

## 法学争鸣

## 我国司法鉴定体制之重构

熊 秋 红

(中国社会科学院法学研究所副研究员、法学博士 北京 100720)

**摘要:**随着司法证明方式的变化,鉴定结论在诉讼活动中的地位 and 作用日益突出,但现行司法鉴定体制难以适应现实的需要。重构我国司法鉴定体制,应当围绕鉴定权的归属与控制问题,重点从弱化鉴定机构的官方色彩、加强对鉴定机构和鉴定人的资质控制、赋予当事人自行委托鉴定人的权利、充分发挥鉴定人协会的行业管理职能、健全司法鉴定违法责任追究制度等方面加以改革和完善。

**关键词:**司法鉴定体制 司法鉴定权 鉴定机构 鉴定人

目前,我国正在按照依法治国的方略积极稳妥地推进司法体制改革。司法鉴定体制的改革,是司法体制改革的重要内容之一。司法鉴定体制涉及鉴定机构、鉴定人员、鉴定程序、鉴定标准、对鉴定结论的质证、认证等多方面的内容,其中带有根本性的是鉴定权的归属与控制问题。下面笔者拟对鉴定机构的设立与管理、鉴定人的资质控制、鉴定的启动权、鉴定人协会的职能、鉴定机构与鉴定人的法律责任等几个问题进行分析,然后在此基础上提出重构我国司法鉴定体制之总体设想。

### 一、司法鉴定体制改革之动因

我国的司法鉴定体制经历了从一元走向多元的发展过程。在改革开放之前,鉴定只能在侦查中运用,仅公安机关有权设立鉴定机构,这种典型的一元化鉴定体制是与当时的政治经济状况相适应的。在改革开放之初,随着刑事诉讼法、民事诉讼法和行政诉讼法的相继颁布,除公安机关外,人民检察院和人民法院也相继设立了隶属于己的鉴定机构,担负诉讼活动中的鉴定任务。随着社会经济的不断发展,民事、经济案件日益增多,诉讼当事人对鉴定的需求日益增多;在刑事诉讼中,当事人有时对公安、司法机关的鉴定结论存有疑问,希望能够自行委托鉴定人进行鉴定;在仲裁、公证、行政执法等非诉讼活动中,有时也需要寻求鉴定机构的服务。于是,一种面向社会的、不隶属于公、检、法部门的鉴定机构应运而生。一元化的鉴定体制由此变成了多元化的鉴定体制。

目前多元化的鉴定体制存在的主要问题有:公、检、法部门内部设立鉴定机构,形成部门鉴定即自侦自鉴、自检自鉴、自审自鉴的局面,鉴定结论的客观性、公正性受到质疑;面向社会提供服务的鉴定机构鱼龙混杂,缺乏统一的市场准入标准与规则,当事人难以获得可靠的鉴定服

务;多方鉴定、重复鉴定、虚假鉴定等现象的存在,不仅导致了诉讼资源的分散与浪费,也给人民法院的审判活动带来了诸多困扰。这种局面使得当事人在诉讼活动中的合法权益得不到应有的维护,同时也影响着司法公正的最终实现。这是我国司法鉴定体制亟待改革的外在动因。

除了外在的动因外,我国司法鉴定体制的改革还有内在的动因,这就是:鉴定结论在诉讼活动中的地位日益提高与现行司法鉴定体制相对滞后之间的矛盾。

在诉讼活动中,随着司法证明方式的变化,鉴定结论起着越来越重要的作用。以刑事司法为例,证明方式经历了从“神证为主”到“人证为主”以及从“人证为主”到“物证为主”的转变。自从证据裁判主义确立以来,人证一直被视为刑事证明的重要手段,但随着社会的发展,人证的地位呈下降趋势,与此同时,物证的地位却在逐步上升。人证地位的下降,其原因在于:第一,由于对刑讯逼供方式的废止以及对被追诉者口供自愿性的保障,使得刑事证明不能再以获得被追诉者的口供为主要手段,口供失去了“证据之王”的地位;第二,由于农业社会向工业社会继而向信息社会转型,人与人之间的联系变得越来越松散,犯罪行为变得愈来愈隐秘,使得在刑事司法中获得证人证言的难度相应增加。另外,科学技术的发展促进了物证作用的发挥,目前在一些科技发达的国家,物证已经成为一种占主要地位的证明手段。在以“物证为主”的证明中,物证的证明价值往往需要通过科技手段予以揭示。此外,对人证真伪的判断有时也需要借助于心理学、行为科学以及其他的科学方法。有学者称:“今日刑事审判不应再只重视自白,而应重视物证,尤其藉法科学进行采证而取得之物证,亦即科学证据。从而所谓证据裁判主义,于今日法科学应用之时代,应改为科学证据裁判主义。”在民事和行政诉讼活动中,涉及科技知识的内容也在明显增多,如环境污染、医疗纠纷、食品质量、专利纠纷等案件的大量出现即为典型的例证。

高科技知识的应用,为法官审查判断证据提出了新的难题。当科学知识、科学方法、科学效力这些术语充斥于法庭审判时,司法证明已不再是简单的事实判断和单纯的法律适用问题。科学的不确定性和伪科学问题是法官在审查判断证据时经常要面临的问题。对“科学证据”进行认定、对“伪科学”进行鉴别,这已超出了传统法官技能的范围。因此,他们不得不借助于专家的分析、判断。在这个意义上,专家被视为“科学的法官”,专家及其所提供的鉴定结论在司法活动中的重要性也就不言而喻了。

鉴定结论在诉讼活动中的地位和作用日益突出,但现行司法鉴定体制却难以适应现实的需要。这主要表现在:第一,诉讼中对司法鉴定的依赖性过强,但是,我国司法鉴定机构和鉴定人员的现状却使其难以依赖;第二,我国通过审判方式改革加强了当事人在诉讼活动中的参与,但是,司法鉴定体制却并未随之进行调整,抑制了当事人的诉讼需求;第三,司法鉴定中所出现的各种问题如虚假鉴定、多方鉴定、重复鉴定等,都直接或间接地交给法官,法官在处理这些问题时常处于尴尬的地位;第四,我国三大诉讼法对司法鉴定问题作了规定,但总体上过于简略,其中一些规定如司法鉴定的启动权为公安、司法机关所垄断、允许以鉴定部门的名义提供鉴定结论、允许以宣读鉴定结论的方式取代鉴定人出庭等,在实践中产生了较多的弊端。以上种种问题归结到一点就是:现行司法鉴定体制难以保障鉴定结论的客观性、公正性、科学性、可靠性,并进而影响司法裁判的可接受性。因此,需要通过改革司法鉴定体制,消除或缓解司法活动中所面临的现实矛盾,促进科技证明方法的良好运用,增强司法裁判的可接受性。

## 二、司法鉴定机构的设立与管理

由于诉讼涉及的专门性问题多种多样,因此,对司法鉴定的范围很难予以明确界定。司法

实践中较常见的有法医病理鉴定、法医临床鉴定、法医精神病鉴定、法医物证鉴定、法医毒物鉴定、文书鉴定、痕迹鉴定、微量物证鉴定等类型。司法鉴定机构主要从事上述鉴定业务。

司法鉴定机构的设立与管理主要涉及两方面的问题：一是司法鉴定机构的归属问题，二是司法鉴定机构的资质控制问题。前者关系到司法鉴定的独立性与中立性，后者则关系到司法鉴定的科学性与可靠性。

我国现有的司法鉴定机构大体上可以分为两类：一类是隶属于公、检、法部门的鉴定机构，另一类是面向社会提供服务的鉴定机构。前者存在的主要问题是鉴定机构缺乏中立性，公、检、法机关在各自的诉讼阶段指派或聘请隶属于本部门的鉴定人进行鉴定，容易导致在司法鉴定问题上的暗箱操作；后者存在的主要问题是鉴定机构缺乏有效的管理，容易出现随意出具鉴定结论、事后又难以追究责任的状况。因此，对于前者，主要需要弱化其官方色彩；对于后者，则主要需要加强对其资质的控制。具体而言，可以采取以下做法：第一，司法鉴定机构的设立，需经省级以上司法行政部门批准。这不仅包括面向社会提供服务的司法鉴定机构，也包括隶属于公、检、法部门的司法鉴定机构。这样做，有利于对司法鉴定机构统一进行规范化管理，避免司法鉴定机构在资质方面出现问题。第二，将公、检、法部门现有的内部鉴定机构剥离出来，由国家司法行政部门统一管理。这样有助于保障司法鉴定机构的独立性和中立性。第三，设立司法鉴定机构，必须满足一定的条件。这些条件是开展司法鉴定业务必须具备的，如住所、设备、资金、专业人员等。主管部门在批准设立司法鉴定机构时，需对上述诸项条件进行严格把关，以防止不具备基本条件的鉴定机构从事鉴定业务。司法鉴定对鉴定设备、仪器具有较高要求，主管部门在批准设立司法鉴定机构时，须对此进行严格审查。第四，将司法鉴定机构的设立分为两种方式：申请设立与直接设立。前者针对面向社会提供服务的司法鉴定机构；后者则针对公、检、法部门内部设立的司法鉴定机构。关于后者，笔者的基本设想是：通过司法行政部门直接设立司法鉴定机构的方式，将公、检、法内部设立的鉴定机构独立出来，由司法行政部门重新进行整合，建立从中央到地方的统一的司法鉴定中心。该中心可在侦查机关内部设立派出机构，以便及时地对侦查活动中的某些专门性问题作出鉴定，但是，该派出机构在行政领导、编制、工资、福利待遇等方面都与侦查机关脱钩。另外，考虑到侦查活动具有及时性的特点，侦查机关可以设立技术侦查人员。这些人员不具有鉴定人身份，而是协助侦查起诉的“专家辅助人”。由这些人员所提供的技术意见只能作为勘验、检查笔录，其效力有别于司法鉴定机构所作的鉴定结论。

通过上述改革，有助于树立司法鉴定机构中立的形象，有利于增强鉴定结论的公信力以及依据鉴定结论所作判决的权威性。同时，这也是对其他国家有益经验的借鉴。现有资料表明，美国、英国、澳大利亚等国，均不存在直接隶属于司法部门的鉴定机构。这些国家的犯罪侦查实验室、司法科学实验室等机构均是独立设置，具有中立性，它们以接受委托的方式为司法部门服务。

对于已经设立的司法鉴定机构，还存在着后续性的管理问题。国家司法行政部门可以通过年检、公告的方式进行管理。年检可一年或两年进行一次，国家司法行政部门及司法鉴定人协会组织专家对司法鉴定机构的人员组成、学术成就、仪器设备数量与质量、内部管理制度、技术标准与技术含量等进行评估并向社会公布，以强化司法鉴定机构的自律意识，促使司法鉴定机构不断加强自身各项建设，从而从制度上保障司法鉴定的质量。

### 三、司法鉴定人的资质控制

由于司法鉴定是对诉讼中涉及的专门性问题进行鉴定,这就要求鉴定人须具有相应的专业知识或技能。在英美法系国家,鉴定人被称为“专家证人”。鉴定人真正具备专家水准,是保障鉴定结论具有科学性和权威性的关键因素。

对于鉴定人资质的检验和控制,英美法系国家与大陆法系国家存在不同的做法。

英美法系国家大体上采取“法庭控制”的做法。对于什么人能够担任鉴定人,法律并无专门的规定。原则上,所有“经过该学科科学教育”的人,或者“掌握从实践中获得的特别或专有知识”的人,都可以作为鉴定人。《美国联邦证据规则》第702条规定:“如果科学、技术或其他专业知识有助于事实审判者理解证据或者裁决争议事实,则凭借知识、技能、经验、训练或教育而够格为专家的证人,可以以意见或其他形式就此作证”。鉴定人是否具有就某一科学或技术性问题提供权威性证言的能力,要在法庭上接受审查,这被称为诉讼中的“证人资格”的认定。一般情况下,控辩双方提出的任何一个专家证人,在陈述鉴定意见之前,都要由传唤方就该专家的特别知识、经验或技术水平进行询问,对方也可以就此提出问题 and 表达疑义。双方对该专家资格的审查,有时可以通过询问他的受教育程度、学术水平、个人素养、有无鉴定失误的经历等方面来展开。控辩双方还可直接请求将某一鉴定人排除在专家证人之外。当然,最后决定某一鉴定人能否担任专家证人的是法官,而不是控辩双方。

与英美法系国家不同,大陆法系国家大体上采取“庭前控制”的做法,建立专门的鉴定人资格制度。如法国和意大利建立了鉴定人名册制度,由专门机构通过特定的考评和登录程序,将全国具有司法鉴定资格的专家根据行业登记造册,说明各自的受教育程度、学术成果、专业经历等内容,供法官根据案件的需要从名册中选任鉴定人。由于诉讼活动中所涉及的专门性知识的广泛性,鉴定人名册不可能将诉讼中需要的所有鉴定人囊括其中,因此,法、意等国尽管建立了鉴定人名册制度,但仍允许法官从未被登录进名册的专家中指定鉴定人。

对于什么人可以担任鉴定人,我国法律没有作明确的规定。原则上,所有具有专门性知识和经验的人,只要受到公、检、法部门的指派或者聘请,都可以担任鉴定人。实践中,担任鉴定人的主要有以下几种:一是公、检、法部门内部设立的鉴定机构的人员;二是经国家司法机关授予司法鉴定资格的研究机构的专业人员;三是其他专业机构(如医院、科研院所、大学等)的专业人员。在鉴定人资格问题上,我国既不同于英美法系国家,也不同于大陆法系国家。表面看来,我国鉴定人的资格要比英美法系国家严格一些,但实际上,公、检、法部门各自独立决定鉴定事项的制度,不可避免地会出现鉴定人难以具备较高的专业技术水平的情况;同时,由于鉴定人一般不出庭,其鉴定人资格得不到控辩双方和法庭的审查。与法、意等国相比,我国的鉴定人缺乏必要的资格考核和审查,鉴定人名册制度未能得到建立,指定鉴定或委托鉴定的随意性较大。从总体情况看,我国目前的鉴定人队伍呈现出良莠不分的状况,鉴定人队伍的专业化和职业化远未形成。

改革我国现行鉴定人资格制度有两条路径:一条是借鉴英美法系国家的做法,采取“自由鉴定人”制度,由法庭对鉴定人是否具有“专家证人”资格进行审查;另一条是借鉴大陆法系国家的做法,在鉴定人的准入方面下功夫,建立专门的鉴定人名册制度。

笔者认为,从我国目前的情况看,采取后一种方式较为可行。主要理由在于:第一,相对前一种方式,后一种方式较为简便。诉讼中需要进行鉴定的问题虽然多种多样,但比较常见的是

法医学鉴定、物证技术学鉴定、法精神病学鉴定等类型。如果在这些领域对鉴定人的资格进行庭前控制,就能在一定程度上减少重复鉴定、多头鉴定等的发生,减轻人民法院的工作负担。第二,我国尽管进行了审判方式的改革,但目前的诉讼模式仍然带有浓厚的职权主义色彩,英美法系国家对抗式的审判方式难以完全移植到我国,亦即英美法系国家的“自由鉴定人”制度移植到我国存在较大的困难。在“自由鉴定人”制度下,对鉴定人资格的控制,依赖于控辩双方的审查和法官的判断。而我国刑事诉讼中律师参与辩护的案件不足50%,辩方对鉴定人资格的审查能力明显不足,法官整体素质不高的问题在短期内也难以彻底改变。因此,通过法庭审查控制鉴定人资质的目的难以实现。第三,英美法系国家与大陆法系国家在鉴定人资质控制上所采取的方式与其诉讼模式大体对应,但这并不意味着我国如采取控辩式庭审方式就必须采用英美法系国家的“自由鉴定人”制度。意大利1988年在原有的职权主义的基础上移植对抗式的审判方式,但仍通过建立鉴定人名册制度来保障鉴定的质量。属于英美法系国家的澳大利亚也对司法鉴定人实施资格许可管理,每两年对鉴定人进行一次考核,对考核合格的鉴定人方予注册并颁发证书。<sup>⑩</sup>以上情况表明,我国可以借鉴大陆法系国家司法鉴定制度的某些做法,建立起自己的司法鉴定人职业资格与执业证书制度,通过庭前控制的方式来保障鉴定人的适格性。

#### 四、司法鉴定的启动权

英美法系国家与大陆法系国家的司法鉴定启动模式因采用的诉讼模式不同而有所不同。

英美法系国家实行当事人主义诉讼模式,诉讼程序由当事人双方自行推动。一个案件是否需要专家鉴定,一般由当事人双方自行决定,即当事人双方平等地拥有司法鉴定的启动权。<sup>⑪</sup>同时,“法庭可以指定经当事人同意的任何专家证人,也可以根据自己的选择指定专家证人”。<sup>⑫</sup>这样做是为了弥补当事人委托鉴定制度之不足。因为鉴定事项完全由当事人双方决定、鉴定人由当事人双方委任的做法,容易导致鉴定人丧失中立性和客观性,鉴定结论也容易仅仅服务于当事人双方的需要。

大陆法系国家实行职权主义诉讼模式,鉴定被认为是帮助裁判者发现真相、实现正义的活动,被视为司法权的一部分,因此,司法鉴定的决定权由司法官行使。如《法国刑事诉讼法典》第156条规定:“任何预审法官或审判法官,在案件出现技术方面的问题时,可以根据检察院的要求,或者依自己的职权,或者依一方当事人的要求,命令进行鉴定。”《德国刑事诉讼法典》第73条、第83条则规定,法官有权决定就某一专门事项进行鉴定,如发现鉴定人的鉴定尚有不足之处,还可以要求原鉴定人或者委托其他鉴定人进行新的鉴定。<sup>⑬</sup>控辩双方如果认为案件需要由专家进行鉴定的,可以向法官提出请求,司法警察和检察机关不拥有进行司法鉴定的直接决定权。

在采取混合式诉讼模式的意大利,当需要借助专门的技术、科学或技艺能力进行调查或者获取材料或评论时,法官可以任命合格的鉴定人进行鉴定并决定鉴定人的人数以及与鉴定有关的其他事项。<sup>⑭</sup>在法官未作出鉴定决定的情况下,各方当事人均可任命自己的技术顾问;在法官决定进行鉴定后,公诉人和当事人有权任命自己的技术顾问。<sup>⑮</sup>在日本,从其刑事诉讼法第165条、第179条、第223条、第224条规定的内容可以看出,法院可以命令有学识经验的人进行鉴定,检察官、检察事务官或者司法警察职员为实施犯罪侦查而有必要时,可以要求被疑人以外的人到场嘱托他进行鉴定……但因鉴定要对被疑人进行留置或者进入他人住宅、检查

身体、解剖尸体、发掘坟墓或者毁坏物品时,须经法院许可;被告人、被疑人或者辩护人,在不预先保全证据将会使该证据的使用发生困难时,以在第一次公审期日前为限,可以请求法官作出……鉴定的处分。<sup>①7</sup>可见,在意大利和日本,鉴定的决定权主要由法院行使。对于控辩双方在鉴定方面的权利,意大利采取了允许其聘请技术顾问的做法,日本则赋予控诉方有限制的鉴定启动权,至于辩护方则仅有鉴定申请权。

英美法系国家与大陆法系国家采用不同的鉴定启动模式,既与其所采用的诉讼模式有关,也与其对鉴定人的定位有关。在英美法系国家,鉴定人被视为一方证人,而在大陆法系国家则强调鉴定人的中立地位。例如,“德国的诉讼制度把鉴定人的性质理解为法官的助手,因此要求鉴定人必须中立于双方当事人。”<sup>①8</sup>在英美法系国家的刑事诉讼中,强调控辩双方拥有平等地获得专家帮助的权利,但在实际运作中,多方面的因素制约着辩方权利的行使:其一是不少被告人处于贫困状况,缺乏聘请己方专家的财力;其二是辩护方往往难以取得用来鉴定的相关材料;其三是从专家的来源看,控诉方很容易从国家实验室等机构聘请专家,而辩护方则只能求助于社会鉴定机构,因而职业鉴定人市场的发达与否影响着辩护方委托鉴定权的行使。总之,由于控辩双方资源严重不平等,辩护方在获得专家帮助方面的能力明显弱于控诉方。因此,在美国,法律对法庭指定专家证人的权力也作了规定。相比较而言,大陆法系国家强调辩护方申请重新鉴定的权利,一旦鉴定人的中立地位及鉴定结论的可靠性受到质疑,辩护方可要求法庭重新鉴定。“被告人提出重新鉴定,只要有可能,警察、检察官、法官应当允许。”<sup>①9</sup>也有个别大陆法系国家,如荷兰,赋予了被告人独立获得专家帮助的权利,如果辩护方要求检察官传唤专家的申请被拒绝,辩护方可自己聘请专家。<sup>②0</sup>

我国在20世纪70年代末参照苏联及大陆法系国家的模式采取司法官委托鉴定制度,其具体表现是:在民事诉讼和行政诉讼中,鉴定人由人民法院委托或指定;在刑事诉讼中,鉴定人由公安、司法机关指派或聘请,当事人可以申请补充鉴定或重新鉴定,但经批准,决定权在公安、司法机关。与这种鉴定制度相配套,公、检、法部门各自建立了隶属于己的鉴定机构,以体现便利原则。这种鉴定制度具有强烈的职权主义色彩,特别是在刑事诉讼中,公、检、法三机关平等地拥有对鉴定的决定权,与大陆法系国家鉴定决定权主要由法院行使的做法也有区别。在20世纪末和21世纪初,为了适应时代的变迁,我国进行了审判方式的改革,适当吸收了英美法系当事人主义的某些因素,庭审中对抗性的增强使当事人产生了自行聘请有利于己方的鉴定人的要求。此外,司法不公、司法腐败现象的存在使得当事人对公安、司法机关所作鉴定结论的信任度下降,进一步刺激了当事人在公安、司法机关之外寻找鉴定人的需求。但依照我国三大诉讼法的规定,当事人并没有自行委托鉴定人的权利,当事人即使对“官方”认可的鉴定人及其鉴定结论存有较大异议,也只能被动地接受对自己的利益有重大影响的鉴定结论。这种状况难以适应新的审判方式的要求。

改革我国现行的鉴定启动制度,首先需要明确鉴定人的地位。大陆法系国家与英美法系国家关于鉴定启动制度的规定表明,鉴定人的地位具有双重性。一方面,其作为对涉及科学的事项提供意见的人,以其所拥有的科学、技术或其他方面的专业知识帮助事实的判断者理解证据或者断定事实,被视为法院的辅助者和“科学的法官”,应当具有中立性;另一方面,由于科学本身的不确定性以及运用科学对鉴定事项进行分析、鉴别、判断过程的复杂性,不同的专家对相同的问题存在意见分歧的情况并不罕见,这使得专家实际上有控方专家与辩方专家之分,这种情形类似于普通证人的划分。因此,鉴定人又被称之为“专家证人”。《公民权利和政治权利

国际公约》和《欧洲人权公约》均规定,刑事被告人享有“对他有利的证人在与对他不利的证人相同的条件下出庭和受讯问”的权利。这里所规定的刑事被告人的质证权明确指出了包括对专家证人的质证。

我国三大诉讼法均赋予了法官启动鉴定程序的权力,这样做与鉴定人的中立性相符合,也是世界各国的通行做法。问题的关键是:我国是否应当赋予控辩双方委托鉴定人的权利?这里涉及鉴定启动模式的选择问题。改革我国现行鉴定启动制度,大致有三种方案可供选择:第一种是借鉴法国、德国的做法,将司法鉴定事项的决定权一律赋予人民法院行使,而不再由公、检、法三机关各自独立享有,控辩双方仅有鉴定申请权;第二种是借鉴美国的做法,赋予控辩双方平等地委托鉴定人进行鉴定的权利,同时,人民法院拥有根据当事人的申请或者依职权指定鉴定人的权力;第三种是借鉴意大利的做法,鉴定的决定权由人民法院行使,控辩双方可以聘请自己的技术顾问。

笔者认为,从我国目前的情况看,采取第二种方案较为适宜。主要理由在于:(1)该方案是一种较为简便易行的方案。第一种和第三种方案均涉及对我国现行刑事诉讼体制的整体性改造。因为将鉴定事项的决定权统一交由人民法院行使,需要相应地在人民法院内部设立类似于法国、德国“预审法官”的“审查法官”,公安机关和检察机关在诉讼过程中一旦发现需要鉴定的事项,应当向“审查法官”提出申请,以启动鉴定程序。从我国现行鉴定制度看,公安机关、检察机关有权指派或聘请鉴定人,人民法院也可决定进行鉴定。按照第二种方案,惟一需要增加的是当事人自行委托鉴定人的权利。(2)采取第二种方案,与我国审判方式改革的精神相吻合。我国的审判方式从大陆法系国家的审问式逐渐向英美法系国家的对抗式转换,与此相适应,控辩双方在诉讼过程中的平等性、主动性应当得到增强。我国刑事诉讼法已经赋予了控诉方委托鉴定人的权利,目前亟待加强的是辩护方在此方面的权利。民事诉讼中当事人举证责任的强化,要求赋予其相应的举证手段,在交通事故、环境污染、产品质量损害、医疗事故、人身损害赔偿等案件中,当事人提出具体的诉讼请求往往需要以相关的鉴定结论为依据,因此,有必要改变法官独揽鉴定启动权的做法,赋予当事人自行委托鉴定人的权利。(3)采取第二种方案,有利于加强对法官权力的制约。采取第二种方案,意味着在鉴定的启动方面,实行一种以控辩双方为主导、法官为补充的鉴定制度。在我国法官素质偏低且司法不公现象较为严重的情况下,这样做有利于对法官权力的行使形成一定的制约。

## 五、司法鉴定人协会的职能

由于司法鉴定活动具有专业性、科学性的特点,单靠国家司法行政机关实施管理存在明显的不足,如在司法鉴定人职业资格的认定、司法鉴定机构资质的评估、司法鉴定行业标准的制定、司法鉴定结论科学性的审查等方面,一般还需相关行业专家的参与,才能得出比较正确的评估意见。在对司法鉴定人及司法鉴定机构进行管理方面,应当发挥行业协会的作用,以弥补司法行政管理之不足。与律师协会相比,司法鉴定人协会在行业管理方面所起的作用将更加突出。

目前,我国的司法鉴定活动基本上处于一种缺乏监督的无序状态。当不同的鉴定机构就同一鉴定项目作出不同的鉴定结论时,缺乏一个独立、公正的评审机构以科学的原理和方法,综合考虑不同鉴定机构的设备状况和鉴定人的实际业务水平,对鉴定结论的可靠性进行评估,导致人民法院面对几份不同的鉴定结论难以取舍。对于因疏忽大意或主观故意而作出错误鉴

定结论的鉴定人,也没有监督机构对其进行处罚,责任无从落实。司法鉴定人协会的建立,可以从行业管理的角度来解决这些问题。

司法鉴定人协会可以根据国家司法鉴定执业分类设立专业委员会。在司法鉴定的行业管理中,专业委员会的作用至关重要。如在司法鉴定人资格考试与考核、司法鉴定人执业证书颁发等方面,需要专业委员会从行业角度进行把关;在司法鉴定机构设备检测、资质审查方面,离不开专业委员会的参与;当不同鉴定机构对同一鉴定项目作出不同的鉴定结论,人民法院结合案中其他证据也难以对其进行审查判断时,可借助专业委员会进行评断;专业委员会可以制定各专业领域的具体鉴定标准、鉴定程序,以使司法鉴定制度更加完善;处理鉴定人违纪、违法问题,有时需要由专业委员会对鉴定人是否故意或过失作出虚假鉴定结论进行鉴别。总之,由于司法鉴定行业分支领域众多,且各分支领域专业性较强,所以,需要在司法鉴定人协会之下设立专业委员会来处理司法鉴定管理中专业性较强的问题。

司法鉴定人协会的职责,包括司法鉴定人协会作为一个行业协会的例行职责,如总结和交流司法鉴定工作经验、组织司法鉴定人业务培训、组织司法鉴定人开展对外交流等,此外,还包括司法鉴定行业管理、行业监督方面的职责,如制定司法鉴定监督专业标准和行业规范、对司法鉴定机构和司法鉴定人进行评估和考核,进行司法鉴定人职业道德和执业纪律的教育、检查和监督,调解司法鉴定人执业活动中发生的纠纷、保障司法鉴定人依法执业、维护司法鉴定人的合法权益等。通过司法鉴定人协会的工作,加强司法鉴定人自我教育、自我约束和自我管理,可以大大减轻国家司法行政部门的工作负担,同时也可减轻人民法院的工作负担。

在司法鉴定机构和鉴定人的管理方面,可以借鉴我国律师管理的经验,大体上采取国家司法行政机关宏观管理与行业协会自律管理相结合的模式。在司法鉴定体制改革的初期,有必要适当加强行政管理,然后,逐步增加行业协会自律管理的比重。随着条件逐渐成熟,最终实现以行业协会自律管理为主的目标。

## 六、司法鉴定机构和鉴定人的法律责任

对司法鉴定机构和鉴定人的违法行为进行处罚,有利于纯洁司法鉴定人队伍,提高司法鉴定人素质,增强司法鉴定机构和鉴定人的自律性,维护司法鉴定人的形象,提高司法鉴定人的声誉,从而保证司法鉴定机构和鉴定人依法认真履行职责,确保司法鉴定的公正性。

根据违法程度的不同,司法鉴定机构和鉴定人的法律责任可分为行政责任、民事责任和刑事责任三种。

1. 行政责任:(1) 司法鉴定人有违法执业行为的,可以给予警告、没收违法所得、停止执业、吊销执业证书等行政处罚。司法鉴定人名册之外的特聘鉴定人由于不在国家司法行政机关的管理范围之内,即使在履行职责过程中有违法行为,也不承担行政责任,而应由人民法院给予相应的司法处分。(2) 司法鉴定机构有违法执业行为的,可以给予责令改正、没收违法所得、罚款、责令停业整顿、吊销执业证书等行政处罚。司法鉴定人承担行政责任的情形包括:同时在两个以上司法鉴定机构中执业;接受委托后,无正当理由拒绝鉴定;泄露当事人的商业秘密或者个人隐私;私自接受委托、私自收取费用;应当回避而未回避;因过失导致鉴定错误,造成严重后果;丢失、损毁鉴定材料,导致鉴定无法进行;无正当理由超过期限未作出鉴定结论;无正当理由拒绝出庭;泄露国家秘密;故意作虚假鉴定;等等。由于行政处罚事关司法鉴定机构和司法鉴定人的执业权利,因此,应当为被处罚人提供相应的救济途径。被处罚人对行政处罚决

定不服,可以向上一级司法行政部门申请复议,对复议决定不服,可以向人民法院提起行政诉讼,也可以不经复议直接向人民法院提起行政诉讼。

2. 民事责任:鉴定人接受委托,提供司法鉴定服务,委托人给付报酬,鉴定人与委托人之间则形成相应的民事权利义务关系。如果司法鉴定人因违法执业或者因过错给委托人造成损失,理应承担民事赔偿责任。由于司法鉴定人承办业务是由司法鉴定机构统一接受委托并与委托人签订书面委托合同,因此,发生损害赔偿时,由司法鉴定人所在的司法鉴定机构首先承担赔偿责任。司法鉴定机构赔偿后,可以向有故意或者重大过失行为的司法鉴定人追偿。特聘鉴定人因故意或重大过失行为给委托人造成了损失的,也应承担民事赔偿责任。特聘鉴定人直接接受委托并发生损害赔偿时,由该鉴定人直接承担赔偿责任。鉴于司法鉴定工作存在较大的职业风险,因此,在承担责任方面,宜采取比较严格的过错责任制度,即鉴定人仅在因故意或重大过失行为给委托人造成损失时才承担赔偿责任。鉴定人在工作中有一般性过失,即使给委托人造成了损失,也不承担赔偿责任。

3. 刑事责任:鉴定人在提供鉴定服务过程中的违法行为达到较为严重的程度,构成犯罪,就要承担相应的刑事责任。根据我国刑法的有关规定,鉴定人在执业过程中可能构成的犯罪主要有以下几种:(1)泄露国家秘密罪。鉴定人由于承担鉴定任务,需要了解案件中的有关情况,其中有些情况可能属于国家秘密,鉴定人故意或者过失泄露国家秘密,情节严重的,可能构成《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第398条规定的泄露国家秘密罪。(2)帮助毁灭、伪造证据罪。鉴定人进行鉴定的检材往往是案件中的重要物证、书证或者视听资料,如果鉴定人帮助当事人毁灭检材或者调换检材,情节严重的,可能构成《刑法》第307条第2款规定的帮助当事人毁灭、伪造证据罪。(3)伪证罪。在刑事诉讼中,鉴定人故意作虚假鉴定,意图陷害他人或者隐匿罪证的,可能构成《刑法》第305条规定的伪证罪。

应当指出的是,司法鉴定违法责任追究制度并不等同于错鉴责任追究制度。近些年来,由于鉴定人作错误鉴定、虚假鉴定造成当事人经济损失的情况时有发生,因此,一些地方开始推行错鉴责任追究制度。<sup>④</sup>在司法实践中,鉴定人所作鉴定结论发生错误的情况是客观存在的,但笔者不主张使用错鉴责任追究的提法,理由主要在于:第一,对于何为“错鉴”有时很难明确界定。由于司法鉴定所涉及的专门性问题的复杂性和专业性,不同的专家可能对同一鉴定事项得出不同的鉴定结论,在这种情况下,哪一份鉴定结论正确,哪一份鉴定结论错误,很难加以判断。第二,在诉讼过程中,有的鉴定结论为法官所采纳,有的为法官所排除,但是,鉴定结论正确与否并不能以法官的采信为绝对的标准。因为在专业问题的判断方面,法官并不是最令人信服的权威。第三,鉴定人在从事鉴定业务中出现错鉴,其原因是多种多样的,既有鉴定人主观方面的原因,如疏忽大意、徇私舞弊等,也有客观方面的原因,如鉴定人业务水平的局限性、鉴定设备不够精密等。对于前一种情况,应当追究鉴定人的责任;对于后一种情况,如果追究鉴定人的责任,将使鉴定人因提供鉴定服务而陷入不利的境地。因此,错鉴责任追究,不能一概而论,它仅仅是针对那些因违法执业或者因过错导致错鉴,给当事人造成损失的情况;对于无过错而造成错鉴的鉴定人,则不应追究法律责任。“错鉴责任追究”,很容易被人理解为只要鉴定结论出现错误,就应追究鉴定人的法律责任。

司法鉴定违法责任追究制度,旨在追究司法鉴定机构和鉴定人因违法行为而导致的法律责任,本质上属于司法鉴定机构和鉴定人违法惩戒制度,其惩戒的对象并不限于鉴定人作错误鉴定的情况。“错鉴责任追究”强调的是一种结果责任,而“司法鉴定违法责任追究”强调的是

一种行为责任。前者所依据的标准具有某种不确定性,而后者依据的标准则具有确定性。从鉴定人违法行为与错鉴之间的关系看,违法行为并不一定导致错鉴;反之,错鉴的产生也并不一定由违法行为引起。司法实践中所要惩戒的主要是鉴定人的违法行为。因此,“错鉴责任追究”的观念不应加以强调。鉴定人提供鉴定服务,只要符合法律的有关要求,没有违法、违纪和重大过错行为,就不应被追究法律责任。这样做,有利于保障鉴定人独立地进行鉴定。

注释:

参见何家弘主编:《新编证据法学》,法律出版社2000年版,第58页。

蔡墩铭:《刑事证据法论》,台湾五南图书出版公司1997年印行,第4页。

参见[美]肯尼斯·R·福斯特、彼得·W·休伯:《对科学证据的认定——科学与联邦法院》,王增森译,法律出版社2001年版,第2页。

参见司法部2000年制定的《司法鉴定执业分类规定(试行)》。

参见司法部法规教育司编:《司法鉴定立法研究》,法律出版社2002年版,第418-440页。

⑩参见[美]乔恩·R·华尔兹:《刑事证据大全》,何家弘译,中国人民公安大学出版社1993年版,第344页,第346页,第353页以下。

参见《法国刑事诉讼法典》,余叔通、谢雪华译,中国政法大学出版社1997年版,第78页;《意大利刑事诉讼法典》,黄风译,中国政法大学出版社1994年版,第76页。

参见《法国刑事诉讼法典》,余叔通、谢雪华译,中国政法大学出版社1997年版,第160页;《意大利刑事诉讼法典》,黄风译,中国政法大学出版社1994年版,第76页。

参见张军、姜伟、田文昌:《刑事诉讼:控辩审三人谈》,法律出版社2001年版,第3页。

⑪参见《司法部赴澳大利亚司法鉴定考察团考察报告》,载司法部法规教育司编:《司法鉴定立法研究》,法律出版社2002年版,第441页。

⑬《美国联邦证据规则》,卞建林译,中国政法大学出版社1998年版,第118页。

⑭参见《德国刑事诉讼法典》,李昌珂译,中国政法大学出版社1995年版,第21-25页。

⑮⑯参见《意大利刑事诉讼法典》,黄风译,中国政法大学出版社1994年版,第76页,第78页。

⑰参见《日本刑事诉讼法》,宋英辉译,中国政法大学出版社2001年版,第37-54页。

⑱[日]谷口安平:《程序的正义与诉讼》,王亚新、刘荣军译,中国政法大学出版社1996年版,第258页。

⑲⑳ See Petra van Kampen, *Expert Evidence Compared: Rules and Practices in the Dutch and American Criminal Justice System*, Leiden 1998, p. 80, p. 76.

㉑参见《黑龙江省司法鉴定管理条例》(1998年12月12日黑龙江省第九届人民代表大会常务委员会第6次会议通过)第7条、《吉林省司法鉴定管理条例》(1999年11月27日吉林省第九届人民代表大会常务委员会第13次会议通过)第4条、《深圳市司法鉴定条例》(2001年2月23日深圳市第三届人民代表大会常务委员会第5次会议通过,2001年5月31日广东省第九届人民代表大会常务委员会第26次会议批准)第4条、《河南省司法鉴定管理条例》(2001年11月29日河南省第九届人民代表大会常务委员会第25次会议通过)第5条,载司法部法规教育司编:《司法鉴定立法研究》,法律出版社2002年版,第498页、第552页、第570页、第588页。

责任编辑 张泽涛