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

下

文／楊智守

（文接上期）

故在被告因犯罪僅取得他人財產之事實上管理力[38]時，實務上即以該物品係被告犯罪利得[39]而扣押，並宣告沒收。

3. 承前概念延伸其二：

（1）被害人既僅得就犯罪利得中「因犯罪自被害人取得之財產利潤」請求發還，而法院得沒收之被告犯罪利得，並不以不法行為取得之原物為限，尚包含變得之物或財產上利益及其孳息（刑法第 38 條之 1 第 4 項規定）；復依刑訴第 133 條第 1、2 項規定，就犯罪利得之扣押，包含得沒收物之扣押，及為保全追徵抵償時，依追徵抵償價額之額度而為對被告或第三人之一般財產所為之假扣押[40]。因此，理論上被害人所得向法院請求發還之「財產利潤」，應包含法院以犯罪利得所扣押之「原物、變得之物或財產上利益及其孳息」中產自被害人者，不以被害人因不法行為所喪失所有權之原物為限[41]。

（2）至於法院對被告或第三人之一般財產所為假扣押，既係為保全追徵抵償，而追徵抵償係以犯罪所得，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時所為，自係指犯罪所得（前揭應扣押之原物、變得之物、財產上利益及其孳息）因事實上或法律上原因（如滅失或第三人善意取得）不存在[42]，自不屬於得請求發還之範圍，應請求損害賠償。

4. 返還價值的額度考量：由於被害人主張發還條款之標的，包含扣押之利得原物、其變得之物或財產上利益及其孳息，而其沒收之性質上既屬於「類似不當得利」之衡平措施[43]，在扣押物非被害人因犯罪所受損害之原物時，被害人所得請求發還之犯罪利得，是否應有價值額度之限制？

不當得利乃剝奪受益人之得利，使返還予受損人之制度[44]，其返還額度向來有著名的「利益大於損害，以損害為準；損害大於利益，以利益為準」原則適用[45]，但在受益人以超過原物時價的高價出售於善意第三人，或就利得原物取得超過時價之法定孳息時，通說認為受損人得主張民法第 177 條第 2 項之規定，請求受益人返還明知不法管理之全部所得，並不侷限於原物或孳息時價[46]，則在不法行為人以利得原物所變得之物，其價值超過利得原物，或取得超過時價之孳息時，被害人既有民法上可得主張之權利基礎，上開扣押之超額利益亦應得請求發還。

但對於行為人利用利得原物為工具或手段，處理自己之事務所得之結果（例如竊佔他人之不動產開設店鋪營利所得之利益者），則已逾越處理他人事務之範圍，管理人於此發揮自己之企業經營能力所得之利益，不在上揭民法第 177 條第 2 項規定之準用範圍，此為日本多數學說所贊同[47]，則被害人就此利益並無民法上之權利基礎可得主張，自不得請求發還，僅得就行為人利用該不動產應付之租金額度內請求發還。惟基於上揭澈底剝奪犯罪所得之立法意旨，行為人發揮自己能力所得之利益，仍應予宣告沒收追徵，僅應考慮刑法第 38 條之 2 第 2 項減免沒收條款予以衡平調整為宜。

（三）準此，被害人利用附民訴訟及主張發還條款所得回復之損害範圍及目的均有不同，其差異可以行為人為竊盜行為說明，在附民訴訟，被害人所得請求為回復因行為人竊盜行為所造成之財產損失（包含原物），在失竊原物未能返還時，縱有變得之物，亦僅能為代償請求。但在發還條款，行為人並未因竊盜而排除被害人之權利，失竊物品自應返還被害人而不得扣押，在有變得之物、財產上利益及其孳息，則得請求發還。至於該變得之物、財產上利益及其孳息不存在時，僅得由法院宣告追徵，而不得請求發還。

參 適用程序之比較

附民訴訟係被害人於刑事訴訟程序，就其因犯罪所受損害，向刑事法院提起民事賠償之訴訟類型，因屬併由刑事法院行使民事審判權，故在程序適用上自不同於民事訴訟。發還條款，則係被害人在行為人犯罪利得被扣押時，由法院、檢察官或司法警察直接交還被害人具領保管，屬於刑事訴訟的程序作用之一，但因被害人是否受領發還，會直接影響其在附民訴訟所得主張回復之因犯罪所生損害，故有比較其適用程序之實益。又因附民訴訟之程序特殊性多有明文規定，但犯罪利得之發還，則因散見於刑事訴訟法及其他特別法之規定，而刑法施行法第 10 條之 3 規定「一百零五年七月一日前施行之其他法律關於沒收、追徵、追繳、抵償之規定，不再適用」，亦有就施行前有關發還規定之適用限制，是否亦因而毋須受限，有探究必要。

一、附民訴訟

被害人在刑事訴訟程序開啟請求損害賠償之附民訴訟，係例外由刑事法院行使民事審判權，從刑訴第 487 條規定以下，可歸納出在程序上具有「起訴限定性」、「管轄同一性」、「審理附隨性」、「證據共通性」、「事實同一性」、「判決同時性」等程序特殊性[48]。

雖然被害人利用附民訴訟相較於提起民事訴訟具有周邊程序的無差別使用、無庸預納裁判費、無論請求金額多寡，均得於刑事審判期日以言詞起訴，亦得於刑事第二審程序時提起第一審附民訴訟，原告之主張責任與舉證責任均有減輕，起訴亦有生時效中斷之效果，且得作為保全程序之本案訴訟，無須顧慮自己不到庭而被告亦不到庭時會被視為合意停止訴訟等益處。

惟附民得請求賠償之損害範圍有限，常不能一次性請求回復因犯罪所受之全部損害；在附民訴訟繫屬消滅前，又不能另行提起民事訴訟；程序中的訴訟作為（如：合意管轄、合意停止訴訟程序、訴之變更、追加等）亦因附屬刑事訴訟而受有限制；在刑事法院變更起訴法條或為犯罪事實之擴張、減縮時，亦會使被害人受有時效視為不中斷之突襲；在刑事法院判決無罪、免訴、不受理時，附民訴訟更轉變為不合法起訴之性質，僅得依被害人聲請移送至民事法院審理，否則，即受刑事法院判決駁回，而溯及不生時效中斷效果，使時效期間的遵守產生了意料之外的窘迫。又在刑事第二審法院提起之附民訴訟，亦會因上訴第三審的程序限制而有喪失審級利益之情形，上訴之不變期間僅有 10 日等不益處[49]。

二、發還程序

在刑法沒收新制施行前，常見我國立法例將犯罪利得，區分為「應發還（被害人或得請求損害賠償之人）」

（文轉三版）

註釋

38. 林鈺雄（2016），〈利得沒收新法之審查體系與解釋適用〉，《月旦法學雜誌》，第 251 期，頁 15 稱之為「事實上對財產標的之支配、處分權」。
39. 臺灣高等法院暨所屬法院 105 年度法律座談會刑事類提案第 3 號、第 8 號法律問題研討結果。
40. 105 年度台抗字第 382 號刑事裁定。但就其中「利得原物之扣押」部分，應包含違法行為所得原物及其變得之特定物及得特定之孳息，不僅限於原物，此由刑訴第 133 條立法理由二、係以「對沒收之特定物為扣押」與「對沒收物所有人一般財產所為扣押」為劃分，並藉以新增該條第二項規定（見立法院公報第 105 卷第 40 期院會記錄，頁 59）可明。
41. 沒收新制施行前，（1）已廢止之如註 35 所揭懲治盜匪條例第 7 條之規定，就變得之財產利益，係用以抵償被害人後宣告沒收，並非發還被害人；（2）刑事執行實務上，檢察官係透過刑法第 349 條第 3 項「因贓物變得之財物，以贓物論」之規定，將變得物發還被害人〔法務部 94 年 12 月 19 日法檢字第 0940805255 號函、法務部 82 年 8 月 25 日（82）檢（二）字第 1121 號函〕，但亦有認為以初次變得之物為限，不包含再變得之物〔例如被告將竊得之物變賣得款，以該款購買汽車供己使用，該汽車即不應視為贓物，法務部 76 年 6 月（76）法檢（二）字第 2207 號函〕，與沒收新制之規定是否相合，值得商榷。
42. 刑法第 38 條之 1 立法理由四之舉例，見立法院公報第 104 卷第 98 期院會記錄，頁 269。
43. 105 年度台抗字第 382 號刑事裁定。見刑法第 38 條之 2 立法理由二（立法院公報第 104 卷第 98 期院會記錄，頁 271）
44. 105 年度台上字第 847 號民事判決。
45. 王澤鑑（2006），《債法原理（二）不當得利》，頁 246；劉昭辰（2012），《不當得利》，頁 205；楊芳賢（2009），《不當得利》，頁 125。
46. 王澤鑑同上註，頁 247；楊芳賢同上註。另外，黃茂榮（2011），《不當得利》，頁 189-190 並指出在無權處分的例子，無權處分人如委任另一善意第三人為其從事有關事務，在計算應返還權利人之價金時，應自其所得價金扣除該善意第三人處理該事務所生含佣金之費用。但劉昭辰，註 44，則採不同意見，認為上開原則不能適用於惡意得利人，亦即無須透過民法第 177 條第 2 項規定，惡意得利人即必須返還所得的全部利潤。
47. 孫森焱（2001），民法債編總論上冊，頁 118、129-130。
48. 楊智守（2015），〈刑事附帶民事訴訟實務程序研究 - 以刑事訴訟的變動及審級利益為中心（上）〉，《司法周刊》，第 1755 期，第 2 版註 3 至註 8。
49. 楊智守（2016），〈刑事附帶民事訴訟實務運作程序研究 - 以犯罪被害者人權保障為中心（上）（下）〉，《司法周刊》，第 1797、1798 期。
50. 如保險法第 168 條之 4、證券交易法第 171 條第 7 項、組織犯罪防制條例第 7 條第 1 及第 2 項、人口販運防制法第 35 條第 1 項、妨害兵役治罪條例第 21 條第 1 項、銀行法第 136 條之 1、信用合作社法第 48 條之 1、金融控股公司法第 67 條之 1、票券金融管理法第 71 條之 1、信託業法第 58 條之 1、證券投資信託及顧問法第 105 條第 3 項、食品安全衛生管理法第 49 條之 1 第 1 項及已刪除（洗錢防制法第 14 條第 1 項、電子票證發行管理條例第 36 條、電子支付機構管理

法源法
www.lawba
創造最高典藏與行銷價值
JUDICIAL
司法
訂閱辦法
費用新臺
如蒙
請郵政
帳
5005
帳
司法院

（文接二版）

與「未發還」二類型，並規定法院僅得就其中「未發還」且「屬於犯人」之利得宣告沒收[50]。實務即本此規範基礎，陸續就適用程序表示見解，但在沒收新制改採「已發還始不宣告沒收」原則，亦即法院就屬於不法行為人之犯罪利得均應宣告沒收，僅「犯罪所得已實際合法發還被害人者」，才能封鎖沒收宣告[51]，且依上揭刑法施行法第 10 條之 3 之規定，下列舊制時期的見解是否因沒收新制而不再適用，值得探討。

（一）繼續適用刑事訴訟法之概括性原則規定：如該財物或財產上利益，係經扣押者，在有被害人之情形[52]，扣押物應依刑事訴訟法第 318 條所定，不待被害人之請求即行發還，被害人亦得於案件終結前，依刑事訴訟法第 142 條聲請法院以裁定或檢察官以命令發還或暫行發還。

（二）不再適用發還被害人之明文規定：由於沒收新制改為僅實際合法發還被害人始生封鎖沒收宣告效力，故以往基於法律有直接明定犯罪所得財物或財產上利益應發還被害人[53]之規定，部分已有修改，部分則不再適用。但基於各該規定所衍生法院確認所諭知發還之對象是否為被害人之見解[54]，屬於前揭概括發還被害人規定之適用範圍，仍具參考價值，例如：在以竊取、詐欺、脅迫或侵占公有財物或利用職務上機會詐取之財物，原所有人既仍得為法律上權利之主張，自應予發還[55]。僅法院不再於主文諭知發還之財物與對象，而係於審判程序中確認係被害人後予以發還。

（三）爭議情形：可分為未扣案和已扣案的犯罪利得之發還與沒收，因沒收新制施行而有以下爭議情形。

1. 已扣案的犯罪利得：原則上應由受請求發還之檢察官或法院認定是否為被害人且有權請求發還之扣案物，然而：

（1）已知有多數被害人，但僅部分被害人聲請發還的情形：事實審法院應有審酌裁量之權，留待判決確定後，由檢察官以全體被害人為對象予以發還[56]，但因為於沒收舊制，係由法院於判決內諭知發還，故執行檢察官係以執行確定判決主文而發還於全體被害人。但在沒收新制，則因為法院並未實際合法發還被害人，故仍應於判決宣告沒收，故執行檢察官所執行之確定判決主文係沒收而非發還被害人，僅被害人得依刑法第 38 條之 3 第 2 項規定，主張其對沒收標的之權利不受影響，而仍得向檢察官請求發還扣押物[57]。但刑訴第 473 條第 1 項規定僅賦予被害人於沒收裁判確定後 1 年內得聲請發還，然而，刑法第 38 條之 3 第 2 項之規定，並未有「於沒收裁判確定後 1 年內」之權利失效限制，理論上，被害人縱於沒收裁判確定後一年後，仍得向檢察官主張權利不受影響而請求發還，此時，依刑訴第 473 條第 2 項規定「聲請人對前項關於發還、給付之執行不服，準用第四百八十四條之規定」文義，則被害人於確定後超逾 1 年之聲請發還遭檢察官駁回之處分，是否亦準用刑訴第 484 條規定[58]？此外，因法院確定判決之主文係宣告扣案物沒收，並非發還被害人，故部分被害人向執行檢察官聲請發還扣案物時，檢察官除應注意遵守前揭刑訴第 473 條第 1 項規定「沒收裁判確定後之一年」之「等待期[59]」外，關於變價之執行決定，是否類推刑訴第 141 條第 1 項「有喪失毀損、減低價值之虞或不便保管、保管需費過鉅」之情形，並未明文，且被害人對於檢察官的變價決定，是依刑訴第 416 條第 1 項第 1 款規定聲明不服，或依刑訴第 473 條第 2 項規定，準用第 484 條規定聲明異議，亦有待行政院於執行辦法予以明定，以解爭議。

（2）在共同被告之間：最高法院於沒收新制施行前，就共同被告因共同犯罪，其所得之沒收、追徵，應就各人分得之數為之，已不採所謂共犯連帶說，即以共同正犯各成員內部間實際分配所得各別宣告沒收，若各成員對不法利得享有共同處分權限時，則負共同沒收之責[60]。如此一來，因實際合法發還被害人者始封鎖沒收宣告，是在法院就共同被告之扣案物，應明確劃分係以何一被告之犯罪利得予以發還被害人，而影響各成員所應受之沒收宣告範圍。

2. 未扣案的犯罪利得：沒收新制施行前，因採發還與沒收併列制，故最高法院 77 年度第 2 次刑事庭會議決議意旨「應諭知發還被害人之財物，當不以已經扣押者為限，而未扣押部分，如未費失顯屬存在，亦應為發還被害人之諭知」，在沒收新制施行後，應不再參考。換言之，就未扣案但應發還被害人部分，均改由法院依法宣告沒收，被害人就此應循附民或民事訴訟途徑回復損害。

三、小結

對被害人而言，原先得透過刑事判決認定為被害人而於主文諭知應受發還之情形，在沒收新制後，已不復見，被害人僅得就扣案物請求發還；未扣案之因犯罪所受損害，僅能透過訴訟程序取得執行名義，以強制執行程序事實上回復。至於扣案物，亦因採實際合法發還始生封鎖沒收效力，在法院酌量情形裁定不予發還部分被害人時，因法院確定判決係宣告沒收，檢察官執行確定判決主文，亦非藉財產刑之執行以回復損害，被害人僅得轉向執行檢察官聲請發還扣案物。故以沒收新制對附民訴訟之影響而言，沒收新制縮小被害人得在刑事程序直接實質回復損害之途徑，僅在被害人實際受領發回扣案物，始消滅其對犯罪行為人或其他依民法應負賠償責任之人所具有之損害賠償請求權；未受實際發還部分，因受法院判決宣告沒收，自不影響被害人之損害賠償債權。

肆 結論

得提起附民訴訟之被害人與得主張發還條款之被害人，在定義上大致相同，差異者在於前者係因犯罪而受有損害，後者不以因犯罪為限，包括違法行為在內。另外在受讓被害人損害賠償債權之人，有學者見解認為可主張發還條款，但得否提起附民訴訟，在實務上則有不同情形的准駁。至於以何人為對象，附民訴訟是以刑事被告和依民法應負賠償責任之人；返還條款則以利得所在之人為對象，但排除善意取得之第三人。在請求的範圍上，由於附民訴訟仍是以回復因犯罪所生損害為目的，著重在於回復應有狀態；至於發還條款，本於犯罪利得之沒收具有類似不當得利之衡平機制，而著重於利益的返還調整，二者之目的與基礎均有所不同。值得注意的是，倘認為被害人亦不得因犯罪而受有利益，則在犯罪利得大於損害時，原則上，被害人僅得請求返還其損害部分，超額利益仍應由國家宣告沒收，但得依過苛條款予以調整；例外於被害人得向不法行為人主張不法管理而得請求給付所得利益時，應仍發還被害人為宜。最後，在適用程序上，由於附民訴訟係在刑事訴訟以外新的開啟程序，程序準據以刑訴附民編之規定為先，次以該編有規定準用民訴之情形始準用民訴規定，其餘均準用刑訴規定，此與被害人於廣義的刑事訴訟程序主張發還條款不同。且因犯罪利得之沒收，從以往的發還與沒收併列制，改為合法實際發還始封鎖沒收宣告，造成被害人未獲實際發還的因犯罪所生損害，仍應藉訴訟程序取得執行名義後為強制執行，或於執行程序向檢察官聲請發還；但因檢察官所執行之確定判決主文係宣告沒收而非發還被害人，故應循以往不同之救濟程序。

（作者為橋頭地院庭長）

註釋

條例第 53 條、藥事法第 88 條第 2 項、農業金融法第 57 條、水污染防治法第 39 條第 2 項）等。

51. 又稱發還條款在宣示犯罪利得沒收之補充性，參註 1，頁 82。
52. 參照司法院院字第 693 號解釋意旨。
53. 基於刑法施行法第 10-3 條規定第 2 項規定「一百零五年七月一日前施行之其他法律關於沒收、追徵、追繳、抵償之規定，不再適用」，原有之規定，適用情形如下：①已刪改而回歸適用刑法：修正前貪污治罪條例第 10 條第 1 項、農業金融法第 57 條、電子票證發行管理條例第 36 條、洗錢防制法第 14 條第 1 項；②已因應修改而仍有適用：組織犯罪防制條例第 7 條第 1 項；③未因應修改而不再適用：人口販運防制法第 35 條第 1 項、妨害兵役治罪條例第 21 條第 1 項、銀行法第 136 條之 1、信用合作社法第 48 條之 1、金融控股公司法第 67 條之 1、票券金融管理法第 71 條之 1、信託業法第 581 條、保險法第 168 條之 4、證券交易法第 171 條第 7 項、證券投資信託及顧問法第 105 條第 3 項等。
54. 此為多數見解，例如 103 年度台上字第 2431 號刑事判決諭知「犯貪污治罪條例第四條至第六條之罪者，其所得財物應予追繳，並依其情節分別沒收或發還被害人……所謂依其情節分別沒收或發還被害人，係指應追繳之財物，究應予以沒收，抑發還被害人，應依個案之犯罪情狀，由法院審酌處理；若認應予發還者，應先確認是否為被害人，至於是否為被害人，應從法律規定之意旨及犯罪性質，界定其是否為被害法益之主體。如有被害人則應諭知發還，而不得宣告沒收」。僅就受發還之被害人，係以得為獨立之財產「所有權」之主體為必要（96 年度台上字第 4963 號刑事判決），不及於其他對扣案物有權利關係之人（司法院 21 年 2 月 27 日院字第 693 號解釋）。
55. 沒收新制施行前，得沒收之犯罪利得必須是別無他人對於該物得以主張法律上之權利者始足當之（102 年度台上字第 3381 號刑事判決意旨）。其中，在被害人因犯罪（被詐欺或被脅迫）而為意思表示時，縱民法第 93 條所定除斥期間屆至或尚未向被告為撤銷之意思表示，雖難謂已變動之物權所有權仍屬被害人所有，但參照最高法院 67 年度第 13 次民事庭庭推總會議決定意旨，得認被害人已因此受有實際損害，而得依侵權行為法則請求損害賠償，故仍為得請求發還之被害人。
56. 如 104 年度台抗字第 401 號刑事裁定意旨。
57. 因刑法第 38 條之 3 第 2 項既規定，第三人對沒收標的之權利或因犯罪而得行使之債權均不受影響，應無參酌援用德國法上特別容許「對沒收客體本有請求權且因沒收宣告而權利受損之人」得提起事後撤銷沒收之訴（關於此制度之介紹，請參註 38 文，註 36，頁 46〕。
58. 沒收新制施行前，扣押物未經法院確定判決宣告沒收者，檢察官拒絕發還權利人時，其救濟程序係依刑訴第 416 條第 1 項第 1 款規定，而非依刑訴第 484 條規定對檢察官之執行命令聲明異議。見 104 年度台抗字第 267 號刑事裁定意旨。
59. 參照陳文貴（2016），〈刑事訴訟法增訂保全扣押相關條文立法過程與簡釋〉，《司法周刊》，第 1805 期司法文選別冊，頁 36 所載立法過程「原條文關於延長為 2 年期限之規定，在委員會協商時，法務部代表以執行後 2 年期限過長，主張可能造成早已取得執行名義之人等待分配時間過久，而應縮短為裁判確定後 6 個月或 1 年，嗣經多數委員同意修正為『於裁判確定後一年內』」等詞。
60. 104 年度台上字第 3937 號刑事判決。惟 104 年度台上字第 2521 號刑事判決另外指出「至共同犯罪所得財物，倘依法律規定應予追繳發還被害人者，因涉及共同侵權行為與被害人所受損害之追償，應負連帶責任（參照司法院院字第二〇二四號解釋）」等詞，似指應追徵或發還被害人時，共同被告仍應負連帶責任。

法律網 ank.com.tw
論告 收狀 簡
非專屬授權
權利金回饋實際銷售金額2.5%
源資訊
專線
509-3536
L WEEKLY
周刊
周出刊
訂閱
幣400元
訂 閱
收劃撥
號
4377
戶
司法周刊