

## 刑訴判解

# 未經交互詰問之機關鑑定所作成的鑑定報告書， 得否採為判決基礎？

## 最高法院98年度台上字第796號判決

### 【關鍵字】

機關鑑定、交互詰問。

### 【事實摘要】

甲因涉嫌未經許可而共同製造子彈及寄藏爆裂物之罪嫌，遭檢察官提起公訴。起訴後，地方及高等法院皆為甲有罪之判決；其中法院構成有罪判決心證所依據之證據，包含內政部刑事警察局受檢察官囑託，針對甲所製造及寄藏之槍、彈是否具殺傷力一事所作成的鑑定書面報告。甲遂以事實審法院並未傳喚該刑事警察局實際實施鑑定之人出庭接受其詰問為由，主張該鑑定書面報告並無證據能力，故原審判決構成刑事訴訟法（下稱本法）第379條第10款事由，而提起第三審上訴。

### 【裁判要旨】

針對甲之主張，最高法院採納原審見解，從機關鑑定所作成之鑑定書面報告的性質出發，並從傳聞法則之相關規定切入，獲得機關鑑定之鑑定意見，原則上須經交互詰問方俱備證據能力的結論。擬將本案見解整理如下：

#### 一、機關鑑定的性質：

所謂『機關鑑定』制度，係立法者授權法院或檢察官於選任個別自然人實施鑑定之外，亦得囑託具公信力之專業機關、團體進行鑑定，但並不表示鑑定人即為『機關、團體』，而非自然人；蓋，機關鑑定制度僅囑託該特定專業機關團體為鑑定，故該機關團體自得委由機關團體中之某位或某幾位特定自然人實施鑑定，至於機關或團體本身則無可能為鑑定人。是以，本案如囑託『內政部刑事警察局』為鑑定機關，作槍、彈是否具殺傷力之鑑定，刑事警察局必委由機關內具特定專業機械、彈藥知識之人擔任此鑑定任務；此時，鑑定人仍為『刑事警察局之該特定專業人員』，而非『刑事警察局』。

#### 二、機關鑑定中實際實施鑑定之人的具結義務：

機關鑑定制度下，實際實施鑑定之人既仍為個別的自然人，解釋上該專業人員（可能為司法警察或公務員或委外之專業人士）仍應依本法第202條之規定具

高點法律專班

版權所有，翻製必究！

結。是以，如當事人對於機關（團體）出具之鑑定結果並不爭執，即令實際實施鑑定之自然人未於該機關（團體）出具之鑑定書中具結，該鑑定書仍具證據能力；惟，如當事人任一方有所爭執時，即應命實際鑑定之自然人到庭陳述或報告。此時該特定人應係於『鑑定後』具結，所以與第202條所規定『鑑定前』之具結尚有不同。

### 三、鑑定書面報告仍屬於傳聞證據，並應受傳聞法則的限制：

鑑定書面報告乃鑑定人於審判外作成之書面陳述，依照本法第159條，為傳聞證據；惟，本法第159條第1項之立法理由，認為鑑定人之鑑定報告書，不受傳聞法則之限制而具證據能力，且學說與實務亦認為本法第206條為鑑定報告書屬於傳聞例外的規定。由是觀之，鑑定人縱未經被告詰問，其所出具之鑑定書面報告仍不受傳聞法則之限制，而具有證據能力。針對這點，本案高等法院與最高法院咸以為，本法第206條第1項之規定，旨在規範鑑定人就其鑑定之經過及結果，得以言詞或書面之方式陳述而已；亦即，解釋上到庭之鑑定人得以言詞陳述，並輔以書面、圖表等文字說明，而並非使鑑定人免除到庭接受調查程序義務之規定。因此，應認本法第206條並非第159條傳聞法則的除外規定，故鑑定書面報告仍應受傳聞法則的限制。

### 四、鑑定書面報告於不符合刑事訴訟法第159-1條以下傳聞例外的情形，應傳喚實際實施鑑定之人出庭接受交互詰問：

本案最高法院與高等法院既將鑑定書面報告定性為傳聞證據，且並不承認本法第206條為傳聞例外之規定，則解釋上除經當事人同意，或另符合第159-1條以下之例外規定；否則，該鑑定書面報告仍無證據能力，法院應傳喚實際實施鑑定之人到庭，要求其於審判庭具結後，由當事人針對鑑定之程序及內容等事項詰問之。最高法院並進而表示，唯有使鑑定人出庭接受交互詰問，被告憲法上之訴訟權始足獲得確保，而該鑑定書始取得證據能力；如此，方符合保障人民訴訟權利以及發現真實之立場。

### 【學說速覽】

最高法院在認定本案鑑定書面報告的證據能力時，將有無踐行交互詰問程序一點與傳聞法則判斷的部分混用，對學者而言，係極為不當的判斷流程；擬將不同留學國背景之學者對本案爭點的處理方式整理如下：

#### 一、證據能力的定義：

留德學者所採取之證據能力定義與留美學者不同，對後者而言，證據能力係指證據呈現於審判庭供調查的資格，故僅涉及證據有無遭到排除的問題；相對

【高點法律專班】

版權所有，翻製必究！

地，對前者而言，證據能力係指證據得以作為法院判決心證形成基礎的資格而言，包括「未經使用禁止」的消極條件與「經合法調查程序」的積極條件。是以，無論採納何國學說見解，傳聞法則與交互詰問程序皆屬不同層次的問題，僅交互詰問程序的欠缺於留美學者的概念裡，並不影響證據能力有無的認定；反之，於留德學者的見解，交互詰問程序的欠缺則將導致特定證據無證據能力。因此，無論是否將本案鑑定書面報告依照本法第159-1條以下規定或第206條解釋為傳聞法則的例外，皆不影響鑑定機關中實際實施鑑定之人須否經交互詰問調查程序的問題。

## 二、機關鑑定的鑑定人須接受交互詰問：

欲解答未經交互詰問之機關鑑定所作成的鑑定報告書得否採為判決基礎一事，須先處理另一個問題：機關鑑定的鑑定人是否須接受交互詰問？針對此問題，學說普遍採取肯定見解，咨將其理由說明如下：

- (一) 吳耀宗副教授：吳老師認為自然人鑑定與機關鑑定並不存在本質上的差異，因此皆應要求作成鑑定意見之人具結並經交互詰問的調查程序，方得採納其鑑定意見為審判依據。
- (二) 王兆鵬教授：鑑定人與一般證人相較，其表達能力與真誠性皆有可能出現瑕疵，故為了發現真實與程序公平目的的達成，鑑定意見的調查應踐行交互詰問程序；又，機關鑑定事實上亦為機關內之人在從事鑑定，故不生不能傳喚或不能交互詰問的問題，而亦應依照一般之規定要求實際鑑定人具結並出庭接受交互詰問。

由此可知，依照學說見解，機關鑑定與自然人鑑定無異，皆有具結與接受交互詰問的義務；因此，不論是否認為本案鑑定報告書構成法定的傳聞例外，於實際實施鑑定之人未經交互詰問前，皆不得將該鑑定意見採為判決基礎，否則，即違反嚴格證明法則所要求之合法調查程序。

## 【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失。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司法官④)

## ◎ 答題關鍵

本題主要可分為二部分作答，第一部分的重點在於被告地位的形成與本法針對訊問被告的權利保障規定；第二部分則涉及機關鑑定的接受詰問義務。同學於第二部分的作答上，宜先解決鑑定人有無接受詰問義務的問題；此處可從本案實務見解所提及的被告於憲法上的訴訟權保障及王兆鵬老師的發現真實與程序公平目的的達成出發，說明鑑定人具有接受詰問的義務。確定一般鑑定人俱備接受詰問的義務後，同學再處理鑑定機關與自然人鑑定的差異問題，並從機關鑑定中，實際實施鑑定之人仍為個別自然人的性質出發，表示二者並不存在本質上的不同，而皆應存在接受詰問的義務；則，本題受法院囑託鑑定的萬芳醫院醫學美容中心，雖為機關鑑定的情形，但其本質與一般自然人鑑定並無不同，則既不存在不能傳喚或不能詰問之問題，考量維護被告受憲法第16條保障之訴訟權與達成刑事訴訟法發現真實與程序公平的目的，萬芳醫院醫學美容中心有接受詰問的義務，故不能拒絕被告甲之要求，而應命實際實施鑑定之醫師出庭接受詰問。

## 【相關法條】

刑事訴訟法第206條、第208條。

## 【參考文獻】

1. 林鈺雄，刑事訴訟法（上冊），2006年9月，頁485-487。
2. 王兆鵬，刑事訴訟講義，2009年9月，頁821-825。
3. 盧映潔（2007），證據能力VS.證據能力，月旦法學教室，61期，頁16-17。
4. 吳耀宗（2007），鑑定人在刑事訴訟程序的角色與權利義務——兼與證人、鑑定人相比較，中央警察大學法學論集，12期，頁155-180。

【高點法律專班】

版權所有，香製必究！