109 年公務人員特種考試司法官考試第二試及109 年專門職業及技術人員高等考試律師考試第二試評分要點及閱卷委員的話

科目：刑法與刑事訴訟法

第一題

【總體說明】

本題所涉及的爭點，首先是刑法總則中關於教唆犯與正犯之間的爭議問題，包括被教唆人的等價客體錯誤與逾越教唆範圍之行為，此等情形，之於教唆人而言，應如何評價；以及融合刑法總則與刑法分則之爭議問題，亦即犯人唆使他人頂替與被告唆使證人偽證兩種行為，對教唆人應如何評價。

就刑法分則之爭點，除了測試應考人是否瞭解妨害司法罪章之意圖隱匿犯人頂替罪與偽證罪之構成要件外；就人格法益部分，測試應考人是否瞭解重傷概念；就財產法益部分，則測試應考人是否可以分辨恐嚇得利罪中不法所有意圖之欠缺與恐嚇危害安全罪之關係，以及強盜罪中的強制手段與取得財物之間的目的連結有所欠缺，應如何評價爭議。

本次刑法試題橫跨國家法益、個人財產及人格法益、多種犯罪及正犯與共犯、錯誤與主觀犯意及因果關係之判斷；應考人若沒有仔細分析題目內的各層次架構及學說與實務不同見解，不易拿到高分。

【評分要點】

一、 關於丙的部分

（一）丙向警局宣稱自己犯案，可能成立頂替罪（刑法§164 II）

乙成立傷害等罪，自屬犯人。丙對警方冒稱自己才是真正犯人，該當頂替行為。丙主觀上具有故意，並出於使乙受到隱避的意圖。故丙成立頂替罪。

（二）丙於「偵查程序」中之作證行為，可能成立偽證罪（刑法§168）

丙於對乙之偵查程序中作為證人，具結後虛偽陳述，表明自己才是犯人，乃是就案情有重要關係的事項而為虛偽陳述，故丙成立偽證罪。

（三）丙向「法院」表明自己犯案，亦成立偽證罪（刑法§168）

（四）競合

1、丙先後兩次違犯之偽證罪，依實務見解，因屬同一案件，故僅論一罪（亦可以說理方式採學說上不同看法，亦即以待證事實為判準，或以審級為判準，認為成立二罪）。

2、丙先後所為的頂替罪、偽證罪，雖均出於庇護乙的意思，但係分別為之，應成立實質競合。

二、 關於乙的部分

（一）乙毆打Ｂ，可能成立重傷罪（刑法§278 Ⅰ）

乙持短棍痛毆Ｂ，致其右手臂骨折，似已達到毀敗或嚴重減損一肢機能的程度（刑法第 10 條第 4 項第 4 款）。然而，依實務見解，手臂機能在經過相當診治後而能回復原狀，或診治後僅減損其效用，即不能評價為重傷。依題意，Ｂ經醫治後，右臂仍如往常舉動施力，只能評價為受輕傷。故乙不成立重傷罪。

（二）乙毆打Ｂ，可能成立傷害罪（刑法§277 Ⅰ）

乙毆打Ｂ的行為，雖未造成Ｂ受重傷，仍造成Ｂ有瘀傷與手臂骨折，故成立傷害罪。此外，乙雖誤Ｂ為Ａ而毆打，但此屬不影響故意的等價客體錯誤，乙仍具傷害Ｂ之故意。故乙之傷害罪並不因客體錯誤而受影響。

（三）乙應成立刑法第 305 條恐嚇危害安全罪

乙警告B若不償還債務，下次將打的更兇，此屬未來惡害告知之恐嚇行為，惟因係為甲催討已屆期且無抗辯存在的債權，故主觀上欠缺為自己或第三人不法所有之意圖，自不成立刑法第346條恐嚇取財罪，而應成立刑法第305條恐嚇危害安全罪。

（四）乙取走B手錶，可能成立加重強盜取財罪（刑法§330 I）

乙以短棍對B實行毆打與警告償債債務之惡害告知後，才發現B手戴名貴手錶，並利用B的不敢抗拒狀態取走該錶，由於乙的強暴、脅迫與取物之間欠缺目的連結關係，不該當以強暴或脅迫，至使不能抗拒，而取他人之物的強盜罪構成要件。故乙不成立加重強盜取財罪。

（五）乙取走B手錶，可能成立加重竊盜罪（刑法§320 I③）

乙取走B的手錶，係破壞B對物之持有，建立自己新的持有關係，屬竊取行為（竊取不需趁原持有人不知悉，重點在於未得同意），且主觀上具有為自己或他人不法所有意圖。此外，乙竊取B手錶時，手持短棍，短棍乃具客觀危險性之器械，屬兇器，故乙成立攜帶兇器加重竊盜罪。

（六）乙指使丙承認犯案，可能成立教唆頂替罪（刑法§§164 II, 29）

丙成立頂替罪，已如前述，乙雖唆使丙頂替自己，但乙本身乃犯人，多數文獻見解與實務看法，認為刑法第164條藏匿犯人罪，不包含犯人的自行隱避，至於犯人唆使他人頂替自己，亦本於欠缺期待可能性，不成立本罪的教唆犯。（文獻亦有採肯定見解者，認為犯人自行隱避固屬不罰，但犯人唆使他人頂替自己，已超出容許的自我庇護不罰範圍，屬防衛權的濫用）。

（七）乙指使丙在法院表明自己犯案，可能成立教唆偽證罪（刑

法§§168, 29）

丙成立偽證罪，已如前述，而教唆者乙則是本案被告，乙是否成立本罪的教唆犯，實務與學說有所爭議。文獻與實務主要採肯定見解，認為被告為求脫罪，積極教唆他人犯偽證罪，仍應成立本罪的教唆犯，理由在於，此舉仍可能使法院誤信該證人的虛偽證言而造成誤判，嚴重侵犯司法審判的公正性，已逾越法律賦予被告防禦或辯護權的範圍。（文獻有採否定看法者認為，既然被告湮滅證據，無論自行為之，抑或教唆他人為之，皆因欠缺期待可能性而不成立犯罪，則被告教唆證人虛偽陳述，亦應根據同一法理而不成立偽證罪的教唆犯）

（八）競合

乙所犯教唆偽證罪，與乙先前所犯之傷害罪、恐嚇危害安全罪、加重竊盜罪成立實質競合。

三、 關於甲的部分

（一）甲可能成立傷害罪的教唆犯（刑法§§277 I, 29）

甲教唆乙去傷害A，惟乙將B誤認為A而痛毆，與甲教唆傷害之人並不相符，此錯誤對甲來說究竟應如何評價？

1、實務見解與學說見解認為，被教唆人的客體錯誤，並不影響教唆人的責任；較具保留的文獻則認為，只要教唆人把「將被害人特定」的任務交給被教唆人，則該特定過程的錯誤只要符合一般生活經驗，而在可預期範圍內，自不影響教唆犯的成立。故甲成立傷害罪之教唆犯。

2、另有採打擊錯誤說認為，被教唆人的客體錯誤，對教唆人來說，猶如因實施偏差的打擊錯誤，教唆人對此失誤客體，只能視情形成立過失犯。故甲成立過失傷害罪。

3、個人見解，可就前述不同說法採取立場，並寫出答案。

（二）甲可能成立恐嚇罪之教唆犯

甲雇用乙毆打Ａ，以促使Ａ償還逾期債務，乙雖發生客體錯誤，惟對Ｂ所為之恐嚇行為（不還錢將打的更凶），仍應成立恐嚇罪之教唆犯。

（三）甲對乙逾越教唆範圍之行為不成立犯罪

乙毆打Ｂ之後所犯的加重竊盜罪、教唆偽證罪，已超出甲的教唆範圍，就此逾越教唆範圍部分，甲不成立加重竊盜罪的教唆犯與偽證罪的間接教唆犯。

【閱卷委員的話】

一、本題作答之邏輯架構

本題涉及正犯與教唆犯之結構，由於共犯之成立，刑法採取「限制從屬性」理論，正犯必先成立犯罪，始有探討教唆犯之餘地。因此本題作答時，若以符合犯罪成立的邏輯結構來作答，應該先處理正犯，再處理教唆犯。本題中所出現的三個人物為甲、乙、丙，就丙之頂替、偽證行為，此屬正犯行為，乙之於丙則為教唆犯；又乙之侵害身體法益、財產法益之行為屬正犯行為，甲之於乙則為教唆犯。從而，以合乎犯罪成立之論證邏輯來回答本題，其順序宜以丙、乙、甲之順序作答，而此一順序也是較不會一再重複的回答方式。此外，雖然題目的問法為「甲、乙、丙三人如何論罪」，但在回答本題時，倘果真以「甲、乙、丙」之順序作答，即會發生先討論教唆犯，再討論正犯之論證邏輯論混亂情形。因此，所得分數也相對較低。前面作答的順序與方式，涉及應考人的刑法邏輯論證與推理的能力，屬本題的評分重點之一。

此外，也有應考人以「乙、丙、甲」的順序來作答，這樣的作答順序，在處理乙教唆丙頂替與教唆偽證時，會發生討論教唆犯乙的行為時，中間必須穿插正犯丙的行為如何論罪，往往乙討

論完再接著探討丙的時候，對丙的的犯行變成一語帶過，甚至有些應考人的答案，對於丙的部分為「已如前述，不再贅述」。這樣的作答方式，雖然符合教唆犯與正犯的邏輯論證結構，但對於丙的頂替罪與偽證罪的討論，變得非常稀薄而不足，因而影響得分。

二、如何分點作答較佳？

本題涉及甲、乙、丙三個犯罪人，一般而言，題目如此設計，也會同步對甲、乙、丙各自涉及的爭點多寡，進行高低不同的配分。因此，在回答本題時，宜以「人」為單位來分點論述，而非以「犯罪」為單位切割論述。有些應考人的作答順序，是以「犯罪行為」為單位來論述，因而呈現出甲、乙、丙不斷的交錯出現之情形，如此答案亦顯得混亂。

三、對於所涉爭點的討論方式

本題出現了三個人物，甲、乙、丙，且每個人涉及的爭點極多，但可能因為有一半的爭點涉及刑法總則的基本問題，例如重傷定義、等價客體錯誤、教唆逾越、頂替罪與偽證罪的教唆犯，因此整體而言，幾乎多數應考人都可以掌握一半以上的爭點。然而能以丙、乙、甲順序作答的應考人，整體表現來看，思慮比較周全，因而書寫內容通常也比較完整，不至於遺漏爭點沒有處理。有不少應考人就是遺漏了爭點沒有處理，因此影響分數。

至於對所涉爭點的作答方式，有些應考人直接採取一個立場（肯定說或否定說），但會在回答的內容中交代不同意見；也有一開始指出爭議點所在，再將不同的實務見解或學說見解併陳，最後說明自己看法。不管前面何種作答方式，都能表現出看到爭點、掌握爭點的能力，這二種答題方式，基本上都能獲得中等以上的不錯分數。應考人不一定非要採取何種標準答案，本考試著重的是有沒有看見爭議點所在，並且進行討論。看不到爭議點而漏未討論，則刑法的基本功尚未學習到位；當然，即便看到爭議

點，討論的內容也必須展現出具備了刑法理論基礎與推理能力，以及是否完整瞭解各種不同的說法與其理由，始能獲得較高成績。

四、那一個爭點較多人忽視？

本題涉及的爭點很多，大多數應考人比較不會作答的爭點是加重強盜罪與加重竊盜罪的區辨。乙在對B實行毆打與警告償債債務之惡害告知後，才發現B手戴名貴手錶，由於乙在施以強暴之初並無強盜的意思，且強暴、脅迫與取物之間欠缺目的連結關係，因此並不成立強盜罪。此時，應該針對財產法益侵害部分，再進一步探討加重竊盜罪，但大多數的應考人，不是認為成立強盜罪，就是漏未探討竊盜罪。

第二題

【評分要點】

子題一、

（一）乙是否為被害人？

自訴程序之被害人該如何判斷？按犯罪之被害人，得委任律師提起自訴（刑訴§319 I, II）。所稱犯罪被害人，指因犯罪而直接受有損害之人，即其法益因他人之犯罪而直接被侵害者而言。業務侵占罪乃侵害個人財產法益之犯罪，因該犯罪而受有財產損害之人屬被害人。侵害社會法益之犯罪，若是實為或兼具侵害個人法益之性質者，各該法益直接受侵害之個人，仍為犯罪之被害人。甲涉嫌以一行為觸犯之行使偽造私文書及業務侵占罪名，乙皆屬得提起自訴之被害人。

（二）乙是否違反「對配偶不得自訴」之限制（刑訴§321）？

「對配偶不得自訴」之限制（刑訴§321），所稱「配偶」，指經有效結婚且婚姻關係尚在存續中者而言。據此，乙委

任律師對甲提起自訴時，甲、乙已離婚，不違反本條之自訴限制。

（三）乙之自訴違反「公訴優先於自訴原則」(刑訴§323 Ⅰ）？

由於第 319 條第 1 項但書規範之情形，乃不得提起自訴之罪係較重之罪，案例所示同一犯罪事實兩部分皆屬得提起自訴之罪，故法理上本不應援引該條項但書，得提起自訴之結論。

子題二、A 的抗辯有無理由？

司法院釋字 582 號解釋確立嚴格證明及證人原則，故自訴人乙陳述關於被告犯罪事實時，應依照嚴格證明法則而將其採為裁判基礎，亦即有罪判決書如以自訴人之指訴為論罪之依據時，自訴人即居於證人之地位，自應依法命其具結（刑訴§186 Ⅰ)，踐行法定之人證調查程序；如未依法具結者，依刑事訴訟法第 158-3 條即無證據能力。在此作證過程乙之自訴人地位暫時解除，且相應於公訴檢察官角色之所有訴訟行為，皆係由其自訴代理人 B 為之。若乙傳喚不到，亦得依拘提「證人」規定拘提之。

子題三、B 之拒卻丙是否合法？

證人與鑑定人並不相同，前者係指於刑事程序中，陳述自己對於系爭刑事案件之待證事實的見聞之人，具有不可代替性，且有出庭、具結、接受被告對質詰問之義務。鑑定人意義係指本於其專門之知識，輔助法院判斷特定證據問題（例如死因）之人。曾為被告持續醫療之精神科醫師丙就被告甲行為前的心神狀態出庭陳述，其依照專業知識而陳述，性質上屬於鑑定人，但就其得知之過去事實而為陳述，性質上又為證人，具有證人與鑑定人之雙重角色，亦即依特別之專門知識而得知已往事實之人(刑訴§210)。由於鑑定證人具有不

可代替性，與其他證人相同，因此，訊問程序適用證人程序，且不得聲請拒卻之。

【閱卷委員的話】

本題是以自訴程序作為考題的開始，但是並無偏重於自訴程序之瑣碎事項，而是就自訴程序可能之爭議以及相關條文解釋等為出發點，要求應考人指出此程序是否適法以及理由。內容遍及審判程序的重要部分，如嚴格證明與法定證據方法、對質詰問權保障以及程序合法性判斷等。

子題一、考點在於犯罪之被害人，除得為告訴（刑訴§232 I）外，亦得委任律師提起自訴（刑訴§319 I, II），此之被害人如何認定？侵害社會法益之犯罪，若是實為或兼具侵害個人法益之性質者，各該法益直接受侵害之個人，是否為犯罪之被害人？乙之自訴提起時已與甲離婚，是否違反「對配偶不得自訴」之限制？乙之自訴是否違反「公訴優先於自訴原則」(刑訴§323 I）等，均為判斷自訴是否合法之關鍵。此三項問題為子題一判斷給分之關鍵，答的越完整，內容分析越詳盡，得分越高。

大多數應考人對此三項問題之回答並不完整，尤其是第一點犯罪之被害人認定爭議多數均忽略，影響分數。第三點之回答亦多數過於粗略，或是未考慮與刑事訴訟法第 319 條第 3 項但書之關係，更少見這兩者間的詳細比較，相關實務見解也沒有引用，所以普遍得分較低。

子題二、本題測驗自訴人陳述關於被告犯罪事實時，法院如何依照嚴格證明法則而將其採為裁判基礎？有看法認為，作為刑事訴訟當事人之自訴人（案例中之乙），並非被告對質詰問權行使之對象，且自訴人並無到場的必要，但法院仍得採納自訴人之陳述作為裁判基礎。但依據司法院釋字第 582 號解釋確

立的嚴格證明及證人原則等，自訴人陳親身經歷之被害經過作為認定犯罪事實之依據時，乃居於證人之地位，必須踐行法定之人證調查程序，尤其是原則尚須給被告對質詰問之機會，始符合人權。學說並提出 1.由檢察官擔當訴訟或 2.自訴代理人方案等，以實際進行詰問程序。

本題係以著名的司法院釋字第 582 號於自訴程序之運用為重心，多數應考人均能找出考題的重點，指出審判長所踐行之程序，違反嚴格證明程序且侵害被告對質詰問權。正確作法是審判長應將自訴人之程序地位轉換為證人後，以證人地位傳喚乙到庭作證，令其具結後並使其與甲對質詰問，因此能拿到不錯的分數。但在實際操作上，大多數應考人未考慮此乃自訴程序，自訴人之程序地位轉換為證人後，該如何操作詰問程序？以致影響分數的提高。

子題三、測驗嚴格證明與法定證據方法，如證人、鑑定人及鑑定證人之區別。亦即，丙醫師的鑑定報告屬何種法定證據方法的定性問題。丙醫師一方面係說明自己經歷的過去診療事實，另一方面係建立在其醫學專門知識之上，因此屬於鑑定證人（「訊問依特別知識得知已往事實之人者，適用關於人證之規定。」(刑訴§210))。由於鑑定證人具有不可代替性，與其他證人相同，因此，訊問程序適用證人程序，且不得聲請拒卻之。

多數應考人知悉嚴格證明與法定證據方法，並能正確的闡述，所以應可得到基本分數。但在個案上該如何正確適用？尤其是兼具證人、鑑定人之鑑定證人，該如何判斷以及適用何種調查程序？等問題，往往回答的並不完整，或是發生錯誤，例如不少應考人逕以鑑定人回答，並在法定拒卻事由上面大加闡述，應是未加注意題目所致，以致影響給分。

總之，此次刑事訴訟法題目較偏重審判程序的問題，相較之下，偵查程序部分就不是考題重心，與前幾年刑事訴訟法考題著重證據排除，既判力或變更起訴法條等爭點，本次頗有新意。就困難度及鑑別度而言，本次題目設計可稱難易適中，分配相當平均，可以有效測驗出應考人的程度以及時間分配之掌握，堪稱是一具有鑑別度的命題。部分分數不理想之應考人，往往係因回答粗略，僅就原則部分進行說明，未充分考慮這是程序法之試題，需就程序該如何運作進一步的分析才能得到高分。