

# 鑑定報告與傳聞例外\*

## ——最高法院近年相關裁判之評釋

李 佳 玟\*\*

### 要 目

壹、前 言	三、小結與初步檢討
貳、最高法院近年之相關裁判	參、鑑定報告的迷思
一、二〇〇三年修法之前	肆、鑑定報告取代鑑定人當庭證詞的 法理疑義
二、二〇〇三年修法之後	一、鑑定報告與直接審理原則
（一）法院或檢察官囑託鑑定	二、鑑定報告與改良式當事人進行 主義
（二）告訴人或被告委託鑑定	
（三）司法警察送請鑑定	

\* 本文曾在「第二屆學術與實務之對話——嚴格證明的新紀元：最高法院95-96年度相關裁判之評釋」學術研討會（會議日期：2007年7月7日；主辦單位：司法院、國際刑法學會台灣分會）發表。其中關於司法警察委託鑑定部分，修改後已發表於月旦法學（「檢察一體原則與鑑定報告的證據能力——評最高法院九十五年台上字第六六四八號刑事判決」，月旦法學雜誌，149期，頁248-58，2007年10月）。本文作者特別感謝審稿者所提出的問題與建議，使得本文在相關法律爭議的討論更為清楚深入。

\*\* 成功大學法律系暨科技法律研究所副教授，美國Indiana University-Bloomington, School of Law法學博士。

投稿日期：九十六年七月十三日；接受刊登日期：九十七年一月十四日

責任校對：吳美慧

- |                   |               |
|-------------------|---------------|
| 三、鑑定報告與刑事被告的對質詰問權 | 伍、鑑定報告之處置上的建議 |
| (一)刑事被告的對質詰問權     | 一、由當事人委託鑑定的情況 |
| (二)傳聞例外與對質詰問權     | 二、由法院委託鑑定的情況  |
| (三)鑑定報告與對質詰問權     | 三、小 結         |
|                   | 陸、結 論         |

## 摘 要

針對鑑定報告的證據能力，我國最高法院向來遵循刑事訴訟法第一五九條的修法意旨，認定同法第二〇六條屬於第一五九條第一項所承認的傳聞例外，因此法官與檢察官囑託選任鑑定而作成的報告原則上具有證據能力。至於司法警察所委託的鑑定報告，最高法院以檢察一體的法理，認為該鑑定報告因已受檢察長的概括委託亦有證據能力。對照之下，告訴人或被告委託鑑定的鑑定報告則因不符合刑事訴訟法的規定，被排除在審判庭之外。本文認為：最高法院的處理方式形式上雖符合現行法的規定，但實質上其對鑑定報告的預設卻欠缺事實支持，牴觸直接審理原則，與近年來改良式當事人進行主義的精神不符，更侵害刑事被告的對質詰問權。本文將從保障被告之對質詰問權，且兼顧訴訟經濟的角度，對鑑定報告之處理方式提供意見。

**關鍵詞：**鑑定報告、證據能力、對質詰問權、傳聞法則、傳聞例外、直接審理原則、武器平等、改良式的當事人進行主義、檢察一體

## 壹、前言

二〇〇七年五月四日，纏訟十數年，歷經多次審判的蘇建和案再度開庭。法院在辯護律師的強烈要求下，邀請旅居美國的刑事鑑識專家李昌鈺博士擔任專家證人，出庭對本案提供專業意見。李博士不僅在法庭上接受檢辯雙方的詰問，法院更讓其他參與本案的鑑識人員與李博士當庭進行辯論，希望能讓案情更加明朗。當天程序結束後，媒體不僅詳細刊載李博士的鑑定意見，大幅報導檢察官的詰問內容，以及其他鑑識專家的質疑與批評，記者更進一步訪問被告、被告律師、被害人家屬，甚至是前審法官<sup>1</sup>。從受訪者各自以強烈語言表示對李的支持或駁斥等情況來看，刑事鑑識技術顯然已被當作是這個社會用來解決這樁世紀懸案的關鍵。在被害人已無法為自己申冤，被告自白之任意性委決不下的情況下，透過鑑識釐清蘇案的真相，已成為審、檢、辯與大眾的共同期望。

蘇案凸顯出鑑識科學在當今刑事審判實務中的重要性，不少刑事案件與蘇案一樣，依賴刑事鑑定來釐清被告的刑事責任<sup>2</sup>。在某

---

<sup>1</sup> 參見蕭白雪，蘇建和案／重建16年前現場，李昌鈺：死者未被性侵恐一人行凶，聯合報，2007年5月5日a15版；孫友廉、劉志原，蘇建和案李昌鈺作證：可能一人一刀 法醫蕭開平：李非刀痕專家，自由時報，2007年5月5日b02版；黃錦嵐、蘇偉祺，吳銘漢哥哥：拼湊式推論，中國時報，2007年5月5日a15版；黃錦嵐，被告劉秉郎：李鑑定有公信力，中國時報，2007年5月5日a19版；黃錦嵐，最高法院前庭長：李說什麼傻話，中國時報，2007年5月5日a19版。

<sup>2</sup> 例如：在占地檢署偵查案件總數四分之一至五分之一的毒品案件裡（參見法務部，95年法務統計重要指標分析中之表三「地方法院檢察署新收偵字案件數排名」，<http://www.moj.gov.tw/public/Attachment/753164226.pdf>，最後瀏覽日：2007年5月31日），法院必須透過鑑定判定扣案毒品的純度，或被告血液、尿液或毛髮裡之毒品濃度。另外在所有起訴人數中占有相當高的比例的違背安全駕駛案件中（參見法務部，95年法務統計重要指標分析中之表八「地方法院檢

些案件中，鑑識結果甚至可單獨決定被告的罪責<sup>3</sup>。然而，蘇案中讓鑑識人員親自出庭說明鑑識結果的作法，在台灣的審判實務中並不是常態；令參與鑑識的專家在法庭上相互辯論的情況，在本次蘇案審理前更是從未聽聞。在絕大多數的情況下，當初實際執行鑑識的專家並不會到庭作證，法庭外預先準備的鑑定報告（實務上亦稱鑑定通知書或鑑驗書）取代了鑑定人當庭直接的證詞。即便該鑑定報告的結果對被告不利（例如：由被告之毛髮所嵌入的微量毒品，判定被告為慣性吸毒者），被告因此希望在法庭上直接詰問鑑識人員，依照刑事訴訟法第二〇六條第三項的規定，仍須等待法院的審查認可<sup>4</sup>。倘若法院認為該鑑定報告過程結論已十分清楚，法院有權駁回被告的聲請<sup>5</sup>，只有當法院認可有傳喚鑑定人到庭說明的必

---

察署偵查起訴罪名別」，網址同上），被告之尿液或呼氣中之酒精濃度亦仰賴鑑識技術來決定。鑑識鑑定對於刑事案件審理的協助尚不止上述兩類的技術，尚包括扣案槍枝或爆裂物之屬性的確認、犯罪現場遺留之指紋或DNA的分析、被告精神狀態、偽造文書案件中之印文或筆跡、偽鈔、偽藥禁藥之成分的鑑定、被告或證人的可信度（測謊），與野生動物保育法之物種，或是估算完稅價格等。

<sup>3</sup> 即便最高法院曾三令五申要求下級法院不得將鑑定結果當作唯一的判決依據（例如：40年台上字第71號判決、50年台上字第1309號判決、76年台上字第532號判決、92年台非字第338號判決），學者也強調鑑定人不能代替法官為法律評價（例如：黃榮堅，基礎刑法學（上），頁308-310，2006年2版；林鈺雄，刑事訴訟法（上），頁526-527，2007年5版。）在部分毒品案件中，甚至只要被告的尿液檢驗呈現毒品的陽性反應，即便被告否認吸毒，亦無其他物證，法院依然判定吸毒罪名成立。參見高等法院86年上訴字第2999號判決。

<sup>4</sup> 參照：87年台上字第1887號判決（「……鑑定人以書面報告者，有無必要再命其到庭以言詞說明，以及鑑定是否已臻完備，而無另送鑑定之必要，事實審法院有依法審認之職權。……」）。

<sup>5</sup> 例如：在鄧香妹、張怡華被控對前海基會董事長辜振甫家人恐嚇取財一案中，法院便駁回被告傳訊鑑定人員到庭說明鑑定流程的要求。法官甚至以嚴厲的口吻說：「鑑定的結果已經很清楚了，你們如果還是主張張怡華是辜振甫的小

要時，被告才能在審判中詰問當初執行鑑定的專家。

以鑑識報告取代鑑識人當庭證詞的作法在實務上行之有年，然而此種作法顯然並非採用最直接的證據方法（傳訊鑑定人出庭作證），而是使用原始證據方法所「派生」而來的文書證據，因而鑑定報告的使用如何能符合職權主義下之直接審理原則的要求，早生疑問。立法院於二〇〇三年大幅修正刑事訴訟法，刑事程序的進行由職權主義轉向為改良式的當事人進行主義，原適用於當事人進行主義下的傳聞法則被引入台灣。即便不論以鑑定報告取代鑑定人之當庭證詞的作法是否牴觸於現行制度仍有效之直接審理原則，在二〇〇三年二月之後，原先適用在當事人進行主義下的傳聞法則被引入台灣，在法庭上使用法庭外預先準備，內容載明鑑定人的意見，目的在於證明某個犯罪構成要件存在與否的鑑定報告，是否牴觸傳聞法則，亦有探討的必要。二〇〇四年七月大法官會議作出第五八二號解釋，解釋文裡引用公民及政治權利國際公約（**International Covenant on Civil and Political Rights**）的規定，強調「凡受刑事控訴者，均享有詰問對其不利之證人的最低限度保障。」鑑定報告的內容經常是證明某個犯罪構成要件的存在，對被告顯然不利，是以由法院決定刑事被告是否能詰問鑑定人的作法，被告並非當然享有詰問對其不利之證人的權利，是否與釋字第五八二號的意旨相違背，同樣也有深究的實益。

基於上述問題意識，本文將以鑑定報告的證據能力為主題，探究近年越來越受實務重視的刑事鑑定，其結果究竟在何等程序下提供裁判者參考才有正當性。在我國作為實務龍頭的最高法院，是否已提供下級法院適當的指引。為回答上述的問題，本文首先將整理

---

孩，後果自行負責。」參見李永盛，鄧香妹母女開庭硬拗 法官發火，中時電子報，2007年5月9日。

最高法院在這幾年對此議題的相關判決，於必要處加入其他審級法院或法務機關的意見，以歸納國內實務對此議題的處理方式。在第三、四兩個部分，本文將從不同角度對最高法院的判決加以評論。由於最高法院之相關判決主要以刑事訴訟法的規定為依據，故刑事訴訟法的相關規定也在本文的評論範圍。本文首先將討論鑑定報告可能潛藏的問題，以建立傳喚鑑識人到庭作證之事實基礎；其次從直接審理原則的角度審查以鑑定報告取代鑑定人當庭證詞的問題；接著從訴訟主義轉變的角度，主張在當今改良式的當事人進行主義之訴訟結構下，為維護當事人公平，我國對於鑑識報告的處理方式應有所改變；最後於憲法層次上，論斷為保障刑事被告的對質詰問權，被告應有權詰問鑑定人，甚至有權要求法庭傳喚調查自己所提出的鑑定人。於第五部分本文將提供實務處理鑑定報告之證據能力的建議，於此將以我國既有的規定為依據，參酌美國實務的作法，希望能設計一個兼顧訴訟經濟與保障被告權益的制度。

## 貳、最高法院近年之相關裁判

### 一、二〇〇三年修法之前

最高法院對於鑑定報告的處理，大致上可以二〇〇三年刑事訴訟法修正做區分。在二〇〇三年之前，鑑定報告的證據能力在實務上通常並不是一個需要特別處理的問題。法院經常直接引用鑑定報告的結論作為判決的依據<sup>6</sup>，縱或出現爭議，大多是針對鑑定報告的證明力<sup>7</sup>，極少部分與證據能力有關<sup>8</sup>。實務之所以會有這樣的作

<sup>6</sup> 例如：最高法院92年台上字第408號判決。

<sup>7</sup> 例如：最高法院92年台上字第355號判決。

<sup>8</sup> 參見施俊堯，律師與刑事鑑定，律師雜誌，284期，頁85-88，2003年5月。

法，除了與刑事訴訟法第二〇六條明文允許鑑定人以書面方式說明鑑定經過與結果，提供法院以鑑定報告取代鑑定人當庭證詞的形式合法性有關，更重要的是，實務上普遍存在下列想法：「……刑事訴訟本於職權主義之效能，凡得為證據之資料，均具有論理之證據能力，是以法律上對於證據之種類，並未設有若何之限制。……」<sup>9</sup>使得鑑定報告之證據能力的問題並不受到重視。

## 二、二〇〇三年修法之後

二〇〇三年刑事訴訟法大幅修正，立法者將傳聞法則與證據排除法則引入台灣之後，迫使實務開始正視證據能力的議題。在此背景下，鑑定報告的證據能力也成為法院必須處理的程序議題之一，法院在引用鑑定報告結論之前，有義務說明鑑定報告基於何等因素具有證據能力。不過，相對於其他證據（例如：共犯陳述）所引發的爭議，鑑定報告並未得到太多注意。其中一個相當重要的原因在於，在引進傳聞法則的同時，立法者在刑事訴訟法第一五九條的修法說明已處理鑑定報告之證據能力的問題，預先「平息」可能的爭議。在該條的修法說明裡，與鑑定報告有關之刑事訴訟法第二〇六條，與同法第一五九條之一至第一五九條之五、性侵害犯罪防制法第十五條第二項（現已修正為第十七條）、兒童及少年性交易防制條例第十條第二項、家庭暴力防治法第二十八條第二項（現已修正為第三十六條）、組織犯罪防制條例第十二條及檢肅流氓條例中有關秘密證人筆錄等多項特別規定並列，被當作是刑事訴訟法第一五

<sup>9</sup> 參照最高法院75年台上字第933號判決。最高法院94年台非字第283號判決再度肯定此種心態的存在：「……修正刑事訴訟法施行前，刑事訴訟之基本架構係採取大陸法系之職權主義，對於證據之種類並未設有限制，凡得為證據之資料，均具有論理的證據能力……。」

九條第一項中之「法律另有規定」的傳聞例外<sup>10</sup>。意思是，倘若該審判外陳述的作成符合上述各該法條的程序規定，該審判外陳述便排除同法一五九條第一項傳聞法則的適用，具有證據能力。

#### (一)法院或檢察官囑託鑑定

最高法院對於鑑定報告的處理，主要循著刑事訴訟法第一五九條的修法意旨。法院審查的重點，在於該鑑定報告之作成是否依據刑事訴訟法的規定，包括鑑定人是否由審判長、受命法官或檢察官選任（刑事訴訟法第一九八條），或由法院或檢察官所囑託（同法第二〇八條第一項），鑑定人是否於鑑定前具結（同法第二〇二條），以及鑑定報告內是否載明鑑定經過與結果（同法第二〇六條第一項）等。由於法院或檢察官囑託鑑定符合現行法的規定，在不違背其他法定程序的情況下<sup>11</sup>，因此所作成之鑑定報告當然擁有證據能力。例如：

「……國軍高雄總醫院精神科司法鑑定小組為被告作精神狀態之鑑定，該院……函附鑑定報告書一份，高雄市政府警察局……測謊鑑驗通知書，均係檢察官、法院囑託鑑定；及歷審審理中，或請

<sup>10</sup> 參照2003年2月刑事訴訟法第159條之修法說明第3項。

<sup>11</sup> 例如：最高法院93年台上字第4834號判決（「……若鑑定報告書僅簡略記載鑑定結果而未載明鑑定經過，既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以言詞報告或說明，否則，此種欠缺法定要件之鑑定報告不具備證據資格，自無證據能力可言……」）。針對鑑定報告的程式要求，最高法院對在測謊報告上最為嚴格。例如：最高法院94年台上字第4098號判決（「……測謊鑑定，形式上須符合測謊基本要件，如：經受測人同意配合，並已告知得拒絕受測，以減輕受測者不必要之壓力；測謊員須經良好之專業訓練與相當之經驗；測謊儀器品質良好且運作正常；受測人身心及意識狀態正常；測謊環境良好，無不當之外力干擾等等。是該要件苟缺一，即足以動搖測謊整體結構，而影響測謊結果之實質，即無證據能力。……」）。

法務部法醫研究所補充鑑定說明，或將被告送精神鑑定，均係由審判長、受命法官依法送鑑定，各該鑑定結果報告或函文……依刑事訴訟法第一九八條、第二〇六條第一項、第二〇三條至第二〇六條之一、第二〇八條第一項分別定有明文，自均具有證據能力。」（最高法院九十六年台上字第五八〇八號）<sup>12</sup>

### （二）告訴人或被告委託鑑定

刑事程序中，被告或告訴人有時會主動提出鑑定報告給法院參考，目的當然是希望以此報告爭取對自己有利的判決結果。但在最高法院的相關判決裡，告訴人或被告委託鑑定顯然不符刑事訴訟法對於鑑定主體的規定，其所作成的鑑定報告當然不具證據能力。倘若下級法院將告訴人或被告委託鑑定作成的鑑定報告當作有罪無罪的基礎，其判決便違背刑事訴訟法的規定。例如：

「……原判決採用告訴人○○公司及美商○○大藥廠公司所分別提出之「鑑定報告書」各一份，作為上訴人等犯罪之證據之一。惟查美商○○產品公司及美商○○大藥廠公司均係本案之告訴人，並非審判長、受命法官或檢察官依法選任之鑑定人，亦非法院或檢察官所囑託為鑑定之機關或團體，其等所提出之鑑定報告書，即屬審判外之書面陳述。依刑事訴訟法第一五九條第一項規定，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。原判決並未說明上開審判外之書面陳述究竟依據何項除外規定，而得以作為證據，即逕採為上訴人等犯罪證據之一，於法自有未合。……」（最高法院九十五年台上字第六四八七號判決）<sup>13</sup>

<sup>12</sup> 更常見的是以反面論述肯定檢察官或法官所囑託鑑定報告自有證據能力，參照：94年台上字第3415號判決、95年台上字第6487號判決、96年台非字第202號判決、96年台上字第430號判決、96年台上字第1136號判決等。

<sup>13</sup> 類似意見：最高法院96年台上字第2402號判決、最高法院96年台上字第430號

「……原判決……採信被告等自行委託台北市土木技師公會……所為有利於被告等之鑑定結果，而諭知被告等無罪。惟台北市土木技師公會並非審判長、受命法官或檢察官選任之鑑定人，亦非法院或檢察官所囑託為鑑定之機關或團體，其所製作之鑑定報告書，即屬審判外之書面陳述。依刑事訴訟法第一五九條第一項規定，被告以外之人於審判外之書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據。原判決並未說明上開審判外之書面陳述，依據何項除外規定得作為證據，即逕採為無罪判決之基礎，即有未合。」（最高法院九十四年台上字第五五二一號判決）

形式而論，法院在此的判決有其法律依據。姑且不論排除被告之鑑定報告，卻允許檢察官與司法警察（見下述）提出之鑑定報告，存在違反武器平等的疑義，否定告訴人所提出之鑑定報告之證據能力，在某些案件上卻可能造成審理的困難。例如此處所引述之最高法院九十五年台上字第六四八七號判決所處理的偽藥鑑定，在這類案件中，偽藥的成分以及偽藥與真藥之間的成分比對，通常只有受侵害的藥商（告訴人）才能判定，其他的鑑定單位頂多只能就個別成分進行辨認。倘若否定告訴人所提鑑定報告的證據能力，勢

---

判決、最高法院95年台上字第7038號判決、最高法院95年台上字第2187號判決、最高法院93年台上字第1774號判決。必須說明的是，最高法院94年台非字第283號刑事判決雖然肯定告訴人所提出之鑑定報告的證據能力（「……倘認專利權人提出告訴時依法檢附之「侵害鑑定報告」無證據能力，則上開規定且非成為具文？其不合理甚明。……是原判決認定被告侵害告訴人之專利權，係綜合前揭證據資料而為論斷，並非僅憑（告訴人提出之）中國機械工程學會之鑑定分析報告為依據。……」），但難以據此認為最高法院至今仍支持此看法。該案件是在刑事訴訟法與專利法修正之前便已進行，依照修正前之專利法第131條第2項的規定，專利權人就同法第123條至第126條提出告訴，應檢附「侵害鑑定報告」與侵害人經專利權人請求排除侵害之書面通知，可推斷最高法院在此情況下認為告訴人據此所提出之鑑定報告具有證據能力。

必造成法院事實判定的困難，甚至迫使告訴人轉而針對禁藥部分提告。此處法律規定與現實需求間的落差，在現行法的體制中該如何解決，或是應整體地改變法院對於鑑定報告的處理方式，本文將於其後一併討論。

### (三)司法警察送請鑑定

在前兩類的鑑定報告上，最高法院顯然是以委託鑑定者是否屬於法定鑑定主體（審判長、受命法官、法院或檢察官）來決定鑑定報告的證據能力。不過，對於實務上常見之由司法警察送相關鑑識單位鑑定的情況（特別是毒品或是槍械鑑定），最高法院並未逕自否定其鑑定報告的證據能力，在不少相關判決中，法院採取「檢察一體」的法理，將司法警察送請鑑定納入檢察官的囑託鑑定範疇中<sup>14</sup>。下列判決可以例示當今最高法院對此類鑑定報告的主要處理方式：

「……對於司法警察機關調查中之案件，或有量大或急迫之情形，為因應實務之現實需求，認為當然有鑑定之必要者，基於檢察一體之原則，得由該管檢察長對於轄區內之案件，以事前概括選任鑑定人或囑託鑑定機關（團體）之方式，俾便轄區內之司法警察官、司法警察對於調查中之此類案件，得即時送請事前已選任之鑑定人或囑託之鑑定機關（團體）實施鑑定，業經法務部九十二年九月一日法檢字第〇九二〇〇三五〇八三號函釋在卷。而內政部警政署刑事警察局就『指紋之鑑定』為台灣高等法院檢察署檢察長概括

<sup>14</sup> 上述「事前概括委任，基於檢察一體的法理，可將司法警察送請鑑定視為檢察官之囑託，其作成之鑑定報告因而可基於刑事訴訟法第二〇六條具有證據能力」的說法，始於2003年8月所召開的刑事訴訟新制法律問題研討會，法務部隨後於同年9月1日正式作出法檢字第0920035083號函釋，確認上述作法。自此之後法院的相關判決，大多引用法務部的函釋。

選任鑑定機關，……卷附……鑑驗書……雖係由內政部警政署刑事警察局偵四隊移送鑑定，衡諸上揭說明，仍屬受檢察官囑託鑑定，則鑑定人依刑事訴訟法第二〇六條所出具之上揭檢驗鑑定通知書，屬上開刑事訴訟法第一五九條第一項規定中之『法律另有規定』，則依上開規定之反面解釋，屬傳聞證據之例外，自有證據能力……。」（最高法院九十五年台上字第六六四八號判決）

上述「檢察一體」的論證方式，近幾年受到部分最高法院法官<sup>15</sup>以及相當多二審法院法官<sup>16</sup>的支持。不過並非所有的法院都採取此種處理方式，曾有二審法院以該鑑定報告均為公務員職務上製作之紀錄文書、證明文書，並無顯有不可信之情形為由，主張司法警察送請鑑定作成之報告，應當依據刑事訴訟法第一五九條之四第

---

<sup>15</sup> 參見95年台上字第7297號判決。

<sup>16</sup> 參見下列判決：台灣高等法院（96年上訴字第1131號判決、95年上訴字第4785號判決、95年上訴字第4484號判決、95年上訴字第4573號判決、95年上訴字第3278號判決、95年上訴字第4790號判決、95年上訴字第3716號判決、95年上訴字第3610號判決、95年上訴字第2520號判決、95年上訴字第2457號判決、95年上訴字第3071號判決、95年上訴字第464號判決、95年上訴字第1206號判決、95年上訴字第1247號判決、94年上訴字第362號判決、92年上訴字第4610號判決）、台灣高等法院台中分院（93年上訴字第1779號判決）、台灣高等法院台南分院（95年上訴字第782號判決）、台灣高等法院高雄分院（96年上訴字第159號判決、95年上訴字第1902號判決、95年上訴字第1862號判決、95年上訴字第1533號判決、95年上訴字第1880號判決、95年上訴字第1650號判決、95年上訴字第1534號判決、95年上訴字第1618號判決、95年上訴字第1715號判決、95年上訴字第757號判決、95年上訴字第1718號判決、95年上訴字第1668號判決、95年上訴字第605號判決、95年上訴字第1049號判決、95年上訴字第199號判決、95上訴字第59號判決、95年上訴字第1202號判決、95年上訴字第319號判決、95年上訴字第183號判決、95年上訴字第138號判決、95年上訴字第536號判決、94年上訴字第1890號判決、95年上訴字第451號判決、95年上訴字第93號判決、94年上訴字第1117號判決、94年上訴字第851號判決）、台灣高等法院花蓮分院（95年上訴字第72號判決）。

一款之規定具有證據能力<sup>17</sup>。最高法院對此見解並未肯定也未全然否定，但要求原審法院進一步說明，以判定鑑定報告如何符合該條之特信性文書的要件：

「……刑事訴訟法第一五九條之四對於具有高度特別可信之文書如公務文書等，在兼具公示性、例行性或機械性、良心性及制裁性等原則下，雖屬傳聞證據，例外容許作為證據使用。因此，採取容許特信性文書作為證據，應注意該文書之製作，是否係於例行性的公務或業務過程中，基於觀察或發現而當場或即時記載之特徵。原判決以法務部調查局所為鑑定報告，係公務員職務上所製作之紀錄文書、證明文書，未就該審判外之書面陳述是否具備前揭要件加以審認說明，尚嫌理由欠備。……」（最高法院九十四年台上字第一三六一號判決）

由於本案更審後並未再度上訴<sup>18</sup>，因此無法確定最高法院對此

<sup>17</sup> 參見：台灣高等法院高雄分院93年上訴字第458號判決（「……法務部調查局檢驗通知書……係公務員職務上製作之紀錄文書、證明文書，並無顯有不可信之情形，依刑事訴訟法第一五九條之四第一款之規定均有證據能力。……」）、台灣高等法院台中分院94年上訴字第399號判決（「……查卷附之內政部警政署刑事警察局槍彈鑑定書，本質上雖係屬鑑識人員於審判外之書面陳述，然該局之鑑識人員均係依法令從事於公務之人員，具有專門知識，且專責槍彈之鑑識事宜，其所為之鑑識結果攸關該局之信譽，若有虛偽，該公務員可能因此負擔刑事及行政責任，故該鑑識結果正確性甚高，是內政部警政署刑事警察局負責鑑識之公務員所出具之槍彈鑑定書，應屬公務員職務上製作之證明文書，用以證明該鑑定書所載之事項為真實，是依刑事訴訟法第一五九條之四第一款之規定，該槍彈鑑定書即屬傳聞法則之例外，應有證據能力，……」）。台中分院的判決說理較為詳細，但並未上訴，本文引用之最高法院94年台上字第1361號判決是針對高雄分院的判決。

<sup>18</sup> 事實上，該判決更審時，下級法院並未就最高法院所提出的問題作實質的補充，似乎混合檢察一體與特信性文書的說法，主張司法警察移送鑑定所得之鑑定報告應具證據能力。假設此判決上訴，可能依然難以確知最高法院對特信性文書的看法。參照台灣高等法院高雄分院94年上更(一)字第80號判決（「……查

意見的立場。不過近年來高等法院幾乎都是以前述之「檢察一體」的法理處理相關問題，最高法院未來要再處理此一說法的可能性顯然不高。再加上學者已清楚指陳此類說法的問題<sup>19</sup>，未來實務再度以此承認鑑定報告之證據能力的機率更低。本文因此將不另外對此類判決進行討論<sup>20</sup>。

---

法務部調查局係台灣高等法院檢察署依刑事訴訟法第198條規定，所指定毒品種類成分之鑑定機關……，本件南機組調查人員查獲被告等製造之甲基安非他命後，將查獲之毒品甲基安非他命移送法務部調查局鑑定其是否為甲基安非他命成分，其檢驗通知書應屬刑事訴訟法第206條所定之傳聞例外，當具證據能力。又法務部調查局93年1月19日調科壹字第09362340180號函、94年5月17日調科壹字第09400218580號函、南機組93年3月18日調南機緝字第09376303100號函，係公務員職務上製作之紀錄文書，並無顯有不可信之情形，依刑事訴訟法第159條之4第1款之規定亦均具證據能力。……」。

<sup>19</sup> 針對刑事訴訟法第159條之4是否能夠作為鑑定報告之證據能力的來源，我國幾位曾針對此議題進行討論的研究者都採取否定的立場。主要原因都在於鑑定報告乃是為個案而做，不屬於日常職務或業務上例行而當場觀察紀錄性質的文書，故不該當於第159條之4特信性文書的規定。參見張熙懷、葉建廷，我國傳聞法則之例外規定——特信性文書，載：傳聞法則——理論與實踐，2003年，頁213（測謊報告）、頁216（醫學中心所出具之鑑定意見書）、頁222（機關、團體鑑定報告書或檢驗報告）、頁232（市立療養院出具之煙毒尿液檢驗報告書）；陳運財，傳聞法則及其例外之實務運作問題檢討，台灣本土法學雜誌，94期，2007年5月，頁133-134。

<sup>20</sup> 除了上述兩類意見之外，最高法院似乎曾在96年台上字第1136號判決中提出第三種看法：「刑事訴訟上之鑑定，應由審判長、受命法官或檢察官就鑑定事項有特別知識經驗者、經政府機關委任有鑑定職務者，選任一人或數人為鑑定人為之。或由法院、檢察官屬託醫院、學校或其他相當之機關、團體為鑑定，刑事訴訟法第一九八條、第二〇八規定甚明。本件查獲之槍彈，係由台北市政府警察局大同分局逕送內政部警政署刑事警察局鑑定，……似與刑事訴訟法有關鑑定之規定不盡相符。如何認該項鑑定有證據能力，得採為上訴人不利認定之證據？原判決未予論述說明，逕採為上訴人論罪之證據，亦有理由欠備之可議。」不過對照前審判決（台灣高等法院刑事判決95年上訴字第4025號）甚至前前審（台灣台北地方法院95年訴緝字第122號刑事判決）完全沒有論及鑑定

### 三、小結與初步檢討

二〇〇三年刑事訴訟法的修正，對於最高法院在鑑定報告的處理產生明顯的影響。鑑定報告的證據能力成為法院必須處理的程序議題之一，法院也改以傳聞法則論斷鑑定報告的證據能力。在個案的判斷上，立法者在刑事訴訟法第一五九條的修法說明，成為最高法院在鑑定報告之證據能力的指導方針。據此，最高法院無須進行實質說明，可逕自依法承認由法院與檢察官所囑託作成之鑑定報告的證據能力，且依法排除對於那些在形式上不符合規定所作成的鑑定報告，包括那些由告訴人與被告所委託作成的鑑定報告。然而，對於法條無法涵蓋實務上常見由司法警察送請鑑定的情況，最高法院卻未依法排除，而是擴張刑事訴訟法相關法條的解釋，以檢察長可事前概括委任、鑑定性質急迫、大量，且符合檢察一體的法理，「追認」司法警察所委任作成的鑑定報告可被當作是檢察官所囑託作成的報告，因此「依法」具有證據能力。

最高法院對於司法警察委任作成之鑑定報告的處理方式，滿足了實務上第一線偵查機關的需求，某程度也解決修法前早已存在的法律爭議<sup>21</sup>，但卻衍生更多的法律問題。首先，依照通說的見解，檢察一體的適用，目的在於統一全國檢察官追訴與裁量的基準，避免檢察官裁量權的行使標準不一，使得各地檢察署之起訴標準不同等問題<sup>22</sup>。最高法院於此並未說明，上級檢察首長事先概括指定鑑定單位，允許司法警察可以逕送鑑定，與檢察一體所要達成的統一

---

報告之證據能力的情況來看，最高法院恐怕不是否定司法警察送請鑑定之鑑定報告的證據能力，而是希望下級法院的判決能更嚴謹，因此要求下級法院必須在判決中作適當說明，故本文並不將此列為第三類意見。

<sup>21</sup> 參照最高法院90年台上字第5838號判決。

<sup>22</sup> 參見林鈺雄，同註3，頁133-134；黃朝義，刑事訴訟法，頁70-71，2006年。

起訴標準之目的有何關係？即便學說上有認為檢察一體目的在於有效打擊犯罪，處理的仍是檢察體系內部關係，並不包括對司法警察進行指揮或授權。再者，現行刑事訴訟法中不同訴訟主體（例如：法院、檢察官、司法警察）擁有不同的權限，是立法者有意的安排。在此，最高法院在司法警察命鑑定的情況以檢察一體的說理，使其擁有原本由法院與檢察官才有的權限，是否會使得刑事訴訟法的相關規定失去其意義<sup>23</sup>？這個「事先概括委任司法警察代行法條明文賦予檢察官的權限，事後將司法警察所委任作成的鑑定報告當作是檢察官所囑託作成報告」的作法，究竟是基於「檢察一體」還是「偵查一體」？

最高法院對於告訴人、被告與司法警察所提出之鑑定報告態度不一，或許與鑑定人是否有虛偽動機，或囑託鑑定之主體是否有個人利害有關<sup>24</sup>。一般認為，若是由告訴人或被告所提出之鑑定，該鑑定人即便不是被收買，因此具有虛偽作假的動機，不然就是經由特別挑選，立場必然對提出鑑定報告之告訴人或被告有利，鑑定報告因此不可信或自始不公正。相對之下，若鑑定是由官方所囑託作成，則因無私人的利害關係，鑑定結果較為公正，鑑定報告的可信度高，因此應賦予其證據能力。尤其當法院、檢察官與司法警察經常都是委託同一機關進行鑑定，從實質來說，沒有理由令法院或檢察官囑託鑑定作成的鑑定報告具有證據能力，但卻單獨排除司法警察所送請作成的鑑定報告。

<sup>23</sup> 同此質疑，參見張熙懷、葉建廷，同註19，頁219。

<sup>24</sup> 除了動機之外，另一可能的因素與技術有關。法院或許認為司法警察通常委任具有專業技術與經驗的單位（例如：刑事警察局之犯罪實驗室），因此技術較為可信。不過，由於官方亦會委任民間單位（例如：台大醫院）進行鑑定，其鑑定結果依然被認為可信，可知技術並非法院「獨厚」司法警察的關鍵性因素。

官方的鑑定報告的可信度是否真必然高於告訴人或被告所提出的鑑定報告？檢警負有打擊犯罪的任務，通常希望被告被法院定罪，如此可否算是對於判決結果有利害關係？是不是官方所提出的鑑定報告「原則上」都可信，因此「原則上」不需要傳喚鑑定人到庭？鑑定人有無虛偽動機是否是判斷鑑定報告可信度的唯一基準？以鑑定報告取代鑑定人的當庭證詞，是否有可能讓當事人或法官發現所有可能影響鑑定報告可信度的因素？在以下的兩個部分，本文將從鑑定報告之可信度議題出發，接著從直接審理原則、訴訟主義的轉變、憲法精神等各種角度來探討鑑定報告的問題，以此評估最高法院對於鑑定報告的處理是否立於事實基礎上，並符合既有的刑事程序基本原則與憲法精神。

### 參、鑑定報告的迷思

事實上，不只是法院對於官方鑑定報告有比較多的信任，立法者在刑事訴訟法第一五九條的修法說明中，將刑事訴訟法第二〇六條與同法第一五九條之一至第一五九條之五，以及組織犯罪防制條例第十二條等多項刑事特別規定並列，當作是該條之「法律有規定者」的傳聞例外，同樣也是預設了依法作成之鑑定報告可信<sup>25</sup>。有別於刑事訴訟法第一五九條之五（基於當事人同意）以及組織犯罪防制條例第十二條等特別刑法的規定（基於特殊的政策需求<sup>26</sup>）之

<sup>25</sup> 從既有之傳聞例外的立法方式來看，立法者顯然採取「真實性理論」，來調和對於被告之憲法權利的限制（關於真實性理論的討論，參見王兆鵬，傳聞法則理論——證人陳述之危險，載：傳聞法則——理論與實踐，頁23-26，2003年）。然而在大法官作出釋字第582號之後，上述理論是否得以繼續作為正當化傳聞例外的理論，本文將在下文「鑑定報告與刑事被告的對質詰問權」的部分進行討論。

<sup>26</sup> 所謂特殊的政策需求，是指國家為了達到特定刑事政策的目的，例外允許檢察

兩類傳聞例外，刑事訴訟法第二〇六條顯然與同法第一五九條之一至之四類似，是基於可信而被當作傳聞例外<sup>27</sup>。意即，只要是依據刑事訴訟法所作成的鑑定，其結果原則上可信，因此即便鑑定人未到庭作證，其於審判外所作成的鑑定報告亦可例外承認其證據能力。只是法院與檢察官（或進一步擴張至司法警察）所囑託作成之鑑定是否真如立法者所假設，可信度達到憲法上可接受的程度，因

---

官於審判中提出證人於審判外的陳述。例如：性侵害犯罪防制法第15條第2項（已修正為同法第17條）的規定是為了保護性侵害犯罪的被害人，避免其反覆陳述造成避免多次的心理創傷，或是被害人因曾被暴力毆打或威脅，無法直接面對被告陳述，因此允許檢察官提出被害人於審判外的證詞，藉此提高被害人利用司法體制追尋正義的意願。組織犯罪防制條例第12條則是為了保護證人的生命安全，例外允許檢察官提出證人之審判外證詞，以達到國家打擊組織性犯罪的目的。不過政策需求是否能因此限制被告的對質詰問權，或者是否應採用其他方式調和兩種對立的需求，研究者有不同意見。參閱王兆鵬，刑事被告的憲法權利，頁147以下，1999年；陳運財，偵查中證人之具結與傳聞例外之適用——評九十四年台上字第三二七七號刑事判決，台灣本土法學雜誌，93期，頁244，2007年4月。

<sup>27</sup> 姑且不論學界對於我國傳聞法則之立法方式的批評，從我國相關條文的內容來看，審判外陳述是否可信，對於能否被當成傳聞例外甚為重要。例如：刑事訴訟法第159條之1第1項的修法說明：「……被告以外之人（含共同被告、共犯、被害人、證人等）於法官面前所為之陳述（含書面及言詞），因其陳述係在法官面前為之，故不問係其他刑事案件之準備程序、審判期日或民事事件或其他訴訟程序之陳述，均係在任意陳述之信用性已受確定保障之情況下所為，因此該等陳述應得作為證據。」同法第159條之1第2項的修法說明：「……偵查中檢察官向被告以外之人所取得之陳述，原則上均能遵守法律規定，不致違法取供，其可信性極高……。」同法第159條之2、3、4的條文中均以「可信」為要件。事實上所有的傳聞例外都脫離不了可信度的問題。即便是當事人同意或是特殊政策考量，也都必須以該審判外陳述可信為前提，例如刑事訴訟法第159條之5中除了當事人同意的要件之外，尚須等待「法院審酌該證詞陳述或書面陳述作成之情況，認為適當者」，同樣也是著眼於可信度的考量。只是「當事人同意」與「特殊政策考量」這兩類傳聞例外，由於夾雜其他的考慮，對於可信度的要求不似那些純從可信度角度考量的情況那麼高。

此在制度上可原則性地排除刑事被告的對質詰問權？

對於這個問題，美國有部分的聯邦法院與州法院採取肯定的態度<sup>28</sup>，在他們的判決中，允許檢察官引用特信性文書之傳聞例外的規定（聯邦證據法則第八〇三條第六款與第八款），以鑑定報告取代鑑定人的當庭證詞，即便在該法則第八款的規定中，特別排除這類文書在刑事案件的適用。然而此種作法不但引來學界強烈的批評，也並未得到所有法院的支持<sup>29</sup>。反對者除了主張此項作法侵害

---

28 在介紹美國法學界對於鑑定報告的見解之前，下列三點有先說明的必要。第一，雖然刑事被告亦可能自行委託鑑定，但絕大多數的刑事鑑定由代表國家起訴罪犯之檢察官所提出，且絕大多數的刑事鑑定是由警方的鑑識單位所進行。因此美國對於鑑定報告之證據能力的討論，主要針對檢察官是否能使用警方之前進行完成的鑑定報告，來證明被告的罪責。第二，鑑定報告究竟是警察於調查過程中送請鑑定所作成，抑或由檢察官所囑託委任所作成，在美國的訴訟架構下並不重要。無論該鑑定是由警察或檢察官所委託，都是由代表國家的檢察官在訴訟中提出。若被告無法對該鑑定人進行交互詰問，可能引發的憲法爭議（侵害被告之對質詰問權）都是一樣，不會因該鑑定報告是由檢察官或是警方所囑託有所不同。第三，鑑定報告被引入法庭上，並不必然都是為了取代鑑定人的當庭證詞，鑑定報告可用來輔助鑑定人當庭作證，在此律師或檢察官可引用聯邦證據法則第612條的規定，主張該鑑定報告只是幫助證人回憶（Writing Used to Refresh Memory），或是主張該鑑定報告對當庭作證的鑑定人而言，只是一種工作的備忘錄，同樣也是幫助鑑定人當庭提供清楚的證詞，律師或檢察官因此得依據聯邦證據法則第803條第5款的規定（recorded recollection），在法庭上使用該鑑定報告。此處兩種情況，都與本文想要處理之以鑑定報告完全取代鑑定人當庭證詞的情況不同。

29 美國法學界對此議題的爭論便是環繞在鑑定報告的性質是否符合聯邦證據法則第803條第8款（公務特信文書）的排除規定，以及是否可因鑑定人已可預期其鑑定結果將來會被用至訴訟上，因而排除同條第6款（業務特信文書）的規定。本文因為相關爭論對於台灣的參考價值不大，故省略。美國實務上的判決與討論請參見Paul C. Giannelli, *The Admissibility of Laboratory Reports in Criminal Trials: The Reliability of Scientific Proof*, 49 OHIO ST. L.J. 671 (1988); PAUL C. GIANNELLI & EDWARD J. IMWINKELRIED, SCIENTIFIC EVIDENCE I 302-15 (1999).

被告之對質詰問權，並攻擊認定鑑定報告屬於特別可信的文書，事實上是一種迷思。反對者並非主張鑑定報告特別不可信，或是主張只有在鑑定報告毫無出錯的風險時，鑑定報告方能使用。反對者強調「鑑定報告高度可信，因此可作為傳聞例外」的想法只是一種迷思。事實上，鑑定報告出錯的機率高於一般人的想像，制度設計上應讓刑事被告原則上擁有詰問鑑定人的權利。

美國實務經驗曾出現不少案例與研究報告，顯示反對者的質疑並非無的放矢。例如：在一九七五年 *In re Kirschke*<sup>30</sup> 一案中，加州某槍砲彈藥鑑識專家誤將他案的證據為本案證據鑑定。一九七九年的 *State v. Ruybal*<sup>31</sup> 一案裡，Maine州某個鑑識人員坦承他雖然並未真的進行鑑識，但還是提出報告。一九七八年由執法輔助機構（Law Enforcement Assistance Administration）所贊助進行的一項實驗室能力測試計畫（Laboratory Proficiency Testing Program），證明上述案例並非只是零星出現的個案。該計畫的目的在於評鑑犯罪實驗室的能力，全美有超過兩百個犯罪實驗室參與。經過對於各種一般鑑識項目的測試，評鑑人員發現：全美各地犯罪研究室的表現有相當大的差距，雖然有部分的犯罪研究室表現不錯，但有些研究室的情況卻相當令人困擾。有65%的犯罪研究室所作出的鑑識結果，有大約80%落在可接受的範疇裡<sup>32</sup>，有3%的實驗室的鑑識成果僅約50%落在可接受的範疇裡。各個鑑識項目在評鑑中的表現不一，毒品鑑識測試結果的不可接受比率（unacceptable response）只

---

<sup>30</sup> *In re Kirschke*, 53 Cal. App. 3d 405 (1975).

<sup>31</sup> *State v. Ruybal*, 408 A.2d 1284 (Me. 1979). 在Ohio州也有類似案件：*State v. De-Fronzo*, 59 Ohio Misc. 113, 394 N.E.2d 1027 (C.P. 1978).

<sup>32</sup> J. PETERSON, E. FABRICANT & K. FIELD, CRIME LABORATORY PROFICIENCY TESTING RESEARCH PROGRAM (L.E.A.A. Oct. 1978). 轉引自Giannelli, *supra* note 29, at 688-89.

有1.7%，血液鑑定的不可接受比率卻高達71.3%<sup>33</sup>。

上述的評鑑計畫的作成雖然離現在已有一段時間，但最近二三十年對於刑事鑑識的研究發現犯罪實驗室的問題依然存在，相關的醜聞也未曾絕跡。例如：一份於一九八八年所提出的研究指出，犯罪實驗室若未在監督之下執行他們例行的鑑定，錯誤率相當地高<sup>34</sup>。另一份在二〇〇〇年所提出的研究報告除了指出美國聯邦調查局與數個州的犯罪實驗室所犯的錯誤，並且指出全美只有一百六十五間犯罪實驗室評鑑合格，有二十個州的犯罪研究室並未經過評鑑合格<sup>35</sup>。二〇〇二年十二月，一項查核行動揭露了休士頓市警察局之犯罪實驗室存在鑑識結果不一致的問題，此一查核結果引發對於全德州的犯罪實驗室進行全面的檢查，結果發現整個州的犯罪實驗室存在欠缺能力、草率粗略與詐欺作假的問題。由於犯罪實驗室欠缺可信度的問題十分嚴重，休士頓市的檢察署拒絕起訴由市警局曾進行測試的毒品案件，除非有其他獨立有信譽的犯罪實驗室重新進行檢驗。在二〇〇三年八月年德州公共安全部關閉休士頓市警局的毒物檢驗部門，隨後美國聯邦調查局宣布他們不再接受由德州犯罪實驗室所提出的刑事鑑定報告<sup>36</sup>。同樣也是在二〇〇三年時，美

---

<sup>33</sup> Peterson, *The Crime Lab*, in THINKING ABOUT POLICE 184, 195 (C. Klockars ed. 1983). 轉引自Giannelli, *supra* note 29, at 689 n. 155.

<sup>34</sup> Lawrence Miike & Maria Hewitt, *Accuracy and Reliability of Urine Drug Tests*. 36 U. KAN. L. REV. 641 (1988). 轉引自ROBERT J. GOODWIN & JIMMY GURULÉ, CRIMINAL AND SCIENTIFIC EVIDENCE: CASES, MATERIALS, PROBLEMS 26 (2002).

<sup>35</sup> Janine Arvizu, *Shattering the Myth: Forensic Laboratories*, 24 CHAMPION 18 (2000). 其他在1980年代與1990年代針對此議題的研究顯示刑事鑑識潛藏相當多的問題，包括鑑識人員欠缺資格、偽造證據等問題，相關資料請參見GOODWIN & GURULÉ, *supra* note 34, at 26.

<sup>36</sup> Pamela R. Metzger, *Cheating the Constitution*, 59 VAND. L. REV. 475, 476-77 (2006).

國巴爾的摩市有四百八十個在一九八〇年代末期所作的有罪判決必須重新進行檢視，因為調查發現當年執行鑑識工作的化學家並不瞭解她所進行之刑事鑑識所涉及的科學技術，因此所提供的鑑定報告有時毫無價值<sup>37</sup>。

研究者指出，刑事鑑識過程中可能會出現的問題相當多，原因也各不相同，有些是所謂的誠實的錯誤（*honest errors*），有些則是不誠實的錯誤（*dishonest errors*）。前者包括：鑑識設備不足或儀器故障、專業鑑定人員不足、鑑識人員缺乏足夠的專業能力、該項鑑識使用不適當的數據庫或標準頻譜（*standard spectrum*）、鑑識人員存有主觀偏見、對於鑑識人員的資格與鑑識品質控管流程欠缺全國一致的標準、鑑識流程缺乏獨立的評鑑制度，或案件量過多，導致鑑定作業錯誤等。在上述的情況下，即便鑑識人員秉持誠實信用原則，依然可能發生上述的問題。所謂不誠實的錯誤包括：鑑識人員謊報自己的鑑識能力，執行自己無能力進行的鑑識工作、鑑定樣本被故意或過失地污染、鑑識樣本的保管流程（*chain of custody*）斷裂，使得本案他案的鑑識樣本被混用或誤用、鑑識樣本被故意調換、鑑定人員故意誤讀鑑識結果，以迎合檢察官、警察或社會大眾的期望，以及文書紀錄作業的錯誤等。當有上述情況時，鑑識結果更不可能正確<sup>38</sup>。

刑事鑑識因為採用科學技術，通常被認為可以提供最客觀中立的證據。事實上，鑑識如同其他科學一樣，其結果並非100%客觀，不容挑戰。除了前述所提到的作業流程問題之外，科學界中對

---

<sup>37</sup> Stephanie Hanes, *Chemist Quit Crime Lab Job After Hearing, Papers Show; She Acknowledged Report Was "Worthless" in 1987*, BALT. SUN, Mar. 19, 2003, at 1B. 轉引自Metzger, *supra* note 36, at 495.

<sup>38</sup> See Giannelli, *supra* note 29, at 688-95; GOODWIN & GURULÉ, *supra* note 34, at 27-8; Metzger, *supra* note 36, at 491-500.

於何等研究方法才能得到正確的鑑識結果不必然有共識。其次，即便技術本身並無爭論，即便鑑識人員使用的是同一種鑑識方法，結論也可能因為鑑識人員的主觀判斷而有不同。研究者指出，即便是例行性或大量使用儀器的鑑識程序，也會涉及鑑識人員的主觀判斷<sup>39</sup>。例如對於指紋鑑定，究竟要有多少個相似點才能斷定判定指紋的屬性，鑑識界中並無定論。在美國的某個謀殺案的審判中，檢方的證人基於十四個相似點，作證指出犯罪現場所採集到的指紋屬於被告所有，但隨即辯方的鑑識專家指出三個主要差異之處，最後被告被無罪釋放，此一案例顯示挑戰鑑識結果是可能的<sup>40</sup>。此外，鑑識科學所採取的方法也不是一成不變的，而是會隨著技術的進步，鑑識結論有所變動。先前認為可靠的技術，可能隨即被證明容易產生錯誤的結果<sup>41</sup>。最後，研究發現，鑑定報告的呈現方式也可能導致不正確的判決結果。原因在於，科學的結論通常不是非黑即白，全有或全無，而有一定的誤差值，然而鑑定報告的結論通常被要求必須明確肯定，鑑識人員經常必須修改科學結論，以符合檢察官的需求。無論鑑識人員在作出此類結論時是否有虛假意圖，但此類鑑定報告勢必誇大了鑑識科學的可靠性，而隱藏鑑識科學本身模

---

<sup>39</sup> Giannelli, *supra* note 29, at 691-92.

<sup>40</sup> *Id.* at 692.

<sup>41</sup> 例如：在1970年代與80年代，測驗毒品最標準的方式是顏色測試（color test）與結晶測試（crystal test），但不久為薄層層析法（thin layer chromatography）與液層層析法（gas liquid chromatography）所取代。後兩種鑑識技術被發明之後，先前顏色測試與結晶測試產生過高假陽性結果的問題就被暴露出來。但研究者隨後又發現薄層與液層層析法容易在操作與詮釋過程中產生錯誤，在2005年毒品測試又改以紅外線與質譜技術（infrared and mass spectrometry）。然而，雖然紅外線與質譜技術是當代最先進的技術，研究者依然發現，倘若是在街頭進行毒品測試時，該方法僅能測試那些純度高達90%到95%的毒品，因而難以確實處理街頭毒品的問題。Metzger, *supra* note 36, at 493-94.

稜兩可的地方<sup>42</sup>。

上述分析與批判均是針對美國的刑事鑑識實務，無法直接套用到台灣來。不過，之前提到關於鑑定程序與鑑定報告的問題，台灣曾有類似的案例。例如：在最高法院九十六年台上字第四六四號判決中，鑑識人員並無相應的專業能力，卻提供被害人之死因與死亡經過的鑑定意見<sup>43</sup>。最高法院八十三年台非字三六九號判決中，鑑定人並未就證物進行全部鑑定，而以推算方式作成鑑定報告<sup>44</sup>。除此之外，實務上尚發現有鑑定不完備、鑑定方法準確性有疑問，與鑑定方法不明等問題<sup>45</sup>。因為欠缺全面性的研究，因此無法確知這些事例究竟有多普遍。不過台灣的刑事鑑定發展時間較短，政府所投注的經費資源相對稀少，具有相關知識技能經驗的鑑識人員並不足夠，執法人員對於保存犯罪現場的意識仍待培養。更重要的是，至今似乎並未出現對於鑑識單位的外部評鑑制度。即便台灣的鑑識人員的操守「如同皇后貞操不容懷疑」<sup>46</sup>，在設備儀器、相關技術經驗、監督機制不足的情況下，對於台灣的鑑識實務很難讓人有超

---

<sup>42</sup> Metzger, *supra* note 36, at 498.

<sup>43</sup> 最高法院96年台上字第464號判決：「……原判決論處王東○共同重傷害致人於死犯行，主要係依據『鑑定證人』王金○之證言，認定郭○○倒熱水重傷害死者行為時，有共犯協助壓制死者雙腳，並以被害人受燙傷情形，得知當時水溫為七十二度及倒水之方向、高度等情為據。惟查王金○為台灣台北地方法院檢察署法醫室檢驗員，不具醫師資格，未具燒燙傷專業知識，亦無處理燒燙傷臨床經驗，能否為鑑定人之資格，已堪質疑。……」

<sup>44</sup> 轉引自施俊堯，同註8，頁87。

<sup>45</sup> 參見施俊堯，同註8，頁77-88。

<sup>46</sup> 前刑事警察局刑事鑑識中心主任翁景惠曾在某殺人案件中作證時，回答辯護律師的質疑：「……辯護人所要描述的是否違背裁臆？我個人認為一個現場的勘查報告，如同皇后貞操不容懷疑，如果懷疑現場勘查人員或是實驗室的人員，永遠懷疑不完。……」轉引自施俊堯，同註8，頁83。

過對於美國鑑識實務的信心。

綜合前述，可知立法者與司法者認定官方鑑定報告較為可信，因此各自在刑事訴訟法與相關判決中，賦予官方鑑定報告證據能力，排斥非官方鑑定報告的作法僅是出於迷思。告訴人與被告或許有動機尋找對其有利的鑑識結果，但只要鑑識專家秉持專業良心，結果即便對客戶有利，也不能就此指責該鑑識專家較不可信。雖然的確有部分鑑識專家會迎合客戶的想法，但仍有相當多的鑑定專家秉持良心，重視其本身的專業信譽。相對之下，在美國刑事實務上亦不乏鑑定人為了迎合檢警與大眾打擊犯罪的期望，偽造鑑定結果，以將被告定罪的例子。即便鑑定人無虛偽動機，官方（法院、檢察官與司法警察）所囑託作成的鑑定報告仍然可能存在許多與鑑定人動機無關的問題。簡而言之，不管是官方或非官方的鑑定報告都存在結果虛偽的風險，官方的鑑定報告並不必然比告訴人或被告所提出的鑑定報告可信，告訴人或被告所提出的鑑定報告亦非毫無價值。最高法院以鑑定主體區分鑑定報告的證據能力，雖符合法律規定，但欠缺事實的支持。

此一部分更重要的命題在於：制度上不應原則允許檢察官或法院以鑑定報告取代鑑定人當庭證詞。由於鑑定程序可能存在的問題相當多，從誠實的錯誤到不誠實的錯誤，從鑑定技術本身的爭議到實施鑑定者的主觀偏見。有些問題或許可以藉由改善鑑定報告之形式與內容的要求作初步的釐清。例如：要求鑑定人載明鑑定所採用的方法、資料庫、鑑定結果的誤差值，鑑定人的經驗資格，以及交代並具結確認保管流程無疑等，最高法院對於測謊的形式要求某程度滿足此處的形式要求。但對於報告的記載是否真實（例如：鑑定人是否真的進行鑑識、鑑識樣本是否正確）、鑑定人的判斷是否失於主觀武斷（例如：犯罪現場所採集的指紋基於何種標準判定符合被告的指紋等），以及其他可能影響鑑識報告之可信度的細節，都

難以從鑑定報告的書面來判斷。唯有讓鑑定人到庭作證，鑑定過程與報告製作可能存在的問題才可能被發現，除非當事人認為並無實益，自願放棄這項權利。不過在結束本部分的討論之前，本文要再次強調，於此並無意否定鑑識技術對於刑事審判實務的貢獻，也無意全面排除鑑識報告在刑事審判實務的使用，而是主張立法者與最高法院應正視鑑定報告可能出錯的風險，採用與其他證據一樣的調查方法，在交互詰問之後方賦予鑑定報告證據能力。而非預設其可信，原則性地賦予其證據能力，僅在特別有疑時，才由法院決定是否傳喚該鑑定人。

## 肆、鑑定報告取代鑑定人當庭證詞的法理疑義

前一部分已從實證的角度，論證立法者與最高法院對於鑑定報告之證據能力的處理欠缺事實基礎。在第四部分，本文將從法理的角度，討論法院使用可信度未達一定程度的審判外陳述會有什麼問題。

### 一、鑑定報告與直接審理原則

先前曾經提到，在二〇〇三年刑事訴訟法修正之前，最高法院並不重視鑑定報告之證據能力的問題，理由與實務瀰漫著「職權主義對於證據並不設限」的想法息息相關。且從刑事訴訟法第一五九條之修法說明第三項與最高法院九十四年台非字二八三號判決來看，這樣的心態至今依然存在。基於上述想法，當下對於鑑定報告之證據能力的討論，僅在其與傳聞法則的關係上。

不少學者早已提到，上述想法事實上是對職權主義的一大誤解。職權主義中雖無內容繁複的傳聞法則，但有直接審理原則，同樣是在處理審判中的證據調查應如何進行的問題。就其內涵，該原

則可進一步區分「形式的直接性」（又稱「直接調查原則」）與「實質的直接性」（又稱「原始證據原則」）。前者要求審判的法官必須親自獲得對於本案待證事實的印象，不得承襲他人的心證，並依據自己新鮮的心證來判決；後者要求審判中必須使用最直接的證據，法院不得使用從原始證據所「派生」而來的證據方法，意即禁止使用證據替代品。例如：在監聽錄音帶的調查中，法院應直接當庭勘驗錄音帶內容，而非朗讀該錄音帶的節譯文。在供述證據的調查中「人證優於書證」，法院不得以朗讀筆錄的間接證據方法取代親自訊問證人之直接證據方法。原因在於從原始證人調查真相本已不易，若允許使用書面替代品，法官更難調查證人之觀察記憶陳述或動機等問題，阻礙審判者對於事實真相的發現<sup>47</sup>。

從內容來看，直接審理原則（尤其是該原則的實質面向）與傳聞法則相近，同樣關注審判中待證事實與證據方法之間的關係。但前者的射程較廣，尚包括非供述證據，後者僅適用於供述證據；再者，兩個原則受到其所附著之訴訟主義的影響，前者著重法官與證據之間的關係（職權進行主義），後者著重當事人與證據之間的關係（當事人進行主義）。除此之外，直接審理原則與傳聞法則還有一個明顯的差異：傳聞法則的適用向來伴隨著類型多樣的例外，應承認何等傳聞例外方能兼顧被告的主體地位與事實發現，也一直是實務與學說爭論的重點。相較之下，直接審理原則在何等情況下可有例外，相關的討論並不多<sup>48</sup>。既有的中文文獻中，林鈺雄教授曾

<sup>47</sup> 參見林鈺雄，刑事訴訟法（下），頁179-182，2007年5版；黃朝義，同註22，頁17-18；陳運財，傳聞法則與直接審理，月旦法學教室，21期，頁133-136，2004年7月。

<sup>48</sup> 少數例外：林鈺雄，直接審理原則與證人審判外之陳述——最高法院相關裁判之綜合評釋，載：嚴格證明與刑事證據，頁43-90，2002年。該文檢討兩種實務上所承認之「已遣返之證人」與「秘密證人」兩種類型的證據，認為前者因

提到履勘現場或其他有關處所之勘驗筆錄可構成直接審理原則的例外<sup>49</sup>。作為法定證據方法中之一種的勘驗，其方式是由法院或檢察官以其自身的眼耳鼻手等，透過感官知覺的方式，直接對犯罪相關之人地物等證據與犯罪情形進行調查。換言之，若法院欲以勘驗方式理解證據方法與待證事實之間的關係，審判者應在審判庭上以自己的感官直接進行調查<sup>50</sup>。然而，針對像犯罪現場等難以在審判庭

---

「無從傳訊」，不得不然，而有在立法上承認的必要；但對於秘密證人是否絕對可排除直接審理原則的適用，而無其他替代手段則有疑問。不過與勘驗相比，這兩種都不是立法所承認的類型。對照之下，採行職權主義之德國，其刑事訴訟法除了勘驗（該法第249條第1項）之外，於第251條亦規定在某些情況下，法院得以筆錄的朗讀取代對於人證的訊問，此一條文應可被看作是德國刑事程序中直接審理原則的例外。參見楊雲驊，德國刑事訴訟法對傳聞證據的處理，台灣本土法學雜誌，43期，頁106-110，2003年2月。

<sup>49</sup> 林鈺雄，同註3，頁541、549。

<sup>50</sup> 林鈺雄，同註3，頁539。一般而言，受命法官所製作的勘驗筆錄在使用上較無爭議，但於審判中檢察官所製作的勘驗筆錄是否也可直接朗讀，仍有討論的空間，不過檢察官勘驗筆錄的問題，一直要到傳聞法則被引入之後才引起注意。在2003年8月刑事訴訟新制法律問題研討會上，檢察官的勘驗筆錄是否屬傳聞證據，能否適用刑事訴訟法第159條第1項所指「法律有規定者外」或第159條之4等傳聞法則之例外規定等，成為研討議題之一。從研討紀錄來看，多數意見認為檢察官的勘驗筆錄屬於傳聞證據，但為避免有證據價值之證據不被採用之遺憾，檢察官實施勘驗所製作之勘驗筆錄，應放寬解釋為公務員職務上製作之紀錄文書，適用刑事訴訟法第159條之4第1款規定，承認其為傳聞法則之例外。即便該勘驗筆錄中包含其他證人的指界陳述，依然可適用刑事訴訟法第159條之1第2項而具備證據能力，除非具有顯有不可信之情況。參閱刑事訴訟新制法律問題彙編，頁77-107，2003年8月。然而，該勘驗筆錄是為個案而作，且是由與被告對立之他方當事人檢察官而製作，直接朗讀檢察官的勘驗筆錄是否侵害被告對質詰問權，並違反訴訟公平，從學理的角度來看存在很大的疑問。即便檢察官在偵察過程中有勘驗之必要，因此應賦予其勘驗的權限，但並不代表就應直接賦予其所作成之勘驗筆錄證據能力。不過在實務上，倘若被告對檢察官的勘驗筆錄有所爭執，法院便傳喚當初製作的檢察官或其他證人釐清事實。雖然此處的釐清應該是在勘驗筆錄的證明力而非證據能力，但此作法

上直接進行的勘驗，由於現實上難以將所有的關係人移往現場進行審判，也可能為了避免證據日後滅失，法院有必要指定受命法官在法庭外實施勘驗，作成筆錄（刑事訴訟法第四十二條、第四十三條），而後於審判期日時，法院以提示、朗讀勘驗筆錄之方式進行證據調查（同法第一六四條與第一六五條）。在此情況下，勘驗筆錄雖是原始證據方法的替代品，但因有不得不然的情況，故立法者允許法院以朗讀勘驗筆錄的方式進行證據調查，在此情況下的勘驗筆錄的使用因能作為直接審理原則的例外<sup>51</sup>。

由前述討論來看，勘驗筆錄之所以得以作為實質直接性的例外，並不單只因為刑事訴訟法賦予實施勘驗之公務員有製作筆錄之職責，因而該筆錄便順理成章成為審判程序中可朗讀或告以要旨的文書，更重要的是其背後的實質因素。學說上亦強調刑事訴訟法第一六五條之文書朗讀以「可得為證據」之文書證據為限，否則該條之適用將架空直接審理原則<sup>52</sup>。若以此判斷鑑定報告與直接審理原則之關係：首先，作為「人的證據方法」之一種的鑑定人，審判者可得最直接、原始的證據，應是鑑定人的當庭證詞，亦即令鑑定人在法庭上以言詞方式向法官提供其對於某個待證事實的專業見解，並讓法官得以就其意見直接進行訊問。由此來看，鑑定人依據刑事訴訟法第二〇六條第一項所製作的鑑定報告顯然是一種書面替代品，屬於原始證據「派生」而來的證據。確定了此點，接下來的必須探討的是：刑事訴訟法第二〇六條之規定得否作為直接審理原則的例外？若對照上一段對於勘驗筆錄的討論，鑑定顯然並不存在

---

使得檢察官勘驗筆錄之證據能力的問題在實務上甚少引起爭議。

51 林鈺雄，同註3，頁541-542，註109。除了勘驗之外，林教授也提到法院囑託訊問（刑事訴訟法第195條第1項）與準備程序（刑事訴訟法第279條第1項），屬於立法者明文承認之直接審理原則例外。林鈺雄，同註47，頁179。

52 林鈺雄，同註3，頁548-549。

「性質特殊，不得已必須以朗讀筆錄的方式替代原始的證據方法」的情況。更重要的是，從實質角度來看，法官與鑑定人存在專門知識上的落差，法官要審查鑑定結果是否可信本已不容易，若允許使用書面替代品（鑑定報告），法官更難調查鑑定過程中是否存在誠實與不誠實的錯誤，阻礙審判者對於事實真相的發現，這正是直接審理原則的重點所在。本文因此認為，即便刑事訴訟法第二〇六條在表面上賦予法院傳喚鑑定人到庭作證或是令鑑定人提出鑑定報告即可的裁量權，但基於直接審理原則對於人證的重視，在解釋上不應將刑事訴訟法第二〇六當作是直接審理原則的例外規定，因此，以鑑定報告取代鑑定人的當庭證詞違反直接審理原則。

依據前述之討論可知，在傳聞法則引入我國之前，鑑定報告的使用早已抵觸直接審理原則，只是與其他證據能力的議題一起受到法院的忽視。然而此一判斷是否會因傳聞法則引入而有不同的答案？本文認為：傳聞法則的引入的確讓此部分的討論更為複雜，尤其是傳聞例外之規定對於直接審理原則適用的影響，但本文依然主張：鑑定報告違反直接審理原則應被原則排斥，不應因傳聞法則引入我國後有所改變，即便立法者將刑事訴訟法第二〇六條作為同法第一五九條第一項所稱之「法律另有規定」的規定之一。首先，依通說的見解，我國的刑事訴訟制度雖在二〇〇三年修法後從職權主義轉變為改良式的當事人進行主義，證據調查原則上由當事人主導進行。但依據刑事訴訟法第一六三條第二項的規定，法院仍有證據調查的義務。且因該項規定以「於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項」為法院職權介入調查的前提，法院之證據調查的角色仍相當重要，因而原先規範法院證據調查方式的直接審理主義仍有適用之餘地<sup>53</sup>。其次，雖然傳聞法則的引入並不排斥直接審理

---

<sup>53</sup> 同此意見：陳運財，同註47，頁134-135；黃朝義，同註22，頁19。

原則的適用，但在前者引入我國之後，相當程度影響直接審理原則的適用。林鈺雄教授主張傳聞例外可作為直接審理原則的例外<sup>54</sup>，陳運財教授認為直接審理原則可以在傳聞法則所不及的部分（例如：物證與被告自白）發揮作用<sup>55</sup>，本文原則上贊同兩位學者的看法，但本文認為：(一)傳聞例外僅在本身具正當性的前提下，方得作為直接審理原則的例外。意思是，若該傳聞例外的規定本身並不具備正當性，不應排除直接審理原則的適用；(二)直接審理原則對於傳聞法則的補充，應作更積極的運用，不限於傳聞法則未及的部分。意思是，適用上可依據直接審理原則，排除某些傳聞例外的適用，或說以直接審理原則審查實定法中傳聞法則之規定不當之處。不過為了避免此處形成法則適用的爭議，本文認為斧底抽薪之計還是不將鑑定報告當作是傳聞例外，在相關的立法意旨說明裡，刪除將刑事訴訟法第二〇六條作為同法第一五九條第一項所稱之「法律另有規定」的規定之一。

## 二、鑑定報告與改良式當事人進行主義

立法者於二〇〇三年大幅修正刑事訴訟法，將我國刑事訴訟程序的結構由職權進行主義修正為「改良式的當事人進行主義」，目的在於利用當事人進行主義的優點來革除刑事訴訟程序中的弊端，尤其是實務中普遍存在之檢察官未善盡舉證責任，以及法院忽視證據能力的問題。但為避免同時引入當事人進行主義的缺點，特別是因為當事人能力不足或能力不對等，或是當事人之間有不當協議，正義因此無法實現的情況。立法者因此設計出一個令檢察官就被告犯為事實應負提出證據及說服之舉證責任，當事人就調查證據有主

---

<sup>54</sup> 參閱林鈺雄，同註3，頁549-550。

<sup>55</sup> 參閱陳運財，同註47，頁135。

導權，而法院仍有依職權調查的輔助義務之「改良式當事人進行主義」的審理模式<sup>56</sup>。在這個新的訴訟體制下，檢察官的責任被實質地加重，被告被賦予更多程序上的權利。但為避免當事人進行主義可能造成正義無法實現的流弊，新法仍維持法院證據調查的義務，但將此義務置於輔助的地位（刑事訴訟法第一六三條第二項但書）。姑且撇開立法論（例如：我國究竟是否應作大幅度的訴訟主義變動）、相關規定是否邏輯一致，以及個別規定是否合理完善的爭議，立法者心中所謂的「改良式當事人進行主義」，顯然是一個可以兼顧讓當事人實質地位平等與實質正義的訴訟體制。

以改良式當事人進行主義的精神檢視我國現行的刑事鑑識制度。依據刑事訴訟法第一九八條與第二〇八條第一項的規定，法院與檢察官均有囑託委任鑑定的權限。首先針對法院有權囑託委任鑑定的部分，此類規定在純粹的當事人進行主義中並無法想像，而與當年職權主義有關。原因在於在當事人進行主義中，證人與證物由雙方當事人提出，證據的調查與提出由當事人所主導，法院扮演被動、中立的聽訟角色，本身原則上並不主動進行證據調查。相對之下，在職權主義中，法院扮演積極的證據調查與程序主導的角色，刑事訴訟法第二〇六條的規定顯然是職權主義的遺緒。不過，在新的改良式當事人進行主義中，立法者仍希望法院負有輔助調查證據的義務，因此，賦予法院囑託委任鑑定的權限，雖可符合改良式當事人進行主義中希望獲得實質正義的精神，但必須注意應立於輔助地位，方不至於架空檢察官的舉證責任<sup>57</sup>。此外必須注意的是，即

<sup>56</sup> 參見司法院修法說明，立法院公報，92卷8期，3282號6冊，頁2203。

<sup>57</sup> 最高法院刑事判決95年台上字第7038號便是採取此種見解，認為法院在事實未明的情況下，仍有主動囑託鑑定的義務：「……惟上訴人擅自販賣之藥品，究係禁藥？抑或偽藥？關係國民之健康及上訴人應擔負之刑責，自與法律之適用及公平正義之維護有重大關係，茲既有原判決正本附表一所示之藥品扣案，且

便是為了達成實質正義維護的目的，維持法院囑託鑑定的權利，但有鑑於鑑定報告本身可能潛藏與動機無關的問題，在法院囑託鑑定的場合，依然不適當直接賦予其鑑定報告證據能力，仍應讓當事人對該鑑定人有交互詰問的機會，如此才能真正符合允許法院囑託鑑定，是為了達成實質正義的意旨。

其次關於檢察官的部分。在鑑定的議題上，現行制度並不區分法院與檢察官之囑託委任鑑定的情況，不但兩者權限來源是基於同項條文的規定（刑事訴訟法第一九八條與第二〇八條第一項），兩者囑託委任之後，作成之鑑定報告同樣依法具有證據能力（同法第二〇六條）。若加上最高法院的見解，司法警察所委託作成的鑑定報告可依據檢察一體的法理，被當作是檢察官所委任的鑑定，因此符合刑事訴訟法對於鑑定的規定，而能引用同法第一五九條第一項具有證據能力。相對之下，告訴人與被告所委託作成的鑑定報告因不符合法律規定，被排除在審判庭之外。此種不區分法院與檢察官的規定方式，以及最高法院之獨厚檢察官，但貶抑被告舉證能力的見解，顯然讓檢察官相對於被告成為一個具有優勢地位的當事人。此類規定的不當，更因為最高法院將司法警察所委任作成的鑑定報告視為是檢察官所囑託作成而更形嚴重。先前曾經提到，改良式當事人進行主義的一個重點，便是希望藉由增加被告權利與強化辯護制度等作法，達成當事人間的實質平等。但最高法院賦予檢察官與司法警察之囑託作成之鑑定報告證據能力，卻排除被告所提出之鑑定報告，使兩者處於武器不平等的地位。因此，最高法院的判決雖然形式上符合刑事訴訟法的規定，但在實質上明顯與改良式當事人

---

該等藥品，復經原產製公司鑑定，製有鑑定報告在卷可憑；則原審自非不可將原產製公司製作之鑑定報告及扣案藥品，再囑託醫院、學校或其他相當之機關、團體為鑑定，原審未囑託鑑定，即執無證據證明扣案藥品均屬偽藥等語，逕為有利於上訴人之認定，顯有證據調查未盡之違法。……」

進行主義的精神相牴觸。

針對被告與告訴人的部分。告訴人所委託作成的鑑定報告，可直接提供檢察官作為控方證據，如此同時能夠解決先前所提到之偽藥鑑定在現行實務處理的難題。至於被告的部分，在觀念上必須強調的是，被告本來就有權提出對其有利的證據，要求法院調查對其有利的證人，有利證人應包括其自行委託的鑑定人，實質上來看，立法者不應限制刑事訴訟法上之囑託鑑定主體，法院也不宜以被告並非刑事訴訟法所規定之囑託鑑定主體便否定其所提出之證據的證據能力。不過，讓當事人間實質平等的方式，並不是修法賦予被告的鑑定報告在原則上具有證據能力，而是讓所有的鑑定報告在原則上都不具證據能力，要求無論是哪一方所囑託的鑑定人都必須到庭作證，除非對造當事人認為沒有必要，則可以刑事訴訟法第一五九條之五的規定，例外承認該鑑定報告的證據能力。

### 三、鑑定報告與刑事被告的對質詰問權

#### (一)刑事被告的對質詰問權

我國刑事訴訟法雖早有讓刑事被告對於共同被告、證人、鑑定人進行對質（第九十七條、第一八四條）或詰問（第一六六條）的規定，但一直到一九九五年大法官會議針對檢肅流氓條例的相關規定作出第三八四號解釋，刑事被告的對質詰問權方被提升至憲法層次，被定位為憲法第八條實質正當法律程序的保障內容之一，而不單只是為了協助法官發現真實，附帶賦予當事人的法律權利。二〇〇四年大法官於釋字第五八二號裡再度肯定刑事被告的對質詰問權，大法官指出，為了讓人民可以充分行使訴訟權中的防禦權<sup>58</sup>，

<sup>58</sup> 關於憲法第16條訴訟權的規定是否適合作為對質詰問權之憲法基礎，參見陳運財，同註26，頁241-243。

也為了避免人身自由遭受國家機關藉由刑事訴訟程序進行不當干預，詰問不利於己的證人是一個必要的手段。國家刑事訴訟的進行必須在充分保障刑事被告的對質詰問權——包括令證人到場在被告面前陳述，被告可面對面直接對此證人進行詰問——的前提下，其程序方可稱為正當。從比較法的角度來看，近年來無論是英美法系或大陸法系國家，不論其訴訟程序之進行乃是採取當事人進行模式或職權進行模式，皆有保障被告對質詰問權的規定，國際公約亦有類似規定<sup>59</sup>，足見刑事被告享有詰問證人之權利，不單只是內國所保障的憲法權利，而已成為普世所肯認的基本人權。

## (二)傳聞例外與對質詰問權

作為憲法基本權利甚至是普世人權的對質詰問權，自然不容立法者任意以法律剝奪。由此角度來看，檢察官若依據傳聞例外的規定，提出審判外的陳述以對抗被告，使得被告無法在審判中對不利證人進行對質詰問，是否因此侵害被告的對質詰問權，而有違憲的問題？向來注重被告對質詰問權，並使用相當複雜之傳聞法則的美國是如何處理此一議題？

### 1. 美國法

針對傳聞例外的適用是否侵害被告對質詰問權的問題，美國實務向來依循聯邦最高法院在一九八〇年之*Ohio v. Roberts*<sup>60</sup>判決的

<sup>59</sup> 參見釋字第582號：「……西元一九五〇年十一月四日簽署、一九五三年九月三日生效之歐洲人權及基本自由保障公約（European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms）第六條第三項第四款及聯合國於一九六六年十二月十六日通過、一九七六年三月二十三日生效之公民及政治權利國際公約（International Covenant on Civil and Political Rights）第十四條第三項第五款，亦均規定：凡受刑事控訴者，均享有詰問對其不利之證人的最低限度保障。……」

<sup>60</sup> *Ohio v. Roberts*, 448 U.S. 56 (1980).

見解。在 *Roberts* 案中，美國聯邦最高法院指出：憲法增修條文第六條所保障之刑事被告對質權並不禁止在刑事訴訟程序中使用審判外陳述，倘若該陳述存在適當的「真實性標記」（*indicia of reliability*），例如：該證據是屬於一種「根深蒂固的傳聞例外」（*a firmly rooted hearsay exception*），或是具備「特定之真實性擔保」（*particularized guarantees of trustworthiness*）。許多傳聞例外通常被認為屬於根深蒂固的傳聞例外，例如共謀者的陳述，使用此類傳聞證據並不認為違反美國憲法增修條文第六條對於被告對質詰問權的保障<sup>61</sup>。若依據學者王兆鵬教授對於美國法上對質詰問權之理論基礎的分類，美國聯邦法院於此顯然採取「真實性理論」（*Reliability Theory*）來解決傳聞例外的適用是否侵害被告對質詰問權的問題<sup>62</sup>。意即，由於對質詰問權的最主要的目的在於發現真實，透過對於證人的對質詰問，以確保其陳述的真實性。因此，倘若檢察官使用的是真實性受到確保的審判外陳述，便能不違背憲法保障被告對質詰問權的意旨<sup>63</sup>。

*Roberts* 判決一直是美國實務上近二十幾年來用來合理化傳聞

---

<sup>61</sup> *United States v. Inadi*, 475 U.S. 387 (1986). 中文文獻，參見王兆鵬，同註25，頁23-26，2003年。

<sup>62</sup> 關於真實性理論的介紹，參見王兆鵬，同註25，頁13。

<sup>63</sup> 在 *Roberts* 判決中，美國聯邦最高法院將對質詰問權之目的定位在真實發現的意圖是很清楚的。法院除了在判決註腳中引述證據法大師 *Wigmore* 的見解，指出交互詰問乃是人類為發現真實所發展出最偉大的法律利器（*legal engine*）之外，更在判決正文中引述 *Mattox v. United States*, 156 U.S. 237 (1895) 與 *Chambers v. Mississippi*, 410 U.S. 284, 295 (1973) 兩案，前者強調在法庭上對證人進行交互詰問，可使被告不僅有機會檢驗證人之記憶、詳查其良心，更可迫使證人站在審判者之前，讓審判者得以依據證人在作證時的表現，斷定其是否值得相信；後者則著重於審判中若無適當的對質，將會使得事實發現程序之最終完備性受到質疑（*the ultimate integrity of the fact-finding process*）。*Ohio v. Roberts*, 448 U.S. at 63-64.

例外的依據，不過學界對此判決的批評一直不斷。包括該案所提出之判斷標準的適用並不合理一致<sup>64</sup>，以及質疑該案對於對質詰問權的解釋將使得聯邦證據法則中所有的傳聞例外合憲<sup>65</sup>。不過這個情況在數年前受到改變，二〇〇四年時，美國聯邦最高法院作出 *Crawford v. Washington*<sup>66</sup> 的判決，相當程度地改變了 *Roberts* 一案所提出的標準，雖然法院並未全面地廢棄 *Roberts* 一案。在 *Crawford* 案中，被告被起訴攻擊與殺人未遂的罪名，地方法院允許檢察官在陪審團面前播放被告妻子在警訊時之錄音供述，認為該陳述具備特定之真實性擔保。然而，美國聯邦最高法院以相當長的篇幅回顧對質權的發展，尤其是一六〇三年 *Raleigh* 爵士被以共犯的書面證詞叛國定罪的例子，強調被告面對控訴者（accuser）的重要性，並批評 *Roberts* 案的判決居然允許司法者以憲法未認可的方式決定證據的可信度，認為決定證言可信度的唯一方法是透過交互詰問。因此，除了證人客觀上不能作證之外，只有當被告已對證人先前已進行對質詰問，方得確保「證詞性傳聞證據」（testimonial hearsay）的可信度<sup>67</sup>。但在非證詞性的傳聞證據類型上，制憲者則保留相當的彈性，讓傳聞法則自由發展。以此看來，*Crawford* 案所提出之標準是

---

<sup>64</sup> See e.g. Stanley A. Goldman, Not So “Firmly Rooted”: Exceptions To The Confrontation Clause, 66 N.C.L. REV. 1 (1987).

<sup>65</sup> See e.g. Richard D. Friedman, *Confrontation: The Search for Basic Principles*, 86 GEO. L.J. 1011 (1998).

<sup>66</sup> *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36 (2004). 關於本案之中文文獻，參閱林輝煌，對質詰問權與傳聞法則——比較法之探索（上），法令月刊，58卷4期，頁4-33，2007年4月；張明偉，英美傳聞法則與對質條款的歷史考察，月旦法學雜誌，131期，頁93-118，2006年4月。

<sup>67</sup> 若依據王兆鵬教授的分類，*Crawford* 案似乎改採「證人產生理論」（Production Theory）與「當事人進行主義的訴訟防禦權理論」（Adversary Right Theory）。關於兩個理論的介紹，參見王兆鵬，同註25，頁12-13、15-16。

否適用，完全取決於該傳聞證據是否為證詞性。不幸的是，於美國聯邦最高法院在 *Crawford* 案中卻未在判決理由中對「證詞性傳聞證據」提供明確定義，法院僅提出有三種定義的可能性<sup>68</sup>，不管採取哪一種定義，本案所涉及的情況毫無疑問地屬於證詞性傳聞證據。至於更為精確的定義，則留待日後判決來澄清。

*Crawford* 案的結果看來對被告有利，但由於美國聯邦最高法院並未在判決理由中對「證詞性傳聞證據」明確定義，因此引發相當多的批評與討論<sup>69</sup>。在二〇〇六年 *Davis v. Washington*<sup>70</sup> 一案，法院再度處理證詞性傳聞證據的定義問題。*Davis* 一案的判決事實上同時合併 *Hammon v. Indiana*<sup>71</sup> 一案，兩者都涉及家暴，爭點都與何為

---

<sup>68</sup> 法院提出的三種定義可能性為：1. “ex parte in-court testimony or its functional equivalent—that is, material such as affidavits, custodial examinations, prior testimony that the defendant was unable to cross-examine, or similar pretrial statements that declarants would reasonably expect to be used prosecutorially;” 2. “extrajudicial statements... contained in formalized testimonial materials, such as affidavits, depositions, prior testimony, or confessions;” 3. “statements that were made under circumstances which would lead an objective witness reasonably to believe that the statement would be available for use at a later trial.” 法院認為，預審（preliminary hearing）的一造證詞符合上述任一種標準。*Crawford v. Washington*, 541 U.S., at 41. 上述定義的中文翻譯可參見林輝煌，同註66，頁27-28。

<sup>69</sup> See e.g. Robert P. Mosteller, *Crawford v. Washington: Encouraging and Ensuring the Confrontation of Witnesses*, 39 U. RICH. L. REV. 511, 516 (2005); Andrew Taslitz, *What Remains of Reliability: Hearsay and Freestanding Due Process After Crawford v. Washington*, CRIMINAL JUSTICE MAGAZINE (2005); Richard D. Friedman, *Grappling with the Meaning of “Testimonial”*, 71 BROOKLYN L. REV. 241 (2005); John M. Spires, *Testimonial or Nontestimonial? The Admissibility of Forensic Evidence after Crawford v. Washington*, 94 KY. L.J. 187 (2005/2006); Deborah Tuerkheimer, *Crawford’s Triangle: Domestic Violence And The Right Of Confrontation*, 85 N.C.L. REV. 1 (2006).

<sup>70</sup> *Davis v. Washington*, 126 S. Ct. 2266 (2006).

<sup>71</sup> 本案自 *Hammon v. State*, 829 N.E.2d 444, 2005 Ind. LEXIS 541 (Ind., 2005) 一案

「證詞性傳聞證據」有關。前者檢方提出一通被告打到九一一的報案電話錄音，陳述內容除了指認被告為攻擊者之外，主要的目的在要求警察介入該家暴事件；後者是家暴受害者被執法人員將施暴者隔離，在犯罪現場的另一個房間進行偵訊時所做的筆錄。美國聯邦最高法院認為前者的目的並非在證明其陳述為真，而是面對一個正在進行的案件要求警方介入，該陳述的作成並非針對過去已經發生的事件進行調查，是以並非是「證詞性傳聞證據」。相對之下，後者的目的乃是在調查過去的事件，除非該證人客觀上不能到庭受詰問是因為被告的不當行為所導致，否則該筆錄屬於「證詞性傳聞證據」。因此Davis案的報案錄音可以使用，但Hammon案的筆錄不得使用。依據學者的觀察，在Crawford判決後，倘若檢察官想將證詞性傳聞證據的內容引入審判內，必須滿足下列其中一個要求(1)將該證人傳喚到庭，以供被告交互詰問；(2)證明被告因不當行為妨礙證人出庭作證，因而喪失其對質詰問的權利；(3)證明該陳述符合死前證言的傳聞例外，因為在一七九一年憲法增修條文第六條制訂時，該傳聞例外便已經存在<sup>72</sup>。

在二〇〇七年之Whorton v. Bockting<sup>73</sup>案中，被告被控性侵其六歲的繼女，法院認為被害人因為壓力過大，故依內華達州的法律，准許檢察官傳喚被害人的母親與警探，以轉述被害人在審判外所為的陳述。被告依據Crawford案的判決提起上訴，主張其對質詰問權遭受侵害。本案原本是一個檢驗Crawford案適用範圍的好例

---

上訴，但因在最高法院被與Davis v. Washington合併審判，故無獨立案號。

<sup>72</sup> 研究者Lininger同時指出，此一判決將會不利於家暴案的處理，因為不少受害者並不願意在審判中出庭。See Tom Lininger, *Reconceptualizing Confrontation After Davis*, 85 TEX. L. REV. 271 (2006). Tuerkheimer 則認為Crawford案所建立的標準難以適用於家暴案中。See Tuerkheimer, *supra* note 69.

<sup>73</sup> Whorton v. Bockting, 127 S. Ct. 1173 (2007).

子，但由於本案早在*Crawford*案判決作出之前便已定讞，故美國聯邦最高法院並未直接處理*Crawford*案的標準是否適用於性侵害案件上，而將重點放在該標準是否回溯地適用。不過在此判決中，依然可進一步釐清法院對於*Crawford*案標準的看法。於此法院採用所謂「Teague例外」（Teague exception）標準來判斷。依據此標準，在聯邦法院對於下級法院或州法院的判決進行直接或附帶審查（direct and collateral review）時，原則上應適用舊的規則。只有在當新的規則是實體性的（substantive），或是該新的規則是一個涉及刑事程序的根本公平與正確之標竿性原則（watershed rules）。在本案中，美國聯邦最高法院認為*Crawford*案的確提出一個新的刑事訴訟程序的處理準則，但該準則是一個程序性的，而非實體性的。此外，*Crawford*法則並未涉及刑事程序之根本公平與正確，因為此一原則並不是用來避免一個不可容許高風險之錯誤判決，與一九六三年關於刑事辯護權之標竿性判決*Gideon v. Wainwright*<sup>74</sup>案不同，*Roberts*法則之所以被排斥，是因為其與憲法對質條款的精神不符，於此並不能證實，若不採用*Crawford*法則而採用*Roberts*法則，得到正確性判決的機率會大幅下降，*Crawford*案因此與產生深刻與全面的影響的*Gideon*案不同。

## 2. 台灣法

從我國相關立法與判決來看，我國對於傳聞例外與對質詰問權間之衝突的處理與美國有相當程度的類似性。先前曾經提到，我國刑事訴訟法中關於傳聞例外的規定都與該陳述是否可信有關，不僅刑事訴訟法第一五九條之一至第一五九條之四之規定都涉及審判外陳述是否真實可信的問題，就連其他的基於當事人同意，或是基於

---

<sup>74</sup> *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963). *Gideon*一案是法院唯一符合Teague例外的案件。

特殊政策考量所承認的傳聞例外，都設立相關機制，確保該審判外的陳述可信。由此來看，立法者顯然也是採行真實性理論來處理傳聞例外與對質詰問權的衝突。無獨有偶，在二〇〇四年我國大法官提出第五八二號解釋，除了再次確認對質詰問權的重要性之外，在解釋理由書中出現「除客觀上不能受詰問」的說法：

「……至於被告以外之人（含證人、共同被告等）於審判外之陳述，依法律特別規定得作為證據者（刑事訴訟法第一五九條第一項參照），除客觀上不能受詰問者外，於審判中，仍應依法踐行詰問程序。……」<sup>75</sup>

依其文義，大法官似乎認為僅在證人在客觀不能受詰問時，方能使用審判外陳述<sup>76</sup>。釋字第五八二號與美國 *Crawford* 案一樣，相當程度都改變了既有的標準，把傳聞例外之正當性的判斷從實質是否真實可信，扭轉為正當程序的要求是否已被滿足，但兩者還是有些差異。*Crawford* 案將其要求限制在「證詞性傳聞證據」上，但大法官釋字第五八二號並未對傳聞證據作這樣的區分。因此對於那些證詞作成當時，證人並未預期之後會被提到法院，當作證據之一種時，依照釋字第五八二號的標準，仍必須以客觀上不能詰問證人時方得使用其審判外陳述。從此角度來看，釋字第五八二號對於傳聞證據的適用比 *Crawford* 案嚴格。但美國聯邦最高法院在 *Crawford* 案所確立的原則除了證人無法到場外，尚必須先前被告對該證人有對質詰問的機會。從此角度來看，釋字第五八二號並無此要求，就此部分對於被告的保護並不如 *Crawford* 案周到。不過無論如何，若貫徹釋字第五八二號中「除客觀上不能受詰問者」的判斷標準，既有

<sup>75</sup> 參見釋字第582號解釋理由書。

<sup>76</sup> 陳運財教授認為此種說法可被歸類為「證人產生理論」（production theory），參見陳運財，同註26，頁244；王兆鵬，同註25，頁12-13。

的傳聞例外之規定除了刑事訴訟法第一五九條之三，以及性侵害案件或兒少案件中，某些情況下（例如：證人基於心理與情緒因素，在客觀上不能受詰問）可被包括在該條第二款之「身心障礙致無法陳述」的情況之外，恐怕法院必須全面地限縮適用既有的傳聞例外，僅在客觀上無法於審判庭中詰問證人外，方得適用傳聞例外的規定，方能避免違憲的問題。大法官究竟是真的有意全面性改變傳聞例外的判斷方式，就連刑事訴訟法第一五九條之二證人前後陳述不一致、同法第一五九條之四之特性信文書，或是同法第一五九條之五當事人同意的情況，也必須在「證人客觀上不能受詰問」的前提下得使用，還是其本意只在處理共同正犯的問題，但因用語不夠精確，以致於使得釋字第五八二號的射程超越其本意，以及採用釋字第五八二號的標準是否就足夠保障被告的對質詰問權等議題，恐怕必須等待後續的憲法解釋加以澄清<sup>77</sup>。

值得注意的是，類似*Crawford*案的見解最近出現在最高法院對於刑事訴訟法第一五九條之一的相關判決中：

「……刑事訴訟法第一五九條之一所稱被告以外之人於審判中向法官所為之陳述，以及於偵查中向檢察官所為之陳述，均係指已經被告或其辯護人行使反對詰問權者而言，如法官於審判外或檢察官於偵查中訊問被告以外之人之程序，未予被告或其辯護人行使反對詰問權之機會，除有刑事訴訟法第一五九條之三所列各款之情形以外，法院均應傳喚該陳述人到庭，使被告或其辯護人有行使反對詰問權之機會，否則該項在審判外向法官所為之陳述，或在偵查中向檢察官所為之陳述，縱使已經具結，或並無顯不可信之情況，仍不具備適法之證據能力。……」（最高法院九十五年台上字第五一

---

<sup>77</sup> 對於釋字第582號中「證人在客觀不能受詰問」的相關討論，參見陳運財，同註26，頁243-247。

## 六〇號判決)

雖然上述判決比釋字第五八二號提供被告更為周到的保護，但整體觀察最高法院於其他傳聞例外的判決，法院顯然只將此意見限縮在刑事訴訟法第一五九條之一的類型上，目的是透過判決來解決該條立法文字的不當。不過，釋字第五八二號以及此類判決的法理在未來是否會擴張到其他類型的傳聞例外，取代先前之真實性標準，仍須進一步觀察。

## (三)鑑定報告與對質詰問權

## 1. 美國法

*Crawford*判決一出之後，對於鑑定報告的證據能力產生實質的影響，法院與學界對於鑑定報告究竟是屬於證詞性還是非證詞性的傳聞證據爭論不休<sup>78</sup>。長年鑽研科學證據與鑑定報告議題的Paul C. Giannelli教授認為鑑定報告「不過是專家的宣誓證詞（affidavit），因此必須接受交互詰問」<sup>79</sup>。不過同年之*People v. Johnson*<sup>80</sup>

<sup>78</sup> 相關討論參見：Neil P. Cohen & Donald F. Paine, *Crawford v. Washington: Confrontation Revolution*, 40 TENN. BAR J. 22 (2004); Bradley Morin, *Science, Crawford, and Testimonial Hearsay: Applying the Confrontation Clause to Laboratory Reports*, 85 B.U.L. REV. 1243 (2005); John M. Spires, *Testimonial or Nontestimonial? The Admissibility of Forensic Evidence after Crawford v. Washington*, 94 KY. L.J. 187 (2005/2006); Steven Yermish, *Crawford v. Washington and Expert Testimony: Limiting the Use of Testimonial Hearsay*, 30 CHAMPION 12 (2006).

<sup>79</sup> Paul C. Giannelli, *Admissibility of Lab Reports: The Right of Confrontation Post-Crawford*, CRIM. JUSTICE, 33 (2004). 轉引自Morin, *supra* note 78, at 1260.

<sup>80</sup> 18 Cal. Rptr. 3d 230 (Cal. Ct. App. 2004). 本案判決緊接著*Crawford*案判決之後，但加州上訴法院認為，本案所提出之鑑定報告並不符合*Crawford*案中之證詞性傳聞證據。另外必須說明的是，美國聯邦最高法院從未直接對鑑定報告之證據能力直接發表意見，故以下的討論主要以州法院的判決為主。雖然州法院的判決並不如美國聯邦法院之判決有統一並代表美國實務界見解的地位，但因

一案中，加州上訴法院將毒品的檢驗報告當作是例行性所作的文書證據，並無證言在內，或等同於法庭內的證詞，因此本質上並非證詞性傳聞證據。該鑑定報告本身就是證據，即便鑑定人到庭作證，只是證明該文件真實而已。二〇〇五年之 *Commonwealth v. Verde*<sup>81</sup> 一案裡，同樣也是主張毒品檢驗報告在證明被告所持毒品的重量與純度，並非證詞性傳聞證據。且該毒品檢驗結果並不具任意性，單純地呈現事實而非意見。因此，法院主張毒品檢驗報告接近於公務或業務特信文書，與一造證詞的相似度十分低。但在二〇〇四年的紐約州之 *People v. Rogers*<sup>82</sup> 一案中，法院認為倘若鑑定報告是出於警察或檢察官的要求所作成，鑑定人可預期該鑑定報告之後將會在法庭上使用，該鑑定報告（本案為性侵害被害人血液酒精濃度）便是一個證詞性的傳聞證據，檢察官用來證明被告並未同意性交，因此，倘若該鑑定人之前並未接受交互詰問，該鑑定報告便不能被引入法庭之內。上述判決事實並無太大差異，但法律見解卻南轅北轍。正如同研究者所指稱的，在 *Crawford* 判決後唯一清楚的，便是 *Crawford* 案並未提供清楚的標準，來解決傳聞例外與對質詰問權之間的衝突<sup>83</sup>。

## 2. 台灣法

在討論鑑定報告與被告之對質詰問權的關係之前，首先必須先解決一個概念問題：當鑑定報告由檢察官所提出時，鑑定人對於被告而言，是否屬於「不利於己之『證人』」？此一問題在美國法的脈絡並不存在，原因在於鑑定人被歸類為專家證人（expert

---

美國各級法院都具備違憲審查權，故各級法院於適用相關法令時，同樣必須考慮是否違背刑事被告之憲法人權的問題，故對於本議題的探討亦有參考價值。

<sup>81</sup> *Commonwealth v. Verde*, 2005 Mass. LEXIS 219 (2005).

<sup>82</sup> *People v. Rogers*, 780 N.Y.S.2d 393 (N.Y. App. Div. 2004).

<sup>83</sup> Morin, *supra* note 78, at 1274.

witness)，與一般證人與「被告——證人」(defendant-witness)一樣，性質上都是以言詞方式，向裁判者與對造當事人提供自己對於某一待證事實的意見，形式上滿足美國聯邦憲法第六增修條文對質詰問權的規定<sup>84</sup>，僅是依其身分有不同的程序要求。但在於我國刑事訴訟法中，鑑定人與證人屬於不同的法定證據方法<sup>85</sup>，學者先前在討論所謂不利於己之證人時，僅包括被告本人以外之被害人、告訴人、目擊證人、共犯、共同被告等，並未包括鑑定人<sup>86</sup>。但從形式來看，刑事訴訟法第一六三條、第一六六條、第一六九條當事人詰問對象包括鑑定人；實質上來看，倘若專家證人的意見將對被告不利，對於被告的影響與一般證人一樣，有時候因為其挾帶科學的威信，證言的證明力經常超過一般證人，在此鑑定人毫無疑問對被告是一名「不利於己之證人」。使用鑑定報告，依然會引發侵害被告之對質詰問權的疑慮。因此，即便鑑定人與證人在傳統的刑事訴訟法學上被列為不同的法定證據方法，但從憲法的角度來看，鑑定人毫無疑問對被告是一名「不利於己之證人」。使用鑑定報告，依然會引發侵害被告之對質詰問權的疑慮。

確定了鑑定報告與對質詰問權的關係之後，若欲在審判上以鑑定報告取代鑑定人的當庭證詞，依據立法者所設下的標準，以及最高法院向來的見解，該鑑定報告至少必須原則上真實可信，方能回應侵害被告對質詰問權的質疑。但在第三部分時，本文已從實證的角度，說明鑑定報告並未如一般人所想像真實可信，毋寧潛藏類型相當廣泛的錯誤風險。在此情況下，無論鑑定報告是由誰囑託作

---

<sup>84</sup> U.S. Constitution, Amend. VI: “In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right...to be confronted with the witnesses against him...”

<sup>85</sup> 關於法定證據方法的討論，參閱林鈺雄，同註3，頁504-553。

<sup>86</sup> 陳運財，同註26，頁243。

成，都可能存在誠實與不誠實的錯誤。鑑定報告並非特別不可信，但在保障當事人對質詰問權的前提下，鑑定報告並不適合作為傳聞例外之一種。姑且撇開先前提到之釋字第五八二號射程範圍的問題，倘若依據釋字第五八二號所提出的標準：「除客觀上不能受詰問」時方能使用傳聞證據，鑑定報告更無依傳聞例外取代鑑定人當庭證詞的餘地。鑑定人或許有各式與成本或恐懼有關的理由不想出庭，但都不符合此處所說的「客觀上不能受詰問」的情況。倘若在極端的情況下，鑑定人於鑑定之後，在客觀上存在如同刑事訴訟法第一五九條之三的情況，無法到庭接受詰問，此時是否就可使用鑑定報告，亦有疑問。畢竟，鑑定人與證人不同，前者並不如後者一樣不可替代，此時法院仍不該逕自使用鑑定報告，毋寧是應委託他人另行鑑定<sup>87</sup>。簡而言之，無論是依立法者或最高法院所設下的可信性標準，或是依據釋字第五八二號所提出的程序標準，為保障刑事被告的對質詰問權，原則上鑑定報告都不應用來取代鑑定人的當庭證言。

最後必須處理的是刑事訴訟法第二〇六條的合憲性問題。現行實務對於鑑定的處理方式是以「書面為原則，言詞為例外」，以刑事訴訟法第二〇六條的規定為處理依據。形式而論，該條第一項賦予法院命鑑定人以言詞或書面報告的裁定權限，第三項規定「以書面報告者，於必要時得使其以言詞說明」，使得法院得以僅在其認為鑑定報告有疑時，方傳喚鑑定人到庭說明。針對上述作法，學者早有不同意見，林鈺雄教授主張法院應擴張解釋第二〇六條第三項

---

<sup>87</sup> 於此並不排除在某些極端的情況中，鑑定人有法律所承認無法到庭之事由，且該鑑定已無法重複，法院因而有使用鑑定報告的必要。只是本文對此妥協還是存有質疑，原因是若該鑑定人無法到場接受詰問，此份報告便無法受到適當的檢驗。本文認為，為了減少這種情況出現，於刑事鑑定程序中，應設計出一套機制，確保每次的鑑定結果可於其後受到其他鑑定人的再次檢驗。

中「必要性」的概念，認為除非不得已的情況容許僅以書面報告之外，原則上皆屬必要以言詞說明之情形<sup>88</sup>。學說上亦有認為，釋字第五八二號作出之後，法院更應原則上要求鑑定人出庭，以言詞報告其鑑定結果，僅在鑑定人客觀上無法受詰問時，方例外允許其以書面代替。本文認為：刑事訴訟法第二〇六條第三項相當程度地緩和了同條第一項原則賦予鑑定報告證據能力之違憲程度，學者要求法院擴張解釋「必要性」的說法更可能使得在結果上與本文的主張差異不大。不過，除非在此「必要性」限縮在釋字第五八二號所指稱的「客觀上無法受詰問」，並進一步地無法另行委託其他鑑定人的情況，使得法院的裁量權之行使十分明確，否則此種「原則言詞，例外書面」的作法，仍無法完全解決法理上刑事訴訟法第二〇六條第一項的違憲問題。原因在於，此種作法使得法院仍有自由裁量的權限駁回被告的傳喚鑑定人到庭詰問的聲請，被告無法自行決定是否行使其憲法上的權利。本文雖同意被告的憲法權利並非完全不得限制，但認為國家僅在有正當理由時，方能例外限制被告的對質詰問權，且該限制必須符合比例原則。現行刑事訴訟法第二〇六條的規定使得被告究竟是否能夠行使自己的憲法權利，僅能等待法院的善意與耐性。因此，本文認為：除非刑事訴訟法第二〇六條第三項的必要性完全限制在前段所指稱之原鑑定人無法到場，亦無法另行委託他人鑑定的情況，否則無論如何擴張適用，仍無法排除該條第一項的違憲疑義。

---

<sup>88</sup> 此為林鈺雄教授於其刑事訴訟法（上）第4版（2004年）的意見，頁487。於第5版時，林教授進一步強調基於言詞審理原則以及鑑定人乃是人的證據方法，鑑定人原則上應到庭接受訊問與詰問，除有不得已情形方容許書面報告。參見林鈺雄，同註3，頁532。

## 伍、鑑定報告之處置上的建議

由於鑑識技術的進步，也由於實務界對於鑑識科學日漸重視，有越來越多的案件仰賴鑑識結果。在此情況下，倘若依照本文的主張，除非有釋字第五八二號所提到的情況，否則鑑定報告不具備證據能力，無論是由誰命鑑定，法院都必須傳喚鑑定人到庭作證，如此雖然使得刑事審判程序較為嚴謹，但是否反而會造成相關機關拒絕協助鑑定<sup>89</sup>，影響鑑識技術在刑事案件的運用，甚至進一步阻礙刑事鑑識的發展？或從法院的角度來看，是否會造成訴訟程序拖延，增加訴訟成本？

如何在被告權益、訴訟經濟與現實困難間取得平衡，的確是設計刑事訴訟制度的難題。就此問題，本文以下將區分當事人委託與法院囑託兩種不同情況討論可能的作法<sup>90</sup>。

### 一、由當事人委託鑑定的情況

根據Metzger教授的歸納，美國實務對於鑑定報告的處理，採用下列四種方法：「通知與要求」（notice and demand）、「通知與額外要求」（notice and demand-plus）、「預期性要求」（anticipatory demand）與「被告主動傳喚」（defense subpoena）程序<sup>91</sup>：

---

<sup>89</sup> 參見「傳聞法則之理論與實踐」學術研討會，最高法院張淳淙審判長的發言紀錄，台灣本土法學雜誌，94期，頁183。（「……如果說一定要言詞，鑑定人必須要到場接受詰問，實務上運作可能會有問題，起碼醫師們就不願接受囑託鑑定。……」）

<sup>90</sup> 必須說明的是，當事人除了被告與檢察官之外，在概念上亦包括司法警察或告訴人所委託鑑定的情況。

<sup>91</sup> Metzger, *supra* note 36, at 481-84.

所謂「通知與要求」程序，是指檢察官倘若有意在日後的審判中利用鑑定證明書（forensic certificate）證明物證之保管流程並未斷裂，以及犯罪實驗室所得之鑑識結果，必須在審判前預先通知被告。被告若希望避免該在法庭外所作成的鑑識報告逕自獲得證據力，一併使得該證明書背後的預設成立，必須在一定時間內及時提出反對意見，要求檢察官在審判中提出鑑識證人以供被告詰問。被告在提出聲請時，並不須提供實質的指控，或是特定以事實為基礎的抗辯。但若未及時提出反對意見，將會構成被告反對權的捨棄<sup>92</sup>。美國有十二州採取此種方式<sup>93</sup>，法學教授Richard D. Friedman也公開支持此種作法，認為此種作法可以滿足憲法的要求，亦可減輕法院的負擔<sup>94</sup>。

「通知與額外要求」程序與上述「通知與要求」程序相仿，但對於被告的請求設下額外的實質要件。一旦檢察官通知被告他將於日後的審判程序中使用鑑定報告時，被告不僅必須及時提出反對意見，尚必須提供具有事實基礎的主張，以合理化其要求檢察官在審判中提出鑑識人的要求。阿拉斯加州要求被告必須表明要求對質鑑定專家的根據（show cause），田納西州要求被告必須提供證據證明他有誠實信用（good faith）的依據可挑戰檢察官所欲提出的鑑識報告。阿拉巴馬州與路易斯安納州要求辯護律師發誓表示其將於審判中對該鑑識證人進行交互詰問。被告提出聲請之後，還必須等

---

<sup>92</sup> *Id.* at 481-82.

<sup>93</sup> 根據Metzger教授的調查，下列十二個州郡採用此項程序：德州、德拉瓦州、伊利諾州、愛荷華州、馬里蘭州、密西根州、華盛頓州、維吉尼亞州、奧克拉荷馬州、俄亥俄州、內華達州。*Id.* at 482 & n. 23.

<sup>94</sup> Richard D. Friedman, *Adjusting to Crawford: High Court Decision Restores Confrontation Clause Protection*, CRIM. JUSTICE, 11 (2004). 轉引自Morin, *supra* note 78, at 1266-67.

待法院的審查核可。法院將決定被告的聲請是否有足夠的理由讓檢察官在法庭上傳喚鑑識人以供詰問<sup>95</sup>。

在「預期性要求」程序中，檢察官並無通知被告或法院其將於審判中使用鑑定報告以代替鑑定人的義務。然而被告仍必須在審判前提出及時的聲請，要求檢察官提供鑑識人以供詰問。若未及時提出此項聲請，被告將會被視為放棄此一抗辯權。換言之，在此類程序中，辯護律師在知道檢察官是否使用鑑定報告之前，必須摸索性地，但及時地對任何尚未見到的鑑定報告作出審判前的抗辯<sup>96</sup>。

在「被告主動傳喚」程序中，被告必須主動要求法院傳喚檢察官之鑑識證人，將該鑑識證人當作一個敵意證人，目的在於質疑該證人的可信度。部分條文規定被告傳喚（*defense subpoena*）作為抗辯與要求的法定程序。若無任何法定程序允許被告傳喚檢察官的證人，被告之辯護律師必須在建立其案件主軸（*case-in-chief*）時，傳喚檢察官的鑑識專家。因此，為了行使其對質詰問權，被告必須放棄其依賴政府並未盡到舉證責任的權利，而行使其要求法院傳喚證人（*compulsory process*）的權利。在多數的被告主動傳喚證人的程序中，條文裡都對被告科予實質的聲請要求，允許法院拒絕被告的聲請<sup>97</sup>。

本文認為，上述四種程序雖然對於作法不一，但都不完全符合憲法對於被告對質詰問權的保障。(一)在「被告主動傳喚」程序中，被告被課予不合理的義務。被告傳喚證人本是其額外的權利，讓其可以主動證明自己的清白，但此處卻成為被告的負擔，架空檢察官的舉證責任；(二)在「預期性要求」程序中，被告為了未來能夠行使

---

<sup>95</sup> Metzger, *supra* note 36, at 482-83.

<sup>96</sup> *Id.* at 483-84.

<sup>97</sup> *Id.* at 484.

對質詰問權，必須在一無所知的情況下，要求傳喚鑑定人，倘若不提出此一要求，將會有失權效。此種設計不僅同樣課予被告不合理的負擔，也忽略了現實中，有些被告並不知道其被指控的罪名，或甚至是沒有辯護律師，更難預先猜測檢察官更難預先猜測檢察官會提出何等證據，失權效的設計更惡化了被告的地位；(三)「通知與額外要求」與我國刑事訴訟法第二〇六條第三項之規定類似，都是讓被告提出聲請，由法院核可。本文認為，由法院決定被告是否得行使對質詰問權，侵害被告的憲法基本權利。再者，課予被告表明理由的責任，將產生違反無罪推定原則的疑義。檢察官在刑事程序中負有舉證責任，被告本無須提出任何解釋，檢察官就有在審判中傳喚相關證人證明案件成立的義務。此外，要求律師或被告保證在要求之後，必定在審判中對鑑定人進行交互詰問，對於被告與其辯護律師的訴訟策略也構成一種不當的干擾；(四)在四種程序中，「傳喚與要求」程序對於被告最為友善，姑且不論由檢察官預先通知，被告預先提出傳喚要求，依然會有原則例外倒置的問題，對於被告未及時提出要求的失權設計更是有違憲疑義。除了被告未及時提出要求可能是出於公設辯護人的疏忽、忙碌等問題，不適當逕自把被告的沈默賦予失權的效果外。在法理上，被告的沈默並不能等同於被告主動捨棄其憲法上的權利。最重要的是，檢察官有義務使得刑事審判程序符合正當程序的要求，而不是被動地等待被告的聲請<sup>98</sup>。

上述四種處理方式有程度不一的缺陷，不過在「通知與要求」程序中，預先讓當事人決定審判中是否傳喚鑑定人到庭，或是直接使用鑑定報告，是一個不錯的構想，若能解決某些程序上的瑕疵，應能兼顧被告權利與訴訟經濟。首先，為了顧及原則與例外的關係，本文建議在審判前進行「請求與同意」的程序，而非「通知與

---

<sup>98</sup> *Id.* at 516-18.

要求」程序。令希望使用鑑定報告的當事人在一定期日前主動向他造請求使用同意，除非他造明白同意，否則仍必須傳喚鑑定人到庭作證。在法院於審判前進行準備程序的情況，則可利用準備程序（刑事訴訟法第二七三條）處理鑑定報告之證據能力的規定<sup>99</sup>。在準備程序中，倘若檢辯雙方有意日後訴訟上使用鑑定報告，有義務於此時提出，讓對造當事人依照刑事訴訟法第二七三條第一項第四款的規定表達對於鑑定報告的意見。不過必須注意的是，在此並不是「除非對造當事人反對，鑑定報告才不能使用」，而是「除非對造當事人明示同意鑑定報告的使用，法院方可依據以刑事訴訟法第一五九條之五的規定，將該鑑定報告納入證據之中」<sup>100</sup>。倘若該當事人並未進行「請求與同意」程序，或是在準備程序中提出，並不應准許其在之後的審判程序中提出，法院應要求其傳喚鑑定人到庭作證。至於刑事訴訟法第二七三條第二項之規定：「於前項第四款之情形，法院依本法之規定認定無證據能力者，該證據不得於審判期日主張之。」在此處有無適用的餘地？本文認為，刑事訴訟法第二七三條第二項所處理的問題通常涉及因違反證據排除法則而喪失證據能力的情況，與此處為了訴訟經濟，因此例外賦予鑑定報告證據能力的情況並不相同。此處的爭議毋寧是在對造當事人在先前的程序裡並未明白同意，之後是否可同意的問題。為了避免提出鑑定報告的當事人規避之前的請求程序，在此應採取否定見解，讓鑑定報告之證據能力能在一開始確定下來。

---

<sup>99</sup> 關於行準備程序之受命法官是否能決定證據能力的問題，不同意見：林俊益，論準備程序有關證據能力爭議之調查——最高法院九十四年台上字第七二七四號判決之闡析，月旦法學雜誌，139期，頁247-257，2006年12月。

<sup>100</sup> 在此必須強調的是，當事人間的合意並非鑑定報告獲得證據能力的充分條件，倘若該報告另外違背其他證據禁止法則，或是法院認為並不適當，依然不得賦予其證據能力。

採用刑事訴訟法第一五九條之五來調和被告之對質詰問權與訴訟經濟，本有不少爭議<sup>101</sup>，在鑑定報告的情況，又有其個別的適用問題。其一，刑事訴訟法第一五九條之五第二項存在擬制同意的情況，在鑑定報告上是否應採類似的作法？在此本文要求特別進行「請求與同意」程序，要求對造當事人必須明示同意，因此不存在擬制同意的情況<sup>102</sup>。其二，倘若對造當事人在準備程序中已明示同意鑑定報告的使用，但於言詞辯論終結是否能撤回先前的同意？針對當事人是否得撤回同意的問題，司法院頒布之「法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項」第九十三點規定：「……基於訴訟程序安定性、確實性之要求，若當事人已於準備程序或審判期日明示同意以被告以外之人於審判外之陳述作為證據，而其意思表示又無瑕疵者，不宜准許當事人撤回同意；但其撤回符合下列情形時，則不在此限：(一)尚未進行該證據之調查；(二)他造當事人未提出異議；(三)法院認為適當。……」本文認為上述要點過於遷就訴訟經濟的考量，倘若先前已明示同意的當事人在此有正當理由，不應過於限制當事人之對質詰問權的行使<sup>103</sup>。只是由於先前當事人已有同意之表

---

<sup>101</sup> 關於傳聞例外之同意的討論，參見陳運財，傳聞法則之理論與實踐，載：傳聞法則——理論與實踐，頁54-62，2003年；林俊益，同意文書，載：傳聞法則——理論與實踐，頁254-261，2003年；王銘勇，傳聞證據與同意（上）（中）（下），司法周刊，1139、1140、1141期，3版，2003年6月29日、7月2日、7月9日；何賴傑，傳聞法則之同意，月旦法學雜誌，114期，頁85-92，2004年11月。

<sup>102</sup> 本文否定擬制同意可使鑑定報告具有證據能力的主張，可能會招致「鑑定報告成爲一種地位特殊之審判外陳述」的批評。就此，本文認爲，應檢討的應是立法上關於擬制同意的規定，當事人若欲在審判中使用某一審判外陳述，應在審判前或審判進行時，得到對造與法院的同意，而非默默使用，期待對造當事人不爭執。

<sup>103</sup> 相同意見，何賴傑，同註101，頁91。

示，故在此或可課予以言詞釋明其正當理由的義務。法院在此可做形式審查，避免當事人在無計可施、黔驢技窮的情況下，任意挑戰在內容與形式上並無問題的鑑定報告。

## 二、由法院委託鑑定的情況

先前曾經提到，在純粹的當事人進行主義中，法院原則上並不進行證據調查。但在台灣的改良式當事人進行主義中，為了避免當事人能力不足或有不當合意的情況，影響真實的發現，故在刑事訴訟法第一六三條第二項但書賦予法院事實調查的輔助義務。同此邏輯，刑事訴訟法也賦予法院囑託鑑定的權力（刑事訴訟法第一九八條、第二〇八條第一項）。不過，即便是由法院囑託鑑定，並不代表因此作成的鑑定報告就不可能存在之前所提到的問題。因此，在程序上，法院仍應令鑑定人到庭接受雙方當事人與法院的詰問，除非雙方當事人均同意法院使用鑑定報告。此一對質詰問權尤其是被告的基本權利，若被告有意詰問鑑定人，法院即應接受被告的聲請，不應進行實質審查。檢察官雖非被告，並無對質詰問權之憲法權利，但為維護當事人間的實質平等，也應承認檢察官有要求鑑定人出庭接受詰問的權利。

## 三、小 結

簡而言之，不管是在當事人委託鑑定，或是由法院囑託鑑定的情況，本文主要是以當事人同意的方式來調和被告之對質詰問權與訴訟經濟，並且讓欲提出鑑定報告的一方，積極地向他方尋求同意。在新的體制之下，究竟有多少比例的案件會傳喚鑑定人到庭，有多少比例的案件會合意使用鑑定報告尚難斷論，因此，採取此一制度是否真的會造成訴訟程序的拖延尚難下定論。不過，當鑑定人

知道之後上法院的機會比較高，將會對於鑑定的流程更為謹慎，為了避免之後作證的煩累，亦能促進鑑定報告品質的提升。從此角度來看，採取本文的建議將可促使刑事鑑識的程序與報告的製作更為嚴謹。從整體的角度來看，鑑定的正確率提高，誤判的機率下降，整體的司法成本甚至是社會成本會隨之下降。因此，即便從成本的角度來考慮，原則上令鑑定人到庭不必然是一個不符合經濟理性的選擇。

至於實務上所面臨之鑑定人因不想到庭接受詰問而拒絕接受委任的問題，解決之道，或許不是允許其以鑑定報告取代，免除其作為一個負責任的鑑識科學家應有的說明義務，而是從其他的層面去解決。例如：倘若該鑑定人所擔心的是關於機關成本與人力的問題，則增加鑑識單位的經費或委託的報酬，這是一個尊重刑事被告之基本人權、重視刑事案件真相的社會所應付出的成本。若該鑑定人所擔心的是受到威脅或被告等其他證人亦會面臨的問題，則可參考一般證人的保護機制。國家的刑事司法制度雖不該強人所難，將一個正義的大帽子扣在個人身上，讓個人承擔社會所應負擔的成本，但也不應輕易允許鑑定人以自身不方便的理由，而免除其應負的社會責任。

## 陸、結 論

纏訟十數年，歷經多次審判的蘇建和案，已在二〇〇七年六月二十九日宣判。雖然蘇案的爭議並未因為判決而平息，但本案之審判過程讓世人同時見證了刑事鑑識科學的神奇與侷限。然而這些都不是從鑑定報告上得知，而是透過李昌鈺博士與其他鑑識專家的當庭說明，甚至透過其與辯護人、檢察官，甚至是其他辯護人的辯論。在這個由人扮演神之角色的法律殿堂裡，由人所進行的鑑識科

學可能帶領我們往真相靠近，也可能帶我們遠離真相。至於究竟是哪一種情況，只能透過人的方法（交互詰問）得到澄清。原則上也唯有在對所有證人（尤其是對被告不利之證人）進行檢驗之後，這個人代替神的判罪程序方能說是具有正當性。即便此處的證人擁有較一般證人為多的科學知識與技術，也不能因此免除其在被告面前交代其判斷認知，並坦然地接受被告辯護律師檢驗的社會責任。

本文基於此一理念，對最高法院近年來與鑑定報告有關的判決以及現行刑事訴訟法的相關規定進行分析評釋。研究發現，最高法院的處理方式主要依循現行法的規定，並另外創造法理以解決實務常見的問題。但無論從事實的角度，或從法理的角度來看，最高法院的處理方式都存在不少疑問，有再行思考其合理性的必要。最後必須說明的是，由於本文處理的議題過於龐大，無法顧及所有與鑑定報告有關的重要議題，例如：本文主張原則上鑑定人必須出庭作證，但若該鑑定程序涉及不只是一種鑑定，動用犯罪實驗室中各類的專家，在此種情況下，是否要一一傳喚各個實際操作的鑑定人到庭？還是得以允許鑑識團隊的小組負責人代表出庭作證？採行不同方式，各會衍生什麼法律上的問題？另外，本文的討論並未特別區分鑑定報告的類型，並未顧及不同鑑定報告的性質。例如：學說上曾經提到，使用酒測儀器對於被告進行酒測，並不屬於人之陳述，故不在傳聞法則所排除的範圍<sup>104</sup>。針對不同類型的鑑定報告是否應有不同的處置方式，同樣也是下個階段所必須探討的議題。

---

<sup>104</sup> 參閱宋耀明，我國傳聞法則之例外規定——先前陳述不一致，載：傳聞法則——理論與實踐，頁150-151，2003年；張熙懷、葉建廷，同註19，頁234。

## 參考文獻

### 一、中 文

1. 「傳聞法則之理論與實踐」學術研討會，議題討論，台灣本土法學雜誌，94期，頁159-190，2007。
2. 王兆鵬，刑事被告的憲法權利，1999。
3. 王兆鵬，傳聞法則理論——證人陳述之危險，載：傳聞法則——理論與實踐，頁5-26，2003。
4. 王銘勇，傳聞證據與同意（上）（中）（下），司法周刊，1139、1140、1141期，第3版，2003。
5. 何賴傑，傳聞法則之同意，月旦法學雜誌，114期，頁85-92，2004。
6. 宋耀明，我國傳聞法則之例外規定——先前陳述不一致，載：傳聞法則——理論與實踐，頁85-92，2003。
7. 李永盛，鄧香妹母女開庭硬拗 法官發火，中時電子報，2007年5月9日。
8. 林俊益，同意文書，載：傳聞法則——理論與實踐，頁254-261，2003。
9. 林俊益，論準備程序有關證據能力爭議之調查——最高法院九十四年台上字第七二七四號判決之闡析，月旦法學雜誌，139期，頁247-257，2006。
10. 林鈺雄，刑事訴訟法（上）（下），5版，2007。
11. 林鈺雄，刑事訴訟法（上），4版，2004。
12. 林鈺雄，直接審理原則與證人審判外之陳述——最高法院相關裁判之綜合評釋，載：嚴格證明與刑事證據，頁43-90，2002。
13. 林輝煌，對質詰問權與傳聞法則——比較法之探索（上），法令月刊，58卷4期，頁4-33，2007。
14. 法務部，95年法務統計重要指標分析中之表八「地方法院檢察署偵查起訴罪名別」，<http://www.moj.gov.tw/public/Attachment/753164226.pdf>（最後瀏覽日：2007年5月31日）。
15. 法務部，95年法務統計重要指標分析中之表三「地方法院檢察署新收偵字案件數排名」，<http://www.moj.gov.tw/public/Attachment/753164226.pdf>（最後瀏覽日：2007年5月31日）。

16. 施俊堯，律師與刑事鑑定，律師雜誌，284期，頁64-107，2003。
17. 孫友廉、劉志原，蘇建和案李昌鈺作證：可能一人一刀 法醫蕭開平：李非刀痕專家，自由時報，2007年5月5日b02版。
18. 張明偉，英美傳聞法則與對質條款的歷史考察，月旦法學雜誌，131期，頁93-118，2006。
19. 張熙懷、葉建廷，我國傳聞法則之例外規定——特信性文書，載：傳聞法則——理論與實踐，頁199-253，2003。
20. 陳運財，偵查中證人之具結與傳聞例外之適用——評九十四年台上字第三二七七號刑事判決，台灣本土法學雜誌，93期，頁238-272，2007。
21. 陳運財，傳聞法則之理論與實踐，載：傳聞法則——理論與實踐，頁29-82，2003。
22. 陳運財，傳聞法則及其例外之實務運作問題檢討，台灣本土法學雜誌，94期，頁128-190，2007。
23. 陳運財，傳聞法則與直接審理，月旦法學教室，21期，頁133-136，2004。
24. 黃朝義，刑事訴訟法，2006。
25. 黃榮堅，基礎刑法學（上），2版，2006。
26. 黃錦嵐，被告劉秉郎：李鑑定有公信力，中國時報，2007年5月5日a19版。
27. 黃錦嵐，最高法院前庭長：李說什麼傻話，中國時報，2007年5月5日a19版。
28. 黃錦嵐、蘇偉祺，吳銘漢哥哥：拼湊式推論，中國時報，2007年5月5日a15版。
29. 楊雲驊，德國刑事訴訟法對傳聞證據的處理，台灣本土法學雜誌，43期，頁106-110，2003。
30. 蕭白雪，蘇建和案／重建16年前現場，李昌鈺：死者未被性侵 恐一人行凶，聯合報，2007年5月5日a15版。

## 二、英文文獻

1. Arvizu, Janine, *Shattering the Myth: Forensic Laboratories*, 24 CHAMPION 18 (2000).

2. Cohen, Neil P. & Paine, Donald F., *Crawford v. Washington: Confrontation Revolution*, 40 TENN. BAR J. 22 (2004).
3. Friedman, Richard D., *Confrontation: The Search for Basic Principles*, 86 GEO. L.J. 1011 (1998).
4. Friedman, Richard D., *Grappling with the Meaning of “Testimonial”*, 71 BROOKLYN L. REV. 241 (2005).
5. Giannelli, Paul C., *The Admissibility of Laboratory Reports in Criminal Trials: The Reliability of Scientific Proof*, 49 OHIO ST. L.J. 671 (1988).
6. Giannelli, Paul C. & Imwinkelried, Edward J., *SCIENTIFIC EVIDENCE I.*, Lexis Law Publishing (Va); 3rd edition (1999).
7. GOODWIN, ROBERT J. & GURULÉ, JIMMY, *CRIMINAL AND SCIENTIFIC EVIDENCE: CASES, MATERIALS, PROBLEMS* (2002).
8. Goldman, Stanley A., *Not So “Firmly Rooted”: Exceptions To The Confrontation Clause*, 66 N.C.L. REV. 1 (1987).
9. Lininger, Tom, *Reconceptualizing Confrontation After Davis*, 85 TEX. L. REV. 271 (2006).
10. Metzger, Pamela R., *Cheating the Constitution*, 59 VAND. L. REV. 475 (2006).
11. Morin, Bradley, *Science, Crawford, and Testimonial Hearsay: Applying the Confrontation Clause to Laboratory Reports*, 85 B.U.L. REV. 1243 (2005).
12. Mosteller, Robert P., *Crawford v. Washington: Encouraging and Ensuring the Confrontation of Witnesses*, 39 U. RICH. L. REV. 511, 516 (2005).
13. Spires, John M., *Testimonial or Nontestimonial? The Admissibility of Forensic Evidence after Crawford v. Washington*, 94 KY. L.J. 187 (2005/2006).
14. Taslitz, Andrew, *What Remains of Reliability: Hearsay and Freestanding Due Process After Crawford v. Washington*, CRIMINAL JUSTICE MAGAZINE (2005).
15. Tuerkheimer, Deborah, *Crawford’s Triangle: Domestic Violence And The Right Of Confrontation*, 85 N.C.L. REV. 1 (2006).
16. Yermish, Steven, *Crawford v. Washington and Expert Testimony: Limiting the Use of Testimonial Hearsay*, 30 CHAMPION 12 (2006).

# **The Admissibility of Laboratory Reports in Criminal Trials: Review of Relevant Cases by the Supreme Court in Recent Years**

Chia-Wen Lee<sup>\*</sup>

## **Abstract**

With respect to the admissibility of laboratory reports in criminal trials, the Supreme Court in Taiwan generally follows the legislative notes of the Criminal Procedural Code, and permits the lower courts to use crime laboratory reports provided by the prosecutors and the trial court itself, in lieu of live witness testimony, to prove essential elements of a criminal case. The defendant cannot cross-examine forensic expert unless the trial court approves. By contrast, the laboratory report provided by the defendant is inadmissible, simply because the defendant is not authorized by the law to appoint a forensic expert.

This article argues that crime laboratory reports in general lack the reliability that the legislators and the Supreme Court assume that they have. Cross-examining a forensic expert in a trial is always a better way to test the reliability of forensic test results. In addition, using crime

---

<sup>\*</sup> Associate Professor, National Cheng Kung University, Department of Law Doctor of Juridical Science (S.J.D.), Indiana University-Bloomington School of Law.

Received: July 13, 2007; accepted: January 14, 2008

laboratory reports, in lieu of live witness testimony, contradicts the principle of direct trial, and is inconsistent with the principle of equality of arms, promoted by our new modified adversarial system. Most of all, using crime laboratory reports, in lieu of live witness testimony, is a violation of the defendant's right of confrontation. Therefore, this article suggests that the Supreme Court should change its rulings, and more fundamentally, the legislators should modify relevant regulations, so that the defendant may have a fair opportunity to confront any witness against her/him, including the forensic experts, and provide her/his own expert in trial to testify for her/him. Only when the defendant agrees to use the laboratory reports, in lieu of live witness testimony, can the forensic expert be exempted from the obligation of testifying in court.

**Keywords:** Laboratory Report, Admissibility of Evidence, Right of Confrontation, Hearsay Rule, Hearsay Exception, Principle of Direct Trial, Equality of Arms, Modified Adversarial System, Unified Prosecutorial System