



An Empirical Study on the Trial Operation of Criminal Justice Identification System

Wang Luping

Southwest University of Political Science and Law, Chongqing

Abstract: The criminal justice identification system in trial is an inseparable system, but Chinese scholars' empirical research on criminal justice identification system is generally based on a single link, selecting a certain court or a few cases in last year or in recent years for field research. Based on the data of 600 judgment documents before and after the second revision of the Criminal Procedure Law, this article observes the operation of Chinese criminal justice identification system in large-scale and long-term trials. It is found that the criminal justice identification system has the characteristics of low objection rate, low application rate and high acceptance rate in the trial operation. After the second revision of the Criminal Procedure Law, the operation of the criminal justice identification system has not substantially improved. In the investigation and prosecution stage, the maximum dispute is resolved before the trial. In the trial, defense ability of the defender and the ability of the judge to examine evidence should be taken into consideration, so as to maximize the efficiency of the lawsuit and rationally allocate judicial resources, and to find out the disputed facts of the case through appraisal substantial operation in the trial.

Key words: Civil proceedings; Judicial appraisal disputes; Appraisal disputes; Resolution mechanism

Received: 2020-06-12; Accepted: 2020-06-27; Published: 2020-07-06

刑事司法鉴定制度庭审运作的实证研究

王露平

西南政法大学, 重庆

邮箱: 1037199532@qq.com

摘要: 刑事司法鉴定制度在庭审中的运作是一个不可割裂的体系, 但我国学者目前对刑事司法鉴定制度的实证研究一般都是仅基于某个单一环节选择某一或某几个法院近一年或近几年的案件进行实地调研。本文基于《刑事诉讼法》第二次修改前后的 600 份裁判文书数据, 观察我国刑事司法鉴定制度大范围、长时段内在庭审中的运作情况, 发现刑事司法鉴定制度在庭审运作中呈现出低异议率、低申请率、高采信率的特点, 《刑事诉讼法》第二次修改实施后刑事司法鉴定制度的运作效果并没有实质性的改善。在侦控阶段将涉鉴争议最大程度解决在庭前, 同时在庭审中从辩方质证能力、裁判者审查能力等方面同时着手, 才能最大化地提高诉讼效率、合理配置司法资源, 通过鉴定意见在庭审中的实质性运作来查清涉鉴案件的争议事实。

关键词: 刑事司法鉴定制度; 庭审运作; 实证研究

收稿日期: 2020-06-12; 录用日期: 2020-06-27; 发表日期: 2020-07-06

Copyright © 2020 by author(s) and SciScan Publishing Limited

This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



1 引言

1.1 问题的提出

越来越多的实证研究开始关注刑事司法鉴定制度，但多数都是仅基于刑事司法鉴定制度的某个单一环节来选择某一或某几个法院近一年或近几年的案件进行实地调研，这种区域性、短暂性的实证研究不免缺乏庭审运作的宏观视角，正如苏力教授所言，法学研究需要做整体研究，“法学关注的可以说是一个国度内整个社会的相对长期的稳定秩序，是这种稳定秩序中体现出来的人类合作活动的规则。”[1] 本文通过对《刑事诉讼法》第二次修订前后，即1997—2012年、2013—2018年两个时间段内符合条件的刑事司法案例进行抽样、统计，通过对实证研究发现的问题及问题背后的原因分析，希望能对刑事司法鉴定制度的庭审运作提出符合我国刑事审判实践的改进方案。

1.2 文献综述

目前我国关于刑事司法鉴定制度本身方面的研究，张斌通过对荷兰、日本等国家刑事鉴定的侦查措施定位进行分析，认为我国也应明确将刑事鉴定制度定位于强制侦查措施，并通过各种程序规制、赋予当事人专家帮助权，以及从公检法一体化关系入手进行完善等方面对刑事鉴定制度进行改革[2]。涉及鉴定人出庭问题的研究上，对鉴定人出庭难、出庭率低等问题已形成普遍共识。比如胡铭以问卷调查方式进行的有关鉴定人出庭的实证研究中，也曾明确分析了鉴定人出庭率低的两大主要原因：鉴定人自己不愿意出庭和法官不同意鉴定人出庭[3]；陈卫东基于实证调研表明，鉴定人出庭似乎并不能有助于法官查明案件事实，法官认为自行委托鉴定的方式比鉴定人出庭更为可靠[4]。对鉴定人出庭制度的实务研究撰文认为，“控辩双方对鉴定意见提出异议的比例并不算高，中国鉴定意见仍保持比较高的可信度，为诉讼参与各方所认可”[5]。叶青也曾通过实证研究认为鉴定人出庭在司法实践中的需求并没有那么大[6]。关于法官对鉴定意见的采信问题，陈邦达的研究表明，缺乏科学原理运用、数据统计分析等专业知识的法官对鉴定意见的真伪判断是存在困惑的，其通过一定数量的判决书分析发现我国法官对为何采信鉴定意见鲜少说理[7]。

域外两大法系鉴定制度/专家证人制度在司法实践中逐渐表露出融合趋势。比如意大利早在1998年就引入了技术顾问制度，当事人被允许聘请专业的技术顾问协助参与刑事鉴定，这被称作“职权主义吸收英美法系国家专家证人的范例”[8]。而荷兰受欧洲人权法院相关判例和科学技术发展的影响，通过2009年《刑事诉讼法》的修改，使刑事鉴定制度更多地吸收了对抗制因素，更加注重侦查权和辩方权利的平衡[9]，所以两大法系关于鉴定制度/专家证人制度

的理论研究也在多方面趋同。

1.3 研究方法与研究材料

数据库选取为北大法宝司法案例数据库（PKULAW）；抽样时间为1997.01.01—2018.05.31（以2012.12.30为界，将刑诉法第二次修改前即1997.01.01—2012.12.31的案例作为A部分，修改后即2013.01.01—2018.05.31的案例作为B部分，从A、B两部分中各抽取300件司法案例）；抽样方法为比例抽样法、系统抽样法；具体检索方法：在北大法宝司法案例数据库中，采用高级检索模式，案由选取为“刑事”，设定检索范围“全文”、匹配选项为“精确”、检索关键词为“鉴定结论/鉴定意见”，文书类型选取为“判决书”^①，审结日期自定义为“1997.01.01—2012.12.31/2013.01.01—2018.05.31”，初步获得A部分156175件/B部分1237210件案例，按照每年份实际案件量分别占A部分/B部分案件总量的比例，计算出每年应抽取的案件数量，再用系统抽样法分别抽取A、B部分各300件案例样本。若遇到某抽样案例内容不符合样本要求的，则顺延一位选取案例，且每次顺延不影响下次抽样顺序。

2 案件结构分析

2.1 地域分布

A部分（即1997.01.01—2012.12.31刑诉法第二次修订实施之前，下同）案例涉及20个省份或者直辖市，主要分布在东南部地区（见图1），按照各省份的占比分布，大致可以分为三个类型：河南省排列第一，占37%的比例；占比属于第二类型的是上海市、浙江省、广西省、湖南省和广东省，分别占16.33%、12.67%、7%、7%和6%的比例；余下14个省份或直辖市为比例低于2%的第三类型（见图2）。B部分（即2013.01.01—2018.05.31刑诉法第二次修订实施之后，下同）案例涉及28个省份或者直辖市，除海南、西藏、青海、台湾和两个特别行政区外，均有抽样案件分布（见图3），该时间段内案件地域分布量无明显的类型变化，案件数量排列第一的仍是河南省，占9.67%的比例，案件数量最少的是新疆维吾尔自治区，仅占0.33%的比例（见图4）。

^① 由于本文研究的重点是对刑事鉴定在庭审中的具体运作方面的分析，所以将文书类型选取为“判决书”而排除了裁定书、决定书、调解书等其他文书类型。

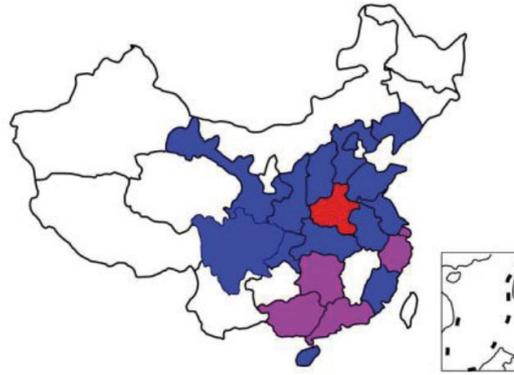


图 1 A 部分案件区域分布

Figure 1 Regional distribution of cases in Part A

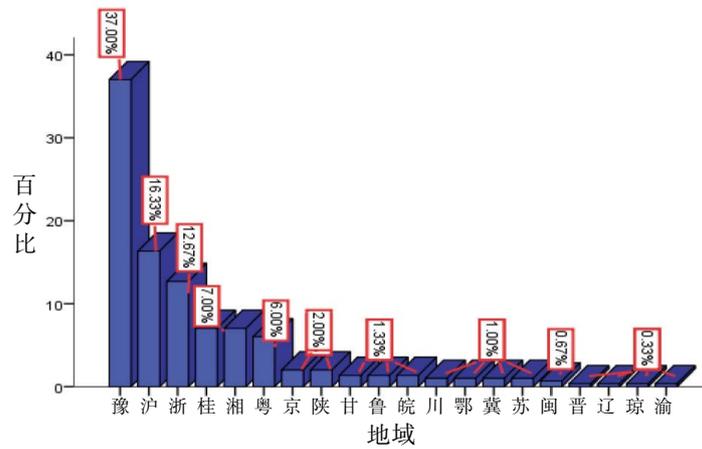


图 2 1997—2012 年案件地域分布

Figure 2 The geographical distribution of cases from 1997 to 2012



图 3 B 部分案件区域分布

Figure 3 Regional distribution of cases in Part B

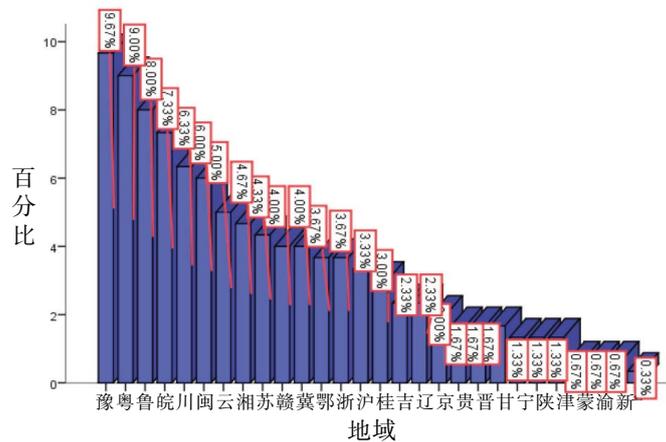


图 4 2013—2018 年案件地域分布

Figure 4 The geographical distribution of cases from 2013 to 2018

2.2 涉案类型

本文所述“涉案类型”是指样本涉及的罪名^①。A 部分样本涉案类型 38 种，按照各案件类型的占比分布，大致将其分为三个部分：盗窃案共计 140 件，占比高达 46.67%；第二部分为占比 5% ~ 15% 的案件类型，有故意伤害案 36 件，占比 12%、交通肇事案 19 件，占比 6.33%、抢劫案 15 件，占比 5%；余下的 34 种案件类型是占比均低于 5% 的第三部分，其中包含掩饰隐瞒犯罪所得案 4%、危险驾驶案 3%、故意杀人案 2.33%、抢夺案 1%、盗伐林木案 0.33% 等（见图 5）。B 部分样本涉案类型上升至 65 种^②，也大致将其分为三个部分：第一部分占比 20% ~ 10%，其中盗窃案共计 53 件仍居首位，占比 17.67%；交通肇事案 43 件，占比 14.33%；故意伤害案 41 件，占比 13.67%；危险驾驶案 38 件，占比 12.67%。第二部分为占比 2% ~ 5% 的案件类型，有贩卖毒品案 10 件，占比 3.33%；寻衅滋事案 9 件，占比 3%；非法吸收公众存款案和滥伐林木案均为 6 件，均占比 2%。余下的 57 种案件类型是占比均低于 2% 的第三部分，其中包含非法持有枪支案 1.67%、故意杀人案 1.3%、盗伐林木案 0.67%、组织领导传销活动案 0.33% 等，第三部分案件类型虽多，但案件量都在 1 ~ 5 件的范围内，占比很低，不再一一列举（见图 6）。

上述分析可知，A、B 部分排列前三位的涉案类型均是盗窃案、交通肇事案和故意伤害案，这在汇总案件类型分布统计图中也有反映（见图 7）。样本案件类型分布与我国刑事案件结构比例密切相关，样本涉案类型占比最大的盗窃案，长期以来在刑事案件结构中占比达百分之七八十以上，这也说明了本文的抽样具有一定的代表性。

① 为统计便利，将共同犯罪案件中的“盗窃、掩饰隐瞒犯罪所得案”（A 部分 9 件、B 部分 4 件）统一编辑为“盗窃案”进行数据统计，得出的关于盗窃类案件数据更为准确。

② 其中包括少部分数个罪名交叉组合成的案件类型，比如“抢劫、盗窃罪”与一罪的“抢劫罪”“盗窃罪”按照不同的案件类型统计。

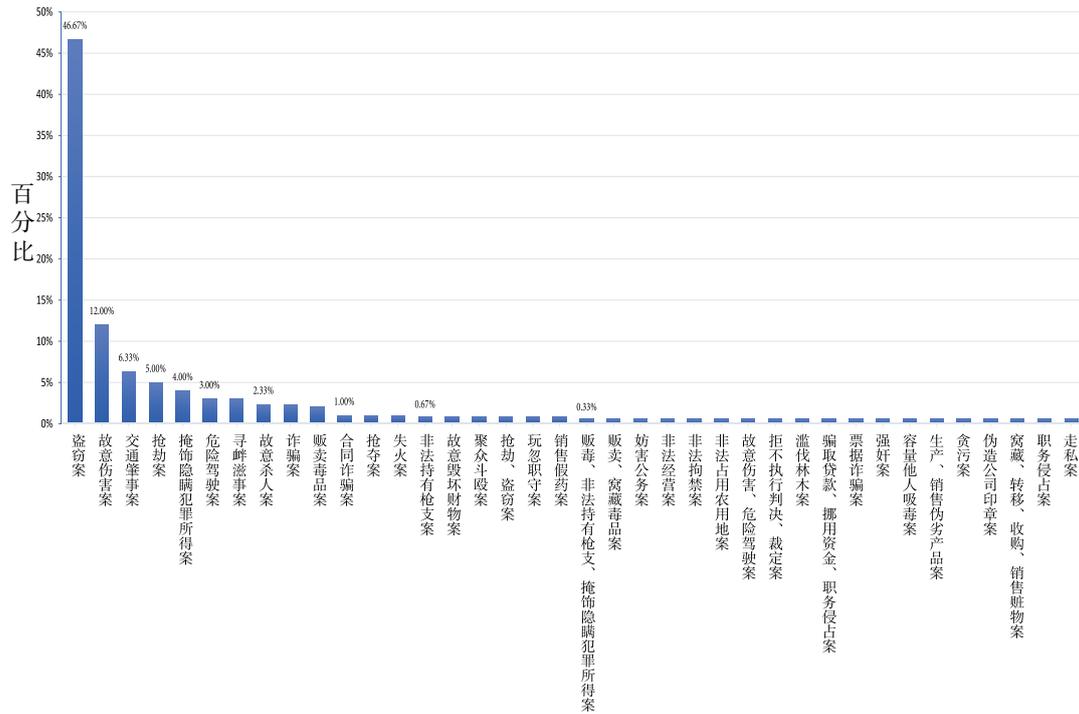


图 5 1997–2012 年案件类型

Figure 5 Types of cases from 1997 to 2012

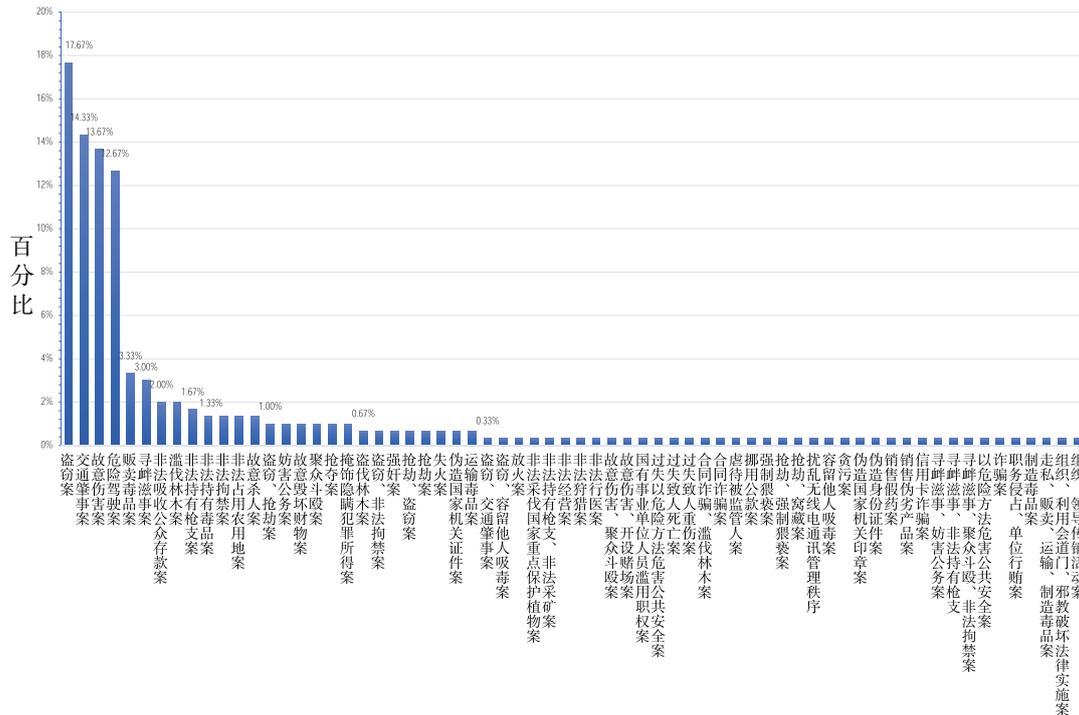
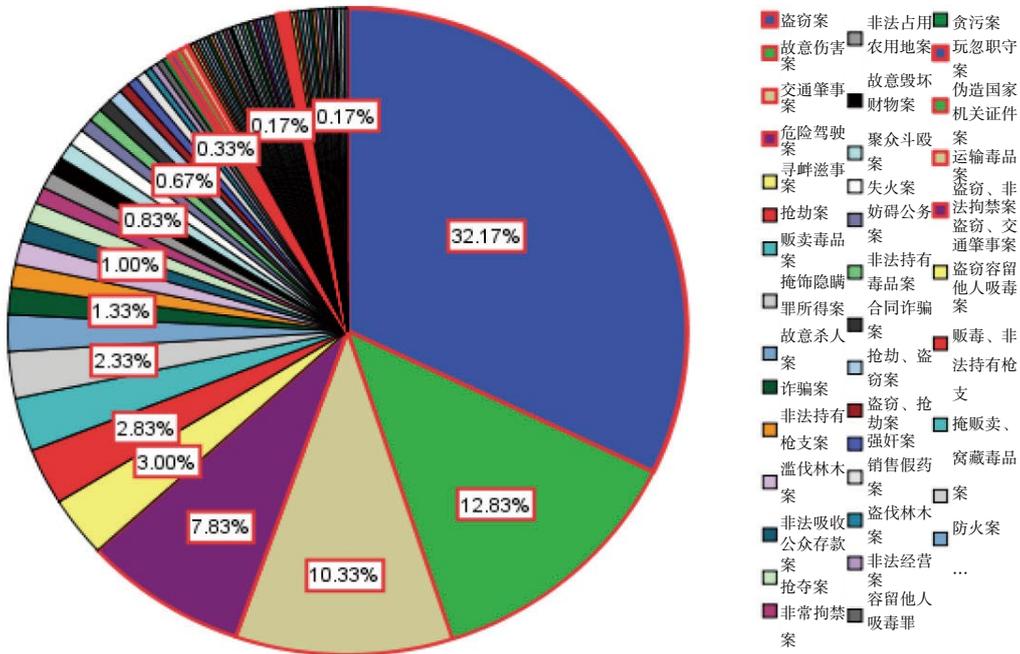


图 6 2013–2018 年案件类型

Figure 6 Types of cases from 2013 to 2018



注：左侧饼图从“盗窃案 32.17%”比例顺时针递减；右侧案件类型从上到下、从左至右比例依次递减。

图 7 600 份样本汇总案件类型占比统计

Figure 7 Statistics on the proportion of 600 sample summary cases

2.3 涉鉴类型

本文所述“涉鉴类型”是指每件样本中所涉及的不同类型的鉴定名称。A 部分样本涉及 25 种鉴定类型^①，涉及量最大的是“价格鉴定”192 件，案件量占比 64%；其次是“伤情鉴定”59 件，占比 19.67%；“死因鉴定”24 件，占比 8%；“血液成分乙醇含量鉴定”14 件，占比 4.67%；余下的涉鉴类型都是案件数量均低于 10 件、占比均低于 3.3% 的鉴定类型，其中包括“毒品鉴定”“精神病鉴定”“野生动物鉴定”等鉴定类型。B 部分样本涉及 29 种鉴定类型^②，涉及量最大的是“伤情鉴定”89 件，案件量占比 29.67%；随后是“价格鉴定”86 件，占比 28.67%；“死因鉴定”“血液成分乙醇含量鉴定”均涉及案件 48 件，占比均为 16%；余下的涉鉴类型案件数量均低于 21 件，占比均低于 7%，此部分新出现了“卷烟鉴定”“电子数据鉴定”“国家经济损失鉴定”“语音鉴定”等新类型的鉴定。

① A 部分样本中有两个案例仅从判决书无法分析出所涉及的鉴定类型，故未将之计入此数据。参见“张红军贪污案”【(2009)老刑初字第 37 号刑事判决书】、“马某某盗窃案”【(2012)海刑初字第 310 号刑事判决书】，该案判决书提及“法医人类学检验意见书”，但根据简略的判决书无法分析出具体是什么鉴定类型。

② B 部分样本中有一个案例仅根据判决书无法分析出所涉及的鉴定类型，未将之计入此数据。参见“刘某某强制猥亵案”【(2018)津 0117 刑初 130 号刑事判决书】。

在“涉案类型分析”部分，排列前三位的案件类型分别是“盗窃案”“交通肇事案”和“故意伤害案”，这在本部分分析中也有相关联的反映：A、B部分排列前四、占比较多的鉴定类型分别是“价格鉴定”“伤情鉴定”“死因鉴定”“血液成分乙醇含量鉴定”，这与涉案类型排列前三位的案件相对应。

3 刑事庭审中鉴定制度的运作实践

本部分主要以庭审视角对刑事司法鉴定制度在庭审中的运作方式进行描述、分析，尝试回答刑事司法鉴定制度在庭审实践中具体如何运作的问题。

3.1 当事人对鉴定意见的异议

经逐案分析：A部分300件样本中，288件案件的当事人对鉴定意见（为写作之便，将A部分“鉴定结论”与B部分“鉴定意见”统称为“鉴定意见”，下同）没有异议，无异议案件占比96%；12件案件的被告方对鉴定意见有异议，异议案件占比4%（见图8、表1）。B部分289件案件为无异议案件，占比96.33%；11件案件的被告方对鉴定意见有异议，异议案件占比3.67%（见图9、表2）。从整体来看，577件案件为无异议案件，无异议案件率达96.17%，法官均是直接采信该部分鉴定意见，结合其他证据定罪量刑，而对采信鉴定意见却未见说理。

A、B部分当事人明确对鉴定意见提出异议的案件占比均低于5%，600份样本中，共有23件案件当事人或辩护人对鉴定意见有异议^①（见表1、表2）。

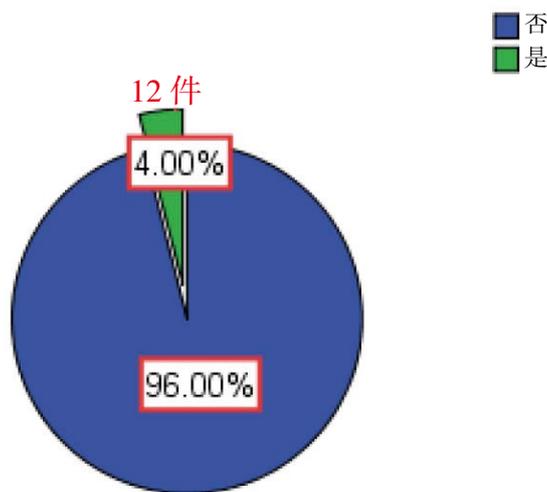


图8 A部分当事人是否有异议

Figure 8 Whether the parties of part A have objections

^① 除一件案件当事人为附带民事诉讼被告人外，其余22件案件当事人均是指被告人。

表 1 A 部分案件当事人对鉴定结论异议情况记录

Table 1 Record of the objections of the parties to the appraisal conclusion in part A

案号	异议方	异议内容
1. (2006)穗中法刑一终字第 311 号 (广州中院二审强奸案)	被告方	“法医鉴定没有明确指出被害人外阴试子和内裤上的混合成分中男性成分是其本人的;不排除外阴的擦伤是郑某勇猥亵时所造成的,被害人外阴试子和内裤上的男性成分是郑某勇所遗留。”(DNA 鉴定)
2. (2007)渝五中刑初字第 163 号 (重庆五中院一审合同诈骗案)	被告方 (辩护人)	认为检材是复印件不具备鉴定条件。(笔迹、印章鉴定)
3. (2009)巴刑初字第 28 号 (湖北基层法院盗窃案)	被告方 (辩护人)	1. 盗窃的电缆线和变压器铜芯已经销售,无法排除部分被盗物品已过使用年限、丧失使用价值,导致鉴定价值高于被盗物品真实价值等合理怀疑;认为盗窃铜芯,鉴定价值是整个变压器,不能以此认定数额。 2. 另一被告辩护人提及“鉴定结论有瑕疵,不能作为有效证据使用”。(价格鉴定)(被告人认罪)
4. (2010)大东刑初字第 546 号 (辽林基层法院盗窃案)	被告方	1. 被告人认为估价过高; 2. 辩护人认为古钱币等特殊物品其真伪性难以确定,申请对赃物真伪进行鉴定。(价格鉴定)
5. (2011)岳中刑一初字第 24 号 (湖南中院一审贩毒、持枪、掩饰 犯罪所得案)	被告方	均对鉴定的毒品数量有异议。(毒品鉴定)
6. (2011)杭余刑初字第 877 号 (浙江基层法院盗窃案)	被告方 (辩护人)	“在没有实物情况下对铁屑、废铁所作价格鉴定不符合法律规定”。(价格鉴定)
7. (2011)海中法刑初字第 80 号 (海南中院一审盗窃案)	被告方	1. (被告人)价格鉴定太高; 2. (辩护人)部分鉴定价值是在没有发票下作出,结果不真实不科学。(价格鉴定)
8. (2011)松刑初字第 1035 号 (上海基层法院盗窃案)	被告方 (辩护人)	应根据车辆交易发票金额确定盗窃数额为 1 万元,不应按照鉴定结论 3 万元认定。(价格鉴定)(被告人认罪)
9. (2012)长刑初字第 804 号 (上海基层法院盗窃案)	被告方 (辩护人)	摩托车鉴定价格有缺陷。(价格鉴定)(被告人认罪)
10. (2012)林刑初重字第 7 号 (河南基层法院故意伤害案)	被告人	对被害人颅脑外伤所致精神障碍,导致伤残一级有异议。(伤残等级鉴定)
11. (2013)合刑初字第 2 号 (甘肃基层法院盗窃案)	被告方	鉴定结论对盗窃的化工原料价值作价过高;以此认定盗窃价值,明显有失公平。(价格鉴定)
12. (2012)二七刑初字第 246 号 (河南基层法院非法持枪案)	被告方 (辩护人)	对枪支、致伤力鉴定结论异议。(枪支鉴定)(被告人认罪)

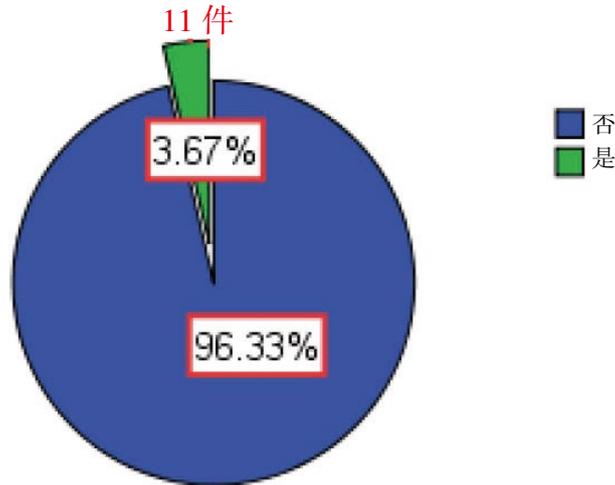


图9 B部分当事人是否有异议

Figure 9 Whether the parties of part B have objections

表2 B部分案件当事人对鉴定意见异议情况记录

Table 2 Record of the objections of the parties to the appraisal conclusion in part B

案号	异议方	异议内容
1. (2013)昌刑初字第310号 (山东基层法院交通肇事案)	附民被告人 (保险公司)	对被害人的致残程度提出异议。(伤残等级鉴定)
2. (2014)黔赫刑初字第238号 (贵州基层法院故意伤害案)	被告方	贵阳医学院法医司法鉴定中心的鉴定意见和病历记录不一致,应将重新鉴定之前的赫章县公安司法鉴定中心的鉴定意见作为量刑的依据。(伤情鉴定)
3. (2014)资刑初字第368号 (湖南基层法院抢夺案)	被告方 (辩护人)	取材不完整、鉴定前被告人服用了治疗精神方面的药物,精神病鉴定结论应无效。(精神病鉴定)(被告人认罪)
4. (2015)吉刑初字第224号 (江西基层法院盗窃、掩饰犯罪所得案)	被告方 (辩护人)	第二头牛鉴定时与被盗时相差三个月,鉴定金额偏高。(价格鉴定)(被告人认罪)
5. (2015)亭刑初字第00387号 (江苏基层法院寻衅滋事案)	被告方 (辩护人)	被害人护士伤情鉴定依据的病历资料是其工作单位作出,有利害关系+现有证据不能证明踢到腹部,不能作为证据使用。(伤情鉴定)(被告人认罪)
6. (2015)从刑初字第49号 (贵州基层法院滥伐林木案)	被告方	对三家林业鉴定机构作出的三份不同鉴定意见提出异议。(林木蓄积量鉴定)
7. (2016)浙0329刑初75号 (浙江基层法院故意毁坏财物案)	被告方	玻璃价值鉴定方法、计算公式等存在相互矛盾的情形,有异议。(价格鉴定)
8. (2016)黔0222刑初581号 (贵州基层法院故意伤害、开设赌场案)	被告方 (辩护人)	对被害人之一小肠所受损伤的伤情及产生原因存疑,据以认定所受损伤为重伤二级、九级伤残的法医学人体损伤程度鉴定书适用法律错误,不能作为定案依据。(伤情、伤残等级鉴定)(被告人认罪)

续表

案号	异议方	异议内容
9. (2016)豫1621刑初264号 (河南基层法院非法吸收公众存款案)	被告方	吸收公众存款净额高于实际吸收数额。(存款净额鉴定)
10. (2017)湘1126刑初718号 (湖南基层故意毁坏财物案)	被告方 (辩护人)	(无罪辩护)有的财物(墓碑)没有全部失去价值,鉴定结果不应认定为30460元。(价格鉴定)
11. (2016)湘1226刑初142号 (湖南基层法院国有事业单位人员 滥用职权案)	被告方 (辩护人)	鉴定缺乏国家经济损失的事实依据,不能作为证据使用。(国家经济损失鉴定)

3.2 鉴定人、专家辅助人出庭

在鉴定意见无异议案件率高于96%的前提下,申请鉴定人出庭作证、专家辅助人出庭辅助质证的案件数量必然是极少的。在A部分对鉴定意见有异议的12件案件中,申请鉴定人、专家辅助人出庭的案件为0件;B部分有异议的11件案件中,被告方申请鉴定人出庭的案件仅有1件^①,申请专家辅助人出庭的案件也为0件。由此不妨推测,全国对鉴定意见有异议的案件中,申请鉴定人或专家辅助人出庭的案件比例应该很低,鉴定人、专家辅助人实际出庭的案件比例则更低。正如有实证研究表明,北京市第三中级人民法院在2014—2016年三年间,所审理的涉鉴刑事案件总共587件,公诉人或当事人方对鉴定意见有异议,申请鉴定人出庭的案件仅有12件,申请率仅为2.04% [5]。当事人申请专家辅助人出庭率比申请鉴定人出庭率更低,从专家辅助人实际出庭率来看,有研究表明,2013年1月—2014年3月期间,在全国46832件涉鉴刑事案件中,专家辅助人出庭的案件仅1件 [10]。

3.3 补充鉴定、重新鉴定

A部分案件中,当事人申请重新鉴定的案件有3件。B部分仅有1件案件的辩护人在发表辩护意见时明确提到“重新鉴定”,但仅根据判决书无法看出是否明确提出重新鉴定申请(见表3)。23件异议案件中,重新鉴定的申请率为13.04%。

至于补充鉴定,A、B部分没有一件案件涉及启动补充鉴定程序。

不少研究认为,我国重新鉴定的比例比较高,例如四川省司法厅课题组对2016年四川省法院一审判决的医疗损害责任纠纷案件进行统计分析,发现涉及2次以上鉴定次数的案件占比达到36.9%,由此也得出“重新鉴定的比例比较高”的研究结果 [11]。虽然有限的样本可能存在偏差,但实证结果表明:重新鉴定的比例并没有那么高;B部分重新鉴定的案件数量较之A

^① 该案辩护人认为价格鉴定的鉴定人对玻璃价值鉴定方法、计算公式等存在矛盾,向法院申请鉴定人出庭作证并获得法院同意。参见“杜尚启故意毁坏财物案”【(2016)浙0329刑初75号刑事判决书】。

部分也并没有增多。这一定程度说明了在重新鉴定的比例是否比较高、重新鉴定是否增加、增加多少的问题上,理论研究成果可能存在一定的误解。随着引发争议的重复鉴定、久鉴不定经典案件一件件曝光,社会公众难免形成我国重新鉴定数量激增、鉴定问题严重的个案偏差认知,有研究者也曾撰文指出,由于司法机关和鉴定管理部门混淆了“重新鉴定”与“重复鉴定”的概念进行混合统计,导致重新鉴定的数据成倍数增长的假象[12]。社会经济的发展、法治的健全、鉴定制度的完善,以及当事人对重新鉴定、补充鉴定的信任等都是一个缓慢发展的过程,一定时期内重新鉴定、补充鉴定数量增多不可避免,但随着立法、司法、普法水平的不断提高,这种增多的现象也应逐步缓解。

表3 A部分案件当事人申请重新鉴定的案件情况

Table 3 Whether the parties applied for re-identification in part A/ Whether the parties applied for re-identification in part B

案号	申请理由	法官是否准许	法官不准许的理由
1. (2010)大东刑初字第546号(辽林基层法院盗窃案)	古钱币、邮票、徽章等特殊物品真伪性难以确定,106,250元的鉴定结论影响量刑,申请对赃物真伪性进行重新鉴定。	否	“符合《辽宁省涉案物品估价管理条例》规定,评估人员均具有鉴定资质证书,且价格鉴定结论加盖公章及鉴定人本人印鉴,应认定上述两份鉴定结论合法有效。”
2. (2012)林刑初重字第7号(河南基层故意伤害案)	——	否	不能充分说明要求对伤残等级进行重新鉴定的合理理由。(当事人原因)
3. (2012)二七刑初字第246(河南基层非法持枪案)	—— (无法看出申请理由)	是	——
B部分案件当事人申请重新鉴定的案件情况			
1. (2015)亭刑初字第00387号(江苏基层寻衅滋事案)	提及病历资料由被害人工作单位医院出具,有利害关系,应对被害人的流产原因重新鉴定,鉴定意见不能作为本案证据,但仅根据判决书无法看出是否提出重新鉴定申请。	?	“现有证据足以认定被告人孙某脚踢到被害人的腹部位置,盐城市第三人民医院病史资料可以作为鉴定机构进行鉴定的依据,案涉鉴定意见符合法律规定,可以作为本案定案依据。”

3.4 法官的回应

3.4.1 法官对鉴定人出庭申请的回应

600份样本中只有1件案件被告方申请鉴定人出庭,法院准许并书面通知鉴定人出庭作证,但该案因鉴定人拒不出庭作证导致两份价格鉴定意见不作为定案依据(见表4“B部分”案件第7件)。

3.4.2 法官对重新鉴定申请的回应

A部分申请重新鉴定的3件案件中,获得法官准许的只有1件,B部分提及“重新鉴定”

的案件也只有 1 件。法官不准许当事人重新鉴定申请都会在判决书中进行原因说明，比如法官会从鉴定是否符合相关法律法规、鉴定人的资格、鉴定结论书的公章、鉴定人印鉴方面说明不准许启动重新鉴定的理由^①；有的申请不被准许则是因为当事人不能充分说明进行重新鉴定的合理理由（见表 3）^②。

3.4.3 法官对当事人异议的回应

法官对当事人异议的回应能直接反映出鉴定意见在庭审中运作的轨迹，建表分析如下（见表 4）：

表 4 A 部分案件法官对当事人异议的回应、

Table 4 Judge's response to the parties' objections in part A/Judge's response to the parties' objections in part B

案号	异议内容	法官回应
1 (2006)穗中法刑一终字第 311 号 (广州中院二审强奸案)	“法医鉴定没有明确指出被害人外阴拭子和内裤上的混合成分中男性成分是其本人的；不排除外阴的擦伤是郑某勇猥亵时所造成的，外阴拭子和内裤上的男性成分是郑某勇所遗留。” (DNA 鉴定)	1. “由于案发后医生为被害人检查时清洁过阴部，故 DNA 鉴定结论未能明确指出被害人外阴、内裤上的男性成分来自谢德才，但“不排除来自谢德才”的结论与本案的其他证据并不矛盾。” 2. “现有证据不足以认定郑某勇猥亵，即使根据被害人的陈述，郑某勇也仅是在案发前两天用手摸过被害人的阴部，不可能对其造成损伤及留下男性分泌物。”
2 (2007)渝五中刑初字第 163 号 (重庆五中院一审合同纠纷案)	被告人向梅林公司提供的假合同、假《董事会决议》、假《股东大会决议》均是复印件不具备鉴定条件 (笔迹、印章鉴定)。	未回应
3 (2009)巴刑初字第 28 号 (湖北基层法院盗窃案) (当庭认罪)	1. 盗窃的物品已经销售，无法排除部分被盗物品已过使用年限、丧失使用价值，导致鉴定价值高于被盗物品真实价值等合理怀疑；盗窃物为铜芯，鉴定价值是整个变压器，不能以此认定数额。 2. 另一被告辩护人提及“鉴定结论有瑕疵，不能作为有效证据使用”。 (价格鉴定)	1. “由于被告人盗窃的变压器实物已经销毁，无法追缴。按照法律规定应当根据失主的陈述和提供的有效凭证确定被盗物品的价值，故公诉机关出示的鉴定机构依据被盗主提供的被盗物品的发票所作出的价值鉴定，应予确认。” 2. “……的辩护意见与案件事实和法律不符，本院不予采纳。”
4. (2010)大东刑初字第 546 号 (辽林基层法院盗窃案)	1. 被告人认为估价过高； 2. 辩护人认为古钱币等特殊物品其真伪性难以确定，鉴定价格直接影响被告人的量刑，申请对赃物真伪进行鉴定。 (价格鉴定)	“本案两份鉴定结论，均符合《辽宁省涉案物品估价管理条例》规定，评估人员均具有鉴定资质证书，且价格鉴定结论加盖公章及鉴定人本人印鉴，应认定上述两份鉴定结论合法有效，故本院对此项辩解及辩护意见，不予采纳。”

① 参见“吴某某等盗窃案”【(2010)大东刑初字第 546 号刑事判决书】，具体参见表 2 “A 部分”案件第一件。

② 参见“刘来义故意伤害案”【(2012)林刑初重字第 7 号刑事判决书】，具体参见表 2 “A 部分”案件第二件。

续表

案号	异议内容	法官回应
5. (2011)岳中刑一初字第24号(湖南中院一审贩毒、持枪、掩饰犯罪所得案)	均对鉴定的毒品数量有异议。(毒品鉴定)	1. “经核实证据,不存在计算重复” 2. “依相关法律规定,居间介绍他人贩卖毒品应以相关毒品犯罪的共犯论处,其贩卖毒品的数量应根据实际参与的数量来认定,故其辩护理由不能成立。” 3. “指控贩卖毒品数量有误,经查与事实不符,不予采纳” “经查此辩护理由不能成立”。
6. (2011)杭余刑初字第877号(浙江基层法院盗窃罪)	“在没有实物情况下对铁屑、废铁所作价格鉴定不符合法律规定”。(价格鉴定)	“经查,本案失窃铁屑虽未追回,但被害单位仍有同类物品存在,三被告人供述及证人证言对于失窃铁屑的特征描述足可作为鉴定依据,辩护人仅凭无实物否定鉴定结论的合法性,其该辩护意见于法不符,本院不予采纳。”
7. (2011)海中法刑初字第80号(海南中院一审盗窃罪)	1. (被告人)被盗车辆价格鉴定太高; 2. (辩护人)第六、十宗犯罪事实所涉车辆鉴定价值是在没有发票下作出,结果不真实不科学。(价格鉴定)	未回应
8 (2011)松刑初字第1035号(上海基层法院盗窃罪)(当庭认罪)	应根据车辆交易发票金额确定盗窃数额为1万元,不应按照鉴定结论3万元认定。(价格鉴定)	“该发票上记载了购买价为1万元,但被害人陈述实际成交价为3万余元;由于车辆系流通领域的商品,且被害人也称实际成交价与发票价不符,故物价鉴定部门根据估价依据、程序所作的该车价值人民币31,712元的鉴定结论并无不当,故对辩护人所提车辆价值应按人民币1万元计算的意,不予采信。”
9 (2012)长刑初字第804号(上海基层法院盗窃罪)(当庭认罪)	摩托车鉴定价格有缺陷。(价格鉴定)	“价格鉴定部门依据被窃物品的有效凭证等作出的价格鉴定真实、有效,符合相关法律规定,本院予以采信。辩护人关于本案的价格鉴定存在缺陷的意见无相关依据,本院不予采纳。”
10. (2012)林刑初重字第7号(河南基层法院故意伤害案)	对被害人颅脑外伤所致精神障碍,导致伤残一级有异议。(伤残等级鉴定)	“关于被告人申请对被害人的伤残等级进行重新鉴定,因不能充分说明要求重新鉴定的合理理由,本院不予准许”
11. (2013)合刑初字第2号(甘肃基层法院盗窃罪)	鉴定结论对盗窃的化工原料价值作价过高;以此认定盗窃价值,明显有失公平。(价格鉴定)	“辩解辩护盗窃物品作价过高的理由无证据证实,不予采纳。” “以鉴定结论书认定盗窃价值,明显有失公平的意见与审理查明事实不符,不予采纳。” “辩护盗窃价值认定不当的意见无证据证实,不予采纳。”
12. (2012)二七刑初字第246号(河南基层法院非法持枪案)(当庭认罪)	对枪支、致伤力鉴定结论异议。(枪支鉴定)	“关于辩护人提出的辩护意见,经当庭查证属实,本院予以采纳。” “采纳新鉴定结论。”

续表

B 部分案件法官对当事人异议的回应		
案号	异议内容	法官回应
1. (2013)昌刑初字第310号(山东基层法院交通肇事案)	对被害人的致残程度提出异议。(伤残等级鉴定)	“虽对致残程度、误工时间、护理期限、用药关联性问题提出异议,但因其未在本院确定的合理期限内申请鉴定,本院不予支持。”
2. (2014)黔赫刑初字第238号(贵州基层法院故意伤害案)	贵阳医学院法医司法鉴定中心的鉴定意见和病历记录不一致,应将重新鉴定之前的赫章县公安司法鉴定中心的鉴定意见作为量刑的依据。(重新鉴定之前的鉴定结果为轻伤,更有利)(伤情鉴定)	“经赫章县公安局委托,贵阳医学院法医司法鉴定中心据以鉴定的依据包括……,该鉴定意见鉴定程序合法,鉴定依据包括被害人受伤后的住院病历及被害人的活体检验等,对鉴定意见中……伤情鉴定结论,有被害人被致伤后的病历记录予以佐证,本院予以采信。”
3. (2014)资刑初字第368号(湖南基层法院抢夺案)(当庭认罪)	取材不完整、鉴定前被告人服用了治疗精神方面的药物,鉴定结论应无效。(精神病鉴定)	“该鉴定中心具有法定的资质,鉴定的依据中已包含了辩护人当庭提交的病历证明中的内容,鉴定过程除了依据被告人的既往健康状况,还采用了对被告人精神状况检查方式和实验室检查方式来进行综合分析,最终得出鉴定结论,该鉴定意见合法有效,本院对该辩护意见不予采纳。”
4. (2015)吉刑初字第224号(江西基层法院盗窃、掩饰犯罪所得案)(当庭认罪)	对第二头牛鉴定时与被盗时相差三个月,鉴定金额偏高。(价格鉴定)	未回应
5. (2015)亭刑初字第00387号(江苏基层法院寻衅滋事案)(当庭认罪)	被害人护士伤情鉴定依据的病历资料是其工作单位作出,有利害关系+现有证据不能证明踢到腹部,不能作为证据使用。(伤情鉴定)	“现有证据足以认定被告人孙某脚踢到被害人的腹部位置,盐城市第三人民医院病史资料可以作为鉴定机构进行鉴定的依据,案涉鉴定意见符合法律规定,可以作为本案定案依据。”
6. (2015)从刑初字第49号(贵州基层法院滥伐林木案)	对三家林业鉴定机构作出的三份不同鉴定意见提出异议。(林木蓄积量鉴定)	“三份鉴定结论的不一致,足以说明鉴定的复杂性,以及鉴定结论本身具有出错的可能性,因该三份鉴定结论的鉴定人员在取样方以及个人专业知识差异等方面的因素,且都不是通过对现场遗留的每一树桩进行检尺的方式,而是通过对伐区进行标准地径检尺的方式得出的结论,这就必然导致了鉴定结论存在较大的误差,结合……,根据有利于被告人原则,从江县林业调查规划设计队的鉴定结论更符合客观事实,故采用第一次鉴定结论。”
7. (2016)浙0329刑初75号(浙江基层法院故意毁坏财物案)	玻璃价值鉴定方法、计算公式等存在相互矛盾的情形,有异议。(价格鉴定)	“本院认为鉴定人有必要出庭作证。经本院书面通知,鉴定人拒不出庭作证”,“鉴定意见不作为定案依据”,按照重新购买的且被告方无异议的玻璃价值确定。

续表

案号	异议内容	法官回应
8. (2016)黔0222刑初581号(贵州基层法院故意伤害、开设赌场案)(当庭认罪)	对被害人之一小肠所受损伤的伤情及产生原因存疑,据以认定所受损伤为重伤二级、九级伤残的法医学人体损伤程度鉴定书适用法律错误,不能作为定案依据。(伤情、伤残等级鉴定)	“被害人因刀刺伤急诊行剖腹探查,术中证实为膈肌破裂,小肠破裂……予以行膈肌修补、肠修补术、肠系膜修补及胸腔闭式引流术、腹腔引流术、肋间血管结扎、清创缝合术,故盘县公安司法鉴定中心依据其伤按照《人体损伤程度鉴定标准》依法作出伤情认定,符合法律规定,且对被害人的伤残等级等作出鉴定,符合法律规定,故对上述质证及辩护意见,不予采纳。”
9. (2016)豫1621刑初264号(河南基层法院非法吸收公众存款案)	吸收公众存款净额高于实际吸收数额。(存款净额鉴定)	“三被告人关于对其犯罪数额的辩解意见,因无相关证据予以证实,不予采纳”
10. (2017)湘1126刑初718号(湖南基层故意毁坏财物案)	有的财物(墓碑)没有全部失去价值,鉴定结果不应认定为30460元。(价格鉴定)	未回应
11. (2016)湘1226刑初142号(湖南基层法院国有事业单位人员滥用职权案)	鉴定缺乏国家经济损失的事实依据,不能作为证据使用。(国家经济损失鉴定)	“湖南明信司法鉴定中心鉴定依据是根据《中华人民共和国劳动法》……《最高人民法院、最高人民检察院关于办理渎职刑事案件适用法律若干问题的解释(一)》等相关法律法规文件,并根据检察院提供退休工资发放表、会计凭证……交易明细等资料,……得出客观公正的结论,故本院对上述二项经济损失的结论予以认定。”故被告人、辩护人辩解辩护,本院不予支持。

以上分析可知,法官对当事人有异议的23件案件给予回应的有19件,且回应分为如下三种类型:第一,根据案情予以明确的回应。基于辩方的争议点,结合案情或其他证据进行简短、明确的说理回应。A部分异议案件多为此类型回应方式。第二,从鉴定意见作出过程回应。法官一般从鉴定程序是否合法、鉴定机构与鉴定人资质、鉴定意见依据的法律法规、鉴定意见的公章印鉴等方面对采信鉴定意见进行说理,此类判决书一般会出现“符合相关法律规定”字样。B部分异议案件多为此类型回应方式。第三,简短回应。这类回应一般为“无证据证实”“与审理查明的事实不符”字样,进而对异议不予采纳。余下4件案件则为不回应,判决书直接采信鉴定意见而对当事人异议未见任何回应性文字,A、B部分各两件未回应型案件。

从法官对当事人异议的回应已经可以看出法官对鉴定意见的采信情况:法官未采纳被告方异议、将鉴定意见作为定案依据的案件有20件;异议成功得到法官支持的案件仅有3件。A部分法官对异议鉴定意见采信率为91.67%;B部分法官对异议鉴定意见采信率为81.82%;从整体来看,23件异议案件中法官对异议鉴定意见采信率为86.96%;600份随机抽样案例中,法官对鉴定意见的采信率达到99.67%。

4 改进方案

4.1 实证发现

通过对1997—2012年、2013—2018年两部分样本的分析，在实证研究获得的数据支撑下，得出如下结论：

4.1.1 异议率低

在庭审质证环节对鉴定意见产生异议，是后续申请鉴定人、专家辅助人出庭，申请补充鉴定或重新鉴定的前提条件之一。实证发现，刑诉法第二次修改前后，庭审中对鉴定意见有异议的案件数量都不多：A部分异议案件有12件，占比仅4%；B部分有11件，占比仅3.67%；综观600份样本，不足4%的异议率不可谓不低（见表1、表2）。作为后续一系列程序启动的必要条件之一，鉴定意见的异议率一定程度上也能反映出后续程序的启动率。

4.1.2 申请率低

分析与鉴定意见有关的各种申请率是以控辩双方对鉴定意见有异议为基础，故对各种申请率的分析，都建立在当事人对鉴定意见有异议的抽样案例中。实证发现，当事人向法院申请鉴定人、专家辅助人出庭，申请补充、重新鉴定的比例很低：在当事人对鉴定意见的异议率不足4%的前提下，23件异议案件中，鉴定人出庭申请率为4.34%（1件），专家辅助人出庭申请率为0，重新鉴定申请率为13.64%（3件）^①，补充鉴定申请率为0。

这表明，理论界关于鉴定人不出庭，或者法官滥用自由裁量权不准许鉴定人出庭的说法可能存在一定的误解，出庭率低很大程度上是控辩双方对鉴定意见无异议、申请出庭率低的原因。关于重新鉴定的比例，有的统计结果为300%，有的统计结果为100%以上，重新鉴定比例超过总鉴定数量50%以上似乎是为学界所接受的普遍认识[13]，但从实证结果来看，重新鉴定的申请率并没有理论研究所说的那么高，启动率甚至很低。至于专家辅助人、补充鉴定在庭审中适用率很低的首要原因，同样存在不是法官准不准许而是当事人申不申请的问题。

4.1.3 采信率高

“法官对当事人异议的回应”部分实证结果表明：法官对鉴定意见的采信率极高，这种高采信率不仅存在于当事人对鉴定意见没有异议的案件中，也表现在有异议的案件中，理论界关于“法官迷信鉴定意见”的说法一定程度上得到验证。

综合分析，A、B两部分鉴定意见的庭审运作都呈现出异议率低、申请率低、采信率高的特点，

^① B部分样本中有一件案例提及“重新鉴定”，但无法分析出是否向法院申请启动重新鉴定，此统计数据中该案例予以排除。

一定程度地印证了学者们近年来所进行的关于鉴定人出庭状况的实证研究结果^①。A、B两部分的实证数据趋向一致，除了案件地域分布更加广泛，以及随着社会发展而出现了新类型案件和新类型鉴定外，对鉴定意见有异议的案件量始终处于不足5%的比例。而《刑事诉讼法》第二次修订增加的“专家辅助人”制度，在B部分样本中，没有一件案件涉及申请专家辅助人出庭，可见第二次《刑事诉讼法》修订实施的效果并不理想（见图10）。这并不是说《刑事诉讼法》的修订实施没有效果，只是由于样本的偏差、选取的观察点、统计分析能力不足等主客观的原因，导致对《刑事诉讼法》修订实施效果从数据上难以全面反映。

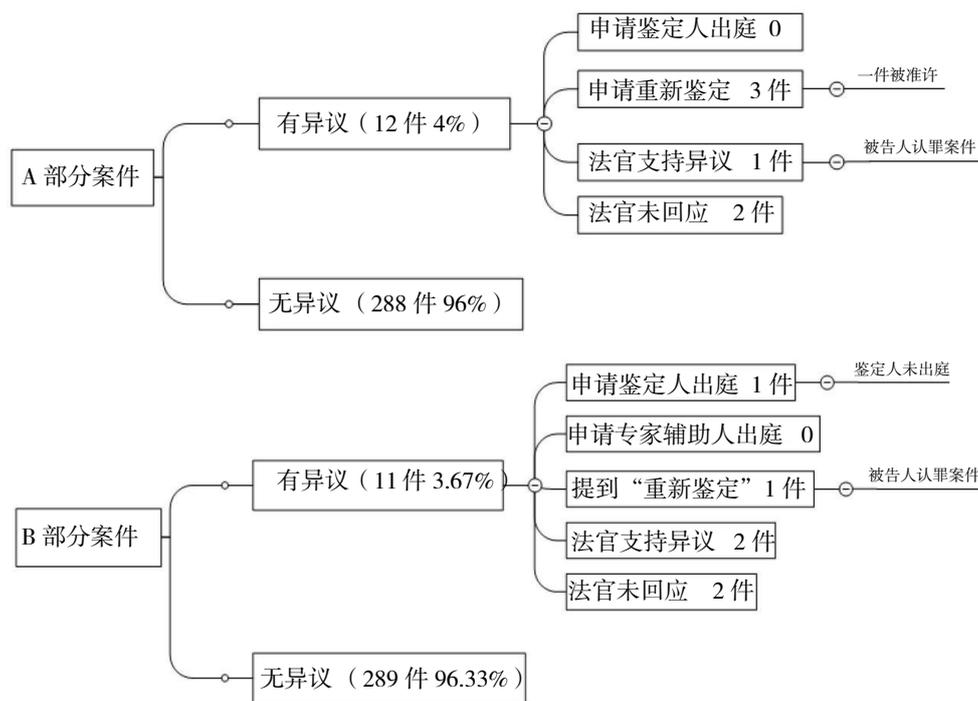


图10 《刑事诉讼法》修订实施前后数据对比

Figure 10 Data comparison before and after the implementation of the Criminal Procedure Law

4.2 原因分析

4.2.1 异议率低的原因

首先，侦控机关在庭前对鉴定意见质量已经进行了两次把关。根据2013年施行的《公安机

^① 比如胡铭、陈邦达、俞世裕等学者不同程度地指出，在新《刑事诉讼法》实施之后，鉴定人出庭比例并没有明显提高；鉴定人出庭普遍存在“独角戏”的不足；鉴定人出庭状况略有改善，但仍不够理想等实证观点。参见胡铭：“鉴定人出庭与专家辅助人角色定位之实证研究”，《法学研究》，2014年第4期，第195页；陈邦达：“鉴定人出庭作证制度实证研究”，《法律科学》，2016年第6期，第172页；俞世裕：“鉴定人出庭作证制度实施现状及完善——以浙江省为视角”，《中国司法鉴定》，2014年第5期，第8页。

关办理刑事案件程序规定》第244条^①，侦查机关对鉴定意见证据首先进行自我审查。同样根据1997年施行的《人民检察院刑事诉讼规则（试行）》第368条第2款的规定^②，公诉机关在审查起诉阶段对侦查机关获取的鉴定意见证据需进行二次监督审查。可见，侦控机关在审前可以指派具有专门知识的人对鉴定意见进行两次审查，这必然会一定程度地减少庭审阶段对鉴定意见的异议。其次，当事人在侦查阶段不一定知晓提出异议的权利，在庭审阶段也不一定有提出异议的能力。《刑事诉讼法》第148条规定了犯罪嫌疑人、被害人作为控方证据的鉴定意见有提出异议的权利，进而有申请补充鉴定、重新鉴定的权利；同样，前述《公安机关办理刑事案件程序规定》第244条也规定了当事人在侦查阶段对鉴定意见提出异议的权利。法律虽赋予了当事人特别是被告人提出异议的权利，但是人身自由被限制、受经济因素制约且完全不懂鉴定以及相关法律规定的当事人，缺乏律师、专业人士的帮助，能提出什么异议呢？而在律师广泛参与的庭审阶段，一方面由于侦控机关对鉴定意见审查的加强，使得辩方提不出实质性异议；另一方面，我国律师水平参差不齐，很多普通刑事案件律师的辩护含有表演成分，对涉及专业科学知识的鉴定意见，律师往往不会轻易选择提出异议。

4.2.2 申请率低的原因

申请率低与异议率低的部分原因是共通的，首先同样是由于当事人并不一定知晓自己的申请权利。实证发现23件有异议的案件中，当事人提出鉴定人出庭和重新鉴定申请的案件只有4件^③，其余18件案件当事人并未提出任何申请，不排除当事人未被告知或不懂各种申请权的可能性。其次，辩方质证能力弱，对经过侦控机关两次审查的鉴定意见提不出合理的申请理由。在明确提出申请的4件抽样案件中，就有1件案件是由于被告方不能充分说明申请的合理理由，导致不被准许启动重新鉴定^④；另一方面，由于同样存在律师表演性辩护的因素，并不能过多期望这部分不懂鉴定的律师提出合理的申请理由。最后，程序启动的费用问题。现目前仅有山东省2018年11月14日最新施行的《关于侦查人员、鉴定人、有专门知识的人出庭的规定（试行）》（以下简称《规定》）第18条明确规定了侦查人员、公职鉴定人出庭产生的合理费用，由其所属单位依照差旅费有关规定执行，除此之外法律对刑事鉴定人出庭所产生的交通费、住宿费、生活费等费用负担问题并没有作出明确的规定。刑事案件专家辅助人出庭的风险高、同行压力大、

① 《公安机关办理刑事案件程序规定》第244条规定：“犯罪嫌疑人、被害人作为控方证据的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。”

② 《人民检察院刑事诉讼规则（试行）》第368条第2款规定：“公诉部门对审查起诉案件中涉及专门技术问题的证据材料需要进行审查的，可以送交检察技术人员或者其他有专门知识的人审查，审查后应当出具审查意见。”

③ 有一案件辩护人虽明确提出“应当重新鉴定”，但是根据判决书无法看出当事人方是否明确提出重新鉴定申请，故未将此案件计入统计。参见“孙某寻衅滋事案”【(2015)亭刑初字第00387号刑事判决书】。

④ 参见“刘来义故意伤害案”【(2012)林刑初重字第7号刑事判决书】，具体见表3第2件案件。

权利保障制度不完善等问题下,专家辅助人制度同样存在费用高昂问题。根据上述山东省《规定》第19条,关于专家辅助人费用问题,若是法院依职权聘请的专家,则由法院根据专家的资质给予每人每日12 000元/8 000元/4 000元的报酬^①;第20条规定,当事人聘请的“有专门知识的人的出庭费用由委托人支付”,仍由市场经济调节,在高昂的诉讼成本下,对于受制于经济因素的大多数刑事被告人而言,申请专家辅助人出庭还不如申请鉴定人出庭或者申请启动重新鉴定、补充鉴定,甚至是选择金钱成本更低的上访、申诉等救济方式,综合效果不一定比专家辅助人制度差,实证结果也表明,在申请率都低的情况下,相较而言,鉴定人出庭申请率为4.34%、重新鉴定申请率为13.64%、而专家辅助人出庭申请率为0。

4.2.3 采信率高的原因

异议率低、申请率低与采信率高的原因之间是相互影响的。首先在异议率、申请率都低的前提下,法官直接采信无争议的鉴定意见是采信率高的首要原因。其次,公安机关、检察机关负有打击犯罪的政治职能,公检法三机关之间分工负责、互相配合、互相制约,这样的刑事制度结构决定了法官更倾向于采信经过侦控机关两次审查的鉴定意见,除非辩方能提出实质性的质证理由说服法官,否则庭审中的鉴定意见不会被轻易舍弃,而实践表明,这样的质证是极困难极少见的(可参见表1、表2“当事人对鉴定意见异议情况的记录”)。最后,高采信率也与由法官决定鉴定人专家辅助人出庭、重新鉴定等程序的启动有关。由法官掌控程序的启动权虽然防止了控辩双方滥用相关权利,但是也存在法官滥用自由裁量权的风险,不能否认由法官掌控程序的启动权限制了一部分当事人对鉴定意见提出异议以及申请启动相关程序的积极性,间接影响了鉴定意见的采信率相应地增高。

4.3 改进方案

不管刑事司法鉴定制度在庭审中的运作效果如何,都必须进一步加强刑事司法鉴定中鉴定人、鉴定标准、鉴定质量控制、鉴定监督等实体方面的监管,保证鉴定意见的质量。本文的侧重点是从程序方面对刑事司法鉴定制度的庭审运作进行诉讼规制,主要目的是解决当事人对鉴定意见有异议案件的鉴定制度的运作问题,故结合实证结果所提出的改进方案侧重点也在“庭审”中“当事人有异议的案件”。

对于当事人对鉴定意见无异议的普通刑事案件,一方面应将此类案件诉讼程序简单化,简化质证环节,提高诉讼效率;另一方面,在判决书中应加强认证说理,一部分当事人在庭审中

^① 该《规定》第20条规定:(一)院士、全国知名专家的交通费、住宿费、伙食补助费参照部级标准,报酬按照12 000元/人·日;(二)具有正高级技术职称的,或在本省范围内一定专业领域具有影响的专家、学者的交通费、住宿费、伙食补助费参照司局级标准,报酬按照8 000元/人·日;(三)具有副高级及以下技术职称的,或在本市范围内一定专业领域具有影响的专家、学者的交通费、住宿费、伙食补助费参照其他人员标准,报酬按照4 000元/人·日。

对鉴定意见暂时无异议,但在上诉等过程中则可能会提出争议。加强对无异议鉴定意见的采信说理,既有利于防止当事人滥用司法救济资源,同时也有利于对法官的认证过程进行必要的监督。

对于当事人对鉴定意见有异议案件的鉴定制度运作问题,将从庭审前和庭审中两个方面提出改进方案:

庭审前:争议的庭前解决

侦查机关仍然需要进一步加强对鉴定意见的庭前把关。侦查机关进一步加强内容、程序等各方面的审查,依法告知当事人各项诉讼权利,争取将当事人对鉴定意见的争议解决在庭前,这也是对社会鉴定机构出具的鉴定意见的进一步监督。同样,公诉机关进一步加强对鉴定意见证据的二次把关,将一部分错案、冤案的发生封锁在源头。司法实践也表明,侦查机关对鉴定意见的庭前把关,最大限度的减少了庭审中的涉鉴争议,同时也缓解了法官的办案压力。另一方面,涉鉴案件往往都涉及鉴定时效问题,比如伤情鉴定、死因鉴定等类型的案件,证据固定的时间越往后延鉴定可能越困难越容易产生误差,越早对鉴定意见提出异议越有利于案件事实的发现。将对鉴定意见的争议最大程度的解决在庭前,与以庭审为中心的诉讼制度改革并不相违背,司法实践中并不是所有刑事案件都需以庭审为中心来解决,正如美国过滤掉90%以上刑事案件的辩诉交易制度,其迅速、经济、终结性等优势使它在司法实践中蓬勃发展。提高诉讼效率、节约司法资源,促使庭审实质化改革进一步深入,仍然需要侦查机关进一步加强对鉴定意见的自我审查和外部监督审查。

庭审中:

(1) 专家辅助人制度的变通

刑事案件鉴定启动权基本由侦查机关、人民法院掌控,强化质证权对辩方有着举足轻重的作用,可以对专家辅助人制度进行变通:允许辩方的专家介入庭前阶段。司法实践中有一部分案件在进入审判程序之前诉讼就已经终结,此部分案件当事人获得专家辅助质证的权利得不到保障。而庭审阶段聘请的专家由于缺乏对鉴定材料和鉴定过程的充分了解,往往达不到理想的质证效果。可以允许辩方聘请专家从侦查阶段就介入案件的调查与审理,实现律师、专家的全覆盖;也可以基于诉讼成本等因素的考量,允许专家间接介入庭前或庭审阶段,由律师根据案件材料咨询鉴定机构,由鉴定机构向法庭出具专家意见书,这可以使专家避开出庭的部分风险和压力,大胆地发表专业质证意见且费用更低。

(2) 法官职权的适当行使

基于目前我国辩护人水平参差不齐、专家辅助人制度供给动力不足、法官不懂科学证据的实际情况,宜适当降低对鉴定意见的异议审查门槛、鼓励法官适当积极行使职权。一方面,法官庭审前可以通过庭前会议等形式,整理涉鉴争议焦点,鼓励当事人积极提出合理理由,申请

鉴定人、专家辅助人出庭辅助质证，同时对于辩方的合理异议，即便提不出证据或者专业意见予以支撑，法官也不能只寻求审判效率一味予以否定，更应依职权主动审查这类对被告人不利的“铁证”。另一方面，只要法官对鉴定意见存在合理疑义，就可以通过咨询法院技术部门或者外部专家，主动对鉴定意见进行审查，一旦发现问题，法官既可以依职权要求鉴定人出庭，或者启动补充鉴定、重新鉴定程序，或者聘请专家审查鉴定意见，也可以告知控辩双方申请鉴定人、专家辅助人出庭以及申请补充鉴定、重新鉴定等权利。无论是庭审前、庭审中还是庭审后都应该强化法官适当的主动行使职权，通过内部技术部门或者外聘专家进行技术审核、技术咨询，给法官提供专业的审查建议。同时，关于由法官掌控各项申请的必要性审查问题，法官也可以根据个案情况，主动通过技术审核、技术咨询来把握。在对鉴定意见的异议率很低的前提下，法官对作为关键证据的鉴定意见适当的依职权主动进行审查，或者对争议焦点事实依职权主动进行鉴定，必然有利于定纷止争^①。

（3）科学证据的专业审查

实证表明，司法实践中存在法官不回应而直接采信有争议鉴定意见的情况，这需要加强法官对科学证据的专业审查：

①聘请法庭的专家

2006年最高院发布了《最高人民法院关于地方各级人民法院设立司法技术辅助工作机构的通知》，2007年9月《最高人民法院技术咨询、技术审核工作管理规定》施行，明确了设立司法技术辅助工作机构以及“技术咨询”“技术审核”的概念^②，其实质就是在审判工作中明确引入内设型专家参与对技术性证据材料的审查。但此类咨询意见、审核意见书不接受控辩双方的质证，只供法官、合议庭或审判委员会参考，不作为定案的依据，由于无法接受外部监督，该类专家难免难以取得公众的制度信任。要解决该制度困境，要么进一步完善内设型专家制度，将专家审核过程置于公众视野接受监督，要么由法庭外聘专家参与庭审认证。法庭外聘的专家只协助法官审查认定科学证据所涉案件事实问题，不干预法官对科学证据的采信问题，同时接受控辩双方的监督，外聘专家的费用由法院办案经费负担，保证必要的涉鉴案件都有专家辅助认证。山东省2018年11月14日最新施行的《关于侦查人员、鉴定人、有专门知识的人出庭的规定（试行）》中，就明确了法院根据查明案件事实、调查核实证据的需要，可以依职权通

^① 样本中有一件故意伤害共同犯罪案例，被告人上诉称其虽然参与了打斗，但是其钢管并没有打到被害人，二审庭审中增加了对被告人作案工具血液的DNA鉴定，才使得存在侥幸心理的被告人真正服从判决。参见“廖乐等故意伤害案”【(2011)柳市刑一终字第65号刑事判决书】。

^② “技术咨询”是指司法技术人员运用专门知识或技能对法官提出的专业性问题进行解释或者答复的活动。“技术审核”是指司法辅助工作部门应审判、执行部门的要求，对送审案件中的鉴定文书、检验报告、勘验检查笔录、医疗资料、会计资料等技术性证据材料进行审查，提出审核意见的活动。

知侦查人员、鉴定人、有专门知识的人出庭，并且明确了由法院根据专家的资质给予每人每日12 000元/8 000元/4 000元的报酬。

②选任专家陪审员

专家陪审员较之于法庭外聘的专家，不同之处在于其不仅要辅助法官认证解决案件事实问题，还要对鉴定意见的争议或者当事人的申请做出评判，随机抽取专家陪审员参与专业案件的审判，基于专家陪审员同时具有“专家”与“法官”的双重身份，既能胜任内设型专家的技术咨询和技术审核职能，同时避免了社会给予不公开行使的公权力的负面评价，还能抑制控辩双方滥用申请权，很好的避免专家混战打乱庭审节奏局面的出现。自2010年1月施行的《关于人民陪审员参加审判活动若干问题的规定》，明确了需要专业知识的特殊案件中，法院可以在陪审员库内随机抽取具有专业知识的人作为陪审员参与审判；2015年在10个省份试行的《人民陪审员制度改革试点工作实施办法》，第9条也明确提出建立专业人民陪审员信息库^①。这些立法都是基于国情的良好改革开端，当然，基于人民陪审员制度的长期实践来看，如若没有专家陪审员制度细则对专家的信息库建设、选任、责任追究、监督等一系列操作进行规制，可能也逃不过专家陪而不审、审而不议的形式化局面出现，激发专家陪审员制度的潜力，亟待制定关于专家陪审员制度的操作细则以及在全国范围内进行有区别的试点、推广。在专家陪审员制度无法全国性供给的现状下，必要案件法庭外聘专家不免能一定程度缓解该困境。

5 结论

本文从数据的收集整理到文章的写作，许多不足之处还须说明：首先，自1999—2012年间从北上广三地法院陆续发展到全国几百家法院通过互联网公开裁判文书，再到2013年最高院大力推动审判公开，要求裁判文书上网力度空前，这是个缓慢实践的过程，数据库保存的样本不够全面，进而导致样本存在一定的偏差。其次，裁判文书只是法院审理过程和裁判结果的静止书面载体，隐藏了与鉴定意见相关的很多动态信息，加之涉及隐私、政治因素等的案件法院选择性不公开，某些具有代表性的样本无法涵盖在被抽样的范围之内。

实证结果表明，绝大多数案件当事人对鉴定意见都是无争议的，而有争议的涉鉴案件中，控辩双方对经过多重制度规制的鉴定意见的低异议率、专家辅助人制度的缺位供给，加之不懂鉴定、不敢担责的裁判者等多重原因共同导致了庭审中对鉴定人、专家辅助人出庭等的低需求，以及对鉴定意见的高采信率等现象。部分学者忽略了控辩双方对鉴定意见的低异议率、低申请

^① 《人民陪审员制度改革试点工作实施办法》，第9条规定“人民法院可以根据人民陪审员专业背景情况，结合本院审理案件的主要类型，建立专业人民陪审员信息库”。

率等原因,一味指责鉴定人不出庭、法官以鉴代审“迷信”鉴定意见等观点,则应进行理论反思。《刑事诉讼法》第二次修订实施后,刑事司法鉴定制度的形式化庭审运作状况也并未得到实质性改善。进一步完善刑事司法鉴定制度在庭审中的运作,可以从以下几方面进行:当事人对鉴定意见无争议的案件,可以简化诉讼程序,加强法官的采信说理。当事人对鉴定意见有争议的案件:首先,侦控机关仍需加强对鉴定意见的审查,将涉鉴争议最大化地解决在庭前;其次,细化或者变通专家辅助人制度,满足辩方在侦控、庭审阶段对专家的不同需求,提高辩方质证能力;最后,从裁判者层面,法官应根据个案适当的主动行使职权对实质性的涉鉴争议进行证据调查,同时从法官执业能力、技术性证据材料的审查制度等方面提高对科学证据的专业审查,使法官能有效地甄别实质性争议,把握好对涉鉴争议、涉鉴申请的必要性审查。

参考文献

- [1] 苏力. 制度是如何形成的 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2007: 150.
- [2] 张斌. 《刑法修正案征求意见稿》应明确定位刑事鉴定是强制侦查措施 [J]. 山东警察学院学报, 2012 (2): 12-14.
- [3] 胡铭. 鉴定人出庭与专家辅助人角色定位之实证研究 [J]. 法学研究, 2014 (4): 200, 195, 191.
- [4] 陈卫东, 赵恒. 刑事证据制度重点问题实施状况调研报告 [J]. 证据科学, 2014 (6): 655.
- [5] 余净, 王庆刚. 鉴定人出庭制度的实务研究—以庭审实质化为视角的分析 [J]. 法律适用, 2017 (21): 88-89.
- [6] 叶青. 构建刑事诉讼证人、鉴定人出庭作证保障机制的思考 [J]. 中国司法鉴定, 2015 (2): 5.
- [7] 陈邦达. 美国科学证据采信规则的嬗变及启示 [J]. 比较法研究, 2014 (3): 23, 15-17.
- [8] 郭华. 刑事鉴定制度修改的背景、争议及解读 [J]. 证据科学, 2012 (2): 184.
- [9] 冯俊伟. 荷兰刑事鉴定制度介评 [J]. 中国司法鉴定, 2012 (5): 162-167.
- [10] 胡铭. 鉴定人出庭与专家辅助人角色定位之实证研究” [J]. 法学研究, 2014 (4): 195.
- [11] 四川省司法厅课题组. 建立完善司法鉴定管理与使用衔接机制的问题及对策研究 [J]. 中国司法, 2018 (3): 23.

- [12] 邹明理. 重新鉴定增多原因与对策研究 [J]. 证据科学, 2012 (1): 7-8.
- [13] 邹明理. 余热集——邹明理学术论文选编 (2005—2015) [M]. 北京: 群众出版社, 2015: 184-185.
- [14] 陈邦达. 鉴定人出庭作证制度实证研究 [J]. 法律科学, 2016 (6): 172.
- [15] 俞世裕. 鉴定人出庭作证制度实施现状及完善——以浙江省为视角 [J]. 中国司法鉴定, 2014 (5): 8.