

司法鉴定立法研究

司法部法规教育司

8918
578

法律出版社

174

图书在版编目(CIP)数据

司法鉴定立法研究/司法部法规教育司编. —北京:
法律出版社, 2002.3

ISBN 7-5036-3707-2

I. 司… II. 司… III. 司法鉴定-立法-研究-
中国-文集 IV. D918.9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 012155 号

出版/法律出版社
责任印制/陶松
印刷/北京朝阳北苑印刷厂

总发行/中国法律图书公司
经销/新华书店
责任校对/何萍

开本/850×1168 1/32
版本/2002 年 4 月第 1 版

印张/26.5 字数/635 千
2002 年 4 月第 1 次印刷

法律出版社地址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn

传真/(010)88414115

电话/(010)88414121(总编室) (010)68710311(责任编辑)

中国法律图书公司地址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

传真/(010)88414897

电话/(010)88414899 88414900

(010)62534456(北京分公司) (010)65120887(西总布营业部)

(010)88414934(科原大厦营业部) (010)88960092(八大处营业部)

(021)62071679(上海公司)

商务网址/www.chinalaw-book.com

出版声明/版权所有, 侵权必究。

书号: ISBN 7-5036-3707-2/D·3342

定价: 46.00 元

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)

序

努力推进司法鉴定立法

刘一杰 司法部法规教育司司长

对我国司法鉴定工作的现状,无论是人民群众、法学理论界,还是司法实践工作者和从事这项工作的专家都提出了很多的批评意见。最近两年的全国人民代表大会都有越来越多的代表团提出立法议案。对于现状的不满意,现状必须改革已经成为众口一词。但是以什么样的理念来主导改革,改革的方向是什么,未来的司法鉴定体制是一种什么样的模式,却是众口百议。在这百议之中,要进行立法,而且只有通过立法,才能克服现状的弊病和填补制度性缺陷,却又是众口一议。由此可以看到司法鉴定立法之重要,而立法的理念如何定位却又成为了首当其冲的问题。

我国司法鉴定制度建设是同司法体制改革紧紧联系在一起的。今天的司法鉴定制度是现行司法体制的附属品,它所表现出来的弊病同现行司法体制的不完善是密不可分的。对于现行的司法体制,我认为有两大问题需要解决或者应当引起讨论。

第一大问题是司法审判与司法行政的分立制问题。我国现

行宪法第 89 条第 8 项和第 107 条第一款明确规定了国务院和县级以上地方人民政府管理司法行政工作;第 123 条、第 126 条明确规定了人民法院是国家的审判机关;人民法院依照法律独立行使审判权。宪法的这些规定清楚地表明了我国施行的是司法行政与司法审判分立制。从我国的司法实践来看,新中国成立以后,无论是从“共同纲领”到“五四”宪法的规定,还是国家体制的设置,都是施行的司法行政与司法审判分立制。这个体制一直到 1959 年 4 月司法部在左倾思想指导下被错误地撤销,为司法行政与司法审判合一制所代替。在司法部被撤销 20 年之后,1979 年 6 月恢复司法部,无论是中共中央的文件,还是国务院的文件,都又重新确立了司法行政与司法审判分立制,直到将分立制写入现行的 1982 年宪法。然而宪法确定的原则仅仅一年多时间却又被莫名其妙地取消了,合一制又取代了分立制,使得一种科学的符合现代司法理念和国际通行制度的宪法原则被人为地破坏了。这种司法行政与司法审判合一制的直接后果就是使审判权行政化,在现实中表现为法院上下级之间行政隶属关系强化,使法律规定的审级监督关系变成了实质上的领导关系,就具体案件的审理判决前的请示汇报,上级法院以行政手段干涉下级法院审判案件,或者以上级领导的身份影响下级法院的案件审判从而使得审级监督制、上诉和申诉制度形同虚设;同一法院内部审判监督关系行政管理化,从而使审判人员裁判案件形同虚设。更为严重的是,法院系统和法院内部的行政化倾向为外部行政机关、社会团体和个人对审判的干涉提供了内在条件。当前在审判工作中存在的数不清的各种问题和弊病,固然有很多方面的原因,而审判权的行政化倾向不能说不是最重要的制度因素。司法鉴定制度本来就是司法行政制度的组成部分。而在司法实践中,在审判机关内部形成了具有上下级关系的司法鉴定机构,这些机构在这种合一制下,又逐渐地熔入了

审判制度,成为审判活动主导下的鉴定机构,从根本上侵犯了司法鉴定活动的中立性和科学实证性,这是完全悖于现代司法理念的。

第二大问题是司法理念的革新问题。新中国成立后,为了保卫新生的人民政权,镇压反革命分子和各种阶级敌人,我们突出地强调了司法机关的专政作用和刀把子性质,这是完全应当的,是有不可磨灭的历史功绩的。在这样一个理念指导下,我们建立和发展了新中国的各项司法制度,设置了既相互配合、又相互制约的司法机关以及以国家职权行使为核心的纠问式审判方式。这些工作集中到一点就是要有利于主动打击各种破坏活动和各类犯罪分子,因而审判机关的角色不是仲裁者,而是对违法犯罪活动的追究者。而要完成追究者的角色,就必然地要使审判权错位,因而直到 1979 年前,我国没有刑法,没有刑事诉讼法,也就更无从谈起审判的独立,更多的情况下是同行政权、甚至检察追诉权相互合一。在我国三大改造完成、宣布在国内暴风骤雨式的阶级斗争结束以后,司法理念应当由保卫新生政权转变为在新政权下,保护人民群众的和平劳动和各项合法权利不受侵犯,这里面包括保护人民的权利不受各级国家机关及公仆的侵犯。这种理念的转变要求审判权在很大程度上或基本上放弃主动追究者的角色,而恢复其本来的法律裁判者的角色。遗憾的是在以阶级斗争为纲愈演愈烈的 60 年代、70 年代,这种角色的转变不仅根本没有提到日程上来,反而在原来的角色上越走越远,以至于十年动乱中砸烂公检法,三家合一家,彻底地使诉讼制度荡然无存,相应的是人民群众处于无法无天的社会环境中,权利的保障就无从谈起了。在改革开放已经进行了 20 多年,和平与发展成为世界主题,司法改革成为世界潮流,党的十五大正式提出推进司法改革的今天,新的司法理念的确立应当提到日程上来了,审判机关应当放弃主动追究者的角色,恢复

法律裁判者的角色,从而使自己成为公正的象征,成为公民权利的最终保护者。这是在新的历史条件下保卫政权、发展经济、建设国家、保护公民权利、维护社会稳定的重大转变。而只有新的理念的确立,才有新制度的创立。只有新的理念的确立,才能保证在旧理念下发展起来的与审判独立不相适应的各项制度得到改革和调整,而不至于再发生 80 年代初那种违背宪法规定,司法体制倒退的现象。具体到司法鉴定就是要从依附于审判机关的地位中解脱出来,而成立独立的证据制度的组成部分。在新的司法鉴定制度下的司法鉴定机构和司法鉴定人就是要斩断其与司法机关的从属关系,从而取得充分的中立地位,取得独立开展科学实证活动的地位,逐步建立统一的资格准入制度、统一的程序制度、统一的技术标准和与举证责任制度相适应的鉴定启动方式。而这一切不通过新的立法是无法实现的。司法鉴定制度改革任重道远,司法鉴定立法责任重大。然而,我们相信,历史潮流是不可阻挡的,只要符合社会发展规律的事情,迟早有一天是可以办成的。在司法鉴定立法研究专集出版之际,抒发此论以为序,以期抛砖引玉,为新型的司法鉴定制度的诞生而呐喊。

2002 年 2 月 28 日于北京

目 录

第一部分 理论研究

基础理论篇

论鉴定	徐立根(3)
论“司法鉴定”的名称及其适用	邹明理(15)
“司法鉴定”杂谈	包建明(22)
司法鉴定学基本概念研究	张玉镶(33)
司法鉴定的证据属性与效能	江一山(43)
完善司法鉴定制度是科学证据时代的呼唤	何家弘 刘昊阳(50)
刑事鉴定结论研究	汪建成 孙 远(57)
论鉴定结论及其属性	邹明理(85)
民事诉讼鉴定证据质疑	邱星美(105)
论鉴定结论的展示	李新天 张桂勇(121)

体制改革篇

鉴侦分离机制研究	杜水源(129)
浅析证据法与鉴定体制的内在联系	刘昊阳(137)
鉴定机构的中立性与制度改革	陈光中(146)
论司法鉴定机构的设置	常 林 王宁敏(151)
公正:司法鉴定制度改革与完善的最高	

◆ 2 司法鉴定立法研究

- 追求 樊崇义 陈永生(164)
- 司法鉴定制度改革浅议 赵小鲁(179)
- 论鉴定制度改革 徐 丽(185)
- 完善我国司法鉴定人制度的若干思考 徐景和 李 禹(203)
- 论鉴定人制度的完善 宫万路(217)
- 司法鉴定的性质与鉴定人的司法责任 陈桂明 刘田玉(235)
- 构建我国司法鉴定程序制度的思考 沈 敏(248)
- 论司法鉴定的启动 汤 擎(270)

立法研究篇

论我国司法鉴定立法应解决的几个主要问题

- 张玉镶 宫万路(282)

司法鉴定的理念、原则与规则

- 对我国司法鉴定立法的思考 陈岫岩 陈 涛(295)

- 试述司法鉴定法治建设的发展方向 霍宪丹(318)

我国司法鉴定制度改革与立法完善之构想

- 刘之雄 唐金波(340)

考察比较篇

- 司法鉴定制度之研究 陈瑞华(350)

- 两大法系司法鉴定制度之比较 徐景和(376)

司法部司法鉴定赴美考察团考察报告

- 王 玲 李 禹(412)

司法部赴英国司法鉴定考察团考察报告

- 刘朝宽 张建明等(421)

司法部赴澳大利亚司法鉴定考察团考察报告

- 王 磊 包建明(431)

上海市司法局赴澳大利亚司法鉴定培训考察团报告

- 李柏勤 傅忠伟(445)

附录

司法鉴定制度改革研讨会纪要

..... 中国政法大学刑事法律研究中心(456)

司法鉴定立法研讨会综述 朱淳良 李 禹(465)

第二部分 国内立法资料

法律

中华人民共和国刑法(节录) (479)

中华人民共和国民事诉讼法通则(节录) (481)

中华人民共和国刑事诉讼法(节录) (482)

中华人民共和国民事诉讼法(节录) (488)

中华人民共和国行政诉讼法(节录) (492)

中华人民共和国人民法院组织法 (494)

中华人民共和国仲裁法(节录) (495)

中华人民共和国监狱法(节录) (496)

地方性法规

黑龙江省司法鉴定管理条例 (497)

重庆市司法鉴定条例 (528)

吉林省司法鉴定管理条例 (552)

深圳市司法鉴定条例 (570)

河南省司法鉴定管理条例 (588)

司法解释

最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定 (612)

最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国民事诉讼法通则》

若干问题的意见(试行)(节录) (629)

最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》若

干问题的意见(节录) (631)

最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部、全国人大常委会法制工作委员会关于刑事诉讼法实施中若干问题的规定(节录)	(632)
最高人民法院关于执行《中华人民共和国刑事诉讼法》若干问题的解释(节录)	(635)
最高人民法院关于执行《中华人民共和国行政诉讼法》若干问题的解释(节录)	(644)
最高人民法院关于严格执行案件审理期限制度的若干规定(节录)	(645)
人民检察院刑事诉讼规则(节录)	(647)
部门规章、地方政府规章	
司法鉴定机构登记管理办法	(657)
司法鉴定人管理办法	(665)
吉林省社会专业司法鉴定管理规定	(683)
其他	
司法部关于印发《司法鉴定程序通则(试行)》的通知	(688)
司法部关于下发《司法鉴定执业分类规定(试行)》的通知	(697)
司法部关于下发《司法鉴定许可证管理规定》的通知	(701)
司法部关于对如何理解《司法鉴定机构登记管理办法》第十一条规定的批复	(705)
司法部关于对司法鉴定地方立法和司法鉴定管理制度性质问题的批复	(706)

第三部分 外国及澳门立法资料

1.《法国刑事诉讼法典》(节录)	(711)
2.《法国民事诉讼法》(节录)	(717)
3.《德国刑事诉讼法典》(节录)	(726)

4.《德意志联邦共和国民事诉讼法》(节录)	(740)
5.《日本刑事诉讼法》(节录)	(752)
6.《日本民事诉讼法》(节录)	(755)
7.《俄罗斯联邦刑事诉讼法》(节录)	(760)
8.《奥地利民事诉讼法》(节录)	(763)
9.《英国民事诉讼规则》(节录)	(777)
10.《英国诉讼指引》	(783)
11.《美国联邦证据规则》(节录)	(787)
12.《澳门刑事诉讼法典》(节录)	(790)
13.《澳门民事诉讼法典》(节录)	(795)

第四部分 议案与建议

2000 年全国人大代表有关司法鉴定的议案、建议	(805)
2001 年全国人大代表和政协委员有关司法鉴定的议案、 提案	(816)

第一部分 理论研究

基础理论篇

论 鉴 定

徐立根*

一、鉴定的性质

法律上规定的鉴定是专门鉴定机构或其他机构中具有相应专业知识和实践经验的专家就办案人员或律师委托其解决的专门性问题,运用专业知识和科学仪器,对一定客体进行检验并作出鉴定结论的一种特殊的科学活动。

这个定义揭示了法律上规定的鉴定是一种科学活动,但它不是一般的科学活动,而是特殊的科学活动。这种科学活动之所以特殊,首先是因为主体特殊。鉴定的主体不是一般专家,而是在专门鉴定机构或其他机构中从事与鉴定问题相适应的专业工作的专家。

鉴定这种科学活动之所以特殊,还因为鉴定的客体特殊。鉴定的客体是指为了解决专门性问题而提交检验的物或人。作为鉴定客体的物和人,必须与案件有联系,与案件没有联系的物和人,不能作为鉴定的客体。

鉴定这种科学活动之所以特殊,还因为鉴定的启动特殊。鉴定不是由专家自发进行,而是根据办案单位或律师机构的委

* 中国人民大学法学院教授。

托而启动,从这个意义上说,鉴定不是主动的,而是被动的活动。没有办案人、律师的委托,就没有鉴定。

最后,鉴定这种科学活动之所以特殊,还在于鉴定的结果特殊。鉴定的结果必须作出鉴定结论,并以鉴定书的形式提出。在诉讼案件中经过查证属实的鉴定结论是定案或认定事实的证据。

作为一种特殊的科学活动,鉴定有以下特点:

第一,合法性。这是鉴定在程序上的特点。鉴定必须按照法律程序进行委托。接受委托的鉴定机构必须是有相应鉴定权的机构。

第二,科学性。这是鉴定在活动本质上的特点。鉴定的目的是要解决案件中的专门性问题,而解决这种专门性问题必须利用相应的专业知识。鉴定人对鉴定客体进行检验所利用的方法必须是科学的、学术界没有争议的。通过鉴定作出的鉴定结论应当是有说服力的。

第三,独立性。这是鉴定人在进行科学检验和作出鉴定结论时与上下左右关系上的特点。鉴定人承担了鉴定任务,对鉴定材料进行检验,不受任何人干预。委托鉴定的人员不能干预,鉴定人所在机构的领导也不能干预。鉴定人只能根据自己对客体进行科学检验所发现的特征和获得的数据,作出自己的鉴定结论。

第四,多样性。这是鉴定在客体方面的特点。众所周知,案件中专门性问题涉及的客体几乎无所不包。所以,鉴定的种类很多。需要运用的学科专业知识也十分广泛。

现在,社会上对鉴定的性质还存在模糊认识,因而对鉴定的有关问题产生了误解。

误解之一,鉴定有刑事、民事之分。有的学者把案件有刑事、民事之分,套用到鉴定上来,认为鉴定可分刑事鉴定和民事

鉴定。这是不合适的。不错,公安部门一直使用“刑事科学技术鉴定”这个名称。这是因为公安部门要强调只有刑事案件才适用技术鉴定。在五、六十年代,公安部门明文规定,刑事技术鉴定手段不能在处理人民内部矛盾案件中运用。所以,公安部门使用刑事科学技术鉴定并不是认为鉴定有刑事、民事之分。实际上,科学技术是没有刑事、民事之分的,为解决专门性问题而进行的鉴定既适用于刑事案件,也适用于民事案件,但鉴定本身不应有刑事、民事之分。

误解之二,鉴定有司法、行政之分。有的学者把为执法服务的鉴定称“行政鉴定”,如医疗事故鉴定、交通事故鉴定等,把为司法服务的鉴定称“司法鉴定”,有的甚至还认为司法鉴定是一种司法权。这也是极大的误解。的确,当发生各种重大责任事故时,行政主管机关为了查明事故原因,要组织有关专家教授研究事故发生的原因,本文下一节论述鉴定分类时将要论及。各种事故鉴定实际上是多门类鉴定专家进行的会同鉴定,它不是独立的一类鉴定,更不能说这是行政鉴定。有人提出行政鉴定的名称,也从另一角度说明“司法鉴定”一词确实能使人产生误解,似乎司法鉴定是司法机关进行的,司法鉴定是司法权。众所周知,“司法”是指执掌法律,是要依据法律判定谁是谁非,判定谁犯了罪,该处以什么刑罚,谁违法,应承担何种责任;司法权是有强制力为后盾的,而鉴定则不具有这种强制力;只有司法机关才有司法权,而鉴定机构并不是司法机关,它只是一个企事业单位而已;鉴定是特殊的科学活动,它有科学的性质,又有法的性质,它是法和科学的结合,是一种“法科学活动”,把鉴定工作看作是司法工作,或者认为鉴定是司法权的表现,都是对鉴定性质的误解。

误解之三,鉴定应有上下级之分。既然有上下级之分,当然下级应当服从上级,上级与下级结论有矛盾时,那就应当以上级

结论为准。这也是对鉴定性质的一个极大的误解。鉴定结论只有正确与错误之分,只有科学与不科学之分,而没有上级下级之分。作者不止一次看到,案件中有上级部门的鉴定机构作的鉴定结论,又有下级部门的鉴定机构作出的鉴定结论,然而最终证明,下级鉴定机构的结论却是正确的。可见,鉴定结论的效力不是来源于鉴定人所在机构的级别地位,而是来源于鉴定过程的科学性和鉴定结论的客观正确性。

对鉴定产生的种种误解,其根本原因,就在于对鉴定的“法科学性质”缺乏深刻的理解。请注意,“法科学”一词,是指“法”与“自然科学”相结合,而不是指“法学”。法当然也是科学,但关于法的科学,中文习惯上不是称“法科学”,而是称“法学”。众所周知的“法医学”,就是法与医学相结合,“法精神病学”则是法与精神病学相结合,余类推。“法医学”的英文常用名称是“Forensic Medicine”,“法科学”的英文名字是“Forensic Science。”这个词过去译为“法庭科学”。但这个译名经不起推敲,因为“法庭”两字含义太窄。本人浅见,译为“法科学”比较合适。现在,学者们对司法主管部门使用的“司法鉴定”一词,只突出了部门性质而没有突出鉴定的科学性质,提出了商榷的意见。他们认为,司法主管部门不应该像公安部门在“科学技术鉴定”之前冠以“刑事”,检察部门在“技术鉴定”之前冠以“检察”那样,也在“鉴定”之前冠以“司法”,把法律上规定的鉴定称之为“司法鉴定”。姑且不说“司法鉴定”一词只突出“司法”,容易模糊了人们对“鉴定”科学性质的认识,影响人们对鉴定的性质产生种种误解,仅从对鉴定实行统一规范化管理的角度来看,“司法鉴定”这个名称,也是欠妥当的。司法部要对全国鉴定工作实行宏观管理。千万不能让人误解,似乎司法部管理的只是面向社会的司法鉴定机构,而可以称为“司法鉴定机构”的,实际上只有司法部本部所属、设在上海的“司法鉴定研究所”,其他面向社会的鉴定机构