最高法院刑事判決

108年度台上字第3204號

上　訴　人　張雅嵐

選任辯護人　林其鴻律師

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高等法院花蓮分院中華民國107年11月16日第二審判決（107年度上訴字第155號，起訴案號：臺灣花蓮地方檢察署104 年度偵緝字第182號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院花蓮分院。

理　由

一、本件原判決認定上訴人張雅嵐有其犯罪事實欄所載犯行，因而撤銷第一審諭知上訴人無罪之判決，改判論處上訴人共同販賣第二級毒品罪刑（主刑部分處有期徒刑），並為相關沒收、追徵之宣告，固非無見。

二、惟查：

㈠按刑事審判基於憲法正當法律程序，對於犯罪事實之認定，採證據裁判原則，以嚴格證明法則為核心，亦即無證據能力、未經合法調查之證據，不得作為認定犯罪事實之依據。而所謂證據能力，係指證據得提出於法庭調查，以供作認定犯罪事實之用所應具備之資格，如證言須經具結、自白須出於任意性等；所謂合法調查，係指法院依法律所定各種證據之調查方式，踐行調查之程序。就證人而言，除有客觀上不能受詰問，或被告明示捨棄詰問，抑或性質上無行詰問必要性者外，於審判中，皆應依法定程序，到場具結陳述，並接受被告適當且充足之詰問，其陳述始得作為認定被告犯罪事實之判斷依據。是有證據能力，並經合法調查，乃嚴格證明之兩大支柱，缺一不可。又刑事訴訟法於民國92年修正時，除引進傳聞法則，就人證之調查亦改採英美法系之交互詰問制度，以期透過詰問程序之運作，辯明供述證據之真偽，使真實呈現。而主詰問係以引出積極性證據之陳述為其目的之詰問，反詰問則係在彈劾證人陳述之憑信性（即予爭執，打擊以減少其證明力），並引出主詰問所

未揭露或被隱瞞之另一部分事實。是交互詰問被譽為法律史上發現真實最偉大之法律器具，其所指者即為反詰問。惟立法者基於保護特定關係或利益，於刑事訴訟法規定特定業務、身分或利害關係之人，得拒絕證言（參該法第179 條、第180條第1項、第181條及第182條），而肯認證人之拒絕證言權，以保護其權利。然拒絕證言權利並非不可拋棄，倘證人於審判中經法院告知得拒絕證言之權利後，猶決意為證述，於交互詰問中，若准其於主詰問陳述完畢後，輪到另一造反詰問時主張拒絕證言，將無法達到交互詰問之目的。為發現真實，並保障被告之反對詰問權，刑事訴訟法第181條之1規定：「被告以外之人於反詰問時，就主詰問所陳述有關被告本人之事項，不得拒絕證言。」明定證人此時不得拒絕證言，以免造成無效之反詰問。從而證人於偵查中經檢察官告知得拒絕證言之權利後，如仍決意證述，並為不利於被告之陳述，且被告及其辯護人在偵查中未曾有詰問該證人之機會。而檢察官起訴並援引該不利於被告之陳述，作為證明被告犯罪事實之證據時，倘被告於審判中否認犯罪，復未捨棄詰問權，參諸前述說明，如無客觀上不能受詰問之情形存在，自應踐行詰問程序。且該證人偵查中所為不利被告之陳述，乃係證明被告犯罪之積極證據，相當於交互詰問程序中，行主詰問者已達其欲透過證人之陳述，引出取信於法院之目的，性質上與刑事訴訟法第181條之1規定「主詰問中所陳述有關被告本人之事項」無異。此時若准許該證人於審判中行使拒絕證言權，將使被告無彈劾該證人供述之憑信性，及引出其於偵查證述中所未揭露或被隱瞞之另一部分事實之機會，自侵害被告受憲法保障之詰問權，且使法院所接收者，均為對被告不利之部分，而對被告可能有利部分，則因證人拒絕證言而無法知悉，非但程序上對被告極不公平，且自發現真實之角度，證人的信用性及陳述之真實性均無法獲得測試擔保。就此情形，應類推適用刑事訴訟法第181條之1規定之法理，證人不得行使拒絕證言權。如審判長未查，許可拒絕證言，自有害於被告之司法人權及真實之發現，難謂無調查職責未盡之違法

。

㈡卷查證人江麗秋係上訴人父親之前配偶，且非受上訴人監督、扶助、照護之人；其於本案偵查中經檢察官告以得拒絕作證後，仍決意證述，檢察官起訴亦以其證述為不利上訴人之證據；而上訴人於第一審，即否認犯行，並主張江麗秋於偵查中陳述，未經交互詰問，妨害其防禦權等旨；而江麗秋於第一審到庭作證，陳稱上訴人為其前夫之女時，第一審審判長即諭知江麗秋與上訴人曾為直系姻親（按係一親等姻親），得拒絕作證，並於江麗秋表示不願意作證，即許可其拒絕證言，未予上訴人詰問之機會（見第一審訴緝卷第168 頁反面）。依前開說明，自屬調查證據之處分違法；上訴人於原審時，仍否認犯行，且於答辯狀主張江麗秋於第一審拒絕證言，無異使上訴人喪失對質詰問權，其辯護人於原審審理期日再重申辯護意旨如歷次書狀所載等旨（見原審卷第73 、122頁反面）。顯見上訴人並未捨棄詰問權且就第一審未予其行使詰問權提出異議。原審未糾正第一審前開訴訟程序之違誤，重為調查證據，亦即未踐行對江麗秋以人證之調查程序，其訴訟程序之進行自有違誤。而原判決所以認定上訴人有販賣第二級毒品之事實，無非係採用江麗秋於偵查中之證言，作為上訴人共同販賣第二級毒品之主要證據。然該等證言既非在法官面前作成，且亦未經踐行刑事訴訟法第166條、第184條所規定之交互詰問及對質等訊問證人之程序，上訴人復迭次要求詰問該證人，則依前述說明，江麗秋偵查中不利上訴人之供述，不得逕採為不利上訴人之證據，乃原判決加以採納，自有適用法則不當之違法。上訴意旨執此指摘原判決違背法令，為有理由，且因原判決上述違背法令影響於事實之確定，本院無從據以自為裁判，應認原判決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　　108　　年　　11　　月　　7　　日

最高法院刑事第六庭

審判長法官　徐　昌　錦

法官　蔡　國　在

法官　林　恆　吉

法官　林　海　祥

法官　江　翠　萍

本件正本證明與原本無異

書　記　官

中　　華　　民　　國　　108　　年　　11　　月　　15　　日