

# 司法鉴定制度变迁四十年及其改革趋势

陈如超<sup>1,2</sup> 陈鲜瑜<sup>1\*</sup>

(1. 西南政法大学, 重庆 401120 ; 2. 重庆高校市级刑事科学技术重点实验室, 重庆 401120)

**【摘要】**从1979年至今,我国司法鉴定经历了四十余年的制度变迁历程。1979年《中华人民共和国民事诉讼法》塑造的刑事司法鉴定格局,至今依然保留了侦鉴混同与司法鉴定的国家垄断主义等权力性特征;而1982年《中华人民共和国民事诉讼法(试行)》奠定的民事司法鉴定的制度框架,则逐渐从权力型鉴定过度到司法鉴定辅助法官断案与维护当事人合法权益的双重功能局面。从整体而言,我国司法鉴定制度、特别是刑事司法鉴定制度需要根据当前诉讼制度改革的宏大背景进行相应调整。调整的趋势主要包括:不断强化司法鉴定的权利属性,以及继续弱化司法鉴定的权力色彩,实现当事人权利对公检法机关鉴定权力的有效制约;实现司法鉴定意见庭审质证的实质化;加强鉴定人权利与责任的体系化与匹配性。

**【关键词】**司法鉴定;制度变迁;民事司法鉴定;刑事司法鉴定

**【中图分类号】**D915.13

**【文献标识码】**A

**【文章编号】**1674-1226(2019)03-0333-14

**Evolution of judicial expertise system in the past 40 years and its reform trend.** Chen ruchao (1.Southwest University of Political Science and Law, Chongqing 401120; 2.Chongqing Forensic Science Key Laboratory for Higher Education, Chongqing 401120); Chen xianyu(Southwest University of Political Science and Law, Chongqing 401120).

**【Abstract】**From 1979, China's judicial expertise has gone through more than 40 years of institutional change. The pattern of criminal judicial expertise created by the Criminal Procedure Law of the People's Republic of China in 1979 still retains the characteristics of power such as state monopoly in investigation and verification and judicial expertise. The system frame of civil judicial expertise laid down in the Civil Procedure Law of the People's Republic of China (for Trial Implementation) in 1982 gradually changed from the over-power of expert testimony to the dual function of judicial expertise assistant judge in judging cases and safeguarding the lawful rights and interests of parties. As a whole, China's judicial expertise system, especially the criminal judicial expertise system, needs to be adjusted according to the grand background of the current reform of procedural system. The general trend of the adjustment mainly includes: continuously strengthening the right of judicial expertise whereas weakening the power of judicial expertise, thus to chase effective restriction of the rights of the parties on the authentication power of the public prosecutor's office; the realization of the substantiality of the court examination of the judicial expertise opinion; strengthen the matching of appraiser's right and responsibility system.

**【Key Words】**Judicial expertise, System vicissitude, Civil judicial expertise, Criminal judicial expertise

\* 陈如超, 西南政法大学刑事侦查学院教授, 法学博士; 陈鲜瑜, 西南政法大学刑事侦查学院硕士研究生。

[基金项目] 本文系国家重点研究计划“全流程管控的精细化执行技术及装备研究”(2018YFC0830400)与重庆市教委人文社会科学研究项目“司法鉴定体系化风险及其管控机制”(19SKGH013)的阶段性成果。

## 引言

司法鉴定制度作为“解决诉讼涉及的专门性问题、帮助司法机关查明案件事实的司法保障制度”，<sup>1</sup>自21世纪以来，几乎一直都是司法制度与证据制度改革领域的重要组成部分。这源于下述三个原因。

第一，涉及司法鉴定意见的诉讼案件的数量持续攀升。虽然我们目前尚无法精确估计证据体系中存在鉴定意见的诉讼案件的大致比率，<sup>2</sup>但从司法行政机关统一管理的社会鉴定机构为公安、司法机关提供的司法鉴定意见数量的总体变化趋势还是可窥一斑（参见表1数据）。从表1数据可以看到，社会鉴定机构提供的司法鉴定意见数量2012年已经超过100万件，从2015年开始超过120万件。<sup>3</sup>同时，在司法鉴定领域，社会鉴定机构主要为民事司法提供鉴定意见，民事司法的鉴定数量远远超过刑事司法鉴定与行政诉讼鉴定的数量总和。当然，与诉讼案件的体量相比——例如2013~2017年法院系统一审审结民商事案件超过4700万件（平均每年超过900万件），<sup>4</sup>含有鉴定意见的诉讼案件数量总体偏少，但其绝对量依旧不容忽视。

表1 2007~2017年全国司法行政机关统一管理的社会鉴定机构司法鉴定业务量<sup>5</sup>

年份	鉴定总量 (单位: 件)	司法鉴定量 (单位: 件)	百分比率 (相对于所有鉴定案件)		
			民事司法鉴定	刑事司法鉴定	行政诉讼鉴定
2017	2 273 453	1 242 442	40.10%	13.57%	0.98%
2016	2 131 578	1 259 123	43.25%	14.92%	0.90%
2015	1 933 928	1 226 206	47.35%	17.73%	1.00%
2014	1 855 429	1 064 611	45.11%	10.36%	——
2013	1 675 423	1 041 737	48.71%	13.46%	——
2012	1 505 869	1 064 611	57.94%	12.76%	——
2011	1 180 414	899 847	61.70%	14.54%	——
2010	1 043 202	745 338	56.62%	14.83%	——
2009	899 252	619 954	52.80%	16.14%	——
2008	783 366	432 048	36.38%	18.77%	——
2007	639 889	219 186	25.10%	9.20%	——

<sup>1</sup> 参见2017年中央全面深化改革领导小组第三十七次会议审议通过、2017年10月中共中央办公厅与国务院办公厅联合下发的《关于健全统一司法鉴定管理体制的实施意见》。

<sup>2</sup> 一些法院对民事鉴定方面的情况进行了报道。例如，2010年至2014年6月，浙江省全省人民法院共受理民商事案件226万件，对外委托司法鉴定11万件，约占诉讼案件的5%（参见俞世裕、潘广俊、俞晓辉：《构建司法鉴定管理与使用相衔接运行机制的实践与思考》，《中国司法》2015年第12期）。北京市朝阳区人民法院审判事务管理办公室在2009年6月至2010年6月累计收受各类鉴定案件1073件，占同期该院民事收案量的2.31%，加上法官自行承办的部分鉴定事项，该院每100件民事案件，约有2.5件需要鉴定（参见冯莹、王丽英：《委托司法鉴定问题与规制》，《人民法院报》2010年8月16日）。相比民事案件，刑事案件使用鉴定意见的比例更高，针对不同地区三个中院的有限调查表明，几乎每一刑事案件都存在鉴定意见。参见汪建成：《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。

<sup>3</sup> 这一数量其实并没有考虑到诉前当事人或律师事务所等单方委托、并在诉讼中使用的鉴定意见。因此，实际上运用于诉讼中的鉴定意见数量应该超过表1数据。

<sup>4</sup> 参见周强：《最高人民法院工作报告（摘要）——2018年3月9日在第十三届全国人民代表大会第一次会议上》，《人权》2018年第2期。

<sup>5</sup> 相关数据来自于司法部司法鉴定管理部门的相关同志历年在《中国司法鉴定》上分布的相关数据。

第二, 在一些案件类型中, 公检法机关查明案件事实主要依赖司法鉴定意见, 在此意义上, 鉴定意见被誉为“证据之王”。如在故意伤害案件中, 关于损伤程度的鉴定意见决定着被告人的定罪与量刑; 又如借贷纠纷案件中, 借款合同中的签名笔迹鉴定意见关系原告的胜败。

第三, 参与诉讼的各类主体——当事人与公检法机关的办案人员——都是外行, 审查判断鉴定意见大多面临专业知识的不足。特别是在法庭审判阶段, 出现法官过度依赖鉴定意见或者以鉴代审现象, 鉴定人成为法官背后的“法官”。这与法官对其他非技术性的普通证据的审查判断形成鲜明对比。

基于上述三方面, 特别是后两方面原因, 鉴定意见时常在司法实践中成为当事人的争议焦点, 甚至难免出现当事人不满鉴定意见采取各种诉讼内与诉讼外的非常规救济措施。<sup>6</sup> 因此, 如何保障鉴定意见质量、减少鉴定争议及其引发的问题, 一直都是司法鉴定领域的主题。固然从“文革”结束之后我国现代法制建设走上正轨以来, 经过 40 余年的发展, 我国司法鉴定制度发生了大幅度的改进, 但司法鉴定意见的质量与信誉同诉讼实践需要之间还是存在相当大的距离, 司法鉴定制度改革依然是当前与未来国家司法制度改革的主要环节。

有鉴于此, 本文希望对“文革”结束之后至今 40 余年以来我国司法鉴定制度的历史变迁进行检讨。通过制度史的研究视角, 以对当前与未来的司法鉴定制度改革方向作出预测与建议。在论述之前, 需要对研究对象与研究内容进行合理界定:

第一, 关于司法鉴定的制度构成, 大致可分为两个部分。一是司法鉴定管理制度, 包括行政管理与行业管理。司法鉴定管理制度的根本目的, 是保障鉴定人为诉讼提供高质量的司法鉴定意见。二是司法鉴定诉讼制度(包括证据制度), 涉及司法鉴定的启动程序、鉴定意见的证据能力与证明力、鉴定人出庭、鉴定意见的质证与认证等内容。司法鉴定诉讼制度的根本目的, 是为了保证鉴定程序的有序化与公平性, 以及优化法庭对鉴定意见的审查能力。通常, 人们把司法鉴定诉讼制度(包括证据制度)等同于司法鉴定制度。本文打算在这一意义上使用司法鉴定制度。何况, 我们已对司法鉴定管理的制度变迁进行了类型化分析, 为了避免重复研究, 本文的司法鉴定制度主要指司法鉴定的诉讼制度与证据制度。<sup>7</sup>

第二, 司法鉴定制度的主要法律渊源, 来自于不同时期刑事诉讼法、民事诉讼法、行政诉讼法与《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》(以下简称《决定》)等法律, 以及最高法院、最高检察院的司法解释和司法部的行政法规、公安部的办案规定等, 此外还有其他政法部门或单独或联合发布的与鉴定相关的各种规则。这些制度规则涉及刑事司法鉴定、民事司法鉴定与行政诉讼鉴定。但考虑到行政诉讼鉴定与民事司法鉴定的相似性, 以及行政诉讼鉴定数量相对较少的缘故, 本文主要讨论民事司法鉴定与刑事司法鉴定。

## 一、刑事司法鉴定制度的变迁历程

“文革”结束之后, 党和国家逐步将社会治理、经济发展、政权建设纳入法制化轨道。1979 年, 国家颁布建国之后的第一部《中华人民共和国刑事诉讼法》, 正式启动犯罪侦查、起诉与审判的法定化进程。考虑到刑事司法实践中查明案件事实必然会碰到超出普通认知领域的“专门性问题”, 1979 年《刑事诉讼法》引入了鉴定人——有专门知识的人——这一独特的诉讼参与人, 并通过相关条款, 初步形塑了我国刑事司法鉴定制度的基本轮廓:

<sup>6</sup> 参见陈如超:《当事人启动重新鉴定的行动策略——兼论刑事重新鉴定启动机制的合理化改革》,《中国司法鉴定》2013 年第 5 期, 第 1-10 页; 陈如超:《鉴定纠纷及其解决机制》,《证据科学》2017 年第 2 期。

<sup>7</sup> 参见陈如超:《司法鉴定管理制度改革的方向与逻辑》,《法学研究》2016 年第 1 期。

第一,《刑事诉讼法》第31条明确将鉴定结论作为六类法定证据之一。第二,建构了职权型的司法鉴定模式。一方面,《刑事诉讼法》第88条把鉴定作为侦查手段放在《侦查》章,即侦查机关“为了查明案情,需要解决案件中某些专门性问题的时候,应当指派、聘请有专门知识的人进行鉴定”。另一方面,《刑事诉讼法》第109条规定法院认为必要时,可以进行鉴定。<sup>8</sup>据此,公检法机关都获得了依职权启动鉴定的权力。对于当事人来说,他们只在审判阶段可以申请重新鉴定,在侦查阶段,侦查机关只需要把鉴定结论告知被告人,被告人可以申请补充鉴定或重新鉴定,但被害人既不被告知鉴定结论,也无权申请补充鉴定或重新鉴定。<sup>9</sup>此外,至少在法律规范层面,当事人双方没有获得初次鉴定申请权,只能事后被动对公安、司法机关作出的鉴定结论提出补充鉴定或重新鉴定申请。第三,简单地规定了鉴定人的责任与义务。根据《刑事诉讼法》第23条、第89条,鉴定人应当回避、应提供鉴定结论并签名。不过,法律没有规定鉴定人应当出庭作证,法庭对未到庭鉴定人的鉴定结论,只需当庭宣读,然后再听取当事人和辩护人意见即可。<sup>10</sup>

1979年国家建构的刑事司法鉴定的制度性框架,在1996年修正后的《中华人民共和国刑事诉讼法》中基本得到延续。当然,1996年《刑事诉讼法》(包括1998年最高人民法院的司法解释)还是对司法鉴定制度进行了一定程度的拓展。

第一,单位成为法定鉴定主体。根据《刑事诉讼法》第120条,“对于人身伤害的医学鉴定有争议需要重新鉴定或者对精神病的医学鉴定,由省级人民政府指定的医院进行”。<sup>11</sup>第二,鉴定人应当出庭作证。《刑事诉讼法》没有规定鉴定人应当出庭,但最高法院司法解释第144条要求“鉴定人应当出庭宣读鉴定结论,除非经法院准许不出庭的除外”。与此同时,司法解释还增补了鉴定人出庭作证的相关规则。<sup>12</sup>第三,职权型鉴定模式略有松动——法院依职权启动鉴定限定在调查核实证据方面,而不是认为有必要就可以鉴定,<sup>13</sup>这应当与我国“超职权主义”诉讼模式向“抗辩式”诉讼模式转型有关。此外,1996年《刑事诉讼法》第120条、121条、122条还分别规定鉴定人故意作虚假鉴定应当承担法律责任、被害人在侦查阶段可以申请补充鉴定与重新鉴定以及对犯罪嫌疑人作精神病鉴定的期间不计入办案期限。

从法律条文的精神与司法实践来看,1996年《刑事诉讼法》并未改变1979年《刑事诉讼法》型构的刑事司法鉴定制度的基本框架,职权型鉴定模式一如既往,“鉴定人应当出庭”的宣言式规定依旧让书面鉴定结论畅通无阻。这一稳定的制度性结构在2010年两高三部出台的《关于办理死刑

<sup>8</sup> 1979年《刑事诉讼法》第109条规定:“人民法院在必要的时候,可以进行勘验、检查、搜查、扣押和鉴定。”

<sup>9</sup> 1979年《刑事诉讼法》第90条规定,侦查机关应将“用作证据的鉴定结论应当告知被告人。如果被告人提出申请,可以补充鉴定或者重新鉴定”。第117条规定,“法庭审理过程中,当事人和辩护人有权申请通知新的证人到庭,调取新的物证,申请重新鉴定或者勘验”。

<sup>10</sup> 1979年《刑事诉讼法》第116条规定,“审判人员对未到庭的证人的证言笔录、鉴定人的鉴定结论、勘验笔录和其他作为证据的文书,应当当庭宣读,并且听取当事人和辩护人的意见”。

<sup>11</sup> 1998年最高法院司法解释第60条规定,“人民法院在开庭审理时,对省级人民政府指定的医院作出的鉴定结论,经质证后,认为有疑问,不能作为定案根据的,可以另行聘请省级人民政府指定的其他医院进行补充鉴定或者重新鉴定。”另外,该司法解释第59条还规定,“当事人对鉴定结论有疑问的,人民法院可以指派或者聘请有专门知识的人或者鉴定机构,对案件中的某些专门性问题进行补充鉴定或者重新鉴定”。可见司法解释明确规定鉴定机构可以成为鉴定主体。

<sup>12</sup> 1996年《刑事诉讼法》第145、146、148条规定,向鉴定人发问,应当先由要求传唤的一方进行;发问完毕后,对方经审判长准许,也可以发问。询问鉴定人应当遵循以下规则:发问的内容应当与案件的事实相关;不得以诱导方式提问;不得威胁鉴定人;不得损害鉴定人的人格尊严;审判人员认为有必要时,可以询问鉴定人。

<sup>13</sup> 1996年《刑事诉讼法》第58条规定,“法庭审理过程中,合议庭对证据有疑问的,可以宣布休庭,对证据进行调查核实。人民法院调查核实证据,可以进行勘验、检查、扣押、鉴定和查询、冻结”。这与1979年《刑事诉讼法》第109条规定——法院认为必要时就可以鉴定——有所不同。

案件审查判断证据若干问题的规定》中并未得到突破，只是从公检法机关的角度对鉴定意见的审查判断进行了完善：

第一，明确公检法机关审查鉴定意见的主要内容。<sup>14</sup> 第二，针对鉴定意见建立了强制性的证据排除规则。排除鉴定意见的情况包括三种，违反鉴定程序的鉴定意见、证明力不可靠或存疑的鉴定意见、存在鉴定瑕疵的鉴定意见。<sup>15</sup> 有趣的是，与人证、物证等其他类证据的排除不同，瑕疵类鉴定意见不能通过补正或作出合理解释获得公检法机关的采信。第三，列举了公检法机关对“有疑问鉴定意见”的两种解决机制。根据上述规定第 24 条，“对鉴定意见有疑问的，人民法院应当依法通知鉴定人出庭作证或者由其出具相关说明，也可以依法补充鉴定或者重新鉴定”。这说明在控辩双方或法官对鉴定意见有疑问的时候，鉴定人出庭依然不是唯一甚至第一选择，鉴定人可以出具书面说明，公检法机关也可以启动补充或重新鉴定。

总体来看，两高三部的上述规定对鉴定意见的审查内容与排除鉴定意见的若干情形做了规定，可以作为公检法机关的操作指南。尽管这是基于冤假错案与鉴定意见存在一定的关联而在公检法机关办理的死刑案件中进行规定，<sup>16</sup> 但其他案件对鉴定意见进行审查同样需要予以参照，因此这些规定基本都被最高法院、最高检察院就 2012 年《刑事诉讼法》所做的司法解释以及 2012 年《公安机关办理刑事案件程序规定》所吸收。

进入 21 世纪之后，随着冤假错案不断曝光，以及 1996 年《刑事诉讼法》已经难以满足刑事司法需要，2012 年国家再度颁布修正后的《中华人民共和国刑事诉讼法》，对刑事司法鉴定进行了迄今为止最大程度的制度改进。

第一，将鉴定结论改为鉴定意见，从而与 2005 年全国人大常委会颁布的《关于司法鉴定管理问题的决定》对鉴定意见的表述保持一致。毕竟，鉴定意见是基于鉴定人个人知识基础上出具的一种意见，谈不上结论。<sup>17</sup> 第二，2012 年《刑事诉讼法》试图解决的一个核心问题，是在有争议的案件中如何保障鉴定人出庭，从而减少法院对书面鉴定意见的过度依赖。具体措施包含两方面，一是

<sup>14</sup> 根据《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》第 23 条，审查鉴定意见的内容包括：（一）鉴定人是否存在应当回避而未回避的情形。（二）鉴定机构和鉴定人是否具有合法的资质。（三）鉴定程序是否符合法律及有关规定。（四）检材的来源、取得、保管、送检是否符合法律及有关规定，与相关提取笔录、扣押物品清单等记载的内容是否相符，检材是否充足、可靠。（五）鉴定的程序、方法、分析过程是否符合本专业的检验鉴定规程和技术方法要求。（六）鉴定意见的形式要件是否完备，是否注明提起鉴定的事由、鉴定委托人、鉴定机构、鉴定要求、鉴定过程、检验方法、鉴定文书的日期等相关内容，是否由鉴定机构加盖鉴定专用章并由鉴定人签名盖章。（七）鉴定意见是否明确。（八）鉴定意见与案件待证事实有无关联。（九）鉴定意见与其他证据之间是否有矛盾，鉴定意见与检验笔录及相关照片是否有矛盾。（十）鉴定意见是否依法及时告知相关人员，当事人对鉴定意见是否有异议。

<sup>15</sup> 《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》没有对上述三种排除类型进行区分，而是统一规定在第 24 条：（一）鉴定机构不具备法定的资格和条件，或者鉴定事项超出本鉴定机构项目范围或者鉴定能力的；（二）鉴定人不具备法定的资格和条件、鉴定人不具有相关专业技术或者职称、鉴定人违反回避规定的；（三）鉴定程序、方法有错误的；（四）鉴定意见与证明对象没有关联的；（五）鉴定对象与送检材料、样本不一致的；（六）送检材料、样本来源不明或者确实被污染且不具备鉴定条件的；（七）违反有关鉴定特定标准的；（八）鉴定文书缺少签名、盖章的；（九）其他违反有关规定的情形。关于证据排除类型的相关研究，参见陈瑞华：《刑事证据法》，北京大学出版社 2018 年版，第 181~191 页。

<sup>16</sup> 参见郭华：《侦查机关内设鉴定机构鉴定问题的透视与分析——13 起错案涉及鉴定问题的展开》，《证据科学》2008 年第 4 期。

<sup>17</sup> 参见黄太云：《刑事诉讼法修改释义》，《人民检察》2012 年第 8 期。

鉴定人不出庭, 鉴定意见不能作为定案根据; 二是保障鉴定人及其家属的人身安全。<sup>18</sup> 但遗憾的是, 2012 年《刑事诉讼法》并没有规定相关主体对鉴定人因出庭产生的误工费、交通费、住宿费的制度补贴。第三, 为了解决控辩双方无法有效质证鉴定意见的短板, 2012 年《刑事诉讼法》创建了专家辅助人制度。<sup>19</sup> 除此之外, 2012 年《刑事诉讼法》也删除了 1996 年《刑事诉讼法》允许省级人民政府指定的医院对人身伤害医学鉴定进行重新鉴定或者对精神病进行医学鉴定的条款, 这意味着刑事司法鉴定的主体, 只能是鉴定人个人。

2012 年最高法院司法解释首先吸收了 2010 年两高三部《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》中关于审查鉴定意见相关内容的规定与鉴定意见强制排除规则。其次, 司法解释对 2012 年《刑事诉讼法》关于司法鉴定的个别条款进行了细化。第一, 明确规定鉴定人应该出庭而没有出庭的两种处理方式。根据司法解释第 86 条, 鉴定人由于不能抗拒的原因或者有其他正当理由无法出庭的, 人民法院可以根据情况决定延期审理或者重新鉴定; 但对没有正当理由拒不出庭作证的鉴定人, 人民法院则应当通报司法行政机关或者有关部门。第二, 司法解释规定了法院在法庭审判阶段保护鉴定人的相关操作措施。<sup>20</sup> 第三, 完善了专家辅助人制度。根据司法解释第 217 条, 公诉人、当事人 (及其辩护人、诉讼代理人) 申请专家辅助人出庭就鉴定意见提出意见时应当说明理由; 并且出庭专家辅助人数量不得超过二人, 当然, 有多种类鉴定意见的, 可以相应增加人数。

最后, 司法解释第 87 条创建了检验人制度。检验人参与刑事司法有两个条件: 一是对案件中的专门性问题需要鉴定; 二是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。检验人提交的是检验报告, 检验报告只可以作为法官定罪量刑的参考。然而, 当检验人经法院通知拒不出庭作证时, 检验报告则不得作为法官定罪量刑的参考。实际上, 根据司法实践, 检验报告只是法院对司法行政机关管理的四大类之外的鉴定机构或鉴定人作出的专家意见的代称。就其本质而言, 检验报告等同于鉴定意见, 检验人其实就是鉴定人。因此这一制度依然属于鉴定制度, 只不过规避了当事人对作出检验意见的鉴定机构或鉴定人法定资质的质疑。<sup>21</sup>

2018 年《刑事诉讼法》经历了 1979 年以来的第三次修正, 但关于鉴定制度的规定与 2012 年《刑事诉讼法》完全相同。不过, 2017 年最高法院出台的《人民法院办理刑事案件第一审普通程序法庭调查规程 (试行)》, 则对现行《刑事诉讼法》与司法解释有所突破。根据该《规程》第 26 条, 控辩双方申请出庭的专家辅助人, 既可以向鉴定人发问, 也可以对案件中的专业性问题提出意见;

<sup>18</sup> 参见 2012 年《刑事诉讼法》第 187 条, “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。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”。《刑事诉讼法》第 62 条规定, “对于危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪、毒品犯罪等案件, 鉴定人因在诉讼中作证, 本人或者其近亲属的人身安全面临危险的, 公检法机构应当采取以下一项或者多项保护措施: (一) 不公开真实姓名、住址和工作单位等个人信息; (二) 采取不暴露外貌、真实声音等出庭作证措施; (三) 禁止特定的人员接触证人、鉴定人、被害人及其近亲属; (四) 对人身和住宅采取专门性保护措施; (五) 其他必要的保护措施。证人、鉴定人、被害人认为因在诉讼中作证, 本人或者其近亲属的人身安全面临危险的, 可以向人民法院、人民检察院、公安机关请求予以保护。人民法院、人民检察院、公安机关依法采取保护措施, 有关单位和个人应当配合”。

<sup>19</sup> 2012 年《刑事诉讼法》第 192 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。法庭对于上述申请, 应当作出是否同意的决定”。

<sup>20</sup> 2012 年最高法院司法解释第 209 条规定, “审判危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪、毒品犯罪等案件, 证人、鉴定人、被害人因出庭作证, 本人或者其近亲属的人身安全面临危险的, 人民法院应当采取不公开其真实姓名、住址和工作单位等个人信息, 或者不暴露其外貌、真实声音等保护措施。审判期间, 证人、鉴定人、被害人提出保护请求的, 人民法院应当立即审查; 认为确有保护必要的, 应当及时决定采取相应保护措施”。第 210 条规定, “决定对出庭作证的证人、鉴定人、被害人采取不公开个人信息的保护措施的, 审判人员应当在开庭前核实其身份, 对证人、鉴定人如实作证的保证书不得公开, 在判决书、裁定书等法律文书中可以使用化名等代替其个人信息”。

<sup>21</sup> 参见涂舜: 《刑事检验报告的实证研究——评最高法院〈关于适用刑事诉讼法的解释〉第 87 条》, 《甘肃政法学院学报》2018 年第 3 期。

同时,必要时,法院可依职权通知专家辅助人出庭。<sup>22</sup> 可以看到,《规程》重塑了刑事司法中的专家辅助人制度,拓展了专家辅助人的功能,并赋权法官聘请专家辅助人。

此外,《规程》第52条规定专家辅助人与鉴定人同时出庭,且专家辅助人对鉴定意见提出质疑时,鉴定意见的采信规则:鉴定人能够作出合理解释,并与相关证据印证的,可以采信鉴定意见;不能作出合理解释,无法确认鉴定意见可靠性的,鉴定意见不能作为定案的根据。<sup>23</sup>

## 二、民事司法鉴定制度的变迁历程

相较1979年《刑事诉讼法》,国家于1982年才颁布《中华人民共和国民事诉讼法(试行)》。同样,1982年《民事诉讼法》涉及鉴定的条文也过度简约,只粗略地建构了民事司法鉴定的大致轮廓。

其一,鉴定结论是法官认定案件事实的法定证据种类。其二,确立了民事司法鉴定的法官垄断主义。司法鉴定由法官依职权启动,当事人只能向法院申请重新鉴定。法庭审判阶段,当事人向鉴定人发问,需要法庭许可。<sup>24</sup> 其三,定格了鉴定人的权责体系。根据《民事诉讼法》第40条与第63条,鉴定人需要回避,应当根据法院指派出具鉴定结论,并在鉴定书签名或盖章和加盖单位公章。而在权利方面,根据《民事诉讼法》第63条,鉴定人根据鉴定需要,可以了解鉴定过程需要的案件材料以及询问当事人、证人。另外,《民事诉讼法》第77条还规定,当事人对鉴定人进行侮辱、毁谤、诬陷、殴打或者以其他方法打击报复的,法院可以根据情节轻重,予以训诫、责令具结悔过或者予以罚款、拘留,构成犯罪的,依法追究刑事责任。

应当说,处于试行阶段的1982年《民事诉讼法》,创建的民事司法鉴定制度过于粗疏,且法官与当事人之间在鉴定方面的权力或权利配置严重失衡。然而,这一局面并没随着1991年《中华人民共和国民事诉讼法(修正)》得到任何改进,除了对法院排他性的鉴定决定权进行语词表述的变换。<sup>25</sup>

但从20世纪80年代末期开始,国家启动了民事审判方式改革,旨在弱化法官权力与强化当事人的诉讼主体地位。这一趋势在2001年《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《若干规定》)中得到反映,并促使民事司法鉴定制度得到一定程度的细化与改进。

第一,完善了民事鉴定的启动程序。首先,限制了当事人申请初次鉴定的时间。《若干规定》第25条要求除重新鉴定外,当事人申请鉴定应当在举证期限内提出。其次,明确了当事人申请重新鉴定以及法官决定重新鉴定的具体条件。<sup>26</sup> 再次,赋予对需要鉴定的事项负有举证责任的当事人必

<sup>22</sup> 参见《人民法院办理刑事案件第一审普通程序法庭调查规程(试行)》第26条,“控辩双方可以申请法庭通知有专门知识的人出庭,协助本方就鉴定意见进行质证。有专门知识的人可以向鉴定人发问,或者对案件中的专业性问题提出意见。申请有专门知识的人出庭,应当提供人员名单,并不得超过二人。有多种类鉴定意见的,可以相应增加人数。必要时,法庭可以依职权通知有专门知识的人出庭”。

<sup>23</sup> 参见2017年《人民法院办理刑事案件第一审普通程序法庭调查规程(试行)》第52条,“有专门知识的人当庭对鉴定意见提出质疑,鉴定人能够作出合理解释,并与相关证据印证的,可以采信鉴定意见;不能作出合理解释,无法确认鉴定意见可靠性的,有关鉴定意见不能作为定案的根据”。

<sup>24</sup> 1982年《民事诉讼法》第63条固定,“人民法院需要解决专门性问题时,有关部门有义务按照人民法院的通知,指派有专业知识的人进行鉴定。”第108条规定,“当事人经法庭许可,可以向证人、鉴定人、勘验人发问。当事人人可以要求重新进行鉴定、调查或者勘验,是否准许,由人民法院决定”。

<sup>25</sup> 1992年《民事诉讼法》第72条明确规定,“人民法院对专门性问题认为需要鉴定的,应当交由法定鉴定部门鉴定;没有法定鉴定部门的,由人民法院指定的鉴定部门鉴定”。

<sup>26</sup> 2001年《若干规定》第27条规定,“当事人对人民法院委托的鉴定部门作出的鉴定结论有异议申请重新鉴定,提出证据证明存在下列情形之一的,人民法院应予准许:(一)鉴定机构或者鉴定人员不具备相关的鉴定资格的;(二)鉴定程序严重违法的;(三)鉴定结论明显依据不足的;(四)经过质证认定不能作为证据使用的其他情形。对有缺陷的鉴定结论,可以通过补充鉴定、重新质证或者补充质证等方法解决的,不予重新鉴定”。

要的责任负担。具体来说,根据《若干规定》第25条,在法院指定期限内无正当理由不提出鉴定申请,或者不预交鉴定费用,或者拒不提供相关材料,致使对案件争议的事实无法通过鉴定结论予以认定的,当事人应当对该事实承担举证不能的法律后果。复次,确立了当事人协商选择鉴定机构的优先原则。《若干规定》第26条指出,当事人申请鉴定经法院同意后,由双方当事人协商确定有鉴定资格的鉴定机构、鉴定人员,协商不成的,才由人民法院指定。最后,允许当事人提供单方委托获得的鉴定意见,但对方当事人有证据足以反驳并申请重新鉴定的,法院应当准许。<sup>27</sup>

第二,细化鉴定人出庭制度。鉴定人应当出庭,确因特殊原因无法出庭的,可经法院允许提供书面答复意见。鉴定人出庭后,当事人经法院同意后可以向鉴定人发问,但不得侮辱、威胁鉴定人。<sup>28</sup>但在与鉴定人出庭相关的配套制度方面,《若干规定》只是笼统要求对鉴定人的合法权益依法保护,以及重申当事人或者其他诉讼参与人对鉴定人打击报复的,应依照1992年《民事诉讼法》第102条的规定处理。

第三,首创了我国司法领域的专家辅助人制度。根据《若干规定》第61条,当事人可以向法院申请由1-2名具有专门知识的人出庭就案件的专门性问题进行说明。围绕该制度,《若干规定》形成了配套的制度体系:聘请专家辅助人的有关费用,由提出申请的当事人负担;法官和当事人可以对出庭的专家辅助人进行询问;经法官准许,当事人各自申请的专家辅助人可就案件中的有关问题进行对质;专家辅助人也可以对鉴定人询问。

此后,无论是2007年修正的《中华人民共和国民事诉讼法》、还是2008年修正的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》,都没有改动鉴定制度。直到2012年《中华人民共和国民事诉讼法》,才把2001年《规定》中的部分鉴定制度吸收进来。

其一,与2012年《刑事诉讼法》同步,《民事证据法》第63条也将鉴定结论改为鉴定意见。其二,从《民事证据法》的高度建构民事鉴定启动制度。根据《民事证据法》第76条,当事人可以向法院申请鉴定,并协商确定具备资格的鉴定人,协商不成,由法院指定。法院也可以依职权启动鉴定。其三,规范鉴定人出庭。鉴定人的出庭条件有两个:一是当事人对鉴定意见有异议;二是法院认为鉴定人有必要出庭。同时,鉴定人经法院通知不出庭,则鉴定意见不得作为定案根据,且当事人可以要求当事人返还鉴定费。<sup>29</sup>其四,引入专家辅助人制度。当事人可以向法院申请专家辅助人出庭。专家辅助人的制度功能,是代表当事人对鉴定意见质证,或者案件事实涉及的专业问题提出意见。<sup>30</sup>

最高法院针对2012年《民事证据法》的司法解释直到2015年才姗姗来迟。司法解释在两方面细化了民事鉴定制度:第一,民事鉴定启动制度。根据司法解释第121条,当事人申请鉴定,可以在举证期限届满前提出;但当事人申请的鉴定事项,应当与待证事实相关,或者对待证事实有意义,否则人民法院不予准许;法院依职权委托鉴定,在指定鉴定机构之前,应听取当事人意见。此外,根据《民事证据法》第399条,审查再审申请期间,再审申请人申请法院委托鉴定的,法院不予准许。

第二,细化专家辅助人制度。司法解释第122条规定,当事人申请专家辅助人的时间是在举证

<sup>27</sup> 2001年《若干规定》第28条,“一方当事人自行委托有关部门作出的鉴定结论,另一方当事人有证据足以反驳并申请重新鉴定的,人民法院应予准许”。

<sup>28</sup> 2001年《若干规定》第59条要求鉴定人应当出庭接受当事人质询。但鉴定人确因特殊原因无法出庭的,经法院准许,可以书面答复当事人的质询。第60条,“经法庭许可,当事人可以向证人、鉴定人、勘验人发问。询问证人、鉴定人、勘验人不得使用威胁、侮辱及不当引导证人的言语和方式”。

<sup>29</sup> 2012年《民事证据法》第78条规定,“当事人对鉴定意见有异议或者人民法院认为鉴定人有必要出庭的,鉴定人应当出庭作证。经人民法院通知,鉴定人拒不出庭作证的,鉴定意见不得作为认定事实的根据;支付鉴定费用的当事人可以要求返还鉴定费用”。

<sup>30</sup> 2012年《民事证据法》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”。



期限届满前,申请人数限制在两名以内;专家辅助人在法庭上就专业问题提出的意见,视为当事人陈述;提出申请的当事人负担专家辅助人费用。

### 三、司法鉴定制度变迁的整体评价

在司法鉴定制度40余年的发展中,刑事司法鉴定制度与民事司法鉴定制度的变迁历程并不完全同步,且基于诉讼类型与制度结构的不同而存在一些差异。

#### (一) 刑事司法鉴定制度的变迁趋势及其特征

纵观1979~2018年40余年间刑事司法鉴定制度的变迁趋势,可以看到1979年《刑事诉讼法》造就了我 国司法鉴定制度的基本格局。这一格局表现为四个典型特征:

第一,法庭审判对书面鉴定结论的依赖与偏爱。书面鉴定结论的盛行,基于三个原因。一是法律根本没有赋予鉴定人出庭义务;二是缺失与鉴定人出庭相配套的制度措施,包括鉴定人出庭的作证规则、出庭的人身安全与经济补偿、应当出庭而不出庭的制裁措施。三是案件笔录卷宗中心主义的盛行以及以印证证明为模式的证据采信制度,结构化地压抑了法庭对鉴定人出庭的实践需求。

第二,侦鉴混同。立法形式与司法实践都把刑事鉴定作为侦查机关侦查破案的工具、手段,鉴定被定位为侦查措施,而非证据调查手段,这就决定了刑事鉴定在侦查阶段的秘密性与封闭性,在侦查过程中,鉴定结论是否应当告知当事人,则由侦查人员自由裁量。与此相适应,公安机关配置了我国最为庞大的技术机构,并且隶属侦查机关;同时,技术人员集鉴定职能与其他技术职能(如现场勘验)、侦查职能于一体,侦鉴不分,由此导致技术人员犯罪面临追诉与鉴定中立的角色冲突,结果造成侦查程序中的鉴定人回避、出庭作证等措施难以实施。<sup>31</sup>

第三,刑事鉴定的国家垄断主义。公检法机关在各自主导的诉讼阶段,几乎可以排他性地支配刑事鉴定的启动程序,而且《刑事诉讼法》完全排除了当事人的私自鉴定。根据《刑事诉讼法》条文的字面意思,当事人只能申请补充鉴定与重新鉴定,他们无法参与公检法机关对鉴定机构或鉴定人的选择,更不可能在必要的时候监督、见证鉴定过程。因此,作为收集证据的司法鉴定,完全蜕变为作为侦查手段的侦查鉴定,权力色彩过于鲜明,当事人的权利属性几乎完全被忽略,这恰恰是刑事司法鉴定不断引发争议以及一些学者认为侦查机关鉴定机构需要被剥离的重要原因。<sup>32</sup>

第四,鉴定人的权利与责任体系几乎完全处于无规范状态。鉴定意见的质量基本取决于鉴定人的业务素质与个人良心。缺乏责任体系约束的鉴定人,很容易丧失中立立场,特别是在侦查机关的权力结构体系中,受到侦查案情(如口供)、领导权力、破案压力的影响而出现错误鉴定。

1979年《刑事诉讼法》为司法鉴定奠定的制度框架,虽然后来经过三次修改与司法解释的逐步完善,但其基本结构并没有发生实质性的范式变迁。

第一,对书面鉴定意见的依赖没有发生明显变化。鉴定人出庭义务、条件的规定与鉴定人人身权利保障的强化以及专家辅助人出庭质证鉴定意见等相关措施的配套,可以说是我国刑事司法鉴定制度40年余年的历史变迁中发生的最主要变化,并在一定程度上改变了我国司法实践中一直饱受诟病的鉴定人不出庭的司法弊病。但由于刑事起诉的“全案卷宗移送主义”,法院依然依赖书面卷宗以及利用印证的方式采信鉴定意见,而且法官掌握着鉴定人、专家辅助人出庭的最终决定权,当事人并无救济措施,所以鉴定人出庭仍旧是例外。此外,专家辅助人身份不明,专家意见效力不定,专家辅助人出庭也未以鉴定人出庭为条件,这都影响了庭审阶段专家辅助人对鉴定意见的质证质量。

<sup>31</sup> 参见郭华:《切实保障刑事诉讼中司法鉴定条款的实施》,《法学》2012年第6期。

<sup>32</sup> 参见陈永生:《中国司法鉴定体制的进一步改革——以侦查机关鉴定机构的设置为中心》,《清华法学》2009年第4期。

第二, 侦查混同的状况几乎没有改变。有关鉴定的规定依然放在《刑事诉讼法》的“侦查”章节, 审判阶段的鉴定只是法官庭外调查核实证据的手段, “证据”章节只涉及把鉴定意见作为法定的证据种类以及对鉴定人及其亲属的人身安全保障, 这导致鉴定在侦查中的证据性质被侦查行为的性质所吞噬。<sup>33</sup> 一些地方侦查机关对司法鉴定与勘验、检查等侦查手段进行工作机制层面的内部调整, 但其实并没有触及侦查混同的制度本身。

第三, 刑事鉴定依然偏向国家垄断主义。控辩式的法庭审判模式与以庭审为中心的司法制度改革, 同样没有动摇审前阶段公安、检察机关对刑事鉴定的绝对控制, 即便在庭审阶段, 法院依然牢牢控制鉴定启动、鉴定人出庭、专家辅助人出庭等与鉴定相关的重要权力。而且, 对于当事人来说, 《刑事诉讼法》至今都没有赋予他们初次鉴定启动权。《刑事诉讼法》没有规定重新鉴定的启动条件, 鉴定人出庭、专家辅助人的出庭条件也过于抽象, 这都赋予公检法机关毫不受限的自由裁量权。至于让当事人参与鉴定机构或鉴定人的选择以获得他们对鉴定意见的认同, 则更无从谈起。

第四, 鉴定人的权责体系亟待完善。就目前来看, 鉴定人权利保障的最大问题, 是《刑事诉讼法》没有规定鉴定人出庭的经济补偿制度。这与证人形成了鲜明对比。与此同时, 如何通过制度保障侦查机关的鉴定人中立, 避免鉴定人与侦查人员角色的重叠性, 也是未来刑事鉴定制度亟需改革之处。

## (二) 民事司法鉴定制度的变迁趋势及其特征

1982年《民事诉讼法》同样形塑了我国民事司法鉴定制度的基本框架。其一, 司法鉴定的国家垄断主义, 即法官垄断鉴定启动与鉴定机构或鉴定人选任, 当事人只能向法院申请重新鉴定。其二, 书面鉴定结论畅通无阻。法律默认鉴定人不出庭, 也没有鉴定人出庭作证的制度配套, 鉴定结论的法庭调查过于原则。这就导致法官过度依赖鉴定意见定案, 书面鉴定结论成为法官定案的主要依据。其三, 鉴定人权责体系过度简约。除了鉴定人需要回避、受聘之后有义务出具鉴定结论外, 鉴定人几乎无需承担其他任何责任, 尤其是错鉴责任。当然, 鉴定人同样也没有获得实质性的权利保障。

尽管从1982年开始, 《民事诉讼法》都规定当事人对鉴定人进行侮辱、毁谤、诬陷、殴打或者以其他方法打击报复的, 法院可以对当事人采取制裁措施。但纵观近四十年的民事司法实践, 这一权利基本被虚置, 成为纸面宣言, 鉴定人出庭的人身安全隐患问题至今还难以落实。<sup>34</sup>

1982年《民事诉讼法》确立的民事司法鉴定制度的基本格局, 除了关于鉴定的个别语词措辞的变化外, 并未随着1991年《民事诉讼法》与2007年《民事诉讼法》的修订步伐而变迁。当然, 2001年《规定》在制度层面是一个较大突破, 从鉴定启动机制、鉴定机构与鉴定人选任、重新鉴定、专家辅助人制度、法庭对鉴定意见的审查等方面进行了细化或制度创新。然而, 由于司法解释的效力位阶以及《规定》整体上过于超前而缺乏可行性, 很多在当时的社会条件下堪称先进的规定却未能逃脱纸上谈兵的命运。<sup>35</sup>

不过, 与刑事司法浓厚的职权主义色彩相比, 从20世纪80年代末开启的民事审判方式改革, 其主线一直在于弱化法官职权, 强化当事人的权利与责任。2012年《民事诉讼法》以及2015年最高法院司法解释, 在借鉴《决定》相关条款、吸收司法实践做法以及参照国外法治发达国家经验的基础上, 对民事司法鉴定制度进行了大幅度的改进, 主要表现在三个方面: 一是在鉴定启动、鉴定机构选择方面, 弱化了法官权力, 强化了当事人的参与权, 甚至法官依职权启动鉴定也应听取当事人意见; 二是规定鉴定人出庭义务, 强化鉴定人出庭责任以及不出庭的后果倒逼鉴定意见质量; 三

<sup>33</sup> 参见郭华:《切实保障刑事诉讼中司法鉴定条款的实施》,《法学》2012年第6期。

<sup>34</sup> 参见陈如超:《民事司法中的当事人鉴及其法律治理》,《证据科学》2015年第3期。

<sup>35</sup> 参见周一颜:《关于福建法院民事诉讼鉴定司法实务的调研报告》,《东南司法评论》(2015年卷),第127页。

是建构专家辅助人制度,强化专家辅助人对鉴定意见的质证,并创造性地赋权当事人聘请专家辅助人对无需鉴定的专业性问题直接提供专家意见。就此而言,我国民事司法鉴定的功能,正逐步由辅助法官断案的单一性功能,转变为辅助法官断案与充实当事人诉讼攻击防御方法的双重功能。<sup>36</sup>

客观地说,在法律层面,我国民事司法鉴定的整体格局还是发生了很大变化,但依旧没有颠覆法官对整个鉴定程序的控制,他们很少受到当事人权利的实质性制约。例如,法官作出拒绝启动鉴定或重新鉴定、拒绝通知鉴定人与专家辅助人出庭的决定后,当事人并无法律方面的救济措施,法官也毋庸说理。而《民事诉讼法》又对鉴定人、专家辅助人的出庭条件以及启动鉴定的条件都没有规定,或者规定得过于抽象,这都为法官留下了大量的自由裁量空间。

其次,法官“以鉴代审”,过度依赖鉴定意见定案的现象也未根本改变,具体表现为:一是法官可以任意启动鉴定,对无须鉴定的事实问题委诸鉴定人鉴定;<sup>37</sup>二是在存在鉴定争议的场合,法官要么启动重新鉴定,通过鉴定意见之间的印证来定案;要么拒绝重新鉴定,直接以鉴定意见定案。而追溯法官以鉴代审的原因,则很大程度上源于当事人缺乏对鉴定意见的有效质证以及法官无力审查判断鉴定意见。尽管当事人可以申请鉴定人,特别是专家辅助人出庭,但鉴定人与专家辅助人的出庭费用本身对普通的当事人来说,就是一种额外的经济压力。

最后,鉴定人的权责体系有待加强。一方面,民事司法鉴定对鉴定人约束不足,鉴定人错误鉴定难被追责,鉴定人超期鉴定无法有效应对。另一方面,《民事诉讼法》缺乏对鉴定人完整的权利保障体系。鉴定人出庭的人身安全、经济补偿、人格尊严等方面的权益或者没有规定,或者过于原则,而法院有时也怠于维护鉴定人的合法权益。

## 四、司法鉴定制度的改革趋势

我国司法鉴定制度 40 余年的制度变迁历史证明,民事司法鉴定与刑事司法鉴定从最初几乎完全同构的制度模式中逐步分道扬镳。相比刑事诉讼倾向把司法鉴定视为公检法机关查明案件事实的手段,民事诉讼开始把司法鉴定塑造为辅助法官断案与维护当事人权益的双重角色。这一目的/功能的差异,显然受制于刑事司法与民事司法的诉讼目的/功能的差异,即刑事司法的目的主要是查明案件事实、实现国家控制犯罪的法律政策,而民事司法的目的主要是解决纠纷。当然,随着刑事司法从犯罪控制压倒人权保障目的到注重犯罪控制与人权保障的双重目的的转型后,当事人在刑事鉴定方面的权利有些强化,例如可以聘请专家辅助人出庭质证鉴定意见,但总体来看,这并没有改变刑事鉴定的根本属性。当然,即便是民事司法鉴定制度的改革,离其实现双重目的也还有相当距离。

基于上述分析,本文认为,我国司法鉴定制度的总体变革趋势应体现在如下四个方面。

### (一) 强化司法鉴定的权利属性

民事司法鉴定中当事人的权利强化需要体现在两方面。其一,程序救济权。目前民事司法鉴定的启动、鉴定人与专家辅助人的出庭均需要获得法官同意或须经法官通知。然而,当法官拒绝同意或拒绝通知时,《民事诉讼法》与最高法院司法解释都没有赋予当事人救济权。完善当事人的程序救济权是民事司法鉴定制度改革的关键。由于我国司法鉴定制度把鉴定人定位为中立的诉讼参与者,以及社会鉴定机构、鉴定人鉴定质量参差不齐,所以可以预料,在很长一段时间内,当事人有权直接委托鉴定人进行司法鉴定的制度改革都不会有太大的现实可能性,而且专家辅助人庭审提供专业

<sup>36</sup> 参见陈刚:《我国民事诉讼领域有关鉴定的问题与对策》,《中国司法鉴定》2012年第5期。

<sup>37</sup> 参见邱爱民、常林:《论法官直接认知与司法鉴定的区分》,《中国司法鉴定》2010年第3期。

意见（司法解释规定视为当事人意见）也在某种程度上弥补了当事人不能直接聘请鉴定人的制度缺陷。其二，专家辅助人的功能延伸。当前《民事诉讼法》只把专家辅助人的功能局限在庭审，这显然限制了专家辅助人的法律功能。专家辅助人理应从当事人申请鉴定开始，就直接介入诉讼过程，辅助当事人拟定鉴定申请、选择鉴定机构、准备鉴定材料、监督鉴定过程等。

有趣的是，我国刑事诉讼的改革在不断推进，但刑事司法鉴定制度除强化鉴定人出庭与允许当事人聘请专家辅助人外，其主体模式依然停留于上世纪 80 年代。刑事司法鉴定应以民事司法鉴定为模板，建构同时具有权力与权利属性的刑事鉴定制度。首先，完善鉴定启动程序。法律应当赋予当事人申请初次鉴定的权利；对于公检法机关拒绝启动初次鉴定、重新鉴定，当事人应有救济权；赋予当事人参与公检法机关启动鉴定时选择鉴定机构与鉴定人的权利；完善初次鉴定、重新鉴定的启动条件、证明责任以及程序性裁判机制。其次，完善鉴定人、专家辅助人出庭制度。明确当事人申请鉴定人、专家辅助人的出庭条件，以及法院拒绝他们出庭的救济措施。再次，完善专家辅助人制度。将当事人聘请专家辅助人的权力延伸到侦查阶段，以便为当事人在庭前阶段提供技术服务，减少法庭审判阶段的鉴定争议。<sup>38</sup>

## （二）合理控制公检法机关的鉴定权力

在民事诉讼中，应在实体与程序两方面弱化或控制法院的鉴定权力：在实体方面，为了避免法官偏爱以鉴代审，法官需要说明依职权启动鉴定或重新鉴定的原因，以及在裁判文书中阐述采纳采信鉴定意见的理由。在程序方面，则要对法官启动鉴定程序、选择鉴定机构、通知鉴定人与专家辅助人出庭的权力进行约束，比如明确各种程序的启动条件，以及赋予当事人权利对法官权力进行制约。当然，相对于民事司法鉴定，刑事司法鉴定的权力控制更有必要，但也更困难。

一方面，国家垄断性的司法鉴定制度需要弱化。弱化的方式，则是对公检法机关行使的各种鉴定权力从实体与程序两个方面进行制约。例如，重新鉴定的启动，既要从实体上制定重新鉴定的启动条件，也要从程序上赋予当事人不满法院决定的救济措施。又如，对于侦查机关的鉴定，检察机关应进行适时监督，当事人也可以向检察机关提出监督申请。

另一方面，侦查鉴定的弱化。侦查机关的鉴定机构完全是为侦查破案服务，鉴定人同时也是侦查人员。为了避免侦查鉴定，实现司法鉴定与侦查鉴定的分离，则需要从组织结构与人员编制方面进行改变。随着大数据侦查模式的盛行，当前侦查机关的鉴定机构对侦查破案的意义在逐渐减弱。趁着这一趋势，公安机关理应将隶属于侦查机关的鉴定机构与鉴定人剥离出来并进行重组。看起来，鉴定机构与鉴定人员似乎依然内置于公安机关，但如果深入公安机关进行实证调研就可以看到，在错案终身追究制与部门利益制肘的科层体制中，侦查机关想要给司法鉴定机构与鉴定人施加不适当的压力其实并不容易，这就能够在一定程度降低司法鉴定的侦查化趋势。

## （三）鉴定意见庭审质证的实质化

在以庭审为中心（刑事诉讼）或庭审实质化（民事诉讼与刑事诉讼）的制度背景下，对有争议的鉴定意见进行质证以及鉴定人出庭接受质证的制度安排显得非常必要。但应注意，鉴定人出庭应以当事人或控辩双方对鉴定意见存在实质性争议为前提，他们对鉴定意见无争议，则法庭审判无需鉴定人出庭接受质证，也无需专家辅助人出庭辅助质证。当然，当事人双方或控辩双方是否对鉴定意见有实质性争议，则需要配套建构全程参与型的专家辅助人制度，因为对于当事人来说，他们未必能够判断鉴定意见是否存在问题。

<sup>38</sup> 参见刘广三、汪枫：《论我国刑事诉讼专家辅助人制度的完善》，《中国司法鉴定》2013 年第 2 期。

鉴定意见质证的实质化,首先应完善专家辅助人制度。就目前来看,主要是完善专家辅助人的出庭条件以及专家辅助人意见的法律属性。同时,《刑事诉讼法》也要拓展专家辅助人的聘请主体。因为控辩双方或当事人双方也许对鉴定意见无争议而法官发现鉴定意见可能有问题,或者法官无法理解、判断鉴定意见,或者法官对鉴定人出庭作证或专家辅助人质证无法理解,此时赋予法官聘请专家辅助人的权力就显得很有意义。<sup>39</sup>

其次,则是完善鉴定人出庭制度。关于鉴定人出庭制度的完善主要包括鉴定人出庭的例外情况;法院通知鉴定人出庭的程序,例如通知时间、方式;鉴定人出庭的权益保障,其中最核心的是鉴定人的经济补偿、人身安全保障措施。

#### (四) 鉴定人权责体系的匹配化

司法鉴定人以其专业知识辅助公检法机关解决诉讼中的专门性问题,他们在民事诉讼与刑事诉讼中均不可或缺。而且按照我国的司法传统,司法鉴定一般采取公鉴定模式,鉴定人应该保持客观中立角色,不能依附于控辩双方或当事人双方,所以我国鉴定人权责体系的建构就应以此为原则:一方面,法律必须强化鉴定人的中立地位,约束鉴定人的偏向性行为,通过制度控制鉴定人,保障鉴定人作出客观正确的高质量鉴定意见。但另一方面,法律也应该提供配套措施,保障鉴定人的各项合法权益。只有建立与鉴定人责任相匹配的权利体系,司法鉴定人才有能力与责任提供高质量的鉴定产品。

### 五、余论

本文只在狭义层面探讨司法鉴定制度。但在宏观层面,司法鉴定制度其实包括司法鉴定诉讼制度与司法鉴定管理制度。二者的共同目的,都是保障鉴定人提交给法庭审判的鉴定意见具有可靠性,并能获得当事人认同。司法鉴定管理制度与司法鉴定诉讼制度的关系可用一个不太恰当的比喻来理清:司法鉴定管理的目的,是监管鉴定机构、鉴定人为诉讼提供高质量产品——鉴定意见,这需要对厂家与工人的资质水准、生产工艺与技术标准等提出具体要求;而司法鉴定的诉讼制度,则是提出产品需求与提供原材料,以及对鉴定人提供的产品质量进行检验。从这一角度来看,司法鉴定管理制度附属司法鉴定诉讼制度。

然而,司法鉴定管理制度对于司法鉴定诉讼制度具有重大意义。通过司法鉴定管理制度层面的改革,可以保障鉴定机构、鉴定人为司法提供高质量、多元化、高效率的鉴定服务,并通过司法鉴定管理驱使鉴定机构与鉴定人合法合规地从事鉴定工作、督促鉴定人出庭。可以说,正是因为司法鉴定管理的重要功能,从1998年国务院赋予司法行政机关管理面向社会服务的鉴定机构、鉴定人二十余年以来,司法鉴定管理制度已然成为我国司法鉴定制度改革的核心领域,并取得了显著的成绩。<sup>40</sup>尽管如此,司法鉴定管理制度依然还需要进一步改革,具体来说包括三方面:一是继续健全司法行政机关对四大类鉴定机构与鉴定人的管理,统一司法鉴定的技术标准,加强司法行政机关与侦查机关的沟通与交流。二是逐步实现国家对其他非四大类鉴定机构与鉴定人的统一管理。在司法部2017年颁布《司法部关于严格转入严格监管提高司法鉴定质量和公信力的意见》之后,四大类之外的鉴定机构与鉴定人的统一管理问题应该提上日程。三是继续培育司法鉴定的行业管理,利用

<sup>39</sup> 2017年最高法院出台的《人民法院办理刑事案件第一审普通程序法庭调查规程(试行)》第26条规定法官可以依职权聘请专家辅助人出庭质证鉴定意见。

<sup>40</sup> 参见司法部司法鉴定管理局:《2005-2015年我国司法鉴定发展情况分析》,《中国司法鉴定》2016年第2期。

行业管理辅助司法鉴定行政管理。

最后应认识到，国家分别对司法鉴定的诉讼制度与司法鉴定的管理制度进行完善都存在局限。因为司法鉴定中的一些问题，例如鉴定委托受理、鉴定材料准备、鉴定人出庭、鉴定人的责任追究等，可能同时牵涉司法鉴定管理与诉讼使用两个领域。因此，强化司法鉴定管理与诉讼使用的衔接机制也不可或缺。总体来说，衔接机制应该从四个方面入手：其一，鉴定管理应为公检法机关提供优质的鉴定服务，鉴定机构、鉴定人应该分布合理、种类齐全，且政法系统应该建立一套统一的鉴定信息管理平台与智能化的鉴定委托信息平台；其二，司法行政机关应与公检法机关在司法鉴定委托、受理中建立良性的互动机制；其三，司法行政机关应与法院在司法鉴定人出庭方面建立协调机制，督促鉴定人出庭；其四，强化司法行政机关的鉴定管理与公检法机关鉴定使用之间的反馈、沟通等交流机制。<sup>41</sup>

（收稿：2019-04-25，修回：2019-05-22）

（责任编辑：刘鑫）

<sup>41</sup> 2016年最高法院与司法部出台《关于建立司法鉴定管理与使用衔接机制的意见》已经对法院与司法行政系统之间就鉴定管理与使用的衔接机制勾画了初步的蓝图，但尚需细化。具体方案可以参见陈如超：《论司法鉴定管理与使用的衔接机制》，《证据科学》2018年第3期。