

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

如何理解鑑定之證據方法 —因應國民法官制度之挑戰

文／廖建瑜

上

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

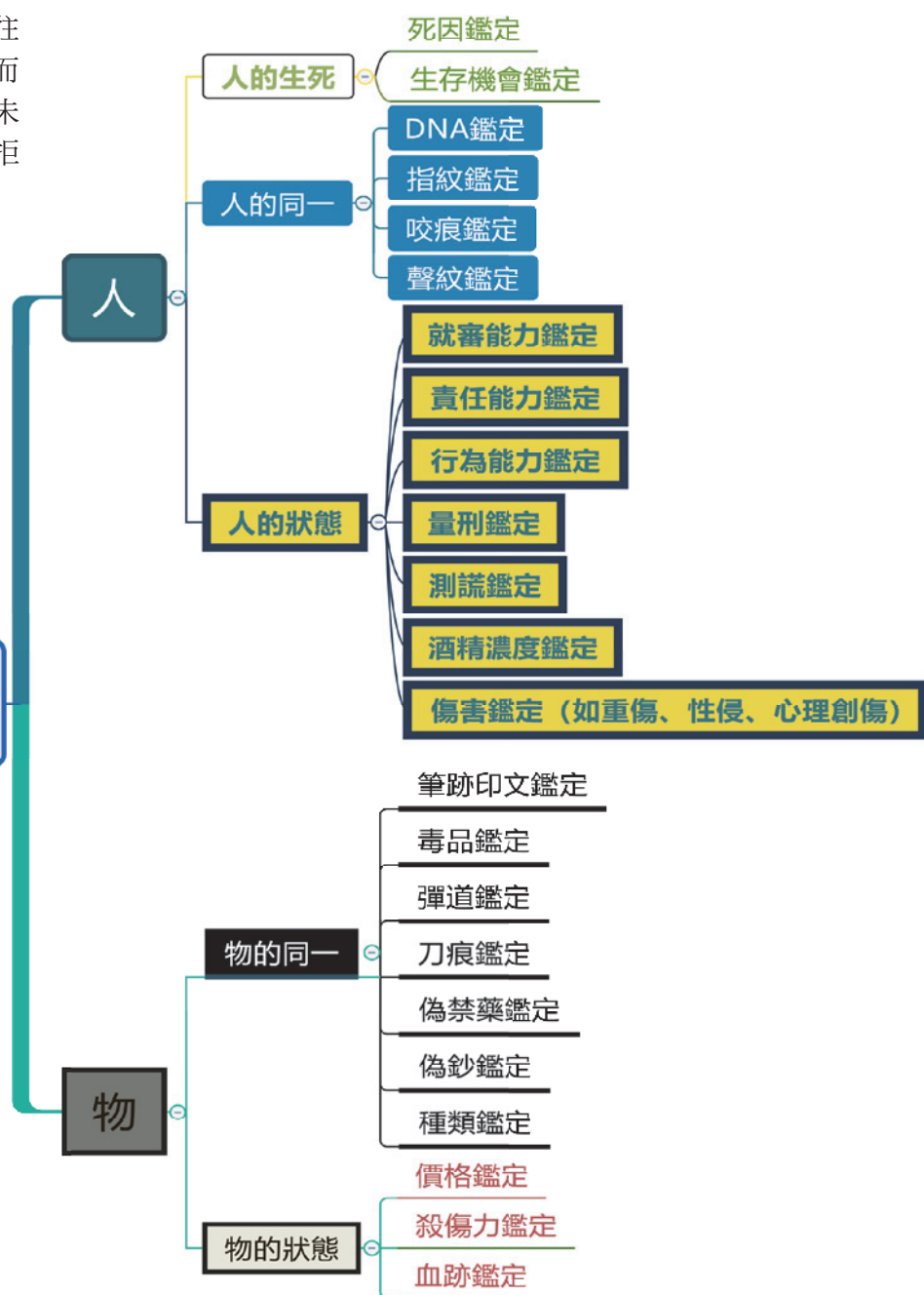
絕，似僅有同意一途，能否僅以此作為自願同意之證明有待商榷¹¹，應採取包括徵求同意之地點、徵求同意之方式是否自然而非具威脅性、警察所展現之武力是否暗示不得拒絕同意、拒絕警察之請求後警察是否仍重複不斷徵求同意、同意者主觀意識之強弱、年齡、種族、性別、教育水準、智商、自主之意志是否已為執行搜索之人所屈服等加以綜合審判判定¹²，較為妥適。

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)

鑑定分類



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。



（文接二版）

在高中 99 或 108 課綱公民與社會課程中關於毒樹果實理論內容，在道德與法律規範單元中憲法與人權或犯罪與刑罰等章節中均有相關介紹，雖然我國係採取權衡理論，但 30 歲以下之國民法官應或多或少能掌握此證據排除之理由，然而，年紀稍長之國民法官因疑惑職業法官就證據能力有無之決定而請求釋疑部分，法院宜事先作好簡單易懂之文字說明，並輔以實例，讓國民法官儘速解除心中「歹竹也能出好筍」疑問，能理解並相信職業法官決定之正確性，此部分在模擬法庭鮮少有如此演出橋段，新法上路前容易被忽略，卻是重要的準備工作。

二、鑑定客體之送鑑流程

鑑定客體的監管鏈（Chain of custody，COC），此種關於鑑定客體從採樣、運送、鑑定分析及證物保管，為確保可迴溯追查客體同一性之紀錄作業，為鑑定正確性的基石，在我國實務上鑑定客體遭調包（如尿液）¹⁷、甚至遺失¹⁸，並非少見，事實上在美國否定鑑定之證據能力第一步常見採樣被污染，著名辛普森案件（The People of the State of California v. Orenthal James Simpson¹⁹）中關於血跡之採樣污染及 DNA 即成重要攻防重點²⁰，但是要能回溯查證可能哪一個環節出錯，均有賴監管記錄之詳盡。以日本 DNA 鑑定為例，有規定之表格，而表格內之記載項目即有：受鑑定委託之日期、鑑定書完成日期、樣本返還以前保管狀況、樣本之現狀照片、各鑑定階段所使用之試管、試劑、基材之種類、DNA 萃取之日期、方法、萃取量、DNA 定量之日期、方法、濃度、關於所萃取 DNA 使用狀況之萃取 DNA 量（有無濃縮）、DNA 使用量、DNA 剩餘量、剩餘 DNA 之處置、關於 DNA 鑑定之第一次與第二次所分別使用之聚合酶連鎖反應（Polymerase Chain Reaction，簡稱 PCR）複製量與電泳量、最後之 DNA 鑑定結果等，並且必須把電泳圖報告附件於該書面資料²¹。

以往在卷證併送的審理制度下，並無證據開示之程序，在國民法官法實施下，當事人可要求針對鑑定報告之

送驗客體的監管鏈紀錄開示²²，以究明鑑定過程是否合於規定，進而否認鑑定之證據能力²³，甚至對於檢體不當耗盡時，使得當事人之一方無法於審判中再鑑定，事實上已無法再進行科學再現性驗證時，則該鑑定報告是否應賦予證據能力，在日本學界亦有不同聲音。法院實務則認為以起訴後之不能再鑑定為理由而否定偵查階段鑑定報告之證據能力乙節，應僅限於因為起訴後不能再鑑定之事由，已構成偵查機關積極性地侵害辯護人對於該證據之防禦權者為限。所謂偵查機關已積極性地侵害辯護人對於該證據之防禦權，則必須視偵查機關是否有在非必要情況下，故意地丟棄證據以至於起訴後不能鑑定之事由外，也要同時考慮偵查階段鑑定之證據開示狀況（應開示之數據卻未能合理地保存等）等來作成判斷²⁴。目前模擬法庭現況似乎並未見在證據開示的程序，辯護人對此有所主張，然在正式上路前對於鑑定之監管鏈建制應是刻不容緩之事，以免將來針對此點要求開示時並無資料，而法院則須就開示之要求，若認有開示之必要而仍拿不出相關紀錄時，須由法院駁回該鑑定證據調查之聲請或全面開示手上持有或保管之證據²⁵。

三、鑑定人或機關之資格

現行鑑定制度對於法官或檢察官關於鑑定人之資格限制，僅有對於鑑定事項有特別知識經驗者或經政府機關委任有鑑定職務者²⁶，對於機關鑑定則未設限，甚至對於該機關、團體是否有經過認證具有鑑定能力亦未要求。在偵查階段透過由各地檢察署檢察長針對轄區案件，就 17 種鑑定事項採事前概括選任鑑定人或囑託鑑定機關方式²⁷。法院端則由司法院提供鑑定人（機關）參考名冊供法官挑選，以確保鑑定品質。然而實務上針對鑑定人之資格仍有不少爭議。

（一）行政機關自行委託之鑑定人
依行政程序法第 41 條第 1 項規定，因實施行政檢查之必要，行政機關可選定適當之人而為鑑定，在廢棄物清理法案件有時可見行政機關為確認廢棄物之種類而由鑑定人同往稽查，惟該鑑定人並非屬法官或檢察官選任之人，就其出具之鑑定報告究竟有無證

據能力即有爭議。有贊成者認該鑑定屬行政檢查之一環，殊無因係行政機關基於行政檢查而委託發動者即謂該鑑定報告無證據適格之理²⁸；亦有反對者認為行政機關自行委任鑑定人所作成之鑑定書面報告，仍有傳聞法則之適用，為審判外之書面陳述而無證據能力，仍應由鑑定人到庭以證人身分接受交互詰問後，始取得證據能力²⁹。依刑事訴訟法第 198 條之規定，選任鑑定人之權專屬於檢察官或法官，而同法第 159 條所謂「除法律有規定者外」方排除傳聞法則之適用，必須先符合法律規定始有排除，故未符合選任規定者，仍應回歸傳聞法則，故本文贊成反對說之見解。

（二）醫事審議委員會

在醫療糾紛案件中檢察官或法官針對醫療專業事項部分，最常選任鑑定機關即為醫事審議委員會（下稱醫審會），該會是依醫療法第 98 條第 2 項所授權，並訂有衛生福利部醫事審議委員會設置要點，依該要點第 4 點設有醫事鑑定小組置委員 21 人至 36 人，小組以其中 1 人為召集人，除由該部部長就委員中指定兼任外，並就其他不具民意代表、醫療法人代表身分之醫事、法學專家、學者及社會人士遴聘之，其中法學專家及社會人士之比例，不得少於 1/3。

另依醫療糾紛鑑定作業要點第 4 點第 2 項、第 12 點、第 15 點先交由相關科別專長之醫師（以下簡稱初審醫師）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。問題即出現不具有醫學專業知識之法學專家及社會人士亦是鑑定意見形成的一部分，是否與就所鑑定之事項具備特別知識經驗者始得任之鑑定資格有違。

有法院實務即認為醫事審議委員會係以合議制之方式形成結論，但決定過程中，除初審意見係具有待鑑定事項之專業知識專家（且該專家可能並非醫事審議委員會委員）所作成外，最終仍須委諸於事實上醫療專家僅占少數之審議委員，以多數決之方式形成結論。則醫審會之鑑定意見，是否可確認為係具有專家資格者所作成，非無疑義³⁰。惟臺灣士林地方法院 93

年度訴字第 430 號刑事判決誤解醫審會之鑑定意見形成，並非依據衛生福利部醫事審議委員會設置要點第 6 點第 4 項採過半數決，而係依醫療糾紛鑑定作業要點第 12 點採一致共識決，對於具有醫療背景之委員意見應可確保，然而此種鑑定委員之組成及初鑑醫師之轉託鑑定適法性³¹，仍有學者不予認同³²。

（三）行車事故鑑定委員會

行車事故鑑定委員會設立依據是從公路法第 67 條而來，而全國各地行車事故鑑定委員會共計 13 組，各地組織成員依各地方自治規則均略有不同³³，大抵不外乎具有交通執法、交通管理、交通工程、道路工程、公路監理、汽車工程、機械工程或法律專長之人，但也有加入消費者保護專家³⁴等特殊資格者，部分委員可能欠缺與交通事故所應具備之特別知識經驗，似與醫審會就專業資格有相同之問題，更甚者行車事故鑑定委員會是採出席委員過半數決之表決制³⁵，所通過者是否能代表具有道路或汽車工程專業之意見愈發令人擔心。

在國民法官法及新修正之鑑定制度下，鑑定人之資格明確化³⁶，縱使採取機關鑑定也要確定該機關實施鑑定者對於委託鑑定事項具有因學識、技術、經驗、訓練或教育而有專業能力之資格，且於書面報告上必須具名³⁷，並給予當事人陳述意見之機會³⁸，由國民法官制度強調心證形成須在法庭上親見耳聞，故採取機關鑑定原則上實施鑑定者必須到庭以言詞說明³⁹，然而如同上開合議制或表決制之機關鑑定，如何踐行此項要求，必須在國民法官法正式上路前解決之，否則恐怕無法取得證據能力。此外，在新修正之鑑定制度下，允許當事人自行委任鑑定機關⁴⁰，對於鑑定機關之認證而取得鑑定資格益發重要，以親子鑑定為例，至少應係在財團法人全國認證基金會（TAF）所認證符合 ISO 15189 醫學實驗室之標準所為，更重要是鑑定方法是否有統一標準，是以「STR 基因型分析法」或者「全基因組模糊雜交技術」為鑑定⁴¹，若未標準化則兩者根本無從擺在同一天秤比較優劣。

（文轉四版）

註釋

¹⁷ 最高法院 102 年度台上字第 974 號、106 年度台上字第 279 號刑事判決。
¹⁸ 最高法院 103 年度台上字第 813 號刑事判決。
¹⁹ California v. Simpson, No. Ba097211 (Sup. Ct. Los Angeles County, Dept. No. 103, Jan. 24, 1995)。
²⁰ 黃怡，平冤計畫—O.J. 辛普森案的貢獻（上），獨立評論 @ 天下，<https://opinion.cw.com.tw/blog/profile/195/article/6091> last visited on 2020/11/25。
²¹ 黑崎久仁彦等人著，科学的証拠とこれを用いた裁判の在り方，司法研修所編，司法研究報告書第 64 輯第 2 号，法曹會出版，頁 47 註 70（2013.3）。
²² 國民法官法第 57 條第 1 項。
²³ 依刑事訴訟法第 206 條第 1 項鑑定之經過本應記載於鑑定報告之中。

²⁴ 黑崎久仁彦等人著，前揭註 21，頁 52-54。
²⁵ 國民法官法第 58 條。
²⁶ 刑事訴訟法第 198 條。
²⁷ 法務部 92 年 9 月 1 日法檢字第 0920035083 號函。
²⁸ 最高法院 105 年度台上字第 411 號刑事判決意旨。
²⁹ 吳燦，鑑定書面之證據能力，月旦法學教室，186 期，頁 27（2018.04）。
³⁰ 臺灣士林地方法院 93 年度訴字第 430 號刑事判決意旨，最終審最高法院 104 年台上字第 863 號刑事判決並未採取此見解。
³¹ 最高法院 76 年度台上字第 1721 號民事判決意旨。
³² 陳軍宇，我國醫療過失刑事責任之研究，東吳大學法律學系碩士論文，頁 156-158（2009）。
³³ 直轄市外其他 7 區受「交通部公路總局各區車輛行車事故

鑑定會辦事細則」所規範。
³⁴ 臺中市車輛行車事故鑑定委員會組織規程第 4 條第 1 項第 2 款。
³⁵ 例如新北市政府車輛行車事故鑑定會設置要點第 6 點第 2 項。
³⁶ 司法院院會通過刑事訴訟法第 198 條第 1 項第 1 款修正條文，參酌美國聯邦證據規則第 702 條，鑑定人須因學識、技術、經驗、訓練或教育而就鑑定事項具有專業能力者。
³⁷ 司法院院會通過刑事訴訟法第 208 條第 2 項修正條文。
³⁸ 司法院院會通過刑事訴訟法第 198 條之 2 修正條文。
³⁹ 司法院院會通過刑事訴訟法第 208 條第 1 項修正條文準用第 206 條第 4 項。
⁴⁰ 司法院院會通過刑事訴訟法第 208 條第 3 項修正條文。
⁴¹ 臺灣新北地方法院 107 年度訴字第 1720 號民事判決。

