

《刑法與刑事訴訟法》

一、甲在我國籍某遠洋漁船擔任船長，乙、丙均為外國籍，與其他外籍人士受僱於該船擔任漁工。乙則因體格瘦弱，做事反應較慢，常受到甲和部分漁工的不當對待。最初，甲在乙不熟悉船務時，責罵乙。乙上船一週後甲開始動手毆打乙。第三週開始，乙犯錯，甲不僅毆打，並且予以禁食，有時一天禁食一餐，有時三餐都禁食。同時，甲只准許乙一天睡 2 至 4 小時，其餘時間必須工作或顧守船隻。部分漁工有時也毆打乙，甲從不阻止。

經歷這些待遇，乙在海上工作三個月期間，體重減輕 10 公斤，臉部及身體常有傷口或瘀青，後腦勺也曾著地受傷。對於甲經常責罵與動粗，乙因擔心失去工作，不敢反抗。丙見乙的遭遇，不時趁甲不注意時，給予關切。

某日，甲再度因乙動作慢而發怒，持塑鋼製浮球向乙丟擲，擊中乙的背部和腳，乙因疼痛俯臥地上。丙見狀再也無法忍受甲的暴行，隨即拾起浮球往甲頭部砸去。此時，甲正轉身要回船艙，因此頭部右後方遭擊中頭部破裂，流血倒地。丙上前再持浮球攻擊甲頭部二次，大量鮮血流於甲板。輪機長丁聽聞衝突，走上甲板正想勸阻，激動的丙見到丁，隨即起身揮拳擊中丁的下巴，丁向後跌倒，後腦撞及船艙門檻，當場昏迷。

此時，廚工戊見事情如此演變感到震驚，遂出面要求其他船員將丙壓制並綑綁於船艙內，避免再生衝突。部分船員負責看顧受傷的甲與乙；丁則被發覺已經死亡。戊向港務局通報。海巡署得知後派艦艇前往救援。甲因腦部受創嚴重，醫治後語言、行動均有困難。

甲與丙因上述事件分別遭到起訴。

丙案在法院審理期間，同船證人指出，輪機長丁平日溫和，不曾打罵船員。另外，法院指定之鑑定人就丁的死亡提出鑑定意見，指出：①丁在遭攻擊前已有輕微腦中風；②一般人在無預警的情況下，下巴遭揮一拳，因為身體的自然防禦性反應，並不致向後摔倒死亡；③丁因先前已中風，失去身體協調能力，才在下巴遭到攻擊時向後摔倒而死亡。

請依上述全部事實，並考慮被告在實體法上可能的抗辯，分析甲與丙之刑事責任。（答題除引用相關之學說或實務見解外，應就本案之論斷附具個人意見）（100 分）

命題意旨	本題旨在測驗考生對於使人為奴隸罪的認識、不作為正共犯的區分、對於持續性危險得否主張正當防衛或緊急避難、加重結果犯的涵攝、及對於刑法屬地原則適用的理解。
答題關鍵	<p>1. 本題主要考點落在刑法總則。測驗考生如何在有限的時間下，分析本題。因為題目給了很大篇幅的故事，包含行為人間大亂鬥的事實及最後法院的鑑定意見，基本上，只要題目給的提示及關鍵字句都必須仔細斟酌，放入答題當中。</p> <p>2. 筆者認為，本題的出題方式與去年不同，去年偏向爭點的堆積，幾個字的一個犯罪行為可以討論很多不同犯罪；但今年司法官考題則是事實的堆積，意在藉由考試篩選論理說明合理，可以緊扣案例事實論述法條，並給出合理判斷結果的實務工作人員。</p> <p>3. 就行為人甲涉及犯罪部分，其多次毆打乙或不給予餐食或放任其他船員毆打乙，涉及到構成何種犯罪，必須優先討論使人為奴隸罪中「類似奴隸不自由地位」要件的解釋。</p> <p>(1) 其中，比較棘手的是，甲使乙禁食，是屬於作為或不作為？為了解到船長與船員間的保證人地位問題，筆者選擇用假設的方式，假設甲不給乙餐食，而屬於不作為。</p> <p>(2) 另外，甲為船長，其放任其他船員毆打乙，是否成立故意傷害既遂罪的不作為共同正犯，抑或不作為幫助犯？必須深入討論主觀理論、犯罪支配理論者、義務犯說、幫助犯理論、義務內涵理論。</p> <p>4. 其次，就行為人丙涉及犯罪部分，應具體討論其兩次以浮球毆打甲及攻擊丁下巴卻導致往後跌倒死亡，應如何評價的問題。</p> <p>(1) 首先，丙兩次以浮球攻擊甲，是因為甲長期虐待乙，對於該持續性危險，得否主張正當防衛或緊急避難。</p> <p>(2) 此外，甲攻擊丁下巴，是基於普通傷害罪犯意，最後丁卻因本身身體因素而死亡，得否成立</p>

	傷害致死罪的加重結果犯，必須緊扣本題給的鑑定意見進行深入討論。
考點命中	<p>1.不作為正共犯的區分：《刑法爭議研究》，旭律師編著，高點文化出版，2018 年，頁 13-1。 《高點刑法二試總複習講義》第一回，旭台大編撰，頁 121。</p> <p>2.加重結果犯：《刑法爭議研究》，旭律師編著，高點文化出版，2018 年，頁 3-59。 《高點刑法講義》第二回，旭台大編撰，頁 106。</p> <p>3.刑法屬地原則：《高點刑法講義》第一回，旭台大編撰，頁 27。</p> <p>4.使人為奴隸罪：《高點刑法講義》第一回，旭台大編撰，頁 45-46。</p> <p>5.持續性危險：《高點刑法講義》第一回，旭台大編撰，頁 104-105。</p>

【擬答】

(一)甲的行為涉及之犯罪，討論如下：

1.甲多次毆打乙，構成刑法第 277 條第 1 項故意傷害既遂罪。

(1)客觀上，甲毆打乙的行為是造成乙傷口、瘀青及後腦勺著地等傷害結果不可想像其不存在的條件，且具有客觀可歸責性；主觀上，亦具有傷害故意，該當本罪構成要件。

(2)甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由。

(3)惟有疑問的是，甲自乙上船一周後多次毆打乙的行為，所構成之傷害罪應如何競合？管見以為，甲毆打乙之數行為，係出於同一犯意，於**密切接近之時地實行**，侵害同一乙之身體法益，且各行為之獨立性極為薄弱，依一般社會健全觀念，在**時間差距上**，難以強行分開（105 台上 701 決），應僅包括成立一個故意傷害罪即可。

2.甲多次對乙予以禁食，構成刑法第 277 條第 1 項故意傷害既遂罪之不作為犯（刑法第 15 條參照）。

(1)客觀上，有疑問的是，甲對乙予以禁食的行為，究係刑法之作為抑或作為不作為？

①管見以為，作為是創造法不容許風險，而不作為則是未消滅既有的風險。倘若本件行為人甲係以不提供乙餐食的方式，使其禁食，則因乙於航行時無法自行取得食物，可能導致營養不良而餓死，甲並未消滅乙死亡的風險，屬不作為。

②又依實務見解，甲、乙二人**具有船長與船員關係**，實際共同駕駛及搭乘該船赴孤立無援之大海上作業，**相互間即因自願參與而具備危險共同體之關係**，並互負保證人之義務（103 台上 2587 決）。因此，甲對於乙應具有危險共同體的保證人義務，應給予乙餐食防止其餓死，惟甲卻未盡保證人義務，主觀上亦明知並有意為之，而該當本罪構成要件。

(2)甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，甲成立本罪。

(3)競合：甲多次對乙禁食，承前所述，可包括評價為接續一行為，僅成立一罪。

3.甲虐待乙不給睡覺、禁食、毆打，不構成刑法第 296 條使人為奴隸罪。

(1)客觀上，所謂使人為奴隸或使人居於類似奴隸之不自由地位罪，必須使人居於不法實力支配之下，而失去其普通人格者應有之自由，始足當之（32 上 1542 例）。惟有疑問者在於，甲不給乙睡覺、吃飯，是否該當「使人居於類似奴隸之不自由地位」？

①有認為，應視行為人所剝奪之自由，是否使被害人喪失固有自主力，如果僅單純強迫他人為一定行為，則非使人居於類似奴隸之不自由地位。基此，甲不給乙睡覺、吃飯並毆打乙，並未使乙喪失固有自主力，不該當本罪要件。

②又有學者認為，使人為奴隸罪本質上為侵害自由法益犯罪，聚焦在強迫被害人工作或強制勞役。如本件行為人甲對乙多次毆打凌虐，只是屬於身體法益的侵害，應不該當使人居於類似奴隸之不自由地位。

③而管見以為，甲對於乙每日痛打，不給飲食，依實務判例（25 上 2740）見解，**只能認為凌虐行為，與使人居於類似奴隸之不自由地位有別**。基此，管見認為甲上開行為，不該當本罪之構成要件。

(2)甲不成立本罪。

4.甲強制乙工作或固守船隻，構成刑法第 304 條強制罪。

(1)客觀上，甲強制乙為非其負責的工作；主觀上，甲明知並有意強制乙工作，具有強制故意。

(2)又強制罪性質上係屬開放性構成要件，**範圍相當廣闊，欠缺表徵違法性之功能**，必須正面審查其違法性。而行為人之行為是否違法，必須以其「**手段、目的關係之社會可非難性**」為標準。管見認為，甲長期逼迫乙每天僅睡 2 小時，其餘時間固守船隻及為其他勞動行為，其手段已具有社會可非難性，而具有違法性。

(3)甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，甲成立本罪。

5.甲不阻止漁工毆打乙的行為，構成刑法第 277 條第 1 項故意傷害既遂罪不作為之幫助犯（刑法第 15 條、第 30 條參照）。

(1)客觀上，其他漁工毆打乙的行為，係該當刑法第 277 條第 1 項故意傷害既遂罪。而甲既然身為船長，卻放任乙遭受他人毆打，是為未消滅風險的不作為，且甲亦有管理漁船上不當行為權限的保證人地位，甲是否構成故意傷害既遂罪不作為之共同正犯，抑或幫助犯？其區分理論，討論如次：

①有採「**主觀理論**」者，認為具保證人地位之行為人若係出於「**正犯意思**」而違反作為義務者則係不作為正犯；倘出於「**共犯意思**」者則係不作為幫助。實務見解亦同此看法（105 台上 88 決）。

②又有採「**犯罪支配理論者**」認為，對於不作為正犯與幫助犯之區分仍必須視具有保證人地位之行為人，對於犯罪是否「**具有支配地位**」，若有則為正犯，若無即為不作為幫助犯。至於「**支配地位**」的判定，應視該保證人地位之行為人是否具備「**足以阻止、避免結果發生能力**」，若具備該能力則代表該行為人對犯罪具支配地位，成立不作為正犯；若否定，則不具支配地位而成立不作為幫助犯。

③此外，依「**義務犯說**」其認為作為犯中，正共犯的區分係以參與者犯罪支配地位為標準；而不純正不作為犯本質為義務犯而違反「**結果避免的特別義務**」，若具有保證人地位之行為人違反結果避免的特別義務時，均應成立不作為正犯。

④亦有從「**保證人義務類型**」出發區別不作為正犯與幫助犯，若具保證人地位者係違反「**保護義務**」（如：父子關係）而消極不阻止他人實施犯罪，應視為不作為正犯；如果違反的是「**監督義務**」（如：師生關係），則僅構成不作為幫助犯，稱為「**義務內涵理論**」。

⑤惟管見以為，應採「**幫助犯理論**」，認為具保證人地位者違反其作為義務，只是因其違反作為義務而未採取介入措施的行為，僅屬於犯罪的配角，其係**提高正犯犯罪行為成功的機會**，僅成立不作為幫助犯。因此，縱使甲介入行為足以阻止犯罪結果發生，仍因甲對於犯罪欠缺支配，僅能成立幫助犯。

(2)主觀上，甲對其他漁工毆打乙一事知情卻不阻止，具有幫助故意與幫助既遂故意，該當本罪主觀構成要件。

(3)甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，甲構成本罪。

6.甲對乙丟擲浮球，構成刑法第 277 條第 1 項故意傷害既遂罪。

甲對乙丟浮球擊中背部致乙受傷，主觀上甲也具有傷害故意，又甲無阻卻違法、罪責或減免罪責事由，甲構成本罪。

7.競合：甲上開行為，犯故意傷害既遂罪、故意傷害既遂罪之不作為犯、故意傷害既遂罪不作為之幫助犯、強制罪及故意傷害既遂罪，因犯意各別，行為互殊，應予分論併罰。

(二)丙的行為涉及之犯罪，討論如下：

1.丙兩次拾起浮球砸甲頭部，構成刑法第 278 條第 1 項故意重傷既遂罪，惟得主張刑法第 24 條第 1 項但書避難過當減免罪責。

(1)客觀上，丙以塑鋼製浮球砸甲頭部致其頭部流血，且腦部受創，屬於刑法第 10 條第 4 項第 6 款其他於身體有重大不治或難治的重傷；主觀上，丙亦具有傷害故意，該當本罪之構成要件。

(2)惟有疑問，丙得否主張刑法第 23 條正當防衛阻卻違法？客觀上，甲對於乙犯傷害罪後，雖轉身回船艙，是否符合「**現在性**」要件，不無疑義。此涉及「**持續性危險**」得否主張正當防衛爭議。

①有認為，藉由受暴者「**暴力循環**」論證其受到無間斷地喪失自由而受到持續性侵害，賦予正當防衛權。因此，受暴者甲已長期對乙施加暴力行為，縱使甲已轉身準備回船艙，仍屬現在不法侵害。

②惟管見認為，持續性的危險不能視為現時侵害，但在別無選擇的情況下，陷於危險處境的人可以主張緊急避難。本件甲對乙犯傷害罪的不法侵害業已結束，已不符正當防衛現在性要件，必須討論得否主張緊急避難阻卻違法。

(3)又丙得否主張係為排除甲長期對乙凌虐的「**持續性危險**」，而主張緊急避難阻卻違法？

①管見認為，甲對以長期凌虐既然屬於長久且持續的危險狀態，而該危險狀態隨時有可能轉為實害，應屬於緊急危難，丙得為避免乙身體的緊急危難，而為緊急避難行為。

②惟丙若欲主張緊急避難，阻卻違法，仍必須考量法益權衡。丙為保護乙時常遭受甲凌虐的身體法益，以浮球往甲的頭部兩次砸去，而頭部屬於人體重要部位，砸頭部將導致生命法益受侵害，保全法益（乙身體法益）明顯劣於犧牲法益（甲生命法益），且未具有較高保護價值，綜合評價結果，管見認為丙不得主張緊急避難阻卻違法，頂多只能主張避難過當減免罪責或刑罰。

(4)綜上，丙成立本罪。

2.丙揮拳攻擊丁下巴致其死亡，構成刑法第 277 條第 1 項故意傷害既遂罪。

(1)客觀上，丙攻擊丁下巴致其受傷應構成傷害罪。惟有疑問者在於，丙攻擊丁下巴，使其向後倒因撞擊而死亡，是否構成刑法第 277 條第 2 項傷害致死的加重結果犯？討論如下：

①首先，加重結果犯的基本故意傷害犯罪，必須與加重結果間，具備因果歸責。本件丙揮拳攻擊丁下巴的傷害行為，依鑑定意見「一般人下巴遭攻擊不致於往後摔倒死亡」，丙的傷害的基本犯罪行為，並未製造丁往後摔倒死亡「典型危險的實現」，應認為丁死亡加重結果，非屬丙攻擊丁傷害行為的風險實現。

②退步言之，縱使丁死亡結果可歸責於丙的傷害行為，仍必須討論丙對於死亡的加重結果是否具有過失。管見認為，依鑑定意見「丁因先前輕微腦中風，導致遭攻擊時身體失去協調能力，往後倒而死亡」，依一般正常理性人的注意義務，均無法預見攻擊他人下巴會導致身體失去協調而往後倒撞擊死亡，丙對於丁死亡的加重結果，並不具有「客觀預見可能」，不得對之論以刑法第 17 條之加重結果犯。

(2)丙無阻卻違法事由。且管見認為，雖然丙係出於「激動」攻擊丁，但被害人丁並未作出客觀上足以激起一般人無可容忍的憤怒，丙自然不得主張其傷害行為係出於義憤，應不構成刑法第 279 條義憤傷害罪。

(3)綜上，丙構成本罪。

3.競合：丙上開行為，犯故意重傷既遂罪及故意傷害既遂罪，因犯意各別，行為互殊，應予分論併罰。

(三)刑法效力

本件丙為外國籍，前揭犯罪行為是否有我國刑法適用？依刑法第 3 條第 2 項規定，本件犯罪係發生在我國籍遠洋漁船，依上開規定，以在中華民國領域犯罪者論，因此丙上開犯罪行為有我國刑法適用，併予指明。

二、甲為地政局科員，承辦乙祭祀公業土地變更登記事宜。甲私下約乙會面，對乙表示可通融其變更登記，但乙必須和甲預立佣金 2 億元之土地仲介契約，作為變更登記酬勞並掩飾賄款本質。甲、乙討價還價後以 4 千萬元成交。乙應允並交付前金 1 千萬元後越想越反悔，認為甲根本是趁機敲竹槓，遂向警方報案。本案承辦警官丙以證人地位詢問乙並製作筆錄（證據 1-1），但丙未曾告知乙因陳述恐自證己罪之拒絕證言權。此外，丙於乙同意下，為乙的手機安裝電話自動錄音軟體，並指示乙用該手機打給甲。乙遂與不知情的甲通話，錄得甲表示會盡速完成變更登記、乙表示於完成變更登記後會分次支付等對話內容。乙隨即將該錄音（證據 2）交給警官丙，由警方將甲涉貪案件一併移送該管地檢署。

檢方偵查期間，檢察官丁曾以證人地位傳訊乙出庭作證，但漏未告知乙因陳述恐自證己罪之拒絕證言權，乙依法具結後詳為陳述（證據 1-2）。本案終結偵查後，檢察官以違背職務收賄罪名起訴甲，起訴書並援引上開電話錄音（證據 2）及乙在警詢及偵查中之證言（證據 1-1、1-2），作為對甲不利之證據。

試分析被告甲之辯護人所為下述之抗辯有無理由？

(一)乙偵查中向檢察官丁所為之證言（即證據 1-2）乃違法取得證據，不得作為對甲不利之證據。（20 分）

(二)乙向警官丙所為之證言（即證據 1-1）乃違法取得證據，不得作為對甲不利之證據。（20 分）

(三)警方取得電話錄音（證據 2）之程序，係利用甲的不知情而誘導其自證己罪，侵害緘默權且違反訊（詢）問被告之告知義務的規定，此外亦構成詐欺之不正方法，故甲不利於己之陳述，不得作為對甲不利之證據。（20 分）

(四)警方取得電話錄音（證據 2）之程序，係違反「通訊保障及監察法」規定，未依法事先取得通訊監察書，乃違法監聽錄音，錄音內容不得採為證據。（20 分）

(五)電話錄音（證據 2）之內容屬於「審判外陳述」，乃傳聞證據，且因不符任何一種法定例外規定，故不得作為裁判之基礎。（20 分）

（答題除引用相關之學說或實務見解外，應就本案之論斷提出個人意見）

命題意旨	前面二題告知義務問題為考古題，一般教科書及參考書也都會提及，注意將法條引清楚說明即可。從第三到第五題涉及得一方同意監聽，雖然考古題曾經出現過，也是一般教科書或參考書會介紹到的部分，不過這三個小題所問，是更為深入且具體的問題，算是比較新鮮的考題，通常有一定基礎或理解者亦可以推論出答案。 而其中較為困難也是最有爭議的應該是第三小題，是否有違反不自證己罪、告知義務，可說在歐洲大陸上紛擾了幾十年，通常教科書或參考書也並不會介紹的太深入，這問題如果考在法研所或一題一百分都不為過。幸好配分上只有 20 分，也就是只要大概將問題意識交代清楚應該就夠了，至於答案為何應該是較為開放，筆者傾向肯定說，比較好寫也比較符合實務，如果有興趣深入研究的同學可參考此本專書：王士帆，不自證己罪，春風煦日論壇，2007 年 6 月。
答題關鍵	第一小題：檢察官漏未踐行告知義務與權利領域理論 第二小題：司法警察(官)漏未踐行告知義務與權利領域理論 第三小題：隱密偵查與告知義務及不正訊問 第四小題：得一方同意監聽 第五小題：傳聞證據之意義與認定
考點命中	1.《刑事訴訟法（上）》，王子鳴律師編著，高點文化出版，2018 年 5 月，頁 1-1-13~1-1-21、頁 1-2-44~1-2-47、頁 2-2-112~2-2-115。 2.《刑事訴訟法（下）》，王子鳴律師編著，高點文化出版，2018 年 5 月，頁 4-2-68~4-2-73、頁 4-2-35~4-2-36、頁 4-2-128~4-2-129。

【擬答】

(一)該證言違法取得，是否具有證據能力應個案權衡之：

1.應踐行告知義務：

(1)依刑事訴訟法（下同）第 181 條規定，證人恐因陳述致自己受刑事追訴者，得拒絕證言，目的在避免被告因證人身分之真實陳述義務而使得不自證己罪特權保障落空。次依第 186 條第 2 項規定，證人有第 181 條時，應告以得拒絕證言，以確保為證人身分之被告知其拒絕證言權存在而得決定是否行使。

(2)本案中，檢察官丁以證人身分傳訊乙出庭作證，卻漏未依前揭規定告知乙得拒絕證言，應屬違法甚明。

2.違法之法律效果：

(1)違法未踐行告知義務之證據能力如何，通說實務固認為於證人即被告乙本身之案件上，應予絕對排除，然其他共犯案件上如何處理，即有疑義。有認為依權利領域理論，該拒絕證言權保障之規範目的為被告乙本身，並不及於其他共犯，故於甲所涉案件上，應有證據能力。

(2)惟學理多認為權利領域理論固然相對明確，但也過於狹隘，該未踐行告知義務，已難認符合公平審判程序，若刑求證人，所侵犯者為證人而非被告，若貫徹權利領域理論，豈非得為裁判基礎？故宜回歸第 158 條之 4 權衡理論個案權衡之。

3.此外，本案中檢察官既係基於司法警察（官）後所為之訊問，依被告地位形成所採之通說主客觀混合理論，證人即被告乙之被告地位似已形成，檢察官於複訊時竟仍依證人身分為之訊問，似有故意規避告知義務等問題，依實務見解（92 台上 4003 決）該所得之證言亦應於被告乙案件中予以絕對排除。

(二)該證言違法取得，是否具有證據能力應個案權衡之：

1.踐行告知義務之漏洞：

(1)依第 196 條之 1 第 2 項規定，司法警察（官）訊問證人時，並未準用第 186 條第 2 項應踐行告知義務規定，則是否司法警察（官）訊問證人時無庸踐行此項告知義務，即生疑義。

(2)實務見解（97 台上 2956 決）認為固然第 196 條之 1 第 2 項未準用第 186 條第 2 項，然有準用第 181 條不自證己罪之拒絕證言權，因此，該證人於警詢時仍享有不自證己罪之特權，故於其嗣後成為被告時，基於不自證己罪特權，仍不得作為證據。

(3)學理亦指出，第 196 條之 1 第 2 項應非立法者有意漏未規定，故面對此一立法疏失，應得以法官造法或類推適用，以確保該權利，如有漏未告知，該證言部分應予排除。

2.違法之法律效果：

依上論，若司法警察（官）詢問時未踐行上開告知義務，於該證人即被告乙本身之案件上，該證言應予絕對排除，固屬無疑，惟採權利領域者認為亦不包含其他共犯之案件。本文認為應依權衡理論個案權衡之。

(三)隱密偵查應尚無違反告知義務及不正訊問：

1.訊問被告之認定：

通說實務（99 台上 1893 決）對「訊問」之解釋，認為只要是功能上相當於對犯罪嫌疑人为案情的訊問，無論是和犯罪嫌疑人閒聊、教誨等，且無論時間地點，均屬訊問，應依法踐行第 95 條告知義務等合法訊問被告程序。

2.本案是否為訊問之判斷：

- (1)固有認為警官丙利用乙向甲為刺探案情，乙為國家手足地位之延伸，由乙向甲所為之案情對話，即視為警官丙親自向甲為詢問相同，故依法應依第 95 條等規定踐行合法訊問被告之程序，始為合法。
- (2)然本文認為，有鑑於隱密偵查之秘密性以及監聽情形，警官丙應非主動積極地向被告甲為案情詢問，乃係被告甲主動親自且自願性地為發話，應非該當訊問之意義，故警官丙實無庸踐行告知義務。
- (3)另有學理指出，若要求隱密偵查須踐行告知義務等合法訊問被告程序，實無可能，立法上宜另行規定，即納入法律保留或法官保留原則等，較為允妥，此項見解亦殊值傾聽。

3.不正訊問之認定：

- (1)有學理認為基於虛偽朋友理論（風險承擔理論），得一方同意監聽下被告所為之陳述，必須自負風險承擔對話之另一方將對話內容洩漏予他人或偵查機關，故該等陳述自非詐欺取得之自白。
- (2)本文認為，本件中警官丙似無積極地施用詐術或其他使被告甲陷入錯誤之方式為之訊問，甲並無基於任何錯誤認知下為自白，應屬任意性自白，故無第 98 條及第 156 條第 1 項之適用。

(四)得一方同意監聽應非違法監聽取得之證據：

- 1.有認為得一方同意監聽時，欠缺與他方共同構築或保持秘密通訊狀態之意願，並無隱私之合理期待，故非違法監聽。亦有主張虛偽朋友理論者認為，通訊者本須承擔通訊之他方出賣之風險，自非違法監聽。
- 2.實務（97 台上 2743 決）亦認為，對受話人而言，並無隱私期待，既警員已經獲得一方同一始實施電話錄音，此與員警在「雙方談話人」不知情況下截聽或截錄電話談話內容之情形有別，不得逕認係非法取得證據。
- 3.本文亦認為，依通訊保障及監察法第 3 條第 2 項：「所稱之通訊，以有事實足認受監察人對其通訊內容有隱私或秘密之合理期待者為限。」，本件中，警員丙既已得乙之同意而為通訊監察，已無隱私或秘密之合理期待，自非通訊保障及監察法之通訊，無庸同法第 5 條等規定，故甲之辯護人主張無理由。

(五)甲自身之陳述本非傳聞證據，甲之辯護人主張無理由：

- 1.依第 159 條第 1 項規定「被告以外」之人於「審判外」之言詞或書面「陳述」為傳聞證據，基於無法使陳述者具結、無法由認定事實者直接觀察陳述者之態度及他造當事人進行交互詰問等理由，該等傳聞證據原則上應予排除。
- 2.本件中，甲之錄音陳述，即係被告本人之陳述，與傳聞法則定義即未相符，亦不生具結或交互詰問等問題，並非傳聞證據，無第 159 條第 1 項規定之適用，甲之辯護人主張此為傳聞證據，並無理由。
- 3.惟若該錄音內容經轉化為譯文文書，因該等譯文之陳述並非被告本人所為，而係假他人之手，自屬於被告以外之人所為之審判外陳述，應屬第 159 條第 1 項所稱之傳聞證據。然倘若對該譯文有所爭執，應依第 165 條之 1 第 2 項規定，顯示該錄音內容確認是否與譯文記載相符等，以踐行合法之調查證據程序，附此敘明。