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 下

文／涂裕斗

（文接上期）

（二）鑑定結果無法直接調查

衛生福利部始終以醫事鑑定小組之審議鑑定乃採合議制，並非個人之意見為由，拒絕提供醫事審議委員會成員、或某鑑定報告主筆之名單[12]，故使得法院、當事人對於鑑定報告有疑義時，無法從傳訊以釐清對鑑定報告之疑慮[13]。

（三）鑑定人客觀性無從監督

依刑事訴訟法第 200 條拒卻鑑定人之規定，於囑託機關鑑定並無準用，此使得醫事鑑定縱認有偏頗之虞，亦無法聲請拒卻。而依刑事訴訟法第 208 條之規定，刑事訴訟法第 202 條關於鑑定前應具結之規定，於囑託機關鑑定復未在準用之列，使得難以確保鑑定之公正誠實，造成不但民間迭有醫醫相護之疑慮，甚至醫界亦質疑許多鑑定意見乃後見之明，而為醫醫相害[14]。

（四）無從掌握鑑定結果的形成基礎

實務上，鑑定報告多半都只有鑑定者之結論，少能如專業期刊、論文，就其所述、所載詳細引註所憑或相關統計分析資料。而醫事審議委員會雖漸於部分鑑定意見內記載文獻出處，但也多半只在文末概括性的附錄文獻、期刊、書籍名稱[15]。承上，在醫事鑑定作業不多元與過程不透明、鑑定人迴避規定不完備、醫審會委員不具醫療專業，外界無從檢驗與監督等諸多因素下，醫事審議委員會之醫事鑑定即常遭質疑有黑箱之疑慮，故使其公信力大打折扣[16]。

然而，縱使認為衛生福利部醫事審議委員會之醫事鑑定，有前述之諸多問題，而有公信力不足之虞，但矛盾的是，醫事鑑定之結論於醫療糾紛案件中，仍然幾乎成為「證據之王」，醫事鑑定結論實際上很大程度的削弱，甚至排斥了其他證據的證明作用，亦即，醫療鑑定結論在醫療糾紛案件中，法院幾乎完全依賴醫事鑑定結論，以致醫事鑑定結論幾乎左右了判決之結果。而又因為醫療審議委員會乃隸屬衛生福利部之官方機構，法院判決多採納醫療審議委員會的鑑定結論之結果，不免使人覺得行政權實質上左右了司法判決，而成為判決的實際決定者[17]。

為解決現行囑託衛生福利部醫事審議委員會進行醫事鑑定所存在之諸多問題，學者有認為除應使於囑託機關鑑定中實際參與鑑定工作之自然人有到庭接受詰問之義務[18]外，未來並應建立專家參審制，使得具有專業知識技能者擔任法官，而可藉由專業法官之知識，解決醫療鑑定之困境[19]。故關於專家證據如何運用於司法實務中，未來非無可能有制定其他的制度設計。茲先就目前文獻上已有相當之研究的專家參審制，略做討論。

參 專家證據於刑事制度之未來芻議

關於專家證據如何運用於法院，除我國現行刑事訴訟制度中已有之鑑定制度外，於國內被討論者尚有專家證人制度，以及專家參審制。惟是否僅有此二選項，本文認為容有討論之空間。

一、專家證人

關於專家證人一詞，於國內之文獻雖不乏提及此一名詞者，惟或有將該名詞與鑑定人併用[20]，又或有認為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者[21]，又或有認為現行刑事訴訟法實質上已採取相當於外國法之專家證人制度者[22]。惟專家證人實際上是英美法系中證人的一類，係指就其在特定領域所具備之特殊知識、技術或經驗作證之證人而言，蓋一般證人雖到法庭「陳述事實」，但不得在證述時「提供個人意見」；而專家證人因具備專門知識而得於審判庭本於其所具備之專門知識陳述意見[23]。這與刑事訴訟法第 210 條規定，依特別知識得知已往事實之人，稱為「鑑定證人」，適用關於人證之規定不同。蓋鑑定證人實務上較常見者，例如：醫師就某人之受傷曾為診治，本於醫學知識之察驗而得知其致傷之由（此部分係判斷），於後其出庭就此經過作證，所陳述者，既係以往之事實，且具有不可替代性，自不失為證人，故本法明定其適用關於人證之規定，亦因其如此，所以具結不適用鑑定人之程式，當事人亦不得加以拒卻，除法定之日費、旅費外，不得請求報酬及支出之費用[24]。

就專家證人之研究，其中與刑事訴訟之專家證據相關而較為重要之討論，乃在比較鑑定人與專家證人間之異同及優劣，亦即相同點在於鑑定人與專家證人均在協助法官瞭解證據，釐清事實；而相異點則為我國刑事之鑑定人須由法院或檢察官選定，且得囑託機關鑑定，費用由國家負擔（以刑事訴訟之規定而言），而美國的專家證人係當事人自行選定聘請，以自然人提供專業意見之方式為之，費用由當事人負擔。並據此分析認為專家證人制度因當事人對專家證人有完整的選任及詰問權，且專家證人以自然人身分作證，如為虛偽陳述，亦可能受罰，故比較上較為尊重當事人意願，較為公開，亦有更多防止虛偽不實之規定[25]；相對的我國刑事鑑定制度則因鑑定人為法院所選定，且當事人不用付費，故鑑定人較少利益或人情考量、較少專業衝突、當事人亦較少訴訟勞費[26]。

相關文獻之所以會在談論我國刑事訴訟之鑑定制度時，並提及英美法之專家證人制度，其背後之原因應該是在於我國現行司法實務多為囑託機關鑑定，且刑事鑑定可得送鑑之機關又多為政府機關，待鑑定報告作成，又因是囑託機關鑑定，可能因法院未命實際鑑定之人到庭言詞說明，以致本來因欠缺專門知識已存在之武器不平等，於再欠缺對質詰問權以釐清事實的情況下，更加失衡。故而期望引進專家證人之制度，使專家能於法院就專門知識進行辯證，以消弭法庭內專家證據利用之不對等，並有助於法院正確瞭解及運用專家證據。目前現行法中有明定專家證人之規定者，有性侵害犯罪防治法第 16 條之 1 規定：「於偵查或審判中，檢察官或法院得依職權或依聲請指定或選任相關領域之專家證人，提供專業意見，經傳喚到庭陳述，得為證據。」「前項規定，準用刑事訴訟法第 163 條至第 171 條（按：主要為關於交互詰問之規定）、第 175 條（按：關於證人之傳喚）及第 199 條（按：拘提之禁止）。」司法院並訂頒「法院辦理性侵害犯罪案件司法詢問員與專家證人日費旅費及報酬支給要點」（105 年 12 月 2 日最新修正施行）。

二、專家參審

按參審制係指由「職業法官」與未接受完整法律教育之「非職業法官」即參審員共同組成法庭，職司審判的一種制度。於德國法制上，依參審員是否由一般國民擔任，或由具有特定資格者擔任，區分為平民參審與專家參審，惟專家參審實際上僅用於普通法院之商事法庭，於刑事訴訟則採平民參審[27]，故德國採行參審制之理由與我國學者建議建立的專家參審制其目的並不相同。蓋德國採行參審制，其理由在於設置身為國民一份子的人民法官，可以強化大眾對司法的信賴，刑事判決也不應是「與世界和生活脫節的」法律人之專屬作品，而應是在「未受法律訓練的」參審員協助之下，以常人理解的語言宣判[28]。

惟我國學者建議採行專家參審制之目的，則在於具有專業知識技能者擔任法官，將使其在專業部分可以憑藉專業法官之知識，解決醫療鑑定之

（文轉三版）

註釋

12 姚念慈，淺談我所知的醫事鑑定怪現象，同註 8，頁 128-129。
13 張麗卿，同註 11，頁 20。
14 楊秀儀，論初步鑑定對醫療糾紛處理之意義—對立法院「醫療糾紛處理及醫療事故補償法」草案第七條之期待與展望，收錄於邱玟惠主編，同註 8，頁 68-69。
15 姚念慈，同註 12，頁 127-128。
16 張麗卿，同註 11，頁 18。
17 張麗卿，同註 11，頁 19。
18 蓋有學者以為醫療鑑定報告書依刑事訴訟法第 159 條之規定乃傳聞證據，且不具例行性，故不符合特信性文書，而非「法律另有規定」之傳聞例外，因此，應使實際鑑定之人有出庭報告、接受詰問之義務，以符合憲法保障被告對質詰問權之意旨。張麗卿，醫療糾紛鑑定與對質詰問權，收錄於氏著，同註 11，頁 322-325、331-333。
19 張麗卿，同註 11，頁 338。
20 王兆鵬、張明偉、李榮耕合著，同註 7，頁 395、396。林鈺雄，同註 7，頁 399。
21 吳巡龍，性侵案之專家證人，月旦法學教室，2016 年 8 月，第 166 期，頁 28-29。
22 高鳳仙，論我國之鑑定及鑑定證人制度與美國之專家證人制度在性騷擾及家庭暴力事件之角色扮演，法令月刊，2002 年 10 月，第 53 卷第 12 期，第 17 頁
23 高鳳仙，論我國鑑定制度與美國專家證人制度在醫療事件之角色扮演（上），萬國法律，2003 年 6 月，第 129 期，頁 65。
24 林永謀，刑事訴訟法釋論（中冊）2007 年 2 月初版再刷，頁 202，
25 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 28-29。
26 高鳳仙，論我國鑑定制度與美國專家證人制度在醫療事件之角色扮演（下），萬國法律，2003 年 8 月，第 130 期，頁 88-91。
27 邱琦，醫療專庭與專家參審－以德國、法國商事法庭為借鏡，月旦法學雜誌，2010

植根法律關係（稅法總論 第三冊）
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
訂購未滿 請自付郵
植根法律
JUDICIAL 司法 訂閱辦法
本刊每 全年
如蒙 請郵 帳 5005 帳
司法院

法律網 的最佳平台
稅法解釋與司法審查（稅法總論 第二冊增訂第三版） 黃茂榮 著作 定價 800 元
法學方法與現代稅法（稅法總論 第一冊增訂三版） 黃茂榮 著作 定價 800 元
1000元者 贈 65 元
書城熱賣中
WEEKLY 周刊
幣400元
訂閱
劃撥
號
4377
戶
司法周刊

（文接二版）

困境。因學者認為專家參審，其參審之專家非是鑑定人在審判上單純的提供鑑定報告，亦非僅是專家在審判上提供諮詢，而是實際參與審判，對事實認定有決定權，此對於亟需專業之醫療訴訟案件，由專家與法官共同發問，更能切中問題核心，亦可杜絕長久以來，鑑定人之角色究為法院之輔助者，抑或為科學之裁判官的爭議。再者，專家參審可以彌補職業法官不具專業背景的侷限，作恰當且有意義的問案，甚至，除了少數需要實驗室的鑑定報告之外，參與審判的專家亦可以對案件立即提供意見，與法官共同作成判斷，以避免訴訟延宕及增加司法信賴[29]。

然而，對於專家參審制是否可行，亦有學者持保留之意見，認為恐須謹慎思考。蓋此可能觸及參審員與鑑定人間之角色定位、功能與職責劃分，有何不同？再者，現行醫療鑑定備受質疑者，乃因鑑定人忌憚同儕醫師之壓力，以致作成之鑑定意見多所隱諱且高深莫測，則參審員是否即不再顧慮醫師同儕之壓力，而得以公正提供法專業意見[30]？是以可知專家參審制是否有助於解決現行刑事訴訟制度下囑託機關鑑定、醫事鑑定遭遇之困境，並非無疑。甚至會流於目前司法院所推行「國民參與刑事訴訟審判法草案」所面對的諸如：是否會因審判長之闡釋訴訟程序（包括交互詰問規則）、法條規定及量刑所應參考之因素而主導參審國民法官之心證？或反而因專家參審法官之加入後，職業法官因不備專業知識與經驗，反而淪為專家參審法官裁判之背書？等批評。

三、芻議－專家陪審

承前，專家證人制度以及專家參審制度或均為未來改革專家證據如何運用於刑事訴訟制度中可得考慮之方式[31]。但本文淺見以為在制度上，一般非專業案件，應可參考參審制之精神，配合陪審制之方式選定參審之國民法官，進行目前司法院所推行之「國民參與刑事審判法草案」制度；而在專業案件或可參考陪審制之精神，創設「專家陪審」制度，由專家陪審團就專業案件之專業爭點事實之認定，委由專家陪審團全權合議認定，法官只能就交互詰問方式予以指揮與裁決，不能就專家陪審團所為專業爭點事實之認定有所置喙。一方面可以解決一般國民沒有專業素養及經驗之缺失，另方面也解決法官面對各種專業案件，無論在職進修多少時數，也無法取代各類專家之專業學識與豐富經驗，而只能曲從專家或鑑定人之意見的困擾。如檢、辯雙方各請求不同專家證人或不同鑑定機關作出不同的專業及鑑定意見，則最後案件專業爭點事實之認定，將是法官或以後國民法官參與刑事審判的一大夢魘。故本文認為在專業案件，尤其以醫事案件業務過失有無之認定，由各類專科醫師建立人才庫，參照陪審制的方式建立「專家陪審團」，由檢、辯雙方所舉之專家或鑑定人等專家證據，就專業爭點事實之認定，經由法官指揮交互詰問後，專家陪審團亦可提問專業爭點問題，透過法庭訴訟之指揮及證據調查之程序，最後由專家陪審團合議作出專業爭點事實之認定結果，無論如何，其可信度及專業性一定比目前依專家意見或鑑定結果僅作為 1 至 3 位法官裁判時判斷之參考，較有透明性及信賴感。將可解決現行刑事訴訟制度下囑託機關鑑定、醫事鑑定等運用專家證據之已知難題，且亦無專家參審制是否可行所可能遭受前述之質疑。

此外，可先瞭解一實證研究。按有學者之文獻指出，76 年至 95 年間，醫事審議委員會所受理之鑑定案件中涉及醫療糾紛並以相同當事人及同一原因事實為基礎，將相同的案件歸案後計為 3,563 件。從初次鑑定結果以觀，在此為數達 3,563 件之採集個案中，被認為有醫療疏失者計有 596 件，占全部案件之 16.7%；無疏失者則有 2,929 件、所占比例為 82.2%；其餘為難以判斷者共 38 件、所占比例為 1.1%。其中 596 件經初次鑑定認為有醫療疏失之案例，其中繼續送請鑑定者，計有 267 件（44.8%），於此範圍內，再次鑑定結果仍維持原見解者則有 123 件，其有疏失的鑑定維持率為 46.1%。連續二次鑑定都認為有醫療疏失之案例（123 件），當中有 56 件（45.5%）又再送請第三次鑑定，最終仍被認定有疏失之個案有 24 件，其有疏失的鑑定維持率為 42.9%。反之，初次鑑定認為無疏失之案例，總計為 2,929 件，其中有 701 件（23.9%）送請第二次鑑定，結果仍維持原見解而認無疏失者，共 631 件，其無疏失的鑑定維持率達 90.0%。接連二次鑑定結果都認為無疏失之案例（631 件），其中則有 149 件（23.6%）繼續又進入第三次鑑定，而最終仍被認定無醫療疏失者，計有 142 件，其無疏失的鑑定維持率達 95.3%[32]。此一統計數字，同時顯示著另一問題，亦即在 3,563 件涉及醫療糾紛的案件中，有 968 件送請第二次鑑定，且有 214 件因此作成與第一次鑑定結論相左之第二次鑑定結論。此時，我們需要進一步深思的問題或許在於，本已非一般人所熟知之專門知識所得出之專家證據，如就同一事實，於審理中，不管是由檢辯雙方所提出，或是因法院甚或其他因素所造成，致存在二以上不一致之專家證據時，則可否期待法院能正確選擇專家證據，甚至，就所不採擇之專家證據提出堅強之理由，以作成正確適法之判決？此恐為專家證據中最大之難題。

實則，回歸刑事訴訟中關於專家證據最根源之問題，所以需要鑑定制度、需要探討專家證人制度、專家參審制度，其最基礎的問題還是來自法官、檢察官、律師均無法通曉所有專門知識經驗，然而，現代刑事訴訟中，為證明事實、認定事實，有使用專家證據之必要，故就欠缺之專門知識經驗，須藉由刑事訴訟制度的設計加以輔助，以期達成事實認定、完成審判任務、實現刑罰權之目的。然而，就算現行刑事訴訟法有鑑定制度輔助法院認定涉及專門知識之事實，但實際上於審理中，如遭遇雷同前述重複鑑定，而鑑定結論前後矛盾、不一致之情形，即難以期待不具專門知識之法官能正確選擇專家證據，並就不採擇之專家證據提出堅強之據駁理由。

而此一情形，縱採行專家證人制度，亦未必得以有效應對。蓋專家證人制度固透過使專家證人到庭接受詰問之方式，使法庭更加瞭解專家證據，並驗證、辯證該專家證據之可信性。惟專家證人的使用，本身即帶有專家證據相互對抗之意味，而可能造成雷同前述重複鑑定，專家意見相悖之情形，故未必能適正解決此一難題。

而另一專家參審制，除前述已有學者提及，是否任參審員就能不忌憚同儕之壓力的質疑外，「非職業法官」之參審員於制度設計上，人數甚少[33]，則如此之制度設計，如案件所涉及者乃類似醫療此類具有高度專業性，且專科分科較為複雜者，則縱有人數甚少，甚至可能對案件所涉及之專科未必瞭解之參審員參與審判，其是否真能發揮專家參審制，藉參審員彌補職業法官不具專業背景的侷限，作恰當且有意義的問案等制度功能，對類似前開重複鑑定，專家意見不一致之情形作成正確之判斷，亦非無疑。更何況還有本文上述所舉究係法官主導專家參審員之心證或淪為專家參審員裁判之背書等爭議性問題。

相對的，專家證據於刑事訴訟之困境，既然來自於法官是否有能力瞭解、評價專家證據，進而作成事實認定，則在法律制度之設計上，似非不得參考英美法中之陪審制，創設專家陪審制度，以解決此一難題。蓋於英美法中之陪審制，其陪審團之主要工作，就是負責作事實認定以及證據評價[34]。此一功能正適於用來解決法官難以正確評價專家證據，以作出適當之事實認定的問題。並且，因陪審團乃公開參與審判，故相較於現行醫事鑑定中，實際鑑定之人多隱身於受囑託之鑑定機關背後，專家陪審員因必須共同親自面對輿論之檢驗，故應較能對抗同儕之壓力，亦較透明而受到監督。次者，可藉由參與陪審之專家人數，以及選任方式之設計，使得參與陪審之專家其專門知識與所欲評價之專家證據有較佳之適性，而亦不易因鑑定人、鑑定報告之刻意隱晦，而受到誤導或者難以判斷，從而有助於達成專家證據於法官判決中之正確適用。因此，本文以為未來我國關於專家證據之運用，應可斟酌採行專家陪審制，以解決現行刑事訴訟下已知專家證據運用之困境。

肆 結論

綜上可知，專家證據之運用在我國現行刑事訴訟制度下，確實存在如囑託機關鑑定無具結、交互詰問、醫療鑑定是否具醫療專業，是否黑箱作業等諸多之難題，而討論上亦不乏有提出以專家證人制度，或是專家參審制等方式，來解決現制之困境，然而，細究現制之困境以及專家證人與專家參審可能面臨之問題，創設、採行專家陪審制，在功能上更有助於解決前述現行刑事訴訟制度下囑託機關鑑定、醫事鑑定等運用專家證據之已知難題，且無專家證人制度及專家參審制可能存在之缺點，故本文建議就專業案件之專家證據證明力之取捨，應斟酌採行專家陪審制。

（作者為臺灣高等法院高雄分院法官兼庭長）

註釋

年 10 月，第 185 期，頁 84-85。

28 Helmut Satzger，德國刑事訴訟之參審員，王士帆譯，法學叢刊， 2011 年 10 月，第 224 期，頁 128。

29 張麗卿，同註 18，頁 339。

30 邱琦，同註 27，頁 98-99。

31 惟因司法院陸續將司法改革的方向，轉向人民觀審制、人民參審制，似乎使得原本研擬已久之「專家參審試行條例」草案已無限期延緩提送立法院。

32 吳俊穎、楊增曄、陳榮基合著，醫療糾紛鑑定的維持率：二十年全國性的實證研究結果，科技法學評論，2013 年 12 月，第 10 卷第 2 期，頁 214-216。

33 以德國商事法庭為例，其組成為地方法官 1 人，榮譽法官有 2 人，邱琦，同註 27，頁 88。

34 黃國昌，美國陪審制度之規範與實證，月旦法學雜誌，2011 年 7 月， 第 194 期，頁 70。