

中国司法改革实证研究丛书

左卫民/丛书主编

刑事司法鉴定程序的正当性

THE DUE PROCESS OF FORENSIC APPRAISALS
IN CRIMINAL PROCEEDINGS

陈邦达/著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

国家“九八五工程”四川大学社会矛盾与社会管理研究创
四川省社会科学重点研究基地纠纷解决与司法改革研究中

中国司法改革实证研究丛书

左卫民/丛书主编

刑事司法鉴定程序的 正当性

THE DUE PROCESS OF FORENSIC APPRAISALS
IN CRIMINAL PROCEEDINGS

陈邦达/著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

刑事司法鉴定程序的正当性/陈邦达著. —北京:北京大学出版社, 2015.1

(中国司法改革实证研究丛书)

ISBN 978-7-301-25216-1

I. ①刑… II. ①陈… III. ①刑法—司法鉴定—研究—中国 ②刑事诉讼法—司法鉴定—研究—中国 IV. ①D924.04 ②D925.204

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 286841 号

书 名 刑事司法鉴定程序的正当性

著作责任者 陈邦达

责任编辑 苏燕英

标准书号 ISBN 978-7-301-25216-1

出版发行 北京大学出版社

地 址 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址 <http://www.pup.cn> <http://www.yandayuanzhao.com>

电子信箱 yandayuanzhao@163.com

新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书

电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

印 刷 者 三河市北燕印装有限公司

经 销 者 新华书店

965 毫米×1300 毫米 16 开本 18.25 印张 246 千字

2015 年 1 月第 1 版 2015 年 1 月第 1 次印刷

定 价 46.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

“中国司法改革实证研究丛书”序

2014年10月20日至23日召开的中共十八届四中全会,无疑将在当代中国法治建设的进程史上留下划时代的一笔。继党的十八届三中全会提出进一步深化司法体制改革的新措施后,党的十八届四中全会通过的中共中央《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,又提出了关于司法改革的重大举措,这对中国司法建设与改革而言显然具有积极意义。

长期以来,笔者及笔者带领的学术团队包括所指导的博士研究生,一直致力于司法制度、刑事诉讼制度和纠纷解决的实证研究,力图真切地把握中国司法与诉讼制度的运行现状,深度剖析其利弊得失,抓住切实存在的重要问题,探究其成因,并在此基础上提出有针对性和可操作性的改革建言。通过不断地展开实证研究,我们取得了关于司法与诉讼制度若干方面的一些研究成果。考虑到当前司法改革的重要性,也考虑到实证研究的重要性,笔者将我们团队近期有关司法制度的研究成果收辑成册,以中国司法改革实证研究为主题,与北京大学出版社联系并系列出版。笔者的看法是,中国司法研究固然早成显学,但司法改革的正确推进尤其是长期有效推行,仍然有待于科学、细致及深入的实证研究。有鉴于此,笔者将自己及所带领团队关于司法的实证研究成果奉献给大家,希望抛砖引玉,引起更多学界同仁关

注并展开司法实证研究,同时也为当下和未来的司法改革提供些许参考。

需要指出的是,对于法学研究者而言,实证研究乃是一门新兴的研究方法,无论是笔者抑或笔者所带领的团队成员,都有一个学习与掌握的过程。本系列作品中,有些实证研究方法运用得比较多,有的则比较少;有些运用得比较好,有些则有所欠缺,但鉴于这些作品大都或多或少地运用实证方法,比如使用数据展开分析等,因此笔者仍然以实证研究为主题收辑在一起。其中不当之处,敬请读者诸君批评。

左卫民

2014年12月3日于四川大学研究生院

代 序

盛夏六月,川大北门的池塘荷花吐艳,蜻蜓振翅。每逢荷花绽放时与学生告别,老师常感不舍。2013年,我带的博士生陈邦达就是其中一位。自结下师生之缘以来,我一直看着这个学生成长。他诚恳、勤奋、执著,读博期间出色地完成了学业和我指导下的科研任务。这部书稿是他完成的第一部专著,体现了他对司法鉴定相关问题研究的深入思考和独到见解,凝聚着他的心血。

司法鉴定制度是我国司法制度的重要组成部分,也是近年来我国刑事司法改革与证据制度变革中的一个突出问题。许多案件的关键事实正是通过鉴定意见查明真相的。一方面,司法鉴定发挥着重要的科学证据作用,成为追诉犯罪明察秋毫的“利器”;另一方面,有瑕疵的鉴定意见也往往导致事实认定的偏差,成为冤假错案的“帮凶”。正因如此,近年来司法鉴定的公信力遭受了某种质疑。按照达马斯卡教授的观点,证据法的未来将是“事实认定科学化的问题”,中国未来的司法鉴定如何权衡利弊并发挥应有的作用?如何健全和完善刑事司法鉴定制度,提升司法鉴定程序的正当性?值得我们认真研究。在这样的背景下,邦达选择了刑事司法鉴定程序的正当性作为研究对象,紧密结合当前的司法鉴定制度改革的疑难热点问题进行深入研究,思考侦查中如何在运用司法鉴定时兼顾打击犯罪与保障人权,提出完善审

判中鉴定意见质证与采信相关程序的建议。其研究成果对于刑事诉讼理论研究与实务工作均有积极贡献。

需要指出,在该书稿的完成过程中,我们迎来了《中华人民共和国刑事诉讼法》第二次修正,这部法典对司法鉴定制度相关的内容也作出了一些规定,例如,立法还原了“鉴定意见”在诉讼证据中的本质属性,进一步健全了鉴定人出庭作证制度,建立了“有专门知识的人”参与刑事诉讼制度。但这些规定,在新修正的刑事诉讼法贯彻实施中遇到了一些困惑。例如,如何防止鉴定人出庭作证流于形式、“有专门知识的人”在诉讼中的地位如何界定、DNA 数据库的法律规制问题如何完善?本专著还结合新修正刑事诉讼法对司法鉴定问题进行了分析,提出了有现实性和前瞻性的见解,有利于今后立法的进一步完善。

长期以来,我一直倡导我带领的研究团队运用实证研究、交叉学科研究等方法对刑事诉讼及司法制度进行深入思考。邦达也积极运用实证分析方法对司法鉴定制度进行了多维思考。当然,囿于实证研究手段的局限,文章的个别实证分析仍有待深入,有关司法鉴定程序的运行机制还有待更全面、更细致的考察。

总之,我希望学生能够如出川的美酒,甘醇清香,也希望邦达在今后的科研教学道路上能够砥砺前行,开拓进取!

是为序。

左卫民

2015年1月6日于成都

前 言

司法鉴定在刑事诉讼中发挥着越来越重要的证明作用。然而,我国刑事诉讼法中与司法鉴定相关的规范尚不够健全、完善,导致司法鉴定积极作用的发挥受到一定影响。突出表现为鉴定启动程序存在非议,侦查中运用鉴定手段在打击犯罪的准确性、人权保障程度等方面尚不尽如人意,审判中鉴定意见的质证与采信存有困惑,其后果直接导致鉴定意见的正当性遭受质疑。

本书围绕着如何提高刑事司法鉴定程序的正当性这一核心命题,主要运用实证和比较的研究方法,借助刑事诉讼法学、刑事侦查学、司法鉴定学、证据法学等基本理论,展开具体研究。研究的目的在于反映我国刑事司法鉴定的运作状况及存在的问题,借鉴法治国家及地区相关制度的经验,最终为我国刑事鉴定制度的完善提出建言。

除导论以外,本书共分四章。

第一章主要研究如何增强我国刑事司法鉴定启动程序的正当性。该章在考察新中国成立以来刑事诉讼法有关鉴定启动制度的沿革、变迁之后,归纳概括我国鉴定启动权的特征及性质,指出我国刑事鉴定启动程序保留职权主义的特征,存在着多头鉴定、重复鉴定、鉴定启动权控辩不平等、司法机关鉴定启动裁量权约束不足等弊端。通过比较域外代表性国家或地区在鉴定启动主体、鉴定启动裁量权限制等方面

的规制,得出初步的结论。认为我国鉴定权的配置改造应当在遵循立足本国刑事诉讼基本特征的前提下,借鉴与融合两大法系的有益经验。在此基础上提出具体的立法建议。

第二章主要针对我国刑事侦查中运用司法鉴定如何准确打击犯罪,从而强化侦查中运用鉴定的正当性展开分析,该章侧重于侦查中司法鉴定运用的实证分析。该章先从现象入手,指出司法鉴定在侦查中积极发挥证明案件事实作用的同时,也引发错误认定案件事实的风险。通过实证考察发现:近年来侦查中运用司法鉴定的比例有所提升,但刑事错案的背后揭示鉴定样本的收集过程在规范化、程序化方面做得还不够。鉴定意见随着案卷进入后续诉讼程序,并对案件事实的认定起到关键性的证明作用。侦查中的司法鉴定存在运用尚不充分、样本的收集保管不够规范、司法人员迷信鉴定意见等问题。指出问题的进路在于进一步提高侦查中的鉴定技术含量,规范鉴定样本的收集程序,转变对鉴定意见迷信的观念。

第三章侧重分析侦查中运用司法鉴定如何实现人权保障的价值取向,进而增强侦查中运用鉴定在人权保障方面的正当性。依次分析了强制采样、鉴定留置及 DNA 数据库的法律规制三个问题。

强制采样程序。我国 1996 年《刑事诉讼法》只规定了“人身检查”制度,然而违背当事人意愿提取人身检材的现象在实践中却普遍存在。实证考察发现:立法的相对滞后造成强制采样的权力运作不当,执法人员对采样的适用程序和做法不一。通过比较借鉴我国台湾地区及美国刑事诉讼中的相关制度在分类、程序与做法、发动要件等方面的差异,发现我国强制采样处分的分类笼统、启动条件宽泛、审批环节阙如,强制采样所获之鉴定意见却普遍被采纳。我国强制采样之完善必须实现“发现真实”和“人权保障”的价值平衡,实现强制采样行为的必要控制,实现当事人“鉴定客体化”向“鉴定主体化”的地位转变。2012 年修订后的《刑事诉讼法》增加强制采集生物样本制度,今后必须规范构建生物样本的采集程序。

鉴定留置程序。《刑事诉讼法》规定“对犯罪嫌疑人作精神病鉴定

的期间不计入办案期限”。实证考察发现,精神病鉴定的时间因案而异,短的只需要数日,长的可达半年。不计入办案期限的做法实际上延长了被告人人身自由受限制的时间,也影响案件侦查、审查起诉和审判活动的顺利进行。考察德国“为观察而移送被指控人制度”及我国台湾地区的“鉴定留置”制度,发现其鉴定留置程序制度之目的、适用范围、决定程序及救济程序等方面均有较为完善的规制。反思我国立法现状,指出鉴定留置是一种具有羁押性的措施,主张必须从短期、长期两个层面推动该制度的构建和完善。

DNA 鉴定数据库的法律规制。DNA 鉴定技术在诉讼中发挥着显著的证明作用。我国自建立 DNA 数据库以来,各地数据库之规模、应用逐步扩大,取得一定的实践成效。然而,数据库的运作也存在诸多法律困惑:如何完善立法规范?如何平衡 DNA 样本采集与程序正当的冲突?如何兼顾 DNA 信息保存与隐私权保护的目标?如何权衡数据库推广与司法资源有限的矛盾?DNA 数据库的制度完善需理性选择立法模式,整合各地区既有的规范。应在《刑事诉讼法》“人身检查”规定的基础上,细化 DNA 采样程序;综合考虑案件性质、犯罪危害程度和有利于犯罪分子改造等因素明确入库范围;健全信息保密和救济机制,对 DNA 数据库的用途、信息保存和销毁期限、违法使用 DNA 信息的制裁措施加以规范;此外,还应强化质量控制与监督机制。

第四章主要是对司法鉴定意见质证与采信相关环节的正当性研究。该章共分四节展开论证。

第一节结合 2012 年《刑事诉讼法》对案卷移送制度的改革,探究我国鉴定意见开示的问题。鉴定意见开示是强化鉴定意见质证的先行机制。鉴定意见开示也是证据开示程序的特殊类型,它能让控辩双方对鉴定意见有更为充分的认识,进而强化庭审质证效果、落实鉴定人回避制度、减少重复鉴定。考察我国《刑事诉讼法》关于案卷移送制度的规定,认为我国刑事诉讼中证据开示制度的缺失,造成对鉴定意见庭前交换的忽视,鉴定意见的开示确有必要。在比较考察美国、日本及我国台湾地区有关鉴定意见开示具体做法的基础上,从构建我国

鉴定意见开示程序的主体、方式、内容和时间四个方面提出具体的构想。

第二节对鉴定人出庭质证问题展开实证分析。近年来,刑事诉讼中诸多冤假错案暴露出有瑕疵的鉴定意见造成法官对案件事实认定错误的问题,使鉴定人不出庭现象备受指责,各方要求鉴定人出庭的呼声不绝于耳。然而研究表明,鉴定人出庭作证必须以案件具备其出庭必要性为前提,在鉴定意见质证机制尚未完善之前,如若忽视质证效果而一味强调鉴定人出庭,无异于叶公好龙。深刻洞察制约鉴定人出庭之因素,理性评估出庭作证之效果,客观认识鉴定意见质证功能虚化之成因,才能有助于对鉴定意见的审查判断,科学构建鉴定人出庭作证机制。

第三节对“专门知识的人”参与刑事庭审就鉴定意见提出意见的机制展开研究。2012年《刑事诉讼法》确立了“专门知识的人”参与刑事诉讼的制度,该项制度对提高鉴定意见质证的对抗性、弥补法官鉴定知识的不足、防止有瑕疵的鉴定意见成为定案事实的依据、促使鉴定人出庭作证制度落到实处等方面具有积极的意义。但作为一项未经试点检验即推向司法实践的新制度,它在专家的诉讼地位、权责、立场、资格以及专家出庭的决定程序、证言效力、救济程序等方面存在亟待明确、完善的问题。本书在分析的基础上指出,“专门知识的人”是一种新的诉讼参与人,可在一定限度内赋予专家获得鉴定样本、临检鉴定的权利,规范其职业道德义务,确保专家客观、有效地提出意见。其选任资格可由各省高级人民法院牵头成立“专家库”,由法官根据控辩要求从中聘请。专家出庭产生的费用由司法经费买单以确保其立场中立。专家提出的意见不属于证据。其救济程序有待今后条件成熟之后再加以规范。

第四节重点解决法官如何采信鉴定意见的问题。“鉴定意见如何采信”的难题长期挑战着传统的证明方式。该章先考察了美国的科技证据采信制度,进而归纳出美国科技证据采信规则嬗变背后呈现的三大特征,即重视对科技证据的“科学性”把关、通过判例不断调整可采

性标准、以程序规制弥合法官采信科技证据的知识鸿沟。对我国鉴定意见采信的现状考察发现,可采性标准的立法尚不完备,存在依据鉴定机构等级评估鉴定意见的误区,法官对鉴定意见的采信存有难点而说理少,司法人员迷信鉴定意见,鉴定意见质证的庭审对抗性不足等问题。鉴定意见采信的完善必须从强化审查鉴定主体、检样提取程序、鉴定原理等环节多管齐下。

最后是结论,梳理各章论证分析的主旨,提炼概括研究的结论。

丛书主编简介

左卫民

法学博士，现为教育部长江学者特聘教授、四川大学法学院博士研究生导师、四川大学研究生院常务副院长、国家“九八五工程”四川大学社会矛盾与社会管理研究创新基地首席科学家、四川省社会科学重点研究基地（扩展）纠纷解决与司法改革研究中心主任，兼任中国法学会理事、中国刑事诉讼法学研究会副会长、四川省法学会副会长、最高人民检察院专家咨询委员等职。主要研究领域为司法制度、刑事诉讼、纠纷解决。

承担了包含国家社会科学基金重大招标项目“和谐社会的构建与人民内部矛盾解决体系的完善”（首席专家）在内的多项国家级、省部级等科研课题；独立或合作出版了《现实与理想：关于中国刑事诉讼的思考》《刑事诉讼的中国图景》《中国刑事诉讼运行机制实证研究》《中国基层纠纷解决研究》等著作十余部；在《法学研究》等期刊上独立或合作发表学术论文逾百篇，其中有四十余篇被《新华文摘》《人大复印报刊资料》《高校文科学报文摘》《中国社会科学文摘》等转载或转摘。研究成果获得部省级一等奖四次、二等奖六次。个人亦获得人事部首批“新世纪百千万人才国家级人选”（2004）、第四届全国十大杰出青年法学家（2004）、教育部首届“青年教师奖”（2000）、教育部首批人文社科“跨世纪优秀人才”（1997）、国务院政府特殊津贴（2001）、四川省学术带头人（2003）等荣誉称号或奖励。

曾为美国哈佛大学、耶鲁大学、哥伦比亚大学、纽约大学，荷兰阿姆斯特丹大学，德国马普刑事法律研究所，中国香港中文大学的访问学者。

目 录

导论	001
一、选题的目的与意义	001
二、中国司法鉴定体制改革之鸟瞰	009
(一) 统一管理体制的探索阶段(2000—2005)	010
(二) 统一管理体制的深化阶段(2005—2014)	013
(三) 改革的经验总结与评述	022
(四) 小结	024
三、刑事司法鉴定文献研究综述	027
四、研究的方法	030
五、总体的框架和主要内容	032
第一章 提高司法鉴定启动程序的正当性	038
第一节 问题的提出	038
第二节 我国鉴定启动制度的变迁与现状	039
一、我国历次刑事诉讼法中鉴定启动制度的变迁	039
二、我国刑事鉴定启动程序的特点	041
三、我国鉴定启动权的性质	043
第三节 我国鉴定启动程序的弊端	044
一、导致多头鉴定、重复鉴定	044

002 刑事司法鉴定程序的正当性

二、鉴定启动权控辩不平衡	045
三、对司法机关鉴定启动裁量权的约束不足	048
第四节 域外鉴定启动程序的比较考察	050
一、大陆法系国家的鉴定启动程序	050
二、英美法系国家的鉴定启动程序	054
三、制度比较的结论	055
第五节 对策与建言	056
一、学界的主要观点	056
二、提高鉴定启动程序正当性的几点把握	057
三、提高鉴定启动程序正当性的具体建议	062
第二章 强化侦查中运用鉴定打击犯罪的正当性	065
第一节 问题的提出	065
第二节 侦查中的司法鉴定的运用	066
一、侦查中使用的比例	066
二、鉴定检样如何收集	068
三、鉴定意见如何进入案卷	069
四、鉴定意见被法庭采纳的情况	070
五、鉴定意见发挥的作用	071
第三节 司法鉴定在侦查中运用存在的问题	075
一、鉴定技术运用尚不充分	075
二、鉴定样本的收集保管不规范	077
三、迷信司法鉴定的误区	078
第四节 对策与建言	079
一、进一步提高侦查中的鉴定技术含量	079
二、规范鉴定样本的收集程序	079
三、转变对鉴定意见迷信的观念	080
第三章 增强侦查中运用鉴定保障人权的正当性	081
第一节 强制采样程序	081
一、问题的提出	081

二、我国强制采样的实践考察	084
三、制度的比较借鉴	090
四、强制采样的理性思考	097
五、结论	107
第二节 鉴定留置程序	108
一、问题的提出:从邓玉娇案件谈起	108
二、我国精神病鉴定程序的立法与实践现状	110
三、精神病鉴定程序的比较考察	117
四、精神病鉴定程序的理性思考	124
五、结论	129
第三节 DNA 鉴定数据库的法律规制	130
一、问题的提出	130
二、我国 DNA 鉴定数据库的实践	131
三、DNA 鉴定数据库的困境	136
四、DNA 鉴定数据库的进路	144
五、结论	153
第四章 提升司法鉴定意见质证与采信的正当性	154
第一节 鉴定意见的开示程序	154
一、问题的提出	154
二、我国鉴定意见开示发展及存在的问题	159
三、鉴定意见开示的制度比较	163
四、我国鉴定意见开示程序的建立	171
第二节 鉴定人出庭作证程序	179
一、问题的提出	179
二、鉴定人出庭率及出庭效果的分析	181
三、结论	196
第三节 有专门知识的人出庭质证	197
一、问题的提出	197

004 刑事司法鉴定程序的正当性

二、解读“有专门知识的人”	198
三、专家参与刑事诉讼的功能和价值	202
四、专家参与刑事诉讼亟须解决的问题	206
五、结论	221
第四节 鉴定意见的采信规则	222
一、问题的提出	222
二、美国科学证据采信规则的嬗变和现状	223
三、美国科学证据采信规则的启示	230
四、我国科学证据采信的现状	235
五、我国科学证据采信的前瞻性思考	241
结语	248
一、如何提高鉴定启动程序的正当性	249
二、如何提高侦查中运用司法鉴定的正当性	250
三、如何提高鉴定意见质证与采信的正当性	254
参考文献	257
致谢	274