

刑訴判解

檢察長事前概括選任鑑定人的行為是否合法？ 最高法院99年度台上字第4212號判決

【關鍵字】

事前概括選任鑑定人、事前概括囑託鑑定機關。

【事實摘要】

甲、乙涉嫌違法持有槍械，經警查獲後，警察未經承辦該案件的檢察官囑託鑑定，即逕依照該管檢察長事前概括對鑑定人及鑑定機關的選任及囑託，將查扣槍枝送請內政部警政署刑事警察局（下稱刑事警察局）鑑定，並作成槍彈鑑定書，檢察官並依據此槍彈鑑定書與其他相關證據對甲、乙提起公訴。審判中，甲、乙二人主張上開刑事警察局所作成之鑑定書，並未經承辦檢察官囑託，其鑑定並未依照法定程序為之，故應無證據能力。

【裁判要旨】

最高法院對於檢察長事前概括選任鑑定人的容許性，提出以下原則與例外說明之：

一、原則：

檢察官對於偵查中之案件，認為須實施鑑定者，原則上應就具體個案，選任鑑定人或囑託鑑定機關（團體）為之。

二、例外：

為了因應實務上辦案的需要，加以考量檢察體系獨有的檢察一體原則，最高法院認為於符合以下二要件時，得以例外地不要求各別承辦檢察官就具體個案選任鑑定人或囑託鑑定機關，而得以檢察長事前概括選任鑑定人或囑託鑑定機關的方式為之：

（一）案件俱備量大或急迫之情形。

（二）針對該類案件之性質，認為當然有鑑定之必要者。

本案為對於查扣之槍砲彈藥檢驗其有無殺傷力的鑑定，俱備量大之情形，且在實務上亦確有鑑定之必要，故自屬檢察長得以事前概括選任鑑定人或囑託鑑定機關的案件，該經事前概括囑託鑑定之刑事警察局，自應視同受承辦檢察官所選任或囑託而執行鑑定業務，其鑑定權限的授與合法，故其出具之鑑定報告，當具有證據能力。

【高點法律專班】

版權所有，翻製必究！

【學說速覽】

面對承認得由檢察長事前概括選任鑑定人或囑託鑑定機關的實務見解，學說普遍傾向反對意見，本文擬將不同學者的理由呈現如下：

一、林裕順副教授：

林老師以「欠缺透明客觀」與「欠缺公正定位」兩個理由，主張事前概括選任鑑定的實務運作並不妥當。首先，於「欠缺透明客觀」的部分，林老師認為事前概括選任鑑定並未指定特定鑑定人，故無法客觀衡量鑑定人的專業適格，而難以正確評價鑑定程序的妥適與否；其次，在「欠缺公正定位」的部分，林老師以實務上事前概括選任的鑑定人或囑託的鑑定機關，通常同時擔任司法警察職務的現象出發（如本案之囑託鑑定機關即為刑事警察局），認為難以期待我國事前概括選任的鑑定人或囑託的鑑定機關中立且公正地執行鑑定程序。

二、李佳玟副教授：

李老師認為實務以「檢察一體」為由承認檢察長得以事前概括選任鑑定人或囑託鑑定機關的見解，根本存在法理上的錯誤；蓋，於檢察長事前概括選任鑑定人或囑託鑑定機關的情形，實際上已構成事前概括委任司法警察代行法條明文賦予檢察官權限的行為，根本是「偵查一體」的表現，而已跳脫「檢察一體」的範疇。除了主張最高法院承認檢察長得以事前概括選任鑑定人或囑託鑑定機關的理由不恰當以外，李老師更進一步指出，此種使司法警察擁有原本應由法院或檢察官行使權限的作法，根本違背刑事訴訟法關於鑑定人的選任規定，非但係違法的行為，且亦與實務在處理被告自行選任鑑定人所作成之鑑定報告的證據能力問題時，否定該鑑定人資格的態度相違背⁸⁰，而有違反當事人平等原則的疑慮。

由是觀之，依照學說見解，由於檢察長事前概括對鑑定人及鑑定機關的選任及囑託欠缺透明客觀與公正定位的要求，且有違刑事訴訟法第198條關於鑑定人選任的明文規定，故該刑事警察局所作成之槍彈鑑定書，應非合法的鑑定報告，並無證據能力。

【考題分析】

甲涉嫌施用毒品，警察A持檢察官簽發之鑑定許可書，到甲住處強制甲到警察局接受採尿處分。該鑑定許可書記載之鑑定機關為警察A所屬之警察局。到警察局

⁸⁰ 實務見解普遍認為鑑定人的選任權人限於審判長、受命法官或檢察官，例如：最高法院94年度台上字第7325號判決即表示「……是以鑑定人除必須由審判長、受命法官或檢察官，就同法第198條第1、2款所列之人予以選任之外，並應於鑑定前依法踐行具結程序，其鑑定意見始具有合法之證據能力。……。」

後，警察A先與甲以聊天方式討論甲之案情，甲透露有施用毒品。警察A告訴甲，等下開始作筆錄時，也要如此陳述。其後，警察A依法定程序訊問甲並記明筆錄，甲也自白施用毒品。訊問完畢後，警察A依據該鑑定許可書對甲採尿。基於先前該管檢察長即以公文指示尿液一律送到某特定地區醫院檢驗，警察A即遵照該公文指示逕行將尿液送至該醫院。其後，醫院送來檢驗報告，顯示甲尿液中有毒品陽性反應。不久，甲即被提起公訴。如果你是甲之辯護人，試回答下列問題。

(一)如何抗辯警察A強制甲到警察局之合法性？

(二)如何抗辯甲之自白及醫院之檢驗報告之合法性？

(99律師①)

◎答題關鍵

本題的爭點頗多，涉及短期拘束人身自由的強制處分、詢問程序違反告知義務的效果，以及檢驗報告的合法性問題；其中檢驗報告的合法性部分更牽涉身體檢查處分與事前概括選任鑑定人及囑託鑑定機關的容許性，可謂頗為複雜。由於本題要求同學從律師的角度出發，故同學於「事前概括選任鑑定人及囑託鑑定機關的容許性」此一爭點的討論上，儘管可以先鋪陳實務見解，而表示實務針對具有大量或急迫情形，且通常俱備鑑定必要之案件，基於偵查實務之需求，允許檢察長得以事前概括選任鑑定人及囑託鑑定機關；甲所涉嫌之案件為施用毒品，於偵查實務上屬大宗案件且因毒品反應將隨時間退卻的特性而亦俱備急迫情形，此外，針對施用毒品的案件，實務亦通常具有檢驗尿液毒品反應的必要，應認符合前開要件，而得由檢察長事前概括選任鑑定人及囑託鑑定機關。惟，身為律師，同學千萬不能忘記要採取對被告有利的見解，故應再祭出學說見解的理由，主張事前概括選任鑑定人的方式欠缺透明客觀的要求⁸¹，且因實質上地賦予司法警察法條明文應由檢察官行使的權限，而構成違法行為；因此，請求法院應揚棄過去見解，而基於當事人平等原則的考量，否認事前概括選任鑑定人的合法性，則本案醫院之檢驗報告應其作成機關之選任程序違反法律規定，故其作成並不合法，應無證據能力。

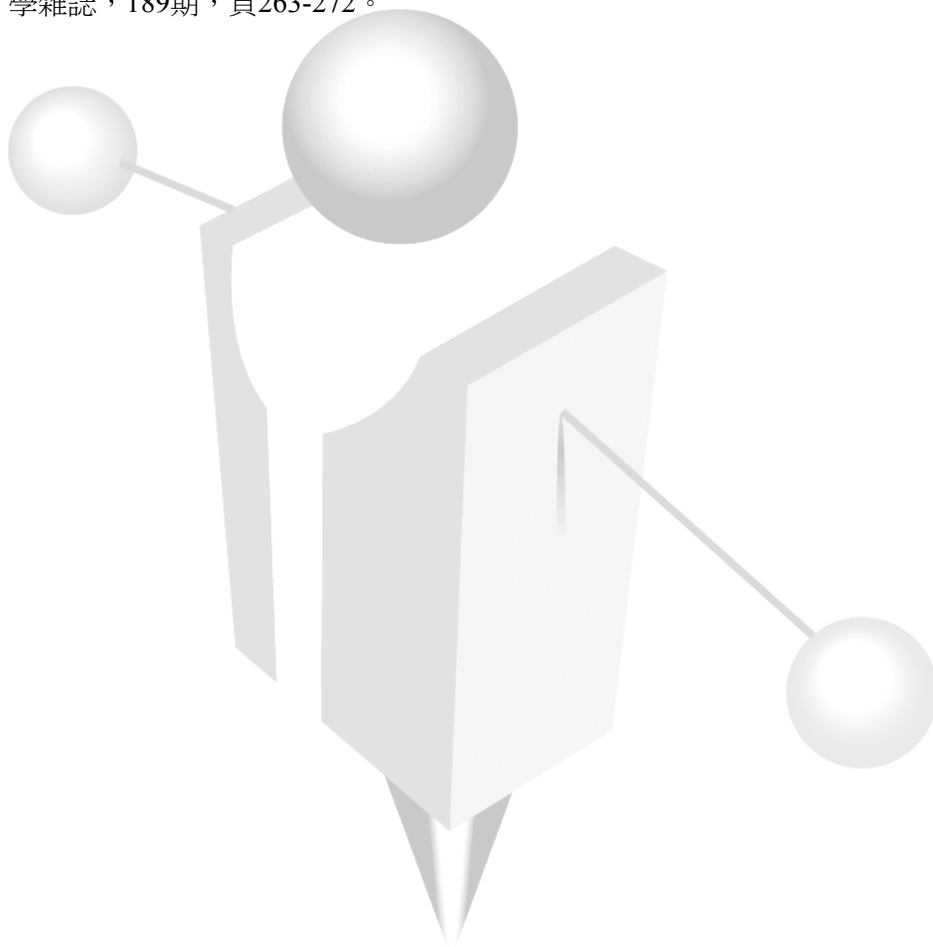
【相關法條】

刑事訴訟法第198條、第203條。

⁸¹ 至於「欠缺公正定位」的理由，因其係針對鑑定機關同時兼具司法警察職務的情形，而本題的鑑定機關因僅為一般醫院，故不符合這個理由所指涉的對象；因此為免予老師死背理由而欠卻思考能力的印象，建議同學於本題不要寫出這個理由。

【參考文獻】

1. 林俊益，刑事訴訟法概論（上），2010年9月，頁538-539。
2. 王兆鵬，刑事訴訟講義，2009年9月，頁827。
3. 李佳玟（2007），檢察一體原則與鑑定報告的證據能力 — 評最高法院95年度台上字第6648號刑事判決，月旦法學雜誌，149期，頁248-258。
4. 林裕順（2011），專家證人vs.鑑定人 — 概括選任鑑定之誤用與評析，月旦法學雜誌，189期，頁263-272。



【高點法律專班】

版權所有，翻製必究！