刑事附民訴訟實務研究
—以保全程序與當事人死亡後續程序為中心—

文／楊智守

壹 前言

犯罪被害人在利用刑事附帶民事訴訟（下稱附民訴訟）制度以回復因犯罪所受損害時，因附民訴訟的民事本質與所附隨之刑事訴訟有不一致，立法者遂以刑事訴訟法（以下引用法條，簡稱本法）第491條規範了10款準用民事訴訟法（以下引用法條，簡稱民訴）的規定情形[1]，其中第5款準用「訴訟程序之停止[2]」規定，保障附民當事人的程序主體權；第10款準用「假扣押、假處分及假執行」，則使附民原告在私權確定前得受將來強制執行之保全與暫時之保護。然而，實務運作上，不論保全程序之範圍、釋明程度、本案訴訟的確定與轉換，或附民當事人一方死亡之後續程序，尤其在法院誤為刑事實體判決，進而為附民實體判決時之效力及救濟，均有因附民之程序特殊性而出現有別於民事訴訟的特色，為便於釐清與檢討後續程序處理，是有予整理研究之必要。

貳 保全程序

保全程序以保全將來之強制執行或為暫時之保護為目的，係民事事件，由聲請而開始。

一、應包括定暫時狀態處分

民訴第538條所定之定暫時狀態處分，雖係就有爭執之法律關係，為防止發生重大之損害，或避免急迫之危險，或有其他相類之情形而有必要時定之，固與純為保全將來執行之一般假處分有所不同[3]，但在民訴於92年2月7日修正公布（同年9月1日施行）明定其聲請要件及緊急處置與程序（同法第538條至第538條之3）「前」，實務向來視之為「定暫時狀態之假處分」[4]，且民訴第538條之4就性質相通部分仍維持準用假處分之規定，自不宜逕以定暫時狀態之處分並非假處分而予以排除在附民準用範圍。再者，定暫時狀態處分雖非以保全執行為主要目的，惟亦屬保全權利之方法[5]，所謂有定暫時狀態處分必要之「有爭執之法律關係[6]」，於其他具有損害賠償性質之法律亦屬之，例如：家事事件法第85條以下關於給付扶養費事件，賦予法院得為適當之暫時處分；國家賠償法第11條第2項「依本法請求損害賠償時，法院得依聲請為假處分，命賠償義務機關暫先支付醫療費或喪葬費。」[7]等，雖僅限定程序適用，但仍可見在回復因犯罪所生損害之附民程序，並非絕無定暫時狀態處分之必要，是基於本法第491條第10款之立法意旨，既未排除準用「定暫時狀態之假處分」，為防止發生重大之損害，或避免急迫之危險以充分保障附民原告之權益，應認為定暫時狀態處分亦屬附民程序準用民訴規定之事項。

二、應負釋明之責任相同

本法第491條第10款準用民訴關於假扣押之規定，刑事法院對於附民原告所提出假扣押聲請，應依民訴第526條之規定，命附民原告釋明所請求及假扣押之原因，不得未提出釋明即以擔保代替[8]，亦即附民原告應各就假扣押之「請求」及「原因」負釋明責任，僅已提出之釋明不足時，得以供擔保補其釋明之欠缺。此於假處分及定暫時狀態處分（同法第533條、第538條之4）亦同。在附民原告未經釋明或釋明不足時，法院雖無裁定限期命其補正之必要[9]，然非不得限期命其補正[10]。

三、附民訴訟作為保全程序之本案訴訟適格

保全程序之本案訴訟，經最高法院65年台抗字第44號民事判例[11]闡釋係指「得以確定其私權之存在，而取得給付之確定判決者而言」，故以給付之訴為限，但附民訴訟並不拘限於給付之訴[12]。因此：

（一）保全程序在前，原告提起附民之給付訴訟，雖非依民訴所為起訴，亦未經民訴第529條第2項列舉與起訴有同一效力，但經最高法院69年台抗字第503號民事判例肯認附民訴訟旨在確定私權存在，取得給付之確定判決，與民訴第529條第1項規定之起訴意義相同，故保全程序相對人已不得再聲請命限期起訴；但若所提起係附民之確認訴訟，則附民訴訟不足為保全程序之本案訴訟，相對人自得聲請民事法院限期命聲請人起訴，故延不遵，相對人自得聲請撤銷保全程序，並依民訴第531條第1項請求損害賠償。

（二）附民訴訟在前，原告嗣聲請保全程序，保全程序為本法第491條第10款準用民訴之規定，則前揭65年台抗字第44號民事判例係就本法所準用之民事法律為闡釋，實質上已等同刑事訴訟程序應適用之刑事法律[13]，刑事法院受理附民訴訟之保全程序亦同有適用，是若附民為給付之訴，則該附民訴訟足為保全程序之本案訴訟，刑事法院自有審判權，應予受理；若附民為確認之訴，則附民原告無從藉附民訴訟取得給付之確定判決，自非保全程序之本案訴訟，是該保全程序之聲請，即屬本案尚未繫屬前之民事聲請事件[14]，刑事法院並無審判權，應以裁定駁回，並無庸為審判錯誤之移送。但若係誤用刑事訴狀所提出聲請，其後聲明係誤遞或誤用刑事訴狀者，應將原狀逕送民庭，無庸裁定駁回[15]。

四、刑事訴訟諭知無罪、免訴或不受理之判決的保全程序

附民判決應以刑事判決所認定之（犯罪）事實為據，是在刑事判決諭知無罪、免訴或不受理時，並無可資為附民判決之據，故本法第503條第1項前段就此規定，附民訴訟應為得不經言詞辯論之駁回原告之訴的程序判決[16]。但程序判決顯然並未確定保全程序之本案實體關係，勢必須下列二種轉換程序。

（一）在駁回判決前聲請移送民事庭：

原得為保全程序之本案訴訟的附民訴訟，在刑事判決諭知無罪、免訴或不受理時，已喪失得確定實體關係之本案訴訟適格，僅附民原告已經聲請移送管轄法院之民事庭者，附民訴訟即轉換為獨立之民事事件，刑事法院即不為駁回原告之訴的程序判決而裁定移送民事庭審理，保全程序自難謂有民訴第530條第1項所定「假扣押之原因消滅、債權人受本案敗訴判決確定或其他命假扣押之情事變更」之得聲請撤銷事由。

（二）受附民駁回判決應另行起訴：

附民原告未為移送民事庭之聲請，刑事法院即應為附民駁回之程序判決，形式上雖為駁回，但實質上並未確定保全程序之本案實體關係，仍屬未經本案判決否認，自難認命保全程序之情事已變更[17]，亦非屬本案敗訴判決確定之情形。附民被告僅得另依民訴第529條第1項規定，向命假扣押之法院（自不以民事法院為限）聲請命債權人於一定期間內起訴[18]，形同前述保全程序在前而本案訴訟在後之情形。

參 當事人一方死亡

在附民訴訟繫屬中發生當事人死亡之情形，依本法第491條第5款準用民訴第168條規定，訴訟程序在有繼承人、遺產管理人或其他依法令應續行訴訟之人承受其訴訟以前當然停止。

（一）當事人經死亡宣告，在民、刑事訴訟的不同處遇

因民訴第168條所定之死亡，包括經死亡宣告在內[19]；但本法第303條第5款所定之被告死亡，則僅限於事實上死亡，不包括死亡宣告[20]。因附民程序原則準用本法，特別規定始準用民事訴訟法，故在「附民原告」或「附民被告非刑事被告」受死亡宣告時，附民訴訟在承受訴訟前當然停止；但在「附民被告即刑事被告」經宣告死亡時，案件既無諭知不受理之

（文轉三版）

註釋

1. 原則上在該規定準用以外事項，並無適用或準用民事訴訟法，但實務仍發展出「類推適用」民事訴訟法關於舉證責任、擴張應受判決事項之聲明及追加應負連帶賠償責任之人為共同被告、合意移付調解、重複起訴禁止原則等規定，見最高法院80年11月5日80年度第5次刑事庭會議（二）、29年附字第160號刑事判例意旨、司法院96年1月5日秘台廳民一字第0960000440號函、81年6月1日第十九期司法業務研究會期司法院第一廳研究意見(民事法律研究彙編第8輯，頁945-951)。
2. 惟楊建華，問題研析民事訴訟法（五），自版（台北），1998年2月，頁205認為其中之合意停止，會因當事人之意思，使附帶民事訴訟，無從與刑事訴訟同時判決，性質上亦不允許，應不在準用之列，值得注意。
3. 見民事訴訟法第538條立法理由，立法院公報92卷第8期院會紀錄，頁1433。
4. 以「定暫時狀態之假處分」為關鍵字查詢最高法院民事判決仍可見諸多判決以此稱呼。
5. 見民事訴訟法第538條之4立法理由，立法院公報92卷第8期院會紀錄，頁1441。
6. 參照最高法院91年度第7次民事庭會議決議廢止61年台抗字第506號民事判例之理由「關於假處分之規定，凡於爭執之法律關係，有定暫時狀態之必要者，即可準用之。所謂法律關係，無論財產上或身分上之法律關係均有定暫時狀態假處分之適格，財產上之法律關係，亦不以金錢請求以外之法律關係為限。本則判例要旨，不合時宜。」可見並不排斥損害賠償性質之附民訴訟事件。
7. 楊建華原著，鄭傑夫增訂，民事訴訟法要論，2009年10月，頁553-554。
8. 最高法院（以下未特別表明者，均同）101年度台抗字第955號民事裁定，該裁定對於假扣押原因之釋明有值得參考之說明。
9. 75年度台抗字第453號民事裁定。
10. 臺灣高等法院87年度抗字第2680號民事裁定。
11. 最高法院65年台抗字第44號民事判例就民事訴訟法第529條第1項所定限期命起訴之起訴所為闡釋，該規定併為假處分、定暫時狀態之處分所準用。
12. 100年度台抗字第66號民事裁定即認為「因偽造本票罪行而受有損害之人，倘認對刑事被告或依民法負損害賠償責任之人，依確認本票債權不存在之訴，或應負損害賠償責任之人已執該本票為強制執行，則依債務人異議之訴或分配表異議之訴，即得回復其所受損害，自非不得於刑事訴訟程序附帶提起確認本票債權不存在。」
13. 102年度台上字第1528號刑事判決。
14. 亦即本法第491條第10款係以附民訴訟已繫屬刑事法院為前提而準用民事訴訟法之規定，保全程序之本案訴訟既非附民訴訟，則該保全程序事件自應回歸其民事聲請事件之本質。
15. 參照司法院院字第1754號解釋文「純係民事關係事件。具狀人誤用刑事訴狀。提起自訴。其後聲明係誤遞或誤用刑事訴狀者。應將原狀逕送民庭。毋庸諭知不受理之判決。」應可為同一解釋。
16. 陳樸生，刑事訴訟法實務，1993年10月重訂八版，頁601。
17. 83年度台抗字第182號、87年度台抗字第326號、88年度台抗字第42號等民事裁定意旨。
18. 但應注意，原告於附民訴訟繫屬消滅前即另外向民事法院起訴，同時又在檢察官提起刑事上訴後，對該附民駁回判決提起上訴者，則另提之民事事件即有民訴第253條所定「就已起訴之事件，於訴訟繫屬中更行起訴」之不合法情形。

法源法
www.lawba
表半言 查親檢求
裁判金額、歷審裁判
委任律師、
法
服務
TEL:02-2
當心司法黃牛
杜絕司法黃牛，維護你的權利！
到各法院「單一窗口聯合服務中心」，將免費為你解說各項
司法事務，並提供訴訟輔導。
廉政
(02)
乾淨・透明・
司
http://www.j

（文接二版）

情形，在刑事訴訟仍繼續審理中，依本法第496條前段所定之「刑事在前，附民在後」之審理順序，應由被告在得受刑事訴訟審理後，再受附民訴訟之審理，復以本法第501條所定同時判決原則，附民程序並無因被告經死亡宣告而準用民訴當然停止之規定由他人承受訴訟後進行附民程序之必要。然若法院以對被告公示送達，依本法第306條規定，不待其陳述逕行科以拘役、罰金之刑事判決時，為充分保障被告之程序主體權，宜先經承受訴訟後，始行附民程序為判決或裁定移送民事庭。

（二）「附民原告」及「附民被告非刑事被告」事實上死亡

在民事程序，並非當事人死亡即一律訴訟當然停止：1.法律有規定視為終結其訴訟者，如家事事件法第50條第1項、第59條之規定。2.視訴訟標的之性質能否繼承：（1）在訴訟標的法律關係不得繼承者，如請求某演員為拍攝影片之訴，該演員死亡[21]，或專屬一身之權利，應認其訴訟要件有欠缺，以其訴不合法駁回[22]；（2）在訴訟標的法律關係得繼承者，但對造當事人即為繼承人全體，則屬當事人對立性欠缺而起訴不備其他要件，應予裁定駁回[23]；（3）在訴訟標的法律關係得繼承者，又有對造當事人以外之繼承人，或無人聲明承受訴訟，可聲請選任遺產管理人以承受訴訟[24]者，則由繼承人、遺產管理人或其他依法令應續行訴訟之人承受訴訟。3.準此，「附民原告」及「附民被告非刑事被告」事實上死亡，僅在訴訟標的得繼承，且當事人對立性未因而欠缺時，始得承受訴訟，刑事法院應依最高法院29年附字第47號刑事判例意旨[25]，先為承受訴訟之調查程序，亦即如承受訴訟人或他造當事人依民事訴訟法第175條至第177條之規定，提出書狀於法院，由法院送達於他造，法院應調查承受訴訟之聲明有無理由，如無理由，應以裁定駁回其聲明，如有理由，則往後訴訟程序應通知承受訴訟人；當事人不聲明承受訴訟時，法院即得依民訴第178條規定，職權裁定命續行訴訟。

（三）「附民被告為刑事被告」事實上死亡

「附民被告為刑事被告」死亡，亦僅在訴訟標的之性質可以繼承而當事人對立性並未欠缺時，始有承受訴訟，自不待言。

1. 辯論終結後宣示判決前死亡

刑事判決係以最後事實審法院宣示判決日為既判力發生時點[26]；民訴第188條第1項但書則規定，「但於言詞辯論終結後當然停止者，本於其辯論之裁判得宣示之」，既得宣示，其裁判自屬有效[27]，故「刑事被告為附民被告」之死亡發生在言詞辯論終結後，宣示判決前，自應為刑事不受理判決，附民訴訟則予判決駁回或依原告聲請移送民事庭。

（1）雖有認為「刑事被告為附民被告」死亡，附民訴訟應予駁回，無準用當然停止之餘地[28]，但看上揭最高法院29年附字第47號刑事判例意旨，係以刑事訴訟已諭知不受理判決為前提，始應駁回附民訴訟[29]，並未論及原告已提出聲請移送至民事庭，法院仍應為駁回判決，且附民訴訟於刑事法院為無罪、免訴或不受理判決，經原告聲請移送至民事庭時，即轉變成獨立的民事訴訟事件，是宜認為刑事法院在因刑事被告死亡而諭知不受理判決時，倘附民原告已有聲請移送至民事庭，法院即不得逕依本法第503條前段規定駁回附民訴訟，應依該條但書規定，將附民裁定移送至管轄法院之民事庭。

（2）承上，又被告已死亡，無從為受裁定之主體，應仍有準用民訴有關訴訟程序停止之規定，且民訴第188條第1項前段所稱「訴訟程序當然或裁定停止間，法院及當事人不得為關於本案之訴訟行為。」其中所謂不得為本案訴訟行為，以當事人間有關之訴訟程序為限，僅無關當事人間之訴訟行為或關於停止程序之行為，如訴訟委任之解除、訴訟救助之聲請，或聲明承受訴訟、聲請撤銷裁定停止，始得有效為之[30]，而刑事法院所為移送裁定，具有轉換審判法院與審理程序之作用，並非無關當事人間之訴訟行為或關於停止程序之行為，是刑事法院應先裁定使承受訴訟人承受訴訟後，始得為移送裁定。

（3）問題在於，刑事法院誤為「有罪判決」並為「附民實體判決」時，

A. 在刑事程序：縱經檢察官以應諭知不受理判決為由提起上訴，依最高法院101年度第5次刑事庭會議決議意旨，「按刑事訴訟乃國家實行刑罰權所實施之訴訟程序，係以被告為訴訟之主體，如被告一旦死亡，其訴訟主體即失其存在，訴訟程序之效力不應發生。因之，被告死亡後，他造當事人提起上訴，應認為不合法予以駁回」，則刑事法院所誤為之有罪實體判決，雖經上訴裁定駁回，但既不發生訴訟程序之效力，該判決所認定之事實自非本法第500條足為附民判決所據之事實。

B. 但在附民事件，刑事法院所為附民實體判決，雖屬「有效之裁判」（與後述死亡發生在辯論終結前不同），但因以不生程序上效力之刑事有罪判決事實為據，係違反本法第500條前段、第503條第1項規定，屬於不應為而為之判決，縱未經當事人上訴而形式上判決確定，亦得以為再審之原因，未經再審程序廢棄前，因所確定者係不生程序效力之事實，自不生確定私權之效力。

C. 當事人對附民判決提起合法上訴：附民訴訟業因被告死亡而當然停止，法院及當事人依民訴第188條第1項規定，不得為本案之訴訟行為，除有訴訟代理人外，在未承受訴訟前，法院應不得送達判決正本，此項不得送達應解為包括他造當事人在內[31]。故原告於收受實體裁判之翌日起10日內提起之上訴，其性質即本法第490條前段準用同法第349條但書之判決宣示後送達前之上訴，程序在依法應續行被告訴訟之人承受訴訟後，始得進行上訴審程序。至於被告部分，除有得提起上訴之特別代理權之訴訟代理人收受判決，並自收受時起計算上訴期間外，應先由依法應續行被告訴訟之人合法承受訴訟後，由法院再予送達，並自此送達時起算上訴期間。但因前述，此時刑事上訴係不合法，故刑事第二審法院僅應就合法上訴之附民訴訟為審判，自應依本法第511條第1項前段規定，將該附民訴訟移送該法院之民事庭。

（4）但若刑事法院錯為「無罪判決」而依本法第503條第1項前段規定「駁回附民原告之訴」：依前揭最高法院決議見解，被告死亡，故程序主體已不存在，原審所為無罪之實體判決效力不應發生，故檢察官提起之上訴亦係不合法，而依本法第503條第2項規定，附民原告對該附民判決之上訴亦屬不合法，附民原告自應另循民事訴訟程序主張權利。

2. 辯論終結前死亡

法院所為處置，除有下列不同外，均與上揭在辯論終結後宣示判決前死亡相同，不另贅述。

（1）附民訴訟應先待承受訴訟後分別予判決駁回[32]或依原告聲請移送至民事庭：因附民程序於被告於辯論終結前死亡而當然停止，縱法院因刑事判決諭知不受理，而應依本法第503條第1項規定為駁回附民之程序判決，但因程序主體之欠缺，仍應先承受訴訟後始得為判決，移送裁定亦同，倘移送裁定未以承受訴訟人為主體，難謂該移送裁定已發生效力，民事庭應退由刑事法院踐行訴訟承受程序後再為移送裁定。

（2）刑事法院誤為「有罪判決」並為「附民實體判決」時：該附民訴訟因被告死亡，未經依法應續行訴訟之人承受訴訟，已無裁判之對象，法院竟對之為實體上裁判，該裁判僅有外形，實質上不生裁判之效力，兩造當事人均不受其拘束[33]，僅因具裁判之外形，當事人仍得上訴。縱未經當事人上訴而形式上判決確定，亦得以為再審之原因，未經再審程序廢棄前，原則上不生確定私權之效力[34]。

肆 結論

附民訴訟雖為民事本質，但因附隨刑事訴訟程序及以刑事判決認定之事實為據，其確定私權之效能亦因而或有受制，尤以在刑事判決諭知無罪、免訴或不受理時，附民訴訟雖原得為保全程序之本案訴訟，但因僅為程序判決而不生確定私權效力，當事人應另賴民事訴訟程序，但在相對人前曾聲請命聲請人限期起訴，遭法院以聲請人已提起附民之給付訴訟為由予以駁回，或遽認債權人已遵期起訴，難免在附民受駁回之程序判決時，遭受應另聲請命限期起訴之程序上突襲與錯愕，是宜在本法第503條但書增列規定「或法院已經原告聲請為假扣押、假處分、暫時狀態處分時」，應將附民訴訟移送管轄法院之民事庭，以減輕當事人程序負擔；在「刑事被告為附民被告」於刑事宣示判決前死亡，刑事法院誤為有罪判決並為附民實體判決時，因實務認為此時刑事判決不生訴訟程序效力，縱經上訴亦屬不合法，雖附民實體判決得上訴，縱未上訴亦不生確定私權效力，但既有裁判之外形，只憑法理解釋似嫌薄弱，對後續之判決確定證明書聲請發給等程序亦有窒礙，不無檢討上開見解之空間，使當事人能知悉其應循再審程序解除該判決之效力為恰。

（作者為高雄地院庭長）

註釋

19. 楊建華原著、鄭傑夫增訂，民事訴訟法要論，2009年10月，頁173。臺灣高等法院暨所屬法院58年度法律座談會民事類第15號審查意見及研討結果。
20. 74年台非字第224號刑事判例意旨參照。
21. 楊建華原著、鄭傑夫增訂，民事訴訟法要論，2009年10月，頁173。
22. 29年上字第1572號民事判例（一）、43年台聲字第67號判例。
23. 司法院院解字第3044號解釋文（四）。最高法院 63 年度第 4 次民庭庭推總會議決議（三）意旨。
24. 司法院院字第1640號解釋文。
25. 29年附字第47號刑事判例要旨「附帶民事訴訟之當事人死亡，若除因被告死亡，刑事訴訟已諭知不受理時，應將原告之訴逕予駁回外，自應準用民事訴訟法第一百六十八條，其訴訟程序在有繼承人、遺產管理人或其他依法令應續行訴訟之人，承受其訴訟以前中斷。本件被上訴人即原告，係於第二審辯論終結前死亡，該項訴訟程序即屬中斷，乃原審不待應承受訴訟之人承受其訴訟，亦未依職權以裁定命其續行訴訟，竟本他造當事人一造之辯論，遽爾判決，顯非合法」。
26. 32年上字第2578號刑事判例意旨。陳樸生，刑事訴訟法實務，1993年10月重訂八版，頁279-280。
27. 吳明軒，中國民事訴訟法上冊，2004年9月修訂六版，頁147。
28. 楊建華，問題研析民事訴訟法（五），自版（台北），1998年2月，頁204。最高法院26年2月23日26年度決議（四）。
29. 同上註決議所揭示之情形亦同。
30. 楊建華原著、鄭傑夫增訂，民事訴訟法要論，2009年10月，台北，頁182。
31. 楊建華，問題研析民事訴訟法（五），自版（台北），1998年2月，頁39。
32. 即使是程序判決，仍應先承受訴訟後始得判決駁回，智慧財產法院97年度重附民上字第2號刑事裁判即指摘原審未先使變更之新法定代理人承受訴訟即遽以刑事判決無罪而駁回附民原告之訴為違法，亦同此旨。
33. 吳明軒，中國民事訴訟法上冊，2004年9月修訂六版，頁147。
34. 楊建華原著、鄭傑夫增訂，民事訴訟法要論，2009年10月，頁60。吳明軒，中國民事訴訟法上冊，2004年9月修訂六版，頁147則僅認為該裁判實質上不生裁判之效力，兩造當事人均不受其拘束，亦無民事訴訟法第401條第1項規定之適用等語，並未敘及可依再審程序救濟。

法律網 ank.com.tw 裁判書 全新檢索功能 全文內容、裁判案由、裁判主文 貳審法官、裁判法條 相關法條 源資訊 專線 509-3536 廣告 論 亦 錢！ 別再抱持投機心態，因為公平正義絕無後門可尋！有問題請 當你去法院訴訟或辦理事務時，千萬小心勿信司法黃牛，謊稱可以幫忙走後門、擺平官司，其實就是要騙你的錢。 檢舉專線電話 2311-6021 便民禮民．效能 法 院 udicial.gov.tw/