



西南政法大学刑事侦查学院公安学学术文库

刑事鉴定制度改革研究

[The Study on the Reform of the Criminal Appraisal System]

■ 陈如超 著



群众出版社

2013 年度中央财政支持地方高校发展专项资金建设项目“公安学及公安技术学科创新团队”成果

重庆高校物证技术工程中心课题项目成果（项目编号：LCFS140914）

重庆高校物证技术创新团队项目成果（合同号：KJTD201301）

西南政法大学 2010 年校级重点课题“刑事重复鉴定问题研究”项目成果（项目编号：2010-XZZD12）



西南政法大学刑事侦查学院公安学学术文库

刑事鉴定制度改革研究

陈如超 著

群众出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事鉴定制度改革研究/陈如超著. —北京: 群众出版社, 2015. 8

(西南政法大学刑事侦查学院公安学学术文库)

ISBN 978-7-5014-5413-6

I. ①刑… II. ①陈… III. ①刑事犯罪—司法鉴定—司法制度—研究—中国 IV. ①D924. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 188057 号

刑事鉴定制度改革研究

陈如超 著

出版发行: 群众出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京兴华昌盛印刷有限公司

版 次: 2015 年 8 月第 1 版

印 次: 2015 年 8 月第 1 次

印 张: 12.75

开 本: 787 毫米×1092 毫米 1/16

字 数: 207 千字

书 号: ISBN 978-7-5014-5413-6

定 价: 45.00 元

网 址: www.qzcbbs.com

电子邮箱: qzcbbs@sohu.com

营销中心电话: 010-83903254

读者服务部电话 (门市): 010-83903257

警官读者俱乐部电话 (网购、邮购): 010-83903253

公安综合分社电话: 010-83901870

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换
版权所有 侵权必究

谨以此书献给已经永远逝去
任劳任怨而命运悲苦的父亲

序

长期以来，我国公诉案件的刑事技术司法鉴定与侦查权密不可分，或者说其是侦查权的组成部分，这使得刑事技术司法鉴定在相对封闭的侦查职权范围内单方运行。近年来，刑事技术重新鉴定逐步开放，非职权鉴定机构逐步参与进来，从而增加了鉴定意见的对抗，这是一种进步。在刑事司法鉴定中，刑事技术司法鉴定仅是其中一个方面，主要包括法医鉴定、物证技术鉴定、电子数据鉴定、视听资料鉴定等方面。除此之外，刑事司法鉴定还存在更多其他方面的鉴定，如司法精神病鉴定、知识产权鉴定、司法会计鉴定、环境污染司法鉴定等。刑事侦查必须以刑事技术及刑事技术司法鉴定为基石，这不仅是依法治国时代法治文明发展的必然要求，而且是刑事侦查模式变革的主要路径。但是，应用于刑事侦查中的鉴定技术并不为刑事诉讼所专用，也不为侦查行业所专有，它是开放的且具有证据调查的普遍适用性。刑事鉴定技术只在依附于侦查保密性时才有暂时保密的必要，一旦侦查终结则鉴定意见必须公开。总的来说，刑事侦查必须围绕信息、技术、证据、人权保障来进行一体化的发展。

刑事重新鉴定与刑事重复鉴定是既有联系又有区别的两个概念。刑事重新鉴定虽然在次数上可能出现一次或一次以上的重复，但每次重新鉴定都应是一次新的鉴定，即刑事重新鉴定有法定的条件和启动程序，由新的鉴定人实施，无论其鉴定意见是否与原鉴定意见一致，都是新的鉴定。重新鉴定的鉴定意见与原鉴定意见之间不具有对抗性，因为在启动重新鉴定时，

原鉴定意见已经依诉讼程序被排除，如果没有排除原鉴定意见则没有理由启动重新鉴定。如果对重新鉴定的鉴定意见依程序再次启动重新鉴定，则其效果如前所述。

刑事重复鉴定仅是刑事重新鉴定次数的表述，因而其在正当程序中没有程序价值和证据价值。由于我国诉讼法并没有严格规定启动重新鉴定必须排除原鉴定意见，这使得重新鉴定的鉴定意见与原鉴定意见之间形成对抗，导致鉴定意见难以被采信，即使采信重新鉴定意见形成裁判，也埋下了程序不安定的因素。同时，在司法实践中，由于种种原因导致启动重新鉴定的条件把关不严格，程序不规范，增加了重新鉴定的次数。例如，在侦查、起诉、审判阶段启动的重新鉴定；又如，律师事务所、当事人启动的重新鉴定等。重新鉴定被滥用，会形成过度重复鉴定之危害。过度重复鉴定之危害主要表现为严重影响诉讼效率，久鉴不结，使得案件不能裁判，正义迟迟得不到彰显。我国的一些学者提出“终局鉴定”的概念，试图限制重新鉴定的次数，这对安定诉讼程序有一定意义，但从鉴定的科学角度来说仍然存在争议，因为终局意味着鉴定意见无论正误，此后不能再鉴定，这在一定程度上影响了司法裁判的公正性。重新鉴定程序主要是在原鉴定意见本身缺乏科学可靠性，或者严重违反鉴定程序，可能影响鉴定意见的科学可靠性和公正性的情况下才启动的特别鉴定程序，或者救济程序，因而不应当成为鉴定的常态，事实上也不是鉴定的常态。

刑事重新鉴定的发生是由初次鉴定的实体和程序问题引起的，而归根结底主要是由原鉴定人的鉴定能力、鉴定态度和鉴定作风引起的。鉴定意见是鉴定人独立作出的，面对诉讼涉及的专门问题，鉴定人应该实事求是地接受和实施鉴定，对自己鉴定能力不及的应拒绝鉴定，在自己的鉴定能力范围内能够解决问题到什么程度就到什么程度，是什么就是什么，绝不能超越客观依据和能力作出鉴定意见。鉴定人必须以严谨的科学态

度和扎实细致的工作作风进行鉴定，最大限度地避免自己因主观过失而导致的鉴定意见错误。如果鉴定人能够做到这样，重新鉴定的次数就会减少。诚然，重新鉴定是必然发生的，从鉴定人的角度而言，初次鉴定可能存在技术运用失误、主观过失、虚假鉴定等鉴定意见错误的情形，也可能存在违法鉴定程序而影响鉴定意见科学可靠性的情形，因此，减少重新鉴定必须严格限制鉴定人的资格认定，提高鉴定人的鉴定能力和职业道德水平。

刑事重新鉴定带来的鉴定多次重复必然影响诉讼的程序安定、诉讼的效率和社会稳定。这种影响涉及事实认定者、司法鉴定机构和鉴定人、司法鉴定管理机关、纪检和监察等部门和个人。刑事重新鉴定的原因直接表现为控辩双方、当事人之间存在对鉴定意见的争议，而具体原因有的是委托人、鉴定人违反鉴定程序，有的是鉴定意见的依据和方法缺乏科学可靠性，有的是鉴定人的行为违反职业道德和执业纪律，还有的是案外社会原因。案外社会原因包括文化的、经济的、伦理的等，文化的原因表现为缠闹，经济的原因表现为贫富与得失冲突，伦理的原因表现为对道德和名誉的捍卫。由案外社会原因引发的鉴定意见的争议表现为没有依据和理由地否定一切对自己不利的鉴定意见，如果鉴定意见被法庭采信，则投诉、上访、缠闹，从而影响鉴定意见的效力。

该书作者从中国当今刑事鉴定制度所暴露出的缺陷出发，把刑事重新鉴定中的“重复鉴定”作为特殊现象来研究，揭示其存在的问题并提出解决问题的方法，无疑切中鉴定时弊，具有积极的理论与实践价值。作者以刑事诉讼和刑事鉴定为视角，对刑事重新鉴定必要性、当事人启动重新鉴定机制、过度重新（重复）鉴定危害、“鉴定争议”的破解之途、法官对刑事鉴定意见的审查、刑事法官与鉴定人事实认知的整合、专家辅助人制度、刑事庭审中的专家陪审员制度等问题进行理论分

析和实证研究，比较深入且形成一定体系。作者在本科和硕士阶段所学主要为物证技术，而在博士阶段研究的则是刑事诉讼法，因而其所研究的上述问题不仅具有理论前沿性和实践性，而且研究视角和知识基础独特，所获得的研究成果具有较高的理论和实践价值。作者特别关注刑事司法鉴定意见的庭审质证、采信，以及积极探索专家辅助人制度和刑事庭审的专家陪审员制度，这些制度的完善一方面有利于正确采信鉴定意见，另一方面有利于倒逼刑事司法鉴定程序的完善和司法鉴定技术水平的提升。科学技术进入诉讼不应该以自身的科学性而自闭，而应该受诉讼的规制而开放，在公开与抗辩中不断促进应用于司法鉴定的科学技术的发展，这也正是作者探索这一问题的目的。涉鉴投诉、上访，甚至鉴闹已给司法鉴定提出挑战，怎样既能够减少投诉、上访，甚至鉴闹，化解社会矛盾，又能够充分发挥司法鉴定的诉讼价值，已经成为司法鉴定机构和鉴定人以及司法鉴定管理部门共同面临的课题。作者在这一问题上的积极探索和提供的经验，对解决这类问题无疑起着积极的作用。

本人与作者亦师亦友，作者做学问的勤奋和敏捷才思在同辈人中是佼佼者。每当他为生计苦恼或研究受阻时，相互之间能够坐下来闲聊一阵，然后又各自忙活。而今作者的学问已经长足进步，仍然笔耕不辍，实在是难能可贵。在此书即将付梓之际邀我作序，深感自不量力，但为后生之未来，也为司法鉴定之发展，勉强写下以上文字，是为序。

西南政法大学

贾治辉

2014年12月30日

前 言

近年来，刑事司法鉴定制度因其弊端丛生而饱受争议。但或许如此，它已经成为学者研究的热门话题，并持续至今。可以说，当前刑事鉴定制度的学术研究者主要来自两大阵营：一类是刑事诉讼法学者，其从鉴定程序、鉴定证据（科学证据）、鉴定人出庭、专家辅助人制度等方面展开了深入的分析，其中涌现了一批高质量的实证性作品；另一类是司法鉴定界的同人们，其从自身刑事鉴定实践的角度，特别是基于专业知识范围，如法医病理、法精神病学的鉴定工作，对一些重大案件或一类案件作出了学术性的归纳与概括。两者可谓交相辉映，弥补了学者研究团体的各自知识局限。

然而，刑事鉴定制度毕竟牵涉面广，远非仅涉及鉴定与诉讼，更关联国家转型过程中的社会与政治问题。正因为如此，我们才可以看到，近年的一些鉴定案件，如黄静案、邱兴华案、李树芬案、戴海静案、代义案、黎朝阳案、谢佩银案、涂远高案等掀起一波波滔天巨浪，成为影响国内外的鉴定公案。由此，民怨四起，中国刑事鉴定制度一时被千夫所指、饱受争议，刑事鉴定界也因此蒙羞，鉴定意见被贬斥为“是非之王”，鉴定公信力岌岌可危！

固然，2012年修正的刑事诉讼法规定了鉴定人出庭与专家辅助人制度，看似进步，然而一方面，一些重大的鉴定问题（如重复鉴定、鉴定启动）并未进入立法者视野，以致这些问题仍然在实践中悬而未决；另一方面，鉴定人出庭与专家辅助人制度依旧问题重重，打破了立法者当初的设想。因此，对于中国刑事鉴定制度问题的研究，就不能局限于狭隘的刑事司法领域，以防一叶障目；也不能盯住欧美国家鉴定制度不放，只进行简单的法律移植，而应从社会、政治与法律交叉的层面对刑事鉴定制度进行实证研究，紧贴鉴定实践，以便深度阐释其内在机理，从而根据刑事司法机关的一些有益改革，进行理论提炼与立法回应。

可以说，本书正是从这一视角阐述了刑事鉴定制度的一些基本问题。

第一章指出刑事鉴定制度改革批判。中国当今刑事鉴定制度所暴露出的众多缺陷，引来学者的批判与各种改革尝试，俨然成为司法改革中的一门显学。然而，鉴定制度改革步伐进退维谷，各种内在困境，如鉴定人与法官在事实认知上的冲突、犯罪嫌疑人和被告人委托鉴定人面临的困境以及刑事鉴定人出庭遭遇的困难，提示我们必须在理念上明确鉴定制度改革的前提，从而为制度改革扫清障碍。

第二章揭示刑事重复鉴定的相关问题。可以说，中国刑事重复鉴定并未因相关法律变革而有实质性改变。当前，刑事重复鉴定主要集中在死因鉴定、损伤程度鉴定等法医学领域，且倾向发生在侦查或初查阶段的鉴定中，它持续时间长、鉴定次数多、耗财费时。虽然适当的重复鉴定可实现当事人之诉权，有利于查明事实，然而过度重复鉴定，却削弱了刑事鉴定的信誉、颠覆了程序定分止争的功能，给当事人造成了各种难以估量的压力。面对实践中的诸多问题，我们需结合司法中的有益经验，通过变革刑事鉴定制度，重塑鉴定信任，进而实现民众对鉴定意见的接受。

第三章进一步从当事人启动机制角度阐述刑事重复鉴定问题。基于中国刑事法律的规定，当事人可以向侦控机关与法院申请重新鉴定，而至于是否被许可，则由三机关自由裁量。因申请主体与决定主体的二元分离，二者之间难免产生对立与冲突，故当事人为自身利益而在实践中展现出一系列行动策略，其目的是说服甚至支配办案部门启动重新鉴定。该行动策略反映出当事人不满官方鉴定意见的案件结构特征。然而，当事人行动策略的恣意、非法甚至暴力，说明中国目前的重新鉴定启动机制需要适当变革，以限制当事人不合理的救济方式。

第四章分析刑事案件中的“涉鉴上访”问题。在中国刑事程序中，“涉鉴上访”现象频频发生，且相对集中于法医鉴定领域，它被当事人视为不满公安、司法机关鉴定意见时最常见的诉讼外救济措施和抗争策略。然而，“涉鉴上访”，尤其是重复上访、越级上访、多头上访等形式，却颠覆了程序自治，使案件争议久拖不决，司法权威一落千丈。面对涉鉴上访存在的诸多问题，固然我们承认它在实践中有一定的合理性，但目前却亟须国家重点治理，吸纳与化解当事人对鉴定过程与结果的不满，仅让当事人将上访作为例外的“底线救济”权。

第五章以刑事死刑案件为例，解说刑事精神病鉴定的启动及其抗辩问题。因为随着话语权利的流行与国家被告人权益保护的增强，可以看到，中国死刑案件中的被告方在庭审阶段频频提出精神病抗辩，意图启动精神病鉴定程序以减轻罪责或不负刑事责任。然而，实践中却显示出以下悖论：被告方虽时时提出抗辩，但法庭却不愿启动精神病鉴定程序。其原因在于，当前被告方提出的精神病抗辩与鉴定申请的证明责任分配不明，被判无罪的精神病人的监管难题与强制措施缺乏，精神病鉴定一再反复导致法官无法判案，等等。因此，在国家越来越重视死刑案件审判程序的背景下，有必要重构被告人精神病抗辩与鉴定的合理制度，使其既能维护被告人的正当权益，又不至于无章可循。

第六章论述刑事鉴定争议的破解之途。中国刑事鉴定争议频发，不仅造成了重复鉴定、久鉴不结，更促使部分当事人采取上访、闹事、自伤自残等非正常救济途径。破解这一难题，论者各抒己见，但行之有效的方法应是借鉴部分司法实践部门创建的“过程导向信任”的鉴定争议解决机制。它通过鉴定程序的开放性，借助当事人的充分参与性及对鉴定结果的实质性影响，重塑司法鉴定的公信力。

第七章揭示法官对刑事鉴定意见的审查难题。由于当今时代科技与法律的关系尤为密切，在刑事诉讼中表现为具备最终事实认定权的法官日益面临鉴定人科技知识的挑战，因而其事实认知权存在被分享的危险。对于这一问题人们关注甚少，面对该困境法官应通过以下策略回应：对鉴定人可靠性进行审查；加快鉴定人及鉴定机构之间的竞争、进行适当的责任追究来保证鉴定人作出可靠的鉴定意见以及走出通过相关的鉴定程序（鉴定人出庭、专家辅助人制度等）处理疑难的科学鉴定争议。

第八章主要关注刑事法官与鉴定人在事实认知方面的共性与差异。与刑事程序中的其他参与主体相比，法官与鉴定人的事实认知要求以及达到的认知标准最高，两者在事情真相发现的程序、实质内容方面都表现出惊人的一致，因此法律对其作出了诸多共同的规定。尽管如此，法官与鉴定人的事实认知仍然存在若干重大区别，加之法官毕竟是案件事实发现的最终认定者，且仍然面临审查鉴定意见的重重专业困境，受到科技知识的各种挑战，因此，有必要将法官与鉴定人对事实认定的权力进行有效整合，实现二者的合理分工以及法官对鉴定人鉴定意见的控制。

第九章论述了专家辅助人制度。2012年修正的刑事诉讼法规定的专家辅助人制度，被誉为“一大制度创新”。然而事实上，专家辅助人的身影在刑事程序中早已出现，他们由当事人聘请，在一些社会影响大、争议不断的案件中，监督、见证侦查机关的鉴定过程，成功地化解了当事人的不满，避免了重复鉴定。而当前法律却仅规定专家辅助人在庭审阶段，就鉴定人作出的鉴定意见提出意见。应该说，该制度的功能是有限的。因此，在职权鉴定格局无法更改的既定条件下，相关法律需要回应司法实践，扩大专家辅助人的参与阶段与权限，使其提前介入侦查机关展开的部分重大鉴定程序中，以有效解决鉴定争议，节约诉讼资源，提高办案效率。

第十章分析刑事庭审中的专家陪审员制度。当今社会科技的大力发展，导致运用于刑事司法领域的专门知识逐渐增多。而法官作为案件事实的最终裁判者，本应仔细审核鉴定意见的可靠与真伪，但现实的困境是，作为外行的法官往往无法对其有效性提出质疑，故产生了法官裁判事实的认知悖论。解决这一问题的有效途径之一，就是邀请专家陪审员参与审判。然而，专家陪审员的引入固然可以弥补法官科技知识的不足，但仍然带来了诸多难题。因此，国家很有必要对专家陪审员制度进行合理的规范，使其良性发展。

上述各章既可独立成篇，从不同侧面解读刑事鉴定的问题并提出相应的改革措施，又能形成一个严密的制度体系，从重复鉴定现象、当事人不满鉴定意见的争议情况、鉴定争议解决机制、法官审查鉴定意见的困境及其破解机制（如专家辅助人、专家陪审员制度）等角度，共同诉说刑事鉴定中的问题与改革之道。其中贯彻的核心思想就是通过程序开放、多方参与的“过程导向信任”的鉴定运作机制，解决鉴定争端，实现法官对鉴定意见的实质性审查权。而其主要研究方法，就是以刑事鉴定公案为基本素材，结合实践中刑事司法部门长期摸索与试验的一些有益经验，进行实证性材料分析。

最后，在写作本书时，笔者始终牢记维特根斯坦有关学术研究“应贴在地面步行，不在云端跳舞”的教诲，将相关分析与理论提炼建基于实践之上。但由于时间匆促、知识有限，加之理论视野不足，故而本书的写作，事实上远未实现当初宏愿。然而无论如何，本书也是近几年学术研究的点点心得，是非功过，恳请方家批评指正。

目 录

第一章 刑事鉴定制度改革批判	(1)
一、问题的提出	(1)
二、刑事鉴定制度改革的困境	(1)
三、刑事鉴定制度改革的理念	(7)
四、刑事鉴定研究者与改革者的责任	(10)
第二章 刑事重复鉴定的现象与问题	(12)
一、问题的提出	(12)
二、当前刑事重复鉴定案件的现状	(16)
三、问题与改革路径	(23)
第三章 当事人启动刑事重新鉴定的途径与方法	(27)
一、问题的提出	(27)
二、当事人重启鉴定的行动策略	(28)
三、行动策略传递出的案件结构特征	(35)
四、问题与改革路径	(43)
第四章 刑事案件中的“涉鉴上访”现象研究	(50)
一、问题的提出	(50)
二、当前涉鉴上访的特征	(52)
三、上访的原因	(56)
四、上访的行动逻辑与作为抗争策略的上访	(61)
五、刑事案件中涉鉴上访的治理	(65)
第五章 死刑案件中精神病鉴定的启动及其抗辩	(69)
一、问题的提出	(69)
二、死刑案件中精神病鉴定申请及其抗辩现状	(70)

三、精神病鉴定申请与抗辩难以成功的理由	(77)
四、中国死刑案件中精神病鉴定申请与抗辩的合理变革 ...	(85)
第六章 刑事鉴定争议解决机制	(88)
一、问题的提出	(88)
二、鉴定争议类型及其案件结构特征	(90)
三、影响刑事鉴定争议的变量及其发生机制	(99)
四、刑事鉴定争议解决的司法操作模式	(112)
五、“过程导向信任”的理论基础及其制度建构	(117)
六、结论	(124)
第七章 刑事法官审查鉴定意见面临的困境与挑战	(125)
一、问题的提出	(125)
二、鉴定人对法官案件事实认定的挑战	(127)
三、法官应对鉴定人事实认定的挑战的策略	(130)
四、刑事程序解决鉴定实体问题	(135)
第八章 刑事法官与鉴定人事实认定的比较与整合	(137)
一、问题的提出	(137)
二、法官与鉴定人共同的诉讼使命——客观认定事实	(138)
三、法官与鉴定人事实认定程序的比较研究	(139)
四、法官与鉴定人事实认知实体层面的比较	(144)
五、法官与鉴定人事实认定权力的重组	(148)
第九章 刑事专家辅助人制度的反思与重构	(151)
一、问题的提出	(151)
二、刑事程序中鉴定争议的类型分布	(153)
三、专家辅助人制度在庭审阶段的功能与局限性	(157)
四、审前专家辅助人制度实践运作的评析	(161)
五、当前侦查或初查阶段专家辅助人制度的法律建构	(165)
六、余论	(167)
第十章 刑事庭审中的专家陪审员制度	(168)
一、问题的提出	(168)
二、法官审查鉴定意见时的认知困境	(168)

三、专家陪审员参与审查刑事鉴定意见的优越性	(170)
四、专家陪审员参与审查刑事鉴定意见存在的主要问题 ...	(172)
五、专家陪审员审查刑事鉴定意见制度的合理变革	(175)
参考文献	(177)
后 记	(187)

第一章 刑事鉴定制度改革批判

一、问题的提出

2000年以来,中国刑事司法鉴定制度改革之声甚嚣尘上,学者们对刑事鉴定制度直陈利弊,认为是“变亦变,不变亦得变”的革故鼎新之期,如同康有为“上皇帝书”的“守旧不可,必当变法;缓变不可,必当速变;小变不可,必当全变”。然而,学者们还未来得及对自己的认知方式与认知能力进行反思,就径直着手制度的构建,有如康德所言“飞鸟何以超过自己的影子”。尽管长期熏陶于这种研究范式中,潜移默化而不自知,但笔者心中常常泛起一种缺少心灵家园、茫然若失的悲愤之感。毫不夸张地说,我们在思想意识上都产生了巨大的混乱与茫然,陷入了严重而普遍的“精神迷失”境地,如同一个人被抛置于一个陌生的广场上,不知出路在哪儿,出现了当代英国思想家以赛亚·柏林所谓的“广场恐惧症”。

因此,本书着眼于刑事鉴定制度改革的一些困境,反思我们长久以来对热点问题研究的进度,以及中国理论研究与法律实践之间缺乏应有的张力而导致“知”与“行”的二元背离。

二、刑事鉴定制度改革的困境

(一) 刑事鉴定人与法官事实认知的冲突

刑事鉴定制度的首要困境是鉴定人的事实认知与法官^①的事实最终决定权(自由心证)的冲突。众所周知,诉讼中法官是最终的冲突解

^①当然,法庭审判者中的事实认定者,还包括英美国家的陪审团以及欧陆国家与中国的陪审员。但是因为前者参与审判的数量非常有限,而后者与法官共同审判,所以此处只选取刑事法官这一常态的审判主角进行研究。

决主体，但随着科学技术迅猛发展，法官早已走下了全知全能的神坛。对超出自身理解之外的疑难问题，法官会将其交于拥有专门知识的人来解决。固然，事实审理中鉴定人的引入，确实有助于知识的合理分工与法官事实认定的准确与简便。但不容置疑的是，由于法官是案件事实的最终判断者，因此，鉴定人对专门问题探究的结果，法官未必有足够的审查能力。鉴定的提起，恰恰反映的是法官事实认知的盲区。当然，像日本、德国、法国法律明确规定，法官不采纳鉴定意见时必须说明理由，这事实上已经是对其自由心证的限制，但究竟是否能够得到有效实施，却是一个非常值得怀疑的问题。

法官对鉴定意见的审查，不外乎两条途径：其一，把鉴定意见与其他证据相互参究，看彼此是否矛盾，以及这种矛盾能否化解。然而当多个专家结论之间产生冲突且其具有决断作用时，这种困难则暴露无遗，现实中对一个专门问题鉴定七八次就是如此。其二，就鉴定意见本身进行审查。大多数时候，法官对提交鉴定的问题都是外行，他们对不懂的问题进行审查时，除了对书面文字进行审查，一般是寻找替代性测度机制，如鉴定人的资历、他在全中国该领域的名气、他是否有专业文章或论文、他所在鉴定机构的名声等。由于替代性测度机制把核心问题外在化与简单化了，不仅容易导致法官审查的不精确，而且容易使鉴定人通过表面的包装获得法官的信任。一般来说，理论知识的运筹帷幄，并不代表操作能力的娴熟，把理论用于实践需要一种敏锐的判断力。康德认为判断力是人的一种天生的能力（我们持保留意见），也是一种高级的能力，但判断力是不可教的。^①这种运用理论于具体实践的判断力需要鉴定人的长期摸索，当然不排除运用一些原理确实可以指导判断力的训练。加之，中国刑事审判中的鉴定人绝大多数是侦查机关的国家工作人员，他们的鉴定意见与其他证据经过加工本身已经构成了完整的证据链，这样，法官还会或者还能专门审查吗？

（二）犯罪嫌疑人、被告人委托鉴定人的困境

能否赋予被告人鉴定启动权进而对法官审查鉴定意见进行牵制呢？我们知道，辩方只能向社会鉴定机构聘请鉴定人，抛开社会中立鉴定人是否愿意放弃风险更小且案件多得无暇旁顾的民事鉴定而接受刑事辩方

^①邓晓芒：《康德哲学讲演录》，广西师范大学出版社2005年版，第13页。