

周湘雄 著

法学新思维 文丛

科学概念在现代法中是关键性的。

既然现代法律是工具性的，它必须使用合理手段来达到目的。

科学意味着理性。

它意味着经过试验的，以经验为根据的方法来探求真理。

科学使法律生效，它是信任的基石。

现代法律大量使用专家，尊重他们的高级才智。

——〔美〕弗里德曼《法律制度——从社会科学角度观察》

英美专家证人制度研究

Yingmei Zhuanjia Zhengren Zhidu Yanjiu

Faxue Xinsiwel Wencong

中国检察出版社

法学新思维 文丛

中国检察出版社

英美专家证人制度研究

■ □ — 周湘雄 著



本书的出版得到龙宗智教授主持的全国优秀博士论文基金以及蒋剑鸣博士所主持的国家社科项目的大力资助，特此鸣谢！

图书在版编目 (CIP) 数据

英美专家证人制度研究/周湘雄著. —北京: 中国检察出版社,
2006. 12

(法学新思维文丛)

ISBN 7-80185-680-5

I. 英… II. 周… III. ①证人—司法制度—研究—英国
②证人—司法制度—研究—美国 IV. ①D956.15 ②D971.25

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 140115 号

英美专家证人制度研究

周湘雄 著

出 版 人: 袁其国

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)

电子邮箱: zgjccbs@vip.sina.com

电 话: (010)68658767(编辑) 68650015(发行) 68650029(邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 保定市中画美凯印刷有限公司

开 本: A5

印 张: 11 印张

字 数: 293 千字

版 次: 2006 年 12 月第一版 2006 年 12 月第一次印刷

书 号: ISBN 7-80185-680-5/D·1656

定 价: 28.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换



作者简介：

周湘雄 男，1974年12月生于湖南省安仁县，1996年毕业于四川大学外国语学院，获英语语言文学学士学位，1999年毕业于四川大学外国语学院，获英语语言文学硕士学位，2006年毕业于四川大学法学院，获诉讼法学博士学位。在《社会科学研究》等核心刊物上发表论文多篇，并参与2项国家社科课题。现任职于成都信息工程学院外语系。

序 言

《英美专家证人制度研究》一书，是周湘雄在其博士学位论文的基础上修改完成的。

美国学者米尔建·R. 达马斯卡所著《漂移的证据法》一书，在回顾了证据法的历史发展后认为，证据法的科学化是证据法在新时期的发展方向。达马斯卡说：“站在 20 世纪思考证据法的未来，很大程度上就是要探讨正在演进的事实认定的科学化问题。伴随着过去 50 年惊人的科学技术进步，新的事实认定方式已经开始在社会各个领域（包括司法领域）挑战传统的事实认定法，越来越多对诉讼程序非常重要的事实只能通过高科技手段查明。”“与应用技术密切联系的是，对技术性专家的依赖性也在增加……”如斯所言，科学技术对证据法的影响，是现代证据法发展的一个最重要的趋势。各种技术专家在证明程序中发挥着日益显著的作用，而对专家证人制度的研究，无疑具有重要的学术与实践的意义。

研究专家证人制度的意义，还体现在我国的相关制度即鉴定制度亟待完善。鉴定制度是我国证据制度的重要组成部分，由于鉴定结论在证据体系中的作用日益显著，其制度上的弊端对诉讼证明产生的不良影响也为人们所高度关注，因此这一制度的改革是目前诉讼制度以及司法制度改革的一个重点。学界与实务界力图克服现行鉴定制度运作中出现的问题，如程序的公开性不够、当事人的权利保障不足、鉴定行为的监督和救济程序的缺失、反复鉴定问题严重从而导致诉讼效率低下资源浪费严重等。为解决这些问题，我们需要学习借鉴科学技术发达同时法制比较成熟的国家在专家证据应用方面的经验，研究国外专家证人制度就成为我们完善证据法制的必要一环。

而研究国外专家证人制度，以英美的相关制度为重点研究对象又十分必要。这是因为我们过去较多地受到了大陆法系国家专家证据制度的影响，在制度构建时采大陆法学某些国家的鉴定专家制度而未采英美的专家证人制度。这固然有其积极意义，但目前这种鉴定证据制度使专家证人仅限于鉴定专家，而将大量起咨询、评议等作用，同样为证明过程作出必要知识贡献的非鉴定专家排除于证明程序之外，因而缺乏专家证人制度在应用上所具有的灵活性、广泛性与实用性特点。因此我们很有必要借鉴英美专家证人制度以改革甚至重构我国的专家使用制度（对此，我在2006年于《法学研究》发表的“论证据分类制度及其改革”有专门阐述）。此外，英美专家证人制度还有一些独到之处：如专家证人程序的启动和专家的选任均充分体现了当事人意思自治和当事人平等的要求，专家证人程序的透明度和当事人对程序的参与权等很好地体现了程序公正的要求。为了确保专家证言的客观性，发展出了完善的交叉询问技术。同时还设置了一系列程序外的专家证言客观性保障机制，例如通过法庭的固有职权防止专家证人因利益冲突而产生偏向性、设置中立专家证人、明确专家证人的法律责任、建立专家证人的行业自律等。因此，对英美专家证人制度进行全面、深入的研究，从中总结出一些有益的经验，对我国鉴定制度改革完善有着重要意义。

由于我国学者此前对于英美专家证人制度的关注程度并不高，因此国内目前有关这种制度的著作并不多见。周湘雄博士以此为题，系统、详细地介绍了英美国家的专家证人制度。由于作者的英文背景，可以毫无困难地阅读外文资料，因而书中大量引用了英文第一手资料，这一点是国内同类著作中比较少见的。本书主要从专家证人和专家证言两个角度，对专家证人制度的运行机制进行论述。与此同时，作者还对英美专家证人制度与大陆法系的鉴定人制度包括我国的鉴定人制度进行了比较分析，对这些区别背后的法理进行了挖掘，并总结出了英美专家证人制度中的一些具有特色的内容，包括专家证人的分类、专家证据的可采性规则、专家证言的客

观性保障措施等。书中最后落脚于英美专家证人制度在我国鉴定制度改革过程中的借鉴。作者在书中对我国鉴定制度的改革与设计进行了分析,指出我国鉴定制度的改革之道在于开辟一条“会通”的道路,吸收国外的先进经验,结合我国的实际情况,从而发展出一个既富有现代诉讼理念又符合我国国情的鉴定制度。这些建议对于完善我国的鉴定制度有一定的意义。

周湘雄是四川大学石坚教授向我推荐读我的博士生的。他的优点是做学问踏实认真而且英语能力强,但同时也由于其学养而使其在法学理论的深度、观点的论述等方面有一定的欠缺。加之缺乏实务经验,因此对于我国鉴定制度的构建部分写得略显单薄。但从总体上看,本书具有相当的学术价值。

龙宗智
2006年9月

前 言

随着《中华人民共和国刑事诉讼法》、《中华人民共和国民事诉讼法》、《中华人民共和国刑法》等的修改和实施，特别是第九届全国人民代表大会二次会议所通过的宪法修正案，将党的十五大所提出的依法治国的基本方针载入了我国的根本大法，我国最高人民法院又在1999年10月20日公布了《人民法院五年改革纲要》，标志着在我国又将掀起一轮司法改革的热潮。因此，无论是司法界还是理论界，人们对于新的诉讼制度改革中各方面的问题的探讨也变得日益热烈。但是，相对人们对于宏观司法理念和一般诉讼制度所投入的关注来说，人们对于鉴定制度的关注相对较少。考虑到鉴定结论在现代诉讼中所扮演的重要角色，这不能不说是一个缺憾。

对于科学证据在诉讼中的重要性，国内外的学者和司法实务界人士均有了深刻的认识，美国有学者提出：“科学概念在现代法中是关键性的。既然现代法律是工具性的，它必须使用合理手段来达到目的。科学意味着理性。它意味着经过试验的，以经验为根据的方法来探求真理。科学使法律生效，它是信任的基石。现代法律大量使用专家，尊重他们的高级才智。”^①我国也有学者提出：“诉讼制度化、民主化、科学化是诉讼理性化的标志，是建设法治国家的基本要求，而诉讼合理化的关键取决于司法证明方法的科学和理性。大量运用科学证据的证明方法是现代诉讼制度的重要特征，因而，鉴定人作为提供科学证据的主体在诉讼活动中发挥着越来越重

① [美] 劳伦斯·M. 弗里德曼：《法律制度——从社会科学角度观察》，李琼英、林欣译，中国政法大学出版社2004年版，第251页。

要的作用。”^①但是，作为诉讼制度的一项重要组成部分，我国的鉴定制度还有许多不完善的地方，并受到许多学者和法律工作者的批评。为了能很好地顺应我国诉讼制度改革的总体方向，提高诉讼的准确率和效率，对我国鉴定制度进行深度的改革已经是一个很紧迫的任务了。但是，对于我国在鉴定制度改革中应该选择什么样的道路，人们却有着一些不同的看法，目前也确实尚未有人提出一种广为认可的改革方案，因而鉴定制度改革仍然是一个非常值得探讨的课题。

在诉讼中运用专门知识的过程中，世界上形成了两种主要的、各具特色的制度：英美法系的专家证人制度和大陆法系的鉴定人制度。后者也为我国所采用，并在我国的诉讼活动中发挥着越来越重要的作用。随着鉴定结论这种证据形式在诉讼中越来越广泛的运用，人们对于鉴定制度的完善，包括鉴定的启动、鉴定人的选任、鉴定行为的监督等问题也投入了越来越多的关注。当前，人们对于改革我国的鉴定制度、规制鉴定行为的必要性已经有了很清醒的认识。但是，对于如何改革鉴定制度、规制鉴定行为，大家却还没有提出较好的办法来。另一方面，在谈到借鉴外国经验的时候更多的是考虑到了大陆法系的做法，而对于英美法系的专家证人制度则少有涉及，更缺乏系统、深入的研究，这不能不说是一大遗憾！

实际上，作为世界上两大主要的司法体系之一，英美法系确实有许多值得我们学习和借鉴的地方。而专家证人制度作为英美法系中的一个具有特色的证据制度，长期以来在英美法系的诉讼中发挥着极为重要的作用，许多大陆法系国家，如德国等，也都在逐步借鉴这种制度。鉴于我国法制建设起步较晚，法学体系也不够完善的情况，我们在改革和完善自身的法律制度的过程中，必须广泛吸收世界其他国家的经验和知识，并将其应用到我们的改革过程中来。

^① 官万路：“鉴定人制度比较研究”，载《证据学论坛》（第1卷），中国检察出版社2000年版。

正如胡适先生所说的：“我们需要的是学习大匠造屋，只管材料合用，不管来自何方。”^① 英美法系是我国司法改革过程中很好的“材料产地”，而“英美证据法上有关专家证人的规则体系，对我国鉴定制度的改造与完善具有相当的借鉴意义”。^②

汉斯·霍曼说：“比较法有时能使我们超越比利牛斯山。”^③ 本文试图通过对英美法系的专家证人制度进行系统的研究以及将其与大陆法国家以及我国的鉴定人制度进行比较，以克服我们在知识和观念等方面的不足。通过对专家证人制度和我国的鉴定制度各自的优劣之处进行比较，从而找到一条适合我国国情的鉴定制度改革之路。

需要说明的一点是，由于英美国家并未将专家证人分为刑事诉讼中的专家证人与民事诉讼中的专家证人，无论是制度设计还是学术研究，均未将专家证人按刑事、民事进行分类，因此，本文对专家证人制度的研究也是一个总括性的研究，即既包括了刑事诉讼的内容，也包括了民事诉讼的内容。

① 贺卫方：《超越比利牛斯山》，法律出版社2003年版，第40页。

② 齐树洁：“英国司法改革与证据制度的发展”，载《证据学论坛》（第6卷），中国检察出版社2003年版，第542页。

③ 贺卫方：《超越比利牛斯山》，法律出版社2003年版，第326页。

目 录

序言	/1
前言	/1
第一章 专家证人制度概述	/1
第一节 专家证人制度的概念与一般特点	/4
1.1 专家证人制度的概念	/4
1.2 专家证人制度的一般特点	/7
1.3 相关概念辨析	/11
第二节 专家证人制度的历史沿革	/15
第三节 专家证人制度在英美国家的内部差别及其与 大陆法国家鉴定人制度的比较	/19
3.1 专家证人制度在英美国家的内部差别	/19
3.2 英美专家证人制度与大陆法国家鉴定人制度的比较	/23
第二章 专家证人论	/42
第一节 专家证人的资格及其审查程序	/42
1.1 专家证人的资格	/42
1.2 专家资格的审查	/59
第二节 专家证人的分类	/65
2.1 专家证人分类的意义	/65
2.2 专家证人的分类	/66
第三节 专家证人的选任	/72
3.1 专家证人程序的启动	/72
3.2 专家证人的选任	/76

第四节 专家证人的作证方式	/83
第五节 专家证人的交叉询问	/90
5.1 交叉询问的意义	/90
5.2 交叉询问的内容	/92
第六节 专家证人的偏向性	/102
6.1 专家证人偏向性的表现	/104
6.2 专家证人偏向性的成因	/106
6.3 专家证人偏向性的危害及应对措施	/109
第七节 专家证人的法律责任	/110
7.1 专家证人法律责任的立法和实践现状	/111
7.2 专家证人应该享受法律责任的豁免权吗	/115
7.3 专家证人法律责任的最新发展	/118
第八节 专家证人的行业自律	/128
8.1 行业自律的两种主要形式	/128
8.2 专家证人行业自律的新发展	/143
8.3 行业自律的意义	/144
第三章 专家证言	/146
第一节 专家证言的庭前开示	/146
1.1 背景知识：证据开示简介	/146
1.2 专家证据开示	/149
第二节 专家证言的可采性审查	/157
2.1 可采性审查的主体和方式	/157
2.2 可采性审查的内容	/160
2.3 小结	/176
第三节 专家证言的证明力判断	/177
3.1 证明力的审查主体和审查程序	/177
3.2 证明力审查的内容	/181
3.3 小结	/187
第四节 专家证言的客观性保障	/189
4.1 法庭固有职权的干预	/189

4.2 中立专家证人的保障	/193
4.2.1 中立专家证人的概念与应用简介	/194
4.2.2 中立专家证人的客观性保障作用	/197
4.2.3 中立专家证人的利用现状	/201
4.2.4 中立专家证人的发展趋势	/203
第五节 专家证言的救济程序	/208
第四章 专家证人制度的评析与借鉴	/224
第一节 专家证人制度的功能评价	/224
1.1 专家证人制度的积极功能	/225
1.2 专家证人使用中所产生的负面影响	/235
1.3 小结	/241
第二节 专家证人制度的发展方向	/241
第三节 专家证人制度在我国鉴定制度改革中的借鉴	/253
3.1 我国鉴定制度的模式选择	/254
3.1.1 对抗制专家证人制度在我国的可行性论证	/254
3.1.2 会通——我国的鉴定制度改革路径	/261
3.2 鉴定人问题	/264
3.2.1 鉴定机构的设置与鉴定人资格管理	/264
3.2.2 鉴定的启动与鉴定人的选任	/274
3.2.3 鉴定人资格审查	/292
3.2.4 鉴定人的作证方式及对鉴定人的质证	/293
3.2.5 鉴定人的出庭保障	/298
3.2.6 鉴定人的法律责任	/303
3.3 鉴定结论问题	/310
3.3.1 鉴定结论的开示	/310
3.3.2 鉴定结论的认证	/314
3.3.3 鉴定结论的救济	/320
参考文献	/325
后记	/338

第一章 专家证人制度概述

在普通法中有这样一项传统：证人只能就其所观察到或感知到的事实向法庭进行陈述，而不得对案件事实发表意见，也不得在陈述过程中使用表示意见的表述或倾向性的语句，这就是普通法中著名的“意见规则”（Opinion Rule）。在司法实践中，只有少数几种情况可以作为意见规则的例外，如人体感官的感知结果（如“听起来/闻起来像……”）、证人自己的意图、声音的认定、笔迹的认定以及其他涉及普通证人的“速记性证言”（Shorthand Testimony）。^① 意见规则背后有两条基本法理：一是诉讼功能的划分，事实裁判者是唯一享有对证据进行判断的主体。证人的任务是提出证据，不是评价证据，而证人意见的形成过程被视为证据的评价过程，这就侵犯了事实裁判者的功能领域。因此，“一般非专业人员

① [美] 乔恩·R. 华尔兹：《刑事证据大全》，何家弘等译，中国人民公安大学出版社2004年版，第427页。

在其所掌握的知识 and 理解能力范围内所能作出的事实性推论，应留待陪审团来作出，因为陪审团就是特意挑选这种普通人组成的。如果一名陪审员完全可以通过把证人提供的事实加在一起然后得出他或她自己的推论，该证人就绝无必要将其推论强加给陪审员了！”^①意见规则的第二条法理是证据的可靠性。普通法的证据规则试图通过一系列排除规则来确保证据的可靠性，其中最重要的一条就是排除传闻规则以及它所隐含的要求：证人必须就其亲身经历的案件情节作证。而证人的意见被认为不如其亲身的感知可靠，因而普通法禁止证人在法庭上提出自己的意见。^②

然而，随着时代的发展，法庭审判中出现的专业性问题越来越多，也越来越复杂，靠外行的事实裁判者已经无法对这些问题作出准确的判断，例如有的案件中需要利用 DNA 技术对个人身份进行鉴别、有的案件中需要进行弹道分析、有的案件中需要对案发现场的爆炸残留物进行化验……所有这些都是法官或陪审团无法利用其自身所拥有的知识来完成的，而必须依靠这些领域内的专家们。因此，到了 19 世纪后期，英美法庭不得不逐渐放松“意见规则”对于证人证言的束缚，逐步允许某些具有特殊专门知识的人对案件中的专门性问题发表意见了。到了 20 世纪中期美国的《联邦证据规则》制定后，意见规则已经远远没有原来那么严格了。

现在，正如一位美国学者曾经说过的：“我们生活在一个专家的时代（Age of Experts）”，^③因为现代文明的一个特征就是每一个人都专注于某一领域的知识，而不是像古代一样对每个领域都知道

① [美] 乔恩·R. 华尔兹：《刑事证据大全》，何家弘等译，中国人民公安大学出版社 2004 年版，第 427 页。

② Samuel R. Gross, Expert Evidence, 1991 Wisconsin Law Review, 1113, 1154.

③ M. Neil Browne, Carrie L. Williamson, Linda L. Barkacs, The Perspectival Nature of Expert Testimony in the United States, England, Korea and France, 18 Conn. J. Int'l L., 55.

一点但却并不精通，以至于出现“所有的知识都装在少数几个人的脑子里”的情况。随着社会分工越来越细，知识领域的划分也就越来越细，因而专家也就越来越多。这样就造成了两种后果：一种是现代社会有太多的人可以被称为专家；另一种是人们越来越多地依赖于别人的专业知识，或者说，越来越多地依赖于“专家”们了。一位美国评论家是这样评论这种现象的：“……我们把汽车托付给汽车修理专家，把孩子托付给教育专家，把婚姻幸福托付给性学专家，把食谱托付给健康专家，把海滩托付给油污处理专家，把国防托付给五角大楼的军事和外交政策专家，把税收政策托付给经济学专家，把行政和司法交给法庭上的专家证人。”^① 有人惊呼：“现在很难想象有人能够在哪一天不需要依赖于各种‘专家’而生活。”^②

在司法领域中同样是如此，在现代法庭审判过程中，事实裁判者们也不可避免地遇到越来越多的超出他们的知识范围的情况。为了客观公正地对案件事实作出裁判，他们不得不借助于那些在案件争点所涉及的领域中具有丰富经验或知识的人：即大陆法系的鉴定人和英美法系的专家证人，并相应地形成了大陆法系的鉴定人制度和英美法系的专家证人制度。在任何一个国家，无论是在刑事审判中还是在民事审判中，专家已经成了司法不可分割的一部分，在许多案件中，如果没有专家的帮助，法庭甚至不可能进行正确的审判。

现代专家证人制度是一项起源于欧洲、产生于19世纪、并在英美法系国家得到广泛应用的证据制度，长期以来，在英美法系国家的法庭审判中发挥着极为关键的作用。专家证人制度所覆盖的知

① James S. Laughlin, When Students Confront the Experts: Toward Critical Thinking, 81 ENG. J., 72 (1992).

② M. Neil Browne, Carrie L. Williamson, Linda L. Barkacs, The Perspectival Nature of Expert Testimony in the United States, England, Korea and France, 18 Conn. J. Int'l L., 55.

识领域是如此之广泛，以至于有人说：“从理论上讲，任何人类已知的知识领域都可以产生专家证人……专家可以来自于任何领域，只要他们能证实自己拥有足够的‘专门知识’。”^①从贩毒交易是如何进行的到刹车的工作原理，从飞机的失事原因到死者的身份，从实验分析到实践经验判断，从犯罪分子作案的惯用手法到人身伤害的程度……可以说，可能运用专家证言的领域是无限的，专家证据已渗透进了英美国家的几乎每一个领域的法庭审判。美国 Rand 调查公司在对加利福尼亚最高法院于 20 世纪 80 年代后半段的审判工作进行研究后发现，该法院所审判的案子中，有 86% 使用了专家证据，平均每个案子使用了 3.3 个专家，^②以至于有评论家声称美国的审判已经变成了由专家主导的审判，“即便是很简单的案子也经常有专家证人的参与”。^③因此，对专家证人制度的研究不仅能帮助我们了解英美法系的这一独特的证据制度，而且也能为我国鉴定制度改革提供很好的借鉴。下面我们首先对专家证人制度的概念、特点、历史沿革等问题进行考查。

第一节 专家证人制度的概念与一般特点

1.1 专家证人制度的概念

专家证人制度这一概念的核心词语是“专家证人”，因此，要理解专家证人制度，首先必须要了解什么是“专家”。对于这一概念，英美国家有许多不同的定义，如布莱克法律词典的定义是：

① Steven Lubet, Expert Testimony, 1998 by the National Institute for Trial Advocacy, p. 3.

② McCormick on Evidence, fifth edition, West Publishing Co., 1992, p. 23.

③ Randall K. Hanson, Witness Immunity Under Attack: Disarming “Hired Guns”, 31 Wake Forest L. Rev., 497 (1996) .