

第三章 囑託鑑定之法院程序

第一節 鑑定之聲請與裁定及法官之特別知識

第一款 鑑定之聲請與裁定

鑑定多來自當事人之聲請，偶亦由法院依職權裁定命付鑑定，不論是根據聲請或依職權囑託鑑定，依法應聽取檢察官及被告方面之意見後為之⁹⁰。聲請鑑定通常是事實之證明上，需倚賴特別知識經驗之情形，如通常之知識經驗所得判斷之事項，或一般法律之解釋與適用等，本係法官應為者，無囑託鑑定之必要⁹¹。鑑定之聲請人應陳明所欲鑑定之事項，至於鑑定人選則毋庸推薦或指名，由法院依職權選任即可。於證據調查上，鑑定應適用通常之聲請調查證據及裁定證據之規定⁹²。同時裁定鑑定依法係屬於法院應自行為之之事項，不得由受命法官為之⁹³。

日本刑事訴訟法第 165 條規定法院得命有知識經驗者實施鑑定，至於鑑定命令應具備何種條件下為之，現行法並無明文。由於鑑定人亦屬人的證據，廣義上屬於憲法第 37 條⁹⁴第 2 項之「證人」，又根據該條同項後段規定，刑事被告有「聲請證人權」，此種聲請證人權解釋上亦應包括「聲請鑑定人權」。但問題是，對被告聲請之鑑定法院是否受其拘束？一般而言，鑑定與否，係根據事項之判斷上是否須具備特別之知識經驗來決定，此自大審院以來之判例皆認為鑑定事項不受當事人聲請之拘束，法院得選擇取捨後決定之⁹⁵。

⁹⁰ 日本刑事訴訟規則第 190 條。

⁹¹ 兼頭吉市，收錄於上野正吉等三人編著，刑事鑑定の理論と実務，頁 255。國內有法官認為，「法定應鑑定事項或法院無從以日常生活定則之勘驗方式為之時，即必需交付鑑定，而無裁量權。」參閱施俊堯，律師與刑事鑑定，律師雜誌，第 284 期 5 月號，民國 92 年 5 月 15 日，頁 70。

⁹² 日本刑事訴訟法第 298 條。

⁹³ 日本刑事訴訟法第 169 條。三井 誠，刑事手續Ⅲ，頁 352。

⁹⁴ 日本憲法第 37 條文請參閱第二章第四節第一款之註釋。

⁹⁵ 松崗正章，收錄於上野正吉等三人編著，刑事鑑定の理論と実務，頁 112、113。

是否囑託鑑定雖屬法院之裁量⁹⁶，但由於鑑定人廣義上亦屬於證人，憲法上承認被告有聲請證人權，同時刑事訴訟法上檢察官負有舉證責任，調查證據時不論何者提出鑑定聲請，法院原則上應准許⁹⁷；學說上認為對於鑑定之聲請，只要該事項屬於特別知識經驗者，法院原則上均應准許，但判例對此卻採取嚴格的立場，認為只要不違反合理性，縱然駁回鑑定聲請，亦不違反憲法第 37 條第 2 項規定之聲請證人權⁹⁸。若從鑑定係補充法官知識經驗之性質言，法官當然可以自主決定鑑定與否，但從重視實體真實原則與當事人主義觀點言，法院對於鑑定與否之裁量權，行使上本身應具有合理性⁹⁹。

第二款 法官之特別知識

鑑定命令在何種條件下為之？又法官之特別知識與經驗須具備至何種程度始可代替鑑定，方受允許？亦即法官之特別知識經驗與鑑定之關係到底為何？如法官對於審理之案件具有特別的知識與經驗，此時法官本身所具備的知識經驗，可立即作為認定事實之基礎嗎？易言之，法官擁有鑑定之知識時，可以無條件將自己的特別知識，運用在認定事實上，無需選任第三人鑑定嗎¹⁰⁰？

一、法官之特別知識經驗

實施鑑定所需之特別知識原本就具有替代性，無須限定於特定人，只要是具有特別知識經驗，能充分實施鑑定者，即得以其特別知識經驗作為鑑定內容提供於訴訟上。因此，理論上法官得以自己的特別知識與經驗利用於訴訟，如知識經驗有所不足，亦得依賴鑑定人之鑑定。但是，擁有特別知識經驗的法官，當主觀意識過強或特別知識經驗不足等易生錯誤或偏差情形，訴訟上對此種證據，均視為有必要加以排除的危險證據，對法官的特別知識經驗亦應如此處理¹⁰¹。例

⁹⁶ 另我國刑事訴訟法對於鑑定採任意鑑定制，不採強制鑑定制(除刑法第 91 條之 1 所規定之妨害性自主罪，於裁判前應經鑑定者外)，對於某一事項有無交付鑑定的必要，仍由審理事實的法院裁量。另參閱張麗卿，鑑定制度之改革，頁 128。

⁹⁷ 松崗正章，收錄於上野正吉等三人編著，刑事鑑定の理論と実務，頁 257。

⁹⁸ 松崗正章，收錄於上野正吉等三人編著，刑事鑑定の理論と実務，頁 257。

⁹⁹ 松崗正章，收錄於上野正吉等三人編著，刑事鑑定の理論と実務，頁 257。

¹⁰⁰ 鴨 良弼，刑事証拠法，頁 257。

¹⁰¹ 鴨 良弼，刑事証拠法，頁 258、259。

如，交通事故汽車駕駛之注意義務發生疑義時，如承審法官因具有汽車駕駛及車體結構的專業知識與經驗，對被告是否有違反注意義務，本於自己的專業知識作為判斷之基礎時，因該專業知識在訴訟上未受檢驗(證據調查)，即有可能產生問題¹⁰²。

二、特別知識經驗與囑託鑑定

如法官個人對於鑑定事項具有特別知識經驗時，是否仍需囑託鑑定？由於鑑定通常需蒐集多種資料，累積相當的經驗，耗費一定期間，並使用特別的技術與方法，此時縱然法官具有知識經驗，本質上仍與鑑定有所不同¹⁰³。又由於法官本身的特別專門知識經驗，無法以言詞或書面報告方式完整呈現於法庭上，給予兩造當事人攻擊防禦之機會，故無法作為證明的手段，作為證據加以調查¹⁰⁴。且身分上法官不可能既是證據的評價者同時亦是被評價者，所以法官即使對於鑑定事項具有特別的專業知識，亦不允許於訴訟上加以利用，不能自行擔任鑑定人。若由此角度思考，選任鑑定人之必要性將更為廣泛¹⁰⁵。

三、客觀性擔保

如前所述，提供認識素材者與評價該素材者不應為同一人，法官於該管案件曾為鑑定人時，與作為證人相同，均是法定迴避之原因¹⁰⁶，但此並不是意味法官之特別知識，以鑑定以外的方法利用於資料判斷上，為法律所不許¹⁰⁷。訴訟法上為擔保特別知識經驗的客觀性，鑑定上必須有嚴格的程序來把關，當對法官本身特別的知識經驗之客觀性產生疑問時，則不允許將其知識經驗作為認定事實之資料，此時法官僅能二擇一：一是脫離審判地位，本身純作鑑定人，二是選任他人為鑑定人¹⁰⁸。

¹⁰² 鴨 良弼，刑事証拠法，頁 257。

¹⁰³ 三井 誠，刑事手續Ⅲ，頁 353。

¹⁰⁴ 龜山繼夫，收錄於西原春夫等五人著者代表，刑事訴訟法[第一卷]，平成 2 年 7 月 20 日增補第 8 刷，增補版，立花書房，頁 593。

¹⁰⁵ 淺田和茂，收錄於上野正吉等三人編著，刑事鑑定の理論と実務，頁 91；淺田和茂，科学捜査と刑事鑑定，頁 165、195；龜山繼夫，收錄於西原春夫等五人著者代表，刑事訴訟法[第一卷]，頁 593。

¹⁰⁶ 日本刑事訴訟法第 20 條第 4 款。

¹⁰⁷ 鴨 良弼，刑事証拠法，頁 258。

¹⁰⁸ 鴨 良弼，刑事証拠法，頁 259。

有學者認為一般的經驗法則，縱使是個人所得知，亦得無條件利用於訴訟上，但對於特別的知識與經驗，則必須以鑑定的方式加以利用，此見解係將經驗法則或知識區別為一般或特別，來決定是否要進行鑑定程序。在此見解下，法官的特別知識即不得以鑑定以外的方法作為認定事實之資料，理論上區分雖清晰易辨，但具體運用上，能否明確將知識或經驗區分為一般或特別仍有疑問。是否有必要進行嚴格的鑑定程序，主要在於能否保障其認識內容之客觀性，所以縱使是特別的知識經驗，也並非即有囑託鑑定之必要，法官如本身擁有特別的知識經驗，當其客觀性不生疑慮時，即使未命他人實施鑑定，亦得以其特別知識經驗利用於事實認定¹⁰⁹。但實際上，法官之特別知識經驗發生疑問者甚多¹¹⁰。

四、被告訴訟權益

對於專業性較高之事項，當事人於審判庭上有時會要求法院表明經驗法則及其適用過程與結果，如單以有限的訴訟紀錄等資料，未選任鑑定人並交付鑑定，能否確保審判之客觀正確性，值得思考；若對於專業性較低之事項，如當事人不強烈要求，則另當別論，當法院裁量是否有鑑定之必要性時，應儘可能放寬，以維護當事人訴訟程序上之權益¹¹¹。

對於應選任專家鑑定之事項，最高法院判決認為，第一審不藉由鑑定，而綜合被告之陳述、行動、態度及其他一切資料，認定被告無精神異常之判斷，如不違背經驗法則，即無違法。不能僅以被告之近親，有多人具有精神異常之事，即論斷第一審之判斷有違經驗法則¹¹²。亦即，縱使不使用相關的特別知識經驗，以其他方法(例如被告

¹⁰⁹ 我國實務認為，法官可以運用自己的專業知識時，都可以拒絕援引鑑定意見。例如，最高法院 72 年度台上字第 5529 號及 75 年度台上字第 549 號判例指出：「法官如能就有價證券之真偽或文書之真正做出判斷，雖未付鑑定與證據法則沒有違背」。有關於此，德國實務見解大致相同，聯邦最高法院的重要判決指出，法官若依其生活經驗及知識即能發現真相，就不必在訴訟程序中引用鑑定人。鑑定人應該只是法官的輔助人，用來補充法官所欠缺的專業知識；是否需要這個幫助，由法官自行決定。法官對於訴訟中鑑定意見上的矛盾，可以不加採用獨立審判。參照張麗卿，鑑定制度之改革，月旦法學雜誌，第 97 期，2003 年 6 月，頁 128。

¹¹⁰ 鴨 良弼，刑事証拋法，頁 259、260。

¹¹¹ 三井 誠，刑事手續Ⅲ，頁 354。

¹¹² 最高裁判所大法庭判決昭和 23 年 11 月 17 日最高裁判所刑事判例集第 2 卷 12 号 1588 頁。參閱三井 誠，刑事手續Ⅲ，頁 355。

陳述)亦可得到證明時，則不需要鑑定，而將鑑定必要性的範圍，加以限縮¹¹³。對此有學說認為，於一定的具體要件下，應解釋為必須選任鑑定人。實務運作上，對每一個鑑定對象，是否屬於必要鑑定之事項，可藉由專家的協助加以確立具體且詳盡的基準¹¹⁴。

因此，法官依情況之不同，得以自己特別之知識或經驗作為認定事實之資料加以利用，且其特別之知識經驗有時未必以鑑定的方式呈現，當法官特別知識之客觀性遭受質疑時，則不許將之作為認定事實之資料¹¹⁵。

第二節 鑑定人之選任與拒卻

第一款 鑑定人之選任

日本刑事訴訟法對於選任鑑定人，僅規定法院得命有知識經驗者實施鑑定¹¹⁶，至於如何選任則委由學說與實務來補充¹¹⁷。目前法院決定將某事項交付鑑定後，對於鑑定人之選任，通常會參考鑑定聲請人之意見¹¹⁸，選任適格者實施鑑定¹¹⁹，但不受當事人意見所拘束，法院選任時仍應本於職責選任適當者¹²⁰。

裁定鑑定之際，有於事前協商時，就先決定鑑定人之人選，如尚未決定者，於裁定鑑定後，由法院參酌當事人之意見，本於裁量來選

¹¹³ 淺田和茂，收錄於上野正吉等三人編著，刑事鑑定の理論と実務，頁 91；淺田和茂，科学捜査と刑事鑑定，頁 165。

¹¹⁴ 淺田和茂，收錄於上野正吉等三人編著，刑事鑑定の理論と実務，頁 91；淺田和茂，科学捜査と刑事鑑定，頁 165。國內對於性侵害犯罪案件、證物之屬性無法勘驗與觀察，且與犯罪構成要件相關者、特定之證物需由法定鑑定機關鑑定者、其他屬於專業特別知識判斷範圍者等，均認為必須送鑑定。參閱施俊堯，律師與刑事鑑定，頁 70。

¹¹⁵ 鴨 良弼，刑事証拠法，頁 259。

¹¹⁶ 日本刑事訴訟法第 165 條。

¹¹⁷ 淺田和茂，科学捜査と刑事鑑定，頁 190；淺田和茂，收錄於上野正吉等三人編著，刑事鑑定の理論と実務，頁 89。

¹¹⁸ 日本刑事訴訟規則第 190 條第 2 項。

¹¹⁹ 就精神鑑定而言，有豐富鑑定經驗的醫學專家指出，精神鑑定者應具備以下四要件：(1)精通委託鑑定之領域。(2)通曉相關之法律概念。(3)能保持客觀中立。(4)對鑑定工作具備興趣。如為刑事鑑定人，又有學者建議應加上(5)具有犯罪學知識者。兼頭吉市，收錄於上野正吉等三人編著，刑事鑑定の理論と実務，頁 256。

¹²⁰ 參照民事訴訟法第 213 條：「法院、受命法官或受託法官應指定鑑定人。」石井一正，刑事実務証拠法，1999 年 7 月 30 日，第 2 版第 4 刷，判例タイムズ社，頁 250；白井茲夫，証拠，平成 4 年 11 月，改訂，立花書局，頁 179。

任¹²¹。由於選任具有專業能力的公正公平鑑定人，是妥適鑑定乃至於正確認定事實的第一步，亦是鑑定程序中最實際也最重要的課題，所以法院對於鑑定人之選任應力求慎重¹²²。

一、適格性

鑑定人是否適格，亦即鑑定人對鑑定事項是否具備鑑定能力¹²³，依鑑定類型雖有些微差異，但一般而言，可從下列二角度予以檢討：1、鑑定人之專業知識是否不足，而欠缺從事該鑑定項目之能力。2、對鑑定項目，鑑定人之經歷是否會令人產生疑慮¹²⁴。

現行法僅規定法院得命有知識經驗者實施鑑定，特定人是否具有特別知識經驗，與鑑定事項係屬相對性關係，而所謂「知識經驗」並未限於學術上，如根據自己日常生活經驗擁有特別知識者亦符合，但對於鑑定事項不具適當的特別知識經驗者，即不能擔任鑑定人，如法院命為鑑定人即屬違法，所為之鑑定欠缺證據能力。但對於特別之知識經驗僅部分欠缺者，一般認為其鑑定僅會減損證明力¹²⁵，仍認為具有證據能力，但依程度之不同亦有可能被認定為欠缺證據能力¹²⁶。

當然法院考量鑑定人選時，與本案或案件關係人有特別關係者，首應排除在外，一般而言，須對於鑑定事項具有特別專業知識經驗，且能期待保持中立公正者，方為適格之鑑定人¹²⁷。經選任的鑑定人應本於學識良心，就鑑定事項誠實為之，同時對所提出之鑑定結果亦應有中立、公正的客觀性擔保¹²⁸。

¹²¹ 三井 誠，刑事手續Ⅲ，頁 356。

¹²² 有學者認為鑑定人除應中立、公正外，對委鑑事項亦應具有權威，至於權威與否，不單指專家之知名度，尚包括其在該專業領域的學問水準、業績及同領域學界之評價等。白井茲夫，証拠，頁 178、179。

¹²³ 具備鑑定人之資格者，應係對鑑定事項具備鑑定能力，且立於第三人地位之自然人。參閱龜山繼夫，收錄於西原春夫等五人著者代表，刑事訴訟法[第一卷]，頁 588-590。

¹²⁴ 松崗正章，收錄於上野正吉等三人編著，刑事鑑定の理論と実務，頁 110、111。

¹²⁵ 筆者認為此處僅會減損證明力之原因，可能與日本刑事訴訟程序欲肯定某項證據具有證據能力時，必須先從兩方面加以釐清有關：(1)關聯性問題；(2)程序約制問題。亦即，具有證據能力者首先必須該證據與待證事實間具有關聯性，而所謂之關聯性係指有助於證明待證事實之存在與否之或然率(機率)，判斷上主要係基於論理法則與經驗法則(自然之關聯性)，如未具備必要最小限度之證明力，則不允許作為證據使用。由於證據能力與證明力有其連動性，故才將欠缺部分特別知識經驗者，認為其鑑定仍具有證據能力，惟會減損其證明力。參閱三井 誠，刑事手續Ⅲ，頁 19。

¹²⁶ 松崗正章，收錄於上野正吉等三人編著，刑事鑑定の理論と実務，頁 111。

¹²⁷ 三井 誠，刑事手續Ⅲ，頁 356。

¹²⁸ 白井茲夫，証拠，頁 179。

此外，鑑定人對於鑑定事項是否具有特別知識經驗，應給予當事人充分爭辯之機會，這是憲法第 37 條¹²⁹第 2 項之要求，又鑑於有些證物不可能再鑑定或難以再鑑定，此項機會應包括詰問鑑定人及詰問前之鑑定人宣誓時¹³⁰。

二、中立公正性

至於中立公正性問題，可能肇因於偏頗或學派、門閥之問題，亦有源自於鑑定聲請人與鑑定人熟識度或親密度之問題¹³¹，例如，鑑定之際，僅接受某方當事人所提供之資料，卻不給予他造當事人提供資料之機會，或鑑定人曾是某方當事人之私選鑑定人等¹³²。此外，法院於審判階段基於檢察官之聲請，有時會選任警察機關所屬人員為鑑定人，其妥當性應進一步探究：由於日本目前欠缺中立性的鑑定人組織，如為指紋、槍彈等特別之專屬領域，不能因為是警察機關所屬人員，即一概認為鑑定人不適格，但就公正性而論，不能否認其他鑑定事項，應慎重考量¹³³。於再鑑定之情形亦同，法院應考慮再鑑定人與原鑑定人之關係，以免因特殊關係而有偏頗之虞¹³⁴。

此外，為解決實務上鑑定人選任或其公正客觀性所產生之問題，有學者認為有研究設立「中立鑑定機關」¹³⁵之必要性，同時因應偵查的科學化、審判的科學化，建議於司法機關中設立「科學審判中心」或「法科學研究所」¹³⁶。

三、信賴性

鑑定上另一重要事項，就是委託鑑定人與受託鑑定人之間的信賴

¹²⁹ 日本憲法第 37 條文請參閱第二章第四節第一款之註釋。

¹³⁰ 松崗正章，收錄於上野正吉等三人編著，刑事鑑定の理論と実務，頁 111。

¹³¹ 三井 誠，刑事手續Ⅲ，頁 357。

¹³² 門口正人等四人編集，民事証拠法大系第 5 卷各論Ⅲ，頁 15。

¹³³ 三井 誠，刑事手續Ⅲ，頁 357。

¹³⁴ 白井茲夫，証拠，頁 179。

¹³⁵ 除設立中立性之「鑑定機關」外，「鑑定人」本身亦應專業中立客觀：「鑑定人，不問是來自檢方或辯方之聲請，於鑑定之際，均應隨時保持中立公正；鑑定之前，應無可憎恨之惡徒，亦無被憐憫之無辜者，有者僅為該檢驗之物…。鑑定人對事物檢驗結果存有不明確之處時，若僅擷取偵查人員或辯護人有利之部分，捨棄其他，而意在形成終局判決上有罪或無罪之證據者，實為鑑定人最忌諱之行爲。」引自法醫學鑑定人上野正吉所言，參照淺田和茂，科学捜査と刑事鑑定，頁 30。

¹³⁶ 淺田和茂，科学捜査と刑事鑑定，頁 190。

關係，既然鑑定的目的是補充偵查機關或法院在知識經驗上之不足，同時也是偵查機關或法院信賴該專家之知識經驗與人格，才囑託鑑定。一般而言，法院或偵查機關是全面性信賴該鑑定人而囑託，因此鑑定人就應本著良心，誠實實施鑑定，但實際卻發生偵查機關委託鑑定後，事後未告知鑑定人任何理由就將委鑑證物取回，重新委託他鑑定人的案例，結果不僅造成原受託鑑定人有受辱之感，同時亦給予外界對偵查機關之公正性存疑，對嗣後鑑定結果之證據價值亦帶來一定的影響。因此，囑託鑑定之際，應選擇對鑑定事項能持中立公正立場且具權威的專家，一旦選任或委託後，應信任其知識經驗與能力，並等到最終鑑定完畢時¹³⁷。

四、適當性

審判時如同一人經常受同一法官的選任，作為該管案件之鑑定人，可能會導致法官失去對鑑定結果的批判與評價能力；反之，鑑定人亦可能會作出迎合法官判斷之鑑定結果，為避免上述可能風險，除可透過鑑定人詰問或引進對立鑑定人，作合理的控制外，亦應調查鑑定人選任之現況，作制度性之改革，方是根本解決之道¹³⁸。

五、迴避制度

影響鑑定人為公正鑑定之另一重要因素，即是如何思考鑑定人迴避制度之問題。刑事訴訟法上的鑑定人，不論是經辯護人或檢察官聲請，或來自法院獨自命令，皆是「法院之鑑定人」，不是「當事人之鑑定人」¹³⁹，與英美法上之專家證人(expert witness)向來皆以證人處理不同。有學者認為英美法上之鑑定人是當事人所委任，接受當事人之報酬，所以其鑑定結果較易傾向委託人之利益，而他造為反駁其鑑定結果，當然亦需委任屬於自己之鑑定人，最後演變成專家大戰(battle of experts)，但日本法上的鑑定人，性質上傾向為法官之

¹³⁷ 白井茲夫，証拠，頁 180、181。

¹³⁸ 淺田和茂，收錄於上野正吉等三人編著，刑事鑑定の理論と実務，頁 89、90；淺田和茂，科学捜査と刑事鑑定，頁 164。

¹³⁹ 淺田和茂，收錄於上野正吉等三人編著，刑事鑑定の理論と実務，頁 89；淺田和茂，科学捜査と刑事鑑定，頁 190。

輔助者，以補充法官專業知識經驗的不足¹⁴⁰。

偵查階段作為檢察官委託之鑑定人(受託鑑定人)，最後進入法院當鑑定人之情形屢見不鮮，雖然向來備受爭議，但實務上卻將受託鑑定人所作成之鑑定書視為刑事訴訟法第 321 條第 4 項之鑑定書，賦予其證據能力。理論上，檢察官委託之鑑定人應以(鑑定)證人加以處理，其所作成之鑑定書不應包括在刑事訴訟法第 321 條第 4 項，亦不該列入該條項準用之列。亦可說屬於上述迴避問題之一¹⁴¹。

創設迴避制度主要目的是為避免鑑定人偏頗，影響鑑定結果之公正客觀性，法院於選任鑑定人時，雖然刑事訴訟法未設有相關規範，但法院仍應就鑑定人之中立公正性問題，主動加以審酌，並聽取兩造當事人之意見後，選任適格者為之。另對於與訴訟當事人曾有醫病關係時，是否符合鑑定人之迴避事由，民事法院出現兩極判決，有認為該當於迴避之事由者，亦有認為不該當者¹⁴²。

六、鑑定人候用名冊

鑑定人之選任於現實上亦會出現困境，例如欠缺該領域之專家，或專家在極偏遠的地方，或僅在國外才有，有時鑑定人會以工作繁忙或收費太少為由，或因政治考量而拒絕鑑定，甚至因無法理解法官之囑託事項致無法選任適當之鑑定人者¹⁴³。於欠缺鑑定人之情形，如該事項屬於成罪與否之關鍵項目時，解決方法上，可能會以證據不足而獲判無罪。如屬於拒絕鑑定之情形，從鑑定人具替代性而言，課予接受鑑定之義務，現實上有所不妥，但從立法論而言，對於一定之人，透過修法課予鑑定義務不失為一可行方向。如屬於法官怠惰之情形，可藉由當事人積極之主張，或以「有不公平審判之虞」聲請法官迴避，

¹⁴⁰ 淺田和茂，收錄於上野正吉等三人編著，刑事鑑定の理論と実務，頁 89；淺田和茂，科学捜査と刑事鑑定，頁 164；齊藤豊治，收錄於上野正吉等三人編著，刑事鑑定の理論と実務，頁 39。另參閱第二章第三節第二款鑑定人之性質。

¹⁴¹ 淺田和茂，收錄於上野正吉等三人編著，刑事鑑定の理論と実務，頁 89、90；淺田和茂，科学捜査と刑事鑑定，頁 164。

¹⁴² 門口正人等四人編集，民事証拠法大系第 5 卷各論Ⅲ，頁 15。

¹⁴³ 其他拒絕鑑定之正當理由尚有無法鑑定、專業知識不足或具有迴避之事由等。龜山繼夫，收錄於西原春夫等五人著者代表，刑事訴訟法[第一卷]，頁 620。另國內亦有不知如何尋覓專家之困境。參閱王梅英，專家在法庭上的角色-鑑定或參審？，律師雜誌，第 253 期，2000 年 10 月，頁 36。

以謀求解決¹⁴⁴。

實務上，對於無法覓得適當鑑定人之困境，有時需仰賴大學及其他相關專業領域團體的推薦，或利用事先建立的鑑定人(候用)名冊¹⁴⁵，從中遴選適當者¹⁴⁶。最後法院所選任者，對當事人而言屬重要事項，為給當事人聲明異議之機會，法院應製作鑑定人任命書，並送達於當事人¹⁴⁷。當然，法院衡酌鑑定事項之重要性與複雜性，亦得選任數鑑定人，命個別鑑定或共同鑑定¹⁴⁸。但又為避免訴訟遲延，或考慮被告因羈押等身體受拘禁之情形，法院可定一定期間內，命鑑定人提出鑑定結果¹⁴⁹。

現實問題上，鑑定人之客觀公正性，確保一定人數之鑑定人力，以及審判之科學化乃至於自由心證之合理控制，至最後的審判能得到國民的認同等，是當今選任鑑定人之重要課題¹⁵⁰。

第二款 鑑定人之拒卻

舊日本刑事訴訟法¹⁵¹對公署設有囑託鑑定之制度，但現行法制定時並未採納，主要是考量詰問鑑定人方面，對鑑定能力及鑑定經過與內容，必須接受當事人詰問，所以鑑定者必須是自然人，至於法院或偵查機關知會公務機關或公私團體要求提出相關事項之報告或文獻¹⁵²，並非此處之鑑定¹⁵³。

¹⁴⁴ 淺田和茂，收錄於上野正吉等三人編著，刑事鑑定の理論と実務，頁 91；淺田和茂，科学捜査と刑事鑑定，頁 165、166。

¹⁴⁵ 為期能順利選任客觀公正之中立鑑定人，可視需要就不同專業領域，建立鑑定人(候用)名冊。日本最高法院事務總局刑事局每隔數年會出版其間所蒐集之鑑定案例，供法院執行職務之參考，同時彙整案件之鑑定人名單，製作「刑事案件鑑定案例集暨鑑定人名冊」。目前將鑑定人區分為醫學(法醫學、精神醫學、神經醫學等)、藥學、心理學、工學、物理學、化學等專業領域。三井誠，刑事手續Ⅲ，頁 356；白井茲夫，証拠，頁 179。

¹⁴⁶ 石井一正，刑事実務証拠法，頁 250；白井茲夫，証拠，頁 179。

¹⁴⁷ 日本刑事訴訟規則第 34 條。

¹⁴⁸ 日本刑事訴訟規則第 129 條第 2 項。三井誠，刑事手續Ⅲ，頁 356。

¹⁴⁹ 三井誠，刑事手續Ⅲ，頁 356。

¹⁵⁰ 淺田和茂，收錄於上野正吉等三人編著，刑事鑑定の理論と実務，頁 91；淺田和茂，科学捜査と刑事鑑定，頁 166。

¹⁵¹ 舊刑事訴訟法之立法過程參閱第二章第五節鑑定之沿革。

¹⁵² 日本刑事訴訟法第 279 條。

¹⁵³ 三井誠，刑事手續Ⅲ，頁 345；龜山繼夫，收錄於西原春夫等五人著者代表，刑事訴訟法[第一卷]，頁 591。另國內有將法院來文請求對相關事項提出報告者稱為函查事項，例如向入出國及移民署函查某人之入出境資料，因僅為資料調閱查詢，非屬鑑定；或向內政部警政署函查藍波刀是否為槍砲彈藥刀械管制條例之刀械，亦屬函查，而非鑑定，但將扣案之刀械，檢送該署查明此刀械，是否為管制之刀械，則屬鑑定。施俊堯，律師與刑事鑑定，頁 73。

日本法上選任鑑定人制度，於保持公正鑑定人方面有其優點，惟未設有鑑定人迴避制度，自立法論言，鑑定人迴避制度是值得增設，在解釋上，雖然刑事訴訟法未明文承認鑑定人之迴避，如依據民事訴訟法第 214 條¹⁵⁴之鑑定人迴避精神，並從同法第 24 條¹⁵⁵拒卻法官原因之精神觀之，準用於刑事訴訟法上之鑑定人，原則上亦屬妥當¹⁵⁶。因此，該管案件之法官、檢察官或辯護人，與作為證人之情形不同，不得轉換身分作為鑑定人，此從法院之鑑定人應為公正鑑定之立場言，有其充分之理由¹⁵⁷。因此，刑事訴訟法上之鑑定人，在輔助、補充法院之面向上，並未有所改變，但較民事訴訟法上之鑑定人，更強調證人之性質¹⁵⁸。

鑑定案件中，最重要者是佔鑑定量絕大多數的受託鑑定人有無「偏頗之虞」，由於受託鑑定人常是偵查機關委託之警察廳、警視廳或警察本部¹⁵⁹所屬之鑑識人員，本身仍屬於偵查或訴追的一方，不免讓外界對鑑識人員之公平性或中立性，持懷疑的態度。由於刑事訴訟法未定有鑑定人迴避制度，為確保鑑定人之客觀中立性，實務運作上，可參考迴避制度之精神，在判斷鑑定書之證據能力時，法院有必要將受託鑑定人以鑑定證人身分加以訊問，來審酌是否有必要將其鑑定意見採為證據使用¹⁶⁰。

第三節 鑑定事項之確認

聲請鑑定之人，聲請時應向法院陳明自己希望鑑定之事項¹⁶¹，法院於裁定鑑定之際，當然亦需先確定鑑定事項，雖然各別細項有時尚未明確，但至遲於命付鑑定之時，應有明確、具體之鑑定事項¹⁶²。例

¹⁵⁴ 民事訴訟法第 214 條之內容參閱第二章第三節之註釋。

¹⁵⁵ 民事訴訟法第 24 條之內容參閱第二章第三節之註釋。

¹⁵⁶ 淺田和茂，收錄於上野正吉等三人編著，刑事鑑定の理論と実務，頁 88、89；淺田和茂，科学捜査と刑事鑑定，頁 163、164。

¹⁵⁷ 淺田和茂，收錄於上野正吉等三人編著，刑事鑑定の理論と実務，頁 89；淺田和茂，科学捜査と刑事鑑定，頁 164。

¹⁵⁸ 三井 誠，刑事手続Ⅲ，頁 345。

¹⁵⁹ 日本警察廳相當於我國警政署，警視廳全稱為東京都警視廳，相當於台北市政府警察局，警察本部則相當於縣(市)警察局。另參閱第二章第二節第一款之註釋。

¹⁶⁰ 淺田和茂，科学捜査と刑事鑑定，頁 221。

¹⁶¹ 日本刑事訴訟規則第 189 條。

¹⁶² 三井 誠，刑事手続Ⅲ，頁 352。

如關於「犯罪行為時及其當時之精神狀態」之典型鑑定案例，裁定鑑定時，鑑定事項可能僅為「精神鑑定、交通事故之態樣、事故原因鑑定、死因鑑定」等以概括表示，之後於命鑑定人實施鑑定時，則如「酒精對犯罪行為時精神狀態之影響」、「被告人格，生活環境及其他處遇上應注意事項」、「車輛衝撞之型態、位置及車行速度」等具體明確之鑑定事項¹⁶³。最終，具體之鑑定事項仍由法院參酌鑑定聲請人之聲請鑑定事項、他造意見及鑑定人意見後，依裁量確定最切合本案所需之鑑定事項¹⁶⁴，而法院最後所裁定之鑑定事項，如範圍過大，則勢必延長鑑定時間；如鑑定之前提事實與法院認定之事實不同¹⁶⁵，則鑑定結果又會變成毫無價值，徒增鑑定人之負擔，甚而影響審判之進行，因此確認適切之鑑定事項，是有效鑑定所不可欠缺之要件¹⁶⁶。

依鑑定情況之不同，法院有時會附加鑑定上應注意事項或設定鑑定之條件，例如為將來再鑑定之需，請鑑定人勿將檢體用罄，保留一定之存量，或於面談時要求錄音或錄影，或於鑑定之重要階段以照相或錄影存證等¹⁶⁷。

鑑定事項可謂種類繁多，涉及領域極為廣泛，即使是關於法律問題，例如外國法令之存否、內容及解釋等，或國內法令、條例之解釋等證明對象，本屬於法院認定事實後應適用法律之情形，屬於法院之職責，通常無囑託鑑定之必要性，但對於當代舊法之解釋，或特殊領域之法律解釋、適用等問題，為補充或輔助法院之判斷能力，例外的卻有囑託鑑定之必要¹⁶⁸，因此雖是國內法，並非就一概禁止使用鑑定

¹⁶³ 三井 誠，刑事手續Ⅲ，頁 357；大阪刑事實務研究会編著，刑事實務上の諸問題，1998 年 4 月 25 日，第 1 版第 4 刷，判例タイムズ社，頁 176。

¹⁶⁴ 依據日本民事訴訟規則第 129 條規定，聲請鑑定之當事人，應提出記載請求鑑定之文書(鑑定事項書)，送交法院。同時課予他造當事人提出記載意見之文書(意見書)之義務，法院基於鑑定事項書，於考量意見書之意見後，決定鑑定事項。民事訴訟規則第 129 條：「聲請鑑定時，應同時提出記載請求鑑定事項之文書。但有不得已之事由者，於審判長所定期間內提出即可(第一項)。前項聲請之當事人，應將前項文書逕送法院(第二項)。他造當事人，對第一項之文書有意見時，應提出記載意見之文書(第三項)。法院，應基於第一項之文書，考量前項之意見，決定鑑定事項。於此情形，應將記載鑑定事項之文書，送交鑑定人(第四項)。」三井 誠，刑事手續Ⅲ，頁 357、358。

¹⁶⁵ 例如，關於犯行之記憶，於偵查階段肯定被告之陳述內容，但最後在審判階段卻否定被告之陳述內容，亦不少。或飲酒量本身產生爭議之情形。石井一正，刑事實務証拠法，頁 251。

¹⁶⁶ 石井一正，刑事實務証拠法，頁 251。

¹⁶⁷ 三井 誠，刑事手續Ⅲ，頁 357。

¹⁶⁸ (1)具體例子，於「北島丸案件」中有關漁業法第 66 條第 1 項效力所及之範圍(釧路地方裁判所判決昭和 43 年 3 月 29 日下級裁判所刑事裁判例集第 10 卷 3 号第 306 頁)；於「月刊筆案件」

第四節 鑑定人之傳訊及宣誓

鑑定人經法院指定之時點取得訴訟法上鑑定人之地位¹⁷⁰，法院應通知檢察官、被告及辯護人，於指定期日實施鑑定人詰問，法院有時以鑑定裁定書¹⁷¹送達之方式代替通知。實務運作上法院為便宜行事，亦有事先聯絡被指定之鑑定人，命其於審判期日或準備程序到庭，接受訊問者¹⁷²。

決定鑑定人之人選後，接續就是傳喚鑑定人並實施訊問¹⁷³，鑑定人訊問亦得於審判期日外，於法院外實施¹⁷⁴。為行鑑定人訊問，應於人別訊問後命鑑定人宣誓¹⁷⁵，以擔保鑑定內容之正確性¹⁷⁶。開始訊問時，首先應訊問鑑定人之學歷、經歷、專業領域及鑑定經驗等，以確認其鑑定能力，認符合鑑定人之條件後，再告知鑑定事項，並下達鑑

中有關刑法第 230 條之 2 第 1 項之解釋(東京地方裁判所判決昭和 53 年 6 月 29 日刑事判例集第 35 卷 3 号第 97 頁)。三井 誠，刑事手續Ⅲ，頁 358；兼頭吉市，收錄於上野正吉等三人編著，刑事鑑定の理論と実務，頁 256。

(2)日本刑法第 230 條之 2：「前條第 1 項之行爲，經認定與公共利害有關之事實，且其目的專爲公益者，經判斷事實之真偽，能證明其爲真實時，不罰(第一項)。對於尚未被起訴之人的犯罪行爲有關之事實，於前項規定之適用上，視爲與公共利害有關之事實(第二項)。前條第 1 項之行爲，如與公務員或公職候選人有關之事實者，經判斷事實之真偽，能證明其爲真實時，不罰(第三項)。；同法第 230 條：「公然指摘足以毀損他人名譽之事者，不問事實之有無，處 3 年以下有期徒刑或拘役，或 50 萬元以下罰金(第一項)。毀損死者之名譽者，如指摘者非虛偽之事，不罰(第二項)。」

¹⁶⁹ 三井 誠，刑事手續Ⅲ，頁 358。

¹⁷⁰ 鑑定人經指定後，法院應製作鑑定裁定書通知鑑定人及訴訟關係人，鑑定專家於此時點取得訴訟法上之鑑定人地位，因此經指定後之鑑定人，如傳喚時，無正當理由不到場者，依刑事訴訟法第 171 條及第 151 條規定，得處 10 萬元以下罰金或拘役，或依同法第 152 條規定，再度傳喚。兼頭吉市，收錄於上野正吉等三人編著，刑事鑑定の理論と実務，頁 257。

¹⁷¹ 鑑定裁定書內容包括：實施鑑定之項目、鑑定人職稱姓名、鑑定人應至某法庭接受詰問之日時、實施訊問之法官等。庭山英雄，收錄於上野正吉等三人編著，刑事鑑定の理論と実務，頁 328。

¹⁷² 兼頭吉市，收錄於上野正吉等三人編著，刑事鑑定の理論と実務，頁 257、258。

¹⁷³ 鑑定人訊問係指法院基於鑑定裁定，對於選任之鑑定人所實施之訊問而言，如係偵查機關委託之受託鑑定人，於法庭上接受詰問時，係刑事訴訟法第 174 條之鑑定證人或證人。三井 誠，刑事手續Ⅲ，頁 352。

¹⁷⁴ 日本刑事訴訟法第 171 條、第 158 條第 1 項。

¹⁷⁵ 日本刑事訴訟法第 166 條。另於民事程序上，依據民事訴訟規則第 131 條第 2 項規定，新創設鑑定人可以免出庭，僅以宣誓書提出於法院，即可完成宣誓之書面宣誓制度。民事訴訟規則第 131 條：「宣誓書應記載，本於良心，爲誠實鑑定之意旨(第一項)。鑑定人之宣誓，得以宣誓書之方式提出於法院。對於審判長宣誓意旨之說明及虛偽鑑定處罰之告知，應以記載有上述內容之書面送交鑑定人(第二項)。」

¹⁷⁶ 三井 誠，刑事手續Ⅲ，頁 353。

定命令¹⁷⁷。

第一款 鑑定人之傳喚

法院於審判期日傳喚鑑定人前，通常先將法院之鑑定裁定書正本交付鑑定人。經指定之鑑定人，如傳喚時¹⁷⁸，無正當理由不到場者，得處 10 萬元以下罰金或拘役¹⁷⁹，或再度傳喚¹⁸⁰。雖然必要時得以裁定命鑑定人至指定處所會合，但因與無替代性之證人不同，仍不得加以拘提¹⁸¹。亦即，為實施鑑定人訊問，首應傳喚鑑定人，惟對於傳喚不到之鑑定人，不得拘提，而應撤銷鑑定裁定，重新選任鑑定人¹⁸²。

根據現行日本刑事訴訟法規定，縱使是合法之傳喚，如拒絕鑑定時，僅將拒絕之意旨告知法院即可，並無親自到庭陳述之義務。但一旦承諾鑑定，即生到庭之義務，如不到場者，則可採取罰鍰、賠償費用¹⁸³或罰金、拘役¹⁸⁴等間接強制之處罰¹⁸⁵。

第二款 鑑定人之宣誓

法院於審判期日對傳喚到場之鑑定人，與詰問證人情形相同，於人別訊問後，由鑑定人以朗讀書面方式，宣誓將本於良心為誠實鑑定，同時於宣誓書上簽名捺印¹⁸⁶。宣誓後之鑑定人為虛偽鑑定時¹⁸⁷，則成立虛偽鑑定罪¹⁸⁸，得處 3 月以上 10 年以下有期徒刑¹⁸⁹，無正當理

¹⁷⁷ 多數情形，在此階段先將程序暫停，因而此處之訊問僅成為交付鑑定之程序。三井 誠，刑事手續Ⅲ，頁 353。

¹⁷⁸ 日本刑事訴訟法第 171 條、第 153 條。

¹⁷⁹ 日本刑事訴訟法第 171 條、第 151 條。

¹⁸⁰ 日本刑事訴訟法第 171 條、第 152 條。

¹⁸¹ 兼頭吉市，收錄於上野正吉等三人編著，刑事鑑定の理論と実務，頁 257。

¹⁸² 三井 誠，刑事手續Ⅲ，頁 352、353。

¹⁸³ 日本刑事訴訟法第 171 條、第 150 條。

¹⁸⁴ 日本刑事訴訟法第 171 條、第 151 條。

¹⁸⁵ 上野 佐，收錄於上野正吉等三人編著，刑事鑑定の理論と実務，頁 166、167。

¹⁸⁶ 日本刑事訴訟法第 166 條及刑事訴訟規則第 118 條至第 120 條。

¹⁸⁷ 此處虛偽鑑定並不只限於對鑑定之經過與結果所為之虛偽報告，亦包括訊問鑑定人時，為虛偽陳述之情形。例如，為判斷鑑定人之鑑定能力而訊問其經歷時，鑑定人為虛偽陳述之情形，解釋上亦應包含在內。龜山繼夫，收錄於西原春夫等五人著者代表，刑事訴訟法[第一卷]，頁 599。

¹⁸⁸ 日本刑法第 171 條：「經依法宣誓之鑑定人、通譯或翻譯，為虛偽之鑑定、通譯或翻譯時，依前 2 條之規定論處。」同法第 169 條：「經依法宣誓之證人為虛偽陳述時，處 3 月以上 10 年以下有期徒刑。」同法第 170 條：「犯前條之罪者，關於其提出證言之案件，於裁判確定前或執行懲戒處分前自白時，得減輕其刑或免除其刑。」兼頭吉市，收錄於上野正吉等三人編著，刑事鑑定の理論と実務，頁 258、258；石井一正，刑事実務証拠法，頁 303。

¹⁸⁹ 我國刑法第 168 條偽證罪之刑期為 7 年以下有期徒刑。

由拒絕宣誓時，得處 10 萬元以下罰鍰，或處 10 萬元以下罰金或拘役，同時得命賠償因拒絕所生之費用¹⁹⁰。

由於鑑定人於鑑定前，法院應命其宣誓，對未經宣誓的鑑定人所為之訊問無效，未經宣誓之鑑定亦屬無效，均係欠缺證據能力，不得作為證據。解釋上宣誓前所為之鑑定亦屬無效¹⁹¹，欠缺宣誓所為之鑑定，以鑑定書方式提出時，亦應作相同的解釋¹⁹²。至於證人之宣誓能力¹⁹³、拒絕宣誓之制裁、宣誓方式等規定，雖然皆準用於鑑定人之宣誓¹⁹⁴，但鑑定人出現欠缺宣誓能力或拒絕宣誓之情形，實際上不大可能發生¹⁹⁵。

第三款 鑑定人之訊問

接續於宣誓之後，法院應告知鑑定事項，並對鑑定人下達鑑定命令，及要求鑑定人將鑑定經過及其結果以鑑定書或言詞方式提出。如要求鑑定經過與結果以鑑定書方式報告時，應事先訊問鑑定人預計提出之時間，並告知鑑定書所記載事項，應於審判期日接受詰問之意旨¹⁹⁶，此種告知係對鑑定人就鑑定書所記載事項，預告將於日後的審判期日接受詰問之意，藉此確保鑑定更深層之真實性，即使於審判庭才命付鑑定之情形，亦有告知之必要¹⁹⁷。如直接以言詞就可以報告鑑定結果時，雖然可接續進行鑑定人詰問，但一般情形為了鑑定結果報告之準備，在命付鑑定的階段，通常先暫停詰問。當然亦允許在場的當事人，利用此機會，對鑑定人之學歷、經歷或鑑定經驗等加以詰問，惟實際情形並不常為之¹⁹⁸。

此外，訊問鑑定人可能於法院外為之¹⁹⁹，例如直接在鑑定人所在

¹⁹⁰ 日本刑事訴訟法第 160 條、第 161 條。石井一正，刑事實務証拋法，頁 303。

¹⁹¹ 雖然宣誓前所為之鑑定無效，但宣誓前出示鑑定物則無妨；至於宣誓內容有部分出入時，如宣誓要旨並無差異時，則其宣誓仍屬有效。龜山繼夫，收錄於西原春夫等五人著者代表，刑事訴訟法[第一卷]，頁 598。

¹⁹² 欠缺宣誓之鑑定，鑑定人提出鑑定書時，亦有肯定其證據能力的見解。石井一正，刑事實務証拋法，頁 303；淺田和茂，科學搜查と刑事鑑定，頁 167。

¹⁹³ 日本刑事訴訟法第 155 條。

¹⁹⁴ 日本刑事訴訟法第 171 條。

¹⁹⁵ 石井一正，刑事實務証拋法，頁 303。

¹⁹⁶ 日本刑事訴訟規則第 129 條第 3 項。

¹⁹⁷ 石井一正，刑事實務証拋法，頁 303、304。

¹⁹⁸ 石井一正，刑事實務証拋法，頁 304。

¹⁹⁹ 日本刑事訴訟法第 171 條、第 158 條。

地詰問之。於法院外訊問鑑定人時，得由受命法官為之，或囑託鑑定人所在地受託法官為之²⁰⁰，於法院外訊問，如由合議庭全體成員為之有困難時，允許由受命法官訊問鑑定人，而實務上由受託法官為之者並不多，但受命法官於繫屬法院內審判期日外訊問鑑定人則為法所不允許²⁰¹。因此，於法院外行鑑定人訊問時，程序上雖採取對鑑定人訊問之形式，實質上只不過是法院對鑑定人之囑託程序²⁰²。

第五節 鑑定命令

是否命付鑑定²⁰³，與一般證據調查程序相同，係委由法院以裁量決定，既然是委由法院之裁量，對法院裁量合理性的控制，就益顯重要，尤其對如何檢驗法官的恣意判斷，擔保裁量權的合理運用，以及應許可鑑定之條件等，均有探究之必要²⁰⁴。實務上，對於毒物鑑定或死因鑑定等純粹非藉由科學方法無法判定的情形，較無疑義，但對酒後開車之被告判斷其酒醉情形時，正因為法官本身在某種程度上也能自行判斷，此時是否囑託鑑定有時亦會產生困惑，如欲提供囑託鑑定之判斷基準，則有必要考量允許鑑定之必要條件為何²⁰⁵。

一、鑑定之必要性

鑑定之性質上，以欲證明的對象如無特別知識經驗即無法判斷之事項作為基準²⁰⁶。對於鑑定與否之判斷，當然不得違背經驗法則與論理法則²⁰⁷，即使被認為必要鑑定之事項，但如能藉由其他證據予以認定時，亦得駁回鑑定之聲請²⁰⁸。由過去案例觀之，對於是否需精神鑑

²⁰⁰ 日本刑事訴訟法第 163 條第 1 項。

²⁰¹ 石井一正，刑事實務証法，頁 293、304。

²⁰² 石井一正，刑事實務証法，頁 304。

²⁰³ 本文「命付鑑定」用語同，施俊堯，律師與刑事鑑定，頁 69。但有稱「命行鑑定」者，參閱道路交通案件處理辦法第 30 條：「檢察官或交通法庭受理道路交通刑事案件，應注意就與犯罪有關之車輛性能，駕駛技術等有關事項，命行鑑定。」亦有稱「命鑑定」或「命為鑑定」者，林宜民，依新修正刑事訴訟法論法庭活動-以鑑定為中心，頁 68、77。

²⁰⁴ 鴨 良弼，刑事証法，頁 267。

²⁰⁵ 鴨 良弼，刑事証法，頁 267。

²⁰⁶ 反面解釋，對於判斷上無需特別知識經驗之事項，即不得命付鑑定。另參閱王梅英，專家在法庭上的角色-鑑定或參審？，頁 32-33。

²⁰⁷ 龜山繼夫，收錄於西原春夫等五人著者代表，刑事訴訟法[第一卷]，頁 592。

²⁰⁸ 物品是否含有麻藥成分，因屬於不容許外行人私自判斷之科學上問題，原則上應有專家之鑑定。但對於含有麻藥成分，如於訴訟當事人間不爭執，且能藉由鑑定以外高信用度之證據，來認

定，常有爭執，被告方面經常聲請精神鑑定，但以往法院直接認定不需鑑定之案例，卻屢見不鮮²⁰⁹。

日本判例雖然認為只要不違反經驗法則與論理法則，未選任鑑定人，法官直接認定事實，亦不違法。但學說認為鑑定不應該全委由法院之自由裁量，如待證事項是未具備特別知識經驗即無法判斷之事項時，此時就有鑑定之必要性，因而提出下列不同之判斷方法²¹⁰：

1、一般認為「非藉由特別知識經驗無法判斷之事實，如該事實是屬於待證事實時，則有鑑定之必要」。

2、以是否存在「有根據的疑惑，作為選任鑑定人與否之基準」。

3、與被告提出證據之責任相關聯，為使被告能提出「大致之證據」，例如關於責任能力之存否，認為只要被告欠缺專家之鑑定，則無法提出時，當被告之主張有理由，法院應受理其鑑定之聲請。

4、有從刑事訴訟法第 335 條第 2 項之解釋出發，關於阻卻犯罪成立事由²¹¹，法院為判斷其存在與否，應調查證據後依法表明其判斷理由，因此只要來自被告方面的主張，認為「只要被告提出大致之證據(此即為主張)聲請鑑定時，法院無論如何應命付鑑定。」

5、有從當事人主義應用面觀察，認為「由憲法第 37 條²¹²第 2 項之精神觀之，法院對於被告聲請調查證據採納與否，應有其界限。」

6、從憲法第 37 條的規定及當事人主義之精神來看，「為使刑事被告充分行使訴訟上之防禦權」，當事人特別是被告的聲請鑑定，原則上應允許。除非被告所聲請之鑑定與案件無關聯性，或同一事項已有相同之鑑定，如再命重複鑑定有違訴訟經濟原則，法院得駁回當事人之聲請外，只要非上述情形，解釋上應為法所不允許²¹³。

定該事實，又無其他反證存在時，雖無專家之鑑定，依據其他證據來認定事實亦無不可。例如，第一審之被告與辯護人不爭執，並由藥商職員(即被告)之陳述，與製藥業者之陳述，及收受藥品之藥劑師之陳述，綜合判斷後，據以認定事實亦可。三井 誠，刑事手續Ⅲ，頁 354。

²⁰⁹ 最高裁判所大法庭判決昭和 23 年 11 月 17 日最高裁判所刑事判例集第 2 卷 12 号 1588 頁。參照三井 誠，刑事手續Ⅲ，頁 355。

²¹⁰ 淺田和茂，收錄於上野正吉等三人編著，刑事鑑定の理論と実務，頁 90、91；淺田和茂，科学捜査と刑事鑑定，頁 164、165。

²¹¹ 日本法上之阻卻犯罪成立事由，包括「阻卻違法事由」、「阻卻責任事由」等排除犯罪成立之事由，經常舉出者為正當防衛與緊急避難等之阻卻違法事由。

²¹² 日本憲法第 37 條文請參閱第二章第四節第一款之註釋。

²¹³ 松崗正章，收錄於上野正吉等三人編著，刑事鑑定の理論と実務，頁 112、113。

二、命付鑑定

審判期日命付鑑定時，首由法官就鑑定人之姓名、年齡、職業及住居所等為人別訊問，接續訊問鑑定人之學歷、專攻學科、經歷及鑑定次數、內容等有關鑑定人適格性之問題。再者，告知鑑定事項，並命實施鑑定，同時要求鑑定人應於某日前將鑑定經過及其結果以書面或言詞報告方式提出。並告知鑑定人於日後之審判期日，對於鑑定書所記載之事項，應接受詰問之意旨，並給到庭之當事人詰問之機會²¹⁴。

三、鑑定義務

除拘提之規定外，鑑定人經傳喚無正當理由不到場者，準用訊問證人相關規定，因此當鑑定人承諾鑑定時，即生鑑定義務，如無故不到場，即可加以制裁。對證人而言，協助刑事司法是一般國民的義務，而鑑定人則是因鑑定命令而產生法律上的義務。亦即，對專家並不課予一般性的鑑定義務，只有依據鑑定命令時，才有必要課予其義務。對法院之鑑定命令雖然有拒絕鑑定權之可能²¹⁵，如一開始便拒絕鑑定，並無問題，但於承諾並實施鑑定後，至進行交互詰問階段，此時對於無正當理由拒絕時，仍得課予罰鍰、賠償費用及罰金、拘役²¹⁶。

第六節 再鑑定

實務上，法院屢次針對同一事項命再鑑定²¹⁷，究竟對同一事項是否允許重新的鑑定？如為法律所許可，則應具備何要件？目前實務上尚未有統一之見解，立法者亦未表明判斷基準²¹⁸。

²¹⁴ 兼頭吉市，收錄於上野正吉等三人編著，刑事鑑定の理論と実務，頁 258。

²¹⁵ 透過刑事訴訟法第 171 條規定，準用第 146 條至第 149 條之規定。

²¹⁶ 淺田和茂，收錄於上野正吉等三人編著，刑事鑑定の理論と実務，頁 92、93；淺田和茂，科学捜査と刑事鑑定，頁 167。

²¹⁷ (1) 本文所稱「再鑑定」即「再送鑑定」、「再行鑑定」或「再為鑑定」之義，而「前鑑定」與「再鑑定」係指由不同鑑定人就相同鑑定事項先後所為之鑑定者，並將實施前鑑定之鑑定人稱為「前鑑定人」，實施後鑑定之鑑定人稱為「再鑑定人」，而「再鑑定」僅指由他鑑定人行「繼續鑑定」、「補充鑑定」及「另行鑑定」之情形，至於由原鑑定人續行鑑定者，則不包含在內。日本學者鴨 良弼對法院選任同一鑑定人實施鑑定者稱為「再鑑定」，或由不同鑑定人就相同待鑑事實實施者稱為「重複鑑定」。

(2) 再鑑定通常係指同一訴訟程序就相同鑑定事項從新實施鑑定而言。門口正人等四人編集，民事証拠法大系第 5 卷各論Ⅲ，頁 9。

²¹⁸ 鴨 良弼，刑事証拠法，頁 264。

一、再鑑定與裁量權

有認為是否命再鑑定，本為法院之裁量，如同證言，對同一待證事項，是否應傳喚所有(或多數)證人，或針對同一證人要求再度作證等均為法院之裁量，故鑑定上是否再鑑定亦屬法院之裁量權範圍。雖然現行法對此未直接明文規定，但從為發現真實於必要時，得依職權調查之規定²¹⁹來看，理論上亦可推導出是屬法院之裁量²²⁰。

相對於證言是提供法官的認識題材，鑑定則是補充法官的認識能力²²¹，可知鑑定是可替代性，只要具有特別知識與經驗者，對待鑑事實有能力實施充分鑑定者，則可被選任為鑑定人，因此鑑定不應該被限定於特定人，再從鑑定具替代性來看，應允許再鑑定²²²。

在補充法官認識能力的意義上，由於鑑定與證言之性質不同，任意或隨意的重新或反復鑑定，有混淆法官之認識能力與認識內容之虞，因此，縱使是否命再鑑定屬法官之裁量，但為使裁量權能合理行使，仍有訂定其基準之必要²²³。

二、命再鑑定之基準

如允許再鑑定，接著就是允許之界限為何之問題，如前所述，是否命重新鑑定，雖屬法院之裁量，但其裁量仍必須合理，縱然鑑定具替代性，但隨意的命重新鑑定，只會混淆法官的判斷，甚至發生無法公正認定事實，因此，決定法官裁量的範圍，必須有其判別基準，例如²²⁴：

- 1、前鑑定內容被認定有重大矛盾時。
- 2、應用之專業知識或經驗於學說上仍有爭議，存在與前鑑定人相反的有力見解時。
- 3、於前鑑定上，法院所提供之鑑定資料被認為有不充分之處，或發現新的鑑定資料時。

²¹⁹ 日本刑事訴訟法第 298 條第 2 項。

²²⁰ 鴨 良弼，刑事証拋法，頁 265。

²²¹ 此主要為法國法上之見解，參照鴨 良弼，刑事証拋法，頁 253。

²²² 鴨 良弼，刑事証拋法，頁 265。

²²³ 鴨 良弼，刑事証拋法，頁 264、265。

²²⁴ 鴨 良弼，刑事証拋法，頁 265；門口正人等四人編集，民事証拋法大系第 5 卷各論Ⅲ，頁 9。有關再鑑定之證據評價請參考第五章第六節。

4、對前鑑定人之鑑定能力產生懷疑時。

5、前鑑定的結果或程序發生不正情事，並經證實時。

是否存有如前述之條件²²⁵，當然由法院就具體案件判斷，有時在詰問鑑定人時，即可判斷是否存有上述情事，有時可由鑑定書所記載之內容，知道是否符合上述基準。要言之，對於法院裁量權的行使，應有一定的界限，運用上亦應特別的慎重²²⁶，不能僅因當事人不滿意鑑定人之鑑定結果，或經強烈要求，即浪費司法資源而任意再鑑定，法院應審酌實際情況，於必要時，依職權為之²²⁷。

第七節 小結

一、開啟程序

當事人聲請鑑定時，應陳明所欲鑑定之事項，而鑑定不論是根據當事人聲請或依職權為之，法院依法均應先徵詢檢察官及被告或辯護人之意見，雖然囑託鑑定與否是屬法院之裁量，但由於鑑定人廣義上亦屬於證人，憲法第 37 條第 2 項承認被告有「聲請證人權」，同時刑事訴訟法上檢察官負有舉證責任，因此調查證據時不論是何人提出鑑定聲請，法院原則上應准許，學說上亦採相同見解，但判例認為只要不違反合理性，縱然駁回其聲請，亦不違反憲法保障之聲請證人權。如從鑑定係補充法官知識經驗之性質言，法官當然可以自主決定鑑定與否，但從重視實體真實原則與當事人主義觀點言，法院對於鑑定與否之裁量權，行使上本身應具有合理性。

理論上法官得以自己特別之知識經驗利用於訴訟，當其專業性與客觀性不生疑問時，即便未命他人實施鑑定，亦不成問題。惟實際上，法官之特別知識經驗經常出現：主觀意識過強、本身特別知識經驗不足、或特別知識與經驗無法被證明或檢驗等問題。由於法官自認知識

²²⁵ 有民事訴訟法學者對再鑑定之必要性，提出下列更多樣之判斷基準：(1)矛盾之鑑定，(2)不完全之鑑定，(3)以不適當之前提事實為基礎之鑑定，(4)鑑定作業出現重大瑕疵，(5)鑑定人專業性存疑，(6)有較佳之鑑定儀器與方法，(7)審判上之鑑定與私選鑑定兩相矛盾，(8)特別困難之鑑定，(9)發生鑑定人迴避之原因等。木川統一郎編著，民事鑑定の研究，2003年12月12日，第1版第2刷，判例タイムズ社，頁548-553。

²²⁶ 鴨 良弼，刑事証拠法，頁265。

²²⁷ 門口正人等四人編集，民事証拠法大系第5卷各論Ⅲ，頁9。

經驗有所不足才選任鑑定人，其本身之特別專門知識經驗，除常有上述諸問題外，又因提供認識素材者與評價該素材者不應為同一人，故認為不允許法官將其特別知識經驗於訴訟上加以利用。

二、選任程序

法院裁定交付鑑定後，通常於參考鑑定聲請人之意見後，本於職責選任知識經驗者實施鑑定，但不受當事人意見所拘束。由於鑑定人對於鑑定事項是否具有特別知識經驗，對當事人而言係屬重要事項，為給當事人聲明異議及充分爭辯之機會，法院應製作鑑定人任命書送達於當事人。如對鑑定事項不具備特別知識經驗者，法院命為鑑定人時即屬違法，所為之鑑定欠缺證據能力，至於特別知識經驗僅部分欠缺者，一般認為僅會減損證明力，仍認為具有證據能力。

法院考量鑑定人選時，與本案有特殊關係者首應排除在外，亦即須對於鑑定事項具有特別知識經驗，且能保持中立公正者，方為適格之鑑定人。如同一專家經常受某法官選任，易導致該法官對鑑定結果失去批判與評價能力；反之，鑑定人亦可能作出迎合法官對鑑定結果之期待，為避免可能之風險，除透過鑑定人詰問或引進對立鑑定人，作合理的控制外，籌設「中立鑑定機關」、「科學審判中心」或「法科學研究所」，亦值得考慮。

現行日本刑事訴訟法既無機關鑑定，亦無鑑定人迴避制度，當初立法之主要考量在於鑑定能力及鑑定經過與內容必須接受當事人詰問，所以鑑定者必須是自然人，機關者不與焉。對於鑑定人迴避制度，有學者從立法論上，認為鑑定人迴避制度有其制度上之必要性，同時在解釋論上，雖然法未明文規定，如依據民事訴訟法第 214 條之鑑定人迴避精神，並就同法第 24 條拒卻法官原因之精神觀之，如準用於刑事訴訟法上之鑑定人，亦屬妥適。

三、訊問程序

為實施鑑定人訊問，首應傳喚鑑定人，經指定之鑑定人，即生到場之義務，如傳喚後無正當理由不到場者，得處 10 萬元以下罰金或拘役等間接強制之處罰，或再度傳喚，因與無替代性之證人不同，仍

不得加以拘提，對屢傳不到之鑑定人，則應撤銷鑑定裁定，重新選任鑑定人。

傳喚到庭之鑑定人，與詰問證人情形相同，法院於人別訊問後，由鑑定人於宣誓書上簽名捺印，並以朗讀書面方式，宣誓將本於良心誠實實施鑑定。未經宣誓所為之訊問無效，未經宣誓之鑑定亦屬無效，兩者皆欠缺證據能力，不得作為證據，而宣誓後之鑑定人如為虛偽鑑定時，則成立虛偽鑑定罪。

接續於鑑定人宣誓後，法院應告知鑑定事項，並下達鑑定命令，及要求鑑定人將鑑定經過及其結果，以鑑定書或言詞方式提出報告。鑑定人預定以鑑定書方式報告時，法院應事先訊問鑑定人預計提出報告之時間，並告知鑑定書所記載事項應於審判期日接受詰問。由於鑑定人是經法院指定之時點取得訴訟法上鑑定人之地位，法院應通知檢察官、被告及辯護人於指定期日實施鑑定人詰問。

四、命鑑定程序

審判上只要待證事實，必須具有特別知識經驗始能回答者，均有必要透過專家來證明，亦即當法官因欠缺特別知識經驗，而無法排除疑問時，即應命付鑑定以彌補其知識經驗之不足，藉以認定事實。日本早期刑事判例認為，雖然是應命付鑑定之事項，但如有其他有力證據亦能證明被告犯行時，此時未交付鑑定仍不違法。惟鑑於物證之可信度通常高於人證，鑑定人以科學的方法提供專業上之意見，較無爭議，如待證事項有鑑定之必要性與可能性時，法院仍應交付鑑定，以避免事後可能產生之爭議。學者則對法院應命付鑑定與否，提出不同之判斷基準：有從憲法第 37 條或刑事訴訟法第 335 條第 2 項之解釋出發者，亦有由當事人主義之精神推論者，或從待證事實需藉特別知識經驗來判斷者等，來判斷鑑定之必要性。

審判期日命付鑑定時，首先由法官就鑑定人之姓名、年齡、職業及住居所等為人別訊問，接著訊問鑑定人之學歷、經歷、年資及鑑定次數、內容等有關鑑定人適格性之問題，經確定專業能力符合條件後，再告知鑑定事項，並訊問鑑定人何時能提出書面或言詞之鑑定經過及其結果，最後應命鑑定人提出書面或言詞報告內容。並告知鑑定

人對於鑑定書所記載之事項，應於審判期日接受當事人詰問之意旨。

五、再鑑定程序

是否命再鑑定，本為法院之裁量，如同證言一般，對同一待證事項，應否再傳喚其他證人，或針對同一證人要求再度作證等，均繫諸法院裁量。再鑑定雖屬法院之裁量，但其裁量仍必須合理，縱使鑑定具替代性，但隨意命重新鑑定，只會混淆法官的判斷，甚至造成無法公正認定事實之虞。

對於命再鑑定與否，學者對法官之裁量，提出下列參考基準：對鑑定人之鑑定能力產生懷疑時、程序或結果發生不公正之情事時、鑑定內容出現重大矛盾時、或鑑定資料不完備或發現新鑑定資料時等。可於詰問鑑定人時，或就鑑定書之記載內容，判斷系爭事項是否符合上述基準，不應只因當事人不滿意鑑定結果，即浪費有限司法資源而任意再鑑定，致生訴訟拖延，或自陷紛爭之漩渦中。

