

壹 前言

刑事訴訟法（以下簡稱刑訴法）第 155 條第 1 項規定：「證據之證明力，由法院本於確信自由判斷。但不得違背經驗法則及論理法則。」同條第 2 項規定：「無證據能力、未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據。」依立法理由，此條規定即在彰明「自由心證主義（第 1 項）」及「嚴格證明法則（第 2 項）」兩大刑事訴訟法原則。其中第 2 項規定之「嚴格證明法則」，通說認為適用對象包含「刑罰權成立之基礎事實（構成要件該當性、違法性及有責性）」，以及「刑罰權範圍擴張、減縮事由」¹，申言之，在嚴格證明法則之要求下，認定上述事實所用之證據，包括認定間接事實所憑之證據，均必須具備證據能力，並應於審判期日依法定程序進行調查。

相對於此，非屬「刑罰權成立之基礎事實」或「刑罰權範圍擴張、減縮事由」之其他事實，則無須適用嚴格證明法則，可以適用「自由證明法則」。亦即證據能力及證據調查程序不必受到嚴格限制，亦無須要求證明至「毫無合理懷疑」之確信程度，僅需釋明其合理之依據即可。實務上認為訴訟法上事實（如傳聞例外之特信性、必要性；羈押之要件事實）之證明²、科刑事項之認定³、犯罪所得數額之認定⁴等，均為自由證明法則之適用對象。

值得注意的是，在證據的分類中，相對於證明待證事實存在之「實質證據」，用以爭執、減弱某一證據之證明力所用之證據，一般稱為「彈劾證據（Impeachment Evidence）」，雖非認定事實所用之實質證據，但在事實認定過程中，往往亦發揮了相當重要的功效。

論理上可以作為彈劾證據者，其範圍相當寬廣，舉凡客觀證據（如物證、書證）、矛盾供述（同一供述者

論刑事彈劾證據之證據能力與調查

—日本法的借鏡與反思

文／張永宏

四之一

之自我矛盾供述，或複數證人之矛盾供述）、純粹輔助事實⁵（如證人之偏見、利害關係、性格、素行、能力、行動傾向等），均可發揮爭執、減弱其他證據證明力之效果，而可充為彈劾證據。當此等證據符合前述嚴格證明法則之要求（具備證據能力、經合法調查），本即可作為實質證據使用，以之另作為彈劾證據使用，自亦無問題，但若此等證據欠缺證據能力（如不符傳聞例外），或未經合法調查，是否仍得逕自作為爭執、減弱其他證據證明力之彈劾證據使用？即成為問題。

再者，國民法官法第 64 條第 1 項本文規定禁止當事人、辯護人於準備程序終結後聲請調查新證據，該項但書則設有各種例外，其中第 4 款規定「為爭執審判中證人證述內容而有必要者」⁶，業已明文承認彈劾證據之存在，並例外容許彈劾證據不受上述失權效原則之限制，關於此立法之妥適性，因篇幅所限，已另文探討⁷，但該款所指之彈劾證據是否應先具備證據能力，始能突破失權效之限制，於一審準備程序終結後或二審聲請調查？審判外之陳述是否即可援用該條規定作為彈劾證據使用？國民法官法並無規定，預料將會成為問題。

此外，在國民法官制度下，彈劾證據應如何於法庭上提出，始能讓欠缺法律專業與審判經驗的國民法官，可以正確分辨實質證據與彈劾證據之不同，而不致於對證據之證明力產生誤解或不當評價？則為更進一步的問題。

日本刑事訴訟法（以下簡稱日本刑訴法）有關傳聞法則之規範型式，乃我國刑事訴訟法修正時主要參考之對象，但就彈劾證據之證據能力，日本法另設明文規定（日本刑訴法第 328 條），與我國不同，且就該條之解釋，於日本學界及實務界仍產生爭議；又日本於 2009 年引進國民參與刑事審判制度（裁判員制度）後，有關彈劾證據於裁判員審判程序之調查方式，亦於該國引發討論，我國參考日本刑訴法，制訂傳聞法則相關規定，又仿效日本裁判員法，實施國民法官制度，日本法之相關討論，於我國應有相當參考價值，故本文擬先介紹日本法之規範內容、學界與實務界之討論，以此為基礎，回頭檢視我國有關彈劾證據之學說與實務見解，期能提供可行之作法。

貳 彈劾證據之證據能力--日本法之借鏡

日本刑事訴訟之傳聞法則，規範於該國刑訴法第 320 條至第 328 條，係採取原則無證據能力（日本刑訴法第 320 條）、例外承認有證據能力（日本刑訴法第 321 條至第 324 條、第 326 條至第 328 條）之立法型式，我國刑訴法於 2003 年修正時，明文承認傳聞法則，並大量參考日本法之規範型式⁸，但兩國法制仍有不同之處，舉其大者：（1）我國法對於被告以外之人於審判外向法官或檢察官所為之陳述，原則上肯認有證據能力，但日本刑訴法對於此等情形，規定仍須符合

一定要件，始例外具備證據能力（我國刑訴法第 159 條之 1；日本刑訴法第 321 條第 1 項第 1、2 款）；（2）我國並未規範被告於審判外陳述之證據能力（日本刑訴法第 322 條）；（3）我國並未規範傳聞供述（即轉述他人陳述之供述）之證據能力（日本刑訴法第 324 條）⁹；（4）我國並未規範彈劾證據之證據能力（日本刑訴法第 328 條）。

其中關於第（4）點，日本刑訴法第 328 條規定：「縱屬依第 321 條至第 324 條規定不得為證據之書面或供述，若用以爭執於準備程序、審判期日中被告、證人或其他人之供述之證明力時，仍得為證據。」明文規定用以爭執其他供述證據證明力之「彈劾證據」，即使不符合其他傳聞例外規定，仍得為證據（即有證據能力）¹⁰。然而，該條所謂「用以爭執於準備程序、審判期日中被告、證人或其他人之供述之證明力」而可例外允許具備證據能力之彈劾證據，其範圍為何？詳言之，是否僅限於同一供述者的「自我矛盾之供述」才有該條之適用？還是所有可為彈劾證據者，均可適用該條規定？於該國學說與實務均產生論爭。

一、學說

（一）限定說（狹義說）

「限定說」認為「彈劾證據」與「被彈劾證據（實質證據）」必須來自同一證據方法，亦即只有「同一供述者之自我矛盾陳述」¹¹，才是日本刑訴法第 328 條所指之「彈劾證據」¹²。在該條未明文的情形下，限定說對該條所規範「彈劾證據」多增加了一個限制要件--「限於同一供述者之自我矛盾陳述」，蓋同一供述者自我矛盾之陳述一旦存在，必然有其中之一為虛偽，姑不論何者為真、何者為偽，僅憑此即足以減損供述之信用性¹³；至於非屬同一證據方法所生之矛盾證

(文轉三版)

註釋

¹ 最高法院 102 年度台上字第 3234 號刑事判決；林俊益，刑事訴訟法概論（上冊），第 20 版，2020 年 9 月，頁 419-420。

² 最高法院 98 年度台上字第 7015 號刑事判決、98 年度台抗字第 668 號刑事裁定。

³ 最高法院 106 年度台上字第 2358 號、105 年度台上字第 245 號刑事判決。

⁴ 最高法院 107 年度台上字第 1831 號、106 年度台上字第 3464 號、104 年度台上字第 3937 號刑事判決。

⁵ 供述者之能力、性格、行動傾向等與供述者之「資質」有關之事實，可能會影響供述者之知覺、記憶、表現能力與正確性；另供述者與案件或被告、被害人等關係存有利害關係、偏見等事實，則可能會影響供述之客觀性、真實性，此等事實與犯罪事實之存否無關，但會影響供述者本身或供述內容之可信性，進而間接影響犯罪事實存否之證明，學理上稱為「純粹輔助事實」，意指與犯罪事實存否無關之輔助事實，見大野市太郎撰，河上和雄等編，大コンメンタル刑事訴訟法，第 7 卷，第二版，2012 年

10 月，頁 755。

⁶ 該款規定，並為國民法官法第 90 條第 1 項第 1 款所援用，故當事人於二審聲請調查新證據，若該新證據係屬「為爭執審判中證人證述內容而有必要」之彈劾證據，亦可不受禁止調查新證據之限制；另司法院於 2021 年 12 月提出刑事訴訟法修正草案，其中第 366 條之 1 仿效國民法官法第 90 條之立法，於第 1 項第 4 款規定為「爭執審判中鑑定人意見或證人證述內容而有必要」，得於二審聲請調查新證據。

⁷ 請參見拙著，論國民法官二審之證據調查：日本法的借鏡與反思—以臺灣高等法院國民法官上訴審第 1 場模擬法庭（110 年度國模上訴字第 1 號）為例，月旦裁判時報，126 期，2022 年 12 月，頁 82-109。

⁸ 例如我國刑訴法第 159 條第 1 項，係參考日本刑訴法第 320 條第 1 項；我國刑訴法第 159 條之 2，係參考日本刑訴法第 321 條第 1 項第 2、3 款；我國刑訴法第 159 條之 3，係參考日本刑訴法第 321 條第 1 項第 3 款；我國刑訴法第 159 條之 4，係參考日本刑訴法第 323 條；我國刑訴法第

159 條之 5，係參考日本刑訴法第 326 條第 1 項。

⁹ 我國實務在法無明文之情形下，嘗試定性傳聞供述之證據能力，認為若原始證人已在審判中具結陳述者，該傳聞供述即不具證據能力，至多作為彈劾證據，用以爭執原始證人陳述之證明力；倘原始證人確有其人，但已供述不能或傳喚不能或不為供述，則參考日本刑訴法第 324 條第 2 項規定，認應類推適用刑訴法第 159 條之 3 規定，以該傳聞供述，經證明具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所必要者，例外許其得為證據，賦予其證據能力，見最高法院 96 年度台上字第 4464 號判決。

¹⁰ 應注意的是，本條雖然規定「得為證據」，但僅能用以「爭執實質證據之證明力」，而不能進一步化為實質證據，去證明需經嚴格證明之犯罪事實。見大野市太郎，同註 5，頁 774；笹倉宏紀，328 條の意義，井上正仁、酒卷匡編，刑事訴訟法の争点〔新版〕，2013 年 12 月，頁 176；高見秀一，法 328 条および規則 199 条の 10、11、12 の解釈射程（法律論・一般論），季刊刑事弁護，81 号，2015 年 1 月，頁 32；日本最高裁判所最決昭和

(文接二版)

據(例如以 B 證人之審判外證述, 彈劾 A 證人之審判中證述), 即使在功效上, 也可能發生減弱實質證據證明力的彈劾效用, 但限定說認為此非日本刑訴法第 328 條所稱之「彈劾證據」, 不能以此規定例外取得證據能力, 若本無證據能力, 即不得於法院審理程序中提出。

此說認為日本刑訴法第 328 條所以明文規定「彈劾證據」不受傳聞法則之限制, 並非將彈劾證據視為「傳聞證據之例外」, 而是將「同一供述者之自我矛盾陳述」作為「非傳聞」、「非供述證據」來使用, 故論理上本即不適用傳聞法則, 不會受到傳聞法則之限制; 換言之, 同一供述者之自我矛盾陳述之「存在本身」, 就足以減損同一供述者於審判中陳述之可信性, 至於該供述者於審判中或審判外之供述, 何者較為可信? 亦即該彈劾證據之內容「是否真實」, 則非所問¹⁴。此說學者即據此認為日本刑訴法第 328 條, 只是重申「非傳聞」、「非供述證據」本即不受傳聞法則限制的「注意規定」、「當然規定」而已¹⁵, 亦即即使沒有立法明文承認此種證據之證據能力, 解釋上亦當然可以作為彈劾證據使用。

限定說之論據主要來自日本刑訴法第 328 條之立法過程。該條係二次世界大戰後日本制訂現行刑事訴訟法時, 仿效英美法之規定而來, 而英美法所指之彈劾證據, 本即限於自我矛盾陳述¹⁶; 且日本刑訴法第 328 條立法時公布之英譯版本中, 亦彰明此條之彈劾證據, 限於「被告、證人或其他人於審判外之陳述 (by the accused, witness or other persons (who have given the statements outside of the court.))」, 其後此段英譯文字雖於不明時期, 遭不明原因刪除, 但仍可窺出立法者之立法真意¹⁷。

限定說立於「同一供述者之自我矛盾陳述乃是傳聞、非供述證據, 故本即不受傳聞法則限制」的前提下,

認為來自不同證據方法之矛盾證據(如前述 B 證人之審判外證述)若用於彈劾其他實質證據(如前述 A 證人之審判中證述), 此時並非如同前述「同一供述者之自我矛盾陳述」乃是以「存在本身」來進行彈劾, 而是去比較何者之「實質內容」較為可信(究竟是 A 證人之審判中陳述可信, 還是 B 證人之審判外陳述可信), 如果讓此種不同供述者之矛盾證據, 也能有日本刑訴法第 328 條之適用而不受傳聞法則之限制, 等於是讓不具證據能力之傳聞證據, 以彈劾之名, 行「嚴格證明」之實, 此舉將造成傳聞法則被架空, 更有侵害被告對於證人之對質詰問權之虞¹⁸。

(二) 非限定說(廣義說)

「非限定說」認為只要是論理上可以爭執、減弱某一證據證明力之彈劾證據, 均有日本刑訴法第 328 條之適用, 可以不受傳聞法則之限制, 無須如限定說所主張, 侷限於「同一供述者之自我矛盾陳述」¹⁹。

非限定說之論據, 則是從日本刑訴法第 328 條之文義出發, 認為該條文義並未明文限於「同一供述者之自我矛盾陳述」, 解釋上即無自我設限之理; 並認為若該條規定僅適用於「同一供述者之自我矛盾陳述」, 且是因此等自我矛盾陳述在論理上係作為非傳聞、非供述證據來使用而本無傳聞法則之適用, 立法者當無特別於日本刑訴法第 328 條加以明文規定之必要。

其次, 本說認為傳聞法則僅適用於須經嚴格證明之「實質證據」, 至於用以爭執實質證據證明力之彈劾證據, 不問是否係供述證據, 既無須嚴格證明, 自均無須適用傳聞法則; 至於批評者認為此種解釋方式讓傳聞證據以彈劾之名, 行「嚴格證明」之實, 造成傳聞法則被架空, 非限定說則認為日本並非採取陪審制, 職業法官應可清楚分辨彈劾證據與實質證據之不同, 而可在心證形成上做出區別, 亦即職業法官會自覺地將彈劾證

據限縮至僅用來判斷某一實質證據之證明力, 不至於進一步用來形成有罪無罪之心證, 故無特別加以限制之必要²⁰。

(三) 純粹輔助事實說(純粹輔助事實非限定說)

「純粹輔助事實說」認為, 日本刑訴法第 328 條所指之不受傳聞法則限制之彈劾證據, 係指用以證明供述者之「能力、性格、行動傾向、利害關係、偏見」等事實, 而與證明犯罪事實存否無關之「純粹輔助事實」²¹。

此說之論據, 係認為日本不採陪審制, 故傳聞法則之解釋無須如英美法系一般嚴格, 而可以為一定程度之緩和, 其中用以爭執供述信用性之純粹輔助事實, 至多僅因成功彈劾了供述之信用性, 而間接影響犯罪事實存否之證明, 認為可以不受傳聞法則之限制。

(四) 中間說(自由證明說)

此說揉合前述「限定說」與「純粹輔助事實說」, 認為日本刑訴法第 328 條所指之彈劾證據, 包括「同一供述者之自我矛盾陳述」與「供述者之能力、性格、行動傾向、利害關係、偏見等事實」兩種情形, 若是與犯罪事實存否有關之彈劾證據, 限於「同一供述者之自我矛盾陳述」, 若僅用於證明「供述者之能力、性格、行動傾向、利害關係、偏見等事實」, 而與證明犯罪事實存否無關之事實時, 則無須限於「同一供述者之自我矛盾陳述」²²。

此說認為以「同一供述者之自我矛盾陳述」或「供述者之能力、性格、行動傾向、利害關係、偏見等事實」來彈劾供述之信用性時, 證據能力之限制應為一定之緩和, 而為嚴格證明之例外; 再者, 傳聞例外之「特信性」(日本刑訴法第 321 條第 1 項第 2 款、第 3 款、第 322 條第 1 項、另請參照我國刑訴法第 159 條之 2、第 159 條之 3) 既然無須嚴格證明, 則同樣用於判斷供述信用性之「純粹輔助事實」, 自然也無須嚴格證明²³。

(五) 片面適用說

此說區分檢方提出的彈劾證據, 抑或是被告方提出的彈劾證據而為不同之處理, 若是檢方提出的彈劾證據, 則限於「自我矛盾之陳述」, 始有日本刑訴法第 328 條之適用; 反之, 若是被告方提出之彈劾證據, 則無任何限制, 均不受傳聞法則之限制²⁴。

此說有兩種不同之立論基礎: (1) 傳統見解立於「非限定說」之基礎, 認為所有可以爭執、減弱某一證據證明力之彈劾證據, 論理上均有日本刑訴法第 328 條之適用, 但檢方提出之彈劾證據如屬傳聞證據, 可能會侵害日本憲法第 37 條第 2 項保障之被告對質詰問權, 故必須進行目的性限縮, 限於「同一供述者之自我矛盾陳述」, 至於被告, 則可以任何形式之傳聞證據充作彈劾證據, 不需受到「自我矛盾陳述」之限制²⁵; (2) 新見解則改立於「限定說」之立場, 認為日本刑訴法第 328 條所指之彈劾證據, 本應限於「同一供述者之自我矛盾陳述」, 但為了保障被告之對質詰問權, 應容許被告以各種傳聞證據充為詰問、彈劾敵性證人之手段, 不應限於「同一供述者之自我矛盾陳述」, 凡有助於彈劾敵性證人證述, 均應寬認之²⁶。

(下期待續)

(作者為輔大法律系兼任助理教授、
司法院新宣處處長)

註釋

28.2.17, 刑集 7 卷 2 号 237 頁。

¹¹ 所謂「自我矛盾之陳述」之「矛盾」, 並不以明確可見之矛盾為限, 即使某次陳述之細節, 在另一次陳述中卻全未提及, 亦可認為係屬矛盾(即所謂「缺損型矛盾」), 蓋若陳述之事實為真, 則應該每次都會為相似內容之陳述, 例如證人在審判中證稱:「我看到犯人穿著令人嘔吐的服裝」, 但審判外僅稱:「我有看到犯人」, 完全沒有特別提到犯人獨特的服裝穿著, 則可認為有前後矛盾之情。見笹倉宏紀, 同註 10, 頁 176。另我國最高法院 96 年度台上字第 4365 號判決亦認:「刑事訴訟法第 159 條之 2 所定之傳聞例外, 即英美法所稱之『自己矛盾之供述』, 必符合被告以外之人於檢察事務官、司法警察官、司法警察調查中所為之陳述, 『與審判中不符』, 且其先前之陳述, 具備『可信性』及『必要性』二要件, 始例外得適用上開規定, 認其先前所為之陳述, 為有證據能力。此所謂『與審判中不符』, 係指該陳述之主要待證事實部分, 自身前後之供述有所不符, 導致應為相異之認定, 此並包括先前

之陳述詳盡, 於後簡略, 甚至改稱忘記、不知道或有正當理由而拒絕陳述(如經許可之拒絕證言)等實質內容已有不符者在內。」與日本通說見解相同。

¹² 山口雅高, 證明力を争う証拠, 井上正仁、大澤裕、川出敏裕編, 刑事訴訟法判例百選〔第九版〕, 2011 年 3 月, 頁 188; 小林充, 刑事訴訟法, 第二版, 2003 年 3 月, 頁 211。

¹³ 後藤昭, 伝聞、非伝聞の區別, 法学セミナー, 761 号, 2018 年 6 月, 頁 112。

¹⁴ 辻本典央, 刑訴法 328 条により許容される証拠, 近畿大学法学, 55 卷 4 号, 2008 年 3 月, 頁 201。

¹⁵ 鈴木茂嗣, 刑事訴訟法, 改訂版, 1990 年 3 月, 頁 216。

¹⁶ 大野市太郎, 同註 5, 頁 756。又此處所指美國法規定, 係美國聯邦證據法第 801 條 d 第 1 款, 該款規定「證人之先前陳述 (prior statement by witness)」非為傳聞 (not hearsay), 見司法院編, 美國聯邦證據法, 2003 年 1 月, 頁 93、95。

¹⁷ 岡田光了, 刑事訴訟法第三二八条の解釈及び運用について—彈劾証拠の位置づけ, 判例タイムズ, 950 号, 1997 年 11 月, 頁 72。

¹⁸ 宇藤崇, 328 条の意義, 松尾浩也、井上正仁編, 刑事訴訟法の争点〔第三版〕, 2002 年 4 月, 頁 192。

¹⁹ 村岡啓一, 証明力を争う証拠, 井上正仁編, 刑事訴訟法判例百選〔第八版〕, 2005 年 3 月, 頁 190。

²⁰ 笹倉宏紀, 同註 10, 頁 176。

²¹ 大野市太郎, 同註 5, 頁 758-759。

²² 松尾浩也, 刑事訴訟法(下), 新版補正第二版, 1999 年 3 月, 頁 75; 大野市太郎, 同註 5, 頁 759。

²³ 大野市太郎, 同註 5, 頁 765。

²⁴ 田宮裕, 刑事訴訟法〔新版〕, 1996 年 3 月, 頁 395。

²⁵ 辻本典央, 同註 14, 頁 204-206。

²⁶ 堀江慎司, 憲法三七条二項と刑訴法三二八条, 法学論叢, 146 卷 2 号, 1999 年 11 月, 頁 15-20。