

刑訴判解

釣魚與陷害教唆之區辨

最高法院99年度台上字第6730號判決

【關鍵字】

陷害教唆、釣魚。

【事實摘要】

甲於檢察官偵查中供稱：甲在幫小隊長丙注意有誰在賣毒品，甲透過曾姓友人得知乙賣毒品，乃主動向乙要約購買毒品，再聯繫警方到場逮捕。證人即警員丁證稱：當時小隊長丙接獲線報指桃園縣桃園市○○○路有一件毒品案件要去查緝，線民表示該處會有人攜帶毒品出現，但丁並不知道線民是誰，丙就帶同小隊人員至現場，丙指示丁在同市○○○路頂好超市一樓騎樓處守候，並稱有一人將在那裡出現，且另有一人會過去跟該人會合，當二人會合時再上前盤查，……丁和另外一位偵查佐戊到現場發現乙，之後有一名年輕人從乙旁邊經過，當時乙與該名年輕人並未講話，丁與戊走過去，見彼等二人好像要開始對談、碰面，乙看到丁及戊，立即把身上持有毒品丟棄於地上，丁和戊立即將上訴人制伏於地。而觀諸卷附行動電話通聯紀錄顯示，甲先於98年3月23日23時41分、23時53分撥打電話予乙，乙繼於98年3月24日0時0分44秒、0時7分32秒、撥打電話予甲後，甲旋於同日0時8分、0時10分、0時13分撥打電話予丙。上開證詞及紀錄若果不虛，甲似係配合警方，主動邀約乙於桃園市○○○路見面，並通知丙率員到場查獲乙持有毒品情事，且於查獲現場，乙似尚未進一步與甲接觸、交談，即為警逮捕。

【裁判要旨】

國家機關職司偵查或偵查輔助人員之任務在於打擊、追訴犯罪依「國家禁反言」原則，不得為了追訴犯罪而挑唆發生或製造犯罪，故警察職權行使法第3條第3項明文揭示：「警察行使職權，不得以引誘、教唆人民犯罪或其他違法之手段為之」，以資規範。誘捕偵查類型中之「犯意誘發型」或「犯意創造型」，因係偵查或輔助偵查人員或所吸收之線民，對原無犯罪意思或傾向之人，以引誘、教唆犯罪之不正當手段，或對僅有潛在犯意者，逾越比例原則，提供高於一般正常情形之過度誘因，使因而萌生犯意進而實行犯罪行為，實務上稱之為「陷害教唆」，此種偵查作為，嚴重違反刑罰預防目的及正當法律程序原則，應認屬於違法之誘捕偵查，其因此所取得之證據不具正當性，對於公共利益之維護並無意義，應予絕對排除，以強化被

誘捕人基本權利之保護密度。另為因應不同犯罪類型之「機會提供型」誘捕偵查，乃行為人原已具有犯罪之意思或傾向，僅因偵查或輔助偵查人員或其線民提供機會，以設計方式，伴與之為對合行為，使其暴露犯罪事證，俟著手於犯罪行為之實行時，予以逮捕偵辦，實務上稱之為「釣魚偵查」，歸類為偵查技巧之一環，因而被評價為合法之誘捕偵查。而刑事法以不處罰單純犯意為原則，行為人之所以著手實行犯罪行為，係因偵查或輔助偵查人員或其線民之加工介入，自仍應就國家機關之蒐證作為，檢驗其取證過程是否符合法定程序。至於國家機關誘捕偵查作為是否合於正當法律程序，其審查基準，應考量有無法律依據或事前監督、事後審查機制（例如毒品危害防制條例第32條之1、之2所定「控制下交付」），案件類型有無直接被害人（例如：殺人與毒品犯罪案件，前者有直接被害人，後者則無），被告是否原即存有犯罪意思或犯罪傾向，誘捕行為究僅止於類如被動紀錄（例如偵查或輔助偵查人員依法監聽，得知有毒品交易乃前往現場查獲）或被動承諾（例如：臥底偵查或輔助偵查人員或其線民對被告業已具體成形之要約，予以被動承諾）之被動性抑或具有主動接觸、鼓勵或說服之主動性，誘捕之方式、手段及程度是否合於相當性原則等項，綜合權衡而為判斷。原判決認定上訴人經警查獲當日身上攜帶扣案之海洛因一包，乃意欲販賣予證人陳玟溢乙情，係以陳玟溢於偵訊中之證詞為主要論據。

【學說速覽】

一、主觀說與客觀說

關於陷害教唆與釣魚之區辨，實務上向來係採主觀說，如最高法院97年度台上字第1857號判決所示：「以誘捕偵查⁸²為目的之「陷害教唆」（即犯意誘發型之誘捕偵查），係指行為人原無犯罪之意思，純因具有偵查犯罪職權公務員之設計誘陷，以唆使其起意，待其形式上符合著手於犯罪行為之實行時，再予逮捕者而言。此種「陷害教唆」，因行為人原無犯罪之意思，具有偵查犯罪職權之公務員復伺機逮捕，係以不正當手段入人於罪，於此情形，因違反正當法定程序，且逾越偵查犯罪之必要程度，其因此所取得之證據資料，應無證據能力。惟若行為人原本即具犯罪之意思，其實行犯罪構成要件行為之犯意，並非他人所創造，於此情形，則縱經有偵查犯罪職權之公務員利用機會加以誘捕（即機會提供型之誘

⁸² 某些犯罪，例如販賣毒品犯罪、媒介性交易犯罪、企業犯罪、貪污犯罪、組織犯罪等等，犯罪形態隱密，司法警察（官）為破獲此類案件，經常使用誘捕偵查之手段，於被誘捕人從事犯罪行為時，立即予以逮捕，此種偵查人員誘騙第三者掉入陷阱犯罪，再以現行犯予以逮捕之偵查手段，學理上稱為誘捕偵查。

捕偵查)，因犯罪行為人並非受陷害教唆始起意犯罪，自不得以受陷害教唆為由，而主張無罪。」亦即採用「（合法之）釣魚手法/提供機會型v.（違法之）陷害教唆/犯意誘發型」之主觀二分法，然此主觀二分說在實務上常造成「犯意何時產生」的認定爭議。⁸³

學者認為我國最高法院以行為人原先有無主觀犯罪意向作為合法性界限，窄化了犯罪挑唆問題的面向，且亦未提出判斷犯罪意向的證明基準，創造行為人的犯意，應僅是認定國家違法挑唆犯罪的充分條件而非必要條件⁸⁴；縱使是原有犯罪意向之人，國家也不得施以不當的壓力，使潛在的犯罪變成實際的犯罪，一言以蔽之，判斷國家機關的犯罪挑唆行為之標準，不應如同主觀說僅侷限在主觀面的觀察，毋寧採綜合性評價之客觀說較為妥適。客觀說的重心不在於判斷行為人犯意的形成時點，而在於設定國家偵查行為的界限，亦即即便是針對所謂有犯意的行為人，國家也不可以予取予求、為所欲為。參酌歐洲人權法院之標準，判斷個案中誘餌是否構成違法之犯罪挑唆，主要取決於：⁸⁵

(一) 是否已存有被告之犯罪嫌疑？

此乃客觀檢驗的首要基準。如果國家機關客觀上已經先對被鎖定人（即後來之被告）系爭個案犯罪開始偵查（必須先有發動偵查的客觀事實，但可針對尚在計畫中或進行中的系爭犯罪），之後始以誘餌者接觸被鎖定人，才是此處所稱存有犯罪嫌疑，惟即便是被鎖定人相類案件的前科，尚不足以該當此處所稱之犯罪嫌疑。

(二) 誘餌行為的被動性

即以國家使用的誘發犯罪行為是否僅止於被動性，抑或具有主動性（例如：主動接觸、鼓勵、說服），作為判斷標準。

(三) 誘餌行為的方式及強度

亦即審查國家的誘發行為，是否對於被鎖定人造成過當的壓力而促使其犯罪？甚至強大到使其居於類似被利用工具之地位？除了客觀數額以外，仍應視被鎖定人之經濟需求狀況而定，狗急跳牆、趁人之危，皆會影響個案所施壓力強度的判斷，此外，不當的方式也包括積極卸除被鎖定人擔心犯罪被查獲的心防，

⁸³ 由於認定困難且有爭議，造成案件一再發回。

⁸⁴ 亦即，有此情形必為違法（之犯罪挑唆），但縱無此情形也未必合法。

⁸⁵ 何賴傑老師指出，雖然判斷基準越詳細、越多樣，其判斷結果越能符合各方利益，不過，如同對權衡理論的批評，由於判斷標準模糊空洞，導致判斷結果欠缺法安定性保障，因而於此是否有必要採用綜合判斷方式，不能無疑。

例如誘餌者對被鎖定人關於犯罪不會被查獲的擔保。⁸⁶

(四) 被告最終之犯罪範圍是否超過挑唆行爲？

倘犯罪範圍予挑唆範圍相同，更加證明系爭犯罪是挑唆而來；反之，倘犯罪範圍超過挑唆範圍，即可能為對被告挑唆抗辯不利之證據。

二、本案分析

綜觀本案判決理由「刑事法以不處罰單純犯意為原則，行爲人之所以著手實行犯罪行爲，係因偵查或輔助偵查人員或其線民之加工介入，自仍應就國家機關之蒐證作為，檢驗其取證過程是否符合法定程序。至於國家機關誘捕偵查作為是否合於正當法律程序，其審查基準，應考量有無法律依據或事前監督、事後審查機制（例如：毒品危害防制條例第32條之1、之2所定「控制下交付」），案件類型有無直接被害人（例如：殺人與毒品犯罪案件，前者有直接被害人，後者則無），被告是否原即存有犯罪意思或犯罪傾向，誘捕行爲究僅止於類如被動紀錄（例如：偵查或輔助偵查人員依法監聽，得知有毒品交易乃前往現場查獲）或被動承諾（例如：臥底偵查或輔助偵查人員或其線民對被告業已具體成形之要約，予以被動承諾）之被動性抑或具有主動接觸、鼓勵或說服之主動性，誘捕之方式、手段及程度是否合於相當性原則等項，綜合權衡而為判斷。」可知最高法院於本案不再單純以行爲人之主觀犯意作為判斷國家機關誘捕偵查行爲之合法性之唯一標準，而係綜合判斷之，亦即，「究竟乙係原即具有販賣毒品之意思？抑或於甲成為司法警察機關之線民後，因甲與警察機關之設計挑唆，始萌生販賣犯意並實行犯罪？司法警察機關或其線民實施誘引之方式、手段及強度為何？是否僅止於被動性，抑或主動接觸、鼓勵或說服而具有主動性？凡此攸關本件偵查作為合法性之判斷。」顯係運用客觀說之諸多判斷基準。

【考題分析】

警方因偵查甲涉嫌非法持有安非他命之案件，得知其貨源乃向毒梟乙調度而來。甲並不知乙之電話及住所，乙每月中主動打電話聯絡包括甲在內之客戶。警方為追本溯源，並未取得監聽票，但徵得甲之同意後，長期監聽甲之電話，並且藉此獲知乙之電話門號及甲、乙之對話內容。在甲、乙的電談中，甲按照警方的指示，向乙佯稱安非他命早已消耗完畢，亟需補充，乙遂與甲約定交易數量、金額、交付方式。在約定的交付時地，埋伏的丁等三位警員一擁而上，當場逮捕乙並扣

⁸⁶ 從一般預防的觀點來看，如果潛在的犯人因為畏懼犯罪被追訴而不敢犯罪，那正是國家刑罰權及其行使發揮了一般預防的功能，當國家以詐術來排除這種被捕風險而導致行為人果真實施犯罪時，這不就是自相矛盾，違反了國家之禁反言：到底國家是要禁止還是要鼓勵犯罪？

得安非他命與交易現金。檢察官以販賣毒品罪名起訴乙，出現於審判庭的證據包括：甲乙該次交易電談之錄音、藉由電話分機聆聽該次電談內容之警員丙的證詞；甲的證詞、丁等三警員之證詞、以及當場查扣之安非他命及現金等。試分析本案乙辯護人提出之下列抗辯，有無理由：

(一) 警方手段實為陷害教唆，且安排線民甲之偵查手法亦欠缺法律授權基礎，故所得證據不得作為裁判基礎。
(93年台大法研③)

◎ 答題關鍵

本小題首要判斷者為警方手段究為陷害教唆抑或為釣魚，始能再進一步認定證據能力之有無。按依向來實務所採之主觀說，由於乙每個月主動打電話聯絡包括甲在內之客戶，倘該次安非他命之交易亦係乙主動打電話聯絡甲，顯見乙原已有犯意，警方並未積極創造犯意，則警方利用該次機會，指示線民甲向乙佯稱安非他命早已消耗完畢，亟需補充，並與甲約定交易數量、金額、交付方式，僅係一種合法的誘捕偵查手段，屬於釣魚，其所得證據自有證據能力；倘採客觀說，此時，被鎖定人乙之主觀犯意僅為違法犯罪挑唆之必要條件，亦即，若能證明乙原無犯意者，則警方之偵查手段必為違法之犯罪挑唆，惟倘無法證明者，則仍必須就綜合其他要素判斷之。本案倘乙原是否已有犯意不明、證明困難時，則可以輔以歐洲人權法院發展出之標準判斷偵查行為之合法性，就是否已存有被告之犯罪嫌疑而言，由於本案警方因偵查甲涉嫌非法持有安非他命之案件，已得知其貨源乃向毒梟乙調度而來，是以，已存有被告之犯罪嫌疑；而誘餌行為的被動性而言，本案必須判斷甲乙間交易是否為甲主動接觸所造成之，自甲並不知乙之電話及住所，乙每月中主動打電話聯絡包括甲在內之客戶觀之，似應採否定見解；而就誘餌行為的方式及強度，甲按照警方的指示，向乙佯稱安非他命早已消耗完畢，雖係以詐術（佯稱）方式進行交易，惟該行為是否對於被鎖定人造成過當的壓力而促使其犯罪，似有待斟酌；而就被告最終之犯罪範圍是否超過挑唆行為，本題之題意未明確指明。是以，綜上所述，綜合判斷上開基準，似仍應認為警方之偵查手段係屬合法，非陷害教唆，而係釣魚，依實務向來之見解，釣魚所得之證據，有證據能力，乙辯護人之抗辯無理由。

【參考文獻】

1. 林鈺雄，國家挑唆犯罪之認定與證明，月旦法學雜誌，第111期，2004年8月，頁207-234。
2. 林俊益，陷害教唆與釣魚，月旦法學教室，第22期，2004年8月，頁26-27。
3. 何賴傑，2003年刑事訴訟法判決回顧，台灣本土法學雜誌，第56期，2005年1月，頁137。