

■ 李学军 朱梦妮 等 著



法学理念·实践·创新丛书

意见证据制度研究

 中国人民大学出版社

中国人民大学科学研究基金（中央高校基本科研业务费专项资金资助）项目成果
项目批准号：13XN1002

项目名称：意见证据制度在我国的构建和完善

■ 李学军 朱梦妮 等 著



法学理念·实践·创新丛书

意见证据制度研究

中国人民大学出版社
·北京·

图书在版编目 (CIP) 数据

意见证据制度研究/李学军等著. —北京: 中国人民大学出版社, 2018. 8
ISBN 978-7-300-25131-8

I. ①意… II. ①李… III. ①司法鉴定-证据-司法制度-研究 IV. ①D918.9

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 272487 号

法学理念·实践·创新丛书

意见证据制度研究

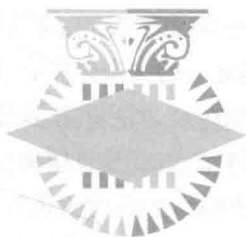
李学军 朱梦妮 等 著

Yijian Zhengjü Zhidu Yanjiu

出版发行	中国人民大学出版社	邮政编码	100080
社 址	北京中关村大街 31 号		
电 话	010-62511242 (总编室)	010-62511770 (质管部)	
	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)		
经 销	新华书店		
印 刷	天津中印联印务有限公司		
规 格	170 mm×228 mm 16 开本	版 次	2018 年 8 月第 1 版
印 张	14.75 插页 1	印 次	2018 年 8 月第 1 次印刷
字 数	223 000	定 价	48.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换



意见证据制度研究

前 言

威格摩尔先生在其著作《司法证明原则》^①的扉页上讲述了一个关于“证据科学”（the Science of Evidence）的故事：

古德曼问内务大臣：“您是否曾经关注过证据科学？”内务大臣相当困惑，他反问道：“您的意思是指什么？我很难认为证据是一门科学；我将它视为一个常识问题。”“请您见谅，先生。”古德曼回敬说：“在我看来，证据是所有科学中最为精妙、也最为繁难者。实际上，它是科学中的科学。正如培根和密尔所言，归纳逻辑的全部不过是评估证据价值的一种努力，这里的证据就是造物主所留下的痕迹。能否这么说呢？造物主已经——这么说是因为我心怀敬畏——以无数的虚假线索掩盖了这些痕迹。但是，真正的科学家在探索大自然的奥秘之时，将会拒绝被那些不实的表象所遮蔽。”

^① 该书在威格摩尔先生（John H. Wigmore）生前共出版了三版，分别是：1913年的第1版和1931年的第2版，这两版全名均为《建立在逻辑学、心理学和一般生活经验基础上的司法证明原则》；1937年的第3版则更名为《司法证明科学》。

在我国，20世纪70—80年代出版的一批《证据学》教材被视为传统证据法学研究的开端，可是之后的十余年间，相关理论探讨与制度建设几乎陷于停滞。直至90年代中后期，证据法学研究才很大程度上因受一些暴露出的冤假错案的“锥心刺激”以及我国大力开展的证据立法工作之需要而步入繁荣时段，并在近年来逐渐成为诉讼法学领域的一门“显学”。置身这片方兴未艾的学术景象之下，有一个现象引起了我的注意和思考：同样是英美法系现代证据制度的重要组成部分，相较于非法证据排除制度、传闻证据制度、品格证据制度、作证特权制度、最佳证据制度等其他证据制度而言，意见证据制度在我国法学理论界得到的关注及在法学实务界适用的现状，均远远没有达到其应有的程度和效果。我们从意见证据的一般规则——“事实证据可以采纳，而意见证据，即包括推测、评价和结论在内的从所知事实中做出的推论不得采纳”在我国的构建和发展过程中就可见一斑。

在立法层面，关于普通证人意见的规则可谓长期处于边缘地带。从时间上看，它最早确立于民事诉讼领域，2002年4月1日起施行的最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《民诉证据规定》）第57条规定，“出庭作证的证人应当客观陈述其亲身感知的事实”，“证人作证时，不得使用猜测、推断或者评论性的语言”。同年10月1日起施行的最高人民法院《关于行政诉讼证据若干问题的规定》（以下简称《行诉证据规定》）第46条也有类似要求。但2012年修订的《民事诉讼法》、2014年修订的《行政诉讼法》中均没有提及相关内容，与此新法配套实施的司法解释就此也未有只言片语。在刑事诉讼领域，由最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部联合发布、2010年7月1日起施行的《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》第12条参照前述《民诉证据规定》和《行诉证据规定》，在指出“证人的猜测性、评论性、推断性的证言，不能作为证据使用”的基础上，进一步规定了“但根据一般生活经验判断符合事实的除外”。尽管包括该例外在内的第12条规则后来被最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第75条完全吸收，但是其重要意义并没有被深刻挖掘、未获得足够重视。

在司法层面，法院对普通证人意见证据的取舍则较为模糊和混乱，远

未形成统一标准。裁判文书显示：一方面，以“我怀疑”“我估计”“我猜测”等习惯性表述为典型表征的意见证据，是认定被告人主观方面、责任能力以及犯罪事实中的因果关系等事实的重要根据。例如，“我猜是被占地的十七户人家破坏了铁丝网”“因为我们认识，我就总去卖，他们也没说啥，但是我感觉他们应该知道这些东西来路不正”“同村何某某上午在家附近转悠，可能是他偷的”等证言，均被法院作为与案件具有关联性、经庭审质证且予以确认的证据。另一方面，针对类似待证事实的类似推论，在不同案件中却得到大相径庭的处理结果。例如，在一起故意杀人、窝藏案中，证人证言“我找不见人便怀疑是不是秦某某把我们家孩子害了。因为秦某某和我姐刘一某婚后关系一直不好，我丈夫也爱管这事，并去他家砸过一次，对此秦某某可能对我丈夫有成见”被法院采纳了；但在另一起故意杀人、盗窃案中，证人证言“我见过曾某乐的男朋友，他容易冲动，对于曾某乐的死我怀疑是曾某乐的男朋友所为”却被法院排除了。而这两个主观推断被区别对待的深层次缘由，我们则不得而知。

同样的，有关鉴定意见、专家辅助人意见的审查、判断规则，在理论的架构及实务的运用中也存在着这样、那样的问题，进而影响到相关案件的公正处理和相关证据制度的科学、有机架构。

由此可见，我国有关意见证据的审查规则和评判标准亟待梳理、澄清和规范，以使相关规则体系与制度建设更加科学、严谨和缜密。而这无疑有赖于理论研究与实践经验之间的良性互动。可惜的是，目前我国结合实证展开的意见证据制度研究总体上较为薄弱，数量不多、深度也有限。可以说，实务工作者对意见证据规则的视而不见和无所适从，与理论研究者对相关制度研究的遗忘和冷落有很大关系。换言之，理论探索没有从既有的一线办案中汲取足够的智慧养分，也无法为未来的司法工作提供必要的理论指导。有鉴于此，本书旨在对意见证据制度的价值内涵、法理精要、基本规则等理论内容及其在司法实务中的适用现状、所存不足、完善路径等实践问题进行研析，以期重新焕发该制度的鲜活生命力。

应当看到，作为舶来品，诞生于英国、发扬于美国的意见证据规则，需要与我国特色的法制框架相融合、与我国独特的司法土壤相适应，才能完好地嵌入在内、紧密地扎根于此。而其中涉及的一个主要问题就是意见

证据规则指向的对象，它也直接影响到本书的内容体例安排。

顾名思义，在英美证据法上，意见证据规则所规制的是证人的意见，证人又分为普通证人和专家证人。一般来说，意见证据不得被采纳；当然，但凡规则，往往会衍生出一些例外。这里最为重要的例外之一，即专家证人可以基于科学、技术或其他专业知识，在符合法律要求的情况下出具专家意见证据，以证明专业领域的相关事实。同时，对于普通证人的意见，普通法通过判例或法典也确立了例外情形，主要包括两种：一是关于某些特定事项，例如辨认身份、个人印象、家族血统、婚姻关系、本人自身状况及某人品行好坏的意见等，在满足相应法定条件时准允采纳；二是普通证人在自己的知识和能力范畴内，依据自我经验对一定事项所作的意见证据，可以得到容许。

鉴于我国采用的是狭义的证人概念，故前述援引的民事、行政和刑事诉讼中针对普通证人意见的证据规则，被普遍认为仅指向于了解案件事实情况的第三人的猜测性、评论性或推断性证言，至于诉讼当事人所做陈述或供述中的意见是否应受限制、如何认定和规范的问题则留下了法律空白。又鉴于我国主要借助建立鉴定制度来应对诉讼中出现的专门性问题^①，该制度下生成的鉴定意见——有专门知识的鉴定人利用多种科学方法或仪器设备，经检验、分析后围绕与案件有关的专门性问题得出的推断，属于法定的证据形式之一；而证人证言是另一种法定的证据形式，故现有关于域外意见证据制度的比较研究，通常会将其规则体系内的普通证人部分与专家证人部分分开，例如单独抽离出专家意见证据规则来探讨它与我国鉴定制度的冲突、交叉之处和解决、完善之道。

我们认为，关注狭义证人意见的适用或者鉴定意见的审查判断固然重要，但考虑到普通意见证据与专家意见证据在一定程度上的同质性，很多问题有必要站在意见证据规则的制高点上、将两者整合为一个有机整体加

^① 尽管我国的法律没有明确而又直白的规定，但从三大诉讼法以及相关的法律、法规可以看出，它们通过各种法条表达了这样一个基本原则，即“诉讼中的专门性问题由具有专门知识的人来解决”。以鉴定的方式由鉴定人给出鉴定意见，是该原则的一个具体而又主要、并重要的体现，但却不是唯一的体现。事实上，建立专家辅助人制度、聘请具有专门知识的人在侦查人员的主持下勘验现场等等，均是该原则的具体表现。

以统一分析，此时，研究视阈会豁然开朗，并随之迸发出新的思维火花、启迪出新的认识答案。例如，关于意见证据规则的法律基础，传统观点多认为，排除意见证据的正当理由主要在于其与待证事实缺乏相关性及防止僭越事实裁判者的权力。如果说，这尚可以对普通证人意见规则做出解释的话，但当我们同时考虑意见证据规则对专家证人意见的容忍态势时，便会发现，对相关性的质疑及事实裁判职能被侵犯之疑虑并不是意见证据规则决定取舍意见证据的根本原因——真正的关键，是事实认定者的“能”与“不能”：受知识和经验的局限，面对自己无以、即“不能够”自行给出判断的专门性问题，事实认定者只好“忍痛”暂且让渡自己的裁判职能交由具有专门知识的专家们比如说鉴定人去解决，由他们给出有关的意见即判断；而面对自己的知识、经验等足以解决，也就是“能”自行解决的问题时，事实认定者自然不需要普通人来置喙，所以普通证人的“我认为”“我猜测”等等，无疑就是多余的，就应该被排除。该逻辑起点也能够对普通证人意见证据规则的例外给出令人信服的论证。再如，由于诉讼模式的天然差异，移植专家证人制度在我国确实存有一定困惑并招致反对声音，但在合理借鉴的基础上进行本土化改造，则是当下深化推进的司法体制改革所提倡和鼓励的。2012年先后修订的刑事诉讼法和民事诉讼法，在鉴定制度之外正式构建了专家辅助人制度，进一步扩展了专家介入诉讼的方式，为我们开辟了广阔的制度创新天地。由此，参与诉讼就涉案鉴定意见或专业问题发表意见的专家辅助人，就可以与鉴定人一起，共同对应于英美法系的专家证人范畴。在专家证人意见证据制度的视角下考虑专家辅助人及其意见的证据属性、审查规则和评断标准等问题，也能实现理论自洽和实践可行。

同时，不难发现，在国内引介英美证据制度的论著中，意见证据规则常常与传闻证据规则、品格证据规则、相似行为证据规则被安排在一起。但这些既有研究多止步于对相关规则内容的分别阐释，没有进一步分析意见证据规则与其他三者间的并存及分界关系，而这显然是深入理解意见证据规则之内涵与外延的理论契机。此外，制度的构建与完善并不能仅仅停留在证据规则层面，意见证据规则在我国的贯彻落实还仰赖于配套制度的协调跟进、匹配运作，尤其是在当前“以审判为中心”的诉讼制度改革浪

潮中。因此，证人出庭作证制度、鉴定人出庭作证制度、专家辅助人制度的立法背景、主要内容、适用现状和发展完善等，无疑也是意见证据制度的研究重点。

综上可知，作为证据科学的有机组成部分，意见证据这一主题在我国学界虽少有人涉足，但其相关内容一如古德曼先生的评价用语所言——精妙且繁难。而《意见证据制度研究》这本书，正是在我国司法语境下围绕该领域展开全面和系统研究的一种努力。

《意见证据制度研究》一书，是本人承担的中国人民大学科学研究基金（中央高校基本科研业务费专项资金资助）项目“意见证据制度在我国的构建和完善”（项目批准号：13XN1002）的最终成果。

本书依章节顺序，作者分别是：

朱梦妮（中国矿业大学（北京）政法学院讲师）：第一章；

李学军（中国人民大学法学院教授）：第二章；

梁坤（西南政法大学刑事侦查学院副教授）：第三章；

杜春鹏（中国政法大学刑事司法学院副教授）：第四章；

徐月笛（山东师范大学法学院讲师）：第五章；

张鸿绪（中国人民大学法学院博士生）：第六章。

全书由李学军和朱梦妮两人负责体例的确定和最后的修改定稿，中国人民大学法学院的林倩博士生参与了书稿的审校工作。而在本书撰写之前，何家弘教授、刘品新教授也给予了很好的意见。

在此，我谨代表全体作者向何老师、刘老师，以及中国人民大学科研处对我们研究工作的支持表示诚挚的感谢，并对中国人民大学出版社各位编辑们的辛苦工作表示衷心的感谢！同时，也期待读者们就本书给出批评及建议！

李学军

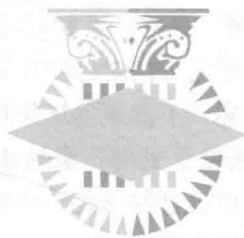
2018年2月

目 录

第一章	意见证据制度概述	1
	一、意见及意见证据界说	1
	二、意见证据的特征要素	5
	三、意见证据制度的基本内容	15
	四、意见证据制度的价值意义	35
第二章	意见证据规则精要	44
	一、问题的提出	44
	二、意见证据规则的法理基础	47
	三、普通证人的意见与事实之区分	57
	四、专家鉴定意见的可靠性判断	62
	五、终极问题原则与专家意见的受限性	71
	六、意见证据规则的适用要求	77
第三章	意见证据规则与其他证据规则的并存及分界	81
	一、传闻证据规则	82
	二、品格证据规则	90
	三、相似行为证据规则	97
	四、意见证据规则与前述三种证据规则的异同	103
第四章	我国司法语境下意见证据规则的配套制度	120
	一、证人出庭作证制度	120
	二、鉴定人出庭作证制度	133
	三、专家辅助人制度	143



第五章	普通证人意见的审查判断	157
	一、普通证人意见审查判断的基础理论	158
	二、普通证人意见的运用现状与审查判断	162
	三、普通证人意见排除的规范分析	175
	四、刑事被害人陈述、被告人供述中意见的审查判断	187
第六章	专家证人意见的审查判断	192
	一、专家证人意见概述	192
	二、鉴定意见的审查判断	199
	三、专家辅助人意见的审查判断	214



意见证据制度研究

第一章 意见证据制度概述

一、意见及意见证据界说

普通法制度上的证据规则，严格坚持着对于证据是否最为可靠这一问题的审查判断。证据信息必须来源于证人的亲眼目睹或者直接感知，就是这种严格态度最早和最有影响力的表现之一，投射到中世纪法律的古老规则上，即促成了意见证据规则（opinion evidence rule）的诞生。作为普通法中的一般规则，意见证据规则又称意见证据排除规则，概言之它要求证人只能就其切身感知的事实发表陈述性证言，明确禁止证人就已经发生而尚待证实的案件争议事实发表意见。显然，对于该规则及以之为核心构建的意见证据制度的认知和理解，需要从意见及意见证据的界说谈起。

（一）事实陈述与意见表达

从信息的基本组成结构角度上看，人们的言论内容可以划分为两个维度——事实陈述与意见表达。就前者来说，核心词“事实”由“事”与

“实”组合构成：事，指事情、事件、事物；实，指真实、实际、实在。^①相应的，事实陈述主要强调的是人们对已经发生或正在发生的事件、事情及其过程、状态等的客观描述，不掺杂主观色彩。而就后者来说，中心词“意见”是关于事物的一种看法、见解、概括或者立场等。与此相关的意见表达，主要突出的是人们以自己的观察、感知方式对某事实做出的主观评估，其特征落脚为一种评价性表态。^②

在日常生活中，人们的言论内容往往并不会刻意区分事实陈述与意见表达，例如，“他常常不能按时下班，工作非常繁忙”，这句话中就夹杂着“经常加班”的客观描述和“工作繁忙”的个人评论。一定程度上说，人们之间的语言交流就是在事实陈述及建立在此之上的意见表达中发生与延续的。但在有的专业领域，事实与意见间的界分因意义重大而受到关注。例如在新闻界，事实与意见间的分离可谓是现代新闻事业迈向职业化发展的重要推动力，并由此诞生了客观主义新闻报道思想。^③法学界同样重视事实与意见问题：以宪法中的言论自由为例，确定受该基本权利保护的言论范围及其提供的保护程度时，一种基本的论证结构就是区分出意见表达和事实陈述。而另一个特别强调须区分事实与意见的法律部门即证据法，其相对应的规则内容就集中体现在意见证据之上。

（二）证据法中的意见证据

那么，何谓意见证据？查阅英美法相关文献后可知，证据法意义上的“意见”经历了一段概念演进过程。在最早孕育意见证据规则的18世纪以及更早些时候的英国法院的司法实践中，其所反对的“意见”对象的最基本、最重要的含义为“并非亲身所见所闻”或者“没有证据或某种知识去说服别人”，换言之，意见即证言中缺乏根据的内容。^④例如，法官会告知证人：“我们需要的是你所了解的事实，而不是你自己认为或者相信的

① 高家伟，事实与真实的语义之辩//诉讼法学研究：第12卷，北京：中国检察出版社，2007：9-10。

② 汪志刚，德国法上的意见表达和事实陈述的区分，北方法学，2011（3）：156。

③ 李秀云，事实与意见：新闻报道思想历史演进的内在逻辑，内蒙古大学学报（哲学社会科学版），2008（4）：104。

④ 斯特龙主编，麦考密克论证据：第五版，汤维建，等译，北京：中国政法大学出版社，2004：26。

事实，那是纯粹的意见。”^①可以说，最初对意见进行质疑和反对是基于这样一种观点——证人陈述的背后没有根据、陈述的内容缺乏知识，显然，此时证人所提供的案件事实无法满足真实、可靠和有效的条件。而该指向证人证言的要求，“仅仅是对于一般的证言能力原则的一种特殊适用”，现代证据法意义上的“意见证据”的含义与其相差甚远。^②

意见证据的现代内涵转型发生在 19 世纪中期，从此时开始，对于“纯粹的意见”的排斥就局限在了超越源于事实的客观感知或直接观察而更进一步的见解和猜测这样的范围内。^③这主要采用和依循了美国司法实践中对“意见”的理解，即特指证言中未经完全证实的推论性内容，这些看法、推断、概括或结论等的总和就被称为“意见”，与之相对的是证人就自己所了解的案件事实而作的客观性陈述。^④正如麦克威（McKelvey）先生的阐释：“证人基于直接呈现于其感官之上的事实所做出的关于争议事实是否存在的推论，在法律上被称为‘意见’。证人对于该推论的陈述就是‘意见证据’。”^⑤该内涵转型也使证人和事实裁判者间的职责区分得以明确：意见的本质是对事物的潜在归纳概括，而法律将作出相关的归纳概括并决定其价值的权力赋予了裁判者，证人的工作只是准确复述所发生的事实，其不应篡夺或侵犯事实裁判者的权力。英美法系有关意见的规则正控制着这一界限。^⑥

我国的证据制度建设起步较晚。意见证据规则自 2002 年《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《民事证据规定》）的出台才被纳入我国的证据规则体系内，并经同年《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》（以下简称《行政证据规定》）和 2010 年《关于办

① 柯克（Coke）先生在 1622 年发表的著名论断就指出：“证人不应该用他‘认为’或者‘自己相信’这样的字眼。”

② 李培峰，潘驰．英国证据法史．北京：法律出版社，2014：95-96.

③ 斯特龙主编．麦考密克论证据：第五版．汤维建，等译．北京：中国政法大学出版社，2004：26.

④ 薛波主编．元照英美法词典：缩印版．北京：北京大学出版社，2013：1006.

⑤ JOHN JAY MCKELVEY, Handbook of the law of evidence. 2d rev., 1907: 216.

⑥ RONALD J ALLEN, RICHARD B KUHNS, and ELEANOR SWIFT, Evidence: text, problems, and cases. Fourth edition. New York: Aspen Publishers, 2006: 610.

理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》(以下简称《死刑案件证据规定》)的相关规定而将适用范围扩充至三大诉讼活动中。分析指向意见证据的规则条款可知,我国是通过内容类型列举的方式来界定意见证据的概念,即将证人证言中的猜测性、评论性和推断性这三大类内容规定为意见证据。根据《现代汉语词典》的释义:“猜测”是指凭想象估计;“评论”强调的是对已知情况的议论;“推断”则是经推测而断定,即含有结论性内容。^① 具体来说:(1)当证人使用“我猜”“我估摸”等字眼时,其后内容就是典型的猜测性证言。例如在某涉毒案件中,就毒品由谁带进房间的问题,证人说“我们四人进入房间时吸毒的瓶子和工具已经在房内,我猜测是那个身材偏瘦的男子带去的”;再如在某敲诈勒索案件中,过往路人被要求描述案发场景时表示“我估摸着他们就是‘碰瓷’的”。这些都是缺乏事实支撑的主观见解。(2)评论性证言中包含着证人对于客观事物的个人看法,此时证人往往会借助一些简洁、抽象、凝练的形容词来表达意见。例如在某以危险方法危害公共安全案件中,证人作证指出“一辆白色的水泥罐车飞快地沿工程兵大道从东往西开,当时车子速度很快,没有一点减速的意思”,这就是对案发车速的评论;再如在某争议焦点为是否正当防卫或防卫过当的故意伤害案件中,证人说“甲像疯了一样向乙扑过去,于是乙拿起一根木棍抵抗”,这就是对甲精神和行为状况的主观评价。(3)当证人给其目击所得或耳闻内容添加一个自认为是重要部分的总结时,证人表达的即为一种推断性意见。例如在某贿赂案件中,证人在描述某争议钱款的来源和收受情况后,所附加的“我认为这是‘回扣’”就不是其所观察到的客观事实;再如在某故意杀人案中,报案人在描述如何知道有人被杀、怎样进行初期核实等情况时指出:“听说我们村公路边有人被杀了……我立刻拨打110报警,并组织了人员保护现场。人聚多了后,有人说看到王某某手上拿有刀。结合他脑部动过手术,有时正常、有时不正常且喜欢发脾气等,我觉得是他杀的。”这后一部分对王某某杀人的断言显然是脱离了直观陈述的意见表达。

^① 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编,《现代汉语词典》6版,北京:商务印书馆,2012:117,1003,1322.

综上不难发现，虽然我国与英美法系国家对意见证据的界定方式有所不同，但从总体上看，我国证据规则体系下的意见证据的实质内核与域外的并无多大差别。

二、意见证据的特征要素

（一）意见证据传统上的主体分类

对于意见证据，斯蒂芬先生在其 1876 年的著作《证据法摘要》中做过一段经典论述：“任何人就争议事实、或与争议事实相关的、或认为相关的事实给出的意见，与事实的存在与否没有相关性。但是针对科学或艺术问题，专业人士的意见就具有相关性。”^① 据此，意见证据的给出主体可以被区分为普通人和专家这两大类。

1. 主体两分的发展历程

普通人和专家是英美证据法传统上对证人的一种分类。所谓专家证人，就是“具有专家资格，并被允许帮助陪审团理解某些普通人难以理解的复杂的专业性问题的证人 (expert witness)”^②。

其实，在英美法系，专家参与诉讼的萌芽可追溯到 14 世纪，即现代陪审团制度的产生初期。只是当时，根据案件情况的不同，专家在诉讼中扮演的角色也时有不同。有时，专家充当着事实裁判者的身份，例如在 1351 年一起涉及食品安全的案件中，被告人被指控故意出售腐败变质的鱼，法官为了准确判断鱼是否腐败变质及被告人对之的明知状态，特意召集了一个全部由厨师和鱼贩子组成的陪审团^③；有时，专家是作为专家证人的身份介入审判，例如在 1353 年一起关于严重伤害罪的起诉中，法庭对被害人的人体损伤程度及案件性质能否认定为严重伤害存在疑问，于是传唤了外科医生出庭，对伤口的严重程度发表专业性意见^④；而在没有陪审团的案件中，法官有时为了弥补专业知识上的不足，还会直接聘请专家

① JAMES FITZJAMES STEPHEN. A digest of the law of evidence. The Macmillan Company, 1906: 60.

② 薛波主编. 元照英美法词典: 缩印版. 北京: 北京大学出版社, 2013: 515.

③ 周湘雄. 英美专家证人制度研究. 北京: 中国检察出版社, 2006: 16.

④ 李培峰, 潘驰. 英国证据法史. 北京: 法律出版社, 2014: 96-97.

充当其顾问，来帮助解决事实认定中出现的专门性难题。^①不难发现，早期参与诉讼、发表意见的专家更宜定位于法庭的帮助者。直至从16世纪中期开始，英国法院允许当事人双方自行委托专家提供意见证据^②，进而与我们现在对专家意见证据的理解框架基本趋于一致。

2. 主体两分的积极意义

虽然专家及其所发表意见在诉讼中的立场定位经过了一段演进历程，但美英证据法实践对于运用专家意见的积极态度，奠定了将意见证据给主体予以两分的经验性基础，而这不仅契合了人类社会的发展规律，也尊重了司法活动的科学规律。

一方面，伴随着社会的发展、科学的进步，在生产力极大提高、生活品质极大改善的同时，纠纷焦点、诉讼争点也变得越来越多样化、复杂化和专门化。对于案件中出现的很多专门性问题，只有具备专业理论、技术和经验等的专家才有能力给予准确可靠的回答。这就要求司法对科学敞开怀抱。正如1554年英国斯坦福法官（Stanford J.）在巴克莱诉托马斯案（Buckley v. Thomas）中所强调的：“如果在法庭上出现了涉及其他科学或学科的事项，那么在通常情况下，我们都应寻求相关科学或学科的帮助，这种做法在法律中是一件值得称颂和推崇的事情。这表明我们并不排斥法律之外的一切其他科学或学科。”^③可以说，对专家意见的引入成为将科学手段融入司法活动的一项创举。

另一方面，专家意见证据的诞生过程，勾勒出对普通人意见证据和专家意见证据予以区别对待的现代意见证据规则之雏形。我们发现，无论是依据“证人须提供他所知道的事实”之法谚，还是遵循“证言知识^④应被排除”之原则，司法对于普通人的意见证据的初始态度就是质疑和反对；而由于专家最早就是以法庭帮助者的身份出现于诉讼之中的，因而司法对

① 汪建成. 专家证人制度研究//何家弘主编. 证据法论坛: 第15卷. 北京: 法律出版社, 2010.

② LOUIS BLOM-COOPER. Expert and assessors: past, present and future. Civil justice quarterly, 2002, vol. 21: 4.

③ 齐树洁主编. 英国证据法. 2版. 厦门: 厦门大学出版社, 2014: 347.

④ 所谓证言知识 (Testimonial Knowledge), 是指认知主体通过他人、书籍或媒体等间接渠道获得的“二手知识”。