

鉴定人出庭与专家辅助人 角色定位之实证研究

胡 铭 *

内容提要：新刑事诉讼法试图改变鉴定人出庭率低的现状，为此完善了鉴定意见审查规则；相应地，新确立的专家辅助人制度也被寄予厚望。从理论上讲，保障被告方的对质权应成为上述改革的主要支点。但实证研究显示，鉴定人出庭率并没有因为新刑事诉讼法的实施而显著改善，鉴定人与法官对于鉴定人出庭都缺乏积极性；专家辅助人在法庭上的角色定位是模糊的，其在鉴定人、证人、辩护律师和其他独立的诉讼参与人等角色之间徘徊。应当围绕保障被告方的对质权来完善必要鉴定人出庭制度，在保留职权化和强调中立性的鉴定制度的同时，赋予专家辅助人意见以证据能力，以构建控辩平等的司法鉴定体系。

关键词：司法鉴定 鉴定人出庭 专家辅助人

随着科技的发展，司法鉴定在刑事审判中的作用日益凸显。然而，由于司法实践中鉴定人极少出庭，法官又往往缺乏专业知识而很难对鉴定意见进行审查判断，使得鉴定意见作为一种既非常重要又具有很强专业性的证据，在我国的司法实践中常处于尴尬境地。有学者调研发现，“在上海市、青岛市和呼和浩特市中级人民法院随机调阅的所有法院案卷中，没有1起案件有鉴定人出庭接受质证的记录”。〔1〕可以说，法官、律师和当事人对鉴定意见又爱又恨，爱的是鉴定意见对揭示案件真相具有重要意义，恨的是面对鉴定报告中

* 浙江大学光华法学院、浙江大学司法鉴定中心教授。

本文系国家社科基金重点项目“中国特色社会主义司法制度的模式、规律与改革方向研究”（14AKS009）、中国法学会部级课题“刑事诉讼专家辅助人制度实证研究”（CLS（2013）C83）、浙江省法学会课题“构建中国司法鉴定辅助人制度研究”（2013NA04）的阶段性成果。浙江省司法厅司法鉴定管理处潘广俊，浙江大学司法鉴定中心翁里、吕易泽，浙江大学光华法学院博士研究生冯姣、陈喆、硕士研究生黄思雯、林嘉栋等参与了课题研究，数据的调研、统计以及研究报告的撰写等都凝聚了集体的智慧。

〔1〕 汪建成：《中国刑事司法鉴定制度实证调研报告》，《中外法学》2010年第2期。

诸多专业术语和自然科学原理感觉很无助。2013 年开始实施的新刑事诉讼法,为回应并改变这种现状做了积极的努力。新刑事诉讼法强化了鉴定人出庭,并引入了专家辅助人制度。然而,由于理论定位模糊,鉴定人与专家辅助人在庭审中角色不清、身份混淆,^[2]上述修法的作用究竟有多大,尚待实证研究检验。

我国现有关于鉴定人出庭和专家辅助人制度的研究,主要在法解释、比较法和经验研究等三个方面展开,取得了许多有益成果,但也存在不少问题。在法解释方面,一些基本理论问题尚待厘清。如鉴定人为什么应当出庭,究竟哪些鉴定人应当出庭,法官是否应当就鉴定人出庭拥有裁量权,专家辅助人意见是否有独立的证据地位。在比较法研究方面,主要是围绕西方的专家证人和司法鉴定制度展开,尚待真正转变为对中国问题的研究。在经验研究中,由于一些基本理论问题还没有厘清,仅仅揭示鉴定人出庭少,尚不足以得出有意义的结论。而且,对于新刑事诉讼法相关条款实施后,鉴定人出庭和专家辅助人制度实施的现状,尚缺乏系统性的跟踪研究,这都导致了研究上的不足。

鉴定人出庭和专家辅助人制度是紧密关联的两个问题。本文尝试跳出鉴定人出庭率的笼统研究,结合专家辅助人制度,从对质权和证据能力两个维度入手,以法解释学为基础,以实证分析为主要方法,重新审视必要鉴定人出庭和专家辅助人意见在刑事诉讼中的恰当定位。

一、鉴定人出庭、对质权与专家辅助人的引入

(一) 鉴定人出庭与对质权

我国的审判中鉴定人出庭率低是学界的基本认识。据学者不完全统计,刑事案件的鉴定人平均出庭率仅为 5%;如果算上民事案件,则鉴定人的总体出庭率更低;各种统计数据很难说哪个更为权威,但都很低,大体只有 2%~0.6%。^[3]为改变这种状况,新刑事诉讼法第 187 条规定了比证人出庭要求更高的鉴定人出庭条款:“公诉人、当事人或者辩护人、诉讼代理人对鉴定意见有异议,人民法院认为鉴定人有必要出庭的,鉴定人应当出庭作证。”^[4]

鉴定人应否出庭,显然不能一概而论。实证调查显示,就多数涉及司法鉴定的案件而言,当事人对鉴定意见并无异议,有的则是异议显然不成立。如果排除上述两类案件,真正需要鉴定人出庭的案件并不多。可见,在我国,鉴定人出庭作证的主要问题并不是鉴定人出庭率低,而是如何保证那些因当事人对鉴定意见有异议而需要鉴定人出庭的案件中鉴定人会出庭接受质证。

从本质上看,鉴定人出庭是鉴定人在法庭上就鉴定意见接受控辩双方质证的过程,是

[2] 参见胡铭:《专家辅助人:模糊身份与短缺证据——以新〈刑事诉讼法〉司法解释为中心》,《法学论坛》2014 年第 1 期。

[3] 参见刘建伟:《论我国司法鉴定人出庭作证制度的完善》,《中国司法鉴定》2010 年第 5 期。

[4] 新刑事诉讼法第 187 条第 1 款规定:“公诉人、当事人或者辩护人、诉讼代理人对证人证言有异议,且该证人证言对案件定罪量刑有重大影响,人民法院认为证人有必要出庭作证的,证人应当出庭作证。”从中我们可以看出,证人出庭应同时具备三个条件:(1)公诉人、当事人或者辩护人、诉讼代理人对证人证言有异议;(2)该证人证言对案件定罪量刑有重大影响;(3)人民法院认为证人有必要出庭作证。而对于鉴定人出庭,并不要求具备第 2 项条件。

保障被告人对不利于己的鉴定意见的质证权的需要。“所谓‘对质’者应指被告与证人同时在场彼此面对面且互为质问之义。”〔5〕对质权是国际社会公认的刑事审判中被告人所应享有的一项基本诉讼权利。《公民权利和政治权利国际公约》第14条第3款戊项明确规定了被告人的对质权,即被告人有权传唤和讯问(询问)对他不利的证人,并使对他有利的证人在与对他不利的证人相同的条件下出庭和受讯问。“在和检察官同等条件下传唤和获得证人出庭并予讯问的权利是‘诉讼手段平等’原则因而也是公正审判的一个基本要素。”〔6〕公约在这里规定的是广义的“证人”概念,其中包括了专家证人(鉴定人)。〔7〕

新刑事诉讼法之所以对鉴定人出庭做更高的要求,主要是基于鉴定意见审查判断方面的两大特点。其一,专业性决定了对鉴定意见进行审查判断有很高的难度。“在法庭对真相的探究和实验室对真相的探究之间,存在重要的区别。科学结论要永远处于修正中,而法律则必须终局和快速地解决争端。”〔8〕因此,所谓唯一准确、正确的鉴定“结论”,常常只是一种理想状态。在刑事诉讼中,鉴定意见对被告人的定罪量刑往往具有关键作用,这便对鉴定意见的审查提出了更高的要求。其二,法官需要对专业的鉴定意见进行判断,并据此认定案件事实。如在美国,著名的Daubert案要求审判法官承担“守门人”的角色,排除所谓的“垃圾科学”。〔9〕在此背景之下,美国的法官们已经日益认识到自己在评估专家证言时所拥有的权力和灵活性。为了让法官更好地行使这一权力并适当约束其灵活性,鉴定人出庭就显得尤为必要,因为纸面的鉴定意见更容易使鉴定人掌握认定案件事实的权力,也使得法官的权力行使难以透明。

(二) 质证权与专家辅助人的引入

尽管鉴定人出庭对实现质证权很重要,但前者对于后者只是必要条件而非充分条件。由于缺乏相应的专业知识,公诉人、当事人或者辩护人、诉讼代理人很难对出庭的鉴定人提出妥适的质证意见。同样,法官也因此很容易被专业的鉴定人所左右。尤其是刑事案件中,鉴定人往往是公安检察机关工作人员,相对于社会上的鉴定人,更容易对法官形成压迫性的影响。

因此,新刑事诉讼法第192条确立了专家辅助人制度,以改善对鉴定意见的质证。该条规定:“公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人可以申请法庭通知有专门知识的人出庭,就鉴定人作出的鉴定意见提出意见。”可以说,“专家辅助人制度的增设有利于强化对鉴定意见的质证效果,将案件所涉及的专门性问题展示在法庭上,通过控辩双方的有效质证得以澄清;有利于审判人员对案件所涉及的专门性问题作出科学判断,摆脱对鉴定意见的过分依赖甚至轻信;有利于在一定程度上减少重复鉴定的发生,避免使问题烦琐化、复杂化,

〔5〕 王兆鹏:《美国刑事诉讼法》,北京大学出版社2005年版,第366页。

〔6〕 [奥] 曼弗雷德·诺瓦克:《〈公民权利和政治权利国际公约〉评注》,孙世彦、毕小青译,三联书店2008年版,第356页。

〔7〕 José Luis García Fuenzalida v. Ecuador, Communication No. 480/1991, § 9.5.

〔8〕 Daubert v. Merrell Dow Pharm., Inc., 509 U. S. 579, 596-97 (1993). 转引自[美]美国国家科学院国家研究委员会:《美国法庭科学的加强之路》,王进喜等译,中国人民大学出版社2012年版,第113页。

〔9〕 Frederick Schauer, Barbara A. Spellman, Is Expert Evidence Really Different?, 89 Notre Dame L. Rev. 1-2 (2013).

提高审判的准确性。”^{〔10〕} 最高人民法院明确将专家辅助人意见定性为代表申请其出庭的一方就鉴定意见发表的专业质证意见,并视其为申请方控诉意见或辩护意见的组成部分。也就是说,专家辅助人的引入就是为了强化质证,但专家辅助人意见被排除出证据材料的范畴,不能作为定案的根据。

(三) 鉴定人与专家辅助人在法律层面的异同

从立法意图来看,引入专家辅助人是为鉴定人出庭与鉴定意见的审查判断服务的,这使得专家辅助人制度明显处于从属地位。从法律层面来看,我国刑事诉讼中的鉴定人与专家辅助人差异极大,主要包括:(1) 证据法上的地位不同。鉴定人提供的司法鉴定报告,作为鉴定意见具有证据法上的独立地位,属于法定的证据种类,而专家辅助人意见尚不属于证据。(2) 资质不同。鉴定人有明确的资格要求和名册,而专家辅助人只有宽泛的所谓具有专门知识的要求。(3) 管理制度不同。鉴定人需要在特定的鉴定机构执业并接受司法行政部门的管理,^{〔11〕} 而专家辅助人并不是专门的职业,也缺乏相应的管理机关与机制。(4) 产生方式不同。刑事诉讼中只有侦查机关和法院有权决定是否聘请鉴定人进行鉴定,当事人和辩护人、诉讼代理人则无权决定,只能申请补充鉴定或重新鉴定,而对于是否聘请专家辅助人,公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人均可自行决定并申请法庭通知其出庭。(5) 诉讼地位不同。鉴定人是独立的诉讼参与人,而新刑事诉讼法并没有将专家辅助人列为诉讼参与人,^{〔12〕} 其地位只是所谓协助当事人进行质证的人。

但是,从新刑事诉讼法及其司法解释的具体条文来看,鉴定人与专家辅助人又有着诸多共性。首先,新刑事诉讼法第 192 条规定:“……有专门知识的人出庭,适用鉴定人的有关规定。”《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(下文简称《最高法院解释》)第 217 条重申了这一规定。这使得鉴定人和专家辅助人在庭审中实质上是趋同的。其次,《最高法院解释》有 8 个条文直接将鉴定人和专家辅助人并列,规定了大量共同适用的规则,^{〔13〕} 包括开庭前诉讼文书和证据材料的审查、开庭准备、庭前会议、法庭审理提纲的准备、庭审发问规则、审判人员询问、庭审旁听、庭审笔录的规定等。再次,鉴定人和专家辅助人都是交叉询问的对象,都适用《最高法院解释》第 213 条规定的询问证人、鉴定人、专家辅助人所通用的规则,包括:(1) 发问的内容应当与本案事实有关;(2) 不得以诱导方式发问;(3) 不得威胁证人、鉴定人、有专门知识的人;(4) 不得损害证人、鉴定人、有专门知识的人的人格尊严。

如此一来,我国刑事诉讼中便出现很奇特的现象:一方面特别强调专家辅助人意见不是证据,而只是为鉴定意见的质证提供服务,从而试图区分司法鉴定与专家辅助人制度;另一方面又有意无意地将鉴定人和专家辅助人相等同,适用诸多共通的程序和规则。这背后实际上是对相关理论的混淆,是对司法鉴定和专家辅助人制度存在认识上的模糊。

〔10〕 黄尔梅:《准确把握立法精神 确保法律正确实施——最高人民法院刑事诉讼法司法解释稿简介》,载卞建林、谭世贵主编:《新刑事诉讼法的理解与实施》,中国人民公安大学出版社 2013 年版,第 14 页。

〔11〕 特别是 2005 年通过的《全国人民代表大会常务委员会关于司法鉴定管理问题的决定》,对鉴定人和鉴定机构管理、登记、名册编制和公告等作出了规定。

〔12〕 新刑事诉讼法第 106 条保留了原刑事诉讼法第 82 条的规定:“‘诉讼参与人’是指当事人、法定代理人、诉讼代理人、辩护人、证人、鉴定人和翻译人员”。

〔13〕 参见《最高法院解释》第 180、182、184、185、213、215、216、239 条。

二、鉴定人出庭和专家辅助人制度的经验分析

鉴定人出庭和专家辅助人相关问题的研究,需要经验分析的检验。由于很难对鉴定人出庭和专家辅助人制度的实施情况进行全国性统计,所以,本研究只是尝试从有代表性的地方实践一窥现实。笔者试图将鉴定人出庭和专家辅助人制度联接起来进行研究,以对质证权作为其中的关键性联接点。同时,从证据法上来看,鉴定人出庭和专家辅助人的引入,更多地是影响法官的自由心证以及律师、鉴定人的选择。也就是说,法官、律师、鉴定人如何看待这些问题,可能会在刑事审判中产生直接的影响,如法官是否愿意让鉴定人出庭、律师是选择申请重新鉴定还是请专家辅助人出庭、鉴定人为什么不愿出庭等等。本文的研究采用问卷调查,并结合庭审观察、个案解读、案卷查阅和访谈等方法,试图揭示鉴定人出庭和专家辅助人制度在实践层面的基本逻辑。

本研究选择以浙江省为例开展问卷调查,这主要是考虑两方面的因素:其一,浙江省的司法鉴定工作开展得较好,在全国处于领先地位,具有一定的先进性和可参考性;^[14]其二,浙江省属于经济发达地区,是改革开放的前沿,也是研究新型法律问题的极佳场域。^[15]本次问卷调查历时一年有余,在2013年底完成,相关统计分析均采用SPSS17.0统计软件。调查共随机发放问卷600份,有效回收584份;对于单一地区的分析来说样本较为充足,且回收率达97.3%。其中,匿名参加问卷调查者的信息涉及性别、年龄、文化程度、职业,相关统计结果显示所调查问题与参加调查者的性别、年龄、文化程度无显著相关,故对此不做分析。因此,本研究将职业确定为自变量,并假设职业与所调查问题相关。有效问卷的被调查者包括法官156人、律师211人、鉴定人146人、其他法律相关职业者68人、未选职业者3人。多数被调查者熟悉或较为熟悉证人出庭和专家辅助人制度的法律规定和司法实践。^[16]

(一) 鉴定人出庭率低的表象

从表1中可以看到,68%的参加调查的法律及相关职业者表示“从未经历过鉴定人出庭”,其中包括73.5%的法官、71.4%的律师和51.4%的鉴定人,而有过多次鉴定人出庭经历的仅占5.5%。在另一个问题中,即关于司法实践中鉴定人出庭情况的认识,否定性结论也仍然占多数。61.5%的参加调查的法官认为“鉴定人很少出庭”,12.8%的法官选了“没有鉴定人出庭”;47.9%的律师认为“鉴定人很少出庭”,15.2%的律师认为“没有鉴定人出庭”。有所差异的是,鉴定人选的较多的项是“有,但不多”,占66.4%,而认为很少的仅占24.7%。这显示鉴定人可能认为出庭率并不是太低,与法官、律师的认识存在差异,这在一定程度上或许反映了许多鉴定人并不愿意出庭。

相对应地,以浙江省A县为例,2007—2012年法院受理的司法鉴定的案件数增长了

[14] 参见潘广俊、杨建:《九年铸一“鉴”——〈浙江省司法鉴定管理条例〉的务实与创新》,《中国司法鉴定》2009年第6期。

[15] 如2013年初,浙江省出现了全国首家专门的专家辅助人机构——天平鉴定辅助技术研究院。该机构还推出了专业网站“中国专家辅助人网”(www.zgzjfr.com)。

[16] 问卷调查结果显示,仅7%的被调查者表示对新刑事诉讼法规定的证人出庭制度不清楚,仅13.5%的被调查者表示对法律规定的专家辅助人制度不清楚。

119.16%，即从 167 件增加到了 366 件（同期案件总量增长了 20.23%，即从 9321 件增长到了 11207 件）。这说明案件审判对司法鉴定的依赖度越来越高。但是，在这六年中，该县申请司法鉴定的案件，基本无鉴定人出庭作证。调查显示，这不代表当事人对鉴定意见没有异议，而只是出现异议时，法院往往通知相关鉴定机构以函件的形式解答。从全国的情况来看，笔者以北大法宝数据库为统计样本，从 2003 年 1 月 1 日到 2013 年 1 月 1 日，涉及鉴定的刑事案件共计 213635 件，有鉴定人出庭的仅为 96 件。这说明浙江省调研的情况和全国的情况基本一致。

表 1

职业	是否经历过鉴定人出庭				合计
	多次经历	偶有经历	1 次经历	从未经历	
法官	2	24	15	114	155
律师	10	34	16	150	210
鉴定人	20	38	13	75	146
其他	0	10	3	55	68
合计	32	106	47	394	579

新刑事诉讼法对鉴定人出庭作出了相对刚性的规定之后，鉴定人出庭情况是否有明显改观？一般认为，修法将有利于提高鉴定人的出庭率。然而，调查的结果却未能证实这一点。所有参加调查者中，认为新刑事诉讼法实施后“鉴定人出庭比例有明显提高”的仅占 10.5%，其中只有 5.2% 的法官和 6.3% 的律师认为有明显提高。浙江省 A 县的调查数据则显示，新刑事诉讼法实施以来，仍然没有鉴定人出庭的个案。而从全省来看，据统计，2013 年浙江省共有鉴定人出庭作证 167 次，比 2012 年还少 4 次。究其原因，访谈中法官们表示，主要是由于法官和当事人对司法鉴定如何操作并不十分了解，这导致对鉴定意见的庭审质证往往流于表面，如公安机关的鉴定人出庭常常只是宣读鉴定书，并没有真正的质证。如此则使得法官和当事人在新刑事诉讼法实施后，仍极少要求鉴定人出庭。这说明仅仅有鉴定人出庭，法官和律师仍然很难有效质证，但如果专家辅助人参与，则法官和当事人可能会提高申请鉴定人出庭的积极性。从全国的情况来看，新刑事诉讼法实施以来，北大法宝数据库中 2013 年 1 月 1 日到 2014 年 3 月 17 日期间，涉及鉴定的刑事案件有 46832 件，而鉴定人出庭的仅 18 件。这与浙江省类似，并未比新刑事诉讼法实施前有所提高。但是，有差别的是，其中出现了 2 例专家辅助人的案例，一例是专家辅助人出庭提供了专家意见，另一例则是专家辅助人提供了书面意见。

（二）鉴定人出庭率低的原因

对于鉴定人是否应当出庭，如表 2 所示，60.4% 的参加调查者认为“对鉴定意见有异议时需要”鉴定人出庭；其中包括 69% 的法官、44.1% 的律师、70.3% 的鉴定人。34.3% 的参加调查者认为，对鉴定人出庭应采取刚性规定，即“应当”出庭；其中包括 30% 的法官、52.1% 的律师、20% 的鉴定人。从中可以看出，对于鉴定人出庭，律师的呼声最高，而鉴定人最低。这说明法官、律师、鉴定人中，最不愿意鉴定人出庭的恰恰是鉴定人自己；

甚至有 9.7% 的鉴定人认为，出庭“没必要，书面意见即可”。在问及“鉴定人出庭与法官采纳鉴定意见是否有关系”时，68.2% 的参加调查者认为有“正相关”关系，但也有 27.7% 的人认为“无关”，其中包括 19.9% 的法官、20.1% 的律师、34.7% 的鉴定人。这种否定性评价在实践中往往成为鉴定人出庭的阻力。

表 2

职业	鉴定人是否应当出庭				合计
	应当	对鉴定意见有异议时需要	没必要，书面意见即可	其他	
法官	47	107	1	0	155
律师	110	93	6	2	211
鉴定人	29	102	14	0	145
其他	12	47	8	0	67
合计	198	349	29	2	578

在相关性分析中，采用 SPSS 中的双变量相关进行统计分析，得出相关系数 r 以及显著性水平 P ，并通过检验 P 值是否小于 0.05 来判定是否显著相关（变量如若相关，则 SPSS 软件会自动生成结果在表格底部显示）。交互分析结果如表 3 所示：^{〔17〕}

表 3

		职业	鉴定人是否应当出庭
职业	Pearson 相关性	1	.183 **
	显著性（双侧）		.000
	N	581	578
鉴定人是否应当出庭	Pearson 相关性	.183 **	1
	显著性（双侧）	.000	
	N	578	581

** 在 .01 水平（双侧）上显著相关。

在此分析中，相关系数 $r=0.183$ ，显著性水平 $P=0.000<0.05$ ，此双变量关系的显著性水平 P 值远远小于 0.05。这说明不同职业的人对鉴定人出庭的认可度不同，职业与对鉴定人出庭的认可度显著相关。

那么，法官在遇到两份鉴定意见有分歧时是否愿意请鉴定人出庭呢？调查显示，40.6% 的参加调查的法官在这种情况下选择“要求鉴定人出庭后决定采信哪一份”，23.9% 的法官

〔17〕 整个问卷涉及的变量（除去被访者个人信息变量）多达 36 个，每一个变量都直接或间接地体现被访者对于我国鉴定人及专家辅助人制度的认知情况以及认可度。但就本研究以及先前描述统计显示的鉴定人出庭率低、专家辅助人的作用得不到发挥的情况来看，值得分析的应是最为直接的认可度，即如何看待鉴定人、专家辅助人的角色定位以及对其意见的认可度。故本研究选用如下 4 个变量进行分析：（1）鉴定人是否应当出庭；（2）法官如何处理两份不同的鉴定意见；（3）专家辅助人的诉讼地位；（4）专家辅助人意见的法律属性。为简化行文，后面的相关性分析表格均省略，而仅用文字表述。

倾向于“请第三方鉴定机构另行鉴定”，14.5%的法官选择“相比于当事人自行委托的，更倾向采信自己委托的鉴定意见”，12.3%的法官倾向于“庭外咨询相关领域的专家”，8.7%的法官则“采纳资质能力高的鉴定机构出具的鉴定意见”。可见，在面对鉴定意见有争议时，法官的选择是多元的，要求鉴定人出庭只是其中的一个选项，且多数法官并没有选择该项。相应地，在这几个选项中，律师和鉴定人认为法官会倾向于要求鉴定人出庭的，也分别只占各自的30.6%和37%。

在相关性分析中，相关系数 $r=0.009$ ，显著性水平 $P=0.832>0.05$ 。尽管我们预期职业与法官处理分歧的鉴定意见可能相关，但统计结果显示显著性水平 P 值远大于0.05，即二者不相关。这同时也印证了之前所发现的，在鉴定意见有争议时，法官的选择是多元的，让鉴定人出庭并不必然具有优先性。

结合阅卷，在我们查阅的246件涉及鉴定的刑事案件中，仅有8件鉴定意见未被采纳，即96.7%的鉴定意见被采纳。也就是说，在刑事案件中，鉴定意见被采纳的比例极高，鉴定人是否出庭的影响并不大。判决书显示，鉴定意见未被采纳的原因主要包括：（1）鉴定程序违法；（2）原理错误；（3）检材有误；（4）鉴定结论之间存在矛盾；（5）鉴定结论有误；（6）鉴定机构无资格。其中没有一个案件是因为鉴定人未出庭而未采纳鉴定意见，这说明鉴定意见未被采纳的主要原因还是鉴定本身出了问题。这背后也反映出刑事案件中的鉴定和民事案件中的鉴定存在差异：刑事案件一般由公安、检察机关的鉴定人进行鉴定，相对于社会机构的鉴定，其更容易为法官所采信。在北大法宝数据库中，2003年1月1日到2014年3月17日期间鉴定人出庭的114件刑事案件中，有6个案件鉴定意见未被采纳，另有1个案件为部分采纳。^{〔18〕}这说明鉴定人出庭并未提高鉴定意见的采纳率，相反，由于鉴定人出庭的案件往往是对鉴定意见有较大争议的案件，鉴定意见不被采纳的概率反而更高。

从主观层面来看，鉴定人出庭较少的最主要原因如表4所示。41%的参加调查者认为是“鉴定人不愿出庭”，法官选该项的比例最高（60%的法官），鉴定人选该项的相对较少（30.4%的鉴定人）。8.9%的人认为是“法官不希望鉴定人出庭”，律师选该项的比例最高（16.4%的律师），法官则很少这么认为（仅2.9%的法官）。上述选择表现出较为明显的职

表4

职业	鉴定人出庭较少的最主要原因					合计
	鉴定人不愿出庭	法官不希望鉴定人出庭	当事人不了解此程序	鉴定意见争议少，不需要出庭	其他	
法官	84	4	15	32	5	140
律师	71	29	28	37	12	177
鉴定人	41	9	54	25	6	135
其他	15	4	22	11	11	63
合计	211	46	119	105	34	515

〔18〕 参见钟某某故意伤害案，（2013）张中刑终字第10号。该案中有两件相互冲突的鉴定意见。

业立场。23.1%的人认为是“当事人不了解此程序”，选该项最多的是鉴定人（40%的鉴定人）。20.4%的人选了“鉴定意见争议少，不需要出庭”，22.9%的法官、20.9%的律师、18.5%的鉴定人选了该项，这一选择实质上还是认为鉴定人没有必要出庭。

（三）鉴定人不愿出庭和法官不愿意让鉴定人出庭的原因

鉴定人为什么不愿出庭？如表 5 所示，36.2%的鉴定人选了“人身安全难保障，害怕打击报复”，26%选了“时间、交通、精力、经济因素的考虑”，19.7%选了“鉴定意见已经表述清楚，没必要出庭”，15%则认为“出庭作证应对能力不足，担心庭审时表述不清”。这显示出鉴定人对于出庭有多种担忧，尤其是人身安全。法官选的最多的是“时间、交通、精力、经济因素的考虑”（32.2%的法官），律师选的最多的则是“出庭作证应对能力不足，担心庭审时表述不清”（28.8%的律师）。由此可见鉴定人、法官、律师对该问题的认识有所不同，涉及的因素也是多元的。

表 5

职业	鉴定人不愿出庭的原因					合计
	人身安全难保障， 害怕打击报复	鉴定意见已经表述 清楚，没必要出庭	出庭作证应对能力不足， 担心庭审时表述不清	时间、交通、精力、 经济因素的考虑	其他	
法官	23	33	23	39	3	121
律师	43	29	49	38	11	170
鉴定人	46	25	19	33	4	127
其他	18	19	9	10	1	57
合计	130	106	100	120	19	475

法官又是为什么不愿意让鉴定人出庭？如表 6 所示，对于该问题，法官、律师、鉴定人的认识基本一致，即最主要的原因是“耗费大量司法资源，使庭审冗长，诉讼效率降低”；56.7%的法官、62.9%的律师和 50%的鉴定人选择了这一项。这一状况和当前案多人少、法官办案压力大，是能够对应起来的。还有 23.1%的法官选了“当事人对鉴定意见没有异议”，9.7%的法官选了“过于相信鉴定意见”，6.7%的法官则选了“无法听懂鉴定专门知识，避免尴尬”。在访谈中，法官表达的对鉴定人出庭的顾虑还包括：（1）对鉴定意见很难

表 6

职业	法官不愿意让鉴定人出庭的原因					合计
	耗费大量司法资源，使庭 审冗长，诉讼效率降低	过于相信 鉴定意见	无法听懂鉴定专门 知识，避免尴尬	当事人对鉴定意见 没有异议	其他	
法官	76	13	9	31	5	134
律师	105	24	19	13	6	167
鉴定人	68	13	26	26	3	136
其他	31	4	12	8	3	58
合计	280	54	66	78	17	495

进行专业性质证；(2) 一旦出庭鉴定人的表述与鉴定意见不一致，很难处理；(3) 重新鉴定所要承担的责任要小于鉴定人出庭后法官自己作出裁断。

(四) 专家辅助人的角色定位与专家辅助人意见的法律属性

如上文所述，专家辅助人在刑事诉讼中的角色定位较为模糊，那么法官、律师、鉴定人是怎么看专家辅助人的呢？如表7所示，调查中有49%的法官认为专家辅助人的诉讼地位“类似鉴定人”，27.7%的法官认为“类似证人”，20.6%的法官认为是“独立的诉讼参与人”，只有少数法官（2.6%）选了“类似辩护律师”。律师的选择和法官较为接近，有42.8%的律师认为“类似鉴定人”，30.8%认为“类似证人”，21.6%选了“独立的诉讼参与人”，仅有10位律师选了“类似辩护律师”。法官和律师的选择在一定程度上说明，他们眼中的专家辅助人对司法裁判的影响与鉴定人较为相似，由此专家辅助人的意见也就与鉴定意见有了某种相通之处。鉴定人的选择则有所不同，选的最多的是“类似证人”（39.7%），其次是“类似鉴定人”（23.3%），再次是“类似辩护律师”（18.5%），最少的是“独立的诉讼参与人”（17.8%）。这说明鉴定人在法庭上的体会和法官、律师的认识是有差异的。访谈中多位鉴定人表示，如果有的选，在法庭上其宁愿做专家辅助人而不是鉴定人，原因主要是：(1) 不需要出具书面的鉴定意见；(2) 责任相对较小；(3) 收费具有灵活性。

在相关性分析中，相关系数 $r=0.138$ ，显著性水平 $P=0.001 < 0.05$ 。此双变量关系的显著性水平 P 值远远小于 0.05，说明职业的不同，即法官、律师、鉴定人等在案件审判中的角色差异，会影响其对专家辅助人诉讼地位的认识，而专家辅助人自身（多数专家辅助人就是鉴定人）对其法庭上角色的定位和法官、律师的认识均有所不同。

表 7

职业	专家辅助人的诉讼地位					合计
	类似鉴定人	类似辩护律师	类似证人	独立的诉讼参与人	其他	
法官	76	4	43	32	0	155
律师	89	10	64	45	0	208
鉴定人	34	27	58	26	1	146
其他	15	7	24	19	0	65
合计	214	48	189	122	1	574

关于专家辅助人意见的法律属性，如表8所示，选择“仅作为一种质证方式”、“可作为鉴定意见”、“可作为证人证言”这三个选项的比例很接近，分别为34.5%、33.3%、28.1%。其中，法官的选择更为平均，这三个选项分别获得了33.1%、31.2%和28.6%的法官的支持，这显示出法律规定的模糊在司法实践中直接反映在裁判者的认识分歧上。鉴定人选的比较多的的是第一和第三项，即45.9%的鉴定人选了“仅作为一种质证方式”，34.9%选了“可作为证人证言”，这说明鉴定人对专家辅助人意见与鉴定意见的差异是有所认识的。律师选第二项的最多，即49%选了“可作为鉴定意见”，这说明律师对专家辅助人意见的证据能力有较高的期待。访谈中，多位律师表示，在我国目前的刑事审判模式下律师的作用非常有限，渴望借助专家的外力对庭审结果施加影响。

在相关性分析中, 相关系数 $r=0.116$, 显著性水平 $P=0.005 < 0.05$ 。此双变量关系的显著性水平 P 值远远小于 0.05 , 说明在如何看待专家辅助人意见的法律属性上, 职业的不同会影响对专家辅助人意见法律属性的认识。

表 8

职业	专家辅助人意见的法律属性				合计
	仅作为一种质证方式	可作为鉴定意见	可作为证人证言	其他	
法官	51	48	44	11	154
律师	48	103	51	8	210
鉴定人	67	23	51	5	146
其他	33	18	16	0	67
合计	199	192	162	24	577

(五) 小结

上文的问卷调查及相关研究, 在一定程度上印证了实践中鉴定人出庭率低的表象。调查显示, 包括法官、律师、鉴定人在内的被调查者, 多数从未经历过鉴定人出庭。这足以说明鉴定人出庭率低, 而且鉴定人出庭率并没有因为新刑事诉讼法的实施而显著改善。

鉴定人出庭率低在调查中表现出一定的现实合理性。在多数案件中, 鉴定人其实不需要出庭。因为当控辩双方对鉴定意见没有异议或者提不出合理异议时, 鉴定人出庭无法发挥实质作用, 甚至可能导致鉴定人的所谓科学意见主宰了法庭审判。另一方面, 法官在面对疑难鉴定问题时有多种选择: (1) 要求鉴定人出庭并由法官决定采纳哪一份意见; (2) 采纳资质高、能力强的鉴定机构出具的鉴定意见; (3) 请第三方鉴定机构另行鉴定; (4) 庭外咨询相关领域的专家; (5) 相比于当事人自行委托的, 法院更倾向采纳自己委托的鉴定机构出具的鉴定意见。从了解专业知识或查明真相的角度来说, 上述方法都有一定效果; 这使得如果仅仅从客观真实的角度来看, 鉴定人出庭的价值其实是有限的。同时, 鉴定人出庭并未提高鉴定意见的采纳率, 甚至未表现出与鉴定意见的采纳有显著的相关性。因此, 我国鉴定人出庭率低的问题也就转化为要求鉴定人出庭的案件的比例低这一问题。

调查显示, 鉴定人不愿出庭和法官不愿意让鉴定人出庭, 是鉴定人出庭率低的直接成因。其中, 鉴定人不愿出庭更为显著; 涉及的原因很多, 很难明确区分其间的作用大小: (1) 人身安全难保障, 害怕打击报复; (2) 鉴定意见已经表述清楚, 没必要出庭; (3) 出庭作证应对能力不足, 担心庭审时表述不清; (4) 时间、交通、精力、经济因素的考虑; 等等。法官不愿意让鉴定人出庭, 主要考虑的是这会耗费大量司法资源, 使庭审冗长, 诉讼效率降低。在案多人少、办案压力很大的情况下, 法官显然愿意选择书面审查这一更为简洁的办案方式。但调查亦显示, 法官对鉴定人出庭的排斥, 实际上并不是特别显著: 争议案件的必要鉴定人出庭而不是鉴定人普遍出庭, 在法官看来是可接受的。访谈中, 不少法官肯定了鉴定人出庭的意义: (1) 有助于发现案件事实; (2) 倒逼鉴定人提高鉴定质量; (3) 有助于实现程序公正, 实现“看得见的正义”; (4) 有利于解决纠纷。

调查显示, 法官、律师和鉴定人对专家辅助人在法庭上的角色的认识是模糊的, 专家

辅助人的角色徘徊在鉴定人、证人、辩护律师和其他诉讼参与人之间；其实这和立法上定位模糊是相对应的。虽然最高人民法院的司法解释将专家辅助人出庭定位为提供质证意见，但在法官和鉴定人的心目中，这种意见可能会变成一种证据（鉴定意见或证人证言），从而对法官的心证产生不同于上述司法解释定位的影响，而辩护人十分期待这种意见成为一种独立的证据，发挥和鉴定意见一样的作用。鉴定人对专家辅助人制度的完善充满期待，并且不像很多人想象的那样排斥作为专家辅助人出庭，因为该制度为鉴定人职业发展提供了新的管道与空间。相关性分析进一步验证了我们之前的统计分析。

在我国目前的刑事审判现状下，鉴定人出庭的内外动力都不足，专家辅助人的角色定位也不清晰，而很多时候鉴定人出具的鉴定意见又具有较大影响力，如对被告人的精神病鉴定、对被害人伤情的鉴定等都对案件的判定具有关键性影响。因此，法官、律师、鉴定人对于鉴定人出庭和专家辅助人意见法律属性的认识差异，难免会对司法实践产生消极的影响。

三、专家辅助人的角色定位：个案分析

为了对鉴定人出庭和专家辅助人制度有更为清晰的解释，需要通过个案研究来对实证调查进行对比与佐证。在此，笔者选了两个案件来审视司法实践中的相关程序和规则。（1）刑事诉讼专家辅助人出庭第一案——安徽省黄山市祁门县警察方某、王某涉嫌故意伤害案（以下简称“安徽案”）。^{〔19〕} 该案作为新刑事诉讼法实施后专家辅助人出庭第一案，著名法医专家刘良教授作为专家辅助人出庭，^{〔20〕} 引起了媒体和学界的关注，颇具代表性。笔者透过媒体的详细报道和与该案律师的访谈，对该案有了较详尽的了解。（2）浙江省近期发生的一起伤害案件（以下简称“浙江案”）。该案是非常普通的案件，不像安徽案那样有社会影响，但它更加真实地反映了普通案件中鉴定人出庭和专家辅助人参与的现状。同时，通过课题组直接旁听该案的审判，也使我们有机会深入观察庭审实况。对上述两个案件的审视，可以引发我们对如下几个问题的思考：

（一）专家辅助人参与庭审的方式

鉴定人出庭显然是接受质证的，而法律赋予专家辅助人的职责则是协助质证。然而，个案反映的现状是，鉴定人和专家辅助人在庭审中都是以接受质证为主。如在浙江案中，涉及鉴定人出庭和专家辅助人参与的主要流程如下：（1）核实鉴定人、专家辅助人的身份；（2）询问鉴定人；（3）专家辅助人发表意见；（4）询问专家辅助人；（5）鉴定人询问专家辅助人并做补充说明；（6）法官询问鉴定人、专家辅助人；（7）鉴定人、专家辅助人最后陈述与修正意见；（8）双方再次对鉴定人和专家辅助人的陈述发表意见。有意思的是，浙江案中，就庭审中涉及的某一问题，鉴定人要求专家辅助人做出回答，专家辅助人则申明

〔19〕 这是一起广受关注的刑事案件：两位安徽黄山民警涉嫌刑讯逼供，致使犯罪嫌疑人熊某死亡。民警家属坚持认为是检察院陷害两位民警，由此引发上千名民警联名上书为二人鸣冤。关于该案具体的庭审过程，参见李蒙：《新刑事诉讼法下专家辅助人首次出庭》，《民主与法制》2013年第15期。

〔20〕 刘良教授系华中科技大学同济医学院法医学系主任，兼任中国法医学学会法医病理学专业委员会副主任，曾参与了程树良案、黄静案、谢佩银案、熊卓案、冉建新案等刑事案件的法医鉴定工作。

这超出了其专业范围和委托范围,拒绝提供意见,但法官强令专家辅助人给出专业意见。这显示出浓厚的被质证色彩。

在安徽案中,专家辅助人刘良排在辩方的四个证人之后出庭,出庭时间约为半个小时。刘良给法庭提供了一个文字版意见,但在庭审中他并未全文宣读,而只是阐述了主要观点;讲完后让律师提问,律师和专家辅助人采一问一答的方式。法官没有对刘良发问,检察官也没有提出任何异议,只问了一个很细节的问题:“你是什么时候去现场查看的?”从中我们可以看出,专家辅助人在该案中非常像英美法系的专家证人,甚至鉴定人都没有出庭,始终只是专家辅助人在接受质询(解答专业问题)。

(二) 鉴定人和专家辅助人在法庭上的位置

这绝非形式问题,而是可以说明鉴定人和专家辅助人在法庭上的地位。在安徽案中,开庭时刘良就坐在证人席上。以往刘良做鉴定,都是接受公安司法机关的委托,该案是他在刑事案件中第一次接受律师的委托。“专家辅助人,有一点点律师的色彩,”他说,“这个身份给了我奇怪的感觉——好像是在做律师一样的工作。”^[21]若从这一点来看,似乎专家辅助人又应该和律师坐在一起。

在浙江案中,开庭前法官核对了鉴定人、专家辅助人的身份,但对两者的要求有所不同。法官只是简单询问了鉴定人的姓名和单位,但详细询问了专家辅助人的姓名、单位、从业经历、专业范围等内容。专家辅助人有专门席位,与当事人及诉讼代理人坐在一起。鉴定人则没有专门席位,与证人一起坐在庭下旁听席。

上述两案说明,实践中鉴定人和专家辅助人在法庭上的位置较为混乱;甚至一些案件中由法警临时搬来一张桌子,作为专家辅助人的席位。这在一定意义上印证了,相关制度特别是专家辅助人的定位,仍然有较多模糊之处:如果坐在当事人和律师身边,说明主要是协助质证;如果坐在证人席,则更接近鉴定人或证人;如果是单独席位,则更像其他独立的诉讼参与人。

(三) 专家辅助人难找的原因

安徽案和浙江案这样的专家辅助人出庭的案件,在我国并不多见,找到合适的专家出庭更是不易。出庭的专家主要分为两大类:一类是体制内的专家,包括公安检察机关的鉴定专家、医院医生或者高等院校的教授,如安徽案中的刘良便是高等院校教授。由于法律规定和司法实践对专家的身份及其在法庭中的定位较为模糊,甚至有时个别专家感觉自己更像是被审判的人,这容易导致体制内的专家不愿意参与庭审。另一类是民间鉴定机构的鉴定人,2005年我国司法鉴定体制改革以来,民间的鉴定队伍迅速成长,已经成为司法鉴定的主要力量。在浙江案中,出庭的专家便为民间鉴定机构的鉴定人,其作为专家辅助人出庭,相当于是与鉴定人同行“作对”,这背后如果没有利益的驱动,显然多数鉴定人并不希望参与这种“内部对抗”。^[22]

[21] 参见刘长:《中国式专家证人出庭 公家不再垄断司法鉴定话语权》,《南方周末》2013年7月4日。

[22] 这种利益驱动主要是专家辅助人的收费并不像司法鉴定那样受到严格限制,而是可以像律师那样比较灵活。因此,动辄数万元的费用也成了当事人聘请专家辅助人时的一大负担。调研中发现,除非是重大案件或某些特殊案件,一般当事人聘请专家辅助人的动力并不大,刑事案件中当事人有聘请专家辅助人意愿的多数是信访案件。

我国的专家辅助人制度刚刚起步,但在美国,专家证人每年涉及数十亿美元的效益。调研中发现,华东地区仅有上海和杭州各一家从事专家辅助人服务的机构,^[23]且现状是咨询的挺多但真正接案的极少,均处于勉强维持的状态。

(四) 专家辅助人意见的价值

从浙江案庭审的实际效果来看,尽管鉴定人的鉴定意见有利于申请鉴定的一方,但鉴定人在庭审中的表现仍然较为中立。主要原因可能是鉴定人没有太多发问的权利,他的职责基本是回答当事人双方、法官提出的问题,因而庭审中主要围绕鉴定意见的细节展开,比较客观、较少情绪化。而专家辅助人则不同,由于当事人欠缺专业知识,所以往往委托专家辅助人代为发言(至少该案如此),因此,专家辅助人不仅有自己发表意见的机会,还有替当事人、律师发表意见的机会,事实上成为鉴定意见质证这一特殊环节中的“律师”。另外,专家辅助人由当事人自主选择,其费用由当事人自行协商,这些都十分类似于律师。

在安徽案中,刘良的出庭显然给鉴定人带来了极大的压力。以前鉴定人做鉴定只是单向的过程,即使出庭也因为专业知识的垄断地位而使法官、律师很难抓住问题的要害。但现在,刘良这样一位有着专业声誉的法医学教授作为专家辅助人出现在法庭上,就使得对鉴定意见有了纠错、追责的机会。从该案最终在起刑点之下判处轻刑的结果可以看出,^[24]刘良的出庭对法官的裁判产生了重要影响。

四、以鉴定人出庭与专家辅助人的引入为契机推动审判方式改革

为解决法官先定后审、庭审流于形式的弊病,通过1996年和2012年两次修法,我国的刑事审判方式逐步引入了对抗式诉讼的合理因素。鉴定人出庭和专家辅助人的引入是契合这一改革趋势的。同时,在证人出庭短期内很难有大的改观的情况下,从鉴定意见的审查规则入手,可以为推动对抗式审判方式改革找到可行的新思路。

(一) 以质证权为核心:对抗式的鉴定意见审查规则

从必要性来看,保障对质权为实现鉴定意见审查的正当程序和发现真实提供了路径。“刑事被告与证人面对面的权利,为宪法所保障的基本人权,目的在维持审判程序的公平,及发现真实。”^[25]对于鉴定意见,同样如此。从实现程序正义的角度来看,任何人在面临刑事追诉时,要求与对己不利的鉴定人面对面对质,是人性的本能反应,是保障审判公正的基本要素。这能使被告人亲身观察审判中鉴定人作证的程序,以一种看得见的形式维持程序的公平。特别是在我国,刑事案件中的鉴定意见主要由侦查机关内设鉴定机构作出,且往往被推定为天然地具有较高的证明力。于是,在被告方没有鉴定启动权的情况下,这种对质更加体现出重要意义,是实现控辩平等的重要因素。从另一方面来看,鉴定人出庭有利于发现真实。鉴定人的鉴定过程处于一种秘密的状态之下,纸面的鉴定意见很难将其

[23] 分别是杭州的天平鉴定辅助技术研究院和上海勇鹤科技有限公司主办的专家证人网(www.zjzr.org)。

[24] 根据刑法第234条,故意伤害致人死亡的,处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。该案二审报最高人民法院核准,在起刑点之下分别判处两被告人3年6个月和3年有期徒刑。因之前被告人已经被羁押约3年,实际上判决后不久就被释放了。

[25] 前引[5],王兆鹏书,第368页。

中的疏漏或错误展示出来,通过法庭上的质证,则能使单方面的“鉴定结论”变成控辩双方可以质疑的“鉴定意见”。但笔者认为,发现真实并不是鉴定人出庭最重要的功能,因为通过重新鉴定等方法同样可以发现真实。只有从保障对质权的层面来理解,必要鉴定人出庭才能获得理论上的足够支撑。

从可行性来看,首先,新刑事诉讼法对鉴定人出庭规定了相对刚性的条款。相比于证人出庭的规定,新刑事诉讼法第187条对鉴定人出庭做了更为刚性的制约,即“……经人民法院通知,鉴定人拒不出庭作证的,鉴定意见不得作为定案的根据。”^[26]其次,虽然新刑事诉讼法给法官保留了鉴定人是否出庭的裁量权,但这是可行的,也符合国际惯例。如《公民权利和政治权利国际公约》第14条第3款关于被告人对质权的规定本身具有相对的灵活性。联合国人权事务委员会对这一点的解释是:该项规定意在保证被告人在强制获得证人出庭和询问任何证人方面,同起诉方具有同样的法律上的权利。^[27]“刑事法院因而被赋予了相对广泛的自由裁量权,但在传唤证人和专家时,他们不能违反公正和‘诉讼手段平等’的原则。”^[28]人权事务委员会也只在很少的案件中,明确认定了对被告人对质权的违反,如森迪克诉乌拉圭案。^[29]但在死刑案件中,人权事务委员会适用了相对严格的标准,这也使国家承担了确保对被告人有利的证人出庭的极为广泛的积极义务,如格兰特诉牙买加案。^[30]再次,相比于证人出庭,鉴定人既要受司法鉴定机构的管理,又要受司法行政部门的严格规制,更容易实现出庭。鉴定人身份的特殊性和职业性,使得在法官通知其出庭的情况下,鉴定人一般不敢违抗。笔者调研中也发现,凡是法官通知出庭的,鉴定人均出庭参加了质证。因此,所谓鉴定人不愿出庭是鉴定人出庭率低的主要原因之观点,恐怕很难站得住脚。

从具体路径来看,关键要解决好以下三个问题:(1)最重要的是规制法官对鉴定人出庭的裁量权。原则上法官应该尊重被告方申请鉴定人出庭的要求,应在庭前会议中,通过公正的程序来决定是否通知鉴定人出庭。如果法官不同意鉴定人出庭,应当以书面形式充分说明未损害被告方对质权的理由,并应赋予当事人对该书面决定申请复议的权利。同时,应该规范法官庭外咨询专家、重新启动鉴定的权力。(2)保障鉴定人出庭的相关权益。虽然笔者并不认为鉴定人不愿出庭是阻碍鉴定人出庭的主要原因,但调查显示,鉴定人对出庭普遍存在抵触情绪,这会给被告人对质权的实现造成实质上的障碍。如鉴定人在法庭上消极应对质证。针对鉴定人出庭所涉及的个人尊严、人身安全、经济补偿等现实问题,应建立一套合理的制度,特别是在同步视频作证、鉴定人保护等方面应做更多的努力。(3)严格

[26] 修法后,证人出庭的刚性亦得到了加强。原《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第58条规定:“……未出庭证人的证言宣读后经当庭查证属实的,可以作为定案的根据”。这一规定实际上宣示了证人可以不出庭作证。但新刑事诉讼法实施后,该条被废止。

[27] 参见联合国人权事务委员会第13号一般性意见:第14条(<http://www1.umn.edu/humanrts/chinese/CHgen-comm/CHhrcom13.htm>, 2014年5月23日访问)。

[28] 前引[6], 诺瓦克书, 第356页。

[29] 在该案中,被告人被一个军事法庭不公开地缺席审判,判处30年监禁;他没有任何机会传唤对自己有利的证人。See *Violeta Setelich v. Uruguay*, Communication No. 63/1979, § 12.3, 16.2, 20.

[30] 在该案中,被告人的女友在一份书面证言中声称,案发时被告人整晚都和她在一起,但她由于无力支付路费而不能出庭。人权事务委员会认为,法官本应当延期审理并发出传票以确保她出庭,而警方本应为她提供车票。See *Lloyd Grant (represented by counsel) v. Jamaica*, Communication No. 353/1988, § 8.5.

鉴定人不出庭的程序后果和鉴定人责任。对于侵犯被告方对鉴定人对质权的案件,应将其明确归入程序违法。如果一审发生鉴定人应当出庭而没有出庭的,二审应撤销原判、发回重审。鉴定人拒绝出庭的,应建立强制出庭制度。如果仍然拒绝作证,根据不同情况,可处以警告、训诫、拘留等行政处罚。此外,还需要一系列相关制度和程序规则支持,如对抗式的诉讼体制、庭前证据交换制度、交叉询问程序规则等。

(二) 超越质证权:专家辅助人意见的证据能力

如上文所述,我国的鉴定人出庭和专家辅助人制度的意义,主要是围绕着对质权的实现。特别是专家辅助人制度被认为是解决控辩双方对专业问题质证能力不足的新举措。如学者所言:“专家辅助人制度的确立……有助于发现鉴定中的差错与问题……有助于帮助司法人员和诉讼参与人……正确理解与认识鉴定活动……在保证法庭质证、审查、判断证据活动顺利进行的同时,也确保了鉴定人出庭作证制度的实效性得以真正实现。”^[31]

然而,上述定位对于充分发挥专家辅助人的作用,恐怕还相差甚远。实证调查显示,新刑事诉讼法实施以来,专家辅助人虽然极受关注却也极为罕见,凤毛麟角式的个案显然不能实现法律预设的目的。专家辅助人的身份极为模糊,这很容易使司法实践无所适从。个案中的情况也与立法设计有所差异,如在鉴定人没有出庭的情况下,怎么解释法庭上的专家辅助人是在帮助质证?前述安徽案中,法庭上实际上只有刘良作为专家辅助人在发表专业意见。因此,如果要充分发挥专家辅助人在庭审中的作用,就需要超越质证权,从整体上重新思考专家辅助人的定位,而其中的关键是专家辅助人意见的证据能力问题。

从整体上看,应从专家辅助人制度走向专家证人制度。对于新刑事诉讼法引入的所谓“有专门知识的人”,笔者倾向于用“专家证人”来代替现在通常使用的“专家辅助人”。从字面来讲,专家辅助人像是专家的助理,而专家证人更能体现我国刑事司法实践中所谓有专门知识的人的现状。^[32]如安徽案中的刘良教授。实际上,我国司法机关也曾明确使用专家证人一词来解释相关制度,即2009年《最高法公布对网民31个意见建议答复情况》中曾指出:“专家证人制度在我国施行时间不长,但最高人民法院十分强调要注重发挥专家证人的作用,积极鼓励和支持当事人聘请专家证人出庭说明专门性问题,并促使当事人及其聘请专家进行充分有效的对质,更好地帮助认定专业技术事实。”^[33]

专家证人制度和我国现行专家辅助人制度的本质区别在于,其发表的意见是否具有证据能力。专家证人意见作为刑事诉讼中意见证据规则的例外,其证据能力得到了普通法的确认。^[34]在布莱克法律词典中,“专家证人”这一词条直接标注的是见“证人”词条。即,专家证人是指具备某种知识、技能、经验、接受过某种训练或教育,能够对证据或事实问

[31] 陈光中、吕泽华:《我国刑事司法鉴定制度的新发展与新展望》,《中国司法鉴定》2012年第2期。

[32] 参见陈瑞华、黄永、褚福民:《法律程序改革的突破与限度——2012年刑事诉讼法修改述评》,中国法制出版社2012年版,第90页。

[33] 这里针对的是民事诉讼中的相关制度,即2001年《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第61条引入了“具有专门知识的人员”。其规定如下:“当事人可以向人民法院申请一至二名具有专门知识的人员出庭就案件的专门性问题进行说明。人民法院准许其申请的,有关费用由提出申请的当事人负担。审判人员和当事人可以对出庭的具有专门知识的人员进行询问。经人民法院准许,可以由当事人各自申请的具有专门知识的人员就有关案件中的问题进行对质。具有专门知识的人员可以对鉴定人进行询问。”

[34] 参见樊崇义等:《刑事证据法原理与适用》,中国人民公安大学出版社2001年版,第214页以下。

题提供科学的、技术的或其他专业的意见的人。^[35]这里的专家证人,对相关领域必须拥有充分的知识和技能,或者推论其能够帮助事实审理者发现真实。这种知识可能单独来自对某一领域的研习,也可能单独来自经验与实践,或者两者兼而有之。在普通法国家,专家证人极为常见。“兰德公司一项研究成果表明,加利福尼亚州高等法院在上个世纪80年代末审理的案件中,有专家证人出庭的占86%,平均起来,每个案件中有3.3个专家证人。”^[36]

我国的司法鉴定制度与英美法系的专家证人制度显然有区别。^[37]我国2005年的鉴定制度改革中,鉴定的启动、鉴定人的聘任、鉴定意见的审查规则等主要是借鉴了大陆法系的司法鉴定制度,将鉴定人定位为“法官辅助人”。新刑事诉讼法确定的专家辅助人制度则实质上吸收了英美法系专家证人制度的某些特点,使所谓专家辅助人更像是“当事人辅助人”。这也体现了两大法系在鉴定制度上相互融合的趋势。实际上,大陆法系在强调鉴定人中立性的同时,也有类似专家证人的制度。在德国,“鉴定证人”与证人比较接近;德国刑事诉讼法第85条对鉴定证人进行了规定:“只要为了证明过去的事实或状态而需要特殊专业知识进行感知,就可以讯问有专业知识的人员,对此适用有关证人的规定”。鉴定证人基于其特殊的专业知识而对过去的事实作证,而鉴定人通常对现有事实提供专业咨询。^[38]在日本,辅佐人是为了保护被告人而存在;在此意义上,辅佐人具有和辩护人相同的地位;在被告缺席的情况下,其能独立作为被告人的代理人参与诉讼。^[39]在俄罗斯,刑事诉讼中的“专家”被赋予“其它刑事诉讼的参加人”的身份,“专家的结论和陈述”作为法定的证据种类加以规范。^[40]

而我国的专家辅助人制度,从上文的实证分析中可以看出,其设计是有缺陷的,即专家辅助人意见没有证据能力;加上较高的成本,其很难对当事人和律师有真正的吸引力,在庭审中的作用极为有限;这直接导致了其在实践中的应用非常有限。笔者认为,我国可以在坚持司法鉴定制度的大陆法传统的基础上,在强调鉴定人的中立性的同时,通过吸收专家证人制度在保障被告人权利方面的优势,在结构上仍然保留职权化的司法鉴定制度,但在技术上完善对抗化的专家辅助人制度。也就是说,司法鉴定制度与专家证人化的专家辅助人制度是可以并存的。

从国内法的层面来看,新刑事诉讼法中仅规定了“有专门知识的人”,而未明确规定“专家辅助人”或“专家证人”,司法解释中亦是如此。这便为学理上论证借鉴专家证人制度来改良现行制度留下了空间,也为司法实践中的探索提供了可能性。至于是叫做“专家辅助人”还是“专家证人”并不重要,重要的是其背后的证据能力问题。在《最高法公布对网民31个意见建议答复情况》中,曾明确提到了专家意见的证据能力。“专家证人的说明,有利于法官理解相关证据,了解把握其中的技术问题,有的本身不属于案件的证据,但可以作为法院认定案件事实的参考。”这一表述实质上指出了某些专家证人意见是具有证据的属性的,虽然并没有明确列举哪些专家证人意见具有这样的属性。在《最高法院解释》

[35] See Black's Law Dictionary, 7th ed., p. 600, p. 1597.

[36] [美] 约翰·W. 斯特龙主编:《麦考密克论证据》,汤维建等译,中国政法大学出版社2004年版,第31页以下。

[37] 参见汪建成:《专家证人模式与司法鉴定模式之比较》,《证据科学》2010年第1期。

[38] KK-StPO/Senge, StPO 7. Auflage 2013, § 85 Rn. 1.

[39] 参见[日] 松尾浩也等编:《条解刑事诉讼法》,弘文堂2009年版,第88页。

[40] 参见[俄] 古岑科主编:《俄罗斯刑事诉讼教程》,黄道秀等译,中国人民公安大学出版社2007年版,第204页。

中,对证人、鉴定人、有专门知识的人的询问程序,能与此相呼应。其第215条规定:“审判人员认为必要时,可以询问证人、鉴定人、有专门知识的人。”上文的实证研究也显示,专家意见对法官心证的影响实际上与证人证言、鉴定意见相似,都发挥着证据的作用。《最高法院解释》第216条进一步规定:“向证人、鉴定人、有专门知识的人发问应当分别进行。证人、鉴定人、有专门知识的人经控辩双方发问或者审判人员询问后,审判长应当告知其退庭。证人、鉴定人、有专门知识的人不得旁听对本案的审理。”如果仅仅从有利于协助质证的角度来看,恐怕专家应该更多地参与旁听审判,以便更加了解案情以助有效质证。正是因为专家辅助人意见对法官心证的影响与证人、鉴定人有类似之处,^[41]专家辅助人也应该受到一定的限制,而不是像律师那样完全自由地参与刑事审判的全过程,才会有如此的规定。相比于新刑事诉讼法,新民事诉讼法中有专门知识的人要承担两项职能:(1)就鉴定人作出的鉴定意见提出意见,(2)就专业问题提出意见。^[42]新刑事诉讼法仅规定了第一项职能,忽略了就专业问题提出意见这一重要职能,而后一职能显然超越了协助质证。

此外,赋予专家辅助人意见以证据能力,不仅有利于被告方对质权的实现,也为控方举证提供了新的途径。也就是说,专家辅助人的引入以及专家辅助人意见的证据能力的确认,本身对控辩双方是公平的,只是由于被告方在我国现行的司法鉴定体系中处于明显弱势的地位,从而使得二者对被告方的意义要超过控方。也正因为如此,本文的研究主要是站在被告方的角度来展开的,而较少论及控方专家辅助人的问题。

结 语

本文的研究试图从实证的角度,重新审视鉴定人出庭和专家辅助人制度,并对新刑事诉讼法相关制度的实施进行评估。由于相关案例的匮乏,尤其专家辅助人出庭的案例更是稀缺,本文采用了以问卷调查为主,结合访谈、阅卷、个案分析的方法,试图一窥实践中鉴定人出庭和专家辅助人制度的实施状况。由于受采样地域范围和样本数量所限,以及有效阅卷和典型案例不足,使得相关研究还仅限于一种探索式的解读。

本文的核心观点是,保障对质权的实现是必要鉴定人出庭和引入专家辅助人的理论基础。为此,关键在于限制法官在鉴定人出庭问题上的决定权,虽然法官保有一定的裁量权是司法权属性的需要,也并不违反国际刑事司法准则。新刑事诉讼法引入的专家辅助人也是围绕对质权设计的,^[43]但由于专家辅助人的身份在鉴定人、证人、辩护人、其他诉讼参与人之间徘徊,所以相关条文和司法解释表现出“身份困惑”。专家辅助人制度的引入打破了侦查机关聘请鉴定人的垄断状态,体现了控辩平等的取向。但没有证据能力的专家辅助

[41] 《最高法院解释》第87条规定:“对案件中的专门性问题需要鉴定,但没有法定司法鉴定机构,或者法律、司法解释规定可以进行检验的,可以指派、聘请有专门知识的人进行检验,检验报告可以作为定罪量刑的参考。”这里的“有专门知识的人”显然不是鉴定人,而可以被纳入所谓的专家辅助人或专家证人。

[42] 新民事诉讼法第79条规定:“当事人可以申请人民法院通知有专门知识的人出庭,就鉴定人作出的鉴定意见或者专业问题提出意见。”

[43] 这一点类似于被告人对不利于己的证人的对质权的保障。相关研究参见熊秋红:《刑事证人作证制度之反思——以对质权为中心的分析》,《中国政法大学学报》2009年第5期;易延友:《证人出庭与刑事被告人对质权的保障》,《中国社会科学》2010年第2期。

人意见是残缺不全的,加上成本高、请专家难等问题,使得专家辅助人制度的积极影响,在新刑事诉讼法实施以来,几乎可以忽略不计。如何使专家辅助人意见的定位从保障质证走向具有独立的证据能力,尚需进一步研究。

从根本上看,鉴定人出庭和专家辅助人的引入是以实现庭审中的控辩平等对抗为导向的。通过鉴定人和专家辅助人的出庭,使以往主要代表控方的鉴定人在鉴定过程中感受到实实在在的压力,更为法庭上发现控方提出的鉴定意见中的问题提供了机会。这是鉴定制度改革的需要,也是强化控辩双方质证效果的需要。从发展的趋势来看,鉴定制度既要保持中立性又应走向对抗化,允许作为“法官辅助人”的鉴定人和作为“当事人辅助人”的控辩双方各自委托的专家同时存在,并使之当庭进行必要的对质和交叉询问。这是对鉴定意见进行有效审查的必由之路,也是未来鉴定制度改革的方向。

Abstract: The new Criminal Procedure Law of People's Republic of China, implemented in 2013, strengthens the system of expert witnesses' appearance in court, introduces the expert assistant system, and tries to find news approaches to the reform of the expert appraisal system, of the evidence system, and of the trial mode in China. In essence, expert witnesses' appearance in court is a process in which an expert witness receives cross-examinations from both the prosecution and the defense on his appraisal opinions in court, so as to guarantee the defendant's right to examine witness against him. The expert assistant system stipulated in Article 192 of the new Criminal Procedure Law aims mainly at cross-examination of appraisal opinions. Protecting defendants' rights to cross-examination should be the theoretical pivot of the system of expert witnesses' appearance in court and the expert assistant system. However, empirical studies show that, there has no marked change in the rate of expert witnesses' court appearance since the implementation of the new Criminal Procedure Law. The problem of low rate of court appearance of expert witnesses in China is actually a problem of the low rate of cases in which an expert witness is required to appear in court. And both expert witnesses and judges lack motivation with respect to expert witnesses' appearance in court. Moreover, the role played by an expert assistant in court is vague, that is, it can be that of an expert witness, a witness, a defense lawyer or an independent participant in litigation. In the future, China should further develop the system of expert witnesses' appearance in court and the system of expert assistant by strengthening the defendant's right of cross-examination and making the opinions of expert assistant admissibility in court, so as to build an expert appraisal system based on the equality of arms between the prosecution and the defense.

Key Words: expert appraisal, court appearance of expert witness, expert assistant
