

新刑事诉讼法专家辅助人制度的立法缺陷及其完善

宫雪

(华东政法大学研究生教育院, 上海, 200042)

摘要: 专家辅助人制度在新刑事诉讼法中的确立无疑将有助于推动鉴定人出庭作证效果的实现, 确保鉴定意见的真实性和法官对鉴定意见的正确认定。在此之前, 民诉法的有关规定和司法实践的积极探索也为刑事诉讼中专家辅助人制度的完善提供了有效参考。但目前我国有关专家辅助人制度的规定, 无论是新刑诉法还是司法运作中依然存在缺陷, 包括专家辅助人资格不明确、诉讼地位不确定、权利义务和出庭程序欠缺等。这些都亟需通过立法予以进一步完善, 以确保专家辅助人制度能够发挥其应有的作用。

关键词: 刑事诉讼法; 专家辅助人; 鉴定意见; 司法鉴定管理; 鉴定程序; 司法鉴定制度

中图分类号: D915.3

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2014)02-0092-07

庭审过程中, 由诉讼各方当事人对鉴定意见的有关问题进行质询、加以抗辩, 发现其存在的不足是鉴定意见证据能力和证明力的有效保障。然而, 正由于诉讼双方当事人及裁判法官缺乏相应的专业知识, 才聘请能够解决案件中专业问题的鉴定人进行鉴定, 如果又迫使庭审各方对鉴定人出具的鉴定意见进行质证、审查、认证, 显然是强人所难。因此, 在司法实践中, 可能出现这样的局面: 一方面无论是理论界还是实务界都强调鉴定人应当出庭作证, 新刑诉法第187条^①也规定了鉴定人应当出庭作证, 否则将承担鉴定意见不得作为定案根据的程序性后果; 另一方面, 即使鉴定人出庭, 如果不借助于其他任何人的帮助, 控辩双方难以对鉴定意见进行有效质证, 法官也难以对其进行有效认证。据此, 为充分实现对鉴定意见的质证, 揭露其可能存在的问题, 保障法官对鉴定意见予以正确认定, 有必要确立专家辅助人制度, 以弥补控辩双方和法官在专业知识方面存在的不足。而所谓“专家辅助人, 又称为专家技术顾问, 是指在诉讼活动中受当事人和司法人员委托就鉴定结论(修法后称为鉴定意见, 笔者注)涉及的专门问题进行说明和评价的掌握特定科学技术和专门知识的人”。^[1]

一、确立专家辅助人制度的重要意义

在司法实践中, 鉴定意见在刑事诉讼中的地位凸

显, 已经有逐渐取代被告人口供, 成为“证据之王”的趋势。在庭审各方普遍缺乏专业知识的情形下, 允许双方聘请其信任的专业技术人员, 帮助其对鉴定意见进行质证, 在司法实践中就显得十分必要且具有可行性。在科学证据受到推崇的新形势下, 如何防止“伪科学”证据或“冒牌专家”的司法意见进入法庭, 即如何设定“守门人”的职责, 已成为我国司法鉴定法律制度改革的核心问题。^[2]

(一) 有助于进一步促进鉴定人出庭作证

判断鉴定意见是否具有证据能力, 关键是在庭审中控辩双方通过对做出鉴定意见的人进行质询, 发现鉴定程序中可能存在的各种问题, 从而为法官是否最终认定、采信鉴定意见提供依据。但是, 在实践中鉴定人普遍不出庭作证, 导致控辩双方难以对鉴定意见进行有效质证。2005年通过的《关于司法鉴定管理问题的决定》第11条规定: “在诉讼中, 当事人对鉴定意见有异议的, 经人民法院依法通知, 鉴定人应当出庭作证。”对此, 2012年3月14日通过的新刑诉法也做了类似的规定。可见, 鉴定人出庭作证的前提必须是当事人对鉴定意见提出了异议。然而, 鉴定意见是鉴定人依据其所掌握的专业性知识对案件中的专门性问题得出的结果。因此, 针对庭审过程中的鉴定意见, 无论是在其鉴定技术规范方面, 还是在鉴定程序方面, 当事人都无法提出“专业”的不同异议, 或者虽然提出有关异议, 也有可能因为不涉及核心内容而被法庭驳回鉴定人出庭的申请。据此, 在诉讼过程中就无法

收稿日期: 2013-08-22; 修回日期: 2013-11-06

基金项目: 司法部司法鉴定科学技术研究所资助项目(GY2014Z-5); 上海地方高校大文科学术新人培育计划资助项目

作者简介: 宫雪(1986-), 女, 山东德州人, 华东政法大学2012级博士研究生, 主要研究方向: 比较法律史, 诉讼法学

保障鉴定人出庭，也无法对其鉴定意见的证据能力和证明力进行审查。如果允许控辩双方聘请具有专门知识的人，帮助其对鉴定意见进行质询，必然会改变目前当事人无法提出实质异议的情形，鉴定人出庭作证无法得以保障的现状也会得到有效改观。

（二）有助于进一步保障鉴定意见的真实性

鉴定是一个运用科学技术知识的过程，而“科学知识的运用依赖于专家，专家是人，因而具有多重属性。作为拥有专门知识的人，一方面专家可以正确运用自己掌握的科学知识和经验，对事实认定者感到不明确的数据进行合理拼合或解释，帮助事实审理者理解证据或确定争议事实。另一方面，专家也可能误用科学原理和技术方法而形成错误的判断，误导事实认定者(包括法官、陪审团成员)作出错误的判断。”^[2]由控辩双方聘请具有专门知识的人对鉴定意见中可能存在的问题进行询问，可以及时辨清鉴定意见中可能存在的不足，从而帮助法庭在有证据能力的鉴定意见基础之上，对案件中专门性事实问题进行认定。特别是在关键鉴定人制度下，对定罪量刑起关键性作用的鉴定意见的真实性，^②将直接保障诉讼结果的公正。

（三）有助于进一步保障法官对鉴定意见的认证与采信

在没有专家辅助人的情况下，控辩双方无法对鉴定意见进行有效质证，从而对法官采信鉴定意见的活动，无从认证，可能引发法官随意认定鉴定意见的情形。例如，对于不符合资格的鉴定人出具的鉴定意见予以认定，或者对于违反法律程序出具的鉴定意见予以认定等。在鉴定意见对案件的定罪量刑起关键作用的情形下，这种随意认定鉴定意见证据能力的做法，势必会影响案件的公正审理。然而，由具有专门知识的专家辅助人在庭审上代表辩方与控方与鉴定人针对鉴定意见进行对质和辩论，不仅可以切实解决专业垄断、暗箱操作的问题，达到真正意义上的去伪存真，而且能够制约法官对证据取舍的任意性，弥补法官专业知识的不足，帮助法官确认证据。

二、新刑事诉讼法专家辅助人制度的立法缺陷

早在2002年4月1日生效的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》中，专家辅助人制度就已经有所体现，其第61条规定：“当事人可以向人民法院申请一至二名具有专门知识的人员出庭就案件的专门性问题进行说明。人民法院准许其申请的，有关费用由提出申请的当事人负担。审判人员和当事人可以

对出庭的具有专门知识的人员进行询问。经人民法院准许，可以由当事人各自申请的具有专门知识的人员就有关案件中的问题进行对质。具有专门知识的人员可以对鉴定人进行询问。”随后，新刑事诉讼法和有关司法解释对专家辅助人予以了进一步明确。可见，专家辅助人制度在我国并不是一项新制度，但就目前有关法律和司法实践来看，该制度的运行还存在一定的阻碍。

首先，立法抽象、原则，缺乏实践可操作性。2012年修改并已于2013年1月1日起实施的《刑事诉讼法》仅仅在第192条对专家辅助人制度进行了规定：“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。”由该法律条文可以看出，新刑事诉讼法对于专家辅助人的规定较为简陋，缺乏必要的操作性规范。根据立法传统，在《刑事诉讼法》出台之后，公、检、法三机关基本会制定自身的操作规范。如2012年11月5日由最高人民法院审判委员会第1559次会议通过的《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》第217条规定：“公诉人、当事人及其辩护人、诉讼代理人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。法庭认为有必要的，应当通知有专门知识的人出庭。申请专门知识的人出庭，不得超过二人。有多种类鉴定意见的，可以相应增加人数。有专门知识的人出庭，适用鉴定人出庭的有关规定。”2012年12月3日公安部部长办公会议通过的《公安机关办理刑事案件程序规定》已于2013年1月1日起实施，其第244条规定：“犯罪嫌疑人、被害人对鉴定意见有异议提出申请，以及办案部门或者侦查人员对鉴定意见有疑义的，可以将鉴定意见送交其他有专门知识的人员提出意见。必要时，询问鉴定人并制作笔录附卷。”2012年10月16日由最高人民检察院第十一届检察委员会第八十次会议通过的《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》第440条规定：“公诉人对鉴定意见有异议的，可以申请人民法院通知鉴定人出庭作证。”第四款规定：“必要时，公诉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。”三机关的司法解释和有关规定，除最高人民法院司法解释对申请专家辅助人的条件和人数进行了规定之外，其余的解释和规定均没有突破新刑事诉讼法的界限，仅仅停留在原则性规定上面，这势必会影响专家辅助人制度的良性运行。

其次，未明确专家辅助人的资格，审查标准模糊。无论是新刑事诉讼法，还是两高司法解释、公安机关办理刑事案件的程序规定，都只是表明当事人可以申请有

“专门知识的人”出庭对鉴定人的鉴定意见提出异议,但是对于“专门知识的人”的资格没有明确的要求。该“专门知识的人”是否应当像鉴定人一样具备某种特定的资格证书?在与双方当事人、鉴定人等有某种利害关系的情况下,是否可以继续担任有“专门知识的人”?专家辅助人是否适用回避规定,如鉴定人和专家辅助人处于同一鉴定机构的,法庭是否应当准许?有“专门知识的人”是否可以像英美法系的专家证人一样?诸如此类问题,新刑事诉讼法和司法解释都没有给予特别的规定,这势必导致在司法实践中,双方对于“专门知识的人”的聘请无所适从,也会使法官对“专门知识的人”的资格审查陷入严重困境。有关部门对此应当从正反两方面对“专门知识的人”的资格要件予以完善。

再次,未明确“专门知识的人”的诉讼地位,致使其权利义务缺位。在理论界和实务界对有“专门知识的人”进行探讨的过程中,虽然都将其称为专家辅助人,但是在法律上却没有赋予其一个正式的身份,而是与其他一些有“专门知识的人”混同。如最高人民法院司法解释第87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。”这里的有“专门知识的人”显然与本文所探讨的有“专门知识的人”(专家辅助人)不是同一概念。即使我们将本文探讨的有“专门知识的人”称之为专家辅助人,也不表明法律赋予了其特定的诉讼地位。诉讼地位的不明确最终将导致专家辅助人在诉讼过程中权利义务的缺位,从而影响其功能效用的充分发挥。

最后,未明确专家辅助人出庭的具体程序,可能致使实践运行受阻。专家辅助人制度具备帮助诉讼各方对鉴定人的鉴定意见进行审查、认证的功能,专家辅助人应当与鉴定人一样出庭,在法庭之上对鉴定人进行质询,同时与鉴定人对质,接受对方当事人和律师、法官的询问。因此,立法应当有特定的程序对专家辅助人出庭的行为进行规制,包括程序的启动与决定、申请事由的审查、专家辅助人出庭程序、费用的负担,等等。这是公安司法机关运行专家辅助人制度的前提要件。然而,无论是处于上位法的新刑事诉讼法,还是对于司法实践发挥重要作用的司法解释和其他有关规定,均未对专家辅助人出庭的有关程序加以规定。这就足以给专家辅助人在司法实践中的运行造成障碍,导致地方各自立法、做法不一的现象产生,甚至可能致使专家辅助人制度沦为虚置。

综上所述,虽然专家辅助人制度在新刑事诉讼法中得以确立,但无论是从立法完善、资格、地位,还是从具体运行程序来看,专家辅助人制度显然难以发挥其应有效用,在实践中也必然会遇到上文所述的种种问题。对此,有关部门应当采取适当措施对该制度进行完善,确保其良性运行。

三、完善专家辅助人制度立法的思考

笔者认为,专家辅助人制度的完善首先应当解决的是专家辅助人的资格问题、诉讼地位问题,以及专家辅助人的权利义务和出庭程序等问题。

(一) 专家辅助人资格

鉴定人与专家辅助人有本质区别。前者是接受公安司法机关的聘请或者委派,对案件中的专门性问题,运用其专业知识对其进行判定的人;后者是对前者向法庭提供的证据——鉴定意见的真实与否、是否存在瑕疵等问题,帮助控辩双方对其进行质证的人。因此,两者在资格条件、资格限制方面也存在不同。对于鉴定人的资格条件,在2005年全国人大常委会颁布的《关于司法鉴定管理问题的决定》(以下简称《决定》)中,立法者就已经予以了明确。但是,对于专家辅助人的资格限制,无论是在《决定》中还是在《民事诉讼法》中都没有加以限制。

据此,有学者认为,“在具体实施过程中应当根据不同的委托人来限定专家辅助人的不同资格。对于当事人委托的专家辅助人,一般只有实质要件的要求,即其只要具有一定的科学技术知识或专家知识即可;而对司法人员委托的专家辅助人应当借鉴司法鉴定制度中的‘鉴定权主义’原则,既要做实要件的要求也要做形式要件的要求,由鉴定专家名册中的人员担任。”^[1]笔者认为,该观点不能成立。理由是:专家辅助人是帮助控辩双方当事人对鉴定意见进行审查的人员;司法人员委托的、对鉴定意见进行审查的人员在我国不能称之为专家辅助人,^②只能说是机关内的技术辅助人员。因此,也就不存在对专家辅助人的资格予以区别对待的情形。

对于专家辅助人的资格是否应与其在诉讼中的职责相适应,笔者认为,专家辅助人是帮助当事人对鉴定意见进行质证的人,其必然具有一定的倾向性。其对于鉴定意见中存在的错误的证明,无须达到案件事实清楚、证据确实充分、排除合理怀疑的证明标准,而只要使得法官确信该鉴定意见的证据能力和证明力可能存在疑问即可。因此,我国的专家辅助人资格可

以参考意大利刑法的有关規定。《意大利刑事诉讼法典》第222条通过排除的方式规定了4种人不得充任技术顾问：① 未成年人、被禁治产人、被剥夺权利的人、患有精神病的人；② 被禁止包括暂时禁止担任公职的人、被禁止或者暂停从事某一职业或技艺的人；③ 被处以人身保安处分或防范处分的人；④ 不能担任证人或者有权回避作证的人、被要求担任证人或译员的人。^[3]虽然专家辅助人与鉴定人不同，但两者在专家技术知识的掌握方面存在一定的类似，由于目前我国鉴定人资质管理还比较混乱，尤其是在“三大类”以外的鉴定人资质还不足以应对司法实践对其的要求。对此，笔者认为，在结合国外有关专家辅助人资格的基础之上，考虑我国司法实践情形，有必要从积极和消极要件两个层面来确定专家辅助人的资格。

第一，积极要件，即专家辅助人必须具备对该鉴定意见进行质证的专门性知识。至于专家辅助人是否应同鉴定人一样，必须取得某方面的专业资格，并在司法行政部门登记，笔者认为，对此没有必要加以规定。因为专家辅助人，尤其是辩护方委托的专家辅助人，是对鉴定意见可能存在的问题进行质询，只需要使得法官产生“该鉴定意见可能存在瑕疵，不具备证明该专门性问题的资格”的疑问即可。因此，作为一种否定性证明方式，专家辅助人无须取得特定的专业资格条件和在相关部门予以备案，但必须具备对该专门性问题的专业技能。

第二，消极要件，即在某些情形下，专门性人才不得作为专家辅助人对鉴定意见进行质询。具体可以包含以下几种情况：① 未成年人、限制刑事责任能力人、被剥夺政治权利的人；② 在服刑期限内的犯人，以及被采取强制措施的人；③ 被禁止从事该专业领域的人员，包括在一定时期内禁止从事该专业领域的人员，在该期限内不得作为辅助人；④ 在诉讼过程中，已经作为其他诉讼参与人参与诉讼；⑤ 其他存在不得作为专家辅助人的情形。最后一条为兜底条款，一方面，可以赋予法官一定的自由裁量权；另一方面，有助于立法者通过修订法律或者颁布司法解释的方式，对其进行进一步完善。

当然，法官对于专家辅助人是否具备相应的资格具有审查权。对于不符合专家辅助人资格条件的，法官应当要求当事人撤换。此外，专家辅助人还应当遵循回避原则，即该专家担任专家辅助人可能与其自身利益有关联的，应当予以回避。如出具鉴定意见的鉴定人与该专家辅助人具有亲戚、同事等关系，或者鉴定意见的处理与专家辅助人有利益关联的，该专家都应当排除在专家辅助人范围之外。

（二）专家辅助人的诉讼地位

关于专家辅助人的诉讼地位，在理论界存在多种不同的观点。

有学者认为，专家辅助人“由于其要么是帮助当事人共同行使当事人在法庭对鉴定结论的质询权，要么是帮助司法人员完成对鉴定结论的审查权，决定了他在诉讼活动中不具有独立的主体地位，仅是一种附属性的诉讼参与人。”^[4]还有学者认为，“专家辅助人的身份具有二重性。一方面，具有当事人的证人身份，审判人员和当事人可以对出庭的具有专门知识的人员进行询问。经人民法院准许，可以由当事人各自申请的具有专门知识的人员就有关案件中的问题进行对质。另一方面，又具有类似于当事人的律师身份，这特别体现在，‘具有专门知识的人员可以对鉴定人进行询问’。”^[4]此外，在新刑法颁布之前的征询意见的草案中，立法者也对专家辅助人的诉讼地位进行了规定：“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作为证人出庭，就鉴定人作出的鉴定意见提出意见。”可见，刑法草案将专家辅助人作为“证人”对待。

笔者认为，上述观点都存在一定瑕疵。首先，专家辅助人以自己的专业性知识帮助当事人对鉴定人进行质询，就如同律师以自己的法律专业知识向当事人提供法律帮助一样，不能因为是当事人聘请的，就认为其具有附属性。其次，任何一个诉讼参与人在诉讼活动过程中，只具有一项诉讼职能，承担一项诉讼职责，而不可能同时履行两项或两项以上的诉讼职能。因此，认为专家辅助人具有身份二重性的观点存在一定的不足。最后，认为专家辅助人的身份是证人的观点，也存在缺陷。因为证人是在诉讼过程中，就自己所感知的案件事实向公安司法机关提供证言的人。证人所了解的事实，必须是在案发过程中所知晓的，证人的身份具有不可替代性和优先性。但专家辅助人并不是以自己所感知的案件事实，而是以自己的专业技术知识对鉴定人进行发问。两者在知晓案件事实的时间、作证的方式和内容上都存在显著区别，并且如果具有专门知识的人，同时又知道案件具体情况的，应当作为证人，而排除专家辅助人的身份。

据此，刑事诉讼中的专家辅助人是独立的诉讼参与人，具有独立的诉讼地位。专家辅助人以其专门性知识，对鉴定意见中的问题向鉴定人发问，揭露其中存在的不足，独立地行使诉讼权利，承担相应的诉讼义务，并不依附于当事人而存在。当然，专家辅助人的职能具有一定的倾向性，一般是从有利于委托方当事人的利益角度出发，帮助其揭露对其不利的鉴定意

见中存在的问题,证明对其有利的鉴定意见成立,但应当在法律规定的范围之内进行。

(三) 专家辅助人的权利义务

专家辅助人在诉讼活动过程中具有独立的诉讼地位,与此相对应,鉴定人也应该享有与之相适应的权利和义务。

1. 专家辅助人的权利

为方便专家辅助人顺利履行自己的职责,辅助诉讼顺利进行,其享有的权利应当包括:① 了解与鉴定事项有关的案件事实的权利。如专家辅助人有权了解鉴定人对检材的选取、鉴定方法、鉴定标准等有关内容。这是专家辅助人就鉴定人出具的意见提出意见的前提,也是帮助聘请其作为专家辅助人的当事人对鉴定意见进行有效质证的前提。② 对鉴定意见进行质询的权利。即专家辅助人对于鉴定人出具的鉴定意见有权提出异议,当然鉴于专家辅助人在一定意义上仅仅是当事人的技术顾问,其主要是针对可能影响鉴定意见客观性、真实性的内容予以质询。③ 与鉴定人进行对质的权利。在庭审中,如果鉴定人出庭的,则专家辅助人就可以就鉴定意见中的有关问题与鉴定人进行对质、辩论。④ 获得相应报酬的权利。专家辅助人出庭可能会产生相应的费用,包括误工费、车旅费、食宿费等,对于这些费用,专家辅助人可以获得相应的补偿。⑤ 拒绝接受委托的权利。“如果委托事项违法,委托人利用专家辅助人提供的服务从事违法活动或者委托人隐瞒事实以及侮辱专家辅助人的人格和声誉时”^[5],专家辅助人可以拒绝接受委托,或者终止已经接受的委托。⑥ 免责权。专家辅助人在法庭之上的功能是帮助控辩双方,尤其是辩护方对鉴定人提出的不利的鉴定意见进行质询,以帮助己方当事人。对此,专家辅助人理应享有对在法庭上发表的意见、陈述免受刑事追究的特权,但对于发表有关危害国家安全、故意侮辱他人等言辞的除外。⑦ 专家辅助人在诉讼过程中享有的其他权利,包括知晓开庭时间和地点权、发表意见权,等等。

2. 专家辅助人的义务

具有独立诉讼地位的专家辅助人,在诉讼中除享有特定的权利以外,也承担着一定的义务,以督促其认真履行职责、帮助当事人对鉴定意见进行质证。主要包括:① 帮助当事人对鉴定意见的专业性问题提出质询的义务。当事人聘请专家辅助人的目的就是揭露不利己的鉴定意见存在的问题,使得对案件具有裁判权的法官对鉴定意见的证据能力和证明力产生疑问,从而获得利己的诉讼利益。② 接受法官和对方当事人等的询问的义务。专家辅助人除可以对鉴定人进行质

询之外,还必须接受双方和法官对他本人的询问,如其是否具有该专业方面的知识、是否与对方当事人具有某种特定的关系,等等。③ 保证其所依据的科学技术、知识具有真实性、客观性的义务,而不是随意自行编造的。虽然专家辅助人是当事人聘请的,理应为聘请他的当事人的利益付出最大的努力,但是作为技术专家,其对鉴定意见提出的任何质询都应当建立在确实、可信的技术基础之上的,而不能一味为了当事人的利益,运用自行编造虚假的、或者是已经被证明错误的技术,歪曲事实。④ 保守在诉讼活动过程中所知晓的国家秘密、个人隐私及商业秘密等。专家辅助人应当于审判期日参与庭审,在法庭之上对鉴定意见进行质询,因此势必会对案件涉及的国家秘密、个人隐私、商业秘密有所了解,为保障这些利益,专家辅助人应当保密。⑤ 专家辅助人应遵守的其他义务,包括按时到庭的义务、恪尽职守的义务等。

专家辅助人所享有的权利和承担的义务是与其独立的诉讼地位相适应的,都是为了帮助辅助人能够顺利履行职责,对鉴定意见进行质询,帮助法官和当事人将其中的疑问予以澄清。

(四) 专家辅助人出庭程序

建构专家辅助人制度,还必须明确其出庭的具体程序,包括启动、时限、费用的承担、出庭方式等。

1. 专家辅助人制度的启动

专家辅助人在诉讼职能上与辩护人具有一定的相似性,因此,专家辅助人制度的启动程序也与辩护人制度类似。在一般情形下,专家辅助人应当由当事人自行聘请或委托。不过,对于控辩双方当事人,尤其是辩方当事人,如果在经济上存有困难、无力聘请专家辅助人的,法庭应当通过法律援助的形式,为其聘请专家辅助人,具体情形可以参见指定辩护的适用情形。

2. 启动专家辅助人程序的理由和时间

聘请专家辅助人的理由必须是对鉴定意见中的专门性问题存有疑问,并且可能影响其证据能力和证明力。对此,法庭应当对其理由进行审查,如果理由成立的,应当予以准许;如果当事人提出的理由无根据的,如仅对鉴定意见提出异议,但是无法说明理由等,法庭则不应当允许,防止其故意拖延诉讼等不正当目的的实现。

关于启动专家辅助人程序的时间。笔者认为,在双方当事人知晓在诉讼过程中存有鉴定意见这一证据之后,当事人就可以聘请专家辅助人帮助其对鉴定进行质询。此外,我国《刑事诉讼法》第159条规定:“法庭审理过程中,当事人和辩护人、诉讼代理人有

权申请通知新的证人到庭，调取新的物证，申请重新鉴定或者勘验。”可见，在庭审过程中，针对诉讼过程中的专门性问题，如果当事人认为确实需要委托专家辅助人对其鉴定意见的证据能力和证明力进行质询的，也可以再行委托。

3. 专家辅助人费用的负担与出庭程序

专家辅助人出庭作证的目的是为了帮助当事人，对不利于当事人的鉴定意见可能存在的问题进行质询，以使得法庭作出有利于他的最终判决。因此，对于专家辅助人的费用，应当同律师费用一样，由委托辅助人的当事人自行负担。对于法庭根据法律援助为当事人聘请的辅助人，其费用应当由国家财政予以负担。而专家辅助人的出庭程序关键在于明确专家辅助人是否可以参与庭审，进行旁听。笔者认为，专家辅助人仅仅是针对鉴定中涉及的技术性问题对鉴定人进行质询，并不涉及其他事实问题。辅助人参与庭审可以帮助其对鉴定所涉及的案件事实有更清晰的认识，从而有助于其对鉴定意见证据能力向鉴定人进行质询。因此，专家辅助人可以参与庭审，进行旁听。

4. 专家辅助人提供的书面意见

虽然《刑事诉讼法》规定鉴定人应当出庭作证，但是在司法实践中，或是由于鉴定人权利保障不到位，或是由于立法缺乏强制性规定等原因，鉴定人出庭作证的比例极低，通常是鉴定人仅向法庭提供书面鉴定意见，这极大地影响法庭对鉴定意见证据能力的审查判断。与此相对应，专家辅助人是否可以不出庭，而仅仅向法庭提供书面质询意见？笔者认为，根据前文所述强制关键鉴定人出庭作证的精神，对于在一些重要案件中，鉴定意见对定罪量刑起决定性作用的，然而专家辅助人的质询意见又对鉴定意见的证据能力和证明力的认定起决定性作用的，专家辅助人应当出庭进行质询。对于其他的质询，可以由专家辅助人提出书面质询意见，至于其具体情形，可以参照关键鉴定人出庭作证的情形。

四、余论：司法实践中专家辅助人制度存在的问题

以上笔者对完善专家辅助人制度提出了看法，但在司法实践中仍可能面临问题。首先，是关于专家辅助人的资格和对其资格进行审查的问题。这里最关键的就是鉴定人能否担任专家辅助人？如果能够，是否会对有关司法鉴定的立法中所规定的统一受理等内容造成侵蚀？鉴定人担任专家辅助人必然会获得相应的报酬，是否会造成鉴定人“不务正业”，一心帮助委托

人寻找鉴定意见中的问题，而不专心从事鉴定的本行，造成司法鉴定的混乱局面？作为鉴定人所依靠的鉴定机构是否要对鉴定人作为专家辅助人的案件进行监管？如果无须监管，对鉴定人担任专家辅助人的违法行为进行惩处时，会否因为专家辅助人的无序竞争或其他行为造成社会公众对鉴定人的不信任？如果鉴定机构或者司法行政部门对鉴定人担任专家辅助人违法、违规等行为进行监管，是否会造成鉴定人因为害怕受到处罚而不愿意担任专家辅助人？鉴定人不能担任专家辅助人，那当事人又如何选任有“专门知识的人”？另外，法官对于有“专门知识的人”的审查如何把握？法官对于专家辅助人的出庭是否会同对待证人、鉴定人一样，持消极态度？

其次，当事人和有“专门知识的人”的趋利化障碍。人具有趋利性，这是一个亘古不变的真理。一方面，当事人具有极强的胜诉愿望，这是其趋利性的本质在诉讼中的体现。当事人参与诉讼的目的，无论是聘请律师、代理人，亦或是专家辅助人，都是基于胜诉的愿望，是为了获取有利于自身的诉讼结果。因此，从该角度来看，当事人当然会聘请为自己胜诉而付出极大努力的有“专门知识的人”参与诉讼，而拒绝为了实体公正、司法公正而置当事人利益不顾，使得当事人败诉的专家辅助人。另一方面，专家辅助人作为具有某种专业知识的人必然也具有趋利性。其之所以愿意担任专家辅助人，除部分是基于司法公正、法律援助、社会正义等目的，还有很大部分专家辅助人是希望通过帮助当事人对鉴定意见进行质证，而获取相应的经济利益。据此，在专家辅助人和当事人之间就形成了一种自然而然的默契，当事人为胜诉聘请专家辅助人，并给予其一定经济利益；专家辅助人为获取相应、甚至高昂的经济利益，而不顾事实，甚至歪曲事实，帮助当事人获取相应的诉讼利益，也为自己赢得更大的“市场价值”。据此，专家辅助人和当事人的趋利性也有可能致使该制度的运行产生如同英美法系国家专家证人制度相同的困境：专家辅助人费用的高昂，造成诉讼在富有者与贫穷者之间的不平等；诉讼效率低下，当事人为胜诉，双方聘请大量的专家辅助人，如此反复，增加诉讼成本和当事人、法院的诉累，等等。

最后，专家辅助人运行的体制障碍问题。我国的司法体制建立在职权主义的基础之上，吸收当事人主义的合理化内核，同时又具有我国传统司法体制的影子。因此，我国目前的鉴定制度也具有上述三种不同的司法文化因素。实际上，我国的鉴定人制度与大陆法系国家的法官辅助人、技术顾问制度具有一定的相

似性,而专家辅助人制度却有英美法系国家的专家证人制度的精神。虽然两大法系的法律体制在不断地融合、相互借鉴,但也只是某些方面的融合,不可能是制度的简单叠加。我国刑事诉讼将两种截然不同的制度放在同一司法体制下,是否会产生相反的效果?这也是我们在运行专家辅助人制度过程中可能会遭遇的现实阻碍。

综上所述,仅仅依赖法官和控辩双方的能力难以对鉴定意见的证据能力和证明力进行充分审查。而专家辅助人制度的设立则可以有效弥补各方专业知识的不足,对涉及专门性知识的鉴定意见的证据能力和证明力进行判定,以保障案件事实的正确认定。这也在国内外立法活动中得到了实践。当然,对于专家辅助人这一新兴制度,立法者应当在法律规定中对专家辅助人的资格、诉讼地位、权利义务以及出庭程序等予以明确,以确保该制度的良性运行。

注释:

- ① 新《刑事诉讼法》第187条第3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,鉴定人拒不出庭的,鉴定意见不得作为定案的根据。”另外,对于鉴定人不出庭,除新刑法对其进行了规定之外,有关行政法规也有规范,如2005年9月30日国务院批准实施的《司法鉴定人登记管理办法》第22条规定:“司法鉴定人应当履行下

列义务……(六)依法出庭作证,回答与鉴定有关的询问……。”对于鉴定人无故不出庭的,《司法鉴定人管理办法》第30条规定:“司法鉴定人有下列情形之一的,由省级司法行政机关给予停止执业3个月以上1年以下的处罚;情节严重的,撤销登记;构成犯罪的,依法追究刑事责任……(四)经人民法院依法通知,非法定事由拒绝出庭作证的……”

- ② 例如,在法医伤残鉴定中,鉴定人出具的被害人是构成轻微伤还是轻伤的意见,其最终将决定侦查机关是否立案侦查,检察院是否起诉,法院是否将被告人定罪处理。又如,新刑法在最后增加了强制医疗程序这一特别规定,在强制医疗程序中,对于是否应当对被告人宣告强制医疗,鉴定人关于被告人是否患有精神疾病的意见将对法官的最终裁判产生关键的作用。
- ③ 司法实践中,如果司法人员要委托专门知识的人对鉴定意见进行审查,可以采取专家咨询、专家陪审等方式。

参考文献:

- [1] 卢建军. 司法鉴定结论使用中存在问题及解决途径——兼论我国诉讼专家辅助人制度的建构和完善[J]. 证据科学, 2010(6): 704-711.
- [2] 常林. 谁是司法鉴定的“守门人”?——〈关于司法鉴定管理问题的决定〉实施五周年成效评析[J]. 证据科学, 2010(5): 618-632.
- [3] 意大利刑事诉讼法典[M]. 黄风译. 北京: 中国政法大学出版社, 1994: 77.
- [4] 常林. 司法鉴定与“案结事了”[J]. 证据科学, 2008(2): 629-634.
- [5] 陈斌, 王路. 论我国刑事诉讼中的专家辅助人及其制度构建[J]. 湖北社会科学, 2011(1): 163-167.

Defects and pefection of the experts auxiliary system of the new Criminal Procedural Law

GONG Xue

(Graduate School, East China University of Political Science and Law, Shanghai 200042, China)

Abstract: Because of the scientific and professional characteristics, the expert opinion has been becoming more and more important in the system of evidence, and gradually replaces the confession. However, the prosecution, the defense and the judges don't have the expertise. Therefore, it is necessary to engage other people with the expertise to help the parties to solve the problems. The new Criminal Procedural Law was able to confirm that, but it is still flawed and must be urgently improved.

Key Words: Criminal Procedural Law; expert auxiliary; expert opinion; management of expert testimony; procedure of expert testimony; expert testimony system

[编辑: 苏慧]