



扣押問題的定性與思辯

柯耀程*

摘要

在強制處分手段之中，扣押雖與搜索同為對物的強制處分手段，且在學理的論述，或是實務的見解中，二者時常如影隨形，但扣押與搜索的目的性不同，在強制處分正當性的要求上，有所差異，乃至因違法所生的效應，二者間完全不同，不能等而視之。雖然扣押與搜索同屬於財產權干預的強制手段，但扣押的權利干預效應，有時更甚於搜索。惟學理詮釋二者概念時，焦點多置於搜索的問題，卻輕忽扣押的權利干預問題，或許是因程序正當性效應，搜索係直接作用於取得之證據，而違法扣押的效果，卻非屬於程序效應之問題。但同屬於強制處分手段，扣押的影響，並不亞於搜索，甚至其權利干預的侵害效應，更是有過之而無不及。因此，全面性檢視扣押的問題，對於建構正當化強制處分手段，乃有其不可偏廢的必要性。

* 國立中正大學法學院教授、德國慕尼黑大學法學博士

投稿日期：07/23/2010；接受刊登日期：01/04/2011
責任校對：廖紫喬、黃云宣

Quality and Speculation about the Problems of Detention

Yaw-Cheng Ke^{**}

Abstract

Detention and search are both measure that enforcement action in rem. No matter theories or practice, both of them very closely associated with each other. But their purposes, the legitimacy of enforcement action and the effect when the law was broken are totally different. Both of detention and search are the compulsion of property, but the interventions of detention are much stronger than search. However, theories usually focus on search but ignore the intervening problems of detention when they explain these two concepts. Perhaps the reason is the effect of legitimacy. Search affect evidence obtained directly. Nevertheless, the problems of illegal detention are not belong the problems of procedure. The effects of detention are not less than search but even more. Therefore, reviewing the problems of detention comprehensively is necessary to build justified enforcement measure.

^{**} Professor of Law, National Chung-Cheng University College of Law, Ph.D, Jur. Munich University, Germany.

扣押問題的定性與思辯

柯耀程

目次

- 壹、概說
- 貳、扣押的屬性
 - 一、扣押的程序性格
 - 二、扣押與搜索的關係
 - 三、程序正當性問題之檢視
- 參、扣押目的實現與處置問題
 - 一、目的實現之檢討
 - 二、證據確認問題
 - 三、附帶扣押與另案扣押問題
 - 四、扣押物之處置
- 肆、違法扣押之效應
 - 一、違法扣押的類型
 - 二、程序效應之問題
- 伍、結論

關鍵詞：扣押、搜索、證據保全、證據取得、扣押物發還、證據
確認、令狀

Keyword : etention, search, preservation of evidence, evidence
obtained, seized property returned, the evidence
confirmed, Writ

壹、概說

刑事程序的前提目的，乃為作事實的釐清，以為論罪科刑的基礎；而事實的釐清與確認，依法必須從證據加以認定；當證據存在時，自須加以取得，在證據取得的必要性要求下，當確認證據之所在，或是足以認定證據之所在，卻無法以非權利干預的方式為取得時，將造成事實認定上的阻礙，而影響犯罪事實的判斷，故對於無法以任意性的方式所得的證據，特別是物理性之證據，法律乃在合比例原則要求的條件下，基於法律保留的授權，得以為證據之強制性取得，故而有搜索的授權關係存在。進而當證據取得後，在確認之前，必須有證據保全的手段，於是有扣押的容許性規範。因此，搜索及扣押作為程序上干預權利的強制性手段，主要的構想，乃在於事實釐清的要求，當有面臨阻礙時，得以強制性手段作阻礙之排除。

強制處分並非一種程序必然性之強制權利干預的手段，亦即其並非一種本身為目的的程序強制手段，其存在均具有一定的目的性導向，是屬於一種實現目的的手段，此種目的性的構想，乃建構在刑事程序的阻礙排除的基礎思維上，何以會有程序進行的阻礙呢？主要的觀察對象，乃在於主導程序進行的案件之上，亦即在於刑事程序因犯罪嫌疑人或被告及犯罪事實的確認必要性，以及程序進行的基本要求（刑訴第 281 條參照），有發生確認與程序進行的阻礙情形。而屬於犯罪嫌疑人與被告的因素，所形成的程序阻礙，因其造成阻礙的原因，在於人別與犯罪事實關連性的建立，以及審判程序進行的基本要求，發生有障礙的情形，故對於人所為的強制處分手段，其目的性的構想，主要是在於確認犯罪行為人與犯罪事實間的關係，或者是在於避免因被告對於其所為犯罪事實的混淆，而須對之加以隔離的作用，乃至於確保審判程序的確實實現。

反之，如係屬於因犯罪事實的釐清要求，而產生事實釐清有所困擾或障礙時，則在刑事程序中，必須有不同的阻礙排除手段，以確保事實認定的可能性，故有對事實確認必要的強制處分手段，此種手段主要干預的對象，在於對物及處所，甚至為釐清事實的必要，更進而對於犯罪嫌疑人或被告做人身的身體上蒐證的干預，其具體的手段，主要在於對事實認定的蒐證手段，蓋一方面刑事程序要求事實認定必須依證據，無證據不得認定犯罪事實（刑訴第 154 條第 2 項），而對於犯罪事實發生之後，其所存在的跡證，必須透過證據的取得，進而提出以認定犯罪事實，故證據的取得，乃屬於事實認定的前置性必然的要求。當未有證據取得，即無法予以提出，以作為事實認定之證據調查資料時，不能因有證據的存在，即得以虛擬地認為其具有還原事實之根本，亦即對於事實認定的證據要求，並不能單以其事實存在，而遽推認犯罪事實，而是必須具體將證據提出，並經由合法證據調查程序，方得以確認事實是否成立（刑訴第 155 條第 2 項參照）；另一方面，證據的存在必須先予以取得，對於事實的認定，既然必須對於證據為具體的取得，以作為爾後證據調查程序的標的，證據既不會自然浮現，也不能單以其存在作為認定事實的基礎，更不能以虛擬式的認知方式，作事實的認知方式，¹證據因事實而存在，惟其存在之後，必須加以取得，以作為未來審判時認定事實的具體依據。而證據的取得方式，有係因搜證人自然發現所取得，也有雖知證據存在之所在，但無法為非權利干預的方式而取得，必須採取強制取得的方式，方得以取得事實認定之證據，故而有法律授權強制

¹ 於證據作為認定犯罪事實的認知，有時會有創設虛擬證據的疑慮存在，以社會矚目的汐止吳姓夫婦命案為例（蘇建和案），第一審士林地院在認定行兇工具時，即將未取得之證據亦作為事實認定及沒收的依據，對於未經查獲的凶器，包括開山刀及水果刀各一把，其並未取得，但因王姓被告於偵訊中有所陳明，即據以為認定事實的證據，其於判決理由中竟以「未證明其滅失前，仍應與扣案之伸縮式警棍一支，併依法宣告沒收」，作為犯罪事實的認定理由，此乃將未確認其存在的證據，列入事實判斷並作為沒收的標的，無異是創設一種虛擬式的證據，以作為認定事實的基礎，這是相當違誤的認知形式。參照士林地方法院 80 年度重訴字第 23 號判決。

取證的搜索必要性存在。

偵查機關為釐清犯罪事實之需要，需為證據之取得，以便作為未來程序事實認定與證明之用。由於事實的認定係由審判機關為之，偵查機關經偵查過程雖認定事實的成立無疑，但仍須交由審判機關為最終的確認。加上審判制度的設計，對於事實的認定，係採取證據直接認定的原則，亦即原則上證據必須於審判程序中，直接呈現（證據直接調查原則），故當偵查機關為證據取得時，必須先對於所得證據為妥當的保全作為，以便得以在審判程序中，提出作為證據直接調查之依據。遂於證據取得之後，程序上須有一證據保全的環節，乃有扣押存在的必要性，²故而扣押與搜索的程序目的不同，其所生之效果，也有所差異，二者間並非前因後果的必然關係，雖搜索所得之證據資料，如認有留存之必要時，應予以扣押，但扣押的發動及其標的，並非必然全源自於搜索，即便有非強制取證所得之證據資料，亦屬於扣押的對象與範圍。惟刑事訴訟法檢視搜索扣押問題時，大多從搜索的觀念出發，扣押問題通常僅是附帶一提而已，如此將使得扣押所存在的整體問題，有所疏漏，形同刑事訴訟法中幽暗的角落。然不可否認者，扣押所產生的問題，以及對於人民權利干預的程度，並不亞於搜索或是羈押等其他強制處分手段。因此，為完整建構強制處分的藍圖，對於扣押問題的檢討，更有其必要性。

² 刑事訴訟法中扣押雖與搜索規定為同一章，且在概念的運用上，亦常將搜索扣押合而為一。然搜索與扣押的本質各有差異，於程序上的效應也不相同。搜索的性質，乃在於證據的取得，其正當性要求的效應，反應在證據資格之上，受到程序正當性的拘束，若有不合法搜索的情況，其所取得的證據，有取證不正當的問題存在，亦即具有得否作為認定事實的證據資格問題，原則上非法取證，必須從證據效應中排除；反觀扣押的性質，其並非取證的問題，而是對於既已取得之證據，為程序保全的措施，固然扣押亦有不合法的問題存在，但不合法扣押的效果，並非反應在證據資格之上，亦即不合法扣押並不影響作為證據之用，當事人亦不得以不合法扣押，作為證據排除之理由。故搜索與扣押雖同對於證據之作用，但一者為證據之取得，一者為證據之保全，屬性不同，其所生的程序效應亦有所不同。

貳、扣押的屬性

扣押作為刑事程序的強制處分手段，其主要目的，乃在於對所取得的資料為保全的措施，所取得之物，其取得不問是強制性搜索方式所得，或者是偵查機關自然取得，其所得之資料，不論是得作為證據之物，或是屬於犯罪事實應沒收之物（刑訴第 133 條），為得於未來於審判程序中，提出作為認定事實之基礎，必須於取得證據資料之後，有一妥善之證據保全措施，乃有扣押手段存在之必要。基本上，蒐證行為主要是為發現證據，而當發現證據之後，並非僅對於證據作單純性的觀察或記錄，而是必須作證據的保全，以供未來證據審查時之依據，故而蒐證行為有發現證據時，如其有保全的必要，則必須予以扣押；倘若不須有證據保全的處理時，雖有蒐證之行為，也有證據之發現，但並無保全的必要，即無扣押的問題存在。

一、扣押的程序性格

扣押既屬於證據保全的性質，其所要保全者，乃在於證據，而證據的來源，有係因自然所取得者，也有係基於強制力的作用而取得者，不論任意取得或是強制取得，只要有證據之取得，即有加以保全的必要，故對於應保全證據均屬扣押的適用範圍。雖然扣押常與搜索併在一起觀察，但扣押的對象，並非僅限於搜索所得之物（刑訴第 133 條參照）。

另外扣押的意義，係對於證據的保全，而保全的方法，並不限定必須完全移置於國家實力支配之下，諸如保持扣押物的原本形狀，而在其外觀貼上封緘或其他不得任意改變的標示（刑訴第 139 條第 2 項），或者是因扣押物的搬運或保存因素，而命特定人看守或保管（刑訴第 140 條），均無解於扣押的意義。所以保全者既是證據的思考，不論以何種方式為證據保全，在未來程序中證據審查的要求下，均須以能呈現證據

的本質為保全意旨。故而，對於有危險的證據應扣押者（刑訴第 140 條第 3 項），或是保全不易的扣押物或應沒收之物，（刑訴第 141 條），雖法律授權得以為變更證據原貌的處置，但仍須確保證據的原貌，在未來證據審查時，具有作為證據的效力。

二、扣押與搜索的關係

扣押是一種對於取得證據的保全手段，扣押對象的主要思考，乃在於所發現之物是否應為取得之保全，不論是作為證據或是未來應加以沒收之物，只要具有得成為證據或是應沒收之物，均得加以扣押（刑訴第 133 條參照）。扣押在本質上，並非屬於一種自由權利的干預手段，而是一種對於財產權的干預手段，惟此種財產權干預的手段，在權利干預的性質上，卻比搜索還要寬廣，亦即除少數扣押的限制（刑訴第 126 條、第 134 條、第 135 條）之外，幾乎只要發現得為證據或屬於應沒收之物者，不問是否與本案相關，均得以加以扣押。惟扣押雖是對於財產權的權利干預，但其對於干預限制的範圍，以及在程序效應上的要求，卻較搜索為寬鬆，似乎有不甚妥當的問題存在，故而學理上對於扣押的程序要求，亦主張須以令狀原則為要求，以作為扣押正當性的思維方向，³然而，扣押的本質，並非在於強制性證據的取得，而是對於發現或取得的證據，作為未來程序審查的必要性思考，而加以為保全手段，固然此種保全手段對於權利的干預，並不亞於搜索行為，但對於扣押正當性在刑事程序效應的要求，並不能與搜索同解。蓋扣押與搜索雖同為強制處分手段，但其所干預的對象與權利不同，在程序的效應上也不一樣。

³ 因此種不甚妥當的問題，引起部分見解對於扣押正當性問題產生疑慮，因此乃以搜索的令狀要求，作為檢討扣押的正當性依據。參照林鈺雄（2003），《刑事訴訟法（上）》，3 版，頁 363、364，台北：元照；黃朝義（2009），《刑事訴訟法》，2 版，頁 223-226，台北：新學林。然將扣押性質的要求比照搜索作令狀的要求，恐怕在強制的本質與法律效果的應然上，會有出入，必須特別審慎檢討。

搜索扣押係屬於刑事程序的強制處分手段，其作用的對象，主要係以證據存在的形式，以及其存在之所在（處所）為權利干預作用對象，其雖與對人身強制的手段同屬於刑事程序上的強制處分手段，但對人的強制處分與對物及處所的強制處分目的性不同，對物及處所的強制處分手段，主要的指導方向，係針對於犯罪事實釐清的問題，亦即對於證據的取得與保全的問題，故在搜索與扣押所要求的程序正當性擔保的令狀原則，其屬性與效果也不同于對人的強制處分。搜索與扣押既屬於對物及處所的強制處分，其強制性干預手段的作用，係以證據的取得與保全為思考，則其強制處分的性質，乃屬於證據取得的強制性形式，屬於強制取證的手段，其所產生違反的法律效果，也是從證據要求來思考，故而搜索與扣押既屬於強制證據取得與保全的手段，自然屬於一種強制性取證方法的性質，其固然是一種權利干預的強制處分手段，但卻不能僅將其視為強制處分的概念，畢竟強制處分是一種程序中權利干預手段的統稱，因不同的目的性作用，而在其目的與效果的要求上，各有差異，故搜索與扣押是一種證據取得與保全的強制性手段，性質上是一種強制取證的方法，當搜索有不合法之時，其所生的效應，亦是從其目的性的構想為思考，亦即在證據的資格上，會產生不得作為證據的效果。

而扣押雖然與搜索時常如影隨形，但一者是屬於證據取得的手段，另一者則屬於證據保全的手段，二者在結構與性質上不同，雖然二者均屬於對於財產權的強制干預手段，但因程序正當性要求的層面不同，其所生的效應也應有所差異。就搜索而言，其係證據取得的強制性手段，具有證據取得來源正當性的思考，且其違反正當性要求時，所生的法律效果，乃直接反應在證據的資格上，亦即具有不得作為證據的嚴格效應；而扣押則是屬於對證據的保全方法，其所保全的證據，可能是從搜索而來，但也可能非從搜索而來。從手段強制性的基準觀察，搜索是一種取得證據的強制性干預手段，其目的固然是為取得證據，且由搜索所得證據，大部分均須予以扣押；但作為證據保全手段的扣押，就財產權

的干預而言，其係屬於強制性的干預，但對於扣押對象的來源，其可能是因搜索而得之證據或得沒收物，亦可能是源自於非強制性取證（如對於犯罪現場或罪體勘驗⁴所取得，或是由被告或他人所提交之證據），故若以證據作為扣押的對象，其證據的來源，包括強制取證所得及非強制取證所得之證據，在對象上較諸搜索的範圍為廣，且因其屬於證據保全的手段，並無涉及證據來源正當性的問題，即使有不應扣押而扣押者，在證據效應上，並不生影響，亦即並不會發生如搜索正當性的證據法效應，故而如將扣押與搜索，在正當性的要求上，等同視之，恐有法律效果與本質上的曲解。是以扣押所要思考的問題，並非令狀擔保的問題，而是財產權回復及侵害填補的問題。

三、程序正當性問題之檢視

扣押與搜索雖同為證據性格的強制性手段，但其本質與所衍生法律效果仍有差異，其差異性可以從二方面加以觀察：

1、從程序正當性要求的思考：搜索是證據取得的手段，攸關證據來源的正當性問題，其所使用的干預性手段，具有必須檢視證據取得正當性問題，是以令狀原則所擔保的程序正當性，在搜索的要求上，應有絕對適用的效應，亦即搜索係屬於證據取得的強制性方法，其在證據法則的要求上，具有必須具備取證合法性之證據資格要求問題，當搜索不合法時，其直接反應的效果，乃在證據資格的適格問題上，基於證據取

⁴ 勘驗的屬性，一直以來都未為學理及實務認真的看待，其本然概念乃屬於對犯罪發生的現場，以及行為客體（罪體）所做的勘查取證的作為，本質上並無強制性格，也不得對之使用強制力。然學理與實務的認知，大多將其視為與搜索性質一般，原本刑事訴訟法第 219 條勘驗的規定，並無準用得使用強制力（第 132 條）的規定，但於 2003 年 2 月 6 日公布之修正刑事訴訟法規定，於第 219 條中增加準用刑訴第 132 條遇有抗拒得使用強制力的規定，使得原本屬於一般任意性格的勘驗，蒙上強制處分的陰影，這是混淆勘驗性質的立法與認知。認為勘驗為任意性取證手段者，見柯耀程(2009)，《刑事程序理念與重建》，頁 409，台北：元照。

得正當性的要求，不合法取得之證據，依法具有不得作為證據的效應；反觀扣押的屬性，是一種對於已經取得或發現得以為證據或應沒收之物的程序保全手段，此種保全手段，僅在於對已取得作為證據之物的保全程序，此種證據保全程序，亦有涉及權利干預的問題，自然也有正當性的要求，只是對於扣押的正當性要求，其效果不同於搜索的正當性效應。當搜索的正當性擔保，須透過令狀的形式來確認；扣押或許也可以令狀的方式要求之（如刑訴第 137 條第 2 項之規定），但搜索令所擔保者，乃賦予對事實認定之干預作為的正當性，具有得否為事實認定的效應；但扣押係屬於單純財產上的暫時性限制，既無涉及強制取得，亦無事實認定的直接關係，故在正當性的要求上，雖均屬於權利干預的性質，但其作用的目的不同，正當性的效應也有所差異。⁵

2、從違法效應所生法律效果的觀察：基本上搜索涉及取證的形成問題，其有正當性的要求，而正當性要求的形式作法，乃以令狀原則作為擔保的基準，違反正當性的要求時，其所生的法律效果，自然須從證據來源的合法性為檢視，故當搜索不合法時，其所生的效果，乃在於所取得之證據不得作為證據之用；而扣押係屬於證據的保全關係，並無涉及檢討證據來源的正當性問題，固然扣押也有不合法或違法的問題存在，但因其並無涉及證據取得正當性的問題，故當扣押不合法時，並不

⁵ 據此正當性要求的差異性，刑事訴訟法第 137 條第 2 項之規定，其對於附帶扣押所為的補正要求，顯然有混淆搜索與扣押正當性之疑慮存在，蓋所以需要補正者，乃在於有疑慮的強制手段，具有直接程序上的效應，為確保此種程序的效應，乃需透過事後認可的作為，以擔保強制干預行為的正當性關係。然因扣押的效果，並不會直接發生在具體的事實認定上，其與搜索的要求不同，故對於持搜索票的正當搜索行為，當有發現搜索票中未記載本案之應扣押物時，仍得加以扣押，此為附帶扣押的本旨。惟此扣押係建立在合法搜索的基礎上（令狀搜索關係），會發生直接程序上事實認定效應者，應在搜索行為的合法性，而非在扣押的合法性，故刑訴第 137 條第 2 項所增訂（2001 年 1 月 12 日公布之修正規定）附帶扣押的補正程序，並未確實掌握住扣押的概念與所生效應。蓋對於扣押作等同於搜索的正當性要求，並無程序上直接的效應，亦即並不會因扣押未為事後補正，而生等同於不合法搜索的效應，此係畫蛇添足的規範修正。

會在證據法則中形成任何關於事實認定的效應，亦即不合法扣押的效果，並不會直接發生在扣押物得不得作為證據的問題上。當扣押違法時，固然有生權利的損害，但卻無法將此種違反的效力直接置於證據的要求上，故對於扣押如作令狀的要求，亦不生於證據法則中的效果，對於扣押的令狀要求，充其量僅能視之為是一種訓示性的要求，其所產生的法律效果並非屬於程序法上的正當性要求問題，或許可能是一種財產上的侵權關係，但卻無法也不宜將此種違反的效果，直接加諸在證據法的禁止效應上。⁶故而，現行法對於扣押，在原則上並不以令狀作為正當性的擔保，而是以扣押物製作收據，以確認財產權的權利歸屬，在本質上應無可非議。

因此，扣押雖屬強制處分的手段，且易有不合法與違法的問題，但因其並非屬於證據取得的問題，故不會有等同於搜索正當性的程序效應要求，扣押不合法或違法的效果，應是屬於刑事程序效應以外的權利損害救濟的問題。

參、扣押目的實現與處置問題

扣押係一種刑事程序進行中的強制處分手段，係一種證據保全的強制手段，其附隨著程序進行的必要性而存在，且其目的係為證據確認之保全措施，⁷故當證據經過確認之後，其目的已然達成，必須使此種對

⁶ 從而刑事訴訟法第 137 條第 2 項增訂附帶扣押的補正程序，對於扣押的性質與效果而言，顯得相當弔詭，其既無法從扣押的不合法，直接比照刑訴第 131 條第 4 項規定，似乎也不可解讀附帶扣押的扣押不合法，逕視為是搜索的不合法。故而對於扣押的令狀要求，在刑事程序法的效果上，似乎無法直接適用搜索不合法的規定，也不能逕與搜索合法性的要求，等同視之。

⁷ 我國刑事訴訟法第 133 條規定扣押的對象，包括可為證據或得沒收之物，其規範目的，乃在於證據的認定與是否屬於犯罪得沒收之物，而得作為證據之物所以扣押者，主要乃在於實現犯罪事實認定的目的。與我國有相同意旨規範的德國刑事訴訟法 § 94 之規定，扣押 (Beschlagnahme) 的對象，為對於犯罪調查具有重要性之證據 (als Beweismittel

於物的強制處分手段，回復到權利未受干預的狀態，亦即除應沒收者之外，於證據確認目的達成之後，應即行將扣押物發還。然而，證據何時方得以被確認？乃取決於何種程序得以使事實認定得到確認，亦即事實不再重新認定，也不會再予以變更。觀現行法的程序規範，第一審與第二審均屬於事實認定的事實審，有事實認定的要求，必須依循著「事實認定依證據」的法則，亦即具有事實認定的程序，必然需以證據認定之，故對於事實確認之前，證據均有作為認定事實的必要性。故當證據於認定程序中，有透過扣押予以保全者，似乎必俟事實認定程序完全確認之後，方得以確認證據保全⁸的程序已經實現，亦即在依序的程序中，必須完成二審程序，倘若案件得上訴三審，經三審撤銷原判決發回更審者，亦須更審認定完成，方屬於事實認定完成，依此種事實審認定的程序，因事實的確認必俟程序完成，對於證據留存的必要性，亦須等到事實審程序完全確定之後，方才發生證據保全目的的實現，如此扣押作為證據保全手段，其扣押的期間，似乎就等於必須等案件確定，其目的方得謂為已經實現。如此一來，扣押作為干預財產權的程序強制手段，其干預的時間範圍，乃因程序的操作，而被無限擴張，殊非證據保全立意之所在，值得予以檢討。

für die Untersuchung von Bedeutung)，其作用乃在於證據保全。Dazu vgl. Gerd Pfeiffer (Herausgeber), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung*, 3. Aufl., 1993, Rn.1 ff. zu § 94 ; Claus Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 26. Aufl., 2009, S. 252 ; Jost Benfer, *Grundrechtseingriffe im Ermittlungsverfahren*, 2. Aufl., 1990, S. 139ff ; Klaus Malek/Wolfgang Wohlers, *Zwangsmaßnahmen und Grundrechtseingriffe im Ermittlungsverfahren*, 2. Aufl., 2001, S. 59ff.

⁸ 此稱證據保全者，其本然的意義，乃在於為認定事實的必要，而對於證據作一定限制性的留存作為，於訴訟程序中乃以扣押之手段為證據保全之實現。此處所稱證據保全者，並非現行法第十二章第五節「證據保全」規定的意義與內涵，蓋第 219 條之 1 以下所稱「證據保全」者，其實並非證據保全的本然概念，而是一種證據取得聲請與協助的規定。真正的證據保全概念，應該係對於既已取得證據，為實現事實認定的必要，而於認定程序確認前所為證據留存的作為形式。關於現行法第十二章第五節「證據保全」立法的批判，參照柯耀程，同前註 4，頁 255 以下。

一、目的實現之檢討

在扣押所存在的問題中，除其扣押正當性的問題外，因扣押是一種暫時性的證據保全手段，當證據經審查而確認之後，該扣押物除應沒收者外，仍應將扣押物發還，目前實務在處理扣押物發還的流程中，雖有刑訴第 142 條發還的規定，但具體的作為上，仍有相當值得爭議的問題存在。蓋何時扣押物得以視為「無留存之必要」？而於程序進行中，或程序確定後為發還？是否必須俟程序完全終結後，方有對於扣押物發還的問題存在？抑或是扣押目的實現後，即可以考慮扣押物之發還？從扣押作為證據保全的意旨觀察，扣押物的發還，主要是在於當證據保全目的實現後，即得以發還。而所謂證據保全者，乃在於事實認定的目的實現問題，亦即為確認證據對於事實的證明關係，當事實已經由扣押之物確認之後，證據保全目的已經實現，此時即已實現扣押的目的，對於扣押物若非屬於應予沒收者，即應予以發還。至於孰者為扣押物發還的決定機關？應從程序進行的階段為觀察，證據保全的決定權，係一種隨程序進展而轉移的概念，故當由司法警察為扣押時，經檢察官起訴，案件繫屬於法院，則決定發還的機關，當屬於案件繫屬的審級法院，即使扣押物係留存在取證機關亦然。

作為證據保全手段的扣押，其事實認定的目的性何時實現？乃涉及事實認定程序的運作問題，亦即在審級制度下，應以那一審級作為事實認定確認的中心問題。現行法所採三級三審的制度下，第一審固為案件事實認定與法律適用的原始審級，但因二審與一審間係採取所謂覆審制，⁹亦即第二審的審理係重複第一審的審判方式，對於事實認定與法

⁹ 我國刑事審判制度，向來採取所謂三級三審，各審級間的程序進行，一審至二審採取覆審制、二審到三審則採取法律事後審。造成審判效力質疑的問題，主要發生在第二審的審判制度設計，亦即案件經上訴到二審時，二審審判程序乃完全重複第一審的認定程序，對案件重新作事實認定與法律適用，第二審程序在覆審制的要求下，變成第二次的第二審，故當第一審所未提出之證據，因第二審也屬於事實審，且事實認定程

律適用均與第一審相同，故而對於事實認定的證據調查程序，於第一審踐行完後，當案件上訴於第二審時，事實認定必須重新啓動，其證據調查的方式，完全與第一審相同，證據雖於第一審合法調查完畢，於第二審仍有重複調查的必要，雖然刑事訴訟法第 142 條第 1 項規定，扣押物若無留存之必要者，不待案件終結，應發還之。但對於得作為事實認定具有重要性之證據，其固然不待案件終結，但至少必須等到事實審確認事實之後，方屬於無留存之必要，否則只要涉及事實認定者，即須有證據之使用，而當扣押物為證據時，其均有繼續予以留存之必要。故而對於扣押之證據，其作為事實認定的基礎，在現行體制下，至少必須等到第二審審理完畢之後，方有證據被確認的可能，亦即作為證據保全手段的扣押，其扣押物之目的實現，至少要等到第二審事實認定程序審理完畢，當遇有上訴三審，而二審判決被撤銷發回之情形，案件又回復到二審程序，則對於事實又須重作認定，程序的要求，乃須重行踐行證據調查之程序。如此程序的反覆關係，使得證據保全目的的實現，變得遙遠無期，對因扣押所造成的權利干預關係，乃變成漫無期限的權利侵害，這樣的權利侵害，甚至比逮捕、拘提、搜索乃至比羈押更甚。此種遙遙無期的扣押關係，恐非現代法制國思想下之刑事程序所應然！現行對於事實認定的審級制度，恐有再行檢討的必要，至少對於證據確認一事，必須重新加以檢討。

二、證據確認問題

扣押在強制處分的屬性，係為作事實認定基礎的證據保全手段，而證據保全的目的，係在擔保證據得以於審判程序中，經合法證據調查而

序係重新認定的程序，故仍應予以審查，如此一來，乃使得第一審的審判所生的認定效力，幾近蕩然無存，殊不知第一審程序的定位為何？其所為事實認定的證據調查，究竟為何而作？何以已經合法調查的證據，卻全然未發生證據確認的效果？如此之證據調查程序有何用處？故而，現行二審為覆審制的審判模式，殊有加以重新檢討與調整之必要。

確認。在審判程序中，事實認定必須依循合法的證據調查方式（刑訴第154條第2項、第155條第2項），故當審判程序確實踐行合法之證據調查之後，不論在任何一審級的證據調查，該證據既經合法調查，即應發生證據調查的效力，亦即當第一審程序所踐行的證據調查，除非證據調查有不合法，否則既經合法之證據調查，該證據之效力，應即得到確認，而於證據確認之後，為確保證據得以受到合法的調查，以作為事實認定基礎之條件，已然成就，若證據受有保全的狀態，其經合法調查之後，目的應已實現，該證據保全的目的既已達成，即應將該扣押物予以發還。惟現行審判制度及實務操作方式，因第二審仍有認定事實與調查證據的必然程序，故對於第一審所為證據調查的效力，既無法使之發生證據確認的效力，也未明確界定出扣押期限的界限，致使得作為證據保全手段的扣押，形成權利干預期限界限的模糊。同時也造成法律規範正當性的混淆關係，蓋第一審既依法為證據調查，已經合法調查之證據，本應發生其作為證據應有的效應，當證據被確認之後，即應發生確認的效果，此種效果不應在其審級以外之程序，作任何再次審查或再次確認的必要，否則因二審的審理，對事實再次作認定，證據必須再次為調查，將使得第一審合法之證據調查，形同無效，將變成合法證據調查，並不生合法應有之效應的矛盾現象，此殊非法定程序所應見之情況。如此一來，更使得權利受強制干預的界限，變得相當混亂。

扣押雖不同於搜索，但其同樣屬於權利干預的強制性手段，其手段的正當性，終極界限應為目的實現，而扣押目的的實現，乃取決於其目的性的本然，亦即扣押既為證據調查而為之保全，當證據已經合法調查之後，其保全目的已遂，自必須解除扣押之效力，亦即扣押作為強制手段的正當性，必須從其目的性的思考，以明確界定出其權利干預的最終界限。故而，當審判程序係以確認視為基礎，而事實的認定必須依證據，為實現事實認定的目的，而有證據保全之必要，當證據調查完畢之後，必須賦予雙重確認的效果，一者必須確認證據；再者必須確認事實，當

證據確認之後，證據保全的目的既已完成，則扣押的效力即應予以解除。具體而言，當審判要求第一審必須依法作證據調查及事實認定，既經合法調查，則證據應得以被確認，則證據保全的目的，亦在證據合法調查之後實現，扣押目的既遂，則自然應解除此種權利干預的關係，依具體情況將扣押物發還或後續之處置。

三、附帶扣押與另案扣押問題

扣押有時伴隨著搜索而生，蓋搜索的過程中，雖然有可能確認所要搜索之物，但有時所發現者，又常是搜索票中所未記載的本案或另案證據，此時乃產生是否仍應加以扣押以作證據保全的思考。刑事訴訟法第137條的規定，當搜索時發現搜索票所未記載的證據，亦屬於應為證據保全必要者，法律授權仍得以加以扣押，並不受搜索票中所未記載事項的限制，此種扣押限於應為證據保全的對象，屬於與搜索票記載的同案關係，亦即屬於同案之證據。

觀刑事訴訟法第137條之規定，其搜索行為本為令狀之搜索，在搜索的正當性上，並無疑慮存在，只是當搜索的過程中，發現有同案應予以扣押物存在，且未於搜索票中載明者，仍得予以扣押，但依該條第2項規定，附帶扣押必須於搜索之後，準用刑訴第131條第3項之規定，必須報告檢察官並陳報法院。然此種附帶搜索之事後補正規定，其意旨為何？究竟其係對於搜索行為的補正？抑或是對於扣押行為的補正？容有檢討的必要。倘若附帶扣押的補正要求，係對於搜索行為，則其發動搜索的前提，乃是持搜索票之搜索行為，就取證行為的搜索而言，並無欠缺正當性的問題，僅是在合法的搜索過程中，發現同案應扣押之物，而基於扣押目的的要求，必須予以扣押。另外，持搜索票之搜索行為，是否僅限定在搜索票所記載應扣押之物，作為搜索的限制？此觀搜索係為發現證據，並取得證據的手段性格，自不能以證據保全的標的物，作為證據取得之限制，故似乎不宜將搜索限制於搜索票所記載之應

扣押物，亦即搜索票所載應扣押之物，並非限制搜索行為的條件。故而，刑訴第 137 條第 2 項的補正規定，應非針對於搜索行為。

又倘若附帶扣押的補正要求，係針對扣押而定，則此種程序正當性之補正要求，理應具有特定的程序法效應，亦即當違反補正規定時，亦應與刑事訴訟法第 131 條第 4 項規定，發生同樣的法律效果，亦即不得作為證據使用。惟扣押的目的，並非證據的取得，而是證據的保全，從程序正當性的要求來看，對於證據所要求者，係針對其取得的合法性，至於取得之後的證據保全，固然亦有過當的權利干預情事，但並非程序正當性效應下之要求，對於不合法扣押的情況，似乎不會發生刑訴第 131 條第 4 項證據效應的問題，亦即扣押的不正當問題，所涉及者，並非證據直接效應的問題，故其源自程序正當性要求的補正意義，並不能涵蓋到附帶扣押。因此刑事訴訟法第 137 條第 2 項關於附帶扣押補正之規定，似乎有點畫蛇添足之意味！

另對於為搜索之取證行為時，卻發現有另案存在之證據或屬於違禁物，或者是另案應沒收之物時，依第 152 條授權規定，仍得為扣押，此種另案扣押的程序，係將所取得非本案之證據，直接交予案件繫屬關係之偵查或審判機關，並未對其作任何限制性的條件要求，此種法律概括性授權的方式，恐無法避免會被曲解與濫用，殊值得再加以檢討，以免除假本案搜索之名，行另案搜索之實的弊端。

此外另案扣押所存在必須檢討的問題，乃在於另案的概念界定，為避免蒐證機關假搜索之名，而行發現犯罪嫌疑之實，而濫用搜索與扣押，對於另案的概念判斷，必須嚴格限定在二個嚴格條件之下：1、必須屬於已經繫屬的非本案案件，亦即不論是在偵查或審判中，已經確定處理的案件，方得以視為另案，而允許其為另案扣押，倘若非屬於已經成案的案件，雖然因本案的搜索有懷疑其仍屬於其他可疑存在犯罪之證據，仍不宜採取另案扣押的處理方式，以避免假本案搜索之名，而濫行

偵查發起或發現犯罪之實；2、雖所發現非本案之物，且未有成案的前提存在，但非本案之物屬於違禁物者，因違禁物的存在或持有，可能即屬於犯罪行為，對於違禁物的發現，即使非本案所欲取得之物，於搜索時有所發現，亦得以加以扣押。除此二種情形外，對於因本案搜索的發動，而有發現疑似其他非成案犯罪事實的證據，仍不得採取另案扣押的方式，而須從其所可能存在的犯罪嫌疑方向，另為強制取證的作為，亦即應適用另案之搜索要求，直接回歸到刑事訴訟法第 128 條之令狀要求，或是至少應受到第 131 條規定之限制。¹⁰

四、扣押物之處置

扣押作為證據保全的強制處分手段，既有保全的要求，自然對於扣押物須有對應性的處置方式，依現行法關於扣押物處置方式的規定（刑訴第 139 條至第 143 條），從扣押物之證明與標示關係的規定，及對於已扣押物的處置方式，均僅作一般性的規定，並未就扣押物具體的內涵（證據或得沒收之物），作個別性處置方式的規範，亦即現行法僅對於扣押物（包括第 143 條所稱之留存物）的存在性質，作處置性的概括性規定，並未對應於刑事訴訟法第 133 條扣押目的性的思考，作對應性的處置要求，使得在具體扣押的作為方式，各應標的物的差異而有所不同。

因扣押的對象包括二種類型：1、得作為證據之物；2、得（或應）沒收之物，此二種類型的扣押，固然必須製作扣押收據，交付與被扣押人（刑訴第 139 條第 1 項），以作為財產權干預關係的證明之用；而對於扣押之物，應予以封緘或其他標示，並由扣押機關用印以資證明（刑訴第 139 條第 2 項），此係扣押程序的基礎條件。惟扣押之後，涉及保全的問題，必須對於扣押物作留存或其他妥善的處置，此時會因扣押物

¹⁰ 對於刑事訴訟法第 137 條、第 152 條之質疑者，參照柯耀程，同前註 4，頁 225 以下、頁 252。此外亦有認為另案扣押應比照刑訴第 137 條第 2 項補正要求者，參見張麗卿（2007），《刑事訴訟法理論與運用》，10 版，頁 300，台北：五南。

的屬性差異，留存與處置的方式亦有不同。雖然刑訴第 140 條第 1 項僅概略規定「扣押物，因防其喪失或毀損，應為適當之處置」，但扣押物究係作為證據之物？或是得（或應）沒收之物？其處置方式，有所不同，不能概依刑訴第 140 條及第 141 條的概括性規定，作同一性之處置，仍應依扣押物究竟為證據或是得沒收物，而作不同的處置。

原則上，對於作為證據的扣押物，其處置的方式，並無毀棄（刑訴第 140 條第項）或轉換（刑訴第 141 條拍賣）的問題，蓋其既作為證據之所需，證據的要求，乃需以原始的存在狀態，或是扣押物的本質，作為事實認定的基準，其無法予以毀棄，如直接予以毀棄，則證據會有滅失之虞，如其轉換，則轉換所得（保管其價金）即已非證據。因此，對於作為證據之扣押物，如其具有如刑訴第 140 條第 3 項所規定之危險性，或是如第 141 條具有損壞性者，其在保全作為上，如果真有困難，則應先以得作為證據之容許性的替代方式，作適當的證據保全，諸如先予以拍照或攝影存證。蓋作為證據之物的保全，其主要的功能，乃在於對事實作證明之用，而作為證據之物，重要的是在其存在的本身，倘若其有危險性或具有損壞性，乃至特殊情況，而有不便保存者，應已具有得替代性的方式，且不影響其作為證據的本質，作適當之處置。

此外，若扣押物係屬於未來應予以沒收之物，則除一般保全的方式之外，如遇有扣押物有危險性或易損壞性，或是確實不便保管者，乃得以直接依據刑訴第 140、141 條之規定處置。惟對於扣押物的處置，固須依據保全的標準程序為之，現行法對於扣押的前置性規定，僅作概括性的規定，亦即須製作收據交付與被扣押人，且對於扣押物應加封緘，此一扣押處置的要求，固然係對於扣押執行之人的規範，但對於扣押物的保全方式，特別視作毀棄或拍賣的許可，仍應由扣押的法律授權決定者為之，依現行規定，必須向法院報告，而得法院許可方得為之。

是故，關於扣押物的處置方式，¹¹依現行規定的詮釋，其授權的型態有二：1、扣押執行的處置方式，包括製作收據、對於扣押物加封緘及用印，乃由扣押執行者為之；2、扣押後之處置方式，如命看守或命保管，對危險物品的毀棄，對於易損害扣押物或不便保管者，所為之拍賣，則須得扣押決定者（現行規定為法院）之許可，方得為之。¹²

肆、違法扣押之效應

強制處分的作用，具有對人民自由或財產等基本權的干預作用，必須受到法律保留原則的拘束，亦即對於人民權利之干預或限制，必須有法律之依據存在，且僅能依據法律或是依法律之授權。強制處分反應在程序運作的關係，乃須遵守程序正當性的理念，亦即強制處分必須遵守程序正當性的要求，如有逾越或違反者，強制處分的正當性，乃受到質疑。當強制處分手段欠缺正當性時，即會產生違反的效應，而因強制處分手段的程序性格不同，以及其作用的對象差異，所生違法的效應，亦有所差別。原則上，違法之強制處分，其所衍生的效應，可以概分為三

¹¹ 關於扣押物之處置方式，現行刑事訴訟法的規定，並未具體分別作不同授權的規範，但依扣押執行的具體作為，以及扣押後的決定關係，宜作不同的授權解讀，對於執行羈押所應為之事項，如作收據、對扣押物加封緘等執行事項，宜由執行機關為之；但對於扣押後之處置方式，則須回到法律對於扣押原則授權關係決定。因刑事訴訟法僅對於搜索作明文決定機關的規定（第 128 條），並未明確對於扣押的許可作明確的授權，故對於扣押的處置方式，其授權關係容有些許之質疑。觀刑訴第 137 條第 2 項附帶扣押之規定，似乎決定者，仍與搜索相同，係以法官保留的原則為扣押的授權。在法律授權關係的詮釋上，確實必須與取證授權的關係一致為妥。關於附帶扣押補正問題，參見柯耀程，同前註 4，頁 239 以下。

¹² 關於處置方式的規範，與我國規定相近的德國刑事訴訟法（§ 98, § 98b），原則上均以法官之許可為準，僅在於急迫而有遲延之危險時，方得以依檢察官之命令為之。但對於部分特定對象的扣押，則必須由法官決定，例如對於媒體，包括雜誌編輯（Redaktion）、出版社（Verlage）、印刷業（Druckerei）或電台（Rundfunkanstalt）等之扣押，必須法官核可方得為之。Vgl. Gerd Pfeiffer (Herausgeber), a.a.O.(Fn.7), Rn. 3 ff. zu § 98.

種關係：1、屬於刑事程序的效應，例如違法的搜索，其所生的效果，乃屬於程序上事實認定的證據效果問題，因其屬於取證的強制性手段，其違反法律正當性的條件，自然直接反應在其目的性的關係上，而使得違法搜索所得之證據，不得作為證據使用；2、屬於程序以外的效應，例如違法拘捕或羈押、具保、責付或限制住居，其涉及自由權侵犯的問題，然違法侵犯自由權的作用，固然也違反程序正當性的要求，但因違法拘捕的直接效應，並不反應在刑事程序之中，亦即違法的拘捕，並不涉及程序認知的事項，既無法作為取證的不合法，也無法遽認定事實的否定，其固有侵害權利之具體事實，但關於權利侵害的效果，乃屬於刑事程序以外的效應，諸如冤獄賠償或是國家賠償的侵權效應；3、混合效應關係，此種違法強制處分作為的效果，主要發生於前置行為不合法，致使後續訴訟行為上的正當性疑慮，例如違法拘捕後之詢問或訊問，因其拘捕不合法，衍生後續關於取證行為亦發生不合法的問題，此時違法拘捕的效應，乃屬於程序以外的效應，但其所為詢問或訊問，則屬於取證的手段，所生不合法的效應，乃應反應在證據與事實的認定關係，係屬於程序上效應的問題。

扣押雖屬於與證據相關的強制處分行為，但其目的不在於為證據之取得，而是在於對取得證據的保全。固然當證據取得的搜索行為有合法性的疑慮時，連帶也會使得扣押成為不合法，但因扣押並非取證的手段，其合法性的判斷，非必然以取證的搜索為判斷基準，而係以證據保全目的性作為其正當性判斷的基準。倘若將搜索與扣押視為一種階段性的「手段目的關係」，即搜索為扣押之手段、扣押為搜索之目的，則手段的不合法，自然造成目的的不合法，但當手段具有合法性時，未必即得以擔保目的的合法，故扣押的正當性，乃須從其目的性的本身，亦即從其證據及沒收物之保全關係，來加以判斷。因而，對於扣押的正當性的理解，乃須從扣押的保全性格為思考，而不能逕以搜索的正當性來解讀。

由於扣押的作為，並非強制取證之行爲，而是對既已取得證據或沒收物之保全，故其有正當性的問題存在時，其所發生的效力，自然也與搜索不同，蓋違法搜索的效應，直接反應在事實認定的證據資格上，因其屬於取證不合法的關係，所得之證據自然有來源不正當的問題，但扣押的不合法，其涉及者，僅是扣押物的保全不合法，並無涉及來源正當性與否的問題，故其違法的效應，並非直接作用於事實的認定關係上，簡言之，違法扣押的效應，並不會直接造成證據的不合法，而不得作為證據使用。由於學理與實務對於搜索與扣押的詮釋，其不合法的效應，通常都聚焦於搜索的檢討，對於違法扣押的效應，鮮少論及，¹³而搜索與扣押卻又常被相提並論，故關於違法扣押的效應，實有加以釐清的必要。

一、違法扣押的類型

扣押是一種對於證據與沒收物的程序保全手段，扣押物的來源，包含有以搜索手段之強制取證所得之物，以及非強制性取得之物（如自行交付、勘驗或其他自行發現取得之物等）。¹⁴故當扣押物取得的來源有不正當時，連帶亦使得扣押產生適法性的疑慮。然即使扣押物的取得為合法，亦無法直接擔保扣押的合法性。扣押必須依其保全目的性，作其合法性判斷的基礎。故其合法性的確認，必須依據法律保留的原則判斷

¹³ 現行刑事訴訟法論著（僅舉數例），如林鈺雄，同前註 3，頁 502 以下；黃朝義，同前註 3，頁 213 以下、頁 530；張麗卿，同前註 10，頁 298、302。對於搜索與扣押的效應，大抵均對搜索予以檢討，而忽略違法扣押的效應問題，或許是因違法扣押的效果，並非反應在證據的本身，也不會直接影響事實之認定，係屬於程序以外的效應，故都未對違法扣押問題加以著墨。

¹⁴ 扣押物的對象，其來源非僅止於搜索所得，亦包括非使用強制力所得之物。現行刑事訴訟法的規定，除將一般使用強制手段所得之物，作為扣押的本然內容之外，亦於第 143 條對於非強制所得之物，以「留存」概念為規定，似乎是欲將扣押與留存作區隔，以界定扣押的強制性格。事實上，扣押即是一種對於財產權干預的留存型態，訴訟法作不同的規範，並非意指扣押即是以強制性取得為前提的概念。

之。

現行法對於扣押的規定，除明文規定扣押之限制之外（如刑訴第126條、第127條、第134條、第135條及第146條之規定¹⁵），其合法性的判斷，尚包含扣押留存期限的問題，以及是否發還扣押物的問題。因此，違法扣押的型態，可以區分為二種關係：1、違反法律對於扣押限制之規定，通常是指不應扣押而扣押的情形；2、違反扣押的保全目的性，包含逾期扣押、應發還而不發還等情形。

關於保全目的違反的違法扣押情形，主要的判斷基礎，乃在於扣押的證據或沒收物的保全目的，是否於程序進行中已經實現，作為觀察的標準。扣押的對象，包含1、得為證據之物；2、得沒收之物二種，其中對於得沒收之物，於程序中予以暫時留存，俟案件確定程序終結時，經確認屬於應沒收之物，經裁判宣告沒收之後，乃直接轉換予以沒收，¹⁶此並無後續發還的問題存在，亦無刑事訴訟法第142條發還規定適用之餘地。扣押違法涉及保全目的性的問題，主要係針對於得為證據，且非屬於得沒收物之對象。扣押對於證據保全的作用而言，主要係為確保證據受到合法之調查，進而得以作為事實認定的基礎，故當保全目的實現之後，對於扣押物即不得續行扣押，而應為發還之處理。但當證據保全目的實現之後，仍續行予以扣押，未做發還之處理時，乃屬於對於人民權利不當的干預，而使得扣押變成不合法。剩下的問題，則在於何時

¹⁵ 嚴格而論，刑訴第123條及第127條並非扣押限制的規定，而應是搜索限制的規定。真正扣押限制者，應是指不應扣押而扣押的類型。

¹⁶ 當得沒收之物的扣押，係屬於不合法或是違法扣押，其是否於未來審判程序中，逕為沒收之判決宣告？或是雖無審判程序之進行，而依刑訴第259條之1單獨宣告沒收？則屬於沒收檢討的問題。此一問題固有檢討之空間，但並非本文所要加以處理，故僅點出問題所在，不另予以著墨。另外，刑訴第473條規定關於沒收物之發還規定，該規定的問題所在，參見柯耀程（2008），〈沒收、追徵、追繳與抵償制度之運用與檢討〉，《法令月刊》，第59期第6卷，頁4以下。

屬於扣押目的實現，而應解除扣押，並將扣押物予以發還？¹⁷因其涉及審級制度與證據使用問題，因現行制度上並未確立證據合法調查的確定性概念，而使得事實認定的確認關係，變得相當游移，而使證據保全目的之實現，欠缺明確的時點。這是訴訟制度整體性的問題，也是未來在刑事訴訟法的修正過程中，必須認真面對的問題。

二、程序效應之問題

扣押雖屬於程序上強制處分的手段，但因扣押的目的，並非在於證據取得，而是在於對既已取得證據或沒收物的保全手段，當其違法時，其具體的效應，並不會發生在證據的資格問題上，亦即不能將違法扣押的效果，與違法搜索的效果相提並論。故當違法搜索的效果，係反應在證據資格的效應上時，扣押並非取得證據的強制手段，並不發生證據來源合法性與否的問題，故違法扣押的效果，並不能逕認定扣押之證據，不得作為證據使用。¹⁸蓋一者因目的性的差異，扣押係對於既得證據或沒收物的保全手段，其係為確保證據調查程序踐行而為之留存措施；再者，證據法則所要求證據正當性的條件，在於證據取得，而非在於證據保全，固然證據保全亦有違法的情形，但此種保全違法的效果，並不能直接置於證據資格的認定上，亦不會形成判決違背法令的效果。

故當扣押違法時，其具體的違法效應，應是刑事程序以外的權利侵

¹⁷扣押物發還的問題，應當是搜索與扣押概念中，最為困擾實務的問題，雖然刑訴第 142 條以「必要性」作為發還的斟酌，但何種情況下屬於「無留存之必要」？才是判斷上最難決定之事！欲解決此一發還問題，必須在程序法中先建立「證據確認」的觀念，經過證據確認後，該證據即無再予以爭議的空間，亦即不需再重複程序予以調查。如此方能使得程序中「無留存之必要」的概念，得到明確的基準線。

¹⁸實務對於搜索與扣押不合法或違法的效應，亦多作等同視之的理解，見最高法院 93 年台上字第 664 號判例。然搜索的目的性與扣押的目的性不同，一者為證據之取得；另一者則為證據或沒收物之保全，故當證據取得涉及證據資格的合法性問題時，此種效果並無法直接移植到保全手段之上。故將搜索與扣押作相同效果的看待，恐非正確之見解。

害填補問題，亦即對於違法扣押的權利侵害，並非直接發生於刑事程序中的效應，而是屬於刑事程序以外的損害賠償問題，具體而言，應是屬於國家賠償事項的問題。因此，違法扣押的效應，雖未如搜索於法定效果（刑訴第131條第4項）上，作明確的規範，但從其目的性的觀察，以及其性質屬於強制干預權利的本質，違法扣押乃屬於國家不當侵害人民的財產權，其效果雖非直接發生於刑事程序之中，但仍舊屬於違法之侵害權利作為，應為權利的填補。

伍、結論

扣押雖然常與搜索一併討論，但二者的目的性不同，其所發生的效果，也應有所差別。當學理與實務關注的焦點，都放在搜索問題的詮釋上時，其實扣押所形成的權利干預效應，甚至遠比搜索更大、更深遠，有時扣押的干預，其後遺症更甚於羈押，蓋其係一種財產的強制性干預與限制手段，其既限制財產的作用，時而產生漣漪性的骨牌效應，而因扣押造成財產損害的不可回復性後果，其干預的強度，有時遠比其他強制處分更甚。惟學理與實務對於扣押問題的檢討，大抵都僅限於表象性的問題檢討，或是僅附隨於搜索問題的邊緣性論述，對於扣押的目的性，及其所生效應問題的完整性詮釋，尚屬待開發的領域，值得更全面地對於扣押問題，作更為完整且深入的檢視，以真正揭露出扣押真正的意涵，進而運用扣押手段時，能夠更精準地在合法干預授權的界限內，妥善予以運用。

搜索扣押係屬於刑事程序的強制處分手段，其作用的對象，主要係以證據存在的形式，以及其存在之所在（處所）為權利干預作用對象，其雖與對人身強制的手段同屬於刑事程序上的強制處分手段，但對人的強制處分與對物及處所的強制處分目的性不同，對物及處所的強制處分手段，主要的指導方向，係針對於犯罪事實釐清的問題，亦即對於證據的取得與保全的問題，故在搜索與扣押所要求的程序正當性擔保的令狀

原則，其屬性與效果也不同于對人的強制處分。搜索與扣押既屬於對物及處所的強制處分，其強制性干預手段的作用，係以證據的取得與保全為思考，則其強制處分的性質，乃屬於證據取得的強制性形式，屬於強制取證的手段，其所產生違反的法律效果，也是從證據要求來思考，故而搜索與扣押既屬於強制證據取得與保全的手段，自然屬於一種強制性取證方法的性質，其固然是一種權利干預的強制處分手段，但卻不能僅將其視為強制處分的概念，畢竟強制處分是一種程序中權利干預手段的統稱，因不同的目的性作用，而在其目的與效果的要求上，各有差異，故搜索與扣押是一種證據取得與保全的強制性手段，性質上是一種強制取證的方法，當搜索有不合法之時，其所生的效應，亦是從其目的性的構想為思考，亦即在證據的資格上，會產生不得作為證據的效果。

而扣押雖然與搜索時常如影隨形，但一者是屬於證據取得的手段，另一者則屬於證據保全的手段，二者在結構與性質上不同，雖然二者均屬於對於財產的強制干預手段，但因程序正當性要求的層面不同，其所生的效應也應有所差異。就搜索而言，其係證據取得的強制性手段，具有證據取得來源正當性的思考，且其違反正當性要求時，所生的法律效果，乃直接反應在證據的資格上，亦即具有不得作為證據的嚴格效應；而扣押則是屬於對證據的保全方法，其所保全的證據，可能是從搜索而來，但也可能非從搜索而來，在對象上較諸搜索的範圍為廣，且因其屬於證據保全的手段，並無涉及證據來源正當性的問題，即使有不應扣押而扣押者，在證據效應上，並不生影響，亦即並不會發生如搜索正當性的證據法效應，故而如將扣押與搜索，在正當性的要求上，等同視之，恐有法律效果與本質上的曲解。是以扣押所要思考的問題，並非令狀擔保的問題，而是財產權回復及侵害填補的問題。

對於物及處所的強制處分形式，在刑事訴訟法的基礎類型中，有搜索與扣押的手段，但二種手段的性質，雖均屬於與證據有關的強制手段，但仍有結構性的本質差異，不可將二者概念混淆。

參考文獻

一、中文部分

- 林鈺雄(2003)。*《刑事訴訟法(上)》*，3版。台北：元照。(Yu-Hung Lin (2003). *Criminal Procedure Vol.1, 3rd*, Taipei: Angle)
- 柯耀程(2009)。*《刑事程序理念與重建》*。台北：元照。(Yaw-Cheng Ke (2009). *the Theories and rebuilding of Criminal Procedure*, Taipei:Angle)
- 柯耀程(2008)。*〈沒收、追徵、追繳與抵償制度之運用與檢討〉*，《法令月刊》，第59期第6卷，頁4-26。(Yaw-Cheng Ke (2008). *practice and review of confiscation, pursued payment, recovery and satisfaction system*, Law Month,59:4-26)
- 張麗卿(2007)。*《刑事訴訟法理論與運用》*，10版。台北：五南。(Li-Ching Chang (2007). *the theories and practice of Criminal Procedure*, 10th, Taipei: Wunan)
- 黃朝義(2009)。*《刑事訴訟法》*，2版。台北：新學林。(Chao-Yi Huang (2009). *Criminal Procedure*, 2nd, Taipei: Shinshiuelin)

二、德文部分

- Benfer, Jost(1990). *Grundrechtseingriffe im Ermittlungsverfahren*, 2. Aufl., Köln.
- Malek, Klaus/Wohlers, Wolfgang(2001). *Zwangmaßnahmen und Grundrechtseingriffe im Ermittlungsverfahren*, 2. Aufl., Heidelberg.
- Pfeiffer, Gerd (Herausgeber) (1993). *Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung*, 3. Aufl., München.
- Roxin, Claus/Schünemann, Bernd(2009). *Strafverfahrensrecht*, 26. Aufl., München.