

拒絕酒測強制抽血適法性之探討

The discussion on the legality of rejecting breath alcohol test and forced to be draw blood

方文宗¹

Wen-Tsung Fang

摘要

政府為降低酒後駕車，修改刑法 185-3 不能安全駕駛罪，但由於執法人員及民眾對法律適用不明確，認為拒絕酒測僅違反道路交通管理處罰條例，不構成刑法不能安全駕駛罪。行政院為解決此問題，召集相關單位，明定拒絕酒測如有具體不能安全駕駛行為仍然構成該罪，當事人得經警察向檢察官聲請鑑定許可書後，進行強制抽血；惟強制抽血為侵入性強制處分，應用搜索方式取得，而非向檢察官聲請鑑定許可書取得，方可符合刑法最後手段性、比例原則及法官保留之精神，建議將鑑定必要處分之抽血等事項由證據章修改至搜索扣押章，以符合法治國要求。

關鍵字：拒絕酒測、鑑定、搜索扣押、法官保留

Abstract

For decreasing drunk-driving ,the Government has modified the article 185-3 of the criminal law, but because of the uncertainty of enforcing the law, the law executor and the public think that rejecting breath alcohol test only against Act Governing the Punishment of Violation of Road Traffic Regulations , not violating the “Driving under the influence” crime of the criminal law. For solving the problem, highest level of the executive branch has convened the related units, declares that rejecting breath alcohol test still violates the law if having concrete “Driving under the influence” act. The person(s) involved must be forced to draw blood when the police officer apply for the expertise report be allowed ; but forcing to be drawn blood is invade-forced measure, and it must be enforced by searching method, not applying for the expertise report allowed, and it can fit in with The Criminal

¹ 臺灣警察專科學校交通管理科專任助理教授

Law as Last Resort, The Proportion Principle and The Retention of Judge. For this, suggesting the authorities concerned can modify the expertise-necessity treatment such as drawing blood from the evidence chapter to the search-seize chapter to fit in with the standard of the law and order nation.

Key words : rejecting breath alcohol test 、authenticate 、search and seize 、The Retention of Judge

壹、前言

鑑於酒駕案件居高不下，政府為遏阻酒駕案件發生，提出刑法不能安全駕駛罪修正案²。修法重點：明定服用酒類不能安全駕駛之標準、提高不能安全駕駛罪法定刑下限及提高加重結果犯法定刑³。但由於不能安全駕駛罪從嚴處罰，加上民眾及執法人員對酒駕構成要件認知不足，以為拒絕酒測，僅須依道路交通管理處罰條例處新臺幣 9 萬元即可，不必依不能安全駕駛罪移送法辦。對於拒絕酒測，花錢即可消災問題，行政院邀集內政部、交通部、法務部等單位一同開會決議，如果駕駛人拒絕酒測，執勤員警依照專業判斷，如推斷駕駛人有不能安全駕駛情形或駕駛有不穩、蛇行、語無倫次、口齒不清或者其他異常行為時，員警即可依現行犯逮捕駕駛人，並強制進行酒測。假如駕駛仍拒絕吐氣酒測，警方得依法報請檢察官，核發鑑定許可書，將駕駛人送往醫院或檢驗機構採集血液鑑定，並依

² 立法院於 2013 年 5 月 31 日三讀通過，由總統於同年 6 月 11 日公布，並自同年 6 月 13 日實施，新修正刑法 185-3「駕駛動力交通工具而有下列情形之一者，處二年以下有期徒刑，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。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」。

³ 修正重點：一、明定服用酒類不能安全駕駛之標準：明定行為人吐氣所含酒精濃度達每公升 0.25 或血液中酒精濃度達百分之 0.05 以上而駕車，即構成犯罪，以避免法院判決歧異而使部分民眾有心存僥倖之不當觀念。若行為人未接受酒精濃度測試或測試後酒精濃度未達前揭標準，惟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。二、提高不能安全駕駛罪法定刑下限：刑法第 185 條之 3 第 1 項處罰刑度由「2 年以下有期徒刑、拘役或科或併科 20 萬元以下罰金」修正為「2 年以下有期徒刑，得併科 20 萬元以下罰金」，刪除拘役及單科罰金之刑罰種類，修法後是類行為至少應判處 2 月有期徒刑。三、提高加重結果犯法定刑：修法前酒駕致死、酒駕致重傷之處罰刑度分別為「1 年以上 7 年以下有期徒刑」、「6 月以上 5 年以下有期徒刑」，修正以後分別提高為「3 年以上 10 年以下有期徒刑」、「1 年以上 7 年以下有期徒刑」。以上參見法務部檢察司 102 年 5 月 31 日新聞稿。

刑法將駕駛人移送地檢署偵辦；如汽車駕駛人拒絕接受酒測，除應處罰新台幣 9 萬元罰鍰，並吊銷駕照 3 年外，其刑事責任部分仍依法論處。另交通部並提出「道路交通管理處罰條例第 35 條條文修正草案」，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；警政署訂定酒駕移送法辦的標準流程，通令全國警察機關辦理，以補法規不足之處⁴。

刑事司法機關為維護國人行人的安全及法律正義，對於拒絕酒測的民眾，必須採取作為，但必須符合比例原則。然而，拒絕酒測果真沒有刑事責任？答案當然不是。刑法不能安全駕駛的認定不是以酒測值或抽血檢驗數據作為認定的唯一證據，觀察記錄表及蒐證錄影（音）記錄亦可判定不能安全駕駛。現行規定拒絕酒測者，經警察機關向檢察官申請核發鑑定許可書，得採取強制抽血，顯然違反法官保留、強制取證的正當性及刑法最後手段性。另交通部提出「道路交通管理處罰條例第 35 條條文修正草案」，取消現行必需有「肇事」事實，即可對發生交通事故及拒絕酒測者進行強制抽血，應是對於法規適用有所誤解，道路交通管理處罰條例第 1 條立法目的「為加強道路交通管理，維護交通秩序，確保交通安全，制定本條例」，以行政法規規範交通事故對肇事者得強制抽血，已經欠缺合理正當，更要以拒絕酒測亦可列入強制抽血範圍，顯然與法規規範目的不合。

貳、實務操作情形

一、警察機關作法

警察機關執行路檢、交通稽查、交通事故或受理報案等勤務，發現民眾駕車有飲酒情形，必需對駕駛人酒測，以判定是否違反道路交通管理處罰條例或刑法酒醉駕車。駕駛人經警方說明酒測目的與規定，願意配合警方酒測，俟酒測值高低、是否有不能安全駕駛及是否發生交通事故等情形，決定採取依道路交通管理處罰條例舉發交通違規，或依刑法不能不安全駕駛移送法辦及舉發交通違規處分。原則上駕駛人未發生交通事故及未有不能安全駕駛現象，酒測值達每公升 0.18 毫克以上未滿每公升 0.25 毫克或血液中酒精濃度達 0.03% 以上未滿 0.05% 者，製單舉發，並當場移置保管其車輛；如駕駛人發生交通事故，雖然酒測值未達每公升 0.25 毫克血液中酒精濃度未達 0.05% 者，仍判定為不能安全駕駛，應移送地檢署；如駕駛人酒測值達每公升 0.25 毫克血液中酒精濃度達 0.05% 者，亦應移送法辦。

⁴ 以上參閱聯合報 102 年 6 月 19 日 A7 版；自由電子報及 Yahoo! 奇摩新聞新頭殼 newtalk，2013 年 6 月 18 日。

駕駛人飲酒駕駛發生交通事故，因而致人於死或重傷，即是不能安全駕駛，依刑法第 185 條之 3 第 2 項論處，應無問題。如屬於一般傷害，警察機關移送的處理原則，酒測值未達每公升 0.15 毫克或血液中酒精濃度未達 0.03% 者，原則上不予移送；酒測值達每公升 0.15 毫克以上未滿每公升 0.25 毫克或血液中酒精濃度未滿 0.05% 者，視行為狀況是否不能安全駕駛，決定是否移送；酒測值達每公升 0.25 毫克以上或血液中酒精濃度達 0.05% 者，應辦理移送⁵。駕駛人酒後駕車肇事致人受傷，移送原則以駕駛人酒精濃度，在輔以行為人狀況，作為移送標準，仍有爭議之處，理由在於飲酒發生交通事故，顯示駕駛人有不能安全駕駛情形，即符合該條不能安全駕駛情形；其次發現有不能安全駕駛情形，應即移送檢察官偵查，因為司法警察為偵查輔助者，無權終結案件，似較為合理。

警察人員執行勤務，認為駕駛人有不能安全駕駛情形，要求酒測，如駕駛人不願意配合酒測，警察人員應告知拒絕酒測，得依道路交通管理處罰條例第 35 條處 9 萬元罰鍰，並吊銷駕駛執照及 3 年不得再考領；駕駛人如再不願意配合，警察人員除舉發拒絕酒測交通違規外，並依客觀情形判定是有不能安全駕駛，如認為有不能安駕駛情形，應依現行犯予以逮捕，並請求檢察官核發鑑定許可書，至醫院對駕駛人強制抽血，並移送法辦；如檢察官認為不應核發鑑定許可書，警察人員僅能將客觀事實證據，依法移送地檢署，不能對駕駛人強制抽血⁶。

拒絕酒測依客觀事實認定是否不能安全駕駛，屬於警察人員當場的專業判斷，如警察攔檢時駕駛人有不穩、蛇行、語無倫次、口齒不清或者其他異常行為時，經當錄影、錄音等方式，即時判定不能安全駕駛。駕駛人拒絕酒測，攔檢時行為舉止穩定，無發生交通事故，酒氣濃厚，警察僅能依行為人酒氣，判斷酒精濃度可能達到每公升 0.25 毫克或血液中酒精濃度達 0.05%，依現行犯予以逮捕，但此種情形如為誤判，易造成困擾，因此對於酒量好，外觀無不能安全情形的駕駛之人，確是執法漏洞。

二、法務部作法

法務部依照「跨部會防制酒駕拒測會議」，對於拒絕酒測者，由警察依個案判斷，如認為符合刑事訴訟法第 88 條準現行犯要件時，依法逮捕，並要求完成吐氣檢測後，移送地檢署；如不願意配合，向檢察官申請鑑定許可書，送往醫療院所

⁵ 參見道路交通事故處理規範第 15 點第 7 項查獲駕駛人酒後駕車肇事涉有違反刑法第 185 條之 3 公共危險罪案件，移送處理原則。

⁶ 參見內政部警政署於 106 年 06 月 20 日發布實施「取締酒駕拒測處理作業程序」。

等處所抽血檢驗酒精濃度，再移送地檢署。法務部為配合警方申請鑑定許可書，要求所屬地檢署受理警方辦理刑法第 183 條之 3 案件，應依法儘速、妥適處理，並強調各地檢署每日均指定檢察官 24 小時輪值內勤，如檢察官因故不在或人手不足時，所屬檢察長亦當指定適當人員處理⁷。

參、不能安全駕駛之判斷

一、不能安全駕駛專業判斷

刑法 185 條之 3 不能安全駕駛罪係 1999 年 4 月 21 日增訂，當時立法背景係鑑於國內酒後駕駛問題嚴重惡化，酒後駕車肇事之死亡率逐年增加，為維護所有參與公眾道路交通者之生命安全，也為防止交通事故之發生及酗酒駕駛交通工具者易肇事而產生之整體社會之損失與不安，參考外國立法經驗，如德國刑法第 316 條，藉抽象危險犯之實用性，完成所謂一般預防功能之截堵目的⁸。當時立法理由未明確說明不能安全駕駛罪係抽象危險犯或具體危險犯，產生諸多爭議⁹，但多數學者認為為抽象危險犯¹⁰；惟德國刑法第 316 條不能安全駕駛罪為抽象危險犯，如果行為人證實達到具體危險，其所適用法條為 315 條 c 第 1 項規定「使用酒精飲料或其他麻醉物品，以致無法安全駕駛，卻仍開車上路，引發他人生命、身體或重大財產之危險者，處五年以下自由刑或科罰金。」¹¹，上述德國刑法對於抽象危險犯與具體危險犯有明確的規範，而我國刑法第 183 條之 3 不能安全駕駛罪，立法理由未能全盤考量德國刑法規定，以致產生抽象危險犯與具體危險犯爭議。

修正刑法第 185 條之 3 不能安全駕駛罪，立法理由¹²明訂該罪為抽象危險犯，

⁷ 參見法務部檢察司 102 年 6 月 19 日新聞稿。

⁸ 參見立法院公報第 88 卷第 13 期，92~93 頁及該期 197 頁以下立委發言紀錄。

⁹ 法官魏大亮認為不能安全駕駛罪並無空白授權，行政機關以行政命令規定人體內酒精含多少數值以上，充其量僅拘束檢警機關，對於法院並無拘束力，僅為審判參考。參閱魏大量，台灣高等法院 88 年度上易字第 4856 號判決補充理由，台灣本土法學雜誌，第 8 期，2000 年 3 月，70 頁。

¹⁰ 參見林山田，刑法各罪論（下冊），2006 年 11 月，修訂五版，311 頁；張麗卿，「酒醉駕車應屬有罪」，台灣本土法學雜誌，第 8 期，2000 年 3 月，81 頁；張麗卿，「酗酒駕車在交通往來中的抽象危險—評台北地方法院 88 年度北簡字第 1484 號等判決」，月旦法學雜誌第 54 期，1999 年 11 月，174 頁；林東茂，「肇事逃逸—高等法院 89 年度交上字第 9 號判決評釋」，台灣本土法學雜誌第 16 期，2000 年 11 月，88 頁；台灣高等法院 89 年 11 月法律座談會等均認為是抽象危險犯。認為屬於具體危險犯，則有黃榮堅於〈酒醉駕車相關問題座談會〉之發言，台灣本土法學雜誌第 8 期，2000 年 3 月，96 頁。

¹¹ 參見張麗卿，交通刑法，學林文化，2002 年 12 月，74 頁。

¹² 立法理由「一、不能安全駕駛罪係屬抽象危險犯，不以發生具體危險為必要。爰修正原條文第一項，增訂酒精濃度標準值，以此作為認定「不能安全駕駛」之判斷標準，以有效遏阻酒醉駕車事

構成該罪有以下幾種：首先，行為人吐氣所含酒精濃度達每公升 0.25 或血液中酒精濃度達百分之 0.05 以上而駕車；其次，執法人員專業判斷後蒐證認為行為人飲酒駕車，且依客觀事實證明確實不能安全駕駛。對於第一種情形，行為人雖然無不能安全駕駛情形，但酒測值達每公升 0.25 或血液中酒精濃度達百分之 0.05 以上，即構成本罪；第二種情形，行為人已有客觀不能安全駕駛情形，如站立不穩、說話語無倫次、動作緩慢等情形，不論行為人是否配合執法人員酒測，皆構成該罪。

拒絕酒測真的沒有刑事責任？答案當然不是，行政院召開「跨部會防制酒駕拒測會議」，聲明拒絕酒測仍有刑事責任，對拒絕酒測者，經檢察官許可得強制抽血，以保全證據來證明行為人構成不能安全駕駛罪。事實上，刑法不能安全駕駛罪構成要件，須駕駛之行為人有服用酒類駕車為前提，且其駕車係在服用酒類後有不能安全駕駛之狀態下仍駕車為構成要件，對於行為人拒絕呼氣酒測，司法警察雖無法取得酒測報告值，惟司法警察仍可就查獲當時駕駛人酒後駕車之客觀情況證據加以蒐證，例如利用偵查設備所取得錄音、錄影，或對駕駛人所做之觀察紀錄等，如駕駛人當時是否有交通違規、蛇行、站立、行走不穩、語無倫次等客觀已存在之證據，作為認定駕駛人是否有酒後「不能安全駕駛」之證據，並非以酒精測試值唯一證據，也就說駕駛人之酒精測試值，並非唯一能證明不能安全駕駛之證據¹³。法務部於該條文立法理由也說明，拒絕酒測如有客觀事實認定不能安全駕駛，即構成本罪，因此，拒絕酒測即強制抽血並非是認定不能安全駕駛罪的唯一取證方式，現行作法顯然違反比例原則。

二、以比例原則檢驗不能安全駕駛

比例原則亦源自法治國家原則，並具有憲法之位階，其得用以制約立法、行政甚至司法，以避免各該權力行使之恣意與逾越，是為調和公益與私益，達到實現實質正義的一種理性思考原則¹⁴。比例原則乃國家干預人民基本權利所必須遵行的基礎原則，國家機關干預人民基本權利的手段與其所欲達成目的之間，必須合乎比例，亦即具備相當性的關係，包括適當性原則、必要性原則與狹義的比例原

件發生。二、至於行為人未接受酒精濃度測試或測試後酒精濃度未達前揭標準，惟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，爰增訂第二款。三、修正原條文第二項就加重結果犯之處罰，提高刑度，以保障合法用路人生命身體安全。」

¹³參見方文宗，拒絕呼氣酒測果真無刑事責任乎？刑事法雜誌，第 47 卷第 3 期，2003 年 6 月，78 頁。

¹⁴參見李震山，行政法導論，三民書局，2015 年 8 月，279-280 頁。

則¹⁵。有關拒絕酒測即以強制抽血檢測來證明當事人構成不能安全駕駛罪，以比例原則檢視，顯有諸多爭議，茲分述如下：

（一）適當性原則

採取之方法應有助於目的之達成，即是用最適當方法來證明行為人構成不能安全駕駛罪。拒絕酒測經警察機關向檢察官聲請鑑定許可書，經過檢察官同意，即可對拒絕酒測者強制抽血。現行作法顯然不適當，首先，強制抽血係對人身重大侵害，應屬法官保留事項，現行規定顯然違反法治國原則。其次，鑑定屬性為任意性取證，對於證物無法自然取得，必須強制取得，應由偵查機關向法院聲請搜索罪為之，而非以檢察官鑑定許書作為強制處分依據。第三，不能安全駕駛罪並非唯一能證明酒駕者，執法人員客觀觀察、蒐證亦能證明該罪。綜上強制抽血在適當性檢驗下顯然有問題。然為達對拒測者威嚇效果，可從刑法上由法官從重量刑及行政罰加重罰鍰、吊銷當事人駕照等方面著手。

（二）必要性原則

有多種同樣能達成目的之方法，應選擇對人民權益損害最少者為之。強制抽血目的在於證明行為人是否飲酒駕車，惟不能安全駕駛罪構成要件，除飲酒達到吐氣所含酒精濃度達每公升 0.25 或血液中酒精濃度達百分之 0.05 以上外，客觀上尚有不能安全駕駛情形可認定。因此，不能安全駕駛罪並非以抽血證明該罪惟一方法，不論行為人是否拒絕酒測，祇要客觀事實狀況有不能安全駕駛情形，執法人員可利用錄音、錄影及觀察紀錄表、執法人員職務報告等方式來證明行為人構成不能安全駕駛罪。如果酒駕者拒絕酒測，即強制將行為人帶往醫療院所強制抽血，當事人抗拒可能帶來更大傷害，但對於證明不能安全駕駛罪並無絕對幫助。所以對於拒絕酒測，可由執法人員依客觀事實認定，如行為人確實有不能安全駕駛情形，執法人員可以錄影（音）、觀察紀錄等方式來證明當事人不能安全駕駛罪，如此即可達到目的、亦可減少強制抽血過程風險及偵查機關及醫療院所採證過程資源浪費。

（三）比例性原則

採取之方法所造成之損害不得與欲達成目的之利益顯失均衡。對酒駕

¹⁵參見林鈺雄，搜索扣押註釋書，2001年9月，34~35頁。

者拒絕酒測即強制抽血在比例性原則檢視下仍有以下問題：首先、不能安全駕駛罪刑度為二年以下有期徒刑，雖然刑度原本為一年以下有期徒刑，修正提高為二年以下有期徒刑，但仍屬輕微案件，在犯罪構成要件除非只有抽血檢測值方能證明犯罪，否則在法官保留前提下，須由法官核可，方可進行強制抽血檢查。其次，新修正不能安全駕駛罪立法定位為抽象危險犯，只要拒絕酒測者有客觀上不能安全駕駛的行為，即構成本罪，該條文成罪要件除吐氣所含酒精濃度達每公升 0.25 或血液中酒精濃度達百分之 0.05 以上構成該罪外，尚有其他有客觀不能安全駕駛情形亦構成本罪要件，因此，強制抽血所造成損害與所達成目的顯失均衡。第三，拒絕酒測強制抽血規定於鑑定章，顯然欠缺正當性，應回歸本位，規範在搜索扣押，才合乎正當性，在未修改前，強制抽血仍應遵守刑法最後手段性，也就是當有其他方法能證明不能安全駕駛罪情形，偵查機關應選擇對人民損害最小，方得為之，非以侵入性強制抽血來達到目的唯一手段。

肆、強制抽血正當性思維

一、法官保留之精神

(一) 法官保留原則

法官保留原則，是指將特定的公法上事項由法官行使，並且也僅法官始能行使的原則；也就是刑事訴訟程序上足以限制或剝奪犯罪嫌疑人或被告基本權利或自由之強制處分，必須先經法官決定，始得為之。原則上刑事訴訟審判事項，屬於憲法所定的法官保留事項，此外強制處分的羈押、搜索等基於保障個人基本權的考量亦採行法官保留¹⁶。強制處分採行法官保留目的，在於防範政府濫權及保障人權，主要理由：一、職責目的考量：偵查機關主要目的在於偵查及追訴犯罪，為破案或績效，在發動強制處分自然較法官傾向從寬解釋，對於侵入性抽血鑑定涉及高度人權問題，由中立客觀的法官審核，與偵查目的導向檢察機關，較能保障人權。二、分權制衡觀點：權力發動應有節制機關，特別是對人民基本權干預，偵查機關較易受到政府政策決定及目的導向干預，如有法官制衡，犯罪偵查及人權保障較能獲得制衡。三、預防無實質原因理由的強制處分：強制抽血係對

¹⁶參見林鈺雄，刑事訴訟法（上冊總論編），2010年9月，96~97頁；林山田，刑事程序法，五南圖書出版公司，2001年9月，336頁。

人民身體自由權的侵犯，而該等權利皆為憲法上的基本人權，必須有相當理由之實質原因，始得為之；即要求政府在對人民基本權侵犯前，必須先由司法機關審核實質理由，以防止無相當理由的強制處分¹⁷。

(二) 權限分配思考

拒絕酒測強制抽血係依據刑事訴訟法第 205 之 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，偵查中，由檢察官核發鑑定許可書，審判中由法官核發鑑定許可書。鑑定人可依鑑定許可書所載之應鑑定事項，對於被鑑定人為檢查之行為。惟鑑定屬性為任意性取證，係偵查機關合法取證方式（包含自然取得強制取得）交由鑑定機關或鑑定人利用科技設備或專業知識釐清事實真相方法，不應有強制取證方式，現行對於拒絕酒測得由檢察官核發鑑定許可書，對行為人強制抽血證明是否不能安全駕駛，顯與鑑定規範目的不合。鑑定與取證目的不同，為釐清事實真相證明犯罪，必須採取強制取證方式，絕不是以鑑定規定作為執法依據。行為人拒絕酒測，必須取得酒測值作為認定犯罪構成要件，應以搜索方式強制取得。

為確認犯罪事實，釐清事實真相，理想強制取證分配如下：屬於侵入性強制採取分泌物、排泄物、血液等應由法官為之；屬於偵查權限範圍人別、指紋、照相等非侵入性強制取證，應由檢察官為之。搜索屬於法律保留事項，對於偵查權限，暫時性強制處分措施，應保留檢察官，現行搜索扣押採法官保留顯有不妥，搜索、扣押為暫時性強制處分措施，應專屬偵查權限，檢察官主要職責在於抗治犯罪，屬於社會公益最具有正義官方色彩，但無完備強制處分權（搜索權），如何抗制犯罪¹⁸？至於拒絕酒測強制抽血屬於對人身侵入性行為，核發許可處分應由法官為之，不應將該權限分配偵查中由檢察官為之，審判中由法官為之。此觀德國刑事訴訟法第 81 條 a 亦規定強制抽血命令由法官為之；在急迫之情形，檢察官及其輔佐人員亦得為之¹⁹。

¹⁷參見王兆鵬，自令狀原則論我國相關規定之缺失，收錄於氏著「搜索扣押與刑事被告的憲法權利」，2000年9月，45~55頁；林鈺雄，刑事訴訟法（上冊總論編），2010年9月，298~299頁。

¹⁸參見方文宗，搜索、扣押權限之分配，刑事法雜誌，第46卷第6期，2002年12月17-18頁。

¹⁹參見蔡墩銘譯，德日刑事訴訟法，五南圖書出版公司，1993年7月，24~25頁。

(三) 法官保留與即時取證衝突

警察機關經常利用擴大臨檢執行取締酒後駕車專案，勤務規劃依據治安狀況及地區特性選定適當路段執行，並由執勤人員的專業判斷選定對象臨檢，有效遏阻犯罪。攔檢發動原則上必須依據行為可疑、民眾報案交通違規等採取攔車檢查；或是基於宣示性預防作為，採取縮減道路全部車輛攔車檢查，達到發現犯罪及預防危害目的。由於路檢勤務對於守法民眾或許帶來部分困擾，但因警察機關基於公益目的，人民有忍受義務；對於客觀上認為有酒後駕車，不願配合警方酒測民眾，時常發生衝突。警察機關執行路檢勤務，發現民眾不能安全駕駛及拒絕酒測，向檢察官聲請鑑定許可書，經同意後得向拒測者強制抽血。現行警察機關與檢察官相互配合對於防制酒駕確實產生一定嚇阻作用，在行政效率及執法運作獲得相當助益。

拒絕酒測強制抽血與法官保留原則之間確有衝突之處，在自由國家之司法制度中，刑事訴訟制度含有許多不易解決之難題。例如，在偵查階段有保障人權與鎮壓犯罪之兩大要求相衝突：如依民主、自由之精神而重於保障人權，則使警察、檢察官產生偵查上之不便，而難於應付日益增多之犯罪事件；反之，為使社會免於犯罪之侵害而擴大警察、檢察官之職權，則易使人權受到國家權力之侵害。是故欲維持民主、自由之體制，又欲維護社會安全、消弭犯罪，在此魚與熊掌不可兼得，而欲使其兼得之情形下，當然產生許多之難題²⁰。酒後駕車僅由檢察官核發鑑定許可書，即可對酒駕者進行抽血，依法官保留原則觀之，確有不當之處。惟對於拒絕酒測者，如不即時抽血取證，酒測濃度可能因時間流逝而無法證明，易造成日後偵查機關舉證困難。強制抽血雖然在防止證據流失上確實有很大幫助，但拒絕酒測強制抽血必須有正當性及符合法治國原則。美國聯邦最高法院於2013年6月認為拒絕酒測之駕駛者，警方原則上必須有法官簽發令狀，始得對駕駛者強制抽血，但也考量不即時抽血，證據可能流失，同意警方可逕行強制抽血²¹。法治國原則真義在於，法律的制訂必須有正義的基礎，而

²⁰參見黃東雄，刑事訴訟法研究，民國70年元旦，自序文，中央警察大學出版，85年5月再版。

²¹Sherry F. Colb, The U.S. Supreme Court Rules That Blood Tests for Drunk Driving Suspects Require a Search Warrant: A Wise Decision? on the Internet and World Wide Web, at <http://verdict.justia.com/2013/05/15/the-u-s-supreme-court-rules-that-blood-tests-for-drunk-driving-suspects-require-a-search-warrant> latest visit 03/20/2014.

且可以允許批評、辯證與討論，方符合法治國原則²²。一個普遍適用的法律體系，是要合於自然的生活，並與大自然正義及義理相符，永遠公正與善的法律，是不變而永存的²³。國家在舉證犯罪有許多方法，不能便宜行政，屬於法官保留事項強制抽血，宜回歸由法官核發，以符合各機關各司其職，各安其位。況且修法後不能安全駕駛罪不是依據酒測值證明犯罪的惟一方法，執法人員依駕駛者客觀狀況，亦能本於專業判斷，證明駕駛者不能安全駕駛。

二、鑑定與強制處分本質與目的分析

鑑定處分雖規定於鑑定章，但事實上已明顯規定對人強制取證，就取證方式角度思考，顯有不妥之處。鑑定為任意性取證方式，如要進行強制力檢查身體，除須與案件有關連性外，更須通過正當性檢驗及明訂於搜索扣押罪章，否則所發動強制處分應屬不法。為鑑定而抽血檢查，屬於強制性調查，比搜索干預人民權利更大，搜索的身體檢查乃指對身體之表面或在身體之自然狀態下的凹窩及開口處進行檢查，抽血檢查乃在身體檢查之概念下尚含對身體之特定程度下之侵害。此種干預人民權利，應定位於絕對法律保留，也就是要進行對被告或犯罪嫌疑人進行強制性抽血，應有中立第三者的法官同意始可，以符合正當法律程序²⁴。

（一）鑑定的本質與目的

犯罪發生後經過偵查人員到犯罪現場勘查，認為與犯罪有關連性證據及成罪事項，將相關證物蒐證後，送往鑑定機關或人員，利用科學技術、設備及專業知識等所提出的證明或認定，以作為檢察官追訴或法官審理之參考²⁵。一般證據取得方式有二：第一、任意性取證，即證據的存在與搜取，係取證者自然發現，例如在犯罪現場與罪體勘驗時，所得的犯罪跡證或犯罪工具，或是他人主動交付而取得者，均屬任意性取得。第二、強制取證，因證據或證據方法存在的形式，無法自然發現，更無法任意取得，此時為證明事實所需，倘若欠缺此種證據，將使得事實的認定陷於不明，為確實

²²參見林東茂，刑事政策與自由主義，收錄於刑事法學之理想與探索（四），甘添貴教授祝壽論文集，學林文化事業有限公司，2002年3月，9頁。

²³See, Alexander Passerin d'Entreves, *Natural Law: an introduction to legal philosophy*, 6th (2006) at 24-25.

²⁴參見吳麗琪譯，Claus Roxin 著，德國刑事訴訟法，三民書局，87年11月，頁361；方文宗，交通法律問題評析，2008年9月，117頁。

²⁵參見林山田，刑事程序法，五南圖書出版公司，2001年9月，422-423頁。

透過證據以拼湊即往的犯罪事實，不得不採取強制性取證的方式，以確保證據得以浮現作為事實認定憑據²⁶。鑑定在取證過程，本質上屬於任意性取證方式，沒有強制取證問題，鑑定是自然取得或他人交付的證物加以鑑定釐清事實真相，不能以鑑定為方法來達到取證目的，如以此方式取證證明犯罪，顯然倒果為因，違反鑑定本質目的。

（二）強制處分本質與目的

偵查機關對於無法自然取得證據，有正當理由及合理懷疑犯罪嫌疑人或處所有犯罪證據，當然須向法官聲請搜索票強制取得，以保全證據。強制處分的性質，屬於對於人民權利的干預，然其具有不得已的事由存在，且更具有國家抗治犯罪、確保人民生命、財產安全任務，在本質及作用上，強制處分具有犯罪追訴的重要性意義，其主要性質有四：一、蒐集證明犯罪事實的證據；二、保全證據的完整性，以作為司法審判程序的基礎；三、貫徹刑事審判程序的順利進行；四、確保國家刑罰權的具體實現。因此，強制處分權的基本作用，乃在於透過司法的作用，以確保犯罪之追訴與處罰，故而，在法定權限的分配與運作時，必須考慮到，如何調和強制處分，以避免人民權利不當干預，同時又得以實現犯罪追訴與審判處罰²⁷。有關酒後駕車拒絕接受酒測，執法機關要求提供血液樣本當做檢測血液中酒精濃度之用，性質上屬於「搜索」，原則上應取得搜索票之後方得為之²⁸。現行拒絕酒測警方認為客觀合理懷疑，即可向檢察官聲請鑑定許可書，強制當事人到指定醫院抽血檢驗，以強制鑑定為方法達到取證目的，與強制處分本質目的不合。

（三）鑑定與強制處分應有定位

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。前項處分，應於第 204 條之 1 第 2 項許可書中載明。」該條文立法

²⁶參見柯耀程，證據取得與調查的思維，收錄於「刑事證據法則」學術研討會，2002 年 11 月 9 日，14 頁。

²⁷參見柯耀程，刑事訴訟法強制處分部分條文修正研討會，台灣本土法學雜誌，第 19 期，2001 年 2 月，22 頁。

²⁸參見劉靜怡，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 132 期，2013 年 10 月，8 頁。

理由說明²⁹，規範對象應為鑑定人因鑑定需要，得對被鑑定人採取分泌物、排泄物、血液、毛髮等物，為兼顧人權之保障，需經法官或檢察官許可，而非檢察官因偵查犯罪取證的需要，得對向被告強制抽血處分。檢察機關因辦案需要，證物取得如無法自然取得，當然必須向法官聲請核發搜索票，除非在緊急狀況得逕行搜索，事後再陳報法院，以符合正當法律程序。強制抽血為對人民身體完整性之侵害，干預人民基本權甚鉅，應規範於「絕對法律保留」領域內，屬於強制調查範圍，執行應嚴格採法官保留及遵守最後手段方得為之；至於在偵查人別確認如指紋、照相、犯罪現場勘驗、鑑定等，可規範於任意調查範圍³⁰。因此，鑑定屬於任意性取證範圍，對於證物無法自然取得或他人交付，偵查機關認為必要取得該證物，應向法院聲請核發搜索票，方得為之。

鑑定證物取得方式有二種，第一、自然取得：即犯罪發生後，偵查機關於犯罪現場勘查自然取得或他人主動交付之物；第二、強制取得：即無法自然取得，偵查機關認為該證物與待證事實相關或為成罪事項，向法院聲請核發搜索票強制取得，或是認為證物可能即將滅失，發動逕行搜索強制取得，事後向法院陳報。搜索乃以發現被告或犯罪證據或其他可得沒收之物為目的，而對於被告或第三人之身體、物件、住宅或其他處所等，施以搜查之強制處分³¹；扣押係指對於可為證據或得沒收之物，取得占有之強制處分³²。搜索扣押證物取得方式原則上必須使用強制力，除非執行時當事人願意配合執行，否則執行人員僅在比例原則範圍使用強制力，為法律所允許，惟發動執行必須向法院聲請搜索票，經過法官核可始得為之。目前警方處理拒絕酒測者，經檢察官同意核發鑑定許可書即可強制抽血，所依據法律為刑事訴訟法第一編第一二章證據第三節鑑定及通譯第 205 條之 1 鑑定之必要處分一採取分泌物等之許可，該條文證物取得屬於任意性取證方式，現行作法為強制取證方式，執行方式顯然欠缺客觀中立第三者審核，

²⁹ 「依目前各種科學鑑定之實際需要，鑑定人實施鑑定時，往往有必要採取被鑑定人之分泌物、排泄物、血液、毛髮或其他出自或附著身體之物，或採取指紋、腳印、聲調、筆跡、照相或為其他相類之行為，為應實務之需要，兼顧人權之保障，爰參考德國刑事訴訟法第 81 條 a 第 1 項之立法例，於本條第 1 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。鑑定人實施鑑定時，所為本條第 1 項之行為，屬審判長、受命法官或檢察官之處分，故明定應於修正條文第 204 條之 1 第 2 項許可書中載明，以求明確，並免爭議。」

³⁰ 參見方文宗，強制抽血取證正當性之研究，律師雜誌，第 286 期，2003 年 7 月，140-141 頁。

³¹ 參見林山田，刑事程序法，五南圖書公司，2001 年 5 月，333 頁。

³² 同前註，339 頁。

宜將偵查犯罪採取分泌物、排泄物、血液等強制處分規範條文由鑑定章節調整至搜索及扣押章節，使法律所規範目的回歸本位，順應自然。

三、法規檢討

(一) 行政罰作為強制處分檢討

目前發生交通事故，依道路交通管理處罰條例第 35 條規定³³，行為人必需接受是否有飲酒、吸食毒品、迷幻藥、麻醉藥品及其相類似之管制藥品檢測，如果不願意接受測試，執法人員可將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。政府認為對於現行酒駕者拒絕酒測未肇事者，需請檢察官核發鑑定許可書，始可強制抽血，在執行上有不足之處，故將提出「道路交通管理處罰條例第 35 條條文修正草案」，修正取消現行條文中需有「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³⁴。

現行對於發生交通事故，肇事者拒絕接受檢測，得依道路交通管理處罰條例對肇事者強制抽血，顯有不妥，茲說明如下：一、行政法規作為強制處分依據顯然不妥：道路交通管理處罰條例立法目的「為加強道路交通管理，維護交通秩序，確保交通安全」，而非刑事程序的強制抽血處分，以行政法規作為規範刑事程序，且涉及人民高度核心基本權部份，實為不妥。二、違反法官保留：強制抽血是對行為人身體健康完整性侵害，對當事人權利影響甚鉅，對於此種權利干預，應為法官保留事項，由中立客觀的第三者審查，考量訴訟進行阻礙程度、取證需要性及人權保障等，始得為之；現行制度依道路交通管理處罰條例作為發動依據，顯然違反法官保留原則。三、違反權力分立精神：屬於司法權範圍行政機關即不宜介入，行政機關基於政策推動、任務執行必須制定相關法規，但不能逾越法規範圍或增加權限範圍；道路交通管理處罰條例規定肇事者拒絕接受檢測，即可強制抽

³³道路交通管理處罰條例第 35 條第 1 項「汽車駕駛人，駕駛汽車經測試檢定有下列情形之一者，處新臺幣一萬五千元以上九萬元以下罰鍰，並當場移置保管該汽車及吊扣其駕駛執照一年；附載未滿十二歲兒童或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 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。」

³⁴參閱自由電子報 2013 年 6 月 18 日。

血，顯然侵犯司法權限範圍，實為不當。

交通部將提案修改道路交通管理處罰條例第 35 條第 5 項，將條文中汽車駕駛人肇事拒絕接受或肇事無法實施測試之檢定者的「肇事」拿掉，如果修法成功，未來對於拒絕接受酒測者，不論是否「肇事」，交通執法人員均能將拒測者強制移由受委託醫療或檢驗機構抽血檢查。現行拒絕酒測強制抽血必須經過檢察官核發鑑定許可書始得為之，已經違反法官保留、比例原則及刑法最後手段性原則，國家不能因酒駕肇事率高，則利用此一民氣，而未能冷靜思考制定合理適當法律，對防制酒駕問題，國家應從法治國原則深思，提出有效方案，才是正道。否則提出違反法治原則政策，若該項政策修法成功，恐有侵犯人權，違反法治國原則。

(二) 強制抽血以鑑定作為取證方法檢討

鑑定既然是在取得證物後，就成罪事實有關連性的證物送鑑定機關加以驗證，本質上不涉及取證強制力問題，不能為達到鑑定目的，而以強制取證方式為之。任意性取證，主要係在於確認證據資料與證據方法的關連性，如無關連性便不能任意取得，更無使用強制力立場。鑑定不是舉證，法官於審判案件時，係就犯罪事實，由偵查機關提出證據，並以證據說服法官，法官基於中立立場，就證據與犯罪之關連性，偵查人員取證合法性及證據鑑定後之事實等，綜合判斷，形成心證，在自由心證下作出正確裁判。鑑定一般均在不使用強制取得情形下，就犯罪現場所遺留物品等，認為符合成罪事項，依法送鑑定機關釐清事實的證據調查方法。在偵查或審判過程，如發現與犯罪相關之物品須送鑑定，但該物品在當事人手中，如請其交付可能遭受湮滅或不願自動提出，此時才由法院審查簽發搜索票，以強制力來取證，目的在於搜索扣押後將證物送鑑定。鑑定須有關連性、可信性，就現有物證送鑑定，以確認犯罪事實，此為程序外取證方式，無須討論取證正當性問題。因此鑑定係就既有證物加以釐清事實真相，搜索取證為從無到有取證方式，顯見鑑定與取證並非相同性質，更不能為鑑定而隨意對當事人取證³⁵。

目前警方執行路檢發現拒絕接受酒測者，得向檢察官聲請鑑定許可書，經檢察官核可之後，得將行為人送往醫療院所強制抽血，以達到證明行為人的血液酒精濃度及構成不能安全駕駛罪取證目的。然而如上述所論，鑑

³⁵參見方文宗，論鑑定，刑事法雜誌，第 48 卷第 1 期，2004 年 2 月，73 頁。

定本質為任意性取證，不涉及強制取證，對於強制取證，應使用搜索扣押方可為之，在依取得證物送往鑑定機關，釐清犯罪事實。實務作法在取證正當性顯然不當，違反鑑定本質、法官保留之精神、刑罰最後手段性原則及立法技術原則等。為使拒絕酒測在法治原則下得到較為圓滿定位，本文建議將鑑定必要處分之採取抽血、分泌物等事項由刑事訴訟法證據章修改至搜索扣押章。

拒絕酒測強制抽血建議移至搜索扣押章之後，原則上行為人拒絕酒測，偵查機關非以強制抽血無法證明不能安全駕駛罪，必須採取侵入性取證方式，應向法官聲請搜索票，經過核可後始可對行為人強制抽血。但有相當理由認為情況急迫，非迅速強制抽血，證據有滅失之虞者，得授權檢察官及其司法警察亦得為之，適用緊急搜索相關規定。至於偵查機關因執行逮捕被告或執行拘提、羈押時附帶搜索，發現被告飲酒駕駛動力交通工具情形，有相當理由認為被告不能安全駕駛，得要求接受吐氣檢測，被告如不同意，依情況適用一般搜索或緊急搜索相關規定。

伍、結語

社會要長治久安必須依其本質，作出最適當，最合理的定位。拒絕酒測並非就能免除不能安全駕駛罪，而對酒駕者強制抽血亦非是證明不能安全駕駛罪唯一取證方式，其他客觀事實經證明行為人當時有不能安全駕駛狀況，如無法單腳獨立、語無倫次、口齒不清等，執法人員即可加以錄影（音）蒐證，作成紀錄，判斷構成不能安全駕駛。實務對於拒絕酒測執著以強制抽血作為認定不能安全駕駛罪，顯然無法充分掌握該條文構成要件，亦違反法律最後手段性原則。

強制抽血取證作為認定不能安全駕駛，顯然違反法官保留之精神，目前搜索扣押必須法官保留，為何比搜索扣押更大侵入抽血無須法官保留，現行制度實在無法通過比例原則檢驗。另鑑定是在任意取證前提下，經過鑑定機關或人員進行專業判斷證明犯罪事實，當犯罪有關連性證據及成罪事項證物無法自然取得，偵查人員必須依搜索扣押強制取得，而非以鑑定取代搜索，現行制度顯然對鑑定本質有所誤解。為符合強制抽血符合法官保留原則、取證正當性，本文建議刪除刑事訴訟法第 205-1、205-2 條，增列第 122 條之 1，並將該條文增訂為：「第一項：為確認犯罪嫌疑之必要，得對被告或犯罪嫌疑人採取分泌物、排泄物、血液、毛髮、唾液、尿液、聲調、吐氣、指紋、腳印、筆跡、照相或其他相類似之行為。第二項：前項侵入性方式已無其他舉證方式方得為之。第三項：侵入性檢查命令

由法官為之；但情況急迫，檢察官及其司法警察亦得為之；其他非侵入由檢察官或司法警察為之。第四項：侵入性檢查經法官核可後，應命醫師為之³⁶。」以符合強制取證及搜索扣押權限應有定位。

強制抽血取證屬於刑事強制處分範圍，現行以道路交通管理處罰條例第 35 條作為對肇事者強制抽血依據，顯然違反法律規範目的；交通部將提案修改道路交通管理處罰條例第 35 條修正取消條文中需有「肇事」，才能強制對拒絕酒測者採樣及測試檢定的條件，實是荒謬，更是欠缺正當性，建議刪除道路交通管理處罰條例第 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」。

³⁶參見方文宗，交通法律問題評析，元照出版，2008 年 9 月，63 頁。

