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

四之三

（文接上期）

3. 片面適用說

此說認為僅有辯方（被告方）提出之彈劾證據，始能不受證據能力之限制，且縱屬不同證據方法之傳聞證據，例如私人委託之鑑定報告，亦可作為彈劾其他證據證明力之用。而謂：「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，此項彈劾證據，（中略）不以具有證據能力者為限。」[47]

此說與前述日本學界提出之片面適用說有所不同，日本之片面適用說，乃容許檢方與辯方提出彈劾證據，僅容許無證據能力之彈劾證據之範圍有所不同（辯方不受限制、檢方則限於自我矛盾陳述），特此敘明。

肆 彈劾證據之證據能力--本文見解

我國學說與實務關於彈劾證據之見解莫衷一是，已如上述，究其原因，一方面乃是因為我國法制上承認傳聞法則之時間未久，相關理論尚在發展，對於彈劾證據之證據適格（證據能力），難免出現不同見解；另一方面，也源於我國一向是由職業法官獨占審判，而無國民參與刑事審判的法制存在，因為信任職業法官可以正確評價證據證明力、不至於將彈劾證據誤用為實質證據，故也傾向於不對彈劾證據之證據能力賦予過多限制。

彈劾證據是否應適用嚴格證明法則？我國學界亦多採取否定說，而認「即令無證據能力之證據，如傳聞陳述，亦得用以彈劾證人或被告之憑信性，但只得用以彈劾，不得成為實體證據」[48]；我國實務見解不論是採廣義說、狹義說或是片面適用說，也均是以「彈劾證據並非作為認定犯罪事實之證據，故不受傳聞法則之拘束，無須具備證據能力」、「彈劾證據無嚴格證明法則之適用」作為前提[49]，而採否定說之看法，有差異者，僅對於彈劾證據之定義廣狹不同而已。然而，既然所有的彈劾證據「論理上」都不是用來認定犯罪事實，當然都不必受到嚴格證明法則、傳聞法則之拘束，也不必具備證據能力，為何要限制其範圍？我國實務上前述之狹義說、片面適用說，似乎沒有提出更進一步的理由。

惟，職業法官真能謹守彈劾證據之分際，不會將彈劾證據誤用為實質證據？日本學者即抱持著懷疑的態度[50]，我國實務上也曾出現將「彈劾證據」誤用為「實質證據」之案例[51]，故職業法官是否真能清楚而正確地區辨「認定事實之證據（實質證據）」與「爭執、減損其他證據證明力之證據（彈劾證據）」之不同，不致誤用？非無疑問；再者，我國已採行國民法官制度，負責事實認定的不再只有職業法官，也包括不具法律專業與審判經驗的國民法官在內，國民法官能否正確區辨實質證據與彈劾證據之不同，而不會產生心證上的錯誤？更堪置疑，故前述論證勢必需要重新檢討。

實則，審判者在面對彈劾證據時，不論其為職業法官或是國民法官，均可能不自覺地去比較實質證據與彈劾證據何者之「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 證人於審判外之陳述可信），誠如日本學者所言，當彈劾證據與受彈劾證據來自不同之證據方法（如以他人之審判外供述彈劾證人之審判時供述）時，如果不以彈劾證據較為可信為前提，則彈劾即無意義[52]，亦即審判者會在不知不覺之中，將彈劾證據變成「實質證據」，讓原本不具有證據能力的證據，藉由「彈劾」之名，行證明犯罪成否之「嚴格證明」之實，此舉將造成傳聞法則等證據法則名存實亡，並侵害了被告對於證人之對質詰問權，而為論者所批評[53]，從而，主張證據即使不具證據能力，仍得作為爭執被告、被害人或證人陳述證明力之彈劾證據，以供法院審判心證之參考，而不受嚴格證明法則之限制的見解，尚有不當，而為本文所不採。

前述日本實務界的通說 -- 限定說，則是迴避了法官是否會混淆實質證據與彈劾證據的爭執，採取另一種方式來解決彈劾證據與傳聞法則之衝突，也就是僅承認「自我矛盾陳述」為該國刑訴法第 328 條所指之彈劾證據，蓋此時「自我矛盾陳述」並非傳聞證據，而是傳聞證據之「非傳聞」、「非供述證據」使用，亦即以「自我矛盾陳述之存在本身」作為待證事實，而非以「自我矛盾陳述中何者方為真實」作為待證事實[54]，在此情形下，自我矛盾之陳述既非傳聞、亦非供述證據，本即無傳聞法則之適用，而非傳聞法則之例外[55]（但仍須符合其他法律規定（如任意性）以具備證據能力，自不待言[56]），自不至於引發後續論理上的紛爭。

有關傳聞證據之非傳聞、非供述證據使用，我國學界已參考美國聯邦證據規則第 801 條 c 對於傳聞證據之規定，主張僅有證明審判外陳述「內容為真實者」始屬傳聞證據，若提出審判外之陳述為證據之目的，不在證明該陳述內容之真實性者，則非傳聞[57]；我國實務亦承認人類口語之某項證據，會因其證明事項（作用、用途）之不同，而出現「供述證據」或「非供述證據」之不同屬性，如僅係以該口語之存在本身為證者（即『有如此口語』，而非『口語所指內容為真』），則無傳聞法則之適用[58]，故相關見解於我國業已存在，在此前提下，承認自我矛盾陳述為不適用傳聞法則之「非傳聞」、「非供述證據」，而得作為彈劾證據使用，乃是最符合我國現行刑事訴訟法中傳聞法則架構的解釋方式，也是最可以避免國民法官法庭形成錯誤心證的解釋方式，更可迴避日本刑訴法第 328 條規定所引發的上述爭執[59]，而為本文所採。

至於證明「供述者之能力、性格、行動傾向、利害關係、偏見」等「純粹輔助事實」，是否可以例外無須具備證據能力，即可作為彈劾證據？對此，有主張基於訴訟經濟之考量，並使法院有更充分的證據以整體判斷證人證言之可信性，且與傳聞例外之「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，以及我國刑訴法第 159 條之 2、第

（文轉三版）

註釋

47 最高法院 105 年度台抗字第 264 號裁定。該案係違反證券交易法（非常規交易）案件之再審聲請，被告提出其所委託製作之不動產鑑定報告，作為爭執原審法院囑託新北市不動產估價師公會之鑑定報告證明力之彈劾證據。

48 王兆鵬等，同註 36，頁 39。

49 相同見解，見林信旭，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），司法周刊，2131 期，2022 年 11 月 11 日，第 2-3 版。

50 笹倉宏紀，同註 10，頁 176；緑大輔，純粋補助事実と関連性— 刑事公判廷における性格証拠による証言の弾劾，載於：後藤昭編，裁判員時代の刑事証拠法，第 1 版，2021 年 7 月，頁 149。

51 最高法院 102 年度台上字第 180 號判決：「我國刑事訴訟法基於證據裁判主義及證據能力之規定，得以作為認定犯罪事實之依據者，以有證據能力之證據為限，惟於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，此種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，固不受傳聞法則之拘束，然非謂得作為彈劾證據使用之傳聞證據，即具有證據能力，而得採為認定犯罪事實之證據。原判決理由就證據能力部分，固謂『被告及辯護人雖然否認台北縣政府警察局民國 100 年 6 月 11 日、6 月 14 日職務報告… 無證據能力云云… 然上開職務報告… 係證明被告於遭… 通緝期間，於 100 年 6 月 11 日在台北市青年路、南海路… 等地，與其二子郭○東、郭○緯見面及見面後各自離開之行駛路線及監視器翻拍之畫面，證明被告刻意避開熟悉之環境、地點，蓄意約在不熟悉且偏僻地方見面之情形，此待證事實並非作為認定犯罪事實之基礎，惟本院仍得採納用以證明被告有於… 上開獨居期間與家人相約見面，猶須隱密相約見面乙情，用以增強被告於偵查中所陳稱，其於通緝期間仍與家人見面，但相約在台北市區見面，以躲避警方… 之陷害等語… 之憑信性』（原判決第 5 頁），再於理由說明『核與被告於通緝期間，多次與其子郭○東、郭○緯相約於台北市○○路或○○街一帶見面，此有警方所製作之監視器調閱報告附卷可參… 衡情度理，本件槍擊案若非被告所為，豈有甘冒檢方通緝於不顧，拋家逃匿至淡水獨居，且獨居期間與家人見面，猶須隱密相約見面之理，實與常情違悖，是本件槍擊案確係被告所為，已屬灼然。』（原判決第 33 頁）但原判決既依上開『監視器調閱情形』採信被告多次與其子相約於台北市○○路或○○街一帶見面，並據以論斷『本件槍擊案若非被告所為，豈有… 獨居期間與家人見面，猶須隱密相約見面之理』、『本件槍擊案確係被告所為，已屬灼然』，顯已以該文書資料作為不利被告認定之積極證據，非僅作為彈劾證據而已，原判決此部分採證，亦違證據法則。」

52 田宮裕，同註 24，頁 395。

53 宇藤崇，同註 18，頁 192。

54 後藤昭，同註 13，頁 112。

55 我國學者也明確主張：「『不適用』傳聞法則，與傳聞法則中有關之『例外』，兩者應予分別。前者指不適用整個傳聞法則之規定。」見朱石炎，刑事訴訟法論，修訂八版，2018 年 9 月，頁 211-212。

56 石井一正，刑事実務証拠法，第 5 版，2011 年 11 月，頁 225-226。

57 王兆鵬等，刑事訴訟法（下），第 5 版，2020 年 11 月，頁 221。

58 最高法院 108 年度台上字第 3241 號判決認為：「刑事訴訟法第 159 條至第 159 條之 5 設有傳聞法則及其例外等規定，原則上排除『被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述』之證據能力，然並未就其所稱之『陳述』，加以定義，揆以上揭規定之立法理由，揭明係參酌日本刑事訴訟法及美國聯邦證據規則而制定。而日本刑事訴訟法與我國刑事訴訟法相同，均未對『傳聞』或『陳述』之涵意加以定義，考諸美國聯邦證據規則第 801 條（a）（c）之規定，由訴訟當事人之一方所提出某陳述人（Declarant）內含主張（Assertion）之陳述（Statement），用以證明該陳述內容所主張之事項為真實者，始屬傳聞法則所禁止之傳聞證據。故所謂之傳聞證據，有其證明用途之限制，亦即攸關人類口語之某項證據是否屬傳聞，取決於其與待證事實間之關係，倘僅係以該口語之存在本身為證者（即『有如此口語』，而非『口語所

法源法
www.lawba
檢索全部法規、司法判解、行政函釋、裁判書、起訴書、論著
服務
TEL:02-2
JUDICIAL
訂閱辦法
本刊每
全年
費用新臺
如蒙
請郵政
帳
5005
帳
司法院
電
02-236

（文接二版）

159 條之 3）無須嚴格證明之見解取得平衡，而採肯定說者[60]；但多數說則認為證明「純粹輔助事實」之證據仍應有嚴格證明法則之適用，若無證據能力，即不得作為彈劾證據使用[61]。

本文認為「特信性」乃是傳聞證據例外取得「證據能力」之前提要件，此與「純粹輔助事實」係用以判斷證人供述之「證明力」，前者是「證據能力」的問題，後者則是「證明力」的問題，層次不同，並無兩者判斷標準必須平衡一致之理；其次，限定說（狹義說）主張「同一供述者之自我矛盾陳述」乃是傳聞證據之「非傳聞」、「非供述證據」使用，故「無傳聞法則之適用」，此一見解尚不至於動搖傳聞法則之體系，已如前述，但主張「純粹輔助事實」無須具備證據能力亦可作為彈劾證據者，則是以此為「傳聞證據之例外」，若輕易承認，將有架空傳聞法則之虞；更何況，相較於細微差異所生之「自我矛盾陳述」，某些純粹輔助事實對於證人證言證明力之殺傷力更大（例如證人於作證前收受被告高額賄賂），日本學者即認為此種情形，對於犯罪事實認定影響之大小，已難以進行類型化區別[62]，自不能輕言純粹輔助事實只不過是「與證明犯罪事實存否無關之事實」，危害程度遠不如其他傳聞證據，而認即使不具證據能力，亦可充為彈劾證據使用云云，故本文採取否定之見解。

片面適用說立於憲法保障被告之證人對質詰問權、但並未保障檢方之證人對質詰問權[63]的立場，認為傳聞法則之限制應視規範對象係檢察官或被告而為不同處理，其中被告提出之證據，並無應受傳聞法則限制之憲法誡命存在；該說並進一步將「詰問權」做廣義解釋，認為包括被告提出不具傳聞證據以彈劾敵性證人供述證明力之權利在內，以此得出被告不同於檢察官，可以任何無證據能力之證據彈劾敵性證人供述之結論[64]。此一見解，固然深具立法論上的吸引力，但從實定法的角度來觀察，我國刑訴法第 159 條之 2、第 159 條之 3 立法時，係參考日本刑訴法第 321 條第 1 項第 3 款之立法例，明定為「證明犯罪事實之『存否』所必要」者，而非僅限於證明犯罪事實之存在，才有傳聞法則之適用，日本通說見解認為日本刑訴法第 321 條第 1 項第 3 款所謂「證明犯罪事實之『存否』所必要」，係指證明犯罪事實之「存在、不存在」所憑之證據，均應具備證據能力，片面構成說認為證明犯罪事實之不存在之證據無須具備證據能力，欠缺法律依據[65]，且該說仍然蘊含有以彈劾證據充為實質證據，藉以證明犯罪事實之不存在之情形，核與彈劾證據之性質、傳聞法則之立法宗旨，亦難謂相符，我國既係採取相同之法文用語，是否可以為不同之解釋？非無疑問；況我國刑訴法第 155 條第 2 項規定：「無證據能力、未經合法調查之證據，不得做為判斷之依據。」亦未區分所謂「判斷之依據」是指有罪之判斷或是無罪之判斷，難認立法者有意使辯方提出之證據不受證據能力之限制，故片面適用說之立場，與現行法難謂相符。

附帶一言，日本學界與實務界尚進一步討論該國刑訴法第 328 條所謂「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」，是否僅限於「減弱」證明力？是否更包括「增強」證明力，以及證明力受減弱後之「回復」證明力？此等討論，於日本通說採取限定說後，由於該說所謂「彈劾證據」僅限於「同一供述者之自我矛盾陳述」，而非以「同一供述者之陳述前後一致」作為「增強」其證明力之用，故「增強」之見解已少有人採取，至於「同一供述者之自我矛盾陳述」存在後，以「同一供述者之其他陳述前後一致」作為「回復」證據之情形，論理上屬「彈劾的再彈劾」，論理上雖不能排除，但矛盾陳述既已存在，一如瓷器已有裂痕，縱使其他地方完美無瑕，仍難謂該瓷器無瑕疵，故回復之效果相當有限[66]。由於我國有關彈劾證據之討論，均限於「減弱」、「削弱」證明力之範圍，基於篇幅所限，上述討論爰予割愛，附此敘明[67]。

伍 彈劾證據之調查

本文贊成日本通說之限定說，認為僅有「同一供述者之自我矛盾陳述」，因屬「非傳聞」、「非供述證據」，故不適用傳聞法則，而可逕自作為彈劾證據使用，至於其他型式的彈劾證據（如他人之供述內容等），若為傳聞證據，仍應符合現行法之傳聞例外，取得證據能力後，方能作為實質證據及彈劾證據使用，已如前述，為求文義一致，避免誤解，接下來有關彈劾證據之調查，亦均以「同一供述者之自我矛盾陳述」為設想情形。

日本採取「起訴狀一本主義」（日本刑訴法第 256 條），檢察官起訴時不可將偵查卷證送至法院，證據只有於調查完畢後，始向法院提出（日本刑訴法第 310 條），故該國辯護人於起訴後向法院聲請閱卷，並無實益，對此，配套措施乃是當事人相互向對方開示手上證據的「證據開示制度」（日本刑訴法第 299 條第 1 項、第 316 條之 13 至之 27），當事人憑此進行證據調查聲請（日本刑訴法第 298 條）、由法院裁定是否准許調查特定證據（「證據裁定制度」，日本刑訴法第 316 條之 5 第 7 款、日刑訴規則第 190 條）、踐行證據調查等程序。故有關彈劾證據之調查，亦需由當事人向法院聲請，由法院裁定准許後踐行調查程序，若彈劾證據係存於對造手上時（如辯護人欲引用檢察官手上之證人警詢筆錄作為彈劾證據），則需先經過證據開示程序，且因證人供述內容事前難以確定，無從事先判斷有無出現前後矛盾而有彈劾必要，故經常出現於證人證述後才聲請調查彈劾證據之情形[68]。

相對於日本，我國現行刑訴法係採取「卷證併送主義」，於起訴時，檢察官即將卷宗及證物一併送交法院（刑訴法第 264 條第 3 項），實務上，蒞庭公訴的檢察官對於卷內所存證據，也多會毫無遺漏地均聲請法院調查，縱使檢察官漏未聲請調查特定證據，只要對於發現實體真實有所助益，法院即可依職權調查，甚至不予調查還可能構成「應於審判期日調查之證據而未予調查之違法」（刑訴法第 163 條第 2 項、第 379 條第 10 款），加上我國刑訴法對於傳聞法則設有諸多寬鬆之例外規定[69]，實務上亦習於對卷內所有證據（不問是否有證據能力之爭執）均進行調查，其後在判決書中才一併交代證據能力之有無[70]，故「同一供述者之先前矛盾陳述（如證人之警詢、偵訊筆錄）」往往即為法院廣泛調查、獲取心證的對象之一，且在傳聞法則例外規定寬鬆的情形下，相較於嗣後以傳聞例外取得證據能力（如刑訴法第 159 條之 2 前後不符之陳述）之情形，定性為彈劾證據之情形無寧是少數[71]，而彈劾證據發生彈劾功效的地點，也往往不是在法庭上，而是在法官閱卷或撰寫判決書的辦公室裡。

（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

指內容為真』），則無傳聞法則之適用，至證明某項口語存否之素材（即資料），則得透過各種不同之證據方法加以獲取，而其種類有可能呈現為物證、書證或證言等不同型態之證據」。最高法院 106 年度台上字第 3258 號判決亦認：「以文書作為證據資料使用時，依其性質、作用，有不同之屬性。詳言之，倘以文書內容所載文義，作為待證事實之證明，乃書面陳述，其為被告以外之人出具者，有刑事訴訟法第 159 條第 1 項及其相關之傳聞法則規定適用；若以物質外觀之存在，作為待證事實之證明，即為物證之一種，無傳聞法則之適用，原則上具有證據能力」。又最高法院 103 年度台上字第 1930 號判決亦認：「按文書證據依其證據目的之不同，而有不同之屬性，其可能分屬供述證據、物證，亦或供述證據及物證併具之情形。如以記載之內容確定某項事實，而與一般人陳述依其感官知覺所認知之見聞事實之情形相同者，即屬供述證據，應依人證程序檢驗；若以文書本身物體之存在或不存在作為證據者，係屬物證，須依物證程序檢驗之。是以，文書如不涉及內容之真實者，固與一般『物證』無異，只須合法取得即有證據能力，並得直接以文書本身之解讀，認定待證事實。倘係以文書內容製作人所『陳述之事實』作為證據資料者，即屬一般『供述證據』，法院如須採納作為判斷依據，自應依相關程序檢驗，如逕以物證形式，採為判決之依據，即難謂適法。」

59 審判外供述證據作為彈劾證據使用時，美國法（聯邦證據法第 801 條第 d 項第 1 款）定性為非傳聞，即非傳聞證據，本即不受傳聞法則之拘束，但日本法因形式上將所有供述證據均劃入傳聞證據的範圍，故於刑事訴訟法第 328 條特別容許該審判外之傳聞證據作為審判期日爭執證人信用性之彈劾證據使用，而例外賦予證據能力，見陳運財，傳聞法則之理論及其實踐，月旦法學雜誌，97 期，2003 年 6 月，頁 94。

60 安廣文夫撰寫，河上和雄等編，大コンメンタール刑事訴訟法，第 7 卷，第二版，2012 年 10 月，頁 352-355。

61 後藤昭，供述の証明力を争うための証拠，法学セミナー，770 号，2019 年 3 月，頁 114；上口裕，刑事訴訟法，初版，2009 年 5 月，頁 349。

62 成瀨剛，同註 33，頁 140。

63 日本憲法第 37 條第 2 項前段規定：「刑事被告，應給予對所有證人進行充分審問的機會」；我國大法官釋字第 582 號解釋，亦從憲法第 16 條訴訟權、第 8 條正當法律程序，推導出刑事被告享有詰問證人之憲法權利。

64 堀江慎司，同註 26，頁 10-11、18-20。

65 大野市太郎，同註 5，頁 760。

66 宇藤崇，同註 18，頁 193；笹倉宏紀，同註 10，頁 176-177；大野市太郎，同註 5，頁 765-769。

67 國內之相關討論可參：朱朝亮，同註 35，頁 180-185；林信旭，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（中），司法周刊，2132 期，2022 年 11 月 18 日，第 3 版，同篇（下），司法周刊，2133 期，2022 年 11 月 25 日，第 2-3 版。

68 石井一正，同註 56，頁 223。

69 如刑訴法第 159 條之 1，只要是向法官或檢察官所為之審判外陳述，原則上均有證據能力；又如刑訴法第 159 條之 2，即使是向司法警察所為陳述，只要與審判中不符，且具備特信性、必要性要件，亦有證據能力，均比日本法之規定寬鬆。

70 實則刑訴法第 273 條第 2 項規定：「於前項第 4 款之情形，法院依本法之規定認定無證據能力者，該證據不得於審判期日主張之。」即已開啟於準備程序階段先以裁定決定證據能力有無之可能性，甚至實務見解（最高法院 96 年度台上字第 3481 號判決）亦認為先於準備程序時決定證據能力之有無，才是符合法律現制精神的作法，但實務上有其難以如此進行的因素存在，終究無法一呼百諾、群起響應，詳參拙著，我國引進國民參與刑事審判制度之研究—以日本裁判員制度為借鏡，初版，2014 年 4 月，頁 464-471。

71 日本法由於並無我國刑訴法第 159 條之 2 警詢時陳述與審判中不符仍可例外讓警詢筆錄取得證據能力之規定，故警詢筆錄除非符合該國刑訴法第 321 條第 1 項第 3 款之規定（相當於我國刑訴法第 159 條之 3），否則僅能以彈劾證據之方式出現於法庭上，故彈劾證據之運用較諸我國為多。

法律網 ank.com.tw
一欄式檢索、各類資料進階檢索
源資訊
專線 509-3536
WEEKLY 周刊
周出刊 訂閱
幣400元
訂 閱
劃撥 號 4377 戶 司法周刊 話 618798