

東亞法治與人權叢書 ③

干預處分與刑事證據

林鈺雄 著

Coercive Measures
and Criminal Evidence

本書簡介

刑事程序的追訴措施，難免會影響或干預被告乃至於第三人的權利，現代各法治國家一方面容許國家機關在追訴過程干預個人權利，但另一方面也設定其干預界限，而個人權利保障及其干預界限的辯證關係，正是當代刑事訴訟法的核心課題。此外，證據法向來是訴訟法的靈魂，而干預界限的確實遵循，也有賴於證據法課予的禁止效果。本書以干預處分與刑事證據為課題，研究身體檢查處分、鑑定留置、羈押、搜索、證據禁止、嚴格證明等相關理論的議題，並評析我國實務發展與立法動向。

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏

ISBN 978-986-01-1581-9




9 789860 115819



5D123GA

定價：480元

臺灣大學人文社會高等研究院 東亞法治之形成研究計畫

 元照出版公司

地址：臺北市館前路18號5樓

電話：(02)2375-6688

網址：www.angle.com.tw

東亞法治與人權叢書系列(3)

干預處分與刑事證據



林鈺雄 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

干預處分與刑事證據／林鈺雄著. -- 初版.--
臺北市：臺大人社高研院，2008.01
面；公分.--（東亞法治與人權叢書系列；3）
含索引
ISBN 978-986-01-1581-9（精裝）

1. 證據 2. 刑事偵查

586.6

96021674

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏

東亞法治與人權叢書系列(3)

干預處分與刑事證據

5D123GA

2008年1月 初版第1刷

手
外
用
書

作 者 林鈺雄
出 版 者 國立臺灣大學人文社會高等研究院
總 經 銷 元照出版有限公司
100 臺北市館前路 18 號 5 樓
網 址 www.angle.com.tw
定 價 新臺幣 480 元
訂購專線 (02)2375-6688
訂購傳真 (02)2331-8496
郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-986-01-1581-9

序

出版這本書時，我腦海浮現的，是一幕十幾年前在慕尼黑大學課堂的場景。

我的指導老師——治學嚴謹但也風趣詼諧的 Roxin 教授，在其證據禁止研討課程時以一則德國實例作為開場白，案例大要如下：A、B 於夜間侵入 C 開設的店，C 發現後在黑暗中以武器還擊，其中一名入侵者受傷後兩人逃逸。後來，警員 P 根據 C 提供的線索到附近某大醫院查訪，並找到當夜急診室的值班醫師 D，但 D 基於醫療業務秘密之拒絕證言權，拒絕透露傷患就醫資料；鍥而不捨的 P，轉而尋求當夜值班護士 E 的協助，E 基於同樣理由而予婉拒；P 雖不為難 E，但靈機一動表示：醫療人員固然不能洩露病患資料，但陪同隨行者並非病患，透露無妨，E 鬆了一口氣，交出了隨行者 B 的個人資料，隨後 P 遂按圖索驥找到 A 而破案。本案後經檢察官對 A、B 兩人提起公訴。

聽到這裡時，來自於「不同國情」的我，一方面腦袋是一頭霧水（德國犯人怎麼會笨到在犯案受傷後還去就醫？還留下真實姓名資料？德國醫生護士怎麼膽敢拒絕警方的要求？…），二方面心理也默默讚嘆德國警察的分寸及機智。沒想到，Roxin 說完案例後提出的問題是：法院應否禁止使用本案的相關就醫資料？更不可思議的是，在座德國同學競相舉手，贊同應該禁止使用，主要理由是：警方的作法實質上規避了醫療拒絕證言的規範目的，使用此種證據將造成傷患者不敢就醫的寒蟬效應。

坦白說，對於當時的我而言，這整件事真是天方夜譚。儘管曾熟讀台灣刑事訴訟法的學說及實務，但那時我的視野被國內主流

的單一性與同一性所侷限，對干預處分與刑事證據，其實連一知半解都談不上，更遑論什麼證據禁止了；就此，我國法與德國法的差距，豈止是一甲子而已？我帶著這場「震撼教育」的餘悸，努力上完證據禁止及其他的刑事訴訟課程之後，才得以登堂入室，窺見刑事訴訟另外一個殿堂的奧妙。隨後也抱著「不入虎穴，焉得虎子」的傻勁，以干預處分之法官保留及權利救濟為論文主題，順利完成我的博士學業。

這段過去說來容易，但邯鄲學步、追平落差的求學歷程，豈足為外人道？及至 1998 年我回國任教之際，國內仍然充斥著諸如「我國因採職權主義故對證據種類、能力不設限制」及「歐陸法就強制處分不採法官保留」等以訛傳訛的「通說」，而諸多根深蒂固的誤解，隨後在司法改革桂冠的加持之下，反而更為牢不可破。為了正本清源，細說從頭似乎是不二選擇；可惜的是，儘管我加足馬力，但數年來疲於應付慌亂修法引發的燎原之火，以致於無法按照既定規劃來完成自我期待，迄今僅能提出有限的成果。

本書所收錄的干預處分與刑事證據論文，創作年代橫跨十年，從我早期任意揮灑的青澀之作，及至近日反省我國格局走向的止觀靜慮。頓然回首，才覺修為深度跟不上歲月增長，真該自我警惕。

最後，在出版事宜方面，要特別感謝元照出版公司的全力協助，以及王士帆、陳昭龍、施育傑、陳以蓓及張立姍的校對與建議。

2007 年深秋於紗帽山麓

◎ 作者簡介

林鈺雄，台灣台北縣人。台灣大學法律系、法研所畢業，司法官、律師考試及格。1993年9月赴德留學，追隨駱克信（Claus Roxin）教授攻讀刑事法，並以「法官保留及對刑事訴訟上基本權干預之救濟」為論文題目，於1998年獲頒慕尼黑大學法學博士學位。2005年獲德國宏博基金會（Humboldt-Stiftung）研究獎勵金資助，再赴德深造半年，以歐洲刑事法之整合趨勢為研究範圍。

作者曾任教於政治大學法學院，現任教於台灣大學法律學院。

主要學術著作包括：

- 《檢察官論》（1999）。
- 《刑事法理論與實踐》（2001）。
- 《搜索扣押註釋書》（2001）。
- 《嚴格證明與刑事證據》（2002）。
- 《新刑法總則》（2006）。
- 《刑事訴訟法(上)(下)》（2007年5版）。
- 《干預處分與刑事證據》（2008）。

主編書籍包括：

- 《人權之跨國性司法實踐—歐洲人權裁判研究(一)》（2007）。
- 各式法典。

目次

第一部分 干預處分

◎ 從基本權體系論身體檢查處分	3
壹、前言與出發案例	5
貳、身體檢查處分之基本權干預體系	9
參、身體檢查與搜索處分之區別	18
肆、授權範圍、類推禁止與附帶干預	25
伍、干預門檻之類型化與比例化	36
陸、我國新法癥結：法律保留與比例原則之失敗結合	51
柒、結語	55
◎ 對被告／犯罪嫌疑人之身體檢查處分	57
壹、前言	59
貳、德國法之分析	61
參、我國法之檢討	75
肆、特殊問題之研究	84
伍、立法建議—代結語	94
◎ 對第三人之身體檢查處分	97
壹、問題之提出：與我何干？	99
貳、本文立場與研究範圍	102
參、限定受干預人範圍之原則	104
肆、限定干預手段及同意之原則	118
伍、賦予拒絕干預特權之原則	125
陸、我國立法之檢討	135
柒、結語	140
◎ 論鑑定留置制度	141
壹、前言	143
貳、德國法之分析	144
參、我國法之檢討	156
肆、結語	167

IV◎目次

◎ 急迫性搜索之事後救濟—兼評刑事訴訟法第一三一條修法	169
壹、前言：例外是原則？	171
貳、事後救濟之立法模式	174
參、我國現行立法之評析	182
肆、事後救濟與證據使用禁止	194
伍、立法建議—代結語	199

第二部分 刑事證據

◎ 協商程序與審判及證據原則	203
壹、前言：訴訟構造的質變	205
貳、從原則取向到契約取向之訴訟構造？	208
參、協商對原則取向訴訟構造之衝擊	211
肆、「停損」之控制途徑	226
伍、結語	241
◎ 從基礎案例談證據禁止之理論與發展	243
壹、證據禁止導論	245
貳、證據禁止之內涵及類型	252
參、證據使用禁止之功能	265
肆、證據使用禁止之理論	274
伍、證據使用禁止之放射效力及其限制：毒樹果實論之運用及界限	294
陸、總結與展望	300
◎ 德國證據禁止論之發展與特色	303
壹、前言	304
貳、德國證據禁止之發展	306
參、德國證據禁止之特色	316
肆、結語	326
伍、補充說明	327

第三部分 判解研究

◎ 蓋上潘朶拉的盒子—大法官釋字第五八二號解釋終結第六種證據方法？	331
壹、前言：嚴格證明的里程碑	333
貳、釋字第五八二號解釋之要旨	335
參、評釋	340
肆、結語	363
伍、附錄：最高法院發展之新趨勢	364
◎ 干預處分與刑事證據—台灣高等法院近年來座談會相關提案之評釋	379
壹、前言	380
貳、羈押與徒刑之競合（'02-25 號提案）	380
參、搜索票之有效期間（'01-36 號提案）	387
肆、無票搜索（'02-26 號及'03-23 號提案）	390
伍、拒絕證言與傳聞例外（'03-24 號提案）	397
陸、結語	404

第四部分 立法評析

◎ 鳥瞰二〇〇二年一月刑事訴訟之修法—澄清義務、起訴審查、交付審判及緩起訴制之檢討	407
壹、前言	408
貳、職權調查義務之限縮	409
參、起訴審查制之採行	412
肆、交付審判制之引進	417
伍、緩起訴制之建立	423
陸、其他修法	430
柒、結語	434

VI◎目次

◎ 鳥瞰二〇〇三年一月刑事訴訟之修法.....	437
壹、前言	440
貳、辯護人、輔佐人及代理人.....	440
參、證據章通則	444
肆、證據章人證節	462
伍、證據章鑑定節	464
陸、證據章勘驗節	468
柒、證據章證據保全節.....	470
捌、公訴章審判節（第二編第一章第三節）	473
玖、自訴	479
拾、其他修法	480
拾壹、結語	482
◎ 本書索引.....	483

第一部分

干預處分

2◎第一部分 干預處分

從基本權體系論身體檢查處分

壹、前言與出發案例.....	5
貳、身體檢查處分之基本權干預體系.....	9
一、獨立型態之強制處分.....	9
二、身體檢查處分之體系定位與支配原則.....	10
(一) 憲法優位性之原則.....	10
(二) 國家與個人之關係.....	11
(三) 基本權之保障範圍.....	12
(四) 基本權之干預.....	14
(五) 干預之正當性.....	16
1、法律保留原則.....	17
2、比例原則.....	17
參、身體檢查與搜索處分之區別.....	18
一、問題之所在.....	18
二、學說之標準.....	20
(一) 干預目的觀點.....	20
(二) 干預手段觀點.....	21
(三) 目的與手段之混合觀點.....	21
三、本文之見解.....	23
(一) 單一目的觀點之嘗試.....	23
(二) 邊界案例之檢討.....	24
肆、授權範圍、類推禁止與附帶干預.....	25
一、授權基礎的明確性.....	26
二、授權干預之類推禁止.....	28
三、授權範圍與附帶干預.....	30
(一) 自由之拘束：暫時性強制與同行問題.....	30
(二) 進入處所之干預.....	32
(三) DNA 之檢測.....	33

伍、干預門檻之類型化與比例化	36
一、基本問題之說明.....	36
二、派生原則之運用.....	37
(一) 適合性原則與用途限制.....	37
(二) 最小干預之界定：以酒精濃度測試為例	38
(三) 狹義比例原則：以抽取體液案為例	39
三、類型化之指標	41
(一) 受干預人之基準	43
(二) 干預程度之基準	45
(三) 追求目的之基準	46
四、比例原則與授權界限.....	47
(一) 比例原則、核心理論與無損健康原則	47
(二) 不自證己罪原則作為干預界限	49
陸、我國新法癥結：法律保留與比例原則之失敗結合	51
一、擴張國家權力的授權形式.....	51
二、忽略比例原則的授權基礎.....	53
柒、結語.....	55

壹、前言與出發案例*

包括 Roxin、Sax 及 Eb. Schmidt 在內，諸多當代知名法律學者曾以應用之憲法（angewandtes Verfassungsrecht）、憲法之施行法（Ausführungsgesetz zum Grundgesetz）、憲法的測震儀（Seismograph der Staatsverfassung）及法治國的大憲章（Magna Charta des Rechtsstaates）等用語來傳達憲法與刑事訴訟法的特殊關連性，以及刑事訴訟的立法與解釋必須特別注重憲法基本權保障的觀點¹。這種特殊的關連性，最為明顯的表現，莫過於刑事訴訟上容許的基本權干預；鑒於這些追訴性手段對憲法所保障人民基本權造成干預的嚴重性、徹底性，如果基本權體系不能貫徹到刑事訴訟領域，等於是委棄了最重要的守地²。

身體檢查處分（die körperliche Untersuchung）便是測試「刑事訴訟法作為應用憲法」最佳的「試金石」之一，因為：一來，身體檢查處分是各國追訴實務經常使用之強制干預手段，尤其是交通刑法的制定（如我國刑法第一八五條之三）以及新型醫學技術的發明（如 DNA 檢測），使得此一刑事訴訟上基本權干預的重要性日增。二來，由於某些身體檢查方式帶有高度的危險性（如開刀），可能對健康乃至於生命造成威脅，因此，其對基本權干預的嚴重程度，

* 本文原載《台大法學論叢》，第 33 卷第 3 期，頁 149 以下，2004 年 5 月。

¹ So. z.B. Hilger, Über verfassungs- und strafverfahrensrechtliche Probleme bei gesetzlichen Regelungen grundrechtsrelevanter strafprozessualer Ermittlungsmaßnahmen, in: FS-Salger, 1995, S. 319ff.; Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., 1998, §2 Rn. 1; Sax, in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrecht, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, III/2, 1959, S. 909, 966f.; Eb. Schmidt, Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, 2. Aufl., 1964, Rn. 99, 333.

² Vgl. Amelung, Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe, 1976, S. 13ff.

6◎從基本權體系論身體檢查處分

在某些個案中甚而會超過羈押。三來，由於身體刑（如拷打）已經在立法層次普遍被禁止，因此，身體檢查處分成爲目前刑事法領域之中，少數會直接造成身體上生理痛楚的合法干預手段。這些也構成了身體檢查處分的獨特性。

值得注意的是，身體檢查處分在憲法基本權體系及刑事訴訟上的重要性，與其受重視的程度，並不成正比。首先，儘管許多身體檢查處分的棘手問題，最後都必須回歸憲法基本權體系與理論來解決，不過，由於其主要運用領域畢竟在於刑事訴訟法，因此，國內憲法基本權的基礎文獻儘管燦然大備，但卻鮮少深究此類處分。其次，我國刑事訴訟法（以下簡稱本法）雖然在制定之初即有身體檢查之相關立法³，但七十年來的刑事訴訟相關之文獻與判例，卻是鳳毛麟角；二〇〇三年一月，立法院三讀通過達上百條的刑事訴訟法部分修法條文，其中超過十條數量的修法與身體檢查處分有關，這是否因而重新引發學界及實務之重視，值得觀察⁴。

本文擬從憲法基本權體系的角度切入，論述刑事訴訟上之身體檢查處分的基本問題。首先，本文論證身體檢查處分是刑事訴訟上獨立型態的基本權干預（下文貳）；其次，我國法既然分別規定身體檢查與搜索處分，表示這兩種處分有別，這個立法基點，證諸

³ 現行刑事訴訟法第 204 條的前身，乃 1935 年刑事訴訟法第 191 條的規定，本來即有鑑定人得檢查身體之規定；而現行刑事訴訟法第 213 條規定的前身，乃 1935 年刑事訴訟法第 155 條的規定，本來也有勘驗得爲檢查身體處分之規定。除了條次之外，從 1935 年到 2003 年修法之前的幾十年間，上開兩規定的內容幾乎未曾變動（相關歷史法條請參閱 <http://wjirs.judicial.gov.tw/jirs/judge.asp>）。從另一方面言，由於 1935 年刑事訴訟法，同時也存在搜索的規定，因此，可以看出本法在制定之際，已經區分搜索與檢查身體兩種處分，關於此兩者之區別請參閱下文參。

⁴ 關此，請參閱台灣刑事法學會於 2003 年 3 月 29 日在東吳大學舉辦之「刑事訴訟法最新增修之檢討」中，由報告人張麗卿發表的〈鑑定制度之改革〉，及與談人林俊益發表的〈鑑定留置、鑑定處分與強制採樣〉二文。

身體檢查為獨立基本權干預的理由，也有其論據，但因而衍生的問題是，身體檢查與搜索處分的區別界限何在？這也是必須交代的基本問題（下文參）。再者，作為基本權干預，形式上固應受法律保留原則之拘束，然而，到底身體檢查處分的授權範圍如何？例如包不包括同行、壓制等暫時性的自由拘束？包不包括進入宅處之干預？授權抽血的立法，是不是當然包括 DNA 檢測在內？都是必須進一步探討的問題（下文肆）。此外，作為基本權干預實質要件之比例原則，對身體檢查處分之立法層面及司法與執行層面，也產生諸多實質影響。干預門檻的類型化，便是比例原則立法化的表現，亦即針對各種不同干預內容與干預程度的身體檢查處分，設定不同的實體與程序門檻，據此，基準何在以及門檻如何設定，便是應予探究的核心問題；還有，從比例原則的作用或從基本權的核心理論，是否可能導出根本禁止某些檢查措施（如過於危險的手術或違反不自證己罪原則之檢查措施）的結論，也是應該研究的重點（下文伍）。最後，本文擬總結此次相關修法的利弊得失（下文陸）。

在進入正題之前，本文擬以幾則案例，作為討論之出發點：

【案例一：醉月摧花案】

某日夜間，乙倉皇攔下正行經台大新生南路校門口的巡邏警車，稱其甫在台大醉月湖畔樹叢被某身穿黃色夾克的不詳男子性侵害，嫌犯雖因乙反抗而被抓傷手臂，但仍射精得逞並隨即逃逸。警員丙、丁隨即兵分兩路搜查，丙隨同乙在辛亥路校門口附近見一身著黃色夾克之男子甲，因乙指稱「很像他」，丙遂上前攔阻甲，要求其表明身分並欲查看其手臂，但遭甲拒絕。試問：

- 1、丙得對甲實施何等調查行為？得否逮捕並「附帶搜索」其手臂傷痕？得否強制檢查其手臂有無傷痕？
- 2、本案能否以及如何取得乙身體殘留之精液及甲之血液，以

供比對其 DNA 是否為同一人？

【案例二：吞囊毒販案】

警員丙接獲線報，前往大同公園查緝毒品交易，果見多次進出警局、前科累累的小毒販甲正欲交付不詳男子乙一小包白色粉末，丙隨即撲上逮捕甲，但慌亂中乙逃逸。試問：

- 1、若甲將該小包白粉吞在口中，丙得否「附帶搜索」其口腔並扣押該小包白粉？
- 2、若甲已將其吞入胃部，丙得否將其帶往醫院由醫師施以催吐劑而取出之？

【案例三：殺警奪槍案】⁵

某兩夜，警員丙遭某蒙面男子襲擊殺害，配槍被奪。根據目擊者描述，在爭奪中丙曾開槍擊中該男子的上身，而現場僅遺留一彈殼但卻無子彈，且因大雨沖刷故亦未採集到可供比對的血跡。一年之後，檢警因破獲另一槍擊案而發現，主嫌甲使用者即為該遺失警用配槍，因而認為甲涉嫌殺警奪槍案，但甲則否認並表示該槍乃在黑市向綽號阿砲的男子以兩萬元購得，且該次交易後再未見過阿砲，亦不詳其身分或槍枝來源，惟甲亦承認體內有未取出子彈。試問：

⁵ 請比較美國法上實際發生的 *Winston v. Lee* 案例 (470 U.S. 753 (1985))，該案也涉及以麻醉手術取出被告體內子彈，據估欲完成該手術，至少要全身麻醉兩小時以上，而且由於該手術會動到肌肉組織，因此可能引起肌肉、神經、血管及其他身體組織的傷害。關於該案簡旨可參閱 *Kamisar/LaFave/Israel/King, Modern criminal procedure: Cases-comments-questions*, 9th ed., 1999, pp. 250。但應注意，由於各國法對強制處分之分類有別，故美國法將該案評價為搜索之看法，不能直接套用在我國法，請參閱下文參之說明，並請比較下列文獻之不同見解：王兆鵬，〈法官審核搜索票之權責〉，《司法周刊》，第 1041 期第 2 版，2001 年 7 月 25 日。

- 1、檢察官得否為釐清案情而命醫師以開刀手術取出該子彈以供比對？
- 2、設若醫師手術前經 X 光等檢驗結果，發現該卡在胸腔的子彈因位置接近脊椎神經且已有身體組織附生，手術若失敗可能導致身體癱瘓，情形有無不同？

貳、身體檢查處分之基本權干預體系

一、獨立型態之強制處分

首先要說明的是身體檢查處分的獨立性。所稱獨立性，一來是相對於證據調查程序而言，二來是相對於其他強制處分／刑事訴訟上之基本權干預而言，後者尤指與搜索之區別（詳見下文參）。

前者，是指強制處分與證據調查兩者之區辨。取得證據（*Beweisgewinnung bzw. -ermittlung*）及證據調查程序（*Beweis-aufnahmeverfahren*）是不同的概念，通常具有先後關係：以【吞囊毒販案】為例，警方得否以及如何取得嫌疑人甲藏匿於身體的白色粉末，這是強制處分／刑事訴訟之基本權干預層次所要規範的事項；反之，取得該白色粉末之後，將其送請鑑定是否為安非他命，則屬後段之證據調查程序，基於嚴格證明法則之要求，在此應依證據章所定鑑定人之證據方法來處理。同樣的問題套在採樣處分，以【醉月摧花案】為例，採集嫌犯殘留於被害人乙身體內之精液以及抽取嫌犯甲之血液，屬於前段的強制干預處分；將該兩體液樣本送請鑑定人檢測並比對 DAN 遺傳特徵是否屬於同一人，則是後段的證據調查問題，在此也是涉及鑑定人之證據方法。

由於以上兩類型的訴訟行為，程序目的、種類及階段有別，因而，所應適用之支配原則的立法考量，也大不相同。在前段，即

取得證據的強制處分層次，重心在於基本權干預及其正當化（合法化）要件，尤其是各該干預發動與執行的實體門檻（如要求何等犯罪嫌疑程度）與程序要件（如是否採行法官保留原則）問題。反之，在後段，即對已經取得之證據的調查程序，由於原則上是審判期日的一環（本法第二七六條第二項、第二八八條第一項參照），因此重心在於如何達成嚴格證明法則的要求（此即本法第一五五條第二項所稱之「合法調查」），包括應使用何種法定證據方法（如勘驗或鑑定）、應如何踐行該證據方法之特別程序（如鑑定人之具結、拒卻）、應如何遵守審理的共同原則（如命鑑定人出庭以直接審理並受詰問）。以【殺警奪槍案】為例，在取出子彈的強制處分階段與層次，要考慮的重點是到底什麼人根據什麼授權規定得取出該子彈（法律保留原則），以及該項手術對本案釐清的重要性與對健康造成的危險性（比例原則）；反之，在鑑定的證據調查程序階段，重點尤其在於如何使該鑑定結果「出於審判庭」，諸如鑑定人出庭、具結及（受）詰問等調查方式的問題。

基於以上的認知，身體檢查處分是獨立於調查程序之外的干預類型，因此原則上應在強制處分章節予以獨立規範，而非依附規定在鑑定或勘驗的證據調查章節，否則將會模糊問題的焦點，造成以不適當的鑑定之一般規定而規範身體檢查之特別干預的立法缺失。少數的例外，則是強制處分與調查證據產生競合的情形，勘驗身體便是一例（如法官當庭勘驗被告手臂傷痕），此時，由於性質使然，干預授權要件與證據調查方式合而為一，但這畢竟是例外情形，不能因而概括否認身體檢查處分實屬於外於證據調查程序之獨立強制處分。

二、身體檢查處分之體系定位與支配原則

（一）憲法優位性之原則

猶如其他強制處分，身體檢查處分一方面是為了完成程序目的而實施的訴訟行為（*Prozeßhandlungen*），但另一方面也同時是刑事訴訟上的基本權干預（*strafprozessuale Grundrechtseingriffe*）。自從雙重功能之訴訟行為理論（*Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen*）提出之後⁶，學理上已經不可能再以訴訟行為之程序性質而否認基本權干預之實體性質⁷。

一言以蔽之，刑事訴訟上之基本權干預，應受憲法基本權要求之拘束。詳言之，無論在立法層次或司法（廣義，兼指發動與執行）層次，任何干預人民基本權之強制處分，依照憲法優位性（*Vorrang der Verfassung*）之原則，消極方面不得違反憲法的明文，尤其是其中的基本權規定，否則無效（憲法第一七一條第一項、第一七二條、中央法規標準法第十一條參照）；積極方面，強制處分規定，必須充實抽象的憲法規範，將其基本價值及基礎原則予以具體化⁸。

就結論言，包括身體檢查處分在內的所有強制處分，都必須通過三個階段的審查（基本權→基本權干預→干預的正當性），始為「合憲、合法」之基本權干預，但其前提必須涉及國家與個人的關係。以上三個層次及其前提之審查，一來可以區別身體檢查與其他種類的基本權干預（尤其是其搜索之區別，詳下文參），二來可以判斷個案中系爭的身體檢查處分是否合憲、合法。以下分別說明。

（二）國家與個人之關係

首先，系爭關係必須屬於國家與個人間的公法關係，始有進

⁶ Vgl. Niese, *Narkoanalyse als doppelfunktionelle Prozeßhandlung*, ZStW 63 (1951), S. 199 ff.

⁷ Vgl. Amelung, *Probleme des Rechtsschutzes gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe*, NJW 1979, 1687 ff.

⁸ Vgl. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl., 1995, Rn. 199.

入以下三階基本權體系審查之必要，而所稱國家，包括一切代表國家之行政、立法或司法機關在內。雖然刑事訴訟上的身體檢查處分的種類眾多，發動權限也各有不同，但基本上都會涉及國家與個人的關係。

首先，在國家機關本身就是直接干預者的情形，例如司法警察（官）直接對犯罪嫌疑人實施的採集毛髮等採樣處分（如本法第二〇五條之二），或者法官、檢察官親自實施勘驗而檢查被告身體特徵的處分（如本法第二一二條、第二一三條第二款），當然涉及國家與個人之關係，不成問題。

其次，在國家機關透過鑑定人而實施干預，即法官、檢察官命鑑定人實施身體檢查處分的情形（本法第二〇四條、第二〇五條之一），縱使受指定之鑑定人不具公務員身分（如私立醫院醫師），但因其仍屬受國家機關委託之人，所實施的也是國家的公權力，因此，同樣涉及國家與人民之關係，結論上並無疑義。

稍微特別的是國家機關委由私人代為檢查婦女身體之情形（本法第二一五條第三項），此時，該私人在程序上的地位是勘驗協助人（*Augenscheinshilfe*）⁹，同樣也是受國家機關委託而行使公權力之人，仍屬國家與個人之公法關係。

（三）基本權之保障範圍

其次，系爭公法行為是否涉及人民受憲法保障之基本權？也就是所涉及者是否在基本權的保障範圍之內（*Schutzbereich des Grundrechts*）？若肯定，則應繼續審查；若否定，既與基本權無涉，也不生國家機關違法干預人民基本權之問題。

⁹ Vgl. Kleinknecht/Meyer-Goßner, *Strafprozeßordnung, Kommentar*(StPO), 45. Aufl., 2001, §81d Rn. 4 und §86 Rn. 4；附帶說明，此種情形，爭論集中在該勘驗協助人未來在審判程序應以何種程序地位（證人？）出現。

在多數的身體檢查處分，此段審查並不成問題¹⁰。身體檢查處分可能涉及的基本權，因檢查種類而異，但典型的基本權是包括身體健康在內的身體完整性不受侵犯之權利（Das Recht auf körperliche Unversehrtheit；屬我國憲法第二十二條所稱之「其他自由及權利」¹¹），這點，和主要是涉及人民居住權（憲法第十條，尤其是住居安寧不受干擾之權利）和財產權（憲法第十五條）的搜索、扣押處分有別¹²。其次，猶如其他傳統型態之強制處分，包括抽血採樣在內等身體檢查處分，在強制實施的過程中，通常還會附帶涉及某些短期性的人身自由之拘束或限制（Freiheitsbeschränkungen）。

此外，在某些身體檢查處分，尤其是 DNA 資訊的檢測、儲存，另外還會涉及保障匿名及隱私的一般人格權（亦屬我國憲法第二十二條所稱之「其他自由及權利」）以及由此導出的資訊自我決定權（das Recht auf informationelle Selbstbestimmung）¹³。不過，由於這些概念還在發展當中，本質上也比其他傳統型態的基本權更難界

¹⁰ 在傳統型態之直接強制處分（如搜索、扣押、拘提、逮捕、羈押等），涉及基本權，通常不生問題；反之，在新型態之強制處分（尤其是在相對人不知不覺的情形下進行的處分），如某些通訊監察處分或臥底偵查措施，有無涉及基本權，可能滋生爭議。

¹¹ 關於此項基本權及其在我國憲法之定位，請參閱李震山，〈從憲法觀點論身體不受傷害權〉，收錄於《憲法解釋之理論與實務（第二輯）》，頁 497 以下，2000 年。

¹² 惟吳庚前大法官（《憲法的解釋與適用》，頁 193，2003 年）在論述憲法第 8 條第 1 項之人身自由時，認為「除行動自由之外，對身體或健康的不法侵害之排除，也是本條所保障的事項，例如對身體施予酷刑，或強制抽取體液（骨髓）都屬此類」，後例並引註德國聯邦憲法法院之抽取體液案（前揭書，同頁註 162）。

¹³ Vgl. Benfer, *Rechtseingriffe von Polizei und Staatsanwaltschaft, Voraussetzungen und Grenzen*, 2. Aufl., 2001, Rn., 951f; vgl. auch Badura, *Staatsrecht*, 2. Aufl., 1996, S. 111ff.; 李震山，〈論資訊自決權〉，收錄於《人性尊嚴與人權保障》，頁 277 以下，2000 年。

定，因此，只要涉及隱私或資訊自我決定權，基本權保障範圍的爭執往往就不可避免，需要立法技術予以克服¹⁴。例如，我國通訊保障及監察法，便在基本權保障範圍層次設有「前項所稱之通訊，以有事實足認受監察人對其通訊內容有隱私或秘密之合理期待者為限」（同法第三條第二項）的限制，亦即，認為僅限於能夠合理期待且與隱私或秘密有關的通訊內容，才會落入該基本權構成要件的保障範圍¹⁵；其他情形，在此層次便排除保護，不用再探討基本權干預及其正當性之問題。

（四）基本權之干預

其次，身體檢查處分是否構成基本權之干預（Grundrechtseingriffe）¹⁶？若肯定，則應繼續審查其有無正當性事由；若否定，既然並未干預基本權，當然也不生國家違法侵害人民基本權之問題。

同樣地，在身體檢查處分，此段審查通常也不生問題，因為這類傳統型態的強制處分，正好具備了目的性（Finalität）、直接性

¹⁴ Zur Problematik vgl. Rogall, Informationseingriff und Gesetzesvorbehalt im Strafprozeßrecht, 1992, S. 27ff.

¹⁵ 當然，如此一來，難免產生下列的危機，即將基本權的保障範圍與基本權的界限混為一談。本來，區分以上兩者的價值在於，「避免使自由權與公益關連性的問題，過早在基本權利構成要件中加以討論」，並且，「可以減少因隨意窄化基本權利保障範圍而造成對自由的恣意限制，同時可以使公權力在限制基本權利時，負有論證說理的義務」（Starck 著／李建良譯，〈憲法解釋〉，收錄於《憲法理論與實踐(一)》，頁 214，1999 年）。

¹⁶ 本文將 Grundrechtseingriffe 譯為基本權「干預」，用意在於表明其尚未受到合法（憲）性評價之前的「中性」概念，與此用語相同或類似用法者，包括 Grundrechtsschranken（基本權之「限制」）或 Beeinträchtigungen（影響）等；上開概念，應與受違（憲）法性判斷後之基本權之「（違法）侵害」（Verletzung）區別。相關中譯之辨明，另請參閱李建良，〈基本權理論體系之構成及其思考層次〉，《憲法理論與實踐(一)》，頁 83 註 81，1999 年。

(Unmittelbarkeit) 及強制性 (Imperativität) 等典型的干預特徵¹⁷：以最為常見的抽取血液處分為例，其對身體完整性不受侵犯之基本權的干預性質，不容否認，因為這正是國家追訴機關有「意欲」的措施（目的性）、所欲達到目的的直接（而非間接、附帶）結果（直接性），並且還訴諸強制力來實施（強制性）。此外，抽取血液的措施，還涉及因暫時性拘束而對行動自由的干預，抽取之後的檢測，另外涉及對資訊自我決定權的干預。

不過，干預基本權與否的判斷，有時也會產生「因量變而質變」的問題，也就是因為干預權利的微量程度而否定其干預性質。如果檢查措施僅涉及匿名或隱私的一般人格權，而且干預程度被評價為極其微量或無關緊要的情形，便有質疑其干預性質的空間¹⁸。測量身高的措施便是一例，若是無限擴張資訊干預 (Informations-eingriff) 的概念，國家行為將會寸步難行，動輒得咎。至少，就下述法律保留的授權方式而言，猶如警察的盯梢 (Beobachtung; Observation) 措施一般，有些見解認為只要透過警察調查犯罪權限的一般性授權規定（如本法第二三〇條第三項、第二三一條第三

¹⁷ 請參閱李建良，〈基本權理論體系之構成及其思考層次〉，《憲法理論與實踐(一)》，頁 85，1999 年；vgl. Pieroth/Schlink, Staatsrecht II. Grundrechte, 17. Aufl., 2001, Rn. 238.

關於另外一項古典干預的特徵，即系爭者乃帶有效力之法律行為 (Rechtsakt mit rechtlicher Wirkung)，而非僅單純的事實行為，在一般的身體檢查處分也不成問題，如檢察官命抽血；惟若國家機關未為任何意思表示，而僅藉由相對人（基本權權利人）默默忍受來完成的抽血行為，雖然法效性容有討論空間，但除非認為該行為已經得到同意（按：德國學說多半認為單純忍受抽血之行為並不等於同意抽血，僅參閱 Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, 45. Aufl., 2001, §81a Rn. 4），否則，鑒於該行為的目的性、直接性及強制性仍在，仍應評價為基本權之干預。

¹⁸ Vgl. Rogall, Informationseingriff und Gesetzesvorbehalt im Strafprozeßrecht, 1992, S. 29ff.

項)，即得採取諸如此類的微量干預措施¹⁹。

(五) 干預之正當性

再者，系爭身體檢查之基本權干預，是否合乎憲法上之正當化事由²⁰？若肯定，則該基本權干預合憲、合法；若否定，則該基本權干預違憲、違法。所稱正當化事由，主要是指法律保留原則與比例原則，前者是授權形式的審查，後者乃實質內容的審查。

¹⁹ 類似的問題，在臥底警探（Verdeckter Ermittler；under-cover-agent）之偵查手段應否得到特別的法律授權始得為之的爭論時，已經出現。國內學者如林東茂（〈臥底警探的法律問題〉，《危險犯與經濟刑法》，頁 249，1996 年）主張，檢察官既有偵查犯罪權限，而且刑事訴訟法亦未規定該用什麼方法偵查犯罪，所以，檢察官得依其裁量權限而選擇臥底手段來偵查犯罪；此外，如司法警察（官）知有犯罪嫌疑者，亦得依其調查犯罪並蒐集證據之權限，而斟酌使用臥底手段。此外，德國亦有文獻曾主張，臥底警探的盯梢措施，僅需依照刑事訴訟法對警察的一般偵查授權規定（§163 StPO）即得為之，如 Krause, V-Leute und die Verwertung ihrer Nachrichten im strafgerichtlichen Verfahren, Berlin, Diss., 1969, S.130f.；但亦有持強烈反對意見者，如 Amelung, Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe, 1976, S. 16 Fn. 9.

筆者認為，這裡牽涉臥底偵查手段的「內容」到底是什麼的問題。單純隱瞞偵查者的身分，與容許臥底偵查者進入嫌疑人之住宅，便是內容截然不同的措施；如果已經涉及後者，其本質上何異於住宅搜索？從法律保留原則觀點來看，應該取得特別的法律授權始可。以德國法為例，法律除了明訂一般臥底偵查的要件之外，對於臥底偵查者進入住宅之措施，還特別比照搜索而採行相對法官保留原則（vgl. §§110a, 110b StPO）。關於刑事訴訟之一般授權規定與法律保留原則之關係，深入檢討之文獻請參閱 Ahlf, Der Begriff des “Eingriffes” insbesondere bei kriminalpolizeilicher Tätigkeit und die sog. “Schwellentheorie” zu §163 Abs. 1 StPO, Die Polizei 1983, 41ff.

²⁰ 所稱憲法上正當化事由，是指 verfassungsrechtliche Rechtfertigung，或譯為合憲性事由或阻卻違憲事由。欠缺憲法上正當化事由之基本權干預，會導致違憲、違法之效果，以下僅以違法（rechtswidrig）概念代稱此種不具有 verfassungsrechtliche Rechtfertigung 的干預。

1、法律保留原則

在法律保留層次，除了一般性的授權明確性及類推禁止之外，關於身體檢查處分的關鍵問題在於「授權範圍的界定」，尤其是「欠缺可預測性」的特性。這點，一方面來自於身體檢查處分的干預內容，並非如羈押、拘提或逮捕般，一望其干預名目即可約略得知其內容；如果法律授權的方式就只是「檢查身體」（如舊法第二〇四條、第二一三條第二款），到底得為何種類型之干預？或者並無限制？便成問題。其次，身體檢查處分往往會附隨諸多種類的干預，如果立法者並未窮盡國家得實施的作為，其授權範圍包不包含一些附帶性之干預，便有討論的必要。

具體而言，若為完成檢查，得否對受檢查人施以暫時性之自由拘束，甚或要求其同行至檢測處所；若可，界限如何？其次，得否根據身體檢查之授權而進入受檢查人之宅處？此外，授權抽血檢測，是否必然包含醫學技術上所有能為的檢測種類，尤其是 DNA 之檢測？亦即，對抽血檢測的授權，是否當然包含對 DNA 資訊自我決定權的干預在內？這些問題，不但取決於法律授權的密度，也取決於對法律授權範圍的解釋（下文肆）。

此外，在法律保留方面，有時，憲法或法律會特別將法官保留原則（*Grundsatz des Richtervorbehalts*）列為授權的程序要件，此時，法官保留原則構成特別之形式要件。我國憲法層次明定之法官保留原則，如羈押（憲法第八條參照）；我國法律層次創制的法官保留原則，如搜索（本法第一二八條第三項）。就我國現行法而言，身體檢查處分無關乎憲法之法官保留原則，而且立法者也未以法律之法官保留原則來控制此類處分，這點，在立法論層次，容有檢討之必要。

2、比例原則

最後是比例原則的適用。比例原則對立法層次與司法（廣義，含發動與執行）層次的拘束，在身體檢查處分尤其重要。這點，主要是因為此種干預的特殊性質使然，因為身體檢查可以說是在法律容許的手段當中，唯一可能對健康乃至於生命造成危害的強制處分；相較之下，羈押固然是極其嚴重的基本權干預，但是單單羈押處分本身，並不會對受干預人的身體健康或身體完整性產生任何難以回復的損害。

其次，比例原則對身體檢查處分的影響，還表現在干預門檻的類型化；這點，從立法層次開始就應該遵守。據此，就受干預人觀點來看，所干預為被告或第三人的身體，適用的干預門檻便有寬嚴之別；其次，被告就檢查手段言，對身體健康影響程度越嚴重者，當然應適用越高的干預門檻，這成為身體檢查處分特有的無損健康及遵循醫事準則之原則，在諸如【殺警奪槍案】等情形，甚而可能得出根本應該禁止干預的結論；最後，同樣的干預手段，也會因為其對案情澄清之重要性，以及不同的干預目的，而造成容許與否的差別，有些干預僅在為澄清重要案情不可避免的前提下，才能通過比例原則的檢驗。與此有關而寬嚴有別的具體立法原則，包括相關性原則、重大犯罪原則、重大嫌疑原則以及輔助性原則（*Subsidiaritätsprinzip*）等。最後，某些本質上必須要求受干預人積極配合的檢查處分，諸如吐氣測試，還會涉及不自證己罪原則（*nemo tenetur se ipsum accusare*）的犧牲及其界限的問題。

參、身體檢查與搜索處分之區別

一、問題之所在

如前所述，身體檢查處分是一種獨立型態的基本權干預，搜

索當然也是，因而包括我國法及德國法在內，都分別規定了不同的授權要件與干預要件，這也是兩者的區別實益所在：既然干預的基本權有別，目的與性質也各不相同，因此，發動要件與執行方式求諸不同的授權規定²¹。

在通常的案例，此兩種處分的區別界限並不成問題，例如，若欲找尋藏匿於被告身著長褲口袋內之手槍，這是屬於搜索處分（本法第一三〇條參照）；反之，若欲抽取被告血液以供檢測比對，這是屬於身體檢查處分（本法第二〇四條第一項、第二〇五條之一參照）。但是，在一些邊界案例，諸如【吞囊毒販案】所示對吞囊毒販灌催吐劑以迫使其吐出並取得所吞服的包裝毒品，或如婦科醫師以鴨嘴鉗夾出藏匿在女被告陰道內的包裝毒品，到底是搜索處分還是身體檢查處分，便有進一步討論的必要。

應予說明，搜索的類型極其眾多，但僅有特定類型的搜索，才會產生與身體檢查處分的界限問題。所稱特定類型，一言以蔽之，就是以人身（不問其程序地位是被告或第三人）為搜索對象的偵查搜索。首先，若以搜索目的在於發現被告以拘捕之或在於發現證物以扣押之為分類基準，可將搜索分為拘捕搜索（Ergreifungs-

²¹ 制定於 19 世紀後半葉的德國刑事訴訟法，初始即有搜索的規定，但及至 1933 年始引進現今的身體檢查規定（§81a StPO）。在 1933 年之前，德國帝國法院（RG）一般皆不允許進行抽血及侵犯性的身體檢查，但對較為輕微的單純檢查（如勘查被告傷痕），則允許在符合搜索規定（§§102, 105 StPO）的前提下進行（RG 14, 194f.; 42, 440）；至於學界則認為應依勘驗規定來實施（vgl. dazu Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Spezialkommentar, 3. Aufl., 1999, Rn. 1621）。上開見解，是在沒有身體檢查處分的干預授權規定，而實務上又有其必要的窘境底下，迂迴得出的結果；1933 年引進身體檢查處分之後，上開見解已經成為過去式，因為既然身體檢查與搜索處分有別，重點便轉移到兩者的區別，欲以搜索作為檢查身體措施的授權基礎，將會違反法律保留原則及據此而來的類推禁止（詳見下文肆、二）。

durchsuchung) 與偵(調)查搜索(Ermittlungsdurchsuchung),前者通常不會產生與檢查身體處分之分界問題。其次,從搜索之對象係「被告(身體)、被告之物(物件、住宅或其他處所等)」或「第三人、第三人之物」,可將搜索區分為對被告之搜索(Durchsuchung beim Verdächtigen)與對第三人之搜索(Durchsuchung bei anderen Personen),不過,這個分類與系爭的分界問題無關。再者,從搜索範圍係「被告、第三人本身」,抑或「被告之物、第三人之物」,可將搜索分為對人之搜索(Durchsuchung einer Person)與對物之搜索(Durchsuchung einer Sache),由於前者以人身為干預之對象,因此才會產生與檢查身體處分之分界問題。

二、學說之標準

(一)干預目的觀點

上開分界問題,學說見解不一²²。如果從干預目的觀點(die Betrachtung des Eingriffsziels)出發,對人搜索之目的,在於找尋藏匿在身體表面(am Körper)、隨身衣物(含著身衣物之裡裡外外)或身體自然開口(die natürlichen Körperhöhlen;含口腔、耳穴、肛門在內)的證物。例如找尋藏匿於被告身著長褲口袋內之手槍,或如找尋藏匿於被告口腔內或黏貼於大腿內側的違禁藥品。通常,該證物屬於身體以外之「異物」,並不屬於身體自然狀態的一部分;而且,上開搜索之實施,多半不需要動用到醫療輔助器材。

反之,身體檢查處分,則是以身體本身之物理性質、狀態(Beschaffenheit des Körpers)作為證據目的之處分,也就是透過

²² Vgl. dazu Amelung, in: Alternativkommentar zum Strafprozeßordnung (AK-StPO), Band 2/I, 1989, §102 Rn. 34; Benfer, Rechtseingriffe von Polizei und Staatsanwaltschaft, 2. Aufl., 2001, Rn. 931f.; Wassermann, in: AK-StPO, Band 1, 1988, §81a Rn. 2.

對人的裸身進行觀察、採集或檢驗，以便判別、推論構成要件該當性、責任能力等相關事實的干預措施。例如，為檢測體內酒精濃度所為之抽血處分，或如【醉月摧花案】所示勘查強制性交嫌犯於犯罪時被抓傷之痕跡。

（二）干預手段觀點

干預手段觀點（*die Betrachtung des Eingriffsmittels*），則著眼於兩種處分所容許的干預方式、範圍。據此，對人之搜索，固然包含身著衣物，但若涉及人之身體者，僅限於對人之身體表面搜索（*die Suche am Körper*）；但解釋上，諸如找尋藏匿於口腔等自然開口的證物，不需任何醫療器材輔助即可達成者，也是屬於身體表面。反之，所有進入人身「體內」（*im Körper*）之干預，尤其是必須以醫療器材輔助始能為之的穿刺身體處分（含抽血、開刀、插入內視鏡於體內器官等），皆屬檢查身體而非搜索身體處分。

從干預手段觀點來看，搜索與檢查身體兩種干預的區別，重要的是各該手段所侵犯的基本權種類、方式及其範圍，至於干預目的何在，在非所問。因此，體內干預的目的，縱使在於取出本來不屬於身體狀態一部分的外來物者（如開刀取出子彈、灌催吐劑以取出吞食於胃部的毒品膠囊），也應劃歸為身體檢查處分，故不得適用搜索的授權基礎與要件。

（三）目的與手段之混合觀點

以上兩種觀點，各有優劣。干預目的觀點從證據目的是否在於探求身體本身的狀態、特徵出發，標準還算清楚，但對藏匿於「體內」的外來異物，則難以提供合理的解釋；果真貫徹干預目的觀點，包括開刀取出子彈證物，或如灌腸或以催吐劑取出證物的干預，都有可能劃歸為搜索處分。然而，這些涉及身體健康及身體完整性不可侵犯的干預手段，卻不是搜索的典型問題，也不是立法者設定搜

索干預要件時考量的因素；通常，保護受干預人使其免於遭受不合醫事準則的身體健康之侵犯，正是檢查身體處分的特殊性及其干預要件考量的重點所在。

反之，干預手段觀點，由於以體表與體內為基準，不致於產生上開質疑，但是這個完全不顧目的何在的基準，未免過於形式。除了介於體表與體內之間的身體自然開口是困難所在之外，還有其他更為本質性的難題。例如，找尋被告藏匿於髮髻內的毒品予以扣押，和採集被告頭髮以供鑑定比對，兩者雖然同樣都是在身體「表面」進行的干預，並且也都會附隨某些暫時性的自由拘束或強制，但是，一來，兩者的證據目的根本大異其趣，二來，前者干預的主要是財產的基本權，後者干預的卻是身體完整性不受侵犯以及隱私或資訊自我決定的基本權，若將兩者適用同樣的干預要件，顯然難以從比例原則的觀點正當化。

其實，以上兩種觀點，都只是「原型」而已。以德國學說為例，通說實質上早已傾向混合觀點²³，一言以蔽之，就是以干預目的觀點為區別原則，而輔以干預手段觀點的「體內例外」。亦即，所有以身體本身之物理性質、狀態作為證據目的而為的勘查、採集及檢測處分，皆屬身體檢查處分，這是目的原則；其次，包括抽血、插入醫療器材（如內視鏡）等穿刺性處分在內所有對人身「體內」進行的干預，也都屬於身體檢查處分，這是體內例外。以體內組織、細胞作為對象的處分不論，縱使是找尋、取出附著於體內之外來異物，也是身體檢查處分，因此適用該處分之授權要件，並且受該處分的支配原則（包含遵循醫事準則之執行原則）所拘束。

²³ Vgl. Beulke, Strafprozeßrecht, 5. Aufl., 2001, Rn. 241, 256; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 3. Aufl., 1999, Rn. 1629; Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., 1998, §33 Rn. 6.

三、本文之見解

(一) 單一目的觀點之嘗試

本文認為，藉由目的與手段混合觀點的提出，檢查身體與搜索處分的分界問題，大致上已經解決。就結論言，不但絕大多數的干預都可以清楚分類，而且結果也算適當而合理。理論上還要處理的是，到底這種不同觀點的混合，是不是自相矛盾？

本文認為，其實，如果貫徹干預目的觀點，也不見得不能得出體內例外的相同結論。如前所述，唯一必須藉助干預手段觀點的，其實便是取出位於體內，但本來不屬於身體本來狀態的外來異物，這裡，牽涉到解釋的問題：到底什麼身體本來的狀態？什麼才是外來異物？

一言以蔽之，本文的觀點是，只要已經進入體內者，就已經是身體狀態的一部分；取出該物作為證據，透過對這個概念的解釋，也可能算是以身體本身的狀態作為證據目的，所以適用目的原則即可得出「屬於身體檢查處分」的結論，毋庸藉助干預手段觀點作為體內例外。

先打個「沈船」比喻。葬身海底的鐵達尼號，是不是海洋自然生態的一部分？鐵達尼號是人造船艦，本來當然不是海洋生態的一環，但是沈船之後，隨著時間經過，海洋生物附著其上，甚至於成為海洋魚類棲息的大本營。猶如其他沈船，鐵達尼號的殘骸也融入海洋的自然生態，不能說是外來異物。

人體的情況，也有類似之處。試想，我們連皮帶籽吃了一顆芭樂，這些「胃物」算是身體狀態的一環，還是外來異物？取出這胃物算是檢查身體處分還是搜索？由於芭樂可以吃、可以消化，應該大家都會同意這胃物已經融入身體自然的狀態，因此屬於檢查身

體處分；否則，檢測血酒精濃度也會變成搜索處分。但是，芭樂籽是不會消化的，最後會隨著其他排泄物而被身體排出，那麼，如果目的是取出芭樂籽，是不是就會變成找尋外來異物的搜索處分？應該不會！果真會的話，取出胃物還要區分成能吃不能吃、能消化不能消化的芭樂皮肉與芭樂籽，聽起來頗為荒謬；還有，果真會的話，檢測體內氰化物等毒物（不能吃！）的含量，也會變成搜索處分。這個比喻要說明的是，已經進入身體的東西，如果不把它當成身體狀態的一環，是很難找出區別標準的。

芭樂如此，吞囊毒販也是如此。如【吞囊毒販案】所示，毒犯為妨礙取證而暫時吞服到體內的包裝毒品，會被胃液逐漸侵蝕，融入身體只是或多或少及時間久暫的問題，但是，干預的區別標準不宜建立在這個基準之上，不然我們豈非要以「包裝的抗蝕程度」及「吞囊時間久暫」來決定到底要發動搜索或身體檢查處分？一言以蔽之，已經吞下去的，不管能不能吃、無論吞了多久，就已經成為身體狀態的一環，若要取出該物或其殘餘，就是身體檢查處分。同理，如【殺警奪槍案】所示卡在胸膛的子彈，猶如沈船一樣，周圍組織附生，也已經成為身體狀態的一環，取出子彈的處分，也是身體檢查處分。以上處分都要受到身體檢查處分特有的原則之拘束，尤其是無損健康的實體原則、醫療侵犯行為應由醫師且遵循醫事規範為之的執行原則。

（二）邊界案例之檢討

無論採行單一觀點或混合觀點，對身體自然開口的干預，都可能成為邊界問題，因為這會涉及到什麼是「體內」的解釋問題。

本文的主張是，由於對身體自然開口的干預，通常還不能算是體內干預，所以當然適用目的判斷之原則，據此，如果要勘查被告口腔門牙是否在犯罪時因被害人抗拒而被打斷，屬於身體檢查處

分；如果要找尋被告藏匿於口腔內的包裝毒品，則是搜索處分，因為這和要找尋藏匿於被告緊握之手掌內的包裝毒品，並無不同。

比較邊界的情況是深藏於肛門和陰道的藏匿物，如海關常見走私女毒販將包裝毒品深藏在陰道內部，必須藉由醫療器材（如婦科用的鉗子）才能取出的情形，此際，應屬已經進入檢查身體的範疇而受該類授權規範的拘束。從結論來看，這也比較合宜，因為包含本例等動用醫療輔助器材才能達成取證目的的情形，宜由專業醫師依醫事準則來執行，才不會造成不合醫事規範的侵犯。

肆、授權範圍、類推禁止與附帶干預

法律保留原則，是基本權干預取得正當化、合法化的形式要件；既然身體檢查處分是干預人民基本權之措施，自應受法律保留原則的拘束，必須先以法律的形式作為干預的授權基礎（*Eingriffsgrundlage*），違反者即屬違法之基本權侵害；單就這點而言，並不是爭議所在。其次，儘管公法上針對法律保留原則，諸多討論重心在於何等事項是「立法者必須親自、直接以法律規定」，何等事項得僅「經由法律授權行政機關以命令處理」，因而也產生重要性理論（*Wesentlichkeitstheorie*）及國會保留（*Parlamentsvorbehalt*）等問題²⁴，但這並不是身體檢查處分的典型核心問題。此外，由於包括身體檢查在內的強制處分，涉及的主要都是基本權傳統的主觀面向，尤其是對抗國家的防禦權性質，而在法律保留層面，也侷限於古典的干預保留（*Eingriffsvorbehalt*）問題，因此，與給付性國家行為或其他特別的法律保留問題，較無關係。這也說明，公法上的相關討論，應用到刑事訴訟上之基本權干預時，需要

²⁴ 相關問題請參閱許宗力，〈論法律保留原則〉，《法與國家權力》，頁 117 以下，1999 年元照初版。

更爲細緻的轉換。針對刑事訴訟上之身體檢查處分而言，在法律保留層次，比較常見的問題如下：

一、授權基礎的明確性

首先是授權干預基礎的明確性（Bestimmtheit）問題，這點，本來是法律保留原則的普遍性問題，但在身體檢查處分卻有其特殊的重要性。爲什麼？理由在於大多數刑事訴訟上之基本權干預，其容許干預的手段、內容比較特定，例如逮捕當然是嚴重的干預，但逮捕就是以強制力來暫時性拘束人身自由，因此，從逮捕的術語已經可以相對確定其干預的內容。

反之，身體檢查處分往往具有「欠缺可預測性」的特性，因爲其干預的光譜，可以說是比臥底偵查手段還複雜多元，從微不足道的測量身高，到中度干預的抽血穿刺，及至危害健康的手術開刀或抽脊髓液，干預內容不一而足，何止五花八門而已？如果法律授權的用語僅是容許「身體檢查」，便難以窺知到底立法者容許的具體干預內容如何，因此很容易流於概括授權²⁵。

²⁵ 儘管德國法對身體檢查處分之授權（§§81a, 81b, 81c StPO），分別依照干預目的（釐清案情或單純辨識措施）、干預對象（被告或第三人）及干預程度（單純檢查處分或抽血等侵犯性檢查處分）而爲分類，並且，包括針對第三種分類在內皆設定不同的發動及執程序，但學說上早有質疑其授權方式已經違反了明確性原則而違憲者，被批評的重點包括容許的檢查手段不夠具體，以及所要求的犯罪嫌疑程度不明，可能牴觸無罪推定原則（vgl. Sax, in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrecht, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, III/2, 1959, S. 983ff.; zusammenfassend s. Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Spezialkommentar, 3. Aufl., 1999, Rn. 1621）。

不過，德國聯邦憲法法院認爲（BVerGE 16, 194, 202; 17, 108, 117; 47, 239, 248），上開授權並未違反明確性原則，但要求對其進行符合比例原則之合憲性解釋。在下文所引的【抽取體液案】（BVerfGE 16, 194ff.）中，德國聯邦憲法法院最後即是以違反比例原則之理由，而禁止對被告進行抽

這個問題，在我國刑事訴訟舊法尤其尖銳，因為一來，舊法並未充分瞭解身體檢查處分是獨立型態的基本權干預，因此僅在鑑定及勘驗的調查證據程序中予以附帶規定，所以考量的都是調查證據程序而非強制處分層次的問題，這點已如前述（前文貳、一）；二來，更為嚴重的是上開授權基礎的空泛與破碎程度，可以說是違背法律保留的基本要求，在舊刑事訴訟法，主要的授權根據是鑑定章節的「鑑定人…得檢查身體」（舊法第二〇四條第一項）及勘驗章節「勘驗，得為左列處分：…檢查身體」（舊法第二一三條第二款，新法維持本條規定），由於完全沒有列舉或例示任何具體的干預手段或內容，也沒有據此而設定不同的干預門檻，因此，規範密度可謂嚴重不足²⁶。

除了空泛以外，破碎是另一個問題。身體檢查之相關措施，

取腦、脊髓液的穿刺性檢查處分，詳見下文伍之說明。

²⁶ 關於規範密度與法律保留原則之一般性關係，請參閱大法官釋字第 443 號解釋理由書所言：「…惟並非一切自由及權利均無分軒輊受憲法毫無差別之保障：關於人民身體之自由，憲法第八條規定即較為詳盡，其中內容屬於憲法保留之事項者，縱令立法機關，亦不得制定法律加以限制（參照本院釋字第三九二號解釋理由書），而憲法第七條、第九條至第十八條、第二十一條及第二十二條之各種自由及權利，則於符合憲法第二十三條之條件下，得以法律限制之。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。…」相應於此的法院審查密度，「若涉及生命、人身自由或其他對基本權利的重大限制時，則應作較為強烈的內容審查（intensivierte inhaltliche Kontrolle）」（Starck 著／李建良譯，〈憲法解釋〉，收錄於《憲法理論與實踐（一）》，頁 217，1999 年）。

雖然是實務上不可或缺且經常使用的干預處分，但除了以上的空泛授權之外，就是散見於許多後來制定的特別法，例如毒品危害防制條例（第二十五條）中對施用毒品而付保護管束者之強制採驗尿液處分、去氧核糖核酸採樣條例（第五條）中對性犯罪或重大暴力犯罪者的強制採樣處分。這些後來制定的規範，不但授權規定極其破碎而且寬嚴標準不一，並且與刑事訴訟法中一般性的身體檢查處分產生適用上的齟齬（下文三、（三））。

二、授權干預之類推禁止

依照法律保留原則，基本權干預必須先取得法律的授權基礎。接下來的問題是，如果身體檢查處分未經法律的授權，或授權基礎過於破碎者，得否以類似性（Ähnlichkeit）的理由，透過類推適用（Analogie）而取得干預的基礎？或者反過來問，此等類推適用應否予以禁止²⁷？

刑事法上最為有名的類推禁止（Analogieverbot），當屬罪刑法定原則（Gesetzlichkeitsprinzip），但是，無論從此項原則的立法方式或其演進歷史來看，其適用範圍應僅限於刑事實體法，而不及於刑事程序法。就立法方式言，罪刑法定原則是我國刑法第一條開宗明義宣示的刑法基本原則，而其用語也是「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限」，清楚指向規範犯罪行為之成立要件與其法律效果之刑事實體法。就後者言，我國此項原則間接繼受自歐陸立法例，而該立法例的發展也清楚指向刑事實體法²⁸。

²⁷ Zur Problematik vgl. Krey, Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht. Eine Einführung in die Problematik des Analogieverbots, 1977; ders., Parallelität und Divergenzen zwischen strafrechtlichem und öffentlich-rechtlichem Gesetzesvorbehalt, in: FS-Blau, 1985, S. 123ff.; ders., Strafverfahrensrecht I, 1988, Rn. 11ff.

²⁸ Vgl. Krey, Keine Strafe ohne Gesetz. Eine Einführung in die Dogmengeschichte des Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege, 1983, Rn.

既然如此，那麼可不可以反過來說，所以刑事程序法就容許類推適用？並非如此。以上結論只說明「不能從罪刑法定原則導出刑事程序法禁止類推適用」的結論，但尚未證立能否從其他原則導出此禁止類推的結論。由於根據憲法上的法律保留原則，國家機關對人民基本權利之干預，必須得到法律明確的授權基礎，其結果便是干預授權之基礎不得類推適用，否則等於就沒有法律保留可言；而基本權干預就是基本權干預，並不會因為其規定在刑事訴訟法，也不會因為其具有訴訟行為之性質，就喪失了基本權干預的本質，更何況刑事訴訟法的適用，還要受憲法優位性原則之拘束；是以，因法律保留原則而導出的干預授權基礎之類推禁止原則，也適用在刑事訴訟上的基本權干預。

簡言之，干預基本權之強制處分，必須有法律事先的明文授權依據，若對人民為不利益的類推適用，將直接違反具有憲法位階的法律保留原則。據此，法律若未明文授權身體檢查處分者，不得類推適用干預基本權之種類、性質及目的完全不同的搜索規定（本法第一二二條以下）。這點，不能以「類推搜索規定比較能夠保障基本權」的說法作為論證，因為以類推方式取得本來法所不容的干預型態，就是不利益的類推，更何況法律保留是個「形式性」的原則，就算是類推適用要件最為嚴格的羈押規定，同樣也在禁止之列，遑論搜索規定。

除了以上所舉異種干預處分的類推禁止之外，縱使是同類的干預處分，只要不在法定的授權範圍之內，同樣也受類推禁止的拘束，舉例而言，前述毒品危害防制條例（第二十五條）強制採驗尿液的規定，僅授權對施用毒品而付保護管束者為之，因此，司法警察對於其他施用毒品而到案的嫌犯，不得類推適用該授權規定而實

14ff., 74ff. 德國僅有少數學者持不同見解，如 Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. Aufl., 1993, Rn. 4/9, 52.

施強制採驗尿液之檢查處分。同理，如果法律只授權司法警察對「經拘捕到案」的犯罪嫌疑人为採樣處分（本法第二〇五條之二參照），則對「自願到場」的犯罪嫌疑人，不得以類推適用方式而對其為採樣處分。瞭解這些法律保留原則的效力，才能清楚過於破碎或不足的授權規定，將對刑事追訴實務造成多大的障礙。

最後，法官也是應該遵守法律保留原則的義務人，應受此項原則之拘束，據此，縱使法官親自或命為干預，也不得創設法律所未容許的干預手段、類推適用法律的干預授權基礎或違反法定的干預程序（含執行方式）。例如，我國法對於夜間搜索有人住居宅處採取禁止原則，並以法律列舉了五種容許例外（本法第一四六條之承諾、急迫情形及第一四七條之三款例外），此一禁止原則與容許例外於鑑定準用之（本法第二〇四條第二項），據此，若無上開法定列舉的容許例外情形，縱使是法官，也無權命鑑定人於夜間進入上開處所。

三、授權範圍與附帶干預

應與前述類推禁止區別的問題是，為了實施身體檢查處分，得否進行某些附帶性的干預？或者說，這些附帶性的干預是否屬於身體檢查處分的授權範圍？以抽血檢測為例，常見因實施身體檢查處分而必須附帶進行的干預，包括對抗拒者施以暫時拘束自由的強制力、或同行至醫院進行抽血的自由拘束以及對所抽取血液所進行的檢測，尤其是 DNA 的鑑定比對。以下分別說明：

（一）自由之拘束：暫時性強制與同行問題

除非得到受干預人同意或配合的情形，否則，為了達成身體檢查處分，通常至少必須對受干預人施以暫時性的自由拘束；這點，在較為輕微類型的檢查（如採集指紋）時已經不可避免，在較為嚴

重的穿刺性干預(如插入內視鏡或開刀)時更是明顯。從一方面言,既然立法者都已經授權為身體檢查處分,當然不可能排除為了達成該項干預目的所必要的強制,換句話說,為實施身體檢查所必然附隨、不可或缺的暫時性自由拘束,解釋上應可認為屬於身體檢查規定所附帶授權的干預內容²⁹。

但是,從另一方面言,附帶授權也應有「質」與「量」的限制,以自由拘束為例,身體檢查畢竟不是專門針對自由拘束而發的強制處分,因此至少在「量」的方面,不可能擴張到「暫時性」(vorläufig)以外的自由拘束,這類長期的自由拘束,應以立法特別授權的方法來達成,這也正是鑑定留置制度(本法第二〇三條第三項、第二〇三條之一至之四參照)之所以必須特別立法的理由³⁰。據此,諸如開刀取出子彈或其他必須進行較為長期準備及拘束(通常超過半天時間以上)才能順利進行的身體檢查處分,由於對自由的拘束已經不是暫時性,所以應該創設並遵守該特別的干預授權立法;依照我國法的情形,就是必須同時使用身體檢查與鑑定留置兩種干預手段。至於「質」的限制,以抽血檢測為例,對於受干預人固然得予以壓制,但除非得到同意,否則不得施以鎮定藥劑,因為這並不是檢測準備的必要處分³¹。

同行至檢查處所(通常是醫院,但不以此為限),情況類似³²。

²⁹ Vgl. Göbel, Strafprozeß, 5. Aufl., 1996, S.18; Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, 45. Aufl., 2001, §81a Rn. 29; Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., 1998, §33 Rn. 9; Senge, in: Karlsruher Kommentar Strafprozeßordnung(KK-StPO), 4. Aufl., 1999, §81a Rn. 10; vgl. auch Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Spezialkommentar, 3. Aufl., 1999, Rn. 1646.

³⁰ 在反過來的情形,亦即,命為鑑定留置處分,除了單純觀察精神狀態之外,並不包含身體檢查的干預措施在內;若欲同時對受鑑定留置者進行特別的身體檢查,應該另外得到身體檢查的授權,始得為之(vgl. BGHSt 8, 144, 148)。

³¹ Vgl. Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, 45. Aufl., 2001, §81a Rn. 29.

³² Vgl. OLG Schleswig NJW 1964, 2215ff.; Kohlhaas, Zur zwangsweisen

有些檢查措施，抽血檢測或其他必須藉助醫療輔助器材始能實施的檢查，通常無法當場實施，因此會產生同行至檢查處所的問題。同行，也是一種對行動自由的拘束，只不過究其性質、目的以及台灣現實上的地理環境與條件，通常拘束僅限於數小時之內；在此範圍之內，處理方式與前述暫時性自由拘束相同。當然，如果身體檢查的立法授權能夠進一步將同行問題明確化，自然可以減少不必要的爭論。

就我國現行新法而言，由法官、檢察官命為鑑定或親自勘驗的身體檢查處分，強制力的運用已有明確授權（本法第二〇四條之三第二項、第二一九條準用第一三二條參照），因為所稱強制力當然包含暫時性自由拘束的干預內容。反之，同樣可能產生暫時性拘束的司法警察（官）之確認措施與採樣權限（本法第二〇五條之二）則無特別的授權規定；但是，衡諸前述說明，以及該條本來就侷限於經拘捕到案者的情形，將暫時性拘束範圍內的強制力與同行，理解為附帶授權之範圍，應不成問題；當然，強制力應受比例原則的拘束。

（二）進入處所之干預

其次，實施者得否以身體檢查處分的授權規定，而進入被告或第三人之住宅、處所？例如，受指定實施身體檢查之鑑定人，得否以應受檢查人在其住宅內為由，而進入該住宅以完成其鑑定目的？或如，司法警察得否為採取犯罪嫌疑人尿液之目的，而進入其住宅以完成其採集行為？

上開問題可以區分為兩個子題。首先，上開進入處所是否為身體檢查處分附帶的授權範圍？進入住宅或其他處所，本來是搜索

Blutentnahme durch Ärzte und Nichtärzte, DAR 1973, 10, 12; Krey, Strafverfahrensrecht II, 1990, Rn. 410; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 3. Aufl., 1999, Rn. 1647.

處分主要的干預內容之一；與前述暫時性自由拘束不同者在於，進入宅處並非身體檢查處分必然附隨、不可或缺的干預內容；基於干預性質的差異及非典型附隨的理由，進入處所不應列入身體檢查處分之附帶授權範圍，若欲為之，僅能求諸於其他的授權規定。這點，在前述司法警察採尿之例，極為顯然，司法警察當然不得逕以採尿之權限而進入犯罪嫌疑人的住宅。

其次，既然不是，那麼，到底有無或如何取得此種進入處所的授權？既然進入宅處是搜索的典型干預內容，如果合乎搜索要件，應獨立取得搜索的授權始可³³，例如，司法警察先以合乎拘捕搜索的授權規定（包含依本法第一二八條之一第二項而取得搜索票，或依本法第一三一條第一項第一款而為之無票搜索），進入犯罪嫌疑人住宅而逮捕之，再依身體檢查之授權規定而採取尿液（本法第二〇五條之二），但此時兩種干預及其授權基礎各不相同，不能混為一談。

在鑑定人之案例，本來兩種授權也應該區別處理，不過，因為我國法檢查身體處分附隨於鑑定的授權方式，因而產生一些其他解釋的空間。簡言之，由於我國鑑定人被特別賦予進入處所之權限（本法第二〇四條第一項），只要程序上「經審判長、受命法官或檢察官之許可」並記載於「鑑定許可書」（本法第二〇四條之一第一項）即可，據此，解釋上可能的結果是，縱使鑑定人為了檢查身體目的，也得據此特別授權而進入宅處。如此一來，這種權限極有可能變成規避搜索授權規定的避風港，令人擔心。

（三）DNA 之檢測

最後一個在此脈絡提出的問題是，身體檢查的授權是否已經

³³ Vgl. Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 3. Aufl., 1999, Rn. 1644; Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, 45. Aufl., 2001, §81a Rn. 29; Senge, in: KK-StPO, 4. Aufl., 1999, §81a Rn. 10.

包含 DNA 的檢測在內？首先要解釋的是這個問題本身，說穿了，就是這算是「問題」嗎？以抽血處分為例，抽血當然不是「自我目的」(Selbstzweck)，抽取血液當然就是為了供作檢測用途以釐清案情，例如藉由被告血液樣本與現場血跡樣本的血型比對，來推論或排除犯罪嫌疑。正是因為如此，所以德國實務向來認為，抽血處分的授權，當然包含對該血液樣本的檢測在內³⁴，換句話說，檢測是必然附隨於抽血處分的干預內容，因此，只要合法取得抽血的干預授權，當然可以對其進行檢測。

至少在 DNA 檢測技術出現之前，上開立場難以反駁，但是，醫學技術的進展可能改變整個問題的面向。血清學的研究，剛開始從原本的 ABO 式到 Rh 式等血型分析，算是小有進展；直到分離鑑定蛋白質的電泳技術發明之際，傳統血液鑑識所能獲得的遺傳模式已經日益個化，據估計，相同模式在一族群中被找到的機率約在 0.1%至 10%之間。儘管如此，整體而言，在 DNA 鑑識技術湧入法庭之前，傳統血液鑑識對於證物個化的助益還是有限（主要用來反面排除，很難用以正面肯定嫌疑），但是，正因如此，所以問題相對單純³⁵。

DNA 檢測技術帶來革命性的進展。一方面，這項技術對證物個化的努力有莫大的貢獻，但另一方面，它也提供了許多超乎證物個化目的的資訊：沒有比 DNA 更能徹底暴露個人之所以為個人的所有分子組合，而這也成為人格的部分；它透露個人所有的深層隱私，其中包括我們的父系、母系、手足乃至於不為外人所道的遺傳特徵和生理缺陷。一言以蔽之，藉由 DNA 檢測，國家機關也掌握

³⁴ So z.B. BGHSt 37, 157; 38, 320; BVerfG NJW 1996, 771 u. 1587.

³⁵ 請參閱林鈺雄，〈挑戰法律的科學巨人？〉，收錄於《刑事法理論與實踐》，頁 435 以下，2001 年（本文原為商周出版《法庭上的 DNA 導讀》一書之導讀）；相關問題請參閱李俊億，〈DNA 鑑定在法庭科學之應用〉，《政大法學評論》，第 57 期，頁 209 以下，1997 年 6 月。

了「上帝發給被告的身分證」，這對資訊自我決定權的嚴重侵犯程度，已經難以從「附帶干預」的觀點來解釋。

以上觀點，證諸我國針對 DNA 採樣、檢測及儲存特別制定的去氧核醣核酸採樣條例³⁶，也有其論據。該條例採取了某種形式的重罪原則，將國家機關得為 DNA 資訊干預的案件類型限定在性犯罪及重大暴力犯罪案件（同法第五條），既然如此，如果還認為刑事訴訟中身體檢查處分的授權當然包含 DNA 檢測，那麼，該採樣條例的特別授權，根本就毫無意義可言。總結而言，DNA 檢測已經躍居為刑事訴訟上不可或缺的干預手段，其對於現代刑事程序的重要性，不用多談。但在立法層次，必須重新檢視 DNA 檢測對隱私、資訊自我決定權侵犯的嚴重性，並且基於這種嚴重性而承認其干預的獨立性，不能再以附帶干預觀點而為模稜兩可的授權。具體的結論便是，不同於一般的血型或血清檢測，DNA 檢測不宜附帶於抽血或其他身體檢查處分，而應特別立法並適用更為嚴格的干預要件³⁷，例如限於重罪（如排除通姦等輕罪）及補充性原則（指非藉 DNA 檢測難以澄清案情）等實體門檻，法官保留原則的程序門檻，以及資訊銷毀的執行要求。

³⁶ 關於本條例，請參閱高一書，〈去氧核醣核酸採樣條例之評析〉，《律師雜誌》，第 255 期，頁 113 以下，2000 年 12 月。

³⁷ 儘管德國實務認為抽血處分的授權（主要是§81a StPO）已經包含 DNA 檢測在內，且早期通說從之，但在學說上之質疑仍然不斷（文獻導覽：Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, 45. Aufl., 2001, §81e Rn. 29）。1997 年 3 月 17 日，經由第 110 號次「刑事訴訟修正法—DNA 檢測（StVÄG – DNA Analyse (Genetischer Fingerabdruck)）」之通過（BGBl. I S. 534），在德國刑事訴訟法明訂檢測 DNA 的干預授權（§§81e, 81f）之後，授權基礎的爭論才算告一段落。德國現行 DNA 立法之相關中文文獻，請參閱吳俊毅，〈德國刑事訴訟程序中 DNA 鑑定相關規定之介紹（上）（下）〉，《軍法專刊》，第 47 卷第 3/4 期，頁 11/8 以下，2001 年 3/4 月。

伍、干預門檻之類型化與比例化

一、基本問題之說明

所有的基本權干預或限制，本身又應受比例原則之拘束，因而，學說上將其稱為「限制之限制」(Schranken-Schranken)。此項原則具有憲法位階(憲法第二十三條參照³⁸)，也是基本權干預的正當化事由，或者說合憲性、合法性要件。既然身體檢查處分涉及基本權之干預，當然應受比例原則之拘束，違反者即為違法之基本權干預，單就這點而言，並非爭議所在。此外，儘管比例原則在公法界曾遭受不少質疑³⁹，但就結論言，其作為審查基本權干預之原則的地位，並未根本動搖；在刑事法領域，情況也大致如此⁴⁰。

應予注意，比例原則的受誡命人，包含所有行使公權力的機關，也就是包含行政、立法與司法機關；其次，比例原則同時支配基本權干預的發動(決定)層次與執行層次。據此，偵審人員對人民發動或執行身體檢查處分時，除了形式上必須取得法律的授權之外，實質上也應受比例原則之拘束，這點毋庸置疑。此外，由於立

³⁸ 關於此原則在我國法之根據，僅參閱陳新民，〈論憲法人民基本權利的限制〉，《憲法基本權利之基本理論(上)》，頁252以下，2002年5版2刷。

³⁹ 「不當地擴張適用的比例原則無疑地將會使得作為一項法規原則所蘊含的釋義學結構漸失其具體形貌…如果比例原則漸漸異化為一個一般性的衡量準則…，那麼比例原則即蘊藏了一個極大的危險：在此等情形下運用比例原則進行違憲審查者，即可能使用了某一審查標準，而此標準卻是無法客觀加以理解的…」(蔡宗珍，〈公法上之比例原則初論—以德國法的發展為中心〉，《政大法學評論》，第62期，頁102，1999年12月)。

⁴⁰ 對於比例原則到底在刑事法有何價值的問題，刑事法學界呈現兩極化的評價，其中，以Eb. Schmidt(《Der Strafprozeß – Aktuelles und Zeitloses, NJW 1969, 1137ff.》)為批判最力的先驅之一。