未具名具結之機關鑑定書面報告有無證據能力之疑義

—最高法院 114 年度台上字第 542 號刑事判決評析

文／吳燦

上

壹 案例事實[1]

江○○以不明方式取得具有殺傷力非制式手槍 1 支（含彈匣），而非法持有。於 2022 年 11 月 28 日凌晨 3 時許，駕車行經基隆市仁愛區○○路，持該槍枝經由天窗對空擊發 1 槍。員警據報到場扣得上述手槍及已擊發之制式空包彈殼 1 顆（口徑 9mm）。

扣案非制式手槍 1 支，經警送請內政部警政署刑事警察局（下稱「刑事警察局」）鑑定結果，認係由仿手槍外型製造，組裝已貫通之金屬槍管而成之槍枝，擊發功能正常，可供擊發適用子彈使用，認具有殺傷力，有刑事警察局 2022 年 12 月 30 日刑鑑字第 00000000 號鑑定書（下稱「刑事警察局槍枝鑑定書」）可憑。

貳 爭點

刑事訴訟法（下稱「刑訴法」）第 208 條第 3 項第 2、3 款規定之機關、機構或團體鑑定（下稱「機關鑑定」）書面報告，其實施鑑定之自然人如未依同條第 2 項規定具結及具名，有無證據能力？

參 最高法院判決見解

本件經最高法院 114 年度台上字第 542 號刑事判決（下稱「系爭判決」），以江○○之上訴不合法律上之程式而駁回。系爭判決關於「刑事警察局槍枝鑑定書」之證據能力，論述說明如下：

一、刑訴法關於鑑定之部分條文於 2023 年 12 月 15 日修正公布，其中第 206 條第 4、5 項、第 208 條等條文於 2024 年 5 月 15 日施行。就囑託機關鑑定者，修正後同法第 208 條第 1 項規定：「法院或檢察官得囑託醫院、學校或其他相當之機關、機構或團體為鑑定，或審查他人之鑑定…」，同條第 3 項另規定：「第 1 項之書面報告有下列情形之一者，得為證據：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。三、經主管機關認證之機構或團體所實施之鑑定。」揆諸上開規定之修正理由說明「…例如醫院、實驗室等機構或團體就藥毒物、毒品、尿液、偽鈔等鑑定，因前開機關、機構或團體之資格、鑑定實施之方法已有相關規範或通過認證，其等鑑定意見之專業性、公正性與中立性，應足以確保，並審酌前開機關、機構或團體之鑑定量能、司法資源之合理分配，促進真實之發現並兼顧當事人程序利益之保障，…，應有證據能力」等旨，足見刑訴法第 208 條第 3 項之前開特別規定，係因該等機關、機構或團體作成之報告具特別可信性，為考慮司法量能而設之傳聞法則之例外，縱未經實際鑑定之自然人具名並具結，仍因其具特別可信性，而有證據能力。

二、內政部警政署刑事警察局組織規程第 2 條第 2 款規定：內政部警政署刑事警察局掌理下列事項：「二、刑事鑑識業務之規劃、執行、督導、考核與刑事案件證物之檢驗、鑑定，指紋、去氧核醣核酸之蒐集、建檔、運用及支援重大、特殊刑案現場勘察。」是刑事警察局係刑訴法第 208 條第 3 項第 2 款規定之「依法令具有執掌鑑定、鑑識或檢驗等業務之機關」，而依卷附資料，本案鑑定報告係由基隆市警察局第一分局在案件尚未移送檢察官偵辦前將查扣之槍枝等證物送請依法令具有執掌鑑定業務之刑事警察局實施鑑定後所出具之書面報告，揆諸前揭規定意旨，依法自有證據能力；況本件原審審理期日，經原審審判長當庭提示本案鑑定報告予上訴人及其原審之辯護人辨認並曉諭其等表示意見時，上訴人及其原審辯護人分別表示「沒有意見」、「同意有證據能力」等語，從未爭執本案鑑定報告之證據能力，亦未請求傳喚實際實施鑑定之自然人，其既經原審合法調查，自得執為本案之證據。

肆 評析

現行刑訴法關於鑑定之規定，除選任自然人充當鑑定人外，另設有囑託機關鑑定制度。刑訴法第 208 條第 1 項規定，法院或檢察官得囑託醫院、學校或其他相當之機關、機構或團體為鑑定，或審查他人之鑑定，即所謂「機關鑑定」，除本條另有規定外，準用第 203 條至第 206 條之 1 之規定，其鑑定程序應與選任自然人為鑑定者相同。

刑訴法關於鑑定章節，於 2023 年 12 月 15 日修正公布第 198、206、208 條條文；增訂第 198 條之 1、198 條之 2、211 條之 1；除第 206 條第 4、5 項、第 208 條、第 211 條之 1 自公布後 5 個月（即 2024 年 5 月 15 日）施行外，自公布日施行。本次修正，關於機關鑑定：一、增訂當事人於審判中得聲請法院囑託鑑定及自行委任機關鑑定（修正第 208 條第 4 項、第 5 項至第 7 項），二、明定機關鑑定應由具鑑定人資格之人實施，並應於鑑定前具結且於書面報告具名（修正第 208 條第 2 項），三、鑑定機關如具特別可信性，書面報告得為證據（修正第 208 條第 3 項）。其中機關鑑定應由實施鑑定之自然人於書面報告具名，引發衛生福利部醫事審議委員會（下稱「醫審會」）[2]執行醫療鑑定醫師因須具名，導致無人願意擔任委員，目前有 700 餘件醫療糾紛案件擱置[3]之困境。

本案法律爭點在於增訂之刑訴法第 208 條第 2 項與同條第 3 項第 2、3 款等規定之適用，究應採連結觀察（即第 2 項實施鑑定之人應具結及具名，係屬第 3 項第 2、3 款鑑定書面報告證據能力之必要條件），抑或脫鉤處理（即第 3 項第 2、3 款鑑定書面報告之證據能力，不以經實施鑑定之人具結及具名為必要），系爭判決採取後者脫鉤處理，雖使前述醫審會委員拒絕具名之困境，得以迎刃而解，惟此與修法增訂刑訴法第 208 條第 2 項之立法意旨是否契合，即不無疑義。攸關法律之正確適用，爰有進一步說明釐清之必要[4]。

一、鑑定書面報告證據能力之要件

(一) 鑑定書面報告應具備之必要條件

刑訴法第 206 條第 1 項規定：「鑑定之經過及其結果，應命鑑定人以言詞或書面報告。」此規定依刑訴法第 208 條第 1 項準用第 206 條，於機關鑑定亦準用之。因之，不論是自然人鑑定或機關鑑定，其實施鑑定之人於鑑定後，均應就鑑定之經過及其結果，以言詞或書面提出報告。依刑訴法相關規定，此鑑定報告應具備：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）之事項等必要條件，及 5、其屬於書面報告者，並應具名。以上係鑑定報告應具備之必要條件，亦屬鑑定書面報告具備證據能力之前提要件，缺一不可。

1. 鑑定人之適格

鑑定，乃使具特別知識經驗而針對鑑定事項有專業能力，就其無關親身經歷之待鑑定事項陳述其判斷意見，為僅依特別學識經驗方得以知悉之法則。鑑定所應注意者，乃鑑定人是否確實因學識、技術、經驗、訓練或教育而具有專業之能力，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。選任鑑定及囑託或委任機關鑑定，其實施鑑定或審查之人，均應由符合刑訴法第 198 條第 1 項第 1 款所定具有一定專業能力或第 2 款有鑑定職務之人（自然人）充之，始為適格之鑑定人。鑑定人僅能就其適格為鑑定人之專業領域提出判斷意見，

（文轉三版）

註釋

1 引自臺灣高等法院 113 年度上訴字第 395 號刑事判決（判決日期：2024 年 9 月 26 日）。

2 依醫療法第 98 條規定，醫審會係刑訴法第 208 條第 3 項第 2 款規定「依法令具有執掌鑑定、鑑識或檢驗等業務之機關」。

3 醫師拒當鑑定人，700 醫糾擱置，聯合報，A5 版，2025 年 3 月 8 日。

4 關於鑑定新法評析，請參吳燦，鑑定書面報告之證據能力與被告詰問權－2023 年 12 月修正鑑定新法評析（上）（下），裁判時報，第 161、162 期，2025 年。本文關於鑑定書面報告證據能力之說明，有部分係改寫自前揭文（下）。

5 本則判例，依據最高法院 2006 年 6 月 6 日 95 年度第 9 次刑事庭會議決議：本則判例不合時宜，不再援用。

6 最高法院 96 年度台上字第 3153 號刑事判決：「補行具結，

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
服務
TEL:02-2
JUDICIAL
司法
訂閱辦法
費用新臺
如 蒙
請郵政
帳
5005
帳
司法院
電
02-236

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。