

# 刑事诉讼中的司法鉴定启动权初探

## ——从权利配置重构角度思考

景居峰

青岛大学, 山东 青岛

收稿日期: 2022年8月23日; 录用日期: 2022年9月19日; 发布日期: 2022年9月26日

### 摘要

在刑事诉讼之中, 一套平等公正高效监督的启动权制度是保障鉴定意见客观合理合法和公开公正的必要条件, 进而保证刑事诉讼的两大目标惩治犯罪和保障人权能够实现。由谁启动鉴定是整个刑事司法鉴定制度的核心, 它不仅体现出保障人权的内在要求, 它也是由国家的刑事司法制度和诉讼构造所决定的。司法鉴定的启动由办案机关独自决定, 或者允许当事人自行决定, 或者兼而有之, 在不同法系国家的司法制度中有不一样的上层设计。不同国家的鉴定启动制度均受制于本国的诉讼制度和证据制度, 而且诉讼制度起决定性作用。大陆法系国家实行职权主义的诉讼构造, 鉴定启动权属于职能部门的权力, 这意味着办案机关在办理案件时, 在满足鉴定条件时可以利用内设的鉴定机构进行鉴定, 享有启动鉴定的自主权。英美法系国家实行当事人主义的诉讼构造, 诉讼程序主要由当事人推动。启动鉴定作为当事人的诉讼权利, 由当事人自由行使, 鉴定人被纳入了证人的范畴, 属于专家证人。司法鉴定的启动权制度主要涉及司法鉴定的申请权、决定权、选择权、救济权等内容。根据我国刑事诉讼法的规定, 我国三大部门均享有自主启动鉴定的权力, 当事人在侦查、起诉阶段、审判阶段, 仅仅享有不服鉴定结论而申请补充鉴定和重新鉴定的权利, 不享有鉴定的申请权。

### 关键词

刑事诉讼司法鉴定, 启动权, 权利配置

# A Preliminary Study on the Starting Right of Judicial Appraisal in Criminal Proceedings

## —Thinking from the Angle of Right Allocation and Reconstruction

Jufeng Jing

Qingdao University, Qingdao Shandong

Received: Aug. 23<sup>rd</sup>, 2022; accepted: Sep. 19<sup>th</sup>, 2022; published: Sep. 26<sup>th</sup>, 2022

## Abstract

In criminal proceedings, a set of equal, fair and efficient supervision of the starting right system is the necessary condition to ensure the objective, reasonable and legal appraisal opinions and open and fair, so as to ensure that the two major objectives of criminal proceedings to punish crimes and protect human rights can be realized. Who initiates the appraisal is the core of the whole criminal judicial appraisal system. It not only reflects the inherent requirement of protecting human rights, but also is determined by the criminal judicial system and the structure of litigation. The initiation of judicial appraisal is decided by the case handling organ alone, or the parties are allowed to make their own decisions, or both. In the judicial systems of countries with different legal systems, there are different upper levels of design. The appraisal initiation system of different countries is subject to their own litigation system and evidence system, and the litigation system plays a decisive role. The civil law system countries practice the litigation structure of authority doctrine, and the right to initiate appraisal belongs to the power of functional departments, which means that the case handling organs can make use of the internal appraisal institutions when the appraisal conditions are met, and enjoy the autonomy to initiate appraisal. The common law system countries carry out the litigant doctrine litigation structure, whose litigation procedure is mainly promoted by litigants. As the litigant's litigation right, the litigant can exercise it freely, and the expert witness is included in the category of witness and belongs to expert witness. The system of starting right of judicial appraisal mainly involves the application right, decision right, option and remedy right of judicial appraisal. According to the regulations of criminal procedure law in China, China's three major departments all enjoy independent power to start identification. In the investigation, prosecution stage and trial stage, the parties only accept the identification conclusion and apply for the right of supplementary identification and re-authentication, and do not enjoy the right of identification application.

## Keywords

Judicial Appraisal in Criminal Proceedings, Right of Initiation, Right Allocation

Copyright © 2022 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 刑事司法鉴定启动权内容

刑事司法鉴定的启动是整个刑事鉴定的起点，是确定刑事司法鉴定是否启动、什么时候启动、由何人启动的权利，是鉴定活动的重要组成部分。未启动应当进行司法鉴定或是错误启动、超越职权启动都可能会对刑事案件造成不可挽回的破坏。所谓刑事司法鉴定启动权就是指在刑事诉讼中谁可以决定司法鉴定的启动。根据启动权的内容可以将其分类并进行权力配置，根据启动主体和启动的鉴定类型又可以将启动权进行分类[1]。

在大陆法系国家，一般采用“三分法”，将鉴定启动权分为启动申请权、启动决定权和鉴定机构委托权。在英美法系国家则采用“二分法”将启动的申请和决定权分给控辩双方，由两方自由协商决定是否启动，审判机关则处于居中裁判地位。我国的刑事司法鉴定体系主要沿用的是大陆法系的“三分法”，将启动权一分为三分别由当事人和专门机关行使[2]。

### （一）刑事司法鉴定启动申请权

启动申请权是指申请人向有权决定启动鉴定的机关提出启动鉴定的权利。申请鉴定启动的权利在实践中是依附于其他权利而存在的[3]。当事人只享有申请的权利而并没有决定是否启动的权利，且根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百四十八条规定：侦查机关应当将用作证据的鉴定意见告知犯罪嫌疑人、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。当事人只享有对补充鉴定和重新鉴定的申请权，并不享有初次鉴定的启动申请权，当鉴定申请被专门机关驳回时，现行法律体系并没有给予当事人完整的救济手段，也没有赋予当事人完整的启动申请权，在补充鉴定和重新鉴定的申请过程中，也仅仅规定了当事人享有疑义和提出意见的权利，

### （二）刑事司法启动决定权

启动决定权是指在诉讼活动中相关机关决定鉴定是否启动的权利。根据司法鉴定的性质可以看出，鉴定是一种证据行为，对于案件事实的查明有一锤定音的效果，决定机关对于启动鉴定申请的审查客观上对案件的处理进行了实质性的裁决。侦查机关进行司法鉴定时决定是否启动鉴定的为侦查机关的负责人批准，并制作鉴定聘请书。在实践司法中，启动决定权包含对案件事实的初步认定、审查范围以及申请批复等内容，基于其内容的复杂性，决定权并不是简单地审查行为，还具有侦查属性和合规属性。从证据收集角度讲，整个鉴定活动属于侦查机关查清案件事实，搜集证据的行为；从侦查机关内部组织规定来讲，机关负责人做出决定的行为必须是合法合规的。在现行制度中没有规定当事人在启动决定做出之后到鉴定意见得出之前的救济权利。鉴定的启动是否合理合法，是否与案件存在关联，侦查机关提供的条件、原始材料以及情况介绍是否正确，这些可能出现的问题的情况应该受到立法者关注。

在刑事诉讼不同阶段中，启动决定权归属于不同的专门机关。为了查明案件事实，对于专门性问题，侦查机关、检察机关和审判机关均有权独立启动鉴定，对案件中存在争议或者未查清的问题进行鉴定。不同阶段三个机关独立行使启动决定权导致现实中可能出现，多头鉴定、多次鉴定的情况，这样既不利于案件审理的公平公正也会浪费鉴定资源、影响审理效率。同时，因为鉴定体制改革时鉴定机构和鉴定人名单制度在立法时尚未完全厘清，专门机关在选取鉴定机构时存在分歧。

### （三）鉴定机构委托权

在做出启动鉴定的决定之后，面临的首要问题是寻找适宜的鉴定机构和鉴定人对待鉴定事项进行鉴定。由于鉴定人之间存在认知差异和水平差别，再加上在同一领域的鉴定人可能会存在理论分歧，选取不同鉴定人会得出或多或少不同的意见。在刑事诉讼中，机构委任权主要由享有决定启动权的专门机构行使，当事人不参与委任的过程，也没有规定相应的救济权利，只有当鉴定意见出现法律规定的几种情况时可以补充鉴定、重新鉴定或者不作为定案依据。从鉴定机构的选任到鉴定人的选任，当事人完全没有话语权这显然不符合刑事诉讼法保护人权的精神。

根据英美法系选任鉴定人的规定，由当事双方和代理律师根据鉴定人花名册进行协商选任在一定程度上有可取之处。这种模式可以提高双方对鉴定意见的认可度，同时也能保障当事人参与到选任过程中，保障了当事人的诉讼权利同时双方也可以对选任过程进行有效监督，保证了选取的鉴定人处于相对中立地位[4]。在我国刑事司法鉴定中，完全由当事双方协商选任鉴定双方这种模式不能很好地适用，在笔者看来，更好的做法应当是对启动决定权和机构选取权进行职权分离，并进一步加强对当事人在启动鉴定过程中的权利救济。

## 2. 刑事司法鉴定启动权性质

关于刑事司法鉴定启动权的性质在学界也是众说纷纭，但众学说一致认定的是其性质由司法鉴定的性质决定。

### （一）举证行为

英美法系中，鉴定人与证人之间的区分界限十分模糊，鉴定人属于广义的证人范围之内，也被称之为“专家证人”，因此主流观点认为司法鉴定行为是一种证据方法行为，在案件审理中是否应当采纳与其他证据相同，应当由法官的自由现在判断，但其证明力应当强于普通的书证。当司法鉴定被认定为证据活动时，刑事司法鉴定根据启动主体不同可以分为专门机关行使司法权的行为或是当事人行使举证权利的行为[5]。

### （二）司法辅助活动

大陆法系则认为，鉴定人应当归类与司法辅助人员，是法官认清案件中的专门性问题的助手，因此鉴定活动应当被看作是一种司法活动。当司法鉴定被认为是司法辅助活动时，刑事司法鉴定即是一种机关行使司法权亦或是当事人利用司法救济的行为。

### （三）双重性质

还有人认为司法鉴定同时包含上述两种性质，鉴定人同时需要满足法官对专门性问题的认识需要也要满足案件参与各方举证需要，此时刑事司法鉴定具有多重性质，根据启动主体的不同可以归类于调查取证权和当事人救济权。

## 3. 启动权配置和程序设置的理论研究

当前阶段刑事司法鉴定多头启动是由多重因素共同导致的，首先是由于刑事诉讼分阶段进行，不同阶段主导机关不同，公检法之间存在分工合作、互相配合、互相制约关系，因而必须同时赋予三方鉴定启动权；其次，根据刑事诉讼法之规定，各机关均负有惩治犯罪、保障人权的任务，在诉讼过程中，各方的工作重点不同因而必须在职责范围内对查明专门性问题的实际情况，如侦查机关负有查明犯罪事实真相的职责，因而必须具备鉴定启动权利；检察机关在审查起诉阶段因所负职责，而启动鉴定是其实质审查并积极承担举证责任的表现。

理论界对于刑事诉讼中司法鉴定启动权配置的重构给出了许多不同的设计方案，这些方案从不同的角度和初始起点对启动权进行解构，使其更加符合我国的司法现状并能够平衡控辩双方地位，保护当事人权利和尊严，在维护司法公正的前提下减少鉴定资源浪费并提高诉讼效率。

### （一）控辩平等对抗与质证角度

卞建林教授主张，“可以取消公安机关对于刑事司法鉴定的启动权，法官享有启动鉴定的决定权，同时将刑事司法鉴定启动的申请权平等地赋予控方和辩方”这种配置方式主要是站在控辩双方平等对抗和质证实质化角度提出的。

公安机关在办理案件时一般选任其内设的鉴定机构，此时再赋予其完整的启动权则不符合司法公平公开公正的精神，因此应当将其启动权能进行分离，侦查机关不在享有启动鉴定的决定权和鉴定机构的选任权利，只赋予侦查机关申请启动的权利以此来避免差生“自侦自鉴”现象，将决定权和选任权划给检察机关或审判机关，达到相互制约的目的。同时应当对侦查机关的申请权提供完整的救济制度。还有部分学者认为应当取消侦查机关的全权启动权，使侦查活动中的鉴定保持中立地位，保障了控辩双方的平等法律地位。

法官享有启动鉴定的决定权即审判机关对鉴定启动享有实质审查的权利，规定法官必须对双方负有说明情况的义务，同时赋予申请方上诉的权利，以此来约束法官的启动权。这种将启动的决定权和选任权完全归于审判机关的配置方式有利于法院对诉讼过程的审查同时也符合我国当前以审判为中心的诉讼制度改革，同时可以减少多头鉴定和多次鉴定现象的出现，加强了当事人对鉴定意见的公信力。

将启动申请权平等赋予专门机关和当事人可以使各方举证获得相应的法律保障。专门机关在刑事诉

讼中占据天然优势地位因此必须在如鉴定和技术侦查等证据行为中予以规制。而刑事诉讼法规定辩护律师具有调查取证的权利，而鉴定活动具有证据行为的性质，因此从法理上应当赋予辩护一方完整的鉴定启动的权利。在司法实践中，鉴定意见的证明力往往强于其他证据，在不同的诉讼阶段都会起到决定性作用，例如：侦查阶段案件是否能够立案或者是否移送起诉有时会与受害人的伤情或财产损失状况有关，公安机关对伤情或财产价值的判断很大程度与其内部机构出具的鉴定意见挂钩，因此鉴定意见与受害人存在密切的利害关系，因此在实践中应当赋予辩护一方完整的鉴定启动权利。

当前法律规定中对当事人的申请启动权利局限于补充鉴定和重新鉴定，这意味当事人申请鉴定时必然已经存在初次鉴定的意见，在对于鉴定意见作为证据时立法者没有提供给当事人必要的救济权利。如公安机关、检查机关在根据鉴定意见做出不予立案、不予起诉的决定后，当事人复议、复核或是自诉的方式不能得到司法的保障，因为无法对鉴定意见本身提出审查要求则无法推翻专门机关的决定。又如在湖南黄静案中，侦查机关分别选任不同的鉴定机关对黄静的死因进行了五次鉴定，鉴定意见相互之间存在矛盾无法作为证据质证，这种情况严重影响了司法机关的公信力，不利于案件的审理。因此与其在侦查阶段限制当事人的启动申请权，不如赋予其申请鉴定和申请后的救济权利。

## （二）当事人权利角度

有学者提出启动权配置应当首先考虑保障当事人权利。当控方享有优于辩方的启动权利时，必然应当从立法层面考虑设置部门之间的相互制约机制来防止权力滥用。同时现行法并没有赋予当事人完整的申请权，因此应当在制度中设计救济权利如对决定权的知情和异议以及申诉控告权利。针对控方启动权优于辩方的现状，启动权的配置时应当采取分权对抗的方式立法，同时要考虑到我国刑事诉讼分阶段进行的特点。首先，将侦查阶段的启动权降低为申请权，赋予当事人主动的申请鉴定权，维持职能部门与当事人的权利平衡。其次，在鉴定申请被拒绝后，有权向决定机关提出复议或上诉，防止负责人的专断。最后，决定权和选任权允许当事人的适度参与，可以增加当事人的知情权利或是事后监督制度<sup>[6]</sup>。

现阶段并不适宜将鉴定启动的决定权和选任权完全赋予当事人，这可能会导致当事人滥用权利肆意启动鉴定的情况发生，且根据当事人自身条件的不同，在实际案件中，受委托方的报酬由当事人承担时，鉴定人的利益与当事人的诉讼利益保持一致，不能保证鉴定人的中立性。其次，社会第三方鉴定机构以营利为目的，即使从专门机关设立的鉴定机构名录和鉴定人花名册中选任也不能保证公正性。再次，鉴定意见的出具往往需要很长时间，这会对诉讼活动造成不利影响，也有可能被当事人恶意利用成为拖延时间的借口。最后，一些专业性很强的鉴定费用较高，当事人经济实力不一定能够负担，可能实际上会导致司法不平等。

## （三）一点想法

通过对比可以得出结论，对鉴定启动的权利配置大体上可以分为两种学说。激进派认为现行体制需要进行完全的改革，将启动权重新配置以满足司法体系的需要，温和派则认为需要首先从保证当事人权利出发，优先设立救济当事人的制度。两种学说虽然对立，但在某些问题上看法一致，如赋予当事人初次鉴定的申请权、完善救济以及启动权职能分离。

在公诉案件中审判阶段之间的诉讼活动中，通过降低侦查机关的权利增加当事人的权利实现控辩双方的诉讼地位平衡。第一，将侦查机关独立启动鉴定的权利拆分，启动决定权和机构选任权交由检察机关的侦查监督部门行使，同时仿照批准逮捕制度建立不批准启动鉴定的异议制度和疑难案件解决制度，如公安机关认为人民检察院不批准启动鉴定的决定有错误时有权要求复议和提请上一级人民检察院复核，在重大案件中可以将是否启动鉴定的问题提交给检察委员会讨论。第二，在公诉案件中，侦查机关应当履行法定告知义务，为当事人行使启动权提供便利并尊重辩护律师提出的意见，履行告知义务并不是简单地将被采纳为案件证据的鉴定意见结果告知当事人，而是应当将鉴定意见出具过程中使用的检材、

选任的鉴定机构和人员、运用的鉴定方法和仪器设备和遵循的鉴定技术规范标准全部告知当事人；侦查机关应当遵守鉴定立证措施、建立背鉴制度和留证鉴定制度；第三，在修改刑事诉讼法时可以考虑赋予建立强制鉴定制度和赋予当事人启动初次鉴定的申请权，强制鉴定制度和初次鉴定赋权可以弥补立法不足。通过建立强制鉴定制度，将与当事人利害关系密切相关的鉴定事项纳入侦查机关必须启动的范围之内可以限制专门机关对启动权职权不作为时的权利滥用，同时可以减少处理重大案件时发生错误处理的可能性，又能保障犯罪嫌疑人、被害人及其辩护人的诉讼权利。强制鉴定的事项可以参照《俄罗斯刑事诉讼法典》第一百九十六之规定进行设置，对于案件中出现的身体损失程度、死亡原因、当事人精神状态强制鉴定，根据我国国情，还可以对走私、毒品犯罪、偷逃税务犯罪、贪污贿赂等规定应当鉴定的事项。赋予当事人初次鉴定权利并不是允许当事人随意行使启动权，而是在控辩双方对鉴定事项产生争议时，允许当事人向检察机关提出异议鉴定来纠正侦查机关内设鉴定机构可能存在的倾向性。第四，重新配置审判机关的鉴定启动权。法院是处于中立地位的裁判主体，再赋予其全权的启动权会影响它的中立地位，且在审判阶段对公检部门出具的鉴定意见证据，法院负有审查的职责，因此在启动权配置时可以考虑赋予法院独立的重新鉴定的启动权和被动的初次鉴定权。法官在庭审质证时若对鉴定意见作为证据存在的合法性、关联性、真实性存在疑问，可以不受约束地启动重新鉴定是维护程序正义和实体正义的体现。法官自由提起重新鉴定既不受专门机关之前出具的鉴定意见的约束，也能够跳出当事人滥用诉讼的怪圈循环。这种重新鉴定与刑事诉讼法关于法院调查核实证据时可以采用鉴定方式的规定没有冲突，也符合法官对言词证据审查的要求。法院行使被动的初次鉴定有利于其从中立的角度裁决控辩双方对鉴定启动的争议，是我国以审判为中心的诉讼制度改革的进步措施，也是职权主义与当事人主义融合的体现。第五，给予被害人充分的启动鉴定权，可以将鉴定决定权赋予被害人。被害人的举证手段天然弱于专门机关，因此鉴定意见作为强证明力的证据在举证时可以考虑向被害人放开决定权限。首先，被害人往往掌握案件第一手的检材，但却不具有将其转化为证据的客观条件，在侦查机关内设的鉴定机构不得接受社会委托的规定下，允许被害人自行决定启动鉴定是具有正当性的。其次，刑事司法鉴定具有举证行为性质，被害人作为控方有权对“有证据证明对被告人侵犯自己人身、财产权利的行为应当依法追究刑事责任，而公安机关或人民检察院不予追究被告人刑事责任的案件”提起诉讼，被害人应当有权启动鉴定承担证明责任[7]。

## 参考文献

- [1] 樊崇义, 陈永生. 我国刑事鉴定制度改革与完善[J]. 中国刑事法杂志, 2000(4): 1-10.
- [2] 陈光中, 吕泽华. 我国刑事司法鉴定制度的新发展与新展望[J]. 中国司法鉴定, 2012(2): 1-5.
- [3] 何家弘. 刑事诉讼中证据调查的实证研究[J]. 中外法学, 2012, 24(1): 173-189.
- [4] 陈光中, 吕泽华. 我国刑事司法鉴定制度的新发展与新展望[J]. 中国司法鉴定, 2012(2): 1-5.
- [5] 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): 1-8.
- [6] 龚卫. 我国刑事司法鉴定启动权的反思[J]. 中国司法鉴定, 2010(2): 16-19.
- [7] 陈柏新. 赋予刑事当事人司法鉴定启动权的构想[J]. 中国司法鉴定, 2010(3): 90-92+96.