

专家证据的价值与 我国司法鉴定制度的修改

季美君*

内容提要：随着科学技术的飞速发展，专家证据在诉讼中发挥着越来越重要的作用。在英美法系国家，专家证据制度在专家证人资格规定上的广泛性和选任上的自由性，使其在适用上具有灵活性和实用性的特点，其详细而完备的专家证据可采性规则，更是司法经验的积累与法官智慧的结晶。英美法系国家的专家证据制度和大陆法系的鉴定制度，在近些年的改革中呈现出共同的趋向，如启动程序的多样化、过错责任的严格化和庭审对抗的强化，这为完善我国司法鉴定制度、准确适用新刑法中有关专家辅助人的规定以及充分发挥专家证据的作用开启了新的思路。面对我国司法鉴定中依然相当混乱的鉴定主体问题，构建鉴定人、专家顾问和专家辅助人三位一体的司法鉴定主体格局，或许是一条比较合理可行的出路。

关键词：专家证据 司法鉴定 专家辅助人 模式选择

人类社会跨入 20 世纪以来，科学技术突飞猛进，司法证明方式逐步从人证时代步入物证时代。随着物证在司法证明活动中的作用日益显著，科学技术对证据法的影响也越来越大。在科技发达的国家，专家证据已成为现代诉讼证明活动中的主角，各个领域的专家们不时走进法庭，就案件中遇到的疑难问题和专门性问题，向法庭提供科学的、有说服力的“答案”。我国 2012 年修改后的刑事诉讼法（以下简称新刑法）完善了原有的司法鉴定制度，如将“鉴定结论”修改为“鉴定意见”；规定控辩双方对鉴定意见有异议的，鉴定人必须出庭；明确了鉴定人拒不出庭作证的法律后果等，同时还增加规定控辩双方可以聘请具有相应专业知识和实践经验的专家（被称为“专家辅助人”）出庭对鉴定意见发表意见。这无疑有利于进一步发挥专家证据在刑事诉讼中的作用。在新刑法

* 最高人民检察院检察理论研究所副研究员。

刚刚实施之际,深入研究专家证据制度的特点及其改革趋势,对于准确理解和适用我国相关的立法规定,以及走出我国司法鉴定制度依然面临的混乱局面,具有重要的理论价值和实践意义。〔1〕

一、我国有关专家证据新规定的解读与适用

新刑诉法第192条第2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。”这一规定意味着今后在我国法庭上,除了原有的司法鉴定人之外,人们将会时不时地看到专家辅助人的身影。来自于立法机关的有关专家指出,“为了使法庭对鉴定意见的庭审质证更加公开、深入,修改后的刑事诉讼法引入了类似国外专家证人参加诉讼对鉴定意见质证的做法,规定当事人有权聘请专家辅助人出席法庭,协助辩护人对鉴定意见进行质证。这样有助于搞清一些技术性很强的专业问题。”〔2〕但是,在司法实践中,如何判断一个人是真正的专家还是冒牌的?如何对专家辅助人的资格进行实质性的审查?在什么情况下需要专家辅助人出庭?专家辅助人提供的意见是否成为一种新的证据——专家证言?这些都是新刑诉法实施过程中亟待解答的问题。既然设立专家辅助人制度是对国外专家证据制度的借鉴,因此,在回答这些问题之前,考察一下英美法系国家的专家证据制度及其运行是很有裨益的。

(一) 何为专家证人(专家辅助人)?

在英美法系国家,所谓专家证人,是指具有专门知识的人在法庭上提供专家意见以帮助事实裁判者解决案件中存有争议的专门性问题。当事人聘请专家证人的目的是借助专家证人的专业知识在法庭上提供有利于己方的陈述。尽管英国的法律并没有明确规定专家证人的概念,但从英国几个世纪积累的众多判例来看,只要在特定领域或特定学科中具有超越常人的知识及经验的人,都可以成为法庭上的专家,而不一定非要受过系统的、正规的教育或拥有什么头衔或是某一领域内的权威不可。英国专家学会主席 Trett 指出,“专家是在特殊领域中具有相当知识及技能的人。”〔3〕《美国联邦证据规则》第702条规定:凭其知识、技能、经验、训练或教育,在科学、技术或其他专业知识方面能帮助事实裁判者理解证据或确定争议事实的人,就有资格成为专家。澳大利亚有关专家证人的概念与英国基本相同。澳大利亚《1995年证据法》第79条在规范意见证据时也将专家定位于基于训练、研究或者经验而具有专门知识的人。目前,在澳大利亚,各方面的专家都可以出庭作证,如医学、科学、会计或工程方面的专家等。正如奥密斯顿(Ormiston JA)法官

〔1〕在英美法系国家,“专家证据(expert evidence)”指由专家证人提供的一切证据,既包括专家证人提供给法庭的专家报告和科学证据,也包括专家在法庭上作证时的证言。在本文中,笔者将“专家证据”视为专家在刑事诉讼中提供的专家意见,其中包括大陆法系国家和我国的司法鉴定人提供的鉴定意见,以及新刑诉法所规定的“专家辅助人”对鉴定意见发表的意见。这样有利于将英美法系国家的专家证人制度和大陆法系国家的司法鉴定人制度以及新出现的专家顾问、专家辅助人等制度放在“专家意见”的框架下统一进行讨论,因为上述制度的功能均在于发挥专家在刑事证明中的作用。

〔2〕黄太云:《刑事诉讼法修改释义》,《人民检察》2012年第8期。

〔3〕Roger T. Trett, *The Expert System in the United Kingdom*, Euro-Expert Conference, Madrid, 2000.

在诺尔 (Noll) 一案中所说:“以专家名义出现的专业人士不再是学识渊博、无所不知的人。在这个现代化的时代,他们必须依赖其他人来提供其要获得的专业知识。他们所独有的才能是知道从什么地方以可靠的方式获得所需要的知识。”〔4〕

由此可见,在英美法系国家,只要具有陪审团和法官所没有的某一领域内的专门知识或技能,能够为他们在解决案件中有争议的事实方面提供帮助的人,就被认为是专家,并可以以专家证人的身份在法庭上发表自己的意见或观点。因此,英美法系国家的专家证人,除了我们常说的工程师、科学家以外,具有多年从业经验的技工、机械师、泥瓦匠、木匠、电工,甚至是街上巡逻的警察或动物的训练师等都可以成为专家证人,在法庭上就某一特殊或专业问题提供专家证据。

新刑法在第 192 条中也将专家辅助人规定为“有专门知识的人”,同时还规定“有专门知识的人出庭,适用鉴定人的有关规定”。那么,专家辅助人是否需要具备“司法鉴定人”资格呢?笔者认为,借鉴英美法系国家关于专家证人制度的规定,在我国,只要具有专门知识的人就可以在法庭上充当专家辅助人,而不管其专门知识是通过何种途径获得的,这样做有利于维护控辩双方的权利(力),也有利于法庭上存有争议的专门性问题的解决。专家辅助人的范围比鉴定人广得多,而且无需事先通过考核注册登记。那么,一个人是否具备专门知识,即是否有资格以专家辅助人的身份出庭,就涉及专家辅助人的资格及其审查问题。对此,同样需要考察英美法系国家有关专家证人资格的规定及其实践。

(二) 如何审查专家证人(专家辅助人)的资格?

在法庭上,如何确认控辩双方聘请的专家辅助人是某一方面的真正专家,即是否具备专家资格?这是适用专家辅助人规定的关键性问题之一。在英美法系国家,由于专家证人的概念十分宽泛,专家证人的资格问题常常成为法庭辩论的重点,控辩双方都希望通过交叉询问揭露对方专家证人在资格上存在的瑕疵,以降低对方专家证人的可信度或最终达到阻止其作证的目的。但一个人是否真的有资格以专家证人的身份作证,最终由法庭判断决定。

虽然英美法系国家的法律并没有明文规定专家证人应具备什么样的具体条件,但从其众多的判例中可以归纳出带有普遍性的有关专家证人资格的标准。如英国法庭曾允许一位毒品使用者对其拥有的大麻进行辨别,而他既没有经过正规的科学训练,也没有什么相关的科学知识;〔5〕1993年英国上诉法院还让一位有人体画专长的艺术家提供脸部描述方面的证据,而这位艺术家没受过什么特殊的训练。〔6〕在英美法系国家,对于一个人能否在法庭上以专家证人的身份为聘请他的当事人提供专家意见,审理案件的法官拥有很大的自由裁量权。而且对于法官的决定,如果没有充分的证据证明法官在作出该决定时带有偏见或滥用了自由裁量权,其决定就不容推翻。〔7〕

在澳大利亚,专家证人的资格是通过法庭上适用专家资格规则来审查的。尽管专家资

〔4〕 R v Noll (1999) VSCA164 at 3.

〔5〕 See R. v. Chatwood (1980) 1 WLR 874, CA.

〔6〕 See Roberts and Zuckerman, *Criminal Evidence*, 1st edition, Oxford University Press, 2004, p. 309.

〔7〕 See United States v. Stevenson, 6 F. 3d 1262, 1267 (7th Cir. 1993).

格规则强调必须是真正的专家，但所说的专家也并非必须是该领域的带头人或者资深的执业者，^{〔8〕}而是只需拥有成为专家所必需的技能即可。但一个专家是否被允许提供意见证据，关键要看其证言的有效性及该专家擅长的技能与所要证明的案件事实之间是否具有相关性。目前，在澳大利亚经常出现在法庭上担任专家证人的有心理学家、会计师、人类学家、历史学家、外科大夫、警察等。人们对前几类人担任专家证人比较容易理解，因为很显然，他们都是在某一方面具有常人不能比及的专业知识的专家，但对通常担任控方证人的警察，有时也可以成为专家证人就心存疑问。法官认为允许警察担任专家证人的理由是，警察没日没夜地与各种各样的社会现象打交道，如酗酒、毒品等，尤其是那些成天在大街上游逛的人的性格及毒品的特性和价格等，警察都是非常了解的。因此，在这些方面他们确实可以称得上是专家，自然也可以就某一特定问题在法庭上以专家证人的身份提供意见。可见，澳大利亚在适用专家证人资格问题上是十分灵活的。

但是，与过去相比，澳大利亚适用专家资格规则的要求越来越严格。目前，澳大利亚法院有一个明显的趋势是法官会主动审查案件中有关专家证人的资格及其证言的有效性问题。如1989年在“Murphy v The Queen”一案中，一位心理学家就心理语言问题提供证据，其资格就受到了澳大利亚高等法院的查问；^{〔9〕}在另一案中，一位著名科学家就统计学问题在法庭上提供证据，其资格也受到了质疑；^{〔10〕}此外，一位摩托车修理工被认为没有权利就事故的原因提供证据；^{〔11〕}一位没有临床经验的医生（普通的执业者和外科大夫）也曾被认为不具有专家资格就伤害是否属于自残问题提供证据；^{〔12〕}甚至连一位资深的警官也被认为没有资格就交通事故的原因提供意见证据。^{〔13〕}因此，尽管澳大利亚的法律并没有对专家证人的资格问题作出明确的规定，但一个证人能否以专家的身份在法庭上就案件所涉的相关事实提供意见证据，这属于法官自由裁量权的范围，而且对专家资格的要求也越来越高，其审查也越来越严。

在英美法系国家，目前对专家证人的资格审查主要是通过法庭上控辩双方的询问和交叉询问来进行的，这可以为我国法庭在审查专家辅助人的资格问题时所借鉴。这种审查，从表面上看，似乎比较宽松随意，但事实上，控辩双方为了赢得官司，会绞尽脑汁、费尽心思地找出对方聘请的专家证人在资格上存在的瑕疵，以降低其证言的可信度和说服力。因此，这种方式的审查又是相当严格，甚至是十分苛刻的，尤其是在对证人进行交叉询问质证这一关，在能言善辩、语词犀利、经验丰富的律师的步步逼问下，一般的冒牌专家是很难蒙混过关的。可以说，通过询问和交叉询问这一程序对专家证人的资格及专家意见的可靠性问题进行严格审查，是对抗制诉讼模式下的一大优势，这在欣克利刺杀美国总统里根案中得到了充分的验证。在此案中，控辩双方聘请的精神病专家提供的有关欣克利是否患有精神病的结论完全相反。法庭上，双方的专家证人都出庭进行激烈的辩论和交叉询问，最后陪审团认为辩方专家证言的可信度高于控方的专家证言，因而法庭

〔8〕 See R v Morgentaler (No. 2) (1973) 14 CCC (2d) 450 at 452.

〔9〕 See Murphy v The Queen (1989) 167 CLR 94, 63 ALJR 422, 86 ALR 35, 40 A Crim R 361.

〔10〕 See R v Lucas (1992) 2 VR 109 at 114.

〔11〕 See Bugg v Day (1949) 79 CLR 442 at 462 per Dixon.

〔12〕 See R v Anderson (2000) 1 VR 1.

〔13〕 See Mattioli v Parker (No. 2) (1973) Qd R 499 at 506.

采纳了辩方的专家证据,认为欣克利患有精神病,不必负刑事责任而送医院治疗。〔14〕

由上可知,在新刑法实施过程中,要想充分发挥专家辅助人在解决案件事实所涉及的特殊的专业知识问题时的作用,前提条件是庭审过程的真正对抗和辩论。控辩式诉讼模式在1996年刑法修改中已作了明确规定,只是在司法实践中,这种对抗性仍有待进一步加强和推进,尤其是应当充分保障被告人获得辩护律师的帮助。唯此,控辩双方聘请并得到法庭同意而出庭的专家辅助人〔15〕才能真正为解决案件中有争议的专业问题提供切实的帮助,从而实现立法的意图和初衷。

(三) 如何认识专家证据(专家辅助人意见)的价值?

作为专家证人,也不是对什么问题都可以发表意见的,这就涉及专家证人的作证范围和排除规则问题,即专家证言的可采性问题。在我国,根据新刑法的规定,控辩双方仅可针对“鉴定人作出的鉴定意见”提出意见。在司法实践中,法庭应当根据什么样的标准来作出是否同意专家辅助人出庭的决定,这与聘请专家辅助人的必要性问题紧密相关。

在英美法系国家,法官通常根据自己对科学与法律的理解,运用普通人的经验和逻辑,遵循已有的判例规则,对专家证人提出的专家证言的可采性作出判断。判断专家证言是否具有可采性,主要考虑两大标准——相关性标准和有用性标准。根据《美国联邦证据规则》,所谓“相关的证据”,是指能证明某一事实存在的证据比没有这一证据其结果更能够判断某一行为是更有可能存在或更不可能存在的证据。〔16〕由于专家证言是针对案件中具有法律意义的待证事实所做出的意见或推论,故其相关性在通常情况下是不成问题的。所谓“有用性”,即专家证言能否为事实裁判者解决争议问题提供实质性的帮助。对于专家证据中的科学证据而言,如测谎结论、DNA鉴定等,则更要考虑从有用性衍生出来的可靠性问题。科学证据的可靠性是指专家证据所依据的“理论和方法的正确性”,〔17〕即专家在加工证据资料时所依据的科学理论是否可靠、其推理的方法是否正确。如果所依据的理论是可靠的,其采用的推理方法亦正确,那么该科学证据就具有可靠性。

在我国,由于采取以司法鉴定为主的制度,专家辅助人的定位与英美法系国家的专家证人显然有所差异,专家辅助人发挥作用的范围限定于针对“鉴定人作出的鉴定意见”提出意见。目前对于专家辅助人所提供的意见的定性,存在两种不同的主张:一种认为,该意见应当视为专家证言,具有证据资格;另一种认为,该意见只是控辩双方的一种质证方式,旨在协助法官认识案件中的争议事实,不应将其视为一种新的证据。新刑法以及最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》对此未作明确规定。如果仿效英美法系国家,将专家辅助人意见视为专家证言,有利于更为充分地发挥专家辅助人在刑事证明中的作用,同时对于专家辅助人意见的审查判断要受到严格的证

〔14〕 See Kimberly Collins, Gabe Hinkebein and Staci Schorgl (3Ls): *The John Hinckley Trial & Its Effect on the Insanity Defense*, <http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/hinckleyinsanity.htm>.

〔15〕 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。”

〔16〕 Federal Rules of Evidence, Rule 401(1).

〔17〕 See Dale A. Nance, *Reliability and the Admissibility of Experts*, 34 Seton Hall Law Review 192 (2003).

据规则的制约,这就需要构建类似于英美法系国家专家证人制度的一系列配套性机制,如控辩双方对于专家证人资格的强有力质证、法官审查专家证言可采性所运用的专家资格规则、专业技术领域规则、普通知识规则、终局性问题规则和有用性规则等。在我国目前律师辩护率明显偏低、证据制度尚不完善的情况下,赋予专家辅助人意见以证据资格,将会使法官对于专家证言的审查判断面临较大的困难。基于此,笔者认为,在现阶段,选择第二种主张,将专家辅助人出庭作为控辩双方的一种质证方式较为合适,即专家辅助人意见的功能被定位为发挥控辩双方在审查判断鉴定意见这种专家证据中的作用,强化对于鉴定意见的质证程序,从而帮助法官更好地认识鉴定意见的真伪以及证明力高低。当然,从另一角度看,也可以说,专家辅助人是一类特殊的专家证人,其提供的专家意见是对鉴定意见构成证明的证言。

二、我国司法鉴定制度面临的主要困境

在我国社会普遍缺乏诚信的大环境下,司法鉴定也难免遭受质疑。刑事诉讼中,一旦涉及专门性问题,就容易出现多头鉴定、重复鉴定等现象。司法鉴定成为导致冤案、错案频繁发生的主要因素之一,^[18]司法鉴定制度也一度成为学者们口诛笔伐与争相研究的热门话题。据中国知网统计,从1998年到2011年,在各类期刊上发表的有关司法鉴定制度方面的论文多达570余篇,学者们对司法鉴定制度的现状和原因进行了深刻反思,并从不同角度探讨了司法鉴定制度的改革思路与完善之策。但是,看似热闹的背后却没有形成高度共识,这可能也是立法者感觉许多意见还不够成熟而没有将其立法化的主要原因。

近几年来我国学者发表的有关司法鉴定制度的论文和专著,比较一致地认为我国的司法鉴定制度在每个环节上都存在问题。就司法鉴定的实际情况而言,其基本表象可以用“混乱”两字来概括,^[19]包括鉴定机构的设置、鉴定人的资格认定、鉴定人的权利义务、鉴定程序的启动权、鉴定结论的可采性以及重复鉴定、多头鉴定等诸多问题,还有程序不透明、鉴定意见缺乏当事人和社会的认同等,都是司法鉴定制度改革亟需解决的问题。2005年全国人大常委会通过的《关于司法鉴定管理问题的决定》(以下简称《决定》)也没有从根本上解决上述种种问题,只是将鉴定机构分为侦查机关的鉴定机构和面向社会服务的鉴定机构,而面向社会服务的鉴定机构由于走向市场,导致虚假鉴定问题日益突出。

为了适应司法实践的需要,新刑法对司法鉴定制度作了一些修改,^[20]吸收了司法鉴定制度研究的部分成果,但“细究其修改的实质性内容与修法的基本原则却发现,实践中争议颇多的鉴定启动权配置以及司法鉴定在侦查阶段中如何定性等问题均未有触及,而新增的具有制度创新意义的‘公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人’申请‘专门知

[18] 参见汪建成:《中国刑事司法鉴定制度实证调研报告》,《中外法学》2010年第2期。

[19] 参见何家弘:《我国司法鉴定制度改革的基本思路》,《人民检察》2007年第5期。

[20] 关于新刑法中有关司法鉴定制度的修改,可参见卞建林、郭志媛:《解读新〈刑事诉讼法〉推进司法鉴定制度建设》,《中国司法鉴定》2012年第3期。

识的人出庭’的内容也因相关程序阙如而导致认识上的分歧”，^[21]而且也没有从根本上解决我国司法鉴定制度中长期存在的那些主要问题。在新刑事诉讼法实施过程中，有不少问题将继续成为我国司法鉴定制度有效运行的困境。鉴于学界对司法鉴定制度中存在的的具体问题和缺陷已多有论述，限于篇幅及研究旨趣，本文仅从比较的视角对我国鉴定人资格选任这一困境进行反思与评析，以期构建一个比较合理可行的司法鉴定主体格局。

在讨论我国司法鉴定制度存在的主要困境时，首先需要对我国司法鉴定的概念进行清晰的界定。我国学者对司法鉴定的概念有不同的理解，如有人认为我国的司法鉴定一般是指在诉讼过程中，由司法机关指派或当事人委托，聘请具有专门知识的人对案件中的专门性问题作出判断的一种活动；^[22]也有人将司法鉴定界定为，在诉讼活动中鉴定人运用科学技术或者专门知识对诉讼所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，^[23]这也是《决定》第1条对司法鉴定的界定。随着司法改革的不断深入和对司法鉴定需求的不断增长，司法鉴定的启动权、鉴定的主体、范围及对象等都发生了变化，但是，无论司法鉴定的组成要素如何发展变化，司法鉴定的本质特征都不会改变，那就是由具有专业知识、技能或经验的专家，对案件中的专门性问题作出分析和判断并形成专家意见。这也是我们讨论、比较和借鉴世界各国专家证据制度和鉴定制度的基础。而将司法鉴定制度放到刑事诉讼体系中进行考察，其中最为基础的问题是谁有资格进行鉴定、谁有权选任鉴定人，即鉴定的主体问题和鉴定程序的启动权问题，这也是我国目前司法鉴定制度中最为混乱和备受质疑的问题之一。

我国法律长期以来一直没有对鉴定人的资格作出明确具体的规定，无论是1996年的刑事诉讼法还是2005年的《决定》都只作了笼统的规定，如“具有与所申请从事的司法鉴定业务相关的高级专业技术职称”，或者“具有与所申请从事的司法鉴定业务相关的专业执业资格或者高等院校相关专业本科以上学历，从事相关工作五年以上”，或者“具有与所申请从事的司法鉴定业务相关工作十年以上经历，具有较强的专业技能”的人，都可以申请登记从事司法鉴定业务。新刑事诉讼法也只规定了鉴定人和专家辅助人出庭问题，而没有涉及鉴定人的资格问题。尽管从表面上看，我国目前的这一规定与大陆法系国家比较相似，但实则相差甚远，因为我国一直没有建立严格的鉴定人入门考试制度，内设鉴定机构的技术人员在参与具体案件的鉴定工作前，其资格无需受到有关主管部门的审查。加上多年来在庭审时，这些鉴定人基本上不出庭，辩护方也无法对其资格进行质询，因此，即便在资格上存在问题，一时间也难以暴露。由于多方面因素的影响，不可避免地造成目前我国鉴定人整体素质不高、业务水平参差不齐的局面。

相比之下，大陆法系国家通常都对对鉴定人的资格问题事先作出严格的规定，并由法官决定是否聘任鉴定人。这一规定与大陆法系国家信奉权威的传统文化与职权主义诉讼模式相适应，法官在整个诉讼过程中扮演着积极主动的角色。在大陆法系国家，是否需要鉴定及聘请鉴定人的权力由法官行使，控辩双方只享有有限的为制约法官这一权力而设的回

[21] 郭华：《切实保障刑事诉讼法中司法鉴定条款的实施》，《法学》2012年第6期。

[22] 参见何家弘、刘昊阳：《完善司法鉴定制度是科学证据时代的呼唤》，《中国司法鉴定》2001年第1期。

[23] 参见徐景和编著：《司法鉴定制度改革探索》，中国检察出版社2006年版，第1页。

避申请权，有人称之为限权的平等。^[24] 在意大利，存在颇具特色的技术顾问制度，^[25] 从技术顾问在诉讼中扮演的角色及拥有的权利看，在某种程度上与英美法系国家的专家证人颇为相似。该制度强化了诉讼过程中控辩双方的对抗色彩，可以看作是意大利刑事诉讼程序的混合特征在鉴定制度上的重要体现。但无论是英美法系国家的放权平等，还是大陆法系国家的限权平等，抑或是意大利水涨船高式的平等，控辩双方在诉讼过程中享有的权利（力）都是对等的，这与现代刑事诉讼的内在要求和理念是相符合的。

反观我国的司法鉴定制度，可以称之为不平等的诉讼模式。新刑诉法第144条规定，（侦查机关）为了查明案情，需要解决案件中某些专门性问题时，应当指派、聘请有专门知识的人进行鉴定。最高人民检察院根据立法的这一规定，在2012年10月颁布、2013年年初实施的《人民检察院刑事诉讼规则（试行）》第247条也作了相应规定，即“人民检察院为了查明案情，解决案件中某些专门性的问题，可以进行鉴定”，而且还从第248条到第256条对如何具体实施鉴定问题作了细化解释。另外，新刑诉法第191条还规定，法官在审理案件过程中，为了调查核实证据，可以进行鉴定。但作为被控方的犯罪嫌疑人、被告人则不享有自行聘请鉴定人的权利，只能根据新刑诉法第146条和第192条的规定，提出补充鉴定或重新鉴定的申请。虽然他们也像大陆法系国家规定的那样享有申请鉴定人回避的权利，但新刑诉法在第192条第2款中规定了控辩双方均享有申请专家辅助人出庭的权利（力）。

在鉴定人资格问题上，我国的做法与大陆法系国家有些相似，鉴定人多为某一法定鉴定机构的成员，只要鉴定人在法定鉴定机构内任职，就当然地被认定为有鉴定资格。我国从新中国成立之初开始组建司法鉴定机构，现已形成门类齐全、功能完备的司法鉴定系统，目前共有28类涉及各专业领域的司法鉴定机构或涉及司法鉴定工作的机构。有不少学者认为，我国对鉴定人资格的规定不够完善，有必要像大陆法系那样作出严格规定，但在笔者看来，即使对鉴定人资格作出严格规定，如果没有相关配套的制度予以保证和制约，最完善的规定也会流于形式。让鉴定人出庭作证，除了能较好地解决目前我国比较混乱的鉴定人资格问题外，还有助于限制为关系、为人情、为金钱而鉴定的行为，减少司法鉴定领域内的腐败现象，从而提高司法鉴定的质量。对此，新刑诉法在第187条第3款中已作出明确规定，即“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根据。”但是，如何保障纸面上的法律能够不折不扣地在实践中得到执行，可能还有很长的路要走，一如刑事诉讼中的证人出庭问题。

事实上，在法律上对鉴定人的资格作出规定只是问题的一个方面，不具备鉴定人资格的人出具的鉴定意见当然不具有可采性，但具备资格的人在鉴定过程中如果不尽职尽责或所使用的技术设备落后，也会导致鉴定意见不准确甚至出现故意作虚假鉴定的情况。

[24] 参见汪建成、孙远：《刑事鉴定结论研究》，《中国刑事法杂志》2001年第2期。

[25] 意大利1988年刑事诉讼法典中所称的“技术顾问”，我国学者多称为专家辅助人，意指拥有某方面的专业知识，受控辩（原被告）双方任命或聘请，在司法鉴定的前后对诉讼中专门的技术性问题进行研究并发表意见，辅助控辩（原被告）双方进行诉讼的人，也称为司法鉴定中的“技术顾问”。

对鉴定人资格和鉴定意见的审查，最为有效而简便的方法就是通过法庭上的质证程序。尽管我国的诉讼模式从传统上来说属于职权主义，但1996年的改革吸收了对抗式诉讼模式的合理因素，庭审中对抗色彩已大大加强，这为通过法庭质证控制鉴定人资格和对鉴定意见进行严格审查，提供了一定的条件。而新刑法确立的鉴定人出庭原则无疑适应了时代发展的需要，同时也为我国司法鉴定制度的完善迈出了重要一步。司法鉴定制度与专家辅助人制度的有效实施，可谓殊途同归，它们均需法庭上的质证程序为其提供保障，这就需要进一步完善我国的司法鉴定制度及其配套制度。

三、我国司法鉴定制度改革的模式选择

我国司法鉴定制度应该改革，这在学术界和司法实务界早已形成共识，而且在刑法的再修改中也得到了一定的体现，但是改革的力度和广度问题还有待进一步探索。具体应如何进行改革更是一个见仁见智的问题，尤其是在英美法系专家证据制度和大陆法系鉴定制度之间，我国应该选择哪一种模式，更是一个艰难的问题。有学者主张引进英美的专家证据制度，有学者则赞成以德法的鉴定制度为蓝本加以修补和完善，^[26]也有学者认为应借鉴融合了两大法系的意大利模式。从世界范围看，英美法系国家的专家证据制度与大陆法系国家的鉴定制度是运用专家证据颇具代表性的两种模式。由于两大法系在诉讼理念和诉讼结构上存在明显的差异，两种模式各具特色并在具体的操作程序上表现出诸多的差异。在讨论改革模式的选择之前，先考察一下这两大专家证据制度各自的优劣和改革措施以及两者在近些年的改革中所表现出来的共同趋向，或许可以为我们的选择带来一些启迪。

（一）英美法系专家证据制度及其改革措施

英美法系专家证据制度与当事人主义诉讼模式相适应，其优点是能够充分保障当事人双方根据自己的意志来决定是否聘请专家证人，可以满足不同当事人的不同需要，同时也能使法官处于超然的地位而真正做到居中裁判。20世纪以来，随着案件复杂程度及专业性的提高，专家们可以在法庭上作证的领域不断扩展。在当事人主义诉讼模式下，双方专家证人在诉讼中旗鼓相当地对质和交叉询问，可以在法庭的对抗竞争中，有效地将案件各方面事实真相展现在法官面前。^[27]专家证据的价值及其重要性不仅体现在交叉询问阶段，而且还体现在庭审准备过程中，这些优点是大陆法系国家的鉴定制度不能比拟的。从整体上看，其特点主要表现在以下几个方面：（1）主体的广泛性。在英美法系国家，只要满足两个条件就能成为专家证人：一是证人具有足够的专业知识或经验；二是能为事实审理者解决案件中的专门性问题提供帮助。因此，不管是科学家、教授，还是汽车修理工、木匠，各行各业的人都可以因案件的需要而成为专家证人。（2）选择的自主性。在诉讼过程中是否需要聘请专家证人以及聘请谁作为己方的专家证人，完全由当事人自己决定。如加拿大《证据法》第7条规定：“在任何刑事的和民事的审判或其他

[26] 参见郭华：《鉴定人与专家证人制度的冲突及其解决——评最高院有关专家证人的相关答复》，《法学》2010年第5期。

[27] 参见洪秀娟：《司法鉴定改革模式评析——基于比较法视野的考察》，《厦门大学法律评论》2006年第1期。

程序中,若原告、被告或其他当事人依法或根据惯例意欲让专业人员或其他专家提供意见证据,无须法庭、法官或程序主持人准许,各方最多可邀请五名这样的证人参加。”〔28〕(3)适用的灵活性。由于专家证人在资格规定上比较宽松,在选择上又很自由,因此,专家证人在适用上具有很大的灵活性,不管案件中出现的专门知识问题属于哪个领域,都能找到相应的专家证人提供帮助。在英美法系国家,除当事人可以聘请专家证人外,法庭也可以聘请专家证人,同时还可以根据审理案件的需要指定“法庭指定专家(Court-appointed Expert)”、“法庭技术顾问(Assessor)”或“专家裁判员(Referee)”为法庭提供专业知识方面的服务,这种做法目前在澳大利亚越来越普遍。

法庭聘请的上述三类专家的区别是:“法庭指定专家”受法庭聘任后,在审判中必须出庭接受当事人双方的询问和交叉询问,其所起作用与当事人聘请的专家证人基本相同。“法庭技术顾问”是因具有特别的技术、知识或经验而受到法庭的聘请,主要为法官解决涉及习惯法、航海技术、海损及海上救援等专业领域的问题,他们只需回答法官提出的疑问,不必接受当事人的询问和交叉询问,其提供的意见不属于专家证言。〔29〕“专家裁判员”是法庭在审理商业纠纷过程中遇到复杂的技术性问题时,指定为法庭提供帮助的专家,如在有关计算机是否得到恰当安装的争议中,各方的专家证人都提出涉及组成及运作程序方面的报告,法官如何选择?方法之一就是指定一位独立的专家裁判员(expert referee),其在听取针锋相对的观点后作出判断并报告给法庭。该专家裁判员对事实问题的分析判断将成为法庭作出判决的部分或全部的理由。澳大利亚仲裁法规定,当事人在法庭外解决部分争议或全部争议后可以让法庭采纳其结果,但在司法实践中,当案件涉及某些专门性问题时,往往由专家裁判员根据法庭规则中的特殊指示予以解决,这一做法已越来越普遍,尤其是在澳大利亚的新南威尔士州。〔30〕

每一种制度都有其长处和短处,根据英美法系国家学者的研究与总结,专家证据制度主要存在以下缺陷:

1. 专家证人的意见缺乏中立性。当事人聘请专家证人的目的,是想通过专家意见这一特殊的证据,来支持和加强己方的观点或主张。这一点在民事诉讼中尤为突出,因专家证人与当事人之间的关系是雇佣与被雇佣的关系,专家证人往往只会发表对自己的当事人有利的意见;专家证人在出庭前都会与当事人的律师商讨如何在法庭上进行有效陈述,因而其向法庭提供的专家意见带有倾向性,几乎是不可避免的。正如学者所说:“至于专家证人,既然是一方当事人挑选和准备的,而且又是由该方当事人支付费用的,其为该方当事人作证也就在所难免了。”〔31〕就某种程度而言,专家证人在诉讼中扮演着具有专门知识的辩护人的角色,而失去了专家证言本该具有的客观性和公正性。尽管法庭上的询问和交叉询问有助于揭露对方专家证据中存在的问题、瑕疵或偏见,但在司法实践中,这种公说公有理、婆说婆有理的唇枪舌战,有时反而会让陪审团和法官如坠云雾之中而难辨案件的事实真相。

〔28〕 何家弘、张卫平主编:《外国证据法选译》下卷,人民法院出版社2000年版,第1235页。

〔29〕 See Ian Freckelton, Hugh Selby, *Expert Evidence*, Lawbook Co., 2005, p. 8.

〔30〕 同上。

〔31〕 [美] 米尔建·R. 达马斯卡:《漂移的证据法》,李学军等译,中国政法大学出版社2003年版,第106页。

2. 专家证人的滥用。由于当事人可以自主地聘请专家证人为自己说话, 当案件起诉到法院以后, 各方当事人为最大限度地赢得官司, 就会想方设法聘请有名望、有权威的专家证人为自己“撑腰”。在有些案件中, 富有的被告人可能同时聘请好几位专家证人为自己作证, 这在一定程度上造成了专家证人的滥用。虽然聘请专家证人是当事人自己的事, 并由当事人支付报酬, 但其带来的负面影响, 如造成诉讼的延长、费用的增长等问题, 却是不容忽视的事实。

3. 诉讼的拖延和成本的提高。这一缺陷与滥用专家证人密切相关。英美法系国家的诉讼特别强调程序正义, 每一位受聘的专家证人都必须出庭接受对方律师的询问和质证, 尤其是双方的意见相互矛盾时, 双方律师都会花大量时间询问专家证人, 使庭审变成一个漫长而缺乏实效的过程。这甚至正中专家证人和律师的下怀, 因为专家证人和律师的服务是按时收费的, 时间的延长意味着财源滚滚而来。为满足专家证人的市场需求, 英国专家协会开设了一系列培训课程, 指导专家如何撰写报告、如何在法庭上准确而简洁地陈述自己的意见、如何沉着地回答对方律师的交叉询问等, 这些课程收费昂贵, 但还是深受欢迎。这些学费不少是由聘请专家的当事人支付, 也有一些专家为日后能赚大钱而自掏腰包接受培训。^[32]

针对上述缺陷和问题, 从上世纪 90 年代开始, 英美法系国家采取了一些改革措施, 以解决专家证据制度面临的困境。在英国, 采取了四个方面的改革措施: (1) 为提高专家证据的客观性和降低诉讼成本, 在 1999 年《民事诉讼规则》中增加规定了“单一共同专家证人”(single joint experts)和法庭技术顾问。前者为双方当事人共同选定的专家证人, 后者是由法庭直接任命的专家, 其职责是为法官理解、解决专业技术性问题提供帮助。这两种专家证人与一般专家证人的最大区别是其身份的中立性, 他们不是为某一方当事人提供专家意见, 不与任何一方当事人的利益直接相关。(2) 为了提高诉讼效率和减少诉讼成本, 英国开始将有争议的专家证据从原来的庭审中解决前移到审前解决。(3) 为限制专家证人的滥用, 加强法官对使用专家证人的控制, 英国 1999 年《民事诉讼规则》第 35.4 条第 1 款规定: 未经法院许可, 当事人不得传唤专家证人, 也不得在法庭上出示专家报告作为证据。(4) 在观念上, 强调专家证人的社会责任感, 转变专家证人的角色定位, 认为专家证人的职责是为法庭服务而不是为当事人服务, 要求专家证人客观真实地提供专家意见以帮助法庭发现案件的事实真相。

英国规定“单一共同专家证人”的做法, 无疑有助于消除专家意见的倾向性。事实上, 这一改革措施借鉴了大陆法系国家鉴定制度的做法, 只是与鉴定人由法官任命的做法稍有不同而已。“单一共同专家证人”不是由法官任命, 而是由双方当事人共同商量选定的, 这体现了英美法系国家对当事人自由意志的尊重。这种做法在民事诉讼中实施起来比较容易, 但在刑事诉讼中, 被告人个人的微薄之力根本无法与以国家的强制力为后盾的检警力量相抗衡, 因此, 强调通过正当法律程序尽可能地保障被告人的权利和利益显得尤为必要。

[32] 参见徐继军:《专家证人研究》, 中国人民大学出版社 2004 年版, 第 7 页以下。

聘请法庭技术顾问的做法与大陆法系国家的鉴定人基本相同，其职责也是帮助法官解决案件中遇到的专门性问题，为法官的判断提供专业知识上的帮助，事实上起着充当法官助手的作用。另外，针对专家证言存在倾向性的问题，近年来，英美法系国家在众多的批评声中对专家证人传统上的角色定位进行了反思，并在立法和司法中都强调要加强专家证人的社会责任感，要求专家证人端正自己的角色定位——用自己的知识、经验或技能为法庭提供中立的、无偏见的专家证言。这种要求尽管从理论上来说无可厚非，也颇为公众所接受，但在司法实践中，对专家证人来说实在有些勉为其难：“法律规定和现实需要间的巨大裂痕将专家证人推向了困窘的前台，尤其当专家证人日益发展成为一项赖以谋生的职业时，社会正义价值与个人利益价值的冲突使承载这两者于一身的专家证人更为迷惘与无奈。”〔33〕

从英国的具体改革措施来看，强调专家证人的中立性、对使用专家证人的限制以及庭前解决有争议的专家证据等做法，都在不同程度上吸收了大陆法系国家鉴定制度中的合理因素。

（二）大陆法系鉴定制度及其改革措施

大陆法系国家实行的是职权主义诉讼模式，与其相适应的鉴定制度体现了职权主义的特点和对权威的信任。按照这一制度的规定，侦查阶段是否聘请鉴定人由检察官决定，审判阶段则由法官决定是否聘请鉴定人和决定聘请鉴定人的人数，鉴定过程从启动到结束都处于法官的控制之下。由法官任命的鉴定人只对法官负责，而不对案件当事人负责，客观上有利于保证鉴定意见的客观性和中立性。大陆法系国家鉴定制度具有的优点，恰好是英美法系国家专家证据制度的缺点。但这并不意味着大陆法系国家的鉴定制度当然地优越于英美法系国家的专家证据制度。从司法实践看，大陆法系的鉴定制度也存在一些缺陷，主要表现在：

1. 对鉴定意见缺乏制约程序。设立鉴定制度的目的是期望鉴定人凭借其专业知识为法庭提供客观、真实的鉴定意见，成为法官审理案件的助手。但在不少情况下，法官对相关专业知识知之甚少，有时很难辨别判断鉴定意见的科学性，这是问题的一方面。另一方面，鉴定人由法官选定意味着，法官对选定的鉴定人有一种充分的信任感，所以其对鉴定意见往往比较容易接受，而不像英美法系国家的法官那样对专家证据持有一种怀疑态度。在职权主义诉讼模式下，法庭对抗程度远不如当事人主义诉讼模式那样激烈，鉴定人是法庭上唯一懂得专业知识的人，有时甚至只提交书面鉴定意见就能起到关键性作用。要是当事人无法（实际上也不具备这样的能力）对鉴定意见进行有效质询以发现其可能存在的问题时，鉴定人就会从法官的“助手”摇身一变而成为法官的“主人”。对鉴定意见缺乏相应的制约，是大陆法系国家鉴定制度中存在的最大缺陷。

2. 对鉴定意见缺乏有效的审查程序。这一缺陷与第一个问题是相辅相成的。由于法官对鉴定意见具有天然的信任感，加上大陆法系国家在判断证据时采用的是自由心证制度，因而对鉴定意见的判断就缺少了一套科学、独立的审查程序。由于大陆法系国家的

〔33〕 前引〔27〕，洪秀娟文。

庭审模式无法对鉴定意见进行有效的质证和交叉询问，因而很难揭露伪科学或错误的专家意见的真面目。对法官来说，鉴定意见在诉讼中的证明力似乎天经地义，法律也没有为判断鉴定意见的客观性和正确性设定明确且行之有效的办法。

3. 缺乏当事人的信任。由于当事人无权选择鉴定人，又缺乏了解鉴定过程的知情权，对那些于己不利的鉴定意见，当事人往往会持怀疑态度。如果鉴定意见是法院最终判决的主要依据，当事人就很难从心底里接受判决。法官与鉴定人之间的密切关系，也是当事人担心鉴定意见存在偏见的因素之一。

针对上述缺陷，近些年来，大陆法系国家也采取了一些改革措施，在基本保持具有职权主义色彩的鉴定制度的同时，适当地吸收了英美法系专家证据制度中的某些优点。

首先，在鉴定程序启动权问题上加大了当事人对法官的影响。依据德国《刑事诉讼改革议案草案》对刑事诉讼法第161a条的修改建议，在侦查程序中，虽然由检察官选择鉴定人，但允许犯罪嫌疑人及其辩护人参与选择鉴定人。法官仍保留着选择鉴定人的权力，只是一般情况下，法官在主审程序中不会再委托其他鉴定人，虽然在理论上可以这么做。^[34]

德国的《刑事诉讼程序与罚金刑程序准则》第70条第1款规定，辩护人在检察官选择鉴定人前享有发表意见的权利。由于该准则只是行政规定，不少刑法学者和司法界人士认为应将这一规定上升为法律。上述《刑事诉讼改革议案草案》建议增加的刑事诉讼法第73条第3款吸收了这一意见，明确规定辩护人在法官选择鉴定人之前享有提出意见的权利。^[35]有意思的是，辩护人在提出意见后就失去了拒绝鉴定人的权利。这一改革方案得到了普遍的认同，因为这一规定可以使庭审程序从鉴定意见的争论中解脱出来，也可以使庭审程序不必再考虑重新指定鉴定人的问题。^[36]在审判阶段，检察官、被告人如果认为案件中的某一事实问题需要专家鉴定，可以向法官提出请求，如果法官不同意，还可以向上级法院申请司法救济。尽管如此，迄今为止，被告人还不能直接决定启动鉴定程序。在民事诉讼中，大陆法系国家的法典越来越频繁地开始规定，双方当事人选任鉴定人的一致意见可约束法庭的决定。

其次，庭审中控辩双方可以像英美法系国家那样平等地传唤鉴定人出庭作证，向法庭提供有利于己方的证据。^[37]为了避免单一的鉴定制度可能给诉讼带来误判的巨大风险，在法国采取了“双重鉴定原则”，除了极为简单的鉴定事项外，预审法官应聘请两名以上鉴定人分别对同一事项进行鉴定。德国则允许被告人在不影响官方鉴定人工作的情况下，可以聘请自己的鉴定人参与官方的鉴定活动。德国联邦律师协会认为，在侦查阶段仅仅规定辩护人在检察官选择鉴定人时的参与权是不够的，辩护人应在鉴定的题目、内容和

[34] Vgl. Helmut Satzger, Verhandlungen des 65. Deutschen Juristentages Bonn 2004 Band I: Gutachten/Teil C-Abteilung Strafrecht: Chancen und Risiken einer Reform des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens, 2004, C. H. Beck, S. C71.

[35] Vgl. Diskussionsentwurf für eine Reform des Strafverfahrens, S. 22.

[36] Vgl. Matthias Jahn, Das partizipatorische Ermittlungsverfahren im deutschen Strafprozess. Theoretische Grundlagen und praktische Ausgestaltung, ZStW 115 (2003) 815 - 844, S. 841.

[37] 参见陈瑞华：《司法鉴定制度改革的主要课题》，载陈兴良主编：《刑事法评论》第5卷，中国政法大学出版社2000年版，第467页以下。

形式上也享有参与权,以避免检察官对鉴定的单方面的“领导”。^[38]无疑,这些改革措施增强了当事人对鉴定程序的影响力和参与感,增强了司法鉴定制度的对抗因素,有助于提高鉴定意见的公正性和社会认同感,同时也表明了大陆法系鉴定制度与英美法系专家证据制度的相互借鉴和融合。

(三) 两大法系专家证据制度在改革中的共同趋向

从上述分析可以看出,英美法系国家的专家证据制度与大陆法系国家的鉴定制度,虽然当初设计的目的都是为了解决案件中的专门知识问题,但由于两大法系的文化传统、诉讼理念及诉讼模式等方面的差异,在有关鉴定人的资格、选任、启动权及鉴定意见的可采性规则等方面大不相同。从实践运作看,两者都存在某些自身难以克服的缺陷,而且存在不少互补之处。在近几年的改革中,两者出现了互相吸收和融合的趋势,归纳起来,主要表现在以下几个方面:

1. 启动程序的变化

为解决专家证人的滥用、诉讼拖延和费用飞涨等问题,英美法系国家如英国、澳大利亚等都采取了相应的改革措施:一是对专家证人使用的必要性作出规定;二是限制专家证人的报酬水平;三是在民事案件中提倡尽可能使用“单一专家证人”。这些改革表明,法官对当事人聘请专家证人权利的干预和法官启动专家证人程序权力的扩大。

原本完全由法官决定是否任命鉴定人的大陆法系国家,因鉴定人太容易从“法官的助手”转变成“法官的主人”而在改革中适当地注入了当事人对法官鉴定启动权的制约。在侦查阶段,被告人的辩护人可以在检察官选择鉴定人前发表意见;在审判过程中,当事人可以向法官提出鉴定的申请,如果双方有合意的鉴定人,法官若无正当理由不能拒绝等。

专家证据制度和鉴定制度在启动程序上的互相借鉴表明,专家证人和鉴定人选择上的绝对自由与绝对垄断都不是最佳选择。根据各自的诉讼模式和相关制度,在以当事人自由聘请为主或以法官任命为主的做法中作出某些让步,在权利和权力之间选择一个恰当的平衡点,是现代专家证据制度改革中的一个共同趋势。

2. 加强专家证人的过错责任与强化庭审对抗

在最近几年的司法改革中,英美法系国家在民事诉讼中开始规定专家证人的责任和义务,强调专家证人的职责是与其拥有的专业知识、经验或技能帮助事实裁判者解决诉讼中所涉及的争议事实,应优先为法庭服务。这种做法与英美法系国家对专家证人的传统角色定位有较大的差别。为消弭专家意见的倾向性痼疾,英美法系国家明确规定专家证人首先应对法庭负责,在诉讼中必须如实发表专家意见,同时还规定了违反真实义务应承担的法律责任。加强专家证人的责任虽然没有从根本上消除专家证人为当事人利益发表虚假证言的可能性,但确实收到了一定成效,使一度失去公信力的专家证言又重新获得了生命力。

与专家证据制度相比,司法鉴定制度在设计上就是为法庭服务的,鉴定人被定位为法

[38] Vgl. Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer, Reform der Verteidigung im Ermittlungsverfahren. Thesen mit Begruendung, C. H. Beck Muenchen 2004, S. 82.

官的“助手”。鉴定制度的最大缺陷是缺乏对鉴定意见的审查与制约，大陆法系国家在近几年的改革中不断加强庭审中的对抗色彩，如法国法官聘请两名以上鉴定人各自对同一事项进行鉴定的做法，就可避免单一鉴定在法庭上“唱独角戏”的现象。

两大法系在几十年来的司法改革中，根据原有制度的特点不断地汲取其他制度中的优点以弥补自身的缺陷。表现在专家证据制度和鉴定制度上，当事人主义诉讼模式和职权主义诉讼模式的界限不断模糊，模式类型不断淡化，意大利的技术顾问制度就是一个典型的例子。技术顾问的任命不同于司法鉴定人，不是由法官掌握选任权，而是由公诉人和当事人根据案件的需要自行决定，具体任命的方式有两种：一是由公诉人和当事人聘任；二是由国家为当事人公费指定。另外，与鉴定人不同的是，法律并未要求技术顾问的意见必须保持中立，尽管“忠于事实”仍是其应当遵循的基本行为准则。技术顾问的地位也不同于鉴定人，技术顾问在诉讼中享有的权利为：（1）参加聘任鉴定人的活动并向法官提出要求、评论和保留性意见；（2）参加鉴定工作，向鉴定人提议进行具体的调查工作，发表评论和保留性意见；（3）对鉴定报告加以研究，并要求法官允许他询问接受鉴定的人和考查被鉴定的物品和地点，等等。^[39]因此，从其工作性质来看，技术顾问从事的是司法鉴定的辅助工作，在诉讼中扮演监督和制约鉴定程序的角色，使整个鉴定过程透明化、科学化。他们可以就案件中的专门性问题提出意见，这些意见能够影响法官对鉴定结论的审查判断。从证据法的角度看，技术顾问是一类特殊的证人，其提供的专家意见是对鉴定意见构成证明的证言。从技术顾问的选任、资格条件、法律地位和作用来看，相当于英美法系专家证据制度中的“专家证人”，这就为鉴定制度注入了专家证据制度的合理因子。技术顾问制度的出现，为大陆法系其他国家鉴定制度的改革提供了一套可资借鉴的方案，同时也为我国司法鉴定制度的改革与完善提供了参照模式和有益的启示。

（四）我国司法鉴定制度的改革走向

从世界范围看，即便一个总体上有用、有益的制度，也绝不可能是万能的，不存在只有好处而没有缺点的制度。^[40]比较研究的方法不但能够擦亮法律学者的眼睛，使其发现本国法律机制的一些缺陷与弱点，而且也能提高人们对概念主义价值的鉴赏力。^[41]通过前文的比较分析可以看出，无论是英美法系国家的专家证据制度还是大陆法系国家的鉴定制度，都不是十全十美的，即便是融合了两大法系特点的意大利技术顾问制度也是如此。世界上不少制度的设计都建立在理想和理性的基础上，如专家证据制度赖以存在的母体对抗式诉讼制度，就是假定诉讼双方完全平等，但现实并非总是如此。在聘请专家证人这一点上，就很难做到事实上的真正平等，有钱的当事人有能力聘请知名的顶尖专家证人，经济条件不允许的当事人只能依靠自己的微薄之力收集证据为自己辩护。大陆

[39] 有关意大利的技术顾问制度，详细内容可参见黄敏：《我国应当建立“专家辅助人”制度——意大利“技术顾问”制度之借鉴》，《中国司法》2003年第4期。

[40] 参见朱苏力：《制度是如何形成的？——关于马歇尔诉麦迪逊案的故事》，《比较法研究》1998年第1期。

[41] 参见〔德〕伯恩哈德·格罗斯菲尔德：《比较法的力量与弱点》，孙世彦、姚建宗译，清华大学出版社2002年版，第19页。

法系国家鉴定制度的设计初衷是在法官的职权运作下，鉴定人成为法官判断案件中专门知识和解决疑难问题的助手，但司法实践中因法官缺乏相关的专业知识背景，过于依赖鉴定人，使原本只是证据之一的鉴定意见成为案件的判决结果。可见，制度本身存在的天然缺陷和现实运作中的异化，直接影响着制度的有效运行。

我们还可以从上述比较研究中看出，专家证据制度与鉴定制度存在很强的互补性，此方的缺陷恰好是彼方的优势所在。“司法鉴定制度的客观中立无疑是避免专家证人倾向性的可取之道，法官职权的适当应用也是改善诉讼低效率的良方；而在相反的方向上，充分应用当事人从自身权利追求所生发出的诉讼激情，寻找当事人技术手段的有效扩张则为司法鉴定走出权力制约真空的困境提供了一个全新的观察视角。专家辅助人制度更是融二者于一身的一项开创之举。”〔42〕而且，“我国法治正在从以偏重于学习和借鉴西方法律制度和理论为取向的追仿型法治进路，转向以适应中国具体国情、解决中国实际问题为基本目标，立足于自我发展和自主创新的自主型法治进路。”〔43〕事实上，无论是英美法系国家的专家证据制度还是大陆法系国家的鉴定制度，都是与其整个司法制度相配套的。“一种制度、做法或规则，往往是在其他因素的配合下发挥作用的，离开了与之相配套的制度、做法或规则，就很难保持它的价值”；“任何成功的经验都有其生长的特殊土壤和与之相配的条件，离开了特定的历史条件和文化背景，离开了相应的社会基础和人文环境，成功的经验也会把改革引入歧途。单纯强调接轨、照搬，最终会失去民族特色。”〔44〕在我国司法鉴定制度改革中，最佳的选择无疑是根据我国的国情及原有的司法资源，从各种制度模式中汲取合理因素，以完善问题百出的现行司法鉴定制度。

值得注意的是，任何诉讼模式的选择都是历史的产物，而不是在某一具体的时间点进行选择的结果，是经过几十年甚至几百年的发展累积而成的，虽然其形成过程不排除诸多偶然因素的巧合。“不同诉讼模式的各组成部分之间彼此相连，从而形成了一套该模式特有的制度逻辑。当一个个具体制度集合而成模式之后，任何一种新制度的加入就不仅要具有抽象的合目的性，同时还必须接受该模式所特有的制度逻辑的检验。在进行制度设计时，后一方面的因素甚至更为重要，而且可能随时充满着风险。”〔45〕在改革我国司法鉴定制度时，除了应考虑我国目前的诉讼模式下制度选择的合目的性外，还应与该模式下其他具体制度之间存在内在的逻辑关系，从而使各种制度和谐相处并最大限度地发挥效用。在司法鉴定制度内部，应该考虑各环节之间的相互协调，从鉴定人的资格、选任、鉴定权的启动到鉴定人的权利、义务及鉴定意见的采纳等，应具有其内在的合理性，以确保虚假的、有瑕疵的鉴定意见能被及时有效地发现和剔除，使鉴定意见在刑事审判中能真正起到“科学证据”的作用。这一切都涉及司法鉴定主体问题。在新刑事诉讼法实施过程中，如何使鉴定人与专家辅助人之间能够协调和谐地为刑事诉讼提供优质的服务，是否还需要另一方来形成稳定而有序的平衡，无疑是我国司法鉴定制度进一步完善中需要解决的关键问题。

〔42〕 前引〔27〕，洪秀娟文。

〔43〕 顾培东：《中国法治的自主型进路》，《法学研究》2010年第1期。

〔44〕 刘立宪、张智辉主编：《司法改革热点问题》，中国人民公安大学出版社2000年版，第12页。

〔45〕 汪建成：《刑事诉讼法再修订过程中面临的几个选择》，《中国法学》2006年第6期。

四、构建三位一体的司法鉴定主体格局

（一）如何构建司法鉴定主体格局

现代法治的一项重要原则是，法律不能规定人们做不到的事，即任何法律规定都必须不能是太脱离实际的“新颖”。^{〔46〕}因此，在完善我国司法鉴定主体制度时，不能脱离我国国情设计一套根本无法实现的制度。由于新刑诉法已增加规定新的主体——专家辅助人，而且控辩双方享有平等的聘请权和申请权，这在一定程度上将改变犯罪嫌疑人、被告人因缺乏司法鉴定启动权而陷入不利的局面，但为了使法庭能够根据案件中存有争议的专门性问题而灵活机动地对控辩双方聘请的专家辅助人在法庭上发表的意見准确地作出评断与选择，笔者认为，在我国当前特定的司法语境下，可以考虑在刑事诉讼中建立三位一体的司法鉴定主体格局。具体而言，我国的司法鉴定主体包括三种不同类型的专家，即鉴定人、专家辅助人和专家顾问，三者互相补充，构成一个有机整体，共同为解决案件中的专门知识问题服务。公安司法机关指定鉴定人的做法基本保持现状不变，犯罪嫌疑人、被告人享有聘请专家辅助人的权利，同时法庭享有指定专家顾问帮助解决案件中有争议的专门知识问题的权力。

1. 鉴定人。鉴定人是三位一体司法鉴定主体格局中的主要成员，其资格应符合《决定》的规定，是经过事先申请登记批准可以从事司法鉴定业务的人，而且在某个鉴定机构中任职。鉴于目前我国鉴定人员的水平参差不齐，各个行业应根据自身的行业要求，通过一定的考核标准择优选用，同时为鉴定人建立档案资料，内容包括鉴定人的个人简历、鉴定科目、擅长领域以及鉴定次数及结果等，司法鉴定管理部门应将这些信息上网公布。公安机关和检察机关内部鉴定机构中的从业人员，除应比照社会鉴定人员的资格准入标准进行考核外，还应在刑事犯罪侦查方面有一技之长。

2. 专家辅助人。在刑事诉讼中，控辩双方聘请的专家，就案件中遇到的专业问题为己方提供帮助。我国新刑诉法中增加规定控辩双方有权聘请专家辅助人的目的是为了增强法庭对鉴定意见的庭审质证，使鉴定意见的采纳更加公开，同时也更具可靠性和可信度。专家辅助人与鉴定人的关系是平等的，但前者的范围要远大于后者。两者的最大区别为专家辅助人无须事先取得从业资格。与专家顾问的不同是，他们受聘于公诉人、当事人和辩护人以及诉讼代理人。专家辅助人可以是各行各业中拥有专业知识、经验或技术的人，且不管其专业知识、技能或经验从何而来。专家辅助人的资格在法庭上由法官根据控辩双方的质证情况进行审查，其标准可以比照鉴定人的资格，但应根据案件的具体情况判断。增加专家辅助人是为了加强司法鉴定制度在现实中适用的灵活性，有助于被告方根据案件中遇到的专业问题，按照自己的意愿聘请专家为自己提供专业知识方面的帮助，而不仅仅限于那些已登记注册的鉴定人。

根据新刑诉法第192条第2款的规定，控辩双方均享有申请专家辅助人出庭的权利（力），虽然最终能否有专家辅助人在法庭上就专业知识问题为己方提供帮助，取决于法

〔46〕 参见苏力：《制度是如何形成的》，中山大学出版社1999年版，第159页。

庭的决定。这一规定吸取了英美法系国家在运用专家证人方面的有益经验,顺应了大陆法系国家鉴定制度的改革趋势,在我国目前的具体国情下具有现实可行性和合理性。

3. 专家顾问。法庭在审理过程中遇到特别的专业问题或技术问题,或遇到控辩双方聘请的专家辅助人对某一专业性问题提供的意见结论分歧很大或截然相反时,可以指定或聘请专家顾问提供帮助。这些专家具有特别的知识、技术或经验,能为法庭解决特殊的专业性疑难问题提供客观中立的专家意见。比如房屋倒塌是否因地基不够坚固所致,法庭就可以聘请建筑专家提供相应的服务。专家顾问受聘于法庭,在案件中与任何一方当事人不存在利益冲突,立场比较超脱,其提供的意见更易于保持客观、公正。专家顾问与鉴定人的不同之处在于,专家顾问事先无须登记申请资格,而是法庭根据审理不同案件的实际需要予以聘请。法庭聘请的专家在听取控辩双方针锋相对的观点后,根据自己的专业知识或经验作出判断并告知法庭。专家顾问对事实问题的分析意见,很有可能成为法官判决的主要理由。

(二) 构建三位一体鉴定主体格局的理由

鉴定主体问题是司法鉴定制度中的核心问题,尽管新刑诉法已规定了鉴定人和专家辅助人出庭制度,但基于实证调研的结果,笔者认为,为了使整个司法鉴定制度在适用时具有更强的灵活性和实用性,同时又能充分发挥专家证据在刑事诉讼过程中的重要价值,在今后的进一步完善中,有必要设计三位一体的鉴定主体格局,这主要基于以下几个方面的考虑:

1. 鉴定人中立是司法鉴定制度的核心。鉴定人能否保持中立,是司法鉴定制度能否真正发挥作用的关键因素。这里需要厘清两个问题,一是现有鉴定人制度是否需要存续;二是在存续的前提下如何提高鉴定人的各方面水平。

(1) 鉴定人存续的合理性。刑事诉讼中,在侦查、起诉和审判阶段,公安机关、检察院和法院都有权聘请鉴定人,对案件中存在争议的专门性问题进行鉴定,其鉴定意见通常比较客观公正。这些鉴定意见有助于侦查人员判断侦查方向、排除或确定犯罪嫌疑人,也有助于检察官准确判断是否应该提起公诉,有助于法官对案件的公正审理。在没有设立审前司法审查程序的情况下,出于提高侦查效率的需要,保留公安机关、检察机关内部的鉴定机构并无多大不妥,关键是要确保这些内设机构中鉴定人员的业务水平。当前存在的内设司法鉴定机构鉴定人不时出现错误鉴定的情况,既与庭审中辩护方缺乏有效质证鉴定意见的能力紧密相关,也与我国缺乏鉴定意见可采性规则密不可分。鉴定意见是鉴定人运用科学技术或专业知识解读事实材料的结果,如果没有相关的背景知识就无法理解其推理过程,自然很难对鉴定意见提出有针对性的质疑。

(2) 提高鉴定人的业务水平和职业素养。提高鉴定人水平,不仅是公安机关、检察院内设司法鉴定机构的事,也是其他司法鉴定机构面临的共同任务。提高鉴定人水平最为有效的办法就是对鉴定人的资格进行严格审查和考核,同时为鉴定人举办相应的培训班,以充实、更新鉴定人的专业知识和技能,并着力提高鉴定人的职业素养。目前,我国仍像大陆法系国家那样实行名册制度,该制度不但有利于公安司法机关和诉讼当事人选择合适的鉴定机构和鉴定人,也有利于对鉴定机构和鉴定人的管理监督。面对司法鉴定工作中存在的混乱状况,我国的司法鉴定管理部门应切实加强加强对名册登记工作的管理,

提高管理的透明度，同时要加强审判机关和司法鉴定管理部门的协调工作，尽快建立起科学合理、公开公平的名册使用制度。

2. 辩护方应享有聘请专家辅助人的权利。从渊源上看，我国的司法鉴定制度与大陆法系国家的鉴定制度颇为相似，该制度的优点是在诉讼活动中强调鉴定人鉴定活动的职权性，同时通过事先严格规定鉴定人的资格和身份以提高鉴定意见的权威性和公信力，但由此带来的弊端是鉴定人出庭率偏低、对鉴定意见的质证流于形式、审判人员往往以鉴定意见代替事实认定等。大陆法系鉴定制度在运行中存在的鉴定人容易从法官的“助手”摇身变成法官的“主人”的弊端，在我国刑事诉讼活动中同样难以避免。因此，规定辩护方享有聘请专家辅助人的权利，可以从制度上预防法官的“助手”变成法官的“主人”，同时还可以充分保障当事人根据自己的意志来决定是否聘请专家辅助人，以便满足不同当事人的不同需要。另外，由于专家辅助人与鉴定人一样拥有相当的专业知识，在庭外可以为辩护方就鉴定意见提供有针对性的辩护意见，在庭上可以与鉴定人就专业问题展开旗鼓相当、针锋相对的询问和质证，这样才能揭露控方鉴定意见中可能存在的错误或瑕疵。这无疑有助于法官充分理解相关的专业知识，从而对案件事实作出准确的判断，这也恰好体现了设立司法鉴定制度的本意与初衷。

值得注意的是，新刑诉法规定控辩双方同时享有聘请专家辅助人的权利（力），自然与控辩双方地位平等这一现代刑事诉讼的基本理念相一致，但另一原因是现实中的案件五花八门，案件中出现的专门性问题也是层出不穷，尽管作为控方的检察机关原本享有聘请鉴定人的权力，但因鉴定人的范围相对较窄，案件中时常会出现一些经验性方面的专业问题，如家养狗的习性问题、吸毒犯的生活特征等，非一般的鉴定人所能解决，尤其是在我国目前鉴定人的素质高低不一的现状下，同时赋予控辩双方聘请专家辅助人的权利（力），以增加司法鉴定制度在司法实践中适用的灵活性，就显得尤为必要。不过，在刑事诉讼活动中，控方应处理好聘请鉴定人与专家辅助人的关系，在一个案件中，可以根据存在争议的专门性问题的实际需要来决定是聘请鉴定人还是专家辅助人。从节约司法资源的角度来看，通常情况下不应同时使用这两项权力，尽管法律并没有作出禁止性规定。在一些特别重大疑难的案件中，为了弥补鉴定人个体在专业知识上的不足，也可以聘请相应的专家辅助人以增强控方证据的说服力和可信度。

（1）专家辅助人的类别。专家辅助人可以分为不出庭的专家辅助人和出庭的专家辅助人两种。两者的区别是：前者由犯罪嫌疑人或被告人聘请后，只是帮助他们审查控方的证据，尤其是鉴定意见，也可以进行核查或重做试验，并告知辩护律师控诉方鉴定意见存在的优势和弱点，还可指导辩护律师如何对鉴定意见进行有效的质证等，但最终并不出庭，而是在幕后为被告人和辩护律师的成功辩护出谋划策。出庭的专家辅助人则受辩护方的委托或聘请，经申请并经法庭同意出席法庭，为解决案件中的专业性提供帮助。当然，在我国目前的庭审现状下，专家辅助人出庭接受控辩双方质证的概率可能不会太高，但这无疑是今后努力发展的方向。不过，在人民法院要求鉴定人出庭作证的案件中，法庭原则上应同意辩护方要求专家辅助人出庭的申请，这样才能实现设立专家辅助人制度的立法预期。

(2) 专家辅助人的立场。出庭的专家辅助人为被告方进行辩护,其意见难免会带有倾向性,尽管理论上强调专家辅助人要为法庭服务,其提供的专家意见必须客观真实,但鉴定意见并不是非白即黑的结论,经常出现“灰色地带”,允许专家证人在“灰色结论”面前带有倾向性的意见,可以避免其处于尴尬的境地。专家辅助人在诉讼中的立场与辩护律师相仿,是为被告人的利益服务的,并与辩护律师密切配合,最大限度地保护被告人的利益。当然,专家辅助人在法庭上提出的意见是否可采,最终应由法官裁决。

3. 法庭应享有聘请专家顾问的权力

(1) 设立专家顾问的必要性。从法庭角度来考虑,除享有聘请鉴定人的权力外,在审理过程中遇到专业知识问题时,如果控辩双方向法庭提供的专家证据意见相左、甚至完全相反,而法官又因缺乏相应的专业知识背景而无法作出准确判断时,法官享有指定专家顾问来帮助解决案件中的专业问题的权力。专家顾问在接受法庭指定后,先听取控辩双方专家辅助人的意见,然后凭借自己的专业知识或经验,客观中立地写出结论报告并提交给法庭,但专家顾问并不出庭接受控辩双方的询问或交叉询问。专家顾问报告的结论,就成为法庭对此专业问题作出判断的部分或全部的依据。由于鉴定人和专家顾问在诉讼过程中所起的作用不尽相同,法庭可以根据案件的不同需要来决定聘请鉴定人还是专家顾问。

(2) 防止权利(力)的滥用。为了避免出现鉴定人或专家辅助人被滥用的局面,无论是公安机关、检察机关聘请的鉴定人,还是犯罪嫌疑人或被告人聘请的专家辅助人,是否可以在法庭上出示鉴定意见或专家意见,以及传唤鉴定人或专家辅助人出庭,决定权完全在法庭。但是,鉴定人经人民法院通知拒不出庭作证的,鉴定意见不能作为定案的根据。这一规定无疑有助于增强鉴定人的责任心和鉴定意见的客观性。^[47]在民事诉讼中,可以提倡使用“单一的”或“中立的”专家证人。

4. 司法鉴定模式与诉讼模式须互相配套

(1) 司法鉴定模式外部的配套问题。司法鉴定模式与诉讼模式之间存在一种内在的联系。鉴定制度与大陆法系国家的职权主义诉讼模式相适应,专家证据制度则与英美法系国家的当事人主义诉讼模式相适应。从20世纪中期以来,我国的诉讼制度从原来的职权主义诉讼制度,逐渐转向当事人主义诉讼制度,而新刑法又赋予控辩双方聘请专家辅助人的权利(力),这将有助于法庭上控辩双方对鉴定意见进行有效的质证。可以说,控辩式诉讼制度是构建三位一体鉴定主体格局不可缺少的外部条件。同时,有一个公开透明的、可供司法机关和当事人自由选择的名册使用制度,也是三位一体鉴定主体格局必不可少的条件。在社会上还需要有一批未经登记为鉴定人的各领域专家,以及统一的检材保管制度等。只有同时具备这些条件,三类不同的鉴定主体才能在诉讼中充分发挥其应有的作用。

(2) 司法鉴定模式内部的配套问题。司法鉴定制度要真正实现高效公正的鉴定活动,为刑事诉讼提供客观真实的鉴定意见或专家意见,除必须具备的外部条件外,在司法鉴定制度内部也应具备相应的条件,如必须明确规定鉴定人或专家辅助人的权利义务与赔

[47] 参见陈光中、曾新华、刘林呐:《刑事诉讼法制建设的重大进步》,《清华法学》2012年第3期。

偿责任等，同时，还应有行业纪律和职业道德等约束其行为。作为司法鉴定机构，除人员条件、设备条件和资金条件外，还应有一整套详细的运作程序，如由鉴定机构统一接受委托业务，经审核统一登记后再安排相应的鉴定人员并告知委托方是否需要申请回避等，然后再进行具体的鉴定工作。

作为鉴定人，也可以像专家顾问和专家辅助人那样兼职，平时有一份正常的工作，同时受聘于某一司法鉴定机构，有鉴定业务时受聘请而从事鉴定活动。例如，2007年11月在北京成立的首家中国电力企业联合会司法鉴定中心，其聘用的40多位鉴定人员，平时都在各自的岗位上工作，中心有鉴定业务时才请他们就具体事项进行鉴定，并给付报酬，但不发工资。另外，大学里的教授或医院里的医生，若受聘于某一鉴定机构，其情况也相类似。

5. 刑事诉讼与民事诉讼在司法鉴定的启动权上应有所不同

(1) 刑事诉讼与民事诉讼的性质不同。在刑事诉讼中，案件在侦查阶段时，有时甚至连谁是犯罪嫌疑人都有待查证，侦查机关是否需要聘请鉴定人不可能与犯罪嫌疑人商量，其指定鉴定人对专门性的疑难问题进行鉴定，目的就是为确定被害人是属于自杀还是他杀，是疾病死亡还是食物中毒，从而确定侦查的方向。如做DNA检测，通常是为了确定犯罪嫌疑人的身份，因而无法像民事诉讼那样由双方共同商量选择合意的鉴定人。所以，在这一问题上，民、刑诉讼可以分别作出适合各自程序的规定。在民事诉讼中，原被告双方可以就鉴定人或专家辅助人的选任问题进行协商，若能达成一致，就可以节约诉讼开支和辩论时间，单一、中立的鉴定人无疑是双方当事人最佳的选择。在刑事诉讼侦查起诉阶段，我国目前控方的司法鉴定机构均属内设机构的现状下，取消这些机构或将这些机构完全市场化都不太现实。比较可行的办法是，赋予犯罪嫌疑人、被告人按照自己的意愿聘请专家辅助人的权利，这是最简便易行的改革措施，也是对侦查机关提供的鉴定意见进行有效制约和审查的最好方法。

(2) 当事人双方的力量对比不同。在民事诉讼中，虽然当事人双方存在贫富强弱的差别，但双方的法定权利和地位是平等的。平等是民事诉讼的精髓，这种平等体现在聘请鉴定人或专家辅助人的权利上，就是双方享有同等的机会和权利聘请哪个机构的哪位鉴定人或专家辅助人来解决案件中遇到的专门性问题。在民事诉讼中，法官通常都会鼓励双方当事人共同商量聘请合意的鉴定人或专家辅助人。在刑事诉讼中，犯罪嫌疑人、被告人面对的是公安机关和检察机关，后者在侦查过程中或起诉过程中是否需要聘请鉴定人由办案人员根据案件的需要决定，作为受追捕或被起诉的对象——犯罪嫌疑人或被告人是根本不可能与之商讨聘请鉴定人或专家辅助人这一问题的。正由于双方力量对比的悬殊，在刑事诉讼程序的设计中，才有必要特别强调保护犯罪嫌疑人或被告人的权利。为了增强犯罪嫌疑人和被告人在诉讼过程中的抗辩能力，让他们也享有聘请专家的权利，无疑是十分必要的，这也是英美法系国家的专家证据制度多年来一直受人推崇的根本原因所在。

此外，必须加强对专家辅助人的职业管理和行业自律，提高专家辅助人的素质，同时在法庭上加强对专家辅助人资格的审查。对于鉴定人的管理，我国已从立法上作出了某

些规定,如《决定》明确规定:根据侦查工作的需要,侦查机关设立的鉴定机构,不得面向社会接受委托从事司法鉴定业务,人民法院和司法行政部门不得设立鉴定机构,同时还规定实施鉴定人和鉴定机构的名册制度,以方便法院和当事人的选择。而对专家辅助人,笔者认为只需作出原则性的规定,要求其具有某一领域的专门知识或经验即可。

Abstract: With the fast development of science and technology, expert evidence has been playing a more and more important role in the criminal procedure. In Common Law countries, due to the variety of subjects and freedom of choosing expert witnesses, the system of expert witness has its own characteristics of flexibility and practicability in its application, and its rules of admissibility for expert evidence are rather complete and realistic.

However, from the aspect of practice and compared with the system of expert evidence in Civil Law countries, each system has its own demerits which can't be overcome by itself, such as the inclinations of expert opinions and the abuse of expert witnesses in Common Law System, and the lack of review and check for the conclusions of authentication in Civil Law System. Therefore, in recent decades, the two systems have taken measures to reform their regulations by learning from each other. Moreover, some common trends and values are turning up in these two legal families, such as the diversification of starting procedure, the more strictness of expert's liability and the stronger atmosphere of trial confrontation.

The system of judicial authentication in China has to be further perfected by learning some valuable experiences from two related systems. Actually, above common trends may become the new ideas to solve those problems as well as to implement the related stipulations of the new Criminal Procedure Law well. While re-thinking the problem of the confused subjects of the judicial authentication, we may use appraisers, referees and expert witnesses at the same time so as to meet the different requirements in the trial.

Key Words: expert evidence, judicial authentication, expert witness, choice of mode
