如何理解鑑定之證據方法
—因應國民法官制度之挑戰 上

文／廖建瑜

壹 前言

鑑定作為 5 種法定證據方法之一，原本應屬於人證之一的鑑定人，因法院實務長期慣於使用機關鑑定，因此在法庭上往往呈現的僅是鑑定報告之文書，但在社會活動分工日益精細下，法院仰賴鑑定提供專業知識判斷的事項隨之升高。同時刑事訴訟法鑑定條文修正法案的提出[1]，當事人於審判中得自行選任鑑定人[2]，以及國民法官制度所強調直接審理要求，法官心證應從開庭審理的眼見耳聞所形成[3]，鑑定人在法庭上之接受詰問與對質已勢不可擋，然而關於鑑定之必要性、鑑定人資格及鑑定方法是否應先於審判期日前即決定具有證據能力[4]，以避免審判期日進行詰問後其鑑定意見污染國民法官之判斷。又准許當事人可自行選任鑑定人的結果，複數鑑定意見之產生，應如何決定證明力高低，法官應如何向國民法官們說明或釋疑[5]，均成為職業法官亟需具備之知識。本文以下針對法院實務所面對鑑定之證據能力及證明力問題提出看法。

貳 鑑定之證據能力

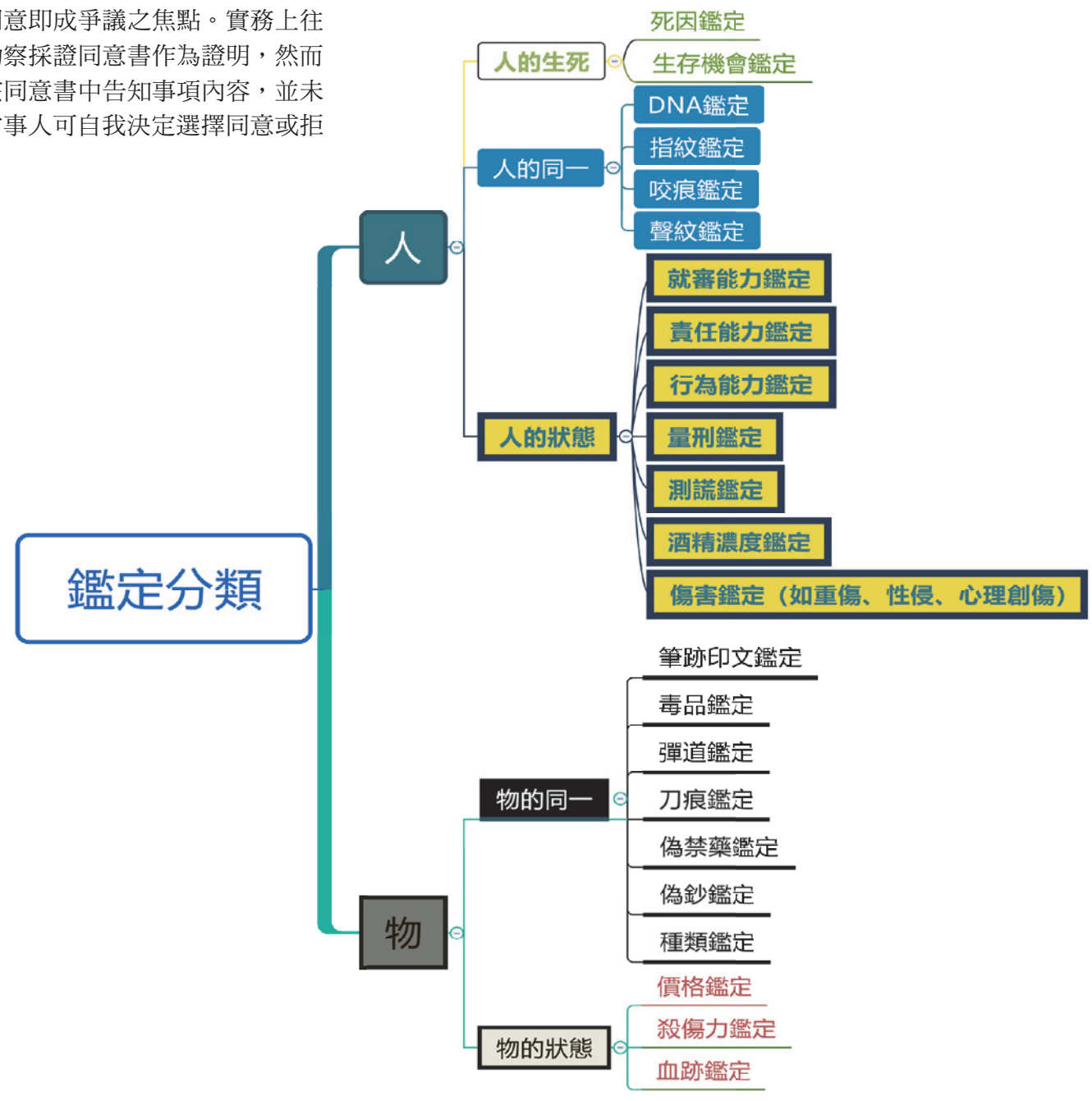
如附表所示，在法院實務上曾出現之鑑定種類繁多，以往因刑事訴訟法第 198 條及同法第 208 條第 1 項規定下，鑑定人或鑑定機關之選任是法官或檢察官所獨占，當事人僅能依據刑事訴訟法第 200 條所定依照法官應迴避事由請求拒卻加以反擊，因此就鑑定之證據能力很少被質疑，然而，依照法院實務曾出現下列問題：

一、鑑定客體之非法取得

最高法院雖曾依我國刑事訴訟法第 158 條之 4 規定，就違法取證後進一步衍生取得之證據，其進一步採證程序若屬合法，刑事訴訟法並無排除作為證據之規定，未採取英美法系毒樹果實理論[6]。然就鑑定之客體非依法定程序取得者，鑑定之結果也將視為衍生證據，本身因而存在違法事由，仍應視違法具體情況判斷其是否取得證據能力，實務上最常出現案例即是尿液非經被告同意而取得，衍生尿液鑑定報告證據能力有無之爭議[7]。此種以出自或附著人之身體之物作為鑑定客體，基於人身不受侵害之保障，通常須依令狀原則由法院許可始可為之，我國於 92 年 2 月 6 日增訂刑事訴訟法第 205 條之 1 即由此而來[8]。司法警察官等人得強制採尿的對象，僅限於經拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告[9]，或毒品危害防制條例第 25 條第 1 項之受保護管束者，以及同條第 2 項所定得由警察機關採驗尿液之人。並非任何人都可以取得法官或檢察官授權後強制採尿，必須遵守強制採驗尿液之要件、程序、方法[10]。惟此項保障並非不得放棄，若被告自願性同意提供出自或附著其身體之物，自非法所不許，然而如何判斷自願性同意即成爭議之焦點。實務上往往以勘察採證同意書作為證明，然而細觀該同意書中告知事項內容，並未告知當事人可自我決定選擇同意或拒絕，似僅有同意一途，能否僅以此作為自願同意之證明有待商榷[11]，應採取包括徵求同意之地點、徵求同意之方式是否自然而非具威脅性、警察所展現之武力是否暗示不得拒絕同意、拒絕警察之請求後警察是否仍重複不斷徵求同意、同意者主觀意識之強弱、年齡、種族、性別、教育水準、智商、自主之意志是否已為執行搜索之人所屈服等加以綜合審查判定[12]，較為妥適。

再者，關於汽機車駕駛人肇事拒絕接受或肇事無法實施關於酒精濃度有無超過規定標準，或有無吸食毒品、迷幻藥、麻醉藥品及其相類似之管制藥品等情形之檢定者，可由交通勤務警察或依法令執行交通稽查任務人員，強制交由受委託醫療或檢驗機構為血液或其他檢體之採樣及測試檢定[13]，此種侵入身體之強制抽血，侵害身體權、隱私權及資訊自決權等基本權，其強度遠大於吐氣之蒐證，對比刑事訴訟法第 205 條之 2 可容許強制採證的行為態樣，顯已排除司法警察等人可未經法官或檢察官許可抽血之[14]，且由行政處罰性質的法律為達行政稽查目的加以授權，此與德、日分別須法官許可或向司法機關聲請令狀，並規範於刑事訴訟法內[15]，大相逕庭，實有違反法官保留原則及正當法律程序之憲法基本原則[16]。

（文轉三版）



註釋

1 司法院 108 年 5 月 30 日通過刑事訴訟法有關鑑定之部分條文修正草案提交行政院會銜。
2 司法院院會通過刑事訴訟法第 198 條之 1 第 3 項修正條文。
3 稗田雅洋，邱鼎文譯，公判前整理程序及審判中法院、法官之角色與活動，司法周刊，第 1911 期（司法文選別冊），頁 20（2018.7.27）。
4 國民法官法第 69 條第 1 項前段。
5 國民法官法第 82 條第 3、4 項及同法第 69 條第 2 項。
6 最高法院 108 年度台上字第 4027 號刑事判決意旨。
7 常見亦有違法搜索所得之證物鑑定，例如毒品鑑定或槍彈鑑定。
8 惟條文中檢察官亦有許可之權，被學者稱與令狀原則相背，陳運財，強制處分法定原則與令狀主義—以搜索法制為中心（初稿）（上），人權會訊，第 92 期，頁 28（2009.04）。
9 刑事訴訟法第 205 條之 2。
10 一般強迫犯罪嫌疑人或被告自然解尿之方式採尿取證，例如警察命犯罪嫌疑人或被告喝水、喝茶或走動等以促其尿意產生，待其自然排泄之後再予扣押者，參最高法院 103 年度台上字第 447 號刑事判決意旨。
11 此處可比對僅簽手術同意書但醫師未說明，是無法認為已取得病人有效同意，最高法院 108 年度台上字第 2199 號民事判決意旨。
12 最高法院 99 年度台上字第 4117 號刑事判決意旨。
13 道路交通管理處罰條例第 35 條第 6 項規定。
14 沈芳仔，淺論司法警察強制抽血檢測之適當性— 以道路交通管理處罰條例第 35 條 5 項為分析對象，司法新聲，第 128 期，頁 12-16（107.10）。
15 沈芳仔，前揭註，頁 18-23。
16 臺灣高等法院臺南分院 109 年交上易字第 563 號、臺灣高等法院臺中分院 106 年交上易字第 959 號刑事判決認依規定採證合法，臺灣高等法院臺中分院 108 年交上易字第 214 號刑事判決意旨則與本文見解相同。

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
法
服務
TEL:02-2
邀您來當國民法官，一起讓我們的司法更好！
國民法官制度