华南农业大学学报(社会科学版)
2007年第1期 JOURNAL OF SOUTH CHINA AGRICULTURAL UNIVERSITY No. 1 2007
(第6卷) (SOCIAL SCIENCE EDITION) (Vol. 6)

司法鉴定质证程序问题研究

杜国明[1], 杨建广[2]

(1. 华南农业大学 人文学院,广东 广州 510642;2. 中山大学 法学院,广东 广州 510275)

摘 要:由于历史和现实的诸多因素,我国在司法鉴定质证程序方面的法规还远未达到规范化、法制化的要求,还存在着缺乏审前程序、对鉴定人出庭作证没有强制要求、对鉴定结论的质证流于形式等问题,可以说目前司法鉴定领域出现的众多问题及争议,与此有着直接的因果关系。因此,建立一套统一的、科学合理的司法鉴定质证程序规则势在必行。

关键词:司法鉴定;质证程序

中图分类号:DF8 **文献标识码**:A **文章编号**:1672-0202(2007)01-0125-06

一、我国司法鉴定质证程序的现状

我国三大诉讼法均规定:一切证据均需查证属实后,才能作为定案的根据。我国刑诉法第156条规定公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人对证人、鉴定人有发问的权利。因而,在刑事诉讼中,我国质证主体是公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人;第157条规定应当向法庭出示证物,对未到庭的证人证言笔录、鉴定人的鉴定结论、勘验笔录等应当庭宣读,审判人员应当听取公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人的意见。第160条又规定了对证据和案件情况发表意见并可以进行辩论的权利。上述法律规定赋予了公诉人、当事人和辩护人、代理人同等质证的权利。相关的司法解释对质证程序中的步骤和方法作了进一步说明和解释。最高人民法院《关于执行(中华人民共和国刑事诉讼法)若干问题》的司法解释第58条规定:"证据必须经过当庭出示、辨认、质证等法庭调查程序查证属实否则不能作为定案的根据。",第145条规定:"向鉴定人发问,应当先要求传唤的一方进行;发问完毕后,对方经审判长准许,也可以发问。"

我国所确立的交叉询问规则与英美法系的相关规则存在以下不同之处:(1)在我国,向证人或鉴定人进行交叉询问,事先要经法庭的准许,并非为传唤证人或鉴定人的相对方的当然权利。而在英美法系中,对另一方的证人进行交叉询问,是当事人的一项当然权利,不得以任何理由对这项权利加以剥夺,否则将导致有关当事人申请法院宣告有关的证人证言为无效的后果[1]。(2)在我国,从询问规则所涉及内容上并未划分直接询问与交叉询问之间的界限以及与此相应的适用规则。直接询问与交叉询问的主体不同,询问人与被询问人之间的情感或信赖关系不同以及询问的先后次序不同,导致直接询问与交叉询问必然要依循各自不同的询问规则,以便实现质证的最终目的。显然,与英美法系国家所不同的是,我国刑事诉讼法及司法解释对交叉询问与直接询问适用相同的规则,这使我们有理由认为我国刑事诉讼是有条件地设置交叉询问规则。(3)我国刑事诉讼法全面禁止对证人进行诱导性提问。所谓诱导是指询问人借助发问时语气上的轻重缓急、声调上的抑扬顿挫或是某种动作上的示意,足以导致对答问人起到启发、提示性感染或影响,从而做出符合询问人欲求的答复[2]。而在英美证据法中,在直接询问中除了特殊情形之外,一般不得以诱导方式提问;但是在交叉询问中允许诱导方式提问。

收稿日期:2006-09-28

作者简介:杜国明(1972-),男,内蒙古包头市人,华南农业大学人文学院讲师,主要研究方向为诉讼法学.

在民事诉讼中,我国《民事诉讼法》第66规定“证据应当在法庭上出示,并由当事人互相质证”。我国民事诉讼的质证主体是双方当事人(包括第三人)。法官在质证主体中,处于超然的中立地位。我国《民事诉讼法》虽未对交叉询问做出明确的规定,但实际是将一方当事人是否有权询问对方当事人提供的证人的权利交由法官据情裁量。例如,我国《民事诉讼法》第125条第2款规定:“当事人经法庭许可,可以向证人、鉴定人、勘验人发问。”这里的当事人明确包含有双方当事人及其第三人之意,因此采用交叉询问证人的方式是实际存在的。另外,我国最高人民法院《关于民事经济审判方式改革问题的若干规定》第8条也规定:“经审判长许可,当事人可以向证人发问,当事人可以相互发问。”这一内容体现了交叉询问的方式。但是,我国《民事诉讼法》并未对如何开展交叉询问做出规定。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》规定,质证时,当事人应当围绕证据的真实性、关联性和合法性,针对证据证明力有无以及证明力大小,进行质疑、说明与辩驳。质证按下列顺序进行:(1)原告出示证据,被告、第三人与原告进行质证;(2)被告出示证据,原告、第三人与被告进行质证;(3)第三人出示证据,原告、被告与第三人质证。我国《刑事诉讼法》第151条、《民事诉讼法》第122条规定,通知鉴定人出庭作证的通知书至迟在开庭3日以前送达,保障鉴定人出庭作证的必要准备时间。鉴定人是否出庭作证一般由人民法院的审判庭根据案件审理工作的需要决定。案件当事人、被告人、法定代理人、诉讼代理人及公诉人可以向法庭提出申请,要求通知本案有关鉴定人出庭,审判庭应予支持并及时通知鉴定人出庭[3]275-276。按照法律的规定和鉴定本身的要求,鉴定人出庭作证有两项任务:一是宣读鉴定书;二是回答本案公诉人、辩护人、当事人、审判人员依照法律程序就有关鉴定结论方面提出问题。

二、我国司法鉴定质证程序的问题

(一)没有庭审前程序

我国《刑事诉讼法》第121条规定:“侦查机关应当将用作证据的鉴定结论告知犯罪嫌疑人、被害人。如果犯罪嫌疑人、被害人提出申请,可以补充鉴定或者重新鉴定。”该条款规定了我国刑事诉讼中鉴定结论展示的主体、对象和时间。与1996年修改以前的刑事诉讼法相比,我国关于鉴定结论展示程序有所完善,其中最为主要的表现就是将被害人也列为鉴定结论的展示对象,并明确了承担鉴定结论责任的主体即侦查机关。虽然1996年对刑事诉讼法修改后关于鉴定结论的展示程序有所完善,但从目前实行的刑事诉讼法规定来看,关于鉴定结论的展示其程序规定也就此一条,显得过于简单。

笔者认为刑事诉讼法中关于鉴定结论展示程序的规定,主要还存在以下几个问题:(1)犯罪嫌疑人被披露并监视的权益尚未获得切实保护。在刑事诉讼中,犯罪嫌疑人尤其是被采取强制措施正在羁押的犯罪嫌疑人,他们的许多权利主要是通过委托律师来帮助行使的。但根据我国《刑事诉讼法》第36条、第96条规定,律师在侦查期间介入诉讼时,不能直接向侦查机关了解关于证据情况。律师只有在人民检察院对案件审查起诉时,才有查阅摘抄、复制本案技术性鉴定材料的权利。《刑事诉讼法》第121条规定的在侦查阶段将用作证据的鉴定结论告知犯罪嫌疑人,其目的之一是为了使犯罪嫌疑人对鉴定结论进行监视,以便披露错误或有漏洞的鉴定结论进行重新或者补充鉴定,从而保证证据的真实性和对案件认定的准确性。律师在侦查阶段不能接触有关的技术性鉴定材料,单凭犯罪嫌疑人的知识,不可能做到对鉴定结论的有效审查。(2)对鉴定结论披露程序的规定过于笼统,既不利于操作,也不利于对鉴定结论的审查评判。《刑事诉讼法》第l21条的规定十分笼统的,它只是作出了应当将用作证据的鉴定结论告知犯罪嫌疑人、被害人的规定,但对告知的具体内容却没能作出规定。从司法实践来看,侦查人员一般披露的只是鉴定书的内容,有的甚至只是鉴定书中的“结论”,犯罪嫌疑人、被害人希望获得多一些相关鉴定信息时,经常得不到保

障。仅凭一份鉴定书是不容易对鉴定结论进行审查的,尤其是当鉴定书内容比较简单时,对鉴定结论的审查甚至无法进行[4]126-127。(3)关于犯罪嫌疑人、被害人或参与诉讼的律师可以委托专家参与对鉴定结论进行审查的规定,还属空白。鉴定工作是一项理论性和实践性都十分强的工作,需要鉴定的对象都是那些必须用科学知识或特定的专业技能方可解决的专门性问题,对于鉴定结论的审查判断,犯罪嫌疑人及其律师单凭自己的学识一般是不可能提出有理有据的疑问的,必须依靠具有专业知识的鉴定人才能够作出切实可行的评价。所以,国外的辩护律师要对鉴定结论进行审查评判,一般也是再邀请具有一定专门知识或技能的“专家证人”帮助进行。而我国除了在民事、行政诉讼有可以委托专家介入诉讼的司法解释外,尚未在立法中明确专家参与诉讼的规定。(4)对犯罪嫌疑人、被害人在法庭上提供打算用作辩护证据的鉴定结论,未规定披露的程序。由于刑事诉讼法未规定犯罪嫌疑人、被害人或参与诉讼的律师可以委托鉴定人介入诉讼,所以也就不再可能规定对在法庭上打算用作辩护证据的鉴定结论的披露程序。在我国目前司法实践中,已开始遇到在事先控方并不知道的情况下,辩护律师突然提出了辩方自己委托的鉴定人作出的“鉴定结论”,搞得控方“措手不及”。这种情况在英国、香港等地区的刑事诉讼中是一种严重违反诉讼程序的行为,被当作“伏击辩护”,在正式庭审前未向对方披露其用作证据的鉴定结论,法庭将不作采纳[4]127-128。

(二)对鉴定人出庭作证没有强制性要求

在我国,根据新刑事诉讼法的要求,鉴定人不论是在侦查、起诉、审理哪一阶段委任的,一般都要与证人一样出庭作证。在法庭上鉴定人通常要对鉴定结论的制作过程、根据等进行解释,回答控辩双方提出的疑问。将鉴定人证人化,这无疑是历史的进步。但是现行刑事诉讼法并不将鉴定人出庭作证,作为确定鉴定结论法律效率的必要前提。最高法院的司法解释则规定鉴定人经法院传唤或者通知未到庭,不影响开庭审判。因此,与证人一样,绝大多数鉴定人都不出庭作证,法庭仅仅通过宣读书面的鉴定结论,对这极为重要的证据进行调查。这种书面和间接式的审判方式,既难以对鉴定结论的科学性和鉴定人的权威性作出准确的审查,容易导致冤假错案,又难以让当事人对鉴定人的公正性和鉴定结论的科学性加以信服,从而对法庭审理的公正性造成极为消极的影响[5]。实践情况是鉴定人通常不出庭,仅仅出具鉴定结论即可,出庭率不到5%。这同我国鉴定人大多数具有官方背景有一定关系[3]276-277。

(三)鉴定结论的质证流于形式

我国刑事、民事诉讼中确立的是询问和有限的交叉询问方式。《刑事诉讼法》有条件地确立了交叉询问规则,其第156条规定,“公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人经审判长许可,可以对证人、鉴定人发问。”最高人民法院有关解释还规定,“向鉴定人发问,应当先由要求传唤的一方进行;发问完毕后,对方经审判长准许,也可以发问。”虽然民事审制方式改革后,增加了当事人主义色彩,但由于鉴定人通常不出庭,而使该项程序形同虚设。《民事诉讼法》第66条规定:“证据应当在法庭上出示,并由当事人互相质证。”根据该规定,当事人对证据享有的质证权是不附任何条件的。然而,最高人民法院关于《第一审经济纠纷案件适用普通程序开庭审理的若干规定》第26条规定:“鉴定人宣读鉴定结果后,由双方当事人发表意见。经法庭许可,当事人及其诉讼代理人可以向鉴定人发问。"这一规定,将当事人的质证对象和范围界定的过于狭窄,如对鉴定结论进行质证,其质证的范围并不当然涉及询问鉴定人。或者说,如对鉴定人进行询问,必须首先经法庭的许可。当对鉴定结论存在疑问,即使鉴定人在宣读鉴定结论后且仍在场的情况下,当事人仍不能自行询问鉴定人。在司法实践中,质证对象本身与证据载体的形式是有差别的。例如,鉴定结论属于质证对象,但鉴定结论又分为书面的鉴定结论和口头的鉴定结论。《刑事解释》第140条规定:“被告人、辩护人、法定代理人经审判长许可,可以在起诉一方举证提供证据后,分别提请证人、鉴定人出

庭作证,或者出示证据、宣读未到庭的证人的书面证言、鉴定人的鉴定结论。”可见,鉴定结论作为证据方式是分为口头形式和书面形式,而对书面形式实际上无法开展本质意义上的质证活动。因此,对书面上的鉴定结论只有经过口头宣读后,由当事人等诉讼参与人对证据内容进行质疑,但不可能得到直接、正面的回答。由此可见,就这些类型的证据属性而言,并不能产生应有的质证效果。

三、我国司法鉴定质证程序的完善

(一)建立完善的审前鉴定结论的展示程序

对于审前鉴定结论的展示程序,两大法系均有相关规定,特别是英美法系国家有很详细的规定,如英国的成文法或判例法规定鉴定活动结束后,对书面鉴定结论一般都应开示,不享有无须开示的保密特权。一方当事人开示了鉴定结论的,任何其他方当事人可以在开庭审理中使用该鉴定结论作为证据;未开示鉴定结论的当事人在开庭审理时不得使用未开示的鉴定结论,也不得传唤专家证人出庭以口头方式作证,但法院同意的除外。法律还赋予当事人可以查阅包括书面鉴定结论在内的当事人陈述、证人证言、证言概要、宣誓陈述书等。根据英国刑事诉讼要求,在正式审判前进行预审时,控方应将其打算提交法庭的专家证据向辩方披露。专家证据的提前披露是控方必须履行的最基本的法律义务。控方在向辩方披露专家证据时,除鉴定结果外,对包括鉴定原始实验记录在内的鉴定分析及其他背景资料也必须披露。控方向辩方披露专家证据时,应保证辩方对专家证据的完全理解。

由上可见,国外的立法对审前鉴定结论的展示有很详尽的规定,以此为鉴,我国的审前鉴定结论的展示程序可作如下规定:一方面,由人民法院组织当事人在开庭审理前交换鉴定结论。在鉴定结论交换过程中,审判人员对当事人无异议的鉴定结论应当记录在卷;对有异议的鉴定结论,按照需要证明的事实分类记录在案,并记载异议的理由。通过鉴定结论交换,确定双方当事人争议的主要问题。鉴定结论交换一般不超过两次,但重大、疑难和案情特别复杂的案件,人民法院认为确有必要再次进行鉴定结论交换的除外。在鉴定结论展示中,控辩双方应当就对方所展示的鉴定结论作出是否有异议的表示,可以查阅、摘抄或者复制对方展示的鉴定材料。在鉴定结论展示时,应给予当事人提问机会,鉴定人对问题的回答构成鉴定结论组成部分,这样做可能减少重新鉴定的次数,提高鉴定的效率。另一方面,建立鉴定结论展示程序,还应注意鉴定结论展示是双方的,是全部鉴定材料的展示,存在双方立场、利益和诉讼观念方面的冲突,法律应明确规定鉴定结论展示双方享有的权利、义务和违反规定应当承担的法律后果,这样才能体现鉴定结论展示的积极意义和效果。在司法腐败现象还相当突出的情况下,进行鉴定结论展示,应当注意防止鉴定结论展示双方利用鉴定结论展示之机,进行案件认定方面的非法交易。进行证据展示还应当充分考虑刑事案件被害人的诉讼地位和利益,依法保障被害人的诉讼权利。

(二)完善鉴定人出庭作证制度

无论是大陆法系国家,还是英美法系国家都规定:鉴定人与一般的证人一样,都必须亲自出庭作证,接受法官、控辩双方的提问。关于鉴定人无理由拒不出庭的情况,各国或地区的立法例规定了如下措施:(1)有的立法例规定,凡鉴定人无正当理由拒不到庭的,应当负担有此产生的费用,如德国、奥地利、爱沙尼亚的立法例等。(2)有的立法例规定,凡鉴定人无正当理由拒不到庭的,可以对其处以罚款,如德国、奥地利、我国的澳门地区、俄罗斯的立法例等。(3)关于对于鉴定人拒不到庭的,是否能够像对待证人那样强制其到庭,有的立法例明确规定,对于鉴定人不得强制其到庭,如我国台湾地区、日本、韩国的立法例等;有的立法例规定,如鉴定人正当理由经法庭第二次传唤仍未出庭的,可对其实行拘传,如俄罗斯的立法例[6]529。

反观我国,虽然有鉴定人出庭的规定,但事实上鉴定人出庭的情况很少,缺乏强制和处罚手

段。因此,应该在立法中规定:一般情况下,鉴定人必须出庭并接受质证。只有在特殊情况下,才能用宣读鉴定结论的方式代替出庭。这几种特殊情况,可以借鉴德国的立法:(1)鉴定人已经死亡、患精神病或者居所不明;(2)因患病、虚弱或者其他不能排除的障碍,鉴定人在较长时间或特定时间内不能参加开庭的;(3)对鉴定结论没有争议,当事人、检察院同意鉴定人不出庭。同时,赋予当事人、检察院申请或直接传唤鉴定人出庭的权利。当事人、检察院申请的,鉴定人必须出庭。对鉴定人接受合法通知后无正当理由拒不到庭,使得其无法接受当事人对其作出的鉴定结论进行质询,导致法官无法做出必要地心证时,法院可裁定令其负担因此而引起的诉讼费用并可处以罚款;同时在另定期日后再行通知,经处以罚款的通知及新确定的期日通知书一并送达。若仍不依通知到庭的,可再行处以罚款。不依指令进行鉴定的鉴定人,除了承担上述纷纭和罚款外,还应承担因妨碍和迟延证据调查给当事人造成的损害赔偿责任。

(三)建立适合国情的鉴定结论质证制度

由于文化传统、历史背景和法律上的习惯作法不同,各国法律对证据的范围和方式不尽相同。美国诉讼法中的证据有证人证言、实物证据、书证和展示证据四种。证人证言包括大陆法系的一般证人和鉴定人,对以上四种证据,除书证外,美国的证据程序法一般都适用证人证言的质证方式,即采用交叉询问的方式[7]。采用交叉询问的质证方式可以使任何一方都及时、有效地驳斥对方的主张和证据的虚伪、伪谬之处,他方也可予以辩护性的反驳,从而使争议的事实和证据的微妙细节得以显现和披露。这种质证方式有助于法官正确、客观地判断证据的真伪,确定案件事实的真相。大陆法系国家一般实行职权询问,即以法官为主,以当事人为辅的询问方式,是否采取交叉询问的方式由法官决定。因缺乏交叉询问方式而使大陆法系的质证方式缺乏应有的活力和程序效果。

对比英美法系和大陆法系关于质证的规定,笔者认为,我国应该主要借鉴英美法系国家的做法,建立鉴定结论的质证制度,可以从以下几方面进行规定:首先关于质证的方式,目前我国立法上没有明确规定,但为了适应审判方式改革的需要,结合英美法系关于质证方式的成功经验,根据我国国情,采用审判长指挥下的交叉询问方式,这样才能充分发挥当事人的积极性,使质证主体的作用得到充分发挥,使质证主体的功能得以充分体现。其次在询问主体上,应强调裁判者在询问中所起的作用。最后,质证鉴定结论主要从如下几方面进行:(1)鉴定人是否具备鉴定人的条件。这主要是审查:鉴定人是否具备解决案件中专门问题的科学知识和技能;鉴定人及其近亲属与本案有无利害关系,或有其他可能影响客观鉴定的情况;鉴定人是否为司法机关指派或法定机关人员聘请的人,鉴定人是否属于法定鉴定部门,或人民法院指定的鉴定部门的专门人员。鉴定人不合格,所作鉴定结论是无效的,因为其真实性、科学性无法得到保证。(2)鉴定材料是否充分、可靠。鉴定结论充分、可靠,是鉴定结论正确的一个重要前提条件。鉴定所依据的材料如果不充分如数量太少,或质量太差,如血迹量太少、鞋印非常模糊不清,或者鉴定材料不可靠,如调换了应予鉴定的材料等,就必然会影响鉴定结论的真实可靠性。(3)鉴定的设备和方法是否齐备和科学。要审查,根据这样的设备和方法所作出的鉴定结论,可靠性把握度有多大。对此可询问鉴定人和其他有关专家。(4)鉴定人进行鉴定时,是否仔细、认真,有无受到外界影响,有无徇私、受贿,或受到威胁、引诱、欺骗,而作虚伪鉴定的情况。(5)鉴定结论是否有科学根据,论据是否可靠,论证是否充分,论据与结论是否有矛盾,结论是否明确、肯定。(6)鉴定结论的形式是否合法。鉴定结论需具备法的形式,且最后要有鉴定人签名或盖章,不具备法定形式与要求,便影响其合法性。

(四)建立专家辅助人制度

专家参与诉讼是国外许多立法例所具有的。英美法系的专家证人既是对专门性问题作出有利于本方的说明人,实际上也是“质证”、评议对方专家证人对专门性问题作出证词的人。意大利

《刑事诉讼法》第225条和第230条规定:“在决定进行鉴定后,公诉人和当事人有权任命自己的技术顾问”,“技术顾问可以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。”这些立法例一方面是加强控辩双方对鉴定的参与,另一方面也是加强对鉴定结论的质证、判断和评议,协助法官客观、准确地运用鉴定结论[6]532。

虽然我国在民事、行政诉讼的司法解释中有关于专家参与诉讼的规定,但至今未在立法层面上确立专家制度,需要在以下两个方面进行完善:首先,专家在诉讼中的地位问题。一些学者主张专家以证人形式作证,类似于英美法系国家的专家证人[8];而另一些主张我国目前存在的专家类似于大陆法系国家意大利的“技术顾问”,应称为专家辅助人[9]。笔者认为,由于我国具有大陆法系传统,不适于全盘照搬英美法系国家的做法,而更合适从大陆法系国家寻找解决之路,借鉴意大利的做法,把专家辅助人定位为区别于证人的一类新的诉讼参与人。其次,应切实保障专家辅助人参与诉讼并获得经济报酬的权利。笔者认为,专家辅助人应当享有以下的权利:(1)了解涉案专门性问题;(2)对专门性问题进行说明和发表个人意见、并对鉴定人进行询问;(3)专家对当事人的无理要求可以拒绝,对于当事人严重侮辱专家的人格和声誉,可以解除委托关系;(4)获得报酬权[10]。

参考文献:

[1] 毕玉谦. 民事证据法判例实务研究[M]. 北京:法律出版社,1999:138.
[2] 毕玉谦. 民事证据及其程序功能[M]. 北京:法律出版社,1997:283.
[3] 孙业群. 司法鉴定制度改革研究[M]. 北京:法律出版社,2002.
[4] 李新天,张桂勇. 论鉴定结论的展示[M]. 司法鉴定立法研究//北京:法律出版社,2002.
[5] 陈瑞华. 司法鉴定制度改革之研究[M]. 司法鉴定立法研究//北京:法律出版社,2002:370.
[6] 毕玉谦,郑 加,刘善春. 中国证据法草案(建议稿及论证)[M]. 北京:法律出版社,2003.
[7] 刘金友. 证据法学[M]. 北京:中国政法大学出版社,2001:454.
[8] 徐继军,谢文哲. 英美法系专家证人制度弊端评析[J]. 北京科技大学学报(社会科学版),2004,20,(3):39-41.
[9] 涂书田,程春华. 英美国家的专家证据制度与我国专家证据制度的建立[J]. 南昌大学学报(人文社科版),2002,(3):71.
[10] 杜国明. 专家在诉讼中的地位选择[J]. 中山大学学报论丛,2006,(3):65-70.

Research on the Problems in Judicial Expertise Cross-examination Procedure

DU Guo-ming[1], YANG Jian-guang[2]
(1. *School of Law, South China Agricultural University, Guangzhou* 510642, *China*;
2. *School of Law, Sun Yat-sen University, Guangzhou* 510275, *China*)

Abstract: Due to some mistorical and realistic factors, the existing judicial expertise system of China does not fit for the increasing needs toward judicial expertise in the society. It is cross-examination procedure of judicial expertise that led to numerous problems and disputes of judicial expertise realm. Therefore, it is necessary to establish a set of united, scientific and reasonable judicial expertise cross-examination procedure.

Key Words: Judicial expertise; Cross-examination procedure