



程序|法治|发展|文|丛
DEVELOPMENTS OF PROCEDURE JUSTICE SERIES

AUTHENTICATION

AND JUSTICE Chinese Experience and
International Perspectives

司法鉴定与

诉讼公正

本土经验与国际视野

徐
卉——等著



中国政法大学出版社

非外编



程序|法治|发展|文|丛

DEVELOPMENTS OF PROCEDURE JUSTICE SERIES

AUTHENTICATION

AND JUSTICE Chinese Experience and
International Perspectives

司法鉴定与

诉讼公正

本土经验与国际视野

徐
卉——等著



中国政法大学出版社

2017·北京

声 明

1. 版权所有，侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（CIP）数据

司法鉴定与诉讼公正：本土经验与国际视野/徐卉等著. —北京：中国政法大学出版社，2017. 12

ISBN 978-7-5620-8003-9

I. ①司… II. ①徐… III. ①司法鉴定—研究 ②诉讼—研究 IV. ①D918.9②D915.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第317576号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话	010-58908289(编辑部) 58908334(邮购部)
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	720mm×960mm 1/16
印 张	16.5
字 数	280 千字
版 次	2017 年 12 月第 1 版
印 次	2017 年 12 月第 1 次印刷
定 价	66.00 元

程序法治发展文丛
编委会

·丛书主编·

李 林

·执行主编·

徐 卉

·编委会成员·

肖贤富 王敏远 冀祥德

熊秋红 管 宇 祁建建

马 可 叶自强 黄忠顺

目 录 CONTENTS

第一章 科学与公正：作为科学证据的司法鉴定 / 001

第一节 司法鉴定概述：产生基础、性质与功能·····	002
一、司法鉴定的概念·····	002
二、司法鉴定的产生基础·····	005
三、司法鉴定的性质·····	008
四、司法鉴定的功能·····	010
第二节 科学性：司法鉴定的根本属性·····	011
一、司法鉴定的客体是客观存在的·····	011
二、司法鉴定所依据的原理是科学的·····	012
三、鉴定人是具有专业的科学技术知识并经过 选拔的人·····	013
四、司法鉴定的实施程序是遵循科学原理的·····	014
第三节 科学性与不确定性：我国司法鉴定制度改革的 困境·····	016
一、司法鉴定制度改革概述·····	016
二、司法鉴定制度改革的成效与存在的问题·····	021
三、科学性与不确定性·····	029

第四节 比较研究：两大法系相关制度考察	033
一、大陆法系法官职权探知主义模式下的鉴定人 制度	033
二、英美法系当事人对抗主义模式下的专家证人 制度	035
三、鉴定人制度与专家证人制度出现融合趋势	036
第五节 保障司法鉴定科学性的制度构建（一）： 规范司法鉴定管理制度	038
一、落实《决定》确定的统一的管理体制	039
二、增加国家统一管理的司法鉴定种类	042
三、完善鉴定人员的准入管理制度	043
四、建立我国的司法鉴定机构认证认可制度	044
五、健全司法鉴定行业的管理方式	045
第六节 保障司法鉴定科学性的制度构建（二）： 完善诉讼程序规范	047
一、完善司法鉴定的启动程序	048
二、司法鉴定实施程序诉讼化	050
三、完善鉴定人出庭制度	051
四、完善专家辅助人出庭制度	052
小 结	053

第二章 罪与罚：刑事责任能力与司法鉴定 / 055

第一节 德国的精神病鉴定与刑事责任判定	055
一、精神病与刑事责任问题	056
二、精神障碍的症状与评估	062
三、专家帮助与法官的判定	066
第二节 精神病司法鉴定若干法律问题研究	071
一、刑事案件涉及精神病鉴定的实践考察与分析	072

二、精神病鉴定存在问题的法律探讨	086
小 结	097
第三节 法医精神病鉴定机构规范化建设	
——以浙江省为视角	098
一、实证样本：浙江省法医精神病鉴定机构的现状	098
二、确立法医精神病机构规范化建设目标	099
三、推进法医精神病鉴定机构规范化建设的对策	102
第四节 我国强制医疗诉讼救济机制之检讨	107
一、问题的提出	107
二、我国强制医疗诉讼救济机制存在的问题	108
三、我国强制医疗诉讼救济机制的完善	115
四、余论	120

第三章 人与法：专家证据的适用 / 123

第一节 我国专家辅助人制度的现状、困境与改善建议	
——以浙江省为例的实证分析	123
一、关于专家辅助人制度的实证调查	124
二、专家辅助人制度面临的困境	134
三、推行专家辅助人制度的必要性	138
四、完善专家辅助人制度的若干建议	141
第二节 英国法和专家：刑讯逼供案件的证明	148
一、背景：和刑讯逼供有关的案件类型	148
二、背景：供述与《1984 年警察和刑事证据法》	149
三、谁是专家？	153
四、专家证据规则	155
五、法律适用——刑讯逼供如何在案件中得以证明	158

第三节 法医对酷刑的医学-法律鉴定意见	
——以难民案件为例	160
一、专家的资格	160
二、《伊斯坦布尔议定书》	162
第四节 庇护案件中针对酷刑的专家证据	170
引 言	170
一、个案1：酷刑的证据——诉讼请求人的故事（I）	171
二、个案2：酷刑的证据——诉讼请求人的故事（II）	173
三、个案3：酷刑的证据——原告的故事	176
四、结论性意见	177
第五节 司法鉴定意见争议评价机制研究	
——以浙江省司法鉴定管理模式为视角	178
一、浙江省司法鉴定管理工作情况简介	179
二、浙江省司法鉴定意见争议评价模式	180
三、对司法鉴定意见争议评价的思考	185
结 语	190

第四章 对策与构建：司法鉴定管理体制改革 / 191

第一节 司法鉴定的历史演变：从神权走向民权	191
一、确定司法行政和行业协会双重管理模式	194
二、建立司法鉴定的科学体系	196
三、建立专家辅助人法律服务体系	198
第二节 司法鉴定管理体制改革的分析	200
一、关于《决定》的内容分析	201
二、关于《决定》的价值分析	209
三、前景分析	212
第三节 完善统一司法鉴定管理体制的两个维度	219
一、管理机构的统一与登记名册制度	220

二、质量管理体系的统一与认证认可制度	224
第四节 国外鉴定制度与我国司法鉴定制度改革的关系	228
一、国外鉴定（专家证人）制度对我国司法鉴定 制度及其改革的影响	229
二、我国司法鉴定制度改革对国外鉴定（专家证人） 制度的吸收	233
三、结论	237
第五节 司法鉴定研究 30 年检视与评价	237
一、1979—1996 年：司法鉴定理论的创立时期	238
二、1997—2005 年：司法鉴定理论研究的发展时期	242
三、2005—2008 年：司法鉴定理论研究走向成熟	246
四、余论	248

科学与公正：作为科学证据的司法鉴定*

司法鉴定是司法活动的重要环节，能否为当事人和司法机关提供高质量、可信赖的司法鉴定服务，直接关系到能否维护人民群众的合法权益，关系到能否让人民群众在每个司法案件中都感受到公平正义。近年间一些社会关注度比较高的案件，有的是冤错案件，有的是疑难案件，无独有偶的是这些案件中都涉及鉴定问题。如聂树斌案中的法医鉴定，两个法医人员一个签字没盖章，另一个盖章没签字，而且加盖的印章并不是法医鉴定专用章；^{〔1〕}念斌案中对于氟乙酸盐（灭鼠药）的鉴定关涉到案件的最终判决；^{〔2〕}呼格吉勒图案中仅依据血型鉴定就认定凶手造成了冤案；^{〔3〕}林森浩案中对毒物的鉴定也直接关涉到对凶手的认定。^{〔4〕}这些案件中的鉴定问题不仅涉及案件的侦破和审判，而且涉及对被害人和对犯罪嫌疑人或者被告人的公正对待，同时也涉及冤假错案的纠正。

2012年新修订的《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称

* 本章撰稿人：徐卉，中国社会科学院法学研究所研究员；梁广俊，北京兰台律师事务所律师。

〔1〕 鲍志恒：“检方称王书金非聂树斌案真凶”，载《东方早报》2013年6月26日，第3版。

〔2〕 刘旌：“福建高院详解念斌案为何拖8年”，载《东方早报》2014年8月24日，第3版。

〔3〕 贾立君、勿日汗、罗沙：“呼格吉勒图案再审：撤销原判改判无罪”，载《新华每日电讯》2014年12月16日，第1版。

〔4〕 “‘复旦投毒案’二审开庭，林森浩一审被判死刑”，载中国法院网，<http://www.chinacourt.org/article/detail/2014/12/id/1499435.shtml>，最后访问日期：2017年5月30日。

《民法》)对司法鉴定作出了新的规定,在关于证据种类的规定中将沿用多年的“鉴定结论”改为“鉴定意见”,在原来由法院启动鉴定程序的基础上增加了当事人的申请权,把鉴定的主体从鉴定部门和鉴定人具体到鉴定人,并且严格规定了对鉴定意见的质证程序,增加了鉴定人应当出庭而拒不出庭的法律后果和关于有专门知识的人出庭的规定。2012年修订的《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑诉法》)和2014年修订的《中华人民共和国行政诉讼法》(以下简称《行政诉讼法》)也对鉴定作出了新的规定。

关于鉴定行业,截至2016年底,全国经司法行政机关审核登记的司法鉴定机构共4750家,司法鉴定人53928人,仅2016年即完成各类司法鉴定业务212.6万件。

上述现象表明了在实践中司法鉴定对于司法审判的重要意义,而鉴定行业也日益发展壮大,立法上的变革一定程度上体现了司法鉴定制度改革成果。在实践中司法鉴定在管理和诉讼程序上有很多问题亟待解决,在司法鉴定的研究上学者们也从不同角度提出了问题的解决方案或方法。我们首先从司法鉴定的根本属性——科学证据的视角来展开研究,由此探讨司法鉴定制度的改革。

第一节 司法鉴定概述：产生基础、性质与功能

一、司法鉴定的概念

概念的产生和发展变化从一定程度上反映着司法鉴定在实践和制度上的发展变化。我国类似司法鉴定的活动可以追溯到周朝,当时存在着为解决纠纷服务的伤情检验(鉴定)。到现在还留存着唐宋时期有关鉴定人员身份、职责以及检验内容、检验结果的较为完整的记录,但仍没有相对明确的立法规定,^[1]也没有出现“鉴定”这一词语。“鉴定”一词最早应该出现在光绪十三年(1887年)黄遵

[1] 王敏远、郭华:《司法鉴定与司法公正研究》,知识产权出版社2009年版,第10页。

宪的《日本国志》一书。^[1]日本从我国唐朝起到明治初年，一直都以我国古代法律作为蓝本来制定本国法律。黄遵宪翻译的日本法来自1887年颁布的日本《治罪法》。按照此种历史逻辑进行推演，可以说“鉴定”概念属于舶来品，源于日本法的翻译。^[2]虽然有学者称“鉴定”一词引入法律是1906年的《大清刑事民事诉讼法（草案）》^[3]或1908年《大清新刑律》^[4]，但经学者王世凡认真查阅资料，比对法律文本，发现最早在正式颁布的法律中出现“鉴定”一词的应该是于光绪三十三年十月二十九日（1907年12月4日）颁布的《各级审判厅试办章程》。^[5]新中国成立后，最早出现“鉴定”一词的规范性文件为1964年12月11日最高人民法院办公厅《关于物证技术鉴定使用问题的函》。“鉴定”作为完整意义的法律用语源于我国1979年《刑法》与《刑诉法》的规定。^[6]

在我国，“司法鉴定”不同于“鉴定”，它是新中国成立后产生的。“司法鉴定”一词在我国最早出现于1955年苏联专家楚贡诺夫（В. Е. Чуданьпанов）在北京政法学院（现中国政法大学）使用的培训教材名称上。在这个时期，苏联专家马阔廖夫（Лошадьширокий Королев）在上海为司法部举办培训班进行司法鉴定培训。司法鉴定是学习苏联司法部的经验从俄文翻译过来的。1955年7月，在“最高人民法院华东分院法医研究所”更名为“中央司法部法医研究所”的同时，成立了“司法鉴定科学研究所”，承担法医学和刑事技术的检验鉴定工作。我国由于受翻译概念的影响以及鉴定机构前冠以“司法”的传统，后来的有关鉴定的教材以及中央文件或者法律中才使用“司法鉴定”一词。最早使用“司法鉴定”概念的规范性文件应是1989年7月11日最高人民法院、最高人民检察院、公

〔1〕 王世凡：“鉴定与司法鉴定概念的引入及其演进研究”，载《法律与医学杂志》2007年第2期。

〔2〕 王敏远、郭华：《司法鉴定与司法公正研究》，知识产权出版社2009年版，第11页。

〔3〕 邹明理主编：《我国现行司法鉴定制度研究》，法律出版社2001年版，第9页。

〔4〕 贾静涛：《世界法医学与法科学史》，科学出版社2000年版，第274页。

〔5〕 参见王世凡：“鉴定与司法鉴定概念的引入及其演进研究”，载《法律与医学杂志》2007年第2期。

〔6〕 王敏远、郭华：《司法鉴定与司法公正研究》，知识产权出版社2009年版，第12页。

安部、司法部、卫生部《关于精神疾病司法鉴定暂行规定》（卫医字[89]第17号）；中央部委在正式的文件中直接使用“司法鉴定”概念是在1993年财政部针对司法鉴定问题给中共中央政法委员会、中央机构编制委员会提呈的《关于公检法机关共建一套司法鉴定机构的建议函》（财文字[93]第125号）。1998年12月12日，黑龙江省第九届人民代表大会常务委员会第六次会议直接以“司法鉴定”的名称进行地方立法的《黑龙江省司法鉴定管理条例》，使“司法鉴定”成为一个法律概念。1999年国务院的“三定”方案赋予了司法部“指导面向社会服务的司法鉴定工作”的职能，司法部在2000年相继出台了一系列规章和规范性文件。2001年11月16日，最高人民法院发布了《人民法院司法鉴定工作暂行规定》（法发[2001]23号）。2005年2月28日，第十届全国人大常委会第十四次会议通过了《关于司法鉴定管理问题的决定》（以下简称《决定》），《决定》是第一次使用“司法鉴定”概念的规范性法律。“司法鉴定”就这样渐自约定俗成并成为固定的法律术语。〔1〕

《决定》第1条规定了司法鉴定的含义：“司法鉴定是指在诉讼活动中鉴定人运用科学技术或者专门知识对诉讼涉及的专门性问题进行鉴别和判断并提供鉴定意见的活动。”司法鉴定活动区别于其他的鉴定活动，对此，于朝教授在会计领域关于司法会计与会计和审计的区别所作的精到见解很能说明问题：会计是关于经济核算的，司法会计是关于诉讼证据的；在司法实践当中也经常会出现以审计结果取代会计鉴定的情形，但司法会计是作为诉讼证据提交的，而审计是关于经济监督的，因此，如果把审计报告拿来作为结论性证据使用的话，就好比在杀人案件当中用医生在病历上写下来的死因来作为法医鉴定意见。〔2〕

〔1〕 王敏远、郭华：《司法鉴定与司法公正研究》，知识产权出版社2009年版，第13~14页。

〔2〕 参见于朝教授于2014年12月25日在社科院法学所“司法鉴定与司法公正研讨会”上的发言。于朝，济南市人民检察院调研员，检察员（三级高级检察官），司法会计师。我国首批司法会计学理论研究者，“二元”司法会计学理论创立人，原创一系列司法会计基本理论和操作理论，已被广泛运用于我国司法实践、理论研究及大学教育。

二、司法鉴定的产生基础

司法鉴定的产生有着深厚的基础，明确这个基础对于深入理解司法鉴定、研究司法鉴定制度改革有着重要的意义。

（一）认识论基础

在诉讼这个特定时空的限制下，法官的思维具有逆向性和有限性，法官对于案件的认识是受限的。所谓逆向性是指司法证明的指向性在于通过理性思维的运作，从案件结果出发经过推断、证明等一系列思维活动推导并证实案件事实。所谓有限性，一是表现在不仅特定的诉讼参与人对案件的经验认识是有限的，也表现在从历史事实的碎片中能够获取并用于还原案件本来面目的证据也是有限的；二是司法资源是有限的，特别是在限定的时间段内，司法资源的有限性表现得更为突出。试图用逆向性的思维方式，以有限的经验知识和证据材料来全面复原发生在过去的案件事实，是一种不切实际的想法，我们所能做的就是使法官的判断尽可能地接近事实真相而实现司法公正，并借助各种证明方法以达到这一结果。而科学技术的发展为丰富证明方法提供了广阔的空间、增加了极大的可能，在某一专业领域内具有相当知识或经验的人自然就成为法庭审判的重要帮手，他们根据证据对案件事实所作的判断自然成为法官认定案件事实的重要参考因素，司法鉴定制度也就应运而生并随科学技术的发展而在诉讼过程中发挥着不可替代的作用。^{〔1〕}

（二）价值论基础

我国正处于社会转型期，在我国的现代化过程中，社会往往会呈现出一种多元化的状态：在现代化进程较快的地区，社会会呈现出某种断裂或者失范状态，道德同质状态也会受到很大的挑战；而在发展相对缓慢的地区，社会规范依然在很大程度上扮演着重要的角色。这种多元状态对于事实观和证据制度都产生了非常重要的影响。事实观常常与客观性一词的含义紧密联系在一起。波斯纳（Richard Allen Posner）认为存在三种意义上的客观：第一种客观是

〔1〕 参见汪建成：“司法鉴定基础理论研究”，载《法学家》2009年第4期。

指本体论上的客观，这种客观被强调为与外部事实的相符；第二种客观是指科学意义上的客观，这种客观主要强调事实的可复现性；第三种客观则指交谈意义上的客观，即合乎情理的客观。在相对同质的社会中，第三种客观比较容易实现，因为同质的文化和相对统一的社会规范往往为主张各方提供了一个重要的基础。而当社会陷入相对多元的时候，交谈意义上的客观往往无法实现，在一些重大问题的争论上，争论各方往往需要诉诸相对较为容易把握的“客观事实”。换言之，就会相应诉诸可验证的更为强化的“客观事实”。在这种情况下，争辩的各方就会越来越需要证据，也越来越需要客观性强的科学证据。从这个意义上，我们才能理解为什么人们对司法鉴定寄予越来越多的希望。^{〔1〕}

（三）证据学基础

近代形成的证据理论，两百多年来没有突破性发展，而诉讼程序却在民主与人权进步的推动下不断地向前演进，乃至前者的滞后与后者的前瞻形成了鲜明的对比，两者的失调已成为实现司法公正的障碍。在传统证据理论框架下，至多认为所有证据形式都同等重要，不可能突出物证的重要性，依然表现为人证中心主义。而现代诉讼研究表明，人证的真实性很不可靠，其稳定性差、可信度低，依赖人证认定案件事实易出差错；物证虽然较之人证具有更为重要的证明价值，但物证自己不会“说话”，物证中蕴含的案件信息（即物证中具有证明力的内容）必须通过人的提炼、阐释才能展现出来，即绝大多数物证都要采用司法鉴定的方法来“提炼”出它所蕴含的证据信息。^{〔2〕}

（四）社会学基础

随着社会分工的不断精细化，专业化程度的不断提高，人们所能了解和掌握的知识和技能也越来越精细。在这种情况下，身为事

〔1〕 吴洪淇：“证据科学的走向：国际视野与中国语境——对证据问题研究领域的初步分析”，载《证据科学》2009年第4期。

〔2〕 徐静村：“证据理论革命与司法鉴定——以刑事证据为视角”，载《中国司法鉴定》2008年第1期。在该文中，作者给证据下定义，即蕴含了案件信息的物质载体是证据，并表示这种载体分为两类，即自然人或者物。

实裁判者的法官就不再是无所不知的万能者。尽管对于法律事务而言，法官具有优于常人的知识和技能，但是具体到事实认定过程中的某一专业问题，法官在法律事务上的优势往往就从反面揭示了其对该问题的无力和无奈。因此，在司法活动中，法官的经验和知识越来越不能适应对专业知识判断的需要，从法庭之外寻求某些具备关涉案件事实专业知识的人参与到诉讼中去就成为一种必要和必然。而恰恰因为社会分工的存在，自然会有其他社会个体在法官所不熟悉的领域从事职业工作，相对法官而言，其对有关问题的认识显然具有优势。当法官将求助的目光投向因社会分工而在其他专业领域内从事工作的人时，司法鉴定制度的产生便水到渠成了。^{〔1〕}

（五）自然科学基础

社会分工的存在，使参与案件诉讼活动的主体往往并非可以运用专门科学技术对物证进行分析的专家，而且对于同一物证，在不同的科学技术发展阶段，人们对其所作的解读是不同的。一个常识性的结论是科学技术的发展程度越高，其在诉讼中的运用所得出的结论就越可靠，人们对其信赖感就越强烈。因此，在发现、提取、确认和解读物证的过程中，出于准确认定案件事实，实现司法公正及其他社会价值的考虑，人们不得不经常借助掌握专业知识的专家的帮助，其证明活动也需要借助一定的科学技术手段才能实现，如实践中经常用到的潜在手印显现技术和粉尘足迹提取技术、DNA 检验技术等，离开了这些先进技术手段，很多物证中储存的与案件事实有关的信息就无法被人们所解读，从而也就无法为证明案件事实的司法活动提供服务。“人类司法活动的历史证明，物证的开发和使用与科学技术的发展有着非常密切的关系。过去如此，将来亦然。”但科学技术并不是常人所能掌握和理解的普通常识，只有那些拥有科学知识或技术经验的专业人员才能准确地掌握、运用和解读，这无疑也是鉴定制度得以建立的一个重要基础。^{〔2〕}

〔1〕 汪建成：“司法鉴定基础理论研究”，载《法学家》2009年第4期。

〔2〕 汪建成：“司法鉴定基础理论研究”，载《法学家》2009年第4期。

三、司法鉴定的性质

学者们对于司法鉴定的性质众说纷纭，有“两性说”“三性说”^{〔1〕}“四性说”^{〔2〕}等。学者们在司法鉴定性质上的莫衷一是表明了对司法鉴定认识上的不统一。但无非是从两个出发点来说明司法鉴定的性质：一是司法鉴定本身的规律，即科学性；二是司法鉴定的程序性质，即诉讼性（法律性）。从这两点出发，学者们对司法鉴定的性质进行了更深一步的论述。

科学性表现在司法鉴定解决的是司法过程中的专门性问题，这个专门性问题需要用专门的知识去解决。这种专门知识是人类社会经过千百年无数次的实验和探索所发展、归纳和总结出的科学规律、科学定理、科学理论、科学知识，这些构成了司法鉴定的基本理论、基本知识和基本技能、基本方法。鉴定人具有专门的知识，属于专门的技术人员，具有相关的科学素养；由鉴定人构成的司法鉴定机构是专业技术机构，拥有专业的仪器设备等硬性技术条件；鉴定人在鉴定过程中运用的是技术规则而不是权利规则。司法鉴定过程表现为运用科学原理、自然规律对诉讼中发现的证据材料进行分析、解释、推理、鉴别、验证、判断，其结论不依赖于当事人或证人的证实而客观存在。^{〔3〕}在案件审理过程中涉及许多的专门性问题，相对应地，具有很多种类的司法鉴定。有学者认为科学是一个非常宏观而抽象的概念，以至于难以具体把握和评价，而司法鉴定却是一个非常具体的概念。在当前的法律体制之下，什么样的司法鉴定具有科学性，如何来考察和评价其科学性是法律界面临的一个非常困难的问题。司法鉴定的科学性，应当从可操作、可考察、可评价的角度来分析，实质上就是指司法鉴定的可重复性。^{〔4〕}在司法鉴定过程中鉴定人必须依照科学规律，尊重事实，不能有自己的倾向性。

〔1〕 王磊、郝晓珺：“司法鉴定的定义和属性探讨”，载《中国司法》2005年第1期。

〔2〕 孙艳玲：《论我国司法鉴定制度的完善》，吉林大学2004年硕士学位论文。

〔3〕 杨郁娟：“从司法鉴定的证据属性看司法鉴定制度改革”，载《中国司法鉴定》2009年第6期。

〔4〕 陈敏、刘鑫：“论司法鉴定的可重复性”，载《中国司法鉴定》2013年第3期。