

110 年公務人員特種考試司法官考試第二試及 110 年專門職業及技術人員高等考試律師考試第二試 法律專業科目評分要點與閱卷委員的話

科目：刑法與刑事訴訟法

第一題

【總體說明】

本題主要涉及刑法總則之主、客觀歸責理論之應用，以及刑法分則之公共危險犯罪與財產犯罪之解釋適用。評分重點在於應考人是否充分掌握相關法條、發現法律爭點所在，並就此提出論述。文字是否清晰可讀、推論是否嚴謹一貫、是否掌握學說及實務見解、是否有個人見解，皆為影響評分之因素。

【評分要點】

一、甲對機車縱火導致 A 死亡，可能構成刑法第 271 條第 1 項殺人罪。

(一) 構成要件該當性

1. 本罪的客觀構成要件為創造法不容許的生命風險，且該風險實現成死亡結果。甲對緊貼透天厝大門停放的機車放火，從客觀理性第三人的角度來看，確實創造了身在透天厝中之 A 的非容許生命風險。A 雖然是為了逃生而自己從頂樓陽台跳樓而死，但 A 跳樓是受到大火所迫，並不具自願性，不能以自我負責原則阻斷結果歸責，A 的死亡歷程仍發生在火災事件的常態範圍內，是甲放火所創造之風險的實現，因此 A 的死亡結果客觀上可歸責於甲。
2. 本罪的主觀構成要件是殺人故意，即行為人預見並意欲他人死亡。甲對其放火將燒死人有認知與意欲並無疑問。有疑問的是，甲想像的是將 A 燒死，但 A 實際上是死於為逃生而跳樓，此一死亡結果主觀上是否可歸責於甲？
 - (1) 此情形屬於因果流程錯誤，一般學說認為，應以行為人想像的因果流程為基準，看實際的因果流程是否有重大偏離，若有重大偏離，則阻卻行為人的故意。
 - (2) 有採取風險理論者，認為客觀實現的風險必須是行為人主觀認知

的風險，結果才能歸責給行為人的故意。按此見解，甲主觀認知的風險是 A 被火燒死的風險，A 為逃生跳樓死亡看似並非此風險的實現。不過，有學說認為在此一情況，A 為逃生跳樓死亡的風險是甲的縱火行為所創造，此風險在客觀上仍可歸責於甲，若否定此情形下的主觀歸責，則無異表示相較於僅創造單一風險而主觀上可受歸責的行為人，創造更多風險的行為人反因主觀上不受歸責而獲得優待，導致評價上的扭曲。故應肯定 A 的死亡主觀上可歸責於甲。

- (3) 另有採取主觀歸責理論者，切斷故意與主觀歸責的關聯，主張若結果為行為人認知的「事實」所支撐的非容許風險的實現，則結果在主觀上可歸責於行為人。至於行為人認知某一具體因果流程，只能表示行為人具有風險意識，亦即故意，不能以此決定主觀歸責範圍。依此一理論，甲所認知「對緊貼 A 之透天厝大門之機車縱火」的事實，支撐了針對 A 的非容許生命風險，此一非容許風險本就包括 A 被燒死、噎死、為逃生跳樓而死等多重因果流程，因此 A 的死亡屬於該非容許風險的典型實現，主觀上可歸責於甲。至於甲認知到 A 將被燒死，則表示甲具有殺人罪要求的生命風險意識，即甲具有殺人故意。

(4) 個人見解

(二) 違法性及罪責(肯定主觀歸責時須說明之)

無阻卻違法事由及阻卻或減免罪責事由。

(三) 結論

二、甲對機車縱火可能構成刑法第 175 條第 1 項放火罪。

(一) 構成要件該當性

1. 本罪的客觀構成要件為放火燒燬刑法第 173 條、第 174 條以外之他人所有物而致生公共危險。甲縱火將他人的機車燒得只剩骨架，火勢也蔓延造成不特定多數人的危險，該當本罪客觀構成要件。

2. 甲具本罪故意。

(二) 違法性及罪責

無阻卻違法事由及阻卻或減免罪責事由。

(三) 結論

甲成立本罪。

三、甲對機車縱火可能構成刑法第 173 條第 1 項放火罪。

(一) 構成要件該當性

1. 本罪的客觀構成要件是放火燒燬現供人使用之住宅或現有人所在之建築物、礦坑、火車、電車或其他供水、陸、空公眾運輸之舟、車、航空機。甲雖然並非直接對 A 居住的透天厝放火，而是透天厝大門停放的機車放火，但機車與透天厝緊鄰，對機車放火無異於直接對透天厝放火，而透天厝也因該火勢蔓延而被燒到天花板崩塌，無論就燒毀之定義採獨立燃燒說、效用喪失說、重要部分燃燒說，或一部毀損說，皆該當本罪的客觀構成要件。
2. 甲具本罪故意。

(二) 違法性及罪責

無阻卻違法事由及阻卻或減免罪責事由。

(三) 結論

甲成立本罪。

四、甲對雜物縱火導致 B 死亡，可能構成刑法第 271 條第 1 項殺人罪。

(一) 構成要件該當性

1. 甲對雜物放火可能延燒到 B 居住的公寓，創造了針對 B 的非容許生命風險，該風險也實現成 B 被燒死的結果，故該當本罪的客觀構成要件。
2. 甲具本罪故意。

(二) 違法性及罪責

無阻卻違法事由及阻卻或減免罪責事由。

(三) 結論

甲成立本罪。

五、甲對雜物縱火，可能構成刑法第 175 條第 1 項放火罪。

(一) 構成要件該當性

1. 甲對他人所有的雜物縱火，實際上也造成了居住於相鄰公寓之人的危險，故該當本罪的客觀構成要件。
2. 甲具本罪故意。

(二) 違法性及罪責

無阻卻違法事由及阻卻或減免罪責事由。

(三) 結論

甲成立本罪。

六、甲對雜物縱火導致公寓燒毀，可能構成刑法第 173 條第 1 項放火罪。

(一) 構成要件該當性

1. 甲對與公寓緊密相連的雜物放火，事實上與直接對公寓放火沒有差別，公寓也因此被燒毀，故該當本罪客觀構成要件。
2. 甲具本罪故意。

(二) 違法性及罪責

無阻卻違法事由及阻卻或減免罪責事由。

(三) 結論

甲成立本罪。

七、甲撿起悠遊卡感應結帳，可能構成刑法第 320 條第 1 項竊盜罪。

(一) 構成要件該當性

本罪的客觀構成要件為竊取他人動產。竊取指破壞他人持有關係而建立自己的持有關係。本案中悠遊卡掉落在地面，已脫離原持有人持有而成為無人持有狀態，甲將之撿起使用並無破壞他人持有可言，故不該當本罪客觀構成要件。

(二) 結論

甲不成立本罪。

八、甲撿起悠遊卡感應結帳，可能構成刑法第 337 條侵占遺失物罪。

(一) 構成要件該當性

1. 本罪的客觀構成要件為侵占遺失物、漂流物或其他離本人所持有之物。悠遊卡為脫離原持有人持有之物並無疑問。有疑問的是，甲撿起悠遊卡感應結帳後，再將悠遊卡放回原處，是否該當本罪的侵占要素？

- (1) 否定說認為，從本罪條文文字侵占遺失「物」可知，本罪保護對象為物的實體，而不及於物的實體所表彰的經濟價值。甲撿起悠遊卡感應結帳後放回原處，並未將悠遊卡的實體據為己有，故不該當侵占要素。
- (2) 肯定說認為，侵占不限於侵占物的實體，也包括侵占物的實體所表彰的經濟價值。甲雖然並未侵占悠遊卡的實體，但使用悠遊卡感應結帳，使得一張原本餘額 500 元的悠遊卡，變成餘額 400 元的悠遊卡，侵占了 100 元的經濟價值，仍該當本罪的侵占。
- (3) 個人見解

2. 本罪的主觀構成要件為侵占故意及不法所有意圖。若肯定侵占物的實體表彰的經濟價值亦為侵占，則侵占故意及不法所有意圖即關連到經濟價值。甲認知到其侵占悠遊卡中 100 元的經濟價值，具侵占故意。甲以此 100 元的經濟價值為自己繳納停車費，具不法所有意圖。（採肯定說時須說明之）

（二）違法性及罪責（採肯定說時須說明之）

無阻卻違法事由及阻卻或減免罪責事由。

（三）結論

九、甲撿起悠遊卡感應結帳，可能構成刑法第 335 條第 1 項侵占罪。

（一）構成要件該當性

本罪的客觀構成要件為侵占自己持有他人之物。侵占意指易持有為所有。甲在使用悠遊卡感應結帳之前未持有該悠遊卡，悠遊卡位於地面並無人持有，因此甲並非侵占自己持有他人之物，而是侵占脫離持有之物，故不該當本罪客觀構成要件。

（二）結論

甲不成立本罪。

十、甲撿起悠遊卡感應結帳，可能構成刑法第 339-1 條第 2 項收費設備詐欺得利罪。

（一）構成要件該當性

本罪的客觀構成要件為以不正方法由收費設備得財產上不法利益。自動繳費機為收費設備無誤。甲持他人悠遊卡感應結帳，自己並未支付停車費，係得財產上不法利益。但問題是，甲持他人悠遊卡感應結帳，是否為本條的「不正方法」？

1. 肯定說認為，不正方法泛指一切不正當之方法，包括行為人冒充本人，在無合法權源下使用諸如以竊盜、侵占、拾得而來的支付工具。本案中，甲並非悠遊卡的所有人，並無合法權源加以使用，持之感應扣款屬於本條的不正方法。

2. 否定說認為，不正方法係指違反收費設備運作模式的方法，倘若收費設備的運作模式是認卡不認人，即便使用者並無合法權源，亦非不正方法。停車場繳費機的運作模式是，只要卡片功能正常且有餘額存在，即

可感應扣款，並未要求使用者與所有人同一，因此甲並未違反繳費機的運作模式，不該當所謂不正方法。

3. 個人見解

(二) 違法性及罪責(採肯定說時須說明之)

無阻卻違法事由及阻卻或減免罪責事由。

(三) 結論

十一、乙在防火間隔中堆放雜物導致B死亡，可能構成刑法第276條過失致死罪。

(一) 構成要件該當性

1. 本罪的構成要件為違反客觀注意義務而創造法不容許的生命風險，且該風險實現成死亡結果。客觀注意義務係指社會生活領域中的注意規則。第一個問題是，甲在防火間隔堆放雜物，是否違反客觀注意義務而創造針對B的非容許生命風險？

(1) 肯定說認為，住宅旁的防火間隔依法禁止堆放雜物，任意堆放雜物無疑提高了引發住宅火災的風險。因此，乙堆放雜物已違反客觀注意義務而創造針對鄰人B的非容許生命風險。

(2) 否定說認為，法律禁止在防火間隔堆放雜物的規範目的，在於維持防火間隔的淨空，避免有火災發生時火勢延燒，而不在於避免置放可供人為縱火或失火之物。依此，乙堆放雜物固然違反客觀注意義務而創造非容許風險，但此非容許風險僅涉及火勢經由雜物在不同棟建築物間蔓延的風險，不涉及人為縱火或失火的風險。

(3) 個人見解

2. 第二個問題是(第一個問題採肯定說時須說明之)，乙於防火間隔堆放雜物後，係因甲故意縱火行為之介入始導致B之死亡，B的死亡結果是否為乙創造之非容許風險的實現？

(1) 否定說認為，基於回溯禁止原則，過失行為人創造的因果流程，如有第三人的故意行為介入，則結果僅能歸責給該第三人，禁止往前追溯至過失行為人。過失行為人原則上僅為自己的行為負責，而不為第三人的故意行為負責。依此，甲於雜物上故意縱火，阻斷了乙與B死亡之間的結果歸責關係，乙堆放雜物創造之非容許風險並未實現，B的死亡不可歸責於乙。

(2) 肯定說認為，於防火間隔中堆放雜物所創造的非容許風險，當然包括他人於雜物上故意縱火之風險，此項情形仍屬因果歷程的常態發展，故意第三人應否受到歸責，並不影響對過失行為人的歸責。故甲故意於雜物縱火引發火災燒死B，屬於乙創造之非容許風險的典型實現，客觀上可歸責於乙。

(3) 個人見解

(二) 違法性及罪責(採肯定說時須說明之)

無阻卻違法事由及阻卻或減免罪責事由。

(三) 結論

十二、乙於防火間隔中堆放雜物，可能構成刑法第189-2條第1項後段阻塞逃生通道罪。

(一) 構成要件該當性

本罪的客觀構成要件是阻塞集合住宅或共同使用大廈之逃生通道，致生危險於他人生命、身體或健康。乙在公寓的防火間隔中堆放雜物，防火間隔係於火災發生時用以防止延燒，並非逃生通道，故不該當本罪客觀構成要件。

(二) 結論

乙不成立本罪。

十三、競合與結論

(一) 甲第一個縱火行為同時該當刑法第173條第1項、第175條第1項的放火罪，但一般認為僅發生一個公共安全的危害，因此僅宣告刑法第173條第1項的放火罪。此放火罪與刑法第271條第1項殺人罪保護法益不同，故成立想像競合。

(二) 甲第二個縱火行為亦同上述處理。

(三) 甲的兩次放火行為，亦分別成立普通毀損罪及毀損建築物罪，依實務見解與放火罪成立法條競合，惟學說上亦有認為成立想像競合。

(四) 甲使用他人悠遊卡行為若構成刑法第337條侵占遺失物罪(採肯定說時)，或者刑法第339-1條第2項收費設備詐欺得利罪(採肯定說時)，與上述二罪數罪併罰。

(五) 乙構成過失致死罪。(採肯定說時)

【閱卷委員的話】

閱卷之評分，除了題目爭點的論述判斷外，亦會充分考量應考人整體的答題評析的表現，避免應考人在問題答案之表述，只因採取特定實務或學說主張而出現評分重大差異。也就是說，對於特定見解的主張，評閱過程非僅是應考人選擇了何項答案，而是應考人是否確實知道爭點所在，以及其所呈現的論述，是否顯示應考人在爭點解決時，了解為什麼選擇特定見解的爭點主張。

依照試題所謂「附個人見解說明甲、乙之刑事責任」的答題要求，很明顯本題必須應考人回答的行為評價有甲、乙二人，雖然按照題目所設計的爭點部分，甲、乙二人在配分比例上不會是 50%、50%一樣的平均配分，但應考人也不能因此忽略了對乙的行為評價的完整回答。形式上的答題篇幅比例，有部分應考人未能有良好掌握，就乙的行為的論述，只有極少篇幅的說明，使得整體答案的呈現，有明顯缺漏。這一個問題涉及了應考人在規劃答題時間分配之掌握程度，此為應考人在答題開始時應該注意的。

所謂刑事責任說明，就刑事實體法而言，其實就是行為是否成立特定犯罪以及如果行為有數罪成立的競合判斷。對於特定行為是否成立犯罪的檢視，應考人在答題時，應該具體呈現行為人的特定舉止，然後進行犯罪要件的涵攝說明，並在特定要件的涵攝過程中，如遇有實務與學說的不同主張，再加以爭點分析。這樣的答題結構，可以反應應考人對於犯罪理論所採取的論點主張，也可以清楚檢視應考人是否明確理解考題所設計的爭點，以及爭點所涉及的問題處理方式。特別是本題行為人甲有數個行為可能涉及不同犯罪，部分應考人僅以「甲成立（或可能成立）某犯罪」，或在檢視行為成立犯罪開始時，即籠統表現為例如「甲成立殺人既遂罪、放火罪等」之說明方式，基本上都使得答題欠缺了行為評價的特定性，也會使得回答特定犯罪判斷的論述呈現順序性的混淆。

在爭點處理方式上，依應考人的說明，很容易可以判斷應考人是否真正明瞭試題所設計的爭點，以及應考人的論理邏輯能力。以本題行為人甲對機車縱火導致A死亡是否成立殺人既遂罪的判斷為例，試題「縱火時，甲腦中僅有A被烈火焚身而死的想像」描述，多數應考人都能明確掌握行為涉及學說所謂「因果歷程錯誤」的處理爭點。然而在犯罪要件的涵攝過程，可以發現有不小比例的應考人只是投射其所記憶的學說整理，僵化而「機械式」的將各個學說主張簡略呈現，卻沒有認識到其所記憶的學說解決模式，與試題所設計的爭點存在有本質性的差異，更欠缺試題所要求的個人見解說明。有不少應考人以「雙行

為因果歷程錯誤」的學說處理模式，回答甲是否成立殺人罪的犯罪判斷，卻忽略了本題雖涉及有因果歷程錯誤的問題，但是否符合「雙行為」的檢視前提，仍待判斷。其次，在學說應用上，也應該避免有前後論理或學說主張矛盾呈現，例如以「相當因果關係理論」說明行為與結果的關聯性判斷後，又以學說中所謂「客觀歸責理論」處理因果歷程錯誤的問題。甚至在不認為行為存在有犯罪客觀構成要件的滿足時，仍繼續處理行為人主觀（構成要件故意）或主觀歸責的檢視。應考人答題前後說理衝突，很容易可以在解題結構中被看到，這部分不涉及特定學說主張的接受與否，而是應考人對於爭點解決基本釋義邏輯能力的表達，如果只是拼湊一些似是而非的學說符號，反而凸顯了應考人刑法論述基本能力的瑕疵。

在評閱應考人的答題時，亦會考量應考人應試時，試務單位已提供相關法律條文規定參考，因而在特定要件的規範說明時，應考人應該表現出答題的詳細程度。在罪刑法定的論罪原則上，如果應試時有提供條文，應考人在論罪說明開始時，最好確認條文規定（含條文序號），以免在犯罪檢視時，失去判斷依據。反而特定有代表性的實務見解，除非應考人有把握，其實不必在答題時呈現具體判決字號，部分應考人引述特定實務見解的判決，卻誤引錯誤字號，即使不予以扣分，嚴格來說，反而是錯誤的答題說明。

最後在行為涉及競合理論之最後論罪的刑事責任表達，也常見應考人未予處理。此一部分如果應考人有完整說明，會使得整體答題更顯得完整。

第二題

【總體說明】

本題主要探討外國偵查人員製作的筆錄之證據能力、被告上訴權利保障以及參與沒收新制實務運用。期待應考人對於被告對質詰問權保障、傳聞法則適用、二審上訴之強制辯護、第三人參與沒收上訴救濟等議題，能有深入的理解與掌握。

【評分要點】

第(一)子題

本題主要測驗應考人就被告以外之人接受國外偵查人員詢問，其供述筆錄證據能力有無之評價，以及如何衡平被告對質詰問權及正當法律程序之保障。

蓋司法院釋字第 384 號解釋，被移送裁定人與證人對質詰問權，屬於憲法第 8 條第 1 項規定正當法律程序之一環；第 582 號解釋，憲法第 16 條保障人民之訴訟權，就刑事被告而言，包含其在訴訟法上應享有充分之防禦權，刑事被告詰問證人之權利，即屬該權利之一；第 636 號解釋再次肯認，對質詰問權係為被告之訴訟上之防禦權，此權利屬於憲法第 8 條、第 16 條所保護之權利。另「公民及政治權利國際公約」第 14 條第 3 項第 5 款規定：凡受刑事控訴者，均享有詰問對其不利之證人的最低限度保障，足見刑事被告享有詰問證人權，乃具普世價值之基本人權。

因此，被告向外國偵查人員陳述而製作之筆錄，依傳聞法則規定，其證據能力以及是否侵害被告之對質詰問權，實務判決、學說論述有不同見解。

- (一) 最高法院決議見解認為：第 159 條之 3，在被告詰問權應受保障之前提下，被告以外之人在域外所為之警詢陳述，應類推適用刑事訴訟法第 159 條之 2、第 159 條之 3 等規定，據以定其證據能力之有無。故該境外傳聞如具有「絕對可信性」、「必要性」及不能供述之原因，不可歸責於國家機關時，可類推適用刑事訴訟法第 159 條之 3 規定具有證據能力。最高法院 107 年度第 1 次刑事庭會議即認為「……惟被告以外之人在域外所為之警詢陳述，性質上與我國警詢筆錄雷同，同屬傳聞證據，在法秩序上宜為同一之規範，為相同之處理。若法律就其中之一未設規範，自應援引類似規定，加以適用，始能適合社會通念。在被告詰問權應受保障之前提下，被告以外之人在域外所為之警詢陳述，應類推適用刑事訴訟法第 159 條之 2、第 159 條之 3 等規定，據以定其證據能力之有無。」按此，戊之抗辯即無理由。
- (二) 部分學說認為：該境外傳聞證據，既不符刑事訴訟法傳聞例外之規定要件，亦難以類推或以法理適用之方式擴張適用不利於被告之規定。基此，戊之抗辯即有理由，該證據無證據能力。
- (三) 部分實務及學說認為，以對質詰問權受保障之可能，作為傳聞證據是否有證據能力之審查基準。另刑事訴訟法第 159 條之 3 所要求的「信用性情況保障」及「必要性」要件，係判斷是否容許傳聞例外而賦予其證據能力之基準，顯不能憑認「足以替代」被告反對詰問權之行使。基此，參採司法院釋字第 789 號解釋論理，權衡刑事訴訟發現真實(或被害人利益)、兼顧被告詰問權利保障目的，以及類如歐洲人權法院保障境外取證發展出「對質詰問例外法則」，依「義務法則」、「歸責法則」、「防禦法則」、「佐證法則」，作為刑事審判容許境外傳聞證據之實質審查基準。本題境外傳聞如

符合對質詰問例外法則，戊之抗辯即無理由；反之，戊之抗辯有理由。

(四) 個人見解

第(二)子題

本題主要測驗應考人是否理解刑事訴訟法第 361 條第 2 項規定之「具體理由」？強制辯護案件，第一審判決後未教示被告得請求原審辯護人提出上訴理由狀，致被告未經選任辯護人或指定辯護人的協助，逕行提起上訴，上訴後未重新選任辯護人，在該案件合法上訴於第二審法院而得以開始實體審理程序之前，第二審法院是否應為被告另行指定辯護人，以協助被告提出上訴具體理由？以及上訴審法院是否須依刑事訴訟法第 367 條但書規定，定期間命補正？

(一) 「採證違法、判決不公」是否該當「具體理由」，實務判決見解主要有下列三說。

甲說：所謂具體理由，必係依據卷內既有訴訟資料或提出新事證，指摘或表明第一審判決有何採證認事、用法或量刑等，足以影響判決本旨之不當或違法，而構成應予撤銷之具體事由，始克當之。

乙說：應依據卷內訴訟資料或提出新事證等，在形式上足以構成應予撤銷之具體事由，指摘或表明第一審判決有何足以影響判決本旨之不當或違法，始克當之。

丙說：上訴理由就其所主張第一審判決有違法或不當之情形，已舉出該案相關之具體事由足為其理由之所憑，即不能認係徒託空言或漫事指摘；縱其所舉理由經調查結果並非可採，要屬上訴有無理由之範疇，究不能遽謂未敘述具體理由。

本題被告甲上訴理由僅記載「採證違法、判決不公」等語，不論依前述甲、乙、丙說，均應認為不符刑事訴訟法第 361 條第 1 項、第 2 項「不服地方法院之第一審判決上訴者，須提出上訴書狀，並應敘述具體理由」之規定。

(二) 就原住民被告未得辯護人協助，第二審法院收到原審法院送交之卷宗及證物如何裁判，實務判決亦有不同見解。

甲說：第二審法院仍應指定辯護人，命其為被告提出第二審上訴之具體理由之見解，需等待辯護人為被告甲提出上訴之具體理由後，第二審法院始判斷上訴是否有理由，若有理由則應依法審判；若上訴無理由以判決駁回上訴。

乙說：第二審應從程序上駁回其上訴，無庸進入實體審理程序，亦無為被告指定辯護人為其提起合法上訴或辯護之必要。蓋強制辯護案件，被告於第一審終局判決後，既已有原審之辯護人可協助被告提起合法之上訴，在該案件合法上訴於第二審法院而得以開始實體審理程序之前，尚難認第二審法院有為被告另行指定辯護人，以協助被告提出合法上訴或為被告辯護之義務與必要(如最高法院 106 年 8 月 29 日第 12 次刑事庭會議)。

亦有見解認為，從保障被告上訴救濟的觀點，若未予以被告補正上訴理由即予判決駁回，或有侵害被告上訴權之虞。亦即，法院應以適當方法告知被告，其有請求第一審辯護人協助提出上訴理由書之權利，若被告甲經告知後，仍未經原審辯護人代作上訴理由書，則第二審法院得以不具具體理由而判決駁回上訴；若被告甲經告知後，已請求原審辯護人代作上訴理由書並送第二審法院時，第二審法院始判斷有無具體理由，若有理由則應依法審判，若無，則以判決駁回上訴。

(三) 個人見解

第(三)子題

本題主要測驗應考人是否理解：雙方當事人均未上訴，僅參與人就沒收部分提起上訴，其上訴審判範圍及上訴審法院諭知沒收甲之 A 挖土機是否屬於訴外裁判？上訴審對丙不僅諭知沒收 B 挖土機外，另亦沒收拖板車，是否違反刑事訴訟法第 370 條不利益變更禁止原則？

(一) 刑事訴訟法第 455 條之 27 第 1 項規定：「對於本案判決提起上訴者，其效力及於相關之沒收判決；對於沒收之判決提起上訴者，其效力不及於本案判決。」蓋沒收係附隨於被告違法行為存在之法律效果，而非認定違法行為之前提。若當事人就本案判決結果已無不服，為避免本案程序延滯所生不利益，不應因參與人基於財產權人地位而對沒收判決上訴，連帶使本案判決懸而未決。因此，僅參與人就其財產沒收事項之判決提起上訴者，其效力自不及於本案之判決。本題參與人丙對原審沒收 B 挖土機判決不服提起上訴，上訴審之審判範圍應限於沒收第三人丙之部分，即不包括 A 挖土機。上訴審法院就 A 挖土機之沒收判決，係屬違反刑事訴訟法第 379 條第 12 款之訴外裁判。

(二) 第二審判決沒收拖板車，是否違反第 370 條不利益變更禁止原則，實務有

不同見解：

1. 肯定說

刑事訴訟法第 455 條之 28 規定：「參與沒收程序之審判，上訴及抗告除本編有特別規定者外，準用第二編第一章第三節、第三編及第四編之規定。」現行刑事訴訟法第 370 條不利益變更禁止原則，係規定於第三編上訴第二章第二審範圍，故參與人就沒收部分上訴，仍有不利益變更禁止原則之適用。學說亦有基於不利益變更禁止原則之立法精神而贊同此實務見解者。

2. 否定說

犯罪所得之沒收性質類似不當得利之衡平措施，非屬「刑罰」。第 370 條規定不利益變更禁止原則：「由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審判決之『刑』。但因原審判決適用法條不當而撤銷之者，不在此限。前項所稱刑，指宣告刑及數罪併罰所定應執行之刑。」因此，二審另諭知沒收丙之拖板車，並非諭知較重於原審判決之『刑』，自無違反第 370 條的情形。學說亦有採此見解者。

(三) 個人見解

【閱卷委員的話】

本次刑事訴訟法共分三小題，要求應考人分別就學說、實務以及個人見解等予以回答。

第(一)子題

測驗重點在於乙於外國警察機關陳述所做成之筆錄有無證據能力？本題涉及憲法保障被告對質詰問權、傳聞例外之解釋等問題。這在刑事實務上並非罕見，國內相關的司法實務（如司法院解釋、最高法院通說見解等）以及學說上（例如傳聞例外之解釋、國際人權公約相關案例）均討論甚多。應考人須將實務見解及學說完整說明，並提出個人見解做結論。部分應考人論述過於簡略，或對於實務見解有所誤會以致適用錯誤，也有應考人並無提出個人見解，勢將影響分數。

第(二)子題

被告甲收到判決後，自行以「採證違法、判決不公」為由提起第二審上訴。

按刑事訴訟法第 361 條第 1 項、第 2 項規定，不服地方法院之第一審判決而上訴者，須提出上訴書狀，並應敘述具體理由。所稱「具體理由」，據最高法院見解並不以其書狀應引用卷內訴訟資料，具體指摘原審判決不當或違法之事實，亦不以於以新事實或新證據為上訴理由時，應具體記載足以影響判決結果之情形為必要。但上訴之目的，既在請求第二審法院撤銷或變更第一審之判決，所稱「具體」，當係抽象、空泛之反面，若僅泛言原判決認事用法不當、採證違法或判決不公、量刑過重等空詞，而無實際論述內容，即無具體可言。多數應考人均認「採證違法、判決不公」非具體理由，但有無充分引用實務通說或學說，或僅草草數語即得出結論，自然影響到分數。另甲具原住民身分，屬強制辯護案件，第二審是否應為其指定辯護人協助提起上訴？是否應先令補正？部分學說及實務有不同見解。應考人應引用實務通說與學說，闡釋清楚，並擬具個人見解。

第(三)子題

涉及是否訴外裁判，即違反第 379 條第 12 款規定，及沒收是否有不利益變更禁止原則之適用等。應考人應正確理解題意，就此兩個議題分別作答（兩者分屬不同層次議題，不能混為一談），並應依據相關法律條文及通說見解回答。

此次刑事訴訟法題目重點，從外國警察訊問筆錄之證據能力問題，到審判程序上訴具體理由判斷，到沒收參與人就沒收提起一部上訴等，涉及傳聞證據之證據能力、上訴程序合法性及沒收參與人單獨上訴等重要爭點，兼顧傳統刑事訴訟法基本重點及對新制之瞭解。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。部分分數不理想之應考人，往往係因回答粗略、未充分掌握實務與學說見解，或僅為原則說明，未充分就具體刑事程序予以分析闡述，或無提出個人見解，此對分數皆有影響。