

審檢壟斷鑑定與公平審判^{*}

——論刑事訴訟法第 198 條及第 208 條之合憲性

林俊宏^{**}



目 次

壹、問題的提出

- 一、鑑定報告如何取得證據能力？
- 二、聲紋鑑定之科學性？
- 三、違憲疑義

貳、壟斷鑑定與無罪推定原則之關係

- 一、依憲法上之無罪推定原則，被告之犯罪應由國家證明至無合理可疑之程度，被告不負自證無罪之舉證責任
- 二、刑事訴訟法第 198 條及第 208 條使被告為避免因對其不利之鑑定意見而受不利判決，須自行證明該鑑定意見不正確，形同課予被告自證無罪之舉證責任，違反無罪推定原則

參、壟斷鑑定與武器對等原則、平等原則之關係

- 一、武器平等原則係當事人對等原則必然之要求，不僅是訴訟權之重要內容，也蘊含於平等原則與正當法律程序原則，乃公平審判之必要前提
- 二、基於武器平等原則，應保障刑事被告在訴訟上得有獲取與檢察官同等資源之機會
- 三、刑事訴訟法第 198 條及第 208 條使被告提出鑑定證據之機會，顯著劣於檢察官，違反武器對等原則
- 四、違反武器對等原則，自然也就違反平等原則

* 投稿日期：2018 年 10 月 3 日；接受刊登日期：2018 年 10 月 24 日。

** 義謙法律事務所主持律師

肆、壟斷鑑定與比例原則之關係

伍、壟斷鑑定與聽審請求權之關係

陸、壟斷鑑定與正當法律程序原則之關係

- 一、正當法律程序之核心係基於人性尊嚴保障而來之程序主體地位，其保障程序主體地位而參與程序之可能性
- 二、侵犯當事人之程序主體地位，即構成對人性尊嚴之侵犯，違反正當法律程序原則
- 三、刑事訴訟法第198條及第208條未予被告參與選任鑑定人或囑託鑑定機關過程之機會，侵害其程序主體地位，並貶損其人性尊嚴，違反正當法律程序原則

柒、壟斷鑑定與國家對人民基本權利保護之關係

- 一、刑事訴訟法第198條及第208條僅以鑑定人是否由法官或檢察官選任或囑託為鑑定證據適格與否之設計，致對於人民基本權利之保護不足
- 二、規範不足於我國實務之影響
- 三、外國立法例之參考

捌、結論

摘 要

依現行刑事訴訟法第 198 條及第 208 條之規定與法院實務操作結果，科學鑑定進入法庭並未有實質門檻可言，只要是法官或檢察官所囑託進行的鑑定，就可供法院援引為判決的依據，完全欠缺實質審查科學鑑定得否進入法院的程序。且在刑事訴訟法的規範設計，檢察官所囑託進行的鑑定，即得做為證據，不僅使鑑定證據的引入，偏向於檢察官，使檢察官先天立於有利於被告的地位，更反使鑑定是否可信之舉證責任倒置於被告，明顯違反無罪推定原則的要求。因此，現行刑事訴訟法就鑑定證據的採用，明顯違反公平法院的原則，使被告與檢察官的訴訟上武器不對等，被告先天立於不利之地位，亦有違公民與政治權利國際公約與中華民國憲法對人民正當程序、訴訟權保障及無罪推定的要求。

關鍵詞：科學鑑定、證據能力、舉證責任、公平法院、無罪推定、武器對等、平等原則、比例原則、聽審請求權、正當法律程序

壹、問題的提出

一、鑑定報告如何取得證據能力？

臺灣高等法院以98年度囑上重更（十一）字第7號刑事判決（下稱邱和順案更十一審判決）於判決理由中載明：「刑事訴訟法第198條規定：『鑑定人由審判長、受命推事或檢察官就左列之人選任一人或數人充之：一就鑑定事項有特別知識經驗者。二經政府機關委任有鑑定職務者。』。同法第208條第1項前段規定：『法院或檢察官得囑託醫院、學校或其他相當之機關為鑑定，或審查他人之鑑定。』。……查，本判決所引用之下列文書，諸如：……內政部警政署刑事警察局77年12月15日（77）刑鑑字第39446號函（上重訴115號卷三第95頁），分係檢察官指揮司法警察依法搜索、扣押、鑑定，或法官依法囑託調查，由相關公務員職務上製作之紀錄文書、證明文書（不包括警詢筆錄），又查無顯有不可信之情況，依刑事訴訟法第159條之4第1項之規定，得為證據。被告邱和順等辯護人雖迭次爭執本判決下引余志祥聲紋比對鑑定函之證據能力，惟該聲紋鑑定函文（上重訴115號卷三第95頁），亦歷經本院前審分別依調查證據程序，提示被告邱和順等及其辯護人表示意見而合法完成調查（更六審卷四第29頁），則依刑事訴訟法施行法第7條之3但書之規定及上述最高法院判決意旨，應認該鑑定函文有證據能力。」等語，依上開記載，該判決乃據刑事訴訟法第198條及第208條之規定，認定案件中經辯護人爭執之余志祥聲紋比對鑑定函文有證據能力，並據該函文認定被告等人有罪，而判處邱和順死刑，亦即，刑事訴訟法第198條及第208條係該判決據以判斷余志祥聲紋比對鑑定有證據能力之法令。

案經上訴後，本件確定終局判決即最高法院100年度台上字第4177號刑事判決雖於理由欄內注意到原審審理時有關余志祥聲紋比對鑑定之證據能力爭議，惟仍認「經核原判決認事用法及量刑，尚無違誤。」。從而，本案確定終局判決於形式上雖未明載刑事訴訟法第198條及第208條之規定，但既於其理由內述及原審有關余志祥聲紋比對鑑定函有無證據能力之爭執，並敘明其所維持之第二審判決即臺灣高等法院98年度囑上重更（十一）字第7號判決認事用法並無違誤云云，則刑事訴訟法第198條及第208條之規定，顯已實質為本案確定終局判決援用為判決之依據。

刑事訴訟法第198條規定：「鑑定人由審判長、受命法官或檢察官就下列之人選任一人或數人充之：一、就鑑定事項有特別知識經驗者。二、經政府機關委任有鑑定職務者。」；同法第208條第1項規定：「法院或檢察官得囑託醫院、學校或其他相當之機關、團體為鑑定，或審查他人之鑑定，並準用第二百零三條至第二百零六條之一之規定；其須以言詞報告或說明時，得命實施鑑定或審查之人為之。」，就鑑定人之選任及鑑定機關之囑託，規定審判中由審判長、受命法官為之，偵查中則由檢察官為之，一經審判長、受命法官或檢察官選任或囑託，即得實施鑑定，並依同法第206條第1項之規定，以言詞或書面向法院或檢察官報告鑑定之經過及其結果，非如英美法制由

當事人自行委任專家證人者，猶須於審前程序審究專家證人之適格與否¹。

而邱和順案更十一審判決所據之余志祥聲紋比對鑑定（即內政部警政署刑事警察局77年12月15日（77）刑鑑字第39446號函），即係由檢察官依據上開規定囑託內政部警政署刑事警察局，就案件中之勒贖錄音帶與自被告等人採樣取得之錄音進行比對作成之聲紋鑑定，因此，於現行刑事訴訟法制下，此一聲紋鑑定之作成，既符合上揭刑事訴訟法之要件，則聲紋鑑定自然取得證據能力，而得用以為認定有罪與否之證據。

二、聲紋鑑定之科學性？

就聲紋鑑定在鑑識科學上之有效性以及是否得作為法庭採用之鑑定方法，學者朱富美指出，美國法院在早期並不承認聲紋鑑定具證據能力，嗣後，因1975年聯邦證據規則（Federal Rules of Evidence）之制定，及隨著數位原先持懷疑態度之語言學家的逐漸肯定聲譜儀技術，部分法院始逐漸肯定聲紋鑑定具證據能力。惟至1979年，因 *National Academy of Science* 發表了一篇深具影響力的報告，認為尚無足夠的證據足以證明聲譜儀進行之聲音比較分析確足為刑事司法所倚賴，使得先前承認聲紋鑑定之證據能力的法院，態度轉趨保守。直到1999年，才出現阿拉斯加州最高法院承認聲譜儀聲紋鑑定具證據能力之首件判決。惟聯邦法院非但迄今未見有承認聲譜儀聲紋鑑定具證據能力之判決，而且在阿拉斯加州最高法院作成上述承認聲紋鑑定證據能力判決之翌年，聯邦第五巡迴上訴法院即在另案質疑聲紋證據之證據能力，認為聲紋鑑定之基本理論前提，即「每個人的聲音均不同」，直至目前為止仍未獲得科學證實，且聲譜儀之圖譜分析並非足以比對已知說話人與未知說話人聲音是否相同之成熟確定技術，這項技術目前只有少數專家使用，以致正確率有其限制（事實上根本無從得知正確率如何），鑑定人之資格及審查也因而無共通之標準。該法院因而認為，聲紋鑑定與測謊甚為類似，只能作為偵查手段，無法作為證據使用²。

除了前揭我國學者之研究外，美國之證據法權威教科書 *McCormick on Evidence* 於1992年更直接指出聲紋鑑定之錯誤率為18%至70%及80%，許多科學家持續懷疑聲紋鑑定技術的可靠性及有效性³。

然而，前述余志祥聲紋比對鑑定即內政部警政署刑事警察局77年12月15日（77）刑鑑字第39446號函，係於民國77年即1988年作成，依朱富美論文所引用資料及 *McCormick on Evidence* 之敘述，可見於余志祥聲紋比對鑑定作成當時，並無任何美國法院認可聲紋鑑定之證據能力，之後雖一度有少數判決認可該項鑑定技術，但隨後隨著對該項鑑定日益深入的研究，美國司法實務及學界又轉趨保留，普遍質疑其可靠性

¹ 最高法院 97 年度台上字第 2741 號刑事判決參照。

² 朱富美（2005），〈論證人之聲音指認及聲紋鑑定〉，《日新警察半年刊》，4 期，頁 53-72。

³ See JOHN WILLIAM STRONG (ED.), MCCORMICK ON EVIDENCE 378 (4th ed. 1992): “Despite a few early (seemingly extravagant) claims of accurate identifications, subsequent studies providing better approximations of realistic forensic conditions report misidentifications at rates ranging from 18% (12% false negatives and 6% false positives) to 70 and 80% (including 42% false positives). Many scientists continue to express doubts about the reliability and validity of the current technique.”

及有效性，迄今聲紋鑑定在美國仍停留在僅屬偵查技術的層級，並非法庭科學。

然而，現行刑事訴訟法第198條及第208條就鑑定之要件規範，僅規定由審判長、受命法官或檢察官選任鑑定人或囑託機關鑑定，完成之鑑定報告只須具備刑事訴訟法第206條第1項：「鑑定之經過及其結果，應命鑑定人以言詞或書面報告。」所定形式要件（以言詞或書面所為之報告，應包括鑑定之經過及其結果），即具有證據能力⁴。

另一方面，於機關鑑定之情形，是否應先就擬囑託機關內有無就鑑定事項具特別知識或經驗之人員，進行審查？實施鑑定之設備乃至實驗室，有無通過具公信力之機構的認證？更重要者，上述實施刑事訴訟程序之公務員是否應先審查，該實施鑑定之人所擬採用之鑑定方法及其所憑理論，是否具備科學有效性？則非上開規定所問，從而，即使聲紋鑑定於前述余志祥聲紋比對鑑定作成當時，其可靠性及有效性即普受質疑，並無任何美國法院認可其證據能力，且迄今仍僅被當作偵查技術，並無法庭科學之地位，但上開余志祥聲紋比對鑑定，於我國實務僅因係檢察官於偵查中囑託刑事警察局作成，且有記載鑑定之經過及其結果，即滿足鑑定報告之形式要件而具備證據能力，進而得為法院作成不利被告認定之基礎，致聲紋鑑定方法之科學有效性雖於上開鑑定作成當時即已飽受鑑識學界質疑，且迄今猶然，但檢察官於訴訟上仍毋庸為取得該鑑定之證據能力去證明聲紋鑑定之科學有效性與可靠性，反而係案件被告須努力推翻聲紋鑑定之科學有效性與可靠性，以免法院採為有罪認定之依據。

三、違憲疑義

由於刑事訴訟法第198條及第208條僅規定由審判長、受命法官及檢察官選任或囑託鑑定人或鑑定機關，且完成之鑑定報告只須依刑事訴訟法第206條第1項之規定記載鑑定之經過及其結果，即具備證據能力，至於檢察官在偵查中或審判長、受命法官於審判中選任鑑定人或囑託鑑定機關，而作成不利被告鑑定結果之情形，就實施鑑定之程序與步驟，包括實施鑑定者是否具備必要之專業資歷、鑑定之方法及所根據之原理是否具備科學有效性及可靠性、為實施鑑定所為之資料蒐集是否完備、鑑定意見是否係根據完整資料並正確應用鑑定方法及原理所得等，攸關鑑定報告得否採用之事項，均轉由被告向法院聲請調查，這不啻是刑事訴訟法上舉證責任的倒置，致生有無違反無罪推定及武器平等原則之違憲疑義。

另依最高法院103年度台上字第881號刑事判決所揭：「鑑定書面除應明確說明其鑑定之結果外，鑑定之經過尤應翔實記載，俾法院、當事人或訴訟關係人得以審驗該鑑定形成之公信力，使鑑定之結果臻至客觀、正確。又鑑定書倘已詳載上揭鑑定之經

⁴ 最高法院106年度台上字第182號刑事判決：「鑑定人或鑑定機關、團體，既經由法院、審判長、受命法官或檢察官視具體個案之需要而為選任、囑託，並依同法第二百零六條之規定，提出言詞或書面報告，自是屬於同法第一百五十九條第一項所稱『法律有規定者』而得作為證據之情形，為例外具有證據能力之傳聞證據。」；最高法院106年度台上字第1668號刑事判決：「法院或檢察官依刑事訴訟法第208條規定囑託醫院、學校或其他相當之機關、團體為鑑定時，祇須其以言詞或書面提出之鑑定報告，符合刑事訴訟法第206條第1項、第208條所規定之形式要件，即具有證據能力。」

過及其結論，足供法院及當事人檢驗該鑑定意見之判斷與論證，即具備法定要件，而當事人對鑑定意見之正確性有所爭執時，核屬證明力判斷之範疇，要難指該鑑定書不具證據能力。」等旨，則被告幾無藉爭執證據能力來排除不利鑑定之餘地，而只剩下爭執鑑定結果正確性與證明力的空間。惟，於傳聞證據及非法取證之情形，被告猶得依法主張證據排除，但就往往對判決結果產生關鍵性影響之鑑定報告，卻幾無可能排除其證據能力，亦生此項對其訴訟上防禦權之限制是否恣意之違憲疑義。

抑有進者，囿於刑事訴訟法第198條及第208條對被告訴訟上防禦權所為之上述限制，前揭邱和順更十一審判決之案件被告僅得爭執上開余志祥聲紋比對鑑定之正確性，並基此於審理過程中依刑事訴訟法第163條第1項：「當事人、代理人、辯護人或輔佐人得聲請調查證據，並得於調查證據時，詢問證人、鑑定人或被告。審判長除認為有不當者外，不得禁止之。」之規定，聲請法院以當時最新之聲紋比對技術及設備，再就勒贖錄音重新鑑定。惟，斯時更十一審法院赫然發現，勒贖錄音帶並未在法院卷內，也不在高等法院贓證物庫內，再經遍查曾經經手本案之刑事警察局、新竹地檢署、新竹地方法院，均無所獲，至此法院始知勒贖錄音早已不知去向⁵。從而，被告所聲請之重新鑑定，已無可能進行，甚且連依刑事訴訟法第208條第1項：「法院或檢察官得囑託醫院、學校或其他相當之機關、團體為鑑定，或審查他人之鑑定，並準用第二百零三條至第二百零六條之一之規定；其須以言詞報告或說明時，得命實施鑑定或審查之人為之。」之規定聲請審查鑑定，亦因勒贖錄音失蹤而不可得。復又因刑事警察局內實際實施上述余志祥聲紋鑑定之人賴錫欽早已過世，被告亦無可能起其於地下而聲請傳喚其到庭以言詞報告或說明，進而加以詰問，以挑戰其鑑定之正確性。故，被告對上開余志祥聲紋比對鑑定，既不能排除其證據能力，又無從藉由重新鑑定、審查鑑定或以傳喚詰問鑑定之人之方式來挑戰其正確性，可謂無計可施。

因此，邱和順案更十一審判決理由所稱：「除上開供述證據外，另有被告邱和順等綁架陸正之人綁架得逞後，數度以電話向陸正家人勒贖，幾經周旋始議妥贖金為1百萬元之勒贖電話錄音帶……扣案可稽，而該錄音帶經送請內政部警政署刑事警察局鑑定結果，依聆聽比對法及聲紋儀聲紋圖譜比較法鑑定，綁架陸正之人於77年1月1日下午1時45分聯絡陸正家人之電話聲（按：錄）音（本案最後1通歹徒電話）與余志祥之電話錄音聲音，係出於同1人，有刑事警察局77年12月15日（77）刑鑑字第39446號函存卷可稽……雖勒贖電話之錄音母帶已於監察院調查本案警員刑求時，於刑事警察局及監察院間公文往返逸失，惟該證物之逸失係承辦單位保存不力所致，該逸失之不利利益，不應由被害人陸正之家屬承擔，況本案另有上述聲紋比對之鑑定函文在卷可參，自不因該勒贖母帶因監察院介入調查，於公文往返間逸失，即得謂上開聲紋比對鑑定函文不可採，亦不得謂該鑑定函文因勒贖母帶逸失，已無所依附，即認上開聲紋鑑定結果，不可採為不利被告邱和順等人之認定。」云云，最終仍採用該項鑑定作為

⁵ 由於歷審皆未切實依刑事訴訟法第165條之1第2項：「錄音、錄影、電磁紀錄或其他相類之證物可為證據者，審判長應以適當之設備，顯示聲音、影像、符號或資料，使當事人、代理人、辯護人或輔佐人辨認或告以要旨。」之規定，調查該勒贖錄音，因此究於何時失蹤，已無可考。

認定被告有罪並判處死刑之證據。

由邱和順案更十一審判決理由內上開敘述益見，乙份記載鑑定經過及其結果之鑑定報告，僅因係審判長、受命法官或檢察官選任鑑定人或囑託鑑定機關作成，即可依刑事訴訟法第198條及第208條之規定具備證據能力，一旦鑑定之標的證物逸失，則由於原鑑定意見已有證據能力，因逸失所滋之訴訟上不利益（例如無法重新鑑定或審查鑑定），均歸由被告承擔。於作為鑑定標的之證物逸失時固係如此，於實施鑑定之人拒不到庭或無法到庭以言詞說明並接受被告反對詰問時，或法院駁回被告傳喚實施鑑定之人到庭說明之聲請時，被告於訴訟上之不利處境，亦同。故刑事訴訟法第198條及第208條使鑑定報告得輕易取得證據能力，實對被告殊為不公，而顯有違反正當法律程序原則之疑慮。

貳、壟斷鑑定與無罪推定原則之關係

一、依憲法上之無罪推定原則，被告之犯罪應由國家證明至無合理可疑之程度，被告不負自證無罪之舉證責任

無罪推定原則，在意義上，屬具有多層內容之原則。一般而論，無罪推定原則係指被告（或犯罪嫌疑人）在未受到合法程序確定判有罪之前，理應被推定為一無辜被告之原則⁶。世界人權宣言第11條第1項：「凡受刑事控告者，在未經獲得辯護上所需的一切保障的公開審判而依法證實有罪前，有權被視為無罪。」及公民與政治權利國際公約第14條第2項：「受刑事控告之人，未經依法確定有罪以前，應假定其無罪。」共同明揭無罪推定原則係普世性之基本人權。我國刑事訴訟法第154條第1項已於92年2月6日根據世界人權宣言第11條第1項修正，明定：「被告未經審判證明有罪確定前，推定其為無罪。」等語，另司法院釋字第665號解釋理由書亦根據無罪推定原則而謂：「無罪推定原則不僅禁止對未經判決有罪確定之被告執行刑罰，亦禁止僅憑犯罪嫌疑就施予被告類似刑罰之措施，倘以重大犯罪之嫌疑作為羈押之唯一要件，作為刑罰之預先執行，亦可能違背無罪推定原則。」等語，綜上可見，我國憲法雖未明文規定無罪推定原則，但此項原則係刑事被告憲法上訴訟權及正當法律程序原則之當然內涵，應無疑義。而根據無罪推定原則，關於被告有罪之部分，其證明之責任（舉證責任）應在追訴者，追訴者無法提出被告有罪之證明時，應認為被告為無辜者；相對地，被告發或被起訴之被告本身並無義務（責任）證明自己無罪（無自證無罪之義務）⁷，易言之，犯罪應由追訴者（檢察官或自訴人）證明至無合理可疑之程度，被告更無承擔自證無罪之舉證責任之理。

⁶ 黃朝義（2001），〈無罪推定——論刑事訴訟程序之運作〉，頁4。

⁷ 黃朝義，前揭註6，頁14-15。

二、刑事訴訟法第198條及第208條使被告為免因對其不利之鑑定意見而受不利判決，須自行證明該鑑定意見不正確，形同課予被告自證無罪之舉證責任，違反無罪推定原則

（一）由於刑事訴訟法第198條及第208條就鑑定之要件，僅規定由審判長、受命法官或檢察官選任鑑定人或囑託機關鑑定，完成之鑑定報告只須具備刑事訴訟法第206條第1項：「鑑定之經過及其結果，應命鑑定人以言詞或書面報告。」所定形式要件（以言詞或書面所為之報告，應包括鑑定之經過及其結果），即具有證據能力，因此，對具備形式要件之不利鑑定意見，被告只能爭執鑑定結果之正確性與證明力。為此，被告固可依刑事訴訟法第163條第1項：「當事人、代理人、辯護人或輔佐人得聲請調查證據，並得於調查證據時，詢問證人、鑑定人或被告。審判長除認為有不當者外，不得禁止之。」之規定，聲請另行鑑定、續行鑑定或審查鑑定，或者聲請傳喚實施鑑定之人到庭報告或說明，並進而針對「實施鑑定之人就鑑定事項有無特別知識或經驗？」；「實施鑑定之設備乃至實驗室，有無通過具公信力之機構的認證？」；「鑑定所採用之鑑定方法及其所憑理論，是否具備科學上必要之信度及效度？」；「為實施鑑定而蒐集資料之過程，是否翔實、正確？」；「是否正確地將鑑定所憑理論應用於其所蒐集之資料，進而正確地得出鑑定結論？」等與該鑑定之科學有效性及可靠性有關之事項進行詰問，惟無論採用哪種方法防禦，該不利鑑定意見實際上都是先推定鑑定意見具備科學有效性及可靠性，然後迫使被告盡力舉證推翻，以免法院採為不利認定之依據（參以鑑定意見因科學外觀之公信力，而常成為訴訟勝敗之關鍵，此種風險自不容被告忽視），形同課予被告自證無罪之義務，自己違反無罪推定原則。

（二）美國聯邦證據規則第702條規定（粗體字及底線均為本文所強調，以下同）：

A witness who is qualified **as an expert** by knowledge, skill, experience, training, or education **may testify in the form of an opinion** or otherwise if:

the expert's scientific, technical, or other specialized knowledge will help the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue;

(a) the testimony is **based on sufficient facts or data**;

(b) the testimony is the **product of reliable principles and methods**;

and

(c) the expert has **reliably applied the principles and methods to the facts of the case**.⁸

⁸ 此條文之中譯，可參考Arthur Best（著），蔡秋明、蔡兆誠、郭乃嘉（譯）（2002），《證據法入門——美國證據法評議及實例解說》，頁234：「科學、技術或其他專業知識，如有助於事實審者了解證據、決定系爭事實，則因其知識、技能、經驗、訓練或教育程度而具有專家資格之證人，若（1）其證言乃基於充足之事實或資料；（2）其證言乃推論自可靠之原則及方法；（3）該專家證

依上開規定，如果某一特定領域的專業知識對於事實認定者（陪審團或法官）的發現事實有所幫助，該領域之專家的意見即可容許作為證據使用。在裁定證據能力有無之前，事實審法院必須確定這些「科學」證據是否合乎邏輯原則及科學方法⁹。換言之，於提出專家證人作為證據方法之該造當事人，須先就該專家證人具備該條規定所定（a）至（c）要件負舉證之責，否則法院將不允許該專家證人於審判中作證。從而，苟檢察官欲於審判中提出警方鑑識實驗室所為之鑑定意見，則法院須於審前程序就實施該鑑定之專家是否具備上開各項要件，進行審查，並非僅因該鑑定係檢察官選任或囑託而製作，並以書面記載鑑定經過及結果，即謂自然具備證據能力。與美國聯邦證據規則第702條對照，則我國刑事訴訟法第198條及第208條迫使被告須舉證推翻檢察官或受命法官、審判長選任或囑託作成之鑑定報告，其違反無罪推定原則，益發明顯。

參、壟斷鑑定與武器對等原則、平等原則之關係

一、武器平等原則係當事人對等原則必然之要求，不僅是訴訟權之重要內容，也蘊含於平等原則與正當法律程序原則，乃公平審判之必要前提

（一）按司法院釋字第418號解釋理由書：「憲法第十六條保障人民訴訟權，係指人民於其權利遭受侵害時，有請求法院救濟之權利，法院亦有依法審判之義務而言。此種司法上受益權，不僅形式上應保障個人得向法院主張其權利，且實質上亦須使個人之權利獲得確實有效之保護。」、司法院釋字第446號解釋理由書：「所稱訴訟權，乃人民在司法上之受益權，不僅指人民於其權利受侵害時得提起訴訟請求權利保護，尤應保障人民於訴訟上有受公正、迅速審判，獲得救濟之權利，俾使人民不受法律以外之成文或不成文例規之不當限制，以確保其訴訟主體地位。」可知，憲法上之訴訟權保障，非僅提供人民訴訟上權利救濟途徑而已，其救濟途徑尤須使人民得受公正、迅速審判，以使其權利受確實有效之保護。

（二）所謂武器平等原則（the principle of equality of arms）係歐洲人權法院依歐洲人權公約所規定公平審判（the right to a fair trial）所引申而來之基本權利，而武器平等原則之基本內涵為使攻防之雙方有相同之機會，以接觸、檢視及挑戰證據；亦即凡有攻防內涵及由公正之第三方作成裁決之程序，即應使攻防之雙方有相同之機會檢視及闡述相關證據，以確保雙方所提出之理由及證據，均係由不同角度受充分檢視，以確保裁決之不偏不倚。故武器平等原則為刑事被告或犯罪嫌疑人有效行使防禦權之重要方法，應係憲法所要求公平審判及正當法律程序之重要內涵¹⁰。而公平審判，「就刑事審判上之被告而言，應使其在對審制度下，依當事人對等原則，享有充分之防禦

人乃可靠地將前述原則及方法適用於案件事實上，該專家證人得以意見或其他形式對此等事項作證。」

⁹ Arthur Best（著），蔡秋明、蔡兆誠、郭乃嘉（譯），前揭註8，頁334。

¹⁰ 司法院釋字第737號解釋羅昌發大法官協同意見書。

權，俾受公平審判之保障」，亦有司法院釋字第582號解釋理由書可佐。由此可見，於刑事訴訟程序，在對審制度下確保當事人對等，尤其是公平審判之前提，自為刑事被告訴訟權保障範圍所及。刑事審判既需確保被告與檢察官之對等地位，以維持對審制度之公平性，則被告自應在訴訟上享有與檢察官同等之攻防機會與能力，從而，檢、辯雙方之武器平等，自係當事人對等原則必然之要求。

（三）刑事訴訟法第3條：「本法稱當事人者，謂檢察官、自訴人及被告。」明定檢察官於刑事訴訟程序中，與被告同為程序上之當事人，且91年2月8日刑事訴訟法第161條及第163條等規定修正，已將我國刑事訴訟制度由原來之「職權進行」模式調整為「改良式當事人進行」之對抗模式，則檢察官與被告於訴訟程序中應立於對等地位，更屬無疑，因此，被告於刑事訴訟權利之保障，尤應考量其與檢察官間實質上地位是否平等。

（四）從而，武器平等原則乃是強調立法者在規範各種案件的訴訟程序上，應儘可能的給予被告充分的防禦資訊以增強防衛的能力，尤其是應使雙方擁有同等攻防的機制，此不僅涉及比例原則，也同屬平等原則的適用。這些都構成了正當法律程序的內容。特別在刑事案件，偵查一方的國家機關擁有龐大的國家資源與公權力，形成優勢的一方，故人民方面更應當給予廣泛的行為權限，俾作為捍衛自己權利之用¹¹。武器平等原則之目的既在使被告於訴訟上與可以倚靠國家機器之原告即公訴機關，享有武器上之平等地位，以保障其於訴訟上與他造平等之權利地位，而有受公平審判之機會，則未能確保被告與檢察官之武器對等，即屬違反當事人對等原則，亦即使被告受到劣位於檢察官之不合理差別待遇，自然也就違反了平等原則。是以審查刑事被告之訴訟權是否受保障，亦等同於審查其訴訟平等權，而有平等原則之適用。

（五）許玉秀大法官於司法院釋字第654號解釋協同意見書：「依據正當法律程序原則，如果希望向法院請求的救濟，是有效的救濟，法院必須是一個公平的法院，因此從正當法律程序的內涵，可以引申出公平審判原則。公平的審判則建立在公平的遊戲規則之上，公平的遊戲規則的基礎在於參與者有平等的機會，也就是獲得遊戲資源的機會均等，這就是所謂的武器平等原則。」及司法院釋字第665號解釋部分不同意見書：「保障被告訴訟權，主要在於保障他的防禦權，已在本院大法官數號解釋中有所闡明。如果被告的防禦權是憲法所保障的權利，武器平等原則也就不可能不是憲法上的原則，因為武器平等原則，正是為了鞏固被告的防禦權而產生的。在刑事訴訟程序中，防禦權專屬於被告，檢察官沒有防禦權可以主張，所以也不能主張武器平等原則。被告之所以需要武器平等原則，因為在訴訟程序當中，被告是沒有武器的人，有武器的人是代表國家機器的檢察官，只要補足被告的防禦機會，就能滿足武器平等原則。」所示之見解，亦可知武器對等原則是人民在公平法院受公平審判之必要前提，既係憲法所保障之人民訴訟權之重要內容，也蘊含於正當法律程序原則。

¹¹ 司法院釋字第737號解釋陳新民大法官協同意見書，並認為只要涉及人民合憲的訴訟權利，必然應實施辯論與對審制度，即應符合武器平等原則，與賦予人民充分的防衛能力。如此的訴訟程序，才可符合正當法律程序原則。

二、基於武器平等原則，應保障刑事被告在訴訟上得有獲取與檢察官同等資源之機會

針對「武器平等原則」之內涵，許玉秀大法官除於前揭司法院釋字第654號解釋協同意見書表示「公平的遊戲規則的基礎在於參與者有平等的機會，也就是獲得遊戲資源的機會均等」外，更進一步指出「武器平等的意義不在於你有十公斤的刀，我也必須擁有十公斤的刀。兩個力氣與技藝不同的人需要的資源也不相同，保障獲取資源的機會，就是讓力氣較小的人獲得公平程序。」，從而，武器平等原則之關鍵，與其謂係使檢辯雙方擁有同等之權利，毋寧稱係保障檢辯雙方「獲取同等資源之機會」，故基於武器對等原則，自應保障刑事被告在訴訟上得有獲取與檢察官同等資源之機會。

三、刑事訴訟法第198條及第208條使被告提出鑑定證據之機會，顯著劣於檢察官，違反武器對等原則

（一）於刑事訴訟法第198條及第208條之規範下，檢察官於偵查中得自行選任鑑定人或囑託鑑定機關進行鑑定，且偵查中經檢察官選任或囑託完成之鑑定，只需以書面記載鑑定經過及結果而滿足鑑定之形式要件，該鑑定報告書面即可取得證據能力，且依最高法院判決之說明¹²，該鑑定報告書面乃法定之傳聞例外，縱實施鑑定之人未到法庭接受被告之詰問，亦不影響其證據能力。

（二）反觀被告，其並非刑事訴訟法第198條及第208條所定得選任鑑定人或囑託鑑定機關之主體，本已無從自主提出鑑定證據。縱依刑事訴訟法第163條第1項之規定，聲請法院另行鑑定、續行鑑定或審查鑑定，仍須仰法院之裁量，仍無解被告無權自主提出鑑定證據之窘境。又縱被告私下委請專家作成鑑定報告書面並提出於法院，該書面卻因屬私人鑑定，與刑事訴訟法第198條及第208條不符，核非法定傳聞例外，並無證據能力。被告即使聲請法院以專家證人之身分，傳喚該私下委請之鑑定人到庭報告或說明，也常因專家證人於法無據而遭法院拒絕¹³，由此益見被告之無權自主提出鑑定證據。

（三）綜上，偵查中由檢察官選任鑑定人或囑託鑑定機關完成之鑑定，只需作成記載鑑定經過及結果之報告書面，即可輕易取得證據能力而使用於訴訟上，被告僅能被動地於審判中，就已呈現於法院之鑑定報告爭執其正確性及證明力。亦即，檢察官得藉刑事訴訟法第198條及第208條賦予之權力，於審判中自主使用鑑定證據。反之，被告卻完全無權自主提出鑑定證據於法院。相較之下，被告提出鑑定證據之機會，顯

¹² 最高法院 106 年度台上字第 2463 號刑事判決：「法院或檢察官依刑事訴訟法第 208 條規定囑託醫院、學校或其他相當之機關、團體為鑑定時，祇須其以言詞或書面提出之鑑定報告，符合刑事訴訟法第 206 條第 1 項、第 208 條所規定應包括『鑑定之經過及其結果』之法定要件，即屬同法第 159 條第 1 項『法律有規定者』之傳聞例外，而具有證據能力。」。

¹³ 最高法院 97 年度台上字第 5762 號刑事判決，認原審以採從事槍枝鑑定工作之鑑定人方仁義之證據資料為判斷依據，上訴人另聲請傳喚專家證人駱宜安教授乙節，並無傳喚必要，故無上訴意旨所指判決不載理由、及應於審判期日調查之證據未予調查之違法情事。

著劣於檢察官，自己違反武器對等原則¹⁴。

（四）再考量目前有能力從事刑事鑑識之鑑定人或鑑定機關，絕大多數係司法警察人員或機關，則在追訴機關以外、被告得信其中立性無虞之鑑定人或鑑定機關，尚屬稀少，因此，被告縱欲聲請再行鑑定、續行鑑定或審查鑑定，其選擇其實不多。從而，檢察官於偵查中自主選任或囑託完成之鑑定得輕易於訴訟上取得證據能力，對被告之上述困境實無異雪上加霜。

（五）進一步言之，刑事訴訟法第198條及第208條並未要求檢察官於偵查中選任鑑定人或囑託鑑定機關時，須徵詢被告之意見，非僅致鑑定人或機關全由檢察官獨斷，且鑑定命題亦由其片面決定，亦有可能使被告日後於審判上就該鑑定之攻防，為檢察官設定之鑑定命題所侷限，須隨檢察官起舞，由此益知，這兩條規定使被告未能享有與檢察官同等之使用鑑定證據之機會，確使被告在訴訟上之地位顯著劣於檢察官。

四、違反武器對等原則，自然也就違反平等原則

（一）如前所述，未能確保被告與檢察官之武器平等，即屬違反當事人對等原則，亦即使被告受到劣位於檢察官之不合理差別待遇¹⁵，自然也就違反了平等原則。

（二）刑事訴訟法第198條及第208條之規定，使檢察官於訴訟上提出鑑定證據之機會，遠優於被告，並使被告在訴訟上之地位顯著劣於檢察官，顯對同屬訴訟當事人之被告及檢察官為差別待遇。針對此項差別待遇，現行刑事訴訟法第198條及第208條之立法理由均未能說明何以使檢察官獲取此等顯著優越於被告之程序地位？此項差別待遇係為追求何等合法利益（legitimate interest）之維護？縱有其所欲追求之合法利益，又與使檢察官立於優越於被告地位之合理關聯性（rationally related）或合理基礎（reasonable basis）為何¹⁶？從而，此項差別待遇並無合理基礎，至為顯然，自己違反平等原則。

肆、壟斷鑑定與比例原則之關係¹⁷

一、憲法第16條規定人民有訴訟權，旨在確保人民有受公平審判之權利，依正當法律程序之要求，刑事被告應享有充分之防禦權，以上有司法院釋字第654號解釋理

¹⁴ 司法院釋字第665號解釋即以違反武器對等原則，作為宣告刑事訴訟法第101條第1項第3款之理由之一，可資參照。

¹⁵ 平等權要求保障人民在法律上地位實質平等，不得恣意為無正當理由的差別待遇（司法院釋字第688號、第682號、第666號、第649號、第626號、第593號等解釋可參）。許玉秀（2011），《論正當法律程序原則》，頁154-155。

¹⁶ 可參湯德宗（2009），〈違憲審查基準體系建構初探——「階層式比例原則」構想〉，廖福特（編），《憲法解釋之理論與實務第六輯》（下冊），頁581-660。

¹⁷ 比例原則所要求的目的必須正當，目的與手段之間不能有不當連結、必須有合理或實質關連，或手段必須選擇侵害最小（司法院釋字第659號、第637號、第634號、第631號、第612號、第593號、第577號、第573號等解釋參照）。許玉秀，前揭註15，頁155。

由書可參。過度限制刑事被告之充分防禦權，即有違反比例原則之虞，亦有司法院釋字第665號解釋理由書可佐。

二、準此，被告就法院卷證資料之證據能力、證明力及可採性，自應均得充分爭執，始符刑事被告訴訟上之防禦權應受充分保障之旨。故，就法院卷內之傳聞資料，被告得依刑事訴訟法第159條至第159條之5等規定，爭執其證據能力；就自白及其他證據之取得違反法定程序者，被告亦得依刑事訴訟法第156條、第158條之2、第158條之3及第158條之4等規定，主張證據排除；而證人之個人意見或推測之詞，被告亦得依刑事訴訟法第160條主張不得作為證據。

三、然而，受命法官、審判長及檢察官依刑事訴訟法第198條及第208條選任鑑定人或囑託鑑定機關作成之鑑定報告書面，苟已記載鑑定經過及結果，即已具備證據能力，且係傳聞之法定例外，致被告幾無爭執其證據能力之餘地，顯已對被告就不利鑑定之充分防禦構成嚴重限制，而這兩條規定之立法理由復未能說明係此項限制為追求何等合法利益（legitimate interest）之維護，已如前述，則此項限制既非為追求特定公益而來，而屬對被告防禦權之過度限制，亦已違反比例原則。

伍、壟斷鑑定與聽審請求權之關係

依司法院釋字第482號解釋理由書所揭：「憲法第十六條規定，人民有請願、訴願及訴訟之權。所謂訴訟權，乃人民司法上之受益權，即人民於其權利受侵害時，依法享有向法院提起適時審判之請求權，且包含聽審、公正程序、公開審判請求權及程序上之平等權等。民事訴訟法中再審程序為特別救濟程序，係對於確定終局判決重新再次審理，為確保兩造當事人能立於平等、公正之程序下進行訴訟及對已確定終局判決之穩定性，故對民事再審之提起有較嚴格之限制，並不違背憲法保障人民訴訟權利之意旨。」等旨，職此，憲法第16條訴訟權之內涵除包括人民於其權利受侵害時，依法享有向法院提起適時審判之請求權外，亦包含聽審請求權及其他程序上之權利。

蔡明誠大法官於司法院釋字第737號解釋所提出之協同意見書中先敘明：「從基本法第一百零三條第一項所規定之合法聽審請求權又衍生出訴訟中資訊權（Recht auf Information im Prozess）、訴訟中意見權（Recht auf Äußerung im Prozess）及法院對當事人所表達意見之斟酌義務（Recht auf Berücksichtigung）。」，並進一步指出「訴訟中意見權」是指「使程序參與者不僅有表達意見之可能性，亦且有就法院判決基礎之事實（Tatsachen），亦得以事先表達意見。」，而「法院對當事人所表達意見之斟酌義務」不僅是使法院知悉，且法院在判決時就當事人之意見應予以斟酌，使法院知悉該參與者所提出之不同意見，且將之納入考慮。

另依最高法院100年度台上字第3067號刑事判決：「鑑定，所重者乃特殊或專門之知識、經驗、能力，並不以在學校教師授業下獲得者為限，其基於特殊生活經驗、職業鑽研或鄉野師徒傳授、學習、浸淫，而在特別之學識、技術領域內，具有較高於一般人之才能者，即屬與此有關待證事項之適格鑑定人員；至於鑑定意見是否足以憑

信，可以透過交互詰問予以檢驗、覈實，屬證明力之範疇。」可知，鑑定所重者乃特殊或專門之知識、經驗、能力，因此，鑑定人員是否具備足夠的知識、經驗、能力，為其鑑定意見是否足以憑信的判斷基礎之一，實屬法院判決基礎之一環。

從而，鑑定人員是否具備足夠的知識、經驗、能力，既為法院判決基礎之一環，依前揭對於「訴訟中意見權」及「法院對當事人所表達意見之斟酌義務」之闡釋，即應使程序參與者有表達意見之可能性，且有使法院知悉該參與者所提出之不同意見，且將之納入考慮之機會，始符合憲法對於被告聽審請求權之保障。參以無論是檢察官偵查階段或法院於審判階段選任鑑定人或囑託鑑定機關作成之鑑定意見，常對於訴訟結果有決定性之影響，則被告基於程序主體之地位，更應於此項經常足以決定其命運之決定作成前，有表示意見之機會。

惟刑事訴訟法第198條及第208條關於選任鑑定人或囑託鑑定機關之規定，並未規定須予被告就鑑定之必要性及與鑑定有關之以上事項陳述意見之機會，未使被告有表達意見之可能性。從而，這兩條規定與憲法聽審請求權之要求明顯相違，而有違反憲法第16條關於訴訟權保障之情形。

陸、壟斷鑑定與正當法律程序原則之關係

一、正當法律程序之核心係基於人性尊嚴保障而來之程序主體地位，其保障程序主體地位而參與程序之可能性

前大法官許玉秀曾於司法院釋字第684號解釋提出協同意見書，指出：「依據正當法律程序原則，人民作為權利主體之地位、確認權利主體地位之主觀及客觀可能性，均應予以保障。人民作為權利主體之地位，以得主張係權利主體為前提，人民主張為權利主體之權利，係先於其他基本權而存在之程序基本權，不因遭受侵害之基本權種類及身分之不同而受限制或剝奪。」等語。

另於氏著《論正當法律程序原則》¹⁸一書中指出：「權利主體的保障從保障程序主體地位開始：上面所論述關於正當法律程序原則的意義中，所謂主觀參與可能性與客觀參與可能性，都是為了保障程序主體的主體地位，而兩種參與可能性，當然也都以能成為程序主體為前提。因此正當法律程序原則的根本意義，其實就是在於確立程序主體地位。」「如何被對待，是一個程序問題，在對待過程，可以呈現所對待的是受尊重的主體，或是受擺佈的客體。追溯大憲章的形成背景，貴族們爭取的，正好就是爭取確認為權利（力）主體。只有被尊重為權利（力）主體，才可能在權利（力）遭受限制時，要求遵循正當法律程序。正當法律程序原則在憲法上的重要性，正好在於：權利主體的保障從保障程序主體地位開始。」等語，由此可知，基於人性尊嚴之保障而來之程序主體地位，乃至基於程序主體地位而參與程序之可能性，實屬正當法律程序原則之核心內涵。

¹⁸ 許玉秀，前揭註15，頁74-75。

我國刑事訴訟法第3條明定被告係當事人，則被告之程序主體地位早已確立。復以刑事訴訟法近年修法改採「改良式當事人進行主義」，則刑事被告之程序主體地位，更不容侵犯。

二、侵犯當事人之程序主體地位，即構成對人性尊嚴之侵犯，違反正當法律程序原則

依司法院釋字第631號解釋理由書所揭：「此項秘密通訊自由乃憲法保障隱私權之具體態樣之一，為維護人性尊嚴、個人主體性及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於國家、他人侵擾及維護個人資料之自主控制，所不可或缺之基本權利。」等旨，及司法院釋字第712號解釋理由書所揭：「基於人性尊嚴之理念，個人主體性及人格之自由發展，應受憲法保障。」等旨，可知人性尊嚴作為憲法價值體系之基礎，個人主體性之保有則係享有人性尊嚴之前提。故，人性尊嚴之維護，首重者應係保障個人之主體性，使其基於權利主體之地位，享有各項憲法基本權利之保障，以實現其人格之自由發展，如此人性尊嚴之價值始得彰顯。個人於國家公權力之作用下，倘淪為受國家公權力支配之客體，則其主體性即蕩然無存，無從實踐基於個人主體性之各項基本權利，其人性尊嚴遂受到侵害。是以於公權力作成足以限制或影響個人自由或權利之過程中，個人必得本於主體地位參與該程序，此即學理上所稱之基本權程序保障功能，其理據正在於基於人性尊嚴而來之程序主體地位。進而，苟當事人之程序主體地位遭到侵害或貶損，即構成對人性尊嚴之侵犯，進而構成違反正當法律程序原則。

三、刑事訴訟法第198條及第208條未予被告參與選任鑑定人或囑託鑑定機關過程之機會，侵害其程序主體地位，並貶損其人性尊嚴，違反正當法律程序原則

刑事訴訟法第198條及第208條關於選任鑑定人或囑託鑑定機關之規定，並未規定法院或檢察官於作成選任或囑託之決定前，須予被告就鑑定之必要性及與鑑定有關之以上事項陳述意見之機會。從而，鑑定結果雖常對訴訟及被告之命運有決定性影響，被告卻無從本於程序主體之地位，參與作成選任或囑託之決定前之程序，則被告在作成此項決定之過程中，完全未能自治、自決，不啻淪為由法院或檢察官他治、他決之客體，則其程序主體地位已遭侵犯，人性尊嚴於此過程中亦遭貶損，自有違正當法律程序原則之要求。

柒、壟斷鑑定與國家對人民基本權利保護之關係

一、刑事訴訟法第198條及第208條僅以鑑定人是否由法官或檢察官選任或囑託為鑑定證據適格與否之設計，致對於人民基本權利之保護不足

（一）自基本權利功能理論觀點出發，憲法所保障的基本權利不僅建構出對抗國

家的消極防禦權，同時也從基本權有作為客觀價值決定或客觀法秩序，進而構成國家應積極保護基本權法益的義務，使之免於受到來自公權力及第三人的違法侵犯。此種立法者如何積極履行基本權利保障的問題，即應特別強調國家之保護不得低於必要之標準而致違反所謂「不足之禁止」之憲法原則。

（二）另司法院釋字第384號解釋謂「實質正當之法律程序，兼指實體法及程序法規定之內容，就實體法而言，如須遵守罪刑法定主義；就程序法而言，如犯罪嫌疑人除現行犯外，其逮捕應踐行必要之司法程序、被告自白須出於自由意志、犯罪事實應依證據認定、同一行為不得重覆處罰、當事人有與證人對質或詰問證人之權利、審判與檢察之分離、審判過程以公開為原則及對裁判不服提供審級救濟等為其要者」等語，並強調「除依法宣告戒嚴或國家、人民處於緊急危難之狀態，容許其有必要之例外情形外，各種法律之規定，倘與上述各項原則悖離，即應認為有違憲法上實質正當之法律程序」。

（三）從而，前揭大法官所揭示憲法上實質正當之法律程序於程序法上之要求，諸如：1. 犯罪嫌疑人除現行犯外，其逮捕應踐行必要之司法程序；2. 被告自白須出於自由意志；3. 犯罪事實應依證據認定；4. 同一行為不得重覆處罰；5. 當事人有與證人對質或詰問證人之權利；6. 審判與檢察之分離；7. 審判過程以公開為原則及8. 對裁判不服提供審級救濟等原則，即屬正當法律程序於程序法之基本內涵。倘國家之保護低於前揭必要之標準者，即有違反所謂「不足之禁止」之憲法原則。

（四）誠如前述，犯罪事實應依證據認定，既屬憲法上正當法律程序於程序法之基本內涵。因此刑事訴訟制度之設計，即應將「犯罪事實應依證據認定」落實於各該條文及相應程序中，且應具體規範何等證據可以為認定犯罪事實而使用？各該證據所應具備之條件如何？因此，類如刑事訴訟法第198條及第208條此等規範鑑定證據要件之條文，即應具體及明確規範鑑定證據之採納標準，而非輕率以「是否由法官或檢察官選任或囑託」等與鑑定證據本身毫無關聯性之要素，作為鑑定證據進入審判庭之門檻。

（五）相較於鑑定證據，刑事訴訟法對於證人之證據方法，即就證人證言是否適格有較為詳細且具體之規範，如刑事訴訟法第160條關於證言內容之限制、第186條以下對於證人具結之要求等，均係為確保證人證言之證據能力所設，然於鑑定證據部分，卻僅以與鑑定證據之科學有效性及可靠性無關之「是否由法官或檢察官選任或囑託」為要件。

（六）證人與鑑定既同為刑事訴訟法所規定之法定證據方法，然現行體制對於二者之規範密度及要求明顯不同，鑑定制度設計顯然欠缺適格性之規範要件，制度規範不足之情形灼然。

二、規範不足於我國實務之影響

於現制對於鑑定證據之規範不足，導致我國實務對於鑑定證據的看法標準不一。

以測謊鑑定為例，最高法院要求應符合一定之「法定程式」後，始認其有證據能力，如最高法院101年度台上字1483號刑事判決：「測謊鑑定，倘鑑定人具備專業之知識技能，復基於保障緘默權而事先獲得受測者之同意，所使用之測謊儀器及其測試之問題與方法又具專業可靠性時，該實施鑑定人就受測者對於所訊問題是否實在之鑑定意見，依補強性法則，雖不得作為有罪判決之唯一證據，但非無證據能力，仍得供裁判之佐證，其證明力如何，事實審法院有自由判斷之職權。」依上開判決，似可認為，實務上對於測謊鑑定，除了要求通過嚴格證明程序且未經非法取證以外，尚須符合一定之「法定程式」確保可信後，始得賦予證據能力。

但除了測謊鑑定以外，國內實務則主要採納最高法院97年度台上字第2741號刑事判決：「現行刑事訴訟法係由大陸法制轉型傾向英美法制，修法時，謂之為『修正或改良式』當事人進行主義，與英美法當事人進行之對立訴訟制，仍有差異。刑事訴訟法證據章關於『鑑定』之證據方法，仍保留原有體制，該法第一百九十八條規定：『鑑定人由審判長、受命法官或檢察官就下列之人選任一人或數人充之：一、就鑑定事項有特別知識經驗者。二、經政府機關委任有鑑定職務者。』關於適格之鑑定人，法律委由審判長、受命法官或檢察官選任，即由審判長、受命法官或檢察官選任之鑑定人，一經選任，當然具備鑑定人適格，非如英美法制由當事人自行委任鑑定人鑑定者，猶須於訴訟程序中審究鑑定人之適格與否。」之意見，即無論檢察官、受命法官或審判長在行使第198條及第208條所賦予之選任或囑託權力前，是否有就實施鑑定之人是否具備鑑定所需之專業知識及經驗、鑑定所憑理論及方法是否具備科學有效性及可靠性，進行調查及審核，一經檢察官、受命法官或審判長選任或囑託，即屬適格之鑑定人或鑑定機關，上揭邱和順更十一審判決即採此旨。

然最高法院何以如此操作？測謊鑑定與其他科學鑑定之區別如何？為何採不同之判斷標準？全然未見最高法院有任何意見之表示，規範不足所導致實務操作之混亂，灼然可見。

三、外國立法例之參考¹⁹

（一）在美國法中，美國聯邦最高法院於1993年在著名的Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.案中，確立了鑑定證據得否進入審判程序的法則。從而，於此基準之下，法院為了判斷鑑定證據的適格性所進行之審理程序，即稱之為「Daubert聽訊程序」（Daubert Hearing）。Daubert案判決指出，所謂的「科學知識」，是指由科學方法所衍伸出之推論或主張。專家證人的證詞要進入審判程序前，必須具備足夠的可信性作為支撐²⁰。在審判中，法官應就下列事項進行判斷：「證人的證詞是否為科學知

¹⁹ 金孟華、陳又寧（2015），〈論圖案與印記證據之證據能力〉，《中研院法期刊》，17期，頁451-456。

²⁰ Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc., 509 U.S. 579, 590 (1993).

識」，以及「該科學知識能否協助事實發現者理解或認定系爭事實」²¹。前者是有關「可信性的問題」，法院強調其無意列舉出一個評斷科學知識可信與否的完整清單或是建立一個絕對的標準，但是有些核心要素卻是足以作為參考的。例如：一個理論或是技術必須要能夠被測試、證實；該理論或技術必須經過同儕審查；該科學技術的錯誤率多少；標準作業程序的存在與維持；是否為相關科學社群所普遍接受²²。法院明白指出，問題的重心在於專家所使用的原則與方法，而非結論²³。針對後者，則認為科學知識是否能夠「協助」事實發現者，應該是「關聯性」(relevancy)的問題。而關聯性有兩層意涵，法院除了認為科學證據理所當然地必須要與本案相關聯外，更強調法官必須判斷該項證據在本案案件事實中是否「妥適」(fit)。

(二) 美國法院之後在1993年的Kumho Tire Co., Ltd. v. Carmichael一案中，更明白表示「非科學性」的專家證人一樣必須通過法院的可信性判斷，而判斷標準同樣是「參考」Daubert案中的五項標準²⁴。就算特定非科學技術不符合Daubert案的各項標準，當事人也應該要能夠提出一套足以證明該技術可信性的合理標準。至此，所有的專家證言皆應通過Daubert法則的檢驗。

(三) 而美國現行的聯邦證據規則亦融合Daubert案判決的看法，於第702條規定專家證人之科學、技術或其他特別知識之證詞，必須能夠協助事實發現者理解或認定系爭事實、以充足的事實與資料作為根據、源自於可信的原則與方法，並以可信的方式適用到本案事實²⁵。

(四) 從而，自基本權利功能理論觀點出發，鑑定證據之制度規範既係憲法要求實質正當法律程序於程序法對於犯罪事實應依證據認定之防禦權之一，國家即應有積極保護該基本權法益之義務範疇，立法者應使之免於受到來自公權力的違法侵犯，並為完整妥適之立法，否則即有違「不足之禁止」之憲法原則。惟目前刑事訴訟法對於鑑定證據之判斷要件明顯欠缺，除嚴重損害人民之基本權利外，亦導致實務操作之混亂，使人民遭受不平等之待遇，從而，刑事訴訟法第198條及第208條目前之規定，顯有違反「不足之禁止」原則與「正當法律程序」之要求等情形。

²¹ *Id.* at 592.

²² *Id.* at 593-94.

²³ *Id.* at 595.

²⁴ *See Kumho Tire Co., Ltd. v. Carmichael*, 526 U.S. 137 (1999).

²⁵ FED. R. EVID. 702 (A witness who is qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education may testify in the form of an opinion or otherwise if: (a) the expert's scientific, technical, or other specialized knowledge will help the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue; (b) the testimony is based on sufficient facts or data; (c) the testimony is the product of reliable principles and methods; and (d) the expert has reliably applied the principles and methods to the facts of the case.)

捌、結論

由上論可知，現行刑事訴訟法第198條及第208條將鑑定交由審檢壟斷之規範設計，明顯無法通過無罪推定原則、武器對等原則、平等原則、比例原則、聽審請求權及正當法律原則等憲法原則之檢驗，且亦可輕易推導出現行將鑑定交由審檢壟斷之規範設計，對於人民基本權利保護有規範不足的情形，因此，現行刑事訴訟法第198條及第208條在目前可見之種種瑕疵之下，其合憲性顯然有疑，且嚴重影響人民於憲法上的基本權利，顯有修正、調整之必要。

參考文獻

1. 中文部分

Arthur Best (著)，蔡秋明、蔡兆誠、郭乃嘉 (譯) (2002)，《證據法入門——美國證據法評議及實例解說》，臺北：元照。

朱富美 (2005)，〈論證人之聲音指認及聲紋鑑定〉，《日新警察半年刊》，4期，頁53-72。

金孟華、陳又寧 (2015)，〈論圖案與印記證據之證據能力〉，《中研院法學期刊》，17期，頁423-476。

許玉秀 (2011)，《論正當法律程序原則》，臺北：國防部軍法專刊社。

湯德宗 (2009)，〈違憲審查基準體系建構初探——「階層式比例原則」構想〉，廖福特 (編)，《憲法解釋之理論與實務第六輯》(下冊)，頁581-660，臺北：中央研究院法律學研究所籌備處。

黃朝義 (2001)，〈無罪推定——論刑事訴訟程序之運作〉，臺北：五南。

2. 外文部分

Strong, John William (ed.) (1992), *McCormick on Evidence*, 4th ed., St. Paul, MN: West Group.

Courts and Prosecutors' Oligopoly on Requesting Expert Examination, Leading to Unfair Trial:

Discussion on the Constitutionality of Articles 198 and 208 of the Code of Criminal Procedure

Chun-hung Lin* 

Abstract

According to Criminal Procedure Law §198 and §208 and court practice, it is still lack of threshold standards for scientific evidence/expert report admitted into evidence in the criminal court. Any evidence and/or analysis ordered by the court or the prosecutor can be admitted into evidence. This evidence admitted rule creates erroneous tendency that the prosecutor is in a superior position than the defendant to introduce the evidence and the burden of proof of the credibility of the expert report had been transferred to the defendant; a clear violation of the presumption of innocence. As such, Taiwan's admissibility standard for scientific evidence violates the ICCPR and the Taiwanese constitution's protection of due process to its citizens, as well as rights to a fair trial and enjoyment of the presumption of innocence.

Keywords: scientific evidence, evidence permissibility, the burden of proof, impartial tribunal, the presumption of innocence, the principle of equality of arms, principle of equality, principle of proportionality, right to be heard, due process

* Managing Attorney of Cogito Law Office.