

第五章 鑑定報告之性質及其證據評價

第一節 書面報告之證據調查

鑑定人應以書面或言詞方式向法院報告鑑定之經過及其結果，如以鑑定書之方式提出於法院時，鑑定之聲請人是否仍須重新聲請鑑定書之調查？法院應否對之裁定？目前實務處理上不完全一致，學說見解上亦未見統一，學說對於鑑定書之調查程序，大別有「必要說」與「不必要說」二種³⁶¹：

一、聲請及裁定不必要說

不必要說認為鑑定書之證據調查僅是法院執行證據裁定³⁶²之一個態樣，鑑定書之調查與準備程序中鑑定人訊問筆錄之調查，並無任何實質上之差異。亦即，鑑定書之調查只是執行當初證據之裁定，實質上與準備程序中記載鑑定人訊問結果之書面（即鑑定人訊問筆錄）之調查相同，故得類推適用刑事訴訟法第 303 條之規定，所以「聲請及裁定不必要說」又稱「第 303 條類推適用說」。依據不必要說，法院當然負有依職權調查鑑定書之義務，無須就聲請調查鑑定書或將調查鑑定書之意旨加以裁定，法院即得調查鑑定書³⁶³。

二、必要說

相對於不必要說，必要說認為聲請鑑定及裁定鑑定係以鑑定人之訊問為前提，而鑑定書之調查並非原則。由於法院在最初訊問鑑定人

³⁶¹ 關於「必要說」與「不必要說」，有學者（兼頭吉市，石井一正）係以是否需要法院裁定，有學者（三井 誠）係以是否需要當事人聲請為分類方式，本文以是否需法院裁定為主要分類方式，同時為明確必要說與不必要說之內涵，並將聲請與裁定之用語直接顯現於標題上。三井 誠，刑事手續Ⅲ，頁 363；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 265；石井一正，刑事実務証拠法，頁 318。

³⁶² 對調查證據之聲請，法院應以裁定行之。證據之裁定分為實施證據調查之裁定（採用裁定）與駁回證據調查聲請之裁定（駁回裁定）。法院為裁定證據之際，應先確認調查證據之聲請是否合法，其次聲請調查之證據有無證據能力，以及有無調查證據之必要性等。石井一正，刑事実務証拠法，頁 58。

³⁶³ 三井 誠，刑事手續Ⅲ，頁 364；石井一正，刑事実務証拠法，頁 318。

之際，鑑定人通常無法於審判庭上立即實施鑑定，並陳述其鑑定過程與判斷結果，所以鑑定人之訊問不得不中斷至實際鑑定結束後。通常由鑑定人先於法庭外實施鑑定，待鑑定完畢至可以報告鑑定過程與結果之階段，法院才再行訊問鑑定人，由鑑定人以言詞報告。因此，對於鑑定經過與結果非以言詞而係以書面(即鑑定書)報告之情形，鑑定書與鑑定人之訊問，兩者係屬個別獨立之證據，故有必要以鑑定書作為書證重新聲請調查程序³⁶⁴。

必要說對於是否須經當事人聲請與法院裁定二者須兼具，又可分以下二說：

1、裁定必要說

裁定必要說認為，解釋上聲請鑑定本身當然包含事後鑑定書之調查，故無須重新聲請調查，但對於鑑定書之調查，有必要以裁定調查之方式為之，故又稱為「聲請不必要說」³⁶⁵。亦即，不論當初聲請鑑定時是以言詞方式或書面方式，解釋上即包括事後調查鑑定書之聲請，雖然無須重新聲請調查，但鑑定書之調查與刑事訴訟法第 303 條之性質不同，於聽取他造意見後，仍有必要為證據調查之裁定³⁶⁶。

2、聲請及裁定必要說

認為如無當事人重新聲請及法院依職權裁定調查時，就不能為證據調查³⁶⁷。

鑑於鑑定經過與結果之報告，並非必然皆以言詞方式為之，且就鑑定之性質而言，既然為證據之裁定(鑑定之裁定)，解釋上當然應課予證據調查之義務，故以聲請及裁定不必要說(或稱第 303 條類推適用說)較妥當³⁶⁸。實務作法上，審判期日前會事先要求當事人閱覽鑑定書，或於審判庭上由法官告以鑑定書要旨，幾乎未有於審判庭上朗讀鑑定書全文之情形³⁶⁹。

³⁶⁴ 三井 誠，刑事手續Ⅲ，頁 363、364。

³⁶⁵ 三井 誠，刑事手續Ⅲ，頁 364。

³⁶⁶ 三井 誠，刑事手續Ⅲ，頁 364；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 265。

³⁶⁷ 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 265。

³⁶⁸ 三井 誠，刑事手續Ⅲ，頁 364。

³⁶⁹ 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 265。

第二節 言詞報告之證據調查

鑑定人原則上應於審判期日，將鑑定經過與結果以言詞方式提出報告，法院以訊問鑑定人之方式實施調查，並將調查內容記載於審判筆錄，如於審判期日外、法院外實施訊問時³⁷⁰，應製作鑑定人訊問筆錄，依據刑事訴訟法第 303 條規定，對於鑑定人訊問筆錄，法院應於審判期日以證據文書加以調查，且該筆錄根據同法第 321 條第 2 項前段賦予其證據能力，亦即無條件取得證據能力³⁷¹。

鑑定人以言詞提出報告時，訊問鑑定人則成為最核心亦是最重要部分³⁷²，至於訊問鑑定人之方法，與訊問證人之情形相同，基本上採交互詰問方式，但考量鑑定之性質及鑑定人之立場，由聲請人先提出詳細之詰問事項書，採故事式之詰問方式或和緩之交互詰問方式，以免鑑定人於交互詰問時受到不當之詰問，同時亦表示對專家之尊重³⁷³。

鑑定結果以言詞報告時，以詰問鑑定人方式行之，如鑑定人無需於法院外實施鑑定活動者，則接續人別訊問、宣誓等程序之後，於同一期日即行鑑定人詰問，惟多數情形是在法院外實施鑑定後再報告鑑定結果，此時只要接續實施鑑定人詰問即可，而無須重新為人別訊問及宣誓之程序。因為詰問鑑定人，除拘提外，皆準用訊問證人之相關規定³⁷⁴，所以法律上其詰問方法與訊問證人之方法皆同。但鑑於鑑定之特殊性，於詰問鑑定人之運作上，有必要施與詰問證人不同之準備³⁷⁵：

- 1、預定於審判期日訊問鑑定人時，事先使聲請人提出詰問事項書³⁷⁶。
- 2、非交互詰問之情形，法院宜事先衡酌訊問方法³⁷⁷。
- 3、每一詰問事項並非採一問一答之方式，而是採用故事式之詰

³⁷⁰ 日本刑事訴訟法第 171 條、第 158 條第 1 項。

³⁷¹ 三井 誠，刑事手續Ⅲ，頁 365；石井一正，刑事實務証拠法，頁 320。

³⁷² 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 595。

³⁷³ 三井 誠，刑事手續Ⅲ，頁 354。

³⁷⁴ 日本刑事訴訟法第 171 條、刑事訴訟規則第 135 條。

³⁷⁵ 石井一正，刑事實務証拠法，頁 319、320。

³⁷⁶ 日本刑事訴訟規則第 106 條第 2 項。

³⁷⁷ 日本刑事訴訟法第 304 條第 1 項。

問方法，使鑑定人於表達時有某種程度之自由。

4、反詰問之際，勿使鑑定人陷於混亂之中、或受刺激挑撥、或發生傷害其專家尊嚴之情形。

此外，法院及當事人於訊問及詰問之際，對於鑑定人之專業程度與中立性，蒐集資料與鑑定方法之妥當性，導引出結論之論理性與完整性等，均應特別加以注意³⁷⁸。

第三節 鑑定書之證據能力

第一款 鑑定人所作成之鑑定書

鑑定人作成之鑑定書因屬於傳聞證據，原則上不具證據能力³⁷⁹，除非具下列要件之一，始得作為傳聞證據之例外賦予其證據能力³⁸⁰。

1、具刑事訴訟法第 326 條之「同意」³⁸¹者：如根據「聲請及裁定不必要說」，此時之同意需為當事人雙方之同意；如根據「裁定必要說」，如有鑑定聲請人之對造同意即可；如根據「聲請及裁定必要說」，在當事人聲請鑑定書調查之情形，需有對造之同意；在法院依職權調查之情形，則需當事人雙方之同意³⁸²。

2、適用刑事訴訟法第 321 條第 4 項者：記載鑑定過程及其結果之書面，作成者之鑑定人必須於審判期日出庭，以證人身份接受詰

³⁷⁸ 石井一正，刑事實務証法，頁 320。

³⁷⁹ 日本刑事訴訟法第 320 條第 1 項。

³⁸⁰ 三井 誠，刑事手續Ⅲ，頁 365。

³⁸¹ 雖有當事人之同意，依日本刑事訴訟法第 326 條第 1 項規定，並不能立即將傳聞證據賦予其證據能力，仍需由法院認為「適當」者為限。至於同意之本質有「放棄反對詰問權說」與「賦予證據能力說」對立，以前者為通說。依通說見解，同意之本質以放棄對原陳述人之反詰問為核心，此不僅放棄反對詰問權，亦對直接審理原則之保障為放棄之意思表示。而後者則認為，同意是對依刑事訴訟法第 320 條第 1 項規定不得作為證據之傳聞證據，給予其證據能力，是當事人極為重要之訴訟行為。藤永幸治・和上和雄・中山善房編，大コンメンタール刑事訴訟法第五卷 I，2003 年 8 月 25 日，初版第 3 刷，青林書院，頁 363-365；石井一正，刑事實務証法，頁 60、61。

³⁸² (1)三井 誠，刑事手續Ⅲ，頁 365。另有「聲請及裁定不必要說」、「裁定必要說」及「聲請及裁定必要說」請參閱本章第一節。

(2)日本刑事訴訟法第 326 條第 1 項之檢察官或被告之同意，筆者認為只要鑑定是來自當事人一方之聲請，理論上只要有對造之同意即可，毋庸鑑定聲請人再為同意，亦即毋庸當事人雙方之同意。至於非由當事人聲請，而係由法院依職權命鑑定者，此時之同意，當然應有當事人雙方之同意方可。據此，如依「聲請及裁定不必要說」，由於鑑定書之調查係法院應主動為之，如欲直接將鑑定書作為證據時，此時之同意需有當事人雙方之同意；如依「裁定必要說(即聲請不必要說)」，由於聲請鑑定本身，解釋上即包括事後鑑定書之調查，因此只要有鑑定聲請人之對造同意即可；如依「聲請及裁定必要說」，於當事人聲請調查者，需有對造之同意，於法院依職權調查者，則需當事人雙方之同意。

問，陳述鑑定書是「真實作成」時，始得作為證據。因此，如無法取得刑事訴訟法第 326 條之同意時，則必須依據刑事訴訟法第 321 條第 4 項之規定，經鑑定人於法庭上陳述鑑定書為真實作成時，始被認為具有證據能力³⁸³。

鑑定書與勘驗筆錄相同，鑑定人必須於審判期日以證人身分接受詰問，當陳述真實作成時，方認為有證據能力，在共同鑑定之情形，如係鑑定人與鑑定輔助人二者協力完成時，通常作成名義人以外之鑑定助手，僅係輔助者，此時詰問名義人即已足。如係複數鑑定人彼此分擔範圍、個別實施鑑定，並分項作成鑑定書，分別以自己為鑑定名義人對外表示時，應將所有名義人視為證人加以詰問。對於複數鑑定人就同一事項共同鑑定，僅作成一份鑑定書時，只要詰問其中一人即已足，因為於同一事項之共同鑑定上，以一人之證言即可明瞭鑑定書整體是否真實作成³⁸⁴。

偶亦發生鑑定書之作成名義人與實際從事鑑定者不同人，例如複數鑑定人就分擔範圍個自鑑定後，彙製成分項鑑定書，但鑑定書之作成名義人卻僅由其中一人對外行之，此時名義人所鑑定之部分，以證人加以詰問，能證明真實作成時，僅該部分具證據能力，至於其他部分，因作成名義人與實際作成者不一致，不是作成名義上欠缺真實，就是實際上未鑑定者在記載內容上欠缺真實，皆非真實作成，依據刑事訴訟法第 321 條第 4 項之規定，認不具證據能力³⁸⁵。對於完全未從事鑑定之人以其為鑑定書之名義人，亦同。例如實際負責診斷者為兼差醫師，但卻以醫院院長名義開具診斷證明書，此種書面係欠缺真實作成，除非有刑事訴訟法第 326 條同意將其作為證據，否則不具證據能力³⁸⁶。

第二款 偵查機關委託者所作成之鑑定書

偵查階段之鑑定，在科學證據優越之情形下，對發動傳喚、執行搜索或起訴犯罪等偵查作為，具有相當重要之影響力與說服力。惟偵

³⁸³ 三井 誠，刑事手續Ⅲ，頁 365。

³⁸⁴ 石井一正，刑事實務証拠法，頁 155、156。

³⁸⁵ 石井一正，刑事實務証拠法，頁 156。

³⁸⁶ 石井一正，刑事實務証拠法，頁 156、157。

查過程中，當某些鑑定結果對偵查機關不利，或對被告有利時，有時會刻意被隱匿而不提出於法庭。例如，「松山案件³⁸⁷」被告當時所著之衣褲，檢驗時夾克上並未發現血跡，褲子上則發現有栗子大小之紅褐色斑跡，疑似為血跡，當時雖經受託鑑定人作成鑑定書，但第一審並未提出於法庭，第二審經辯護人要求後始提出。其中本案最重要爭點在於棉被上血跡鑑定之「平塚鑑定書」，在第二次聲請再審之發回階段，經審判長之曉諭，偵查機關始將未提出於法院之紀錄資料全面公布後，才被發現³⁸⁸。

上述情形，至少在法院所選任鑑定者不至於發生，且依保全證據程序³⁸⁹所為之鑑定亦不可能發生³⁹⁰，為免發生偵查階段之鑑定產生偏頗或隱匿有利被告之事證³⁹¹，受委託鑑定者即使是偵查機關之內部單位，仍應以中立、客觀及專業自我要求，並禁得起法庭上交互詰問之考驗。

一、受託鑑定人之鑑定書

學說上一般將偵查機關委託鑑定者³⁹²，稱為「受託鑑定人」；而受法院命令實施鑑定者³⁹³，稱為「鑑定人」，於名稱上將二者加以區別³⁹⁴。至於日本刑事訴訟法第 321 條第 4 項：「鑑定人所作成之記載

³⁸⁷ 松山案件係 1955 年 10 月 18 日發生於宮城縣志田郡松山町(現大崎市)的殺人縱火案件，當時務農之夫(小原忠兵衛、54 歲)、妻(よし子、42 歲)、四女(淑子、9 歲)及長男(優一、6 歲)等四人，疑因住宅起火遭燒死，後經解剖發現夫、妻及四女頭部均受有刀傷，因此警方成立專案小組朝殺人放火案方向偵辦。警方逮捕之犯罪嫌疑人齊藤幸夫。經檢方起訴後，地方法院第一審判決死刑，被告上訴高等法院及最高法院分別遭駁回後確定(1959 年 5 月 26 日に仙台高裁で控訴が棄却され、1960 年 11 月 1 日に最高裁で上告が棄却されたため、死刑が確定する)，但被告一直喊冤，直至第 2 次聲請再審經法院裁定更為審判後，最後認定棉被上之血跡係偵查機關所偽造，歷時 28 年又 7 個月之牢獄，終於 1984 年 7 月 11 日獲改判無罪。參閱 <http://ja.wikipedia.org/wiki/...>；淺田和茂，科学捜査と刑事鑑定，頁 26-28。

³⁸⁸ 此外，「松山案件」中棉被被頭處之血跡，偵查階段係由當時東北大學三木教授所鑑定，第一審階段由東京醫科大學古畑教授所鑑定，辯護人於「最終辯論」中推測，因古畑鑑定人與三木鑑定人具有師徒關係，故重視三木鑑定人之結論，而刻意扭曲事實作出同一結論。且對辯護人聲請由慶應大學之對立鑑定人再鑑定，遭法院駁回，實感遺憾。認為此為「學閥」影響所產生之問題。淺田和茂，科学捜査と刑事鑑定，頁 189、190。

³⁸⁹ 日本刑事訴訟法第 179 條。

³⁹⁰ 淺田和茂，科学捜査と刑事鑑定，頁 189。

³⁹¹ 但在偵查階段，特別是初期時，可得較新鮮或稍縱即逝之跡證(例如屍體之解剖)，此階段囑託鑑定實有其重要性與特殊之價值，亦不能抹殺。參閱松尾浩也，刑事訴訟法(下)，頁 95。

³⁹² 日本刑事訴訟法第 223 條第 1 項。

³⁹³ 日本刑事訴訟法第 165 條。

³⁹⁴ 白井茲夫，証拠，頁 162；淺田和茂，科学捜査と刑事鑑定，頁 218。

鑑定過程及結果之書面，亦與前項同」之規定，對於受託鑑定人所作成之鑑定書，是否亦準用或被類推適用？最高法院認為，受法院命令之鑑定人所作成之鑑定書，「適用」刑事訴訟法第 321 條第 4 項之規定，其他案件，例如民事案件之鑑定書亦根據該條第 4 項判斷其證據能力³⁹⁵，而受偵查機關委託者所作成之鑑定書亦「準用」該條第 4 項規定，自此，審判實務即確立採肯定見解。亦即，偵查機關委託之受託鑑定人與受法院命令之鑑定人在實務運作上等同視之³⁹⁶，受託鑑定人不論來自偵查機關以外之人，如大學之法醫學者，或來自偵查機關內部之人，如警察廳科學警察研究所、各都道府縣警察本部之科學搜查研究所之技術人員及鑑識課之鑑識人員，受託鑑定人與鑑定人二者所作成之鑑定書之證據能力皆相同。至於文書之標題則非鑑定書之必要項目，例如警察本部鑑識課所作成之「指紋比對結果報告書」同樣準用同條第 4 項³⁹⁷。

雖然實務上採肯定見解，但學說上仍存有爭議，主要有肯定說與否定說二者對立³⁹⁸。

1、肯定說

採重視鑑定書之書面特質之立場，認為鑑定是基於特別知識經驗之法則或運用該法則於具體事實上所得判斷之陳述，因為甚難對鑑定資料之內容及繁雜多樣之鑑定經過等鑑定細節保有新鮮記憶，所以當鑑定完畢經過相當時日後，由鑑定人依記憶以言詞報告，遠不如使用書面報告來得正確且易於理解，又根據「備忘理論」³⁹⁹，鑑定書與勘驗筆錄同被認為具有證據能力，對受託鑑定人所作成之鑑定書與鑑定人所作成之鑑定書，認為二者並無差異之處，應賦予同等之證據能力⁴⁰⁰。

³⁹⁵ 最高裁判所決定昭和 37 年 4 月 10 日最高裁判所裁判集 141 号 729 頁。參照石井一正，刑事実務証拠法，頁 154。

³⁹⁶ 最高裁判所判決昭和 28 年 10 月 15 日最高裁判所刑事判例集 7 卷 10 号 1934 頁。參照石井一正，刑事実務証拠法，頁 154；白井茲夫，証拠，頁 163。

³⁹⁷ 石井一正，刑事実務証拠法，頁 155；白井茲夫，証拠，頁 162；淺田和茂，科学捜査と刑事鑑定，頁 218。

³⁹⁸ 白井茲夫，証拠，頁 162；淺田和茂，科学捜査と刑事鑑定，頁 218。

³⁹⁹ 英美法上之「備忘理論」必須證明下列諸點：1.書面係以供述者本身所經驗之內容。2.書面係在印象清晰時所作成。3.記述之正確性。4.書面為供述者本身所作成。如係第三人所作成時，供述者必須曾看過且認知該書面是正確無誤。參照石井一正，刑事実務証拠法，頁 170。

⁴⁰⁰ 日本刑事訴訟法第 223 條第 1 項。

至於人選之中立性、公正性、適格性及是否有經過宣誓等，雖不免對受託鑑定人產生質疑，但若著眼於鑑定是具有特別知識經驗者，對所認識之法則或事實之陳述，通常其內容詳細、判斷過程複雜、表現細微，於審判庭上藉由圖表、相片等書面報告方式，遠較於言詞報告方式更易確保其正確性，同時利於觀察與判斷，且本身具相當程度之中立性，所以判例對於受託鑑定人所作成之鑑定報告書解釋上係準用刑事訴訟法第 321 條第 4 項之規定⁴⁰¹。

又被告、辯護人為保全證據得依據刑事訴訟法第 179 條之規定聲請法院為鑑定處分，其鑑定結果適用同法第 321 條第 4 項之規定，從衡平性觀點而言，認為受偵查機關委託者所作成之鑑定書，準用刑事訴訟法第 321 條第 4 項之規定，並非無理由，且對照同條第 3 項之勘驗筆錄，因需要特別知識經驗才使用受託鑑定人，所以並無需將此種間接勘驗之情形加以不同處理。目前肯定說係為通說⁴⁰²。

2、否定說

採重視鑑定書之撰寫者、作成程序及信用性保障之立場，因為鑑定人是法院認為就某一事項具有專業知識經驗且經選任者，經宣誓將為誠實鑑定後，在刑法虛偽鑑定罪⁴⁰³之威嚇下，以專家身分實施鑑定，並於鑑定時提供當事人在場之機會⁴⁰⁴，因此，其判斷內容通常可保障具有高度之信用性；相對於此之受託鑑定人，僅是訴訟一方當事人(偵查機關)之輔助者，其鑑定過程中欠缺宣誓程序、刑法制裁威嚇及當事人在場之擔保，二者本身有重大差異，如將二者之鑑定書認為具有同等之證據能力，實有疑問⁴⁰⁵。且受託鑑定人所實施之鑑定通常為下列二種：一是為保全犯罪證據而實施，另一是檢察官決定是否對犯罪嫌疑人为起訴或不起訴處分時所為之。上述情形與法官選任之鑑定人在功能與時機上均有所差別⁴⁰⁶。

鑑定人僅指依法院或法官命令實施鑑定之人，至於檢察官或司法警察機關偵查階段所委託之鑑定如包括在刑事訴訟法第 321 條第 4 項

⁴⁰¹ 石井一正，刑事實務証拋法，頁 154、155。

⁴⁰² 淺田和茂，科学捜査と刑事鑑定，頁 220。

⁴⁰³ 參第三章第四節第二款。

⁴⁰⁴ 日本刑事訴訟法第 170 條、第 157 條。另參第四章第六節。

⁴⁰⁵ 白井茲夫，証拋，頁 163；三井 誠，刑事手續Ⅲ，頁 368；鴨 良弼，刑事証拋法，頁 159。

⁴⁰⁶ 淺田和茂，科学捜査と刑事鑑定，頁 221。

內，則被告或辯護人委任之鑑定亦應同等對待⁴⁰⁷。此外，調查證據時，偵查機關委託者所作成之供述筆錄係根據刑事訴訟法第 321 條第 1 項第 2 款或第 3 款，而法院之訊問鑑定人筆錄係根據同條第 2 項或第 1 項第 1 款，來判斷其證據能力⁴⁰⁸。

縱上，肯定說之主要論據有：1、備忘理論。2、間接之勘驗。3、判例所確立。4、與刑事訴訟法第 179 條之衡平。但放寬或擴大備忘理論之適用範圍⁴⁰⁹，仍有疑問；又對照於勘驗的體驗與認知，鑑定則常包含許多推論與意見，如將鑑定視為間接之勘驗，似有未妥；然就判例已確立之點而言，只會加深「筆錄審判」之危險；最後由刑事訴訟法第 179 條之衡平性觀點加以檢視，目前委託鑑定者並非僅是檢察官，司法警察官亦得自由為之，如忽視此點，似亦有未妥⁴¹⁰。

最重要者是受託鑑定人有否「偏頗之虞」，由於受託鑑定人常是司法警察官委託之警察廳、警視廳或警察本部所屬人員，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，抱持懷疑的態度。也由於日本刑事訴訟法未如同民事訴訟法對鑑定人定有鑑定人迴避制度⁴¹¹，為確保鑑定人之中立性與公平性，實務運作上，應可參考迴避制度之精神，於判斷鑑定書之證據能力時，法院有必要傳喚受託鑑定人，以鑑定證人身分加以訊問，來審酌是否將其鑑定證言採為證據使用⁴¹²。

二、詰問鑑定人與鑑定書之真實作成

受託鑑定人所作成之鑑定書，只要無被告之同意，受託人必須於審判期日以證人身分接受詰問，藉由陳述鑑定書係真實作成，始認為傳聞法則之例外，被賦予證據能力。至於「真實作成」之意，由於學說上對刑事訴訟法第 321 條第 4 項之解釋與理解的不同，有下列四說⁴¹³：

⁴⁰⁷ 淺田和茂，科学捜査と刑事鑑定，頁 219。

⁴⁰⁸ 石井一正，刑事実務証拠法，頁 155。

⁴⁰⁹ 參照日本刑事訴訟規則第 199 條之 11。

⁴¹⁰ 淺田和茂，科学捜査と刑事鑑定，頁 221。

⁴¹¹ 日本民事訴訟法第 214 條之內容參閱第二章第三節第二款之註釋。

⁴¹² 淺田和茂，科学捜査と刑事鑑定，頁 221。

⁴¹³ 白井茲夫，証拠，頁 164。

1、甲說：只要有鑑定書之作成名義是真實之證言，即可賦予證據能力。

2、乙說：除作成名義是真實外，尚應有證詞表示鑑定書之記載事項係鑑定者所鑑定並經正確記載，始得採為證據。

3、丙說：對於鑑定書記載內容之真實性，如未給予反詰問之機會，則不能採為證據。

4、丁說：將鑑定人之鑑定書與受託鑑定人之鑑定書不同處理，對於鑑定人之鑑定書，如有證詞表示記載之正確性，即認為具有證據能力，但對受託鑑定人之鑑定書，當受託鑑定人以證人身分陳述時，除就鑑定書記載內容之正確性外，對其專業能力、適格與否，對偵查機關有無故為有利鑑定之不公平立場，是否誠實鑑定等，並應給予被告、辯護人反詰問之機會，當受託鑑定人經得起反詰問之考驗後，始賦予證據能力。

參照刑事訴訟法第 321 條第 4 項之立法意旨，及將受託鑑定人之鑑定書與鑑定人之鑑定書等同對待之實質理由，解釋上前開四說中以乙說較適當，目前實務亦大致以乙說為依歸⁴¹⁴。

第三款 當事人委任者所作成之鑑定書

私人鑑定係指訴訟當事人私自委任專家，未經法院選任，就委鑑事項所實施的鑑定，並以私鑑定書形式提出於法院者⁴¹⁵。私人鑑定上較易發生問題者是私選鑑定人⁴¹⁶之專業程度與中立性問題，例如，對徵詢事項，私選鑑定人本身欠缺專門知識經驗，或偏向委任當事人之思考方式，或迎合其意見或內容⁴¹⁷。

由於偵查機關委託者所作成之鑑定書，解釋上準用刑事訴訟法第 321 條第 4 項，為求衡平，來自被告、辯護人等委任之專家所作成之鑑定書是否應等同處理，此問題上有肯定說與否定說對立。

⁴¹⁴ 白井茲夫，証拠，頁 164。

⁴¹⁵ 門口正人等四人編集，民事証拠法大系第 5 卷各論Ⅲ，頁 7。

⁴¹⁶ 參照第一章第一節之註釋。

⁴¹⁷ 門口正人等四人編集，民事証拠法大系第 5 卷各論Ⅲ，頁 8。對於私人鑑定所作成之私鑑定書，有學者認為可準用書證加以處理，必要時將作成者之專家，以證人身分加以詰問即可，至於私選鑑定人適格性之問題，則應於評價證據時加以衡量。小林秀之，新証拠法，平成 10 年 6 月 15 日，初版第 1 刷，弘文堂，頁 87。

1、肯定說

如強調鑑定書之書面特質，則受法院或法官命令之鑑定人所作成之鑑定書及受偵查機關委託者所作成之鑑定書以外具有鑑定書性質之文書，解釋上皆應準用該條第4項規定。例如，基於辯護人委任所作成之鑑定書，或具有一定專門知識經驗者本於職務上未受他人委託所作成之鑑定書⁴¹⁸，且就刑事訴訟法第321條第4項之立法意旨而言，似乎無將私鑑定書不同處理之理由⁴¹⁹。

2、否定說

由於私鑑定書未保障他造反詰問權，同時對作成者之適格性、中立性等，他造亦無法加以爭執，並行使迴避與拒斥等權利，所以私鑑定書被認為非屬於書證，僅能視為當事人主張之一部分⁴²⁰。亦即，私鑑定書欠缺他造反詰問權之保障，有必要對其信用性作進一步探究，如允許提出於法庭，可能引起法院誤判之危險，或可將私選鑑定人以證人身分，給予他造當事人詰問之機會⁴²¹。

不論是偵查機關委託者或是被告、辯護人等委任者所作成之鑑定書，同樣都面臨適格性、中立性、公正性、是否經過宣誓及當事人在場權擔保等問題，亦即鑑定過程中兩者均欠缺專業性審核、宣誓程序、刑法制裁威嚇及當事人擔保程序等，與法院選任鑑定人之程序與功能有所落差。由於受託鑑定人或私選鑑定人畢竟僅是訴訟當事人一方之輔助者，與依法院或法官命令實施鑑定之鑑定人本質上有所不同，為求衡平，如將檢察官或司法警察關偵查階段所委託之鑑定，包括在刑事訴訟法第321條第4項內，則被告或辯護人委任之鑑定，亦應同等對待。

⁴¹⁸ (1)此時，當然不能拘泥於文書之標題，只要係記載鑑定之經過及其結果即已足。石井一正，刑事實務証拠法，頁155。

(2)除受託鑑定人所作成之鑑定書外，實務上尚有未經他人委託係就本身主管業務所作成之鑑定者，例如掌管公害或事故原因調查之單位，於內部調查時承辦人員所作成之報告。亦有僅記載鑑定之結果者，例如於交通違規(違法)案件，交通警察路檢當時所作成之「酒味及酒醉鑑識卡」，記載呼氣酒精濃度檢測之結果者；或釀造私酒案件，稅務官員所作成之「酒精含量檢定書」等。熊谷 弘・浦辺 衛・佐々木史朗・松尾浩也，証拠法大系Ⅲ 第3篇伝聞証拠，昭和49年3月25日，第1版第4刷，日本評論社，頁221、222。

⁴¹⁹ 白井茲夫，証拠，頁164。

⁴²⁰ 門口正人等四人編集，民事証拠法大系第5卷各論Ⅲ，頁7。

⁴²¹ 門口正人等四人編集，民事証拠法大系第5卷各論Ⅲ，頁8。

第四節 鑑定書與傳聞證據

鑑定書自不待言是屬於傳聞證據，原則上不具證據能力，所以鑑定書之調查證據上，除有刑事訴訟法第 326 條之同意，而另當別論外，否則必須經過刑事訴訟法第 321 條第 4 項之程序，即鑑定人必須於審判期日出庭，就鑑定書是真實作成接受詰問⁴²²，因具不可替代性，故應以詰問證人而非詰問鑑定人方式行之，目前實務作法上亦大抵如此⁴²³。亦即，鑑定書本屬於傳聞證據，不具證據能力，所以在鑑定書的證據調查上，除非有刑事訴訟法第 326 條之同意，否則必須經過刑事訴訟法第 321 條第 4 項鑑定人必須於審判期日出庭，以證人身分就鑑定書是真實作成接受詰問之程序，以取得證據能力，賦予鑑定書之特殊地位⁴²⁴。

一、再傳聞之傳聞同意

如鑑定書內容中又包含傳聞證據時，該部分是否具證據能力即有爭議。因為只要法院之鑑定命令無特別限制，鑑定人即得廣泛蒐集必要且適當之資料，所以允許於法院程序外取得被告或關係人之直接陳述，或使用訴訟紀錄以外之書面作為參考資料，如此鑑定書內容中就包括了傳聞證據⁴²⁵。由於鑑定書本身是傳聞證據，上述資料就是傳聞之傳聞(即再傳聞)，當雙方同意將鑑定書作為證據時，前述問題尚未浮現，因為同意效力及於再傳聞⁴²⁶。亦即，未有特別排除約定之同意時，則認為該同意不僅對傳聞證據之陳述人，亦對原陳述人放棄反詰

⁴²² (1)石井一正，刑事實務証拋法，頁 318；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 264。

(2)我國刑事訴訟法第 159 條規定：「被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據(第一項)。前項規定，於第一百六十一條第二項之情形及法院以簡式審判程序或簡易判決處刑者，不適用之。其關於羈押、搜索、鑑定留置、許可、證據保全及其他依法所為強制處分之審查，亦同(第二項)。」即為我國有關傳聞法則之適用及例外之規定，其中該條所謂「法律有規定者」，包括同法第 206 條之鑑定報告：「鑑定之經過及其結果，應命鑑定人以言詞或書面報告(第一項)。鑑定人有數人時，得使其共同報告之。但意見不同者，應使其各別報告(第二項)。以書面報告者，於必要時得使其以言詞說明(第三項)。」

⁴²³ 石井一正，刑事實務証拋法，頁 318；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 264；淺田和茂，科学捜査と刑事鑑定，頁 218。

⁴²⁴ 石井一正，刑事實務証拋法，頁 318；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 264；淺田和茂，科学捜査と刑事鑑定，頁 218。

⁴²⁵ 石井一正，刑事實務証拋法，頁 157；三井 誠，刑事手續Ⅲ，頁 367、360。

⁴²⁶ 石井一正，刑事實務証拋法，頁 157；國內文獻請參閱：何賴傑，傳聞法則之同意，月旦法學雜誌，114 期，2004 年 11 月，頁 85-92。另有關同意之本質請參考本章第三節第一款之註釋。

問權，而認為鑑定書之傳聞證據具有證據能力⁴²⁷。

此外，法院對於檢察官與被告或辯護人雙方同意後，所提出記載合意內容之書面，或提出記載將於審判期日出庭陳述內容之書面，法院縱使未調查前開文書或應陳述之人，仍得將該書面(合意書面)作為證據⁴²⁸，雖然合意書面亦是傳聞證據，但如上述，被認為無條件取得證據能力，至於證明力，當然允許爭執⁴²⁹。

二、鑑定書與傳聞法則

由於鑑定書通常係根據刑事訴訟法第 321 條第 4 項取得證據能力，非根據同法第 326 條，因此上述傳聞內容之處理即生問題，問題核心在於鑑定究竟有無傳聞法則之適用，從鑑定人是立於公正之立場、專家對專業領域之掌握度較高、鑑定本身功能及為充分使鑑定人發揮法官輔助者功能而言，認為鑑定不適用傳聞法則的說法值得贊同⁴³⁰。亦即，鑑定書內容中之傳聞事項，只要被認為是真實作成，就賦予其證據能力。例如，將關係人陳述被告精神病之遺傳病史記載於鑑定書，法院允許將之作為認定被告之遺傳病史⁴³¹。當事人如對該事實有意見時，法院不僅應允許其爭執⁴³²，同時於訴訟指揮上，對於重要事實亦應給予雙方爭辯之機會，並將該關係人以證人身份加以詰問，以辯明事實⁴³³。故有認為只要是傳聞證據，如未對關係人施以反詰問，則不認為鑑定書具有證據能力，因為鑑定資料乃鑑定之前提，從正當程序之觀點，所有證據資料應經調查證據完畢後，始得作為證據使用，乃當然之理⁴³⁴。

至於詰問鑑定人，雖然係基於當事人之聲請而實施，但亦有認為

⁴²⁷ 石井一正，刑事事實證法，頁 172。

⁴²⁸ 日本刑事訴訟法第 327 條。

⁴²⁹ 石井一正，刑事事實證法，頁 172。

⁴³⁰ 石井一正，刑事事實證法，頁 157。

⁴³¹ 亦即，縱使是不具證據能力之傳聞資料，亦得作為鑑定資料而使用，只要將該內容以訊問鑑定人或鑑定書之形式呈現於法庭上，即可排除傳聞法則之適用。特別在實施精神鑑定或人格鑑定上，如不允許使用關係人陳述等之傳聞證據時，幾乎無法對被告實施鑑定。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 611、612。

⁴³² 日本刑事訴訟法第 308 條。

⁴³³ 石井一正，刑事事實證法，頁 157。

⁴³⁴ 三井 誠，刑事手續Ⅲ，頁 367。

應由法院依職權為之之見解⁴³⁵。此外，鑑定書經調查有刑事訴訟法第326條之同意後，聲請鑑定之當事人或他造當事人，亦經常聲請就鑑定書內容為補充性詰問鑑定人，此時多以詰問證人即所謂詰問鑑定證人之方式處理⁴³⁶。

第五節 鑑定人之詰問

只要是具專門知識經驗者，利用其學識經驗，就所認識而獲得之具體事實為陳述之人，英美法上一般稱為專家證人，大陸法系則稱為鑑定人。日本刑事訴訟法第165條之鑑定人，即是最典型的例子⁴³⁷。詰問鑑定人之方式與詰問一般證人有所不同，刑事審判上詰問鑑定人概分為下列二種：一是偵查階段所製作之鑑定書，視為刑事訴訟法第321條第4項之書面，而聲請調查時，為證明符合該條項之要件，而詰問鑑定書作成人之情形。另一為由法院命令具有專業知識經驗者實施鑑定，以鑑定人為證人，加以詰問之情形⁴³⁸。另在醫療糾紛案件中，如以案件關係人之醫師為專家，以證人身分加以詰問，係對該醫師依特別知識所得知過去事實之詰問，此時為鑑定證人⁴³⁹。

實務上，對於加害人遺留於犯罪現場之毛髮、血液、體液、氣味、聲音、筆跡及其他痕跡等，為連結被告而實施毛髮鑑定、血液鑑定、DNA鑑定、氣味鑑定、聲紋鑑定、筆跡鑑定及痕跡鑑定，或攸關被告責任有無及其程度之精神鑑定，交通事故肇事原因之工學鑑定，放火或失火案件之起火原因鑑定等，上述各類鑑定結果常對法院認定事實產生決定性之影響，而能否對鑑定人為有效詰問，則攸關訴訟活動成敗的關鍵⁴⁴⁰。

第一款 詰問前之準備

1、學習專門領域知識

⁴³⁵ 石井一正，刑事實務証拋法，頁318、319。

⁴³⁶ 石井一正，刑事實務証拋法，頁319。

⁴³⁷ 山室 惠，刑事尋問技術，2005年7月15日，第10版，ぎょうせい。頁163、164。

⁴³⁸ 山室 惠，刑事尋問技術，頁164。

⁴³⁹ 日本刑事訴訟法第174條。山室 惠，刑事尋問技術，頁164。

⁴⁴⁰ 山室 惠，刑事尋問技術，頁165；國內文獻請參閱：施俊堯，律師與刑事鑑定，頁64-107。

詰問者如未具備鑑定領域之專門知識，則無法為適切之詰問，縱使於學校或司法官訓練期間，有機會學習法醫學或精神醫學等基礎知識，但若平時疏於接觸，於遇具體案件時，亦不易立即掌握相關問題點。由於理解科學背景之專業領域，常需花費相當時間與努力，詰問者直接想以自學方式，短時間習得該領域知識常是成效不彰，甚至徒勞無功，若能藉由專家之指導與協助，掌握問題核心及詰問之重點，則可達事半功倍之效⁴⁴¹。

2、調查鑑定人能力

詰問前應事先蒐集鑑定人過去業績、鑑定經驗及相關論文，並調查鑑定人對待鑑事項具有何程度之鑑定能力，同時聽取同領域專家之意見。但對於新秀研究人員，不能僅以過去無顯赫業績，即對其能力予以負面的評價，仍應詳加調查⁴⁴²。

3、調查鑑定人與案件利害關係及其公正性

當被害人與鑑定人具有親戚關係，或能合理推斷該案件上存有利益關係之事實時，則可質疑鑑定人之公正性。由於利害關係多屬鑑定人之私領域，鑑定人企圖隱瞞時則不易發現，故可先檢討鑑定人對鑑定內容是否欠缺公正性，如有該傾向時，則可合理懷疑鑑定人與案件存有利害關係，視為隱瞞二者關係之原因⁴⁴³。

4、調查鑑定資料之適格性

對於遺留於犯罪現場之毛髮、血跡、煙蒂等證物，調查時應先確認鑑定資料之同一性，亦即先判別其是否為犯罪時所遺留，同時檢討發現位置、採取經過及保管程序，是否有產生調包或混淆之情事。實務上，為證明當事人是否有使用覺醒劑而實施尿液鑑定時，如能證明採集之尿液被調包，則鑑定結果與案件即不具關聯性而無證據能力。⁴⁴⁴

此外，精神鑑定上有時以偵查階段被告陳述時之畫面，或聽聞被告於犯罪時言行之人所為之陳述，作為供述證據，鑑定人以此為鑑定資料時，暫且不論該供述證據之信用性存有疑問之情形，首先應檢討

⁴⁴¹ 山室 惠，刑事尋問技術，頁 166。

⁴⁴² 山室 惠，刑事尋問技術，頁 166、167。

⁴⁴³ 山室 惠，刑事尋問技術，頁 167。

⁴⁴⁴ 山室 惠，刑事尋問技術，頁 167。

鑑定人是否未就問題點仔細推敲，或未詳加探究即視為不能作鑑定資料之情形⁴⁴⁵。

5、調查鑑定基礎理論之信賴性

對於鑑定所用之理論，是否被普遍認可，如使用未為一般所認可之理論、實驗方法，應審慎探究其合理性與信賴性⁴⁴⁶。

6、調查檢驗過程之信賴性

對於鑑定所使用之機器與設備是否適當、運作是否正常、取樣是否正確、精密度又如何、是否具信賴性，如鑑定人未親自採驗而委由助手時，該助手能力是否足夠等⁴⁴⁷。

7、檢討推論過程之合理性

法院及其他訴訟關係人詰問鑑定人時，應檢討鑑定書之內容、理由或推論過程是否有不合理之處，如鑑定過程與內容未顯明鑑定人之認知、推論或判斷，則不能稱之為鑑定，如推論過程出現不合理之跳躍式，或以無據之事實關係為前提時，則其結論之信用性即令人存疑⁴⁴⁸。

8、發問事項之具體準備

整理前述7項內容並製作詰問鑑定人事項，以確實掌握重點，並使用法官及相關訴訟關係人易於了解之詰問方式。實施詰問前之準備，主要是為了掌握問題點，同時實施訴訟關係人皆可以理解之詰問方式與內容，並非要彰顯詰問者本身之研究成果⁴⁴⁹。

第二款 詰問時之注意事項

鑑定人與一般證人不同之處，是鑑定人於特定學識領域上擁有一般人所欠缺之專門知識，又多數鑑定人於學術領域上受過嚴格訓練，具備豐富實務經驗，欠缺該專業知識之訴訟關係人，想藉由詰問來彈劾鑑定人之證言，通常相當困難⁴⁵⁰。

彈劾鑑定人雖說困難，但並非不可能，首先應學習該專業領域之

⁴⁴⁵ 山室 惠，刑事尋問技術，頁 167、168。

⁴⁴⁶ 山室 惠，刑事尋問技術，頁 168。

⁴⁴⁷ 山室 惠，刑事尋問技術，頁 168。

⁴⁴⁸ 山室 惠，刑事尋問技術，頁 168。

⁴⁴⁹ 山室 惠，刑事尋問技術，頁 168、169。

⁴⁵⁰ 山室 惠，刑事尋問技術，頁 165。

基礎知識，進而理解學說之問題點及學界未解決之研究課題，雖無法精通到可與專家作正面爭論之程度，但至少挑戰專家之氣魄與努力如未具備，則詰問甚難成功⁴⁵¹。

此外，法庭當場想以淺薄知識與外行人想法來彈劾專家，其結果充其量只會於法庭上曝露出詰問者研究不足、準備不全，反而會造成鑑定人之證言更具可信度，而帶來與詰問者預期相反之效果⁴⁵²。

第三款 其他

1、詰問態度

以鑑定人身分被詰問之專家，因於該專業領域常較其他訴訟關係人擁有較佳之知識經驗，所以詰問者於態度及措詞上應表現出適度敬意，如未顧及，則可能引起鑑定人反感⁴⁵³。

2、避免爭論

對鑑定人之專業領域已作相當程度努力之詰問者，於詰問過程中有時會與鑑定人發生學術上之爭論，對鑑定人之見解當然容許懷疑並提出詰問，但如同相撲競技一般，於鑑定人地盤上，常是勞多功少，佔不到便宜，如無成功之把握，最好避開爭論⁴⁵⁴。

3、通俗易懂

證言中出現之專業用語或概念，雖然被詰問者可以理解其意義，但其他訴訟關係人卻常無法當場即理解，因而有必要就專業用語與概念先請鑑定人說明，使聽聞之訴訟關係人，對詰問者及鑑定人你來我往的對答，能當場立即理解⁴⁵⁵。

⁴⁵¹ 山室 惠，刑事尋問技術，頁 165、166。

⁴⁵² 山室 惠，刑事尋問技術，頁 166。我國法官亦有持相同見解者，認為辯護人對鑑定人實施詰問之目的，就有利鑑定人之詰問上，係彰顯鑑定報告完整、無瑕疵及具有高度證明力，對於不利鑑定人之詰問上，則在突顯其鑑定無證據明力，甚或無證據能力，以否定其鑑定結果。詰問之目的並非在使鑑定人難堪，或令其啞口無言，訴訟技巧不當運用，反而難獲法官認同，甚至產生反效果，對當事人反而不利，而理性客觀的實際詰問內容，則促使法官對鑑定報告有更清楚的認知，利於發現真實與適用法律。因此，辯護人對於鑑定人詰問之內容，除對鑑定人適格性與中立客觀性外，主要係針對鑑定報告過程之各種問題，要求鑑定人說明，包括鑑定內容之疑問，材料蒐集程序，送鑑與蒐集方法之妥當性，鑑定方法之完備性與再驗性，專有名詞與法律關係，鑑定結果與待證事實之關係等。施俊堯，律師與刑事鑑定，頁 81、82、92、93。

⁴⁵³ 山室 惠，刑事尋問技術，頁 169。

⁴⁵⁴ 山室 惠，刑事尋問技術，頁 169。

⁴⁵⁵ 山室 惠，刑事尋問技術，頁 169。

第六節 鑑定結果之證據評價

第一款 評價鑑定之困難性

隨著現代型訴訟中科學爭點的比重日增，鑑定所扮演之角色與功能則益顯重要。由於鑑定的科學性與專業性，鑑定結果常成為審判上的重要證據，但有時卻反成為危險證據。又案件中涉及尖端知識之爭點亦不少，易使法官陷入科學論爭的泥沼中，更提高法院評價鑑定之困難度⁴⁵⁶。

縱使藉由專家得到了適切的鑑定結果，仍必須於偵查上之司法警察官與檢察官，及審判上之法官有正確理解、運用及評價，才能發揮其作用，否則不僅無法發揮功用，亦可能產生認定事實錯誤，甚至造成誤審誤判而不自知⁴⁵⁷。而欲對鑑定結果作正確理解與評價，除本身應充實基礎知識外，當事人亦應具備鑑定人於判斷過程與結論中，所具有的理性態度及努力探究事實的精神。如此，對鑑定結果才不會過度依賴、或囫圇吞棗，或發生曲解原意、不當引用或斷章取義(例如只擷取對自己有利部分)等情事⁴⁵⁸。

第二款 鑑定之特性

一、鑑定之優越性

過去犯罪偵查實務往往偏重自白，企圖透過犯罪嫌疑人自白以了解犯罪過程或取得相關物證，亦即「押人取供」或「押人取證」，但此種以人迫物證明犯罪事實之偵查方法與取證過程，常潛藏著刑求、裁臧等不利犯罪嫌疑人或被告之法律問題⁴⁵⁹。

由於刑事訴訟程序規定「事實應依證據認定之」，被告自白「出於強制、刑求或脅迫，被長時間不當留置或拘禁」，或其他「欠缺任意性」者，不得作為證據，如係「對自己不利益之唯一證據」時，不得認定為有罪⁴⁶⁰，隨著刑事訴訟法重視程序正義，講求法律依據之結

⁴⁵⁶ 小林秀之，新証拋法，頁 87；松尾浩也，刑事訴訟法(下)，頁 92。

⁴⁵⁷ 白井茲夫，証拋，頁 188。

⁴⁵⁸ 白井茲夫，証拋，頁 188。

⁴⁵⁹ 警察庁刑事局鑑識課編，犯罪鑑識，頁 1。

⁴⁶⁰ 日本刑事訴訟法第 317 條之證據裁判原則及第 319 條自白之證據能力與證明力。

果，證據裁判原則勢必更進一步落實，藉由「以證追人」或「以證查人」，亦即以物追人之科學偵查⁴⁶¹方法，已是不可避免之趨勢⁴⁶²。

伴隨偵查的科學化，審判的科學化亦是不可避免之趨勢，司法警察人員、檢察官、辯護人及法官對科學知識與刑事鑑定將日益倚賴，科學鑑定的結果⁴⁶³對於為證明直接或間接事實所需證據之發現、檢驗、確認及評價等，遂成為不可或缺的利器，同時帶動刑事訴訟程序之合理化與科學化。

在科學偵查之美名下，不代表所有的偵查作為即是合法，亦會衍生一些新問題，例如違法監聽、秘密照相攝影、尾隨跟監、不當蒐集DNA型別等侵害人權，特別是隱私權之情形。因此，科學的偵查與刑事程序的科學化仍應有一定的界線，必須嚴守法律依據與授權範圍，方能於保障被告人權與維護社會治安中，尋求一平衡點⁴⁶⁴。

二、鑑定之信賴性

鑑定人，如其陳述提供證據資料作為證據方法，此時與證人並無不同，如係報告其特別知識經驗，或基於特別知識經驗之實驗結果，則是作為法院輔助者兼證據方法，不論何者均會對法院的判斷，產生極大之影響力。因此，對於自行探究事實並對該事實運用特別知識經驗或應用已知法則，而提出報告之鑑定人，只要無欠缺信用性之情事，則不適用傳聞法則，得將其報告作為證據使用⁴⁶⁵。

鑑定人與證人同屬於訴訟之第三人，被強烈期待與要求應保持中立公平之客觀立場，雖然日本刑事訴訟法上並未有鑑定人迴避或拒卻之規定，但為避免發生偏頗，影響當事人或關係人對鑑定之信賴性，根據法律精神應可類推適用法官迴避之相關規定。因此，確保鑑定人之客觀性與信賴性，與確保證言之信用性同等重要⁴⁶⁶。

三、鑑定結果之拘束性

⁴⁶¹ 科學偵查亦稱科學辦案，其內涵請參考第二章第一節第二款之註釋。

⁴⁶² 警察庁刑事局鑑識課編，犯罪鑑識，頁1。

⁴⁶³ 科學鑑定之結果稱為科學證據，係指應用科學各領域之知識、技術或成果所得到之證據。三井誠，刑事手續Ⅲ，頁263。

⁴⁶⁴ 淺田和茂，科學搜查と刑事鑑定，頁3。

⁴⁶⁵ 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。

⁴⁶⁶ 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。

法官評價鑑定結果最大的問題點，就是如何對於自由心證作合理的控制，亦即，鑑定結果究竟對法官有何種的拘束力？如法官不採納鑑定結果時，是否應附具理由？一般而言，除法律知識、公眾週知之事實、一般的經驗法則，乃至於論理法則外，需特別專門知識或經驗時，法院必須選任第三人鑑定，原則上亦須基於鑑定的結果來判斷事實⁴⁶⁷。

1、約制自由心證範圍

鑑定人所實施之鑑定，係基於自己之知識經驗及基於該知識經驗所應用之結果，作為證據資料提供給法院，法院檢討鑑定內容後，本於獨立之立場加以評價，如認為鑑定內容妥當，則可作為判決之基礎資料⁴⁶⁸。純就法律面言，現行法制下，鑑定結果只不過是一種證據資料，無法拘束法官之判斷，證據之證明力仍由法官自由判斷，其採否為法官之自由裁量⁴⁶⁹。但此所稱之自由，係指僅受形式上之法律拘束，非指允許法官得恣意評價證據，認定事實與評價證據，仍應遵守論理法則與經驗法則⁴⁷⁰，如無視或誤解上述法則，不當排斥鑑定結果，尤其對有相當根據之鑑定結果，法院不附理由逕予排斥，作與鑑定結果不同之認定，則出現被上級法院認為判決不當之案例⁴⁷¹，或因評價證據違反經驗法則⁴⁷²、論理法則、逾越自由心證之界線，而發生

⁴⁶⁷ 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 96、97。

⁴⁶⁸ 鴨 良弼，刑事証拠法，頁 268。

⁴⁶⁹ (1)白井茲夫，証拠，頁 177；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 597。雖謂鑑定證據之證明力委由法官作最終之評價，但判斷時，如詰問鑑定人時未能指出鑑定之問題點，或問題業經釋疑，原則上應尊重鑑定之結果。參閱松尾浩也，刑事訴訟法(下)，頁 92。

(2)我國實務亦採相同見解：「刑事訴訟採職權調查主義，鑑定報告只為形成法院心證之資料，對於法院之審判並無拘束力，故待證事項雖經鑑定，法院仍應本於職權予以調查，以期發見事實之真相，不得僅以鑑定報告作為判決之唯一依據(最高法院 57 年度台上字第 3399 號判例)」、「鑑定意見乃鑑定人或鑑定機關所為之判斷意見，僅屬於證據資料之一種，鑑定意見是否可採，屬證據取捨及其證明力判斷之問題，此為事實審法院之職權，並非案件一經鑑定，審理事實之法院必受鑑定意見之拘束(最高法院 86 年度台非字第 388 號判決)」。施俊堯，刑事訴訟鑑定實務之檢討，刑事科學，第 53 期，民國 91 年 3 月，頁 90；施俊堯，律師與刑事鑑定，頁 88。

⁴⁷⁰ 我國實務上亦同日本實務見解，認為法院有自由判斷證據證明力之職權，但所為之判斷仍應受經驗法則與論理法則之支配(最高法院 53 年度台上字第 2067 號判例)。並認為所謂經驗法則，係指吾人基於日常生活經驗所得之定則，並非個人主觀上之推測(最高法院 31 年度上字第 1312 號判例)。施俊堯，刑事訴訟鑑定實務之檢討，頁 46、92。

⁴⁷¹ 名古屋高等裁判所昭和 25 年 7 月 26 日判決、仙台高等裁判所昭和 29 年 2 月 15 日判決、東京高等裁判所昭和 49 年 10 月 29 日判決，參照幕田英雄，搜查法解説—捜査手続から証拠法まで，頁 204。

⁴⁷² 法官對於鑑定結果之評價是否違反經驗法則，簡單而言，如係涉及專業領域事項，可從專業

事實誤認，乃至於理由不備或理由矛盾等違法情事⁴⁷³。亦即，法院作與鑑定結果相反之認定，必須有合理之根據，且符合經驗法則與論理法則，方為合法⁴⁷⁴。

目前審判實務上不採納鑑定結果之情形，常見者如下⁴⁷⁵：

- (1) 違背論理法則與一般經驗法則。
- (2) 鑑定資料不備或不適當(常發生於證物保管或採取過程中)。
- (3) 鑑定方法或技術尚未確立。
- (4) 鑑定人之鑑定能力(知識、技術或經驗等)不足，或其公正性受質疑。
- (5) 鑑定對象(標的)之真實性遭質疑或否定。
- (6) 鑑定結果與其他有力證據或客觀事實相違。
- (7) 鑑定內容本身出現問題。

2、限縮裁量空間

鑑定內容以科學知識為內容，該科學知識如為一般所肯認或普遍接受時，只要無特別情事，不允許法官以獨立審判為由，無視該鑑定之存在，必須受該鑑定內容之拘束，此從法院發現真實之義務言，乃當然之理，若法官無視該科學證據之客觀性時，則視為裁量權濫用而違法。例如，血液鑑定中有關血型與血液功能之鑑定內容，於科學上已無異議而確立，擁有絕對證據證明力⁴⁷⁶。亦即，法官對於鑑定結果可評價之範圍被限縮了⁴⁷⁷。

3、明示判斷理由

法官為補充其專業領域上之不足，慎重從事刑事審判，才選任鑑定人，而鑑定人之鑑定結果無法說服法官，通常是發生在鑑定結果與經驗法則、論理法則有所違誤，或法官的心證是從鑑定以外的事實所

之立場來觀察其評價是否無誤，或從專業的立場來看兩者之間有無顯著齟齬之處，通常於專業的經驗科學領域，對於已一般性受肯認之事項，法官對鑑定結果評價之幅度，自然就被限縮。參照白井茲夫，証拠，頁 177。

⁴⁷³ 白井茲夫，証拠，頁 177。

⁴⁷⁴ 三井 誠，刑事手續Ⅲ，頁 369。

⁴⁷⁵ 石井一正，刑事実務証拠法，頁 406、407。三井 誠，刑事手續Ⅲ，頁 369；淺田和茂，科学捜査と刑事鑑定，頁 193-195。

⁴⁷⁶ 鴨 良弼，刑事証拠法，頁 269。

⁴⁷⁷ 白井茲夫，証拠，頁 177。另參閱黃朝義，相關刑案中專家參與審判諮詢之運作問題，律師雜誌，第 253 期，2000 年 10 月，頁 23、24。

形成⁴⁷⁸。若是前者之情形，法官當然具有一般及法學的素養，可以容易說明其理由；若是後者，基於保護被告人權，並接受公平審判之權利，不採納鑑定結果之理由說明，當然是不可欠缺，應加以記載⁴⁷⁹。因此，學說上普遍認為，如果法官不採納鑑定結果，特別因而對被告產生不利益時，應於判決中記明其具體理由，且從鑑定制度之目的論，理由說明亦是當然之要求。

此外，鑑定經過與結果應由鑑定人以言詞或書面報告，所謂的鑑定結果係指對鑑定事項之最終判斷；而鑑定經過則係指達到該判斷之理由，其理由當然具有證據能力，反之，欠缺理由之鑑定則屬違法，應否定其證據能力⁴⁸⁰。

綜上，鑑定不論其類型為何，均無法直接立即拘束法官之判斷，因為鑑定與其他證據方法相同，僅是法官自由心證之對象。由於鑑定是客觀之事實判斷；法院之評價為規範之判斷，兩者未必一致，縱使理論上法官未受鑑定內容無條件之拘束，但當鑑定是基於科學的知識與方法時，對法官具有相當程度之拘束性亦是無法否認之事實⁴⁸¹。對於專屬於法官職權之法律判斷(例如心神喪失或精神耗弱)，鑑定人就該部分所為之判斷，係逾越鑑定分際，當然不能拘束法院⁴⁸²。因此，在作出不受鑑定內容拘束之判斷時，應於判決中明示其理由⁴⁸³，對有相反鑑定結果之其他鑑定存在時，排斥任何一方時，亦應相同處理。如此，自由心證才算是合理之自由心證乃至於科學之自由心證⁴⁸⁴。

此外，法院評價鑑定結果，通常會涉及事實與法律兩層面之問題，當法院評價鑑定所提供之基礎資料並作價值選擇時，一方面屬於法院裁量之事實問題，另一方則與法律具體實現相關之法律問題。例如，被告行為時是處於何種精神狀態之鑑定，對法院判斷被告是否相

⁴⁷⁸ 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 98；東京高等裁判所昭和 28 年 6 月 30 日判決認為，法院對於被告精神障礙之有無及其程度，得自行收集資料，或不採納鑑定之結果，獨立判斷。參照幕田英雄，搜查法解説—捜査手続から証拠法まで，頁 203。

⁴⁷⁹ 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 98。

⁴⁸⁰ 鑑定結果如無逐項或具體的理由說明，但由陳述內容或鑑定書之整體可以清楚得知時，亦無礙鑑定之效力。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、112；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 594。

⁴⁸¹ 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。

⁴⁸² 幕田英雄，搜查法解説—捜査手続から証拠法まで，頁 204。

⁴⁸³ 日本刑事訴訟法第 335 條第 2 項。

⁴⁸⁴ 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。

當於心神耗弱或者喪失時，提供了重要證據資料，首先對該鑑定結果應如何參考，是屬於法院裁量之事實問題，接續判斷該資料是否該當於心神耗弱或者心神喪失，則是有關法律適用之法律問題⁴⁸⁵。另評價鑑定之際，如有疑問，法院得訊問鑑定人，當事人得行反詰問，在當事人主義之訴訟程序，後者更受重視⁴⁸⁶。

第三款 再鑑定之評價

對鑑定人之特別知識經驗或鑑定結果有所懷疑時，如經由訊問鑑定人或行交互詰問仍無法釋疑時，法院通常會尋求再鑑定解決⁴⁸⁷，依情況之不同，法院得選任同一鑑定人繼續鑑定，或進一步由不同鑑定人就相同待鑑事實另行鑑定，不論是命另行鑑定或繼續鑑定，均屬法院之裁量權，但裁量仍必須合理，否則無視論理法則或經驗法則之裁量，當然為法所不允許⁴⁸⁸。

一、再鑑定為法院之裁量權

是否准予再鑑定，本屬於法院之裁量權，理論上非當事人得聲請之權利，但現行日本刑事訴訟法強化了當事人主義，及考量與聲請其他證據調查之衡平性，並使法院能充分評斷鑑定證據，從當事人立場言，聲請再鑑定之權利有其重要意義，同時被認為某種程度之拘束力，法院採納與否之裁定，與上述法院行使裁量權之標準相同，欲駁回當事人之聲請時，必須有正當理由⁴⁸⁹。至於當事人之聲請方式，與一般聲請調查證據並無不同，應將證據與待證事實之關係、再鑑定之必要性等予以陳明⁴⁹⁰。

二、再鑑定與前鑑定之關係

當再鑑定之結果出現與前鑑定相反或不同時，不能一概即認為再鑑定結果一定比前鑑定有更高之價值，遽採為裁判基礎，或急著尋找

⁴⁸⁵ 鴨 良弼，刑事証拠法，頁 383。

⁴⁸⁶ 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。

⁴⁸⁷ 石井一正，刑事実務証拠法，頁 410；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 97。另有關再鑑定參閱第三章第六節。

⁴⁸⁸ 鴨 良弼，刑事証拠法，頁 269。有關再鑑定之參考基準請參閱第三章第六節。

⁴⁸⁹ 日本刑事訴訟規則第 190 條。鴨 良弼，刑事証拠法，頁 266。

⁴⁹⁰ 日本刑事訴訟規則第 189 條。鴨 良弼，刑事証拠法，頁 266。

第三人鑑定，此時反而應給予前鑑定人，針對再鑑定結果提出檢討或批評之機會⁴⁹¹。透過檢討批評的程序加深對鑑定內容之理解，進而瞭解不同鑑定結果之理由。有時，前鑑定與再鑑定兩者並非彼此矛盾，綜合兩鑑定的結果，反而能作出更正確之判斷。如經由上述程序，兩者之鑑定結論仍明顯相反，無法判斷何者較為可信時，此時才有必要選任第三人鑑定⁴⁹²。

對於不同鑑定結果，法院判斷或評價之方法如下⁴⁹³：

- 1、對鑑定之前提條件，何鑑定與法院認定之事實相一致？
- 2、何鑑定與其他有力證據乃至於客觀事實相符合？
- 3、比較彼此間之鑑定方法、學說根據及推論等之妥當性。

對於鑑定方法、理論根據及推論過程是否適當、合理等判斷之本身，即涉及特別專業知識與經驗，對法官而言常感困難，如能充分掌握不同鑑定結果之緣由，並依據上述三項評價方法加以判斷，應可比較其證明力之高低，如經過此種程序仍無法判定何者較為可信時，最後只能綜合其他證據後，遵守「罪疑唯輕原則」，來認定事實⁴⁹⁴。

三、罪疑唯輕原則之適用

評價鑑定證據之際，不能忽略「罪疑唯輕原則」之貫徹，尤其當鑑定上出現不同結果，法官難以決定採納何者，甚至對於應認定之事實其存在與否，無法得到確切之心證時，裁判上應作對被告有利之認定⁴⁹⁵。

縱使再鑑定之結果無法達到否定前鑑定之結論，如再鑑定是對被告有利時，雖然不允許無視其存在，而對被告作出不利益之認定，但至少否定對被告有利的鑑定結果時，應於判決理由中明記其根據。如再鑑定之結論對被告不利時，不論有多少次鑑定，只要法官心證上無

⁴⁹¹ 三井 誠，刑事手續Ⅲ，頁 370；石井一正，刑事實務証拠法，頁 410。我國最高法院 51 年度台上字第 1036 號判決大致亦採相同見解，認為「同一機關先後鑑定之結果完全相反，應查明其相反之理由，或另送專家再行鑑定，不得遽採在後鑑定之結果以為裁判基礎，復不述明理由」。參閱施俊堯，律師與刑事鑑定，頁 80。

⁴⁹² 石井一正，刑事實務証拠法，頁 410。

⁴⁹³ 石井一正，刑事實務証拠法，頁 410。

⁴⁹⁴ 石井一正，刑事實務証拠法，頁 410、411。

⁴⁹⁵ 淺田和茂，收錄於上野正吉等三人編著，刑事鑑定の理論と實務，頁 98。

法形成確信，就不應該依據鑑定結果，對被告為不利益之判決⁴⁹⁶。

四、再鑑定與訴訟延宕

鑑定所需時間雖依鑑定事項而異，但鑑定通常需花費相當時間，一而再的鑑定更是如此，法院評估是否實施再鑑定或第三鑑定時應慮及是否會造成訴訟拖延，尤其當被告身體自由受拘束時，對其權益影響將更形嚴重⁴⁹⁷。

由於鑑定與證言不同，鑑定主要是補充法官專業知識經驗之不足，太多不同結果之鑑定，有時反而會混淆法官，影響對事實之判斷，甚而導致無法公正認定事實⁴⁹⁸。又為將來再鑑定需要，當然應保存適當的鑑定用餘量，如不得已需全數用罄，除宜事先聯繫送鑑單位外，亦應於鑑定書內註明，此時，除得再蒐集或其他再利用的資料外，即不可能實施再鑑定⁴⁹⁹。

此外，雖然囑託鑑定或鑑定結果之採否，皆委由法官自由判斷與裁量，對鑑定(人)或鑑定結果，如訴訟當事人無異議或不爭執，則另當別論，但從正當法律程序或程序正義之觀點，至少於裁定鑑定前應給予當事人表達意見之機會，同時對於鑑定結果應事前給予閱覽之機會⁵⁰⁰。

第七節 小結

一、鑑定報告之證據調查

鑑定人應以書面或言詞方式向法院報告鑑定經過及其結果，如以言詞方式提出時，法院應以訊問鑑定人之方式實施調查。鑑於鑑定之特殊性，法院及當事人詰問時應注意鑑定人之專業性與中立性，資料蒐集與鑑定方法之妥當性，推導結論之論理性與完整性等，並將調查內容記載於審判筆錄。如於審判期日外、法院外實施訊問時，應製作

⁴⁹⁶ 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 98；淺田和茂，科学捜査と刑事鑑定，頁 9。

⁴⁹⁷ 三井 誠，刑事手續Ⅲ，頁 370。

⁴⁹⁸ 鴨 良弼，刑事証拠法，頁 264、265。

⁴⁹⁹ 三井 誠，刑事手續Ⅲ，頁 370。

⁵⁰⁰ 兼頭吉市，收錄於上野正吉等三人編著，頁 126。

鑑定人訊問筆錄，依據日本刑事訴訟法第 303 條規定，對於鑑定人訊問筆錄，法院應於審判期日以證據文書加以調查，依同法第 321 條第 2 項前段規定，該筆錄無條件取得證據能力。

如以鑑定書方式提出於法院時，鑑定人必須於審判期日以證人身分接受詰問，當陳述真實作成時，始認為具有證據能力。至於鑑定聲請人是否仍須重新聲請鑑定書之調查，以及法院應否對之裁定，學說上有「聲請及裁定不必要說(或稱第 303 條類推適用說)」、「裁定必要說(或稱聲請不必要說)」及「聲請及裁定必要說」等三種不同見解，其中以「聲請及裁定不必要說」被認為較妥適。

二、鑑定書之證據能力

鑑定人所作成之鑑定書因屬於傳聞證據，原則上不具證據能力，除非：1、具刑事訴訟法第 326 條之同意，或 2、適用刑事訴訟法第 321 條第 4 項者。亦即，如無法得到刑事訴訟法第 326 條之同意時，則必須依據刑事訴訟法第 321 條第 4 項之規定，經鑑定人於法庭陳述鑑定書為真實作成時，始被認為具有證據能力。

學說上一般將偵查機關委託鑑定者，稱為「受託鑑定人」，而受法院命令實施鑑定者，稱為「鑑定人」，日本最高法院認為，受法院命令之鑑定人所作成之鑑定書，「適用」刑事訴訟法第 321 條第 4 項，而受偵查機關委託者所作成之鑑定書，「準用」該條第 4 項規定。亦即實務採肯定說，不論是鑑定人或是受託鑑定人，其所作成之鑑定書均等同視之。但學說上則有肯定說與否定說二者對立，以肯定說為通說。

私人鑑定係指訴訟當事人私自委任專家，未經法院選任，就委鑑事項實施鑑定，並以私鑑定書形式提出於法院者。由於偵查機關委託者所作成之鑑定書，解釋上準用刑事訴訟法第 321 條第 4 項，為求衡平，來自被告、辯護人等委任之專家所作成之鑑定書應否等同處理，亦有肯定說與否定說對立。

不論是受託鑑定人或是私選鑑定人，同樣都面臨適格性、中立性、公正性、是否經過宣誓及當事人在場擔保等問題，亦即鑑定過程中兩者均欠缺專業性審核、宣誓程序、刑法制裁威嚇及當事人擔保程

序等，與法院選任鑑定人之程序與功能有所落差。又因現行日本刑事訴訟法未如同民事訴訟法對鑑定人定有鑑定人迴避制度，為確保鑑定人之中立性與公平性，實務運作上，除可參考迴避制度之精神外，於判斷偵查階段所作成鑑定書之證據能力時，法院有必要傳喚受託鑑定人，以鑑定證人身分加以訊問，來審酌有無偏頗，及是否將其鑑定證言採為證據使用。

三、鑑定書與傳聞證據

只要法院之鑑定命令無特別限制，鑑定人得自主蒐集必要且適當之資料，例如於法院程序外取得被告或關係人之陳述，或使用訴訟紀錄以外之書面，此時鑑定書內容即包含傳聞證據。由於鑑定書本身屬傳聞證據，上述資料就是傳聞之傳聞(即再傳聞)，當雙方同意將鑑定書作為證據時，前述問題尚未浮現，因為依據通說之見解同意效力及於再傳聞。

由於鑑定書通常係根據刑事訴訟法第 321 條第 4 項取得證據能力，非根據同法第 326 條，因此上述傳聞內容之處理即生問題。從鑑定人是立於公正立場、屬於法官輔助者之角色、專家對專業領域掌握程度較高及鑑定本身功能而言，一般認為鑑定不適用傳聞法則。亦即，鑑定書內容中之傳聞事項，只要被認為是真實作成，就賦予其證據能力。但如當事人對傳聞部分有意見時，法院應積極給予當事人爭辯之機會，以辯明事實。

四、鑑定人之詰問

刑事審判上詰問鑑定人有下列二種：一是偵查階段所製作之鑑定書，視為刑事訴訟法第 321 條第 4 項之書面，為證明符合該條項之要件，而詰問受託鑑定人之情形。另一為由法院命令具有專業知識經驗者實施鑑定，以鑑定人身分加以詰問之情形。

鑑定人與一般證人不同之處，在於鑑定人於特定學識領域上擁有一般人所欠缺之專業知識，未具備鑑定事項之專業知識者，實無法為有效之詰問，所以詰問者除應事先蒐集鑑定人過去業績、鑑定經驗及相關文獻，並調查其鑑定能力與公正客觀性外，亦可藉由專家之指導

與協助，掌握問題核心及詰問重點，為詰問前之充分準備，以瞭解鑑定資料之適當性、檢驗過程之信賴性及推論過程之合理性等。

五、鑑定結果之證據評價

爭執事項縱使藉由專家得到了適切的鑑定結果，仍必須偵查上檢察官及審判上法官有正確理解、運用及評價，才能發揮其作用，否則不僅無法發揮功用，亦可能發生曲解原意或不當引用之情事，而產生認定事實錯誤，甚至造成誤審誤判。

法官評價鑑定證據最大的問題點，就是如何對於自由心證作合理的控制。一般而言，除法律知識、眾所公知之事實、一般的經驗法則，乃至於論理法則外，需特別專門知識或經驗時，法院必須選任第三人鑑定，原則上亦須基於鑑定的結果來判斷事實。依現行法制，鑑定結果僅是一種證據資料，無法拘束法官之判斷，證據之證明力仍由法官自由判斷，其採否為法官之自由裁量。而所謂自由，非指法官得恣意評價證據，其認定事實與評價證據，仍應遵守論理法則與經驗法則。亦即，當法院作與鑑定結果相反之認定時，必須有合理之根據，且符合經驗法則與論理法則，方為合法。又鑑定內容以科學知識為內容，該科學知識如為一般所肯認或普遍接受時，要無特別情事，不允許法官以獨立審判為由，無視該鑑定之存在，應受該鑑定內容之拘束，此從法院發現真實之義務言，乃當然之理，若法官無視該科學證據之客觀性時，則視為濫用裁量權而違法。

評價鑑定證據之際，亦不能忽略罪疑唯輕原則之貫徹，尤其當鑑定上出現不同結果，法官難以取捨時，甚至對於應認定之事實其存在與否，無法獲得確切之心證時，裁判上應作對被告有利之認定。