# 如何理解鑑定之證據方法
## —因應國民法官制度之挑戰 下

文／廖建瑜

（文接上期）

### （二）鑑定方法作為鑑定證據能力有無之判斷標準

上開應記載事項，由於我國採取自然人或機關併行鑑定制度，有些機關係以委員會組成合議進行之故，故就實施鑑定者之身分及專業資歷，即無從顯露，例如醫審會。就鑑定方法之檢驗，有以須該領域普遍接受為標準[64]，所謂普遍可接受原則無非係引進美國聯邦證據法第 702 條與佛萊法則（Frye test）及 道伯法則（Daubert test）[65]。佛萊法則[66]係 1923 年哥倫比亞地區聯邦上訴法院排除被告 James Alphonzo Frye 之辯護人所主張，由專家證人以血壓來測謊之方式以證明被告供述屬實，基於法院所准許植基於公認之科學原則或發現之專家證言，必須充分確立該推論之依據，在其所屬之特定領域已得普遍接受，以收縮壓測謊方法尚未得到生理和心理專家在科學上普遍認可，故無從使法院容許推導自該方法之專家證言。

道伯法則[67]則是起因 Merrell Dow 藥廠所產的 FDA 核准孕吐用藥 Bendectin 是否造成嗣後出生的胎兒罹患嚴重肢體畸形，原告欲提出 8 名專家證人以 in vivo（未分離的活體實驗） 及 in vitro（試管中實驗）實驗結果、流行病學資料分析作為證詞依據，證明藥品與身體缺陷之因果關係，美國聯邦最高法院 1993 年提出法官不可避免必須作一個專家科學證詞審查之守門員角色（gatekeeping role），審查的重點應是其原則與方法，而不是其結論。首先應判斷專家證人所依據之科學理論或技術：1. 能否被檢驗及驗證。2. 是否已經過同儕審核或公開發表。3. 已知的或潛在的錯誤率及標準操作流程。4. 在相關的科學領域中是否獲得普遍地接受[68]。

在道伯案後，美國聯邦最高法院嗣陸續於 1997 年、1999 年奇異電器案[69]、坤活輪胎案[70]，分別將道伯案之建議性質的標準直接作為判斷依據之條件，以及將道伯案關於科學方法的判準，擴散適用到所有範疇的專業判斷，包括個人工作經驗判斷，消除原本指狹義的自然科學領域的科學與其他專業領域的界線[71]，通稱為道伯三部曲（Daubert trilogy）[72]。受此影響，美國聯邦證據法（Federal Rules of Evidence）分別於 2000 年、2011 年將該法第 702 條修正成基於知識（knowledge）的專家，涵括因熟練而取得相關知識之專家，其等在法庭上之證詞均受道伯法則所審查方具有證據能力。修正之鑑定制度關於鑑定經過應記載事項，參酌美國聯邦證據法第 702 條，須載 1. 鑑定人之專業能力有助於事實認定：即必須揭露鑑定人之專格資格。2. 鑑定係以足夠之事實或資料為基礎：即鑑定所憑之材料。3. 鑑定係以可靠之原理及方法作成：即道伯法則之適用。4. 前款之原理及方法係以可靠方式適用於鑑定事項：即操作之程序與方法。

### （三）國民法官制度之挑戰

法官如何避免基於垃圾科學（junk sciences）之鑑定意見污染國民法官，又要免於過度權威獨斷而將國民法官隔離接觸證據，這個守門員尺度如何拿捏，並非易事，特別該鑑定方法是否屬於該領域普遍可接受，在該事項未建構鑑定之標準程序或準則，而法官又欠缺相關知識作判斷時，即成難事。例如，在性侵犯罪者關於強制治療之鑑定，就再犯可能性評估，即有學者提出國內在鑑定時使用本土版自製量表（台灣性罪犯靜態再犯危險評估量表）與國外量表[73]之信、效度有所不同[74]，究竟何者才是犯罪防治或心理領域普遍可接受之量表即有疑問，更遑論法院目前在重大案件量刑鑑定上，雖均以進行心理衡鑑為名，但委託精神科醫師（醫院）[75]、犯罪防治學系[76]或心理諮商[77]各別領域所進行之方式均有不同，甚至認為對於可教化性之評估，業已逸脫精神科醫學的範疇[78]，除非將量刑鑑定排除嚴格證明之適用[79]，否則在無鑑定標準化之準則（guideline）下，當事人在準備程序時就鑑定是否符合道伯法則及應開示鑑定之方法，將產生更多攻防有待法官裁定。

另從道伯法則對美國法院的影響觀察，依美國科學促進協會科學知識與公共政策計畫（Project on Scientific Knowledge and Public Policy，SKAPP）自該案判決後長達 10 年之研究[80]，得出的結論是：1. 排除科學家之專家證詞比例顯著升高；2. 因為要符合道伯原則之鑑定，原告無力負擔開銷，被告訴請即時判決容易成功，超過 90% 對原告不利；3. 越來越多科學家或醫師不願意在民事訴訟上提供專家證言，因為被告花長時間去抹黑他們及其工作；4. 牽涉生命與自由之刑事司法領域科學證據受較粗劣的檢驗[81]。似乎為確保鑑定品質係基於可靠的科學（good science）也產生不少副作用，特別在民事公害事件上增加舉證上的難度，在刑事案件是否適度鬆綁則有賴我國法院的操作而定。

## 參 鑑定證據之證明力

鑑定證據相較其他供述證據，其誤差性因有科學原理作為可信性之擔保，固然有助提升判決之正確性及可信性，然而對於具有證據資格之鑑定意見，法官能否正確理解從科學角度到底能證明何事及其界限，避免過度信賴科學不經判斷，直接讓渡審判權予鑑定人，關於鑑定證明力之理解，特別是有 2 個以上鑑定，其等證明力誰優孰劣，均是法官必須謹慎處理，尤其在國民法官參與下容易有過度評價鑑定證據之風險，法官如何教示即成關鍵。以下從 4 個面向為分析：

### 一、鑑定資料之蒐集

鑑定意見是否正確而對事實判斷有所助益，取決提供鑑定人判斷之素材是否足夠，除極少數鑑定機關規定可自行蒐集鑑定資料[82]外，絕大部分均仰賴檢察官或法院提供，更有明文規定僅以委託鑑定機關所提供卷證為鑑定之情形[83]。因此，刑事訴訟法於第 203 條至第 205 條明定法官、檢察官、鑑定人及司法警察等蒐集鑑定資料之作為，特別是鑑定留置票、鑑定許可書制度可限制被告人身自由，並賦予鑑定人有搜索、勘驗之權，然而實務卻少見有使用上開令狀，通常僅在開庭時蒐集被告筆跡、毛髮等物或命被告配合前往醫院接受鑑定再將卷證交予鑑定人而已，鑑定依據之事實或資料顯有不足，尤其臨床上要找到精神疾病詐病者，通常必須長時間（4 至 6 小時）會談，以確認訊息正確性、有效性及使病患露出破綻，並且需要與病人以外之關係人進行會談[84]。在國民法官制度實施後，針對鑑定證明力相關連證據可要求開示，鑑定人與被告進行多久時間晤談，與多少人進行會談，會談內容為何等資料，從日本裁判員制度實施後起訴前的留置鑑定大幅激增近 3 倍的經驗可知[85]，特別是鑑定被告精神狀態有關責任能力事項為確保證明力，檢察官以更謹慎態度應對。

反觀我國實務目前於起訴前由檢察官將被告送留置鑑定更少見，恐怕需要提早編列預算因應。此外，在量刑鑑定時，最高法院亦揭示在囑託心理衡鑑時法院有義務主動蒐集、調取或補充與鑑定事項相關之資料，提供鑑定人為完善鑑定之內容，以增強鑑定結果之有效性與正確性[86]。惟也必須注意被鑑定人資料蒐集之隱私權被侵害問題，未經被鑑定人同意或未告知第三人鑑定目的，過度蒐集與鑑定事項無關之資訊，例如病歷或電訪，都可能侵害他人之隱私權。

### 二、鑑定問題之提出

鑑定人僅依法院或檢察官所提出之鑑定問題回覆，縱在鑑定過程有發現與本案重要事實認定有關，也不會因

（文轉三版）

## 註釋

64 最高法院 98 年度台上字第 5508 號刑事判決意旨。
65 臺灣高等法院 94 年度上訴字第 2071 號刑事判決意旨。
66 Frye v. United States, 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923).
67 Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc., 509 U.S. 579, 593-594 (1993)。
68 簡資修，科學證據與侵權行為法：美國有關邊得克汀訴訟的省思，中央研究院中山人文社會科學研究所，第 11 卷第 4 期，頁 587-613（1999.12）。
69 General Electric Company v. Joiner, 522 U.S. 136 (1997).
70 Kumho Tire Co. v. Carmichael, 526 U.S. 137 (1999).
71 陳信行，司法正義與科學事實如何交會？從 Daubert 爭議看法律、科學與社會，科技、醫療與社會第 12 期，頁 29-33（2011.04）。
72 DAVID E. BERNSTEIN & ERIC G. LASKER, DEFENDING DAUBERT: IT'S TIME TO AMEND FEDERAL RULE OF EVIDENCE 702, William & Mary Law Review, VOLUME 57, p1 (2015.11.01).
73 Hanson & Harris (2000) 所發展之 SONAR（Sex Offender Need Assessment Rating，性罪犯需求（動態）評估量表），及美國 Vermont 州 McGrath & Cumming (2003) 所發展之 SONTPS (Sexual Offender Treatment Need and Progress Scale).
74 見大法官釋字第 799 號性侵害受刑人的刑後強制治療釋憲案 109 年 11 月 3 日言詞辯論鑑定人林明傑教授之陳述。
75 臺灣高等法院臺中分院 105 年度重上訴字第 7 號刑事判決。
76 臺灣高等法院 105 年度上重訴字第 10 號刑事判決。
77 臺灣高等法院 107 年度侵上重訴字第 1 號刑事判決。
78 最高法院 108 年度台上字第 3828 號刑事判決意旨。
79 最高法院 105 年度台上字第 568 號刑事判決意旨：科刑審酌因素所關事實，不以經嚴格證明為必要。
80 Project on Scientific Knowledge and Public Policy. Daubert: The Most Influential Supreme Court Ruling You've Never Heard Of. June 2003, at https://mercuryexposure.info last visited on 2021/03/21.
81 陳信行，前揭註 71，頁 34-35。
82 車輛行車事故鑑定及覆議作業辦法第 4 條。
83 醫療糾紛鑑定作業要點第 9 點。
84 詐病以創傷後壓力症候群比例最高，見吳景寬，詐病的臨床評估與處置，司法精神醫學手冊，台灣精神醫學會出版，頁 448（2014.06）。
85 從裁判員制度實施前每年均 200 件以下，近 3 年平均 540 件，https://www.sankei.com/premium/news/210104/prm2101040006-n1.html last visited on 2021/03/21。
86 最高法院 108 年度台上字第 3828 號刑事判決意旨。
87 Sudden Infant Death Syndrome, Rachel Y. Moon and Linda Y.

植根法律書
劃撥帳號：07929998 戶名：植根雜誌社有限公司 TEL:(02)2707-2848 FAX:(02)2708-4428
黃茂榮 著作 定價 900 元
訂購未滿 請自付郵
植根法律書
JUDICIAL 司法 訂閱辦法
本刊每 全年
費用新臺
如蒙 請郵政 帳 5005 帳
司法院司

（文接二版）

而告知委託鑑定人，通常戲稱「不告不理」。因此，問對問題方有助爭點之釐清形成正確判決結果，如何問對問題，前提即必須就鑑定事項背景知識的蒐集，例如：想要瞭解褓母或護理師就嬰兒猝死是否已盡相當注意義務，請求鑑定人回覆「就熟睡嬰兒發生嬰兒猝死症候群，若於幾分鐘內發現，可有助避免死亡之發生」，此問題顯然對於猝死定義即為突發性、非預期性之死亡[87]，未事先作功課，對於嬰兒猝死症患者送到醫院都是已死亡狀態，故鑑定人自無法提供幾分鐘內發現或發現快慢與存活相關之鑑定意見[88]。故在國民法官制度實施後，國民法官於開庭時可直接向到庭鑑定人補充訊問[89]，在訊問前法官如何與國民法官溝通，甚至背景知識之介紹，或者先將國民法官欲訊問之問題加以蒐集，保留無關聯性之提問，將會是國民法官詢問鑑定人是否有意義之重大關鍵。

再者，對於鑑定人之提問必須先定義清楚，例如「就審能力」，或者在提問時對於欲鑑定所使用名詞需先解釋，例如「教化可能性」或「可教化性」，鑑定人方能判斷是否已逸脫專業領域或前提事實是否存在始能判定[90]。法院面對兩造當事人所提待鑑定事項必先瞭解與待證事實之相關性，否則常見當事人提出待鑑定問題繁瑣，但卻是「不是爭點的爭點」，縱鑑定意見一一回覆也無助正確心證形成，法院應於送出鑑定前加以整理而非照單全收。

此外，鑑定之目的係法院借重鑑定人專業知識經驗提供專業意見以判斷事實，故鑑定問題不能、也不該帶有法律評價，例如：有無過失或違反注意義務；鑑定意見回覆亦不宜帶有法律價值判斷，例如：車輛行車事故鑑定及覆議作業辦法第 8 條第 2 項規定，直接將鑑定意見肇事主次因等同於過失，無疑僭越鑑定人角色代行法官職務。雖鑑定制度新修正將引進法律鑑定人制度[91]，但僅限具有高度專業性、重要性及公益性之專業法律問題、外國法律、習慣法及已廢止法律，由鑑定人提出法律意見，協助法院妥適、周延作成裁判，而非將涵攝過程均交由鑑定人。

## 三、鑑定方法之評價

證據應用在事實認定，審判者通常須透過對於證據內容的理解、可信性及證明力之評價後始能為之，鑑定證據之困難，在於未能理解鑑定意見在說什麼，可以明白什麼，故審判者有可能錯誤解讀或者只想搭鑑定結論的便車而已；又因涉及科學專業，對於鑑定人反對詰問流於皮毛或進行人格或學術地位攻詰，而無法有效針對可信性攻擊，當然最後也不能清楚掌握鑑定證據有多少程度可認定何項事實[92]。

而從鑑定人所採取之鑑定方法或可大略決定鑑定證據之可信性及證明力。第一種類型：鑑定所採之方法、技術其科學性尚有部分未明瞭，由受有一定訓練之人實施，藉由其經驗進行檢驗、判定。惟須注意此類型鑑定意見殘留有鑑定者主觀面相。例如「愛恨的」齒痕鑑定[93]，審判長必須提醒國民法官就此類證據之科學根據未充分，檢驗方法亦無確定，容有鑑定人主觀價值判斷之結果。第二種類型是比對型鑑定證據，鑑定方法是將指紋、足跡、筆跡或毛髮等客觀性樣本與對照組樣本，是否具有一致特徵作為檢驗，惟何者為特徵仍難免帶有鑑定人主觀想法，且仍須委由有經驗者判斷，作出是否相同之鑑定意見，仍須提醒國民法官注意識別力高低可能存在的事實。第三種類型是以未確立之科學知識技術應用於鑑定上，以該知識及技術作為可信性來源。例如：採取對照問題測試法之測謊鑑定。必須提醒國民法官注意鑑定結果正確性。第四類型是鑑定方法已經過科學證實，惟尚可再區分使用具體檢驗技術是否仍還在發展，或已經確立固定，前者例如 DNA 之鑑定，仍應提醒國民法官鑑定使用之方法仍有進化可能，因此鑑定結果正確性仍應審慎以對。後者因鑑定技術已確定，故其優缺點也充分掌握，藉以確立可信性及高正確性，例如毒物鑑定，惟須提醒國民法官注意鑑定儀器性能之限制，可能產生之誤差值以及鑑定樣本品質問題[94]。

至於鑑定證據最常見之醫療鑑定，其所依據醫學方法雖係基於物理、化學、生物、統計等科學，但亦有部分是基於經驗而來，故適用在個案上容許其不確定性，在運用醫學鑑定時，必須審視鑑定依據之文獻，從實證醫學（Evidence Based Medicine, EBM）角度，去審視文獻所進行研究方法，是否有進行隨機控制試驗的系統性回顧或者僅是觀察型研究，抑或僅據專家意見而得出之結論，其證明力即有強度不同[95]，必須向國民法官說明此點，以避免過度信賴醫師這個角色，進而高估鑑定之證明力。

## 四、複數鑑定之思考

偵查中檢察官為達起訴門檻而進行鑑定，在實務實屬常見，除少數鑑定，因所費不貲，例如精神鑑定，偵查中大多運用機關鑑定，然而起訴後在準備程序，辯護人為打擊檢察官所提出鑑定證據之證明力，往往會請求再鑑定，若法院准許，在日本稱之為「公判前鑑定」[96]（也被認為拖長公判前準備程序時間的元兇之一），法院必須決定再鑑定之必要性及衍生出複數鑑定證明力之優劣比較之問題。

法院是否准許再鑑定考量之點，應視偵查中鑑定之信用性與證明力所得暫時性心證，復考慮案件與爭點之重大性，另鑑定所耗費金錢、時間之訴訟經濟等，作為再鑑定必要性之判斷[97]，依國民法官法第 69 條第 1 項規定是交由職業法官合議決定，決定前認為有必要者得聽取國民法官及備位國民法官意見。然而現行模擬法庭活動，幾乎均於準備程序進行完畢且已決定審判期日應調查之證據後，方選任國民法官，致使規定形成具文。而依該條第 2 項國民法官、備位國民法官可請求審判長釋疑調查必要性，因此對於不予以再鑑定之證據調查，是否應告知國民法官，並向渠等說明理由，也是值得注意之點。

另就聲請再鑑定之一造應要求釋明對原鑑定意見何內容基於何理由而有爭執，若係針對前述第 4 種類型科學原理及鑑定方法均已確立固定，只要樣本狀態沒有問題，依同樣檢測方式應可得出相同結論之可能性十分地高，是否還有再鑑定之實益即有疑義，應只須原鑑定人到庭接受反對詰問即可；反之對於鑑定方法科學原理尚未完全明瞭或檢驗方式尚在發展中，則僅原鑑定人到庭說明尚難正確評價其證明力時，即有再鑑定之實益。在國民法官制度下則另須考慮再鑑定是針對科學問題點及有可能獲得不同結論時，將有助使國民法官評議、判斷，則應同意再鑑定。然而，為使再鑑定有其實益，聲請人應具體表明鑑定方法，要鑑定什麼樣本[98]，例如死因鑑定，要採取何鑑別方法、是否需要向法醫研究所提取解剖所得病理組織，重新切片染色使用[99]。若未先表明，僅就原本鑑定資料以同樣方法判斷，則無再鑑定之實益，且在鑑定結果前後不一致時，更無助於國民法官之判斷。

至於複數鑑定結果不一致，法院應如何評價證明力，往往造成法官困擾，本文建議採取以下判斷模式：

（一）檢驗方式是否為靈敏度高低問題，例如：血液酒精濃度採取生化酵素分析與頂空氣相層析分析法的不同，後者準確性高、干擾少[100]。（二）鑑定資料是否有多寡的差別，例如：多了目擊證人證述，或調取救護車救護或轉診紀錄表，供作死因鑑定判斷素材。（三）在相同條件下卻發生不同鑑定結果，可能兩個鑑定都不能認為具有科學高度精確性，畢竟「再現性」是科學的核心價值之一。再者，依我國刑事訴訟法第 197 條鑑定準用人證之規定，故依刑事訴訟法第 184 條規定可命複數鑑定人當庭對質，就鑑定結果不一致之原因，進行科學上可信性之攻防，以提供法官及國民法官理解並判斷何者證明力較佳。此外，我國刑事訴訟法第 208 條第 1 項另有以審查他人鑑定之機關鑑定，其雖為再鑑定，但其鑑定對象係原鑑定所使用鑑定方法是否具有科學上之基礎，足供法院作為研判證明力之用[101]。故若鑑定結果認為原鑑定不具有科學證據之資格，勢必具體指摘鑑定方法缺失，或許方便國民法官判斷鑑定之可信性。

## 肆 結論

鑑定證據對於法官心證形成具有強大影響力，然而，法官對於鑑定認識太少、依賴太高，導致完全無法審查其證據能力及證明力，更遑論一般素人國民法官引入後，更無法輕易理解高度專門知識。法官要如何與國民法官針對鑑定證據之證明力進行評議，實屬艱難挑戰。司法院或許可參考美國聯邦司法中心（Federal Judicial Center）於 1994 年所出版科學證據參考手冊（Reference Manual on Scientific Evidence），針對常見科學證據[102]，由各領域專家撰寫參考手冊，幫助法官理解關於基本原理、可靠性及有用性，進而讓法官能有所本，可向國民法官對鑑定證據作出基本知識說明。其次，司法院就常見鑑定應統合各專業領域就採取鑑定方法，有基本共識或標準流程之指引，以符合道伯法則之基本門檻，避免各法院所進行之鑑定各行其是，但卻欠缺科學證據之資格。最後，法院、檢察官及辯護人對於鑑定所需之資料合力蒐集，以使鑑定的基礎完備，並對於發展中的鑑定技術保持關切，以正確理解鑑定證據之極限及證明力。

（作者為臺灣高等法院刑事庭法官）

## 註釋

Fu, Pediatrics in Review, 28 (6), P209-214, June 2007.

88 關於嬰兒猝死如何提問，請參見廖建瑜，臺灣高等法院高雄分院 103 年度上訴字第 130 號判決思考基準—判決審查順序及科學文獻採取之考量—台灣法學雜誌第 393 期，頁 79-86（2020.6.14）。

89 國民法官法第 73 條第 1 項。

90 最高法院 108 年度台上字第 3828 號刑事判決。

91 司法院院會通過刑事訴訟法第 211 條之 1 第 1 項修正條文。

92 黑崎久仁彥等人著，前揭註 21，頁 8-9。

93 臺灣高等法院 104 年度再字第 3 號刑事判決。

94 黑崎久仁彥等人著，前揭註 21，頁 11-14。

95 廖建瑜，臺灣高等法院高雄分院 103 年度上訴字第 130 號判決思考基準－判決審查順序及科學文獻採取之考量，台灣法學雜誌第 393 期，頁 83-84（2020.6.14）。

96 裁判員の参加する刑事裁判に関する法律第 50 條第 1 項。

97 黑崎久仁彥等人著，前揭註 21，頁 48。

98 黑崎久仁彥等人著，前揭註 21，頁 49-50。

99 在脂肪栓塞死因重要的鑑別方式，就是在肺組織內無發現脂肪栓子（embolus），見臺灣高等法院高雄分院 106 年度醫上訴字第 4 號刑事判決。

100 臺灣高等法院 109 年度交上易字第 362 號刑事判決。

101 臺灣高等法院 92 年度矚再更（一）字第 1 號刑事判決。

102 目前分成 13 類，由 The National Academies Press 於 2011 年 11 月出版第 3 版。

法律網
的最佳平台
法學方法與現代民法（增訂七版）
1000元者
資 65 元
書城熱賣中
WEEKLY
周刊
訂閱
劃撥
號
4377
戶
司法周刊
幣400元
訂 閱
劃撥
號
4377
戶
司法周刊