

## 2023 年刑事程序法回顧： 刑事鑑定新法評析

薛智仁\*

<摘要>

2017 年總統府司法改革國是會議分組決議「建請司法院研議制定並完善專家證人制度，同時檢討現行鑑定制度功能的缺失及其存廢問題」。經過司法院與行政院多年研議，2023 年 12 月立法院通過刑事鑑定新法。新法賦予當事人在審判中自行委任機關鑑定的權利、增加鑑定人的利益揭露義務、參考美國聯邦證據規則明定鑑定報告的必要記載事項、限縮承認書面鑑定報告的證據能力等，一定程度上提升被告防禦不利鑑定報告的可能性。不過本文分析結果顯示，新法賦予當事人自行委任機關鑑定的權利純屬畫餅充飢，機關書面鑑定報告作為傳聞例外的違憲狀態繼續存在，並未真正排除舊法的缺失。新法仿效美國聯邦證據規則規定科學鑑定報告的證據能力要件，此一法律繼受忽略兩國刑事程序結構的差異，反而複製了美國法院實務操作的困境。因此，刑事鑑定新法的實際改革成效，難以樂觀期待。

關鍵詞：鑑定、機關鑑定、私選鑑定、對質詰問權、傳聞法則、科學證據

---

\* 國立臺灣大學法律學院教授。

E-mail: cjhsueh@ntu.edu.tw

• 責任校對：龔與正、張馨麟、羅元廷。

• DOI:10.6199/NTULJ.202411/SP\_53.0008

◆目次◆

壹、前言

貳、自然人鑑定

- 一、鑑定人之資格
- 二、鑑定人之選任
- 三、鑑定人之利益揭露義務
- 四、鑑定報告之內容
- 五、鑑定報告之方式

參、機關鑑定

- 一、機關鑑定之存在必要性？
- 二、鑑定機關之選任
- 三、鑑定機關之利益揭露義務
- 四、鑑定報告之內容
- 五、鑑定報告之方式

肆、結論

## 壹、前言

隨著人類知識經驗的日益分殊化，現代人只能夠理解掌握特定領域的知識，不可能全知全能。法官作為專業法律人，通常僅有認事用法所需的法律知識，欠缺其他領域的專業知識，例如刑事鑑識、醫學、電腦科技等，故刑事訴訟法規定鑑定人為法定證據方法之一，輔助法官認事用法。刑事鑑定制度即使經歷 2003 年 2 月的法律改革<sup>1</sup>，仍然存在諸多令人詬病的制度缺失，例如被告不能自行委任鑑定人（私選鑑定）、法院廣泛承認書面鑑定報告之

---

<sup>1</sup> 對於此次鑑定修法之介紹與評論，詳見張麗卿（2003），〈鑑定制度之改革〉，《月旦法學雜誌》，97期，頁126-140。

證據能力、機關鑑定之實施鑑定或審查之人毋庸具結等，致使被告難以防禦不利的鑑定報告。

各界期待再次改革刑事鑑定制度，主要原因是鑑定報告通常有左右審判結果的影響力。雖然法院才是訴訟上負責認定犯罪事實的人，鑑定人只是法定證據方法或法官的輔助者（Gehilfe des Richters）<sup>2</sup>，法院有義務依其確信獨立審查鑑定報告的可信性，不得不假思索地對於鑑定結果照單全收<sup>3</sup>。但是，現實上法院通常欠缺相關的專業知識或服從專家權威，往往只能不加批判地（甚至不求甚解地）接受鑑定報告，鑑定人對於審判進行與判決結果有強烈的影響力，甚至被稱為穿白袍的法官<sup>4</sup>。加上檢察官與法院獨占鑑定人的選任權，被告又不一定能親自詰問鑑定人，致使被告防禦不利鑑定報告的機會被大幅縮減。雪上加霜的是，我國實務廣泛運用機關鑑定，實際鑑定或審查之人不具名、不具結、不出庭，被告檢驗機關鑑定報告的難度更高，檢察官與被告的實力落差更大。因此，律師與民間司改團體高度期待透過改革刑事鑑定制度，提升被告防禦不利鑑定報告的機會。

刑事鑑定改革的曙光終於再次出現。2017 年 9 月總統府公布司法改革國是會議成果報告書，第 1-4 分組決議「完善證據法則，評估專家證人制度的建立」，具體內容為「建請司法院研議制定並完善專家證人制度，同時檢討現行鑑定制度功能的缺失及其存廢問題」<sup>5</sup>。司法院為落實司改國是會議決議之要求，於 2019 年 5 月 30 日院會通過刑事訴訟法鑑定修正草案，惟因為草案內容爭議不少，行政院遲至 2021 年 7 月 29 日以附加不同意見版本方式會銜送請立法院審議。立法院直到 2023 年 12 月 1 日通過刑事鑑定新法，總統於同年 12 月 15 日公布施行。本次修法幅度不亞於 2003 年的刑事

<sup>2</sup> BGHSt 3, 27 (28); 7, 238 (239); 9, 292 (293).

<sup>3</sup> Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl., 2022, § 27 Rn. 2.

<sup>4</sup> Vgl. Gerson, Übermächtiger Richter in Weiß? Zu den Mindestanforderungen an Fairness und Teilhabe i.S.d. Art. 6 EMRK bei der „Verteidigung gegen den Sachverständigen“ im medizinstrafrechtlichen Verfahren, medstra 2023, S. 18 ff.; Erb, Die Abhängigkeit des Richters vom Sachverständigen, ZStW 121 (2009), S. 882 ff.

<sup>5</sup> 總統府（2017），司法改革國是會議成果報告，頁37。

鑑定改革，卻引發許多律師或民間司改團體的強烈批評，質疑修法並未真正改善刑事鑑定的制度缺失，改革虛晃一招<sup>6</sup>。2024 年 5 月 15 日刑事鑑定新制正式施行，司法院刑事廳亦邀集各界專家學者，彙整相關意見與建議，研擬「刑事訴訟鑑定新制問答集」（以下簡稱問答集），作為新制運作的參考<sup>7</sup>。

在此一背景之下，本文以刑事鑑定新法之評析作為 2023 年刑事程序法回顧的主題。本文依據立法者的規範架構，區分自然人鑑定與機關鑑定，體系性介紹新法的修法內容及意旨，提供立法政策評論及新法的適用建議，同時就司法院研擬之問答集提出分析。刑事鑑定新法對於國民法官審判的影響，留待未來討論。

## 貳、自然人鑑定

### 一、鑑定人之資格

首先，新法為使鑑定人資格更加明確，參考美國聯邦證據規則第 702 條規定，將刑事訴訟法（下同）第 198 條第 1 項第 1 款之「就鑑定事項有特別知識經驗者」修改為「因學識、技術、經驗、訓練或教育而就鑑定事項具有專業能力者」。鑑定人係指擁有特定知識或人類活動領域之專門知識之人，

<sup>6</sup> 侯柏青（12/04/2023），〈《刑訴法》強化鑑定三讀通過 台北律師公會轟：徒具形式，加劇檢辯不對等〉，《太報》，<https://www.taisounds.com/news/content/97/95608>（最後瀏覽日：10/04/2024）；侯柏青（12/05/2023），〈《刑訴法》鑑定新法能幫到被告？全律會點出「你不知道的事」〉，<https://www.taisounds.com/news/content/97/95832>（最後瀏覽日：10/04/2024）；財團法人民間司法改革基金會（12/01/2023），〈鑑定修法東折西扣，冤案受害人情何以堪？對立法院本日通過《刑事訴訟法》鑑定節之聲明〉，<https://www.jrf.org.tw/articles/2598>（最後瀏覽日：10/04/2024）；台灣刑事辯護律師協會，<https://twcdaa.org/2023/12/20/112-12-5-announcement/>（最後瀏覽日：10/04/2024）。

<sup>7</sup> 司法院（2024），刑事訴訟鑑定新制問答集，<https://www.judicial.gov.tw/tw/cp-1887-1089493-7dec-b-1.html>（最後瀏覽日：10/04/2024）。

負責向法院報告某個一般經驗法則、確認某個唯有依照特定的專門知識始能察覺、理解或判斷之事實，或從其運用專門知識調查所得之事實，依據學術規則得出特定結論<sup>8</sup>。任何人的專門知識是法院認事用法所必要者，無論其專門知識是否屬於所謂科學或學術領域，均符合鑑定人的資格<sup>9</sup>。例如警察對於毒品交易黑市的「黑話」<sup>10</sup>、工地監工對於建築常規或工地現場的實務經驗、部落耆老所瞭解的原住民傳統慣習等。依此，第 198 條第 1 項第 1 款之「就鑑定事項有特別知識經驗者」，已是鑑定人資格的適當定義，實務上也不曾出現適用爭議，沒有修改必要性。新法仿效美國聯邦證據規則第 702 條規定改寫鑑定人之資格，增加對於專業知識來源的描述，徒具形式意義。

同條第 2 款之「經政府機關委任有鑑定職務者」，則是維持不變。部分文獻認為在擴張第 1 款之鑑定人資格之後，除非認為本款之鑑定人毋庸具備第 1 款之專業能力，否則已可被刪除<sup>11</sup>。這個看法有其道理，因為唯有就鑑定事項具有專業能力之人，始有可能發揮其透過專業知識協助法院認定事實的功能。雖然個人經政府機關委任有鑑定職務者，通常是已經被證明其個人特別值得信任、具有專業知識與實務經驗，可認為已被佐證就鑑定事項有專業能力<sup>12</sup>，但法院仍應個案審查該人就鑑定事項有無專業能力，始得加以

<sup>8</sup> Vgl. Roxin/Schünemann, (Fn. 3), § 27 Rn. 1；林鈺雄（2024），《刑事訴訟法（上冊）》，13版，頁586，自刊。

<sup>9</sup> 參照最高法院100年度台上字第3067號刑事判決：「鑑定，所重者乃特殊或專門之知識、經驗、能力，並不以在學校教師授業下獲得者為限，其基於特殊生活經驗、職業鑽研或鄉野師徒傳授、學習、浸淫，而在特別之學識、技術領域內，具有較高於一般人之才能者，即屬與此有關待證事項之適格鑑定人員。」林永謀（2010），《刑事訴訟法釋論（中）》，改訂版，頁202，三民。

<sup>10</sup> 不同見解，廖建瑜（2024），〈簡評刑事訴訟法鑑定新制〉，《月旦裁判時報》，140期，頁86。其認為警察基於工作經驗而產生對於黑話的認識，沒有任何推理過程可言，應屬於證人。不過鑑定人的任務原本就包括單純報告特別的專業經驗或知識，以專業知識進行推理並非必要條件，故似乎很難以「沒有任何推理過程」為由，認為警察報告對於黑話的認識不符合鑑定人資格。

<sup>11</sup> 參考廖建瑜（2024），〈刑事訴訟法鑑定新制對醫療刑事案件之衝擊〉，《月旦醫事法報告》，87期，頁142。林鈺雄，前揭註8，頁593：「本條將此兩款並列，易生誤解。」

<sup>12</sup> Trück, in: Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, 2. Aufl., 2023, § 73 Rn. 3.

選任<sup>13</sup>。因此，第 2 款之「經政府機關委任有鑑定職務者」，仍應符合第 1 款之鑑定人資格。除非立法者認為政府機關委任有鑑定職務之人的鑑定品質較高，明文要求法院應優先選任此種鑑定人，否則第 2 款沒有獨立存在的意義。新法就鑑定人之資格，改寫第 1 款而維持第 2 款，反而造成法律解釋的困擾。

依據上述，新法於第 211 條之 1 第 1 項增訂法院得依職權或聲請「就案件之專業法律問題選任專家學者，以書面或於審判期日到場陳述其法律上意見」，此一專家學者應該也具備鑑定人資格。或有認為，除非是外國法律或內國習慣法，對內國實定法律的認識屬於法院的原始任務，不應選任專家輔助其適用法律<sup>14</sup>。不過新興法律議題層出不窮，法官的法律知識亦有侷限性，就內國實定法律之解釋適用徵詢學者專家的意見，協助法院適用法律已是我國司法實務的常態<sup>15</sup>。既然此一專家學者係就特定法律領域擁有專業知識之人，不論其受委任抽象提供法律意見或將其法律意見運用於個案事實，皆符合第 198 條第 1 項之鑑定人資格，法院徵詢法律意見應直接適用鑑定人之全部規定<sup>16</sup>。依此，第 211 條之 1 第 3 項規定選任學者專家提供法律意見僅「準用」鑑定節之規定，並以「專業法律問題每有仁智之見，難期相同，爰規定不得命其具結，以示尊重」為理由，不準用第 202 條之具結規定，值得商榷。因為專業意見可能出現歧異的現象並非法律領域所獨有，而是普遍存在於科學、醫學或文化等知識或經驗領域。例如，刑事鑑識看似是客觀中立的知識，其實沒有百分之百客觀的結果。科學界對於何種方法才能獲致正確

<sup>13</sup> Krause, in: Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Band 2, 27. Aufl., 2017, § 73 Rn. 35.

<sup>14</sup> Vgl. Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 10. Aufl., 2017, Rn. 1501; Trück, (Fn. 12), § 73 Rn. 4; 許永欽 (2016)，〈刑事鑑定適用爭議與辨明（一）〉，《法務通訊》，2805期，頁4。

<sup>15</sup> 參考林孟皇 (2014)，〈法官知法？法院就法律問題作鑑定？：民、刑事訴訟就法律問題行鑑定程序芻議〉，《台灣法學雜誌》，245期，頁69-78。林永謀，前揭註9，頁202-203亦認為，第198條第1項第1款之法條文義為「事項」，鑑定意見又不能拘束法院，解釋上無庸將本國法律之適用排除在鑑定事項之外。

<sup>16</sup> 參考林孟皇，前揭註15，頁74-76。

的鑑識結果可能有不同意見，鑑識結果也經常取決於鑑識人員的主觀判斷，但鑑識人員並未因此就被免除具結義務。況且，專家學者具結「必為公正誠實之鑑定」，並不是擔保所提供之法律意見絕對正確，而是擔保所提供之法律意見符合個人法律確信與專業倫理，殊難想像具結就是不尊重學者專家。基此，第 211 條之 1 第 3 項所創設之具結例外並無合理根據，反而降低法律意見之公正性與誠實性擔保，有損被告的訴訟權保障及法院妥適認事用法，立法者宜重新檢討。

類似疑義亦出現於性侵害案件之專家證人。性侵害犯罪防治法第 24 條規定：「偵查或審判時，檢察官或法院得依職權或依聲請指定或選任相關領域之專家證人，提供專業意見。其經傳喚到庭陳述之意見，得為證據，並準用刑事訴訟法第 163 條至第 171 條、第 175 條及第 199 條規定。」依其立法理由（2015 年 12 月增訂於同法第 16 條之 1），立法者認為專家證人與鑑定人迥然不同，故明文規定僅傳喚到庭陳述之專業意見始有證據能力，並準用聲請調查證據及交互詰問、證人傳喚及鑑定人不得拘提之規定。問答集認為，本條之專家證人係到庭陳述相關領域之專業意見，並不涉及個案事實認定，與鑑定人、鑑定證人性質不同，而與第 211 條之 1 條提供法律意見之學者專家性質相近，亦未規定準用第 202 條，故其到庭陳述時無須踐行具結程序<sup>17</sup>。然而，鑑定人原本就可能限定於向法院報告某個一般性的經驗法則，不以運用專業知識調查事實或進行推論為必要，本條之專家證人實際上與鑑定人性質並無不同<sup>18</sup>。因此，法院選任專家報告性侵害案件被害人之可能身心反應，即使未委託其調查個案被害人之心身狀況，仍然應該踐行鑑定人之選任與調查程序，當然也包括踐行具結程序在內。可惜的是，立法者基於錯誤理解而增訂上開專家證人規定，僅準用證人傳喚及鑑定人不得拘提之規定，而不是直接適用鑑定人之全部規定，刑事鑑定新法卻未一併更正錯誤。基於

<sup>17</sup> 司法院，前揭註 7，頁 8（Q11）。

<sup>18</sup> 對於美國專家證人與臺灣鑑定人制度的比較，參考林志潔（2017），〈鑑定與專家證人制度之比較與對鑑識會計制度建構之建議〉，氏著，《白領犯罪與財經刑法：從立法、偵審到執行》，頁 703-720，元照。

此一錯誤的法律規定，問答集勉強將本條之專家證人解釋為類似於提供法律意見之專家學者，進而免除其具結之義務，使其專家意見欠缺程序性擔保，同樣有損被告的訴訟權保障及法院的認事用法。立法者宜儘速刪除此一錯誤規定；在此之前，法院有取得專業意見之必要者，應依據鑑定人之全部規定選任專家提供意見。

基此，新法修正鑑定人資格僅具形式意義，真正問題毋寧在於鑑定人概念未能落實在提供法律意見之專家學者及性侵害案件之「專家證人」，無端免除上述專家的鑑定人具結義務，有損被告訴訟權及法官的認事用法。

## 二、鑑定人之選任

其次，針對鑑定人之選任權限，新法維持「審判長、受命法官或檢察官」選任鑑定人的出發點，但是增加當事人影響法院或檢察官行使選任權限的機會，一是賦予陳述意見之機會，二是賦予請求或聲請鑑定之權限。

針對賦予陳述意見之機會，第 198 條之 2 第 1 項規定「檢察官於偵查中選任鑑定人前，得予被告及其辯護人陳述意見之機會」，第 2 項規定「審判長、受命法官於審判中選任鑑定人前，當事人、代理人、辯護人或輔佐人得陳述意見。」由於鑑定報告對於審判結果的影響力甚鉅，鑑定報告的品質又取決於鑑定人的專業資格及鑑定方法，故新法賦予當事人在選任鑑定人之前陳述意見之機會，使其得適時就鑑定人資格與鑑定方法表達意見，避免不適格之人作成品質不良的鑑定報告<sup>19</sup>。惟在檢察官於偵查中選任鑑定人的情形，新法考量偵查行為之特殊性，例如遇有急迫情形、被告不明或避免偵查秘密洩漏等，交給檢察官裁量是否給予被告及其辯護人陳述意見的機會。

針對賦予請求或聲請鑑定之權限，第 198 條之 1 第 1 項規定：「被告、辯護人及得為被告輔佐人之入於偵查中得請求鑑定，並得請求檢察官選任第 198 條第 1 項之人為鑑定。」第 3 項規定：「當事人於審判中得向法院聲請選任第 198 條第 1 項之人為鑑定。」依據立法理由，新法賦予被告於偵查中請求鑑定之權利，係為藉由期前參與，促使檢察官以多元角度考量是否實施

<sup>19</sup> 參考廖建瑜，前揭註 10，頁 78-79。



鑑定及選任何人為鑑定人，並為有利於被告之必要處分。不過，檢察官對於被告等人於偵查中之「請求」無庸為准駁之處分，即使檢察官不實施鑑定或選任其他人為鑑定人，請求權人沒有提起救濟之機會。相對地，當事人得於審判中「聲請」法院選任鑑定人，法院應為准駁之裁定；若是法院已經選任其他自然人或機關鑑定，是否應另為駁回之裁定或於判決理由交代即可，留待實務發展<sup>20</sup>。

本法規定法院與檢察官獨占鑑定人選任權，可能是考量二者均為客觀中立的司法機關，其係選任被信賴具備最佳專業知識的鑑定人輔助認事用法。相對地，被告及其辯護人係以實現被告的最佳利益為依歸，如果被告及其辯護人能自行委任鑑定人，法院將被迫接受可能純粹為了被告利益所出具的鑑定報告<sup>21</sup>。然而，法院與檢察官獨占鑑定人的選任權，最大問題出在檢察官與被告之間形成武器不對等的關係<sup>22</sup>。詳言之，檢察官在偵查中所選任之鑑定人，經常是隸屬於刑事警察局或法務部調查局的鑑定單位，其客觀中立性原本就受到質疑<sup>23</sup>；其所出具的鑑定報告，通常不僅是檢察官起訴的依據，同時是法院認定被告有罪的重要證據。因為法院為了節省時間與經費，或者為了避免分歧的鑑定結果，在審判中傾向不再選任其他鑑定人，而是直接調查檢察官所選任之鑑定人或採納其所出具的書面鑑定報告。然而，在偵查中檢察官獨占鑑定人選任權之下，被告不但不能自行委任符合自己利益的鑑定人，對於檢察官選任鑑定人沒有表達意見的機會，對於檢察官出具之不利鑑定報告，亦因為欠缺專業知識或不能親自詰問鑑定人，難以制衡此一不利鑑定報告對於法院形成心證的影響力。因此，早已有學說建議，為保障被告防

<sup>20</sup> 廖建瑜，前揭註10，頁78。

<sup>21</sup> Vgl. Trück, (Fn. 12), § 73 Rn. 9.

<sup>22</sup> 例如林俊宏（2018），〈審檢壟斷鑑定與公平審判：論刑事訴訟法第198條與第208條之合憲性〉，《律師法學期刊》，1期，頁66-69。類似觀察，湯文章（2022），〈私請鑑定報告可否作為判決之證據？〉，《月旦醫事法報告》，70期，頁45-46；黃朝義（2021），《刑事訴訟法》，6版，頁495，新學林。

<sup>23</sup> 參考許永欽（2016），〈刑事鑑定適用爭議與辨明（二）〉，《法務通訊》，2806期，頁4。

禦權及落實公平審判，因應訴訟結構朝當事人進行主義修法的動向，應明文賦予被告在偵查中委任鑑定人的權利<sup>24</sup>。

新法未賦予被告在偵查中自行委任鑑定人的權利，司法院草案的立法說明提出 3 項理由：一、被告及辯護人有聲請保全證據之鑑定的權利；二、被告得自行就鑑定事項提出書面意見，作為爭執證明力之彈劾證據；三、部分鑑定客體係為檢察官扣押、保管，或因鑑定後滅失或失其原物之性質（例如扣押之毒品、子彈等），或屬依法得沒收之物，而無法或不宜交付被告，以避免妨害偵查目的及危害真實發現。本文認為，上述理由不無疑義。學說倡議賦予被告在偵查中自行委任鑑定人的權利，是為了給予被告提出有利鑑定報告的機會，以制衡檢察官所提出之不利鑑定報告，避免法院對於檢察官所出具之不利鑑定報告照單全收。然而，被告得於偵查中聲請保全證據之鑑定，適用前提是證據有滅失或礙難使用的危險，即使檢察官准予保全證據之鑑定，仍可能做成不利被告的鑑定報告，不能發揮被告防禦不利鑑定報告的功能。雖然被告事實上可以提出自行委任的鑑定報告，作為檢察官出具之不利鑑定報告的彈劾證據，但法院對於此一彈劾證據似乎不負證據調查義務，亦無庸在判決中交代不採納此一彈劾證據的理由，對於檢察官出具之不利鑑定報告的制衡效力有限。至於扣押物及應沒收之物送交被告選任之鑑定人實施鑑定，可以透過建立證據監管鏈的方式確保證據不會滅失或被竄改；某些鑑定客體因為鑑定而滅失或失去原物性質，不能交給被告委任的鑑定人重複鑑定，但仍然可以由被告委任之鑑定人審查鑑定報告。基此，立法說明所提出的 3 項理由，似乎不足以否決被告在偵查中自行委任鑑定人的權利。

新法僅賦予被告就檢察官送交鑑定表達意見的機會與請求檢察官實施鑑定的權利，對於被告防禦檢察官提出之不利鑑定報告的幫助也有限。如前

---

<sup>24</sup> 參考陳運財（2011），〈改善我國刑事鑑定制度之芻議：兼論專家證人之地位與功能〉，《全國律師》，15卷4期，頁100。結論相同，吳耀宗（2007），〈鑑定人在刑事訴訟程序的角色與權利義務：兼與證人、鑑定證人相比較〉，《中央警察大學法學論集》，12期，頁164。另一個折衷的修法建議，則是法律明定鑑定人之選任依當事人合意，不能達成合意時，由法院聽取雙方意見後選任之，參考林志潔，前揭註18，頁721。

所述，檢察官選任之鑑定人，其鑑定報告通常是檢察官提起公訴的關鍵證據，在審判中通常也被法院採納為判決依據。然而，除了偵查中羈押審查程序之外，偵查中辯護人沒有閱卷權，無辯護人的被告沒有卷證資訊獲知權，故被告與辯護人不能向檢察官請求告知不利鑑定報告的內容，自然沒有機會就鑑定報告表示意見。被告及辯護人不能在偵查中就鑑定報告表達意見，無法防禦自己免於不利鑑定報告而被提起公訴；在法院事先閱覽檢察官所出具的不利鑑定報告後，即使讓被告在審判中詰問鑑定人或就鑑定報告表示意見，也已經不容易扭轉不利鑑定報告對於法官心證的影響。因此，新法維持偵查中由檢察官獨占鑑定人選任權，只賦予被告在檢察官選任鑑定人前表達意見的機會，卻沒有給予被告在偵查中知悉鑑定報告與表達意見的機會，仍然無法解決武器不平等的問題。

最後，新法也沒有明文賦予司法警察（官）選任權。在槍械、毒品或酒駕等類的案件，司法警察有例行性送交相關鑑識單位鑑定的需求，但法律未賦予其選任鑑定人的權限。目前實務上係由該管檢察長對於轄區內之案件，以事前概括選任鑑定人或囑託鑑定機關之方式，俾便轄區內之司法警察即時送請事前已選任之鑑定人或囑託之鑑定機關實施鑑定。最高法院向來亦基於「檢察一體原則」，認定司法警察自行移送鑑定作成之鑑定報告，仍屬於檢察官選任或囑託鑑定，符合傳聞例外規定（第 206 條第 1 項）而具有證據能力<sup>25</sup>。或許因為最高法院肯定檢察長事前概括選任鑑定人的合法性，立法者認為沒有必要明文賦予司法警察鑑定人選任權限。不過早已有學說正確質疑，檢察一體原則是為了統一檢察官的追訴與裁量標準，與檢察首長為司法警察事先概括選任鑑定人無關；檢察官為司法警察概括選任鑑定人，實際上使得司法警察擁有法院與檢察官才有的權限，立法者對於不同訴訟主體的權限安排可能失去意義<sup>26</sup>。因此，既然司法警察有自行移送鑑定的實務需求，

<sup>25</sup> 僅參考最高法院95年度台上字第6648號刑事判決。

<sup>26</sup> 參考李佳玟（2007），〈檢察一體原則與鑑定報告的證據能力：評最高法院九十五年度台上字第6648號刑事判決〉，《月旦法學雜誌》，149期，頁252。另有質疑「概括選任鑑定」之鑑定人中立性者，林裕順（2011），〈專家證人VS.鑑定人：概括選任鑑定之誤用與評析〉，《月旦法學雜誌》，189期，頁267。

檢察一體原則不能作為檢察首長概括選任鑑定人的法理依據，需要立法者介入解決此一爭議<sup>27</sup>。立法者所提出的解決方案，固然應該滿足司法警察在調查階段自行移送鑑定的需求，但是必須兼顧檢察官對於司法警察的指揮監督地位，一定程度上限制司法警察選任鑑定人的決定自由<sup>28</sup>。依此，立法者可以考慮明文授權司法警察選任鑑定人，但限定適用於鑑定必要性明確的例行性事務，或者交由轄區檢察首長決定司法警察自行選任鑑定人的適用範圍。

基此，新法維持法院與檢察官獨占鑑定人選任權，對於減少被告與檢察官的武器不平等只有杯水車薪的功能，又未能根本解決司法警察自行選任鑑定人的權限爭議。

### 三、鑑定人之利益揭露義務

為確保鑑定人的中立性與公正性，新法增訂鑑定人之利益揭露義務<sup>29</sup>。第 198 條第 2 項規定：「鑑定人就本案相關專業意見或資料之準備或提出，應揭露下列資訊：一、與被告、自訴人、代理人、辯護人、輔佐人或其他訴訟關係人有無分工或合作關係。二、有無受前款之人金錢報酬或資助及其金額或價值。三、前項以外其他提供金錢報酬或資助者之身分及其金額或價值。」

鑑定人之利益揭露義務，有助於當事人聲請拒卻鑑定人。立法者認為鑑定人應該和法官、檢察官、司法警察一樣追求真實發現，不得偏袒訴訟上的任何一方，尤其不受選任人對於鑑定結果的期望所拘束。因此，當事人得依聲請法官迴避之原因，拒絕鑑定人（第 200 條第 1 項）。當事人拒卻鑑定人，應釋明拒卻之原因（第 201 條第 1 項），由檢察官、受命法官或審判長准駁之（第 202 條）。聲請法官迴避之原因，最重要者為「足認執行職務有偏頗之虞」，「係指以一般通常之人所具有之合理觀點，對於該承辦法官是否為公平之裁判，均足產生懷疑，且此種懷疑之發生，存有其客觀之原因，

<sup>27</sup> 已如此建議者，陳運財，前揭註 24，頁 89；吳耀宗，前揭註 24，頁 168。

<sup>28</sup> Vgl. Trück, (Fn. 12), § 73 Rn. 8.

<sup>29</sup> 類似規定已出現在行政訴訟法第 157 條第 2 項、憲法訴訟法第 19 條第 3 項。

而非僅出諸當事人自己主觀之判斷者」<sup>30</sup>。鑑定人揭露其與特定訴訟關係人的合作關係、收受訴訟關係人或第三人之金錢報酬或資助等資訊，使當事人更容易取得足認鑑定人執行職務有偏頗之虞的基礎事實，成功拒卻鑑定人。

新法規定鑑定人所應揭露的利益衝突資訊，作用僅止於提供當事人可能影響鑑定人中立性的資訊，而不是預設鑑定人執行職務有偏頗之虞。鑑定人與訴訟當事人如何分工合作、鑑定人收取多少金錢報酬或資助，始足以認定鑑定人執行職務有偏頗之虞，只能委由實務依個案情形認定之<sup>31</sup>。然而，新法未規定鑑定人違反利益揭露義務的制裁效果，鑑定人即使隱瞞或謊報也不會遭受任何不利益，等於任由鑑定人決定是否揭露利益衝突的資訊，對於當事人聲請拒卻的幫助有限。除此之外，新法未規定鑑定人應揭露其與審判長、受命法官或檢察官的合作分工或金錢關係，預設審判長、受命法官與檢察官係本於公正執行職務而選任鑑定人，雙方不會有創造鑑定人偏頗外觀的利益衝突關係。然而，即使法院或檢察官公正執行職務，與鑑定人不存在法定費用之外的金錢報酬或資助關係，亦不能排除存在某種合作關係。例如檢察官與鑑定人共同參與鑑定事項相關的研究計畫<sup>32</sup>、檢察官就特定鑑定事項頻繁選任某一鑑定人，足以使人懷疑該鑑定人會配合檢察官期望而實施鑑定。由於法官與檢察官獨占鑑定人選任權，被告對於選任鑑定人的影響力極其有限，拒卻鑑定人的權利顯得更加重要<sup>33</sup>，鑑定人無庸揭露其與法官或檢察官的合作關係，無助於改善被告與檢察官的武器不平等地位。

<sup>30</sup> 最高法院111年度台抗字第1930號刑事裁定。

<sup>31</sup> 例如，廖建瑜，前揭註10，頁77-78認為，收取報酬是否使鑑定人執行職務有偏頗之虞，端視其報酬是否逸脫合理性，應考量專業領域、提供專家意見所需的教育與培訓、其他類似水準之專家的費率、專家意見的性質、品質與複雜性、聘請專家一方實際給付的費用、專家通常收取的費用等。

<sup>32</sup> 參考廖建瑜，前揭註11，頁144。

<sup>33</sup> Vgl. Eisenberg, Zur Ablehnung des Sachverständigen im Strafverfahren wegen Besorgnis der Befangenheit, NSTZ 2006, S. 368, 370.

#### 四、鑑定報告之內容

新法的另一項重大變革是新增鑑定報告之必要項目。第 206 條第 3 項規定，鑑定報告應包括以下事項：「一、鑑定人之專業能力有助於事實認定。二、鑑定係以足夠之事實或資料為基礎。三、鑑定係以可靠之原理及方法作成。四、前款之原理及方法係以可靠方式適用於鑑定事項。」依據司法院草案之立法說明，鑑定意見應符合所涉專業領域之品質及程序適格，其專業意見始足被認為有助於發現真實，而得供作判斷之依據，故參酌美國聯邦證據規則第 702 條規定鑑定報告的必要項目，作為證據能力之前提要件。

美國聯邦證據規則第 702 條係美國聯邦法院就專家證言之證據能力標準。在 1975 年美國聯邦證據規則編纂完成之前，哥倫比亞特區聯邦巡迴上訴法院在 1923 年 *Frye v. United States* 案判決提出「普遍接受（general acceptance）標準」，又被稱為「弗萊法則」。依此標準，當事人基於科學證據所提出的專家證言，僅在該科學原則或發現已在所屬領域獲得普遍接受時，始有證據能力。1975 年美國聯邦證據規則第 702 條規定：「若科學、技術或其他專業知識有助於審判者瞭解證據或決定事實爭點，具備知識、技能、經驗、訓練或教育之適格專家，得就相關事項作證。」1993 年，美國聯邦最高法院在 *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc* 案判決正式宣示，美國聯邦證據規則第 702 條並未採納弗萊法則，而是以「科學妥適性（scientific soundness）標準」取代之，又被稱為「道伯法則」。依此標準，基於科學證據提出的專家證言有無證據能力，事實審法院應判斷專家的論理和方法論在科學上是成立的，並且可以被適當地運用在本案中。就案件涉及的科學技術應考量的因素包括：系爭科學技術是否可以（且已經）被測試；是否經過同儕審查程序發表；其已知或潛在的錯誤率如何；是否有控制其運作的標準、該標準是否經過校正；是否在相關科學社群有廣泛的接受等。1997 年，聯邦最高法院在 *General Electric Company v. Joiner* 案判決指出，事實審法院就科學證據之證據能力所作成的判斷，上級審僅能審查其是否「濫用裁量權」。1999 年，聯邦最高法院又在 *Kumho Tire Company v. Carmichael* 案判決表示，事實審法院的基礎把關義務，不僅適用於涉及科學性質證據的專家

證言，亦適用於法律以外之專業知識技術的專家證言。2000 年聯邦證據規則第 702 條進行修訂時，回應了最高法院道伯案中提出的觀點，針對專家證言的證據資格判斷，加入了 3 項法院應同時加以考量的要件：專家證言本於充分的事實或資料；其證言是源於可信賴的原則與方法之產物；專家以可信賴的方式，將原則和方法適用於本案事實<sup>34</sup>。

對於是否引進道伯法則或美國聯邦證據規則第 702 條規定，作為科學鑑定的證據能力標準，我國學說的意見分歧。例如金孟華與陳又寧認為，道伯法則以相當彈性的科學方法標準判定刑事鑑識證據的可信性，即使某個科學領域不符合最嚴格的科學方法標準，仍有可能取得證據能力。道伯法則所臚列的考量因素，能夠幫助法院更加理解刑事鑑識證據，幫助法官正確判斷證據價值，促成鑑識人員的進步<sup>35</sup>。相反地，蘇凱平在探討國民參與審判程序的證據能力判斷時認為，道伯法則或美國聯邦證據規則第 702 條的適用需要配套措施，包括強而有力的交互詰問、相反證據的呈現、關於舉證責任的嚴謹指示，才能避免荒唐的偽科學主張影響陪審團的心證。然而，我國法院與檢察官選任的鑑定人通常不到庭陳述，法院經常只選任一個鑑定人，不承認私選鑑定報告的證據能力，加上職業法官欠缺鑑定事項的專業知識，上述配套措施在我國刑事程序上並不存在。蘇凱平認為，相較於道伯法則，弗萊法則的判斷標準容易操作，能降低國民法官輕信新穎但未經證實的證據的

<sup>34</sup> 內容說明，參考蘇凱平（2021），〈國民參與刑事審判程序的證據能力判斷：兼論鑑定證據之證據能力判斷標準〉，《臺大法學論叢》，50卷4期，頁1958-1966。另可參考：施俊堯、徐健民（2010），〈刑事鑑定實務與結果評價問題：以改造槍枝殺傷力鑑定證據之調查與判斷為例〉，《臺北大學法學論叢》，74期，頁219-221；金孟華、陳又寧（2015），〈論圖案與印記證據之證據能力〉，《中研院法學期刊》，17期，頁451-456；賈文宇（2017），〈Daubert判準的當前發展與台灣證據法制可借鏡之處〉，《萬國法律》，216期，頁15-23；王兆鵬、張明偉、李榮耕（2023），《刑事訴訟法（下）》，6版，頁406-407，新學林；Arthur Best（著），蔡秋明、蔡兆誠、郭乃嘉（譯）（2002），《證據法入門：美國證據法評釋及實例解說》，頁238-240，元照。

<sup>35</sup> 金孟華、陳又寧，前揭註34，頁464-467。另可參考賈文宇，前揭註34，頁20-21；金孟華（2018），〈證據相互影響論：以刑事證據法為中心〉，《中研院法學期刊》，23期，頁200-201。

風險，避免法庭審判變得過於複雜、昂貴與耗時，更適合引進我國的國民法官審判程序<sup>36</sup>。

雖然上述學說對於認定專家證言的證據能力標準意見不同，但共通出發點是我國鑑定報告之證據能力不能沒有標準，因此無論如何，新法採納美國聯邦證據規則第 702 條作為鑑定報告之證據能力要件，仍可能被認為是比現狀更好的修法方向。不過，本文對於新法增訂鑑定報告的證據能力標準，仍有若干疑問。

首先，部分學說認為，對於鑑定報告設定特別的證據能力要件，主要是訴諸司法院釋字第 582 號解釋理由書，「所謂證據能力……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。」基於憲法對於證據能力所附加的「自然關聯性」要求，對於鑑定報告的自然關聯性，亦得參考美國法所發展的弗萊法則或道伯法則予以認定<sup>37</sup>。依照學說所述，證據能力要件的「自然關聯性」，係指證據對於待證事實必須具備最低限度證明力，亦即有該證據資料比沒有該證據資料，更能顯示某待證事實的存在或不存在<sup>38</sup>。依據此一定義，只有那些對於待證事實的存在或不存在毫無影響力的證據資料，始有可能自始不符合證據能力的「自然關聯性」要件；一項證據資料只要對於待證事實的認定具備基本的影響力，其影響力的高低就屬於證明力層次的問題。若是本文理解無誤，基於科學證據而提出的鑑定報告，只要不是完全不能以科學原理加以解釋，即可符合「自然關聯性」的證據能力要件，而不需要進一步達到「普遍接受」或

<sup>36</sup> 蘇凱平，前揭註34，頁1973-1981。

<sup>37</sup> 參考蘇凱平，前揭註34，頁1954：「因為唯有鑑定證據資料所使用的科學技術方法基本上可信，鑑定證據資料始與待證事實具有自然關聯性，也才可能認為具備證據能力。」

<sup>38</sup> 參考蘇凱平，前揭註34，頁1942-1947；林永謀，前揭註9，頁48-50；李榮耕（2012），〈初探證據關聯性之要求〉，甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會（編）《甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集（下冊）》，頁721-730，承法。與前述學說略有不同，我國部分學說將證據關連性區分為「自然關連性」與「法律關連性」，前者屬於證明力範疇，後者屬於證據能力範疇，參考黃朝義，前揭註22，頁546-548。



「科學妥適性」的程度。美國聯邦證據規則對於專家證言特別設定證據能力的要件，毋寧是考量科學證據或專家證人通常能夠證明待證事實，但是因為一般人常過度信任其正確性，這一類證據也可能帶有誤導審判者的危險，因而將具備「自然關聯性」的科學證據或專家證言予以排除<sup>39</sup>。由此可知，不論是以弗萊法則或道伯法則作為科學證據的證據能力標準，其理論基礎似乎都不是以「自然關聯性」作為證據能力的要件，而是在肯定其具備「自然關聯性」之後，權衡其妨害事實認定之危險而否定證據能力。據此，司法院釋字第 582 號解釋僅表明「自然關聯性」作為證據能力要件，並未規定法院應權衡對於事實認定之危險而排除證據能力，對科學鑑定報告特設證據能力的要件並不是憲法要求，而是立法政策的決定。

其次，美國聯邦證據規則為專家證言設定特別的證據能力標準，主要是美國刑事程序交給陪審團認定事實，陪審員欠缺法律與科學專業知識，心證可能受到不當影響，因此交由職業法官事先把關，避免陪審員接觸欠缺一定專業品質的專家證言。然而，我國刑事程序是由職業法官單獨或與國民法官共同認定犯罪事實，職業法官不僅依法必須獨立評價鑑定報告的證明力，實際上也受過認定犯罪事實的專業訓練，不是心證容易受到污染的陪審員或國民法官。因此，職業法官在面對基於科學證據所作成的鑑定報告時，其任務不是為了避免「自己」的心證受到不當影響，否定欠缺一定專業品質的鑑定報告的證據能力，而是依個人確信謹慎地判斷鑑定報告的證明力，並且在判決交代其採納或不採納鑑定報告的理由<sup>40</sup>。職業法官判斷鑑定報告的證明力，當然並非只考慮鑑定人的專業能力，而是必須納入道伯法則對於科學技術所臚列的各項考量因素。我國引進道伯法則或美國聯邦證據規則第 702 條規定，其規範意義不是為科學鑑定報告設定特殊的證據能力要件，而是應該作為法官判斷科學鑑定報告證明力時的「檢查清單」。鑑定報告所運用的科

<sup>39</sup> 參考李榮耕，前揭註38，頁735。

<sup>40</sup> 深入說明，Bartel, in: Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, 2. Aufl., 2024, §261 Rn. 332 ff.; Julius/Beckemper, in: Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung, 7. Aufl., 2023, §261 Rn. 37 ff.

學技術符合道伯法則所臚列的考量因素越多，法官接受鑑定報告的判決理由就可以越簡化；科學技術符合道伯法則所臚列的考量因素越少，法官接受鑑定報告的判決理由就必須越詳盡。

最後，新法引進美國聯邦證據規則第 702 條規定，是否能夠解決學說詬病的鑑定報告證據能力漫無標準的問題，同樣值得懷疑。新法立刻引發的難題是，除了修法過程中引發爭議的測謊鑑定<sup>41</sup>之外，常見的指紋比對、工具痕跡、鞋印與胎痕比對、咬痕比對與聲紋比對等刑事鑑識證據，其科學性均有值得懷疑之處<sup>42</sup>，法官是否應該承認這些科學鑑定報告的證據能力<sup>43</sup>？依據學者的觀察，大多數美國法官其實並不太了解道伯法則，依舊是憑感覺來決定科學證據的容許性，大多數前述證據仍然會被承認證據能力，美國國家科學院的報告指出「法院完全沒有有效回應刑事鑑識的問題」<sup>44</sup>。考量臺灣欠缺道伯法則所需的配套措施，亦即強而有力的交互詰問、相反證據的呈現及關於舉證責任的嚴謹指示，美國法院難以落實道伯法則的實踐狀況在臺灣法院重演，並非難以想像。

基於上述，新法在第 206 條第 3 項增訂鑑定報告的必要項目，並將其定為鑑定報告的證據能力要件，其規範意義宜在我國刑事訴訟架構下被重新理解。本條項的規範意義僅限於：鑑定報告應完備法條所列舉之必要記載事項，如有欠缺應命鑑定人補正<sup>45</sup>，否則鑑定報告不具證據能力。新法改變鑑定報告的記載內容，可以提供法院更充足的資訊去理解與評估鑑定過程與結果。但是，鑑定基礎的事實或資料是否「足夠」、作成鑑定的原理或方法是否「可靠」、是否「以可靠方式」適用於鑑定事項，則不是鑑定報告取得證據能力的前提，而是純屬鑑定報告的證明力問題。因此，測謊、指紋、聲紋比對等

<sup>41</sup> 測謊鑑定的相關問題，僅參考王兆鵬（2006），〈重新思維測謊之證據能力〉，《月旦法學雜誌》，135期，頁137-145；吳巡龍（2005），〈科學證據與測謊的證據能力〉，《月旦法學教室》，38期，頁95-105；黃朝義，前揭註22，頁649-652。

<sup>42</sup> 詳見金孟華、陳又寧，前揭註34，頁432-451。

<sup>43</sup> 亦見廖建瑜，前揭註10，頁87。另可參考林永謀，前揭註9，頁145-153。

<sup>44</sup> 詳見金孟華、陳又寧，前揭註34，頁453-456。

<sup>45</sup> 司法院，前揭註7，頁5（Q6）。

科學鑑定證據，不宜因為新增第 206 條第 3 項規定就立刻被否定證據能力，法院毋寧應該將道伯法則所臚列的考量因素當成「檢查清單」，獨立評價鑑定報告的證明力，並且在判決中交代採納與否的理由。

## 五、鑑定報告之方式

新法另一個非常重要的修正則是確立言詞與書面鑑定報告的優先次序。新法維持第 206 條第 1 項「鑑定之經過及其結果，應命鑑定人以言詞或書面報告。」但增訂第 206 條第 4 項「以書面報告者，於審判中應使實施鑑定之人到庭以言詞說明。但經當事人明示同意書面報告得為證據者，不在此限。」與第 5 項：「前項書面報告如經實施鑑定之人於審判中以言詞陳述該書面報告之作成為真正者，得為證據。」依據立法說明，「作成之真正」係指鑑定人應陳述書面報告以其名義作成之真正性，以及所為鑑定係依其特定專業領域之科學、技術或其他專業方法所為，並已將該經過及其結果正確記載於書面報告之內容真正性。

鑑定人應以言詞方式進行鑑定報告，係法律上毋庸置疑的出發點。依據第 197 條規定，除法律有特別規定者外，鑑定準用關於人證之規定。因此，法院為聽取鑑定報告，應傳喚鑑定人到庭言詞陳述（第 175 條）；如鑑定人有不能到場或有其他必要情形，得就地訊問或以科技設備遠距訊問（第 177 條第 1 項、第 2 項、第 189 條第 4 項）<sup>46</sup>。對於傳喚到場之鑑定人，當事人得直接詰問（第 166 條第 1 項），法院為補充訊問時，當事人得詢問之（第 163 條第 1 項）。鑑定人到庭以言詞方式報告鑑定經過與結果，一方面使當事人得透過交互詰問檢驗其資格、專業與中立性、鑑定實施之經過及其結果，實現被告的對質詰問權；另一方面使法院親身聽聞鑑定報告，當場釐清對於鑑定意見的疑問，符合直接審理原則。

然而，第 206 條第 1 項容許鑑定人「以言詞或書面報告」，使言詞鑑定報告成為例外。在修法之前，由於鑑定人出於各種成本或恐懼的理由不願意出庭，第 206 條第 1 項又被理解為同法第 159 條第 1 項傳聞例外之特別法

<sup>46</sup> 司法院，前揭註7，頁5-6（Q7）。

律規定，法院實務廣泛承認書面鑑定報告的證據能力<sup>47</sup>，致使書面鑑定報告在大多數案件中取代了言詞鑑定報告。即使同條第 3 項規定「以書面報告者，於必要時得使其以言詞說明」，是否命鑑定人到庭言詞陳述，仍取決於法院裁量是否屬於必要情形<sup>48</sup>。此一實務作法除掏空被告的對質詰問權之外，也違反直接審理原則。加上法官與檢察官獨占鑑定人選任權，造成檢察官選任鑑定人出具之書面鑑定報告有證據能力，被告委任鑑定人出具之書面鑑定報告沒有證據能力，因而違反武器平等原則<sup>49</sup>。

新法使書面鑑定報告之證據能力要件嚴格化，除非當事人明示同意，書面鑑定報告僅於鑑定人到庭言詞說明，並且以言詞陳述該書面報告之作成為真正時，始有證據能力<sup>50</sup>。在當事人明示同意書面鑑定報告的證據能力時，法院無庸命鑑定人到庭言詞說明，同時構成直接審理原則的例外。新法使鑑定人原則上應到庭言詞說明鑑定經過與結果，實現了被告對質詰問權及直接審理原則。從武器平等原則來看，法院與檢察官選任之鑑定人原則上應到庭言詞說明，大幅提升了被告在審判中防禦不利鑑定報告的可能性，某程度上彌補被告不能自行委任鑑定人的劣勢，縮小檢辯雙方武器不對等的差距。

然而，第 206 條第 4 項但書以「明示同意」作為書面鑑定報告取得證據能力的要件，是否排除第 159 條之 5 的適用可能性？具體而言，書面鑑定報告經當事人明示同意者，法院是否仍應審查書面鑑定報告作成之情形，始承認其證據能力？書面鑑定報告未經當事人明示同意者，是否因為當事人、代

<sup>47</sup> 參考吳燦（2018），〈鑑定書面之證據能力〉，《月旦法學教室》，186期，頁25-27。

<sup>48</sup> 學說主張應對於「必要時」限縮解釋，除有不得已情形之外，原則上皆屬於必要以言詞說明的情形，林鈺雄，前揭註8，頁596。

<sup>49</sup> 詳細論證，李佳玟（2008），〈鑑定報告與傳聞例外：最高法院近年相關裁判之評釋〉，《政大法學評論》，101期，頁219-240。另見李佳玟，前揭註26，頁256-258；陳運財，前揭註24，頁100-101；林俊宏，前揭註22，頁68-69；林鈺雄，前揭註8，頁595；王兆鵬、張明偉、李榮耕，前揭註34，頁398-399；張麗卿（2011），〈傳聞證據與醫療鑑定報告書〉，《中華法學》，14期，頁70-74。

<sup>50</sup> 學說建議以當事人同意解決書面鑑定報告證據能力的問題，已見於李佳玟，前揭註49，頁241-248；陳運財，前揭註24，頁101-102。

理人或辯護人未於言詞辯論終結前聲明異議，視為當事人同意而有證據能力？或有認為，書面鑑定報告是傳聞證據的一種，第 159 條之 5 是傳聞證據同意法則的普通規定，第 206 條第 4 項但書是書面鑑定報告證據能力的特別規定，基於特別法優先普通法原則，不得適用第 159 條之 5 認定書面鑑定報告的證據能力。不過，從立法說明可知，立法者增訂第 206 條第 4 項的主要用意，係禁止適用第 206 條逕行承認書面鑑定報告的證據能力，看不出有意連帶排除書面鑑定報告適用第 159 條之 1 以下傳聞例外規定。再者，相較於其他傳聞證據，書面鑑定報告雖然有錯誤的風險，但沒有特別不可信的情形，為求慎重而限定當事人僅能以明示同意賦予其證據能力，似乎沒有必要性。因此，本文傾向認為，第 206 條第 4 項但書「明示同意」的證據能力要件，不排除書面鑑定報告適用第 159 條之 5 的可能性。據此，在當事人明示同意時，法院仍應審查書面鑑定報告作成之情形，始承認其證據能力；在當事人未明示同意時，當事人、代理人或辯護人未於言詞辯論終結前聲明異議，視為當事人同意，書面鑑定報告亦有證據能力。

## 參、機關鑑定

### 一、機關鑑定之存在必要性？

除自然人鑑定之外，本法亦承認機關鑑定，第 208 條第 1 項規定法院或檢察官得囑託醫院、學校或其他相關之機關、機構或團體為鑑定，或審查他人之鑑定。在司法實務上，機關鑑定是刑事鑑定案件的大宗，衛福部醫事審議委員會、食品藥物管理署、法務部法醫研究所、調查局、內政部警政署刑事警察局、各大醫學中心等，皆是備受倚重的鑑定機關。

即使法院與檢察官係囑託機關鑑定，但必定是由機關內部的自然人實施鑑定或審查他人鑑定，前述鑑定人資格、具結義務、言詞或書面報告等規定，理應直接適用於機關鑑定之實施鑑定或審查之人。不過，本法將受囑託機關視為鑑定人，實施鑑定或審查之人並非法院或檢察官所選任的鑑定人，不能

適用前述鑑定之相關規定，又沒有準用的明文規定。因此，在受囑託機關出具書面鑑定報告時，實施鑑定或審查之人不具名、不能被拒卻、不具結、不到庭言詞報告。2003 年立法者嘗試修法調整，在法院命實施鑑定或審查之人以言詞報告或說明時（舊法第 208 條第 1 項後段），應受詰問並且具結（舊法第 208 條第 2 項）。不過，實施鑑定或審查之人是否出庭、具結與接受詰問，仍然取決於法院的裁量結果<sup>51</sup>。此一法律適用結果，不僅使機關鑑定報告的專業性和中立性被質疑，被告防禦不利機關鑑定報告的可能性更低。

對於機關鑑定的缺失，釜底抽薪的解決方法就是廢除機關鑑定，由法院或檢察官直接選任機關內部的自然人為鑑定人。從滿足鑑定的實際需求來看，鑑定機關能夠提供良好的設備和不同領域的專家，確保有充足的鑑定人來源，由國家或私人設立鑑定機關，甚至科予鑑定機關接受法院或檢察官囑託鑑定的法定義務等，皆有一定程度的必要性<sup>52</sup>。本法容許法院與檢察官囑託機關鑑定，交由受囑託機關依其專業考量選任適格的鑑定人或組成一個鑑定團隊，同時可以節省法院與檢察官選任適格鑑定人的麻煩<sup>53</sup>。不過，假如鑑定機關的實際功能在於提供足夠的專家和專業設備，事實上只是扮演法院與檢察官選任自然人鑑定的平台，實施鑑定或審查之人是法律上應予選任的鑑定人。鑑定機關即使在法律上未被選任為鑑定人，仍然可以發揮專業平台的功能，以建議適格鑑定人名單及鑑定流程的方式，協助法院與檢察官直接選任適格的鑑定人。因此，本法承認法院與檢察官得直接選任機關鑑定，並非節省法院與檢察官選任適格鑑定人麻煩的必要手段，由法院與檢察官直接選任機關內部的自然人為鑑定人，不會有窒礙難行的問題。透過廢除機關鑑定，法院與檢察官直接選任實施鑑定或審查之人為鑑定人，使之適用自然

---

<sup>51</sup> 林鈺雄，前揭註8，頁601（註145）。

<sup>52</sup> 詳見薛瑞元（2001），《刑事訴訟程序中「機關鑑定」之研究以：醫事鑑定為範圍》，頁113-119，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

<sup>53</sup> 參考林鈺雄，前揭註8，頁599（註142）；林永謀，前揭註9，頁218。

人鑑定的相關規定，實施鑑定或審查之人不具名、不能拒卻、不具結、不到庭言詞陳述等缺失，皆可迎刃而解。

然而，新法並未廢除機關鑑定，而是局部修補機關鑑定的上述缺失。新法增訂第 208 條第 2 項規定：「前項情形，其實施鑑定或審查之人，應由第 198 條第 1 項之人充之，並準用第 202 條之規定，及應於書面報告具名。」解決了實施鑑定或審查之人不專業、不具名、不具結的問題。新法所未改變的是，實施鑑定或審查之人不能準用鑑定人拒卻的規定（第 200 條、第 201 條）<sup>54</sup>，法院得裁量決定實施鑑定或審查之人是否到庭言詞報告（第 208 條第 1 項後段、第 8 項），書面鑑定報告的證據能力要件依然寬鬆（第 208 條第 3 項）。因此，實施鑑定或審查之人不能拒卻、不出庭言詞陳述的問題繼續存在。

立法者維持機關鑑定的可能性，對於實施鑑定或審查之人不準用拒卻規定，而且交給法院裁量是否命其出庭言詞報告或說明，似乎是預設了相較於法院與檢察官直接選任的鑑定人，鑑定機關內實施鑑定或審查之人的中立性更值得被信賴，其書面鑑定報告的品質更能夠被擔保。然而，臺灣至今尚未建立對於鑑定機關的外部評鑑制度，鑑定機關較具公信力可能只是一個未經檢驗的迷思<sup>55</sup>。就算鑑定機關較具公信力不是一種迷思，機關公信力也只能推定實施鑑定或審查之人具備中立性，書面鑑定報告通常符合專業要求，卻不能排除有例外情形存在。實施鑑定或審查之人剛好是被告或被害人家屬而顯得不中立，書面鑑定報告所採用的鑑定方法可能不符合專業，並不是難以想像之事。如果機關鑑定的作用只是方便法院與檢察官選任適格的鑑定人，那麼就更難以理解，為何方便法院與檢察官選任適格的鑑定人，可以成為剝奪被告聲請拒卻權與對質詰問權的正當理由。因此，比照法院與檢察官直接選任的鑑定人，給予當事人聲請拒卻實施鑑定或審查之人的可能性，命其到庭言詞陳述並接受交互詰問，就是一個保障被告防禦不利鑑定報告的必要手段。

<sup>54</sup> 林鈺雄，前揭註8，頁601（註145）。

<sup>55</sup> 美國刑事鑑識實務的報導，參考李佳玟，前揭註49，頁209-219。

綜上所述，從節省法院與檢察官選任適格鑑定人麻煩的角度來看，新法維持機關鑑定，任由實施鑑定或審查之人不得被拒卻及無庸到庭言詞陳述，其正當性皆值得被挑戰。在立法政策上，釜底抽薪之計是刪除機關鑑定；不刪除機關鑑定，則應使實施鑑定或審查之人準用自然人鑑定的全部規定。

## 二、鑑定機關之選任

新法承認 3 種鑑定機關之選任方式：除了既有的法院與檢察官囑託（第 208 條第 1 項）之外，立法者新增當事人於審判中聲請法院囑託（第 208 條第 4 項）及當事人於審判中自行委任（第 208 條第 5 項）2 種方式。3 種鑑定機關的選任方式不只有發動主體不同，所適用的利益揭露義務和鑑定報告方式也有所不同。以下先就 3 種選任方式進行分析。

首先，法院或檢察官囑託機關鑑定（第 208 條第 1 項）係最重要的選任方式。不同於法院或檢察官選任鑑定人的情形，新法並未規定此種情形準用第 198 條之 2 與第 198 條之 1 第 1 項之規定。因此，法院或檢察官囑託機關鑑定之前，當事人沒有陳述意見的機會，被告在偵查中亦不能請求檢察官囑託機關鑑定。在囑託機關鑑定的情形，透過當事人陳述意見避免專業不足的鑑定機關做成品質不良的鑑定報告，以及促使檢察官多元考量作成有利被告之處分的必要性，並不亞於法院與檢察官選任鑑定人的情形。新法就囑託機關鑑定，未賦予當事人陳述意見的機會和請求檢察官囑託的權利，到底是立法者的規範疏漏或有意安排，難以從立法說明推知。問答集認為此時雖未準用第 198 條之 2 之規定，當事人仍得依第 163 條第 3 項、第 163 條之 1 陳述意見<sup>56</sup>；但是，上述規定只能適用於法院在審判中囑託機關鑑定的情形，不能適用於檢察官在偵查中囑託機關鑑定的情形，無法改善檢察官在偵查中獨占囑託機關鑑定的流弊<sup>57</sup>。因此本文建議，為了減少被告與檢察官武器不平等的劣勢地位，在不能證明違反立法者意思的前提下，應類推適用第 198

<sup>56</sup> 司法院，前揭註 7，頁 3-4（Q5）。

<sup>57</sup> 亦可參考廖建瑜，前揭註 10，頁 87。



條之 2 與第 198 條之 1 第 1 項，賦予當事人陳述意見的機會，並得請求檢察官囑託機關鑑定。

其次，當事人於審判中聲請法院囑託機關鑑定（第 208 條第 4 項），是新法所增加的選任方式。當事人在審判中原本就可以聲請鑑定之證據調查（第 163 條第 1 項），但是尚不能聲請法院囑託「特定的鑑定機關」，新法賦予當事人聲請法院囑託機關鑑定的權利，以資補充<sup>58</sup>。

最後，當事人於審判中自行委任機關鑑定（第 208 條第 5 項），則是新法所增加的選任方式，也是本次最受矚目的修法之一。立法者回應增訂「私選鑑定」的學說建議，被告得自行委任鑑定人作出有利的鑑定報告，縮小檢察雙方武器不平等的差距。不過，新法大幅限制了當事人自行委任鑑定的範圍：被告僅得在「審判中」自行委任「機關鑑定」，不含自然人鑑定。立法說明強調，當事人委任機關鑑定雖無須經法院許可，但應依誠信原則行使，不得濫用，不得無故拖延。問答集據此進一步表示，當事人就已於偵查或審判中鑑定之同一事項再行委任機關鑑定，並聲請調查鑑定結果者，當事人宜說明其認有重新鑑定及調查必要之具體理由，供法院審酌有無調查之必要<sup>59</sup>。

新法僅賦予當事人在審判中自行委任機關鑑定的權利，其實看不出其整體規範構想何在。一方面，新法否決當事人在偵查中自行委任鑑定的三大理由，亦即當事人得聲請鑑定之保全證據、當事人提出之書面鑑定意見得作為彈劾證據、鑑定客體有滅失之虞或不能重複鑑定等，其實完全同樣可以用來否決當事人在審判中自行委任鑑定的可能性。然而，新法仍然不顧這些理由存在，為了實現武器平等原則而賦予當事人在審判中自行委任鑑定的權利。另一方面，新法為了實現武器平等原則，賦予當事人在審判中自行委任機關鑑定的權利，相同理由也完全可以支持當事人在審判中自行委任自然人鑑定的權利。然而，立法者在最後關頭卻排除了當事人自行委任自然人鑑定的可能性，完全無法從立法說明中窺知其緣由。

<sup>58</sup> 但是質疑創設此種「類私選機關鑑定」之必要性者，廖建瑜，前揭註10，頁89。

<sup>59</sup> 司法院，前揭註7，頁14（Q18）。

除此之外，新法規定的配套措施不足，亦構成當事人自行委任機關鑑定的阻礙。第一、已有實務先進指出，依法令有鑑定、鑑識或檢驗等業務之機關，多半在組織法上明定僅接受司法機關之囑託鑑定，被告無法自行委任上述機關鑑定，勢必回歸法院囑託機關鑑定，私選鑑定仍屬空談<sup>60</sup>。第二、第 208 條第 6 項規定，當事人得向法院聲請將鑑定之物交付受委任之鑑定機關，不過因為目前欠缺證據監管鏈的規定<sup>61</sup>，交付鑑定之物的聲請權如何落實，尚待觀察。第三、同條第 7 項規定由委任人自行負擔鑑定費用，這也可能造成資力不足被告難以自行委任機關鑑定。雖然依照財團法人法律扶助基金會「法律扶助必要費用計付辦法」第 2 條規定，就鑑定費支付得申請法律扶助給付<sup>62</sup>，但是並非所有被告都符合扶給付資格。無資力被告不能自行委任機關鑑定者，只能透過聲請法院囑託機關鑑定（第 208 條第 4 項）。因此，新法賦予當事人在審判中自行委任機關鑑定的權利，聲稱是為了實現武器平等原則，實際上純屬畫餅充飢之舉。

### 三、鑑定機關之利益揭露義務

新法在第 198 條第 2 項增訂鑑定人之利益揭露義務，目的是在確保鑑定人的中立性與公正性，便於當事人聲請拒卻執行職務有偏頗之虞的鑑定人，此一規範目的當然也適用在機關鑑定的情形。因此，新法在當事人聲請法院囑託機關鑑定（第 208 條第 4 項）及當事人自行委任機關鑑定（第 208 條第 5 項），均明文規定準用第 198 條第 2 項之利益揭露義務。暫且不論第 198 條第 2 項的規範缺失<sup>63</sup>，上述準用規定存在重大規範漏洞。

<sup>60</sup> 廖建瑜，前揭註 10，頁 88；廖建瑜，前揭註 11，頁 154。

<sup>61</sup> 廖建瑜，前揭註 10，頁 90。制度建議，王兆鵬、張明偉、李榮耕，前揭註 34，頁 205-211。

<sup>62</sup> 有擔心當事人不用自行負擔委任鑑定的費用，可能助長濫用機關鑑定者，廖建瑜，前揭註 10，頁 89-90。行政院版修正草案第 198 條之 1 第 5 項規定「因第三項委任鑑定人所生之費用，由委任之人負擔。但符合法律扶助法所稱無資力者，得適用該法之規定申請扶助。」但書在立法院通過的最後版本被刪除。

<sup>63</sup> 詳見上述「貳、三、鑑定人之利益揭露義務」部分。

首先，鑑定機關的利益揭露義務，並未被準用於法院或檢察官職權囑託機關鑑定的情形（第 208 條第 1 項），而是僅準用在當事人聲請法院囑託及當事人自行委任機關鑑定的情形。新法為何做出如此的差別待遇，無法從立法說明得知。立法者似乎是認為，鑑定機關與當事人有合作關係或金錢資助關係，只可能發生在當事人聲請法院囑託或自行委任機關鑑定的情形，不可能發生在法院與檢察官職權囑託機關鑑定的情形。若是如此，這顯然是對於法院或檢察官囑託機關鑑定的中立性迷思，因為不論此種利益衝突關係如何少見，都還是無法自始排除其發生的可能性。更糟糕的是，由於法院或檢察官職權囑託機關鑑定是實務常態，新法不將利益揭露義務準用於此種情形，利益揭露義務在機關鑑定上幾乎成為具文<sup>64</sup>。

其次，在當事人聲請法院囑託及自行委任機關鑑定的情形，雖然鑑定機關準用利益揭露義務，但是除了鑑定機關本身有利益揭露義務之外，機關內部的實施鑑定或審查之人是否也有利益揭露義務，法條文義有模糊空間<sup>65</sup>。從貫徹鑑定人中立性與公正性的意旨來看，應該將實施鑑定或審查之人納入利益揭露義務的適用範圍之內。不過問答集認為，部分鑑定機關採取盲測方式實施鑑定（例如毒品案件之尿液檢體以編號送檢），鑑定機關或實施鑑定之人並不知道犯罪嫌疑人或被告之資料，似無揭露義務<sup>66</sup>。除此之外，在檢察官自行委託機關鑑定時，因為第 198 條第 2 項僅規定鑑定機關及實施鑑定或審查之人應揭露與訴訟關係人之利益衝突關係，不及於其檢察官的利益衝突關係，亦顯得有所不足<sup>67</sup>。不過，由於在新法底下，實施鑑定或審查之人依然不能準用聲請拒卻之規定，即使將實施鑑定或審查之人擴大解釋為利益揭露義務的適用主體，根本也無助於當事人排除有不中立外觀的鑑定人。

整體觀之，新法所規定的利益揭露義務，不僅排除準用於法院與檢察官職權囑託機關鑑定，在當事人聲請法院囑託及自行委任機關鑑定的情形，利

<sup>64</sup> 參考廖建瑜，前揭註10，頁87；廖建瑜，前揭註11，頁144。

<sup>65</sup> 廖建瑜，前揭註10，頁87。

<sup>66</sup> 司法院，前揭註7，頁2（Q2）。

<sup>67</sup> 廖建瑜，前揭註11，頁144。

益揭露義務的適用限制搭配實施鑑定或審查之人不能被聲請拒卻，對於鑑定中立性的提升只有杯水車薪的效果。

#### 四、鑑定報告之內容

在法院或檢察官依職權或聲請囑託機關鑑定時，鑑定報告應包括第 206 條第 3 項所列舉之必要記載事項（第 208 條第 1 項準用第 206 條第 3 項），實施鑑定或審查之人應具結（第 208 條第 2 項準用第 202 條），並於書面報告具名（第 208 條第 2 項）。上述規定亦準用於當事人自行委任機關鑑定的情形（第 208 條第 5 項準用同條第 1 項、第 2 項）。新法要求實施鑑定或審查之人應就鑑定事項具備專業能力，負有具結與具名之義務，皆是確保鑑定專業性與中立性的正確作法，但是在合議制之機關鑑定報告中，應如何認定實施鑑定或審查之人，將是實務在適用新法時所面臨的挑戰。

以醫療糾紛案件中，最常受法院與檢察官囑託的衛福部醫事審議委員會（以下簡稱醫審會）為例。醫審會是依據醫療法第 98 條第 2 項設立之組織，其法定任務之一為「司法或檢察機關之委託鑑定」，故下設醫事鑑定小組。醫事鑑定小組設置委員 21 人至 36 人，由衛福部部長指定醫事審議委員會委員一人為召集人，遴聘其他不具民意代表、醫療法人代表身分之醫事、法學專家、學者及社會人士為委員。醫審會受法院或檢察官囑託鑑定時，鑑定資料先交由相關科別專長之初審醫師審查，研提初步鑑定意見，提交醫事鑑定小組並列席說明，經所有委員達成一致之意見為鑑定意見<sup>68</sup>。

過去醫審會出具之書面鑑定報告具有證據能力，不論是初審醫師或醫事鑑定小組委員皆不用出庭言詞說明；如果書面鑑定報告在審判過程中遭到專業質疑，法院通常僅能函請醫審會再作說明。然而，在新法之下，實際鑑定或審查之人應就鑑定事項具備專業能力、負有具結及具名義務，誰是醫審會鑑定報告的實際鑑定或審查之人，即成為問題。問答集認為，醫審會之實施鑑定之人，應指參與醫事鑑定小組會議審議鑑定之委員；初審醫師事先研提

<sup>68</sup> 醫審會之組成及運作方式，參考林萍章（2024），〈饒了我吧！我不要當鑑定人：簡評刑訴修法對醫事鑑定的影響〉，《月旦醫事法報告》，87期，頁123-128。

意見並列席說明，並未參與審議及鑑定意見之作成，難認其為實施鑑定之人，故無庸具結、具名及揭露利益衝突的資訊<sup>69</sup>。然而，此一見解仍有商榷餘地。首先，實施鑑定或審查之人依法應就鑑定事項具備專業能力（第 198 條第 1 項），但是醫事鑑定小組委員部分不是醫學專家，醫學背景的委員也未必具有鑑定事項之科別專長，有無能力完整審查鑑定資料與運用鑑定方法，並非無疑<sup>70</sup>。其次，初審醫師雖未參與審議及鑑定意見之作成，但是他不僅運用專業知識經驗作成初審意見，初審意見與言詞說明亦是醫事鑑定小組形成鑑定意見的基礎，通常重大形塑最後的鑑定報告內容。如果初審醫師不被定性為實施鑑定或審查之人，無庸在書面鑑定報告上具名與具結，將使確保鑑定報告專業性與中立性的效果大打折扣。因此，應將初審醫師一併列為醫審會鑑定報告的實際鑑定或審查之人，命其在書面鑑定報告上具結和具名；在初審醫師的初審意見與醫事鑑定小組的決議結果不同時，初審醫師得註明不同意見，僅就個人鑑定意見部分負責<sup>71</sup>。

## 五、鑑定報告之方式

在法院或檢察官依職權或聲請囑託機關鑑定時，鑑定報告得以言詞與書面方式為之（第 208 條第 1 項準用第 206 條第 1 項），上述規定亦準用於當事人自行委任機關鑑定的情形（第 208 條第 5 項準用同條第 1 項）。由於鑑定機關本身不能以言詞報告，在須以言詞報告或說明時，得命實施鑑定或審查之人為之（第 208 條第 1 項），應具結<sup>72</sup>並接受當事人詢問、交互詰問（第 208 條第 8 項準用第 163 條第 1 項、第 166 條至第 167 條之 7、第 202 條）。

<sup>69</sup> 司法院，前揭註 7，頁 2-3（Q3）。

<sup>70</sup> 廖建瑜，前揭註 10，頁 89；廖建瑜，前揭註 11，頁 145-146；林萍章，前揭註 68，頁 125。

<sup>71</sup> 建議在機關鑑定引進不同意見制度，薛瑞元，前揭註 52，頁 125-127。

<sup>72</sup> 司法院，前揭註 7，頁 7-8（Q10）：具結之方式取決於其說明之內容。就特定事項陳述其判斷意見，應踐行鑑定人具結程序；就鑑定過程中親身見聞為陳述者，此部分為鑑定證人，應加具證人之具結程序。

機關鑑定之書面鑑定報告，應經實施鑑定或審查之人到庭言詞陳述其作成之真正性，始有證據能力（第 208 條第 1 項準用第 206 條第 4 項、第 5 項）。但是，新法在第 208 條第 3 項規定 3 個例外事由，不待實施鑑定或審查之人到庭言詞陳述，逕行承認書面鑑定報告的證據能力：「一、當事人明示同意。二、依法令具有執掌鑑定、鑑識或檢驗等業務之機關所實施之鑑定<sup>73</sup>。三、經主管機關認證之機關或團體所實施之鑑定<sup>74</sup>。」此一傳聞例外規定，適用於法院或檢察官依職權或聲請囑託機關鑑定<sup>75</sup>，並準用於當事人自行委託機關鑑定（第 208 條第 5 項準用同條第 3 項）。

相較於自然人鑑定的書面鑑定報告，新法大幅放寬機關鑑定之書面鑑定報告的證據能力要件，不完全符合傳聞法則的法理基礎。傳聞法則之目的是保障被告的對質詰問權，審判外的不利證詞唯有經過被告反對詰問，始能作為認定被告犯罪事實的證據。但是，如果被告同意使用審判外的不利證詞，或者審判外的不利證詞具有特別可信性，足以取代對質詰問權的行使，得例外承認其證據能力。第 1 款之當事人明示同意，代表當事人自願放棄對質詰問權，此一傳聞例外規定有其正當性<sup>76</sup>。第 2 款與第 3 款之特定機關書面鑑定報告，僅可能因為具有特別可信性而得作為傳聞例外。不過前面已經提過，在臺灣建立鑑定機關的外部評鑑機制之前，所謂官方認證之鑑定機關特別具有中立性與專業性，其書面鑑定報告的品質特別獲得擔保，都是沒有事實根

<sup>73</sup> 例如：醫事審議委員會、車輛行車事故鑑定會、法務部調查局、法務部法醫研究所、內政部警政署刑事警察局等，參考司法院，前揭註 7，頁 10-12（Q15）。

<sup>74</sup> 例如：衛福部認證之驗尿機構、取得國家環境研究院核發許可之環境檢驗測定機構等，參考司法院，前揭註 7，頁 12-13（Q16）。

<sup>75</sup> 不同見解，廖建瑜，前揭註 11，頁 152-153 認為，就當事人聲請法院囑託機關鑑定的情形，第 208 條第 4 項未規定準用同條第 3 項，是否依第 208 條第 1 項準用第 206 條第 4、5 項，由實施鑑定或審查之人到庭言詞陳述書面鑑定報告作成之真正，始有證據能力，有待法院實務發展。不過本文傾向認為，在法院因當事人聲請而囑託機關鑑定時，可以直接適用同條第 1 項與第 3 項規定，不待同條第 4 項明文規定準用同條第 3 項。

<sup>76</sup> 至於本款是否排除第 159 條之 5 的適用可能性，詳見上述「貳、五、鑑定報告之方式」部分。

據的迷思。第 2 款與第 3 款的書面鑑定報告，沒有立法者所設想的特別可信性，新法將其規定為傳聞例外事由，不符合傳聞法則的法理基礎。

本文進一步認為，第 208 條第 3 項第 2 款、第 3 款之傳聞例外規定構成對質詰問權的違憲干預<sup>77</sup>。依據司法院釋字第 789 號解釋之意旨，被告對質詰問權應受最大可能之保障，審判外陳述作為證據僅作為最後手段，且被告所受防禦權損失有適當之衡平補償時，始不違反憲法第 8 條正當法律程序與憲法第 16 條訴訟權之保障意旨<sup>78</sup>。雖然在刑事訴訟法上鑑定人與證人是不同證據方法，但是書面鑑定報告同屬審判外之陳述，對於檢察官的起訴及法院的判決結果亦有重大影響力，被告在審判中對於鑑定人之對質詰問可能性，亦應受對質詰問權之保障。因此，被告對於作成書面鑑定報告之實際鑑定或審查之人，亦應享有在審判中對質詰問的權利；其於審判外所製作的書面鑑定報告，僅在符合最後手段性，並且被告所受防禦權損失有適當之衡平補償時，始得作為證據。第 208 條第 3 項第 2 款、第 3 款規定特信性書面鑑定報告得為證據，並未以實際鑑定或審查之人不能到庭陳述為適用前提，已不符合最後手段性的要件。除此之外，同一規定也沒有提供被告有效的衡平補償措施，例如特信性書面鑑定報告不得作為被告有罪判決之唯一或主要證據，逾越了干預對質詰問權的憲法界限。因此，第 208 條第 3 項第 2 款、第 3 款之傳聞例外規定應屬違憲。在再度修法刪除第 208 條第 3 項第 2 款、第 3 款之前，應參照司法院釋字第 789 號解釋之意旨，對於系爭規定進行合憲性限縮解釋<sup>79</sup>：特信性書面鑑定報告得為證據者，以實際鑑定或審查之人不能到庭陳述、強化被告對於其他證人之對質詰問、不得作為有罪判決之唯一或主要證據為限。特信性書面鑑定報告不符合上述要件者，特別是實際鑑定或審查之人並非不能到庭陳述時，法院應依第 208 條第 1 項準用第 206 條

<sup>77</sup> 在修法之前，依據司法院釋字第 582 號解釋意旨，認定第 206 條第 1 項作為書面鑑定報告之傳聞例外規定違憲者，李佳玟，前揭註 49，頁 239-240。

<sup>78</sup> 相同意旨，參照憲法法庭 112 年憲判字第 12 號判決。

<sup>79</sup> 對於此種合憲性限縮解釋的方法論批評，詳見薛智仁（2021），〈對質詰問權之衡平補償：評司法院釋字第 789 號解釋〉，《台灣法律人》，1 期，頁 115-120。

第 4 項、第 5 項，傳喚實際鑑定或審查之人到庭言詞說明，並且言詞陳述書面報告作成之真正，始有證據能力<sup>80</sup>。

## 肆、結 論

隨著 2017 年總統府全國司法改革國是會議落幕，各界殷切期盼的刑事鑑定制度改革終於露出曙光，主要的改革目標在於扭轉被告在刑事程序上防禦不利鑑定報告的劣勢。在司法院與行政院多年研議之後，2023 年底立法院正式通過刑事鑑定新法，卻引發不少批評。以下扼要說明本文立場：

第一、鑑定人選決定權：被告取得一個難以實現的審判中自行委任機關鑑定的權利，「私選鑑定」問題幾乎是原地踏步。被告對法院與檢察官選任鑑定人與囑託機關鑑定享有陳述意見權、請求權或聲請權，是否實際增加決定鑑定人選的影響力，尚待觀察。

第二、鑑定人中立性：鑑定人與鑑定機關雖被科予利益揭露義務，但因為違反義務沒有制裁效果，適用範圍不及於其與法院或檢察官之利益衝突資訊，不利於被告聲請拒卻鑑定人。機關鑑定之實際鑑定或審查之人即使適用利益揭露義務，亦因為不準用鑑定人拒卻規定，無助於確保鑑定人中立性。

第三、鑑定報告內容：新法規定鑑定報告之必要記載事項，作為科學證據的證據能力要件。惟考量我國係由職業法官參與事實認定，以及道伯法則預期帶來的實務操作困難，鑑定資料的充分性與鑑定原理或方法的可靠性，應被理解為法院評價鑑定報告證明力的考量因素，而不是科學鑑定報告之證據能力要件。

---

<sup>80</sup> 主張應傳喚實施鑑定或審查之人到庭言詞說明，並接受當事人詢問與交互詰問者，參考廖建瑜，前揭註10，頁88；廖建瑜，前揭註11，頁155。實際鑑定或審查之人出庭言詞說明常態化，將面臨克服鑑定人出庭的恐懼及鑑定機關成本增加的問題。參考薛瑞元，前揭註52，頁138-143（針對醫療鑑定）；金孟華（2020），〈鑑定人與對質詰問權的行使〉，《月旦法學教室》，209期，頁36-38。



第四、鑑定報告方式：在自然人鑑定的情形，除非當事人同意，書面鑑定報告應經鑑定人到庭言詞陳述作成之真正，始有證據能力，有助於直接審理原則與對質詰問權保障。在機關鑑定的情形，新法逕行承認特定鑑定機關之書面鑑定報告為傳聞例外，構成對質詰問權的違憲干預，法院應為合憲性限縮解釋。

整體而言，刑事鑑定新法局部提升了被告防禦不利鑑定報告的可能性，但是在佔實務案件大宗的機關鑑定，新法幾乎沒有改變被告與檢察官的武器不平等、對質詰問權受侵害的違憲狀態。因此，修法結果難以符合原本的改革期望。筆者僅能期待在新法施行一段時間之後，再次出現刑事鑑定改革的契機。

## **2023 Review of Criminal Procedure Law:**

### **Analysis of the New Criminal Forensic Law**

*Chih-Jen Hsueh\**

#### **Abstract**

In 2017, a subcommittee of the Presidential Office's National Judicial Reform Conference resolved to "urge the Judicial Yuan to deliberate and improve the expert witness system, while also reviewing the deficiencies of the current forensic system and addressing whether it should be retained." After years of deliberation by the Judicial Yuan and the Executive Yuan, the Legislative Yuan passed the new Criminal Forensic Law in December 2023. The new law grants parties the right to independently appoint forensic agencies during trials, increases the obligation for forensic experts to disclose any conflicts of interest, specifies the necessary elements of forensic reports with reference to the U.S. Federal Rules of Evidence, and limits the admissibility of written forensic reports as evidence. To some extent, this improves the defendant's ability to challenge unfavorable forensic reports. However, this article's analysis shows that the right granted to parties to independently appoint forensic agencies is merely symbolic, and the unconstitutional use of written forensic reports as a hearsay exception persists, failing to truly address the flaws of the old law. The new law's adoption of the U.S. Federal Rules of Evidence for the admissibility of scientific forensic reports overlooks the differences in criminal procedural structures between the two countries, thus replicating practical challenges. Therefore, it is anticipated that the 2023 Criminal Forensic Law is not the final stage of forensic reform.

---

\* Professor, College of Law, National Taiwan University.  
E-mail: cjhsueh@ntu.edu.tw

**Keywords:** forensic examination, agent examination, privately appointed examination, right to cross-examination, hearsay rule, scientific evidence

