

司法鉴定与程序正义

司法鉴定法律界定的演进及其影响

司法鉴定法律援助问题

鉴定结论的证明问题

司法鉴定结论审查判断实务

鉴定人出庭作证问题

司法鉴定程序 法律问题研究

拜荣静 王世凡 著

中国社会科学出版社

司法鉴定程序 法律问题研究

中国社会科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

司法鉴定程序法律问题研究/拜荣静, 王世凡著. —北京:
中国社会科学出版社, 2010. 6

ISBN 978-7-5004-8656-5

I. ①司… II. ①拜…②王… III. ①司法鉴定—研究—中国
IV. ①D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 064937 号

责任编辑 周晓慧
责任校对 林福国
封面设计 毛国宣
技术编辑 李 建

出版发行 **中国社会科学出版社**

社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 邮 编 100720

电 话 010—84029450(邮购)

网 址 <http://www.csspw.cn>

经 销 新华书店

印 刷 北京君升印刷有限公司

装 订 广增装订厂

版 次 2010 年 6 月第 1 版

印 次 2010 年 6 月第 1 次印刷

开 本 880 × 1230 1/32

印 张 9.25

插 页 2

字 数 230 千字

定 价 25.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社发行部联系调换
版权所有 侵权必究

序

近年来，证据法学已成为中国法学领域引人注目的“显学”，与此相关的理论与研究与探讨也逐渐成为学术热点。司法鉴定便是这众多“热点”中的一个。伴随着庭审方式改革的深入，一些新的证据规则逐渐形成，许多诉讼法学者和司法实务界同仁积极从事司法鉴定制度的理论研究，使得这一时期的科研成果非常丰富。当前，三大诉讼法典的修改以及证据制度的完善均已提到议事日程上，这种司法环境进一步推动了司法鉴定理论在争鸣中向前发展。司法鉴定作为一种证据获得和事实认定的重要方法，在诉讼程序中的应用越来越普遍，司法鉴定活动所得出的鉴定结论往往成为认定案件事实的关键。但是，由于我国只在三大诉讼法典中对司法鉴定作了原则性的规定，缺乏具体的可操作性的规范，司法鉴定程序存在诸多缺陷，实践中产生许多困惑，亟待从理论上对此作出回应与解答。

在司法鉴定过程中确立程序正义理念，是实现传统法制理念向现代法治理念转变的重要内容。一方面，司法鉴定立法应充分关注和保障民众所享有的程序上的知情权、选择权、决定权、启动权等一系列权利；另一方面，民众在行使各项权利时，应遵从法定的程序和规则。司法实践表明，在很多情况下，当事人不服从法院判决或对司法权威产生怀疑，是基于对司法程序的不满而

产生的。他们觉得法律和法院没有为他们提供公平的司法程序，或者没有充分保障他们的程序权利。就司法鉴定制度而言，正因为程序正义对于程序违法者的制裁，司法鉴定程序规则的建立就为程序正义的落实提供了保障。更重要的是，由于程序正义重视司法者对规则的遵守和法制的完善，在司法鉴定过程中贯彻程序正义理念有利于促进我国程序法制的建设和司法权威的树立。

我国法学界目前对于司法鉴定的理论研究虽已取得一定的成果，但和发达国家相比，目前的研究基础仍相对滞后与薄弱，尚处于对发达国家理论的引进和移植阶段，创新性的成果较少。值得推荐的是，拜荣静博士和王世凡高级法官合著的《司法鉴定程序法律问题研究》一书，以程序正义为视角，研究司法鉴定的实际运行问题，从程序正义的语境出发，思考和分析我国司法鉴定制度中的各种问题，提出解决的思路，探讨其发展趋势。本书比较全面地探讨了司法鉴定的程序正义理念，并以此为基点，分析了司法鉴定的概念、鉴定费用、鉴定人、司法鉴定法律援助等问题。本书没有局限于仅仅从司法制度的技术层面考察制度立法，而是侧重于从程序正义的视角来分析和论证司法鉴定的相关问题，这就抓住了司法鉴定制度建设最基础、最根本的问题。作者以程序正义为背景的司法鉴定理论研究，对传统的司法鉴定理念和制度建设提出了新的挑战。实践表明，如果将实体正义的实现作为司法鉴定的唯一目标，整个司法鉴定制度的构建就会成为空中楼阁。

程序正义问题在西方理论和制度方面比较成熟，值得我们研究和借鉴。本书作者对于国外的理论和制度进行了比较深入的分析，同时也对国内的理论和制度进行了剖析与反思，提出了在程序正义理念下构建我国司法鉴定制度的一些设想。尽管书中的若干观点还有待于进行更深入的探讨和论证，但我相信，本书的研

究成果对深化我国司法鉴定制度的立法具有某种开拓性的意义，对推动我国司法鉴定的制度建设将产生积极的作用。是为序。

中国法学会民事诉讼法学研究会副会长

厦门大学法学院教授、博士生导师

司法改革研究中心主任

齐树洁

2010年4月24日

目 录

序	齐树洁 (1)
第一章 司法鉴定与程序正义	(1)
第一节 司法鉴定的程序正义价值	(1)
第二节 司法鉴定的程序正义功能	(15)
第三节 司法鉴定程序正义的实现	(24)
第二章 司法鉴定法律界定的演进及其影响	(40)
第一节 汉语中“鉴定”一词的来源和法律引入 的意义与影响	(40)
第二节 “司法鉴定”一词的引入、概念演进和 立法历程	(54)
第三节 《决定》对现实管理体制的影响	(69)
第四节 《决定》对司法鉴定属性特征的影响	(72)
第五节 结语	(85)
第三章 鉴定费问题	(87)
第一节 鉴定费的一般性功能	(89)
第二节 鉴定费制度存在的主要问题	(92)
第三节 鉴定费的法理分析	(97)
第四节 鉴定费的制度构建	(106)

第四章 司法鉴定法律援助问题	(118)
第一节 建立司法鉴定法律援助制度的意义	(120)
第二节 司法鉴定法律援助制度的模式选择	(128)
第三节 司法鉴定法律援助制度的基本构想	(142)
第五章 鉴定结论的证明问题	(153)
第一节 鉴定结论的证据学特性	(153)
第二节 鉴定结论的证据学属性	(163)
第三节 鉴定结论的质证	(187)
第六章 司法鉴定结论审查判断实务	(213)
第一节 鉴定结论审查判断概述	(214)
第二节 证据能力与证明力概述	(215)
第三节 鉴定结论证据能力的审查判断	(219)
第四节 鉴定结论证明力的审查判断	(231)
第七章 鉴定人出庭作证问题	(243)
第一节 我国鉴定人出庭作证制度的历史渊源	(243)
第二节 鉴定人出庭作证存在的问题和原因	(247)
第三节 鉴定人出庭作证的法理价值分析	(252)
第四节 鉴定人出庭作证的现实必要性分析	(260)
第五节 规范鉴定人出庭作证的立法理念	(264)
第六节 鉴定人出庭作证立法的初步设计	(267)
附录 常用司法鉴定相关法律法规目录索引	(273)
参考文献	(280)
后记	(285)

第一章 司法鉴定与程序正义

第一节 司法鉴定的程序正义价值

在中国程序正义问题的研究中，陈瑞华教授一直走在理论的前沿，致力于国外程序正义理论的引入和中国程序正义理念的构建。正如他所说：“程序价值理论主要研究人们在评价和构建一项法律程序时所应依据的价值标准，以及人们在通过法律程序实施法律时所要达到的价值目标。”^① 价值的概念，一直是个有争议的问题，陈瑞华教授对此进行了溯源：“价值一词本为经济学上的一个专门术语，意为交换价值和使用价值。十九世纪，在许多思想家和各种哲学流派的影响和推动下，价值这一概念开始延伸到哲学和社会科学的各个领域。作为哲学一大重要分支的伦理学，即把价值问题作为其重要研究对象。《不列颠百科全书》对价值一词的解释是：价值即是‘善’（the good）。即值得人们想往和追求的善。‘人们通常（将价值）区分为工具价值与固有价值，即作为方法的善和作为目的的善。’价值即是善，那么‘善’又是什么呢？《牛津英语辞典》认为，善是‘最普通的褒义形容词，意指一种高尚的、至

① 陈瑞华：《程序价值理论的四个模式》，《中外法学》1996年第2期。

少是会令人满意的品质的存在，它们或者本身是值得羡慕的，或者对于某种目的来说是有用的。’一般而言，人们说一事物有价值或者是善的，可分别依据两项独立的判断标准：一是看它对于某一外在目的的实现而言是否有用和必要，而这种外在目的的善有着另外独立的判断标准；二是看该事物本身是否具有有一些内在善的品质，这种品质的有无应从该事物本身而不是从任何外在目的上来判断。这样，我们可以将价值区分为两个基本层面：（1）工具性价值，即一事物作为用以实现某一外在目的的工具所具有的价值或善；（2）内在价值，即一事物自身因具有一些独立于其有用性的优秀的善。有关价值这种两个层面的区分是具有普遍意义的，它几乎可用于对一切事物价值的分析。”^① 司法鉴定程序正义的价值是司法鉴定活动实现程序正义的灵魂，一个国家制定的司法鉴定相关立法集中体现了该项司法制度所追求的理念取向，诉讼中鉴定结论的适用不仅是一种认识活动，而且是一种适用司法鉴定程序正义价值的解决专门性问题的活动，因此必然涉及各种价值的选择和实现。“同时，现代社会在价值除魅后，之所以如此关注程序的价值问题，在很大程度上是受到了实证主义思想的影响——法律实证主义只考虑程序的来源问题即其是否是有效立法的产物，而不关心程序本身的性质问题。”^② 相对实体正义而言，程序正义对国家、社会及其一般成员具有一定的效用和意义，其价值的作用、目的、性质也必然会深刻地制约司法鉴定程序正义价值的有无及大小。陈瑞华教授详细归纳了程序正义价值理论的

① 陈瑞华：《刑事审判程序价值论》（上），《政法论坛》1995年第5期。

② 邹立君：《“重实体，轻程序”命题的语境分析——简论程序正义问题》，《法制与社会发展》2008年第4期。

四种模式^①，在此基础上陈瑞华教授认为：“在笔者看来，对法律程序的评价和构建应当设立一种多元化的价值标准，而不能只按照某一种单一的价值标准进行。首先，评价和设计一项法律程序应当尽力确保它符合其内在价值标准，使它具备最低限度的公正性和合理性。这一价值标准应从程序本身而不是任何外部因素而得到体现。其次，法律程序应当具备一种基本的工具性价值标准，即拥有产生好结果的能力。至于什么是好的结果，则依另外独立的标准加以确定。再次，法律程序的设计应满足经济效益的要求，即确保其对经济资源的耗费降低到最小程度。法律程序的上述三项价值标准之间存在着十分复杂的对立统一关系。国家立

① 工具主义又可称为“结果本位主义”，它在哲学上属于功利主义的一个分支。作为一种思想学说，程序工具主义理论认为，法律程序不是作为自主和独立的实体而存在的，它没有任何可以在其内在品质上找到合理性和正当性的因素，它本身不是目的，而是用以实现某种外在目的的工具或手段。所谓“绝对工具主义程序理论”，实际上是把程序的工具性价值标准强调到极端所形成的价值理论。这一理论的核心观点是，法律程序作为用以确保实体法实施的工具，只有在具备产生符合正义、秩序、安全和社会公共福利等标准的实体结果的能力时才富有意义。一项法律程序无论被设计得多么合理和精致，只要它不具备这种能力，就将失去其存在的意义。相对工具主义理论是指“这一理论基本上也坚持了程序工具主义的立场即认为法律程序是用以实施实体法的工具和手段。但它允许人们在追求程序工具性价值目标的同时兼顾一些独立的价值。换言之，这一理论要求对法律程序工具性价值的追求给予一些非工具性目标的限制，这些非工具性目标主要有两个：一为无辜者免受定罪的权利，二为被告人获得公正审判的权利。这两项独立的限制性要求并不是可有可无的，因为它们的意义在于确保被告人的实体权利得到普遍的实现，并同样确保实体法得到普遍的公正实施。程序本位主义理论对法律程序的价值作出了完全非工具主义的解释。它认为，评价法律程序的价值标准在于它本身是否具有一些内在的优秀品质，而不是它在确保好结果得以实现方面的有用性。经济效益主义程序理论是由西方经济分析法学派提出的经济分析法学，是20世纪70年代首先在美国兴起的法学思潮。这一思潮的主要代表人物是曾任芝加哥大学教授的波斯纳(R. A. Posner)。波斯纳等人运用经济效益这一价值标准，对包括法律程序在内的法律制度的各个领域进行了详尽的分析，并提出了独具特色的经济效益仁义程序理论。(参见陈瑞华《程序价值理论的四个模式》，《中外法学》1996年第2期。)

法部门在设计法律程序、司法部门在通过法律程序实施实体法时，均应追求上述三项独立程序价值的最大限度的统一，使三者在同时得到兼顾的前提下获得合理和适当的权衡。这便是笔者的是一个简短的结论。”^① 以后的学者继续进行了探讨，如：“价值是一个从人们对待满足他们需要的外界物的关系中产生的概念。从始源意义来看，价值经常被界定为客体满足主体需要的积极意义或客体的有用性。事物的价值性体现出事物作为社会价值系统中的子系统，它是指在人（主体）与法（客体）的关系中体现出来的法律积极意义或有用性。程序正义原则的产生有其历史的必然因素，它对过程道德性的追求，对于法治现代化建设有着突出的贡献。具体到刑事诉讼中，它尤其表现在对现代辩护制度和公正审判权的确立居功至伟。”^② 因此，价值是主体需要和客体适应并满足主体需要之间的一种特定关系，主体的实践体现的是客体满足主体需要的实践性或客体的适用性。司法鉴定程序正义的价值实现能够满足当事人的特定证据提取的需要。司法鉴定程序正义的价值是当事人作为法律关系主体对司法鉴定程序正义实践性或适用性的一种主观体验，存在于当事人的需要与司法鉴定程序正义的价值满足其需要的属性之间的特定关系之中。虽然司法鉴定的程序正义价值观念与特定社会的文化背景有关，与国家、民族在历史发展过程中自发形成的传承关系密切，但最终决定于特定社会的经济结构和生产力的发展水平对于纠纷解决过程的需要，同时，这也决定了不同的社会制度对司法鉴定程序正义价值的理解和要求并不相同。即使是社会制度相同的国家，司法鉴定程序正义的文化传统因素都将影响其

① 陈瑞华：《程序价值理论的四个模式》，《中外法学》1996年第2期。

② 管宇：《程序正义的现代进路》，《政法论坛》2008年第5期。

司法鉴定程序正义的价值的选择，因而司法鉴定程序正义的价值具有一定的传承性。“在法哲学中，价值一词通常在两种意义上使用：一方面它可指法律制度的伦理目标或道德理想，即法律制度赖以存在的道德根据及其在具体运作中所要实现的理想结果，如正义、自由、平等、秩序、公共福利等；另一方面，价值又可以指人们据以确定和判断法律程序和法律制度正当、合理的标准和尺度。法律价值的上述两方面意义是密切相关的。因为这些抽象的价值目标一经在法律制度的设计以及法律的实施过程中得以具体地确立下来，即可以成为可测量和可操作的价值标准。人们在对一种法律制度和法律程序进行评价和构建时也会以该制度和程序能否有助于这些价值目标的实现作为具体的标准和尺度。如正义尽管是法律制度的一项永恒价值目标，但它同时也是评价和构建法律制度和法律程序时需依据的价值标准。人们一般会将任何一种不符合正义要求的法律或程序直接视为‘非正义’的或‘不公正’的，而且在对一项法律或程序进行设计时要使它尽量体现正义的具体要求和公正的标准。”^① 由于文化传统的背景差异性，诉讼的这种纠纷解决方式的价值取向具有多维性，并体现在对实体正义和程序正义的追求方面，所以作为诉讼活动重要组成部分的司法鉴定程序正义的价值也应当是多维的。本书对司法鉴定程序正义的价值研究与探讨的目的在于认识和重视这种程序价值的作用与意义，从而为确立司法鉴定活动中的程序性违法制裁提供理论根据。因为程序正义的运作方式及立法的确认正是实现上述价值内容的最佳方式与途径，同时，也希冀这种理论研究能在司法实践中得到很好的实现，从而为社会及司法的正义尽微薄

^① 陈瑞华：《刑事审判程序价值论》（上），《政法论坛》1995年第5期。

之力。

程序本身所具有的合理的内涵是程序正义价值在西方国家被广泛承认的主要原因,因为程序的立法理念并非只体现了个别法学家或利益集团的价值取向,程序规范的确立是在纠纷的解决过程中基于文化、宗教、传统、习惯等诸多因素的影响,反映了多数人的价值取向。司法程序的运行不是简单的对某个司法机关或当事人的限制,而是对参与纠纷解决的专门机关和诉讼参与人的共同规范,程序的上述本质特征体现了规范之间的相互制约性。正是由于司法程序^①是确定性的成熟性规范,对其遵守与服从成为一个国家法治文明现代化的关键性法律特征,司法程序性行事因此比任何非司法程序性的操作机制要具有不可比拟的合理性,所以司法程序正义便被广泛接受与推崇。在司法程序规范面前,纠纷主体的人格是平等的,当事人在司法程序方面的权利对价也体现了法律面前人人平等的宪政意义。^②正是司法程序拥有了这

① 司法程序的特征在于:第一,具有规范性。它是以国家法律的形式加以确定的,如刑事诉讼法、民事诉讼法、行政诉讼法。第二,具有强制性。这一特征是和规范性特征密切联系的,它的运行是以国家的强制力为后盾的。第三,具有时效性。司法程序的运行有着严格的时间(期间)限定,并且关系到程序运行的效率和效力。第四,具有处分性。处分性是指司法程序运行当中具有授权性质的机动性和灵活性。(参见赵旭东《程序正义概念与标准的再认识》,《法律科学》2003年第6期。)

② “对于‘法律面前人人平等’的理念,应当有正确的理解:1.‘平等’不是‘等同’,不能把‘法律面前人人平等’理解为‘人人一样’;2.‘平等’有形式平等与实质平等之别,或者说有数量上的平等与质量上的平等;3.‘平等’是相对的,‘平等’是指社会总体上的‘平等’,而非具体的每一件事上的平等,在实现‘法律面前人人平等’时不能忽视社会的总体利益与整体要求,包括特殊需求、行业需求等;4.‘法律面前人人平等’具有理想因素,其最终实现有待于社会的经济、政治、文化等的整体进步与发展;5.就法律理论而言,‘平等’是一种权利能力的平等,而非行为能力上的平等。总而言之,不能把法律平等绝对化,既不能主张平均主义,也不能主张理想主义。”(熊先觉:《司法学》,法律出版社2008年版,第52页。)

些正义的价值,^①才使得司法程序中的对等价值具有了法律普遍意义上平等价值的特殊体现。纠纷解决前司法程序的设定使任何参与司法程序活动者都有遵守规范的义务,在司法程序面前参与者法律上的权利、义务始终是确定的。但是,需要明确的是,公民与司法机关在司法程序上的平等只是一种形式上的对价,而不是一种实质上的平等,实质上的平等在现实司法程序的执行过程中未必能够得到体现,因为司法机关的地位与公民法律地位的对价不是在立法上解决了就能达到,而是需要在纠纷解决过程中司法机关转变了与当事人不对价角色后才能有望实现。程序的中立性也是程序得以被人所尊重与服从的关键性因素,司法鉴定的程序中立性的本质实际上就是鉴定人的中立。^②就我国程序中立性的贯彻与实现来看,鉴定人基本上是做中立的,但由于三大诉讼法都赋予鉴定人鉴定权,因此,鉴定人在另一方不在场的情况下接触一方当事人的现象是普遍存在的。同时,由于鉴定人独立问题未解决,加上受各种不正之风及执法不严的影响,鉴定人受上司的指使及私下接受当事人请吃的现象不时存在,这些情形都是与程序的中立价值相违背的。虽然在某些情形下并不影响程序正义价值的最终结果,但从司法正义的长远目标来讲,都是应当

① 关于正义的内涵,熊先觉先生认为:“正义主要具有以下四个特征:一相对性。正义具有可变性,是相对的而非绝对的,不同时代和不同时代的人对正义有着不同的理解,正义的内涵并非一成不变。二社会性。正义反映最理想的社会状态,是人类共同的利益追求。三普遍性。正义体现人类普遍的认同和追求,具有普遍的意义。四终极性。正义是人类的最高价值观,具有神圣性和终极性。”(熊先觉:《司法学》,法律出版社2008年版,第40页。)

② 具体包括:(1)与案件有利害关系的人不能参加审判,应当实行司法鉴定人回避制度;(2)司法鉴定人应在控、辩双方,原、被告之间处于居中地位,不偏不倚;(3)司法鉴定人只有在另一方当事人在场的情况下接触与听取一方当事人的意见;(4)裁判结果中不应包含司法鉴定人个人的利益与图谋;(5)司法鉴定人应以理性与证据作出结论,不受外界干扰。

禁止与杜绝的。总之，我们认为，司法鉴定的程序正义价值应从如下几个方面得以体现：

第一，司法鉴定程序正义是规范鉴定活动的出发点。“秩序”一词在汉语中是‘秩’和‘序’的合成词。在古汉语里，这两个词都含有常规次第的意思，是指人或事物所在的位置，含有整齐守规则之意。”^①“社会秩序是人们在共同的社会生产和生活过程中的行为的有规则的重复性和再现性，它是人与人之间形成的社会关系的制度化和规范化。”^②“人们在有序的社会里，不仅可以预测人们的行为，而且还可以促使人们对自己的行为进行理性控制，使之产生安全感。社会秩序为人类的一切活动提供了必要的前提条件。人类生活在社会中，无时无刻都离不开秩序。秩序是人类最起码的获得生存的必要条件，也是人类得到发展的必要条件。人们可以预测和理性地控制自己的行为，产生安全感和自豪感而创造幸福的生活。”^③建设稳定、有序的社会是人类理性地反思自身历史的结果，程序正义亦即这种结果的体现，秩序的维护必然依靠法治，法治是民主、自由、平等、人权、理性、文明、秩序、效益与合法性的完美结合，换言之，程序正义是法治的前提。司法鉴定程序正义的独立价值与我国整体的法治目标具有一致性，司法鉴定程序正义的实现是法治文明现代化的组成部分，法治理想的实现也是司法鉴定程序正义价值的追求。因此强调司法鉴定程序的独立地位和内在价值，首先，在于去除长期以来“重实体轻程序”、“程序工具主义”、“程序虚无主义”的观念和现象；其次，在于借鉴先进的司法鉴定程序正义观念来引

① 熊先觉：《司法学》，法律出版社2008年版，第55页。

② 同上书，第56页。

③ 同上书，第57页。

导和推进程序意识的变革；最后最重要的是，在于是否能够确立司法鉴定程序正义和法治文明现代化之间的内在联系，进而推动我国司法鉴定程序正义理念的完善。司法鉴定的法制建设无论是在立法还是在执法上，都应当确立司法鉴定程序正义的理念并以程序的制度创新及其现实运作为核心而展开，司法鉴定程序正义对我国法治建设有着重要的作用。

第二，司法鉴定程序正义能够提高公众的法律意识。司法鉴定制度作为国家司法制度安排的组成部分，其自身的设计和定位不仅直接关系到整个制度是否能真正达到自己的目的，而且还直接影响到基层民众法律意识的形成和成长。一方面，制度的立法程序设计是否能真正体现法治国家的程序正义的要求，做到民主性与科学性的有机统一，是现行法律能否实现程序正义，纠纷解决的实体正义结果能否取得基层民众认同的关键。司法鉴定立法的民主性要求制定法律的机关是由民选产生的代议机构，而且立法过程须有基层群众的积极参与。只有这样，才能保证基层群众从实际意义上参与立法的过程，使司法鉴定的立法过程为他们所了解。司法鉴定的程序立法则不仅要真实地反映当前社会的现实需要，而且要为社会的发展留下适当的空间，所制定的法律必须能体现绝大多数人的意志，给人们或者至少是给绝大多数人带来利益，同时，也要照顾到社会发展和变革的需要。另一方面，司法鉴定的程序立法是否体现客观公正的要求会直接影响基层群众对法律权威的认可。基层群众对法律权威最直接的感受来源于司法机构本身的权威性，而司法机构的权威则主要受两种因素的制约：一是司法权力作为国家权力的构成部分，自身应当具有足够的独立活动空间，这是司法公正的前提；二是司法机构在行使自己的权力时，能否真正合乎程序法律制度的要求，这是司法赢得社会公信力的根本依据。在整个国家政治、经济和社会事务中，