

偵查之基本原則與任意偵查之界限

陳 運 財^{*}

目 次

| | |
|----------------|-------------------|
| 壹、前言 | 2. 法定程序之意義及令狀主義 |
| 貳、偵查之意義、目的及其範圍 | 3. 法定程序之明確性及正當性原則 |
| 一、偵查之意義及目的 | 三、偵查比例原則 |
| 二、偵查之主體 | 四、偵查不公開原則 |
| 三、偵查之事的範圍 | 肆、任意處分與強制處分之區別 |
| 四、偵查之時的範圍 | 一、日本學說及判例之見解 |
| 參、偵查之基本原則 | 1. 學說之對立 |
| 一、任意偵查之原則 | 2. 判例之趨勢 |
| 二、強制處分法定主義 | 二、我國問題狀況之檢討 |
| 1. 憲法基本人權之保障 | 伍、今後之課題—代結論 |

壹、前言

刑事訴訟程序中，如何擁護被告人權之同時，又能發現真實，被認為是刑事訴訟法之首要政策理論（註一），被告之人權應保障至何種程度，與發現真實之目的間應於何處取得平衡，乃成為須不斷追求探索之重要課題。而基本人權與真實發現兩者直接對峙衝突最激烈之處，即在於起訴前之偵查活動，我國現行刑訴法以相當多的篇幅，就偵查活動之型態、要件、程序及其效果等事項加以明文規範，其理在

*日本神戶大學法學博士，東海大學法律系暨法研所專任副教授

（註一）平野龍一，刑事訴訟法（一九五八年），はしがき第一頁。

此。且實際上，法院於審判程序中認定事實之證據多以起訴前之偵查活動中所得之證據為主，可說刑事程序中公訴案件之有罪、無罪，大部分在偵查階段即已因確實證據之收集、保全而告固定，亦不為過（註二）。

因此，偵查乃刑事訴訟程序的重心，而在此程序中，被告人權之保障與偵查效率之維持兩者立場之對立理應彰顯偵查活動的高度爭議性和問題層面的技術性。然而，修習刑事訴訟法的人若翻閱附有判例解釋之大六法的刑訴條文，可以意外地發現有關偵查活動之條文所附之判解，與起訴或審判程序之相關條文相較，竟少得寥寥可數。

對於此一實務上之現象，雖然目前尚無明確之證據可資解釋，但從制度及理論兩方面整體觀察，吾人認為偵查法制遲遲未合理、適正地透明化、客觀化，應為主要之原因。而這其中涉及幾個主要的問題：其一是，現行法制下偵查中檢察官擁有近乎與法院相同程度之強制處分權，運作上動輒使用強制處分而較少實施任意性之偵查，就檢察官之心證而言，偵查之效率與人權之保障僅繫於一念之間，一張紙之薄，其處分之妥當性如何，檢視困難。其二，現行法對於被告權利之侵害並未充分保障其救濟之管道，而被告多數缺少辯護人之援助，亦難有效地利用現有之抗辯管道聲請救濟。其三，長久以來學理上，有關審判程序或證據上之原理原則雖多有探討，但起訴前之偵查活動之適法性的問題，則顯較不受重視，特別是缺乏從憲法保障基本人權之相關規定來探討訴訟法之偵查法制，致以解釋論解決爭議論點之手法受到侷限。

第一點屬於檢察官強制處分權的問題，第二點為被告權利如何具體保障之問題，均事涉甚廣，本文不擬深入探討；在此僅專就偵查活動之種類及其範圍，從憲法保障基本人權之觀點，討論我國偵查法制之基本原則，進而釐清任意處分與強制處分之區分，以提供判斷偵查活動適法性問題之參考。

（註 二） 本文中所謂偵查中之被告，若無特別說明，指包括接受司法警察機關調查之犯罪嫌疑人及檢察官偵查之被告。又本文中若無特別標明，所謂之「現行法」、「本法」均指我國現行刑事訴訟法而言。

貳、偵查之意義、目的及其範圍

於進入本文探討偵查之基本原則及任意偵查之界限之前，首先就偵查之意義及其內容等基本概念，予以釐清整理如下：

一、偵查之意義及目的

現行刑訴法第二編「第一審」中第一章第一節標題為「偵查」，在該章節之下從第二二八條至第二六三條僅條列偵查之發動、告訴和偵查終結之處分等規定，而真正屬於偵查之中心活動，例如拘提、逮捕、搜索、扣押等之處分則分別規定於第一編總則之第八章以下各章（註三）。根據其中有關偵查活動之規定，可以概括地對「偵查」做如下的定義，亦即，所謂的偵查係指偵查機關於知有犯罪嫌疑時，①發現與犯罪事實有關之證據並加以蒐集、保全，②進一步必須拘束犯罪嫌疑人或被告時，為保全（拘提、逮捕、羈押等）其身體之處分。要言之，刑訴法條文中常見之「偵查犯罪」，主要是指蒐集、保全與犯罪情形有關之人的和物的證據之活動而言。

就偵查之意義，做上述之解釋，於學說上並無爭議（註四）。但進一步探討偵查機關實施偵查之最終目的何在之問題，則可發現學者之間關於偵查目的之看法，著眼點並非全然一致。其中，多數的見解認為，偵查係偵查機關為提起公訴，遂行公訴之準備活動（註五）；而相對地，亦有將偵查之目的著重於確認犯罪嫌疑之有無以決定起訴或不起訴之不同看法（註六）。

不容置疑的，理論上，絕大多數之偵查均屬於偵查機關朝向提起公訴追訴犯罪

（註 三） 將「偵查」之部分規定置於「第一審」之編內係沿襲舊法（刑訴律）之規定。就條文編排之次序而言，並不適當。

（註 四） 陳樸生，刑事訴訟法實務（重訂版，一九九三年），第二八五頁；黃東熊，刑事訴訟法論（一九八七年），第一三三頁；林山田，刑事訴訟法（增訂再版，一九八六年），第二五七頁等。

（註 五） 黃東熊，前揭書第一三三頁；林山田，前揭書第二五七頁，以及蔡墩銘，刑事訴訟法論（修訂版，一九九三年）第二九一頁。

（註 六） 陳樸生，前揭書第二八五頁。

所爲之準備活動；然而，偵查之目的與偵查之構造具有密切的關係，在考量：①目前實務上，檢察官決定不起訴之案件仍占有相當之比例（平均約占偵查終結案件之三分之一），且其不起訴處分一經確定，非有本法第二六〇條之法定事由，就同一案件不得再行起訴；②實施刑事訴訟程序之公務員對於被告有利及不利之情形應一律注意（本法第二條第一項），檢察官於偵查中亦不例外，負有客觀義務；③特別是，現行法制下偵查中之檢察官具有與法官幾乎無異之強制處分權，故爲緩和現行法此一強烈之糾問色彩，強調檢察官應負篩選犯罪嫌疑之有無，以決定起不起訴爲偵查之目的，實質上似較有助於被告權益之保護。基於此種觀點，應以後說較爲可採。

二、偵查之主體

憲法第八條之規定採訴訟彈劾之形式，將偵查與審判之職權分由「司法或警察機關」以及「法院」行使，而現行刑訴法以檢察官爲偵查之主導機關，司法警察機關則基於輔助之地位，協助檢察官或聽其指揮命令偵查犯罪，兩者雖有上下主從之關係，但同屬現行法之偵查主體。

因此，在現行法制下，偵查限於由具有偵查權之偵查主體始得實施，非由偵查主體所爲之調查蒐集證據之活動，不得稱爲偵查（註七）。基於此一觀點：第一，自訴程序中自訴人所爲之調查蒐集證據之活動，不得稱爲偵查。我國現制除公訴制度外，雖同時兼採私人追訴制度，但犯罪之被害人於向管轄法院直接提出自訴之前後所爲之蒐證活動，乃純屬私人行爲，而非訴訟法上之偵查，自訴人並無偵查權限。此觀之本法第三四三條自訴程序並無準用第二編第一章第一節關於偵查之規定自明（註八）。第二、犯罪嫌疑人、被告或其辯護人對於偵查機關所指控之犯罪嫌疑，進行防禦而實施蒐集有利證據之活動，雖屬當事人之行爲，但其性質究屬防禦權之作用，故亦不能稱爲偵查。第三，行政機關內之政風單位就該機關所屬公務人員有無違法情事所進行之調查、稅務機關指定之調查人員進行有關課稅資料之調查以及警察機關調查社會秩序違反人之活動等，性質上，均屬於行政程序之作用，非刑訴法上之偵查（註九）。此從稅捐稽徵法第三一條要求稅捐稽徵機關對逃漏所得

（註 七） 蔡墩銘，前揭書第二八九頁。

（註 八） 陳樸生，前揭書第二八六頁。

（註 九） 蔡墩銘，前揭書第二八九頁。

稅等涉有犯罪嫌疑之案件，非經聲請當地司法機關簽發搜索票且會同當地警察或自治人員不得進入特定處所實施搜查之規定，可見一斑。

至於目前實務上有多數之見解主張，為提高稅務或政風人員之調查實效，應賦予與司法警察相同之偵查權限，乃屬將來立法論之問題；就現行法之解釋，此等人員並非偵查主體，其無刑訴法上之偵查權限殆無疑義。

三、偵查之事的範圍

本法第二二八條規定，檢察官因告訴、告發等情事知有犯罪嫌疑者應即開始偵查；又司法警察機關知有犯罪嫌疑者，得不待檢察官之指揮或命令逕行調查犯罪情形及蒐集證據（本法第二三〇、二三一條）。既稱「知有犯罪嫌疑者」，從字義解釋當然，指過去已經發生之具體案件而言。故偵查之對象乃針對既已發生之犯罪為限；關於將來可能發生之犯罪所為之預防工作，並非現行法所預期之偵查活動的範圍。

基於此一解釋，則偵查機關以防制將來可能發生之不特定的犯罪為由，簽發令狀而實施強制處分的作為，在現行法下應不被容許。因此，現行實務上，偵查機關於選舉期間對可能發生之賄選案件，事先以所謂之通信監察書進行監聽候選人或其樁腳電話之運作方式，並非適法之強制處分。另外，偵查機關對於原無犯罪故意之人設陷誘使其產生犯意而著手實行犯罪之手法（所謂之陷阱偵查），亦與現行法之偵查應以已經發生之特定犯罪為對象之前提有違。

關於販毒或賄選等隱密性高、組織性嚴密，使用傳統之偵查方法難以達到取締效果之重大犯罪，認為有必要實施監聽或陷阱偵查者，應透過立法方式解決才是正途（註一〇）。

四、偵查之時的範圍

係指偵查之階段性的問題。蓋偵查之目的若定位於確認犯罪嫌疑之有無以決定是否提起公訴，則理論上偵查活動之實施似應以起訴前為限；但偵查內容既屬偵查機關所為之蒐集、保全證據的活動，概念上實無區分起訴前後之必要。檢察官於提起公訴後，為維持公訴，促使法院正確適用法律並協助發現真實而負有舉證義務，故起訴後，就繫屬法院中之本案，繼續為證據之蒐集，提出於審判庭以增強法官之

（註一〇） 三井誠，「搜索・差押え・檢證に關する諸問題」，法學教室第一三八號（一九九二年），第三五頁。

心證，自非法不許。

但必須注意的是，偵查機關於起訴後認為仍有實施偵查活動之必要時，應以任意處分為限。其理由如下：

第一、起訴後之被告係法院審理之對象，而已非檢察官偵查之客體，因此審判程序中，當事人對等主義之色彩理應較起訴前濃厚，基於被告權益及地位之保護，對本案審理中之被告，檢察官自不宜再逕為強制處分（註一一）。

第二、就審檢分立之觀點，審判程序中為求發現真實認有就本案實施強制處分之必要者，應由法院依職權為之（本法第一六三條第一項），又現行法規定，審判中有關被告之傳喚、拘提或證據之搜索、扣押等處分所必備之令狀應由受命法官或審判長簽名（本法第七一條第四項、第七七條第三項及一二八條第二項等），可知檢察官於提起公訴後，認為因保全證據對被告或第三人之身體自由或財產等權利有加以限制之必要時，僅得聲請法院為必要之強制處分，檢察官不得逕行為之。

亦即，實施偵查活動雖不問起訴前後，但於提起公訴後，偵查機關認為就審理中之本案有繼續實施強制處分之必要時，應請求法院為之；至於任意性之偵查活動，則無禁止偵查機關實施之理。

另外，須進一步補充說明的是，起訴後之被告除了繫屬中之本案外，若另犯他罪，而該他罪尙未經起訴仍處於偵查中者，偵查機關對此一被告所犯之他罪部分，當然得實施強制處分。惟在此情形，因被告本身已具有法院審理中本案之當事人地位，其與起訴前單純接受偵查之犯罪嫌疑人或被告之地位顯不相同。所以，對於尙涉有他罪未經起訴而仍被偵查之「審判中的被告」，偵查機關就該他罪之部分雖亦可實施強制處分，但應特別注意：①偵查機關不得假借偵查他罪之名，逕行實施審理中本案之強制處分之實；②就偵查中之他罪依法實施強制處分時，被告之防禦權，尤其是辯護人之接見交通權及偵訊中之在場權，更須實質保障，以確保被告應有之權益和地位。

（註一一） 蔡墩銘，前揭書第二九〇頁。

參、偵查之基本原則

由上之論述可知，偵查係偵查機關所為之蒐集、保全與犯罪情形有關之人的和物的證據之活動，其內容多樣、複雜且富流動性；同時就偵查機關發現真實之目的而言，偵查活動無可避免地高度要求效率和合目的性，而偵查若愈講求效率和迅速，對被告或第三人之權益造成侵害之可能性則愈高。因此，為擔保廣泛多樣且具變化之偵查活動能合法、適當地進行，實有必要確立一定之準則予以規範。根據現行憲法及刑事訴訟法之相關規定，可列舉出下述幾個主要的偵查活動之基本原則：

一、任意偵查之原則

既然偵查活動之實施往往直接涉及國民之自由權利，則從刑事司法政策而言，偵查機關實施偵查自應以避免侵害國民之自由權利，而在國民的協助下為之做為指導原則。所以，偵查之目的藉由多數之手段均可達成時，必須選擇任意處分之方式行之；亦即，應優先考量在偵查對象出於自願或不侵害其實質權益的情況下，進行證據之蒐集保全，此乃偵查之任意處分原則。

本法雖無直接明文規定所謂之任意偵查原則，但憲法第二三條明示國民之基本人權，除有維持社會秩序或增進公共利益等所必要之例外情形，不得以法律限制之。其本旨之一即在強調國家不得為實現具體之刑罰權，於程序上恣意地限制國民人身、居住或財產等權益，而應儘量在不侵害國民實質的自由權利之前提下遂行發現真實之目的。於此意義，則具有保障國民自由之機能的刑法謙抑原則，在訴訟程序中有其共通之精神。

同時，刑訴法規定，實施偵查非有必要不得先行傳訊被告（法第二二八條第二項），又被告經訊問後雖認為有同法第七六條所定之情形，非有必要不得羈押（法第一〇一條）；以及非有必要不得搜索被告之身體、財物或其他處所（法第一二二條）等，亦可看出，偵查之實施應以任意處分為原則之精神（註一二）。

（註一二） 舊法（刑訴律）第二七四條曾明文規定，搜索中原則上，不許用強制處分，以保護國民之權利。又現行警察偵查犯罪規範第一〇〇三條揭示「民主法治科學人權為警察偵查犯罪應遵守之原則」，其理自明。

二、強制處分法定主義

1. 憲法基本人權之保障

如上所述，偵查機關蒐集或保全證據，原則上應使用任意處分之方式，以避免侵害國民之自由權利。但於例外情形，為實施偵查以確保國家刑罰權之具體實現，於訴訟程序進行中，實際上固有限制被告或第三人之人身自由、居住或財產權益之情況，致有實施強制處分之必要（註一三）。

然而，實施強制處分，動輒侵害國民之自由權利，為防止國家機關濫用強制處分權，憲法二三條明示，因維持社會秩序或增進公共利益等有必要限制國民之自由權利時，應事先以法律明文規定之精神（註一四）；且憲法第八條更具體地就國民之自由權利中最基本之人身自由予以保障，該條文中規定，關於限制國民人身自由之逮捕拘禁的強制處分（除現行犯之逮捕由法律另定外），非由司法或警察機關依法定程序不得為之，直接強調「強制處分法定主義」。因此，偵查之基本原則之一一強制處分法定主義，係憲法第八條與第二三條所揭示之重要內容，無庸置疑。

基於上述憲法之要求，現行刑事訴訟法乃於第一條開宗明義地宣示，犯罪非依本法或其他法律所定之訴訟程序不得追訴處罰，即屬強制處分法定主義之具體表現。故現行法為期發現真實確定具體之刑罰權，雖例外地容許使用足以侵害個人身體自由等權利的強制處分，但同時對於各個強制處分之實施，則嚴格要求須有事先之法律明文依據始可為之，藉以防止強制處分之濫用。由此觀之，強制處分法定主義實為調和程序上被告人權之保障與實體上犯罪真實之發現的重要法則（註一五）。

2. 法定程序之意義與令狀主義

所謂「法定」，係指有關偵查處分之要件及程序等事項應事先以法律明定之意。

（註一三） 陳樸生，前揭書第一七九頁；黃東熊，前揭書第一三四頁。

（註一四） 關於憲法二三條基本人權限制之規定，學者有稱之為「憲法之保留原則」。然從憲法保障國民自由權利之本旨言之，本條文應可實質地解釋為寓有法律程序正義（適正程序）之精神；亦即，任何人若無法律事先所明定之要件、程序為依據，不得剝奪或限制其自由權利。關於「憲法之保留原則」參照林紀東，中華民國憲法逐條釋義(一)（一九八二年）第三四四頁；陳新民，憲法基本權利之基本理論（上）（一九九〇年）第一八二頁以下。

（註一五） 學說上亦有稱此為，強制處分之「合法原則」，蔡墩銘，前揭書第一五七頁。

本法依偵查對象之性質，分別規定強制處分之種類，一是因保全被告所為之拘提、逮捕、羈押，屬於對人之強制處分；另一是收集保全證據之搜索、扣押、勘驗，屬於對物之強制處分。至於因調查證據及犯罪情形之必要所為之傳喚、勘驗處分中之身體檢查，以及因鑑定被告心神或身體狀態之必要將其送入醫院或其他處所的處分，則可歸屬於對人之強制處分（註一六）。

而不論是對人之強制處分抑是對物之強制處分，有關各該處分之要件、理由、程式以及執行後之處理等事項，本法分別設有條文予以規範。以拘提為例，拘提之理由（第七六條）、拘提之程式——應用拘票（第七七條）、拘票之交付（第七九條）、執行拘提時之名譽的保護（第八九條）、強制力使用之限度（九〇條）以及拘提後之處置解送等程序之規定，一起構成拘提之法定程序。惟司法警察機關於執行強制處分時，例外地，事先無須檢察官核發之「令狀」（拘票、搜索票等）亦得為之，例如，緊急拘提（第八八條之一），逮捕被告、通緝犯脫逃人犯或執行拘提羈押時雖無搜索票亦得逕行搜索身體或處所（附帶搜索，第一三〇條及第一三一條第一項一、二款），或於有事實足信有人在內犯罪而情形急迫者，雖無搜索票亦得逕行搜索住宅或其他處所（緊急搜索，第一三一條第一項三款）等之規定，可說是強制處分法定主義下，事先無須令狀的例外情形。

然而，於此必須特別注意的是，因現行刑訴法賦予偵查中之檢察官有強制處分權，而強制處分之執行雖有必須使用令狀之原則規定，但令狀是否核發係由檢察官自己決定，因此，與日本憲法及刑事訴訟法上所要求之「令狀主義」，偵查中強制處分之令狀應由法院核發之規定顯然不同。充其量，我國現行刑訴法所要求者，僅止於「要式主義」而已。強制處分法定主義與要式主義，兩者並非同義語，不得混同使用。

蓋強制處分法定主義係基於憲法第八條及二三條之規定，認為有足以使用強制

（註一六） 將刑訴法上所規定之強制處分的種類，區分為對人之強制處分與對物之強制處分，乃形式上依對象之不同所為之概略之分類。實質上，對物之強制處分亦當然帶有直接排除所有人或占有人對物之支配，因此對物之強制處分乃兼含有對人強制之色彩。黃東熊，前揭書第一三五頁。

另外，偵查機關於傳喚、逮捕、拘提被告後所為之訊問究屬於何種性質之偵查處分，容有爭議，另待為文探討。

處分來限制國民自由權利之理由及必要性時，除非有法律之明文規定者外，不得爲之，而法定程序之內容則包括強制處分之型態、要件、程式（含令狀的核發、交付）及其效果等事項。至於要式主義，則僅是踐行「以書面告知原因」（憲法第八項第二項），防止偵查機關濫用權限所設定之一道程序而已。因此，光是於執行強制處分的程序上滿足「要式主義」，尚不足以符合強制處分法定主義之全部要求。

由此可知，強制處分法定主義實具有處分之明文規範（法律對處分要件、程式之明定）以及運用執行上的防弊措施（令狀的核發、交付及記錄等）之雙重門檻的作用，以防止偵查機關濫用強制處分侵害國民權益之危險發生（註一七）。目前實務上，對於某些現行刑訴法所未規定之新型的偵查處分（例如，監聽），認爲事前只要有檢察官核發令狀即爲適法，可逕行強制處分之做法，顯與強制處分法定主義精神有違（註一八）。

3. 法定程序之明確性及正當性原則

強制處分法定主義所要求的內容，並非僅形式上法律事先明文規定各個處分之理由、程序等事項即爲已足；其所規定之理由及程序尚須具備內容明確、合理及適當之要求。內容之明確性原則及正當性原則亦是強制處分法定主義實質上不可或缺的內涵。

蓋法定主義若僅形式地要求各個處分要件和程序以法律事先規定即可，而不論其規定之內容是否具體明瞭或其程序是否符合公平正義，則國家將可因有確保刑罰權實現之必要，恣意地制定強制處分之理由不明確，執行之程序有瑕疵的「明文」，來擴張「合法」的強制處分的範圍而導致國民之自由權利遭受不當之侵害，顯然有違憲法以強制處分法定主義保障國民基本人權免於國家公權力侵害之精神。

特別是，於實務的運作上，明確性原則之適用更具有其重要性。本法規定實施拘提或搜索之際，於拘票或搜索票應記載構成拘提之事由或應加搜索之處所、物件等事項，即基於明確性之原則，要求實務之運作應儘量特定偵查的對象和範圍以防止強制處分權的濫用。因此，法律上就強制處分之型態、理由和程式雖有明文規

（註一七） 三井誠，「搜查總說(2)」，法學教室第一四〇號（一九九二年），第九五頁。

（註一八） 對於現行刑訴法所未規定或預設之新型態的強制處分，若真有實施之條件及必要性，應透過立法途徑解決，才符合強制處分法定主義之要求。例如，有關監聽處分之「通信監察法草案」現正於立法院審議中。

定，仍須進一步檢視其規定之內容及執行運作有無具備明確性、正當性，始能認定是否符合強制處分法定主義之內涵。

基於此一觀點，現行法制下之數點有關強制處分之規定是否妥當，值得探討。

第一、是偵查主體之權限的問題。現行刑訴法將偵查中之拘提、逮捕、羈押、搜索、扣押等處分之理由和必要性的判斷權，以及令狀之核發的決定權賦予檢察官，使檢察官擁有近乎與法官無異之強制處分權。在性質上，雖有使檢察官司法機關化之色彩，並令其指揮監督司法警察機關之調查犯罪（註一九），但是，檢察官畢竟負有偵查犯罪之職責，以偵查程序為限，其本質與司法警察機關同樣，是屬於偵查機關殆無疑義。而偵查機關本身若具有判斷並決定強制處分得否實施之權限，則實際實施強制處分時，將難免會流於偏見及擅斷，蓋全能的運動員本身若又能兼執法裁判，實難期比賽之公正客觀也。

另一方面，制度上檢察官雖負有客觀義務，偵查中對於被告有利不利事項均須一律注意（第二條第一項），但實際上，由於角色扮演之衝突，要求一個以偵查犯罪為職責之檢察官同時亦要負起保障被告權益之責任，殆無期待可能性。因此，由偵查犯罪之檢察官自己判斷決定強制處分之實施，實難以預防其濫用權限之危險發生，更不符合強制處分法定主義所要求之正當性原則。偵查中檢察官之強制處分之決定權應歸屬於法院，始能貫徹憲法保障基本人權之精神（註二〇）。

第二、扣押、勘驗與拘提、羈押、搜索等同屬於現行法規之強制處分，但相較之下，條文中關於扣押及勘驗兩者之實施理由、必要性及程序等事項之規定，顯然過於籠統簡陋，有違強制處分明確性之原則，係立法論上亟待改善的問題之一。

第三、檢肅流氓條例中規定，警察機關對於情節重大流氓得逕行強制到案（該條例第五條）；海關緝私條中規定海關認為有違反該條例之情事者得逕行勘驗搜索關係之場所或身體（該條例第一〇、一一條）。此二條例本身之性質或有爭議，然上述各該條文中所謂之強制到案、勘驗或搜索等處分，均直接涉及對象客體之人身自由、居住或財產等權益，至為明顯。

因此，關於這些處分之實施，應解釋為仍有強制處分法定主義之適用。檢肅流氓條例與海關緝私條例中僅簡略規定警察機關、海關分別有得逕行決定並執行強制

（註一九） 黃東熊，前揭書第一三七頁。

（註二〇） 蔡墩銘，前揭書第一五九頁，註二，論據雖有不同，結論亦採相同看法。

到案及搜索等之權限，而對於其要件、程序等事項卻未明確適當地加以規範，亦有違背法定程序之明確性及正當性原則。

三、偵查比例原則

所謂偵查比例原則，係指實施偵查時，國民之自由權利遭受侵害之程度與偵查處分之目的、手段之間應具有必要及適當之比例關係而言。就憲法保障基本人權之觀點，以違反社會秩序或公共利益為由而限制國民之自由權利時，該限制應僅止於以除去違反行為所須之必要最低限度之方法和範圍為限，國家不得藉口維持公共利益之目的而不擇手段，過度干預國民基本權益（註二一）。我國憲法第二三條規定「除為……所必要者外不得以法律限制之」之本旨，不外乎在要求公共利益的違反與基本人權的限制之間必須維持嚴格的比例關係（註二二）。

憲法上之此一比例原則，自應反映於刑事訴訟中之偵查活動。蓋偵查之實施，直接與國民之人身、居住等自由有密切關係，因此，偵查處分之目的及手段，必須考慮到對象國民之自由權利可能遭受侵害之程度，而選擇限制基本人權所必要之最小限度之方式。前述之任意偵查原則，實質上即是偵查比例原則的具體表現。

同時，偵查比例原則不僅於任意偵查之範疇中有其適用，偵查機關於依法實施強制處分時，亦應儘量選擇對國民權益侵害程度較小之種類及方式為之，以符合偵查比例原則之要求。現行法第九〇條及第一三二條規定，於被告抗拒拘提、逮捕或搜索時雖得使用強制力，但不得逾越必要之程度，所謂的不可以大砲轟小鳥，其理在此。

四、偵查不公開原則

刑訴法第二四五條第一項規定，偵查不公開之。係指偵查活動之內容不得對外公開，除當事人及訴訟關係人外，任何人均不得介入或參與偵查活動，以避免偵查中應秘密之事項洩漏。又稱為偵查密行主義（註二三）。

偵查採不公開之方式，其理由，一方面係基於維持偵查效率之考量，亦即，防

（註二一） 陳新民，前揭書第一八三頁。

（註二二） 於公法學者中，有認為我國憲法第二三條之規定，就德國歷史演變過程觀之，應僅具必要性原則而已；至於所定之法律是否過度干預國民自由，則不在考慮之列。參照蔡震榮，行政法理論與基本人權之保障（一九九四年），第一五一頁。

（註二三） 蔡墩銘，前揭書第二九〇頁。

止因偵查內容之外洩而導致湮滅證據或勾串偽證等影響偵查進行之不利情形的發生；另一方面係基於當事人及訴訟關係人名譽之保護，蓋刑事被告在未經法院依證據認定有罪之前，受無罪之推定，乃刑事訴訟制度之一大原則，而偵查尚屬調查犯罪嫌疑收集證據之階段，若將偵查內容公開，勢必對犯罪嫌疑人或被告之名譽造成不利影響，況且被害人、告訴人或證人等之穩私權及地位同樣有加以保護之必要，故設偵查不公開之原則（註二四）。

基於此一原則，刑訴法進一步具體規定，偵查機關實施搜索時應保守秘密並注意受搜索人之名譽（第一二四條）；又執行拘提逮捕時亦應注意被告之身體及名譽（第八九條），強調對於關係人，特別是，被告名譽保護之重要性（註二五）。因此，實施偵查之公務員違反偵查不公開之規定，故意或過失洩漏因偵查活動所知悉之應秘密事項者，應負刑法上公務員洩密罪（註二六）；相對地，辯護人亦負有守秘義務，關於因偵查中執行職務所知悉之事項不得洩漏（第二四五條第三項），若有違反偵查不公開之規定或侵害他人名譽之行爲，自得分別依具體情形，適用刑法上洩漏因業務得知他人秘密罪或妨罪名譽罪之規定加以處罰。

然而，偵查不公開原則之適用範圍仍有其界限。

第一、偵查不公開原則只要能達到不妨礙偵查之順利進行以及不侵害被告之名譽等目的爲已足，故基於被告權益之保障，現行刑訴法賦予辯護人得於偵查機關訊問被告時在場之權利（第二四五條第二項），以及一定之輕微案件偵查中被告得委任代理人到場之規定（第三六條），與偵查不公開原則並無牴觸。亦即，偵查活動並非絕對限於偵查機關與被告之間秘密進行爲必要，對於訴訟法上得合法參與偵查程序之辯護人或關係人，並不在禁止公開之範圍。故爲保障被告合法之防禦權益，偵查機關仍應開示必要之證據或資料。此爲偵查不公開原則之對人的例外情形。

第二、爲避免偵查處分之濫用，偵查內容應受一定之檢視及規範。例如，①對於偵查中檢察官所爲之羈押、扣押及因鑑定將被告送入醫院或其他處所等處分有不

（註二四） 林山田，前揭書第二七三頁。

（註二五） 警察偵查犯罪規範第一〇〇五條規定「偵查刑案必須嚴守案件秘密，謹言慎行，以免影響偵查工作之進行，並藉以保全犯罪嫌疑人、被害人或其他關係人名譽，維護人民權益」，其旨趣相同。

（註二六） 但違反偵查不公開之規定下所實施之偵查程序，原則上並不因此而當然無效。林山田，前揭書第二七三頁。

服者，得聲請所屬法院撤銷或變更（法第四一六條第一項），此時，相關處分之內容自應服從法院之審查。②檢察官實施偵查若有違法不當情事，於行政組織體系中，基於檢察一體原則，上級之檢察總長或檢察長依法院組織法第六四條之規定，有介入移轉之權限，下級檢察官自應服從其指揮監督。於上述兩種情形，負責具體案件偵查之檢察官即不得藉口偵查不公開之規定，圖免司法審查或行政上之指揮監督。此為偵查不公開原則於偵查處分（事的範圍）適用上的界限。

肆、任意處分與強制處分之區別

以上，就憲法保障基本人權之精神及刑訴法相關規定之解釋，引導整理出偵查活動之四個重要的基本原則。

為避免不當限制或侵害國民之自由權利，偵查之實施應儘量使用非強制性之處分（任意偵查之原則）；例外地，認有必要實施強制處分限制國民之身體、財產等權利時，則必須依據法律明定之處分之型態、要件及程序明確而適當地執行（強制處分法定主義）。而不論是任意處分或強制處分，偵查之實施應採取以達到目的所必要之侵害性最小的方式（偵查比例原則），同時必須注意保護被告或其他關係人之名譽（偵查不公開之原則）。

而偵查活動是否合法，主要應就行使之方法、態樣以及造成權益侵害之性質、效果等加以判斷，如果偵查活動已達強制處分之範圍，則其實施之型態、要件等須符合法定程序之要求。因此，如何判斷偵查活動係屬於強制處分或任意處分，是檢視偵查活動是否適法之首要工作，兩者之區別實益，在於決定有無強制處分法定主義之適用。

在此，為便利參考起見，首先扼要整理介紹日本學說及判例上有關任意偵查與強制偵查之區別基準，進而檢討我國相關之問題狀況。

一、日本學說及判例之見解

日本刑事訴訟法第一九七條第一項規定「於偵查中，為達成其目的得為必要之調查。但強制處分除本法有特別規定者外，不得為之」，乃強制處分法定主義之直接明文根據。然而，何謂「強制處分」，該法並未做任何之定義，致實際上應以何

種基準來確定強制處分之意義及範圍，長久以來一直是學說及實務上爭議不休的重要論點。

1. 學說之對立

歷來，有關強制處分與任意處分之區別標準，學說上主要有下列四種不同之主張：

第一說，認為偵查之手段有伴隨著直接物理性質之實力或強制力之行使（直接強制）或使負有預含制裁效果之義務行為（間接強制）之處分者，為強制處分。簡稱為「形式強制力說」（註二七）。

第二說，主張在「強制」與「任意」之間存有尚未達強制程度之實力行使的階段，於此一中間階段內，社會通念上適當之實力的行使或因勸服對象所為之實力的行使，得認為是可容許之任意偵查。簡稱為「中間領域說」（註二八）。

第三說，不論有無強制力或實力之行使，凡未經對象之同意而侵害其個人權利、法益者，即為強制處分；偵查活動縱然未伴隨強制力或具有義務之賦課，仍可構成強制處分。簡稱為「形式權利侵害說」（註二九）。

第四說，係以有無違反對象明示或默示之意思而侵害其重要之權益，做為區別任意處分與強制處分之判斷基準。稱為「重要權利侵害說」（註三〇）

上述之第一說及第二說，均著眼於客觀上強制力或實力之行使，而其中第一說是以強制力或實力行使之有無；第二說係以行使之程度，分別做為區別任意處分和強制處分的標準。至於第三說及第四說則以對象之權益的侵害為焦點，其中第三說以權益侵害之有無；第四說係以其侵害之程度，分別做為判斷之基準（註三一）。將此四種主張之根據及其形成之過程，做一簡單之比較的話，有如下之特徵。

第一說之「形式強制力說」係早期學說之多數見解。蓋傳統之逮捕、搜索等強

（註二七） 團藤重光，條解刑事訴訟法（上卷），一九五〇年，第三六一頁。

（註二八） 出射義夫，「任意・實力・強制」ゾユリスト第六五號（一九五四年），第四一頁。

（註二九） 引自由宮裕編著，刑事訴訟法Ⅰ（一九七五年）第一二九頁。

（註三〇） 井上正仁，「任意搜查と強制搜查の區別」，刑事訴訟法の爭點（新版，一九九一年），第四五頁。

（註三一） 三井誠，「搜查・總說(2)」法學教室第一四〇號（一九九二年），第九五、九六頁。

制處分在客觀上多半可見物理性之實力的行使，因此，對於大部分之偵查活動而言，以有無直接或間接強制力之行使做為區別任意處分和強制處分之基準，確實能命中問題的核心，發揮判別的機能。然而，若僅止於輕微的物理性之實力行使（例如，警察人員搭住犯罪嫌疑人的肩膀或按住其手腕使其停下之舉動），即認定該當於強制處分，而非依法定程序取得令狀不得實施的話，任意偵查之活動範圍將受到不合理的限制。因此，基於偵查之實效性的考量，乃有第二說之「中間領域說」的產生，主張在「任意」與「強制」之間設立可被容許之伴隨實力行使之任意偵查的領域（註三二）。

但是，隨著科技的發達，照相錄影、電話監聽、測謊等儀器逐漸普遍應用於犯罪之偵查。這些偵查手段表面上雖無直接之物理力的作用存在，然對當事人的隱私權等重要權益顯然亦會構成不利之影響。在此一情形下，僅著眼於偵查機關客觀上所採取之強制力或實力做為區別標準的第一說及第二說，對於使用無形之「實力」而實質上卻已達侵害個人權益之偵查處分，實無法加以合理的規範。因此，學說之見解乃轉注於被偵查之對象，重視其個人之權利或法益有無受到侵害及其侵害之程度，進而第三說之「形式權利侵害說」及第四說之「重要權利侵害說」相繼出現，逐漸在學界獲得有力之支持（註三三）。

惟採用第三說或第四說，以個人權益侵害之有無或其侵害之程度做為區別任意處分和強制處分之基準，於適用上，仍有下列幾點值得注意。

第一、若將有無違反個人之意思或未取得對象之同意，做為判斷上之一個獨立的要素，則實際上無法事先取得對象同意之偵查活動，例如，蹤蹤、攝影等均可能被列入強制處分之範圍，這顯然過度侷限偵查機關可得實施任意處分之方式。相對地，偵查機關縱使事先有獲得受處分對象之同意或承諾，亦有不得逕行實施強制處分之情形存在，例如，犯罪嫌疑人雖同意警察人員進入其住宅搜索，警察人員亦不宜貿然入內翻箱倒櫃實施搜索。而且，就實際問題而言，之後在訴訟程序中偵查機關若主張其先前之搜索已獲犯罪嫌疑人之同意，該偵查處分不具強制性時，被告或其辯護人一方要舉證將其推翻，相當困難。亦即，搜索當時被告或關係人是否出於自願，真正地同意？極難認定。因此，對象同意之有無，雖可做為判斷個人權益是

（註三二） 井上正仁，前揭論文，第四三頁。

（註三三） 井上正仁，前揭論文，第四二頁。

（註三四） 三井誠，前揭論文，第九六頁。

有遭受侵害之參考要素，但無須特別將其列為獨立之判斷要件，以免日後解釋及認定上不必要之爭議（註三四）。

第二、任何之偵查活動或多或少都有可能對個人權益造成侵害，若表面上一有權益之侵害，竟絲毫不考慮其侵害之程度，即認定是強制處分，非依法定程序不得為之的話，偵查機關之偵查活動將動輒落入強制處分的範圍，並不符合實際偵查的現狀。

第三、另一方面若過度強調個人權益被侵害之程度，將所謂之強制處分限定於重要之權益的侵害，則反而會使任意偵查的範圍有流於擴張之虞。亦即，在客觀上具有強制力或實力之行使，依第一說之「形式強制力說」判斷，可認為已達強制處分之行為，可能因該處分行為對個人之重要權益並無侵害之發生，依第四說之「重要權利侵害說」判斷，反將不當地落入任意處分之守備範圍，致規避強制處分法定主義之要求，其結果將與第二說之「中間領域說」無甚差異。因此，以「重要權利侵害說」來定義強制處分時，不可過度重視利益權衡之事實問題，否則將導致任意處分範圍的不當擴張（註三五）。

由上述之檢討可知學說上之此四種看法，對於如何界定任意處分和強制處分之區別，各有其一面合理之根據，且於具體偵查處分之判斷上，大部分的情形，依照任何一種見解來判斷，其所得之結論亦並無不同。因此，究竟那一說最為妥當，實難下定論。然而，第三說之「形式權利侵害說」不考量權利侵害之程度問題，易造成原本某些屬於任意處分之活動，落入強制處分的範疇，不切合偵查之實際；而其他三說，則有站在利益衡量之觀點，偏於重視事實或偵查實效性之嫌，反將導致任意偵查範圍的不當擴張，削弱強制處分法定主義適用之餘地。

因此，為取得第三說與第四說之協調，最近，學說有主張應以個人之權益實質上有無侵害或危險發生，做為區別標準較為妥當之見解，頗受矚目（註三六）。

2. 判例之趨勢

關於如何定義強制處分，日本學說上之諸多見解不外乎以有無使用強制力？其使用之程度；或對偵查對象之權益有無造成侵害？其侵害之程度如何，來做為區別任意處分和強制處分的基準。然而，針對具體情況多樣、複雜且富流動性之偵查活

（註三五） 三井誠，同前註。

（註三六） 三井誠，同前註。

動的判斷與適用上，無可諱言的，學說上的這些主張難免有流於抽象之憾。因此，實務上關於具體個案之偵查活動是否逾越任意偵查的界限，判例之見解乃特別值得重視。

於昭和四〇年代前，判例對於刑事訴訟程序中強制處分與任意處分之區別一直未能指出明確的判斷基準，在此期間，實務上，有多數的案例均屬於「警察官職務執行法」上之盤查行為是否適法的爭議問題（註三七）。對此，判例一般認為，盤查之際未達強制程度之有形力的行使，雖有侵害對象當事人的權益，但並非全然不能容許。於某些一定之場合，考量該盤查行為之必要性、緊急性，以及個人權益因此所受之侵害與應保護之公共利益間的平衡，在具體情況下認為有形力的行使係相當者，可評價為適法行為。故實質上，判例顯然有採用警察比例原則來判斷盤查中有形力的行使是否適法之傾向（註三八）。

關於刑訴法上所謂之強制處分，日本最高法院首次予以明確定義之代表先例是，昭和五一年三月一六日第三小法庭之裁判（註三九）。

- ①本案之事實概要 被告涉嫌酗酒駕車撞毀公路設施後（註四〇），同意警察之要求到警局接受調查。但於到達警局後，警察再三試圖說服被告接受酒精含有量檢查之吹氣試驗之際，被告突然朝著出口處快步離去，警察立即由左前方擋住被告去向，並以雙方按住其左手腕，制止其離開警局。對於警察的出手攔阻，被告立即用力摔脫，並順勢扯斷警察制服上之臂章，出手毆打其臉部一下，致當場被警察壓制而以妨害公務罪嫌之現行犯逮捕。

本案之爭點在於，警察人員制止任意到案之犯罪嫌疑人離開警局之行為，究係合法之任意處分行為或已達強制處分？第一審法院，關於此一問題，認為本案警察

（註三七） 筆者暫譯為「盤查」，包括日文原文之「職務質問」及所附隨之「所持品檢查」。

（註三八） 三井誠，「任意捜査の限界(5)——自動車検問」法學教室第一四五號（一九九二年），第一三二頁。

（註三九） 最決昭和五一・三・一六刑集三〇卷二號一八七頁，引自高田卓爾「任意捜査における有形力の行使」，刑事訴訟法判例百選（第五版），第一二頁。

（註四〇） 日本道路交通法第一一七條之二及第一一九條第一項七之二款規定，對於飲酒駕車行為本身可依駕駛時之酒精含有狀態之不同，分別處以二年以下或三個月以下之有期徒刑或不等之罰金。

制止被告離去之行爲，已超過任意偵查之界限，實質上達到和逮捕被告具有相同效果之強制力之行使，故警察人員未依法定程序實施強制處分，自屬違法。本案警察之攔阻行爲既非屬合法公務之執行，無由令被告負妨害公務之罪責，且被告出手反擊係正當防衛行爲，所謂之暴行罪亦不成立。

對此判決，檢察官不服提起上訴。上訴審法院認定，本案中警察所採之制止行動係爲勸服被告接受酒精吹氣檢查，客觀上適當之行使實力的手段，並未構成與逮捕具有相同效果之強制力，故撤銷第一審判決，改判被告妨害公務罪成立。被告之辯護人以原判決認定警察之制止行爲係適法之公務顯屬違誤爲由，向最高法院提起上訴。

②裁判要旨 爲解決刑訴法上所謂任意偵查之界限問題，最高法院首先就強制處分做如下之定義。

亦即，「強制手段僅限於法律有明文根據者，始能允許，但強制手段並非指伴隨著有形力行使之手段；而係壓制個人之意思，對其身體、住居或財產等加以限制而強制性地實現偵查目的所爲之不相當的手段。在未達上述程度之有形力的行使，仍可視爲任意偵查而予以容許。

然而，有形力之行使縱未達強制處分，其有侵害任何法益或有侵害之虞者，若不問狀況一律予以容許，則又不妥當。應考量該有形力行使之必要性、緊急性，在具體情況下認爲顯係相當者，始能容許」。

接著，就本案具體之適用，最高法院判斷，警察人員之行爲係因勸服被告所採之抑制措施，其程度並不強烈，不得據此判斷其當然該當於逮捕之強制手段，故本案中警察人員之制止行爲屬合法之任意偵查，具有公務之適法性。

要言之，本判例舉出①壓制個人之意思，②對個人之身體或財產等權益予以限制，③強制地實現偵查目的之行爲，④若無特別之明文根據，予以容許係顯不相當之手段等四個因子，做爲強制處分之一般定義。同時，進一步指出，縱使於外觀上具有直接之有形力，但這並不當然立即構成所謂之強制處分，而仍有視爲任意處分予以容許之餘地；且於該任意處分中，仍應就處分所導致之法益侵害的性質、程度與處分之必要性、緊急性兩相權衡，認爲具有相當性者，始爲適法（註四一）。

雖然本判例，針對警察制止犯罪嫌疑人離開警局之行爲是否構成違法逮捕的個

（註四一） 井上正仁，前揭論文，第四三頁。

案問題，逕先設定出強制處分之一般定義，其射程範圍如何仍頗有爭議（註四二），同時，亦不乏學者批評稱，最高法院在本案具體的適用上，有以種種特殊之情況為由，歸結出偵查機關所採之手段為合法之傾向存在（註四三）。但是，本判例所示之見解具有下述重要之意義，值得評價。

第一、關於刑事訴訟程序中，偵查機關實施偵查活動所伴隨之實力的行使是否構成違法之爭議問題，本判例是日本最高法院首次之判斷。其中，最高法院明示，偵查活動雖然伴隨實力之行使，但不得據此即認定構成強制處分，若具備上述一定之要件，仍可視為適法之任意偵查。此一見解，對日後之偵查實務產生了極大影響（註四四）。

第二、本判例超越了以強制力之行使為基準的舊有見解，強調個人身體、居住或財產等重要之權益有無遭受侵害或限制，亦是認定任意偵查之界限的要因。判例認為，除了具體案件的重大性、嫌疑的程度、緊急性和必要性等適法性之要件外，應同時考量被侵害權益之性質及其程度。亦即，實務之見解，有從第二說之「中間領域說」移向於第四說之「重要權利侵害說」之趨勢存在（註四五）。

二、我國問題狀況之檢討

反觀國內，何謂強制處分，其與任意處分之區別何在？現行刑訴法並無直接明文可資判斷。

根據國內多數學者對強制處分所做之定義，例如：①強制處分乃刑事偵查追訴機關為發現或保全證據，確保訴訟程序之進行，得使用強制手段對犯罪嫌疑人、被告或其他訴訟關係人所為之強制措施（註四六）；②任意處分係不使用強制力或強

（註四二） 三井誠，同前揭註 17，第九七頁。

（註四三） 高田卓爾，前揭論文，第一三頁；西垣道夫「任意捜査の限界コソメト 2」，刑事手續（上），三井誠等編者（一九八八年），第一〇一頁。

（註四四） 多數之裁判例均沿襲本判例所示之基準做為任意處分與強制處分之區別依據。例如，最決昭和五三・九・二二刑集三二卷六號一七七四頁；最決昭和五九・二・二九刑集三八卷三號四七九頁；最決平成元・七・四刑集四三卷七號五八一頁等參照。

（註四五） 井上正仁，前揭論文，第四三頁；三井誠，同前揭註 17，第九七頁。

（註四六） 林山田，前揭書，第一五三頁。

制之處分；而強制處分則是以使用強制力或強制之處分所為之偵查（註四七）；③強制處分係指直接以物力或脅迫方式對人或對物排除可能抗拒、妨害，所實施之表示及執行之行爲，而以強制處分以外之手段所為之偵查方式則爲任意偵查（註四八）。可以明顯地看出，關於如何區別任意處分和強制處分，目前多數的見解是採有無強制力、強制手段或物力之行使做爲判斷基準。

另一方面，實務上，迄今亦無發現有判例或解釋直接就何謂強制處分做一般性之定義，但從所謂之「查扣押係強制處分之一種，以扣押意思並實施扣押之執行，即生效果。因此，扣押之意思表示於到達扣押物之持有人（包括所有人）並將應行扣押之物移入公力支配下，其扣押行爲即屬完成……」之判例見解（七一台上字第二三六〇號），隱約可見實務上，亦有以「公力」（偵查機關所實施之強制力或實力）行使之有無，做爲界定強制處分的傾向。

誠然，偵查活動中，爲達偵查目的所使用之手段既然是偵查的核心，則以客觀上行使之手段有無伴隨著強制性質的作用，來區別任意處分和強制處分，本質上是正確的立論，而且，絕大多數傳統之偵查處分都可用此一概念來加以區別判斷。因此，我國之學說及判例傾向於以強制力之行使來做爲定義強制處分之要素，並非無據。同時，現行法規定，對於抗拒拘提或搜索者，得使用強制力（本法第九〇、第一三二條），即表示實施拘提或搜索等強制處分，雖並非必須一定要使用強制力，惟視實際情況之需要得使用強制力。可知，現行法所謂之強制處分乃具有強制性質之作用，殆無疑義。

然而，從上述日本之學說及判例之分析結果來看，以得否使用強制力或客觀上有無強制力之行使做爲區別任意處分與強制處分之見解，存在下列兩點問題有待克服：

第一、何謂「強制力」、「物力」？若外觀上有使用強暴、脅迫等足以壓制對象之抗拒者，當然構成強制力之行使，並無疑問。但是，僅止於輕微有形外力之行使，譬如，警察人員於街上發現有犯罪嫌疑而進行盤查時，爲了勸服犯罪嫌疑人到場，搭住其肩膀、按住其手腕；或爲制止其離去而擋住去路等之行爲，是否該當於強制處分，仍有爭議。

（註四七） 黃東熊，前揭書，第一三四頁。

（註四八） 陳樸生，前揭書，第一七九、一八〇頁。

第二、拘提、逮捕、搜索、扣押等傳統之強制處分本身均直接涉及以強制性質之作用來限制國民之人身、居住或財產等權益，故以強制力之行使來定義強制處分，在適用上本來並無困難。但隨著科技的發展，照相錄影、監聽及測謊等科學之偵查方式日漸普遍，這些新型的偵查活動在客觀上雖無強制力之行使，但實質上對國民之權益所造成之侵害可能不亞於搜索扣押等傳統之強制處分。因此，採用強制力之行使做為界定強制處分之見解，顯然無法合理地規範這些現行法所未明定之偵查方式。

由上述之探討可知，偵查活動多樣、複雜且富流動性，要以一般地、抽象地概念來界定任意處分和強制處分之區別，實非易事。固應就各個具體之偵查活動中，偵查對象所涉之犯罪嫌疑的型態、程度、偵查之手段以及個人權益遭受侵害之性質、程度等相互交錯之要素，多方面觀察檢討；而實際上，偵查手段之要素，可使其包涵於權益侵害之要素中一起加以評價，特別是，憲法及刑訴法保障強制處分法定主義之精神主要是在於，因強制處分之手段及結果足以實質地侵害國民之重要權益，故須以法定之嚴格要件及程序加以規範，以防止偵查權限之濫用。故基於此種觀點，筆者認為若要對強制處分做一般性之定義，應以有無侵害個人之實質或重要之權益做為判斷基準較為妥當。

最後，必須強調的是，任意處分雖不像強制處分在法律上有嚴格之要件及程序之規定，但其侵害國民權益之可能性仍然存在，僅係侵害之程度較小而已。因此，現行法雖未就任意處分以法律明文統一規範，但這並不表示所謂任意處分之「任意」，是指任何之手段均可自由運作而不受拘束。與強制處分同樣，任意處分之活動仍應受偵查比例原則及偵查不公開原則之規範。要言之，任意處分是否適法，應就處分之緊急性、必要性以及對個人權益侵害之性質、程度等，綜合比較考量該處分在具體情況下是否相當，始足認定。

伍、今後之課題——代結論

以上，本文從憲法保障基本人權之觀點，特別是憲法第八條、第二三條以及刑訴法之相關規定的解釋，具體導論了任意偵查之原則、強制處分法定主義以及偵查比例原則等偵查活動之重要法則，並針對現行法制及實務運作上不符合上述諸原則

之規定或做法，提出批評與建議，可提供今後解決偵查法制問題之解釋論和立法上之參考。

另一方面，有關任意處分與強制處分之區別基準，本文先分析整理日本學說及判例之見解，據此檢討我國有關此一論點之現況，進而提出與現在多數見解不同之看法，認為應以偵查處分有無侵害個人實質或重要之權益做為界定任意偵查之範圍。

然而，偵查活動複雜多樣，任意與強制之境界本難以一線明確劃分，故具體之偵查活動是否適法，理應就具體事例綜合情況個別判斷。此一問題，除期待我國實務之判解針對各個具體案件做成判斷逐漸累積，早日確立一定之基準，使偵查實務能更趨合理、透明和制度化之外；就各論部分，例如，通知到案、訊問、陷阱偵查、照相攝影以及做為偵查開端之盤查活動等不同型態之偵查，其適法性如何，仍有待學理上再做深入的探討，此部分將留做今後研究之課題。