

刑事法判解

傳聞證據同意與爭執追復

最高法院105年度台上字第3397號判決

【實務選擇題】

- 下列有關刑事訴訟法第159條之5傳聞證據同意之敘述，依實務見解何者錯誤？
- (A) 刑事訴訟法第159條之5第1項：必須基於當事人意思表示無瑕疵可指之明示同意方得為之。
- (B) 刑事訴訟法第159條之5第1項：當事人已明示同意作為證據之傳聞證據，並經法院審查其具備適當性之要件者即無許當事人再行撤回同意之理。
- (C) 刑事訴訟法第159條之5第2項：以當事人、代理人或辯護人知有同法第159條第1項不得為證據之情形，而未及時行使異議權者，始生擬制之效果。
- (D) 刑事訴訟法第159條之5第2項：不容許當事人於言詞辯論終結前，或第二審及更審程序中對其證據能力再為爭執追復。

答案：D

【裁判要旨】

※105年度台上字第3397號判決

刑事訴訟法第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。本乎程序之明確性，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。當事人已明示同意作為證據之傳聞證據，並經法院審查其具備適當性之要件者，若已就該證據實施調查程序，即無許當事人再行撤回同意之理，以維訴訟程序安定性、確實性之要求。所謂「經當事人於審判程序同意作為證據」之同意權人，依同法第三條規定，係指檢察官、自訴人及被告而言，不包含當事人以外之代理人或辯護人，此觀同條第2項擬制同意權人包含當事人、代理人或辯護人之規定自明。又此一同意之效力，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，其於再開辯論固不論矣，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。至其第2項所規定「視為同意」，即擬制同意之效力，純因當事人、代理人或辯護人之消極緘默，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，自應容許當事人於言詞辯論終結前，或第二審及更審程序中對其證據能力再為爭執追復。

【裁判分析】

一、實務見解

(一) 傳聞證據同意類型

1. 明示同意：第159條之5第1項

本條第1項規定之明示同意，僅限於兩造當事人（即檢察官、被告本人；於自訴案件因本法採律師強制代理制度，應解為自訴代理人）方有同意權，並係針對個別、具體之特定證據行之，不得為概括性之同意（96台上4692決）。

至於，當事人已明示同意作為證據之傳聞證據，並經法院審查其具備適當性之要件者，若已就該證據實施調查程序，即無許當事人再行撤回同意之理，以維訴訟程序安定性、確實性之要求。

惟應特別注意法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第93點規定：「被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，雖不符刑訴法第一五九條之一至一五九條之四之規定，惟當事人於準備程序或審判期日仍以言詞或書面明示同意以其陳述作為證據時，則法院可審酌該陳述作成時之情況，於認為適當之前提下，例如：證據之取得過程並無瑕疵，其與待證事實具有關連性、證明力非明顯過低等，賦予其證據能力。又基於訴訟程序安定性、確實性之要求，若當事人已於準備程序或審判期日明示同意以被告以外之人於審判外之陳述作為證據，而其意思表示又無瑕疵者，不宜准許當事人撤回同意；但其撤回符合下列情形時，則不在此限：(一)尚未進行該證據之調查。(二)他造當事人未提出異議。(三)法院認為適當。」

2. 默示同意：第159條之5第2項

而第2項規定之默示同意，則以當事人、代理人或辯護人「知」有同法第159條第1項不得為證據之情形，而未及時行使異議權者，始生擬制之效果。所謂「知」有傳聞證據之情形，指依案內顯現之資料，可認為客觀上已知悉有該證據之存在而言。所謂「知」有傳聞證據之情形，指依案內顯現之資料，可認為客觀上已知悉有該證據之存在而言。（96台上4692

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

決)。

(二) 法院必須踐行同意之闡明義務

因我國刑事訴訟法未採強制律師代理制度，就未有律師協助之被告，無法要求分辨證據能力等問題，因此對於未有律師協助之被告，「為維護被告程序上之權益，法院本於訴訟照料義務，即應盡一定之告知、闡明義務，俾使被告係在充分瞭解，知有傳聞證據不具證據能力之前提下，明白其之同意，或因未適時異議所可能衍生之法律效果¹。」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159條第1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（98台上47決）。

(三) 傳聞同意須經法院認定適當性

刑事訴訟法第159條之5之規定，係基於當事人進行主義中之處分主義，肯認當事人對於傳聞證據有處分權，惟法院依其補充發見真實之職權，並維持程序之公正，不論係明示同意（第1項）或默示（擬制）同意（第2項）傳聞證據得作為證據使用，均明定仍須兼具有「適當性」之要件，亦即由法院介入審酌傳聞證據作成時之情況可認為適當者，始例外賦予其證據能力，並非一經明示或默示同意，即可無條件予以容許。

至於如何可認為適當，則可審酌該傳聞證據之取得是否適法、陳述者之任意性有無欠缺及證據之證明力是否顯然偏低等，以決定其是否得為證據。如若無從除去其證據取得之違法或已失其作為證據之意義者，即不得僅因「同意」此一訴訟行為而承認其證據能力。故事實審法院對此「適當性」之要件，應為必要之調查及論敘，方稱適法（96台上4692決）。

例如，審判中假手法官助理所為之勘驗書面，不惟與法定程式不符，且因已失其作為證據之意義，即令當事人均明示同意作為證據，仍無予容許其取得證據能力之餘地（99台上5930決）。

又例如，刑事訴訟法第158條之3規定：「證人、鑑定人依法應具結而未具結者，其證言或鑑定意見，不得作為證據」，其立法理由乃在擔保該證言或鑑定意見，係據實陳述或公正誠實之可信性，故未依法具結者，依證據絕對排除法則，當然無證據能力，而不得作為證據，自不得因當事人於審判程序之

¹ 吳燦，〈傳聞同意之恆定效力與詰問權—最高法院105年度台上字第412號判決評析〉，《月旦裁判時報》，第58期，2017年4月，頁73-74。

同意，逕認該未經具結之證言或鑑定意見，亦得作為證據，此於適用同法條（第159條之5）第2項所定「視為有前項之同意」之情形者，亦應受上揭第158條之3規定之限制（97台上4096決）。

【考題分析】

刑事訴訟法第159條之5第2項所規定「視為同意」，即擬制同意之效力，純因當事人、代理人或辯護人之消極緘默，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，自應容許當事人於言詞辯論終結前，或第二審及更審程序中對其證據能力再為爭執追復。選項(D)不允許爭執追復，該選項錯誤。

【關鍵字】

傳聞同意、明示同意、擬制同意

【相關法條】

刑訴第159-5條

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！