國民法官法第64條第1項但書第4款

—關於為爭執審判中證人證述內容之彈劾證據 上

文／林信旭

壹 前言

一、國民法官法將於民國（下同）112 年 1 月 1 日施行，開啟我國人民參與刑事審判新紀元，因準備程序對於國民法官法適用對象案件，是必要、不可欠缺的審判前整理程序，當事人、辯護人如於準備程序終結後，無限制聲請調查新證據，一方面會嚴重減損準備程序所為「爭點、證據整理」的實效性；他方面，對造當事人為準備反證，亦可能因此不得不中斷審判程序。另由於國民法官常可能是調整原本工作、生活作息後參與審判，如無法依照準備程序所擬定的審理計畫迅速、繼續、緊湊進行後續審判程序，除可能造成國民法官過重之負擔外，國民法官制度更可能難以發揮其應有之功能。因此，國民法官法第 64 條第 1 項前段規定：「當事人、辯護人於準備程序終結後不得聲請調查新證據。」以避免當事人、辯護人故意遲滯訴訟程序、審理計畫徒勞無功、加重國民法官負擔。但同條項但書第 4 款另規定：「為『爭執』審判中證人證述內容而有必要者，不在此限。」

二、但關於國民法官法第 64 條第 1 項但書第 4 款中「爭執」該概念之意義為何？是否僅限於彈劾性質？射程距離是否含括「增強」、「回復」作用？又「爭執證據」是否有成立時期之限制？不具證據能力的傳聞證據，於如何條件下，始具本款「爭執證據」的適格性，而不至於使傳聞法則形同虛設等問題？於國民法官制度即將正式啟航之現今階段，似係無可迴避並有討論價值的課題。

三、茲以一起訴事實，分設 5 案例，針對下列 5 問題作探討，並於各題中析述我國最高法院見解、日本學說及實務見解，並於各題之擬答中提出本文之看法。

貳 5 個提問

起訴事實：乙於 112 年 1 月 1 日夜間倒泊於花蓮市街頭，經路人送醫救治，嗣乙清醒後向司法警察（官）指稱，當日被甲持武士刀砍殺，檢察官偵查終結後，起訴甲涉犯刑法第 271 條第 2 項、第 1 項殺人未遂罪及槍砲彈藥刀械管制條例第 15 條第 1 款、第 2 款之未經許可，於夜間在公眾得出入之場所攜帶刀械罪，而繫屬於國民法官法庭。

一、第 1 問－審判外供述（書），得否作為彈劾證據使用？

二、第 2 問－彈劾證據限於「同一人」的自我矛盾供述？

三、第 3 問－彈劾證據成立時期應「早於」被彈劾證據？

四、第 4 問－同一人審判外一致供述（書），得否作為增強證據？

五、第 5 問－同一人審判外一致供述（書），得否作為回復證據？

參 第 1 問－審判外供述（書），得否作為彈劾證據使用？

一、案例

（一）丙於 112 年 1 月 2 日，在臉書中（以下稱系爭臉書）寫到：「案發日我有看到甲拿 1 支武士刀砍向乙頭部」。

（二）準備程序期日，甲及其辯護人（以下稱甲方）爭執犯人性（即主張「甲」與「真正加害人」並非同一人），辯稱：「我沒有砍殺乙，加害人另有他人」，且不同意系爭臉書作為證據，職業法官合議庭（以下所稱合議庭如無特別指明，均指職業法官合議庭）依國民法官法第 69 條第 1 項規定，裁定系爭臉書屬丙審判外供述，無證據能力，不得作為實質證據（即證明待證事實存否之證據[1]）使用，檢察官旋請求於審判期日詰問丙，合議庭裁准調查。

（三）審判期日，丙證稱：「我雖有看到乙被砍，但砍乙的人不是甲，加害人另有他人」，檢察官為削弱丙審判中供述的證明力[2]，請求調查系爭臉書作為彈劾證據使用，甲方立即表示異議，主張系爭臉書乃丙審判外供述，屬傳聞證據，且業經合議庭裁定無證據能力，不得於審判期日提出調查，以免污染國民法官心證，請求駁回檢察官該項聲請，甲方主張是否有理由？

本問題的爭點，在於：證人審判外供述（書），對應實體犯罪事實固無證據能力，不得作為實質證據使用，惟得否作為爭執同一人審判中供述證明力的彈劾證據？

二、最高法院見解的概觀

（一）茲臚列最高法院幾則判決，說明並簡述其理由如下表。

（二）關於最高法院見解，似得整理、爬梳如下：彈劾證據雖為傳聞證據，無證據能力，但因只是用作減損、動搖證人供述之證明力，並非作為認定被告犯罪事實之實質證據，不受傳聞法則之拘束，應不在刑事訴訟法（以下稱刑訴法）第 155 條第 2 項的禁止射程距離內。

（三）從而，依所列最高法院相關判決，系爭臉書似得作為彈劾證據使用，甲方主張應無理由。

三、日本刑訴法第 328 條的比較

（一）日本刑訴法第 328 條規定：依第 321 條至第 324 條規定不得作為證據之文書或供述，為爭執被告、證人或其他人（以下或簡稱為證人〈等〉）於審判準備或審判期日（以下簡稱審判期日）所為供述之證明力，得作為證據。

（二）依日本最高裁判所第 3 小法庭平成 18 年（2006 年）11 月 7 日判決（以下稱系爭平成 18 年判決）[3]：日本刑訴法第 328 條旨趣為：證人等於審判期日所為供述，與其等在其他機會所為供述相矛盾時，經證明前後供述矛盾，得削弱其等於審判期日所為供述之證明力。另依同裁判所第 3 小法庭昭和 28 年（1953 年）2 月 17 日裁定[4]，依日本刑訴法第 328 條所提出之審判外供述，不得作為認定犯罪事實之用。

（三）承上可知，依日本刑訴法第 328 條規定，同一人審判外自我矛盾供述（以下或簡稱「自我矛盾供述」），固得作為彈劾證據用以爭執審判中供述的證明力，但本條並非肯認自我矛盾供述得以實質證據型態加以利用，不得直接作為認定犯罪事實之用[5]。從而，依日本實務立場，系爭臉書應得作為彈劾證據使用，以爭執同一供述者審判中供述的證明力。

四、我國最高法院見解與日本學說之比較

（一）關於自我矛盾供述得作為彈劾證據的理由，我國最高法院似認為：彈劾證據為傳聞證據，因非用於認定犯罪事實，故不受「傳聞法則拘束」。

（二）對此，日本多數學說所採說理構造略為：

1.「自我矛盾供述」適足以說明：供述者會伴隨機會、狀況而翻轉、變遷供述，至少其中之一是錯誤的，足以推論供述者不誠實或其觀察、記憶曖昧，可藉此削弱供述者審判中供述的證明力。

（文轉三版）

110 年度台上字第 3346 號、106 年度台上字第 3996 號判決	所謂「彈劾證據」，係指消極地作為爭執（即彈劾）證人陳述憑信性或其他證據證明力之證據資料，並非用以積極地（作為）證明犯罪事實存在之實質證據，故不以具有證據能力為必要。
109 年度台上字第 5587 號、107 年度台上字第 2951 號、104 年度台上字第 2323 號判決	彈劾證據用來減損證人陳述之證明力（或動搖證言之憑信性）。作為彈劾證據使用之傳聞證據，因非用於認定犯罪事實之基礎，不受傳聞法則之拘束。
108 年度台上字第 2878 號判決	不符合傳聞例外之被告以外之人在審判外之陳述，雖不得以之作為認定被告犯罪事實之實體（質）證據，即非不得以之作為彈劾證據，用來爭執該人其他於偵查、審判中陳述之憑信性。
110 年度台上字第 3784 號判決	不具有證據能力之傳聞證據可作為證人所為不利於被告指證之彈劾證據…… 減低或否定其陳述之憑信性。

註釋

1 最高法院 104 年度台上字第 1617 號判決參照。

2 一般來說，證明力是指有助於判斷事實存否的實質價值，而證明力可更細分為「證據信用性（憑信性）」及「狹義證明力」，前者是在探討證據有無信用之課題，經判斷無信用性之證據，即不具有認定事實的價值，不可供事實認定之用。相對於此，後者則係指特定證據就待證事實存否所具有的認定力道分量（下津健司、江口和伸，〈事実認定〉，法学教室 386 号，2012 年 11 月，第 135 頁；三井誠，〈証拠の種類と証拠能力〉，法学教室 200 号，1997 年 5 月，第 135 頁）。就彈劾證據的使用目的、作用來說，此處的證明力似應係指「證據信用性（憑信性）」，惟因最高法院多則判決似多使用「證明力」該概念，本文從之。

3 日本最高裁判所刑事判例集（以下簡稱刑集）第 60 卷 9 号，第 561 頁。

4 刑集第 7 卷 2 号，第 237 頁。

5 後藤昭，刑事訴訟法・インターネットコンメンタール・日本評論社，瀏覽網址：https://www.lawlibrary.jp/inkom/Law-Frame.aspx?type=151（需有「TKC Law Library」資料庫使用權限，始得瀏覽），最後瀏覽日期：2022 年 7 月 12 日。

6 太田茂，〈実践刑事証拠法〉，2017 年 9 月，第 168 頁。

7 後藤昭，〈伝聞・非伝聞の区別（伝聞法則に強くなる）〉，法学セミナー通号 761 号，2018 年 6 月，第 112 頁；上口裕等 4 人共著，〈基礎演習刑事訴訟法〉，1996 年 4 月，第 233 頁；中武靖夫，〈自己矛盾の供述〉，法学教室第 1 期第 1 号，1961 年，第 130 頁；渥美東洋，〈刑事訴

JUDICIAL 司法 徵稿啓事
三、文稿內容應符合學術倫理規範，請勿違反學術社群共同接受的行為準則；並請適當遮掩個資及其他法定限制公開事項。
六、文稿一律不退件，請自留底稿。稿件如經採用，文責自負。
七、刊出文稿除紙本刊登外，亦置司法院網站；並酌計稿酬，寄贈該期刊物。

（文接二版）

2. 自我矛盾供述的利用，僅是為證明同一人的審判中供述、審判外供述相互矛盾，並非比較彼此證明力高低，不僅無須檢討審判外供述內容的真實性，也沒有必要為擔保審判外供述內容的真實性，給予反對詰問機會。

3. 傳聞證據的定義，依通說（形式說）：除證人於審判外供述外，另須加上「用以證明其供述內容為真實」該要件，由於，彈劾證據並非用以證明其供述內容為真實，故彈劾證據並非傳聞證據[6]。

4. 綜上，自我矛盾供述本身的功能，應是作為削弱審判中供述證明力的「非供述證據」，並非對於傳聞證據賦予證據能力，而是無涉及傳聞法則的「非傳聞運用」。亦即，日本刑訴法第 328 條並非傳聞法則例外規定，而是「非傳聞」的確認規定或是傳聞法則的「適用外」（或「不適用」）規定[7]，與我國最高法院的論述構造似有不同。

（三）略有疑義的是：最高法院關於「不受傳聞法則拘束」該語句，如果係指：（1）、「傳聞法則例外」，參照刑訴法第 159 條之 1 至第 159 條之 4 等相關規定，似得作為實質證據使用，但如此解釋，顯與最高法院出發點不合，且同院 108 年度台上字第 2878 號判決，已明白表示彈劾證據不符合傳聞例外；（2）、「不適用傳聞法則」，似又與最高法院認彈劾證據仍屬傳聞證據範疇難認相容。相對於此，既然彈劾證據僅是單純證明與被彈劾證據相矛盾，既無庸檢視其內容真實性，也無須比較、判斷「彈劾證據」、「被彈劾證據」證明力之高低。從而，日本多數學說以「非供述證據」性質詮解彈劾證據，似較能回應彈劾證據性質、作用，並迴避上述爭議。

五、關於第 1 問的擬答

（一）按同一人就同一事項，作出相異的 2 個供述時，不僅可以說明其中之一應是錯誤的，至少亦可削弱其審判中供述的證明力，足見，自我矛盾供述確是足以破壞證明力的彈劾證據。

（二）依臺、日實務見解，系爭臉書固不得作為實質證據，用以證明犯罪事實，但應得作為彈劾證據使用，爭執（削弱）丙審判中供述的證明力，使用結果應不致於破壞傳聞法則。

（三）國民法官法第 64 條第 1 項但書第 4 款規定：為「爭執」審判中證人證述內容而有必要時，得於準備程序終結後聲請調查新證據，自我矛盾供述既可作為爭執證明力的彈劾證據，依本款規定，應無不許於審判期日時主張並聲請調查。

況審判期日前，縱已行證據開示或準備程序，證人於審判期日究會如何供述，仍呈不明朗狀態，證人供述是否自我矛盾，更須待證人於審判期日供述後，成為彈劾對象之審判中供述始浮現而存在，在此之前，並不存在聲請調查彈劾證據（即自我矛盾供述）之前提基礎。可見，關於彈劾證人審判中供述證明力的自我矛盾供述，性質上應屬不適於在準備程序階段聲請調查之證據[8]，準此，如於審判期日時仍不得主張並聲請調查自我矛盾供述，國民法官法第 64 條第 1 項但書第 4 款豈非與具文無異？

（四）至於國民法官法第 62 條第 7 項固規定：證據經法院裁定無證據能力者，不得於審判期日主張或調查之，惟不論依我國最高法院見解（自我矛盾供述雖為傳聞證據，但不受傳聞法則拘束），或依日本刑訴法第 328 條規定、日本學說多數觀點（自我矛盾供述係非供述證據，無傳聞法則適用），系爭臉書應得提出作為彈劾證據使用，故甲方主張應難認為有理由。

肆、第2問－彈劾證據限於「同一人」的自我矛盾供述？

一、案例

（一）檢察官於準備程序主張：丙於案發時、地恰在現場附近，聲請調查丙，甲方亦同意，合議庭裁准調查。

（二）審判期日，丙證稱：「我有看到乙被砍，但砍乙的人應不是甲，加害人另有他人」。

（三）檢察官為彈劾丙上開供述，即聲請調查丁（審判時所在不明無法傳喚）於案發後未久在臉書上所寫內容：「砍殺乙的人是甲」（因該臉書為審判外供述書，檢察官未證明符合刑訴法第 159 條之 3 序文規定具有可信之特別情況，經合議庭裁定無證據能力），甲方主張丁所寫臉書乃審判外供述書，無證據能力，且非丙同一人自我矛盾供述，無彈劾證據適格性，請求駁回檢察官該項聲請，甲方主張是否為有理由？

本問題的爭點，在於：得否使用經裁定無證據能力之證人以外第三人審判外供述（書）（以下或稱第三人審判外供述），用以彈劾證人審判中供述的證明力？

二、最高法院的見解

（一）107 年度台上字第 2049 號、104 年度台上字第 2323 號判決：彈劾證據之功用主要用來彈劾證人的信用能力，目的在動搖證言的憑信性，審判期日「證人」所為陳述與審判外之陳述相異時，可提出「該證人」「先前」所為「自我矛盾」之陳述，用來減低其在審判時證言之證明力。104 年度台上字第 1061 號判決亦表示：證人所為陳述相異時，可提出「該證人」「先前」所為「自我矛盾」之陳述，用來減低其相異證言之證明力。

（二）從最高法院判決前後語意脈絡，及刻意提及「該證人」、「先前」、「自我矛盾」概念來看，最高法院似否准第三人審判外供述具有彈劾證據的適格性。

三、日本實務及學理概觀

（一）於戰後初期，關於第三人審判外供述是否具有彈劾證據適格性，於日本實務似非無爭論[9]。但進入平成年代之後，關於彈劾證據應限於自我矛盾供述乙節，似已成為主流趨勢。如日本東京高等裁判所平成 5 年（1993 年）8 月 24 日判決、平成 8 年（1996 年）4 月 11 日判決、大阪高等裁判所平成 16 年（2004 年）12 月 20 日判決相繼表示：日本刑訴法第 328 條所容許的彈劾證據，限於：（供述證明力受爭執之）「同一供述者」本身所為相矛盾供述，或記載其相矛盾內容之書面，亦即限於自我矛盾供述[10]。

（二）之後，系爭平成 18 年判決，除肯認日本刑訴法第 328 條規定的彈劾證據，應限於同一供述者的自我矛盾供述外，另表示與證明力受爭執者之供述內容相矛盾的供述，限於：同一人供述、錄取同一人供述之書面（限於該當刑訴法規定的要件）、（第三人）聽聞自同一供述者之審判期日外供述或得與上開類型同視之證據中顯現的部分。又附帶一提的是，關於彈劾證據，系爭平成 18 年判決固採限於自我矛盾供述的「限定說」，但對於下述折衷說中的「純粹輔助事實自由證明說」，則採取保留不語的態度[11]。

（三）承上說明可知，於日本實務操作，原則上應限於自我矛盾供述才具彈劾證據適格性，第三人審判外供述應被排除於彈劾證據外。

（四）至於在日本學說，因往實體真實發現方向傾斜，或偏重事實認定適正化，尊重傳聞法則，或強調保障被告防禦權，對被告有利方向，應緩和證據能力判斷[12]，而有下述諸說爭議，表列如下。

（下期待續）

（作者為臺灣高等法院花蓮分院庭長）

限定說	彈劾證據限於自我矛盾供述。	
非限定說	所有傳聞證據均具彈劾證據適格性。	
折衷說	純粹輔助事實（即關於證人能力、性格、對當事人偏見、與當事人利害關係等事實）非限定說	日本刑訴法第 328 條所容許證據限於證明純粹輔助事實之證據，於此範圍內，所有傳聞證據均被容許。
	中間說	(1)關於純粹輔助事實，除自我矛盾供述外，傳聞證據亦被容許。 (2)純粹輔助事實以外之事實，限於自我矛盾供述才具彈劾證據適格性。
	純粹輔助事實自由證明說	(1)純粹輔助事實以外之事實，限於自我矛盾供述。 (2)純粹輔助事實為自由證明對象，無傳聞法則適用，傳聞證據係被容許的。
片面構成說	(1)檢察官限於自我矛盾供述。 (2)被告則除自我矛盾供述外，於彈劾目的範圍內，容許提出使用傳聞證據。	

註釋

訟を考える〉，1992 年 9 月，第 260 頁；水谷規男，〈伝聞法則の例外〉，法学セミナー通号 630 号，2007 年 6 月，第 108 頁、第 109 頁；長沼範良等人共著，〈演習刑事訴訟法〉，2010 年 3 月，第 304 頁。

8 高平奇恵，〈刑事訴訟法 316 条の 32 第 1 項の「やむを得ない事由」〉，法律時報 83 巻 4 号，2011 年 4 月，第 149 頁；坂根真也，〈「やむを得ない事由」と弾劾証拠〉，刑事弁護 60 号，2009 年 10 月，第 31 頁、第 32 頁；趙誠峰，〈公判前整理手続と 328 条－公判中心主義を実現するために〉，刑事弁護 81 号，2015 年 1 月，第 53 頁。

9 肯定說如日本東京高等裁判所昭和 26 年（1951 年）7 月 27 日判決；否定說如日本仙台高等裁判所昭和 31 年（1956 年）5 月 8 日判決。

10 〈刑訴法 328 条の証拠は、いわゆる自己矛盾の供述に限られるか（積極）〔当該判例：東京高等裁判所平成 5 年 8 月 24 日判決〕〉，判例タイムズ 844 号，1994 年 7 月，第 302 頁；村岡啓一，〈証明力を争う証拠〉，別冊ジュリスト 174 号，2005 年 3 月，第 191 頁。

11 芦澤政治，〈刑訴法 328 条により許容される証拠〉，ジュリスト 1368 号，2008 年 12 月，第 124 頁；守下実，〈弾劾証拠〉，別冊判例タイムズ 26 号，2010 年 2 月，第 409 頁。

12 福島至，〈刑事訴訟法 328 条により許容される証拠〉，法律時報 79 巻 11 号，2007 年 10 月，第 107 頁；岡田光了，〈刑事訴訟法第 328 条の解釈及び運用について－弾劾証拠の位置づけ〉，判例タイムズ 950 号，1997 年 11 月，第 68 頁。

一、本刊歡迎兼顧理論與實務、探討司法制度、法學新知、足供讀者參考的作品；並歡迎司法人、事及法院的故事。來稿請聯繫（02）23618577 分機 844 或 845。
二、作品如以偵、審中案件，及未確定案件為主題，或作者為文稿議題之關係人士，請勿來稿。
四、文長宜在 7200 字以內，以利一次刊出。文內引用資料請加註解，以利參考。
五、本刊對來稿有權潤飾斟酌，對有疑義之內容將洽請作者再行檢視；不願接受刪改者，請加注說明。