

刑事
法学

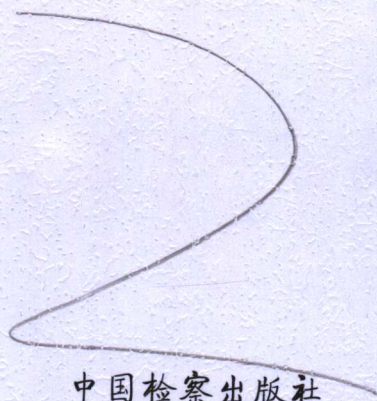
刑事法学博士文库

陈忠林◎总主编

论刑事鉴定权



章礼明◎著



中国检察出版社



刑事法学博士文库
陈忠林◎总主编

D918.9/5

2008

论刑事鉴定权



章礼明◎著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

论刑事鉴定权/章礼明著. —北京: 中国检察出版社, 2008. 2
ISBN 978 - 7 - 80185 - 909 - 9

I. 论… II. 章… III. 刑事诉讼—司法鉴定—研究—
中国 IV. D925.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 020634 号

论刑事鉴定权

章礼明 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) 68687781 (编辑) 68650015 (发行) 68650029 (邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 北京东海印刷有限公司

开 本: A5

印 张: 7.375 印张 插页 4

字 数: 202 千字

版 次: 2008 年 4 月第一版 2008 年 4 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 80185 - 909 - 9/D · 1885

定 价: 20.00 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

广州大学和广东省青年社会科学
工作者协会著作出版基金资助

自序

这本书是在我博士论文的基础上修改而成。该论文自通过答辩以来已有一年。事后读来发现有不少地方不能令自己满意，遂对全文作了一次修改。除一些观点之外，在结构安排、字句修辞、注释方式，乃至具体内容都有一些变动。如同其他有同样经历的学友一样，能够将自己的博士毕业论文公诸于世，无论出于什么动机，均是一种心愿。但另一方面，个人意愿的追求不一定符合社会的利益。它是否有可能成为当前出版繁荣中的一个泡沫呢？面对这样的自问，我并不是那么自信。尽管如此，作为个人研究数年的心得，我还是决定将其付梓。希望有兴趣的读者能够从中获得一些感受。

选择这个题目的旨趣在于解决中国司法过程中面临的现实问题。当初选题时，正值司法鉴定在刑事诉讼实践中出现一些乱象。一个案件往往出现四五次，甚至多达七八次的司法鉴定，“重复鉴定”现象严重。各种媒体出于对当事人的同情，对司法公正与司法效率的诉求，不时有典型案件的报道。或许正是因为这类问题突出，以致在几年的全国人大会上均有不少代表提出议案，要求制定鉴定法或修改证据法，规范司法鉴

定行为。于是，我萌生了在这领域内选题的冲动。作为从事诉讼法学的学生，考虑到自己学术素养的局限性，我只能从诉讼的场域去研究这种社会现象。从某种程度上说，这种现象从一个侧面反映了中国社会转型时期，社会公众对司法严重不信任的社会问题。对于这种社会问题，仅仅局限在某一个专业领域去研究它，说句实话，难免有伸展不力的问题。但我根据自己的智识能力已竭尽所能。

“重复鉴定”在刑事诉讼领域内实际上反映了鉴定权配置上的问题。针对这个问题，法学理论界提出了各种解决方案。但是，在研读相关文献之后，我明显感觉到，法学理论在回应这种司法问题上存在简单化倾向。因此，本书运用“结构——功能”主义理论对刑事诉讼系统中的鉴定权配置问题开展了深入研究，并从诉讼权力的进路对“重复鉴定”提出一种解释。本书认为：“重复鉴定”是因为我国1996年《刑事诉讼法》修改之时，没有考虑鉴定证据的特点，将传统的职权主义“单向鉴定”与当事人主义“双向鉴定”作重叠式安排，导致在司法运行中发生冲突的结果。着眼于问题的解决，本书深入考察两大法系国家鉴定权配置模式的基本原理，并作诉讼功能上的价值判断；详细描述和分析两大法系各主要国家鉴定权配置改革的状况并获得启示；在论辩我国法学界各种改革方案基础上提出本书的基本观点。这个基本观点就是：我国只能在已有大陆法系国家“单向鉴定”的基础上适当地吸收英美法系国家“双向鉴定”的因素。

如果延伸开来，这里可以点明书中没有直接提及但可以得出的一个推论，即伴随着现代科技的迅猛发展，鉴定证据作为一种证明方法在诉讼证明中发挥着历史性作用，受这种因素的限制，两大法系国家刑事诉讼结构尽管自近代以来出现了“混合”的迹象，但从人类历史发展来看，两者不可能出现“融合”，或者准确地说，两大法系刑事诉讼程序只能是局部范围内的“融”，而不能是完全

范围的“合”。

如前所述，本书的原型是博士毕业论文，而论文的形成受益于诸多学者的指导和帮助。我的导师西南政法大学徐静村教授提供了悉心的指导。从定题到结构、从提炼观点到具体内容均倾注了他的心血心力。西南政法大学的邹明理教授对我的求教给予热心的帮助，对初稿作了细致阅读，并书面提供了不少的评述意见。在本论文写作中，华东政法学院胡锡庆教授，中山大学杨建广教授、郭天武副教授，暨南大学的梁玉霞教授均给予过关心和支持。作为论文评阅人的五位专家学者也付出了辛勤劳动，并对我这个后学予以了提携。在论文答辩中，答辩委员会成员程荣斌教授、常怡教授、龙宗智教授、孙长永教授、左卫民教授、牟军教授和李永升教授提出的一些问题对本书的修改也有启发。对于这些指导和帮助，我谨致以深深的谢意，并毕生感念。当然，文责自负，书中存在的问题则完全由我本人承担。由于学术素养、国内的研究状况以及研究资料等因素的限制，本书可能还有这样或那样的不足之处。为此，盼望学界专家的批评指正。

本书的出版得益于中国检察出版社许睿女士的热情帮助。广州大学法学院分管科研工作的副院长刘兴桂教授为本书的出版资助问题也鼎力相助。没有他们的帮助，本书的面世也不大可能。最后，需要说的一点是，我的妻子多年来对我追求的学业给予了充分理解和倾力支持，在本书的形成过程中，她还做了一些辅助性工作。

作者

2007年12月28日于广州

目 录

导言 / 1

- 一、问题的提出 / 1
- 二、研究的意义 / 5
- 三、本书的结构 / 9

第一章 理论框架及相关分析性概念 / 13

- 一、刑事诉讼的功能与结构 / 13
 - (一) 诉讼功能 / 15
 - (二) 诉讼结构 / 17
- 二、鉴定权配置及相关概念 / 22
 - (一) 鉴定与鉴定权 / 22
 - (二) 鉴定权与诉讼结构 / 28
 - (三) 鉴定权的表现形式 / 32
 - (四) 鉴定权与程序规制 / 35

第二章 鉴定证据的重要作用及其内在限制 / 37

- 一、鉴定证据的历史性作用 / 37
 - (一) 证明方法的替代作用 / 38
 - (二) 证明范围的拓展作用 / 43
- 二、鉴定证据的内在限制之一：可靠性 / 49
 - (一) 鉴定证据可靠性的制约 / 49

(二) 可靠性引起的诉讼问题 / 59

三、鉴定证据的内在限制之二：理解性 / 61

(一) 鉴定证据理解性的困难 / 62

(二) 理解性产生的诉讼问题 / 64

第三章 鉴定权配置的结构冲突与功能紊乱 / 68

一、我国鉴定权配置的历史沿革 / 68

(一) 职权主义鉴定权配置：单向鉴定 / 68

(二) 当事人主义鉴定权配置：双向鉴定 / 70

二、两类鉴定权配置的重叠与冲突 / 74

(一) 鉴定权配置的重叠：静态描述 / 74

(二) 鉴定权配置的冲突：动态分析 / 76

三、“重复鉴定”的不同解释观点评析 / 82

(一) 司法机关鉴定权配置 / 82

(二) 鉴定机构管理体制 / 87

四、“重复鉴定”：功能紊乱的表象 / 89

(一) 实体公正问题 / 92

(二) 程序公正问题 / 95

(三) 司法效率问题 / 96

第四章 鉴定权配置模式的比较研究 / 100

一、大陆法系鉴定权配置模式及其规制 / 100

(一) 鉴定权配置模式：单向鉴定 / 101

(二) 鉴定权程序规制的基本特征 / 105

二、英美法系鉴定权配置模式及其规制 / 108

(一) 鉴定权配置模式：双向鉴定 / 109

(二) 鉴定权程序规制的基本特征 / 112

三、两类鉴定权配置模式的比较与评价 / 117

(一) 功能评价: 实体真实 / 117

(二) 功能评价: 程序公平 / 125

第五章 鉴定权配置方式的国别改革 / 130

一、大陆法系国家鉴定权配置改革——以法国为中心的考察 / 130

(一) 大陆法系国家鉴定权配置改革状况 / 131

(二) 法国鉴定权配置的改革及其现实 / 139

(三) 法国鉴定权配置改革失败的原因 / 142

二、英美法系国家鉴定权配置改革——以美国为中心的考察 / 147

(一) 英美法系国家鉴定权配置改革状况 / 147

(二) 美国鉴定权配置的改革及其现实 / 154

(三) 美国鉴定权配置改革困难的原因 / 157

三、两大法系国家鉴定权配置改革的启示 / 161

第六章 鉴定权配置改革的路径选择 / 166

一、鉴定权配置模式的选择 / 166

(一) 政治合法性前提 / 167

(二) 诉讼制度性条件 / 171

(三) 外国经验的参考 / 175

二、鉴定权配置方式的确立 / 178

(一) 鉴定权纵向配置的合理化 / 179

(二) 鉴定权横向配置的合理化 / 181

(三) 鉴定权配置中的当事人参与 / 183

第七章 鉴定权配置改革的具体内容 / 185

一、鉴定权配置改革的具体内容 / 185

(一) 公安、检察、审判三机关之间的鉴定权 / 186

(二) 当事人的鉴定申请权利与司法机关的鉴定决定



权力 / 190

(三) 当事人鉴定权与司法机关鉴定权之间的关系 / 195

二、鉴定权配置改革的配套制度 / 197

(一) 鉴定申请权利的程序保障 / 197

(二) 鉴定程序启动的裁量标准 / 198

(三) 鉴定专家选任的基本要求 / 201

三、鉴定机构管理体制的缺陷及其改革 / 203

(一) 鉴定机构管理体制的缺陷 / 203

(二) 改革的积极意义及其局限 / 208

结语：传统与现代之间的鉴定权配置 / 210

参引文献 / 214

导 言

本书研究刑事诉讼系统中鉴定权的配置问题。导言部分首先提出本书所要解决的问题；接着，指明其研究的理论价值和实践意义；最后，交代全书的基本结构。

一、问题的提出

自 20 世纪 90 年代始，在我国刑事司法实践中，围绕鉴定证据而产生的诉讼公正与诉讼效率问题已经越来越突出。特别是自 1997 年我国新《刑事诉讼法》实施以后，问题愈发明显。

鉴定证据的质量已经成为我国刑事司法实现其实体公正的一个严重问题。种种迹象表明，在实践中，对诉讼证明的同一待证事项，往往出现不同的鉴定结论。尽管说，鉴定证据作为一种证明方法，其本身具有特殊性和复杂性，有时出现不一致的结论亦属正常，但值得关注的是，这种

不一致的比例相当高。^①这反映了鉴定证据的质量问题。鉴定证据作为一种证明方法,与查明案件事实真相关联。在诉讼中,针对案件同一待证事项出现不同的鉴定结论之时,如何取舍,法官面临尴尬境地。如果取舍错误,将直接导致案件的错误裁判。这无疑影响实体公正的实现。

程序公正问题也同样突出。程序公正的实质在于通过程序自身安排发挥其在诉讼中吸纳案件当事人不满的功能,^②我国1996年修改后的《刑事诉讼法》贯彻程序公正的理念,通过审判结构的改革对鉴定制度采取了一些调整措施。相关司法解释的内容也反映了这种改革的意图。但是,从新法实施以后的情况来看,这些改革措施并未实现其吸纳不满的功能,相反,它还在相当程度上激化了案件当事人的不满情绪。一个显见的例子是:自2000年之后的连续数年,全国人大代表纷纷以“议案”形式要求国家制定“司法

① 关于重新鉴定后改变鉴定结论的情况。来自上海市的报道,1999年该市司法鉴定委员会复核人身伤害法医学类鉴定79件,改变初次鉴定的鉴定结论为27件,占30%;复核司法精神病类鉴定20件,改变原鉴定结论的13件,占65%(《司鉴工作信息》1999年第5期)。2001年上海市司法鉴定委员会复核鉴定152件,改变原鉴定结论29件,占19%;2002年复核鉴定123件,改变原鉴定结论31件,占25%(李柏勤:“关于复核鉴定的探讨”,载www.sjfd.gov.cn)。来自河北省高级人民法院的统计资料,该院内部鉴定机构自1998年到2004年4月间,共复核刑事人体伤害伤情鉴定620件,其中变更原鉴定结论的417件,占总数的67.3%(温承茂:“规范司法鉴定,确保公正与效率”,载www.chinacourt.org)。来自湖南省提供的信息,1997—2002年五年间省级法院共受理下级法院上报的鉴定案件913件,其中维持原鉴定的656件,改变原鉴定结论的257件,占总数的39.1%,载www.chinacourt.org)。来自深圳市司法局的统计资料,该市司法鉴定专家委员会自2001年至2004年共受理复核鉴定150件,其中改变原鉴定结论的58件,占40.2%(“司法鉴定机构作假将受罚”,载www.sjfd.gov.cn)。

② [美]米尔建·R.达马斯卡:《司法和国家权力的多种面孔——比较视野中的法律程序》,郑戈译,中国政法大学出版社2004年版,第151—152页;季卫东:“法律程序的意义”,载《法治程序的建构》,中国政法大学出版社1999年版,第31页。

鉴定法”。^① 人大代表提出立法议案，其直接目的在于规范司法鉴定行为，但是，作为全国人大代表，他（她）们有许多其他的国家事务需要关心，为什么却对一个微观层面的司法制度表示如此大的关注？显然，这是司法问题转化为社会问题的表现。人大代表来自于社会各阶层，他们对于我国鉴定制度所表现的关注度正是从社会层面反映了案件当事人对我国司法鉴定现状的不满，而且这种不满已经达到相当严重的程度。

司法效率与司法公正密切联系。司法公正包括实体公正和程序公正。没有公正的司法，也就产生没有效率的司法。在我国司法实践中，多次鉴定的现象较为突出。一个有鉴定争议的刑事案件，有

^① 据统计，在2000年的九届全国人大三次会议上有160多位人大代表签名要求制定“司法鉴定法”；2001年，在九届全国人大四次会议代表议案中，关于“司法鉴定法”的议案分别占全国人大法律委员会和全国人大内务司法委员会负责处理的议案之首。在2002年的九届全国人大五次会议上，又有七个代表团的234名代表提出了该议案。见孙业群：《司法鉴定制度改革研究》，法律出版社2002年版，前言部分第2页。

时需要经过不同的鉴定机构分别作出三四次,甚至多达七八次的鉴定。^①多次鉴定直接影响司法效率,诉讼成本大幅度地提高。这不仅因为多次鉴定必然导致案件的诉讼时间延长,妨碍了司法机关在单位时间内有效地处理案件,而且因为多次鉴定本身需要承担相应的诉讼成本,司法机关和诉讼当事人为此需要投入更多的人力和物力。

上述司法鉴定中的公正与效率问题引起了我国法学界的关注,成为近些年来法学界讨论的热点问题之一。从目前情况来看,已有不少文章,甚至著作的发表。在这些研究当中,人们对通过鉴定制度改革以改善这种状况已经形成共识,并且提出了相关的改革建议。但是,在这些改革建议中,我们发现,人们在鉴定权配置这个核心问题上却众说纷纭。本书所谓“鉴定权配置”,是指在刑事诉讼中,享有鉴定权的主体范围、各自地位及其相互关系。鉴定制度是对鉴定权配置的程序规制;鉴定权配置决定鉴定制度的基本架

① 全国范围内尚未见确切的统计数据。山东潍坊市中级人民法院有一个简要统计。自1995年至2000年,该法院辖区发生两次鉴定共318件。其中三次以上重新鉴定者为209件,有2件经历过七次鉴定。资料来源:吴新明、张玉华:“重复法医鉴定增多的原因及对策”,载刘家琛主编:《司法鉴定理论与实务》,人民法院出版社2002年版,第161页。据湖南省高级人民法院提供的信息,该法院内部鉴定机构自1997年至2002年五年间,共受理来自下级法院鉴定申请913件,这些鉴定均为三次以上。资料来源:www.chinacourt.org。重庆市司法局司法鉴定管理处提供的情况是,“我市多次出现一例鉴定案例,往往要反复鉴定数次,甚至有的多达8次或10次”。资料来源:“关于省(内)终局司法鉴定的实践与思考”,载www.sjfd.gov.cn。自1998年之后,不断有多次鉴定的案例媒体报道,例见岳耀勇、韦靖:“一件伤害案拖七年,八份鉴定书谁为准”,载《法制日报》1999年11月30日第五版;朱仁昌、王喜:“处轻伤三次开庭八次鉴定——安徽凤阳县人民检察院成功抗诉一起轻伤害刑事案件”,载www.jcrb.com.cn;赵凌、李郁军:“一朝受伤两年官司五次开庭六份鉴定,现行司法鉴定不只拖累百姓”,载www.jcrb.com.cn,2002年8月7日;李新德:“六份法医鉴定,五种不同结论”,载《检察日报》2003年10月29日;梁书斌、王茜:“鉴定大战,妨碍司法公正”,载www.sjfd.gov.cn。



构。不同的鉴定权配置实行的是不同的鉴定制度。因此,鉴定权配置问题之所以重要,乃是因为它关系到一个国家鉴定制度的总体性框架,是影响鉴定制度的核心问题。^①就此而言,在法学理论界,一部分人主张,我国刑事诉讼应当由法院统一行使鉴定权,取消公安机关和检察机关的鉴定权;公安机关和检察机关可以行使鉴定申请权,但鉴定决定权应当由法院行使。^②另一部分人则主张刑事诉讼中的鉴定权由控、辩双方行使,法院不行使鉴定权。^③还有一部分人则主张由控诉方、辩护方和审判方共同行使鉴定权。^④由此,形成大致三种截然不同的观点。基于这种状况,本书提出并要解决的问题是:我国刑事诉讼中的鉴定权究竟应当如何配置?

二、研究的意义

1. 理论价值

尽管有上述观点上的分歧,但从这些研究的内容来看,存在一个共同之处,即人们通常以国外的立法规则作为各自观点唯一的正当根据。然而,正是这种未加深入的研究方式,使我国鉴定权配置

① 何家弘主编:《司法鉴定导论》,法律出版社2000年版,第101页。

② 陈瑞华:《刑事诉讼的前沿问题》,中国人民大学出版社2000年版,第563—564页;施卫忠、许江:“司法鉴定制度改革刍议”,载《南京大学法律评论》2001年春季刊,第191—192页;刘之雄、唐金波:“我国司法鉴定制度改革与立法完善之构想”,载《中国法学》1999年第5期,第108—109页。

③ 熊秋红:“我国司法鉴定体制之重构”,载《法商研究》2004年第3期,第38—39页;李艳玲:“司法鉴定制度改革论略”,载《人民司法》编辑部主编:《中国司法改革十个热点问题》,人民法院出版社2003年版,第869页。

④ 黄维智:“中立与合意——两大法系鉴定证据制度的融合”,载《现代法学》2004年第4期,第185—186页;杜志淳、霍宪丹:《中国司法鉴定制度研究》,中国法制出版社2002年版,第129—130页;徐丽:“论鉴定制度改革”,载何家弘主编:《证据法论坛》(第1卷),中国检察出版社2000年版,第108页。



问题上的研究存在明显的简单化倾向。这主要反映在以下几个方面。

首先，从国外立法规则的语词出发，对国外鉴定权配置状况产生误解。有人认为，在大陆法系国家，鉴定权由法院统一行使。这里涉及对国外相关立法概念的理解问题。例如，对于“法院”这个概念，尽管被大陆法系各国所共享，但在不同国家，“法院”所承担的实际功能并不一样，其内部官员在司法中的权限范围也不尽一致。如果仅限于立法表面上的语词，其实质含义势必被语词本身所遮蔽，得出错误的判断。又如，对于“鉴定”这个概念，在大陆法系国家传统上“鉴定”属于法官的权力范围，但随着现代司法分工，司法警官和检察官作为侦查官员也享有鉴定权。尽管在有些大陆法国家法典上没有使用“鉴定”这个概念，但不等于说司法警官和检察官聘请专家解决案件事实调查中的专业性问题的诉讼活动不能成为“鉴定”，由此获得的证据就不能成为“鉴定证据”。如果我们对国外鉴定权配置状况的了解是停留在立法修辞层面，必然会产生误解，以此作为我国鉴定权配置的改革依据难免会误入歧途。

其次，只关注国外立法状况，而对实践状况没有作考察。主张我国实行控、辩、审三方行使鉴定权的观点往往基于这样一种认识，即现代两大法系国家鉴定权配置已经走向“融合”，其标志是在立法上采用了由控、辩、审三方行使鉴定权的改革。在传统上，两大法系国家实行不同的鉴定权配置模式：在大陆法系国家采用“单向鉴定”，而在英美法系国家则实行“双向鉴定”。在历史发展进程中，两者的确出现过一些“混合”的迹象，但由于传统因素的制约，两者之间的所谓“融合”是否真正实现尚需要从实践层面详细考察。仅仅从立法层面作出两者走向“融合”的判断可能会出现误判，甚至可能将国外已经失败的立法改革或僵死的法条奉为信条。以此作为我国鉴定权配置改革的依据也将重蹈他国已经失