

 113~114年經典試題演練

一、警察A某日於臨檢時，查獲甲在其機車置物箱內放有安非他命（第二級毒品）。A逮捕甲並將其帶回警局，在踐行告知義務後，開始對甲進行詢問。由於甲知道若供出毒品來源，並因此查到其他正犯時，將有機會獲得減刑的寬典，故主動向A供稱之前均向乙購買安非他命。A進一步勸說甲配合將乙引出，並取得甲之同意。甲在A的指示下打電話給乙，並向乙偽稱之前買的安非他命已吸食完畢，所以要再買新的施用。乙表示手上只有供自己吸食的5小包，甲在A不斷使眼色比手畫腳之下，誣稱現在急需解癮，所以願意出10倍價格購買乙手上的所有毒品。乙受到利誘，於是和甲談妥價格，並約好2小時後交貨。2小時後，乙帶著毒品到了交貨地點，正準備交貨給甲時，隨即被已經埋伏在一旁的A率隊逮捕，A並扣押乙身上所帶的所有毒品。全案移送給檢察官B進行偵辦。B在訊問乙時，由於乙不發一語，故再次以證人身分傳喚甲。B告知甲得拒絕證言後，要求甲具結作證之前和乙買毒品的經過，但並沒有給乙詰問甲的機會。甲在了解自己有拒絕證言權後，仍再次詳細陳述之前向乙購買安非他命的經過。最後B以販賣第二級毒品罪起訴乙。由於B在調查證據後，認為甲另有販賣安非他命，故以另案起訴甲。

試回答下列問題：

- (一)在審判程序中，乙之辯護人X聲請傳喚甲作證，並經過法院同意。然而甲在具結並受拒絕證言權之告知後，面對X詰問其先前在A、B面前所為之陳述時，竟表示要行使拒絕證言權。請問甲之主張有無理由？（30分）
- (二)乙之辯護人X抗辯本案乃因警方挑唆犯罪而來，故法院不應把在現場扣押之安非他命當作乙有罪之證據。請問X的抗辯是否有理由？（35分）

- (三)偵查機關得知甲販毒後，合法監聽甲手機，卻意外監聽到甲向律師Y諮詢自己販毒案件內容。請問該監聽內容可否作為證據？
(35分) (113司律)

擬答

(2,150字)

(一)甲之主張無理由：

- 1.按刑事訴訟法（下同）第181條，證人享有基於不自證己罪的拒絕證言權。另依照第181條之1規定，若該證人於主詰問未拒絕證言，此時形同放棄部分權利，於反詰問時不得就此與被告本人有關之事項，再行拒絕證言權。
- 2.值得注意的是，實務見解刑事訴訟法第181條之1的法理應類推適用至「偵查中的證人證述」²⁵。申言之，若有拒絕證言權的證人在偵查中，不行使拒絕證言權，反而選擇陳述對被告不利的內容，此時

25 最高法院111年度台上字第34號判決（節錄）：「證人於偵查中經檢察官告知得拒絕證言之權利後，如仍決意證述，並為不利於被告之陳述，且被告及其辯護人在偵查中未曾有詰問該證人之機會，而檢察官起訴並援引該不利於被告之陳述，作為證明被告犯罪事實之證據時，倘被告於審判中否認犯罪，復未捨棄詰問權，參諸前述說明，如無客觀上不能受詰問之情形存在，自有踐行詰問之必要。況該證人偵查中所為不利被告之陳述，乃係證明被告犯罪之積極證據，相當於交互詰問程序中，行主詰問者已達其欲透過證人之陳述，引出取信於法院之目的，性質上與刑事訴訟法第181條之1規定『主詰問中所陳述有關被告本人之事項』無異。若准許該證人於審判中行使拒絕證言權，將使被告無彈劾該證人供述之憑信性，及引出其於偵查證述中所未揭露或被隱瞞之另一部分事實之機會，自侵害被告受憲法保障之詰問權，且使法院所見者，均為對被告不利之部分，而對被告可能有利部分，則因證人拒絕證言而無法知悉，非但程序上對被告極不公平，且自發現真實之角度，證人的信用性及陳述之真實性均無法獲得測試擔保。就此情形，應類推適用刑事訴訟法第181條之1規定之法理，證人不得行使拒絕證言權。如審判長未查，許可拒絕證言，自有害於被告之司法人權及真實之發現，難謂無調查職責未盡之違法。」

本質上與主詰問程序無異，皆是在引出對被告不利的證詞；如若仍允許該證人於審判中就其先前所透露的事項行使拒絕證言權，除了有礙真實發現外，亦不當限制被告的反對詰問權。從而，此時應禁止證人再拒絕證言。

3. 本案情形：

(1) 本案，甲向警員A供稱其所持有的安非他命乃是向乙購買，顯見兩人具有毒品上下游之共犯關係。若甲針對乙的事項作證，可能導致甲必須一併交代自己的犯罪情節，從而自我入罪，故甲依第181條本有一拒絕證言權。

(2) 惟於本案中，甲在檢察官以證人身分訊問的過程中，即使檢察官B告知其得拒絕證言，甲仍未為之，反而作證供出和乙進行毒品交易內容。反之，在乙案審判中甲卻表示要拒絕證言，此時若再許其為之，形同是不當剝奪乙詰問證人的機會，而侵害其受憲法保障的對質詰問權。從而，依照實務見解，此時基於第181條之1的法理，禁止乙再就甲偵查中向乙購買毒品的事項拒絕證言。

4. 綜上所述，甲既然不得再拒絕證言，則其主張無理由。

(二) X的抗辯有理由：

1. 警方的行為構成陷害教唆：

(1) 犯罪挑唆（或稱誘捕偵查），係指國家機關或是受其指使的私人，引誘犯罪嫌疑人實行犯罪，並於其犯罪實行中或完成後當場予以逮捕之行為。鑑於其形式多樣，一般而言又區分為合法的「釣魚偵查」以及違法的「陷害教唆」，區別方式有不同見解：

①有採取主觀的角度觀察，認為應取決於「犯罪嫌疑人是否本就有犯罪意思？」若是，則國家機關僅是提供其實行犯罪的機

會，與之對合並使其暴露事證，屬於合法的「釣魚偵查」；反之，若其本無犯罪之意思，而是受偵查人員設計指使始實行犯罪，則屬於違法的「陷害教唆」。

②惟本文以為，前開見解僅仰賴被告內心意向，判斷上容易流於恣意，仍應綜合其他客觀外在因素判斷，包含：被告先前有無犯罪嫌疑、傾向、最終犯罪範圍是否逾越挑唆範圍、國家機關是否對被告施加強大壓力等。

(2) 本案情形：

①本案甲雖為私人，但其在向乙約購毒品的全程，包含打電話給乙，以及警方透過比手畫腳的方式暗示其通話內容等情形觀察，可見皆是在警方的指示之下所為之，本質上已經成為國家機關的手足延伸。

②再者，乙在一開始向甲表示「手上只有供自己吸食的五小包」，顯見當下乙所持有的安非他命份量根本不足作為一般的毒品交易使用，難認為當下有犯罪傾向。況且，甲在警方指示下聲稱「急需吸食、願意出十倍購買」，都顯著的強化了乙的犯罪動機，其最終和甲進行的毒品交易，正是警方所欲達到的最終就果。

③綜合上述各項情形客觀判斷，可見警方的行為已經超出合法的「釣魚偵查」界限，而是從頭挑起一個新的犯罪，已經構成「陷害教唆」。

2. 警察作為偵查的重要輔助機關，其首要任務乃是發現與打擊犯罪。然而，今警方竟成為犯罪的挑唆者，並以此取得對乙不利的犯罪證據（即扣案的安非他命），法院應將其排除，無證據能力。

3. 綜上，辯護人X的抗辯有理由。

(三)監聽內容不得作為證據：

1. 辯護人在刑事訴訟中的任務，乃是在以其專業協助不諳法律的被告，以落實其受憲法第16條所保障的防禦權，不因缺乏法律知識，而無法在訴訟上對自己進行有效防禦以獲得適當的法律評價，或因此而產生其他的不當後果。而在落實被告防禦權的過程中，應確保被告能毫無恐懼地向辯護人不受干預的自由溝通，不因擔心其所述可能成為不利於己的證據，從而不敢向辯護人吐實（釋字第654號、112年憲判字第9號判決參照），否則嚴重削弱辯護人的功能與被告的憲法權利。

2. 另外，為確保被告的防禦權能有效落實，所謂「辯護人」在解釋上不應限縮於「已經委任者」，而是應從被告尋求律師協助的當下，即諮詢階段就應保障其自由溝通的權利。

3. 具體落實上，憲法判決實務已經肯認的搜索律師事務所應有所限制。通訊監察同樣作為強制處分，雖無法律明文規定，但基於舉輕以明重的法理，至少應受相同限制。申言之，通訊監察使國家機關得在長期間內，監聽被告與律師通話的「全部內容」，取得的資訊與權利侵害相較於短時間搜索律師事務所當下扣得的文件、影音等更加巨大，因此至少應同樣適用。

4. 本案情形：

(1) 偵查機關合法監聽甲手機，意外聽到與律師Y的本案諮詢內容。

單就形式上解釋，其本來就是監聽所欲取得的資料之一，且甲此時尚未正式委任Y，似乎沒有加以禁止的理由。

(2) 惟甲之所以向Y諮詢，無非就是在尋求潛在的辯護人，以進一步

落實其在訴訟上的防禦權。因此，此時甲雖尚未正式委任Y為辯護人，亦應受到秘密溝通權的保障。

(3) 又偵查機關所進行的監聽，雖然與搜索不同，且只要符合法律要件就有證據能力。然而，誠如本文前述，若甲諮詢的內容被當成證據，形同是在架空甲受律師協助的權利，往後刑事被告人人都必須擔心被監聽的風險，而不敢向律師吐實，律師成為辯護人後，也無法依照諮詢期間獲得的資訊為其有效辯護。即使有限制搜索律師事務所，仍無法完整保障其防禦權。

5. 是以，為完整保障甲的防禦權，本案警方監聽到的諮詢內容應加以排除，無證據能力。

二、2024年8月某日，警方接獲報案稱：「有車輛未熄火停放於道路中央，致其他用路人無法通過。」警察到場後，發現車窗隔熱紙顏色極深，無法看見車內情況。警察多次敲打車窗，但車內均無反應；又以電話聯繫該車車主，亦無人接聽。警察因為擔心車內有人因疾病需要急救，強行打開已上鎖之駕駛座車門，發現甲坐在駕駛座上沉睡，甲的右手握有一把手槍。警察逮捕甲，並搜索該車輛，在副駕駛座的背包內，發現開山刀一把與手槍子彈25顆。警方蒐證完成後，全案移送地檢署偵查。

偵查中，甲稱其患有思覺失調症，致其行為時不能辨識其行為違法，依據刑法規定，行為應屬不罰，主張檢察官應為不起訴之處分。檢察官乃委請精神科專科醫師乙對甲進行精神鑑定。醫師乙鑑定後以書面報告陳稱：甲並未患有思覺失調症。檢察官起訴甲違反槍砲彈藥刀械管制條例等罪。

審判中，檢察官提出醫師乙於偵查中出具的精神鑑定報告為證