

刑事法判解

明示同意作為傳聞證據之效力

最高法院103年台上913決

【實務選擇題】

民國103年7月1日，甲於百貨公司扒竊乙之皮包。得手後，見皮包內有戶名為乙之郵局存摺及該存摺印鑑章，甲旋即填寫取款條並蓋用該印鑑章於其上，連同乙之郵局存摺，持向郵局人員領得帳戶內現款新臺幣五千元。乙報案，甲為警循線查獲，經檢察官提起公訴。乙於警詢及檢察官偵訊時中均以被害人身分，未經具結，先於警詢指認甲曾在百貨公司與乙搭訕，應為行竊之人，繼於偵訊時陳述遭竊經過及所失財物。第一審審理中，證人丙到庭於甲詰問時證稱某日閒聊時曾聽聞甲表示該竊案係其本人所為。第一審乃據以判決論處甲竊盜罪，另就甲行使偽造私文書及詐欺取財犯行，依想像競合犯從一重論處甲行使偽造私文書罪等罪刑。於檢察官及甲於第一審審理中，對乙警詢、偵查中之陳述及丙之證言均表示同意作為證據，甲僅辯稱該供證均不實在。第一審判決後，甲不服，合法提起第二審上訴，於第二審法院審理中，主張乙歷次陳述及丙之證言皆屬傳聞，均無證據能力。下列關於該乙警詢、偵查中之陳述及丙之證言敘述，依實務見解，何者錯誤？

【改編自：100年司法官第四題】

- (A) 當事人甲已明示同意作為證據之傳聞證據，若經法院審查其具備適當性之要件，並已就該證據實施調查程序者，基於訴訟程序安定性及確實性之要求，即無許當事人事後任意撤回同意之理。
- (B) 當事人甲已明示同意作為證據之傳聞證據，縱使甲上訴至第二審或判決經上級審法院撤銷發回更審，仍不許當事人事後任意撤回同意。
- (C) 刑事訴訟法第一百五十九條第一項所稱「經當事人於審判程序同意作為證據」者，係指當事人意思表示無瑕疵可指之明示同意而言。
- (D) 因刑事訴訟上訴制度係採取覆審制，在第二審程序調查證據時，當事人甲或辯護人非不得重新就其證據能力予以爭執或聲明異議，此時，第二審法院即應重新審認其證據能力之有無，否則即難謂為適法。

答案：D

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

【裁判要旨】

◎103年台上913決

當事人已明示同意作為證據之傳聞證據，若經法院審查其具備適當性之要件，並已就該證據實施調查程序者，基於訴訟程序安定性及確實性之要求，即無許當事人事後任意撤回同意之理。此一同意之效力，既因當事人之積極行使處分權，並經法院認為適當且無許其撤回之情形，即告確定，其於再開辯論固毋庸論，即令上訴至第二審或判決經上級審法院撤銷發回更審，仍不失其效力。此與默示擬制同意之效力，純因當事人等之消極緘默而為法律上之擬制所取得，並非本於當事人之積極處分而使其效力恆定，容許當事人等於言詞辯論終結前，或第二審及更審程序中對其證據能力再為爭執追復，尚屬有間。

【裁判分析】

一、傳聞例外：當事人同意

(一) 明示同意：首先，當事人詰問證人之權，屬憲法第十六條所保障之訴訟權及同法第八條第一項實質正當法律程序所保障之權利，法院調查訊問證人時，自應依正當法律程序原則予當事人詰問之機會。然反對詰問權之保障，尚非絕對不得放棄，而係賦予當事人處分權，未經當事人反對詰問之"審判外"陳述，其證據能力之確認，為求程序進行之順暢及有助於真實之發現，刑事訴訟法定有明示及默示同意之制度，以擬制當事人放棄其反對詰問權，此觀刑事訴訟法第一百五十九條之五之規定及其立法理由自明（102台上2069決）。

簡言之，刑事訴訟法第一百五十九條之五所規定之傳聞例外，乃基於當事人進行主義中之處分主義，藉由當事人同意此一處分訴訟行為與法院介入審查其適當性要件，將原不得作為證據之傳聞證據，賦予其證據能力。基於程序之明確性，其第一項所稱「經當事人於審判程序同意作為證據」者，係指當事人意思表示無瑕疵可指之明示同意而言，以別於第二項所稱當事人等「知而不為異議」之默示擬制同意（103台上2027決）。

(二) 默示同意：至於當事人、代理人或辯護人於法院調查證據時，知有刑事訴訟法第一百五十九條第一項不得為證據之情形，而未於言詞辯論終結前聲明異議者，視為同意作為證據，法院審酌該言詞陳述或書面陳述作成時之情況，認為適當者，亦得為證據，刑事訴訟法第一百五十九條之五第二項定有明文，此規定乃係基於證據資料愈豐富，愈有助於真實發現之理念，酌採當事人進行主義之證據處分權原則，並強化言詞辯論主義，透過當事人等到庭所為之法庭活

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

動，在使訴訟程序順暢進行之要求下，承認傳聞證據於一定條件內，得具證據適格。此種「擬制同意」，因與同條第一項之明示同意有別，實務上常見當事人等係以「無異議」或「不爭執」或「沒有意見」表示之，斯時尚該證據資料之性質，已經辯護人閱卷而知悉，或自起訴書、原審判決書之記載而了解，或偵、審中經檢察官、審判長、受命法官、受託法官告知，或被告逕為認罪答辯或有類似之作為、情況，即可認該相關人員於調查證據之時，知情而合於擬制同意之要件；而所謂「審酌該陳述作成時之情況，認為適當」者，係指依各該審判外供述證據製作當時之過程、內容、功能等情況，是否具備合法可信之適當性保障，加以綜合判斷而言；倘法院審酌結果，認為該等證據於作成時並無可信度明顯過低之情事者，即應認具有適當性，而具有證據能力（102台上67決）。

亦即，此攸關被告防禦權之行使及法院認事用法之合法性，適用上自應審慎認定其是否具備「知不得為證據」、「未聲明異議」及「法院認為適當」三要件。特別是被告無辯護人協助時，事實審法院對目不識丁、未滿十六歲、年邁翁婦、外籍傭勞、智能障礙等情之被告，依其知識智能等程度，客觀上是否明知第一百五十九條第一項之意義及效果，應善盡法院之訴訟照料義務，予以適度闡明。倘認依第一百五十九條之五第二項規定得作為證據者，即應於判決理由內敘明其認定之依據及得心證之理由，不得僅以被告於法院調查證據時表示「無意見」、「對於證據調查無異議」云者，逕認被告未聲明異議，而擬制其有同意作為證據之意，否則即有適用法則不當之違誤（98台上47決）。

另外，刑事訴訟法為發現實體真實，並保障被告之訴訟權，乃於第二條明定：實施刑事訴訟程序之公務員，應於被告有利及不利之情形，一律注意，被告並得請求為有利於己之必要處分。本此立法意旨，法院於訴訟程序進行中，對涉及擬制規定之適用，而可能對被告產生無法預見之不利益時，即應善盡訴訟照顧義務，告知所擬制之法律效果，以促請注意，使被告能合法行使訴訟防禦權，兼顧被告對於裁判效力之信賴及國家刑罰權之正確行使（99台上5531決）。

二、同意之撤回

針對當事人已明示同意作為證據之傳聞證據，若經法院審查其具備適當性之要件，並已就該證據實施調查程序者，基於訴訟程序安定性及確實性之要求，即無許當事人事後任意撤回同意之理。此一同意之效力，既因當事人之積極行使處分權，並經法院認為適當且無許其撤回之情形，即告確定，其於再開辯論固毋庸

論，即令上訴至第二審或判決經上級審法院撤銷發回更審，仍不失其效力（102台上2622決）。

此與默示擬制同意之效力，純因當事人等之消極緘默而為法律上之擬制所取得，並非本於當事人之積極處分而使其效力恆定，容許當事人等於言詞辯論終結前，或第二審及更審程序中對其證據能力再為爭執追復，尚屬有間（103台上2027決）。其理由在於，現行刑事訴訟法通常程序之第二審採覆審制，應就第一審判決經上訴之部分為完全重覆之審理。第二審法院於審判期日，應依刑事訴訟法第三百六十四條規定，準用第一審審判之規定，就卷內所有證據資料，重新踐行調查程序。對於卷內證據資料有無證據能力，亦應本於職權調查審認，不受第一審判決所為判斷之拘束。而被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，為傳聞證據，依同法第一百五十九條之一第一項規定，除符合法律規定之例外情形，原則上無證據能力。該等傳聞證據，在第一審程序中，縱因當事人、辯護人有同法第一百五十九條之五第二項規定擬制同意作為證據而例外取得證據能力之情形，然在第二審程序調查證據時，當事人或辯護人非不得重新就其證據能力予以爭執或聲明異議，此時，第二審法院即應重新審認其證據能力之有無，否則即難謂為適法（98台上4219決）。

三、考題分析

本題爭點在於，乙之陳述及丙之證言屬於被告以外之人於審判外所為之陳述，性質上屬於傳聞證據。被告甲於第一審審理程序中，同意上開二傳聞證據得作為證據後，於上訴第二審法院審理中，得否追復爭執上開二傳聞證據之證據能力？

由於被告甲係依刑事訴訟法第159條之5第1項之規定為明示同意上開二傳聞證據得作為證據，依實務見解，被告甲此一同意之效力，既因當事人之積極行使處分權，並經法院認為適當且無許其撤回之情形，即告確定，其於再開辯論固毋庸論，即令上訴至第二審或判決經上級審法院撤銷發回更審，仍不失其效力。因此，被告甲或辯護人不得於第二審審理程序中，就上開二傳聞證據之證據能力重新爭執或聲明異議，故選項(D)錯誤。

【關鍵字】

傳聞例外、傳聞證據同意之撤回。

【相關法條】

刑訴第159條之5。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！