

《刑法與刑事訴訟法》

一、某甲架設伺服器經營線上博弈網站，秘密招攬賭客前往投注，方式是由賭客註冊帳號密碼登入網站後，付款儲值遊戲幣，再下注進行博弈遊戲，所贏得之遊戲幣再兌換為現金提取。賭客僅能看見博弈遊戲總投注金額，無法得知其他賭客的投注情況。甲另僱請某乙等人進行網站維護以及線上客服，處理儲值及兌換現金等事務。乙瞞著甲，在伺服器後台植入可偷取他人遊戲幣（亦即隨機挑選賭客，將其儲值之遊戲幣的一小部分移轉到乙自己支配的帳戶名下）的程式，乙再將遊戲幣兌換成現金，網站開幕迄今已獲利新臺幣（以下同）數十萬元。某日，賭客某丙在前述博弈網站儲值相當於二十萬元的遊戲幣，簽注時卻發現每簽一次，遊戲幣就會短少一些，懷疑有詐。丙立刻撥打客服專線欲退錢，乙接聽後向丙謊稱系統一切正常，回絕丙欲退錢的請求。丙氣不過，放話要當面跟網站經營者理論，乙怕丙尋仇，於是謊報一個廢棄工廠的地址予丙。丙夥同朋友某 A、某 B 共三人到廢棄工廠門口的馬路旁咒罵、咆哮，丙朝廠房高聲說：「裡面的人再不出來，就讓你們死得很難看！」並隨手撿起地上的磚塊，朝四周亂扔，並準備要衝進廠房找人理論。當時雖然沒有人車經過該路段，但磚塊仍造成巨大的聲響，驚動了躲在廠房角落睡覺的通緝犯某丁。丁驚醒之餘，以為正欲衝進廠房的丙、A、B 等人是前來追捕自己的警察，為脫免逮捕，順手撿起地上的鐵條朝丙的方向猛力一擲，卻砸中了跟在後頭的 A，A 因頭部受創當場倒地，丁見狀立即逃離現場。A 經丙及 B 送醫急救後仍不治死亡。問：甲、乙、丙、丁的刑事責任為何？（100 分）（附註：僅需檢討中華民國刑法典之罪名，毋須檢討其他特別法。答題除引用相關學說或實務見解外，應就本案之論斷附具個人意見。）

命題意旨	本題難度相當高，分則考點除了新修法的賭博罪以及聚眾妨害秩序罪以外，過去較少出現的電腦詐欺罪、竊取準動產罪、妨害電腦使用罪章，還有傳統強制罪與恐嚇危害罪，均須有所討論。總則部分則包括：相續幫助犯、打擊錯誤、容許構成要件錯誤的要件討論、間接禁止錯誤，以及想像競合夾結效果與去除夾結效果等爭議，均應加以論述。
答題關鍵	<p>(一)甲之刑責：甲經營線上網站，應討論圖利供給賭博罪的「場所」是否包括網路空間。</p> <p>(二)乙之刑責：乙受僱於甲維護網站與擔任客服，應討論圖利供給賭博罪的相續共同正犯與相續幫助犯；另植入遊戲幣移轉程式竊取他人遊戲幣，則涉及電腦詐欺得利罪之「不正方法」與「輸入虛偽資料」的解釋、變更電磁紀錄罪，以及遊戲幣是否為竊盜罪之「準動產」。而所有犯罪均討論完後，因圖利供給賭博罪是繼續犯，其餘成立之三罪均為狀態犯，故應討論夾結效果與去除夾結效果後的競合處理方式。</p> <p>(三)丙之刑責：丙於博弈網站簽注之行為，成立新法電信網路賭博罪；朝廢棄工廠喊叫與丟擲石頭則涉及「恐嚇」與「脅迫」之解釋，又因該工廠為廢棄工廠，就強制罪部分應成立未遂犯。同時，丙 AB 一同在廢棄工廠外為上開行為，亦須討論聚眾妨害秩序罪及並對其限縮解釋。</p> <p>(四)丁之刑責：丁朝丙丟擲鐵條卻擊中 A 須討論打擊錯誤（法定符合說、具體符合說、對應理論），而誤以為丙 AB 為警察進而攻擊之，是否為誤想防衛，應就誤想防衛之要件有所涵攝，結論上應不成立誤想防衛，而是對正當防衛界線誤認的間接禁止錯誤。</p>

【擬答】

(一)甲經營線上博弈網站之行為，成立刑法（下同）第 268 條圖利供給賭場罪

1.客觀上，甲經營之網路博弈網站能否為本罪之「賭博場所」，容有爭議：

(1)否定說認為，所謂「場所」應限於物理存在之空間即賭場；肯定說則自規範目的擴張解釋，客體之間相對關係之互動結果亦屬之，故網站所呈現之數位空間亦為場所。

(2)本文以為，依保護社會經濟秩序之目的，以及民國 111 年 1 月增訂第 266 條第 2 項立法意旨，以網路方式提供他人進入賭博之不法性與提供物理空間相同，故甲經營博弈網站供賭客進入賭博，該網路空間亦屬賭博場所。

2.又，甲所提供之賭博網站雖係秘密招攬賭客，且賭客均不知他人下注情形而有私密性，惟依文義解釋，

本罪之成立並不以提供公開之場所為必要，客觀構成要件該當。

3.主觀上，甲有供給賭博場所之故意與營利意圖，亦無阻卻無法事由並具罪責，成立本罪。

(二)乙之刑責

1.乙替甲維護網站並擔任客服之行為，不成立刑法（下同）第 268 條圖利供給賭場罪之相續共同正犯（第 28 條）：

(1)客觀上，本罪為繼續犯，乙於甲架設網站後，受僱維護網站並擔任客服是否構成相續共同正犯，容有爭議：

①有見解認為，於著手後完成前加入之人均可成立共同正犯；實務上亦有主張原則上於利用既成條件犯罪之意思，或客觀上與他人行為具相互補充關係（102 第 14 次決議）即可成立共同正犯，僅例外於形式結合犯、牽連犯以及連續犯無成立可能。

②有學說認為，應回歸第 28 條要件與功能支配概念，並配合分則構成要件認定。

③本文以為，實務上錯將問題聚焦於最後加入時點，「相續」一詞僅表示先後參與結構，是否成立共同正犯，仍應回歸功能支配之規範判準，而行為人所支配者為構成要件之實現，故應個別分析分別構成要件以確定其是否具有支配力，學說可採。

(2)本題中，乙擔任甲之網站維護者與客服，主觀上並無與甲共同提供賭博網站之犯意聯絡，亦欠缺營利意圖，客觀上亦無與甲共同經營網站之行為分擔，自無功能配力而不成立共同正犯。

2.乙替甲維護網站並擔任客服之行為，成立刑法（下同）第 268 條圖利供給賭場罪之相續幫助犯（第 30 條）：

(1)甲成立圖利供給賭博罪已如前述。

(2)客觀上，乙替甲維護網站並擔任客服，係使甲繼續供給賭場易於實現之物理幫助行為；主觀上，乙有幫助甲繼續供給網站之幫助故意與幫助既遂故意。

(3)乙無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。

3.乙植入竊取遊戲幣程式之行為，成立刑法（下同）第 339 條之 3 第 2 項電腦詐欺得利罪：

(1)客觀上，乙植入竊取遊戲幣之程式係建構錯誤功能，透過程式的形塑操作電腦資料的處理流程，使電磁紀錄資料有錯誤之記載，故可評價為輸入虛偽資料。

(2)又，乙形塑不正遊戲幣移轉程式，無論依照「類似詐欺說」、「主觀化理論」、「設備使用規則說」或「一切不正當方法說」，乙係以類似詐欺之方法，未得處分權人即遊戲玩家之同意，違背網站交易流程之方式取得他人財產，故屬「不正方法」。且乙以此製作財產權得喪變更紀錄取得他人財產利益數十萬元，而為既遂。

(3)主觀上，乙有輸入虛偽資料製作財產權變更之故意，亦有取得他人財產利益之不法利得意圖，乙亦無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。

4.乙植入竊取遊戲幣程式取得賭客與丙遊戲幣之行為，成立刑法（下同）第 359 條變更電磁紀錄罪：

(1)客觀上，遊戲幣儲值紀錄屬以電子製成供電腦處理之電磁紀錄，乙未經遊戲幣處分權人同意，透過不正程式重塑紀錄內容，係變更電磁紀錄之行為致生損害於賭客之財產與公眾電腦使用安全。

(2)主觀上，乙有變更電磁紀錄故意，亦無正當理由而為無故，且欠缺其他阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。

5.乙植入竊取遊戲幣程式取得賭客與丙遊戲幣之行為，成立刑法（下同）第 320 條與第 323 條竊取準動產罪：

(1)客觀上，遊戲幣係由賭客與丙所支配，且類似於電能與熱能，具消長性質之準動產，乙未經賭客與丙之同意，以和平手段將置於賭客帳戶內由賭客持有支配之遊戲幣，移轉於自己帳戶並建立支配，係破壞其財產支配利益之竊盜行為。

(2)主觀上，乙有竊盜故意與不法所有意圖，且無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。

6.小結：

(1)乙成立之電腦詐欺得利罪、變更電磁紀錄罪以及竊取準動產罪，其個別依刑法（下同）第 50 條數罪併罰後，三罪之間係一行為侵害數法益，依第 55 條想像競合處斷。

(2)又，乙成立之幫助營利供給賭場罪係較輕之繼續犯，與(1)各自數罪併罰、較重三個狀態犯之罪，無法依想像競合夾結效果從一重處斷，故應去夾結效果，將較重之三個狀態犯數罪併罰後訂出執行刑，再與幫助營利供給賭場罪依第 55 條想像競合。

(三)丙之刑責

1.丙於博弈網站簽注之行為，不成立刑法（下同）第 266 條第 1 項公共場所賭博罪：

- (1)客觀上，實務認為丙於私密網站簽注，賭客亦無法知悉他人簽注金額，其賭博活動與內容具有一定封閉性，故非於公開場所或公眾得出入之場所賭博（107 台非 174 判決）。
- (2)本文以為，依照文義解釋，公共場所應具多數人得以共見共聞之狀態，本題中，賭客既無法知悉他人之投注狀況，且限於註冊會員始能投注，丙簽注之網站自非公共場所，客觀構成要件不該當。

2.丙於博弈網站簽注之行為，成立刑法（下同）第 266 條第 2 項電信網路賭博罪：

- (1)客觀上，依民國 111 年 1 月新法立法意旨，丙於甲架設之網際網路賭博，易使賭博風氣蔓延至整體社會，其可罰性與在公共場所賭博者相同，故應加以處罰。
- (2)本文以為，本罪之目的在保護社會經濟秩序，且本罪為危險犯，因網路傳播速度快且面向廣，丙於簽賭網站上賭博即使欠缺公開性，仍已對該法益形成抽象危險而具不法，合於本項客觀構成要件。
- (3)主觀上，丙認知在網站上賭博對社會經濟秩序之抽象危險並決意為之，具賭博故意，且丙無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。

3.丙朝廢棄工廠喊叫並扔磚塊之行為，係以人力可支配、涉及生命身體之不法惡害內容通知他人，惟因工廠內部並無人因而心生畏怖，亦未致生危害於任何人，自不成立刑法第 305 條恐嚇危害安罪。

4.丙朝廢棄工廠喊叫並扔磚塊之行為，成立刑法（下同）第 304 條第 2 項強制未遂罪：

- (1)客觀上，丙朝廢棄工廠喊叫並扔磚塊以使甲乙出來面對，係對他人形成精神壓力之心理強制手段，雖有認為因本罪保護意思決定自由，強暴手段應作最廣義解釋，而將心理強制包括在內，惟本文以為本罪同時保護意思活動自由，故應限於對他人身體形成物理限制之不法腕力始屬之。
- (2)本題中，丙朝廢棄工廠喊叫要甲乙出來面對，否則死得很難看，進而對工廠扔磚塊，應評價為對生命身體之現在惡害通知他人之脅迫行為，惟因甲乙並不在工廠內，致其意思自由未受限制，而為未遂。
- (3)丙無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。
- (4)又，甲乙未在工廠內而係客體不存在之未遂，依重大無知說，丙並非對因果法則之誤認而誤以為其脅迫行為無危險，自非重大無知，應為第 25 條普通未遂。

5.丙與 AB 聚集於工廠外朝工廠喊叫並扔磚塊之行為，不成立刑法（下同）第 150 條聚眾妨害秩序罪：

- (1)客觀上，依文義解釋與民國 109 年 1 月之修正理由，丙 AB 三人聚集於公眾得出入之工廠外部，丙為對工廠喊叫與丟石頭之脅迫行為，雖無人車經過，惟已足造成他人恐懼不安而侵害公共安寧秩序，似應該當構成要件。
- (2)惟本文以為，本於公共秩序法益之保護，本罪之強暴脅迫行為必須立基於眾人形成之暴力為威脅情緒或氛圍，且係針對不特定人，亦即具不特定性、多數性以及隨機性方屬之。
- (3)本題中，丙喊叫與扔石頭之行為均係針對特定人即賭場經營者，故於目的性限縮脅迫行為之前提下，該等行為不該當構成要件。

6.小結：丙成立之數個賭博罪係數行為侵害數法益，依刑法第 50 條（下同）數罪併罰；丙成立之數個強制未遂罪，係出於單一意思決定反覆實施同種類之行為，侵害數人之意思決定自由法益，依第 55 條想像競合後，再與賭博罪數罪併罰。

(四)丁朝丙丟擲鐵條卻誤擊 A 之行為，係學理上所稱之「打擊錯誤」，成立刑法（下同）第 271 條殺人未遂罪與第 276 條過失致死罪：

1.丁於丟擲鐵條之著手後，因殺丙實行行為失誤誤擊 A，係屬對因果流程誤認之「打擊錯誤」，其法律效果容有爭議：

- (1)法定符合說認為，殺人罪僅要求行為客體生物屬性為自然人，打擊錯誤不排除殺人故意，丁故成立殺人既遂罪。
- (2)具體符合說主張，應就目標客體丙與誤擊客體 A 等具體事實分別評價，就丙成立殺人未遂罪、對 A 成立過失致死罪，兩罪想像競合。
- (3)對應理論則以為，應就丁主觀想像客體丙與客觀誤擊客體 A 分別與規範標準即殺人構成要件做對應，其結論與具體符合說相同。
- (4)本文以為，法定符合說與具體符合說僅為結論而無理由，且法定符合說忽略存在構造之規範評價，一概論以殺人既遂罪將造成評價失誤，對應理論可採。
- (5)本題中，打擊錯誤係對因果流程之誤認，依照一般生活經驗觀察丙之犯罪計畫，丁朝丙方向丟擲鐵

條卻擊中 A，應屬具規範重要性之重大偏離，阻卻丁之殺人既遂，應進一步就丁主觀想像之因果流程與客觀發生之因果流程分別與殺人罪對應。

2. 丁朝丙丟擲鐵條之行為，成立第 271 條第 2 項殺人未遂罪，且得依第 16 條但書減輕罪責：

- (1) 主觀上，丁朝快速移動之丙丟擲鐵條應有侵害丙生命之認知與容任，故具殺人間接故意；客觀上，丁朝丙丟擲鐵條時已製造丙生命之直接危險，僅鐵條未擊中丙而使該生命危險之流程未與殺人罪之因果流程對應，亦即想像殺人之因果流程未實現，故為未遂。
- (2) 主觀上，丁誤認丙 AB 為將逮捕自己之警察，即使其目的係為脫免逮捕，惟因已有不法侵害事實之認知，故仍具防衛意思，僅客觀上並無丙 AB 逮捕丁之不法侵害事實存在，丁丟鐵條之行為似為「誤想防衛」。惟本文以為，為免使誤認情狀之行為人均獲得過失犯之刑責優惠，誤想防衛之要件應嚴格認定，就丁想像之事實進一步判斷是否得主張正當防衛。
- (3) 本題中，警察依法有逮捕通緝犯之權限，即使丙 AB 係逮捕丁之警察，逮捕行為仍非不法侵害，丁不得對之主張正當防衛，故丁丟鐵條行為非誤想防衛。又，丁誤認脫免逮捕得主張正當防衛，係對正當防衛法律界限之誤認，應為「間接禁止錯誤」。
- (4) 就丁間接禁止錯誤之法律效果，涉及不法意識與故意概念之爭，分析如下：
 - ① 故意理論認為，故意之認知、意欲以及不法意識均為罪責要素，丁之間接禁止錯誤應阻卻故意犯之罪責。
 - ② 罪責理論主張，故意之認知與意欲為構成要件要素，不法意識屬於罪責，欠缺不法意識之丁成立故意犯，僅能依第 16 條視情形減免罪責。
 - ③ 不法故意理論則認為，故意之認知、意欲以及不法意識均屬不法階層，欠缺不法意識排除不法故意，成立過失犯。
 - ④ 本文以為，故意具雙重地位，故意理論與不法故意理論與第 13 條和第 16 條文義不符，罪責理論可採。
 - ⑤ 本題中，丁朝丙丟鐵條有殺人故意已如前述，惟依其個人能力與智識程度，並參酌客觀一般人對正當防衛之認知與規範之期待可能，丁不應誤認其行為得正當防衛，故其禁止錯誤係可避免，依第 16 條但書得減輕罪責。

3. 丁持鐵條誤擊 A 之行為，成立第 276 條過失致死罪：

- (1) 客觀上，丁丟鐵條之行為與 A 死亡具不可想像不存在之條件因果關係，且丁違反不得致人於死之客觀注意義務，並依一般人標準，丁對 A 遭鐵條擊中死亡之結果具預見與避免可能性。
- (2) 丁無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。

4. 小結：丁成立之殺人未遂罪與過失致死罪，依第 55 條想像競合處斷。

二、甲女乙男為同居人，涉嫌持偽造之土地買賣契約書，向甲之獨居父親 A 詐騙新臺幣 120 萬元得手。案經 A 對甲提出告訴，甲於警詢、偵訊時坦承犯行，經檢察官起訴甲一行為觸犯行使偽造私文書（刑法第 216 條、第 210 條）與詐欺取財（刑法第 339 條第 1 項）罪嫌，應從一重之行使偽造私文書罪名處斷（下稱甲案）。甲於第一審審理中指稱乙為主謀，且供述 2 人謀議、分工的情節，並聲請傳喚乙作證，以求輕判；第一審法院傳喚乙到庭，乙同意具結作證，但否認參與本件犯行。經審理結果，法院認定甲與乙為共同正犯，論處甲之罪刑。嗣檢察官簽分偵查，亦以乙與甲共同以一行為觸犯上開罪嫌，起訴乙（下稱乙案）。請就相關學說或實務、已見詳附理由回答下列問題：

- (一) 設若甲案，檢察官係聲請簡易判決處刑，於判決處刑前，A 具狀向法院撤回告訴。試問：法院應如何審判？倘檢察官係依通常程序起訴，甲於法院行準備程序時為有罪陳述，經審判長告知簡式審判程序之旨，並聽取當事人之意見後，裁定改行簡式審判程序，於審理中，A 當庭以言詞撤回告訴。法院適用簡式審判程序審理結果，為甲一部有罪之判決，並於理由內說明一部不另為不受理之諭知。試問：本件判決之適法性如何？（40 分）
- (二) 設若乙案，檢察官於第一審法院聲請以證人身分傳喚甲作證，甲到庭同意作證並具結後，檢察官對甲行主詰問時，甲翻異前供，改稱乙未參與本件犯行。試析論 2 種檢察官可採行之詰問策略，及乙之辯護人如何因應詰問攻防。（30 分）

- (三)設若乙案，第一審法院援引與甲案相同之證據資料，諭知乙有罪之判決，乙提起第二審上訴，分由 X 法官擔任受命法官，X 法官恰為甲案的審判長，乙未就第二審案件有所聲明或陳述，即以 X 法官曾參與前審之裁判及有偏頗之虞，聲請迴避。請分別說明乙聲請 X 法官迴避之 2 項事由，有無理由？（30 分）

命題意旨	簡捷程序之轉換問題；交互詰問；法官迴避事項之判斷。
答題關鍵	第一小題：簡易程序與簡式審判程序倘遇有一部有罪、他部不受理之情形，法院應如何處理？此涉及較為實務面向之考題，應留意簡捷程序之立法目的，以及實務近期最新見解。 第二小題：本小題沒有標準答案，只在測驗考生對於交互詰問制度之熟稔程度。最基本應寫出主詰問得例外誘導之法條依據，其他就自由發揮。 第三小題：本小題改編自最高法院 108 年度台抗字第 921 號刑事裁定，內容幾乎完全相同。
考點命中	第一小題：《高點刑事訴訟法總複習講義》第二回，黎台大編撰，頁 118~119。 第三小題：《高點刑事訴訟法總複習講義》第二回，黎台大編撰，頁 120~122。

【擬答】

- (一)簡易判決處刑程序經 A 撤回告訴後，法院應依刑事訴訟法(下同)第 452 條轉回通常程序而為判決；簡式審判程序經 A 撤回告訴後，法院仍以簡式審判程序審理，依實務最新見解，判決仍屬適法：

1.若甲案經檢察官聲請簡易判決處刑

- (1)第一審法院依被告在偵查中之自白或其他現存之證據，已足認定其犯罪者，得因檢察官之聲請，不經通常審判程序，逕以簡易判決處刑；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 項但書之情形者，應適用通常程序審判之。簡易判決處刑，除限制刑罰效果應為輕微之「虛刑」（即原則上不拘束被告之人身自由，或給予緩刑宣告，或易以罰金、社會勞動）外，更限制不得為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之諭知，以貫徹刑事簡易程序制度設計之本旨。
- (2)而無罪判決，係指經法院為實體之審理，不能證明被告犯罪或其行為不罰之實體判決而言。但除單純一罪或數罪併罰案件以判決主文宣示者外，實質上或裁判上一罪，因在訴訟上只有一個訴權，基於審判不可分之原則，其一部判決效力及於全部，法院如認一部成立犯罪，其他被訴部分不能證明犯罪時，僅能為單一主文之有罪判決，其不能證明犯罪之部分，則於判決理由內，說明因係被訴實質上或裁判上一罪，故此部分不另為無罪之諭知，而就實際上言，此仍屬已受法院為實體審理之無罪判決。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。(最高法院 108 年度台非字第 15 號判決意旨參照)
- (3)查本案本件檢察官係認被告甲一行為觸犯行使偽造私文書與詐欺取財罪嫌，應從一重以行使偽造私文書罪名處斷，故兩者為裁判上一罪關係。行使偽造文書部分為非告訴乃論之罪；至於詐欺取財罪部分，因被告甲與被害人 A 為直系血親關係，依刑法第 343 條準用第 324 條第 2 項之規定，屬告訴乃論之罪。故 A 得撤回告訴。
- (4)次查，法院判決前，因 A 已具狀向法院撤回告訴，就行使偽造文書部分雖不生撤回效力，但就親屬間犯詐欺部分，則生合法撤回之效果。因該部分訴訟條件有所欠缺，法院自應依刑事訴訟法第 303 條第 3 款諭知不受理判決。故本案裁判上一罪中，部分犯罪事實因有不受理判決之情事，核有第 451 條之 1 第 4 項但書第 3 款之情事，依第 452 條之規定應依通常程序審判之。
- (5)末查，參諸前揭最高法院判決意旨，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。故本案其中一部分之犯罪既因 A 之撤告，而應諭知不受理判決而不能適用通常程序，此時應將程序轉回通常程序而為判決，始為適法。

2.若甲案經法院裁定改行簡式審判程序

- (1)就詐欺取財部分，因甲與 A 有直系親屬關係，為告訴乃論之罪，經 A 當庭以言詞撤回告訴後，即生撤回效果。故本案實有一部有罪、一部不受理之情形，已如前述。
- (2)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，或被告未就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的關係，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。

- (3)故個案中倘一部有罪、一部無罪者自應改回通常程序審理為宜。然茲有疑問者為，簡式審判程序中，一部有罪、一部不受理之情形，法院得否仍為簡式審判？就此實務容有新舊見解，分述如下：

①過往實務見解(臺灣高等法院暨所屬法院 94 年法律座談會刑事類提案第 28 號甲說)

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 點可知，一部無罪、免訴或不受理諭知之案件(含一部事實，不另為無罪、免訴或不受理諭知之情形)，均不得或不宜為簡式審判。

檢察官既已起訴全部事實，如法院傾向認定其中一部有「無罪、免訴或不受理」之情形(無論係諭知，或係不另為諭知，均包含在內)，即應考量公訴人與被告於刑事審判程序中均享有完整之訴訟權，因此，檢察官自有權請求法院依完整之證據法則(含傳聞法則)及證據調查方式進行審理，並請求法院為合議庭之慎重審判，否則，即可能侵害檢察官身為公訴人原所擁有訴訟權之完整性。而不得僅考量無罪、免訴或不受理判決(含不另為無罪、免訴或不受理諭知之情形)，對於被告較為有利，即無視於公訴人訴訟權之完整性，偏執被告利益，率行簡式審判程序。

②近期實務見解(最高法院 111 年度台上字第 1289 號刑事判決)

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。有最高法院 111 年度台上字第 1289 號刑事判決可資參照。

- (4)管見以為，本於訴訟經濟與減少被告訟累之立法意旨，倘檢察官並未異議，法院未改回通常程序，仍以簡式審判程序諭知一部有罪，並於理由內說明另一部為不受理之諭知，該判決仍屬適法。

(二)設若甲於乙案作證時翻異前供，改稱乙未參與本件犯行，檢辯雙方所得採行之攻防策略，說明如下：

1.因本案係檢察官於主詰問時甲翻供，故檢察官得例外誘導詰問，故檢察官可採行之策略如下：

- (1)按刑事訴訟法第 166 條之 1 第 4、5、6 款規定：「行主詰問時，不得為誘導詰問。但下列情形，不在此限：四、證人、鑑定人對詰問者顯示敵意或反感者。五、證人、鑑定人故為規避之事項。六、證人、鑑定人為與先前不符之陳述時，其先前之陳述。」故證人如有上開事項，檢察官得為誘導詰問，合先敘明。
- (2)查本案檢察官於主詰問時，甲翻異前供，改稱乙未參與本件犯行，顯有前開主詰問得誘導詰問之例外情形。故檢察官此時應得請求法院提示前案甲之偵查及審判筆錄，進行「質疑」程序，要求甲解釋前後案供詞不一之原因，藉此打擊甲於乙案證詞之證明力。同時，亦得藉由提示前案證詞之過程，確認甲於前案陳述時是否有受外力干預，當時記憶是否清晰等事項，鞏固甲於前案(即甲案)陳述之可信度。
- (3)次查，檢察官亦得向甲曉諭或提示其證詞顯然與前案(甲案)之陳述內容矛盾，恐有涉及刑法偽證罪之問題，藉此造成證人回答時之適度壓力而避免其翻供。

2.辯護人之詰問攻防

檢察官於主詰問時證人既以翻異前供，辯護人於反詰問時既得誘導(刑訴第 166 條之 2 第 2 項參照)，自應擴大優勢，以鞏固本次甲之證詞為其首要目標。故辯護人得向甲詢問其本次所為之陳述何以異其前案？並適時誘導，詢問甲前案(甲案)陳述時，是否係有出於特別考量(顧慮)或外界干預？倘甲能圓滿交代本次翻供之原因，方能消除法院對於本次證人翻供證詞可信性之疑慮。

(三)乙依刑事訴訟法第 18 條第 1 款主張 X 法官曾參與前審之裁判而聲請迴避，無理由；乙依第 18 條第 2 款主張法官執行職務有偏頗之虞而聲請迴避，有理由：

- 1.按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之一。而公正獨立法院尤繫諸於法官執行職務之客觀中立與公正，公民與政治權利國際公約第 14 條第 1 項中段即訂明：「任何人受刑事控告或因其權利義務涉訟須予判定時，應有權受獨立無私之法定管轄法庭公正公開審問。」誠然，法官不唯有責亦須自我期許應依據法律公正而獨立進行審判，然遇法官與案件有利害關係及其對案件恐存預斷成見之情形，雖不代表裁判即是不公正，但單是有利害關

係及預斷成見疑慮之外觀，便足以腐蝕司法公信力之基礎。因為正義不僅必須被實踐，而且必須以人民看得見的方式加以實踐；正義女神如掀開蒙眼布，即使手持正義的天平，也難令人信賴。由於裁判為法官之內心活動，其偏見與預斷存否，外界難以全盤知悉，故法官不僅有責基於採證認事結果，本於法律之確信作出公正不偏之裁判，亦須在外觀上讓當事人或人民相信其係基於客觀中立與公正之立場而為之，始能激發社會大眾對司法之信賴。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。是迴避制度乃是公平審判之基石，為法定法官原則之例外容許，對於保障人民訴訟權影響重大。有最高法院 108 年度台抗字第 921 號刑事裁定可資參照。

2.X 法官並非參與「前審」裁判之法官，故乙依第 18 條第 1 款聲請迴避無理由

(1)按第 18 條第 1 款規定：「當事人遇有下列情形之一者，得聲請法官迴避：一、法官有前條情形而自行迴避者」、第 17 條第 8 款規定：法官於該管案件有下列情形之一者，應自行迴避，不得執行職務：「八、法官曾參與前審之裁判者。」前開條款所稱法官「曾參與前審之裁判」，係指同一法官，就同一案件，曾參與下級審之裁判而言（司法院釋字第 178 號解釋參照）。

(2)又同一案件應係同一被告知同一犯罪事實，始足當之。本件甲、乙共犯偽造文書與詐欺取財罪嫌，犯罪事實雖同一，但因被告不止一位，仍屬複數案件而非同一案件。故 X 法官並非前開條款所稱之「前審」裁判者。毋庸依第 17 條第 8 款、第 18 條第 1 款迴避。乙依第 18 條第 1 款規定聲請迴避，無理由。

3.本案 X 法官審理本案有偏頗之虞，故乙依第 18 條第 2 款聲請迴避有理由

(1)「第 18 條第 2 款規定，法官有應自行迴避以外情形，足認其執行職務有偏頗之虞者，當事人得聲請迴避。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，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。申言之，倘於個案中有客觀原因，就該情形作個別具體觀察，足令一般通常之人對法官能否本於客觀中立與公正之立場參與審判，產生合理懷疑其有不當侵害被告公平審判之權利者，即該當執行職務有偏頗疑慮之要件，與法官個人是否確實存有偏見或預斷無關。」最高法院 110 年度台抗字第 1803 號刑事裁定參照。

(2)徵諸甲案業已認定被告甲、乙為共犯之事實，與乙案檢察官起訴後法院審所裡之犯罪事實有高度重疊。且乙於甲案審理中經法院以證人身分調查前揭犯罪事實，並綜合全卷證據資料及取捨判斷，對於乙否認參與本件犯行之主張為實質評價、審酌而不採。前案判決取捨判斷之證據資料復經本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。故管見以為，本案客觀上已足令一般通常之人，合理懷疑 X 法官就本案與前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本案第二審審判，顯然嚴重損及抗告人之審級利益，為免不當侵害抗告人受憲法保障公平審判之權利，X 應予迴避。乙依第 18 條第 2 款聲請迴避，有理由。¹

¹ 已見部分改編自最高法院 108 年度台抗字第 921 號刑事裁定最後結論，讀者可自行代換練習。最高法院 108 年度台抗字第 921 號刑事裁定：「固然，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。惟徵諸前案認定抗告人為共犯之犯罪事實，與本案起訴書犯罪事實欄二之(四)、(五)、(七)、(八)、(九)等所載犯罪事實，即本案第一審判決事實欄二之(一)、(二)、(四)、(五)、(六)所載之犯罪事實相同，足見前案與本案有關抗告人與吳○民、呂○燦、林○騰共同犯罪之事實高度重疊。且前案於審理中已以抗告人為證人，調查前揭犯罪事實，並綜合全卷證據資料及取捨判斷，對於抗告人就上開餐會係由呂○燦、林○騰自行舉辦並支付餐費，其不知情等主張，為實質評價、審酌而不採，從而認定抗告人為共同正犯之事實及理由，論述甚為基詳。另前案判決取捨判斷之證據資料復經本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，合理懷疑謝○敏法官就本案與前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本案第二審審判，顯然嚴重損及抗告人之審級利益，參以原審法院法官人數之配置，應不至於因本案受命法官迴避而造成審判上之困難，為免不當侵害抗告人受憲法保障公平審判之權利，增進人民對於司法審判之信賴，謝○敏法官自以迴避本案第二審審判程序為宜。」