抽血是一種強制處分，抽血之過程中亦伴隨著身體之損傷且侵害被抽血者之隱私，故現行日本實務界對於抽血應以令狀為之並無歧異³²，僅就以何種令狀之形式有所爭論。

（一）日本刑事訴訟法中與抽血採證相關之規定

日本刑事訴訟法（下稱日本法）中，就身體採證之強制處分規定有下列 3 種³³：

1. 搜索之身體檢查（日本法第 218 條第 1 項³⁴）：搜索之身體檢查

不僅包含衣服、身體之外表檢查，解釋上體內之搜索亦包含在內，譬如口腔內的調查；或在吞下證物時，以 X 光照射方式進行搜索，惟此時須有具備特別知識經驗之人為之，故除了搜索之身體檢查令狀外，尚須取得鑑定處分許可狀。

²⁹ 李翔甫，同註 2，第 16~17 頁。

³⁰ 德國刑事訴訟法第 81 條 a 第三項，為 1997 年 3 月 17 日根據德國第 110 號次刑事訴訟修正法所新增（BGB1. I 534）轉引自林鈺雄，同註 13，第 65 頁註 36。

³¹ 德國刑事訴訟法第 81 條 d 第 1 項規定：「若身體檢查可能傷害羞恥感，則由同一性別之人，或者女醫師或男醫師進行檢查。存在正當利益時，要求由特定性別之人或醫師進行檢查之願望應當被滿足。依受干預人要求，應當准許一名受其信賴之人在場。對受干預人應曉諭第 2 句及第 3 句之規定。」，參照：連孟琦譯，同註 25，第 54 頁。

³² 池田修、前田雅英，《刑事訴訟法講義第 3 版》，東京大学出版會，2009 年 3 月 19 日，第 170~171 頁。

³³ 安富 潔，《刑事訴訟法》，三省堂株式會社，2009 年 2 月 20 日第 1 刷發行，第 172~174 頁。

³⁴ 第 218 條：「第 1 項，檢察官、檢察事務官或司法警察，於犯罪偵查之必要，可持法官所核發之令狀進行搜索、扣押或檢證。於此搜索、扣押或檢證情形下之身體檢查，應持身體檢查令狀。」



2. 檢證³⁵之身體檢查（日本法第 218 條第 1 項）：亦分為體內體外之檢查，解釋上，對身體內部之檢查，如以具侵害性的方式採取血液等體液、身體組織之一部或以催吐、瀉藥等方式，使人將物體排出後再採樣時，有可能導致身體的損傷或影響身體機能狀況，此時，當然須由具有專門知識經驗之鑑定人依據鑑定處分許可狀後始得為之。

如被檢查者無正當理由拒絕時，有相關間接強制之處罰規定（日本法第 222 條第 1 項準用第 137 條第 1 項³⁶、第 138 條³⁷），如處罰仍無效果者，得對其為直接強制（日本法第 222 條第 1 項準用第 139 條³⁸）。又以強制手段對犯罪嫌移人進行身體檢查之行為，並不違反緘默權之保

障，蓋日本法上，就緘默權之保障範圍認為僅及於供述證據。

3. 鑑定處分之身體檢查（日本法第 225 條第 1 項³⁹、第 168 條第 1 項⁴⁰）：鑑定係指在檢查身體之過程中對一定事實進行判斷，鑑定與檢證之差異在於，鑑定就該事實之判斷，需有特別專業經驗知識之人為之，且鑑定之強制手段上，僅有間接強制之規定，不得使用直接強制手段。

（二）強制抽血之令狀種類

至於應以何種類型作為強制抽血之令狀，有 4 種見解⁴¹：

1. 身體檢查令狀說：此說認為，血液的採取應包含在檢證的體內身體檢查中，故可直接依照日本法第 218 條第 1 項之身體檢查令狀為之，惟亦有認為若將伴隨著身體損傷之採

³⁵ 所謂的檢證，係指以人之五官作用就場所、物品、人之身體性質、狀態進行實驗、認識之強制處分。參照：安富 潔，同註 33，第 166 頁。本文認為其性質上較類似我國刑事訴訟法中之勘驗。

³⁶ 第 137 條第 1 項：「被告或被告以外之人如無正當理由拒絕身體檢查時，得處以 10 萬元以下之罰鍰，且命其賠償因拒絕所生之費用。」

³⁷ 第 138 條：「第 1 項，無正當理由拒絕身體檢查者，處以 10 萬元以下罰金或拘役；第 2 項，犯前項之罪者，按其情節得併科罰金及拘役。」

³⁸ 第 139 條：「法院認為對拒絕身體檢查之人處以罰鍰、或科以刑罰仍無效果時，得對其為身體檢查。」

³⁹ 第 225 條第 1 項：「鑑定人依本法第 223 條第 1 項囑託其為鑑定時，得經法院之許可，依照第 168 條第 1 項規定為處分。」

⁴⁰ 第 168 條第 1 項：「鑑定人，為鑑定之必要，經法院許可，得進入有人居住或有人看守之住宅、建築物或船舶中，為身體檢查、解剖屍體、挖掘墳墓或破壞物體等行為。」

⁴¹ 安富 潔，同註 33，第 179 頁。

取血液行為包含在身體檢查中，則有不當擴張身體檢查之概念。

2. **鑑定處分許可狀說：**伴隨著身體損傷之內部檢查，由於須具備專門知識與技術，其性質上應屬於鑑定處分，故應以鑑定處分許可狀作為抽血之依據，然鑑定處分僅得為間接強制行為，本文認為若無直接強制手段可資運用，會對證據之取得有所妨礙。
3. **身體檢查令狀及鑑定處分許可狀併用說：**此說認為，伴隨身體損傷之內部檢查固屬於鑑定處分之範疇，但在必要時有使用直接強制手段之需要，因此，自須搭配身體檢查令狀後即得為之，另法院應依照日本法第218條第5項⁴²，在身體檢查令狀上附加「抽血時應由醫師以醫學上認為相當方法為之」的條件。
4. **附條件之搜索許可狀說：**由於強制抽血是將血液當作證物，具有搜索、扣押之性質，故對於血液之採取令狀應依搜索許可狀為之，但由於強制抽血會對於身體造成侵害，故應依日本法第218條第5項規

定，附加如前述之相關條件。

綜上可知，雖抽血會伴隨著對人體之損傷，但一般而言，為了檢測血液中酒精濃度所需之血量少，對人體之影響程度輕微，且對犯罪嫌疑人的精神上之負擔較小，對其為強制抽血應屬適當，由於仍須有抽血之相關醫術知識之人為之，司法警察要對被告進行抽血等身體檢查時，性質上應屬鑑定處分之身體檢查，應有鑑定處分許可狀之人，持身體檢查令狀及鑑定處分許可狀併用說之見解。

另在某些情況下，得無須令狀：在血液已經流出身體之情況，以紗布輕拭之採取血液行為，並不會帶造成身體之損傷或精神上痛苦，故無須令狀。另醫師在對因交通事故受傷而失去意識之人進行手術時，為檢查其血液中之酒精濃度，經操刀醫師之承諾，在無令狀之情形下，用紗布採取少量血液的行為，也認為是合法的⁴⁴。

從上述可知，日本法上就身體檢查時的規範，於警察對受酒駕檢測者，因其抗拒吐氣檢查而有酒駕犯罪嫌疑重

⁴² 第218條第5項：「第5項，法官對於身體檢查部份，得附加其認為適當之條件。」

⁴³ 李翔甫，警察下令抽血檢驗酒精濃度值正當性問題之探討（下），台灣本土法學第92期，2007年3月，第3頁。

⁴⁴ 安富潔，同註33，第180頁。



大時，得向司法機關請求核發強制抽血令狀。⁴⁵

又司法警察依照日本法第 218 條第 4 項⁴⁶ 規定，取得人身檢查令狀時，必須說明對人身檢查的理由、對象以及其性別、健康狀況，發布令狀的法官亦得附加指定的場所與日期，並要求醫師在場的條件，因為人身檢查可能傷害受檢查人的自由和自尊，所以必須使用適當的檢查方法，防止侵害被檢查人的名譽，特別是對婦女檢查時，要有醫師或成年女性在場（日本刑事訴訟法第 131 條第 2 項⁴⁷），在進行有侵入性的人身檢查時，應由具有相應資格的專門人員為之，且要向法官申請鑑定處分許可令⁴⁸，採取併用說之見解。

三、小結

由德國與日本法對於司法警察強制抽血的規範可知，德國授權具有偵查權限的警察在急迫時始可為之，並直接規定於德國刑事訴訟法中；日本法則是要求警察需持身體檢查令狀與鑑定處分許可狀，且定有對於婦女為身體檢查之特別規定，反觀我國，就司法警察強

制抽血的規範係規定在處罰條例，而非刑事訴訟法中，且以行政法規作為對於人民身體侵害性的規定，雖立法者有其立法形成自由，其在刑事訴訟法上明定司法警察身體檢查之界線，惟忽略了道路處罰條例第 35 條第 5 項亦賦予了司法警察得以強制力將拒絕酒測之人民移至醫療院所抽血的規定；又刑事訴訟法第 205 條之 2 規定司法警察行使身體檢查之權限，對象為「經拘提或逮捕到案之犯罪嫌移人或被告」，發動門檻則為「調查犯罪情形及蒐集證據之必要」，處罰條例第 35 條第 5 項規定之檢查對象則為「汽車駕駛人」，發動門檻為「肇事拒絕、或肇事而無法實施酒測者」，相較之下，刑事訴訟法賦予司法警察強制力之情況限於調查犯罪及蒐集證據之必要，始得對涉犯刑事案件之人為之，且不得為強制抽血之行為，反觀處罰條例第 35 條第 5 項之規定，僅為達行政稽查目的，只要汽車駕駛人肇事拒絕或肇事無法實施酒測，就得將汽車駕駛人移至醫療院所強制抽血，其門檻顯較刑事訴訟法第 205 條之規定寬鬆，

⁴⁵ 李翔甫，同註 43，第 2 頁。

⁴⁶ 第 218 條第 4 項：「檢察官、檢察事務官或司法警察在聲請身體檢查令狀時，必須提出身體檢查必要性之理由以及受檢查者之性別、健康狀態和其他法院所規定之事項。」

⁴⁷ 第 131 條第 2 項：「對女子進行身體檢查時，應有醫師或成年女子在場。」

⁴⁸ 丁相順譯，松偉浩也著，《日本刑事訴訟法（上卷）》，中國人民大學出版社，2005 年 8 月，第 83~84 頁。

手段之強制力上卻更甚於刑事訴訟法，顯有輕重失衡，亦變相賦予司法警察在酒駕肇事之案件中，無須以刑事訴訟法作為依據，直接以處罰條例第 35 條第 5 項，就可以對汽車駕駛人強制抽血。

是以，本文認為，司法警察依照處罰條例對肇事之汽車駕駛人為強制抽血時，如其主觀上將強制抽血作為犯罪偵查之發動時，應回歸其犯罪訴追之本質，即如德國刑事訴訟法之規定，於刑事訴訟中明文加以授權司法警察相關權限，或是如日本法規定，由司法警察持依法院所核發令狀為之，較符合實質正當性之法律要求。

伍、結論

科技鑑定在警察辦案中發揮很大的功用，為警察偵辦時的利器，而人體身上所存在之證據，當比供述證據更具有說服力，且在酒駕的案例中，酒精濃度隨著時間的拉長而漸漸消逝，司法警察若沒有在第一時間內取得被告或犯罪嫌疑人有飲酒的證據者，就很難在之後的訴訟程序中，將此一證據加以提出，而須等法官許可後始得進行抽血檢測，恐程序延遲而危及調查結果，並且若真的毫無其他方式可以取得證據加以證明

被告或犯罪嫌疑人有飲酒時，是否會造成許多因酒駕而死亡的被害人與其家屬的遺憾呢？

有學者認為，應比照德國的立法方式，於刑事訴訟法第 205 條之 1，增訂授權警察得基於急迫需要，在別無他法可進行酒精濃度測量時，得下命對行為人執行強制抽血採樣的規定，但限於刑事訴訟法上第 229 條（警政署署長、警察局局長或警察總隊總隊長）及第 230 條之司法警察官才有此權限，方能避免得執行抽血檢測的司法警察範圍過大，並且比照德國與日本規定，對於得實施抽血檢驗人員的資格，限於有專業知識、專門醫師執照的醫師進行，始能保障人民權益。⁴⁹

本文亦贊同如此的見解，司法警察為犯罪偵查對拒絕酒測之人強制抽血，本質上即為取證之行為，應在刑事訴訟法第 205 條之 2 特別賦予此等人員（刑事訴訟法第 229 條、230 條之人）能在急迫且無他法可採證的情形之下，將被逮捕或拘提的犯罪嫌疑人帶至具有此種抽血專業技術的醫師處，施以抽血檢測的手段，以達保存證據之目的，並且注意被告或犯罪嫌疑人的身體健康是否適合進行抽血，對婦女進行抽血時，應由女性醫師或者由其他女性在場，並

⁴⁹ 李翔甫，同註 43，9 頁。



對於現行法第 205 條之 2 設立事後審查制，即參考刑事訴訟法第 131 條規定，事後陳報該管檢察署檢察官及法院，若

法院不應准許者，不得作為對被告不利之證據，以避免對於人權的過度侵害亦可達發見真實的目的。

參考文獻

一、中、日文文獻：

(一) 期刊

1. 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？（一），司法周刊第 1007 期，2000 年 11 月 22 日。
2. 李翔甫，警察下命抽血檢驗酒精濃度值正當性問題之探討（上），台灣本土法學第 92 期，2007 年 3 月。
3. 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），台灣本土法學第 92 期，2007 年 3 月。
4. 林鈺雄，對被告 / 犯罪嫌疑人之身體檢查處分，台灣本土法學第 55 期，2004 年 2 月。
5. 梁世興，司法警察身體採證行為，中央警察大學法學論集，2007 年 4 月。

(二) 專書

1. 丁相順譯，松偉浩也著，日本刑事訴訟法（上卷），中國人民大學出版社，2005 年 8 月。
2. 方文宗，強制抽血取證正當性之研究，交通法律問題評析，元照出版，2008 年 9 月。
3. 李震山，人性尊嚴與人權保障，元照出版，2009 年 2 月。
4. 林鈺雄，《刑事訴訟法（上冊）》，自版，2017 年 9 月 8 版 1 刷。
5. 林俊益，刑事訴訟法概論（上），新學林出版，2010 年 9 月。
6. 張麗卿，驗證刑訴改革脈動，五南書局，2008 年 9 月。
7. 連孟琦譯，德國刑事訴訟法附德國法院組織法選譯，元照出版公司，2016 年 9 月初版第 1 刷。
8. 池田修、前田雅英，《刑事訴訟法講義第 3 版》，東京大學出版會，2009 年 3 月 19 日。
9. 安富 潔，《刑事訴訟法》，三省堂株式會社，2009 年 2 月 20 日第 1 刷發行。