

裁判字號：最高法院 107 年台上字第 2707 號刑事判決

裁判日期：民國 107 年 07 月 26 日

裁判案由：違反藥事法

最高法院刑事判決

107年度台上字第2707號

上訴人 陳麗珠

選任辯護人 薛西全律師

林怡君律師

黃靜瑜律師

上列上訴人因違反藥事法案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國106年11月23日第二審判決（106年度上訴字第617號，起訴案號：臺灣高雄地方檢察署102年度偵字第24806號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院高雄分院。

理 由

本件原判決認定上訴人陳麗珠有其事實欄所載之販賣如其附表編號1至21所載之禁藥犯行，因而撤銷第一審諭知上訴人無罪判決，改判論其犯藥事法第83條第1項之販賣禁藥罪，處有期徒刑6月，並諭知相關沒收。固非無見。

惟查：憲法第16條規定人民有訴訟之權，乃屬人民在司法上之受益權，包含人民得享由法院依法定程序縝密審判之保障。現代刑事司法的基本理念，是透過程序的正義，以實現實體的公正。實施刑事訴訟程序之公務員，就該管案件，應於被告有利及不利之情形，一律注意，刑事訴訟法第2條第1項定有明文，故衍生所謂「法院照料義務」，蓋刑事被告於面臨龐大的國家機關動用豐富的資源以對之進行訴追時，在審判程序中往往處於相對弱勢地位，此種不對等的情形在被告未聘任辯護人時更為加劇，是法院有義務適時提供被告一些法律上的協助，以稍微彌補兩造當事人不對等的地位，而能達到實質上的當事人進行主義。是當被告放棄其反對詰問權前，告知義務之踐行即屬法院照料義務之一環。傳聞法則的重要理論依據，在於傳聞證據未經當事人之反對詰問予以核實，乃予排斥。惟若當事人已放棄對原供述人之反對詰問權，於審判程序表明同意該等傳聞證據可作為證據，基於證據資料愈豐富，愈有助於真實發見之理念，此時，法院自可承認該傳聞證據之證據能力。是本法第159條之5規定之傳聞例外，乃基於當事人進行主義中之處分主義，藉由當事人等「同意」之此一處分訴訟行為與法院之介入審查其適當性要件，將原不得為證據之傳聞證據，賦予其證據能力。本乎程序之安定性、確實性之要求，其第1項經當事人於審判程序同意作為證據者，當係指當事人意思表示無瑕疵可指之明示同意而言，以別於第2項之當事人

等「知而不為異議」之默示擬制同意。又默示擬制同意係以當事人、代理人或辯護人於調查證據時，「知」有本法第159 條第 1 項不得為證據之情形，卻表示「對於證據調查無異議」、「沒有意見」等意思，而未於言詞辯論終結前聲明異議者，為求與明示同意制度理論一貫，且強化言詞辯論主義，確保訴訟當事人到庭實行攻擊防禦，使訴訟程序進行、順暢，應視為已有將該等傳聞證據採為證據之同意目的而設。相對地，在明示同意情況下，因被告於審判程序中明確表示同意該等傳聞證據可作為證據，此時，因法院可承認該傳聞證據有證據能力，且不容被告任意撤回，則被告在訴訟上之處分將會產生放棄反對詰問權之法律效果，特別是被告在無辯護人協助時，為避免在其難以預測之情形下遭受失權效果之突襲性裁判，自應使被告知悉其在有本法第159 條第 1 項不得為證據時，得有效行使其防禦權之機會，且得明瞭若未及時行使會產生何種失權之效果。是事實審法院對於不諳法律或缺訴訟經驗之被告，自應依被告之知識、智能等程度，審視其客觀上是否知悉本法第159 條第1 項之意義及效果，善盡法院之訴訟照料義務，予以適度闡明，落實憲法上賦予被告得以充分行使其防禦的權利。換言之，本法第159 條之5 第1 項所稱之明示同意，雖未如同條第2 項明定須有「知」之主觀要件，惟當係指當事人「知」有本法第159 條之1 不得為證據之規定，猶同意作為證據而言。是被告在無辯護人在場時，倘因不諳法律亦非嫻於訴訟而不知如何行使其訴訟防禦權，若法院又未善盡照料之義務，縱被告表明同意有證據能力，其意思表示亦難謂無瑕疵，自不能依本法第159 條之5 第1 項賦予得作為證據之效果。又此明示同意之效力，既因當事人積極行使處分權而形成，因此，必係針對個別、具體之特定證據行之，不得為概括性之同意，否則其處分之意思表示亦有瑕疵，同不生明示同意之效力。本件原判決認定上訴人成立犯罪，無非係依據證人湯熙雄、嚴漢枝於警詢及偵查時之證詞資為主要之依據，雖原判決理由壹、三記載：其判決所引用之證據資料，其中傳聞證據部分，業經檢察官及上訴人於該院審理時同意作為證據使用，依本法第159 條之5 第1 項之規定，審酌該等證據作成時並無不合法定程序之情形，且與本案相關之待證事實具有關連性，認為適當，為傳聞法則之例外，應有證據能力等語。惟觀原審民國106 年11月7 日審判筆錄，審判長並未就個別、具體之特定證據請上訴人對證據能力表示意見，僅泛問上訴人：「對於本件起訴書所載全部證據之證據能力，有何意見？」則上訴人概括答稱：「同意作為證據使用。」等語（見原審卷第53頁），依上開說明，本不生明示同意之效力。況上訴人係年近80歲之老婦，僅國小畢業之教育程度（見本院卷附之個人戶籍資料查詢結果），在原審時並未聘請律師協助其進行訴訟，再由其於第一審行準備程序時，因有委任律師擔任辯護人特別針對證人湯熙雄、嚴漢枝於警詢及偵查中無具結的陳述表明無證據能力（見第一審卷第46頁）等情，連結上訴人於原審審判期日審判長提示證人湯熙雄、嚴漢枝於警詢及偵查時之筆錄並告以要

旨時，上訴人對其等證詞表明爭執（見原審卷第59頁）等情綜合以觀，倘上訴人知悉其同意前揭證人於警詢及偵查時之證言有證據能力，法院可能會以證人對其不利之陳述作為論罪科刑之證據，其豈有可能輕易同意上開證詞具有證據能力，益徵上訴人確因不懂法律始為前揭同意表示，其意思表示是否確無瑕疵自有再予斟酌之餘地。原審遽認該等證據有證據能力，並採為認定上訴人犯罪之佐證，自有違證據法則。上訴意旨執此指摘原判決違法，尚非全無理由，應認原判決有發回更審之原因。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、401條，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 7 月 26 日

最高法院刑事第四庭

審判長法官 王 居 財

法官 蘇 振 堂

法官 王 敏 慧

法官 鄭 水 銓

法官 謝 靜 恒

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 8 月 1 日

資料來源：司法院法學資料檢索系統