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

四之二

（文接上期）

二、實務

日本刑訴法第 328 條制定不久，最高裁判所事務總局刑事局（相當於我國司法院刑事廳）即採限定說，而法務廳（1949 年改稱法務府、1952 年後稱法務省，相當於我國法務部）則採非限定說之立場[27]，實務見解中，有採「非限定說」之見解[28]，亦有採「限定說」之見解者[29]，各自所持看法於前述學界之內容相同。早期實務較多偏向於「非限定說」，但「限定說」逐漸佔了上風，甚至可認為限定說在實務上已是支配性見解，但最高裁判所對此並未表示立場，其後，最高裁判所第三小法庭平成 18 年（2006）11 月 7 日判決明確採取「限定說」之立場後，日本實務上之爭議已告平息。

該案事實如下：檢察官起訴主張甲（被告）與乙為無婚姻關係之同居男女，兩人為詐取乙所生女兒丙之高額保險金，謀議以放火燒燬二人自用住宅之方式燒死丙。甲矢口否認有上述放火、殺人、詐欺未遂等犯行，目擊火災發生經過的鄰居 A 在一審法院（大阪地裁）作證時證稱：「發生火災時，有從家中取出滅火器打算幫忙救火，後來將滅火器交給一名男子，但並不是甲」等語，甲之辯護人遂聲請調查消防員 B 於火災發生後不久所製作之現場訪查報告書（內有訪查 A 之紀錄內容，A 稱甲有向他借滅火器使用等語），作為彈劾 A 公訴中證述之「彈劾證據」，但檢察官爭執該現場訪查報告書之證據能力，一審法院駁回了甲之聲請，一審判決（大阪地判平成 11.3.30，刑集 60 卷 9 號 575 頁）並判處甲無期徒刑，甲上訴後，二審法院（大阪高裁）亦支持一審法院之見解而駁回甲之上訴（大阪高判平成 16.12.20，刑集 60 卷 9 號 615 頁），案件上訴至三審即最高裁判所後，最高裁判所亦支持下級審之看法而駁回甲之上訴。

有關甲聲請調查彈劾證據（B 所撰寫之現場訪查報告書）之爭點，最高裁判所平成 18 年 11 月 7 日第三小法庭判決（刑集 60 卷 9 號 561 頁）認為：「（日本）刑事訴訟法第 328 條之立法旨趣，乃是在準備程序或審判期日中，被告、證人或其他人所為之供述，與在其他機會中，該人所為之供述有所矛盾時，藉由矛盾供述本身之證明，以達到減損該人於準備程序或審判期日中所為供述之信用性。至於是否有在其他機會中為矛盾供述之情？應解為必須依刑事訴訟法所定嚴格證明之要件，方屬相當。」

「職此之故，刑事訴訟法第 328 條被容許之證據，乃是信用性受爭執之供述之人所為內容矛盾之供述，亦即應限於該人之自述書、或記錄其供述之書面（限於符合刑事訴訟法規定要件者），或聽聞該人供述之人於審判期日之供述，或可與此同等看待之證據中顯現之部分。」

「本件書證雖為紀錄 A 之供述之書面，但該書面並無 A 之簽名蓋章，故並不該當於前述記錄其供述之書面之要件，亦無得與之同等看待之情形，自不該當於刑事訴訟法第 328 條之證據。」[30]

上述最高裁判所判決指出「刑事訴訟法第 328 條被容許之證據，乃是信用性受爭執之供述之人所為內容矛盾之供述」，業已明示採取上述「限定說」之立場，而摒斥前述「非限定說」之見解；同時，本案乃是被告方面聲請調查 B 所撰寫之現場訪查報告書作為彈劾證據，但最高裁判所認為 B 所撰寫之現場訪查報告書因不符要件（未經 A 之簽名蓋章）並非 A 之供述，且駁回被告聲請，亦可推論出最高裁判所並不贊同前述「片面構成說」之見解[31]；至於「純粹輔助事實」是否亦屬日本刑訴法第 328 條所定之彈劾證據？而可認為最高裁判所實則係採取「中間說」之立場，最高裁判所並未提及，是以有學者認為「純粹輔助事實」並未受排除[32]，但亦有認為純粹輔助事實仍應經嚴格證明，故應排除於日本刑訴法第 328 條所指之彈劾證據之外[33]。

參 彈劾證據之證據能力--我國學說與實務的發展

一、學說

（一）傳統見解

我國傳統學說，乃立於職權主義之立場，認為證據之證明力應由法院自由判斷，並不承認彈劾證據之存在，亦無此等證據有無證據能力？可否向法院提出要求調查？法院可否審酌此等彈劾證據？的觀念，而謂：「證據資料，雖有矛盾，無論其為相互矛盾，抑為本身矛盾；全部矛盾或一部矛盾；但其證明力如何，應由法院自由判斷之，不得以之為彈劾之原因（下引線為筆者所加，下同）。如其矛盾，係由於缺乏關連性，致與要證事實不相適合者，固不足採；僅因一部矛盾，其他部分為可信者，仍得採為證據。」[34]

（二）現今發展

我國刑訴法自 2003 年引進傳聞法則及其例外（刑訴法第 159 條至 159 條之 5）後，學者亦逐漸引進彈劾證據之觀念。但有關彈劾證據之定義並不一致，而可歸納為廣狹兩說。

廣義說認為，彈劾證據包括：（1）證人先前不一致的陳述（prior inconsistent statement）、（2）證人有利害關係或偏見（interest or bias）、（3）矛盾證據（conflicting evidence）、（4）證人能力的欠缺（incapacity）、（5）證人不誠實的品格或前科紀錄（character for untruthfulness）等[35]。

狹義說則認為，彈劾證據僅在爭執（彈劾）證人（鑑定人）陳述之憑信性，即就證人之性格、能力、利害關係與偏見等等證人之憑信性（信用性）予以一般之批判，或就證人先前所為矛盾陳述之情形（prior inconsistent statement）予以指摘，以示其不可信，但不包括犯罪事實存否（成立或不成立）之證明[36]，證據若係欲積極證明與證人陳述內容相異之事實者，雖有廣義「爭執證明力」之意義，但並非對證人為彈劾，自無「彈劾證據」之適用[37]。

對照前述日本學說見解，我國之廣義說近於該國之「非限定說」，而狹義說則近於該國之「中間說」，亦即彈劾證據僅限於「同一供述者之自我矛盾供述」與「與供述者之能力、性

（文轉三版）

註釋

27 大野市太郎，同註 5，頁 761。

28 東京高判昭和 26.7.27，高刑集 4 卷 13 號 1715 頁；東京高判昭和 36.7.18，判時 293 號 28 頁。其中，東京高判昭和 36.7.18 之案例事實如下：原審法院將司法警察甲之筆錄作為彈劾、減弱甲以外之人於原審審判期日供述證明力之彈劾證據，又將甲之筆錄作為增強甲及甲以外之人原審審判期日供述證明力之證據，對此，二審之東京高裁認為：「刑訴法第 328 條所指用以爭執被告、證人或其他人供述證明力之供述，並不限於為該供述之人所作成之供述書或供述筆錄，應解為凡是無法依同法第 321 條至第 324 條規定做為證據之書面或供述，均可無限制地作為第 328 條所稱之證據，又第 328 條所謂爭執其證明力，不限於減弱其證明力，亦可用來增強其證明力，原審之證據調查程序並無違法。」

29 仙台高判昭和 31.5.8，高刑裁特 3 卷 10 號 524 頁；東京高判平成 5.8.24，判タ 844 號 302 頁、東京高判平成 8.4.11，高刑集 49 卷 1 號 174 頁。其中東京高判平成 8.4.11 之案例事實如下：被告被訴酒後不能安全駕駛而駕車，一審為有罪判決，但同意辯護人依日本刑訴法第 328 條，聲請調查檢察官製作之逮捕狀請求書及司法警察製作之違反道路交通法犯罪嫌疑人所在確認書，對此，二審之東京高裁認為：「刑訴法第 328 條所容許之證據，限於與待爭執其證明力之供述者供述有矛盾之供述或記載其供述之書面，上述逮捕狀請求書之記載，與檢察官到庭陳述之內容並無矛盾，至司法警察製作之違反道路交通法犯罪嫌疑人所在確認書係爭執何人之供述證明力，則有不明，故原審之證據調查，顯有違法」。

30 江見健一，証明力を争う証拠（最三小判平成 18.11.7 刑集 60 卷 9 号 561 頁），刑事訴訟法判例百選〔第十版〕，2017 年 4 月，頁 198。

31 江見健一，同註 30，頁 199。

32 芦澤政治，刑訴法 328 条により許容される証拠 -- 最三小判平成 18.11.7，ジュリスト，1368 号，2008 年 12 月，頁 123。

33 山田道郎，刑訴法 328 条により許容される証拠 -- 最三小判平成 18.11.7，ジュリスト，1354 号，2008 年 4 月，頁 218；成瀬剛，刑訴法 328 条により許容される証拠 -- 最三小判平成 18.11.7，ジュリスト，1380 号，2009 年 6 月，頁 140。

34 陳樸生，刑事證據法，初版，1970 年 8 月，頁 505。

35 吳巡龍，交互詰問制度下品格證據的提出方式，法學叢刊，49 卷 1 期，2004 年 1 月，頁 122。另有分為（1）證人能力之欠缺或喪失、（2）人格的缺陷、（3）因感情及利害關係之偏頗、預斷（emotional partiality）、（4）教唆偽證或收買行賄（corruption）、（5）特定事實之矛盾陳述（contradictory statement）、（6）審判外自我矛盾之供述（self contradiction），見朱朝亮，供述證明力之彈劾與回復，載於：刑事法學現代化動向— 黃東熊教授八秩華誕祝壽論文集，初版，2012 年 11 月，頁 164-168。

36 王兆鵬等，刑事訴訟法（上），6 版，2022 年 3 月，頁 38。

37 林永謀，刑事訴訟法釋論〔改訂版〕（中冊），2010 年 12 月，頁 138-139；另最高法院 99 年度台上字第 4103 號判決亦認：「『傳聞排除法則』中所謂被告以外之人於審判外之陳述無證據能力，係針對證據目的在於證明犯罪事實爭點（issue on fact）之證據資格而言；若證據之目的僅係作為『彈劾證據憑信性或證明力』之用（issue on credibility），旨在減損待證事實之成立或質疑被告或證人陳述之憑信性者，其目的並非直接作為證明犯罪事實成立存否之證據，則無傳聞排除法則之適用」。另實務亦有採廣義說者，如最高法院 105 年度台抗字第 264 號裁定謂：「學理上所稱彈劾證據，係指由辯方提出，用供削弱、推翻或否定控方所舉證明被告犯罪的證據。」而認為彈劾證據包括前述矛盾證據在內。日本亦有學者認為被告方所為之舉證，除被告本應負舉證責任之情形（如兩罰規定中法人舉證以免責）外，實具有爭執檢察官舉證之「彈劾證據」性質

（文接二版）

格、行動傾向、利害關係、偏見等有關之事實」兩種情形[38]。

二、實務

（一）傳統見解

傳統實務見解，並無傳聞證據原則上應無證據能力的看法，任何證據均可向法院提出，由法院自由判斷其證明力，例如最高法院 75 年度台上字第 933 號判決即認：「刑事訴訟本於職權主義之效能，凡得為證據之資料，均具有論理之證據能力，是以法律上對於證據之種類，並未設有若何之限制。」

從而，傳統實務見解當然亦無彈劾證據是否應具備證據能力之意識。例如最高法院 37 年度上字第 2314 號判決謂：「證據之取捨，法院原有自由判斷之權，而共同被告之陳述前後兩歧者，究竟孰為可採，法院亦應衡情酌理予以審定，原審本此理由判決，按之採證法則，尚無不合。」認為法院應自行判斷「同一供述者之自我矛盾陳述」何者可信；另最高法院 47 年度台上字第 1578 號判決更謂：「刑事訴訟以發見真實為目的，共同被告就同一事實之一部或全部所為不利於己之陳述，互有出入時，應本於事實審法院之職權詳為調查，斟酌各方面之情形，依自由心證判斷其孰為可信，不得因彼此陳述偶有紛歧，即全部予以捨棄。」認為法院亦應自行判斷「不同供述者之相互矛盾陳述」何者可信，並未論及此等矛盾證據如屬傳聞證據，當事人可否聲請調查（或法院可否依職權調查），以及法院是否可以審酌。

（二）現今見解

隨著我國刑訴法自 2003 年引進傳聞法則及其例外，以及前述學界之介紹，實務界也逐漸肯認彈劾證據之存在，其中傳聞證據若符合傳聞例外之規定（刑訴第 159 條之 1 至之 5），當然可以作為彈劾證據使用，自不待言。例如最高法院 106 年度台上字第 3183 號判決即認：「我國刑事訴訟法雖未設有如日本刑事訴訟法第 328 條關於彈劾證據擬制為有證據能力之規定（即依第 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、證人或其他人於審判準備或審判期日所為供述之證明力，得作為證據），然引為爭執、彈劾被告以外之人在審判中所為陳述證明力之審判外陳述，當與其審判中之陳述不符，該等審判外先前之陳述，如符合於刑事訴訟法第 159 條之 2 所定例外要件，自得為證據。」

然而，不符現行法傳聞例外規定之傳聞證據，是否可以例外作為彈劾證據，而向法院提出，以爭執其他實質證據證明力？實務見解認為：「所謂『彈劾證據』，屬英美法之概念（impeachment evidence），係指爭執證人陳述憑信性或證明力之證據，其作用僅在於減弱『實質證據』（substantive evidence 即證明待證事實存否之證據）之證明力，以供法院審判心證之參考，尚不得作為認定犯罪事實之基礎。故關於『彈劾證據』，其證據能力之限制非如『實質證據』之嚴格，而予以相當之緩和，縱使刑事訴訟法第 159 條第 1 項所規定不得作為證據之傳聞證據，亦非不得以之作為『彈劾證據』。我國刑事訴訟法雖未如日本刑事訴訟法第 328 條已就『彈劾證據』予以明文規定，但基於刑事訴訟發現真實及維護公平正義之功能，在解釋上仍應予以承認。故證人於審判外之陳述，雖不符合傳聞法則之例外規定，而不能作為認定犯罪事實之證據，但尚非絕對不能以之作為『彈劾證據』，以供法院審判心證之參考。」[39]明確採肯定的見解。但可以提供法院審判心證參考的彈劾證據範圍為何？實務之看法似不一致，茲整理如下：

1. 廣義說

此說認為不同證據方法之傳聞證據，即令不具證據能力，亦可作為彈劾另一證據方法之審判中陳述之用，例如證人之警詢筆錄，可以作為彈劾被告審判中陳述之證明力之用。而謂：「被告以外之人於審判外之陳述，雖因不符合傳聞法則之例外規定，而不能作為認定犯罪事實之證據，然尚非絕對不能以之作為彈劾證據，以供法院審判心證之參考。」[40]此一見解近於日本之非限定說，亦與前述學界所採之廣義說相當。

值得注意的是，實務上另有將測謊結果作為彈劾證據之見解。實務上多數見解承認符合一定要件[41]後，測謊具有證據能力，至多僅係對於其證明力有所質疑，認為不得作為有罪判決之唯一憑據，必須另有補強證據[42]，或認為測謊結果僅能作為其他積極證據之補強證據[43]。但實務上亦有認為測謊係以人的內心作為檢查對象，其結果之正確性擔保仍有困難，故不能使用檢查結果作為證明犯罪事實存在之實質證據，而「僅能作為彈劾或增強證據證明力之用」[44]，亦即認為測謊可以作為其他證據方法（如被告供述或證人證述）之彈劾證據。

司法院於 2019 年 5 月提出之刑事訴訟法部分條文修正草案第 160 條之 1 謂「測謊之結果不得作為認定犯罪事實存在之證據。但作為爭執被告、被害人或證人陳述之證明力者，不在此限。」其立法理由謂「（前略）然而為發現無辜、避免冤抑等情，測謊之結果自得作為爭執被告、被害人或證人陳述證明力之彈劾證據（日本刑事訴訟法第 328 條參照），爰為但書之規定。」此一見解認為測謊無證據能力，自應定性為無證據能力之傳聞證據，但卻又認為可充為爭執被告、被害人或證人陳述證明力之彈劾證據，本文認此亦屬廣義說之見解。

2. 狹義說

此說認為同一供述者之自我矛盾陳述，即令不具證據能力，亦可作為彈劾證據使用，例如證人之警詢筆錄，可以作為彈劾該證人於審判中陳述之證明力之用，而謂：「被告以外之證人於審判中所為之陳述，與先前之陳述內容相左或不一致時，如非以先前之陳述作為認定犯罪事實存否之證據，即無贅餘說明其有無證據能力之必要；該不合傳聞例外之先前陳述，雖不得作為犯罪成立與否之實體證據，按之刑事訴訟法第 166 條之 1 第 2 項、第 3 項第 6 款、第 166 條之 2 第 1 項、第 2 項等規定，尚非不得以其先前所為『自我矛盾之陳述』，用來彈劾（爭執、否定）該證人在審判中供述證據之證明力。此種僅止於用來爭執證明力之彈劾證據，即無嚴格證明法則之適用。」[45]

但值得注意的是，上述判決並未進一步明言：「若非判旨所例示的『自我矛盾之陳述』，而是其他形式的彈劾證據，是否即需具備證據能力，始能作為法院形成心證之參考？」[46]但純粹依上述判決文字觀察，本文仍將之列為「狹義說」。

（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

存在，見田宮裕，同註 24，頁 290-291。

38 為免混亂，本文仍以日本學界之「限定說」、「非限定說」、「純粹輔助事實說」、「中間說」、「片面適用說」為指述對象。

39 最高法院 97 年度台上字第 6585 號判決。本案係妨害性自主案件，最高法院維持原審之被告無罪判決，並認為被害人甲女於第一審提出之刑事補充告訴理由狀，可以作為彈劾甲女證詞可信度之彈劾證據，以此觀之，本判決之見解較近於後述之「狹義說」。

40 最高法院 100 年度台上字第 4748 號判決。本案係兩岸人民關係條例案件，即俗稱「假結婚真賣淫」案件，最高法院認為可以證人（即假結婚之女子）於警詢時之陳述，作為彈劾被告辯解不可採信之彈劾證據。另最高法院 97 年度台上字第 1981 號判決雖是以證人於警詢、偵訊時之證言彈劾「該證人」於一審時有利於被告之陳述，但該判決提及「被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，雖不得以之直接作為證明犯罪事實存否之證據，但非不得以之作為彈劾證據，用來爭執或減損被告、證人或鑑定人陳述之證明力」，亦即認為可以傳聞證據彈劾不同證據方法之供述（即證人可以彈劾被告、證人、鑑定人陳述），而採廣義說。又最高法院 99 年度台上字第 4103 號判決亦係以證人於審判外陳述，彈劾被告自白之真實性，而屬廣義說。

41 測謊之基本程式要件，包括：（一）經受測人同意配合，並已告知得拒絕受測，以減輕受測者不必要之壓力。（二）測謊員須經良好之專業訓練與相當之經驗。（三）測謊儀器品質良好且運作正常。（四）受測人身心及意識狀態正常。（五）測謊環境良好，無不當之外力干擾，（六）有載明測謊之經過與結果等，見最高法院 90 年度台上字第 3969 號判決、92 年度台上字第 2282 號判決、94 年度台上字第 7135 號判決、95 年度台上字第 3730 號判決、98 年度台上字第 2345 號判決。

42 最高法院 85 年度台上字第 5791 號判決、87 年度台上字第 3339 號判決、87 年度台上字第 3928 號判決、88 年度台上字第 2936 號判決、88 年度台上字第 5038 號判決、89 年度台上字第 2010 號判決、91 年度台上字第 359 號判決、91 年度台上字第 371 號判決、92 年度台上字第 2282 號判決、93 年度台上字第 327 號判決、93 年度台上字第 1938 號判決、93 年度台上字第 4405 號判決、94 年度台上字第 1753 號判決、98 年度台上字第 2345 號判決、102 年度台上字第 439 號判決。

43 最高法院 110 年度台上字第 5281 號判決。

44 最高法院 95 年度台上字第 1797 號判決，該案係偽造文書案件，原審法院命被告賴某與告訴人陳某均接受測謊，其中被告賴某拒絕，而告訴人陳某所為不利於被告之陳述經測謊認為未說謊。

45 最高法院 96 年度台上字第 7337 號判決。該案係兒童及少年性交易防制條例（使少女為性交易）案件，以證人即男客莊某於警詢時所為不利於被告之陳述，作為彈劾莊某於偵查中所為有利於被告之陳述之證明力。相同見解，如最高法院 98 年度台上字第 7652 號判決、100 年度台上字第 1917 號判決、100 年度台上字第 5156 號判決、102 年度台上字第 180 號判決、108 年度台上字第 801 號判決。

46 最高法院 109 年度台上字第 2498 號判決即體現了此種曖昧狀態，該判決謂：「所謂彈劾證據，係指爭執證人陳述憑信性或證明力之證據，而非證明被告犯罪事實存否之證據。因此使用彈劾證據，目的僅在於動搖證言之憑信性，減低證言之證明力，不受傳聞法則之限制，一般係以證人先前矛盾之陳述，而指摘其所述為不可採信，固不得用以證明被告陳述內容為真實性。」先敘述了最寬廣的彈劾證據定義（廣義說），直接認為只要是彈劾證據，即可「不受傳聞法則之限制」，接下來則舉狹義說的「自我矛盾陳述」為常見案例，進行延伸說明。

WEEKLY 周刊 周出刊 訂閱 幣400元 訂閱 劃撥 號 4377 戶 法周刊 話 618798 訴訟 第一審 112年8月15日施行 度里程碑 為專業、 的權利救濟 庭 善替代 判之紛爭 決機制 族、 少 益 大 師 陪同開庭 訴 法院 icial Yuan