



明示同意與默示同意傳聞陳述之效力區辨

——評最高法院114年度台上字第3214號刑事判決

■蘇凱平 臺灣大學法律學院副教授

案件事實

甲、乙、丙三人因故互毆成傷，因旁人報警，三人均至警局製作筆錄，後移送至地檢署複訊。檢察官於訊問甲乙丙後，將甲、丙以傷害罪起訴。第一審法院之準備程序中，公訴檢察官主張以證人乙、辛、丁等人之警詢筆錄、檢訊筆錄之記載為證據，被告甲、丙與其共同辯護人對檢察官之主張，均明示表示同意。第一審法院因此依據刑事訴訟法第159條之5第1項規定，認為乙、辛、丁之警詢筆錄、檢訊筆錄均有證據能力，並以這些筆錄記載內容為基礎，判決甲、丙成立傷害罪¹。

甲、丙均不服第一審判決，上訴至第二審。甲、丙及其共同辯護人於第二審審理時主張，乙、辛、丁於警詢、偵查中所為陳述，均為被告以外之人於審

判外所為，應無證據能力。惟為第二審法院所不採。第二審法院認為，甲、丙既然已經在第一審之審判程序同意上開筆錄作為證據，即不得再於嗣後又為爭執。

判決理由

第二審法院判決理由指出：

「一、上訴人即被告甲、丙及其等共同辯護人於民國113年5月27日以刑事辯護意旨狀主張證人即告訴人辛、乙、證人丁於警詢、偵查中所為陳述，均為被告以外之人於審判外所為而無證據能力，……，經查：(一)刑事訴訟法第159條之5第1項所定傳聞之同意，乃基於當事人進行主義中之處分主義，藉由當事人『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。

DOI：10.53106/20779836202610172006

關鍵詞：擬制同意、警詢、檢訊、處分訴訟行為

¹ 本文案件事實摘要、改編自最高法院114年度台上字第3214號刑事判決及其前事實審歷審判決（臺灣高等法院臺中分院113年度上訴字第400號刑事判決、彰化地方法院111年度訴字第1132號刑事判決）。

本檔案僅供試閱，完整內容請見本刊或月旦知識庫。

倘當事人已於準備程序或審判期日明示同意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，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。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，自無許其撤回，即告確定，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（最高法院110年度台上字第5320號判決參照）。查證人即告訴人辛、乙、證人丁於警詢及檢詢時之證述，業經被告甲於原審（本文作者按：此處指第一審）準備程序時、被告甲、丙及其等辯護人於本院113年4月24日準備程序時明示同意有證據能力，而被告甲、丙該意思表示無任何瑕疵，復經合法調查，是不應許被告甲、丙及其等辯護人再行爭執證據能力，而有礙於訴訟之安定²。」（下稱「本案第二審判決」）

第二審法院因此駁回甲、丙之上開主張，雖最終因其他理由撤銷第一審判決，但仍以乙、辛、丁等人的警詢與檢訊筆錄為基礎，判決甲、丙均成立普通傷害罪。

甲、丙對於第二審法院判決仍不服，遂上訴於最高法院³。本案最高法院第三審判決認為：

「刑事訴訟法第159條之5第1項所定傳聞之同意，乃基於當事人進行主義中之處分主義，藉由當事人『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。惟被告以外之人於審判外之陳述，當事人明示同意作為證據後又聲明撤回該同意或復行爭執者，倘審理事實之法院尚未進行該證據之調查，應生撤回之效力；非謂一經同意之後，一概不許予以撤回或再事爭執。至默示擬制同意之效力，純因當事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。本件原判決（本文作者按：此處指第二審判決）關於丙部分，就如何認定告訴人乙之警詢陳述（含員警及檢察事務官之詢問，下同）具有證據能力，雖說明略以：丙及其原審辯護人於原審（本文作者按：此處指第一審）準備程序時，已明示同意乙之警詢陳述有證據能力，該意思表示並無瑕疵，復經合法調查，自不許丙及其原審辯護人再行爭執證據能力等旨。惟丙於第一審準備程序及審判期日，就乙之警詢陳述均未明示同意作為證據；嗣於113年4月24日原審（本文作者按：此處以下均指第二審）初次行準備程序時，

² 臺灣高等法院臺中分院113年度上訴字第400號刑事判決（摘要）。

³ 依據民國112年6月修正的現行刑事訴訟法第376條第1項第2款規定，普通傷害罪原則上不得上訴於第三審法院。然因本案係於民國111年11月2日即繫屬於第一審法院，依刑事訴訟法施行法第7條之16第2項規定：「中華民國112年5月30日修正通過之刑事訴訟法施行前，原得上訴於第三審之案件，已繫屬於各級法院者，仍依施行前之法定程序終結之。」因此甲、丙就其普通傷害罪有罪判決仍得上訴於第三審。