

國立政治大學法律學研究所

碩士論文

論我國民事鑑定制度之法理基礎

-兼論囑託鑑定之妥當性-

指導教授:姜世明博士

研究生:楊理安 撰

中華民國一〇一年七月

July 2012

謝辭

如果我能看得比較遠，那是因為我站在巨人的肩上一牛頓
那些忘恩的人，落在困難之中，是不能得救的一伊索

這篇論文的完成，首先要感謝我的指導教授姜世明老師。從大學時代，姜老師幽默風趣、謙遜深沉的氣質，讓我對學者的風骨有另一番的認識，他激起我對民事訴訟法的學習熱情及興趣，老師總是容忍我魯鈍的提問，也讓我對民訴問題能有許多不同角度的思維。包括我前後多次拿不同的論文題目去向他請教，到後來論文架構的多次修改，都可以看出姜老師對學生的耐心與嚴謹的治學態度。而對於二位口試委員的感謝也必須被提及，許政賢老師令人感到溫暖，且能從不同角度給予我深刻的建議，吳從周老師鞭辟入理的指出我思慮未周的部分，放大我未來的學習視野。三位老師的學養深厚令學生肅然起敬，但三位老師的鼓勵卻又讓人倍感溫暖，如沐春風。另外還須提到者，在研究所生涯中，擔任王千維老師民總、債總課助理的數個學期的時光裡，王千維老師也深刻地影響著我，包括深厚的民法知識與其如同冬日中和煦陽光般的氣質都讓我十分傾慕。楊淑文老師對學生的照顧與關懷令人印象深刻，在老師的契約法課堂裡，我對民事法的理解也得到了近一步的啟發。

家人的協助對於我論文的完成也是不可或缺的，尤其是爸爸，若非他提醒我按時完成論文的重要性，我恐怕至今無法動筆，更不用提及論文後期，爸爸幾乎一手包辦我論文的排版與格式整理。媽媽電話中不間斷的關懷是支持我走下去的動力。與哥哥深夜的暗黑時間，也是完成論文後期紓壓的重要管道。另外，要大力感謝薇葦，在論文寫作初期，我工作繁忙分身乏術之際，多次替我到政大、中原、到中央圖書館等地方尋找、蒐集文獻，在論文寫作後期思考陷入瓶頸時，提供我許多不同的想法，而她的陪伴，也是我精神上的重要支持。

我也要感謝事務所的同事，一邊工作一邊寫論文，不可或缺的就是老

闊及工作夥伴的包容及體諒。感謝廖修三律師，作為我的指導律師及我律師生涯的啟蒙者，其堅定的信念，和藹卻具有說服力的風度，在迄今超過一年半的時間裡都是我學習的對象，而論文撰寫後期，廖律師也容忍了我因論文而任性的半職要求，若沒有這樣的老闆，這篇論文不可能如此順利完成。感謝藝懷學長，不管在執業上還是學問上給予我許多提點，這篇論文题目的起點也是來自於他的建議。感謝俊瑋，他的加入及支援讓我可以 在論文後期，無後顧之憂地請假在家寫作，俊瑋的機敏及其於法學領域上之廣泛知識，也時常影響我論文寫作的方向，沒有他的幫忙，我無法完成一邊工作一邊撰寫論文的艱鉅任務。小白後來的加入也幫助我很多，工作及休息時三人的討論，也在談笑中為我帶來不少的啟發。而吳阿姨、李阿姨的配合及鼓勵，也讓我十分感謝。

我也要感謝我民法組的同學：全晉、小白、小皮、依達、鈺純、映淳、增懿、芳瑜、谷瑛，與你們在一起的時光充滿了歡樂，在搞笑中夾帶著思辯，在吐槽中參雜著鼓勵，這大概可以作為「友情」的楷模。雖然現在天各一方，但往後一定還是會繼續這個相處模式，大家開開心心地一起往自己的道路邁進。也感謝初入政大，允正學長的鼓勵與照顧，他一直是 我學習的對象；也感謝宗佑一直以來的幫助，他是一個真心待人的朋友；也感謝建仁的幫忙，與他的討論豐富了我論文的思考；也感謝欣潔在律訓忙碌之餘，費時協助我校正論文。

對我來說，要感謝的人實在太多了，這邊只能列出對本篇論文有直接影響的人，至於說到對我人生迄今有所幫助的人，全部寫出來會比本文內容還多。在這裡，由於無法一次感謝完畢，我除了像其他人一樣謝天以外，我還要把他們放在心中慢慢回味，因為每當想起幫助過我、鼓勵過我的眾多師長親友，我就在不足的自身中重新感受到我其實是個富有的人。

雖落俗套卻屬真切的是，這篇論文的完成標誌著另一段旅程的開始。我自認用心地完成了這個階段的工作，代表著我也能用心地迎接下個階段的挑戰。懷抱著師長、親人及朋友的鼓勵及期許，昂首闊步地向前進是我

唯一的選擇！回憶起大二時，修習黃源盛老師的中國法制史課程。老師所寫的《中國傳統法制與思想》書序中提到了一首蘇軾的詩，饒富禪意：

廬山煙雨浙江潮
未到千般恨不消
及至到來無一事
廬山煙雨浙江潮

這大概類似於姜老師所說，民訴的學習也會先從「見山是山」到「見山不是山」；再從「見山不是山」到「見山又是山」的境界。似乎所有稱的上是「修行」的事物都是如此。因為「修行」是人生的縮影，而這也許就是人生的寫照。

2012.7.21 凌晨 在木柵



中文摘要

由於時代變遷與社會思潮的急劇變動，現今之民事訴訟充斥著各種現代型紛爭案件，在各種專家參與的形式中，鑑定制度可謂我國民事訴訟法制中存在最久、且利用最多之模式。職此，完善且令人信服之鑑定制度，在涉及高度專業性爭議之案件中，對於負責主張並提出事證之當事人，或負責確定事實、適用法律之審判者，均具有相當程度之重要性。

本論文將介紹民事鑑定制度之發展過程、趨勢，並說明民事訴訟上鑑定制度之定位、鑑定人之選任程序及相關議題。藉由鑑定制度之程序、鑑定之效力、鑑定與類似制度之比較等問題討論，試圖勾勒出我國民事鑑定制度於現行法下之輪廓。針對建構我國民事鑑定制度之法理基礎，本文亦試圖從四個面向為描述，包括合法聽審權保障之要求、鑑定人之中立性要求、訴訟經濟之要求及真實發現之要求等，並試圖將現行法及實務見解下，已被承認或應被承認之當事人程序權利，以及各種基於上開法理基礎之制度設計，予以論述，並深化上開法理要求之內涵。

次以，本文將介紹美國專家證人制度及其相關問題，並與我國鑑定制度為比較，期能尋獲值得借鏡之處。並為改善我國鑑定制度提供另一途徑與方向。此部分除試圖與前開所歸納出之法理基礎為呼應，更思考彼邦制度設計背後之理念，是否適合及如何運用於我國體系。

末者，本文亦試圖將前面章節之研究所得，用以檢視現行實務常見之囑託機關鑑定之若干問題。包括介紹囑託機關鑑定之意義及定位、其與一般自然人鑑定之區異，囑託機關鑑定之優缺點、存在必要性及囑託機關鑑定是否已抵觸鑑定制度之若干基礎法理，造成民事訴訟理想之部分退讓，而有檢討、調整之必要。

目錄

第一章緒論	1
第一節研究動機	1
第一項案例思考	1
第二項鑑定制度之重要性	2
第二節研究範圍	4
第三節研究方法	5
第一項文獻分析研究法	6
第二項外國法比較研究法	6
第三項判決分析歸納法	7
第四項統計資料分析法	7
第四節論文之主要架構	7
第五節研究流程	9
第二章民事鑑定制度概說	10
第一節民事鑑定制度之意義與發展	10
第一項鑑定制度之意義	10
第二項鑑定制度之目的	11
第三項鑑定制度之發展	12
第一款鑑定制度之歷史沿革	12
第二款民事鑑定制度於我國之發展	14
第二節鑑定之程序	15
第一項鑑定之開始及選任鑑定人	16
第一款鑑定程序之開始	16
第二款鑑定人選任之方法及資格	18
第三款已選任鑑定人之撤換	20
第四款合意選任鑑定人	20
第二項鑑定人之拒卻	23
第一款拒卻之原因	23
第二款拒卻之時間限制	23

第三款拒卻之裁定	24
第三項鑑定人之訊問	25
第一款鑑定意見之陳述	25
第二款對鑑定人之訊問	26
第三節鑑定人之權利義務	27
第一項鑑定人之義務	27
第一款充任鑑定人之義務	28
第二款到場及陳述義務	29
第三款具結義務	30
第二項鑑定人之權利	31
第一款費用請求權	31
第二款鑑定資料取得權	33
第四節鑑定人之性質	33
第一項證據方法	34
第二項法院輔助人	35
第三項兼具雙重性格但偏重法院輔助人之思考	35
第一款法院得職權命行鑑定	36
第二款鑑定人由法院選任	38
第三款鑑定人有資料取得權	39
第四款鑑定人之資格及拒卻制度	40
第五款小結	41
第五節鑑定與類似制度之概念釐清	42
第一項鑑定人與證人	42
第一款資格及陳述內容不同	42
第二款可替代性不同	43
第三款資訊取得方式不同	44
第四款人選決定方法不同	44
第五款陳述方式不同	44
第六款機關團體之適格性不同	45
第七款具結方法不同	45

第八款拒卻可否不同	45
第九款可否領取報酬不同.....	46
第二項鑑定證人.....	46
第一款鑑定證人之性質	47
第二款鑑定人兼證人	48
第三款鑑定人、證人、鑑定證人之比較.....	49
第三項鑑定與勘驗.....	52
第一款實施之機關	52
第二款證據方法之性質	53
第三款作成之書面	54
第四款資訊之取得	55
第五款小結	56
第四項鑑定與通譯.....	56
第五項鑑定與專家參審	58
第一款專家參審之介紹	58
第二款專家參與審判諮詢.....	62
第三款鑑定與專家參審之異同.....	63
第三章建構鑑定制度之法理基礎及相關問題	65
第一節合法聽審權.....	66
第一項概說.....	66
第一款合法聽審權之意義.....	66
第二款合法聽審權之基本內容.....	68
第三款合法聽審權於鑑定程序之作用	74
第二項鑑定時在場及意見提供權	75
第一款證據調查程序	75
第二款鑑定準備程序	76
第三項鑑定資料閱覽權.....	80
第一款鑑定準備之資料	80
第二款鑑定書之閱覽	81
第四項對鑑定人之發問權.....	82

第一款發問權之依據	82
第二款鑑定人到場接受發問	85
第三款發問之方式	86
第四款違反之效果	87
第五項鑑定意見之採納與理由記載	87
第一款鑑定意見之效力	87
第二款鑑定意見採納之理由記載	91
第二節鑑定人之中立性要求	92
第一項鑑定人中立性之根源	92
第二項拒卻制度與鑑定人之中立性	93
第一款拒卻制度概說	93
第二款執行職務有偏頗之虞之認定	94
第三款拒卻之特殊限制	98
第三項私鑑定與鑑定人之中立性	99
第一款私鑑定之意義	99
第二款私鑑定之效力	100
第四項鑑定人責任與中立性	106
第一款民事責任	106
第二款刑事責任	109
第三款國家賠償之爭議	110
第三節訴訟經濟之要求	110
第一項訴訟經濟之理念	110
第二項鑑定制度中訴訟經濟理念之作用	115
第三項從訴訟經濟觀點看鑑定之必要性	117
第一款鑑定必要性之意義	117
第二款鑑定必要性之思考流程	118
第三款補充鑑定及再鑑定之必要性問題	126
第四節發現真實之要求	128
第一項發現真實之理念	128
第一款從民事訴訟之目的出發	128

第二款發現真實作為民事訴訟重要理念.....	130
第二項發現真實作為鑑定制度之指導原則.....	132
第三項鑑定人之資料取得權與發現真實.....	134
第一款概說.....	134
第二款鑑定人之求問權.....	135
第三款其他資料取得之方法.....	136
第四款當事人或第三人之協力義務.....	137
第四項當事人對鑑定人之發問與發現真實.....	140
第一款作為控制鑑定正確性之方法.....	141
第二款我國之實務運作.....	143
第三款對於專家發問之方法.....	145
第四章他山之石-美國專家證人制度.....	150
第一節美國專家證人制度之介紹.....	150
第一項前言.....	150
第二項美國聯邦證據規則之相關規定.....	150
第一款聯邦證據規則之介紹.....	150
第二款相關條文內容.....	151
第三項普通證人與專家證人.....	155
第四項提出專家證人之程序.....	157
第五項專家證人制度常見之疑慮.....	160
第一款黨派性.....	161
第二款不易理解性.....	162
第六項法院職權指定專家證人之思考.....	163
第一款概說.....	163
第二款法院職權指定專家證人之目的.....	163
第三款法院職權指定專家證人之反思.....	164
第二節專家證人制度相關爭議問題.....	166
第一項概說.....	166
第二項專家證言之主題.....	167
第三項專家證言之基礎.....	170

第一款基礎之來源.....	170
第二款專家對於基礎資料之公開.....	171
第四項專家證言之容許性問題.....	172
第一款概說.....	172
第二款商業市場接受規則.....	174
第三款 Frye v. United States.....	175
第四款 Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.....	177
第五款 General Electric v. Joiner.....	181
第六款 Kumho Tire Co. v. Carmichael.....	183
第七款聯邦證據規則之修正.....	184
第三節對專家證人之評估與借鏡.....	185
第一項專家證人制度與鑑定人制度之比較.....	185
第一款當事人介入程度.....	185
第二款專家之黨派性與中立性.....	186
第三款當事人之勞費程度.....	188
第四款專家是否到庭接受詰問.....	189
第五款專家身分之公開性.....	189
第二項專家證人值得借鏡之處.....	190
第一款可靠性審查.....	190
第二款交互詰問以保障真實.....	193
第三款中立性之反思.....	194
第五章我國囑託機關鑑定制度之觀察與檢討.....	195
第一節概說.....	195
第一項囑託鑑定之意義.....	195
第一款囑託鑑定之定位.....	195
第二款囑託鑑定存在之理由.....	198
第三款囑託鑑定之程序.....	199
第二項囑託鑑定之立法淵源.....	201
第二節常見運用囑託機關鑑定之案件類型.....	202
第一項醫療案件.....	202

第一款醫事囑託機關鑑定沿革.....	203
第二款行政院衛生署醫事審議委員會之組織.....	204
第三款受理案件範圍.....	206
第四款鑑定處理流程.....	206
第五款鑑定資料來源.....	208
第六款費用之收取.....	209
第七款鑑定意見之表現.....	209
第八款中立性條款.....	210
第二項工程案件.....	210
第一款行政院公共工程委員會工程技術鑑定委員會.....	211
第二款受理案件範圍.....	212
第三款鑑定處理流程.....	212
第四款鑑定資料來源.....	214
第五款費用之收取.....	215
第六款鑑定意見之表現.....	215
第七款中立性規範.....	216
第三項交通案件.....	217
第一款車輛行車事故鑑定委員會.....	217
第二款受理鑑定事項範圍.....	219
第三款鑑定處理流程.....	220
第四款鑑定之覆議程序.....	222
第五款鑑定資料來源.....	223
第六款鑑定費用之收取.....	224
第七款鑑定意見的表現方式.....	225
第八款中立性條款.....	226
第三節囑託機關鑑定制度與當事人之程序權.....	227
第一項囑託機關鑑定制度之特色.....	227
第一款較具權威及信用.....	227
第二款原則上不提供實際鑑定人姓名.....	229
第三款以決議方式作成最終鑑定意見.....	230

第四款以規範之形式強調中立性.....	231
第五款鑑定機關代表到場說明之機會不高.....	231
第六款鑑定資料多依賴囑託機關之提供.....	231
第二項囑託機關鑑定制度對當事人程序權之影響.....	232
第一款概說.....	232
第二款當事人之發問權受限.....	232
第三款當事人之在場權受限.....	235
第五款真實發現之疑慮.....	239
第六款促進訴訟之疑慮.....	240
第七款轉委託之疑慮.....	241
第四節囑託機關鑑定制度之改進方法.....	242
第一項針對鑑定機關不願派員到庭之問題.....	242
第一款鑑定機關不願派員到庭之現實因素.....	242
第二款相對應之配套措施.....	245
第二項針對鑑定意見作成方法之問題.....	246
第三項針對實際鑑定人匿名問題.....	247
第四項針對鑑定程序拖延之問題.....	247
第一款於鑑定機關外培養其他鑑定單位.....	247
第二款加強鑑定機關與當事人之溝通.....	249
第五項針對轉委託之疑慮.....	249
第六項針對具結之問題.....	250
第六章結論.....	251
第一節本文回顧與建議.....	251
第二節結論與展望.....	254

第一章緒論

第一節研究動機

第一項案例思考¹

2000年春，L國小之校舍興建工程，開始設置預壘樁並開挖地基。同年底，於第三層土方開挖進行中，發現局部預壘樁樁體脆裂並產生變化，經改善後基地再次呈現穩定狀態。翌年，系爭工程承造人H公司經營不善欲解散並進行清算，L國小終止與承造人H公司等之工程契約。其後，L國小僱工回填已開挖之地基，並以預壘樁設計及監造有疏失為由，向系爭工程之設計人及監造人C建築師起訴請求以下費用包括：基地回填費用、埋於回填基地內之支撐鋼材費用、工地維護管理費用、另於他處重新設計校舍之建築設計費用等。訴訟過程中，鑑定機關以「災變原因及相關技術責任分析」作為鑑定課題，原則上認定C建築師對於預壘樁之設計及監造有過失且為災變發生原因。一審法院逕採鑑定報告之內容並認為L國小之主張有理由。C建築師不服且因而上訴，二審中，C援用一審主張，認為該事件僅是「須改善之施工缺失」而非「災變」，並提出相關災變認定依據，質疑鑑定事項之前提已有錯誤。此外，C亦指出預壘樁強度測試已符合經國家認證實驗室之標準，並提出相關書面資料佐證，其於監造上並無過失、而實際上系爭基地並無回填必要性，預壘樁脆裂改善後基地持續呈現穩定狀態達一年半以上，故該事件與基地回填並無因果關係，並提出物證、證人、其他鑑定人之說明佐證，並申請補充鑑定，惟鑑定機關於鑑定書中以假設條件認定預壘樁之脆裂於符合此等假設因素之情況下，仍與回填有因果關係。由於整體鑑定意見(包括補充鑑定意見)曖昧不明，C即聲請法院要求鑑定機關派員到庭說明並接受發問，而法院亦發函鑑定機關，惟鑑定機關主張此與機關內部慣例不符拒絕派員到庭說明。二審因此仍大致維持C敗訴之判決。

¹此部分案例僅屬虛構，惟可作為本文具體思考問題之開端，故置於研究動機中。

思考問題：

- 一、訴訟上何時需要鑑定？
- 二、鑑定人之性質為何？法院是否得囑託機關作為鑑定人？
- 三、鑑定人行鑑定時，當事人是否得在場並提供意見？
- 四、鑑定所依據之資料來源為何？是否須公開於兩造並使其交換意見？
- 五、法院應如何審酌鑑定意見之效力？
- 六、鑑定機關是否須派代表到庭說明鑑定意見並接受發問？

第二項鑑定制度之重要性

由於時代變遷與社會思潮的急劇變動，現今之民事訴訟充斥著各種現代型紛爭案件，諸如：涉及高度專業性質之醫療、營建工程、專利侵權、環保、證券金融、海商、勞資爭議、家事，交通和少年等案件類型。而此等涉及高度專業性之案件類型，雖有主張透過設置專業法庭、專業分股等方式增加審判者接觸特定種類案件機會，並藉此提升裁判品質。然而，僅侷限審判者素質方面去進行改善，仍有其極限性²，蓋雖審判者均被推定屬於具有高度法學素養及識見不凡之人，吾人仍無法苛求審判者能通曉世間萬事，復加以各種新穎之明日產業根本無法被充分預測，導致民事紛爭解決對於特別知識之需求無窮無盡。故妥善利用各種第三人專家之參與形式以輔佐審理案件之法院或協助負有舉證責任之當事人，即有其不可忽視之必要性。

確實，專家可本於各種不同角色，介入並參與民事紛爭之解決，例如

²以醫療事件為例，邱琦法官指出，台灣醫療法於 2004 年 4 月 28 日經總統令公佈增訂第 80 條規定：「司法院應指定法院設立醫事專業法庭，由具有醫事相關專業知識或審判經驗之法官，辦理醫事糾紛訴訟案件。」司法院並於 2004 年 7 月 21 日以院台廳司一字第 93001884 號函指定台灣高等法院、台中高分院、高雄高分院、台北、板橋、士林、台中、高雄地院自 2005 年 1 月 1 日起設置民事、刑事醫療專庭。同時司法院亦經常舉辦研討會，邀請醫學專家演講，以協助法官充實醫學專業知識，提升審理醫療訴訟之能力。然而醫療專庭法官畢竟並非醫學專家，對於複雜的醫療程序，往往不易掌握真正爭點，難以認定損害之有無、因果關係之存否，以及是否違反注意義務。邱琦法官舉一肩難產之案例：A 醫師為孕婦甲施行超音波產前檢查時，預估胎兒乙體重為 2321 公克，A 醫師並未告知甲不宜自然生產。嗣後 B 醫師以自然生產方式接生，但乙出生時體重 4070 公克，並受有左臂神經叢傷害。則本件爭點何在？究竟是 A 或 B 醫師有過失？其過失行為態樣為何？與乙所受之損害間有無相當因果關係？法官為了釐清事實爭點，並作成正確之法律判斷，即有借助專家意見之必要。邱琦，醫療專庭與專家參審--以德國、法國商事法庭為借鏡，月旦法學，185 期，2010 年 10 月，頁 81。

提供專業諮詢、紛爭仲裁或參與案件調解等，然而，在各種專家參與的形式中，鑑定制度可謂我國民事訴訟法制中存在最久、且利用最多之模式。職此，完善且令人信服之鑑定制度，在涉及高度專業性爭議之案件中，對於負責主張並提出事證之當事人，或負責確定事實、適用法律之審判者，均具有相當程度之重要性。

是以，欲經由鑑定制度來止息紛爭並保障私權，必須此一鑑定制度能有效率地得出客觀、公正且切題之最終結果。否則，不當的鑑定制度往往將導致訴訟糾紛更為擴大。換言之，執行鑑定工作除須仰賴鑑定人個人豐富之學理涵養、實務經驗、明察秋毫之能力及超然客觀公正之立場，更需具備完善之程序規範及相關作業準則，用以作為鑑定人執行鑑定工作時之準繩，並因此能促使當事人、法院與鑑定人間有良性互動，並使當事人更能信賴鑑定意見及其所直接或間接導致之審判結果，防止紛爭再燃。從而，建立完善並公正的專業鑑定制度，方能確保鑑定之有效性、實用性及可信性，並避免糾紛因此無法有效解決，甚至更趨於複雜、沸揚之情形。

職是之故，鑑定人如何將其專業知識呈現於法庭中？如何之制度設計始能讓鑑定人充分並無遭誤導地陳述其特別知識？如何之制度設計能讓審判者及兩造當事人最容易清楚認識該專業知識之具體內容？一般知識與特別知識如何區隔？如何之制度設計能擔保鑑定意見不致偏頗且受當事人信賴？當事人是否有積極參與鑑定運作之程序權利？此等制度設計是否存在一定之指導原則或制度理念？依循此等法理，則現行制度是否具有改善空間？此均屬民事鑑定法制之重要課題，有深入探討之實益。此外，現行實務常採用之囑託機關、團體鑑定，其存在雖有不得不然之現實原因，惟該等制度於適用上是否已充分考慮當事人程序權利之保護，並符合鑑定制度之基礎法理？亦值思考並有待進一步確定。

故為尋找上開問題之解答，先透過現行法及實務見解之介紹，以描繪現行我國鑑定制度既有之輪廓，再進一步探究是否能借學說見解及外國法制以發現現行制度所需改進之處，使鑑定人能更充分地以其專業之特別知

識協助法律訴訟之真實發現及訟爭解決，以求達成適正裁判之理想。此即為本論文之研究動機。

第二節 研究範圍

首先，本文將藉由鑑定制度之意義、存在目的、法定程序、與類似制度之比較、鑑定課題及鑑定人之資格等問題討論，試圖勾勒出民事鑑定制度於現行法之輪廓與定位。進一步針對民事訴訟上之鑑定制度，配合民事程序之訴訟觀、上位概念及程序目的，並輔以現行法、實務及學說見解試圖尋找建構我國鑑定制度之法理基礎。探尋出此等法理基礎後，再以此等法理檢視我國現行鑑定制度，尤以囑託鑑定之特殊情況，進一步探究其正當性基礎是否應受挑戰，或確實有其不得不存在之理由。

由專家提供其專業知識以參與紛爭解決程序之制度形式不一，而本文之研究標的主要在於「民事訴訟程序中之鑑定制度」。惟透過鑑定制度使第三人提供特別知識之訴訟程序並不限於民事訴訟程序，諸如：為發現真實並確保國家刑罰權發動正當性之刑事訴訟；抑或在於解決國家公權力行使爭議之行政訴訟，均仰賴鑑定制度，並有使特別專業知識進入法庭之必要性。本文雖對於其他訴訟程序之鑑定制度亦有一定程度之參考、比較，惟此並非本論文所欲深入探討之課題。

此外，在刑事訴訟領域因我國刑事訴訟法於九十二年修法後採改良式之當事人進行主義，即審判之進行以當事人之主張、舉證為中心，法院基於當事人之主張及舉證進行調查、裁判，論者已有主張應順應潮流而引進英美法制之專家證人制度，並檢討專家證人法制與我國鑑定人、鑑定證人之異同，藉以改正我國現行實務上有關鑑定人制度之若干弊病，反觀民事訴訟法雖有向左走、朝向廣義職權主義發展之趨勢，惟於現行民事訴訟仍可評估為採用修正辯論主義之情況下，是否以當事人主導專家參與之專家證人制度潮流，亦相當程度影響或適用於我國民事訴訟制度，亦值思考。

再者，本文所稱之專業知識，係指法院審理程序中不可或缺之相關知識與經驗定則，而此等知識與經驗定則為法院所缺乏，須透過第三人補充者。故法院所需求之專業知識，將涉及各種特殊專業領域之知識。而各種可能之專業技術理論及原理，諸如：醫學專家提出意見之理論基礎、工程鑑定之具體審查細節或交通鑑定之具體審查標準等，雖亦屬重要，惟就此等事項之完整論述，本文除無能力為之，亦不願為之；本文之主軸僅就民事訴訟中鑑定之制度之功能目的、當事人程序權利、法理基礎及體系關聯，於我國民事訴訟法之規定下為綜合整體之討論分析。此乃本文研究之另一限制。

末者，本論文所稱之「囑託鑑定」係指法院依民事訴訟法第 340 條第 3 項囑託機關、團體或商請外國機關、團體為鑑定或審查鑑定意見之情形，諸如於醫療案件由法院囑託行政院衛生署之醫事審議委員會所為之鑑定，於工程案件囑託行政院公共工程委員會工程技術鑑定委員會，或於交通事件囑託各區之車輛行車事故鑑定委員會等是。按民事訴訟法第 340 條於民國 89 年 2 月 9 日曾經修正，修正前條文係以「法院依第 289 條之規定，囑託機關、團體陳述鑑定意見或審查之」者為前提，但修正後第 340 條第 1 項規定，已刪除「法院依第 289 條之規定」之文字，「法院認為必要時」，復將原定「囑託機關、團體陳述鑑定意見或審查之」改為「得囑託機關、團體或商請外國機關、團體為鑑定或審查鑑定意見」後，論者有謂現行條文已改變修正前第 340 條所定「囑託鑑定」之性質⁴，係明文承認機關、團體得如同自然人鑑定人一般，作為證據方法。本文認為此部分修正是將囑託鑑定與民事訴訟法第 289 條之規定為切割。故關於民事訴訟法第 289 條此種類似鑑定卻非鑑定之制度亦非本文主要探究之範圍。

第三節 研究方法

³民事訴訟法第 340 條：「法院認為必要時，得囑託機關、團體或商請外國機關、團體為鑑定或審查鑑定意見。其須說明者，由該機關或團體所指定之人為之（第一項）。本目關於鑑定人之規定，除第三百三十四條及第三百三十九條外，於前項情形準用之（第二項）。」

⁴此部分請參本文第五章第一節。

本論文所採取之研究方法主要如下：

第一項文獻分析研究法

針對中外學者之研究文獻，進行收集、閱讀與比較，其範圍包括國內外教科書、我國及大陸地區著作及譯作、期刊論文、學位論文、外國判決及網路資料等，透過這些研究文獻之蒐集、歸納及比較分析，以增進對於學說意見或實務運作之瞭解，並從而提出本文所主張之觀點與建議，以達研究目的。

本文所引用國內文獻部分，由於專門研究民事訴訟上鑑定制度之文獻雖不至付之闕如，惟其數量確實有限，故本文乃對於有關刑事訴訟上鑑定制度之文獻多加參酌，並著眼於民事訴訟與刑事訴訟之制度目的、訴訟觀及實定法規定之不同，作為取捨及類比之思考基礎。國外文獻部分，囿於外語能力之限制，雖仍將透過譯著、轉引及少量直接閱讀，試圖描繪德國、日本及其他國家之鑑定制度，惟主要仍將重點置於美國法上專家證人制度之相關文獻，以期能尋獲與我國現行制度互相呼應或互相碰撞產生火花之學術素材。

第二項外國法比較研究法

藉由對於國外立法例之介紹及分析制度上之優缺點，進一步與我國法制為比較研究，並探討我國法制是否存在缺失，而此等缺失是否可借他山之石而磨去，是否有因此引進相關法制之必要，試圖提出建議以供參考。蓋我國民事鑑定制度，乃藉由具特別知識之第三人於訴訟程序中陳述關於特別法規或經驗定則之意見，作為證據之用者，而各國之訴訟程序或有定位不同、名稱不一者，惟均存在此種「借用具有專業知識之第三人之制度」，可茲參酌。本論文擬介紹美國法之專家證人制度，並探究該制度於美國實務上之適用情況，並與我國鑑定人制度做一比較分析；另就同為大陸法系之德國法及日本法上所規定之相關鑑定制度，亦部分援引以比較與

我國鑑定程序之差異及優劣，藉此為我國鑑定制度之改善提供方向。德國法制中有關參審制度中專家參審之規定，亦將於相關章節探討其與鑑定制度之差異及適用於我國之可能性。

第三項判決分析歸納法

本文將就我國實務上，涉及鑑定制度相關問題所存在之判決見解，加以討論、歸納並類型化，並針對判決間之見解不同及其與學說之差異，予以研究、分析。按從事程序法之研究，應以實務見解為出發，並針對以判決及現行法所描繪出之實務現況給予見解，方具研究意義。蓋程序法雖有其理想性，惟究非空中樓閣，若無法理解實務向來見解、目前走向及其背後實際理由，即無從提出具有實益之見解供參。故以實務上之具體運作情形及法律見解為例，說明現今鑑定制度有何不當及產生爭議之處，並應為如何之修正與改進，始能作出初步貢獻。

第四項統計資料分析法

本論文亦蒐羅現有之統計資料，藉由數據分析，以了解部分相關制度之實況。蓋「數字會說話」，透過對於統計資料之分析，諸如：案件上訴三審理由類型之比例、利用醫療糾紛鑑定之案件類型比例等，均可於分析實務見解之餘，用另一種觀察方式得出或印證本文之想法及主張。

第四節論文之主要架構

本論文共計六章，初步介紹如下：

第一章為概說，主要在說明本文之研究動機、研究範圍及所採用之研究方法，並透過此一章節來說明本論文的研究主題與問題意識所在。

第二章將介紹民事鑑定制度之發展過程、趨勢，並說明民事訴訟上鑑

定制度之定位、鑑定人之選任程序及相關議題。藉由鑑定制度之程序、鑑定之效力、鑑定與類似制度之比較等問題討論，試圖勾勒出我國民事鑑定制度於現行法下之輪廓。

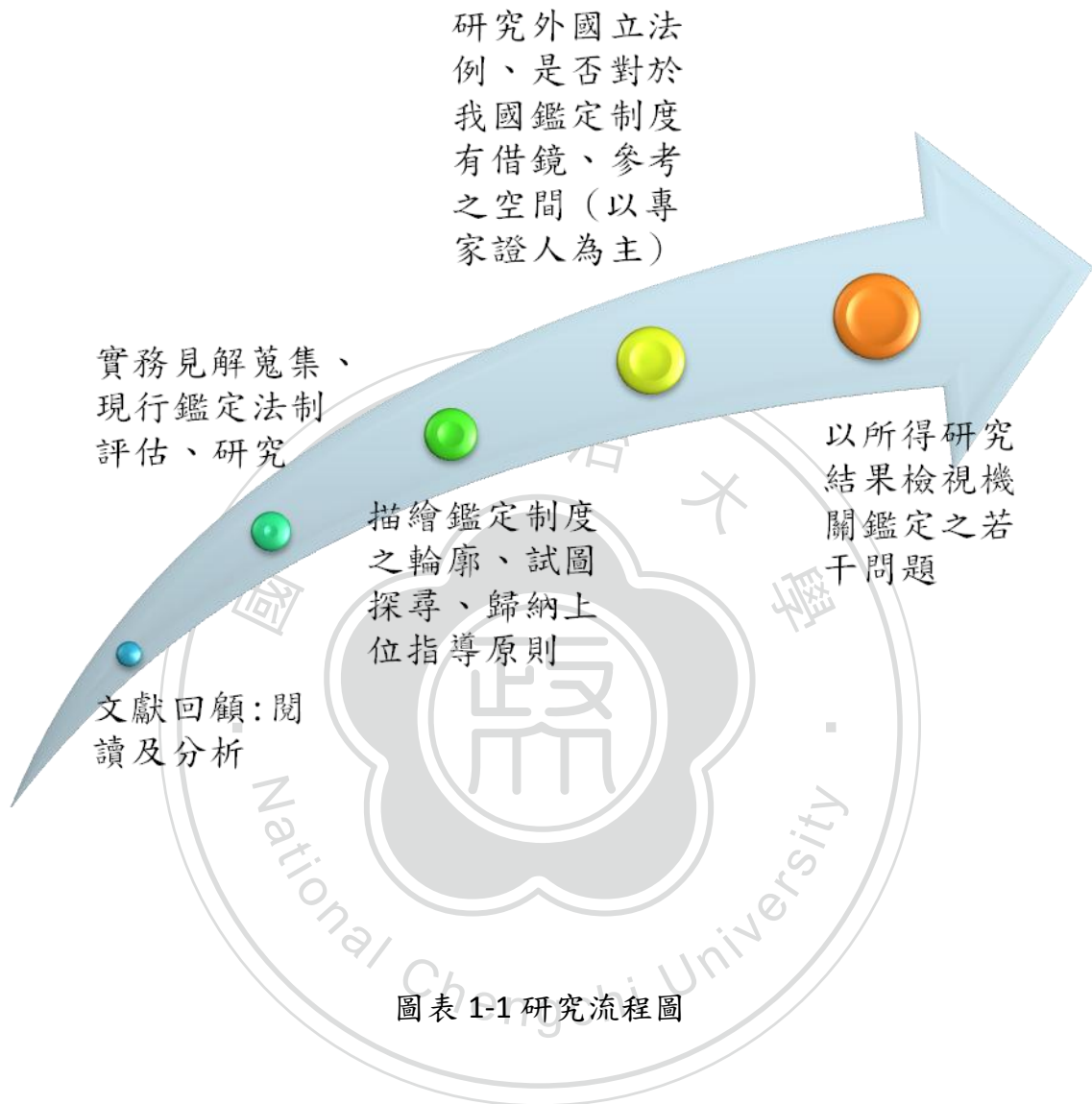
第三章將試圖從四個面向，針對建構我國民事鑑定制度之法理基礎作描述，包括合法聽審權保障之要求、鑑定人之中立性要求、訴訟經濟之要求及真實發現之要求等，並試圖將現行法及實務見解下，已被承認或應被承認之當事人程序權利，以及各種基於上開法理基礎之制度設計，予以論述，並深化上開法理要求之內涵。

第四章將介紹美國專家證人制度及其相關問題，並與我國鑑定制度為比較，期能尋獲值得借鏡之處。本章擬以美國聯邦證據規則所規定之專家證人制度為主要探究對象，並將之與我國鑑定制度做一比較分析，為改善我國鑑定制度提供另一途徑與方向。此部分除試圖與第三章所歸納出之指導原則為呼應，更思考此等制度設計背後之理念，是否及如何運用於我國體系。

第五章之重點在於，將前面章節之研究所得，用以檢視法院囑託機關鑑定之若干問題。本章內容將包括對囑託鑑定之意義及定位為介紹、並指出其與一般自然人鑑定之差異，包括囑託鑑定之優缺點、存在必要性及最重要者—即囑託鑑定是否已抵觸鑑定制度之若干基礎法理，造成民事訴訟法之理想部分退讓、受限，而有檢討、調整之必要。而種種爭議，或有因現行法規定而生、或有因實務見解長期累積之定見而生、或有因受囑託之鑑定機關長久存在之慣例而生。就此，是否有全面檢討之必要，即為本章重點。

第六章為結論及建議，重在回顧前述章節之重點，並依此提出本文之結論及對現行鑑定法制之若干思考及建議供參。

第五節 研究流程



圖表 1-1 研究流程圖

第二章民事鑑定制度概說

第一節民事鑑定制度之意義與發展

第一項鑑定制度之意義

涉及訴訟者，無論是確定私權關係之民事訴訟，抑或作為國家發動刑罰權前提之刑事訴訟，皆以認定事實，適用法律為其主要內容。而法律之適用，須有一定事實存在為前提，欲證明事實之存在，基於證據裁判主義，原則上必須具有一定之證據存在為其先決條件。於民事訴訟中，欲判斷為訴訟標的之權利或法律關係存否，或確定其必要事實時，須依民事訴訟法所定證據方法⁵（如：證人、證書、勘驗物）並經法定調查證據程序始得為之。亦即仍有滿足嚴格證明要求之必要⁶。而鑑定制度為民事訴訟法所規定之證據調查制度，「鑑定人」則屬民事訴訟法中之法定證據方法之一種。

關於鑑定之定義，學者有謂鑑定乃以具有特別知識之第三人，在訴訟程序上陳述關於特別法規或經驗定則之意見，為證據之用者⁷；有謂鑑定係為輔助法官對事物之判斷能力，命有特別學識經驗之第三人，本於其專門知識、技能經驗，陳述特別規律或經驗法則之證據調查程序⁸；而鑑定人者，有謂在他人之訴訟中，依法院、受命法官或受託法官之命，就指定之鑑定事項，以其特別知識陳述意見之第三人也。故以鑑定人之陳述，足供證據之用者，是為鑑定⁹；亦有謂鑑定乃為輔助法官之判斷能力，命具有特別學識經驗之第三人，本於其特別知識、技能或經驗，陳述特別法規或特別經

⁵所謂之證據方法，係使法院確信其主張為真實，而可供證明用之有形物體。換言之，即法官於訴訟上，為形成心證，依其五官之作用，所得利用為查驗對象之有形物。有形物得為證據方法之適格者，謂之有證據能力或證據適格。就待證事實因欲獲得心證所為查驗證據之行為，謂之調查證據(Beweisaufnahme)。調查證據方法之結果，足以影響法官認定事實之效果者，謂之證據力(Beweiskraft)或證據價值(Beweiswert)。民事訴訟法第二百八十五條及第二百八十六條所稱之證據，即指證據方法而言，並分為「人的證據」，例如證人、鑑定人是；與「物的證據」，例如證書、勘驗物是，參陳計男，民事訴訟法論（上），三民書局，2006年，頁448。

⁶陳計男，民事訴訟法論（上），三民書局，2006年，頁454。

⁷王甲乙、楊建華、鄭健才，民事訴訟法新論，三民書局，2009年7月，頁447。

⁸陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（中），三民書局，2008年1月，頁509。

⁹吳明軒，民事訴訟法，自版，三民書局總經銷，2007年9月，頁940。

驗法則之證據調查¹⁰。自上開歧異不大之定義可知，鑑定制度係以具有特別知識、學識經驗之鑑定人作為證據方法，並以鑑定人本於其特別知識為基礎所做成之鑑定意見作為證據資料¹¹，俾以釐清或證明待證事項之證據調查制度。而所謂之鑑定人係受法院選任，以自己之專門知識，在他人之訴訟程序上，向法院陳述關於特別規律或經驗法則之意見或就特定事項提供判斷意見之第三人¹²。

第二項鑑定制度之目的

民事訴訟上，常有特殊專門性之事實存否成為爭點、特別之經驗法則或外國法、習慣法及地方法令等適用成為問題，甚至為妥適解釋並適用法律而有多方考慮科學知識及社會現實之必要。法院於調查證據之際，對於自身缺乏專門知識或特別經驗之特殊事項，因無法直接判斷該項事實之真偽、存否，即必須借助第三人之專業能力提供意見，始能獲得證明及理解。蓋世事繁雜、人情萬千，法院遇有無法掌握之專門知識、技能、經驗或各種特別規律之情形乃屬平常。法院之法官為法學菁英，雖受過法學之教育及訓練，惟對事實之認定若遇有上開特殊情事，亦無法被期待能單以其法學素養或日常所累積之知識、經驗，釐清並認定事實，故由專業之第三人提供此等特殊知識、資訊，以輔助法官之判斷能力，同時將其作為證據方法予以利用，以使這類特別知識、資訊之使用在程序上客觀化、透明化。現行民事訴訟上，有關此種特定知識、資訊及資料蒐集之證據調查即係鑑定程序。此外，現今社會之科技進步，帶動工業發達、商業及服務業繁榮，導致公害訴訟、產品責任訴訟、醫療訴訟、交通訴訟等各種昔日並不多見之現代型訴訟不斷地增加，而此類訴訟之爭議點與特殊專門知識有著高度

¹⁰陳計男，民事訴訟法論（上），三民書局，2006年，頁508。

¹¹所謂之證據資料，即法院調查證據方法後，所得之資料。例如證人訊問後之證言、鑑定後之鑑定意見、證書之內容、勘驗之結果及當事人訊問之陳述是。證人、鑑定人、證書、勘驗物、當事人僅在提供資料，其本身並非證據資料。又法院依調查證據方法以外之行為所得之結果，例如依本法第二百八十九條囑託調查所得之覆函，或調查報告，也屬證據資料。在具體事件中，並非所有證據方法均能供為證據資料，例如不知待證事實之證人，無內容之文書，或所供資料不足以鑑定，且更有實際上無助於法院形成心證之證據資料（例如不被採用或被排斥之證據）。故所謂證據資料係指有助於法院獲得心證認定事實者而言。參陳計男，民事訴訟法論（上），三民書局，2006年，頁450。

¹²陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（中），三民書局，2008年1月，頁509。

相關性，通常無法利用一般常識逕為判斷，不得不依賴鑑定，故鑑定之結果常對訴訟之勝敗具有決定性之作用，足見鑑定對於現代民事訴訟有舉足輕重的地位，鑑定制度之良窳，將深刻影響訴訟品質及司法公信力。

第三項鑑定制度之發展

第一款鑑定制度之歷史沿革

關於鑑定證據作用於審判上，有著長久的歷史傳統。早在巴比倫文化時期，法院裁判即有引用具有專業知識者意見之習慣，傳統中國、印度、波斯及埃及亦同；另於早期希臘，在法律上有爭執的案件，常輔以援用醫學及自然科學知識之記載，尤其對於不明死亡的案件上，即常以醫學的鑑定報告來加以說明、辨證；在羅馬時期，對於債權行為的損害賠償規定，亦有清楚描述損害鑑定的紀錄¹³。

從日耳曼法時代，德國即有延請法庭醫師陳述有關專門意見之習慣，惟鑑定之普遍化則在 1532 年的 Carolina 法典頒佈之後¹⁴。當時之司法實務上，諸如精神障礙之責任能力鑑定，主要是由大學之神學部來執行，直到十八世紀末葉左右，才改由大學的醫學部執行。至於大學醫學院精神鑑定制度之確立，是在十九世紀中葉以後的事情¹⁵。綜觀上述之情形，鑑定才是實質上的裁判，因此，鑑定人被認為是「實質上的裁判者」。此種鑑定人與法官的關係，及至十九世紀末葉仍未改變。直到 1871 年德意志帝國成立，刑法及刑事訴訟法等相繼被制定，由於訴訟法採自由心證主義，法

¹³ Dippel:Die Stellung des Sachverständigen im Strafprozeß, 1986, S.5、Arbab-Zadeh:Des Richterseigene Sachkunde und das Gutachterproblem im Strafprozeß., NJW 1970, S.12-14.轉引自張麗卿，鑑定證據之研究-以精神鑑定，臺大法學論叢，第 24 卷第 1 期，頁 306。

¹⁴由於在中世紀時期，裁判並非法律專家所作成，是由各地之貴族及權力者透過獨任或數人協議而作成。Carolina 法典針對此一情形，規定在有重大困難事件，應送母都市(Mutterstadt)之上級法院或法科大學，加以記錄、鑑定，此即「記錄送付制度」，此種制度直到 18 世紀末為止，都支配德國的司法制度，大約是在 19 世紀末葉時才被廢止。Dippel:Die Stellung des Sachverständigen im Strafprozeß, 1986, S.7 轉引自張麗卿，鑑定證據之研究-以精神鑑定，臺大法學論叢，第 24 卷第 1 期，頁 306-307。

¹⁵張麗卿，鑑定證據之研究-以精神鑑定，臺大法學論叢，第 24 卷第 1 期，頁 307。

官的地位及權限被強化，鑑定人之地位相對地被減弱。因此，原本屬於「事實上裁判者」之鑑定人，到了 1877 年以後，便成為單純法官輔助人的角色，針對此種情形，判例亦多有說明¹⁶。

在傳統中國，論者指出，諸如明、清時期之民事法中，作為取證方式之鑑定於立法中並無明確規定。而刑事法律¹⁷中，則有關於屍體檢驗之規定，依律由州縣官員帶領仵作進行屍體檢驗，但在程序中，仵作僅屬司法官員之助手，並非獨立的訴訟主體。明清時期的訴訟中，之所以不存在法定的鑑定制度，論者有主張是由兩方面的原因所造成：一是當時科學技術落後；二是明清時期的官本位主義意識。科學技術長期落後的結果，導致社會上專業技術人員缺乏，社會分工因此相對粗率，社會知識之專門性普遍不強，司法官員則在實踐中較少遇到難以解決的專門知識問題，縱有出現，亦屬偶發現象，故立法上也不認為有必要對專業人員參與訴訟作出規範。此外，由於古代中國自隋唐科舉制度確立以後，國家唯一的專業考試就是選任官員之科舉考試，造成社會形成對官員的崇拜觀念，認為官員應無所不能，若司法官員在裁量過程中偶遇難解之問題，其餘人員亦未必能夠解決（此種問題）。在此二種觀念因素支配下，使得明清時期並未明確將鑑定制度法制化¹⁸。

雖然，從實際情形加以觀察，明清時期之司法實踐中，鑑定出現的概率非常低，論者仍以部分蒐集到之案件¹⁹分析鑑定於明清時期之實踐特徵

¹⁶相關判決如：RGst52, 161 (1918); RGst57, 158 (1923); RGst69, 98 (1925); RGst51, 42 (1917); BGHst3, 27 (1952); BGHst7, 239 (1955); BGHst8, 113 (1956)。轉引自張麗卿，鑑定證據之研究-以精神鑑定，臺大法學論叢，第 24 卷第 1 期，頁 307。

¹⁷關於刑事鑑識之發展，於我國歷史上，應用專業知識、經驗或技術，破解刑案的情形，發展最早且最為人知者，應推宋慈編寫的《洗冤集錄》。宋理宗，淳祐五年（西元 1245 年）起，宋慈擔任「常州軍事及湖南提點刑獄」期間，開始編寫《洗冤集錄》，於淳祐七年（西元 1247 年）完成，刊行在湖南憲治。著作主要涵蓋相驗屍體的方法和死因判斷，其中還詳敘凍死、餓死、縊死後屍體的特徵，並且區別自縊死亡和被人勒斃的不同。同樣地，對於辨別生前溺斃或死後落水、被火焚屍或死後焚屍，也有辨別方法的精闢描述。此外，《洗冤集錄》也是一本毒物學，書中列舉食物中毒、煤炭（即一氧化碳）、硫化物、砒霜等中毒的不同表徵，更難能可貴的，這些成就都是在 19 世紀英、德、奧、法等國涉足法醫學專門領域之前所完成。因此，後人讚揚宋慈的《洗冤集錄》確實是人類歷史上第一部有系統的法醫學鉅著，實不為過。陳祐治，專家證言與鑑定，檢察新論，2009 年 07 月，頁 139。

¹⁸蔣鐵初，明清民事證據制度研究，北京：中國人民公安大學出版社，2008 年 6 月，頁 121-122。

¹⁹諸如清代龍岩縣監生林聯魁與翁希謙爭房產一案：蔡姓祖傳房屋一所，分為兩處。順治年間，

²⁰。認為明清時期之鑑定，主要均由司法官員提起，而非由當事人所聲請。又之所以會產生此種現象，某程度仍得以前述之「官本位主義」作為解釋。蓋於此意識支配下，當事人對官員之知識一般不敢存有懷疑態度。倘若當事人對某一問題要求官府表示應向某些專業人員請教時，在很大程度上會惹得官員不快，認為是當事人輕視他，從而影響案件之公正性，即使不滿裁判，救濟措施仍為向上一級司法機構提出上訴，此仍不違背官本位意識，因為上級官員比下級官員能力更強，正是官本位意識的一部分。然而，若有鑑定結論，對於事實認定還是具有一定作用，司法官員均會參照鑑定結論對案件作出判斷。不過，昔時鑑定結論之作用與現代民事訴訟鑑定意見之作用還是有所差異。現代訴訟中，法官如需要依職權提起鑑定，一般都是對爭議事實並不具有專門知識，因而無法作出判斷，所以有交付鑑定之必要性，而在明清時期之鑑定，司法官員並非完全因為對於鑑定事項一無所知才安排鑑定。通常對於偽造之書證已有真偽判斷，只不過為確保無誤，才安排鑑定。鑑定於此僅屬司法官員慎重辦案之表現。然而，更多時候本應該交付鑑定之事項，卻因被司法官員忽略，而未進行調查，鑑定之功能因此受到侷限。

第二款民事鑑定制度於我國之發展

我國的鑑定制度於民國 19 年 12 月 26 日，國民政府制定民事訴訟法時，即存在於證據一節（第 3 目、第 311 條至第 327 條）。民國 24 年 2 月

蔡祇齋賣一處屋與翁平兆，翁平兆子翁玉山於康熙五十七年賣于林瑤木，為林瑤木與共丁林聯魁居住。康熙二十五年，蔡倚雲賣另一處房屋給翁若貢，為其子翁瑛與翁瑛之侄翁希謙居住。兩處房屋之間，有一大坪，雙方爭執不休。林聯魁提供的翁玉山的賣房契約尾部有“大坪照上手契書，不得隔斷”的補充字樣。而同樣由林聯魁提供的蔡祇齋賣房于翁平兆的老契上亦有“大坪公共曬穀。不得隔斷”的字樣。兩者相比，驗證一致，似乎無可懷疑。但審理者認為新契的內容非常詳細，為何單遺漏大坪字樣，而需在契尾補充呢？另外，新契尾部所添字樣與契內筆跡的形體豐神判然不同。而老契的字跡又與林聯魁呈詞字、跡相同。因此，司法官認力老契可能是林聯魁偽造的，其中增加了關於大坪的內容，而真正的老契則為林聯魁隱藏起來。據此，司法官員懷疑新契約尾部的內容是林聯魁擅自添加的，便將該老契、新契契尾添注之字及林聯魁的呈詞傳示龍溪、南靖二縣及並漳府教授，當堂各加細看，俱稱覆呈與老契字出一手，新契後添注之字，實與契內不符。林聯魁的證據遂被否定。此可參，（清）徐士林撰，陳全倫、畢可娟、呂曉東主編，徐公讞詞，齊魯書社，2001 年，頁 364、蔣鐵初，明清民事證據制度研究，北京：中國人民公安大學出版社，2008 年 6 月，頁 122-123。

²⁰蔣鐵初，明清民事證據制度研究，北京：中國人民公安大學出版社，2008 年 6 月，頁 122-125。

1 日公布 636 條版本之民事訴訟法中，條文號碼雖有改變，但仍置於證據一節（第 3 目、第 324 條至第 340 條）。其後，條文實質內容雖有修正，但架構與現行法已無差異。及至民國 89 年民事訴訟法之大幅修正，證據法改革作為修正之重點項目，其中就鑑定程序大略有如下之變革：加強當事人對於鑑定人之選定權（修正第 326 條第 2 項）、擴大鑑定義務人之範圍（修正 328 條）、加強鑑定人之中立性、公正性（修正第 330 條第 1 項、第 331 條第 2 項）、明定鑑定資料之提供義務及當事人之意見提供權（修正第 337 條第 1、2 項）、擴充機關、團體之鑑定義務（修正第 340 條 1、2 項）等²¹。

對於鑑定制度條文之修正，學者許士宦認為²²：「新法對鑑定人所為定位，雖仍屬大陸法系之法官輔助人型，並非英美法系之專家證人型，而加強其中立性、公正性，但為使鑑定制度發揮協助當事人妥適選擇紛爭解決方式或法官適時作成正確裁判等機能，同時加強法院與鑑定人間及當事人與鑑定人間之協同、協力關係，並加重機關、團體之鑑定義務。相較於德、日立法例，新法之增修規定具有下述特色：明定當事人或第三人負一般鑑定協助義務，助益於鑑定所需資料之蒐集；賦予當事人鑑定意見提供權，確保當事人之程序權；擴充機關、團體之鑑定義務，借助團體力量以迅速充實鑑定內容。此等變革，已擺脫繼受外國法之束縛，饒富制度創新之積極意義。」然而，對於新法之上述修正規定，學說上不僅就鑑定人之地位究竟僅為證據方法或兼具法院輔助人之性質有所爭議。且有學者就鑑定人之中立性及囑託機關、團體鑑定之相關規定亦批評其在立法例上為不當²³。究竟應如何解釋鑑定人之地位？囑託機關、團體鑑定之機能及妥當性如何？不管是在解釋論或立法論上，均屬值得吾人探究之問題。

第二節 鑑定之程序

²¹司法院編，民事訴訟法部分條文對照表暨說明，2000 年，頁 146 以下

²²許士宦，鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（上），台灣本土法學雜誌，第 66 期，2005 年 1 月，頁 54。

²³姚瑞光，民事訴訟法論，2004 年，頁 469、472-473。

第一項鑑定之開始及選任鑑定人

第一款鑑定程序之開始

鑑定程序原則上始於當事人鑑定之聲請，而當事人聲請鑑定²⁴，應表明鑑定之事項（民事訴訟法第 325 條參照）。所謂鑑定事項，即應待鑑定人依其特別知識陳述意見之事項而言。而聲請鑑定，所以應表明鑑定之事項者，目的在於使法院、受命法官或受託法官知悉當事人兩造對於應證事實之爭執，據以判斷有無命行鑑定之必要²⁵。聲請鑑定與聲明人證不同，後者必須表明證人²⁶，而前者不必。蓋證人必須陳述自己所經歷之具體事實，為不可代替之證據方法，以主張親身經歷待證事實之特定第三人為限，此必須由聲請人具體表明；而鑑定僅重視鑑定人之特別知識或特殊經驗法則，凡具有此等特別知識或特殊經驗法則之人，均有得為鑑定人之資格。況且選任鑑定人之權限，本屬於法院、受命法官或受託法官（民事訴訟法第 326 條、327 條參照），故聲請鑑定，並無表明鑑定人之必要²⁷。

法院於必要時亦得職權命行鑑定，從而開啟鑑定程序。蓋法院不能依當事人聲明之證據而得心證，為發現真實認為必要時，得依職權命行鑑定（民事訴訟法第 288 條參照）。此外，法院因闡明或確定訴訟關係，或因使辯論易於終結，認為必要時，亦得依職權命行鑑定（民事訴訟法第 203 條第 4 款、第 269 條第 4 款參照）。準此以觀，法院命行鑑定，非以當事人聲請鑑定為限²⁸，惟此部分職權調查為保障當事人之合法聽審權，應於

²⁴聲請鑑定之方法，或以書狀為之，或以言詞為之，均無不可。以書狀為之者，或提出聲明證據之書狀、或於準備書狀或其他書狀附帶為此聲明，當事人得依其自由意見決之。以言詞為之者，當事人或於言詞辯論時向法院提出、或於準備程序期日向受命法官提出，或於法院書記官前以言詞陳述，由書記官作成筆錄，以代書狀之提出（民事訴訟法第 122 條參照），皆為法之所許。即在法院囑託他法院指定法官調查證據之場合，逕向受託法官以書狀或言詞提出，亦無不可（民事訴訟法第 191 條參照）。證據聲明之方法，參吳明軒，民事訴訟法，自版，三民書局總經銷，2007 年 9 月，頁 890 以下。

²⁵吳明軒，民事訴訟法，自版，三民書局總經銷，2007 年 9 月，頁 946。

²⁶民事訴訟法第 298 條第 1 項：「聲明人證，應表明證人及訊問之事項。」

²⁷陳計男，民事訴訟法論（上），三民書局，2006 年，增訂三版，頁 509；吳明軒，民事訴訟法，自版，三民書局總經銷，2007 年 9 月修訂七版，頁 947。

²⁸吳明軒，民事訴訟法，自版，三民書局總經銷，2009 年 10 月修訂八版，頁 954。應注意者係，鑑定除依當事人之聲明為之外，可否依職權行鑑定之問題，日本學者通說採否定說，陳計男，民

命行鑑定時，使當事人就此有陳述意見之機會，此種精神亦可見於民事訴訟法第 288 條第 2 項。如該項鑑定意見自始未經當事人對之陳述意見，即採為裁判之基礎，其裁判即有法律上之瑕疵（最高法院 44 年臺上字 72 號判例參照²⁹）。

應注意者係，有學者指出此項規定之目的在於使得作為裁判基礎之事實合於實質真實，以濟辯論主義之窮，亦即關於本條規定之適用，法院仍須注意辯論主義之精神，非有必要，不得為本條所定職權之濫用³⁰。另有學者從法律安定性及辯論主義修正之角度分析，傾向認為法院之職權調查，除特殊事件類型外，在法院適當闡明後，如當事人決定不提出該證據聲明，即應回歸辯論主義之模式操作³¹。而目前實務上，上級審法院對於職權調查證據發動之裁量，其事後審查許可性呈現高度不穩定狀態，將造成事實審法院「盡量職權調查證據」，進而產生司法成本上之困難，並可能引致法律安定性欠缺及當事人動輒上訴之不良後果。亦即最高法院對於民事訴訟法第 288 條之適用，應儘量確定出一較可依循之界限，而非將法官職權之介入無限上綱³²。解釋上，民事訴訟法雖規定法院得依職權調查證據，然當事人之舉證責任並不因此而有所減輕，是故當事人因未盡舉證責任而受敗訴之判決後，自不得以法院未行使此項職權，據為上訴之理由，最高法院 30 年上字第 204 號判例亦同此旨³³。此外，自聲請鑑定之實

事訴訟法論（上），三民書局，2006 年，頁 510。

²⁹最高法院 44 年臺上字 72 號判例要旨：「顯著事實，苟非當事人提出而法院得為之斟酌者，應在裁判前令當事人就其事實有辯論之機會，此觀民事訴訟法第二百七十八條第二項之規定自明。本件原審所斟酌之前開顯著事實，既非由何造當事人提出，而在裁判前又未曉諭當事人就此而為辯論，乃遽採為裁判之基礎，自難謂其裁判無法律上之瑕疵。」

³⁰吳明軒，民事訴訟法，自版，三民書局總經銷，2009 年 10 月，頁 898。

³¹姜世明，民事證據法實例研習（二）暨判決評釋，新學林出版股份有限公司，2006 年 11 月一版，頁 237。民事程序法之發展，其非訟化現象（法官裁量權之擴大）及不確定法律概念之運用，在民事程序法上與民事程序法上傳統原則及法律安定性呈現緊張之關係，而對於民事程序法上究竟保留多少空間給予事實審法院「裁量」，在民事程序法學上仍屬一疑問。

³²姜世明，民事證據法實例研習（二）暨判決評釋，新學林出版股份有限公司，2006 年 11 月一版，頁 238。關於辯論主義第三命題遭修正之問題，另可參姜世明，民事訴訟法基礎論，元照出版公司，2011 年 1 月，頁 56。蓋此等作法是否以對於涉及司法成本支出、法院負擔等問題，進行有意識之審慎評估？而此成本是否為我國司法所堪承受？我國法官是否已準備向職權探知主義之方位靠攏？即屬應深思之議題。

³³最高法院 30 年上字第 204 號判例要旨：「法院不能依當事人聲明之證據而得心證，或因其他情形認為必要時，得依職權調查證據，雖為民事訴訟法第二百八十八條所明定，然當事人之舉證責任，並不因之而減輕，故因未盡舉證責任致受敗訴判決之當事人，不得以法院未行使此職權為上

務操作角度觀之，由於鑑定費用仍應由當事人先行墊付，將來作為訴訟費用之一部。倘兩造當事人均不願墊付鑑定費用時，法院依職權行鑑定即有實際上之困難³⁴。

第二款鑑定人選任之方法及資格

依民事訴訟法第 326 條第 1 項之規定，鑑定人由受訴法院選任，並定其人數。又有調查證據權限之受命法官（民事訴訟法第 270 條第 2 項、第 3 項參照）或受託法官（民事訴訟法第 290 條參照）依鑑定調查證據者，準用第 326 條之規定，其命行鑑定，亦有選任鑑定人之權限。但經受訴法院選任鑑定人者，則不認受命法官或受託法官有此權限（民事訴訟法第 327 條參照）³⁵。法院、受命法官或受託法官選任鑑定人，應以裁定行之。此項裁定，因屬訴訟程序進行中所為之裁定，又無得為抗告或異議之特別規定，故當事人縱使不服亦不得為抗告或異議（民事訴訟法第 483 條、485 條第 1 項參照）。

如前所述，當事人聲請鑑定，原則上僅需表明鑑定之事項，不必表明鑑定人。惟法院、受命法官或受託法官於選任鑑定人時，得命兩造當事人陳述意見，供選任之參考（民事訴訟法 326 條第 2 項前段參照）。而當事人陳述意見，應提供具體人選之有關資料，供法院、受命法官或受託法官擇優選任之。關於選任鑑定人之人數，原則上亦屬於受訴法院之權限（民事訴訟法 326 條第 1 項後段參照），法院應視鑑定事項之繁、簡、難、易以定其人數³⁶。通常以選任鑑定人一人為常見，俾免增加不必要之鑑定費用。遇有繁難之鑑定事項，選任數人為鑑定人，或選任機關團體作為鑑定人亦無不可。

實務上，由於鑑定人或鑑定機關、團體之選定，與訴訟之勝敗具有高

訴之理由。」

³⁴陳計男，民事訴訟法論（上），三民書局，2006 年，頁 529。

³⁵吳明軒，民事訴訟法，自版，三民書局總經銷，2007 年 9 月，頁 946。

³⁶吳明軒，民事訴訟法，自版，三民書局總經銷，2007 年 9 月，頁 947。

度關聯，當事人（尤其有訴訟代理人者）多半於向法院提出鑑定聲請之同時，即會針對鑑定人之入選表示意見，其中更不乏兩造當事人對於鑑定人選有所爭執之情形，亦常見法院闡明當事人須於提出鑑定聲請之同時，針對鑑定人之入選表示意見者。按鑑定之結果常左右審判之結果，如鑑定人之選任僅由法院獨自為決定，不使當事人參與決定過程，將流於法官專擅，即令鑑定結果正確，亦難令當事人心服，徒然增添當事人聲請補充鑑定之動機，無法達到紛爭一次解決之要求。再者，我國民事訴訟原則上仍採行辯論主義，而事實上當事人對於何人適合作為鑑定人，將比法院更深入研究探求，所以法院應儘量參考兩造當事人各自提出之人選，不宜自行決定鑑定人選。當然，因選任鑑定人依法係受訴法院之職權（民事訴訟法第 326 條第 1 項參照），故當事人所推薦之鑑定人選並無拘束受訴法院之效力。

應注意者係，若鑑定人本身有民事訴訟法第 32 條第 1 款至第 5 款³⁷情形之一者，亦即具有如同法官自行迴避之原因者，法院不得選任該人為鑑定人（民事訴訟法 330 條第 1 項參照）；僅在無其他適當之人可為選任或經兩造合意指定時，始不受此規定之限制（同條但書參照）。此外，自鑑定之定義即可得知，鑑定人應為當事人以外之第三人，此與證人應為第三人同其旨趣，故鑑定人自不許當事人或與當事人同視之法定代理人為之。況且鑑定人並非不可代替之證據方法，當事人之訴訟代理人、參加人、輔佐人均係為當事人之利益而參與訴訟，本不宜作為鑑定人。又諸如為本案判決效力所及之人，其與該訴訟亦有切身之利害關係，如以此等人選作為鑑定人，實難期待其為公正、誠實之鑑定，故法院不宜選任此等人為鑑定人，以免遭人非議、有損司法公信³⁸。

³⁷民事訴訟法第 32 條：「法官有下列各款情形之一者，應自行迴避，不得執行職務：一、法官或其配偶、前配偶或未婚配偶，為該訴訟事件當事人者。二、法官為該訴訟事件當事人八親等內之血親或五親等內之姻親，或曾有此親屬關係者。三、法官或其配偶、前配偶或未婚配偶，就該訴訟事件與當事人有共同權利人、共同義務人或償還義務人之關係者。四、法官現為或曾為該訴訟事件當事人之法定代理人或家長、家屬者。五、法官於該訴訟事件，現為或曾為當事人之訴訟代理人或輔佐人者」。

³⁸吳明軒，民事訴訟法，自版，三民書局總經銷，2007 年 9 月，頁 940。

第三款已選任鑑定人之撤換

已選任之鑑定人，無論係法院主動指定或依當事人之合意指定，若有不能勝任、不盡職責之其他不適當之情形者，依民事訴訟法 326 條第 3 項之規定，法院得撤換之。鑑定人係由受命法官或受託法官選任者，該法官亦有撤換鑑定人之權限。惟鑑定人由受訴法院選任者，受命法官或受託法官依民事訴訟法第 327 條但書之規定，既不得再選任他人為鑑定人，故應無撤換該名鑑定人之權限³⁹。法院、受命法官或受託法官撤換鑑定人，應以裁定行之。此項裁定，亦屬訴訟進行中所為之裁定，且並無得為抗告或異議之特別規定，故當事人縱使不服亦不得為抗告或異議（民事訴訟法第 483 條、485 條第 1 項參照）。應注意，法院、受命法官或受託法官非有正當理由，不得為本條項職權之濫用。至於鑑定人經撤換後，應另行依法再選任鑑定人，自不待言⁴⁰。

第四款合意選任鑑定人

當事人合意指定鑑定人者，應從其合意選任之，此明定於民事訴訟法 326 條第 2 項後段。蓋因經兩造合意指定之鑑定人，其公正及誠實既為兩造所信任，法院自無不從其合意選任之理。惟法院認其人選不適當時，仍得不受其合意之拘束，另行選任適當之人為鑑定人（民事訴訟法 326 條第 2 項但書參照）。評價上此等合意屬於法定訴訟契約⁴¹之類型。

³⁹王甲乙、楊建華、鄭健才，民事訴訟法新論，三民書局，2009 年 7 月，頁 449。

⁴⁰吳明軒，民事訴訟法，自版，三民書局總經銷，2009 年 10 月，頁 956。

⁴¹所謂之訴訟契約在定義上有廣義及狹義之別，並依其區分標準而有不同分類。其一，就程序而言，其狹義者乃指當事人間所為，使其主要法律效果發生在訴訟法領域者，而不包括對於強制執行程序發生作用者；至於所謂廣義訴訟契約則指複數當事人間對於訴訟相關事項，於訴訟前、訴訟中或強制執行前、強制執行中所為得使其主要法律效果發生在該等程序者。其二，就契約主體而言，狹義訴訟契約係指訴訟上當事人間成立之契約；而廣義者則亦將第三人納入訴訟契約之主體範圍。其三，就合意之方式而言，狹義者限於對立合意型之訴訟契約（即兩造互為意思表示之合意）；而廣義之訴訟契約，則亦包括平行合意之訴訟契約（即一造當事人向法院為意思表示，他造當事人向法院表示同意）。姜世明，任意訴訟及部分程序爭議問題，元照，2009 年 3 月，頁 5、姜世明，民事訴訟法基礎論，元照出版公司，2011 年 1 月，頁 136。其他定義，參陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（中），三民，2005 年 3 月，頁 447；陳自強，訴撤回契約之研究，台灣大學法律研究所論文，1986 年 6 月，頁 8。

基本上，學者多認為在辯論主義及處分權主義適用之範圍內，著眼於實體法上之私法自治原則及其相關聯之程序法上之處分權主義，應認為在不妨礙民事程序之基本目的及不可捨棄之公益價值下，應儘量容許當事人經過衡量其實體利益及程序利益後所為之訴訟契約，但對於其界限則尚須在個案中加以考量。在審查合法性時，固以尊重當事人程序處分權為原則，但應注意對於被處分權限或規範、原則之可處分性問題，其判斷標準，則應在公益性需求及當事人處分權尊重間為具體衡量，難以一概而論⁴²。惟若屬民事訴訟法明文承認之訴訟契約類型，無論是 2000 年修法前即已存在之類型，例如合意管轄等；抑或是修法後所新增之類型⁴³，例如證據保全程序中之協議、簡化爭點協議、受命法官調查證據之協議、證人在法庭外書面陳述之合意、移付調解之合意等，其合法性既已經法律確認，即屬無疑。而本文所討論之合意選任鑑定人（民事訴訟法第 326 條參照），即屬此種法律明定之訴訟契約類型，於我國民事訴訟法仍以處分權主義及辯論主義為基礎之情形下，應多予尊重方屬妥適。

應注意者係，本處之「合意選任鑑定人」與所謂之「仲裁鑑定契約」應有所區別。所謂之仲裁鑑定契約係指當事人約定將某事實之確定委由法院以外之第三人確定之契約⁴⁴。基本上，合意選任鑑定人（民事訴訟法第 326 條第 2 項參照）及仲裁鑑定契約，二者性質均屬訴訟契約⁴⁵，且應屬證據契約之一種。於合法性上，由於合意選任鑑定人為法所明定，應較無爭議；而仲裁鑑定契約則有討論空間⁴⁶。判決實務上，已有承認仲裁鑑定契

⁴²姜世明，合意選任鑑定人與仲裁鑑定契約--評最高法院九十七年度臺上字第一一二〇號民事判決，月旦法學，第 169 期，2009 年 6 月，頁 277。

⁴³學者認為自律性協力義務及行為責任乃此等訴訟契約之法理基礎，並稱此等訴訟契約為程序上協議，邱聯恭，程序利益保護論，2005 年 4 月，頁 260。

⁴⁴姜世明，新民事證據法論，2004 年，頁 136 以下。

⁴⁵仲裁鑑定契約，其性質原則上屬於訴訟契約之一種。但因其契約內容多樣，學者乃有將之區分為權利形成型仲裁鑑定契約、權利變更型仲裁鑑定契約及確定型仲裁鑑定契約。參沈冠伶，仲裁鑑定制度之研究，收錄於：民事訴訟法之研討(十)民事訴訟法研究基金會，2001 年 9 月，頁 289 以下。如此，其部分類型即可能被歸類為實體法契約，而非當然可認為其均為訴訟契約之性質。

⁴⁶關於仲裁鑑定契約之效力，若訴訟之法律關係乃屬於辯論主義及處分權主義之適用範圍，基於私法自治、契約自由，或任意訴訟法理、程序選擇權等理論，應可原則性承認其效力。至於其若非屬爭點協議之形式者，其效力是否有類推民事訴訟法第二七〇條之一第三項規定之必要，係另一問題。參姜世明，合意選任鑑定人與仲裁鑑定契約--評最高法院九十七年度臺上字第一一二〇號民事判決，月旦法學，第 169 期，2009 年 6 月，頁 279。

約效力之見解者，例如最高法院 97 年度台上字第 256 號民事判決指出：「當事人約定委由法院以外之第三人就法律關係存否之事實或構成要件要素作成判斷，並願受該判斷結果所拘束之仲裁鑑定契約，其性質具有訴訟契約中證據契約之性質，本於辯論主義之事實處分自由及自主選擇定紛爭解決程序之綜合評量，在辯論主義之範圍內，固得承認其效力，惟仲裁鑑定契約，為當事人間之訴訟契約，上訴人並未與被上訴人協議由國營會委請專案小組進行鑑定...」但重點在於，仲裁鑑定契約之存在，係當事人對於其實體要件之補充，或某爭議事實之確認，經兩造同意交由第三人判定，並以該判定作為兩造法律關係之基礎。換言之，於此種情形，兩造均願受該仲裁鑑定結果之拘束。故對於此種強烈之拘束性，應係兩造訂立契約或為協議時所明白認識且意欲為之者，若兩造欠缺願受該仲裁鑑定結果拘束之意思，即不能將此協議定性為仲裁鑑定契約。

而在合意選任鑑定人之訴訟契約，其乃單純指向「鑑定人選」之合意，雖法院原則上尊重當事人之選擇，體現當事人為程序主體之精神，但此一合意是否包含當事人願受該合意鑑定人判斷結果之拘束，即應審慎決之。因而，在此類型合意，除非當事人表明彼等除選任鑑定人之合意外，並同意受該鑑定人判斷結果拘束，否則，原則上似不應認為此一選任鑑定人之合意，可得具有類似於仲裁鑑定契約之效力。亦即鑑定人之鑑定結果並不當然拘束當事人或法院，法院仍應踐行調查證據之程序而後定其取捨⁴⁷。訴訟實務上偶有當事人間訂立協議，約定「關於建物存在何等瑕疵及修復費用金額，兩造同意交由某技師公會鑑定，並同意該鑑定結果。」或如「兩造間關於火柴有無瑕疵，應交由兩造同意之獨立鑑定機關鑑定。」其約定是否可認為係仲裁鑑定契約可拘束兩造？或僅應解釋為選定鑑定人之合意？若依前開觀點，應以後者為妥，雖從紛爭解決的角度來思考，當事人間若能成立仲裁鑑定契約，將有助於定紛止爭且可有效避免法官認定鑑定意見效力時，面對專業而無所適從之困擾。惟本文以為，此等涉及勝敗利害重大之證據契約，仍應於當事人有明示受拘束之合意，方得朝受鑑定意

⁴⁷姜世明，合意選任鑑定人與仲裁鑑定契約--評最高法院九十七年度台上字第一一二〇號民事判決，月旦法學，第 169 期，2009 年 6 月，頁 280。

見拘束之方向為解釋。而此部分，雖不宜事後任意以寬泛解釋之方式使當事人間成立仲裁鑑定契約，但法官可於事前曉諭鼓勵當事人為此等約定，並說明此等證據契約之效果，有利於節省訴訟成本，並能使兩造心服⁴⁸。

第二項鑑定人之拒卻

第一款拒卻之原因

鑑定人之鑑定意見作為證據資料，將深刻影響法院之裁判結果。若鑑定人與雙方當事人間有特定之親屬或利害關係，將難期待其為公正誠實之鑑定，為避免鑑定人之偏頗，民事訴訟法設有當事人得聲明拒卻鑑定人之規定。當事人得依聲請法官迴避之原因拒卻鑑定人，換言之，鑑定人有本法第 32 條各款所列原因之一，或有本法第 33 條第 1 項第 2 款其他情形足認其鑑定有偏頗之虞者即符合聲明拒卻之要件。惟須注意者係，當事人不得以鑑定人於該訴訟事件中曾為證人或鑑定人作為拒卻之原因（民事訴訟法第 331 條第 1 項參照），蓋以鑑定人雖有此情形，仍不失其第三人立場之故。聲明拒卻鑑定人，應舉其原因，向選任鑑定人之法院或法官為之（民事訴訟法第 332 條第 1 項參照）。而當事人應對於拒卻鑑定人之原因負釋明之責任，若主張該原因乃發生或知悉在後，亦應一併釋明之（民事訴訟法第 332 條第 2 項參照）。鑑定人係由受訴法院選任並訊問者，其聲明及釋明應向受訴法院為之。其由受訴法院選任，而由受命法官、受託法官訊問者，亦應向受訴法院為之。若由受命法官或受託法官選任並訊問者，則應向該選任法官為之。此項聲明，法律並未規定其方式，故以書狀或言詞為之均可。

第二款拒卻之時間限制

當事人拒卻鑑定人，除具有民事訴訟法第 32 條第 1 款至第 5 款之條

⁴⁸惟應注意，法官於此應不宜使當事人對於締結證據契約有受強迫感，應闡明當事人有締結此等契約之自由，得衡量一切情況自行決定。

件，本不得為鑑定人之情形外，應在鑑定人尚未就鑑定事項有所陳述，或提出鑑定書以前為之。否則其拒卻之聲明，不免視其鑑定結果是否有利於己而搖擺不定，而當事人於鑑定結果不利於己時始為拒卻之聲明，亦違反誠信原則。且在有所陳述或提出鑑定書前既未為拒卻之聲明，足見當事人對於鑑定人已無疑慮，如許其在知悉鑑定結果後為拒卻之聲明，徒使訴訟程序進行延滯，並不適宜⁴⁹。惟上開限制，於拒卻之原因發生在後或知悉在後者則不適用（民事訴訟法第 331 條第 2 項參照），蓋拒卻制度係為確保鑑定人之公正中立性，倘當事人在上開基準時前不知拒卻原因之存在，無論不知其事實是否具有過失，均應允許聲明拒卻。至於拒卻原因發生在後者，由於當事人不可能在上開基準時前聲明拒卻，自應容許其行使拒卻權，以維護程序之公正。

此外，有民事訴訟法第 32 條第 1 款至第 5 款情形之一者，除非無其他適當之人可為選定，或經當事人合意指定，否則不得為鑑定人。蓋具有此等事由者，本不得選為鑑定人，故縱使法院誤選任該等不適格者為鑑定人，當事人仍得隨時聲明拒卻之，而不問其訴訟程序進行程度（民事訴訟法第 331 條 2 項參照），以保障其公正裁判請求權⁵⁰。

第三款拒卻之裁定

拒卻鑑定人之聲明是否正當，受訴法院、受命法官或受託法官應明予裁定，不得僅以廢止訊問或進行訊問，默示拒卻為不當或正當⁵¹，否則即不得以該鑑定之結果據為判決之基礎。此外，鑑定人拒卻之效果鑑定人在未行鑑定前，已為當事人聲明拒卻，經法院裁定認為正當者，自不得從事鑑定。鑑定人在已為鑑定後，經當事人以拒卻之原因發生或知悉在後聲明拒卻，經法院裁定認為正當者，其鑑定亦不得為裁判之基礎，此亦可參最

⁴⁹王甲乙、楊建華、鄭健才，民事訴訟法新論，三民書局，2009 年 7 月，頁 451。

⁵⁰許士宦，鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（下），台灣本土法學雜誌，第 67 期，2005 年 2 月，頁 21。

⁵¹陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（中），三民書局，2008 年 1 月，頁 510。

高法院 43 年台上字第 642 號判例見解⁵²。拒卻鑑定人之聲明經裁定為不當者，得為抗告，如此項裁定係由受命法官或受託法官為之者，則應先向受訴法院提出異議（民事訴訟法第 485 條）；其以聲明為正當者，不得聲明不服（民事訴訟法第 333 條參照），其理由在於，當事人拒卻之聲明，經裁定認為正當者，於形式上對於他造當事人並無重大利害關係，故不許其抗告，以免延滯訴訟。

第三項鑑定人之訊問

第一款鑑定意見之陳述

訊問鑑定人，原則上準用關於人證之規定（民事訴訟法第 324 條參照）。應先由審判長命鑑定人就鑑定事項連續陳述，審判長因使鑑定人陳述明瞭完足，或推究鑑定人獲致鑑定結果之依據，得為必要的發問⁵³。鑑定人並應於行鑑定前具結（民事訴訟法第 334 條參照）。依民事訴訟法第 335 條第 1、3 項規定，鑑定人除得以言詞陳述其意見，受訴法院認為適當時，亦得命鑑定人具鑑定書陳述意見，鑑定書中應具體表明鑑定經過、依據之資料來源、鑑定方法、推論過程及結論⁵⁴。惟鑑定書須說明者，仍得命鑑定人到場說明之⁵⁵。鑑定人有數人者，法院得命其共同或各別陳述意

⁵²最高法院 43 年台上字第 642 號判例要旨：「受訴法院使受命推事或受託推事依鑑定調查證據者，依民事訴訟法第三百二十七條之規定，受命推事或受託推事固有同法第三百二十六條選任鑑定人之職權，惟當事人在鑑定人未就鑑定事項有所陳述或提出鑑定書以前，得依聲請推事迴避之原因，拒卻鑑定人，亦為同法第三百三十一條所明定。至拒卻鑑定人之聲明，是否正當，依同法第三百三十三條所示，自應由受訴法院或受命推事受託推事明予裁定，不得僅以進行訊問或廢止訊問，默示其以拒卻為不當或正當，否則即不得據以該鑑定之結果為判決之基礎。」另外如 98 年度台上字第 1079 號判決亦採相同看法。

⁵³民事訴訟法第 318 條第 1 項、第 319 條第 1 項、第 324 條參照，至於民事訴訟法第 318 條第 2 項前段：「證人之陳述，不得朗讀文件或用筆記代之。」本文以為與鑑定人之性質不符，應無準用之餘地。

⁵⁴學者曾有從文義解釋出發認為，民事訴訟法第 335 條第 1 項僅稱「具鑑定書陳述意見」，所謂意見，乃鑑定結果，故在民事事件鑑定書的內容，只須將鑑定結果敘明，不須將鑑定經過詳為敘述。而實務見解，關於未敘明鑑定經過之民事鑑定書是否具有瑕疵之問題，曾持否定見解，此可參最高法院 65 年度台上字第 176 號判決、65 年度台上字第 111 號判決、57 年度台上字第 2527 號判決。而學者歸納上開判決之意旨乃在於鑑定僅敘明結果及鑑定方法，而未敘明鑑定經過，僅應命說明，而不認為有瑕疵。參周叔厚，證據法論，三民出版，1995 年，頁 945 以下。

⁵⁵於實務上，鑑定人往往以鑑定書為陳述意見，而法院亦不常命鑑定人到庭說明，此種方式之妥當性有待考驗，此詳後述。

見。蓋命鑑定人共同或分別陳述，各有優劣，法院允宜善為運用；前者得使所陳述意見之內容充實完備，後者則可比較意見之異同。如數鑑定人所陳述之意見不一致時，究以何人之意見為準，法院自得依自由心證以判斷之；雖採少數鑑定人之意見，亦非法所不許⁵⁶。

第二款對鑑定人之訊問

於對鑑定人訊問之程序，是否容許當事人對鑑定人為發問，應屬法制上重要問題，此部分由於鑑定原則上係準用人證之規定，故應先從人證之規定為探究。關於證人之訊問，學者指出，歷來大陸法系國家大體採用審判官訊問方式，即原則上訊問證人由審判長為之，當事人不得直接發問，僅得向審判長要求並陳述問題，由審判長轉問證人，惟審判長認為必要時，得許可當事人自行發問。英美法系則採交互詰問制度(Cross-examination)，由當事人直接依程序進行交互詰問。日本民事訴訟法於戰後受美國影響，亦改採交互詰問制度（參日本民事訴訟法第 202 條）⁵⁷。

而我國於 2000 年修正之民事訴訟法第 320 條第 1 項乃規定：「當事人得聲請審判長對於證人為必要之發問，或向審判長陳明後，自行發問」。在於宣示本法為發現真實及保障當事人之程序權，當事人無需如修法前，應得審判長之許可方得發問或轉問，只須向審判長陳明即得自行對證人發問，強化其作為訴訟主體之地位。至於若有二人以上當事人同時陳明欲自行發問，應由審判長依其訴訟指揮權，定發問之次序。如有必要，審判長仍得再為補充發問⁵⁸。本文以為，此等制度設計雖仍與刑事訴訟引進英非法交互詰問制度之程序細節未盡相同，惟將當事人之發問上升至「權利」層次，並藉由承認當事人之發問權，以符合當事人作為訴訟主體得積極參與訴訟進行之地位，且具有檢驗證言之正確性、更接近發現真實之理念。則此即與交互詰問制度之目的有某程度之相符。而此等法理基礎亦屬我國

⁵⁶吳明軒，民事訴訟法，自版，三民書局總經銷，2009 年 10 月，頁 951。

⁵⁷陳計男，民事訴訟法論（上），三民書局，2006 年，頁 524。

⁵⁸陳計男，民事訴訟法論（上），三民書局，2006 年，頁 525。

鑑定程序所追求者⁵⁹，故上開對證人訊問之規定，應可透過本法第 324 條準用於鑑定程序，並肯認當事人對於鑑定人之發問權。

須注意者係，當事人對於其所聲請之鑑定人發問之目的，在使有利於己之證據資料更趨明瞭完足，以增加鑑定人之信用性及鑑定意見之正確性；並對於不利於己之鑑定意見，攻擊其信用性，以動搖法院之心證。故當事人對於鑑定人發問之內容，自應以當事人所聲請之鑑定事項及鑑定信用事項為範圍，其中鑑定之信用事項則包括鑑定人之專業能力及其他可能造成鑑定錯誤之原因。為防止當事人濫用對鑑定人之發問權，維持訴訟秩序及促進訴訟程序之進行，審判長得本於訴訟指揮權，隨時介入並對其發問加以限制或制止（民事訴訟法第 198 條），當事人對之亦得異議（民事訴訟法第 197 條）。其範圍則包括與鑑定事項無關之發問、重複發問、誘導發問、侮辱鑑定人或其他不當情形（民事訴訟法第 324 條準用第 320 條第 3 項），審判長得依他造之聲請或依職權限制、禁止之。此部分之規定一方面在規範法院對於當事人發問之介入權，另一方面亦使當事人就其發問內容之界限，有所遵循。對於發問之限制或禁止有異議者，法院應就其異議為裁定（民事訴訟法第 324 條準用第 320 條第 4 項）。對此裁定不得抗告。

第三節 鑑定人之權利義務

第一項 鑑定人之義務

按鑑定人之義務並非對於訴訟當事人私法上之義務，而係對於國家存在，為服膺國家司法權所生之公法上之義務⁶⁰，而此部分原則上與證人相同，故於無特殊規定之處，原則上應依民事訴訟法第 324 條準用證人之規定。以下茲就鑑定人義務敘述如次：

⁵⁹參本文第三章第一節、第四節之說明。

⁶⁰陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（中），三民書局，2009 年 10 月，頁 510、吳明軒，民事訴訟法，自版，三民書局總經銷，2009 年 10 月，頁 943。

第一款充任鑑定人之義務

從法條觀之，一般人原則上並無充任鑑定人之義務，例外有為鑑定人之義務者，以下列二者為限（民事訴訟法第 328 條參照），其一、具有鑑定所需之特別學識經驗者⁶¹，如學者、醫師、會計師、工程師等是。其二、經機關委任有鑑定職務者，如法醫師、檢驗員等是。又鑑定人有充任鑑定人之義務者，若其具有如同證人拒絕證言之事由者，亦得拒絕鑑定。此等事由包括：

1. 鑑定人為當事人之配偶、前配偶、未婚配偶或四親等內之血親、三親等內之姻親或曾有此親屬關係者。
 2. 鑑定人所為陳述，於證人或與證人有前款關係之人，足生財產上之直接損害者。
 3. 鑑定人所為陳述，足致鑑定人或與鑑定人有第一款關係或有監護關係之人受刑事訴追或蒙恥辱者。
 4. 鑑定人就其職務上或業務上有秘密義務之事項受訊問者。
 5. 鑑定人非洩漏其技術上或職業上之秘密不能為陳述者。
- （民事訴訟法第 324 條準用第 307 條參照）

而在此等事由之外，受選任之人若有其他正當理由，亦得拒絕鑑定。諸如受選任之人謂其能力不足勝任、事務繁忙無法抽身等情形是，惟理由是否正當，應由法院依其意見判斷之（民事訴訟法第 330 條第 2 項參照），若鑑定人係由受命法官或受託法官選任者，則由該法官判斷之，其當否應以裁定為之，此裁定得抗告並於抗告中停止執行（民事訴訟法 324 條準用第 310 條）。本文以為，此種審查之標準原則上以寬鬆為妥，蓋鑑定人之鑑定乃運用專業知識陳述意見，若由法院強加選任，鑑定人勢必仍對於意見陳述有所保留，無法達到鑑定之目的。況鑑定人原則上具有可代替性，

⁶¹若思考此一「例外規定」之意涵，因為只要具有鑑定所需之特別知識之人，均有為鑑定人之義務，而法院實際上亦不可能要求不具鑑定所須特別知識之人為鑑定人，必定是因為該人具備鑑定所需之特別知識，方有可能被要求成為鑑定人。故本文以為，實際上，民事訴訟法第 328 條之規定，已將充任鑑定人之義務一般化，如同為證人之義務一般（只要是能提供與案情相關之專業知識的人被法院找上後，都有為鑑定人之義務）。

可使他人為替代，法院並無強使其為鑑定人之必要。

關於拒絕鑑定之程序，則準用證人拒絕證言之規定，亦即鑑定人拒絕陳述鑑定意見，應陳明拒絕之原因、事實，並釋明之，但法院酌量情形，得令具結以代釋明。而鑑定人於訊問期日前拒絕鑑定者，毋庸於期日到場，此時，法院書記官應將拒絕鑑定之事由，通知當事人。而拒絕鑑定之當否，由受訴法院於訊問到場之當事人後裁定之，此項裁定並得為抗告（民事訴訟法第 309 條、第 310 條參照）。

審判長、受命法官或受託法官在訊問鑑定人姓名等事項後，發現鑑定人有法定拒絕鑑定之原因者，應於命鑑定人就鑑定事項陳述意見前，將該事由告知鑑定人，若知悉在後者，應於知悉其事由時即儘速告知之（民事訴訟法第 324 條準用第 307 條第 2 項）。目的在於使鑑定人得任意選擇自願陳述或行使拒絕鑑定之權利⁶²。鑑定人不陳明拒絕鑑定之原因事實而拒絕鑑定，或以拒絕為不當之裁定已確定而仍拒絕鑑定者，法院、受命法官或受託法官得以裁定處新臺幣 3 萬元以下之罰鍰。此項裁定，得為抗告或異議，抗告或異議中應停止執行（民事訴訟法第 324 條準用第 311 條、第 322 條）。

第二款到場及陳述義務

鑑定係以鑑定人就鑑定事項所陳述之意見，供證據之用，非鑑定人到場，不能達此目的，故鑑定人有到場並對於受訴法院、受命法官或受託法官之訊問為陳述之義務。鑑定人就鑑定事項陳述意見，原則上以言詞為之。惟受訴法院、受命法官或受託法官得命鑑定人具鑑定書陳述意見（民事訴訟法第 335 條 1 項參照）。然於鑑定人以鑑定書陳述意見時，法院、受命法官或受託法官若認為鑑定書之內容有未盡明瞭之處，仍得命鑑定人到場說明，非謂鑑定人一經提出鑑定書，即免除其到場之義務⁶³（民事訴

⁶²吳明軒，民事訴訟法，自版，三民書局總經銷，2009 年 10 月，頁 945。

⁶³吳明軒，民事訴訟法，自版，三民書局總經銷，2009 年 10 月，頁 944。

訟法第 335 條第 3 項參照)。惟願任鑑定人卻於期日不到場者，依民事訴訟法第 329 條之規定，並不得強制拘提到場，至多僅能準用同法第 303 條之規定處以罰鍰之制裁（民事訴訟法第 324 條參照）。蓋如前述，鑑定人行鑑定係本於專業知識陳述特別經驗法則，如其不願陳述強使為之，則必有所保留，若其不充分表示其鑑定意見，鑑定之目的，即無由達到。此外，法律之所以禁止拘提鑑定人者，乃以鑑定在於運用鑑定人之特別知識，非如人證具有為不可代替性，故無拘束鑑定人自由強制其到場之必要也。

此外，鑑定人有數人者，得命其共同或各別陳述意見（民事訴訟法第 336 條參照）。此與對證人訊問有所不同，在證人有數人時，應隔別訊問之，此為民事訴訟法第 316 條所規定。而鑑定人有數人時，其陳述意見得共同或分別為之，不必使之隔離。理由在於，鑑定人係各本於其特別知識而為陳述，與證人係陳述其所經歷之事實不同。故不妨使其共同陳述，俾得互相考證，以求正確⁶⁴。

第三款具結義務

鑑定人應於鑑定前具結（民事訴訟法第 334 條參照），於結文內記載必為公正、誠實之鑑定，如有虛偽鑑定，願受偽證之處罰等語。若鑑定人於具結後而為虛偽陳述者，負刑法第 168 條之刑責。此外，若屬於不得令其具結之人，諸如：未滿十六歲或因精神障礙不解具結意義其效果之人，應無得為鑑定人之資格，並無準用本法第 314 條規定之餘地。在受訴法院、受命法官或受託法官命鑑定人具鑑定書陳述意見之情形，鑑定人仍應具結。惟其結文得附於鑑定書提出，以履行其具結之義務（民事訴訟法第 335 條第 2 項參照）。鑑定人拒絕具結應等同拒絕鑑定，若無拒絕鑑定之正當原因，或以拒絕鑑定為不當之裁定已確定而仍拒絕具結者，此時受訴法院、受命法官或受託法官得以裁定處新臺幣三萬元以下之罰鍰。此項裁定，得為抗告或異議，抗告或異議中應停止執行（民事訴訟法第 324 條準用第 311 條、第 322 條）。

⁶⁴王甲乙、楊建華、鄭健才，民事訴訟法新論，三民書局，2009 年 7 月，頁 453。

末者，雖鑑定人之具結有擔保鑑定意見真實性之重要意義，惟實務見解認為，法院、受命法官或受託法官未命鑑定人於鑑定前具結者，僅係違背訴訟程序之規定，得因當事人不行使責問權而補正，嗣後不得以此據為上訴理由⁶⁵（最高法院 30 年上字第 489 號判例參照）。此等見解應值商榷。

第二項鑑定人之權利

第一款費用請求權

鑑定人得請求法定之日費、旅費，並得請求給付相當之報酬（民事訴訟法第 338 條第 1 項參照）。本條規定，於當事人聲請鑑定及法院依職權命行鑑定，均有其適用。所謂法定之日費及旅費，係指民事訴訟法第 77 條之 23 第 1 項所定鑑定人之日費、旅費而言，其項目及標準由司法院定之。如前所述，鑑定人必須到場具結並陳述意見，故有請求法定日費及旅費之權利，故若鑑定人無正當理由而不到場、拒絕具結或陳述者，鑑定人應不得享受領取費用之權利（民事訴訟法第 324 條準用同法第 322 條第 1 項但書參照）。至於鑑定人到場後，若有當事人捨棄該鑑定聲請、拒卻鑑定人之聲明經裁定為正當、鑑定人依法拒絕鑑定，或因無鑑定必要而未陳述意見等情形，本文以為，鑑定人既已盡到場之義務，其請求日費及旅費之權利應不受影響。

鑑定人除得請求法定之日費及旅費外，因其提供知識及勞力，故其並得請求報酬。關於鑑定人所得請求報酬金額之多寡，由選任鑑定人之法院、受命法官或受託法官依鑑定事項之複雜程度、所需之特別知識，或其他客觀標準定之。實務上並無一定之標準，常依鑑定機關或鑑定人所屬公會之請求而定。法院、受命法官或受託法官認其請求為有理由者，應以裁

⁶⁵最高法院 30 年上字第 489 號判例要旨：「法院未命鑑定人於鑑定前具結，固屬違背民事訴訟法第三百三十四條之規定，惟此規定僅為當事人之利益而設，當事人知其違背或可知其違背並無異議，而為本案之辯論者，依同法第一百九十七條第一項之規定，其責問權即行喪失，嗣後不得更以此項訴訟程序規定之違背，為上訴理由。」

定准許之；如認鑑定人無此權利時或其請求之金額過高時，亦應以裁定駁回之或將駁回其超過部分之請求。關於法院就鑑定人請求法定日費、旅費及報酬之裁定，得為抗告（民事訴訟法第 324 條準用 323 條第 3 項參照）。經法院、受命法官或受託法官核定之鑑定人報酬，依實支數計算（民事訴訟法第 77 條之 23 第 2 項）。

鑑定人向選任之法院、受命法官或受託法官請求費用之方式不拘，或以書狀為之，或以言詞為之，均無不可，且不受訴訟行為法定方式之限制。惟鑑定人請求法定之日費及旅費，應於期日陳述意見完畢後十日內為之（民事訴訟法第 324 條準用第 323 條第 2 項）。於期日到場後，因有正當理由未陳述意見者，此項期間，解釋上則應自期日終竣時起算。鑑定人非於法定期間內請求，不得行使此項權利。而鑑定人墊付鑑定所需之費用部分，因本得請求預行酌給，自得隨時請求歸還不受限制。至於鑑定人之報酬，原則上必須待鑑定完畢後始得請求。著眼於此項報酬為鑑定人依其特別知識提供勞力之代價，與法定日費、旅費之性質有別，故前述請求期間之規定，亦不在準用之列⁶⁶。

對於鑑定人所需之旅費，法院、受命法官或受託法官得依其請求預行酌給之，固不待言（民事訴訟法第 324 條準用第 323 條第 4 項）。此外，民事訴訟法第 338 條第 2 項規定：「鑑定所需費用，得依鑑定人之請求預行酌給之」。蓋鑑定人縱有鑑定之義務，究不應強制其墊付鑑定所需費用，尤以鑑定所需勞費甚高之情形更係如此。職此，鑑定人請求預付鑑定所需費用時，法院、受命法官或受託法官應依其請求預行酌給之。至於預先酌給之金額，自應在鑑定人請求之範圍以內，視實施鑑定所需之必要費用定之。惟鑑定之報酬原則上需於鑑定完畢後始得請求，鑑定人員則上並無預先請求報酬之權利⁶⁷。

鑑定人所得請求之費用包括日費、旅費及報酬均為調查證據所支出之

⁶⁶吳明軒，民事訴訟法，自版，三民書局總經銷，2009 年 10 月，頁 955。

⁶⁷吳明軒，民事訴訟法，自版，三民書局總經銷，2009 年 10 月，頁 954。惟實務上常見鑑定人或其所屬公會預先請求已包含報酬在內之「整體鑑定費用」，而法院多半會要求當事人預納之。

費用，應屬訴訟費用之一部，審判長得定期命當事人預納之（民事訴訟法第 94 條之 1 參照）。受命法官或受託法官選任鑑定人者，亦有命當事人預納此項費用之權限（民事訴訟法第 322 條參照）。通常由聲請鑑定之當事人一方預納，若聲請鑑定之當事人拒絕預納鑑定費用，法院常以民事訴訟法第 94 條之 1 第 1 項不續行鑑定。惟需注意者，學者有主張，鑑定人之到場及陳述意見，乃盡其公法上義務，故雖當事人拒絕預納鑑定人所得請求之費用，法院仍應墊付⁶⁸。惟實務上相當少見法院墊付此項費用之情形。

第二款鑑定資料取得權

民事訴訟法第 337 條規定：「鑑定所需資料在法院者，應告知鑑定人准其利用。法院於必要時，得依職權或依聲請命證人或當事人提供鑑定所需資料。（第一項）鑑定人因行鑑定，得聲請調取證物或訊問證人或當事人，經許可後，並得對於證人或當事人自行發問；當事人亦得提供意見。（第二項）」可知鑑定人因行鑑定，有利用在法院中資料之權利，此項權利並應由法院主動告知鑑定人。鑑定人亦可聲請法院命證人或當事人提供鑑定所需資料，或由鑑定人直接以口頭或書面之形式詢問證人或當事人。此種證物之調取權、對證人及當事人之求問權亦屬鑑定人之重要權利。此等權利之存在有增加鑑定正確性，確保真實發現之功能，故以此一前提之下，證人或當事人提供資料義務之範圍如何？非證人或當事人之第三人有無提供資料之義務？拒不提供資料之處置如何？此等問題即具有相當之重要性，此詳後述⁶⁹。

第四節鑑定人之性質

關於鑑定人之性質如何？學說上有不同看法。有謂鑑定人為證據方法者，有謂鑑定人為法院之輔助人者，亦有謂鑑定人同時兼有證據方法及法院之輔助人之性質者。本文擬就各種看法背後之依據先為探討後，再試著

⁶⁸吳明軒，民事訴訟法，自版，三民書局總經銷，2009 年 10 月，頁 954。

⁶⁹參本文第三章第四節之說明。

提出對於鑑定人定位之看法，分析其不同面向所著重之點，並自現行法中去探尋立法者之真意，及其背後所衍生之意義：

第一項證據方法

認為鑑定人為證據方法者，其主要乃本於民事訴訟法既將鑑定規定於「證據」一節之內，並以鑑定人之陳述供證據之用，其以鑑定人作為證據方法之意義至臻明顯，應屬體系上之當然。況且鑑定人就鑑定事項所陳述之意見，固在補充法官知識之不足，但鑑定人所為之鑑定，其結果正確與否並不存在必然性，法院對之仍得依自由心證以定其取捨，非必受其陳述之拘束。從此面向觀察，即與證人所為證言之效力並無實質區別，益足證明鑑定人並非法院之輔助人⁷⁰。從實務見解觀之，自大理院以來最高法院之判例均明指鑑定是一種證據方法⁷¹。最高法院 19 年上字第 2189 號判例指出：「鑑定為一種調查證據之方法，法院對於系爭之物認有選定鑑定人鑑定之必要，自可依法實施鑑定，若對於通常書據之真偽，認為自行核對筆跡已足為判別時，則為程序簡便起見，自行核對筆跡即以其所得心證據為判斷，而未予實施鑑定程序，亦難指為違法。」亦明示鑑定人具有證據方法性質之見解⁷²。

此外，傾向認為鑑定屬於證據方法並反對鑑定人屬於法院輔助人者，亦有著眼於具體裁判形成的情況而思考者。蓋所謂「法院輔助人」之概念，可能對於法官獨立性的界限有所影響。諸如德國學者 K. Meyer 即不使用輔助概念的說法，他認為此種說法並無特殊價值且將有產生誤導之危險，使人認為鑑定人相較其他證據方法而言更為有用⁷³；亦有認為，輔助人概念的說法是有問題的，因此應加以精確化，蓋鑑定人只有在受法院委託時，

⁷⁰吳明軒，民事訴訟法，自版，三民書局總經銷，2007 年 9 月，頁 942。

⁷¹周叔厚，證據法論，三民出版，1995 年，頁 915。

⁷²惟此一見解似亦未排斥鑑定人作為法院輔助人之地位，否則不必強調法院認為有必要時，仍得選任鑑定人並依法實行鑑定，以利程序之進行。

⁷³Meyer: (in Lowe/Rosenberg) vor § § 72, Rdnr, 3C; Plewig, aaO., S.13ff.轉引自張麗卿，鑑定證據之研究-以精神鑑定，臺大法學論叢，第 24 卷第 1 期，1994 年 6 月，頁 310，註 24。

才能對事實加以調查，其並非是經常之輔助者⁷⁴。

第二項法院輔助人

偏向認為鑑定人為法院之輔助機關者，則著眼於法院之法官對於非有特別知識不能得知之事項，須由身為專家之鑑定人補其不足，以期能得到正確裁判，而鑑定人之角色即補充法官專門知識及判斷能力之輔助機關。而支持「輔助人概念」的人亦認為，鑑定人在訴訟上應受法官之指揮⁷⁵。而鑑定人乃「事實發現上」的輔助者，而非當事人的輔助者，縱使鑑定人係由當事人所選任者，亦應本於此等（公正）立場行事⁷⁶。當然，鑑定人只是在專業領域上補充法官知識及生活經驗的不足，且幫助法官處理事實上爭議而已，我國及德國聯邦最高法院的實務見解均指出，法官如果依其生活經驗及知識，即能發現真實時，自然不必在訴訟程序中引用鑑定人之鑑定結論。故鑑定人應該是法院之輔助人，也僅僅只是「輔助人」，用來補充法院所欠缺之專業知識，至於法院是否需要這個幫助，應該由法院自行決定之⁷⁷。

第三項兼具雙重性格但偏重法院輔助人之思考

較多數則認為，鑑定人同時具有證據方法及法院之輔助人兩種性質，就鑑定人陳述特別法規或特殊經驗定則之角度觀之，固與證人陳述事實相同，屬於證據方法之一；惟自鑑定人以特別知識觀察事實後，就事實加以判斷並陳述鑑定意見觀之，則為法院之輔助機關。故鑑定人既為證據方

⁷⁴Plewig: Funktion und Rolle des Sachverständigen aus der Sicht des Strafrichters, 1983, S.14.轉引自張麗卿，鑑定證據之研究-以精神鑑定，臺大法學論叢，第24卷第1期，1994年6月，頁310，註25。

⁷⁵此亦可參德國實務見解如 RGst52, 61; BGHst3, 27; BGHst7,238; BGHst8, 113; BGHst9, 292; BGHst11, 212; BGHst13, 1; BGH GA 1962, 116，轉引自張麗卿，鑑定證據之研究-以精神鑑定，臺大法學論叢，第24卷第1期，1994年6月，頁309。

⁷⁶Kleinknecht/Meyer, Strafprozeßordnung 40. Aufl., 1991; 9 72, Rdnr. 8.轉引自張麗卿，鑑定證據之研究-以精神鑑定，臺大法學論叢，第24卷第1期，1994年6月，頁309，註15。

⁷⁷我國實務見解參最高法院79年台上字第540號判例；德國實務見解參 BGHst3, 27ff. (1952) ; BGHst8, 113 (1955) ; BGHst9, 293 (1956)轉引自張麗卿，鑑定證據之研究-以精神鑑定，臺大法學論叢，第24卷第1期，頁310，註20、21、22。

法，同時鑑定人亦為法院之輔助機關⁷⁸。實則，本文認為鑑定人於訴訟程序中，確實兼具有兩種性質：其規定於證據一節中，並以其陳述供證據之用，作為證據方法之性質應不容否認。然而，雖然我國程序法包括民事訴訟法、刑事訴訟法⁷⁹或行政訴訟法均無明文指出鑑定人係法院輔助機關，但如同學者所言，我國民事訴訟法在修正之前即認為鑑定人兼具法院輔助機關之性質，而於民國 89 年修法之後，民事訴訟法既維持該項定位，且更加重視兩者角色之平衡⁸⁰。質言之，民事訴訟法在立法之初，固設鑑定於證據一節，惟自立法理由觀之，諸如民事訴訟法第 331 條之立法理由：「查民訴律第 409 條理由謂鑑定所以輔助審判官，非單純之證據方法，當事人得以任意左右者也。如當事者之拒卻鑑定人，漫無制限，則訴訟必因此遲滯，此本條之所以設也。」又如民事訴訟法第 326 條之立法理由：「查民訴律第 401 條理由謂鑑定人乃陳述其意見，以輔助審判官者也。受訴審判衙門，遇有聲請時，固應以職權選任適當之鑑定人，視事件之難易，以定其員數，並得改任不適當之鑑定人。」均明白指出鑑定人一方面為輔助法官之智識者，另一方面為一種證據方法，具有兩面的性格及定位。

本文以為，現行鑑定制度中，實際上有許多規定均凸顯出鑑定人具法院輔助人之性格，而相較其屬於證據方法之面向⁸¹，其屬於法院輔助人之面向毋寧更值得注意，而從以下幾點更可明白顯示鑑定人具有法院輔助機關之地位：

第一款法院得職權命行鑑定

⁷⁸王甲乙、楊建華、鄭健才，民事訴訟法新論，三民書局，2009 年 7 月，頁 447；許士宦，鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（上），台灣本土法學雜誌，66 期，2005 年 1 月，頁 56。

⁷⁹參考刑事訴訟法學者之論述，多將鑑定人定位為法院之輔助人，諸如：王梅英，專家在法庭上之角色-鑑定或參審？，律師雜誌 253 期，2000 年 10 月；施俊堯，「刑事鑑定證據之法院審查標準（一）」，法務通訊，第 2365 期，2007 年 11 月；張麗卿，鑑定證據之研究-以精神鑑定，臺大法學論叢，第 24 卷第 1 期，1994 年 6 月，頁 309-311；陳運財，刑事程序鑑定之證據法則，萬國法律，第 137 期，2004 年 10 月。

⁸⁰許士宦，鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（上），台灣本土法學雜誌，第 66 期，2005 年 1 月，頁 56。

⁸¹民事訴訟法 89 年修法後仍兼顧鑑定人所具之二面性格。就鑑定人係於辯論主義下作為當事人進行攻防所提出之證據方法，現行法增訂法院選任鑑定人前，得命當事人陳述意見。此外，經當事人合意指定鑑定人者，除非法院認該人選顯不適當，否則應從其合意選任之（民事訴訟法第 326 條第 2 項參照）。

按法院本於職權調查之需求，得不待當事人之聲請而依職權選任鑑定人命行鑑定以補充法官之知識、判斷能力。蓋於民國 89 年民事訴訟法之研修過程，立法者曾論及增設法院得依職權命行鑑定之規定，因命鑑定人行鑑定之目的乃在於輔助法官作成裁判，其允許法官依職權命鑑定之需求程度較高，未必要等當事人聲請，此亦牽涉鑑定人之定位問題。此一議題，最後以靈活運用民訴法第 288 條、第 269 條及第 203 條等規定，法院即可依職權命行鑑定，故未就之特設規定⁸²。

日本民事訴訟法於 1958 年修正之際，將一般性職權調查證據之規定（日本民事訴訟法 261 條）予以刪除，乃衍生法院得否依職權命行鑑定之爭議，否定說認其修正具有重視鑑定人為當事人攻擊防禦方法之黨派性格而非法院之中立輔助人角色，賦予當事人利用鑑定人之主動權以實現當事人主義之旨趣⁸³。反之，肯定說認為鑑定雖具有二面性（法官之中立輔助人的面向及當事人之黨派的面向），但作為法官之中立輔助人之角色始為鑑定之本質內容，且特別強調醫療過失訴訟等類現代型訴訟上職權鑑定之必要性，故主張在解釋論上乃有依職權調查之可能⁸⁴。學者指出，日本 1996 年新民訴法之研修過程，亦曾論及增設職權命行鑑定之規定，結果亦未立法明文化。不過，新法與舊法相同，仍殘留一些職權調查證據之規定，諸如日本民事訴訟法第 186 條、第 218 條、第 228 條，且增設鑑定人經審判長許可後得直接發問證人、當事人本人之規定，乃有論者評價其立場比較重視鑑定人所具中立輔助人之機能⁸⁵。

在德國，亦有類似之問題，論者⁸⁶指出鑑定人之延請(Zuziehung)由法院裁量，法院必須判斷他自己的專門知識在多大程度上夠用，及他何時需要

⁸²司法院編，司法院民事訴訟法研究修正資料彙編（六），1990 年，頁 578-581。

⁸³兼子一，新修民事訴訟法體系，1965 年，頁 262。轉引自許士宦，鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（上），台灣本土法學雜誌，第 66 期，2005 年 1 月，頁 56。

⁸⁴中野貞一郎，科學鑑定の評價，中野貞一郎編，科學裁判と鑑定，頁 49，轉引自許士宦，鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（上），台灣本土法學雜誌，第 66 期，2005 年 1 月，頁 56。

⁸⁵福永清貴，鑑定，早稻田法學，74 卷 2 號，1999 年，頁 532，轉引自許士宦，鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（上），台灣本土法學雜誌，第 66 期，2005 年 1 月，頁 57。

⁸⁶Jauernig, Zivilprozessrecht, 27th edition, 周翠譯，堯厄尼希著，民事訴訟法，第 27 版，北京：法律出版社，2003 年 7 月，頁 289。

這種支援，因此法院也可依職權命令鑑定證據（德國民事訴訟法第 144 條參照）。另一方面，法院不需訊問當事人所指定的每個鑑定人，而且可以拒絕延請（德國民事訴訟法第 404 條參照）。而德國學者亦不乏以此為理由，強調鑑定人係法院之輔助機關者⁸⁷。

綜上，無論是我國、日本或德國學者，於討論職權命行鑑定之容許性時，均有站在鑑定人屬於法院輔助機關之論點出發者，而職權命行鑑定雖涉及訴訟觀上對辯論主義之尊重程度及對訴訟上公平之要求等問題，惟從我國民事訴訟法於多處肯定職權命行鑑定之可行性（諸如：民事訴訟法第 203 條第 4 款、第 269 條第 4 款、第 365 條參照），即可印證立法者心目中之鑑定人，確實具有法院輔助人之地位。是以鑑定人行鑑定之目的既然在於輔助法官作成裁判，法院未必需要等到當事人聲請方能命行鑑定，因為法院本身最清楚何時需要專業知識及特別經驗法則之輔助。

第二款鑑定人由法院選任

民事訴訟法明定鑑定人之選任或撤換，由法官裁量為之。受訴法院遇有聲請，應以職權選任適當之鑑定人。法院可考量事件之難易、性質而定其人選、數量，且得撤換並改任不適當之鑑定人，而當事人雖得以合意選任鑑定人，但法院認鑑定人選顯不適當之情形，仍可另行選任適當人選（民事訴訟法 326 條第 2 項參照）。

在許多複雜的案件中，專業知識及特別經驗法則之具備往往是認定個案事實之重要前提，雖然法律規定與司法實務對於法官有深厚的期待，但此種期待往往並非法官之能力及心理所能承受，尤其是慮及法官在此等案件中，常需要以外行人身分從事審查工作，就可以了解到這樣的期待應屬

⁸⁷Jauernig, Zivilprozessrecht, 27th edition, 周翠譯, 堯厄尼希著, 民事訴訟法, 第 27 版, 北京: 法律出版社, 2003 年 7 月, 頁 288 以下、高木敬一, 紹介 Peter Marburger, Wissenschaftlich-technischer Sachverstand und richterliche Entscheidung im Zivilprozeß, 1986, 民事訴訟雜誌, 第 34 號, 1988 年, 頁 243、344, 轉引自許士宦, 鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障 (上), 台灣本土法學雜誌, 第 66 期, 2005 年 1 月, 頁 57。

無理且過苛。而鑑定人之存在，即是為了補足法官對此等專業知識或特別經驗法則之不足，輔助法官認定事實⁸⁸，並能依此進一步作成更符合事實情狀之法律決定，而正因為鑑定人乃陳述其意見以輔助法院之人，故應由法院自行依個案決定何等人選所提供之專業知識更為可靠並易於瞭解，而能協助自己達成民眾對適正裁判之期望。

本文以為，民事訴訟中，鑑定人與法官各有其任務，前者僅針對事實認定作出貢獻，後者則須針對事實之最終認定及法律問題解決作成判斷，故法官仍是裁判的主導者。而法官與鑑定人之任務雖然嚴格區分，但兩者仍居於互補、協力之關係，以達到基於真實迅速解決紛爭之要求，就鑑定人與法官之從屬關係而言，鑑定作業於法官監督下進行、鑑定人由法官選任、受任者須負責自己遂行任務，任務範圍之決定、擴張或縮小，均須由法院決定、鑑定人應就受託問題點（即鑑定事項）陳述意見，但不宜針對法律關係或法律爭議進行評論，亦不宜由法院授予促成當事人和解之任務，或抱持拉近兩造關係之目的（而非發現真實之目的）進行鑑定，否則即難逃主客易位或違背任務之指摘。

第三款鑑定人有資料取得權

鑑定人因行鑑定，得聲請調取證物或訊問證人或當事人，經許可後，並得對於證人或當事人自行發問（民事訴訟法 337 條第 2 項）。此項規定賦予鑑定人有關證物之調取權及對證人、當事人之求問權，以資蒐集鑑定所需之事證等資料。學者指出，為使鑑定人得迅速正確作成鑑定，新法加強當事人、證人之協力義務，增訂鑑定所需資料如為證人或當事人所持有，法院於必要時，得依職權或依聲請命證人或當事人提供該資料（民事訴訟法 337 條第 1 項後段），以供鑑定⁸⁹。而此等規定明示鑑定人職權之擴

⁸⁸學者指出，在法國，其鑑定人地位雖亦係法官輔助人型，但因向來採取「鑑定人是事實之法官」之分工思想，除非簡易事件，否則幾無訴訟不經鑑定，故鑑定為民事裁判之重要一環。許士宦，鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（上），台灣本土法學雜誌，第 66 期，2005 年 1 月，頁 69。

⁸⁹許士宦，鑑定人在民事訴訟上之地位，月旦法學教室，第 13 期，2003 年，頁 12。

充，主要亦本於鑑定人具有法院輔助人之地位，為使鑑定人能充分達成協助法官認定事實之任務，故得向兩造當事人、證人發問、向法院調取證物，並得於法官之許可下向當事人調取所需資料，再從該等資料中分析出此認定本案事實所需資訊，此與一般證據方法諸如證人單純為證言即有所不同。

第四款鑑定人之資格及拒卻制度

依民事訴訟法於 89 年修法新增之規定，有民事訴訟法第 32 條第 1 款至第 5 款情形之一者，原則上不得為鑑定人（民事訴訟法 330 條 1 項前段參照）。增設此等規定之理由，即在於鑑定人乃輔助法官之機關，其鑑定結果往往深刻影響法院之裁判，非單純之證據方法，當事人得以任意左右，為確保鑑定人之中立及公正，參酌有關法官應自行迴避事由之規定，就鑑定人與訴訟事件或與當事人有一定關係者，明定其不得為鑑定人。鑑定人有該項不得為鑑定人之事由者，即為不適格，法院自不得將其選任為鑑定人，若有此等事由而法院仍將其選任為鑑定人，不問訴訟程序進行至如何程度，於訴訟終結前，當事人均得隨時聲明拒卻（第 331 條第 2 項第 1 句參照）。而拒卻制度之存在本身，亦直接說明了我國對於鑑定人之中立性要求。

由於鑑定人具有此等性質，其不僅具有補充法官之知識及判斷能力，助益法院迅速作成正確裁判之機能，亦有提供當事人客觀事證資訊之義務，能助益兩造自主決定紛爭解決之方式，促進和解或其他裁判外紛爭解決之機能⁹⁰。蓋具有專門知識之中立、公正第三人即鑑定人提出鑑定意見後，法院及兩造當事人較能就事實關係獲致共通之認識，據此可促進當事人成立符合事實之適切、公平的訴訟上和解或合意由法院定和解方案（民事訴訟法第 377 條、第 377 條之 1 參照），法院亦可據以試行和解或提出

⁹⁰惟應再次強調，鑑定人之任務係秉持其專業道德，客觀、忠實的作出鑑定意見，不可以達成和解作為形成鑑定意見之考量點。總而言之，雖然客觀的鑑定意見具有使當事人認清事實現狀，以促成和解之機能，但以和解考量為前提所作成之鑑定意見，難謂係客觀之鑑定意見。

和解決方案（民事訴訟法第 377 條之 2）⁹¹。就此而言，鑑定人除屬於法院之輔助人外，亦可定位為兩造之共同輔助人。

第五款小結

綜上所述，從立法體例來看，鑑定人確屬證據方法之一種，惟其作為證據方法與作為法院輔助人二者，實際上並無概念上之衝突，且立法者毋寧是更偏重其作為法院輔助人之角色。蓋從立法理由觀之，均明示法院係鑑定證據調查程序之支配者，鑑定人是法院之輔助人，法院對於鑑定人有指示權及指導義務。故鑑定人之選任及撤換由法院為之；法院應告知鑑定所需資料之所在，並得依鑑定人之聲請命當事人或第三人提供鑑定所需資料；法院應依鑑定人聲請調取證物或訊問當事人、證人，亦得許可鑑定人對於證人或當事人自行發問，已如前述。質言之，法院得指揮鑑定人實施鑑定，並於必要時給予協助，而民事訴訟法雖未就鑑定中法院之指揮措施為明文規定，但為追求發現真實及促進訴訟之基本要求，法院應妥適行使訴訟指揮權，以防止自己之怠慢或認識不足，致生缺陷鑑定，或因鑑定人之擅斷獨行，導致延滯訴訟或過大花費，並使鑑定人能完善其作為法院輔助人之角色。惟法官係因本身專業知識、經驗之欠缺，始委託作為專家之鑑定人實施鑑定，故法院除應妥適指示鑑定人外，更應對專業投以尊重。法院就委託鑑定之理由、委託鑑定之內容或課題、鑑定之目的，均應為完全而不生誤解地解說、指示鑑定人。然而，法院之指示亦不能侵犯鑑定人之專業獨立性，其指示毋寧是以「使鑑定人之鑑定作業全體之態樣及範圍明確化」為中心目標⁹²。鑑定人雖無決定鑑定事項之權限，但基於自身之專業立場，恪盡公正、誠實義務，應迴避不適切之鑑定，並促進鑑定證據調查程序，遵守法院指示，致力協助、輔助法院認定事實，解明真相。

⁹¹許士宦，鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（上），台灣本土法學雜誌，第 66 期，2005 年 1 月，頁 58。鑑定亦有提供對訴訟有某種利害關係之專門機關或專家團體表明意見場所及機會之機能，使就該事件不能成為當事人或參加人者，亦得基於其專家之立場參與訴訟程序。就此而言，鑑定人亦某程度上具有美國法「法院之友」之機能。關於美國法上「法院之友」制度之旨趣、內容及機能，參見邱聯恭，司法之現代化與程序法，1992 年，頁 172 以下。

⁹²許士宦，鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（上），台灣本土法學雜誌，第 66 期，2005 年 1 月，頁 69。

第五節 鑑定與類似制度之概念釐清

第一項 鑑定人與證人

按鑑定人與證人同為民事訴訟法中之證據方法，亦均係以第三人之陳述內容為證據，兩者之證據調查程序有其類似之點⁹³，並均具有到場義務、真實陳述義務、具結義務。而民事訴訟法第 324 條⁹⁴規定：「鑑定，除本目別有規定外，準用關於人證之規定。」亦可見我國立法者乃認為鑑定人及證人具有相近之處，惟就鑑定人與證人而言，兩者仍有差異，其區別主要有下列各點：

第一款 資格及陳述內容不同

鑑定人，以就鑑定事項有專門知識者為限；證人則是就其親身經歷、見聞，亦即依據自己五官之作用就自己直接知覺或體驗的事實作為陳述之基礎，不要求必須具備專門知識。鑑定人陳述意見之內容，有為抽象之陳述者，諸如：陳述工程力學上、醫學上之專業意見、陳述地方商業習慣或某商品之市價、陳述外國法或地方習慣法之規定等。亦有為具體之陳述，諸如：筆跡鑑定之結果、陳述某人之傷害是否已達於喪失勞動能力之程度等情形。而證人則均係具體報告親身觀察見聞事實之結果，無所謂抽象之陳述，與鑑定人乃有不同⁹⁵。是以，證人之個人意見或推測之詞，除以實際經驗為基礎者（例如目擊證人關於被告身高、年籍之推測）外，原則上不得作為證據。此外，證人陳述之事實，形成於訴訟之外，而鑑定人之鑑定意見則係於訴訟上形成之判斷。換言之，鑑定人限於在訴訟程序中為意

⁹³就兩者之間的相同點而言，論者亦有指出鑑定人與證人所提出者，都算是一種「體驗報告」，但所不同的，則是鑑定人的鑑定報告，除了專家的具體體驗之外，其尚具備了專門知識或器材實驗之運用，但證人所為之證言則無，而是以本身所直接體驗的過程作為陳述內容。熊谷秀，論鑑定制度之理論構成與實踐，成功大學法律研究所碩士論文，2004 年，頁 8。

⁹⁴我國刑事訴訟法第一百九十七條：「鑑定，除本節有特別規定外，準用前節關於人證之規定。」；行政訴訟法第一百五十六條亦規定：「鑑定，除別有規定外，準用本法關於人證之規定。」亦有相同規定。

⁹⁵王甲乙、楊建華、鄭健才，民事訴訟法新論，三民書局，2009 年 7 月，頁 448；林鈺雄，刑事訴訟法（上），元照，2004 年 4 月，頁 481。

見之形成，並陳述其意見，如在訴訟程序前即針對事實為親身觀察，而於以後之訴訟上為陳述，則為鑑定證人而非鑑定人⁹⁶。

第二款可替代性不同

按鑑定人係以其專門知識經驗判斷事實而陳述其自己見解之人，故凡有專門知識之同行專家，法院均可將其同時或先後選任為鑑定人，性質上具有可替代性；證人則係陳述自己所見所聞事實之人，須由特定人自行陳述其體驗或知覺之事實，性質上則具有不可替代性⁹⁷。故德國學者 Löwe 乃主張應以可代替性之有無作為鑑定人與證人之主要區別標準⁹⁸。實際上，鑑定人可由法院選任及撤換，正因具有某種專門知識之人，通常不只一人⁹⁹，故鑑定人原則上具有可替代性，於鑑定人不到場時，法院尚可另選其他之人為鑑定，殊無將其強制拘提到場之必要，故規定不得拘提，僅能科處罰鍰（民事訴訟法第 329 條參照¹⁰⁰）。而證人因具有不可替代性，故依民事訴訟法第 303 條第 2 項規定，證人由當事人聲請並經合法傳喚

⁹⁶陳計男，民事訴訟法（上），元照出版，2010 年 06 月，頁 509；王甲乙、楊建華、鄭健才，民事訴訟法新論，三民書局，2009 年 7 月，頁 448。

⁹⁷林裕順，專家證人 vs. 鑑定人—概括選任鑑定之誤用與評析，月旦法學雜誌，頁 265。

⁹⁸Löwe/Rosenberg：StPO.21.Aufl. 1963 S.360，轉引自李貞儀，刑事鑑定制度之研究，台灣大學法律學研究所碩士論文，頁 5，註 3。學者 Löwe 及 Rosenberg 曾整理各種區別鑑定人及證人學說，並分別批判如下：

1. 以「鑑定人所供述者為推論，證人所供述者則為事實」作為兩者之區別標準。惟事實上，亦可能有相反之情形。例如鑑定人供述被告血液中酒精濃度為百分之一點三，而證人則供述依當時所見被告之舉止，認為其並未喝醉之情形即是，在這個例子裡，鑑定人所供述的「血液中酒精濃度為百分之一點三」屬於事實，而證人所供述之「並未喝醉」則是屬於推測，與前揭的區別標準正好相反。
2. 以「鑑定人所供述者為大前提，證人所供述者為小前提」為區別標準。但若就法律適用的三段論法而言，大、小前提乃是分別指法律規定與事實而言，不論鑑定人或證人之供述，應皆屬於小前提的事實範圍之內。
3. 以「證人為證據為方法之一種，鑑定人為裁判官之輔助者」作為區別標準。但證人之證言亦可輔助裁判官認定事實，而鑑定人所陳述之意見亦是裁判官形成心證所依賴的證據方法，證據方法與輔助者之間並無本質上對立之處存在。

⁹⁹學者指出，一般情形鑑定人固具有可代替性，然因特別專業知識關係有時亦不能代替，例如某些科技鑑定全國只有一、二位有此專業知識之專家，即非依賴其為鑑定不可，或對於某種特殊病情唯有治療過該病之醫師知之時，亦難由他人代替。此際，關於選任及拒卻上之公正性及中立性考量即應為某程度之退讓。參許士宦，鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（上），台灣本土法學雜誌，第 67 期，2005 年 2 月，頁 20。

¹⁰⁰刑事訴訟法第 199 條亦有相同規定，學者亦認鑑定人之可代替性係「無拘提必要性」之理由，從另一角度觀之，此等規定亦可作為鑑定人具有可代替性之表徵。參陳運財，刑事程序鑑定之證據法則，萬國法律，第 137 期，2004 年 10 月，頁 33-34。

後，無正當理由不到場者，不僅得科以罰鍰，於再次通知後仍不到場者，法院亦得命拘提，直接強制到場¹⁰¹。縱使目擊證人有數人時，彼此亦無代替關係，只會產生有無調查之必要性問題而已。

第三款資訊取得方式不同

鑑定人因屬於法院之輔助機關，故民事訴訟法賦與鑑定人資料取得權利。鑑定人為取得鑑定之基礎事實、資料，有依其平日觀察所得者；有依法院之命，自行觀察而得者，亦有因法院告知或閱覽筆錄調查證據時在場而得者（民事訴訟法第 337 條參照）。此外，鑑定人亦得聲請法院命當事人或證人提供鑑定所需資料或經法院許可，鑑定人對於當事人或證人亦得自行發問（民事訴訟法第 337 條第 2 項參照）。反觀證人，因其僅就親身經歷、見聞之事實為陳述，故無額外取得資訊之必要，此與鑑定人即有所不同¹⁰²。此外，由於鑑定人之判斷限於在訴訟程序上為之，並陳述其意見。若於訴訟前即針對系爭為判斷，而於之後訴訟上陳述其意見者，則其性質上應為證人或鑑定證人，而非鑑定人。

第四款人選決定方法不同

鑑定人之人選、員額由受訴法院依職權定之，惟法院於選任鑑定人前，得命兩造當事人陳述意見；其經當事人合意指定鑑定人者，原則上應從其合意選任之，但法院認其人選顯不適當時，不在此限（民事訴訟法第 326 條參照）。反觀證人之人選與待證事實有絕對之關係，由何人作證自應依當事人之聲請定之，此與鑑定人有所不同。

第五款陳述方式不同

¹⁰¹陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（中），三民書局，2008 年 1 月，頁 509。

¹⁰²有學者指出，鑑定人對於依法院之命，代為觀察之事實，或其平日觀察之事實，運用其具備之特別經驗法則，為事實上之判斷，並以之報告於法院時，其兼有證人之性質。惟行鑑定時依法院之命代為觀察事實，本係鑑定人任務之一，故其於訴訟程序中為判斷並報告觀察之事實，只需以鑑定人之資格具結即可。參王甲乙、楊建華、鄭健才，民事訴訟法新論，三民書局，2009 年 7 月，頁 448。

鑑定人得以出具鑑定書之方式陳述意見；訊問時亦得命多數鑑定人共同陳述意見（民事訴訟法第 335 條、第 336 條參照）；而證人除有同法第 305 條第 2 項、第 3 項¹⁰³之情形外，原則上不得以書面代其陳述，且亦無數證人共同陳述之可能，此為陳述方式之不同¹⁰⁴。

第六款機關團體之適格性不同

鑑定人得由法人或機關團體擔任。按法院認為必要時，得囑託機關、團體或商請外國機關、團體為鑑定或審查鑑定意見。其須說明者，由該機關或團體所指定之人為之（民事訴訟法第 340 條參照）。而此等由法人或機關團體所為之鑑定，學說上稱為「囑託鑑定」，此於刑事訴訟法亦有相同規定（刑事訴訟法第 208 條參照）；反觀證人由於需要陳述其親身見聞之事實，故限於自然人始得擔任。

第七款具結方法不同

鑑定人應於鑑定前具結，並於結文內記載「必為公正、誠實之鑑定，如有虛偽鑑定，願受偽證之處罰」等語（民事訴訟法第 334 條參照）；而證人之具結，雖亦係記載「當據實陳述，決無匿、飾、增、減，如有虛偽陳述，願受偽證之處罰」等語，惟其亦得於法院訊問後為之¹⁰⁵，此時則記載「係據實陳述，決無匿、飾、增、減，如有虛偽陳述，願受偽證之處罰」等語，與鑑定人必與鑑定前具結有所不同。

第八款拒卻可否不同

¹⁰³民事訴訟法第 305 條第 2、3 項：「證人須依據文書、資料為陳述，或依事件之性質、證人之狀況，經法院認為適當者，得命兩造會同證人於公證人前作成陳述書狀（第二項）。經兩造同意者，證人亦得於法院外以書狀為陳述（第三項）。」

¹⁰⁴惟此等制度設計之妥當性容有探究之空間，按於刑事訴訟領域，學者乃多強調鑑定人必須親自出庭與接受詰問，其目的在於保障當事人對質詰問權及確保真實發現；而於民事訴訟中，法律雖未強制規定鑑定人應親自出庭陳述意見並接受詰問，惟若於鑑定意見真意不明或受當事人具體指摘致有爭議時，本文認為鑑定人應親自出庭說明並釐清爭議為宜，此詳後述。

¹⁰⁵民事訴訟法第 312 條：「審判長於訊問前，應命證人各別具結。但其應否具結有疑義者，於訊問後行之。」

鑑定人於有偏頗之虞或有難期公正誠實之情形時，當事人得依民事訴訟法第 331 條規定為拒卻鑑定人之聲明，其理論基礎乃本於鑑定人所應具備之公正性及中立性要求，原則上與當事人聲請法官迴避之理由相同；反觀證人作證縱有客觀上偏袒一方之情形，當事人仍不得聲明拒卻證人，法院亦不得因證人有偏頗之虞而拒絕其作證，僅可於證人之證明力依其自由心證認定之，否則即可能有「證明預斷」之問題¹⁰⁶。此亦可參最高法院 53 年台上字第 2673 號判例¹⁰⁷：「按原審對於勝負關鍵所繫之兩造有無之待證事實，未審認各該證言虛偽與否，徒以各該證詞真偽難辨，即未予採信，而為當事人一方不利之判決，就證人為不可代替之證據方法，如果確係在場聞見待證事實，而其證述又非虛偽者，縱令證人與當事人有親屬、親戚或其他利害關係，其證言亦非不可採信而言，於法已有未合。」故基於上述之本質區別，當事人對於鑑定人，得以聲請法官迴避之原因，拒卻鑑定人，但當事人並無得聲請拒卻證人之規定。

第九款可否領取報酬不同

按證人依民事訴訟法第 323 條之規定，得請求法定之日費及旅費，但無請求報酬之權利。由於鑑定人與證人性質不同，蓋證人只須陳述有關本案之經歷事實，而鑑定人則有其專業知識之要求，其為形成鑑定意見須付出相當勞費、成本，故鑑定人除得請求法定之日費及旅費外，並另得請求相當之報酬¹⁰⁸（民事訴訟法第 338 條第 1 項參照）。其報酬數額，解釋上應由選任之法院或法官定之。其請求之程序及限制，應準用第 323 條第 2 項、第 3 項之規定。至於鑑定所需費用，如請求購置實驗所需耗材等，得依鑑定人之請求，預行酌給（民事訴訟法第 338 條第 2 項參照），此與證人預支旅費，則具有相同意義。

第二項鑑定證人

¹⁰⁶關於證明預斷之介紹，參姜世明，證明預斷之禁止，法學講座，第 21 期，2003 年 9 月，頁 73-79。

¹⁰⁷另可參最高法院 100 年台上字第 2070 號判決。

¹⁰⁸吳明軒，民事訴訟法，自版，三民書局總經銷，2009 年 10 月，頁 953。

第一款鑑定證人之性質

鑑定證人，係指依特別之專門知識而得知已往事實之人，亦即，其所親身體驗之過去事實或狀態，唯有具備特別之專門知識或學識經驗始能察覺並陳述。例如：某醫生曾經醫治某病人而知悉病人於某一段時間染有某種病症之事實。就醫生必須利用醫學之特別專門知識，始能知悉病症而言，醫生與鑑定人類似。但醫生非以己專門知識陳述其對病人之病症意見，而係陳述其所見聞之病人已往病症事實，則醫生與證人相同。若醫生於他人之訴訟，就該病人已往某一時間染有某種病症為作證時，難免發生該醫生之身分究竟為鑑定人抑或證人之疑問。從而法院於調查證據程序，應依鑑定人之程序抑或依證人之程序為之？即可能產生疑問。故立法者特於民事訴訟法第 339 條規定，訊問依特別知識得知已往事實之人者，適用證人之規定¹⁰⁹。蓋鑑定證人得知已往之事實，係本於其特別知識經驗而來，就此而言，固類似鑑定人，惟因其並非以特別知識陳述對於現在事實之意見，而係依其特別知識，就已往之事實為證明或陳述，實質上仍為證人而非鑑定人，故應適用關於證人之規定。

又因鑑定證人所陳述之內容，非他人所能代替，具有不可代替性，與證人相同，無故不到場者，得適用拘提之規定。其他關於具結及拒絕陳述、請求費用等亦均不得與鑑定人同視，訊問程序原則上應適用證人程序，而非鑑定程序¹¹⁰。質言之，鑑定證人所陳述者乃其直接知覺之事實，故學者認其應屬純粹之證人(echter Zeuge)而非鑑定人¹¹¹，其與一般證人所不同者，不過其所見聞之事實，須依特別知識始能獲知而已。

¹⁰⁹陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（中），三民書局，2008 年 1 月，頁 512、另可參姜世明，淺談民事程序中之鑑定--著重於實務見解發展及其問題提示，月旦法學，第 190 期，2011 年 3 月，頁 20。此外，刑事訴訟法第 210 條亦有相同規定。

¹¹⁰王甲乙、楊建華、鄭健才，民事訴訟法新論，三民書局，2009 年 7 月，頁 454。又例如，核子技術專家，正好處於核能意外事故現場，傳訊其陳述事發經過或損害之程度等事項時，雖是依其特別學識經驗所做之判斷，不過其基本仍是基於其直接知覺之事實，此部分仍屬不可替代性，故屬證人之陳述。要之，只要是依自己直接知覺的事實而為陳述，即便是有透過其特別知識經驗獲得，為陳述之人，性質上仍為證人而非鑑定人。

¹¹¹陳計男，民事訴訟法（上），元照出版，2010 年 6 月，頁 533。

最高法院 93 年度台上字第 2116 號民事判決：「又上訴人及被上訴人雙邦實業股份有限公司（下稱雙邦公司）於訴訟外各委託台灣省土木技師公會技師廖肇義、大域工程顧問有限公司技師張瑞仁為鑑定、研究，原審已說明彼等均非法院選任之鑑定人，僅以其特別知識令其到庭陳述其所經歷之事實，屬鑑定證人，法院對其陳述得依自由心證以定取捨，非必受其陳述之拘束，自不違背民事訴訟法第三百四十條規定。且原審係依據調查證據為辯論之結果，認廖肇義之證述尚難憑採，非徒以張瑞仁之證言否定廖肇義所述，亦無違背證據法則可言。」該判決似對於鑑定證人之定位有所認識，惟判決中並未清楚說明該二名技師是否僅到庭陳述因特別知識而知之過往事實，抑或是該二名技師係事後針對系爭案件為研究並陳述意見？該判決是否已意識到鑑定證人與私鑑定¹¹²之不同，頗值玩味。

第二款鑑定人兼證人

鑑定證人與「鑑定人兼證人」不同。所謂鑑定人兼證人係法院就關於甲事項為證人而訊問之人同時就乙事項為鑑定人而訊問之情形。此時除適用人證之規定外，應並適用鑑定之規定。例如：因傷害就請求損害賠償事件，以診治傷情之醫師為證人，證明被害人過往受傷之情形（鑑定證人），同時又命其判斷被害人所受之傷情有無治癒之可能及對將來勞動能力所受影響之情形（鑑定人），醫師即為「鑑定人兼證人」¹¹³。換言之，法院對於此等證人，除命其報告觀察事實之結果外，更命其陳述鑑定意見者，是為證人又兼具鑑定人之資格，應分別以證人及鑑定人身分為具結，除適用人證之規定外，應併適用鑑定之規定。故於上例，就醫生判斷被害人所受之傷情有無治癒之可能及對將來勞動能力所受影響之情形等部分，其應屬鑑定人並適用鑑定相關規定，除日費及旅費外，得另外請求報酬，當事人亦得聲明拒卻鑑定人¹¹⁴。

¹¹²參本文第三章第二節第三項之說明。

¹¹³此為陳計男老師所舉之例。參陳計男，民事訴訟法（上），元照出版，2010年6月，頁533。

¹¹⁴陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（中），三民書局，2008年1月，頁512。

第三款鑑定人、證人、鑑定證人之比較

證人、鑑定證人與鑑定人三者之比較，茲整理表列如下：

鑑定人	證人	鑑定證人
在證據方法上，屬於人之證據方法	在證據方法上，屬於人之證據方法	在證據方法上，屬於人之證據方法
就個案之具體事項有特別專門知識經驗者為限	不以有特別專門知識經驗者為限	對於已往之事實具有特別專門知識經驗
具可替代性	具不可替代性	具不可替代性
本於專業知識或特殊經驗法則所形成之意見與推論作為陳述之基礎。	親身經歷、見聞，亦即依據自己五官之作用就自己直接知覺或體驗的事實作為陳述之基礎，個人意見或推測，原則上不得作為證據。	具備特別知識而親身經歷、見聞之事實作為陳述之基礎，個人意見或推測應另以鑑定程序訊問之。
須經由法院選任，並得由當事人合意其人選（民事訴訟法第326條參照）有民事訴訟法第32條第1款至第5款情形之一者，不得選任為鑑定人。但無其他適當之人可為選任或經當事人合意指定時不在此限。（民事訴訟法第330條參照）	未經法院之選任，亦無當事人合意選任之適用	未經法院之選任，亦無當事人合意選任之適用
當事人得聲請拒卻（民事訴訟法第331條參照）	當事人不得聲請拒卻	當事人不得聲請拒卻

有到場之義務，但不得拘提，僅能科處罰鍰（民事訴訟法第329條參照）	有到場之義務，且得拘提之（民事訴訟法第303條第2項參照）	有到場之義務，且得拘提之（民事訴訟法第303條第2項、第339條參照）
鑑定人拒絕鑑定，如法院認為正當者，亦得免除鑑定義務，不限於民事訴訟法第307條之事由。（民事訴訟法第330條第2項參照）	證人與當事人間有一定之親屬關係（第一款）；所為之證言足生財產上之直接損害（第二款）；證言足致受刑事上訴追或蒙恥辱者（第三款）；職務上或營業上有秘密義務（第四款）；非洩露其術技上或職業上秘密不能為證言者（第五款）得拒絕證言（民事訴訟法第307條）	鑑定證人與當事人間有一定之親屬關係（第一款）；所為之證言足生財產上之直接損害（第二款）；證言足致受刑事上訴追或蒙恥辱者（第三款）；職務上或營業上有秘密義務（第四款）；非洩露其術技上或職業上秘密不能為證言者（第五款）得拒絕證言（民事訴訟法第307條、第339條）
除機關鑑定外，原則上有具結之義務，且具結應於鑑定前為之（民事訴訟法第334條參照）。若鑑定人有可不為鑑定義務之情形而為鑑定者，應可不必令其為具結（民事訴訟法第324條準用同法第314條）	有具結之義務，具結得於訊問前或訊問後為之（民事訴訟法第312條參照）。未滿十六歲或因精神障礙不解具結意義及其效果之人為證人者，不得令其具結。此外，有可拒絕證言者，而不拒絕證言者；當事人	有具結之義務，具結得於訊問前或訊問後為之（民事訴訟法第312條、第339條參照）未滿十六歲或因精神障礙不解具結意義及其效果之人為證人者，不得令其具結。此外，有可拒絕證言者，而不拒絕證
	之受僱人或同居人；就訴訟結果有直接利害關	言者；當事人之受僱人或同居人；就訴訟結果有直

	係者（第一至三款）為證言，則不得令其具結（民事訴訟法第314條第1項參照）	接利害關係者（第一至三款）為證言，均不得令其具結（民事訴訟法第314條第1項、第339條參照）
有陳述意見之義務，但得以書面鑑定報告為之（民事訴訟法第335條參照）	有陳述之義務，且原則上不得以書面代替到場陳述（民事訴訟法第305條參照）	有陳述之義務，且原則上不得以書面代替到場陳述（民事訴訟法第305條、第339條參照）
經法院許可，鑑定人對於當事人或證人自行發問，並得檢閱卷宗證據及蒐集調取相關資料（民事訴訟法第337條、第365條參照）	無資料取得權	無資料取得權
鑑定人於法定之日費、旅費外，得請求相當之報酬。 鑑定所需費用，得依鑑定人之請求預行酌給之（民事訴訟法第338條參照）	除日費、旅費外，並無報酬請求權（民事訴訟法第323條參照）	除日費、旅費外，並無報酬請求權（民事訴訟法第323條、第339條參照）

圖表 2-1 鑑定人、證人、鑑定證人之比較表

綜上可知¹¹⁵，雖於民事訴訟法中有鑑定人準用證人程序之規定，惟鑑

¹¹⁵學者林鈺雄於其刑事訴訟法教科書上以一案例說明三者之程序角色，頗為生動：一位醫師在審判中陳述：「在12月31日晚間10點，有兩個人將當時還活著的、血流如注的N帶到我家來；N還說，他被A襲擊，A用棍棒敲擊他的頭部，N說因為他能分辨A的聲音，所以他能辨認乃A所為；後來N陷入昏迷狀態，檢查結果發現，N頭蓋骨的左側因為敲擊而破裂，這應該就是N的致命傷」，此時，醫師就其自己的經驗而為陳述的部分，如N被送至其宅之時間、情況以及N對其所說之詞，屬於證人；醫師就當時病人N的頭蓋骨破裂而為陳述的部分，由於也建立在

定人與證人之性質終究不同，因此在準用關於證人之規定之時，仍應注意區別兩者性質之不同處。而鑑定證人原則上即屬證人，民事訴訟法第 339 條應屬單純之指示規定，表明因特別知識而得知已往事實或狀態者，應適用證人之規定。若同為鑑定證人之入有針對個案本於其專業知識或特別經驗法則陳述意見者，應另適用鑑定人之程序規定。

第三項鑑定與勘驗

所謂勘驗者，乃法院以五官作用，於訴訟程序中，觀察某事實，而查驗某物體之行為。勘驗人依五官作用為之，不以視覺為限，聽覺、嗅覺、味覺、觸覺等均可用為勘驗¹¹⁶。而鑑定與勘驗同屬民事訴訟法中之法定證據方法，分別規定於同法第 324 條及第 364 條以下。且二者均具有對於某事物為查驗、觀察之性質，更由於某程度上勘驗行為仍然無法完全排除勘驗者為判斷之必要性，更使得鑑定與勘驗兩者在程序性格上有難以區分之情狀¹¹⁷。惟鑑定與勘驗仍有下列之不同：

第一款實施之機關

勘驗係法院直接查驗某物體之行為，可謂眼見為憑，非如證人係在訴

其特別之專門知識之上，因此屬於鑑定證人；醫師就頭蓋骨之傷害即為致命傷之判斷，乃鑑定人之意見。林鈺雄，刑事訴訟法上冊，自版，學林文化總經銷，2003 年 9 月。

¹¹⁶王甲乙、楊建華、鄭健才，民事訴訟法新論，三民書局，2009 年 7 月，頁 475、陳計男，民事訴訟法（上），元照出版，2010 年 06 月，頁 555。

¹¹⁷此種難以區分之情形於刑事訴訟領域更係如此，黃朝義老師指出：「勘驗與鑑定兩者在法之性格上原本即屬不容易明確加以區分之概念。我國之法制將兩者同列為證據章之內容加以論述，更使得本具有偵查屬性之勘驗與鑑定行為受到曲解。蓋因偵查階段之採證過程，在型態上，勘驗與鑑定同具有『偵查作為』之屬性，應受偵查原理原則之規範；在順序上，採證後之『勘驗結果』或『鑑定結果』，隨之分別以『勘驗筆錄』或『鑑定報告書』等方式提出於法院。後者（證據書類屬性）部分屬於證據內容之探討對象，亦即依證據型態以及證據調查方式之不同，分別將其列為刑事訴訟法第一六五條（書證）或第一六六條（人證）以下之調查對象。」「就實際之運作而論，勘驗行為仍然存有無法完全排除勘驗者判斷之要求，以贓車車體號碼有無被變造為例，警察人員依其經驗僅就外觀或簡單的檢驗即可判斷者，即屬廣義勘驗之範疇（警察之實質勘察行為）；反之尚須進一步強調專業技術與經驗方得以加以分辨者，例如，屬於非解剖物體（車體）即無法得知部分，便屬鑑定之範圍。因此，只要屬於警察人員得以判斷或處理之範圍，對於一些本屬鑑定範疇之對象，隨著警察人員檢查方法之強化與改善，實質勘驗之屬性亦將產生某種程度之變化，而將部分原本屬於鑑定範疇者納入勘驗之範圍。」參黃朝義，勘驗與鑑定，月旦法學教室，第 12 期，2003 年 10 月。

訟程序陳述其自己經歷之事實，法院僅間接得知以往事實之資訊，故勘驗之證明力，通常將較其他證據更高¹¹⁸。而「鑑定」則指須藉鑑定人之特別學識經驗方得以知悉之法則，以及適用該法則所取得之意見判斷結果，故必須透過鑑定人為之。某程度上，勘驗與鑑定亦有實施機關具備專業知識程度多寡之差異，畢竟勘驗僅需透過五官作用查驗勘驗標的物；而鑑定則須藉由鑑定人所具備之專業知識或特殊經驗法則，方能達成法院交託鑑定課題之要求。故法院之調查，何時使用勘驗、何時使用鑑定人之證據方法，取決於系爭事項是否為一般人之感官所能知覺，抑或必須具備特殊之專門知識始能辨別，若為前者法院自行勘驗即可¹¹⁹，若為後者則須透過鑑定程序為之。而為使證據調查聲請方便起見，本文以為，應容許當事人在「同一待證事實」之前提下以「先備位模式」聲請查驗某物，亦即容認當事人聲請法官勘驗某標的物，若認需求專業知識，則轉以鑑定程序為之。例如：當事人所主張之待證事項，係某重大投標案之 A 版本投資計畫書並非抄襲 B 版本投資計畫書，故提出 A 版本之投資計畫書並聲請法院函調 B 版本之投資計畫書，將兩者先以勘驗方式比對，若法院認為涉及商業、工程之專業知識而有鑑定之必要時，便轉行鑑定程序。

第二款證據方法之性質

勘驗與鑑定雖同屬民事訴訟法中之法定證據方法，惟勘驗屬於「物之證據方法」，而鑑定則屬「人之證據方法」。按行勘驗時所查驗之物體，稱為勘驗標的物，而勘驗標的物並不以「物」為限，諸如查驗某人之身體，亦即以人作為勘驗標的亦無不可，其亦不限於有體物，無體物（例如錄音帶之錄音）亦得為勘驗標的物¹²⁰。惟須注意者乃，文書依其內容可為證據

¹¹⁸陳計男，民事訴訟法（上），元照出版，2010年06月，頁556。

¹¹⁹黃朝義老師舉例刑事案件例：「例如，甲涉嫌以西瓜刀傷害乙，若欲判斷扣案西瓜刀是否鋒利，法院透過眼見及手觸之勘驗方法，即可察知；反之，若欲辨別被害人身上之傷口與扣案之西瓜刀所能造成之傷口是否吻合，通常必須透過專門知識之鑑定人始能分辨。同例，若欲知曉扣案西瓜刀是否遺留明顯之血漬，法院透過眼見之勘驗方法，即可察知；反之，若欲辨別刀上血漬之 DNA 與乙血液之 DNA 是否相符，則須透過專門知識之鑑定人始能分辨。」參黃朝義，勘驗與鑑定，月旦法學教室，第12期，2003年10月。

¹²⁰陳計男，民事訴訟法（上），元照出版，2010年06月，頁555。惟陳榮宗老師似有不同看法：「對錄音帶為調查證據時，將其視為文書而依調查書證程序進行，或視為勘驗之物體而依勘驗程序為之，學者間頗有爭論。德國學者多數主張依勘驗程序，日本學者多數認為依書證程序。此種

者，概謂之證書。故法院於訴訟程序中閱覽某文書之行為，雖亦為勘驗之性質，但應適用書證程序之規定。電腦軟體之勘驗，因軟體程式所記載者，為人類一定之思想，亦準用書證程序而非勘驗程序之規定¹²¹；至於鑑定則係以鑑定人作為證據方法，並以鑑定人之鑑定意見作為證據資料，以證明待證事實之調查證據，故不論鑑定課題為何，鑑定均屬「人之證據方法」，故與勘驗屬於「物之證據方法」有所不同。

第三款作成之書面

按勘驗係法院、受命法官或受託法官之親身經歷、體驗，為幫助記憶、並達定紛止爭之效果，於實務上均以勘驗筆錄為之。勘驗如由受訴法院行之者，應於言詞辯論筆錄內明確記其勘驗所得之結果（民事訴訟法第 213 條第 1 項第 4 款），如係由受命法官或受託法官行勘驗時，則應將其結果記載於調查筆錄（第 294 條）。使受命法官或受託法官行勘驗者，受訴法院得定其筆錄內應記載之事項（第 367 條準用第 354 條）。而所謂勘驗結果，係記載法官依其五官作用就勘驗標的物勘驗之所得，原則上由法官諭示，由書記官記錄，必要時，得以圖畫、照片、利用科技設備作成錄音或錄影者，或有其他有關物件者作為筆錄之附件，黏貼於其後，並加以說明之（民事訴訟法第 366 條參照）。例如：以收回重建為由終止租賃之訴訟，於行勘驗時，其勘驗結果之記載：系爭房屋坐落於某熱鬧街道，四鄰均已改建為高樓店鋪，系爭房屋為木造平房，就市街整體觀察，於市容不調和，或房屋主樑已有蟲蛀腐蝕情形，牆壁破裂（如圖片(一)、(二)，錄影帶第一卷）等等，不得僅記載「法官至坐落○○房屋勘驗」數字¹²²。

至於鑑定是否要求鑑定人必須提出書面，民事訴訟法第 335 條之立法

問題爭論之實益，主要係，文書之形式證據力有本法第 355 至 358 條推定為真正之規定，且有 359 條及 360 條有關鑑別筆跡方法之規定。至於勘驗之標的物並無適用此類規定之餘地。法院實務，係將錄音帶之真偽，利用鑑定程序解決，至於錄音帶之內容，係將其譯為文字作成書面，使符合文書形式，依書證之調查證據程序進行。」參陳榮宗、林慶苗著，民事訴訟法（中），2008 年 1 月，頁 521。

¹²¹王甲乙、楊建華、鄭健才，民事訴訟法新論，三民書局，2009 年 7 月，頁 475、陳計男，民事訴訟法（上），元照出版，2010 年 06 月，頁 555。

¹²²此為陳計男老師所舉之例，參陳計男，民事訴訟法（上），元照出版，2010 年 06 月，頁 558。

理由指出：「查民訴律第四百零四條理由謂鑑定如係簡易事項，即用言辭記之於筆錄，如其事項繁雜，且需專門學之智識者，則宜用書狀。至鑑定人之具鑑定書，審判衙門應假以相當之期限，固不待言，此本條第一項之所以設也。鑑定書之應說明者，審判衙門得於言詞辯論日期，命其到場說明之，否則與鑑定人之宗旨不符，此本條第二項之所以設也。」若依立法理由觀之，似乎本條並未強制鑑定人必須提出鑑定書¹²³，事項簡易者亦可以言詞陳述並記載於筆錄中。而鑑定書中所記載者原則上以鑑定人之「意見」及其意見形成之過程、基礎等資訊為主，與勘驗筆錄係記載法官之親身經歷、體驗等亦有所不同。

第四款資訊之取得

如前所述，由於鑑定人定位上屬於法院之輔助機關，故鑑定人具有資料取得權（民事訴訟法第 337 條參照）。而勘驗則係法院本身依其五官作用之體驗，故不須另外賦與資訊取得權。常見取得勘驗標的物之方式，乃由當事人主動提出或聲請由對造或第三人提出。有爭議者係，當事人或第三人是否有依法院之命提出勘驗物或容受勘驗之義務？我國舊法、德國及日本舊民事訴訟法（指 1996 年修正前之民事訴訟法）均未設規定，因之學者間對此有不同意見。惟日本新民事訴訟法第 233 條第 1 項已規定準用同法第 223 條關於文書之規定，當事人或第三人均有依法院之命提出勘驗物及容受勘驗之義務¹²⁴。而我國民事訴訟法於 2000 年修正時，已將第 367 條之規定增列第 344 條及第 348 條準用之規定，明示當事人或第三人均有提出勘驗物或容受勘驗之義務，故應採肯定之看法。此際，法院命當事人或第三人提出勘驗標的物或容受勘驗，若當事人或第三人無正當理由違反提出義務，則分別由法院審酌情形逕認他造關於勘驗之主張或依勘驗應證之事實為真實，或科處第三人罰鍰，於必要時，並得由法院以裁定命為強制處分，其強制處分之執行，準用強制執行法關於物之交付請求權之執行規定（民事訴訟法第 345 條、第 349 條、第 367 條參照）。

¹²³實務上鑑定人均常態性地以提出鑑定書作為陳述意見之方法，反倒是在鑑定人是否應親自到庭陳述意見之問題上，產生較大的爭議。

¹²⁴陳計男，民事訴訟法（上），元照出版，2010 年 06 月，頁 559。

第五款小結

末者，勘驗與鑑定雖有上述之不同，然勘驗與鑑定間仍有並用或相互輔助之關係，蓋勘驗標的物之性質不一，故常有對於勘驗之事項，非有專門知識之鑑定協助，即無法確認。例如勘驗房屋之損壞程度，應具有建築知識；勘驗人體之傷害程度，應具有醫學知識。此際，受訴法院、受命法官或受託法官行勘驗時，自得命鑑定人參與（民事訴訟法第 365 條參照）。如進一步更就勘驗物進行鑑定程序者，該鑑定人亦可直接獲得鑑定所需之基礎事實。例如：原告主張工作物之瑕疵並請求減少價金之情形，法院於勘驗工作物（例如房屋）時，通常亦命鑑定人在場參與勘驗，並命就瑕疵部分鑑定其修補費用或應減少之價金¹²⁵。受訴法院為命行勘驗之裁定時，尚不知有命鑑定人參與之必要；及至實施勘驗時，方查覺有命鑑定人參與勘驗之必要者，若由受訴法院實施勘驗，固得逕行選任鑑定人；即使是由受命法官或受託法官實施勘驗，學者認為亦得不待法院之命，自行選任鑑定人參與勘驗¹²⁶。

第四項鑑定與通譯

一般所謂「通譯」，係為參與訴訟之人，若有語言不通之情況時，可從旁輔助溝通翻譯而設。在我國許多法規中皆有此一職務的規定，諸如民事訴訟法第 207 條規定：「參與辯論人如不通中華民國語言，法院應用通譯；推事不通參與辯論人所用之方言者亦同。參與辯論人為聾、啞人，不能用文字表達意思者，法院應用通譯。關於鑑定人之規定，於前二項通譯準用之。」、公證法第 74 條亦規定：「請求人不通中國語言，或為聾、啞人而不能用文字表達意思者，公證人作成公證書，應由通譯傳譯之。但經請求人同意由公證人傳譯者，不在此限。」、刑事訴訟法第 99 條：「被告為聾或啞或語言不通者，得用通譯，並得以文字訊問或命以文字陳述。」

¹²⁵陳計男，民事訴訟法（上），元照出版，2010 年 06 月，頁 557。

¹²⁶王甲乙、楊建華、鄭健才，民事訴訟法新論，三民書局，2009 年 7 月，頁 478。

而此等考慮照顧當事人於語言上理解困難之制度設計，具有保障當事人合法聽審權之意義¹²⁷，有其憲法上之價值。

通譯與鑑定人二者均以其專業知識輔助訴訟進行，通譯本於其語言上的專業減少訴訟主體溝通上的障礙；鑑定人則本於該鑑定所需的特定領域知識。而兩者間主要的不同點則有二¹²⁸：其一、通譯之工作只在於語言文字的翻譯傳遞，其中並不加入本身主觀的判斷結果；而鑑定人則需要依其本身專業知識作成判斷並陳述其鑑定意見。其二、通譯之專業領域僅限語言文字的專業翻譯，而鑑定人之專業知識或其所掌握之特殊經驗法則，則依鑑定課題之需求不同而有所差異。

值得討論者乃，在訴訟過程中，時常會有數據翻譯、轉譯之需求，此方面之專業人員或可稱作「數據翻譯人員」。例如飛機內之高度、速度記錄器，或車輛之速度記錄器，該機器所記錄的往往是由許多數字或機器碼所構成，需要數據翻譯人員將這些數字翻譯成具有文字意義的數據或圖表，再進一步交由鑑定人進行鑑定，以取得鑑定結果。則此一「數據翻譯人員」的身分定位為何？蓋工作內容係將機器語言翻譯成一般常用的文字語言，與通譯有其相似性。惟其工作除作為鑑定人之輔助人，其本於特殊知識（轉譯密碼記錄之能力）轉化機器語言之性格，則與鑑定人多有相似。論者主張¹²⁹，若將該等數據翻譯人員歸為通譯之列，那麼，傳統認為通譯僅翻譯不同之人類語言、文字（英文、日文、德文等）之概念必須再作擴大，包含翻譯機器語言、密碼在內。考量到後續針對此等數據進行鑑定之鑑定人對於數據翻譯人員之監督或掌握能力，實際上後續之鑑定人與數據翻譯人員可能並無溝通橋梁，後續之鑑定人僅單純取得一份已轉譯之圖表或數據，對其進行鑑定而已，故自數據翻譯人員的功能觀察，其擔任將機器語言如實轉化成一般可辨識之文字，實際上已經過一次本於專業知識之判斷，亦不應將其定位為單純之鑑定輔助人。著眼於程序保障之考量，由於轉化後之文字、數據不同，常可能左右鑑定結果正確與否，故將此一數

¹²⁷姜世明，民事程序法之發展與憲法原則，元照出版，2009年11月，頁80。

¹²⁸熊谷秀，論鑑定制度之理論構成與實踐，成功大學法律研究所碩士論文，2004年，頁19。

¹²⁹熊谷秀，論鑑定制度之理論構成與實踐，成功大學法律研究所碩士論文，2004年，頁20。

據翻譯人員亦定位為鑑定人應較妥當。

第五項鑑定與專家參審

第一款專家參審之介紹

參審制度，即指由職業法官(Berufsrichter)以外之國民，與職業法官共同組成之法庭，職司審判之一種制度¹³⁰。參考外國之立法例，德國法院組織法對於非職業法官出身之法官，統一冠以「榮譽職法官」(ehrenamtlicher Richter)之職稱，刑事法庭之榮譽職法官則稱為「參審員(Schöffe)，商事法庭之榮譽職法官則稱為「商事法官」(Handelsrichter)，其餘之榮譽職法官則逕稱為「榮譽職法官」。榮譽職法官之職權與職業法官相同，兼具有認定事實與適用法律之職權。依德國法院組織法規定，榮譽職法官於執行職務期間，有與法官相同之權利與義務，亦即審判獨立、參與審判、評議與表決；應保守評議祕密。榮譽職法官並無報酬，僅有日費、宿費及交通費等微薄補助¹³¹。

德國法院組織分為五大系統：普通法院、行政法院、財務法院、社會法院、勞工法院，不同的法院設有不同種類之榮譽職法官。論者指出，榮譽職法官可能係代表一般國民，或特定團體，或因身為專家而獲選。而德國參審制度中真正採取專家參審制度者，僅有民事法院商事庭之商事法官¹³²。其中以漢堡地方法院商事法庭歷史最為悠久，早於西元 1813 年拿破崙佔領時期即已成立，直至法國佔領結束後，歷經百餘年政治變遷，商事法院仍然存在。而德國商事法官有其資格上之限制¹³³，並經由工會及商會

¹³⁰蔡志方，論我國採行參審制度之必要性與可行性，律師通訊，第 161 期，1997 年 2 月，頁 10。

¹³¹邱琦，德國專家參審制度-以漢堡地方法院商事法庭為中心，司法週刊，第 1275 期，2006 年 2 月，2 版。

¹³²邱琦，德國專家參審制度-以漢堡地方法院商事法庭為中心，司法週刊，第 1275 期，2006 年 2 月，2 版。

¹³³依照德國法院組織法規定，商事法官必須為德國人；年滿 30 歲；目前或曾經商事註冊或合作社註冊之商人、法人之董事或執行業務之人或代理人，或基於法律特別規定不須註冊之公法人之董事。此外該法第 109 條第 3 項並規定若干消極資格，例如依第 33 條第 5 款規定，財務困難，不得被任命為參審員者，不得被任命為商事法官。邱琦，德國專家參審制度-以漢堡地方法院商

專家之推薦任命之，任期四年，連任不受限制（德國法院組織法第 108 條參照）。至於詳細遴選程序，法院組織法並無規定，而由各邦自行決定。以漢堡商事法官為例，其經由漢堡商事法庭提名，由漢堡司法部任命；連任者得至 75 歲為止，因此有些商事法官可能任職達 25 年之久。又商事法官之任命，須得其本人同意，被提名人並無義務擔任商事法官。商事法庭於每年年初制定事務分配規則，規定商事法官應出庭之庭期，故參審法官實際受理之案件，不一定為其專門知識所擅長，例如紡織業專家，亦有可能受理海運糾紛訴訟¹³⁴

我國現行法並未採取參審制度，惟學者有認為參審制度具有許多正面的機能，頗有在我國具體實現之必要，包括可反應平民法意識、提升人民對裁判或司法之信賴、達成教育民眾之目的、加強國民在司法領域之自治性及參與積極性、實現司法民主化、發揮司法制度之時代性機能，並能促進審判獨立、強化裁判之公開性、補充職業法官法律以外專門知識之不足以提升其裁判之周延及妥當性¹³⁵。而民國 88 年全國司法改革會議亦決議，因應司法體系與制度之變革，並配合法院組織法等相關法規之修正方向，司法院於 89 年 6 月聘請專家學者組成「專家參審試行條例研究制訂委員會」，復派員前往丹麥、德國法院訪問考察其專家參與審判制度，實地參觀法院設備、審理程序，並與職業法官、參審法官交換意見，蒐集相關資料，並配合我國民情擬定草案初稿，歷經近六年之研議完成「專家參審試行條例」草案（下稱本條例草案）內容¹³⁶。

本條例草案第一條即規定：「為增進法院於裁判上認事用法之適當性及公正性，以保護訴訟當事人之利益，提升國民對司法之信賴，特制定本

事法庭為中心，司法週刊，第 1275 期，2006 年 2 月，2 版。

¹³⁴邱琦，德國專家參審制度-以漢堡地方法院商事法庭為中心，司法週刊，第 1275 期，2006 年 2 月，2 版。

¹³⁵詳細說明可參蔡志方，論我國採行參審制度之必要性與可行性，律師通訊，第 161 期，1997 年 2 月，頁 11-14。

¹³⁶關於專家參審試行條例草案之章節編排，共分五章，草案條文共四七條，其章節之內容，分別為：第一章總則、第二章試行參審之案件種類、第三章參審法庭之組織、第四章參審程序與第五章之附則。詳細之介紹可參楊華嚴，「法院組織法，專家參審制度之介紹（上）、（下）」，司法新趨勢，第 29、30 期，2007 年 3、6 月。

條例。」關於本條例制定之立法目的，依照立法理由可知，乃在於增進法院關於法律外之專業知識，期能發現真實、促進訴訟，確保裁判之公正性，以保護當事人實體利益與程序利益，提升國民對司法之信賴。關於參審法庭之組成，本條例草案第二條規定，本條例所規定之參審法庭，由法官及參審官組成，共同行使審判權。因此制度上關於參審法庭之組成，係由「法官」與由具備法律外專業知識技能之「參審官」，共同組成參審法庭¹³⁷，並且共同行使審判權。而參審官之權責，除有特別規定外，原則上與法官相同，此可見本條例草案第 3 條第 1 項之規定，參審法庭應依據法律獨立審判。同條第 2 項規定，參審官依本條例行使審判權時，與法官有相同之權責。但本條例另有規定者，依其規定。因此關於參審官之權責，就行使審判權之角度以觀，原則上與法官之權責相同，且均依據法律獨立審判而不受任何干涉¹³⁸。而立法理由中則進一步說明，參審官依本條例行使審判權時，與法官相同，「有參與評議及表決之職權，並有保守評議秘密之義務」，惟本條例另有規定者，例如本草案第 9 條第 2 項之情形，則應依其規定之。又本條例所定之參審官為榮譽職，於參與審理期日酌給日費及旅費，並得視參與審判事務之繁簡，於訴訟終結時酌給報酬，而關於日費、旅費及報酬，由國庫負擔¹³⁹。

根據本條例草案第 10 條、第 11 條之規定，國民與擔任參審官有其資格之限制，包括年滿 30 歲、現在台灣地區繼續居住 6 個月以上，具有相關領域之專門知識或技能，並於該特殊領域服務三年以上，此外，亦不得受褫奪公權或破產宣告，或曾任公務員而受撤職處分確定，或故意犯罪受有期徒刑以上之裁判確定者等。再根據本條例草案第 12 條規定有 4 年之

¹³⁷本條例草案第 9 條第 2 項：「參審法庭之審判，由法官三人及參審官二人合意為之，並以法官為審判長。」

¹³⁸該草案之立法理由中則進一步說明，參審官依本條例行使審判權時，與法官相同，「有參與評議及表決之職權，並有保守評議秘密之義務」，惟本條例另有規定者，例如本草案第九條第二項之情形，則應依其規定之。此部分同於憲法第八十條規定之內涵，亦即「法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉」惟此種規定已某程度突顯由非職業法官之國民充任審判者之違憲疑慮。相同質疑亦可見邱琦，醫療專庭與專家參審--以德國、法國商事法庭為借鏡，月旦法學，第 185 期，2010 年 10 月，頁 100。

¹³⁹楊華嚴，「法院組織法，專家參審制度之介紹（上）」，司法新趨勢，第 29 期，2007 年 3 月，頁 136。

任期¹⁴⁰。而遴選上則由司法院設置參審官遴選委員會，並製作遴選名冊由名冊中遴選之，並由司法院長任命（本條例草案第 16 條、第 17 條、第 18 條參照）。

而得適用專家參審制度之案件類型，於該條例之草案第 5 條第 1 項亦有所限制，僅下列民事事件類型，當事人方得向「第一審法院」聲請由參審法庭審判之：

1. 因醫療行為涉訟者。
2. 因營建工程涉訟者。
3. 因著作權、商標權、專利權、電路布局權、營業秘密涉訟者。
4. 因海洋污染、土壤及地下水污染、水污染、輻射污染、空氣污染、噪音管制、廢棄物清理、毒性化學物質管理、飲用水管理、環境用藥管理涉訟者。
5. 因證券交易法、期貨交易法、證券投資信託及顧問法、銀行法之法律關係所生之爭執涉訟者。
6. 因海商法之法律關係所生之爭執涉訟者。
7. 因勞動契約、勞工安全涉訟者。

參審程序之啟動由上開案件之當事人依本條例草案第 5 條規定向第一審法院於第一次言詞辯論期日前以書狀聲請（本條例草案第 5 條第 2 項）。而當事人兩造以書面合意聲請時，法院及當事人均應受其合意之拘束（本條例草案第 5 條第 3 項）。於當事人一方聲請後，法院應徵詢他方當事人之意見就其聲請為裁定，經裁定准許者，不得撤回其聲請（本條例草案第 5 條第 5 項）。而駁回聲請之裁定，得為抗告，但不得再抗告（本條例草案第 5 條第 6 項）。此外，於民事事件，受訴法院得依職權裁定由參審法庭審判之程序（本條例草案第 5 條第 7 項）。而本條項之立法理由即認為：法院認為民事事件有由專家參審之必要者，縱當事人未聲請，亦得依職權裁定由參審法庭審判之。法院裁定前，應徵詢當事人之意見，如雙方當事

¹⁴⁰參楊華嚴，「法院組織法，專家參審制度之介紹（下）」，司法新趨勢，第 30 期，2007 年 6 月，頁 130。

人表示同意，或未表示反對之意見，法院應裁定行專家參審，如當事人一方或雙方表示反對之意見，是否行專家參審，仍應由法院依職權斟酌之¹⁴¹。行專家參審之民事案件，除依本條例草案第 21 條得合意選任參審官外，將由受理法院依個案類別，自參審官名冊中，以「抽籤方式」遴任參審官。受理法院應通知獲遴任之參審官（本條例草案第 20 條參照）。

第二款專家參與審判諮詢

除上述之專家參審試行條例外，於民國 88 年之全國司法改革會議後，針對專家參與審判之議題，司法院立即展開相關法案研擬，初步決定分採「專家諮詢」、「專家參審」兩階段方式以落實專家參審制。且基於僅能由職業法官進行審判之現有法制要求下，於修憲、修法前，先制定「專家參與審判諮詢試行要點」（以下略稱為「試行要點」）試行辦理。而此試行要點中所論及之專家參與審判諮詢，與一般專家參審之型態並不相同。此所謂之「專家」如同試行要點第 9 點第 1 項所稱為「參與審判諮詢之專家」，僅於審判時提出「專業知識」供法院參考。在型態上，該專家屬於審判程序中之法官顧問，若就實質面而論，其性質上應較接近鑑定證人或鑑定人之本質，故試行要點第 9 點第 3 項：「第 1 項專家之專業意見為當事人所不同意者，法院如認為必要，得以鑑定證人或鑑定人訊問之」¹⁴²。

學者對於專家參與審判諮詢試行要點多傾向批判之立場，如王梅英法官指出¹⁴³專家於法庭活動中是坐在法官席旁邊，專家之意見並不出現在審理程序中，而是「提出意見供法院參考」，專家意見如何提出？法院如何參考意見形成裁判基礎？均付之闕如。故從訴訟制度面來看，專家參與審判諮詢既非審判者，亦非證據方法。惟自實質功能觀之，專家倒像是個隱

¹⁴¹按此種由法院依職權斟酌之情形，原則上以第一審程序為主，雖就體例上言，第二審程序雖亦待採取「法院依職權為之」，仍應尊重當事人之意見及程序選擇權，進而避免法院職權過度行使之態樣。參楊華嚴，「法院組織法，專家參審制度之介紹（上）」，司法新趨勢，第 29 期，2007 年 3 月，頁 137。

¹⁴²黃朝義，相關刑案中專家參與審判諮詢之運作問題，律師雜誌，第 253 期，2000 年 10 月，頁 17。

¹⁴³王梅英，專家在法庭上之角色-鑑定或參審？，律師雜誌，第 253 期，2000 年 10 月，頁 34。

形法官，雖非外顯，但其意見卻直接由法官聽取而成為重要裁判基礎。專家參與審判諮詢試行要點，捨棄法定程序的踐行，專家意見既不必依法定程序出現於審判過程，且亦無接受檢驗審查的控制，系爭要點的規定，已完全悖離了審理程序的基本原理原則，包括嚴格證明程序、直接審理原則及言詞審理原則。黃朝義老師亦指出，依試行要點之規定，專家參諮詢之主要適用對象為有關辦理醫療、營建工程、智慧財產及科技、環境保護及公害、證券金融、海事、勞工、家事、性侵害、交通、少年刑事等案件。然各類案件所涉及之問題非但複雜尚且過於專業，究竟案件之何種內容需要專家諮詢，似乎無法由試行要點中獲得確定，今後一旦實施專家參與審判諮詢可能會造成適用標準不一之問題，甚且，在審判之過程中，若過度依賴專家諮詢之程序（如全數推由專家認定），到頭來或許反而會造成審判過程之遲延¹⁴⁴。本文以為，上開學者之批判雖有其理論依據，該要點卻已某程度悖離訴訟法理，然而，若將專家諮詢定位為法官自我進修或初步釐清爭點之工具，實質上仍對於訴訟之進行有其助益，似不需全盤否定該制度輔助審判之功能，惟應注意不可以此取代鑑定制度，否則專家諮詢無透明性之弊害將無限擴大。

第三款鑑定與專家參審之異同

按鑑定制度與上開專家參審制度及專家諮詢制度有其相似之處，均為專家於訴訟程序中本於其專業知識協助兩造發現真實並解決紛爭。惟其仍有相當程度之差異：

一、兩者之地位不同

專家參審員為審判者，其與一般審判者不同者僅在於其具備較多之專業知識及原則受上較少之法律訓練而已；而鑑定人僅為協助審判者認定事實之輔助者，不能代替或僭越審判者之角色，其亦非事實認定之最終機關。而專家參與審判諮詢試行要點中之「專家」，雖亦作為法院之輔助人，惟此種「隱形之輔助」違反程序法理遭學者批評已如上述，其縱使作為過渡時期之中間制度亦屬不妥。

¹⁴⁴黃朝義，相關刑案中專家參與審判諮詢之運作問題，律師雜誌第 253 期，2000 年 10 月，頁 26。

二、啟動機制及限制不同

專家參審之程序開啟乃由當事人聲請或法院職權裁定行之，並限於特定案件類型方得為之，而一旦開啟參審程序則專家參審員自程序開始至終結均為事實及法律之認定者；反觀鑑定程序並不限定特定案件類型方有使用可能，端視兩造舉證與法院認定事實之需要而定，而對於某待證事項以鑑定人為證據方法取得證據資料，鑑定人僅需協助認定該待證事實之真偽，或針對該待證事實之真偽判斷提供特殊經驗法則供法院參考，與同一程序之其他事實認定並無相關。

三、決定參審官與鑑定人之方法不同

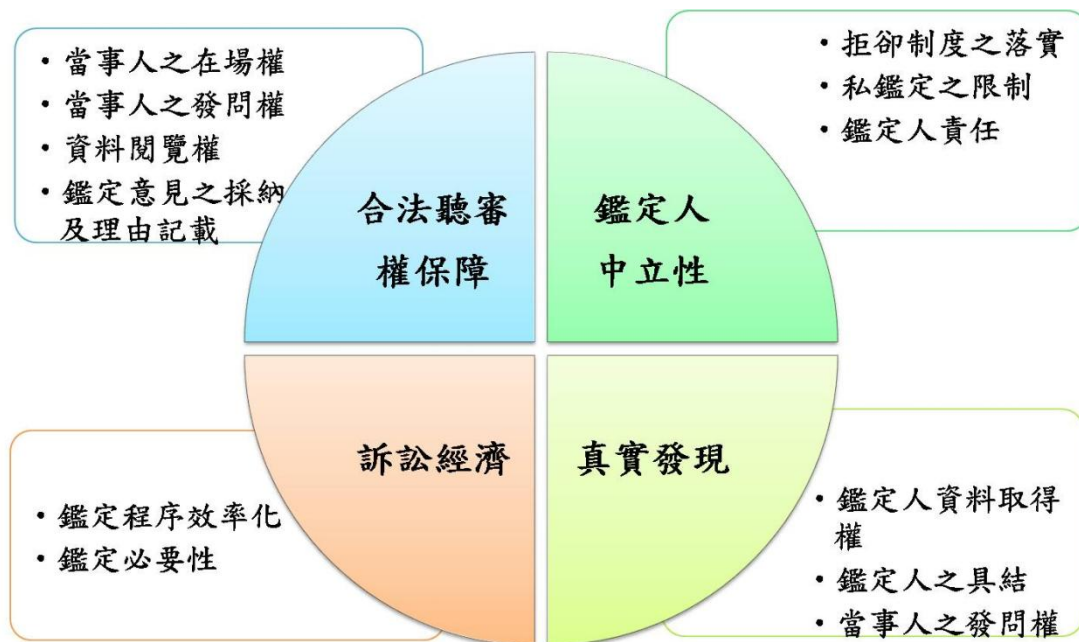
參審官人選之決定方式主要有二：其一由受理法院依個案類別，自參審官名冊中，以「抽籤方式」遴選參審官，其二係由當事人合意選定之；而鑑定人雖亦有學者主張應建立名冊，惟目前作為鑑定人之專家並無具有法源依據之名冊存在，而鑑定人之選任原則上由受訴法院為之，若當事人對於人選已有所合意，雖受訴法院原則上應尊重，但仍於其認不適當時有拒絕選任之權力。

綜上，司法院研議已久之「專家參審制度」或「專家參與審判諮詢制度」與現行之鑑定制度並不相同，其間亦無相互取代之作用，亦有學者更進一步指出，設計由具有特別或專門知識經驗之人與職業法官合議審判特定案件，使具鑑定人資格之人本身又具審判權限，此種制度設計，本質上即違反專業知識仍應透過調查程序接受檢驗的法理，此將有害於當事人詰問權之保障，亦將造成與自由心證抑制機能的內在衝突，並不妥當¹⁴⁵。而本文對於學者之見解，除敬表贊同外，更認為若審判上有補充法官認定事實之相關專業知識不足之需要，不應一味透過加強審判者法律外專門知識之途徑求取解決之道，蓋審判者若本於自身所具備之專門知識對於案件事實逕為認定，將造成其所認定之事實若有錯誤，實際上將難由兩造協同進一步驗證或推翻。故真正要改革的是鑑定制度本身，而非捨本逐末的建立所謂的專家參審制度。

¹⁴⁵陳運財，刑事程序鑑定之證據法則，萬國法律，第137期，2004年10月，頁34。

第三章建構鑑定制度之法理基礎及相關問題

本章將試圖從四個面向，針對建構我國民事鑑定制度之法理基礎作描述，包括合法聽審權保障之要求、鑑定人之中立性要求、訴訟經濟之要求及真實發現之要求等，並試圖將現行法及實務見解下，已被承認或應被承認之當事人程序權利，及其各種相關衍生問題，予以探討，以呈現上開法理基礎於我國鑑定制度之作用與內涵。



圖表 3-1 建構鑑定制度之法理基礎

第一節 合法聽審權

第一項 概說

第一款 合法聽審權之意義

所謂之合法聽審權(Das rechtliche Gehör)或稱聽審請求權(Der Anspruch auf rechtliches Gehör)，於德國基本法第 103 條第 1 項及歐洲人權公約第 6 條第 1 項均有明文規定，係根源於人性尊嚴與法治國原則之人民基本權利之一¹⁴⁶。合法聽審權之保障，其理由主要有事實釐清、人性尊嚴及法治國原則三者。首先，就事實釐清而言，合法聽審與促進法院裁判之正義與正確性具有密切關係，亦即經由合法聽審權之保障，包括事實上與法律上意見陳述之保障，應足以使法院認事用法臻於正確；其次，人性尊嚴之保障(德國基本法第 1 條第 1 項、BVerfGE 55, 1, 6)及法治國原則(BVerfGE 7, 275,279)一般亦被認為係合法聽審權之價值決定基礎。按建構一保障人性尊嚴之訴訟程序，其基本認知在於不應將當事人視為國家司法權所得支配之客體，而應充分將其視為程序之主體，並保障當事人對訴訟程序與結果形成之參與權。而法治國原則中，無論係基於實質正義之追求與獨立公正法院之提供，均可推得國家應保障人民於參與訴訟程序時應獲得程序保障¹⁴⁷。

在我國，憲法第 16 條規定人民有請願、訴願及訴訟之權。而學者及大法官原則上均認為所謂之訴訟權乃人民司法上之受益權，即人民於其權利受侵害時，依法享有向法院為適時審判之請求權，且包含聽審請求權、

¹⁴⁶對於 Der Anspruch auf rechtliches Gehör 之翻譯相當分歧，於民事訴訟法、刑事訴訟法、行政訴訟法不同學者間均有歧異之翻譯，本文乃從姜世明老師之譯法。至於針對不同漢字譯語之整理及原因釐清，可參吳從周，法律漢字譯語與法律繼受-以民事訴訟法上「聽審請求權」之形式譯語整合與「突襲性裁判禁止」之原始意涵詮釋為例，成大法學，第 10 期，2005 年 12 月，頁 211 以下。另可參姜世明，民事程序法之發展與憲法原則，元照出版，2009 年 11 月，頁 29、55 以下、沈冠伶，訴訟權保障與民事訴訟-以大法官關於「訴訟權」之解釋為中心，台灣大學法學論叢，第 34 卷第 5 期，頁 12。

¹⁴⁷姜世明，民事程序法之發展與憲法原則，元照出版，2009 年 11 月，頁 62；姜世明，論合法聽審權-以在民事程序法之實踐為中心，法學叢刊，2002 年 10 月，頁 19 以下。

公正程序請求權、公開審判請求權及程序上之平等權（大法官會議釋字第482號解釋參照）¹⁴⁸。因而在我國，合法聽審權亦為憲法訴訟權保障之重要內涵，其於我國憲法中之地位應屬有據。學者指出¹⁴⁹，德國民事訴訟法學理，固已受合法聽審權理論所引導，包括實務上德國聯邦憲法法院所受理之憲法訴願案件中，以侵害當事人合法聽審權為據者數量甚多，足見合法聽審原則於民事訴訟法學界乃居於甚為重要之地位。即在我國，民事訴訟法學界自民國60年代末期，即有學者開始致力於訴訟法上關於程序保障法理之闡析，其相關理論包括當事者權或聽審權保障等理論，非惟在民事訴訟法學界產生深刻之影響，即於實務或立法層次亦深具有影響力。最顯著者乃民事訴訟法於民國89年至92年之全面修正，就訴訟程序所為重大改革，乃包括強化當事人之程序主體地位、充實當事人陳述權、辯論權、證明權及資訊權等權利¹⁵⁰。此等修正之基礎與保障合法聽審權之理念即有密不可分之關係。

聽審權之保障，可謂程序保障中最重要之部分，不僅係民事訴訟程序之基本原則，且具有憲法位階，在所有之法院程序，不論為訴訟或非訟程序，亦不論適用處分權主義、辯論主義或職權主義之程序，均得主張之。學者指出，憲法意義下之聽審權保障，只是最低限度之要求，為保障此權利，立法者自得相應於各不同程序之目的或事件類型，為進一步之規定（例如：以書面或言詞之方式使當事人有表示意見之機會或辯論¹⁵¹）。惟學者亦指出聽審權之保障，除使當事人有充分提出事實、證據或法律見解之機會外，亦須注意使聽審之程序、方式具有效率，能與「適時審判請求權」

¹⁴⁸沈冠伶，訴訟權保障與民事訴訟-以大法官關於「訴訟權」之解釋為中心，台灣大學法學論叢，第34卷第5期，頁7。

¹⁴⁹姜世明，民事程序法之發展與憲法原則，元照出版，2009年11月，頁30。

¹⁵⁰許士宦，民事訴訟之程序權保障：以通常訴訟程序當事人之程序權為中心，台大法學論叢，第38卷第4期，2009年12月，頁230。

¹⁵¹民事訴訟法上雖未直接使用「聽審」之用語，但於多處條文規定「裁判前應令當事人有辯論之機會」，例如：第278條第2項、第282條之1第2項、第297條第1項、第345條第2項、第575條第2項、第595條第2項；或「有陳述意見之機會」，例如：第56條之1第2項、第182條之2第2項、第288條第2項、第326條第2項、第347條第2項、第373條第2項、第409條之1第3項、第436條之26第3項、第451條第2項、第528條第2項、第536條第3項、第572條之1第2項，均為聽審權保障之具體規定。參沈冠伶，訴訟權保障與民事訴訟-以大法官關於「訴訟權」之解釋為中心，台灣大學法學論叢，第34卷第5期，頁12。

與「權利有效保護請求權」取得平衡¹⁵²。法院如誤認聽審權之意義或射程範圍，而毫無節制地容忍當事人不斷地提出新攻擊防禦方法，即可能使程序不能在適當時期內予以終結；惟法院若過於追求程序之迅速性，而不當地適用失權規定，亦可能使聽審權受到侵害¹⁵³。

第二款合法聽審權之基本內容

合法聽審權之歸屬主體，不僅指程序上形式當事人，亦包括法律上利害關係之第三人，尤其是受判決效力所及之第三人。合法聽審權之主要內容在於涉及個人生命、身體、自由、人格、財產權之程序中，受裁判效力所影響之當事人或第三人應享有程序主體地位而被予以尊重，對於裁判結果足生影響之重要事項（包括事實、證據或法律意見）均有充分陳述、辯論之機會（陳述權）；對此，就當事人之陳述及所提出之資料，法院則負有審酌義務，必須實質斟酌其內容而為裁判（法院之審酌義務）。再者，當事人能於訴訟程序中為充分陳述之前提，必定建立於對於程序中資訊之認識，故應使當事人能就程序之進行、對造之陳述及法院作為裁判基礎之資料能充分認識（知悉權），以便使其能衡量自身情況，因應程序之變化，決定適切之程序行為。以下在就此基本內容分別敘述之：

一、知悉權(Recht auf Orientierung)

知悉權，又可稱為受通知權、認識權。為使當事人於程序上能為充分陳述，應及時地受到通知，而可認識到程序之開始、進行、他方陳述以及法院之卷宗資料。且法院所定之期日，亦須使當事人有充分之準備時間¹⁵⁴。如當事人未受通知，以致於未為陳述，即屬合法聽審權之侵害。至於知悉權保障於民事訴訟法上之實踐及作用，包括送達制度之設計（民事訴訟法 123 條到第 153 條之 1）、回復原狀相關制度（民事訴訟法第 164 條）、閱覽法院卷宗之權利（民事訴訟法第 120 條、第 242 條）及他造陳述必須

¹⁵²邱聯恭，司法之現代化與律師之要素，載於：「司法之現代化與程序法」，頁 112、127，註 55。

¹⁵³沈冠伶，訴訟權保障與民事訴訟-以大法官關於「訴訟權」之解釋為中心，台灣大學法學論叢，第 34 卷第 5 期，頁 13。

¹⁵⁴學者黃國昌主張：「在憲法層次所保障者，並非對程序參與者之實際通知，而係一個經合理設計之通知機制可期待使受通知者得到實際通知(notice that is reasonably calculated to result in actual notice)之適正通知。」

即時通知當事人等規定均屬之（民事訴訟法第 265 條 1 項、第 266 條第 4 項、第 267 條）¹⁵⁵。

二、陳述權(Recht auf Äußerung)

合法聽審權中，所謂陳述權之意義，包括積極面向及消極面向，積極面向係指程序參與者於法院前，有主動地對於與訴訟標的相關之事實及法律問題為陳述之機會，亦即，就事實予以主張、爭執、提出證據、就證據調查之結果陳述意見、提出法律見解。而消極面向則指，法院對於將採為判決基礎之事實、證據調查結果或法律見解，應使程序參與者於裁判前有表示意見之機會，否則不得作為裁判基礎。縱使是在法院得依職權探知事實、調查證據之情況，亦然¹⁵⁶。

論者指出，陳述權之保障次數，基本上無法以確定某「數量」為僵化性預估。理由在於，陳述權不僅指係當事人有在法院前陳述自己主張之權利，而且更就對造所有陳述有為抗辯之權。故一旦當事人一造有新爭點陳述時，則他造即應對此有陳述之權利。故若法院於言詞辯論終結後，始發現其違背法官闡明義務，並有爭點未予他造辯論之機會，即已侵害當事人之合法聽審權，應再開言詞辯論，以保障當事人之陳述權。是以，**陳述權之保障，須於各爭點均曾賦予當事人至少一次之保障**。而即若當事人因法院程序瑕疵造成喪失某審級利益，惟如當事人已得於上訴審級為充分陳述者，即不認為其合法聽審權遭受侵害¹⁵⁷。此外，合法聽審之保障，係給予權利與機會，故其中陳述權之保障，並非意謂當事人必須為陳述，而係指**法院應給予其陳述之權利及機會**而已。當事人因其故意或過失以致喪失陳述機會，若符合失權要件，其權利即屬消失。而法院就此亦無審酌義務¹⁵⁸。

¹⁵⁵沈冠伶，訴訟權保障與民事訴訟-以大法官關於「訴訟權」之解釋為中心，台灣大學法學論叢，第 34 卷第 5 期，頁 15。詳細可參姜世明，民事程序法之發展與憲法原則，元照出版，2009 年 11 月，頁 71-74。

¹⁵⁶沈冠伶，訴訟權保障與民事訴訟-以大法官關於「訴訟權」之解釋為中心，台灣大學法學論叢，第 34 卷第 5 期，頁 17；姜世明，民事程序法之發展與憲法原則，元照出版，2009 年 11 月，頁 75。

¹⁵⁷Vgl. Waldner, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, 1989, Rdnr.97 轉引自姜世明，民事程序法之發展與憲法原則，元照出版，2009 年 11 月，頁 77。

¹⁵⁸Vgl. BVerfGE 3, 359, 365; 9, 231, 236; 54, 117, 125 轉引自姜世明，民事程序法之發展與憲法原

另陳述權並非當事人所能事先拋棄，但若一訴訟狀態當事人就某爭點之陳述機會已明顯，而當事人明知並捨棄其陳述機會者，則亦非法院所能強制。以下茲就陳述權之標的，亦即事實、證據及法律上見解¹⁵⁹，分別予以說明。

(一)關於事實之陳述

民事訴訟程序原則上係適用辯論主義，事實之陳述、提出，不僅是當事人之權利，亦是當事人之責任。當事人就事實之陳述，應為真實及完全，對於他造所提出之事實，亦應為陳述（民事訴訟法第 195 條參照）。為避免當事人疏未就他造所提出之事實予以陳述，有害辯論，法院應向當事人發問或曉諭，而負有闡明義務（民事訴訟法第 199 條第 2 項參照）。再者事實於法院已顯著或為其職務上已知者，縱使未經當事人提出，法院亦得斟酌（民事訴訟法第 278 條第 2 項）。但於裁判前，應先闡明使當事人知悉，而使其就該事實有辯論之機會。此外，於職權探知主義所適用之事件，縱然法院得依職權探知事實，但如法院所斟酌者，係當事人所未曾提出之事實，亦應於裁判前闡明，使當事人有辯論之機會（民事訴訟法第 575 條第 2 項、第 595 條第 2 項）。法院如應闡明而未闡明，而使當事人未能於裁判前有充分陳述之機會，即為侵害當事人之陳述權。

(二)證據提出

當事人就其提出之有爭執事實，得提出證據，並於證據調查時，在場見證並進一步得就證據調查之結果陳述意見。當然，保障合法聽審並不表示法院應就當事人聲明之所有證據，均予以調查，如屬不必要之證據，法院仍得駁回之（民事訴訟法第 286 條但書參照）。於此應注意者係，法院如認為當事人所聲明之證據，屬於「不必要之證據」，法院應於裁判前，使當事人知悉並有表示意見之機會¹⁶⁰。且若最後仍不予調查，即應於判決

則，元照出版，2009 年 11 月，頁 79；黃國昌，民事訴訟法教室 I，元照出版，2009 年 4 月，頁 13。

¹⁵⁹Waldner, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, 1989, Rdnr.81 轉引自姜世明，民事程序法之發展與憲法原則，元照出版，2009 年 11 月，頁 76。

¹⁶⁰沈冠伶，訴訟權保障與民事訴訟-以大法官關於「訴訟權」之解釋為中心，台灣大學法學論叢，

書中說明其理由。

(三)法律見解之陳述

適用法律，固為法官之職責，但關於法律上見解，當事人作為程序之主體，亦應有積極影響裁判之機會¹⁶¹。由於法院之裁判所依循之法律，係經由程序上當事人與法院之相互論證、辯駁，形成性地予以尋求、發現。且法律問題與事實問題往往相伴而生，難以切割（例如：關於訴訟標的之特定），對於當事人所提出之事實，法院亦須為法律上之評價，因此，當事人就其個案應適用之法律、構成要件與事實間之涵攝，或法律規範之解釋，應有陳述之機會。唯有使當事人亦能為法律上見解之陳述，或使其認識到法院所為之法律上評價，並有辯論或陳述意見之機會，對聽審權之保障始屬完整。

然而，使當事人對於法院當下之法律評價有所認識，是否已上升至「義務」之層次？法院應公開其心證至何種程度？此等問題乃具有高度之爭議。按合法聽審權之保障是否可直接推導出法院有公開法律心證之義務，有傾向肯定之見解者¹⁶²，認為法院宜於裁判前向當事人闡明其所持法律見解，而使當事人有辯駁之機會，否則即無異於妨礙當事人提出法律見解之權利。惟傾向否定見解者¹⁶³則以：

- (1)在我國現階段，欠缺基礎註釋書之情況下，法官公開其法律見解，具有相對之有限性及不安定性，其不利於法官有效形成妥適心證；
- (2)法官可能會為錯誤之暫時性心證，而誤導當事人為撤回或和解，而造成當事人損害；
- (3)關於法律要件之評價，須待言詞辯論終結後才能適當、正確形成，於評議前之法律見解表明，有所困難；

第 34 卷第 5 期，頁 18。

¹⁶¹德國聯邦憲法法院亦多次明白表示，當事人對於重要之法律上問題或法律狀況，應有陳述權限：BVerfGE, NJW 1992. 2095 (2096)；BVerfG 83, 24 (35)；86, 133 (144), 98, 218 (263)。轉引自，沈冠伶，訴訟權保障與民事訴訟-以大法官關於「訴訟權」之解釋為中心，台灣大學法學論叢，第 34 卷第 5 期，頁 21，註 48。

¹⁶²沈冠伶，訴訟權保障與民事訴訟-以大法官關於「訴訟權」之解釋為中心，台灣大學法學論叢，第 34 卷第 5 期，頁 21。

¹⁶³姜世明，民事程序法之發展與憲法原則，元照出版，2009 年 11 月，頁 148 以下。

- (4)如承認法律見解之公開屬法官之義務，將難以解決違反時之法律效果問題；
- (5)當事人常不具備討論法律問題之能力，非律師代理案件，法官與當事人為法律上討論，實屬事倍功半，且容易導致法官產生偏見；
- (6)法官之案件量與素質，尚未準備好以進行法律見解之表明；
- (7)此等要求可能將架空民事訴訟法辯論主義或處分權主義之基本原則；

本文以為，合法聽審權之保障固然重要，惟其保障範圍本屬抽象並具有爭議性，上開傾向否定法院負有應表明法律見解之義務者，於我國實務現階段之狀況上來看，其考量應屬有據。且實際運作時，法官法律心證之公開時，若方式不慎，常產生法官偏幫一造之形象，或導因於誤會，或因與一造激辯而越陷越深，均難免使法官於外觀上淪為一造之代表，導致法庭形象不佳。此於我國司法威信不彰之現下，尤其如此。而此種情況對於民事訴訟法辯論主義、處分權主義之價值預設，亦具有重大影響，縱使兩造均由律師作為訴訟代理人之情形亦同，不可不慎。

三、法院之審酌義務(Zur Kenntnis nehmen und in Erwägung ziehen)

相對於當事人之陳述權，法院乃具有審酌義務。按法院就當事人有權陳述之事項（包括事實、證據及法律見解），均負有予以審酌並於裁判書中說明其理由之義務。法院如漏未審酌，或未於判決中未說明其不採之理由，即構成判決不備之理由，亦屬對於合法聽審權之侵害。我國民事訴訟法更特別將法院審酌義務之違背，規定為第三審權利上訴之事由（民訴法第 469 條第 6 款），無庸得第三審法院之許可，即可提起第三審上訴救濟之。

學者指出，在德國實務上，以法院未盡審酌義務而侵害聽審權，提起憲法訴願之案件頗多。憲法訴願之理由已不再限於因當事人未有陳述機會而有所主張，更多是主張，法院就當事人所提出者，未予以審酌。例如：單純地忽略當事人所陳述之事實或證據聲明，或因失權規定適用不當，以致未審酌當事人所提出之攻擊防禦方法¹⁶⁴。在我國實務上，就我國第三審

¹⁶⁴沈冠伶，訴訟權保障與民事訴訟-以大法官關於「訴訟權」之解釋為中心，台灣大學法學論叢，

之上訴事件而言，亦多係因下級審法院違背審酌義務。據司法院網站上所公佈之司法統計資料顯示，最高法院 99 年民事上訴發回或發交更審事件總數件 675 件中（包括全部及部分發回）¹⁶⁵，因為「調查證據不詳或未予調查」而發回或發交者有 337 件、「未採用證據未說明理由」者有 38 件、「採用證據未說明理由」者有 7 件、「未採用攻擊防禦方法未說明理由」者有 87 件、「採用攻擊防禦方法未說明理由」者有 2 件、「判決理由矛盾」者有 35 件，「未予當事人完全辯論之機會」者有 8 件，合計有 514 件，占百分之 76 以上。可見，下級審法院如能更重視當事人之合法聽審權，將可有效減少上訴之發生。

法院是否盡審酌義務之表徵乃判決書理由欄之記載。有問題者係，實務判決書中常見「本件事實已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法，已不足動搖本院心證，爰不逐一論列」之記載，此一處理當事人攻擊防禦方法之方式，是否符合法院之審酌義務，應有可質疑之處。因理由欄中之記載係法院是否已盡審酌義務之觀察依據，若審酌欄未適當處理當事人所提出之主張或攻防方法，對於當事人而言，甚易產生對判決不服之情形，對於法院而言，則有恣意裁判之危險。學者有指出，理想作法乃將法院認定為不重要或無關聯性之主張及攻擊防禦方法，製作附表，用以表明已加以審酌，似較為妥當¹⁶⁶。但值得注意者係，德國聯邦憲法法院認為，法院之知悉與審酌義務並非意謂法院必須就當事人所有陳述均逐一明白交代於判決當中，亦即自合法聽審權並不能推論法院須被要求就當事人所有重要與不重要之陳述均逐一論列，而僅有在自判決總體觀察後，可以確定法院完全未獲悉當事人陳述或顯然未加以審酌者，方認為法院未盡其審酌義務¹⁶⁷。

四、突襲性裁判之防止

按所謂「突襲性裁判」，並非法律上之用語。其所泛指者，乃當事人

第 34 卷第 5 期，頁 21。

¹⁶⁵民國 99 年司法統計年報，http://www.judicial.gov.tw/juds/year99/contents_table_ch.htm。

¹⁶⁶姜世明，民事程序法之發展與憲法原則，元照出版，2009 年 11 月，頁 84。

¹⁶⁷Vgl. BVerfGE 13, 132, 149; 70, 288, 293 轉引自姜世明，民事程序法之發展與憲法原則，元照出版，2009 年 11 月，頁 84。

依照程序進行之過程，無法合理地預測法院裁判之內容或判斷過程¹⁶⁸。相應於陳述權之對象，突襲性裁判之形態，亦可分為在事實認定、證據評價及法律見解上之突襲。例如：法院所根據之法律見解，兩造當事人均未曾於訴訟中提出；法院基於個人專業知識，對於當事人聲明之鑑定證據，認為無須調查，但卻未於裁判前向當事人闡明「不必要」之理由；法院未經闡明，逕將原告之訴以不合法或未盡具體化義務駁回之，此等情形即使在有律師代理的情形亦同；法院如已表明某一法律見解，或明白地或經由其行為使當事人認識到某一特定問題於裁判上之重要性，但其後卻改變其法律見解，且未再向當事人闡明；法院改變向來在同類案件中所持見解，但未使當事人有表示意見之機會¹⁶⁹。此種情況，由於當事人未能充分地於訴訟中提出事實、證據或有利之法律見解，即已構成對其聽審權之侵害。

第三款合法聽審權於鑑定程序之作用

如前所述，合法聽審權之保障係民事訴訟程序之根本，具有憲法位階，在所有之法院程序，不論為訴訟或非訟程序，均得主張之。而鑑定作為民事訴訟證據程序之一環，其制度設計及程序操作上均必須以保障合法聽審權之要求作為其指導原則。於鑑定程序之前階段，包括鑑定之聲請必要性、鑑定人之選任，均應使兩造充分陳述意見；鑑定過程中，當事人對於重要之作業程序應有在場權，為促使鑑定人能完善鑑定，當事人有意見提供權。鑑定意見完成後，當事人應對於鑑定書及相關資料具有閱覽權，並於閱視鑑定書並經充分準備後，當事人應得對鑑定人就其鑑定意見為發問以影響鑑定意見之證明力，並於其後得對鑑定結論表示意見。而法院亦須充分審酌此等意見表示後，以審慎的態度評估鑑定意見，並將採納與否理由記明於判決理由欄中，此均具有合法聽審權保障之意義。本文以下將針

¹⁶⁸此外，由於民事訴訟程序不僅以追求真實發現為單一目標，亦同時追求迅速低廉之判，因此，突襲性裁判除可能發生在事實認定、證據評價或法律見解上之突襲外，論者亦有提出「促進訴訟的突襲」之類型，亦即未適時地使當事人預測法院之裁判內容或判斷過程，而使當事人無法促使法院採取更為節省勞力、時間、費用之訴訟活動，或無法再支出一定之勞力、時間、費用，盡可能經濟地接近真實。參邱聯恭，突襲性裁判，載於：民事訴訟法研究會編，民事訴訟法之研討（一），頁35以下。

¹⁶⁹沈冠伶，訴訟權保障與民事訴訟-以大法官關於「訴訟權」之解釋為中心，台灣大學法學論叢，第34卷第5期，頁22-23。

對部分鑑定程序爭議，試圖以合法聽審權之角度為觀察並再深入說明之。

第二項鑑定時在場及意見提供權

第一款證據調查程序

合法聽審權之基本內容包括當事人就其提出之事實，得提出證據，並於證據調查時有在場見證並提供意見之權利。按當事人有權知悉法院是如何進行證據調查（例如：如何訊問證人、鑑定人、閱讀書證，或進行勘驗），並進而能當場表示意見。故法院調查證據時，應使當事人有參與調查證據程序之機會，使其立即得知調查證據之結果，並得隨時主張自己之權利。此不獨於受訴法院調查證據時應如此，即於受命法官或受託法官調查時，亦應如此¹⁷⁰。是以，法院於行證據調查前，應將期日通知當事人。針對此項權利，德國民事訴訟法第 357 條第 1 項明文規定，證據調查，應許當事人在場。我國雖未為明文規定，且依民事訴訟法第 296 條規定，調查證據，於當事人之一造或兩造不到場時，亦得為之。但學者主張，就此條規定應理解為：受訴法院（或受命法官、受託法官）調查證據時，為使當事人能充分認識到判決之過程，應賦予當事人有參與程序之機會，於證據調查期日前，應通知當事人到場。至於當事人受通知後，於證據調查期日不到場，則不能妨礙證據調查之進行，法院仍得進行證據調查¹⁷¹。此亦可參最高法院 40 年台上字第 1602 號判例：「調查證據應命當事人到場，使其直接得知調查證據之結果，並得隨時主張自己之利益（例如向證人發問），此觀民事訴訟法第二百九十六條關於調查證據，於當事人之一造或兩造不到場時，亦得為之之規定自明。此項規定之適用，不僅以受訴法院之調查證據為限，並包含受命推事或受託推事之調查證據者在內，故受命推事於準備程序指定調查證據期日，仍須於期日前相當之時期，送達傳票於兩造當事人，否則其調查證據，即屬違背訴訟程序之規定，除因當事人於言詞辯論

¹⁷⁰許士宦，民事訴訟之程序權保障：以通常訴訟程序當事人之程序權為中心，台大法學論叢，第 38 卷第 4 期，2009 年 12 月，頁 235。

¹⁷¹沈冠伶，訴訟權保障與民事訴訟-以大法官關於「訴訟權」之解釋為中心，台灣大學法學論叢，第 34 卷第 5 期，頁 19。

期日到場之不責問而視為補正者外，不得以其調查此項證據之結果為判決基礎。」

綜上，於鑑定程序中，為鞏固當事人之主體地位，須確保當事人得有機會積極參與涉及其利害之證據調查程序，故應確保當事人在場見證及參與程序之權利，並使其充分認識、知悉法院調查證據之狀況，進而得對此陳述意見。此不僅用以監督程序之公正，保障當事人之在場權亦具有下述實質之機能：當事人於證據調查時在場，得據以正確、直接地接收鑑定人之鑑定意見，並經由對鑑定人發問、突顯矛盾。並當場就鑑定結果為意見陳述，喚起法官之注意，完全之證據調查因此成為可能。論者進一步指出，基本上因當事人原則上比法院更接近、明瞭事實關係，如當事人於證據調查時不在場，即可能遺漏重要之質問及意見提供¹⁷²。

第二款鑑定準備程序

一、當事人在場權應同受保障

需進一步探究者係，於「鑑定準備程序」中，當事人是否亦有在場見證並表示意見之權利？按本文於此所指之鑑定準備程序，係指鑑定人在法院外獨立進行鑑定準備作業之過程。蓋鑑定人行鑑定往往需要勘查物品、場所、蒐集並閱覽文書、診斷人體或勘驗人體狀態等。於此等場合，是否應如法院之證據調查程序，亦保障當事人之在場見證及提供意見之機會？學者有表明肯定者¹⁷³，認為當事人在場權之範圍亦應及於鑑定人為作成鑑定報告而進行之鑑定準備程序，故諸如鑑定人為作成鑑定報告而至現場勘查鑑定標的物等情形，法院亦應定期日通知當事人到場，藉由鑑定程序之透明化及當事人適切的表達意見，以減少不必要之疑慮或澄清相關爭點¹⁷⁴。

¹⁷²許士宦，鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（下），台灣本土法學雜誌，第 67 期，2005 年 2 月，頁 24。

¹⁷³沈冠伶，訴訟權保障與民事訴訟-以大法官關於「訴訟權」之解釋為中心，台灣大學法學論叢，第 34 卷第 5 期，頁 19；許士宦，鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（下），台灣本土法學雜誌，第 67 期，2005 年 2 月，頁 24。

¹⁷⁴張麗卿，鑑定制度之改革，月旦法學雜誌，第 97 期，2003 年 6 月，頁 129。

此亦可參考我國民事訴訟法第 337 條，於 2000 年修正時增加有關當事人意見提供權之規定。再參照同條有關鑑定人資料取得權之規定，可知民事訴訟法第 337 條乃強調鑑定人與當事人間之協同關係，其旨在同時擴大鑑定人與當事人雙方之權利義務，使鑑定人與當事人能協力迅速作成正確鑑定，以發揮鑑定所具有之協助法院為適正裁判，並透過真相及現狀之釐清，促使當事人更能自主解決紛爭¹⁷⁵。而於上開機能之外，賦與當事人對鑑定人之意見提供權，亦標示著新修正之民事訴訟法更加重視使當事人積極參與鑑定程序之機會，能適時提供意見以參與鑑定結論之形成以確立其作為程序主體之意涵。而為確實保障當事人之意見提供權，自以實施鑑定之重要程序，包括鑑定準備程序在內，當事人得在場為前提，惟有在場並知悉鑑定相關作業情況，當事人始能直接、適時地提供鑑定人意見並實質參與鑑定程序以掌握影響鑑定結果之機會。

為細緻化此等程序考量，應依鑑定人從事之工作為區分而為相應之處理，並考量除在場及提供意見權之保障外，仍有其他值得保護之利益，並而應予調和¹⁷⁶。亦即，若鑑定人之工作係實施專門性調查活動，準備為專門性事實認定時，固應充分保障當事人之在場見證及意見提供權；但於鑑定人之工作僅在提供專業知識，而不涉及進一步事證調查時，即較無使當事人在場之必要。

詳言之，在前者情形，鑑定人並非僅適用其專業知識輔助法官，而就

¹⁷⁵學者指出，德、法兩國亦均強調鑑定人與當事人之協力。在德國，雖然通說肯認鑑定作業過程當事人之在場見證權及表明意見權，但其民事訴訟法所規定當事人在場見證權之保障係由法院裁定（德國民事訴訟法 404 條 a 第 4 項）¹⁷⁵；而在法國，向來強調鑑定作業仍應尊重對席辯論原則。惟其民事訴訟法對此並無直接規定，僅就證據調查程序必須通知當事人，當事人無論何時均得提出意見、要求等異議，鑑定人須予斟酌等為規定（法國民事訴訟法 160 條、276 條）¹⁷⁵，均未如我國新法直接明定上述當事人之意見表明權。我國之立法與德、法等國立法相較，似乎更強調當事人之意見提供權，具有立法例上之特色。參木川統一郎，民事鑑定の研究，頁 438-439、462、444-446、461-462；杉山悦子，民事訴訟と専門家(二)，法學協會雜誌，120 卷 8 號，2003 年，頁 125-126、頁 192-193。轉引自許士宦，鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（下），台灣本土法學雜誌，第 67 期，2005 年 2 月，頁 26。

¹⁷⁶許士宦，鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（下），台灣本土法學雜誌，第 67 期，2005 年 2 月，頁 25。

法院所給予之前提事實適用特殊之經驗法則而已，尚須進一步為專門性事實調查，並以其所認定之事實與法院所給予之前提事實合併，始能構成鑑定之基礎事實。鑑定人進行此種調查，主要在於勘查人、物、場所以便獲得資訊。此等調查，若屬不具備專業知識亦得為之者，法院原應自行調查（勘驗、書證）以符合直接審理主義，然因法院不具所需之專業知識，縱使自行實施亦無意義，因此必須緩和直接審理主義，委由鑑定人調查認定。是以，由於法院自行進行勘驗物或為書證之調查時，本即應遵守當事人公開原則¹⁷⁷並尊重當事人合法聽審權之知悉權及陳述權，故此際具有專業知識之鑑定人受命進行鑑定而為該項調查時，仍應保障當事人之在場見證權；況且，鑑定人係法院之輔助人，鑑定人之調查可定位為法院輔助人之調查，故法院調查證據所應遵守之當事人公開原則，於鑑定人準備作業之調查亦應有所適用；再者，當事人於鑑定人為調查時在場，其所為之質問、指摘及意見提供具有重要機能，可據此向鑑定人適時指出當事人所認為重要之點，事先有機會影響鑑定人之認定，防止補充鑑定、再行鑑定之需要。是以，基於合法聽審權，當事人在全部證據法上重要期日，均應有在場見證之權利，不應認為限於鑑定人之調查證據期日，始給予當事人在場陳述意見、具體指摘之權利。此種看法亦符合民事訴訟法第 337 條第 2 項，規定當事人於行鑑定時具有意見提供權之意旨。

反觀在後者情形，鑑定人為準備鑑定，為深化自己之專業知識，正確掌握特別之經驗法則，可透過蒐集專業文獻、與其他專家議論、自由進行檢驗特殊法則之實驗等方式為之，此等專業調查，終究僅係對於可能適用於該具體事件之經驗法則為再驗證，僅屬於鑑定人對於本身專門學識經驗之強化、確認，並不涉及鑑定基礎事實之認定。在法律上重要者，僅在於

¹⁷⁷此部分所指之當事人公開原則，係指在訴訟審理的過程中，當事人有在場見證之權利；同時，對於可能影響法院裁判結果之資料亦有知悉其內容之權利。學者黃國昌指出：「此『當事人公開』可謂使當事人享有實質而有意義之辯論權，所絕對不可欠缺。蓋非如是，若一造當事人對法院陳述之意見、所提出之資料，竟可拒絕讓他造當事人知悉，將無異於剝奪他造當事人進行有意義之辯論的權利，嚴重空洞化他造當事人之程序保障」，而學者許士宦亦於文中主張，當事人公開原則(Grundsatz der Parteiöffentlichkeit)是證據法之重要原則，亦為聽審權之顯現，其具有具有迅速發現真實及防止突襲性裁判之機能。此部分概念，亦須與「審判程序應對社會上不特定之第三人公開」之「一般公開原則」為區分，參許士宦，鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（下），台灣本土法學雜誌，第 67 期，2005 年 2 月，頁 23。黃國昌，民事訴訟法教室 I，元照出版，2009 年 4 月，頁 14、56。

鑑定人具有正確之專業知識並提供正確之專門經驗法則，當事人是否到場見證並即時提供意見，對於此等經驗法則之正確性並無助益¹⁷⁸。故於此種程序即較無使當事人在場之必要。

二、鑑定準備程序在場權之限制

鑑定準備程序當事人在場與法院於期日應公開審判之意義不同，原則上與鑑定準備無關之第三人並無在場見證權。惟此並不排除鑑定人帶同第三人作為鑑定輔助人，協助補充與鑑定準備作業相關之資訊，以免鑑定人之錯誤，而各當事人亦得攜帶具專業知識之輔助人同行，惟其發言或資訊提供應以不妨礙鑑定人作業為基本底線。基於法律上或事實上¹⁷⁹之理由，鑑定人之在場權可受限制，但視情況不排除當事人仍得委任可到達現場之專家作為代理人，以行使在場見證及質問權。例如：允許當事人在場，會侵害他造當事人之人格權，或使當事人或第三人之隱私權受侵害、業務秘密洩漏，或有其他致生重大損害之虞時，鑑定人為勘查、實驗時，得排除當事人一造或兩造之在場，或禁止其閱覽關係文書（類推適用民事訴訟法第 242 條第 3 項、第 344 條第 2 項、第 350 條第 2 項）。

三、違反在場權之效果

鑑定人於鑑定準備程序為專門性事實調查，違反當事人公開原則，未給予當事人在場並提供意見之機會者，其調查事實之認定即有瑕疵。此種情形，當事人之合法聽審權遭受侵害，未受通知之當事人，得要求調查之再實施。此項要求，僅須由當事人指出如自己在場有導致不同結果之可能性即為已足。惟當事人公開原則之違反，可因當事人質問權之拋棄或喪失而被治癒（民事訴訟法第 197 條）。因此，當事人未適時指摘程序違反之情形，鑑定意見仍得作為裁判理由而使用，僅於當事人質問時，法院始不

¹⁷⁸許士宦，鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（下），台灣本土法學雜誌，第 67 期，2005 年 2 月，頁 26。

¹⁷⁹學者許士宦舉例：在鑑定沈船之情形，當事人之隨行事實上不可能。又如血緣鑑定或其他類似醫學檢查情形，鑑定準備作業須在鑑定人之實驗室或研究所設施內進行，當事人在場顯然會妨礙鑑定人作業，且實驗室等非為當事人在場而設，並無防護服等準備措施，於此種在場見證欠缺適當性之情形，亦應限制當事人之在場權。參許士宦，鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（下），台灣本土法學雜誌，第 67 期，2005 年 2 月，頁 25。

得將該鑑定意見採為裁判基礎¹⁸⁰。

第三項鑑定資料閱覽權

第一款鑑定準備之資料

按合法聽審權中之知悉權保障，其範圍應包括對於當事人之閱卷權保障。其所指涉之閱視內容應包括所有在判決中具有重要性之相關資料¹⁸¹。而鑑定人於鑑定完成前，當事人之意見提供權既受保障，則在鑑定過程中，鑑定人可能採納為鑑定基礎之事實資料，自應對當事人公開，使其得以閱覽，如此方能使當事人提供有效之意見，並針對可能成為鑑定基礎之事實資料，潛在的盲點、誤會，有釐清之機會。就此以觀，由於鑑定結果常直接影響判決結果，故鑑定作業之相關資料，自屬判決具有重要性之相關資料，應屬閱卷權保障之範圍。

鑑定人利用其專業知識認定事實，常須進行勘驗、實驗或資料分析，此際，鑑定所需資料僅依賴當事人已提出於法院之資料，多半仍有不足。故鑑定人為進行充分之專業判斷，充足作為判斷基礎之事實資料，即可能自行或透過法院再取得相關資料。惟鑑定人本於專業觀點，自行或透過法院從當事人或第三人所蒐集之資料，未必均能顯現於法院。此等資料若未曾存在於法院，當事人於鑑定前即不可能由閱卷或經爭點整理、證據調查程序而得知悉。故學者乃主張鑑定人對其獨自取得之資料，仍應使當事人得予閱覽、並有表示意見之機會¹⁸²。尤其在鑑定人從當事人之一造取得之資料，或一造主動提供與鑑定人之資料，鑑定人欲將其作為鑑定基礎資料予以使用時，應使他造就此表示意見。例如：鑑定人獨自或從一造取得之文書，應使他造對於原本有表示意見之機會。蓋此種文書可能經偽造、變

¹⁸⁰許士宦，鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（下），台灣本土法學雜誌，第 67 期，2005 年 2 月，頁 26。此外，違反當事人在場權之情形，有時可作為聲明拒卻鑑定人之理由。因鑑定人如僅通知當事人一造在場，而對他造不予通知情形，可認其執行職務有偏頗之虞。

¹⁸¹姜世明，民事程序法之發展與憲法原則，元照出版，2009 年 11 月，頁 74。

¹⁸²許士宦，鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（下），台灣本土法學雜誌，第 67 期，2005 年 2 月，頁 26。

造，或其文義不明確，他造之意見常可喚起鑑定人之注意。尤其是當事人對文書之真正有爭執時，鑑定人應將該文書提出於法院，使法院闡明當事人是否將之作為書證正式提出，並對文書之真正為證據調查，法院再將結論通知鑑定人，以利該文書可否作為鑑定資料之考量。

有疑問者係，若為當事人一造於鑑定準備程序中，向鑑定人表示意見，並以意見函、陳報書或其他相類之形式陳報予鑑定人參考，則此種他造對鑑定人提出之意見函或陳報書是否亦須開放使他造閱覽並表示意見？按若自鑑定人與法院之地位不同之觀點考量之，向鑑定人所為之意見提供並非訴訟上書狀，民事訴訟法上並無即時通知他造當事人之要求。況且此等於鑑定準備程序中、鑑定人前之書狀意見交換，將造成鑑定準備程序冗長化，不利訴訟之促進及造成鑑定人困擾等問題。而鑑定人本身既具有足夠之專業知識，兩造當事人之意見僅供其參考，並不生誤導鑑定意見之問題，無須公開於他造令其表示意見；惟若著眼於當事人之知悉權及陳述權保障，鑑定人既已定位為法院之輔助人，向鑑定人所為之意見提供書函自亦有公開於他造之必要。況鑑定人雖有其專業知識，固然在專業意見分析上可推定其將不受誤導。惟若一造當事人之意見函當中參雜具有誤導性、似是而非之事實資訊，若不予他造閱覽並表示意見、反駁之機會，鑑定人可能有不查而誤用為鑑定基礎事實之可能。故一造當事人之意見函原則上仍有其誤導性，使對造有機會閱覽並表示意見應較為妥當。至於開放閱覽及互為意見交換可能導致當事人在鑑定準備程序即進行激烈之攻防，可能造成鑑定準備程序耗時費日之問題，應屬不可避免之惡。蓋此種鑑定人前之攻防能有效確保鑑定之基礎事實為兩造所信賴，並有真實發現之意義。此亦符合前述民事訴訟法第 337 條第 2 項後段所保障之當事人意見提供權之旨趣，能有效減少再行鑑定、補充鑑定之可能。而此種於鑑定準備程序中兩造之意見交換，亦能配合於鑑定之正式證據調查期日中當事人之發問，能使鑑定人對於鑑定基礎事實資料採納之缺失及意見採納之偏頗被突顯，使不服鑑定意見之當事人有其發問之材料及正當性。

第二款鑑定書之閱覽

於實務上，鑑定完成後鑑定人通常會出具鑑定書於法院，而此等鑑定書自屬對於判決具有重要性之資料，應開放供當事人閱覽（民事訴訟法第242條參照）。若侵害當事人查閱鑑定書之權利，即屬侵害當事人之合法聽審權，自屬當然¹⁸³。就此，更具意義者係，由於供當事人查閱鑑定書之主要目的乃在於使當事人能對鑑定書表示意見，故法院所定期日應予當事人有充分之準備時間。是以，法院除應即時開放當事人閱覽鑑定報告書外，更應考量案件之複雜度、鑑定結論潛在之爭議性、當事人於鑑定準備程序提供資料之多寡、當事人之能力等因素，以給予當事人充足之準備時間作為訂定期日之標準。俾使兩造當事人能充分對於鑑定報告書之結論提出意見並於必要時準備對鑑定人發問之內容¹⁸⁴。蓋鑑定人雖係具有專業知識之人，惟其鑑定意見並非最終決定，仍須由法院依自由心證決定採納之程度。然而，法院原則上亦因欠缺該等專業知識方有准予鑑定之必要，再考量我國民事訴訟法原則上仍採辯論主義之訴訟結構，此時由當事人充分準備後並對於不利於伊之鑑定意見指出瑕疵及提出反駁意見、並對於有利於伊之鑑定意見提出其餘支持之理據，即屬檢驗鑑定意見可靠性之重要機制。惟當事人之意見提出仍涉及專業，應給予相當時間審視鑑定意見，方不致造成當事人雖對鑑定意見有所質疑，卻沒有時間準備之窘境。至於當事人此時之意見提出乃向法院為之，故必須即時通知他造（民事訴訟法第265條第1項、第266條第4項、第267條），則屬當然。

第四項對鑑定人之發問權

第一款發問權之依據

按當事人於證據調查時有在場權，已如前述，然而，當事人於證據調查期日具有在場權之重要性，不僅在於消極地聽聞接收資訊，**更包括積極地參與調查之過程**。故應肯定當事人於證據調查時進一步有發問權，以隨

¹⁸³沈冠伶，訴訟權保障與民事訴訟-以大法官關於「訴訟權」之解釋為中心，台灣大學法學論叢，第34卷第5期，頁16。

¹⁸⁴許士宦，鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（下），台灣本土法學雜誌，第67期，2005年2月，頁27。

時主張自己之利益¹⁸⁵。而在對證人之發問權部分，為發現真實及保障當事人之程序權等考量，審判長依法（民事訴訟法第 317 條至 319 條參照）訊問證人後，應使當事人對證人有發問之權利。我國民事訴訟法於 2000 年修正前，當事人對證人之發問，必須經過法院之許可，較未彰顯當事人作為程序主體之地位。惟現行民事訴訟法已明文肯定當事人之發問權，其目的即在於貫徹保障當事人之聽審權¹⁸⁶，使當事人能積極參與訴訟。故民事訴訟法第 320 條乃規定，當事人除得聲請審判長對於證人為必要之發問外，更得選擇向審判長陳明後自行發問，而不須經法院許可；證人如於法院外以書狀陳述，當事人仍得聲請對證人為必要之發問（民事訴訟法第 305 條第 4 項參照）。不過，相對於證人在法庭上陳述之情形，於證人以書狀陳述時，法院得視有無發問之必要，裁量決定是否通知證人到場陳述。而法院之裁量則必須考量證人陳述書狀制度之立法目的¹⁸⁷、當事人發問權受保障之需求程度，真實發現與程序經濟之要求，並視個案具體情形為合理之裁量，法院之裁定如屬不當，即可能侵害當事人之聽審權。

至於當事人對鑑定人之發問權，亦屬當事人發問權之範疇所及。雖然民事訴訟法中鑑定制度之相關規定，並無當事人得直接對鑑定人發問之明文。然而，由於鑑定人之訊問，係準用關於訊問證人之規定（民事訴訟法第 324 條參照），而民事訴訟法第 320 條亦於鑑定準用之，故原則上應肯定當事人對於鑑定人亦有發問權。此外，學者亦明白指出當事人對於鑑定人之發問權，係鑑定之證據調查程序上，有關聽審權保障不可或缺之一環。故當事人於鑑定準備之專門性事實調查時，固然具有在場見證及提供意見之權利，在鑑定人出具鑑定意見後，仍有進一步發問、追問之權利。蓋出具鑑定報告書以陳述意見，雖屬鑑定程序之重要部分，但在鑑定報告

¹⁸⁵ 邱聯恭，程序制度機能論，台灣大學法學叢書，2002 年，頁 241。

¹⁸⁶ 沈冠伶，訴訟權保障與民事訴訟-以大法官關於「訴訟權」之解釋為中心，台灣大學法學論叢，第 34 卷第 5 期，頁 19、許士宦，民事訴訟之程序權保障：以通常訴訟程序當事人之程序權為中心，台大法學論叢，第 38 卷第 4 期，2009 年 12 月，頁 235、許士宦，鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（下），台灣本土法學雜誌，第 67 期，2005 年 2 月，頁 27。

¹⁸⁷ 民事訴訟法第 305 條之修正理由：「為配合現代科技之發展，便利證人以書面為陳述，規定證人得以電信傳真或其他科技設備將書狀、結文及認證書等文書傳送於法院，其效力與提出文書同。又有關於科技設備種類以及文書傳送之細節，應隨科技發展狀況而定，宜另以辦法訂定，爰並規定其辦法由司法院定之。」

書提出後之程序（包括鑑定人到庭說明、受訊問或由當事人發問鑑定人、聲請補充鑑定等）完成之前，鑑定程序並未終結。鑑定人在該等程序終結之前，仍不喪失其鑑定人地位，其義務亦不止於提出鑑定書報告而已。故鑑定人除於法院認為必要時到場說明其鑑定報告書外（民事訴訟法第 335 條第 3 項參照），亦應於當事人聲請時到場說明並受法官訊問及當事人之發問¹⁸⁸。

須注意者係，鑑定雖準用證人訊問之規定，惟當事人對證人之發問與對鑑定人之發問仍有相當差異。按證人通常係就應證事實供述其過去或現在所親身體驗之事實，故當事人對證人發問權行使之目的，在使有利於己之證據資料更趨明瞭充足、增加證人之信用性，並對不利於己之證人陳述，攻擊其真實性、信用性，以動搖法院之心證；而鑑定人係就鑑定事項提供法院專門性知識、經驗法則，或將該法則適用於前提事實以得出對於進一步事實之判斷，故當事人對鑑定人發問權行使之目的，在使有利於己之證據資料更趨明確完整，或對不利於己之鑑定意見，攻擊其矛盾、不明瞭、論理上飛躍、誤解前提事實、專業知識不足、誤用或信用性等缺失，以增強或降低鑑定意見之證據力。兩者發問之對象及目的並不完全相同¹⁸⁹。

如前所述，實務上鑑定人多以出具鑑定書作為陳述意見之方式（民事訴訟法第 334 條第 2 項、第 335 條第 1 項參照）。為實質保障發問權之行使，法院應賦予當事人於知悉鑑定報告書後有充分檢討鑑定內容之時間，使當事人有機會基於該檢討，就鑑定書之缺失疑問向鑑定人為發問¹⁹⁰。蓋當事人若能得私人專家諮詢之協助，以具體、專業之根據批判鑑定報告

¹⁸⁸許士宦，鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（下），台灣本土法學雜誌，第 67 期，2005 年 2 月，頁 28。刑事訴訟學者亦認為憲法保障詰問權之對象應不侷限供述「親身體驗」之一般證人，並應及於依據個人「學識經驗」提出說明之鑑定人，參林裕順，專家證人 vs. 鑑定人—概括選任鑑定之誤用與評析，月旦法學雜誌，頁 267。

¹⁸⁹許士宦，鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（下），台灣本土法學雜誌，第 67 期，2005 年 2 月，頁 27。

¹⁹⁰於鑑定人行言詞鑑定情形，法院應賦予當事人有於法庭外與專家諮詢，並據此蒐集不同之專家見解對鑑定人為發問之機會。此時法院則應考慮鑑定人筆錄作成之交付閱覽時間，與專家諮詢、檢討之時間，以指定鑑定人之訊問、發問期日。許士宦，鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（下），台灣本土法學雜誌，第 67 期，2005 年 2 月，頁 27。

書，在鑑定實務上經常導致鑑定報告之部分改寫、或以補充方式實質改寫，某程度具有制約法院證據評價空間及真實發現之機能。

第二款鑑定人到場接受發問

按鑑定書須說明者，法院得命鑑定人到場說明（民事訴訟法第 335 條第 3 項）。此項規定在體裁上雖為法院之權限規定，但解釋上，為保障當事人之發問權，若經當事人聲請，即應寬認鑑定人到場之必要性，儘量使鑑定人到場接受當事人之發問。此外，學者認為民事訴訟法第 335 條第 3 項係義務裁量¹⁹¹，當事人縱未為聲請，法院若認有說明之必要時，仍應依其職權命鑑定人到場說明鑑定意見。例如：鑑定人所提出之鑑定書僅具鑑定主文而不備理由、鑑定人以當事人有爭議之前提事實為基礎行鑑定、鑑定理由不明、跳躍、鑑定內容或理由難以理解、所鑑定者與囑託事項有所差異等情形，法院本不得視若無睹，不命鑑定人補充鑑定或到場說明而逕行採用。否則即有悖於原本鑑定之目的，違反審理充足之義務。

由於發問權屬於當事人合法聽審權之重要內容，故鑑定人有無就鑑定報告說明並受發問之必要，須從當事人而非法官之立場予以觀察。質言之，縱使法官主觀上認為鑑定報告已臻明確，但為保障當事人之聽審權，如當事人就鑑定報告聲請對於鑑定人發問，除當事人之聲請有嚴重逾時或濫用之情形者外，基於當事人之聲請，法院即應命鑑定人就其鑑定報告，到場說明，而使當事人有向鑑定人發問之機會。德國聯邦憲法法院亦曾明白表示，聽審權中包括對於法院所命之鑑定人聽取其陳述之權利，當事人如向法院聲請以言詞對鑑定人發問，法院原則上應予准許。縱使是在非訟程序或法院將事案之解明委由鑑定人判斷之情形，亦同。此外，就鑑定報告以及鑑定人所根據之重要事實基礎，皆須開示使當事人知悉，否則，亦為侵害聽審權。但法院如欲採用其所知悉之某一專業知識，而不採鑑定報告之意見時，亦須於裁判前告知當事人¹⁹²。

¹⁹¹許士宦，鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（下），台灣本土法學雜誌，第 67 期，2005 年 2 月，頁 29。

¹⁹²沈冠伶，訴訟權保障與民事訴訟-以大法官關於「訴訟權」之解釋為中心，台灣大學法學論叢，

當事人為行使發問權，聲請對鑑定人發問時，僅須向法院表明「對鑑定人發問之必要性」及「大致之發問方向即為已足」，無須個別列舉發問事項。因表明至如此程度，已使鑑定人有充分準備之可能，可進一步解析自己鑑定報告模糊或不完足之處。若要求當事人於聲請時即應詳細載明對於鑑定人之疑點及質問內容，必將大幅增加發問權行使之困難，無異過度限制合法聽審權。關於發問方向之表明，例如指摘鑑定書上所示鑑定人之特定醫學見解有疑問，就各該疑點有加以具體說明或使可能理解之必要，即已充分。法院斷不可以自己試讀鑑定書認其有道理且可理解，即駁回當事人之聲請¹⁹³。又當事人雖應適時提出對鑑定人訊問之聲請，惟判斷當事人提出聲請之適當時期，應兼顧當事人知悉鑑定意見之時點、其與專家檢討鑑定內容之必要性及時間性、其參與鑑定準備程序之充足度等因素為決定。

此外，從慎重裁判及真實發現之觀點來看，法院固應於必要時命鑑定人到場說明並訊問之。惟此項法院之權責不可取代當事人之發問權，因該權利乃源自當事人之聽審權，係證據調查程序上最重要之程序權之一，此猶如法院對於證人之發問權（民事訴訟法第 319 條參照）不能取代當事人對於證人之發問權（民事訴訟法第 320 條參照）的道理一般¹⁹⁴。

第三款發問之方式

民事訴訟法上對鑑定人之訊問及發問，並無規範特定之形式，與刑事訴訟法第 166 條原則上由當事人及辯護人採行交互詰問之方式不同。而對鑑定人之發問與一般之證人之調查相較，由於鑑定結果之調查涉及專業事項之解說，如到庭後逕由當事人發問，採制式一問一答之方式，未必能切

第 34 卷第 5 期，頁 20、許士宦，鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（下），台灣本土法學雜誌，67 期，2005 年 2 月，頁 27。

¹⁹³許士宦，鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（下），台灣本土法學雜誌，第 67 期，2005 年 2 月，頁 29。

¹⁹⁴許士宦，鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（下），台灣本土法學雜誌，第 67 期，2005 年 2 月，頁 29。

中系爭之待證事實之理解及釐清，似可參考日本實務之運作，先由法院訊問鑑定人，使其就鑑定事項為較完整及連續之陳述後，再由當事人就鑑定內容有爭執或疑義之部分，進行發問¹⁹⁵。

第四款違反之效果

鑑定人提出鑑定書陳述意見後，若法院未賦予當事人對鑑定人發問之機會即逕行將鑑定意見作為判決基礎，屬於調查證據不詳或未予調查之情形，並對當事人合法聽審權有所侵害，其判決違背法令；又當事人為行使發問權而聲請傳訊鑑定人，法院卻置之不理或無正當理由予以駁回者，亦同。此項程序違法，屬於上訴第三審之理由（民事訴訟法第 467 條、第 468 條參照）。且該違法程序侵害憲法保障當事人之合法聽審權，應認其所涉及之法律見解爭議具有原則上重要性（民事訴訟法 469 條之 1 第 2 項參照）。再者，此種程序瑕疵，直接反映法院於鑑定程序並未充分審理，應可認法院判決乃未充分理解鑑定報告，恣意採擷鑑定意見。就此而言，發問權之否定，原則上應屬於影響裁判結果之違背法令（民事訴訟法第 477 條之 1 參照）。

第五項鑑定意見之採納與理由記載

第一款鑑定意見之效力

鑑定人係證據方法之一種，其陳述意見或提出報告書得作為證據資料，惟鑑定人本於其對於特殊經驗法則之理解，陳述該特殊經驗法則或依該特殊經驗法則所為之推論，其鑑定意見應詳盡說明其獲得鑑定結果之理由，法院不可放任鑑定人依其主觀恣意作成結論，尤其不可任意地全盤採信鑑定結果、未為審酌、考量即逕行引作裁判之基礎。至於鑑定之證據力如何，法院則應踐行調查證據之程序，依自由心證判斷之（民事訴訟法第

¹⁹⁵陳運財，刑事程序鑑定之證據法則，萬國法律，第 137 期，2004 年 10 月，頁 40。此部分詳細之發問方法，還必須從真實發現之角度出發探究，可參考本文第三章第四節第四項第三款之說明。

222 條參照)¹⁹⁶。實務上，最高法院 79 年台上字第 540 號判例：「法院固得就鑑定人依其特別知識觀察事實，加以判斷而陳述之鑑定意見，依自由心證判斷事實之真偽。然就鑑定人之鑑定意見可採與否，則應踐行調查證據之程序而後定其取捨。倘法院不問鑑定意見所由生之理由如何，遽採為裁判之依據，不啻將法院採證認事之職權委諸鑑定人，與鑑定僅為一種調查證據之方法之趣旨，殊有違背。」從而，鑑定人所提出鑑定意見應如何評價，與其他證據資料相同，均由受訴法院依其自由心證判斷之，法院並無絕對依從鑑定意見之必要，亦得為與之相反之認定，於有複數鑑定意見之情形，法院不採用其中多數意見，而採用少數意見，或採用各意見中之一部分均無不可。縱令複數之鑑定意見一致，若有正當理由，亦得均予排斥不採用。

實務上對於鑑定意見之致力，有不少見解，原則上均同於最高法院 79 年台上字 540 號判例之意旨，例如最高法院 99 年度台上字第 1582 號民事判決表示：「次查法院就鑑定人之鑑定意見，本於調查證據之程序定其取捨後，基於法院認事採證之職權，自得依自由心證判斷事實之真偽，不當然受鑑定意見之拘束。原審綜合證人游○傑之證詞及其他情況，認工研院之鑑定意見，不足以證明系爭貨品具有瑕疵，並未違背法令」、最高法院 89 年度台上字第 603 號民事判決表示：「原審僅以英國蘇富比公司為眾所周知於全球素富盛名之專家古物鑑定拍賣公司，即認其所出具之鑑定證明書為可採，俯未說明其鑑定意見所生之理由，殊屬可議。」、最高法院 86 年度台上字第 2621 號民事判決亦表示：「上訴人既否認臺北市建築師公會之鑑定報告書之內容真實（原審上字卷一四三頁反面、一四四頁正、反面），原審仍不問臺北市建築師公會之鑑定意見所由生之理由如何，遽採為判決之依據，即有未洽。上訴論旨，指摘原判決違誤，求予廢棄，非無理由。」其餘如最高法院 96 年度台上字第 266 號民事判決、最高法院 99 年度台上字第 1517 號民事判決、最高法院 96 年度台上字第 2279 號民事判決亦同此旨。

¹⁹⁶吳明軒，民事訴訟法，自版，三民書局總經銷，2009 年 10 月，頁 959；姜世明，淺談民事程序中之鑑定-著重於實務見解發展及其問題提示，月旦法學雜誌，第 190 期，2011 年 3 月，頁 26。

而學者亦指出關於車禍事故之鑑定，最高法院多次指摘下級審未就鑑定人之鑑定意見可採與否，踐行調查證據之程序而後定其取捨¹⁹⁷，例如：最高法院 97 年度台上字第 2189 號民事判決表示：「本件原審採取臺灣省花東區車輛行車事故鑑定委員會鑑定意見書，為其判斷之基礎，惟未就鑑定人之鑑定意見可採與否，踐行調查證據之程序而後定其取捨，亦有未洽。」、最高法院 97 年度台上字第 1318 號民事判決亦表示：「本件原審採取臺灣省臺中市區車輛行車事故鑑定委員會及臺灣省車輛行車事故覆議鑑定委員會鑑定意見書，為其判斷之基礎，惟未就鑑定人之鑑定意見可採與否，踐行調查證據之程序而後定其取捨，亦有未洽。」

由上可知，最高法院之一貫見解乃認為，法院得審酌鑑定人依其特別知識就鑑定事項所陳述之鑑定意見，依自由心證判斷事實之真偽，然就鑑定意見之可採與否，仍應踐行調查證據之程序而後定其取捨。最高法院並明確指出倘不問鑑定意見所由生之理由如何，遽採為裁判之依據，不啻將採證認事之職權，委諸鑑定人，與鑑定僅為調查證據方法之一種之趣旨，殊有違背。學者謂此一見解，於法理上固有所據，於法律審之最高法院亦一再強調，但對於事實審而言，為何對此一再違背，其問題究係根源於法官培訓時對於事實認定之推理論證未充分教授，抑或係法官因欠缺該等經驗法則之認識，亦無法自該鑑定結果之推論而能取得經驗法則知識之補充，以致仍無法自行推論，而須照抄或大部分援引鑑定書之內容？就此，應有探討之必要。否則，此類裁判論證上缺失，難以解決¹⁹⁸。

究諸實際，問題在於就高度分殊化、專業化之科學技術上事項所為之鑑定意見，不具有專門知識之法官常難以檢討、審查鑑定意見之當否，涉及高度專門知識或經驗法則。而審理此類事件之法官並非科技專家，實際上難能就科技上之鑑定意見為實質檢討。僅存在內容不一致之複數鑑定意

¹⁹⁷姜世明，淺談民事程序中之鑑定-著重於實務見解發展及其問題提示，月旦法學雜誌，第 190 期，2011 年 3 月，頁 27。

¹⁹⁸姜世明，淺談民事程序中之鑑定-著重於實務見解發展及其問題提示，月旦法學雜誌，第 190 期，2011 年 3 月，頁 28。

見即已使法官難以取捨選擇，更遑論要求法院駁斥專業且看似無爭議之鑑定意見，此亦造成了審判結果幾乎處於唯鑑定意見是從之狀態¹⁹⁹。然而，雖此時法院可能無法自行針對鑑定意見進行完全性審查²⁰⁰，但亦不能全面放棄審查，法官仍應透過直接檢討及間接檢討，盡可能在證據評價範圍內評審鑑定人及鑑定意見，以克服上述難題：

一、直接檢討

法官針對系爭專業知識雖屬外行人，但仍得利用因受一般教育及職業上、生活上經驗所獲得之知識，以判斷鑑定意見中所適用之一般思考法則是否妥當、鑑定人所援用之學說及理論究屬於一般認為正當之命題抑或獨自之見解、鑑定意見之用語是否使用一般人容易理解者、有無邏輯上之跳躍、鑑定理由在理論上是否可以追證？法官於鑑定意見評價之際，學者建議²⁰¹可依序就下列諸點予以檢討：

1. 作為鑑定意見出發點之諸事實是否可以追證？
2. 鑑定人所據以推論之科學上各種命題係屬無爭議者或成為科學上議論之對象²⁰²？
3. 鑑定人據以導出其結論之各種推論是否符合論理法則？
4. 鑑定人之各種認定是否與證人或當事人之供述一致？
5. 於多數鑑定人之情形，該等鑑定人之意見是否一致？
6. 鑑定人就其意見如何賦予理由？
7. 鑑定人就特定事實斷然陳述其屬真實抑或僅止於認為並非無該事實？

二、間接檢討

法官亦可間接審查鑑定人之專業知識、中立性、獨立性及其鑑定意見

¹⁹⁹學者指出此處之兩難：鑑定制度之目的本為解決「不能要求法官具備法律以外之專業知識」之問題；然為評價取捨鑑定結果卻又需要相當之專門知識，以致不具法律外專業知識之法院，難以對於鑑定意見之良窳進行實質、精準的評估。參許士宦，鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（上），台灣本土法學雜誌，第 66 期，2005 年 1 月，頁 55。

²⁰⁰針對刑事鑑定之過程所涉及之實體作業事項判斷，施俊堯法官亦指出，由實務上之最高法院判決，可以得知，歷來對此方面之判斷，亦多未能涉及專業知識。參施俊堯，刑事鑑定報告證明力之檢討-以刑事審判實務之案件為例，刑事科學雜誌，第 41 期，1996 年 3 月，頁 53。

²⁰¹許士宦，鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（上），台灣本土法學雜誌，第 66 期，2005 年 1 月，頁 66。

²⁰²此部分與美國專家證人之容許性審查有類似性，可參本文第四章第二節第四項之說明。

形成之際是否遵守程序上各種原則。此項檢討之方法及程度，雖因鑑定人之資格、鑑定人選任方式及鑑定事項之種類而有所不同，但於鑑定意見評價之際仍應予以斟酌。

此外，吾人仍應直面法院之能量有限之問題，此本係民事訴訟法原則上採行辯論主義之考量點之一，故上述檢討方式雖屬法官本於審判者角度所應具備之思考模式，然而，要求法官僅憑自身之力蒐集資訊並針對鑑定人、鑑定意見為上開分析、檢討，考量現今案件量、法官人數、素質等現實狀況，此等想法亦屬強人所難。故對於鑑定意見證據價值之評斷，毋寧更需配合當事人之在場權、意見提供權、發問權等制度，使當事人於有準備機會之情況下，能夠針對鑑定報告書或鑑定人之言詞陳述提出意見，透過兩造充分之辯論、攻防俾使鑑定意見之可靠性有所顯現。而兩造之準備方式則須由律師與當事人本人（可能本身及為專家）或當事人所延請之專家間，進行討論、評估、資料搜尋以達成目的。更由於鑑定意見與兩造當事人自身之利害休戚相關，兩造對於此等決定勝敗之事項必將竭盡所能的蒐羅完全，如此才有可能達到充分檢驗鑑定意見可採與否之目的，充分解決事實審法院囫圇吞棗鑑定意見，逕依鑑定意見下判決之弊病。

第二款鑑定意見採納之理由記載

如前所述，法院對於判決之理由有詳為說明之義務，鑑定意見之採納與否既與訴訟之勝敗休戚相關，自屬判決重要部分，應於判決理由欄中詳細記載。尤其於當事人曾就鑑定證據之價值提供意見，甚至對此進行攻防時，對於此等當事人之陳述，法院有審酌之義務，若未於理由欄中說明其取捨之過程、理由，自屬侵害當事人之合法聽審權，易造成當事人不服，並屬判決不備理由，得上訴第三審。

而對於鑑定意見之取捨過程，亦不因有多次補充鑑定或有重複鑑定即可免除。另外，若審判中出現兩份以上之鑑定報告，其中理由或結論有所矛盾、衝突時，法院之判決理由自應針對採納其中某一份鑑定報告之過

程、理由詳為說明，而不能任憑鑑定報告作成先後、鑑定單位之權威性、空泛之經驗法則甚至是未附理由地即採取某一鑑定意見，否則亦屬未盡審酌義務，有判決不備理由之違法。最高法院 89 年度台上字第 7714 號判決即曾指出：「不同之鑑定結果，何者為可採，固屬事實審法院自由判斷之權，但其取捨之心證理由，仍應詳予闡述，始足以昭信服...對此不同之鑑定結果，何者為可採及所生之疑義，事實審法院本有詳予調查說明之必要。乃原判決先則採納中央警察大學之鑑定意見，並謂一般人刻用有多枚印章事所多有，而系爭文件上龔漢融之印文與其印鑑證明之印文，以肉眼觀察實難發現其差異之處，.....是龔漢融拿錯印章交予被告蓋用，而被告蓋用於系爭土地登記申請書，土地建築改良物抵押權設定契約書上時亦無法發現其差異之處，並非無此可能等語，因認此部分文書非被告偽造（原判決理由五、(一)）。繼又引用刑事警察局之鑑驗通知書之鑑定意見，認各該文件上龔漢融印文皆相符，益證被告並無偽刻龔漢融之印鑑章而偽造私文書（原判決理由五、(二)）。對上述二不同之鑑定結果，究竟何者為正確可採及憑何而認定被告無偽刻龔漢融之印鑑章進而偽造起訴書所指之文書，未詳予調查釐清，剖析明白，致理由說明相互齟齬，自有可議。」由此可知，實務上將案件送往不同鑑定機關，常有鑑定結論不同之情形，除突顯鑑定意見之正確性並非絕對，應透過其他方式加強其發現真實之功能外，更重要者毋寧是法院需於當事人提出質疑後，說明採納何鑑定意見或是否採納之理由²⁰³，否則無法令當事人心服。

第二節 鑑定人之中立性要求

第一項 鑑定人中立性之根源

²⁰³最高法院 82 年度台上字第 2039 號判決：「鑑定意見亦為證據之一種，事實審法院對於其證明力既有依自由心證法則予以判斷之職權，如認鑑定人之鑑定報告不盡詳明，而命該鑑定人再為說明，經提出詳明之報告後，予以審酌採納，該等前後報告既非同一鑑定人對於同一事項先後重複鑑定結果相反，而係一次鑑定之後報告較前報告為完備，則判決書理由欄縱僅引用後報告，而未引用前報告，亦不能謂該判決有理由不備之違法。」本文以為，是否法院僅限於前後報告係同一鑑定人對同一事項為先後結果相反之鑑定時，方具有說明理由之義務，應得質疑。蓋前後鑑定報告完備與否及其理由均應實質審酌並記載於理由欄中，只要兩個報告有取捨之需求，最終都會有取捨之理由，即應記載之。

如前所述，鑑定人雖兼具有證據方法與法院輔助機關二種地位，惟若自主觀解釋之立場出發，立法者毋寧是更強調鑑定人作為法院輔助人之面向，早於訂定民事訴訟法之初，即以立法理由中之記載明示鑑定人係法院之輔助機關²⁰⁴。而從鑑定人由法院選任、法院可職權命行鑑定、鑑定人有資料取得權、鑑定人拒卻制度等特徵，亦均可得出鑑定人具有法院輔助機關之地位。此一地位與鑑定人應具中立性、公正性之原則乃息息相關。

蓋鑑定人作為法院之輔助機關與其中立性要求乃一體之兩面，法院作為審判主體，其中立性之要求應不須深刻推論即可得出，包括正義女神之天平形象、審判者應大公無私、明鏡高懸等道理，自古皆然。不論中外、不論訴訟觀之差異如何，對於法院應公正之理念原則上應無第二種見解。而鑑定人既作為法院之輔助機關，以其具備專門、特殊經驗法則之身分，協助法院認定案件事實，則法院之中立、公正性要求亦應反映於鑑定人及鑑定制度上。故鑑定人應基於自身之專業立場，恪盡公正、誠實之義務，迴避不適切之鑑定，並遵守法院指示，致力協助法院解明真相。而法院（包括受訴法院、受命法官、受託法官）對於鑑定人之指示，亦應強調此種公平、公正之態度，明示鑑定人不可徇私並保持立場之超然。此外，由於鑑定人所出具之鑑定意見對於待證事實之釐清具有重大影響，其作為法院認定事實之輔助人，本有要求保持一公正無偏私立場之必要。否則若鑑定人可被關說或收賄而為不實鑑定，對於司法威信及當事人利益均將產生重大危害²⁰⁵。

第二項拒卻制度與鑑定人之中立性

第一款拒卻制度概說

我國民事訴訟法相關規定中，最能突顯鑑定人應有中立性要求之制度莫過於鑑定人之拒卻制度。按民事訴訟法第 331 條有關當事人可拒卻鑑定

²⁰⁴此部分詳細論述可參第二章第三節之說明。

²⁰⁵姜世明，淺談民事程序中之鑑定-著重於實務見解發展及其問題提示，月旦法學雜誌，第 190 期，2011 年 3 月，頁 22。

人之規定，學者多以確保鑑定人之公正性及不偏倚性為出發²⁰⁶。認為拒卻制度乃在於確保鑑定人之內在獨立，故有必要設立如同針對中立法官之迴避制度。此亦可避免當事人及利害關係人對鑑定人滋生偏頗之疑念，並提昇事實認定之可信度。

於此，首應說明者乃，基於中立性之要求，民事訴訟法第 330 條參酌同法第 32 條第 1 款至第 5 款有關法官應自行迴避事由之規定，以鑑定人與當事人或該訴訟事件之利害關係為準，增訂其與當事人與或訴訟事件具有同樣事由²⁰⁷之一者，不得為鑑定人。具有該等事由之人，根本不具鑑定人適格，法院本不得選任其為鑑定人。惟若法院因不察而選任該等不適格之鑑定人，因上述之「法官自行迴避事由」亦屬「當事人得聲請迴避之原因」，故從法條解釋上，當事人自亦得依民事訴訟法第 331 條之規定聲明拒卻該不適格之鑑定人。但學者有認為，如以無鑑定人適格者為鑑定人，應認其所為鑑定無效，該鑑定意見不具證據能力，不得採為裁判基礎²⁰⁸。故解釋上，雖當事人於此種情形仍得向法院聲明拒卻，且不受基準時之限制得於訴訟終結前隨時為之。惟由於不符合民事訴訟法第 330 條所定資格之鑑定人所為之鑑定本屬無效，縱使當事人未聲明拒卻，亦不能補正其不適格之瑕疵，若法院仍採為裁判基礎，仍應屬於判決違背法令而得為上訴，以保障其公正裁判請求權。此與當事人主張鑑定人「執行職務有偏頗之虞」之情形乃有所不同。

第二款執行職務有偏頗之虞之認定

關於鑑定人「執行職務有偏頗之虞」之標準應如何認定之問題，首先，

²⁰⁶許士宦，鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（下），台灣本土法學雜誌，第 67 期，2005 年 2 月，頁 20、姜世明，淺談民事程序中之鑑定-著重於實務見解發展及其問題提示，月旦法學雜誌，第 190 期，2011 年 3 月，頁 23。

²⁰⁷此等事由分別為：一、鑑定人或其配偶、前配偶或未配偶，為該訴訟事件當事人者。二、鑑定人為該訴訟事件當事人八親等內之血親或五親等內之姻親，或曾有此親屬關係者。三、鑑定人或其配偶、前配偶或未配偶，就該訴訟事件與當事人有共同權利人、共同義務人或償還義務人之關係者。四、鑑定人現為或曾為該訴訟事件當事人之法定代理人或家長、家屬者。五、鑑定人於該訴訟事件，現為或曾為當事人之訴訟代理人或輔佐人者。

²⁰⁸許士宦，鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（下），台灣本土法學雜誌，第 67 期，2005 年 2 月，頁 21。

應可循法條之脈絡參考民事訴訟法第 33 條第 1 項第 2 款之法官執行職務有偏頗之虞之標準。關於此一標準，最高法院 69 年台抗字第 457 號判例指出：「民事訴訟法第 33 條第 1 項第 2 款規定推事有應自行迴避而不自行迴避以外之情形，足認其執行職務有偏頗之虞，據而聲請推事迴避者，應以推事對於訴訟標的有特別利害關係，或與當事人之一造有密切之交誼或嫌怨，或基於其他情形客觀上足疑其為不公平之審判者為其原因事實，若僅憑當事人之主觀臆測，或不滿意推事進行訴訟遲緩，或認推事指揮訴訟欠當，即不得謂其有偏頗之虞。」其乃強調應以客觀上具有可推知足以造成不公平之事實為標準，於實務上之操作可謂是相當嚴格。

若參考最高法院對於拒卻鑑定人之標準，可發現其嚴格程度幾乎與聲請法官迴避之標準相當。諸如最高法院 98 年度台抗字第 826 號民事裁定：「本件再抗告人就台灣台北地方法院(下稱台北地院)96 年度訴字第 6366 號駁回其聲明拒卻鑑定人之裁定，提起抗告。原法院裁定以：台北地院依再抗告人陳報經相對人同意後，始囑託鑑定人中華海事檢定社股份有限公司鑑定。依該囑託函文記載「如因資料不足，請通知兩造補充」、「如有任何疑義或需其他資料，請通知兩造說明或提供。」之內容，足見該院已依民事訴訟法第 337 條第 2 項規定，許可鑑定人直接對於兩造發問，兩造亦得直接對鑑定人提供意見。嗣鑑定人雖以電子信函通知兩造就鑑定事項召開會議，惟其行為並未逾越台北地院許可之範圍，且兩造均收到鑑定人之開會通知，客觀上亦難認鑑定人有偏頗相對人之虞。再抗告人以其主觀臆測，聲明拒卻鑑定人，非有理由。」亦採「須有客觀上事實可推知偏頗之虞」的認定標準。最高法院 86 年度台上字第 3051 號民事判決則指出：「至當事人得依聲請推事(法官)迴避之原因拒卻鑑定人，固為民事訴訟法第 331 條第 1 項前段所明定。惟鑑定人已就鑑定事項有所陳述或已提出鑑定書後，不得聲明拒卻，同條第 2 項前段亦定有明文。又以鑑定人執行職務有偏頗之虞，聲明拒卻鑑定人者，應以鑑定人對於訴訟標的有特別利害關係，或與當事人之一造有密切之交誼或嫌怨，或基於其他情形客觀上足疑其為不公平之鑑定者，始足當之。查本件鑑定人中國機械工程學會係於 85 年 9 月 10 日提出鑑定報告書，上訴人迄同年月 23 日始以閱報知悉鑑定人

中國機械工程學會理事長蔡新源為財團法人工業技術研究院機械工業研究所所長，被上訴人曾與該所有商業上之往來並為其所屬電力電子聯誼會會員為由，聲明拒卻鑑定人，自非法之所許，業據原判決說明綦詳。」亦採相同標準，惟此案例中當事人已提出部分客觀事實顯示鑑定人與對造有交誼及商業上往來，然而法院仍認為不達聲明拒卻之標準。核其原因，究因法院認定鑑定人與對造之交誼不夠密切，抑或當事人聲明拒卻之時點在鑑定人提出鑑定書後，雖已主張知悉在後，但拒卻之標準是否因此而更嚴格而無法達成，文義上無法辨明。

而最高法院 95 年度台上字第 458 號民事裁定則表示：「本件抗告人聲明拒卻鑑定人，雖稱中科院資通所不具備本案爭議所需之專業知識，不得擔任鑑定人云云。惟鑑定人是否具鑑定能力，屬法院職權審酌事項，非拒卻鑑定人之法定事由。其次，聲明人拒卻鑑定人，應以鑑定人對於鑑定事件，與當事人之一造有特別利害關係，或有密切之交誼或嫌怨，或基於其他情形，客觀上足疑其為不公平之鑑定，而有偏頗之虞為其原因事實，若僅憑當事人之主觀臆測，則不得謂其有偏頗之虞。本件抗告人謂中科院資通所與相對人同屬於行政院之下級機關；且鑑定之項目係與軍方系統介面相關事項，而相對人之法定代理人曾擔任軍職並歷任重要職務，顯見其間確有人事互通情事，遑論軍職人員向來之學長制，客觀上堪認中科院資通所與相對人間實有特殊關係，難謂無偏頗之虞云云，均屬主觀之臆測，既未提出具體事證，釋明中科院資通所有偏頗之虞，自難認其拒卻鑑定人為正當等詞，因裁定駁回抗告人之聲明，經核於法洵無違誤。」此判決除再次說明需提出客觀上事實作為認定「有偏頗之虞」之基礎，亦強調鑑定人是否具有鑑定能力係法院審酌事項，並非拒卻鑑定人之理由。此外，於該案中雖當事人已說明鑑定人與對造同屬行政院之下級機關，且有人事互通情事，法院仍然認為此並非構成「有偏頗之虞」之事實。

再看最高法院 90 年度台抗字第 582 號民事裁定：「本件抗告人依民事訴訟法第 331 條第 1 項前段：『當事人得依聲請法官迴避之原因拒卻鑑定人。』之規定，聲明拒卻鑑定人李善餘會計師。原法院以：『抗告人係

以鑑定人執行職務有偏頗之虞，提出拒卻之聲明。而民事訴訟法第 33 條第 1 項第 2 款所謂足認法官執行職務有偏頗之虞，係指法官於訴訟之結果有利害關係或於當事人有親交嫌怨等客觀事實，足使人疑其為不公平之審判者而言。若法官僅於訴訟程序之指揮或容納當事人調查證據之聲請或其他類此情形，不能認為其有聲請迴避之原因。抗告人雖謂：本件並無鑑定之必要；且鑑定人李善餘會計師前曾收受相對人報酬，依其提出之報告書若非專業能力不足，亦係偏採相對人之片面說辭而有差距云云，而聲明拒卻該鑑定人，惟查抗告人所舉之事由與上揭得聲請拒卻鑑定人之情形不合，況依該鑑定人之鑑定結果觀之，其鑑定金額遠低於相對人所主張之金額，當無偏頗之虞。是抗告人聲明拒卻鑑定人，不應准許』因將抗告人之聲明，裁定予以駁回，經核於法洵無違誤。抗告論旨，猶執陳詞，指摘原裁定不當，求予廢棄，非有理由。」於該原法院之裁定中，當事人雖已提出鑑定人曾收受相對人報酬之事實，法院仍認為該等事實不符合客觀上足使人疑其為不公平者之要件，並以鑑定結果逆推論鑑定人無偏頗之虞，而此等認定亦為最高法院所接受。

由上可知，似乎最高法院對於拒卻鑑定人之標準，亦即「執行職務有偏頗之虞」傾向較嚴格之認定，而實務上能成功拒卻鑑定人之案例亦不常見。本文認為，此種傾向應係承襲自聲請法官迴避之高標準而來，頗有不妥，蓋拒卻制度存在之目的係鑑定人之中立性、公正性保障，鑑定人之鑑定意見對於當事人訴訟之成敗有決定性之影響力，而當事人聲請拒卻之時點原則上亦於鑑定人就鑑定事項已有所陳述或提出意見書前，故當事人對於鑑定人之中立性若已事先有疑慮，不妨寬認拒卻之標準，當事人對於鑑定意見、或是以鑑定意見為基礎之判決有信服之可能。況且，從訴訟經濟之觀點言，拒卻鑑定人所增加之程序勞費毋寧是重新選任鑑定人而已，與法官迴避將使程序更新應不可相提並論，故鑑定人「執行職務有偏頗之虞」之認定似可較法官迴避之標準寬鬆²⁰⁹。而有趣者係，從上開案例可知，實

²⁰⁹例如榮總醫院醫師之醫療過失責任鑑定，若選任榮總醫院為鑑定人，縱榮總醫院經政府機關委任有鑑定職務者，惟因實際行鑑定之人與被告可能有同事關係，故他造應得聲明拒卻。參施俊堯，我國刑事訴訟鑑定程序之檢討-以尿液證據之鑑定為例，刑事科學，第 39 期，民國 84 年 3 月，頁 53。

務上似乎常發生於「鑑定意見提出或報告書完成後」，當事人方主張事後知悉鑑定人有拒卻原因而聲明拒卻。此時由於鑑定意見之內容已昭然，當事人已知悉鑑定結論對於訴訟成敗之利弊，此時方聲請明拒卻鑑定人必定實質上將受更嚴格之檢視而難以成功。此時除非有確鑿之證據可顯示鑑定人之中立性自始不存在，否則考量重新啟動鑑定程序之浪費增加，且當事人本可透過發問權之行使及補充鑑定之聲請指摘鑑定意見之疑點，似乎很難說服法院接受此種拒卻之主張。

第三款拒卻之特殊限制

學者有主張聲明拒卻有其特殊限制者²¹⁰。按民事訴訟法雖規定，當事人得依聲請法官迴避之原因拒卻鑑定人，但於無其他適當之人可為選任或經當事人合意指定之情形，亦應解為例外而不得據以聲請拒卻。因為，為確保鑑定人之公正性、中立性，始於一定情形足認其鑑定有偏頗之虞時，賦予當事人對於鑑定人之拒卻權。惟該拒卻制度係以就同一事項之鑑定人具有代替性為前提。近時，伴隨著科學技術之急遽進步、發達，專業之細分化、特殊化愈加顯著，特定事項之鑑定適格者僅於有限範圍內存在之情形不少。此方面之專家如人數過少，事實上亦欠缺代替性。而在有關高度科學技術之鑑定上，如未由最適於鑑定事項之專家提供意見，則無從確保判決判斷之適時正確，因此中立性、公正性之要求即應退讓。學者並主張，此時有關鑑定人中立性之情事，作為其鑑定意見評價之一因素予以斟酌即可，且透過當事人之發問權行使，亦得解明鑑定人之中立性。此外，經當事人合意指定之情形，除非拒卻原因發生或知悉在後，否則當事人應就自己行為負責，不得於法院從其合意而選任鑑定人後再事後聲明拒卻。

本文以為，學者之見解應屬可採，惟所謂「以發問權之行使以解明鑑定人之中立性」，應非緩和中立性要求並限制當事人拒卻權之理由。實際上應緩和中立性之理由僅在於，學者所指出鑑定人「例外不具備可代替性」

²¹⁰許士宦，鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（下），台灣本土法學雜誌，第 67 期，2005 年 2 月，頁 20。

之情形，為符合發現真實及訴訟經濟之需求所為之讓步。簡言之，若通曉該特殊專門知識之專家僅有一人或數人而不具替代性，縱使當事人透過發問權突顯或反駁鑑定人之中立性，仍無法影響當事人拒卻權應受限制之結論。發問權充其量僅能儘量協助法院發現真實，並減少此等中立性緩和之弊害而已。至於當事人合意指定後再由法院選任之情形，基於禁反言之法理，限制當事人之拒卻權自有其基礎。惟若拒卻原因發生、知悉在後，則自應允許當事人聲明拒卻，且不可因先前存在選任之合意，即嚴格看待拒卻之標準。

此外，學者亦主張，於共同鑑定之情形，若其中只有一位鑑定人具有拒卻原因，亦可依情形緩和中立性、公正性之要求。因為，實際上該等共同鑑定人之鑑定意見有互相修正之作用，一人之意見未必對鑑定之結果影響很大，因而可承認係一種例外，不將該鑑定人排除而仍使其參與共同鑑定，然後法官為鑑定意見之評價時，在自由心證之範圍內，再將共同鑑定中一人具有特殊關係情事予以評價²¹¹。本文以為，此種思考方向應屬正確，惟仍需注意具有拒卻原因之鑑定人對於其他共同鑑定人之影響力，並考量共同鑑定人間意見之互通性、鑑定人之學術地位差異等因素。另外值得思考者乃：此等拒卻之例外事由，並無實定法之依據，若共同鑑定人之一具客觀上足疑其為不公平鑑定之事由時，若排除該名鑑定人之參與，鑑定仍得繼續進行，考量中立公正性之要求，排除其於共同鑑定人名單仍應較為妥適。

第三項私鑑定與鑑定人之中立性

第一款私鑑定之意義

鑑定人在民事訴訟法上係由受訴法院選任，若當事人於裁判外自行委託有學識經驗之專家，提供有關經驗法則之專門知識或適用經驗法則而為

²¹¹許士宦，鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（下），台灣本土法學雜誌，第 67 期，2005 年 2 月，頁 21。

事實之判斷，並將該等有利於己之報告書提出於法院，以供事實認定之用時，因該鑑定並非由受訴法院選任鑑定人而行鑑定者，故此種私人提供之鑑定意見，並非民事訴訟法 324 條以下所稱之鑑定。對此，有學者稱其為「私鑑定(Privatgutachten)²¹²」。

此種私鑑定雖然與民事訴訟法上之鑑定，目的均在提供專門之經驗法則或是用專門經驗法則為事實之判斷。但因私鑑定之鑑定人非由法院所選任，且其報酬之支付乃由一造當事人負擔，加上無法適用拒卻制度等特徵，故其與民事訴訟法上之鑑定人具有法院輔助機關之地位大相逕庭，其中立性之欠缺是顯而易見的。況且，其作為證據方法之定位亦屬不明，是否能符合民事訴訟法於認定本案事實時所應採取之嚴格證明法則²¹³，即值得探討。然而從另一角度觀察，若著眼於訴訟經濟及充實訴訟以發現真實之觀點，則承認私鑑定之利用似乎仍有其價值。蓋具有特別學識經驗之專家，於其無意成為正規鑑定人之情形，若能由其作成私鑑定，自能增加專家參與發現真實之意願，且亦具有比正規鑑定程序更為迅速之優點。且當事人為構成自己主張、舉證而委託私鑑定之情形，將其主張所憑據之資料提出於法庭，在法院審理之方便、充實上亦有助益。故如何平衡私鑑定中立性欠缺之問題及其充實訴訟資料之價值，則為思考私鑑定之地位及效力時所應注意者。而私鑑定如何在法律上給予地位，例如以輔佐人形式或其他特別規定置入，以求活絡法庭上為追求真實所可呈現之具實質攻防體制，甚為值得研究²¹⁴。

第二款私鑑定之效力

一、視為人證

²¹²許士宦，鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（上），台灣本土法學雜誌，第 66 期，2005 年 1 月，頁 59。

²¹³學者認為民事訴訟法上，關於實體權利義務事項，原則上應行嚴格證明，僅於法有明文者，例外准許為自由證明。參姜世明，民事程序法實例研習（一），元照出版，2009 年 5 月，頁 81-82。

²¹⁴姜世明，淺談民事程序中之鑑定--著重於實務見解發展及其問題提示，月旦法學，第 190 期，201103，頁 21；許士宦，鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（上），台灣本土法學雜誌，第 66 期，2005 年 1 月，頁 59。

有論者認為未經選任，而於訴訟外就鑑定事項陳述意見者，似可以其為證人通知到場陳述²¹⁵。惟本文以為證人與鑑定人雖有其類似性，仍有其本質上之差異。蓋鑑定人係陳述特殊經驗法則或藉由特殊經驗法則認定事實，而證人則必須陳述其現在或過往親身經歷、體驗之事實，此等特徵亦為證人具有不可代替性之原因。而私鑑定之鑑定人原則上並非親身體驗現在或過往之事實之人，故其性質似乎與一般對於證人之定義不符，除非將證人之解釋放寬，否則私鑑定之鑑定人以證人之身分傳訊到庭「作證」，恐生學理上之違誤。

二、視為書證

關於私鑑定之定位，亦有學者指出實務上均將此種報告書以書證視之²¹⁶。諸如：臺灣高等法院臺南分院 100 年度建上更(一)字第 2 號民事判決指出：「上訴人雖辯稱高雄市建築師公會所為鑑定為私鑑定，應無證據力云云；然該高雄市建築師公會雖非受法院依調查證據方式委請鑑定單位，惟當事人一方自行委託具專門知識經驗者，就具體事實適用專門知識所得鑑定判斷，稱為「私鑑定」。私鑑定做成之鑑定報告，雖與民事訴訟法所謂「鑑定」之證據方法不同，但仍具私文書性質，如予當事人辯論機會，仍非不得成為法院形成心證原因。查高雄市建築師公會分於 98 年 2 月 10 日、2 月 26 日、3 月 6 日、3 月 25 日、4 月 8 日至台南市仁愛之家進行 5 次實地會勘（見鑑定報告書第 3 頁，鑑定報告外放），並依被上訴人所提供文件，依序整理研判分析，並就鑑定經過及鑑定結果做成完整書面說明，且經法院給予兩造就鑑定報告結果充分陳述意見與辯論下，應認足為本院心證形成原因。從而，上訴人辯稱：高雄市建築師公會所為鑑定，不具證據力云云，顯不可採。又台南地檢署檢察官於起訴前雖亦將本件囑託中華民國消防設備師公會全國聯合會進行鑑定，然消防設備師公會全國聯合會所為鑑定報告書之鑑定範圍，係限於被上訴人設計監造改善項目『是否屬於建築物公共安全及消防安全設備檢查缺失應改善項目』，或上訴人所引另案刑事證人吳念恩、李正德、鄭國華、吳建興、楊耿元等人證述，

²¹⁵吳明軒，民事訴訟法，自版，三民書局總經銷，2009 年 10 月，頁 937。

²¹⁶陳計男，在司法院民事訴訟法研究修正委員會第 285 次會議之發言，司法院編，司法院民事訴訟法研究修正資料彙編（六），1990 年，頁 644。

其所為鑑定均未就周邊等通盤考量，尚不足憑為被上訴人不利認定之依據。」若採此種看法，則於私鑑定報告書成立之真正若對造不爭執或由提出之一造予以證明之情形，私鑑定意見即可透過私鑑定報告書之形式成為受訴法院認定事實之資料²¹⁷。另外若從實定法出發，我國民事訴訟法就成為書證對象之文書性質並未設任何限制，其作成者及內容上之特異性於證據評價時由法院予以考量即為已足。且將私鑑定報告書作為書證處理，必要時將私鑑定人以文書作成者之身分，當作證人訊問之，實際上亦無不妥。

三、附保留承認私鑑定為書證

若欲肯定私鑑定可以書證之方式提出之見解，宜先考量下列學理上之爭議點，包括他造當事人是否僅得爭執報告書成立之真正，而不能爭執承擔私鑑定之鑑定人作為專門學識經驗者之適格性？如採肯定見解，有無剝奪他造當事人聲明拒卻之權利？關於私鑑定報告書之記載內容，是否亦未賦予他造當事人發問權之保障，如此有無違反合法聽審權之要求？學者有指出²¹⁸，上開私鑑定依書證形式呈現，並加上證人訊問等方式，以替代正規之鑑定或試圖取得相同結果之作法，在理論上實有疑義，理由大致如下：

第一，鑑定係為獲得有關經驗法則之專門知識或利用該等經驗法則進行事實判斷，所為之證據調查。民事訴訟法為達成此種目的，已於鑑定一節設有完整之程序內容。諸如鑑定人之選任係屬法院權限（民事訴訟法第326條）、當事人對於鑑定人之拒卻權、意見提供權及發問權（同法第331條、第337條第2項、第324條準用第320條）、鑑定人有具結義務（同法第334條）及其衍生對虛偽鑑定之刑事處罰（刑法第168條）等，均在確保公正、適切之鑑定結果。反之，因作為書證對象之文書民事訴訟法並未設限制，故就私鑑定報告書依書證之規定為證據調查時，上述保障均不生作用。書證之程序規定（民事訴訟法第341條以下）並未特別考慮為利

²¹⁷日本多數見解認為私鑑定報告書可作為書證，見酒井一，科學裁判における鑑定，青山善充=伊藤真編，民事訴訟法の争点，頁227。轉引自許士宦，鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（上），台灣本土法學雜誌，第66期，2005年1月，頁59。

²¹⁸許士宦，鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（上），台灣本土法學雜誌，第66期，2005年1月，頁60、許士宦，私鑑定之證據能力及證據價值，月旦法學教室，第16期，2004年2月，頁10。

用特殊經驗法則或專門知識所衍生之問題，只要文書之真正性被證明，即馬上進入證據評價之階段。故以書證程序呈現之方式，並無法保障私鑑定內容之正當性。

第二，前述肯定見解雖認為，於私鑑定報告書作為書證處理之場合，如併用對其作成者為證人訊問，即能減輕上述之理論難點。惟此種證人訊問之容許性難以求諸於現行民事訴訟法之規定。蓋在此證人訊問之內容，並非在於使供述文書作成之主體、時期、方法等證人過去經驗或認識之事實本身，而係著重私鑑定報告書上基於作成者專門知識所見之分析及評價，適合該目的之證據調查程序正係鑑定程序，而非其他。。

第三，若著眼於鑑定意見需具備中立性之觀點，他造對於私鑑定人「偏頗他造可能」之不安，並無法透過依書證處理及證人訊問之併用來消除。縱使可期待私鑑定人將依其良心鑑定，不會作成有害自己信用之私鑑定報告書。惟私鑑定之實施，係裁判外私鑑定人與一造當事人之私法關係而為，此種具承攬性質之私鑑定契約，通常附帶報酬支付之約定。即使於私鑑定實施後，亦續存一定之關係。此等情事，在常識上即難謂於私鑑定之結果全無影響。即使假設法院為事實認定之專家，於私鑑定作為書證予以利用之場合，在證據評價上充分依自由心證斟酌該等關係。惟私鑑定對象的事項在判斷上可能多有裁量餘地之情形，或報告書上記載之亦可能呈現微妙之表現差異，此均可能導致法院事實認定產生不正確或受誤導之危險。且有對具有委託私鑑定餘裕之當事人作成有利判決之危險，造成實質上之武器不平等。

許士宦老師最終於結論上認為，鑑於上述私鑑定欠缺具結、拒卻、提供意見、發問等程序，其中立性及專門知識之妥當性均有疑慮，若輕易容許以之作為裁判基礎，可能有害於公正程序，原則上應否認私鑑定具有書證之證據能力，僅認其係提出當事人之陳述，具體化其主張而已²¹⁹。惟如

²¹⁹學者指出，在德國，學說通說及判例主流均認為私鑑定僅係當事人之陳述，除非當事人合意，否則不得逕以之作為證據。在瑞士，私鑑定亦作為主張予以處理；在奧地利，私鑑定書雖不妨作為書證，但其證據力僅止於證明該鑑定書所記載者係私鑑定作成者之意見而已。參許士宦，鑑定

經兩造當事人合意，應許將私鑑定之意見與裁判上鑑定人之意見同樣處理。理由在於，即使民事訴訟法於實體事實係採嚴格證明，在辯論主義之原則下，當事人關於訴訟上系爭事實之確定方法所成立的合意即證據契約，應屬有效；且在訴訟程序外，由法院以外之人委請作成之鑑定報告書，往往亦有助於選擇經驗法則，避免其誤用，如認為此項鑑定經當事人兩造合意時可視同審判上鑑定書處理，則對於減輕法院選任鑑定人之負擔，避免不必要之勞費損失，並保障當事人參與程序之機會，均多有助益。何況該等私鑑定乃本於兩造合意之處理，亦無害於中立性之要求。

此外，伴隨科學技術之進步，須依高度的經驗法則或專門知識之判斷以決定裁判歸趨之事件逐漸增多。在具體事件上如因有不能實施正規鑑定之情存在，已獲得對己有利之私鑑定報告書之當事人，卻不得以之作為證據予以利用，反而造成遠離適正裁判之結果。況且，在民事訴訟上，既然對書證對象之文書性質未設限制，則將私鑑定報告書作為書證處理，亦不能謂其違法。是以，提出鑑定報告書而為書證聲請時，除非認其有不當逃避正規鑑定之旨趣，否則亦可作為書證而予證據調查。惟私鑑定之報告書雖不能否定具有書證之證據能力，但為確保該專家之適格性、中立性，法院可依提出報告書之當事人或他造當事人之聲請，傳訊該專家為證人，就報告書成立之真正及其內容為訊問、發問，藉以保障他造當事人之聽審權及使法院正確掌握私鑑定之內容，尤其應檢討私鑑定是否基於公正、誠實而實施、有無基於充分之前提資訊、是否依據一造當事人所提供之偏頗資料而為之？就此而言，私鑑定之證據調查猶如英美法之專家證人²²⁰。即使未實施此種證人訊問，就私鑑定報告書進行證據價值判斷之際，亦應考慮其非係正規之鑑定，而不能與之同列，不予高度評價²²¹。當然，即使容許利用私鑑定作為證據，仍不能否定正規之鑑定聲請。法院於認有須借重專

人之訴訟地位與當事人之程序保障（上），台灣本土法學雜誌，第 66 期，2005 年 1 月，頁 61，註 14。

²²⁰許士宦，鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（上），台灣本土法學雜誌，第 66 期，2005 年 1 月，頁 63。

²²¹野田宏，鑑定をめぐる實務上の二、三の問題，中野貞一郎編，科學裁判と鑑定，頁 9；加藤新太郎，手續裁量論，1996 年，頁 259；小林秀之，現代型訴訟と鑑定，三ヶ月章=青山善充編，民事訴訟法の争點，頁 269。轉引自許士宦，鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（上），台灣本土法學雜誌，第 66 期，2005 年 1 月，頁 60。

門知識以資裁判時，不能僅因已就私鑑定報告書作為書證之聲請，即駁回裁判上鑑定之聲請。反而於聲請同一命題之鑑定時，應優先實施該鑑定。

四、本文見解

關於私鑑定之定位及效力問題，誠如許士宦老師之說明，對於法院或當事人而言，若承認私鑑定於一定情形可作為書證使用，可使訴訟資料或裁判基礎更為豐富，而不拘泥於正規鑑定程序之僵化適用，亦可減少程序上之勞費，某程度具有發現真實及促進訴訟之意義。惟本文以為，鑑定作為民事訴訟法上之法定證據方法，其相關規範均有保障當事人程序權及貫徹鑑定人中立性要求之意義，若慮及民事訴訟法針對法律外專門知識進入訴訟之途徑已有此等價值預設，則將私鑑定報告書之提出作為證據資料即有不妥之處。故原則上應認為私鑑定不得由法院逕採為判決基礎，其定位應僅止於當事人一造之陳述。蓋以人證之方式以求利用私鑑定所提供之資訊，有其學理上顯然之疑點已如前述。而實務及學說見解將私鑑定以書證視之，雖本於書證並未就對象有所限制之理據，惟相當可能造成民事訴訟法上之「鑑定」因此遭「私鑑定轉書證」之程序架空。表面上雖然程序繁瑣程度及法院之勞費下降，但當事人基於中立性要求所具有之「拒卻權」，基於合法聽審權所享有之「意見提供權」、「發問權」均大幅度地被減損甚至消磨殆盡。更甚者，對於法律外專業知識需求極高之現代型訴訟，其將往「越有資力委託私鑑定人即越有勝訴機會」之模式前進，「專家戰爭」將越演越烈，此即可能造成憲法上實質武器平等原則之違反。況且，英美法上之專家證人雖未如我國鑑定人如此強調中立性，惟依聯邦最高法院所建立之案例及聯邦證據規則等規定²²²，均仍要求專家證言所依據之理論及方法應有基本可靠性，以防免對於事實認定者（法官或陪審團）產生誤導，而當事人對於專家證人之詰問權亦受高度保障，此均與私鑑定有相當程度之不同，應不可據以援引為承認私鑑定之參考對象。

從而，解釋上應限制此等私鑑定報告書作為書證提出，除非有事實顯示此種私鑑定報告書之提出，其目的並非在逃避正規鑑定之程序規範；且

²²²此部分詳第四章第二節之說明。

有無法期待相同事項再為正規鑑定之事由，否則原則上應否定私鑑定報告書可作為書證提出，縱使因符合例外事由而承認私鑑定報告得以書證提出，法院亦應考量私鑑定之偏頗性特質，審慎地認定其證據力之高低。至於學者指出於兩造當事人對於私鑑定書之使用有合意之情形，基於辯論主義應承認此種證據契約而將此等私鑑定資料作為裁判基礎，本文甚表贊同，蓋私鑑定既定位為當事人一造之陳述，若他造對此等陳述積極同意，則法院並無理由亦不可自行排除兩造已無爭執之事實。惟需注意者，此等合意應以明示為妥，俾免遭濫用，利用他造不諳程序之機會，實質侵害其程序權並架空鑑定之程序意義，此時法官應積極行使闡明權，以確定當事人之真意，方不致因事後對判決不服而徒生紛擾。

第四項鑑定人責任與中立性

學說上均認為，法院選任鑑定人，將使鑑定人與國家發生一定之公法關係²²³，而鑑定人基於此種關係產生諸多義務，並有維持中立性之要求。故若鑑定人因故意或過失違反包括保持中立性等義務，造成當事人或法院有損害，即生一定民事、刑事責任。以下分述之：

第一款民事責任

按鑑定人行鑑定時，違背公正、誠實義務而為錯誤報告者，是否應否負損害賠償責任？亦即，法院所選任之鑑定人，因故意或過失而違反公正、誠實義務，於鑑定意見中就外國法規、特殊經驗法則或事實判斷為錯誤之報告，法院並據以為判決，導致當事人一造或兩造蒙受不當損害之情形，受害當事人得否請求鑑定人賠償該損害？首先，就實體法之要件觀之，當事人對於鑑定人可能之請求權有二，一為民法第 227 條之不完全給付損害賠償請求權、另一為民法第 184 條以下之侵權行為損害賠償請求權。就前者言之，由於鑑定人之選任乃由法院所為，即使當事人合意指定

²²³姜世明，淺談民事程序中之鑑定-著重於實務見解發展及其問題提示，月旦法學雜誌，第 190 期，2011 年 3 月，頁 21。

鑑定人者亦然（民事訴訟法第 326 條第 1、2 項），當事人與鑑定人間並無任何契約關係，況鑑定義務係對於法院所負之公法上義務，並非對於當事人所負之私法上義務，故縱有鑑定瑕疵，當事人亦無由向鑑定人主張契約上責任²²⁴。故較有討論空間者乃後者，即侵權行為損害賠償請求權。

次以，鑑定人作為證據方法，其實施鑑定之結果經調查後僅作為證據資料，其證據力則應由法院依自由心證判斷（民事訴訟法第 222 條參照），故縱使錯誤鑑定或有瑕疵之鑑定亦係透過證據評價始成為判決基礎。況當事人對於鑑定結果有疑問者，亦可透過發問權之行使突顯其矛盾²²⁵，並促使鑑定人修正、補充其意見。錯誤之鑑定未必等於誤判。故此種鑑定與其所引起損害之因果關係及損害為何等問題，即有難以確定之情形。故縱使鑑定人因故意或重大過失而作成瑕疵鑑定，因此受不利益之當事人究竟是否得向此等鑑定人請求侵權行為損害賠償，亦仍有討論空間。

本文以為，若考量鑑定人作為法院輔助機關所生之中立性義務，乃鑑定制度之重要指導原則，是以鑑定人故意違反此義務之情形，應無寬待鑑定人之必要性，再考量無論是法院或當事人原則上均不具備鑑定人所擁有之特殊知識，否則即不利用鑑定制度等因素，應較容易符合侵權行為相當因果關係當中之「相當性」，而認為鑑定人「故意」為虛偽、瑕疵鑑定之行為，通常將造成法院為錯誤判決之結果。反之，若鑑定錯誤或瑕疵，並非鑑定人之故意或重大過失所致，自訴訟法之角度觀之，則著眼於其並未違反中立性義務，並考量鑑定人具有如下之特殊性²²⁶而應某程度限制其擔負責任之風險：

一、鑑定人作為具有專門知識之輔助人，對於判決有可能發生顯著影響，

²²⁴許士宦，鑑定人之民事賠償責任，月旦法學教室，第 29 期，2005 年 3 月，頁 18

²²⁵美國法向來認為鑑定人係相對於一般證人之專家證人，其地位原則上屬證人之一種。當事人縱因其鑑定而受不利判決，亦應透過交互詰問予以彈劾，若對造疏未為此或所為未能奏效，自屬可歸責於己，故未曾論及如何追究鑑定人之賠償責任。此亦可參谷口安平 鑑定人之民事賠償責任，判例タイムズ，487 號，1983 年，頁 8；谷口安平，訴訟思想と鑑定人の責任，法學論叢，128 卷 4・5・6 號，1991 年，頁 50 以下。轉引自許士宦，鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（上），台灣本土法學雜誌，第 66 期，2005 年 1 月，頁 70，註 33。

²²⁶許士宦，鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（上），台灣本土法學雜誌，第 66 期，2005 年 1 月，頁 71。

故確保鑑定人之內在獨立，於訴訟上即甚為重要。復衡量訴訟當事人之利益及司法作用之公益，如以「法院係依據鑑定作成裁判」為由，使鑑定人負擔受賠償請求之威脅，將使鑑定人抱持危懼之態度而無法發揮鑑定之機能。比較法上，德國通說亦基於鑑定人之地位及與法官地位之類似性，並確保鑑定人之獨立性，承認鑑定人就輕過失之鑑定錯誤有免責特權。其新修正之民事訴訟法第 839 條 a 乃明定法院選任之鑑定人僅就故意或重大過失之鑑定錯誤，對因依據該鑑定所為裁判受損害之程序關係人負賠償責任²²⁷。

- 二、慮及法安定性之維持，有必要限制對於判決所作出結果之變更要求。若許對鑑定人事後提起損害賠償訴訟，即間接復燃已確定之訴訟，而損及法安定性。民事訴訟上之法安定性既為判決之既判力所確保，既判力僅因再審或第三人撤銷訴訟而有被推翻之可能。確定之判決既以該等鑑定為基礎，倘容許當事人追究該鑑定人民事責任之訴訟，實質上即重新燃起已確定之裁判程序上關於證據評價之紛爭。
- 三、民事訴訟法已在鑑定人之中立性及鑑定之正確性上有所規範，當事人有聲明拒卻之權利；在鑑定意見形成之前，當事人有意見提供權，在鑑定意見陳述之後，當事人亦有發問權，若鑑定意見仍有所不明，當事人得聲請補充鑑定。甚且，在依據該鑑定所為之判決確定前，當事人亦得循上訴以資救濟。透過上述程序，鑑定之錯誤實際上能直接、間接被除去或匡正。若可期待當事人藉由此等救濟方法以除去鑑定錯誤所受之損害，當事人因可歸責於自己之事由而未為之，則不應輕易容許其追究鑑定人責任。

此外，亦有學者基於上述原因參酌日本實務及學說現況²²⁸，主張鑑定

²²⁷春日偉知郎，鑑定人の民事責任—ドイツの最近の様子を中なとして，石川明古稀祝賀，現代社會における民事手続法の展開（下巻），2002 年，頁 14 以下；同，鑑定人之責任，川井健=鹽崎勤編，新裁判大系，專門家責任訴訟法，2004 年，頁 85。轉引自許士宦，鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（上），台灣本土法學雜誌，第 66 期，2005 年 1 月，頁 71，註 35。

²²⁸在日本，下級審法院基於：1.使鑑定人在不具心理上負擔下進行鑑定成為可能、2.據此擔保、促進真實發現、3.防止裁判之復燃以確保法的安定性等理由，限制對於鑑定人之責任追究，僅限定於具有再審等情形，始許事後對鑑定人提起損害賠償訴訟。學說上則認為，綜合考慮依據鑑定錯誤所為判決之違誤重大性、被侵害法益（保護法益）及當事人受法益侵害之不當性、以及當事人糾正鑑定錯誤之努力等介入加害行為之違法性程度，以判斷、處理鑑定人責任範圍之問題。見春日偉知郎，鑑定人の民事責任—ドイツの最近の様子を中なとして，石川明古稀祝賀，現代社

人對於輕過失之鑑定錯誤應有免責特權。因鑑定錯誤而受損害之當事人，如因故意或過失而不依法律上之救濟方法，除去其損害，鑑定人即不負賠償責任，而此等法理應可透過類推適用民法第 186 條第 2 項之公務員侵權責任來實現。本文認為此等見解對於鑑定人之訴訟上地位有相當之認識及考量，應屬可採。

第二款刑事責任

按刑法第 168 條：「於執行審判職務之公署審判時或於檢察官偵查時，證人、鑑定人、通譯於案情有重要關係之事項，供前或供後具結，而為虛偽陳述者，處七年以下有期徒刑。」此等有關虛偽鑑定之處罰及民事訴訟法有關鑑定人應於鑑定前具結之規定（民事訴訟法第 334 條參照）。除具有擔保真實發現、保護當事人利益之意義外，某程度亦屬鑑定人中立性之體現。雖從論理上，鑑定人之鑑定意見仍需經一定調查程序方得採為判決之基礎，惟正確之鑑定結果往往是正確判決之基礎，法院認定事實依賴鑑定人判斷之程度越強，則判決之正確性越受鑑定正確與否之影響。而正確判決之利益非僅屬於整體司法之利益，亦屬於民事訴訟上請求保護的當事人之利益。

事實上，鑑定人之鑑定義務除包括積極提供特別法規、特殊經驗法則或適用經驗法則為事實判斷，更包括消極不提供使法院發生法判斷或事實認定錯誤之資訊。惟於違反後者之情況，仍須區分鑑定人之主觀上是否具有故意之情形，若因受不當外力之影響，致使鑑定人故意為虛偽陳述、提供錯誤之專門知識，固然有構成偽證罪之可能，若鑑定人主觀上僅因過失諸如：誤看、誤判、計算錯誤等因素導致提供法院錯誤之意見，則除非鑑定人存在極度輕率之情事可能被認定屬於間接故意者外，應無以偽證罪相繩之餘地。至於鑑定人之虛偽鑑定意見是否需對於判決產生影響方構成偽證罪，實務上乃採否定之見解，此有最高法院 71 年台上字第 8127 號刑

會における民事手続法の展開（下巻），2002 年，頁 292、305、310。轉引自許士宦，鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（上），台灣本土法學雜誌，第 66 期，2005 年 1 月，頁 72，註 36。

事判例要旨：「按刑法上之偽證罪，不以結果之發生為要件，一有偽證行為，無論當事人是否因而受有利或不利之判決，均不影響其犯罪之成立。而該罪所謂於案情有重要關係之事項，則指該事項之有無，足以影響於裁判之結果者而言。」可茲參酌。

第三款國家賠償之爭議

鑑定人雖係由法院所選任，並作為法院之輔助人，但國家就鑑定錯誤原則上不負國家賠償責任。最根本的原因在於，鑑定人並無公務員身分，其受選任實施鑑定，原則上係以私人身分進行鑑定活動，且除了鑑定事項之範圍決定外（民事訴訟法第 325 條），並不直接服從法院之指揮監督，鑑定人乃係獨立於法院，並以專家之立場，陳述鑑定意見。尤其在鑑定所及之專業事項領域，鑑定人作成鑑定意見更不受法院指示，鑑定人、法院、及當事人三方之合作乃建立於良性之溝通關係上，而非指令之下達。據此，鑑定人實施鑑定並非公務員行使公權力或受託行使公權力，國家自不負損害賠償責任（國家賠償法第 2 條、第 4 條）。

第三節 訴訟經濟之要求

第一項 訴訟經濟之理念

訴訟經濟之意義，有相當之解釋空間。蓋於此所謂之「經濟」，應指人類對有限及稀缺資源做「最適分配」及「有效率使用」之行為，與一般經濟學所謂之「經濟」仍有意涵及層次之差異，充其量應只能作為「效率化」及「成本降低」之另一種說法。故所謂之訴訟經濟似可解釋為對訴訟資源所為之「最適分配」；亦可解釋為使利用訴訟之當事人，有效率地使用其投入訴訟中之資源。故「訴訟經濟」作為建構民事訴訟制度之指導原則及解釋民事訴訟相關規定之重要理念，應至少具有兩種解釋面向，一為公益面向，一為私益面向。按公益面向之訴訟經濟，應可理解為訴訟之進

行應儘量於合理之範圍內避免程序重複或減輕整體法院之負擔²²⁹。亦有學者認為，訴訟經濟(Prozessökonomie)所指涉之內涵主要是關於程序制度之合理化，尤其係程序之加速與期間縮短，並及於法院負擔之減低，亦即如何以最節省方法實現訴訟之目的之謂²³⁰²³¹；而私益面向則著重於當事人之利益保護，即在使當事人用最少的勞費，利用訴訟制度，以達其訴訟之目的²³²。

本文以為，若自上述公益面向觀之，訴訟經濟之正當性主要乃建構在對「國家司法資源有限」有所認識之基礎上，若能儘量減少重複之程序及於單一案件中減輕法院之負擔，則法院之能量亦可於其他案件發揮作用，但此種要求亦不排除於單一案件中儘量解決紛爭所帶來之整體案件量減輕。總而言之，公益面向之訴訟經濟，其作為指導原則之要求即在程序建

²²⁹學者邱聯恭指出，有關民事訴訟制度應如何建構或運作之審判實務及理論學說中，多係以達成避免程序重複或減輕法院負擔之目的，作為「訴訟經濟」之正當化根據，諸如大法官會議釋字第355號決議之理由書（就制止再審制度之濫用，引據訴訟經濟原則）、最高法院90年度第15次民庭會議之討論內容（為避免因訴之聲明造成法院處理上不便，引據同原則）、最高法院70年台上字第1208號判決（就不宜限制訴之聲明之合併，引據同原則）、最高法院71年台上字第3729號判決（同上旨）、最高法院66年第9次民庭庭推總會會議之討論內容（引據同原則，容許將合夥與合夥人併列為被告）、最高法院63年第6次民庭庭推總會會議之討論內容（為限制重複利用上訴程序與再審程序為事由主張，引據同原則）、最高法院63年度第4次民庭庭推總會決議（就任今分二道訴訟程序求確認票據債權不存在及票據偽造一事，為批評其不當，乃引據同原則）。而學者邱聯恭亦指出民事訴訟法研究會上許多學者之發言，亦有引據訴訟經濟原則處理如何限制訴訟上活動之往例，詳情可參考邱聯恭，程序利益保護論，國立台灣大學法學叢書，三民總經銷，2005年12月，頁3，註1。

²³⁰學者吳從周歸納德國文獻上諸多對訴訟經濟的定義或描述，認為大致上可在兩個方向上定義訴訟經濟的內涵。第一、以簡單、便宜、迅速、合目的性且最少的花費，理性地形成訴訟程序（或謂「程序的理性化」）：歸納言之，這個描述方向，是對訴訟經濟原則定義的通說，也符合這個概念的字面意思。準此，透過訴訟經濟原則，訴訟目的與因該訴訟而生之勞費(Aufwand)產生關係。第二、要求紛爭一次解決(einmalige Erledigung eines Streitfalles)：也就是避免相同的訴訟標的以重複的訴訟程序加以審理，避免重複訴訟(Prozessverdoppelungen)，或者說，儘量避免多餘的訴訟步驟或者無用的途徑，以減少法院訴訟程序在費用與時間上的花費，或者說，減輕法院的負擔。此種定義面向之訴訟經濟要求，以作成裁判所必要的花費，應盡可能廣泛而安定地提供法律保護，以便使一個紛爭，能夠在一個訴訟程序中解決。由此可知，一般所強調的減少或節省花費（勞力時間費用）與紛爭解決的一次性，其實都是訴訟經濟原則的基本內涵。只不過，這兩個定義方向，前者較為側重：對「當事人」提供迅速向便宜的權利保護，後者則較為側重：避免不必要的訴訟程序，透過順暢之程序解決紛爭，節省法院的人力物力，減輕「法院」之負擔。前者可連結在對「個人利益」的保護上，後者則可連結在對「團體利益」的保護上，同時涉及訴訟經濟與訴訟目的之關聯。吳從周，初探訴訟經濟原則—一個法律繼受的後設描述，興大法學，第6期，2010年05月，頁10-11。

²³¹姜世明，民事程序法之發展與憲法原則，元照出版，2009年11月，頁32。

²³²此種傾向私益面向之定義如：陳計男，民事訴訟法論（上），三民出版，2009年7月，頁15-16。

構及實際操作上儘量減少「整體法院之負擔」，以求將有限甚至稀少之司法資源為最適分配，儘量提高全體國民之福祉；如自上述之私益面向觀之，考量當事人作為程序主體，若訴訟制度之設計，須使當事人支出龐大之費用及時間，則資力缺乏之人，往往難以利用訴訟制度，訴訟上之實質公平亦將大受打擊。若訴訟制度之設定缺乏對於訴訟經濟觀點之考慮，由於當事人欲實現之利益與其所支出之成本（訴訟費用、律師費用、時間耗費等）不成比例，必將導致人民利用訴訟之意願下降，國家合法壟斷司法權之正當性即受嚴酷之考驗²³³。

學者有從程序利益保護之觀點出發，主張：「在我國，隨著突襲性裁判防止論（尤其是有關防止促進訴訟的突襲之理論）、新程序保障論、程序主體權論、程序選擇權論及適時審判請求權論之相繼被倡、開展，程序利益保護之要求遂成為該等理論所一貫指向實現之價值理念，而被刻意用以指引重構訴訟理論及改革審判實務。程序利益保護論乃被引為試圖前導民事訴訟法修正走向、實務運作之一項法理。此項理論之主旨為：依憲法上保障自由權、訴訟權、財產權、平等權及生存權等基本權之規定旨趣，訴訟當事人及程序之利害關係人應被賦予程序主體地位、享有程序主體權²³⁴。」、「就訴訟程序如何利用及運作而言，程序主體權者，除可請求受訴法院實現其系爭實體利益以貫徹此項利益所繫上開基本權受保障之意旨以外，為貫徹自己同時另受保障系爭外同類基本權之意旨，亦可請求法院保護其衍生自該基本權且獨立並存於上開實體利益之程序利益。通常，此項程序利益係指因簡速化程序之利用或避不使用煩瑣、乏實益之程序所可節省之勞力、時間或費用而言，所以訴訟程序之進行或運作倘未能致力於此，或竟然反而造成勞力、時間或費用之浪費，即屬使當事人蒙受程序上不利益。此種不利益之發生，不僅對於系爭實體利益，同時也對於系爭標

²³³姜世明老師指出權利保護與效率之關係，在案件遲延明顯，法院實現人民私權能力越薄弱之情形，越被重視與討論。可參姜世明，民事程序法之發展與憲法原則，元照出版，2009年11月，頁31。本文以為，此部分亦可連結：訴訟經濟是在憲法上取得其規範上的效力來源。訴訟經濟被認為是「憲法上禁止過度(Übermaßverbot)或者說合乎一般比例原則，在訴訟上的表現型態」之論述。Ekkenhard Schumann: Die prozessoekonomie als rechtsethisches Prinzip, in: FS Karl Larenz, München 1973, S.281.轉引自，吳從周，初探訴訟經濟原則—一個法律繼受的後設描述，興大法學，第6期，2010年05月，頁15。

²³⁴邱聯恭，程序利益保護論，國立台灣大學法學叢書，三民總經銷，2005年12月，頁4

的以外同受憲法保障之上開基本權，導致其遭減損、消耗或限制之結果，應非所許²³⁵。」、「此項始倡於我國之程序利益保護論，在學說變遷史上，係與近二十年來開展於我國之新程序保障論相通，具有相當之獨特性，而有所不同於德、日等國向來有關訴訟經濟或促進訴訟等概念之立論。因為，程序利益保護論係植基於憲法上基本權保障規定及其所認價值理念，指向於平衡保護、實現受該價值理念所肯認之系爭外利益、地位²³⁶」此種觀點自作為訴訟主體之當事人出發，深刻描繪訴訟經濟私益面向之憲法基礎。

就此以觀，公益面向之訴訟經濟理念，將時常被引據作為限制一造當事人訴訟上活動之正當依據。此種觀點雖可能招致以公益為藉口害及私益之批評，甚至使人誤認係以減輕法院負擔之目的，漠視當事人所具有之程序主體地位。然而，對於訴訟經濟公益面向及私益面向之理解，應將其作一體兩面之思考，亦即，合理地限制程序重複，除減輕法院整體負擔外，亦使當事人整體之勞費下降，當事人達成訴訟目的之成本支出自然減少。若法院容許當事人一造任意主張無必要之訴訟行為，亦將使他造當事人連帶於訴訟上產生時日、費用之無意義耗費。故雖訴訟經濟之理念，於某程度上將導向對於當事人訴訟權利之限制，然如同學者所言，當事人於訴訟外之人格、自由及財產權亦屬憲法基本權所保障之價值，故為避免此等價值遭到過度減損甚至忽視，於合理範圍內限制當事人之權利，並無不妥。

學者亦有自有效率權利保護之觀點出發²³⁷，認為一合憲之權利保護制度，亦包括應將程序建構為得就權利於適當期間內以最大可能實現，亦即符合有效率之權利保護。主張有效率權利保護之法律基礎為法治國原則、法定法官原則與司法保護請求權。此亦為德國實務所承認之法理。諸如，保全程序及強制執行程序就時間因素有其效率上之要求。就訴訟程序而言，基本上法院應就其任務於一適當期間履行，除程序進行外，就裁判之

²³⁵ 邱聯恭，程序利益保護論，國立台灣大學法學叢書，三民總經銷，2005年12月，頁5

²³⁶ 此指獨立於系爭實體利益以外而與其並存之利益、地位，亦包含具精神性、人格性者在內，而不論系爭標的究為財產上權利或屬人事、身分上法律地位。參邱聯恭，程序利益保護論，國立台灣大學法學叢書，三民總經銷，2005年12月，頁6

²³⁷ 姜世明，民事程序法之發展與憲法原則，元照出版，2009年11月，頁33。

作成，亦應注意時間上之適時性，例如，言詞辯論終結後至作成裁判書，應有一定之期間規定。而判決書中，應附具必要之理由，便於當事人上訴途徑之利用，亦屬有效權利保護之體現。惟其亦指出，就效率之定義，無論係就時間長短之考量，或以所謂利益之最大化為基本考量，必定需進一步討論者乃，此一效率要求與其他程序原則（諸如：司法保護請求權、公正程序請求權、真實發現之要求等）之關係，及因民事訴訟目的觀不同時，對效率要求所產生之影響，均待釐清。就民事訴訟目的之確定，究係以私權之確認與實現為目標²³⁸，或以解決紛爭為主，又或應再綜合考量當事人之程序利益，均將影響對於所謂「效率」於此之意義²³⁹。

就整體制度設計言之，如何實現訴訟經濟之理想、有效率地進行訴訟程序，應屬現代司法制度改革所共同面臨之問題。諸如我國 2000 年民事訴訟法之修正，關於失權之制度建構、證據保全制度、爭點整理制度、文書提出義務之加強、闡明、判決書簡化、選定當事人制度變革、與上訴制度之改革等，均與訴訟程序之效率化相關聯²⁴⁰。而於其餘之民事訴訟制度，包括訴之合併追加、簡易訴訟程序、督促程序、管轄權、審判權錯誤之移送、集體訴訟等制度，均有配合實現訴訟經濟理想之意涵，如何能夠進一步透過立法或解釋之方式，在合理範圍內儘量實現避免程序重複、司法資源無端浪費，並保障當事人能有效率地達成其訴訟之目的，即值得吾人深切思考。

²³⁸學者乃有認為所謂效率未必等於「程序縮短」之義，而係指確實之權利保護及法律秩序之實際執行。但若審理期間過於漫長則與權利之有效保護原則亦屬有違。Schumann, Bundesverfassungsgericht, Grundgesetz und Zivilprozess, ZJP 96, 162.轉引自，姜世明，民事程序法之發展與憲法原則，元照出版，2009 年 11 月，頁 31。

²³⁹學者吳從周參考德國文獻後指出「無目的，無經濟」（keine Ökonomie ohne Zwecksetzung）此一論點。該訴訟經濟不是一個抽象概念的自我獨立存在，在開始思考如何形成一個比較經濟的訴訟程序之前，我們需要先弄清楚民事訴訟之目的為何。確立了訴訟目的，才能夠思考如何儘可能經濟地實現這個目的。吳從周，初探訴訟經濟原則—一個法律繼受的後設描述，興大法學，第 6 期，2010 年 05 月，頁 13。

²⁴⁰德國於 2002 年之民事訴訟法修正中，其中關於訴訟程序之效率化，亦列為修正之重點，其中，無論加強法官闡明義務、第二審攻防方法提出之限制及第二審、第三審之許可上訴制度等，均與訴訟程序之效率化有關。但值得一提者乃，訴訟程序之效率能否與「快速程序」畫上等號，則每被質疑。參姜世明，民事程序法之發展與憲法原則，元照出版，2009 年 11 月，頁 34。

第二項鑑定制度中訴訟經濟理念之作用

訴訟經濟之理念深刻影響民事訴訟程序之建構及法律之解釋，而民事程序中之鑑定制度亦相當程度受到訴訟經濟之理念所影響。諸如民事訴訟法第 331 條第 2 項訂有對於鑑定人拒卻權行使之時間限制，其立法理由即謂：「查民訴律第四百零九條理由謂鑑定所以輔助審判官，非單純之證據方法，當事人得以任意左右者也。如當事者之拒卻鑑定人，漫無制限，則訴訟必因此遲滯，此本條之所以設也。」顯見此等規定之目的亦在於避免訴訟程序因當事人無端濫行拒卻權，導致訴訟遷延，程序浪費。又如民事訴訟法第 332 條 2 項亦規定於聲明拒卻時，當事人僅須就拒卻事由為釋明即可，不需達證明之程度，其立法理由則謂：「查民訴律第四百十條理由謂聲請拒卻鑑定人，必向選任該鑑定人之審判衙門或受命推事抑受託推事為之者，以其聲請之當否，得以迅速裁判故也。至拒卻之原因，祇用聲敘，亦為避訴訟遷延之害，此本條之所以設也。」

此外，於解釋上，當事人聲請之鑑定事項應具有必要性，法院方得准許之，此種要求亦與訴訟經濟之理念有關。再如民事訴訟法第 335 條第 1、2 項之規定，受訴法院、受命法官或受託法官得命鑑定人以提出鑑定書之方式為意見陳述，並得將具結之結文，附於鑑定書一併提出，毋須鑑定人專為具結而到場；民事訴訟法第 336 條規定鑑定人有數人者，得命其共同或各別陳述意見。此等制度設計均具有訴訟程序效率化，避免無益勞費之考量。

學者亦指出，民事訴訟法於 2000 年修法時，為促進迅速、確實作成鑑定報告，提高鑑定證據調查程序之效率，並儘可能避免鑑定人誤認待鑑定之事項範圍，或防止其逾越必要範圍為證據評價，強化當事人對鑑定意見之信賴，曾有提案認為應針對法院與鑑定人間之權限及義務為更加具體之規定，使其範圍更為明確²⁴¹。而德國於 1990 年修正民事訴訟法²⁴²，其

²⁴¹提案內容包括：1.選任鑑定人之法院，應告知鑑定事項於鑑定人，並為必要之指示。亦即要求法院就成為鑑定對象之基礎事實，對鑑定人應為某程度之指示；2.法院在命為鑑定以前，應先聽取鑑定人之意見，並依其意見為適當之指示或說明；3.法院得依（當事人或鑑定人之）聲請，告

中關於法官對於鑑定人之指揮乃明文規定：

1. 要求法院應指揮鑑定人之活動，且得指示鑑定人之活動種類及範圍；
2. 只要有特別情事，法院於作成鑑定事項前聽取鑑定人之意見，指示鑑定人應為之課題，依其要求而就委託事項詳加解說；
3. 於事實關係有爭執時，法院定何等事實應成為鑑定人鑑定時之基礎；
4. 於必要時，法院就鑑定人於何範圍就應證明事項有解明之權限、允許鑑定人與當事人間之關係至何程度、鑑定人得否容認當事人參與調查等事項為決定；
5. 對於鑑定人之指示應通知當事人。惟其指示定有特別期日時應許當事人於該期日到庭（德國民事訴訟法第 404 條 a）。

關於鑑定人之義務乃規定：

1. 鑑定人就受託事項是否屬於自己之專門，有無需要其他鑑定人之意見始能解決，必須迅速予以斟酌。委託事項不屬於自己之專門或需要其他鑑定人之意見時，鑑定人應通知其事於法院；
2. 鑑定人就受託事項無囑託他人之權限。於受他人協助之情形，鑑定人應將其姓名及協助範圍告知法院；
3. 鑑定人就受託事項之內容及範圍有疑義時，應迅速要求法院予以解明。鑑定所需費用顯比訴訟標的之價格高或顯然超過所要求之預納費用者，鑑定人應適時指出；
4. 鑑定人於法院要求時，應速將書類及其他鑑定所援用之資料及調查結果交付或通知法院。鑑定人未履行該義務時，法院得命其交付；

知訴訟程序進行之狀況或交付裁判正本於鑑定人；4.受鑑定之命者，就其受委任鑑定事項之範圍或內容，應迅速進行了解，如認有不明瞭或於其內容或範圍有疑義時，應即報告其事於法院；5.受鑑定之命者，就所指定之鑑定事項，認非其所專門或別有可為鑑定者或應得他人之助始能為鑑定時，應即報告其事於法院；6.受鑑定之命者，應依法院之指示，送交鑑定有關之資料於法院，不得無故遲延；7.受鑑定之命者，對於其因此知悉之他人秘密，不得無故洩漏。而此等提案，雖未經增修為條文，但其中多項內容本屬法院訴訟指揮權之範圍，縱使未增設明定，在解釋及運用上亦應可作為法院於鑑定程序中指揮之準則。可參考邱聯恭，關於『第 2 編第 1 章第 3 節證據』之修正研究報告，司法院民事訴訟法研究修正資料彙編（六），1990 年，頁 34、37、38、39；民事訴訟法研究會第 38 次研討會後補註，民事訴訟法之研討（四），頁 162-163。轉引自許士宦，鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（上），台灣本土法學雜誌，第 66 期，2005 年 1 月，頁 67，註 27、28。

²⁴²以下條文之翻譯參考許士宦，鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（上），台灣本土法學雜誌，第 66 期，2005 年 1 月，頁 68。

5. 法院對於鑑定人履行其義務應為指示（德國民事訴訟法 407 條 a）。

學者評價此等規定，認為此僅係將向來審判實務中所確立之鑑定應有方式予以明文化，使其徹底周知而已。此規定之精神在於促進法官與鑑定人間之協力關係，一方面鑑定人在訴訟程序前階段即可參與程序，提供意見，使法院適切決定證明主題或鑑定事項；一方面法院得適切指揮鑑定人，抑制其逾越權限或怠忽任務，使鑑定人之行動基準明確化，從而實現訴訟之迅速、經濟及適正之解決²⁴³。故於我國，雖未有此種針對法院訴訟指揮及鑑定人義務之明文規定，但上開內容本屬法院訴訟指揮權之範圍，在解釋及運用上仍可作為法院於鑑定程序中指揮之準則。當然，法官之指示，並不能侵犯鑑定人之專業獨立性，其指示必須以使鑑定人之鑑定任務明確化為中心目標。而鑑定人亦應基其專業立場，盡公正、誠實義務，除遵守法院之指示外，亦於有疑問或意見時主動與法院溝通，俾免因擅斷獨行或因對鑑定範圍不明，導致延滯訴訟或花費過鉅。

第三項從訴訟經濟觀點看鑑定之必要性

第一款鑑定必要性之意義

鑑定之必要性問題，雖我國民事訴訟法並未就此設特別規定，但解釋上，鑑定既為當事人所聲明證據之一種，而當事人所聲明之證據，原則上應為調查，但法院就當事人聲明之證據中認為不必要者，得不為調查，此於民事訴訟法第 286 條乃有明示。實則，若欲鑑定之命題並無行鑑定之必要，或因與本案事實毫無關聯、或因可由法院自行認定、或因無行鑑定之可能，著眼於訴訟經濟之要求，法院即不應准許此種鑑定之聲請，此亦可自民事訴訟法第 325 條：「聲請鑑定，應表明鑑定之事項。」及其立法理由：「查民訴律第四百條理由謂聲請鑑定，與聲請人證異，毋庸聲明鑑定人。而鑑定事項，則必須聲明，否則鑑定之必要與否，不能斷定，（如鑑

²⁴³許士宦，鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（上），台灣本土法學雜誌，第 66 期，2005 年 1 月，頁 68-69。

定證書之真偽是)此本條之所以設也。」學者亦指出²⁴⁴：「良以法院就當事人聲明之證據，不問有無必要，概須踐行調查程序，既有違訴訟經濟之原則，抑且無裨實益，故許法院對於不必要之證據，得斟酌情形不為調查，並不受當事人聲明證據之拘束，以免當事人聲明不必要之證據，達其延滯訴訟之目的。」就此以觀，以無必要性之理由駁回當事人之鑑定聲請，雖亦具有避免誤導、害及真實發現之意義，但其主要仍以訴訟經濟之要求作為其正當基礎。

第二款鑑定必要性之思考流程

為防止訴訟延滯，當事人之鑑定事項經表明後（民事訴訟法第 325 條參照），法院自得取捨當事人鑑定之聲請，惟此等取捨並非得任意為之，應綜合多項考量而為之，其得不准許鑑定之因素，應可就如下順序思考之：

一、聲請是否不合程式

首先，聲請鑑定不合程式者，諸如聲請鑑定卻未聲明鑑定事項，經命補正仍不補正，即無准許其鑑定之可能。此外，選任鑑定人之屬法院、受命法官、受託法官之職權，若法院要求當事人提供鑑定人之參考人選或對此表示意見，當事人拒不為之，則法院是否可以無法尋得適當之鑑定人為由，不准許其鑑定？本文以為，雖考量現代型紛爭之多樣化，特定專業領域之鑑定人選確有難以尋覓之現象，若要求法院依其職權應主動積極尋覓可能之鑑定人選，或與現實情況不符，亦與民事訴訟法原則上仍採辯論主義之精神有所扞格，惟自法條觀之，選任鑑定人屬於受訴法院、受命法官或受託法官之職權，當事人本無提出鑑定人人選之必要，故針對上開問題仍應採否定見解²⁴⁵。

二、當事人是否意圖遲延訴訟

²⁴⁴吳明軒，民事訴訟法，自版，三民書局總經銷，2009年10月，頁890。

²⁴⁵至於如何處理法院尋覓鑑定人困難之情況，應從學者之建議，由國家機關（如：司法院）協同各領域公會、民間團體確實建立鑑定人名冊，方便受訴法院、受命法官或受託法官於選任時有所指引。如黃朝義，相關刑案中專家參與審判諮詢之運作問題，律師雜誌，第253期，頁26，2000年10月；王梅英，專家在法庭上之角色-鑑定或參審？，律師雜誌，第253期，2000年10月，頁36。

當事人未依訴訟進行之程度，於言詞辯論終結前之適當時期聲請鑑定，並得認其係意圖延滯訴訟，或因重大過失逾時始行為鑑定之聲請而有礙訴訟之終結者，應不准許其鑑定之聲請（民事訴訟法第 196 條、第 276 條參照）。蓋鑑定程序耗時費日，當事人應於確認有鑑定必要之第一時間儘速提出鑑定之聲請，以免訴訟因此拖延。而實務上亦多有投機者利用鑑定程序耗時費日之特性，充作延滯訴訟之手段，不但曠日廢時，費用之增加亦屬可觀，實應防免之。惟應注意者係，此等失權之效果強烈，法院應儘量透過闡明權之行使（民事訴訟法第 199 條參照），使當事人明瞭訴訟進行之程度，以及針對其已提出之主張，有何證據方法可供使用，避免當事人於向來不知有鑑定程序可茲使用之情況下，遭失權效之制裁²⁴⁶。質言之，所謂當事人「意圖延滯訴訟」及「有重大過失」之認定，應由法院以闡明之方式突顯之。

三、聲請之鑑定事項是否與本案事實無關連性

於民事訴訟上，證據是否得為認定系爭本案之事實或用以證明系爭事實存在之間接事實之用，即涉及證據是否具有認定事實之關連性問題²⁴⁷。

²⁴⁶就我國民事訴訟法第 196 條規定而言，其所謂逾時，學者有認為「適當時期」並非恆屬具體明確，常應取決於訴訟進行程度及個案情節（如事證蒐集、提出之期待可能度），屬於尚待進一步予以具體化、明確化之概念。通常，非待適當時期經具體明確化以後，每無從期待要求當事人確知其所遵守之提出時期為何，以致難謂上開行為規範已具體明確，所以亦不可能認為當事人已可能且應該準以付諸行動（為攻擊防禦方法之提出）。為促成此種意義的具體化、明確化，從訴訟指揮權之行使，應以保障適時審判請求權、公正程序請求權、平衡兼顧發現真實及促進訴訟等基本要素為指標以論，審判長應視訴訟進行程度及個案情節，善為行使訴訟指揮權，對當事人提示其應為資料提出之時期，以促成上開提出時期及行為規範之具體化明確化。參邱聯恭，爭點整理方法論序（下），月旦法學雜誌，第 62 期，2000 年 7 月，頁 125。另有學者認為，關於遲延認定基礎之所謂促進訴訟義務之違反，具有時間與內容之雙重要素。其內容要求，乃依訴訟狀態而變動。就「時」之要素確認而言，有期間設定者固無論（但應注意此部分非屬民事訴訟法第 196 條之範圍）。就民事訴訟法第 196 條第一項所謂「適時」之認定，則應將主張者所為主張之程度、相對人已提出之陳述（主張）程度、法院之闡明及已進行之訴訟過程等均納入判斷之考慮因素。參姜世明，民事證據法實例研習（二）暨判決評析，新學林出版股份有限公司，2006 年 11 月，頁 247-248。

²⁴⁷學理上，證據之關連性一般又分為「自然的關連性」及「法律的關連性」，所謂之自然的關連性，又稱為論理的關連性，指得提出於法庭調查之證據是否具有推論待證事實存否之必要最低限度的證明力而言，若不具有此等必要最低限度之證明力者，則不認為有自然的關連性，而否定其證據能力，不得提出於法庭調查；相對的，所謂法律的關連性，是指某項證據提出於法庭調查，類型上是否會對法院心證之形成產生錯誤影響之虞者而言，證據雖具有自然的關連性，惟為了排除不當之偏見、防止爭點之混淆以及避免對他造當事人為不公正之突襲，因此將可能使法院對於證據之證明力判斷錯誤之證據，例如，非任意性之自白、傳聞證據等，認為無法律的關連性，而予以排除就科學證據之證據能力而言，其性質究係屬於自然關連性的問題抑或屬於法律關連性之

此必須對證據本身加以審酌，倘證據本身與系爭事實或間接事實間毫無相關性之存在，除無益於事實之認定，更應根本性地加以排除於法庭之外，以免影響審判者心證之形成，而造成對事實認定之偏見²⁴⁸。而鑑定作為科學證據，其是否容許被提出於法庭作為證據使用，應視其是否具有影響判斷待證事實存否之最低限度證明力而定。至於作為科學證據之鑑定意見要被承認具有法律上之關連性，其前提是否包括：1.鑑定意見所憑據之科學原理、法則必須確實；2.得出鑑定意見所使用之方法、技術必須在科學原理上被認為妥當，則有進一步討論之空間²⁴⁹。

此外，參考美國聯邦證據規則第 403 條²⁵⁰之規定：「證據雖具關聯性，惟法院認為提出該項證據調查所造成之不公平之偏見、混淆爭點或誤導陪審團之危險實質上超過該項證據的證明價值者，或基於不當訴訟遲延、費時或不必要提出重覆證據的考量，得將該項證據排除。」此項條款賦予審理案件之法官得以權衡，縱使證據具有自然之關連性，惟若當法院確信若容許某項證據提出調查，其延滯訴訟、混淆爭點及誤導事實認定之危險大於該項證據的證明價值時，即可據以排除之。故於我國雖無此等明示規定，解釋上，若當事人所聲請之鑑定事項，對於本案事實之認定無關連性或對於事實認定之重要性不大，為避免焦點模糊並延滯訴訟，法院亦應得不准許該項鑑定聲請。

四、鑑定事項是否具鑑定可能性

當事人所表明之鑑定事項，若無法透過第三人所具備之科學或客觀專業知識予以認定者，即屬欠缺鑑定可能性。此等情況或屬無客觀標準之事項如於親權訴訟中，要求鑑定某 A 對某 B 之情感深厚程度；或屬無法依科學

問題，於學理上仍有爭議。此種分類可參陳運財，刑事程序鑑定之證據法則，萬國法律，第 137 期，2004 年 10 月，頁 39；奚瑋、余茂玉，證據關聯性問題研究-以證據能力為考察視角，收錄於訴訟法學研究（第十二卷），中國檢察出版社，2007 年 8 月，頁 231。

²⁴⁸柯耀程，意見證據之研究，警學叢刊，第 17 卷第 2 期，1986 年 12 月。

²⁴⁹陳運財，刑事程序鑑定之證據法則，萬國法律，第 137 期，2004 年 10 月，頁 39，註 28。此部分亦可參本文第四章第二節之說明。

²⁵⁰聯邦證據規則第 403 條(Federal of Evidence 403)之原文：「The court may exclude relevant evidence if its probative value is substantially outweighed by a danger of one or more of the following: unfair prejudice, confusing the issues, misleading the jury, undue delay, wasting time, or needlessly presenting cumulative evidence.」

方法證立之事項，諸如某 C 簽訂買賣契約時是否遭鬼神強制、作為契約條件之世界末日大地震是否會發生、何時發生、或於侵權行為訴訟中主張自己曾受外星人改造，要求檢驗特殊體質等，均無鑑定之可能。又若當事人所主張之鑑定事項原屬科學上所可能證明之事項，卻因具有此等專業能力之人才缺乏、無從尋得或現階段科學研究尚不能確實闡釋該等事實等因素，即可能導致鑑定欠缺事實上之可能。

五、是否屬於重複之鑑定

若當事人就同一事項於已有鑑定意見存在之情形，再次聲請鑑定，除前鑑定意見具有明顯瑕疵而顯不為法院所採用之情況，否則法院原則上不應准許其聲請。又若前鑑定意見於法院訊問或當事人發問後，發現有未完全回答鑑定事項、缺漏鑑定或細節矛盾之情形，原則上法院應容許當事人就該有疑問部分聲請補充鑑定，而非重複再就同一事項全部重新鑑定，避免程序過度浪費，有害訴訟經濟。此外，若容許當事人因細節脫漏、矛盾及再次聲請同一鑑定，將導致當事人針對不利於己之鑑定意見吹毛求疵，造成鑑定程序更為冗長、多次鑑定之鑑定報酬亦將導致訴訟費用大幅增加，導致當事人之訴訟成本上升，故不應准許之。

六、聲請之鑑定事項是否得由法院自行認定

自訴訟經濟之觀點言之，若當事人所表明之鑑定事項本得由法院自行認定之，法院即無選任鑑定人協助事實認定之必要。甚且，鑑定課題設定不當，實有可能侵害國家賦與法官依法判決之核心職權，並有外包審判於第三人之疑慮，造成法官卸責之危險。於此，一般知識及法律適用均屬法院應自行認定者，茲述如下：

1. 是否屬於法院不能自行認定之特殊專業知識

鑑定人原則上係具有特別知識及經驗法則之第三人，而鑑定人同時作為法院之輔助機關及當事人所利用之證據方法，目的均在於利用其所具有之特別知識及經驗法則協助訴訟主體釐清事實，故若無須借用鑑定人專業知識即可得知之「一般知識」，即無作為鑑定課題之必要。蓋一般知識凡具有基本學識經驗之人均能知之，而法院職務上亦屬應知，並無利用鑑定

制度之需求，若將一般人常識所能辨識者，亦交付鑑定，必將延滯訴訟之進行，有害訴訟經濟。且未必能得到更正確的答案²⁵¹。此亦可參考最高法院 17 年上字第 346 號刑事判例及 18 年上字第 373 號民事判例之意旨。

就此，有關筆跡之真偽認定，最高法院 19 年上字第 2189 號判例表示：「鑑定為一種調查證據之方法，法院對於系爭之物認有選定鑑定人鑑定之必要，自可依法實施鑑定，若對於通常書據之真偽，認為自行核對筆跡已足為判別時，則為程序簡便起見，自行核對筆跡即以其所得心證據為判斷，而未予實施鑑定程序，亦難指為違法。」、28 年上字第 1905 號判例：「供核對之筆跡是否與文書上之筆跡相符，法院本得依其自由心證判斷之，如認為無命鑑定之必要，無論當事人有無鑑定之聲請，法院均得不命鑑定自為判斷。」又諸如台灣高等法院 99 年上易字第 112 號民事判決則表示：「查，由被上訴人提出之系爭買賣契約書以觀，對保欄內有『丁○○』之簽名、蓋章，並於立契約書人之連帶保證人字樣下方亦有『丁○○』之蓋章……經原法院以肉眼就系爭買賣契約書上上訴人簽名之字型、結構、勾勒及轉折等特徵，與其他文件資料上及上訴人當庭書寫之簽名比對觀察，其中『蘇』字中右側「禾」字皆有交叉撇捺之筆畫，『川』、『銘』字中起筆、收筆、各筆畫比例、間隔與佈局方向亦互相一致，雖上訴人就原法院上開之認定抗辯非正確云云，惟其並不否認丁○○關於銘之『名』部分很像（見本院卷第 115 頁背面），再觀上訴人就其蘇字魚部之『』均寫成『大』字而非『』²⁵²，再參諸其嗣於台北市政府大同分局簽收台灣士林地方法院 97 年 12 月 16 日 97 年度訴字第 1595 號裁定之簽名、及 99 年 1 月 5 日於原審指定期日閱卷單上聲請人之簽名（見原審卷第 19 頁），其蘇字魚部之『』均寫成『大』字而非『』，係其個人特殊書寫，且其丁○○簽名字型、結構、勾勒及轉折等特徵，與系爭買賣契約書比對觀察屬相符……上訴人雖又稱法院就筆跡是否相符如有疑義，即應選定較有字學經驗之人，詳予鑑定，始能論斷，且核對筆跡，除顯著跡象，凡具字學常識之人，足以肉眼辨別其真偽異同者外，必須就其內容，依法付與鑑定，始足以資判斷等語，惟本

²⁵¹周叔厚，證據法論，三民出版，1995 年，頁 917。

²⁵²此部分於由於字型特殊無法表現於網路資料，以致無法查知，惟不影響判決意旨，特此說明。

件筆跡相符已判斷如上，並無疑義，揆諸首揭判例意旨，並無不合，上訴人抗辯尚無足採。」其觀點均認為法院如能自行辨別字跡之真偽異同，並達無疑問之程度者，即可不交付鑑定²⁵³，僅於存有疑義不能辨別時始有交付鑑定之必要。

司法院 85 年 5 月民事座談會亦曾針對勞動力減損之判定提出一個法律問題：「原告請求減少勞動力之損失，法院逕以目測觀察而推斷無減少勞動力之損失，未經指定具有專門學識經驗之人予以鑑定，是否未依民事訴訟法第 288 條（修法前）規定於「認為必要時」依職權調查證據？」而與會法官共提出三種見解：

(1) 否定說：

民事訴訟法第 288 條規定法院不能依當事人聲明之證據而得心證，或因其他情形，認有必要時，得依職權調查證據者，係類如因當事人本身之魯鈍或受外物之牽制，不諳或不敢聲明證據等情形，法院為維持裁判上公平與正義所必要，而後為之（最高法院 71 年台上字第 2808 號判例）。應不包括客觀上需指定具有專門學識經驗之人鑑定之事項。

(2) 肯定說：

民事訴訟法第 288 條所稱「認有必要時」得依職權調查證據者，應不以當事人本身之魯鈍或受外物之牽制，不諳或不敢聲明證據等主觀情形為限，如客觀上需指定具有專門學識經驗之人鑑定之事項，其情形足以影響裁判之公平正義者，亦應屬之。

(3) 折衷說：

客觀上需指定具有專門學識經驗之人鑑定之事項，如法院本身具有此項專門學識經驗，應不必另請他人鑑定，可自行觀察判斷之。否則，應屬民事訴訟法第 288 條所稱「認有必要時」，由法院依職權調查證據，指定具有專門學識經驗之人予以鑑定為宜。

²⁵³台灣高等法院 100 年上易字第 383 號民事判決亦同此旨。

最後研討結論乃採肯定說之看法，惟肯定說之看法乃認為，需職權命鑑定之前提，係客觀上有指定具專門學識經驗之人鑑定之必要，且若不命鑑定將影響裁判之公平正義之情形，而此種前提與折衷說之看法實際上相去不遠，亦即是否有影響裁判公平之問題，仍需視法院本身是否可自行觀察判斷之，故就結論推之，似乎縱使採取肯定說或折衷說之看法，亦未否認法院於判斷勞動力減損之問題時，有自行認定之空間。由上述實務見解可知，若屬法院能自行判斷之事項，即無委託鑑定人協助之必要，縱使未依據當事人之聲請交付鑑定，亦無違法可言。惟所謂之「特別專業知識」與「一般知識」之界線何在？仍應待個案累積並形成標準。學者就此指出，實際上，法院的推論過程往往透露一種訊息，即法律人在判斷是否委請專家鑑定時，對於自身不具備專業知識之事實，時常無法自覺，以致無法釐清「鑑定必要性」問題，而逕行以五官感受後之直覺推論認定事實²⁵⁴，此種情況雖對訴訟經濟有所考量，卻減損了真實發現之要求，是否妥適應值商榷。

2. 是否屬於法律適用及利益衡量而應由法院自行為之

原則上，對於法律之認識，本為法院職務上所應知，應無爭議。但關於習慣法、地方制定之法規及外國現行法等，即非法院職務上所應知之事項²⁵⁵。遇有此種非法院職務上所應知而無法自行判斷之情事，若符合其他准予鑑定之要求，仍有為鑑定之需要。可慮者係，若法院所面對之法律上爭議存在多種解釋取向，學說交錯複雜難分之情形，是否可委任於該法領域具有權威之第三人作出所謂之「法律意見鑑定」，以供法院在適用法律上有所參考？而此種鑑定亦可能用於協助法院認定法律與事實難分之領域，諸如涉及定型化契約條款是否顯失公平，應依消費者保護法第 12 條或依民法 247 條之 1 無效等利益衡量之操作。因此種利益衡量常涉及訂立

²⁵⁴ 諸如個案中被告為精神病患時，疾病是否影響被告責任能力？實務上法院常常為進行鑑定，而以「被告（精神官能症患者）清楚知悉如何騎車至行竊地、如何藏匿竊得贓物」、「被告（躁鬱症患者）明確陳述是因為被罵妓女懷恨在心而放火」為由，推論被告具有責任能力。實際上，在許多案例，法官面臨是否邀請鑑定人之決定時，多半會先考慮其是否能自為判斷。當涉及法官自行對特殊的專門知識獨立且權威的回答疑問時，以往或許被讚譽為具判斷力，今日可能被懷疑其正確性。參王梅英，專家在法庭上之角色-鑑定或參審？，律師雜誌，第 253 期，2000 年 10 月，頁 35；朱富美，科學鑑定與刑事偵查，國立台灣大學法律學系研究所 91 年博士論文，頁 39。

²⁵⁵ 王甲乙、楊建華、鄭健才，民事訴訟法新論，三民書局，2009 年 7 月，頁 448。

定型化契約雙方之地位、資力、資訊取得能力等事實認定，難謂係單純法律爭議。是否可委任第三人提供其專業知識協助法院「整體認定」該等事項，亦有討論空間。

本文以為，對於法律意見鑑定之容許性問題，原則上應採否定見解。按所謂之鑑定人，至多僅是協助法院認定某一事實問題的輔助者，不能代替或僭越法院的角色，而行使審判權認定事實、甚至是適用法律²⁵⁶。涉及法律評價之層次，應屬於法院之核心職權，憲法既將此等認事用法之權能交由司法為之，代表司法之審判者即不應將此適用法律或利益衡量之權能外包第三人。或有謂法律意見鑑定僅委任鑑定人作成最適法律適用之鑑定意見，並未直接拘束審判者，亦非屬最終之決定，應無侵害審判者權能云云。惟從責任歸屬之角度言之，如此將法律適用之難題交由第三人先行處理之審判方式，將造成適用錯誤之責任歸屬不明；況法院之法官本屬法律適用之專家，對於法律適用之爭議本有自行研究、釐清、作成決定之能力，若將此等可自行判斷之事項再交由第三人作成鑑定意見，除徒生紛擾外，亦有違訴訟經濟之理念。若容許法院連同適用法律之職權均實質外包於第三人，則法院之地位，亦即其作為「案件最後決定者」之基礎何在，亦令人生疑。然而，此等問題，若由「資訊儘量進入法院」、「法律及事實之範圍難分」、「多元形成判決結果」等角度觀察，則是否於設定一定之要件限制後，即可某程度容許法律意見鑑定，即有再深入思考之必要。

上開鑑定之聲請有無必要性問題²⁵⁷，若有爭議，應由法院命兩造表示

²⁵⁶學者有指出，我國法院實務，對於醫療過失案件，慣於委任鑑定人直接「鑑定」被告醫生就醫療過程有無「過失」，此種作法，其實是誤解鑑定人之任務，而與法官之任務混淆。參王梅英，專家在法庭上之角色-鑑定或參審？，律師雜誌，第253期，2000年10月，頁31。

²⁵⁷必要性之問題於刑事訴訟領域亦有所討論。按我國於2003年2月修正刑事訴訟法刪除舊法第172條，增訂第163條之2規定：「當事人、代理人、辯護人或輔佐人聲請調查之證據，法院認為不必要者，得以裁定駁回之。」學者認為所謂不必要之情形應包括：1.不能調查者；2.與待證事實無重要關係者；3.待證事實已臻明瞭無再調查之必要者；4.同一證據再行聲請者。依此項新增規定，學者認為過去實務上所謂「法院有自由裁酌之權」的想法，並非妥適。換言之，對於當事人聲請調查之證據，是否有調查之必要，應尊重當事人之意見，法院並無自由裁量權。法院駁回當事人之聲請，必須具有充分理由足認無調查該項證據之必要，始得駁回。參陳運財，刑事程序鑑定之證據法則，萬國法律，第137期，2004年10月，頁38；薛瑞元，刑事訴訟程序中「機關鑑定」之研究—以醫事鑑定為範圍，台灣大學法律研究所碩士論文，2001年，頁20。

意見，並就此為實質辯論。法院若認無鑑定必要，而未准許當事人鑑定之聲請，亦應於終局判決中，記載之所以不為調查之理由。蓋當事人所為之證據聲明，亦屬攻擊或防禦方法之一種，法院若未採納即應依本法第 226 條第 3 項記載於判決理由項下。如法院未於判決理由項下為此記載，即有判決理由不備之違法，得為第三審上訴之理由。至於准許或駁回當事人鑑定之聲請是否需另為裁定，學者認為²⁵⁸另為裁定僅徒增法院不必要之負擔，並無實益可言，且在實務上，法院調查證據，亦從無先為證據裁定之事例，乃採否定見解，認無先為證據裁定之必要，以期簡捷。

第三款補充鑑定及再鑑定之必要性問題

按於鑑定人作出鑑定意見後，或經閱讀鑑定報告書中發現，或經法院訊問或當事人發問後突顯，若存在未完全回答鑑定事項、缺漏鑑定、鑑定理由矛盾或其他瑕疵之情形，法院應容許當事人就該存疑部分聲請補充鑑定。關於補充鑑定，刑事訴訟法第 207 條²⁵⁹規定：「鑑定有不完備者，得命增加人數或命他人繼續或另行鑑定。」而民事訴訟就此雖無明文規定，惟實務上法院准許補充鑑定之聲請乃屬常有，並無質疑聲請補充鑑定法源合理性者²⁶⁰。從而，為處理鑑定人之鑑定意見有所不備之情形，法院得採取下列手段：

- 一、命原鑑定人說明、提出更為詳細之報告；
- 二、命其他鑑定人加入補強鑑定；
- 三、命其他鑑定人在先前鑑定的基礎上續行鑑定；
- 四、若原鑑定有重大瑕疵，則選任他人另行重為鑑定。

²⁵⁸吳明軒，民事訴訟法，自版，三民書局總經銷，2009 年 10 月，頁 900。

²⁵⁹此部分規定應同德國刑事訴訟法第 83 條第 1 項：「鑑定證據無法使法官獲得確信之心證時，法官得命原鑑定人或他鑑定人重為鑑定」。德國刑事訴訟法第 244 條第 4 項：「當事人依下列事項向法院提出請求再鑑定之聲請時，法院不得駁回當事人之聲請，包括(1)對前鑑定人所具備之專業知識有所懷疑(2)前鑑定係基於不正確之事實條件所為(3)前鑑定內容有所矛盾(4)新鑑定人所使用之鑑定方法較為優越」。參陳輝如，營建工程施工損鄰事件鑑定之研究，國立台北大學法律專業研究所碩士論文，2004 年，頁 61。

²⁶⁰諸如最高法院 101 年度台上字第 39 號民事判決、100 年度台上字第 1232 號民事判決、99 年度台上字第 2032 號判決、98 年度台上字第 2299 號民事判決、98 年度台上字第 1402 號民事判決、97 年度台上字第 360 號民事判決等，其事實均涉及補充鑑定意見，亦均未就此等補充意見之適法性提出質疑。

至於補充鑑定時，是否仍應由原鑑定人為之，其考量點至少有二。首先，原鑑定人為作成原鑑定意見，原則上均經過資料取得、閱讀、分析、研究及最終完成鑑定意見等流程，其對於鑑定事項之相關事實及專業根據均有相當之了解，故再由其補充自己鑑定不足之部分，於時間上之耗費必定較重新選任鑑定人補充鑑定少，而當事人所應支出之鑑定人報酬原則上亦較低廉，甚至於原鑑定範圍內可不必再行收費，較符合訴訟經濟之要求。惟自另一角度觀之，由於鑑定係由鑑定人依其專門或特別的知識經驗適用於個案事實所為之判斷，鑑定人往往會受其先前判斷意見所拘束，故遇有原鑑定結果存有疑義等不完備之情形者，基於公正誠實原則，自有必要由他人另行鑑定，方具意義。綜合上述兩種考量，補充鑑定是否應由原鑑定人續行，則應視法院或當事人所提示、指摘之點，究係單純之不明瞭、不充足，抑或是論理上有嚴重矛盾、理據不清等情形，若屬前者，原則上應由原鑑定人為補充說明，因原鑑定人最了解自身鑑定之真意，故由其再為闡釋其鑑定意見自屬合宜並符合訴訟經濟之考量；若屬後者，則考量身具專業知識之鑑定人明白推翻自己意見之可能性過低，亦違反人性，故此時訴訟經濟之考量即應後退，將補充鑑定，甚至是重新鑑定之工作交由他鑑定人，方有可能達成補充鑑定或重新鑑定之目的。惟須注意者係，關於補充鑑定或重新鑑定之評價問題。補充或重新鑑定之結果縱使與原鑑定之結果相異，未必即表示補充或重新鑑定比原鑑定可獲得更高之評價。故遇有前後鑑定結果對立矛盾時，固可考慮命第三人再為鑑定，不過考慮賦予原鑑定人再行鑑定之機會亦屬可能之選項²⁶¹。

末者，考量多次鑑定常導致審判長期化，**應強調於當事人聲請補充鑑定時，應表明補充鑑定必要性**。按鑑定往往費時甚久，如需補充或重新鑑定者，更係如此，況當事人往往針對不利於己之鑑定意見吹毛求疵，而該等細節瑕疵是否確實有影響鑑定結論之可能，應由當事人先為說明，雖瑕疵或論理細節矛盾確實存在，惟該等瑕疵並無影響鑑定結論之可能時，應認補充鑑定並無必要性。當然，於此並不要求當事人應完全證明鑑定意見

²⁶¹陳運財，刑事程序鑑定之證據法則，萬國法律，第 137 期，2004 年 10 月，頁 38

之瑕疵或矛盾確實會導致鑑定結論之正確性受影響，蓋此等專業知識本非當事人或法院所得完全理解，惟若當事人連兩者間最基本之關連性均無法說明，亦無法自論理模式上予以批判，則法院即不應任由當事人本於細節瑕疵，多次聲請補充鑑定，俾免訴訟無端拖延。

第四節 發現真實之要求

第一項 發現真實之理念

第一款 從民事訴訟之目的出發

國家制定民事訴訟制度之目的何在之問題，由於時代背景與法律思想之不同，民事訴訟法學者間討論紛紜，有主張權利保護說者、權利保障說者、紛爭解決說者、法和平維持說、私法秩序維持說者、程序保障說者、社會形成說者、多元說及法尋求說者²⁶²。學者亦指出，討論民事訴訟制度之目的，必須面對現在法治國家之法律制度實情為基礎。而此種討論係屬於價值論之問題，並非認識論之問題。其主要在為民事訴訟制度之立法及解釋，提供合理正確之價值²⁶³。

本文認為，民事訴訟之目的多元，但首要者仍在於對於人民私法權利之保護。確實，自民事訴訟法及其相關法規所形成之訴訟制度觀察，若定位民事訴訟之目的僅僅在於私權保護，將有失諸狹隘之問題。蓋民事訴訟中，諸如團體訴訟制度，顯然具有追求公義之目的；而民事訴訟亦承認訴訟上和解等制度，其自亦具有紛爭解決之意義存在²⁶⁴。此外，論者亦有提出民事訴訟制度之「社會形成」功能，亦即經由訴訟制度而以法續造及法官裁量權之介入，以型塑當事人間之法律關係（尤其係具有展望性及弱勢

²⁶²相關見解介紹、論述及批評，參陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（上），三民出版，2008年1月，頁4、邱聯恭，程序制度機能論，1997年，頁161以下。

²⁶³陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（上），三民出版，2008年1月，頁6。

²⁶⁴ Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 15. Aufl., 1993, Rdnr. 3 m.w.N. 氏並認為所謂客觀法維持說，乃訴訟程序之當然結果，而法和平恢復則係私權確認之結果，均非獨立之訴訟目的。轉引自姜世明，民事訴訟法基礎論，元照出版，2011年1月，頁6，註3。

者保障之法律關係)，而與一般民事訴訟以確認過去發生事實與法律關係者，有所不同²⁶⁵。然而，未能發現真實以實現實質正義之訴訟程序，是否可能維持私法秩序或恢復法和平並滿足訴訟制度使用者之法感需求？此外，雖然紛爭解決說及社會形成說等學說，對於部分訴訟法上制度可能具有闡釋之功能，但是否能作為民事訴訟制度之主要目的，可能仍有疑惑。例如雖承認訴訟上和解，但其實此種制度之思維，某程度上是對於實體法上私法自治原則之尊重及重申，並不當然可認為民事訴訟制度可完全忽略對於真實之追求，而以紛爭解決為主要目的²⁶⁶。

進一步言之，人民之私法權利本於私法自治，本可自行拋棄，然而，其是否自行拋棄原則上不可由國家或第三人予以干涉，此為我國民法思想之基本結構之一。是以，權利之拋棄，僅能由權利之擁有人為之，國家或第三人對此不得予以干涉，原則上不得任意以公益或其他因素要求人民放棄既有之私法權利。故延伸於訴訟法上，和解、使用更簡易之程序進行審判或其他當事人自願放棄實體權利，選擇保護程序利益之作法，亦應由當事人自行決定。故若訴訟程序之使用者堅持捍衛自己之實體權利到底，**訴訟制度仍應原則上以當事人實體權利之釐清及保護為首要目的**。再從國家禁止人民私力救濟，已造成司法壟斷之情形觀之，人民權利之保護僅能求諸於國家，故若國家於制度上，基於他種考量因素而簡化、削弱、甚至忽略人民私權保護之需求，即顯然欠缺正當性²⁶⁷。

再者，人民利用民事訴訟制度，姑不論直接涉及公益及情感考量之人

²⁶⁵相關介紹，Schilken, Zivilprozessrecht, 3. Aufl., 2000, Rdnr. 16 m.w.N.轉引自姜世明，民事訴訟法基礎論，元照出版，2011年1月，頁6，註4。

²⁶⁶姜世明，民事訴訟法基礎論，元照出版，2011年1月，頁6。學者亦指出，在德國，關於民事訴訟制度之目的觀，固亦存在不同見解。然其首要者仍係「實體權利之確認與實現」，此一見解，乃植基於私權保護作為國家任務之觀點。亦即，個人受實體法所保護之私權，或因相對人之惡意或無資力，或因事實與法律關係不明，導致未能獲得實現時，國家如為避免私人間以原始之自力救濟方式解決，則有必要設立民事訴訟程序以釐清當事人間之實體權義關係

²⁶⁷論者有主張，應承認人民對國家乃有司法請求權(Der Justizanspruch)，此包括人民公法及私法上權利受侵害之救濟權，人民有要求法院依一定程序認定事實，適用法律，並為裁判，以確定其權利義務關係之權利。國家並應提供強制執行手段，以保障人民權利能獲得滿足。必要時並應給予保全執行，以確保債權滿足之有效性。據此，在司法任務完成之必要下，所有國家權力機關均為司法請求權之義務人，例如：立法者應設立有效之程序規則及執行法規，而法院必須配置足夠履行義務之人員設備等。參姜世明，法院組織法講義，2008年2月，新學林出版，頁15。

事訴訟，縱使於一般財產訴訟，程序利用者對於系爭財產權保護之訴求，亦不能僅以該財產權之“市價”作為衡量，應進一步考量人民對於法律感覺 (Feeling of right)之需求²⁶⁸，而此種法律感覺之需求無法以任何論證排除於法律保護之範圍外。正如德國法學家耶林氏於《權利的鬥爭》²⁶⁹一文中所言：「固然任誰都不會因為一元銀幣落入水中，而願出兩元銀幣雇人撈取。這純粹出於計算。至於訴訟卻未必如此，當事人不會計較訴訟費用多少，也不想將訴訟費用歸諸對方負擔²⁷⁰。勝訴之人雖知用費不貲，得不償失，而尚不肯中輟訴訟，此中理由固不能以常理測之！」這其中不能測者，應該就是所謂的實體正義情感了吧！是以若從人民受憲法保障之訴訟權利觀之，其既處於程序之主體地位，豈可僅因國家整體需要，即將人民對於法律感覺之需求棄之如敝屣？

第二款發現真實作為民事訴訟重要理念

基本上，越強調個人私權保護者，對於訴訟制度之建構即越會以「發現真實」為指標，並對於當事人地位、權能、法官之闡明義務、證據程序、當事人真實義務等制度進行合目的性之規制²⁷¹。是故，若認為私權保護係民事訴訟之首要目的，則發現真實之考量在民事訴訟制度之建構中，應具有相當之重要性。此外，有學者另從裁判正當之要求觀察，認為所謂裁判之正當係指裁判之內容正確、適當且無錯誤而言，而裁判之正確包括事實認定及適用法律兩者均正確之情況，從而事實認定之合乎真實，應屬民事裁判制度之重要理想。民事訴訟之上訴、再審等得由當事人表示不符之制

²⁶⁸學者吳從周指出：「對於耶林而言，法律感覺就是正義感或價值感。法律感覺是人類用來掌握被實現在法律秩序中的目的之機關(Organ)。它超乎所有法律形式概念之上而作為最高事物，並引導著整個實證法的適用與續造。」參吳從周，民事法學與法學方法第二冊，一品文化，2007年6月，初版，頁532-533。

²⁶⁹王澤鑑，民法總則，三民書局，2008年10月。該文放在王澤鑑老師民法總則教科書的第一頁，為薩孟武先生所翻譯，可謂係多數法律人的第一堂課。

²⁷⁰理論上，訴訟費用由敗訴者負擔，有鼓勵當事人勇於追求權利保護之意義存在。而我國目前除三審外，律師費用並非訴訟費用之一部，縱使勝訴者亦須自行負擔，而現實生活中，確實不乏訴訟標的價額小於律師費用之事例，此亦可印證權利情感存在之情形。

²⁷¹姜世明，民事訴訟法基礎論，元照出版，2011年1月，頁6。惟吳從周老師認為以私權保護作為民事訴訟之主要目的，與訴訟審理採實體之真實發現原則，恐係二事。吳從周，初探訴訟經濟原則—一個法律繼受的後設描述，興大法學，第6期，2010年05月，頁31。

度、專屬管轄規定及審理訴訟時有關言詞審理主義、直接審理主義之採用，均在實現此等裁判正當之要求²⁷²。

或有謂，辯論主義在民事程序中仍具有原則性之地位，在原則上採行辯論主義之民事訴訟程序中，究竟真實發現是否仍具有民事訴訟前導法理之地位即有值得思考之空間。確實，縱使民事訴訟法於民國 89 年以來之修正很明顯地往職權探知的路線邁進，但評價上亦僅屬對辯論主義產生修正作用，並未將辯論主義的精神消滅殆盡²⁷³。何況辯論主義實際上是對於「國家司法能量有限」此一事實之認識，與我國的社會現實有若干符合之處，故辯論主義仍有其重要意義。然而，我國審判制度包括民事訴訟，受到傳統中國文化之影響，向來強調「以事實為根據」作成裁判，而對岸學者亦指出，「事實探知絕對化」的理念在中國長期的審判實踐中已形成，並逐步深化²⁷⁴。實際上，當真偽不明之情形存在，應依客觀舉證責任分配做出判決時，法院多少帶有不妥，故實際上判決書鮮少有明白強調事實真偽不明的情況，縱使真偽不明的情況在一般訴訟程序中實際上是佔有相當大的比例。此外，對於一造辯論判決之情況，我們多少會對裁判之正義性存疑，這也反映了國民法感情與繼受外國法之辯論主義，實際上存在內在緊張關係。故現行民事訴訟制度亦對於辯論主義亦有相當程度之修正，包括民事訴訟法第 288 條乃允許法院得職權調查，此種訴訟觀之修正，某程度亦作用於平衡、滿足上開國民（包括法官）對於發現真實理念之執著。

況且，民事訴訟仍以辯論主義為主軸之原因，相當程度是因為我國對於司法之投資有限，若無限上綱的要求法院對於每一件案件均主動積極地進行職權調查，有實際上之困難，且此種安排亦造成人民無法預見其訴訟成本，到法院爭訟之人民可能抱持著「白吃午餐」的心態，不願努力協助發現真實。況且，辯論主義原本亦具有發現真實之機能²⁷⁵，畢竟最接近事

²⁷²陳計男，民事訴訟法論（上），三民出版，2009 年 7 月，頁 15。

²⁷³姜世明，民事訴訟法基礎論，元照出版，2011 年 1 月，頁 48-56。

²⁷⁴張衛平，推開程序理性之門，法律出版社，2008 年 7 月，頁 31。大陸於 1982 年制定《民事訴訟法（試行）》，該法第 2 條即規定民事訴訟法的任務之一是「保證人民法院查明事實」。而 1991 年制定的《民事訴訟法》第 2 條、第 7 條亦作相同規定。

²⁷⁵學者黃國昌指出：「就民事訴訟為何採取辯論主義，學說上向來有所謂「本質說」與「手段說」

實者為當事人，而非法院，故由當事人提出訴訟資料係發現真實最有效率之模式。故若於司法能量有限的現實下，仍要求法院自始即進行職權調查，反而無法達到目的而可能違反發現真實之理念。實際上，法院若主動調查事實，常產生陷入自己調查方向泥淖之危險，無法置自身於中立第三人之地位。

總之，無論採行何種訴訟觀，僅在於發現真實之途徑有所不同，應不可能存在一種訴訟制度能完全否定發現真實之重要性。至於發現真實之理念於民事訴訟制度之地位，雖不乏有認為民事訴訟（人事訴訟除外）所保護者乃人民之財產權，而人民除訴訟上系爭之財產權外，仍有程序外之勞費，此等勞費亦為憲法所保障之財產權之一，故應兼顧訴訟上保護之實體利益與當事人程序利益，並將真實發現之理念相對化。此等看法雖有理有據，惟對於財產權之保護，在衡量上不能僅以系爭財產價值作為考量，更應該擴及人民之法律情感，甚至包括因利用訴訟制度未果所帶來之名譽權、人格權之影響。故不能僅以民事訴訟主要處理對象乃財產權爭議，即於衡量上弱化真實發現於訴訟制度建構及操作上之重要地位。

第二項發現真實作為鑑定制度之指導原則

民事訴訟上，常發生具有特殊專門性之事實，其存否成為爭點，此除涉及自然科學或專業技術上之特殊知識，尚包括特殊的經驗法則或外國法、習慣法、地方法令等特殊法規之適用問題，甚至為妥適解釋適用法律而有進一步考慮科學知識及社會現實之必要。受過法學訓練之法官，雖就法律具有專業知識，但未必能期待其亦知悉上述自然科學、社會科學上之專門性法則、事實、資訊，特殊之法令及外國法或立法事實的知識。故從民事訴訟發現真實之基本要求觀之，自應避免法官基於錯誤之知識認定事

之主要對立。在本質說下，辯論主義系處分處權主義之進一步延伸，兩者均奠基於私法自治原則。按當事人既然對訴訟標的享有處分之權能，就判斷訴訟標的的存否之基礎資料，自亦應享有控制的權能，就判斷訴訟標的的存否之基礎資料，自亦應享有控制的權能。與此相對地，手段說所著眼者，係功能取向的思考，主張民事訴訟之所以賦予當事人事證收集提出之權責，仍為利用當事人求勝之心，而盡力提出所有可得之事證，如此將有助於法院發現事實。」參黃國昌，民事訴訟法教室 I，元照出版，2009 年 4 月，頁 48。

實或適用法律，導致不當損害當事人之實體及程序利益。為此，需由專業第三人提供此等特別之知識，以輔助法官判斷，同時將其作為證據方法予以利用，以使特別知識、資訊之使用在程序上客觀化、透明化²⁷⁶，而此等協助法官正確發現真實之制度設計即為民事鑑定程序。故我們幾乎可以說，鑑定制度本身即為發現真實而存在²⁷⁷，故發現真實之理念，於鑑定制度之建構上，自然作為重要之目的而具有顯著之指導作用。

此等目的取向，在我國鑑定制度中隨處可見，諸如，鑑定人有具結之義務，在法院命鑑定人具鑑定書陳述意見之情形，鑑定人亦應依民事訴訟法第 334 條規定具結或將其結文附於鑑定書提出，以履行其具結之義務。鑑定人不陳明拒絕之原因事實而拒絕具結，或以拒絕為不當之裁定已確定而仍拒絕具結者，法院得為罰鍰裁定²⁷⁸。此等具結義務之目的即在擔保鑑定意見之無虛偽性，符合真實發現之理念。就此以觀，實務上認為法院、受命法官或受託法官未命鑑定人於鑑定前具結者，僅係違背訴訟程序之規定，得因當事人不行使責問權而補正，嗣後不得以此據為上訴之理由（最高法院 30 年上字第 489 號判例²⁷⁹），似乎即未充分重視此等真實發現理念之重要性，應有可茲檢討之處。

此外，拒卻制度之主要目的雖在於確保鑑定人之中立性，但也間接達到防止鑑定意見偏頗，使得鑑定結論更接近正確、真實之作用。再如，當事人於鑑定時有在場權並對鑑定人有意見提供權（民事訴訟法第 337 條第

²⁷⁶許士宦，鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（上），台灣本土法學雜誌，第 66 期，2005 年 1 月，頁 55。

²⁷⁷論者亦有指出：鑑定的目的在發現真實，著重於事實之正確性，該制度之原理乃藉助專門知識者來重建事實，以提高判決之正確性。其設立之基礎，係建立在法官之專門知識不足之上，因此若採行無限制的自由心證主義，任意由前提上專業知識不足的法官來評斷取捨專家所為的鑑定報告，無非事實上期待不能。在這種觀點下，似乎有必要某程度擴大鑑定結果對於法官之拘束力。然而，鑑定本質上亦有某些缺陷，過度的依賴鑑定，恐也有偏誤之虞。參簡志瑩，專家證言與交互詰問之研究，司法研究年報第 24 輯第 7 篇，司法院，2004 年 11 月，頁 90。

²⁷⁸姜世明，淺談民事程序中之鑑定--著重於實務見解發展及其問題提示，月旦法學，第 190 期，2011 年 03 月，頁 24。

²⁷⁹最高法院 30 年上字第 489 號判例要旨：「法院未命鑑定人於鑑定前具結，固屬違背民事訴訟法第三百三十四條之規定，惟此規定僅為當事人之利益而設，當事人知其違背或可知其違背並無異議，而為本案之辯論者，依同法第一百九十七條第一項之規定，其責問權即行喪失，嗣後不得更以此項訴訟程序規定之違背，為上訴理由。」

2 項後段參照)、於鑑定人陳述意見時,除法院得對鑑定人訊問外,當事人亦得就鑑定意見理由不明、矛盾之處向鑑定人為發問並有進一步聲請補充鑑定之可能。此等關於合法聽審權保障之制度設計,亦有使當事人與鑑定人協力發現真實之意涵。此外,民事訴訟法 2000 年修法後擴大鑑定義務人之範圍,除不限於自然人,進一步包含機關、團體外,且具有為鑑定人之公法上義務者,亦不再以「現從事於鑑定所需之學術、技藝或職務者」為限,僅須具有鑑定所需之特別學識經驗者,即有為鑑定人之義務(民事訴訟法第 328 條、第 340 條第 2 項參照)。此等規定之旨趣在於,凡具有鑑定所需之特別學識經驗者,不論其為個人或機關、團體,全體國民均有參與鑑定制度並協助法院發現真實之機會與義務²⁸⁰。

第三項鑑定人之資料取得權與發現真實

第一款概說

鑑定人依民事訴訟法第 337 條之規定,具有廣泛之資料取得權,法院亦可職權命證人或當事人提供鑑定所需資料。鑑定資料之蒐集之所以如此廣泛、方法如此開放,主要即係考量若對鑑定資料之蒐集加以限制,便極有可能會對鑑定結果之正確性產生影響,有害真實發現²⁸¹。蓋鑑定人實施鑑定,非深知鑑定之基礎事實或前提事實,將難以達成鑑定真實發現之目的,故鑑定所需之資料在法院者,如訴訟卷宗及證物等,應告知鑑定人准其利用。此項利用,除可以准鑑定人檢閱,假設鑑定人係在法院外實施鑑定者,若認資料非攜出院外難期鑑定之正確,亦得予以准許攜出。此外,若鑑定所需資料不在法院者,應使鑑定人得聲請法院調取之,否則於其不能自行蒐集時,亦將導致難以實施鑑定或影響其正確性之危險。

鑑定人之資料取得權應依其任務類型²⁸²,給予不同程度之保障:

²⁸⁰許士宦,鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障(下),台灣本土法學雜誌,第 67 期,2005 年 2 月,頁 19。

²⁸¹王甲乙、楊建華、鄭健才,民事訴訟法新論,三民書局,2009 年 7 月,頁 453。

²⁸²許士宦,鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障(上),台灣本土法學雜誌,第 66 期,2005

- 一、在鑑定人之任務，僅在提供法官所欠缺之經驗法則之知識或資訊之情形，通常鑑定人自己蒐集形成特殊經驗法則所需之資料即可，較無須當事人或第三人提供相關資料。
- 二、在鑑定人之任務，係將專業知識適用於法院依證據調查並基於一般經驗所確定之事實而獲致判斷結論之情形，鑑定之前提基礎事實既係由法院依一般經驗法則即能認定者，為符合直接審理主義，法院即應自行認定，不宜將其交由鑑定人認定，故此際鑑定人之任務，僅將專門經驗法則適用於前提事實，並將所得之結論向法院報告。若法院所給予之前提事實有所不足，鑑定人應向法院表明不足之情形，與法院為溝通並使法院進一步補充證據調查，不宜自行蒐集證據資料予以認定。
- 三、在鑑定人之任務，係鑑定人基於特別專業知識自行認定事實之情形，由於此種情況係考量前提事實之蒐集本身不可欠缺特別專業知識，故僅能由鑑定人直接依相關資訊自行認定之，故實際上鑑定人之任務即包括蒐集事實並作出判斷。例如因交通事故而發生損害之情形，鑑定人使用醫學專業知識，檢查、診斷被害人之身體，而將認定結果之事實報告於法院，即屬之。於此種情形，鑑定人為完成法院交付之任務，即須透過上開之資料取得權之運用，方能迅速及正確地作出鑑定意見。

第二款鑑定人之求問權

為使鑑定人進行適切充實之鑑定，並就鑑定所必要之事實關係等資料，可獲得證人之證言或當事人之供述，以利鑑定人接近事實真相，民事訴訟法賦予鑑定人求問權，使其得聲請法院訊問證人、當事人，或經法院許可後自行發問，以蒐集該等事證資料。而鑑定人對於當事人、證人之質問內容，應包括依一般經驗法則即可知覺之事實及須依鑑定人專業知識始能認識之事實。鑑定人求問權之機能在於提醒法官或當事人忽略或遺漏之點，或自專業角度切入提問以釐清爭執點。惟此等提醒及提問，如同法官

之闡明權²⁸³一般，應有其界限。蓋對人證及當事人之調查或闡明權限屬於法院而非鑑定人，故鑑定人得允許後對於證人、當事人之發問，係作為法院之輔助者而行動，本不得為超出法院權限範圍之舉動。故學者指出，鑑定人之發問若不適切，法官應得撤銷該發問之許可²⁸⁴。

為使鑑定人充分行使求問權並可當場聆聽當事人雙方之意見及事實陳述，應許鑑定人於法院審理之際得在場。此項鑑定人在場權之範圍，則端視鑑定人出席該程序之必要性而定。鑑定人對於鑑定事項之決定、鑑定所需事證之蒐集，亦均得向法院及當事人提供意見，例如：鑑定人可向法院指出鑑定應具備之書證資料類型，由審判長或受命法官曉諭負舉證責任之一造儘速提出該類書證。尤其是在涉及專業知識之領域，鑑定人以專家觀點提供建議，可使雙方當事人為更適切之主張。此外，若使鑑定人參與爭點整理及證據蒐集程序，亦能使當事人盡早主張其所能認識且重要之專門性事實，不致主張過多或不足²⁸⁵。

第三款其他資料取得之方法

鑑定人蒐集鑑定資料之方法，除民事訴訟法第 337 條以外，並未有其他特別規定。原則上，鑑定人除依民事訴訟法第 337 條，得閱覽在法院之資料、透過法院向當事人、證人調取證物，並具有對當事人、證人之之求問權外，亦應得自行蒐集鑑定所需資料。蓋若自鑑定制度發現真實之目的觀之，除非法院就鑑定資料蒐集方法已予特別限制，否則鑑定人應可自由為之（諸如：鑑定人經法院許可閱覽訴訟卷宗紀錄、調查當事人之主張及

²⁸³關於法官闡明權之界限，參吳從周，闡明之界限變遷—簡評最高法院九三年台上字第一八號判決，台灣本土法學雜誌，第 72 期，2005 年 7 月，頁 234-241；吳從周，闡明時效抗辯與法官迴避—瀏覽與備忘二〇〇四年以來德國學說與實務見解的最新發展，台灣本土法學雜誌，第 75 期，2005 年 10 月，頁 160-167。

²⁸⁴木川統一郎，醫療過誤訴訟における鑑定人の役割，民事鑑定の研究，頁 27-28。轉引自許士宦，鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（上），台灣本土法學雜誌，第 66 期，2005 年 1 月，頁 63。

²⁸⁵學者亦指出：「如強調鑑定人之直接發問權，或有過度依賴鑑定人而成為『鑑定裁判』之疑慮。惟鑑定人畢竟係法院之輔助者，其得否行使直接發問權仍須法院之裁量，而且在一般鑑定必要度高之現代型訴訟，亦不得无效活用鑑定制度。」參許士宦，鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（上），台灣本土法學雜誌，第 66 期，2005 年 1 月，頁 62-63。

證據調查結果、於證據調查時到庭聲請法院就必要事項訊問證人或當事人、對於證人或當事人自行發問，亦得於法院外，聽取當事人或第三人之供述、視察鑑定標的物、蒐集他人作成之文書作為鑑定資料²⁸⁶。))，而不受嚴格證明法則之拘束²⁸⁷。解釋上，法院應得基於訴訟經濟或保密需求等考量，於交付鑑定時，不予提供部份可能被採用之訴訟資料給鑑定人。或對於鑑定人蒐集鑑定基礎資料之方法加以限制。而受資料限制之鑑定人，若認為僅有的資料無法達成鑑定目的時，仍可以與法院進行溝通，要求撤銷或變更該資料限定之命令，進一步請求法院提供資料或限定範圍外之資料進行鑑定。於此，為使鑑定人形成更全面並準確之判斷，法院應儘量提供鑑定人所需要之事實資料，並減少對鑑定資料蒐集方法之限制，方能進一步達成鑑定真實發現之目的。

值得注意者係，寬認鑑定人取得鑑定基礎資料之方法，確實在傾向上有助於真實發現之追求。惟若鑑定人取得資料之方法、來源有錯誤時，反而有害真實之發現，故鑑定人取得鑑定基礎資料之方法，亦應為鑑定意見可靠性之重要評量依據。若為口頭鑑定，應由鑑定人說明之；若有作成鑑定書，應由鑑定人將有關鑑定意見形成所依據之資料來源，記載於鑑定書中。此外，此種鑑定基礎資料之取得方法，亦得配合法院訊問或當事人發問之方式呈現，並提供當事人考驗鑑定意見信用性、正確性之著力點，間接作為法院判斷鑑定意見可採與否之標準。

第四款當事人或第三人之協力義務

民事訴訟法第 337 條固賦與鑑定人於行鑑定時，向法院聲請調取證物或命鑑定人或證人提供資料之權利，惟該關於資料取得權之規定，解釋上是否課予當事人或第三人鑑定忍受義務或鑑定調查協力義務，應值探究。

²⁸⁶許士宦，鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（上），台灣本土法學雜誌，第 66 期，2005 年 1 月，頁 65。

²⁸⁷此點亦可參考美國聯邦證據規則第 705 條之規定，該規定認為某些基礎事實資料，縱使無證據能力，亦得被作為專家證言之依據，只要該等資料符合該領域一般專家合理依賴該類型資料之標準即可。此部分可參本文第四章第二節第三項之說明。

學者有認為，在修正前，由於缺乏明確規定，故為避免持有鑑定所需證物之當事人或第三人拒絕提供該證物而不協力鑑定人調查時，鑑定將成為不能實施之狀態，僅能依文書或勘驗物提出命令，使當事人或第三人提出文書或勘驗物，再將該文書或勘驗物交付鑑定人進行鑑定，若當事人或第三人無正當理由違反提出義務，分別依擬制他造主張之事實為真實或科處罰鍰等手段制裁之（民事訴訟法第 345 條、第 349 條、第 367 條）。例如：在親子關係存否訴訟之血緣鑑定，當事人對血液採取拒不協力情形，當事人拒不協助鑑定人之調查，血緣鑑定即不可能實施。此際得由法院發勘驗命令，促使當事人忍受抽血及提供血液，倘其無正當理由拒不服該命令，則由法院依情形以擬制真實等方式予以制裁²⁸⁸；反觀修法後，民事訴訟法第 337 條第 1 項後段新增：「法院於必要時，得依職權或依聲請命證人或當事人提供鑑定所需資料」之規定，此項規定明白課予「當事人」或「為證人之第三人」鑑定調查協力義務²⁸⁹。此等義務係對於法院之訴訟審理應予協助之公法上義務，具有貫徹當事人訴訟資料使用平等原則及促進發現真實之意涵。

上開規定立意雖良，於法院命提供鑑定所需資料時。當事人或作為證人之第三人若拒不配合，似未設制裁規定。故學者進一步指出，若當事人無正當理由不從法院提出鑑定資料之命時，其已違背鑑定協助義務而構成證明妨礙，法院得審酌情形認他造關於鑑定事項之主張為真實，以示制裁（民事訴訟法第 282 條之 1、類推適用同法第 345 條、第 367 條）；若第三人無正當理由不從提出鑑定資料之命者，法院即得以裁定科處罰鍰，於必

²⁸⁸許士宦，父子關係訴訟之證明度與血緣鑑定強制-以請求認領子女及否認婚生子女之訴為中心，民事訴訟法研究基金會編，民事訴訟法之研討（九），2000 年，頁 1 以下。

²⁸⁹論者自比較法之角度指出，法國民事訴訟法不但明文規定當事人或第三人負有提供鑑定資料之鑑定協助義務（法國民事訴訟法第 275 條第 1 項、第 242 條第 1 項、第 243 條第 1 項、民法第 10 條）。而且規定於一定情形鑑定人得自行蒐集文書，而要求當事人或第三人傳達文書（法國民事訴訟法第 243 條）。惟在德、日兩國則未必如此。雖然德國民事訴訟法亦規定法院於必要時得賦予鑑定人於特定範圍內解明應證事項之權限（同法 404 條 a），據此鑑定人得直接要求當事人雙方提供鑑定所必要之資訊及文書，但鑑定人仍無強制交付之權限。縱然日本新民訴法亦已擴大文書、勘驗物等提出義務為一般義務，但就當事人或第三人是否負有鑑定協助義務並未明文予以規定，其新民事訴訟規則雖已明定鑑定人之求問權及發問權，惟與新民事訴訟法相同，均未就鑑定資料提供義務設任何規定，故仍須依文書、勘驗物提出命令予以處理。參許士宦，父子關係訴訟之證明度與血緣鑑定強制-以請求認領子女及否認婚生子女之訴為中心，民事訴訟法研究基金會編，民事訴訟法之研討（九），2000 年，頁 32 以下。

要時，並得以裁定命為強制處分（類推適用民事訴訟法第 349 條、第 367 條）²⁹⁰。

本文以為，誠然，若當事人無正當理由不從法院之命，拒不提出鑑定所必要之資料者，若該等資料為文書或勘驗標的物，應由鑑定人請求法院命當事人或為證人之第三人提出文書或發勘驗命令，蓋此等鑑定所需文書應可解為民事訴訟法第 344 條第 5 款「就與本件訴訟有關之事項所作者」，除有同條第 2 項之事由，即涉及當事人或第三人之隱私或業務秘密，如予公開，有致該當事人或第三人受重大損害之虞之情形外，應屬當事人及第三人之文書提出義務範圍（民事訴訟法第 344 條）。於勘驗，由於存在民事訴訟法第 367 條之準用規定，解釋上亦認為當事人或第三人對於鑑定所須之物有提出義務。

惟應注意者係，當事人或第三人是否確實持有該項鑑定所需之資料（包括文書或勘驗標的物）、當事人或第三人對此是否有保管義務、以及該等資料提出之可能性等問題，若當事人或第三人並未持有該等資料，亦無保管之義務，或具有其他無法提出之正當事由者。應不能強令其提出並加以制裁²⁹¹。此外，於效果上，若當事人拒不提出時，如何適用民事訴訟法第

²⁹⁰學者許士宦指出，在法國，其新民事訴訟法規定法院對違背鑑定協助義務而拒不提供資料之當事人，得科以其裁量所定金額之強制金（民事罰金）、為不利該當事人之事實推定，而對違背鑑定協助義務之第三人，除得課處強制金外，並得依提出命令為執行（同法第 11 條、第 139 條、第 140 條）；在德、日兩國，其民事訴訟法固均規定對違背文書或勘驗物提出義務之當事人，得為擬制真實之間接強制予以制裁，但就違反該等提出義務之第三人，則不得為直接強制。許士宦，鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（上），台灣本土法學雜誌，第 66 期，2005 年 1 月，頁 63-67；許士宦，文書之開示與秘匿，台大法學論叢，第 32 卷 4 期，2003 年，282。

²⁹¹學者姜世明指出：「法院在審查文書提出聲請時，應區分有依契約、法定、習慣法及誠信原則等得認為相對人（非負舉證責任一造）有製作、保管文書義務類型，（例如醫師之製作病歷義務或律師之卷宗義務等）及無製作、保管文書義務之類型。就前者而言，法院就文書『存在』之事實應以推定方式（或舉證責任轉換方式）認定之，而就此推定事實，若相對人有不同主張，例如主張已過保管期間或具有免製作該文書之正當事由者，則由其舉證之。而在此類型事例，亦應得推定文書為相對人占有之事實，若相對人主張其未占有或該文書已不存在，而該事實為其所可歸責者，則可依證明妨礙論斷其法律效果。另就相對人無製作與保管義務類型者，則聲請人應舉證系爭文書存在、為相對人占有等事實，若證明該文書存在且為相對人所占有者，則審查相對人有否提出義務，此提出義務，則可能係實體法義務或訴訟法義務。有文書提出義務適格之文書，依民事訴訟法第三百四十四條規定已相當擴大，應予注意。但本文認為，在文書提出義務之要件，仍應注意就非屬武器不平等類型案例，不應於非負舉證責任一造之文書提出義務要求過苛，應在審查程序上為可期待性之考量。無論就文書存在、為相對人占有及義務性之審查，應從嚴（對相對人有利方向）為之。其於民事訴訟法第三百四十五條之正當事由認定，並可考慮從寬為之，以

345 條之制裁亦有疑問，蓋此時資料之使用人係鑑定人，並無所謂「他造關於該文書之主張」，而「依該文書應證之事實」亦尚未明確，故擬制真實之標的乃有所欠缺，除非鑑定人能於當下即協助法院釐清「依該文書應證之事實」²⁹²為何，並據此為擬制真實之制裁，否則法院應僅能將當事人不配合提出相關資料之事實列入判決心證考量之範圍內，而不得任意擬制真實，否則將可能嚴重抵觸鑑定制度本身發現真實之強烈要求。至於第三人拒不提出之情形，若第三人確實掌握此等資料，且具有提出可能性卻拒不提出，法院應得科以罰鍰，並於必要時，以裁定命為強制處分（民事訴訟法第 349 條、第 367 條參照）。惟此時應審慎考慮命強制處分之必要性，若非鑑定所不可或缺之資料，應不得任意為之，此部分應由法院與鑑定人進行溝通。此外，如勘驗標的物為人體，原則上應不得為強制處分²⁹³。

第四項當事人對鑑定人之發問與發現真實

平衡兩造之利益。」參姜世明，新民事證據法論，新學林出版股份有限公司，2009 年 11 月，頁 35-36。

²⁹²由於鑑定人請求法院命當事人提出此等文書或勘驗標的物，原因正是為了要釐清某些鑑定基礎事實，在鑑定人取得該等資料前，要求鑑定人說明「該文書可能證立的事實」可能有邏輯上的弔詭。假設鑑定人原本預想之問題可能有 A 或 B 兩種答案，其取得該等資料後，可能對其鑑定基礎事實有偏向 A 答案之可能，也可能有偏向 B 答案之可能，也可能發現原來是 C 答案，也可能發現毫無影響。則此時若要擬制真實，要擬制為何種真實，可能很有疑問。

²⁹³學者陳計男指出：「如勘驗物為人，應認為不得強制處分，以示尊重人權。惟德國 1938 年 4 月 12 日（納粹德國時期）親屬法修正法第 9 條及 1943 年 2 月 6 日之法令，於不能依民法第 1951 條及第 1600 條之 14 認定及推定父子親生關係，得進行檢查。1950 年德國民事訴訟法第 372 條之 1 規定：（一）在民法第 1951 條及第 1600 條之 14 之情形，或在其他情形，有必要確定血統時，不問何人均應受檢查，特別是為抽取血樣以檢查其血型。但以其檢查符合公認之科學原理，足以闡明事實真相；且其檢查之方式反檢查之結果，經斟酌受檢查人或第 383 條第 1 款至第 3 款之近親所受影響，該檢查為受檢查人所可接受，並無害於其健康者為限。（二）前項情形準用第 386 條至第 390 條之規定。無正當理由而再次拒絕檢查時，得直接予以強制。特別是為檢查之目的，得命拘傳（die zwangsweise Vorführung），而確定對人的強制處分。我國 88 年 2 月 3 日公布之去氧核醣核酸採樣條例第 5 條至第 7 條有關於 DNA 強制採樣，及第 9 條自願自費採樣的規定。最高法院 91 年臺上字第 2366 號判決於認領子女之訴事件中，判決要旨謂：『此親子血緣鑑定必須被上訴人本身參與始可，如需被上訴人之血液等，亦即勘驗之標的物存在於被上訴人本身，而被上訴人拒絕提出時，雖法院不得強令為之，惟依民事訴訟法第 367 條準用同法第 343 條、第 345 條第一項規定，法院得以裁定命被上訴人提出該應受勘驗之標的物，被上訴人若無正當理由不從提出之命者，法院得審酌情形認他造即上訴人關於該勘驗標的物之主張或依該勘驗標的物應證之事實為真實，即受訴法院得依此對該阻撓勘驗之當事人課以不利益。』此一見解有值得商榷之處。蓋血液係人體之一部分，法院為尊重人權既不得強制對其採取血液樣本，竟可命其自行提出，如不提出即認其為證明妨礙，使其生第 282 條之 1 第 1 項之不利效果，無非藉命當事人自行採血，達到強制之目的而已，殊非所宜。如須如此，應仿德國立法，於法律明定其義務（此時尚須有憲法第 23 條規定之考量），始得為之。」亦值參考，參陳計男，民事訴訟法（上），元照出版，2010 年 06 月，頁 559。

第一款作為控制鑑定正確性之方法

為達成鑑定制度發現真實之理念，使鑑定不致徒勞或甚至產生誤導，於鑑定程序之建構及操作上，均須考慮如何達成控制鑑定結果正確性。簡志瑩法官曾指出，欲控制鑑定結果之正確性，可能途徑有三²⁹⁴：

- 一、在法官方面，採行自由心證主義，由法官依其智識、經驗作取捨，必要時可再送鑑定或增加第三人為鑑定。
- 二、在鑑定人方面，採行具結、迴避等規定，以提高鑑定結果之可靠性擔保。
- 三、在當事人方面，可以增加當事人權限，可能之思考方向則包括：加強其詰問權、承認私人鑑定、和賦予鑑定聲請權、意見提供權等。

誠然，要肯認鑑定意見之效用前，必以控制鑑定之結果本質上之誤差作為前提，而論者上述之三種途徑，均可促進真實發現。評價上，第一種途徑僅重申法官應對於鑑定人之鑑定意見為實質審酌，不可逕採鑑定意見，此亦為本文一再強調者。但實際之問題仍在於，法官因無專業知識方委託鑑定人為鑑定意見，故僅透過法官依一般經驗法則及論理法則針對鑑定意見為檢驗，定有其不足，至於重為鑑定、補充鑑定或增加鑑定人等方式，除某程度違背了訴訟經濟之理念，在未掌握鑑定意見中矛盾點或不明之處之情況下，似未必能帶來真相。而第二種途徑，即鑑定人之具結及拒卻制度，雖能加強鑑定人之內在獨立，達成無虛偽性之要求，進而間接促進真實發現之要求，惟其僅有消極之作用，效果仍屬有限。故本文以為，第三種途徑最具有積極之效用，亦即適當地加強當事人於鑑定程序中之權限，應屬控制鑑定意見之正確性最有效之手段。蓋當事人與判決結果關係最為密切，鑑定結果與其利害休戚與共，賦予其充分之鑑定聲請權、鑑定意見提供權及發問權等，必定能期待其充分行使。而在此三者中，若以控制鑑定正確性，以達成真實發現要求之角度觀之，當事人對鑑定人之發問權之賦與及確實保障，尤其應受重視。

²⁹⁴簡志瑩，專家證言與交互詰問之研究，司法研究年報第 24 輯第 7 篇，司法院，2004 年 11 月，頁 91。

按民事訴訟法中，鑑定因準用證人之規定，當事人對於鑑定人亦有發問權，此不獨應以合法聽審權保障之角度觀察之，其發現真實之機能亦屬立法者肯認此等權利之重要理由。蓋若使鑑定人站在證人席上接受法院之訊問及兩造之發問，對於鑑定報告有質疑之當事人，可盡其所能針對其疑慮逐項詢問鑑定人，鑑定人亦可利用此機會詳細說明鑑定之程序、方法及其他重要考量因素。透過兩造正反的發問，可以將鑑定報告之諸多細節、鑑定人判斷之依據、理由及當事人之疑慮全部於公開法庭中呈現。法官亦可透過直接聆聽鑑定人及兩造之陳述、發問，獲得直接之心證，並不致誤會。若鑑定結果確有瑕疵，亦可透過發問之方式予以突顯，並使法官能據此排除有瑕疵之鑑定意見，減少錯誤鑑定誤導事實認定之危險²⁹⁵。加強上述第一種途徑之機能，俾使不具備特殊知識之法官亦能有充分理由及論據排除有瑕疵之專家意見。

再者，從理性思考一般鑑定人預期之角度觀之，若常態性的使鑑定人到庭說明並接受當事人之發問，鑑定人必將預料當事人將有充分時間準備對其鑑定意見有所挑戰，則**鑑定人必以更合論理、嚴謹之態度操作鑑定程序並形成鑑定意見**，並事先充分考慮並排除可能之盲點、漏洞，對於鑑定意見之正確性提升即有高度之正面意義²⁹⁶。

末者，從辯論主義之角度觀之，若賦予兩造對於鑑定意見之發問權，

²⁹⁵美國證據法學者 John. H. Wigmore 曾謂：「交互詰問是發現真實最偉大之利器(The power of cross-examination is the most efficacious test which the law have devised for the discovery of truth.)」，此外，學者有謂，詰問制度，係淵源於心理學之經驗事實，一造為證明他造之犯罪而詰問鑑定人，不但可補充審判者訊問之不足，而被詰問者必須一再陳述，故在受詰問時所出現之表情、態度、舉動與發言內容，可用以判斷其陳述是否虛偽，並藉以彈劾鑑定人，其對於審判者心證之形成，自有重大影響。刑事訴訟當事人之詰問，係以交互詰問之方式為之，不但一造得為自己之目的而詰問鑑定人，即使對造亦得針對被詰問者回答詰問之內容而為反對詰問，不使鑑定人依詰問者之意思而為不真實之陳述，藉以確保鑑定意見之真實性。可參蔡墩銘，審判心理學，1991年11月，頁182；吳文正，從精神鑑定探討被告心神主喪失抗辯主張-在刑事訴訟上之防禦，刑事法雜誌，第40卷第5期，頁107。本文以為，民事訴訟中之發問雖與刑事訴訟中之交互詰問有形式上之差異，然實際上所欲達成之效果並無二致。而此等提問形式之優劣如何，則屬應另為討論之課題。

²⁹⁶故有論者指出，現行司法人員大多未受過（法學外）之專業訓練，以致於司法機關對於鑑定結果的依賴程度仍有偏高之現象，在現有情形下，要改善鑑定結果和判決的公信力，詰問鑑定人是必要的。詹文凱，鑑定人應接受詰問，司法改革雜誌，第40期，2002年08月，頁22。

並使當事人於鑑定意見出爐後，有充分之準備時間研究、並提出對鑑定意見之質疑，自可某程度減少法院需自己研究，對於鑑定意見真偽作出認定之困難及負擔，亦可大幅減少因無力評價鑑定意見而逕行採納或不採納鑑定意見之情形。此外，發問權亦具有對鑑定人為提醒之機能，蓋到庭之鑑定人接受訊問時，如發見鑑定意見有錯，亦可及時予以改正，俾免錯誤之鑑定意見被法院作為判決基礎。如此，方能符合由法院、鑑定人、當事人共同協力發現真實之理想²⁹⁷。

綜上，當事人之發問，可有效提升鑑定意見之真實性與誠實性，對於法官心證之形成亦有重大影響，故保障當事人之發問權，乃有其必要性。蓋鑑定意見若未受挑戰，亟有可能被法院逕行當作認定事實之前提，故應賦予當事人質疑鑑定正確性之機會，否則此一環節將成為法院心證之盲點，有害真實發現之要求。此外，若於當事人無法有效挑戰鑑定意見之情況下，法院即以鑑定意見作為事實認定之依據，司法判決之公信力必將大受打擊，而當事人無法折服之結果亦將連帶促使當事人尋求上訴，導致前述訴訟經濟之理想無法達成。故法官在命行鑑定之案件，合理的作法，應於命鑑定人提供鑑定書後²⁹⁸，使兩造於充分閱讀、檢討後，再命鑑定人到庭陳述鑑定意見並接受當事人之發問。

第二款我國之實務運作

當事人之發問權作為控制鑑定正確性之手段，有其重要之機能。然而，

²⁹⁷按於刑事訴訟領域，學者亦強調鑑定人必須親自出庭與接受詰問，其目的在於保障當事人對質詰問權及確保真實發現論者指出鑑定人固然具有協助法院發現真實之輔助者的地位，惟於證據調查程序中，仍須合於嚴格證明法則之要求，鑑定結果有無證據能力，同樣應受到法律的檢驗，而不因其為法院之輔助者，而享有優待。且為辯明鑑定之過程、方法及結果的正確性，自應賦予當事人或辯護人詰問之機會，尤其對被告而言，反詰問鑑定人之機會乃憲法保障其防禦權重要之一環。鑑定具有抑制法官自由心證的機能，與發現真實的目的相同，不可偏廢。參陳運財，刑事程序鑑定之證據法則，萬國法律，第 137 期，2004 年 10 月，頁 34 以下。

²⁹⁸在特殊鑑定複雜事項，敘述分析經過，仍以書面報告方能妥善傳達鑑定意見。將經過始末敘述，係表示運用何種方法，基於何種科學知識、經驗、技術，應產生何種結果，以使閱讀者包括法官及當事人明確瞭解產生鑑定結果之根據是否信而有徵，縱使他人鑑定，亦必產生同樣結果。若有不妥之處，尚可交由他人審查，以觀其始末。故在為複雜之鑑定時，鑑定人具鑑定書仍有其必要性。周叔厚，證據法論，三民出版，1995 年，頁 961。

可思考者係，鑑定人到庭為有效保障當事人之發問權之前題，惟依民事訴訟法第 335 條之規定，受訴法院、受命法官或受託法官得命鑑定人具鑑定書陳述意見，僅於必要時方有到庭說明之必要，故自文義解釋上，鑑定人並不必然需到場並於證人席上接受法官及兩造之檢驗，實務上亦均如此為之，法院要求鑑定人到庭說明之比例十分稀少，當事人之發問權亦因此無法被充分保障。

按鑑定人到法庭說明鑑定意見並接受訊問、發問，本屬專業鑑定人不可缺之工作，而我國目前之訴訟鑑定實務卻反其道而行，事實審法院僅要求鑑定人提供鑑定報告書，並於期日提示鑑定報告書為已足，傳喚鑑定人到法院為言詞報告並接受訊問與詰問者成為例外。實務上法院常體諒鑑定人為專業人士，通常十分忙碌而無法到庭，因而很少要求鑑定人到庭說明及接受詰問²⁹⁹。由於鑑定人只提出書面報告，法庭上兩造攻防者只限於書面內容，根本無法深入了解影響鑑定意見之各種因素，更無法有效地指出鑑定瑕疵之程度及其所在，縱使兩造對鑑定結果有所質疑，亦僅能表示意見提供法官心證之參考。在各說各話而鑑定人又未當庭說明鑑定意見並受發問檢驗之情形下，原有對鑑定的質疑未獲解決，常一再以聲請補充鑑定之方式解決，既無法有效發現真實，更有害訴訟經濟，當事人及社會大眾之不信賴感油然而生。

實際上，鑑定人不願意到庭說明鑑定意見並接受當事人之發問，有許多現實之考量，諸如法院環境對於鑑定人不友善³⁰⁰（缺少鑑定人專用休息室、站立應訊、於庭外可能遇到當事人及利害關係人）、鑑定人之報酬並無提供足夠之誘因，甚至無法補償鑑定人到庭之損失、當事人之發問常導致鑑定人有受辱感、法院案件量過大導致此種耗費時間之證據調查方式不

²⁹⁹王梅英，專家在法庭上之角色-鑑定或參審？，律師雜誌，第 253 期，2000 年 10 月，頁 32；簡志瑩，專家證言與交互詰問之研究，司法研究年報第 24 輯第 7 篇，司法院，2004 年 11 月，頁 72、詹文凱，鑑定人應接受詰問，司法改革雜誌，第 40 期，頁 22。此外，根據筆者為期一年餘之短暫律師執業經驗，於手中之需鑑定案件中，目前還未曾見過鑑定人作成鑑定意見後到庭陳述者，惟法院容許當事人函詢鑑定人或聲請補充鑑定之情況則較為常見。

³⁰⁰王梅英法官即提議應改善法院環境並增加鑑定人到庭之誘因。王梅英，專家在法庭上之角色-鑑定或參審？，律師雜誌，第 253 期，2000 年 10 月，頁 35。

受青睞等，故若希冀透過落實鑑定人到庭說明鑑定意見並接受發問，以符合真實發現之理想，應著手於現實因素之改善。

當然，上開現實考量並非正當化鑑定人不到庭之理由。退一步言之，縱使因鑑定人有正當理由或有其他考量，法院決定不使鑑定人到庭說明鑑定意見，則至少應許兩造當事人各以書面提出對鑑定結果之質疑，並統一由法院向鑑定人函詢。不應於當事人仍有合理質疑之情況下，即逕行依鑑定報告內容為事實認定並作成判決，否則斷不能使當事人折服，除有害司法公信外，必將使當事人再為上訴，徒生司法資源之耗費。

第三款對於專家發問之方法

如前所述，鑑定人之作用在於提供其專家之意見，用來幫助法院發現真實，而不是代替法官審判，倘若事實審法官全盤接受鑑定人所言，並逕採其意見作為判決之基礎，則鑑定制度則可能流於誤用及濫用。因此，為幫助法院釐清鑑定意見是否具有論理上之矛盾，其可靠性如何等問題，除有必要命鑑定人到庭接受發問外，如何正確地發問，以達控制鑑定正確性、發現真實之目的，亦值探究。

一般來說，當事人發問之內容包括鑑定人之專業學識與經驗、鑑定資料蒐集、檢驗方法之妥當性與慎重性、結論之邏輯性與完整性及鑑定人對鑑定事項之是否充分掌握、鑑定人之中立性等。惟實際上，多數之當事人及其訴訟代理人均習慣由鑑定人之專業背景與經驗著手，至於涉及專業鑑定技術，除非律師有特殊研究外，對鑑定人為發問常有困難。由於以影響鑑定意見之證明力而予以發問之情況，發問者為動搖法院心證，常必須具有與鑑定人相類似之特別知識經驗，為此，發問之前不能不事先請教相關專家後，始能妥善為之³⁰¹。故於鑑定人提出鑑定報告書後到鑑定人到庭接受發問中間，應排定妥當之庭期使當事人得以準備其發問內容。

³⁰¹簡志瑩，專家證言與交互詰問之研究，司法研究年報第 24 輯第 7 篇，司法院，2004 年 11 月，頁 103。

再者，一般訴訟中之鑑定人多為該專業領域之專家（至少形式上如此）、學者甚至是教授級之人物，社會上對於此類人物均具有相當程度之敬佩甚至是學歷崇拜，故法院通常對於所謂之「專家」所提出之鑑定意見，具有相當程度之信任，故一造當事人及其訴訟代理人欲以發問，直接挑戰該等專家之鑑定意見，並打破學者崇拜之迷思及挑戰專業鑑定意見，以防止鑑定人代替法官認定判決之基礎事實，常有其本質上之困難³⁰²。故本文乃初步提供幾個決定鑑定意見證明力之因素，當事人對鑑定人之發問或亦由此等角度為切入：

一、針對鑑定人之資格與經驗

對鑑定人發問者，常可以該名作為鑑定人之專家，就該特定鑑定課題未具備足夠之資格提出專業意見，作為質疑鑑定人之出發點。邏輯上，法院於選任鑑定人時，多會斟酌鑑定人之專業背景及作為鑑定人之資格要件，若當事人所提出之人選，形式上已可看出對於鑑定事項並非專家，法官即不會選任此人作為鑑定人。然而，實務上鑑定人之人選常係由當事人一造先行提出，若他造無意見或不能提出其他人選，法院即以該人選作為主要參考而選任之。故未必法院所選任之鑑定人即確實具備專業能力或專業背景，甚至有時必須於鑑定報告書作成後，從推論過程中才發現該名鑑定人之專業能力欠缺或其資格有疑慮等。故鑑定人之資格及能力，常不失為當事人發問之著力點。

以發問之方式對於鑑定人之專家資格進行質疑時，有幾個攻擊要點，首先是可詢問該專家是否有相關學歷資格與於該領域之實際工作經驗。專家通常必須在該領域有實務經驗才能發表專業意見³⁰³，諸如：若專家之鑑

³⁰²論者甚至謂此為台灣對於鑑定人使用有重大影響之文化因素，台灣人盲目崇拜博士學位，尤其是洋博士。台灣文化有「迷戀學者」的現象。相較於此，美國的民眾和司法體制並沒有這麼崇敬學者。Brian Kennedy，郭乃嘉譯，蔡兆誠校訂，從加州觀點談專家證人（鑑定人），全國律師，第6卷9期，2002年9月，頁59。

³⁰³一般提出的資格證明包括：1.教育與學歷、2.執照與資格檢定、3.教學與出版品、4.擔任重要同業公會的職務、5.擔任公職、6.擔任鑑定人之經歷、7.任何其他與鑑定人之專業性直接相關之成就。

定意見以檢查、化驗、測試、或分析該等數據作為基礎之情形，畢竟，學過如何分析 DNA 與實際做過 DNA 分析是二件不同的事情，若不仔細詢問，一般人常忽略其中之不同。其次，專家之學歷越高，往往其專業領域之範圍越窄。這也是一般人常忽略的部分，蓋在某種學科中某個特定領域得到博士學位之人，也只在那個學科中之特定領域內為專家而已，就一件事情、一個論點成為專家之人並無法在所有論點、所有事情中均成為專家³⁰⁴。故當事人發問時，若能突顯鑑定人之專業領域與鑑定事項相差甚遠，則鑑定意見之證明力將大幅受到打擊。再者，於英美法之交互詰問規則中，有關專家證人之背景，諸如：其所受之教育、訓練、經驗等均得為誘導詰問。而民事訴訟法之發問既本無明文之限制，法院更應寬認當事人於此部份之發問，不得以誘導發問作為限制其發問之理由。

二、針對鑑定意見所依據之事實資料

按形成每項鑑定意見所依據之事實及資料，均應有可供考察之來源，若付之闕如或來源有誤，均有可質疑之空間。蓋鑑定意見之價值係基於其所依據之事實與理由，則必須將其所依據之事實或資料之真實性及可靠性列入考慮，以決定該項意見之價值，而要檢驗該等事實資料之真實性及可靠性之前提，即資料來源之提供及註明。故若有任何事實未經驗證、確立，即被作為鑑定之基礎，或鑑定人根本無法提供鑑定意見所依據之相關之資訊、文獻或實驗結果之可靠性證明，在當事人質疑鑑定意見時，此均可成為重要之打擊對象³⁰⁵。

³⁰⁴Brian Kennedy, 郭乃嘉譯, 蔡兆誠校訂, 從加州觀點談專家證人(鑑定人), 全國律師, 第6卷9期, 2002年9月, 頁62、簡志瑩, 專家證言與交互詰問之研究, 司法研究年報, 第24輯第7篇, 司法院, 2004年11月, 頁237。

³⁰⁵例如, 在著名之蘇建和殺人案件, 其法庭證物採集之方式可能很簡陋, 也可能在保存之過程中受到污染, 以致於基本上該專家根據該證物所發表之意見其價值可能就很低微了。簡志瑩, 專家證言與交互詰問之研究, 司法研究年報第24輯第7篇, 司法院, 2004年11月, 頁237。又如, 著名的美國辛普森案進行交互詰問時, 辯方律師突顯了犯罪刑事專家(Criminologists)可能污染了血液檢體, 因而懷疑辛普森案 DNA 鑑定結果不正確。從辛普森住宅所找到的手套雖然發現了十滴血液檢體, 但大部分的檢體都是混合血跡。辯方律師強調, 在限制片斷長度多形型分析法的實驗中, 即使是一點點的血液都足以污染整個實驗, 另外在聚合連鎖反應分析法(PCR, Polymerase Chain Reaction)的實驗中, 微量至 50ng 的污染檢體, 就足以被複製成足夠量的檢體且產生明顯的 DNA 型別。唐美淑、李介民, 我國司法實務有關 DNA 鑑定對刑事犯罪認定有效性之分析, 東海大學法學研究, 第21期, 2004年12月, 頁12。

三、針對鑑定意見之推論過程

鑑定人所提出之報告書，應對於鑑定形成經過詳加說明，相關之原則、研究方法、甚至思路過程等均應加以清楚解明，所引用之理論在何等範圍內具有爭議、不同意見之立論如何、代表性之學說如何等，均應明白加以交代，尤其應說明該門專業知識於科學技術上或實務上所流行之多數說及方法，此係為增加鑑定意見之可靠性及方便當事人提出質疑。蓋專家之意見要讓人信服，其依據之基礎科學必須相當可靠，專家推導出結論意見之方法可能有其邏輯上的問題，甚至其所運用之理論根本並非該領域之其他專家所接受者。事實上，許多專家之意見及推論常僅僅是猜測而已，差別僅在於猜測之人具有博、碩士或學者之頭銜而已³⁰⁶，事實審法官必須清楚了解，專家之猜測不應變成法官之判決基礎。故以發問檢驗鑑定人得出結果之推衍可採與否？鑑定方法是否為該領域普遍接受？是否具有其他科學爭議性？或者鑑定樣本於鑑定過程是否受到污染，因此難以採信？等問題即相當重要³⁰⁷。況且，在許多專業領域，專家通常具有學術驕傲而有學術上之分歧，而不同之專家基於相同之物證、資料基礎亦未必會獲得相同之結論。此種情況在系爭鑑定事項所涉及之專業領域，其客觀性偏弱、模糊性偏強、評斷之標準彈性很大時，尤其嚴重。

四、針對鑑定事項之必要性

當事人亦可爭執鑑定意見並未超出一般人之經驗，以質疑鑑定人之意見之可靠性。蓋超出一般經驗而使得專家之意見有助於事實判定者，才可以傳喚鑑定人，亦即，若爭執之主題係在一般受過教育之民眾之常識範圍內，則不需要使用鑑定人³⁰⁸。蓋爭執之主題是否為專門知識常有爭議，當事人一造可能會試圖在無須專家意見之主題上，提出鑑定之聲請，該主題可能是在「常識」範圍內，或某專家宣稱其專研之主題，事實上根本就不可能有所謂之「專家」。若有如上事由，該鑑定之聲請原屬無必要性，法院本不應允許進行此種鑑定，然而，由於實務上法院通常寬認鑑定必要

³⁰⁶Brian Kennedy，郭乃嘉譯，蔡兆誠校訂，從加州觀點談專家證人（鑑定人），全國律師，第6卷9期，2002年9月，頁62。

³⁰⁷王梅英，專家在法庭上的角色-鑑定或參審，律師雜誌，第253期，頁32。

³⁰⁸就美國專家證人之容許性考量上亦須參考此項標準。參高鳳仙，論我國鑑定制度與美國專家證人制度在醫療事件之角色扮演（下），萬國法律，第130期，2003年8月，頁66。

性，於鑑定事項之必要性模稜兩可之狀態，主觀上為求徹底發現真實，或為使當事人心服，多半會准許鑑定之進行。故若鑑定意見作成後，其顯示之結論確實並未超出一般人之經驗認定範圍，而可由法院自行對事實作出決定，則此等無必要性之情事若可由發問者將之突顯，對於此等鑑定意見之證明力即能產生相當之影響。

五、針對鑑定人之中立性

如同本文前所提到，實務上對於鑑定人之拒卻標準相當嚴格，故常見鑑定人具有特定事由，雖未達拒卻之要件，卻已可合理懷疑其作為鑑定人之中立性有可質疑之處，諸如：鑑定人與當事人之一造曾有過商業合作關係、情感糾紛、隸屬於同一機關或於立場上同情當事人一造等，而此等事由若能自當事人之發問中突顯，使法院注意鑑定意見有可能因鑑定人之不中立而導致偏頗、甚至昧於事實，自能相當程度影響鑑定意見之證明力。此外，於鑑定程序進行中所發生之事由，諸如鑑定人未附理由不採當事人一造所提供之事實資料，或對於當事人一造之意見置若罔聞。自亦可以作為質疑鑑定人之中立性之方法，並間接打擊鑑定意見之可靠性。

此外，應注意者乃，當事人發問權之行使應著重在發現真實之前提上，雖當事人或其訴訟代理人³⁰⁹就鑑定意見，多半就其不利於己之事項予以考驗並試圖摧毀其可信性，然其發問仍須謹守規範，不可惡意誤導、曲解或針對鑑定人為人身攻擊，否則賦與當事人發問權之意旨將無由達成，反而導致發現真實之理想更難實現³¹⁰。而法院遇有此等不當發問之情形，亦應本於其訴訟指揮權及時阻止。且自行訊問鑑定人時亦應持和善、尊重之態度為之，亦有助於營造一個對鑑定人友善之情境，增加鑑定人到庭之意願。

³⁰⁹英國首席大法官 Blackburn 曾謂：「一位律師應當無畏地實現其當事人之權益，但我要結合這個資格及限制，他所揮舞的，應該是武士而非殺手的武器。他的職責事正直不阿的努力達成當事人的權益。他的職責是盡其全力，在維護當事人權益，與履行真相與正義永恆不移的權益間，求其兩全。」關於詢問證人及專家證人之倫理，可參 Brian Kennedy 著，郭乃嘉譯，證人詢問的技巧，元照出版，2002年9月，頁173-210。

³¹⁰論者指出，由於鑑定之特殊性與專業性，進行交互詰問時，應將詰問焦點集中於鑑定人之中立性，鑑定方法的正確性與妥當性、導引出鑑定結論之合理性等專業知識，不宜使用讓鑑定人陷於混亂挑撥或傷害專業自尊之詰問方式。參古振輝，論鑑定，司法周刊，第1029期，2001年5月。

第四章他山之石-美國專家證人制度

第一節美國專家證人制度之介紹

第一項前言

無論何種審判制度，均迫切需要法律人以外之專家參與法庭活動，以充實論辯、並試圖解決各種光怪陸離的現代型紛爭。此種需求，在屬於英美法系之美國亦屬明顯。透過常見、熱門的美國律政影集、法律或非法律書籍，專家的身影時常出現在美國法庭上，侃侃發表專業意見。而兩造律師亦針對此種專業主張，向專家證人行主詰問以突顯對自己有利之意見，並於反詰問打擊、考驗對己方不利之意見。此種景象，在使用鑑定人之我國法庭上似乎較為少見³¹¹。此是否導因於整體制度背景不同、鑑定人與專家證人之形象不同或社會風氣等因素，值得進一步探究、考察。故本文以下試圖勾勒美國專家證人制度之外貌，並探究專家證人制度於實踐上存在之相關問題，再將專家證人制度與我國鑑定制度作一初步比較、評估，期能利用專家證人這塊他山之石，磨亮我國鑑定制度³¹²。

第二項美國聯邦證據規則之相關規定

第一款聯邦證據規則之介紹

1965年，美國聯邦最高法院首席大法官華倫(Warren, Earl)任命一個顧問委員會為聯邦法院起草證據規則。該委員會起草的初稿於1969年發表以徵求意見。修定稿於1971年公布。1972年，聯邦最高法院將其命名為

³¹¹王梅英，專家在法庭上之角色-鑑定或參審？，律師雜誌，第253期，2000年10月，頁29。

³¹²然而，美國聯邦與各州均有相近卻獨立之司法體系，而證據法亦是於聯邦及各州有或多或少之不同，故本文以下之介紹，乃以美國聯邦法院體系適用之美國聯邦證據規則為主，並少量參考各州州法，諸如加利福尼亞州證據法、佛羅里達州證據法等。蓋聯邦證據規則雖然僅直接適用於聯邦法院系統，美國許多州都將其作為證據法的範本。是以本章之說明並不能算是完整描繪美國專家證人之全貌，但對於本章之最終目的，亦即借鏡專家證人制度之長處，並無太大之傷害。

《聯邦證據規則》(Federal Rule of Evidence)，於 1973 年 7 月 1 日生效。道格拉斯(Douglas, William Orville)大法官持不同意見。根據相關授權法案，首席大法官柏格(Burger, Warren Earl)將該證據規則提交國會審議，國會將其擱置以作進一步的研究。經過廣泛詳盡的研究，國會將該規則作相關修改後頒布為法律³¹³。1975 年 1 月 2 日批准，1975 年 2 月 1 日生效。聯邦證據規則是聯邦最高法院制定規則的程序與國會立法程序相結合之產物，廣泛收集普通法之案例與相關之制定法有其同等重要性，兩者共同構成聯邦證據規則演進的背景³¹⁴。

根據聯邦證據規則(Federal Rule of Evidence 下稱 Rule)第 101 條(a)之規定，本規則適用於聯邦法院進行之訴訟。其他特別法院之適用及例外規定於聯邦證據規則第 1101 條³¹⁵。故包括民事案件(Civil case)、刑事案件(Criminal case)、行政案件等於訴訟中之相關證據問題，均適用聯邦證據規則。第 102 條則清楚揭示聯邦證據規則之主要目的，在於消除不合理之程序耗費、延誤，促進證據法的發展，實現確定事實真相，公正處理訴訟³¹⁶。

第二款相關條文內容

專家證人於聯邦證據規則之規範，其內容主要可見聯邦證據規則第 7 章之內容，其條文翻譯³¹⁷如下：

³¹³故國內學者亦有翻譯成「聯邦證據法」者，諸如：賴芳玉，談專家證人，律師雜誌，第 253 期，2000 年 10 月，頁 80 以下、崔汴生譯，美國聯邦證據法，司法院，2003 年 1 月，頁 86 以下、陳祐治，專家證言與鑑定，檢察新論，第 6 期，2009 年 7 月，頁 146 以下。

³¹⁴故在理解證據規則時，這些立法淵源都必須加以考慮。參卞建林譯，美國聯邦刑事訴訟規則和證據規則，中國政法大學出版社，1996 年 2 月，頁 114。

³¹⁵Rule101: (a) Scope. These rules apply to proceedings in United States courts. The specific courts and proceedings to which the rules apply, along with exceptions, are set out in Rule 1101.

³¹⁶Rule102: These rules should be construed so as to administer every proceeding fairly, eliminate unjustifiable expense and delay, and promote the development of evidence law, to the end of ascertaining the truth and securing a just determination.

³¹⁷考量行文及閱讀上之便利，本文先於此將聯邦證據規則關於專家證人之規定自行翻譯並逐一列出。聯邦證據規則原文資料來源，康乃爾大學法學院網站，<http://www.law.cornell.edu/rules/fre>。翻譯內容則部分參考卞建林譯，美國聯邦刑事訴訟規則和證據規則，中國政法大學出版社，1996 年 2 月、Arthur Best 著，蔡秋明、蔡兆誠、郭乃嘉譯，Evidence: examples and explanations(證據法入門-美國證據法評釋及實例解說)，元照出版，2002 年 12 月，頁 234 以下、崔汴生譯，美國聯邦證據法，司法院，2003 年 1 月，頁 86 以下。

聯邦證據規則第 701 條³¹⁸ (普通證人之意見證言)

若證人不是以專家身分提供證詞，其以意見之形式作出證言限於如下情況：

- (a) 此意見係基於證人合理的知覺；
- (b) 此意見有助於對證人證詞之清晰理解或確定系爭事實；且
- (c) 並非基於聯邦證據規則第 702 條範圍中科學、技術或其他特別知識而作成。

聯邦證據規則第 702 條³¹⁹ (專家證人證言)

因知識、技術、經驗、訓練或教育而被認定具備專家資格之證人，可透過意見或其他類似形式作出證言，只要符合以下情形：

- (a) 專家的科學、技術或其他特別知識將幫助事實之審判者了解證據或確定系爭事實；
- (b) 此一證言係基於充足之事實及資料；
- (c) 此一證言係基於可靠的原則或方法所產生之結果；且
- (d) 該專家可靠地將此等原則及方法適用於繫爭事實中。

聯邦證據規則第 703 條³²⁰ (專家意見證言之基礎)

³¹⁸RULE 701 (OPINION TESTIMONY BY LAY WITNESSES)

If a witness is not testifying as an expert, testimony in the form of an opinion is limited to one that is:

- (a) rationally based on the witness's perception;
- (b) helpful to clearly understanding the witness's testimony or to determining a fact in issue; and
- (c) not based on scientific, technical, or other specialized knowledge within the scope of Rule 702.

³¹⁹RULE 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:

- (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.

³²⁰RULE 703 (BASES OF AN EXPERT'S OPINION TESTIMONY)

An expert may base an opinion on facts or data in the case that the expert has been made aware of or personally observed. If experts in the particular field would reasonably rely on those kinds of facts or data in forming an opinion on the subject, they need not be admissible for the opinion to be admitted. But if the facts or data would otherwise be inadmissible, the proponent of the opinion may disclose

專家證人形成意見所依據者，可能是專家於系爭案件中或系爭案件前已意識到或親身觀察的事實或資料。若某類事實或資料屬於特定領域之專家合理賴以參考以形成對特定問題之意見者，該等事實或資料，於使該意見或推論獲得認許之範圍內，不需具備容許性。但若該等事實或資料依其他規定本無容許性，意見之提出人不得將之披露於陪審團，除非此等提出有助於陪審團對專家意見之實質評估，且其利益大於提出所帶來之偏頗效應。

聯邦證據規則第 704 條³²¹（關於最終爭點之意見）

(a) 原則—不當然可被異議。

意見並不因包含最終爭點而得對之異議。

(b) 例外

在刑事案件，專家證人不得就被告是否具有構成被起訴之罪或其抗辯之要件之精神狀態表示意見。此種狀態僅得由事實審理者自行決定。

聯邦證據規則第 705 條³²²（對於專家證言基礎之揭露）

除非法院另有命令，專家得陳述意見並說明作成意見之理由，而不需先就其所依據之事實或資料作證說明。但在交互詰問中，專家將可被要求揭露此等事實或資料。

聯邦證據規則第 706 條³²³（法院指定之專家證人）

them to the jury only if their probative value in helping the jury evaluate the opinion substantially outweighs their prejudicial effect.

³²¹RULE 704(OPINION ON AN ULTIMATE ISSUE)

(a) In General — Not Automatically Objectionable. An opinion is not objectionable just because it embraces an ultimate issue.

(b) Exception. In a criminal case, an expert witness must not state an opinion about whether the defendant did or did not have a mental state or condition that constitutes an element of the crime charged or of a defense. Those matters are for the trier of fact alone.

³²²RULE 705(DISCLOSING THE FACTS OR DATA UNDERLYING AN EXPERT'S OPINION)

Unless the court orders otherwise, an expert may state an opinion — and give the reasons for it — without first testifying to the underlying facts or data. But the expert may be required to disclose those facts or data on cross-examination.

³²³RULE 706(COURT-APPOINTED EXPERT WITNESSES)

(a) Appointment Process. On a party's motion or on its own, the court may order the parties to show cause why expert witnesses should not be appointed and may ask the parties to submit nominations.

- (a) 指定程序。法院得依據一造之動議或自行決定，命令當事人說明為何專家證人不應被指定之理由並得要求當事人提交建議名單。法院得指派任何當事人雙方同意之專家證人，亦得指定自行選任之專家證人。但法院僅能指定同意充任專家證人之人。
- (b) 專家之角色。法院必須通知專家其職責。法院得以書面之形式通知之並將副本交由法院書記官，或亦得於當事人均有參加機會之會議以口頭通知之。該專家：
- (1) 應告知當事人其所作出之任何研究發現；
 - (2) 可被任一造當事人要求筆錄證言³²⁴；
 - (3) 可被任一造當事人或法院傳喚作證；及
 - (4) 可被任一造當事人交互詰問，包括傳喚該專家之當事人。
- (c) 補償。專家證人有權主張法院所訂定之合理補償。補償之支付如下：
- (1) 在刑事案件及關於憲法第 5 修正案規定包含正當補償之民事案件中，由法律所提供之基金支付；及
 - (2) 在任何其他的民事案件中，由當事人依照法院所指定之比例及時間

The court may appoint any expert that the parties agree on and any of its own choosing. But the court may only appoint someone who consents to act.

(b) Expert's Role. The court must inform the expert of the expert's duties. The court may do so in writing and have a copy filed with the clerk or may do so orally at a conference in which the parties have an opportunity to participate. The expert:

- (1) must advise the parties of any findings the expert makes;
- (2) may be deposed by any party;
- (3) may be called to testify by the court or any party; and
- (4) may be cross-examined by any party, including the party that called the expert.

(c) Compensation. The expert is entitled to a reasonable compensation, as set by the court. The compensation is payable as follows:

- (1) in a criminal case or in a civil case involving just compensation under the Fifth Amendment, from any funds that are provided by law; and
- (2) in any other civil case, by the parties in the proportion and at the time that the court directs — and the compensation is then charged like other costs.

(d) Disclosing the Appointment to the Jury. The court may authorize disclosure to the jury that the court appointed the expert.

(e) Parties' Choice of Their Own Experts. This rule does not limit a party in calling its own experts.

³²⁴此部分應為證據開示程序中之筆錄證言 (deposition)。是民事訴訟中提供證據的主要方法之一。筆錄證言涉及記錄已宣誓證人之陳述 (故亦有翻成宣誓證言者)，證人對律師的提問作出回答。在作證時，雙方當事人都在場，整個過程通常有錄影，可以對證人進行交叉詢問，證人的答覆被記錄並列印出來以備後用。按照聯邦民事訴訟規則之規定，筆錄證言有兩大類型：一類發生在訴訟前或上訴繫屬前，一類發生在起訴後庭審前。口頭筆錄證言的過程有點像微型審判，與審判不同之處在於，沒有法官的參加。典型的口頭筆錄證言一般在律師辦公室裡圍繞著辦公桌進行，參加者有宣誓證人、記錄者和律師，當然還有證人詢問官，因為宣誓證言只有在他面前作出才算有效。韓波，民事證據開示制度研究，中國人民大學出版社，2005 年 8 月，頁 189-192。

支付一支付方式與其他支出費用之方式相同。

(d) 向陪審團披露其指定。法院得授權向陪審團披露法院指定專家之事實。

(e) 當事人選定自己之專家。本條規則並不限制當事人傳喚自己之專家。

第三項普通證人與專家證人

英美法並未如我國法明確區別證人與鑑定人之不同，惟其將證人區分為普通證人(lay witness)及專家證人(expert witness)二種，專家證人是以其本身之專業作為基礎，而提出「意見」作為證據；而普通證人原則上係以陳述「事實」為主。故依聯邦證據規則第 701 條，於普通證人作證之情形，除非具有特定事由可認為該意見同時符合下列兩個要件，普通證人所提出之個人意見(opinion testimony)，方例外具有提出容許性(admissible)：

一、有助於法官或陪審團理解並釐清證人之證言。

二、此一意見係基於證人本身對於案情合理之知覺。

而普通證人之個人意見是否符合上述條件而具有提出容許性，原則上是由事實審法院決定（聯邦證據規則第 104 條 a 參照）³²⁵。此等限制背後的原因，在於普通證人之「意見」原則上無法幫助陪審團釐清事實，甚至會產生誤導的效果³²⁶。故從此一面向來觀察，專家證言即屬於英美證據法上意見法則的一項例外³²⁷。

而適用聯邦證據規則第 701 條的另一個前提，是該名證人並非基於科學、技術或其他特別知識而作成證言，因為此等基於科學、技術或其他特

³²⁵Federal Rule of Evidence 104(a):「In General. The court must decide any preliminary question about whether a witness is qualified, a privilege exists, or evidence is admissible. In so deciding, the court is not bound by evidence rules, except those on privilege.」

³²⁶George Fisher, Evidence 2nd, Foundation Press, 681(2008). 此外，針對普通證人之意見證言，佛羅里達州證據法採取了更加謹慎的處理方法。該州認為，普通證人之意見被允許作為證據提出，前提是必須要基於「證人不能以相等之準確性與適當性，對事實的認定者溝通其所體認的事實」，而法院必須「確定此種意見與推論的使用不會演變成誤導」。堪薩斯州的證據法與聯邦證據規則也略有不同。它排除了那些因為「有助於事實認定者瞭解爭議中事實之決定的意見」，只准許「有助於對證人證言清晰了解」的意見。參 Stephen A. Saltzburg 著，段重民譯，美國聯邦證據法，頁 116。

³²⁷易延友，證據法的體系與精神-以英美法為特別參照，北京大學出版社，2010 年 6 月，初版，頁 191。

別知識而作成之證言，應通過聯邦證據規則第 702 條之可靠性審查，為防止當事人意圖使其所傳喚之專家逃避此等專家證言容許性之特殊限制，聯邦證據規則特別修法加入此一前提要件。從另一個角度觀之，只要證人被認定為專家證人，該證人所為之意見證言即非普通證人之意見而不受上述聯邦證據規則第 701 條(a)(b)所為之要件限制，而是應符合聯邦證據規則第 702 條之要件。

而所謂之專家證人，乃就案件中特定專業問題，具有超越一般人所具有之知識或經驗，並可協助法院或陪審團釐清案件事實及解決爭議之人，至於何人可以被認定具備專家之資格，成為專家證人，聯邦證據規則之規定並未嚴格限制。依聯邦證據規則第 702 條規定，只要從知識、技術、經驗、訓練或教育等特徵，擇一可將證人認定為具有專家資格即可。專業人士如醫師、會計師、學者專家如各學院教授，依其本身所有的知識；或修車廠的技工、伐木林區的伐木工人，依其工作本身的技術、經驗皆可認定為專家。在一個聯邦第五巡迴法院的判決先例中，有關特定的大麻樣品是否屬於哥倫比亞大麻(Colombia marijuana)之問題，成為關鍵爭點時，一位證人可以其吸食與販賣哥倫比亞及其他種類大麻的豐富經驗，作為專家證人說明大麻之品種³²⁸。當然，證人因受教育背景或合法的工作經驗而被認定具有專家資格，是比較傳統常見的情形。

證人的專家資格地位，必須與作證的主題具有一定程度之關聯性方能形成。諸如，在產品責任案件中，製造商通常會主張，具有資格對其產品的安全性作證之人，僅有那些設計該特定種類產品之人。此類訴訟中的原告通常會主張以具有產品設計的一般經驗的人作為合格的專家證人。顯然，若法院認為專家必須是曾經設計被指稱傷害原告的特定種類產品的人，則具此資格之專家的數量就會大幅減少。但若法院輕易准許什麼都懂一點的「萬事通」以專家證人之身分作證，或准許在一個領域有專業資格的證人，將其所知一般化地運用在其他領域，那麼專家證言的價值將會被

³²⁸於該案件中，證人 De Pianelli 聲稱他抽大麻超過 1000 次，被請去辨識大麻種類超過 100 次，販賣大麻超過 20 次。United States v. Johnson, 575 F.2d 1347 (5th Cir. 1978), cert. denied, 440 U.S. 907(1979). ; George Fisher, Evidence 2nd, Foundation Press, P694, (2008).

嚴重的削弱³²⁹。法院通常傾向寬認專家資格，特別是因為當事人提出專家證言時必須先經過可靠性審查，而對造亦可提出對立的專家意見來反駁，而可信度又能通過法庭上之交互詰問來得到檢驗，故無須先於專家證人資格部分做過多的限制。

從邏輯上觀之，要認定是否可作為專家證人提出於審判程序，依聯邦證據規則第 104 條之規定，必須由事實審法院進行二部分審查，除上述該名證人是否足以擔任專家證人之問題外，亦須考量該名證人所為證詞是否有助於陪審團對證據的了解或對爭議事實作出決定，而此等標準是否符合，係由事實審法院自由裁量(sound discretion of the court)³³⁰。此外，除前述聯邦證據規則第 702 條之認定標準外，也必須通過聯邦證據規則第 403 條之審查。亦即，若該專家證言的證明價值，明顯低於因該證言所導致偏見、模糊焦點、誤導陪審團、浪費時間、或重複作證等危險，則該證言仍然不具有證據能力³³¹。

第四項提出專家證人之程序

美國之民事訴訟制度於審判前必須先經過「自動開示³³²」(disclosure)

³²⁹ Arthur Best 著，蔡秋明、蔡兆誠、郭乃嘉譯，Evidence: examples and explanations(證據法入門-美國證據法評釋及實例解說)，元照出版，2002 年 12 月，236-237；易延友，證據法的體系與精神-以英美法為特別參照，北京大學出版社，2010 年 6 月，初版，頁 199-201。

³³⁰ 就此，上訴審法院對此雖亦有審查權限，但除非事實審法院在專家證人資格之評定或證詞證據力之認定過程中發生重大錯誤(manifest error)，否則上訴審法院原則上都尊重其決定。賴芳玉，談專家證人，律師雜誌，第 253 期，2000 年 10 月，頁 81-82。

³³¹ 聯邦證據規則 403 條：「若具有相關性之證據之證明價值，被以下一個或多個危險所顯然超越，則法院可以排除該證據：不公平之偏見、混淆爭點、誤導陪審團、不正當遲延、浪費時間或無必要性地出示重複之證據。」(Federal Rule of Evidence 403：「The court may exclude relevant evidence if its probative value is substantially outweighed by a danger of one or more of the following: unfair prejudice, confusing the issues, misleading the jury, undue delay, wasting time, or needlessly presenting cumulative evidence.」)

³³² 按照美國對“disclosure”程序的規定，“disclosure”程序具有四個層面的特徵，第一是自動性(automatic)，當事人要將自己在庭審中提出的證據清單或者證據目錄自動提交給對方；第二是義務性(mandatory)，不履行此項義務的當事人將承擔不利後果，最直接的後果就是不能向對方提出證據開示的請求；第三是前置性，“disclosure”發生在案件被受理後的「開端」階段(at the outset of the case)，其後的證據開示是對“disclosure”的補充，有的學者在該術語前加上「證據開示前」(pre-discovery)來表明它的這一特性。美國民事訴訟由審前階段和審理階段兩部分構成。審前階段又由訴答程序、證據開示程序、審前會議三部分構成。1993 年新設“disclosure”程序後，就在 1993 年以前已經存在的證據開示程序前增加一個程序和階段。韓波，民事證據開示制度研究，

及「證據開示³³³」(discovery)程序，當事人可以利用此等程序相互揭露對造有關訴訟之資訊，藉此得知對造所獨自擁有之文件等資料及有利於己之資訊。而除義務性之自動開示，後續之證據開示手段通常包括：筆錄證言 (Depositions)、書面質問 (Interrogatories)、文件物品之提供及勘驗地產 (Request to produce documents, things and to inspect land)、身體或精神狀況的檢查 (Physical or mental examination)、要求自認 (requests for admissions) 等。此等制度之目的在於為雙方當事人及法院保存訴訟資料並且避免有不公平之突襲情事，並有於開庭前儘量完成證據蒐集工作，達成審理集中化、促進訴訟等要求之機能³³⁴。

根據聯邦民事訴訟規則 (the Federal Rules of Civil Procedure) 於 1993 年之修正，當事人應依照聯邦證據規則第 702、703、705 條的規定，向對方當事人自動開示在法庭上可能被用以舉證的任何人的身份。於此之證人身份就是指專家證人³³⁵。聯邦民事訴訟規則 26(a)(2)(B) 條款要求已經被下訂金聘請或者專門被僱傭來提供專家證言的人，或者作為一方當事人的雇員有義務提供專家證言之人，必須準備詳細、全面的書面報告，闡明在主詢問中證人被期望提供的證言及其理由³³⁶。根據聯邦民事訴訟規則 26 (a)(2)(B)

中國人民大學出版社，2005 年 8 月，頁 24。

³³³ 審判前證據開示程序，首見於英國衡平法院，在美國，則直到西元 1848 年紐約民事訴訟法 (Code of Civil Procedure) 才開始採行。聯邦法規亦採行之，目前多數州均以聯邦民事訴訟規則為範本，故亦有如是規定。有大陸學者指出，一般認為，證據開示起源於英語中主要是用“discovery”這個詞來表述。美國聯邦民事訴訟規則中以及學術論著中使用的也主要是“discovery”一詞。目前，大陸學者在“discovery”一詞的翻譯上沒有統一，有的譯為“發現程序”、有的譯為“證據披露程序”、有的譯為“證據展示程式”、亦有譯為“事證開示程序”，更多學者將其譯為“證據開示程序”。由於在“discovery”一詞的翻譯上分歧如此大，以至於有的學者對其避而不譯，直接在英文譯著中使用英文原詞“discovery”。陳文吟，美國法導論，三民書局，2007 年，頁 271；韓波，民事證據開示制度研究，中國人民大學出版社，2005 年 8 月，頁 21。

³³⁴ 美國民事訴訟 (Civil Procedure) 的提起與進行，主要可分為下列步驟：(一) 選擇管轄法院 (choice of forum)；(二) 提起訴訟 (commencing the action)；(三) 答辯及「駁回原告之訴」之聲請；(四) 暫時性救濟 (provisional remedies)；(五) 審判前的發現證據 (discovering or obtaining information prior to trial)；(六) 審理案件之人的選擇 (selection of decision makers)；(七) 不需審判的判決；(八) 審判前的會議 (pretrial conference)；(九) 審判 (the trial)、判決暨上訴。參陳文吟，美國法導論，三民，2007 年 2 月，頁 262；高鳳仙，論我國鑑定制度與美國專家證人制度在醫療事件之角色扮演 (下)，萬國法律，第 130 期，2003 年 8 月，頁 85。關於證據開示制度，可參 Stephen N. Subrin 等著，傅郁林等譯，Civil Procedure: Doctrine, Practice, and Context (民事訴訟法-原理、實務與運作環境)，中國政法大學出版社，2004 年 3 月，頁 295 以下。

³³⁵ 韓波，民事證據開示制度研究，中國人民大學出版社，2005 年 8 月，頁 153-154。

³³⁶ 按照以前的規則通過答覆書面質詢開示的有關專家證言的“實質部分”常顯粗略、模糊，很少能

條款的規定，專家證人的書面報告應當包含專家證人的全部意見及其理由、根據，專家證人形成其意見所依靠的數據或者其他信息，被用來作為概要說明的實物或者支持專家意見的實物，專家證人的資格證明，包括前十年內專家證人的著作清單、專家進行此次調查和作證所收取的報酬、前四年內專家證人在法庭上作證或者提供庭外證言的記錄³³⁷。此外修正後的聯邦民事訴訟規則 37(c)(1)條款規定，如果一方當事人不能遵照規則規定進行自動開示，原則上他將不被允許在任何動議、聽證會或審判程序中使用該專家證言。

另外，聯邦民事訴訟規則 26(a)(2)(B)條款並不排除律師為專家準備報告提供幫助，事實上，進入這種自動開示機制的專家確實需要這種幫助。意圖說明在主詢問中的實質部分的專家報告書，應以能夠反映專家證人將提供的證言的方式起草，而且須具備專家證人之簽名。而修正的聯邦民事訴訟規則 26(b)(4)(A)條款亦准許當事人對專家證人進行筆錄證言³³⁸。對已經被要求準備書面報告的專家來說，筆錄證言必須在書面報告送達後方得進行，此可大幅縮減筆錄證言的長度。在少數案件中，書面報告將降低對專家為筆錄證言之需求³³⁹。

分擔對專家宣誓作證的需要，甚至常常對準備專家證人的筆錄證言的幫助也不大。韓波，民事證據開示制度研究，中國人民大學出版社，2005年8月，頁154。

³³⁷Federal Rules of Civil Procedure 26 (a) (2) (B) (Witnesses Who Must Provide a Written Report.)

Unless otherwise stipulated or ordered by the court, this disclosure must be accompanied by a written report—prepared and signed by the witness—if the witness is one retained or specially employed to provide expert testimony in the case or one whose duties as the party's employee regularly involve giving expert testimony. The report must contain:

- (i) a complete statement of all opinions the witness will express and the basis and reasons for them;
- (ii) the facts or data considered by the witness in forming them;
- (iii) any exhibits that will be used to summarize or support them;
- (iv) the witness's qualifications, including a list of all publications authored in the previous 10 years;
- (v) a list of all other cases in which, during the previous 4 years, the witness testified as an expert at trial or by deposition; and
- (vi) a statement of the compensation to be paid for the study and testimony in the case.

³³⁸紐約州民事訴訟法(the New York Civil Practice Law and Rules) 卻獨樹一格，對於醫療糾紛之專家證人之證據開示有限制之規定，例如：不允許當事人使專家證人為筆錄證言，限制揭露證人之身分等。可參高鳳仙，論我國鑑定制度與美國專家證人制度在醫療事件之角色扮演（下），萬國法律，第130期，2003年8月，頁86。

³³⁹聯邦民事訴訟規則中的規定在大部分法院的司法實踐中得到遵循，對專家證人的筆錄證言因此變得標準而規範。對於筆錄證言開支的憂慮也有所減輕，因為事實上，專家筆錄證言的費用一般由進行筆錄證言的當事人負擔；另一方面，1993年修正案新增 26 (a)(2)條款要求可能在法庭上提出專家證人的當事人，要向對方出具能夠反映專家資格和將出庭作證內容的書面報告；要求法庭專家提供的詳細、全面的書面報告會使對方當事人對將出庭專家的證言的實質都分有較為清楚、

聯邦民事訴訟規則 26(a)(2)條款所增訂對專家證言之自動開示義務，其目的在於使對造當事人有適當的機會來準備有效的交互詰問，或有適當的機會來準備相應的專家證人。一般而言，依聯邦民事訴訟規則 16(b)條款之規定，法院應該在計畫命令中為專家證言之自動開示指定確切時間。除非地區規則、法庭命令或有書面協議，免除特定專家應為書面報告之要求，在大部分案件中，於他方當事人要求前，當事人應以書面報告自動開示所欲主張之專家證言，且至少要在庭審日前 90 日進行自動開示。例外情形，若該專家證言之目的，只是在否定或者反駁對方當事人就同一標的事項開示之專家證言（依聯邦民事訴訟規則 26(a)(2)(B)條款規定所提出），則應在對方開示後 30 日內出示。而雙方當事人經由自動開示及證據開示程序並做好準備後，方能於審判程序中對專家證人進行交互詰問(Cross-examination)。其進行係由傳訊專家證人之一方或其律師為主詰問(Direct-examination)，他造或其律師可對於該專家證人為反詰問(Cross-examination)。主詰問之目的係藉由提問，使專家證人更清楚說明其意見，並進一步與訴訟中之有利於己事實認定作連結；反詰問之目的則在於對專家證人之證詞提出質疑、打擊或加以釐清範圍、內容。惟有效之反詰問，必定以事先針對專家證人本身及其可能提出之意見具有充分了解為前提，故幾乎可以認為，上開美國聯邦民事訴訟規則關於專家證人資訊揭露之規定，係反詰問程序成功進行之重要前提³⁴⁰。

第五項專家證人制度常見之疑慮

細緻的瞭解，進而消除對這種筆錄證言的需要，或者至少是縮短了筆錄證言的長度。因此，筆錄證言只能在專家的詳細書面報告被送達後進行。此外，依聯邦民事訴訟規則 26 (b) (4) (C)條款，請求證據開示的當事人應向專家因對證據開示請求的答覆而花費的時間支付合理費用，以及向其他當事人支付他們從專家處獲得資訊而產生的費用、開支的合理部分。這些費用和開支分配的規定體現了反對不公平地允許一方當事人毫無代價地從專家的工作中獲得利益的傾向。韓波，民事證據開示制度研究，中國人民大學出版社，2005 年 8 月，頁 154、178、179。

³⁴⁰韓波，民事證據開示制度研究，中國人民大學出版社，2005 年 8 月，頁 155。故高鳳仙法官指出，紐約州民事訴訟法對於專家證人發現程序之限制規定，使當事人對於對造所請求傳訊之專家證人之身分及其證言不能於審判程序進行前得到足夠之資訊，有礙於反詰問及反駁(Rebuttal)程序之進行，因而遭受批評，參高鳳仙，論我國鑑定制度與美國專家證人制度在醫療事件之角色扮演(下)，萬國法律，第 130 期，2003 年 8 月，頁 86。

第一款黨派性

按美國法上之專家證人，雖與大陸法系國家之鑑定人相同，均為提供知識於法院，並協同確定訴訟上事實爭議之專家。然而，由於專家證人乃由當事人一造所延請並傳喚到庭，是以，專家證人普遍被認為與當事人所聲請傳喚之普通證人，具有類似之地位，而並未如同大陸法系國家，強調鑑定人具有法院輔助機關之地位，屬於協助審判者確定事實之中立第三人。次以，因為專家證人與聲請傳喚其出庭作證之一造（包括其訴訟代理人）於審判前並不禁止溝通，專家證人為妥善面對審判庭來自對造反對詰問之壓力，常與傳喚其出庭作證之一造有良好的溝通及事前的演練。此種作法，雖然可以使專家證人將其艱澀難懂的專業用語，有效地簡化並更有條理地說明，以利作為事實認定者之法官或陪審員(juror)能清楚了解其說明，然而，此種溝通與演練某程度亦造成專家證人客觀性之減損。

於此情形，專家證人甚至被貼上「具有專門知識之辯護人」的標籤，具有黨派性(partisanship)，而其意見可能表現出偏頗聲請人之傾向³⁴¹。此外，當事人一方聲請傳喚一名專家證人前，原則上會先進行「篩選」後方決定人選，且專家證人因受一造聲請而出庭，亦多半領取聲請人一方之酬勞，因此專家證人常被指摘其意見證言有偏向聲請人之趨勢³⁴²。相同地，為反駁該名專家證人之證言，對造往往也會篩選並聲請傳喚一名傾向己方立場之專家證人，其結果，即導致了兩方專家在法庭上進行令人難以理解之「專家戰爭」(Battle of Expert)³⁴³，致使本應釐清之事實，因法官或陪審員不具備判斷雙方專家意見之能力，反而產生抵銷作用。無法確實影響事實認定之結果，或促成正確之事實認定，僅產生額外之訴訟成本，而無任何效益，甚至導致真相愈發模糊，與原本專家證人制度之目的不符³⁴⁴。

³⁴¹Richard A. Posner, *An Economic Approach to the Law of Evidence* (徐昕、徐昀譯，證據法的經濟分析)，中國法制出版社，2004年9月，頁160-162；熊谷秀，論鑑定制度之理論構成與實踐，成功大學法律研究所碩士論文，2004年，頁92。

³⁴²關於專家證言之商業化，參易延友，證據法的體系與精神-以英美法為特別參照，北京大學出版社，2010年6月，初版，頁212-214。

³⁴³周叔厚，證據法論，三民出版，1995年，頁923。

³⁴⁴針對此種現象，紐約時報(New York Times)一篇針對專家證人制度之社論中，提到法庭必須決定 Timothy M. Wilkins 之智力是否足以受審，其中關於專家證人之評論，Wilkins 的律師 Cole 說：

第二款不易理解性

除了上述專家證人可能具有黨派性之問題，學者亦有指出，由於專家證言比起普通證言於內容上更加艱澀並難以理解，故專家證人比起普通證人更容易誤導法官及陪審團，且要通過交互詰問將其意見證據摧毀(pick apart)之難度更大，專家證人能夠隱身於用一種晦澀難懂的行話所編織的無懈可擊的專業知識的黑幕之後。此外，由於專家證言常具有不易理解性(unintelligibility)，故即便專家證人之證言，被對方律師（在其專家協助下）於交互詰問後摧毀，法官或陪審團亦可能無法充分理解交互詰問中之提問及回答，從而不能意識到該專家證據已被摧毀³⁴⁵。

其次，當事人究專家證言為攻防時，由於專業知識之不易理解性，縱使於自動開示及證據開示程序中已初步掌握專家證言論理上漏洞之資訊，惟由於此種針對專業意見論理過程之攻擊未必能有效地被法官或陪審團所接受（因無法理解），故律師為了削弱專家證人之可信度，往往更傾向從其個人之能力、資歷、性格、偏頗性等作激烈之攻擊，導致許多專家學者在法庭中備受挑剔，甚至蒙受侮辱，對其專業形象甚至是私人形象均有一定程度之損害³⁴⁶。此種情形，可能造成有能力之人不願意擔任專家證人，導致最優秀的科學家或專家無法在裁判上提供專業協助。反而使得精研法庭應答技術之「職業證人」(professional witness)³⁴⁷充斥法庭，造成專家證人之黨派性愈加濃厚。

「一個專家偏向被告，另一個偏向檢方，我想重點是誰開支票給他們，他們就會為誰說話。」而對造 Johnson 鎮的助理檢察官 Lahey 基本上也同意這種看法。她說專家證人的證詞是「通常在考慮過後就會互相抵銷」。其後，法官 Dillard 在該案中判定被告 Wilkins 無法接受審判，雖然上訴法院將此判決撤銷發回，不過上訴法院也接受 Dillard 法官的判決理由，認為專家證人的證詞是互相抵銷的。僅因無法接受審判之舉證責任在被告，若無法證明，則被告仍應接受審判。參 Adam Liptak, In U.S., Expert Witnesses Are Partisan, New York Times, August 11, 2008。」

³⁴⁵Richard A. Posner, *An Economic Approach to the Law of Evidence*（徐昕、徐昀譯，證據法的經濟分析），中國法制出版社，2004年9月，頁159。

³⁴⁶熊谷秀，論鑑定制度之理論構成與實踐，成功大學法律研究所碩士論文，2004年，頁92。

³⁴⁷當專家亦精研法庭技術之後，可能成為所謂的職業證人(professional witness)。職業證人確實可以在複雜案件中協助釐清案情內容及案件爭點，但其缺點在於，其收入多數來自法庭活動，自不免傾向配合延聘者的意向。此外，當其全職從事專家證人的工作時，不免荒廢本來的專業，使其具備的相關專業知識、經驗有過時的可能。

第六項法院職權指定專家證人之思考

第一款概說

慮及專家證人具有前述黨派性及不易理解性之疑慮，美國即有主張，應建立選任無利害關係之專家證人，以確保公正之制度，亦即由受訴法院依職權選任公正公平之專家證人，並且由政府支付該專家證人之費用。亦有學者指出，可由當事人之專家共同選擇一位中立的專家與當事人之專家一同作為專家證人，或擔任唯一的專家證人，此種類似仲裁人選任模式所選出之專家，其中立性之特質可作為陪審團之參考依據，並對陪審團產生決定性的影響力，以解決兩方當事人均有專家證人所產生之抵銷作用問題。故聯邦證據規則第 706 條(a)即規定，法院得依據一造之聲請或職權決定，指派任何當事人雙方同意之專家證人，亦得指定自行選任之專家證人³⁴⁸。而此種由法院選任所產生之專家證人，實際上已與我國或其他大陸法系國家之鑑定人有較相近之地位，屬於公正之法院輔助機關。

第二款法院職權指定專家證人之目的

關於法官指定專家證人之目的，美國一份針對美國聯邦法院法官之統計研究³⁴⁹指出，法官指定專家證人多可歸因於法官對專業科技知識之缺乏，有幾乎三分之二的法官是在下列三種案件指定專家證人：人身傷害案件的醫療專家、專利及營業秘密案件的工程師、商業案件中的會計專家，其餘的三分之一則包括各類型專業案件。而法官指定專家證人主要是為了

³⁴⁸除此之外，美國專家參與審判之方式，尚有法院依固有職權指定專家提供技術建言(technical Advisor)。蓋聯邦最高法院自 1920 年在 Ex Parte Peterson 案到 1980 年 Reilly v. United States 案，肯定地方法院有職權指定技術建言者，在非公開的場合提供意見。但使明此一職權必限於十分複雜、困難而超過一般法院得以理解的爭議問題，而且必須是最後不得已的手段。此外，應強調的是技術建言者的角色僅為提供意見，而非訴訟上證言，因此不需透過交叉詢問程序，而技術建言者報酬究竟如何支付一直是很困難的問題。Joe S. Cecil and Thomas E. Willging, Accepting Daubert's Invitation: Defining a role for court-appointed experts in assessing scientific validity, Emory Law Journal, 998,1002-1004(1994)

³⁴⁹Joe S. Cecil and Thomas E. Willging, Accepting Daubert's Invitation: Defining a role for court-appointed experts in assessing scientific validity, Emory Law Journal,1004-1015(1994).

幫助作成判決，根據統計，45 位曾指定專家的法官中，就有 27 位法官指出會在雙方當事人均提出專家證言且雙方所引用專家證言正好對立時，運用聯邦證據規則第 706 條指定專家證人以求解決爭議。例如關於是否允許學校設立於可能地震帶的地點，雙方均提出傑出專家意見而互相對立，基於對孩童安全的考量，法官指定專家就本案為審查，結果顯示確有地震之危險，法官於是決定拒絕學校於該地點設立校區。而另一種會指定專家的典型情形，是當一方當事人因無能力支出專家費用而不能提供專家證言，導致法官獲得不適當爭點呈現，且該當事人可能受到不當敗訴判決時，法官多半不願僅憑一造證言即下判斷，受訪之 45 位曾指定專家的法官中，有 13 位法官指出會在此種情況指定專家證人提供獨立的評估，藉以獲得適當的判斷。

而指定專家證人之原因，除了協助法官對於訴訟案件事實真相之了解或協助法官就事實真相做出合理決定外，有少數法官係利用指定專家證人協助兩造和解。在問卷中發現，依聯邦證據規則第 706 條指定專家的 45 件案例中，有 7 件與和解有關，其中 3 件案件當事人強烈表達透過專家獨立評估作為和解之條件，但另外 4 件指定專家之初始原因與和解無關。值得注意者係，在曾指定一次專家證人的法官中，有三分之一指出曾以威脅要指定專家作為達成和解的方式³⁵⁰。但是也有法官明白表示，調解與專家證人之指定應屬二事，若案件有調解可能，他會將案件送到治安法官 (magistrate judge) 那裏去讓他們討論，而不會指定專家證人。故從這份問卷中可以了解到，指定專家有助於和解之論點並未在法官間達成共識，若當事人已表達和解，法官是否仍有必要指定專家以協助作成決定，將是個有趣的問題。

第三款法院職權指定專家證人之反思

³⁵⁰有法官描述此種作用：當我發現在最終的審前會議中，當事人雙方專家證人之意見南轅北轍時，我將威脅要使用法庭專家。因為在那些案件，兩造會在我指出他們地位及風險中全有或全無的性質之後，重新審視他們的地位。一般來說，這樣會改變他們對他們案件的評估。Joe S. Cecil and Thomas E. Willging, *Accepting Daubert's Invitation: Defining a role for court-appointed experts in assessing scientific validity*, *Emory Law Journal*, 1015(1994).

聯邦證據規則第 706 條雖有法院選任專家證人之規定，但並未排除當事人自行提出專家證人，只是若當事人若自行選任專家證人時，該名專家證人之報酬不可計入訴訟費用，而須由選任之當事人自行支付。就此，聯邦證據規則第 706 條(e)即明示本規則並不限制當事人傳喚自己之專家。此外，聯邦證據規則第 706 條(d)規定，法院得授權向陪審團披露法院指定專家之事，此等披露之目的，在於法院選任之專家證人相較於當事人自行延請者，應有較強之公正性，故該名專家證人係由法院選任之事實，自可作為陪審團考量專家證言之證據力之因素。

可慮者係，由法院職權指定專家證人，可能與英美法制向來之訴訟觀不符，而對於當事人原則(adversary system)之尊重，亦造成法官原則上傾向不職權指定專家證人³⁵¹。美國研究中，有 81 位法官被詢問未指定專家證人的原因時，其中 50 位法官認為由法院指定專家證人原為特殊情形，部分法官認為在當事人雙方所提供專家意見歧異而對立，方有指定專家證人之必要，部分法官認為由法院指定專家證人本身即為特殊狀況。另外，81 位受訪法官中有 39 位認為，法官不指定專家證人的原因在於對於當事人原則的尊重(Respect for the adversarial system)，在未曾指定專家證人的 18 位法官中亦有 13 位提出相同看法，這些法官原則上尊重當事人制度及陪審團，認為只在辯論程序失敗時，才由法院指定專家證人。³⁵²

此外，由法院指定之專家證人，至多僅於形式上看似較無偏頗，實際上，其所作成鑑定結果之正確性，並不因此即受到充分、具體的保障。是故，在美國由法院職權指定專家證人之實際成效究竟如何，仍有相對立之不同評價。然而，在美國由法院選任專家證人之思想傾向的確有日益擴大之趨勢。況且，只要在制度上法院有權自行選任專家證人，縱使實際上未職權選任，亦能使當事人於自行選任專家證人時採取較為公正之態度³⁵³。

³⁵¹受訪者中，45 位曾指定過專家證人之聯邦法院法官，有 32 位僅在單一情形下會指定專家證人，他們認為專家證人之指定系特殊情況。Joe S. Cecil and Thomas E. Willging, *Accepting Daubert's Invitation: Defining a role for court-appointed experts in assessing scientific validity*, *Emory Law Journal*, 1016(1994).

³⁵²Joe S. Cecil and Thomas E. Willging, *Accepting Daubert's Invitation: Defining a role for court-appointed experts in assessing scientific validity*, *Emory Law Journal*, 1018-1019(1994).

³⁵³Ladd & Carlson, *Cases and Materials on Evidence*, 736(1972)轉引自李貞儀，*刑事鑑定制度之研*

事實審法院是否聯邦證據規則第 706 條指定專家證人之決定，上訴審係以裁量權濫用(abuse of discretion)之標準為審查基礎。事實審法院可以廣泛自由地決定是否指定專家，雖然在極端複雜的案件中雙方均提出專家而造成專家意見分歧時，法院依職權指定專家具有經濟效益，但法院仍然拒絕依第 706 條指定專家之情形，亦非為裁量權濫用。通常上訴審法院在審酌事實審法院是否濫用裁量權的一個因素，即為法院對專家的指定是否基於對一造當事人或特定爭點之偏見指定³⁵⁴。

第二節 專家證人制度相關爭議問題

第一項 概說

學者指出，1990 年代，於美國證據法的領域，可謂是道伯特(Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals)一案³⁵⁵所開啟的黃金年代，針對此案所探討之專家證言(expert testimony)相關議題，學者及實務操作者均有熱烈討論。直至今日，美國法院中各種關於如何呈現專家證言之見解仍持續互相角力，主要集中在以下五點³⁵⁶：

一、合適的資格(Proper Qualifications)

適格之專家證人必須因為其本身具有之知識、技術、經驗、訓練或教

究，台灣大學法律學研究所碩士論文，頁 71。

³⁵⁴The standard for review of a trial court's appointment of an expert under Rule 706 is whether the appointment constituted an abuse of discretion. One factor to consider in such a review is whether the expert selected by the court had any bias toward one party or one side of an issue. See Joe S. Cecil and Thomas E. Willging, Accepting Daubert's Invitation: Defining a role for court-appointed experts in assessing scientific validity, Emory Law Journal, 1000(1994) 然而，在 Renaud v. Martin Marietta Corp 案中住戶主張廠商污染飲用水，廠商的律師則反駁住戶引用關於化學暴露程度證言，法院指定地質化學(geochemistry)及水文學(hydrology)的專家，針對住戶方之專家證人所提出，在科學上以單一資料判斷已暴露污染長達十一年的事實作評估。法院指派專家報告指出在科學上未曾聽聞只選取一種集合物即可判斷在單一地點持續遭釋放污染長達十一年之事實。因此法院據此否認住戶援用的關於化學暴露程度的專家證言，而判決廠商勝訴，然住戶在上訴時強烈質疑法院指定專家證人之權威，上級審注意到法院依 Daubert 案建立出來之規則，所應為之專家證言容許性審查（亦即評論住戶所提出之專家證言所依據之科學方法），可能因此被擴張成為法院指定專家證人之任務。See Renaud v. Martin Marietta Corp, 972 F.2d 304 (10th Cir. 1992).

³⁵⁵Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, 509 U.S. 579 (1993)

³⁵⁶George Fisher, Evidence 2nd, Foundation Press, P692, (2008)

育被認定(*be qualified*)為專家，此部分係關於聯邦證據規則第 701 條及第 702 條之問題，本文於第一節第三項已有所討論。

二、合適的主題(*Proper Topic*)

專家證言之主題必須超越並不侵犯陪審員(*jurors*)及法官之知識領域。換言之，專家不能僅簡單地告訴陪審員系爭案件事實認定之結果如何，更不能如同一個法律專家侵犯法官用法之職權。亦即，專家只是透過提供資訊或啟發陪審員所欠缺之知識以協助陪審員或法官認定事實。此部分係有關於聯邦證據規則第 702 條及第 704 條之問題。

三、足夠的基礎(*Sufficient Basis*)

專家證人作出意見必須基於足夠之事實基礎(*adequate factual basis*)，此部分係有關於聯邦證據規則第 702 條、第 703 條及第 705 條之問題。

四、關聯性及可靠性之方法(*relevant and reliable methods*)

專家證言必須是可靠之原則及方法下所產生之意見(*the product of reliable principles and methods*)，並可靠地(*reliably*)適用於系爭案件的事實。此部分係有關聯邦證據規則第 702 條及自 *Frye* 案開始之數則重要判決先例。

五、通過聯邦證據規則第 403 條之挑戰(*Rule 403 Challenge*)

所有證據，包括專家證言，若被挑戰，均必須通過聯邦證據規則第 403 條之權衡。

第二項專家證言之主題

關於何種主題(*topics*)適合由專家作成專家證言，應考慮該證言對於事實認定者所可能產生之幫助。由於使用專家證人需要支付專家報酬費用，且整體程序相當耗費時日，另外若不當使用專家證人，可能會產生誤導事實審理者（尤其在有陪審團之情況下）之風險。蓋事實審理者通常對於具有專業資格之人所為之觀察及判斷，會給予高度的信賴與尊重。故使用專家證人時必須謹慎，只有在承審法官被說服，在某一主題上提出專家證言對事實認定者有所幫助時，當事人方能提出。聯邦證據法第 702 條(a)亦規定「專家的科學、技術或其他特別知識將幫助事實之審判者了解證據或確

定系爭事實」為允許提出專家證人之前提。

學者有指出，有時訟爭所涉及的實體法明確要求專家證言，例如，於醫療過失訴訟中，原告必須證明被告所受的治療未達「專業的注意標準」。此種情形，觀察實體法對陪審員的常識之合理假設即明白顯示，在無專家資訊的幫助下，他們將無法達成結論，將直接導致負有舉證責任之一方敗訴³⁵⁷。此外，專家的知識在證明被告所持有的物品是否是非法毒品，或證明某產品的設計是否可能導致誤用等主題，均有所運用³⁵⁸。

至於某些特定主題是否應容許專家證言，常存有爭論。諸如，一些社會科學家對目擊證人觀察之可信度進行研究，他們相信，當犯罪被害人或證人認為他們已指認出某人為罪犯時，可能高估其確定的程度。某些社會學家認為，當指認者與被指認者分屬不同族群時，指認的錯誤率相當高，故當指認特定人在訴訟中有決定性的影響時，辯護律師通常會聲請提出熟悉此領域的專家作證。就此，法庭必須決定，陪審員是否可以本身自己具備之知識與經驗評估目擊證人指認錯誤之風險，或者專家的資訊可幫助他們對指認的可靠性達成更好的結論³⁵⁹。原則上，事實審法院對此有相當之裁量空間，無論容許或拒絕此類證據的歧異裁決，都分別會受到上訴法院的維持。

有關專家證人得否針對最終爭點(ultimate issue)表示意見，乃有爭議。聯邦證據規則並未明白定義最終爭點的範圍。然而，過往普通法的歷史指出，若一個專家證人之證言與最終應由陪審團自主決定之問題相同，此種主題之證言應被排除而無提出容許性。諸如：法院將排除一個精神科醫師

³⁵⁷易延友，證據法的體系與精神-以英美法為特別參照，北京大學出版社，2010年6月，初版，頁193。

Arthur Best, *Evidence: examples and explanations*, 蔡秋明、蔡兆誠、郭乃嘉譯，證據法入門-美國證據法評釋及實例解說，元照出版，2002年12月，頁234。

³⁵⁹此部分可參考 George Vallas, *A Survey of Federal and State Standards for the Admission of Expert Testimony on the Reliability of Eyewitnesses*, 39 Am. J. Crim. L. 97, 114-116.(2011)；易延友，證據法的體系與精神-以英美法為特別參照，北京大學出版社，2010年6月，初版，頁192。關於辯護律師延請專家審查證人記憶及指認之謬誤等問題，可參 Elizabeth Loftus, *Witness for the defense*, 浩平譯，辯方證人，商周出版，2005年12月。

有關檢方證人之可信性證據，因為這是被歸類在「最終意見」(ultimate opinion)的範圍，亦即這是僅有陪審團可以觸及而不可侵犯之領域³⁶⁰。又如專家證人不得對立遺囑人於立遺囑時是否具「有立遺囑之意識」提供意見，該專家證人僅能就立遺囑人於立遺囑時是否處於「自由意識」的狀態而提供意見。蓋自由意識的認定並不當然等於立遺囑意識的認定，而決定立遺囑人是否具有立遺囑之意識應屬最終爭點，為司法權之運作範圍，不應由專家證人代為決定，因此，若專家證人陳述用語不當，致發生前述引用標準的爭議時，該意見將可能被排除³⁶¹。蓋傳喚專家證人之目的在於利用其專業知識或意見協助法院訴訟之進行，專家證人不應對於案件的最終爭點作出認定，因最終爭點之判斷為法院或陪審團之工作³⁶²。

若從結論上來看，聯邦證據規則第 704 條(a)原則上已不再禁止專家在訴訟中，針對應由事實審理者自行決定之最終爭點(ultimate issue)表示意見，其理由應係基於凡是對事實審理者有幫助之證據，就予以採納³⁶³。而另一個較實際的理由，則是在於要為最終爭點定義並不容易，故雖然某些州仍禁止專家證人對最終爭點之陳述，但聯邦證據規則就此選擇避開了此種限制，採原則肯定之作法。

根據聯邦證據規則第 704 條(b)之規定，專家證人被禁止在刑事案件，就被告是否具有構成被起訴之罪或其抗辯之要件之精神狀態表示意見，因為此種狀態僅得由事實審理者自行決定。因此專家證人不能針對「被告是

³⁶⁰See Ralph Slovenko, Commentary: Deceptions to the Rule on Ultimate Issue Testimony, *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law Online*(2006), <http://www.jaapl.org/content/34/1/22.full>, Retrieved 2012-06-15. 然而，諸如「強暴創傷症候群」被廣泛認為是可容許專家證言的主題，法庭在此類證言上通常的立場是，當強姦被害人延遲報案，而辯方藉此主張系爭的性行為並未發生時，可准許提出此類的證詞來加以解釋。許多法院表示，性犯罪遲延報案的意義或普遍性的科學解釋，對於陪審員是有幫助的，而在沒有專家證言的情況下，陪審員可能較不能合理評估受害人延遲報案的事實。Arthur Best, *Evidence: examples and explanations*, 蔡秋明、蔡兆誠、郭乃嘉譯，證據法入門-美國證據法評釋及實例解說，元照出版，2002 年 12 月，頁 235。

³⁶¹賴芳玉，談專家證人，*律師雜誌*，第 253 期，2000 年 10 月，頁 82-83。

³⁶²然而，許多學者對這樣的規則提出了批評。法官們亦認為，允許證人就最終事實發表意見並不會侵犯陪審團決斷事實之權力，因為陪審團完全可以不理睬相關的證人證言。易延友，*證據法的體系與精神-以英美法為特別參照*，北京大學出版社，2010 年 6 月，初版，頁 205。

³⁶³沈明達，*英美證據法*，中信出版社（北京），1996 年，頁 155。

否有能力認識其錯誤之行為」、或「被告是否能夠認識其行為之本質」表示意見³⁶⁴，但專家證人若針對「被告有精神障礙或精神疾病」、「此等精神障礙或精神疾病之特徵及導致被告產生如何之狀態」等未直接涉及犯罪構成要件或抗辯要件之問題（如殺人故意、預謀殺人等）表示意見，則為法院所接受³⁶⁵。惟究諸實際，此一認定某程度上仍存有模糊之空間。

第三項專家證言之基礎

第一款基礎之來源

專家證人提供其證言時，必須遵守其證言所依據基礎之相關規定。此部分聯邦證據規則第 703 條有所規定。原則上，專家可以基於在本案訴訟中所見聞而認為真實的事實，或基於在法庭外所作的觀察而認為真實的事實，來陳述其意見。不過，依聯邦證據規則第 705 條，法院有權要求專家揭露其所依據的資料。關於專家依據在法庭觀察以外所取得的資訊所為的證詞，由於專家證人對案件事實並未親身經歷及感知，他只是以自身的知識、經驗和技能為基礎對案件事實做出推論和判斷，是故，若要求專家推論時只能依據具有提出容許性(admissibility)之證據，可能導致專家所能適用之基礎資料不足以發現真相，此種設計並不合理。故聯邦證據規則第 703 條明確指出該資料並不需要具有提出容許性，只要該等資料被該領域專家合理信賴，可用以形成專業意見的資料即可³⁶⁶。換言之，法院必須基於專家證人之地位，審查該事實或資料是否符合合理信賴之標準，此屬於須於聯邦證據規則第 104 條之審前問題(preliminary question)³⁶⁷。至於，如何判斷是否屬於合理依賴，法官得要求專家證人解釋並證明其他同領域專家對

³⁶⁴聯邦證據規則 704(b)之所以作為例外而存在，是於 1984 年 John Hinckley 意圖謀刺總統一案無罪獲釋後增訂的，立法者之目的顯然是為了降低精神病學證詞在刑事訴訟中的不當影響力。Arthur Best, Evidence: examples and explanations, 蔡秋明、蔡兆誠、郭乃嘉譯，證據法入門-美國證據法評釋及實例解說，元照出版，2002 年 12 月，頁 242；Ralph Slovenko, Commentary: Deceptions to the Rule on Ultimate Issue Testimony, Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law Online(2006), <http://www.jaapl.org/content/34/1/22.full>, Retrieved 2012-06-15.

³⁶⁵喬恩 R.華爾滋，刑事證據大全，何家弘等譯，中國人民公安大學出版社，1993 年，頁 360。

³⁶⁶原文：「If experts in the particular field would reasonably rely on those kinds of facts or data in forming an opinion on the subject, they need not be admissible for the opinion to be admitted.」

³⁶⁷賴芳玉，談專家證人，律師雜誌，第 253 期，2000 年 10 月，頁 82。

該事實資料之運用或依賴程度、學術價值³⁶⁸。

舉例來說，於醫療案件中，即使因違法取得，導致某 X 光片之證據能力被排除，不容許提出於法庭，若法院有理由相信一般醫學專家通常會認為 X 光片十分可靠，具有合理信賴(reasonable reliance)，則醫學專家仍可依據其在法庭外所見的 X 光資料作出專家證言。又如：不動產鑑價師之專家證言係部分依據，該棟房屋鄰近地區之人所為之傳聞陳述而產生，只要依賴此種傳聞陳述可被評價為不動產估價行業中之合理行為，該不動產鑑價師即可依據此種傳聞，對該房屋之合理價格表示意見³⁶⁹。

第二款專家對於基礎資料之公開

專家證人在提供專家意見時必有所依據的事實及資料，而這些事實及資料，除在訴訟中為法院所採用或認定為證據外，如前述聯邦證據規則第 703 條所指出，專家證人也可以在其合理信賴之標準下，將其引為專家證言之基礎事實及資料（即使屬於不具提出容許性之證據），依聯邦證據規則第 705 條，原則上專家證人在作證前不需指出其意見引用之相關事實及資料，但在審判中接受反詰問(cross-examination)時，若專家證人被要求提出其證言之基礎事實、資料，專家證人則有提出並說明之義務。

此外，由於專家證人於公判庭上對陪審團及法官陳述意見時，往往必須說明其所依據之事實資料以增強其說服力，惟若專家證人使用本無提出容許性之證據（事實或資料）作為其形成意見之基礎，原則上專家證人不得披露此等事實或資料給陪審團，俾免本無提出容許性之資料藉由專家陳述意見之途徑迂迴提出，洩露並汙染陪審團之心證並進而導致偏見。就此，聯邦證據規則第 703 條之規定僅原則禁止專家披露此等資料，並未完全抹煞其提出之可能性。若該等事實、資料之提出有助於陪審團對專家意見之實質評估，且其幫助事實審理者評價專家意見之利益大於提出所帶來

³⁶⁸ George Fisher, Evidence 2nd, Foundation Press, 718-726(2008)

³⁶⁹ Arthur Best, Evidence: examples and explanations, 蔡秋明、蔡兆誠、郭乃嘉譯，證據法入門-美國證據法評釋及實例解說，元照出版，2002 年 12 月，頁 237。

之偏頗效應時，即例外允許專家證人於陳述意見時提出此等事實資料。惟實際操作上，法官其實難以確定這些事實資料提出之利益超過或沒有超過它可能使陪審團產生之偏見³⁷⁰。

第四項專家證言之容許性問題

第一款概說

英美法中所謂證據容許性(Admissibility)，與我國證據能力之意義相同，即指一項證據是否具有提出於法庭之資格，並因此得採為裁判理由之依據。而證據容許性在英美法上乃涉及何種事實和材料將准許作為事實認定者之陪審團聽、看、讀甚至可能是摸或聞的一種決定³⁷¹。不具有容許性的證據不能在法庭上提出，也不允許被事實審理者看見或聽聞，故於邏輯上並不會產生證明力。在英美法系國家，證據容許性是證據法的核心問題。通常，無容許性之證據包括缺乏關聯性之證據和應依證據排除規則為排除之證據。

專家證言提出之容許性，除須符合一般證據所必須具備之關聯性要件，亦即該證據能對於訴訟上待確認之重要事實有可能性之影響（聯邦證據規則第 401 條參照）外³⁷²，還必須具備另一個重點—可靠性(Reliability)。換言之，若無可靠性之專家證言，縱使具有關聯性，仍無法被認為具有證據容許性，將不得提出於法庭供事實認定者（法官或陪審團）審酌。而所謂專家證言之可靠性，所討論者乃專家證言所依據「理論及適用方法之可

³⁷⁰胡衛平，專家證據的可採性—美國法上的判例和規則及其法理分析，環球法律評論，2005 年第 6 期，頁 715。

³⁷¹參見喬恩·華爾滋，何家弘等譯，刑事證據大全，中國人民公安大學出版社，2004 年，頁 10。

³⁷²聯邦證據規則 401 條：「證據具有關聯性之情形應符合下面兩點：

(a)該證據具有某種傾向，若有此證據將比無此證據之情況，導致一個事實具有多一點或少一點的可能性；

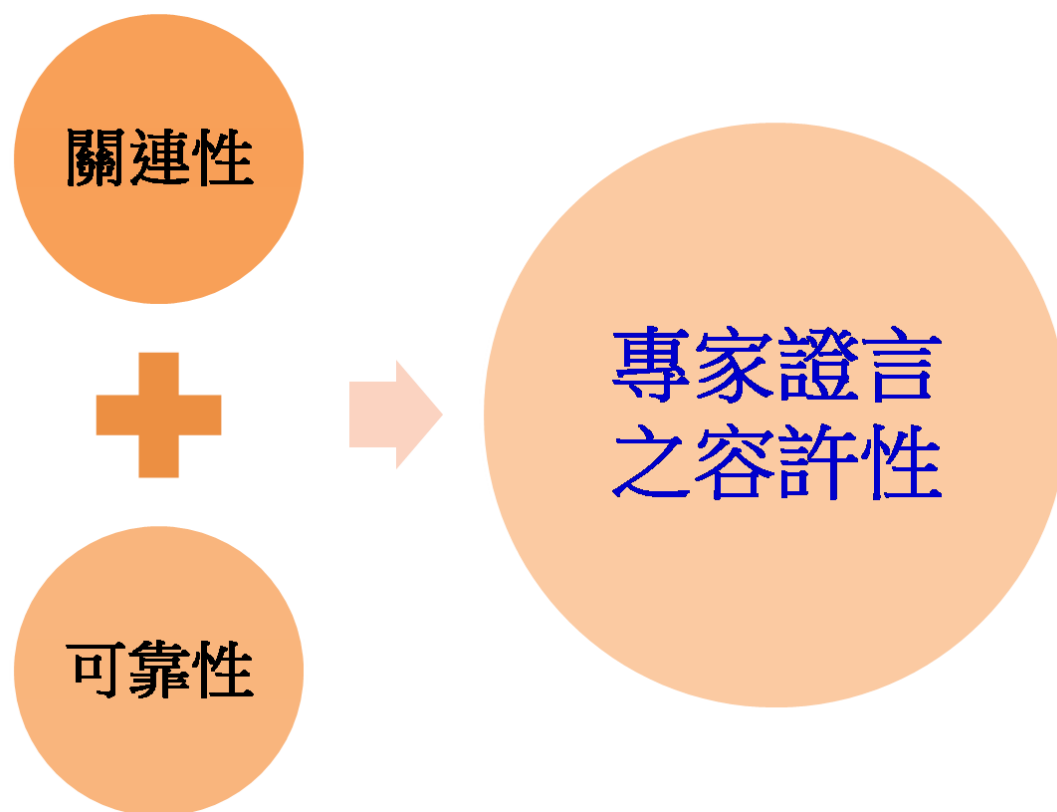
(b)且此一事實必須對於訴訟具有重要決定性」

原文：「Evidence is relevant if:

(a) it has any tendency to make a fact more or less probable than it would be without the evidence; and

(b) the fact is of consequence in determining the action.」

靠性」，亦即科學上的有效性³⁷³。蓋專家所依據理論之可靠性是專家證言結論可靠性的前提，若專家證言依據之理論本身缺乏可靠性，縱使適用方法再可靠，亦無法得出可靠之結論；反面觀之，縱使一項理論被認為是確實、可靠的，如果適用方法不可靠，其結果亦難期待具有客觀性³⁷⁴。



圖表 4-1 專家證言之容許性

美國學者指出，對專家證言可靠性之判斷必須依據兩個方面的因素：其一是將某一理論應用於某項技術是正確的。此一因素包括理論本身之科學性及理論被正確地應用於這項技術；其二是在特定條件下方法之正確性，此一因素包括用於這項技術的儀器設備符合科學條件、運用了正確的

³⁷³Dale A. Nance, Reliability and the Admissibility of Experts, Seton Hall Law Review, Vol. 34,192.(2003).

³⁷⁴胡衛平，專家證據的可採性—美國法上的判例和規則及其法理分析，環球法律評論，2005 年第 6 期，頁 710-711。而此種對於專家證言可靠性之審查，某程度也是建立在美國專家證人係當事人所雇用之打手(hired gun)之疑慮上。See George Vallas ,A Survey of Federal and State Standards for the Admission of Expert Testimony on the Reliability of Eyewitnesses , 39 Am. J. Crim. L. 97,111(2011)

操作手段、專家具備相應之資格³⁷⁵。此外，應注意的是可靠性並非簡單之二分法，而是一個程度的問題³⁷⁶，故應確定一個界限，以判定可靠性達到何種程度才能滿足具有證據容許性之要求，這是一個非常複雜的問題，因為專家證言之種類繁多，是否具有一個統一的規則能夠衡量各種專家證言之可靠性程度，可能存有疑問。儘管如此，針對專家證言之容許性問題，包括專家證言可靠性之標準、評價可靠性之責任應由誰擔當等問題，超過一百年的時間，美國仍在其司法及立法過程中形成了一系列具有代表性之判決先例及具有法律位階之規則，值得借鏡參考。

第二款商業市場接受規則

於 20 世紀以前，美國法院在評價專家證據容許性時，並未把焦點集中在科學有效性上，評價專家證言容許性之作法，主要依據該專家在相關的專業領域或行業內是否成功，此一標準被稱為「商業市場接受規則」(marketplace test)。根據該規則，專家證言之容許性取決於該專家在相關專業領域內成就的大小³⁷⁷。若一個人能夠向公眾或當事人提供具有關聯性之知識，並證明其本身有從事該專業之足夠經歷，則法庭就會認為該專家提供之意見具有容許性。此種判準並不考慮此一公眾所認可之「專家」其所提出之理論及方法是否具有可靠性。

商業市場接受規則將人及知識一體化，若專家具有資格，那麼其意見就可被認為具有容許性。此種想法賦予知識商業價值，透過市場來選擇何種知識屬於有效的專家證言，並由市場決定專家知識之價格。按照這種邏輯，商業市場接受規則根本無法區別「天體物理學」(astrophysics)與「占

³⁷⁵David L. Faigman, Elise Porter, and Michael J. Saks, Check Your Crystal Ball at the Courthouse Door, Please: Exploring the Past, Understanding the Present, and Worrying about the Future of Scientific Evidence, 15 Cardoza Law Review, 1825-1834 (1994).

³⁷⁶Dale A. Nance 教授指出：法院和評論人員應當拋棄一個二元的、全有全無的可靠性的概念—亦即，證據要麼是可靠的，要麼是不可靠的這種概念，而應去贊同一個漸進的概念，因為證據的可靠性是一個「程度問題」。See Dale A. Nance, Reliability and the Admissibility of Experts, Seton Hall Law Review, Vol. 34, 193.(2003).

³⁷⁷David L. Faigman, Elise Porter, and Michael J. Saks, Check Your Crystal Ball at the Courthouse Door, Please: Exploring the Past, Understanding the Present, and Worrying about the Future of Scientific Evidence, 15 Cardoza Law Review, 1803-1804 (1994)。

星學」(astrology)，依據占星學理論所作成之專家證言亦可被容許，只要當時市場上充斥著占星術的消費者，而該名提供占星學知識之人亦被市場認為是該領域之專家。如此看來，商業市場規則幾乎完全未考量理論及方法之科學有效性，存在著重大缺陷³⁷⁸。

第三款 Frye v. United States

直到 1923 年哥倫比亞特區上訴法院作成佛萊爾(Frye³⁷⁹)一案開始，美國法院開始採用一個著名的「佛萊爾法則」(Frye test, Frye standard)或稱「普遍接受法則」(general acceptance test)。該案之主要事實是被告(即上訴人)James Alphonzo Frye 通過了測謊器³⁸⁰(Polygraph)之記錄，可以證明他沒有犯被指控的二級謀殺罪。辯方律師因而要求延請此領域之科學家作為專家證人去進一步驗證該測謊檢查之結果，遭檢方反對，而一審法院亦駁回此項提議。其後辯方律師亦由專家證人於法庭上進行該項測謊，此請求亦被拒絕並進而判決被告有罪，二審亦維持此判決於是被告上訴到哥倫比亞特區上訴法院。上訴法院 Van Orsdel 法官主筆的判決確立了專家證言容許性的新規則，該判決指出：「一項科學法則或者發現，究竟是在實驗或實用階段是難以界定的。在此曖昧不明的領域，科學原理的證明能力必須被確定，法院判斷是否允許專家證言的過程中，必須以普遍接受之科學或發現為根據，該原理必須滿足在其所屬特定領域獲得普遍接受。」³⁸¹依此標準，上訴法院進一步認為「收縮壓測謊試驗」還未在生理和心理學界獲得普遍接受的地位，因此，裁決否定了測謊

³⁷⁸胡衛平，專家證據的可採性—美國法上的判例和規則及其法理分析，環球法律評論，2005 年第 6 期，頁 712。

³⁷⁹此一判決由哥倫比亞特區上訴法院(Court of Appeals of District of Columbia.)所作成，應予注意者，該法院係哥倫比亞特區之終審法院。該州之最高法院(Supreme Court)反而是二審法院。此部分具有名稱上之特殊性。參 Frye v. United States, 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923)

³⁸⁰於該案中之測謊器屬於較早期之測謊方式，是以血壓脈搏作為檢定指標之收縮壓測謊試驗(Systolic blood pressure deception test)。

³⁸¹Frye v. United States (D. C. Cir. 1923) 293 F. 1013.原文:「Just when a scientific principle or discovery crosses the line between the experimental and demonstrable stages is difficult to define. Somewhere in this twilight zone the evidential force of the principle must be recognized, and while courts will go a long way in admitting expert testimony deduced from a well-recognized scientific principle or discovery, the thing from which the deduction is made must be sufficiently established to have gained general acceptance in the particular field in which it belongs.」

器證據在該謀殺案中的使用。

此後，美國大多數州的法院都遵循了這一標準。根據佛萊爾標準，判定是否獲得「普遍接受」有兩個步驟：1.確定科學理論或發現所屬的相關科學界或專門領域；2.判定該領域是否已經普遍接受該理論及論證方法。在隨後的判例中，法院對「普遍接受」的理解產生了分歧。有部分法院認為，「普遍接受」不需要科學界之觀點完全一致，只要一項技術的使用被所屬領域之多數成員接受，即滿足了「普遍接受」之要求。

根據「佛萊爾」案之見解，是否具有可靠性之標準，主要是相關科技社群來決定，而非法官。作證專家之專業領域中科學家的共識，主宰著該證詞的容許性。以前衛或尖端的科學理論或程序為依據的證詞將容易被拒斥。佛萊爾標準對於科學團體之遵從，雖然使得科學之價值受到了某程度之尊重，且可保護當下之訴訟案件免於使用將來易於被推翻或削弱之資料，然而司法之決定權卻某程度上受到了威脅。此外，為了確定某一科學原則或技術是否在所屬領域普遍接受，在開庭審理前，要舉行所謂的「佛萊爾聽證」。由於對「普遍接受」此一標準的不同理解以及科學理論本身即有五花八門之爭論，導致此一聽證會經常比庭審時間還要長，產生花費亦十分高昂，也讓訴訟審理無法使用最先進的科技知識。是故，因為方法上的過度保守和操作上的弱點，佛萊爾標準一直受到那些尋求新奇科學證據人士的批評³⁸²。

學者指出，支持佛萊爾標準的人認為，法官能掌握之科學知識非常有限，對專家證據可靠性評斷必須依靠科學團體，唯有如此方能保證有效的科學知識進入法庭³⁸³。然而，反對佛萊爾標準的人則提出了三方面的質疑：

³⁸² Arthur Best, *Evidence: examples and explanations*, 蔡秋明、蔡兆誠、郭乃嘉譯，證據法入門-美國證據法評釋及實例解說，元照出版，2002年12月，頁238、蔡秋明、方佳俊譯，湯瑪斯·摩伊特著，訴訟技巧，商周出版，2008年5月，頁397。正如 Harvey Brown 法官所說：「在佛萊爾案要求之普遍接受原則下，事實上有許多好處，此亦包括，法官在決定專家證據可採性時，避免出現許多因科學內在性質所產生極端的困難。」 Judge Harvey Brown, *Eight Gates for Expert Witnesses*, 36 *Hous. Law. Rev.* 779-780 (1999).

³⁸³ 在哥倫比亞特區上訴法院之「美國訴阿狄森」(United States v. Addison)一案中，法院認為，在科學團體內要求普遍接受，可以保證最有資格的人全面評價科學方法的有效性，他們的意見具有

第一，由誰來判斷是否普遍接受？一方面，法院必須首先確定專家證據依據的理論所歸屬的科學領域，對於一項新技術來說，要確定其歸屬之科學領域相當困難，有時一項新技術就代表著一個新領域或多個專業領域之交叉地帶，法官很難判斷該技術或原理歸屬的領域；另一方面，由於技術之進步以及專業分殊化，在一個細分的科學領域中，要達成普遍接受之標準即相對容易。第二，普遍接受的內容是什麼？佛萊爾標準沒有明確是基礎理論、基本方法，還是兩者同時要達到普遍接受。舉聲紋檢驗的例子來說，聲紋具有特定性這一點在相關專業領域已經得到了普遍接受，但這並不意味著對於十分複雜的聲紋檢驗技術也達到了普遍接受。第三，普遍接受的標準是什麼？對是否跨入了普遍接受的「門檻」，實際上仍然沒有一個明確的標準³⁸⁴。

第四款 *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*

在美國，佛萊爾標準(Frye standard)支配著專家證言容許性審查標準逾七十年。直到 1993 年道伯特(*Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*)一案³⁸⁵，最高法院方改變見解，要求法官須詳細審查專家證言證據在科學上的可靠性，而專家證言所依據之理論及論證方法「獲得該科學領域普遍接受」(general acceptance in the relevant scientific community)可以是法官審查的考量點之一，但絕不會是唯一的考量點。此種見解係立基於聯邦證據規則第 702 條並未表示可靠性之標準僅限於「獲得該科學領域普遍接受」。當然，普遍接受標準仍具有重要地位，因為美國仍有部分州採用佛萊爾標準³⁸⁶，此外，依道伯特案之見解，「普遍接受」仍是專家證言可靠性的分析考量點之一。

決定性。因此，普遍接受標準運用最小限度的專家，有效地評價了某一特定領域的科學理論和方法。See *United States v. Addison*, 498 F. 2d 741, 743-744 (DC Cir. 1974).

³⁸⁴胡衛平，專家證據的可採性—美國法上的判例和規則及其法理分析，環球法律評論，第 6 期，2005 年，頁 716。

³⁸⁵*Daubert v. Merrell Pharmaceuticals*, 509 U.S. 579 (1993)

³⁸⁶包括亞利桑納州在內，大部分的州都跟進採用道伯特標準。See *New standard for scientific and expert testimony: Daubert adopted in Arizona*, *State Bar of Arizona*, *State Bar of Arizona*, 33-34 (2010)

道伯特案的審理過程乃開始於 1989 年，南加州聯邦地區法院受理一件訴訟，兩名原告 Jason Daubert 及 Eric Schuller 都是先天帶有殘疾之未成年人，他們主張其二人之母均於懷胎時服用了被告 Merrell Dow 製藥公司所生產的止吐劑(antinausea drug)，該止吐劑之功用係為防止懷孕婦女晨嘔，而該止吐劑含有苯丹克汀(Bendectin)，而此一成份導致原告具有先天殘疾(birth defects)。是以，該案之主要爭點即在於懷孕期間服用苯丹克汀是否會造成胎兒先天殘疾。訴訟中，原告聘請了八位專家證人，分別從苯丹克汀和先天肢體殘疾之間存在統計學上的關係、運用動物細胞試管(in vitro)及活體實驗(in vivo)證明苯丹克汀可以造成肢體殘疾、分析苯丹克汀的化學結構及重新分析過往的統計研究等方面證明其主張。被告之專家證人則提供了大量反證，包括超過 30 篇已經發表過之文獻，以及對 13 萬人的研究報告，指出沒有測量到該藥物與先天肢體殘疾有關³⁸⁷。

1989 年 11 月，南加州聯邦地區法院判決認為：「沒有建立在流行病學證據之上的專家意見，與事件結果間不成立因果關係...原告依據的動物細胞研究、活體動物研究以及化學結構分析不能自然而合理地成為陪審團討論因果關係的依據...³⁸⁸」該法院認為，原告沒能拿出流行病學證據支持自己的觀點，而且專家意見沒有一項證明服用苯丹克汀(Bendectin)和胎兒發育缺陷之間存有「統計學上有意義的重大關聯」。法院據此做出不支持原告主張的判決。1991 年 12 月，第 9 巡迴上訴法院根據佛萊爾標準維持了原判³⁸⁹。

於 1992 年該案上訴到聯邦最高法院，隔年，聯邦最高法院做出撤銷並發回的決定³⁹⁰。聯邦最高法院在本案的法律意見書中指出，聯邦證據規

³⁸⁷Daubert v. Merrell Pharmaceuticals, 509 U.S. 579 (1993)

³⁸⁸Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc., 727 F. Supp. 575 (SD Cal 1989)

³⁸⁹The United States Court of Appeals for the Ninth Circuit affirmed. 951 F.2d 1128 (1991). Citing *Frye v. United States*, 54 App.D.C. 46, 47, 293 F. 1013, 1014 (1923), the court stated that expert opinion based on a scientific technique is inadmissible unless the technique is “generally accepted” as reliable in the relevant scientific community. The court declared that expert opinion based on a methodology that diverges “significantly from the procedures accepted by recognized authorities in the field ... cannot be shown to be ‘generally accepted as a reliable technique.’ *Id.*, at 1130, quoting *United States v. Solomon*, 753 F.2d 1522, 1526 (CA9 1985).

³⁹⁰Daubert v. Merrell Pharmaceuticals, 509 U.S. 579 (1993)

則第 702 條並未要求專家意見必須是「獲得普遍接受」才具有容許性³⁹¹。當然，並不是寬認所有具有相關性之專家證言均可容許提出，多數意見認為，聯邦證據規則賦予法官「把關者」(gate keeper)的任務，過濾掉不可靠的專家證據。既要保證專家證據既要建立在可靠的基礎之上，又要與爭論的問題相關。根據 1975 年的聯邦證據規則第 702 條之規定³⁹²，專家證據必須是「科學的...知識」，「科學的」(scientific)暗示了方法和程式是科學的，「知識」(knowledge)是已知事實，或是由已知事實推理出的觀點，或是在良好基礎上被接受為真理的觀點。換言之，科學知識之實現、量化、推論、主張必須通過科學方法獲得，因此，專家證據必須具有適當的有效性³⁹³。專家證言屬於「科學知識」的要求構成了證據可靠性的審查標準。

該判決相信聯邦法院法官具有進行此種證據評價的能力，但主筆的 Blackmun 大法官強調這些因素並不構成一個明確的檢查標準，僅僅只是提供一些彈性的(flexible)參考依據，原則上可以整理如下³⁹⁴：

1. 該科學理論或技術是否可受驗證或曾受驗證(can be tested)；
2. 該科學理論或技術是否曾受同行審查、評論(peer review)和公開發表(publication)；
3. 該科學理論或技術是否存在可知的誤差率(potential rate of error)；
4. 是否具有可確定且可控制的程式和操作標準；
5. 該科學理論或技術是否廣為同領域的人所普遍接受(general acceptance)。

總之，專家證據必須在原理和方法上，而不是在專家的結論上具有可

³⁹¹“General acceptance” is not a necessary precondition to the admissibility of scientific evidence under the Federal Rules of Evidence, but the Rules of Evidence—especially Rule 702—do assign to the trial judge the task of ensuring that an expert's testimony both rests on a reliable foundation and is relevant to the task at hand.

³⁹²1975 年版本的聯邦證據規則 702 條原文：「If **scientific**, technical, or otherwise specialized **knowledge** will **assist the trier** of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue, a witness qualified as an expert by knowledge skill, experience, training, or education, may testify thereto in the form of an opinion or otherwise.」

³⁹³The subject of an expert's testimony must be “scientific ... knowledge.” The adjective “scientific” implies a grounding in the methods and procedures of science. Similarly, the word “knowledge” connotes more than subjective belief or unsupported speculation. The term “applies to any body of known facts or to any body of ideas inferred from such facts or accepted as truths on good grounds.”

³⁹⁴George Fisher, Evidence 2nd, Foundation Press, P737, (2008)

靠性。法院必須評估科學性之專家證言中兩個方面的有效性，亦即「證言所根據的推理或方法是否科學上有效」且「該推論或方法能否合理適用於系爭事實」，以決定該專家證言之提出容許性。根據聯邦最高法院於道伯特一案之見解，專家證言的提出容許性是由法官作為把關人(gate keeper)，故每當某一當事人想提出基於科學驗證與方法的專家證言時，為能對其進行評估，亦須進行「道伯特聽審」³⁹⁵。從佛萊爾標準演進至道伯特標準的重要變化在於，過去要求法官審查科學團體是否認可一項技術，現在則要求法官審查技術本身的有效性³⁹⁶。於某程度上可稱為法官權力的回歸，但同時造成法官相當的挑戰，畢竟法官本非其他科學領域之專家。為了適應道伯特標準帶來的變化，法院的法官更有接受基本科學知識培訓之需求。

佛萊爾與道伯特兩案不同的見解所造成的緊張，在藥品傷害訴訟中的流行病學科學證詞的處理上，將充分顯露。企圖提出可靠研究結果的科學家通常認為藥品使用與傷害間的相互關係並無意義，除非那些資料在統計上的可信度(confidence level)可達 95%，此種統計標準是深受科學家及其他統計分析使用者所支持。然而一些科學家認為，低於 95%的相互關係的資料仍然具有暗示性及關聯性。故使用統計上之可信度低於 95%的資料為其意見依據的科學家，原則上不能通過佛萊爾標準。惟若事實審法官採用道伯特標準並於分析後容許該專家證言，其裁決原則上也會獲得上訴法院的維持³⁹⁷。

關於道伯特標準本身，有學者指出，其運用上確實存在著相當的困難³⁹⁸，理由包括其一、法律人和科學家二者之間的交流難度不容低估；其二、科學之可靠性標準有時難以言說，且有浮動之狀態；其三、法官是否比對立的專家更有資格判斷專家證言之有效性令人質疑。雖從邏輯上觀之，排

³⁹⁵蔡秋明、方佳俊譯，湯瑪斯·摩伊特著，訴訟技巧，商周出版，2008年5月，頁398。

³⁹⁶Larry Kramer, *Reforming the Civil Justice System*, New York University Press, 212-234(1996)轉引自胡衛平，專家證據的可採性—美國法上的判例和規則及其法理分析，環球法律評論，第6期，2005年，頁717。

³⁹⁷Arthur Best, *Evidence: examples and explanations*, 蔡秋明、蔡兆誠、郭乃嘉譯，證據法入門-美國證據法評釋及實例解說，元照出版，2002年12月，頁239。

³⁹⁸Marilee M. Kapsa & Carl B. Meyer, *Scientific Experts: Making Their Testimony More Reliable*, 35 Cal. W. L. Rev. 313, 320-325(1999).

斥使用非傳統科學證詞的人應較偏好佛萊爾標準。然而，道伯特標準將專家證言容許性交由法官判斷，實際操作時之寬嚴常顯浮動，有學者認為道伯特標準在民事案件中顯得寬鬆³⁹⁹；另有學者指出道伯特標準在刑事案件中控方所提出之專家證人，其適用上比民事案件更為寬鬆⁴⁰⁰；亦有學者指出道伯特標準對刑事案件之辯方顯得不利⁴⁰¹。

有學者指出，無論是希望提高專家證言可靠性之門檻，從而去限制專家證言之提出容許性，或反其道而行，希望降低可靠性門檻而增加專家證言之提出容許性。應仔細衡量取其平衡，避免單獨對於科學或陪審團評價證據之能力寄予過多信任⁴⁰²。

第五款 General Electric v. Joiner

專家證言之容許性的裁決是依「濫用裁量權」(abuse of discretion)之標準由上訴審審查。從而，事實審法院對於專家證言容許性之決定相當不容易被上訴審推翻。此一原則係由 1997 年聯邦最高法院作成喬因那(General Electric v. Joiner)一案所確立⁴⁰³。

喬因那一案之主要事實，原告喬因那(Joiner)於 1973 年開始在 Georgia 州 Thomasville 市的水電部門當一個電器技工，由於職業的緣故，他必須到

³⁹⁹學者有指出：「儘管，對於想提出依據新科學驗證與方法之專家證言之原告而言，道伯特案判決看起來被視為勝利，但歷史證明卻恰恰相反。實際上，對於想證明毒物侵權案與類似的複雜侵權案件中因果關係的原告而言，道伯特案的法律見解根本是一場災難。根據該見解，聯邦地方法院法官已多次拒絕專家證言，幾乎全部遭到排除的證言都是由原告方面提出的。」蔡秋明、方佳俊譯，湯瑪斯·摩伊特著，訴訟技巧，商周出版，2008 年 5 月，頁 398。

⁴⁰⁰其亦指出辯方常缺錢聘請專家證人，導致原本擔心法庭充斥專家打手(hired gun)之情況，變成辯方片面買不起「打手」的情形(the criminal defense lawyer often lacks money for any "gun") See Paul C. Giannelli, The Supreme Court's "Criminal" Daubert Cases, 33 Seton Hall L. Rev. 1071,1074 (2003).

⁴⁰¹Christopher Slobogin, The Structure of Expertise in Criminal Cases, 34 Seton Hall L. Rev. 105,109-113(2003)

⁴⁰²Lewis H. LaRue and David S. Caudill, A Non-Romantic View of Expert Testimony, 35 Seton Hall L. Rev. 1, 44-45(2004).其強調，可靠性審查雖有其模糊性，惟並未模糊到喪失其實益，法庭還是必須透過可靠性審查過濾偽科學。

⁴⁰³General Electric .Co v. Joiner, 522 U.S. 136 (1997)

各處變壓器區工作，這些變壓器有用到礦物、油為基礎(mineral-oil-based)的介電液冷卻劑，喬因那經常需要將手臂伸入溶液中作維修，這些溶液有時會濺上身體，偶爾也會跑進他的眼睛和嘴裡。在 1983 年，市政府發現一些變壓器中的溶液被多氯聯苯(PCB's)汙染過，而多氯聯苯汙被廣泛認為嚴重傷人體，除了少數之例外，立法機關已於 1978 年禁賣及生產多氯聯苯。此後，喬因那被診斷出罹患肺癌，他主張是因為上開汙染所導致，故向製造多氯聯苯、變壓器及介電液的被告孟山都公司(Monsanto)、奇異公司(General Electric)、西屋電器公司(Westinghouse Electric)依嚴格責任為損害賠償請求。原告方提出了以鼠類實驗和四項人類流行病學研究作為基礎，所建立關於導致癌症因果關係之專家證言，北喬治亞州聯邦地區法院否定了原告所提出之專家證言之容許性，並於排除該項專家證言後准許被告方所聲請的即行判決(Summary Judgment⁴⁰⁴)。而聯邦第十一巡迴法院將此判決撤銷並發回，最高法院准許了被告方的上訴。

本案中，聯邦最高法院指出，對於事實審法官排除專家證言之決定，上訴審應以裁量權濫用(abuse of discretion)之標準審查之。而事實審法官對原告所提出有關致癌因果關係之專家證言所作出的排除，並無裁量權濫用之情形，並主張鼠類的研究距離本案事實過於遙遠，而其他四件人類流行病學的研究並無數據上的顯著結果⁴⁰⁵，即使這些研究全都擺在一起，也不足以支持該專家的結論⁴⁰⁶。

有學者主張，喬因那一案某程度上違反了最高法院致力於道伯特一案

⁴⁰⁴所謂之「即行判決」(Summary Judgment)，係當事人雙方對於案件事實並無爭議時，法官可依據法律對於案件作出未經陪審團審議的直接決定。原則上只有在對於重要的事實沒有爭執時，方得逕為判決，又由於法官可不經過陪審團之參與即可結案，所以法官應慎重，把懷疑利益(Benefit of Doubt)給未為逕為判決動議之一方。

⁴⁰⁵聯邦最高法院於此認為，事實審參酌被告之主張，從多氯聯苯劑量的濃度差異及幼鼠與成年人間之差異等科學理由，認定出該實驗方法與本案結論確實有相當之距離。而事實審如此之認定並無裁量權濫用。而其他四件人類的流行病學研究，第一件提出工人在義大利電容器工廠受到多氯聯苯等曝曬，作者指出離職員工中，肺癌死亡高過先前的預期值，但結論仍主張：「顯然沒有肺癌死亡和曝險於工廠有關聯的理由(儘管增長值高於預期值)」這樣的研究實際上無法支持 Joiner 曝險於 PCB 確實會致癌。而第二件關於孟山都(Monsanto) PCB 製造廠之工人之研究、第三件涉及挪威電纜廠工人曝露於礦物油中之研究、第四件關於群體曝險於 PCB 的日本研究均如同第一件沒有辦法證立專家證人之結論。See General Electric .Co v. Joiner, 522 U.S. 136 (1997)

⁴⁰⁶General Electric .Co v. Joiner, 522 U.S. 136 (1997)

中建立之原則而備受批評，蓋法官的審查的對象，應僅限於專家證言所依據之理論與方法，而非因此所產生之結論。而聯邦最高法院在喬因那一案，則模糊了方法與結論間的界線，並允許事實審法官下結論認定「在資料與專家意見之間有著太深的分析鴻溝」。該判決授予事實審法院法官巨大的權力，因為事實審法官知道在裁量濫用的標準下，判決幾乎不可能遭到上訴審廢棄，此將可能導致事實審法官儘量在科學方法與結論間尋找分析鴻溝，以排除專家意見⁴⁰⁷。

第六款 Kumho Tire Co. v. Carmichael

聯邦最高法院於 1999 年作成錦湖輪胎(Kumho Tire Co. v. Carmichael⁴⁰⁸)一案判決，進一步認為關於專家證言容許性審查之道伯特標準，應適用於所有類型的專家證言，而非僅限於科學性證據。

錦湖輪胎案之主要爭點在於，是原告卡麥可(Patrick Carmichael)以一家名為錦湖輪胎公司之韓國輪胎製造商為被告之產品責任案件中，提出專家證言的容許性問題。蓋為證明輪胎並非過度使用而爆胎，而爆胎係導因於輪胎本身之瑕疵，原告提出了一位爆胎分析師的專家證言。該分析師之意見主要指向輪胎之爆胎係因產品瑕疵而生，而非使用過度所致，而該專家的意見係基於該專家對輪胎視覺與觸覺上之檢查，及其以論理方式認為輪胎欠缺某些過度使用之物理特徵，足以顯示爆胎係起因於輪胎本身之瑕疵。然而，南阿拉巴馬州聯邦地區法院於審理時認為，輪胎分析師在認定系爭輪胎之爆胎原因時，其方法可靠性不足。排除了此一專家證言，並以即行判決(summary judgment)的方式，宣判被告勝訴。聯邦第十一巡迴法院將此判決撤銷並發回，最高法院准許了被告方的上訴。最後，聯邦最高法院認為事實審法官的裁定適當，特別是依照喬因那一案判決所宣示的裁量濫用審查標準。

⁴⁰⁷蔡秋明、方佳俊譯，湯瑪斯·摩伊特著，訴訟技巧，商周出版，2008年5月，頁399；Marilee M. Kapsa & Carl B. Meyer, Scientific Experts: Making Their Testimony More Reliable, 35 Cal. W. L. Rev. 313, 319-320(1999)

⁴⁰⁸Kumho Tire Co. v. Carmichael, 526 U.S. 137 (1999)

錦湖輪胎案所衍生的思考是，「道伯特」案判決之見解是否僅適用於建立在「嚴肅」科學，諸如化學與物理學上的專家證言，抑或可適用於其他未建立在科學驗證與方法上，而主要依據訓練、觀察與經驗的專家證言？簡言之，道伯特標準是否適用於所有的專家證言？該判決指出，道伯特一案明白的闡示了事實審法官作為把關者(gatekeeper)之義務及提出若干判斷標準，而此等標準不僅應適用於以科學知識為依據之專家證言，亦應適用於以「技術的」(technical)或「其他專門的」(otherwise specialized)知識。蓋聯邦證據規則第 702 條(即使是 1975 年版本)中，並未將「科學的」知識和「技術的」(technical)和「其他專門的」(otherwise specialized)知識做實質性的區別對待。此外，對法官來說，要區分「科學的」知識和「技術的」和「其他專門的」知識之後，再去執行證據規則所要求的把關者任務，即便有可能性，也將是非常困難的任務。因為並沒有明顯的界限來區分這些知識，若硬要從概念上努力區分兩者，即無法產生清晰且能夠應用於特定案件的法律界限⁴⁰⁹。因此，多伯特標準應適用於所有專家證言，不僅僅是科學的專家證言。專家證言是否具有容許性，而得由陪審團聽聞並列為參考之問題，在專家證言並非建立在科學驗證與科學方法上時，仍必須由法官決定證言是否具有可靠性及關聯性，並仍得在此決定中，考慮一項以上道伯特案中之建議考量點。對於此類專家證言可靠性的調查必然是具有彈性的，因必須受到個案的特定事實限制⁴¹⁰。

第七款聯邦證據規則之修正

聯邦證據規則第 701 條、第 702 條於西元 2000 年時有所修正。第 701 條增列(c)之規定，使得專家證人不能再依原第 701 條之規定以普通證人身份作證，並規避第 702 條規定之審查。第 702 條則修正得更清楚：專家作證除應符合「專家的科學、技術或其他特別知識將幫助事實之審判者了解

⁴⁰⁹Finally, it would prove difficult, if not impossible, for judges to administer evidentiary rules under which a gatekeeping obligation depended upon a distinction between “scientific” knowledge and “technical” or “other specialized” knowledge. There is no clear line that divides the one from the others. *Kumho Tire Co. v. Carmichael* 526 U. S. 137 (1999).

⁴¹⁰蔡秋明、方佳俊譯，湯瑪斯·摩伊特著，訴訟技巧，商周出版，2008 年 5 月，頁 399。

證據或確定系爭事實」之要件外，其證言必須符合下列三點：

- 一、基於充足之事實或資料；
- 二、係基於可靠的原則或方法所產生之結果；
- 三、該專家證人乃可靠地將前述原則及方法適用於案件事實上。

實際上，這樣的修正完全是在配合道伯特案與錦湖輪胎案之見解，可說是此二判例精神之明確化。

第三節對專家證人之評估與借鏡

第一項專家證人制度與鑑定人制度之比較

在試圖借鏡美國專家證人制度之前，必須先評估彼邦之專家證人制度與我國之鑑定制度有何差異及優劣，本文初步整理、思考後發現有以下幾個重點：

第一款當事人介入程度

美國的訴訟制度不論是民事或刑事，均採取當事人主義(adversary system)，故當事人對於專家證人原則上有完全之選任權⁴¹¹，縱使諸如聯邦證據規則第 706 條有法院指定專家證人之規定，亦不排斥當事人自行選任之權利，而其實務上目前亦仍以當事人所選任之專家證人為多數。而我國的民事訴訟制度以辯論主義為主軸，事證之提出原則上仍係當事人之負擔，此部分與美國之當事人主義應屬相符。但反觀我國鑑定制度，鑑定人之選定權主要在於法院，當事人僅能提供意見，民事訴訟法雖規定法院選任鑑定人時，應聽取當事人之意見，但法院並不受當事人意見之拘束（民事訴訟法第 326 條參照），當事人一方不可能自行獨斷的選任鑑定人，縱使兩造當事人對於鑑定人選有所合意，法院若認該人選顯不適當時，亦得不從其合意而自行選任，再者，已選任之鑑定人，法院亦得撤換之（民事訴訟法 326 條第 2 項但書、第 3 項）。由此可見，我國法院對於鑑定人之

⁴¹¹高鳳仙，論我國鑑定制度與美國專家證人制度在醫療事件之角色扮演（下），萬國法律，第 130 期，2003 年 8 月，頁 90。

選任仍於制度上有絕對之權利。

於此種制度設計之差異下，應可認為，美國法上之專家證人純屬當事人所提出之證據方法，目的在於供給法院必要且有利於己方之專門知識，能貫徹當事人對抗主義之精神。且於美國，專家證人與普通證人相同，當事人得事先與之接觸、篩選，並於開庭前進行準備，使其能順利完成筆錄證言或於審判期日順利完成交互詰問之任務，此對當事人而言，對於專家證言有較高之掌握性，並能藉此預測專家證言於審判上之效果。此外，對於事實審理者（法官或陪審團）而言，亦因當事人與專家之充分準備，更容易直接並清楚地理解專家之意見。此種制度設計之好處是可以藉由雙方之競爭，確保進入法院之專業知識之品質，並利用對立雙方相互制約之效果，促使案件更加符合客觀真實。反觀我國，因鑑定人除具有證據方法之性質外，更帶有濃厚之法院輔助人地位，當事人一造與鑑定人於審判外之接觸較不被容許，且具有敏感性，更遑論私下與鑑定人進行準備，或對其意見陳述之方式為若干指導。此某程度上亦造成鑑定意見無法聚焦於聲請者本欲釐清之鑑定事項，且鑑定意見縱使以書面回答，仍常有令法院及兩造摸不著頭緒之情形⁴¹²。

第二款專家之黨派性與中立性

美國之專家證人因多半受當事人一造之選任，並與當事人事先接觸，且往往經過刻意篩選。更重要的是，專家證人乃接受當事人之報酬，故其黨派性強，專家證人於作證前通常會與其「雇主」及其律師討論如何作證，其作證時只要不違反專業道德，通常都會作出對聲請人有利之證言。我國之鑑定人則係由法院所選任，在刑事案件中當事人不必支付任何鑑定費，而在民事訴訟中鑑定費則屬訴訟費用之一部，不管由誰預先支付鑑定費，最終係由敗訴之一方負擔之。因此，鑑定人在提出鑑定意見時，原則上不需顧慮其證詞應偏向某方當事人之任務取向，於形式上具有較強之中立

⁴¹²惟此種情形，若得法院與鑑定人間之積極溝通，或能緩解不少。不過當事人所聲請之鑑定事項或最後產生之鑑定意見走向亦可能因此被法院所左右，此或許是我國民事訴訟法把鑑定人定位為法院輔助機關（意味比起證據方法更為濃厚），所必定導致之結果。

性。而「鑑定人由法院選任」及「拒卻制度」兩大特徵，亦奠定了我國鑑定人具有法院輔助人之地位，鑑定人作為公平審判之延長，自然也有強烈的中立性要求。再者，學者亦有指出，我國囑託機關或團體鑑定，其實際為鑑定之人通常身份不公開，所以可以大幅減少某些人情困擾⁴¹³，是故，我國之鑑定人比美國之專家證人更少利益或人情考量⁴¹⁴。

由於專家證人係由當事人自由選任且具有黨派性，故原則上一方當事人提出專家證人後，他方當事人多半會提出相應之專家證人，以茲反對並削弱原專家證人之證據力，此即導致法庭常上演專家戰爭。在兩方專家相互攻防之時，為了削弱對方專業證詞的可信度，當事人或其訴訟代理人往往會就對方專家之能力、資歷、性格、偏頗性等作激烈之攻擊，導致了許多專家學者在法庭中蒙受極大的專業挑剔，甚至遭受人身攻擊及私領域的干預。在如此不堪之狀況下，容易造成有能力之專家對於擔任專家證人產生退縮與排斥之心態，使得專家證人往往並非由該領域最優秀的人才擔任，致使在審判無法獲得最佳的專業協助⁴¹⁵。此種問題，在我國即較為少見。

此外，專家證人之黨派性，亦直接導致專家證人間之意見容易產生衝突，容易引起過度專門性之科學紛爭，導致不具備充分特殊知識背景之事實認定者難以判斷何者見解為當，並產生抵銷作用，其結果不僅無助於發現真實，而且有程序延滯及訴訟成本上升之問題，不利於訴訟經濟之考量⁴¹⁶。此種情況亦與我國不同，我國法院於須借用專業知識時，通常係指定一形式上公正且具有權威性之鑑定人（通常係囑託機關、團體鑑定），盡

⁴¹³此部份之妥當性容後於第五章評論。

⁴¹⁴高鳳仙，論我國鑑定制度與美國專家證人制度在醫療事件之角色扮演（下），萬國法律，第 130 期，2003 年 8 月，頁 90。

⁴¹⁵熊谷秀，論鑑定制度之理論構成與實踐，成功大學法律研究所碩士論文，2004 年，頁 92。

⁴¹⁶此外，專家證人可能被當成訴訟策略而利用，為反駁對造之專家證人，須提出必要之專家證人員額，此對無經濟餘裕、不能雇請充足專家證人之當事人而言，如其因而導致敗訴，即屬不公平。為改革此等缺失，乃採行法院選任之中立的專家證人制度（美國聯邦證據法第 706 條）。不過，法院縱令任命專家證人，仍未剝奪當事人選任專家證人之證明權，且該制度被批評有違反中立性或陪審團常對該專家證人之權威性產生錯覺等缺失，實際上於美國實務亦未全面活用。許士宦，鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（上），台灣本土法學雜誌，第 66 期，2005 年 1 月，頁 58。

量避免多數鑑定，以減少法官在認定事實時產生如何取捨鑑定意見之困擾。因此，我國之鑑定制度遠比美國之專家證人制度較少發生專業意見衝突情形，可以認為較具有效率。惟此種情況亦導致鑑定人的鑑定結論對法官就事實之認定具有決定性的影響力，有時甚至造成鑑定人實質代替法官從事職務活動，逾越了其輔助人之角色。故兩種制度應是各有利弊。

第三款當事人之勞費程度

在美國，運用專家證人通常需要支出高昂的費用。原則上，當事人在選定專家證人時需要律師協助，專家證人在提出證詞前通常也需要與律師商議，而且每位專家證人在審判前必須經由發現程序以確定其身分及所欲證述之內容，在審判中作證時必須先宣誓並經過雙方當事人之交互詰問，故雙方當事人均必須為專家證人之準備花費相當多時間。因此，當事人不僅要負擔專家證人費，還要負擔律師費，而兩者通常均相當昂貴。專家證人之費用則通常採取按時間計算之方式，包括諮詢、研究、準備書面報告、開會、講電話、宣誓證言或出庭作證等，通常按每小時二至五百美元計算，依情況還必須外加車馬費、住宿費及餐費。專家證人係依其經驗、專長及工作之性質而有不同之收費標準，在法庭等待被傳喚之時間均包括於出庭費用⁴¹⁷。

反觀我國之鑑定人係由法院選任之，在刑事事件中通常不需由當事人付費，在民事訴訟中雖由敗訴之一方當事人付費，但其費用原則上較低，而且通常僅有一位鑑定人，鑑定費用只有一筆，所以當事人通常不須支付如美國制度如此高額之鑑定費。此外，我國之訴訟制度並無審前之自動開示及證據開示程序，囑託鑑定機關團體之參與鑑定成員其身分通常不公開，也不必到庭接受雙方當事人之交互詰問，所有當事人通常不需為鑑定

⁴¹⁷由於律師費及專家證人費均十分昂貴，對於當事人造成相當大之負擔。許多當事人無力負擔高額之專家證人費，不少律師為招攬業務，採取替當事人預付專家證人費，嗣後當事人如經勝訴判決則律師自賠償金額中取回該費用，當事人如經敗訴判決則由該律師自行吸收該費用之方式，替當事人解決無力負擔費用之困擾。高鳳仙，論我國鑑定制度與美國專家證人制度在醫療事件之角色扮演（下），萬國法律，第130期，2003年8月，頁87。此亦可參 Benjamin J. Cantor, Expert Witness Fees, <http://www.jurissolutions.com/article3.shtml>, Retrieved 2012-06-07.

制度花費太多時間。因此，我國之鑑定制度比起美國之專家證人制度，當事人所花費之時間與金錢通常較少⁴¹⁸。

第四款專家是否到庭接受詰問

不論在刑事或民事案件中，美國之專家證人均必須到庭，並在陳述前宣誓⁴¹⁹，並接受雙方當事人之交互詰問。我國到庭之鑑定人則受審判長之訊問，當事人亦得向審判長陳明後對鑑定人發問（民事訴訟法第 319 條、第 320 條、第 324 條、第 339 條、第 340 條第 2 項參照），形式上並不限以交互詰問方式為之。惟於我國實務上，鑑定人到庭陳述意見之情形並不常見，鑑定意見多半透過鑑定書之形式呈現，若當事人或法院對於鑑定意見有疑問，僅能以函詢或聲請補充鑑定之方式向鑑定人發問。

第五款專家身分之公開性

美國並無如我國民事訴訟法第 340 條或日本民事訴訟法第 218 條所規定之囑託鑑定制度⁴²⁰，專家證人均必須以自然人之身分作證，雙方當事人在審前之發現程序中即須公開其所聘請並選任之專家證人之身分及其所欲證述之內容，使對造當事人有充分攻擊防禦之機會，在審判中當事人可以對於專家證人進行交互詰問。我國法院則多囑託機關、團體提出鑑定意見，諸如：醫事審議委員會、行政院公共工程委員會工程技術鑑定委員會等受囑託機關，多半不公開其參與鑑定人員之身分，法院也很少傳喚或邀請鑑定機關、團體派員到庭說明。因此，美國之專家證人制度較我國之鑑定制度具有較為公開之優點，至少於囑託機關鑑定的情況如此。

⁴¹⁸高鳳仙，論我國鑑定制度與美國專家證人制度在醫療事件之角色扮演（下），萬國法律，第 130 期，2003 年 8 月，頁 88。亦有學者指出，在道伯特案件判決之後，許多原先可採的專家證言被法庭排除，像佛萊爾聽證一樣，道伯特聽證同樣要耗費大量的時間、金錢和精力，這對律師的能力、法官的耐性及訴訟當事人的財力都是一次極大的挑戰，結果是人們將更多地顧及法律的經濟性，而不是專家證據的科學性。胡衛平，專家證據的可採性—美國法上的判例和規則及其法理分析，環球法律評論，2005 年，第 6 期，頁 717。

⁴¹⁹美國聯邦證據法第 603 條：「證人在作證之前必需宣誓或確認其證言為真實。」

⁴²⁰周叔厚，證據法論，三民出版，1995 年，頁 936、高鳳仙，論我國鑑定制度與美國專家證人制度在醫療事件之角色扮演（下），萬國法律，第 130 期，2003 年 8 月，頁 89。

	專家證人制度	鑑定制度
當事人介入程度	較高	較低
專家之黨派性與中立性	黨派性	中立性
當事人之勞費	較高	較低
專家是否到庭接受詰問	是	原則是，惟實務上未徹底實踐
專家身分之公開性	公開	原則上公開，惟囑託鑑定則否

圖表 4-2 專家證人制度與鑑定制度之比較

第二項專家證人值得借鏡之處

整體觀之，本文初步認為美國專家證人制度之規範與實踐上，至少有以下三點可供作為思考建構更完善之民事鑑定制度之素材，並為目前鑑定制度之操作提供一些想法及參考。

第一款可靠性審查

隨著現代社會科學及專業技術的進步與發展，科學及專業知識之運用在審判上之情形，在世界上越來越普遍。當這些科學及專業知識以鑑定意見或者專家證言之形式出現於法庭，法官實際要面對的問題是：在這些專家意見背後之科學，其價值如何？此又涉及兩方面之考慮⁴²¹，其一、法官應該用什麼標準確保證據的功效？其二、當面對具有高度複雜性、技術性之科學證據，做為門外漢的法官怎樣知道這個標準是否被滿足？尤其在科

⁴²¹Lawrence S. Pinsky, The use of scientific peer review and colloquia to assist judge in the admissibility gatekeeping mandated by Daubert. 34 Hous L. Rev, 527 (1997).

技日新月異的今日，對於首次被提出的新科學證據，鑑於可能對事實審理者（尤其是陪審團）之誤導及後續所產生之程序浪費⁴²²，法院對於是否容許該等專家證據提出，必須做出適當的抉擇，因此方有一系列專家證言提出容許性(admissibility)之審查標準。

而專家證言證據提出容許性，除如同其他證據，必須符合關聯性(Relevance)之要求外⁴²³，還必須是可靠的(reliable)。換言之，在此不僅要追問是否具有對待證事實之存否持有最低限度證明力的關聯性，而且必須關注專家證言所依據之理論及方法，是否具有可靠性⁴²⁴。此一可靠性之審查標準，如前所述，從是否由「該領域科學社群普遍接受」之佛萊爾標準，演進為應由「法官本身理性並依據幾個參考指標為審查」之道伯特標準，再由喬因那案確立上級法院寬鬆之審查標準，以及錦湖輪胎案將此等標準適用於全部的專家證言。歷時長久且思路完整，相當值得參考。

適度過濾不可靠之證據，以避免因誤導而偏離客觀事實，並減少程序浪費。此等促進真實發現及達成訴訟經濟之要求，於我國鑑定制度亦受重視。然而，美國法上專家證言之可靠性審查所決定者乃專家證言容許性(admissibility)之問題，此應同於我國法證據評價⁴²⁵中有關證據能力之概念。惟我國民事訴訟法對專家證言之證據能力並未有明文規範，實務上亦無就此發展出有體系性之見解，逕行將專家證言可靠性審查納入我國鑑定意見是否具有證據能力之要件，可能過於一廂情願。況且，我國不採陪審

⁴²²確立科學證據容許性規則的理由包括防止科學證據對陪審團的不當影響、防止科學證據的不當使用、正事科學的不確定性。美國曾有調查發現，有 70%的法官和律師指出，陪審團認為科學證據比其它證據更可靠；有 75%的法官相信科學證據比一般證據更可靠。John W. Wesley, *Scientific evidence and the question of judicial capacity*, 25 Wm and Mary L. Rev, 678-679 (1984).

⁴²³英美法上具有容許性之證據，原則上必須符合關聯性要求，即證據必須是具有關聯性之證據(Relevant evidence)，有關聯性之證據原則上具有容許性，無關聯性之證據則不容許提出於法院(Irrelevant evidence is not admissible.)，此可參聯邦證據規則 402 條之規定。至於何謂關聯證據，則可參聯邦證據規則 401 條。

⁴²⁴長沼范良著，蕭承海、郭華譯，科學證據的可採性，收錄於訴訟法學研究（第十二卷），中國檢察出版社，2007 年 8 月，頁 327。

⁴²⁵在我國證據評價應包含兩種意義，即證據能力和證明力，所謂證據能力，係指能夠作為證據之資格，無證據能力之證據，在審判中即不能用以證明當事人所主張之事實。證明力（或稱證據力）則指指在具有證據能力之前提之下，證據與待證事實間關係的強弱，能影響法官心證形成之證據價值。

制度，亦無審前程序作為配套，故建立一系列標準以茲排除無可靠性之鑑定意見，較不具備避免產生誤導之作用，故此種思考似乎缺乏正當性且無必要性。

不過，若換個角度思考，美國法上專家證言之容許性審查標準並非無可茲借鏡之餘地，此等針對形成專家證言所依賴之理論及方法，其本身及適用上可靠性之審查，仍可為法官針對鑑定意見效力之審查上，提供相當完善之素材。換言之，將道伯特標準之思考帶入，由法官謹慎思考道伯特標準所欲考量之諸因素，包括鑑定意見所依據之理論或特殊知識是否可受驗證或曾受驗證、是否曾發表於期刊或經過同行的審查或評論、該理論或方法可能產生之誤差值及誤差值之可控制性、以及該等理論或方法是否廣為同領域之專家所普遍接受等因素，即可避免法院於採納或不採納鑑定意見時，論理淪為空泛甚至是缺乏之窘境⁴²⁶。

而配套措施上，為方便法官為審查，作為法院輔助機關之鑑定人，應主動於具鑑定書時，於鑑定書中載明鑑定意見所依據之基本理論及方法，並自行針對上開各種考量因素表明其所依據之理論及方法乃具有可靠性，輔助法官從事審查。而當事人從鑑定前之意見提供到鑑定完成後之發

⁴²⁶國內亦有著作，針對筆跡鑑定符合道伯特標準之方法來論述，認為鑑定人除必須經過特殊專業的教育、學習與訓練外，其所採用的方法、程序與技術也必須受到文書鑑定協會、專業組織所列的要求與認可，並且要有充分的測試可以證明鑑定人確實具備專業的鑑定技能；並且對於確定鑑定時所依據的理論與採行的方法是可以或已經經過測試外，還必須經過以下方式進行說明：

提供足以解釋產生鑑定結果的理論依據，例如相關的刊物與書籍以說明鑑定方法、特徵認定與評判依據的來源，確定所採用的理論是經過測試與實驗所得。

對於足以個化書寫者的特徵依據，進行筆跡資料的蒐集與分析，例如德國、美國所研發的數據系統 FISH (The Forensic Information System for Handwriting) 並且證明在此一系統下的每個書寫者所寫的筆跡特徵均不相符。

提出筆跡具有個化的理論依據，例如根據 CEDAR (The Center of Excellence for Document Analysis and Recognition) 所做的研究顯示，提出相關足以支持此一理論的結果。

另外對於所採用的理論與技術是經過同儕的認可，則可經由提供相關實驗至所做的鑑定與研究，以確定結果的合理性與真實性；並且依據 ASTM 所定標準作業流程以規範鑑定程序的進行，與要求實驗室鑑定人員經過能力測試以降低錯誤發生機率等等，都是讓鑑定人員能夠符合道伯特測試的要求，同時也是提升文書鑑定技術，控制並管理實驗室內鑑定品質，使結果能夠符合科學鑑定要求的方法。

對於降低鑑定結果發生已知與潛在錯誤機率的可能性，則根據研究顯示具有經驗的專業鑑定人員可以降低此一情形的發生，另外實驗室經由認證程序以確保實驗室內人員、環境、儀器、證物處理流程都能依照所定標準進行，也是避免鑑定可能錯誤發生的方法。

以上參張雲芝，文書鑑定 Q&A，元照出版，2010 年 12 月，頁 113-114。

問權行使、表示意見等，均可自上開考量因素出發，以充實鑑定意見內容、增強鑑定意見論據為目標，與鑑定人共同形成可靠且能解決鑑定事項問題之鑑定意見。

第二款交互詰問以保障真實

本文於前即再三強調，基於合法聽審權保障及真實發現之理由，應賦與當事人於鑑定意見完成後對鑑定人之發問權。對照美國法上之專家證人，由於黨派性濃厚，故相當重視當事人對於專家證人之詰問權，所有之專家證言均須經過交互詰問程序，並於陪審團及法官前經受反詰問之考驗，以檢查其正確性及真實性。若有漫不經心或偏頗一造之意見，專家證人在法庭上即有可能遭受「毀滅性的反詰問」，此亦使專家證人偏頗一造之潛在成本上升⁴²⁷。反觀我國，即使法制面上對於鑑定人之中立性較為肯定，惟實際上，鑑定人人選之決定常以聲請之一造之意見為考量，決定鑑定人人選時，亦常由雙方當事人展開攻防，可見最終選出之鑑定人，於某程度上仍有偏頗一造之疑慮。況且，鑑定人之中立性僅能於形式上保障鑑定意見之無虛偽性，關於鑑定意見之正確性仍無法提供太多幫助。故若能落實對鑑定人發問權之保障，對於控制鑑定意見正確性方面，仍具有相當重要之意義。

此外，美國法上因為有審前自動開示(disclosure)及證據開示(discovery)程序，當事人能預先得知專家證人及其可能意見之資訊，我國因無此等於審判前揭露證據資訊之程序，故為使當事人充分了解鑑定意見後以準備其發問，可考慮之作法，乃由鑑定人先行提出鑑定書，並賦與兩造當事人閱卷並有充分的時間為準備後，在下次期日方傳喚鑑定人到庭說明並接受法院之訊問及當事人之發問。如此，發問權之確保始具意義，而不致淪為空泛或純粹之人身攻擊。

⁴²⁷由於美國專家證人多非一次性證人，有人甚至是以作證為業，故自身聲譽與一次性利益衡量之下，即能有效避免對其「雇主」的過度偏頗。白話來說，如果今天敢以假專業忽悠陪審團及法官，就要有被對造律師及專家轟的滿頭包的心理準備，如此一來，以後可能會很難該領域混下去。

第三款中立性之反思

從專家證人之發展過程可知，由於專家證人具有黨派性及不易理解性，並因此導致抵銷作用，實質上對於陪審團之判斷並無幫助，徒生可觀的勞費，故美國法上便開始回頭思考專家證人之中立性問題，甚至在聯邦證據規則第 706 條設置了法官指定專家證人之規定，並特別強調此等專家證人具有公正性，法官可將此等指定之事實公開予陪審團，使陪審團意識到此一法官指定專家證人所具有之公正地位。而此等法院指定專家證人制度之利用，雖在聯邦法院系統仍有爭議性，但多數法官均認為，在處理、評估雙方當事人之專家證人見解南轅北轍之情形，借助於中立地位之第三專家證人是個有效的好方法。反觀我國鑑定制度，鑑定人之中立性要求於民事訴訟法立法之初即已顯示於立法理由，不論民事訴訟或刑事訴訟之學者均肯認並強調此一原則，其價值可見一斑。而此等鑑定人之中立性要求，若對照美國法上指定專家證人制度之發展，似乎可以發現該等要求雖然歷時長久卻並未落伍。

第五章我國囑託機關鑑定制度之觀察與檢討

第一節概說

第一項囑託鑑定之意義

第一款囑託鑑定之定位

按囑託鑑定，廣義解釋上應包含二部分：一者乃以機關、團體作為鑑定人之囑託、一者則為民事訴訟法第 289 條之囑託。於前者，機關、團體如同自然人鑑定人一般，係作為證據方法，故所謂之「囑託」，某程度上與民事訴訟法第 326 條法院之「選任」具有相同意義；於後者，民事訴訟法第 289 條乃規定：「法院得囑託機關、學校、商會、交易所或其他團體為必要之調查；受託者有為調查之義務。（第一項）法院認為適當時，亦得商請外國機關、團體為必要之調查。（第二項）」，故於此時，受囑託之機關、團體並非屬證據方法，亦非民事訴訟法上嚴格意義之鑑定人，僅於調查證據程序中，以機關、團體為調查機關，協助法院為調查，故受囑託之機關、團體僅屬法院之輔助機關，而非證據方法之鑑定人⁴²⁸。

民事訴訟法第 340 條於修正前關於囑託鑑定之規定，係以「法院依第 289 條之規定，囑託機關、團體陳述鑑定意見或審查之者」為前提⁴²⁹，故依第 289 條為囑託時，受託之機關、團體僅屬法院之輔助機關；同時受託者係在針對他鑑定人之鑑定意見為陳述或審查，而非對鑑定事項本身重為鑑定，似可認為修正前民事訴訟法第 340 條囑託鑑定並非嚴格意義之鑑定人，受囑託之機關、團體亦非屬證據方法。僅著眼於其表述之意見「類似」鑑定性質，故準用第 335 條至第 338 條之規定，使該等法院輔助機關亦有資訊取得權、領取報酬及費用、並能個別或共同提出書面意見。

⁴²⁸陳計男，民事訴訟法（上），元照出版，2009 年 7 月，頁 534。

⁴²⁹民事訴訟法第 340 條於 2000 年修正前之規定：「法院依第二百八十九條之規定，囑託機關或團體陳述鑑定意見或審查之者，準用第三百三十五條至第三百三十八條之規定，其鑑定書之說明，由該機關或團體所指定之人為之。」

然而，修正後之民事訴訟法第 340 條第 1 項乃規定：「法院認為必要時，得囑託機關、團體或商請外國機關、團體為鑑定或審查鑑定意見。其須說明者，由該機關或團體所指定之人為之。」已刪除「法院依第 289 條之規定」之文字，並改為「法院認為必要時」，復將原定「囑託機關、團體陳述鑑定意見或審查之」改為「得囑託機關、團體或商請外國機關、團體為鑑定或審查鑑定意見」，論者乃認為民事訴訟法第 340 條第 1 項之修正後條文，已改變修正前條文之性質，並認為修正後第 340 條第 1 項所定之囑託，有四種型態⁴³⁰：

1. 法院認為必要時，得囑託機關、團體為鑑定。
2. 法院認為必要時，得商請外國機關、團體為鑑定。
3. 法院認為必要時，得囑託機關、團體審查鑑定意見。
4. 法院認為必要時，得商請外國機關、團體審查鑑定意見。

於前兩種型態，學者認為，似以法院依第 326 條第 1 項選任之鑑定人應為自然人，故第 326 條以下至第 338 條之規定，均係以自然人之鑑定人為前提之規定。而機關、團體（包括外國機關、團體）與自然人鑑定人不同，原非民事訴訟法第 326 條所指之證據方法，為使其具鑑定人之資格，故規定法院得囑託該等機關、團體為鑑定。此與本條修正前之「囑託其陳述（他人之）鑑定意見」有著全然不同之意涵。

固然，於第一種型態，條文之內容雖謂「囑託」，似與民事訴訟法第 326 條第 1 項所定之「選任」並無不同，唯一有所不同者，似僅以「囑託」強調被選任之機關、團體有為鑑定人義務之面向。此時，縱使機關、團體於必要時派員到場說明，作為證據方法之鑑定人者仍係受囑託之「機關、團體」，而非代表機關、團體到場說明之人。從而，關於鑑定（證據、第三目）之規定，除專屬自然人為鑑定人之規定外，應準用於以機關、團體為鑑定人之情形；而於第二種型態，在選任外國機關、團體為鑑定人之前，自應先商請該外國機關、團體並得其同意後，再選任其為鑑定人。而於此情形，除於商請外國機關、團體時，有特別約定者外，應無其他不同，宜

⁴³⁰陳計男，民事訴訟法（上），元照出版，2009 年 7 月，頁 534-535。

解為亦有其適用或準用⁴³¹。準此，新法已表明機關、團體亦得受囑託為鑑定人，且配合擴大其鑑定準用規定之範圍，除有關具結及鑑定證人之規定外，其餘有關自然人鑑定之規定全在準用之列⁴³²。

至於後兩種型態之情形，受囑託之機關、團體並非針對當事人聲請鑑定時所表明之鑑定事項（參照第 325 條）為鑑定，而係法院已就該鑑定事項交付鑑定並選任鑑定人為鑑定後，就其提出之鑑定書或說明之鑑定意見，囑託機關、團體就該等鑑定書或鑑定意見為審查，提出其審查意見，供法院取捨該鑑定書或鑑定意見之參考。此種情形，機關、團體即不屬於嚴格意義之鑑定人，某程度上與行政訴訟法第 162 條之徵詢鑑定書意見更為相似⁴³³。儘管如此，受囑託之機關、團體為順利審查已存在之鑑定意見，仍有利用鑑定所需資料，請求報酬及費用等需求，故雖其定位上已非鑑定人，仍有準用鑑定條文之必要。

修正後之第 340 條第 1 項規定，可析分為四種型態，並有二種不同性質，已如前所述。配合此等之修正，民事訴訟法第 340 條第 2 項亦修正為：「本目關於鑑定人之規定，除第 334 條及第 339 條外，於前項情形準用之」，其修正說明謂⁴³⁴：「本目之規定，因第 324 條及第 325 條係通則規定，故無論鑑定人係自然人或為機關、團體均當然適用。至其他關於鑑定人之規定，除第 334 條及第 339 條外，在性質上許可範圍內，亦得準用。原條文僅規定準用第 335 條至第 338 條之規定，自難因應實際需要，爰將擴大，

⁴³¹陳計男，民事訴訟法（上），元照出版，2009 年 7 月，頁 535。

⁴³²陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（中），三民書局，2009 年 10 月，頁 513；許士宦，鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（下），台灣本土法學雜誌，第 67 期，2005 年 2 月，頁 22。我國過往學說多認為，鑑定人限於選任自然人充之，受託之機關或團體並非鑑定人，故除法所明定準用自然人鑑定規定（第 335 條至第 338 條）之外，其餘規定，諸如訊問、拒卻等規定，類為自然人而設，在機關或團體行鑑定之場合，並不在準用之列，設就受託鑑定之機關或團體，認其有不宜於受託鑑定，或當事人釋明由該等機關、團體行鑑定有偏頗之虞時，法院自得對其回答之鑑定不為斟酌，其尚未回答者，亦得撤銷其囑託而另行囑託。可參曹偉修，最新民事訴訟法釋論（中冊），1976 年，頁 1064-1065；姚瑞光，民事訴訟法論，2004 年，頁 472-473、最高法院 69 年台抗字第 171 號判決。

⁴³³行政訴訟法第 162 條：「行政法院認有必要時，得就訴訟事件之專業法律問題徵詢從事該學術研究之人，以書面或於審判期日到場陳述其法律上意見。（第一項）前項意見，於裁判前應告知當事人使為辯論。（第二項）第一項陳述意見之人，準用鑑定人之規定。但不得令其具結。（第三項）」此種徵詢意見亦準用鑑定人之規定，除不得具結外。

⁴³⁴參 89 年 2 月司法院編印民事訴訟法部分條文對照表暨總說明。

以期周延」。

針對此等規範，學者指出，於解釋上，依民事訴訟法第 326 條第 1 項規定，法院選任鑑定人時，本可選任自然人及機關、團體，如再參照民事訴訟法第 340 條之修正說明，則第 340 條第 1 項關於「囑託機關、團體或商請外國機關或團體為鑑定⁴³⁵」之規定，不但文字上未見簡潔，且非必要。至於同條項關於「囑託機關、團體或商請外國機關、團體為鑑定或審查鑑定意見」之規定，其非嚴格意義之鑑定人已如前所述，有無再擴大準用關於鑑定人規定之必要，亦值得商榷⁴³⁶。

此外，應注意者係，法院囑託機關為鑑定或審查鑑定意見時，機關所作成之鑑定意見或審查意見均非行政處分。蓋諸如：地政機關就人民相互間因土地界址發生糾紛所為之測量行為，性質上為一鑑定行為，其於完成鑑定後所發給之複丈成果圖，無非係鑑定人員表示土地界址所在之專業上意見，供為參據而已，必經採為裁判或行政處分之依據，始生依鑑定內容變動之法律上效果，是該鑑定後所為之複丈成果圖本身並未對外直接發生法律效果，僅係事實之說明，並非行政處分，此亦可參台中高等行政法院 100 年訴字第 129 號判決。

第二款囑託鑑定存在之理由

民事訴訟法之所以設置囑託鑑定制度，其理由在於，機關、團體之科學設備、財力、人力，通常較自然人個人更為精良，且機關、團體易於延攬一流之專家學者，故其總體專業能力亦較自然人更為優秀。亦有觀點認為，機關、團體為鑑定多半立場超然，有助於鑑定之正確性及公正性⁴³⁷。實則。鑑定固以具有特別學識經驗之自然人作為鑑定人為原則，但關於高度科學技術上事項之鑑定，除需要利用完備之實驗器材、充足之實驗及調查資料，更常需要各不同領域之專家協同為學理、不同角度之檢討，而此

⁴³⁵亦即前述第一、二種型態。

⁴³⁶陳計男，民事訴訟法（上），元照出版，2009 年 7 月，頁 536。

⁴³⁷吳明軒，民事訴訟法，自版，三民書局總經銷，2009 年 10 月，頁 957。

種需求隨著現代社會各種專業知識沸騰，於今以更為顯著。是以，世界上各國共通發展之趨勢乃「從個人鑑定到團體鑑定」⁴³⁸。確實，科學、技術之複合性結合，為鑑定事項之判斷，多須以各種學科、專攻科之專業知識為必要前提，比起由自然人鑑定人個別之共同作業，毋寧由一個組織所統合、細部機能分擔之專家群協同作業，更能妥善解決面臨之課題。

第三款囑託鑑定之程序

按囑託鑑定者，必須受囑託之機關或團體自身對於鑑定事項具有鑑定之能力者，始克當此重任。若受囑託之機關或團體欠缺鑑定能力，或雖有鑑定能力而任意指定第三人鑑定者，均為法所不許（最高法院 76 年度台上字第 1712 號判決參照⁴³⁹）。又實務上，當事人於聲請鑑定並表明鑑定人選時，均須提出作為參考選項之機關、團體，其行政規則或章程上應表明接受鑑定之業務等記載，否則即屬不適格。

而民事訴訟法第 340 條第 1 項條文中所謂之「為鑑定」，係指囑託機關或團體就當事人所聲請之鑑定事項為初次鑑定而言，亦即使機關或團體作為鑑定人；所謂「審查鑑定意見」，則指囑託機關或團體就他鑑定人或他機關、團體鑑定之結果審查其當否而言，亦即就他鑑定人或他機關或團體鑑定之結果陳述意見。機關或團體於受囑託後，就鑑定事項為鑑定或審查鑑定意見者，應向法院提出鑑定書，若機關、團體以書面函件答覆，雖未以鑑定書稱之，亦與提出鑑定書有同一之效力。其提出之鑑定書，若法院認為尚有不明瞭或不完足之處，得命該機關或團體所指定代表到場以言詞說明之（民事訴訟法第 340 條第 1 項後段）。

學者有指出，囑託機關或團體為鑑定或審查鑑定意見，應係專屬法院

⁴³⁸許士宦，鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（下），台灣本土法學雜誌，第 67 期，2005 年 2 月，頁 22。

⁴³⁹最高法院 76 年度台上字第 1712 號判決：「民事訴訟法第三百四十條所定之囑託鑑定，必須受囑託之機關或團體自身對於鑑定事項具有鑑定能力者，始足當之。若受囑託之機關或團體並無鑑定能力或雖有鑑定能力而任意指定第三人鑑定，均不生囑託鑑定之效力。」

之權限，若受命法官或受託法官為此種囑託，則為法所不許。惟受命法官或受託法官雖無囑託機關或團體鑑定之權限，如法院命該被指定之人至受命法官或受託法官前陳述意見，即非法所不許⁴⁴⁰。此外，法院亦得分別囑託數機關、團體就同一鑑定事項為鑑定，或囑託甲機關、團體審查乙機關、團體陳述之鑑定意見；關於前者，法院得命共同或分別陳述意見，關於後者則以命各別陳述意見為宜（準用第 336 條）。惟實務上鮮有法院於初次鑑定及囑託數機關、團體共同為之者，此似與法院普遍對於機關、團體鑑定之專業能力傾向認為可信之態度有所關聯。

受囑託之機關、團體因行鑑定所需資料在法院者，法院應告知准其利用，通常法院會將鑑定所需資料於囑託時一併送交。如未送交，受囑託之機關或團體亦得為送交鑑定資料之聲請。受囑託之機關或團體因行鑑定，亦得聲請法院調取非現存法院之證物，或聲請向證人或當事人為發問，以取得鑑定資料。關於此等資料取得權之實行，由於機關、團體究非自然人，事實上不能自行對證人或當事人為發問，故應得聲請法院許可由其所指定之人對證人或當事人自行發問。受囑託之機關或團體，得依本法第 338 條之規定請求報酬及預行酌給鑑定所需費用，固不待言；從合理性觀點言之，若該機關、團體所指定之人依法院之命到場陳述意見，亦應有請求法定日費及旅費之權利，至於機關、團體內部是否另有不另領受日費及旅費之內部規定，是另一回事。

法院囑託機關或團體為鑑定或審查鑑定意見者，受囑託之機關或團體原則上應有為鑑定之義務，學者指出，機關或團體無正當理由而拒絕鑑定者，本法未設任何特別制裁方法，有損法院威信，並影響裁判之正確，為立法之疏漏⁴⁴¹。惟本文以為，機關、團體無正當理由拒不鑑定者，仍可裁處罰鍰（民事訴訟法第 340 條準用第 324 條準用第 311 條參照），若加以連續處罰，應具相當效果，況實務上機關、團體無正當理由拒為鑑定之情形不多，未設特別處罰應無大礙。

⁴⁴⁰吳明軒，民事訴訟法，自版，三民書局總經銷，2009 年 10 月，頁 957。

⁴⁴¹吳明軒，民事訴訟法，自版，三民書局總經銷，2009 年 10 月，頁 958。

至於民事訴訟法第 340 條第 2 項排除第 334 條具結之規定及第 339 條鑑定證人之規定於準用範圍之外。良以，機關、團體並非自然人，不可能親身體驗事實之經過，故無作為鑑定證人之可能，排除第 339 條之準用實為合理；同樣地，機關、團體因非屬自然人，縱使令其具結，亦無以刑法偽證罪相繩之可能，故令其具結亦無擔保鑑定無虛偽性之功能，至於因鑑定有進一步說明需求，而受機關、團體指定到場以言詞說明之人，本係代表機關或團體陳述意見，並非作為鑑定人，故其陳述前亦不得令其具結。惟此等特性，亦造成囑託機關、團體鑑定之情形，其中立性及無虛偽性之要求較一般鑑定為退讓，是否合宜，仍有進一步探究空間。

第二項囑託鑑定之立法淵源

囑託鑑定，據張學堯先生說明⁴⁴²其立法制度淵源：「從來之立法例，鑑定人胥以自然人為限，故雖有囑託公署或其他團體用書面陳述鑑定之意見者，亦不認為鑑定而以為書證。迄於近世，匈牙利民事訴訟法第 367 條以此種書面鑑定之方法，規定於鑑定中，……日本民事訴訟法修正，亦於第 310 條設囑託鑑定之規定，我國民事訴訟法因之。」可知民事訴訟中囑託鑑定制度係採取當時日本之立法例。但當時日本民事訴訟法第 2 編第 3 章第 3 節鑑定第 310 條規定為：「裁判所認為必要時，得囑託官廳、公署，外國之官廳公署或有適當設備之法人鑑定。此項情形，除關於具結之規定外，準用本節之規定（第一項）。於前項情形，裁判所認為必要時，得使官廳、公署或法人所指定之人，為其鑑定書之說明」⁴⁴³。在當時之日本民事訴訟法第 310 條中「法人」得為囑託對象，我則改以「團體」為囑託對象；而關於準用自然人鑑定之規定，日本法除關於具結之規定不準用外，其餘均準用之，與我國民事訴訟法修法後結構相同，而我國舊法則規定「準用第 335 條至第 338 條之規定」；此外，日本之規定乃以「裁判所認為必

⁴⁴²張學堯著，奚樹基修訂，中國民事訴訟法論，三民書局，1970 年 2 月，頁 335。轉引自周叔厚，證據法論，三民出版，1995 年，頁 937。

⁴⁴³日本現行之民事訴訟法之囑託鑑定規定於該法第 218 條，要件內容並未改變。參新堂幸司著，林劍鋒譯，新民事訴訟法，北京，法律出版社，2008 年 4 月，頁 448。

要時」作為發動囑託鑑定之條件，而我國舊法卻規定「法院依第 289 條之規定」為適用本條之要件，似乎自行將民事訴訟法第 289 條之調查與囑託鑑定制度連結並畫上等號，而反觀日本民事訴訟法第 262 條亦有類似我國民事訴訟法 289 條之規定：「裁判所得囑託官廳、公署，外國之官廳、公署、學校、商會、交易所，或其他團體，為必要之調查」就此，日本之民事囑託鑑定乃逕依法院認為必要時為囑託，並未與其民事訴訟法第 262 條作連結。此等規定與我國修法後之囑託鑑定制度較為相符。

此外，學者指出英美法上並無囑託機關團體鑑定制度，在美國，其專家證人係以自然人提供專業意見之方式為之。諸如：案件涉及檢驗事項，刑事實驗室(crime-laboratory)之技術人員行檢驗後，均應依專家證人資格到庭接受訊問。甚至公路警察控制交通速度設備（雷達），所報告之速度是否正確，在美國大多數法院，亦須經合格專家到庭陳述意見，始得為證據⁴⁴⁴。縱使是如同 American Society of Questioned Document Examiners 此種專門鑑定文書之團體⁴⁴⁵，雖其由權威專家組成，並以鑑別文書為其專業，其成員亦須到庭接受交互詰問，與一般專家證人相同。在德國，因其民事訴訟法就團體鑑定未予明定，故可否委託團體為鑑定人，解釋上有爭議，通說認為縱令需要團體之專業知識，亦得任命其構成員為鑑定人⁴⁴⁶。

第二節 常見運用囑託機關鑑定之案件類型

第一項 醫療案件

一般來說，鑑定應以自然人個人鑑定為原則，機關、團體鑑定為例外，

⁴⁴⁴周叔厚，證據法論，三民出版，1995 年，頁 936、高鳳仙，論我國鑑定制度與美國專家證人制度在醫療事件之角色扮演（下），萬國法律，第 130 期，2003 年 8 月，頁 89。

⁴⁴⁵American Society of Questioned Document Examiners(簡稱 ASQDE)成立於 1942 年 9 月 2 日，是世界上出現最早之問題文書鑑定團體，聲譽卓著。其會員遍及全球，該團體之網站亦提供專家證人名單。參 <http://asqde.org/about/about.html>，最後瀏覽日期：2012 年 5 月 25 日。

⁴⁴⁶杉山悦子，民事訴訟と専門家(三)，法學協會雜誌，120 卷 9 號，2003 年，頁 120 以下。德國 1975 年之民事訴訟法委員會曾提案，於有所助益且無適當之自然人專家之情形，允許機關或法人為鑑定。惟未實現立法化。轉引自許士宦，鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（下），台灣本土法學雜誌，第 67 期，2005 年 2 月，頁 22。

然而，我國之醫療糾紛鑑定實際上卻是以「機關鑑定」為主，「團體鑑定」次之，「個人鑑定」則為少數⁴⁴⁷。其中考量，恐係著眼於個人鑑定常無法擺脫人情壓力或有遭受外界不當干擾之虞。而本文以下將介紹之行政院衛生署醫事審議委員會（以下簡稱醫審會），亦屬我國民事訴訟囑託機關鑑定之重要範本：

第一款醫事囑託機關鑑定沿革

民國 40 年代以後，臺灣的醫療糾紛案件逐年增加，47 年高雄市醫師公會理事長吳基福發起在高雄地方法院籌設「高雄市醫療糾紛評議委員會」，但被當時的司法行政部（即審檢分隸前法務部之前身）拒絕，其理由為：「法院受理是類訴訟咸依刑事訴訟法第 185 條⁴⁴⁸之規定，...是法律對於鑑定機關已有明確之規定，似無再由各地方法院組設醫療糾紛鑑定委員會辦理鑑定事宜之必要。⁴⁴⁹」

1962 年，臺灣省醫師公會在台北⁴⁵⁰成立「臺灣省醫療糾紛鑑定委員會」，接受鑑定委託。1975 年，衛生署修正發布施行「醫院診所管理規則」⁴⁵¹，規定中央及地方衛生主管機關應分設中央醫事審議委員會及地方醫事

⁴⁴⁷論者曾提出統計數字：1998 年 1 月至 2000 年 4 月之刑事案件第一、二審統計資料為例，總計共 108 件，其中送行政院醫事審議委員會鑑定者有 84 件（佔 78%），送醫院鑑定者有 2 件（佔 1.9%），送其他機關鑑定者有 6 件（佔 5.6%），而送自然人鑑定者卻只有 3 件（佔 2.8%）。參薛瑞元，刑事訴訟程序中「機關鑑定」之研究－以醫事鑑定為範圍，台灣大學法律研究所碩士論文，2001 年，頁 1。

⁴⁴⁸即現行刑事訴訟法 198 條：「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。」

⁴⁴⁹黃丁全，醫事法，中國政法大學出版社，2003 年 5 月，頁 477。

⁴⁵⁰台北市於民國 56 年 7 月方升格為院轄市，之前為臺灣省省會。又民國 38 年政府遷台之後，各種人民團體無法組成「全國」性組織（因「全國」只剩「一省」，無法湊齊「各省」代表之半數），原有的「全國性組織」亦多數停擺，醫師公會亦然。後終於民國 68 年修改醫師法，增列第 41 條之 1：「全國性醫師團體，因國家重大變故，無法召開全國代表大會時，經主管機關核准，由可能集會之下級團體補選理監事。」民國 68 年 9 月 4 日召開第二屆第一次理監事暨所屬團體會員代表會議，補選缺額理監事，醫師公會全國聯合會才正式恢復活動。在此之前，臺灣地區僅有臺灣省醫師公會，56 年台北市、68 年高雄市相繼升格為院轄市，多出台北市、高雄市醫師公會，但無全國性公會。

⁴⁵¹「醫療法」於民國 75 年方才制訂，在此之前均以行政命令做為管理醫療機構之依據。參薛瑞元，刑事訴訟程序中「機關鑑定」之研究－以醫事鑑定為範圍，台灣大學法律研究所碩士論文，2001 年，頁 90。

審議委員會，但當時之醫事審議委員會並不承辦個案之鑑定，因此醫事鑑定仍由「臺灣省醫療糾紛鑑定委員會」接受委託辦理。1979年，「中華民國醫師公會全國聯合會」恢復活動，原「臺灣省醫療糾紛鑑定委員會」改制為「中華民國醫療糾紛鑑定委員會」。衛生署原本要求該委員會增列法律、社會、治安等專家學者為委員，但委員會以該鑑定機關僅以學術立場提出鑑定意見供司法機關參考，並非從事判決之行為，而拒絕之⁴⁵²。直到1986年制定醫療法後，衛生署有鑑於醫事鑑定工作之重要，且為抒解民眾對於由醫師所組成的鑑定委員會之不滿，並基於保障醫病雙方之權利及促進醫病雙方和諧之精神，依據醫療法第73條第1項第4款⁴⁵³之規定成立「醫事審議委員會」，並自1987年開始受理司法、檢察機關委託鑑定至今⁴⁵⁴。衛生署網站之統計資料顯示，自1987年至2010年衛生署受理委託醫事鑑定案件數量總計高達7258件，且有逐年攀升之趨勢，僅2009年即高達546件，2010年亦有485件⁴⁵⁵。而受囑託鑑定之訴訟性質上，從早期以刑事訴訟為主之趨勢，到後來民事訴訟亦佔相當比例，諸如2009年接受民事訴訟案件之囑託鑑定達136件，2010年亦有94件⁴⁵⁶。

第二款行政院衛生署醫事審議委員會之組織

依照醫療法第98條及第99條之規定，中央主管機關、直轄市及縣(市)主管機關都須設置醫事審議委員會，由不具民意代表、醫療法人代表身分之醫事、法學專家、學者及社會人士中為遴選，且其中的法學專家及社會人士比例不得少於三分之一（醫療法第100條參照）。詳細之審議委員會之組織及會議等規定，則交由中央主管機關（即衛生署）及各直轄市、縣（市）政府之主管機關訂之。此外，雖中央及地方均設有醫事審議委員會，

⁴⁵²薛瑞元，刑事訴訟程序中「機關鑑定」之研究—以醫事鑑定為範圍，台灣大學法律研究所碩士論文，2001年，頁90。

⁴⁵³即現行醫療法第98條第1項第4款之規定。

⁴⁵⁴楊漢淙，醫療糾紛鑑定實況，律師雜誌，第217期，1997年10月，頁44。

⁴⁵⁵衛生署網站資料：受理委託醫事鑑定案件數統計表，<https://mcais.doh.gov.tw/public/PubReport1.aspx>，最後更新日期：2012年4月30日。

⁴⁵⁶衛生署網站資料：訴訟性質統計表，<https://mcais.doh.gov.tw/public/PubReport3.aspx>，最後更新日期：2012年5月1日。

惟依醫療法之規定，其職務並不盡相同⁴⁵⁷。而有法院或檢察機關之囑託鑑定之職務者，僅中央主管機關即行政院衛生署所設立之醫事審議委員會。而地方設置之醫事審議委員會雖於醫療糾紛發生時，提供醫療爭議之調處，惟並不提供鑑定之服務⁴⁵⁸。故以下之討論乃以行政院衛生署醫事審議委員會為主。

而衛生署依據醫療法第 98 條第 2 項之授權，另行於 2005 年 11 月 23 日訂定「行政院衛生署醫事審議委員會設置要點」（下稱設置要點），並自公布日起施行，該要點對於醫審會之組織、會議等訂有詳細之規定。首先，依設置要點第 3 點，於行政院衛生署下設「醫審會」，該會置主任委員 1 人，委員 14 至 24 人，由署長就不具民意代表、醫療法人代表身分之醫事、法學專家、學者及社會人士遴聘之，其中法學專家及社會人士之比例，不得少於 3 分之 1，聘期均為 2 年。其次，依設置要點第 4 點，於「醫審會」下設「醫事鑑定小組」，此小組即主要負責醫事鑑定工作，該小組置委員 21 至 27 人，並以其中 1 人為召集人，其成員除由行政院衛生署署長就醫事審議委員會委員中指定兼任外，召集人應就不具民意代表、醫療法人代表身分之醫事、法學專家、學者及社會人士遴聘之，其中法學專家及社會人士之比例，亦不得少於 3 分之 1，小組委員聘期亦為 2 年。值得注意者，

⁴⁵⁷醫事審議委員會之職務，依中央或地方之醫事審議委員會不同而掌管不同事務，分述如下：

一、中央醫事審議委員會（醫療法 98 條參照）

- (1) 醫療制度之改進。
- (2) 醫療技術之審議。
- (3) 人體試驗之審議。
- (4) 司法或檢察機關之委託鑑定。
- (5) 專科醫師制度之改進。
- (6) 醫德之促進。
- (7) 一定規模以上大型醫院設立或擴充之審議。
- (8) 其他有關醫事之審議。

二、直轄市、縣（市）醫事審議委員會（醫療法 99 條參照）

- (1) 醫療機構設立或擴充之審議。
- (2) 醫療收費標準之審議。
- (3) 醫療爭議之調處。
- (4) 醫德之促進。
- (5) 其他有關醫事之審議。

⁴⁵⁸醫療糾紛之醫病雙方透過訴訟外和解或調解而消弭紛爭，統計上約佔所有醫療糾紛事件三分之一左右，諸如：向各醫院協商單位提出申訴、透過鄉鎮市調解委員會依據鄉鎮市調解條例之規定進行任意調解、透過向衛生主管機關申訴而依醫療法由其所轄醫事審議委員會進行調處。邱玟惠，淺談醫療糾紛訴訟之相關規範，台灣法學雜誌，第 178 期，2011 年 6 月，頁 40。

依設置要點第 9 點，醫事鑑定委員為無給職。

需注意者乃，要求鑑定小組委員中，法學專家及社會人士之比例不得少於三分之一，除為符合醫療法第 100 條之規定外，其目的即為避免給人醫醫相護之不良觀感。但此種制度設計卻也讓人質疑其專業性，在實務判決中法院對於醫事鑑定小組之組成，是否具有專家資格，亦曾有以下之表示：「醫事審議委員會得設置醫事鑑定小組，置委員二十一人至二十七人，並以一人為召集人，除由署長就本會委員指定兼任外，並就其他醫療專家聘兼之；其聘期與本會委員相同。醫事鑑定小組得依鑑定案件性質，分組召開會議。醫事鑑定小組分組委員至少應有三分之一以上為法律專家或社會人士。是以醫事審議委員會既係以合議制之方式形成結論，但決定過程中，除初審意見係具有待鑑定事項之專業知識專家所作成外，最終仍須委諸於並非全屬醫學專家之審議委員，以多數決之方式形成結論。則醫審會之鑑定意見，是否可完全認為係具有專家資格者所作成，非無疑義」⁴⁵⁹。

第三款受理案件範圍

按行政院衛生署（下稱衛生署）所制定之「醫療糾紛鑑定作業要點」⁴⁶⁰（下稱作業要點），是衛生署醫審會辦理鑑定作業程序上之重要依據。其中作業要點第 2 點提到，依醫療法第 98 條規定，衛生署醫審會辦理醫療糾紛鑑定案件，乃以司法或檢察機關之委託為限，不接受當事人或第三人之直接委託。此外，衛生署醫審會辦理醫療糾紛鑑定，不接受對於器官、組織或檢體之病理檢查。

第四款鑑定處理流程

⁴⁵⁹士林地方法院 93 年度訴字第 430 號刑事判決。學者楊秀儀教授於「醫事鑑定制度改革」系列座談會中亦指出醫審會醫療鑑定小組成員組成，本身就違反了訴訟法上之鑑定人資格。參吳俊穎等，醫療糾紛鑑定的未來—由專業鑑定探討醫療糾紛鑑定之興革，月旦法學雜誌，第 183 期，頁 37-38。另外，亦有對於外行人是否有可能推翻醫師所為鑑定之能力，有所質疑者。王英明，醫療責任鑑定的風風雨雨-參加消費者文教基金會座談有感，臺灣醫界，第 29 卷第 9 期，頁 76。

⁴⁶⁰衛生署為辦理醫療糾紛鑑定，於民國 86 年 11 月 4 日衛署醫字第 86063502 號函公告醫療糾紛鑑定作業要點，民國 100 年 4 月 21 日衛署醫字第 1000205485 號函修正之。

依作業要點第 4 點規定，衛生署受理委託鑑定機關之囑託鑑定案件，應提交衛生署醫療審議委員會醫事鑑定小組（下稱醫事鑑定小組）召開會議審議鑑定。而該鑑定，得先行交由相關科別專長之醫師（下稱初審醫師）審查，研提初步鑑定意見⁴⁶¹。惟依作業要點第 6 點規定，若屬案情單純之鑑定案件，得逕提醫事鑑定小組會議審議鑑定。然此所謂之「案情單純」並無明確判斷標準，實際上亦鮮少跳過初審醫師之初審，逕由醫事鑑定小組認定之情形。是以，醫審會之鑑定過程為（作業要點第 5 點）：

1. 檢視委託鑑定機關所送卷證資料。
2. 交由初審醫師審查，研提初步鑑定意見。
3. 提交醫事鑑定小組會議審議鑑定，作成鑑定書。
4. 以衛生署名義將鑑定書送達委託鑑定機關，並檢還原送卷證資料。

由上可知，醫審會之鑑定實際上分為初步鑑定及審議初步鑑定並作成鑑定書兩階段。亦即鑑定小組初步審視鑑定之基礎卷證資料後，原則上會先將該案件資料送交與被告醫師之學經歷無關之醫學中心，請主治醫師以上等級之專家為初步鑑定並提供意見，再召開醫事鑑定小組會議，並請初審醫師參與討論，必要時亦得邀請有關機關或專家學者列席諮商（作業要點第 12 點、第 14 點參照）⁴⁶²。醫事鑑定小組會議對於鑑定案件之審議鑑定，以所有委員達成一致之意見為鑑定意見，採共識決之作法，並不另作發言紀錄（作業要點第 15 點）。從衛生署網站資料可知，醫審會於收到委託鑑定之公文書至完成鑑定發出鑑定書，其所需時間依案件複雜性不同及當時之受委託之案件數量影響，約需 6 個月至 1 年，平均鑑定時間則為 6 個月到 8 個月。衛生署網站亦開放囑託鑑定機關上網或以公文方式查詢鑑定進度⁴⁶³。

⁴⁶¹有醫學系教授指出，醫療鑑定問題之關鍵，實在於機關接受鑑定委託，往往只於尋找醫療專業相符者；於是任由對鑑定未必具備應有認知者，自由發揮。因此在外界常質疑醫醫相護之虞，往往造成醫醫相害之實。王宗倫，醫療鑑定之迷思，台灣法學雜誌，第 167 期，2011 年 1 月，頁 60。

⁴⁶²楊漢淙，醫療糾紛鑑定實況，律師雜誌，第 217 期，1997 年 10 月，頁 45。此外，依設置要點第 7 點之規定，該小組審議醫事鑑定事項時，得指定委員或委託有關機關及學術機構先行調查研究，並於必要時得邀請有關機關或專家學者列席諮商，亦為該小組得於鑑定初期委外先行提供鑑定意見之依據。

⁴⁶³查詢鑑定進度網址 <https://mcais.doh.gov.tw/>，輸入案件編號或法院初次囑託鑑定之公文文號，即可查詢鑑定進度。

此外，醫審會相當強調，依作業要點第 3 條之規定，委託鑑定機關於委託時，應清楚提供「鑑定範圍或爭執點」。蓋有時案件當事人住院多次，歷時長久、資料繁雜，若未就爭執點為特定，常導致鑑定程序因範圍過於廣大而無法有效進行。故囑託機關應敘明該案雙方爭執之爭議點，以利鑑定之作業。惟此部分囑託機關固應儘量針對醫療過程中某一特定步驟懷疑有疏失進行發問，而非僅將龐雜之卷證資料丟給醫審會，便就某某醫師於整個醫療程序有無醫療疏失等為廣泛發問。然而，正因為法院及當事人（至少於病患一方）對於醫學之專業知識欠缺，案件方有鑑定之需求，故若要求囑託機關應精確提問病特定醫療過程中之爭議部分，顯屬難以期待。故此部分應由囑託機關命當事人儘量確定爭議之處，並將案件事實中雙方爭執及不爭執之事項一併向醫審會為說明並發問，但醫審會亦應考量法院及訴訟當事人之專業知識缺乏，不應過於嚴謹地挑剔發問方法⁴⁶⁴。

另外，依作業要點第 17 點，醫事鑑定小組委員及初審醫師，對於鑑定案件所知悉或持有之秘密資訊與資料，均負有保密義務而不得無故洩漏。醫審會鑑定書於協議並完成後亦逕送委託鑑定機關，不提供予訴訟事件當事人，且除法令另有規定外，亦不對外提供（作業要點第 8 點參照），當事人若有知悉之必要仍需另至法院閱卷。

第五款鑑定資料來源

根據作業要點第 3 條，委託鑑定機關應提供案件詳細資料給醫審會，包括「完整之病歷並附護理紀錄、X 光片」、「訴狀、調查或偵查相關卷證」、「法醫解剖或鑑定報告」、「其他必要之卷證資料」。其中病歷資料應包括「門診、急診至住院全部過程之醫囑單、病程紀錄、護理紀錄、手術同意書、手術及麻醉紀錄、所有檢驗報告、心電圖及 X 光、電腦斷層（CT）、

⁴⁶⁴對此，醫審會一再表明委託機關不應逕將兩造之書狀作為問題直接請求發問。其理由在於，當事人之書狀往往流於各說各話，缺乏重點，或著仍有許多事實認定問題，常使鑑定時產生困擾。故應請各囑託鑑定機關釐清並整理雙方之爭議點，再送鑑定。此可參考衛生署醫事糾紛鑑定資訊系統 <https://mcais.doh.gov.tw/front/faq.aspx>。

核磁共振 (MRI) 之影像光碟或沖洗片⁴⁶⁵」。以上資料除非該病人未曾於該院做相關檢查，否則缺一不可。

實際上，法院常發文要求全部病歷，但是醫院有時候未必會確實提供全部完整的病歷資料，或是在某些情況下，醫審會研判病情及參考病歷後，認為仍需要當事人於其他醫療機構就醫之病歷資料，故而，醫審會有時還是會回函法院要求補充其他資料。惟依作業要點第 9 點之規定，醫審會辦理醫療糾紛鑑定案件，並不負責證據之調查或蒐集；原則上悉以囑託機關提供之相關卷證資料作為鑑定基礎資料。訴訟事件當事人若對於鑑定案件另有意見、新證據或文獻資料欲提供醫審會，應聲請囑託機關（法院或檢察署）轉提供醫審會參考（作業要點第 10 點參照）。醫事鑑定小組會議亦不受理訴訟事件當事人之任一方直接到場陳述意見（作業要點第 11 點）。可知醫審會原則上僅接受自囑託機關函送之證據資料，儘量避免與案件當事人有實質、直接之接觸。

第六款費用之收取

關於鑑定費用之收取問題，衛生署所頒布之醫療糾紛鑑定作業要點中並無關於處理醫療糾紛鑑定相關收費之規定，遍查設置要點及醫療法等，亦均無費用收取之規定。實務上，衛生署醫審會處理醫療糾紛鑑定事宜，本於機關相互協力之立場，無論是初審醫師或專家之初步鑑定或醫療鑑定小組之審查，亦無論刑事案件或民事案件，均未向囑託鑑定機關收取任何費用、報酬。

第七款鑑定意見之表現

醫審會於鑑定完成後，原則上均針對機關所詢事項以出具鑑定書之形式表達其鑑定意見。依作業要點第 7 點，鑑定書，應載明下列事項：

⁴⁶⁵CT (Computed Tomography)即電腦斷層掃描之縮寫，MRI (Magnetic Resonance Imaging)即磁共振造影（一般稱核磁共振掃描）之縮寫。

1. 委託鑑定機關。
2. 委託鑑定之範圍或項目。
3. 案情概要。
4. 鑑定意見。
5. 原送鑑定之相關卷證資料。
6. 鑑定之年月日。

此外，依作業要點第 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，即採合議制及共識決作法。故醫審會乃強調鑑定意見並非任一醫審會成員個人之意見，亦不另作發言紀錄。此外，為避免初審醫師、專家及醫療鑑定小組成員之困擾，故所有參與鑑定之醫師及其所屬醫院均不公開，亦不接受法院傳訊到庭作證。此部分之妥當性乃容有疑義。

第八款中立性條款

為表彰醫審會鑑定乃秉持中立、公正之原則為鑑定，作業要點第 16 點乃規定：「醫事鑑定小組委員及初審醫師，對於鑑定案件，應就委託鑑定機關提供之相關卷證資料，基於醫學知識與醫療常規，並衡酌當地醫療資源與醫療水準，提供公正、客觀之意見，不得為虛偽之陳述或鑑定。」，作業要點第 13 點亦設有迴避之條件，故若具有下列情形者應予迴避：

1. 鑑定案件涉及醫事鑑定小組委員或初審醫師現職服務醫院。
2. 鑑定案件與醫事鑑定小組委員或初審醫師具有利害關係。
3. 鑑定案件之訴訟當事人任一造與醫事鑑定小組委員或初審醫師具有利害關係。

第二項工程案件

實務上，關於重大公共工程案件爭議之釐清，囑託行政院公共工程委員會（下稱工程會）鑑定是受訴法院常見的一個選項。按工程會作為國家

最高公共工程督導機關，為提供公正、客觀之專業鑑定意見，協助司法機關發現事實真相、解決工程爭議，故設有「工程技術鑑定委員會」（下稱工鑑會），並參考醫療糾紛鑑定模式，頒訂工程技術鑑定作業要點。接受司法、監察機關囑託，對需為工程技術鑑定或諮詢之案件，提供服務，以期加速工程進度之推動，成就工程專業參與審判；並擔任工程人員與司法人員溝通認知落差之橋梁，使公務員能勇於任事。統計上，工鑑會自 89 年初迄 101 年 2 月，總共接受委託鑑定及諮詢案件 762 件，問題類型則涵蓋規劃、設計、施工期間工程管理、驗收接管及使用維護等公共工程生命週期的各個階段。以下茲就工程會工鑑會之相關資訊為介紹：

第一款行政院公共工程委員會工程技術鑑定委員會

工程會為辦理工程技術之鑑定及諮詢，依工程會組織條例第 16 條規定，設置工程技術鑑定委員會（下稱工鑑會），並訂有行政院公共工程委員會工程技術鑑定委員會設置要點（下稱設置要點）。工鑑會之任務為接受法院、檢察機關之囑託或調查機關之請求協助，以機關鑑定之名義，辦理公共工程技術鑑定及諮詢。但工鑑會之決議事項，則以工程會名義行文（設置要點第 7 點）。

依設置要點，工鑑會置主任委員一人，綜理會務；副主任委員一人，襄助主任委員處理會務；均由工程會主任委員就工程會高級人員派兼之。工鑑會共置委員 11 人至 19 人，除主任委員、副主任委員為當然委員外，其餘委員由工程會主任委員就專家、學者、社會公正人士、相關機關或工程會高級工程主管聘（派）兼之；其中專家、學者及社會公正人士不得少於三分之一；工程會派兼人數，亦不得超過委員總人數五分之一。委員任期 2 年，期滿得續聘（派）兼之。委員任期未滿出缺時，應及時遴選聘任補足之。工鑑會委員名單均公布於本會資訊網站及相關書面資料（設置要點第 3 點參照）。此外，值得注意者乃，工鑑會委員均屬無給職，但若非由工程會人員兼任者，則得依規定支給出席費或交通費（設置要點第 8 點）。

工鑑會委員會議，視需要不定期召開，由主任委員召集之，並為主席；主任委員未能出席時，由副主任委員代理之。而工鑑會委員會議，應由委員親自出席，其決議以全體委員過半數之出席，出席委員過半數之同意行之。可否同數時，由主席裁決之。又工鑑會委員非經授權，不得與案件當事人為程序外之接觸或以工鑑會名義發表個人意見；如須代表工鑑會到庭陳述鑑定意見時，應本於經工鑑會委員會議審議通過之鑑定書內容意旨為陳述（設置要點第5點參照）。

第二款受理案件範圍

依行政院公共工程委員會工程技術鑑定作業要點（下稱作業要點）第2點之規定，工程會辦理工程技術鑑定案件，除需有法院、檢察或調查機關囑託或請求協助外，更限於下列工程案件方得受理：

1. 機關人員辦理公共工程業務而受偵辦或起訴之刑事案件。
2. 機關與廠商間有關公共工程爭議之民刑事案件。
3. 機關與廠商因公共工程民刑事案件所提技術鑑定報告之審查。
4. 其他特殊之專案並經工程技術委員會委員會議同意受理者。

此外，其受理之鑑定事項亦限於與工程技術相關者，若非如下事項或範圍，亦不受理之（作業要點第3點參照）：

1. 公共工程之規劃、設計、施工期間工程管理、驗收接管及使用維護等是否符合營建相關法規、契約文件規定及工程慣例等建築術成規。
2. 因鑑定之必要，協助配合辦理取樣、試驗、鑽探、測量、履勘或結構分析等事宜。
3. 為發覺事實真相，針對當事人所提出之不同數據資料予以分析鑑定之。
4. 其他特殊之專案並經工程技術委員會委員會議同意受理者。

第三款鑑定處理流程

工程會受理鑑定案件處理流程如下（作業要點第5點參照）：

1. 由工鑑會主任委員指定委員 1 人至 3 人為預審委員，進行案件之審查。
2. 預審委員因審查之必要，得邀請相關領域之專家列席諮詢。
3. 如係民事案件，案件當事人負擔鑑定之相關費用；如不於期限內繳納者，不予受理。
4. 預審委員審查完畢後，應研究並提出初步鑑定意見，提交工鑑會會議審議，作成鑑定書。
5. 以工程會名義將鑑定書函送囑託或請求協助之法院、檢察或調查機關，並檢還原送卷證資料。

工程會受理鑑定案件處理期間原則上以三個月為限，必要時經主任委員核准後得延長一次。惟若工程會依作業要點第 9 點洽請囑託或請求協助之機關提供卷證資料時，即停止處理期間之進行(作業要點第 10 點參照)。綜上，工鑑會之鑑定作業大致可分為兩階段：

第一階段（預審作業）：

預審委員選任後，組成預審小組，視情況得邀請相關專家列席諮詢。其工作包括閱卷、勘驗與鑑定分析、預審會議、撰寫鑑定初步鑑定意見書等。預審委員工作開始時，首須檢視囑託機關提送之書面資料、圖說文件是否足夠，並憑以辦理後續分析與鑑定，預審委員及專家應本於其專業針對囑託鑑定事項深入分析、評估與查証以發現事實，確認事實，並取得預審小組之共識後，撰寫初步鑑定意見書，於相關預審小組成員均簽名認可後，檢送工鑑會會議審議。

第二階段（工鑑會會議審議）：

工程技術鑑定委員會會議召開須有二分之一以上委員親自出席，確認無虞後始進入議程。提出之初步鑑定意見書於會議朗讀後，出席委員本於專業，就初步鑑定意見書之理論與實務深入剖析、充分討論後，會議主席彙整意見作成共識決，並對相關文字用語逐一檢視，修正後定稿為該案之鑑定書。惟如必須藉由表決方式處理時，其決議以全體委員過半數之出席，出席委員過半數之同意行之。可否同數時，由主席裁決之。工鑑會會

議對於過於分歧或無法當場整合之意見，主席得將之退回預審小組再作彙整研究後，再提報後續之工鑑會會議審議。

第四款鑑定資料來源

依作業要點第 4 點之規定，法院、檢察或調查機關囑託或請求協助鑑定，應敘明鑑定項目或範圍，並提供必要之卷證資料。蓋工程會辦理工程技術鑑定案件，不負責證據之調查、蒐集，原則上悉以法院、檢察或調查機關提供之卷證資料為之；卷證資料如有不足，得洽請囑託機關（包括受訴法院）提供、補足之。若囑託機關應提供之卷證資料，遲未提供逾六個月者，工程會得終止鑑定（作業要點第 9 點參照）。蓋因工鑑會並非司法機關，無法辦理證據蒐集、調查等工作，端賴囑託機關提供，因此囑託機關有必要提供為鑑定目的所需之相關卷證及書圖契約文件等。該等資料若有不足，仍須藉由囑託機關責成案件當事人續為補充，如卷證資料遲未補足，造成鑑定之困難，為考量鑑定之正確性，經預審委員向工鑑會委員會報請備查後，將檢還原送資料不予鑑定並結案之。

此外，工程會網站亦提供下載備忘表格，其中表明工程技術鑑定作業所需卷證資料包括：囑託機關審理卷證、施工預算書、招標公告、決標紀錄、完整之工程契約書（1.詳細表、2.單價分析表、3.規範、4.圖說、5.關連廠商之契約書等）、核定之施工計畫書（含爭議部份之「分項施工計畫」）、核定之預定進度表或修正後預定進度表、監工日報表、施工日報表、天候證明文件、結構計算書、鑽探報告、爭議部份之施工照片、紀錄、往來文件、爭議部份之檢（試）驗報告、爭議部份材料送審核定資料、爭議部份之數量計算書、結算明細表、竣工圖、驗收紀錄、操作維護紀錄、歷次變更設計資料、歷次估驗資料、相關支出憑證、及其他必要資料。至於訴訟當事人對於鑑定案件，有新證據、文獻資料或有所聲明、陳述者，應聲請法院、檢察或調查機關提供本會參考（作業要點第 11 點參照）。**工鑑會認有必要時**，亦得經囑託或請求協助之法院、檢察或調查機關同意，通知訴訟事件當事人到工鑑會陳述意見（作業要點第 12 點參照）。

鑑定程序完畢之後，依工程會 99 年 9 月 16 日頒布之行政院公共工程委員會工程技術鑑定標準作業程序（下稱標準作業程序），其中 4.3.11 乃載明，鑑定資料應檢還囑託機關。蓋囑託機關隨案提送之卷證資料與後續補充資料僅限鑑定使用，於工程會作成鑑定書後，均一併檢還囑託機關，工程會不代為保存。

第五款費用之收取

依作業要點第 6 點，工程會鑑定之費用收取可分為三個項目：

一、鑑定人員服務費用：

預審委員及專家之服務費用原則上均由工程會支付，但民事案件應以每案每位預審委員及專家新臺幣二萬元之標準計算服務費用，由囑託法院轉請聲請鑑定人以現金、郵政匯票、銀行本行簽發之即期本票或支票、保付支票繳納此項費用。

二、外辦費：

鑑定過程中所需之取樣、試驗、鑽探、測量或結構分析等，因非屬本會職務應另行委託他機構辦理者，本會得協助代洽對象，相關費用由囑託或請求協助機關支付。

三、到庭陳述人員之費用

參與鑑定人員如應法院審理之必要需到庭陳述時，應以鑑定人身份為之⁴⁶⁶，並得參照「國內出差旅費報支要點」之規定支給必要之費用；惟不得再向法院請求日費及旅費。

第六款鑑定意見之表現

工程會最後出具之鑑定意見，原則上以鑑定書呈現，而鑑定書應至少

⁴⁶⁶惟實務上工程會並不常派員到庭說明，更鮮見以鑑定人身分到庭說明者。

包含下列項目（作業要點第 7 點）：

1. 囑託或請求協助鑑定機關。
2. 鑑定標的。
3. 鑑定項目或範圍。
4. 案情摘要。
5. 鑑定意見及理由。
6. 原送鑑定之相關卷證資料。
7. 鑑定之年月日。

此一鑑定書除依法另有規定外，於案件經司法程序終結前，不對外公開。工程技術鑑定委員會（工鑑會）委員、參與專家及工作人員，對於鑑定案件所知悉或持有秘密與資料，均應予以保密（作業要點第 8 點）。

依工程會標準作業程序 4.3.12 關於鑑定書說明方式之規定：工程技術鑑定委員會應囑託機關之函邀，就出具之鑑定書內容，依機關鑑定相關訴訟法規定⁴⁶⁷，指派適當人員對鑑定意見為說明。而不管何人代表工程會到場說明，均應本於經工鑑會委員會議審議通過之鑑定書內容意旨為陳述（設置要點第 5 點參照）。此外，工程會作業程序 4.3.12 亦清楚載明不接受法院、檢察署依傳票方式傳訊之作法。頗有顯示機關高度之風格。

第七款中立性規範

工程技術鑑定委員會（工鑑會）委員或工作人員對於辦理之鑑定案件，準用民事訴訟法第 32 條第 1 款至第 5 款迴避之規定（作業要點第 13 點）。故工程會工鑑會相關執行鑑定之委員、專家、工作人員若具有民事訴訟法上之迴避事由，即應自行迴避，並退出該鑑定案。有應行迴避之情事而未迴避者，工鑑會主任委員應令其迴避。此外，作業要點第 15 點載明，工鑑會應客觀、公正、超然之運作。作業要點第 16 點亦載明，工鑑會委員及參與專家，對於鑑定案件，應就法院、檢察或調查機關提供之相

⁴⁶⁷於民事訴訟法即第 340 條 1 項後段之規定。

關卷證資料，基於工程專業知識及慣例，衡酌當地工程資源與水準，並針對有關工程倫理、專業道德，提供公正、客觀之意見或判斷，不得為虛偽之陳述或鑑定。工程會頒布之作業程序 4.3.5.2 及 4.3.5.3 亦規定，預審小組及工作人員與當事人間非經囑託機關同意，不得作程序外之接觸。鑑定書檢送囑託機關結案後，囑託機關以外單位，本會無權提供任何報告或資訊，且相關工作人員對囑託事項均不得對外作個人意見表示或提供任何書面資料，此等規範似均彰顯工程會作為國家最高公共工程督導機關，立場之超然。惟作業要點第 15 點表示，對於鑑定案件之審議鑑定，以多數委員達成之意見為鑑定意見，不另作發言紀錄。工程會頒布之作業程序 4.3.5.1 亦規定：「工鑑會預審小組之名單堅持不對外提供。」似乎鑑定意見若有瑕疵或中立性有疑義時，亦無從釐清來龍去脈及責任歸屬。

第三項交通案件

我國車輛行車事故鑑定制度在早年即備受爭議，不但有立委關注，更成為媒體焦點⁴⁶⁸。關於車輛行車交通事故之鑑定，不論是刑事訴訟或民事訴訟，均以機關鑑定為主。雖於 2002 年監察院針對車輛行車事故鑑定制度，對交通部等機關提出糾正案後，國內開始出現車輛行車事故之團體鑑定，但其數量仍遠不及機關鑑定。至於交通事故之個人鑑定，實務上幾乎未曾出現過。

第一款車輛行車事故鑑定委員會

關於車輛行車事故之鑑定，依公路法第 67 條第 1 項之規定「國道之車輛行車事故⁴⁶⁹，由交通部或其指定之所屬機關設立車輛行車事故鑑定委

⁴⁶⁸曾文凱，鑑定人應接受詰問，司法改革雜誌，第 40 期，頁 22。

⁴⁶⁹有關國道之車輛行車事故鑑定業務，交通部公路總局依據車輛行車事故鑑定及覆議作業辦法第 3 條第 3 項規定委託臺灣省政府辦理。委託期間為 99 年 11 月 18 日至交通部公路總局成立車輛行車事故鑑定單位為止。至於國道車輛行車事故鑑定「覆議業務」得委託臺灣省車輛行車事故鑑定覆議委員會、臺北市車輛行車事故鑑定覆議委員會、高雄市車輛行車事故鑑定覆議委員會辦理；臺北縣、臺中縣（市）及臺南縣（市）改制成立直轄市後，其車輛行車事故鑑定覆議業務亦得委託臺灣省車輛行車事故鑑定覆議委員會辦理（車輛行車事故鑑定及覆議作業辦法第 11 條第 3 項參照）。

員會與車輛行車事故鑑定覆議委員會，辦理車輛行車事故鑑定及覆議事項。其委員由交通部或其指定之所屬機關遴聘各相關之專家、學者擔任之。」、同條第 2 項則規定「省（市）政府，為處理省道、縣道、鄉道、專用公路及市區道路之車輛行車事故，得在各地設立車輛行車事故鑑定委員會及覆議委員會，辦理車輛行車事故鑑定及覆議事項。其委員由省（市）政府遴聘各相關之專家、學者擔任之」，而該等鑑定委員會與覆議委員會之組織規程，則由交通部及省（市）政府分別訂之（第 3 項參照）。我國各地方之行車鑑定機關依上開法源於民國 53 年成立迄今，其目的係為當事人釐清責任，保障權益，以及研究各項肇事原因及其對策，提供主管機關作為改進之參考。以下，乃以台灣省車輛行車事故鑑定委員會為例，介紹車輛行車事故鑑定機關之組織及運作情況。

臺灣省政府組織規程第 11 條：「本府為辦理車輛行車事故鑑定事宜，分八區設車輛行車事故鑑定委員會；其組織規程另定之。」並依此另訂臺灣省各區車輛行車事故鑑定委員會組織規程（下稱組織規程），分 8 區設置車輛行車事故鑑定委員會⁴⁷⁰（下稱各區鑑定委員會）並冠以管轄區域名稱，掌理行車事故鑑定之相關事宜。而依組織規程之規定，各區鑑定委員會置主任委員一人，綜理會務，由臺灣省政府指派人員兼任之（組織規程第 3 條參照）。各區鑑定委員會置委員六人，由臺灣省政府就具下列專長之專家、教師聘兼之；其中教師人數不得少於委員總數二分之一，委員任期為二年，期滿得續聘一次，若委員任期內出缺時，得補行聘之，其任期至原任期屆滿之日為止。（組織規程第 4 條參照）：

1. 具有行車事故鑑定相關領域之技師證照者。
2. 專業技術及能力足被公眾所信賴之專家且為非相關主管機關（含交通執法、交通管理、交通工程、道路工程、公路監理等）之現職人員。
3. 現任或曾任公私立大專校院具交通管理、交通工程、道路工程、汽車工程、機械工程或法律專長之專（兼）任教師。

⁴⁷⁰原本台灣省下設 12 區車輛行車事故鑑定委員會，2010 年 12 月 25 日五都改制後，僅剩下 8 區仍在台灣省之範圍內，而臺灣省各區車輛行車事故鑑定委員會組織規程第 2 條仍規定分轄 12 區，應為未隨同改制修法之故。此八區為桃園縣區、竹苗區、彰化縣區、南投縣區、嘉雲區、屏澎區、基宜區、花東區。

4. 無上開專長之大專教師時，得就各該類相關專長之高級中等學校教師聘兼之。

各區鑑定委員會之委員，除教師、學者之外，許多是由地方機關、團體所指派，例如監理單位、汽車駕駛工會、交通局、警察、交通管制工程處等，常有非專業人員受指派參加鑑定事故之情形。此外，該等職務均屬兼任且為無給職，委員本身原有之職務已相當繁重，對於鑑定業務所能投入之時間相對有限，且亦常因預算等因素，受到民意代表之影響。又現行制度對於鑑定人員並無完整而連貫之培訓計畫，造成部分委員的專業知識不足，或委員的部分專業知識不足，某位委員或許是車輛或力學的專家，卻不熟悉交通法規⁴⁷¹。此外，目前亦缺乏鑑定人員認證制度，鑑定人員良莠不齊，影響所蒐集資料之完整性與鑑定結果之正確性⁴⁷²。

第二款受理鑑定事項範圍

車輛行車事故鑑定委員會所受理之鑑定事項，可參考由公路法第 67 條第 4 項授權交通部會同內政部、法務部訂定之車輛行車事故鑑定及覆議辦法（下稱鑑定及覆議辦法）第 3 條之規定，鑑定委員會受理行車事故鑑定，以經警察機關處理⁴⁷³並經事故當事人（或其繼承人或法定代理人、車輛所有人）申請為前提，或經現場處理機關移送司法或軍法機關，並經該機關囑託者為限。此外，下列五種類型之案件均不予受理鑑定：

1. 鑑定案件進入司法或軍法機關之訴訟程序，且非經各該機關囑託者。
2. 當事人申請或警察（憲兵）機關移送之案件，距肇事日期已逾六個月以上之案件。但因天災或其他不可歸責之事由而遲誤該期限者，不在此限。

⁴⁷¹參監察院 91 年院台交字第 0912500039 號糾正案文內容。

⁴⁷²關於各車輛行車事故鑑定委員會之人員及編制問題，可參林豐福等著，我國行車事故鑑定制度之長期規劃，交通部運輸研究所，2005 年 6 月，頁 26-28。

⁴⁷³包括台灣省、台北市、台中市、台南市、高雄市等車輛行車事故鑑定之申請表中，均表明申請鑑定必須該事故發生在各該區鑑定委員會轄區內，時間在六個月以內，且經警察機關處理，留有紀錄者（含各當事人筆錄、警繪現場圖、現場照片、車損照片等）。蓋此規範之目的應在於，若當事人間之行車事故未經警察機關處理者，由於缺乏公正之判斷依據，原則上亦不受理之。

3. 非屬道路交通管理處罰條例第 3 條第 1 款所指道路範圍⁴⁷⁴之行車事故案件。
4. 慢車⁴⁷⁵與慢車，慢車與行人事故案件。
5. 已經鑑定之行車事故案件。

是以，案件尚未進入司法機關訴訟程序中，事故當事人得自行提出鑑定之聲請，若已進入司法或軍法機關之訴訟程序，包括民事案件之起訴或刑事案件之偵查開始，則非經該等機關之囑託者即不予受理；距肇事日已逾六個月以上者原則上亦不予受理；非在道路發生之事故、非與機動車輛相關之事故，或曾經鑑定之事故均不予受理，其範圍可謂是相當明確。而各行車事故鑑定委員會之組織規程中亦有相關規定，以台灣省為例，其組織規程第 2 條即明定各區鑑定委員會之業務範疇，包括 1.行車事故現場勘查及報告。2.行車事故事證之蒐集、分析及鑑定。3.鑑定委員會會議之召開及鑑定意見書之製作。4.行車事故案件覆議資料之提供。

第三款鑑定處理流程

鑑定委員會受理行車事故鑑定案件，經分案後應先行如下之會前作業程序（鑑定及覆議作業辦法第 4 條參照）：

1. 專任人員應先分析研判案情，必要時進行現場會勘及資料蒐集。
2. 必要時得函請處理機關及相關機關提供有關資料，於十日內將資料送達。逾期未送達者，函請儘速補送。

⁴⁷⁴道路交通管理處罰條例第 3 條第 1 款所指之道路，係指指公路、街道、巷術、廣場、騎樓、走廊或其他供公眾通行之地方。

⁴⁷⁵所謂之慢車，道路交通安全規則第 6 條之定義，慢車種類及名稱如下：

一、自行車：

1.腳踏自行車。

2.電動輔助自行車：指經型式審驗合格，以人力為主，電力為輔，最大行駛速率在每小時二十五公里以下，且車重在四十公斤以下之二輪車輛。

3.電動自行車：指經型式審驗合格，以電力為主，最大行駛速率在每小時二十五公里以下，且車重（不含電池）在四十公斤以下之二輪車輛。

二、三輪以上慢車：

1.人力行駛車輛：指三輪客、貨車、手拉（推）貨車等。

2.獸力行駛車輛：指牛車、馬車等。

3. 最後製作案情摘要及印（繪）製現場圖分送各委員先行研究⁴⁷⁶。

接著召開鑑定會議，以台灣省行車事故鑑定委員會為例，乃以每星期召開鑑定會議一次為原則，必要時亦得召開臨時會議。會議由主任委員召集並為主席，主任委員因故不能出席時，由出席委員互推一人擔任主席（組織規程第 5 條 1 項）。而在決議方法上，各區鑑定委員會開會時，委員應親自出席，其決議應有委員過半數之出席，出席委員過半數之同意行之（鑑定及覆議作業辦法第 5 條、組織規程第 5 條 2 項參照），係採多數決之作法。

鑑定委員會舉行鑑定會議時，應書面通知當事人列席，並得視案情需要邀請車輛所有人及關係人、現場目擊證人、現場處理之憲警單位人員及相關機關人員、專家學者、其他有關機關之專業人員等列席。若當事人因死亡或其他特殊事故不能列席鑑定會議時，得由其家屬或檢具委託文件之代理人列席；當事人、代理人或家屬均不能列席時，鑑定委員會得採用其他有關人員之陳述或有關資料逕行鑑定，但案情重大或情節欠明者不在此限。此外，當事人之法定代理人、配偶、直系或三親等內旁系血親或家長、家屬於申請鑑定後，得向鑑定委員會以書面或於鑑定會議以言詞陳明為當事人之輔佐人，惟死亡車禍案件，得以相關公益社團之代表人為當事人之輔佐人並得在鑑定會議陳述意見（鑑定及覆議作業辦法第 6 條參照）。而鑑定會議之流程，則先由主席報告出席委員人數及宣布開會，在按議程編列順序逐案進行審查、鑑定。而鑑定程序之流程如下（鑑定及覆議作業辦法第 7 條第 1 項參照）：

1. 得請現場處理之憲警單位人員或相關機關人員於必要時說明案情。
2. 各方當事人報告事故經過情形。
3. 列席人員補充說明。
4. 出席委員、職員及列席專家學者對案情有疑義時，應及時提出詢問，由當事人或有關人員說明解答，必要時實施勘驗及檢驗，並作成紀錄

⁴⁷⁶專任人員若於製作摘要時，無法針對關鍵事項為摘錄，常影響甚至誤導委員作成意見之方向，此可參林豐福等著，我國行車事故鑑定制度之長期規劃，交通部運輸研究所，2005 年 6 月，頁 28。

附卷備查。

5. 現場目擊證人報告。
6. 列席專家學者報告。
7. 出席委員閱覽相關資料並聽取上述相關人員報告後，就案情研判事故原因，提出鑑定意見。
8. 主席歸納委員鑑定意見作成結論，徵求委員同意後列入紀錄，委員並在紀錄上親自簽署，作為製作鑑定意見書之依據。

鑑定會議中，若有委員意見不同之情形時，以多數委員共同意見做成結論。但應將不同意見併同敘明。鑑定案件不得作成二個以上之不同結論，若無法作成結論，將由工作人員針對各委員意見再調查分析，提下次會議討論。若因資料欠缺無法鑑定事故原因時，得不予鑑定或作成分析意見回復囑託者及當事人作為參考（鑑定及覆議作業辦法第 7 條第 3 項參照）。此外，鑑定及覆議作業辦法第 9 條規定，鑑定案件應自受理之翌日起二個月內鑑定完竣，並將鑑定意見書通知申請人或移送囑託機關，並以副本連同鑑定意見書抄送相關鑑定委員會各委員、憲警處理單位、各當事人及關係人。若因特殊事故，未能於前項期限完成鑑定者，得予延長，延長以一次為限，最長不得超過二個月，並通知申請人、移送或囑託機關。

第四款鑑定之覆議程序

當事人或其繼承人或法定代理人、車輛之所有人，若對於鑑定委員會所作鑑定意見有異議時，得向該委員會轄區之覆議委員會申請覆議，對於鑑定覆議則不得再申請覆議。覆議案件其已進入司法或軍法之審理程序者，應向審理該案之機關聲請轉送覆議委員會覆議（鑑定及覆議作業辦法第 11 條第 1 項）。為明確使當事人知曉其權利，並於對鑑定意見不符時申請覆議，鑑定意見書內應載明得覆議之意旨及相關程序⁴⁷⁷。

⁴⁷⁷即應載明「當事人對於鑑定委員會之鑑定有異議時，得於收受鑑定意見書之翌日起三十日內敘明理由向該管車輛行車事故鑑定覆議委員會申請覆議，但以一次為限。其已進入司法或軍法程序者，應向審理該案之機關聲請轉送車輛行車事故鑑定覆議委員會覆議」之文字。

覆議委員會受理行車事故鑑定覆議案件，經分案後其會前作業程序類似鑑定程序，即應先分析研判案情，必要時得進行現場會勘及資料蒐集。且必要時得再函請處理機關及相關機關提供有關資料。最後製作案情摘要及印製現場圖分送各委員先行研究（鑑定及覆議作業辦法第 12 條參照）。會前作業全部完畢後始由主任委員召開覆議會議。主任委員不能出席會議時，由出席委員間互推一人擔任會議主席。而覆議委員會應有二分之一以上委員出席始得召開。每一覆議案件須經出席委員過半數同意，始得決議。除此之外，覆議會議對原鑑定意見如有疑問或異議需作重大變更時，得通知原鑑定單位派員列席說明。惟覆議會議以書面審查為原則⁴⁷⁸，必要時得通知第 6 條第 1 項所訂列席人員列席說明，並給予充分陳述之機會（鑑定及覆議作業辦法第 13 條參照）。而關於時限問題，鑑定及覆議作業辦法第 16 條則規定鑑定覆議案件應自受理之翌日起二個月內完成鑑定覆議。但因特殊事故，未能於二個月期限完成者，得予延長，延長以一次為限，最長不得超過二個月，並應通知囑託機關或申請人。

第五款鑑定資料來源

如前所述，申請鑑定必須為發生在各該區鑑定委員會轄區內，時間在六個月以內，且經警察機關處理，留有紀錄者方得為之。而依道路交通事故處理辦法⁴⁷⁹第 10 條之規定，警察機關對道路交通事故現場，應就下列事項詳加勘察、蒐證、詢問關係人，據以分析研判：

1. 事故地點、通向、交通情況及周圍環境狀況。
2. 地面因事故形成之各項痕跡及散落物狀況。
3. 駕駛人身心狀況與人、車損傷之痕跡、程度及附著物之狀況⁴⁸⁰。
4. 事故當事人、車輛位置及形態。
5. 事故過程中之人、車動態及各關係地點。

⁴⁷⁸鑑定覆議之會議流程原則上與鑑定會議類似，規定於車輛行車事故鑑定及覆議作業辦法第 14 條中，於此不贅。

⁴⁷⁹此辦法乃內政部、交通部、衛生署會銜依道路交通管理處罰條例第 92 條第 4 項之授權訂定之。

⁴⁸⁰同辦法第 12 條第 1 項亦規定，事故車輛機件及車上痕跡證據尚須檢驗、鑑定或查證者，警察機關得暫時扣留處理，扣留期間不得超過三個月。

警察機關並應儘量使事故當事人及證人就上開事項為說明，並以現場圖及攝影作成紀錄，詳實填寫道路交通事故調查報告表，對事故當事人及證人陳述作成紀錄或筆錄。事故當事人因故無法到場陳述事故發生情形或其陳述內容有再查證必要者，警察機關得通知車輛所有人、當事人或相關人員到場說明。此外，肇事之汽車駕駛人拒絕接受或無法實施酒精濃度測試，或疑似吸食毒品、迷幻藥、麻醉藥品及其相類似之管制藥品者，警察機關應將其強制移由受委託醫療或檢驗機構對其實施血液或其他檢體之採樣及測試檢定。

而車輛行車事故鑑定，其最主要之基礎及上開警察機關針對交通事故現場所作成之現場圖、現場照片、道路交通事故調查報告表及當事人、證人之筆錄等資料。雖當事人若於警詢後發現新資料，亦得於鑑定會議中提出，惟車輛行車事故鑑定多半仍以警察機關提供之資料為主，故第一時間之現場處理，即攸關車輛行車事故鑑定之品質，若現場保存不完整，甚至可能導致無法作成鑑定結論之後果，故應謹慎為之。也正因此等資料如此重要，為維護當事人之程序上權益，道路交通事故處理辦法第 13 條亦規定，道路交通事故案件當事人或利害關係人，得於一定期間向警察機關申請閱覽或提供相關資料（包括登記聯單、現場圖、現場照片、道路交通事故初步分析研判表等）。

第六款鑑定費用之收取

關於鑑定費用之收取，原則上各區鑑定委員會均以固定規費之形式收取，以臺灣省車輛行車事故鑑定委員會為例，其鑑定規費以案計算，鑑定案件每案收費新臺幣三千元，覆議案件每案收費新臺幣二千元（臺灣省車輛行車事故鑑定及覆議規費收費辦法第 5 條參照）。至於規費之繳納義務人，依同辦法第 3 條之規定，如下：

1. 申請鑑定之車輛行車事故當事人或其繼承人或法定代理人、車輛所有人。

2. 現場處理機關移送者，為移送機關或第一款義務人。
3. 司法或軍法機關囑託者，為囑託機關或第一款義務人。惟若經司法或軍法機關函知純屬刑事案件者，免徵規費。

而此鑑定規費之收取，有下列情形之一者，應予退費：

1. 依車輛行車事故鑑定及覆議作業辦法第三條第一項規定不予受理鑑定案件者。
2. 調查跡證資料欠缺，對肇事原因無法獲得結論而不予鑑定或覆議者。但作成分析意見者，不在此限。
3. 鑑定或覆議案件未能於法定處理期間內辦理完成，申請人、移送或囑託機關得申請終止辦理，各區鑑定委員會或覆議委員會應予退還鑑定規費。但因可歸責於申請人、移送或囑託機關之事由者，不予退費。
4. 誤繳或溢繳規費者。

第七款鑑定意見的表現方式

車輛行車事故委員會於鑑定完成並經決議後應作成鑑定意見書，而該意見書應載明囑託、申請鑑定之人、當事人、一般狀況、肇事經過、肇事分析（包括駕駛行為、佐證資料、路權歸屬、法規依據等）、其他必要事項及鑑定意見。而鑑定意見內容應註明肇事主次因，由於車輛行車事故鑑定首重責任之明確區分，故為求簡潔明瞭，鑑定意見書中肇事主次因之格式限定下列三種（鑑定及覆議作業辦法第 8 條參照）：

1. 雙方當事人僅一方有過失者，以肇事原因表示之，另一方以無肇事因素表示之。
2. 雙方均有過失，且過失程度相同者，以同為肇事原因表示之。
3. 雙方均有過失，但過失程度不同者，較重之一方以為肇事主因表示之；較輕之一方以為肇事次因表示之。

又鑑定及覆議作業辦法第 8 條亦規定，若鑑定會議無法做成決議時，得將分析意見提供囑託之司法、軍法機關或申請人參考。至於鑑定覆議意

見書之應載明事項，原則上與鑑定意見書相同，惟鑑定覆議意見若維持原鑑定意見，則鑑定覆議意見書得以同意原鑑定意見之方式表示之，不必另行再載明上開事項。

可慮者係，鑑定所協助法院發現者，乃以事實為限，原則上不應加入鑑定人之價值判斷甚至是法律判斷，惟上開鑑定及覆議作業辦法第 8 條所提供鑑定人於鑑定意見書中表明肇事主次因之格式，其中涉及過失與否及過失程度之認定等問題，某程度已使鑑定機關代替法院為價值判斷或法律要件之認定。再參酌過往經驗，法官於行車事故鑑定中，接受並採取鑑定意見之情形具有甚高之比例⁴⁸¹，即可發現該等意見之表明方式，已導致於行車事故案件中，鑑定意見書已實質、大幅度地架空法官認定事實並進一步為要件審酌之職權。若結合各鑑定委員會之人員編制不足、鑑定作成方式傾向格式化、草率等現實考量為觀察，其不妥之處即顯而易見。此外，遍查鑑定及覆議作業辦法及行車事故鑑定相關規定，有關於必要時，各鑑定委員會派員到庭陳述之規定，均付之闕如。而實務上，由於法院多認為無必要性且體恤鑑定機關人員公務繁忙，幾乎未曾見過車輛行車事故鑑定機關派員到庭說明之情形。如此，是否妥當，容有疑義。

第八款中立性條款

鑑定及覆議作業辦法第 17 條明定，鑑定委員會委員及覆議委員會委員應獨立公正處理鑑定案件。其有下列各款情形之一者，應自行迴避，不自行迴避者，當事人得請求其迴避：

1. 委員為當事人者。
2. 委員現為或曾為當事人之配偶、八親等內之血親、五親等內之姻親或家長、家屬者。
3. 委員與當事人間訂有婚約者。
4. 委員與當事人間現有或曾有僱傭或代理關係者。

⁴⁸¹論者有謂，法官接受鑑定委員會之意見者粗估可達九成以上，參林豐福等著，我國行車事故鑑定制度之長期規劃，交通部運輸研究所，2005 年 6 月，頁 13。

5. 委員與當事人之代理人或重要證人間現有或曾有僱傭或代理關係者。
6. 有其他情形足使當事人認其有不能獨立公正執行職務之虞者。

具有上開情形，當事人請求鑑定委員會委員或覆議委員會委員迴避者，應於知悉迴避原因後在鑑定委員會或覆議委員會作成意見書前，以言詞或書面敘明理由向鑑定委員會或覆議委員會提出，鑑定委員會或覆議委員會應於十日內作成決定。此外，以台灣省各區車輛行車事故鑑定委員會為例，其組織規程中亦規定各區鑑定委員會主任委員或委員對於鑑定案件有利害關係者，應自行迴避，不得參與鑑定。(組織規程第 5 條第 3 項參照)，可謂十分強調鑑定機關之中立性。

第三節 囑託機關鑑定制度與當事人之程序權

第一項 囑託機關鑑定制度之特色

第一款 較具權威及信用

於囑託機關鑑定之情形，法院與當事人通常對於鑑定人之權威性有所意識。鑑定機關之權威性，一方面來自一般人常將鑑定機關與「設施完善、專家眾多及具有公正性」等想像作連結。另一方面，相較於個人鑑定，機關確實多半具有充實之專家陣容及現代設備，以實施完備的實驗或調查，可期待獲致比較具有信用性、高品質之鑑定結果。而此等較具權威及信用之形象，常導致法官於囑託鑑定時，傾向採納鑑定機關之鑑定意見，甚至以囑託鑑定此一形式之本身，作為採納鑑定意見之理由。論者⁴⁸²曾有指出，實務上甚至常見法院以「機關鑑定具有權威性」為理由，肯認鑑定意見之正確性。諸如臺灣高等法院 89 年度重上字第 114 號民事判決：「醫事審議委員會係醫療糾紛之專責鑑定機構，台大醫院、長庚醫院均是台灣地區首屈一指之教學醫院，鑑定醫師均為國內心臟專科之權威，且其等鑑定

⁴⁸²李聖隆，我國醫療糾紛鑑定實務的檢討，收載於現代刑事法與刑事責任—蔡教授墩銘先生六秩晉五壽誕祝壽論文集，1997，頁 623。

意見，已詳細說明鑑定之判斷依據，說理詳實，自可採信。」、最高法院 100 年度台上字第 3158 號刑事判決：「刑事警察局係國內鑑定槍枝是否具殺傷力之權威機關，依該局對槍枝鑑定之專業經驗，自得採信該局以『性能檢驗法』鑑定之結果，認定扣案之二支鋼管槍具有殺傷力等論斷理由。」、最高法院 93 年度台上字第 1417 號刑事判決：「本件肇事責任，已先後送請台灣省高屏澎車輛行車事故鑑定委員會，及台灣省車輛行車事故覆議鑑定委員會鑑定明確，該二鑑定機關均為國內權威鑑定機關，原審不再送請其他鑑定機關另作鑑定，不能指為調查未盡。」、最高法院 92 年度台上字第 2149 號刑事判決：「查扣之槍枝既經上開鑑驗通知書確認具殺傷力，且刑事警察局對槍枝之鑑驗，既具實務經驗，並於國內具權威之地位，原審未再將查扣之槍枝送請其他機構為鑑定，為益之調查，並不違法，上訴論旨妄指為違法，亦非正當之第三審上訴理由。」其他如臺灣板橋地方法院 92 年度簡上字第 177 號民事判決、臺灣屏東地方法院 98 年度簡上字第 3 號民事判決等，均提及鑑定機關具有權威性，故其鑑定意見可採之意旨⁴⁸³。

當然，亦有判決明白表示不能僅以訴諸機關鑑定權威性之方式，即認定其鑑定意見可採。諸如最高法院 88 年度台上字第 2289 號民事判決：「上訴人主張，調查局係我國最高權威之鑑定機關，其鑑定兩者之印文不同，應屬正確無誤，刑事警察局之鑑定結果，令人懷疑，且解約信函及互易契約之印文經放大後予以核對比較，可以發現兩者之印文有所不同...惟查，調查局之鑑定效力或正確性，並不當然高於刑事警察局，兩單位之鑑定結果不同，即不能完全採信調查局之鑑定報告。本件調查局就解約信函與房地互易契約書上上訴人之印文是否相同，其前後鑑定書並未獲致相同之結果，因此調查局（字號省略）鑑定通知書之鑑定結果，可信度自嫌薄弱。而刑事警察局之鑑驗方法係採重疊比對法，將解約信函上之上訴人印文及房地互易契約上之上訴人印文重疊後再予比對，結果兩者印文相符，刑事

⁴⁸³此外，亦有當事人以權威性不足之方式挑別鑑定機關者。諸如臺灣高等法院 94 年度重上字第 61 號民事判決中上訴人即主張：「台灣省政府住宅及都市發展局員工消費合作社實驗組未見鑑定單位之權威性，且該單位與國立臺灣工業技術學院及經濟部商品檢驗局等均係由信美公司自行採樣送驗，其取樣自有與真實不符，實情疑慮，所為鑑定自不能憑藉。」

警察局之鑑定結果，即堪採信。」惟就此以觀，該案之上訴人亦意識到鑑定機關之權威性可加以利用，故有此主張，最高法院還必須以鑑定結果歧異的理由為反駁，並明示權威機關之鑑定效力並不當然高於其他鑑定人。可見囑託機關鑑定，在一般人（包括審判者）的心中，較具有權威性之現象確實存在。

第二款原則上不提供實際鑑定人姓名

現今社會具有高科技與專業知識分殊之情況，故訴訟上之鑑定相應於此，亦常需要由鑑定團隊來實施，以求儘量正確的鑑定意見，而囑託機關、團體鑑定之制度及應運而生，故囑託鑑定之本質，係多數具有專業知識之人合力鑑定，只不過這多數人是被吸收在一個機關或團體之名義下，並兼有利用此機關、團體豐富資源之意義。故實際上，從事鑑定之人，仍為機關、團體中之特定自然人，或為一人，或為數人。然而，因形式上之鑑定人仍為該等機關、團體，故囑託鑑定所出具之鑑定書及其他對外行為，均以受囑託之機關名義作成，而不輕易披露實際鑑定者之姓名及其他資訊。此較個人鑑定情形，多少減輕實際鑑定者之心理上負擔。實際從事鑑定者也因此不必具結或至法院接受訊問、發問，具有匿名性之特質。

實務上，諸如臺灣高等法院95年度智上字第18號民事判決即指出：「因系爭眼鏡之各項構件完全相同於系爭專利，工研院方為相同之描述，要不得執此指為草率。況被上訴人之疑義，已由本院函詢工研院，並獲得其函覆，告知「本院係以財團法人工業技術研究院之名義接受法院囑託鑑定，並非以專家個人名義接受囑託鑑定，且本院內部鑑定作業之進行係依據『工業技術研究院處理司法鑑定案件辦法』執行，其用意即在維持鑑定作業之公正與專業」等語，足證工研院乃以機關名義出具意見，由整體機構負責鑑定結果，並非由特定一人鑑定系爭專利侵害事件之有無。」亦認為囑託機關鑑定，並非特定自然人作為鑑定人，故僅須以機關名義出具意見，並由整體機構對鑑定結果負責即可。

就此，論者有認為，機關鑑定是對於「匿名鑑定制度」之包裝，已某程度悖離訴訟法之原則⁴⁸⁴。從實際情況觀之，本文前述重要機關鑑定模型，包括衛生署醫事審議委員會（下稱醫審會）及行政院公共工程委員會（下稱工程會）均強調為避免實際鑑定人之困擾，且以鑑定意見係鑑定機關所作成，並非任一機關成員個人之意見，堅持不公開實際鑑定人之資訊。甚至於內部規範及作業準則均有明文規範。可見此種情形已是社會實踐之一環，實務上以「機關鑑定」包裝「匿名鑑定」之情形確屬常態，並非偶然，而有其文化、社會背景。

第三款以決議方式作成最終鑑定意見

機關鑑定另一特色則是在於，由於鑑定機關內部有多數實質參與鑑定之人，故其鑑定意見均須透過決議作成並對外表示。諸如：醫審會於其醫療糾紛鑑定作業要點第 15 點表示，將以所有委員達成一致之意見為鑑定意見，採共識決之作法，並不另作發言紀錄。雖自文義上觀之，必須全體委員達成一致意見方能作成決議，但實際上醫審會還是採行多數決之方式，此觀行政院衛生署醫事審議委員會設置要點第 6 點第 4 項規定，小組會議作成決議事項，僅須有小組委員過半數出席，出席委員過半數同意即可（可否同數時，由主席裁決之）。可知醫審會確實是以多數決之方式進行作成鑑定意見，其所謂之「一致意見」，僅為形式上之一致，並非全體專家均無不同見解。至於工程技術之機關鑑定，工程會於其工程技術鑑定作業要點第 15 點即明白表示，對於鑑定案件之審議鑑定，以多數委員達成之意見為鑑定意見，不另作發言紀錄。而各區車輛行車事故鑑定委員會，依交通部訂定之車輛行車事故鑑定及覆議作業辦法第 5 條之規定，亦採多數決之作法。

⁴⁸⁴ 薛瑞元，刑事訴訟程序中「機關鑑定」之研究—以醫事鑑定為範圍，台灣大學法律研究所碩士論文，2001 年，頁 132。評價上，學者有認為各法院囑託鑑定案件，因不知該機關團體實施鑑定人員，是否學識足可勝任其事，遂僅以已經該機關團體出具鑑定書可稽，而未就實施鑑定之人員所具備學識經驗程度，予以考慮，是實務上囑託鑑定一大缺點。周叔厚，證據法論，三民出版，1995 年，頁 924。

第四款以規範之形式強調中立性

鑑定人有其中立性之要求，如前述，一般多認為機關鑑定相較於自然人鑑定，其公正無私之立場較能被期待。而鑑定機關或為回應此種期待，於其作業要點或組織規程中多半會列入中立性條款。諸如：醫療糾紛鑑定作業要點第 16 點、工程技術鑑定作業要點第 13 點、車輛行車事故鑑定及覆議作業辦法第 17 條等，均屬強調鑑定機關內部人員中立性、公正性之規範。

第五款鑑定機關代表到場說明之機會不高

法院囑託之鑑定機關是否派代表到場說明之問題，從本文所舉三個類型之鑑定機關，其實際運作之情況來看，各區行車事故鑑定委員會與醫審會均明示無法派人到庭說明，且實務上亦無到庭說明之先例。至於工程會，其所制訂之工程技術鑑定標準作業程序 4.3.12 中雖有規定，工鑑會受法院之函邀就出具鑑定書之內容，依相關訴訟法規範，派員到庭說明，且不接受傳票形式。但實際上，或因法院體恤工鑑會委員公務繁忙，或因法院傳喚到庭之形式不為工鑑會所接受，工鑑會指派人員到庭說明之比例並不高。由此可知，鑑定機關派人到庭說明之情況並不多見，甚至有機關於其作業要點及其網站公告⁴⁸⁵，已先明示無法到庭說明之作法。此種情形民事訴訟法第 340 條第 1 項「於必要時可由機關所指定之人到庭說明」之規定，有相當之出入。

第六款鑑定資料多依賴囑託機關之提供

⁴⁸⁵例如衛生署醫療糾紛鑑定資訊系統 <https://mcais.doh.gov.tw/front/faq.aspx>，最後瀏覽日期：2012 年 5 月 19 日。其中 Q&A 部分指出：「Q:可以傳鑑定醫師出庭作證嗎？A:醫事審議委員會依醫療法第 98 條規定，受理司法檢察機關委託鑑定醫事案件，係針對所詢事項，就相關卷證及病歷資料所述案情，基於醫學知識及現行醫療常規，提供書面之專業鑑定意見。另依本署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，即採合議制，並非個人之意見，並據以確定鑑定書，不另作發言紀錄。為避免鑑定委員之困擾，請鑑定委員到庭作證，實誠有不便。」

法院囑託機關鑑定時，常見的另一特色在於，雖然民事訴訟法第 337 條針對鑑定人之資訊取得權乃有所規範，惟鑑定機關常強調其鑑定所以據之基礎資料，乃以囑託機關（法院）所提供者為限。以醫審會為例，醫療糾紛鑑定作業要點第 11 點雖不排斥訴訟當事人隨時聲請法院轉交資料予醫審會，惟同要點第 9 點則明白表示，醫審會辦理醫療糾紛鑑定案件，不負責證據之調查或蒐集；悉以委託鑑定機關提供之相關卷證資料為鑑定基礎資料⁴⁸⁶。是以，若囑託機關依醫療糾紛鑑定作業要點第 3 點之規定提供相關卷證資料後，醫審會原則上即依照囑託機關所提供者為限，不另再主動調取需要之資料。

第二項囑託機關鑑定制度對當事人程序權之影響

第一款概說

若上開機關鑑定之特色以觀，囑託鑑定，尤其是機關鑑定，雖然具有人力、設備較自然人鑑定充足，機關統籌相關人員合作完成鑑定意見，較能集思廣益並加強效率等優點，於現代社會有不可或缺之必要性。然而，在某種程度上，由於現行之囑託鑑定制度有上述之特色，將導致若干訴訟上當事人之程序權受到衝擊，部分建構民事訴訟鑑定制度之法理基礎，於囑託機關鑑定之情況似乎均有所退讓。而此等退讓及延伸之影響是否具有正當基礎，乃存有疑慮。就此，包括當事人之合法聽審權部分退讓之疑慮、鑑定人中立性確保之疑慮、真實發現之疑慮、促進訴訟之疑慮及轉委任可行性之疑慮等，均屬值得探究之議題，本文將初步探討如下。

第二款當事人之發問權受限

基於當事人之合法聽審權，應於鑑定過程應保障當事人之發問權⁴⁸⁷。而民事訴訟法於 2000 年修正前，第 340 條關於囑託鑑定之規定，關於發

⁴⁸⁶工程會之工程技術鑑定作業要點第 9 點亦有類似規定。至於各區行車事故鑑定委員會，其鑑定之依據更是全憑囑託機關所移送之警察機關資料。

⁴⁸⁷可參本文第三章第一節之內容。

問權之規定並不在準用之列，導致當事人是否得對鑑定機關、團體為必要之發問，乃有採否定之見解。惟修法後，民事訴訟法第 340 條之準用範圍已包括同法 324 條，亦即亦準用對當事人得對證人發問之規定（民事訴訟法 340 條第 2 項準用第 324 條準用第 320 條參照）。學者有指出，依民事訴訟法第 340 條第 1 項之規定，機關、團體指定何人到場說明，法院雖無權選擇該到場說明之人，但當事人欲對鑑定機關行使發問權時，其須指定代表之人說明並回答問題。此際，當事人既得聲請法院對之為必要之發問，亦得向法院陳明後自行發問⁴⁸⁸。本文一再強調，當事人之發問，除有使當事人積極參與、影響鑑定程序之意義，更是使法院審查鑑定意見可採與否的最佳機制，也只有讓專家進入法庭陳述鑑定結果，並接受法官之訊問、當事人之發問，才能徹底反應鑑定意見有無可信性。

綜上，當事人行使發問權於程序上之重要性不言自明，縱使是囑託鑑定之情況亦應如此。然而，**當事人有效行使發問權之前提，必須以鑑定機關、團體派員到場為前提**。惟如前述，我國法院囑託機關、團體鑑定時，尤其是機關鑑定之情形，實際派員到庭說明鑑定意見之案例應屬少數，或因法院體恤鑑定機關業務繁忙，或因法院認為無必要性⁴⁸⁹，或因鑑定機關因故拒絕，甚至已有機關「大方且明白地」對於不能派員到庭說明之立場為表示。而部分機關雖有派員到庭說明鑑定意見之內部規定，惟亦表明僅接受法院之「邀請」，且實際上是否「應邀」亦由鑑定機關主觀為決定，似乎不甚明白鑑定人派員到場應屬義務，而非權利。

從而，囑託鑑定某程度已將屬於人之證據方法之「鑑定人」，轉化為屬於物之證據方法之「書證」，鑑定機關僅以報告書說明，法院至多僅能

⁴⁸⁸ 邱聯恭，關於「第 2 編第 1 章第 3 節證據」之修正研究報告，司法院民事訴訟法研究修正資料彙編（六），1990 年，頁 664、677、682。此外，亦有學者指出，於德國，因其民事訴訟法就團體鑑定未為規定，故不生當事人對於團體如何發問之問題，而在日本，雖設有法人鑑定，亦係由當事人對其所指定之人為訊問。許士宦，鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（下），台灣本土法學雜誌，第 67 期，2005 年 2 月，頁 29。

⁴⁸⁹ 最高法院 96 年度台上字第 2857 號民事判決：「民事訴訟法第 340 條第 1 項係規定：法院認為必要時，得囑託機關、團體或商請外國機關、團體為鑑定或審查鑑定意見。其須說明者，由該機關或團體所指定之人為之。**則法院認無須說明者，自毋庸命鑑定機關或團體等指定人員到庭說明。**」

以書面之方式與鑑定機關溝通。諸如由當事人聲請書面函詢鑑定機關或再行補充鑑定，除無法完全保障當事人之發問權外，文件往返亦曠日廢時，不利訴訟經濟。此外，由於不須到庭說明，亦不受當場訊問、發問，往往造成最後無人對鑑定意見實質負責之窘境，此難免讓人產生專家獨大之疑慮。又雖法院囑託機關鑑定，常取其權威性及信用性較高之優點，惟其意見可採與否仍有檢討可能性，以醫審會為例，即有學者主張，現行醫事鑑定制度所面臨難題之一，在於鑑定人多數亦為醫師，卻因囿於同儕壓力之故，所提供之鑑定意見多有保留。鑑定人雖然對本例之真正爭點了於胸，但因囑託鑑定之問題並未直指核心，因此鑑定意見亦避重就輕，僅就所有可能之原因加以回答，是否具有過失等問題則輕描淡寫，結果形成空泛、模稜兩可的鑑定意見⁴⁹⁰。而醫審會之初審醫師於作成初步判斷時，以及醫審會成員形成決定並表示鑑定意見時，此種問題均可能存在。若於此種擔憂存在之情形下，醫審會又未派人到庭說明鑑定意見並接受訊問、發問，對於當事人之聽審權保障似乎有所不足。

有刑事訴訟學者指出：「詰問制度正是審查鑑定意見可採與否的最佳機制，也只有讓專家進入法庭陳述鑑定結果，並接受詰問，才能徹底反映鑑定意見有無可信性。此必須與我國法庭的詰問制度相配合，另一方面，專家進入法庭的前提，就是要以『個人鑑定』取代『機關鑑定』，機關鑑定往往造成最後無人對鑑定意見負責之窘境，當然也無接受質疑的機會⁴⁹¹。」此種情況於民事訴訟中亦屬如此。本文以為，落實鑑定機關確實派員到庭說明，並經法官之訊問、當事人之發問乃有其必要性。唯有機關派代表到庭說明並受訊問、發問之考驗，使當事人有機會除去心中疑慮，並有進一步突顯鑑定意見矛盾存在之機會，方能完善鑑定意見之公信力、符合聽審權之要求，並於需要補充鑑定時，確定補充鑑定之方向。至於是否必須以個人鑑定取代機關鑑定，並完全捨棄囑託機關鑑定之制度，則並非必然之方案，僅屬選項之一。蓋若能符合上述使鑑定機關派員到場說明並接受考驗之要求，則由鑑定機關，以其整體名譽為鑑定意見負責，似亦無

⁴⁹⁰邱琦，醫療專庭與專家參審-以德國、法國商事法庭為借鏡，月旦法學，第185期，2010年10月，頁83。

⁴⁹¹王梅英，專家在法庭上之角色-鑑定或參審？，律師雜誌，第253期，2000年10月，頁36。

不妥之處。

第三款當事人之在場權受限

基於當事人之合法聽審權，可推論出當事人及其訴訟代理人於鑑定之證據調查程序、鑑定作業準備程序及其他關於形成鑑定意見之重要程序，均應具有在場權，以便能妥善提出意見，參與鑑定意見之形成。惟於囑託鑑定之情形，作為鑑定人之機關，於形成鑑定意見之過程，常未慮及上開當事人在場權之重要性。以醫審會為例，作為醫審會辦理鑑定作業重要參考之醫療糾紛鑑定作業要點第 10 點乃規定，訴訟事件當事人之任一方對於鑑定案件，如另有意見、新證據或文獻資料，應訴請委託鑑定機關提供該小組參考。同要點第 11 點規定，醫事鑑定小組會議不受理訴訟事件當事人之任一方直接到場陳述意見⁴⁹²。此等規定，對於當事人之意見提供權予以限制，甚而否定了當事人及其訴訟代理人之在場權，使其無法於作成鑑定意見之重要程序中在場並適度參與鑑定意見之形成。究其原因，應係醫審會為減少鑑定委員之困擾，儘量避免與當事人有實質、直接之接觸。或考量當事人欠缺醫療專業，無法對鑑定意見有所貢獻。惟此等理由，實不足以作為限制當事人在場權之正當事由。

此外，諸如醫療糾紛鑑定作業要點第 15 點規定，醫事鑑定小組會議乃以委員達成一致之意見為鑑定意見，故不另製作發言紀錄⁴⁹³。就此，姑不論實際上醫事鑑定小組會議之決定乃以多數決之，並非實質之共識決，縱使最後醫事鑑定小組會議確實達成共識，亦不能因此不製作發言紀錄之理由。蓋對於此等涉及醫療專業的問題，學術或實務間專業見解有所不同實屬常態，縱為少數意見亦有其道理，不見得沒有保留之必要；倘有不同意見，全體委員是經過何等討論始達成一致見解或作出決定，贊成或

⁴⁹²工程會工程技術鑑定作業要點第 11 點亦有類似規定，至於同要點第 12 點雖規定：「工程技術委員會認有必要時，得經囑託或請求協助之法院、檢察或調查機關同意，通知訴訟事件當事人到場陳述意見。」惟此以工程技術委員會認為有必要時為前提，只能視為工程會取得資料之手段之一，並非當事人在場權之規定，而實務上亦不常見工程會通知當事人到場之情形。

⁴⁹³工程會工程技術鑑定作業要點第 15 點亦有類似規定。惟車輛行車事故鑑定及覆議作業辦法第 7 條第 4 項則容許於鑑定書中敘明不同意見，應屬較合理之作法。

反對鑑定結論者有幾人？反對理由為何？凡此種種均為檢驗鑑定結論可信性之依據，醫審會卻以作業要點規定不另製作發言紀錄。無怪乎會招致近似黑箱作業之批評⁴⁹⁴。

第四款中立性確保之疑慮

按民事訴訟法第 340 條關於囑託鑑定之規定，於 2000 年修正前，並未準用同法第 331 條，故學者向來認為，受囑託的機關、團體所指派之人員，僅屬為該機關、團體工作之人，並非法院選任之鑑定人，當事人不得對其聲明拒卻⁴⁹⁵。而針對囑託之機關、團體，因法未明文，故亦無適用拒卻制度之餘地⁴⁹⁶。惟現行民事訴訟法第 340 條之準用範圍大幅擴大，已包含同法第 331 條之規定，故縱使鑑定人為機關、團體，遇有鑑定人具迴避事由之情況，當事人亦得對之聲請拒卻⁴⁹⁷。例如在醫療過失訴訟上醫生為

⁴⁹⁴李聖隆，我國醫療糾紛鑑定實務的檢討，刑事法律專題研究（十六）－司法院第 39、40 期司法業務研究會研究專輯，1999 年 5 月，第 363-365 頁、高鳳仙，論我國鑑定制度與美國專家證人制度在醫療事件之角色扮演（下），萬國法律，第 130 期，2003 年 8 月，頁 92。此外，在小組評議進行時，鑑定資料係於開會時當場再發，並被要求與會人員離席時，將鑑定資料留在座位上，不得攜出會場。試想以醫療糾紛所涉之專業複雜程度，鑑定委員竟無法於鑑定前事先得相關資料進行準備，如何能夠期待委員於會議進行中充分討論？倘嗣後發現鑑定所涉之問題另有值得再行討論或進行會後研究之必要，該小組要求與會人員不得將資料攜出會場，委員恐怕無法針對相關問題作進一步研究，如此倉促之下所作出之結論，其可靠性及完整性如何期待？

⁴⁹⁵周叔厚，證據法論，三民出版，1995 年，頁 934。

⁴⁹⁶諸如，修法前之最高法院 69 年台抗字第 171 號裁定即指出：「本件台灣桃園地方法院囑託台灣區電線電纜工業同業公會為鑑定，係依民事訴訟法第 340 條為之。機關團體依該法條為鑑定者，該機關、團體或其指定實際調查之人，均不適用民事訴訟法第 331 條拒卻鑑定人之規定。此觀諸該法第 340 條僅規定準用同法第 335 條至第 338 條，而不及於第 331 條自明。抗告人聲請對上開同業公會指定實際調查人之一韓中原拒卻鑑定，依上揭說明，難謂有理由。至韓中原於鑑定人結文內簽名具結，係多此一舉，不能以此謂韓中原為鑑定人，得對之聲請拒卻。原法院以裁定駁回抗告人之聲請，其所持之理由，雖非基於此，但結果相同，仍應予維持。抗告論旨聲明廢棄原裁定，為無理由。」其他如最高法院 87 年度台聲字第 203 號裁定亦同此旨。

⁴⁹⁷諸如最高法院 98 年度台上字第 1079 號民事判決：「惟按當事人得依聲請法官迴避之原因拒卻鑑定人。聲明拒卻鑑定人，應舉其原因，向選任鑑定人之法院或法官為之；前項原因及前條第 2 項但書之事實，應釋明之。民事訴訟法第 331 條第 1 項、第 332 條分別定有明文。而關於鑑定人之規定，除第 334 條及第 339 條外，於法院囑託機關、團體或商請外國機關、團體為鑑定者，準用之，同法第 340 條第 1、2 項亦有明定。是上述有關拒卻鑑定人之規定，於法院囑託機關、團體為鑑定時，自亦在準用之列。又「拒卻鑑定人之聲明，是否正當，依同法第 333 條所示，自應由受訴法院或受命推事（法官）、受託推事（法官）明予裁定，不得僅以進行訊問或廢止訊問，默示其以拒卻為不當或正當，否則即不得遽以該鑑定之結果為判決之基礎」，本院著有 43 年台上字第 642 號判例可資參照；故當事人向受訴法院聲明拒卻法院囑託為鑑定之機關、團體時，法院應就其聲明是否正當，明予裁定，否則，即不得以該項鑑定之結果為判決之基礎。查上訴人於九十六年一月二十五日、同年二月二十七日即依民事訴訟法第 331 條第 1 項、第 332 條規定，以同

被告之情形，若法院囑託其所受僱用之醫院為鑑定人，即屬有偏頗之虞，蓋該醫院可能負有僱用人之連帶賠償責任，故與當事人一造乃具有法律上利害關係，構成得以拒卻之事由。

應注意者，實務見解對於拒卻之標準，向來傾向嚴格審查，而對於鑑定人為機關、團體之情形，更是如此。諸如最高法院 98 年度民專抗字第 35 號裁定：「稱『釋明』者，應提出得即時調查之證據，使法院就某事實之存否，得到『大致為正當』之心證，與『證明』係當事人提出之證據方法，足使法院產生堅強心證可以確信其主張為真實者，雖稍有不同；惟釋明之內容及證據，仍應針對其應釋明之事實是否存在或不存在為之，而不得以空泛之臆測代替，倘釋明之證據及內容無法依經驗法則或論理法則而推論出之其應釋明之事實，即難認已盡釋明之責。是聲明人拒卻鑑定人，應釋明鑑定人對於鑑定事件，與當事人之一造有特別利害關係，或有密切之交誼或嫌怨，或基於其他情形，客觀上足疑其為不公平之鑑定，而有偏頗之虞之原因事實；若僅憑當事人之主觀臆測，則不得謂鑑定人有偏頗之虞。經查，縱使工研院將創新科技移轉於特定廠商，其目的亦在於增加我國科技產值與業界領先地位，而非與特定公司有何商業往來，更無特定之利害關係，實難以其與業界有技術移轉之事實，即推認於客觀上有為不公平鑑定之疑慮而有偏頗之虞。又，工研院之業務劃分上，有關外界囑託鑑定之業務係由該院之『技術移轉與服務中心』負責收件，後再轉由該院各部門之專業人員負責實際鑑定工作，即『技術移轉與服務中心』僅是收件及函文之窗口，並非由該中心人員自行負責鑑定，故原告以該中心人員與相對人有技術合作之情誼而會有不公平鑑定之疑慮云云，純係其主觀臆測之詞，不足採信。是故，抗告人未盡釋明之責，僅以主觀臆測推論原法院囑託工研院鑑定有偏頗之虞，應認其聲明拒卻鑑定機關，為無理由，原法院予以駁回，並無違誤。」，於此判決中，最高法院似乎認為工研院技術移轉與服務中心與當事人一造雖曾有特定技術移轉之合作關係，具有合作之情誼等事實，並無法構成「客觀上有偏頗可能性」之要件。本文認為，

法第 33 條第 1 項第 2 款規定為由，拒卻技師公會為鑑定，並提出民事判決、技師公會另案之鑑定報告以為釋明，同年五月九日及九十七年十月七日復以書狀同申前旨，乃原審未就其聲明是否正當為裁定，即逕以技師公會之鑑定為判決基礎，自屬違背法令。」

此與常情未必相符，而最高法院之所以嚴格認定拒卻標準之原因，或許跟機關鑑定之權威性及信用性有所關連，亦有可能著眼於系爭鑑定事項難以尋覓其他鑑定人，而於鑑定人之可替代性不彰之情形下，拒卻制度所保障之中立性要求即有部分退讓之情形。

此外，學者雖明確表示，鑑定機關、團體中**實際從事鑑定之人與當事人有利害關係並於客觀上有偏頗之虞情形**，亦應得對鑑定人（機關、團體）聲明拒卻⁴⁹⁸。此種見解固自有道理，然而，實際上鑑定機關、團體對於其內部實際從事鑑定之人，多半採取保密之態度。導致該等實際從事鑑定之人與當事人間是否具有利害關係、是否構成迴避之事由而得以聲明拒卻均無從認定⁴⁹⁹。以醫審會為例，其辦理醫療鑑定，原則上拒絕對外提供實際從事鑑定之初審醫師，包括姓名、學經歷、所屬醫院等均屬保密範圍⁵⁰⁰。再以工程會為例，工程會頒布之作業程序 4.3.5.1 點亦規定，工鑑會**預審小組之名單堅持不對外提供**。此種作法，除可能造成鑑定意見若有瑕疵，無從釐清責任歸屬，亦將導致當事人根本無從明瞭機關內實際從事鑑定之人與兩造間是否具有利害關係，或有構成其他迴避事由之情事。

固然，於囑託鑑定之情形，機關之內部規則或作業辦法通常設有中立性條款，例如醫療糾紛鑑定作業要點第 13 點、工程會工程技術鑑定作業要點第 13 點、15 點、車輛行車事故鑑定及覆議作業辦法第 17 條等均設有迴避之規定，以及機關應秉持中立、公正、客觀之精神進行鑑定作業。而欲達公正鑑定境界，亦須倚賴專家本身之自我要求。然而，除機關本身與機關內專家自我之要求，外在之監督仍然是不可或缺的，故經由程序上之安排，使得利用鑑定制度之人均有機會檢視鑑定人員之客觀公正性，並有就此聲明拒卻之可能，仍有其程序意義。此外，提供實際從事鑑定之自然

⁴⁹⁸許士宦，鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（下），台灣本土法學雜誌，第 67 期，2005 年 2 月，頁 22。

⁴⁹⁹許義明，我國醫療鑑定之現況與檢討，萬國法律，第 61 期，2007 年 2 月，頁 60。

⁵⁰⁰此可參衛生署醫療糾紛鑑定資訊系統：<https://mcais.doh.gov.tw/front/faq.aspx>（最後瀏覽日期：2012 年 5 月 19 日。）其中 Q&A 部分：「Q:可以告訴我們是哪一位醫師、哪一家醫學中心鑑定嗎？A:依據本署醫療糾紛鑑定作業要點第 15 條規定，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，即採合議制，並非個人之意見。故告知鑑定醫院、醫師誠有不便。」

人之資訊，亦可供法院及當事人透過對其學識、專業程度與相關經歷，評估其對於鑑定事項是否堪任，若否，法院於評定鑑定報告之價值時，將難予以考量取捨，當事人亦無法就此表示意見。

第五款真實發現之疑慮

囑託鑑定制度，其於真實發現之疑慮可從下列幾個角度說明之：

一、不必具結

由於民事訴訟法第 340 條第 2 項明文將同法第 334 條關於具結之規定排除於準用範圍之列，因此實務上認為囑託機關、團體鑑定無須具結。諸如最高法院 28 年滬抗字第 104 號判例⁵⁰¹：「法院囑託公署或團體陳述鑑定意見或審查之者，毋庸踐行具結之程序，此觀民事訴訟法第 334 條之規定，未為同法第 340 條所準用，即可明瞭。」學者有指出⁵⁰²，受囑託的機關、學校、醫院、商會、交易所或其他團體，均非自然人，當無從到場，亦無從具結。至於實際為鑑定或審查的人員因係受其所屬機關、學校、醫院、商會、交易所或其他團體之命辦理，並非直接由法院選任之人，又無準用到場及具結之規定，故亦無庸到場及具結，僅於其認有必要以言詞報告或說明其鑑定書內容時，經所屬機關、學校、醫院、商會、交易所或其他團體指派到場以言詞陳述，而非以選任鑑定人身分到場，不過代表其所屬單位而已，毋庸具結。由於鑑定人以個人名義為鑑定時，因需踐行具結程序，且鑑定報告係以其名義為之，故藉此法定具結程序，當促使其能為公正詳實之鑑定，且構成一定之心理壓力以擔保其鑑定之無虛偽性。然而，囑託鑑定中實際為鑑定之自然人，因鑑定報告係以機關之名義為之，並不須依上述之程序使其到庭以言詞陳述，並為具結，對實質鑑定人實欠缺有效之約束，亦無法擔保鑑定意見之正確性⁵⁰³。

⁵⁰¹另如最高法院 84 年度台上 2170 號民事判決亦同此旨。

⁵⁰²周叔厚，證據法論，三民出版，1995 年，頁 942。

⁵⁰³施俊堯，我國刑事訴訟鑑定程序之檢討-以尿液證據之鑑定為例-，刑事科學，第 39 期，民國 84 年 3 月，頁 54。論者亦有指出，一般鑑定人在鑑定前必須具結，保證其必為公正誠實之鑑定，並依法負法律上之責任，其證明力自較堅強。但不問民事訴訟法或刑事訴訟法關於鑑定機關之鑑定並無準用鑑定人具結義務之規定，鑑定機關只需將鑑定結果函覆法院即算交差，並不關心是否被法院所採信。甚且即使法院對其鑑定結果不予採信而自為相反之認定，對鑑定機關及其成員即鑑定委員而言，均無若何之法律上責任。葉天來，鑑定機關之鑑定在訴訟實務上之效力，高雄律

二、無法以發問控制鑑定之正確性

如同本文一再強調者，對鑑定人發問權之確保，除為符合當事人積極參與鑑定程序之要求外，亦有控制鑑定意見之正確性，促進發現真實之意義。囑託機關鑑定時，因機關團體於實務上均不願派員到庭說明鑑定意見，導致當事人無法當場發問以進一步檢驗鑑定意見及了解鑑定意見真意之。而以書面發問或由法院函詢鑑定機關，除有耗費時日之問題外，因無法直接、當場使鑑定人或其代表了解問題，亦無法使法院當場審酌鑑定人之發言情狀，常使鑑定人有空間迴避質問，或因不明瞭當事人問題而答非所問，造成當事人、法院、鑑定人間之三方溝通上障礙叢生，無法有效確保鑑定本身及法院適用上之正確性，有害真實發現。

第六款促進訴訟之疑慮

囑託機關鑑定之情形，通常由於鑑定機關具有權威性及信用性，法院遇有相關案件均傾向囑託於該領域單一之鑑定機關，導致鑑定機關常有案件塞車的問題⁵⁰⁴。從統計數字上觀察，以醫審會為例，衛生署網站資料已表明，醫審會於收件至完成鑑定意見，其所需時間視情況約需6個月至1年，平均鑑定時間則為6至8個月。而此僅為官方數字，實際上醫審會辦理醫事鑑定案件超過一年者，亦非少數。

此外，由於現行囑託鑑定均以文書報告方式呈現其鑑定意見，故倘法院或當事人對於鑑定報告書上所載文字有理解上之疑義時，只能去函鑑定機關再詢問、甚至再送鑑定，訴訟程序上相當不經濟⁵⁰⁵。此外，鑑定機關所出具之專業意見往往難懂，僅憑書面，法院未必能不生誤會地全盤了

師會訊，第5期，第4卷，2000年8月。

⁵⁰⁴有論者帶評價色彩地指出，鑑定緩慢各案並非涉及醫療高深學術經驗或案情內容複雜，乃是醫審會自恃「獨門生意」，一副「豈奈我何」之心態及作法使然！參李聖隆，律師如何對抗有偏頗之虞的醫療鑑定，律師通訊，第180期，1994年9月，頁47。本文以為，此種心態是否確實存在，吾人不得而知，惟許多鑑定機關確實深受法院及檢察機關信賴，實質上成為「獨門生意」，這種情況或多或少都造成了鑑定機關案件負荷量過重的問題。

⁵⁰⁵吳志正，科際整合觀點下之醫療糾紛鑑定，月旦法學雜誌，第190期，2011年3月，頁31。

解，加以，當事人往往對不利於己之鑑定意見有所不服，鑑定書的隱晦及無人出面說明所帶來的結果，造成重複鑑定或補充鑑定成為常態，嚴重影響當事人之程序利益⁵⁰⁶。

第七款轉委託之疑慮

囑託鑑定之鑑定機關，常有於收件後將鑑定工作交付部分成員，甚至是外部成員先行鑑定，再行審議初步鑑定意見之作法，此某程度上可能產生實質轉託鑑定之問題。諸如：醫療糾紛鑑定作業要點第 4 點第 2 項之規定，醫事鑑定小組得將鑑定案件先行交由相關科別專長之醫師（即初審醫師）審查，研提初步鑑定意見。亦即，醫事鑑定小組於鑑定案件收件後，會先查看被告醫師之學經歷資料，再將有關資料送與被告醫師之學經歷無關之醫學中心，請主治醫師以上等級之專家先行出具初步意見⁵⁰⁷，再召開醫事鑑定小組會議，並請初審醫師參與討論（醫療糾紛鑑定作業要點第 12 點參照）。又如：行政院公共工程委員會工程技術鑑定作業要點第 5 點亦規定，工鑑會主任委員會指定委員 1 人至 3 人為預審委員，進行案件之審查。預審委員於被選任後將組成預審小組，並得視情況邀請相關專家列席諮詢，以分析資料並撰寫鑑定初步鑑定意見書。

而上開作法乃有正當性之疑慮。首先，鑑定人積極資格之取得，自以鑑定人具有就所鑑定之事項具備特別知識經驗者為限，不論自然人或機關皆然。由於鑑定機關之小組成員，未必所有人均對於眼前之鑑定事項具備

⁵⁰⁶例如，學者指出，於醫事鑑定之領域，鑑定機關之意見往往難懂，甚至連法官亦指摘鑑定意見往往多所隱晦且莫測高深，再加上當事人常對醫事鑑定機關之公正性有所質疑，醫病雙方對於不利於己之鑑定意見，往往要求再送鑑定，而法院對於鑑定意見之解讀缺乏信心，於是重複鑑定成為常態，為人所詬病。針對行政院衛生署醫事審議委員會 1987 年至 2006 年醫療糾紛鑑定報告中，同一醫療糾紛案件進行二次/以上鑑定之比率約為 23.9%。參吳俊穎等著，醫療糾紛重複鑑定之實證研究：探討藉由改善鑑定程序以落實刑事妥速審判之可能性，收錄於：台北醫法論壇(IV)一實務判決與實證研究論文集，台北榮民總醫院主辦，2010 年 11 月 20 日，頁 47。此外，亦有論者認為，醫事鑑定重複鑑定次數過多，浪費司法資源與醫事資源。而重複鑑定之原因，即在於法律專家之醫學專業知識不足，而醫學專家們又有難言之隱，不願意一次把話說清楚。邱琦，醫療專庭與專家參審--以德國、法國商事法庭為借鏡，月旦法學，第 185 期，2010 年 10 月，頁 84。
⁵⁰⁷此外，依行政院衛生署醫事審議委員會設置要點第 7 點之規定，醫事鑑定小組審議醫事鑑定事項時，得指定委員或委託有關機關及學術機構先行調查研究，並於必要時得邀請有關機關或專家學者列席諮商，亦為該小組得於鑑定初期委外先行提供鑑定意見之依據。

鑑定之能力⁵⁰⁸。故為彌補此等專業性不足之問題，造成必須先行委託少數成員甚至外部成員另行初步鑑定，其正當性乃有疑慮。

次以，民事訴訟法雖未明文禁止再轉託鑑定，惟依最高法院 76 年度台上字第 1721 號民事判決：「民事訴訟法第三百四十條所定之囑託鑑定，必須受囑託之機關或團體自身對於鑑定事項具有鑑定能力者，始足當之。若受囑託之機關或團體並無鑑定能力或雖有鑑定能力而任意指定第三人鑑定，均不生囑託鑑定之效力。」鑑定報告最終雖仍經由機關會議（諸如：醫療鑑定小組會議、工程技術鑑定委員會會議）討論所作出，然而該決議之鑑定結論可能深受初審或預審專家所影響，甚至完全吸收、採納初審或預審意見亦不無可能。此種結構恐難逃避疊床架屋及責任歸屬不明之批評。

第四節 囑託機關鑑定制度之改進方法

第一項 針對鑑定機關不願派員到庭之問題

第一款 鑑定機關不願派員到庭之現實因素

按實際行鑑定之人到場說明並接受訊問、發問乃有其必要性。惟究諸實際，由於下列幾點情況，要求鑑定人到場說明及接受發問，均使其伴隨相當程度之心理障礙及不便。而鑑定機關不願意派員到庭說明，亦應同此理由：

一、法庭之氣氛：

按我國目前並未如美國一般，許多專家已習於到庭說明其專業意見，幾乎已成為法庭常客之情形。我國大多數領域之專家、學者並不熟悉法庭之環境，不論刑事案件或民事案件皆然。加以中國文化向來有「訟則終

⁵⁰⁸專業知識分殊化是現代社會之特徵，故鑑定機關成員未必每個人都對於系爭鑑定事項具有專業知識，應不難想像。更何況，以醫審會為例，某些鑑定機關之成員包括一定比例之社會公正人士或法律專家，則此等成員不具備專業知識更屬常態。此種組成員模式乃有其利弊，並無絕對之對錯。

凶」、「莫管閒事」之傳統觀念，大部分的人都不願意介入他人之紛爭，尤以必須鬧上法院之情形，更是避之唯恐不及。蓋鑑定人若親自到場說明，難免必須表明其立場，並與糾紛中之雙方當事人照面，心理壓力不言而喻⁵⁰⁹。除此之外，論者亦有指出⁵¹⁰，我國對於「法官大人」此種國家高權象徵之恐懼感，更令一般人視「上法院」為畏途。而且法庭上的繁文縟節、艱澀的法律用語、法庭人員制式的穿著、法律人對於字句之斟酌再三，亦異於一般專家例行的執業活動。法庭活動在一般人（包括專家）的印象中，成為在一場被迫演出的戲劇或儀式，對於參與法庭活動則抱持著能免則免的態度。

二、訴訟參與人之態度：

由於裁判之結果對於原被告均意義重大，鑑定人之鑑定意見又往往左右了裁判結果，故原被告及其訴訟代理人無不盡力於攻防。此種過程中，當事人及訴訟代理人為己方之利益，於論辯攻防中，不理性之言詞或行為即難免存在。雖當事人發問權之賦與，其主旨在於使當事人能實質參與鑑定程序，並藉此協同發現真實，然而在實際運作上，遭誤用之情形並不少見，訴訟代理人可能對與己方立場不同之專家過於嚴厲、或以輕蔑的態度質問鑑定人之學經歷、進行人身攻擊，或以不易理解之法律用語誤導鑑定人，使其醜態盡出⁵¹¹。此外，一般曾出庭作證之專家，對於法官之訊問方式亦多半不具有好感。由於對於此種現象之預期，亦導致專家不願現身於法庭。

⁵⁰⁹筆者即曾聽聞當事人某 A 於其刑案遍尋不得願意替他作證之證人。最後驚險過關拿到不起訴處分之後，於相關連之民事訴訟想請他作證，他卻以不願介入是非而拒絕。在切身相關之證人尚且如此，與案件事實無牽連之鑑定人自然更不願意隨便露面、被捲入他人糾紛。

⁵¹⁰薛瑞元，刑事訴訟程序中「機關鑑定」之研究—以醫事鑑定為範圍，台灣大學法律研究所碩士論文，2001年，頁139。

⁵¹¹此點甚至連美國之專業專家證人亦有所忌憚，惟學者亦有指出，針對此種「毀滅性的交互詰問」之畏懼，可以大幅度削減專家證人黨派性之弊害。亦即，此等預期將導致專家之充分準備，並因此具有基本之公正性及可信性。See Richard A. Posner, *An Economic Approach to the Law of Evidence*（徐昕、徐昀譯，證據法的經濟分析），中國法制出版社，2004年9月，頁161。惟欲達上述優點，似乎仍以律師與鑑定人事前有機會進行溝通，討論專家之鑑定意見，並擬定攻防策略為前提，審判程序中方能就對方不正當之發問異議，保護鑑定人不受不當之攻擊。然而我國之鑑定人並非由一造當事人所傳喚，事先溝通可能會有被質疑中立性之問題。

三、可能負擔刑責：

一般來說，鑑定人到庭並以口頭說明鑑定意見，常由於專業知識之不易理解性，造成專家與法庭人員之鴻溝。尤其是並非以鑑定為業之各領域專家，向法官及律師傳達專業知識時，由於溝通困難，常導致誤解、甚至專家會因此被認為是「虛偽陳述」，加以與鑑定意見立場相反之一造，推波助瀾之情況下，作為鑑定人之專家即必須忍受負擔刑事制裁之風險，雖然實務上因虛偽鑑定被判有罪之案例並不多見，仍然造成鑑定人或鑑定機關代表相當大之心理壓力。

四、時間之耗費

原則上，具有鑑定人資格之專家多半亦於其專業領域具有相當之成就，專程到庭說明，加上交通往返，往往須耗費鑑定人許多時間，此等時間之占用亦導致其執行本業業務之時間遭壓縮。而到庭之日費、旅費實際上根本無法彌補其業務耽擱所造成之損失。此等因素即大幅地減弱了專家之到庭意願。除此之外，誠如論者所指出者⁵¹²，我國法院之審理程序並未徹底施行集中審理，不若美國實務，其案件之審理以連續開庭為原則，我國法院庭期之安排，經常於同一日內有近十件，甚至十餘件案件，而每一案件審理僅有數十分鐘。庭期十分分散，通常需要多次開庭方能下判決，造成鑑定人配合出席之成本極高，意願亦因此下降，進一步導致鑑定人作為法院輔助人之機能大幅減損。此外，於等候開庭時間，如遇庭期安排在前之案件稍涉複雜案情，極可能造成安排在後之案件等候時間之延宕。因此每一案件審理時間並不確定，對於準備出庭應訊之鑑定人或鑑定機關代表將造成極大困擾。

五、鑑定報酬不高

按若鑑定人於撰寫鑑定報告書以外，仍須到庭陳述意見，由於鑑定人必須充分準備，故亦必須花費時間、精力，在加上交通往返及到庭之種種時間耗費，於目前鑑定報酬偏低的情形下，並不足以彌補鑑定人之損失，

薛瑞元，刑事訴訟程序中「機關鑑定」之研究－以醫事鑑定為範圍，台灣大學法律研究所碩士論文，2001年，頁141。

此亦屬鑑定人或鑑定機關代表缺乏出庭誘因之主要原因之一。

第二款相對應之配套措施

欲使專家進入法庭，必須排除專家不願意到法庭之因素⁵¹³。故本文建議，在法庭陳設上，應設置鑑定人休息室，減少作為鑑定人或鑑定機關代表之專家與雙方當事人於庭外接觸之機會，此可有效減輕來自當事人之心裡壓力，並保障專家之人身安全。次者，專家於法庭中應受尊重，不應使鑑定人或鑑定機關代表站立應訊。再者，最直接提高專家到庭意願之方法，莫過於提高鑑定之報酬，並將到庭之報酬另予計算，以增加到庭之誘因。此部分報酬之調整應考量各領域專家於其本業之報酬，亦即將其到庭說明之機會成本加以考量，力求與其平日之工作報酬成比例。

對於禮遇鑑定人之配套措施，亦可參考司法院於民國 93 年 3 月 2 日發布之禮遇刑事案件鑑定人實施要點（下稱禮遇要點）所揭示之內容，該要點要求法院落實下列措施：

1. 事前妥當安排，包括傳票註明及聯絡方法均應注意，並應考量案件庭訊時間之間隔，準時開庭，避免鑑定人久候（禮遇要點第 2、3、4 點參照）。
2. 訊問方法以便利鑑定人為主，包括可就鑑定人所在地訊問、或於其所在地法院訊問，或採用科技設備等方法訊問（禮遇要點第 5 點參照）。
3. 加強對於鑑定人之身分保護及尊重，包括規劃鑑定人專用休息室、於進行交互詰問前，法官應先曉諭行詰問之人尊重鑑定人之意旨、並於詰問進行中得依職權限制有礙鑑定人尊嚴之詰問、採用雙向電視系統將鑑定人與法官、當事人、辯護人隔離而為訊問或詰問、並得派法警護送離開法庭（禮遇要點第 6、8、9、11 點參照）。
4. 加強鑑定人之隱私保護，鑑定人之年籍、住居所、身分證統一編號等資料，不直接記載於開庭筆錄，而另行記載於其他書面，並將該書面與卷內其他記載有上列資料之文件一併封存，不予揭露（禮遇要點第

⁵¹³王梅英，專家在法庭上之角色-鑑定或參審？，律師雜誌，第 253 期，2000 年 10 月，頁 36。

7 點參照)。

5. 對鑑定人為訊問或詰問，應就訊問事項一次訊問明確，避免一再傳喚，遭致抱怨，影響鑑定人到庭意願（禮遇要點第 10 點參照）。
6. 法院應切實當庭主動支給鑑定人日、旅費，並填妥相關領據，交由鑑定人簽名（禮遇要點第 12 點參照）。

凡此種種，均以提高刑事案件鑑定人到庭意願，便利交互詰問之實施為目的（第 1 點參照）。本文以為，該等專家到庭之需求於民事案件亦應同受重視，民事法院亦應比照辦理，故建議司法院應修正此禮遇要點，使其不再侷限於刑事程序方有適用。

此外，關於對鑑定人發問之態度，律師倫理規範第 7 條：「律師應體認律師職務為公共職務，於執行職務時，應兼顧當事人合法權益及公共利益。」、第 8 條：「律師執行職務，應基於誠信、公平、理性及良知。」、第 11 條：「律師不應拘泥於訴訟勝敗而忽略真實之發現。」是以，律師作為自主之司法單元，應對於自身背負之使命有所認識，萬不可為求勝訴而扭曲事實，並對鑑定意見不利己方之鑑定人惡意攻訐、強加抹黑，違背大眾對於在野法曹之期許。

第二項針對鑑定意見作成方法之問題

關於鑑定機關、團體，其鑑定意見之作成方法，本文建議，由於實際上最終之決議仍本於多數決產生，並非確實所有委員均達成一致且理由完全相同之見解。故鑑定機關應公開鑑定意見產生之過程，包括初步鑑定意見、表決之討論過程、不同或協同意見等。除非具有正當理由，可由法院裁定限制閱覽外，均應公開於兩造⁵¹⁴，以增加鑑定程序之透明性，並使兩

⁵¹⁴學者指出，若為集體鑑定之情形，個人意見應分別記載於鑑定意見書，使少數意見並存，備供當事人辯論。周叔厚，證據法論，三民出版，1995 年，頁 965。另有醫師認為，醫學乃屬科學範疇，遇有爭議，卻以表決決定，亦屬矛盾；且將不同意見屏除於鑑定報告外，亦使法院喪失參酌的機會。林志六，醫療鑑定，台灣法律網專欄，網址：

http://www.lawtw.com/article.php?template=article_content&parent_path=,1,2188,&article_category_id=1127&job_id=4687&article_id=4650，最後瀏覽日期：2012 年 6 月 15 日、王宗倫，醫療鑑定之

造及法院更能深入了解鑑定意見背後所代表之意涵，供法官於考量採納鑑定意見與否時，有具體之思考切入點。惟為避免採委員制之鑑定機關、團體，參與鑑定人員有人情困擾或心理壓力，於公佈不同、協同意見時建議可不表明此意見之具體提出人，以免於討論過程因委員有所忌憚，而無法暢所欲言。

第三項針對實際鑑定人匿名問題

囑託鑑定雖形式上之鑑定人係受囑託之機關、團體，惟最終仍以「自然人」實際實施鑑定。故鑑定機關應公開參與鑑定人員之名單，包括作成初步鑑定意見之人及參與決議之人，均有公開或向當事人揭露之必要。此方能確保民事訴訟法於囑託鑑定之情形下，明文賦與當事人之拒卻權（民事訴訟法第 340 條準用第 331 條參照）不致遭架空。而具體公開方式，本文建議可具名於鑑定書上，蓋鑑定書作成時，鑑定意見已大致底定，較不會產生論者所擔憂實際鑑定之人遭案件關係人請託、關說或其它威脅利誘之問題。而鑑定機關內部多半設有中立性條款，鑑定意見完成後將公佈參與鑑定人員之名單，亦能督促鑑定機關及其人員落實中立性條款之執行。有助於機關自我監督與當事人監督之共同運作。

第四項針對鑑定程序拖延之問題

第一款於鑑定機關外培養其他鑑定單位

關於鑑定程序拖延，有害訴訟經濟之問題。首先，本文建議應盡量培養、補助自然人專家作為鑑定人，以疏減大部份鑑定案件均委託機關為鑑定之情形。此等作法包括針對各領域專家作為鑑定人之任務辦理培訓課程，使其勝任鑑定工作。並應提高相對應報酬，吸引專家願意作為法院之輔助機關，到場參與法庭活動。而此等成本（尤其是提高的報酬）應儘量安排由訴訟當事人吸收、負擔，並由國家補助之。蓋天下沒有白吃的午餐，

迷思，台灣法學雜誌，第 167 期，2011 年 1 月，頁 59-60。

雖國家有提供合理訴訟機制，保障人民訴訟權之義務，但利用此等制度之人民支出相應費用應屬合理。惟於部分民眾有經濟上困難之情形，須配合訴訟救助制度一併修正，以免加深訴訟上之實質武器不平等。

此外，亦可考慮由國家輔助設立民間之鑑定團體或委託民間學術團體為鑑定，以疏減鑑定案源。以交通事故鑑定案件為例，當事人除各區行車事故鑑定委員會以外，亦可委由民間機構、學術單位或其他專業機構協助進行事故重建，以作為釐清事故發生經過與肇事責任之參考依據。此等單位包括⁵¹⁵：

一、民間社團組織

民間接受鑑定委託之單位，諸如：中華民國汽車消費者保護協會⁵¹⁶，其成立於82年6月27日，主要業務除接受汽車消費者申訴、協調，並為消費者爭取權益外，亦設有汽機車瑕疵鑑定委員會，接受法院、各縣市消保官、車廠、消費者委託，進行各種車輛瑕疵鑑定業務及車輛事故鑑定業務。

二、各大專院校車輛行車事故鑑定中心

交通部於民國92年提供新台幣1500萬元，鼓勵大專院校設置「車輛行車事故鑑定中心」，以提升國內事故鑑定技術與能量，目前有交通、中央、成功、逢甲等四所大學設立車輛行車事故鑑定中心。該組織之定位乃在於妥善利用國內各項研究資源，積極展開並主導關於國內車輛行車事故鑑定組織、機制與技術等層面之研究，以期以漸進之方式，改善我國事故鑑定機制與技術品質。此研究中心亦接受個案鑑定服務。此外，亦有中央警察大、交通大學、台北科技大學等學術單位，接受交通事故重建之委託。

三、財團法人車輛研究測試中心

經濟部根據民國74年行政院通過之「汽車工業發展方案」，結合國內汽機車業者力量，於民國79年10月成立財團法人車輛研究測試中心，其成立宗旨是為了提供車輛及零組件檢測與認證服務、從事相關之技術研發

⁵¹⁵劉心橋，我國刑事鑑定制度之研究-以我國車輛事故鑑定之運作為探討，國立中正大學法律學研究所碩士論文，2007年，頁94。

⁵¹⁶另外，中華民國車輛交通事故鑑定技術研究學會亦接受鑑定業務。

與產品改良等業務、協助輔導車輛及零組件工業升級發展、維護消費者權益及保障行車安全為目的。目前車輛研究測試中心在車輛事故鑑定方面，亦接受司法機關之委託，對於事故車輛之部分提供相關意見參考。

論者指出，在民間單位所進行之鑑定流程上並無與機關太大之不同。惟在研究機構或學術單位，因其設備更為齊全，具有相關軟硬體或實驗室設備，可進行科學性模擬比對以還原事故現場。當然，鑑定費用及報酬上，民間單位之收費遠較各區行車事故鑑定委員會每案三千元要昂貴許多，多半視個案複雜之程度約需三萬元到六萬元不等；學術單位，以車輛行車事故鑑定中心為例，約在六千元上下；至於車輛研究測試中心標準則約二萬元到四萬元之間⁵¹⁷。此部分亦呈現欲求得較優良的鑑定品質，訴訟成本某程度亦將有所提高。蓋若從事鑑定之機關，均秉持服務人民之心態，免費或低價提供鑑定服務，即可能造成大量案件湧入鑑定機關，勢必造成案件塞車無法疏減之問題。

第二款加強鑑定機關與當事人之溝通

由於現階段之鑑定機關，其多半採取與當事人隔離之作法，所有溝通均透過法院為之，並以文書間接往返，造成誤會叢生、曠日廢時之問題。故本文建議，應從根本上應加強當事人與鑑定機關之直接溝通，確保當事人之在場權，使其能參與鑑定會議⁵¹⁸，隨時提供意見，並藉此確認鑑定基礎資料無誤。如此，便能有效降低誤會之產生，並於雙方當事人均信服之事實基礎上為鑑定，減少法院不斷函詢或當事人聲請補充鑑定之時間。

第五項針對轉委託之疑慮

至於前述初步鑑定制度設計，可能導致實質轉委託之疑慮之問題。本

⁵¹⁷劉心橋，我國刑事鑑定制度之研究-以我國車輛事故鑑定之運作為探討，國立中正大學法律學研究所碩士論文，2007年，頁95。

⁵¹⁸於行車事故案件，車輛行車事故鑑定及覆議作業辦法第6條即保障車禍當事人於鑑定會議召開時有在場權，應通知當事人到場陳述意見。就此點而言，較工程會或醫審會之作法更為妥當。

文以為，最高法院之見解僅認為受囑託機關不得任意指定第三人為鑑定，而先作成初步鑑定之方式，僅屬完成鑑定意見程序中之一環，只要作成初步鑑定意見之人，屬於機關內部成員，並於初步意見產生後，鑑定機關其他成員所召開之鑑定會議，能確實審酌、修正該初步鑑定意見，即能最低限度地符合法律之要求。然而，若作成初步鑑定意見之人，並非機關內部成員，即有「指定第三人為鑑定」之問題，此種情況，與民事訴訟法設置囑託鑑定制度之目的似有不符。蓋若該第三人具有鑑定能力，應不須透過機關之指定，逕為選任該第三人為鑑定人即可。再透過機關為指定，除有疊床架屋之疑慮，更有藉此行匿名鑑定之虞。

故本文建議，若因案情複雜，有先作成初步鑑定意見再供鑑定會議審查之需求，則作成初步鑑定意見之人，應由機關內部負責鑑定業務之成員擔任，當然，此並不排除該等撰寫初步鑑定意見之成員得邀請機關外部之專家提供諮詢或協助。此外，更為直接之作法乃：於機關允許之情況下，法院得選擇請求機關協助派員充任鑑定人，而不選擇囑託機關鑑定，蓋此時若機關成員本身已有能力作成鑑定意見，自不須疊床架屋，透過囑託機關鑑定之方式為之。而機關指派之人，雖以個人名義擔任鑑定人⁵¹⁹，仍得運用機關之設備、資源以完成法院指派之任務。

第六項針對具結之問題

如前所述，由於囑託機關鑑定之情形，鑑定人係機關而非實際行鑑定之人，且民事訴訟法第 340 條第 2 項亦未準用具結之規定，故解釋上並無要求機關內部成員具結之可能。然而，為擔保鑑定意見之無虛偽性，並考量目前鑑定機關均不重視當事人之在場權、提供意見權及發問權之實際情況，於立法論上，應可要求鑑定機關所指派實際行鑑定之人，應到庭具結或至少將結文隨同鑑定書提出於法院⁵²⁰。

⁵¹⁹可慮者係，機關成員擔任鑑定人如同隻身親上火線，所有鑑定人應負之責任一樣不能少，但礙於機關內部規定，鑑定人本可享有之報酬未必能領取。則是否有機關願意將自己之內部成員「推入火坑」，可能很有疑問。

⁵²⁰類似建議，參高鳳仙，論我國鑑定制度與美國專家證人制度在醫療事件之角色扮演（下），萬

第六章結論

第一節本文回顧與建議

本文以我國現行法為思考本位，參酌立法理由、實務見解、學說看法及以美國法為主之比較法，試圖突顯並深化民事鑑定制度所追求之法理基礎，並以此等法理基礎評論實務常見之囑託機關鑑定之妥當性。本文內容包括本章結論共為六章。茲就各章之要點及本文所提出之建議，在本章作一回顧：

第一章前言，論述本論文之研究動機，畫定研究範圍並說明研究方法。

第二章我國鑑定制度之概說，分節介紹我國民事鑑定制度之意義、選任鑑定人之方式、鑑定人之權利義務，並釐清鑑定人之地位。本文乃贊同鑑定人乃兼具證據方法及法院輔助機關兩種性質，惟無論從立法理由或制度設計來看，均可查知立法者較偏向鑑定人作為法院輔助人之地位，而實務操作上亦屬如此，此與民事訴訟法對於鑑定人具有中立性要求之價值預設有關係。此外，本章亦將鑑定制度與其類似制度作一概念釐清，包括證人、鑑定證人、勘驗、通譯與專家參審制度等，並藉此說明鑑定制度仍有其不可取代性，將我國民事鑑定制度改善，使其符合當事人之程序保障、並達成真實發現、訴訟經濟等要求，乃有其必要性。

第三章探討民事鑑定制度之法理基礎及其相關問題。本文主張建構一完善之民事鑑定制度，必須考量四個面向：其一、當事人合法聽審權之保障。其二、鑑定人之中立性要求。其三、訴訟經濟。其四、真實發現。根據此四項指導原則，本文進一步有以下主張：

- 一、基於合法聽審權，應保障當事人於鑑定時之在場權，其射程除當然包括一般證據調查期日外，亦應及於重要之鑑定準備程序。而此等在場權亦為當事人意見提供權之前提，具有促進真實發現之意義。

- 二、應保障當事人對於鑑定資料之閱覽權。此等資料除鑑定完成後所出具之鑑定書外，亦應包含鑑定中鑑定人所使用之鑑定基礎資料，尤其是鑑定人自行利用資料取得權取得之事實資訊。而當事人於鑑定中向鑑定人所提出之資料及意見，亦應公開於他造及法院，以確保意見交換暢通，俾免誤導而有害真實發現，並徒生程序浪費。
- 三、基於真實發現之理念與合法聽審權之保障，鑑定人應於提出鑑定書後，到庭陳述鑑定意見並接受法院之訊問及當事人之發問。如此，一方面可有效釐清法院及當事人對於鑑定意見之疑惑，俾免法院對於鑑定意見之誤認，另一方面亦可保障當事人積極參與證據調查程序之地位。此外，若鑑定人須到庭接受發問，勢必加強鑑定人對於鑑定意見之責任感，能有效督促鑑定人完善其鑑定意見。
- 四、法院應仔細審酌鑑定意見之效力，而不可逕行採認或排斥鑑定意見。而採納與否之理由亦應記載於判決理由欄中，以表明法院對於鑑定意見之審酌過程。
- 五、實務應放寬對鑑定人拒卻之標準。由於拒卻制度乃鑑定人具有中立性之重要表徵，在肯認鑑定人中立性之前提下，不應過度限制。
- 六、私鑑定之證據能力應受限制。考量民事訴訟上鑑定人之中立性要求與私鑑定之扞格，以及民事訴訟上之鑑定有其不可迴避之程序要求。故僅於法院確定提出私鑑定之一造，並非以規避民事訴訟上鑑定程序為目的時，方能有限地承認其具有書證之效力。
- 七、法院對於鑑定聲請之准否必須針對鑑定之必要性詳加考慮，尤其是聲請補充鑑定與再鑑定時更應如此，俾免訴訟程序因鑑定聲請之濫用而造成拖延、訴訟費用無謂上升等問題，有害訴訟經濟。
- 八、鑑定人應善用民事訴訟法賦與之資料取得權，包括以其專業向當事人、證人為發問、向法院聲請調取鑑定所必須之物或命當事人、證人提出該等證物。透過資料取得權之妥善利用，使當事人盡早主張其所能認識且重要之專門性事實，不致主張過多或不足，導致程序浪費或真實發現之減損。

第四章則介紹美國專家證人制度，以美國聯邦證據規則(Federal Rule of

Evidence)相關條文為中心，初步說明美國專家證人制度之意義、專家證人之資格、提出程序、其具有黨派性及不易理解性之特質，及因此有倡議應由法院指定專家證人者。而在相關爭議部分，本文指出專家證言之主題須具備適當性，而此適當性則建立在能對事實認定者產生幫助之基礎上，且不能侵犯事實及法律審理者之固有權限。關於基礎資料部分，美國聯邦證據規則明文規定專家證言所依據之資料，只要符合該特定領域專家合理信賴作為形成判斷之要件，並不一定要具有提出容許性，惟此等無提出容許性之資料來源原則上不得於審判中揭露於陪審團，以免無提出容許性之事證透過專家證人被提出、顯現於法庭。而美國專家證人制度中最值得注意的部分，莫過於專家證言之提出容許性，除與一般證據相同，均以具有關連性為前提外，還必須具有可靠性。而此等可靠性審查之標的，原則上即專家證言所依據之理論及方法本身及如何適用得出結論之問題，美國百年來發展出一系列的審查標準，最終，於 2000 年修正聯邦證據規則第 701 條、第 702 條以配合向來判決先例之見解。而本文亦初步比較美國專家證人制度與我國鑑定制度之優劣，並進一步提出三項值得我國鑑定制度參酌之點：

- 一、可借鏡美國專家證言之可靠性審查，作為我國法院評估鑑定意見之素材。亦即於考量鑑定意見可採與否時，可針對鑑定意見所依據之理論及方法為斟酌，藉由美國實務所累積之一系列標準，考量鑑定意見是否具有可靠性。
- 二、美國之專家證人均必須到庭接受交互詰問並陳述意見，此亦呼應本文於第三章所提出之觀點，亦即鑑定人應到庭接受當事人之發問，以控制鑑定意見之正確性。
- 三、美國專家證人之黨派性濃厚，導致雙方各自選任有利與己之專家，導致專家意見衝突並產生抵銷作用，實質上未必能促進真實發現，並極有可能造成程序浪費。故美國開使有法院指定專家證人之倡議，聯邦證據規則第 706 條亦對此有所明文。此部分應值我國鑑定制度反思鑑定人中立性之重要性。

第五章則依據前三章所得，試圖評論囑託機關鑑定制度之妥當性。本

文先釐清民事訴訟法第 340 條囑託鑑定之定位，再介紹包括醫療、工程、交通三種常運用囑託機關鑑定之案件類型，並主張鑑定機關不願派員到庭說明，已導致當事人之發問權被架空，鑑定意見之真實性無法透過發問權之行使得到控制。而鑑定機關之意見作成方式，亦使當事人之在場權及意見提供權受限。實際鑑定成員之匿名性亦導致當事人之拒卻權無從行使，無人為鑑定意見負責之問題。此外，由於鑑定機關向來採取與當事人隔離之行事模式，當事人欲主動提供資料亦須由法院轉呈，此均已實質淪為書面鑑定，易生解讀困難、多次聲請補充鑑定之問題，再搭配鑑定機關案件塞車之問題，耗日費時之機關鑑定幾乎成為訴訟經濟理想之反面教材。本文以為，只有將鑑定機關將鑑定人員及鑑定過程公開化、並派員到庭接受訊問及發問，方能根本解決上述當事人程序權侵害之疑慮。惟究諸實際，仍須以增加專家到庭之誘因及改進法庭配套為目標，持續投入成本，方不至於使要求鑑定人到庭成為強人所難之事。至於針對鑑定程序拖延之問題，應加強鑑定機關與當事人之直接溝通，並於鑑定機關外培養其他能從事鑑定之團體或個人。並漸進式地使我國鑑定制度回歸自然人鑑定之正軌，方能有效處理上述難點。

第二節 結論與展望

依本文研究之結果，透過當事人在場權、意見提供權及發問權之落實，由兩造協助居於中立地位之鑑定人，有效並確實地完成鑑定工作。事後，法院應妥適評估鑑定之效力，而當事人發問權之有效行使，亦能協助法院對鑑定意見之有效評估。而比較起美國專家證人制度，我國之鑑定人原則上由法院選任，且當事人有拒卻權，似乎於形式上較能保持中立公正性。然而，鑑定實質之正確性仍無法因此而受擔保，仍須配合鑑定人到庭陳述並由法官訊問、當事人為發問之制度，來檢驗並控制鑑定意見之正確性。至於對於實務上傾向於囑託機關鑑定之現象，本文以為，只有透過培養民間鑑定團體，並要求團體協助建立統一之鑑定人名冊⁵²¹，並建立相關

⁵²¹王梅英法官即建議，應建立專家檔案，以改善法官不知如何尋覓專家之窘境。蓋與其讓法官窮個人之力尋找鑑定人，再費盡力氣請託專家進行鑑定，不如由司法行政統籌結合資源，將各領域具有專門知識的人建立檔案，並且與專家統一溝通說明法院鑑定之必要性及程序事項，減少法院

配套提高充任鑑定人並之誘因，方能有效導正我國鑑定制度回歸以自然人鑑定為主之模式。惟此部分仍須投入大量成本以茲建設，不可能既要馬兒跑，又要馬兒不吃草，若包括當事人及法院系統在內，程序利用者及國家均不願意為此增加負擔，上述程序法之要求均屬空中樓閣，只是不能實現的幻想。

證據法之研究宏博浩瀚，民事證據法作為實體法與程序法之橋樑，亦作為民事訴訟之骨幹，其重要性不言可喻。當然，我國民事證據法還有許多留待實務及學說補充的空間，尤其在民事鑑定研究之領域更是如此。本文在此僅先就民事鑑定之法理基礎及實務現象為初探，希望能就民事鑑定制度之修正及補足，鋪上一塊堪用的墊腳石。



指定鑑定人之阻力。而黃朝義教授亦指出：「專家人選之來源可能會產生城鄉資源相差懸殊之現象，都會區之人選較不成問題，問題在於偏遠地區或其鄰近地區如何處理繁雜而富技術性之專業案件在專業人才不足之情況下，無法組成一可應付各類需要之專家名簿之問題。是故，解決之道在於，以目前台灣之幅員而言，全國性名簿之建立似乎較為可行，方得以應各地法院之需求。」參黃朝義，相關刑案中專家參與審判諮詢之運作問題，律師雜誌，第 253 期，2000 年 10 月，頁 26、王梅英，專家在法庭上之角色-鑑定或參審？，律師雜誌，第 253 期，2000 年 10 月，頁 36。

參考文獻資料

本論文主要參考文獻如下：

(中文依作者姓氏筆劃排序，外文依作者名字母排序)

一、書籍 (含譯著)

1. 王澤鑑，民法總則，三民書局，2008年10月，增訂二版。
2. 王甲乙、楊建華、鄭健才等著，民事訴訟法新論，三民書局，2009年7月，修訂三版。
3. 司法院編，司法院民事訴訟法研究修正資料彙編(六)，1990年。
4. 司法院編，司法院民事訴訟法研究修正資料彙編(十五)，1999年。
5. 司法院編，民事訴訟法部分條文對照表暨說明，2000年。
6. 卞建林譯，美國聯邦刑事訴訟規則和證據規則，中國政法大學出版社，1996年2月，初版。
7. 邱聯恭，司法之現代化與程序法，國立台灣大學法學叢書，三民總經銷，1992年，初版。
8. 邱聯恭，程序制度機能論，國立台灣大學法學叢書，三民總經銷，2002年，初版五刷。
9. 邱聯恭，程序利益保護論，國立台灣大學法學叢書，三民總經銷，2005年4月，初版。
10. 吳明軒，民事訴訟法(中)，自版，三民書局總經銷，2009年10月，修訂八版。
11. 吳從周，民事法學與法學方法第二冊，一品文化，2007年6月，

- 初版。
12. 林鈺雄，刑事訴訟法上冊，自版，學林文化總經銷，2004年9月，四版。
 13. 林豐福等著，我國行車事故鑑定制度之長期規劃，交通部運輸研究所，2005年6月。
 14. 易延友，證據法的體系與精神-以英美法為特別參照，北京大學出版社，2010年6月，初版。
 15. 周叔厚，證據法論，三民出版，1995年，三版。
 16. 長沼范良著，蕭承海、郭華譯，科學證據的可採性，收錄於訴訟法學研究（第十二卷），中國檢察出版社，2007年8月。
 17. 姜世明，新民事證據法論，新學林出版，2009年11月，三版。
 18. 姜世明，民事證據法實例研習（二）暨判決評釋，新學林出版，2006年11月，初版。
 19. 姜世明，民事程序法實例研習（一），元照出版，2009年5月，初版。
 20. 姜世明，法院組織法講義，新學林出版，2008年2月，初版。
 21. 姜世明，任意訴訟及部分程序爭議問題，元照出版，2009年3月，初版。
 22. 姜世明，民事程序法之發展與憲法原則，元照出版，2009年11月，二版一刷。
 23. 姜世明，民事訴訟法基礎論，元照出版，2011年1月，四版一刷。
 24. 徐士林撰（清），陳全倫、畢可娟、呂曉東主編，徐公讞詞，齊

- 魯書社，2001 年。
25. 姚瑞光，民事訴訟法論，自版，2004 年 2 月。
 26. 崔汴生，美國聯邦證據法，司法院，2003 年 1 月。
 27. 曹偉修，最新民事訴訟法釋論（中冊），自版，1976 年。
 28. 陳文吟，美國法導論，三民書局，2007 年，初版。
 29. 陳計男，民事訴訟法論（上），三民書局，2009 年 7 月，修訂五版。
 30. 陳計男，民事訴訟法論（下），三民書局，2010 年 4 月，修訂五版。
 31. 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（上），三民書局，2008 年 1 月，四版五刷。
 32. 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（中），三民書局，2009 年 10 月，七版。
 33. 張衛平，推開程序理性之門，法律出版社，2008 年 7 月。
 34. 張雲芝，文書鑑定 Q&A，元照出版，2010 年 12 月，初版。
 35. 黃國昌，民事訴訟法教室 I，元照出版，2009 年 4 月，初版。
 36. 蔣鐵初，明清民事證據制度研究，北京：中國人民公安大學出版社，2008 年 6 月，初版。
 37. 新堂幸司著，林劍鋒譯，新民事訴訟法，北京，法律出版社，2008 年 4 月。
 38. 喬恩·華爾滋，何家弘等譯，刑事證據大全，中國人民公安大學出版社，2004 年。

39. 湯瑪斯·摩伊特著，蔡秋明、方佳俊譯，訴訟技巧，商周出版，2008年5月，二版。
40. 韓波，民事證據開示制度研究，中國人民大學出版社，2005年8月。
41. 簡志瑩，專家證言與交互詰問之研究，司法研究年報第24輯第7篇，司法院，2004年11月。
42. Arthur Best 著，蔡秋明、蔡兆誠、郭乃嘉譯，Evidence: examples and explanations (證據法入門—美國證據法評釋及實例解說)，元照出版，2002年12月，初版。
43. Brian Kennedy 著，郭乃嘉譯，證人詢問的技巧，元照出版，2002年9月，初版。
44. Elizabeth Loftus 等著，浩平譯，Witness for the defense (辯方證人)，商周出版，2005年12月。
45. Jauernig, Zivilprozessrecht, 27th edition, 周翠譯，堯厄尼希著，民事訴訟法：第27版，北京：法律出版社，2003年7月。
46. Stephen A. Saltzburg 著，段重民譯，美國聯邦證據法。
47. Stephen N. Subrin 等著，傅郁林等譯，Civil Procedure: Doctrine, Practice, and Context (民事訴訟法—原理、實務與運作環境)，中國政法大學出版社，2004年3月。
48. Richard A. Posner, An Economic Approach to the Law of Evidence (徐昕、徐昀譯，證據法的經濟分析)，中國法制出版社，2004年9月。

二、期刊論文

1. 王梅英，專家在法庭上之角色—鑑定或參審？，律師雜誌，第 253 期，2000 年 10 月，頁 29-37。
2. 王英明，醫療責任鑑定的風風雨雨—參加消費者文教基金會座談有感，臺灣醫界，第 9 期。
3. 王宗倫，醫療鑑定之迷思，台灣法學雜誌，第 167 期，2011 年 1 月，頁 59-63。
4. 古振輝，論鑑定，司法周刊，第 1029 期，2001 年 5 月。
5. 李聖隆，律師如何對抗有偏頗之虞的醫療鑑定，律師通訊，第 180 期，1994 年 9 月，頁 46-49。
6. 李聖隆，我國醫療糾紛鑑定實務的檢討，收載於現代刑事法與刑事責任—蔡教授墩銘先生六秩晉五壽誕祝壽論文集，1997 年。
7. 沈冠伶，仲裁鑑定制度之研究，收錄於：民事訴訟法之研討（十），民事訴訟法研究基金會，2001 年 9 月。
8. 沈冠伶，訴訟權保障與民事訴訟—以大法官關於「訴訟權」之解釋為中心，台灣大學法學論叢，第 34 卷第 5 期，2005 年 09 月，頁 203-273。
9. 林裕順，專家證人 vs. 鑑定人—概括選任鑑定之誤用與評析，月旦法學雜誌，第 189 期，2011 年 2 月，頁 263-272。
10. 吳從周，闡明之界限變遷—簡評最高法院九三年台上字第一八號判決，台灣本土法學雜誌，第 72 期，2005 年 7 月，頁 234-241。

11. 吳從周，法律漢字譯語與法律繼受——以民事訴訟法上「聽審請求權」之形式譯語整合與「突襲性裁判禁止」之原始意涵詮釋為例，成大法學，第 10 期，2005 年 12 月，頁 189-229。
12. 吳從周，初探訴訟經濟原則——一個法律繼受的後設描述，興大法學，第 6 期，2010 年 5 月，頁 1-70。
13. 吳俊穎等著，醫療糾紛鑑定的未來——由專業鑑定探討醫療糾紛鑑定之興革，月旦法學雜誌，第 183 期，2010 年 8 月，頁 36-47。
14. 吳俊穎等著，醫療糾紛重複鑑定之實證研究：探討藉由改善鑑定程序以落實刑事妥速審判之可能性，月旦法學雜誌，198 期，2011 年 10 月，頁 155-173。
15. 吳志正，科際整合觀點下之醫療糾紛鑑定，月旦法學雜誌，第 190 期，2011 年 3 月，頁 29-46。
16. 邱琦，德國專家參審制度——以漢堡地方法院商事法庭為中心，司法週刊，第 1275 期，2006 年 2 月。
17. 邱琦，醫療專庭與專家參審——以德國、法國商事法庭為借鏡，月旦法學，第 185 期，2010 年 10 月，頁 80-102。
18. 邱聯恭，突襲性裁判，載於：民事訴訟法研究會編，民事訴訟法之研討（一）。
19. 邱玟惠，淺談醫療糾紛訴訟之相關規範，台灣法學雜誌，第 178 期，2011 年 6 月，頁 39-46。
20. 胡衛平，專家證據的可採性——美國法上的判例和規則及其法理分析，環球法律評論，第 6 期，2005 年。

21. 柯耀程，意見證據之研究，警學叢刊，第 17 卷第 2 期，1986 年 12 月。
22. 姜世明，證明預斷之禁止，法學講座，第 21 期，2003 年 9 月，頁 73-79。
23. 姜世明，合意選任鑑定人與仲裁鑑定契約—評最高法院九十七年度臺上字第一一二〇號民事判決，月旦法學，第 169 期，2009 年 6 月，頁 274-281。
24. 姜世明，淺談民事程序中之鑑定—著重於實務見解發展及其問題提示，月旦法學雜誌，第 190 期，2011 年 3 月，頁 19-28。
25. 施俊堯，刑事鑑定報告證明力之檢討—以刑事審判實務之案件為例，刑事科學雜誌，第 41 期，1996 年 3 月。
26. 施俊堯，刑事鑑定證據之法院審查標準（一），法務通訊，第 2365 期，2007 年 11 月。
27. 高鳳仙，論我國鑑定制度與美國專家證人制度在醫療事件之角色扮演（上），萬國法律，第 129 期，2003 年 6 月，頁 60-71。
28. 高鳳仙，論我國鑑定制度與美國專家證人制度在醫療事件之角色扮演（下），萬國法律，第 130 期，2003 年 8 月，頁 85-95。
29. 奚瑋、余茂玉，證據關聯性問題研究—以證據能力為考察視角，收錄於：訴訟法學研究，第十二卷，中國檢察出版社，2007 年 8 月，頁 231。
30. 許士官，文書之開示與秘匿，台灣大學法學論叢，第 32 卷 4 期，2003 年，頁 275-361。

31. 許士宦，民事訴訟之程序權保障：以通常訴訟程序當事人之程序權為中心，台灣大學法學論叢，第 38 卷第 4 期，2009 年 12 月，頁 229-272。
32. 許士宦，鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（上），台灣本土法學雜誌，第 66 期，2005 年 1 月，頁 54-72。
33. 許士宦，鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（下），台灣本土法學雜誌，第 67 期，2005 年 2 月，頁 18-32。
34. 許士宦，父子關係訴訟之證明度與血緣鑑定強制——以請求認領子女及否認婚生子女之訴為中心，民事訴訟法研究基金會編，民事訴訟法之研討（九），2000 年。
35. 許士宦，鑑定人在民事訴訟上之地位，月旦法學教室，第 13 期，2003 年 11 月，頁 12-13。
36. 許士宦，私鑑定之證據能力及證據價值，月旦法學教室，第 16 期，2004 年 2 月，頁 10-11。
37. 許士宦，鑑定人之民事賠償責任，月旦法學教室，第 29 期，2005 年 3 月，頁 18-19。
38. 許義明，我國醫療鑑定之現況與檢討，萬國法律，第 61 期，2007 年 2 月，頁 55-70。
39. 張麗卿，鑑定制度之改革，月旦法學雜誌，第 97 期，2003 年 6 月，頁 126-140。
40. 張麗卿，鑑定證據之研究——以精神鑑定，臺大法學論叢，第 24 卷第 1 期，1994 年 06 月，頁 305-329。

41. 陳運財，刑事程序鑑定之證據法則，萬國法律，第 137 期，2004 年 10 月，頁 32-44。
42. 陳祐治，專家證言與鑑定，檢察新論，第 6 期，2009 年 7 月，頁 138-154。
43. 黃朝義，相關刑案中專家參與審判諮詢之運作問題，律師雜誌，第 253 期，2000 年 10 月，頁 16-28。
44. 黃朝義，勘驗與鑑定，月旦法學教室，第 12 期，2003 年 10 月，頁 74-86。
45. 詹文凱，鑑定人應接受詰問，司法改革雜誌，第 40 期，2002 年 8 月，頁 22-22。
46. 楊華嚴，法院組織法，專家參審制度之介紹（上），司法新趨勢，第 29 期，2007 年 3 月。
47. 楊華嚴，法院組織法，專家參審制度之介紹（下），司法新趨勢，第 30 期，2007 年 6 月。
48. 楊漢淙，醫療糾紛鑑定實況，律師雜誌，第 217 期，1997 年 10 月，頁 44-51。
49. 葉天來，鑑定機關之鑑定在訴訟實務上之效力，高雄律師會訊，第 5 期第 4 卷，2000 年 8 月，頁 10-12。
50. 賴芳玉，談專家證人，律師雜誌，第 253 期，2000 年 10 月，頁 79-95。
51. 蔡志方，論我國採行參審制度之必要性與可行性，律師通訊，第 161 期，1997 年 2 月，頁 9-17。

52. Brian Kennedy 著，郭乃嘉譯，蔡兆誠校訂，從加州觀點談專家證人（鑑定人），全國律師，第 6 卷 9 期，2002 年 9 月，頁 58-64。

三、學位論文

1. 朱富美，科學鑑定與刑事偵查，國立台灣大學法律學系研究所 91 年博士論文。
2. 李貞儀，刑事鑑定制度之研究，台灣大學法律學研究所碩士論文，1998 年 6 月。
3. 陳輝如，營建工程施工損鄰事件鑑定之研究，國立台北大學法律專業研究所碩士論文，2004 年。
4. 陳自強，訴撤回契約之研究，台灣大學法律研究所論文，1986 年 6 月。
5. 薛瑞元，刑事訴訟程序中「機關鑑定」之研究—以醫事鑑定為範圍，台灣大學法律研究所碩士論文，2001 年。
6. 熊谷秀，論鑑定制度之理論構成與實踐，成功大學法律研究所碩士論文，2004 年。
7. 劉心橋，我國刑事鑑定制度之研究—以我國車輛事故鑑定之運作為探討，國立中正大學法律學研究所碩士論文，2007 年。

四、外國資料

(一)外國文獻資料

1. Adam Liptak , In U.S., Expert Witnesses Are Partisan , New York

- Times (August 11, 2008).
2. Christopher Slobogin, The Structure of Expertise in Criminal Cases, 34 Seton Hall L. Rev. 105,(2003).
 3. Dale A. Nance, Reliability and the Admissibility of Experts, Seton Hall Law Review, Vol. 34(2003).
 4. David L. Faigman, Elise Porter, and Michael J. Saks, Check Your Crystal Ball at the Courthouse Door, Please: Exploring the Past, Understanding the Present, and Worrying about the Future of Scientific Evidence, 15 Cardoza Law Review (1994).
 5. George Fisher , Evidence 2nd , Foundation Press(2008).
 6. George Vallas ,A Survey of Federal and State Standards for the Admission of Expert Testimony on the Reliability of Eyewitnesses , 39 Am. J. Crim. L. 97 .(2011)
 7. Joe S. Cecil and Thomas E. Willging, Accepting Daubert's Invitation: Defining a role for court-appointed experts in assessing scientific validity, Emory Law Journal.(1994).
 8. Judge Harvey Brown, Eight Gates for Expert Witnesses , 36 Hous. Law. Rev.(1999).
 9. John W. Wesley, Scientific evidence and the question of judicial capacity. 25 Wm and Mary L. Rev.(1984).
 10. Lawrence S. Pinsky, The use of scientific peer review and colloquia to assist judge in the admissibility gatekeeping mandated by Daubert.

34 Hous L. Rev.(1997).

11. Lewis H. LaRue and David S. Caudill, A Non-Romantic View of Expert Testimony, 35 Seton Hall L. Rev. 1, (2004).
12. Marilee M. Kapsa & Carl B. Meyer, Scientific Experts: Making Their Testimony More Reliable, 35 Cal. W. L. Rev. 313, (1999).
13. Michael J. Saks, The Legal and Scientific Evaluation of Forensic Science (Especially Fingerprint Expert Testimony), 33 Seton Hall L. Rev. 1167, (2003).
14. New standard for scientific and expert testimony: Daubert adopted in Arizona, State Bar of Arizona ,State Bar of Arizona,(2010)
15. Paul C. Giannelli, The Supreme Court's "Criminal" Daubert Cases, 33 Seton Hall L. Rev. 1071,(2003).

(二)美國判決

1. Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc. , 727 F. Supp. 575 (SD Cal 1989)
2. Daubert v. Merrell Pharmaceuticals, 509 U.S. 579 (1993) ◦
3. Frye v. United States, 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923) ◦
4. General Electric Co. v. Joiner, 522 U.S. 136 (1997) ◦
5. Kumho Tire Co. v. Carmichael, 526 U.S. 137 (1999) ◦
6. United States v. Downing, 753 F.2d 1224, (3rd Cir. 1985) ◦
7. United States v. Addison, 498 F. 2d 741, (D.C. Cir. 1974) ◦
8. United States v. Johnson, 575 F.2d 1347 (5th Cir. 1979) ◦

9. Renaud v. Martin Marietta Co.,972 F.2d 304 (10th Cir. 1992).

五、網站資料

1. 林志六，醫療鑑定，台灣法律網專欄，網址：
http://www.lawtw.com/article.php?template=article_content&parent_path=,1,2188,&article_category_id=1127&job_id=4687&article_id=4650，最後瀏覽日期：2012年6月15日。
2. 衛生署網站資料：受理委託醫事鑑定案件數統計表，
<https://mcais.doh.gov.tw/public/PubReport1.aspx>，最後瀏覽日期：2012年4月30日。
3. 衛生署網站資料：訴訟性質統計表，
<https://mcais.doh.gov.tw/public/PubReport3.aspx>，最後瀏覽日期：2012年5月1日。
4. 衛生署醫療糾紛鑑定資訊系統，
<https://mcais.doh.gov.tw/front/faq.aspx>，最後瀏覽日期：2012年5月19日。
5. 聯邦證據規則原文資料來源，康乃爾大學法學院網站，
<http://www.law.cornell.edu/rules/fre>。
6. 司法院法學資料檢索系統，<http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>
7. 司法統計，<http://www.judicial.gov.tw/juds/index1.htm>。
8. 民國99年司法統計年報，
http://www.judicial.gov.tw/juds/year99/contents_table_ch.htm

9. 法源法律網，<http://www.lawbank.com.tw/>。
10. 全國法規資料庫，<http://law.moj.gov.tw>。
11. 國家圖書館全球資訊網，<http://www.ncl.edu.tw>。
12. Ralph Slovenko, Commentary: Deceptions to the Rule on Ultimate Issue Testimony, *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law Online* (2006), <http://www.jaapl.org/content/34/1/22.full>, Retrieved 2012-06-15.
13. Benjamin J. Cantor, Expert Witness Fees ,<http://www.jurissolutions.com/article3.shtml>, Retrieved 2012-06-7.

