

# 非鉴定专家制度在我国刑事诉讼中的完善

龙宗智 孙末非

〔摘要〕新刑事诉讼法及司法解释首次在原有鉴定制度之外，补充了新的非鉴定专家制度。这是一个重要的突破，但规则还有待完善。目前立法对专家的法律性质规定并不明确，在日后的实践中，专家对鉴定事项应主要履行辅助人的职责；专家在接受询问时应允许其阐述完整、独立的意见并作为证明参考；对非鉴定事项，允许专家发挥类似于专家证人的功能并将其提供的检验报告作为证据使用。在专家资格的审查方面，不设立回避制度，法院应在个案中确认专家证人的适格性并在专业性、重要性、争议性三方面审查专家出庭的必要性。同时，专家出庭适用鉴定人的规定亦存在一些问题，应进一步完善专家不同于鉴定人的质询规则、费用支付规则 and 法律责任。

〔关键词〕非鉴定专家制度；专家证人；专家证据；专家出庭

〔基金项目〕国家社会科学基金重点项目（11AFX015）

〔收稿日期〕2013-10-20

〔作者简介〕龙宗智，四川大学法学院教授；孙末非，四川大学法学院博士研究生。（成都610065）

我国长期实行官方化色彩浓重的司法鉴定制度，由法定部门核准的司法鉴定机构及其鉴定人是解答涉案专业性问题的唯一主体，其他专家的意见均被排除在诉讼之外。这种制度固然具有高效的优点，但也暴露出解决问题手段单一、监督制约不足等弊病，借鉴英美法系“双向鉴定”模式，引入专家证人制度，逐渐成为学界的主流意见。<sup>①</sup>新修订的刑事诉讼法首次在立法层面上，允许案件鉴定人以外其他“有专门知识的人”出庭提供专业性意见（下文将这类“有专门知识的人”统称为“非鉴定专家”）。此后，最高人民法院颁布的《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》（下文简称《最高院民诉司法解释》），又对“有专门知识的人”提供检验报告做出了规定。<sup>②</sup>这是我国专家制度领域的一项重要制度改革。但纵观此次修

① 相关论述可参见：江伟《中国证据法草案建议稿及立法理由书》，北京：中国人民大学出版社，2004年，第549页；徐继军《专家证人研究》，北京：中国人民大学出版社，2004年，第254-255页；邵劭《论专家证人制度的构建——以专家证人制度与鉴定制度的交叉共存为视角》，《法商研究》，2011年4期；胡震远《我国专家证人制度的建构》，《法学》，2007年8期。

② 新刑诉法第192条第2、3、4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。法庭对于上述申请，应当作出是否同意的决定。第二款规定的有专门知识的人出庭，适用鉴定人的有关规定。”《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87条第1、2款规定“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。对检验报告的审查与认定，参照适用本节的有关规定。”上述条款中提到的“有专门知识的人”，是没有在同一个案件中担任鉴定人的专家，下文简称为“非鉴定专家”，以区别于原鉴定制度中的鉴定人。

法, 这项创新制度的规定仍显笼统粗疏, 尚有一些问题需要进一步澄清和细化, 本文尝试予以阐述。

## 一、非鉴定专家的法律性质

传统专家制度包括英美法系的专家证人制度和大陆法系的鉴定人制度两种类型。由于两种制度各有利弊, 且呈现一定的互补性, 近年来表现出相互借鉴的改革趋势。纵观大陆法系各国的鉴定制度改革, 通常是在保留原鉴定制度的基础上, 适当引入其他专家参与诉讼, 具体改革进路主要分为两种: 一是设置专家辅助人制度, 专门围绕鉴定人出具的鉴定意见进行质辩, 如意大利的技术顾问制度;<sup>①</sup> 二是充分借鉴英美法系的做法, 平行设置专家证人制度, 专家证人既可以就鉴定结论提出质询、发表意见, 也可以就其他技术性问题提出自己的新观点, 采用这种方式的国家包括德国、法国、俄罗斯等<sup>②</sup>。我国原有的鉴定制度与大陆法系的鉴定人制度非常相似, 此次修法允许非鉴定专家参与诉讼。辨别这类专家的法律性质, 是探讨该制度建构和完善的基本前提。

### (一) 专家辅助人和专家证人的区别

专家辅助人和专家证人具有相似性, 两者都是诉讼参与人, 通常由控辩双方选任, 功能均为解决涉案的专业性问题, 且法律都不会对专家的资质设置非常严格和具体的要求, 但两者之间也有一些区别:

首先, 在专家意见的性质上, 专家意见可以区分为质证性意见和独立性意见两类。质证性专家意见具有附属性, 不对某事项提供独立结论, 而是对已经形成的鉴定结论等其他专家证据, 从专业的角度进行质辩, 协助法官判断鉴定的证明效力; 而独立性专家意见则包括独立的检验手段、完整的论证方式, 并最终得出结论性的专业性意见供法官采信。原则上, 专家辅助人只能提出质证性意见, 而专家证人既可以提出质证性意见, 也可以提出独立性意见。

其次, 在专家意见的范围上, 专家辅助人只能以鉴定中所涉及的事项作为提供意见的前提和范围, 超越于鉴定之外的事项, 即使涉及专门性问题, 专家辅助人原则上也不得发表自己的意见; 而专家证人可以针对涉案的任意专业问题发表意见, 这些问题可以与涉案鉴定事项重合、交叉, 也可以与鉴定事项无关。

第三, 在专家意见的提供方式上, 专家辅助人参与案件的方式被限定在对鉴定意见的解释和质辩, 主要手段是出庭质询鉴定人。而专家证人的作证方式相对丰富灵活, 除询问鉴定人以外,

<sup>①</sup> 根据《意大利刑事诉讼法典》第225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; 而且在国家司法救助法规定的情况和条件下, 当事人有权获得由国家公费提供的技术顾问的协助。技术顾问可以进行的活动有: 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) 如果技术顾问是在鉴定工作完成之后任命的, 他可以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。参见《意大利刑事诉讼法典》, 黄风译, 北京: 中国政法大学出版社, 1994年, 第78页。

<sup>②</sup> 德国刑事诉讼明确设立了专家证人制度, “专家证人乃一以其特别之专业知识而对过去的事实或状况加以陈述者”。参见[德]克劳思·罗科信《刑事诉讼法》, 吴丽琪译, 北京: 法律出版社, 2003年, 第262页。《德国刑事诉讼法》第85条规定“为查明过去的事实或者情况需要询问具有特别专门知识的人员, 适用证人的有关规定”; 法国刑事诉讼法第169条, 允许某证人或提供情况者“做出与鉴定结论相反的证言或情况, 或者提出新的技术方面的观点”。《俄罗斯刑事诉讼法典》第58条和第74条规定, 专家参加诉讼行为的目的主要有两个方面, 一是协助查明、确认和提取物品和文件、采用技术手段研究刑事案件的材料, 向鉴定人提出问题; 二是向控辩双方和法院解释其职业权限范围内的问题, 此时专家的诉讼作用与鉴定人相似, 都是独立依据自己的专业知识回答法庭和辩护双方的问题。参见何家弘、张卫平《外国证据法选译》, 北京: 人民法院出版社, 2000年, 第394、449页。[俄]K. Ф. 古岑科《俄罗斯刑事诉讼教程》, 黄道秀等译, 北京: 中国人民公安大学出版社, 2007年, 第228-230页。

还可以通过与当事人和其他诉讼参与人在庭上质询、发表独立的咨询意见、对相关物证进行检验、开展模拟实验、演示模拟动画等多种方式,帮助法庭更准确地理解专业问题。<sup>[1]48</sup>

第四,在专家意见的法律地位上,专家辅助人提供的意见性质与辩护人意见类似,不能归入任何一种刑事诉讼的证据形式,不具有法定的证据地位,对法官仅具有参考作用,即使法官不采信原鉴定意见,也不能直接根据专家辅助人的意见得出相反结论,在条件允许的情况下,可以重新启动鉴定程序。而专家证人是一种特殊的证人,专家证人提供的意见属于一种证人证言,具有证据效力。除不受意见证据规则的约束外,专家证言的证据地位和审查标准与普通证言并无二致,在经过法定审查程序后,可以直接作为定案依据使用。

## (二) 非鉴定专家性质在立法表述中的矛盾性

在向社会公众征询意见的刑事诉讼法修正案草案中,曾在第 69 条规定“有专门知识的人作为证人出庭”,也就是说,草案曾经试图明确赋予鉴定人之外的专家以证人的属性。但在最终获全国人大通过的修正案中,删除了“作为证人”四个字,致使专家的地位产生争议。从目前的立法和司法解释中看,我国的非鉴定专家兼具专家辅助人和专家证人的双重特征。其中,专家辅助人的特点主要体现在以下方面:

从专家意见与鉴定意见之间的关系来看,此次立法除在证据种类的称谓上,把“鉴定结论”更改为“鉴定意见”外并没有对原有的鉴定制度进行实质性的调整,司法鉴定事项的鉴定工作仍由法定的鉴定结构及其鉴定人员排他地承担。而根据新刑事诉讼法第 192 条的规定,专家出庭的目的,不是自己对鉴定事项进行系统检验并发表结论性的意见,而是对鉴定人做出的鉴定意见的真伪提供自己的质辩性意见。实践中,大部分专家意见都是辩方聘请的专家,从专业角度对控方提供的鉴定意见提出质疑和反驳,对鉴定意见形成必要的监督和制约力量,只有极少部分的专家由控方聘任,旨在通过自己的解答强化鉴定意见的效力。正如有学者指出的那样“他(非鉴定专家)在法庭上的任务是专门就对方的鉴定意见挑毛病、提问题,用以指出对方鉴定意见在科学性方面的破绽和问题,或者就对方提出的专门性问题进行回答,以此加强庭审质证。”<sup>[2]</sup>可见,对于鉴定事项,非鉴定专家提供的意见具有明显的附属性和补充性,比较符合专家辅助人的基本特征。

从专家意见的法律效力来看,刑事诉讼法并没有对专家意见能否视为证据做出明确的说明,但鉴于我国诉讼法规定的证据种类中,并没有增加非鉴定专家的意见,而原有的鉴定人、证人等概念也都无法容纳非鉴定专家这类主体,所以,目前很难把专家意见纳入任何一种证据类型之中。最高院刑诉司法解释更是采取了一种比较保守的方式,规定专家出具的检验报告“可以作为定罪量刑的参考”。“参考”一词含糊笼统,实践中如何把握有待商榷,但至少说明司法解释目前还没有打算明确赋予专家意见以证据的效力。我们知道,专家辅助人提供的专家意见不具有证据效力,而专家证人作为证人的一种,所提供的证据自然属于证人证言,具备证据的属性,故从我国立法对专家意见效力的态度上看,专家意见也在向专家辅助人的特点靠近。

与此同时,非鉴定专家却也呈现出一些专家证人的特点:从专家出庭后需要承担的职能来看,刑事诉讼法规定有专门知识的人出庭,适用鉴定人的规定。最高人民法院司法解释也明确规定,控辩双方和审判人员均可以向有专门知识的人发问。<sup>①</sup>如此一来,非鉴定专家在庭上就不仅要作为质询者,以揭露问题为目的向鉴定人进行询问,同时还可能以被质询者的身份,接受法官和控辩双方的质询。事实上,一旦专家需要直接面对裁判人员和控辩双方的提问,就意味着专家

<sup>①</sup> 见《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》213 条、215 条。

有机会甚至有必要对相关的专业事项阐明自己的基本立场,发表自己的独立见解,这也使得出庭专家可能突破单纯的协助功能,具备专家证人的某些特征。

从专家提供意见的范围来看,立法仅规定针对鉴定意见提供专家意见,但最高院司法解释对专家功能的解读,却在一定程度上突破了立法的限定。根据司法解释第87条的规定“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。”根据该规定,鉴定人之外其他有关专家,可以在不属于鉴定事项的其他专业问题上,独立进行检验并提供结论性意见。这项职能显然超越了专家辅助人提供专业帮助的范围和参与诉讼的手段,在提供意见的范围上呈现出专家证人的特性。

### (三) 实践中如何界定非鉴定专家的性质

法条与司法解释对专家性质的矛盾表述,给非鉴定专家在我国定位造成了一定的困扰。考虑到非鉴定专家制度与我国原有鉴定制度衔接的需要,同时也为了让专家能更全面、深入地刑事司法提供专业性的帮助,未来实践对非鉴定专家性质的理解,不一定非要在专家辅助人和专家证人之间做出非此即彼的选择,可以结合我们现有的诉讼体制和证据制度的特点,兼采两者的部分特征,按照专家意见类型的不同,灵活确定专家意见的法律地位。

我们首先应当承认,非鉴定专家只是我国既有鉴定制度的一种补充而非替代,对于属于司法鉴定的事项,非鉴定专家应主要以专家辅助人的身份参与诉讼。司法鉴定机关及其鉴定人仍然是出具鉴定意见的唯一合法主体,非鉴定专家如果参与鉴定事项的论证,应主要从质证的角度对鉴定意见的破绽和问题提出质证性的意见。但需要注意的是,在现实司法实践中,质证性意见和独立性意见是难以截然分开的,一场有效、充分的质证活动,往往需要专家对鉴定事项表达明确的、带有结论性的观点,清晰、完整地反映形成意见的相关依据和推导过程。如果教条地贯彻专家辅助人单纯的质辩功能,一律否定专家发表独立意见的资格,在现实中不具备可操作性。且在我国的制度设计中,专家不仅要承担与鉴定人之间的质证工作,还需要接受控辩双方和法官的询问,所以,应当允许专家依照自己的检验和论证思路,解答诉讼参与人和裁判者的疑问,甚至发表个人对鉴定事项独立的专业见解,以有力地支持自己的立场,保证质辩的质量。当然,专家提供的意见无论是质辩性的还是独立的,都不能直接作为定案依据使用,原则上只具有“弹劾效力”,即法官可以通过专家证人的意见否定某项鉴定意见的证据效力,但不能仅仅根据专家的意见而直接得出与原鉴定意见相反的结论。在条件允许的情况下,法院应当进行重新鉴定。

而司法鉴定事项之外的其他专业性问题的,由于这些事项不在鉴定的范围之内,专家意见不会与鉴定意见直接发生抵触,在必要的情况下,可以允许非鉴定专家发挥专家证人的基本功能。随着科技的发展,人们运用专业知识认识事物的技能不断拓展,司法机关可能接触的新兴专业事项也逐渐增多,原有的司法鉴定业务范围难以及时回应日新月异的技术革新,我国目前法定司法鉴定事项,在食品药品检测、计算机信息技术等亟须专家帮助的问题上,已经表现出一定的滞后性。事实上,在立法未引入非鉴定专家之前,针对一些不属于鉴定事项但又确实需要专家进行必要的解释、说明或检验的专业问题,司法实践中已经出现了一些变通。如在某些案件中,法官会允许鉴定人以外的专业人士就一些专业问题提供自己的看法,也有些法院采取案外咨询的形式,解除对于某些专业问题的困惑。新修订的最高人民法院刑诉法司法解释,允许专家就司法鉴定事项之外的专业问题提供独立的检验报告,应该说是长期司法经验的总结与回应。但是,要使法官能够准确解决鉴定以外的专业问题,允许专家提供意见只是第一步,专家意见的法律地位是确认这些意见如何应用于实践中的又一关键因素。根据目前的司法解释,专家意见不属于证据,只能作

为定罪量刑的参考,这就意味着法官是否采信这种意见不受约束,甚至无法在判决书中体现,将直接导致法官在审查这类专家意见乃至适用整个非鉴定专家制度体系上的随意性。应该说,未来最彻底的解决方式,是借鉴多数西方国家的做法,扩展“证人”在我国含义,使非鉴定专家以专家证人的身份参与诉讼,这样,专家所提供意见也相应地成为证人证言,获得证据效力,除意见证据排除规则不适用于专家证言以外,其他关于证人证言的证据规则均可适用。在法律未作出更改前,鉴于实践中,专家基本都会先制作书面的检验报告,再上庭接受质询,可以把这些书面检验报告暂时归入书证范畴并参照鉴定意见的标准进行审查。对于检验条件完备、论证过程充分、结论足以让人信服、符合法定要求的检验报告,可以作为证据予以采信。

## 二、非鉴定专家出庭资格的审查

目前,立法仅规定由法庭做出专家是否出庭的决定,但没有明确采取哪些具体的标准。法律同时规定,非鉴定专家出庭,适用鉴定人的有关规定。这里的“出庭”所涵盖的内容指向模糊,无法确定是仅包括出庭的程序,还是同时涵盖对专家证人出庭资格的审查。即使我们假定涵盖了这一内容,由于非鉴定专家在性质、地位和作证范围上,都与鉴定机关及其鉴定人迥然有别,完全参照鉴定意见的审查标准也是不现实的,故有必要针对非鉴定专家的独特性单独予以分析。

### (一) 非鉴定专家是否采用回避制度

根据《刑事诉讼法》、《司法鉴定程序通则》等法律的规定,司法鉴定人本人或者其近亲属与委托人、委托的鉴定事项或者鉴定事项涉及的案件有利害关系,可能影响其独立、客观、公正进行鉴定的,应当回避。那么,非鉴定专家的出庭,是否需要遵循回避条款?

虽然很多国家都在立法中专门规定了对专家证人的客观中立义务,明确专家对法庭具有“优先职责”,无论委托人胜诉败诉,应当保持价值中立<sup>[3]328</sup>,但这种规定在现实中基本只具有“宣示”作用,并没有强制约束力,很难发挥实际的效果。因为绝大多数专家证人都由控辩双方各自选任和支付报酬,受聘专家不可避免地具有当事人性,倾向于维护己方的立场,“许多情况下与代理律师合为一体,置于同一方当事人的阵营而与对方对抗”<sup>[4]256</sup>。专家证人与委托方具有天然的利害关系,设置回避制度既没有理论上的必要性,也没有现实上的操作性。

我国在官方色彩比较浓重的鉴定制度基础上,补充设置非鉴定专家规则,就是为了借鉴专家证人制度中这种允许双方在合理范围“畅所欲言”的司法竞技主义特点,让控方和案件当事人聘请的专家站在各自立场阐述专业意见,可以敦促审判人员对涉案的专业问题有更为全面和深刻的认识,乃至从最极端的角度去审视案件有没有存在合理怀疑之处,保证办案质量。所以,在非鉴定专家的选任问题上,应该保障这种合理限度内的当事人性,无需适用鉴定人的回避条款。但这里需要明确以下问题:第一,在我国的刑事诉讼中,被告人和被害人处于特殊的当事人地位,被告人和被害人当然不能成为同一案件的非鉴定专家,即使在他们的陈述中,存在对鉴定意见等涉案证据的专门性意见,也应当归入被告人供述和辩解、被害人陈述的证据范畴。第二,尽管专家属于一种特殊证人,但与普通证人存在显著区别。普通证人以自己亲身经历案件的感受为作证对象,适用意见证据排除规则,而专家以发表意见作为作证方式,两者存在冲突。普通证人是亲历案情的人,具有不可替代性,应优先作为证人出庭作证。同时,由于普通证人不得提供推测性或判断性意见,该证人不得再针对同一作证内容发表专家意见,以免产生角色冲突。第三,在单位犯罪中,如果单位内部的技术人员不在追究个人刑事责任之列,应当允许其针对相关的专业内

容,以专家证人的身份出庭发表专家意见。<sup>①</sup>

## (二) 非鉴定专家适格性的审查

非鉴定专家无需具有司法鉴定资格,也不适用回避制度,但并不意味着对专家的资格不做审查,只是原则上由法官根据具体案情自由把握。在专家证人制度盛行的英美法系,由于专家由控辩双方各自聘任,加上英美一贯以来的实用主义法律文化,秉承专家意见的有效性“不在于该证人在这一领域中是否比其他的专家更有资格,而是该证人是否比陪审团和法官更有能力从事实中作出推论”的观点。<sup>[5]32</sup>法律并不对专家资质预先设置统一的、具体的认定标准。如英国1999年《统一民事诉讼规则》第425条第4项的规定“专家是在特殊专业领域具有知识、经验,从而使其在法庭所陈述的意见能够被法庭所采纳的人。”《美国联邦证据规则》第702条规定“如果科学、技术或其他专门知识有助于事实审理者了解证据或决定争议事实,因其知识、技术、经验、训练或教育而具有专家资格的证人,可以意见或其他方式对之作证。”这种资质判断条款概括抽象,交由裁判者在实际个案中自由裁量。而在大陆法系,由于专家证人的出现,本就是鉴定人官方化色彩的调和剂,因而对于专家的资质,法律一般也不会做出详细的要求,只有小部分国家会罗列一些禁止担任诉讼专家的情形,如未成年人、精神病患者、依法被剥夺担任公职权利的人,等等。<sup>②</sup>

从我国的情况来看,我国过去对鉴定者的资格审查过分形式主义,基本依赖于官方预先编制的鉴定机构和鉴定名录进行判断,而忽略了鉴定者的实际专业素质和案件的具体情况。本次修法补充非鉴定专家的出庭制度,其中的一个重要目的,就是尝试建立以专家个体为重点审查对象的、关照个案具体情况的、相对灵活开放的专家资格体系。为实现设置非鉴定专家制度的初衷,未来实践对专家资格的要求不宜过严,也不应局限于专家的学历、职称、证书等僵化的认证视野。在符合一般证人的基本要求,即能够辨别是非和正确表达的基础上,只要从专家过往的教育背景和从业经历来看,具备查明案件事实所需的特定专业知识、技能和经验,原则上都应该允许出庭作证。当然,资历、职称、从业经历、行内认可度等,可作为资质认定的衡量因素,也可以作为专家意见证明力大小的参考标准,但不能仅依靠这些因素对专家资格做出必然性的认定。

## (三) 非鉴定专家出庭必要性的审查

在实践中,很多案件都会涉及日常知识结构之外的专业性问题,但并非每个专业问题都必须聘请专家专门进行解释说明。如英国《指南》第2条就规定“专家……仅就对当事人争议至关重要的事项以及就其专业领域内的事项提供意见”。英国“专家学院”还出版过《给专家的指引》(Code of Guidance for Experts and those Instructing them),详细列举了有必要让专家出庭的情况:“(1) 没有专家协助,纠纷的本质能否界定和沟通;(2) 没有专家调查,双方的争点是否可以明确并能达成一致意见;(3) 没有专家意见,对方所主张的案情(或其中大部分案情)能否

<sup>①</sup> 在《最高人民法院公布对网友31个问题的答复》中,针对知识产权案件的相关问题,首次提到了“专家证人”的概念。《答复》规定,专家证人既可以是外部人员,也可以是当事人内部人员。有学者对这一条款提出质疑,认为由内部人员担任专家证人,将导致作证不公的现象。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5期。笔者认为,专家证人的选任方式,本身就不可避免具有一定的倾向性。民事诉讼中的这种做法可以为刑事诉讼所借鉴,特别是在医疗事故案件、知识产权案件、食品和药品质量等案件中,内部技术人员对于自身开发产品应用技术的情况最为熟悉,可以提供专业性的证言。

<sup>②</sup> 如意大利刑事诉讼法第225条规定“公诉人和当事人有权任命自己的技术顾问”,同时,用排除方式列举以下人员不得担任或兼任技术顾问:“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”。

得到接受或拒绝; (4) 没有专家证据, 争议的事实能否被证实; (5) 任一当事人所提供的证据的本质是否只能借助专家才能够解释清楚; (6) 没有专家的帮助, 当事人能否有效地沟通; (7) 没有专家的帮助, 能否草拟公平的和解协议条款”<sup>[6]</sup>480-481。

借鉴西方国家审查专家证人有无出庭必要的实际操作情况, 结合我国的现状, 非鉴定专家的作证事项应当具备三个要素:

第一, 专业性。在我国的立法用语中, 专家作证的事项一般描述为“专门性”知识, 在证据法理论上一般称为专业性知识, 意指“推论的对象必须与某一科学领域、行业、商业或者某种职业具有高度的相关性, 在内容上超出一般人的知识领域”<sup>[5]</sup>31, 即法官无法依据日常知识、经验与推理做出准确的分析和判断。如果专家作证的内容依照普通的经验常识亦能得出, 即使作证者确属作证事项方面的专家, 该证言也不能认定为专家证言。<sup>①</sup> 这里需要特别强调两个问题: 首先, 并非所有对鉴定意见真实性的质疑都要由专家完成, 比如, 关于鉴定检材的提取是否合法, 保管链条是否完整, 鉴定主体是否符合法律要求, 鉴定意见的形式是否完备等, 就不涉及专业问题, 无需聘请专家提供意见。其次, 专家证人作证事项可以涉及自然科学、社会科学等各个方面, 唯法律知识具有特殊性。因为法官本身就是法律专家的代表, 专家证人不必也不应就法律问题提出自己的意见, 以免左右法官的独立判断, 削弱法官在法律领域特别是正规审判程序中的至上性, 动摇当事人对法官解决司法纠纷能力的信赖。当然, 对于疑难案件, 法官可以在庭外征询法学专家的意见, 也可以就某个或某类案件召开专家研讨会, 参考法学专家提供的法律意见。但这种意见本身不具备证据能力, 不能在判决中援引。这里有一种特殊情况, 在某些刑事案件中可能涉及对外国法的查明, 这时, 可以将外国法作为一种“事实”看待, 在必要情况下由专家出庭对外国法律的情况作出说明。

第二, 重要性。专家证言对案件的作用, 应当对裁判者认定要件事实产生显著的影响。实践中, 可能显著影响要件事实的专家意见的情况主要包括两种: 第一种情况, 专家意见本身就是证明案件事实存在与否的证据, 比如环境污染犯罪中关于污染物成分的检验报告。另一种情况, 专家意见将影响到某个或某些证据对要件事实的证明效力。比如, 在某个故意伤害的刑事案件中, 鉴定人出具鉴定意见, 认为通过 DNA 测试, 能够证实犯罪现场的血迹中与被告人 DNA 相吻合, 以此证明被告人到过犯罪现场并与被害人发生打斗, 而专家出具专家意见, 证明检测方法存在缺陷, 鉴定意见不能作为定案依据。再如, 某专家提供意见, 从医学角度证明某重要目击证人存在重大认知缺陷, 其证言不应被采信等。

第三, 争议性。所谓争议性, 是指针对专家欲说明的专业性问题, 不同的诉讼主体之间存在认识上的根本性分歧, 不能达成一致结论。在我国, 刑事案件中常见的专业知识, 基本已经为鉴定事项所覆盖, 在目前的专家证据体系中, 鉴定制度居于专家证据制度的主导地位, 非鉴定专家制度毕竟只是鉴定制度的一种补充, 专家出庭并非认定案件事实的常规手段。出于诉讼经济的考虑, 如果裁判者和控辩双方认为某专业性问题不存在争点, 就没有必要再聘请专家出庭进行说明和接受质询。

### 三、非鉴定专家出庭制度的规范

尽管新刑法明确要求非鉴定专家出庭, 适用鉴定人的有关规定, 但非鉴定人诉讼立场的当事人人性, 意味着非鉴定专家出庭后的质证程序、享有的权利和承担的义务, 都需要与鉴定人保持

<sup>①</sup> 参见 *Philler v. Waukesha County*, 139 Wis. 211, 214, 120 N. W. 829, 830 (1909)。

必要的差异。对非鉴定专家全盘套用鉴定人的法律规范,在实践中容易产生问题。笔者在此选取几个重要问题加以说明,以期今后的司法实践和司法解释的制定提供参考。

#### (一) 非鉴定专家质询规则的完善

笔者对于非鉴定专家出庭质询程序的具体构建提出以下建议:

第一,专家围绕鉴定事项提供意见的,应当首先向鉴定人进行询问。据不完全统计,当前司法实践中鉴定人出庭率还不足5%。<sup>[7]556</sup>与证人强制出庭作证制度不同,出庭并不是鉴定人的一项义务,而是以自愿为原则。为了尽可能保障专家的质询权,对于辩方提出专家出庭申请的,法院应履行告知义务,在庭前会议或开庭前的其他时间内向公诉机关通报此情况并责成公诉人通知相关鉴定人出庭接受质询。如果鉴定人仍不出庭,专家可以在公诉人宣读鉴定意见后,直接就鉴定意见中的相关问题提出自己的看法,法庭将这些意见记录在案并作为是否使用鉴定意见的参考。如果专家是针对非鉴定事项发表独立观点,可直接宣读检验报告或对检验结论和关键问题进行介绍。第二,如果针对同一专业问题,控辩双方均聘请了非鉴定专家出庭作证,在辩方专家询问鉴定人后,双方专家可以进行相互对质,通过各方专家的充分论证,使审判人员更加全面、准确地做出判断。第三,由于专家证人的出庭适用鉴定人的规定,在辩方专家与鉴定人及控方专家质询之后,参照鉴定人的质询规则,经审判人员同意,控辩双方和被害人有权向非鉴定专家发问。专家应该在自己的专业范围内对相关人员的提问进行解答,专家如果认为公诉人和当事人所提问题超出了自己的专业领域,可以拒绝作答。第四,如果专家认为在某些案件中,被告人、被害人或证人的陈述可能存在与事实不符的矛盾或漏洞,而这些漏洞有必要从专业的层面进行剖析,专家也有权向法庭提出询问相关人员的要求,法庭可以允许。但为了避免诉讼的不当延误,专家应在申请询问时提供依据,让审判人员相信当事人或证人的陈述确实有运用专业意见加以甄别的必要。第五,在询问结束以后,经审判人员同意,专家可以进行最后陈述,对庭审质询中涉及专业的问题进行概括和总结。最后还有一点需要注意,对于鉴定事项,专家提供的意见具有质证性质,只有出庭质询才能让裁判者更好地了解争点、辨明真伪并做出判断,所以专家对鉴定意见提出意见,法律只规定了出庭这一种方式。但专家对非鉴定事项提供检验报告的情况,司法解释并没有明确规定专家是否必需出庭。从提高诉讼效率的角度考虑,对于专家制作了书面检验报告的,如果裁判者认为检验结论符合常识逻辑且与案件主要证据能够相互印证,可以通过庭上宣读书面检验报告的方式进行,没有必要强制专家出庭作证。

#### (二) 非鉴定专家的费用支付

在刑事诉讼中,司法鉴定费用按照《司法鉴定收费管理办法》等法律法规核定,原则上由国家支付。而非鉴定专家与鉴定人不同,没有接受司法委托的义务,也没有强制出庭的责任。专家证人参与司法活动,接受法庭调查,完全源于与委托人之间自愿形成的契约关系。因此,在受偿问题上,非鉴定专家不应该适用鉴定人的规定,而是应当由委托人按照合同的约定,支付相关的聘请费用。比如在美国,在《专家责任纪律守则》(The Code of Professional Responsibility's Disciplinary Rule)中,就明确规定专家证人出庭有权获得报酬。<sup>①</sup>毫无疑问,在美国的实践中,公诉人和被告人就是各自聘请的出庭专家最主要的薪酬支付主体。这种做法应当为我国所吸收借鉴,无论是当事人、公诉机关还是审判机关聘请非鉴定专家,都应当本着公平自愿的原则,与专家进行协商并签订聘用合同。

无论委托人与专家之间所订立的合同的内容为何,根据“契约自治原则”,公权力不宜加以

<sup>①</sup> 参见“The Code of Professional Responsibility's Disciplinary Rule”, p. 7-109.



干预。但为防止过分增大诉讼成本以及使专家作证演变成纯粹的逐利行为而影响证言的客观公正性,部分国家也会通过法律对专家的收费问题设置不同形式的限制。例如,在专家证人的选任方面,国家立法鼓励双方对专家人选达成合意,尽量避免重复鉴定。<sup>[8]</sup>英国的《民事诉讼规则》甚至规定“法院有权强制运用单一的共同专家”,以节省不必要的诉讼开销。在出庭作证的专家人数方面,澳大利亚《联邦法院规则》赋予法院限制专家证人人数的权利,《加拿大证据法》则明确规定在民事和刑事诉讼中,各方专家证人原则上不超过 5 名。在计费的方式上,一般按照小时计费或案件计费的方式。美国法院的相关判例指出,专家不得根据审判结果收取额外报酬,如果这种行为会激发作伪证的明显动机,相关行业协会也将这种行为视为违反职业道德的行为。<sup>①</sup>同时,不少国家会赋予法官某种形式的监督权。根据英国《民事诉讼规则》,“法院可限制希望依赖鉴定结论的当事人可能向他方当事人收取专家证人费用的金额”。根据《法国民事诉讼法》的规定,禁止鉴定人直接从当事人那里接受任何形式的报酬,由法官事先命令当事人寄存款项,在鉴定人完成鉴定任务后,从存交在法院书记室的款项中领取。<sup>[9]996-1013</sup>目前,我国最高院司法解释,对非鉴定专家的出庭数量也做出了限制,“申请有专门知识的人出庭,不得超过二人。有多种类鉴定意见的,可以相应增加人数”。未来条件成熟时,可以考虑适当赋予法院对非鉴定专家支付费用的监管职能,保证收费额度能够控制在合理的限度内。

### (三) 非鉴定专家的法律責任

根据《司法鉴定程序通则》的规定,鉴定机构和鉴定人在司法鉴定过程中,有违反法律规定的行为的,由司法行政机关依法给予相应的行政处罚;有违反司法鉴定行业规范行为的,由司法鉴定行业组织给予相应的行业处分。同时,根据我国刑法的规定,鉴定人可以成为伪证罪的主体。<sup>②</sup>

由于非鉴定专家不具有行政人员身份,亦不要求需要隶属于行业组织,对非鉴定专家参与庭审活动的鉴定,显然无法参照鉴定人的相关规定执行行政处罚和行业处分。那么,非鉴定专家是否应当参照对鉴定人的规制,纳入伪证罪的主体范围呢?

笔者认为,我国不适宜将非鉴定专家纳入伪证罪的主体范畴。从刑事司法实践来看,对于鉴定人,原本就鲜见追究伪证罪的情形。这是由两方面原因决定的:第一,对专家意见“虚假性”的证明存在严重困难。与普通证人相对客观事实陈述不同,专家提供意见的事项虽然以客观的、科学的专业知识为依托,但论证过程仍需要大量的主观推论和判断,某些事项属于“见仁见智”的情况,即使不予采信,也不能说明提供的意见就是虚假和错误的。第二,即使在裁判中认定专家的意见确有错误,也难以认定专家在主观上存在“故意”。错误的结论不一定是专家故意为之,还可能由于专家的疏忽大意、技术失误、业务能力不足等因素造成。如果仅凭意见未予最终采信,就推断专家存在主观上进行虚假陈述的故意,显然有失公允。而相比鉴定人,非鉴定专家更难纳入伪证罪进行规制:一方面,非鉴定专家证人原则上由当事人聘请,专家在专业问题上的理论预设、技术运用和论证过程中,即使存在一定主观偏见,只要在合理限度之内,应当予以容忍;另一方面,非鉴定专家所提供意见,特别是针对鉴定事项的意见,往往只是对专业问题提出一些假设可能性,而不是能够进行真伪二元化判断的确定性结论意见,因而也无从认定意见的虚假性。

① 参见 *Griffith v. Harris*, 17 Wis. 2d 255, 116 N. W. 2d 133 (1962)。

② 《中华人民共和国刑法》第 305 条规定“在刑事诉讼中,证人、鉴定人等对与案件有重要关系的情节,故意作虚假证明、鉴定,意图陷害他人或者隐匿罪证的,处三年以下有期徒刑或者拘役;情节严重的,处三年以上七年以下有期徒刑。”

在英美法系,专家证人在理论上虽然具有承担伪证罪的可能,但早在20世纪下半叶,美国联邦法院就在多个判例中,强调专家豁免原则的重要价值,指出专家只有在享有豁免特权的前提下,才有出庭作证的积极心态并以相对客观中立的视角引导法官发现真实。<sup>①</sup>实践中,极少出现追究专家证人伪证罪的司法判例。目前,各国规制专家证人的方式主要有两种:一是允许诉讼当事人特别是己方当事人,在专家错误履行或怠于履行诉讼职责时,提起民事侵权诉讼。专家证人在民事领域是否享有豁免权,美国的司法实践一直存在争议。<sup>②</sup>直至近20年,当专家确实存在过失行为并给当事人造成损失时,允许委托人通过司法途径向专家证人索赔才成为了主流观点。<sup>③</sup>而英国在民事领域也曾长期坚持专家豁免原则,直到2011年,终审法院在“Jones v Kaney”中,才正式废除了专家证人的豁免特权,要求专家证人对自己先前的过错行为负责。<sup>④</sup>这种通过民事诉讼加以监督制约的方式具有一定效果,但起诉主体限于己方证人,起诉原因又基本限于专家证人在作证前的准备工作存在重大过错而导致作证没能达到约定之效果,证言本身的客观与否往往并非关键。且我国如果要借鉴这种方式,尚需要依托于侵权法受案和损害赔偿范围的进一步扩大。二是强化专家的自律性,建立出庭专家的学术声誉和行业诚信体系,通过行业内部对提供不实证言的专家予以吊销执照等纪律处分<sup>⑤</sup>,以此强化出庭专家的责任意识,这也是大多数国家对专家证人最普遍的约束方式。从已经建立较为成熟的专家证人体系的国家来看,大多数专家证言来自于重复出庭的专家。<sup>[10]722</sup>这些专家通常在本领域具有权威性的地位,重视本人的学术声望,从机会成本的方面考量,通常不会仅从维护委托人的利益出发,摒弃对科学与真理的基本信仰和追求。为进一步敦促专家自身的自律性,我国法院或律师协会可以考虑逐步建立出庭专家数据库,记录出庭作证的专家名录、作证内容、法庭认证情况等相关信息。通过对每位专家证人以往出庭情况的详细记录和必要的信息披露,引导专家证人坚守职业伦理底线,对自己所做的专家证言秉持忠于科学的信念和正直负责的良知,为案件真相的查明贡献自己的智识。

#### [参考文献]

- [1] 《法国新民事诉讼法典》,罗结珍译,北京:中国法制出版社,1999年。
- [2] 黄太云 《刑事诉讼法修改释义》,《人民检察》,2012年8期。
- [3] 徐昕 《英国民事诉讼与民事司法改革》,北京:中国政法大学出版社,2002年。
- [4] 谷口安平 《程序的正义与诉讼》,王亚新、刘荣军译,北京:中国政法大学出版社,1996年。
- [5] John W. Strong 等 《麦考密克论证据》(第5版),汤维建等译,北京:中国政法大学出版社,2003年。
- [6] 杨良宜、杨大明 《国际商务游戏规则:英美证据法》,北京:法律出版社,2002年。
- [7] 陈瑞华 《刑事诉讼前沿问题》,北京:中国人民大学出版社,2000年。
- [8] 徐欣 《专家证据的扩张与限制》,《法律科学》(西北政法学院学报),2001年6期。
- [9] 让·文森、塞尔日·金沙尔 《法国民事诉讼法要义》,罗结珍译,北京:中国法制出版社,2001年。
- [10] 罗纳德·J·艾伦等 《证据法》(第3版),张保生等译,北京:高等教育出版社,2006年。

[责任编辑:高 玥]

① 参见 Mitchell v Forsyth, 472 US 511 (1985)。

② 有部分法院认为,专家豁免制度是英国普通法的一项传统制度,只有在民事领域同样赋予专家证人绝对的豁免权,才能保证专家谨慎地对待委托人交付的专业性工作,并提供可靠的证言。参见 Bruce v. Byrne-Stevens & Associates Engineers, Inc. 776 P. 2d 666 (Wash. 1989)。

③ 相关判例可见 Matco Forge, Inc. v. Arthur Young & Co., 5 Cal. App. 4th 392 (1992)。Pollock v. Panjabi, 781 A. 2d 518 (Conn. Super. 2000)。MacGregor v. Rutberg, 478 F. 3d 790, 792 (7th Cir. 2007)。

④ 参见 Jones v Kaney, UKSC 13 (2011)。

⑤ 参见 Maggard v. Commonwealth, Board of Examiners of Psychology, 282 S. W. 3d 301 (Ky. 2008)。

spective of International Criminal Law. The basic idea of Chinese Criminal Law doesn't catch pace with the development of International Criminal Law; the conviction scopes and the conviction standards of certain crime in Chinese Criminal Law are not consistent with that in International Criminal Law; the legislative technique of Chinese Criminal Law is not mature enough to benefit the criminal justice cooperation. To promote the development of Chinese Criminal Law, it needs to pay attention to the requirement and the development of International Criminal Law while the development needs of domestic objective situations is met.

**Keywords:** International Criminal Law; Chinese Criminal Law; internationalization of law

#### **A Study of the Legal Issues of China's Overseas Pursuits from GAO Shan Case: Comparison with LAI Chang-xing Case**

*ZHANG Lei (87)*

**Abstract:** Although GAO Shan experienced immigration repatriation process in Canada for a long period, he was finally persuaded to return to China. GAO Shan Case and LAI Chang-xing Case have some similarities, but there were many differences existed between the two cases, such as, statuses in running away, suing procedures in Canada, and the ways of returning China, etc. We found out that there were many factors contributing to GAO Shan's return, which showing that China's international cooperation in criminal justice is growing, but we still should open up new areas of extradition, to strengthen the international criminal judicial cooperation with western developed countries.

**Keywords:** GAO Shan Case; immigration repatriation; persuade to return; LAI Chang-xing Case; overseas pursuit

#### **An Exploration of the International Rule of Law on Intellectual Property**

*LIU Ya-jun, YANG Jian (95)*

**Abstract:** Although there have been controversial opinions concerning the international rule of law, the explorative areas have existed. The ultimate pursuit of the rule of law is the good order, the establishment and implementation of good rule is an effective way to achieve this purpose. Rules can be derived from the sovereign state legislation, it can also be formed in the international contracts. The global sharing of knowledge and information determines the rule of international intellectual property more convergence in probability. We need keep confidence and positive attitude to make great efforts for the implementation of international rule of law current international intellectual property protection system as well as to cautious to avoid extreme imbalance of benefits and to prevent the lack of relative fairness. With the new emerged international strong protection practices in intellectual property, we need rational thinking and make good judgment and cope calmly.

**Keywords:** intellectual property; international rule of law; rules in international intellectual property

#### **On the Improvement of Non-Judicial Expert System in Chinese Criminal Prosecution**

*LONG Zong-zhi, SUN Mo-fei (102)*

**Abstract:** New criminal procedure law firstly established new expert institution besides judicial expertise institution, which is the significant progress of expert system. But there are some contradictions and omissions in the provisions which should be corrected in judicial practice. The experts appear in court shall be termed as expert assessor in face of judicial appraisal items. But experts are permitted to support independent and complete opinion as a reference. The experts can act as expert witness when work on professional issues which are not judicial appraisal items. survey report supported from experts can be regarded as evidence in trial. Avoidance system shouldn't apply to the Non-judicial experts. The expert eligibility shall be confirmed by court in concrete cases. The aspects of necessity of testifying at the trial include professional, significance and controversy. There are some problems with the code which provided "the relevant provisions concerning the judicial expert shall apply to the Non-judicial experts". Avoidance system shouldn't apply to the Non-judicial experts.

dicial experts. The inquiry rules at the trial , payment and legal liability should be different between expert witness and judicial expert.

**Keywords:** non-judicial experts system; expert witness; expert evidence; experts showing in court

#### **A Review of the Starting-Point of Contemporary Philosophy on the Rehabilitation of Wisdom of Ignorance**

*HE Lai* ( 112)

**Abstract:** The self-awareness of ignorance is the origin of wisdom , which is most easily forgotten by contemporary people and has resulted in serious consequences for the development of philosophy , the healthy value system and social order. So , it has become an inevitable topic to review the wisdom of ignorance. The self-awareness of ignorance is not only the important dimension of self-understanding of contemporary philosophy , but also the important condition of idea in terms of reconstruction of contemporary value system and good social order , which means that it has been an important starting-point for the rehabilitation of contemporary philosophy to review the wisdom of ignorance.

**Keywords:** wisdom of ignorance; contemporary rehabilitation of philosophy; self-awareness; value system; reconstruction of contemporary good social order

#### **On the Different Positions of Culture in the Society and Mass Society**

*ZHANG Wen-xi* ( 120)

**Abstract:** What is the core of the semantic problem of the phrase of “mass culture” and the probably arousing awareness of the unexpected. The paper argues that the problem is originated from the key nature of the contemporary consuming society , that means consuming and entertainment have given the cultural matters and living society’s matters the nature of “non-worldly”. Nevertheless , to analyze a culture , the world nature is its point , therefore the word of “world” contains the meaning of lasting which leads us to the core of the controversial relation between society and culture.

**Keywords:** mass culture; mass society; contemporary philosophy

#### **Ecological Problems in the Perspective of Historical Materialism: On Hughes’ Criticism to the Western Ecological Philosophy**

*MU Yan-jie , LUO Ying* ( 126)

**Abstract:** The western ecological philosophy considered that the core of communism theory of Marx was distribution according to one’s needs , whereas it can’t see the limits of nature and it was blinded to ecological problems , so Marxism is against ecological view. Hughes argued against the above views , he said , Marx take the limits of natural as person to person’s own limitations that projected to the nature , in this case , natural boundaries to which exists as a “limit”. Restriction on one’s own self replaced the external natural boundaries , this is the core ideas of the ecological Marxism of Hughes. Starting from the ideas , Hughes debated around on the definition of “ecological problems” , criticized the abstraction of the western ecological ethics moral preaching , defended the thoughts of Marx’s historical materialism.

**Keywords:** Jonathan Hughes; Marx; the western ecological; historical materialism; ecological problems

#### **A Study of the Relation between the Cultural Awareness of State-Owned Enterprises and the Growth of the Enterprises under the Cultural Power Orientation**

*QI Ping , LIU Jia-qi , XIAO Xu-dong* ( 133)

**Abstract:** The cultural awareness has been raised to a crucial position in the circumstances of building up the socialist cultural power. The state-owned enterprises are the key undertakers in the building of cultural power and with great significance in their keeping healthy growth to the cause. The strategy of cultural power building and the emphasis of cultural awareness are the guidance of the state-owned enterprises to form their own culture that helps reform and develop-