刑事附帶民事訴訟實務運作程序研究
—以比較適用新刑法之發還條款為中心（上）

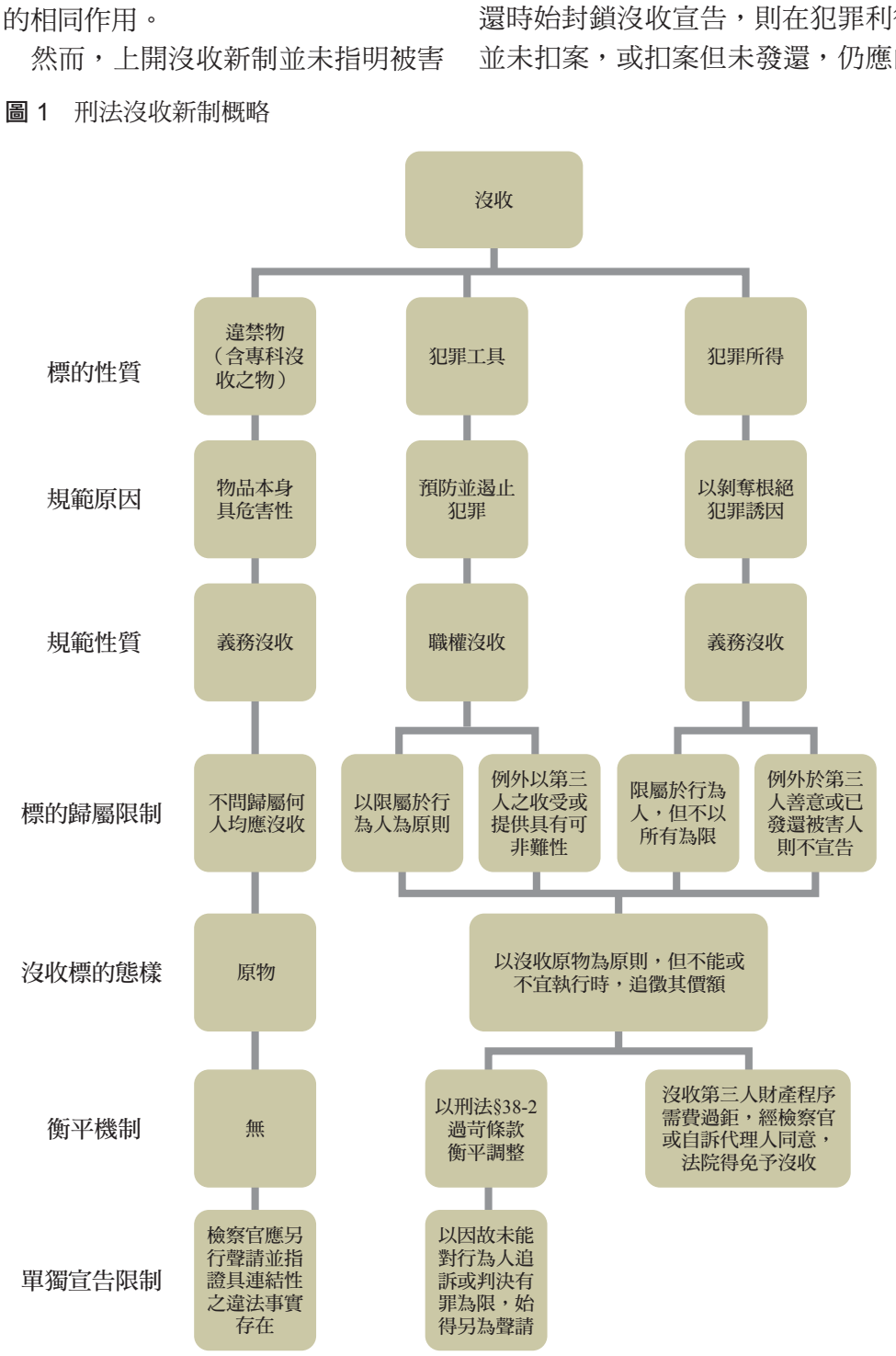
文／楊智守

壹 前言

歷經三波修正，刑事實體法與程序法完成了沒收新制的建構（如圖 1 所示），已於民國 105 年 7 月 1 日開始施行；其中有關被害人權益部分，增設「發還條款」（刑法第 38 條之 1 第 5 項）及「求償權優先條款」（刑法第 38 條之 3 第 2 項），彰顯國家在實行沒收手段—「剝奪人民財產並移轉為國家所有」的同時，仍兼顧被害人權益保障；且依刑法第 38 條之 3 第 3 項，法院所為沒收裁判，於確定前，具有禁止處分之效力之規定，亦有保全責任財產的相同作用。

然而，上開沒收新制並未指明被害人範圍，亦未表明發還利得的原始權利依據[1]，與固有的刑事附帶民事訴訟（下稱附民訴訟）所提供被害人權益保障方面，在要件與範圍上，是否有所交集？尤其在僅扣押物實際合法發還時始封鎖沒收宣告，則在犯罪利得並未扣案，或扣案但未發還，仍應由法院宣告沒收，如此對被害人回復因犯罪所生損害之方法，即有影響；為使被害人能在刑事案件審理階段，明瞭所得利用之損害回復手段，是有比較研究之必要。以下先整理目前學說見解，比較沒收新制與附民訴訟的定義範圍，再探討扣押物發還之規定與救濟程序，探求附民訴訟受刑事沒收裁判的影響，俾充分保障被害人權益。

圖 1　刑法沒收新制概略



貳 定義範圍之比較

附民訴訟是國家所提供「因犯罪而受損害之人」，就其因「犯罪所受損害」，得向「刑事被告及依民法負賠償責任之人」，請求回復其損害之制度，此與前揭沒收新制之「發還條款」規定，可以從被害人、被害回復的來源對象、損害回復範圍等 3 方面，比較其差異處。

一、被害人方面

就被害人之定義，刑事訴訟法（下稱刑訴）第 487 條係規定「因犯罪而受損害之人」得提起附民訴訟，而發還條款則係以「被害人」為受發還對象（刑法第 38 條之 1 第 5 項），二者雖不同用詞，但其涵攝範圍稍有異同：

（一）在附民訴訟，主要爭議在於，是否限於因犯罪而「直接」被害之人，而不及於「間接」受損害者？司法院 105 年 6 月 30 日修正之「法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項」第 197 點雖明示：即受損害原因之事實，即係被告之犯罪事實，不問損害之直接間接，不能因非直接被害之人，即認其附民訴訟為不合法，而不予受理[2]。然與最高法院一向所持以因犯罪而直接受損害之人始得提起附民訴訟之見解不完全相同[3]，但一般而言，得提起附民訴訟之人係指自己之私權因犯罪而受有損害，倘自己權利非因犯罪受損，縱係依民法或其他法律規定而有請求回復損害之權利，仍不得提起附民訴訟[4]。

（二）上揭發還條款所稱之被害人，我國刑法或刑訴並未指明其定義，參以使用「犯罪之被害人」為文義之規定（刑訴第 232 條、第 319 條第 1 項，即自訴人與告訴人為相同定義[5]），實務及通說向來認為，所稱犯罪被害人，係指因犯罪當時而「直接」被害之人[6]，不包括間接被害人在內[7]，必其人之法益由於犯罪行為直接所加害；若須待乎他人之另一行為而其人始受損害者，即非因犯罪直接所受之損害，不得提起自訴[8]；可見係著重在犯罪行為與法益侵害之間並不存在其他因素之歷程關係[9]，此與德國法見解認為「得主張發還條款之被害人，係指因刑事不法行為直接遭受財產上不利益，而可透過因此形成之民法請求權向利得人取回財產利益之人[10]。其中『民法請求權』，係指因犯罪事實同時實現犯罪之構成要件及民法請求權之規定，而非事後之約定[11]」等，堪稱相合。再參酌刑法第 38 條之 1 第 4 項明定犯罪所得「包括違法行為所得」，及該條立法理由五、（一）「犯罪所得之沒收，其沒收標的須來自違法行為，即不以定罪為必要，其舉證以該行為該當犯罪構成要件，具違法性為已足[12]」之說明，可以認為發還條款所稱之被害人，係指因刑事不法行為而直接受有損害之人。

（三）準此，在損害肇因具有直接關連性時，「得提起附民訴訟之被害人」，同時亦屬於「得請求發還之被害人」，僅有下列差異：

1. 得提起附民訴訟之被害人，須因為「犯罪行為」受有損害；但得請求發還之被害人，則不以「犯罪行為」為限，因刑事不法行為受害者，亦屬之。由此可知，因刑事不法行為受有損害之人，並非當然得提起合法成立之附民訴訟，但對於行為人有取自於其之不法所得，則得請求發還。

2. 被害人將其因犯罪所生的損害賠償債權轉讓第三人[13]時，該第三人得

（文轉三版）

註釋

1. 王士帆（2016），〈犯罪所得優先發還被害人—簡析新刑法之發還條款〉，《月旦法學雜誌》，第 251 期，頁 77。
2. 法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第 179 點：「刑訴法第四八七條所謂因犯罪而受損害者，係指因刑事被告之犯罪行為而受有損害者而言。換言之，即受損害原因之事實，即係被告之犯罪事實。……其損害之為直接間接，在所不問，不能因其非直接被害之人，即認其附帶民事訴訟為不合法，而不予受理」。
3. 最高法院（為便於敘述，以下本文未特別註明裁判作成機關者，均係指最高法院）104 年度台附字第 45、46、47、48 號刑事判決、97 年度台附字第 14 號刑事判決、105 年度台抗字第 456 號民事裁定、104 年度台抗字第 654、655 號民事裁定、103 年度台抗字第 1014 號民事裁定、103 年度台抗字第 555 號民事裁定、103 年度台抗字第 200 號民事裁定、102 年度台上字第 2055 號民事判決意旨。
4. 楊智守（2013），〈刑事訴訟民事訴訟實務研究—以訴訟三要素為中心〉，《司法周刊》，第 1638 期，第 2 版。
5. 朱石炎（2007），《刑事訴訟法新論》，頁 389。
6. 68 年台上字第 214 號、56 年台上字第 2361 號等刑事判例意旨。
7. 75 年台上字第 742 號、20 年上字第 55 號（二）等刑事判例意旨。
8. 林永謀（2007），《刑事訴訟法釋論（中冊）》，頁 549。
9. 即褚劍鴻（2002），《刑事訴訟法論下冊》，頁 579 亦認為「直接被害以犯罪行為與受侵害之法益有無直接關係為斷，係指其法益因他人之犯罪而直接被其侵害者而言」；惟林山田 (2004)，《刑事程序法》，頁 628 採不同見解，認為「直接被害定義的正常化，實務見解無關縮小直接被害之涵義，而有可議之處，所謂直接被害係指犯罪行為所造成之法益破壞與法益持有者之直接關係，法益一旦因犯罪行為而遭受破壞，則此法益之持有者即屬犯罪之直接被害人。至於此遭受破壞之法益係因犯罪行為人之行為直接造成，抑或需再經公務員之行為，始造成者，均不影響該法益持有者之直接被害地位」。實務上自最高法院 80 年 6 月 30 日 80 年度第 3 次刑事庭會議決議後，自訴人「是否係因犯罪而直接被害之人」之判斷，改以法院客觀認定為準，並非自訴人自述即認成立，足見在被害與犯罪之間有無直接關係，亦非以被害人之陳述而應以法院認定為準。
10. 參註 1，頁 77。
11. 參註 1，頁 78。
12. 立法院公報第 104 卷第 98 期院會記錄，頁 270。
13. 以損害賠償請求權不具專屬性為前提，若被害人當場死亡，被害人並無精神慰撫金請求權（其父母子女及配偶則依民法第 194 條規定有慰撫金請求權，但同受下述限制），若係受傷害至死亡，被害人之精神慰撫金請求權亦以已依契約承諾，或已起訴者為限，始得讓與或繼承（民法第 195 條第 2 項），是被害人之繼承人或遺產管理人，若無前揭例外情形，無從請求被害人之精神慰撫金請求權（104 年度台上字第 358 號民事判決意旨參照），但在強制汽車責任保險給付後或國家支付犯罪被害補償金後，是否亦因無依契約承諾或尚未起訴，而不得向行為人請求精

JUDICIAL 司法 徵稿啟事 一、本刊歡迎來稿有關憲法、行政法、民法、刑法、商事法、國際法、財經法、智慧財產權法、訴訟法、法制史、法哲學、法社會學、犯罪學、刑事政策、司法實務等相關論述。 二、本刊採雙向匿名審查制，來稿請勿一稿多投，不得抄襲或剽竊他人著作，並請自行負責著作權之合法使用。 三、本刊有權將來稿刊登於本刊、司法院網站。 四、文稿一律不退件，請自留底稿。 五、稿件一經刊登，酌送稿酬，並寄贈該期刊物。
JUDICIAL 司法 訂閱辦法 本刊每週一出刊 全年 費用新臺幣 如蒙 請郵政 帳 5005 帳 司法院

（文接二版）

否提起附民訴訟？得否向國家主張發還犯罪利得？以下見解各有不同，值得後續觀察。

（1）在附民訴訟，有認為債權受讓人僅得依債權讓與之法律關係，另行起訴請求，依法並不得提起附民訴訟[14]，亦有就商標權移轉前發生之侵權事實，認為商標權受讓人得提起附民訴訟[15]。

（2）在發還條款，有依德國法見解認為該條款所關心的，是被害人是否會因其民法上請求權之實現，而可將行為人取得之犯罪利得歸還到直接因犯罪致失財產利益的被害人身上[16]，故承繼被害人地位的繼承人或債權讓與，例如發生法定債權移轉的保險公司亦得向國家主張發還條款[17]。

（3）但在第三人與犯罪行為人具有共同正犯關係時，該第三人則不得提起附民訴訟[18]，也不因清償連帶債務所產生的內部求償權而得向國家主張發還條款[19]。

二、就被害回復的來源對象而言

被害人可利用附民訴訟取得執行名義，透過強制執行程序回復因犯罪所生損害，但若在刑事訴訟程序中，經由法院發還行為人因犯罪所得財物或利益者，自不待另行提起訴訟即回復損害。然二者就被害回復之來源對象亦稍有異同：

（一）在附民訴訟之被告：包含「刑事訴訟之被告」及「依民法負賠償責任之第三人[20]」2 類，在以檢察官起訴事實為原因事實時，固得依起訴書所載予以判斷；在以起訴書所載以外之犯罪事實為原因事實，則以法院判決認定為準。另就第三人是否為依民法負賠償責任，亦應以刑事判決所載犯罪事實之全部情節予以判斷，不侷限於有罪判決所載之構成要件事實[21]。

（二）刑法第 38 條之 1 第 5 項固僅規定「犯罪所得已實際合法發還被害人者，不予宣告沒收或追徵」，然對照同條第 2 項規定，犯罪行為人以外之自然人、法人或非法人團體，因該條所定情形之一（不具有任一情形而取得之第三人，則稱善意）取得犯罪所得者，亦屬於沒收範圍，顯見立法者著重於犯罪利得是否係「產自犯罪」之財產利潤（即不包含「實行犯罪所獲取之報酬」，如後述），以達到回復財產秩序功能為目的[22]，對於持有人之身分資格並無要件限制，僅在維護交易安全之目的，持有人係善意第三人時，就所持有犯罪利得不受沒收或追徵，自非被害人向國家請求發還之效力所及。

（三）準此，被害人因犯罪受害之反面即行為人因犯罪所得，故被害人所得請求發還之來源對象，即持有犯罪所得之人，不論該人是刑事被告或第三人，僅排除善意取得犯罪利得之第三人，故完全取決於犯罪利得的變動歷跡，並無程序主體之身分資格要件。但在附民訴訟，則因受限於程序特殊性，除對刑事案件之被告外，僅能對基於犯罪行為而對之負有民法上損害賠償責任之第三人提起附民訴訟，雖能單獨以該第三人為被告起訴[23]，但相對而言，被害人欲以何人為附民訴訟被告，應考量刑事案件之被告及起訴之原因事實，並不如主張發還條款之僅著重於犯罪利得之歸復。

三、就損害回復範圍而言

被害人利用附民訴訟或主張發還條款之實益差別，就在於損害回復的範圍及程序（如圖 2 所示），以下分別說明之。

（一）就附民訴訟而言：

1. 被害人在附民訴訟所得請求回復之損害範圍， 受限於刑訴第 500 條規定，僅能就刑事判決所認定之事實定其損害回復之範圍，而刑事有罪判決僅記載犯罪構成要件之事實，以致附民原告所得請求回復限於「因刑事犯罪構成要件之行為所致之損害」，對於「其他依生活經驗或邏輯所必然附隨之損害」，例如：刑事被告犯殺人罪，被害人因被殺害而產生的財產損失（如衣服毀壞等）；或刑事被告犯酒醉駕車致人重傷害罪，被害人所有車輛因遭撞擊所受之損害等，均因造成被害人財產損失之行為並非構成要件事實，以致其該損害並不得在附民程序請求回復[24]。

2. 回復損害之範圍，依民法第 216 條規定，包括所受損害及所失利益，並有損益相抵、過失相抵及對於賠償義務人之生計有重大影響時得酌減賠償金額之各項法則適用。賠償方法則依民法第 213 條至第 215 條，以回復原狀為原則，金錢賠償為例外[25]。但不以賠償為限，請求返還犯罪所得之利益[26]亦屬之。

3. 損害賠償之目的在於填補所生之損害，其應回復者，並非「原來狀態」，而係「應有狀態」，應將損害事故發生後之變動狀況考慮在內。故其價格應以加害人應為給付之時為準。被害人請求賠償時，加害人即有給付之義務，算定被害物價格時，應以起訴時之市價為準，被害人於起訴前已曾為請求者，以請求時之市價為準[27]。但在犯罪利得，因事實上或法律上原因不存在時，法院應追徵其替代價額，就追徵之範圍及價額之認定，依刑法第 38 條之 2 立法理由三、所載「估算既屬證明負擔之程序事項，無論沒收或追徵之估算，自應適用裁判時法」[28]等詞，似以法院為沒收之追徵裁判時，為基準時點，可能出現附民判決被告應回復之損害價額，與刑事法院所追徵之替代價額不同之問題。



圖 2　因犯罪所生損害之回復與程序

（二）就發還條款而言：

1. 犯罪所得之沒收，固寓有澈底剝奪犯罪所得，以根絕犯罪誘因之意旨[29]，但一般而言，犯罪行為人因刑事不法行為所取得犯罪利潤，包含「實行犯罪而受領之報酬」與「由被害人取得之財產利潤」，其中，被害人所得請求發還之範圍，應僅指「產自犯罪即由被害人取得之財產利潤」，蓋因前者並非來自被害人，被害人自無權利請求發還。

2. 承此概念延伸其一：

（1）依刑法第 38 條之 1 第 1 項規定，在有特別規定者外，可沒收之犯罪所得，以「屬於」犯罪行為人，或由第三人非善意取得者為限，亦即國家所得剝奪者，自應為犯罪行為人因犯罪而取得者，其所未取得者，自無從宣告沒收。故上開規定所稱「屬於」，不以「歸屬於犯罪行為人所有」為限[30]，亦包括行為人僅取得對他人財產之事實上管理力[31]者，此與同樣以「屬於犯罪行為人者為限」之刑法第 38 條第 2 項立法理由載明「藉由剝奪其所有以預防並遏止犯罪」等詞[32]可知具有不同規範目的而應為不同解釋。

（2）因此，以行為人犯竊盜罪為例，被害人並未移轉失竊物之所有權，即使行為人占有動產引起所有權之權利外觀[33]，但法院既認定該物品係行為人竊得，自無仍以占有外觀推定行為人已取得所有權，從而，行為人因犯罪所取得係該物之管領利益[34]，但犯罪利得必須是一種經濟上可測量的利益[35]，故在行為人實現該管領利益之經濟價值時（例如：變賣、出租或其他因物品本身之使用價值即具經濟上可測性[36]），即以該經濟價值為沒收標的；但在該管領利益尚未顯現經濟價值時，實務逕以所竊得物品之交易價值認係被告之犯罪利得[37]。亦難謂與所有權權利外觀原則之評價有違。

（下期待續）

（作者為橋頭地院庭長）

註釋

神慰撫金，前者有認為被害人或其父母子女配偶向保險公司請求保險給付時，該慰撫金已失其專屬性，得由保險人於給付保險金後代位行使之〔葉啟洲（2015）。〈強制汽車責任保險人代位請求賠償與慰撫金請求權之專屬性〉。《月旦法學教室》，第 158 期，頁 27-29〕；後者，則可認為犯罪被害人保護法第 12 條所定之求償權與一般債權讓與而取得代位權之情形迥然互異（臺灣高等法院花蓮分院 91 年度上易字第 29 號民事判決意旨）而不受此限制。此外，行為人並未自「殺害被害人」而取得財產上利益，自然不涉及發還與否的問題（參註 1，頁 79）。

14. 99 年度台上字第 945 號民事裁定。惟若提起附民訴訟後為債權讓與，98 年度台上字第 1566、997、56 號等民事判決並未指為不許。
15. 司法院 102 年度「智慧財產法律座談會」「刑事訴訟類相關議題」提案及研討結果第 3 號問題（三）審查意見及研討結果所採乙說。
16. 參註 1，頁 78-79。
17. 參註 1，頁 77-78、79。
18. 102 年度台附字第 21 號附帶民事訴訟判決，另可參照楊智守（2014），〈刑事附帶民事訴訟實務運作程序研究—以不能藉附民訴訟回復之損害為中心（上）〉，《司法周刊》，第 1716 期，第 3 版。
19. 參註 1，頁 77。
20. 87 年度台抗字第 336 號民事裁定意旨。
21. 參照註 18，楊智守文所附相關見解。
22. 參註 1，頁 77、79、81、83。
23. 參註 4。
24. 參註 4。
25. 參註 5，頁 567。91 年度台抗字第 367 號民事裁定意旨「相對人本於侵權行為所生之回復原狀請求權訴請塗銷所有權移轉登記，並將系爭土地回復登記為伊所有，自屬刑事訴訟法第四百八十七條第一項所稱之『請求回復其損害』」等詞亦堪參照。非僅以給付之訴為限，在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等訴（參照 100 年度台抗字第 66 號民事裁定意旨）。
26. 98 年度台上字第 762 號民事判決、74 年度台抗字第 286 號民事裁定意旨。
27. 102 年度台上字第 242、195 號、101 年度台上字第 88 號、97 年度台上字第 1652 號等民事判決意旨均同。
28. 立法院公報第 104 卷第 98 期院會記錄，頁 272。
29. 刑法第 38 條之 1 立法理由五、（三），見立法院公報第 104 卷第 98 期院會記錄，頁 271。
30. 最高法院 106 年度第 6 次刑事庭會議決議不再援用 21 年上字第 589 號、40 年台非字第 5 號、47 年台上字第 233 號、69 年台上字第 3699 號刑事判例意旨。
31. 花滿堂（2017），〈財產犯罪犯罪所得沒收與被害人財產權侵害間之平衡（以竊盜罪為例）〉《司法周刊》第 1862 期，第 2 版。
32. 刑法第 38 條立法理由三，見立法院公報第 104 卷第 98 期院會記錄，頁 266。
33. 此即所謂權利外觀原則。見劉明生（2012），〈動產善意取得與既判力主觀效力範圍之擴張（上）〉，《月旦法學教室》，第 122 期，頁 51。
34. 如刑法第 38 條之 1 立法理由五、（二）所載「本法所指財產上利益，包括積極利益及消極利益，積極利益如：占用他人房屋之使用利益、性招待利益等，變得之孳息係指利息、租金收入；消極利益如：法定應建置設備而未建置所減省之費用等」。見立法院公報第 104 卷第 98 期院會記錄，頁 270。
35. 參註 1，頁 79。
36. 如已廢止之懲治盜匪條例第 7 條規定「盜匪所得之財物，應發還被害人」。「因前項財物變得之財產利益，除應抵償被害人者外，得沒收之」，益徵盜匪所得財物，犯罪行為人並未取得所有權，非屬於其所有，法院本不得宣告沒收，但在行為人以變得之行為使盜匪所得之「財物使用利益」具有經濟上價值時，始得宣告沒收。
37. 對於行為人竊盜所得贓物是否由法院宣告沒收，有認為被告犯罪所得財產中未因犯罪而移轉於被告，仍屬被害人所有之財產，本應直接發還被害人，不屬沒收範圍〔蔡彩貞（2016），〈我國刑事沒收特別程序之建制與淺析〉，《司法文選別冊》，第 1805 期，頁 7-8〕；不同見解則認為仍得由法院宣告沒收，一來可避免犯罪利得既未發還又不沒收，最後反而發還給犯罪行為人的惡果，二來被害人權利也受到充分的保障，尤其是已沒收到國庫的持有有萬全保障，不用擔心犯罪行為人無力償還的情形〔林鈺雄（2015），〈發還優先原則及賄款之沒收－評最高法院相關刑事判決〉，《月旦裁判時報》，第 31 期，頁 46〕。目前通說及實務均採後者見解。