

臺灣臺北地方檢察署

114 年度自行研究報告

論醫療鑑定與刑事訴訟之關係
——以機關鑑定之探討及修法後之因應為中心

撰稿人員：檢察官 呂俊儒

審查人員：主任檢察官 林逸群
周芳怡
張靜薰
蔡沛珊

中華民國 114 年 12 月

摘要

本文旨在深入探討我國刑事訴訟程序中，醫療鑑定制度在修法前後之轉型挑戰與因應之道。鑑於我國實務上「醫療爭議刑事究責化」現象普遍，導致防禦性醫療與醫病關係對立，醫療鑑定遂成為連結醫學專業與司法審判之關鍵橋樑。然而，過去實務高度倚賴之「機關鑑定」(尤以衛福部醫審會為主)，長期存在鑑定人「匿名化」、程序「書面化」及實質「架空詰問權」等結構性弊病，招致嚴重批評，認為此已侵害被告受憲法保障之訴訟防禦權。

為回應此一憲法層次之挑戰，刑事訴訟法鑑定專章於民國 112 年 12 月進行了重大修正，旨在強化問責，確立鑑定人應具名、具結，並以到庭接受交互詰問為原則。惟此一改革在實務運作上遭遇醫界強烈反彈，擔憂醫師身分曝光將招致騷擾或報復，導致鑑定意願低落，甚至拒絕接受司法機關委託鑑定，造成「鑑定量能癱瘓」之危機，致使大量醫療爭議案件停擺。

本文透過法釋義學與比較法之視角，論證新修正之刑事訴訟法第 208 條賦予機關鑑定報告在符合特定條件下原則上具證據能力，此非立法之倒退，而係一場在「程序正義理想」與「實務運作現實」間權衡後的「務實建構」。本文主張，機關鑑定因具備法定職掌、專業性與合議制之特質，擁有系統性之信賴基礎，已具備傳聞法則例外所需之可信性擔保，應具有證據能力。

為解決當前「鑑定癱瘓」之僵局，本文提出具體之解釋論與運作模式。首先，應嚴格區辨法律概念，確認負責前置作業之「初審醫師」僅為輔助角色，並非法律規範之「實施鑑定之人」，故無須具名或到庭，藉此消弭醫界之恐慌。其次，針對合議制機關無法全員到庭之困

境，本文提出「鑑定人代表」模式，主張由參與審議之委員代表機關到庭說明，以調和言詞審理原則與機關運作之現實。

最後，本文針對審、檢、辯三方提出因應策略：檢察官應強化偵查中之專家諮詢以過濾濫訴；法院應落實美國 Daubert 標準之精神，轉型為科學證據之「守門人」，從形式審查邁向實質方法論之檢驗；辯方則應善用新制賦予得聲請或自行委任鑑定之權利，並以「具體指摘」取代空泛否認，以有效啟動對質詰問程序。本文總結認為，透過正確之法律解釋與精緻化之實務操作，現行法制已足以平衡發現真實、保障人權與維護醫療環境之目標，無須再另闢蹊徑修正醫療法，以免紊亂整體法律體系。

關鍵詞： 醫療鑑定、刑事訴訟法、機關鑑定、醫審會、鑑定人代表、
Daubert 標準

Title:

The Relationship Between Medical Expert Examination and Criminal Procedure: Focusing on Institutional Expert Examination and Practical Responses After the Amendment of the Code of Criminal Procedure

Abstract

This thesis aims to conduct an in-depth exploration of the challenges and responses regarding the transformation of the medical expert

examination system in criminal procedure before and after recent legal amendments. Given the prevalence of the "criminalization of medical disputes" in practice, which has led to defensive medicine and strained doctor-patient relationships, medical expert examination serves as a crucial bridge between medical expertise and judicial adjudication. However, the past reliance on "institutional expert examination" (primarily by the Medical Review Committee, Ministry of Health and Welfare) suffered from structural defects—specifically the anonymity of expert witnesses, reliance solely on written reports, and the substantive hollowing out of the right to cross-examination—drawing severe criticism for infringing upon the defendant's constitutional right to defense.

To address this constitutional challenge, the Chapter on Expert Witnesses in the Code of Criminal Procedure was significantly amended in December 2023. The amendment aimed to enhance accountability by mandating that expert witnesses must sign their names, swear an oath, and, in principle, appear in court for cross-examination. However, this reform encountered strong backlash from the medical community due to fears that exposing physicians' identities would lead to harassment or retaliation. This resulted in a low willingness to conduct expert examinations or even refusals to accept judicial appointments, causing a crisis of "paralysis of expert examination capacity" and halting numerous medical dispute cases.

Adopting perspectives from legal dogmatics and comparative law, this thesis argues that the amended Article 208 of the Code of Criminal Procedure, which grants admissibility to institutional expert examination

reports under specific conditions in principle, is not a legislative regression but a "pragmatic construction" achieved after weighing the ideals of procedural justice against the realities of practical operation. This thesis asserts that institutional expert examinations, characterized by statutory authority, professionalism, and a collegiate (panel) structure, possess a systemic basis of trust. Therefore, they satisfy the "circumstantial guarantees of trustworthiness" required for hearsay exceptions and should possess admissibility.

To resolve the current impasse of "expert examination paralysis," this thesis proposes specific interpretative theories and operational models. First, legal concepts must be strictly distinguished: the "initial reviewer" (primary physician) responsible for preparatory work is merely an auxiliary role and not the "person conducting the expert examination" defined by law; thus, they are not required to sign or appear in court, thereby alleviating the panic within the medical community. Second, addressing the difficulty of requiring the entire collegiate panel to appear, this thesis proposes an "Expert Witness Representative" model, arguing that a committee member who participated in the deliberation should appear in court on behalf of the institution, thereby harmonizing the principle of oral proceedings with institutional operational realities.

Finally, this thesis outlines response strategies for the court, prosecution, and defense: Prosecutors should strengthen expert consultation during investigations to filter out meritless lawsuits; Courts should implement the spirit of the U.S. Daubert standard, transforming into

"gatekeepers" of scientific evidence by shifting from formal review to substantive methodological scrutiny; The Defense should utilize the new rights to request or independently appoint expert witnesses and employ "specific objections" rather than vague denials to effectively trigger cross-examination procedures. In conclusion, this thesis maintains that through correct legal interpretation and refined practical operations, the current legal framework is sufficient to balance the goals of discovering the truth, protecting human rights, and maintaining the medical environment, rendering it unnecessary to amend the Medical Care Act, which would otherwise disrupt the integrity of the overall legal system.

Keywords: Medical Expert Examination, Code of Criminal Procedure, Institutional Expert Examination, Medical Review Committee (MRC), Expert Witness Representative, Daubert Standard

目 錄

摘 要.....	i
第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機與目的.....	1
第二節 問題意識與研究範圍.....	4
第三節 研究方法.....	6
第四節 論文架構.....	7
第二章 醫療鑑定之法理基礎、舊制困境與機關鑑定之結構優勢.....	9
第一節 醫療鑑定作為科學證據之定位與功能.....	9
第二節 舊制鑑定制度下之程序保障缺失與困境.....	13
第三節 機關鑑定之結構優勢：合議制、共識意見與專業性....	16
第三章 比較法啟示：專家證據制度之程序保障與效率權衡.....	20
第一節 比較法之目的與範疇：專家證據國際制度之類型.....	20
第二節 英美法系：專家證人制度與 Daubert 原則.....	22
第三節 德國與日本：法院主導權及專家集體協力模式之借鏡	25
第四節 各國制度作為我國制度之借鏡及啟示.....	27
第四章 刑事訴訟法鑑定章節修正之協商與務實建構.....	29
第一節 修法背景與各方主張之重點.....	29

第二節 新制鑑定制度之主要修正重點：強化問責與程序正義 之提升	31
第三節 機關鑑定報告證據能力之務實建構.....	34
第五章 審、檢、辯以及鑑定機關於現行制度下之因應與結論	44
第一節 務實建構與程序之精進.....	44
第二節 建議：各方協力共構之醫療爭議刑事訴訟藍圖	45
參考文獻.....	61

第一章 緒論

第一節 研究動機與目的

醫療之本質，係以救護生命、延緩死亡與緩解病痛為目的之專業行為。然醫療行為之結果，常受限於人類科技之侷限、疾病之不可預測性、病人體質之變異性與醫療資源之有限性，而具有高度不確定性之風險。當醫療行為發生不良結果或未符病人或其家屬期待時，所引發之醫療爭議，不僅深深衝擊著醫病間之信賴關係，當此種醫病關係繼續緊張、惡化隨之決裂後，往往便衍生出法律訴訟。

我國實務上，因民事訴訟程序冗長，且需由原告擔負舉證責任，而訴訟結果往往僅為「以金錢為損害賠償」，其「威嚇力」不足，於是民眾常傾向採取刑事訴訟作為醫療爭議之究責手段。此一「醫療糾紛刑事究責化」之現象，導致第一線醫事人員動輒面臨過失致死或過失傷害罪之刑事控訴，進而傾向採取「防禦性醫療」，例如增加不必要之檢查以免將來被訴，導致醫療資源浪費¹；或迴避高風險之科別與手術，造成醫療人力的空缺，形成醫界所謂的「五大皆空」之人力結構扭曲。長此以往，將對整體醫療環境與國民健康權益，產生嚴重之負面外部效應。

詳細觀察分析「醫療爭議之刑事訴訟」，可謂是「醫法交錯之場域」：醫療行為涉及高度專業，司法機關（檢察官或法院）為認定事實以適用法律，勢必倚賴醫療鑑定之協助。是以，醫療鑑定即成為連結醫學專業與司法審判之橋梁，其於刑事訴訟中之定位、功能與程序規範，遂成為無可迴避之重大議題。申言之，司法機關對於醫療過失

¹ 李茂生，醫療事故刑事責任的判斷架構初探，刑事政策與犯罪研究論文集，民國 101 年，頁 137；林萍章，醫療常規與刑事責任——評最高法院 96 年度台上字第 3084 號刑事判決，月旦法學雜誌，第 175 期，民國 98 年，頁 251-252。

之審查，除依據刑法第 276 條、第 284 條之構成要件外，更須適用醫療法第 82 條第 3 項及第 4 項之特別規定，具體探究醫療行為是否違反「醫療上必要之注意義務」且逾越「合理臨床專業裁量」，並需衡酌「醫療常規」及「當時當地醫療水準」等客觀條件。此等涉及高度專業門檻之事實認定與規範評價，往往非未具醫學背景之法律人所能窺其堂奧²，致使鑑定意見對於個案中是否具有「注意義務違反」與「因果關係」之認定，具有關鍵性之影響力。

然而，此一對判決結果具有極高度影響力之重要證據方法，於我國修正前刑事訴訟法之實踐上，卻存在重大之程序保障缺口。在舊制下，實務上高度倚賴之「機關鑑定」，係以「衛生福利部醫事審議委員會（下稱醫審會）」為最重要者，其運作模式長年存有三大結構性弊病：其一，鑑定人「匿名化」，鑑定報告僅蓋用機關印文，使被告無從知悉鑑定人身分，致憲法所保障之拒卻權（修正前刑事訴訟法第 200 條）形同虛設；其二，鑑定程序「書面化」，法院或檢察官僅依賴鑑定機關之一紙公文函覆作為判決基礎；其三，詰問權之「實質架空」，實務上幾無傳喚鑑定委員到庭，以言詞說明並接受被告或辯護人之詰問。此種「不透明」之運作模式，不僅引發「醫醫相護」或「醫醫相害」之疑慮³，更使醫療鑑定此一關鍵證據，得以全然逸脫於憲法第 16 條訴訟權核心所保障之正當法律程序與對質詰問權之外，其合憲性備受學界與實務之批判⁴。

² 黃清濱，證據調查與舉證責任之研究—以醫療糾紛訴訟為中心，東海大學法律學研究所碩士論文，民國 93 年，頁 2。

³ 有學者認為「完全沒有任何有意義的司法判斷介入，直接根據醫療鑑定報告中所指陳的醫療常規違反事態，即判定行為人有過失的司法常態，其實質不外就是醫界的同儕審判，非常不妥。」詳參李茂生，醫療事故刑事責任的判斷架構初探，刑事政策與犯罪研究論文集，民國 101 年，頁 145。

⁴ 監察院「刑事訴訟鑑定探討專案研究」（103 司調 1 號），民國 103 年 1 月 16 日

為回應長期以來我國刑事訴訟程序中，鑑定制度因採審、檢主導之職權鑑定模式，導致鑑定程序透明度不足、鑑定人無須到庭接受對質詰問，嚴重影響被告之訴訟防禦權與武器平等原則，屢遭違反憲法保障之程序正義原則之質疑，司法院與行政院（法務部）共同研議並推動刑事訴訟法鑑定專章之重大修正。此次修正案旨在嚴謹證據法則，強化鑑定之程序保障⁵，該修正案已於民國 112 年 12 月 1 日經立法院三讀通過，並於同年 12 月 15 日經總統公布⁶。

本文認為此次修法，並非單純之理想主義展現，而係一場在「程序正義理想」與「實務運作現實」間（尤其是在「鑑定機關之鑑定量能」與「醫界承擔之風險」間為權衡），多方折衝、協商後之產物。準此，本文之研究動機，即在於探討醫療鑑定於刑事訴訟法修正後所面臨之轉型與挑戰。而本文之目的，則在於深入解析此次修法，是否已有效回應舊制之缺失？新法條文（特別是刑事訴訟法第 206 條與第 208 條）之間應如何進行合憲性之體系解釋？

本文擬論證，此次修法並非如部分論者所批評之「退步立法」⁷，

公告，頁 106 以下。陳彥仲，醫事鑑定與專家證人，東吳大學法學院法律學系碩士在職專班碩士論文，民國 106 年，頁 34。林義龍，醫療鑑定制度概況與改善建議，全國律師，第 20 卷第 4 期，民國 105 年，頁 35。

⁵ 詳刑事訴訟法部分條文修正草案總說明，立法院第 10 屆第 4 會期第 1 次會議議案關係文書，院總第 246 號，政府提案第 17548 號，司法院、行政院 110 年 8 月 13 日函。

⁶ 依刑事訴訟法施行法之規定，有關鑑定證據能力、鑑定人到庭陳述等條文（包含第 206 條第 1 項、第 2 項、第 4 項、第 5 項、第 208 條、第 211 條之 1 等），自民國 113 年 5 月 15 日施行，俾利審、檢、辯及鑑定機關能妥適因應此一制度性變革，詳參司法院 112 年 5 月 22 日書面報告，頁 47。

⁷ 對於此次三讀通過之相關修正條文中，未賦予被告得於審判中自行委任「個人專家」進行鑑定、未能徹底落實使實施鑑定之人到庭以言詞說明等節，全國律師聯合會認為此係無視被告訴訟權益之「退步立法」，詳全國律師聯合會，對立法院 112 年 12 月 1 日三讀通過刑訴鑑定規定之聲明，112 年 12 月 5 日，瀏覽網址：<https://www.twba.org.tw/news/449140e2-d3e0-4553-b55e-92bb96bfa342>；最後瀏覽日：114 年 12 月 3 日。類似批評，亦可詳參民間司法改革基金會聲明

而係一次深刻之「務實建構」。此一建構的精髓，在於承認機關鑑定之系統性信賴基礎，並將程序保障之重心，由「證據能力有無」之爭執，轉移至「證明力高低」之實質審查，藉以確立由法院擔任「守門人」之職責以發現真實。本研究最終之目的，即在於奠基於此一「務實建構」之理解上，為審、檢、辯以及鑑定機關各方，提出具體可行之「修法後因應之道」。

第二節 問題意識與研究範圍

一、問題意識

本次刑事訴訟法修正，一方面試圖回應程序正義之高度理想（如司法院版草案所堅持之鑑定人應全面具名、具結、到庭詰問）；另一方面，卻又必須面對來自實務界（如法務部）與專業團體（如醫界）對於「鑑定量能癱瘓」與「鑑定人出庭風險」之現實抗拒壓力⁸。此一衝突，最終體現於新法條文之協商妥協上。是以，本研究之核心問題意識即聚焦於：修正後刑事訴訟法第 208 條第 3 項規定，賦予如醫審會等機關鑑定報告，得作為「傳聞法則之例外」，使其「原則上具有證據能力」。此一規定，是否如部分批評者所言，係「退步立法」，因為這等同於架空了同法第 206 條所賦予之詰問權，致使修法成果化為烏有？

—從「抗拒改革」到「退步修法」/醫事鑑定不應走回頭路，民國 114 年 11 月 27 日發表，瀏覽網址：<https://www.jrf.org.tw/articles/3090>；最後瀏覽日：114 年 12 月 3 日。

⁸ 此一「鑑定量能癱瘓」並非危言聳聽，而係已發生之事實。依據媒體報導，刑事訴訟新制上路僅數月，全台累積之醫療糾紛案件中，送醫審會鑑定卻遭退件者即高達 312 件（總數 684 件），致使司法實務陷入停滯困境。詳參陳彩玲，「新制無配套 醫師拒鑑定 近 700 醫糾案 偵查大停擺」，自由時報，民國 114 年 2 月 3 日。瀏覽網址：<https://news.ltn.com.tw/news/society/paper/1689728>；最後瀏覽日：114 年 12 月 2 日。

本文認為，此一見解係對新法之誤解。本文所欲探討之核心問題即在於，刑事訴訟法第 208 條之規定，實非「退步」，而係一種「務實」之立法選擇。亦即，立法者考量「司法效率」與「鑑定量能」之現實，承認具高度信賴性之「機關鑑定」（如醫審會、車輛行車事故鑑定委員會，下稱車鑑會）報告原則上具有證據能力，藉以篩選絕大多數無爭議之常規鑑定；然同時亦保留了法院依職權或當事人聲請，於「確有必要」時（例如當事人已具體指摘瑕疵時），啟動當事人得以聲請傳喚對質詰問之訴訟權。

承上，本文之後續問題意識將聚焦於：在此一「原則（書面）/例外（詰問）」之新架構下，法院應如何扮演積極之「守門人」角色？檢察官於偵查中應如何善盡職責？而辯方應如何有效啟動並行使詰問對質等防禦權？

二、研究範圍

本研究之範疇，將聚焦於「醫療鑑定」於「刑事訴訟」程序中之運用，並將以我國實務最為倚重，亦為本次修法協商核心之「機關鑑定」為探討重心，並以「醫審會」為主要分析對象。

此外，為強化對機關鑑定「務實建構」之論述，本文亦將納入車鑑會之「車輛行車事故鑑定」作為機關鑑定之參照比較對象，透過比較兩者在實務運作與新法適用上之異同，建構我國機關鑑定制度之法理。在探討內容上，本研究將涵蓋刑事訴訟法修法前之舊制困境、修法歷程中之立法協商、新法條文（特別是刑事訴訟法第 198 條之 1、第 202 條、第 206 條、第 208 條）之法釋義學分析，最終則歸結於新法架構下，審、檢、辯及鑑定機關之具體實踐與因應策略。

第三節 研究方法

為達上述研究目的，本文將主要運用下列研究方法：

一、文獻分析法

本研究於廣泛蒐集國內相關法學文獻（包含學術期刊、學位論文）、司法實務判決、以及相關機關（如司法院、法務部、監察院）之公聽會紀錄與研究報告後，以人工智慧電腦網路軟體輔助整理、分析。藉此，一方面用以爬梳修正前刑事訴訟法之規定，以及醫療鑑定（特別是機關鑑定）所面臨之實務困境與學理批判，以確立本研究之問題意識基礎（詳如第二章）；另一方面，亦用以掌握本次刑事訴訟法修法過程中，各方（包含司法院、法務部及醫界、學界）之主張與協商歷程（詳如第四章）。

二、比較法研究

為尋求我國舊制困境之解方，並為新法之解釋提供學理參照，本研究將採比較法之研究視角（詳如第三章），以下列主要國家或法系為分析對象：（一）英美法系（以美國法為代表）：探討其「專家證人」制度，特別是「Daubert 標準」之建立，如何確立法院應作為科學證據之「守門人」職責；（二）大陸法系（以德國法為代表）：探討其由法院選任鑑定人，並課予「到場義務」與「宣誓義務」之「程序問責」機制；（三）同屬以繼受法為主之日本法：探討其「會議鑑定」模式所展現之「程序透明」與當事人參與之可能性。

本文認為，分析外國法制之目的非在於「全盤移植」，而在於汲取他國制度如何在「程序保障」與「實務效率」間取得平衡之法理，作為我國新法解釋論之啟發。

三、法釋義學與體系解釋

本研究將採用法釋義學與體系解釋之方法，對刑事訴訟法鑑定章節之新修條文進行深入分析。本文將重點置於刑事訴訟法第 206 條（強化鑑定報告之實質記載、原則應到庭說明）與第 208 條（機關鑑定報告原則具證據能力）之間，針對此一「表面看似扞格」之條文關係進行剖析。本研究將論證，二者應為「原則（第 208 條）—例外（第 206 條）」之體系關係，藉此建構一套符合憲法與刑事訴訟法程序保障意旨，且兼顧實務運作可行性之新法解釋論。

第四節 論文架構

本論文共分五章，除本章緒論外，其餘章節之安排與論證要旨如下：

第二章：醫療鑑定之法理基礎、舊制困境與機關鑑定之結構優勢

本章旨在奠定本論文之基礎。首先釐清醫療鑑定作為「科學證據」與「法定證據方法」之雙重屬性。其次，針對我國實務倚重之「機關鑑定」（以醫審會為主），分析其相較於「自然人鑑定」，具備「合議制」與「共識意見」等結構優勢。最終，將深入剖析修正前刑事訴訟法下，機關鑑定因「匿名化」、「書面化」與「架空詰問權」所招致之合憲性疑慮與程序批判，並以此作為新法改革之必要性起點。

第三章：比較法啟示：專家證據制度之程序保障與效率權衡

承續前章之困境，本章轉向比較法尋求啟示。本章將分別探討美國法「Daubert 標準」、德國法「鑑定人程序問責」與日本法「會議鑑定透明化」等法制，如何在其訴訟傳統中，權衡「專業性」、「程序保障」與「司法效率」。本章之目的在於借鏡外國法制，歸納出可供我國新法解釋論所參採之核心原則。

第四章：刑事訴訟法鑑定章節修正之協商與務實建構

本章將首先回顧刑事訴訟法修法過程中，「司法院版草案所秉持之理想性」與「法務部、醫界等提出之現實考量」間之折衝與協商。接著，深入解析新法條文如何回應舊制缺失。本章之核心論證在於：刑事訴訟法第 208 條第 3 項之傳聞例外規定，並非「退步立法」，而係考量如「醫審會」、「車鑑會」等機關之鑑定量能限制後，所作出之「務實建構」，亦即使機關鑑定報告「原則上」有證據能力，但保留「例外」經詰問之管道。

第五章：審、檢、辯（被告與其辯護人）及鑑定機關於現行制度下之因應與結論

本章係全篇論文之實踐應用與總結。奠基於第四章「務實建構」之解釋論，本章主張新法下之重點應從「證據能力」之爭執，轉移至「證明力」之審查。據此，分別對法院、檢察官、辯方（被告與其辯護人）以及鑑定機關各方提出具體因應策略：檢方應強化偵查並充實送請鑑定之準備；法院應轉型為「守門人」；辯方應「具體指摘」以啟動詰問；鑑定機關則應正確理解新法規定，以積極、正向之態度履行法定職責。最後，針對機關鑑定「合議制」本質與新法「到庭詰問」要求之衝突，本文將提出「鑑定人代表」模式，作為調和兩者之具體可行之操作模式，並以此作為全文結論；文末並將提出對未來研究方向之展望。

第二章 醫療鑑定之法理基礎、舊制困境與機關鑑定之結構優勢

如前所述，醫療鑑定憑藉其高度專業性，在我國醫療爭議案件之刑事訴訟實務上，極具關鍵性地位；然其於舊制下長期存在之程序保障缺失，亦使其正當性備受質疑。為深入探討刑事訴訟法新制之利弊得失，並建構檢察官與法院之妥適因應，實有必要回歸本源，先就醫療鑑定之法理基礎、制度模式優劣，以及舊制所面臨之核心困境，進行基礎性之爬梳與分析。

第一節 醫療鑑定作為科學證據之定位與功能

一、鑑定之定義、目的與法律角色

「鑑定」係刑事訴訟法第一編第十二章第三節相關法條所明定之「法定證據方法」之一種，其目的在於「使有特別知識經驗之人（即鑑定人），就特定事物，利用其專業知識與輔助設備，進行檢驗、鑑別、判斷，並將其所得結果向法院或檢察官報告，藉以輔助事實認定者」。

「醫療鑑定」即係以醫療專業知識為基礎所進行之鑑定。其本質具有「多重角色」：就訴訟法之定位而言，其係受刑事訴訟法規範之「法定證據方法」，必須以符合法定程序之方法進行；且須經法定調查證據程序，始能據以認定犯罪事實。就證據法之內涵而言，其係以科學知識、方法、原理為基礎所獲致之「科學證據」。從另一方面觀察，醫療鑑定與「單純之證人」不同：證人之個人意見或推測之詞，原則上不得作為證據（刑事訴訟法第 160 條參照），然鑑定人（機關）依法實施鑑定後所出具之意見，往往即為該鑑定之價值所在，該意見

雖不拘束法院（詳後述），但依法有證據能力，得為法院形成心證之重要參考。

正因醫療鑑定具有此多重角色，且對於訴訟結果產生關鍵性的影響力，致使我國司法實務運作產生困境與疑慮。蓋檢察官與法官雖依法擁有「證據方法」之主導權（如囑託鑑定、選任鑑定人），然面對其「科學證據」之內涵時，卻常因專業知識之隔閡而喪失實質審查能力，致使醫療鑑定意見在具有法定證據方法之外觀下，其科學證據之內涵，常因知識隔閡而遭「過度信賴」與「心證轉嫁」，導致鑑定意見在刑事訴訟中做為證據使用之程序正當性迭遭外界批判⁹。

二、專業諮詢、專家證人與鑑定人之區別

承前所述，為釐清我國法上「鑑定人」之角色，有必要與比較法上其他制度中功能相近之「專家證人」進行比較：

（一）英美法系「專家證人」與我國「鑑定人」制度之比較

在英美法系對抗制（Adversarial System）下，採行「專家證人」（Expert Witness）制度。專家證人原則上由當事人（檢方或辯方）自行尋覓、委任，並支付費用，其於法庭上提出專業意見後，須接受對造嚴格之交叉詰問¹⁰。

此制度之優點在於充分保障當事人之攻擊防禦權，然其缺失亦顯而易見：除恐易流於「專家戰爭」（Battle of Experts）¹¹，受委任之專

⁹ 詳參前揭註 4 監察院 103 司調 1 號專案研究，頁 109；黃清濱，前揭註 2 文。

¹⁰ 詳參監察院「司法科學鑑定制度之研析」調查報告（109 司調 2 號），民國 110 年 5 月 11 日公告，頁 47 以下；另可參「醫事鑑定制度改革系列座談會（一）紀錄」，載於薛瑞元，刑事訴訟程序中「機關鑑定」之研究，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，民國 89 年，附錄一，頁 159 以下。

¹¹ 前揭註 10 監察院 109 司調 2 號調查報告，頁 47。劉新耀，論鑑定人於刑事訴訟程序中之功能與地位，中國文化大學法學院法律學研究所碩士論文，民國 99 年 6 月，頁 21。

家證人難以確保中立性外，更可能使訴訟淪為「財力」之競逐。此與我國繼受歐陸法系傳統、帶有職權主義色彩，強調由法院選任、應保持中立客觀之「鑑定人」制度，於理念基礎與功能定位上，顯有不同。

(二)「專家諮詢」輔助功能之釐清（以日本專門委員為例）

另一應予區辨之概念，係「專業諮詢」（或稱「專家諮詢」）。以日本民事訴訟法導入之「專門委員」制度觀之，法院於討論案件事實、證據、爭點整理程序、證據調查程序或試行和解時，為釐清當事人間之訴訟關係或為使訴訟程序順利之進行，當法院認有必要時，得於聽取當事人之意見後，決定令專門委員參與訴訟程序，聽取其以專業知識所為基礎之說明；至於其所為之說明不得作為證據資料，即法院不得將其說明之內容作為法院判決之依據¹²。

申言之，其功能乃在藉由專門委員以「輔助法官理解既有證據」，換言之，專門委員係以其中立、專業知識，協助法官釐清爭點、闡明艱深之專業術語，或輔助法官對鑑定人進行有效訊問。其定位非屬刑事訴訟法之鑑定人，而係法官之「說明輔助者」。我國智慧財產及商業法院之「技術審查官」即屬此類¹³。此外，憲法訴訟法第 19 條第 1 項、第 3 項規定之「專家諮詢」機制，使憲法法庭於必要時，得就相關專業問題，諮詢依相關法規行使職權之機關、團體或具專業知識經驗之學者專家，並得命其以書面或於言詞辯論時到場陳述意見。上開現行法制藉由專家諮詢以輔助法院審理之制度，旨在補足司法者對某

¹² 該制度之說明，詳參張晟瑜，醫事鑑定制度之現況與改革芻議，東吳大學法學院法律學系碩士在職專班科技法律組碩士論文，民國 110 年 7 月，頁 71。涂佳慧，民事醫療訴訟之舉證責任—兼論鑑定制度之檢視，國立高雄科技大學科技法律研究所碩士論文，民國 111 年 8 月，頁 56 以下。

¹³ 詳參林展甲，醫療鑑定之芻議，全國律師，第 22 卷第 10 期，民國 107 年 10 月，頁 81。

種領域之專業能力不足，亦為我國醫療爭議之刑事訴訟未來可參考引借之方向（詳後述）。

三、醫療過失責任判斷之核心爭議

醫療行為一旦涉及刑事責任時，主要的規範為刑法第 276 條、第 284 條規定之過失致死或過失致（重）傷罪；以及醫療法第 82 條第 3 項、第 4 項規定之：「醫事人員執行醫療業務因過失致病人死傷，以違反醫療上必要之注意義務且逾越合理臨床專業裁量所致者為限，負刑事責任。」、「前二項注意義務之違反及臨床專業裁量之範圍，應以該醫療領域當時當地之醫療常規、醫療水準、醫療設施、工作條件及緊急迫切等客觀情況為斷。」因此，醫療鑑定於刑事訴訟中，所欲釐清者，厥為「醫療過失」之有無。然此一判斷，重點在於判斷是否「違反醫療上必要之注意義務且逾越合理臨床專業裁量」，常涉及下列核心爭議：

(一)注意義務之判斷標準：「醫療常規」與「醫療水準」之區辨

刑法上之過失，係指行為人違反客觀上必要之注意義務。於醫療領域中，此一注意義務之判斷，應依據前揭醫療法第 82 條之規定，以「醫療常規」為核心，並綜合衡酌當時當地之「醫療水準」等客觀情況。須強調者，醫療鑑定之職責，僅在於依據醫學專業判斷醫療行為於事實層面上是否偏離常規而有「疏失」；至於該疏失是否構成法律評價上之「過失」，則屬法院之職權，不應混淆。

然實務運作上，常見將「醫療常規」與「醫療水準」二者概念混淆之情事。申言之，「醫療水準」具有層級性與地域性之差異（例如醫學中心、區域醫院與基層診所之設備與人力顯有不同），鑑定時若未衡酌具體個案之「當時當地」資源限制，逕以醫學中心之標準要求

基層醫師，恐有違「期待可能性」。尤有甚者，部分醫療鑑定報告僅載明結論（如「顯有疏失」），卻未揭露其判斷所依據之「實證醫學文獻」、臨床指引或具體推論過程。法院若未察覺此等報告在「推論上之跳躍」，未經實質審查即照單全收，將導致司法判斷流於恣意，而生認事用法之違誤。

(二)醫學因果關係與刑法相當因果關係之判斷

鑑定人之專業職責在於判斷「醫學上因果關係」（或稱事實上因果關係），即被告之醫療行為與病患之死傷結果間，是否存在生物學或病理學上之關聯性（例如：「若無此行為，則無此結果」之條件理論）。然而，刑法上罪責之成立，尚須具備「相當因果關係」。後者乃「法律上」之評價，涉及客觀歸責理論之範疇。實務上，偶見鑑定人於報告中，逕行論斷「...與死亡結果有相當因果關係」，此即屬以醫學判斷僭越法律評價之典型。此時，若法院將鑑定報告中之「相當因果關係」文字，直接抄錄於判決理由中，卻未經任何實質調查或以論理法則、經驗法則進行推論，法院無異放棄其認定事實適用法律之職權（職責）。此即為前述鑑定意見對判決具有關鍵影響力、甚至取代法院職權之具體展現，亦係遭致外界批評的重點之一。

第二節 舊制鑑定制度下之程序保障缺失與困境

修正前之刑事訴訟法雖對於「鑑定」已有相關規定，然其條文尚非完備、且司法實務運作上之便宜行事，導致論者批評；亦有認為相關規範對被告之程序保障產生嚴重之憲法疑慮，以下將就幾個面向分析之。

一、鑑定人身分匿名化與當事人拒卻權的失效

舊法雖規定當事人對鑑定人有拒卻權（修正前刑事訴訟法第 200 條準用第 17 條、第 18 條），然在機關鑑定之實務運作下（尤其是醫審會），鑑定報告往往僅蓋有機關印信，其實際參與鑑定之委員姓名則可能「匿名」¹⁴。被告既無從知悉鑑定人為何人，遑論知悉其背景、專長、乃至於其是否與被害人或所屬醫院有利害關係，致使拒卻權之規定，於機關鑑定上完全失效，刑事訴訟上程序保障之第一道防線形同虛設¹⁵。

二、鑑定程序正當性與對抗性原則之挑戰

(一)資訊不對等與實質訴訟權利之落空

醫療鑑定涉及高度專業知識，病歷資料中更常包含外文記載或艱深晦澀之專業醫學術語。在舊制運作下，面對僅有結論而缺乏詳細推論過程之書面鑑定報告，非具醫學背景之法律人往往難以解讀¹⁶，因此，檢察官或法官恐難掌握其爭點之關鍵所在，從而可能影響法律判斷之正確性。而醫療爭議案件之被告，雖通常為具有醫療專業知識者，但面對僅有結論而缺乏詳細推論過程之鑑定報告，亦無從憑藉其醫學上專業，或加上辯護人法律上協力以進行實質有效之訴訟攻擊防禦。再從告訴人方面觀察，其往往不具有醫療專業知識，面對充滿專業術語、事實基礎不明之鑑定報告，往往僅能「被動接受」，在訴訟程序中產生極度之資訊不對等，其欲藉由訴訟主張權利之期待恐將落空。

¹⁴ 部分鑑定人會希望匿名鑑定或以機關團體為鑑定名義而不必署名，詳林義龍，醫療鑑定制度概況與改善建議，全國律師，第 20 卷第 4 期，民國 105 年，頁 37。

¹⁵ 張晟瑜，醫事鑑定制度之現況與改革芻議，東吳大學法學院法律學系碩士在職專班科技法律組碩士論文，民國 110 年 7 月，頁 36。

¹⁶ 黃清濱，前揭註 2 文，頁 4。

(二)鑑定報告書面化與對質詰問權之規避

承上，舊制實務之最大弊病，在於鑑定報告之「書面化」。鑑定機關（醫審會）通常僅以公文函覆鑑定結果，實務上，檢察官與法院多未傳喚實際實施鑑定之人到庭以言詞說明並接受被告或辯護人之對質詰問，有架空傳聞法則及侵害被告對質詰問權之虞¹⁷。

有論者謂鑑定意見實質上等同「證人」之地位，尤其，機關鑑定之意見更對判決具有決定性之影響，然實施鑑定之人卻無須到庭接受詰問，此一制度性之規避，使被告無法針對鑑定可能存在之瑕疵（如前述事實涵攝錯誤、推論矛盾、標準誤用）進行有效之防禦。此不僅有違刑事訴訟法直接審理與言詞辯論原則，更已構成對憲法第 16 條訴訟權核心內涵——「對質詰問權」之實質侵害，其合憲性疑慮亦不免遭受質疑¹⁸，而此正為本次刑事訴訟法修法之主要原因之一，將詳如後述。

三、鑑定程序未對外公開與外部監督之闕如

舊制下，因醫審會之鑑定報告書，原則上不對外公開，僅作為訴訟程序內使用¹⁹，故社會大眾、法學界或醫學界，均難以對其內容進行檢視與公評。此種「封閉式」之運作，使鑑定品質難以透過外部監督獲得提升²⁰，亦加深了病人方面對於鑑定結果「官官相護」、「醫醫相護」之刻板印象與不信任感；而醫師（醫療機構）方，卻也不免產

¹⁷ 同前揭註 4 監察院 103 司調 1 號專案研究，頁 106。

¹⁸ 蔡孟純，刑事鑑定制度之研究，東海大學法律學系研究所碩士論文，民國 112 年 7 月，頁 94。

¹⁹ 衛生福利部「醫療糾紛鑑定作業要點」第 8 點規定：鑑定書逕送委託鑑定機關，不提供訴訟事件當事人；且除法令另有規定外，亦不對外提供。

²⁰ 劉素芬，醫事鑑定問題與改革方向，醫改會訊第 10 期，瀏覽網址：<https://www.thrf.org.tw/sites/default/files/bulletin1020.pdf>；最後瀏覽日：114 年 12 月 2 日。

生「醫醫相害」的疑慮²¹。

無論是「官官相護」、「醫醫相護」或是「醫醫相害」的質疑，其形成的惡性循環，使得檢察官的起訴或不起訴，以及法院的判決結果，均難以獲致大眾的信賴。且因上述質疑，涉及刑事訴訟法乃至於憲法層次的問題，是以，立法院於民國 112 年 12 月 1 日三讀通過修正鑑定部分法條²²，以圖解決相關問題。就國外法制之啟示及我國法律修正前後之相關法律適用疑義，本文將於後續章節進行深入研析。

第三節 機關鑑定之結構優勢：合議制、共識意見與專業性

關於我國之醫療鑑定，司法實務上可能係囑託個別醫師為之；或是囑託機關為之。就後者而言，司法機關囑託鑑定之對象可能為醫院、醫學中心、醫審會等。其中，尤以囑託醫審會實施鑑定為主要，因此，本文以下即以「醫審會鑑定」，作為機關鑑定之主要探究內容。就醫審會之鑑定而論，儘管其於刑事訴訟法修正施行前之程序(下稱舊制)飽受批評(詳如後述)，然本文認為，相較於「自然人鑑定」，醫審會所為之機關鑑定仍具有結構性之優勢，此亦為本文主張新修正之相關規範係屬「務實建構」之立論基礎，將詳如後述。

一、機關鑑定與自然人鑑定之本質差異：專業性、資源與中立性

個別之自然人鑑定，其鑑定品質繫於該鑑定人之個人學識、經驗與敬業精神，鑑定結果易生偏頗或疏漏。反觀醫審會之機關鑑定，其係以「機關」之名義而非「個人」名義出具報告。其優勢在於：(1)專

²¹ 楊坤仁，刑事醫療訴訟證據調查之研究—以醫療鑑定為中心，國立高雄大學法律學系研究所碩士論文，民國 107 年 2 月，頁 1、37。

²² 民國 112 年 12 月 1 日經立法院三讀通過有關鑑定之相關法條，於 112 年 12 月 15 日經總統公布。惟考量新制對實務運作影響重大，司法院乃依刑事訴訟法施行法之授權，指定新制條文自民國 113 年 5 月 15 日起施行。

業性：機關內部擁有各次專科之人才庫，得以處理複雜、跨科別之案件；(2)資源：擁有較佳之設備、資料庫與行政支援；(3)中立性：機關作為常設機構，相較於由告訴人或被告自行委任、或由法院臨時尋覓之自然人，其組織性、常規性之運作，在制度設計上較具客觀中立之形式外觀。

二、合議制之理論基礎：集體審議與專業共識的形成

(一)藉由集體審議形成共識意見

醫審會之鑑定程序，係由複數委員組成鑑定小組，經由內部會議，針對個案事實、病歷資料、所涉醫學原理等進行討論審議，最終以集體審議之方式「達成一致之意見為鑑定意見」²³。此一過程，猶如法院之評議，得以透過不同專業觀點之交錯檢視，藉以過濾單一委員之偏見、盲點或錯誤。因此，其所產出之鑑定意見，在周延性與可靠性上，理論上高於單一自然人之判斷。

(二)委員會組成之多元性與專業性

合議制之另一優勢，在於其委員組成之「多元性」與「專業性」（或稱普遍性與專門性）。理想上，鑑定委員會應囊括該專科領域之專家、法學專家，乃至於具備該領域常識之代表。此一多元組成，使其在判斷前述「醫療常規」時，更能衡酌不同層級醫院（「醫學中心」或「地區醫院」乃至「診所」、不同地域（「都市」或是「偏鄉」甚或「離島」）所面臨之「當地醫療資源與水準」限制，從而做出更貼近現實之過失判斷，避免「以臺北醫學中心之標準，強求離島基層醫師」之「過度苛責」；或者，相反地造成評價不足之「縱放」。

²³ 詳參衛生福利部「醫療糾紛鑑定作業要點」。醫審會鑑定之實際運作方式，可參薛瑞元，前揭註 10 文，頁 90 以下。

三、舊制下鑑定意見之地位

承前所述，司法實務上可能囑託個別醫師為醫療鑑定；或是囑託機關為之。就個別醫師之鑑定而言，其鑑定結論係基於該鑑定人之個人學識、經驗，司法機關將該鑑定意見作為證據使用時，通常較易存有警覺，認知其究屬單一個人之專業意見表達；若囑託另一個別醫師為鑑定時，可能基於不同的學識、經驗背景，容有不同的鑑定結論。從而據此警覺，在形成心證前，較能「存疑」、「不偏信」而更加謹慎或調查更多證據。至於本文所關注之醫審會機關鑑定，其因具有上述專業性、多元性、集體審議之特點，其鑑定意見在證據價值上極具優勢。然而，正因其具有極大的證據優勢，有論者認為機關鑑定之鑑定意見，儼然已成醫療爭議案件「證據之王」²⁴，惟此一證據優勢在舊制刑事訴訟實務中，卻也可能衍生出問題，詳如下述。

(一) 逾越鑑定職權之界限

依據刑事訴訟法之整體規範意旨，鑑定人(含機關鑑定)之角色，僅係「法院之輔助者」。其職權範圍應嚴格限縮於「事實判斷」(如病程發展、醫療行為之內容)與「專業意見提供」(如該行為是否符合醫療常規、醫學上之因果關係)。至於被告之行為是否已有「應注意、並能注意而未注意」之情、是否該當「過失」責任要件、行為與結果是否成立「相當因果關係」等，均屬「法律判斷」(或稱規範評價)，專屬法院(或檢察官)之職權，不容鑑定人僭越²⁵。然而，實務上仍偶見醫審會之鑑定意見已逾越其角色職權而直接觸及「法律判斷」之核心，而在鑑定報告中逕行載述「被告應有過失」之用語。倘司法機

²⁴ 韓宇軒，醫療糾紛的因果與歸責，東吳大學法律學系碩士在職專班法律專業組碩士論文，民國 104 年 9 月，頁 35。

²⁵ 檢察機關行專家諮詢要點第 4 點、法院諮詢專家要點第 9 點參照。

關未能警覺，於形成心證時，恐受不當之影響。

(二)法官心證形成之「過度信賴」與「認知偏誤」

然而在舊制規範下，法院面對醫審會此一醫療專業「權威機關」所出具之書面報告，易產生「權威效應偏誤」及「認知怠惰」，進而放棄自身實質審查之職責，而以鑑定意見直接取代法律上專業判斷²⁶。此即本文第一章所述之「過度信賴」問題。此種將判決責任「轉嫁」於鑑定機關之作法，無異使法院之自由心證淪為形式。

(三)程序制衡機制之必要性

縱如上述，本文認為打破機關鑑定「證據之王」地位之關鍵，並非全然否定機關鑑定之價值，而在於建構一套有效之「程序制衡機制」。亦即，當鑑定報告之內容（如事實基礎有誤、推論邏輯矛盾、違反科學原理）存有疑義，或當事人已具體指摘其瑕疵時，訴訟制度上應允許當事人有機會能就實質內容聲請調查（例如傳喚鑑定人到庭說明、詰問，或囑託第二鑑定，甚或建立「覆議」制度）。唯有透過此種程序上之驗證，方能使司法者進行實質審查，藉以避免「過度依賴」之偏差，此將於後續章節中詳為論述。

²⁶ 參考黃朝義教授書面意見，載於監察院前揭註 4 專案研究（103 司調 1 號），頁 49 以下。

第三章 比較法啟示：專家證據制度之程序保障與效率權衡

承前所述，我國舊制下之醫療鑑定，不僅因形成難以撼動的「證據之王」地位而架空了法院自由心證之形成；更因鑑定人匿名化、書面化及詰問權之無法落實，悖離憲法與刑事訴訟法對程序正義之基本要求。為解決此一困境，立法者乃著手進行修法。然而，鑑定制度之改革，涉及複雜之制度選擇，並非單一面向之問題。各國法制基於其不同之訴訟構造（職權主義或對抗主義），發展出不同之證據模式。本章之目的，即在於引入比較法之視野，探討主要法制國家如何處理此部分之棘手課題，並從其制度得失中汲取經驗，以為我國於新法規定下之法制建構及實務因應之道提供學理參照。

第一節 比較法之目的與範疇：專家證據國際制度之類型

一、比較法參照之必要性：尋求程序保障與實體真實的平衡

醫療鑑定之核心難題，在於如何在「專業性」與「司法性」之間取得平衡。過度強調專業性，可能如我國舊制般犧牲了被告之程序保障（如對質詰問權）；然若過度強調司法性（如過度僵化堅持詰問之形式），則可能導致無人願意擔任鑑定之「鑑定量能癱瘓」，或使法庭充斥偏頗不實之「垃圾科學（Junk Science）」²⁷，反而妨礙了「實體真實」之發現。因此，本文認為，研析並參照比較法，目的並非在於擇一法制「全盤繼受」，而是在於觀察他國制度如何在其法制傳統中，動態權衡此二相衝突之價值。亦即，如何在確保鑑定意見具備「科學可靠性」之基礎上，同時賦予當事人「程序挑戰權」，並兼顧「司法效

²⁷ 薛瑞元，前揭註 10 文，頁 31。劉耀明，刑事鑑定報告證據能力之研究—以美國法為借鏡，國立臺北大學法律學系博士論文，民國 109 年 7 月，頁 35、62。

率」。

二、專家證據制度之主要類型：當事人主導模式（對抗性）與法院主導模式（中立性）

綜觀各國專家證據制度，大體可依「鑑定人之選任主體」及「程序運作模式」，區分為下列兩大類型²⁸：

（一）當事人主導模式（對抗性）：

以英美法系為代表，強調「專家證人」(Expert Witness)之制度。其要點為鑑定專家原則上由當事人(檢辯雙方)各自尋覓並支付報酬，法院扮演中立裁判者角色，透過當事人間之交叉詰問與「武器平等」原則，以發現真實。其制度重點在於「證據可採性」(Admissibility)之篩選。

（二）法院主導模式（中立性）：

以德、日等大陸法系國家為代表，承襲職權主義傳統。這類法制中，鑑定人主要由法院(或檢察官)依職權選任，其定位為法院之「輔助人」，強調其「中立性」與「客觀性」。該制度重點在於「鑑定人資格」之選任與「程序參與」之保障。我國刑事訴訟法雖繼受大陸法系，採法院主導之鑑定人模式，然我國實務運作上(尤其醫療鑑定)卻高度倚賴「機關鑑定」，此一模式兼具法院選任之中立性外觀與集體審議之專業性，然亦衍生出如第二章所述之程序保障缺失。以下即分別就此兩大類型之代表進行分析。

²⁸ 以下詳參前揭註4監察院103司調1號專案研究，頁25以下。前揭註10監察院109司調2號調查報告，頁47以下。劉新耀，前揭註11文，頁13以下。另可參最高法院98年度台上字第949號刑事判決揭櫫「我國現行刑事訴訟法採行之鑑定制度，與英美法之專家證人(expert witness)固同係借重某專業領域上之意見，使有助於事實審判者就待證事實作成判斷，然兩者訴訟體制不盡相同，證據能力有無之認定，尚有差異...」之意旨。

第二節 英美法系：專家證人制度與 Daubert 原則²⁹

一、專家證人制度之特色：當事人主導與對抗性

(一)英美法強調當事人武器平等原則之要求

英美法系之刑事訴訟制度，以「當事人對抗」為基石。在此架構下，專家證人被視為當事人用以說服事實認定者（陪審團或法官）之「武器」之一。為落實「武器平等原則」，控辯雙方均有權提出己方之專家證人，並對他造之專家證人進行交叉詰問(Cross-examination)。此制度之優點在於：透過雙方專家之相互攻防，得以充分暴露鑑定意見之弱點、假設前提之瑕疵，以及推論之不合理性。然其缺點亦可見：其一，易流於「專家戰爭」(Battle of Experts)，使法庭淪為專家表演之舞台；其二，對於專家之報酬給付，使其客觀性備受質疑（俗稱"Hired Guns"）³⁰；其三，高度仰賴當事人之資力，不利於經濟弱勢之被告，恐將引發「司法不公」之疑慮。

(二)專家證人僅為法官之輔助者，不可取代法律判斷

縱在對抗制下，英美法系亦清楚劃分專家證人與法官（或陪審團）之界線。美國《聯邦證據規則（Federal Rules of Evidence, FRE）》第702條明定，專家證詞之目的在於「輔助」（help）事實認定者（trier of fact）去理解證據或確定爭議事實³¹。此一「輔助者」之定位，與第

²⁹ 詳參劉耀明，前揭註27文，第二章（頁17以下）。

³⁰ 薛瑞元，前揭註10文，頁31。劉耀明，前揭註27文，頁31。

³¹ Rule 702. Testimony by Expert Witnesses "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 proponent demonstrates to the court that it is more likely than not that:(a) the expert's scientific, technical, or other specialized knowledge will help the trier of fact to understand the evidence or to determine a

二章所述我國法理上鑑定人應有之角色，本質上並無二致³²。專家證人固然可對「終局爭點」(Ultimate Issue, FRE 704(a))「提供意見」，且原則上專家證言不因包含最終爭點而遭異議，但在刑事程序上，如有關被告犯意或精神狀態等之意見，該最終爭點應專屬由審判者決定之³³。亦即專家意見不可「取代」事實認定者(陪審團或法院)對於法律概念或構成要件之最終判斷³⁴。

二、Daubert 標準與專家證據可採性(Admissibility) 審查

英法系為避免「垃圾科學」流入法庭，污染事實認定者之心證，發展出嚴格之「證據可採性」篩選機制，此一機制之演進，對於我國建構法官「守門人(Gatekeeper)」職責(詳後述)，具有重大啟示。

(一) Frye 標準與「普遍接受性」之探討

在 1923 年之 Frye v. United States 案中，美國法院確立了專家證據之可採性標準，即該專家所使用之科學原理或方法，必須在其所屬之專業領域中，已達到「普遍接受性」(General Acceptance)³⁵。Frye

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's opinion reflects a reliable application of the principles and methods to the facts of the case.”
引自 https://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_702#，最後瀏覽日：2025 年 12 月 2 日。

³² 最高法院 97 年度台上字第 1846 號判決：「鑑定人之本質與英美法所謂「專家證人」(expert witness)性質相同，「專家證人」所提供予法院之證據，係憑其專業智識、技術、經驗或訓練對於待證事實所作之判斷，屬意見證據(opinion)，與「普通證人」單純憑其個人對於待證事實感官知覺經歷之陳述，截然不同。鑑定人或「專家證人」所提供之證據，所待檢驗者，乃鑑定人或「專家證人」是否具備關於待證事實領域內之專業智能？鑑定人或「專家證人」推論所憑據之科學理論，能否為該專業領域普遍接受(the general acceptance test)？其推論過程之操作或試驗是否合乎標準程序？」。蔡孟純，刑事鑑定制度之研究，東海大學法律學系研究所碩士論文，民國 112 年 7 月，頁 55。

³³ 前揭註 4 監察院 103 司調 1 號專案研究，頁 27。

³⁴ 薛瑞元，前揭註 10 文，頁 54。

³⁵ 薛瑞元，前揭註 10 文，頁 31。

標準之優點在於明確、易於操作(法官僅需判斷是否被「普遍接受」),然其缺點在於過度保守。許多新興、但已具備相當可靠性之科學方法,可能因尚未達到「普遍」接受,而遭排除於法庭之外,妨礙真實發現。

(二) Daubert 標準之四項彈性評估要素

美國聯邦最高法院於 1993 年,在 *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.* 案中,作出劃時代之判決。法院指出, *Frye* 標準已被聯邦證據法則 (FRE) 第 702 條所取代,該條強調專家證詞必須奠基於「可靠之原理與方法」(Reliable Principles and Methods)。*Daubert* 判決確立了法官作為「守門人 (Gatekeeper)」³⁶之積極職責,法官必須主動審查科學證據之「可靠性」(Reliability)。法院並提出了四項非法定、具彈性之評估要素³⁷: 1. 可以或曾經以科學方法檢驗過; 2. 該理論或技術曾經過同儕審查 (peer review), 並於專業文獻上發表過; 3. 其結果的可靠性應以潛在誤差 (potential error rate) 表現出來; 4. 「普遍接受」規則仍可適用,但不需要有相關科學社群的明示承認,或在該社群內表現出某種特定的支持程度。

Daubert 標準之建立,其重大意義在於: 法院對於鑑定意見審查的重點應是其原則與方法,而不是其結論³⁸。我國修正後刑事訴訟法第 206 條第 3 項各款對鑑定報告實質內容的要求(鑑定人能力、足夠事實依據、可靠原理方法及適用性等),正是法官落實「*Daubert* 守門人」職責的「法源依據」,而此一「守門人」角色,正是刑事訴訟法新制下,法官面對鑑定報告時應有之態度,本文將於第五章詳述其於我

³⁶ 劉耀明,前揭註 27 文,頁 25、39。

³⁷ 薛瑞元,前揭註 10 文,頁 32。

³⁸ 廖建瑜,刑事訴訟法鑑定新制對醫療刑事案件之衝擊,月旦醫事法報告,第 87 期,民國 113 年,頁 148。

國法之應用。

第三節 德國與日本：法院主導權及專家集體協力模式之借鏡

相較於英美法之當事人對抗制度，德、日等大陸法系國家，則展現了不同之制度風貌。

一、德國制度³⁹：

(一)由法院或檢察官選任鑑定人

德國刑事訴訟法強調鑑定人之中立性，鑑定人在偵查程序中由檢察官選任；審判程序中則由法官為之。為確保鑑定人之中立與專業，其對於鑑定人之資格設有嚴格認證機制，來源包括：1.德國認證委員會（Deutschen Akkreditierungsrat）認可之鑑定人（Zertifizierte Sachverständige）；2.專業協會認可並經過德意志邦考核之鑑定人；3.官方機構所屬之鑑定人；4.其他：非官方機構或團體之會員（Sonstige）。

(二)鑑定人具有於審判期日到場之義務、宣誓義務

鑑定人經傳喚，即有於審判期日「到場之義務」；且除有特殊例外，應於訊問前「宣誓」，擔保其將依循科學、秉持良知，提出客觀公正之意見。

(三)德國刑事訴訟法採行「輪替詰問制度」

縱然鑑定人係由法院選任，德國法制仍保障當事人之詰問權。然其並非採取美式之交叉詰問，而係採行所謂「輪替詰問制度」，即先由鑑定人進行包括性之陳述，完整說明其所實施之鑑定過程及所認知之實際狀態後，始由詰問權人（法官、參審員、檢察官、辯護人、被

³⁹ 詳參前揭註 10 監察院 109 司調 2 號調查報告，頁 45 以下。

告等訴訟關係人)進行詰問⁴⁰。此一制度兼顧了法院主導之職權色彩，亦賦予當事人挑戰鑑定意見之程序管道，提供了在對抗制與職權制之間，一種保障詰問權之可行模式。

二、日本制度：會議(圓桌)鑑定與專門委員制度⁴¹

(一)會議(圓桌)鑑定之起源與程序保障

關於會議(或稱圓桌)鑑定之起源，係東京地方法院民事庭於2001年成立「醫療專庭(醫療集中部)」後，由法院與13所大學醫學院附屬醫院、大東京地區3個律師公會共同舉行協調會，討論醫療訴訟程序之進行，其間由醫療機關提議以會議方式進行，遂成此制。在具體運作上，日本法院係在參考當事人意見下選擇鑑定機關，並由兩造當事人整理確認鑑定之前提事實，選出鑑定所必需之資料(如製作診療經過一覽表等參考資料)；此種作法符合當事人進行主義思維，足以讓訴訟當事人充分表達意見。此雖名為機關鑑定，然實質上係由機關先推派3位醫師鑑定，並實施會議鑑定。在此程序中，3位鑑定醫師均需接受當事人之詢答。此種程序有效地強化了鑑定意見的證據透明性與可檢驗性，使其不再僅是單向的書面報告，而是經由訴訟參與者共同檢視、實質辯證後的產物，從而在程序正義與證據價值上，均獲得了高度的正當性基礎。

(二)專門委員之職權行使與界限

除鑑定制度外，日本亦設有專門委員可供諮詢。關於其職權界限，

⁴⁰ 林鈺雄，「輪替詰問之法庭活動(上)」，台灣本土法學雜誌，第12期，第3頁，2000年7月。轉引自前揭註10監察院109司調2號調查報告，頁46。

⁴¹ 以下整理自前揭註4監察院103司調1號專案研究，頁29以下。前揭註10監察院109司調2號調查報告，頁48以下。陳彥仲，醫事鑑定與專家證人，東吳大學法學院法律學系碩士在職專班碩士論文，民國106年，頁37以下。

專門委員不得為事實認定及法律判斷，且其說明或意見亦不得直接作為認定事實之證據。惟在程序權限上，專門委員可直接對當事人為說明或發問、直接對證人或鑑定人為發問、向法院說明或陳述意見，以及於調查證據時提供協助。

第四節 各國制度作為我國制度之借鏡及啟示

回顧上述各國制度，可謂各有擅場：(一)英美模式：優點在於極大化當事人之程序保障（詰問權、武器平等），並透過 Daubert 標準之守門人機制篩選證據品質。(二)德國模式：優點在於透過法院選任與名冊制度，確保鑑定人之中立性與品質，並透過宣誓與輪替詰問，兼顧問責性之滿足。(三)日本模式：優點在於發展出「會議鑑定」等集體協力模式，並嘗試納入「程序中之當事人參與」，兼顧專業性與程序保障。

我國修正前之機關鑑定模式：如前所述，我國醫審會之「合議制」與「共識意見」，在理論上兼具了德國之中立性與日本之集體協力優勢。然其核心缺失，在於「程序保障」無法落實。本章之比較法分析，可為我國於刑事訴訟法新法架構下，帶來兩點關鍵啟示：

其一，法官「守門人」職責之確立勢在必行：英美法 Daubert 標準之啟示在於，無論鑑定人係由當事人或法院選任，法院均不應如我國舊制般「過度信賴」或「認知怠惰」，而必須承擔起審查鑑定意見「可靠性」之積極職責；否則，法院如未予審查即對於鑑定意見照單全收，實等同怠於行使證據採擇與認定事實之職權⁴²。

其二，鑑定制度之改革，應該是在「中立性」、「程序保障」與「實

⁴² 前揭註 10 監察院 109 司調 2 號調查報告，頁 199。

務效率」三方權衡下之結論：我國刑事訴訟法修正案，一方面欲引進德、美之程序保障（需經具名、具結、詰問）；另一方面，又必須面對我國以往實務上高度倚賴「常規機關鑑定」之現實，此一現實導致「鑑定量能」成為立法者無法迴避之「效率」考量。因此，國外經驗之啟示，正印證了「沒有絕對完美的制度」，亟待我們自己選擇訂立一套「契合國情」的法律制度，然後再藉由實務運作，發展出兼顧發現真實與訴訟效率之訴訟程序。我國修正後之刑事訴訟法，特別是第 208 條傳聞例外之規定，正是在此一背景下，為「兼顧中立性與效率的必要性」，所進行之一次「務實建構」，此將於後續章節詳為研析說明。

第四章 刑事訴訟法鑑定章節修正之協商與務實建構

承前所述，醫審會所作成之醫療鑑定意見，具有「科學證據」與「法定證據方法」之雙重角色，為實務上高度倚賴之「機關鑑定」，其雖具「合議制」與「共識意見」之結構優勢，然其「匿名化」、「書面化」與「架空詰問權」之程序缺失，迭遭「有違憲疑慮」之詬病。參照如前述美、德、日各國法制不斷在「程序保障」與「實務效率」此一光譜兩端，尋求動態平衡點，我國刑事訴訟法乃在民國 112 年 12 月 1 日通過修正，試圖回應、解決前述質疑。然而，此次修法是一場在「程序正義理想」與「實務運作現實」之間，充滿多方立場（主要有司法院、法務部、醫界）協商、妥協與折衝之「務實建構」。但是，修法的結果，是否已解決了舊法時代的所有問題？是否還留有某些問題沒有解決？抑或修法後又衍生了什麼新問題？本文將先就修法歷程與爭點析論如下。

第一節 修法背景與各方主張之重點

一、憲法訴訟權保障之呼聲與修法契機

如第二章第三節詳述，我國舊制鑑定法制，因長年存在「匿名化」、「書面化」及「資訊不對等」等結構性缺失，導致被告之對質詰問權與實質辯護權遭受嚴重侵害，屢遭論者批評為有違反正當法律程序之虞，已嚴重悖離法治國原則。為回應此一憲法層次之挑戰，全面檢討並修正刑事鑑定制度，遂成為本次修法之核心契機。

二、理想與現實之衝突

針對前述舊法之批判，司法院作為刑事訴訟法之主管機關，其修法之主要意見認為，應將鑑定制度拉回「嚴格證據法則」之內。因此

司法院所提出之修正草案，其核心精神即在於「強化問責」，主張鑑定人既為刑事訴訟法所定之法定證據方法，自應與證人負擔相類似之程序義務，包括：(1)鑑定人應「具名」提出報告，以示負責，並落實當事人之拒卻權；(2)鑑定人應「具結」，擔保其公正誠實；(3)鑑定人應「到庭」以言詞說明，並接受當事人之對質詰問，使其專業意見得以在法庭上獲得檢驗⁴³。此一修法方向，旨在徹底解決舊制下之程序保障真空，並追求程序正義之實現。

然對此追求程序正義之理想，來自實務部門與專業團體則有不同之立場與意見：

(一)於具結與詰問義務上之衝突

司法院版草案堅持「鑑定人原則應到庭詰問」之立場⁴⁴，然而就此，法務部與相關鑑定機關（如法務部調查局、內政部警政署刑事警察局）曾提出疑慮，其主要爭點是在於「訴訟效率」與「偵查實務」之考量。法務部等機關主張，實務上（尤其偵查中）囑託鑑定之案件數量極為龐雜（例如毒品、DNA、指紋等鑑定、鑑識報告），若每一案件之鑑定人均須強制到庭具結接受詰問，不僅將使鑑定人員疲於奔命，嚴重排擠其本職之工作量能，更將導致訴訟程序之無限延宕⁴⁵。此一爭點，顯現了「審判（人權保障）之制度理想」與「偵查（犯罪追訴）實務需求」兩方，對於程序密度要求之歧見。

⁴³ 詳刑事訴訟法部分條文修正草案總說明，同前揭註 5。

⁴⁴ 詳立法院公報第 112 卷第 58 期，委員會紀錄，民國 112 年 6 月 16 日出版，頁 357。瀏覽網址：https://ppg.ly.gov.tw/ppg/PublicationBulletinDetail/download/communique1/final/pdf/112/58/LCIDC01_1125801.pdf。最後瀏覽日：114 年 12 月 2 日。

⁴⁵ 以下整理自前揭註 10 監察院 109 司調 2 號調查報告，頁 207 以下。

(二)醫界之立場

醫界（包括衛福部醫審會及各醫學會）對於實施「醫療鑑定」時應「強制具名」與「強制到庭詰問」之規定，產生了憂慮與抗拒心態。醫界之擔憂其來有自⁴⁶：其一，醫療糾紛本身即具高度「情緒對立性」，鑑定人具名並到庭，恐使其自身暴露，因而遭受來自醫界同儕壓力、或病家非理性之攻訐、騷擾，甚至後續之報復或法律追訴之風險中；其二，法庭上之交互詰問，在法學與醫學認知不一致下，可能淪為對鑑定人專業尊嚴之貶損，而非理性之真理探求；其三，醫師本職工作已極為繁重，若須為此耗費大量時間出庭，卻無相當之經濟誘因或補償，將大幅降低其協助司法、參與鑑定之意願。這些「風險」或「擔憂」若未獲緩解，其最直接之後果，即是醫界將「拒絕鑑定」，導致「鑑定量能癱瘓」，而使醫療刑事訴訟陷入停擺。此一「兩難」，正是刑事訴訟法修正後最終必須妥協之現實壓力（詳後述）。

第二節 新制鑑定制度之主要修正重點：強化問責與程序正義之提升

經立法院三讀通過之刑事訴訟法修正案，其條文內容呈現了前述「理想」與「現實」妥協之痕跡。然在「程序正義之提升」面向上，仍有諸多重大進展，具體展現了立法者試圖回應舊制弊病之努力，亦汲取了第三章所述之比較法經驗。主要規範如下：

一、鑑定人之資格、義務與利益揭露之原則化：具名與具結制度之落實

為解決舊制下鑑定人匿名、權責不明之問題，新法導入了嚴格之

⁴⁶ 以下整理自吳振吉，刑事醫療鑑定之實務現況與困境，月旦醫事法報告，第105期，民國114年，頁19-43。林義龍，醫療鑑定制度概況與改善建議，全國律師，第20卷第4期，民國105年，頁31以下。

問責機制：(一)修正第 198 條：於第 1 項明定法院、檢察官選任鑑定人前，應審酌其專業能力；第 2 項更明定鑑定人應揭露「利益關係」（包含有無分工合作關係、有無受金錢報酬等）。此即「利益揭露」原則之法制化，用以擔保鑑定之中立性。(二)修正第 202 條：明定鑑定人應於鑑定前「具結」，其結文並準用證人具結之規定。此一修正，使鑑定意見具備「證據能力」之形式要件，並課予鑑定人「可能被追訴偽證罪」之法律責任，以擔保鑑定意見之可信性。(三)修正第 208 條第 2 項：要求鑑定報告應記載「鑑定人之姓名」。此即「具名」之要求，終結了舊制機關鑑定匿名化之缺失。

二、鑑定報告書之實質要求：應記載鑑定經過、事實基礎與可靠之原理方法

為回應舊制下之鑑定報告可能過於簡略、僅有結論而無論證之弊病，立法者此次修法乃將第三章所述美國 Daubert 標準對於「方法論可靠性」之精神，具體落實為成文法之規範，對鑑定報告之「實質內涵」提出了高標準之要求。修正後刑事訴訟法第 206 條第 1 項規定，鑑定報告應由鑑定人以言詞或書面報告「鑑定之經過及其結果」。而同條第 3 項更進一步要求鑑定報告應具體載明：「(1)鑑定人之專業能力有助於事實認定。(2)鑑定係以足夠之事實或資料為基礎。(3)鑑定係以可靠之原理及方法作成。(4)前款之原理及方法係以可靠方式適用於鑑定事項。」

細繹上述四款要件，可見立法者顯係將本文第三章所述美國聯邦最高法院於 Daubert 案所確立之科學證據審查標準（即原理方法之可靠性、與個案事實之關聯性等要素），予以明文化並引進我國刑事訴訟法之中。此種將「Daubert 標準成文法化」之立法選擇，意味著我

國對於鑑定證據之評價，已正式告別過往僅重形式資格之舊制，轉而與國際先進之科學證據法則接軌。

此一修正之重大意義，在於促使鑑定人（機關）必須「揭露其推論過程」。而且，機關鑑定所提供的意見，也不必定是僅存單一結論之「一言堂」，修正後刑事訴訟法第 206 條第 2 項規定「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。」也賦予了對於多數意見質疑的線索。如此，鑑定報告將不再只是一紙權威性之「結論」，而是一份可供法院、檢察官與被告及辯護人檢視其「事實基礎」、「科學原理」與「方法論」是否可靠之「專業分析報告」。此一「透明化」要求，正為本文後述所欲建構之法官「守門人」職責，提供了「可被實質審查」之基礎。

三、程序保障之核心：命鑑定人具名、到庭以言詞說明並接受交互詰問之義務

本次修法之重大突破，就「鑑定制度之通則」而言，確立了鑑定人到庭接受詰問之義務。此次修法，其具體規範展現於數個環環相扣的條文結構中：

首先，針對過往實務上機關鑑定報告僅有機構印信、欠缺個人具名的弊病，修正後刑事訴訟法第 208 條第 2 項明定，囑託機關鑑定時，該「實施鑑定或審查之人...應於書面報告具名」，確立了鑑定意見之「責任歸屬」。

其次，為落實言詞審理，第 206 條第 4 項一改舊法「於必要時得使其以言詞說明（修正前第 206 條第 3 項）」之曖昧規定，明定「以書面報告者，於審判中應使實施鑑定之人到庭以言詞說明」，將鑑定人到庭說明提升為原則上之法定義務，終結了過往法院僅依賴書面報

告（傳聞證據）作為裁判基礎的實務。

此外，第 208 條第 8 項亦明文規定，於機關鑑定由實施鑑定之人到庭為言詞報告或說明之情形，應準用第 163 條第 1 項、第 166 條至第 167 條之 7、第 202 條關於證人具結及交互詰問之「完整程序」規範。

以上這些條文組合，堪稱「理想性」之展現。其將鑑定人從法庭外之「秘密裁判者」，拉回法庭內，使其成為一個必須「具名」、必須「到庭」、必須「說明」、必須「接受挑戰」之證據方法。如此修正，堪認在形式上已補足了舊制下對質詰問權之巨大缺口，亦與第三章所述德國法制之精神相呼應。

第三節 機關鑑定報告證據能力之務實建構

修正後的法律，雖堪稱在形式上已補足舊制下「對質詰問權」之缺口，但若僅符合了這方面的「理想性」，其實務運作之結果，恐將造成本章第一節所述之「鑑定量能癱瘓」，訴訟程序將難以進行。

修法過程中，立法者意識到此一現實衝擊，因此在意欲滿足「程序正義化」之同時，增設了關鍵性的「妥協」配套條款——亦即刑事訴訟法第 208 條之規定，尤其是第 3 項明定：「第一項之書面報告有下列情形之一者，得為證據：一、當事人明示同意。二、依法令具有執掌鑑定、鑑識或檢驗等業務之機關所實施之鑑定。三、經主管機關認證之機構或團體所實施之鑑定。」然而，這樣的規定，賦予如醫審會等機關之鑑定意見「原則上」即具備證據能力，難免遭受批評，認為如此一來，於實質上致使被告之對質詰問防禦權、以及落實言詞辯論

審理程序之理想又遭掏空，無異是「退步立法」⁴⁷。就此批評，本文認為修正後的條文規定，非但不是「退步立法」，反而是使新制得以運作之「務實建構」，尤其是對於醫療爭議案件，更是能兼顧發現真實與保障被告訴訟權利、保護被害人利益的「進步立法」，析論如下：

一、機關鑑定報告原則上有證據能力：

修正後刑事訴訟法第 208 條規定：「(第 1 項) 法院或檢察官得囑託醫院、學校或其他相當之機關、機構或團體為鑑定，或審查他人之鑑定，……(第 3 項) 第一項之書面報告有下列情形之一者，得為證據：一、當事人明示同意。二、依法令具有執掌鑑定、鑑識或檢驗等業務之機關所實施之鑑定。三、經主管機關認證之機構或團體所實施之鑑定。」此條文之關鍵，即在於「得為證據」之法條用語。據此規定，實質上係刑事訴訟法第 159 條第 1 項「傳聞法則」之「例外規定」。亦即，由符合條文規定之「機關」(例如醫審會、車鑑會、刑事警察局等) 所出具之書面鑑定報告，其性質雖屬「審判外之陳述」，但立法者基於其「可信性」(合議制或專業性) 與「必要性」(實務效率) 之考量，原則上賦予其證據能力。

二、新法為權衡程序正義與實務衝擊的最適解：

刑事訴訟法第 208 條之修正，備受「退步立法」之嚴厲批判。批評者認為，修正刑事訴訟法第 206 條規定「(鑑定) 以書面報告者，於審判中應使實施鑑定之人到庭以言詞說明。」這才剛確立保障被告與辯護人的詰問權，卻馬上於同法第 208 條開了一扇「書面審查」之「後門」，使辯方的詰問權再度被架空，如此觀之，修法無異於「退

⁴⁷ 就此，論者有謂「鑑定書面意見希望具名及實施鑑定者出庭被詰問，也在原則與例外徘徊中打了折地被實現」詳參廖建瑜，刑事訴訟法鑑定新制對醫療刑事案件之衝擊，月旦醫事法報告，第 87 期，民國 113 年，頁 137。

步立法」。惟本文認為，此種批判未充分衡酌「實務運作之現實」，恐係基於過度之理想主義所致：

(一)刑事訴訟法第 208 條例外條款之立法目的，乃在維護司法行政效率與鑑定量能

立法者所面對之現實是：若無第 208 條規定，則每一份毒品、DNA、酒精濃度測試、乃至於本研究關切之醫療鑑定報告，均「原則上」無證據能力，必須「逐案」傳喚鑑定人到庭詰問後，方能取得證據能力，此將導致司法體系之即刻癱瘓⁴⁸。因此，第 208 條之立法目的，即在於「翻轉」此一原則。其確立了「依法令具有執掌鑑定、鑑識或檢驗等業務之機關以及經主管機關認證之機構或團體」所實施之鑑定，其機關鑑定報告「原則上有證據能力」，但法院若認有必要；或當事人聲請，得傳喚鑑定人到庭說明。此一「務實」之翻轉，確保了絕大多數「無爭議」之常規鑑定案件，得以迅速藉有證據能力之「書面鑑定報告」進行偵查、審理，從而維護了「司法效率」與「鑑定量能」。

(二)機關鑑定之「系統性信賴基礎」與證據能力之合憲基礎

本文進一步主張，刑事訴訟法第 208 條第 3 項賦予機關鑑定報告原則上具證據能力，其立法深意絕非僅止於「訴訟效率」或「緩解鑑定量能」之消極妥協，毋寧是立法者對於此類機關鑑定已具備高度「系統性信賴基礎」之積極肯認。

按傳聞法則之設，其本旨乃在於排除欠缺真實性擔保之審判外陳述，以免錯誤認定事實；惟若該陳述在「形成過程」中，客觀上已

⁴⁸ 事實上，這種現象已不是「未來式」。因為醫審會「誤解」新法規意旨而「拒絕鑑定」，已經造成「癱瘓司法」的實際現況，詳前揭註 8 自由時報報導。

具備「特別可信之情況擔保」，則無須一律透過當庭詰問即足以確保其真實性，此即傳聞例外之法理基礎。是以，立法者賦予特定機關鑑定報告證據能力，並非棄守傳聞法則，而是確認此類證據本質上已滿足了傳聞法則所欲追求之可信性要求⁴⁹。申言之，此一信賴基礎並非憑空而生，實係建立在本文第二章第二節所詳析之結構優勢之上，並將其轉化為法律上的正當性依據：

首先，係「法定職掌之正當性」：以醫審會鑑定而言，醫審會之機關設置源於法律明文授權（詳參醫療法第 98 條），其負有協助司法發現真實之法定公共任務，本質上即具備高度之中立性外觀；其次，係「專業人員之資格擔保」：其組成委員均經主管機關依法定程序遴聘，具備該領域之專業資格與實務經驗；此外，係「合議制結構之功能」：即前述透過內部之「同儕審查」與集體審議機制，能有效過濾單一鑑定人之主觀偏見或認知盲點，形成更具周延性之共識意見。

職是之故，此種由前述「事實結構優勢」所昇華而成之「組織法上的法定性」、「成員的專業性」及「程序上的合議性」，已為該等鑑定報告提供了傳聞法則例外所需之「可信性之情況擔保」。是以，立法者透過第 208 條第 3 項將其定性為傳聞例外，實乃基於對此一系統性信賴基礎之客觀承認，而在「嚴格證明法則」與「實體真實發現」之間，所進行之合憲性權衡與務實建構。

三、刑事訴訟法第 208 條之修正，賦予醫審會等機關鑑定報告優先的證據能力，此一「務實建構」之必要性，以下將引入「車輛

⁴⁹ 參考張麗卿教授於 114 年 3 月 7 日立法院公聽會之報告(第一次主題發言[四])。

「行車事故鑑定」作為類比參照：

(一)「機關鑑定」之形式共通性與現實考量

首先，車鑑會之設立依據，係本於公路法第 67 條第 2 項之立法授權，並由交通部會同內政部、法務部具體落實於《車輛行車事故鑑定及覆議作業辦法》，規定由直轄市、縣（市）政府或交通部公路局分別依法設立之常設性鑑定組織。其執行之業務，目的在於釐清交通事故之肇事原因及過失責任。車鑑會廣設於各縣市，其鑑定案件數量極為龐大，長年以來均為我國處理交通過失案件時，檢察官與法院最常倚賴之鑑定類型。

車鑑會鑑定與醫審會鑑定，雖專業領域不同，然在訴訟上之制度功能與運作模式，具有高度「共通性」。先從形式上觀察，二者均為採「合議制」之機關鑑定模式。兩者均非由自然人鑑定，而是採「合議制」之「機關鑑定」。車鑑會之委員組成，依《交通部公路總局各區監理所車輛行車事故鑑定會設置要點》之規定，包含交通管理、交通工程、車輛工程或法律等領域之專家，亦係透過集體審議形成共識意見；且亦有鑑定委員迴避之規定。此一結構，與醫審會之合議制模式如出一轍，均具備「專業性」與「中立性」之外觀。此一「共通性」之揭示，正突顯了新修正刑事訴訟法所面臨的現實：立法者所考量者，絕非僅有醫療鑑定，而係涵蓋此類鑑定需求量極大者。若要求此類鑑定人均須到庭接受詰問，實務上恐無可能；或必將導致實務癱瘓。因此，修正後刑事訴訟法第 208 條所賦予之原則上具有證據能力，正是對此類鑑定之「實務必要性」與「(相對)可靠性」之立法承認。其所欲平衡者，不僅是針對醫療鑑定，更是整體司法實務中所有倚賴此類大宗機關鑑定之案件類型。

(二)實體法基礎之殊異性：「一般過失」與「醫療特別過失」之區辨

按刑法第 14 條第 1 項規定：「行為人雖非故意，但按其情節應注意，並能注意，而不注意者，為過失。」此為一般過失（客觀注意義務之違反）的基礎定義。然民國 106 年修正施行之醫療法第 82 條第 3 項（刑事責任之限縮）規定：「醫事人員執行醫療業務因過失致病人死傷，以違反醫療上必要之注意義務且逾越合理臨床專業裁量所致者為限，負刑事責任。」同條第 4 項（注意義務之具體化）規定：前項「注意義務之違反及臨床專業裁量之範圍，應以該醫療領域當時當地之醫療常規、醫療水準、醫療設施、工作條件及緊急迫切等客觀情況為斷。」已明確將醫療刑事責任之成立，限縮於「違反醫療上必要之注意義務且顯然逾越合理臨床專業裁量」之「雙重門檻」，此一歸責要件之特殊化，已使其顯著區別於刑法第 14 條之一般過失。此種實體法上「特別過失」地位之確立，亦使醫審會之鑑定功能更能（更應）發揮其效用。

蓋車鑑會所處理者，多屬物理性、機械性之因果流程，其判斷基準相對客觀，旨在釐清駕駛人是否違反刑法第 14 條之一般注意義務。然而，醫審會所面對之標的，已非純然之醫學事實，而係交織了醫療常規、資源限制、風險效益比、以及法律上「合理性」判斷之「醫法交錯」問題。鑑定者不僅須判斷「有無違反注意義務」（且須依醫療法第 82 條第 4 項考量「當時當地」之客觀限制），更須針對「是否顯然逾越合理臨床專業裁量」此一高度不確定之法律概念，提供專業判斷。

正因醫療鑑定之標的具有此種高度「醫法交錯」性，依據醫療法第 98 條及《衛生福利部醫事審議委員會組織規程》第 3 條組成之醫

審會，係一「跨領域合議制」機關，其委員除醫學專家外，更明定應包含「法律專家」及「社會公正人士」，且此二者合計「不得少於委員總額之三分之一」。而進行具體鑑定時，依其作業規範，會由相關醫學專科委員、法學委員及社會公正人士組成「初審小組」或「鑑定小組」，以「合議制」方式進行審查，最終再提報委員會決議。此一「跨領域」之法定結構與合議程序，其目的即在於使醫審會之鑑定，得以在「第一線」回應醫療法第 82 條所提出之法律評價需求。在合議過程中，由醫學專家提供「臨床常規」之邊界；由法律專家與社會公正人士，協助判斷此一邊界在法律評價上之「合理性」，並共同審視被告之行為是否已達「違反醫療上必要之注意義務且逾越合理臨床專業裁量」。

準此，醫審會作成之鑑定報告，已非純粹之事實陳述，而係一份由法定「跨領域合議制」機關，針對「醫療特別過失」要件所作出之「機關判斷」。此種經由醫學、法學、社會通念三方共同審議所形成之專業意見，自應使其原則上具有證據能力，進而發揮其協助檢察官或法院發現真實之功能與價值。

(三)程序改革之借鏡：「到場說明」與「覆議制度」之參採

觀諸現行車輛行車事故鑑定實務，依《車輛行車事故鑑定及覆議作業辦法》第 6 條及第 7 條之規定，鑑定機關舉行會議時，不僅應通知當事人列席，更賦予其陳述之機會。當事人於程序中得報告事故經過，並就委員之詢問即時說明，使鑑定結論能在充分資訊揭露以及當事人互相攻防之下形成。

惟反觀現行醫審會之鑑定程序，恆以「書面審理」為原則，恐無通知醫病雙方到場陳述意見之機制。此種運作模式固係考量醫療鑑定

之專業性與不受干擾性，然在缺乏當事人參與下，鑑定委員僅憑病歷文書進行判斷，恐難全面明瞭臨床實務之動態過程，且喪失使當事人就有疑問之爭點互相對質攻防釐清之機會。爰此，未來醫療鑑定法制之研修，或可參酌前揭車鑑會鑑定制度之設計，適度導入當事人到場陳述或說明之程序，除能強化鑑定結果之正確性、公信力外，亦有助於消弭醫病雙方對鑑定意見之疑慮，達成發現真實與程序正義之雙重目的。

此外，依據《車輛行車事故鑑定及覆議作業辦法》第 11 條規定，當事人或利害關係人對於鑑定會之鑑定意見有異議時，得申請覆議。此種設計，係於原鑑定機關之外，另設一「上級」且「獨立」之二級審查機關，提供當事人明確的程序救濟途徑。如此不僅可強化鑑定品質之內部監控，亦有助於提升鑑定結果之公信力。反觀醫審會鑑定，目前尚乏此類明確之「審級化」審查機制，此點亦或可作為未來醫審會鑑定制度再改革之重要參考。

四、建立雙軌制之鑑定發動以落實當事人武器平等原則

(一)制度內涵：當事人得主動尋求鑑定之「雙軌模式」

本次刑事訴訟法鑑定專章修正案中，最具改良式當事人進行主義精神者，厥為新增當事人得主動尋求鑑定之機制。此制度旨在打破舊制由審、檢機關長期壟斷鑑定權之結構性詬病，以維護被告之訴訟防禦權與武器平等原則。惟細繹新法條文，立法者在開放當事人得主動尋求鑑定時，採取了「雙軌模式」：

1. 當事人「向法院聲請」選任鑑定者：依修正後刑事訴訟法第 198 條之 1 第 3 項規定，當事人得向法院聲請選任「自然人」為鑑定人；復依同法第 208 條第 1 項之準用規定，當事人亦得聲請法院囑託醫

院、學校或其他相當之「機關、機構或團體」為鑑定。總括言之，當事人雖享有發動鑑定程序之聲請權，惟法院仍居於「門檻把關者」之地位，對於是否准許當事人之聲請，以及最終選任之對象為特定之「自然人」或「機關、機構或團體」，法院仍保有決定權。

2. 當事人「自行委任」鑑定者：修正後刑事訴訟法第 208 條第 5 項明定，「當事人於審判中得委任醫院、學校或其他相當之機關、機構或團體為鑑定或審查他人之鑑定」。換言之，當事人僅在委任上開「機關或團體」時，始得不經法院事前許可，直接將該鑑定意見導入訴訟程序中（亦即依刑事訴訟法第 206 條、第 208 條之規定認定其證據能力）；至於個別「自然人專家」，新法並未同步開放當事人得自行委任自然人專家為鑑定並直接將其鑑定意見導入訴訟程序。

(二) 立法選擇：對機關鑑定之「信賴開放」與對自然人鑑定之「風險控管」

承前所述，立法者何以在「自行委任」之權利上，針對機關與自然人作此顯著之區別？本文認為，此一「差別立法」實蘊含了立法者對「系統性信賴」與「風險控管」之務實權衡。

首先，就「機關鑑定」（如醫審會、教學醫院等）而言，因其具備法定職掌、組織規程或社會公信力，且多非單獨一人得為鑑定意見之形成，故立法者對其具有較高之「系統性信賴基礎」，故開放當事人得「自行委任」，此不僅落實武器平等，亦無須過度擔憂其淪為當事人之「代言人」。

反之，就「自然人鑑定」而言，若毫無限制開放當事人私下委任個別專家，恐易生收錢辦事或所謂的雇用「槍手（Hired Guns）⁵⁰」之

⁵⁰ 劉耀明，前揭註 27 文，頁 31。

道德風險，或發生專家資格良莠不齊形成垃圾科學充斥之亂象。是故，立法者雖賦予當事人發動權，得聲請以自然人行鑑定，仍保留法院作為「資格守門人」之審查權（即聲請許可制），以確保鑑定人之適格性與中立性。

準此，現行法此種「機關得自行委任鑑定；自然人須聲請選任鑑定」之設計，雖在形式上未給予被告完全之「私選自由」，然在實質上，已透過適當的開放，使被告得以挑戰起訴時既有之鑑定報告，誠屬兼顧司法公正與武器平等之進步立法。

第五章 審、檢、辯以及鑑定機關於現行制度下之因應與 結論

「醫療鑑定」作為連結醫學專業與刑事司法之橋梁，其制度之良窳，不僅繫乎個案正義之實現，更牽動著司法威信之存續，並影響長期的醫病互信關係，亦攸關醫療體系之永續發展，進而影響整體社會安全。本研究自刑事訴訟法鑑定制度之革新切入，聚焦於醫療事故爭議在刑事程序中之核心挑戰——即醫療鑑定報告（尤其是醫審會）之證據能力與相關訴訟程序探究。歷經前數章之體系詮釋、實務困境分析及比較法之借鏡後，本章將統整研究發現，並分別從法院、檢察官、醫界（鑑定端）及辯方之視角，提出具體建議，最終擘劃未來制度之整體架構。

第一節 務實建構與程序之精進

總結而論，本文獲致以下三點核心結論：

一、刑事鑑定制度修正之正向評價

本次刑事訴訟法對於鑑定制度之系列修正，特別是針對鑑定人資格、選任、報告應載事項及詰問機制之精緻化規範，顯係立法者試圖在「真實發現」與「程序保障」兩大刑事訴訟目的間，尋求更為妥適之平衡點。此種揚棄過往對鑑定制度「規範密度不足」之缺失，轉而邁向務實建構之立法方向，其提升刑事司法程序保障之意旨，誠值肯定。

二、機關鑑定結構優勢之再確認

於醫療爭議此一高度專業、複雜且具備高度「資訊不對等」特性之領域，相較於「個人鑑定」，以醫審會為代表之「機關鑑定」模式，

其結構性優勢不容忽視。醫審會所採取之「合議制」、「同儕審查」及「廣納法律、社會意見」機制，使其鑑定意見係經由複數醫學、法學及社會公正人士之交互論證、質疑與修正後，所形成之「共識意見」。此種制度設計，不僅有助於過濾個別鑑定者可能之偏見或知識盲點，其專業性與客觀性之內涵應更值信賴，實非單一鑑定人所得比擬。

三、醫審會鑑定報告原則上具有證據能力

承上，當機關鑑定具備前述之結構性優勢，且其出具之鑑定報告係依循相關法規所定之嚴謹程序而作成時，其證據之「可信性」已獲初步之程序擔保。在符合修正後刑事訴訟法第 159 條第 1 項、第 208 條之法定要件下，應肯認醫審會之鑑定報告具有「證據能力」，如此方能使訴訟程序聚焦於鑑定意見之實質可信度（即「證明力」）之辯論，而非虛耗資源於證據能力有無之爭議，始有助於提升訴訟效率並保障發現真實。

第二節 建議：各方協力共構之醫療爭議刑事訴訟藍圖

奠基於上述結論，為使醫療鑑定制度能更順遂地於刑事程序中運作，本文分別從檢察官、法院、醫界（醫審會）、被告及辯護人之角度提供建議；並就未來整體制度架構，提出下列方向供參：

一、就檢察官而言：

檢察官身為偵查主體，具有起訴與否的獨佔權；又為實行公訴的國家代表，應擔負主導偵查、監督審判之角色。在如前述修正後刑事訴訟法架構下，檢察官不應將醫療鑑定視為單純的「結論產生器」，而應將其納為可以掌握的「科學證據方法」。具體的認知與作法如下：

(一)建立多元化專家諮詢機制：強化不起訴處分之正當性基礎

檢察官應充實基礎醫事法學素養，在偵查階段即能區辨「醫療結果之不良」與「醫療過失」之本質差異。在醫療爭議之刑事案件中，有不少的比例是源於「醫病溝通不良」或「對醫療不確定性之誤解」（如將某種併發症誤認為醫療疏失）。然無論是否出於「誤會」而產生醫療爭議，檢察官於辦理個案時，首先應於程序上，依醫療事故預防及爭議處理法（下稱醫預法）第 16 條第 1 項偵查中「應」移付調解之規定（調解先行制度），將案件先行移付管轄之醫療爭議調解會調解，藉此得以將「不必要進入訴訟之案件」先行過濾，亦有助於緩和或修復醫病關係。

若經上開程序未能調解成立而必須進行後續之偵查時，檢察官得藉由非正式之「專家諮詢網絡」蒐集意見。針對新法修正後，因鑑定人須具結、具名及到庭說明之規定，導致醫界鑑定意願低落、甚至造成醫審會退件而引發之「鑑定量能癱瘓」現象，法務部與衛生福利部已達成共識，自 114 年 5 月 1 日起推動「醫療專業意見」試辦計畫。據此計畫，檢察官於偵查醫療糾紛案件有徵詢醫療意見之需要時，得函請衛生福利部提供「醫療專業意見」；另外，檢察官亦可向各大醫學中心、法醫研究所諮詢。此類意見雖非正式之鑑定報告，然對於顯無違反醫療常規、或純屬疾病自然進程之不良結果，檢察官於蒐集相關「醫療專業意見」後，若判斷無其他積極證據可證明被告有被定罪之可能者，縱使該等意見之形式未達嚴格之「鑑定報告」標準，亦得據以為參考，依刑事訴訟法之規定逕為不起訴處分。如此有助於過濾顯無成罪可能之案件，以節約司法與醫療資源，並符合刑法謙抑思想與比例原則；亦能有效遏止前述「防禦性醫療」等情況惡化，實現檢

察官為公益代表人之目的。

然而，檢察官為公益代表人，亦需關照告訴人（病方）之權益。承前所述，檢察官雖應善用醫療專業諮詢以過濾濫訴，然此機制之運作，絕非意味著檢察官可將「醫療專業意見」奉為不可質疑之圭臬，而棄守法律評價之職責。司法實務上，不乏經醫審會鑑定意見認定被告之醫療行為「合於醫療常規」或逕認「無過失」，然檢察官經詳查後仍予起訴，甚或法院最終依據其他證據判決有罪之案例。此一實務情況揭示了醫學專業鑑定意見，與法律上是否具有過失之判斷結果未必一致；此亦揭示了僅憑單一鑑定結論即阻斷訴訟，可能對告訴人（病方）之訴訟權益產生保障不足的結果。是以，為避免陷入「科學證據獨斷之誤區」而有害告訴人權益，檢察官在程序操作上，即須落實下列更為精緻之偵查作為，倘經詳細驗證，堪認被告有犯罪嫌疑者，檢察官即不受某特定專業意見拘束，仍應依法提起公訴。

(二)送鑑定前置準備之精緻化：從「打包轉送」到「爭點翻譯」

1.基礎事實之「序列化」與「完整性」控管

醫療行為具有高度的時間連續性；且醫療行為除醫師參與外，亦可能涉及護理人員以及負責檢驗、檢查之其他醫事人員。過去實務偶見檢察官僅將整卷扣押病歷未經篩選整理即全卷送請鑑定，此種純屬打包轉送之方式，易導致鑑定人無法精確掌握整體事實的時序發展，自無從正確為鑑定。因鑑定人並無調查權，所以檢察官在送鑑前，應先確保所有病歷資料完整，包括各項檢驗、檢查報告，甚或跨院際、跨科別之病歷資料完整無缺。如有必要，亦應先傳訊相關醫事人員作證陳述以查明整體醫療過程之事實。蓋若事實基礎不明或錯誤，產出之鑑定意見自無可信度可言。倘檢察官能盡調查之能事，即可彌補前

文第二章所述鑑定機關缺乏調查權，致事實基礎可能不全之結構性缺失。

2. 鑑定提問之「具體化」與「去法律評價化」

送鑑定時，檢察官應避免提出「被告是否有過失？」、「是否違反注意義務？」此類涉及最終法律評價之問題，以免誘導鑑定機關僭越司法職權。反之，檢察官應扮演「法律與醫學的翻譯者」，將法律構成要件轉化為具體的臨床醫學問題。例如，不應僅問「手術是否有疏失？」，而宜以類如下列之方式提問：「依據當時之術前影像檢查結果，治療方式有何其他選擇？如需採手術治療，是否有 A 術式或 B 術式可選擇？各術式之適應症為何？依當時狀況，最後採取 A 術式而非 B 術式，是否符合當時當地之醫療常規？」、「術中發生大出血時，被告採取之止血步驟與時機，是否符合當時當地之醫療常規？」亦即，應以透過「事實性提問」之方式，使鑑定機關針對具體醫療行為進行科學論證，而非僅給予模糊的道德評價或是僭越而為法律評價。綜如上述，檢察官於送鑑定前將事實查明、將送鑑問題具體化等，亦是協助紓解醫審會「鑑定量能負擔」之具體作為。

(三) 鑑定報告之實質審查與公訴防禦：

1. 以「實證醫學」檢驗鑑定報告之邏輯

面對醫審會或其他機關出具之鑑定報告，檢察官不應照單全收，而應依據修正後刑事訴訟法第 206 條第 3 項之精神，檢視其理由是否援引「實證醫學」(Evidence-Based Medicine, EBM) 之文獻、臨床指引 (Clinical Guidelines) 或教科書依據。蓋醫療鑑定係以物理、化學、生物、統計等科學為基礎，但亦有部分是基於經驗而來，故適用在個案上容許其不確定性，在運用醫學鑑定時，必須審視鑑定依據之文獻，

從實證醫學角度，去審視文獻所進行研究方法，是否有進行隨機控制試驗的系統性回顧或者僅是觀察型研究，抑或僅據專家意見而得出之結論，其證明力即有強度不同⁵¹。

因此，若鑑定報告僅有結論而乏推論(例如僅稱「處置尚無不當」，卻未說明理由)，或其依據顯舊於當前醫療水準，此種鑑定報告之證明力恐有不足，檢察官應依職權函請機關「補充說明」或「敘明理由」。此種「偵查中之補充鑑定」，是檢察官確保起訴品質之關鍵。此外，檢察官於偵查中取得鑑定報告或專業諮詢意見時，宜適度向告訴人揭露其核心理由，並給予其表示意見或提出反證之機會。唯有在偵查階段就將鑑定報告的邏輯漏洞填補完成，方能經得起審判中辯方的嚴格挑戰⁵²。

2. 預擬審判中之「科學攻防」策略

隨著新法開放當事人依前述雙軌制聲請或自行委任鑑定，未來公訴檢察官在法庭上，極可能面對辯方提出之權威專家證人意見，針對檢方提出之醫審會鑑定報告進行強烈彈劾。因此，檢察官在起訴前，即應預想「辯方可能攻擊之爭點」(例如：因果關係之流行病學證據力、不同專業學派之見解差異)。針對原則上有證據能力之機關鑑定報告，檢察官應準備好如何透過詰問(或請鑑定人代表說明)，展現該機關鑑定在「方法論之嚴謹度」與「綜合判斷之客觀性」上，優於辯方提出之專家或機關意見。此即將證據戰場從「資格論」轉移至「實質科學力」之具體實踐。

⁵¹ 廖建瑜，如何理解鑑定之證據方法—因應國民法官制度之挑戰(下)，司法周刊，第2060期，110年6月25日，第3版。

⁵² 承前述，於檢察官為不起訴處分之情形，如能透過此種「透明化」之操作，使告訴人有表示意見或提出反證之機會，除能強化不起訴處分之說理密度外，亦是保障告訴人訴訟權益之具體實踐。

二、就法院而言：

法院作為訴訟程序之指揮者及證據之「守門人」，其職責在於確保程序之正當性與鑑定證據之可靠性。面對新法修正後帶來的衝擊，法院應從過往被動的「證據使用者」，轉型為積極的「證據審查者」，並透過務實的程序解釋，化解「專業退場」的危機。

(一)強化守門職責：從「形式審查」邁向「實質方法論檢驗」

在新法架構下，即使於機關鑑定報告形式上已取得證據能力之情況下，法院仍不應「逕行使用」，或僅以「傳統調查書證」之方式行證據調查，而應將審查重心放在鑑定報告「證明力」之實質探究。具體而言，法院可借鏡美國 Daubert 標準之精神，不僅審查鑑定人之資格，更應深入檢視鑑定所使用之「方法論」是否具備科學可靠性、是否為醫學界所普遍接受。當事人（特別是辯方）對鑑定報告提出具體質疑時，法院應落實「訴訟武器平等原則」。若當事人能具體指明疑問所在，法院應依聲請將案件送原機關進行「補充鑑定」；若質疑涉及根本性之偏誤或學派爭議，法院亦得依修正後刑訴法第 198 條之 1 第 3 項規定，准許當事人自行選任鑑定人後，由法院予以「選任」進行鑑定。藉由此舉將能透過多元觀點之辯證，強化判決之正當性基礎；同時，亦經由當事人之訴訟參與並提供意見，提升裁判之折服力。

(二)解決「機關鑑定」與「言詞審理」之衝突：確立「鑑定人代表」模式

新法對於「鑑定人應到庭接受詰問」之宣示，實質上已對醫事人員產生寒蟬效應，導致「鑑定人拒絕鑑定」與「鑑定量能危機」成為迫切之現實。刑事訴訟法第 206 條第 4 項雖規定「應使實施鑑定之人到庭以言詞說明」，惟醫審會之機關鑑定意見，是綜合醫學、醫療行

政、法學、其他社會科學等相關知識或經驗形成的「共識決」，本質上屬於「集體智慧」之產物，而非單一委員之個人意見，自非醫審會成員中特定人之個人意見所得代表。因此，若法院逕行傳喚醫審會之特定成員到場為交互詰問，與前述機關鑑定之合議制精神已有違背。而若將此條文解釋為「所有參與委員均應到庭」，實務上亦顯不可行，蓋依刑事訴訟之程序規範，顯然無法「在法庭上召開醫療審議會」，如此亦將使機關鑑定之合議制優勢（集體審議）因到庭成本過高而瓦解。

本文認為，解決此一衝突之適切解釋，應為採「鑑定人代表」模式⁵³。亦即，法院依刑事訴訟法第 208 條第 2 項命機關說明時，應由該鑑定機關指派「足以代表該案共識意見者」到庭。此一「鑑定人代表」模式，一方面維護了機關鑑定「合議制」之運作效率（無須全員到庭）；另一方面亦確保了當事人之「詰問權」得以實質行使（詰問對象為能代表共識意見之人）。此一解釋，方能使刑事訴訟法第 206 條與第 208 條之「務實建構」得以調和運作。而如此運作的結果，訴訟程序之重點應在確認鑑定過程的合法性及合理性（包含引據資料之適切性、權威性以及論證理由是否充分），藉此以擔保鑑定實質意見的可信性，例如參與鑑定之醫審會成員是否有資格不符者、有利害關係而未予揭露者（刑事訴訟法第 198 條參照）？審查會中就某項爭點曾有如何之討論、各方意見為何？等。然若係對於鑑定意見的實質事項有所疑義，本文認為，此時仍應採前述之「補充鑑定」方式，對於仍存疑問的爭點，由醫審會再召開會議以共識補充（或修正）鑑定意

⁵³ 司法院「刑事訴訟鑑定新制問答集」Q7 參照，瀏覽網址：<https://legal.judicial.gov.tw/FEXE/data.aspx?ty=E&id=FE390010>；最後瀏覽日：114 年 12 月 3 日。

見。蓋到場之鑑定人代表無從逾越原鑑定事項或原鑑定意見範圍，代表機關為補充說明或為補充鑑定⁵⁴。

另需說明者為，過往論者或實務操作上，於討論傳喚醫審會鑑定人到庭時，常有誤認應傳喚負責先行研讀病歷並撰擬初稿之「初審醫師」（亦有俗稱為「初鑑醫師」者）到庭之情事。惟本文認為，此一認知恐有誤會，理由如下：

首先，應區辨「初審」與「審議鑑定」之法律性質：依《醫療糾紛鑑定作業要點》第4點及第5點之規定，醫審會之鑑定流程，係先由「初審醫師」研提「初步鑑定意見」，再提交「醫事鑑定小組」會議進行實質「審議鑑定」。初審醫師之角色，僅在於整理病歷事實、提供專業素材與初步見解，供委員會討論參考；最終對外發生效力之「鑑定意見」，係經由鑑定小組委員交互討論、修正後，達成之「一致之意見」⁵⁵。

準此，就法律評價而言，初審醫師雖進行前揭準備事項，並可能於審議時列席說明，然其既未參與最終之「審議」並與所有委員達成一致之意見，即非鑑定意見之決定者。是以，該初審醫師並非刑事訴訟法規範意旨下所謂之「實施鑑定之人」，自無須依修正後刑事訴訟法第198條第2項揭露利益資訊、亦無須依第202條於鑑定前具結，更無須於鑑定報告上具名⁵⁶。

職是之故，新法第206條第4項所謂「應使實施鑑定之人到庭」，其所指之主體，理論上應為「參與審議並形成共識之全體委員」，而非僅負責前置作業之「初審醫師」。然如前所述，強求全體委員到庭

⁵⁴ 司法院前揭註53問答集Q7參照。

⁵⁵ 醫療糾紛鑑定作業要點第15點規定：醫事鑑定小組會議對於鑑定案件之審議鑑定，以委員達成一致之意見為鑑定意見，不另作發言紀錄。

⁵⁶ 司法院前揭註53問答集Q3參照。

既有現實上之窒礙；而單獨傳喚不具鑑定人身份之初審醫師又於法無據。是故，本文主張由機關指派「鑑定人代表」到庭，始為符合「機關鑑定合議本質」與「新法實質問責要求」之妥適解方。

(三)建構友善法庭環境與優化詰問模式

為避免「越追求程序正義，卻導致專業退出司法」之困境，對於少數「確有必要」命鑑定人到庭之案件，為促使鑑定人願意受囑託為鑑定、願意到庭，法院即應負起責任，建立完善之「鑑定人保護機制」。相關具體作法亦可參考如下⁵⁷：提高鑑定人到庭之日費、旅費，使其因出庭之勞費獲得合理補償；設立專責聯繫窗口，妥善安排其出庭時間，避免無謂之等候及遭當事人之不當接觸；並於開庭時，強化法庭秩序之維護，確保鑑定人（尤其在情緒對立之醫糾案件中）之人身安全與專業尊嚴；甚或透過適當設備進行場域隔離、保護鑑定人身份隱私⁵⁸等，以減少鑑定人出庭之壓力。

另外，對於鑑定人之詰問方式，現行當事人進行主義下之「對抗式詰問」，未必能有效釐清專業問題。法院或可依職權指揮權，參酌本文第三章所述之德國法制「輪替詰問」精神，由法官、檢察官、辯護人依序輪流集中詢問，降低鑑定人之專業受到刑事訴訟技巧之干擾，使鑑定人能無顧慮地呈現其專業知識及經驗，致其論述更清晰、更具體系性，藉此以有效協助司法發現真實。或者，於依現行法採行交互詰問時，採「解說先行」方式進行(參考國民法官法施行細則第 112 條規範)，俟鑑定人、實施鑑定或審查之人先行完整解說實施鑑定之方

⁵⁷ 詳參司法院「禮遇刑事案件鑑定人實施要點」，民國 113 年 12 月 24 日修正。司法院前揭註 53 問答集 Q9。吳振吉，刑事醫療鑑定之實務現況與困境，月旦醫事法報告，第 105 期，2025 年，頁 33。

⁵⁸ 法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第 115 點、第 126 之 1 點規定參照。

法、鑑定過程與鑑定意見後，再由當事人、辯護人針對鑑定人解說內容不明或鑑定報告有疑之處進行交互詰問，以求聚焦，亦能避免兩造漫無邊際之不當詰問，而有效減輕實施鑑定人到庭接受詰問之壓力，並可提升其配合出席說明意願⁵⁹。

三、就鑑定機關而言：

醫審會作為我國醫事鑑定之核心機構，面對新法（尤其是第 206 條第 4 項）可能帶來之「到庭壓力」，其擔憂與反彈雖可理解，然若逕以「拒絕受理鑑定」作為抵制手段，似不免有規避法律權責之咎。本文認為，醫界應積極、正向面對，似可從下列所述著眼：

(一)正視法定職責與機關協力義務

按醫療法第 98 條第 1 項明定：「中央主管機關...應設醫事審議委員會，任務之一即為...醫療爭議之鑑定。」此為醫審會之「法定任務（職權）」⁶⁰。其作為行政機關之一環，對於來自司法機關（法院、檢察官）依刑事訴訟法所為之囑託，具有「機關協力義務」，不應、亦不得拒絕執行。

(二)透過跨機關協商解決量能困境

醫界所擔憂之「鑑定量能」問題，雖非憑空而生，然此為「行政資源」問題，而非「法律義務」之存廢問題。此一困境，應循「機關間協調」途徑解決。具體而言，司法院、法務部與衛福部應建立常態協商平台，共同研議如何簡化囑託流程、精確化鑑定爭點（避免法律問題之詢問），並給予鑑定人合理之安全保障（已如上述）；此外，亦應建立合理之「成本機制」。鑑定機構於接受鑑定前，應明確說明收

⁵⁹ 詳參司法院前揭註 53 問答集 Q10-1。

⁶⁰ 衛生福利部「醫事審議委員會設置要點」第 2 點第 4 款參照。

費標準，並可考量將「鑑定人日後可能需到庭說明」之風險與時間成本，預先計算並納入鑑定費用總額之中，以實質誘因提升醫事人員之參與意願。

(三)提升報告品質，作為「減少出庭負擔」之最佳解

醫審會應體認，降低「出庭機率」最有效之方法，即是強化鑑定報告之「專業可信性」。為強化公信力，醫審會應主動強化程序正當性，除鑑定過程應留存詳實之內部討論紀錄外，鑑定報告書更應詳述其「認定事件過程之依據」及「推論之理由」。當鑑定報告之理由愈詳盡、邏輯愈嚴謹，其在法庭上之證明力即愈強，自較不易遭受當事人挑戰或質疑，此時，法院即無須再傳喚鑑定人到庭說明。換言之，「詳備理由」之鑑定報告，即是醫審會面對言詞審理交互詰問制度之最佳解決方式。此外，醫界亦應充分認知，在新法第 208 條第 3 項之規範下，醫審會鑑定報告原則上具有證據能力。對於絕大多數無爭議、或當事人未具體指摘瑕疵之案件，法院得以書面審查逕行採用，鑑定人「並非」當然必須到庭接受詰問，醫界對此似無需過度焦慮。

(四)主動倡議並內建「鑑定人代表」機制

針對「實施鑑定之人」到庭與機關鑑定「合議制」本質之衝突，醫審會不宜被動等待法院裁示，而應主動倡議並採行「鑑定人代表」模式：

- 1.對外宣告以建立程序信賴：於接受囑託鑑定前，即向囑託機關表明：本件鑑定係採「合議制」、為「共識決」，日後若需到庭說明，將指派「足以說明該共識意見者」到庭；甚且經囑託機關同意該聲明後，始同意實施鑑定。藉此先行程序聲明，使法院於日後審理時，基

於此程序信賴，即不應強求特定個人到庭⁶¹。

2.對內預行整備：在鑑定意見形成之過程中，醫審會內部即應同步「備妥」將來可能需到庭之代表人選。該人選須全程知悉或參與討論過程，以具備能力就「鑑定意見形成過程」、「所憑之事實基礎」、「採用之醫學原理」及「合議過程論辯之爭點」等事項，在法庭上進行有效之說明與辯證。

四、就被告及辯方而言：

在肯認醫審會報告具證據能力之同時，被告與辯護人之防禦權亦應受重視。鑑定報告縱有證據能力，仍須經「合法調查」，才能作為認定被告犯罪事實之憑據。所謂的「合法調查」，按醫審會的鑑定報告，屬於「書證」之一種，法院於審判期日自應依刑事訴訟法有關書證之規定踐行調查程序。就此，對於辯方而言，當然不僅是如傳統「以提示作為調查證據方法」為滿足，在新法架構下，應從「消極之程序抗辯」轉向「積極之實質彈劾」，具體建議如下：

(一)以「具體指摘」啟動對質詰問

法院於審判期日就醫審會之鑑定報告行調查程序時，若辯方欲挑戰該報告之證明力，進而聲請傳喚鑑定人（或代表）到庭詰問，尚不能僅空言泛稱「鑑定報告不公」或「對結果不服」。辯方必須認知，是否能啟動對質詰問程序，在於能否向法院釋明「確有調查之必要」。是以，辯護人應負有「具體指摘義務」，必須詳閱鑑定報告，具體指明其「基礎事實認定之錯誤」、「方法論之瑕疵」或「有未經審酌之重要事證（如重要之影像病歷或文獻資料）」等。唯有提出具體事實及具備科學邏輯之理由，方能有效說服法院該鑑定報告有釐清之必要，

⁶¹ 司法院前揭註 53 問答集 Q7 參照。

進而啟動對鑑定人（代表）之詰問，或裁定再送醫審會為補充鑑定。

(二)善用新法賦予之權利，落實武器平等原則

面對擁有國家資源與專業權威之醫審會鑑定報告，辯方應積極善用修正後刑事訴訟法賦予之權利，以挑戰既有之鑑定報告，達成促進發現真實並保障被告權利。惟承前章所述之新法架構，辯方應區辨「機關鑑定」與「自然人鑑定」之途徑，並採取不同之策略：

1.對於尋求「機關、機構或團體」鑑定：善用自行委任權

依修正後刑事訴訟法第 208 條第 5 項之規定，當事人於審判中得「自行委任」醫院、學校或其他相當之機關、機構或團體進行鑑定，或「審查」他人之鑑定。此為新法賦予辯方最直接之武器。辯方無需經法院事前許可，即得委請其他教學醫院或醫學會，針對醫審會之報告進行專業審查，並將該機關出具之結果導入訴訟程序。辯方應善用此一機制，提出具備「機關公信力」之第二專業意見，從科學角度具體指出醫審會報告之盲點，以建構辯方之主張。

2.對於尋求「自然人專家」鑑定：積極聲請法院選任

若辯方認為案情特殊，須仰賴特定權威教授或專家（自然人）之專業知識始能釐清特定爭點，因新法並未開放當事人得自行委任自然人為鑑定人，此時辯方即應依同法第 198 條之 1 第 3 項規定，備具理由向法院「聲請選任」該特定專家為鑑定人。此時，辯方之重點在於向法院釋明由該專家進行鑑定之「必要性」；並釋明選任該專家之正當性、同時建立其公正性之基礎（例如釋明與被告之間並無特定關係），以使法院審查後准許選任，藉此引入多元專業觀點。

透過上述「自行委任機關」與「聲請選任專家」之雙軌策略，以「科學挑戰科學」之積極防禦作為，方能有效平衡控方（檢察官）所

提出之機關鑑定優勢，於醫療刑事訴訟中實現實質之武器平等原則。

五、未來制度整體建構

為求根本解決現行有關醫事鑑定之困境，除上述各方在現行刑事訴訟法、醫療法等相關規定之架構下共同協力外，國家整體制度架構亦有思索將來再為變革精進之必要，以下幾點，或可作為未來繼續研究之方向以及制度改革之參考：

(一)為增進醫審會鑑定之中立性與民眾信賴，主管機關(衛福部)可考慮規劃將醫審會之鑑定報告比照法院判決，於該特定案件訴訟終結並「去識別化」後，定期以適當方式公開(例如於網路上供查詢)，接受公眾與醫界、法界之檢驗⁶²。

(二)醫審會於鑑定時，應以「實證醫學(EBM)」為鑑定之核心方法論，並於鑑定報告中詳載鑑定意見之理論依據、涵攝推論之過程及理由，以強化其中立性與問責性。在整體制度架構上，未來亦可思考建立醫事鑑定之「層級化覆鑑制度」，當事人若對「第一層級鑑定機構」之鑑定結果不服，且能提出具體事證或方法論上之重大瑕疵時，得聲請送交「第二層級鑑定機構」進行覆鑑⁶³。

(三)本文主要係聚焦於刑事訴訟法修正後，醫療鑑定於規範面與解釋論上之體系建構。惟「法律之生命在於實踐」，新法之「務實建構」是否確能達成預期效益，未來研究亟需朝向「實證法學」之面向深化。具體而言，或可從以下二途徑著手：其一，針對「鑑定品質與司法審查」之量化分析：透過大數據方法，針對去識別化之醫審會鑑定報告進行內容分析，統計其引用「實證醫學」文獻之比例、論理密

⁶² 參考劉素芬，前揭註 20 文。

⁶³ 詳參監察院諮詢專家意見之張麗卿教授書面意見，載於前揭註 4 監察院 103 司調 1 號專案研究，頁 92 以下。

度，以及其與最終法院判決結果之「一致率」或「歧異率」。藉此實證數據，檢驗法院是否確實發揮「守門人」職責，抑或仍舊流於對鑑定結論予以照單全收。其二，針對「鑑定意願與行為誘因」之質性調查或量性分析：對於醫界「拒絕鑑定」之現象，不應僅止於臆測其原因，而應透過大規模問卷或深度訪談，精確研析其深層因素（究係出於同儕壓力、法律風險恐懼、出庭報酬與行政成本考量，抑或對司法程序之誤解？），進而提出精準之對策。盼能藉由上述實證分析所得之客觀數據，與本文之法理架構進行交互驗證與回饋，使我國醫療鑑定制度能隨時代動態修正，真正發揮其作為科學證據之功能，以輔助檢察官精準追訴、協助法院發現真實，以實現毋枉毋縱、保障人權之司法正義。

（四）最後，近期因應新法造成「鑑定量能癱瘓」之衝擊，立法院有委員倡議增訂醫療法第 100 條之 1，主張醫審會受理鑑定時，應改由「委員會名義具名」，並明文排除刑事訴訟法第 208 條第 2 項有關鑑定人具名及具結之規定。此一提案雖旨在解決醫界擔憂，然旋即遭民間司法改革基金會、全國律師聯合會等團體抨擊為「架空對質詰問」、「走回頭路」之退步修法⁶⁴。

針對此一爭議，本文認為，若能正確理解刑事訴訟法關於「實施鑑定之人」之定義，並採行本文前述主張之解釋論，上開醫療法之修正實無必要。蓋誠如本章第二節二、(二)之詳細分析，在法律評價上，僅負責前置作業之「初審醫師」，本即非刑事訴訟法規範意旨下所謂之「實施鑑定之人」；最終對外發生效力之「鑑定意見」，係「鑑定小組委員」達成之「一致之意見」。故「初審醫師」既無須依新法第 198

⁶⁴ 詳參前揭註 7 民間司法改革基金會、全國律師聯合會聲明。

條第 2 項揭露利益、亦無須依第 202 條具結，自始即無須於鑑定報告上具名。換言之，醫界推動修法所欲避免之「個別初審醫師因具名而遭報復」之風險，在正確的法律解釋下，本即不致發生。職是之故，解決當前僵局之正道，應係由審、檢、辯及醫界四方確立：「初審醫師非鑑定人；實施鑑定者為鑑定小組全體委員」之法律概念，並落實本文主張之「鑑定人代表」到庭制度。如此一來，現行刑事訴訟法之規範架構已足以在保障醫師權益與維護被告訴訟權間取得平衡，實應回歸法律解釋，無須另闢蹊徑修正醫療法以排除刑事訴訟法之適用，徒生破壞法制統一性之爭議。

參考文獻

一、中文書籍與專書論文

1. 李茂生，醫療事故刑事責任的判斷架構初探，載於刑事政策與犯罪研究論文集，法務部司法官訓練所刑事政策與犯罪研究中心，民國 101 年 12 月，頁 117-147。

二、學位論文（依發表年份排序）

1. 薛瑞元，刑事訴訟程序中「機關鑑定」之研究，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，民國 89 年。
2. 黃清濱，證據調查與舉證責任之研究—以醫療糾紛訴訟為中心，東海大學法律學研究所碩士論文，民國 93 年。
3. 劉新耀，論鑑定人於刑事訴訟程序中之功能與地位，中國文化大學法學院法律學研究所碩士論文，民國 99 年 6 月。
4. 韓宇軒，醫療糾紛的因果與歸責，東吳大學法律學系碩士在職專班法律專業組碩士論文，民國 104 年 9 月。
5. 陳彥仲，醫事鑑定與專家證人，東吳大學法學院法律學系碩士在職專班碩士論文，民國 106 年。
6. 楊坤仁，刑事醫療訴訟證據調查之研究—以醫療鑑定為中心，國立高雄大學法律學系研究所碩士論文，民國 107 年 2 月。
7. 劉耀明，刑事鑑定報告證據能力之研究—以美國法為借鏡，國立臺北大學法律學系博士論文，民國 109 年 7 月。
8. 張晟瑜，醫事鑑定制度之現況與改革芻議，東吳大學法學院法律學系碩士在職專班科技法律組碩士論文，民國 110 年 7 月。
9. 涂佳慧，民事醫療訴訟之舉證責任—兼論鑑定制度之檢視，國立高雄科技大學科技法律研究所碩士論文，民國 111 年 8 月。

10. 蔡孟純，刑事鑑定制度之研究，東海大學法律學系研究所碩士論文，民國 112 年 7 月。

三、期刊論文（依作者姓氏筆畫排序）

1. 吳振吉，刑事醫療鑑定之實務現況與困境，月旦醫事法報告，第 105 期，民國 114 年，頁 19-43。
2. 林萍章，醫療常規與刑事責任—評最高法院 96 年度台上字第 3084 號刑事判決，月旦法學雜誌，第 175 期，民國 98 年，頁 251-252。
3. 林展甲，醫療鑑定之芻議，全國律師，第 22 卷第 10 期，民國 107 年 10 月，頁 70-84。
4. 林義龍，醫療鑑定制度概況與改善建議，全國律師，第 20 卷第 4 期，民國 105 年，頁 31-41。
5. 林鈺雄，輪替詰問之法庭活動(上)，台灣本土法學雜誌，第 12 期，民國 89 年 7 月，頁 1-25。
6. 廖建瑜，如何理解鑑定之證據方法—因應國民法官制度之挑戰（下），司法周刊，第 2060 期，民國 110 年 6 月 25 日，第 2-3 版。
7. 廖建瑜，刑事訴訟法鑑定新制對醫療刑事案件之衝擊，月旦醫事法報告，第 87 期，民國 113 年，頁 137-161。
8. 劉素芬，醫事鑑定問題與改革方向，醫改會訊，第 10 期。（網址：<https://www.thrf.org.tw/sites/default/files/bulletin1020.pdf>，最後瀏覽日：114 年 12 月 2 日）。

四、政府出版品、研究報告與公報

1. 立法院公報，第 112 卷第 58 期，委員會紀錄，民國 112 年 6 月

16 日 出 版 。 (網 址 :
https://ppg.ly.gov.tw/ppg/PublicationBulletinDetail/download/communique1/final/pdf/112/58/LCIDC01_1125801.pdf, 最後瀏覽日:114年12月2日)。

2. 立法院第 10 屆第 4 會期第 1 次會議議案關係文書，院總第 246 號，政府提案第 17548 號，司法院、行政院 110 年 8 月 13 日函。
3. 立法院公聽會發言紀錄(張麗卿第一次主題發言[四])，民國 114 年 3 月 7 日。
4. 司法院，刑事訴訟法修正草案(鑑定部分)書面報告，民國 112 年 5 月 22 日。
5. 司法院，刑事訴訟鑑定新制問答集。(網址：<https://legal.judicial.gov.tw/FEXE/data.aspx?ty=E&id=FE390010>，最後瀏覽日:114年12月3日)。
6. 監察院，刑事訴訟鑑定探討專案研究(103 司調 0001 號)，民國 103 年 1 月 16 日公告。
7. 監察院，司法科學鑑定制度之研析調查報告(109 司調 0002 號)，民國 110 年 5 月 11 日公告。

五、網路資料與其他

1. 民間司法改革基金會，聲明—從「抗拒改革」到「退步修法」/醫事鑑定不應走回頭路，民國 114 年 11 月 27 日。(網址：<https://www.jrf.org.tw/articles/3090>，最後瀏覽日:114年12月3日)。
2. 全國律師聯合會，對立法院 112 年 12 月 1 日三讀通過刑訴鑑定規定之聲明，民國 112 年 12 月 5 日。(網址：

<https://www.twba.org.tw/news/449140e2-d3e0-4553-b55e-92bb96bfa342>，最後瀏覽日：114 年 12 月 3 日)。

3. 陳彩玲，新制無配套 醫師拒鑑定 近 700 醫糾案 偵查大停擺，自由時報，民國 114 年 2 月 3 日。(網址：<https://news.ltn.com.tw/news/society/paper/1689728>，最後瀏覽日：114 年 12 月 2 日)。