

专家参与刑事司法的 多元功能及其体系化

陈如超^{*}

内容提要：从1979年刑事诉讼法颁布至今，专家参与我国刑事司法的制度功能变得开放而多元。专家制度功能的多元化，根源于刑事司法的三重逻辑：弥合法律人与专家之间知识鸿沟的“认知逻辑”；落实公检法机关“分工负责，互相配合，互相制约”原则的“权力逻辑”；保障当事人合法权益与实现控辩平等的“权利逻辑”。从结构主义与整体主义的视角看，当前，刑事专家制度存在明显的体系化缺陷，主要表现为专家制度过度权力化、专家制度功能尚未结构化、专家制度不够规范化。改进刑事专家制度，应当采取体系化路径：首先，将多元专家参与模式调整为鉴定人与专家辅助人二元专家模式；其次，彰显专家制度的“权利逻辑”，矫正过度权力化倾向；最后，构建系统化的专家制度，为专家服务刑事司法创造制度条件。

关键词：刑事司法 专家制度 有专门知识的人 鉴定人 专家辅助人

随着知识分工与社会分工的复杂化与精细化，专家参与刑事司法的范围、程度和频率在我国与日俱增，不仅法律文本不断赋予专家制度新的功能，司法实践也在不断尝试专家的新角色。然而，长期以来的职权主义诉讼构造与偏向真实发现的制度取向，导致我国的刑事专家制度呈现出过度权力化的特征；同时，专家制度的法律规范总体上偏于简单、零散，反映出制度构建缺乏体系化思路；此外，理论研究也缺乏对不同类型专家功能的整体把握。^{〔1〕}这些结构化、体系化方面的缺陷，很大程度上制约了刑事专家制度的实践效果。有鉴于此，本文尝试从整体主义的视角，构建一个体系化的刑事专家制度，以满足不同诉

^{*} 西南政法大学刑事侦查学院、国家安全学院教授，重庆高校市级刑事科学技术重点实验室研究人员。

本文是国家重点研究计划“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。

〔1〕 一些研究把不同种类的专家置于同一主题进行讨论，例如郑飞：《论中国司法专门性问题解决的“四维模式”》，《政法论坛》2019年第3期；胡铭：《鉴定人出庭与专家辅助人角色定位之实证研究》，《法学研究》2014年第4期；季美君：《专家证据的价值与我国司法鉴定制度的修改》，《法学研究》2013年第2期；郭华：《司法鉴定制度与专家证人制度交叉共存论之质疑》，《法商研究》2012年第4期；邵劭：《论专家证人制度的构建——以专家证人制度与鉴定制度的交叉共存为视角》，《法商研究》2011年第4期。不过，这些研究只是选择性地关注部分专家，而没有囊括当前参与刑事司法的其他“有专门知识的人”。

讼主体在不同诉讼阶段对专家制度的多样化需求。

一、专家制度功能从二元向多元的变迁

在法律及规范性文件中,本文所称的专家,通常被表述为“有专门知识的人”。他们不是凭借法律知识,而是以超越常识、直觉与日常经验的科学、技术或者其他专门性知识参与刑事司法,辅助公检法机关办案,或者为当事人提供帮助。从1979年刑事诉讼法颁布开始,法律及规范性文件所构建的专家制度功能发生了明显变化。

1979年刑事诉讼法创建了专家制度的二元功能。

第一,解决案件中的专门性问题。1979年刑事诉讼法第88条规定,“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。”此即鉴定人。鉴定人可以参与初次鉴定、补充鉴定与重新鉴定,其作出的鉴定结论属于法定证据种类。为了保障鉴定结论客观可靠,1979年刑事诉讼法把鉴定人塑造成中立的诉讼参与人,其需要在与其利益相关的案件中回避。^{〔2〕}除公安机关外,根据该法的相关规定,检察院、法院同样可以指派或聘请鉴定人开展鉴定工作。^{〔3〕}

第二,辅助侦查控诉机关进行勘验、检查。1979年刑事诉讼法第71条规定,“侦查人员对于与犯罪有关的场所、物品、人身、尸体应当进行勘验或者检查。在必要的时候,可以指派或者聘请具有专门知识的人,在侦查人员的主持下进行勘验、检查。”该条赋予专家在侦查阶段辅助侦查人员勘验、检查场所、物品、人身、尸体的功能。此后,1980年《人民检察院刑事检察工作试行细则》规定,检察机关在审查案件时,认为需要重新勘验和检查时,可以聘请专家在审查起诉阶段辅助办案人员进行勘验、检查。^{〔4〕}

1979年刑事诉讼法塑造的两种专家制度功能,分别在1996年、2012年、2018年三次修改后的刑事诉讼法中得到保留。当然,在这一期间,最高人民检察院、最高人民法院在各自系统内部,对参与审查起诉、法庭审判阶段的专家的制度功能进行了一定延伸。

第一,审查起诉阶段的功能延伸:从审查法医文证材料到审查技术性证据资料。1988年《人民检察院法医工作细则(试行)》(以下简称“法医工作细则”)第4条第2款规定,检察院法医的职责之一,是审查公安、法院等机关出具的法医鉴定书,并可以出具复核鉴定书。^{〔5〕}1997年《人民检察院实施〈中华人民共和国刑事诉讼法〉规则(试行)》与1999年《人民检察院刑事诉讼规则》,分别对上述“法医工作细则”的规定作了改进,要求审查起诉部门可以将审查起诉案件中的技术性鉴定材料或涉及专门技术问题的证据材料,送交检察技术人员或其他有专门知识的人进行审查并出具审查意见。^{〔6〕}这表明,最高人民检察

〔2〕 1979年刑事诉讼法第23条至第25条、第58条。

〔3〕 1979年刑事诉讼法第3条、第13条、第109条。不过,根据该法第90条、第117条,当事人只能在不同诉讼阶段,向公检法机关申请补充鉴定与重新鉴定。

〔4〕 1980年《人民检察院刑事检察工作试行细则》、1987年公安部《公安机关办理刑事案件程序规定》还规定,在进行侦查实验时,检察院或公安机关可以聘请有专门知识的人参与。

〔5〕 “法医工作细则”第20条、第21条还对法医文证审查作了具体规定。

〔6〕 1997年《人民检察院实施〈中华人民共和国刑事诉讼法〉规则(试行)》第226条、1999年《人民检察院刑事诉讼规则》第200条。

院把专家审查的范围,从法医鉴定书逐步拓展到以鉴定结论为主的技术性证据材料。

第二,法庭审判阶段的功能延伸:从文证审查到技术咨询与技术审核。2001年《人民法院司法鉴定工作暂行规定》第15条规定,法院内部鉴定机构受法院审判部门委托,可以对拟作为证据使用的鉴定文书、检验报告、勘验检查记录、医疗病情资料、会计资料等材料作文证审查。2005年全国人大常委会《关于司法鉴定管理问题的决定》颁布后,法院的鉴定机构、鉴定人不再从事司法鉴定工作。为了实现鉴定机构的功能转向与技术资源的优化利用,2006年《最高人民法院关于地方各级人民法院设立司法技术辅助工作机构的通知》要求高级人民法院与中级人民法院根据实际工作需要,设立独立建制的司法技术辅助工作机构(有条件的基层人民法院可以根据工作需要设立相应机构);司法技术辅助工作机构的主要职责是为审判工作提供技术咨询与技术审核服务。2007年,《最高人民法院关于技术咨询、技术审核工作管理规定》对法院内部的技术咨询与技术审核工作进行了细化。^[7]

从2012年开始,刑事诉讼法、相关司法解释以及其他规范性文件,从多个方面对刑事专家的制度功能作了一定突破。

第一,2012年刑事诉讼法首创专家辅助人在庭审阶段辅助公诉人、当事人质证鉴定意见的制度。根据该法第192条第2款的规定,专家辅助人不是独立的诉讼参与人,只是辅助公诉人和当事人在庭审阶段对鉴定意见进行质证,专家意见也不属于法定的证据种类。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)》(以下简称“法庭调查规程”)对专家制度作了两方面完善:一是法官可依职权通知专家辅助人出庭;二是专家辅助人对鉴定人发问后,还可以对案件中的专门性问题提出意见。^[8]

第二,最高人民法院的司法解释创建了检验人对案件中专门性问题进行检验的制度。2012年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》(以下简称“刑事诉讼法解释”)第87条第1款规定,“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。”根据这一立场,检验人是区别于鉴定人的不同专家类型,因为他们不是法定鉴定机构中取得法定鉴定资质的鉴定人,或者他们只是法律或司法解释规定可以被委托进行检验而非鉴定的检验人员。^[9]

第三,公安机关在侦查阶段赋予专家审核鉴定意见的功能。2012年《公安机关办理刑事案件程序规定》第244条规定,“犯罪嫌疑人、被害人对鉴定意见有异议提出申请,以及办案部门或者侦查人员对鉴定意见有疑义的,可以将鉴定意见送交其他有专门知识的人员提出意见。”与最高人民法院、最高人民检察院的前述司法解释规定相比,公安机关指派或聘请的专家的技术审核范围似乎限于鉴定意见,但考虑到公安机关鉴定意见的广泛性(例如包括检验报告)以及检察院、法院技术审核对象的集中性(主要审核鉴定意见),三者之间的差别其实并不明显。

[7] 2007年《最高人民法院关于技术咨询、技术审核工作管理规定》第2条、第10条、第23条。

[8] “法庭调查规程”第13条、第26条。

[9] 2018年《最高人民法院关于指派、聘请有专门知识的人参与办案若干问题的规定》第7条参照“刑事诉讼法解释”第87条规定了检验人制度。此外,据笔者初步统计,大概还有二十余种司法解释、规范性文件规定了与鉴定制度并行的检验制度。

第四,检察机关对专家制度功能的系统改造。2018年《最高人民法院关于指派、聘请有专门知识的人参与办案若干问题的规定》(以下简称“有专门知识的人参与办案的规定”)第7条至第11条规定,检察机关可以指派或聘请专家辅助检察院进行勘验、检查;在审查起诉阶段就涉及专门性问题的证据材料进行审查;出庭质证鉴定意见;就需要鉴定但没有法定鉴定机构的专门性问题进行检验;在法院决定开庭后,辅助公诉人做好出庭准备;在案件审理中,辅助公诉人出示、播放、演示涉及专门性问题的证据材料。^[10]前三项是对既有规定的重申,后三项则是新规定。“有专门知识的人参与办案的规定”还对检察机关指派或聘请专家的资格、权利、责任作了规定。相较于公安机关与法院,检察院的专家制度功能更成体系。

前述专家制度功能的变迁说明,1979年刑事诉讼法构建的二元专家制度,经过不断调适与完善,逐渐形成多元专家制度功能体系。专家的功能从勘验、检查与检验、鉴定,逐步延伸到技术审核、出庭质证鉴定意见以及辅助公诉人做好出庭准备等多个方面。从诉讼过程看,专家参与贯穿从侦查(包括初查)到审判的全部诉讼阶段,涉及公检法机关取证、举证、质证与认证的各个环节;从功能指向看,专家不是为刑事司法提供专业性的法律知识,而是从证据、事实层面,辅助公检法机关与当事人解决案件中的专门性问题;从介入方式看,除专家辅助人接受当事人聘请并经法庭同意参与质证鉴定意见之外,其他专家参与刑事司法都是基于公检法机关的指派或聘请,反映出明显的权力化色彩;从受制因素看,专家的作用取决于他们参与的诉讼阶段以及指派、聘请他们的诉讼主体,因而具有阶段性与派生性。另外,与专家制度功能多元化相比,只有鉴定人的鉴定意见属于刑事诉讼法明确规定的法定证据种类,其他专家意见要么法律属性不明,要么仅被公检法机关用作办案的参考依据。

二、专家参与刑事司法的基本逻辑

(一) 认知逻辑:弥合外行的知识鸿沟

在抽象层面,刑事司法的运作涉及三种知识:一是常识、经验;二是超越常识与经验的科学、技术或者其他专门性知识;三是法律知识。在刑事司法领域,一般而言,法律知识并非专门性知识,只有超越常识、经验的科学、技术以及其他专业知识,才在认知层面对刑事司法的参与主体构成智识挑战。这种挑战表现在三方面:

第一,大量案件中的专门性问题只能利用科技手段查明。1991年美国兰德公司的一份研究报告指出,86%的美国法院使用专家证言,平均每个案件的审判使用了3.3名专家。^[11]在我国,有人调研指出,2006—2011年,某基层检察院共受理审查起诉案件近2500件,其中约2250件包含鉴定意见,占比90%。^[12]另有调研指出,60%的刑事案件启动了鉴

[10] 2016年《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理刑事案件收集提取和审查判断电子数据若干问题的规定》第21条也有类似规定,该条同时赋予辩方聘请专家辅助出示、播放、演示电子数据的权利。

[11] 参见Edward J. Imwinkelried:《从过去30年美国使用专家证言的法律经历中应吸取的教训》,王进喜、甄秦峰译,《证据科学》2007年第1-2期(合刊),第197页。

[12] 参见刘晓农、彭志刚:《关于刑事鉴定的几个问题》,《法学论坛》2013年第1期,第100页。

定程序；^{〔13〕} 在某中级人民法院 2005—2007 年抽样的 106 份刑事案卷中，发现附有鉴定意见 254 份，每个案件至少 1 份，平均每个案件约 2.4 份。^{〔14〕} 关于刑事案件中鉴定意见的使用情况，还可以通过司法行政机关管理注册的社会鉴定机构 2007—2017 年刑事检案量的变化趋势管窥一斑。在侦查机关承担的刑事检验鉴定量处于压倒性优势的情况下，社会鉴定机构的刑事检案量 2015—2017 年年均超过 30 万件（表 1）。

表 1 2007—2017 年社会鉴定机构的刑事检案量（单位：件）

年份	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
数量	58564	147053	145112	154691	171606	192154	225562	—	329028	318031	308508

数据来源：司法部原司法鉴定管理局李禹、党凌云等人 2008—2018 年在《中国司法鉴定》发布的全国司法鉴定情况统计分析年度报告

表 1 中数据的质量参差不齐，但仍能够反映出在大量刑事案件中都出现了作为证据的鉴定意见，这说明公检法机关经常会遇到需要利用科技手段才能查明的专门性问题。不过，需要说明的是，前述调研以及司法行政机关统计数据中的“鉴定意见”，包括了检验报告。

第二，传统事实认知、证明方法面临现代科技认知范式的竞争。例如，美国的一些州认为，对于目击证人证言，陪审团作为外行并不了解目击证人的错误可能性有多大，而专家可以让陪审团了解相关知识，因此允许专家就目击证人的可信度问题作证。^{〔15〕} 同样，在我国刑事司法中，某些领域的专家在一些案件中出庭，对传统上由法官认定的事实问题提供专业意见。比如，一些法院在涉家庭暴力刑事案件的庭审中引入家庭暴力问题专家，就家庭暴力的界定、受害人的心理和行为模式、犯罪动因、社会危害性等问题，提出专业意见供法官参考。^{〔16〕}

第三，公检法机关、当事人对以鉴定意见为主的技术性证据材料的审查判断依然要依赖专家。以法官审查鉴定意见为例，对鉴定意见的认证，法官很容易掉入“认知悖论”：案件涉及专门性问题，需要专家鉴定；鉴定意见只是证据材料，必须由法官审核判断，但鉴定意见本就超越经验、常识，法官何从判断？“认知悖论”颠倒了法官与鉴定人的角色，鉴定人成为“白衣法官”，法官沦为“专家的喉舌”，现代审判成为新的“神意裁判”。^{〔17〕} 当然，在司法实践中，法官可依理性、经验、鉴定人出庭所反映出的情态证据以及鉴定意见与其他证据的印证，来决定鉴定意见的取舍。不过，知识壁垒造成的专业鸿沟，至少在大部分案件中难以通过法官的个人努力来抹平，^{〔18〕} 因此，同行专家审查鉴定意见的制度机制应运

〔13〕 参见汪建成：《司法鉴定模式与专家证人模式的融合——中国刑事司法鉴定制度改革的方向》，《国家检察官学院学报》2011 年第 4 期，第 96 页。

〔14〕 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，第 297 页。

〔15〕 参见易延友：《证据法学：原则·规则·案例》，法律出版社 2017 年版，第 242 页。专家出庭就目击证人的可信性作证，参见〔美〕伊丽莎白·罗芙托斯、凯撒琳·柯茜：《辩方证人：一个心理学家的法庭故事》，中国政法大学出版社 2012 年版。

〔16〕 参见云南省楚雄彝族自治州中级人民法院（2015）楚中刑初字第 114 号刑事附带民事判决书；浙江省温州市中级人民法院（2015）浙温刑初字第 68 号刑事附带民事判决书。

〔17〕 Patarin 教授认为，“虽然随着科学的发展，法官越来越需要技术专家的协助，但如果因此而拔高这些科技人员在司法裁判中的地位，则显然已误入歧途……科学证据应获得信任，但不是盲目的信任，否则将成为新的‘神意裁判’”。转引自施鹏鹏：《陪审制研究》，西南政法大学 2007 年博士学位论文，第 160 页。

〔18〕 参见徐静村、颜飞：《通过程序弥合知识的鸿沟：论科学证据对刑事审判的挑战与应对》，《中国司法鉴定》2009 年第 2 期；陈如超：《刑事程序中法官与鉴定人事实认知的冲突》，《法律科学》2007 年第 6 期。

而生。上述逻辑同样适用于同为外行的侦查人员、公诉人与当事人。

面对前述挑战,刑事司法不可能通过系统化训练,把法官、检察官、侦查人员、律师培养成既精通法律又通晓科技的知识完人,通过专家制度搭建知识桥梁才是最优选择。就此而言,诉讼主体对专家制度功能的多元化需求,应当是刑事专家制度产生与演变的根本驱动力。

(二) 权力逻辑:落实公检法机关“分工负责,互相配合,互相制约”原则

公检法机关在刑事司法中的权力关系,被宪法和刑事诉讼法定位为“分工负责,互相配合,互相制约”。刑事专家制度的构建也受制于这一权力逻辑。

第一,分工负责下的专家制度。查明案件事实始终是我国刑事司法的主要目的,这一目的贯穿于从侦查到审判的所有环节,尽管公检法机关的具体任务各有侧重。公检法机关分工负责、各管一段的诉讼构造,导致在其各自管辖的程序阶段,其基本可以实现程序自控。^[19] 实体上的事实查明责任与程序上各管一段的自控权力,驱使刑事司法分别为公检法机关配置了与其诉讼角色、功能相一致的多元专家制度。为了查明案件中的专门性问题,公检法机关在其管辖的诉讼阶段,可以灵活指派或聘请不同类型的专家。

第二,专家制度中的配合因素。从刑事诉讼的纵向结构分析,专家制度的整体功能趋近于层层递进的质量把关模式。公安机关是以鉴定意见为主的技术性证据材料的主要收集者,必要时,公安机关内部可以对这些材料进行把关。进入审查起诉阶段,检察院可以指派或聘请专家对侦查机关的技术性证据材料进行筛查,找出问题,提前解决。在审判阶段,法院借助专家辅助人的公开质证,或者庭外启动技术审核与技术咨询,反复校验鉴定意见等技术性证据。在“以庭审为中心”的背景下,公检法机关基于“互相配合”原则通力合作,层层递进式地进行质量把关,共同保障技术性证据的可靠性。

第三,专家制度的制约结构。专家制度的宏观配置,还可以理解为公检法机关“互相制约”原则的具体化。这是一种由诉讼进程与公检法机关的诉讼功能所衍生的递进式专家制约模式。这种模式与近年检法机关内部司法技术力量的转型相契合,^[20] 其制约机制主要体现在两方面:一是检察机关的专家制约公安机关的专家。制约方式之一,就是检察机关的公诉部门指派或聘请专家审查公安机关提交的以鉴定意见为主的技术性证据。部分数据显示,这一制约的效果似乎还不错(下页表2)。二是庭审阶段专家之间互相制约。例如,法院可以通过庭外的技术咨询、技术审核对侦查控诉机关的技术性证据进行非公开制约。检法机关还可以通过重新鉴定这一重复性检验机制,对侦查机关的鉴定意见进行验证或印证。

专家制度的分工逻辑主要源于公检法机关查明案件事实的责任压力与程序自控权,“配合—制约”逻辑则更多考虑专家制度对以鉴定意见为主的技术性证据的质量保障。“配合—制约”逻辑的共同机理,是利用专家群体内部的同侪压力,促使专家更加审慎。专家意见之间的互相印证或彼此否认,可为公检法机关的决策提供技术支持。当然,“配合—制约”逻辑还有“溢出效应”。考虑到我国刑事司法主要由公安机关内部的鉴定人在侦查阶段提供

[19] 参见龙宗智:《“以审判为中心”的改革及其限度》,《中外法学》2015年第4期,第848页。

[20] 检法机关从20世纪80年代开始,逐渐建立了以司法鉴定为主的技术性力量。2005年司法鉴定管理体制体制改革以及2018年国家监察体制改革之后,检法机关内部的技术力量需要转型从事非鉴定工作。

鉴定意见，而他们可能无法保持中立，加之侦查机关鉴定过程的封闭性，^{〔21〕}“配合—制约”逻辑能够对侦查机关的鉴定人形成制度倒逼，一定程度上可以弥补侦查机关“自侦自鉴”的制度弊端。

表2 检察机关审查公安机关技术性证据材料的部分情况〔22〕

检察机关	审查范围	审查结果
全国检察系统	2001—2002年的98261件鉴定意见	发现错误5000件，占比5.09%
重庆市检察系统	2009年的1297件鉴定意见	发现错误112件，占比8.6%
福建省检察系统	2000年以来6年间的7374件法医鉴定意见	发现原结论错误978件，平均每年通过文证审查纠正的错误伤情鉴定约占13.3%
福州市检察系统	下辖13个基层检察院2007年的950件法医鉴定书	鉴定存在明显问题的有120件，占总数的12.6%；其中仅鉴定意见错误就高达40件，占比33.3%
浙江省检察系统	2013—2014年抽样50件技术性证据材料	7件改变原鉴定意见，约占比14%
哈尔滨市检察系统	2015年1—6月哈尔滨市检察系统业务部门送审的166件法医鉴定书	鉴定意见均正确，但其中64件（约38.6%）鉴定书存在问题
恩施州检察院	2016—2017年的542件技术性证据材料	纠正错误鉴定意见16件，占比3.0%
长沙市检察院	2015—2016年的153件技术性证据材料	纠正错误鉴定意见31件，占比20.3%
呼伦贝尔市检察院	2125件法医类技术性证据	纠正错误鉴定意见92件，占比4.33%

（三）权利逻辑：保障当事人合法权益与制约公检法机关权力

与公检法机关一样，当事人也受到“认知逻辑”的制约——同样面临各种专门性问题，同样需要专家的辅助。因此，在我国职权主义的诉讼模式下，专家制度一定程度的权利化，可以部分矫正控辩双方对抗能力的结构性失衡，提高当事人、特别是犯罪嫌疑人、被告人利用专家制度维护自身合法权益的能力。

专家制度的“权利逻辑”，还体现在当事人借助专家的辅助，对公检法机关运用专家制度的权力进行制约。这种制约能够增强当事人对鉴定意见、检验报告等技术性证据的信任，减少重复鉴定或重复检验。同时，权利制约机制还能保障技术性证据的可靠性。与公检法机关通过递进式的权力制约机制来保障技术性证据的质量不同，当事人通过专家制度的权利化机制，从对立面对公安机关取证、检察院举证与法院认证施加实质性影响，从而提高技术性证据材料的可靠性。

综上所述，与专家制度的“权力逻辑”强调公检法机关发现事实、防控风险的流水线型“分工—配合—制约”机制不同，依据“权利逻辑”构建的专家制度，显然更有助于落

〔21〕 参见陈瑞华：《刑事证据法》，北京大学出版社2018年版，第305页。

〔22〕 数据分别引自王昌奎、王勳视：《检察机关技术性证据审查机制实证研究》，《中国刑事法杂志》2014年第2期，第125页；郑勋、张仁平：《福建：运用专业技术洞察证据真伪，6年发现978件结论错误鉴定》，《检察日报》2006年8月10日第1版；邵彦辉：《2125例法医学鉴定文书审查分析评述》，《中国法医学杂志》2016年第2期，第312页；范跃红：《浙江严审客观性证据防错案》，《检察日报》2014年3月31日第1版；王俐霖：《166例法医技术性证据审查分析》，《中国法医学学会全国法医临床学学术研讨会论文集》，2015年，第678页；郭清君等：《湖北恩施：“1+T”技术性证据审查模式防错案》，《检察日报》2017年5月5日第2版；张吟丰：《湖南长沙：技术性证据审查成为办案必经程序》，《检察日报》2016年6月27日第2版。

实当事人对刑事司法的实质性参与,并对侦查控诉机关的专家进行外部制约。当然,专家制度的“权力逻辑”与“权利逻辑”皆以“认知逻辑”为前提,没有“认知逻辑”的存在,刑事专家制度便丧失了存在的必要性和正当性。

三、当前刑事司法中专家制度的体系性缺陷

专家制度功能的多元化,大多源自我国刑事司法对诉讼实践需求的自发性回应,缺乏国家层面的顶层设计。从整体主义与结构主义的视角审视,我国刑事专家制度存在一些需要克服的缺陷。

(一) 专家制度过度权力化

从1979年刑事诉讼法开始,我国的刑事司法就侧重公检法机关依职权运用专家制度的“权力逻辑”。而“认知逻辑”与“权力逻辑”一结合,我国的刑事专家制度就走向了国家主义立场,被塑造为公检法机关查明案件事实的垄断性工具。在工具主义观念的支配下,公检法机关在其主导的诉讼阶段,可以根据办案需要,排他性地运用与其诉讼职能相适应的专家职能,当事人对公检法机关构不成实质性制约。

与公检法机关相比,当事人运用专家制度的权利,基本停留在申请补充鉴定或重新鉴定、申请鉴定人与专家辅助人出庭等方面,而这些申请都必须经过公检法机关同意。由于缺乏明确规则,公检法机关在作出同意或不同意的决定时有无约束的自由裁量权。针对不同同意申请的决定,当事人也无任何救济途径。这种无救济的不完整的申请权,限制了当事人参与并影响公检法机关运用专家制度的决策过程。

被寄予厚望的专家辅助人制度——从当事人的立场维护其合法权益——也没有根本改变刑事专家制度过度权力化的格局。例如,辩方专家辅助人的质证意见,就常常受到鉴定人、公诉人的质疑而不被法官采信。^[23]当然,鉴定人、公诉人与法官对辩方专家辅助人意见的质疑并非完全不合理;真正不合理的是,辩方专家辅助人无法获得相关原始材料,更无权在需要经验直感方能有效质证的案件中参与见证侦查控诉机关的鉴定过程。顺着这一思路不难发现,与公安机关、检察院可以随时聘请各类专家辅助办案相比,法律没有授权辩方在侦查起诉阶段聘请专家提供辅助。这可能是当前我国刑事专家制度的“权力—权利”结构明显失衡(过度权力化)的主要表征。当然,与辩方相比,作为当事人的被害人,其聘请专家的权利更是在理论话语和司法实践中均处于被忽视的状态。

(二) 专家制度功能尚未结构化

基于结构主义的立场,功能同质或类似的专家应实现聚类化。根据这一视角,可以发现我国刑事专家制度的功能体系存在三个问题。

第一,功能相同的专家被割裂。“刑事诉讼法解释”第87条规定的检验人制度,其实与鉴定人制度功能相同,都是为了解决“案件中的专门性问题”。而且,对检验报告的审查与认定,参照适用鉴定意见的有关规定;经法院通知,检验人拒不出庭作证的,检验报告

[23] 例如湖南省保靖县人民法院(2015)保刑初字第29号刑事判决书;山东省日照市中级人民法院(2016)鲁11刑终59号刑事附带民事判决书;王俊民:《“专家证人”意见的证据属性》,《上海法制报》2015年1月7日第B06版。

不得作为定罪量刑的参考。^[24] 检验制度与鉴定制度的分化, 主要在于检验报告并非法定鉴定机构(其实是指其内部具有法定资质的鉴定人)所作出。根据最高人民法院相关部门的解释, 所谓具备“法定资质”的鉴定机构、鉴定人, 是指司法行政机关统一管理的法医鉴定类、物证鉴定类与声像资料鉴定类(2015年12月新增环境损害鉴定类)等几大类鉴定机构、鉴定人。^[25]

然而, 2005年全国人大常委会《关于司法鉴定管理问题的决定》的本意, 并不是要在统一管理与非统一管理的鉴定机构、鉴定人之间制造身份差异, 也没有否定其他类鉴定机构、鉴定人参与司法鉴定的资格。^[26] 况且, 从1979年颁布到2018年修改, 刑事诉讼法自始至终没有要求司法鉴定的主体必须是取得法定鉴定资格的鉴定人。^[27] 检验人与鉴定人的门第差异, 很可能源自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》。其第24条第1款第1项、第2项规定, 鉴定机构与鉴定人不具备法定资格和条件时, 作出的鉴定意见不能作为定案根据。该条款被之后的“刑事诉讼法解释”吸收。或许是为了相关规定的逻辑自洽, 或许是考虑到其他类鉴定机构、鉴定人确实缺乏类似三大类鉴定机构、鉴定人基于国家的体系化管理而产生的制度化信任, 或许是为了规避当事人对资质问题的质疑, “刑事诉讼法解释”自创了检验人制度。

检验人与鉴定人的二元分化带来两种消极后果: 一是在规范层面, 取得法定资质的鉴定机构、鉴定人与其他类鉴定机构、鉴定人有了出身、门第的不同, 前者作出有证据能力的鉴定意见, 后者提供的只是供法官定罪量刑参考的检验报告。二是在司法实践层面, 检验报告与鉴定意见并无二致, 依然是法官的定案根据。^[28] 规范与实践的背离, 既规避了当事人对检验报告的质证, 又使检验报告事实上解决了法院认定专门性问题的难题。

第二, 功能趋同的专家缺乏整合。有学者根据法庭审判阶段专家意见的性质, 将专家意见分为质证性意见和独立性意见。质证性意见具有附属性, 不对某事项提供独立结论, 而是对已经形成的鉴定意见等其他专家证据从专业角度进行质辩, 协助法官判断鉴定意见的证明效力; 而独立性意见包括独立的检验手段、完整的论证方式, 并最终得出结论性的专业意见供法官采信。^[29]

上述区分颇有洞见, 但也存在一些问题: 把专家意见局限于庭审阶段的鉴定意见、检验报告与专家辅助人意见; 没有明确独立性意见是否包括检验报告以及缺少检验手段的专家意见是否属于独立性意见。在笔者看来, 判断是否是独立性专家意见的关键, 在于专家应针对案件中的专门性问题得出原生性意见, 而不在于是否运用专业仪器、设备等技术检验手段。据此, 参与刑事司法并提供专家意见的专家大致分为两类: 一类专家提供独立性

[24] “刑事诉讼法解释”第87条第2款、第3款。

[25] 参见最高人民法院研究室编:《新刑事诉讼法及司法解释适用解答》, 人民法院出版社2013年版, 第89页。

[26] 参见全国人大常委会法制工作委员会刑法室编:《〈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〉释义》, 法律出版社2005年版, 第3页。

[27] 刑事诉讼法一直规定, “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。”

[28] 通过在“北大法宝”案例库抽取大量案件进行分析发现, 检验报告常常是法官定罪量刑的主要依据。参见涂舜、陈如超:《刑事检验报告制度的实证研究》, 《甘肃政法学院学报》2018年第3期, 第100页。

[29] 参见龙宗智、孙末菲:《非鉴定专家制度在我国的完善》, 《吉林大学社会科学学报》2014年第1期, 第103页。

专家意见,例如鉴定人、检验人;另一类专家辅助公检法机关审查鉴定意见、检验报告,或者辅助公诉人、当事人、法官,出庭对鉴定意见进行质证。从功能上看,第一类专家是以独立身份解决案件中的专门性问题,其意见具有原生性;第二类专家是辅助公检法机关与当事人审查专家意见,其意见具有派生性。

第三,必要的专家功能没有被制度化。例如,专家辅助人的制度功能过窄。一是专家辅助人不能质证检验报告等其他技术性证据材料;二是专家辅助人只能参与庭审质证,不能介入侦查起诉阶段为公安机关、检察院与当事人提供其他技术性辅助。当然,侦查控诉机关专家辅助人的功能缺失,在某种程度上可以通过专家的其他功能——辅助勘验、检查,辅助公诉人做好出庭准备,对鉴定意见与检验报告进行技术审核等——予以弥补。但对当事人来说,专家辅助人参与诉讼阶段与制度功能的单一性,既影响专家辅助人的质证效果,也无法及时维护当事人在侦查起诉阶段的合法权益。

(三) 专家制度不够规范化

专家制度的有效运作,专家功能的有效发挥,离不开规范化的制度支撑。目前,除了国家对司法行政机关统一管理的四大类鉴定机构与鉴定人构建了制度化的管理体系外,^[30]其他类专家或非鉴定专家基本处于规范缺失的状态。

第一,非鉴定专家资质不明。非鉴定专家同样凭借专门性知识参与刑事司法,但刑事诉讼法、司法解释及一些规范性文件没有界定何为“专门性知识”。“有专门知识的人参与办案的规定”第2条对“专门知识”作了解释,“指特定领域内的人员理解和掌握的、具有专业技术性的认识和经验等”。但是,这一界定仍不明确。另一方面,非鉴定专家既缺乏国家颁发的类似鉴定人的资质证书,又无公开可查的被遴选专家名册,其资质的模糊性与抽象性固然有利于满足刑事司法对专家的需求,但问题也很突出。例如,无资格限制的专家辅助人很难被职业共同体认可。专家辅助人的质证对象,是取得鉴定资质并受到法律法规监管的鉴定人所作出的鉴定意见。在鉴定人甚至法官、公诉人看来,专家辅助人的资质低于鉴定人甚至没有资质,或者其与鉴定人的法律素质、专业素质相差悬殊,鉴定意见的法庭质证就容易走过场,专家辅助人的质证意见就难以令人信服。^[31]

按照同一逻辑,辅助公检法机关审查鉴定意见的专家也需要具有一定资质,甚至还需要具有丰富的实践经验。否则,检察机关技术审核筛查出的一些问题,如何让鉴定人信服?在笔者的调研中,一些公安机关的鉴定人和社会鉴定机构的鉴定人就认为,大多数检察机关技术人员长期不参与鉴定,缺乏实践经验,他们的审核结果可信性不足。针对法院内部技术人员的技术审核,有学者表达了类似观点:“法院的司法技术人员因法院不存在鉴定机构,他们在科学技术方面的研究和实践能力因不从事鉴定活动而受到限制,随着时间的推移可能逐渐弱化,在此种背景下,再由他们审查经过一定法定程序被授予司法鉴定人资格且又专司鉴定的鉴定人提供的鉴定结论,必然存在能力上的差异,这种‘司法技术人员’

[30] 司法行政机关对公安、检察机关的四大类鉴定机构、鉴定人只进行备案登记的形式化管理,实质化管理仍由公安、检察机关负责。

[31] 参见邹明理:《专家辅助人出庭协助质证实务探讨》,《中国司法鉴定》2014年第1期,第8页。检法机关有人认为:“由于‘有专门知识的人’是对鉴定人的鉴定意见提供自己的专业意见,其选任资格应比鉴定人的条件高,在选任的条件上应明确规定‘有专门知识的人’需要硕士或者博士以上。”参见冯建红:《中国式专家证人向何处去》,《方圆》2015年第9期,第25页。

作为鉴定结论的‘审查人’不完全具备专业素养和专业能力，其提供审查意见的科学性、可靠性更值得怀疑。”^[32]这也再次解释了最高人民法院为何要构建解决案件中专门性问题的检验制度，其目的之一，就是希望规避当事人对其他类鉴定机构、鉴定人资质资格的诘难。当然，非鉴定专家并非都需要严格的资质限制。对于辅助公安机关进行勘验、检查，辅助公诉人做好出庭准备，辅助演示、播放技术证据材料的专家，可以根据实际需要降低门槛。

第二，非鉴定专家的权责规范还不成体系。针对鉴定人应当享有和承担的权利、责任和义务，我国构建了比较具体的制度保障和约束机制。即便如此，鉴定人的权利保障仍有改进的空间，严密的制度约束也无法杜绝鉴定人的失范行为。而参与刑事司法的其他专家，特别是能够影响甚至决定法官认证与裁判的专家——为法院提供技术审核的司法技术人员，辅助控辩审三方质证鉴定意见的专家辅助人——却基本没有受到制度性约束。不过也有例外。“有专门知识的人参与办案的规定”对检察机关指派或聘请的非鉴定专家的权责作了统一规定。^[33]但是，这些规定总体上比较简单，且只是检察机关的规定，无法适用于公安机关、法院的非鉴定专家，更无法约束当事人聘请的专家。非鉴定专家权责规范的缺失，会带来一些问题。例如，与鉴定人一样，出庭质证鉴定意见的专家辅助人与出庭作证的检验人，同样会面临人身安全威胁，但他们无法获得公检法机关提供的保护。又如，缺乏类似鉴定人的责任约束机制，专家辅助人的质证意见有时极不可靠，甚至会误导公众。^[34]因此，专家辅助人意见很难像一些学者所主张的，立法应将其作为法官的定案根据。事实上，面临民事、行政与刑事三重责任压力的鉴定人，其鉴定意见的可靠性尚且经常被质疑，更何况没有责任约束的专家辅助人的质证意见。

四、专家制度的体系化构建

（一）专家制度的体系化方式

从1979年刑事诉讼法颁布至今，我国的刑事司法经历了从“惩罚犯罪压倒人权保障”到“惩罚犯罪与保障人权并重”的发展进程。^[35]与此相应，诉讼模式经历了从超职权主义向职权主义的转变，并且在法庭审判阶段，逐渐形成了强化控辩双方举证、质证，弱化法官职权调查的抗辩模式。^[36]从诉讼的纵向构造看，“以审判为中心”至少在话语层面取代了“以侦查为中心”，庭审实质化、控辩双方的法庭对抗也有长足进步。刑事司法的整体变迁趋势说明，辩方的程序参与权及其对法官裁判结果的实质影响力，将是当前以及未来刑事诉讼改革的主要方向。

在前述改革趋势下，刑事专家制度的体系化方向，应当是继续强化专家制度的“权利

[32] 参见郭华：《论鉴定结论审查模式的选择》，《法学》2008年第5期，第159页。

[33] “有专门知识的人参与办案的规定”第16条至第22条。

[34] 在林森浩故意伤害、故意杀人案二审中，辩方专家辅助人胡志强的专业资质与法医毒物鉴定并不对口，但在普通人看来，胡志强是用证据说话，具有说服力。参见王石川：《“专家证人”见证法治进步》，《湖南日报》2014年12月12日第7版。

[35] 参见陈卫东：《刑事诉讼法四十年：回顾与展望》，《政法论坛》2019年第6期，第25页。

[36] 参见陈光中、曾新华：《中国刑事诉讼法立法四十年》，《法学》2018年第7期，第31页。

逻辑”，以矫正过度权力化的特征。根据“权利逻辑”，一些学者主张借鉴英美法系的专家证人制度，实现专家辅助人向专家证人的转型，建立鉴定人制度与专家证人制度共存的双轨制模式。^[37]这种模式坚持鉴定人地位的中立性并保留司法鉴定启动方式的职权性，同时认同专家意见的证据资格，但对专家证人没有中立性要求与资格方面的限制。双轨制模式是对英美法系专家证人制度与大陆法系鉴定人制度的糅合，试图在保留职权型鉴定制度优势的同时，平行运作另一套具有对抗性与竞争性的专家证人制度，以此实现专家制度的权利化转型。

但是，双轨制模式很难反驳下述诘难：第一，英美法系的专家证人制度存在一些难以克服的内生性缺陷。这种缺陷主要表现为专家证人具有党派性；专家证人容易被滥用，并引发诉讼拖延；不同当事人存在购买专家服务的能力差异，这种差异会造成诉讼上的不平等。^[38]第二，我国刑事司法缺乏运行专家证人制度的制度背景，缺乏系列配套机制。^[39]如果具备制度背景与配套机制，则不妨把我国的司法鉴定制度直接改造成英美法系的专家证人制度，而不必在保留鉴定制度的基础上叠加专家证人制度。^[40]第三，既然受到国家系统管理的中立鉴定人尚不值得信赖，缺乏制度约束且具有党派性的专家证人，其可靠性更难保证。引入专家证人制度，很大程度上是为了克服鉴定制度的缺陷，但问题在于，我国刑事司法应通过什么制度来矫正专家证人制度的内生性缺陷。鉴定人与专家证人的专家之争，很可能不会让案件中的专门性问题越辩越明，而是蜕变为早已屡见不鲜的多头鉴定意见互相冲突的翻版。同理，把我国的刑事鉴定制度彻底改造成专家证人制度也会面临上述问题。

制度改革的成败，主要取决于新制度与司法模式所植根其中的文化、制度背景的兼容性。^[41]枉顾专家证人制度运行的约束条件与内生性缺陷，极可能导致制度移植的失败。^[42]在我国当前的政治与社会背景下，历史累积而成的制度惯性与路径依赖，决定了我国刑事司法仍然采取职权主义诉讼模式，这一模式高度重视实质真实的发现，因此我国刑事司法必然会坚持职权型鉴定制度。同时，我国刑事诉讼模式的整体演变趋势，固然不能说是在从职权主义向当事人主义转型，但毫无疑问，在回应司法实践中的棘手问题与实现控辩双方的诉讼平等时，确实大量借鉴并将继续借鉴英美法系、大陆法系的制度成果。就此而言，为了平衡专家制度失衡的“权力—权利”结构，我国刑事司法应当选择性地吸收英美法系

[37] 参见前引[1]，邵劭文，第89页以下；前引[1]，胡铭文，第206页；张保生：《关于专家辅助人角色规定的变化》，《证据科学》2018年第5期，第530页以下。鉴定人与专家证人的双轨制，意味着公检法机关可以选择运用两种专家，而当事人只能选择运用专家证人。

[38] See David H. Kaye, David E. Bernstein and Jennifer L. Mnookin, *The New Wigmore: A Treatise on Evidence: Expert Evidence*, 2d ed., Wolters Kluwer Law & Business, 2011, p. 11; J. Langbein, *The German Advantage in Civil Procedure*, 52 *University of Chicago Law Review* 835 (1985); [美] 约翰·W. 斯特龙等：《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40页；[澳] 布鲁斯·托马斯·兰德尔：《澳大利亚联邦法院对专家证据的采纳》，《证据科学》2014年第5期，第610页。

[39] 参见前引[1]，郭华文，第127页；前引[1]，季美君文，第155页。

[40] 如有学者主张，我国刑事司法可以借鉴美国的做法，赋予控辩双方平等委托鉴定人进行鉴定的权利。参见熊秋红：《我国司法鉴定体制之重构》，《法商研究》2004年第3期，第38页。

[41] 参见[美] 米尔伊安·R. 达玛什卡：《司法和国家权力的多种面孔》，郑戈译，中国政法大学出版社2015年版，第18页。

[42] 法国曾经借鉴英国的专家证人制度建立“对席鉴定制度”，允许辩方挑选鉴定人，该制度运行不到一年即以失败告终。参见[法] 卡斯东·斯特法尼等：《法国刑事诉讼法精义》下册，罗结珍译，中国政法大学出版社1999年版，第647页。

专家证人制度、大陆法系鉴定人制度的合理之处。

综上所述,我国刑事专家制度的体系化方式,需要在诉讼结构上,坚守中立且带有职权色彩的鉴定人制度;在程序层面,借鉴专家证人制度以完善、改造当前的专家辅助人制度,^[43]从而建立鉴定人制度与专家辅助人制度的双轨制模式。

(二) 专家制度功能的结构化

为了从整体上把握专家制度,专家的功能应当得到类型化处理。

1. 鉴定人:以中立身份提供原生性专家意见

对于鉴定人的资质,自1979年刑事诉讼法颁布以来,就一直采取开放立场:鉴定人是解决案件中专门性问题的“有专门知识的人”。根据功能主义的视角,鉴定人应具备以下特征:(1)鉴定人的独立性。他们不是德法等国的“法官助手”或“科学法官”,亦非英美等国当事人聘请的“专家证人”,而是独立的诉讼参与人。鉴定人一旦被公检法机关指派或聘请,就应采取中立立场。即便其隶属于侦查机关,也只是“科学的奴仆”。(2)鉴定意见的原生性。针对案件中的专门性问题,鉴定人提供独立的专家意见,而非对鉴定意见进行“再鉴定”。专家意见的原生性,是区分鉴定人与质证鉴定意见的专家辅助人的重要依据。(3)鉴定程序的公开性。鉴定人依照法定程序,接受公检法机关公开而非私下的指派或聘请,提供专家意见。程序的公开性是鉴定人与从事技术性证据审查的专家的重要区别。

但是,最高人民法院的司法解释、相关规范性文件以及理论界却采取对鉴定人予以限缩的立场,即鉴定人需要具有法定资质,并以科学检验手段、完整的论证方式提供专家意见。^[44]这种立场,首先从法定资质方面,排除了没有被司法行政机关统一管理的鉴定人的鉴定资格。而根据鉴定人的前述特征,“刑事诉讼法解释”第87条规定的检验人本来就属于鉴定人。事实上,在检验人与鉴定人二元分化之前,检验与鉴定、检验人与鉴定人只是不同鉴定领域的不同习惯用语而已。其次,这种立场以提供鉴定意见的方式限缩了鉴定人的外延。按照罗科信的定义,德国刑事司法中的鉴定人通过三种方式,以其专业知识协助法院就证据问题进行判断:(1)提供一般性经验知识(即其专业知识);(2)对某些事实只能“利用其特有的专业知识加以深入理解、判断,进而认定者”;(3)对以专业知识调查后所获得的事实认定,并藉学术性的推衍规则,将该认定之事实导向一结论。^[45]无独有偶,罗纳德·艾伦等人也认为,英美等国的专家证人也以类似的三种方式作证:(1)专家可以生成证据性事实本身;(2)专家可以教导陪审团有关得出证据性事实的推论所需要的专业或者科学信息;(3)专家会向事实认定者提供他们也许会服从的推论和结论。^[46]

我国的鉴定人通常被等同于罗科信或艾伦等人所界定的第三类鉴定人或专家证人。虽然笔者不主张鉴定人的范围过度泛化,但对于司法实践中为法庭提供原理性知识的家庭暴力问题专家,“刑事诉讼法解释”第87条规定的检验人,以及未来接受公检法机关指派或聘请以中立身份参与刑事司法并对专门性问题提供独立意见的其他专家群体,则主张都应赋予鉴定人身份。换言之,只要他们具有前述鉴定人所应具备的特征,扮演相同的角色,

[43] 类似观点参见前引[13],汪建成文,第97页以下。

[44] 参见前引[29],龙宗智等文,第103页。

[45] 参见[德]Claus Roxin:《德国刑事诉讼法》,吴丽琪译,台湾三民书局股份有限公司1998年版,第297页。

[46] 参见[美]罗纳德·J.艾伦等:《证据法》,张保生等译,高等教育出版社2005年版,第721页。

发挥相同的作用,就都属于鉴定人。

2. 专家辅助人:以专门性知识辅助公检法机关与当事人

把专家辅助人的功能局限在出庭辅助公诉人、当事人质证鉴定意见,应该说是一种理论近视。专家出庭质证鉴定意见与他们辅助公检法机关审核鉴定意见,并无本质不同:他们都不针对案件中的专门性问题提供原生性专家意见,而只是对鉴定意见发表评论。进一步放宽理论视野可以发现,各类专家的功能,除鉴定人的功能(当然包括检验人的功能)之外,其他专家的制度功能都是以专门性知识辅助公检法机关办案或者辅助当事人参与诉讼,他们都不符合或不完全符合前述鉴定人所应具备的三个特征。在这一意义上,鉴定人之外的其他专家,可以统称为专家辅助人。

采取超越庭审质证功能的专家辅助人立场,还出于如下原因:首先,庭审质证功能与庭前其他功能密切关联。其次,当事人与公检法机关在侦查起诉阶段对专家的需求,事实上可能远远超过庭审质证。对于参与侦查起诉阶段的专家,在我国刑事专家制度的体系化模式中,以专家辅助人称呼显然更妥帖。最后,意大利技术顾问制度的启示。在意大利的刑事诉讼中,当事人和公诉人的技术顾问可以在实施鉴定前,参加聘任鉴定人的活动并向法官提出要求及保留性意见;在实施鉴定的过程中,可以参与鉴定工作,向鉴定人提议进行具体的调查工作,发表评论和保留意见;在鉴定完成后,可以对鉴定报告加以研究,如果法官允许,还可以询问接受鉴定的人,考察被鉴定的物品和地点;此外,在不存在鉴定活动的情形下,各方当事人均可以任命技术顾问,向法官提出自己的意见,也可以提交备忘录,等等。^[47]意大利技术顾问制度的多元功能,可以为我国构建广义的专家辅助人制度提供参考。当然,采取广义的专家辅助人立场,主要还是因为其他专家与提供鉴定意见的鉴定人,在制度功能上存在根本差异。

构建广义的专家辅助人制度的路径,一是超越专家辅助人庭审阶段对鉴定意见的质证,整合现有的鉴定人功能之外其他专家的功能;二是根据司法实践的需要,不断创建专家辅助人的新功能,例如专家辅助人可以对电子数据等其他技术性证据进行质证。通过专家制度功能的结构化,我国刑事司法可以建立鉴定人与专家辅助人并行的双轨制模式,实现专家制度从自生自发到理性设计的路径转型。

(三) 专家制度的权利化

第一,鉴定制度的权利化。为了淡化司法鉴定过度权力化的色彩,我国刑事司法需要强化当事人权利。首先,应明确当事人的初次鉴定申请权,改变其只能被动接受鉴定意见的局面,以及申请重新鉴定和补充鉴定的事后救济权。其次,完善当事人的权利结构,明确启动或不启动初次鉴定、重新鉴定、补充鉴定的制度条件与救济途径,为公检法机关提供操作规则,也为当事人提供制度预期。再次,应赋予当事人在公检法机关指派或聘请鉴定机构、鉴定人时的参与权。这种参与权不只是申请鉴定人回避,还包括积极提供鉴定机构与鉴定人的选择方案。当然,鉴于我国侦查机关配置有充足的鉴定资源,因此原则上,当事人若无合理怀疑,或者并非侦查机关自身缺乏鉴定力量或鉴定水平不足,侦查与审查

[47] 意大利刑事诉讼法第230条、第233条第1款。参见《意大利刑事诉讼法典》,黄风译,中国政法大学出版社1994年版,第79页。

起诉阶段的初次鉴定应以侦查机关的内部鉴定为主。至于委托其他部门或社会鉴定机构的初次鉴定、法院的初次鉴定以及其他需要重新鉴定的情形,则应强化当事人对鉴定机构、鉴定人选择的建议权与异议权。最后,当事人在特殊案件中对鉴定过程的监督、见证权。所谓特殊案件,主要指案件争议较大、容易产生鉴定争议、鉴定的客观性较弱、重新鉴定的可重复性较差等初次鉴定案件以及其他容易发生纷争的重新鉴定案件。当事人对这些案件的参与,主要是为了提高鉴定过程的公开性与透明性,参与方式主要是当事人聘请专家辅助人。〔48〕

第二,专家辅助人制度的权利化。首先,专家辅助人在鉴定方面辅助当事人。具体包括为当事人申请鉴定(包括补充鉴定、重新鉴定)提供技术性论证,协助当事人说服公检法机关启动鉴定、特别是重新鉴定;辅助当事人向公检法机关建议鉴定机构与鉴定人的选择方案;辅助当事人参与监督、见证鉴定过程;辅助当事人审核鉴定意见以及做好出庭准备;辅助当事人出庭对鉴定意见进行质证,等等。为了及时完成辅助工作,专家辅助人有权向公检法机关申请查阅与鉴定相关的材料;确有必要时,专家辅助人在审判前可以与鉴定人会面,向鉴定人提出问题。其次,专家辅助人可以在非鉴定事项方面辅助当事人。在庭审阶段,专家辅助人可以参与整个证据调查过程,随时为当事人提供技术咨询;随着电子数据、大数据等其他技术证据的大量涌现对当事人质证造成的技术障碍,专家辅助人的质证对象还应拓展到其他技术性证据;专家辅助人可以辅助当事人对电子数据进行播放、演示等。在侦查起诉阶段,专家辅助人可以为当事人提供任何技术咨询,对技术性证据进行审核,辅助辩方调取电子数据、大数据等技术证据并提供分析意见供辩方参考,等等。

当然,将当事人聘请专家辅助人的时段延伸到侦查起诉阶段,以及专家辅助人功能的多元化,需要解决几个关键问题。

第一,专家辅助人介入刑事司法的方式。刑事诉讼法应赋予当事人在整个诉讼阶段根据需要聘请专家辅助人的权利,公检法机关应告知当事人聘请专家辅助人的权利。专家辅助人辅助当事人时,如果需要公检法机关配合,或者会影响公检法机关的决策,或者事涉国家秘密、个人隐私等,则应取得公检法机关的同意。公检法机关作出不同意的决定应当说明理由,当事人应享有救济权。

第二,当事人的专家权利与侦查秘密原则的协调。专家制度的权利化,必然会影响到侦查控诉机关乃至法院的决策。特别是在侦查阶段,当事人、特别是犯罪嫌疑人一方专家辅助人的提前介入,可能会导致侦查秘密的泄露,影响侦查效率,甚至危害到侦查的有序有效进行。解决这一矛盾,当然首先需要构建专家辅助人的责任机制,以及确立专家辅助人相对当事人的独立性。此外还应看到,除专家辅助人参与见证、监督鉴定过程等少数功能,他们提供的其他技术性服务,其实与律师提供的法律服务并无本质差异,不会对侦查工作造成冲击。更何况,侦查公开、侦查控诉机关向辩方披露信息也是当前刑事司法改革的趋势之一。至于专家辅助人参与见证、监督鉴定过程以及其他可能导致侦查秘密泄露的情况,我国刑事司法需要根据比例原则、必要性原则与可行性原则,设定专家辅助人的参与范围与参与程序。

〔48〕 侦查机关在办理一些敏感案件时,已积极推动当事人聘请专家辅助人参与见证鉴定过程。参见高增双:《哈尔滨公布六名警察涉嫌打死大学生案尸检结果,两名涉案警察被提请检察机关批捕》,《检察日报》2008年11月7日第1-2版;高鑫、于潇:《对话北京检方法医:法医专家解读雷洋尸检意见》,《检察日报》2016年7月1日第1版。

需要注意的是,专家制度的权利化并不否定专家制度的“权力逻辑”。基于职权主义诉讼模式与查明事实的制度压力,公检法机关应当在其主导的诉讼阶段,根据实践需要丰富与优化专家辅助人的各项功能,例如完善检察机关专家辅助人对侦查机关鉴定过程的监督。^[49]总体来看,公检法机关的专家辅助人与当事人的专家辅助人尽管功能相同,但前者遵循“权力逻辑”,后者遵循“权利逻辑”。同时,宪法与刑事诉讼法对公检法机关的定位以及他们与当事人诉讼角色的差异,决定了公检法机关指派或聘请的专家辅助人需要保持客观中立,而当事人聘请的专家辅助人则主要维护当事人的合法权益。

(四) 专家制度的规范化

专家制度的规范化,主要应从专家意见的法律定位、专家的资格限制与专家权责体系的构建等三个层面展开。

第一,专家意见应分类定位。鉴定意见属于法定证据种类,而“刑事诉讼法解释”第87条规定的检验报告本属鉴定意见,且在司法实践中当作鉴定意见使用,因此检验报告也应作为法官的定案根据。同样,鉴定人以其他方式提供的专家意见(例如家庭暴力问题专家提供的专家证言、儿童心理学家对儿童证言的评估),也应视为鉴定意见。鉴定意见只是证据材料,并不会对法官形成拘束力,其无论以何种方式呈现,最终都需要经过控辩双方质证与法官认证。

专家辅助人意见的法律定位相对比较复杂。专家辅助人可以从两个维度进行分类:(1)是否提供独立的专家意见;(2)是否参与法庭审判。凡不提供独立专家意见的专家辅助人,都谈不上专家辅助人意见的定位问题,例如出庭辅助控辩双方播放、演示技术性证据材料的专家辅助人。如果专家辅助人在侦查起诉阶段提供专家意见,由于专家意见不具有原生性,也没有经过控辩双方庭审质证与法官审查,就只能作为公检法机关与当事人相关决策的参考。专家辅助人为法官提供的技术咨询与技术审核意见,同样没有接受控辩双方质证,也只能作为法院相关决策的参考。^[50]

真正存在争议的,是专家辅助人在庭审阶段对以鉴定意见为主的技术性证据的质证意见的法律定位。以专家辅助人对鉴定意见的质证为例,理论界对此没有达成共识。由于专家辅助人意见需要经过庭审质证,同时专家辅助人不仅可以对鉴定人发问,还可以对鉴定意见涉及的专门性问题提出意见,^[51]所以有学者认为,专家辅助人意见可以作为证据使用。^[52]还有学者认为,专家辅助人的质证意见只可以作为弹劾证据用于判断鉴定意见的真实可信性,而不能作为定案依据即实质证据使用;不能仅仅根据专家意见直接得出与原鉴定意见相反的结论,但法院可以根据专家辅助人意见进行重新鉴定。^[53]“弹劾证据”的观点主要是考虑到专家辅助人意见对鉴定意见的依附性,以及专家辅助人意见如果作为定案根据,则很可能出现该意见与鉴定意见孰真孰假的判断难题。但“弹劾证据”的观点也存在缺陷,其忽视了辅助法官、特别是辅助公诉人质证鉴定意见的专家辅助人意见也可能旨

[49] 在雷洋案的尸检过程中,北京市人民检察院指派法医见证了整个鉴定过程。参见前引[48],高鑫等文。

[50] 2007年《最高人民法院技术咨询、技术审核工作管理规定》第10条、第23条。

[51] “法庭调查规程”第26条。

[52] 参见前引[1],胡铭文,第206页。

[53] 参见孙长永:《论刑事证据法规范体系及其合理建构》,《政法论坛》2012年第5期,第31页;前引[21],陈瑞华书,第307页。

在印证而非否定鉴定意见；至少，公诉人申请专家辅助人出庭，是不可能质疑他们提供的鉴定意见的。

事实上，专家辅助人意见更类似德日等大陆法系国家证据体系中的“辅助证据”或“补助证据”，^[54]即专家辅助人意见是以鉴定意见的证明力为证明对象的证据。专家辅助人意见动摇了鉴定意见的可靠性，但其也不能取代鉴定意见直接认定案件中的专门性问题，法官应要求鉴定人作出合理解释，如果解释合理且与其他证据印证，法官则可采信鉴定意见；反之，法官不能采信鉴定意见，专家辅助人意见则可以作为法官启动重新鉴定的依据；如果专家辅助人意见印证了鉴定意见，则可以成为法官采信鉴定意见的重要依据。^[55]与此类似，专家辅助人对其他技术性证据的质证意见，同样可以成为法官认证的重要依据。

第二，专家的资格限制。目前，专家资源丰富且查询方便、监管严格的是全国司法行政机关统一管理的四大类鉴定机构、鉴定人（表3）。尽管存在不足，但司法行政机关对四大类鉴定机构、鉴定人的资格限制、行政审查及其制度管控，毕竟储备了专门人才，节省了公检法机关搜寻、甄别鉴定人的成本，提高了鉴定意见的公信力。

表3 2010—2017年司法行政机关管理注册的社会鉴定机构、鉴定人统计

年份	全部鉴定机构 (单位:家)	三/四大类鉴定机构 (单位:家)	全部鉴定人 (单位:人)	三/四大类鉴定人 (单位:人)
2010	——	2254	——	27137
2011	——	2284	——	26294
2012	4833	2377	54220	——
2013	4876	2420	55206	——
2014	4902	2473	55290	29900
2015	4924	2523	55662	——
2016	4872	2582	54198	——
2017	4338	2606	49498	——

数据来源：司法部原司法鉴定管理局李禹、党凌云等人2011—2018年在《中国司法鉴定》发布的全国司法鉴定情况统计分析年度报告

我国刑事司法对鉴定的需求是动态且开放的，四大类鉴定机构、鉴定人显然无法满足司法实践的需求，一些地方司法行政机关注册、登记了知识产权类、建设工程类、产品质量类、价格类等其他类鉴定机构、鉴定人。但是，司法行政机关对这些类别缺乏管理合法性，非四大类鉴定人的鉴定资质常常遭到当事人质疑，这也是“刑事诉讼法解释”第87条创建检验人制度的重要原因。而且，2017年司法部《关于严格准入严格监管提高司法鉴定质量和公信力的意见》，要求地方司法行政机关“对没有法律、法规依据的，一律不予准入登记”。此后，地方司法行政机关或者不再对四大类之外的鉴定机构、鉴定人延续登记，或者全部予以注销。由此，缺乏国家统一管理的非四大类鉴定机构、鉴定人，与四大类同行之间的身份差异始终难以消除。可行的解决方案，还是应由国家逐步推进对其他类鉴定机

[54] 参见前引[45]，Roxin书，第237页；[日]松尾浩也：《日本刑事诉讼法》下册，张凌译，中国政法大学出版社2005年版，第26页。

[55] “法庭调查规程”第49条。

构、鉴定人的统一管理,通过制度化、规范化与权威性的统一管理机制,提高非四大类鉴定机构、鉴定人提供的鉴定意见的可靠性与可信性。

专家辅助人的资格,同样需要分类限制。针对鉴定意见提供审核意见的专家辅助人,一般应具有相关领域的鉴定人资格。特别是出庭质证鉴定意见的专家辅助人,还应是本鉴定领域经验丰富的专家。总体原则是,提供专家意见的专家辅助人通常应满足三个条件:一是与鉴定人专业相匹配;二是取得鉴定人资格;三是实践经验丰富。当然,不排除由其他没有取得鉴定人资格的专家担任专家辅助人,但应对其资格的形式条件与实质能力进行严格审查。^[56]对其他技术性证据进行审查与质证的专家辅助人,可以参照鉴定类专家辅助人的条件提出要求。至于提供技术性辅助的专家辅助人,准入门槛应当降低,只要具有专门性知识与操作能力即可。

第三,专家回避。鉴定人以中立身份参与刑事司法,若与案件有利害关系即应回避。专家辅助人是否需要回避,与指派或聘请主体有关。2007年《最高人民法院技术咨询、技术审核工作管理规定》第24条,对为法官提供技术咨询、技术审核的司法技术人员提出了回避要求;2018年,“有专门知识的人参与办案的规定”第6条规定,对检察机关指派、聘请的各类专家辅助人适用有关鉴定人回避的规定;根据2019年《公安机关办理刑事案件电子数据取证规则》第58条的规定,公安机关指定的对“案件中某些专门性问题”出具报告的机构应当适用回避的规定。如前所述,宪法与刑事诉讼法对公检法机关的角色与责任定位,决定了公检法机关指派或聘请的专家辅助人都应适用回避的规定。至于当事人聘请的专家辅助人,刑事诉讼法、司法解释以及其他规范性文件都没有明确他们是否需要回避。从诉讼原理与当事人聘请律师的情况看,当事人聘请的专家辅助人无需回避,不过他们应当在科学、客观的立场上,维护当事人的合法权益。

第四,专家辅助人的权责体系。国家就鉴定人构建了相对系统的权责体系,并一直不断完善。关于专家辅助人的权利与责任,可以参照“有专门知识的人参与办案的规定”。

首先,专家辅助人的权利主要包括:(1)人身安全保护权。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、毒品犯罪以及其他可能存在人身安全危险的犯罪案件,专家辅助人或其近亲属可以向公检法机关申请保护,公检法机关应当采取保护措施。(2)报酬权。对于公检法机关外聘或当事人聘请的专家辅助人参与刑事司法的交通、住宿、就餐等合理费用,应根据“谁聘请谁支付”的原则实施。^[57](3)协助权。例如,公检法机关与当事人应向专家辅助人介绍案件涉及的专门性问题、提供专门性问题的相关材料。特别值得强调的是,公检法机关对当事人聘请专家辅助人参与鉴定过程、查阅鉴定材料等申请,如不涉及保密或其他特殊情况,应尽力配合。(4)拒绝指派或聘请的权利。专家辅助人是以专门性知识辅助公检法机关办案,辅助当事人追求其合法权益,如果偏离这一立场,可以拒绝或中断相关主体的指派或聘请。

其次,专家辅助人的责任主要包括:(1)故意提供虚假专家意见应承担相应法律责任;(2)遵守法律法规,遵循技术标准和规范,恪守职业道德,坚持客观公正;(3)保守参与

[56] 参见刘鑫、王耀民:《论专家辅助人资格的审查》,《证据科学》2014年第6期,第711页以下。

[57] “法庭调查规程”第17条。

办案中所知悉的国家秘密、商业秘密、个人隐私以及其他不宜公开的内容；（4）应当妥善保管、使用并及时退还参与办案中所接触的证据材料。当然，当事人聘请的专家辅助人主要是维护当事人的合法权益，不要求其站在完全中立、客观的立场上提供不利于委托人的专家意见。

结 语

纵观 1979 年刑事诉讼法颁布至今四十余年的制度发展史，可以看到专家制度功能日趋多元化。为了从整体上把握刑事专家制度，理顺专家功能之间的关系，本文采取体系化视角，将当前参与刑事司法的多元专家类型化为鉴定人与专家辅助人的二元专家模式，并在此基础上，分别强化专家制度的“权利逻辑”与完善专家制度规范。二元专家模式不仅形式简约，还具有一定的理论解释力，可以作为分析我国刑事专家制度的理论框架。最后，需要特别指出的是，由于当前法律文本尚未对专家陪审员参与刑事审判作规定。例如，2018 年通过的人民陪审员法就没有规定专家陪审员可以参与刑事审判。加之专家陪审员制度本身存在必要性与正当性方面的争议，故本文没有专门讨论这一问题，也未贸然构建“鉴定人—专家陪审员—专家辅助人”三位一体的刑事专家制度模型。

Abstract: Since the promulgation of the Chinese Criminal Procedure Law in 1979, the functions of expert participating in criminal justice in China have become increasingly open and diversified. The gradual diversification of the expert system's functions is rooted in the triple internal logics of criminal justice in China, which are, the "cognitive logic" that bridges the knowledge gap between legal practitioners and experts, the "power logic" that realizes the "division of labor, cooperation and mutual restriction" among public security, procuratorial and court organs, and the "right logic" that protects the rights and interests of the parties and realizes the equality between prosecution and defense. However, from the perspective of structuralism and holism, there are obvious systematic defects in the criminal expert system in China, which mainly manifest as the excessive power-orientation, the unstructured function of the expert system and the non-standardization of the system. The system shall be improved through the adoption of a systematic approach. First of all, to turn the pattern of diversified expert participation in criminal justice into the pattern of binary expert participation that contains identification or evaluation experts and expert assistants. Secondly, to highlight the dimension of the expert right and rectify the power-oriented tendency of the system. Thirdly, to systematize the expert system to create better institutional conditions for experts to serve criminal justice.

Key Words: criminal justice, expert system, persons with specialized knowledge, identification or evaluation expert, expert assistant
