被告死亡所為不受理判決之上訴與沒收

—臺灣高等法院105年度上訴字第2472號、最高法院106年度台非字第32號判決評析

下

文／吳燦

（文接上期）

二、被告死亡，得否提起非常上訴

非常上訴係對於已確定之違法判決為之，如判決並未確定，自無提起非常上訴之餘地，此與一般之上訴乃對於未確定之判決，聲明不服者有異。

因之，關於被告死亡，得否提起非常上訴，繫於該判決已否確定為斷。茲綜合最高法院 28 年 8 月 15 日決議（三）、50 年 8 月 8 日 50 年度第 4 次民、刑庭總會決議（一）、60 年 6 月 15 日 60 年度第 1 次民、刑庭總會決議（一），分述如下：

（一）得上訴之案件，被告在判決前死亡，或於判決後送達前死亡，因已無法對之為送達，致案件始終未確定，原判決縱然違背法令，仍不得提起非常上訴。

（二）得上訴之案件，判決後，雖送達被告，但被告在上訴期間內未提起上訴即死亡者，判決既未確定，仍無提起非常上訴之可言；又判決確定後方死亡者，亦不得以其死亡，指原確定判決之審判係違背法令而提起非常上訴。

（三）不得上訴之案件（如刑訴法第 376 條所列各罪案件，除第 1 項但書外之第二審判決，或第 455 條之 1 第 2 項之判決，或第三審判決），被告在判決前死亡，法院本應為不受理之判決，如為實體上科刑之判決，因一經判決即告確定，仍得提起非常上訴。惟如於判決後死亡者，則不得提起非常上訴。

三、被告死亡後，應如何及對何人宣告沒收

（一）形式判決與沒收之宣告

關於宣告沒收之方式，刑法第 40 條第 1 項規定：「沒收，除有特別規定者外[15]，於裁判時併宣告之。」係採合併宣告沒收，有別於第 2、3 項之單獨宣告沒收。依此規定，沒收原則上應於裁判時一併宣告。此之所謂「裁判」，在 2015 年刑法沒收修正之前，依最高法院 78 年台非字第 72 號判例：「沒收為從刑之一種，依主從不可分原則，應附隨於主刑而同時宣告之，除有罪，免刑等判決，於裁判時併宣告外，如諭知無罪之判決，既無主刑，從刑亦無所附麗」[16]，係以沒收僅止於有罪、免刑等判決時始得併宣告之，不及於諭知無罪之判決，此乃因主刑從刑不可分原則所使然。

刑法沒收修正後，沒收已非從刑（刑罰），已具獨立性，如果被告刑事不法行為業已確認，該行為因具有阻卻違法性之事由，如依法令之行為，業務上之正當行為，正當防衛行為與緊急避難行為，或具有阻卻責任性之事由，如未滿十四歲之人或因刑法第 19 條第 1 項之原因而不罰，由法律明文規定不予處罰，應予判決無罪者，應認亦得於此種無罪判決一併宣告沒收[17]。

至於形式判決，有無刑法第 40 條第 1 項規定之適用？按案件欲為實體判決（有罪判決及無罪判決），必須具有實體之訴訟關係存在；實體訴訟關係之發生，應具備一定之條件，若有欠缺訴訟條件者，既僅具有形式之訴訟關係，即不得為實體判決，應以形式之判決，以消滅訴訟繫屬。其中欠缺形式訴訟條件者，應諭知不受理判決（刑訴法 §303、§334）或管轄錯誤判決（刑訴法 §304、§335），欠缺實體訴訟條件者，應為免訴判決（刑訴法 §302）[18]。沒收性質雖已非刑罰，具有獨立性，但仍以附隨於被告一定違法行為之存在為前提，故除非該形式判決對於被告一定違法行為已有所認定，例如，檢察官起訴甲持所有之水果刀刺傷被害人乙，涉犯殺人未遂罪嫌，法院調查結果，認定甲僅具傷害之犯意，其二人已和解，乙並撤回告訴，因法院對於甲傷害之違法行為已加以認定，此際於諭知不受理判決時，得併為沒收水果刀之宣告外，由於此類形式判決，通常對於被告一定違法行為並未加以確認，純以形式判決終結其訴訟關係，自無由於各該形式判決一併宣告關於犯罪工具 / 產物及犯罪所得之沒收。

（二）被告死亡與單獨宣告沒收

被告死亡者，法院於為不受理判決時，並未確定其違法行為，且無本案程序供第三人 (繼承人) 參與沒收程序，自不得併予宣告沒收犯罪工具 / 產物及犯罪所得。依實務原先見解，如有犯罪行為人死亡、逃匿等情形，除另行提起民事訴訟外，亦不得單獨宣告沒收（司法院院解字第 2898、3403、3738、3834 號解釋）。2015 年刑法沒收已修正為具獨立性之法律效果，其宣告，不必然附隨於裁判為之，遂於第 40 條第 3 項增訂：「第三十八條第二項、第三項之物、第三十八條之一第一項、第二項之犯罪所得，因事實上或法律上原因未能追訴犯罪行為人之犯罪或判決有罪者，得單獨宣告沒收。」在程序方面，則於刑訴法第 455 條之 34 至第 455 條之 37，規定單獨宣告沒收應由檢察官以書面向管轄法院聲請，有關參與沒收程序中參與人享有之訴訟上權利及撤銷沒收確定判決等規定，亦應予準用，以符合憲法正當程序要求。

依立法說明，刑法第 40 條第 3 項之適用，固包括犯罪行為人因死亡、曾經判決確定、刑法第 19 條等事由受不起訴處分[19]或不受理、免訴、無罪判決者；或因刑法第 19 條、疾病不能到庭而停止審判者及免刑判決者，或犯罪行為人逃避刑事訴追而遭通緝時，關於犯罪工具 / 產物及犯罪所得，不論屬於犯罪行為人或犯罪行為人以外之第三人者，均可單獨宣告沒收之。因此，被告死亡後，應依刑法第 40 條第 3 項單獨宣告沒收，應無疑義，惟立法說明謂免刑判決亦得單獨宣告沒收，恐與條文規定之「未能判決有罪」要件不符。

按無罪判決之類型，其屬於諸如刑法第 19 條第 1 項等因為法律明文規定不予處罰者，如前所述，除得於無罪判決時一併宣告沒收外，固亦得依本條項單獨宣告沒收。但免刑判決與科刑判決同屬有罪判決，差別僅在於主文內有無為刑之宣告，免刑判決既為有罪判決之一種，對於被告刑事不法行為既已確認，此在刑法沒收修正前，依最高法院 78 年台非字第 72 號判例意旨，本即應於裁判時一併宣告沒收，修正後，自亦應於判決時一併為沒收之宣告。如檢察官已聲請沒收，法院為免刑判決時，疏未併予宣告沒收，係屬漏判，應依補充裁判為之，不得依本條項單獨宣告沒收。此在檢察官已聲請沒收，法院為科刑判決，漏未宣告沒收之情形[20]，亦然。倘檢察官未聲請沒收[21]，法院為有罪判決確定後，自亦無由適用本條項單獨宣告沒收。為彌補此項缺漏，法務部提出之「中華民國刑法部分條文修正草案」，已增訂第 40 條第 4 項：「有罪判決確定後始發現有第三十八條第二項、第三項之物、第三十八條之一第一項、第二項之犯罪所得，得單獨宣告沒收。」俾落實任何人都不得保有犯罪所得之原則。

（三）被告死亡與對犯罪工具 / 產物及犯罪所得之沒收

刑法規定之犯罪工具 / 產物及犯罪所得等沒收物，屬於犯罪行為人者，如因在訴訟行為進行中死亡，其繼承人除依法拋棄其繼承權（民法 §1174），或繼承標的專屬於被繼承人本身者（民法 §1148 I 但書）外，自被繼承人死亡時，由其繼承人承受被繼承人財產上之一切權利、義務（民法 §1148 I）。繼承人有數人時，在分割遺產前，各繼承人對於遺產全部為公同共有（民法 §1151）。據此，上開得沒收物，即成為遺產之一部分，成為繼承人之公同共有。繼承人為犯罪行為人以外之第三人，檢察官得否聲請法院單獨沒收，應依是否符合刑法第 38 條第 3 項、第 38 條之 1 第 2 項規定之第三人沒收為判斷。

1. 關於犯罪所得之沒收

2017 年 7 月 1 日施行之德國刑法第 76 b 條第 1 句第 3 款規定：「正犯或共犯以外之他人，有以下情形之一者，依第 73 條與第 73a 條沒收之。(3) 他人因以下身分取得犯罪所得：a. 繼承人、b. 特留分繼承人或遺產受贈人。」主要是因為德國修法前之沒收規定，無法依據單獨沒收規定對已死亡行為人之遺產展開追徵或沒收程序，考量不管是無償[22]或者是繼承而獲有犯罪所得，均無差別，故在此次刑法沒收規定之修正，特別將因繼承而得以獲有犯罪所得之情況明確規定[23]。

我國刑法第 38 條之 1 第 2 項關於第三人沒收規定，雖無如德國刑法上開因繼承取得犯罪所得之沒收規定，

（文轉三版）

註釋

15 2005 年 2 月 2 日修正理由：一、按特別刑事法律如刑事訴訟法第 259 條之 1 或其他可單獨宣 告沒收者，因不限於裁判時併予宣告，爰增訂「除有特別規定者外」文字，以資區別。

16 本則判例經最高法院 106 年度第 3 次刑事庭會議決議不再援用。

17 林鈺雄，利得沒收新法之審查體系與解釋適用，月旦法學雜誌，251 期，2016 年 4 月，13 頁。王皇玉，刑法總則，新學林，2016 年 9 月二版，660 頁。

18 陳樸生，刑事訴訟法實務（重訂版），1991 年 8 月，126 頁。

19 關於不起訴或緩起訴處分之單獨宣告沒收，刑訴法第 259 條之 1 已有特別規定。

20 既屬漏判，判決確定後，自亦不得以未宣告沒收為理由，提起非常上訴。

21 沒收是否必須先由檢察官聲請，法院始得為判決，請參吳燦，沒收判決與不告不理原則—最高法院 106 年度台上字第 1658 號判決評析，月旦裁判時報，64 期，2017 年 10 月，46-54 頁。

22 修正德國刑法第 76 b 條第 1 句第 2 款 a. 係針對他人無償或無法律上原因而取得犯罪所得之沒收規定。

23 許絲捷，第三人利得沒收—繼承型，法務通訊，2867 期，2017 年 9 月 8 日。

植根法律關係（稅法總論 第三冊）
劃撥帳號：07929998 戶名：植根雜誌社有限公司 TEL:(02)2707-2848 FAX:(02)2708-4428
黃茂榮 著作 定價 800 元
黃茂榮 著作 定價 800 元
訂購自付郵費 滿 未 購
植根法律
JUDICIAL 司法 訂閱辦法
全年
如蒙 請郵政 帳 5005 帳
司法院

民事訴訟法第465條之標點符號錯誤

文／王欽彥

民事訴訟法第 465 條規定：「對於第一審判決，或其一部未經向第二審法院上訴，或附帶上訴之當事人，對於維持該判決之第二審判決，不得上訴」。本條規定有「或……，或……」之句型，但其意思不通，無法理解。詭異的是，若條文去除標點符號，重新斷句為：「對於第一審判決或其一部，未經向第二審法院上訴或附帶上訴之當事人，對於維持該判決之第二審判決，不得上訴」（以下稱此為「B 版斷句」），則將豁然開朗，可明瞭其規範內容在於限制未提起第二審上訴或附帶上訴之當事人，不能對維持原判之第二審判決提起第三審上訴。參酌民國 18 年上字 2246 號判例要旨謂：「在第二審並未上訴或附帶上訴，則其對於第一審判決並無不服，其對於第二審駁斥對造上訴之判決，殊無聲明不服之餘地」，益見本條應作如此解。如此一來，該條文似乎有標點符號上之錯誤[1]。

不過，於司法院網站檢索「本院主管法規」，確實是如此斷句無誤。依最高法院於 1991 年出版之「重要民事法律程序法新舊條文彙編」，本條內容（包括標點符號）於民國 57 年法第 465 條、民國 24 年法第 462 條、民國 19 年法第 432 條均係相同，民國 10 年北京政府公布之民事訴訟條例則無標點符號[2]。據此，則莫非是民國 19 年的立法者斷句錯誤？

然而，依 1932 年石志泉之著書所抄錄之條文來看，民國 19 年之民訴法條文，似無任何標點符號[3]。又依日本學者於 1938 年之著書所附條文，民國 24 年民訴法也無標點符號[4]。由公布民國 34 年修法後全文之「國民政府令」，更可確認當時之民訴法條文係以毛筆繕寫，無句讀點[5]。則問題似乎是出在民國 57 年的修法。依立法院公報所載，民國 57 年 1 月 5 日三讀通過之民訴法第 465 條，係如同現行法般之斷句[6]。弔詭的是，民國 56 年 12 月 12 日立法院二讀通過之第 465 條條文，係：「對於第一審判決或其一部未經向第二審法院上訴或附帶上訴之當事人，對於維持該判決之第二審判決，不得上訴」[7]。此與「B 版斷句」實質相同（下稱「類 B 版斷句」）。何以後來三讀之條文多了 2 個二讀條文所無之錯誤逗點？是否為立法院議事人員打字疏失？則不得而知。包含標點符號在內之三讀條文，其後即經總統公布，完成立法程序。

不過，民國 57 年修法後之文獻，於引用或說明第 465 條時，似乎並不在意標點符號之問題，也沒有「正確」引用之。石志泉＝楊建華（1982）係採「類 B 版斷句」[8]，曹偉修（1984）[9]、吳明軒（2009）[10]亦同。姚瑞光（2012）[11]、王甲乙＝楊建華＝鄭健才（2009）[12]、陳榮宗＝林慶苗（2009）[13]則採「B 版斷句」。由此似亦可見，現行條文之標點符號應該的確有誤。但司法院民事訴訟法研究修正委員會於 1990 年開會討論修法時，並未對第 465 條的標點符號提出質疑，會中並作成不予修正之決議[14]。

民訴法第 465 條並非重要規定，也有主張本條可刪除者[15]。本條內容即便文義不可解，尚不至於產生弊害。惟我國已是法治（rule of law）國家，標點符號錯誤導致文意不通之條文，公然存在於民事訴訟法這部迭經修正的重要法典中，造成法律學習者與法律工作者之誤解或困擾[16]，實非所宜。企盼其將能儘速被修正。

（作者為靜宜大學法律學系教授
台中地院沙鹿簡易庭調解委員）

註釋

1 呂太郎，民事訴訟法，2016 年，元照，721 頁註 2 亦謂：「坊間部分六法全書，印為『上訴，或附帶上訴……』，似不正確」。

2 最高法院，重要民事法律程序法新舊條文彙編，1991 年，439 頁。

3 石志泉，新民事訴訟法評論，國立北平大學法學院出版課發行，民國 21 年，208 頁。

4 菊井維大＝兼子一，中華民國民事訴訟法（第三編乃至第九編），中華民國法制研究會，昭和 13 年，67 頁。

5 〈民事訴訟法（三）〉，《國民政府》，國史館藏，數位典藏號：001-012033-00021-009。

6 立法院公報 57 卷 1 期 37 頁（第一屆立法院第 40 會期第 29 次會議記錄）。

7 立法院公報 56 卷 4 期 12 冊 2506 頁。

8 石志泉＝楊建華，民事訴訟法釋義，1982 年，524 頁。

9 曹偉修，最新民事訴訟法釋論（下冊），1984 年 5 版，1499 頁。

10 吳明軒，民事訴訟法，民國 98 年 8 版，1419 頁。

11 姚瑞光，民事訴訟法論，2012 年，728 頁。

12 王甲乙＝楊建華＝鄭健才，民事訴訟法新論，民國 98 年，662 頁。

13 陳榮宗＝林慶苗，民事訴訟法（下），2009 年 5 版，720 頁。

14 第 336 次會議記錄（1990 年 11 月 6 日），司法院民事訴訟法研究修正資料彙編（七），1991 年，448-449 頁。當時之斷句，見同書 637 頁。

15 姚瑞光，民事訴訟法論，2012 年，728 頁。

16 例如，陳計男，民事訴訟法論，下冊，2009 年，326 頁。

（文接二版）

但因繼承而獲有犯罪所得，屬於無償取得，已該當於第 2 款之要件，自應依第三人沒收之規定，由檢察官聲請法院對該繼承人單獨沒收其因繼承而無償獲有之犯罪所得，始為正辦。惟實務上，有檢察官以已死亡之被告沈○煌為對象，依刑法第 38 條之 1 第 1 項規定，聲請單獨宣告沒收其收受之賄賂犯罪所得，經法院裁准之案例，致真正受到財產干預之繼承人無法對沒收宣告行使權利[24]。

2. 關於犯罪工具 / 產物之沒收

犯罪行為人所有之犯罪工具 / 產物，於死亡後，由其繼承人無償繼承取得，該繼承人應屬犯罪行為人以外之第三人，檢察官得否聲請法院單獨沒收之，此涉及刑法第 38 條第 3 項規定之「無正當理由取得」之解釋。

臺高院 105 年度上訴字第 2472 號判決認為，犯罪行為人之繼承人依繼承法取得犯罪工具 / 產物，並非無正當理由取得，與第 38 條第 3 項規定不符，法院不得宣告沒收。最高法院 106 年度台非字第 32 號判決，則謂該物已因繼承發生而歸屬繼承人所有，檢察官應依刑訴法第 455 條之 35 規定，記載斯時「財產所有人」即繼承人，以書面向法院聲請單獨沒收，但繼承人非屬刑法第 38 條第 3 項「犯罪行為人以外之第三人」之範疇。學者有贊成前述高院之見解者[25]，惟參諸刑法第 38 條第 3 項立法說明，條文所謂「無正當理由取得」，係以第三人之取得是否出於無償、或顯不相當等不正當方式為斷。因繼承而取得犯罪工具 / 產物，既屬於無償取得，自該當於本條項之規定。本文贊同非常上訴判決肯認應以繼承人作為沒收宣告之對象，但繼承人並非參與違法行為之犯罪行為人，自應依第三人沒收之規定，聲請單獨沒收。

（四）被告死亡與對違禁物之沒收

違禁物係指依法令禁止製造、運輸、販賣、持有、行使或轉讓之物，因其具有危害大眾之特性，或被濫用於犯罪之特殊危險性，刑法第 38 條第 1 項明定不問屬於犯罪行為人與否，沒收之。對於違禁物之沒收，是一種類似危險防衛之保安措施性格，應沒收之違禁物，不以經扣押者為限，其非因滅失而不存在者，縱未經扣押，仍應諭知沒收。因是，違禁物，除證明已滅失者外，應予沒收。

除一身專屬權外，被繼承人一切財產上之權利，包括占有，均得為繼承之標的。違禁物雖屬法令禁止持有之物，因具有經濟價值，亦得為繼承之標的，但因繼承而持有違禁物，如本案之毒品、槍彈等物，其一經持有即已犯罪，為避免入人於罪，犯罪行為人於審判中死亡者，案內之違禁物，應依「對物訴訟」為沒收；即起訴書已聲請沒收者，應認檢察官係依刑法第 40 條第 2 項為聲請，法院得另行製作裁定書單獨宣告沒收[26]，或於不受理判決引用上開條文另為宣告沒收，否則，由檢察官依刑訴法第 455 條之 35 之規定，聲請法院裁定單獨沒收，但各該裁定可毋庸記載「應沒收財產所有人」姓名。

肆 結語

被告在刑事訴訟程序上，具有訴訟主體與客體之兩重性格。被告在訴訟程序進行中死亡，因其訴訟主體已不存在，法院應為不受理判決，以終結其訴訟關係。他造當事人或其他有上訴權之人，對於此一判決提起上訴，應認其上訴為不合法。此一判決亦因無從確定，故不得提起非常上訴。本件第二審判決及非常上訴之提起，均未審酌及此，於法尚有不合。

被告死亡後，關於犯罪工具 / 產物及犯罪所得之沒收，由檢察官依第三人沒收之規定，聲請法院對繼承人單獨宣告沒收，俾財產受到干預之繼承人得以行使權利；至於對違禁物之沒收，本於「對物訴訟」，由檢察官聲請單獨宣告沒收。

（作者為最高法院庭長）

註釋

24 新北地院 105 年度單聲沒字第 13 號裁定。本案由被告之繼承人提起抗告，經臺高院 105 年度抗字第 1334 號裁定，以抗告人非當事人，亦非受裁定人，抗告不合法予以駁回。

25 曾淑瑜，建構國家不會不當得利的沒收新制，收錄於：刑事政策視野下的刑事二十年系列論壇（十二）/ 刑事沒收法制會議手冊，26 頁，2017 年 12 月 13 日。

26 最高法院 92 年度台上字第 5386 號、94 年度台上字第 240 號判決。

法律網 的最佳平台
法學方法與現代稅法（稅法總論 第一冊 增訂三版）
稅法解釋與司法審查（稅法總論 第二冊 增訂第三版）
黃茂榮 著作 定價 800 元
1000元者 65 元
書城熱賣中
WEEKLY 周刊
訂閱
帶400元
訂閱
4377
戶
司法周刊