



刑事訴訟法鑑定新制 探討

——聚焦於醫療刑事訴訟機關
鑑定之困境

李孟軒

杰立法律事務所主
持律師、臺北醫學大
學醫療暨生物科技
法律研究所碩士生

林婉萱

杰立法律事務所律
師、臺北醫學大學
醫療暨生物科技法
律研究所碩士

目次	壹、前言 貳、修法前後醫療爭議刑事訴訟鑑定 程序比較 參、他國對於鑑定制度之實務作法 肆、以日本、德國為例 肆、司法院「禮遇刑事案件鑑定人實施 要點」及「刑事訴訟鑑定新制問答 集」部分入法之芻議——代結論
----	---

壹、前言

地方檢察署於受理醫療爭議刑事案件時，因告訴、告發、自首或其他情事知有犯罪嫌疑者應即開始偵查；檢察官依偵查所得之證據，足認被告有犯罪嫌疑者，應提起公訴；而案件因有犯罪嫌疑不足之情形者，則應為不起訴之處分，刑事訴訟法第228條、第251條第1項及第252條第10款之規定足資參照。蓋

刑事訴訟案件的偵查開端，伊始於告訴人、告發人的程序發動，抑或是由檢察官主動簽分、被告主動自首等等各種法律程序上的啟動，而是否構成犯罪的犯罪事實，應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實，又屬刑事訴訟法第154條第2項的明文，如何在刑事程序中透過偵查作為，釐清案情相關的各項事實證據經調查後，是否已達刑事犯罪的構成要件該當，便與被告起訴與否緊密相連。

本檔案僅供試閱，完整內容請見本刊或月旦知識庫。

醫療爭議案件刑事訴訟因涉及法律以外另一高度專業之學門，故偵查、起訴以及審判更加高度仰賴鑑定意見，立法院於2023年12月三讀通過、同月經總統令公布，並於2024年5月15日施行之鑑定新制，觀諸其立法理由及各版本之立法委員、機關所提出之修正說明，可明確知悉2023年度之刑事訴訟鑑定制度之修正，係源自於對「測謊」鑑定之證據能力有無、「毒品」鑑定之鑑定人資格、自然人鑑定人是否需到庭以言詞說明以及以機關名義實施鑑定之自然人是否應具名並到庭以言詞說明等問題；陰錯陽差地，於刑事訴訟程序當中造成最大影響的案件類型，卻屬醫療爭議案件，各方專家學者在鑑定新制上路後，紛紛提出不同的建言及修正方案，但其背後的困境不一而足，在提出再次修法之建議，或是於特別法（例若醫療法）中增修特別規定而謀解決普通法（刑事訴訟法）之實務現實所產生之規範性衝突前，本文嘗試自曾擔任醫療鑑定初鑑機關行政承辦與醫病雙方告訴代理人及辯護人之多元立場，芻論刑事訴訟法之鑑定新制於醫療訴訟鑑定之困境為何，並於現有之法律、法規命令及行政規則之框架下，提出問題背後之解決可能方向。

貳、修法前後醫療爭議刑事

訴訟鑑定程序比較

一、修法前之醫療鑑定實務

於司法機關受理醫療爭議刑事訴訟案件之告訴後，除應先行整理涉及案件事實構成要件之爭點外，更重要的是需先行將醫療爭議當中，所涉及之醫療行為疑涉及客觀上疏失指摘，或與主觀上有無故意過失之具體事實摘錄整理，並依兩造聲請調查之程序彙整鑑定提問後，而成為委託鑑定事由。於進行爭點整理或調查證據之彙總後，接續由法院或檢察署擔任委託鑑定機關，檢具卷證資料及上開委託鑑定事由，送請鑑定機關辦理醫療鑑定。於辦理醫療鑑定時，鑑定機關被要求應依病歷紀錄、相關檢驗數據及醫療影像等原始客觀資料，提供醫療專業意見與委託鑑定機關，委託鑑定機關據此以作為認定事實之參考依據。

事實上，刑事訴訟鑑定2023年修法前之鑑定程序，有包括指定就鑑定事項具有特殊經驗、經政府機關委任有鑑定職務之自然人擔任鑑定人；或囑託醫院、學校或其他相當之機關、團體擔任鑑定機構之機構鑑定等方式。（修法後除有部分要件增修外亦然）惟絕大多數仍以委託衛生福利部醫事審議委員會（下稱「醫審會」）之機關鑑定方式為之¹，選任鑑定人之數量幾為鳳毛麟角。故此段描述醫療鑑定實務之程序，概以醫審

本檔案僅供試閱，完整內容請見本刊或月旦知識庫。

會之流程敘述之。

於衛福部醫審會收受委託鑑定案件後，會以行政審查之方式，初步檢視相關卷證資料之完整性及鑑定爭點，再就委託鑑定事項所涉及之專業醫療科別、領域，以同科別醫師進行審查之原則以及迴避原則²，分送由各大教學級醫學中心分案進行審查，並由各受託醫院依據醫審會指定之科別於院內再指派特定醫師擔任初鑑醫師，初鑑醫師之選任或指定方式醫審會並無進一步指示或要求，均依各受託醫療機構內部之作業規範或承辦方式選定，而初鑑醫師將初鑑報告撰寫完畢後，再由受託醫療機構連同卷證相關資料一併檢還，此時檢還之單位並非醫審會，而係受託委辦之財團法人醫院評鑑暨醫療品質策進會（下稱「醫策會」）收受，醫策會將依收到之初鑑報告檢視其完整性後與醫審會醫事鑑定小組及初鑑醫師共同排會審議，並由具備不同專業如法律專家及社會公正人士等組成之鑑定小組，審議鑑定結果，需要時得將初鑑報告依據審議時委員提出之審查修正意見重新修整鑑定報告，經鑑定小組會議取得最終鑑定內容之共識決、會議主席審閱後，始以衛福部名義作成鑑定書回覆委託鑑定機關^{3、4}。

經完成機關鑑定之案件回覆委託鑑定機關後，續由委託鑑定機關依據非供述證據調查之方式續行審理程序，惟無論在鑑定書面之結構性問題，抑或是

審、檢機關對於機關鑑定結果之司法審判價值評價，有諸多各方指出之問題存在，概若如（一）醫療鑑定報告未經具結，且亦未具名；（二）未踐行對質詰問權之保障；（三）鑑定機關成員匿名且程序缺乏透明性；（四）鑑定意見判斷之依據及標準未明；茲就各項疑義簡述如次：

（一）鑑定報告未經具結且未具名

依據2023年修法前之刑事訴訟法第208條之規定，僅規範審、檢得囑託醫院、學校或機關團體為鑑定，並於需要言詞報告或說明時，命鑑定人（到庭）為之，且鑑定人言詞報告及說明之程序，準用交互詰問之相關規定⁵。惟該說明及報告之要求，雖程序上準用交互詰問，但並未要求鑑定人於鑑定實施前具結，亦未要求機關內鑑定人具名⁶，導致縱使欲請求鑑定人到庭以言詞說明或報告，亦難直接指明應到庭接受詢問以備說明及報告之人，難以實現準用刑事訴訟法第163條第1項所欲實現兩造對質詰問權之保障。

（二）未踐行對質詰問權之保障

依據我國多年實施之醫療鑑定制度，除委託機關鑑定並未有要求從事鑑定之人具名為之、亦未要求具結已如前述，致有論者認為係假機關鑑定之名，行自然人鑑定人鑑定之實，並使實際從事鑑定之自然人，可遁入鑑定機關之保

本檔案僅供試閱，完整內容請見本刊或月旦知識庫。