

司

Richter

法官
檢察官

月旦



律師

Anwalt

律評

本月專題

用生命工作？談影視工作者的勞動困境
勞動事件法第38條施行兩年後之實務趨勢觀察
新創事業人力佈局

林佳瑩、鄭人豪
沈以軒、林栗民
蔡晴羽

司律評台

占有輔助人怎麼認定？
我國體育仲裁制度評析
論國民法官法案件應如何進行鑑定之調查
從相當理論及客觀歸責理論
分析內線交易罪交易行為直接利得之結算
期待「司法智識庫」整裝再出發

湯文章
范瑞華、陳儷昕
尤伯祥
方伯勳
吳詩敏

誰說法治

新律師法的實踐與期待
修復不修復？
新修正「律師倫理規範」與
「律師推展業務規範」之重要變革
論原住民無償取得原住民保留地所有權之期待權保障問題

陳彥希
李念祖、廖崇巖
許雅芬
丁俊和

律師智匯

在競爭中合作——策略聯盟常見之交易型態及議題
舉證方法是否以法規或行政機關函釋所列为限
營業秘密刑事被害人訴訟實務困境

吳梓生、林冠亨
蔡朝安、王萱雅
范振中



論國民法官法案件 應如何進行鑑定之調查

尤伯祥

義謙法律事務所
主持律師

目次	壹、前言	參、國民法官法案件之鑑定調查
	貳、目前刑事訴訟實務之鑑定調查	肆、結語

壹、前言

大多數有訴訟實務經驗的律師都知道，目前實務日益倚賴鑑定，鑑定結果往往是訴訟成敗之關鍵。鑑定結果若屬有利，固然常如吃下定心丸，但若屬不利，則烏雲罩頂，前途多艱。由於現行刑事訴訟法（下稱刑訴法）採取卷證併送，加上最高法院向來認為審判外之鑑定書面係法定傳聞例外，因此法院常以宣讀審判外之鑑定書面而非傳喚鑑定人當作調查鑑定之方法（詳後述），當事

人、辯護人則因應法院的調查方法而以鑑定書面之內容作為攻防重點。儘管鑑定其實是人之證據方法，但實施鑑定之人到庭接受交互詰問之情況，於目前實務其實難稱普遍。

對鑑定的倚賴，當不因國民法官的參與審判而有改變。惟，國民法官法（下稱本法）採取卷證不併送，迥異於刑訴法所採卷證併送，為利國民法官參與而力行集中審理，也與實務分割審理的現狀截然不同。目前實務將鑑定書面當作書證調查之方式，是否能因襲於本法案

件？若否，則鑑定人及鑑定書面於本法案件應如何調查？不僅攸關本法案件對鑑定人及鑑定書面之調查，能否符合正當法律程序下嚴格證明法則之要求，亦涉及被告能否受到實質有效之辯護乃至公平之審判，實有探討之價值。

貳、目前刑事訴訟實務之鑑定調查

由於本法僅在第73條第1項規定鑑定人由聲請方進行主詰問，並未因應卷證不併送而有進一步規定，因此依同法第4條之規定，無論是偵查階段所為鑑定報告之證據能力、審判階段之實施鑑定乃至鑑定人之詰問，胥依刑訴法之規定。因此，本法案件對鑑定之調查，仍依照刑訴法之規定實施與進行。故，本文有必要先分析實務對鑑定相關規定之詮釋，俾作為探討鑑定人及鑑定書面如何於本法案件調查之基礎：

一、刑訴法之鑑定人與英美法上之專家證人，並無本質上之差異

刑訴法所規定之鑑定有兩種，其一是第198條所規定之自然人鑑定，其二是第208條第1項所規定之機關鑑定。無論是自然人鑑定或機關鑑定，實施鑑定之人均須就鑑定事項有特別知識經驗（包括技術、訓練、教育、能力等專業資格），

始得就無關親身經歷之待鑑事項，陳述或報告其專業意見，以供法院審判之參酌依據¹。

因此，無論是自然人鑑定或機關鑑定，稽其實質，與英美法上憑其專業知識、技術等專家資格，就待證事項陳述意見之專家證人（expert witness），均係借重特定領域專家提供專業意見，以幫助法院理解證據或判斷待證事實之存否²，其實都是人之證據方法，並無本質上之差異³。

二、審判外之鑑定書面只要記載鑑定經過及結果，即屬法定傳聞例外，而得作為書證調查，致對鑑定人之交互詰問並非普遍

實務一向認為，鑑定人或鑑定機關、團體，既經由法院、審判長、受命法官或檢察官視具體個案之需要而為選任、囑託，並依同法第206條之規定，提出言詞或書面報告，自屬同法第159條第1項所稱「法律有規定者」而得作為證據之情形，為例外具有證據能力之傳聞證據⁴，至於鑑定報告之證明力如何，則由法院本於確信自由判斷⁵。簡言之，只要該等審判外之鑑定書面具備刑訴法第206條第1項及第208條之形式要件（記載鑑定之經過及其結果），原則上就能成為法定傳聞例外而有證據能力，並依實務向來見解，成為刑訴法第165條第1項

所稱卷宗內可為證據之文書，得以由審判長以宣讀或告以要旨之方式調查。從而，法院縱未傳喚實施鑑定之人到庭接受被告之反對詰問，仍得採用其審判外之鑑定書面作為不利認定之依據。實務上，由於種種現實的因素，專家普遍抗拒到庭接受反對詰問。將審判外鑑定書面當作法定傳聞例外之實務向來見解，可謂為困處專家傳不來、拘不得之窘境中的法院，打開一條突破窘境的康莊大道。

雖然刑訴法第206條第3項規定，鑑定人以書面報告者，於必要時得使其以言詞說明，但即使鑑定書面之內容已有疑義而有必要請實施鑑定之人釋疑，法院通常寧可就疑義一再函詢鑑定人或鑑定機構，進而同樣將函覆當作書證調查，以免落入傳不來、拘不得之窘境裡。辯方即使欲對實施鑑定之人進行反對詰問而聲請法院傳喚，法院也常以函詢代之，並進而以此為由認為沒有傳喚之必要，這對被告防禦權之行使常有重大不利之影響。

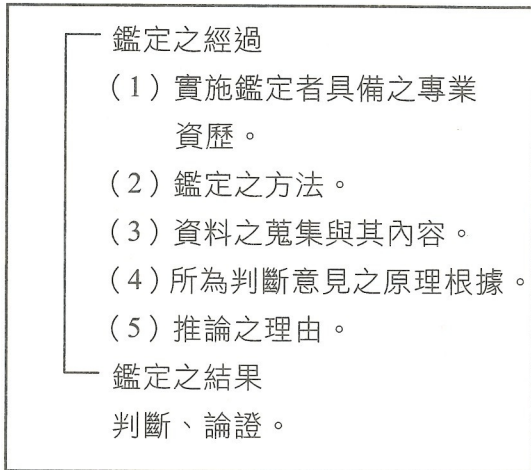
綜上，雖然刑訴法第166條第1項前段：「當事人、代理人、辯護人及輔佐人聲請傳喚之證人、鑑定人，於審判長為人別訊問後，由當事人、代理人或辯護人直接詰問之。」及第208條第2項：「第一百六十三條第一項、第一百六十六條至第一百六十七條之七、第二百零二條之規定，於前項由實施鑑定或審查

之人為言詞報告或說明之情形準用之。」已規定實施鑑定之人到庭以言詞報告時，應以交互詰問之方式進行，但實務上對鑑定人之交互詰問其實並不普遍。

三、最高法院對鑑定經過及其結果所要求之記載範式，看似嚴謹，實則寬鬆

最高法院稱鑑定之經過及其結果為鑑定書面之法定記載要件，並表示此等法定要件之記載若有欠缺，法院即應命鑑定人或鑑定機構補正，否則該鑑定書面即因欠缺法定記載要件而無證據能力⁶。至於鑑定書面應如何記載鑑定經過及結果，始能謂已記載法定記載要件，最高法院則揭示：「所謂鑑定之經過，指實施鑑定之程序與步驟，包括（一）實施鑑定者具備之專業資歷、（二）鑑定之方法、（三）因鑑定之必要而為資料之蒐集與其內容、（四）所為判斷意見之原理根據、（五）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。又鑑定書倘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。」⁷之範式，如下圖示：



美國聯邦證據規則第702條：「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.」要求專家意見須：

- (1) 出於適格之專家；
- (2) 基於充分的事實或資料；
- (3) 使用可靠的原則或方法；
- (4) 專家將上述原則或方法，可靠地應用在本案事實；
- (5) 專家之意見有助於理解證據或判斷待證事實；

始得於審判時到庭證述意見 (may testify in the form of an opinion)⁸，與最高法院要求之鑑定經過及結果的記載範式雖相仿，但實則美國聯邦證據規則第702條比最高法院之要求嚴格。

蓋我國之鑑定書面只需依照最高法院要求之範式記載鑑定經過及結果，而「足供法院及當事人檢驗該鑑定意見之判斷與論證」，即具備法定要件而有證據能力。至於鑑定人之適格與否？使用之方法及所根據之原理是否可靠？蒐集之事實或資料是否充分？是否可靠地將其使用之方法及原理應用於蒐集之事實或資料？等事項，均屬證明力判斷之範疇，並不影響鑑定書面之證據能力，故最高法院對鑑定經過及其結果之記載標準，看似嚴謹，實則寬鬆。從而，即使鑑定人使用之鑑定方法或原理尚未通過專業社群同儕之檢驗，或普受專業同儕質疑，甚至被公認為垃圾科學 (Junk Science)，但在我國仍能以鑑定書面之形式長驅直入法庭。上述極易滿足的寬鬆標準，使鑑定書面得以輕易成為傳聞例

外，鑑定人則因此得以不到庭接受詰問之挑戰與質疑，鑑定之瑕疵往往不易辨明，法院因而採用而致誤判甚至冤案之風險，殊不容小覷。

四、刑訴法上沒有專家證人制度，但是實務創設了作為彈劾證據的辯方專家證人

雖然鑑定人之本質與英美法上之專家證人無異，但不同於英美法上兩造當事人有權傳喚專家證人到庭作證，我國刑訴法第198條及第208條所定得選任鑑定人或囑託機關鑑定者，限於審判長、受命法官或檢察官，被告於審判外自行選任專家或囑託機構進行之私鑑定，並非法定證據方法⁹。除非聲請法院同意選任該專家為鑑定人或囑託該機構鑑定，否則該專家並無在法庭陳述意見之法律上地位；其於審判外製作之鑑定書面除非獲得檢察官同意，否則無證據能力¹⁰。準此，我國刑訴法上並無專家證人，被告並不能如英美法之當事人般自主傳喚專家到庭，為其提供有利之專業意見證言。

然而，最高法院向來認為，所謂「彈劾證據」，係指消極地作為爭執（即彈劾）證人陳述憑信性或其他證據證明力之證據資料，因其並非用以積極地證明犯罪事實存在之實質證據，故不受嚴格證明法則之拘束¹¹，不以具有證據能力為必要¹²。準此見解，最高法院進一步認為，

縱然非由法院或檢察官指定，而係被告自行選定之專家所提出之意見，雖非法定證據方法而不能作為傳聞例外，但仍許憑為彈劾證據¹³。進而，若被告提出其自行選定之專家所為書面意見，並據以聲請傳喚該名專家到庭陳述意見，則雖該書面意見並無證據能力，但若該書面意見確可彈劾案內不利證據之憑信性或證明力，則事實審法院仍應予調查、斟酌，甚至傳喚到庭陳述，否則即有調查未盡之違誤¹⁴。影響所及，儘管刑訴法上並無專家證人，但實務上早已有作為彈劾證據之辯方專家證人於個案中到庭陳述¹⁵。

參、國民法官法案件之鑑定調查

以上述實務在卷證併送之制度環境下形成之鑑定操作規則為基礎，以下嘗試探討於本法卷證不併送、集中審理之作業環境下，鑑定書面及鑑定人應如何進行調查：

一、偵查階段所為鑑定書面，應如何於國民法官法庭調查？

如前所述，依最高法院迄今之穩定見解，鑑定人或鑑定機構於審判外製作之鑑定書面，只要依照最高法院要求之寬鬆範式記載鑑定經過及結果，即屬法定傳聞例外，而得作為書證調查。

雖然檢察官於偵查階段選任鑑定人或囑託鑑定機關所為之鑑定書面，通常能按最高法院之寬鬆範式記載而成為法定傳聞例外，進而依實務向來見解作為書證調查。惟，在本法卷證不併送之作業環境下，法院於審判期日前不得接觸卷證。審判期日前雖應行準備程序，並於準備程序終結前，依本法第62條第1項就當事人聲請調查證據之證據能力有無為裁定¹⁶，但當事人聲請調查證據時不得使法院接觸證據之內容¹⁷。準此，於檢察官聲請調查偵查階段所為鑑定書面之情形，除非閱覽該書面內容或由檢察官當庭宣讀之，否則法院無從瞭解其是否已記載鑑定經過及結果而得作為傳聞例外。然而，無論是閱覽或宣讀，都將違反法院不得於審判期日前接觸卷證之原則。因此，只要辯方爭執鑑定書面之證據能力，法院既無從閱覽該書面俾判斷是否已依法記載鑑定經過及結果，即難為判斷證據能力有無而依本法第62條第4項：「法院於第一項、第二項裁定前，得為必要之調查。但非有必要者，不得命提出所聲請調查之證據。」進行調查。

此際，法院既難以認定該審判外鑑定書面有證據能力，應認檢察官有必要依刑訴法第206條第3項：「以書面報告者，於必要時得使其以言詞說明。」之規定，聲請傳喚實施鑑定之人於審判期日到庭以言詞說明並當庭提出其鑑定書面，法院則應依本法第62條但書：「但就證據能力之有無，有於審判期日調查

之必要者，不在此限。」之規定，於實施鑑定之人到庭說明後，據其所述就其鑑定書面之證據能力有無作成裁定。其經法院於審判期日裁定有證據能力且有調查必要性者，檢察官始得依本法第74條第1項及第3項之規定，在國民法官法庭宣讀該鑑定書面或告以要旨。

另一方面，如前所述，最高法院向認彈劾證據不以具有證據能力為必要。若辯方認為前述偵查階段所為鑑定書面屬有利辯護之證據而聲請調查，法院只須裁定該鑑定書面有調查必要，辯方即得依第74條第1項及第3項在國民法官法庭宣讀或告以要旨。惟，鑑定事涉專業，鑑定書面之內容往往複雜難解，而在本法卷證不併送、集中審理的審判環境下，兩造向法庭密集提出證據，法庭接觸每一證據的時間有限，實難期待國民法官法庭僅憑辯方之宣讀，即能理解進而採信鑑定書面之意見。因此，對國民法官法庭而言，宣讀鑑定書面其實是複雜難解的證據調查¹⁸，並非立法者所期待之眼見耳聞即得明瞭的調查方式¹⁹。從而，若辯方評估認為偵查階段之鑑定書面係其重要之證據方法，則宜主張有依刑訴法第206條第3項傳喚實施鑑定之人到庭以言詞說明之必要。

二、現行審判實務就鑑定書面之疑義，一再函詢鑑定人或鑑定機構的作法，是否沿用於本法案件？

基於以下理由，答案應屬否定：

首先，本法既力行集中審理，自難在進入審判階段後再事函詢而延長審理期日。

其次，縱於準備程序函詢，惟，無論是當事人聲請函詢之問題或函覆之內容，均以鑑定書面之內容為基礎，法院難免因此於準備程序即接觸鑑定書面之內容。

第三，如前分析，於辯方爭執偵查階段鑑定書面證據能力之情形，檢方既有必要傳喚實施鑑定之人到庭說明，則對鑑定書面之疑義自得於其到庭時以言詞澄清，殊無必要再事函詢，反而平添函覆是否為法定傳聞例外之疑義。

三、辯方可否於本法案件聲請傳喚專家證人？

如前所述，刑訴法上沒有專家證人制度，但是實務基於最高法院認為彈劾證據無需具備證據能力之見解，創設了作為彈劬證據的辯方專家證人。

上述最高法院見解既未因應本法而有所變更或限制，則辯方於本法案件自仍得聲請傳喚專家證人，尤其本法第90條第1項既明定當事人、辯護人於二審原則上不得聲請調查新證據，則一審法院就辯方此項聲請之必要性的審查，自不宜過於嚴格。惟，由於法院不能於準備程序接觸偵查階段鑑定書面或辯方專家之意見，對兩造傳喚專家之聲請，僅能

據準備程序書狀所載待證事實及聲請理由來判斷，因此辯方聲請傳喚專家證人時，為利爭取法院准許，除準備書狀應具體敘明專家證人得證明之待證事實暨待證事實何以有必要調查外，最好事先請專家依照最高法院之標準出具記載鑑定經過及結果之意見書，作為本法第55條第1項第2款所稱聲請傳喚之證人「於審判期日前陳述之紀錄」或「記載預料其於審判期日陳述要旨之書面」，並向檢察官開示，以減少檢察官因不知專家將表示之意見而無從理解調查必要與否，進而反對傳喚之可能。

四、法院可否依聲請或依職權進行鑑定？

當事人，特別是辯方，得依本法第4條及刑訴法第161條之1、第198條及第208條等規定，於準備程序聲請法院選任鑑定人或囑託機關進行鑑定²⁰，當無疑義。

應值注意者，由於最高法院在104年度台上字第2268號刑事判決表示：「被告行為時之心神狀態如何，有無因精神障礙或其他心智缺陷，而足以影響其責任能力之情形，攸關其行為是否不罰或得否減輕其刑，而被告於審判時有無心神喪失之情狀，亦關涉法院應否依刑事訴訟法第294條第1項規定停止審判，自均屬對被告利益有重大關係之事項。即使被告未聲請調查，法院亦應依職權善

盡其調查職責，以兼顧發見真實並維護被告在訴訟上之合法權益，不受被告本身所為意見陳述之拘束。」之見解，雖然本法基於公平法院之精神，貫徹當事人進行原則，由當事人主導證據調查，但依照最高法院上開見解，即使辯方未聲請，若有必要，法院仍應依職權鑑定被告於行為時及審判時之精神狀態，並得為此依刑訴法第203條以下之規定，使用鑑定留置票將被告送入醫院或其他適當之處所。

於法院依當事人聲請而為鑑定之情形，實施鑑定者通常會製作鑑定書面並檢送法院。法院雖得通知兩造閱卷，但仍受不得事先接觸證據原則之限制，因而不能判斷該鑑定書面是否依最高法院之要求記載鑑定經過及結果而可為法定傳聞例外。此際，法院應曉諭聲請鑑定方傳喚實施鑑定之人到庭言詞說明並當

庭提出鑑定書面。至於法院依職權鑑定被告就審能力之情形，雖因就審能力並非實體事項，法院似無須受不得事先接觸卷證之限制，但就審能力既係對被告進行審判之前提，則法院自應在國民法官法庭組成前，就鑑定經過及結果進行調查，並宜為此傳喚實施鑑定之人到庭說明。

肆、結語

根據本文以上分析，由於本法採取卷證不併送及力行集中審理，本法案件將無法因襲目前實務以鑑定書面取代實施鑑定之人到庭接受交互詰問之普遍作法，而應回歸鑑定是人之證據方法之本質，以傳喚實施鑑定之人到庭說明鑑定經過及結果為原則。♣

註釋

1. 就此可參最高法院96年度台上字第5856號刑事判決：「選任鑑定人雖屬審判長、受命法官或檢察官之職權，惟依刑事訴訟法第一百九十八條規定，應就鑑定事項有特別知識經驗者，或經政府機關委任有鑑定職務者，選任充之。所謂經政府機關委任有鑑定職務者，亦係指對於該鑑定事項有特別知識經驗者而言，並非謂一經政府機關委任，即對於任何非其專長之事項，亦得為鑑定。」
2. 就專家證人之定義，可參美國聯邦證據規則第702條(a)：「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;」

3. 最高法院在97年度台上字第4697號刑事判決：「英美法上憑其專業知識、技術等專家資格就待證事項陳述證人意見之專家證人，則為我國刑事訴訟法所不採，析其依憑特別知識經驗而陳述或報告其專業意見之本質以觀，亦屬我國刑事訴訟法上鑑定之範疇，自應適用鑑定之規定。」及98年度台上字第949號刑事判決：「我國現行刑事訴訟法採行之鑑定制度，與英美法之專家證人（expert witness）固同係借重某專業領域上之意見，使有助於事實審判者就待證事實作成判斷，然兩者訴訟體制不盡相同，證據能力有無之認定，尚有差異」均肯認英美法上之專家證人，與我國法上之鑑定，就均係專家依憑特別知識經驗而陳述或報告其專業意見而言，本質相同。
4. 最高法院106年度台上字第182號刑事判決參照。
5. 最高法院102年度台上字第1400號刑事判決：「法院或檢察官依刑事訴訟法第二百零八條規定囑託醫院、學校或其他相當之機關、團體為鑑定時，祇須其以言詞或書面提出之鑑定報告，符合合同法第二百零六條第一項、第二百零八條所規定之形式要件，即具有證據能力，此即屬刑事訴訟法第一百五十九條第一項所稱『法律有規定』之特別情形。而受託從事鑑定之機關、團體提出之鑑定報告，其證明力如何，則由法院本於確信自由判斷，如其所為判斷，並不違背經驗法則及論理法則，即不得指為違法。」
6. 最高法院106年度台上字第403號刑事判決：「刑事訴訟法第206條第1項規定：『鑑定之經過及其結果，應命鑑定人以言詞或書面報告』。又依同法第208條第1項前段規定，準用第203條至第206條之1，可知鑑定報告書若僅簡略記載鑑定結果而未載明鑑定經過，即與法定記載要件不符，法院自應命受囑託機關補正，必要時並得通知實施鑑定之人或審查之人以言詞報告或說明，否則，即無證據能力。」及同院106年度台上字第403號刑事判決：「上開環保署檢測報告，縱屬檢察官囑託鑑定，但是100年12月14日函文所附檢測報告，只有元素半定量分析、閃火點之檢測值及檢測方法記載……102年4月3日函亦只有廢棄物氫離子濃度（pH）、元素半定量分析之檢測值及檢測方法之記載……均沒有鑑定經過之說明，與鑑定報告之法定記載要件不完全相符。究竟上開檢測如何鑑定，原審沒有調查釐清，遽認有證據能力，尚嫌速斷。」
7. 請見最高法院103年度台上字第881號刑事判決。
8. 最高法院98年度台上字第949號刑事判決：「英美法制之專家證人，由當事人舉證，專家證人必須到庭，且在庭陳述意見之前，首須通過法官為適格與否之審查，必通過適格審查，其專業意見之陳述始具證據能力。而我國現行刑事訴訟法第一百九十八條定有授權選任鑑定人之明文，凡由法官或檢察官選任之鑑定人或鑑定機關，即適格充當鑑定人，且第二百零六條並容許鑑定人（機關）以書面報告鑑定經過及結果，僅於斟酌證據證明力之必要，始須到庭說明，與專家證人法制，迥然不同。」
9. 最高法院108年度台上字第3078號刑事判決：「惟系爭鑑定因非由檢察官或法院依刑事訴訟法第208條規定囑託做成，而屬被告以外之人於審判外之書面陳述，不能認係該法所定之證據方法。」
10. 最高法院99年度台上字第2618號刑事判決：「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，是就此鑑定人出具之鑑定意見書，倘為訴訟兩造之當事人……於審理中（無論準備程序或審判程序）一致同意作為證據，……若無任意性或外在附隨環境、條件限制之疑慮，允宜認屬適格之證據」
11. 司法院釋字第582號解釋文第2段：「刑事審判基於憲法正當法律程序原則，對於犯罪事實之認定，採證據

裁判及自白任意性等原則。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。」

12. 最高法院表示此等見解之判決汗牛充棟，例如最高法院109年度台上字第3750號刑事判決：「所謂『彈劾證據』，係指消極地作為爭執（即彈劾）證人陳述憑信性或其他證據證明力之證據資料，因其並非用以積極地證明犯罪事實存在之實質證據，故不以具有證據能力為必要。」另可參同院107年度台上字第2049號刑事判決：「按於審判期日證人所為陳述與審判外之陳述相異時，可提出該證人先前所為自我矛盾之陳述，用來減低其證言之證明力，此種作為彈劾證據使用之傳聞證據，因非用於認定犯罪事實之基礎，不受傳聞法則之拘束。因此，被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，雖不得以之直接作為證明犯罪事實存否之證據，但非不得以之作為彈劾證據，用來爭執或減損被告、證人或鑑定人陳述之證明力，供法院審判心證之參考。」
13. 最高法院99年度台上字第2618號刑事判決：「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。」
14. 最高法院99年度台上字第5926號刑事判決：「惟甲○○抗辯……等語，並提出武○生教授之陳述意見書為證，且請求傳喚專家證人武○生，調查……原審亦認本案涉及美國證券市場之專業知識，有請專家提供意見之必要，於九十八年四月二十四日發函給司法院『法院審理重大金融犯罪案件諮詢小組』，詢問……。然原審未傳喚專家證人為調查……卷內亦查無上揭諮詢小組之回覆意見，……即認上訴人等以使人誤信之方法出售EU○公司股票以獲取暴利，亦有理由不備及調查職責未盡之違誤。」及同院101年台上字第6326號刑事判決：「若未經法定選任、囑託程序，該『評估報告』自仍應受傳聞法則之規範。苟無刑事訴訟法第一百五十九條之一至第一百五十九條之五傳聞法則例外情形，事實審法院雖非不得以證人或專家證人身分傳訊製作之心理師到案，命其具結後說明，但在未踐行該程序前，依刑事訴訟法第一百五十九條第一項規定，仍無證據能力。」
15. 早於臺灣臺東地方法院87年度訴字第129號刑事判決即已可見專家證人，其後臺灣高等法院93年度囑上更（一）字第2號刑事判決內亦有專家證人，而臺灣高等法院96年度上訴字第2092號刑事判決則已見被告聲請傳喚之專家證人到庭作證：「訊之被告等亦均坦言知悉國有林地不能擅自砍伐。且被告等人聲請傳訊之專家證人丙○○亦到庭證稱：……等語，益徵被告等人確實知悉其等竊取檫木之行為係屬觸法，自不得僅以部落會議決議為由免除刑責。」另最高法院96年度台上字第5856號刑事判決及臺灣高等法院96年度囑上更（二）字第1號刑事判決均肯認李昌鈺博士得作為辯方專家到庭作證。
16. 本法第62條第1項：「法院應於準備程序終結前，就聲請或職權調查證據之證據能力有無為裁定。但就證據能力之有無，有於審判期日調查之必要者，不在此限。」
17. 可參本法第62條立法理由第五點：「法院依第四項為調查，均僅得就證據能力或調查必要性有無之程序事項為調查，不得涉及各該證據之實體事項，自屬當然。為貫徹此一意旨，爰規定非有必要者，不得直接命提出該聲請調查之證據本身，以減少法院於證據調查程序前事先接觸證據內容之機會。」
18. 本法第45條立法理由第三點：「難以期待國民法官、備位國民法官對於複雜難解之證據調查……能夠輕易理解。」
19. 本法第43條立法理由第三點：「證據資料……檢辯雙方以眼見耳聞即得明瞭之方式主張，讓法官與國民法官經由審判庭的審理活動，即可形成心證。」

20. 若辯方於準備程序聲請法院就檢察官保管或扣押之物進行鑑定，則因尚未進行證據調查程序，檢察官尚未將扣押或保管之物作為證物提出於法院，辯方聲請鑑定之物並非法院持有或管領，審判長或受命法官即無從依刑訴法第203條第2項之規定將關於鑑定之物，交付鑑定人進行鑑定。就法院於此種情況下，得如何就該物進行鑑定之探討，請參尤伯祥，檢察官證據開示範圍初探，全國律師月刊，26卷3期，2022年3月，102-108頁。

關鍵詞：專家證人、鑑定人、法定傳聞例外、鑑定報告、證據能力

DOI：10.53106/27906973606

(相關文獻 ◀ 月旦知識庫 www.lawdata.com.tw；
更多裁判分析 ◀ 月旦法律分析庫 lawwise.com.tw)

影音推薦



偵查階段羈押閱卷何去何從

| 尤伯祥

(<http://qr.angle.tw/z3x>)



國民法官制度下的量刑辯論與評議

| 胡宜如

(<http://qr.angle.tw/ohb>)