

中国证据立法前瞻性问题的研究丛书

主编 江 伟

专家证人研究

徐继军 著

中国证据立法前瞻性问题的研究丛书

主编 江 伟

专家证人研究

徐继军 著

 中国人民大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

专家证人研究/徐继军著.

北京: 中国人民大学出版社, 2004

(中国证据立法前瞻性问题的研究丛书/江伟主编)

ISBN 7-300-04128-0

I. 专…

II. 徐…

III. 证人-司法制度-研究-中国

IV. D925.013

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 131240 号

中国证据立法前瞻性问题的研究丛书

主编 江 伟

北京市社会科学理论著作出版基金资助

专家证人研究

徐继军 著

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室) 010-62511239 (出版部)

010-82501766 (邮购部) 010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司) 010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com> (人大教研网)

印 刷 北京雅艺彩印有限公司

开 本 787×965 毫米 1/16

版 次 2004 年 12 月第 1 版

印 张 19.5 插页 2

印 次 2004 年 12 月第 1 次印刷

字 数 357 000

定 价 29.00 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

作者简介

徐继军，1976年10月出生于广东佛山，祖籍江苏扬州。

2002年毕业于中山大学，获法学硕士学位，并于同年考入中国人民大学法学院攻读博士学位。已在《法学研究》、《政法论坛》、《法学》、《现代法学》、《诉讼法论丛》等刊物、丛书上发表论文多篇，参著《仲裁法学》、《民事诉讼法案例教程》、《统一证据法立法理由书》等著作多部。

题语

专家证据是一种非常有特点的证据方法，我国的鉴定结论就属于专家证据。在本书中，作者系统介绍了英美法系国家专家证人制度的采信规则、开示规则、法庭质证规则、对专家证人的责任追究规则等重要问题，为研究专家证人制度积累了宝贵的资料。作者在研究专家证人制度时，与大陆法系国家的鉴定人制度进行了横向的比较，并结合各国的诉讼文化和基本国情，深刻地揭示了两大法系专家证据制度的利弊与生存原因。在此基础上，作者提出了在我国建立“鉴定人—专家”制度的构想，对完善我国的鉴定制度具有积极的意义。

总 序

江 伟*

证据，是司法正义的基础，没有证据的司法，其正义性、公平性很难得到保障。要使我国司法实现正义与公平，必须夯实司法正义与公平的基础——证据法！这也是确保社会长治久安，建立民主法治型社会的基础。

证据法，简而言之，就是以证据证明待证事实的法律，其内容无非是证据与证明两大块，它们之间的关系即是，证据是证明的基础与手段，证明是证据的必然结果与要求。这些内容，第一，不属于任何一部诉讼法，但是在三大诉讼中能够普遍适用。第二，它与程序法有联系，却并非程序法的内容，而是一个实实在在的有点类似于实体法规范的规范。法官和当事人把它当做实体法规范直接引用。第三，从立法技术上讲，对于证据法规则，任何一部诉讼法都不能把它全部包括进去。所以，证据法与诉讼法的关系也是非常明显的：由于证据具有公开性，决定证据行为必须公开透明，在诉讼环节中，如公安等侦查机关、人民检察院的职权活动具有闭合性，它不符合证据法的本质，故应属于刑事诉讼法调整。再一方面，诉讼法它本身具有程序的不可回转性，即某一程序过去了，就不能重新再来，如公安机关已经将某一案件移送人民检察院审理起诉，不能再行立案侦查；一审法院将案件审判终结，不能再决定重新审理一次。而证据法它本身却具有可回转性，如检察院即使将案件向法院起诉，它仍然可以调查收集有关证据，甚至人民法院审理案件，法庭调查程序或辩论程序已经结束，也可以依职权决定重开法庭调查或法庭辩论。由此，紧紧抓住闭合性（非公开性）、不可回转性来区别诉讼法与证据法之间的关系，就显得清楚明白。特别是将诉讼法与证据法的

* 中国人民大学法学院教授，中国诉讼法学会名誉会长，“中国证据法草案及立法理由书”课题组主持人。

内容区别开来，证据法能够单独制定。

将诉讼法与证据法二者的关系区分开以后，即是证据法的立法模式问题。关于证据法立法模式，是通过修改三大诉讼法，补充完善证据法的内容的方式进行证据立法，还是制定统一的刑事、民事（含行政）证据法，抑或制定单独的民事证据法、刑事证据法、行政证据法，学者间也有争议。这三种立法模式在两大法系国家都有不同的立法例可资参考。但是考虑到，第一，诉讼法和证据法的规范是可以区分的，这就为单独制定证据法提供了规范依据。第二，如果各证据法单独立法，如何处理三大证据法中的共同性问题，如证据方法、证据调查法则、证据评价法则等共同内容？单独制定一部民事证据法后，是不是又要单独制定刑事证据法、行政证据法？这样制定是否有利于法律体系的完整统一？单独制定后，是不是便于司法操作？比如，一个刑事附带民事案件，要用刑事证据法和民事证据法两套规则来处理，对当事人和法官而言都是痛苦的事，这样根本不利于法制的统一和司法的操作。所以，从长远看，应当制定统一的证据法。

“中国证据法草案及立法理由书”课题，是教育部人文社会科学研究的重点项目，从该项目的立项、报批到项目的进展，中国人民大学法学院副院长、中国民商事法律科学研究中心主任王利明教授做了大量的组织领导工作，这些工作是该项目得以报批及顺利完成所必需的。该项目由中国诉讼法学会名誉会长、中国人民大学法学院教授江伟主持。在江伟教授的主持下，根据研究计划，课题组开展了如下工作：

一是课题组调查收集了全国有关高级人民法院陆续制定的“关于民事诉讼中的证据问题若干规定意见”等资料，对其实施效果和存在的问题进行了专门的调研。最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》公布实施以后，课题组对该规则本身的内容进行了专门研究，肯定了有利的一面，对其存在的问题，也进行了分析，并在草拟证据法草稿时做到可取可去。

二是课题组积极搜集参考其他国家和地区证据法立法例，对之进行专门的研究分析，着重关注各有关国家的证据文化背景，这些证据法制度对世界各国证据法的影响，以及我国对之吸收或引进的可能性，做到洋为中用而不是简单地照搬照抄，同时，对我国传统证据文化底蕴进行分析研究，以决定我国现代社会需要什么样的证据法。

三是在前两项工作的基础上，组织专人对证据法的一些主要内容进行研究论证，并对司法裁判中适用证据法制度存在的一些问题进行个案剖析，了解我国证据法制度在司法裁判中适用的程度、需要解决的问题以及一些成功经验。

四是在此基础上，组织专门的人员，草拟证据法草稿，组织专家对之进行专

门的讨论与修改，并与法院、检察院、律师事务所等实际部门的人士进行密切配合，分别听取他们各自对课题组草拟出的证据法草稿的内容、体系、编章结构等内容的看法与意见。通过数次研讨会，对一些基本的证据法制度问题达成了共识，对尚未解决的一些问题或争议较大的一些问题继续进行研究，并以之为本，进行分析论证，最终写出《中国证据法草案及立法理由书》。

与此同时，课题组从一开始，就组织部分国内证据法学者，对证据法的主要理论问题进行专门研究，以期为草拟中国证据法提供理论依据，这些专门性问题研究包括：民法与证据法的交错，证据能力与证据方法研究，电子证据研究，专家证人制度研究，证人陈述真实性担保法则研究，书证问题研究，证明负担原理与法则研究，推定法则研究，自认法则研究，证据法理论与实证分析，以及对世界上影响比较大的《美国联邦证据规则（2003）》进行译评和比较研究，等等。其中，对一些专门性问题研究比较成熟的，以“中国证据立法前瞻性问题研究丛书”的形式，集结出版。我们希望，这些研究成果的发表与出版，不仅对我国的证据立法提供强大的理论支持，而且也为我国的证据法学科的建设与发展，为全民证据意识与证据思维逻辑的培养，特别是为正义与公平在我国司法裁判中的实现，能够奠定一个理论基础。

当然，我们也要感谢推出本丛书的幕后英雄——中国人民大学出版社法律出版事业部的编辑们，是他们提出了出版本丛书的创意，也通过他们敏锐的社会洞察力，为我们提供了证据法理论需求的信息与交流平台，使我们更加坚定了如下信念：不是我国司法人员和老百姓不需要证据法，不需要证据思维逻辑，而是我们理论工作者，没有能够为社会生产出高质量的证据法精神食粮。为此，我们深感责任重大，也对“中国证据法草案及立法理由书”这一课题有了新的诠释。

是为序。

2003年5月18日

序

我们可以用不同的视角对证据法学的内容进行划分。将证据法学划分为证据与证明两个部分就是一种科学的划分方法。对证据的研究，主要是研究各种不同的证据方法，把握各种证据方法的特点，并以此为切入点，研究如何运用各种具体的证据方法。对证明的研究，主要是研究运用证据来证明案件事实的理论与方法。在证据与证明的关系上，证明可以说是一种具有普遍性的方法论，但在司法实践当中，证明这种具有普遍性的方法论必须与具体的证据方法结合起来才能产生发现真实的理想结果。近年来，研究证明的著作问世不少，但研究证据的著作却不多。鉴于证据与证明之间的上述关系，我们很有必要加强对证据的研究。

在各种证据方法当中，专家证据是很有特点的。专家证据的特别之处在于：一般的证据完全是由裁判者解读的，而专家证据在由裁判者解读之前，必须经过专家的解读。换言之，摆在裁判者案前需要裁判者判断的证据是已经被专家判断过的证据。之所以产生这样的特点，是因为专家证据涉及一些包括裁判者在内的非专业人士所不能完全了解的专门知识，裁判者与当事人只能依靠专家的工作，将原始证据材料加工成为能够被常人所理解的材料。

专家证据的这个特征对于证据的运用结果会产生很大的影响。在大陆法系国家，法官将专家视为自己的助手，过分信赖专家，使专家成为了实际上的事实裁判者，这种做法肯定会影响案件真实的发现。在英美法系国家，法官将专家视为当事人雇佣的帮手，满怀疑虑地看待专家证据，并允许双方当事人对专家证据进行激烈的辩论，这种做法也有很大的弊端：一来受到当事人雇佣的专家很难保持中立性，二来激烈的诉讼对抗会消耗大量的时间与金钱。

我国的鉴定结论实际上就是一种专家证据，并且具有大陆法系国家专家证据的特征。在探讨如何改革我国鉴定制度的过程中，国内不少学者主张全盘引进英

美法系国家的专家证人制度。我认为这是不妥当的，英美法系国家的专家证人制度也具有种种弊端，在这些国家苦苦寻找解决问题的出路之时，如果我们又将这种具有弊端的制度引进过来，无疑是不明智的。我认为，在深入研究各国专家证据制度，尤其是英美法系国家的专家证人制度的基础上，结合我国的基本国情，探索一套具有中国特色的专家证据制度是最明智的选择。

《专家证人研究》这部专著牢牢抓住了专家证据的特征，采用了大量最新的资料，对英美法系专家证人的采信制度、证据开示制度、法庭质证制度等问题进行了详尽的说明和论述，为我国鉴定制度的研究积累了宝贵的资料。作者深入分析了英美法系国家的专家证人制度和大陆法系国家鉴定制度的优点和缺点，在此基础上，作者创造性地提出了构建“鉴定人—专家”制度的设想。上述的研究成果，无疑对我国鉴定制度的完善具有非常积极的意义。更加难得的是，作者对专家证人制度的研究并没有停留在具体制度的层面上，而是深入到诉讼文化当中，将具体制度的研究与各国的具体国情结合起来，使读者能够更加深刻地了解到各国专家证据制度产生和存在的真正原因。我想，正如苏力教授所一直主张的那样，任何制度的移植与借鉴都存在一个本土化的问题。法律本土化的最根本问题就是要考察法律制度生存的社会环境，包括产生它的社会环境以及它将要融入的社会环境。我国现有的一些诉讼制度确实存在着“水土不服”的现象，这主要是因为当初在借鉴国外先进制度的时候忽视了对国外制度环境的调查研究。《专家证人研究》这部著作就注意到了这一点，这是非常可贵的。

《专家证人研究》是“中国证据立法前瞻性问题的研究丛书”的组成部分。该书的作者徐继军是我的博士研究生，当初是他主动要求承担这部专著的写作任务的。考虑到他具有较强的研究和写作能力，并且在学术研究上具有刻苦的精神和严谨的态度，我就同意了他的请求，并且对他寄予了很大的希望。现在这部专著已经完成了，我感到很欣慰，希望他能够延续这种研究精神，在未来为祖国的法学事业做出贡献。

江伟

2004年11月于人大静园

目 录

第一章 专家证人的概貌	(1)
第一节 司法过程与证人	(1)
一、司法的过程	(1)
二、司法过程中的人证	(2)
第二节 作为证人的专家	(5)
一、专家的适格性	(5)
二、专家证人的培训	(7)
三、专家证人的立场	(8)
四、专家证人的证言	(11)
第三节 专家证人与鉴定人的比较	(13)
一、对专家证人与鉴定人进行比较的意义	(13)
二、专家证人与鉴定人的资格以及选任	(14)
三、专家证人与鉴定人的作用以及性质	(17)
四、结论	(19)
【本章小结】	(20)
第二章 专家证言的可采性	(23)
第一节 专家证言可采性概述	(23)
一、使用专家证人进行证明的过程	(23)
二、影响专家证言可采性的因素	(24)
三、美、英两国对专家证言可采性问题的立法状况	(26)
第二节 美国关于专家证言可采性的规定	(27)
一、概述	(27)

二、“Frye”规则	(29)
三、联邦制定法对专家证言可采性的规定	(30)
四、“Daubert”规则	(32)
五、裁量权滥用规则 (abuse of discretion)	(33)
六、“锦湖轮胎”案 (Kumho Tire)	(35)
七、小结	(39)
第三节 英国关于专家证言可采性的规定	(40)
一、概述	(40)
二、专家证言的相关性	(41)
三、专家证人的资格	(42)
四、使用专家证人的必要性	(43)
五、澳大利亚关于专家证言可采性的规定	(46)
第四节 大陆法系国家对鉴定结论可采性的规定	(47)
一、大陆法系国家对鉴定结论可采性规定的特点	(47)
二、两大法系对可采性规定存在区别的根本原因以及 我国可从中得到的启示	(49)
【本章小结】	(52)
第三章 专家证人的任务和责任	(56)
第一节 研究的意义	(56)
第二节 专家证人的任务	(57)
一、专家证人对法院的任务	(57)
二、专家证人对当事人的任务	(62)
第三节 专家证人的责任	(66)
一、概述	(66)
二、专家责任豁免的理念	(67)
三、专家责任豁免理念的转变	(68)
四、美、英对专家责任的强化	(71)
第四节 鉴定人的任务与责任及真实义务	(76)
一、鉴定人的任务	(76)
二、从真实义务看鉴定人的责任	(77)
三、两大法系专家、鉴定人责任的增强给我国的启示	(82)
【本章小结】	(85)

第四章 对专家证据的开示	(89)
第一节 趋势：证据开示的约束和专家开示的扩张	(89)
一、证据开示的约束	(89)
二、专家开示的扩张	(92)
第二节 美国关于专家开示的规定	(94)
一、概述	(94)
二、对准备在开庭审理中被传唤的专家证人的开示	(95)
三、对已经被律师雇佣但不准备在开庭审理中被传唤的 专家证人的开示	(98)
四、对尚未被雇佣也不准备在开庭审理中被传唤的 专家证人的开示	(100)
第三节 英国关于专家开示的规定	(100)
一、对专家报告内容的开示	(100)
二、对专家报告的询问	(102)
三、专家会议	(103)
四、专家报告开示后的修正	(104)
第四节 在审前准备程序中确立对话原则	(105)
一、对话原则的概念与存在依据	(105)
二、对话原则在外国民事诉讼审前准备程序中的表现	(110)
三、国外民事诉讼审前准备程序的对话原则对我国的启示	(114)
第五节 在我国审前准备程序中确立诚实信用原则	(118)
一、诚实信用原则的概念	(118)
二、诚实信用原则在审前准备程序中确立的依据及意义	(119)
三、诚实信用原则在外国民事诉讼审前准备程序中的表现	(122)
四、国外民事诉讼审前准备程序的诚实信用原则 对我国的启示	(126)
五、在两大原则的支撑下展示我国民事诉讼审前 准备程序的概貌	(128)
【本章小结】	(129)
第五章 对专家证人的法庭询问	(132)
第一节 法庭询问证人的基本原理	(132)
一、一个法庭询问的例子	(132)
二、交叉询问的权利	(137)

三、询问的内容	(139)
四、询问的方式	(142)
第二节 对专家证人的法庭询问	(144)
一、简介	(144)
二、对专家证人的直接询问	(145)
三、对专家证人的交叉询问	(148)
四、专家证人责任对法庭询问的保障	(152)
第三节 正当程序与专家证人出庭作证的问题	(153)
一、两种防止法官恣意的方法	(153)
二、对正当程序的选择	(159)
三、从正当程序的角度看专家证人出庭作证的问题	(166)
四、我国鉴定人拒绝出庭作证的问题成因及对策	(169)
【本章小结】	(172)
第六章 专家证人制度中存在的问题及对策	(174)
第一节 高额费用及诉讼迟延	(174)
一、聘请专家证人的高额费用	(174)
二、因使用专家证人而导致的诉讼迟延	(177)
三、对策	(179)
第二节 缺乏客观性与合理性的专家证言	(184)
一、对抗制诉讼文化与专家中立性的矛盾	(184)
二、专家证人的不适格及超越专业范围的专家证言	(186)
三、错位的专家证人培训机制	(189)
四、高耗费对抗的影响	(191)
五、对策	(191)
第三节 对抗制还是审问制？当事人主义还是职权主义？	(199)
一、问题的缘起	(199)
二、对抗制与审问制；当事人主义与职权主义	(200)
三、我国诉讼模式的发展趋势以及在诉讼模式问题上 所应有的态度	(206)
【本章小结】	(213)
第七章 对我国民事鉴定制度的检讨	(215)
第一节 对我国民事鉴定制度若干理念的检讨	(215)

一、鉴定人是自然人还是法人？	(215)
二、鉴定人是证人还是法官的辅助人？	(220)
三、鉴定是人的证据方法还是物的证据方法？ 是言词证据还是实物证据？	(224)
四、我国鉴定制度的功能是否存在缺失？	(227)
五、对抗制的鉴定制度还是职权化的鉴定制度？	(232)
第二节 对我国民事鉴定的具体制度的检讨	(235)
一、立法检讨	(235)
二、对鉴定机构设置及鉴定人制度的检讨	(237)
三、对委托鉴定制度的检讨	(243)
四、对鉴定质证制度的检讨	(247)
【本章小结】	(252)
第八章 “鉴定人—专家”制度的构建	(254)
第一节 “鉴定人—专家”制度的三种主体	(254)
一、概述	(254)
二、鉴定人	(255)
三、专家陪审员	(259)
四、专家辅助人	(269)
五、三种主体的结构图	(273)
第二节 “鉴定人—专家”制度的基本程序	(273)
一、概述	(273)
二、“鉴定人—专家”制度的普通程序	(276)
三、“鉴定人—专家”制度的简易程序	(282)
四、由专家辅助人说明专业问题的程序	(285)
【本章小结】	(286)
本书参考文献	(288)
一、中文资料	(288)
二、外文资料	(291)
三、参考判例	(295)
后 记	(298)

专家证人的概貌

第一节 司法过程与证人

一、司法的过程

什么是“司法”?“司法”首先是一个动词,是指国家法定的纠纷裁判者以居中裁判者的身份对法律(广义)的适用,国家法定的纠纷裁判者因此被称为“司法官”。“司法”还是一个名词,指国家为了解决社会上的纠纷,维护社会的秩序,在纠纷当事人及法定裁判者的互动参与下,由司法官适用法律对纠纷进行裁判的过程。如果将司法官适用法律的行为及解决纠纷的过程限定在私法领域,这样的司法就是民事司法。

民事司法是一个过程,上述描述从下定义的角度为我们了解民事司法的过程提供了一个思路,但我们需要对这个过程有一个更为具体的理解。

首先,民事司法的过程具有一个程序“外壳”,由《民事诉讼法》及相关司法解释所组成的程序规则为民事司法的过程营造了一个“司法空间”。季卫东先生曾经对理想的“司法空间”做出过一番精彩的描述:“在这里只有原告、被告、证人、代理人,而不管他们在社会上是否贤达名流还是布衣平民。在这里,只讨论纷争中的判断问题,而不管早晨的茶馆谈笑、傍晚的交通拥挤。在这里,只考虑与本案有关事实和法律,而不管五百年前的春秋大义、五百年后的地球危机。总之,通过排除各种偏见、不必要的社会影响和不着边际的连环关系的重荷,来营造一个平等对话、自主判断的场所。这就是现代程序的理想

世界。”^①我们姑且不论现有的“司法空间”已经足够的理想，从民事司法的过程的角度来看，现有的民事诉讼规则通过对起诉、答辩、庭审、上诉、再审、执行程序的规定，确实为纠纷的解决营造了一个“司法空间”。

在“司法空间”之内是什么样的内容？我们可以借助司法推理学^②来解决这个问题。普遍认为，以法律为大前提，以事实为小前提的“三段论”的演绎推理是大陆法系司法的主要推理方式，而英美法系由于以判例法为主要的法的渊源，故此它们的推理方式为不同于大陆法系的类比式推理。作者则认为，“三段论”推理也普遍存在于英美法系的司法过程当中，类比推理只是英美法系国家法官寻找“三段论”大前提的一种推理方式，即他们通过类比推理以及逻辑推理以外的方式，如美国著名法官卡多佐所提出的“历史、传统和社会学的方法”、“社会学的方法”等^③，寻找每一个案件所应当适用的法律规则，即寻找“三段论”推理的大前提，在此基础上结合庭审认定的事实小前提以做出裁判的结论。因此，用三段论来描述英美法系司法推理的宏观过程是适当的。英美法系与大陆法系司法推理的区别仅仅在于：英美法系法官寻找大前提的过程是复杂的，需要通过额外的类比推理甚至一些逻辑推理之外的推理方法，而大陆法系法官则可以从现存的成文法中轻而易举地找到三段论的大前提，其过程简单得可以被忽略。如果我们将“三段论”作为两大法系司法推理的共同方法的话，问题的答案就比较明显了：在“司法空间”，各方互动着以寻求解决纠纷的裁判，结论产生于“三段论”的推理过程；其中大前提是法律，小前提是事实，于是发现案件事实与寻求法律渊源并适用该法律成为了“司法空间”内司法过程的主要内容。

二、司法过程中的人证

寻找法律的过程在大陆法系国家显得比较简单，因为大多数大陆法系国家的

^① 季卫东：《法治秩序的建构》，16页，北京，中国政法大学出版社，2000。

^② 我国传统上将推理纳入逻辑学的研究范畴当中，所谓推理即逻辑的推理。然根据西方通用的《韦氏新大学词典》对推理的注释，推理的内容包括以下几个方面：（1）按照逻辑的方法而思维，或者依论据或前提之理由而推考或按断；（2）支以理由，解释以及辩论证明之，折服之，或感动之。因而推理便指：（1）讨论者之行为或方法；（2）所列或所表之理由，或辩论程序。如果这个界定与我国对推理的理解相比较，我们便可得知，西方此词的含义远远大于我国对推理定义的外延。

^③ 参见〔美〕本杰明·卡多佐著，苏力译：《司法过程的本质》，北京，商务印书馆，2000。卡多佐法官在该书中指出，美国法官对法的渊源的寻求并不能仅仅局限于先例，遵循先例的类比推理（即他在书中所说的哲学的方法）只是美国法官发现法的渊源的其中一种方法，为了寻求正义，美国法官还应当摆脱逻辑的束缚，用其他方法寻找法的渊源。事实上包括类比推理在内的这些方法，其目的均在于寻求法的渊源，即“三段论”的大前提，然后与事实小前提相结合而得出裁判的结论。