

司 法 鉴 定 研 究 文 丛

华东政法大学主办

杜志淳 主编



14

司法鉴定 基本问题研究

以刑事诉讼法司法鉴定条款实施情况为侧重点

陈邦达/著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

中央财政支持地方高校发展专项资金项目《司法鉴定重点学科建设》项目资助

上海地方本科院校“十二五”内涵建设项目“高水平特色法学学科建设与
人才培养工程”（085工程）资助

上海市教委重点学科建设项目资助（项目编号：J51102）

2014年度教育部人文社会科学研究青年基金项目
“精神疾病司法鉴定争议化解机制实证研究：以S省为例”（项目编号：14YJC820003）

司 法 鉴 定 研 究

华东政法大学主办

杜志淳 主编



14

司法鉴定 基本问题研究

以刑事诉讼法司法鉴定条款实施情况为侧重点

陈邦达/著



法律出版社

LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

司法鉴定基本问题研究:以刑诉法司法鉴定条款实施情况为侧重点 / 陈邦达著. —北京:法律出版社, 2016

ISBN 978 - 7 - 5118 - 8857 - 0

I. ①司… II. ①陈… III. ①司法鉴定—研究 IV. ①D918.9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 297462 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/沈小英 吴 镡

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/财经出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

责任校对/晁明慧

责任印制/吕亚莉

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

开本/720 毫米×960 毫米 1/16

印张/13.25 字数/200千

版本/2016 年 11 月第 1 版

印次/2016 年 11 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 8857 - 0

定价:45.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序 言

长期以来,我带领的研究团队致力于中国司法鉴定制度研究,在我主持的系列课题中,对司法鉴定立法、司法鉴定质量控制等问题开展研究并提出改革建议。在这个过程中,我也带领学生就司法鉴定制度某个具体问题进行研究,陈邦达博士便是我指导的博士后研究人员。这本专著是他在博士后出站报告基础上修改而成的,反映出他对中国司法制度长期、深入的思考。自结下师生之缘以来,在我印象中,陈邦达是一位勤学、善思、朴实的青年教师。博士后期间,他顺利完成了出站科研任务,还身兼我校社会治理研究院的学术秘书,承担了许多科研管理任务。博士后出站之后,他以优秀的成绩留校任教。从这点来看,他的付出得到了回报。

这本专著围绕司法鉴定基本问题研究——以刑诉法司法鉴定条款的实施情况为侧重点,所关注的问题都是近年来我国司法鉴定制度改革的热点问题。2005年全国人大常委会通过《关于司法鉴定管理问题的决定》(以下简称《决定》),这部立法的颁布标志着我国司法鉴定管理体制改革走向法治的方向,体现了党中央关于推进司法体制改革的精神得到贯彻落实,对于维护司法鉴定公信力具有重要意义。至今,《决定》实施已满十周年,我国司法鉴定制度改革取得一定的成绩。当然,由于司法体制改革的推进、诉讼证据制度的完善,《决定》当中一些无法适应时代发展需要的体制、机制弊端也逐步暴露。2007年司法部颁布的《司法鉴定程序通则》主要从鉴定实施的角度对鉴定程序做出规范。但有关司法鉴定管理体制以及诉讼程序等问题仍然遗留不足。例如,统一司法鉴定管理体制问题、鉴定启动权的配置问题等,这些问题对保障司法鉴定的权威性均至关重要,值得深入研究。

司法鉴定作为诉讼中的科学证据,在诉讼中发挥了重要的证明作用。司法鉴定又是我国司法制度的重要组成部分,因此,司法鉴定制度改革必须遵循司法鉴定自身规律、诉讼规律和司法改革规律三者有机统一。2012年我国《刑事诉讼法》全面修订,这部刑事诉讼法在总结司法实践中的问题后,对许多制度进行修改,其中在司法鉴定相关问题上也做出一定程度的改革。《刑事诉讼法》中有关司法鉴定条款实施的情况如何?问题的答案是检验我

2 司法鉴定基本问题研究——以刑事诉讼法司法鉴定条款实施情况为侧重点

们立法是否能够满足实践需求的判断依据,也是今后司法鉴定制度改革重要的参考依据。因此,本书能够紧密结合实践与理论的课题。党的十八届四中全会通过的中共中央《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》明确提出推进以审判为中心的诉讼制度改革,通过党的会议明确刑事诉讼改革的方向,足见中央对新一轮司法改革的重视。审判为中心的诉讼制度改革将使证据制度面临重大的变革,进一步实现庭审实质化,强化证据的审查判断,将成为今后诉讼制度改革的重点。在这一背景下司法鉴定制度如何应对改革的挑战,值得思考。本专著研究的内容契合了当前刑事司法改革的形势。

由于司法鉴定兼具技术性与法律性的双重属性,司法鉴定领域涉及的技术性问题很精深,而司法鉴定制度相关的法律问题又很宏观,对司法鉴定问题的驾驭具有一定的难度。作者在专著中对个别问题的认识仍有待进一步深入。然而瑕不掩瑜,作者还是尽力克服研究的难点,竭力为读者呈现我国司法鉴定基本问题的研究作品,这种科研探索的精神值得鼓励!

作为他的导师,我很乐意为本书作序,我也衷心地祝愿陈邦达在今后的科研教学中取得更大进步!

是为序。

乙未年冬
于华东政法大学

* 华东政法大学教授、博士研究生导师、博士后合作导师。

目 录

导论	(1)
一、研究的背景与意义	(1)
二、司法鉴定研究文献综述	(10)
三、研究的方法	(15)
四、本书的创新之处	(16)
五、整体框架和主要内容	(17)
第一章 刑事诉讼法司法鉴定条款修改概览	(23)
第一节 司法鉴定条款的修改及其理由	(23)
一、从“鉴定结论”到“鉴定意见”	(23)
二、生物样本采集制度纳入立法	(24)
三、进一步明确鉴定人出庭的范围	(25)
四、建立鉴定人人身安全保护制度	(27)
五、进一步规制鉴定人拒不出庭的后果	(28)
六、确立“有专门知识的人”参与刑事诉讼制度	(29)
七、删除由省级人民政府指定的医院进行鉴定的规定	(30)
八、增设强制医疗程序	(30)
第二节 刑事诉讼法中司法鉴定制度修改的积极评价	(31)
一、转变盲目依赖鉴定的观念	(31)
二、增强鉴定意见的庭审对抗性	(31)
三、吸纳当事人主义的某些合理成分	(32)
四、强制医疗程序的诉讼化改造	(32)
第三节 存在的问题与分析	(33)
一、生物样本采集程序尚不健全	(33)
二、鉴定人出庭作证的效果有待改善	(35)
三、专家辅助人制度亟待健全	(36)
四、精神疾病司法鉴定启动程序的争议	(37)
五、侦查机关内设鉴定机构中立性的质疑	(38)

2 司法鉴定基本问题研究——以刑诉法司法鉴定条款实施情况为侧重点

第四节 余论	(39)
第二章 鉴定人出庭作证:实践与理论阐释	(41)
第一节 鉴定人出庭作证的实践概况	(41)
第二节 鉴定人出庭作证程序的实证分析	(45)
一、“有必要出庭”的情形如何界定	(45)
二、鉴定人出庭作证时的询问内容	(47)
三、鉴定人不出庭的惩戒措施执行情况	(51)
四、鉴定人出庭作证的时间耗费	(52)
五、鉴定人出庭的法庭位置	(53)
六、鉴定人出庭产生的费用问题	(54)
第三节 鉴定人出庭作证的理论阐释	(57)
一、克服诉讼中引入“对抗制”的张力	(57)
二、完善鉴定人出庭保障机制保护当事人的对质权	(59)
三、以构建庭审中心主义为契机推动鉴定人出庭改革	(60)
四、有必要出庭的情形须兼顾司法效率与经济原则	(61)
第三章 鉴定人人身安全保护制度之完善	(63)
第一节 鉴定人人身安全保护提出的背景	(63)
第二节 鉴定人人身安全保护的实践	(65)
一、鉴定人人身安全保护的案例	(65)
二、鉴定人人身安全保护的实践经验	(66)
第三节 鉴定人人身安全保护制度存在的问题	(67)
一、实体规范不合理	(67)
二、程序规范不健全	(70)
第四节 加强鉴定人人身安全保护的建言	(71)
一、明确鉴定人人身安全保护的案件范围	(71)
二、明确提供保护的职能部门	(72)
三、做好鉴定人的信息保密	(72)
四、细化鉴定人人身安全保护的程序	(73)
第四章 专家辅助人制度的实践与理论阐释	(75)
第一节 中国特色专家辅助人内涵之厘清	(76)
第二节 我国专家辅助人出庭的实践	(78)
一、案例简介与分析	(78)

二、对上述案例的分析	(81)
三、初步的结论	(89)
第三节 专家辅助人制度的理论阐释	(90)
一、专家辅助人的诉讼地位	(90)
二、专家辅助人的资格问题	(92)
三、准确区分专家辅助人与域外制度的差异	(95)
四、专家辅助人的意见属性	(99)
五、专家辅助人应当有的权利与义务	(100)
六、专家辅助人及技术服务机构的管理问题	(102)
第四节 小结	(106)
第五章 重新鉴定的利弊分析	(107)
第一节 重新鉴定与重复鉴定的含义	(107)
第二节 适度重新鉴定的必要性	(109)
一、重新鉴定是认识事物的需要	(109)
二、重新鉴定是对原鉴定的必要复查与监督	(109)
三、重新鉴定有助于强化司法鉴定人的责任心	(110)
四、重新鉴定是帮助当事人心理释疑的需要	(111)
第三节 重新鉴定应当符合一定的条件	(111)
一、鉴定意见与其他证据不相协调,可能有误	(111)
二、原鉴定人违反回避制度	(112)
三、原鉴定违反鉴定的实施程序	(112)
四、鉴定主体不具备资质	(112)
五、鉴定人采用的鉴定方法和鉴定标准不对	(112)
六、其他对鉴定意见真实性产生合理怀疑的	(112)
第四节 重新鉴定程序启动的要求	(113)
一、当事人依法申请	(113)
二、具有重新鉴定的正当理由	(113)
三、经侦控机关或人民法院批准	(113)
四、具有重新鉴定的可行性	(113)
第五节 要防止滥用重新鉴定	(114)
一、要严格控制重新鉴定的启动	(114)
二、建立终局鉴定制度	(114)

4 司法鉴定基本问题研究——以刑诉法司法鉴定条款实施情况为侧重点

三、严格执行鉴定程序	(117)
四、实行谁许可,谁负责,谁监督原则	(118)
第六节 小结	(119)
第六章 精神疾病司法鉴定启动程序研究	(121)
第一节 精神疾病司法鉴定启动程序的实践	(122)
一、两组案例的概况	(122)
二、案件的分析	(123)
第二节 实证分析的结论	(129)
第三节 域外制度的比较考察	(132)
一、大陆法系国家的精神病鉴定启动程序	(132)
二、英美法系国家的精神病鉴定启动程序	(134)
三、制度比较的结论	(136)
第四节 我国精神疾病司法鉴定启动程序的改造思路	(136)
第七章 强制医疗程序中的司法鉴定	(139)
第一节 从“被精神病”和“武疯子”现象说起	(139)
第二节 我国以往强制医疗程序的不足	(140)
一、强制医疗程序的立法规定不健全	(140)
二、强制医疗程序的有关规定行政化色彩浓厚	(141)
三、强制医疗场所的建设和管理不足	(142)
第三节 强制医疗程序的新规定	(143)
一、明确了强制医疗程序的适用条件	(143)
二、明确了强制医疗程序决定主体和实施程序	(144)
三、确立强制医疗程序决定和执行的检察监督	(144)
第四节 强制医疗程序的启动	(144)
一、依申请启动与依职权启动	(144)
二、精神疾病司法鉴定与强制医疗程序的关系	(145)
三、强制医疗程序条件的审查	(146)
第五节 强制医疗程序中的鉴定主体	(147)
第六节 强制医疗程序的检察监督	(148)
第八章 鉴定机构的中立性问题	(151)
第一节 问题的引入:从冤假错案说起	(151)
第二节 侦鉴一体的形成及其原因	(154)

一、新中国成立以来侦鉴一体的形成	(154)
二、《关于司法鉴定管理问题的决定》保留了侦查机关内设鉴定 机构	(155)
三、侦鉴一体形成的成因反思	(156)
第三节 侦鉴一体的弊端	(159)
一、侦鉴一体造成司法鉴定多头管理的乱象	(159)
二、侦鉴一体影响中立性鉴定	(160)
三、侦鉴一体混淆鉴定与司法鉴定的区别	(161)
第四节 鉴定中立性是鉴定程序正当的底线	(161)
一、鉴定中立性是司法鉴定的基本原则	(161)
二、鉴定中立性符合法治国家的发展趋势	(162)
三、鉴定中立性符合程序正义理念	(163)
第五节 改造侦鉴一体的基本思路	(163)
一、转变侦鉴一体的错误观念	(163)
二、健全统一司法鉴定管理体制	(164)
三、加强司法鉴定质量控制	(165)
第六节 小结	(165)
第九章 我国司法鉴定管理体制研究	(167)
第一节 司法鉴定管理体制改革的概述	(168)
一、《关于司法鉴定管理问题的决定》实施前司法鉴定管理体制 的状况	(168)
二、《关于司法鉴定管理问题的决定》的作用与意义	(170)
三、《关于司法鉴定管理问题的决定》的实施情况暴露其局限性	(172)
第二节 司法鉴定管理体制存在的问题	(173)
一、统一的司法鉴定管理体制尚未建立	(173)
二、司法鉴定标准化委员会至今尚未建立	(174)
三、司法鉴定机构和鉴定人的整体水平不高	(175)
第三节 司法鉴定领域存在的问题之成因	(176)
一、狭隘的部门利益主义观念	(176)
二、侦查机关内设鉴定机构中立性缺失	(177)
三、司法鉴定标准化专业委员会进展缓慢	(177)

6 司法鉴定基本问题研究——以刑诉法司法鉴定条款实施情况为侧重点	
四、司法鉴定机构的准入与退出机制失灵	(178)
第四节 司法鉴定制度的改革建议	(179)
一、将司法鉴定纳入社会公共管理范畴	(180)
二、实施鉴定机构的中立性改造	(180)
三、加快司法鉴定标准化委员会的建设	(180)
四、健全司法鉴定准入和退出机制	(181)
结论	(183)
一、《刑事诉讼法》司法鉴定条款实施情况的评价	(183)
二、我国司法鉴定管理制度的未来	(188)
参考文献	(191)
后记	(199)

导 论

一、研究的背景与意义

“随着人类感觉、察觉的事实与用来发掘感官所不能及的世界的辅助工具所揭示的真相之间鸿沟的扩大,人类感官在事实认定中的重要性已经开始下降。”^{〔1〕}科学技术的发展,证明方法的转变被概括为“以人证为主的证明方法向以物证为主的证明方法的转变”。^{〔2〕}在我国,从1979年《刑事诉讼法》的颁布确立了司法鉴定结论在刑事诉讼证据中的重要地位,到1996年《刑事诉讼法》的修改吸收当事人对抗制的合理因素,司法鉴定相关规则也在司法实践中逐步积淀酝酿。时隔近九年,随着司法鉴定在诉讼中暴露的重复鉴定、多头鉴定、鉴定管理混乱等问题,针对这种情况,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》(以下简称《决定》)及此后司法部颁布的《司法鉴定程序通则》(以下简称《通则》)、《司法鉴定机构登记管理办法》等法律法规对鉴定机构管理、鉴定活动程序、鉴定意见采信等方面做出规定,然而在实施中仍然存在一些问题。近年来,刑事诉讼中暴露出一些冤假错案,其背后多涉及有瑕疵的鉴定意见导致案件事实认定出错,司法鉴定的权威性再次遭受质疑,引起法学界对司法鉴定制度,尤其是司法鉴定程序的关注。例如,“杜培武案”、“聂树斌案”、“念斌案”、“呼格吉勒图案案件”等,这些错案中的司法鉴定都存在瑕疵,导致案件事实认定的错误。针对刑事诉讼中的司法鉴定制度存在的这些影响司法公正的不足,2013年《刑事诉讼法》也对司法鉴定条款做出一些修改以完善司法鉴定程序。这些司法鉴定条款的实施效果如何,今后制定司法解释如何巩固立法成果,并对存在的问题加以改进,这些问题对提升司法鉴定公信力尤为重要。

(一) 刑事诉讼中亟待解决的司法鉴定问题

在开始对司法鉴定条款实施情况的研究之前,为了让读者对我国刑事

〔1〕 [美]米尔建·R.达马斯卡著:《漂移的证据法》,李学军等译,中国政法大学出版社2003年版,第200页。

〔2〕 何家弘主编:《司法鉴定导论》,法律出版社2000年版,第1~13页。

2 司法鉴定基本问题研究——以刑诉法司法鉴定条款实施情况为侧重点

诉讼中司法鉴定长期以来存在的问题有一定的整体认识,我们先将刑事诉讼中司法鉴定的问题进行分析,大致可归纳为以下几个方面:

1. 鉴定意见书面审查之风盛行

在我国刑事诉讼中长期存在“案卷笔录中心主义”的问题,^{〔1〕}在刑事诉讼中,法院在庭审中通过“调查讯问式”进行法庭调查,侦查案卷成为法官进行事实复审的直接依据,单方面的阅卷成为法院事实裁判的基础。案卷在使用上贯通于侦查、审查起诉、审判阶段,并对裁判结果具有“决定力”。^{〔2〕}对鉴定意见审查判断是法官认定事实的一项重要手段,但由于法官是鉴定技术的外行,如果对所有鉴定意见仅仅以书面审查,对案件事实的认定将建立在依赖案卷笔录的基础上,这一过程将存在事实裁判错误的风险。

我国1996年《刑事诉讼法》对鉴定人出庭的问题没有作出规定,2005年全国人大常委会《决定》和2007年司法部《通则》对此问题进行立法补充和完善,《决定》第11条规定:“在诉讼中,当事人对鉴定意见有异议的,经人民法院依法通知,鉴定人应当出庭作证。”但对于鉴定人出庭作证的人身安全保护等配套制度没有明确。这一立法不足的问题直到2013年《刑事诉讼法》的修改才得到一定程度的解决。长期以来,司法实践中鉴定人不出庭作证的问题比较普遍,造成几个消极影响:第一,法官对鉴定意见停留于书面审查。质证是发现司法鉴定过程是否存在瑕疵的重要方法,鉴定人不出庭质证,造成鉴定意见仅仅以书面的形式进入法官的视野,大大削弱了法官对鉴定意见审查判断的力度。对未经质证的司法鉴定意见直接采信的做法令人质疑。第二,庭前调查的证据不能等同于审判认定的事实。由于刑事诉讼审前、庭审两个程序在功能上的差异性和不可替代性,决定了在证据采信上,庭前获得的证据不能直接等同于审判证据,用作判决中认定案件事实的证据必须经过法官的审查判断;如果鉴定人的书面意见直接由侦查阶段和盘托出,作为法官认定事实的依据,则一旦侦查阶段司法鉴定有误,法官在案件事实认定上将存在“多米诺骨牌”的风险。第三,影响法官对待证事实形成正确的心证。法官自由心证的形成是建立在庭审活动基础上,要通

〔1〕 陈瑞华著:《刑事诉讼的中国模式》,法律出版社2008年版,第107~110页。

〔2〕 左卫民著:《中国刑事诉讼运行机制实证研究(二)——以审前程序为重心》,法律出版社2009年版,第191~195页。

过询问证人、鉴定人,以及讯问犯罪嫌疑人来实现,鉴定人不出庭必然最终导致法官对鉴定意见的正确判断,从而导致对案件事实的自由心证陷入迷惑。

2. 重新鉴定亟待规范

重新鉴定是指在原有鉴定的基础上,经过当事人申请或者司法机关自主决定,启动对鉴定事项的再一次鉴定的活动。由于鉴定意见是鉴定人利用专门知识对专门性问题进行的判断,它在一定程度上受制于鉴定科学发展的水平、鉴定方法、检材可靠性,甚至鉴定人主观态度等诸多因素的影响,因此通过重新鉴定,发现鉴定结论是否存在瑕疵是合理的。但是如果重新鉴定的意见屡屡不同,而我们抱着实现客观真实主观愿望,一而再再而三地启动重新鉴定,造成劳民伤财的“鉴定大战”,则是一种不正常的现象。湖南“黄静案”经过五六次鉴定,最终各种鉴定意见各不相同的现象恰恰是暴露这一问题的经典案例。

我们认为,这种重新鉴定的形成可以从现有不完善的规定中发掘制度层面的原因:首先,公、检、法机关都有鉴定启动权。公安、检察在侦查过程中有权启动鉴定,检察院在审查起诉中可以通过补充侦查获得重新鉴定,法院在审判中有可以根据需要再次鉴定,这些情形的叠加无疑造成重新鉴定的启动主体多元化。其次,重新鉴定的条件不明确造成其启动的随意性。目前立法对于重新鉴定启动的条件太过简单,我们认为,重新鉴定必须具备的条件包括:(1)鉴定人不具备鉴定主体资格;(2)鉴定人应当回避而没有回避;(3)鉴定人接受当事人贿赂;(4)鉴定检材的获取违法;(5)鉴定设备不合格;(6)鉴定程序违法、鉴定方法不当;(7)鉴定过程受干扰可能影响鉴定结果;(8)鉴定意见与其他证明相矛盾足以推翻的;等等。再次,当事人有补充鉴定、重新鉴定的申请权。《刑事诉讼法》规定侦查机关应当将用作证据的鉴定结论告知犯罪嫌疑人、被害人,如果犯罪嫌疑人、被害人提出申请,可以补充鉴定或者重新鉴定。这一立法旨在赋予当事人初次鉴定以外的启动申请权,体现尊重当事人诉讼主体地位的程序正义理念。但是在重新鉴定条件不明确的情况下,当事人提出的重新鉴定获得司法机关的批准,再一次鉴定就会启动。最后,重新鉴定没有次数限制。在人类认识能力有限的范围内,真理都是一定程度的相对真理,通过重新鉴定获得的鉴定意见也是一样,更何况随着时过境迁,检材也会发生变化。因此必须从制度上设立最高次数限制,防止无限次数地重新鉴定也是必要的。值得一提的是,上述分析

4 司法鉴定基本问题研究——以刑诉法司法鉴定条款实施情况为侧重点

重新鉴定被滥用的制度因素,并不代表全盘否定这些规制,有的制度如赋予当事人初次鉴定以外的启动申请权是程序正当性的体现,需要我们在规范鉴定程序过程中做出辩证的看待与扬弃。

3. 精神疾病司法鉴定启动程序存在争议

司法鉴定启动程序是鉴定活动得以进行的前提。现行刑事诉讼立法将司法鉴定启动权赋予司法机关,当事人仅享有重新鉴定和补充鉴定的权利,这一立法旨在防止司法鉴定程序启动的随意性,但却造成鉴定启动的程序公正性受到一定质疑。这一问题在精神疾病司法鉴定中显得更加突出,“邱兴华案”之所以在司法鉴定程序上备受争议,原因就在于我国刑事诉讼中司法鉴定启动程序的立法及司法机关驳回当事人提出精神疾病司法鉴定申请的做法均有悖于程序正义的要求。

我们认为,司法鉴定启动程序解决的是待证事项是否通过启动司法鉴定证明的必要性问题,即法官是否需要依靠鉴定人解读科学证据的问题,法官作为外行人不可能对鉴定所涉及的专业知识进行甄别判断,因此,法官需要依靠鉴定人认定事实。在一般案件中,法官根据经验法则、逻辑推理判断所涉及的事实是否需要委托司法鉴定机构鉴定,这方面法官拥有自由裁量的权力。在涉及司法精神病鉴定的案件中,法官也是根据被告人犯罪前后有无精神病的外在特征、家族有无精神疾病病史等综合判断,决定是否启动鉴定。可以据此认为,法官享有决定是否启动司法鉴定的自由裁量权力。规范司法精神病鉴定启动问题一方面要设立启动的条件,防止启动随意性,如根据被鉴定人有无相关病史资料、羁押期间有无异常情况、是否存在诈病可能等;另一方面,应在当事人、法官之间设置启动精神疾病司法鉴定的合理程序。

4. 侦查机关内设鉴定机构的中立性存疑

在《决定》制定之初,我国司法鉴定领域存在“自侦自鉴”、“自检自鉴”、“自审自鉴”的突出问题,公安机关、国家安全机关、检察院、法院均拥有内设鉴定机构,在办理刑事案件中,不同诉讼阶段的负责部门青睐于委托该部门的内设鉴定机构,造成一个案件常常经过多次鉴定,并且鉴定结果常常不一致的结果,这严重影响了司法鉴定的中立性、权威性。为解决上述问题,《决定》果断撤销了法院内设鉴定机构,但考虑到侦查机关内设鉴定机构的设立源于侦查工作的及时性、紧迫性、时效性强等要求,并且侦查机关内设鉴定机构对刑事案件的侦破起到重要的作用,因此,《决定》作出一些妥协——在

保留侦查机关内设鉴定机构的同时,对其业务范围进行限制,规定侦查机关内设鉴定机构不得面向社会提供司法鉴定服务。从而,侦查机关内设鉴定机构一直保留至今,而对其鉴定中立性的质疑之声也不绝于耳。

有许多学者认为,侦查机关内设鉴定机构通过内部制约和自我控制仍然难以做到客观、中立地鉴定,侦查机关内设鉴定机构鉴定意见出错是造成冤假错案的罪魁祸首。^{〔1〕}我们认为:首先,侦查机关内设鉴定机构的存在确实使鉴定技术资源在侦查阶段运用起来更加畅通无阻,这些内设鉴定机构受侦查机关登记管理,在行动上必然也是高度听从指挥,这使侦查机关能够在案件取证的黄金时间及时调动鉴定技术人员赶赴案发现场。同时,这些内设鉴定机构的鉴定人也是公安机关、检察机关工作人员,可以通过组织上、纪律、法律上的约束确保他们能够公正地实施鉴定,防止当事人以金钱收买鉴定人。然而,公安、国家安全机关行使侦查取证的权能,检察机关作为公诉机关,它们都承担着打击犯罪的职责。^{〔2〕}在这种情况下,侦查机关内设鉴定机构——这一本应当客观、中立地出具科学鉴定证据的主体,偏偏设置于负有打击犯罪职能倾向的侦查机关内部,并成为它侦查破案时的一项利器,这难免会造成司法鉴定服务于侦查的功能容易发生错位。另外,侦查机关内设鉴定机构的做法违背程序正当性容易引发鉴定意见的争议。客观地说,鉴定意见的准确性本身就存在一定的错误概率,即使是由中立的第三方鉴定机构出具的鉴定意见,也未必能百发百中,准确无误。但在侦查机关内设鉴定机构在中立性方面存在非议的情况下,一旦鉴定意见出错,就会使侦查机关内设鉴定机构成为众矢之的。这种后果是由于内设鉴定机构设置的不合理性造成的。

(二)传统司法鉴定观念的反思

当我们用批判的目光审视上述司法鉴定问题的产生根源,可以发现传统的司法鉴定观念存在根深蒂固的制约因素,总结和反思这些因素有利于科学构建司法鉴定制度。

〔1〕 郭华:“侦查机关内设鉴定机构鉴定问题的透视与分析”,载《证据科学》2008年第4期。

〔2〕 准确地说,检察机关作为国家监督机关,其独立行使检察权的宪法规定要求其保持客观立场,而国家主义特征、社会主义性质、法律监督性质和司法性质使检察机关的客观义务进一步得以强化。参见龙宗智:“中国法语境中的检察官客观义务”,载《法学研究》2009年第4期。但在打击犯罪职能的驱使下,检察机关客观义务的实现是有限度的。