

113年試題暨解答

■ 司法官、律師

◎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，故再次以證人身份傳喚甲。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？
- (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？
- (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？

（第二題）

◆ 答題關鍵

- (一)第一小題：本小題測驗拒絕證言權之行使與詰問權之衝突問題，雖與無效反詰

113
年

問有關，但應特別注意題目所問者為主張拒證是否有理，而非其先前陳述之證據能力如何，避免爭點打擊錯誤。

(二)第二小題：本小題測驗誘捕偵查／犯罪挑唆之概念，層次上可以區分該犯罪挑唆是否違法，以及若屬違法其法律效果如何討論。

(三)第三小題：本小題測驗被告與辯護人間之秘密自由溝通權，重點應非屬通訊監察，尤其不是另案監聽，概念操作時要小心。

◆擬答

(一)甲之主張為有理由：

1. 甲之拒絕證言將造成無效反詰問：

(1)依憲法第8條及第16條之規定，刑事被告應享有充分之防禦權，其中並包含反對詰問權等基本權利在內，應受最大程度之保障，不容任意剝奪。

(2)復依刑事訴訟法（下同）第181條之規定，證人恐因陳述致自己受刑事追訴或處罰者，得拒絕證言，此乃基於不自證己罪等原則而來之拒絕證言權利。

(3)本案甲於審判中具結並受拒證權之告知後，就其先前於偵查中所為不利乙之陳述欲拒絕證言，乃屬第181條之拒絕證言權利之行使，惟因甲所為之不利陳述自始至終未經乙詰問，依照實務見解，此乃無效反詰問之情形，並將生拒絕證言權與對質詰問權（下稱詰問權）之衝突。

2. 甲得針對A面前所為之陳述之詰問行使拒絕證言權：

(1)按證人既於警詢階段為不利被告之陳述，則就該陳述於審判中之詰問是否得主張拒絕證言權，容有疑義：

①實務見解認為，由於證人於偵查中之陳述性質上與主詰問中陳述有關被告之事項無異，為保障被告之詰問權，以及避免將信用性與真實性未經測試之證言採為判決依據而有害發現真實，而應類推適用第181條之1之規定，該證人不得拒絕證言。

②惟，本文以為，實務見解將使證人受法無明文之限制，與法律保留原則有違，蓋就警詢而言，立法者已於第159條之3之規定表明權利衝突之權衡，即證人若警詢時有為陳述，於審判中仍可主張拒絕證言，此時該陳述即非無正當理由拒絕陳述，非為同條第4款之傳聞例外，僅為傳聞證據，被告

之詰問權亦不會因此受限，如此即得兼顧證人之拒絕證言權及被告之詰問權，故而適用第159條之3規定可矣。
(2)是以，證人乙若於警詢中為不利陳述後，依第181條之文義解釋，得於審判中就該陳述部分行使拒絕證言權，惟若行使該權利，依第159條之3規定，則原警詢之陳述僅為傳聞證據，不涉被告詰問權之限制。
3. 甲得針對B面前所為之陳述之詰問行使拒絕證言權：
(1)證人於檢訊知曉自身得拒絕證言之權利後，仍為不利被告之陳述者，就該陳述於審判中是否得主張拒絕證言，其爭議與上述 2. 同，惟立法者未就此種類型之權利衝突為決定，應如何適用法律，容有疑義：
①實務見解認為，基於保障被告之詰問權與發現真實，應類推適用第181條之1規定，證人不得拒絕證言。
②惟本文以為，基於與上述 2. 同樣之考量，而應類推適用第159條之3之規定，使證人得合法拒絕證言，並由於此時乃限縮傳聞例外之範圍，故與法律保留原則無違，且證人合法拒證後，既非屬無正當理由拒絕證言，則非為傳聞例外，僅為傳聞證據，與被告之詰問權限制無涉。
(2)是以，證人乙若於檢訊中為不利陳述後，依第181條之文義解釋，得於審判中就該陳述部分行使拒絕證言權，惟若行使該權利，因類推適用第159條之3規定，原檢訊之陳述僅為傳聞證據，不涉被告詰問權之限制。
4. 小結：據上論結，甲之主張為有理由，其得拒絕證言。
(⇒)X之抗辯為有理由：
1. A之偵查屬違法犯罪挑唆：
(1)按刑事訴訟乃是確定國家刑罰權之有無及其範圍等之程序，惟其偵查過程中若有偵查人員唆使相對人犯罪者，此時其法律評價如何，即容有疑義：
①實務見解認為，偵查機關誘使相對人犯罪之情形，屬偵查手段，分有創造犯意型及提供機會型等二種模式，並以原先是否即有犯意作為判斷標準，若相對人本有犯意，對其唆使犯罪，是屬提供機會型，此時偵查機關是屬利用機會加以誘捕，而為合法之偵查手段；反之若原先並無犯意者，則誘使行為即屬創造犯意型，此時已逾越國家偵查犯罪之必要程度，應屬

	違法之偵查行為有稱釣魚偵查。
	②惟，本文以為，雖實務見解就唆使犯罪之判斷洵屬有據，惟其標準僅以原先行為人主觀是否具有犯意為斷，於判斷上恐流於恣意，且有使行為刑法轉變為行為人刑法之嫌。
	③蓋國家唆使相對人犯罪者，其關鍵點應在國家追訴行為之界線判定，而非僅注重原先犯意之有無，是以就判斷標準而言，除主觀犯意外，仍應考量客觀上之唆使手段、曾經偵查相對人與否以及捕獲之非法物品數量等不同因素，綜合判斷之。
	(2)本案甲就乙之唆使乃受警察A之指示，甲為國家手足之延伸，並乙主觀上原先並無販賣毒品之犯意，且客觀上乙之所以決定販賣毒品，乃是受甲表明願意出10倍價格之過當壓力影響，A此前也未曾調查過乙，乙查獲之毒品數量也未逾所約定者，綜合判斷後可認A之追訴行為已逾越法治國所要求之界線，屬違法之犯罪挑唆行為。
	2. X之主張為有理由：
	(1) A之偵查行為屬違法之犯罪挑唆已如前述，惟其法律效果如何，容有疑義：
	①有論者謂，違法之犯罪挑唆又稱陷害教唆，於實體法上之評價乃被告自始無法既遂，而應僅成立未遂犯。
	②亦有論者謂，依照刑法之最後手段性、比例原則與預防觀點以觀，國家就犯罪行為之違法挑唆，使刑罰權發生之實體事由具備瑕疵，應從實體法層面，以之為個人排除刑罰事由，而就該遭違法挑唆犯罪之訴訟程序，諭知無罪判決。
	③本文以為，既違法之犯罪挑唆之瑕疵來自於實體刑罰權，則應於實體法層面解決，惟若著眼於程序法，則由於國家之追訴行為逾越法治國之界線，應依照自主性證據禁止之方式處理，並由於國家之犯罪挑唆違法情節重大，應一概將所得之證據為證據使用禁止，最終被告仍應受無罪判決。
	(2) 本案A所為之違法犯罪挑唆，對乙而言，國家由此所取得之全部證據，均應依照第155條第2項為自主性證據使用禁止，全部證據無證據能力，因而X之抗辯為有理由。

3. 小結：A基於違法犯罪挑唆而取得之全部證據不具證據能力，X之抗辯為有理由。
(三) 監聽內容不得作為證據：
1. 潛在犯罪嫌疑人與辯護人間之秘密自由溝通權：
(1) 依照憲法第8條及第16條之規定，刑事被告應享有充分之防禦權保障，其中並包含被告受辯護人實質有效協助及辯護之權利在內，至少如選任信賴之辯護人、辯護人之在場權、陳述意見權以及筆記權等，均為是例（111憲判7判決參照）。
(2) 又，依照112年憲判字第9號之意旨，被告受實質有效及辯護之權利，亦應包含被告與辯護人間於不受干預之情形下為自由溝通之權利在內，如此被告始能放心尋求辯護，其中被告與辯護人間之口語交談或書面意見交換等，均應為憲法秘密溝通自由權保護。
(3) 此外，由於被告與犯罪嫌疑人之身分並非截然可分，且向辯護人請求協助者亦可能包含潛在之犯罪嫌疑人在內，因此就被告與辯護人間不受干預之秘密自由溝通權利之保障範圍，應擴及尋求辯護人協助之潛在犯罪嫌疑人之身分。
2. 監聽之內容不可作為證據：
(1) 本題意外監聽到甲與律師Y間之販毒案件諮詢對話內容，依照大法庭裁定之意旨，由於監聽之對象為甲，且該內容涉嫌觸犯法條與原先合法監聽相同，均屬販毒，故對於甲而言，其監聽甲與Y間之販毒案件諮詢內容，非屬另案監聽之情形。
(2) 又，偵查機關監聽甲與律師Y間之案件諮詢對話，該內容是否可為證據，容有疑義：
① 有論者謂，既偵查機關乃合法監聽，且對甲而言該內容又非另案監聽而得，則該監聽之內容等證據之取得並無違法，則該案件諮詢對話內容，自得作為證據。
② 惟，本文以為，依照112年憲判字第9號判決之意旨，潛在犯罪嫌疑人與辯護人間之秘密自由溝通權，其乃憲法上訴訟權所保障之受實質有效協助及

辯護之權利，潛在犯罪嫌疑人與辯護人之間之案件諮詢內容，無論是言語溝通或電話諮詢，均屬其間特殊信賴關係之核心內容，為使辯護制度得以落實，並保障被告之憲法權利，偵查機關所取得潛在犯罪嫌疑人與辯護人間之案件對話內容，應排除於得為證據之範圍外，即便其證據取得與法無違亦然。

(3)是以，依照第29條之規定，甲之辯護人既原則上應選任律師充之，則甲與律師Y間基於案情討論而為之對話，即應受憲法秘密自由溝通權所保障，落實被告之受實質有效協助及辯護權利，並維護辯護制度，因而即便偵查機關就該內容之取得並非違法，惟基於比例原則之考量，以及憲法第8條及第16條之基本權利保障意旨，偵查機關就合法監聽而得之該販毒諮詢對話內容，應依第155條第2項之規定，為自主性證據禁止，而無證據能力。

3. 小結：本案監聽甲與律師Y間之對話而得之內容，雖合法取得，惟仍應依自主性證據禁止，認其無證據能力，該監聽內容不得為證據。

◆參考資料

◎郭律師／刑事訴訟法爭點解讀（高點），2025年12月2版

◆相關類題

◎研究所：

1. 刑事訴訟法第245條第2項規定：「被告或犯罪嫌疑人之辯護人，得於檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察訊問該被告或犯罪嫌疑人時在場，並得陳述意見。但有事實足認其在場有妨害國家機密或有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人或妨害他人名譽之虞，或其行為不當足以影響偵查秩序者，得限制或禁止之。」請問：您認為辯護人能否於偵查庭使用筆記型電腦進行速記？如否定，理由為何；如肯定，除理由外，有無條件限制？（112東吳法研B組④）
2. 檢察官指揮調查局調查員甲偵辦某議員乙涉嫌詐領助理費之案件，由調查員甲在調查站詢問依檢察官傳票傳喚到場的被告乙。在開始實施偵訊之前，乙選任的辯護人丙趕至調查站陪詢，並要求先與乙進行接見。調查員甲認為有立即實施詢問，以掌握被告乙與其助理之間有關助理費用的請領及用途等情節的必要，遂報請檢察官指揮同意暫緩辯護人丙與被告乙之接見，並指定於實施詢問結束後才由兩人接見一次一小時。調查員甲隨即於告知乙刑事訴訟法第95條規定之相關權利後開始詢問，辯護人丙陪同在場。詢問過程中，調查員甲發現在場的辯護人丙自行使用筆記本記載

詳細的詢問內容，認為此項筆記內容將會作為與尚未傳訊到案的議員助理相互串證之用，遂依刑事訴訟法第245條第2項但書之規定禁止丙繼續製作札記。試問下述二子題：

- (1)檢察官暫緩接見之處分是否合法？被告乙得否聲明不服？
- (2)調查員甲禁止辯護人丙作筆記之處分是否合法？辯護人丙得否聲明不服？（112成大法研丙組①）

- 3.甲接受滲透來源資助，私下送禮要民眾拒投某立委候選人，並為另一候選人公開站台宣傳拉票。甲聽聞此舉可能會觸犯反滲透法相關刑責，即透過友人介紹到某律師事務所，要向律師L諮詢。隨後，甲到該律師事務所，將相關事實毫無保留向L說明。不料，L正因他案由檢察官施予通訊監察，因而甲與L諮詢談話也被錄音。之後，甲果因涉嫌觸犯反滲透法而被檢察官傳訊。甲未委任L為辯護人。檢察官訊問時，提示一份甲跟L諮詢談話之監聽譯文，甲仍否認犯行。案經檢察官提起公訴。甲委任T為辯護人。T跟甲表示，不必認罪，檢察官所舉之證據不足定罪，法官應該會判無罪等。法院行準備程序，甲到庭否認犯罪。但T未到庭，亦未請假。其後，T才向法院具狀表示「念及甲思慮不周及受親人慫恿所致，請從輕量刑」等語。於審判期日，甲仍否認犯行。T遲至證據調查完畢，要開始辯論時始到庭。辯論時，T也未多所闡述，僅言詞表示要說明的都已在書狀內申明。最後，法院採認該監聽譯文及其他證據而判處甲重刑。甲憤而向律師公會檢舉T未盡辯護職責。請說明：

- (1)第一審判決採認監聽譯文之合法性及學理依據。
- (2)何謂辯護行為？辯護人T辯護行為是否合法及學理依據。（113政大法研刑法組①）

- 4.A股份有限公司之董事長甲因為涉有證券交易法之內線交易罪嫌，遭B地檢署偵查中，於是甲委任C律師事務所之乙律師擔任其辯護人。某日負責偵查甲內線交易案之檢察官丙向法院聲請要搜索C律師事務所而獲法院准允核發搜索票，丙檢察官指揮司法警察對於乙律師所在的C律師事務所進行搜索，並扣押A股份有限公司內部人員與乙律師及C律師事務之間的通訊往來電子郵件數十件。試問丙檢察官的搜索、扣押是否合法？（113中正法研刑事法組①）

■行政執行官、檢察事務官（財經組、電資組、營繕組）

◎A擔任詐騙集團的取款車手。經被害人B報案，檢察官安排B與警方配合，要求B一方面虛與委蛇，依詐騙集團指示到超商門口付款，另一方面指揮警察喬裝在旁埋伏，等待車手現身。詐騙集團與B的約定時刻一到，A出現並與B交談，B交付款項當下，喬裝警察一擁而上，以現行犯逮捕A。A被帶回警局接受詢問。警察C先踐行刑事訴訟法第95條第1項規定的權利告知，亦有詢問A是否要委任辯護人，A簡單表示不認識任何律師，也不願花錢聘請律師。警詢20分鐘後，C始得知A具原住民身分，仍繼續詢問，最終取得A之自白。檢察官以加重詐欺罪起訴A。A在法院主張本案存在違法誘捕偵查，又主張警詢自白乃違法取證應無證據能力。請分析A以上主張有無理由。（第三題）

◆解題架構

本題爭點涉及誘捕偵查合法性之判斷及偵查中強制辯護之適用，有關誘捕偵查之合法性判準有主觀說及綜合判斷說，應詳細討論並與本案事實進行涵攝；另有關偵查中原住民有強制辯護之適用，此於刑事訴訟法第31條已有明文規定，然本題應討論未為其指定辯護人所取得之自白是否有證據能力。

◆擬答

(一)A主張誘捕偵查無理由：
1. 本題涉及誘捕偵查之合法性：
(1)B之行爲具有挑唆性：構成挑唆行爲的前提係犯罪尚未終結，包含尚未發生或正在進行，誘捕行爲構成挑唆的要件是其以某種形式「參與」系爭犯罪實施。檢察官安排B與警方配合，要求B一方面虛與委蛇，依詐騙集團指示到超商門口付款，挑唆時犯罪尚未發生，B唆使一個尚未發生的犯罪，前開行爲具有挑唆性。
(2)B之行爲具有國家性：犯罪挑唆必須可歸責於國家，檢察官安排B與警方配合，要求B一方面虛與委蛇，依詐騙集團指示到超商門口付款，B具有國家性。
(3)誘捕偵查合法性應採主客觀綜合說：

	判斷國家機關挑唆行為之合法及違法區別標準，容有爭議：
	①主觀說：過去實務大多採取主觀基準，國家機關的行為是否引起行為人之新犯意，抑或僅是提供原已有犯意之行為人以犯罪之機會；前者屬於「陷害教唆」（犯意誘發型之誘捕偵查），行為人主觀上原無犯罪之意思，因具有偵查犯罪職權之公務員復伺機逮捕，係屬違法的誘捕偵查。後者為「機會提供型」之誘捕偵查，指行為人原本主觀上具有犯罪之意思，經有偵查犯罪職權之公務員利用機會加以誘捕，係屬合法之誘捕偵查手段。
	②主客觀綜合說：法院於個案審理中，就行為人是否存有犯罪嫌疑、行為人是否已顯露其之犯罪傾向、誘捕偵查之方式及強度，是否對行為人造成過當壓力而促使其犯罪、行為人最終之犯罪結果與誘捕偵查之範圍間是否相當、行為人依誘捕約定完成犯罪之時地密接性等，予以綜合審酌判斷之。
	③本文認為主觀基準僅以被告主觀犯意作為認定流於恣意，更有如何認定「犯意何時產生」的認定爭議，應採主客觀綜合說較為妥適，不應以被告犯意為單一基準，法院應綜合判斷客觀因素審理。
	(4)A主張違法誘捕偵查無理由：查本案中，被害人B已主動報案，詐欺集團成員已先著手向被害人B行騙，並與告訴人相約面交款項，指派擔任本案詐欺集團車手之被告A前往面交，旋遭埋伏員警當場查緝，堪認被告A與本案詐欺集團其他成員主觀上原即有犯罪之意思，A本身就有犯罪嫌疑且已顯露犯罪傾向，客觀上又已著手於犯罪行為之實行，B虛與委蛇，依詐騙集團指示到超商門口付款，僅處於被動狀態，難認造成過當壓力而促使A犯罪，純屬偵查犯罪技巧之範疇，並未違反憲法對於基本人權之保障，綜上，本案應為合法之誘捕偵查，A主張違法誘捕偵查無理由。
	(⇒)A主張警詢自白乃違法取證應無證據能力有理由：
	1.原住民於偵查中有強制辯護之適用：按刑事訴訟法第31條第5項規定：「被告或犯罪嫌疑人因精神障礙或其他心智缺陷無法為完全之陳述或具原住民身分者，於偵查中未經選任辯護人，檢察官、司法警察官或司法警察應通知依法設立之法律扶助機構指派律師到場為其辯護。但經被告或犯罪嫌疑人主動請求立

即訊問或詢問，或等候律師逾四小時未到場者，得逕行訊問或詢問。」基於原住民族長期處於政治、經濟、社會、法律弱勢，形成立足點差異，是以賦予原住民審判中強制辯護制度目的，即在保障原住民法律地位之實質平等，以維護其防禦權。
2. 偵查中辯護權之重要性：在刑事實務上，司法警察之調查及檢察官之偵查，不僅常是發現犯罪嫌疑人、蒐集犯罪證據之開始，也往往是發現事實之最主要階段；犯罪嫌疑人如在刑事調查及偵查階段有辯護人在場協助，即得適時對不利犯罪嫌疑人之證據表示意見，以減少調查及偵查程序之可能瑕疵；另亦得提出對犯罪嫌疑人有利之證據，促使司法警察（官）及檢察官注意，從而提高證據調查及事實認定之正確度（參照113憲判8判決理由書）。
3. A主張警詢自白乃違法取證應無證據能力有理由：經查本案被告A具原住民身份，警察C知情後，卻未依法通知法律扶助機構指派律師到場為其辯護，且被告A起初係因「不認識任何律師，也不願花錢聘請律師」而未選任辯護人，A明明得透過強制辯護維護其防禦權，然警方C卻惡意隱瞞，妨害被告A之訴訟權益，其取得之警詢自白乃違法取證，因出自於偵查中主觀之重大惡意，嚴重剝奪被告A之訴訟防禦權，A刑事調查及偵查階段有辯護人在場協助，即得適時對不利犯罪嫌疑人之證據表示意見，以減少調查及偵查程序之可能瑕疵，本案之警詢自白依刑事訴訟法第158條之4權衡下應無證據能力，綜上，A主張警詢自白乃違法取證應無證據能力有理由。

◆參考資料

◎科律師／《高點刑事訴訟法講義》第一回，頁76、232-236