專家證據於現行司法實務中運用之難題與制度未來之芻議 上

文／涂裕斗

壹 前言

隨著總統府於民國 106 年 9 月 8 日發布「司法改革國是會議成果報告」，已經確立了「人民參與審判」為司法改革之最重要方案[1]。司法院更成立「人民參與審判法案研議委員會」，積極研議並於 107 年 1 月 16 日完成「國民參與刑事審判法草案」[2]，已於同年 4 月間提出立法院審議。之所以促成此一改革方向，濫觴於國民對某些個案的刑事判決無法符合社會普遍的期待，導致對司法的不信任，故而期盼透過來自不同社會階層、出身背景，擁有不同生活經歷的國民，直接參與法院形成判決的過程，提供彼等生活經驗、法律感情，及多元的價值觀，讓法院藉由國民的參與，獲得與外界對話與反思之機會，以完善法院判斷之視角與內涵，並進而提升國民對司法的信賴。

然而，在我們為提升國民對司法的信賴，而積極關注、研究國民參與司法方式的同時，我們似乎也遺忘了司法實務中早已存在，另一更難為國民所信賴的問題，也就是在司法實務上，專家證據[3]應如何運用、取捨的問題。

蓋職司審判的法官，實際上同為生活於社會中的一份子，原則上可期待與國民有共同或類似的生活經驗、法律感情以及價值觀，但目前之普遍共識仍傾向認為應透過制度的設計，使國民得以直接參與司法審判，以提升國民對司法的信賴。則相較之下，現行的刑事訴訟程序中（民事訴訟亦有專家證據之問題，但本文為集中焦點，先設定在刑事訴訟範圍內），於涉及專家證據時，卻要求僅具有一般社會生活經驗的法官（或以後施行的國民法官，因目前國民法官僅止於草案提出，以下僅就職業法官而論），獨立擔負起審究專家證據證明力之責，此或非絕不可能，但實過於苛求[4]。因此，制度上雖有專家參審之倡議。惟專家參與刑事訴訟程序的方式，是否僅有鑑定、專家證人、專家參審等三類途徑可行？容非無探究之空間。故本文擬由專家證據於現行司法實務運用中所顯現證據證明力取捨的難題為出發，並探討未來是否有其他更有助於司法實務運用專家證據而更容易判斷其證明力取捨的制度設計。

其實關於專家證據，從最先起於何種證明事項，適於或可得使用專家證據作為證明方法，即有爭議。以我國現行刑事訴訟制度為例，如非審判長、受命法官或檢察官認為就鑑定事項有特別知識經驗而選任為鑑定人進行鑑定者（刑事訴訟法第 198 條參照）外，則法院所得採為判決基礎之人的證據方法，依法或為藉由親身見聞事實之證人證詞或依特別知識得知以往事實之鑑定證人、或為法官以勘驗憑自己五官感知體驗事實。因此，是否被認定為需有特別知識經驗之鑑定人就待證事項進行鑑定，以取得專家證據，作為法官裁判之基礎，將造成所應採用之法定證據方法、法定調查方式完全不同。故可知何謂有特別知識經驗之人？何謂專家？而須以鑑定作為證據方法，本身已為一爭點，亦即專家證據和證據容許性問題，對此英美法亦多所討論[5]，而我國多於鑑定之必要性中加以討論，此為探討專家證據之先決問題。然而，本文之目的在透過瞭解專家證據於現行司法實務運作中所顯現證據證明力取捨的難題，進而探討未來是否有其他更有助於司法實務運用專家證據來判斷證據證明力取捨的制度設計，故為免失焦，謹省略此一先決問題之討論，而以現行司法實務運作中常見之專家證據類型作為範圍。雖然司法實務常見之專家證據類型頗多，例如：交通事故鑑定、醫療糾紛之鑑定、毒品及尿液之鑑定、環境污染及食品衛生之鑑定……等。然而，因當前國內文獻，就現行司法實務運作中常見之專家證據討論最多者，且最常以囑託機關鑑定之方式進行者為醫事糾紛之鑑定，故本文謹以其作為最主要之討論對象，進行研究、探討，合先敘明。

貳 專家證據於現行司法實務運用中證明力取捨之難題

查國內文獻關於專家證據研究最多者，乃以囑託機關鑑定之方式所進行的醫療糾紛（即有無業務過失）之鑑定 (雖然醫療法業於民國 107 年 1 月 24 日修正施行，第 82 條第 3 項規定：醫事人員執行醫療業務因過失致病人死傷，以違反醫療上必要之注意義務且逾越合理臨床專業裁量所致者為限，負刑事責任。也只是就犯罪的構成要件有較嚴格的修正，但對於有無違反醫療上必要之注意義務且逾越合理臨床專業裁量所致之情形，仍有送請鑑定之必要)，而對於當前鑑定制度之檢討，亦多針對實務囑託機關鑑定產生之困境。故談及專家證據於我國現行司法實務運用中證明力取捨所遭遇之難題，醫療過失有無之囑託機關鑑定最具有爭議及代表性。

一、囑託機關鑑定

（一）法源依據

按刑事訴訟法第 208 條於 92 年修正前原規定：「法院或檢察官得囑託醫院、學校或其他相當之機關為鑑定，或審查他人之鑑定。」「第 203 條至第 206 條之規定，於前項情形準用之；其須以言詞報告或說明時，由受囑託機關實施鑑定或審查之人為之。」嗣於 92 年修訂為：「法院或檢察官得囑託醫院、學校或其他相當之機關、團體為鑑定，或審查他人之鑑定，並準用第 203 條至第 206 條之 1 之規定；其須以言詞報告或說明時，得命實施鑑定或審查之人為之。」「第 163 條第 1 項、第 166 條至第 167 條之 7、第 202 條之規定，於前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。」其修正理由為：「一、本法除選任自然人充當鑑定人外，另設有機關鑑定制度，即法院或檢察官得囑託醫院、學校或其他相當之機關為鑑定，或審查他人之鑑定，其鑑定程序並準用第 203 條至第 206 條之規定。另於實務之運作，亦有囑託法人或非法人團體為鑑定之情形，例如囑託職業公會為鑑定。有鑑於目前受囑託從事鑑定之機關或團體，常有採行合議制之情形，為探求真實及究明鑑定經過，法院或檢察官應得命實際實施鑑定或審查之人到場報告或說明。再者，修正條文第 206 條之 1 之規定於囑託機關或團體為鑑定或審查他人鑑定時，亦有準用之必要，爰將原本條第 1 項及第 2 項規定之文字予以修正，並增列所應準用之規定後，同列為第 1 項，以資規範。二、前項實際實施鑑定或審查之人以言詞報告或說明其鑑定經過或結果時，其身分與鑑定人相當，應有具結之義務，且當事人、代理人、辯護人或輔佐人亦得詢問或詰問之，以助於真實之發見，爰就所應準用之規定於第 2 項予以列明。」從上開立法理由說明，應係因實務運作之結果，認有必要明文化，故才在現行刑事訴訟法明文規定，允許以囑託機關之方式，進行鑑定。

（二）實務運作

依最高法院 75 年度台上字第 5555 號判例要旨：「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 208 條第 1 項，已將該法第 202 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。」（此判例經最高法院 95 年度第 9 次刑事庭會議決議加註法條變更後保留）又最高法院 105 年度台上字第 2253 號判決要旨：「刑事訴訟法第 202 條所規定之鑑定人具結義務，係指選任自然人為鑑定人而言，法院囑託醫院等機構為鑑

（文轉三版）

註釋

1 見總統府 ttp:// www.president.gov.tw 網頁 106 年 09 月 08 日發布「司法改革國是會議成果報告書」頁 103，最後瀏覽日：107 年 1 月 28 日。

2 見司法院全球資訊網 ttp://www.judicial.gov.tw/index.asp「司法改革」網頁，最後瀏覽日：107 年 7 月 17 日。

3 在我國之刑事訴訟制度下，可認為係屬專家證據，而法有明文者，毋寧為藉由刑事訴訟法第 197 條至第 210 條所規範之鑑定制度所取得之證據。惟有學者認為我國現行刑事訴訟法並無明文排除法院使用專家證人作為證據方法，此有學者吳巡龍，性侵案之專家證人，月旦法學教室，2016 年 8 月，第 166 期，第 28-29 頁可參，故在現行刑事訴訟下，獲取專家證據之方式是否限於鑑定，尚有研討之空間。而本文所擬探索者，則是著眼於可否透過其他不同之刑事訴訟制度設計，使得專家證據更易於利用、更值得信賴、更具公正性，而能達成司法維護法紀，以及 公平審判等制度目的。因此，本文擬研究之範圍，非限於現行刑事訴訟法之規範，故以專家證據一詞，以嘗試涵蓋鑑定制度所得之各類專家所提出於法院之意見，合先敘明。

4 蓋目前法院實務運作上，已將案件類型化並設立專股或專庭，又法官各自多會應審判之需要，進修以充實職能，故對專家證據確已有相當之智識，非全然無力審查。但是，不可諱言，縱使法官於精進法律本身之專業，以及從事審判工作之外，仍努力不懈的學習其他專業，然而，終難以如同長期浸淫於某特定專業領域之專家一般，對該特定專業領域知之甚詳。因此，要法官對於此類專家所作成之專家證據，進行審查，獨立判斷專家證據是否可信，確屬不易。

5 關於何種專家證詞所呈現之證據可以被允許呈堂，美國 1923 年 Frye v. United States. 判決中，本較寬鬆的容許大量專家

（文接二版）

定，依同法第 208 條第 1 項規定，本不在準用之列。從而法院或檢察官依刑事訴訟法第 208 條規定囑託醫院、學校或其他相當之機關、團體為鑑定時，祇須其以言詞或書面提出之鑑定報告，符合刑事訴訟法第 206 條第 1 項、第 208 條所規定之形式要件，即具有證據能力。」另最高法院 105 年度台上字第 732 號判決要旨：「刑事訴訟之鑑定，為證據調查方法之一種，係指由具有特別知識經驗之人或機關、團體，就特別需要特殊知識經驗之事項，予以鑑識、測驗、研判及斷定，供為法院或檢察官認定事實之參考。關於囑託機關、團體鑑定部分，依刑事訴訟法第 208 條第 1 項前段準用同法第 206 條第 1 項規定，容許受囑託機關、團體以書面報告其經過及結果；是經法官或檢察官依法囑託醫院鑑定，醫院所出具鑑定書面報告，應屬同法第 159 條第 1 項所定『法律有規定』之傳聞法則之例外，得作為證據。又依刑事訴訟法第 208 條第 1 項所定，法院或檢察官囑託其他機關、團體為鑑定，於須以言詞報告或說明時，得命實施鑑定之人為之；若未命實施鑑定或審查之人為言詞報告或說明，依刑事訴訟法第 208 條第 2 項，即無準用刑事訴訟法第 202 條鑑定人應具結之規定。」等實務見解，以及前述刑事訴訟法第 208 條於民國 92 年間之修正理由可知，因刑事訴訟法第 208 條第 1 項後段規定，「其須以言詞報告或說明時，『得』命實施鑑定或審查之人為之。」使得該鑑定人員是否須到庭言詞報告或說明，法院有裁量權，若法院無命鑑定人員到庭陳述，則當然即無從依刑事訴訟法第 208 條第 2 項準用第 163 條第 1 項、第 166 條至第 167 條之 7 對鑑定人員進行交互詰問，並且，因為本來囑託自然人為鑑定時，依刑事訴訟法第 202 條的規定，「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。」應於鑑定前具結之義務，於囑託機關鑑定時，因刑事訴訟法第 208 條規定，僅在法院認為該鑑定人員須以言詞報告或說明時始有準用，導致法院囑託機關鑑定時，實際為鑑定之人於鑑定前可得無庸具結，於鑑定後亦未必有機會再命其具結之怪異現象。

（三）學說見解

就前開實務所採之觀點，傳統學說亦不乏採相同之見解[6]，然晚近學者則有認為囑託機關鑑定，受囑託者固然為機關，但機關本身實際上無法為鑑定，本質上為實際鑑定行為的必定是自然人。法院委託機關鑑定僅是因為知曉某機關或團體內，就鑑定事項有一批具備專業知識的自然人，且因無偏好由這批人中任何一人來實行鑑定，因此向該機關或團體請求協助，由該機關或團體責由有足夠之專業能力之自然人進行鑑定，此時即應由該名實際施行鑑定之自然人進行具結，否則，將使囑託機關鑑定欠缺公正誠實之擔保。蓋當學有專精之鑑定人就其鑑定結果簽章、具結時，等於以其專業聲譽來擔保鑑定之專業性、可靠性、公正性，欠缺具結就等於欠缺擔保，故現行刑事訴訟法之規定，使得囑託機關鑑定無庸具結亦具有證據能力，立法實屬不當[7]。

（四）小結

承前可知，現行刑事訴訟法中，關於囑託機關鑑定於鑑定前無須使實際為鑑定之人具結此一制度在立法設計上存有缺失，已為晚近之學者所批評。惟囑託機關鑑定造成之困境，非僅只此一端，尤其在囑託機關鑑定下，法院有時根本無從得知實際行鑑定之人員為何人，從而，縱使法院欲行使其裁量權，命實際行鑑定之人員到場接受詰問並具結，亦無從為之，此一困境在現行實務中經常可見，例如：交通事故之鑑定機關（各縣市政府所設置之車輛行車事故肇事鑑定委員會及覆議委員會）、醫療過失有無之鑑定機關（衛生福利部所設置醫事審議委員會）等。而交通事故之鑑定機關尚有交通大學、成功大學等學術或其他政府機關可委託鑑定，鑑定後，實際鑑定之人員亦多能配合出庭就其鑑定內容接受檢、辯雙方之交互詰問及法官之詢問。但由囑託機關鑑定方式所行之醫事鑑定委員會所出具之鑑定書，則以採行合議方式為之，無法配合出庭接受交互詰問或詢問，最可看出端倪，故續就醫事鑑定方面進行探討。

二、醫事鑑定

關於醫療糾紛鑑定，我國目前以囑託機關鑑定為主，且醫療訴訟實務上之囑託機關鑑定，以委託衛生福利部所設置之「醫事審議委員會」為最大宗[8]。而衛生福利部醫事審議委員會之鑑定流程，依衛生福利部訂頒之「醫療糾紛鑑定作業要點（民國 102 年 9 月 4 日修正施行）」第 4 點規定：本部受理委託鑑定機關委託鑑定案件，應提交本部醫事審議委員會醫事鑑定小組（以下簡稱醫事鑑定小組）召開會議審議鑑定。另同要點第 5 點第 2 款規定：鑑定流程得交由初審醫師審查，研提初步意見後，提交醫事鑑定小組會議審議，並依同要點第 15 點規定：醫事鑑定小組會議對於鑑定案件之審議鑑定，以委員達成一致之意見為鑑定意見，不另作發言記錄。鑑定書，以衛生福利部名義將鑑定書送達委託鑑定機關，並檢還原送卷證資料；且衛生福利部辦理醫療糾紛鑑定案件，不負責證據之調查或蒐集，悉以委託機關所提供之相關卷證資料進行鑑定（同要點第 5 點第 4 款、第 9 點規定參照）[9]。

雖然依民國 102 年 9 月 4 日修正施行之「衛生福利部醫事審議委員會設置要點」第 6 點第 4 項規定：本會或小組會議，須有全體委員或小組委員過半數之出席，決議事項須有出席委員過半數之同意，可否同數時，由主席裁決之。似與前揭「醫療糾紛鑑定作業要點」第 15 點：「……以委員達成一致之意見為鑑定意見……」之規定不符。但從上開「衛生福利部醫事審議委員會設置要點」及「醫療糾紛鑑定作業要點」都是民國 102 年 9 月 4 日同日修正施行，且「衛生福利部醫事審議委員會設置要點」第 2 點即規定其任務為：一、醫療制度之改進。二、醫療技術之審議。……八、其他有關醫事之審議（與民國 107 年 1 月 24 日修正施行之醫療法第 98 條第 1 項規定相同）。可見該醫事審議委員會設置要點之主要任務，並非醫療糾紛之鑑定。而同醫事審議委員會設置要點第 4 點第 2 款雖明定：本會設下列小組……二、醫事鑑定小組。再於同醫事審議委員會設置要點第 6 點第 4 項規定：本會或小組會議，須有全體委員或小組委員過半數之出席，決議事項須有出席委員過半數之同意，可否同數時，由主席裁決之等語。但因同日衛生福利部又訂頒性質屬行政規則之「醫療糾紛鑑定作業要點」，並於該作業要點第 15 點規定：「醫事鑑定小組會議對於鑑定案件之審議鑑定，以委員達成一致之意見為鑑定意見，不另作發言記錄。」作更嚴謹之規定，從立法沿革的歷史解釋及法律體系的解釋，應可認定目前衛生福利部醫事審議委員會對於醫療糾紛案件之鑑定是採委員達成一致之意見為鑑定意見[10]。

惟對於囑託衛生福利部醫事審議委員會所進行醫事鑑定，有認為存在諸多問題：

（一）審查機關成員專業不足的質疑

依醫療法第 100 條規定：「前 2 條之醫事審議委員會委員，應就不具民意代表、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 3 分之 1。」（衛生福利部醫事審議委員會設置要點第 3 點規定亦同）如此組成之醫事審議委員會成員，在醫療鑑定乃以醫療專業知識所進行事實之判斷，則法學專家及社會人士如不具醫學專業知識，恐無法作專業判斷醫療行為有無疏失[11]。依「衛生福利部醫事審議委員會設置要點」第 4 點，醫事鑑定小組置委員 21 人至 36 人，則醫事鑑定小組成員是否足以涵蓋所有醫事專業之分科，而有能力對各類型之醫事糾紛進行鑑定，亦屬可疑。

（下期待續）

（作者為臺灣高等法院高雄分院法官兼庭長）

註釋

證人將其論述呈現給陪審團作為判斷標準，但自 1993 年 Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals 判決後，漸趨嚴格，要求法官作為守門人，不讓可疑的專家證詞進入法庭，呈現在陪審團面前。參陳信行，看見不潔之物：工業社會中知識權威的文化實作，台灣社會研究雜誌社，2016 年 2 月，頁 29-46；邱筱雯、林志潔合著，鑑定和專家證人制度之比較與對鑑識會計制度建構之建議，會計師季刊，2015 年 3 月，第 262 期，頁 27-28。

6 陳樸生，刑事訴訟法實務，自版，1999 年再訂 2 版，頁 250。褚劍鴻，刑事訴訟法論（上冊），台灣商務印書館，2004 年 5 版，頁 327。

7 吳俊毅，鑑定人「行鑑定時」辯護人的在場權－評最高法院九五年臺上字第四五八二號判決，收錄氏著，辯護人論，正典出版文化有限公司，2009 年 1 版，頁 128。王兆鵬、張明偉、李榮耕合著，刑事訴訟法（下），承法數位文化有限公司，2012 年 9 月初版，頁 395、396。林鈺雄，刑事訴訟法上冊，自版，2005 年 4 版，頁 485-487。吳志光，從蘇案開庭談起～「專家證人」制度的落實與檢察官在刑案中應扮演的角色，司法改革雜誌，2002 年 8 月，第 40 期，頁 40。

8 吳志正，論醫事鑑定與法院之實質審判權，收錄於邱玟惠主編，吳志正、楊秀儀、王志嘉、姚念慈合著，醫事鑑定與法院之實質審判權，元照出版有限公司，2015 年 7 月初版，頁 3-4。

9 吳俊穎、陳榮基、賴惠蓁合著，醫療糾紛鑑定的未來－由專業鑑定探討醫療糾紛鑑定的興革，收錄於吳俊穎、陳榮基、楊增暐、賴惠蓁、吳佳勳合著，醫療過失責任與醫療糾紛鑑定，元照出版有限公司，2013 年 9 月 2 版，頁 169。吳志正，同註 8，頁 8-9。

10 筆者另以電話諮詢衛生福利部醫事審議委會之承辦人員，其表示，目前醫事鑑定小組會議對於鑑定案件之審議鑑定，實務運作確實以委員達成一致之意見為鑑定意見。

11 張麗卿，刑事醫療糾紛之課題與展望，收錄於氏著，醫療人權與刑法正義，元照出版有限公司，2014 年 1 月初版，頁 18。