

為保全追徵及罰金執行的扣押

吳俊毅*

目 次

- 壹、前言
- 貳、保全追徵及罰金執行扣押的理論
- 參、現行扣押的類型
- 肆、保全追徵執行扣押的法律基礎
- 伍、保全追徵執行扣押的命令
- 陸、保全追徵執行扣押命令的執行
- 柒、保全追徵執行扣押命令的撤銷
- 捌、保全追徵執行扣押命令的效力
- 玖、檢討與建議
- 拾、結論

摘 要

為保全刑法第38條第1項、第38-1條第3項追徵的執行，刑事訴訟法第133條第2項規定：「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。…」按照刑事訴訟法第133-1條第2項第2款，「應扣押的標的」是這個為保全追徵扣押命令（扣押裁定）的應記載事項。追徵是為了肅清財產，透過直接取得相對人的現金，或者把他的財產「變現」，以實現與沒收標的相當價額的請求權。本文想從這個扣押的正當性以及性質的掌握開始，按照這個暫時性的保全措施的命令與執行，以及，在當事人無資力時，保全追徵執行扣押的執行和其他的金錢請求權在實現上的關係等問題的討論順序，進行體系性的探索。此外，同樣是為了實現金錢的請求權，為了保全罰金刑的執行，基於前面為保全追徵的扣押的討論結果，從基本權干預

* 國立高雄大學法律學系教授兼法學院比較刑法研究中心(CrimLaw)主任、德國特里爾大學法學博士

的正當性基礎的要求以及過度禁止的角度，建議未來臨時保全措施也應將此目的納入。

關鍵字：扣押、假扣押、追徵、罰金、扣押登記、禁止處分

The seizure to ensure the execution of confiscation and fine

Jiuan-Yih Wu*

Abstract

In order to ensure the success of provisional attachment in Article 38 paragraph 1 and Article 38-1 paragraph 3 Criminal Code ROC. is The Code of Criminal Procedure of ROC. so written: “The owner, possessor, or custodian of the property subject to seizure may be ordered to surrender...”

According to Article 133-1, Paragraph 2 of the Criminal Procedure Law, the "subject to be seized" should be clearly written in the writ for Seizure.

Seizure is used to eliminate the property, by "realizing" his property to realize the claim of the price equivalent to the confiscation. This article wants to start from the legitimacy and nature of this seizure, in accordance with the order and execution of this temporary safeguard measure, and, when the party is not funded, to preserve the execution of execution and other monetary claims. The order of discussion of the relationship and other issues is systematically explored. In addition, in order to realize the claim of money, in order to preserve the execution of fines, based on the results of the previous seizure of seizures, from the perspective of the justification of the basic rights intervention and the excessive prohibition, it is recommended that the future temporary preservation Measures should also incorporate this purpose.

Key Words: Seizure, provisional attachment, compulsory collection, Fine, Seizure registration, Obstacle of Disposition

* Prof. Dr. Jiuan-Yih Wu, Ph. D. of Law University of Trier Germany Professor Department of Law National University of Kaohsiung (NUK) Director of the Center for Comparative Research in Criminal Law (CrimLaw) College of Law NUK.

壹、前言

2015年刑法的大事情是沒收由從刑的類型脫離，自為一個章節而成為刑罰和保安處分以外法律效果的第三軌，同時對應沒收標的的擴大，追徵的範圍也相對應地進行拓寬。追徵設定的肅清財產目的，想要成功實現而不至淪為一個空洞的宣告，需要及早掌握相對人的財產以便日後在執行階段有標的可供變價滿足。2016年刑事訴訟法加入第133條第2項規定了為保全追徵執行的扣押。相較於傳統的扣押對標的一律要求要「原物」，追徵則是從原物換算出相當的價值，也就是，「抵債」的概念，不過，這樣的關係並不是存在於私人之間，而是國家與個人，這描述的是一個國家的金錢請求權，追徵即以此來作為扣押的標的，於是有個個需求：「在未來，要有東西可以拿來抵債才行。」刑訴法¹第133條第2項描述了一個對此的暫時性的保全措施。無獨有偶的，2017年德國刑訴法對於「價值替代的沒收」（原來是用「追徵」來稱呼）的「重大假扣押」進行體系化的調整並且更名為「財產的假扣押」，透過體系性規定的優化，讓人可以更容易確定為保全追徵扣押的性質，且透過立法的理由，也可以立即掌握德國實行的經驗以及為提升效率的對策走向，提供了掌握為保全追徵執行扣押的思考切入非常有用的啟發。本文想根據德國立法的體系化架構的靈感當作研究的方法與現行規定進行比較，當有落差出現時，將從權利保障與有效執行追徵平衡的角度進行分析，並按照研究方法所形成的體系化架構逐項提出建議並且指出未來修法時應有的取向。

貳、保全追徵及罰金執行扣押的理論

為保全追徵執行扣押的理論，2017年新修的德刑訴法²的假扣押規定提供我們非常有用的啟發，在研究方法上，德國的經驗指出應該要從兩個層次的問題來展開，首先，是刑事訴訟上假扣押規定的正當性與命令的必要性。再來，對於所擔保的金錢債權發生債務人無清償能力時處理的原則及其例外。以下想循此所發展的思考脈絡來形成本文討論的理想架構。

¹ 刑訴法 = 刑事訴訟法

² 德刑訴法 = 德國刑事訴訟法

一、刑事訴訟上假扣押規定的正當性與命令的必要性

(一) 過度禁止原則

在判決確定前，國家為了實現其刑罰或者達到肅清行為人財產等公益的目的，如果想要保全與其金錢數額相當的行為人或者是他人財產的替代價值，需要限制他們對於財產權的處分，方法上，會有準用民事訴訟法的規定和在刑事訴訟法特別規定。這兩種思考，而這樣的情況正好就發生在德國，比方說，舊的德刑訴法第 111 條 d 第 2 項規定，準用德國民事訴訟法第 917 條的假扣押原因 (Arrestgrund)。為了能夠有效肅清，2017 年修法時，德國的立法者特別在刑事訴訟法規定財產價值替代的假扣押，也就是，專屬於刑事訴訟法的假扣押，就這一點，從有別於德國民事訴訟法的「重大的假扣押」(dringlicher Arrest) 而採取「Vermögensarrest」(財產的假扣押) 可以發現立法者想把這個機制設定在刑事訴訟法目的「專用」想法。自此之後，刑訴法的假扣押就只能用在根據刑法的國家請求權的目的滿足上面，並且排除了民事訴訟法的假扣押原因³。希望透過命令這個假扣押以及在執行假扣押命令的期間，這樣對於個人受德國基本法第 14 條所保障的財產權，造成可能的、密集的干預，過度禁止的原則就有機會可以被特別點出並且注意⁴。

(二) 必要性的判斷—雙軌原則

因為確定判決尚未作成，為了保障之後的財產肅清，是否對於扣押標的的價值替代先行扣押，在不確定的情況下，立法者賦予國家的刑事訴追一個裁量權，也因此機關的態度就轉趨被動與消極，例如，在德國，舊法對於刑事訴訟上的暫時性保全措施是根據「機會原則」(Opportunitätsprinzip)，而採取「『得』(Kann) 命令」的規定。按照德國聯邦刑事局的統計，在組織犯罪的情形，對照行為所得以及暫時性保全措施的金額所呈現的巨大落差，據此可以推得在一般犯罪的情形也應該相去不遠。可能的原因，應該是舊法機會原則的規定，實務上因為時間壓力與過度的工作負擔，在沒有拘束力之下，刑事訴追機關並不會主動命令並且執行暫時性的保全措施⁵。

為了提升使用率以強化肅清財產的功能，德國的新法原則上維持機會原則的規定，同時也採取「法定原則」(Legalitätsprinzip)，也就是，當有重大

³ Meyer Goßner/ Schmidt, 62. Aufl., 2019, § 111e Rn.5; Spillecke, in: KK-stop, 8. Aufl., 2019, § 111e Rn.4.; Huber, in: StPO, 3. Aufl., 2018, § 111e Rn.1.

⁴ 參見，BT-Drs. 18/9525, S. 49.

⁵ 對此，中文的介紹，可參考，吳俊毅，2017 年德國刑事訴訟法為保全追徵及罰金執行的假扣押 - 財產保障與刑事訴訟法上有效訴追執行需求權衡的啟發，月旦刑事法評論，第 7 期，2017 年 12 月，頁 58 以下。

的原因時，「應」（Sollen）命令刑事訴訟上的暫時性保全措施⁶。

二、無清償能力的情形—刑事訴訟法的假扣押與破產法

（一）法秩序單一性原則

刑事訴訟法的暫時性保全措施與破產法程序之間的關係也是首度明文規定德國刑事訴訟法，成為2017年修法的重點所在⁷。在這裡，有一個重大的、實務上的需求，亦即，在受害者的人數比較多或者是眾多的財產犯罪的案件，行為人的不法所得的相當價值，通常，只有一部分會被保全下來。至於行為人的其他財產，可能因為國家不知情或者由於根本就不存在，而無法被保全。結果是，這樣無法清償的情況，結構上會被當成是「破產（無清償能力）的狀態」（Insolvenzlage）。對此，會涉及到需要透過「物品的分配」（Güterzuordnung）來清償損失，性質上，這只是一個純粹的實體民法的問題。縱使這個機制明文規定到刑事訴訟法而披上刑事訴訟法規定的外衣，並且成為刑事訴訟法的措施，性質上，還是應該適用破產（無清償能力）的相關規定⁸。所以，按照法秩序單一性的原則（Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung），刑事訴訟法的暫時性保全措施與破產法的程序，所適用的規定應該都是相同的⁹。

（二）在適用上的關係

針對財產價值替代的暫時性保全措施，雖然是根據刑事訴訟法，想要達到的還是保障這個公益目的的實現：肅清財產。觀察這個措施所針對的標的的性質會發現，在這裡，仍舊是在解決行為人無清償能力這個「民法的問題」。儘管這個規範的標的立法者會用刑事訴訟法的條文來描述，並且視為是一個「刑事訴訟法的措施」，按照這個標的的性質，破產程序的相關規定還是應該優先適用的，刑法或刑訴法的規定只是在破產法沒有規定的地方補充地用來滿足無清償能力的需求。所以，一旦在適用時發生衝突的情況，在德國，刑訴法、刑法的暫時性保全措施就會變成是相對無效而必需退讓，並且讓破產法的規定享有優先性，亦即，根據刑訴法所命令的假扣押並不會因此產生阻止開啟破產程序的效果¹⁰。

⁶ Folker Bittmann, Zum Regierungsentwurf der Reform der Vermögensabschöpfung, KriPoZ 2/2016, S. 127.

⁷ Bittmann, KriPoZ 2/2016, S. 127.

⁸ Bittmann, KriPoZ 2/2016, S. 127.

⁹ Bittmann, KriPoZ 2/2016, S. 127.

¹⁰ Meyer Goßner/ Schmidt, 62. Aufl., 2019, § 111e Rn.2. Meyer Goßner/ Schmidt, 62. Aufl., 2019,

參、現行扣押的類型

按照扣押的標的，現行刑訴法規定了以下三種扣押。

一、證據、沒收標的的扣押

刑訴法第 133 條第 1 項：「可為證據或得沒收之物，得扣押之。」

按照刑訴法第 133 條第 1 項，對於證據的標的可命令扣押。此外，沒收的標的，像是，違禁物 (§38I 刑法)、可罰行為的工具 (犯罪所用、犯罪預備之物) 和可罰行為的成果 (犯罪所生之物) (§38II 刑法)、以及可罰行為的所得 (犯罪所得) (§38-1 I, II, IV 刑法)，按照刑訴法第 133 條第 1 項，縱使還沒有確定判決，也可以命令扣押。刑訴法第 133 條第 1 項描述了兩種扣押的類型。

二、為保全追徵的扣押

刑訴法第 133 條第 2 項：「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。」

如果應沒收的標的，因為其成分性質，全部或部分不能或者不宜沒收，則應轉而追徵與沒收標的價值相當的價額 (§§ 38 IV, 38-1 III 刑法)。對於這個價值替代，可以按照刑訴法第 133 條第 2 項命令扣押，是第三種扣押的類型。

肆、保全追徵執行扣押的法律基礎

刑訴法第 133 條第 2 項，描述的是為保全追徵扣押命令的實質要件。刑訴法第 133-1, 133-2 條則是以為保全追徵扣押命令的形式要件作為規範的標的，比方，命令的法官保留、申請機關以及形成決定的流程。於第 133-2 條第 3、第 4 項則是根據刑訴法第 133-1, 133-2 條命令的形式要件的例外。

刑訴法第 133 條第 3、第 5 項描述了扣押命令的執行階段，像是，指揮機關、輔助機關、實行的方式以及流程。

§ 111e Rn.5. 不過，對此，在修法前，德國實務上有批評的看法認為，這樣是多此一舉的，只是把規定弄得更複雜且不易達成目的，比方，Bittmann, KriPoZ 2/2016, S. 127.

在執行上，已經命令的扣押，按照刑訴法第 142-1 條可以因為提供一定的現金而撤銷扣押的命令。

最後，為保全追徵的扣押的效果以及與其他的金錢債權間的關係，是規定在刑訴法第 133 條第 4 項。

伍、保全追徵執行扣押的命令

一、保全追徵執行扣押的性質及其正當性

刑訴法第 133 條第 2 項：「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。」

追徵標的暫時性保全措施，儘管刑訴法第 133 條第 2 項以「扣押」來稱呼，由於不涉及到事實的確定或者可罰行為實行的工具、成果、所得等沒收的標的，而是作為這些沒收標的的「價值替代」，是為了達到肅清財產的目的，「金錢債權」是這個保全措施的標的¹¹。民事訴訟法第 525 條第 1 項：「債權人就金錢請求或得易為金錢請求之請求，欲保全強制執行者，得聲請假扣押。」刑訴法第 133 條第 2 項的扣押涉及到的也是民法的問題，而且也是為了保全金錢債權的實現，觀察所針對的標的的性質會發現，在這裡，仍舊是在解決行為人無清償能力的民法問題，性質上，根本就是一個「規定在刑訴法的假扣押」。

二、命令的實質要件

刑訴法第 133 條第 2 項：「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。」

這個規定描述了命令保全追徵扣押的實質要件，也就是，在決定「是否」對追徵標的使用扣押時所要考慮的條件。

（一）嫌疑保留的要求

要命令保全追徵的扣押，追徵前提的存在是命令的關鍵，應該根據具體的事實認為有實現追徵的前提事實，也就是，要有實現追徵前提的嫌疑即可。不過，對此刑訴法第 133 條第 2 項並沒有明文，而應該理解為一個不成文的構成要件要素。

¹¹ 在德國，類似的看法，Alfred Dierlamm, StV, 8/2016, S. 1.; Bittmann, KriPoZ 2/2016, S. 127.

(二) 扣押的標的

追徵的標的是措施的標的。其係從原物所換算出來的相當價值，是沒收標的的價值替代，亦即，是一個金錢的債權，或是一定的金額。

(三) 必要性

保全未來追徵的執行是命令刑訴法第 133 條第 2 項扣押所要達到的目的。

(四) 扣押措施

理解上，應該跟擺在後面談的命令的效果一起觀察。決定機關應該認識到，刑訴法第 133 條第 2 項的扣押，會造成相對人的、與扣押標的的相當的金額的財產處分可能的限制，特別是對於財產處分自由的影響。

(五) 比例原則的注意

有別於上述的條件，在逐項且全數符合後會達到「可以命令保全追徵執行的扣押」的結論。這是一個反面的實質要件。按照比例原則，如果答案是否定的，則立刻可以作成「不得命令保全追徵的扣押」的結論。在操作上，可以考慮，比方，價值替代的金額如果過低，就不得命令保全追徵的扣押¹²。

三、命令的形式要件

保全追徵的扣押，性質上是一個假扣押。性質上，金錢債權或者一定的金額就是這個扣押的標的。所以，在命令當中並不需要且還不能特定相對人的具體財產。也就是，扣押命令的標的並不是針對有體物，而是針對一個「權利」或是「債權」。針對證據或者沒收標的「原物」的刑訴法第 128¹³、第 128-1 條，在這裡就不能直接適用。所以，刑訴法第 133-1 條，第 133-2 條第 1 與第 2 項是命令保全追徵扣押的形式要件。也就是涉及到決定機關在「如何」形成命令或者不命令決定所根據的條件。

¹² 最高法院 105(2016) 年度台抗字第 382 號裁定。

¹³ 刑訴法第 128 條第 2 項：「(I) 搜索，應用搜索票。(II) 搜索票，應記載下列事項：一、案由。二、應搜索之被告、犯罪嫌疑人或應扣押之物。但被告或犯罪嫌疑人不明時，得不予記載。三、應加搜索之處所、身體、物件或電磁紀錄。四、有效期間，逾期不得執行搜索及搜索後應將搜索票交還之意旨。(III) 搜索票，由法官簽名。法官並得於搜索票上，對執行人員為適當之指示。(IV) 核發搜索票之程序，不公開之。」緊接搜索之後的扣押，因為其標的只限於「應扣押之物」，亦即，有體物。刑訴法第 128 條因此不能當作為保全追徵的扣押命令的形式要件。

刑訴法第 133-1 條：「(I) 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者外，應經法官裁定。(II) 前項之同意，執行人員應出示證件，並先告知受扣押標的權利人得拒絕扣押，無須違背自己之意思而為同意，並將其同意之意旨記載於筆錄。(III) 第一項裁定，應記載下列事項：

一、案由。

二、應受扣押裁定之人及扣押標的。但應受扣押裁定之人不明時，得不予記載。

三、得執行之有效期間及逾期不得執行之意旨；法官並得於裁定中，對執行人員為適當之指示。

(IV) 核發第一項裁定之程序，不公開之。」

刑訴法第 133-2 條：「(I) 偵查中檢察官認有聲請前條扣押裁定之必要時，應以書面記載前條第三項第一款、第二款之事項，並敘述理由，聲請該管法院裁定。(II) 司法警察官認有為扣押之必要時，得依前項規定報請檢察官許可後，向該管法院聲請核發扣押裁定。…

(V) 第一項及第二項之聲請經駁回者，不得聲明不服。」

(一) 扣押命令

為保全追徵執行的扣押的命令，根據刑訴法第 133-1 條第 1 項「應經法官裁定」，當法院決定的內容不涉及可罰性或者法律效果，而是涉及到程序的措施，應該以裁定對外公開其決定。理解上，這個命令應該以書面的方式作成，這裡有一個要式性的要求。

對於扣押命令的標的，在內容上，刑訴法第 133-1 條第 1 項第 2 款以「應扣押的標的」來稱呼。由於這個扣押具有假扣押的性質，係為了保障金錢債權在未來的執行，在作法上，應該以「相當的金額」來確定這個沒收標的或者不法所得的價值替代¹⁴。

(二) 決定機關—法官保留原則

按照刑訴法第 133-2 條第 1 項、刑訴法第 133-3 條第 2 項，刑事訴訟程

¹⁴類似的作法，在德國，比方，德刑訴法第 111 條 e(保全價值替代沒收的財產假扣押)：「(1) 認為有沒收價值替代的前提，為了保全執行，得對相對人的動產及不動產命令財產假扣押。對此認為係根據重大理由時，應命令財產假扣押。(2) 為保全罰金刑以及可預期之刑事程序費用的執行，當對被告已作成判決或是處刑命令裁定，亦得命令財產假扣押。(3) 為保全執行費用不適用之。(4) 應保全的金錢請求權應在命令中指明。此外，命令中確定的金額，相對人得交付保證金而免除假扣押執行，並且請求撤銷執行假扣押，民事訴訟法第 108 條準用之。…」

序全程一律由法院來命令為保全追徵執行的扣押。

(三) 聲請機關

偵查中，由主導程序的檢察官對管轄法院提出保全追徵扣押命令的聲請 (§ 133-2 I 刑訴法)。

在司法警察主導的調查程序，在獲得該管檢察官同意下才能由其提出保全追徵扣押命令的聲請 (§ 133-2 II 刑訴法)。不過，這是「套用扣押」下來的推論，實際上，因為程序還處在起步階段，命令扣押的標的以及相對人是否陷入無資力都還不明確，這樣的情況發生在調查程序，想像上應該是不多的。

所以，在偵查中或調查中，檢察官是唯一的保全追徵扣押命令的有權聲請機關。

(四) 決定流程

偵查中，法院根據檢察官的聲請，調查中，法院則是根據在檢察官同意下的、由司法警察提出的聲請。至於聲請的內容，至少應由刑訴法第 133-2 條第 1 項的應記載事項組成並以書面方式作成。法院收到書面聲請後，應該審查是否具有刑訴法第 133 條第 2 項的命令的實質要件的事實，按照審查的結果認為答案是肯定並且應該支持聲請時，應該以裁定方式命令為保全追徵執行的扣押，反之，則應該以裁定方式駁回聲請。

在審判中，由法院依職權並按照上述流程審查是否具備命令的實質要件，然後以裁定方式命令為保全追徵執行的扣押。

以上法院的審查過程對外保密 (§ 133-1 IV 刑訴法)。

對於法院駁回聲請之裁定，聲請機關不得聲明不服 (§ 133-2 V 刑訴法)，但解釋上，並不禁止其補充相關事實之後重新提出聲請。相反地，對於法官的命令，如果相對人不是被告，則不得透過提出抗告進行以推翻法院的裁定命令 (§§403 I, 404 I 第 2 款 刑訴法)。

(五) 例外的情形

1、同意扣押

刑訴法第 133-1 條：「(I) 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者外，應經法官裁定。(II) 前項之同意，執行人員應出示證件，並先告知受扣押標的權利人得拒絕扣押，無須違背自己之意思而為同意，並將其同意之意旨記載於筆錄。…」

按照刑訴法第 133-1 條第 1、第 2 項，在取得相對人同意下，可以在無法官的命令下執行為保全追徵執行的扣押。

步驟上，這個同意應該如此取得。首先，執行的公務員有表明身份的義務，同時，也應該口頭告知相對人為保全追徵扣押命令的應記載事項。相對人在充分了解以及思考之後，自願放棄自己對於特定的、用來保全金錢債權的動產或是不動產的完整權利。

不過，相對於證據標的或者沒收標的的扣押，性質上，由於標的及其範圍是更不明確的，這樣的情況實在是殊難想像。

2、情況急迫

刑訴法第 133-2 條：「…（III）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。

（IV）前項之扣押，由檢察官為之者，應於實施後三日內陳報該管法院；由檢察事務官、司法警察官或司法警察為之者，應於執行後三日內報告該管檢察署檢察官及法院。法院認為不應准許者，應於五日內撤銷之。」

例外地，當情況急迫時，似乎是因為在調查中事實尚不明確而顯得實益不大而僅限於偵查中，在欠缺法官的命令下，檢察官與司法警察可以執行位保全追徵執行的扣押（§ 133-2 III 刑訴法）。所謂情況急迫，是指按照刑訴法第 133-2 條的程序提出聲請並且等待法院的命令，這當中所引起的時間耗損，可能危及扣押命令的目的或者使得扣押命令失去意義。

實行扣押命令結束後，實際執行扣押命令的檢察官或司法警察對於屬於決定機關的該管法院有報告的義務，且應該在三天之內實行此義務（§ 133-2 IV 刑訴法）。法院的審查標的，除了是否具有刑訴法第 133 條第 2 項的命令的實質要件，還要審查是否當時具有情況急迫的事實，根據審查結果認為答案是否定時，應該在五天之內撤銷此扣押。反之，在答案是肯定時，法院應該如何處理，則沒有明文，解釋上，法院仍應以裁定的方式確認此扣押執行的合法性，且也應該盡快完成此確認。

陸、保全追徵執行扣押命令的執行

一、指揮機關

執行為保全追徵執行扣押命令的指揮機關，立法者對此並沒有明文，應該可以準用刑訴法第 128-2 條，審判中是法院，偵查中是檢察官，調查中則由司法警察指揮。

二、輔助機關

執行為保全追徵執行扣押命令的輔助機關也是不清楚，考慮此需求：「營造一個便利實行扣押命令的環境」，司法警察機關應該是適合用來滿足此需求的機關。也可以準用刑訴法第 128-2 條，審判中在法院的指揮下，偵查中在檢察官的指揮下，讓司法機關參與為保全追徵執行扣押命令的執行程序。

三、執行的方式

刑訴法第 133 條：「…

(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) 對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之方法為之。

(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。…」

刑訴法第 133 條第 2 及第 5 項，執行為保全追徵執行扣押命令時，方法上，應該針對被告或者他人的財產。這裡的財產，解釋上，除動產、不動產、還包含權利。現金，解釋上也可以被這個財產概念所包含，不過，因為被當作是撤銷扣押命令的前提，將放在為保全追徵扣押命令撤銷的段落討論¹⁵。

為了達到執行扣押命令的動產的禁止處分的效果，技術上，採取設定擔保物權方式的思考。按照刑訴法第 133 條第 3 項，「由應扣押物之所有人、持有人或保管人，因為要求而主動提出或交付」，解釋上，對於動產，應該由國家取得對於扣押標的價值相當的動產的「占有」。這個占有的來源，可能是經過被告同意 (§ 133 III 刑訴法) 或者是在違反其意願下取得。

保全追徵執行扣押命令的執行規定，性質上應該是一個「擔保物權」的規定，也就是說，在執行的方法上，應對於動產（直接適用民法第 884 條設定質權）或者不動產設定擔保物權的方式，亦即「扣押登記」 (§ 133 IV 刑訴法)，作法上如同不動產登記或者法定的動產擔保交易登記。

另外，按照刑訴法第 133 條第 4 項，相對人如果對他人擁有債權也認為

¹⁵ 本文，捌。

可以扣押，至於如何藉此來達成扣押的目的似乎沒有明文。

四、執行的程序

首先，現場指揮以及參與執行的輔助機關應出示服務證件表明身份，然後出示扣押命令的書面（扣押裁定）。接下來進入命令的執行，對此，應該準用刑訴法第 132-1 條，除了審判階段，偵查中或審判中，指揮與輔助執行的機關直接對於命令的法院有覆命的義務。應該報告命令執行的成效。

柒、保全追徵執行扣押命令的撤銷

刑訴法第 142-1 條：「(1) 得沒收或追徵之扣押物，法院或檢察官依所有人或權利人之聲請，認為適當者，得以裁定或命令定相當之擔保金，於繳納後，撤銷扣押。(2) 第 119 條之 1 之規定，於擔保金之存管、計息、發還準用之。」

扣押命令的撤銷，由於沒收的標的涉及到可罰行為的事實調查，解釋上，應該只及於追徵的標的，為了追徵要求的金錢請求權的執行，至少也應該繳納與其相同的金額，藉此解除因為國家對執行扣押命令標的的動產或不動產的擔保物權設定，特別是，扣押登記，所造成的財產權干預的狀態。

捌、保全追徵執行扣押命令的效力

一、追徵標的禁止處分

刑訴法第 133 條：「…

(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) 對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之方法為之。

(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。」

按照刑訴法第 133 條第 5、第 6 項，為保全追徵執行的扣押命令有禁止

處分的效力。措施的相對人，因為執行這個扣押命令而在他的特定的動產、不動產或船舶飛機設定擔保物權，相對人於這些動產或是不動產處分的可能性會受到限制，比方，移轉所有權、設定負擔。討論上比較有實益的，應該是以登記方式才能處分的動產或是不動產。

除此之外，按照刑訴法第 133 條第 5 條，扣押命令的相對人如果擁有債權，也有禁止處分的效果。對此，按照債權的內容，如果是金錢債權，應該待其清償時再針對因此所取得的是動產或是不動產執行扣押命令。實際上會回歸到同條第 6 項的情況，另外，在操作上是否可行也是頗有疑問的。

二、與其他金錢債權間的關係

因為執行為保全追徵執行扣押的命令而由刑事訴追機關占有或者完成登記的動產、不動產，如果其他的人對於相對人也有金錢債權，並且也對前述的動產或不動產設定了擔保物權，像是，抵押權，應該分成兩個層次來討論。

（一）沒收標的的價值替代與其他金錢請求權的關係

沒收標的的價值替代描述的是一定的金額，也是一個金錢的請求權，存在於國家與個人之間，按照法秩序單一性原則，（民事法院）實務上認為，因為這個扣押的目標並不是特定之物，相對於其他人對於措施相對人的金錢請求權，並沒有優先性¹⁶。

（二）相對人無資力的情形

根據刑訴法第 133 條第 6 項，因為執行為保全追徵執行扣押的命令的禁止處分效力，只是在限制「措施相對人」對於執行標的動產或不動產的財產權引起變動的可能性，性質上也是一個「假扣押」¹⁷。

當相對人陷入無資力時，他人的金錢債權，相對於國家因為扣押命令所取得者，在分配的次序上，後者並沒有優先性¹⁸，國家與其他人地位平等一同參與分配，如有設定擔保物權，也應該按照發生的先來後到，依照順序獲得變價金額的分配¹⁹。

此外，如果相對人無資力發生時，刑事訴訟程序還沒有結束，可否對執

¹⁶ 臺灣高等法院暨所屬法院 100(2011) 年法律座談會民執類提案第 21 號。

¹⁷ 最高法院 105(2016) 年度台抗字第 382 號裁定。

¹⁸ 實務上，相同的看法，比方，臺灣高等法院暨所屬法院 100(2011) 年法律座談會民執類提案第 21 號、臺灣高等法院暨所屬法院 105(2016) 年法律座談會民執類提案第 9 號。

¹⁹ 實務上，相同的看法，比方，臺灣高等法院暨所屬法院 100(2011) 年法律座談會民執類提案第 21 號、臺灣高等法院暨所屬法院 105(2016) 年法律座談會民執類提案第 9 號。

行標的進行變價。對此，刑事法院與民事法院是不同調的，或許基於追徵目的有效達成的觀點，刑事法院持反對立場²⁰，相反地，民事法院則是持贊成的立場²¹。按照法秩序單一性原則，不用等到刑事訴訟程序終結即可進行變價，比方，拍賣，剩餘的金額由國家提存，等到確定判決之後再決定是否以及如何區分。

三、被害人因為可罰行為所生的金錢債權不具有優先性

刑訴法第 142 條：「扣押物若無留存之必要者，不待案件終結，應以法院之裁定或檢察官命令發還之；其係贓物而無第三人主張權利者，應發還被害人。」

當沒收標的原物已經不存在或者難以執行，而是必須追徵其變價，刑訴法第 142 條在這種情形並不能適用且因此推得，被害人因為可罰行為而取得的金錢債權，在實行時相對於其他金錢請求權具有優先性。近來，像是在電信詐欺罪的案件，被害人印為行為人的詐欺而透過匯款轉帳到行為人指定帳戶的方式所損失的金錢數額，該帳戶裡的金錢數額後來被刑事訴追機關視為是不法所得，為未來執行追徵而加以扣押，被害人必須參與分配，縱使是非常確定這筆錢是他剛剛才轉過去的。目前，被害人只能根據刑事訴訟法第 473 條第 1 項：「沒收物、追徵財產，於裁判確定後一年內，由權利人聲請發還者，或因犯罪而得行使債權請求權之人已取得執行名義者聲請給付，除應破毀或廢棄者外，檢察官應發還或給付之；其已變價者，應給與變價所得之價金。聲請人對前項關於發還、給付之執行不服者，準用第 484 條之規定。」被害人必須在確定判決後一年之內根據民事訴訟法另外提起訴訟並且即時取得執行名義，檢察官是不等人的，也就是說，被害人必須跟時間賽跑，一旦自己或者法院的動作太慢，超過一年之後，國家可以將帳戶的金錢數額執行追徵。同樣是財產利益受到侵害，這樣是與和刑訴法第 142 條到贓物優先發還在對待上不同調的。

²⁰ 比方，臺灣高等法院 106(2017) 年度參字第 2 號刑事裁定。

²¹ 這是從修法(2016 年)之前即延續下來的看法，是，司法院院解字第 3855 號、臺灣高等法院暨所屬法院 100(2011) 年法律座談會民執類提案第 21 號、臺灣高等法院暨所屬法院 105(2016) 年法律座談會民執類提案第 9 號。

玖、檢討與建議

一、保全罰金的執行納入命令扣押的目的

現行刑訴法對於可能宣告的罰金刑，並沒有特別為此規定的保全執行的措施，實務上，沒收剩餘或者追徵剩餘的價值，推測應該就直接被國家拿走，在宣告科以罰金時直接拿扣除追徵所剩下的部分來繳納實行。

執行確定的罰金刑時描述了對於行為人財產權的剝奪。這個財產也不是犯罪沒收的標的，而是在實現一個金錢的請求權，特別是在行為人無資力時，會透過其他財產的變價來實現。就這一點，用來保全追徵扣押命令的執行方法，在功能上似乎也可以用來實現保全罰金刑的執行。未來，建議在修法時考慮增加保全罰金刑執行的目的，當第一審判決處以罰金時，可據此命令扣押以作為限制人民財產權的正當性基礎。也藉此凸顯是為了達成刑事訴訟上的保全目的而成為刑訴法假扣押的法律基礎。

二、保全追徵扣押命令的前提

按照刑法第 38 條第 4 項、第 38-1 條第 5 項，追徵的標的是指，因為不能或難以針對可罰行為實行與準備的工具、可罰行為的結果、違禁物以及可罰行為的所得沒收，基於肅清財產的目的，而要相對人繳交與沒收標的相當的金額。

性質上，追徵的標的是沒收標的（原物）的價值替代。國家因此對行為人有一個金錢的請求權。在此情形，按照刑事訴訟法命令的保全措施，目的是為了保全追徵的執行，這一點，也應該是必要性的內容，不過，刑訴法第 133 條第 2 項並沒有寫到。未來修法時，建議可以參考德國刑訴法第 111 條 e 第 1 項²² 補充命令目的這樣的實質要件：「可認為，有符合追徵前提的事實時」或者「根據具體事實可認，有符合追徵的前提時」。

²² 德刑訴法第 111 條 e(保全價值替代沒收的財產假扣押)：「(1) 認為有沒收價值替代的前提，為了保全執行，得對相對人的動產及不動產命令財產假扣押。對此認為係根據重大理由時，應命令財產假扣押。(2) 為保全罰金刑以及可預期之刑事程序費用的執行，當對被告已作成判決或是處刑命令裁定，亦得命令財產假扣押。(3) 為保全執行費用不適用之。(4) 應保全的金錢請求權應在命令中指明。此外，命令中確定的金額，相對人得交付保證金而免除假扣押執行，並且請求撤銷執行假扣押，民事訴訟法第 108 條準用之。(5) 第 102 條至第 110 條準用之。(6) 支付規定第 324 條之命令不得牴觸第 1 項。」

三、保全金額應列為扣押命令的應記載事項

為了保全追徵執行或者罰金執行的扣押的標的，是一個金錢請求權，不過，書面命令，扣押裁定（§ 133-1 III 第2款刑訴法）的應記載事項卻沒有把金錢債權的金額列入，而只是寫「應扣押的標的」，這並非「命令扣押的標的」而是「執行扣押命令的標的」，需要待相對人無資力時才會進入討論。以「執行扣押命令的標的」來設定擔保物權的動產或不動產，所根據的標準需要從所擔保的金錢債權的金額去換算，這一點需要寫在扣押命令當中，所以，金錢債權才是為保全追徵執行的扣押命令的標的。未來，應該在修法時參考德國刑訴法第111條e第4項²³，特別在刑訴法第133條第2項後段補充，確定要保全的追徵或者罰金的金額。

四、保全追徵與罰金執行扣押命令的效力

執行追徵以及罰金刑時，這個金錢請求權既不是證據的標的，也不是可罰行為實行與準備的工具、可罰行為的結果或是違禁品等沒收的標的。在確定判決前的扣押命令執行時，措施相對人的動產或不動產的自由處分可能性會遭到限制，等同於對於行為人財產權的嚴重干預²⁴。

按照刑訴法第133條第6項，刑訴法第133條第2項的保全追徵執行的扣押，與民事訴訟法的假扣押地位相同。保全追徵執行扣押的標的：價金，是一個國家對於相對人的金錢請求權，也就是「國家的資產」。就這一點，與其他的金錢債權或者一般的債權並沒有什麼特殊之處。也因此，在實現時，也就沒有優先性可言。這個扣押執行效力的規定指出了法秩序單一性的原則，刑訴法為保全追徵執行的扣押，性質上也只是一個為了實現金錢債權的假扣押而已。

為了保障金錢債權的實行，根據民事訴訟法第522條第1項，判決前可命令所謂的假扣押措施。在德國，為了保全追徵以及罰金刑的執行，才能命令類似刑訴法第133條第2項的扣押，性質上，刑訴法第133條第2項也可應該理解為「刑訴法的假扣押」。

未來修法時，為了讓規定能更方便掌握並且操作，可以考慮，按照保全追徵與罰金刑執行扣押的性質及其效力的規定分開，作體系性的規範。

²³ 同註18。

²⁴ Spillecke, in: KK-StPO, § 111e. Rn.9.

五、為保全追徵執行扣押命令的執行方式

關於保全追徵執行扣押命令的執行，係採取設定擔保物權的方式，對此，刑訴法第 133 條第 4 項的設計是正確的。解釋上，對於動產，就直接適用民法第 884 條設定質權，由國家取得對於扣押標的動產的占有。

保全追徵執行扣押命令的執行規定，性質上應該是一個「擔保物權」的規定，也就是說，在執行的方法上，應按照動產或者不動產設定擔保物權的方式。所以，若行為人對他人有債權，從方便操作的角度，應該等待對方有清償的動作，再根據所給付的標為究為動產抑或是不動產來設定擔保物權。建議未來刪除刑訴法第 133 條第 5 項。

六、債務人無資力時的情況與被害人優先性

在我國，在追徵的情況以及因此所命令的扣押，因為非針對贓物或不法所得的「原物」，且是為了達到肅清財產的目的，刑訴法第 142 條贓物發還被害人的優先權，在這裡並不能適用。一旦無法沒收原物而落到需追徵其替代價值，特別是在財產不夠分配時²⁵，被害人也應該可以取得一個因為可罰行為實行的金錢請求權，目前，按照現行刑訴法，並沒有阻止其他公私原因請求權的效果，就保全追徵執行的扣押，被害人並未享有優先性，他只能根據刑訴法第 473 條第 1 項，在裁判確定後一年之內提出發還追徵財產的聲請，不過，在作法上，他只能循民事訴訟法的管道確定自己對行為人具有債權並且據此取得執行名義方能獲得刑事法院的支持而取回被認為應追徵的財產，但因為時間的壓力而有失敗的風險，同樣是因為可罰行為而遭到財產權的侵害，為何刑訴法第 142 條贓物發還被害人地作法產生分歧，對此似乎也缺乏合理化的基礎，也不利於「行為人與被害人之間的和解」，建議未來也可以參考德刑訴法第 111 條 I 第 1 項²⁶，且不論刑訴法的假扣押或其他人的權利發生在先，在這裡，描述了一個「破產確定力的例外」(Außnahme der Insolvenz-Festigkeit) 的情形，「對待善意者」(Gläubigerbehandlung) 原則在這裡可以適用，相對於可罰行為的被害人因此所產生的請求權若已經依據民事訴訟法實行假扣押，國家肅清財產的利益以及其他公私的請求權實現的利益皆必需退讓²⁷。

²⁵ Meyer-Goßner/ Schmidt, StPO, § 111i Rn.1.

²⁶ 德刑訴法第 111 條 i (破產程序): 「(1) 當中至少一位行為的被害人有所得價值替代的請求權且對債務人的財產開啟破產程序，一旦破產的扣假押可涵蓋此權利，標的以及對此估價所獲得價金的保全權利無效。...」

²⁷ Köhler, StPO, § 111i Rn.1.

七、停止執行保全追徵的扣押命令

刑訴法第 142-1 條：「(1) 得沒收或追徵之扣押物，法院或檢察官依所有人或權利人之聲請，認為適當者，得以裁定或命令定相當之擔保金，於繳納後，撤銷扣押。(2) 第 119 條之 1 之規定，於擔保金之存管、計息、發還準用之。」

按照刑訴法第 142-1 條，扣押的執行可以撤銷。解釋上，應該是指停止執行扣押的命令。根據申請，法院或檢察官認為適當時，可以停止執行扣押的命令。這裡會面臨一個問題，要跟什麼標準來認定。對此，德刑訴法第 111 條 g 所列舉的情況可以作為思考的切入點。比方，為了停止對追徵所要求的金錢請求權的執行，至少也應該繳納與其相同的金額。此外，如果因為扣押執行，造成被告無法使用扣押標的來支付辯護的費用或者個人或家庭生計的費用，此時國家保全追徵的利益似乎也變成是相對的而應該退讓。此時皆可透過撤銷扣押命令，藉此解除因為國家對扣押標的的擔保物權設定所造成的財產權干預的狀態。

未來修法時，建議參考可刑訴法第 111 條 g²⁸，修改刑訴法第 142-1 條，明定扣押命令撤銷僅限於保全追徵，且保證金不得超過追徵價金的金額。以及，根據被告的申請，他的辯護費用、個人或者家用費用會因為扣押而無法支付，也可以撤銷為保全罰金執行扣押的命令。

拾、結論

- 一、為了保全追徵執行的扣押，僅為了刑事訴訟上的原因才能命令，性質上是規定在刑訴法的假扣押。
- 二、這個假扣押的目的在於肅清財產，命令需要根據事實認為有追徵的前提，但對此卻沒有明文。沒收標的的價值替代，也就是，金錢請求權，是這個扣押命令的標的，金額有多少應該在命令當中明確記載。就這一點，具有相似性的罰金，為保全罰金執行的扣押，就基本權干預正當性的角度，因此引起的基本權干預需要有以此為扣押目的的明文。以上在未來修法時都應該補充規定。
- 三、在命令執行階段，對於動產或者不動產設定擔保物權會發生禁止處分的效果。在相對人無資力時，對於前述的動產或不動產，追徵標的的金錢

²⁸ 德刑訴法第 111 條 g(停止假扣押的執行)：「(1) 相對人存入依第 111 條 e 第 4 項確定的金額，則停止執行措施。(2) 罰金或預期會產生的刑事程序的費用的假扣押可依被告的申請停止，若被告需要擔保的標的來支付他的辯護費用、個人或者家計的費用。」

請求權與其他的請求權，在實現上，前者並沒有優先性。

- 四、行為人的財產不足分配時，滿足被害人因為可罰行為所生的金錢請求權的優先性是規範上面的漏洞，對照贓物優先發還的規定，實無必要在這裡有差別處理，未來也可以考慮補充規定，當其他依據民事訴訟法或其他公私原因也對於相同的標的實行假扣押時，連同刑訴法的假扣押都必須退讓。
- 五、由於追徵的標的並不確定，德國實行的經驗指出，為保全追徵執行的扣押的使用率因此偏低，也造成執行不彰的結果。未來，可以觀察德國新法命令強制的相關司法統計資料，如果對策奏效，可以考慮引進以提升命令與執行的效率。

