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

下

（文接上期）

2. 機關鑑定書面報告有刑訴法第 208 條第 3 項第 2、3 款情形之一者

刑訴法第 208 條機關鑑定所出具之書面報告，於符合第 3 項所定係由（1）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（第 2 款），或（2）經主管機關認證之機構或團體所實施之鑑定（第 3 款），該書面報告即屬同法第 159 條第 1 項所指法律有規定得為證據之傳聞法則例外。

鑑定書面報告本屬傳聞證據，本條項第 2、3 款之書面報告所以規定得為證據，係因實施鑑定之自然人，已依第 2 項規定具結並具名，且前開機關、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，因認其所出具之書面鑑定報告，應有證據能力[9]。乃出於鑑定機關具有特別可信之立法政策考量。

囑託或委任鑑定之機關、機構或團體是否該當於刑訴法第 208 條第 3 項第 2、3 款之規定，因攸關該鑑定書面報告得否為證據，如有疑義，法院應依職權調查、並記明筆錄或於判決理由敘明其憑據，以供事後審查。

3. 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者

鑑定新法施行後，即使是審判長、受命法官或檢察官所選任之自然人鑑定，法院或檢察官囑託之機關鑑定，及當事人於審判中委任之機關鑑定，其依刑訴法第 206 條第 1 項規定出具之鑑定書面報告，除經當事人「明示同意」作為證據，或機關鑑定符合刑訴法第 208 條第 3 項所定得為證據之情形外，均屬傳聞證據，應依刑訴法第 206 條第 5 項及第 208 條第 1 項準用第 206 條第 5 項等規定，「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者」，始可例外賦予該鑑定書面報告具有證據能力。

（1）刑訴法第 206 條第 5 項所指實施鑑定之人，係屬「鑑定證人」，應具「證人」結文，而非具「鑑定人」結文

鑑定人乃由法院或檢察官之選任，就無關親身經歷之待鑑事項，僅依憑其專業特別知識經驗而陳述或報告其專業意見之人，因係就現在事實陳述其判斷之意見，具有代替性。鑑定證人，則為法院或檢察官所指定，就特別知識，得知已往事實，陳述其所知之第三人。鑑定證人，從使依特別知識對於某事項而陳述其判斷意見而言，與鑑定人無異；從其陳述已往事實上言，又與證人相似。

鑑定證人，雖具鑑定人與證人二種身分，然所陳述者，既係已往見聞經過之事實，且具有不可替代性，不失為證人，故刑訴法第 210 條規定適用關於人證之規定，自應命具證人結文，並不適用關於鑑定人具結之程式，當事人亦無從加以拒卻。鑑定人，應命具鑑定人結文；鑑定證人，準用人證規定，應命具證人結文。該人之屬性究係鑑定人或鑑定證人，應分辨明白，依法命具結，如有錯誤，即誤鑑定人為證人而命具證人結文，或誤鑑定證人為鑑定人而命具鑑定人結文，即屬欠缺程序方面之法定條件，依刑訴法第 158 條之 3 規定不得為證據，自非屬合法之證據資料，不得採為判斷之依據[10]。

依立法說明，刑訴法第 206 條第 5 項係參酌日本刑訴法第 321 條第 3 項及第 4 項之規定而增訂。日本刑訴法第 321 條第 3 項規定：「記載檢察官、檢察事務官或司法警察職員勘驗結果之文書，該供述人於審判期日作為證人受詢問所作供述該文書之作成為真正時，不受第一項之限制，得作為證據。」第 4 項規定：「關於鑑定人所作記載鑑定經過及結果之文書，亦與前項規定相同。」日本刑訴法上開規定之鑑定書（第 4 項）與勘驗文書（第 3 項）一樣，鑑定人應當在審判期日作為「證人」接受詢問，只有在其作出「確係本人製作」之供述時，該鑑定書才有可能被認可其證據能力[11]。

刑訴法第 206 條第 5 項係指就已經鑑定完成、但屬於傳聞證據之鑑定書面報告例外賦予證據能力之規定，因此本條項所指實施鑑定之人係屬鑑定證人性質，自應命具證人結文，始為合法。如誤命具鑑定人結文，而未具證人結文，該書面報告自仍屬無證據能力之傳聞證據，非屬合法之證據資料，不得採為判斷之依據。此與依刑訴法第 202 條、第 208 條第 2 項準用第 202 條之規定，不論是自然人鑑定或機關鑑定，亦不問鑑定人是到庭以言詞鑑定或提出書面鑑定，均應於鑑定前具鑑定人結文之規定，係屬二事，不應混淆。

（2）刑訴法第 206 條第 5 項與同條第 4 項本文之適用

刑訴法已將鑑定書面報告定位為傳聞證據，依第 206 條第 5 項規定，「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者」，得例外賦予該鑑定書面報告具有證據能力。鑑定章節所謂實施鑑定之人，於第 198 條第 1 項規定係指經選定實際上實施鑑定之自然人，於第 208 條第 1 項以醫院、學校或相當之機關、團體為鑑定時，則係指實際上實施鑑定之自然人。所謂「作成為真正」，除指實施鑑定之人陳述書面報告以其名義作成之真正性外，尚包含所為鑑定係依其特定專業領域之科學、技術或其他專業方法所為，並已將該經過及其結果正確記載[12]。刑訴法第 206 條第 5 項乃有關鑑定書面報告之證據能力規定，惟此種證據須於法院審判中經踐行含詰問程序之合法調查程序，始得作為判斷之依據。

刑訴法第 206 條第 3 項原規定：「以書面報告者，於必要時得使其以言詞說明。」本次修正，配合第 3 項增訂鑑定報告內容應包括之事項，將原第 3 項移列為第 4 項並規定：「以書面報告者，於審判中應使實施鑑定之人到庭以言詞說明。但經當事人明示同意書面報告得為證據者，不在此限。」第 4 項本文之修正，立法說明指出：為保障當事人對於鑑定人之詰問權，促進真實發現，避免誤判，於審判中【應】使實施鑑定之人到庭，由當事人及辯護人透過交互詰問充分檢驗實際實施鑑定之人之資格、專業與中立性、鑑定實施之經過及其結果。此即係審判中踐行對鑑定人詰問之合法調查程序。機關鑑定出具之書面報告，除刑訴法第 208 條第 1 項規定，其須以言詞報告或說明時，得命實施鑑定或審查之人為之外，依第 208 條第 1 項準用第 206 條第 4 項本文規定，實施鑑定之人於審判中應到庭接受當事人及辯護人之詰問。實施鑑定之人於審判中就鑑定書面報告以言詞為說明時，該證據調查程序之對象為實際實施鑑定之人，而非鑑定書面報告，自應依刑訴法第 166 條以下人證之調查程序行之。

刑訴法第 206 條第 5 項所謂「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」，亦即賦予當事人及辯護人就鑑定書面報告之「證據適格」，有對實施鑑定之人反詰問之機會，再由法院據以判明是否具有證據能力。至於刑訴法第 206 條第 4 項本文所指「以書面報告者，於審判中應使實施鑑定之人到庭以言詞說明」，則係針對得為證據之鑑定書面報告，由實施鑑定之人到庭接受當事人及辯護人之詰問，以判定鑑定證據資料之證明力。鑑定證據資料是否可採，由法院本於確信，自由判斷之。

實施鑑定之人依刑訴法第 206 條第 4 項本文規定到庭以言詞說明，係屬鑑定人性質，由於鑑定前已具鑑定人結文，除非審判中以言詞說明有超出原書面鑑定之意見者外，即使於訊問前未再命具鑑定人結文，本非法所不許。但刑訴法第 208 條第 8 項規定：「第一百六十三條第一項、第一百六

（文轉三版）

註釋

9 請參刑訴法第 208 條立法說明三。

10 最高法院 69 年台上字第 2710 號刑事判例：「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，為刑事訴訟法第二百零二條所明定，卷查會計師俞某原審係以證人之身分傳喚其到庭陳述其查帳情形，而所具之結文，亦為證人結文，該會計師提出查帳報告，原審未命履行鑑定人具結程序，其在程序上既欠缺法定條件，即難認為合法之證據資料，原判決竟以該會計師之查帳報告據為被告無罪之判決基礎，自屬於法有違」。本則判例事實係屬於「誤鑑定人為證人，而命具證人結文」之案例。

11 石井一正，刑事実務証拠法，第五版，判例タイムズ社，頁 202，2011 年。

12 請參刑訴法第 206 條立法說明三。

13 最高法院 75 年台上字第 5555 號刑事判例。

植根法律
數位法律資料
民法總則（增訂四版）
稅法總論（第一冊增訂四版）
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 800 元
黃茂榮 著作 定價 700 元
訂購未滿 請自付郵
植根法律書
LINE好友
LIN
快來揪團當新時代法律達人！
掃描QR C
搜尋ID：

（文接二版）

十六條至第一百六十七條之七、第二百零二條之規定，於第一項、第四項及第五項由實施鑑定或審查之人為言詞報告或說明之情形準用之。」鑒於機關鑑定書面報告由實施鑑定之人為言詞報告或說明時，仍應準用刑訴法第 202 條具結之規定，為期法律適用一致性，本文認為，鑑定書面報告如係依刑訴法第 206 條第 5 項定其有無證據能力者，則實施鑑定之人到庭以言詞陳述或說明時，除應命具證人結文外，允宜再命加具鑑定人結文，以資周全。至於鑑定書面報告係依當事人明示同意或依刑訴法第 208 條第 3 項規定得為證據者，實施鑑定之人到庭以言詞陳述或說明時，則僅命具鑑定人結文。

二、刑訴法第 208 條第 2 項與同條第 3 項第 2、3 款規定之適用

刑訴法第 202 條「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」之規定，其於第 208 條第 1 項之機關鑑定，依修正前第 2 項規定，原僅準用於由實施鑑定或審查之人為言詞報告或說明之情形；囑託機關鑑定，並無必須命實際為鑑定之人為具結之明文，審判實務因認縱未命該機關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證據法則[13]。

本次修法，為強化問責制度精神、符合嚴格證據法則，以及審酌機關特性之鑑定量能、司法資源之合理分配，爰增訂刑訴法第 208 條第 2 項規定[14]：「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。」及第 208 條第 3 項第 2、3 款規定：「第一項之書面報告有下列情形之一者，得為證據：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。」

刑訴法第 208 條第 2 項之所以明定為機關實施鑑定之自然人應具結具名之作為，係以第 1 項之機關鑑定，固係以選任自然人以外之方式，由具有公信力之機關為之，但此種機關鑑定實際上仍係委由機關內部之自然人實施鑑定或審查後，再以機關名義出具書面報告。因此，機關鑑定之情形，既須委由機關內部之自然人實施鑑定或審查，自應由具有第 198 條第 1 項所定具專業能力或有鑑定職務之人充之。而為機關實施鑑定之自然人，亦應準用第 202 條鑑定前具結之規定並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[15]。本條項之規定，係屬機關鑑定書面報告應具備之必要條件之一，乃屬鑑定書面報告證據能力之前提要件，如為機關實施鑑定之自然人，未於鑑定前具結及於鑑定書面報告具名者，在程序上即與法定要件不符，自難認係合法之證據資料。

至於刑訴法第 208 條第 3 項第 2、3 款規定，則係基於「第二項已明定囑託鑑定所出具之書面報告，實際實施鑑定之人須具名，且須依第二百零二條規定於鑑定前具結，已有偽證罪擔保其真實性」，並考量「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」，例如內政部警政署刑事警察局、法務部調查局、衛生福利部食品藥物管理署等機關，就槍彈及爆裂物、指紋、去氧核醣核酸、筆跡、毒品及偽禁藥、尿液等鑑定，及「經主管機關認證之機構或團體所實施之鑑定」，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，其所出具之書面鑑定報告，應有證據能力[16]。本條項第 2、3 款之規定，係屬刑訴法第 159 條第 1 項所指「法律有規定」得為證據之傳聞法則例外，立法政策上所以承認此一鑑定書面報告具有證據能力，除考量上開鑑定機關具有特別可信外，最重要者，厥為刑訴法第 208 條第 2 項已明定囑託鑑定所出具之書面報告，實際實施鑑定之人須具名，且須依第 202 條規定於鑑定前具結，已有偽證罪擔保其真實性。此之立法模式，與刑訴法第 159 條之 1 第 2 項規定之檢察官訊問筆錄，係鑒於檢察官代表國家偵查犯罪，依法有訊問證人及鑑定人之權，證人、鑑定人且須具結，而以具結之陳述已具足以保障信用性情況之要件，在立法政策上，特予肯認除顯有不可信之情況者外，得為證據之情形，若合符節。而非僅係出於上開機關、機構或團體之屬性具有特別可信之一端。

刑訴法第 208 條第 3 項第 2、3 款規定之機關鑑定，其出具之鑑定書面報告，法律雖規定得為證據，然此亦僅無庸再適用第 1 款「當事人明示同意」，或刑訴法第 206 條第 5 項規定，「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」，始例外賦予該鑑定書面報告具有證據能力而已。鑑定書面報告不論是經當事人明示同意，或機關鑑定有刑訴法第 208 條第 3 項所定第 2、3 款情形之一，或依刑訴法第 206 條第 5 項規定，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，而得為證據，其前提要件均必須該鑑定報告應具備（一）鑑定人之適格，（二）鑑定人與本案利益關係資訊之揭露，（三）鑑定前應具結，（四）鑑定報告應包括之事項，及（五）書面鑑定報告並應具名等必要條件，始足與焉，缺一不可。亦即，屬於傳聞證據之鑑定書面報告，必須滿足前述一之（一）應具備之必要條件、及符合一之（二）得為證據之充分條件之一，始完備其證據能力。

三、本案「刑事警察局槍枝鑑定書」係依刑訴法施行法第 7 條之 19 第 2 項但書規定得為證據，無關乎鑑定新法之適用

本次修法前，審判實務依據刑訴法第 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，因認依刑訴法第 198 條、第 208 條之規定，不論鑑定人或鑑定機關，均應由法院、審判長、受命法官或檢察官（偵查中）視具體個案之需要而為選任、囑託，並依同法第 206 條第 1 項之規定，提出記載「鑑定之經過及其結果」之鑑定書面報告者，即屬同法第 159 條第 1 項所定「法律有規定」之傳聞法則例外，而得作為證據。

至於司法警察官、司法警察因調查犯罪嫌疑之必要，固非不得為鑑定，然此之鑑定並非由法院、審判長、受命法官或檢察官之選任、囑託而為，當無刑訴法第 206 條之適用，自亦不該當同法第 159 條第 1 項之除外規定，而應受傳聞法則之規範。但最高法院判決[17]則一致肯認偵查實務上，基於檢察一體原則，由該管檢察長對於轄區內特定類型之案件，以事前概括選任鑑定人或囑託鑑定機關之方式，俾便轄區內之司法警察官、司法警察對於調查中之案件，得即時送請先前已選任之鑑定人或囑託之鑑定機關實施鑑定，係檢察機關為因應現制增訂傳聞法則及例外規定之實務運作，對於因量大、有急迫性或例行性當然有鑑定必要者之偵查作為。此種由司法警察官、司法警察依事前概括選任或囑託方式所為之鑑定書面，性質上與檢察官選任或囑託鑑定者無異，同具證據能力。

關於檢察機關概括選任鑑定人或囑託鑑定機關團體之案件，其中有具全國一致性者，如有關毒品種類成分之鑑定、野生動物保育法之物種鑑定、槍彈有無殺傷力之鑑定、爆裂物之鑑定、槍彈比對之鑑定（不含殺傷力）、DNA 之鑑定、新臺幣偽鈔之鑑定、偽藥禁藥及藥品成分之鑑定、完稅價格估算之鑑定、違反電信法案件有關電信器材之鑑定、石油類檢測之鑑定、指紋之鑑定、測謊之鑑定、筆跡之鑑定、印文鑑定、聲紋之鑑定、影像之鑑定等，由臺灣高等檢察署（下稱高檢署）檢察長統一選任鑑定人或囑託鑑定機關團體。其餘如有量大或急迫之情形，且依案件性質可事先認為當然有鑑定之必要者，則由各地方檢察署檢察長選任鑑定人或囑託鑑定機關團體[18]。高檢署據此，並綜整製有「檢察機關概括選任鑑定人或囑託鑑定機關團體」名冊[19]，俾供相關機關遵照辦理[20]。

（文轉四版）

註釋

14 原條文第 2 項移列為第 8 項，並配合修正相關項次。
15 請參刑訴法第 208 條立法說明二。
16 請參刑訴法第 208 條立法說明三。
17 最高法院 113 年度台上字第 1550 號、109 年度台上字第 533 號、108 年度台上字第 2027、2910 號等刑事判決。
18 請參法務部 2003 年 9 月 1 日法檢字第 0920035083 號函。
19 請參高檢署 2003 年 10 月 29 日檢文允字第 0920214529 號函。
20 最高法院 99 年度台上字第 2730 號判決即指出，依臺灣臺中地方檢察署檢察長概括選任鑑定人或囑託鑑定機關團體名冊之記載，有關其轄區內火災事故，係事前概括囑託臺中縣（改制前）、臺中市消防局為鑑定機關，本件臺中縣消防局出具之火災調查報告書應依此認定其得否為證據，而非屬刑訴法第 159 條之 4 第 1 款公務員職務上製作之文書。

法律網 加值型營業稅法 法學方法與現代民法（增訂七版）二 侵權行為法（債法總論 第五冊）初版 初版 刷
黃茂榮著 定價 900 元
1000元者 贈 65 元
書城熱賣中
友招募中
E@

廣告

司法與行政協力

桃園、苗栗、花蓮、臺東地院分別召開少年事件聯繫會議 強化橫向聯繫及資源整合

【本刊桃園訊】為強化少年事件處理機制、增進跨領域溝通及網絡合作，桃園地院日前邀請桃園市政府共同召開「114 年度處理少年事件聯繫會議」，由桃園地院黃莉雲院長與桃園市政府蘇俊賓副市長共同主持，桃園市政府相關局處副首長均親自出席；院方則由袁雪華行政庭長、黃裕民庭長及法官、同仁 60 餘人共同與會。

本次會議討論，桃園地院針對「入矯正學校之監護案少年」提出之精進作為，建議應避免因原社政資源在案，導致「逆境少年方案」無法適時介入。院方期待跨網絡單位能落實「一主責多協力」，讓資源精準到位。經社會局說明現行模式後，雙方達成共識：未來確認主責單位後將函知法院，法院亦將定期召開個案討論會議，邀請委外團體、家防中心及社會局共同參與，以準確掌握監護案少年之在校狀況。蘇副市長同時請社會局應審慎推演逆境方案的介入時機，確保在既有社政資源背景下，提供少年最必要的支持。

【本刊苗栗訊】為建構綿密的社會安全網，司法與行政協力共同輔導觸法、曝險及行為偏差少年，苗栗地院與苗栗縣政府日前召開 114 年度處理少年事件聯繫會議，由苗栗地院黃潔茹院長與苗栗縣鍾東錦縣長共同主持，苗栗地院湯國杰庭長、法官、調查保護官及苗栗縣政府相關局處代表等共同與會。

會議首先就 113 年聯繫會議決議執行情形進行報告，並由湯國杰庭長就少年法庭業務提出工作簡報，少年輔導委員會及教育處亦進行相關業務報告。接著就「縣政府為父母離婚之兒少開辦心理調適團體」、「偏差行為行政輔導先行之事務管轄建立協調裁決機制」、「校園內嚴重偏差行為加強列管及開案輔導」、「研議警方獎勵措施，加強查處嚴重偏差行為，並為後續轉介相關單位開案輔導」以及「杜絕電子菸之危害」等議題進行討論，並聚焦兒時創傷議題及偏差行為輔導列為犯罪預防之重點，最後由共同主持人進行裁示，交由各相關局處依決議內容積極執行。

【本刊花蓮訊】為持續強化地方司法與行政部門於少年事件處理的橫向聯繫及資源整合，花蓮地院日前召開「處理少年事件聯繫會議」，由張宏節院長主持，花蓮縣政府顏新章副縣長率相關局處主管及同仁出席，與花蓮地院庭長、同仁共同就少年事件處理機制深入交流。

本次會議針對提案進行具體合作細節討論，並達成重要決議：（1）關於少年司法安置費用（包含一般及身心議題少年）及零用金之經費差額，將持續依循既有合作慣例辦理，以確保司法及社政安置少年均享有一致且無差別的照顧待遇。（2）為提升司法安置少年尋覓適切安置處所的效率，縣府社會處將建置專責聯繫窗口，協助法院少年調查官及保護官尋覓縣外安置機構，未來透過即時資訊交換促進安置機構資源及名冊的有效共享。（3）針對未成年人至法院開庭時，如遇無任何資源陪庭之情形者，縣府同意於開庭期間，視相關單位業務狀況提供實質陪庭服務，以保障少年之程序權益及身心穩定。

【本刊臺東訊】為增進司法與行政部門橫向聯繫，落實少年事件處理法立法精神，臺東地院日前召開 114 年度「臺東地區處理少年事件聯繫會議」，由黃若美院長主持，臺東縣政府盧協昌秘書長率領相關局處主管及臺東地院庭長、法官、同仁共同與會。

本次會議之提案，經討論後達成共識，包括：（1）確立「過渡性教育措施」之啟動，由學校提案、輔諮中心承辦，並請輔諮中心補實完整措施內容。（2）司法人員知悉少年施用第一、二級毒品依法通報時，註明少年所需之資源協助，縣府將以篩派案中心為窗口，開啟對少年之介入協助及輔導。（3）衛生局將函詢相關單位臨床心理師名冊，提供法院作為人力資料庫，並每半年更新之。（4）將由縣府社會處主動瞭解各安置機構安置司法少年之困境，彙整歸納後，再聯繫法院共同討論因應之道，以改善安置機構屢屢婉拒司法安置之窘境。

法制動態

◎司法院 114 年 12 月 12 日修正「臺灣各地方法院行合議審判暨加強庭長監督責任實施要點」第 1 點、第 3 點，並自 115 年 1 月 1 日生效。（詳細內容請見司法院法學資料檢索）

法　訊

最高法院函送刊登司法院公報之 114 年度台上字第 869 號刑事裁判，最高行政法院函送刊登司法院公報之 112 年度上字第 762 號、114 年度抗字第 242 號裁判，請見司法院網站。



絡繹不絕的健行／朝聖者

—攝於聖母峰 EBC 步道沿線

攝影／張佳燉（臺中高等行政法院法官）

（文接三版）

刑訴法施行法第 7 條之 19 第 2 項規定：「中華民國一百十二年十二月一日修正通過之刑事訴訟法施行前，已繫屬於各級法院之案件，其以後之訴訟程序，除本法另有規定外，應依修正刑事訴訟法終結之。但修正刑事訴訟法施行前已依法定程序進行之訴訟程序，其效力不受影響。」立法說明三謂：「本次修正通過之刑事訴訟法施行前，已繫屬於各級法院之案件，其以後之訴訟程序，除本法另有規定外，應依修正刑事訴訟法終結之。惟本諸舊程序適用舊法，新程序始用新法之一般法則，各級法院於本次修正之刑事訴訟法施行前，已依法踐行之訴訟程序（如鑑定之相關證據法則之適用），其效力不受影響。故而，對於提起上訴之案件，於本次修正刑事訴訟法施行前，原審法院就得作為證據具有證據能力之證據，已依法定程序調查者，其效力不受影響，爰增訂第二項，以資適用。」係以刑事訴訟程序，基於合目的性之考量，以從新為原則，然若程序一律從新，而導致程序無法達成目的，反而喪失其適用之正當性，同樣基於合目的性之原則，將法安定性、訴訟經濟、被告訴訟權之保障等因素，納入而為整體之考量，因而有該但書過渡條款之規定，以調和新舊法之衝擊。但書所謂「修正刑事訴訟法施行前已依法定程序進行之訴訟程序，其效力不受影響」，係指依當時有效之舊訴訟法所踐行之訴訟程序（如鑑定之相關證據法則之適用），其效力不受新修正刑訴法施行之影響。

刑訴法第 208 條第 2 項及同條第 3 項第 2、3 款規定，係於 2024 年 5 月 15 日施行，故上開修正規定施行前，已繫屬於各級法院之案件，於 2024 年 5 月 15 日施行後始囑託機關鑑定者，依刑訴法施行法第 7 條之 19 第 2 項本文規定，自應依修正後規定終結之[21]。但法院或檢察官於上開規定施行前已囑託機關鑑定者，各級法院就依舊法得作為證據具有證據能力之證據，已依法定程序調查者，其效力不受影響，自有證據能力。

不論刑訴法修正前、後，司法警察機關均無權選任鑑定人或囑託機關鑑定。依系爭判決之說明，本案槍枝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刑事警察局實施鑑定，於 2022 年 12 月 30 日出具鑑定書面報告。茲刑事警察局係上開名冊所列槍彈殺傷力之鑑定機關，本案槍枝既係於鑑定新法施行前，由司法警察依事前概括囑託方式送請刑事警察局鑑定，自屬符合檢察機關概括選任鑑定人或囑託鑑定機關團體之案件，其所為之鑑定書面，性質上與檢察官囑託鑑定者無異。本件第一審係於 2023 年 11 月 9 日判決[22]，則上開刑事警察局槍枝鑑定書面報告，依修正前刑訴法規定及實務一向之見解，本具有證據能力，其效力不受修正刑訴法（鑑定書面報告為傳聞證據）施行之影響，既經原審依法於審判期日踐行調查程序，自得採為判斷依據。系爭判決認定上述槍枝鑑定書面報告有證據能力，雖無不合，但此與修正刑訴法第 208 條第 2 項、第 3 項第 2 款等規定無涉，而係依刑訴法施行法第 7 條之 19 第 2 項但書規定得為證據，不可不辨。

伍 結語

鑑定新法施行後，鑑定書面報告已被定位為傳聞證據，雖然依法律規定，於經當事人明示同意，或依刑訴法第 208 條第 3 項第 2、3 款規定之機關鑑定書面報告，或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，得例外賦予該鑑定書面報告具有證據能力。但得為證據之鑑定書面報告，其前提要件必須具備一、鑑定人之適格，二、鑑定人與本案利益關係資訊之揭露，三、鑑定前應具結，四、鑑定報告應包括之事項，及五、書面鑑定報告並應具名等條件，缺一不可。設若上開鑑定書面報告之必要條件有所欠缺，即不具證據之適當性，自無從僅依當事人之明示同意，或係屬刑訴法第 208 條第 3 項第 2、3 款規定出具之機關鑑定書面報告，即認其有證據能力，更無由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，即得遽認其得為證據之可言。

最高法院判決所持之法律見解，對於下級審法院具有縱向之「實質影響力」。系爭判決係鑑定新法施行後，首件對於增訂之刑訴法第 208 條第 2 項及同法第 3 項第 2、3 款兩者規定應如何適用所表示之法律見解。系爭判決認為刑訴法第 208 條第 3 項第 2、3 款規定之機關鑑定，其出具之鑑定書面報告縱未依第 208 條第 2 項規定，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，或不免仍淪為修法前舊見解之窠臼，而與本次修法特別增訂刑訴法第 208 條第 2 項規定之立法意旨有悖，並將使該項規定形同具文。最高法院受理案件庭之上開法律見解，橫向之該院刑事其他各庭是否贊同，值得觀察。

（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

21 最高法院 114 年度台上字第 2930 號刑事判決。

22 臺灣基隆地方法院 112 年度訴字第 315 號刑事判決。

新學林法
專業・實
蕭俊榮教授
憲法
Constitutio
2025年12月
主
張文貞、
作
蕭俊榮、李孝悌
林春元、張文貞
郭銘松、陳仲嶸
楊鳴清、賈文宇
本書是
授在憲法變
研究及實踐
的結晶，這
青壯學者的
顯出憲法
絡、動態以
間面向，反
能的演進
會的需求
灣民主轉型
析修憲、憲
市民社會如
型、跨國與
主義等理論
關注憲法文
動態實踐
化、總統行
部門的對話
略的運用
對基本權利
辯。
TEL：（02）
FAX：（02）
郵政劃撥：1
新學林出版股
QR
cod
一
掃
必到處跑
不