

2022



讀家補習班

ReaderPlace

班 別： 讀家講座

主 題： 刑事訴訟法四等考前總複習

授課教師： 伯樺

刑事訴訟法四等考前講座總複習

105-110 四等考題趨勢.....	1
主題一 管轄.....	2
主題二 對人的強制處分.....	7
主題三 對物的強制處分.....	8
主題三 暫行安置.....	15
主題四 重要修法與實務見解.....	16
一、最高法院 110 年度台上大字第 5557 號裁定.....	16
二、最高法院 110 年度台上大字第 5375 號裁定.....	17
三、最高法院 110 年度台抗大字第 427 號裁定.....	18
四、最高法院 109 年度台抗大字第 1221 號裁定.....	19
五、最高法院 110 年度台上字第 2337 號判決.....	20
六、最高法院 110 年度台抗字第 1501 號裁定.....	22
七、最高法院 109 年度台上字第 2638 號判決.....	23
八、最高法院 108 年度台上大字第 3594 號裁定.....	24
九、第 116-2、121、316 條修法.....	27
十、第 348 條修法.....	28
十一、再審修法.....	29
十二、被害人訴訟參與增訂.....	29
十三、限制出海、出境增訂.....	31
十四、配合司法院釋字 737、762 的閱卷權修法.....	31
十五、配合司法院釋字 752 的上訴權修法.....	32

講者：伯樺



105-110 四等考題趨勢¹

管轄*9：

106 普法、107 四書、107 法警、108 普法、108 四書、108 法警、109 四書、109 法警、110 普法

迴避*3：

105 普法、106 地四法、109 普法

被告訊問*5：

105 普法、105 地四法、110 普法、110 地四法、110 地四法

辯護制度*5：

107 執行、108 法警、109 執行、110 普法、110 四書

閱卷制度*7：

105 四書、105 執行、105 法警、106 地四法、107 地四法、108 普法、108 地四法

強制處分（拘捕、羈押）*5：

105 地四法、106 普法、106 法警、107 法警、110 普法

強制處分（搜索、扣押）*12：

105 法警、106 普法、106 四書、106 執行、106 法警、107 普法、107 地四法、109 普法、109 地四法、109 執行、110 地四法、110 四書

證據論（被告、證人）*7：

107 普法、107 法警、108 普法、108 地四法、109 四書、109 法警、110 法警

單一性、同一性*4：

105 普法、109 地四法、109 地四法、110 普法

告訴*10：

105 地四法、106 地四法、107 地四法、107 四書、108 普法、108 地四法、108 四書、109 普法、109 法警、110 執行

普通救濟*5：

105 四書、105 執行、106 地四法、108 法警、110 四書

特殊救濟*2：

109 法警、110 執行

冒名頂替*2：

105 地四法、108 法警

送達*3：

105 四書、105 執行、108 執行

偵查終結與救濟*5：

105 法警、106 法警、107 普法、107 執行、108 執行

其他：

105 普法（簡易判決）、105 法警（鑑定許可書）、106 四書（審判筆錄）、106 執行（審判筆錄）、106 法警（被告不到庭審判）、107 地四法（數位證據調查）、107 法警（GPS 合法性）、109 地四法（公訴優先原則）、109 法警（司法警察職權）、110 地四法（證人訊問）、110 法警（沒收特別程序、更新審判程序、限制出海出境）

¹ 整理範圍包含普考法廉（下稱「普法」）、地特四等法廉（下稱「地四法」）、司特四等法院書記官（執達員亦同，以下統一簡稱「四書」）、司特執行員（下稱「執行」）、司特法警

主題一 管轄

一、重要條文

§§4~10、15

二、重要觀念

(一) 法定法官原則²

這是為了達到現代法治國家的基本要求，**避免司法行政藉由操控由何人審判的方式來操縱審判結果**，此一原則要求：**何等案件由何位法官（何間法院）審判，必須事先以抽象的、一般的法律明訂，不能等待具體的個案發生後才委由個別處理**，否則司法行政只要控制少數的法官，在命令其承辦重要敏感案件的法官獨立性原則也成空談。因此規範土地管轄、事務管轄及相關的法院內部事務分配規則，都是由法規加以安排具體案件接受後應如何分配，而無將具體刑事案件指定給特定法官承辦的權限。

(二) 管轄恆定原則

法院對於土地管轄之有無，以起訴時為準，若起訴時，被告所在地在台東，台東地方法院取得管轄權後，若審理中被告搬至台中，則台東地方法院不因此失去土地管轄權，與事務管轄不同，蓋土地管轄僅單純事務分配，無涉審級利益，亦避免被告藉此使法院無法順利審理。

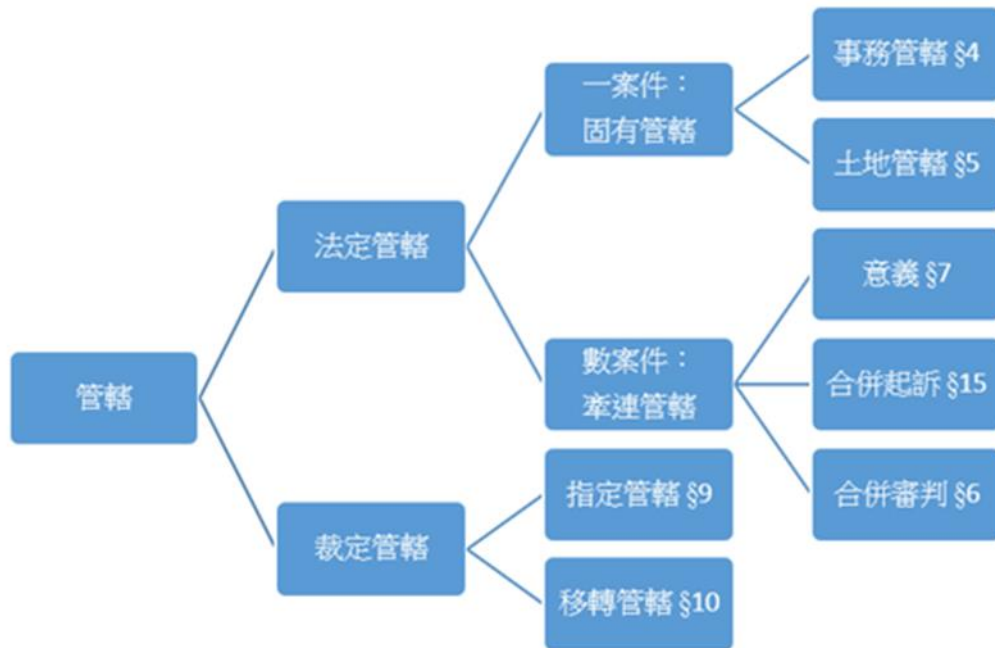
(三) 審判權

該體系之法院是否有審判該案件之權限，係依照事務的不同，將事務歸給不同類的法院，例如民事案件歸類給民事法院，公法爭議歸類給行政法院，倘若向無審判權之法院起訴，則依刑事訴訟法(下述若未提及，均為此法)第 303 條第 6 款不受理判決。

(四) 管轄權

何間法院對於具體之案件有實施具體審理、裁判之權利。例如甲犯殺人罪，全台諸多普通刑事法院中，何間法院得對於此一案件有具體審理之，並為裁判之權限。

² 林鈺雄，刑事訴訟法(上)，2020年9月，112-113頁



(五) 事務管轄 (§4)

用來定第一審係在地方法院或是高等法院，無管轄恆定原則適用，一旦不具備應為管轄錯誤判決 (§304)，並移送至有管轄權之地方法院審理，否則§379④，蓋因侵害被告審級利益。本條本有涉及審級利益侵害之虞，僅係尊重立法者權衡被告審級利益，與維護國家法義之必要變更法條為非所列之罪時，應移送地方法院審理，而非以起訴時為準。³

****事務管轄不同之案件可否合併審判？**

實務上認為可以，但這已經侵害被告之審級利益，使原本可能可以三級三審之案件，轉變為三級二審。

(六) 土地管轄 (§5)

****被告所在地是否包含被強制留置之所在地？**

問題意識：如果被告的所在地認定，包含被告被強迫的地方（通常是拘留所），那是不是代表國家可以利用拘捕後的移送，或羈押押所之改變，來決定被告受何法院審判，而有違背法定法官原則（此原則詳後述）呢？

實務見解認為仍然包含被強制留至之所在地。學說⁴則有認為不應包含之，否則被告將變成國家取得土地管轄之來源。

³ 王兆鵬、張明偉、李榮耕，刑事訴訟法(上)，2020年3月，56頁

⁴ 王兆鵬、張明偉、李榮耕，刑事訴訟法(上)，2020年3月，58頁；林鈺雄，刑事訴訟法(上)，2020年9月，116頁

(七) 牽連管轄 (§15 檢察官合併起訴、§6 法院合併審判、§7 牽連案件定義)****意義**

基於考量訴訟經濟之故，而將有證據資料共通之案件，或是考量被告應訴之便利，而將一人犯數罪時，設定為牽連案件，而得合併起訴、審理。

****第 7 條第 4 款之解釋**

問題意識：條文寫說「犯與本罪有關係之藏匿人犯、湮滅證據、偽證、贓物各罪者」，例如甲犯了殺人罪，那相牽連案件則有與殺人罪有關之偽證罪（舉其一為例），則把偽證罪併入殺人罪案件一起審理自非不可，則試問可否加殺人罪併入偽證罪之案件呢？⁵

實務見解認為依照文義解釋，係由犯與本案有關係之藏匿人犯、湮滅證據、偽證、贓物各罪併入本案審理，因此應將偽證罪併入殺人罪審理。

學說則有認為相牽連犯罪合併審理之目的在於節省訴訟資源、避免案件相關人奔波、證據可互相援用，可加快及方便案件之審理。再者，不論何案併入何案並無太大影響，皆能達成上述目的，因此並無不可將殺人罪併入偽證罪之案件審理之情事。

****相牽連案件於同一法院，若依內部規適用§6，有無違法定法官原則**

釋字第 665 號解釋指出，法院經由案件分配作業，決定案件之承辦法官，與司法公正及審判獨立之落實，具有密切關係。為維護法官之公平獨立審判，並增進審判權有效率運作，法院案件之分配，如依事先訂定之一般抽象規範，將案件客觀公平合理分配於法官，足以摒除恣意或其他不當干涉案件分配作業，即與保障人民訴訟權之憲法意旨，並無不符。法院就受理案件分配之事務，自得於合理及必要之範圍內，訂定補充規範，俾符合各法院受理案件現實狀況之需求，以避免恣意及其他不當之干預，並提升審判運作之效率。相關法令對此雖未設明文規定，因屬法院內部事務之分配，且與刑事訴訟法第六條所定者均同屬相牽連案件之處理，而有合併審理之必要，故如類推適用上開規定之意旨，以事先一般抽象之規範，將不同法官承辦之相牽連刑事案件改分由其中之一法官合併審理，自與首開憲法意旨無違。

學理上則有認為不宜採用庭長會議，此有司法行政干預司法審判之嫌，且侵害被告公平審判、妥速審判權利，蓋一旦合併後，已開始審理之案件因更換法官之故，必須更新審理，違背法定法官與法律保留原則。

⁵ 李春福，刑事訴訟法論，2017 年 9 月，68 頁

(八) 競合管轄 (§8)****釋字第 47、168 號解釋**

共同點：同一案件先繫屬之法院後確定，後繫屬之法院先確定。

相異點：釋字 168 號先繫屬之法院第一次判決仍早於後繫屬之法院確定時點，後繫屬法院應為不受理判決。釋字 47 號先繫屬之法院第一次判決晚於後繫屬之法院確定時點，為尊重判決既判力，先繫屬法院應為免訴判決。

結論：比較先繫屬法院第一次判決時點與後繫屬法院判決確定時點。

圖示：

**(九) 指定管轄 (§9)****(十) 移轉管轄 (§10)******因迴避致無法官可審判時是否屬於移轉管轄事由?⁶****1. 決議見解**

法院組織法第 14-1 條規定：「承辦前項案件（筆者按：偵查中強制處分聲請案件之審核）之法官，不得辦理同一案件之審理事務。」福建高等法院金門分院編制僅有一合議庭，現僅有二名法官，均曾參與本件偵查中羈押抗告之審理，依上開規定，不得辦理同一案件之審理事務。從而該院已無其他法官得以審理本案，該院以其因法律之規定不能行使審判權為由，請求本院裁定移轉管轄，即無不合。本院應裁定移轉管轄。

2. 其他意見

尚有司法院派法官前往之辦法，此決議侵害被告就近應訊權利，且使審判法院難以就近調查證據。

3. 近期判決補充⁷

按刑事訴訟法第 10 條第 1 項第 1 款固規定，有管轄權之法院因法律

⁶ 最高法院 106 年度第 5 次刑事庭會議決議

⁷ 最高法院 110 年度台聲字第 42 號裁定

或事實不能行使審判權者，由直接上級法院，以裁定將案件移轉於其管轄區域內與原法院同級之他法院。惟該條所稱「法律或事實不能行使審判權」，前者係指全體法官均應迴避，或第二審法院因法官迴避而不能組成三人合議庭，後者則指法院因天災、地變，或法官皆罹疾病（或其他事故），而不能執行職務或無法組成合議庭而言，若法院除應迴避或罹疾病（或其他事故）法官外，尚有其他得以審理或足以組成合議庭法官者，即非屬上述條款所指「法律或事實不能行使審判權」之情形，自不得據以聲請移轉管轄。

各級法院對於該院內部司法事務之分配，依上開各級法院事務分配辦法第 11 條規定，由該院法官會議擇定配置辦理特殊專業類型案件之法官。惟鑒於各法院就院內法官配置加以預定後，法官發生依法律規定或其他迴避事由，而有不能或不宜承辦特定案件情形，乃法院審判實務上所不可避免者。是倘若各級法院就該院經法官會議預定之法官配置，因案件或法官增減或他項事故，有變更之必要時，得由院長徵詢有關庭長、法官意見後定之，法院組織法第 81 條亦定有明文。

本件聲請人依其編制，實際在該院辦理刑事審理事務者，除上開 3 名法官外，尚有 8 名法官（該院法官係兼辦民刑事審理事務），有該院法官名錄在卷可佐。該院尚非不得變更其院內專股法官配置暨擇定之事務分配，對其院內專股法官配置另為適法之處理。

（十一）解題模板

首先，先處理我國有無刑罰權，倘若我國無刑罰權，則討論何法院可管毫無意義，就此，應回歸「刑法§3～§9」規定。（除非時間充裕，否則一語帶過依第幾條有刑罰權即可）

次之，確定我國有刑罰權後定審判權屬何類法院，此爭議多半發生於民事法院與行政法院間，本科考試上有刑罰權就會帶入刑事法院。

再次之，則依據刑訴法§4～§10 定管轄權屬何間法院，亦即定該案件屬於何縣市之地方法院或高等法院管轄。內部上，先依§4 事務管轄定第一審為何級法院⁸，再依§5 土地管轄定該級何地法院，並參酌§6～§10 檢驗是否尚有其他法院得合法管轄。

⁸ 各審法院因通常或簡易案件而異，但各級法院依照法院組織法第 1 條定之。法院組織法第 1 條：「本法所稱法院，分左列三級：一、地方法院。二、高等法院。三、最高法院。」

主題二 對人的強制處分⁹

一、對被告之拘提

§75 被告經合法傳喚，無正當理由不到場者，得拘提之。

§76 被告犯罪嫌疑重大，而有下列情形之一者，必要時，得不經傳喚逕行拘提：一、無一定之住、居所者。二、逃亡或有事實足認為有逃亡之虞者。三、有事實足認為有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞者。四、所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑為五年以上有期徒刑之罪者。

§77 I 拘提被告，應用拘票。

二、逮捕

§87 I II 通緝經通知或公告後，檢察官、司法警察官得拘提被告或逕行逮捕之。(I) 利害關係人，得逕行逮捕通緝之被告，送交檢察官、司法警察官，或請求檢察官、司法警察官逮捕之。(II)

§88 現行犯，不問何人得逕行逮捕之。(I) 犯罪在實施中或實施後即時發覺者，為現行犯。(II) 有左列情形之一者，以現行犯論：一、被追呼為犯罪人者。二、因持有兇器、贓物或其他物件、或於身體、衣服等處露有犯罪痕跡，顯可疑為犯罪人者。(III)

三、緊急拘捕

§88-1 I II 檢察官、司法警察官或司法警察偵查犯罪，有下列情形之一而情況急迫者，得逕行拘提之：一、因現行犯之供述，且有事實足認為共犯嫌疑重大者。二、在執行或在押中之脫逃者。三、有事實足認為犯罪嫌疑重大，經被盤查而逃逸者。但所犯顯係最重本刑為一年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪者，不在此限。四、所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑為五年以上有期徒刑之罪，嫌疑重大，有事實足認為有逃亡之虞者。(I) 前項拘提，由檢察官親自執行時，得不用拘票；由司法警察官或司法警察執行時，以其急迫情況不及報告檢察官者為限，於執行後，應即報請檢察官簽發拘票。如檢察官不簽發拘票時，應即將被拘提人釋放。(II)

⁹ 本處只複習拘提、逮捕、緊急拘捕部分

主題三 對物的強制處分¹⁰

一、隱私權侵害判準

A. 合理隱私期待

保障隱私權的期待必須在合理範圍內，也就是除了個人主觀的隱私期待外，客觀上該隱私期待也必須是在被普遍承認為合理的範圍內，始受保障。例如，在家中房間內的舉止，雖然可以合理期待不被外人所知悉，但如果是在大馬路上的動作，就難以被認為具有合理的隱私期待。¹¹

B. 馬賽克理論

原本短暫的行徑並無法得知他人之動向，惟利用長時間之監控，所獲得之資訊已足以讓警察機關得知相對人生活上細節時，即侵害一般人不欲人知之生活隱私而構成搜索。¹²

C. 準物理侵入說

安裝 GPS 與追蹤的過程中是否涉及人民私人活動領域之舉止，例如潛進他人屋內安裝，或定位到他人在屋內之活動位置。

二、公共場合被長期定位追蹤有隱私權侵害嗎？

於公共場合亦非完全無隱私期待可言，個人縱於公共場域中，亦應享有依社會通念得不受他人持續注視、監看、監聽、接近等侵擾之私人活動領域及個人資料自主，而受法律所保護。惟在公共場域中個人所得主張不受此等侵擾之自由，以得合理期待於他人者為限，亦即不僅其不受侵擾之期待已表現於外，且該期待須依社會通念認為合理者。¹³

三、搜索扣押體系圖

¹⁰ 本處只複習搜索、扣押

¹¹ 司法院裁判書用語辭典資料庫查詢系統

¹² 李榮耕，科技定位監控與犯罪偵查，載：數位時代中的搜索扣押，2020年4月，142-145頁

¹³ 司法院釋字第689號解釋

四、搜索扣押客體

(一) 搜索客體：得扣押之物

(二) 扣押客體 (§133)

I 可為證據或得沒收之物，得扣押之。

II 為保全追徵，必要時得酌量扣押犯罪嫌疑人、被告或第三人之財產。

III 於應扣押物之所有人、持有人或保管人，得命其提出或交付。

IV 扣押不動產、船舶、航空器，得以通知主管機關為扣押登記方法為之。

V 扣押債權得以發扣押命令禁止向債務人收取或為其他處分，並禁止向被告或第三人清償之方法為之。

VI 依本法所為之扣押，具有禁止處分之效力，不妨礙民事假扣押、假處分及終局執行之查封、扣押。

五、有令狀搜索

(一) 概括搜索票禁止原則

A. 意義：

所謂概括搜索票係指法官在核發搜索票時，於§128 II ②應記載事項並未明確記載，使執行人員無從由搜索票得知應搜索之物者，由於此等情狀對於被搜索人隱私權影響甚廣，甚或影響財產權，因此禁止概括搜索票之核發。

B. 內涵：

由於核發搜索票時亦難預料搜索現場所出現之物，因此不以搜索現場實際具備或擁有為必要，凡執行人員、受搜索人員得由搜索票明知或可得而知（能預見）應搜索之物即為已足。

C. 違反效果：

搜索票無效，該次有令狀搜索為違法搜索。

(二) 處所之解釋

乃因被告或犯嫌等之人身、物件、宅第等均為日常生活所及範圍，存有得扣押之贓、證物蓋然性甚高，故此所謂「住宅」，應包括人日常居住，與生活起居有密切關聯之一切場所。大樓或公寓等集合式住宅之停車場（位），附屬於各該大樓或公寓，並提供各住戶停放車輛使用，非但對大樓或公寓整體而言，有密切不可分之關係，且輔助提昇該大樓或公寓生活起居之效能，應視為住宅之一部分，持對住宅之搜索票於附屬停車場（位）進行搜索，要屬合法。¹⁴

¹⁴ 最高法院 98 年度台上字第 3863 號判決；住處門口之樓梯間鞋櫃(94 台上 500)；附屬住宅之

六、無令狀搜索

(一) 先附帶搜索再拘提是否合法

A. 肯定說→觀之前開過程，固於自然時間上出現警員先行伸手取槍之搜索行為，再以現行犯逮捕上訴人之些微差異，然警員在發現上訴人藏放之物品為具危險性之槍枝後，旋即予以控制取得並逮捕上訴人，**時間密集緊接，且未對上訴人造成安全及隱私之侵犯**，自屬合法之附帶搜索範疇。¹⁵

B. 否定說→避免搜索流於濫用。¹⁶

(二) 附帶搜索是否限於正在使用之交通工具

贊同，否則已失去本條立法意義，將使原則例外顛倒¹⁷。

(三) 持檢察官拘票是否得進入住宅行§131 I 搜索

A. 肯定說→符合§131 I 要件即可。

B. 否定說→檢察官並無決定搜索與否之權利，因此若可以持檢方拘票進入住宅，則可能造成「以拘提之名，行搜索之實」的情況產生，故檢方拘票只能在不侵犯隱私權的範圍進行。¹⁸

(四) 第三人同意

A. 基礎→同意權限

B. 要件→管理權限+風險承擔理論

C. 最高法院 105 年台上字第 1892 號刑事判決→

刑事訴訟法第一百三十一條之一之自願性同意搜索，明定行使同意權人為受搜索人，參諸同法第一百二十八條第二項規定搜索係對被告或犯罪嫌疑人為之，另同法第一百二十二條第二項明文可對第三人為搜索，故就同法第一百三十一條之一規定之文義及立法旨趣觀之，所謂**同意權人應係指偵查或調查人員所欲搜索之對象，而及於被告或犯罪嫌疑人以外之人**。而該條所稱自願性同意者，祇要受搜索人係在意思自主之情況下，表示同意為已足，不因其有無他人陪同在場，而異其法律效果。又在**數人對同一處所均擁有管領權限之情形，如果同意人對於被搜索之處所有得以獨立同意之權限**，則被

儲藏室(99 台上 613)

¹⁵ 最高法院 109 年度台上字第 1832 號判決；王兆鵬、張明偉、李榮耕，刑事訴訟法(上)，2020 年 3 月，259 頁

¹⁶ 黃朝義，刑事訴訟法，2017 年 9 月，271 頁

¹⁷ 林鈺雄，刑事訴訟法(上)，2020 年 9 月，437-438 頁

¹⁸ 王兆鵬、張明偉、李榮耕，刑事訴訟法(上)，2020 年 3 月，284-286 頁

告或犯罪嫌疑人在主客觀上，應已承擔該共同權限人可能會同意搜索之風險，此即學理上所稱之「風險承擔理論」。執法人員基此有共同權限之第三人同意所為之無令狀搜索，自屬有效搜索，所扣押之被告或犯罪嫌疑人之物，應有證據能力。

(五) 應否進行加重告知義務¹⁹

A. 肯定說²⁰→

確定真意/杜絕紛爭/調節實力差距/誤會有同意義務或擔心後果。

B. 否定說→

受搜索人熟悉的環境，與警詢大為不同。

C. 實務→

有不同意見

(六) 自願性同意²¹

A. 標準

應綜合一切情狀包括徵求同意之地點、徵求同意之方式是否自然而非具威脅性、警察所展現之武力是否暗示不得拒絕同意、拒絕警察之請求後警察是否仍重複不斷徵求同意、同意者主觀意識之強弱、年齡、種族、性別、教育水準、智商、自主之意志是否已為執行搜索之人所屈服等加以審酌。²²

B. 多數警察在場是否可否定被搜索人之自願性

實務見解亦認為，不能單憑多數警察在場即否定其自願性²³。惟學說上有認為²⁴如此情境將使同意人以為不論合作與否，執法人員似都會有搜索的動作。

¹⁹ 比較§133-1 II

²⁰ 林鈺雄，刑事訴訟法(上)，2020年9月，441頁；李春福老師認為得類推§133-1 II(刑事訴訟法論，2017年9月，262-263頁)

²¹ 得隨時撤回，並非一經同意則永久同意；同意搜索之合法性，係立基於受搜索人明知有權拒絕搜索，卻仍本於自由意志，願意放棄憲法所保障之隱私權、財產權、居住權等基本權，接受搜索。受搜索人之同意，既為搜索合法之最重要前提，搜索之進行，自須於獲得受搜索人同意後，始得為之，範圍及期間長短，亦取決於受搜索人之意思。因此，受搜索人得隨時撤回其同意，固不待言；撤回之方式，明示及舉凡得使搜索人員瞭解、知悉其意思內容之一切非明示表示，皆無不可；撤回時，搜索應即停止，縱因正發現可疑跡證，而有繼續搜索或即時扣押之必要，亦僅於有其他合法途徑，例如：緊急搜索、本案附帶扣押或另案扣押等可資遵循時，始得為之。(最高法院 109 年度台上字第 259 號判決)

²² 最高法院 94 年度台上字第 1361 號判決

²³ 最高法院 106 年度台上字第 3908 號判決

²⁴ 王兆鵬、張明偉、李榮耕，刑事訴訟法(上)，2020年3月，307頁

(七) 被詐欺或未說明真正原因所徵得同意有效嗎?²⁵

A. 案例

警察為取得被告之同意，說只要搜索強盜罪之證據，實際上為殺人案之兇器，被告欲自首犯強盜罪，欣然同意。或告知驗毛髮的目的在查看有無吸毒，但實際上檢驗被告之 DNA。或謊稱瓦斯外洩要進入協助，而取得人民同意。

B. 保障的是「自由意志」做出決定，而非「明智」之決定

本條立法目的在保護人民基於自由意志作出自願性同意，因此若非出於自由意志，則為無效同意。在前兩個案中，被搜索人，自願放棄隱私，使他人得以翻找物品，但在最後一案，人民因恐懼瓦斯爆炸而同意，意志並非自由，對於放棄隱私權亦無足夠認識。

(八) 法定程序

雖「同意搜索」乃放棄基本權對隱私的保護與令狀主義的堅持，本質上趨近所謂「任意處分」，惟為避免偵查機關濫用，於其實施同意搜索時，仍不得逾越必要之範圍，且所踐行的程序應合理、正當，並應遵守刑事訴訟法其他關於搜索的規定。即係以執行人員於執行搜索前應出示證件，查明受搜索人有無同意的權限，並應將其同意的意旨記載於筆錄或書面，由受搜索人簽名或出具書面表明同意之旨為程序規範，並以一般意識健全具有是非辨別能力之人，因搜索人員出示證件表明身分與來意，均得以理解或意識到搜索的意思及效果，而有參與該訴訟程序及表達意見的機會，可以自我決定選擇同意或拒絕，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺或其他公權力之不當施壓所為的同意為其實質要件。另執行搜索之書面祇能在搜索之前或當時完成，不能於事後補正，否則其搜索難認合法²⁶。

²⁵ 王兆鵬、張明偉、李榮耕，刑事訴訟法(上)，2020年3月，212、309-310頁

²⁶ 最高法院 108 年度台上字第 839 號判決

七、附隨於搜索的無令狀扣押²⁷

(一) 法理基礎：一目瞭然法則

執法人員在合法執行本案搜索、扣押時，在**目視範圍以內**發現本（另）案應扣押之物，得無令狀予以扣押之。所謂另案，不以已經發覺之案件為限，以便**機動性地保全該證據**，俾利於**真實之發現及公共利益之維護**；但為避免執法人員假藉一紙搜索票進行所謂釣魚式的搜括，此之扣押所容准者，應僅限於執法人員以目視方式發現之其他證據，而非授權執法人員為另一個搜索行為²⁸。

在合法的搜索、扣押、拘提、逮捕過程中，如果現場突然發現得扣押之物，卻要求執行人員無動於衷，僅能先申請令狀，不僅可能導致證據湮滅，更可能會**危害執法人員或公眾安全**，於權衡利害得失後，應允許執法人員進行無令狀扣押。惟為避免濫行扣押，一目瞭然法則所侷限者即是執法人員只能以「目視」的方式發現其他證據，並無授權執法人員為另一個搜索行為，才能符合侵犯輕微個人利益，但卻得到極大執法利益之比例原則。

(二) 類型

1. 附帶扣押 (§137)

2. 另案扣押 (§152)

八、非附隨於搜索的扣押

(一) 有令狀 (§133-1 I 本文)

非附隨於搜索之扣押，……，應經法官裁定。

(二) 無令狀

1. §133-1 I 但書（同意扣押、證據扣押）：非附隨於搜索之扣押，除以得為證據之物而扣押或經受扣押標的權利人同意外，應經法官裁定。

****若同時得為證據與沒收之物，得否扣押**

立法理由參照：「現行法關於搜索，原則上，應依法官之搜索票為之，即採法官保留原則，附隨搜索之扣押亦同受其規範。非附隨於搜索之扣押與附隨搜索之扣押本質相同，除僅得為證據之物及受扣押標的權利人同意者外，自應一體適用法官保留原則。爰參考本法第一百二十八條規定，德國刑事訴訟法第九十八條第一項、第一百十一 e 條第一項，及日本組織犯罪處罰及犯罪收益規範法第二十二條第一項、第四十二條第一項之立法例，增訂本條第一項。至於

²⁷ 有令狀扣押部分較無爭議，故省略

²⁸ 最高法院 103 年度台上字第 448 號判決

同時得為證據及得沒收之物，仍應經法官裁定，以免架空就沒收之物採法官保留為原則之立法意旨，併此敘明。」

2. §133-2 III（緊急扣押）

檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察於偵查中有相當理由認為情況急迫，有立即扣押之必要時，得逕行扣押；檢察官亦得指揮檢察事務官、司法警察官或司法警察執行。

九、得否搜索扣押律師事務所

「依正當法律程序要求，刑事被告應享有充分之防禦權，包括選任信賴之辯護人，俾受公平審判保障。而刑事被告受其辯護人協助之權利，須使其獲得確實有效之保護，始能發揮防禦權功能。從而，刑事被告與辯護人能在不受干預下充分自由溝通，為辯護人協助被告行使防禦權之重要內涵，應受憲法之保障。²⁹」

刑訴法第 182 條針對律師成為證人賦予拒絕證言權，確保被告對律師之信賴，使被告獲得實質有效辯護。針對搜索扣押律師事務所時，若涉及律師與當事人秘密特權所保護之文件，完全不得扣押，例如律師與當事人會談所記錄之當事人陳述，以便後續訴訟協助，若允許扣押此等文件等同未來等待被告與律師會談後再進行事務所之文件扣押即可破案，不僅架空拒絕證言權，更剝奪被告之律師權，成為受有罪判決之捷徑。至於非受律師與當事人秘密特權所保護之文件則得扣押，例如放置在事務所的偽造文件、假鈔，若不許反而使事務所成為贓物天堂。搜索部分，應允許之，蓋搜索只是了解事務所內有哪些內容，並不侵犯律師權之保障，當搜到不確定是否為得扣押之物時，只能先扣押，但不得檢閱內容，避免執行機關因此「不當得利」，爾後應交由法官判斷，判斷前應聽取檢察官與律師之意見。³⁰

²⁹ 司法院釋字第 654 號解釋

³⁰ 王兆鵬、張明偉、李榮耕，刑事訴訟法(上)，2020 年 3 月，231-235 頁。被告之高度隱私文件，如：日記、錄音、信件，原則上本書亦採相同標準。(228-231 頁)新聞媒體辦公室之搜索，在列為拒絕證言權範圍前，亦採取較開放之態度。(235-237 頁)政府機關與總統相關搜索之問題與介紹，可參 237-240 頁。

主題三 暫行安置³¹

(一) 立法目的

暫行安置制度並非以保全被告到案或保全證據為目的，故與羈押不同，其宗旨是為了兼顧刑事被告醫療需求、程序權益保障及社會安全之防護，以強化社會安全網，可及於刑事程序的每一個階段。於刑事程序中，當精神疾患觸法者犯罪嫌疑重大，且具有危害性、急迫性時，檢察官可以聲請、法院也可於審判中依職權運用暫行安置制度，為適當之處置。

(二) 實質要件 (§121-1 I)

被告經法官訊問後，認為犯罪嫌疑重大，且有事實足認為刑法第十九條第一項、第二項之原因可能存在，而有危害公共安全之虞，並有緊急必要者，得於偵查中依檢察官聲請，或於審判中依檢察官聲請或依職權，先裁定諭知六月以下期間，令入司法精神醫院、醫院、精神醫療機構或其他適當處所，施以暫行安置。

(三) 程序要件 (§121-1 II)

第九十三條第二項前段第九十三條之一及第二百二十八條第四項之規定，於偵查中檢察官聲請暫行安置之情形準用之。因此自拘捕時起 24 小時內，以聲請書向法院聲請，且有拘捕前置主義適用。

(四) 決定要件

1. 法官即時訊問且原則上禁止深夜訊問

第九十三條第五項、第六項之規定，於偵查中檢察官聲請暫行安置之情形準用之 (§121-1 II)。另外，為維護第三審法院法律審性質，案件在第三審上訴中，而卷宗及證物已送交該法院者，關於暫行安置事項，由第二審法院裁定之。第二審法院為前項裁定前，得向第三審法院調取卷宗及證物。 (§121-4)

2. 閱卷權、受律師協助權 (§121-1 II 準用 §§33-1、121-2 II III、31-1)

3. 職權或當事人進行 (§121-2 I 以是否檢察官聲請為斷)

(四) 撤銷 (§§121-3、121-5 I)

(五) 管束 (§§121-6，未與§105 牴觸者，仍有§105 適用，例如§105 II)

(六) 期間 (§§121-1 I、III、IV)

(七) 救濟 (§§121-1 V、121-3 V、121-6 V IV VI)

³¹ 主要整理自王兆鵬、張明偉、李榮耕，刑事訴訟法(上)，2022年3月，457-466頁

主題四 重要修法與實務見解

一、最高法院 110 年度台上大字第 5557 號裁定

中華民國人民在中華民國領域外（含香港與澳門）犯刑法第 5 條至第 7 條以外之罪，而無我國刑法之適用時，法院究應以行為不罰為無罪判決，抑或無審判權而為不受理判決？

我國刑法對人、事與地的適用範圍，係以屬地原則為基準，輔以國旗原則、屬人原則、保護原則及世界法原則，擴張我國刑法領域外適用之範圍，即依刑法第 3 條至第 8 條之刑法適用法，決定我國刑罰權之適用範圍，並作為刑事案件劃歸我國刑事法院審判之準據。

就程序法面向，則定我國刑事法院審判權之範圍，決定我國刑事法院是否得予審判。亦即**刑法適用法具有實體法與程序法之雙重性質**，如有欠缺，即無我國刑法之適用，不為我國刑罰權所及，且為訴訟障礙事由，我國司法機關無從追訴、審判。

法院受理訴訟之基本法則，係先審查程序事項，必須程序要件具備，始能為實體之認定，倘確認個案非屬我國刑法適用範圍時，已構成訴訟障礙，欠缺訴訟要件，不可為本案之實體判決，性質上已屬法院對被告無審判權，不能追訴、審判，在偵查中檢察官應依刑事訴訟法第 252 條第 7 款規定，為不起訴處分；若經起訴，法院應依同法第 303 條第 6 款規定，諭知不受理判決，而非為無罪判決。

綜上所述，中華民國人民被訴在中華民國領域外（含香港與澳門）涉犯刑法第 5 條至第 7 條以外之罪，而無我國刑法之適用時，法院應依刑事訴訟法第 303 條第 6 款規定諭知不受理之判決。

二、最高法院 110 年度台上大字第 5375 號裁定

依刑事訴訟法施行法第 7 條之 13 前段規定：110 年 5 月 31 日修正通過之刑事訴訟法施行前，已繫屬於各級法院之案件，於施行後仍適用修正前刑事訴訟法第 348 條規定。則刑事訴訟法第 348 條修正施行前已繫屬於第一審或第二審法院之案件，在修正施行後始因上訴而繫屬於本院者，究應適用修正前或修正後規定，以定其上訴之範圍？

該條文所稱「已繫屬於各級法院」，亦顯與「已繫屬於法院」之意義不同。前者有區分案件繫屬於各該不同審級法院之意思，而後者則單純僅指案件繫屬於某一法院而言。又依本條（程序從舊）之立法目的而論，係案件已在某一審級法院「繫屬」中，因法律修正而影響當事人上訴範圍之認定，乃基於程序安定及訴訟經濟之考量，承認該審級依修正前規定已經進行之訴訟程序效力，及律定未來在該同一審級之訴訟程序，仍依修正前規定進行至該審級終結為止，新審級之上訴範圍及訴訟程序則依修正後規定進行（例如修法前已經依準備程序確認上訴範圍包括原判決關於不另為無罪諭知部分，則審理程序縱在修法以後，法院審判範圍仍應包括上開不另為無罪諭知部分）。而各級法院於案件繫屬後，除有特別規定可準用不同審級之程序規定外，原則上係依據各該審級不同之訴訟程序規定進行審理及終結訴訟，故不論案件經第一審判決終結後提起第二審上訴而繫屬於第二審法院，或第二審判決終結後提起第三審上訴而繫屬於第三審法院，因舊有程序已終結，另開啟新的上訴審程序，新舊程序明顯可分，在原審級法院判決終結前，或判決終結後上訴審法院繫屬前，刑事訴訟法既已修正施行，當事人自應依據新修正關於上訴範圍之規定提起上訴或補充聲明其上訴範圍，此種情形適用新程序法規定釐定其上訴範圍，既無違程序安定原則，亦不影響上訴人之上訴權與當事人之程序利益。

故於原審判決後提起上訴，自應以其提起上訴而繫屬於上訴審法院時，刑事訴訟法第 348 條是否已經修正施行，作為究應適用修正後或修正前規定以決定其上訴範圍之時點依據。

三、最高法院 110 年度台抗大字第 427 號裁定

刑事訴訟法（下稱刑訴法）第 376 條第 1 項但書案件，是否屬於同法第 405 條所稱「不得上訴於第三審法院之案件」？

釋字第 752 號解釋對於修正前刑訴法第 376 條第 1 款、第 2 款所列之案件，經第二審法院撤銷第一審法院無罪判決並自為有罪判決者，該初次受有罪判決之被告不得上訴於第三審法院之部分，未能提供至少一次上訴救濟之機會，宣告與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨有違。

上開解釋後，刑訴法第 376 條於 106 年 11 月 16 日修法時，增列第 1 項但書、第 2 項之規定……。堪認此次修法之宗旨，在於刑訴法第 376 條第 1 項前段所列之案件，性質上雖屬不得上訴於第三審法院之案件，然其有該條項但書之情形時，為更有效保障人民訴訟權，例外允許得上訴於第三審法院，並為顧及第三審法院係法律審之合理負荷，以同條第 2 項規定，將之限制為僅得上訴一次，以為救濟。因此，刑訴法第 376 條第 1 項但書案件，應係同條項前段不得上訴於第三審法院規定之例外。

惟刑訴法第 405 條「不得上訴於第三審法院之案件，其第二審法院所為裁定，不得抗告。」之規定，未因同法第 376 條第 1 項但書之增列而配合修正，致生本件法律爭議。參諸抗告與上訴同係訴訟救濟之程序，目的均在於使受裁判之當事人得有救濟之機會，則無論是由前述第 752 號解釋之訴訟權保障或刑訴法第 376 條之修法宗旨以觀，本於同一法理，自應容許第二審法院對於刑訴法第 376 條第 1 項但書案件所為之裁定，亦同有得抗告於第三審法院一次之機會。而此抗告程序之救濟既係立基於刑訴法第 376 條第 1 項但書案件得上訴於第三審法院一次之性質，自不因其通常訴訟程序中，案件是否曾提起第三審上訴或第三審上訴結果如何而有不同。即使此類案件之通常訴訟程序中，被告或得為被告利益上訴之人並未提起第三審上訴，或提起第三審上訴後撤回上訴，或經第三審法院以上訴不合法或無理由予以駁回，或經第三審法院撤銷發回或自為判決等，均不影響其第二審法院所為之裁定，有一次抗告於第三審法院之救濟機會。

四、最高法院 109 年度台抗大字第 1221 號裁定

受判決人可否為其利益，僅就連續犯裁判上一罪之部分犯罪事實，以發現新事實或新證據，單獨或與先前之證據綜合判斷，足認該部分犯罪事實不能證明，而依刑事訴訟法第 420 條第 1 項第 6 款規定，聲請再審？

起訴書記載被告多項犯罪事實，經檢察官以裁判上一罪起訴者，法院應就全部犯罪事實予以合一審判。如認定僅其中一部分成立犯罪，其他部分不能證明犯罪者，應就有罪部分於判決主文諭知論處之罪刑，而就不能證明犯罪部分，因裁判上一罪關係，僅於判決理由敘明不另為無罪諭知之旨。是以，**不論在主文諭知或理由敘明，該不能證明犯罪部分均屬無罪判決，應無二致。**亦即，於裁判上一罪之原確定判決所認定之犯罪事實，其中部分犯罪事實，依新事實或新證據如足認不能證明犯罪，雖毋庸顯示於判決主文，仍不影響該部分本係應受無罪判決之本質。從而，**裁判上一罪之案件，為確認原確定判決所認定之犯罪事實已否產生合理懷疑，足以動搖該確定判決，解釋上，即應就判決主文、事實及理由意旨，為總括整體性之觀察判斷。**

對於複數刑罰權之數罪，因全部犯罪事實各自獨立，如僅對其中部分犯罪事實以發現新事實或新證據應受無罪判決為由聲請再審，即認符合刑事訴訟法第 420 條第 1 項第 6 款所稱「應受無罪判決」，而得聲請再審。則對於裁判上一罪而言，其實質上亦係數罪，僅因法律規定始以一罪論或從一重處斷，若以不能證明部分犯罪事實為由聲請再審，卻與同為數行為之實質上數罪為相異處理，自難謂公允。

綜上，受判決人為其利益，就連續犯裁判上一罪之部分犯罪事實，以發現新事實或新證據，單獨或與先前之證據綜合判斷，足認不能證明該部分犯罪者，得依刑事訴訟法第 420 條第 1 項第 6 款規定，聲請再審。

五、最高法院 110 年度台上字第 2337 號判決

第一審依刑事訴訟法第七編之一協商程序所為之科刑判決(非屬刑事訴訟法第 376 條不得上訴於第三審之案件)，提起第二審上訴經判決後，得否上訴於第三審？

依**立法體例**，協商程序規定於刑事訴訟法第七編之一，屬有別於通常程序之特別程序。有關依協商程序所為科刑判決之救濟，該編第 455 條之 11 第 1 項規定：「協商判決之上訴，除本編有特別規定外，準用第三編第一章及第二章之規定。」而刑事訴訟法於第三編上訴置第一章通則、第二章第二審、第三章第三審，乃屬通常程序，茲協商程序之上訴既無準用第三審上訴之規定，依上開說明，自應認協商程序僅例外許可為第二審上訴，不得提起第三審上訴。另雖刑事訴訟法第 375 條第 1 項規定，不服高等法院之判決而上訴者，應向最高法院為之，惟此條乃規定在通常上訴編章內，當係指通常程序之高等法院判決，至特別程序之協商判決上訴第二審之高等法院判決，既獨立規定於協商程序編，自無該法第 375 條第 1 項規定之適用可言。

又依刑事訴訟法第 455 條之 10 第 2 項規定，第二審法院對於例外得上訴之協商判決案件，其調查之範圍以上訴理由所指摘之事項為限，並無得依職權調查事項之規定，較諸同法第 393 條第三審之調查範圍更狹。由訴訟構造以觀，自無准予上訴第三審，卻使第二審調查範圍反較第三審為窄之理。

本法就請求進行協商程序之要件及協商程序之審理，設有須經當事人雙方合意且被告認罪；被告表示所願受科之刑逾有期徒刑 6 月，且未受緩刑宣告，應有辯護人協助進行協商；法院於判決前，應訊問被告並告以所認罪名、法定刑及因適用協商程序所喪失之權利；法院協商訊問終結前，被告得隨時撤銷協商之合意，檢察官於被告違反與其協議之內容時，亦得撤回協商之聲請等規定。而上訴與否又屬當事人訴訟上之處分權，是法律就協商判決，既設有上開諸多適用上之限制，及強化被告辯護倚賴權保障，以及當事人得撤銷或撤回協商之機制，則檢察官及被告就法院在其等雙方合意範圍內而為之協商判決，理論上即已等同放棄救濟機會，除有特別情形外，自不許其上訴。故而刑事訴訟法就協商判決，採原則上不得上訴，僅於例外之情形，賦

予當事人上訴救濟之機會，且上訴審為事後審之性質，並僅準用上訴編通則及第二審之規定，顯然本法對於該例外得上訴之第二審判決，是採不得提起第三審上訴甚明。

況刑事訴訟法增訂協商程序，提供檢察官與被告藉協商方式溝通，達成協商之合意，法院即得以迅速、簡易方式終結訴訟，對無爭執之非重罪案件明案速判，以達疏減訟源，合理、有效運用有限司法資源之目的。而此一程序之溝通性、迅速性、終局性，復為簡易程序或通常程序之簡式審判程序所無，亦不容違反立法意旨，將協商程序與一般程序同視，就其例外得提起上訴之第二審判決，再許提起第三審上訴，以延滯訴訟之理。

綜上，無論從協商程序之立法體例、立法目的以及訴訟構造等各個面向以觀，均應認本案徵詢「第一審依刑事訴訟法第七編之一協商程序所為之科刑判決，提起第二審上訴經判決後，得否上訴於第三審？」之法律問題，應採不得提起第三審上訴之法律見解。

六、最高法院 110 年度台抗字第 1501 號裁定

曾參與原確定判決之法官，於再審案件，應否自行迴避？

1. 否定實務見解³²

再審案件其參與原確定判決之推事，並不在該款應行迴避之列。蓋因再審程序屬同一審級更為審判，且釋字 178 號解釋指出「曾參與前審之裁判，係指同一推事，就同一案件，曾參與下級審之裁判而言。」故若非牽涉審級利益，則無此款迴避適用。

2. 肯定實務見解³³

雖司法院釋字第 178 號解釋謂，刑事訴訟法第 17 條第 8 款所稱法官「曾參與前審之裁判」，係指同一法官，就同一案件，曾參與下級審之裁判而言。故再審案件其參與原確定判決之法官，並不在該款應自行迴避之列。

惟其後司法院釋字第 256 號解釋認民事訴訟法第 32 條第 7 款所稱法官「曾參與該訴訟事件之前審裁判」，於再審程序，參與原確定判決之法官，亦應自行迴避（惟其迴避以 1 次為限），使法官不得於其曾參與裁判之救濟程序執行職務，以維護審級之利益及裁判之公正。

行政訴訟法第 19 條第 6 款，亦將法官「曾參與該訴訟事件再審前之裁判」列為自行迴避事由（但其迴避以 1 次為限）。

刑事再審程序雖屬同一審級更為審判，但涉及推翻原確定判決安定性的救濟程序，非僅原審級訴訟程序之續行，基於避免裁判預斷偏頗與維護公平法院的理念，原審法院分案實施要點第 12 點第 3 款明訂法官迴避時的分案原則，該院民事、刑事及行政案件之分案，於再審案件，準用前 2 款規定，參與前一次原確定裁判之法官應予迴避。亦即於分案時，即制度性確保參與原確定判決之法官應迴避再審案件，以維護刑事再審程序的正當及裁判的公正性。

³² 最高法院 28 年聲字第 10 號判例(最高法院 102 年度台抗字第 11 裁定亦援用)

³³ 最高法院 109 年度台抗字第 157 號裁定、最高法院 110 年度台抗字第 1501 號裁定

七、最高法院 109 年度台上字第 2638 號判決

法院或檢察官未踐行刑事訴訟法第 186 條第 2 項之告知義務，其所取得之證人證詞，對於本案被告有無證據能力？

1. 舊實務見解³⁴

拒絕證言權，**專屬證人之權利，非當事人所得主張**，證人拒絕證言權及法院告知義務之規定，皆為保護證人及與其有刑事訴訟法第一百八十八條第一項各款所列關係之人而設，非為保護被告，法院或檢察官違反告知義務所生之法律效果，僅對證人生效，故違反告知義務之證人證詞，**對訴訟當事人仍具證據能力，至於證據之證明力如何，則由法院依衡平法則就具體個案判斷。**

2. 新實務見解³⁵

1. 不生主張證據排除的當事人適格問題：

我國證據排除法則並無主張證據排除的當事人適格相關規範。

2. 使被告免於遭受到陷入困境的證人所為虛偽不實陳述的危險：

刑事訴訟法第 181 條規定證人拒絕證言權，不僅在於保護證人免於陷於三難困境以致自證己罪，同時也使被告免於遭受到陷入困境的證人所為虛偽不實陳述的危險。

3. 讓證人因為不知道可以拒絕證言而產生誣攀或推諉被告的危險：

法院或檢察官如有違反刑事訴訟法第 186 條第 2 項的告知程序，所取得證人的證詞，不僅侵害證人的權利，也讓證人因為不知道可以拒絕證言而產生誣攀或推諉被告的危險，應該容許被告主張證據排除。

4. 法律效果：

為了兼顧程序正義與發現實體真實，法院應**適用刑事訴訟法第 158 條之 4** 規定，審酌人權保障與公共利益的均衡維護，來權衡判斷證人證言有沒有證據能力。

³⁴ 最高法院 104 年度台上字第 2924 號判決

³⁵ 最高法院 109 年度台上字第 2638 號判決

八、最高法院 108 年度台上大字第 3594 號裁定

檢察官於本案未聲請沒收第三人財產，法院認為有必要，得否依刑事訴訟法第 455 條之 12 第 3 項規定依職權裁定命該第三人參與沒收程序，而開啟第三人沒收程序，並為第三人財產沒收之宣告？

1. 舊實務見解³⁶：

刑法沒收修正後，既將沒收定位為獨立的法律效果，則檢察官對於被告起訴之效力，並不當然擴張及於第三人財產之沒收。就體系解釋而言，必先充足刑事訴訟法第 455 條之 13 所定檢察官向法院聲請沒收第三人財產，並通知第三人之前提要件，而有第三人未依刑事訴訟法第 455 條之 12 第 1、2 項以書狀向該管法院聲請參與沒收程序之情形，法院始得啟動同條第 3 項前段之「認有必要時，應依職權裁定命該第三人參與沒收程序」，俾符控訴原則。蓋非如此，刑事訴訟法第 455 條之 13 將形同具文。又刑事訴訟法第 455 條之 13 第 3 項所指檢察官於審理中「得以言詞或書面向法院聲請」，係指檢察官於審理中聲請沒收第三人之財產（法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第 181 點參照），而非聲請法院依職權通知第三人參與沒收程序。從而，依卷證顯示本案沒收可能涉及第三人財產，而檢察官於提起公訴之同時，未於起訴書記載聲請沒收第三人財產之旨，亦未於審理中追加聲請者，法院即應曉諭檢察官為聲請，如檢察官未聲請，法院不得依刑事訴訟法第 455 條之 12 第 3 項規定，依職權裁定命該第三人參與沒收程序，對該第三人財產諭知沒收。

2. 新實務見解³⁷：

1. 合於現行刑法及刑事訴訟法之規定：

現行刑法，第三人犯罪所得係採「義務沒收」依照現行刑法第 38 條之 1 第 1 項及 2 項之規定，犯罪所得不論屬犯罪行為人或第三人沒收之，係採「應沒收」之「義務沒收原則」，被告之犯罪事實經檢察官起訴，法院審理結果認被告有違法行為，且符合刑法第 38 條之 1 第

³⁶ 最高法院 107 年度台上字第 2101 號判決

³⁷ 最高法院 108 年度台上大字第 3594 號裁定

2 項規定各款之情形時，法律明定沒收之法律效果，自不待檢察官聲請沒收第三人犯罪所得之財產，法院即應依法宣告。

2. 附隨於本案之第三人沒收程序，是為保障財產可能被沒收第三人之聽審權而設，依規定法院應依職權命為程序參與，不待檢察官聲請：

由於第三人沒收係義務沒收，法院於判決為上開宣示，將對第三人之財產構成干預，因此無論檢察官是否提出聲請，法院於已經檢察官依法起訴之本案審理程序中，為保障第三人之聽審權而俾其得以「參與」沒收程序，於第三人未聲請時，依法皆應依職權通知第三人參與程序。...(略)...刑事訴訟法第 455 條之 13 第 2 項前段、第 3 項……其立法理由謂：「沒收之調查與認定，屬法院應依職權進行之事項，但檢察官仍負『協力義務』，其自得以言詞或書面向法院聲請，請求法院裁定命該第三人參與。(後略)」亦即，既採義務沒收，犯罪所得由第三人取得時，沒收之調查及認定屬法院應依職權進行之事項，而之所以規定檢察官得於起訴書記載或於法院審理聲請對第三人財產沒收，乃基於檢察官之「協力義務」，用以促請法院啟動第三人沒收程序，履行法院宣告第三人犯罪所得沒收之法定義務，不能因此遽認第三人犯罪所得之沒收，必先有檢察官之聲請，法院始得為之。

3. 第三人沒收程序尚非「控訴原則」之範疇：

本院先前裁判見解之主要論點，乃以「控訴原則」為基礎…(略)…。然將控訴原則之適用範圍，擴及於犯罪所得沒收之宣告以及第三人沒收程序之開啟，似乎與控訴制度之本旨未合。蓋控訴制度之設，其目的旨在藉由檢察官與法官分權制衡，相互監督節制之方式，確保國家刑事司法權得以客觀而且正確地行使。其主要之內涵，固在要求「無訴即無裁判」，也就是無檢察官之起訴，即無法院之裁判，…(略)…，此即所謂「不告不理」原則（刑事訴訟法第 268 條）；但控訴原則之規範範圍，係指法院審理裁判的「對象」及「標的」，為經檢察官起訴之「被告」及「犯罪事實」（刑事訴訟法第 264 條第 2 項、第 266 條至第 268 條），使法院不能就檢察官起訴所指之被告以外之人，或其他犯罪事實而為審判，並非謂所有法院職權之行使，例如法院於認定被告有罪後，是否以及應科處如何之刑罰或諭知一定之保安處分，均須以經

檢察官請求為前提。易言之，控訴原則之規範，尚非及於犯罪事實認定後之應否以及如何諭知被告一定之刑事法律效果，包括刑罰、保安處分、沒收之程序以及裁判等事項。是以，刑罰有無以及若干之宣告，乃法院之法定義務，縱無檢察官為量刑之請求，法官於認定檢察官起訴之事實存在後，必須依其職權裁量、宣告之事項，即使檢察官為量刑之請求，法院亦不受檢察官量刑請求之拘束；同樣的，是否諭知犯罪行為人特定種類，以及如何程度之保安處分，亦是法官之法定職權，其行使亦不以檢察官已經起訴請求為前提。至於犯罪所得沒收之宣告，乃依法明定之法律效果，合於義務沒收之法定要件者，不論該犯罪所得屬於被告或第三人，法院即應依法諭知，無待當事人之聲請。至沒收的性質，之所以說是獨立的法律效果，在於強調其係獨立於刑罰與保安處分外，非傳統的刑罰之一環，惟終究屬法律效果。是亦在本案已經起訴的訴訟程序中，不能因沒收於刑法上具獨立法律效果之性質，推論未聲請即牴觸「不告不理原則」。

4. 與國際法之普世基本法律原則相契合：

「任何人都不得保有犯罪所得」係普世基本法律原則。為貫徹上開原則，俾維財產變動關係之公平正義，並使財產犯罪行為人或潛在行為人無利可圖，消弭其犯罪動機，以預防財產性之犯罪、防衛財產秩序之安全，參諸……各國立法例，沒收新法，對犯罪所得採「義務沒收」之規定。……此為我國實體法（刑法）與程序法（刑事訴訟法）一貫之規定、環環相扣。倘認法院在檢察官未聲請而職權裁定命第三人參與程序並為沒收之宣告，屬於違法，進而因此認定原審法院判決違法而予撤銷，容與採納普世基本法律原則之立法初衷有違。

九、第 116-2、121、316 條修法

(一) 相關條文

1. §116-2

法院許可停止羈押時，經審酌人權保障及公共利益之均衡維護，認有必要者，得定相當期間，命被告應遵守下列事項：**一、定期向法院、檢察官或指定之機關報到。**二、不得對被害人、證人、鑑定人、辦理本案偵查、審判之公務員或其配偶、直系血親、三親等內之旁系血親、二親等內之姻親、家長、家屬之身體或財產實施危害、恐嚇、騷擾、接觸、跟蹤之行為。三、因第一百四十四條第三款之情形停止羈押者，除維持日常生活及職業所必需者外，未經法院或檢察官許可，不得從事與治療目的顯然無關之活動。**四、接受適當之科技設備監控。**五、未經法院或檢察官許可，不得離開住、居所或一定區域。六、交付護照、旅行文件；法院亦得通知主管機關不予核發護照、旅行文件。七、未經法院或檢察官許可，不得就特定財產為一定之處分。八、其他經法院認為適當之事項。(I)前項各款規定，得依聲請或依職權變更、延長或撤銷之。(II)法院於審判中許可停止羈押者，得命被告於宣判期日到庭。(III)違背法院依第一項或第三項所定應遵守之事項者，得逕行拘提。(IV)第一項第四款科技設備監控之實施機關(構)、人員、方式及程序等事項之執行辦法，由司法院會同行政院定之。(V)

2. §121

第一百零七條第一項之撤銷羈押、第一百零九條之命具保、責付或限制住居、第一百十條第一項、第一百五條及**第一百十六條之停止羈押、第一百十六條之二第二項之變更、延長或撤銷、第一百十八條第一項之沒入保證金、第一百十九條第二項之退保，以法院之裁定行之。**(I)案件在第三審上訴中，而卷宗及證物已送交該法院者，前項處分、羈押、其他關於羈押事項及第九十三條之二至第九十三條之五關於限制出境、出海之處分，由第二審法院裁定之。(II)第二審法院於為前項裁定前，得向第三審法院調取卷宗及證物。(III)**檢察官依第一百十七條之一第一項之變更、延長或撤銷被告應遵守事項、第一百十八條第二項之沒入保證金、第一百十九條第二項之退保及第九十三條第三項但書、第二百二十八條第四項命具保、責付或限制住居，於偵查中以檢察官之命令行之。**(IV)

3. §316

羈押之被告，經諭知無罪、免訴、免刑、緩刑、罰金或易以訓誡或第三百零三條第三款、第四款不受理之判決者，視為撤銷羈押。但上訴期間內或上訴中，得命具保、責付或限制住居，並準用第一百十

六條之二之規定；如不能具保、責付或限制住居，而有必要情形者，並得繼續羈押之。

(二) §316 新法說明

舊法為「羈押之被告，經諭知無罪、免訴、免刑、緩刑、罰金或易以訓誡或第三百零三條第三款、第四款不受理之判決者，視為撤銷羈押。但上訴期間內或上訴中，得命具保、責付或限制住居；如不能具保、責付或限制住居，而有必要情形者，並得繼續羈押之。」新法於前段增加**準用第 116 條之 2**之規定；如不能具保、責付或限制住居，而有必要情形者，並得繼續羈押之。」

加粗部分為新增規定，理由為依刑訴法第 316 條視為撤銷羈押之被告，於上訴期間內或上訴中，亦有受同法第 116 條之 2 應遵守事項之必要可能，為使法院有為羈押替代處分之依據，爰新增準用同法第 116 條之 2 之規定。蓋以前對於依刑訴法第 316 條視為撤銷羈押之被告僅能為具保、責付、限制住居，在同法第 93 條之 6 增訂後，亦得限制出海、出境，惟彈性仍然不足，有時無須到如此限制被告，可能僅須定時報到，而有時又過於寬鬆，需要電子腳鐐輔助，因此新增準用同法第 116 條之 2 的規定，使法院有較多的彈性空間。

十、第 348 條修法

(一) 相關條文 (§348)

上訴得對於判決之一部為之。(I) 對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴。但有關係之部分為無罪、免訴或不受理者，不在此限。

(II) 上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之。(III)

(二) 新法說明

- 1.如果是**數罪併罰**的案件，原則上跟**第一、三項 (三項詳後述)**有關，通常是合併審理，法院在一個判決內同時宣判數個案件的情形下，但若跟上訴部分有關係部分仍為在上訴範圍內 (第二項本文)，例如執行刑。
- 2.就數案件而言，如果寫在同一判決內，例如被告犯了竊盜跟強盜，數罪併罰，但合併審理，此時被告只就竊盜部分上訴二審，依照**舊法**除非有聲明一部上訴，否則視為**強盜部分一起上訴**，**新法則只上訴竊盜部分**，強盜部分就確定了。但有**關係部分仍視為上訴**，例如執行刑，雖然被告只上訴竊盜罪，如果原審訂立了執行刑，則此部分亦一併視為上訴，否則如果二審改變刑度，執行刑沒變的話，那…上訴幹嘛！！
- 3.如果是**單一案件**，直接進入**第二、三項 (三項詳後述)**即可，並非第一項不適用，只是沒有太大實益，還是需要被第二項拘束。
- 4.就單一案件而言，如果被告犯了偽造文書跟詐欺想像競合，此時應直接進入第二項作討論。就**舊法**而言，對偽造文書或詐欺一部分上訴，因為單一

案件上訴不可分、審判不可分，因此全部視為上訴，但新法倘若該未上訴的有關係部分為無罪、免訴或不受理者，例外不視為上訴，畢竟檢察官不上訴，結果被告對一部救濟的時候，就要連同原本對自己有利的部分一起上訴，承受更不利益的風險，這根本是要被告左右為難 R，避免被告受到「裁判之突襲」，並「減輕被告訟累」，且當事人既無意就此部分聲明上訴，將之排除在當事人攻防對象之外，亦符合「當事人進行主義」之精神。

5. 舊法無法對於刑、沒收或保安處分一部分上訴，新法則認為可以一部上訴，「尊重當事人設定攻防之範圍」，並「減輕上訴審審理之負擔」，因為只上訴刑、沒收或保安處分並不會影響到其他地方!!但請注意只有「刑、沒收或保安處分」，「沒有論罪」，如果論罪變了，刑、沒收或保安處分可能也會跟著變，是有關係部分，可能還會判決矛盾!!(想要改判無罪但被關嗎)

十一、再審修法

1. 第 429 條但書經釋明無法提出原判決之繕本，而有正當理由者，亦得同時請求法院調取之。
2. 第 429-1 條，**得委任律師為代理人**，關於委任代理人及卷證資訊獲知權準用§28、32、33。
3. 第 429-2 條，**為釐清聲請再審是否合法及有無理由**，除顯無必要者外，**法院原則上應賦予聲請人及其代理人到庭陳述意見機會，並聽取檢察官及受判決人意見**。顯無必要係指聲請顯屬程序上不合法或顯無理由而應逕予駁回，例如非聲請權人聲請再審，或聲請顯有理由而應逕予裁定開啟再審者³⁸。
4. 第 429-3 條，**賦予再審聲請人得釋明再審事由所憑之證據及其所在，聲請法院調查之權利**，且明定法院為查明再審之聲請有無理由，得依職權調查證據。
5. 第 433 條，為保障再審聲請人及受判決人權益，**明定聲請再審不合法律上之程式可以補正者，法院應定期間先命補正**。
6. 第 434 條，為使聲請人或受裁定人就駁回再審聲請之裁定，能獲充分時間請求救濟，**明定十日之特別抗告期間**。

十二、被害人訴訟參與增訂

(一) 一般被害人保護相關法條

偵查中：§248-1(第三人陪同)、§248-3(保護) §248-2(修復式司法)
 審判中：§271-3(第三人陪同)、§271-2(保護) §271-4(修復式司法)

(二) 訴訟參與之被害人相關法條

455-38 (1)得訴訟參與案件範圍：重罪案件 (2)參與聲請人

³⁸ 修正說明

- 455-40IV 法院准許與否禁抗告，避免拖延訴訟且爾後得再變更
- 455-41 (1)得選任代理人 (2)§31 條 1 項 3 款至 6 款強制選任
- 455-42 (1)律師閱卷權 (2)代理人非律師或無代理人時，參與人之閱卷權及其限制
- 455-43、455-44 審判（含準備）程序法院通知義務，及準備程序陳述意見權
- 455-45 選定代表人，避免被害人數過多影響程序進行
- 455-46 證據陳述意見及辯論權
- 455-47 科刑陳述意見權
- *注意：455-46、455-47 VS 288-1、288-2、289

（三）自訴有無被害人參與程序適用

→問題意識

刑訴法第 455-38 條第 1 項規定「下列犯罪之被害人得於檢察官提起公訴後第二審言詞辯論終結前，向該管法院聲請參與本案訴訟：……」，因此是否代表於自訴程序中，被害人（此指單一案件下非提起自訴之被害人，或由第 319 條 1 項後段之人提起自訴之情形）無使用此一程序之可能？

→不適用於自訴程序³⁹

聲請訴訟參與，係以公訴案件為限。自訴案件依本法第 319 條第 1 項之規定，犯罪被害人或該條項但書所列之人，本可委任律師提起自訴而取得訴訟當事人之地位，即無所謂參與訴訟可言。

→適用於自訴程序⁴⁰

於被告犯單一案件而有多位被害人時，若一被害人提起自訴，他被害人則不得再行提起自訴，刑事訴訟法並無一自訴在先，又一自訴在後案件，法院應移送併辦之規定，如知同一案件，另有他案繫屬在先，尚在法院審理中，得向該先繫屬之法院陳報受害之犯罪事實，由法院併予審理，不得再提起自訴，否則即違反一事不再理原則，故法院應針對後自訴之自訴人為不受理判決。

惟若能準用被害人訴訟參與制度之規定，於實質上一罪或裁判上一罪之多數被害人時，在一被害人提起自訴後，他被害人仍得享有程序主體地位，對調查證據、科刑等表示意見，特有實益，以維護被害人之人性尊嚴。

³⁹ 朱石炎，被害人訴訟參與新制概要—附述「修復式司法」一上，司法周刊，2020 年 1 月 10 日，2 頁

⁴⁰ 林俊益，刑事訴訟法(上)，2020 年 9 月，133-134 頁；最高法院 105 年度台上字第 2832 號判決

實務上採取此見解，依第 343 條、第 329 條第 1 項之「法理」使用該程序。

(四) 法院未通知參與程序之被害人到場是否違法

第 271 條第 2 項前段規定：「審判期日，應傳喚被害人或其家屬並予陳述意見之機會。」、同法第 289 條第 2 項後段規定：「於科刑辯論前，並應予到場之告訴人、被害人或其家屬或其他依法得陳述意見之人就科刑範圍表示意見之機會。」等學理上統稱為「被害人陳述制度」，除因被害人認原審量刑過輕而請求檢察官上訴，或被告已提出或釋明正在進行或已與被害人等和解、調解、修復，而法院有必要瞭解被告彌補過錯實踐情形或被害人等身心、財產等損害有無獲得撫平、回復情形，或法院裁定准許被害人聲請參與訴訟者，法院應斟酌傳喚被害人等到庭陳述意見外，若有被害人等經合法傳喚無正當理由不到場，或陳明不願到場，或法院認為不必要或不適宜傳喚其到庭時，**被告即不能以法院未通知被害人等或經通知而不到庭為由，認法院所踐行程序違法或有損害其獲得公平量刑的機會。**⁴¹

十三、限制出海、出境增訂

§93-2 I 事由、III 隱瞞期間與例外、IV 請求賦予權，以便於人民提早救濟

§93-3 I 偵查中初次處分檢察官權限與期間，延長須法官保留

II 偵查中延長期間與審判中總限制時數

IV 裁定延長前之陳述意見權

V 移審之法定延長期間

§93-4 視為撤銷限制事由

§93-5 聲請、撤銷限制（關鍵：除經歷移審外誰做得誰撤銷）

§93-6 以上為獨立獨立強制處分性質的限制出海、出境，而本條為羈押替代處分類型限制出境、出海，準用前述規定

十四、配合司法院釋字 737、762 的閱卷權修法

(一) 相關條文

1. §33

辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄、重製或攝影。(I) 被告於審判中得預納費用請求付與卷宗及證物之影本。但卷宗及證物之內容與被告被訴事實無關或足以妨害另案之偵查，或涉及當事人或第三人之隱私或業務秘密者，法院得限制之。(II) 被告於審判中經法院許可者，得在確保卷宗及證物安全之前提下檢閱之。但有前項但書情形，或非屬其有效行

⁴¹ 最高法院 109 年度台上字第 2345 號判決。最高法院 109 年度台上字第 2446 號判決係針對被害人參與程序之被害人，實務見解亦同。

使防禦權之必要者，法院得限制之。(Ⅲ)對於前二項之但書所為限制，得提起抗告。(Ⅳ)持有第一項及第二項卷宗及證物內容之人，不得就該內容為非正當目的之使用。(Ⅴ)

2. §33-1

辯護人於偵查中之羈押審查程序，除法律另有規定外，得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影。(Ⅰ)辯護人持有或獲知之前項證據資料，不得公開、揭露或為非正當目的之使用。(Ⅱ)無辯護人之被告於偵查中之羈押審查程序，法院應以適當之方式使其獲知卷證之內容。(Ⅲ)

十五、配合司法院釋字 752 的上訴權修法

(一) 相關條文 (§376)

下列各罪之案件，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院。但第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之判決，經第二審法院撤銷並諭知有罪之判決者，被告或得為被告利益上訴之人得提起上訴：(下略)(Ⅰ)依前項但書規定上訴，經第三審法院撤銷並發回原審法院判決者，不得上訴於第三審法院。(Ⅱ)

(二) 相關爭議

1. 想像競合犯原全部不得上訴三審，但一部符合§376 I 但書

→長話短說：

只要符合§376 I 但書之該部合法上訴，則依照§348 II 全部皆能上訴第三審。

→109 年台上字第 2615 號：

裁判上一罪案件之部分得提起第三審上訴，其他部分雖不得上訴，依審判不可分原則，第三審法院亦應併予審判，但如得上訴部分之上訴為不合法，第三審法院既應從程式上予以駁回，對於其他部分自無從併為實體上審判。又按刑事訴訟法第 376 條第 1 項各款所規定之案件，經第二審判決者，除第二審法院係撤銷第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之判決，並諭知有罪之判決，被告或得為被告利益上訴之人得提起上訴外，其餘均不得上訴於第三審法院，為該項所明定。

2. 被告初次受沒收判決有無釋字第 752 號解釋適用

→肯定說：

沒收係對於財產權之剝奪，重要性不亞於刑罰，因此仍得上訴三審。

→否定說（實務見解⁴²）：

又沒收新制將沒收性質變革為刑罰及保安處分以外之獨立法律效果，已非刑罰，但其仍以犯罪行為之存在為前提，而依刑事訴訟法第 309 條第 1 款規定，有罪之判決書，應於主文內載明所犯之罪，並分別記載諭知之沒收，可徵刑事被告本案之沒收與其所犯之罪名，具有一定之依附關係。且刑事訴訟關於被告部分，併就本案確認刑罰之有無、範圍與沒收部分同時審理，程序上並無區隔，案內關涉應予沒收財產之諭知與罪刑之宣告，既程序主體同一，俱以被告之犯罪行為存在為前提，即非彼此完全分離之訴訟關係，從而第二審法院所為刑事被告本案沒收之判決得否上訴，端視該本案罪刑部分是否為得上訴於第三審法院而定。此與第三人參與之沒收特別程序，非但係特定於沒收事項，且須開啟另一沒收程序，俾其有參與程序之權利與尋求救濟之機會，尚屬有別。

3. 第三人初次受沒收判決有無釋字第 752 號解釋適用

→實務見解⁴³

司法院釋字第 752 號解釋意旨內固有「惟就第二審撤銷原審無罪判決並自為有罪判決者，被告不得上訴於第三審法院部分，未能提供至少一次上訴救濟之機會，與憲法第 16 條保障人民訟權之意旨有違」，然該解釋係就刑事訴訟法第 376 條第 1 款、第 2 款案件中第二審撤銷原審無罪判決並自為有罪判決者，被告不得上訴於第三審法院部分而為解釋，第三人何環、蕭淑貞沒收程序中之第三審上訴部分，並未在其解釋範圍內，依上開之說明，自不得執上揭解釋意旨而指本院上開判決有適用法則不當之違法。

上開解釋係就第 376 條第 1 項第 1 款、第 2 款案件中，第二審撤銷原審「無罪判決」並自為有罪判決者，被告不得上訴於第三審法院部分而為解釋，而立法者修法後，亦僅針對第 376 條第 1 項所列各罪設立但書，對於沒收部分並未列入討論及修法，故第三人初次遭沒收得否上訴，仍取決被告之本案判決得否上訴而定。

→吳燦法官意見⁴⁴

參與沒收程序之上訴，依刑訴法第 455 -28 條規定，應準用第

⁴² 最高法院 108 年度台上字第 2730 號判決

⁴³ 最高法院 107 年度台非字第 18 號判決

⁴⁴ 吳燦，不得上訴第三審案件與第三人沒收之上訴——最高法院 107 年度台非字第 18 號刑事判決評析，月旦裁判時報第 83 期，2019 年 5 月，18-19 頁

三編「上訴」之規定。實務一向認為，刑訴法第 375 條、第 376 條，屬於第三編之規定，自在準用之列，參與人如不服高等法院關於沒收其財產之第二審判決，得否向最高法院提起第三審上訴，端視刑事被告本案之案件，是否為得上訴第三審法院之案件為斷。其本案之案件，如屬刑訴法第 376 條第 1 項所列不得上訴第三審法院之案件，參與人對於沒收其財產之第二審判決，即不得向最高法院提起第三審上訴。

惟刑訴法第 455 條之 28 關於參與沒收程序之上訴，僅規定「準用」第三編上訴之規定。所謂準用與適用有別，適用係完全依其規定而適用之謂，準用⁴⁵則是為了避免法文之重複而謀立法之便宜起見，特將某種事項明定準用其類似事項已有之規定。準用有其自然之限度，並非對於所準用之規定完全適用，祇就某事項所定之法規，依事項之性質而為變通、適用於其他事項。

在第三人於第一審即參與沒收程序，…(略)…準用刑訴法第 376 條第 1 項前段之規定，不許其提起第三審上訴，固可認與訴訟權之保障意旨尚無違背。惟依刑訴法第 455 條之 12 第 1 項規定，第三人得於本案最後事實審言詞辯論終結前，聲請參與沒收程序，則該第三人如非因過失，於第二審言詞辯論終結前，始參與沒收程序，並經第二審法院初次判決沒收其財產，該第三人是否亦因刑事本案不得上訴第三審，即不許其對沒收之判決提起第三審上訴，容有討論之空間。

法律為社會規範之一種，法官適用法律，不得以法律規定不完備、不明確或有所缺漏為由，藉此為拒絕裁判而不予受理。釋字第 752 號解釋之射程，僅及於刑訴法第 376 條第 1、2 款之規定，至於第 3 款至第 7 款所列案件，則不與焉。最高法院在修法前，基於平等原則，即以決議將依規範意旨原應包括在內而未一併解釋者，納之於已解釋意旨之適用範圍，以解決第 3 款至第 7 款所列案件之個案救濟；修法後，對於刑訴法第 376 條第 1 項但書之適用，亦透過司法判決，在文義「預測可能性」之射程內，從立法目的擴張解釋所謂第一審無罪、免訴、不受理判決之法文文義，俾符保障人民訴訟權之本旨。凡此，均見最高法院於具體案件為裁判時，在被告訴

⁴⁵ 準用亦為一種類推適用之方法，惟不同處在於準用須法有明文規定，類推適用則無，準用可稱之為法定之類推適用。(前述老師文章內引註)

訟權獲得保障之大前提，能兼具變動必要性之需求，與時俱進的統一法律適用，而不諉責以「立法的應歸於立法」，認非從立法補救即無從予以適用。

沒收為國家以公權力剝奪人民之財產，為干預人民財產權之刑事處分，尤其沒收第三人財產之前提，除犯罪行為人之刑事違法事實外，為避免不當對第三人財產之剝奪，沒收之事由應明確化該財產與犯罪之關聯性及其範圍，凡此均屬沒收第三人財產之重要事項，而為構成沒收理由之事實，其重要性不亞於犯罪行為人之刑罰。

基於有權利即有救濟之原則（理由1），及本於釋字第752號解釋相同法理，最高法院針對第376條第1項所列案件，其裁判上一罪之一部，於第二審法院始初次受有罪判決，即使本案第一、二審均受有罪判決，仍得上訴第三審之判決先例（理由2），第三人如非因過失，於第二審始參與沒收程序，並經第二審法院初次判決沒收其財產，即使刑事本案不得上訴第三審，亦應容許該第三人對沒收之判決提起第三審上訴（結論），以資救濟。

4. 第三人沒收之判決檢察官有起訴但沒判，係漏判還是漏未補判 → 漏判（補判處理）

刑法沒收新制修正後，沒收已非從刑，而係定性為獨立之法律效果，且擴大沒收之主體範圍，從修正前對於犯罪行為人之沒收擴及至未參與犯罪之第三人，而增訂「第三人沒收」，於必要時亦可對被告以外之第三人宣告沒收，併於刑事訴訟法第7編之2增訂「沒收特別程序」，賦予第三人在刑事本案參與沒收之權限。且依刑事訴訟法第455條之26第1項規定：「參與人財產經認定應沒收者，應對參與人諭知沒收該財產之判決；認不應沒收者，應諭知不予沒收之判決」，為課予法院對有第三人參與本案沒收程序時，應分別為被告違法行為之「本案判決」及參與人持有被告犯罪所得之「沒收判決」之依據。該條第2項並規範「沒收判決」之應記載事項，除應於主文諭知外，尚應於判決中記載構成沒收之事實，及說明予以沒收所憑之證據及理由，以法明文使「沒收判決」之應記載事項具體明確外，更確認國家對參與人沒收之事實、範圍等沒收效力所及之內容，故如對參與人應否沒收，法院未於判決主文諭知，則難認該沒收判決之訴訟繫屬業已消滅、已生實質確定力，不得認已為判決，

自屬漏未裁判(編按：指的是漏判)。⁴⁶

→漏未判決(上訴處理)

第 455 條之 26 第 1 項規定：「參與人財產經認定應沒收者，應對參與人諭知沒收該財產之判決；認不應沒收者，應諭知不予沒收之判決。」亦即**法院就沒收參與人財產與否之決定，均應於所附隨之刑事本案判決主文對參與人諭知**，。從而，財產可能被沒收之第三人依刑事訴訟法「沒收特別程序」編之相關規定，參與刑事訴訟程序後，法院無論對於本案為有罪或無罪之諭知，均應於判決主文就參與人財產沒收與否為諭知，並於判決理由內記載其應否沒收之理由，始為適法。卷查，嗣被告 2 人及參與人均不服第一審判決提起上訴，原審經審理結果，認為不能證明被告 2 人犯罪，因而撤銷第一審科刑之判決，改判諭知被告 2 人均無罪，惟**未依刑事訴訟法第 455 條之 26 第 1 項、第 2 項之規定，於判決主文內就參與人財產沒收與否為諭知，及於理由內敘明應否沒收之理由，亦即未就此部分說明應否為沒收或不沒收之諭知，揆之上開說明，自有已受請求之事項未予判決之違法**(編按：能構成 379 第 12 款即是漏未判決，蓋漏判係未脫離原審繫屬，根本尚未判決何來判決違法)。⁴⁷

⁴⁶ 最高法院 109 年度台上字第 397 號判決

⁴⁷ 最高法院 108 年度台上字第 579 號判決