



2012年司法部课题项目

“专家辅助人制度的中国模式研究”（12SFB2028）

中央财经大学学术著作基金资助出版

Supported by Central University of Finance and Economics Scientific Fund

郭 华 著



专家辅助人制度的 中国模式

The Chinese Mode for
the System of Experts' Assistants



经济科学出版社
Economic Science Press

中央财经大学学术基金资助出版

2012 年司法部课题项目“专家辅助人制度的中国模式研究”(12SFB2028)

专家辅助人制度的 中国模式

郭 华 著

经济科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

专家辅助人制度的中国模式/郭华著. —北京:
经济科学出版社, 2014. 12
ISBN 978 - 7 - 5141 - 5140 - 4

I. ①专… II. ①郭… III. ①司法制度 - 研究 -
中国 IV. ①D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 252476 号

责任编辑: 王 娟 张 力
责任校对: 郑淑艳
责任印制: 李 鹏

专家辅助人制度的中国模式

郭 华 著

经济科学出版社出版、发行 新华书店经销
社址: 北京市海淀区阜成路甲 28 号 邮编: 100142
总编部电话: 010 - 88191217 发行部电话: 010 - 88191522

网址: [www. esp. com. cn](http://www.esp.com.cn)

电子邮件: [esp@ esp. com. cn](mailto:esp@esp.com.cn)

天猫网店: 经济科学出版社旗舰店

网址: [http: //jjkxcbs. tmall. com](http://jjkxcbs.tmall.com)

北京季蜂印刷有限公司印装

710 × 1000 16 开 14.5 印张 250000 字

2015 年 1 月第 1 版 2015 年 1 月第 1 次印刷

ISBN 978 - 7 - 5141 - 5140 - 4 定价: 36.00 元

(图书出现印装问题, 本社负责调换。电话: 010 - 88191502)

(版权所有 侵权必究 举报电话: 010 - 88191586)

电子邮箱: [dbts@ esp. com. cn](mailto:dbts@esp.com.cn))

前 言

本书是对专家辅助人制度中国模式的探索，以目前亟待解决的问题为导向，注重发现中国司法实践遭遇的问题和国外立法历经的教训，纠缠于学术研究放逐职权主义模式的限度，合谋于比较法研究吸收当事人主义权利保障模式的惯习，根植于法律文本的法理解读，预测了完善专家辅助人制度隐含的未来方向，架构了不同于英美法系国家专家证人制度又有异于大陆法系国家鉴定制度内部改良的“专家辅助人制度的中国模式”。

本书的基本研究路线是，从专家辅助人的实践语境、立法现状解读其制度的基本内涵，从纷呈的学术观点与实践的不同做法中抽象出专家辅助人的诉讼地位；通过实证调研与理论探讨推演出专家辅助人参与诉讼程序以及需要享承的权利义务，对其提出意见的效力作出分析；从洞察出的专家辅助人参与诉讼的风险，探索出风险控制的机制；在以上研究的基础上设计出中国式的专家辅助人制度，力求为专家辅助人制度中国模式的建设提供解决问题的图景，旨在消除以往中国司法制度建构上的西方制度与中国制度之间价值等级制的不良影响。

本书的研究结论为，我国专家辅助人制度需要吸取英美法系国家专家证人制度保障当事人诉讼权利尤其是专家同侪在法庭上进行专业问题对质的有益经验，弱化职权主义专家辅助人非中立性的成分，在尊重中国现行司法制度历史连续性的背景下实现专家敬重科学与保持中立的职业道德与司法制度苛求，架构以“专家辅助人制度作为鉴定制度补充”的创新制度。

目 录

导论	1
第一章 专家辅助人的界定	12
第一节 专家辅助人的实践语境	12
第二节 专家辅助人的立法规范	29
第三节 专家辅助人的制度解读	34
第四节 专家辅助人制度的价值	46
第二章 专家辅助人诉讼地位	50
第一节 专家辅助人诉讼地位的争议	50
第二节 专家辅助人诉讼地位的界定	68
第三节 专家辅助人诉讼地位的架构	83
第三章 专家辅助人的权利义务	93
第一节 专家辅助人的权利义务概述	93
第二节 专家辅助人的权利及保障	109
第三节 专家辅助人的义务及责任	116
第四章 专家辅助人参与诉讼程序	126
第一节 专家辅助人的启动程序	127
第二节 专家辅助人参与诉讼程序	145
第三节 专家辅助人参加庭审程序	159
第四节 专家辅助人法庭提出意见程序	167
第五章 专家辅助人意见的效力	172
第一节 专家辅助人意见的功能	172



专家辅助人制度的中国模式

第二节 专家辅助人意见的性质 176

第三节 专家辅助人提出意见的效力 188

第六章 专家辅助人参与诉讼的风险控制 196

第一节 专家辅助人参与诉讼的风险 196

第二节 专家辅助人参与诉讼的风险控制 206

结论 217

参考文献 220

后记 223

导 论

司法鉴定对于准确查明案件事实具有至关重要的作用。英国伦西曼皇家委员会的刑事法庭研究 (the Runciman Royal Commission's Crown Court Study) 发现, 在所有存在争议的起诉案件中, 几乎 1/3 涉及专家证言。在 2/5 强的案件中, 专家证言被评价为“非常重要”, 在另外 1/3 的案件中被认为“相当重要”。^① 美国兰德公司的司法统计数据显示, 美国在 86% 的审判案件中使用了专家作证。^② 据统计, 2013 年我国全国法院共受理各类案件 1337 万多件^③, 全国社会鉴定机构的司法鉴定总量为 167523 件,^④ 再加上侦查机关鉴定机构鉴定数量, 其鉴定总量占案件总数的 2% 左右。鉴定人作为专家参与诉讼活动, 可以充分保障当事人的诉讼权利、维护程序正义、促进案件事实走向明晰化; 通过鉴定人出庭让“科技说话”的方式实现诉讼希冀的“看得见”的司法公正。基于此, 世界各国的诉讼制度或者证据制度对鉴定人制度或者专家证人制度的出庭作证问题特别关注, 并作出明确且相对具体的规定。据我国司法实务部门统计, 自 2008 年以来, 安徽淮南市两级法院司法鉴定案件逐年持续增长: 2008 年 191 件, 2009 年 287 件, 2010 年 277 件, 2011 年 290 件, 2012 年 294 件; 2009~2012 年, 司法鉴定案件年增长率分别为 50.26%、3.5%、4.7%、1.4%。而鉴定人出庭案件却为 0 件。^⑤ 再如, 2013 年, 北京市司法鉴定机构全年共完成司法鉴定 48348 件, 司法鉴定人出庭 390 人次, 占鉴定案件的 0.8%。而司法鉴定信访投诉人 532 批次, 超过了鉴定人出庭的人次。^⑥

① 参见 [英] 麦高伟、杰弗里·威尔逊主编:《英国刑事司法程序》, 姚永吉等译, 法律出版社 2003 年版, 第 238 页。

② Samuel R. Gross, Expert Evidence, 1991 Wis. L. Rev. 1113, 1119.

③ 参见杨维汉:《全国法院 2013 年共受理各类案件 1337 万多件》, 载《法制日报》2014 年 2 月 1 日。

④ 参见司法部司法鉴定管理局:《2013 年司法鉴定业务情况统计表》, 载《司法部司鉴局简报》2014 年 3 月 27 日。

⑤ 参见吴芸:《有关新民事诉讼法鉴定人出庭作证问题的调研报告》2013 年 6 月 9 日。http://www.law-lib.com/lw/lw_view.asp?no=24274。访问时间 2014 年 6 月 10 日。

⑥ 参见《北京司法鉴定》2014 年第 2 期。



然而，由于鉴定人蕴含专家带来的潜在偏向性及其所利用专门知识或者科学的不确定，尤其专家身份及其携带超越常人智能的科技因素，在一定程度上隐藏或者遮蔽了所提供鉴定意见带来的风险，即使诉讼制度要求鉴定人或者专家证人出庭作证，也难以解决他们之间因专门知识的隔阂引发当事人、法官对鉴定意见的分歧与争议，作为解决问题的鉴定制度在某些案件中还会演变出比其解决的专门性问题更加突出、更复杂的鉴定意见作为证据的“是非之王”问题，以至于各国在改革鉴定制度或者专家证人制度上不断寻求、探索、研究破解其带来的新问题。专家辅助人制度则是破解这些难题中新增的制度之一。

一、专家辅助人制度弥补鉴定制度的规则贫困与功能迁移

我国2012年修改的《刑事诉讼法》和《民事诉讼法》在借鉴国外先进经验的基础上吸收了其他法律、法规的合理之处，对鉴定人出庭作证作出了明确的规定^①，并实行比证人更为严格的甚至近乎绝对性的传闻证据规则^②，即“鉴定人拒不出庭作证的，鉴定意见不得作为认定事实的根据”或者“定案的根据”。为了保障鉴定人出庭作证获得预期的实质性效果，保证鉴定意见作为定案根据的质量以及维护公正的审判程序，无论是《刑事诉讼法》的修改还是《民事诉讼法》的修改，均不惜额外添加诉讼参与人以及再次投入诉讼成本，增加了“有专门知识的人”出庭对鉴定意见或者专业问题提出意见的制度，即“专家辅助人制度”。《刑事诉讼法》第一百九十二条第二款、第四款规定：“公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人可以申请法庭通知有专门知识的人出庭，就鉴定人作出的鉴定意见提出意见。”“第二款规定的有专门知识的人出庭，适用鉴定人的有关规定。”《民事诉讼法》第七十九条规定：“当事人可以申请人民法院通知有专门知

① 我国《刑事诉讼法》第一百八十七条第三款规定：“公诉人、当事人或者辩护人、诉讼代理人对鉴定意见有异议，人民法院认为鉴定人有必要出庭的，鉴定人应当出庭作证。经人民法院通知，鉴定人拒不出庭作证的，鉴定意见不得作为定案的依据。”《民事诉讼法》第七十八条规定：“当事人对鉴定意见有异议或者人民法院认为鉴定人有必要出庭的，鉴定人应当出庭作证。经人民法院通知，鉴定人拒不出庭作证的，鉴定意见不得作为认定事实的根据；支付鉴定费用的当事人可以要求返还鉴定费用。”

② 一般来说，经人民法院通知，鉴定人拒不出庭作证的，鉴定意见不得作为定案的依据或者认定事实的根据，而经人民法院通知，证人拒不出庭作证的，其相应的法律后果仅仅是被追究直至刑事拘留的法律责任，却没有规定不出庭作证的证人证言不得作为定案根据的后果。相反，经过查证其证言的真实性可以确认的，可以作为定案的根据。参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第七十八条第三款的规定。



识的人出庭,就鉴定人作出的鉴定意见或者专业问题提出意见。”这一新制度的确立与实施不仅有利于维护当事人的合法权利,保障了当事人质疑鉴定意见的能力,也有助于澄清当事人在鉴定意见上的异议,有助于协助法官发现鉴定意见存在的瑕疵或者错误,为其选择鉴定意见提供了理性的平台,从而能够更好地实现司法公正。^①

我国《刑事诉讼法》和《民事诉讼法》增设的“有专门知识的人”规定即设立的专家辅助人制度,在整个法律中仅仅规定一条或者一款,与鉴定制度相比,其内容不仅相当简约,而且还过于原则,仅体现作为一项制度的程序意义。据统计,2012年修改的《刑事诉讼法》对1996年《刑事诉讼法》涉及鉴定的7个条款中的4个条款进行了修改,其修改内容占所有鉴定条款的57.14%;同时,又新增加了2个条款,占有修改内容的50%。其中,在鉴定制度层面上有所改变且具有制度改革意义的规定有2条,占有所有鉴定条款的28.57%。^②而2012年修改的《民事诉讼法》将原《民事诉讼法》第七十二条改为3条(第七十六条、第七十七条、第七十八条),又增加1条作为第七十九条^③,其修改内容与数量相对其他法定证据类型无疑属于最多的,凸显了鉴定制度在现代诉讼中特殊作用。然而,有关专家辅助人的规定不仅简略,而且没有相配套的其他制度予以协调。尽管这一制度的设置是作为鉴定制度的补充,但作为一项制度,在其资格界定、适用范围、诉讼地位等实体要件以及相关程序要件上还需要明确并使其细化。如果程序要件阙如,则会导致这一制度在实践运行中遇到诸多法律依据上的障碍,其有序运行难以保障。比如,专家辅助人在何种阶段或者何时、以何种身份参与诉讼?应当以何种方式参与诉讼?参与诉讼后在程序中究竟应该扮演何种角色?等等。这些作为一项制度在实施过程中必备的要件问题,如果在理论上再没有一个清晰的路线,就会在司

^① 郭华:《刑事诉讼专家辅助人出庭的观点争议及其解决思路》,载《证据科学》2013年第4期。

^② 郭华:《刑事鉴定制度修改的背景、争议及解读》,载《证据科学》2012年第2期。

^③ 我国《民事诉讼法》第七十六条、第七十七条、第七十八条、第七十九条规定:“当事人可以就查明事实的专门性问题向人民法院申请鉴定。当事人申请鉴定的,由双方当事人协商确定具备资格的鉴定人;协商不成的,由人民法院指定。当事人未申请鉴定,人民法院对专门性问题认为需要鉴定的,应当委托具备资格的鉴定人进行鉴定。”“鉴定人有权了解进行鉴定所需要的案件材料,必要时可以询问当事人、证人。鉴定人应当提出书面鉴定意见,在鉴定书上签名或者盖章。”“当事人对鉴定意见有异议或者人民法院认为鉴定人有必要出庭的,鉴定人应当出庭作证。经人民法院通知,鉴定人拒不出庭作证的,鉴定意见不得作为认定事实的根据;支付鉴定费用的当事人可以要求返还鉴定费用。”“当事人可以申请人民法院通知有专门知识的人出庭,就鉴定人作出的鉴定意见或者专业问题提出意见。”



法实践中造成适用上的困惑或者异化使用,要么滥用,要么误用,其效果恐事与愿违。当事人和法官在运用专家辅助人的时候,如果缺乏明确有效的指引,无疑增加了诉讼的不规范性,不利于专家辅助人制度在我国的顺利推行。^①“为了解决诉讼中的专门性问题,我国民事诉讼中存在三种机制——专家陪审员、鉴定人、专家辅助人,如果再加上由法院聘请的非鉴定人专家,则存在四种机制。如何在诉讼程序中合理地运用这些机制,不至于造成专业人员的过度使用,是今后的诉讼实务需要妥善应对的问题。”^②

实质上,“诉讼实务需要理论应对”的问题并不限于此,还存在立法不明确造成的专家辅助人身份的边缘化、诉讼地位的模糊化以及相关权利义务与程序运行中的各行其是,致使该项制度在建设之初就产生逃逸制度的规范,游走于法律边缘等问题,其供给诉讼制度的仅仅是所谓“拿人钱财、替人消灾”的质疑、漠视和嘲讽的专业不信任或者仅仅涉及鉴定枝节末梢的犀利唇战,专家辅助人异化为“游戏科技”的“讼师”,法庭也就成为专家观点争斗且没有硝烟的宣讲个人科学实验报告的“战场”与相互诋毁同侪的讥讽“平台”,国外专家证人力求革除的弊端被搬入中国并在中国法庭上演。甚嚣尘上的“复旦投毒案”所谓“愚人节”捉弄会演变为专家之间捉弄的“愚人案”。基于此,无论是理论研究还是司法实务,都应当关注专家辅助人制度在我国的意义以及功能,将其作为解决我国鉴定人出庭作证在质证方面专门知识贫困的补充制度,充分发挥其在科学技术或者专门知识方面对当事人诉讼权利保障的作用,并将其作为一项制度来建设,将其放置在鉴定制度的补充制度以及促进鉴定制度改革的位置上予以规范,保障其质疑鉴定意见或者就专业问题提出的意见能够维护当事人程序性宪法权利的功能,进而维护司法公正。

二、专家辅助人制度规范缺失的尴尬与模式纾解

由于当事人与法官短缺专门知识,在司法实践中常常出现对鉴定意见过分信赖或者过分怀疑,而诉讼代理人或者辩护方对鉴定意见的质证能力不足,加剧了对鉴定不断重复进行的频次,影响了诉讼的效率,也折损了司法公正。因此,构建有效的审查机制来辨别鉴定意见的真伪,尤其是对当事人存在异议的鉴定意见或者法庭需要明晰的专业问题由专家提出意

^① 参见肖海霞:《困境与出路:我国民事诉讼专家辅助人制度之实证分析》,全国法院第25届学术讨论会论文。

^② 参见李浩:《民事证据的再修订》,载《中外法学》2013年第1期。



见,显得尤为重要。尽管《刑事诉讼法》或者《民事诉讼法》对司法鉴定问题的修改没有达到学者所期待的目标或者未完全按照学者所提供的建议稿予以安排,其中部分条款仍接受了学者的建议并吸收司法鉴定体制改革的部分成果,但在规范职权机关鉴定活动尤其是保障控辩双方质疑鉴定意见权利方面前进了一大步,其积极意义是值得肯定的。由于鉴定人、专家辅助人等专家参与诉讼规范的散乱化,甚至还存在制度安排碎片化、制度功能边界的模糊、制度关系的不明确以及规范内部的冲突等问题,致使专家制度的具体规则未能形成系统化的衔接机制,有可能导致当事人在诉讼进程中无法与专家有效沟通,再加上理论对有关专家辅助人的介入诉讼的目的、所处的诉讼地位、应有的诉讼权利义务以及提出意见的效力等问题上缺乏一致的认识,在实践操作层面会影响法官对专门性问题认定的公正性和认同度。在专家辅助人制度方面,由于立法未能清晰划分鉴定人与专家辅助人这两类专家各自参与诉讼的目的和作用的界限,造成专家资质标准缺位、权利义务模糊、意见效力混乱、实际适用率低等现象,致使专家辅助人未能发挥监督和补充鉴定制度、切实保障当事人程序权利等应然功效。^①而鉴定人作为“有专门知识的人”与专家辅助人作为“有专门知识的人”在诉讼中的专业较量,鉴定依赖科学所提供的作为证据的鉴定意见与专家辅助人提出的意见在法庭上的意见对峙,使这一做法虽然有利于法官在法庭上理性地选择鉴定意见或者认识专业问题,但有关制度规范的缺失却会引发一些颇具麻烦的制度纠结。基于此,专家辅助人制度作为《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》修改“的一个创新之处,可在实践的基础上继续完善”^②,其完善却需要考虑其作为一项新制度在司法实践中的有效运行以及发挥立法预设的功能,否则会出现事与愿违的情形。

从《刑事诉讼法》涉及专家辅助人的规定来看,似乎仅存第一百九十二条对鉴定意见在法庭质证上提出意见的规定^③,其他条款均无涉及。而仅就第一百九十二条规定的内容而言,其本身却像一个制度性的程序宣告,而不是一个具有可操作的具体程序设置,或者未能体现作为制度的意蕴。在立法已定且立法解释相对困难的情况下,具有法律适用性质的相关

^① 参见韩静茹:《专家参与民事诉讼的类型化分析——以我国民事证据立法的最新动向为背景》,载《西部法学评论》2013年第2期。

^② 郎胜主编:《中华人民共和国刑事诉讼法释义》,法律出版社2012年版,第417页。

^③ 在刑事诉讼法的有关规定与解释上,有关专家辅助人的规定不仅在庭审程序中,还涉及侦查、起诉程序,仅就审判程序也不仅存在庭审,还包括庭前会议等。由于有关刑事诉讼法的规定与解释在实践中的执行效力与《刑事诉讼法》相比较更具有执行效力。



司法解释理应担当其实践操作者应有的职能,对其程序作出进一步的规范,以保证在实践中的统一性。也就是说,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称《法院刑诉法解释》)应该从微观和具体的操作层面对该制度作出操作性的规定,细化完善以适应司法实践实施之需要。^①然而《法院刑诉法解释》在第二百一十六条、第二百一十七条涉及“有专门知识的人”的规定,仅规定了“不得旁听对本案的审理”、“申请法庭通知有专门知识的人出庭,就鉴定意见提出意见的,应当说明理由”和“适用鉴定人出庭的有关规定”。不仅如此,在法条规定的内容之外还增加了有专门知识的人提供的“检验报告可以作为定罪量刑的参考”^②。《法院刑诉法解释》除了将其视为“实现有专门知识的人与鉴定人的对抗”^③以及要求申请人“说明理由”和限制出庭的人数外,也少有实质性规定,未有任何规范意义上的进步。如果上述问题在解释上不予解决,一味地等待立法使问题得以纾解,恐因立法的时间过长或者立法解释无暇顾及,在漫长无序生长中则会因旧的问题没有解决而新问题又会不断出现,致使创新的制度转化为治丝益棼的搅局者。由于法律对专家辅助人规定的简疏,如何规范专家辅助人仍需要理论澄清与司法实践予以探索。2000年被称为“马拉松式的跨国纠纷的东莞奔驰事件”案就折射出以上问题。^④

1999年1月31日下午,深圳居民蔡壮钦的长子蔡衍鹏开着奔驰S320轿车在广深高速公路虎门路段发生交通事故,车子撞断护栏后坠入路下水沟,蔡衍鹏当场死亡,同车两人受伤。事后,蔡壮钦认为,奔驰车安全气囊未弹出是造成孩子死亡的重要原因。在交涉一年无果的情况下,2000年1月,蔡先生将奔驰的生产商戴姆勒—克莱斯勒股份公司告上法庭。广东东莞中级法院开庭时,华纳博士和蔡德乐博士以专家辅助人的身份出庭,他们在法庭上分别以投影和图表的形式做了3个多小时事故技术分析。两专家认为,护栏的插入是导致驾驶员死亡的关键原因,事故车没有受到直接的正面撞击,没有必要启动气囊。虽然他们在法庭的说明图文并茂且

① 王跃:《专家辅助人制度基本问题研究——以〈民事诉讼法〉第一百九十二条规定为切入点》,载《西南政法大学学报》2014年第1期。

② 参见《法院刑诉法解释》第八十七条规定:“对案件中的专门性问题需要鉴定,但没有法定司法鉴定机构,或者法律、司法解释规定可以进行检验的,可以指派、聘请有专门知识的人进行检验,检验报告可以作为定罪量刑的参考。对检验报告的审查与认定,参照适用本节的有关规定。经人民法院通知,检验人拒不出庭作证的,检验报告不得作为定罪量刑的参考。”

③ 参见江必新主编:《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释理解与适用》,中国法制出版社2013年版,第214页。

④ 参见项仙君:《奔驰诉讼又开庭 专家辅助人出庭被指不合法》,载《南方日报》2003年9月10日。



有声有色，却因未有相关规定而在法庭上未有相应的座位，致使这两位专家在法庭上的“专家辅助人”处境相当尴尬。

在开庭之初，他们与被告的代理人一起坐在被告席上，但遭到原告代理律师的强烈反对。原告代理律师认为，他们不是被告授权的代理人，无权在此位置上就座，因此被请下被告席。对于他们能不能以专家辅助人的身份出庭对事故作出说明，律师也表示不同的看法，并认为，他们受奔驰公司雇请，其中还有奔驰公司的雇员，根本不是独立的专家，所作的也绝非纯技术的分析。在法庭的质证程序还没有完成前，法庭就让他们作这样的演示是不符合法定程序的，这是在误导法庭。因为他们所作的都是一些推理和假设，他们的解释与奔驰公司在事前的解释完全相反，因此不足为信。审判长再三向原告的代表律师予以说明，这两人不是专家证人，他们的说明也不会被采纳为证据，法院允许他们以专家辅助人的身份作一些说明。上述案件中，两位专家的窘境与法庭的一再说明，不仅折射出专家在法庭上需要合法的身份，更需要明确其在法庭上的诉讼地位，否则，不仅专家会遇到尴尬，而且法庭也会处于窘境。否则解决问题的专家成为法庭额外的争议对象，进而导致法庭审理案件的偏向甚至转向。

这些问题在司法实践中不断被暴露出来，司法实践亟待理论予以解释并提出具有指导意义的规则。如上海普陀区法院在司法实践中已遇到下列问题。这些问题主要表现为以下几个方面。

(1) “有专门知识的人”即专家辅助人参与诉讼的主体资格不明朗。由于专家辅助人对鉴定人作出的鉴定意见或者专业问题提出意见，他们应具有相应的专业知识以及专业能力，但是法律对此未作规定，以至于专家辅助人应具备的学历要求、资质要求等问题不明确，造成司法实践对专家辅助人应具备什么条件认识不一、标准各异。即使是地方司法机关的规定也未能明晰。如2014年7月11日，浙江省高级法院《关于专家辅助人参与民事诉讼活动若干问题的纪要》（浙高法〔2014〕100号）第一条规定：“本纪要所称的专家辅助人即为《中华人民共和国民事诉讼法》第七十九条中的‘有专门知识的人’，是指受当事人委托，出庭就鉴定意见或者案件涉及的专门问题提出意见的人。”尽管纪要对专家辅助人做出所谓的定义概念，但在专家辅助人主体资格方面仍模糊不清。对专家辅助人的主体资格标准有待理论或者相关解释予以明确。

(2) 专家辅助人的诉讼地位不清晰。专家辅助人由当事人申请法院通知出庭，但是专家辅助人究竟是由当事人委托还是由法院委托尚不明确，其身份既不同于鉴定人，也不同于证人，究竟以何身份出庭尚不确定，亟



待理论予以说明。

(3) 专家辅助人参与诉讼时间、方式及具体程序“无章可循”，以何种方式、何时及何种程序参与诉讼，无明确规定，致使司法实践各行其是。专家辅助人之诉讼权利与义务无相应规定，在司法实践中极易导致权利义务被滥用或忽视、规避，影响了当事人诉讼权利的保障效果。这些问题需要理论予以指导。

(4) 专家辅助人提出意见的法律属性、效力以及法官采纳的标准不明确，其观点纷呈，即使浙江省高级人民法院《关于专家辅助人参与民事诉讼活动若干问题的纪要》将其“视为当事人陈述”^①，2015年最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（法释〔2015〕5号）第一百二十二条也规定了“具有专门知识的人员在法庭上就专门性问题提出的意见，视为当事人的陈述”。但对专家辅助人发表的意见是否需要质证以及如何质证又成为问题。不仅如此，司法实践将专家辅助人提出的意见按照与案件有利害关系的当事人陈述来审查判断依然存在操作上的困难。如何纾解实践中的困难与解决实践上的问题是理论与探索的应有职责。

(5) 专家辅助人之责任未作规制，如若证实专家辅助人故意发表虚假意见或有其他违法违规行为，最终影响案件正确裁判时，该如何承担责任，缺乏明确的规定。因当事人、法官与专家辅助人之间责任不清，必然会导致相应纠纷增加。这种纠纷在美国已经发生，我国如果视而不见则会出现一些更难解决的纠纷。这些问题如果简单套用鉴定人的责任，则会导致专家辅助人在提出意见方面出现“片面深刻”的尴尬。

(6) 专家辅助人之出庭费用及报酬未有明确规定，其出庭费用包括哪些、什么时候予以支付、支付的具体方式以及费用多寡等没有作出规定，也未明确专家辅助人出庭属于费用还是报酬等本质问题。例如，2013年10月22日，广西柳州市中院在开庭审理某建设集团公司与某预拌混凝土公司买卖合同纠纷案在适用《民事诉讼法》第七十九条规定的专家辅助人制度时出现不忍卒睹的现象。^②

^① 浙江省高级人民法院《关于专家辅助人参与民事诉讼活动若干问题的纪要》第十五条规定：“专家辅助人在法庭上就鉴定意见或者专门性问题发表的意见视为当事人陈述。”

^② 申武：《柳州市中院首次运用新民诉法专家辅助人制度审理案件》，载“柳州中级人民法院网”2014年9月2日访问。该案的合议庭及时向当事人解释我国鉴定人和专家辅助人并存的专家证据制度，以及专家辅助人与鉴定人、证人之间的区别，并告知当事人人民法院不对专家辅助人作资格的审查，且专家辅助人只能对鉴定意见和专业问题发表意见，对其他问题不能参与等规定。在合议庭详细解释说明了专家辅助人制度后，庭审得以顺利进行。



该案的买卖合同纠纷案涉及预拌混凝土质量标准、质量如何检验、预拌混凝土质量与其浇筑的建筑物质量之间的关系等专业方面的问题，经双方当事人申请，合议庭准许有专门知识的人出庭。在庭审中，双方当事人对专家辅助人的资格、能力、专家辅助人的“党派性”以及专家辅助人是否能对案件事实发表意见等问题发生争执，致使庭审一度不能正常进行。

基于以上诸多问题以及司法实践有关专家辅助人制度运行中遭遇的各种困惑，这一新制度在具体实施过程中必然会面临太多的问题，特别需要理论勾勒出一一种模式来纾解因立法不足遗留的实践困惑，期盼理论在相关解释、规定未明确的情形下设计出相应的规则来驱除迷雾，克服在适用方面的窘态，保障专家辅助人制度能够有效运行并对当前存在疑问予以合理解答。

三、专家辅助人制度内部紧张与制度架构

由于司法鉴定具有极强的专业性以及现实中对鉴定意见审查机制和质证环节的形式主义而非实质化，特别需要从理论上对我国《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》相关规定进行制度意义上的诠释，对一些术语的表达在规范意义上进行界定，以免在理解上产生歧义，造成实践中因人而异，从而影响司法的权威。比如，对“有专门知识的人”的表述究竟是按照英美法系国家的“专家证人”进行解释还是按照中国式的“专家辅助人”进行释义？不同的术语不仅具有不同的含义，而且在制度设置上还存在不同功能，其制度构建则表现出不同的样态。立法机关将此问题留给“司法实践完善”，而司法实践则应按照该制度在我国诉讼制度中的功能进行设计，而不得进行非理性的“破坏性试验”，否则，会使专家辅助人不能发挥监督和补充鉴定制度、切实保障当事人的程序权利等应然功效^①，甚至会因专家辅助人参与诉讼放大鉴定意见存在的瑕疵，使裁判者难以对专门性问题作出判断^②，从而给准确判断案件事实带来新的风险或者危胁。如被媒体冠以中国刑事诉讼“专家证人出庭第一人”的安徽黄山民警涉嫌刑讯逼

^① 参见韩静茹：《专家参与民事诉讼的类型化分析——以我国民事证据立法的最新动向为背景》，载《西部法学评论》2013年第2期。

^② 参见[美]斯特龙主编：《麦考密克论证据》，汤维建等译，中国政法大学出版社2004年版，第41页。



供案（以下简称“黄山案”）。^①

2013年4月16日，该案在审讯中出现一位名叫熊军的犯罪嫌疑人死亡而引发了涉案警察被侦查、起诉的“案中案”。民警家属坚持认为，检察院在陷害两位民警，由此曾引发上千名民警联名上书为二人鸣冤的事件。在该案开庭时，法警临时搬来一张桌子作为专家辅助人席位，专家辅助人坐在证人席上，相当于国外的专家证人。该案的专家辅助人认为，自己坐在一个很奇怪的地方——法官对面，靠公诉人一侧，坐在证人席上；当法官问姓名年龄时，像是在审“犯人”，致使出庭的专家辅助人对制度存在一些沮丧而对公正失去信心。然而，在其他一些案件中却呈现出另外一番光景，如重庆市第五中级人民法院在重庆兴正达机械有限公司诉河南正大起重设备有限公司产品生产者责任纠纷案中，首次成功引入了专家辅助人参与诉讼。^②

河南正大起重设备有限公司生产的通用桥式起重机在使用过程中发生事故，造成重庆兴正达机械有限公司两名工人死亡。重庆兴正达机械有限公司在向受害者家属赔偿100余万元后遂提起诉讼。双方当事人的主要争议是起重机是否存在质量问题。河南正大起重设备有限公司在二审中除申请鉴定人出庭作证外，还提出了专家辅助人参加质证的申请。合议庭在庭审中向双方简要释明了专家辅助人出庭的意义和作用，同时明确该专家辅助人参与审理的地位不同于证人，应与提出申请的当事人和委托代理人在法庭上的位置保持一致，并要求其在法庭上只能对鉴定人作出的鉴定意见或者专业问题提出意见，对专门性问题之外的其他问题尤其是法律问题不能参与或者涉猎。

这种相同的专家辅助人在不同法庭上的反差，体现出该制度在运用之初因未有相关制度约束而有被滥用之虞。从目前来看，专家辅助人的角色、定位、权利义务仍有待进一步明晰，否则造成司法实践做法不一，在司法实践中，因专家的观点分歧与解释的歧义致使在审判程序中衍生一些乱象，甚至出现法官与当事人以及鉴定人与有专门知识的人在法庭上“斗法”的混乱困局，影响专家辅助人制度的严肃性以及功能的发挥。

在我国职权主义的诉讼模式下，专家辅助人制度缘于弥补我国司法鉴

^① 参见刘长、周楠：《中国式专家证人出庭 公家不再垄断司法鉴定话语权》，载《南方周末》2013年7月4日。

^② 参见徐伟、张雪方：《重庆五中院首次引入专家辅助人参与诉讼》，载《法制日报》2013年1月28日。



定制度不足而设置，在制度架构上形成了“以司法鉴定为主，以专家辅助人作为补充”的“二元制”专家制度。而基于司法鉴定制度的补充制度而设置的新制度，需要在我国寻求新的契合模式，走出一条不同于国外“专家证人”的中国化道路，以保障这一制度能够在我国发挥预期的作用，以免专家辅助人制度因与鉴定制度以及其他制度不相兼容在实施中出现不具有实质意义而仅仅具有形式意义的问题。

我国的现实生活已经进入了“专家的时代”，我们不仅要将自己的座驾交给汽车修理专家、将自己的孩子交给教育专家、将自己的饮食交给卫生健康专家、将自己的税收政策交给由社团支持的经济学专家，还要将正义的伸张交给法庭上作证的专家。^① 不难预见，专家辅助人制度作为一项新制度在未来司法实践中将会面临充满变数的情形，尤其在一些涉及复杂的专门性问题的案件中，专家辅助人的参与诉讼不限于在鉴定意见质证上的质疑功能，而且在程序上还具有吸收不满的功能以及充分保障权利的作用，可以帮助法官更为准确地理解专门性问题，科学地解决鉴定意见争议的专业技术问题。因此，研究与探索专家辅助人的中国模式不仅是完善这一制度的需要，也是司法现实解决法律问题缠裹科学的期盼，更是创新司法制度改革的一项重要内容，尤其是澄清理论上的误释和实践中的误用，以一种不确定性的专家意见去质疑另一种不确定性意见误盼和误解，其理论理应承担其这一重任。

^① James S. Laughlin, When Students Confront the Experts: Toward Critical Thinking, 81 Eng. J. 72, 72 (1992).