



“2011计划” 司法文明协同创新中心项目

专家意见中立性问题研究： 美国法之理论与实务

罗芳芳 著



中国政法大学出版社



“2011计划”司法文明协同创新中心项目

司法鉴定制度改革基本问题研究丛书

总主编：常林

专家意见中立性问题的研究： 美国法之理论与实务

罗芳芳 著



中国政法大学出版社

2015·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

专家意见中立性问题研究: 美国法之理论与实务/罗芳芳著. —北京: 中国政法大学出版社, 2015. 1

ISBN 978-7-5620-5822-9

I. ①专… II. ①罗… III. ①法律—研究—美国 IV. ①D971.2

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第002124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 010-58908285(总编室) 58908334(邮购部)
承 印 固安华明印业有限公司
开 本 880mm×1230mm 1/32
印 张 11.25
字 数 260 千字
版 次 2015 年 1 月第 1 版
印 次 2015 年 1 月第 1 次印刷
定 价 39.00 元

“司法鉴定制度改革基本问题研究”是“2011计划”司法文明协同创新中心之法庭科学创新团队的重点研究项目之一。

给过河的人建座桥（代序）

—

各国司法鉴定模式，无论从其功能价值，抑或学科群基础（自然科学或社会科学）的角度讨论，均强烈地呈现出普适的规律性——两大法系国家在此制度的架构上既有“不约而同”之巧，更有“异曲同工”之妙。而我们的司法鉴定制度改革则独树一帜地“摸石过河”，水位越来越高，石头越藏越深。^{〔1〕}

也许有人会说上述观点脱离国情且有矮化中国特色之嫌，亦会给“普世价值”贴上很多标签。那么，中国与众不同的司法鉴定制度在彰显中国特色的同时，它真的适合现行的司法诉讼制度吗？它确实能为实现公平正义发挥其本体功能吗？它是否能以及在多大程度上能实现司法鉴定科学公正的价值？

〔1〕 目前业内很多人士对“摸石过河”的司法鉴定体制依然推崇备至。

让我们列举中国现实中的几个问题。①公民的科学素养问题。我国人口众多，“中国公民科学素养调查结果表明，中国公民还不具备较好程度的科学精神和科学意识，也就是说，中国公民还不具备较好分辨科学和伪科学的能力、基本的科学思维方法以及用科学方法思考和解决社会及生活中的各种问题的能力”。^{〔1〕}科学素养（scientific literacy）的高低决定了诉讼参与者能否对司法鉴定做出明智的理解和判断。②社会的诚信文化和精神信仰问题。有学者认为^{〔2〕}，中国“诚信危机的主体由个体向群体组织，由熟人向陌生的他者蔓延，传统诚信理念未能实现现代转换而渐失规导作用”；“诚信缺失的手段由低技术含量向高技术含量变化，从而表现出更大的隐蔽性”；“对缺诚失信由一致谴责向谴责、无奈抑或宽容等多元态度重叠转变”。根植于这种土壤中的市场化的司法鉴定行业必然奇葩般地茁壮成长。③司法体制的行政化，刑事诉讼的“流水作业”。十八届四中全会提出了“推进以审判为中心的诉讼制度改革”和“全面贯彻证据裁判规则”等一系列改革措施，这说明我国司法运行过程中还存在很多问题。综合上述中国国情的特点，不禁想问，我们到底需要一个什么样的司法鉴定体制？

在考察、比较世界各国司法鉴定制度后，我们发现了一些共同的特点：有贯穿制度始终的普适原则，与国情契合而又功效最大化，与司法契合且有助于实现诉讼价值。国外司法鉴定制度已经发展成为相对成熟的模式，完全可以在借鉴

〔1〕 王晶莹等：“中国公民科学素养调查纵向比较”，载《科技导报》2013年第31期。

〔2〕 黄明理等：“论社会主义市场经济条件下的诚信信仰危机及其克服”，载《毛泽东邓小平理论研究》2009年第3期。

其有益经验的基础上筑建我们的“桥梁”。“从桥上过”优于“摸石过河”。

近年来，伴随我国司法鉴定制度改革，有关司法鉴定制度何去何从的讨论如火如荼，但似乎改革与理论研究均陷入了瓶颈：与轰轰烈烈的改革相对应的是“旧病未除，又添新病”的现实；而绝大多数的理论研究仅停留在“头痛医头，脚痛医脚”的对策研究层面，缺乏理论的深度，无法从根源上厘清问题产生的根源，缺乏系统的解决路径。

特别有意思的是，在研读十八届四中全会文件精神的过程中，司法鉴定业内有些人士形成两点认识。一是，“行政机关要坚持法定职责必须为、法无授权不可为”的要求，社会和个人成立司法鉴定机构的审批程序将会进一步开放。趋之若鹜的申请者欣喜若狂，“无限商机”的司法鉴定市场将更加“繁荣”。二是，对“健全统一司法鉴定管理体制”的理解，在谁也没有搞懂“统一”是何意的情况下，人们如沐春风般地进一步琢磨“三大类”外的技术领域。这样的态势，也许会形成有影响力的“管理权力扩张论”，那种梦境般的、富有智慧和技巧的，或者需要刮骨疗伤的“体制统一论”，将被束之高阁。毫无疑问的是，没有统一的体制（顶层设计）就不可能产生统一的管理。

二

为什么要“建座桥”的问题，与国外同行已经无法深入讨论；缺乏共同的问题意识，真正成为中国人面临的命题。但现在我们同时又感觉到，即使在国内与官员、司法鉴定人

沟通，语境、平台依然存在藩篱。

诉讼活动因遭遇专门性问题而衍生了查明事实真相的障碍，为消除这个障碍，各国立法将拥有专门知识的人安置在诉讼程序之中，并因不同的诉讼模式形成了各具特色的鉴定人制度与专家证人制度。“法院之判决几乎以各鉴定机构之鉴定结果作为认定事实之依据，故鉴定制度设计是否周全，直接影响司法机关之审判品质，并可深刻强化对人民诉讼权利之保障。”^{〔1〕}一种制度的产生、完善和具体运作，必然需要某种理论为其提供正当性基础，并在这种基础之上构建其发展方向、管理模式和运行机制。

鉴于此，本课题组拟开展司法鉴定制度改革的基础问题研究——忽略大陆法系和英美法系解决诉讼中专门性问题的形式差异，跳出对策法学的研究框架，将诉讼中的专门性问题作为司法鉴定的研究对象；从司法鉴定的本质出发，提炼出科学性、中立性和公益性这三个制度构建的基本原则，并在此基础上建立鉴定意见质证的基础理论模型；最终设计提出中国司法鉴定制度改革的模式架构，以期为中国司法鉴定制度的进一步深化改革提供参考借鉴。

关于司法鉴定属性及其派生之原则等问题，我们近年来通过与老师、学生的交流研讨，目前形成以下思路（见下表），供同行参考批判。司法鉴定本体属性随着深入研究也在不断丰富和完善，当然，因立场、观点的差异，在学界争议很大，这几年关注趋冷。

〔1〕 朱富美：《科学鉴定与刑事侦查》，中国民主法制出版社2006年版，第8页。

司法鉴定属性及其派生之原则

司法鉴定本体属性	主体的专家性 内容的科学性 程序的法律性 证据的生成性
司法鉴定制度构建原则	科学性 中立性 公益性
司法鉴定活动特点	案情依赖性 检材特定性 能力经验性 方法稳定性 引用权威性 程序合法性 意见专家性 出庭中立性

司法鉴定制度构建的三个基本原则我讨论得很多^{〔1〕}，总体来说显得曲孤和寡，反对者亦寥寥无几。为了“爱恨情仇”的司法鉴定事业，为寻找司法鉴定制度改革之路，我们终会鼓吹呐喊。当有一天我们都走在彩虹般的“桥”上时，这套所谓的司法鉴定制度改革理论也将随风而逝，我们也期待着它尽快走向消亡。

科学性是司法鉴定属性之魂，在研究司法鉴定各类问题时均须论及，角度和层次虽有不同，但研究和论述难度较大。

〔1〕 参见常林：《司法鉴定专家辅助人制度研究》，中国政法大学出版社2013年版；常林：“我们应该做些什么”，载常林主编：《法庭科学文化论丛》（第1辑），中国政法大学出版社2014年版；常林：“司法鉴定乱象之因”，载《中国司法鉴定》2014年第4期。

司法鉴定中立性和公益性有些明知故论，求证一个类似于常识的规律或者定律，有故弄玄虚之嫌。有鉴于此，在中立性问题上，只好选择美国的专家证人制度。人们总是会问：美国的专家证人有中立性吗？我们按照中国人的思维梳理美国司法鉴定中的中立性问题，略显诡异和滑稽；而在公益性问题上，只好选择从司法鉴定的功能上寻找国家和政府应该扮演的角色。其实，在中国，司法鉴定公益性是实现科学性和中立性的重要条件，换言之，司法鉴定公益性的缺失必将严重影响司法鉴定的科学性和中立性，甚至会带来毁灭性的后果。

为求理论体系完整，我们增加了：①有关“专门性问题”的研究，明确司法鉴定的对象是司法鉴定制度理论研究的基础，也是我国司法鉴定制度运行、发展和改革的基础；②有关鉴定意见质证的研究，我国鉴定人出庭质证（交叉询问+对质）一直没有完全实现，其对司法鉴定制度的改革也自然没有产生更加积极的功效；③有关司法鉴定制度改革的蓝图，这是建造“桥”的图纸，在白纸上随意涂抹自觉轻松惬意，漫步桥头，心野无羁。

三

我对“司法鉴定”着实有些疯狂，血液和骨子里都流淌着、蕴藏着浓热的“司法鉴定”味道。学术不才，只好将我的博士生们强拉“入伙”，热衷于“司法鉴定”。可能因为我是法医，所以很有福气，我的学生团队还算上进好学，更重要的是个个本性敦厚，心地良善。我们四年前策划该专题，

师生互学，反复论证，这套丛书是集体智慧的成果^{〔1〕}：

①司法鉴定专门性问题的研究（刘振红博士）；②司法鉴定中立性问题的研究（罗芳芳博士）；③司法鉴定公益性问题的研究（刘波博士）；④司法鉴定科学性问题的研究（李苏林博士）；⑤司法鉴定意见质证问题的研究（李冬博士）；⑥司法鉴定制度构建模型（常林教授）。整套丛书预计2016年全部出版。

我们的学术功底有限，观点难免偏颇，或者引用学者们的成果尚欠规范，总之，希望给予谅解。我们只是想“给过河的人建座桥”，希望中国的司法鉴定事业能够找到适合其健康成长的土壤。

感谢我的学生团队，点燃激情和迸发思想；感谢张保生教授对我事业的影响；感谢“2011计划”司法文明协同创新中心和政法大学出版社的鼎力支持。

吾业神圣，唯心怀敬畏。

常林

2014年12月

〔1〕 由于丛书尚在编写过程中，无法列出准确的书名。

前 言

美国对抗制诉讼中的专家意见具有中立性么？这可能是您看到这本书的书名时，脑海中浮现出的第一个问题。

所谓“专家意见”(expert opinions)，又称“专家证言”(expert testimony)，是英美法系专家证人制度的一个专有名词，是指因知识、技能、经验、训练或教育而具备专家资格的人以其就某个科学上的、技术上的、职业的或其他专门性问题所提出的证据，以帮助事实裁判者理解证据或确定争议事实。诉讼活动因遭遇专门性问题而衍生了查明事实真相的障碍，为消除这个障碍，英美法系国家和大陆法系国家将拥有专门知识的人安置在诉讼程序之中，并因不同的诉讼模式形成了各具特色的专家证人制度和鉴定人制度。

美国的专家证人制度和我国的司法鉴定制度之间虽然存在着诸多不同之处，但二者在功能上具有一致性，皆是运用专家证人/司法鉴定人的专门性知识来帮助事实裁判者理解证据或确定争议事实。在应然层面，专家证人/司法鉴定人作为事实裁判者助手的角色和职能以及对专家意见可靠性的要求决定了中立性在这两种制度中的重要地位。就诉讼而言，中立是指有关事项的裁断者或处理者应当对与该事项有利害关系的诉讼主体保持不偏不倚的态度，不得偏袒任何一方或对某一方有偏见，需要同时满足实体正义和程序正义的要求。作为事实裁判者助手的专家的中立性是专家意见权威、可靠、公正的基本保障，也是裁判者做出准确裁决的前提。但在美国和中国的诉讼实践中均存在着中立性的问题，影响了公正审判和司法权威。本文的基本思路在于通过对美国专家意见中立性问题的研究，以期对我国司法鉴定制度改革中如何保障司法鉴定（鉴定人+专家辅助人模式）的中立性提供参照。

无论是从历史发展还是从立法本意来看，美国设立专家证人制度的初衷是运用专家证人所具有的科学、技术或者其他专门知识，以意见或者其他形式帮助事实裁判者厘清案件中的专门性问题，以得出正确的裁决结果。但美国在对抗制背景下分别由双方律师选择、聘请并向其支付高额报酬的方式却偏离了使用专家证人的本意，使得本应中立的专家变成了支持一方当事人的武器，制造出不必要的、过度的混淆。另一方面，法庭科学实验室与执法部门的行政依附关系和职业依附关系也对刑事诉讼中法庭科学专家意见的中立性造成了很大的影响。而身为“外行”的事实裁判者本就对专家们所提出的专业意见以及意见的基础缺乏认知能力，面对法庭上相互对立或矛盾的专家证人更是无法做出准确的辨别和裁

判。美国诉讼中对专家证人的使用产生了两个巨大的困境：因偏向性而产生的不可靠的专家意见以及对专家意见的不信任；事实裁判者对专家意见的认知缺陷使得无法对因偏向性而产生的不可靠且相互矛盾的专家意见做出裁判。可以说，对中立性的背离是美国专家证人使用过程中的最大问题。美国的理论界和实务界充分意识到了这一问题及其带来的严重后果，分别在诉讼程序中（如：对专家证据的全面开示、对专家意见可靠性的严格审查、对专家证人的交叉询问以及中立专家的使用）和专业行业领域内（如：专家证人的行业自律、法庭科学试验室质量控制以及对专家证人责任的追究）设计了一系列机制来解决这个问题，以保障专家意见的中立性。

我国的司法鉴定虽然确立了初步的中立观，如由法院来启动鉴定程序，将鉴定人作为职权主义的产物，将其定位为法官的助手而非当事人的智囊，并赋予了当事人申请鉴定人回避的权利，但与中立性在诉讼和司法鉴定中的应有地位相比，现有制度对司法鉴定中立性的保障非常不足。从总体上来说，我国的司法鉴定缺乏中立性，表现在司法鉴定中立性理念的缺失、司法鉴定主体不独立、司法鉴定缺乏科学统一的标准、当事人缺乏司法鉴定的充分参与权、司法鉴定缺乏切实有效的责任追究机制等。近年来，我国诉讼模式的改革使得产生于强职权模式下的司法鉴定体制与新庭审方式的矛盾日益突出，有关引入专家证人制度的改革构想成为我国司法鉴定制度改革中的热门话题。在移植国外法律制度的过程中必然要考虑到该制度在他国实际运行中的优势以及弊端，好的地方要在综合考虑我国国情和现实的基础上拿来为我所用，不好的地方要在仔细分析的前提下尽量避免。专家意见

的中立性就是我国在司法鉴定改革过程中必须重点注意的问题。我国现行的司法鉴定制度中本就缺乏中立性及其保障机制，而即将引进的英美专家证人制度中长期以来饱受诟病的专家意见偏向性问题也必须引起我们的足够重视。我国在司法鉴定改革的过程中，一方面要有选择地吸收美国专家意见中立性的保障机制；另一方面要充分意识并极力避免用对抗的方式使用专家所带来的偏向性问题。最后，本文就我国司法鉴定的实际情况，结合美国专家意见中立性问题及其保障机制，对保障我国司法鉴定中立性的制度做了一个简单的构建。

本书有以下几个方面的特点。

第一，在摒弃大陆法系和英美法系不同诉讼模式中解决专门性问题形式差异的前提下，提出广义的“专家意见”的概念；在对专家意见的本质特征进行探究的基础上，提出了“专家意见应当具有中立性”这一命题。随着时代的发展，法庭审判中出现的专业问题越来越多，越来越复杂，也就越来越依赖那些在案件争点所涉及的领域中具有丰富经验或知识的专家出庭作证，来帮助裁判者理解案件中的专门性问题或确定争议事实。专家，英美法系作为证人，大陆法系作为鉴定人，在法庭上向事实裁判者提供属于其本专业领域的、与案件事实相关的信息。这些信息既无法从外行的事实证人证言中获得，也不属于事实裁判者自身的知识范围，它们被用来帮助事实裁判者理解证据或确定争议事实。这种信息被称作专家意见。此外，本书从专家意见的本质特征出发，认为由于专家意见的科学性和专业性基础，专家证人/司法鉴定人作为专业评判者的职能，专家证人/司法鉴定人在法庭上充当的事实裁判者助手的角色，以及诉讼中对专家意见可靠性

的要求决定了专家意见应当具有中立性。中立性是保证专家意见可靠性的基石，也是公正审判的前提。

第二，以剖析美国专家证人制度中的偏向性问题及其多重解决机制为切入点，参考了大量第一手资料（包括成文法典、判例、论文、专著），从一个新的视角深入研究了这一重要制度，纠正了我国理论界和实务界认为美国专家证人制度中不重视、不保障甚至不存在专家意见中立性的误解。实际上，专家意见的偏向性问题是美国现代专家证据制度中最根本、最严重的问题。近 150 年中通过不间断的批判、反思、争鸣、试验，司法界进行了诸多改革，分别在外部（诉讼程序中）和内部（专业行业领域内）设计出了一系列机制来试图缓解这一问题，通过保障专家意见的中立性来增强专家意见的可靠性，充分发挥专家证人帮助事实裁判者理解证据和确定争议事实的作用。

第三，通过对我国司法鉴定中立性问题的批判，在对美国诉讼中逐步建立的各种专家意见中立性保障机制进行反思和借鉴的基础上，第一次就如何保障我国司法鉴定中立性进行了制度构建。中立的专家证人似乎与美国的对抗制格格不入，但实践中却有诸多的保障和规制措施；鉴定意见的中立性似乎是我国司法鉴定制度中的应有之义，但实践中并不是那么完美。如今，我国正处于司法鉴定改革的关键时期，司法鉴定人+专家辅助人的模式已初步形成，对于二者的定位学界也莫衷一是。这种对比、反差和改革过程中出现的问题不得不引发我们的思考。我国司法鉴定制度虽确立了初步的中立观，但从总体上来说，我国的司法鉴定缺乏中立性，中立性是司法鉴定的基本属性，它要求司法鉴定机构和鉴定人应当具有相对独立的地位，在司法鉴定过程中公正平等地对

待双方当事人，遵循科学原理，依照科学的程序和要求进行鉴定活动，提供鉴定意见。司法鉴定的中立性不是简单地对某个司法鉴定机构或鉴定人诉讼地位和角色的限制，而是在司法鉴定的启动、实施，鉴定意见的采纳、评判等各个环节和程序中所必须遵循的原则，是对参与鉴定的鉴定机构、鉴定人以及适用鉴定意见的法院所提出的共同要求。

目 录

给过河的人建座桥 (代序)	1
------------------------	---

前 言	1
-----------	---

第一章

专家意见及其中立性概述	1
-------------------	---

第一节 专家证人概述	1
------------------	---

一、专家的概念和特征	1
------------------	---

二、专家证人的含义和资格要求	4
----------------------	---

第二节 专家意见的范围和基础	8
----------------------	---

一、专家意见的含义及其在美国审判中的使用概况	8
------------------------------	---

二、专家意见的范围	10
-----------------	----

三、专家意见的基础	14
-----------------	----

第三节 专家证人的职责与角色定位	17
------------------------	----