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

（文接二版）

其逸出該專業之意見，應不具證據能力。鑑定人適格乃鑑定報告之首要條件，欠缺此一要件，其鑑定報告即不得作為判斷依據之證據資料。

2. 鑑定人與本案利益關係資訊之揭露

刑訴法第 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。」鑑定人與本案利益關係資訊之揭露，旨在判斷實施鑑定之人是否有偏頗或足認有不能公正、獨立執行職務之虞。本條項規定，除適用於選任自然人鑑定外，依刑訴法第 208 條第 4、5 項準用第 198 條第 2 項規定，於法院依當事人之聲請囑託或當事人自行委任機關鑑定者，其實施鑑定或審查之人亦應揭露第 198 條第 2 項之資訊。但法院或檢察官依刑訴法第 208 條第 1 項職權囑託機關鑑定，並未準用第 198 條第 2 項之規定。

3. 鑑定前應具結

刑訴法為保證鑑定之正確性，於第 202 條規定：「鑑定人應於鑑定前具結，其結文內應記載必為公正誠實之鑑定等語」。本次修法前，此一規定對於機關鑑定實際實施鑑定之人有無適用，最高法院 17 年上字第 373 號刑事判例雖曾謂：「原審認定上訴人殺死某氏，非由於精神病之作用，係以某醫院所出鑑定書為根據，但查鑑定書中並未經負責之鑑定人簽名蓋章，又未命鑑定人具結，原審根據此項鑑定書而為判決，實有未合。」[5] 惟最高法院 75 年台上字第 5555 號刑事判例則以：「囑託機關鑑定，並無必須命實際為鑑定之人為具結之明文，此觀同法第二百零八條第二項，已將該法第二百零二條之規定排除，未在準用之列，不難明瞭。原審綜合卷內相關證據為判斷，縱未命該醫院實際為鑑定之人簽名蓋章及具結，仍不得任意指為採證違背法則。」並為審判實務之一致見解，但迭受學者批評。

本次修正，於刑訴法第 208 條第 2 項增訂：「前項情形，其實施鑑定或審查之人，應由第一百九十八條第一項之人充之，並準用第二百零二條之規定，及應於書面報告具名。」從而，不論是自然人鑑定或機關鑑定，其實施鑑定或審查之人，均應於鑑定前具鑑定人結文，且不得於鑑定後補行具結[6]，此與證人之具結，於有刑訴法第 188 條但書「應否具結有疑義者，得命於訊問後為之」，迥然不同。

刑訴法第 158 條之 3 規定：「鑑定人依法應具結而未具結者，其鑑定意見，不得作為證據。」因之，不論是自然人鑑定或機關鑑定，其實施鑑定或審查之人於【鑑定前】未依法具鑑定人結文者，無論其鑑定之內容有無瑕疵，在程序上既有欠缺，即難認為合法之證據資料，其鑑定意見自不得作為證據[7]，基於嚴格證明法則，自亦不得據為裁判之基礎，否則即有以無證據能力之證據認定犯罪事實之判決違背法令。

4. 鑑定報告應包括（記載）之事項

刑訴法第 206 條第 1 項原僅規定：「鑑定之經過及其結果，應命鑑定人以言詞或書面報告。」並未規定鑑定報告內容應包括之事項。為明確鑑定報告內容所應包括之事項，本次修正參酌美國聯邦證據規則 702 規定，增訂第 3 項規定：「第一項之言詞或書面報告，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。」明定鑑定人所為言詞或書面報告應包括其專業能力、足夠基礎事實資料、可靠原理方法及係適用於該次鑑定等事項。即鑑定報告內容，應記載除鑑定人依其專業能力，須基於可信之原理原則及方法外，亦須基於充足之事實或資料，且須將上述原理原則及方法以可信之方式運用於上述事實或資料中。此部分事實性質上屬於證據能力之前提要件，苟欠缺此一要件，鑑定報告即無證據能力可言。

5. 書面鑑定報告應具名

依刑訴法第 203 條第 1 項及第 208 條第 1 項準用第 203 條第 1 項等規定，不論是自然人鑑定或機關鑑定，條文雖明示「法院外鑑定」限於「必要時」始得為之，但除非實施鑑定或審查之人僅到庭以言詞報告或說明，而應依人證之調查程序進行外，衡之實務鑑定人多在法院外為鑑定，自應出具符合刑訴法第 206 條規定之鑑定書面報告。

刑訴法第 208 條第 2 項規定為機關實施鑑定之自然人，除亦應準用第 202 條鑑定前具結之規定外，並應於記載鑑定經過及其結果之書面報告具名，以示負責，並利作為判斷其是否具備鑑定適格之依據，及擔保鑑定或審查程序之專業性及公正性。立法說明並謂實際上為機關實施鑑定之自然人有數人，或因內部分工而有數人，該數人就其專業分工部分均應具名。

依刑訴法第 198 條第 1 項選任自然人鑑定所出具之書面報告，同法第 206 條第 1 項雖未有如第 208 條第 2 項應具名之規定，但仍應依其文書係由公務員製作或非公務員製作，分別適用刑訴法第 39 條或第 53 條之規定，由製作人簽名，自屬當然。

鑑定書面報告如未經鑑定人具名者，依刑訴法第 273 條第 6 項規定，法院應定期間，以裁定命其補正。

（二）鑑定書面報告得為證據之充分條件

刑訴法第 159 條第 1 項所指「法律有規定」得為證據之傳聞法則例外，就刑訴法而言，除指第 159 條之 1 至第 159 條之 5 等規定外，依 2003 年本條之立法說明，尚包括刑訴法第 206 條之鑑定書面報告。

本次修法，此一鑑定書面報告被定位為「性質上屬於刑訴法第 159 條第 1 項所定被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，如實施鑑定之人未於審判中以言詞為說明陳述，即與直接審理主義、言詞審理主義有悖，而屬傳聞證據」，並認為刑訴法第 159 條立法理由所指「本條所謂法律有規定者，係指第 206 條」之說明，使鑑定之書面報告當然得作為證據，較未能顧及被告之詰問權，尚與傳聞法則制度之本旨有違，不宜再為援用[8]。據此確立鑑定書面報告係屬刑訴法第 159 條第 1 項之傳聞證據，必須法律另有規定，始得為證據。

所謂法律另有規定得為證據之鑑定書面報告，係指鑑定書面報告雖具備前述 1、鑑定人之適格，2、鑑定人與本案利益關係資訊之揭露，3、鑑定前應具結，4、鑑定報告應包括（記載）之事項，及 5、書面報告應具名等必要條件，究仍屬傳聞證據，故而必於符合法律規定之 1、經當事人明示同意作為證據（刑訴法第 206 條第 4 項但書、第 208 條第 3 項第 1 款），或 2、機關鑑定書面報告係由刑訴法第 208 條第 3 項第 2、3 款所定之機關實施鑑定，或 3、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（刑訴法第 206 條第 5 項）等充分條件之一者，其鑑定書面報告始得為證據。

1. 經當事人明示同意作為證據者

鑑定書面報告既屬傳聞證據，本次修法基於當事人之處分權，特別增訂刑訴法第 206 條第 4 項但書、第 208 條第 3 項第 1 款明定經「當事人明示同意者」，得為證據，此即刑訴法第 159 條第 1 項所指得為證據之「法律有規定者」，且為第 159 條之 5 第 1 項「傳聞同意」（明示同意）之特別規定，自應優先適用。又依明示其一排除其他，鑑定書面報告之證據能力並排除適用刑訴法第 159 條之 5 第 2 項之默示同意。

刑訴法第 159 條之 5 規定之「傳聞同意」，乃基於當事人進行主義中之處分主義，藉由當事人「同意」之此一處分訴訟行為，與法院之介入審查其「適當性」要件，將原不得為證據之傳聞證據，賦予其證據能力。鑑定書面報告雖僅規定「經當事人明示同意」此一處分訴訟行為，即得為證據，而未有如第 159 條之 5 規定尚應經法院介入審查其「適當性」之要件，但鑑定書面報告如欠缺前述（1）鑑定人之適格，（2）鑑定人與本案利益關係資訊之揭露，（3）鑑定前應具結，（4）鑑定報告應包括之事項，（5）應於書面報告具名等要件之一者，當亦不得僅因「同意」此一訴訟行為而承認其證據能力。

（下期待續）

（作者為前最高法院院長
現為東吳大學法學院講座教授）

註釋

實質上屬於鑑定後具結，在程序上仍與法定要件不符，則無論該『著作權鑑定報告』內容有無瑕疵，均難認係合法之證據資料。」

7 最高法院 30 年上字第 506 號刑事判例：「鑑定人在第一審實施鑑定時，並未依照刑事訴訟法第一百八十九條履行具結程序，則無論該鑑定書之內容有無瑕疵，而在程序上欠缺法定條件，即難認為合法之證據資料。」最高法院 46 年台上字第 1126 號刑事判例：「診斷書為鑑定之一種，鑑定人應於鑑定前具結，原審對於鑑定人鑑定被害人之傷痕，未於鑑定前命為具結，遽採為判決之基礎證據，自屬違誤。」

8 請參刑訴法第 206 條立法說明二。