

日本刑事證據法則之理論與實務

吳 秋 宏

壹、證據裁判主義與嚴格證明

日本中古世紀，利用熱湯、鐵火、火焰、毒蛇等方式，以神判裁判^(註1)。明治6年改定律例318條：「凡斷罪者，皆依口供結案。」亦即，非依被告自白不得為有罪裁判。為取得自白，拷問取供在所難免，其後感於拷問取供之缺陷，明治9年太正官布告改定：「斷罪皆依證據」，並廢除拷問制度。舊刑訴法繼承此精神，明定「事實之認定，應依證據」，且為現行法沿用。從歷史沿革來看，係捨「自白斷罪主義」改就「證據裁判主義」^(註2)。至此，法官認定事實，須依證據，不得憑個人主觀形成心證或認定事實^(註3)。

日本刑訴法（下略）317條：「事實之認

定，應依證據。」「證據」，係指有證據能力且經合法調查取得之證據，經嚴格證明之證據，始得為認定事實之基礎^(註4)。「事實」，通說係指檢察官起訴犯罪事實，犯罪事實（構成要件該當性、違法性、有責性及阻卻事由存否、共同正犯之共謀^(註5)、未遂、處罰條件及刑之加重減免^(註6)等事由）之認定，須依嚴格證明，其他實體上事實（被告經歷、性格、動機、有無和解等^(註7)）或訴訟法上事實（有無告訴、法院管轄權等訴訟條件，逮捕、羈押、具保及傳聞法則之例外要件、待證事實之關連性等），則不以嚴格證明^(註8)為限。

貳、自白法則與補強法則

一、自白之意義

註1：田口守一著「刑事訴訟法」（平成16年5月30日）、弘文堂、269頁；三井誠著「刑事手続法Ⅲ」（2004年4月30日）、有斐閣、4、5頁。

註2：土本武司著「捜査官のための証拠法の理論と実際」（平成4年2月20日）、東京法令出版、70頁。

註3：三井誠前掲「刑事手続法Ⅲ」3頁。

註4：土本武司前掲「捜査官のための証拠法の理論と実際」70、71頁。

註5：日本實務，關於共同正犯之共謀，認為屬於犯罪事實之一部分，應依嚴格證明。最高法院大判昭和33年5月28日刑集12卷8號1718頁。

註6：關於刑之加重減輕等事由，是否須經嚴格證明，早期日本實務採否定說，其後改採肯定立場。最決昭和33年2月26日刑集12卷2號316頁。

註7：關於量刑事實，日本實務認以自由證明即足。參見最判昭和24年2月22日刑集3卷2號221頁。

註8：三井誠前掲「刑事手続法Ⅲ」7至10頁；土本武司前掲「捜査官のための証拠法の理論と実際」70至73頁；平野龍一著「刑事訴訟法概説」（2002年4月5日）、東京大學出版會、151至153頁。

依意義廣狹，自白細分為「承認」、「自白」及「自認」。承認之範圍最廣，凡對自己不利益之供述均屬之，不以承認犯罪事實為限，自白（322 條 3 項）為承認之一種。自認之範圍最狹，專指為有罪且負刑事責任之供述（319 條 3 項、291 條之 2）。自白之範圍包含自認，然自白定義，迄今仍無定見，依自白定義及範圍不同，可再分為二。

甲說：自白，係指承認犯罪事實之全部或重要部分之供述^{註 9}。不以供述人表示負刑事責任為必要，同時主張阻卻違法（例如正當防衛、緊急避難）或阻卻責任（例如心神喪失或無期待可能性）事由，為無罪抗辯，仍不失為自白。

乙說：自白，係指承認犯罪事實之全部或主要部分，並為負刑事責任之供述。主張阻卻違法或責任事由，為不利益事實之承認，尚非自白^{註 10}。此說為日本實務所採^{註 11}。

二說之論爭實益，在於能否適用自白任意性及補強法則。若係自白，則有自白法則及補強證據法則之適用，自白任意性之有無，攸關證據能力之認定，自屬重要。

舉凡被告陳述皆屬自白，不問偵查階段或

審判階段所為，亦不論是公判庭或公判庭以外之供述，縱無相對人之日記、手冊或備忘錄，仍不失為自白。

二、自白法則

被告之自白有無證據能力，判斷基準在於是否出於任意性。非出於任意性之自白，無證據能力，此為自白法則或排除法則^{註 12}。

(1) 自白任意性之實務

自白取得縱係利用不正手段，其證據能力並非一律被排除，需視違法取得手段與自白有無因果關係為斷，無因果關係，自白不被排除。茲介紹相關實務判決供參。

甲、夜間取供：多數肯定夜間取得之自白具有任意性^{註 13}，否定自白任意性之案例，不外另施以強暴或疲勞訊問等不法手段^{註 14}，非以單純夜間取供為排除理由。

乙、未告知緘默權：製作筆錄前，未告知得行使緘默權，既不違憲，取得之自白，亦非無任意性（最判昭和 25 年 11 月 21 日刑集 4 卷 11 號 2359 頁）。

丙、未解除戒具之自白：因供述人身心受到壓迫，推定無法期待為任意性之供述，倘無反證，任意性即有可疑（最判昭和 38 年 9

註 9：採此說者，如平野龍一、田口守一、三井誠、酒卷匡及鯉越滋弘等。平野龍一前揭「刑事訴訟法概說」174、175 頁。田口守一前揭「刑事訴訟法」306 頁；三井誠、酒卷匡著「入門刑事手続法」3 版、有斐閣、195 頁；庭山英雄、岡部泰昌著「刑事訴訟法」（2002 年 1 月 20 日）、青林書院、215 頁。

註 10：採此說者，如土本武司、柏木千秋。土本武司前揭「捜査官のための証拠法の理論と實際」86 頁；柏木千秋著「自白の任意性」『刑事訴訟法講座 2』（昭和 44 年 7 月 20 日初版）、有斐閣、150 頁。

註 11：土本武司前揭「捜査官のための証拠法の理論と實際」86 頁。

註 12：安富潔著「演習講義刑事訴訟法」2 版（2004 年 1 月 15 日）、法學書院、240 至 242 頁；庭山英雄、岡部泰昌前揭「刑事訴訟法」217 至 219 頁；田口守一前揭「刑事訴訟法」306 至 308 頁。

註 13：名古屋高判昭和 25 年 5 月 8 日高等裁判所刑事裁判特報 9・67 對於自夜間 8 時至翌日上午 8 時訊問取得之自白，以「尚無其他強迫取供之跡象」，肯認任意性。

註 14：岐阜地方裁判所多治見支判昭和 31 年 7 月 22 日判例時報 88・22，以深夜取供之際，徒手毆打受訊人臉部 2、3 次為由，否定自白之任意性。



月 13 日刑集 17 卷 8 號 1703 頁)。

丁、期約之自白：條件交換下之期約自白，供述人不免因利誘而為虛偽自白，故不具任意性。例如，辯護人向犯罪嫌疑人轉述，一旦自白，檢察官承諾緩起訴處分，基於緩起訴期待，自白任意性顯有可疑（最判昭和 41 年 7 月 1 日刑集 20 卷 6 號 537 頁）；約定可提前獲釋（福岡地裁久留米支判昭和 3 年 4 月 14 日第一審刑事裁判例集 1 卷 4 號 538 頁）或以罰金刑結案（大阪地決昭和 49 年 9 月 27 日判例時報 777・111）。

戊、欺罔之自白：偵查機關謊稱共犯已自白，供述人誤信，心理受到壓迫，引發虛偽自白之可能性極高，任意性受到質疑，應否定證據能力，蓋違反 319 條 1 項、憲法 38 條 2 項（最判昭和 45 年 11 月 25 日刑集 24 卷 12 號 1670 頁）。

己、侵害辯護人選任權之自白：選任辯護人之權利，乃保障防禦權所不可或缺，倘有侵害，原則否定自白之任意性（大阪高判昭和 35 年 5 月 26 日下刑 2 卷 5・6 號 678 頁）。

庚、連續日夜詢問之自白：證據能力應予排除。對於侵害緘默權，經連續數日夜長時間之嚴厲調查，供述人之肉體與精神均極度疲勞，又未給辯護人提供意見之機會，有導致供述不實之危險，基於人權擁護說及虛偽排除說之觀點，任意性顯有可疑（東京高判昭和 60 年 12 月 13 日刑刑 17 卷 12 號 1208 頁）。

(2) 自白任意性之舉證

自白任意性之證明，應依嚴格證明或以自由證明為足，日本容有爭議。實務認為：「關

於該供述之任意性，並非以命檢察官舉證不可，法院利用適當方法，以調查結果獲致有無任意性之心證即足。」（最判昭和 28 年 10 月 9 日刑集 7 卷 10 號 1904 頁）^{註 15}採自由證明說。有學者主張多數自白，出於逮捕、羈押中之犯罪嫌疑人，在「密室調查」之現況，若採自由證明，不啻將舉證責任轉嫁被告，強令被告舉證受強制或刑求。故拘留、拘禁中（例如逮捕、羈押）之犯罪嫌疑人所為自白，可疑非出於任意性，須經檢方以錄音及律師在場等「調查過程透明化」之方式，證明未施以強制、刑求等不正手段，自白始有任意性^{註 16}。實務因受學者批評影響，對於自白任意性之調查，目前多依嚴格證明^{註 17}。

(3) 自白之補強法則

憲法 38 條 3 項：「任何人對於不利於己之唯一證據係本人之自白者，不得被認為有罪或被科以刑罰」。為落實此意旨，319 條 2 項：「不論是否公判庭之自白，自白倘係不利於己之唯一證據，不得對於被告作有罪之認定。」是為自由心證之例外。法官縱認自白之證明力甚高，仍不得作為有罪之唯一證據，稱為「補強法則」。

通說認為不得以被告前後數次自白互為補強證據^{註 18}，實務採相同立場（最判昭和 25 年 7 月 12 日刑集 4 卷 7 號 1298 頁）。然被告受犯罪嫌疑調查前，紀錄收支及借貸之備忘書面，實務認為與接受犯罪嫌疑調查之供述不同，屬於 323 條之特信性文書，得作為自白之補強證據（最決昭和 32 年 11 月 12 日刑集 11 卷 12 號 3047 頁）。

註 15：安富潔前掲「演習講義刑事訴訟法」246 頁；庭山英雄、岡部泰昌前掲「刑事訴訟法」221 頁。

註 16：庭山英雄、岡部泰昌前掲「刑事訴訟法」221、222 頁。

註 17：土本武司前掲「捜査官のための証拠法の理論と実際」125 頁。

註 18：平野龍一前掲「刑事訴訟法概説」178 頁；田口守一前掲「刑事訴訟法」316 頁；庭山英雄、岡部泰昌前掲「刑事訴訟法」225 頁。



共同被告(含共犯)之自白,能否作為被告自白之補強證據。被告否認犯行,得否以共同被告之自白,作為被告有罪之唯一證據?共同被告之自白,性質上係被告本人以外之供述,然因共同被告於同案審理具有被告之性質,非共同被告之共犯於另案具有被告之性質,與單純被告以外之第三人供述,要有不可。尤以共同被告與被告之利益經常相左,為減免罪責或嫁禍他人,虛偽之危險性極高。日本最高法院早期認為共同被告供述,仍屬被告之供述,非具有完全獨立之證據能力,至多有「半證據能力」(最判昭和24年5月18日刑集3卷6號734頁),須有其他補強證據,始得成為完全獨立之證據能力,不得以共同被告自白作為被告自白之補強證據,亦不得為被告有罪之唯一證據。其後改變見解,認為共犯非被告本人,其自白有完全獨立之證據能力,得作為被告有罪之唯一證據,且得為被告自白之補強證據(最判昭和33年5月28日刑集12卷8號1718頁)。

學說上,對於共同被告自白之屬性,見解亦見分歧。「補強證據不要說」,主張共同被告非被告本人,係被告以外之第三人,支持日本最判昭和33年5月28日刑集12卷8號1718頁之見解。「補強證據必要說」,認為共同被告與被告本人之自白均存在易招致誤判之危險,尤以被告否認犯行,除共同被告之自白,又無其他補強證據之情形,倘不以補強證據為要,對自白之共同被告,因本人自白係唯一證據,不得為有罪判決,對否認之共同被告,因不須補強證據,應受有罪判決。造成自白之共同被告獲判無罪,否認犯罪之被告受有罪判決,悖於一般人認知。折衷說,主張為避免偵

查機關不正取供,共同被告法庭以外之自白,視為被告之自白,要有補強證據,公判庭內之共同被告自白,因任意性可得擔保,得為被告有罪之唯一證據^(註19)。

共同被告以被告身分供述時,被告固得行使反對質問(311條2項)。然共同被告受緘默權或不自證己罪特權(311條1項、憲法38條1項)之保障,被告為反對質問時,可能因共同被告選擇緘默而無效果,此時共同被告之供述得否作為不利被告之證據,日本學界見解有三。一、否定說:被告無法充分為反對質問,共同被告供述之證據能力應被否定,祇得利用程序分離,以證人詰問程序取得之供述,始有證據能力。二、肯定說:形式上被告對於共同被告仍得行使反對質問,不論能否充分行使,共同被告在合併審理程序之供述,仍有證據能力。三、限定肯定說:被告之反對質問權倘能充分行使,則共同被告於合併審理程序之供述有證據能力,若共同被告行使緘默權,共同被告之供述不得作為證據^(註20)。折衷說為多數說,實務判例則採第二說(最判昭和28年10月27日刑集7卷10號1971頁)。

參、傳聞法則

一、概說

傳聞證據,係指作為認定事實基礎之事實,未經直接體驗者本人於公判庭陳述,而係以其他方式提出於公判庭之證據。換言之,公判庭之供述或書面係以公判庭外之供述為其內容,並用以證明該供述內容是否真實,即為傳聞證據^(註21)。

甲在法庭稱:「我看見乙偷丙的東西」,如證明乙竊取丙財物之事實,因供述係在法官

註19:田宮裕著「ホーンブック刑事訴訟法」改訂新版(2000年4月25日)、北樹出版、246頁。

註20:田口守一前掲「刑事訴訟法」318頁。

註21:三井誠前掲「日本における伝聞法則と其の例外」2頁。



面前經反對詰問，故有證據能力。惟甲因死亡或身心障礙無法到庭，能否以記錄甲供述之書面或聽聞甲供述之丁法庭證詞，作為證據，則有疑問。記錄甲供述之書面，係「傳聞書面」，在公判庭證稱：「甲說：『我見到乙偷丙的東西』」之某丁供述，為「傳聞供述」^(註 22)。二者均是透過甲之知覺、記憶、表現及敘述，將經驗事實，以書面或第三者言詞呈現之供述證據，因非在法院面前經反對詰問確認，皆為傳聞證據。

何種證據屬於傳聞證據，傳聞與非傳聞之基準何在？傳聞法則之適用，有無例外，要件為何？320 條 1 項：「除第 321 條至第 328 條規定之情形外，在公判期日代替供述之書面，或在公判期日外，以他人供述為內容所作之供述，均不得作為證據。」依文義解釋，被告於審判期日以外之供述及書面，屬於傳聞證據，不得作為證據。然被告對自己並無反對詰問之問題，故在 322 條列為傳聞法則之例外，稱為「傳聞法則之不適用」。

二、非傳聞

待證事實如非以供述內容真實與否為內容，縱公判庭之供述係以公判庭外之供述為內容，亦非傳聞。丁在公判庭證稱：「我聽到甲說：『我看見乙偷丙的東西』」，待證事實若係乙竊取丙之財物，則「我見到乙偷丙的東西」為傳聞；如證明甲誹謗乙之名譽，重點在丁證詞之信憑性，而非甲所言是否真實，丁經甲為反對詰問之法庭內供述，非傳聞。

以下四種情形，亦非傳聞。一、「供述本

身屬於該當犯罪構成要件之事實」。上開誹謗、恐嚇之例屬之。二、「言語屬於行為之一部分」。例如，甲將手錶交給乙時，稱「恭禧考試及格」，甲之言語，係供述證據，然係贈與手錶行為之一部分，毋寧視為行為。三、「供述用以作為推論與供述內容真實與否無關之情況證據」。如甲自稱「我是火星人」。若用以判斷甲之精神狀態，因不涉是否真實，故非傳聞。四、「關於精神狀態（心理狀態）之供述」。例如，證人甲在性侵害之公判庭中稱：「乙（被害人）說丙（被告）很可惡」，甲之證詞係以乙公判庭外之供述為內容，然乙係表達對丙之內心感受，不涉知覺、記憶過程，為非傳聞^(註 23)。

備忘書面，是否為傳聞證據？法院在共同謀議記錄犯罪計畫之案例，認為紙條記載之內容係人之意思、計畫，若用以證明其意思、計畫，不適用傳聞法則（東京高判昭和 58 年 1 月 27 日判時 1097 號 146 頁）。學界對此，認為紙條因作成情形不同，評價亦異。以紙條存在作為證據，為非供述證據，利用紙條證明作成當時之精神狀態，為非傳聞。紙條若係記錄過去精神狀態之報告文書，則屬傳聞^(註 24)。備忘書面作成人 A 未親聞 B 有關求償言論，透過共謀者 C 之轉述而紀錄，C 轉述是否正確，有對其反對詰問之必要，該書面屬於傳聞證據^(註 25)；惟書面作成後，若經 B、C 確認內容正確，則得解釋為共謀行為之一部分，屬於非傳聞^(註 26)。

三、傳聞法則之例外

註 22：陳運財著「傳聞法則之理論與實踐」『傳聞證據』（2003 年 9 月初版）、元照、48 頁。

註 23：庭山英雄、岡部泰昌前掲「刑事訴訟法」198 至 200 頁；三井誠前掲「日本における伝聞法則と其の例外」4 頁；田口守一前掲「刑事訴訟法」324 頁。

註 24：田口守一前掲「刑事訴訟法」326 頁。

註 25：村瀬均著「伝聞の意義」松尾浩也、井上正仁編『刑事訴訟法判例百選』7 版、有斐閣、180 頁。

註 26：大澤裕著「伝聞証拠の意義」松尾浩也、井上正仁編『刑事訴訟号法の争点』3 版、有斐閣、

不適用傳聞法則有三。一、公判準備期日之證人筆錄(321條2項)，已給予被告反對詰問之機會。二、當事人同意之供述證據(326條)，因被告放棄反對詰問權。三、被告對其本人之供述不存在反對詰問(322條)，故均不適用傳聞法則^(註27)。

某些供述證據，縱未經公判庭之檢驗程序，亦可確保供述證據之可信性，且有利用該供述證據之高度必要性，故例外賦與證據能力，此為「傳聞法則之例外」(321條至324條)。要件有三。

甲、供述不能：原供述人死亡、精神或身體之障礙、所在不明或滯留國外等屬之。日本判例及通說對於要件採例示說^(註28)。實務對於：一、證人行使外交特權拒絕到庭(東京高判昭和50年3月6日判時794號121頁)；二、證人事實上拒絕宣誓、拒絕證言(仙台高判昭和32年6月19日高刑集10卷6號508頁、東京高判昭和63年11月10日判時1324號144頁)；三、證人拒絕證言(最大判昭和27年4月9日刑集6卷4號584頁)；四、共同被告行使緘默權(札幌高判昭和25年7月10日高刑集3卷2號303頁)；五、證人因不復記憶拒絕證言(最決昭和29年7月29日刑集8卷7號1217頁)；六、性侵被害人哭泣無法證言(札幌高函館支判昭和26年7月30日高刑集4卷7號936頁)等，均為供述不能。學者主張證人拒絕證言，倘係檢察官有意

性之影響，基於程序正義，應否定該證詞之證據能力。實務並認為檢察官明知供述人一旦遭強制出境，將無法於公判準備或公判期日供述，卻利用此情事，或檢察官無視法院裁定詰問證人，仍將證人強制出境，檢察官請求調查該供述人之偵查中供述筆錄，欠缺公正性，不得作為認定事實之證據(最判平成7年6月30日刑集49卷6號741頁)。

乙、信用性之情況保障(或稱特信性)：信用性之情況保障，係指前後供述比較結果，先前供述係在較可信之情況下作成。依供述時之外部狀況觀察，信用性可獲得擔保之程度，可取代反對詰問，稱為信用性之情況保障。自然性之陳述(未經思索直接反應之陳述)(供述之自然性)、臨終陳述(供述之良心性)、反於財產上利益之陳述(供述之不利性)等屬之。子女(證人)在父親(被告)面前之供述較公判庭供述不可信(大阪高判昭和25年12月23日高判特報15號104頁)；公判庭外之供述，思路井然有序，較為可信(名古屋高判昭和24年10月12日高判特報2號36頁)。惟匿名檢舉書信，則否定其證據能力(東京地判平成3年9月30日判時1401號31頁)。特信性之判斷，學說有三：(1)特信情況存在與否，應專從附隨於供述外部之情狀觀察。如證人審判時稱不復記憶或其後與訴訟關係人不睦。(2)除附隨於供述之外部情事，供述內容本身(例如供述時思路井然有

185頁。此外，諸多探討關於犯罪共謀計畫之書面，可參三好幹夫著「傳聞法則の適用」大阪刑事實務研究會編『刑事証拠法の諸問題』(上)(2001年4月25日1版)、判例タイムズ社、60頁以下。

註27：三井誠前掲「日本における伝聞法則と其の例外」4頁；田口守一前掲「刑事訴訟法」326、327頁；庭山英雄、岡部泰昌前掲「刑事訴訟法」201頁。

註28：田口守一前掲「刑事訴訟法」330頁；庭山英雄、岡部泰昌前掲「刑事訴訟法」202頁；田宮裕前掲「ホーンプック刑事訴訟法」225頁；的場純男「檢察官面前調書」『刑事訴訟号法の争点』186頁。





序)得作為判斷根據,此為判例(最判昭和30年1月11日刑集9卷1號14頁)及通說所採。(3)應專從供述內容本身判斷特信性之有無(註29)。

丙、必要性:係指該傳聞證據具有利用上之不可欠缺性(註30)。

四、傳聞書面

傳聞書面分為三類。

甲、被告以外之人之供述代用書面(321條):類型詳後。供述筆錄係製作者聽取(第一次傳聞)原供述人供述而作成之書面(第二次傳聞),說來係再傳聞,與供述人作成之供述書,只存在一次傳聞不同。為排除製作者聽取供述之第一次傳聞危險性,確保記載與真意一致,供述筆錄須經原供述人簽名或蓋章,藉以除去作成筆錄過程之第二次傳聞性。日本實務對於原供述人頻臨死亡無法簽名或蓋章,例外承認具有效力(福岡高判昭和29年5月7日高刑7卷5號680頁)。學說認為被告以外之人作成之供述書,原則上無須經本人簽名或蓋章,惟供述人身分無法判明(如匿名書),不得作為傳聞法則之例外(註31)。

乙、被告之供述代用書面(322條):被告對自己之供述,無反對詰問之問題,其供述書(如備忘錄、日記帳、始末報告書等)或經其簽名、蓋章之供述筆錄,若係對己不利益之承認而有任意性(322條1項前段、但書),或有絕對可信性之非不利益供述(同條項後段),得為證據。被告之公判準備期日或公判

期日之供述,得為證據(311條),然更新審判程序、撤銷發回更審及移送管轄等情形之被告公判期日筆錄,因判決與筆錄作成法院不同,故透過同條2項賦與證據能力,只須具有任意性,可作為證據。

丙、具有特信性之文書(323條):特信性文書,因類型上具有高度信用性,利用必要性又高,故有證據能力。特信性文書分為三種。一、公務文書:如戶籍謄本、公證書謄本或其他公務員(含外國公務員)所作成可證明其職務上事實之書面(如不動產登記簿謄本、商業登記簿謄本、印鑑證明等)(同條1款)。實務認為被告之前科表、指紋照會回答書亦屬之(註32)。二、業務文書:如商業帳簿、航海日誌及其他業務上通常過程作成之書面(如病歷表)(同條2款)。三、前二款以外之其他特信性文書(同條3款):如日記、信件、學術論文、家譜、市場價格表、日曆、運動紀錄、民事判決(註33)。銀行融資課行員,因恐日後遭追究責任,事先作成記載有關貸款過程之備忘書面,實務認為係3款之特信性文書(東京高判平成11年10月8日東高刑時報50卷1112號112頁)。

五、被告以外之人之供述代用書面

(1) 法官面前供述筆錄

法官面前供述之書面,因供述人死亡、精神或身體之障礙、所在不明或在國外,無法到庭,或公判準備或公判之供述與先前不一致,法官面前供述筆錄得作為證據。實務認為其他

註29:立石二六著「檢察官面前調書的證據能力」高窪貞人編『演習ノート刑事訴訟法』(2002年12月15日)、法學書院、197頁。

註30:三井誠著、陳運財譯「起訴狀一本主義與傳聞法則」『律師雜誌』232期、76頁;田宮裕前揭「ホーンブック刑事訴訟法」223、224頁;土本武司著「刑事訴訟法要義」、有斐閣、383頁。

註31:田宮裕前揭「ホーンブック刑事訴訟法」224頁。

註32:田口守一前揭「刑事訴訟法」340頁。

註33:田口守一前揭「刑事訴訟法」341頁;田宮裕前揭「ホーンブック刑事訴訟法」231頁。

案件之審判筆錄，係法官面前供述筆錄（最決昭和29年11月11日刑集8卷11號1834頁）。

法官面前供述筆錄，有供述不能或自我矛盾之供述之情形，得例外作為證據。公判外供述較明確或詳細，為供述不同，惟以何者可採，委諸法官之自由心證，並非有證據能力其證據價值亦高。自我供述矛盾之認定標準，較為寬鬆^(註34)，惟公判準備期日或公判期日，應予當事人就先前供述有反對詰問之機會^(註35)。

(2) 檢察官面前供述筆錄

檢察官面前供述筆錄，係檢察官偵查中調查犯罪嫌疑人作成之筆錄。有檢察官面前供述筆錄之形式，卻無檢察官訊問之實質，仍非此供述筆錄^(註36)。如檢察官朗讀檢察事務官或司法警察作成之供述筆錄，令供述人確認有無錯誤，因不具訊問實質，不得稱為檢察官面前供述筆錄^(註37)。

其傳聞例外之要件：一、供述人死亡、精神或身體之障礙、所在不明或在國外，而無法在公判準備或公判期日為供述；二、供述人在公判準備或公判期日所為與先前不同之供述時，或在公判準備或公判期日為與先前相反或實質上不同之供述。但以先前之供述較公判準備或公判期日所為供述，存在較可信之特別情況為限。

檢察官已於公判期日詰問證人，其後能否訊問同一證人，並製作檢察官面前供述筆錄？日本實務為肯定說，認為必要時，檢察官得為之。學者主張公判期日後之訊問，違反公判中心主義，且因訊問過程摻雜強制、交換條件等導致虛偽供述之危險，持否定見解。通說以證

人同意，作為容許檢察官第二次訊問之條件^(註38)。

肯定或限制肯定說之見解，衍生其他問題。如證人第二次檢察官面前供述筆錄，有無321條1項2款後段之證據適格？證人於第二次檢察官面前供述筆錄後，發生死亡等供述不能之事由，第二次檢察官面前供述筆錄可否適用同條後段，作為證據？日本實務均持肯定立場（最決昭和58年6月30日刑集37卷5號592頁、東京高判平成5年10月21日高刑集46卷3號271頁）。

公判期日之證人供述與先前檢察官面前筆錄，僅部分自我矛盾，先前筆錄係全部有證據能力，或僅矛盾部分有證據能力？通說採限定說，認為筆錄內容倘為可分，限於矛盾部分始有證據能力。

(3) 司法警察等面前供述筆錄及其他

如告訴書、始末報告書、陳報狀、調查報告書、搜索扣押筆錄及酒醉鑑識卡內關於犯罪嫌疑人之問答屬之，適用範圍甚廣。實務認為囑託外國法院對於證人作成之法官面前供述筆錄，屬於此供述筆錄，尚非前開法官面前供述筆錄（最決平成12年10月31日判時1730號160頁、東京高判昭和59年4月27日高刑集37卷2號153頁、東京高判昭和62年7月29日高刑集40卷2號77頁）。

要件甚嚴，須兼具「供述不能」、「信用性之情況保障」（絕對特信性）及「必要性」之要件。

(4) 法院之證人供述筆錄

法院之證人供述筆錄，係指因公判程序更

註34：田宮裕前掲「ホーンプック刑事訴訟法」225頁。

註35：庭山英雄、岡部泰昌前掲「刑事訴訟法」204頁。

註36：土本武司前掲「刑事訴訟法要義」393頁。

註37：田口守一前掲「刑事訴訟法」329頁。

註38：田口守一前掲「刑事訴訟法」333頁。





新審理、撤銷發回更審、移送管轄等情形，先前法院作成之證人供述筆錄。至法院因其他案件作成之證人供述筆錄，則為法官面前供述筆錄^(註39)。

(5) 勘驗筆錄

所謂勘驗，係勘驗人藉由五官（眼耳鼻舌皮膚）作用，對於場所或物體等對象物之存在、狀態、性質，所為知覺、認識之行為^(註40)。勘驗人作成之勘驗筆錄，因具供述證據之性質，故公判庭外之勘驗筆錄，屬於傳聞證據。法院作成之勘驗筆錄，因勘驗時訴訟關係人得到場，經訴訟關係人在場確認之正確性，足可媲美反對詰問，例外不適用傳聞法則，得為證據（321 條 2 項）。通說認為其他案件之法院勘驗筆錄，適用本項規定^(註41)。

檢察官、檢察事務官或司法警察等偵查機關作成之勘驗筆錄（令狀主義，218 條、321 條 3 項），須經作成人到庭證明係其作成（作成名義之真正性），並就內容真實性接受反對詰問（作成內容之真正性），始得為證據^(註42)。實務及通說均認偵查機關基於訴訟關係人任意處分作成之勘驗筆錄，準用此規定（最判昭和 35 年 9 月 8 日刑集 14 卷 11 號 1437 頁）^(註43)。至辯護人等私人機關作成之勘驗書面，

是否在準用之列，學說有肯定否定之爭^(註44)。

(6) 鑑定書

基於法院或法官之鑑定命令（165 條、179 條）作成之鑑定，因經鑑定人宣誓（166 條），得作為證據（321 條 4 項）。但當事人不同意作為證據時，鑑定人應到庭證明該鑑定書作成名義之真正，並就內容真實方面，接受反對詰問。惟鑑定人死亡或因其他因素無法到庭，該鑑定書倘符合 321 條 1 項 3 規定，有該款之適用^(註45)。

受偵查機關委託作成之鑑定書（223 條 1 項），證據能力如何，法無明文。通說及判例認為準用上開規定（最判昭和 28 年 10 月 15 日刑集 7 卷 10 號 1934 頁）。惟有學者主張偵查機關對鑑定人之選任欠缺公正性，且鑑定人未經宣誓，故持否定立場^(註46)。判例對於受私人委託鑑定出具之鑑定書（如醫師之診斷書），認得準用 321 條 4 項（最判昭和 32 年 7 月 25 日刑集 11 卷 7 號 2025 頁），惟學者多持反對意見^(註47)。

六、其他利用科學機器作成之證據

照片、錄音帶及錄影帶等利用科學機器作成之證據，通常能如實呈現原本之形狀、性質，不致摻雜人為知覺、記憶、表現及敘述等

註 39：庭山英雄、岡部泰昌前掲「刑事訴訟法」205 頁；田宮裕前掲「ホーンブック刑事訴訟法」226 頁。

註 40：三井誠、酒卷匡前掲「入門刑事手続法」48 頁。

註 41：田宮裕前掲「ホーンブック刑事訴訟法」226 頁。

註 42：三井誠前掲「日本における伝聞法則と其の例外」8 頁；庭山英雄、岡部泰昌前掲「刑事訴訟法」207 頁；田口守一前掲「刑事訴訟法」337 頁。

註 43：田宮裕前掲「ホーンブック刑事訴訟法」229 頁。

註 44：庭山英雄、岡部泰昌前掲「刑事訴訟法」207 頁；田宮裕前掲「ホーンブック刑事訴訟法」229 頁。

註 45：奈良俊夫著「鑑定書」高湊真人前掲『演習ノート刑事訴訟法』174 頁。

註 46：田宮裕前掲「ホーンブック刑事訴訟法」229 頁。

註 47：田口守一前掲「刑事訴訟法」337 頁；奈良俊夫前掲「鑑定書」175 頁；庭山英雄、岡部泰昌前掲「刑事訴訟法」207 頁。



錯誤。犯罪現場之現場照片、錄音及錄影，係非供述證據。日本實務，對於科學證據作成之真正性與內容同一性，通常以作成人說明之方式確認，倘作成人不明，不得作為證據。犯罪現場重建之照片、錄音或錄影，兼具被告公判期日以外自白及勘驗之性質，應符合 321 條 3 項及 322 條 1 項，始得作為證據。

錄取供述人筆錄之錄音，有傳聞法則之適用，犯罪嫌疑人或其他參考人之供述錄音，準用供述筆錄之規定。亦即，被告之供述錄音，準用 322 條，被告以外之人之供述錄音，準用 321 條 1 項。錄影帶因同時呈現影像與錄音，影像部分與現場照片之處理標準相同，原則為非供述證據，聲音部分與錄音為同一處理，視不同個案情形，有 321 條以下之適用。

七、傳聞供述

被告以外之人於公判準備或公判期日之供述，以他人之法庭外陳述為內容，稱為傳聞供述（傳聞證人）。甲聽乙說：「丙殺丁」，甲在公判庭稱：「乙說：『丙殺丁』」。甲係以乙公判期日以外之陳述為內容，甲之供述內容為傳聞供述。因來源不同，傳聞供述大別為二。一、以被告之法庭外供述為其內容（324 條 1 項）；二、以被告以外之人在法庭外之供述為其內容（同條 2 項）。

前者，因聽聞自被告本人，傳聞供述可否作為證據，準用被告作成之供述書或經其簽名、蓋章之供述筆錄等規定（322 條）。後者，係以被告以外之人之公判外供述為傳聞供述，準用司法警察職員等面前供述筆錄之規定（321 條 1 項 3 款）。

二重傳聞之再傳聞證據，有無證據能力？

如甲告知乙（第一次傳聞）某事，乙向丙轉述（第二次傳聞），並由丙在公判庭以乙之轉述為供述內容。丙之供述過程，包括二次傳聞，為再傳聞。

肯定說，認為第二次傳聞過程，係以被告以外之人於法庭外供述為其內容，適用 324 條 2，同時準用 321 條 1 項 3 款，可除去傳聞之危險性。第一次傳聞供述之危險性，利用同法也可除去，重複適用 324 條 2 項、321 條 1 項 1 款，再傳聞得作為證據。反對論者，批評此種推論，使傳聞法則精神盡失，重複適用之結果，再再傳聞、再再再傳聞，可因透過解釋取得證據能力，範圍失之過廣。為回應此批評，肯定論者主張 321 條至 324 條，限於各適用一次之範圍，承認有證據能力。例如，甲告訴乙某事（第一次傳聞），乙向檢察官轉述（第二次傳聞），並由檢察官作成供述筆錄之事例（此為再再傳聞，然筆錄經乙確認，可擔保記載無誤，可視為再傳聞），適用 321 條 1 項 2 款，可除去第二次傳聞過程之傳聞性，再適用 324 條 2 項及 321 條 1 項 3 款，可除去第一次傳聞之傳聞性。因 321 條 1 項 2 款、324 條 2 項及 321 條 1 項 3 款均只適用一次，該再傳聞得作為證據^{註 48}。然判例及多數說，均肯定利用多次適用傳聞例外規定之方式，使再傳聞具有證據能力^{註 49}，無次數限制。

八、彈劾證據

為爭執被告、證人等於公判準備期日或公判期日供述之證明力，無證據能力之傳聞書面或供述，得為證據。此種用以彈劾供述證明力之證據，稱為彈劾證據（328 條）。然彈劾證據並無證據能力，僅得用以彈劾，不得作為認

註 48：庭山英雄、岡部泰昌前掲「刑事訴訟法」211 頁；田口守一前掲「刑事訴訟法」341、342 頁。

註 49：田宮裕前掲「ホーンプック刑事訴訟法」235、236 頁。



定犯罪事實之實質證據（最判昭和 28 年 2 月 17 日刑集 7 卷 2 號 237 頁）（註 50）。

爭執法庭供述證明力之彈劾證據，不外用以減低證據之證明力（彈劾證據），得否作為增強（增強證據）或回復（回復證據）證據之證明力，學說不一。有認為僅限於作為彈劾證據，不得用作增強證據或回復證據之用；有認為可兼作增強證據使用；亦有認為彈劾證據除作為彈劾證據之功能，亦得作回復證明力之用（註 51）。判例認為，彈劾證據可用來減低供述證據之證明力，且可作為回復證明力之用（東京高判昭和 54 年 2 月 7 日判時 940 號 138 頁）。

彈劾證據是否限於彈劾自我矛盾之供述，有限定說與非限定說之爭。限定說，主張彈劾證據僅能用以爭執自己不一致之供述。非限定說，認為彈劾證據除用以爭執自己不一致之供述，亦可攻擊他人供述證明力。折衷說主張，檢察官方面，彈劾證據限於爭執證人自我矛盾之供述，被告方面，則不限自己矛盾之供述，可攻擊其他證人矛盾之供述（註 52）。

九、同意書面、合意書面

檢察官或被告同意作為證據之書面或陳述，稱為同意書面。法院審酌該等書面或陳述之作成情形，認為相當，得不受 321 條至 325 條 5 之限制，可為證據（326 條 1 項）。被告未到庭而得調查證據時，倘被告未到庭，視為對於傳聞證據已有同意（同條 2 項）。

此種同意書面，有學者認為係反對詰問權之放棄，一經表示同意，即不得爭執證據之證明力，故不得聲請調查。另說認為同意係承認

當事人對於證據之處分權，係賦與證據能力之訴訟行為（實務所採），當事人表示同意作為證據，倘有爭執，仍得請求調查。關於默示同意書面，日本法無明文，然實務對於當事人不爭執，認為對傳聞供述有默示同意（最決昭和 59 年 2 月 9 日刑集 38 卷 3 號 479 頁）（註 53）。

合意書面，係指檢察官、被告或辯護人經雙方合意，將文書內容或公判期日可預期之陳述內容，以書面方式向法院提出，法院可不經調查程序，逕以合意書面作為認定事實之證據（327 條），惟當事人仍得爭執證明力（註 54）。

肆、證據排除法則

一、概說

違法取得證據，不限於物證，違法取得自白，亦是廣義之違法取得證據。違法取得自白，有自白法則與補強法則可資規範，但自白法則僅涉任意性，補強法則為自由心證之例外，對於未告知緘默權、選任辯護人權利，違法取得之自白，有賴運用違法取得證據排除法則，始能排除。最判昭和 53 年 9 月 7 日刑集 32 卷 6 號 1672 頁判示：「案件真相之究明，須顧及個人基本人權之保障，且應基於正當法律程序。尤其除憲法 33 條及依據令狀等情形外，憲法 35 條係針對保障住居不受侵入及不受搜索、扣押之權利而制定。有鑑於此，刑訴法針對搜索及扣押定有嚴格之規定，此外憲法 31 條係保障正當法律程序之規範，關於物證等扣押程序，如係無視憲法 35 條及刑訴法 281 條 1 項等規定所揭示令狀主義精神之重大違

註 50：田口守一前掲「刑事訴訟法」345 頁；三井誠前掲「日本における伝聞法則と其の例外」10 頁。

註 51：土本武司前掲「刑事訴訟法要義」424 頁。

註 52：田口守一前掲「刑事訴訟法」345 頁；船山泰範著「証明力を争うための証拠」高瀬貞人前掲『演習ノート』184、185 頁。

註 53：後藤貞人前掲「異議申立て」341 頁。

註 54：田口守一前掲「刑事訴訟法」343 頁。

法，從抑制將來違法偵查之觀點，倘容許作為證據，將被認為不當者，其證據能力應被否定。」可謂承認證據排除法則之起步^(註55)。

二、理論根據與排除基準

證據排除法則之理論根據，有「規範說」（憲法保障說）、「司法廉潔說」及「抑制效果說」。排除基準，因認定寬嚴標準不一，主張應全部排除，為絕對排除說，主張部分排除，為相對排除說。相對排除說手段較溫和，以正當法律程序之觀點，違法取得證據之過程足使訴訟程序無效之重大違法程度，處罰被告與公平正義有違，應被排除；從司法廉潔性及抑制違法偵查之觀點，應依個案具體判斷，綜合違法程序之程度、違法之狀況、程序違法之有意性、程序違法與該證據取得間因果關係之程度、證據之重要性、案件之重大程度等，權衡排除所生不利益與排除必要性，僅有排除之必要，證據始被排除。

三、毒樹果實理論

利用違法證據（毒樹）取得之第二次證據（果實），證據能力是否受最初程序違法性波及，應否被排除，稱為毒樹果實理論，日本實務以「同一目的」及「直接利用」為判斷基準（最一小決昭和 61 年 4 月 25 日刑集 40 卷 3 號 215 頁）^(註56)。學說大致可分三說。一、以「獨立來源法理」及「稀釋理論」為核心，主張第二次證據與第一次證據，不具關連性（欠缺因果關係）或第一次違法取得證據與第二次證據之因果關係甚低（因果關係薄弱），第二次證據違法性因其他正當法律程序介入，最初違法性已被稀釋除去，第二次證據例外不被排除。「不可避免被發現理論」，認為倘利用其他適法程序，違法取得之第二次證據無可避免

被發覺，則第二次證據例外可為證據。二、視第一次證據違法程度、第一次證據與第二次證據間之關連性（因果關係）、第二次證據之重要性、案件之重大性、偵查機關之意圖等情事為綜合之評價。此係日本最高法院法官佐藤正己法官之補充意見（最判昭和 58 年 7 月 12 日判夕 509 號 71 頁）。其後實務大致以此為依據（大阪高判平成 4 年 1 月 30 日高刑集 45 卷 1 號 1 頁）。三、從正當法律程序觀點，以第二次證據與第一次證據之間具有因果性為足，惟考慮司法廉潔性與抑制違法偵查，應視違法程度、有意性、因果關係程度、第二次證據之重要性、案件重大性等情事，為綜合衡量。✱（本文作者現職為臺灣臺北地方法院刑事庭法官）



畢德士（1942 —）

企業創造積極、有想像力與冒險精神的專業服務環境，才能擺脫僵化管理的束縛，走向重生。

註 55：田口守一前揭「刑事訴訟法」301 頁。

註 56：小早川義則著「毒樹の果実」松尾浩也、井上正仁前掲『刑事訴訟法の争点』199 頁。