

刑事诉讼中有专门知识的人出庭功能多元化之检讨

● 高 通*

【内容摘要】 为确保有专门知识的人出庭与我国职权主义鉴定制度相适应,《刑事诉讼法》对有专门知识的人出庭的功能做了严格限定。但司法实践中有专门知识的人的出庭功能出现多元化发展态势,这与我国控辩对抗程度强化、鉴定救济机制运行不畅、鉴定人出庭率不高及实践中对鉴定内涵的不当限定有关。有专门知识的人出庭功能的多元化发展在一定程度上契合了我国刑事诉讼结构的发展趋势,但也表明我国职权主义鉴定制度已不能完全适应刑事司法实践发展的需求。我国应适当强化有专门知识的人出庭的功能,并从专业审查、出庭要求、参与鉴定程序等方面完善有专门知识的人出庭制度。

【关键词】 有专门知识的人 出庭功能 职权主义鉴定

2012年《刑事诉讼法》确立有专门知识的人出庭制度,司法实务部门也发布系列规范性文件来确保和强化有专门知识的人的出庭。^[1]但随着司法实践中对有专门知识的人出庭的强化,有专门知识的人出庭的功能逐渐多元化,超越立法对有专门知识的人出庭“就鉴定人作出的鉴定意见提出意见”的功能定位。这促使学界围绕出庭的有专门知识的人之诉讼地位展开激烈讨论,提出诸如质证手段说、专家辅助人说、专家证人说等不同学说。^[2]但透过激烈的学术争论背后我们发现,当前学术研究中尚未就有专门知识的人出庭的一些基本理论问题阐释清楚,如立法上为何会限定有专门知识

* 作者单位:南开大学法学院。本文系教育部2017年度人文社会科学研究青年基金项目“刑事陪审员事实认知方式研究:以认知心理学为视角”(课题编号:17YJC820010)和中央高校基本科研业务费专项资金资助项目(项目号:63212082)的阶段性成果。

[1] 如2017年最高人民法院发布《人民法院办理刑事案件第一审普通程序法庭调查规程(试行)》细化有专门知识的人参与庭审规定,2018年最高人民检察院发布《关于指派、聘请有专门知识的人参与办案若干问题的规定(试行)》。此外,一些地方法院、检察院等也发布了与有专门知识的人出庭有关的意见,如浙江省《关于刑事案件证人、鉴定人及有专门知识的人出庭规定(试行)》(2017年)、山东省《关于侦查人员、鉴定人、有专门知识的人出庭的规定(试行)》(2019年)及宁夏回族自治区《关于刑事案件证人、鉴定人及有专门知识的人出庭的实施办法(试行)》(2019年)等。

[2] 参见张保生、董帅:《中国刑事专家辅助人向专家证人的角色转变》,载《法学研究》2020年第3期,第169页。

的人的出庭功能、有专门知识的人出庭功能为何会出现多元化发展、有专门知识的人出庭功能多元化发展会对职权主义鉴定制度带来哪些冲击等。我国有专门知识的人出庭制度根植于鉴定制度之上,回答上述问题仍应回到我国鉴定制度本身,从鉴定制度视角来理解有专门知识的人出庭功能的多元化发展。有鉴于此,本文将从立法如何限定,以及为何限定有专门知识的人出庭功能出发,分析有专门知识的人出庭功能多元化的表现及制度性原因,在此基础上对有专门知识的人出庭功能的多元化发展进行理论上的检讨与反思。

一、立法对有专门知识的人出庭功能的限定

(一)《刑事诉讼法》对有专门知识的人出庭功能的限定

有专门知识的人并非是2012年《刑事诉讼法》引入的一个全新概念,在1979年《刑事诉讼法》中这个概念即已被使用,有专门知识的人可参与鉴定和勘验检查。^[3]但2012年《刑事诉讼法》则确立了有专门知识的人出庭制度,依据第197条第2款的规定,有专门知识的人出庭“就鉴定人作出的鉴定意见提出意见”。但从该条款的表述来看,立法对有专门知识的人出庭的功能是有着严格限定的,具体来说。

第一,立法将有专门知识的人出庭的作用限定为“提出意见”。“提出意见”的表述在《刑事诉讼法》中被广泛适用,提出意见的主体不仅包括当事人、辩护人、诉讼代理人及值班律师还包括检察机关,提出意见的范围可以是提出当事人意见、辩护或代理意见,也可以是提出纠正违法意见、非法证据排除等与审判相关的意见。但从证据种类上看,“提出意见”中的意见并不属于法定的证据种类。因为《刑事诉讼法》对证据持有人或取证人出庭就证据说明情况时是有专门的表述的,如证人出庭是作证,鉴定人出庭是说明鉴定情况,侦查人员可就勘验、检查出庭说明情况等。可见,“提出意见”并非是一种法定证据种类,只是作为有专门知识的人对相关事实或在证据审查基础之上提出的一种意见。这也意味着有专门知识的人向法庭提出的意见并不是一种法定证据种类,自然也就无法作为定案依据。

第二,立法将有专门知识的人出庭提出意见的对象限定为鉴定意见。依据《刑事诉讼法》第197条第2款的规定,有专门知识的人出庭只能就鉴定人作出的鉴定意见提出意见。虽然案件中的专门性问题并非只能通过鉴定来解决,如勘验、检查等过程中也可能涉及专门性问题的解决,但《刑事诉讼法》只是将有专门知识的人提出意见的范围限定为鉴定意见。这是《刑事诉讼法》对有专门知识的人出庭提出意见的第二重限定。

第三,立法者将有专门知识的人出庭提出意见的内涵限定为提出质疑性意见。《刑事诉讼法》中规定的是“就鉴定意见提出意见”,那么此处的“提出意见”应当作何理解呢?如果仅从字面含义来看,“提出意见”似乎应当包括提出肯定意见、否定性意见或质疑性意见等。但《中华人民共和国刑事诉讼法释义》在解释《刑事诉讼法》第197条有专门知识的人出庭的作用时则认为,“提出意见本身不是重新鉴定,只是有专门知识的人从专业角度对鉴定意见提出质疑意见,作为法官甄别证据的参考”。^[4]所以,有专门知识的人出庭提出的意见应当是质疑性意见。这是立法者对有专门知识的人出庭功能的第三重限定。

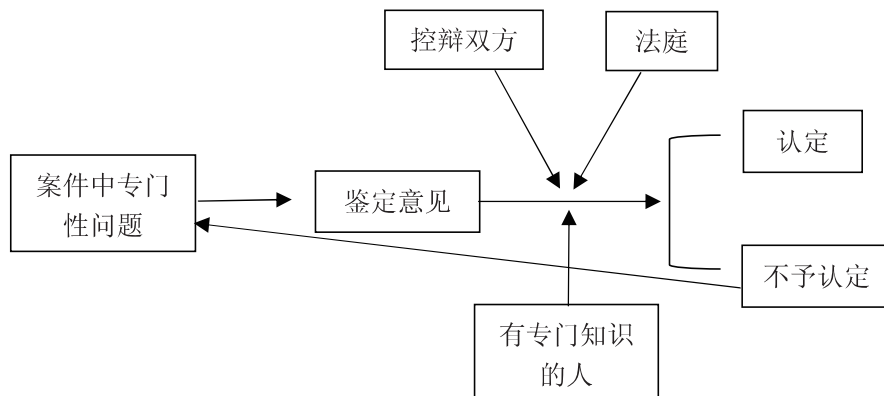
[3] 参见1979年《刑事诉讼法》第71条、第88条。

[4] 王爱立:《中华人民共和国刑事诉讼法释义》,法律出版社2018年版,第420页。

(二)立法限定有专门知识的人出庭功能的制度原因

立法上严格限定有专门知识的人出庭功能的做法有其现实原因,如防止多头鉴定、重复鉴定现象的再次出现,以及保持专业判断党派性与公正性的谨慎平衡等。^[5]但除却上述现实原因外,立法如此规定还存在深层次的制度性原因。因为作为根植于我国职权主义鉴定制度之上的一项制度,有专门知识的人的出庭必须符合我国鉴定制度的职权主义底色,否则将会破坏我国鉴定制度的逻辑自治性并使鉴定制度运行混乱。所以,确保与职权主义鉴定制度相适应是立法限定有专门知识的人出庭功能的制度性原因。

第一,我国《刑事诉讼法》确立了案件中的有鉴定必要的专门性问题通过鉴定解决的单一机制,该机制排斥有专门知识的人脱离鉴定意见而就案件中的专门性问题提出意见。刑事司法活动中不可避免地会遇到专门性问题,而司法官员往往并非技术专家,其在解决案件中的专门性问题时可能会面临知识不足的困境。所以,《刑事诉讼法》第 146 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。”值得注意的是,该条款中使用“某些专门性问题”,这也意味着并非所有的专门性问题都需要进行鉴定。对此也可能有两种解释,一种解释可能是因为鉴定资质、鉴定范围等限制,有些专门性问题无法进行鉴定;另一种解释则可能是鉴定必要性问题,因为有些专门性问题无需进行鉴定,可直接依靠办案人员的经验或勘验、检查等侦查手段等来解决。由于现行《刑事诉讼法》第 146 条的内容自 1979 年《刑事诉讼法》制定以来未曾有过变化,1979 年时我国尚无鉴定资质、鉴定范围等限定,故此处的“某些专门性问题”主要应该指的是有鉴定必要性的专门性问题。易言之,只要办案人员认为该专门性问题有鉴定必要性,依据《刑事诉讼法》第 146 条中“应当指派、聘请”的表述,该专门性问题就只能通过鉴定而不能通过其他方式来解决。为了适应鉴定作为解决有鉴定必要性专门性问题解决方式的单一体制,《刑事诉讼法》也规定了相关制度予以配合,如第 195 条建立了鉴定意见的审查认定机制,第 196 条规定了鉴定意见有疑问时的重新鉴定制度。上述规定建构了我国刑事诉讼中专门性问题通过鉴定制度的封闭性空间(详见下图),排斥其他制度介入解决案件中专门性问题的程序中。有专门知识的人作为鉴定制度之外的一项新制度,也无法实质介入到鉴定制度来,只能依附在既有的鉴定制度中发挥极为有限的作用。故而有学者认为有专门知识的人只是作为一种质证方式来参与刑事审判。^[6]



[5] 参见吴洪淇:《刑事诉讼中的专家辅助人:制度变革与优化路径》,载《中国刑事法杂志》2018年第5期,第80页。

[6] 参见潘广俊、陈喆、胡铭:《专家辅助人制度的现状、困境与改善建议——以浙江省为例的实证分析》,载《证据科学》2014年第6期,第719页。

第二,在国家垄断司法鉴定启动权的制度背景下,有专门知识的人出庭提出意见的功能只能限定为就鉴定意见提出质疑意见。依据《刑事诉讼法》相关规定,我国确立了国家垄断司法鉴定启动权的机制。如《刑事诉讼法》第146条规定了鉴定在侦查程序中的启动问题,即“指派、聘请有专门知识的人进行鉴定”。虽然该条款未规定指派或聘请鉴定的主体,但从该条属于侦查这一章的角度来看,此处规定的鉴定是一项侦查措施,故指派或聘请鉴定的主体自然为侦查机关。《刑事诉讼法》第148条和第197条则进一步规定了侦查阶段和审判阶段犯罪嫌疑人、被告人及被害人对鉴定意见不服时,当事人只能申请侦查机关或法院来启动鉴定而无法直接启动鉴定。所以,刑事诉讼中的鉴定启动权是由国家垄断的,当事人只有向相关国家机关申请启动鉴定的权利。虽然国家垄断鉴定启动权的体制被诸多学者们所诟病,^[7]但这是我们理解有专门知识的人参与刑事审判定位的重要前提。由于案件中专门性问题只能通过鉴定来解决,故当事人对鉴定意见不服的救济方式也只能是申请补充鉴定或申请重新鉴定。在司法鉴定启动权由国家垄断的制度背景下,启动补充鉴定或重新鉴定的关键在于使法庭对鉴定意见产生疑问。但考虑到鉴定意见通常具备较强的科学性与客观性,法庭对鉴定意见特别是DNA类鉴定意见通常持较高的信任态度,^[8]补充鉴定或重新鉴定的启动是非常难的。但为了防止鉴定意见被错误使用,确保鉴定意见中的疑问被排除又是极为必要的。有专门知识的人参与刑事审判即是为了弥补对鉴定意见质疑不足的情况,所以有专门知识的人就鉴定意见提出的意见主要应为质疑性意见。而且,由于鉴定人出庭作证制度的存在,鉴定人出庭说明情况与有专门知识的人提出意见分别承担着支持和质疑鉴定意见的作用,这也使得庭审可高效进行。所以,国家垄断鉴定启动权的制度设计限定了有专门知识的人出庭提出意见的作用。

二、实践中有专门知识的人出庭功能的多元化

虽然《刑事诉讼法》严格限定有专门知识的人参与刑事审判的功能以使其契合我国的鉴定制度,但从实践来看,有专门知识的人出庭功能出现多元化,其参与刑事审判的功能超越了立法对其出庭功能的限定。

(一)有专门知识的人出庭功能多元化的表现

除立法上规定的有专门知识的人出庭就鉴定意见提出质疑性意见外,有专门知识的人出庭功能的多元化发展可表现为提出支持意见、补充鉴定意见,以及就某些专业问题出庭作证三种形式。

第一,有专门知识的人出庭就鉴定意见提出支持意见。《刑事诉讼法》第197条规定有专门知识的人出庭“就鉴定人作出的鉴定意见提出意见”。虽然全国人大法工委将此处的“提出意见”限缩解释为提出质疑意见,但实践中并未严格遵循此立法意见,有专门知识的人出庭就鉴定意见提出支持性意见的情况在司法实践中并不少见。最高人民法院发布的《人民法院办理刑事案件第一审普通程序法庭调查规程(试行)》在一定程度上确立了这种做法,第26条规定:“控辩双方可以申请法庭通知有专门知识的人出庭,协助本方就鉴定意见进行质证。”由于控方作为鉴定意见的举证方,“协助本方就

[7] 同前注[5],吴洪淇文,第73-87页。

[8] 如有学者针对陪审员在审前对科学证据的内心确信程度研究后发现,陪审员在审前对科学证据正确率的内心确信程度通常较高,如其认为DNA证据的正确率达到89.95%,咬痕证据的正确率达到89.26%,指纹证据的正确率达到88.15%,血型证据的正确率为78.53%,最低的文书鉴定类证据的正确率也达到了65.18%。See Gianni Ribeiro, Jason M. Tangen, Blake M. McKimmie, Beliefs about Error Rates and Human Judgment in Forensic Science, 297 Forensic Science International 138, 143(2019).

鉴定意见继续质证”对于控方来说,自然是就鉴定意见提出支持性的意见。当然,司法实践中有专门知识的人出庭就鉴定意见提出支持性意见,可能是基于代替鉴定人出庭的考虑,^[9]也可能是为强化对鉴定意见的审查,^[10]但无论哪种情形均超越了立法者对有专门知识的人参与刑事审判的功能定位。

第二,有专门知识的人出庭就鉴定意见提出补充性意见。司法实践中,有些有专门知识的人参与庭审会对鉴定意见提出补充性意见,这些补充性意见有时也会得到法庭的认可。如在胡翠翠交通肇事案中,鉴定意见的结论为被害人死亡原因为重度颅脑损伤,但并未分析被害人自身基础疾病(糖尿病)在致死原因中的作用,故控方补充专家辅助人意见书,并建议将交通肇事对被害人死亡的参与作用认定为 75%,最终法院也将其作为定案依据。^[11]在该案中,专家辅助人就死亡因果关系的认定已经超越了鉴定意见中的内容,且最终被法院所认可,所以该份专家辅助人意见实际发挥了补充鉴定意见的作用。有专门知识的人此种参与刑事审判的方式,超越了立法者试图将有专门知识的人参与审判的作用限定为“就鉴定意见提出意见”的规定。

第三,有专门知识的人出庭就某些专门性问题提供专业意见。如果说有专门知识的人的上述两种“功能溢出”仍然是围绕鉴定意见展开的话,那么有专门知识的人参与刑事审判的第三种“功能溢出”则完全摆脱鉴定意见的束缚,其可就某些专门性问题提供专业意见。如山东省高级人民法院等联合发布的《关于侦查人员、鉴定人、有专门知识的人出庭的规定(试行)》中,将“需要对争议的专门性问题进行解释说明的”与“对鉴定意见、检验报告有异议的”并列为法院通知有专门知识的人出庭的情形;天津市高级人民法院等联合制定的《关于刑事诉讼中鉴定人、有专门知识的人出庭若干问题的规定(试行)》中也有类似规定,如第 4 条规定:“当事人及其法定代理人、辩护人、诉讼代理人对鉴定意见有异议或者认为有必要的,可以申请人民法院通知鉴定人、有专门知识的人出庭。”这些地方规范性文件也突破了《刑事诉讼法》第 197 条的规定,将有专门知识的人参与刑事审判的领域扩展至提供一般性的专门性知识。

(二)有专门知识的人出庭功能多元化的原因分析

有专门知识的人出庭功能的多元化发展可能存在如下几方面的原因。

第一,我国刑事诉讼改革强化庭审中控辩双方的对抗性,有专门知识的人出庭提出独立意见的作用受到控辩双方的重视。我国鉴定主义制度之所以呈现职权主义底色,与我国刑事诉讼整体上具有职权主义特征是息息相关的。在职权主义诉讼结构下,控辩双方对抗性非常有限,法庭负责推动庭审的进行并负有查清案件事实的责任。在此种诉讼结构下,完全依赖控辩双方来举证、质证以查清事实是非常不现实的。这就要求国家公权力必须在鉴定制度的各个环节中均发挥主导作用,并通过建立国家对鉴定人鉴定资质的准入机制、规定鉴定人的回避制度、规定鉴定人宣誓制度等方式来实现鉴定人的客观中立。^[12]但在当事人主义诉讼结构下,控辩双方推动着庭审程序的进行并对查清案件事实负有最终责任,法官只需发挥科学知识“守门人”的定位。一旦法官完成专家证言的初始审查,审查专家证言科学性主要依赖于庭审的交叉询问制度。所以,职权主义和当事人主义诉讼结构确保鉴

[9] 参见涂舜:《刑事专家辅助人的制度再造——基于检察机关的研究视角》,载《证据科学》2018 年第 6 期,第 760 页。

[10] 如在南京胜科水务有限公司、ZHENGQIAOGENG 等污染环境罪案中,除控辩双方分别传召有专门知识的人外,法院也传召一名有专门知识的人到庭。法院传召的有专门知识的人就如下事项进行说明,如鉴定人的资质、鉴定的程序、被告人提出的生态补救方案可行性及污染的严重程度等。参见江苏省南京市玄武区人民法院(2018)苏 0102 刑初 68 号刑事判决书。

[11] 参见安徽省芜湖县人民法院(2018)皖 0221 刑初 153 号刑事判决书。

[12] 参见《德国刑事诉讼法典》,宗玉琨译注,知识产权出版社 2013 年版,第 37-38 页。

定意见真实性的方法并不完全相同。我国 1979 年《刑事诉讼法》确立了超职权主义的刑事诉讼模式,1996 年《刑事诉讼法》则确立了抗辩式的刑事诉讼模式,强化控方的举证责任并强化控辩双方在庭审中的对抗。虽然 2012 年《刑事诉讼法》有意避免有专门知识的人的制度转变为英美法系中的专家证人制度,^[13]但在庭审对抗不断强化背景下,围绕鉴定意见及案件中专门性问题的争论越来越多,控辩审三方对有专门知识的人出庭承担多元化功能也有了更多的期待。如 2012 年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》(下文简称为《刑诉解释》)中仍然将有专门知识的人出庭限定为“就鉴定意见提出意见”;而 2018 年的《人民法院办理刑事案件第一审普通程序法庭调查规程(试行)》第 26 条规定则明确提出有专门知识的人可“对案件中的专门性问题提出意见”,虽然提出的意见仍然是对与鉴定意见有关的专门性问题的意见,^[14]但这种表述已经表明最高人民法院关注到有专门知识的人对案件中专门性问题提出意见这个现象。有些地方新近颁布的有专门知识的人出庭的规定中则完全摆脱鉴定意见的束缚,有专门知识的人可就一般性的专业知识出庭提出意见。^[15]由此可见,我国刑事诉讼改革带来的庭审对抗强化,是有专门知识的人出庭功能多元化发展的重要原因。

第二,职权主义鉴定制度下鉴定救济机制运行不畅,使得有专门知识的人在一定程度上承担起鉴定救济的作用。职权主义鉴定制度下,当事人不同意鉴定意见时只能申请重新鉴定或补充鉴定,其自行委托鉴定而出具的鉴定意见在刑事诉讼中不具备证据能力。职权主义鉴定制度完全排斥当事人参与的做法不仅带来鉴定意见难以被推翻等问题,也与现代刑事诉讼强调程序公开、程序参与的要求不相符。所以,奉行职权主义鉴定制度的国家和地区近些年来也在不断强化当事人在鉴定启动、鉴定救济中的程序参与权,以实现对其权力的有效制约。如德国刑事诉讼法规定,鉴定人由法官选任,但检察院、自诉人和被指控人对鉴定人有拒绝权,而且在法官澄清义务要求下,若法官未聘请鉴定人导致其澄清义务无法实现时会成为启动再审的理由。^[16]而我国鉴定制度仍然不允许当事人的参与,鉴定救济机制运行也不顺畅。如当事人申请重新鉴定、补充鉴定比较困难,有些公安司法机关不理睬或消极对待当事人及其辩护人的重新鉴定请求权。^[17]特别是在鉴定意见错误率并不低的情况下,鉴定救济机制运行不畅也严重影响了对鉴定意见的审查判断。如有研究者对 26 个省市检察院于 2011 年至 2014 年 6 月受理审查的技术性证据分析后发现,存在问题的法医学证据占全部法医学证据审查数的 5.32%;还有研究者发现,某些地方检察院的鉴定意见错误率达到 20% 左右。^[18]故而当鉴定意见存在一定错误率而鉴定救济机制又难以启动时,当事人只能通过自行委托鉴定、聘请有专门知识的人等方式来实现救济,并试图将其作为国家公权力机关启动鉴定的重要依据。所以,鉴定救济方式运行不畅也是有专门知识的人功能溢出的重要原因。

[13] 同前注[4],王爱立书,第 419 页。

[14] 参见涂舜:《专家辅助人制度的改进及评析——基于〈人民法院办理刑事案件第一审普通程序法庭调查规程(试行)〉的研究》,载《中国司法鉴定》2020 年第 4 期,第 18 页。

[15] 如山东省高级人民法院等联合发布的《关于侦查人员、鉴定人、有专门知识的人出庭的规定(试行)》中规定,需要对争议的专门性问题进行解释说明时,有专门知识的人一般应当出庭;浙江省高级人民法院等联合发布的《关于刑事案件证人、鉴定人及有专门知识的人出庭规定(试行)》也规定,有专门知识的人经法庭许可,可以询问当事人、鉴定人以及其他诉讼参与人,可以就鉴定意见、检验报告等专门性问题进行说明和提出意见。

[16] 同前注[12],宗玉琨书。

[17] 参见常林:《重新鉴定问题研究》,载《山西大学学报(哲学社会科学版)》2015 年第 4 期,第 91 页。

[18] 同前注[9],涂舜文,第 756-768 页。

第三,鉴定人出庭率不高使有专门知识的人承担了鉴定人的部分鉴定职责。直接言词原则也是大陆法系国家和地区刑事诉讼的一项基本原则,依据该原则的要求,鉴定人应当出庭作证。而鉴定人出庭的作用也是多元化的,鉴定人出庭不仅可就鉴定意见作出说明,还可就一般性专业知识向法庭作证。如在德国刑事诉讼实践中,鉴定人至少会从如下三个方面来辅助法院,一是向法院提供一般性经验知识;二是对某些事实利用其特有的专业知识加以深入理解、判断后向法院提供专门知识;三是以专业知识调查获得事实认定并借学术性推演规则对该认定的事实作出结论。^[19]但我国并未确立直接言词原则,司法实践中鉴定人通常只是向法庭提交书面的鉴定意见,其出庭情况不容乐观。如有实证研究发现,当前不少法院的鉴定人、有专门知识的人出庭率不及 1%,许多人不愿出庭、不敢出庭、不能出庭。^[20]鉴定人不出庭,不仅意味着法庭无法通过控辩双方询问鉴定人来实现对鉴定意见的质证,也使得鉴定人向法院提供一般性专门知识和关于某些事实的专门知识这两项功能无法实现。这也迫使法庭必须通过其他方式来获取相关的专业知识,如在合议庭中吸收专家人民陪审员参加、法官私下向懂专业知识人士请教专门知识等。^[21]所以,当 2012 年《刑事诉讼法》确立有专门知识的人出庭制度后,有专门知识的人也成为法庭获取专业知识的一个重要途径。虽然《刑事诉讼法》仅规定了控辩双方申请有专门知识的人出庭的情形,但《人民法院办理刑事案件第一审普通程序法庭调查规程(试行)》第 14 条则规定了法院依职权通知有专门知识的人等人员出庭的情形。考虑到该规程仍然将有专门知识的人出庭的功能限于就鉴定意见提出意见,故而当法庭对鉴定意见有疑问时,法庭可通知鉴定人到庭,也可通知有专门知识的人到庭。所以,我国刑事司法实践中的庭审虚化反而强化了有专门知识的人的专家证人角色,并使其承担起鉴定人的部分职责。

第四,司法实践中对《刑事诉讼法》中鉴定人资质的错误解读严格限制了鉴定的功能,使有专门知识的人承接了部分本属于鉴定人的工作。鉴定是解决案件中专门性问题的活动,实施鉴定活动的人为鉴定人,那么鉴定人是否必须经过登记后才具备鉴定资质呢?依据《刑事诉讼法》第 146 条的规定,我国对鉴定人的鉴定资质审查仅限定为是否具有专门知识。而且,该规定在 1979 年《刑事诉讼法》即已规定,1996 年、2012 年和 2018 年修改《刑事诉讼法》时并未对该规定作任何调整。虽然《刑事诉讼法》未对鉴定人的鉴定资质作出更多要求,但自 1998 年之后我国逐步强化了对司法鉴定人的管理,并于 2005 年发布《全国人民代表大会常务委员会关于司法鉴定管理问题的决定》(下文简称为《司法鉴定决定》),其中第 4 条和第 5 条规定了鉴定人和鉴定机构的条件。但《司法鉴定决定》仅是规定了法医类、物证类、声像资料类的鉴定机构和鉴定人要实行登记管理,对于其他类的鉴定机构和鉴定人并未作出规定。《司法鉴定决定》第 9 条更是明确指出只有上述三类鉴定才需要在鉴定人名册中选择鉴定人。所以,对于法医类、物证类及声像资料类等三大类之外的专门性问题,仍应依据《刑事诉讼法》第 147 条之规定,由侦查机关指派或聘请有专门知识的人解决,而且此时解决专门性问题的活动在性质上当然属于鉴定。但司法实践中却对此问题存在误读,认为鉴定人必须是经登记取得法定鉴定资质的鉴定人,未经登记取得法定鉴定资质的人实施的解决案件中专门性问题的活动当然不属于鉴定并不得作为定案依据。限缩鉴定范围的后果则是,司法实践中部分解决案件中专门性问题的活动无法被纳入到鉴定中来。也正是在这个背景之下,《刑诉解释》创设了检验人制度,为未经登记取得法

[19] 参见[德]克劳斯·罗克辛:《德国刑事诉讼法》,吴丽琪译,三民书局股份有限公司 1998 年版,第 297 页。

[20] 参见张勇、钱岩:《鉴定人、有专门知识的人出庭制度构建——以天津市法院系统实践探索为基础》,载《法律适用》2018 年第 19 期,第 56 页。

[21] 参见刘振红、郝兴军:《鉴定结论认定中的能动司法》,载《人民法院报》2011 年 9 月 21 日,第 5 版。

定鉴定资质的人或机构做的专业活动进入刑事司法提供了一个渠道。^[22]而当有专门知识的人制度出现之后,有专门知识的人也成为了专业知识进入法庭的一个新渠道。如学者们在论述有专门知识的人的意义时也普遍提到有专门知识的人可以弥补鉴定制度的不足,因为有些专门性问题无法找到有鉴定资质的鉴定人来进行鉴定。^[23]所以,司法实践中对鉴定人资质的错误解读带来有专门知识的人出庭功能的溢出。

三、有专门知识的人出庭功能多元化的理论反思

为维持我国职权主义鉴定制度的逻辑自洽性,我国立法尽可能地限制有专门知识的人出庭提出意见的形式和内容,意图将其限定在鉴定意见质疑者的诉讼定位上。但这种观点在司法实践中未获得完全认同,有专门知识的人出庭的功能在实践中出现不同程度的扩张。当然,司法实践中之所以肯定有专门知识的人出庭功能的扩张,与这种扩张带来的较好实践效果是分不开的。从实践效果来看,有专门知识的人的功能溢出并未带来法庭审理的失控,反而更好地服务于公检法查明案情的需求。^[24]有专门知识的人制度的功能溢出后在实践中良好的运行现状,也促使我们进一步反思立法者严格限定有专门知识的人出庭功能的做法的合理性及我国职权主义鉴定制度的正当性等问题。

第一,我国职权主义鉴定制度完全排斥当事人参与刑事司法鉴定过程的做法,与现代刑事诉讼强调正当程序、程序参与等理念相冲突。如前所述,我国立法严格限定有专门知识的人出庭的功能是为了与职权主义鉴定制度相契合。我国刑事司法鉴定制度确立于1979年《刑事诉讼法》,运行至今并未有大的调整。1979年《刑事诉讼法》中的超职权主义诉讼结构也深刻影响着鉴定制度,故而我国刑事鉴定过程中并不允许当事人的参与。如依据《刑事诉讼法》第146条、第148条等条款的规定,当事人无权对鉴定人的选任、鉴定事项的确定等事先提出意见,只能在鉴定完毕后通过审查鉴定意见才可提出相关意见。但从其他国家和地区职权主义鉴定制度的发展经验来看,这种完全排斥当事人参与的做法已经被其他职权主义国家和地区所抛弃,职权主义鉴定制度中已经杂糅进部分对抗制的因素。如法国虽未确立对席鉴定的制度,但也在鉴定程序中引入一定的对抗成分,如要求法院从鉴定名册之外选择鉴定人时需说明理由、允许当事人在提出鉴定请求时具体说明希望向鉴定人提出的问题、当事人审查鉴定报告时允许其诉讼辅佐人查阅使用案卷材料等;^[25]日本刑事诉讼中当事人对鉴定的参与程度要更大些,如当事人请求鉴定时一般会提出其所希望的鉴定人,法院可以在确定鉴定人选时予以考虑,^[26]鉴定时,检察官及辩护人也有权在场。^[27]此外,允许当事人介入鉴定过程也更有利于保障鉴定意见的准确性,防范错误于未然。虽然立法上不断强调法庭保留对案件中专门性问题的最后裁决权,但从实践来看,鉴定意见通常会成为法院认定事实的依据。所以,通过对鉴定意见的事后审查来推翻鉴定意见是非常困难的。而当事人事先介入鉴定过程,一方面可以实现对鉴定过程的全程监督;另一方面也可尽早提出意见从而提升鉴定意见的准确性。因有违正当程序的要求,以及为了

[22] 参见陈如超:《专家参与刑事司法的多元功能及其体系化》,载《法学研究》2020年第2期,第97页。

[23] 参见李学军、朱梦妮:《专家辅助人制度研析》,载《法学家》2015年第1期,第150页。

[24] 同前注[5],吴洪淇文,第73-87页。

[25] 参见[法]贝尔纳·布洛克:《法国刑事诉讼法》(原书第21版),罗结珍译,中国政法大学出版社2009年版,第430-433页。

[26] 参见[日]松尾浩也:《日本刑事诉讼法》(下卷),张凌译,中国人民大学出版社2005年版,第95页。

[27] 参见《日本刑事诉讼法律总览》,张凌、于秀峰编译,人民法院出版社2017年版,第45页。

保障鉴定意见的正确性,鉴定过程中完全禁止当事人参与的做法已被职权主义国家和地区的立法所抛弃。

第二,有专门知识的人出庭功能多元化发展与我国法庭事实认定方式的转变相适应。不同诉讼结构下裁判者的事实认定模式也有所差别。如职权主义诉讼模式下,法官主导刑事审判程序的进行,事实认定更多是由法官依据职业判断及经验法则从正面判断该证言的可信性;而当事人主义诉讼模式下,法官消极中立,事实认定的逻辑更主要是“证伪主义”。^[28]我国传统的刑事诉讼特别强调法官在事实认定中的主导作用,事实认定机制也是一种正向的证实主义,强调法官要依赖职业经验和逻辑法则来认定事实。但随着我国刑事诉讼控辩对抗的强化,控辩双方围绕证据和事实展开激烈争辩,法官的事实认定过程也出现从正向的证实主义路径向反向的证伪主义路径的转变。以法官证据调查权的转变为例,为确保法官内心确信的形,坚持职权主义诉讼结构的国家大都赋予法官完全的证据调查权,如《德国刑事诉讼法典》第 244 条、《法国刑事诉讼法典》第 310 条等均有相关规定。^[29]我国 1996 年《刑事诉讼法》限制了法庭的证据调查权,规定法庭只有在特殊情形下才可以超越控辩双方出示证据的范围而自行收集证据。^[30]这使得法庭心证的形成更依赖于控辩双方的举证与质证,证伪式的事实认定方式有了一定的立足空间。有专门知识的人出庭功能的多元化发展,实际上也反映了司法实践中对证伪式事实认定方式的需求,通过强化控辩双方对证据的质证来排除不可靠的证据。而且,证伪式的事实认定方式也更符合科学证据的审查认定方式。因为证实主义的事实认定模式实际上是依赖证据来不断强化内心确信的过程,但科学证据通常在司法程序中就已经得到很高的信任,正向的证实很难发现科学证据可能存在的问题。而反向的证伪却更符合科学证据的审查认定规则,通过证伪将错误的科学证据排除出事实认定过程,从而实现对科学证据的充分审查。所以,有专门知识的人的功能溢出一定程度上契合了我国刑事诉讼事实认定方式的转变。

此外,虽然有专门知识的人出庭功能的多元化发展一定程度上契合了我国刑事诉讼结构及事实认定方式的转变,但由于缺少法律规制,以及实用性导向明显等,有专门知识的人出庭功能的扩张也可能会对我国刑事诉讼法治带来一些风险。其一,有专门知识的人出庭功能多元化发展可能会加剧有专门知识的人与我国职权主义鉴定制度的冲突。有专门知识的人出庭作为强化控辩对抗的一种方式,其本质上是与职权主义鉴定制度相冲突的,所以立法者通过严格限定有专门知识的人出庭的作用来降低冲突的程度。但随着有专门知识的人出庭功能的多元化发展,其与职权主义鉴定制度的冲突也会不断加剧。如有专门知识的人出庭提供一般性专业意见已经冲击到刑事案件中专门性问题主要由鉴定解决的单一机制,在鉴定人之外增加了法庭获取专业知识的渠道;再如,有专门知识的人提出补充鉴定意见或者辩方自行聘请有专门知识的人作出鉴定意见获得法庭认可,这也有违国家垄断鉴定启动权的设定。随着有专门知识的人出庭功能的进一步发展,这种冲突可能还会加剧。在我国尚未放弃职权主义鉴定制度的背景下,如何更好地处理有专门知识的人出庭功能多元化发展与职权主义鉴定制度的冲突问题,需要我们在未来研究和制度改革中予以关注。其二,有专门知识的人出庭功

[28] 参见施鹏鹏:《职权主义与审问制的逻辑——交叉询问技术的引入及可能性反思》,载《比较法研究》2018 年第 4 期,第 64 页。

[29] 《德国刑事诉讼法典》第 244 条第 2 款规定:“为查清真相,法院依职权应当将证据调查涵盖所有对裁判具有意义的实施和证据材料。”(同前注[12],宗玉琨书,第 193 页。)
《法国刑事诉讼法典》第 310 条第 1 款规定:“审判长享有自行做出决定的权力,依此权力,审判长得本着荣誉与良心;采取其认为有利于查明真相的一切措施;如其认为适当,可以向法庭提出要求,法庭依据第 316 条规定的条件做出决定。”(《法国刑事诉讼法典》,罗结珍译,中国法制出版社 2006 年版,第 237 页。)

[30] 参见高通:《我国法官庭外调查权的存废与使用》,载《山东警察学院学报》2013 年第 4 期,第 66 页。

能多元化可能会消解庭审实质化的部分努力,这突出表现在有专门知识的人代替鉴定人出庭的问题上。为强化对鉴定意见的审查,我国2012年《刑事诉讼法》确立了鉴定人出庭作证制度,并规定了经通知出庭而不出庭的鉴定人作出的鉴定意见不得作为定案依据。但司法实践中用有专门知识的人代替鉴定人出庭的做法,可能会使上述强化审查鉴定意见的努力大打折扣。因为有专门知识的人未参与到司法鉴定过程中,其出庭更多的是依据其专业知识对鉴定意见作出评述,而无法对鉴定过程中的诸多选择作出说明,辩方也无法向鉴定人进行充分的质证。这不仅大大降低了鉴定人出庭作证的效果,也侵犯了辩方的对质权。而且,由于有专门知识的人在刑事诉讼中不具有唯一性,可随时更换,当有专门知识的人代替鉴定人出庭时,“经通知出庭而拒不出庭的鉴定人鉴定意见不得作为定案依据”条款也就无用武之地,消解了鉴定人出庭作证的程序保障机制。所以,有专门知识的人代替鉴定人出庭的做法可能会弱化庭审实质化改革的实效。

四、有专门知识的人出庭诉讼地位的调适与程序完善

(一)有专门知识的人出庭诉讼地位的调适

通过上文分析发现,有专门知识的人出庭功能的多元化发展不仅在实践中未带来适用上的冲突,从学理上看也部分契合了我国刑事诉讼结构的发展趋势,故而有必要强化有专门知识的人出庭的作用。但将有专门知识的人改造为专家证人,又与我国职权主义鉴定制度相冲突。故而,我们可适度提升有专门知识的人在刑事审判中的地位,以使其契合我国职权主义鉴定制度及刑事诉讼结构发展的需求。具体来说,有专门知识的人提出意见应当至少应当承担如下三项功能。

第一,有专门知识的人就鉴定意见提出质疑意见,此时承担专家辅助人的作用。有专门知识的人就鉴定意见提出质疑意见,这是我国规定有专门知识的人制度的主要原因,也是有专门知识的人参与刑事审判的首要功能。此外,这里还涉及有专门知识的人提出意见的定位问题。由于此时将有专门知识的人提出意见的作用限定为就鉴定意见提出质疑,那么有专门知识的人提出的意见主要是作为一种弹劾证据而存在,其并不能直接作为法院认定案件事实的依据。

第二,有专门知识的人可就鉴定事项之外的一般性专业知识出庭说明情况,此时其承担专家证人的角色。有专门知识的人提出意见的范围并不应只限定在鉴定意见领域,其也可就某些专门性知识作出说明,这与我国刑事诉讼结构发展趋势是相适应的。有专门知识的人就某些专门性知识作出说明时,其意见应当被赋予证据效力,此时的有专门知识的人承担专家证人的角色。但为避免有专门知识的人与我国职权主义鉴定制度的过分冲突,宜将有专门知识的人提出专业知识的范围限定为鉴定事项之外的专业知识,即对于没有鉴定必要的专门性问题,法庭可咨询有专门知识的人。如前所述,职权主义鉴定制度的一个重要特征对于有鉴定必要的专门性问题只能通过鉴定来解决。而且,鉴定的内涵除包括对案件中的专门性问题给出鉴定意见外,还应包括就鉴定所依赖的科学知识及一般专业知识向法庭作出说明。所以,职权主义鉴定制度下的鉴定范围非常宽泛,只要我国鉴定制度的职权主义底色未发生明显变化,案件中专门性问题的解决都应主要依赖于鉴定制度。当然,并非案件中所有的专门性问题都需通过鉴定制度来解决,只有对那些若无鉴定则无法实现法官澄清案情义务的专门性问题才有鉴定必要。^[31]对于那些没有鉴定必要的专门性问题,法庭可通过自身的科学知识

[31] 参见林钰雄:《刑事诉讼法》(上册),中国人民大学出版社2005年版,第399页。

来解决,亦可通过询问有专门知识的人来解决。意大利的技术顾问也正是在这个意义上发挥技术咨询作用,其只能向法院提供除鉴定之外的技术咨询,且这种技术咨询并不能代替鉴定并作为定案依据。^[32]所以,有专门知识的人就鉴定事项之外的专门性问题提出意见并未冲击到鉴定制度的逻辑自洽性,也丰富了法院获取专门性知识的方式。

第三,特定情形下辩方聘请有专门知识的人出具的鉴定意见,可在刑事诉讼中作为证据使用,此时的有专门知识的人具有鉴定人的诉讼地位。如果说司法实践中不允许控方指派或聘请有专门知识的人提出补充鉴定意见的话,那么无论是立法还是司法实践都不应当承认辩方自行聘请有专门知识的人出具鉴定意见的证据能力。但随着有专门知识的人在刑事诉讼中参与程度地不断加深,完全排斥辩方聘请有专门知识的人出具鉴定意见的做法也受到诸多质疑。如我们一方面要求有专门知识的人提出意见要有事实依据、科学依据,对于有专门知识的人提出的意见经常因为其未参与鉴定、不了解案情而予以否决;但另一方面对于有专门知识的人依据事实和科学作出的鉴定意见又不承认其证据能力。这种矛盾做法不仅不利于查清案件事实,也带来司法资源的极大浪费。所以,大陆法系国家和地区也在一定程度上承认辩方自行聘请鉴定人出具鉴定意见的证据能力。如德国刑事司法实践中,法院基于澄清义务,只要当事人提出证据申请,法院调查范围原则上应及于当事人自行聘请的鉴定人;^[33]我国台湾地区早些年的判例基于传闻法则排斥辩方自行聘请鉴定人出具的鉴定意见,但近些年的判例则基于尊重当事人的证据处分权和有利于发现事实真相的考虑,要求法院综合考虑后再决定是否将其作为定案依据。^[34]我国亦可参考上述立法例,部分承认当事人自行聘请有专门知识的人出具鉴定意见的证据能力。特别是对于当事人自行聘请有专门知识的人出具的有利于己方且控方同意该鉴定意见作为证据使用的鉴定意见,如果法院经审查认为该鉴定意见符合鉴定的要求时,可将该证据作为定案依据。这种设计一方面是考虑到当事人证据处分权,控方自愿承认辩方出具鉴定意见的证据能力;另一方面,这种设计也未改变我国职权主义鉴定制度的基础,案件中专门性问题仍主要是由国家机关通过鉴定来解决。但辩方聘请有专门知识的人鉴定不得采取强制措施,鉴定时应征得被鉴定人或被鉴定物品持有人的同意。因为辩方自行鉴定属于辩方行使调查取证权,而依据《刑事诉讼法》第 43 条之规定,辩方取证时应征得被取证人的同意。实际上,大陆法系国家和地区之所以规定鉴定由国家垄断也是因为其存在强制性。鉴定因涉及对被鉴定人及被鉴定物品所有人利益的限制或剥夺而属于强制性侦查措施,^[35]而强制性侦查措施只能由国家垄断行使。所以,辩方自行聘请有专门知识的人进行鉴定时无强制取证权,应征得被取证人同意后方可鉴定。

(二)有专门知识的人出庭程序的完善

为适应有专门知识的人出庭功能的适度扩张,其参与刑事审判的程序也应从如下四个方面来完善。

第一,法庭应强化个案中对有专门知识的人专业知识的审查,但不宜将资质要求设定为有专门知识的人提出意见的前提条件。当前立法上对有专门知识的人的资质并无限制,只要对相关鉴定事项具有专业知识均可成为法律上的有专门知识的人。^[36]但这也带来有专门知识的人水平参差不齐、无

[32] 参见谷望舒、包建明:《意大利技术顾问制度及其对我国专家辅助人制度的启示》,载《中国司法鉴定》2018年第5期,第12页。

[33] 参见林钰雄:《轮替诘问之法庭活动(下)》,载《台湾本土法学杂志》2000年第13期,第22页。

[34] 参见台湾地区“最高法院”97年度台上字第1629号和99年度台上字第2618号刑事判决。

[35] 参见[日]田口守一:《刑事诉讼法》(第7版),张凌、于秀峰译,法律出版社2019年版,第54页。

[36] 同前注[4],王爱立书,第421页。

法实现对鉴定意见的有效质疑甚至影响审判公信力等问题,故而有学者主张可适当限定有专门知识的人的资质。^[37]笔者并不认同这种通过限定有专门知识的人的资质来实现对其专业水平审查的方法。首先,有专门知识的人与鉴定人在刑事诉讼中的作用不同,不能将限制鉴定人资质的理由简单套用至有专门知识的人上。立法上之所以限定鉴定人资质并对鉴定人实行资格准入机制,主要原因在于解决实践中多头鉴定、重复鉴定及鉴定水平不高等问题。^[38]而限定多头鉴定、重复鉴定的原因则在于鉴定意见通常难以接受实质性审查,多头鉴定、重复鉴定等会带来法庭事实认定上的困难。但有专门知识的人出庭主要是就鉴定意见提出质疑性意见,而质疑性意见的提出并不需要严密的论证推理,只需自圆其说即可。所以,有专门知识的人无需专业资质的认定。其次,有些有专门知识的人的专门知识水平甚至可以超越鉴定人的水平。虽然鉴定人需经登记取得鉴定资格而从事鉴定,但鉴定人员并不必然代表着最高的专业水平。如有研究表明,司法鉴定的法医临床医学知识有限,往往没有具体的临床医学分支学科的经验。^[39]所以,通过立法来限制有专门知识的人的观点是值得商榷的。但这也存在例外情形,就是当事人自行聘请有专门知识的人进行鉴定且鉴定意见被控方认可的情形。因为此时的有专门知识的人已经承担起鉴定职责,故应要求有专门知识的人具备法律规定的鉴定资质。虽然不对有专门知识的人是否具备鉴定资质作出限定,但考虑到庭审效率和提出意见的科学性和效率性等因素,法庭有权对有专门知识的人的专业知识背景进行审查,并将其作为审查鉴定意见的综合考量因素。具体审查内容可以包括形式要件和实质要件,形式要件如有专门知识的人的姓名、教育背景、职业经历等;实质要件为专业知识的掌握程度,可从其知识范围、学术研究或实践成果及专业领域与鉴定事项的关联度等方面进行审查。^[40]

第二,有专门知识的人提出意见应否以出庭为前提不应一概而论。《刑事诉讼法》第197条规定的是有专门知识的人出庭就鉴定意见提出意见的情形,但有专门知识的人提出意见时可能并不出庭,如提交书面意见或由控辩双方代为陈述相关意见等。此时的有专门知识的人的意见能否作为法庭审查鉴定意见的依据呢?有观点认为有专门知识的人提出意见应以出庭为前提,但笔者认为,有专门知识的人参与刑事审判的定位不同,其出庭要求也应有所不同。其一,当有专门知识的人就鉴定意见提出质疑意见时,出庭不应成为其提出意见的前提条件。有专门知识的人围绕鉴定意见提出质疑意见时,其核心是强化法庭对鉴定意见的审查,从而发现鉴定意见存在的可能漏洞。要求有专门知识的人出庭提出意见的主要目的在于,强化对专门知识的人的意见的审查。^[41]虽然法庭对有专门知识的人的意见也需进行审查,但对有专门知识的人资质及意见的审查不应成为庭审的重点。因为有专门知识的人的意见不能成为定案依据,其是用来审查鉴定意见的,如果对其投入过多精力将会造成诉讼效率的过分拖沓。^[42]所以,只要有专门知识的人提出的意见足以使法庭对鉴定意见的真实性产生疑问,法庭就可采纳其意见,无需将出庭提出意见作为采纳该意见的前提。当然,法庭认为有必要时,也可要求有专门知识的人出庭提出意见。其二,有专门知识的人就鉴定事项之外的专业知识向法庭提供

[37] 参见涂舜:《刑事专家辅助人制度实证研究》,载《四川轻化工大学学报(社会科学版)》2020年第1期,第59页。

[38] 参见张玉钺、张黎:《鉴定人资格管理制度:梳理、评析与设想——兼解读〈关于司法鉴定管理问题的决定〉》,载《中国司法鉴定》2005年第6期,第7页。

[39] 陈邦达:《医疗损害鉴定不信任问题研究——以上海市“一元化”模式为例》,载《交大法学》2019年第2期,第98页。

[40] 参见刘鑫、王耀民:《论专家辅助人资格的审查》,载《证据科学》2014年第6期,第713-714页。

[41] 同前注[23],李学军、朱梦妮文,第147-163页、第180页。

[42] 参见王进喜:《美国〈联邦证据规则〉(2011年重塑版)条解》,中国法制出版社2012年版,第172页。

意见,以及特殊情形下承担鉴定人职责时,有专门知识的人应当出庭提出意见。这两种情形下有专门知识的人提出的意见已摆脱了鉴定意见的束缚,且提出的意见也可能被法庭认证并作为定案的依据。但有专门知识的人无论是在鉴定资质、中立性还是在鉴定规范性等方面都与鉴定人存在较大差距,法庭需要对有专门知识的人及其意见做更充分的审查。所以,此二种情形下有专门知识的人应当出庭提出意见,并接受控辩双方的质证之后才可作为定案依据。

第三,有专门知识的人应当如实提出意见。有专门知识的人作为控辩双方各自聘请的人员,其在心理上当然会对聘请方有所偏向,甚至会对专业知识进行任性“裁剪”以迎合聘请方的要求,即所谓的“党派性”问题。^[43]有专门知识的人在立场上有所偏向无可厚非,但有专门知识的人也应当承担如实提出意见的义务。因为无论是证人、鉴定人还是其他诉讼参与人参与刑事诉讼的目的均是为了查明案件事实,案件事实的查明有赖于证人、鉴定人、有专门知识的人等客观说明情况或进行鉴定。故而,立法上对除犯罪嫌疑人、被告人之外的证人、鉴定人等诉讼参与人均规定了如实作证或说明的义务,违反该义务将会被追求法律责任。即便是犯罪嫌疑人、被告人委托的辩护律师也应当在法律和事实基础上进行辩护,否则也应承担相应的法律责任。而且,专家意见与证人证言、鉴定意见相似,均对法官心证产生影响,^[44]若任由其提供虚假或错误意见有可能会误导法庭。故而,有专门知识的人应当基于科学知识如实提出意见。但有专门知识的人如实提出意见并不排斥其有意识地“裁剪”相关信息,或着重从有利于其聘请人的方面来提出意见,只要其未违背科学伦理道德的要求或未故意提供错误信息,有专门知识的人不应因提出意见错误而被追究法律责任。

第四,强化对有专门知识的人的程序参与权。《刑事诉讼法》并未规定有专门知识的人的权利问题,有专门知识的人无法参与到鉴定过程中,这也使得有专门知识的人对鉴定意见很难提出有价值的质疑意见。因此,除非鉴定意见与鉴定过程出现明显错误,有专门知识的人提出的意见很容易因客观条件不足、鉴定条件有限等理由被法庭所否决。^[45]当然,法律并非只是禁止有专门知识的人参与司法鉴定程序,这种禁止同样适用于辩方和控方。^[46]但如前所述,鉴定过程完全禁止控辩双方参与的制度不仅使得控辩双方无法对鉴定意见实现充分的审查,也使得鉴定意见的接受度大为降低。所以,我国应当赋予控辩双方特别是辩方对鉴定过程一定程度上的程序参与权。考虑到当事人科学知识的有限性,当事人对鉴定程序的实质参与主要是通过有专门知识的人来实现的。具体来说,当事人及其聘请的有专门知识的人对鉴定的程序参与权应当包括如下几方面的内容。其一,鉴定前获得告知权。我国《刑事诉讼法》第 148 条只规定了侦查机关应将用作证据的鉴定意见告知当事人,对于鉴定与否、未用作证据的鉴定意见等事项,侦查机关并不负有向当事人告知的义务。但获得鉴定事项的告知权是当事人参与鉴定的前提,也是当事人后续实施相应诉讼行为的重要依据。所以,要保障当事人及有专门知识的人对鉴定程序的参与权,首先要保障其对鉴定事项获得告知的权利。当然,对于发生在犯罪嫌疑人及被害人确定之前实施的鉴定无须告知,但当犯罪嫌疑人或被害人确定之后,公安司法机关

[43] 参见陈邦达:《美国法庭聘请专家证人的实践与启示》,载《证据科学》2017年第6期,第702页。

[44] 参见胡铭:《鉴定人出庭与专家辅助人角色定位之实证研究》,载《法学研究》2014年第4期,第207页。

[45] 参见陈如超、刘竹:《刑事专家辅助人制度的反思与重构——基于当前刑事鉴定争议类型分布的研究》,载《中国司法鉴定》2014年第4期,第79页。

[46] 如我国《刑事诉讼法》第二编第二章关于侦查措施的规定中,除检察机关可在公安机关复勘、复检时派员参加外,其他的侦查程序中并未规定检察机关对公安机关采取侦查措施时的参与问题。《2018—2022年检察改革工作规划》中也只是提到“推动建立公安机关办理重大、复杂、疑难案件听取检察机关意见和建议制度”,对于检察机关参与侦查程序并未有细致的规定。

实施鉴定前应当向其告知。其二,有专门知识的人可辅助当事人参与鉴定人的选任过程,并就鉴定人提出建议名单。由于侦查机关内部配置有充足的鉴定资源,我国刑事司法鉴定主要由侦查机关内部的鉴定人实施。所以,鉴定人的选任是由侦查机关自主决定的,但这并不能完全排斥当事人及有专门知识的人对鉴定人选任的参与权。当事人及其聘请的有专门知识的人不仅可就鉴定人提出回避申请,亦可向侦查机关提出鉴定人的建议名单。^{〔47〕}虽然依据职权主义鉴定制度的要求,当事人提出的鉴定人建议名单对公安司法机关并不具有约束力,但这种建议权在一定程度上的确可促使公安司法机关更加注重鉴定人的选任,也会强化后续程序中对鉴定意见的审查。其三,应当允许当事人及有专门知识的人在部分争议较大的案件中旁观鉴定过程。当事人及有专门知识的人对鉴定意见的充分质疑以其对鉴定过程的充分参与为前提条件,不同国家和地区也规定了当事人及有专门知识的人对鉴定过程不同程度的参与权。如日本规定了检察官及辩护人鉴定时的在场权;而台湾地区并未将鉴定时在场作为当事人的一项权利,只是规定必要时法院或检察官通知当事人、代理人或辩护人可以到场;意大利侦查阶段的鉴定分为警察主导的鉴定和检察官主导的鉴定,而控辩双方的技术顾问无权参与警察主导的鉴定,仅在检察官主导的鉴定中且该鉴定属于“不可重复的技术核查”时才有权参加鉴定活动。^{〔48〕}赋予当事人及其聘请的有专门知识的人完全的鉴定在场权固然可以增强其对鉴定意见的认可度和审查效果,但也应当综合考虑鉴定在场的必要性及侦查秘密等因素,从而实现多种价值的平衡。在此可以借鉴《刑事诉讼法》第123条关于侦查录音录像的规定,对于可能判处无期徒刑、死刑的案件或者其他重大犯罪案件,应当通知当事人及其辩护人或其聘请的有专门知识的人到场。此外,考虑到重新鉴定案件中往往存在重大争议,重新鉴定的案件也应当允许当事人的参与。

(责任编辑:于改之)

〔47〕 同前注〔22〕,陈如超文,第89-107页。

〔48〕 参见《日本刑事诉讼法》第170条、我国台湾地区“刑事诉讼法”第206条及章礼明:《意大利“技术顾问”制度及其对我国的启示》,载《中国司法鉴定》2017年第1期,第10页。