

淺論法醫鑑定制度--德語系國家之借鏡

文化大學法律學系助理教授 鄭文中

目 次

- 壹、緒論
- 貳、法醫學發展概述
- 參、法醫學在德語系國家發展之概述
- 肆、德國法醫鑑定制度--刑事司法方面之考察
- 伍、我國法醫師法部分規定之檢討
- 陸、結論

摘 要

法醫鑑定，係運用法醫臨床學的理論和技術，對涉及與法律有關的醫學問題進行檢驗鑑定，其所檢驗鑑定之客體者，包括與人身有關的活體、屍體及生物物證等。由於法醫鑑定與人身具有密切相關，在訴訟程序上具有重大意義，而在審判實務上，常以法醫鑑定報告作為證據資料，對於發現真實，維持司法公正具有一定程度地影響。

近代歐洲自中古晚期以來所形成的法醫學及法醫制度係於 19 世紀末葉傳到遠東地區。臺灣在日本統治時期透過日本所建立之法醫制度，而間接地承接歐陸法醫師傳統，亦即有法醫專科醫師之養成制度，一直沿用至 2005 年法醫師通過之前。

法醫師法之制定，其目的在於：健全法醫制度，提升檢驗水準，並促進法治、人權保護及社會正義。立法目的固然良善，然就若干重要的法律條文而言，能否確實地解決「法醫荒」並提升檢驗、鑑定的品質，相關爭議似未隨著法案之通過而塵埃落定。

本文嘗試以法醫制度於歐陸之發展為出發點，簡要地介紹法醫制度在德語系國家中之發展軌跡，並淺顯地探究德國鑑定人制度與法院選任之間之關聯，以說明目前德國法醫鑑定之概況，並針對法醫法中所涉及的爭議問題，擇要地予以探討。

壹、緒論

隨著社會與經濟的高度發展，本為社會現象之一的犯罪現象，也隨之呈現出日趨複雜與多樣化，為發現真實、保全證據，偵查與審判上需運用科學知識經驗之案件將愈來愈多，運用鑑定的領域也隨之愈廣泛，文學、社會學或法律學固非全無，然仍以自然科學居多，且若涉及爭議案件，則對特別法律知識的瞭解與運用更有其必要性。法院若欲將一般人不具備之知識經驗運用於審判上時，通常則必須透過鑑定。在審判實務上，不僅被告行為時之精神狀況須仰賴科學的鑑定，甚至全盤的科學知識、技術已廣泛運用於鑑定領域，充實鑑定功能，而使鑑定與鑑定人屢屢具有足以左右判決結果之重要地位。而就鑑定所涉及之專業領域而言，文獻上亦曾有指出，「由過去累積的案例可發現鑑定案以醫學、心理學、社會學之鑑定最多，占半數以上。其中醫學鑑定又以法醫鑑定居多。」¹

刑事訴訟法第 198 條規定：「鑑定人由審判長、受命法官或檢察官就下列之人選任一人或數人充之：一就鑑定事項有特別知識經驗者。二經政府機關委任有鑑定職務者。」鑑定人必須是具有專門的或特別的知識經驗，此之知識經驗並不以特別具有學術上研究地位的學者或研究者為限，而是就鑑定事項，具有鑑定能力，亦即具有特別的、專門的知識經驗者之謂。其目的在於透過活用鑑定人之學識經驗，以補充法院在裁判上所必要之實驗性法則之專業知識的不足。²鑑定人可能以三種方式輔助法院，此亦為鑑定人之任務：1、鑑定人依照其科學專門知識，向法院報告某個一般的經驗法則。2、再者，鑑定人鑑定某個唯有依照特別之專門知識始能察覺、判斷之事實。3、依照得出結論的科學論證規則，鑑定人得出某個唯有依照其專門知識始能判定的結果。³

我國因受社會及文化背景影響，法醫制度之建立及其完備長期未受到應有之重視，以致對於人權之保障難以周全。而隨著國際刑事鑑識科學之快速發展及國內對於司法鑑定制度完善之需求也日益殷切，在具體實踐上，法醫科學固然逐年有所提升，而法醫師於司法實務上之重要性亦與日俱增，然而不可諱言的是，法醫師之人數仍極度欠缺，歸咎箇中原因乃在於整體制度及薪資結構，無法吸引優秀人才從事法醫工作。有鑑於此，立法院於民國（94 年 12 月 28 日制定公布法

¹ 陳文哲，日本刑事法院囑託鑑定程序，國立政治大學法學院碩士在職專班碩士論文，2007 年，頁 9-10。

² 由於目前我國之法制基本上並非如英美法系國家由當事人選任鑑定人，而是由檢察官或法院予以選任，在性質上可謂應屬法官或檢察官之輔助者，參見，黃朝義，勘驗與鑑定，月旦法學教室第 12 期，92 年 10 月，頁 74-86；實務見解亦認為，鑑定人僅係法院的輔助者，最高法院 94 年度台上字第 2074 號判決指出：「刑事訴訟法之鑑定，乃使有特別知識或經驗者，在訴訟程序上，就某事項陳述或報告其判斷之意見，藉以補充法院之知識，協助法院判斷事實之真偽，屬證據資料之一種；因鑑定僅具補充法院認識能力之機能，鑑定意見能否採取，屬證據證明力問題，賦予法院自由判斷之權」。

³ 林鈺雄，刑事訴訟法(上)，3 版，2003 年 9 月。

醫師法，並自公布後 1 年正式施行，而法醫師法之目的即是在於建立完整之法醫師制度，以回應社會對於提昇法醫鑑定水準之要求，從而落實司法人權保障，維護社會正義及促進民主法治之期盼。

法醫師法現行條文第 48 條規定，醫師自本法施行屆滿 6 年起，不得執行刑事訴訟規定之檢驗、解剖屍體業務。亦即自 101 年 12 月 28 日起醫師不得執行刑事訴訟法第 216 條第 2 項與第 3 項、醫師法第 11 條之 1、第 16 條、第 21 條規定檢驗或解剖屍體應命醫師行之。未具醫師資格者，與未具專科醫師資格者之法醫師，依法醫師法服務一般時間後取得執業資格，即可執行法醫師法第 13 條規定 9 項專業鑑定項目，且禁止專科醫師為之，目前固有少數現職檢驗員進入臺灣大學法醫學研究所就讀，惟因工作繁重且須輪值，迄今尚無人完成學業並取得法醫師資格，其餘多數檢驗員則因工作、家庭等諸多因素，始終無法進入法醫學研究所修習學業，不僅目前法醫師人力嚴重不足，未來法醫師來源亦極匱乏。⁴上開規定若未予修正，除各地方法院檢察署自 101 年 12 月 28 日起，即無法借助醫師辦理檢驗及解剖業務外，而於發生重大災難時亦無法借重現有醫師人力辦理相驗工作，有鑑於此，為解決第一線法醫師及檢驗員人力不足問題，行政院已於 101 年 4 月 10 日以院臺法字第 1010128280 號擬具「法醫師法」部分條文修正草案，函請立法院審議，目前正於司法及法制委員會審查。⁵而此項修正對於該法指導原則之一，即所謂的「醫師與法醫師分流」，無異大相逕庭。此是否意謂著，法醫師法歷經立法五年多的沉澱與反思，該法之主管機關法務部發現，「法醫」學業訓練過程中難以貫徹立法院於通過該法時所作成之附帶決議，甚且其執行業務時，可能與「醫師法」、「醫療法」、甚至是「個人資料保護法」，有所抵觸、衝突，而有侵犯民眾隱私之虞，⁶並不可得知。

台灣的現代法醫學是日本統治台灣時期所建立，而日本的現代法醫學制度則又是於明治維新脫亞入歐的時代背景下，師法歐陸制度而來。因此，臺灣的法醫學制度也間接地繼受歐陸法醫制度，同時在二次大戰結束後，也受到美國制度的影響。因此本文首先將於歷史的角度切入，介紹法醫學及法醫鑑定制度於歐洲大陸，尤其是德國及其他德語系國家之發展概況，其次在就德國鑑定人制度之現

⁴ 立法院第 8 屆第 1 會期司法及法制委員會第 20 次全體委員會議紀錄，立法院公報 第 101 卷第 46 期 委員會紀錄，頁 430-431。

⁵ 此外尚有蘇清泉委員版本(全聯會版本)及民間司法改革基金會提出相對應之修正草案，而立法院已於本(2012)年 11 月 20 日三讀通過法醫師法部分條文修正草案，延長法醫師法第 48 條原定醫師得執行司法機關之檢驗及解剖業務之時限至 104 年 12 月 28 日。

⁶ 例如法醫師法第 44 條規定，醫學院或其附設醫院，一定規模以上之教學醫院，應設置法醫部門；其設置辦法，由中央衛生主管機關會同相關機關定之。然而，根據醫師法 28 條，未取得合法醫師資格，擅自執行醫療業務者，係可施加刑罰之密醫行為，法醫師法如此之規定，使得不具醫師或醫學生資格的「法醫研究所學生」在醫院實習、不具醫師與專科醫師資格且欠缺臨床經驗的法醫研究所之法醫師，在醫院廣設法醫部門，積極的準備未來介入醫事鑑定，進行專科鑑定(諸如：性侵、懷孕、流產、兒虐、精神、牙科等)，恐亦是陷人於罪，同時更是嚴重的侵犯病人的個資秘密。

況，及其在刑事司法之規定，針對現行德國法醫專科醫師參與司法鑑定進行初步地考察，其中並佐以數則與具體實踐有關之情形說明德國法醫鑑定在司法實務上所具有之重要性。本文第五章亦將我國法醫師所揭示之立法目的為基調，探討法醫師之若干原則性規定，能否與此目的相符，進而實現其立法時所設定之立法目的。最後在回顧本文討論之重點，而於提出個人觀點後，結束本文。在此亦須一併敘明者為，關於鑑定人之鑑定報告在德國法及我國法證據法上所涉及之問題，本文並未列入討論，且限於篇幅之因素，需另為文探討。

貳、法醫學發展概述

自西元 2 世紀到中古時期，西方醫學是以被視為醫學聖經(Bibel der Medizin)，蓋倫(Claudius Galenus)學說為主流，一直到薩維李(Andreas Vesalius)使用解剖工具親自演示操作，取代了傳統上由講授者聘請外科醫生對於動物進行解剖加以解說的方式，並於 1543 年發表了「人體的構造」(De humani corporis fabrica)一書，而為現代的法醫學理論奠定基礎。就法律上的規定而言，早在 1532 年，神聖羅馬帝國於雷根斯堡的帝國議會(Reichstag zu Regensburg)通過了著名的卡洛林納法典(Constitutio Carolina Criminalis)，該法典規定有關殺嬰及墮胎(krimineller Abort und kriminelle Sterilisation)、謀殺(Mord)、殺人(Totschlag)、傷害致死(Körperverletzung mit Todesfolge)等犯罪之審判及遭殘殺死亡者的屍體解剖(Leichenschau gewaltsam Getöteter)、甚至包括青少年行為人或是精神病患之責任能力(Schuldfähigkeit Jugendlicher oder Geisteskranker)都必須有醫學專家(ärztlicher Sachverständiger)參與評估。德國學者 Otto v. Oesterlen 於 1877 年時⁷指出，在卡爾五世(Karl V.)所頒布的卡洛林納法典之前，並未如此詳盡及適用範圍涵蓋如此廣的規定，而藉由卡洛林納法典的規範，作為一項新型態實用科學的法醫學，於焉產生。⁸

相對於歐洲大陸須有醫學專家參與特定刑事犯罪鑑定，英國則是施行所謂的驗屍官(Coroner)制度。英國的驗屍官制度早於西元 1194 年即與稅務員「合署辦公」，中古世紀英國驗屍官可以調查所有可能影響國家稅收之事件，該制度係以維護王國之稅收為目的，故以具有醫師或律師資格者為原則，由於醫學不發達與人頭稅之制度，仍難免有「因地制宜」之政治任命，驗屍官未必人人具有「醫學

⁷ http://www.selfmedia.de/usr_web287_3/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=23，最後瀏覽日，8/11/2012。

⁸ 遠東地區最早於南宋理宗淳祐 7 年(247 年)由宋慈(南宋福建建陽縣童游里人，字惠父，1186 年-1249 年)撰述可以稱為法醫學首部專著之「洗冤錄」，書中記載有自縊、絞死、溺斃、殺傷、中毒、屍體現象等項目。後於明朝時流入韓國及日本，日人河合甚兵衛於 1736 年編譯為「無冤錄述」，風行於日本，葉昭渠：最新法醫學，1987，頁 24-25。

專業」。早期驗屍官會針對非病死、猝死、自殺、暴力死亡者，皆須經過「調查」，早期驗屍官對「自殺」進行調查，如認為「畏罪自殺」，則會沒收其「有形資產」；另外因為事關王國之稅收，早期驗屍官也要對轄區之「出土財寶」進行調查，即使至今日，仍保留「出土財寶」通報責任。隨著時代演進，驗屍官之角色越來越專業，1887 年之「驗屍官法」，明確地免除其國家稅收責任，賦以驗屍官維護社區利益之責任。部分地區也有病理醫師負責驗屍。病理醫師是具有醫師資格的專科醫師，關於醫師調查死者死亡原因之方法有「屍體解剖」與「開棺檢驗」兩大項。英國死亡鑑定單位因區域而異，蘇格蘭為「意外死亡鑑定所」(Fatal Accident Inquiry)，英格蘭與威爾斯為「法醫鑑定所」(Coroner's Inquiry)。⁹

歐洲自 17 世紀開始，法院開始全面採用法醫師之證詞，歐洲大學醫學院亦於 17 世紀開始教授法醫學，且大多數認為應屬於醫學而非法學之分支，保持獨立研究與發展之能力，以發展與判斷法律事件，應將法醫學設於醫學院，至 18 世紀，法醫學已經成為醫學院之必修課程。因此歐洲民主國家皆將法醫學設於醫學院內，例如德國、英國、奧地利、瑞士。

台灣於 1936 年台北帝國大學醫學部成立之時，由東京帝國大學法醫學三田定則教授擔任台北帝國大學醫學部首任部長(醫學院院長)，同時也是首任法醫學講座教授，1937 年 9 月三田接續幣原坦教授擔任台北帝國大學第二任總長(校長)，1938 年 6 月由北海道帝國大學久保忠夫副教授擔任法醫學講座教授，1941 年 4 月日本法醫學第 26 回總會於台北帝國大學舉行，1943 年 8 月久保忠夫中風病逝，1944 年改由九州帝國大學田代歡之助教授擔任，至 1945 年 5 月不幸被美轟炸機炸死。1945 年 11 月台北帝國大學醫學部改名臺灣大學醫學院，由新潟醫科大學小片重男教授留任法醫學科主任，1947 年 4 月日本人被遣返後，警務處法醫由台大法醫學助教葉昭渠轉任。台灣自 1945 年以來，長期缺乏足夠的法醫學人力與物力，法醫學研究逐漸落後於部分亞洲國家。¹⁰ 遲至 1990 年，全國治安會議的決議，以臨時任務編組方式在台灣高等法院檢察署暫設法醫中心，並研擬《法務部法醫研究所組織條例》草案，此一法案於 1997 年經立法院三讀通過，並由總統公布施行，同年 5 月 30 日成立籌設小組，1998 年 7 月 1 日，法務部法醫研究所正式成立，原屬臨時編組之台灣高等法院檢察署法醫中心業務則併入該法醫研究所。

⁹ 參見葛謹，英國醫療糾紛處理制度：對改進我國制度之啟示，台灣醫界第 51 卷，2008 年，頁 68-73。

¹⁰ 臺大醫學院百年院史(下)系科所，臺大醫學院，1999，頁 155-160。

參、法醫學在德語系國家發展之概述¹¹

關於現代法醫學之任務，可以認為：法醫學係研究與利用醫學與科學知識以解決法律事件中醫學問題之學問¹²，即以醫學之知識與經驗，應用學識與協助解決法律事件之學問，目的在謀求法律公正、社會安寧與維護公共利益。

歷史上最早記載關於法醫任務(gerichtsmedizinische Aufgabe)的文獻，可以回溯至西元前 2700 年左右的古埃及時期，印和闐(Imhotep)經由驗屍(Leichenschau)確定死亡原因，而西元前 1700 年左右巴比倫國王漢摩拉比(Chammurapi)，在著名的漢摩拉比法典第 218 條即規定有關於醫療疏失(ärztliches Kunstfehler)的處罰，在近古的文獻中，例如日耳曼法及東羅馬帝國皇帝查士丁尼(Justinian)所編纂的民法典(Corpus iuris civilis)中，都可以找到相關的記載。而實際上探討法律上具有重要性的問題是開始於中古晚期的維薩李(Vesalius)、郭德隆齊(Codronchi)、費德利思(Fidelis)、菲力克斯·布拉特一世(Felix PLATTER I)、帕雷(Parè)及札哥雅思(Zacchias)等散居於當時瑞士、法國及義大利的醫師，而其中法國醫師帕雷(1517-1590)更被認為是現代意義下的第一位法醫師(Gerichtsmediziner)¹³，而札哥雅思的著作「法醫學之問題」(die Questiones

¹¹ Ausführlich dazu, Hans Joachim Mallach, Geschichte der Gerichtlichen Medizin in deutschsprachigen Raum, 1996

¹² 德國法醫師協會於 1968 年的年度會議中曾對於法醫師的任務項目作成以下決議，「醫師在社會中及對於社會的任務與職責(醫師的法律地位、醫師與病患之間的契約關係、醫學倫理、醫師沉默與說明義務之範圍與界限、對於有關機關之說明與通報義務、醫療處置之法律問題，特別是涉及手術與輸血)、醫療人為疏失、最重要的保險醫療問題及醫學鑑定行為之基礎，尤其是涉及到醫學確定之證據價值(或然率概念)等之理論、於有疑問且具有法律上重要性的傷害行為之蒐集及保全證據的醫學工作，例如虐待、性侵害及死因不明與意外死亡之情形、驗屍及解剖屍體之難題、確定死亡時間、劃定自然死亡、意外、自殺及他殺界限之診斷鑑別可能性。基於法律之確定性要求每一位醫師，對於最常見方式之威脅行動有所認識。」，原文如下：
"Aufgaben und Verantwortlichkeit des Arztes in der Gesellschaft und für die Gesellschaft (Rechtsstellung des Arztes, vertragliche Beziehungen zwischen Arzt und Patient, ärztliche Ethik, Umfang und Grenzen der ärztlichen Schweige- und Aufklärungspflicht, der - und Meldepflicht gegenüber Behörden, , insbesondere Operationen und Transfusionen), die Lehre vom ärztlichen Kunstfehler, von den wichtigsten versicherungsmedizinischen Problemen sowie von den Grundlagen der ärztlichen Sachverständigentätigkeit, besonders im Hinblick auf den Beweiswert medizinischer Feststellungen (Wahrscheinlichkeitsbegriff), ärztliche Aufgaben der Befund- und Beweissicherung bei fraglichen rechtserheblichen Körperverletzungen, zum Beispiel Misshandlungen und Notzucht und bei unklaren sowie unerwarteten Todesfällen, Probleme der Leichenschau und Obduktion, Todeszeitbestimmung, differentialdiagnostische Möglichkeiten zur Abgrenzung von natürlichem Tod, Unfall, Selbstmord sowie Tötung durch fremde Hand. Die Rechtssicherheit verlangt von jedem Arzt die Kenntnis der häufigsten bedrohenden Einwirkungsmöglichkeiten."
http://www.selfmedia.de/usr_web287_3/index.php?option=com_content&task=view&id=23&Itemid=29，最後瀏覽日，8/11/2012。

¹³ <http://www.akfos.com/der-akfos/geschichte/entwicklung-der-gerichtlichen-medizin.html>，最後瀏覽日，8/11/2012。

medico-legales)則是第一部有系統地針對法醫學所為之著作。¹⁴

西元 17、18 世紀在德國中部地區，三位歷史上著名的法醫學者 Paul Ammann、Gottfried Welsch 及 Johannes Bohn，相繼提出有關法醫學的鉅著，其中 Johannes Bohn 則是首度提出了法(庭)醫(學) (Gerichtliche Medizin)的概念，而同一時期，德國北部的學者 Ludwig Julius Caspar Mende 更是完成了一部七卷內容詳盡，而適於立法者、法律學者、醫師及外科醫師(Wundärzte)參考的法庭醫學 (Handbuch der Gerichtlichen Medizin)。

17、18 世紀年間，在約瑟夫·貝昂德(Josef Berndt)與彼得·法蘭克(Peter Frank)的影響下，強化了法醫學領域的這種轉變，1804 年維也納醫科大學設立了德語世界的第一個法醫學的大學教席，到了 1818 年已經有法醫學研究所的成立。¹⁵自 1819 年起，法醫學在丹麥更成為一項考試科目。¹⁶ 在大學教育方面，1651 年起，海德堡大學醫學院即已經提供法院鑑定意見報告。如同其他許多情況所顯示者，法庭醫學的科目，開始之初是由其他醫學專業的學者兼任傳授。法庭醫學的名稱大概是在 1700 年左右首度被使用。而 1774 年，哥廷根大學醫學教授 Christiani Gottlieb Ludwig 於 1764 年所出版的著作，被推薦成為第一本關於法庭醫學的教科書。¹⁷ 在其他歐陸各國，1740 年，哥本哈根大學開設了有關法庭醫學的講演課程(Vorlesungen)；法國大革命期間，法國第戎科學院(Akademie von Dijon)也首度開設有關於法庭醫學的講演課程；布拉格大學亦於 1785 年開設相同的課程，並於 1807 年設置了法庭醫學的正式教授教席。

除了大學的法醫學教育，實務的發展也同步地在進行。18 世紀末，奧地利相關衛生警察法規(Sanitätspolizeigesetze)之制定，一定程度地促進了法醫學的發展，特別是佛蘭克所提倡，法醫學與醫療警察(Medizinische Polizei)，公共衛生服務人員合併成國家食品藥品監督機構，在公共衛生(Hygiene)及細菌學(Bakteriologie)蓬勃發展之前，此一機構均一直維持。正如同 Pettenkofer 所指出者，將法醫學及醫療警察這兩股力量聚攏在一起似乎總是不自然，1875 年當霍夫曼(Eduard Ritter von Hofmann)被任命為維也納大學法醫學的副教授時，法醫學在實務上始與公共衛生與醫療警察分離。¹⁸

¹⁴ Vgl. Patrick Budenz: *Questiones medico-legales. Hinter den Kulissen der Rechtsmedizin* 2011.

¹⁵ Lehrkanzel für Staatsarneykunde, Lehrkanzel für gerichtliche Medizin und Medizinalpolizei, vgl. <http://www.meduniwien.ac.at/hp/gerichtsmedizin/allgemeine-informationen/geschichte-der-wiener-gerichtsmedizin/>

¹⁶ 值得一提的是，被西、葡兩國殖民的南美國家，例如巴西的里約大學在 1832 年即有法醫學的教席，秘魯也在 1839 年跟進，vgl.

<http://www.akfos.com/der-akfos/geschichte/entwicklung-der-gerichtlichen-medizin.html>，最後瀏覽日，8/11/2012。

¹⁷ 完整的書名為：D. Christiani Gottlieb Ludwig, ord. Professor Med. in acad. Lips. quondam Decani, *Institutiones Medicinae Forensis praelectionibus academicis accomodatae*

¹⁸ 關於此一部分，vgl.

<http://www.meduniwien.ac.at/hp/gerichtsmedizin/allgemeine-informationen/geschichte-der-wiener-gerichtsmedizin/>

事實上，早在 18 世紀下半葉，奧地利境內已經有與法醫制度相關的法規，例如 1768 年制定的泰瑞莎刑法典(Constitutio Criminalis Theresiana)規定，自 1770 年 3 月 30 起開始引進驗屍的制度，而驗屍官必須通過醫學院的考試。1784 年，在維也納市立綜合醫院設立(Wiener Allgemeine Krankenhaus, AKH)後，官方的屍體解剖工作也就移交給該醫院的外科醫師，而由該醫院兩名外科醫師與維也納的市外科醫師(Stadtwundarzt)共同組成委員會，並且由後者負責實際屍體解剖工作的進行。1808 年，奧地利發布一項行政命令，驗屍與屍體解剖部門應該由法醫學暨藥理學教授(Professor für Gerichtliche Arzneykunde)掌理，而驗屍與屍體解剖時也應該有醫學系的學生參與，1812 年起，維也納市區與市郊所有的屍體解剖都必須在市立綜合醫院進行。

直到 19 世紀結束前，相較於在奧地利成為大學醫學教育的專門學科已經有近百年的歷史，在德國，作為一門學科，法醫學仍未受到相當的重視。¹⁹ 根據一項統計數據顯示，在 1889 年時的德國境內，並沒有任何一所大學設置有法醫學的正教授教席，在 20 所德國大學中，有兩所大學有法醫學的全職教授(Ordinarien)，不過僅是次要科目(Nebenfach)，10 所大學有副教授(Extraordinarien)，然而全部均不是因教授法醫學而獲得教席，1 所大學設有講師，值得一提是，此係為法律人所開設的課程。²⁰ 以在二次大戰前，德國法醫學研究居於領先地位的萊比錫大學的發展為例，一直到了 1900 年，當時的薩克森邦文化部才批准設置法醫學研究所，1901 年法醫學始成為必修科目，1927 年時已成為醫師國家考試的專業科目之一，隔年，1928 年，根據當時萊比錫大學法醫學研究所所長理查·寇克(Richard Kockel)所作的調查顯示，當時德國的 24 所大學中，共有 14 所大學設有法醫學研究所。²¹

事實上，在法醫學蓬勃發展的時代中，在德國並非全然沒有阻力，而主要的反對勢力是來自於病理學家(Pathologen)的競爭，以及外科醫師(Chirurgen)。然而，稍後在 1899 年九月，普魯士立法者於區醫師法(Kreisarztgesetz)中規定，官方醫療機構的醫師(Amtsarzt)必須同時執行法醫師的工作，才使得此種競爭對立的態勢獲得解決。而現今德國法醫師協會的成立，事實上可以回溯到在 1822 年九月於萊比錫成立的德國自然學者與醫師協會(Gesellschaft für Deutscher Naturforscher und Ärzte)。²² 後者於 1886 年設立了一項與法醫師有關的部門，之後於 1904 年成立德國法醫師協會。值得一提是，在該協會的六名創立委員會的成員中，有兩位來自奧地利的法醫學正教授獲選出任。²³

¹⁹ Vgl. Kockel, Richard, Das erweiterte Institut für gerichtliche Medizin der Universität Leipzig Arch Kriminal 83, 1928, 206-207

²⁰ Kockel, ebd.

²¹ vgl. <http://www.akfos.com/der-akfos/geschichte/entwicklung-der-gerichtlichen-medizin.html>，最後瀏覽日，8/11/2012。

²² 該協會已於 1968 年正式更名為「Gesellschaft für Deutscher Rechtsmedizin」，vgl. Hans Joachim Mallach, (Fn.10)。

²³ 關於此一部份，vgl.

在德國，法醫師的養成教育，除了必需至少受過六年醫學教育外，此外尚須於醫學教育後，繼續接受至少五年的法醫學專科醫師養成教育(Facharzt Ausbildung Rechtsmedizin)，其中至少有半年的精神病學(Psychiatrie)及一年病理學(Pathologie)的課程。²⁴ 在此之後仍必須通過法醫專科醫師(Facharzt für Rechtsmedizin)的考試。在瑞士，法醫學專科醫師，也是必須於正規的大學醫學養成教育後，再受五年的專科醫師教育，而在通過專科醫師考試外，在專科醫師的養成教育中，尚須接受一定數量的臨床法醫檢查(klinisch-forensische Untersuchungen)、驗屍 (Legalinspektion，德、奧術語分別為 Leichenschau、Leichenbeschau)、屍體解剖(Obduktion)及其他相關的法醫實習課程。這些資格條件都記載在瑞士醫界聯盟(FMH)²⁵ 對於專門醫學科目的評估備忘錄(Evaluationsprotokoll)中。²⁶

在司法實務上，德國法醫學鑑定係採取由大學醫學院及醫療機構承擔的制度，法院、檢察署和警察局皆不設置所謂的專責法醫鑑定機構，而隸屬於警察局的司法鑑定機構亦不從事法醫學的司法鑑定。各邦境內所發生的刑事案件，倘若需要法醫學方面的鑑定，則由各邦境內的大學醫學院法醫研究所所設立的法醫鑑定機構負責。換言之，德國的法醫司法鑑定與法醫師養成教育，係與醫學教育緊密結合，而法醫研究所一方面培養高素質的法醫專科醫師及法醫學相關專業技術人才，一方面大學法醫研究所通常皆有設立法醫鑑定機構，以供培養法醫專科醫師實習之用。在德國要成為一名法醫必須經過十一年的時間，其中六年時間學習基礎醫學課程，五年時間專門學習法醫知識。在法醫學學習的五年中，除相關的專業課程、如解剖學、心理學、精神病學、病理學等課程外，尚需學習相關的法學知識，參與實習、研究工作，撰寫並發表相關論文。並於通過國家考試後，始能取得法醫資格。

肆、德國法醫鑑定制度--刑事司法方面之考察

一、德國刑事訴訟法鑑定程序概述²⁷

德國刑事訴訟法第 168d 條第 2 款規定：「法官勘驗時，若須指定鑑定人的，被告可以申請傳喚其提名的鑑定人到場，如果法官對此申請拒絕准予，被告可以自行傳喚其提名的鑑定人到場。對於被告提名的鑑定人，在不妨礙法官指派之鑑

http://www.selfmedia.de/usr_web287_3/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=23，最後瀏覽日，8/11/2012。

²⁴ <http://flexikon.doccheck.com/de/Facharzt>

²⁵ FMH 是瑞士醫師的職業聯盟及邦醫師協會與專科醫師協會的聯合組織，類似我國的醫師公會全聯會，總部設在伯恩，係一私法人組織，vgl. <http://www.fmh.ch/>。

²⁶ Vgl. <http://www.sgrm.ch/medizin/fachtitel-rechtsmediziner.html>，最後瀏覽日，8/11/2012。

²⁷ Vgl. Roxin, Strafverfahrensrecht 25. Aufl. 1998, §27,S.225ff.; Beulke, Strafprozessordnung, 2003, 197ff..

定人的工作前提下，應當准許其參與勘驗及必要的調查。」

為了保障鑑定的公正性，在法官同意實施鑑定後，通常被告對鑑定程序具有以下參與權：(1)有權請求鑑定人迴避，德國刑事訴訟法第 74 條第 1 項規定：「得以請求法官迴避的同樣理由，於請求鑑定人迴避時，準用之。」(2)有權請求鑑定人宣誓，德國刑事訴訟法第 97 條規定「依檢察官、被告或者辯護人申請，應當要求鑑定人具結。」

從決定鑑定事項及鑑定範圍到委託鑑定人的具體工作主要由法官依職權進行。德國刑事訴訟法第 73 條規定：「在涉及法律規定的若干情況下，法官必須邀請鑑定人提供鑑定意見；需要聘請的鑑定人及其人數由法官決定；同時法官須應與鑑定人達成鑑定完成期限之約定。」同法第 83 條第 1 項規定：「法官如果認為已作出的鑑定尚有不足時，可以要求原鑑定人或請求其他的鑑定人作出新的鑑定。」從而可以得知，於審判中，鑑定程序之啟動係由法官主導，在一定程度上避免由當事人啟動鑑定程式、決定及藉由委託鑑定人而導致鑑定人充當「當事人的辯護人」之情況發生；同時鑑定人選和人數由法官決定，得以避免因當事人意志而出現任意增加鑑定人之情況，從而避免因鑑定程序繁瑣，導致拖延訴訟程序進行的後果發生。

負有舉證責任之當事人亦有啟動鑑定程序之權利。德國刑事訴訟程序上，鑑定報告是法律規定的重要的證據方法之一，在審判程序中，負有舉證責任的當事人一方必須提供事實存在與否的證明，在其過程中如果涉及相關專門問題需要鑑定時，負有舉證責任的一方有啟動鑑定程序知權利。刑事案件的被告或犯罪嫌疑人有一定的鑑定程序啟動權。德國刑事訴訟法第 168d 條第 2 款規定：「法官勘驗時，若須指定鑑定人的，被告可以申請傳喚其提名的鑑定人到場，如果法官對此申請拒絕准予，被告可以自行傳喚其提名的鑑定人到場。對於被告提名的鑑定人，在不妨礙法官指派之鑑定人的工作前提下，應當准許其參與勘驗及必要的調查。」根據此項規定，德國刑事訴訟法固然賦予了刑事被告鑑定程序啟動權，然而此項啟動權之行使須符合一項前置條件，即是否符合「不妨礙法官指派之鑑定人的工作前提下」此一條件，因此此類案件的鑑定程序啟動仍是由法官主導，法官主導鑑定程序之開啟，此項原則並未有改變。

二、.德國鑑定人之分類

鑑定人的名稱，在法律上原則上並不受保護，因此在某些專業領域，倘若法律對之並未有法律明文規定許可或是承認規則，每一個人都可以在市場上從事鑑定工作，並且自己冠上鑑定人的名稱。然而如同私人組織，立法者已經發展出關於決定鑑定人之程序及形式，並藉此將不同領域所需之必要專業知能予以定義。在德國訴訟體制中的鑑定人，其主要來源大約可區分成以下五類²⁸：

²⁸ 關於此一部分，vgl.

http://www.konstanz.ihk.de/recht_und_fair_play/sachvers/Merkblaetter/996384/SV_Arten.html;jses

i 公開任命並宣誓、具結之鑑定人(öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige):此種鑑定人明文規定於特定的法律中,例如商業法第 36 條,並且提供諮詢意見、審查部門(Prüfungssektoren,例如報廢車輛審查條例、包裝法規),及於其被定義的專業領域提供建議;此種鑑定人必須宣誓(具結),於其執行鑑定或其他任務時,不偏袒、不受指令拘束、獨立、嚴謹地進行,並且是親自進行;此類鑑定人僅受公開任命,倘若其之前即具有特殊專業知能,且對於其個人之誠信毋庸置疑;於法院之鑑定程序將優先委託其進行,而在法院的訴訟程序中其他鑑定人僅應於特殊的情況存在時,始能委託其鑑定(參見德國刑事訴訟法第 73 條第 2 項之規定);於其接受任命之期間,此種鑑定人必須遵守廣泛的職責義務,並且接受公法上公共團體(Körperschaft des öffentlichen Rechts)的監督²⁹,倘若其違反職責義務時,則將喪失其公法上之地位。由於公開任命宣誓的鑑定人條件要求最高,程序審核最嚴格,管理規範最嚴謹,因而可信度相對也屬最高,其他種類的鑑定人故意冒充此種鑑定人將遭受法律制裁。對這類鑑定人,德國通過《企業法》、《手工業法》等法律,具體規定了工商協會、手工業協會等相應的行業組織實施准入、管理、監督、編制統一名冊等職能。根據 2010 年的統計,各行業公會登錄之公開任命宣誓鑑定人達 2 萬多人,涉及的專業領域近千個,幾乎已經涵蓋所有的司法鑑定類別及專業領域。

ii 官方認可之檢驗機構的鑑定人或官方承認之鑑定人(Sachverständige amtlich anerkannter Prüforganisationen bzw. amtlich anerkannte Sachverständige):根據特定法律之規定,此種鑑定人僅得於其通過安全檢查(Sicherheitsprüfungen)之特定領域,例如機動車輛、電梯、壓力容器(Druckbehältern)或醫療設備等之檢驗,從事鑑定工作,此種鑑定人通常是受雇於國家法律授權委託機構的職員或契約夥伴,例如德國機動車監督協會(DEKRA)、技術監督協會(TÜV);倘若鑑定人違反職責義務時,則將被撤銷其所獲得的官方認證,而這些官方認可的機構及其鑑定是由邦所屬的相關主管機關,依照法律所確立的職責義務項目,監督其鑑定工作。

iii 邦承認之鑑定人(Staatlich anerkannte Sachverständige):在某些邦定期會舉行有關隔音及保溫(Schall- und Wärmeschutz)、建築物防火及結構穩定(bauliches Brandschutz und Standsicherheit)等考試,或者是如巴伐利亞邦所謂的「負擔責任之鑑定人」(verantwortliche Sachverständige)³⁰,而這些考試都是邦政府承認的考試類科。通過此種考試的鑑定人,將獲得主管邦建築事務之機關或者受其委託之建築師或工程師公會(Architekten- und Ingenieurkammer)的認證,而此種認證,必須符合個人及專業上的必要條件,且是值得信賴;同樣地,此種鑑定人違反職責義務時,將由各邦撤銷其所獲得的認證。而這些鑑定人是由符合資格的認證機

sionid=4BCE69410C6536508EBC191CCBBDC4B5.rep12,最後瀏覽日,8/11/2012。

²⁹ 公開任命的鑑定人名冊,通常可以在每一個地區的登記註冊的公共團體(Bestellungskörperschaft),尤其是職業公會(Kammer)中取得。

³⁰ 關於「負擔責任之鑑定人」,vgl. http://www.stmi.bayern.de/imperia/md/content/stmi/bauen/rechtundtechnikundbauplanung/_bautechnik/pruefung_pruefamt_svbau_spruefv/svbau.pdf

構，依照確定的職責義務項目，監督其鑑定工作，此種鑑定人的名冊須於認證機構登錄。

iv 獲得認證之鑑定人(Zertifizierte Sachverständige): 德國目前所稱的認證鑑定人，首先必須獲得認證，倘若其之前已經符合個人與專業的要件，且對於其個人適格(persönliche Eignung)與否，並無任何質疑；此種鑑定人於其認證期間必須遵守廣泛的職責義務目錄(Pflichtenkatalog)，並且接受認證單位適當的監督。此種認證得予以撤銷，倘若鑑定人違反其應遵守的職責義務，或者無法持續地證明具備目前所需的必要知識。經由認證單位，例如德國認證委員會(Deutschen Akkreditierungsrat)的服務據點的認證，將由獨立的第三方認證機構持續地監督認證單位的認證工作。藉由此種方式，而得以確保，認證符合規定的標準。

事實上，此一部份的鑑定人，在目前有關鑑定人認證的事項上，有一項發展趨勢是相當值得注意的，特別是其具有擴及德國及歐洲整體鑑定事務之重要性。長久以來，對於專業知能的考核一直都是屬於德國鑑定人的本質事務，也因此德國鑑定人協會(Institut für Sachverständigenwesen, IfS)將鑑定人定義為，在一項或是多項專業領域中，具有卓越的知識及經驗之個人，而能夠親自，獨立，公正，不受指令拘束，且嚴謹地運用這些特殊的專業知能。然而在歐盟統合的政策目標下，歐洲標準機構(Die Europäischen Normeninstitutionen)已經決定，所有的歐盟國家將一律地適用 45000 系列的認證標準(Normenreihe 45000)，此一認證系統將取代德國原有的德國標準機構(Deutschen Institut für Normung, DIN)的認證標準，並且在國際上對於服務提供者也愈發具有重要意義，根據此一標準，歐洲標準機構亦可以要求鑑定人接受認證，即使是在會員國已經獲得公開任命者。在歐洲標準機構 45013 認證中確立了，基於認證之需要，接受認證的個人必須符合一定之要件。關於認證及對於在德國的認證單位之監督管理，監督管理的事項通常是國家機關負責，至於與監督管理無涉的事項上，則是由依私法所組成的認證單位(Akkreditierungsstelle)負責。為了使現有的體系在未來能與新的體系相容地運作，德國認證委員會(Deutscher Akkreditierungsrat)作為代表德國參加有關國際協定的組織，已將德國境內原有的二十多家認證公司，於 2010 年 1 月 1 日起調整為一家聯邦、各邦、工業同業公會聯合會各占三分之一的責任有限公司(DAKKS)，由這些認證機構頒發資格證書給予通過考試等形式證明，具有相關專業領域鑑定人之專業水準者。

v 其他的鑑定人(Sonstige):一部分的鑑定人會組成私法上的協會，接受會員而當會員符合教育及技能(Vorbildung und Sachkunde)方面的特定要求，則被認定是協會的鑑定人。這些協會的承認所應有的前提要件係經由德國聯邦最高法院判決³¹予以確定。

三、德國法醫鑑定之概況

³¹ NIW 84, 2365

目前德國共計有 31 所大學醫學院設有法醫學研究所 (Institut für Rechtsmedizin)，合格的法醫學專科醫師約 400 至 500 人³²，主要從事的業務範圍大致可以分為(傳統)法醫學(forensische Medizin)、司法精神醫學(Forensische Psychiatrie)、法醫毒物學(forensische Toxikologie，亦有稱為法醫化學 forensische Chemie)、法醫生物學(forensische Biologie)，檢測毒品、酒精、DNA 和屍體解剖等項目，另外也參與部分醫療事故的鑑定，值得注意的是，傷殘鑑定並不屬於法醫學鑑定的項目。法醫師參加該法醫師協會均係自願，入會的資格，除具有法醫學專科醫師外，還包括自然科學學者(Naturwissenschaftler)等相關專業的專家，即已取得相關專業領域之學位者，即可申請。另外德國法醫學專科醫師成立了德國法醫學協會，該協會最主要的業務之一即是對於大學醫學院法醫研究所進行 17025 系列的實驗室認證，包括該實驗室人員的認證，但對於法醫學實驗室要增加適用 15189 醫學實驗室標準，檢查機構則適用 17020 標準和 17011 標準，到 2010 年為止，全德國已經有超過 20 所大學附屬的法醫研究所通過上述認證，以保證鑑定報告的可靠性。至於對於鑑定人個人則是適用 17024 的標準進行認證，且已經有將近一百年的歷史。

德國司法鑑定執業種類比較全面、廣泛，根據「鑑定人，通譯及翻譯薪酬暨榮譽職法官，證人及第三人補償法」(Gesetz über die Vergütung von Sachverständigen, Dolmetscherinnen, Dolmetschern, Übersetzerinnen und Übersetzern sowie die Entschädigung von ehrenamtlichen Richterinnen, ehrenamtlichen Richtern, Zeuginnen, Zeugen und Dritten, JVEG)之相關規定，與醫療鑑定有關的項目，司法鑑定執業種類大致可區分為法醫和醫學類(包括醫療事故、殘疾、工作能力、駕駛能力、出庭受審能力、適於羈押或監禁能力、抵抗力、行為能力、遺囑能力、訴訟能力；驗屍和解剖、死因分析、檢驗、化驗和抽血、生物遺傳學的 DNA 檢驗等等。例如身體健康狀況是否夠承受監禁、接受審問或審理之條件；與由酒精、毒品、藥物或疾病對正常駕駛機動車輛的影響有關的法醫學或毒物學的問題；與駕駛執照規定有關的精神心理學問題；與致死原因認定相關的法醫學、毒理學和追蹤學的問題，醫療事故或刑事責任能力的判斷等等)，另外也包括所有涉及專業判斷的鑑定類別(例如建築及其所屬的材料、物理、防水、結構等等；電氣設備及電器；機動車；廣播電視；樂器；珠寶；對食品、生活必需品、藥品、空氣、氣體、土壤、污泥、水或廢水等此類的化驗及評估等等)。

在司法實務上，法官固然是司法鑑定的主導者，然而一般而言，在鑑定人的選擇上，則有賴各相關專業領域之行業公會組織的建議。如同前述，德國公開任命並宣誓的鑑定人數眾多，且幾近包括所有的鑑定專業項目，訴訟中涉及的專業

³² Vgl. Bernd Brinkmann/Burkhard Madea (Hrsg.): Handbuch der gerichtlichen Medizin 1 und 2. 2004. 至於在其他德語系國家，奧地利有 4 所大學醫學院設有法醫學研究所，而在瑞士則有 6 所。德國除了 31 所大學醫學院的法醫學研究所外，另外於三個城市不來梅、多特蒙德、杜伊斯堡設置有市立法醫研究所，以及波茲坦(布蘭登堡邦法醫研究所)、及柏林(邦法醫學及社會醫學研究所，Landesinstitut für gerichtliche und soziale Medizin)

技術問題需要專業人士提供專業意見，而各專業領域如何分類和確定、如何篩選可靠的專業人士、如何編制名冊都由法律規定的行業公會組織負責。從而在司法鑑定活動上，行業公會組織的主要作用在於：培訓、篩選鑑定人及訂定相關之行業規範準則，同時高度地依賴並藉助嚴密的相關行業公會組織監督管理鑑定人，以確保鑑定人符合專業水準認定之客觀性，再者透過相關行業公會組織鑑定人之合法權益得以獲得保障，從而確保其中立地位，換言之，通過行業公會組織之監督，使鑑定人僅需於法官指導下，在專業技術方面充分發揮作用。一般而言，物證蒐集與司法鑑定之分工有相對明確的界限，前者在檢察官的主導下，由刑事警察機關完成，司法鑑定部門原則皆不參與現場勘查、採證，如此在相當程度上，可以有效地避免「偵查與鑑定合一」的情況出現，在事務的職責分擔上確保了鑑定報告內容的公正性及中立性。二是鑑定人員身份中立。在德國，雖然此類鑑定機構隸屬於警察局，但其中的鑑定人不具有員警或檢察官的身份，基本上都是由各專業領域的專家、學者組成。這種「專家+非警方人員」的組合，一定程度上擔保了鑑定報告內容的權威性、中立性。在法醫學領域方面，亦不例外。

在實務上，法醫學專科醫師在德國刑事訴訟程序具有的重要角色，茲舉以下數例說明之：

i 在今年我國法醫師法修正草案討論過程中引起激烈爭辯的問題，即解剖屍體是否為醫療行為，涉及到根據法醫師法取得法醫師資格，但未受過醫學基礎教育養成者是否有能力進行解剖後，無爭議地確定死亡原因。³³ 德國刑事訴訟法 87 條第 1 項，「勘驗屍體應由醫師協同檢察官為之，或經檢察官申請亦得由(醫師協同)法官為之」(第 1 款)，「倘若勘驗屍體與事實澄清顯然無關緊要，則無需醫師協同為之。」(第 2 款)，而同法第 87 條第 2 項，「解剖屍體應由兩名醫師為之。其中一名醫師必須為法醫師或公立的法醫學或病理學研究所的主管或是具有法醫學專業知識而接受此種機構委託的醫師。不得委託於緊接死亡前，為死者進行疾病治療的醫師解剖屍體，但得邀請第三項之醫師參加解剖屍體，並由死者的病史提供線索。檢察官得參加屍體解剖。在檢察官的聲請下，解剖屍體應於法官面前為之。」可資參考。事實上，屍體解剖由醫師為之是德語系國家刑事訴訟法的一致規定，除了前述德國刑事訴訟法的規定外，奧地利刑事訴訟法第 128 條第 2 項，「解剖應予允許，倘若無法排除，死亡是由於犯罪行為所導致。解剖應由檢察官命之，解剖應委由大學的法醫單位或是一名來自於法醫學領域的鑑定人為之，此一鑑定人不得為大學法醫單位此類機構的研究人員之一員」；瑞士刑事訴訟法第 235 條第 1 項，「倘若於死亡案例中存在有非自然死亡的跡象，特別是有犯罪行為的跡象，或者是屍體的身份不明，基於調查死亡原因或是確定死者身分，檢察官應命具有鑑定人資格的醫師驗屍」；列支敦斯登刑事訴訟法第 81 條第 1 項，「屍體勘驗及屍體解剖由一名醫師為之，必要時，由兩名醫師為之」。

³³ 法務部法醫師法修正暨解剖是否為醫療行為等議題研討會，101 年 5 月 16 日。

ii 德國自1933年起，即實施預防監禁(Sicherungsverwahrung)³⁴，我國學者有稱為「安全管束監禁」。³⁵2004年增定之所謂的事後預防監禁((nachträgliche Sicherungsverwahrung)³⁶，即類似我國刑法第91條之1的規定，「犯第二百二十一條至第二百二十七條、第二百二十八條、第二百二十九條、第二百三十條、第二百三十四條、第三百三十二條第二項第二款、第三百三十四條第二款、第三百四十八條第二項第一款及其特別法之罪，而有下列情形之一者，得令入相當處所，施以強治治療：一、徒刑執行期滿前，於接受輔導或治療後，經鑑定、評估，認有再犯之危險者。二、依其他法律規定，於接受身心治療或輔導教育後，經鑑定、評估，認有再犯之危險者。前項處分期間至其再犯危險顯著降低為止，執行期間應每年鑑定、評估有無停止治療之必要。」。根據德國刑法之規定，預防監禁是指，法院針對已經判處刑事處罰，服刑屆滿之前的受刑人，於其釋放後，對於可能危害社會和他人人身安全危險程度加以評估，做成不予釋放而將其繼續監禁，以防止社會危害結果發生的措施。預防監禁並不是一種判決，而是一種剝奪人身自由的保安處分決定。在法院作出決定前，鑑定人對於受刑人再次危害社會及他人的危險性進行鑑定和評估，協助法院做出決定。簡言之，依照德國刑法之規定，適用預防監禁的情形有以下三種：一、已經被判刑事處罰，被判刑罰較重的。二、被判處二年以上的有期徒刑。三、非初犯，而是至少第二次遭判處徒刑，這三種情形於刑期屆滿後，雖可予以釋放，且可能危害社會和他人人身安全，對於此種危害的可能性必須加以評估、鑑定，以供法官於作成裁定時之參考。此種被稱為預防監禁鑑定是德國刑法上特殊的規定。預防監禁鑑定程序的啟動可以由法官於作出刑事判決之同時一併提出，亦可以於受刑人服刑期間未屆滿而提前釋放，或刑期即將屆滿前時提出，對上述適用預防監禁鑑定之對象，須每二年一次進行危險性之評估，鑑定所需之費用由國家負擔。預防監禁之鑑定是由具有鑑定權限之醫生進行，此項鑑定的內容包括：一、是否有再次犯罪及傷害他人人身安全之危險性。二、危險程度之指標，該項指標須以危險度量化的表格為之，以分值高低計算成正比判斷危險程度，內容包羅萬象，包括罪犯的心理因素、受教育程度等。三是醫學檢測檢查，包括生理、心理、精神狀態以及與上述鑑定內容的相互關係的分析判斷。鑑定報告必須提交給法官，由法官決定是否適用預防監禁，倘若適用，則應繼續監禁在監獄中；有精神疾病者，則應送精神治療院所進行治療。³⁷

³⁴ Vgl. Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung vom 24. November 1933 (RGBl. I S. 995)

³⁵ 參見盧映潔，德國安全管束監禁制度之介紹兼論我國死刑廢除替代方案之思考方向，成大法學，第17期，2009年，127-187。

³⁶ 參見德國刑法第66b條，不過此一規定於2011年1月遭歐洲人權法院宣告違反歐洲人權公約之規定，同年5月又遭德國聯邦憲法法院宣告違憲，而必須於2013年5月提出修正後的新條文，vgl. <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/egmr/04/6587-04.php>

³⁷ 關於此一部份，詳見盧映潔，前揭註35一文有關德國安全管束監禁制度之介紹。

iii 汽車駕駛人行為能力鑑定：在德國大學法醫研究所通常均有「交通醫學」(Verkehrsmedizin)的鑑定項目，包括：血液中酒精測定(Blutalkoholbestimmung)、身體缺陷所導致駕駛能力(Fahrtüchtigkeit infolge körperlicher Mängel)，例如德國刑法 315c 條中所規定的糖尿病情形、生物力學鑑定(Biomechanische Gutachten)、次要成分分析(Begleitstoffanalyse)、適於駕駛與否之鑑定，特別是在有吸食毒品、服用藥物及酒精的情形(Medizinische Fahr eigungsbegutachtung bei Drogen, Medikamenten u. Alkohol)，依照駕駛條例(Fahrerlaubnisverordnung)的有關規定，大學所屬的法醫研究得針對汽車駕駛人行為能力的進行司法鑑定。此項鑑定係指，基於特定法律規定之事由而遭吊銷汽車駕駛執照的汽車駕駛人，於其再次申請駕照時，應由鑑定人對其進行是否適宜領取汽車駕駛執照的鑑定。此項鑑定的內容包括：被鑑定人血液中酒精含量及各項醫學常規指標之檢查、生活經歷、個人品行、心理狀態及是否吸毒、酗酒等等。根據聯邦最高法院判決³⁸所確立之標準，每百毫升血液中含有 1.6 克酒精即為酗酒，對酗酒的人必要時，應命進行接受強制戒治之處分。

伍、我國法醫師法部分規定之檢討

法醫師法 2005 年制定時，當時之立法目的有三：健全法醫制度；提升檢驗水準；落實人權保障、維護社會正義及促進民主法治。是以就其立法宗旨而言，提升法醫鑑定品質實為核心，蓋以目前現況而言，不健全法醫制度，無以對提升法醫鑑定品質寄以期待，而落實人權保障、維護社會正義，進而促進民主法治，不論是就被害人及其家屬，亦或是被告的觀點而言，法醫鑑定品質能否體現對於發現真實所具有之促進作用，實居於關鍵地位。然而就條文具體規定之內容而言，能否達成上述三項目的，則不無疑問。

第一、就關於健全法醫制度的部分，法醫師法第 3 條規定，擔任法醫師的工作須通過法醫師國家考試，而同法第 4 條則針對應法醫師考試之資格予以規定，「具有下列各款資格之一者，得應法醫師考試：一、公立或立案之私立大學、獨立學院或符合教育部採認規定之國外大學、獨立學院法醫學研究所畢業，並經實習期滿成績及格，領有畢業證書。二、公立或立案之私立大學、獨立學院或符合教育部採認規定之國外大學、獨立學院醫學、牙醫學、中醫學系、科畢業，經醫師、牙醫師、中醫師考試及格，領有醫師、牙醫師、中醫師證書，且修習法醫學程，並經法醫實習期滿成績及格，或經國內外法醫部門一年以上之法醫專業訓練，領有證明文件。」。首先就法醫師第 4 條的規定，則已經先將法醫師區分成「具有醫師資格之法醫師」及「不具有醫師資格的法醫師」³⁹，若加上根據刑

³⁸ Vgl. BGH 4 SrR 297/90

³⁹ 事實上，在臺灣的刑事司法上「不具有醫師資格的法醫師」一直都存在，其官方職稱為「檢驗員」

事訴訟法可以進行屍體解剖的醫師，其亦可能為「不具有法醫師資格的醫師」，則在刑事司法上，關於醫療方面的鑑定人，即可區分成此三種不同類型。其次法醫師法也似仿效醫師法之制度而度，創設出「一般法醫師」及「專科法醫師」，⁴⁰亦即將法醫師區分為2種；前者之依據為法醫師法第4條並同第13條第1項法醫師執業項目，而後者則是法醫師法第6條、第13條第2項專科法醫師執業項目，而法醫師法第6條更明文規定，專科法醫師之分科及甄審辦法，由主管機關會同中央衛生主管機關定之，在此甄審辦法中再明定「專科法醫師」之類別與訓練學程，則其中僅有「病理專科法醫師」是要以四年時間完成「解剖病理」、「臨床病理」、「參與病理解剖」、「參與法醫病理解剖」等訓練內容，其餘類別之「專科法醫師」（如精神、臨床、牙科、生物、毒物等）皆無此等訓練，綜言之，依法醫師法之現行規定，應僅有取得「病理專科法醫師」證照者，始足以擔當法醫解剖及死因鑑定之工作。又，依法醫師法第13條「法醫師執業項目」之規定而言，第1項係規定「法醫師」之「執業項目」，第2項方為「專科法醫師」之「執業項目」，包括了性侵害、兒童虐待、懷孕、流產、牙科等之「法醫鑑定」，而此等「專科法醫鑑定」項目全部綜合起來，實仍不足以構成「死因鑑定」，故如僅具「法醫師」資格，應更不足以擔當法醫解剖及死因鑑定之工作。而所謂「不具有醫師資格的法醫師」，於法醫學研究所應修習之課程內容為何，該法施行細則並未有規定。

其次、在提昇檢驗水準方面。對於所謂的「乙組法醫師」，即「不具有醫師資格的法醫師」，法醫師法第4條第2項固然規定，「前項第一款法醫學研究所應修課程，另以細則定之。」然而該法施行細則對於此種法醫師於法醫學研究所應修習之課程內容為何，並未有規定，而根據目前國內僅有的臺灣大學法醫研究所所開設之課程⁴¹，此種類型的法醫師僅僅修習部分基礎醫學、臨床醫學與見習課程，且未經由臨床診斷住院、專科醫師訓練與經驗。以如此之培育養成過程，是否符合一般民眾對法醫師之認知與期待，著實令人懷疑，⁴²而立法院於制定法醫師法時曾作成附帶決議：「法醫研究所課程，除醫師臨床實習課程外，應包含所有醫學系基礎醫學及臨床醫學之全部科目及其必要學分。」然而關於「乙組法醫師」養成教育，目前並未徹底執行與完成，應完成醫學系的修習學分，再者由於所謂的乙組法醫師本即不具有醫師資格，而無臨床診斷、住院與專科醫師訓練與經驗，如何能夠勝任執行原本於法醫師法制定前由外科創傷、性侵害、懷孕、流產、兒童虐待、精神、牙醫等專科法醫師鑑定之重要工作。又，以精神鑑定為

⁴⁰ 參見醫師法第2條(醫師)及與第7條之1(專科醫師)之規定。

⁴¹ <http://www.mc.ntu.edu.tw/department/forensic/graduate.html>，最後瀏覽日，8/11/2012。

⁴² 因此論者有主張應將「法醫師法」正名「相驗師法」。關於此一部份之論述，參見，蔣世中 <http://www.dryahoo.org.tw/%E6%AC%A1%E7%B6%B2%E9%A0%81/%E7%B6%B2%E8%B7%AF%E4%BD%88%E5%91%8A%E6%AC%84/%E9%86%AB%E7%99%82%E6%B3%95%E5%B%E%8B/%E6%B3%95%E9%86%AB%E5%B8%AB%E6%B3%95.htm>，最後瀏覽日，8/11/2012。

例，其本身即存在有醫學上的不確定性⁴³以及鑑定可能發生錯誤的問題存在，而司法上卻對於精神鑑定是完全的依賴，換言之，縱使是由受有基礎醫學及專業精神病學等養成教育之精神科醫師，尚有可能發生錯誤的認定，則未受基礎醫學訓練的「乙組法醫師」，又如何能期待其作成值得信賴之鑑定結果？莫非要將司法之公正繫乎於「天生好手」的極低或然率？

法醫師制定前，台灣傳統上的法醫師的養成教育與及世界多數國家並無二置，亦即法醫師一定具有醫師資格，其整體養成過程包括：醫學系七年畢業考取醫師證書如內、外、婦產、小兒科醫師執照，再經4年CPC病理專科訓練考試及格，取得病理專科醫師證照(由法醫師公會發給)再送外國專業法醫病理專科醫師訓練機構訓練一年後，經衛生署審查發給執照，才有法醫病理專科醫師(forensic pathologist)資格，才能擔任法醫鑑定的工作，然而法醫師法第12條規定，僅需擔任法醫師職務(姑且不論是否為所謂的「乙組法醫師」)連續滿二年者，即可申請執行法醫師鑑定業務，是否能夠稱得上是提升檢驗水準？抑或僅是提升檢驗員的水準，恐已相當明顯，而此種速成的法醫師養成，能否提供值得民眾信服之鑑驗與解剖品質？種種結果似亦非主管機關所能承擔。目前法醫面臨人材不濟之窘境，已是七年之病，若非三年之艾，恐難有治癒之可能。主其事者，似應更慎重為之。⁴⁴

行文至此，法醫師法第1條所稱之促進落實人權保障、維護社會正義及促進民主法治等目的，能否達成，恐已相當明顯。經由如此程序及方式所產生的法醫師，能否勝任法醫師法中所指涉之鑑定重要任務，恐難令人信服，而「先求有，再求好」的思維，亦不容許在此一領域獲得實驗的機會。而在屍體解剖方面，更應具備完整醫療專業知識與技能，始能發現醫學真相，否則不具有鑑定所需專業知能的鑑定人，其所提出之鑑定報告，是否具備有證據能力，亦頗值探究。刑事鑑識與法醫師之鑑定，其所從事之業務內容有稱之為「死者的律師」(Anwälte der Toten)，然而就具體實踐而言，也涉及到行為人從事犯罪行為時，是否符合「責任能力與行為能力同時存在原則」，亦即是否有我國刑法第19條第1、第2項所規定「行為時因精神障礙或其他心智缺陷，致不能辨識其行為違法或欠缺依其辨

⁴³ 在醫學不確定性之情形有二：第一是醫學家認為，健康與疾病的過程是只有流動性的；第二是缺乏客觀的方法，證明一個人並非罹患精神病，因精神醫學的診斷及預測，仍有其困難存在。

⁴⁴ 此外在醫療糾紛的案件中，為了判斷的醫療提供者是否有過失，有無應負之責任，經常需要作下列之鑑定：1.解剖鑑定：法院所屬的法醫藉屍體的病理檢查，明瞭病人的病因和死因。基本上由法醫解剖，紀錄肉眼所見的病理，採取並保存嫌疑之病源臟器、組織，送交檢驗室做顯微鏡組織學的病理檢查、藥理學檢查、生化檢查；根據這些檢查結果，作成初步的鑑定。2.臨床鑑定：司法機關就醫師治療經過乃以病狀變化作過失之判斷。由法官或檢察官委託鑑定機構的專家，根據醫師所記載的診療紀錄，與法醫初步的鑑定結果，查證醫師在診斷、治療、手術、用藥上有無錯誤。3.藥理生化鑑定：將屍體解剖所得之組織，在實驗室中作藥理、生化檢查，以判斷臨床狀況與死亡結果間純醫學上因果關係。這個鑑定結果及紀錄保存於法院中，院外難以調查。關於此一部分，參見 www.tma.tw/ltk/101550606.pdf，最後瀏覽日，8/11/2012。

識而行為之能力者，或致其辨識行為違法或依其辨識而行為之能力，顯著減低者」之情形，而得以不罰或減輕其刑，或是 91 條之 1 事後預防監禁，性侵害犯罪人是否再犯可能性顯著降低的情形，均有賴於鑑定。換言之。法醫師的鑑定任務，不僅是與被害人權保護有關，甚至與行為人在法律上之合法權益有關。最末，我國的法醫研究所，就行政組織而言，隸屬於法務部，而法務部又是統率檢察官之主管機關，而法醫師之主管機關又是法務部，縱使能排除過去民眾對於法醫鑑定能否中立、客觀之疑慮，然對於法務部有無管理法醫師之能力，則又有外行領導內行之質疑。以前述德語系國家的法醫專科醫師的鑑定而言，擔任鑑定人之法醫專科醫師身份中立，主要是由大學醫學院法醫研究所或是法醫師的公會組織推薦人選，並不具有警察或是偵查機關成員的身份，原則是該專業領域的專家、學者，在一定程度上擔保了鑑定報告內容的權威性、中立性。簡言之，除法醫鑑定的專業品質外，法醫鑑定的客觀、公正、獨立、自主，也應予以關注。我國的法醫師法，其主管機關是否應改由衛生署主管，而其由其負責醫師、專科醫師及法醫病理醫師養成訓練、核發執照等事項，至於任用部分則交由法務部建立規範管理，或許是我國法制未來可以思考的方向。

陸、結論

從本文第二章及第三章之敘述，不難發現，法醫鑑定在人類社會存在已久，而現代法醫學之發展伊始於中古世紀晚期的歐洲，以本文論述主軸的德語系國家為例，其法醫學及法醫鑑定之發達史與醫科大學或是大學醫學院有著密不可分的關聯，而在法醫專科醫師之養成教育上，迄至今日，仍依循著其傳統專科醫師養成之程序及方式，以受過基礎醫學教育之醫師作為前提；隨著科學之進步，分工之細緻，即使產生了不少與傳統法醫學核心領域密接的臨近學科，然而法醫專科醫師(Facharzt für Rechtsmedizin)的名銜，仍是僅限於受過醫師訓練，具有醫師資格者，始有可能取得，其他的自然科學研究人員，並無由獲得。然而，我國法醫師法卻創造了一個現代醫學上新的法醫師定義，其目的為何，著實令人費解。

另外德語系國家法醫鑑定的另一項傳統，事實上是與司法鑑定之所有專業領域攸關的傳統，即藉由專業相關的行業公會組織來管理監督鑑定人，訂定專業的行業規範，藉以使得鑑定人之專業知能維持在水準之上，同時在司法鑑定有需要時，行業公會組織亦可發揮諮詢、舉薦之作用，如此並能保持鑑定人之客觀、中立及鑑定報告內容之可信度。當然此亦與德國刑事訴訟法對於鑑定人之資格未作規定有關，舉凡事項屬於特別知識經驗之法則，或於具體事實上應用該法則所得到的意見或判斷之報告即是鑑定，則向法院或法官進行上述報告者，即為鑑定人，於證據法上，鑑定屬於證據資料，而鑑定人則屬於證據方法，其所報告之文書則為鑑定書，亦屬證據方法。因此，鑑定人應具知識經驗者，此所謂「知識經驗者」並非特指學術上優秀的學者或研究人員，而是指就鑑定事項具有專門的、

特別的知識經驗者而言。⁴⁵ 簡言之，鑑定人之第一要求即在於，是否具備鑑定事項所涉及領域之專業知能或經驗。

我國的法醫師法的規定，將法醫師區分為「具有醫師資格之法醫師」（「甲組法醫師」）及「不具有醫師資格的法醫師」（「乙組法醫師」），倘若再參照刑事訴訟法第 216 條第 2 項與第 3 項、醫師法第 11 條之 1、第 16 條、第 21 條之規定，「檢驗或解剖屍體應命行之」的情形，此舉非但無法達成其立法所欲實現之目的，更引起其他的法律爭議，例如對於未具醫師、中醫師或牙醫資格之法醫師，其學程及實習內容，均不應涉及醫師法所規定之醫療行為，以免雇主是否需以醫師法第 28 條以密醫論處之情形。⁴⁶ 詳言之，未具醫師資格者，與未具專科醫師資格者之法醫師，依法醫師法服務一般時間後取得執業資格，即可執行法醫師法第 13 條規定 9 項專業鑑定項目，未來解剖、鑑定水準恐不升反降，鑑定糾紛勢必不減反增。鑑定人是具有特別的、專門的知識經驗者之謂，鑑定制度其目的在於透過活用鑑定人之學識經驗，以補充法院在裁判上所必要之實驗性法則之專業知識的不足。然而如此之法醫師如何院補充法院之知識，協助法院判斷事實之真偽。事實上從法醫師法第 19 條規定：「法醫師應本於醫學專業知能，誠實公正態度執行職務，發現醫學真相及保障司法審判品質」，即可得知法醫師法立法之初，法醫師的養成、訓練，甚至執行業務皆應秉持醫學教育之精神，然而事實所呈現的情況恐與醫學的專業認知嚴重悖離，稍早之前立法院所進行之修正，僅在於解決燃眉之急，就長遠的目標而言，則應以法醫專科醫師之養成為藍本，通盤地檢討、修正法醫師法，提升一般法醫師及專科法醫師水準，限制非取得法醫病理專科醫師資格，不得執行攸關生死之法醫鑑定工作，同時選擇較具規範的教學醫院或區域醫院設立法醫部門，揚棄多年來官方壟斷法醫鑑定的情形，結合醫療資源，吸引醫界人才，根本解決法醫師缺乏的窘境，否則，為了保障某些制度錯誤設計所造就成員的工作權，所付出的代價，就是降低法醫鑑定品質，影響偵查審判的品質，折損司法公信力。

⁴⁵ 林鈺雄，刑事訴訟法(上)，頁 426、416 以下。

⁴⁶ 自由時報，法醫師解剖違法?!法醫研究所組長槓所長，參見，<http://www.libertytimes.com.tw/2012/new/apr/12/today-so10.htm>，最後瀏覽日，8/11/2012。