

111年公務人員特種考試司法官考試第二試
111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

【總題說明】

本題主要涉及刑法分則新修正之賭博罪、妨害秩序罪，以及相關電腦犯罪之解釋適用，並兼及刑法總則中關於錯誤論、正當防衛等爭議。評分重點在於應考人是否充分掌握相關犯罪在立法上及解釋上的爭議，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、甲架設伺服器經營線上博奕網站之行為，構成刑法第 268 條之圖利供給賭博場所或聚眾賭博罪

（一）依題意，甲經營博奕網站有營利意圖，並無疑問。本罪是否成立，關鍵在於甲以網路虛擬空間的方式提供賭客投注簽賭，是否該當於本罪之「賭博場所」？從文義上而言，立法當時提及「場所」一詞應僅指現實上的空間、區域，參照同法第 136 條、189 條之 2、266 條中所謂「公共場所或公眾得出入之場所」之文義自明，若解釋上包含虛擬網路空間的話，可能有違反罪刑法定原則的疑問。不過，本罪的規範目的與其他維護公共安全等犯罪並不相同，透過通訊或電子設備簽注賭博財物，與親自到場賭博財物，僅行為方式有異，法益侵害危險性並無本質上的差別。是以，實務見解認為可從目的解釋的角度，將開設供不特定人藉由網際網路連線登入下注賭博財物之網站解為賭博場所（參見最高法院 107 年度台非字第 174 號判決），若採實務見解，則甲成立本罪。

（二）若從嚴守罪刑法定原則角度認為虛擬網路空間不該當於「場所」者，應進一步檢討能否成立同條意圖營利「聚眾賭博」罪。一般認為，所稱「聚眾賭博」除指聚集不特定人參與賭博外，亦含聚集眾人之財物進行賭博，而後者不以參加賭博之不特定多數人同時聚集於一處，共同從事賭博行

為必要，縱未於現實上同時糾集多數人於同一處所，而係聚集眾人之財物進行賭博者，例如以電話、傳真或網際網路之方式供不特定多數人簽賭之行為，亦可成立。

(三) 結論是甲成立本罪。

二、乙協助博奕網站之維護及客服之行為，構成刑法第 268 條之意圖營利供給賭博場所或聚眾賭博罪之共同正犯

(一) 爭點在於，乙受雇於甲，處理博奕網站的營運維護及協助客服之行為，應評價為供給賭博場所罪之共同正犯抑或幫助犯？就此，無論採取實務上所謂「行為分擔、犯意聯絡」或者學說上的「功能性的犯罪支配」理論，應可認定乙成立本罪之（相續）共同正犯。理由在於，客觀上，網站的營運維護行為係屬持續提供賭博場所不可或缺的一部分，且乙亦明瞭甲乙雙方彼此的功能與角色分配，不因其屬平等的合作關係或上下隸屬的僱傭關係而有差異。結論是，乙應論以本罪之共同正犯。

(二) 應考人亦可附理由說明乙並無共同行為決意等情形，而僅能論以幫助犯。

三、乙於伺服器後台植入電腦程式之行為，不構成刑法第 360 條干擾電腦罪

本罪所謂干擾行為，需達足以造成電腦使用障礙的方式，例如，用網路癱瘓的方式或植入封鎖程式等令電腦或相關設備不能順暢地正常使用。依題意，乙植入電腦程式之行為並未造成博奕網站癱瘓或難以利用，故不該當於干擾。乙不成立本罪。

四、乙於伺服器後台植入電腦程式之行為，不構成刑法第 362 條製作電腦犯罪程式罪

依題意，乙僅有植入供變更電磁記錄之用的電腦程式，並非設計、製作該電腦程式，故不該當於本罪之構成要件。乙不成立本罪。

五、乙於伺服器後台執行電腦程式之行為，構成刑法第 359 條無故變更電磁記錄罪

客觀上，乙在伺服器後台執行電腦程式，破壞網站上個人所擁有可支配遊戲幣之電磁紀錄運作的正確性，且此舉並非原先經營網站者所設計之原意，應屬無故。且執行程式後已造成多人可支配遊戲幣額度之實質變動，該當於生損害於他人。乙違法且有責，成立本罪。

六、乙透過電腦程式獲取遊戲幣之利益並兌換為現金之行為，構成刑法第 339 條之 3 第 2 項電腦詐欺得利罪

- (一)首先應說明的是，網站中所儲存的遊戲幣僅為電磁記錄，並非「有體物」，亦非同法第 323 條「電能、熱能或其他能量」之準動產，故「偷取虛擬遊戲幣」不會成立竊盜或侵占等侵害個別財產之罪。其次，遊戲幣作為賭客博奕投注用的資金，雖然屬於刑法第 266 條第 4 項沒收規定的適用對象，然從多數學說（純粹經濟觀點的財產概念）及實務見解而言，該資金仍屬刑法上所應保護之財產上利益。退步言之，即使採法律經濟觀點的財產概念，賭博投注的資金與毒品或槍枝等絕對禁止流通持有之違禁物不同，故結論應相同。基此，乙欲將其他賭客之財產上利益據為已有的意圖，並非現行法秩序所允許，故乙具備不法所有（獲利）意圖。
- (二)而本罪客觀上尚要求以不正方法輸入虛偽資料或不正指令製作財產權得喪變更記錄。首先，本題乙係以違反網站設置者（甲）之意思而植入電腦程式於其中，無論依照類似詐欺手段說、設備使用規則說或一切不正方法說，皆應可該當於以不正方法輸入不正指令。其次，所謂財產權記錄，一般認為包括物權及債權上的紀錄；而本題中乙以電腦程式讓遊戲幣電磁記錄出現不正確的處理結果，且遊戲幣之電磁記錄屬於證明各賭客投注額度的債權紀錄，應屬以不正指令輸入電腦及相關設備製作財產權得喪變更記錄。乙透過此一電磁紀錄之變更而取得可兌換為現金之財產上利益，乙違法且有責，成立本罪。
- (三)附帶說明，乙之行為尚可檢討成立刑法第 339 條第 2 項普通詐欺得利罪，因乙於網站開幕時既已設置偷取遊戲幣的程式且未告知甲及賭客，形同利用不知情的甲傳遞與現實不符之錯誤資訊予賭客，應可該當於詐欺行為致令被害人發生錯誤認知，最終再透過不正變更財產權電磁記錄之手段獲取財產上之利益。唯本罪應與電腦詐欺罪法條競合，而只論以電腦詐欺罪。

七、丙在博奕網站上簽注之行為，可能構成刑法第 266 第 2 項以網際網路賭博罪

- (一)刑法第 266 條第 1 項之普通賭博罪，係以在公共場所或公眾得出入之場所賭博財物為其成立要件。實務見解認為，個人透過電子通訊或網路方式參與賭博，經由私下設定特定之密碼、帳號，其賭博活動及內容具有一定封閉性，僅為對向參與賭博之人私下聯繫，其他民眾無從知悉其等對賭之事，不具公開性，故不該當於在「公共場所」或「公眾得出入之場所」賭博。本題亦屬此種單對多的封閉性博奕環境，不具有公開性。

然爭點在於，本罪於民國 111 年 1 月新增第 2 項「以電信設備、電子通訊、網際網路或其他相類之方法賭博財物者，亦同」，此規定是否亦應參照第一項公開性、公共場所賭博的要求，將成罪範圍限縮於「相當於讓不特定或多數人得以共見共聞之狀態下賭博財物」？就此，立法理由明確採取否定看法，認為因科技之精進，新興賭博行為即使不具公共性，仍具與前項相同程度的可罰性。若依照條文文義，丙構成本罪。

(二) 然而，這種解釋方式反而會造成「當面個別簽賭不成罪」，「用電話或網路個別簽賭卻成罪」的不公平現象。且從保護法益的必要性而言，不具公共性、公開性的個別簽賭行為，無論是否採取電信或網路方式，都沒有侵害社會健全秩序的疑慮，故本罪亦有可能依照向來實務見解的要求，將第 2 項之罪，目的性限縮解釋至「相當於在得令不特定或多數人得共見共聞之虛擬空間中賭博」。若依照此種見解，則丙不構成本罪。

(三) 應考人可附理由詳述個人所採之見解。

八、丙夥同 A、B 三人在馬路上咒罵咆哮，並擲磚塊之行為，不構成刑法第 150 條第 1 項及第 2 項之在公眾得出入之場所聚集三人以上下手實施強暴脅迫罪

(一) 客觀上，丙連同 A、B 共三人在屬公共場所的馬路旁咒罵，丙除語帶威脅並丟磚塊施以對物的強制力，外觀上已符合本罪「在公共場所聚集三人以上下手實施強暴脅迫」之條件。主觀上，丙對於在公共場所聚集三個人，並施以強暴、脅迫一事亦有故意。然而，本罪客觀上施強暴脅迫行為以及主觀上行為人之故意是否應進一步限縮解釋以避免處罰範圍過廣？存有肯否兩種不同的觀點。首先，就肯定說而言，就客觀面的限縮解釋，近期最高法院實務見解有認為（最高法院 110 年度台上字第 6191 號判決），應採取合乎本罪規範體例（維護公共秩序）之限縮解釋立場：若強暴脅迫行為僅對於特定人或物為之，而未有集體情緒失控所生之加乘效果，波及蔓延至周邊不特定、多數、隨機之人或物，造成在該場合之公眾或他人危懼不安的話，即不該當本罪之構成要件；就主觀面的限縮解釋而言，亦有學說及實務見解採取應將本罪之故意限縮在需有具備「妨害秩序之故意」，始得該當。若採取上開見解，顯然當時四周無人車經過，客觀上丙 AB 三人的叫罵行為並無波及蔓延作用，主觀上，三人也僅是欲針對特定對象尋釁，並無引發公眾不安的目的故意。因此，丙構成要件不該當，不應成立本罪。但若不採取這種限縮見解（否

定說)，則丙連同 A、B 共三人於公共場所施脅迫，無須具備人數隨時可增加之狀態，亦可成立本罪。

(二) 若採取否定說的立場，尚須進一步檢討行為是否有符合同條第 2 項加重條款之情形。首先，「磚塊」是否該當於兇器？從增加人身傷害可能性的實質角度來看，磚塊有增加死傷風險的效果，且亦屬透過一定之加工所製作而成，應可屬兇器。然實務見解一般認為，由於磚塊並非「器械」，故不該當於兇器。即使不採實務見解，丙亦非攜帶磚塊至現場，而是隨手拾起使用，故不應論以第一款意圖供行使之用而攜帶兇器。其次，針對第二款之事由，依題意由於四下無人車經過，依照具體個案的危險狀態判斷，應無致生往來危險之情形。結論是，皆不符合本條第 2 項所列二款加重事由的要求。

(三) 應考人可附理由詳述個人所採之見解。若採肯定說，丙不成立本罪。若採否定說，丙應成立者為本條第 1 項之罪，而非第 2 項。

九、丙朝廠房內放言「再不出來就讓你們死得很難看！」的行為，不構成刑法第 305 條之恐嚇危害罪

客觀上，恐嚇對象（在工廠裡面的丁）當時在熟睡中，是因磚塊造成巨大聲響才被吵醒，丙惡害通知之際丁根本沒有受到意思自由的壓制或安全感的減損。且本罪沒有處罰未遂。故丙不構成本罪。

十、丙朝廠房內放言「再不出來就讓你們死得很難看！」的行為，可能構成刑法第 304 條第 2 項之強制未遂罪

(一) 承上述，客觀上丙的惡害通知雖可符合本罪脅迫行為之定義，然丙脅迫之際丁正在熟睡，其意思自由根本沒有受到壓制，也沒有其他人聽聞，因此不可能成立第 1 項的強制既遂罪，應退而求其次討論強制未遂罪之構成要件該當性。唯爭點在於，丙主觀上欲以惡害通知之脅迫手段達成與網站經營者面對面追討之目的，是否該當於本罪之故意？基於條文文義，實務見解認為本罪結果要素應限於權利義務之妨害。本題中丙要求網站經營者出面給予說法一事並非屬於使人行無義務之事或妨害丙權利之行使，難稱具備本罪之故意。

(二) 相對的，學說上多數看法認為強制罪的結果要素不限於權利義務的妨害，重點在於是否違背了被害人的意思決定；基此，丙的心中想法應該當於強制故意。客觀上丙著手於脅迫行為之實行，但屬於客體欠缺而不能達於既遂之情形，若採客觀未遂理論中的事前客觀危險理論，應屬不罰之

不能犯；若採取主客觀混合理論或具體危險理論，則應可論以普通未遂。

(三) 若上述審查皆能通過，在違法性階段尚須正面審查這種對於意思決定的妨害是否有不合目的手段關連性的情形。就此，丙使用要脅他人生命的方式遂行其目的，應認有違法。且丙有罪責，成立本罪。

(四) 應考人可附理由詳述個人所採之見解。

十一、丙欲衝進廠房之行為，不構成刑法第 306 條侵入住宅建築物罪

丙正準備衝進廠房內，但依題意研判頂多處於著手而尚未達入侵既遂之程度，且本罪沒有處罰未遂，故丙不成立本罪。

十二、丁丟擲鐵條之行為，不構成刑法第 135 條妨害公務罪

客觀上並沒有存在任何公務員執行職務，即使主觀上丁有所誤認，而可能被認為具備妨害公務員執法的故意，也不會成立本罪。本罪也無處罰未遂行為，故無須檢討成立未遂犯之可能。

十三、丁丟擲鐵條之行為，構成刑法第 277 條第 2 項傷害致死罪

(一) 客觀上丁丟鐵條打到 A，並造成 A 的死亡結果。丁的攻擊行為本身也內蘊了造成生命喪失的潛在危險性，故客觀構成要件該當。然主觀上有爭執的是有無傷害故意，以及對於死亡結果能否預見。

(二) 就此，丁原先要打擊的對象為丙，卻偏離到在後頭的 A，看似如「打擊錯誤」一般，針對預定攻擊的對象成立故意未遂犯，針對誤中對象成立過失犯。然而，這種機械式的公式套用結果並非正確，仍應依照不同的攻擊客體，判斷行為人有無故意或過失。就此，丁固然對丙具備傷害的直接故意，然未擊中丙，傷害不處罰未遂。而由於丁丟擲鐵條可能會波及到跟在後頭的其他對象，即使丁對 A 沒有傷害的直接故意，依題意研判，也應該具備傷害的間接故意。且丁也應該能預見到鐵條擊中要害可能會形成死亡之結果。

(三) 就違法性而言，可茲檢討者為丁能否主張正當防衛。關鍵在於應區分不同侵害類型，分別檢討之。首先，就丁之「人身自由」是否可能具有現在不法侵害？依題意，丙 AB 是要衝進去找人「理論」，而非逮捕丁（拘束其人身自由），是以客觀上並沒有對丁人身自由有任何侵害的開始；主觀上，丁所具備的防衛認識是「防止自己被警察合法逮捕」，看似像誤想防衛，然而，所謂防衛意思，仍需以面對「（實際上不存在的）現在不法侵害」作為認識內容，丁身為通緝犯，應十分清楚警察的逮捕並

非對自己的不法侵害，故亦不符合防衛意思之要求。

- (四) 另一方面，依題意研判，丙 AB 應有接續對他人生命身體安全的侵害可能性，且已達侵入建築物之著手程度，應可該當於現在不法侵害（「侵入建物」及「侵害生命或身體」）。客觀上，丁的攻擊行為某程度上阻止了丙 AB 等人入侵建物及對生命身體安全侵害行為的後續進行，符合適當性；然就必要性而言，丁的攻擊恐怕非屬最小最溫和的手段選擇。主觀上，丁對於「侵入建物」或「侵害生命身體」的侵害內容欠缺認識，屬於「偶然防衛」，按目前通說見解，無法阻卻違法性，頂多是在量刑階段考慮減輕。丁違法且有責，成立本罪。
- (五) 應考人可附理由詳述個人所採之見解。

十四、競合與結論

- (一) 甲成立意圖營利供給賭博場所或聚眾賭博罪。
- (二) 乙成立意圖營利供給賭博場所或聚眾賭博罪、無故變更電磁記錄罪、電腦詐欺得利罪，後二罪同屬一行為，但保護法益相異，應論以想像競合（亦有見解論以法條競合）。
- (三) 丙成立以網際網路賭博罪、在公眾得出入之場所聚集三人以上下手實施強暴脅迫罪（若採限縮解釋則上開二罪皆不成立）、強制未遂罪（若採不同見解則不成立），後二罪同屬一行為，但保護法益相異，應論以想像競合（亦有見解論以法條競合）。
- (四) 丁成立傷害致死罪。

【閱卷委員的話】

關於刑法與刑事訴訟法中第一題的刑法，不細論少數考生的個別問題，整體而言，可以觀察到大部分考生作答有以下的現象：

一、一般性的問題

- (一) 試務單位已經提供了法律條文供考生於考試時查閱，但仍有極大部分的考生對於所涉及之法律條文並未明確地引用至條、項、款，未呈現出能精確適用法律之能力。
- (二) 雖然在考試時，考生可查閱法律條文，但在評閱時仍可發現眾多考生並未有效地利用這項工具。縱不論不成文構成要件要素，這些要件必須藉由深入學習方能瞭然於心；許多法律條文中已經明文規定的成文構成要

件要素，包含眾多客觀構成要件以及主觀構成要件的法定意圖，考生都視若無睹不加檢驗，辜負了此考試提供法律條文係為避免純粹背誦的美意。

- (三) 對於本題中所涉及的各罪名，有極大部分的考生在解題時並未就構成要件與案例事實為涵攝，特別是對相關的構成要件要素有解釋之爭議時，並未呈現出基於不同的解釋適用該等構成要件可得出不同的涵攝結果。這些為數不少的考生所採取的作法是將案例事實再重述一次或些許改寫（與構成要件之解釋無關），便直接下結論該當某罪名，這顯示出考生是依照直覺來判斷是否成立犯罪，其對於刑法此科目並不具備紮實的學習成果。
- (四) 些許考生在作答時，對於已寫之作答有大範圍的刪除，或在作答中大量穿插後補之內容，又或者檢驗順序異於他人，顯見其正式作答前並未做整體之規劃，對於每個部分應討論何等爭點，有哪些相關的學說爭議及實務見解，並未先行規劃，建議考生在開始作答前，可利用稍許時間靜下心先針對題目所涉及的各個問題及檢驗順序擬好腹案後再開始正式作答。

二、關於檢驗各罪名之問題

- (一) 關於甲是否成立刑法第 268 條之圖利供給賭博場所或聚眾賭博罪，多數考生皆能將爭點聚焦在學說、實務關於「場所」之解釋，亦即「場所」是否僅指現實上的空間、區域，又或者包含虛擬網路空間；但大部分考生皆未另外檢驗甲是否亦成立聚眾賭博罪。
- (二) 關於乙是否構成意圖營利供給賭博場所或聚眾賭博罪之共同正犯或幫助犯，多數考生皆有加以討論，不論其主張成立共同正犯或幫助犯，論理上或為詳細，亦或過於簡略，但可觀察到一個現象，亦即大部分考生對於刑法總則部分的研讀，較分則來得仔細。
- (三) 關於電腦相關犯罪的部分，大部分考生的作答都不是很理想，對於相關的構成要件非常不熟悉，甚至根本未予檢討，有討論到相關罪名的考生大部分也只是將案例事實重述一遍之後，逕下結論成立或不成立，對於評分要點中的爭點完全未予討論，實為可惜。
- (四) 由於考生對於電腦相關犯罪不熟悉，因此未加詳予討論，對於乙侵害財產之部分，眾多考生反而聚焦在討論乙是否成立竊盜罪或（業務）侵占罪。這些考生大多主張遊戲幣該當竊盜罪之動產或者侵占罪之物，有些

考生並將在不法所有意圖之解釋中係針對物體或價值等取得所有之理論爭議套用在此，忽略了竊盜罪與侵占罪皆以行為客體係有體物為前提，對於財產犯罪係針對不同的財產客體以及不同的行為方式規定了不同的構成要件，並不能混為一談。

(五)關於丙的部分，為數不少的考生未檢驗刑法第 266 第 2 項以網際網路賭博罪，或雖有檢驗，但對於所涉及之爭議並未深入討論。此外，對於其所涉及刑法第 150 條第 1 項及第 2 項之在公眾得出入之場所聚集三人以上下手實施強暴脅迫罪，大部分考生皆未討論，更遑論探討該等規定解釋所涉及之爭議。

(六)關於丁丟擲鐵條致 A 死亡的部分，大部分考生都反射性地直接認為屬於學說上的打擊錯誤（甚至有考生不附理由地認為係等價的客體錯誤），然後再以背公式的方式做出結論。然而，正確的方式應該是先針對案例事實加以釐清，確認行為人主觀的認識及意欲，方能判斷行為人是否具有錯誤（例如是否存在打擊錯誤），抑或至少仍具有未必故意。至於丁是否具有誤想防衛或者偶然防衛（雖然依論理不見得構成），絕大部分的考生都未論及此爭點，甚為可惜。

第二題

【總題說明】

本題主要涉及特別程序的簡易程序、簡式審判程序之運用，與通常程序的交互詰問規則之實務操作，以及法官迴避制度之解釋適用。第（一）子題除了測試應考人是否掌握簡易程序及簡式審判程序之區別與適用外，兼及對親屬間告訴乃論之罪與一部撤回告訴應如何裁判的理解；第（二）子題期待應考人能充分熟悉交互詰問規則，並妥適運用；第（三）子題針對當今熱門的法官迴避議題，測試應考人能否從公平審判原則出發，適當區辨自行迴避與聲請迴避之事由，並就判斷基準加以論述。

【評分要點】

第（一）子題

第 1 小題：

一、從甲與告訴人 A 具直系血親關係，故甲對 A 犯詐欺取財罪屬告訴乃論（刑法

第 343 條準用同法第 324 條)出發，引申出 A 於第一審辯論終結前撤回告訴，甲此部分所犯詐欺取財罪欠缺訴訟要件(刑事訴訟法第 238 條第 1 項、第 303 條第 3 款)，法院應為甲行使偽造私文書有罪之判決，並於理由內說明就被訴詐欺取財部分不另為不受理之諭知。

二、刑事訴訟法第 451 條之 1 第 4 項但書第 3 款所定「審理後認應為不受理之諭知」者，是否包含主文諭知有罪之判決，而於理由欄就實質上或裁判上一罪之一部不另為不受理諭知之情形，實務上有肯定說與否定說之不同見解。

三、依訴權不可分、程序不可分之法理，本件應適用刑事訴訟法第 452 條之規定，改依通常程序審判之。

(一)告訴乃論之罪，告訴人於第一審辯論終結前，得撤回其告訴；告訴乃論之罪，其告訴經撤回者，應諭知不受理之判決，刑事訴訟法第 238 條第 1 項、第 303 條第 3 款分別定有明文。另直系血親、配偶、同財共居親屬、五親等內血親或三親等內姻親之間犯刑法第 339 條第 1 項之詐欺取財罪者，依刑法第 343 條準用同法第 324 條規定，須告訴乃論。甲與告訴人 A 間係父女，為直系血親關係，故甲就其所涉對 A 犯詐欺取財罪部分屬告訴乃論，A 既已於第一審作成簡易判決處刑前具狀撤回告訴，此部分所犯詐欺取財罪，顯欠缺訴訟要件。本件檢察官認為甲以一行為觸犯行使偽造私文書與詐欺取財罪，為裁判上一罪之想像競合犯，詐欺取財部分既經 A 撤回告訴，法院應為甲犯行使偽造私文書之有罪判決，並於理由內說明就被訴詐欺取財部分不另為不受理之諭知。

(二)簡易程序判決得否就裁判上一罪為一部有罪、一部不另為不受理之諭知，實務上有不同見解。

1. 肯定說

(1)檢察官聲請以簡易判決處刑之案件，經法院認為有刑事訴訟法第 451 條之 1 第 4 項但書之情形之一者，應適用通常程序審判之，同法第 452 條定有明文。其中同法第 451 條之 1 第 4 項但書第 3 款所定「審理後認應為不受理之諭知」者，不包含主文諭知有罪之判決，而於理由欄就實質上或裁判上一罪之一部不另為不受理諭知之情形。蓋此時聲請簡易判決處刑事實與法院審判權行使之範圍並無變動，且被告或檢察官均可依刑事訴訟法第 455 條之 1 第 1 項對該簡易判決提起上訴，而無礙其程序利益及訴訟防禦權之保障，自難認屬刑事訴訟法第 452 條應改依通常程序審理之情形。

- (2) 法院辦理刑事訴訟簡易程序案件應行注意事項第 8 點固明定：「裁判上一罪之情形，其一部分案件不能適用簡易程序，全案應依通常程序辦理。」然該規定於 86 年 12 月 19 日簡易程序修正前即已存在，且修正前刑事訴訟法第 449 條規定法院得逕以簡易判決處刑者，以被告所犯屬刑法第 61 條所列案件，且科處拘役或罰金為限，故如裁判上一罪之一部非屬刑法第 61 條所列案件，而不能適用簡易程序時，全案應依通常程序辦理，此即上揭規定之訂定背景。86 年 12 月 19 日簡易程序修正後，既已刪除被告所犯屬刑法第 61 條所列案件之要件，則上揭規定即難繼續沿用，而應回歸刑事訴訟法第 451 條之 1 第 4 項但書規定。況且，上揭規定本屬建議性質，法院並不當然受其拘束。
- (3) 從而，具有裁判上一罪之犯罪事實，諭知一部有罪之判決，理由內對其他一部不另為不受理之說明，自與刑事訴訟法第 451 條之 1 第 4 項但書第 3 款所定，係就案件之全部應無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之判決，而於判決主文中呈現無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之諭知有別，實質上，並無改依通常程序審判之必要。（臺灣高等法院 109 年度原上易字第 8 號、臺灣高等法院高雄分院 106 年度上易字第 101 號判決）

2. 否定說

- (1) 簡易判決處刑本質上屬於實體判決之有罪科刑判決，除限制刑罰效果應為輕微之「虛刑」（即以宣告緩刑、得易科罰金得易服社會勞動之有期徒刑及拘役或罰金）外，亦應具備一般訴訟條件，始得為之，因此乃有刑事訴訟法第 451 條之 1 第 4 項但書第 3 款之除外規定，即不得為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之諭知，凡有此等情形者，應適用通常程序審判之，同法第 452 條亦定有明文，以貫徹簡易程序制度設計之本旨。
- (2) 實質上或裁判上一罪，因在訴訟上祇有一個訴權，基於審判不可分之原則，其一部判決效力及全部，法院如認一部成立犯罪，其他被訴部分欠缺訴訟條件時，僅能為單一主文之有罪判決，其欠缺訴訟條件之部分，則於判決理由內，說明因係被訴實質上或裁判上一罪，故此部分不另為不受理之諭知，而就實際上言，此乃屬已受法院為不受理之判決。因此，於裁判上一罪之案件，倘其中一部分犯罪不能適用簡易程序者，全案應依通常程序辦理之，乃訴權不可分、程序不可分之法理所當然。（108 年度台非字第 15 號判決）

3. 個人己見……。

第 2 小題：

- 一、詳述簡式審判程序之立法目的與通常程序之差異，由刑事訴訟法第 273 條之 1 第 2 項「不得」或「不宜」行簡式審判程序之規定，理解法院程序轉換權的適法行使。
- 二、法院裁定改行簡式審判程序，案件應為免訴或不受理諭知判決（含一部事實不另為免訴或不受理諭知之情形）時，與被告已為之有罪陳述，並無衝突，且與犯罪事實之認定無關，縱使法院未撤銷原裁定，改行通常程序，仍屬法院程序轉換職權之適法行使。
- 三、本件甲雖坦認全部犯罪事實，法院仍應本於職責調查該案是否具有不受理之情形，而就具有裁判上一罪之犯罪事實，並不另為不受理之諭知。因 A 於第一審辯論終結前撤回告訴，甲所犯詐欺取財罪部分，欠缺訴訟要件（刑事訴訟法第 238 條第 1 項、第 303 條第 3 款），法院未認此部分有不宜進行簡式審判程序之情形，續為審理，諭知甲一部有罪之判決，並於理由內對其他一部不另為不受理之諭知，仍屬其程序轉換職權行使之範疇，並無違法。

刑事案件輕重不一、繁簡各別，對其處理如能視案件之輕微或重大，或視被告對於起訴事實有無爭執，而異其審理之訴訟程序或簡化證據之調查，一方面可合理分配司法資源的利用，減輕法院審理案件之負擔，以達訴訟經濟之要求；另一方面亦可使訴訟儘速終結，讓被告免於訟累，以達明案速判之目的，此乃刑事訴訟法第 273 條之 1 第 1 項所定「除被告所犯為死刑、無期徒刑、最輕本刑為三年以上有期徒刑之罪或高等法院管轄第一審案件者外（下稱法定罪名），於前條第一項程序（即準備程序）進行中，被告先就被訴事實為有罪之陳述時，審判長得告知被告簡式審判程序之旨，並聽取當事人、代理人、辯護人及輔佐人之意見後，裁定進行簡式審判程序。」之立法意旨。是以倘案件屬於法定罪名，因不法內涵非重，且被告於準備程序先就被訴事實為有罪之陳述，即得於保障當事人為訴訟程序主體之程序參與權後，賦予事實審法院裁定改行「簡式審判程序」之程序轉換權，此時被告獲得公正有效審判既已獲得確保，仍能符合「正當法律程序」之要求。再被告既為有罪陳述，已可推定放棄詰問權之保障，因此簡式審判程序依刑事訴訟法第 273 條之 2 規定，不適用傳聞法則，且放寬證據調查之方法，不受通常審判

程序相關規定之限制，得由審判長便宜行事，以適當之方法調查證據；且因案情明確，為合理、有效分配司法資源，依同法第 284 條之 1 規定，第一審亦不行合議審判。除此之外，與通常審判程序所遵循之控訴原則、當事人對等、言詞審理、公開審理及審級制度等，並無異同。

法院裁定改行簡式審判程序後，認有「不得」或「不宜」者，應撤銷原裁定，依通常程序審判之，刑事訴訟法第 273 條之 1 第 2 項亦有明文。該條所稱「不得」進行簡式審判程序者，包括被告所犯非法定罪名之案件，或被告未被訴事實為有罪之陳述等不符法定要件之情形，法院並無裁量之權。另所謂「不宜」為簡式審判程序者，依照立法理由所載及法院辦理刑事訴訟應行注意事項第 139 點之規定，除指被告雖就被訴事實為有罪之陳述，但其自白是否真實，仍有可疑者外；尚有如一案中數共同被告，僅其中一部分被告自白犯罪；或被告對於裁判上一罪或數罪併罰之案件，僅就部分案情自白犯罪等情形，因該等情形有證據共通之關係，若割裂適用而異其審理程序，對於訴訟經濟之實現，要無助益，此時自亦以適用通常程序為宜，惟此仍應由法院視案情所需裁量判斷。

據此，應為無罪（含一部事實不另為無罪諭知之情形）之判決，因涉及犯罪事實存否，自係不宜為簡式審判。然倘係案件應為免訴或不受理諭知判決（含一部事實不另為免訴或不受理諭知之情形）時，因屬訴訟條件欠缺之程序判決，與被告已為之有罪陳述，並無衝突，且與犯罪事實之認定無關，而與簡式審判僅在放寬證據法則並簡化證據調查程序，並非免除法院認事用法職責，亦無扞格，更符合簡式審判程序為求訴訟經濟、減少被告訟累之立法意旨，此時法院既係於尊重當事人之程序參與權後，改行簡式審判程序，如檢察官於訴訟程序之進行中，未曾異議，而無公訴權受侵害之疑慮時，縱使法院並未撤銷原裁定，改行通常審判程序，以避免訴訟勞費，仍屬事實審法院程序轉換職權之適法行使，不能指為違法。

訴訟條件具備與否乃法院依職權應予調查之事項，是縱被告業已坦認全部犯罪事實，法院仍應本於職責調查該案是否具有免訴或不受理之情形，而就具有裁判上一罪之犯罪事實，並不另為免訴或不受理之諭知。本件甲與告訴人 A 間係父女，為直系血親關係，故甲就其所涉對 A 犯詐欺取財罪部分屬告訴乃論，已如前述，甲為有罪之陳述，經審判長告以簡式審判程序之旨，並聽取當事人之意見後，第一審法院裁定改行簡式審判程序，A 始當庭撤回告訴，效力僅及於詐欺取財之告訴乃論部分，第一審因而未認此部分有「不宜」進行簡式審判程序之情形，而未撤銷原裁定，改行通常審判程序，仍屬

其程序轉換職權行使之範疇，其續為審理，諭知甲一部有罪之判決，並於理由內對其他一部不另為不受理之說明，並無違法。

第（二）子題

- 一、從刑事訴訟法第 163 條及第 166 條規定出發，論述證人詰問之輪序及方法。
- 二、由主詰問之機能及範圍（刑事訴訟法第 166 條之 1 第 1 項、第 2 項），引申出原則上不得對於證人為誘導詰問（刑事訴訟法第 166 條之 1 第 3 項），但證人對主詰問者顯示敵意或反感，或有與先前不符之陳述時，例外得容許為誘導詰問（刑事訴訟法第 166 條之 1 第 3 項第 4 款、第 6 款）。
- 三、由反詰問之作用及範圍，引申出行反詰問時，就支持自己主張之新事項，即使超出主詰問範圍，經審判長許可，得為詰問，並視為主詰問，刑事訴訟法第 166 條之 3 定有明文。
- 四、檢察官在友性證人甲已翻異前供之情形下，得採取之二種訴訟策略：
 - （一）依刑事訴訟法第 166 條之 1 第 3 項第 4 款、第 6 款規定，經審判長許可，行誘導詰問。此時，乙之辯護人行反詰問時，當甲刻意迎合詰問時，即無容許乙之辯護人為誘導詰問。
 - （二）檢察官採取限縮性主詰問，結束主詰問，以限制乙之辯護人反詰問範圍，乙之辯護人行反詰問時，應依刑事訴訟法第 166 條之 3 規定，就甲所供攀誣乙之新事項，聲請審判長許可，另起主詰問，以支持自己所主張乙未參與本件犯行之待證事實。

現行刑事訴訟法在當事人互為攻擊、防禦之訴訟架構下，關於調查證據，依刑事訴訟法第 163 條之規定，係以當事人聲請調查證據為主導，法院依職權調查為補充及輔助。有關證人詰問之輪序及方法，則受同法第 166 條所定詰問法則之限制。其原則上係先由聲請傳喚之本造進行「主詰問」，次由他造為「反詰問」，再由本造為「覆主詰問」，再次由他造為「覆反詰問」（第 2 項）；於兩造依本條第 2 項所定次序為交互詰問完畢後，經審判長之許可，得「更行詰問」（第 3 項），證人於經兩造輪序詰問完畢後，「審判長得為訊問」（第 4 項）。

主詰問之機能，在於從證人證詞獲得建立有利己方主張之待證事實，因此主詰問應就待證事項及其相關事項為之（刑事訴訟法第 166 條之 1 第 1 項）。但例外為辯明證人之記憶及陳述之正確性，或證人之憑信性，得就必要事項為詰問（刑事訴訟法第 166 條之 1 第 2 項）。又所謂誘導詰問，乃指詰問者對供述者暗

示其所希望之供述內容，而為「問話中含有答話」之詰問方式，足以誘導受詰問之證人迎合作答，背離自己經歷而認知之事實。就實務經驗而言，由當事人、代理人、辯護人或輔佐人聲請傳喚之證人，一般是有利於該造當事人之友性證人，一旦容許詰問聲請人對於證人為誘導詰問，證人因附和其帶有暗示性之詰問而為虛偽供述之危險性甚高，故主詰問除有特別規定，原則上不得為誘導詰問，刑事訴訟法第 166 條之 1 第 3 項本文定有明文。但倘若證人對主詰問者顯示敵意或反感者，此時顯已屬敵性證人，或證人有與先前不符之陳述時，有關該相反或實質不一致供述之事項等情形，基於發現真實之訴訟目的，原本禁止誘導詰問之理由即告消失，故容許主詰問時為誘導詰問（刑事訴訟法第 166 條之 1 第 3 項第 4 款、第 6 款）。

反詰問之作用乃在彈劾證人之信用性，並削減或推翻其於主詰問所為證言之證明力，及引出主詰問時未揭露或被隱瞞之另一部分事實，而達發現真實之目的。是反詰問之主要目的，在於檢視證人主詰問供述之信用性，其範圍應限於「主詰問所顯現之事項及其相關事項」，或「為辯明證人供述之證明力所必要之事項」行之（刑事訴訟法第 166 條之 2 第 1 項）。惟反詰問若嚴格限制於主詰問之範圍，遇到主詰問所呈現之內容乏善可陳時，反詰問效果將受侷限，從發現真實之角度來說，自非妥當，何況反詰問人對於支持己方主張之新事項，若欲為詰問，受此限制非得重新向法院聲請不可，其結果不僅無端造成時間與費用之浪費，有時更不免因錯失良機而無法獲得原先所預期之突擊效果。基此，刑事訴訟法第 166 條之 3 乃規定：「行反詰問時，就支持自己主張之新事項，經審判長許可，得為詰問。依前項所為之詰問，就該新事項視為主詰問。」依此所為之詰問，就該新事項視為主詰問，因此原則上禁止為誘導詰問；而對此顯現的新事項，對造當事人得利用覆主詰問的機會，對證人為反詰問。

據上，本件檢察官見證人甲已翻異前供，轉為敵性證人，並有與先前不符之陳述，檢察官有二種訴訟策略可供選擇，第一，檢察官可請求法院同意以誘導性問題詰問，俾取得正確之陳述。此時，乙之辯護人行反詰問中，當證人甲刻意迎合詰問時，即無容許乙之辯護人為誘導詰問之必要，故例外不得為誘導詰問（刑事訴訟法第 166 條之 2 第 2 項）。第二，檢察官可採取限縮性主詰問，結束主詰問，以限制乙之辯護人反詰問範圍，但乙之辯護人反詰問範圍雖因而受限，其行反詰問時，應依刑事訴訟法第 166 條之 3 規定，就甲所供攀誣乙之新事項，聲請審判長許可，另起主詰問，以支持自己所主張乙未參與本件犯行之待證事實，檢察官則得利用覆主詰問甲之機會對此新事項為反詰問，也可容許為誘導詰問。

第（三）子題

第 1 小題：

- 一、從公平審判原則出發，析論法官迴避制度之規範目的。
- 二、對於刑事訴訟法第 17 條第 8 款所定「參與前審之裁判」之意義如何，分析學說及實務的見解。
- 三、因乙案與甲案之被告不同，並非同一案件，與法官「曾參與前審之裁判」應自行迴避之要件不符，乙此部分聲請為無理由。

人民得請求受公正而獨立之法院依正當程序予以審判之權利，乃憲法第 16 條保障人民訴訟權之核心內容。而公平法院之裁判，則仰賴法官執行職務之客觀中立與公正。為確保人民受公平審判之權利，並維持司法公正不偏之形象，刑事訴訟法設有迴避制度，規範法官之個案退場機制，排除與案件有一定關係之法官於審判之外，期以達成裁判公平性並維護審級利益。其中刑事訴訟法第 17 條列舉法官當然應自行迴避之原因，同條第 8 款規定，法官曾參與前審之裁判者，應自行迴避，不得執行職務；如法官不自行迴避，當事人並得聲請法官迴避，同法第 18 條第 1 項第 1 款亦有明定。

所稱「參與前審之裁判」意義如何，學說有不同見解：

- （一）審級說：以確保當事人之審級利益為前提，認為刑事案件之採審級制度，乃在使當事人對於下級審之裁判有不服的機會，得利用上級審請求救濟，如法官在下級審已參與裁判，於上級審又再參與裁判，就喪失審級制度存在的意義。故此說認為所謂前審，係指下級審而言。
- （二）拘束說：以維護裁判之自縛性為前提，認為案件既經裁判，本於裁判一次性原則，法官即應受該裁判之拘束，不得自行撤銷、變更或更正之，如該裁判有違法或不當，亦應由上級審加以審定，不應由原法官再參與裁判。故此說認為所謂前審，係指前次裁判而言。

我國實務向採審級利益說，認為所謂前審，係指法官於下級審曾參與該案件之審判，即不得再參與上級審之審判。司法院釋字第 178 號解釋明揭：「刑事訴訟法第十七條第八款所稱推事曾參與前審之裁判，係指同一推事，就同一案件，曾參與下級審之裁判而言」，其解釋理由書並謂：「因推事已在下級審法院參與裁判，在上級審法院再行參與同一案件之裁判，當事人難免疑其具有成見，而影響審級之利益。……惟此不僅以參與當事人所聲明不服之下級審裁判為限，並應包括『前前審』」，亦以當事人之審級利益為出發點而論法官迴避制

度之目的。其後司法院大法官作成釋字第 256 號解釋，也認為法官就同一案件應自行迴避之制度，係為維護當事人之審級利益。有差別的是，釋字第 256 號解釋將審級利益之射程範圍，從通常救濟程序進一步延伸至特別救濟之再審程序，並基於所謂「同一理由」，將確定終局判決視為再審程序之前審裁判。

依上述說明，刑事訴訟法第 17 條第 8 款所定法官迴避，既然是基於維護審級救濟利益之目的，禁止法官就同一案件再行參與裁判之所謂「前審裁判」，應是指法官曾參與通常救濟程序之下級審裁判，或曾參與特別救濟程序之原確定終局裁判。題旨情形，因乙案與甲案之被告不同，並非同一案件，自與刑事訴訟法第 17 條第 8 款所定法官「曾參與前審之裁判」應自行迴避之要件不符，乙此部分聲請為無理由。

第 2 小題：

一、析論法官迴避制度，分為自行迴避（第 17 條）與聲請迴避（第 18 條第 2 款）二種。

二、析論有偏頗之虞的判斷基準。

三、依本件個案情形，剖析乙以有偏頗之虞，聲請 X 法官迴避，為有理由。

我國刑事訴訟法關於法官迴避制度，分為自行迴避（第 17 條）與聲請迴避（第 18 條第 2 款）二種。前者，列舉難期法官公平審判而應自行迴避之具體事由；後者，則就其他足認法官執行職務有偏頗之虞之情形，賦予當事人聲請法官迴避之權。所謂足認其執行職務有偏頗之虞者，係指以一般通常之人所具有之合理觀點，對於該承辦法官能否為公平之裁判，均足產生懷疑；且此種懷疑之發生，存有其完全客觀之原因，而非僅出諸當事人自己主觀之判斷者，始足當之。是如有客觀原因，就各種情形，作個別具體觀察，足令一般通常人對法官能否本於客觀中立與公正之立場參與審判，產生合理懷疑，顯然不當侵害被告受憲法保障公平審判之權利者，即構成前開所稱執行職務有偏頗疑慮之要件。

具體個案間常因訴訟進行之時、空背景互異等諸多因素，卷存所得調查事證亦諸多不同，致法官亦因此形成不同之心證，本案實體事項之事實認定與法律適用結果為何，端視法官於本案訴訟中採證認事職權行使之情形定之，是法官於他案對與本案當事人有關事實、法律上之判斷，於客觀上亦不必然對本案形成預斷。惟徵諸甲案認定乙為共犯之犯罪事實，與乙案起訴犯罪事實相同，且甲案於審理中已以乙為證人，調查前揭犯罪事實，並綜合全卷證據資料及取捨判斷，對於乙

證稱其未參與犯行等證詞，為實質評價、審酌而不採，從而認定乙與甲為共同正犯。另甲案判決取捨判斷之證據資料復經乙案之第一審判決大量援引，證據評價亦約略等價齊觀，難謂二案就上揭犯罪事實之調查事證有何重大差異。綜上以觀，本件客觀上已足令一般通常之人，合理懷疑 X 法官就乙案與甲案相同之上開事實非無產生預斷之可能，難期其保持空白心證參與乙案第二審審判，顯然嚴重損及乙之審級利益，乙以有偏頗之虞，聲請 X 法官迴避，為有理由。

【閱卷委員的話】

- 一、本試題係就司法實務上運用甚廣之簡易程序、簡式審判程序等特別程序，以及通常審判程序之證人交互詰問，測驗應考人對相關規定之理解及妥適運用能力。並就近年來社會頗為關注之法官迴避議題，測驗應考人對其基準之判斷能力。綜觀應考人之整體表現，大多數應考人就法官迴避議題之相關學說及實務演進較能掌握，對於實務操作頻繁之特別程序及交互詰問程序相關規定，仍欠缺正確之認識，甚至部分應考人未能體察刑事訴訟法體系各程序之作用，致有混淆不同特別程序之情形。
- 二、第（一）子題部分，對於親屬間犯詐欺取財罪，是否為告訴乃論之罪，大部分應考人可以正確引用法條，得出屬告訴乃論之前提，但仍有不少應考人認知錯誤，或誤解告訴人不能直接向法院撤回告訴，與刑事訴訟法之規定不符。大部分應考人雖能指出題旨簡易程序應依規定轉換為通常程序，但只有極少數應考人能自訴權不可分、程序不可分之法理論敘如何適用該規定，甚至部分應考人就屬裁判上一罪關係之詐欺罪、行使偽造私文書罪部分，認應分別適用通常程序、簡易程序，各為不受理諭知及論罪科刑，而與上開法理不合。另對於刑事訴訟法第 273 條之 1 第 2 項轉換程序規定之理解，約有半數應考人能從簡式審判程序之立法意旨立論，但有部分應考人仍誤用簡易程序，甚至適用同法第 452 條規定處理，明顯混淆簡式審判程序與簡易程序，對於特別程序之認識仍一知半解。
- 三、第（二）子題在測驗交互詰問規則之運用，部分應考人對刑事訴訟法上之詰問規則未能適當作答，甚至未切合題旨，偏向證據能力或無效反詰問論述，致影響給分。雖然部分應考人能指出檢察官得為誘導詰問，但只有極少數應考人能觸及另一訴訟策略，即檢察官採取限縮性主詰問，結束主詰問，以限制乙之辯護人反詰問的範圍，以及乙之辯護人得依刑事訴訟法第 166 條之 3

規定另起主詰問因應。在司法實務上，證人之交互詰問，為通常審判程序之重心，整體而言，多數應考人仍未能對詰問規則深入瞭解，而為妥適運用。

四、大部分應考人對第（三）子題第 1 小題，能就刑事訴訟法第 17 條第 8 款所規定「參與前審之裁判」，併陳學說及實務見解演進，再提出對題旨之判斷。至於第 2 小題部分，大部分應考人亦能提出實務之見解，就題旨為論述。部分應考人對前面子題作答甚詳，惟最後對本子題回答粗略，甚至未完整作答，明顯對時間分配未充分掌握，以致影響分數。相較第（一）、（二）子題之作答情形，約可反應出應考人仍停留於教科書背誦方式以應對考試，卻忽略實務運作之普遍現象。