

刑罰判解

鑑定與傳聞法則

最高法院97年度台上字第1629號判決

【關鍵字】

鑑定、傳聞法則、嚴格證明。

【事實摘要】

上訴人即被告甲○○與被告乙○○均為高雄市政府警察局三民第二分局刑事組偵查員，負有調查各種犯罪之責，為依據法令從事公務之人員，其等逮捕人犯竟未依規定移送偵辦，反以自行在外取得之槍、彈移送，並向服務機關領取獎金，顯係對主管之事務，明知違背法令，仍圖自己不法利益因而獲得利益，係犯貪污治罪條例第6條第1項第4款之圖利罪，並該當於民國九十年十月二十五日修正之犯罪構成要件，即明知違背法令——直接圖自己不法利益因而獲得利益等要件，甲○○主張槍、彈鑑定屬於審判外之陳述，為傳聞證據，以及本件鑑定既無「重大」又非「急迫」，不符台灣高等法院檢察署檢察長概括選任鑑定人之規定一節。

【裁判要旨】

關於甲○○主張槍、彈鑑定屬於審判外之陳述，為傳聞證據，以及本件鑑定既無「重大」又非「急迫」，不符台灣高等法院檢察署檢察長概括選任鑑定人之規定一節，按刑事訴訟法第159條傳聞排除法則所排除之證據，係指依個人對於待證事實之感官知覺（視覺、聽覺、味覺、嗅覺、觸覺）經歷，憑其記憶與回憶所為之陳述而言，而證據排除之對象，係指英美法所謂「普通證人」（lay witness）之證據方法而已。究其原理，無非以苟容許「普通證人」之審判外陳述作為證據，非但違背被告面對不利證據之憲法上權利（confrontation），被告喪失對之反詰問機會，無異剝奪被告在法庭上之反詰問權（cross-examination）；又在直接審理主義之下，「普通證人」之法庭上陳述態度，恆為事實審判者（fact-finder）形成心證之重要資訊，此乃事實審判者判斷「普通證人」憑信性（credibility）之重要根據，故若容許「普通證人」審判外之陳述作為證據，證據欠缺真實性之保證。惟鑑定之證據方法，則不然。鑑定人之本質與英美法所謂「專家證人」（expert witness）性質相同，「專家證人」所提供予法院之證據，係憑其專業智識、技術、經驗或訓練對於待證事實所作之判斷，屬意見證據（opinion），與「普通證人」單純憑其個人對於待證事實感官知覺經歷之陳述，截然不同。鑑定人或「專家證人」所提供之證據，所待檢驗

者，乃鑑定人或「專家證人」是否具備關於待證事實領域內之專業智能？鑑定人或「專家證人」推論所憑據之科學理論，能否為該專業領域普遍接受（the general acceptance test）？其推論過程之操作或試驗是否合乎標準程序？在在與個人之記憶或回憶問題無關，是不因鑑定報告以書面作成或在審判外陳述即欠缺真實性之保證。是故，鑑定之證據方法並不適用「普通證人」之傳聞排除法則。甲○○此項證據法則之主張，有所誤會。至於甲○○既未對鑑定人選任權人之資格有所爭執，則鑑定人既經選任，其鑑定結果即具備證據能力，在證據思維上應斟酌者，唯證據之證明力而已，甲○○所指摘，有無「重大」、「急迫」情事須由上級檢察官或法務部概括選任鑑定機關問題，核與證據之證明力無關，從而，不能憑此指摘而認原判決違誤。（參考條文：刑事訴訟法第159條第1項、第206條）

【學說速覽】

關於鑑定報告之本質是否屬於傳聞證據，而應受傳聞法則之規範，其學說與實務上之爭議如下：

一、肯定說：

最高法院以及學說上之見解多認為刑事訴訟法第206條所規定關於鑑定之規定，依同法第198條、第208條等規定，不論係鑑定人或鑑定機關、團體，應由法院、審判長、受命法官或檢察官為選任、囑託，並依第206條之規定，提出記載「鑑定之經過及其結果」法定程序之書面報告，於具備此二要件，該鑑定報告（書面）即屬同法第159條第1項所定得為證據之「法律有規定」之情形，而賦予其證據能力。亦即認定鑑定報告書通常係鑑定機關（鑑定人）於審判外所製作之書面，其屬審判外之陳述性質。

二、否定說：

惟有學者認為，鑑定人於審判外接受委託所為之鑑定報告，是否要納入被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述之範疇，認為屬於傳聞證據之一種，要受到傳聞法則之規範，其實頗有疑義。並基於下述理由，採取否定說。

（一）鑑定人與證人之區辨：

刑事訴訟程序內鑑定人之角色與任務，在於憑其特別之專業知識對於「事實之證明」、「經驗原則之表示」等，並提出鑑定意見，亦即將其專業知識經驗運用於特定之事實。與一般證人相較，不僅在鑑定人需具備專業知識此點上與證人有顯著之區別，鑑定人本質上可提供以及使用經驗規則，發表價值判斷以及趨勢預測等，也與原則上禁止證人陳述「個人意見或推測之詞」之內容有所不同，此外，鑑定人具有可替換性，而鑑定不完備者，得命繼續鑑定或

【高點法律專班】

版權所有，翻製必究！

另行鑑定，亦與證人有極大差異。學說上即有認為，鑑定與人證之證據方法，本質上截然不同，後者係單憑一般人與生俱來感官知覺之本能以及身逢其會之機會，陳述其感官知覺所認知之事實，證據本質上僅屬於事實之供述，前者則係憑藉鑑定人專業領域上知識、技術、經驗或訓練，對於鑑定事項之認知，提供判斷意見，使有助於事實審判者事實認定，證據本質上屬於意見證據，此意見證據係以鑑定人專業領域上之知識、技術、經驗或訓練作為基礎，與憑空推測之詞不能同視。

(二) 鑑定法規範制度之完整性：

我國刑事訴訟法第一編總則第12章「證據」第3節規定內容為「鑑定與通譯」，其中第197條至第210條均是專門針對鑑定之規定，加上第197條「準用前節關於人證之規定」，以及第166條以下包括對於鑑定人詰問之詳細規定等亦使用於鑑定之規定，至少有超過30個條文規範有關鑑定人資格、鑑定人拒卻、鑑定程序的發動和進行、鑑定人的選任、鑑定人的權利和義務、鑑定之調查方式等一系列問題的相當完整之法規範制度，其規範之密度遠勝於新修法之傳聞法則，因此，依法進行鑑定後所得結果，本身即應具有證據能力，並無須再要透過「傳聞法則」以驗明正身的必要。

(三) 目的考量—將鑑定納入傳聞法則以保障反對詰問權：

將審判外鑑定之書面列入傳聞證據之一種，可能係基於藉由傳聞法則所保障之反對詰問權，讓鑑定人不再可以輕易的躲在鑑定書面報告之後，有理由不到庭接受詰問。惟實務上之操作模式（鑑定書面屬於傳聞證據→符合法定傳聞例外，具有證據能力→法院可職權採用作為證據），承認鑑定書面為傳聞例外，反而卻使取代鑑定人出庭陳述的鑑定書面意見大量獲得實務承認，讓刑事訴訟法第166條以下之當事人詰問鑑定人之規定幾乎架空。因而，無法達成將鑑定納入傳聞法則以保障反對詰問權之目的。

三、小結：

是以，雖然學說與最高法院多認為鑑定報告本身係屬傳聞證據，且係為第206條規定之法定傳聞例外，依第159條第1項規定原則上有證據能力，惟有學者則承上開論述，認為傳聞法則僅適用於一般證人，惟鑑定則非傳聞法則所欲規範之對象，贊成最高法院97年度台上字第1629號判決之結論，因縱將其認定為傳聞證據，亦無法達成傳聞法則所欲達成之保障反對詰問權之目的，是以其證據能力有無之判斷以及法定調查程序之踐行，應該回歸嚴格證明法則之脈絡。

【高點法律專班】

版權所有，複製必究！

【考題分析】

甲是知名整型外科診所醫師。某日，地檢署接獲病患告發，指稱該診所使用未經衛生署核准的藥品及整型技術，多位愛美女士因而毀容或身體不適，檢察官於是展開偵查。檢察官懷疑甲涉嫌重大，但欠缺具體事證，於是先以關係人傳喚甲，打算取供後再行起訴，試問此種偵查作為是否合法？設若病患乙向地檢署告訴甲犯業務過失重傷罪嫌，並經檢察官起訴，審理中，甲抗辯乙之毀容肇因於未定期回診及遵守術後醫囑，非藥品及手術失誤所致。經法院囑託萬芳醫院醫學美容中心鑑定後認為甲確有疏忽。甲不服，請求鑑定醫師出庭接受詰問或詢問，試問萬芳醫院得否拒絕？

（99年司法官④）

◎ 答題關鍵

試題命題重點：

本題主要爭點為機關鑑定是否須接受詰問，惟其論述之脈絡可分別自兩個不同之方向著手，倘依最高法院以及學說多數之見解，則係以傳聞法則為論述之主軸，惟倘依本文所提及之最高法院以及學者之見解，則認為鑑定本身並不適用傳聞法則，而其所應踐行之法定調查證據程序則應該回歸嚴格證明法則。

【相關法條】

刑事訴訟法第159、206條。

【參考文獻】

1. 楊雲驊，向左走，向右走？被告自請鑑定之證據能力——評最高法院97年度台上字第1629號判決、97年度台上字第1846號判決、99年度台上字第2618號判決，1-11頁。收錄於第六屆學術與實務對話——辯護與傳聞——最高法院99/100年度刑事裁判評釋學術研討會。
2. 陳運財，傳聞法則之理論與實踐，月旦法學雜誌，第97期，103頁以下。

【高點法律專班】

版權所有，翻製必究！