

「國民法官與司法、精神鑑定之對話」 與談（四） 論國民法官法案件應如何調查精神 鑑定報告

尤伯祥*

目次

壹、前言

貳、現行刑事訴訟法上鑑定制度的問題

一、混淆人的證據方法與書證的區別

二、對被告程序主體地位之保障不足，也不利其行使訴訟權

三、剝奪被告詰問作成鑑定之人的權利，並使調查鑑定報告之審判程序無效率又容易出錯

參、國民法官法案件可能發生的鑑定調查問題

肆、可能的解決方法（代結論）

* 義謙法律事務所主持律師、台北律師公會理事長

壹、前言

實體法上之責任能力及程序法上之就審能力、供述時是否具備應答所需之認知、理解、記憶及陳述的生理及心理能力，乃至被害人是否因性侵害致身心創傷無法陳述等事項，經常成為刑事審判中之爭點。法院對這類涉及人類內在精神狀態之爭點的判斷，只能本其自由心證之職權，綜合相關之外在事證判斷之。但因對相關證據的解讀及最終之判斷，涉及精神醫學、心理學或其他科學專業，於是精神鑑定乃至心理衡鑑等借重人類精神科學的鑑定，就常見於刑事審判，對這類鑑定的理解與判斷也就成為刑事審判必須處理之課題。未來在國民法官法施行後，國民法官參審法庭勢必也要面對這類鑑定報告帶來的挑戰。

本次論壇將焦點鎖定於精神鑑定，或許是著眼於近年來法院根據精神鑑定或心理衡鑑結果，認定被告行為時因精神障礙或其他心智缺陷而無責任能力或限制責任能力，因而為無罪或減輕其刑之判決後，常在媒體上引起爭議甚至負評，因此推測刑法第 19 條有關行為時因精神障礙或其他心智缺陷，致不能或顯著減低辨識其行為違法或欠缺依其辨識而行為之能力者，不罰或得減輕其刑之規定，或為一般國民之法律感情所不能接受，進而擔心國民法官將帶著「被告詐病免責」的偏見進入法庭後，將因不能理解精神鑑定或心理衡鑑結果而無法祛除其偏見。

惟，精神鑑定是相關領域專家依其專業知識經驗作成，對於審判者而言，必須跨界進入陌生專業領域始能理解鑑定之經過與結果，因此困難。就此而言，精神鑑定之難於理解，與其他種類之鑑定並無不同。其在證據法上之性質，也與其他種類之鑑定無異。因此，若現行刑事訴訟法與國民法官法對鑑定設有完善之調

查方法，能使國民法官充分、正確理解鑑定報告，則前述對國民法官可能無法理解精神鑑定進而不能祛除其偏見的憂慮，即有機會迎刃而解，故本文將先分析現行刑事訴訟法上之鑑定制度的問題，隨後再分析國民法官法是否有相應之調整，最後再嘗試提出解決的建議。

貳、現行刑事訴訟法上鑑定制度的問題

刑事訴訟法第一編〈總則〉第十二章〈證據〉於第三節就〈鑑定與通譯〉設有專節，現行實務因此向認鑑定報告屬法定證據方法，為同法第 159 條第 1 項所稱「除法律有規定者外」之傳聞證據例外有證據能力之類型¹。雖然實務認為鑑定報告是法定證據方法，但刑事訴訟法就法院應如何調查鑑定報告始稱合法，而符正當法律程序原則對犯罪事實應經嚴格證明之要求²，其實模稜兩可。

申言之，雖然刑事訴訟法第 197 條規定：「鑑定，除本節有特別規定外，準用前節關於人證之規定。」等語，但依同法

¹ 例如最高法院 108 年度台上字第 2680 號刑事判決表示：「按現行實務一向認刑事訴訟法第 206 條所定鑑定報告屬法定證據方法，為同法第 159 條第 1 項所稱『除法律有規定者外』之傳聞證據例外有證據能力之類型；同法第 208 條亦明定鑑定之規範，故僅須符合該規定，即不許當事人無憑否定其證據適格。其證明力則由法院綜合卷內調查所得各項資料為判斷取捨，故各項鑑定意見都無絕對拘束法院判斷之效力。」

² 請參司法院釋字第 582 號解釋文第二段：「刑事訴訟法據以規定嚴格證明法則，必須具證據能力之證據，經合法調查，使法院形成該等證據已足證明被告犯罪之確信心證，始能判決被告有罪」。

第 206 條第 1 項：「(第 1 項) 鑑定之經過及其結果，應命鑑定人以言詞或書面報告。」之規定³，鑑定人得以言詞或書面報告鑑定之經過及結果，其以言詞報告者，固依同法第 166 條之規定以交互詰問之方式進行調查，但若以書面進行報告，則因刑事訴訟法第 159 條之立法理由及實務一向將鑑定報告書面當作法定傳聞例外⁴，因此鑑定報告書面就隨之落入同法第 164 條第 1 項所稱「可為證據之其他文書」的範疇，被當作書證來調查，於審判期日由審判長向當事人、代理人、辯護人或輔佐人宣讀或告以要旨，進而依同法第 288 條之 1、第 288 條之 2 之規定，詢問當事人意見並予當事人、代理人、辯護人或輔佐人辯論證據證明力之適當機會後，即屬調查完畢。

以上規範狀態及實務作法導致下列問題：

一、混淆人的證據方法與書證的區別：

無論是機關鑑定或鑑定人所為之鑑定，究其實際，終究是專家為協助法院瞭解證據、判斷事實或審查他人之鑑定，依其特別知識經驗，就鑑定事項提供意見。因此，其本質應屬人之證據方法，這從鑑定報告書面被立法者及實務當成法定傳聞例外，也可

³ 依同法第 208 條第 1 項：「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，並準用第二百零三條至第二百零六條之一之規定；其須以言詞報告或說明時，得命實施鑑定或審查之人為之。」之規定，準用於機關鑑定。

⁴ 該條例法理由第三點明揭：「又本條所謂『法律有規定者』，係指本法第一百五十九條之一至第一百五十九條之五及第二百零六條等規定」等旨，實務因此一向將鑑定報告書面當作法定傳聞例外，請參註 1 之最高法院 108 年度台上字第 2680 號刑事判決。

得到印證。然而，刑事訴訟法第 206 條第 1 項之規定卻使鑑定人若以言詞進行報告，是人的證據方法；若以書面進行報告，則是書證。鑑定因此由人的證據而兼具了書證的性質，混亂了人證與書證的分別，使鑑定在證據法上成了似驢非馬的奇異物種。

二、對被告程序主體地位之保障不足，也不利其行使訴訟權：

於實際個案中究竟要以人證或書證之調查方式調查鑑定報告，刑事訴訟法第 206 條聽憑法院裁量⁵。就鑑定報告這麼重要、甚至往往對訴訟結果有決定性影響的證據，要以人證或書證方式調查，當事人——特別是被告——竟完全任憑法院處置，不僅殊少自我決定的餘地，以致是否符合正當法律程序原則下確保當事人程序主體地位之要求，顯有疑義，而且被告無從預見其案件中的鑑定報告會以人證或書證方式調查，難以基於其預見而安排相應之攻擊防禦，從法安定性原則而言，也不利其訴訟權之行使。

三、剝奪被告詰問作成鑑定之人的權利，並使調查鑑定報告之審判程序無效率又容易出錯：

鑑定本係人之證據方法，卻能作為法定傳聞例外，進而逕以書證方式調查，其主要後果——正如引言人在其文章所指出

⁵ 可參引言人文章內引用之最高法院 101 年台上字第 3989 號判決：「有無命實際實施鑑定之人到場，以言詞報告或說明之必要，事實審法院自有依個案情節斟酌決定之權」

者——導致法院通常會將鑑定報告當成書證來調查，除非有不得不然之必要，否則不傳作成鑑定之人到庭以言詞報告。影響所及，不僅剝奪了被告傳喚鑑定人到庭接受交互詰問的權利⁶，致刑事訴訟法第197條：「鑑定，除本節有特別規定外，準用前節關於人證之規定。」幾成具文，而且也使調查鑑定報告之審判程序無效率又容易出錯。蓋絕大多數鑑定是依據法律以外之專業知識經驗作成，常非法院憑書面記載即能輕易理解，而且鑑定意見之可採與否，須視作成鑑定之人所憑專門知識是否有助於法院瞭解證據或判斷待證事實？是否有充足之事實或資料作為根據？是否推論自可靠之原理及方法？是否可靠地將其原理及方法適用於待證事實⁷？藉由交互詰問的交叉盤詰，使以上事項正、反面俱呈，是蒐集有關辨明鑑定意見可採與否之資訊最迅速、全面的作法。相較之下，現行實務慣用之函詢作法（即發函詢問鑑定人或鑑定機關），既失之零碎，又耗費時日（鑑定人之函覆或語焉不詳，或有所規避，或引發新的疑義，致實務上往往因追問而一函再函），不僅無效率，而且對法院正確理解鑑定報告之意旨及可採性之幫助有限，甚至反而導致誤解而更不利實體真實之發見。

⁶ 被告基於公民與政治權利國際公約第14條第3項第5款：「得親自或間接詰問他造證人，並得聲請法院傳喚其證人在與他造證人同等條件下出庭作證」之規定，無論鑑定人之報告對其有利與否，都應有此權利。另一方面，從保障被告聽審權而言，也應認為被告有此權利。蓋絕大多數鑑定是本於法律以外之專業所為，法院並非當然能輕易理解，因此被告應有權藉由交互詰問澄清鑑定報告之疑義，使法院能正確理解鑑定報告並判斷是否採用。

參、國民法官法案件可能發生的鑑定調查問題

依國民法官法審判之案件，其本質仍是刑事審判，因此對於鑑定報告的調查，仍應在踐行憲法第 8 條所定正當法律程序的前提下進行，以確保被告能在國民法官參審法庭（以下簡稱參審法庭）裡受到公平審判。要達到這個要求，審判程序最起碼必須使組成參審法庭的職業法官與國民法官均得充分、正確地理解鑑定報告。

⁷ 請參美國聯邦證據規則第 702 條：「Testimony by Expert Witnesses：A witness who is qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education may testify in the form of an opinion or otherwise if:

- (a) the expert's scientific, technical, or other specialized knowledge will help the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue;
- (b) the testimony is based on sufficient facts or data;
- (c) the testimony is the product of reliable principles and methods; and
- (d) the expert has reliably applied the principles and methods to the facts of the case.」

最高法院近年透過一連串的判決就鑑定報告可採性建立的判準，與美國聯邦證據規則第 702 條規定之專家證人容許性標準差堪彷彿，例如最高法院 103 年台上字第 881 號刑事判決：「鑑定書面之內容應包括『鑑定之經過及其結果』，刑事訴訟法第二百零六條第一項定有明文，所謂鑑定之經過，指實施鑑定之程序與步驟，包括（1）實施鑑定者具備之專業資歷、（2）鑑定之方法、（3）因鑑定之必要而為資料之蒐集與其內容、（4）所為判斷意見之原理根據、（5）推論之理由等項；所稱鑑定之結果，乃鑑定人依上揭鑑定經過，本其專業知識、經驗，對於鑑定事項所做之判斷、論證。鑑定書面除應明確說明其鑑定之結果外，鑑定之經過尤應翔實記載，俾法院、當事人或訴訟關係人得以審驗該鑑定形成之公信力，使鑑定之結果臻至客觀、正確。又鑑定書尚已詳載上揭鑑定之經過及其結論，足供法院及當事人檢驗該鑑定意見之判斷與論證，即具備法定要件，而當事人對鑑定意見之正確性有所爭執時，核屬證明力判斷之範疇，要難指該鑑定書不具證據能力。」惟，在此應附帶指出，聯邦證據規則第 702 條是專家意見得否進入法庭之標準，乃證據能力有無之問題。但最高法院迄今大多數相關判決，是將上述判準放在鑑定可採與否之證明力層面上操作。

國民法官雖然來自各行各業，但鑑定報告往往並非其個人專業，因此就跨界理解所需跨越之障礙高度而言，國民法官與職業法官並無差別。但國民法官法因採卷證不併送之起訴狀一本主義⁸，且力求貫徹集中審理⁹，因此參審法庭是在審判期日始經由當事人的出證接觸到鑑定報告，在當事人完成出證、將鑑定報告提出予參審法庭後，通常不旋踵即辯論終結，隨即進入評議階段，因此參審法庭的成員無論是職業法官或國民法官，其實可用於理解鑑定報告的時間很有限，從而可以想見，要想在有限的時間裡充分、正確地跨界理解鑑定報告，將是格外困難。申言之，在卷證不併送及集中審理的前提下，國民法官法案件之審判程序乃以庭審活動為參審法庭瞭解證據進而形成心證之唯一管道，與卷證併送制度下職業法官的心證常是在辦公室、評議室內閱讀卷宗時形成，截然不同。因此，參審法庭對鑑定報告之心證，只能在庭審過程——而非在庭外閱讀鑑定報告書面——形成，相應地，庭審時對鑑定報告的調查程序也必須盡可能使參審法庭充分、正確理解鑑定報告之內容，以及與鑑定報告可採性有關之事項。

誠如引言人在其文章中所言：「吾人實難期待國民法官兼為法律及精神醫學雙重素人的國民法官，能夠藉由閱覽、研讀充滿專業用語與鑑定資料內容的精神鑑定報告書以獲致心證」。引言人文章固係針對將鑑定報告書面提交參審法庭閱讀而言，但檢察官或辯護人若僅在法庭內向參審法庭宣讀鑑定報告書面，效果實與參審法庭閱讀書面無異，甚至可能更差。因此，目前實務以書

⁸ 請參國民法官法第 43 第 1 項：「行國民參與審判之案件，檢察官起訴時，應向管轄法院提出起訴書，並不得將卷宗及證物一併送交法院。」

⁹ 請參國民法官法第 68 條：「審判期日，除有特別情形外，應連日接續開庭。」

證方式調查鑑定報告的作法，與國民法官法案件之審判顯相齟齬。國民法官法案件對鑑定報告之調查，必然須以實施鑑定之人到庭以言詞報告，並接受當事人及參審法庭之詰問、訊問，始能使參審法庭在庭審活動充分、正確理解鑑定報告，進而就待證事實形成心證¹⁰。從而，在國民法官法案件之審判，鑑定報告必須回歸其作為人之證據方法的本質，不能也不應作為書證來調查。現行刑事訴訟法於第 206 條第 1 項所定之人證與書證雙軌並行，並將鑑定報告書面當作法定傳聞例外的設計，不利於正當法律程序原則及被告訴訟權之保障，已如前述。雖然刑事訴訟法迄未完成與鑑定有關之修正，但因現行法與國民法官法案件之審判格格不入，因此國民法官法實有必要就鑑定報告之調查另設規定，而不宜逕行適用刑事訴訟法。

然而，國民法官法雖為因應卷證不併送而於第 73 條至第 78 條就證據調查設有規定，但僅係分就人的證據方法（證人、鑑定人及被告，規定於第 73 條）、物的證據方法（文書及其他物證，規定於第 74 條至第 76 條），改寫現行刑事訴訟法第 164 條至第 166 條、第 288 條第 3 項等條文，並未就鑑定設有特別規定，因此鑑定報告之調查方法勢必回歸刑事訴訟法¹¹。從而，在國民法官

¹⁰ 引言人在其文章中介紹了日本方面關於鑑定人以言詞報告時，究應「詰問先行」或「解說先行」，以及為配合「解說先行」而宜進行審前會議之見解，有其參考價值。惟，如何能使實施鑑定之人有效率地經由法庭內的問答向參審法庭解明其意見，主要是詰問技術及問答雙方在庭前準備充分與否的技術問題，「解說先行」是否必然能使參審法庭獲得較好的理解，抑或反而因為專家過多的專業術語而使參審法庭自始無法理解，或許難有定論。另一方面，為此進行「審前會議」是否會使受命法官或審判長於審前即實質接觸鑑定內容甚至污染心證，也非無疑慮。

¹¹ 請參國民法官法第 4 條：「行國民參與審判之案件，除本法有特別規定外，適用法院組織法、刑事訴訟法及其他法律之規定。」

官法案件裡，鑑定報告仍可作為法定傳聞例外，進而依刑事訴訟法第 206 條第 1 項之規定，以書證方式進行調查。雖然引言人在文章裡正確地指出，若實施鑑定之人能到庭以言詞報告，接受當事人的交互詰問及法院的補充訊問，必要時輔以鑑定報告書面，甚至以要點方式摘錄鑑定報告書之內容，將更符合國民法官審判之需要，應為參審法庭調查鑑定證據之常態，但國民法官法與此項理想實有差距。

實際操作時，問題可能會出在偵查階段製作之鑑定報告書面。由於鑑定人及鑑定機關排斥甚至抗拒到法庭以言詞報告並接受交互詰問，是目前實務的普遍現象（這應該也是實務通常會將鑑定報告書作為書證調查的主要原因），因此在國民法官案件裡，若偵查中實施鑑定之人拒不到庭以言詞報告，則檢察官仍得將偵查中之鑑定報告書面當作書證，依國民法官法第 74 條第 1 項向參審法庭宣讀¹²。此際，就檢察官而言，其為完成出證進而盡實質舉證責任，勢必會如此作為；對參審法庭而言，則不僅沒

¹² 正如引言人在其文章裡有關複數鑑定的討論所指出者，最高法院一向認為辯方所提彈劾證據不受嚴格證明法則之限制，不須具備證據能力即可審酌，因此辯方於審判外自行委請專家製作之私鑑定可以作為彈劾證據提出於法院，例如最高法院 99 年台上字第 2618 號刑事判決即謂：「刑事訴訟法第一百五十九條之五第一項……所稱被告以外之人，固以證人或共同被告為多見，仍包含鑑定人在內。縱然該鑑定人非由法院或檢察官指定，而係被告自行選定，尚許憑為彈劾證據」儘管如此，但辯方採取僅向參審法庭宣讀鑑定報告書面之訴訟策略的可能性不大。蓋一方面該專家是由辯方選定，通常有依辯方促請到庭以言詞說明其報告之意願，另一方面，更重要的是，被告直接承受訴訟成敗之後果，自然會竭盡所能說服法院接受其辯解，自會選定願意到庭說明之專家，以言詞報告鑑定意見俾使參審法庭得以充分理解進而予以說服。

至於起訴後所為之鑑定，法院可以決定選任或囑託願意到庭以言詞說明之人或機關進行鑑定，因此也比較不會出現僅宣讀鑑定報告書面之局面。

有法律依據禁止檢察官這麼做，而且會陷入在聽取檢察官宣讀鑑定報告書面後，若有疑義也難以澄清之困境；對被告而言，則無法藉由反對詰問防禦不利鑑定報告，其防禦權因此必受有減損，而且在參審法庭無法澄清對鑑定報告之疑義或誤解的情況下，被告也不必要地承受了被參審法庭誤判定罪的風險。

上述因實施鑑定之人未到庭而僅宣讀其鑑定報告書面所造成之困局，無法藉由函詢鑑定人或鑑定機關之作法解決。如前所述，在通常將鑑定報告書當作書證調查的實務現況下，法院常以再三函詢之方式澄清鑑定報告之疑義。這種作法在參審法庭必須力行集中審理的要求下，幾無可能使用於審判階段。而基於下以理由，於準備程序也顯然滯礙難行。首先，受命法官在進行函詢時難以避免接觸原鑑定報告書面之內容，而函覆係為澄清、補充或說明原鑑定報告之內容及意義，因此無論是函詢或覆函，都將使受命法官提前接觸卷證，而有違國民法官法禁止參審法庭在審判期日前接觸卷證之意旨¹³。其次，函詢所獲覆函於形式上並非原鑑定報告之一部，性質上仍是作成函覆之人於審判外之陳述，

¹³ 從國民法官法第 44 條：「（第 1 項）於起訴後至第一次審判期日前，有關強制處分及證據保全之事項，由未參與本案審理之管轄法院法官處理之。但因管轄法院法官員額不足，致不能由未參與本案審理之法官處理時，不在此限。（第 2 項）前項但書情形，法官不得接受或命提出與該強制處分審查無關之陳述或證據。」、第 52 條第 3 項規定檢察官之準備書狀及陳述：「不得包含與起訴犯罪事實無關之事實、證據，及使法院就案件產生預斷之虞之內容」都可看出本法不欲受命法官於準備程序提前接觸卷證。

但須於此澄清者，係本文認為當事人為能實質有效詰問實施鑑定之人，得於準備程序聲請法院向鑑定人調取作為鑑定基礎之事實資料，只要受命法官於資料調得後不提前接觸閱覽即可。

能否謂為法定傳聞例外，進而能否作為書證向參審法庭宣讀，顯有疑義。第三，函覆時若有提供作為鑑定基礎之資料，則該等資料也同有能否當然成為法定傳聞例外的疑義。第四，即使函覆及其提供之資料都有證據能力而得作為書證宣讀，但可以想見，因此出現冗長的宣讀，很可能不僅不能使參審法庭更理解鑑定意見，反而更添疑義。

由於鑑定人及鑑定機關排斥、抗拒到法庭以言詞報告鑑定意見並接受交互詰問，是目前的實務常態，因此從現實面而言，在國民法官法上路後，在適用該法案件之審判裡僅宣讀鑑定報告的可能性，確實無法輕易排除。

肆、可能的解決方法（代結論）

若能在國民法官法上路之前，藉由修法方式處理上述問題，自然是最理想之方法。若不修法，則只能期待執法者比立法者更聰明睿智，藉由法解釋活動來解決。

如前所述，在目前將鑑定報告書面當作法定傳聞例外的情況下，嚴重損害了被告經由反對詰問防禦不利鑑定意見的權利。這種情形與刑事訴訟法第 159 條之 1 第 2 項：「被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，除顯有不可信之情況者外，得為證據。」之規定，若依其文義適用，顯將侵害被告之反對詰問權的情形，差堪彷彿。

在司法院作成釋字第 582 號解釋後，實務為免侵害被告之反對詰問權，對該項規定為限縮解釋，一向認為該項乃有關被告以外之人於偵查中向檢察官所為陳述之證據能力規定，惟此種證據須於法院審判中經踐行含詰問程序在內之合法調查程序，始能謂

經完足調查而得作為判斷之依據¹⁴。實務為保障被告之反對詰問權而對刑事訴訟法第 159 之 1 第 2 項規定限縮解釋之見解，當可比附援引於審判外製作之鑑定報告書面。申言之，為保障被告藉反對詰問防禦不利鑑定意見之權利，審判外製作之鑑定報告書面縱屬法定傳聞例外而有證據能力，但仍須實施鑑定之人於審判中到庭以言詞陳述並踐行含詰問程序在內之合法調查程序，始屬完足調查之證據，而得作為判斷之依據。亦即，國民法官法第 74 條第 1 項所稱「可為證據之文書」應為保障被告之反對詰問權而限縮解釋為：

於實施鑑定之人到庭踐行含詰問程序在內之合法調查程序前，其於審判外製作之鑑定報告書面並非該項規定所稱可為證據之文書。從而，於實施鑑定之人到庭踐行含詰問程序在內之合法調查程序前，縱於參審法庭面前宣讀鑑定報告書面，仍不生合法調查之效力。而在實施鑑定之人到庭以言詞報告時，其審判外製作之鑑定報告書面將成為法庭內陳述之一部份，因此當事人事後再依國民法官法第 74 條第 1 項規定進行宣讀，其實已無實質意義。

¹⁴ 例如，最高法院 100 年台上字第 3952 號判決：「刑事訴訟法第一百五十九條之一第二項，乃有關被告以外之人於偵查中向檢察官所為陳述之證據能力規定，惟此種證據須於法院審判中經踐行含詰問程序在內之合法調查程序，始得作為判斷之依據」及同院 102 年度台上字第 1266 號判決：「為保障被告之反對詰問權，並與現行法對傳聞例外所建構之證據容許範圍求其平衡，證人在偵查中雖未經被告之詰問，倘被告於審判中已經對該證人當庭及先前之陳述進行詰問，即已賦予被告對該證人詰問之機會，則該證人於偵查中之陳述即屬完足調查之證據，而得作為判斷之依據。」

若能為上開限縮解釋，則實施鑑定之人若期待其所為鑑定結果能為法庭採用（相信以鑑定為職務或業務者會在意這件事），當有較現狀更強烈之意願到庭以言詞報告其鑑定結果。

《國民法官制度》系列論壇

(二)

國民法官與司法、精神鑑定之對話

- 一、主辦單位：財團法人向陽公益基金會
財團法人刑事法雜誌社基金會
- 二、協辦單位：社團法人海峽兩岸法學交流協會
- 三、時間：一一〇年八月三日(週二)
十五時三十分至十七時三十分
- 四、主持人：廖正豪前部長(前法務部部長，刑事法雜誌社基金會董事長、向陽公益基金會董事長、海峽兩岸法學交流協會理事長)
- 五、引言人：張永宏發言人(司法院)
- 六、與談人：楊添圍院長(台北市立聯合醫院松德院區)
廖先志主任檢察官(臺灣新北地方檢察署)
尤伯祥律師／理事長(台北律師公會)
彭國能法官(臺灣臺中地方法院)
- 七、總結：曾有田優遇大法官(司法院)

廖前部長正豪：

歡迎各位來到科技化的會議場所，我們法律人基本上都比較保守，比較傳統，但是這次疫情讓我們推進了好幾步，大家都能夠接觸到新的科技，來處理進行這樣的會議。我要特別感謝大家都很忙碌，但是基於對這塊土地的愛，都很熱心來參與，我要特別代表向陽公益基金會、刑事法雜誌社與海峽兩岸法學交流協會謝謝大家。

大家都很清楚這個新的制度，事實上經過長時間的研議討論，幾乎不成定論，而又走出一條途徑來。從觀審到參審、陪審，再進入到即將實施的國民法官制度。大家常講的一句話正可以形容我們對於這個法案的態度，就是「既期待，又怕受傷害。」所以，在公佈之初，就發現了很多不管學理上或者實務上，都值得進一步探討的問題。我們刑事法雜誌與向陽公益基金會，以及海峽兩岸法學交流協會也感覺到有這樣的一個責任或者義務來邀請大家共同面對這些問題，在重要的變動之中不要缺席，也能夠提供一些建設性的意見給當局。當然牽涉到司法實務界、學界，以及民眾，大家寶貴的意見能夠提出來，能夠實施，能夠改進，這是我們最期盼的，所以我們雜誌社不落人後，也得到各位的支持。我要特別感謝各位，可以說是眾志成城，等各位大作發表之後，我們會把它整理成為文字，專輯來記載這段時間大家提出來的指教，在這裡要再度謝謝各位熱情的協助與幫忙。

這個工作可說是無止境，從有人類開始就有所謂的政治、裁判或者是裁定來解決這些問題。我想各位都是身居這裡面最重要的工作，我們希望能夠平衡的看到各方面不同的聲音，所以特

別邀請審檢辯學，也希望聽取更多民眾有關的意見，期望能夠在變動之中，對社會對國家有重大的幫助。我們看到這個制度的發展，我們覺得所以很值得慶幸，它終於克服一些困難，而得到了相當程度共同的結論。但是我們同時也憂心，制度的建立本來就非常不容易。中國有一句古話：「利不百，不變法。」所以都採取比較保守的態度，就是因為一種制度的發展或者最後得到的結論，已經是折衷改善而得到的一個結論。所以這次這樣的一個大的變動，我很期盼在座各位都能夠提供很好的意見給相關的部門，把這個事情做好，留給後人更多的懷念、更大的利益。

再度謝謝各位，尤其是曾大法官全力支持我的這些工作，我特別謝謝他，也特別謝謝各位的協助與愛護，祝福論壇圓滿成功，各位健康愉快，謝謝。

請張發言人為我們進行引言，謝謝。

張發言人永宏：

廖部長、曾大法官，尤律師、楊院長、彭法官、廖檢察官，以及所有今天參與論壇的法界先進，大家午安、大家好！今天主題是國民法官與司法精神鑑定的對話，針對這個題目我寫了一篇文章，也放在會議手冊當中，因為我拋磚引玉的結果，也獲得四位與談人的回應，回應的過程當中我也獲益良多。以下我向各位簡單的介紹這段時間的研究心得。

一般來說，現在的刑事審判基本上是完全由法官獨力做判斷，不管法官是一人獨任或者是三人合議，甚至最高法院是五人合議，基本上都是由法律人來做法律的解釋跟適用。但是各位都知道，即使現在是還沒有國民法官制度施行的情形下，當碰到了精神鑑定，說句實話，隔行如隔山，這時候就必須要依賴精神醫

學來協助判斷。在這樣的情形下，事實上法律界到底應該要如何看待精神醫學界，而精神醫學界又是如何看待法律界？這在過去已經是很困難的問題。例如去（109）年發生幾起案件，嘉義鐵路警察不幸死亡的事件，或者是去年 8 月份的時候發生的，媽媽被小孩殺害之後，將其頭顱剝下來的事件，其實都有精神鑑定的因素在裡面。而且，最令人困擾的，也是最有討論價值的部分，即是精神鑑定在法院一、二審的認定不太相同，法官到底該怎麼採擇也是一個問題，這是現狀，未來再加上國民法官制度之後就更複雜、也更有趣。撇開需要精神鑑定的案件來說，一般的國民法官審判的案件就已經是國民正當法律感情跟法官法律專業之間的衝突。當然，某些時候可以是互相融合、互相協助，但是有的時候，也可能就是一場衝突。此時如果因為審判案件是殺人、酒駕致死或傷害致死等，這種未來國民法官會適用的案件，若被告又做精神抗辯，也就是有無責任能力的抗辯，那麼就會變成過去已經存在精神醫學與法律之間的衝突，再加上國民法律感情與法律之間的衝突，三者混雜在一起時，會是非常困難的問題。

接下來簡單介紹現行刑法第 19 條的結構。我們過去可能很簡單地用「心神喪失」或者「精神耗弱」來形容 19 條的兩種不同精神缺陷的狀態。經過修法之後，已經加上生物學要素與心理學要素兩種不同的描述方式。通常我們認為是生物學的要素，也就是精神障礙或其他心智缺陷，影響了在心理學要素上的辨別能力跟控制能力。再視其影響的程度，決定有責任能力，限制責任能力還是無責任能力。如果判定是無責任能力，依照現行刑法的結構，只能做無罪判決。所以這也是為什麼我們剛才提到兩個著名的案例都曾經一度出現無罪的結果。雖然生物學要素或者心理學要素聽起來簡單，但是對學法律的人來說，一聽到生物、心

理就知道這不是我的專業，這應該是別的專業領域，所以絕大多數的法官在判斷到底有無第 19 條的情形時，多會依賴所謂的精神鑑定。但是，對於第 19 條，不管是做法律判斷或者是事實判斷，最後的決定者還是法官，仍由法官負最終的判斷責任，當然法官還是要受到所謂自由心證主義的適用，也必須要受到經驗法則、論理法則的拘束。因此，絕大多數的實務見解認為精神鑑定當然不會直接拘束法官的判斷，例如最高法院 92 年度台上字第 5109 號判決認為鑑定報告對法院的審判並沒有拘束力。但是，真的是完全沒有任何拘束力嗎？事實上有相關的判決，例如最高法院 92 年度台上字第 2282 號判決認為所謂的自由心證主義仍受到經驗法則、論理法則的限制，同時如果經驗法則、論理法則有所違背的時候，可能會構成上訴三審的事由。

回到國民法官制度的部分，在未來的上訴審要採取什麼樣的制度尚不清楚的前提之下，國民法官法第 92 條認為原審的判決違背經驗法則、論理法則時，如果是顯然影響判決，才可以成為第二審撤銷改判的事由。所以，可以預期未來的國民法官制度，一審判決之後要提起二審上訴，不管是檢察官或者辯護人，如果不服原審的認定事實而提起上訴，一定要說明到底是違反什麼樣的經驗法則或論理法則。在這樣的情形下，顯然自由心證也不是漫無限制，必須要符合經驗法則、論理法則。所謂的經驗法則有一般的經驗法則，也有專業的經驗法則，而專業的經驗法則在精神鑑定上面，其實就已經是一個必須要依賴精神鑑定才能夠說出來的法則，如果由非精神醫學的專業人士來認定這是否符合精神醫學上的經驗法則，這恐怕會是一個有問題的想法。所以在這樣的情形下，未來精神鑑定很顯然地會扮演一個非常重要的角色。

針對所謂的精神鑑定的證明力，多數實務見解認為鑑定並

不是唯一的依據，仍要由法官做綜合判斷。換句話說，這樣的見解是比較傾向於所謂的非拘束說，認為精神鑑定不會拘束法官。針對這個部分，我在論文當中都有做一些介紹，包含日本其實也多數採取這樣的見解，亦即否定精神鑑定的拘束力。特別要提的是，日本最高裁判所第二小法庭平成 20 年 4 月 25 判決，其在日本被認為是非常重要的­一個判決，認為即使沒有所謂的當然的拘束力，仍必須要充分尊重鑑定的意見而為認定。對此，在最高法院 90 年度台上字第 3979 號判決雖然不是在談精神鑑定，但是其談到蠻相似的法醫鑑定，如果認為法醫的鑑定不可採，就必須要說明為什麼不可採，提出一個足以信服的理由，否則就是判決理由不備。這樣的見解跟前面提到的當然不受拘束，應該由法院綜合各項證據來判斷，顯然採取不太相同的立場。但是我們到底應該要採取怎麼樣的態度？說實話，我沒有辦法提出一個很明確的結論，畢竟最後的判斷者是法院，但是前面提到的生理學因素、心理學因素，其實都是精神醫學上面的專門知識。所以法院要依賴精神鑑定到什麼程度，還是完全不理會精神鑑定，恐怕要由法官根據個別的案件加以判斷。但是，我們可以想像的是，在未來，如果是國民法官審判的法庭，當法官不採用某一個精神鑑定，其勢必要對國民法官提出一個非常具說服力的說明。如果法官沒辦法提出一個具有說服力的說明，大家就會覺得這件事情是專業醫生比較懂，為什麼你會說出完全不一樣的判斷方式。依我過去參與的國民法官模擬法庭當中，基本上只要精神鑑定出來之後，我很少看到法官會很明確的告訴國民法官這個精神鑑定是如何地不可採。所以精神鑑定可以預期在未來會是一個非常重要且非常具備證據價值的部分。

因此，我們應該要強調的是如何讓精神鑑定更嚴謹，更易

於讓國民法官來理解。首先，針對是否實施精神鑑定的判斷，我想在過去實務上面曾經有出現兩個相反的見解。第一個見解認為如果今天對方說他有精神疾病，就一定要對他進行精神鑑定，如果不做鑑定，自行由法院來判斷，這樣是不對的。相反地，也有認為到底是否需要做精神鑑定，應該可以由法官來進行判斷，如果法官認為顯然沒有精神疾病，就不需要做鑑定。有關實施鑑定與否，以下提供一些判斷標準，例如曾有精神病史或心智缺陷之資料；犯罪行為之態樣本身存有異常性；犯行之動機、原因難以理解；從其言談舉止可以看出罹患精神病或其他智能、身心障礙而受影響。當然這些都可以成為律師說服法院進行精神鑑定，或者是檢察官、法官決定是否進行鑑定精神的判斷標準。但是，遇到是否該做精神鑑定不容易判斷的時候，此時在日本的刑事訴訟規則第 33 條第 3 項有所謂的「入口鑑定（在此翻譯為 intake 鑑定）」，此係是否需要鑑定，而非鑑定有無責任能力，亦即先透過精神醫師判斷可能有無送精神鑑定之必要性。這是一個可以考慮的做法，通常所謂的 intake 鑑定較一般正式的精神鑑定節省時間。針對這部分，我在文章中有較詳細的說明。

接下來要談到的是實施鑑定的期間，在此要特別提到的是實務上到底要在什麼時候實施鑑定，依照現行法其實沒有明確標準，可以在偵查中由檢察官送精神鑑定，也可以在審理期間由法官送精神鑑定。針對這個部分，我相信到現在都還是有一種呼聲認為越早送鑑定越好，所以最好在偵查階段就送鑑定。對此，我認為如果在偵查中鑑定，很快會碰到的問題是有無足夠的資料可以提供鑑定醫師做鑑定。我想待會請楊院長談談看，精神醫師是希望囑託機關有提供較多的資料比較適當，還是認為這些鑑定資料由基層醫師自己發掘就好，不太需要院檢提供資料給其判斷。

假設精神醫師需要的是足夠的資料，第一個問題是偵查階段畢竟還不太可能有非常完備的資料。第二個問題是，現行的偵查構造是比較偏向一方，在這樣的情形下，恐怕難以求其公正、周延，所以我認為不太適當。如果是在準備程序送鑑定，反而符合國民法官制度的要求。至於為什麼不是在正式審理程序？因為精神鑑定需要花費很多的時間，如果要到正式審理程序進行，勢必要先請國民法官等候，待鑑定完成之後再請他們回來。但是在這樣的情況下，我們很難期待國民法官會全部如期回來參與審判。

關於鑑定資料是否須限制具有證據能力的問題，現在認為鑑定所憑的資料並不是鑑定書本身，所以不做證據能力的限制。但是，如果完全不受限制，會不會產生醫師受到誤導的情形？針對這個部分，待會也想請楊院長開示。我的看法認為至少這樣的資料是要經過雙方當事人的確認並表示過意見。有關交互詰問的部分，我完全贊成尤律師提出來的見解，我認為要盡可能地讓精神鑑定的醫師能夠到法庭進行交互詰問。針對這個部分，行政院與司法院提出來的草案，立場有些不一樣。後續如有時間，再跟各位說明我自己的觀察跟看法。

再來就是審前會議的事項，審前會議是我們過去所沒有的，而是國民法官制度特別加以引進，其實可以說是準備程序的會前會，也可以說是準備程序中間的一些聯繫（打ち合わせ），是一個有體系的做法。針對鑑定，我認為審前會議可以做的事情很多，包含可以討論是否進行鑑定，以及如果要鑑定，鑑定事項為何。我必須要跟各位說，法官的問法會有一定程度影響到鑑定的結論，也許法官是無意識的，但如果並非很公正的去問問題，得出來的結論會不一樣。以我過去的經驗，例如行政機關的函詢，當然不是精神鑑定的函詢，而是其他事情，我用了不同的用語得

出來截然不同的答案。同理，鑑定事項也是非常重要的，我認為要由三方共同會商確認，到底應該提供哪些資料給鑑定人。另外針對鑑定，希望鑑定人提出的鑑定意見到何種程度，以及鑑定意見要用何種方式來呈現。其次，鑑定完成之後也必須透過審前會議，由鑑定人說明鑑定的內容，這是避免誤讀。依照我過去的經驗，真正到法庭上來的時候，很多人都在問鑑定書中這個英文是什麼意思？這段話是什麼意思？我怎麼看不懂。如果要做這種說文解字或是導讀的工作，其實應該是在審理前就進行，基本上應該是兩造都很清楚精神鑑定書要表達的是什麼，直接在法庭上做出有意義的詢問，這才是正確的。但是，在這樣的鑑定書內容的說明過程，我認為法官不適合參與，因為法官一旦參與，就先期獲得心證。而且在準備程序的時候，國民法官都還沒有參與進來，職業法官就已經參與鑑定書內容的說明，事實上會造成資訊的落差。

接下來，有關交互詰問要進行的方式。我認為是否要求鑑定人出席審理程序當中其他證據的調查。我自己的先驗性的想法是當鑑定人證據資料越充分，越有助於鑑定的正確。甚至如果可能的話，我們希望鑑定人的鑑定意見說明應該要排在證據調查程序的後段。在此之前，精神鑑定相關的證人或者被告的陳述，如果有可能的話，要盡可能讓鑑定人去接觸。當然，針對被告的部分，因為刑事訴訟法目前的規定，被告之訊問要放在證據調查程序的最後面（刑事訴訟法第 288 條第 3 項），故實行上恐怕有其困難性。

最後想談到複數鑑定的問題。的確，現在的刑事訴訟法在修正之後，很顯然地開啟複數鑑定的可能性，但是我想多數的法官其實都還蠻怕所謂的重複鑑定，因為一旦重複鑑定，到底該信

誰的、該用誰的，針對不採用的，要如何駁斥，這對法官來說的確是非常困難的。同時，我認為如果是無意義的重複鑑定，絕對會是司法的災難。如何讓第一次的鑑定就盡可能的是一個資料完備、態度公平的方式去鑑定，第一次就先把它做好，後續即使不得已必須要進行複數鑑定，也應該是站在一個補充，或者糾正重要事項的情形，而不是浮濫的、不斷地去做無意義的精神鑑定，浪費雙方時間，也造成法官的負擔。所以，我覺得前提仍是應盡可能地避免無意義的複數鑑定，尤其是在國民法官案件，如果在準備程序做了一次鑑定之後，在審理程序又要做第二次鑑定，勢必讓國民法官先回家等待，會產生這樣的問題。

再者，有關私人自行鑑定的問題，因為它還是會存在，所以我必須要向各位說明，不論現行刑事訴訟法要不要修法，私人自行鑑定雖然沒有像現行刑事訴訟法第 202 條由法官或者檢察官送鑑定，這樣當然具有證據能力的先驗性的前提。但是因為私人自行鑑定是被告提出來的，最高法院 103 年度台上字第

3243 號判決認為它是所謂的傳聞證據。雖然它是傳聞證據，但是傳聞證據的傳聞限制，只有它作為積極證據或者是直接證據的時候才有它的意義。如果它是作為彈劾證據或者是消極證據，仍然可以使用。在這樣的情況下，可以預期的是私人自行鑑定，基本上即使是在上述限制之下，仍有可能成為複數鑑定。因此，我們仍須面對複數鑑定的情形。如果真有複數鑑定之必要，對於複數鑑定，第二次的鑑定應盡量採取與之前鑑定相同的立場以及態度，才能避免做無意義、重複，但是都沒有真正抓到核心問題的鑑定。

以上是我的引言，謝謝聆聽，期望各位對我的報告能提出您

寶貴的意見。以上報告謝謝。

廖前部長正豪：

謝謝，張發言人的引言很精采。今天我們邀請到四位與談人，在這裡特別邀請一位專家中的專家，臺北市立聯合醫院松德院區的楊添圍院長，很高興讓今天這個會議更有意義。與談人還有新北地檢署廖先志主任檢察官、尤伯祥理事長，以及台中地院彭國能法官。非常感謝大家的支持指教。

現在請楊院長發言。

楊院長添圍：

謝謝廖部長、曾大法官，剛才張法官的引言，以及各位法界先進。其實我每次到這樣的場合，都會覺得好像是來接受交互詰問，今天是論壇，我就直接進入主題。由於我畢竟還是一個精神醫學的醫師，法律用語如果有錯誤，還請各位指正。

第一個，我想先談的是鑑定人的結論會如何來推演而出。司法官是鑑定結論的最後裁判者，不過我想各位也很清楚，其實很多心證的來源與爭議常常都是圍繞在鑑定。所以，我相信鑑定人的結論怎麼推演出來，他的論述過程是如何而來，不僅是現在審判中很重要的一個爭點，也一定會是國民法官審判中的高度關切的重點。剛才張法官提到為什麼我們會覺得在審判的過程裡面，如果是在準備程序做鑑定，我想我會覺得比較妥適。目前也有人提出鑑定可否及早，在偵查階段來進行？以下我引了兩個判決，對於精神障礙程度之強弱，其推論前提是否允當？在內湖殺女童案，以及台中牙醫診所殺人案的判決裡面，就被認為是一個要考量的點。如果它是在偵查階段，我想它的前提就很可能是證據沒

有很經過仔細考量，這其實對鑑定來講，我覺得是有所疑慮。所以，鑑定的時點越往前推，鑑定人結論的立足基礎會更遭到質疑。

同樣的問題，雖然精神鑑定最主要的工作在責任能力的部分，最主要是判斷生理原因，也就是精神障礙或心理缺陷的存在與否。後面的心理因素或者法律的責任，當然鑑定專家會有意見，但是最終還是尊重法官。但是，關於這點要如何判斷？在臺灣，我們當然會經過訪談，並用國際通用的準則來加以確立，而且臺灣的醫療記錄大概在全世界算是相當完備，所以這一點上面其實爭議會比較少。但是其他人證與物證資料如果鑑定要引用的時候，他還是要好好審核，並且需要講出資料來源。此時，除了表明資料來源，就會產生另外一個爭點，亦即如果鑑定醫師或鑑定人看到的資料有不一致的時候，要怎麼處理？我們當然建議應該對於不一致處一一加以註記，這也是為什麼我覺得偵查階段實施鑑定在實務上很少，未來如果要再往前推移，這都會產生重大的影響，因為鑑定人不太容易知道犯罪事實到底是哪個地方是確立的。所以在寫結論的時候，特別是診斷，如果這些資料是有重要影響，我們就要標註。我認為如果可能，鑑定人對於資料不一致之處，應予以說明。

在國民法官制度中，我覺得最重要的是鑑定人的論述與說理能力，未來將有重大影響。現在大部分是採取機關鑑定，雖然之前刑事訴訟法進行修正，偏向當事人主義，但是我有很多業界的朋友還是不太會在鑑定報告中署名，所以機關鑑定常常不知道鑑定人是誰。但是，我認為未來蒞庭說明鑑定報告內容與接受詰問，一定會是重大的必要過程演進，這就是我後來會關心在精神醫學或法律心理學的問題。其實鑑定專家怎麼呈現這個報告，這一定是對國民法官、對職業法官，以及律師也是一樣，他的說

服力如何呈現、如何澄清疑點，整個結論裡面的表現與態度，以及整個審判過程裡面他所展現的專業性。雖然我引用的這些概念都很像是英美國家的一些研究，我們的國民法官制雖然不同於美國的陪審制度，但是我相信應該也會有類似的影響因素。此部分涉及常民心理學的一個概念，這並非指精神醫學或者心理學很專門，反而會強調非醫學專業的人，其對於心理因素或心理機轉的認識跟判斷，大概都是用很尋常的束縛概念去想像或認識，這也是我們重要的生活判斷的基礎。此時，過多的專業術語也會產生一些問題，反而會失去很多人的信任感。所以就如同我文章最前面回應提到，精神醫學與法醫學的重疊性有時候很高，但是又很難轉譯的兩門學科。所以鑑定人如何用尋常白話語言表達他日常生活的經驗，再來轉譯專業鑑定內容，我覺得這部分在未來一定是很重要的影響。

最後，我稍微談自選鑑定人。自選鑑定一直是我們同輩很希望未來發展的一條路，而在刑事訴訟法修正中，條文是寫「私選鑑定」這樣的制度，我想所表達是一樣的。我們真的很受美國審判制度的影響，不管這個影響是來自於實質去看過，還是影視戲劇的影響，我總覺得越來越多的自選鑑定人，各自代表審、檢、辯方，似乎是一個很好的制度，但是這個制度裡面如果有這樣的狀況，我想張法官裡面提到很多爭點一定會被放大，也很可能會走向英美裡面常遇到專家戰爭這樣的制度，這會不會造成武器不對等的情勢，我想在草案裡面會提到說要有法律扶助等，但是我覺得在歐洲的其他國家例子，除了法律扶助之外，是不是應該由國家或是公共預算來培植一些比較確信有效的鑑定機構，讓較無資力的人，甚至是由法院或者檢察官來選任，我想這才能減

少武器不對等的情況。以上是我簡單的回應。

廖前部長正豪：

謝謝。接下來請廖主任檢察官。

廖主任檢察官先志：

廖部長、大法官、張發言人，以及各位與談人，大家好。今天很榮幸能有機會來分享一些個人關於國民法官在司法精神鑑定的淺見。剛才引言人與楊院長都已經談到很多在國民法官制度下關於司法精神鑑定的一些問題。今年北部幾個地方法院的模擬法庭，例如臺北、新北、桃園、士林等，都有把精神鑑定作為主要的爭點來處理，所以也都有邀請精神科醫師到法庭來接受交互結問。我想就個人在這幾場模擬法庭的觀察，來跟大家做一個分享，以及提出來將來在國民法官法正式上路以後，在精神鑑定上可能會面臨到的一些問題。

首先先向各位報告的是關於主詰問，其實在引言人的報告中有提到解說先行的方式，以我目前在模擬法庭的觀察，不論是辯護人或是檢察官，在主詰問的時候也都是採用類似的方式，也就是說以精神鑑定報告為基礎，再請精神科醫師，也就是鑑定人就這份精神鑑定報告逐條逐項加以說明。根據我們後來深度訪談國民法官的結果，他們也認為這樣的解說先行的方式，可以讓他們能夠更清楚地掌握到鑑定報告的內容。但是，另一方面，我們發現如果有時候沒有拿鑑定報告作為一個基礎來加以解說，而是純粹由鑑定人口頭說明鑑定內容的時候，國民法官就會感覺到似乎沒有一個參考的基礎，會比較沒有辦法掌握到重點。所以我很贊成用引言人提到的解說先行的方式，以鑑定報告書面為基礎，來

請鑑定人加以說明。

另外，反詰問的部分，目前我看到的主要方式大概有幾種，一種是與精神科醫師做一些專業的討論或辯論，甚至拿 DSM-5 精神疾病診斷準則手冊向質疑精神科醫生說你的診斷似乎不對，與該手冊不符。就我從旁觀者的角度來看，這種方式效果通常不大。舉一個不是很恰當的比喻，這就像是有人拿著六法全書，或者是最高法院的判決，去向檢察官或者是法官講說你的判決結果似乎不太對，依照我查的結果應該是這樣才對，這樣會很容易被認為變成是用非專業去質疑專業，通常不太可能會成功。之所以在目前的模擬法庭中還會看到這種情況，而且好像還有一點成功的可能性，我覺得跟目前在模擬法庭扮演的精神科醫師並非是原來鑑定人這一點會有點關係，所以他或許不是很認同，或者不是很理解原來鑑定報告為什麼會這樣做，就可能會被反詰問找出一條空間出來。但是將來如果是鑑定人自己來接受交互詰問的時候，我覺得可能這個空間就很小。另外一種方式，剛才引言人有講到，就是在反詰問時攻擊鑑定所依據的證據資料不是很完全，就來說鑑定人你這樣鑑定是忽略了某些證據資料。以在我自己演出的那一場新北地院的國民法官的模擬審判中，辯護人就以這樣的方式，說在被告的一些病例中有提到被告都已經聽到天上的觀音在跟他講話，或者是他看到了、聽到了天上的龍在跟彌勒佛打架，他都有這麼明顯的幻覺，為什麼精神科醫師還認為他沒有這些幻覺和妄想的狀況。醫師當時回答說這可能是比較久以前的病例，所以不能做參考等等，檢辯雙方從這樣的一個角度去做反詰問，或許是將來一個更為常見，或者是比較可能會有效的狀況。

在我的與談書面報告中有提到，關於精神鑑定的一個很重

要的部分是精神鑑定所依憑的證據是不是夠全面，因為如果夠全面、夠完全，才能夠得到一個比較正確的鑑定報告。因此，在偵查中檢察官的蒐集資料就非常重要。但是，從剛剛講的那幾件模擬法庭的經驗來看，平心而論，偵查中的檢察官還有很多努力的空間。未來在國民法官的審判中，檢察官在偵查中就可能就要多蒐集，譬如說被告的生活史、疾病史、工作史，還有一些家庭的狀況、周邊的狀況都要更完全的去蒐集，甚至被告當時犯案的情況、監視器畫面等，可能都必須要更完整的蒐集。

我認為之所以在偵查中蒐集資料對精神鑑定很重要的原因，第一個當然在案發的時候越接近，資料可能會蒐集的越完全；如果越晚蒐集，可能有些資料會滅失。第二個，因為將來在國民法官審理中是採取卷證不併送，法官在準備程序中或許會調查一些資料，但是否能夠調到剛才提到被告的疾病史、工作史，或者一些交友狀況、就學經過，甚至請警察去訪談他的鄰居等等工作，法官是不是能夠做到這麼全面？或許會有點疑問。所以，可能儘量能夠在偵查中就能夠完整的蒐集，這會是一個比較好的方式。

最後，剛才引言人與楊院長都有談到偵查中鑑定的問題，認為在審判的時候送鑑定才是比較妥當的。但是，我要採取一個比較不同的看法，當然，在審判中送鑑定，將來在國民法官審理中還是有可能；但是在另外一方面，我覺得在國民法官審理的這種殺人的案子中，不管是太太殺先生、先生殺太太，或者是兒子殺媽媽等等的殺人案件中，我覺得將來在起訴前由檢察官送精神鑑定的可能性會比現在高。以下假設一個狀況，如果檢察官認為不用送鑑定，到了審判中，鑑定結果是有刑法第 19 條第 1 項的情況，檢察官就會面臨到本件其實是會被認為是不應該起訴的狀況，這對公訴檢察官會形成很大的壓力。我再舉一個實際上的案

例，之前在新北有一個案件，在偵查中辯護人主張被告是刑法第19條第2項，檢察官也認為如此，因此沒有送精神鑑定。結果到審判中，鑑定出來的結果是第19條第1項，是無罪的，此時若是國民法官審判的案件，檢察官的訴訟策略就會面臨到非常大的困難。所以，從蒐證完全以及起訴更慎重的角度來講，我個人覺得將來在國民法官審理的案件，在偵查中送鑑定的比例會比現在高很多，甚至如果在時間跟經費都允許的狀況下，每個案件都有送鑑定的可能。以上是我簡短的與談意見，謝謝。

廖前部長正豪：

謝謝。現在請尤理事長。

尤律師伯祥：

部長、曾大法官、張引言人，以及與會的各位先進，各位在論壇上的朋友，大家好！以下我會將與談文中所要講的一些問題，簡單地說出來。今天我們的題目雖然選定的是精神鑑定，但是我認為這個問題的本質與其他的鑑定並無不同。正如剛才引言人在一開始的時候，他就非常精確的指出對於鑑定，最大的問題就在於理解，所以最大核心的問題就在於隔行如隔山所造成的理解障礙，在實務上要如何克服。以下我就直接針對這一點來說明。

所有在實務上有經驗的先進，我想都很清楚，目前的鑑定調查是如何進行。目前實務最大的問題在於，明明鑑定本身是人的證據方法，也就是說來做鑑定的專家到法庭上提供其專業上的意見，以幫助法庭瞭解證據、判斷待證事實，原則上其本質應該是人的證據方法。但是在實務上，我們可以講大多數的案件，鑑

定人不會到法庭，不管是自然人鑑定或者是機關鑑定，我想情況都是一樣。但是，人如果不到法庭來用言詞來陳述，事實上所能夠傳遞的資訊量就非常有限。他傳遞到法庭裡面的資訊，一開始是在審判外製作的書面報告，但是在實務上常常會出現的另外一種補充的方法是，當我們看到書面的鑑定報告之後，我們有很多的問題，於是我們在法庭裡面提出來，不管是檢察官也好或者是辯方也好，或是法官自己本身看了以後有問題，如何處理？我們通常在實務上處理方式就是函詢，發函詢問機關或者是鑑定人，因鑑定報告裡面有以下的問題，請補充說明。函來函去，一函再函，問了以後再問，因為總是不斷有新的問題跑出來，造成的結果是，第一個是審判延滯，審判時間會拉得很長，光是在準備程序裡面進行函詢就會拖很久。第二個，一函再函的結果不見得會比較清楚，說不定會製造更多的問題。所以鑑定之所以難以理解，除了隔行如隔山之外，我認為在鑑定的調查方法方面，用這種方法去進行調查也是一個很重要的原因。

之所以在實務上面會出現這種鑑定人不來，大家只靠書面來理解鑑定報告最主要有兩個原因：第一個實際面的原因在於，絕大多數的鑑定機關在我看起來是抗拒、排斥到法庭裡面來進行言詞報告，我認為這是最重要的原因。其次，制度上容許他有這樣的空間。我與談書面裡面特別提到刑事訴訟法第 206 條所造成

的問題。我們看刑事訴訟法 166 條以下關於交互詰問的規定，可以發現鑑定人是規定在裡面的，所以原來立法者其實在思考鑑定這件事情的時候，確實是把它當成人的證據方法，希望鑑定人到法庭來以言詞說明其鑑定結果與經過。但是在第 206 條規定的是，鑑定報告可以用書面或者是言詞來報告，兩者都可以。因為此二元性，所以導致在實務上因為鑑定人不願意來到法庭，

所以法院最後變通的方法是不管用書面報告也好，或者是函詢之後，回覆到法庭裡面來的函覆結果也好，這些都是書面。我們在審判期日當作書證調查，提示並告以要旨，並且讓當事人表示意見，就證據證明力給他辯論的適當機會時，證據調查就算完成。所以，在實務上面會出現用書面調查，最主要原因就在這裡。但是，問題在於將鑑定報告當作書證來調查會造成以下的問題，我在與談文中提出三大弊害：

第一個弊害是混淆人證跟書證的區別，不同的證據種類在刑事訴訟法上面是有不同的法定調查方法，原因在於不同的證據種類，它的調查必須要能夠同時符合正當法律程序之下，法院的直接公開審理以及被告的充分防禦這兩大要求。所以，人證有人證的調查方法，最主要的方法就是具結再加上交互詰問；物證有物證的調查方法，亦即法院在公開法庭勘驗，提示予當事人，讓當事人能夠防禦。但是刑事訴訟法第 206 條的規定，會使得人證與物證的區別混淆，將造成以下兩個弊害。

第二個弊害，是對被告程序主體地位的保障不足。因為用人證的方法調查，或者用物證的方法來調查，對於被告來講，事實上它都有不同的因應與防禦的方式，但是第 206 條規定的人證或書證二元性操作的結果，被告對於法院到底會用什麼樣的方式來調查鑑定報告，亦即以人證或書證方式調查，事實上是很難預見的，這就妨礙到他的訴訟權行使，從正當法律程序與法安定性的原則的要求來看，都是不夠的。

第三個弊害，將剝奪被告對鑑定人的詰問權，使得鑑定報告的調查沒有效率。我剛才講到的一函再函，最大的問題是很容易出錯，因為法院不見得更理解，反而可能造成更多的誤解，所以不公平也容易造成出錯。

這些弊害在目前實務上面造成許多問題。我們可以看到很多案件因為鑑定報告出錯，所以不斷地發回更審，甚至到最後還是造成冤案的原因，例如江國慶案就是明顯的案例，這都是因為鑑定報告出錯，才會造成冤案。

上述這些問題如果帶進國民法官參審法庭，我想問題會更大。國民法官法如我們所知，採用起訴狀一本，採用集中審理。在集中審理又起訴狀一本這樣的訴訟模式下去操作，在參審法庭中，不管是職業法官也好，或者是國民法官也好，事實上就只有在提出鑑定報告者在法庭上把它拿出來的那一刻，才會開始接觸到鑑定報告，而他對於鑑定報告的理解，完全依靠當事人的出證活動，等到出證活動結束以後，很快地他就要聽取辯論，然後到法庭後面的評議室裡面開始進行評議，所以理解鑑定報告的時間其實非常的有限。在這種情況底下到底要書面宣讀比較好，還是讓做成鑑定的人到法庭用言詞與參審法庭進行交流比較好，我想答案是一清二楚的。正如剛才引言人在報告裡面很精確地指出，一定是言詞審理會比較好，因為言詞陳述的過程才能夠進行資訊的最大交流，有疑問才能夠當場澄清。所以從這個角度來看，當然必須要用此種方式去進行會比較好。

但是，問題在於國民法官法對於刑事訴訟法第 206 條的二元性其實並沒有處理，完全沒有去調整。所以，將來有可能會出現在國民法官法庭，檢察官要提出一份在偵查中做的鑑定報告，但是做成該鑑定報告的人抗拒到法庭裡面來接受交互詰問，這個時候怎麼辦？對檢察官來講，其要完成出證與盡實質舉證責任、說服的責任，所以他一定會當作書證宣讀。對被告來講，他很難防禦，因為鑑定人不會到法庭裡面來，他如何能經由反對詰問來防禦？對於參審法庭來講更麻煩，他可能聽了宣讀以後有一肚子

的疑問，但是這一肚子的疑問在進入評議室之前無法解決掉。於是在評議室裡面，大家開始腦補，在這種腦補的情況之下有沒有可能造成誤判？我認為誤判的風險是蠻高的。如果從這種角度來看，用這種方式來調查，我認為是非常危險的。目前在實務上面所使用的這種一函再函的函詢方式，事實上在國民法官法的法庭裡也很難操作，因為不可能在準備程序裡面一函再函，然後將函覆在法庭上宣讀。事實上，這些函覆資料是否構成傳聞例外，我認為也是有疑問的。所以從這個角度來看，國民法官法目前沒有去處理刑事訴訟法第 206 條所造成的問題，我認為可能的後果很嚴重。

剛才曾大法官在今天開始之前，他特別請主辦單位把刑事訴訟法的修法的草案提供給我們大家來參考。我先簡單的表示一下我的看法，如果能夠照這個草案來走，不管是依照行政院版本或者是司法院的版本，我想當然都會比現行的條文進步很多。但是，我要講的是如果行政院版或者是司法院版的修正草案都沒有通過的話，該怎麼辦？

我在與談文最後有提出一個透過法解釋活動來限縮第 206 條的一個建議。我認為如果我們在這個地方要透過法解釋活動處理，既可以保障被告的反對詰問權，又限制用書證來調查鑑定報告，有一種可能性是針對國民法官第 74 條或者是刑事訴訟法 164 條所講的「可為證據之文書」做一個限縮解釋。因為在我看起來，目前所造成的問題就如同刑事訴訟第 159 條之 1 第 2 項對於被告的反對詰問權所造成的限制是一樣的。第 159 條之 1 第 2 項在釋字 582 號解釋出來之後，實務上為了要讓這項規定不會因為侵害被告的反對詰問權而違憲，因此做了合憲性的限縮解釋。我們在實務上都認為，雖然檢察官的偵訊筆錄依照第 159 條之 1 第

2 項是有證據能力的，但是在陳述之被告以外之人進入法庭接受反對詰問之前，它是未經完足調查的證據，不能夠作為認定犯罪事實的基礎。與此相似，在國民法官法第 74 條或者是刑事訴訟法 164 條的可為證據之文書，我們也可以做相同的處理，亦即做成審判外鑑定報告的實施鑑定之人，如果沒有到法院來接受反對詰問，用言詞陳述其鑑定意見，即可認為該鑑定報告即使宣讀也是未經完足調查，因為此非可為證據之文書。以上提供一些淺見給大家參考，謝謝。

廖前部長正豪：

謝謝，現在請彭法官。

彭法官國能：

廖部長、曾大法官、伯祥理事長、廖主任、楊院長、張引言人，以及各位先進，大家好。我稍微補充說明，剛剛引言人在 power point 報告中提到審前會議的部分，因為配合起訴狀一本，在這種情況之下，他認為在所謂的審前會議，法官可能不適合參與。但是，我有不同意見，所謂會議的概念是什麼？如果只是由檢辯雙方參與，原本他們的立場就是相對的，在開會的時候，要他們自行協調、做結論，跟有第三者參與的情況下，效果就會不同，就像我們談調解、和解，如果有調解人來幫忙雙方協調，自然會比較容易達成共識。

再者，在引言人的報告裡面，我覺得很重要的一點就是他提到如何讓國民法官、職業法官能夠正確理解與評價精神鑑定報告，將來這也會是一個非常重要的運作重點。因為精神鑑定在前期作業，不管專家如何辛苦地做各種研究，取得各種資訊，最

後還是要把精神鑑定報告拿到法庭上使用，如何透過解說，也就是引言人特別提到「解說先行」的情況下，讓鑑定人以其專業、以其實際進行的鑑定，在法庭上解說，讓與會的人員瞭解。尤其是，也許有些鑑定人很適合做鑑定，各種事項也都會鑑定，但是要讓他表達，將他的想法、意見，甚至於結論，讓9位在庭法官接納，甚至在判決內容中採納精神鑑定報告結果，這會是一個非常大的運作工程。但是，在實際運作的時候也會產生一個大問題，每一個人都會有其自由心證，現在因為是職業法官作判決，我們會認為自由心證都集中在法官的看法，未來在國民法庭上9位參與審判者，都會是自由心證的運作者，剛剛引言人有提到，自由心證又會受到經驗法則限制，而經驗法則又分為一般人的經驗法則與專業的經驗法則，自然每一個人的經驗法則都不見得相同。

在上述這種情況之下，我有一些意見提供參考。從民國100年開始嘗試運作，不論是觀審制還是現在的國民法官制度，在開模擬法庭時，參與者都是自願參加，基本上對於這個制度是以比較善意、接納的角度來運作。但是，未來實際實施國民法官法時，是全民都有義務要參與，並不是自願的概念。在這種情況下，參與這個制度運作的出發點，可能並非接納或友善，未來這6位國民法官，很有可能是具有挑戰性的。在具有挑戰性的情況下，當一份鑑定報告出來，並不當然就接納，如果沒辦法讓人瞭解、理解，不見得就會讓人接受。如同剛剛廖主任檢察官提到最近北部模擬法庭在運作的時候，有做精神鑑定，但因為現在的國民法官在模擬法庭過程中，是在一個比較自願的情況之下，基本上對這個制度是比較接納與肯定，當出現精神鑑定報告時，基本上不太會去挑戰，但是，未來在實際運作時，極有可能產生我剛

剛講到的情況。

此時，重點如同剛剛伯祥理事長提到的，未來的鑑定人，不會再只是機關鑑定的一個書面而已，書面中的專業要由誰來解釋？若由檢辯任何一方來解釋，那一定是擇其有利的地方，如果由法官來解釋也很奇怪，因為法官是中立的判決者，此時，最適當的解釋者當然就是實際參與鑑定的人員。未來願意接受鑑定的人，不管是精神醫師或是專業機構就要有心理準備，如果願意接受鑑定，未來要做一件事情，就是在法庭上負責解說，並說服在庭的全體法官接納這一份鑑定報告的內容。我想這樣的一個前提等於是話先講在前面，而不是說今天接受鑑定，事後怎麼突然接到法院通知，要到法庭上去作說明。未來要先講好，在運作時就是要讓在庭的全體法官瞭解這份鑑定報告的內容，包括許多的專業事項，如果願意接受鑑定，就要設法讓鑑定報告能夠為人所接受。但是，從正向的思考也有一個好處，任何人做一份報告或研究，當然是希望別人能夠接納，我們就先講好，辛辛苦苦建立的東西，還是要想辦法說服，讓別人聽得懂、能夠瞭解，並接納結論，未來這樣的運作，就會是正向的方式。尤其是剛剛提到「解說先行」，只是在這樣運作的過程中，可能相對地加重鑑定人的工作，或者是未來所需要付出的一些事項。針對這些事項，我建議未來在進行鑑定的時候，就要先講清楚。但是，就像剛剛伯祥理事長提到的，現在很多機關鑑定，即便有問題時也只是函詢，函詢再函詢，事實上我們多麼希望實際參與的鑑定人能到法庭直接解釋，只要有疑問，可以直接問、直接回答就解決了，一次就可以解決的事情，如果還要函詢來函詢去，時間的延宕可是不得了。

此外，因為所有的活動都需要在法庭上運作，未來國民法官

法的運作，會有個大問題產生，亦即審理期間會增加很多。我們現在模擬的時候，基本上時間都事先掌握，譬如說禮拜四下午、禮拜五下午，大概是兩個半天的審理程序 schedule。但是，未來如果採「解說先行」，鑑定人光為了這個專業事項就要講很久，如果對專業事項不瞭解時，可否發問？當然這並非詰問程序，如果參與審判者聽不太懂專業用詞而要詢問鑑定人，我想這時候在法庭上應該不會拒絕其提問，只是這樣整個程序運作就會加長。不過，我們以法律人追求真相、程序正義的角度，一定要這樣運作，所有可能在運作過程中會發生的問題與現象，都要事先思考並因應，而不是臨時發生時再去面對，就像我剛剛舉的例子，如果鑑定人以為只是參與鑑定，並不願意到法庭上解釋說明時，這時候就會產生問題。因此，有必要事前讓鑑定人瞭解，若願意接受鑑定，未來還需要到法庭進行說明與說服工作。當然，能夠將辛苦的鑑定結果，說服所有在庭的職業法官與國民法官並接納，這也是功德一件。

未來實際運作時，就準備程序與審理程序的區塊，因為準備程序並沒有國民法官參與，運作方式可能還是回歸現在的情況，由檢辯雙方與職業法官在這個領域去運作。到了審理程序，才由 9 位法官全部參與。只是，國民法官只有參與精神鑑定報告的結論階段，前期基本作業並沒有參與，在這種情況下，會不會有資訊落差的問題？譬如說 3 位職業法官瞭解整個過程，但另外 6 位國民法官卻不太清楚，這 3 位有參與準備程序的職業法官，是否有義務或有必要將資訊的落差加以補強，這部分的問題也提供各位參考。

最後，個人有一個小小的意見，未來因為國民法官法很強調「國民正當法律感情」，當這個大帽子戴下去之後，相信會有

一個大問題，例如剛剛文章裡面提到的對鑑定報告所採取的拘束說、非拘束說、最大程度尊重說，可能全部都要拿掉，因為「國民正當法律感情」這個大帽子在，9位在庭法官認為要受拘束就受拘束，認為不受拘束就不受拘束，覺得鑑定報告可以用就可以用，認為鑑定報告不可以用就不可以用，最後結論會導向是非拘束說。未來運作的時候，實際的情況很可能就會是這樣。以上是個人的小小意見，謹供與會人員參考，謝謝。

廖前部長正豪：

謝謝，現在進行總結。我們請曾大法官進行提問。

曾優遇大法官有田：

我的角色是刑事法雜誌發明出來的，是要將各位發言聚焦起來。今天非常感謝引言人非常認真，從四面八方理論與實務，尤其在實務方面，取材很多實施在先的日本的制度，他們的經驗，發覺很多問題。引言文章的範圍很大，四位與談人所回應的很精確，不管是贊成或者不贊成的意見，我想這些都是對將來立法、修法，以及司法的運作有非常好處的。

因為我今天除了聚焦的角色之外，我比較貪心一點，因為上個禮拜報紙登出來司法院對於鑑定制度的修正草案，從民國108年他們完成之後送到行政院，行政院終於回應，並有修正草案版本出爐。其中的4條，尤其在第206條跟第208條證據能力的規範方面，他們有不同的意見。我想今天是一個非常好的機會，所以我要搶時間，麻煩各位腦力激盪，我們在這裡也表示一點意見。所以昨天匆匆忙忙請雜誌社幫忙整理刑事訴訟法修正草案資料，因為資料頁數很多，將主要部分切割出來提供各位，請大家

過目，稍後討論。

從聚焦方面，我先說明有幾個需要釐清的問題：

首先，要請彭法官說明你在文章的第 2 頁提到既然引進國民法官參審制度，所以也要考量與接納國民法律感情因素在精神鑑定過程中可能產生的影響，就可能產生的爭議，請把它講清楚一點。就這一點而言，講清楚以後，再請楊院長回應爭議何在。稍後先請彭法官回應此點。另外，有關刑事訴訟法修正草案資料，司法院版本的第 206 條，以及行政院版本的同樣那一條它延伸到第 206-2 條，關於證據能力的規範很重要，因為不管是傳統的刑事審判，或者馬上要實施的國民法官的審判，證據能力的問題都要先解決，解決以後，在審判期日才進入合法的調查程序。因此，要先釐清證據能力的要件與判斷的時點。

關於這一點，同樣也拜託尤伯祥律師，在他的文章裡面已經提到很多，他最在意的是合法調查以及行使詰問的問題。但是，在此之前，證據能力要先解決。同樣的是，證據能力的要件與判斷的時點，要在什麼程序階段完成。

再者，廖主任檢察官在他的文章提到參與模擬法庭所發現的這些問題，鑑定說明過程的問題，這些大概在修法草案，不管是行政院版本或者司法院版本，都會涵蓋進去。其他的主張如檢察官舉證責任，在審判中也可以繼續任意實施偵查，甚至於提供更多的資料開示，讓鑑定人或者被告知悉，這一點很符合現在刑事訴訟新結構的精神。雖然我們今天談的題目是精神鑑定，但是精神鑑定還是整個鑑定制度的其中一環，所以一定會談到鑑定制度基本的結構與規範。你剛才提到假設這個案件被告或嫌疑人可能有精神問題，因此有無責任能力要先鑑定，否則如果被告或嫌疑人沒有責任，其因心智缺陷、沒有控制能力與辨識能力達

到沒有責任的程度，檢察官將來起訴以後會被判無罪。請問你可否推測將來偵查中實施鑑定的可能性？如果偵查中實施鑑定，未來按照剛才我講的修正草案，不管是行政院版本或者是法院的版本，它就是集中在第 206 條。關於證據能力與證明力的問題，雖然是在偵查程序，而不是在審判程序，但是不是也要遵守刑事訴訟法第 155 條第 2 項嚴格證明的規範，換句話說，如果要起訴，當然要根據具有證據能力的證據，你才能起訴。但是，如果要不起訴，我們雖然已經朝向當事人進行主義的結構，但是我們的檢察官仍有照顧義務，甚至於實質的不起訴，具有的實質確定力，它還有一事不再理的效力。那麼在第 260 條之規範，檢察官責任很重，權力也很大。當然偵查程序也要符合正當法律程序，但是如果講究證據能力，在偵查中蒐集或者實施鑑定的證據能力，按照修正草案司法院版本的第 206 條第 5 項規定，要在審判中實施言詞陳述，包括交互詰問，才會取得證據能力，這不是很尷尬嗎？如果沒有嚴格證明法則的適用，當然就沒有問題。但是，如果要講究嚴格證明、證據能力的問題，在這個地方似乎是一個尷尬的空間。同樣地，行政院版本也沒有說清楚。其次，如果時間來得及，也請你回應行政院版本的第 208 條第 4 項，既然有機關鑑定，為什麼第 208 條第 4 項裡面還有當事人自選鑑定的準用？機關鑑定以後，就是機關委託鑑定，為什麼還會有自選鑑定？

最後，伯祥律師最注重的是合法調查的問題，明明是人證，為什麼用書證的調查方法來實踐？大家都同意這是最大的缺點。不過，修正草案，不管是行政院或者是司法院的版本，都有改變這一點，換句話說賦予被告充分的詰問權。但是，行政院的版本第 206 條與第 208 條，還是保守一點，他不贊成司法院的版本。對此，請問你有什麼評價？待會請你發表高見。

先請國能法官將剛才提到的爭議釐清，再請楊院長回應。

彭法官國能：

謝謝曾大法官的指示，回應曾大法官提出的兩個題目。第一個問題，剛剛有提到國民法官法有「國民正當法律感情」這個大帽子，記得之前有一個坊間說法，我覺得這種說法還蠻有說服力的，就是說吃毒品是犯罪，殺人是犯罪，但是吃毒品殺人之後竟然是無罪，這樣合不合理？當然這只是坊間的說法，但確實很具有說服力，一般民眾也聽得懂，會認為這個判決有問題、不合理。問題關鍵在於當時的鑑定報告，認為被告是屬於第 19 條第 1 項的情況，法官據此判決無罪，造成軒然大波。現階段法官也會面臨到同樣的心理壓力，對民眾來講，會覺得殺人犯罪怎麼會沒有事？原來是因為他精神有問題，但如果精神有問題的話，又怎麼知道如何殺人？反而變成若用刑法第 19 條第 2 項規定只是減輕刑度，感覺上還比較平緩一點，用第 19 條第 1 項，就會變得是完全無責任能力而無罪，會是非常大的衝擊。所以，將來實際在運作時，尤其殺人罪是國民法官法規範必審的犯罪，刑度又很重，過程中如果涉及到精神鑑定報告，結果就很有可能是完全不成立、成立第 19 條第 1 項、或成立第 19 條第 2 項的情況。如果是第 19 條第 1 項的情況，很有可能 3 個職業法官可以接受，但是 6 個國民法官沒有辦法接受，因為這與個人的國民正當法律感情沒有辦法吻合，反而是瞭解殺人是犯罪，但因為被告精神有問題，可以判輕一點，讓人比較會接受第 19 條第 2 項，未來實際運作時，勢必也會面臨到這個問題。

第二個問題是刑事訴訟法草案第 206 條，司法院的版本與行政院版本在鑑定報告需要具備的一些基本要件規定的很明確，

如果有欠缺，基本上就會被排除，也就是說能夠拿到法庭上使用的證據，一定要有證據能力。這樣的規定其實是很合理，只是規定項目真的很多，在做鑑定報告時，還需要逐一檢視是否具備第 206 條規定的要件。但是，曾大法官剛才也提及，行政院的本本裡面其實是故意省略掉，如同伯祥理事長特別強調的，鑑定報告一定要經過詰問程序，鑑定人要出庭接受詰問，很多問題就可以迎刃而解。但是，此處暗藏鑑定人可以不用到庭以言詞接受詰問，很技巧地在法條裡面將接受詰問的規定直接拿掉，相信這部分是司法院與行政院第 206 條版本的差異所在。當然，司法院的版本是希望在法庭上能夠透過詰問、解說的程序，讓未來的國民法官，或是現行的職業法官能夠瞭解，甚至是接受鑑定報告的內容，而非動輒就是機關鑑定，動輒就是書面內容，產生的問題只能用書面去詢問與回答，不斷的書面往覆，讓問題一直存在，根本沒辦法解決。未來這個部分，當然會是雙方角力，但以法律人的想法，我會認為既然是鑑定報告，甚至是這份鑑定報告會直接影響到判決的結果，當然有義務、有必要讓參與鑑定的人員到庭進行解說與接受詰問。以上提供個人的意見，謝謝。

曾優遇大法官有田：

謝謝彭法官的說明。在楊院長回應之前，我再稍微釐清兩點：

第一點，鑑定專家在鑑定過程中要不要考量或者接納國民法律感情？雖然國民正當法律感情要把它納進去，但是正當不正當怎麼表現出來？而且國民法律的感情怎麼表達出來？是不是輿論，或者由媒體發表出來？而鑑定專家在鑑定過程中，除了根據精神醫學或者其他生物學、生理學等學理專業進行鑑定，是否還要顧慮到國民法律感情？

第二點，楊院長在文章與剛才簡報裡面講到法庭心理學，在英美的法庭中，檢察官與律師最會表演，這是法庭心理學的內容之一，比手畫腳，要陪審團同情或者贊成等等，鑑定人會不會也有需要說我是鑑定專家，當然如果有名的像李昌鈺這樣的專家，可能他不需要這樣表演。換句話說，所謂法庭心理學有無包括鑑定專家在法庭上陳述的時候，也要這樣比手畫腳或者表情比較豐富一點，可以不可以？適當不適當？謝謝，現在請楊院長回應。

楊院長添圍：

謝謝曾大法官，每一個問題都很銳利。不過我想可以先從最後提問的部分回應，也就是說鑑定專家到底要不要接納或是考慮國民的法律感情？我想對所有鑑定人來講，我們還是本於科學或是精神醫學的事實做生理能力的判斷。就如同醫學診斷，醫學診斷是有其客觀與長期累積的事實基礎，我們可以理解民眾的反應，可是我想鑑定大概是不太可能去把民眾反應作為鑑定結論的一個參考依據。但是民眾的反應可以在什麼時候來呈現？其實會涉及到大法官提到的第二個問題，法庭心理學在英美的發展絕對會涉及到鑑定者的表達。剛才彭法官也講到表達能力，甚至我想也會看到確實在國外有一些是吸引民眾，甚至吸引媒體的能力，我覺得未來一定會有類似的情況。那麼這是不是一個好的發展？我認為不如說它是一個不太容易阻止的發展，但未必是一個好的發展。因此有待未來的專業領域裡面，我們要如何呈現什麼是專業的鑑定人，以及專業鑑定人應有的素養。關於這個部分，我們自己的台灣司法精神醫學會也一直努力。

剛才彭法官也提出很有趣的一點，其實法律感情與常民心理學或法律心理學可能是不同學科，但同樣陳述一些類似的狀

況。我覺得鑑定專家一定要學會一件事情，就是要怎麼將你的專業知識，對於非專業的，甚至是一般的人解釋清楚。其實這個問題在醫學領域已經發生，例如各位去看病，以往的醫生當然說了就算，現在的醫生就要盡量向病患解釋診斷治療，甚至有不同的治療模式，或是可以參考其他意見，這也是我們必須面臨的情況。我毋寧會認為國民參審其實有一個最大的好處，當然它也有可能無法控制的一些發展。而最大好處是如果我們可以除了感情之外，感情應該是精神科醫師最專門的部分，我們也要知道人的判斷能力其實還有更多其他更理性的基礎，如果鑑定專家可以在這樣的論述或者詰問的過程來傳遞這部分，我覺得反而在長期來講，對整個國民的法律素養或是專業素養，其實是有很大的種子跟播種的效益，我覺得這部分反而是可以正面看待。

如同之前有一個犯罪學老師的研究，如果我們把法庭，以及關於被告的所有事實陳述較多，其實一般人與職業法官最後裁判的標準會越來越接近。我覺得這應該是國民法官制度最希望達到的未來目標，但是過程一定會有許多波折跟挫折，但是我覺得每一個做鑑定的應該也要去想，如同你的醫學知識不可能關起門來，只讓自己在專業領域裡面交流，我們一定要跟病人解釋我們的診斷治療方針，以及可以做的選擇，而在這專業鑑定的場合裡面，這個任務也是很類似。雖然有好有壞，但是我覺得這是正面可以去努力的方向。

曾優遇大法官有田：

現在請廖主任檢察官回應。

廖主任檢察官先志：

謝謝曾大法官。我先針對法庭心理學與鑑定人在法庭上的表現回應一點意見。因為我最近正在讀這一塊的資料，不管從英國或美國的資料來看，鑑定人將來如果在法庭上接受詰問，可能事前有必要接受某種程度的心理建設，或者是訓練。我主要講一個實際上的例子，因為我們之前有請過一位亞東醫院的醫師來做模擬法庭的鑑定人，他最後跟我們講他自己曾經有到真正的法庭接受過交互詰問，與模擬法庭比較起來，模擬法庭的強度比起他之前接受交互詰問的強度，強太多了。所以，他覺得如果沒有事先給予一些資訊或者心理準備，他在模擬法庭的交互詰問中表現的可能不是那麼俐落。所以將來這方面，鑑定人可能也需要去多瞭解一些相關資訊。

關於曾大法官指示的題目，首先就偵查中鑑定來加以回應。第一個部分是關於將來偵查中，不管是精神鑑定，或者一般的鑑定，我相信會越來越多，除了我剛剛講的理由以外，現在在這兩院會銜版的第 198-1 條，也已經規範偵查中的被告或者當事人可以請求檢察官選任鑑定人，明白列為被告或者是當事人的權利。所以，我相信將來在這方面的選任鑑定人的情況會越來越常見。至於鑑定結果是不是會送到法庭中作為證據？當然，不起訴就另當別論。如果起訴以後，剛剛所講的第 206 條，不管是行政院版或者是司法院版，會視將來通過的版本而定，它會是一個需要到法庭用口頭說明，還是經過法院認為有需要的時候，例外到法庭口頭詰問，即視將來的通過的版本而定。

最後講到第 208 條的機關鑑定，據我的瞭解，行政院或者是法務部一直對於機關鑑定，認為比較有效率，在絕大部分的狀況下，或許是一個比較不是那麼花錢的制度，而且也會鼓勵更多的人，更多的醫師或者是更多的專家願意出來做鑑定。而如果要委

託個人進行鑑定，也許他就會有很多疑慮。我的理解是，基於這樣的考量，他們儘量希望能夠保留機關鑑定的原貌在整個刑訴的制度裡面，例外才會希望到法庭做補充說明。以上是我簡單的回應，謝謝。

曾優遇大法官有田：

先預告永宏法官，他受調司法院辦事一大段時間，很有貢獻，而且對於國民法官的制度與證據法則的修正出力很多，所以昨天我送給各位的兩個修正草案版本，尤其第 206 條與第 208 條關於證據能力的問題，請永宏稍後為我們總說明，說明範圍包括我剛才拜託其他各位法官、檢察官回應的問題，做一個更清楚的說明。

在尤律師回應之前，我要再說明清楚問題，你在論文裡面認為最高法院 103 年的判決對於證據能力與證明力判斷的界限有一點模糊。現在修正草案的兩院版本第 206 條第 1 項第 2 項做得很好，不管是行政院版本或者司法院版本都沒有人質疑的，換句話說，對於鑑定人的資格，法條要求的很明確。其次，未來有私選的鑑定、自選的鑑定，它公正性與中立性，它那裡面都釐清，尤其在第 198 條第 2 項，它讓你表明出來在提供資料或者要鑑定之前，就要提出來有沒有利益糾葛，有沒有迴避的問題。將來私選鑑定是很重要的議題，尤律師在論文裡面質疑最高法院那一點。

但是，請各位注意司法院版本第 206 條關於證據能力，我發覺為什麼行政院版本不採取，可能有一點原因，請大家仔細看司法院版本第 206 條，以及行政院版本的第 206 條與第 206-2 條。司法院版本的第 206 條第 1 項、第 2 項沒有問題。但是，同條第 3 項幾乎是美國聯邦證據法則第 702 條，通通把它放進去，這個

是證據能力的問題，而美國聯邦證據法則第 702 條也沒有規定要達到詰問程序的時點，才認定有證據能力。但是，現在是司法院版本的第 206 條它具備證據能力，除了美國法，它又加上日本法第 321 條第 4 項跟第 5 項，它是參考該條第 4 項，實際與第 3 項是一樣的，關於這一點，永宏法官最清楚，等一下請詳細的說明。如果兩造書面同意當然沒有問題，就如同第 159-5 條傳聞法則，兩造同意，可以具備證據能力。相對地，如果不同意，到底是具備這些要件就具備證據能力，還是要到言詞陳述，甚至於交互詰問的程度，才具備證據能力？司法院版本的第 206 條第 5 項講，鑑定書面報告如經實施鑑定之人在審判中以言詞陳述，包括言詞說明，不管是解說型的或者前詰問，該書面報告之作成為真正者，得為證據。在本條立法理由中說明所謂「作成為真正」是指：第一，具名者須為實施鑑定之人，不可以由我鑑定而你出名。第二，程式具備中立性等這些事項都要記載在裡面，並非內容證明力的問題。但是要在審判中，我認為行政院不願意同意司法院草案的原因，大概就是「審判中」這句話，而且把它搞得那麼複雜，是不是有關係？

現在請伯祥律師回應。

尤律師伯祥：

謝謝。大法官的問題都很銳利，切中要害。我必須要在這個地方遵循草案第 198 條的精神，先揭露我與司法院版草案的利害關係，因為司法院版的草案在擬定過程裡面，我作為民間的代表有參與，我與李俊億教授有參與草案的草擬，所以裡面有很多條文的文字是反映民間的意見，所以我在這個地方必須要先揭露這一點，讓聽的人先有一個心理準備。

首先向各位說明條文為什麼會這樣規定。有關證據能力的問題，我想一直是鑑定在現行制度上面的大問題。第一個是我剛才講到合法調查的問題，但是合法調查問題的根源就是在於證據能力的寬鬆。目前的鑑定制度裡面，依照我們實務的見解，以及第 159 條的立法理由，我們都認為只要一個鑑定報告是法院或者是檢察官依法囑託或者是選任之後做出來的，就具有鑑定的形式要件，那麼就會落入第 159 條所稱法定傳聞例外的範疇裡，被作為證據來使用。這樣的處理有兩大問題：

第一大問題就在於說前面那一段太寬鬆，所以被選任或者是被囑託來做鑑定的人，到底有沒有鑑定的專業能力，乃至所使用的鑑定方法是否可靠，其實沒有經過審查，這個問題是直接放在後端的可信性及證明力去判斷，所以這是一個很大的問題，導致鑑定的品質不容易穩定，甚至在某些領域裡面可以講說是低落的。不止這一次草案引起矚目的測謊，其實在測謊以外有很多臺灣使用，但是國外我們可以知道是幾乎不會用的鑑定方法，例如聲紋鑑定，美國幾乎沒有一個法庭會把它拿來當成是定罪證據，但是在臺灣卻毫無疑問的就當然成為法庭容許的鑑定方法。另外一個問題就是被當成法定傳聞例外，就導致我剛才所講的在調查上面很容易被當成書證來處理，所以人都不來法庭，就是這兩大問題。

民間的代表參與司法院的刑事程序制度研議委員會，在處理有關鑑定的修正條文的時候，我們針對這兩大問題，原來希望能夠拿出來的一個條文是完全仿照美國聯邦刑事證據規則第 702 條的設計。我們在前端就把鑑定人的能力，以及鑑定人所使用的鑑定方法，乃至於鑑定人有沒有基於充足的資料，有沒有做可靠的涵攝，像這些問題都當成是證據容許性的問題，也就是這個專業

的鑑定人是不是可以到法庭作證的前提條件。如果是在美國的法
庭裡面處理聯邦刑事證據規則第 702 條的規定，這會是一個證據
容許性的問題，因此在審前程序，他們的律師或者是檢察官，會
在審前程序先進行一個審前的聽證，審前的聽證就是專門針對專
家證人到底符不符合第 702 條的規定做一個初步的聽證，法院會
在這個階段做出能否容許這個專家證人進入審判作證的決定。如
果能夠進來，專家證人到法庭作證的時候，類似的問題還是會被
兩造拿出來再問，但是這個時候在陪審團面前或者是在獨任法官
面前，他們要爭執的是可採或不可採、可信或不可信，而不是證
據能力的問題。關於這個部分，我們在刑事程序制度研議委員會
裡面討論的時候，各方意見不一，民間的意見是希望如同聯邦證
據規則第 702 條，將此當作證據能力的要件，但跟官方的意見，
特別是法務部的意見，事實上是處於針鋒相對的狀態，第一關的
部分沒辦法突破。因此，到最後討論的結果是，只要是法院或者
是檢察官，再加上新法裡面的私選鑑定，只要是這三者就可能以
鑑定人的資格進到法庭裡面。

但是，有突破的地方是在法庭傳聞例外的部分，我們可以看
到不管是司法院版或者是行政院版，在這一點上面都算是有突
破。各位可以看到第 260 條，第 4 項、第 5 項條文文字會設計的
這麼奇怪，最主要原因是我剛才講到的因為各方意見不一樣，所
以若要弄出一個能夠出司法院的條文的話，一定要折衷大家的意
見。但是無論如何，文字寫的非常曲折，如第 4 項條文寫到「以
書面報告者，於審判中應使實施鑑定之人到庭以言詞說明。」這
個原因就在於它必須要屈就目前只要鑑定符合形式的要件，也
就是院、檢所囑託委任的，即有鑑定的適格，所以我們只好這樣
寫。但是，重點在於但書「經當事人明示同意書面報告得為證據

者，不在此限。」這就回到傳聞法則運作原理，當事人同意的就可以進來。第 5 項寫的更清楚，「前項書面報告如經實施鑑定之人於審判中以言詞陳述該書面報告之作成為真正者，得為證據。」這就完全回到傳聞法則的運作，所以用的文字為「得為證據」。行政院版到最後寫得更直接，行政院版直接講「不得作為證據」，如果不同意就不得作為證據。上述這種處理方式，都是在傳聞法則的法理基礎上去運作的，所以這一次的司法院版的草案或者是行政院版的草案，有突破的部分都是在傳聞法則上面。

也因為如此，如果依照司法院版第 206 條來運作，回答剛才曾大法官所提到的問題，應該是在準備程序終結時決定證據能力。如果準備程序終結的時候，檢察官或者是辯護人不傳喚他們要出證的鑑定報告做成之人到法庭來用言詞來說明，而其對造也不同意作為證據，那麼法院應該要做無證據能力的裁定，也就是說這個證據不能夠進入法庭。而行政院版第 206 條的部分比較複雜，因為它在第 208 條第 3 項第 2 款跟第 3 款又開了例外之例外，針對機（關）構鑑定開了一個口，所以會比較複雜。如果以行政版第 206 條來講，機（關）構以外的鑑定，當事人如果不同意其有證據能力，不可以作為證據，那麼書面的鑑定報告一樣也會在準備程序終結的時候，法院要下一個裁定，不能夠作為證據。再者，關於行政院版第 208 條第 3 項第 2 款、第 3 款的機（關）構鑑定的部分，我想會這樣規定，應該是因為實務上的問題，目前實務上機（關）構的實施鑑定之人，有很多是躲在機關裡面，不願意到法庭接受交互詰問。事實上，在司法院版本草案的擬定過程，最大阻力也是來自於這種抗拒。在行政院，我想同樣的抗拒與壓力還是存在，所以雖然行政院在第 206 條直截了當講不能夠作為證據，但是在這個地方就開了這個口來適應現狀。

而適應現狀的結果，我認為這使得行政院版的草案本身產生體系上的自我矛盾。同樣都是鑑定報告，自然人所做的鑑定報告就不能夠作為傳聞例外，但是機關鑑定或者機構鑑定做出來的鑑定報告就可以作為傳聞例外。這無論如何都講不通，是自相矛盾的，而且在實際操作的結果會造成例外吞噬原則的危險，因為目前大部分的鑑定都是機（關）構所為，所以這很可能會導致例外吞噬原則。

如果將來在實務運作上面，最後通過的是行政院版的草案，我認為我的與談文最後提出來的建議就還有參考餘地，亦即刑事訴訟法第 164 條「得為證據之文書」要限縮解釋，仿照目前實務在第 159-1 條第 2 項所做的限縮解釋，認為如果實施鑑定之人未到法庭裡面來接受交互詰問，以言詞報告其鑑定意見，其在審判外所製作之鑑定書面是有證據能力，但是未經完足調查，故在審判中需經合法調查，使具有證明力。追根究柢而言，我認為如果要徹底處理將鑑定當作法定傳聞例外所造成的問題，要將其澈底揚棄的話，仍要採司法院版本才是正確，我認為比較好。

我不曉得有沒有完全回答到曾大法官您的問題，如果沒有，請您指示，謝謝。

曾優遇大法官有田：

謝謝，很充分的說明。現在請永宏法官做評論，兩個草案版本都說明，謝謝。

張發言人永宏：

謝謝曾大法官的點名。

第一點，我想現在大家也許比較重視的是刑事訴訟法修正草

案第 161-1 條有關測謊的證據能力部分，這也是媒體報導比較多的地方。但是事實上草案針對其他部分的規定蠻有趣的，也就是說即使承認測謊是鑑定的一種，但司法院與行政院都對鑑定的證據能力採取了非常保留的態度，只是採取了不同的方式呈現。另外，針對所謂的例外的情形，也有不同的處理方式。簡單地說，一般鑑定是在第 206 條，而機關鑑定是在第 208 條。首先，剛才尤律師已經講得很清楚，針對證據能力的部分，司法院與行政院都有一些保留，應該說針對一般鑑定，行政院用的手段比司法院還狠，基本上除了第 159-5 條的情形之外，就完全沒有證據能力，這個部分稍後我再綜合討論。

司法院的態度則是採取一個比較寬鬆的立場，也就是說除非經過當事人同意，或者到庭陳述文書作成的真正，有這兩個例外條件存在，才例外取得證據能力。在某個角度來說，有關證據能力的限制，司法院的版本較行政院版本為多。就整體而言，這兩個版本都是把證據能力在鑑定的部分做了比現在第 159-1 條至第 159-5 條為嚴格的限制。尤其是我們的現狀是針對司法體系（法官或檢察官）發動的鑑定，原則上都承認其證據能力。只有在鑑定內容沒有陳述鑑定經過及其結果的情形，如最高法院 93 年台上 6562 號以及後面的相應的判決認為，如果鑑定經過及其結果沒有陳述在鑑定意見書當中，例外不會有證據能力，否則會把它視為是第 159 條之法律另有規定的情形，而當然有證據能力。

回頭來看這兩個草案，從這個角度而言，等於是把一個本來被大家捧得很高，很重視，覺得很了不起的鑑定，一口氣降格成比起其他的筆錄，比起其他的傳聞證據都還不如的鑑定。因為其他的筆錄傳聞證據都還可以用第 159-1 條至第 159-4 條去獲得例外的證據能力，但是鑑定不管是司法院版本或者是行政院版本，

都無法就此例外地取得證據能力，從某個角度來說，鑑定的證據能力是從天堂掉到地獄，從一個一路開綠燈基本上很難會跌倒的一個證據能力，變成現在基本上要獲得當事人同意的情形。當然，司法院的版本會多一些例外。

第二點，司法院版本（第 206 條第 5 項）裡面「前項書面報告如經實施鑑定之人於審判中以嚴詞陳述該書面報告之作成為真正者，得為證據」，說明理由中提到是參考日本刑事訴訟法第 321 條第 3 項與第 4 項去作規定，但是我們可能要先瞭解日本法如何去解釋。日本刑事訴訟法第 321 條第 3 項其實是勘驗筆錄的證據能力，而第 321 條第 4 項，才是鑑定準用勘驗筆錄的規定「如果陳述其作為真正得為證據」。所以，針對這個部分，我們在證據能力的體系架構上面，是否可以跟日本完全採用同樣的解釋方式，我恐怕沒有辦法馬上可以得出一個肯定的答案。

第三點，剛才尤律師有稍微提到，在此我做一個簡單的說明。在第 208 條機關鑑定的部分，可以看得出來，我前面對第 206 條的評價是行政院比司法院更狠，但是一碰到機關鑑定的時候，行政院又比司法院軟非常多，這是一個蠻有趣的現象。司法院雖然在條文總說明裡面提到機關鑑定也是要找當事人到場，但是在第 208 條的條文裡面沒有很明確的規定。後來我請教調辦事的楊法官，他說這不是他寫的，是另一位李法官寫的，但是他也跟我解釋司法院的版本是第 208 條準用第 206 條。換言之，剛才提到的要到場，第 206 條第 5 項的規定可以被援用進去，所以針對這樣的情況下，可以達到同樣的效果。當然立法技術上是否可以做的更明確，以免引起誤會，我想都是還可以再討論的地方。但是，如果這個解釋沒有錯誤的話，那麼第 208 條在司法院的版本裡面，不管是機關鑑定，或者是一般鑑定，實施鑑定之人需要

到場，如果不到場陳述，除非當事人同意，否則鑑定報告沒辦法取得證據能力。

依照這個解釋，機關鑑定與一般鑑定一致的。但是，我認為為行政院版本有趣的是，他做了一個機關鑑定表面上沒有證據能力，但是基本上實際運用起來全部都會有證據能力的做法。理由很簡單，各位可以看到條文（行政院版修正草案第 208 條第 3 項）裡面有劃線的地方，第 1 項之書面報告，有下列情形之一者得為證據：

第 1 款：當事人明示同意，這是與第 159-5 條相同，看起來沒什麼大問題，好像也與第 206 條的態度是相同的。

第 2 款：依法具有職掌鑑定業務之機關所實施鑑定。如果要以此標準來說，臺灣的機關鑑定，尤其是司法機關所囑託的機關鑑定，絕少是沒有職掌鑑定職務業務之機關所實施的鑑定。舉例來說，例如刑事警察局、法務部調查局、法醫研究所，或者是金管會，以及行車事故鑑定委員會，這些機關全部都有鑑定執照。從這個角度來講，第 2 款他們當然有證據能力，絕對不可能沒有證據能力，不管怎麼爭執都沒有用。這個比起我剛才引用的最高法院見解還要高段，這已經是無例外的准許。

第 3 款是經主管機關認證之機構所實施之鑑定。我不知道此處所謂的主管機關是指誰，如果主管機關是指司法院或者是法務部，那就很有趣了。我想曾大法官，以及院方的學長大概都知道，司法院會針對一些鑑定機構，擬定鑑定人名單，例如針對工程、藥害，或者是毒品，分別要找哪一位鑑定人進行鑑定。司法院有一個鑑定的名單，我們可否認為這些鑑定名單就是主管機關認證之機構？舉例而言，SGS 都有拿到主管機關認證的鑑定，它就是一個合宜的鑑定機構。如果此處的主管機關不受限，而且認

證並沒有一個很明確的定義，我不敢猜測有什麼惡意，但是舉例來說，如果今天只要我大開方便之門，以主管機關之身份到處認證鑑定機構，這些鑑定機構通通都有證據能力。我們現行的制度是綠燈，偶爾會閃黃燈的機關鑑定，未來就是以一片綠燈，沒有辦法擋住的鑑定。

所以，我覺得行政院的版本表面上一般鑑定、機關鑑定似乎都是原則上沒有證據能力。但是回過頭來說，就像剛才尤律師所提到的一般鑑定與機關鑑定在真正運作上面會出現非常大的不同，未來的機關鑑定不只是綠燈、偶爾閃黃燈，而是全面綠燈。我想這是行政院版本裡面，需要點出來的一個地方。

回過頭來講第 198-1 條第 3 項，不管是司法院版本或者是行政院版本，基本上都贊同私人鑑定是沒有問題的。我認為如果是被告、或者辯護人去委任的鑑定，即使是現在都並不會有很大的問題，因為它本來就是一個消極證據或者是彈劾證據，基本上這個證據並不會因此就完全不為法院所斟酌。如果有法院認為對於私人鑑定一律不斟酌，基本上這個立場已經被最高法院認為是搞錯了，我覺得這部分不會有太大問題。但是，有兩個地方可能會有问题：

第一個問題是，其實剛才已經有先進提到，如果今天要去揭露這些相關的事證，對於私人鑑定來說，可能就會有一些疑慮，也就是說我今天去跟你講說，我跟被告或者是自訴人、代理人的關係，第 198 條第 2 項規定必須要揭露這些資訊，而揭露的這些資訊，對於未來的證據能力判準會不會有影響？

第二個問題是所謂的私鑑定，各位可以想像的是被告、辯護人的鑑定，但是條文第 198-1 條第 3 項用的是「當事人」，這就很有趣，當事人當然包含檢察官，換言之，在審理過程當中，檢

察官也是可以自行送鑑定。當然，站在當事人武器平等的角度來講，辯護人、被告都可以申請鑑定，為什麼檢察官不行？但是，這會碰到一個問題，請問檢察官可否鑑定留置？檢察官可否發動任何的強制處分權？這又會涉及另一問題，亦即檢察官在審理階段還有沒有強制偵查權，抑或是只剩下任意偵查權？再者，檢察官在起訴之後做這麼大的一個補充調查，在訴訟構造上，到底是不是一個合宜的選擇？我想這些都是第 198-1 條第 3 項，我們可以想像得到引發出來的其他問題。以上是我針對第 198-1 條，以及第 206 條、第 208 條這幾個部分提出來的一點淺見，請各位先進指正，謝謝。

曾優遇大法官有田：

非常謝謝各位踴躍的發言。現在簡單結論本次討論如下：

第一點，本系列論壇的目的是要發掘問題，提供建言來幫助完善司法制度，幫助司法的運作更正確。我想今天不管書面或者言詞方面的建議，都可以做這兩方面的貢獻。

第二點，沒有人會說現行的鑑定制度是完善的、完備的，以及符合現在的刑事訴訟結構的，所以修正是必然的。那麼現在出現不同的草案版本，我們希望未來立法院會斟酌再三，趕快修成一個進步且合理的鑑定制度。

今天的論壇就到這裡結束，謝謝各位。

廖前部長正豪：

謝謝大家，辛苦了！