



【國民法官法】

根據同種前科認定事實

——評日本最高法院昭和41年11月22日第三小法庭裁定（刑集20卷9號1035頁、判時467號65頁、判夕200號135頁）

■吳秋宏 最高法院調辦法官
台日刑事法研究會理事

壹、本案事實概要

本件被告因缺乏生活費，意圖募集捐款充作其生活費用，乃佯裝成為了社會福祉進行募款，而自昭和40年3月起至8月間，前後合計202次，在銀行、信用金庫等金融機構，向其理事長及分行行長等人出示標題為「促進無家屬老人福祉意旨書」之書面後，誑以：「我正在援助家境不好的人，拜託請捐款」云云，致其等誤信確係用於福祉事業，因而交付現金合計20萬1,500日圓。

第一審判決被告有罪，並採用被告先前曾犯同種詐欺案件之判決筆錄¹，作為認定被告有詐欺故意之證據（神戶地

院洲本支判昭和40年12月2日刑集20卷9號，1043頁）。

辯護人於上訴第二審之上訴理由，主張被告固然有以充實宗教資金為名，募集上開金錢，但並無詐欺故意。第二審判決不採辯護人之主張，其理由說明：「被告前於昭和38年9月19日，因與本件相同手段之詐欺罪，經神戶地方法院尼崎支部判處有期徒刑，現仍為緩刑期內之身分，依其態樣，足認其就本件行為構成詐欺罪，亦有認識」，佐以被告當時並無任何收入來源，處於生活匱乏等狀態，足認其有犯罪動機，又關於犯罪手段乙節，自被告利用實際上不存在之團體名稱收受名為捐款之金錢，

DOI：10.53106/207798362023080134007

關鍵詞：前科、品格證據、自然關聯性、法律關聯性、國民法官

¹ 為減輕法官負擔，宣示判決如滿足一定要件，法官毋庸製作判決書，得由書記官製作判決筆錄代之。判決筆錄記載判決主文、適用法條及犯罪事實，但犯罪事實通常援引起訴書作為附件。其要件包括：1.地方法院或簡易法院作成之判決；2.有罪判決；3.不聲明上訴；4.確定前未請求交付判決謄本。判決確定後，可以請求法院發給判決筆錄謄本。轉引自<https://wellness-keijibengo.com/keijisaiban-flow/kisogo-flow/choushohanketsu/>。

卻全數供已作為生活費用，而無分文用於社福活動，亦未捐贈給社福機構等情，亦堪認定（大阪高判昭和41年5月9日刑集20卷9號，1062頁）。

辯護人上訴第三審，其上訴意旨主張被告先前犯他罪之證據，即使性質相同，亦不容執作被告就本件公訴事實有罪之證明。第一審判決採用前案判決筆錄作為認定被告有詐欺故意之證據，原判決未予糾正，而以上開理由支持第一審見解，其判決違反證據法則，且違背大審院判例（大判昭和2年9月3日，新聞2750號，9頁；大判昭和14年3月25日，判決全集6輯14號，43頁）。

貳、相關爭點

證據裁判原則以嚴格證明法則為核心，亦即認定犯罪事實所憑之證據，須具證據能力，且經合法調查，否則不得作為判斷之依據。所謂證據能力，係指證據得提出於法庭調查，以供作認定犯罪事實之用，所應具備之資格；此項資格必須證據與待證事實具有自然關聯性，符合法定程式，且未受法律之禁止或排除，始能具備（司法院釋字第582號解釋理由書參照）。

依學說及實務見解，證據與待證事

實之間，應具有自然的關聯性、法律的關聯性，且無適用證據排除法則之情形，始得作為證據²。此乃有無證據能力之判斷基準。前科，乃經法院確定判決所認定之過去犯罪行為，前科資料足以證明被告先前素行不良，就證明被告之品格而言，具有高度之證明力，惟倘用於推論犯罪事實，可能同時產生不當預斷、偏見，進而導致事實誤認之風險。因此，前科資料是否具有證據適格，攸關其是否具有法律的關聯性，可否以同種前科作為認定犯罪事實之依據³。本件第一、二審判決均以被告先前犯詐欺罪之同種犯罪前科，作為推論其主觀上有詐欺故意之基礎，因而論處詐欺罪刑，其採證認事是否符合證據法則，乃本案爭點所在。

參、裁判理由

最高法院因認辯護人前揭上訴意旨並非合法之上訴理由，裁定駁回上訴，並就前揭上訴意旨之主張，判示如下：

「在犯罪之客觀要素已根據其他證據得到確認之本案事實之下，原審判決依被告之同種前科內容認定如同本件被告詐欺故意之犯罪的主觀要素，並無所指違法之情事。」

² 三井 誠、酒卷 匡，入門刑事手続法，有斐閣，六版，2015年12月，230頁。司法院釋字第582號解釋理由書略謂：「所謂證據能力，係指證據得提出於法庭調查，以供作認定犯罪事實之用，所應具備之資格；此項資格必須證據與待證事實具有自然關聯性，符合法定程式，且未受法律之禁止或排除，始能具備。如證人須依法具結，其證言始具證據能力。」最高法院109年度台上字第1554號判決理由略謂：「無證據能力、未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據，刑事訴訟法第155條第2項定有明文。所謂證據能力，係指證據得提出於法庭調查，以供作認定犯罪事實之用，所應具備之資格；該資格之取得，以證據與待證事實具有自然關聯性，符合法定程式，且未受法律之禁止或排除為要件。」

³ 白取佑司，刑事訴訟法，日本評論社，九版，2017年3月，381頁。

肆、評析

一、學說見解

日本刑事訴訟法（下稱「刑訴法」）就證據能力之限制，僅有自白法則（刑訴法第319條第1項參照）、傳聞法則（刑訴法第320條第1項參照）等規定，有關前科資料是否禁止使用，法並無明文。從反面解釋，似可得出現行法並未禁止以被告之同種前科資料作為證明本案公訴事實存否之結論；但以法律的關聯性而言，某些證明方法可能使事實認定者（法官、陪審員、參審員、國民法官）產生預斷、偏見，導致事實認定錯誤，或可能不當擴大、混亂爭點，造成審理期間冗長、拖延訴訟，而否定其證據能力⁴。

不過證據之容許性，並非一成不變。透過證據與待證事實之間的關係，可以得到多元的結論，某項證據（事實）就某特定目的如具有容許性，即不得以其對於其他目的不具容許性為由加以排除⁵。換言之，某項證據是否具有證

據適格，應依其與待證事實之關係而為判斷，無法一概而論。

一般而言，足以證明不良品格之證據資料，雖具有證據上之自然的關聯性，但因其同時有使事實認定者產生不當預斷、偏見，造成事實誤認之危險，通說乃認原則上不得以被告之不良品格證明公訴事實⁶。前科或曾犯類似犯罪，莫非是表彰被告具有某種不良品格之證據，故以被告曾犯其他犯罪之證據而言，即使與公訴事實屬於同種或類似之犯罪，原則上仍不被容許，學理上稱為「類似事實證據」(evidence of similar fact)之排除法則⁷。此類似事實證據之排除法則，不論是否採行陪審制，均有適用餘地。

學者指出，被告先前因犯他罪而受有罪判決，與其就公訴事實有罪與否並無關係，不得因有前科之人其素行不良較容易犯罪，遽認其為犯人之蓋然性較高。此情形不僅是與公訴事實罪質不同之前科，應如此解釋，對於同種前科亦應為相同評價⁸。從而，以被

⁴ 安富潔，演習講義刑事訴訟法，法學書院，二版，2004年1月，215-216頁；安富潔，刑事訴訟法講義，慶應義塾大學出版社，三版，2014年9月，293頁。

⁵ 岡田雄一，同種前科による事實認定，收錄於：松尾浩也、井上正仁編，刑事訴訟法判例百選，有斐閣，七版，1998年8月，136頁。

⁶ 此所謂「不良性格」，例如暴行罪與被告平日粗暴、激動傾向之關係；詐欺罪與有說謊、虛偽習性之關係等。參見三井誠，刑事手続法Ⅲ，有斐閣，2004年4月，20頁。

⁷ 其理論根據在於：（一）以其他犯罪事實推斷公訴事實之過程，乃經歷從被告曾犯其他犯罪事實推論其具有實施犯罪之不良性格，再由不良性格論斷被告有實施公訴事實之二重推論過程，儘管此推論只不過是證明力低且不確實的推論，但乍看之下可能使陪審員誤認其具有強而有力的推論力之不良影響；（二）有對於被告造成不當突襲（其結果使被告處於必須針對以往所有非行加以反駁之地位）之危險；（三）有使爭點發生混亂（將關注移至原本爭點以外之次要爭點）之危險。參見秋吉淳一郎，同種前科による事實認定，收錄於：井上正仁編，刑事訴訟法判例百選，有斐閣，八版，2005年3月，134頁。

⁸ 安富潔，演習講義刑事訴訟法，同註4，216頁。

告前科或他案犯罪存在及內容之證據證明公訴事實，雖具有自然的關聯性，但是否具有法律的關聯性，即有討論之必要⁹。

待證事實有時與主觀構成要件有關，有時為犯罪構成要件之一部分，有時乃作為客觀構成要件要素之推論基礎。因此前科或其他不正行為與公訴事實是否具有法律的關聯性，非可一概而論。類似事實證據如非作為「品格」之證明，因具有高度證明力，且不致引起上開預斷、偏見、延滯訴訟等弊病，自無妨容許作為其他目的之證明¹⁰。

歸納日本學說，主張可例外容許以前科等類似事實證明公訴事實之情形，大致包括以下五種情形¹¹：（一）被告方面主張證明被告品格良善而遭到檢方反駁之情形，檢察官得提出不良品格之證據¹²，或被告本身成為證人時，為彈劾其證言之信用性¹³；（二）作為構成要件之常習性及認定累犯之刑之加重事由¹⁴；（三）某行為與被訴犯罪行為為密不可分地結合；（四）藉由特殊手

段、方法之同種犯罪證明被告與被訴犯罪之犯人具有同一性¹⁵；（五）證明與被訴犯行有關之動機、知情、認識、故意、計畫、企圖等犯罪主觀要素¹⁶。

不過，有學者則指出故意等犯罪的主觀要素，幾乎均可從客觀情況加以推論，前科內容在證據法則上只不過具有加強的效果而已¹⁷。

二、實務見解

日本大審院大正7年5月24日（刑錄24輯15卷，647頁）判決，針對原審採用以強盜、強暴、傷害等前科為內容之被告供述及前科筆錄，作為認定傷害罪之證據乙節，表示：「刑事訴訟法雖未限定證據之種類，然證據實質上如不適合用以認定一定犯罪事實者，則不得以之作為判斷資料。……前科與其後發生之犯罪行為毫無關聯，全然屬於過去之事實，因此被告有前科之事實業經證明之情形，縱該事實或得作為再犯加重之原因，或得作為判斷被告性格進而影響量刑之根據，或得於賭博罪作為判斷被

⁹ 秋吉淳一郎，同註7，134頁。

¹⁰ 辻 裕教，同種前科による事實認定，收錄於：井上正仁、大澤 裕、川出敏裕編，刑事訴訟法判例百選，有斐閣，九版，2011年3月，140頁。

¹¹ 在分類上，亦有認為應容許以下例外情形：（一）動機之證明；（二）故意、主觀要素之證明；（三）事實無錯誤之證明（大多情形與法律事實之錯誤有關）；（四）雙方犯行之共同計畫、企圖之證明；（五）犯人與被告同一性之證明（被告之前科犯罪與公訴事實之間具有犯罪手法同一性、類似性之情形）。參見安富 潔，演習講義刑事訴訟法，同註4書，216-217頁。

¹² 石井一正，刑事實務証拠法，判例タイムズ，四版，2009年12月，258頁。

¹³ 三井 誠，同註6，20頁。

¹⁴ 三井 誠，同註6，20頁。

¹⁵ 三井 誠，同註6，21頁。

¹⁶ 岡田雄一，同註5，136頁。

¹⁷ 秋吉淳一郎，同註7，134頁。

告具有賭博常習者身分之資料；惟就判斷公訴犯罪行為成立之目的而言，並不適當」，進而以原審援引被告有關強盜、傷害、竊盜等前科之審判筆錄及前科紀錄作為認定構成傷害罪之證據，認為其採證認事違反證據法則。依此判決意旨，除用以證明常習犯等犯罪構成要件之情形外，前科證據僅得作為證明公訴事實（即犯罪行為成立）以外之量刑原因之目的使用。

此見解並為大審院大判昭和2年9月3日（新聞2750號，9頁）、大判昭和14年3月25日（判決全集6輯14號，43頁）等判決所採用¹⁸。

日本最高法院昭和28年5月12日判決，在特別公務員暴行事件中，就證人於詰問時證稱其因犯罪嫌疑人身分接受調查時，曾遭被告（警官）以暴力強行取供乙節，因認其證明意旨縱係被告有暴行習性，此乃有關科刑情狀之證明，並非用以證明公訴事實，因此肯定下級審判決並無違誤¹⁹。由此觀之，最高法院在作成本件裁定之前，基本上仍援用大審院時期之立場。至於就未經起訴之

他案犯罪事實，可否作為量刑之加重基礎，學說則大抵支持最高法院（最大判昭和42年7月5日判決、刑集21卷6號748頁）所持否定說之立場，指出如容許以之作為量刑資料，將違反不告不理原則、正當法律程序、證據證據裁判主義、自白補強法則、雙重處罰禁止原則，而有違法違憲之虞²⁰。本裁定肯認被告之同種前案資料可作為認定被告主觀犯意之依據，採用美國法之法理，具有重大意義。

至於對於未經起訴之他案犯罪事實，日本最高法院大法庭昭和42年7月5日判決雖認為不得作為量刑之基礎，但重申可作為推論被告性格、經歷及犯罪動機、目的、方法等情狀之資料²¹。歸納其他判決，肯認以下情形可例外容許以有關確定前科、未確定之他案犯罪行為或其他不正行為等類似事實證明公訴事實，包括：（一）前科或常習性屬於犯罪構成要件之一部分；（二）證明故意、目的、動機、知情等犯罪的主觀要素²²；（三）前科之存在及內容與公訴事實密不可分²³；（四）根據特殊手法

¹⁸ 然該等案件均係以前科作為情況證據，而非用以認定公訴事實，因此原審判決皆獲得大審院的維持。

¹⁹ 刑集7卷5號，981頁。

²⁰ 三井 誠，同註6，21-22頁。

²¹ 刑集21卷6號，748頁。

²² 就被告否認故意之結婚詐欺事件，大審院肯認公判庭以被告自承有3次同種前科之供述，作為認定有罪之證據（大判昭和15年3月19日判決全集7輯12號26頁）；有關以相同犯行認定公訴事實之案例中，針對使用獵槍之強盜致死事件，以被告於被訴事件的前天曾因開槍犯下另一件殺人未遂事件為由，容許用以證明強盜致死之犯意與情狀，特別是計畫性之關係（高松高判昭和30年10月11日高刑裁特2卷21號，1103頁）。另從被告之異常性格認定犯罪動機、原因者，參見東京高判昭和51年4月30日判時851號，11頁、最決昭和57年5月25日判夕470號50頁、判時1046號，15頁。

²³ 針對同一列車內連續發生二件集團竊盜（7號車竊盜、9號車竊盜未遂）事件中，在以現行犯

之同種前科之存在，證明犯人與被告之同一性²⁴。分析其理由，大抵認為此等例外容許以前科作為證明公訴事實之證據，乃因此等證據具有高度證明力，導致事實誤認之危險性極低，並無禁止之必要²⁵。

本件裁定之後，日本最高法院平成24年9月7日第2小法庭判決（刑集66卷9號907頁；判例時報2164號45頁），就被告前科紀錄可否認定被告為本案犯人之同一性乙節，其理由說明：「前科為事實之一種，前科證據（表示前科存在及其內容之證據）對於犯罪事實，一般而言具有多方面的證據價值（自然的關聯性）。相反的，前科（特別是同種前科），與缺乏實據但在人格評價上確易與被告的犯罪傾向產生聯想，而有造成事實誤認之虞。為避免誤認，當事人對於同種前科之證明力，為合理限制其推論範圍，必然就前科內容進行攻防，依其調查程序，也有使爭點擴散之虞。因

此，就根據前科證據所欲證明之事實而言，前科證據有無證據能力，不可祇考量其有無證據價值（亦即有無自然的關聯性），必不致因缺乏實據之人格評價，而造成事實誤認，始得作為證據。」「以諸如本件將前科資料用以證明被告與犯人之同一性之情形而言，前科所涉及之犯罪事實必須具有顯著特徵，而且與起訴之犯罪事實具有相當程度的類似性²⁶，其本身可以合理推認兩者之犯人具有同一性，始得採為證據。……然而，原判決所謂放火之動機（筆者按指犯人未竊得滿意財物，就放火洩憤），難謂具有特別顯著的特徵，且放火態樣亦非特殊，尚難因具有前開類似點，遽認本件放火犯行係被告所為。……將本件前科證據作為認定被告為本件放火之犯人，其結果等同於從其放火前科事實，推論被告具有放火犯罪傾向之人格評價，並以此認定被告本件放火犯行，其推論欠缺合理性，此種舉

逮捕之第二件竊盜未遂事實業已得到證明之情形下，因認「時間上、場所上皆屬密接，其犯行之方法與態樣亦屬相同，足認兩罪事實具有密接且接連之關係，……（後者業經證明之情形）必然可得推知（前者）存在之蓋然性，……（前者亦）足認與被告等人之犯行具有關聯性，且其具有高度證據價值，可得容許以之作為情況證據」，明白肯認可容許以第2件竊盜事實作為推論第一件竊盜事實之情況證據（靜岡地判昭和40年4月22日下刑集7卷4號，623頁）。

²⁴ 在認定被告與強姦致傷犯人之同一性案件中，因認強姦手法之前科酷似本案之犯罪手法（水戶地下妻支判平成4年2月27日判時1413號，35頁）；以同種前科之內容，認定覺醒劑之施用態樣（注射）（札幌高判昭和58年5月24日高刑集36卷2號，67頁）。另在咖哩等食物中摻入砒礫或安眠藥之混入毒物事件，或為取得保險金之殺人未遂等事件中，法院因認此乃「藉由特殊手法證明犯人與被告之同一性之情形」，例外容許藉由類似事實證明公訴事實（和歌山地決平成12年12月20日判夕1098號，101頁；和歌山地決平成14年12月11日判夕1124號，464頁；大阪高判平成17年6月28日判夕1192號，186頁）。

²⁵ 秋吉淳一郎，同註7，135頁。

²⁶ 學說將此「顯著特徵」之「相當程度的類似性」，稱為「顯著的類似性」(striking similarity)。笹倉宏紀，同種前科による事實認定，收錄於：井上正仁、大澤裕、川出敏裕編，刑事訴訟法判例百選，有斐閣，十版，2017年4月，146頁。

證為法所不許。」說明同種前科資料之於犯罪事實認定，固具證據價值，但有造成事實誤認及不當擴散爭點之虞，因此必須合理使用，倘用以證明犯人之同一性，必須前科之犯罪事實具有顯著特徵之相當程度類似性，始可作為推論本案之依據。學者認為此判決是日本實施裁判員制度之後，最高法院首次對於同種前科資料之證據容許性，正面闡釋其法理及其使用弊害，具有重要意義²⁷。

三、本裁判評釋

前科，乃經法院確定判決所認定之過去犯罪行為；他案犯罪行為，為尚未經確定判決認定之過去犯罪行為；其他不正行為，則為過去不涉及犯罪之非行。證明前科、未確定之他案犯行或其他不正行為等所謂類似事實證據，就判斷被告之品格而言，具有高度之證明力，但卻可能同時使事實認定者產生不當預斷偏見、造成爭點混亂、導致事實誤認，或使案件不當遲滯、浪費訴訟時間或形成重複不必要之調查。依美國聯邦證據規則第403、404(a)、(b)條等規定，原則上不得作為證明被告不良品格之證據；惟該規則第404(b)條後段亦規定：「但該等證據得用以證明動機、機會、故意、準備、計畫、知識、犯人性或錯誤及偶然之不存在等其他目的。」明定前科等證據如用以證明動機、機會、故意、準備、計畫等犯罪主觀要件或犯人同一性、偶然不存在，則可例外

容許作為證據²⁸。

考其區別，乃認由他案犯罪事實直接推論公訴事實之主觀要素，與採取諸如藉由前科等證據證明其有不良品格，再由不良品格導出其有本案被訴犯行之二重推論構造，並不相同；且直接推論之證明力與介入不良品格之推論不可靠之情形有異，可謂基於經驗法則、論理法則之合理推論，且證據之證明力極高，造成事實誤認之危險極低，並無禁止之必要²⁹。

此外，前科或常習性屬於構成要件之一部分，前科之存在及其內容與公訴事實密不可分，或藉由特殊手法之同種前科證明犯人與被告之同一性等情形，與經由證明被告之不良品格導出被告有被訴犯行之情形有別，如前所述，不論日本學說或實務均認可例外承認前科等類似事實證據之容許性。

本裁定之被告被訴利用援助社福團體為名，多次向金融機構負責人詐取金錢供己花費，主要爭點在於被告從事募款時，主觀上是否基於詐欺取財之故意。故意，乃犯罪之主觀構成要件，雖屬公訴事實之一部分；然參諸美國聯邦證據規則、日本學說與實務見解，均認證明故意、目的、動機、知情等犯罪的主觀要素，未涉被告不良品格之證明，可容許以證明前科等過去事實之證據推論是否具有故意之情況證據（間接證據）。

根據本件第一、二審認定之事實，被告行為時毫無任何收入來源，所使用

²⁷ 笹倉宏紀，同註26，144-145頁。

²⁸ 辻 裕教，同註10，140頁。

²⁹ 秋吉淳一郎，同註7，135頁；我國110年度台上字第3799號判決參照。

之社福團體名稱實際上並不存在，所收受之金錢又全數供已作為生活費用等客觀構成要件，業有其他證據可以證明。參以被告於本件被訴詐欺前之昭和38年9月19日，甫因相同詐欺手法行騙，經法院判決有罪確定，此項前科紀錄可證明其有以相同手法反覆實施類似行為之事實，由此推論其有詐欺故意，並無不合理之處，尚無造成不當預斷、偏見、混亂爭點或造成誤判之危險。

值得注意的是，日本最高法院在本裁定將容許以同種前科內容認定犯罪主觀要素之界限，限定於已「根據其他證據認定犯罪的客觀要素」之前提下。換言之，同種前科（類似事實）內容只能用以認定如同本件故意之犯罪的主觀要素，至於公訴事實中之犯罪的客觀要素，仍須經由前科內容以外之其他證據得到證明，始得為有罪判決。在平成24年9月7日第2小法庭判決關於犯人同一性之判決，則揭示必須前科之犯罪事實具有顯著特徵之相當程度類似性（即「顯著的類似性」），始可作為推論本案犯人同一性之依據。

我國實務上，就前科資料之證據適格及其運用界限，大抵採用美國法及日本學說、實務之立場。其中，最高法院100年度台上字第2806號判決：「被告之品格證據，倘與其犯罪事實具有關聯性，參諸外國立法例（美國聯邦證據法第404條(b)）及實務（日本東京高等裁判所2011年3月29日岡本一義放火案件判決³⁰），則可容許檢察官提出供為證

明被告犯罪之動機、機會、意圖、預備、計畫、認識、同一性、無錯誤或意外等事項之用；例如被訴縱火之被告，其先前作案之手法有其特殊性，與本案雷同，檢察官雖不可提出被告以前所犯放火事證以證明其品格不良而推論犯罪，但可容許提出作為係同一人犯案之佐證；又如被告抗辯不知其持有物係毒品甲基安非他命，檢察官得提出被告曾因施用甲基安非他命毒品被判刑之紀錄，以證明被告對毒品有所認識。」110年度台上字第3799號判決：「本件原判決引據上訴人違反毒品危害防制條例之前案紀錄，其旨係在說明上訴人前有多次毒品前科，衡情應知自白販賣海洛因之法律效果，倘非上訴人確有販賣犯行，豈有自白陷自己於不利之理。此與藉由上訴人之前科證據證明其有不良性格，再由不良性格導出其有本案被訴販賣海洛因事實之二重推論構造，並不相同，於法尚無不合。」對於使用前科證據證明被告犯罪事實乙節，認為在具有關聯性之範圍內，可用以證明與被告主觀有關之事實，倘前案犯罪手法具有特殊性，且與本案雷同，並可作為認定犯人同一性之基礎。109年度台上字第4930號判決：「原判決引據上訴人（103年、105年間均因酒後駕車經判刑之公共危險前科）及林○生（僅於95年間執行觀察、勒戒）之前案紀錄表，係資為勾稽比對證人林○生證稱上訴人以林○生無前科，不會有事為由，說服其代為攜帶本件背包之證詞是否可信之證

³⁰ 本件判決理由所援引之日本東京高等裁判所2011年3月29日岡本一義放火案件判決，經前揭最高法院平成24年9月7日第2小法庭判決撤銷發回。

據，此為關於訴訟法上事實之證明，並非資為認定上訴人犯罪事實之品格證據。其關於前案紀錄表之訴訟法上事實之證明，與藉由前科證據證明上訴人有不良性格，再由不良性格導出其有本案被訴犯罪事實之二重推論構造，並不相同，自無違背證據法則之可言。」說明第二審判決將被告與證人之前科證據作為認定其等相反之供述，何者較為可採之判斷基礎，其性質乃作為判斷證據證明力之輔助證據，與認定犯罪事實之二重推論無關，並無違法可言。

值得注意的是，司法院為因應國民法官參與案件審理，避免國民法官法庭誤用前科資料等品格證據，於國民法官

法施行細則第121條規定：「關於被告之品行或犯罪前科之資料，不得作為證明本案犯罪事實成立與否之證據。但非以其品格推論本案犯行之成立，或有其他具體情事認與本案相關且必要者，不在此限。」³¹明定前科資料原則上不得作為認定被告犯罪事實之證據，倘非以其品格作為推論犯罪事實，始例外容許使用，亦採取原則排除、例外容許之立場。

又前科等類似事實與公訴事實之間，原則上雖欠缺法律的關聯性，而不得作為認定被告公訴事實之依據，但就其與科刑情狀之關係上，則具有關聯性³²。以前科等類似證據調查情狀之階段而

³¹ 其立法理由略謂：「一、關於被告之品行或犯罪前科之資料，原則上與本案犯罪事實之成立與否欠缺一般之關聯性，且有使國民法官、備位國民法官產生預斷、偏見之疑慮，不得作為證明本案犯罪事實成立與否之證據；惟於特殊情形，品格證據仍具有相當之價值，例如，檢察官證明被告犯罪之動機、機會、意圖、預備、計畫、認識、同一性、無錯誤或意外等事項，可認為與本案被告被訴犯罪事實具有關聯性，如被告被訴縱火犯行，檢察官雖不得逕以其有縱火前科品行不佳，而推論其有本案縱火行為，惟得以其前案縱火手法與本案犯罪手法所表現之特徵具有高度類似性，而用以推論被告為本案犯罪行為人；或被告為證明自己並非犯罪行為人，就與本案起訴犯罪事實相關之性格特徵(pertinent trait)，得提出證明自身具有良好品行之證據(good guy evidence; mercy rule)；此外，單純以被告品行或犯罪前科作為評價被告辯解之證據，例如以被告有特定類型之犯罪前科，用以推論其應知悉特定法律規範，故其不知法律規定之辯解不足採取為是。從而，於法院認有諸如上述具體情事，認為品行或前科證據之證明目的，並非以其品格推論本案犯行之成立，或該證據之使用與本案相關且必要者，仍得提出關於被告品行或前科之證據，以作為證明本案犯罪事實成立與否之證據使用，至於何種具體情事始得認為相關且必要，則委由法院判斷……。二、……英美證據法上承認下列品行證據之運用：（一）被告為證明自己並非犯罪行為人，就與本案起訴犯罪事實相關之性格特徵(pertinent trait)，得提出證明自身具有良好品行之證據(good guy evidence; mercy rule)；（二）法院許可辯護人或被告提出被告之品行證據後，檢察官得就此提出反證；（三）本案起訴犯罪事實為性犯罪，檢察官得提出被告曾經涉及性犯罪之證據；（四）為證明動機(Motive)、機會(Opportunity)、意圖(Intent)、準備(Preparation)、計畫(Plan)、特殊知識(Knowledge)、人之同一性(Identity)、非偶發性(Absence of mistake or accident)而有必要者，得提出相關證據(MOIPPKIA)」。

³² 我國最高法院98年度台上字第7233號判決：「所謂科刑（或稱刑罰裁量、量刑）資料係指刑法第57條或第58條所規定之內容，亦即科刑之標準與基礎應如何具體審酌取捨之問題。第57條第5款『犯罪行為人之品行』，當包括其之前科紀錄及品格。此等資料必也經過調查，始有

言，日本因公訴事實與科刑情狀事實之證明階段，在程序上未必有明確區分，學說主張如在調查公訴事實階段即提出類似事實作為情況證據，將不免實質影響公訴事實之認定³³。為避免產生不當預斷、偏見，法院遇有爭執公訴事實之情形，宜留待調查公訴事實之後，至調查有關量刑之科刑情狀階段，始進行該等證據之調查，較為妥適³⁴。

最高法院100年度台上字第2806號判決：「被告之前科紀錄等品格證據如與犯罪事實全然無關者，為避免影響職業法官認定事實之心證，該等證據應不得先於犯罪事實之證據而為調查，此乃刑事訴訟法第288條增訂第4項規定之所

由設。」指出前科紀錄等品格證據，如與犯罪事實之判斷無關，不得先於犯罪事實之證據而為調查³⁵。國民法官法施行細則第168條並規定：「（第1項）法院擬定證據調查次序，宜注意被告科刑資料之調查，應於有關犯罪事實之證據調查完畢後為之。（第2項）前項科刑資料之調查，宜以適當方式與有關犯罪事實之證據調查程序區分。」在實務運作上，關於罪責證據與科刑資料之調查及辯論程序，已經走向二分，與日本學說之建議相同，應該是正確可行的做法。♣

（本文已授權收錄於月旦知識庫及月旦系列電子雜誌www.lawdata.com.tw）

刑事訴訟法第310條第3款所定『有罪之判決書，應於理由內記載科刑時就刑法第57條或第58條規定事項所審酌之情形』，否則何來審酌並將之記載於有罪判決內之可言，尤與為有罪之預斷無所關涉。」

³³ 其立法理由指出，其規範目的在於避免國民法官混淆證明罪責事項之證據與有關被告科刑之資料，甚至因檢辯雙方提前陳述有關被告科刑之資料，導致對案件產生預斷或偏見之疑慮。

³⁴ 石井一正，同註12，283頁。

³⁵ 但最高法院112年度台上字第419號判決意旨，則認為縱於罪責調查階段調查與犯罪事實無關之品格證據，因無害於訴訟程序之公正及判決結果，而不構成上訴第三審之合法理由。