



“2011计划”司法文明协同创新中心项目

司法鉴定： 诉讼专门性问题的展开

刘振红 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

司法鉴定： 诉讼专门性问题的展开

刘振红 著



中国政法大学出版社

- 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（C I P）数据

司法鉴定：诉讼专门性问题的展开/刘振红著. —北京：中国政法大学出版社，2014.10

ISBN 978-7-5620-5689-8

I. ①司… II. ①刘… III. ①司法鉴定—研究 IV. ①D918.9

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第249686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	12.25
字 数	280千字
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）

一

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插在诉讼程序之中，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。

诉讼专门性问题的展开 就是司法鉴定理论（序言）

黑格尔认为，核心概念的展开就是全部理论。他认为，真正的科学体系不可能从一套公理出发逻辑地从而线性地推演出来，而要围绕一个根本问题或者核心概念展开叙事，一环一环地循环展开，渐行渐远，如此波浪式前进，理论才得以拓展。

套用黑格尔的话，可以说，诉讼专门性问题的展开就是司法鉴定理论。

一、诉讼专门性问题是司法鉴定理论的核心概念

首先，诉讼专门性问题是我国多部法律使用的概念。《中华人民共和国刑事诉讼法》（以下简称《刑事诉讼法》）第144条规定：“为了查明案情，需要解决案件中某些专门性

问题的时候，应当指派、聘请有专门知识的人进行鉴定。”《中华人民共和国民事诉讼法》第76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。”《中华人民共和国行政诉讼法》第35条规定：“在诉讼过程中，人民法院认为对专门性问题需要鉴定的，应当交由法定鉴定部门鉴定；没有法定鉴定部门的，由人民法院指定的鉴定部门鉴定。”全国人大常委会颁布的《关于司法鉴定管理问题的决定》是一部专门调整司法鉴定管理的法律，其第1条规定：“司法鉴定是指在诉讼活动中鉴定人运用科学技术或者专门知识对诉讼涉及的专门性问题进行鉴别和判断并提供鉴定意见的活动。”在上述法律文本中，均出现了诉讼专门性问题这一概念。

何谓诉讼专门性问题？法律没有做出明确的界定，需要理论界对之进行解读。陈光中先生认为，专门性问题不是公安司法人员可以直接做出肯定或否定回答的常识性问题或一般性法律问题，属于案件证明对象范围内的事实。^{〔1〕}还有学者认为，专门性问题不是一个纯技术问题，而是一个由科学问题转换成为法律范畴内的事实认定问题，是法律适用的前提要素。^{〔2〕}在对现有观点进行评述的基础上，笔者认为，专门性问题相对于普通问题，是指依靠普通人的日常经验、生活常识难以解答，需要依靠特别知识、技能或借助专业的仪器设备才能解答的案件事实，包括实体事实、程序事实和证

〔1〕 陈光中主编：《中华人民共和国刑事证据法专家拟制稿》，中国法制出版社2004年版，第277页。

〔2〕 邵俊武：“专门性问题的诉讼证明与证明的科学”，第二届证据理论与科学国际会议论文集，第206页。

据事实。案件事实是专门性问题的基本属性，专业疑惑是其本质属性，科学技术是其解答属性，诉讼系属是其时空特性。专门性问题具有表现多样性、存在相对性、解答生成性等可从外部观察到的显著特征。

其次，诉讼专门性问题有其特殊的展开过程。一般而言，实在性问题^{〔1〕}依照“问题发现——问题评价——问题选择——问题解决”这几个步骤展开，诉讼专门性问题亦不例外，但其又有其特殊性。诉讼专门性问题展开的逻辑顺序可概括为“提问——评价——解答——认定”。“提问”指提问者提出“自以为是”、真假并存的专门性问题；“评价”指解答题前评价，是依照一定的标准和程序对提问进行的去伪存真；“解答”不同于“解决”，主要指运用成熟的科学理论、方法对专门性问题予以回答，它不鼓励甚至是排斥纯粹科学探索、尝试；“认定”是指在质证诉讼专门性问题解答成果的基础上，事实认定者对诉讼专门性问题做出的权威裁判。

再次，诉讼专门性问题是司法鉴定制度的核心概念。司法鉴定制度围绕诉讼专门性问题的展开而构建。司法鉴定制度是由司法鉴定的管理制度、启动制度、实施制度、质证制度、认证制度以及司法鉴定的程序制度、标准制度等内容构成的制度体系。^{〔2〕}司法鉴定的这些具体制度均围绕诉讼专门

〔1〕 从人们提问的目的来看，问题主要在三种意义上使用：测试性、修辞性和实在性。测试性问题是提问者的知道问题的答案，把该问题提出来的目的是了解被问者是否也知道它的答案。典型例子就是老师为考验学生掌握程度所提问题。修辞性问题是提问者的以疑问句的形式表达意见或看法，以达到加强修辞效果的目的。它不属于真正的问题。实在性问题是提问者的不知道正确的答案，提问的目的是寻求该答案，解答自己的疑惑。

〔2〕 霍宪丹、郭华：《中国司法鉴定制度改革与发展范式研究》，法律出版社2011年版，“代序”第4页。

性问题的展开而构建。启动鉴定之前要识别、评价专门性问题，实施鉴定就是解答专门性问题，适用鉴定就是质证、认证解答专门性问题获得的相关证据并进而认定专门性问题，对鉴定机构、鉴定人进行管理是为了促使它们科学、公正地解答专门性问题，以保证所获解答成果即证据的科学性、中立性、可靠性。可以说，诉讼专门性问题贯穿于司法鉴定的各项具体制度之中，并使它们相互联系而成为有机整体。专门性问题是司法鉴定制度的逻辑主线。离开专门性问题这一核心概念，司法鉴定各项具体制度间的递进、制约等内在关系将无从得以清晰说明（鉴定的启动、实施、管理、适用体现的是它们之间的外在关系），司法鉴定制度就可能成为一个大杂烩。

最后，诉讼专门性问题的在司法鉴定制度体系中的地位和作用，决定了它是司法鉴定制度存在的基础。如果没有诉讼中的专门性问题，司法鉴定制度就无存在的必要。之所以需要司法鉴定制度体系，就是为了解答或更好地解答诉讼中的专门性问题。另外，专门性问题促进着法庭科学的发展。法庭科学是一运用自然科学理论与方法解答诉讼专门性问题的学科群，其研究对象是诉讼专门性问题，该研究对象随着社会科学化而日益丰富，由此推动法庭科学的发展。诉讼专门性问题是沟通法庭科学与诉讼法学、证据法学相连接的桥梁，彰显了证据法学的交叉学科属性。

二、以诉讼专门性问题为视角解读司法鉴定制度

既然司法鉴定制度围绕诉讼专门性问题而展开，那自然可以以诉讼专门性问题为视角解读司法鉴定制度。这种解读不是哗众取宠或标新立异，而是换一个视角看待司法鉴定制

度，以拓展对司法鉴定制度的认识，弥补现有司法鉴定制度理论研究的不足。

第一，诉讼专门性问题的提出。“提问”是一个比鉴定启动更有包容度、解释力的分析框架。鉴定启动是学者热衷使用的概念。有学者认为，“鉴定启动”是鉴定证据制度的核心内容，并把鉴定启动方式概括为大陆法系由法官启动鉴定的“令状主义模式”、英美法系由当事人自行启动的“随意主义模式”。^{〔1〕}其实，英美法系存在的“专家证言”或“科学证据”与大陆法系的“鉴定证据”等概念在各自的法域中存在着许多具体的差异。^{〔2〕}“鉴定启动”难以涵盖鉴定制度、专家证据制度的共同基础，而“专门性问题的提出”却能做到。虽然专门性问题是我国诉讼法学中的用语，但其指代对象具有普遍性，德国称之为“有专业知识的人员”或“专门机构”解决的问题，法国称之为“技术问题”或“专业知识问题”，日本称之为“有学识经验的人”解决的问题，美国、英国则称之为“专业知识”解决的问题。

总之，无论如何称呼，鉴定制度、专家证据制度的共同基础均是相对于普通问题的专门性问题。专门性问题是鉴定制度、专家证据制度得以通约的基础。诉讼专门性问题的提出还涵盖更多内容。在刑事、民事、行政三大诉讼中均会提出诉讼专门性问题，但受诉讼类型的制约，指导提问的理念并不相同。刑事诉讼基于贯彻法律而鼓励提问，民事、行政诉讼着眼于解决纠纷而谦抑提问。刑事诉讼的提问要遵循主体多元、内容开放、形式多样、程序规范等原则。民事诉讼的提问受制于

〔1〕 黄维智：《鉴定证据制度研究》，中国检察出版社2006年版，第130~134页。

〔2〕 章礼明：《刑事鉴定权》，中国检察出版社2008年版，第26页。

当事人主义、职权主义，提问影响着程序的选择与适用。

第二，诉讼专门性问题的评价。问题的提出带有偶然性和个人因素，而问题的选择和评价则必须考虑社会性和政治性。诉讼是具有社会性和政治性的特定场域，受司法资源、诉讼效率、诉讼价值、文化传统等因素制约。在诉讼这一场域内对所提专门性问题进行真实性、恰当性方面的评价具有正当性。问题评价起着过滤作用，把提问者提出的“自以为是”或“自作主张”的专门性问题予以甄别，筛选出其中的真问题、恰当问题和有价值的问题。评价制度的理想状态是既不遗漏诉讼专门性问题，又不使其过多过滥。科学合理的评价标准是实现理想评价的关键。评价标准由知识标准、价值标准所组成，其中知识标准经历了“专业知识标准”到“有助于标准”的演变，后者正被越来越多的国家所采用。就我国刑事诉讼而言，专门性问题评价制度存在简单、粗放等特点，法律规定极其模糊，司法人员在实践中的自由裁量权几乎不受限制和监督。可以说，专门性问题评价制度的缺陷是造成重复鉴定络绎不绝、司法鉴定公信力缺失的原因之一。完善现有评价制度，需要建立专门性问题评价后的分类处理机制，即以有无必要鉴定为标准，把诉讼专门性问题分为“应当鉴定”与“可以鉴定”两大类。构建“应当鉴定”与“可以鉴定”相结合的专门性问题评价制度，是修改我国《刑事诉讼法》时应应予以注意的内容，也是解决重复鉴定痼疾之良方。

第三，诉讼专门性问题的解答。学界几乎无人使用“解答”一词对应诉讼专门性问题，人们总是想当然地把“解决问题”与“提出问题”相对应。笔者认为，对于专门性问题而言，“解答”一词优于“解决”，理由如下。①二者含义有

细微差异。“解答是解释回答（问题）”，“解决是处理问题使有结果”，^{〔1〕}若用英语表达，前者是 answer，后者是 solve。解答偏重于解读问题中隐含的信息，以获取知识为目的，而解决侧重于问题的处理过程。②解答一般由提问者以外的人进行，而解决可以由提问者本人进行。③解答一般是用成熟的理论予以回答，而解决还有探索、尝试性。司法鉴定活动不同于科学研究活动，它是提问者以外的人解读物证等证据形式中蕴含的信息，其目的是把业界内普遍接受的原理、成熟的方法加以运用以获取相关答案，并且受诉讼时效等因素的制约。由此，本文认为，与“提出专门性问题”相对应的应是“解答”而非“解决专门性问题”。

探讨专门性问题的解答，需要明确解答原则，即在解答诉讼专门性问题时必须遵循的原则。诉讼专门性问题兼具法律性与科技性，相应的，其解答原则由法律原则、技术原则或标准所组成。这两类原则分属不同学科的研究内容。诉讼法学、证据法学主要研究诉讼专门性问题解答应遵循的法律原则，包括科学性原则、必要性原则、中立性原则，刑事诉讼专门性问题的解答还应遵循特殊的公益性原则；法庭科学主要研究技术标准，即鉴定主体、鉴定对象、鉴定过程所应遵循的技术操作要求，如实验室认证与认可规范等。这些内容告诉我们，诉讼专门性问题的解答并不等同于实施鉴定，后者仅是前者的部分内容，二者之间是包含与被包含关系。如果以鉴定实施替代专门性问题的解答，就会混淆诉讼法学、证据法学与法庭科学之间的界限。

〔1〕 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》，商务印书馆 2004 年版，第 649 页。