


毕玉谦 等著

民事诉讼 专家辅助人制度研究

RESEARCH ON THE EXPERT
ASSESSOR SYSTEM IN CIVIL LITIGATION

 中国政法大学出版社



毕玉谦 等著



民事诉讼 专家辅助人制度研究

RESEARCH ON THE EXPERT
ASSESSOR SYSTEM IN CIVIL LITIGATION



中国政法大学出版社

2017·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（C I P）数据

民事诉讼专家辅助人制度研究/毕玉谦等著. —北京:中国政法大学出版社, 2017. 10

ISBN 978-7-5620-7802-9

I. ①民… II. ①毕… III. ①民事诉讼—司法制度—研究—中国
IV. ①D925. 104

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第251479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 010-58908586(编辑部) 58908334(邮购部)
编辑邮箱 zhengfadch@126.com
承 印 固安华明印业有限公司
开 本 880mm×1230mm 1/32
印 张 12. 125
字 数 360 千字
版 次 2017 年 10 月第 1 版
印 次 2017 年 10 月第 1 次印刷
定 价 49. 00 元

序 言

PREFACE

现代社会具有知识性、科技型和信息化等基本特征，社会化、专业化和产业化正在迅猛地改变着社会形态，使整个大千社会无一不受其影响，人们的法律生活和司法程序也概莫能外。在传统社会条件下，法官在对案件事实作出认定时通常是采用普通人的眼光、常识、经验法则作为基础和依据的，并不需要普通知识以外的专业知识。然而，在当今以科技型和创新式发展的内生动力驱动下，专业化的不断拓展使社会分工的发达程度持续走向极致，衍生出无数新兴的行业与领域，使得专门知识、专业问题、行业规范、特别经验法则等构成司法裁判过程中案件事实认定的重要组成部分。

在专业分工具有法律意义以及证据规则日渐发达的历史背景条件下，包括交易习惯在内的专业知识长期以来始终困惑着立法者与司法者。长期以来，因受到传统文化和官本位观念的束缚，在我国司法审判过程中，法院在专门知识和专业问题的认识和判断上所采用的证据类型和证据方法显得较为僵化和单一，主要依赖鉴定人作证的方式，但又受制于鉴定人作为专业人士介入诉讼的唯一性，这就使得我国诉讼制度在涉及专业知识问题的事实查明与认定上始终处于一种封闭状态。在无法通过任何合法有效的途径来监督、制约和检视鉴定意见的科学性、严谨性与合理性的条件下，鉴定人提出的鉴定意见却能够堂

而皇之地对法官就涉及有关专业知识的案件事实的认定起到决定性作用。在某种意义上,它有可能会助长鉴定人的任意性与非理性,即便有关当事人或其代理律师对鉴定意见提出异议,法官也习惯会以其不具有专业知识或能力为由而拒不予以采纳。实际上,在这种状态下,法官在涉及专业事实问题的认知、判断上完全屈从于鉴定人的意志和权威,司法权的正确行使也完全寄托在假定鉴定人的鉴定意见具有唯一正确的理念之上。为了消除这种封闭状态可能对司法权力的正常行使造成的侵蚀与妨害,专家辅助人制度的建立便成为一种有力的选择。通常情况下,由当事人聘用的专家依其特别知识、经验直接对鉴定人发问远较在专业上无此特别知识、经验的法官更能切中要害。这种制度有利于一种发生在专业人士之间的观点对抗和相互制衡格局的形成,以便于法官在听取了不同专业意见的情况下作出合理判断。

专家辅助人在诉讼中的机能在于补充当事人与法官在专业知识领域的欠缺与空白,而在不涉及专业知识问题的事实认定上,始终存在于当事人与法官之间的是一种涉及案情的对话与交流机制。这种对话与交流在形式上表现为一方当事人的陈述、当事人之间的辩论以及法官就事实问题向当事人的调查询问和当事人的答述等。在许多情形下,这种对话多发生在诉讼代理人与法官之间。然而,科学技术的发展造成案件事实对专业知识的依赖,使得当事人及其诉讼代理人对于案件事实的陈述与辩解突显其局限性,同时,也给法官正确认知、理解和判断双方当事人所表达的观点带来困惑,可见,专业知识的欠缺成为了当事人及其诉讼代理人与法官进行对话与交流的现实瓶颈与障碍。鉴于法官、律师均只是法律事务方面的专业人士,我们无法期待法官或律师在法律专业之外还能够精通或熟知其他专业领域的知识或掌握其技能,况且其他专业领域具有某种无限扩张性。

从两大法系的法院专家与当事人专家辅助人的基本结构模式来看,在应对诉讼上的专业问题时,英美法系采用的是以当事人的专家辅助人为主兼法院专家为辅的模式,大陆法系则采用以法院专家为主兼当

事人的专家辅助人为辅的模式。鉴于当事人的专家辅助人亦系特定领域的专家或专业人士，在审判实践中，面对诉讼程序中遇到的专业问题，有关专家会在显性和隐性双轨制模式下发挥其建设性作用。当实践中遇有法院需委托专家采用特别设备、仪器等对有关物理材料进行鉴定时，大陆法系法院通常会委托法院专家担任鉴定人并将得出的鉴定意见作为证据，在此情形下，可允许当事人聘请自己的专家作为辅助人参与诉讼。而英美法系则主要由当事人聘请自己的专家证人提供专家证言，当然也不排除法院会在认为必要时委托法院专家提供相关的专家意见。当实践中并非需要法院委托专家采用特别设备、仪器等对有关物理材料进行鉴定时，大陆法系法院会就特定的专业性问题的咨询法院专家以作出判断，这种情形下当事人也有权聘请自己的专家，以便在诉讼中影响法官的心证；而英美法系在此情形下除了允许当事人聘请专家证人作证以外，在对当事人聘请的专家证人证言无法作出确信心判断时，法院也可以选任自己的专家。

从我国目前有关的法律与司法解释的内容来看，有关专家辅助人制度的规定仅呈一笔粗线条样态，其应用空间相当模糊，使得专家辅助人制度在程序上缺乏必要的可操作性，在实务上也严重制约了专家辅助人制度的应用范围与频率，这也是当前条件下法院急于运用该项制度以致这一制度使用率偏低的主要原因之一。无论是在立法上、司法上还是在理论上，该项制度与应用程序都尚留存有巨大的可塑性空间。基于我国民事诉讼专家辅助人制度仅具雏形的考量，本书写作与出版的主要目的旨在追求、推动和实现全面、完整、科学、合理地设计和规划这项制度。

在研究、探索和论证过程中，我们发现，我国现行有关法律及司法解释涉及专家辅助人制度的规定过于突出了专家辅助人的党派色彩，无助于发挥这种证据资源的潜在优势与能量。我们认为，从科学与专业的角度，专家辅助人在法庭上以及法律面前理应坚持客观、中立的立场。尤其是在诉讼过程中，有些情况下无需采用鉴定方式，仅仅依

靠一方当事人聘请的专家，就某些专业性问题向法庭进行解释、说明便有可能协助法院解决相关专业问题。当然，在法庭围绕鉴定人的意见听取一方或双方的不同意见之时，双方当事人专家的诉讼立场有可能是一种相对中立的情势。这是因为，专家辅助人是当事人一方的专家，他考虑专业问题主要是从维护其中一方当事人合法权益的角度进行，尽管他应当承担不得故意违反科学原理、专业常识和职业操守的法律义务，但在法律上他并无义务站在对方当事人的立场上来解释和阐释科学原理。而鉴定人是法院的专家，他在对专业问题进行研究、判断、阐述时无需考虑任何一方当事人的利益。从对抗意义上讲，法院选任的鉴定人与当事人聘请的专家在事实认定上站在不同角度所发表的专业意见是一种诉讼（证据）辩论主义的体现。鉴定人的鉴定意见虽然出自中立的立场，但并非当然无条件地被法院全盘承认，因为鉴定意见是否有违科学原理、专业法则以及是否有其他偏颇或不当之处，法院自身无从加以辨析与确认，故此，听取诉讼当事人聘请的专家所发表的对抗性意见成为审理法官的最佳选择。在这种“专家对专家”的对抗式格局下，审理法官通过调查询问能够排疑解惑，有利于法庭形成科学、理性、正当的心证，这种在法院专家与当事人专家之间就专业问题所开展的证据辩论是法院形成正确心证的必要条件。当事人的专家与法院的专家作为职业共同体成员，应当在社会责任面前有所担当，即使当然聘请的专家，也不应因介入当事人的是非曲直与利益纷争而任意改变或扭曲其科学性格与专业立场。可见，在形式意义上，民事诉讼中专家辅助人与鉴定人之间的关系是一种不同专家站在不同的立场和角度所形成的对抗与协同相结合的关系模式，这种对抗是不同专业观点的对抗，对抗的目的在于：促进法官形成正确、合理的心证。而在本质意义上，它反映了当事人与当事人之间在专业问题上的利益冲突以及法院与当事人在平衡这种利益冲突上的公法关系。如果从将鉴定人制度的设置视为法院独占专业知识与信息资源的角度来认识，那么在立法上确立专家辅助人制度就可以被认为是为了克服

这种不平衡状态所采取的立法救济的体现。

上述这些观点的阐述，表达了我们如何就现行民事诉讼专家辅助人制度予以改进与完善的基本立场与相关建议。另外，在此需要指出的是，专家辅助人制度只是专家作证制度体系的一个组成部分。在实务上，当法院对案件事实的认定涉及专业问题时，因专门知识或专业问题所涉及的特点、性质或层面不同，所采用的证据方法也应有所不同。从多年来的审判实践来看，除了采用法院委托鉴定人作证以外，还有法院对现场进行勘验时委托勘验专家作证的方法，这两种情形下当事人都可申请专家辅助人。此外，当遇有专门知识或专业问题而不需要采用鉴定方式时，可由当事人提供专家意见或申请专家出庭作证；法院也可以据情依职权为双方当事人指定共同的专家提供专业意见；有时甚至也不能排除法官就专门知识或专业问题直接向专家进行咨询，等等。相信本书对民事诉讼专家辅助人所展开的专题研究，必将对其他类型专家作证制度的研究提供相当的助益。

本书对民事诉讼专家辅助人制度的研究具有系统性与多维性，旨在推动现行立法的进一步完善以及为现行立法的结构性的完整构建提供理论支撑与原创动能，并且为现实审判实践中遇到的程序性及法理上的疑惑提供智力支持与信息资源。祈愿本书的问世亦能够为我国学术界对于民事诉讼专家辅助人制度的后续性研究发挥抛砖引玉的效用。是为序。

毕玉谦

2017年8月

序 言 / 001

第一章 民事诉讼专家辅助人制度之精义 / 001

第一节 专家辅助人的基本定义 / 001

一、从概念到转换中的逻辑 / 001

二、界定概念的语境与必要条件 / 002

三、现实版本与本土化的设计 / 005

第二节 专家辅助人与相关主体之间的关系 / 010

一、导语 / 010

二、关于专家辅助人与鉴定人之间的关系 / 011

三、关于专家辅助人与专家证人之间的关系 / 013

四、关于专家辅助人与法院之间的关系 / 018

五、关于专家辅助人与当事人之间的关系 / 023

第三节 专家作证的全方位比较与解析 / 027

一、不同逻辑架构下证据效力的考察 / 027

二、属性上的区隔与论证理由 / 031

第四节 专家辅助人的意见作为一种独立证据的可行性分析 / 036

一、切入点与基本坐标 / 036

二、比较法上的视野与观察 / 037

三、不同模式下的逻辑与立法建言 / 042

第二章 两大法系民事诉讼专家作证制度比较视野 / 046

第一节 专家证人的含义及内容解读 / 046

一、英美法系背景下专家证人的含义 / 046

二、外延问题 1: 专家证人与一般证人的区别何在 / 046

三、外延问题 2: 在英美法背景下, “科学证据” 与 “专家证人” 的关系如何? / 047

四、专家证人作证对象的范围问题 / 049

第二节 英美两国民事诉讼中专家证人的种类 / 050

一、党派性的专家证人/当事人雇用的专家证人 / 050

二、双方当事人共同选择的专家 / 052

三、由双方当事人共同介绍案情的专家/单一共同专家 / 053

四、法院指定的专家 / 057

五、特殊陪审团 / 064

第三节 确保专家证言具备可采性及可信性的具体法律制度简介 / 066

一、对专家证言是否具备这两个特性进行检验的重心已从 “庭审阶段” 提前到了 “审前阶段” / 066

二、英美两国法律对 “咨询专家” “出庭专家” 之证据开示及保密特权的规定 / 067

三、英美两国法律中涉及 “出庭专家” 之交叉询问规则 / 085

第四节	研究结论 / 092
第五节	大陆法系民事诉讼鉴定人的法律定位及相关问题 / 094
一、	鉴定人的概念 / 094
二、	鉴定人“摇摆不定”的法律定位 / 094
第六节	法官对鉴定意见的自由心证及相关问题 / 099
一、	问题的导入 / 099
二、	解决鉴定人非法篡夺法官事实认定权之大陆法系方法 解析 / 106
第七节	两大法系专家作证制度的比较法评析 / 106
第三章	专家辅助人的法律地位与其作为证据方法的机能 / 113
第一节	专家辅助人在民事诉讼上的法律地位 / 113
一、	引言 / 113
二、	比较法视野下的法律地位问题 / 114
三、	专家辅助人的诉讼地位与其具有的专家身份和辅助性 / 127
四、	专家辅助人与其他诉讼参与人之间关系的界定 / 129
五、	法律对专家辅助人在诉讼上的基本要求 / 136
第二节	专家辅助人作为证据方法的机能 / 143
一、	专家辅助人制度与证据辩论主义 / 143
二、	专家辅助人制度与司法鉴定制度 / 144
三、	专家辅助人制度与当事人权利保障 / 147
四、	专家辅助人制度与诉讼代理制度 / 149
五、	专家辅助人制度与法官自由心证 / 151
六、	专家辅助人制度与程序结构优化 / 153
七、	专家辅助人意见对鉴定意见形成的制约 / 156

第四章 专家辅助人的选任 / 160

第一节 专家辅助人选任的现实图景 / 160

- 一、实用主义立法应对 / 160
- 二、出庭形式化困境与权威危机 / 162

第二节 专家辅助人选任现状的理论解说 / 164

- 一、专家标准的乌托邦 / 164
- 二、党派偏见和中性性忧虑 / 166
- 三、对诚信原则约束效果的质疑 / 167

第三节 专家辅助人选任的制度理性 / 168

- 一、英国专家证人的选任 / 168
- 二、美国专家证人的选任模式 / 170
- 三、大陆法系专家的类型与选任 / 176
- 四、专家选任制度评析 / 183

第四节 我国专家辅助人选任制度的治理路径 / 186

- 一、问题的开启与思路走向 / 186
- 二、专业问题质证实质化 / 188
- 三、真实义务的推广适用 / 190
- 四、职业伦理与豁免原则 / 191

第五章 专家辅助人的权利、义务与责任 / 195

第一节 问题意识与切入点 / 195

- 一、域外经验对中国本土问题的借鉴 / 195
- 二、法律空间下的实证考察 / 196

第二节 专家辅助人的权利 / 198

- 一、英美法系专家证人的权利 / 198
- 二、大陆法系鉴定人的权利 / 202

三、英国和意大利技术顾问（技术陪审员）的权利 / 206
四、法国技术人员的权利 / 211
五、比较法视野下专家制度中的权利问题 / 215
六、我国专家辅助人权利问题及建议 / 217
第三节 专家辅助人的义务 / 221
一、英美法系专家证人的义务 / 221
二、大陆法系鉴定人的义务 / 227
三、英国和意大利技术顾问（技术陪审员）的义务 / 230
四、法国技术人员的义务 / 231
五、比较法视野下的启示与认识 / 235
六、我国专家辅助人义务存在的问题及建议 / 237
第四节 专家辅助人的责任 / 241
一、英美法系专家证人的责任 / 241
二、大陆法系鉴定人的责任 / 244
三、法国和意大利技术顾问的责任 / 246
四、比较与启示 / 248
五、我国专家辅助人的责任 / 248
第六章 专家辅助人参与下的庭审程序 / 250
第一节 庭审程序与专业问题的应对之策 / 250
一、问题的起源 / 250
二、法庭上的困惑与解困的支点 / 251
第二节 专家辅助人的作证资格 / 253
一、我国立法论上的现行取态 / 253
二、历史变迁中的规则原解 / 254
三、比较法视野下的问题解构 / 256

第三节 专家辅助人参与庭审程序的人数 / 259

一、限制人数的初衷与设计意图 / 259

二、实证经验与基本思路的创设 / 259

第四节 专家辅助人的选任与参与诉讼的方式 / 260

一、两大法系不同分野的基本进路 / 260

二、不同情态下的规程选择 / 262

第五节 专家辅助人参与诉讼的时间与条件 / 266

一、确定议题的出发点 / 266

二、审判实务上的基本作业 / 266

第六节 专家辅助人的回避问题 / 271

一、问题的由来 / 271

二、当事人享有回避权的合目的性认识 / 273

第七节 专家辅助人的宣誓 / 274

一、宣誓的法律效力 / 274

二、程序上的基本作业 / 275

第八节 专家辅助人职务保障与责任担当 / 275

一、利益格局上的定位 / 275

二、相对中立性立场条件下的基本演绎 / 277

第九节 法院对专家辅助人参与诉讼的管理与监督 / 279

一、法院干预的出发点 / 279

二、运用程序中的基本节点 / 279

第十节 对专业问题进行庭审调查所面临的挑战与应对之策 / 282

一、对专业问题进行庭审调查的要旨 / 282

二、大陆法系庭审过程中对专业问题进行庭审调查的基本模式与评价 / 283

三、英美法系对专业问题进行庭审调查的基本模式与评价 / 289

四、对我国在专业问题上进行庭审调查有关问题的观察与反思 / 292

五、庭审调查与交叉询问方式的采引 / 296

第十一节 专家辅助人提供专业意见对法院裁判的影响 / 304

一、对专家辅助人提供专业意见发生何种影响效力的考察 / 304

二、对专家意见功能与效力的重新认识 / 307

第十二节 专家辅助人作证费用的承担 / 308

一、选择性借鉴的取舍 / 308

二、我国国情条件下的基本规划 / 309

第七章 法院对专家辅助人意见的采信 / 311

第一节 对专家辅助人意见评估的立足点 / 311

一、法官的裁判不针对假设性命题 / 311

二、专家辅助人意见如何影响法官的心证 / 312

第二节 专家辅助人意见的效力分析 / 314

一、引言 / 314

二、质疑鉴定意见的效力分析 / 315

三、提出专业意见的效力分析 / 318

四、“视为”当事人陈述的效力分析 / 322

第三节 影响法院对专家辅助人意见认定的因素 / 324

一、专家辅助人缺乏合法的“身份” / 324

二、专家辅助人诉讼立场的“拟制” / 325

三、专家辅助人意见的属性“冲突” / 327

四、专家辅助人出庭资质“无门槛” / 330

第四节 法院对专家辅助人意见采信的原则与逻辑 / 334

一、引言 / 334

二、法院对专家辅助人意见采信的原则 / 334

三、对专家意见应具备客观、科学原则的考察 / 340

四、法院对专家辅助人意见采信的逻辑 / 341

五、法庭审理中法官心证形成的逻辑分析 / 349

六、我国专家辅助人意见案例实证分析及路径研究 / 356

第五节 立法建议和实践思考 / 365

一、立法建议 / 365

二、实践中的探索 / 368

三、结语 / 370

后 记 / 372

民事诉讼专家辅助人制度之精义

第一节 专家辅助人的基本定义

一、从概念到转换中的逻辑

所谓概念，系人们对某一特定事物的定义，以便使一种事物区别于另一种事物，使某一具体事物特定化。但某一概念的产生，随着时间的推移，有时其外延与内涵会发生一些变化。并且，在学术语境下，对某一概念的定义，不能排除会有不同的解读和观念。在中国，就“专家辅助人”这一概念而言，首次出现在2002年4月1日起施行的最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》中的“有专门知识的人”，之后出现在2015年2月4日起实施的最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》中提到的“有专门知识的人”，两次解读就发生了一些显著变化，后者更倾向于将这种专家辅助人界定为：“专家辅助人在诉讼中的功能只是单一地协助当事人就有关专门性问题提出意见或者对鉴定意见进行质证，回答审判人员和当事人的询问、与对方当事人申请的专家辅助人对质等活动也是围绕着对鉴定意见或专业问题的意见展开的。其功能和目的只是辅助当事人充分有效地完成诉讼活动，他并不具有法官的‘专业助手’的功能。”〔1〕可见，有关概念的定义会随着社会的变迁和需要而发生新的变化，其中包括进一步明确有关概念所涉及的主体职能与立法目的。当然，随

〔1〕 沈德咏主编：《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用》（上），人民法院出版社2015年版，第394页。