

## 刑罰判解

## 同意傳聞作為證據後再爭執

## 最高法院99年度台上字第717號判決

## 【關鍵字】

傳聞法則、同意。

## 【事實摘要】

本件上訴人之原審辯護人於原審民國九十八年十月二十九日準備程序時，關於被害人A女、B女、C女、D女、E女、F女、G女（人別資料均詳卷，下稱A女等七人）之警詢筆錄之證據能力，已就A女、C女、E女、F女部分有所爭執，主張均無證據能力等語（見原審卷第三八頁背面）。然原判決仍以：「本件所引用之被害人A女等七人於警詢時之供述證據，固屬傳聞證據，惟被告（指上訴人）及辯護人於原審（指第一審）審理時對上開證據有證據能力乙節表示不執……，本院（指原審）審酌上開證據資料製作時之情況，尚無違法不當及證明力明顯過低之瑕疵，亦認為以之作爲證據應屬適當，……認前揭證據資料均有證據能力。」等由（見原判決第三頁，理由壹、一之）。逕以第一審審理時不爭執該等證據之證據能力，即認其有證據能力。原審既未究明上訴人之原審辯護人所爭執部分，有無符合容許撤回同意之要件，亦未於判決理由內就此加以說明，有理由不備之違法。

## 【裁判要旨】

當事人已於準備程序或審判期日明示同意或擬制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時，該被告以外之人於審判外之陳述，雖不符刑事訴訟法第159條之1至第159條之4之規定，基於訴訟程序安定性、確實性之要求，自不宜准許當事人事後任意撤回同意或再事爭執。惟如當事人已明示同意或擬制同意以被告以外之人於審判外之陳述作為證據後，又聲明撤回該同意或對該被告以外之人於審判外陳述之證據能力復行爭執，而審理事實之法院於尚未進行該證據之調查，或他造當事人未提出異議，或法院認為撤回同意係屬適當者，應生准予撤回之效力；非謂一經同意之後，一概不許予以撤回或再事爭執。此於採覆審制之第二審訴訟程序，亦同。審理事實之法院如不准當事人撤回，應說明事後所為爭執如何不符撤回要件，該證據仍具有證據能力之理由，始為適法，否則即有判決理由不備之違法。

【高點法律專班】

版權所有，翻製必究！

## 【學說速覽】

一、當事人同意傳聞作為證據後，事後可否認任意撤回同意再爭執證據能力：

(一) 最高法院有不同的見解，析述如下：

1. 肯定說：實務多採肯定見解，認為，我國刑事訴訟法通常程序之第二審係採覆審制，第二審應就第一審判決經上訴之部分為完全重覆之審理。第二審法院之審判，除有特別規定外，因刑事訴訟法第364條準用第一審審判規定，且上開第159條之5傳聞例外係規定於刑事訴訟法第一編總則之證據章，於第二審上訴程序中，應與第一審一體適用，故當事人得對該傳聞證據之證據能力再表示意見。第二審法院應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。故傳聞證據在第一審程序中，縱因當事人、辯護人有同法第159條之5規定同意或擬至同意作為證據而例外取得證據能力之情形，然第二審程序調查證據時，當事人或辯護人仍得重新就其證據能力予以爭執，第二審法院應重新審認其證據能力。
2. 否定說：惟有不同見解認為，若當事人於先前程序不同意傳聞證據作為證據，則不得嗣後再主張傳聞證據有證據能力，其理由為，當事人於一審之準備程序或審判期日明示同意或擬制同意以被告以外之於審判外之陳述作為證據，一審判決時認定未爭執的傳聞證據有證據能力，卻因當事人在二審審理時才提出爭執，結果傳聞證據於一審辯論終結所發生的效力處於不確定狀態，將導致當事人輕視一審程序及產生一審空洞化現象。

(二) 學者見解：有學者認為我國既已改採兩造對抗制度（當事人進行主義），理論上上訴審應採「未提出異議視為放棄法則」（（原則上當事人對於法院程序事項之錯誤決定未即時提出異議，或當事人一造所提出之證據有禁止之事由，則他造不論是因策略運用或因疏忽，而未即時提出異議，均應自負其責而視為放棄，不得再於上訴審主張，否則若敗訴一方因而提出上訴而需撤銷原判決發回更審，將嚴重增加法院即他造當事人之負擔，該法則之例外係明顯錯誤或瑕疵影響重要權利者，即令當事人未主張，法院仍能處理之）。

惟由於我國目前尚未全採律師強制辯護制度，若僅因當事人未即時提出異議就不能再於上訴審主張，對於沒有律師辯護之被告有失公平，並有違我國人民之法感情，故學者進一步主張，既我國已採兩造對抗制度，至少於被告在原审有律師辯護之案件，仍應參考美國採用「未提出異議視為放棄原則」及其例外規定，整體訴訟制度與兩造對抗之精神才比較一貫。此外，並應同時規定法

【高點法律專班】

版權所有，翻製必究！

院有告知義務，亦即當事人一造對他造所提出之證據或詰問有禁止之事由而不聲明異議者，於法院履行告知義務使其明瞭得聲明異議之權利及不聲明異議之法律效果後，當事人一造仍未聲明異議，審理事實之法院於進行該證據之調查後，該當事人不得再爭執其證據能力。

## 二、結論：

最高法院99年度台上字第717號判決認為當事人已於準備程序或審判期日明示同意或擬制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時，基於訴訟程序安定性之要求，自不宜准許當事人事後任意撤回同意或再為爭執，但審理事實之法院於1.尚未進行該證據之調查；2.或他造當事人未提出異議；3.或法院認為撤回同意係屬適當者，應生准予撤回之效力。

吳巡龍教授贊成之，理由如下：

- (一)將尚未進行該證據之調查列為例外：因證據既尚未調查，當事人事後撤回同意造成程序浪費極為有限，例外准許撤回同意，應屬合理。
- (二)將他造當事人未提出異議列為例外：因我國既採兩造對抗制度，理應尊重當事人訴訟策略，兩造既無爭執，法院例外允許撤回亦屬合理。
- (三)法院認為撤回同意係屬適當列為例外：學者認為該例外因無明確標準，裁量時將失去公平性與可預測性，建議改為若(1)被告在原審有律師辯護(2)或雖沒有辯護律師，但法院對於傳聞證據及不爭執的法律效果已履行告知義務後，被告仍未提出異議，被告不得再爭執其證據能力。若被告在原審沒有律師辯護，且法院並未告知被告傳聞證據及不爭執法律效果，則被告於第二審程序得再爭執該傳聞之證據能力。

## 【考題分析】

當事人甲於第一審均對警詢筆錄之證據能力不爭執，同意其作為證據，試問甲可否於第二審再復爭執該警詢筆錄之證據能力？

(改編自最高法院99年度台上字第717號判決)

## ◎答題關鍵

請參考前述實務學說爭議作答。

## 【相關法條】

刑事訴訟法第159條之5。

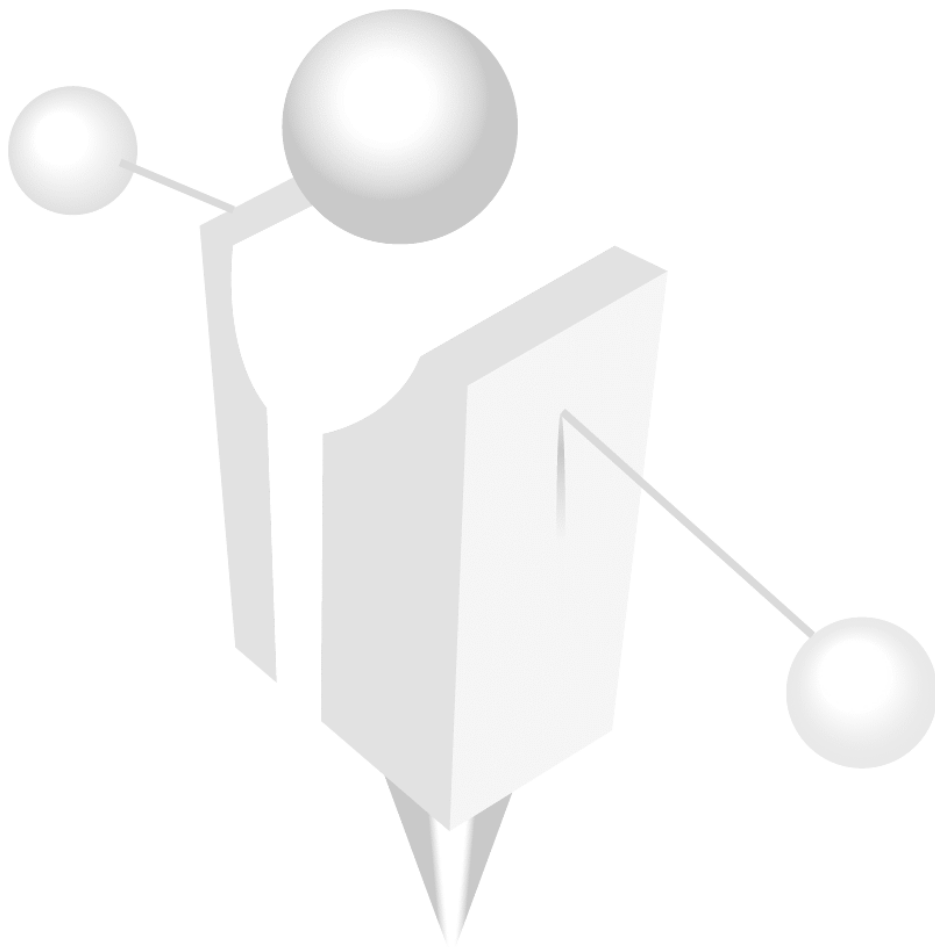
## 【參考文獻】（與本裁判相關書籍或文章）

1. 吳巡龍，〈同意傳聞作為證據後再爭執〉，《台灣法學雜誌》，第161期，2010年10月1日，頁191-193。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

2. 林俊益，《刑事訴訟法概論（上）》，頁447-452。



【高點法律專班】

版權所有，翻製必究！