

最高法院刑事判決

115年度台上字第3662號

上訴人 伍心茹

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高等法院中華民國115年4月16日第二審判決(114年度上訴字第6115號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署112年度偵字第27662、27698、30834、30835號)，提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於伍心茹部分撤銷，發回臺灣高等法院。

理 由

一、本件原判決維持第一審論處上訴人伍心茹販賣第二級毒品罪刑並諭知沒收、銷燬之判決，駁回其在第二審之上訴。固非無見。

二、惟查：

依刑事訴訟法第155條第2項規定，無證據能力、未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據，是證據有無證據能力與是否經合法調查，係屬二事。而刑事訴訟法上之交互詰問，乃證人須於法院審判中經踐行合法之調查程序，始得作為判斷之依據，屬人證調查證據程序之一環，與同法第159條之1第2項係傳聞例外之證據能力規定，其性質及在證據法則之層次上並非相同，應分別以觀，不容混淆。又案內存在形式上不利於被告之敵性證人，基於交互詰問制度設計之原理，除非被告已聲請傳喚該通常非屬友性之證人，或該證人之證言具有證據能力而被告明白捨棄反對詰問權，或被告出於任意性自白，與證人之證言一致，顯不具詰問之必要性者，否則檢察官應負聲請法院傳喚該證人到庭進行交互詰問之舉證義務；倘檢察官未聲請調查，如不調查顯有影響判決結果之虞，且有調查可能者，法院應依刑事訴訟法第273條第1項第5款之規定，曉諭檢察官為證據調查之聲請。如未盡曉諭之

01 義務並傳喚該證人到庭詰問，僅於審判期日向被告提示該證
02 人未經詰問之審判外陳述筆錄或告以要旨，無異剝奪被告之
03 詰問權及防禦權，所踐行之調查程序，即難謂適法，該審判
04 外之陳述，縱符合傳聞例外而具證據能力，仍屬未經合法調
05 查之證據，不得作為認定被告犯罪事實之判斷依據。

06 本案檢察官起訴以證人即同案被告楊曉芬(經判刑確定)偵查
07 中不利於上訴人之證述為上訴人論罪之證據，而上訴人始終
08 否認透過楊曉芬聯繫而販賣毒品予江清池之犯行，爭執楊曉
09 芬偵查證言之證據能力及證明力，其辯護人並於第一審主張
10 楊曉芬之偵查陳述未經合法(完足)之調查，應由檢察官聲請
11 傳喚該證人到庭，如檢察官未聲請，法院應曉諭其聲請，以
12 落實上訴人反對詰問權之保障等語(見第一審卷(一)第179、20
13 02、283、338頁)，嗣上訴人於原審仍執相同主張，並具體
14 指摘第一審判決以上訴人未聲請傳喚楊曉芬為由，認其已捨
15 棄詰問證人之權利，逕將楊曉芬偵查中之陳述採為判斷依據
16 ，違背證據法則等旨，辯護人於審判程序辯論時復稱：楊曉
17 芬係檢方證人，應由檢察官聲請傳喚為主詰問，上訴人並無
18 同意放棄詰問權等語(見原審卷第59、206、213、216、288
19 頁)。倘若無訛，上訴人於第一審及原審俱明確以未經對質
20 詰問為由爭執楊曉芬偵查中證述屬未經合法調查之證據，不
21 得作為判斷依據，並主張應由檢察官聲請傳喚楊曉芬為主詰
22 問，顯非明白捨棄反對詰問權。再依卷證，楊曉芬於第一審
23 民國114年7月23日審理程序雖未到庭，但尚未經通緝，嗣於
24 同年8月12日仍到庭接受審理(見原審卷第268-9、269-10
25 頁，第一審卷(一)相關審理筆錄)，於第一審似無不能或難以
26 詰問之情形。則依上開說明，法院於檢察官怠於聲請傳喚該
27 屬上訴人之敵性證人楊曉芬時，即應曉諭檢察官聲請，俾予
28 上訴人對質詰問之機會，所踐行之調查程序始為適法。詎第
29 一審法院疏未盡曉諭義務，於判決理由載稱上訴人表示不聲
30 請傳喚楊曉芬，應認已捨棄對質詰問之權利云云，並逕引用
31 楊曉芬偵查中之證述，資為認定上訴人本件犯行之主要證據

（見第一審判決第3頁第7至16行、第5頁第4至18行、第7頁第23、24行），自屬採證違法，原判決未加糾正，猶以楊曉芬偵查中證述符合刑事訴訟法第159條之1第2項規定而具證據能力，且上訴人未聲請傳喚作證等為由，採納該審判外陳述為認定事實之論據（見原判決第4頁第2至28行、第6頁第15至27行、第9頁第16行），遽維持第一審判決，不無混淆證據能力與是否經合法調查之概念，難認無剝奪上訴人之對質詰問權，併有調查職責未盡及適用法則不當之違法。

三、上訴意旨執此指摘原判決不當，非無理由，而原判決上開違誤，影響於事實之認定，本院無可據以為裁判，應認關於上訴人部分，有撤銷發回更審之原因。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

中 華 民 國 115 年 8 月 19 日

刑事第五庭審判長法官 段景榕

法官 汪梅芬

法官 何俏美

法官 黃紹紘

法官 宋松璟

本件正本證明與原本無異

書記官 胡家寧

中 華 民 國 115 年 8 月 21 日