

英美专家证人制度对我国司法鉴定制度的借鉴

魏金连

华东政法大学刑事法学院, 上海

收稿日期: 2023年2月23日; 录用日期: 2023年3月22日; 发布日期: 2023年3月29日

摘要

本文通过梳理英美法系专家证人制度的沿革、专家证人的分类和专家证人的法律地位, 结合我国鉴定人制度的现状和我国鉴定人制度的改革动向, 提出可建设性地吸收英美法系专家证人制度的合理之处, 从鉴定人的资格、鉴定人的出庭和专家辅助人制度等方面完善我国的鉴定人制度。

关键词

专家证人, 鉴定人, 专家辅助人

The Expert Witness System in the English-American Legal System for Reference to China's Judicial Appraiser System

Jinlian Wei

Criminal Law School, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Feb. 23rd, 2023; accepted: Mar. 22nd, 2023; published: Mar. 29th, 2023

Abstract

This paper comprehensively reviews the evolution, classification and legal status of expert witnesses in the Anglo-American legal system, combines the current situation and reform trends of China's crime identification personnel system, proposes to reasonably absorb the advantages of the expert witness system in Anglo-American legal system, and improve China's crime identification personnel system from aspects of qualification of identification personnel, court appearance of identification personnel and expert auxiliary personnel system.

Keywords

Expert Witnesses, Identification People, Expert Assistants

Copyright © 2023 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. 引言

科技的日新月异使得人类的生产生活空前扩展，但人的各种活动总是不可避免地带来纠纷，当纠纷中涉及艰深的专业技术问题时，如何用法律的头脑进行判断成为摆在审判者面前的一个难题和挑战。证据法发展到如今，证据法的科学化成为证据法在新时期发展的一个重要方向。纵观国际，随着审判实践中的专业技术问题层出不穷，专家证人制度孕育而生且在诉讼中的作用越来越大。专家证人制度作为英美法系的特有证据制度，近些年来也不断融入一些大陆法系的一些特征，另一方面我国修改后的《民事诉讼法》中有关鉴定人制度方面的内容，在一定程度上借鉴了英美法系专家证人制度中的某些做法，两大法系的专家证人制度具有相互渗透融合的发展趋势。本文拟对国际私法中的专家证人制度和我国的司法鉴定人制度进行比较分析，为我国鉴定人制度的改革和完善提供可借鉴的思路。

2. 对普通法中专家证人制度的考察

2.1. 专家证人制度的历史沿革

国际司法中的专家证人制度始于英国，英国的审判者向专家寻求帮助的传统由来已久。在涉及高尖端的专业学科的争议时，法院必须对有关争议做出判决并给出令人信服的理由。这要求审理者理解有关的知识，不能不懂装懂地作决定，否者会损坏法院公信力的根基，也过不了法院系统中的上诉庭这一关。第一次工业革命后科技突飞猛进，航海、造船、火车等科技或专业知识争相出现，法院在科技的浪潮中奋力搏击仍旧十分吃力，此后法院一直在寻找一种最好的制度去融合各种不同或甚至是完全相异并且日新月异的去协助法院审理案件。但这不好找，英国找了好几百年，从早已开始应用并在 19 世纪末大行其道的“特别陪审员”¹、法院委任自己的“顾问专家”或“法院专家”，到 19 世纪开始流行的“双方当事人各自委任的专家证人”²、再到 1999 年生效的(《民事诉讼规则》)引入的“共同专家证人”与 2013 年的修改以增加对专家证据的控制³，英国法院不断探索，至今仍是难有定论。

2.2. 专家的分类与利弊

2.2.1. 顾问专家和法院专家

顾问专家是在上世纪末试图替代特别陪审团的做法。法律允许法院自由决定是否委任一位中立的顾问专家在专业知识方面做出协助。但英国法院极少委任顾问专家，仅有的例外是海事法院与涉及自然科学的专利案件⁴。法院专家也是历史悠久，早在 14 世纪已有记录英国法院传召专家去法院作证。这种做

¹ 见首次立法的《An Act for the Better Regulation of Juries 3 Geo. II, Cap. 25, (1730)》。

² 早在 Folkes Chadd (1782) 3 Doug 157 先例，已首次报导有当事人自己委任专家证人的做法。

³ CPRPD35, Para. 11.

⁴ 《Senior Courts Act 1981》之 section 70(3)规定：“Rules of court shall make provision for the appointment of scientific advisers to assist the Patents Court in proceedings under the Patents Act 1949 and the Patents Act 1977 and for regulating the functions of such advisers.”

法下，是法院独立引入专家证人，作为法院的专业助手，当事人没有可质疑或盘问法院专家的机会。顾问专家和法院专家没有本质上的区别，不同之处在于法院专家需要提交书面报告给法院或仲裁庭，顾问专家则不必。

法院专家和顾问专家不受欢迎的原因是与英国一贯的对抗制传统不相符合，也背离了法院中立而消极的地位。而且，法院专家和顾问专家本身也可能给诉讼带来诸多的风险和难度。顾问专家和法院专家由法院自己寻找和聘任，站在法院这一边，缺乏与之相抗衡的专业意见，导致法院在选择与听取专家意见时毫无选择的余地。因为只有一份法院专家的报告，判断的过程中不存在双方当事人对质、挑毛病、盘问等，即便法院怀疑顾问专家或法院专家的水平，看到专家报告的矛盾或不合理之处，但由于没有选择的余地仍可能马马虎虎地接受。在存在“黑箱操作”的可能性下，双方当事人会担忧法院的判决或仲裁庭的裁决，变成是顾问专家或独立专家的判决或裁决，令他们对诉讼结果失去信心。其次，寻找顾问专家或独立专家也并非易事，顾问专家或独立专家不仅可能非常昂贵，也可能非常难找，在不少尖端自然科学或狭窄的专业领域，对口与称职的专家证人对双方当事人也不好找，对完全是外行人的法官或仲裁员，更是无从下手。虽然英国法院委任顾问专家的惯常做法已有数百年历史，至今仍受到普遍欢迎与信赖，但这种做法不能复制到其他类型的案件中，因为今天所涉及的复杂与高难度的科技与专业知识已经是五花八门、多不胜数。它们没有大量的像船舶碰撞、船舶管理单一同类案件，只需要一种类别的专家协助，并且有稳定可靠的专家库。

2.2.2. 双方当事人各自委任的专家

当事人委任自己的专家证人与在 18 世纪末英国法院从法院主导转变为双方当事人律师主导的“对抗制革命”有密切关系。双方当事人均拥有聘请专家证人的权利。尽管他们在案件中发表的专门性意见，但很难保持中立，因为他们存在一定的倾向性或者缺乏客观性，因此在审判实务中，聘请的专家证人往往是更有利于聘请他的那一方当事人的。一项由雷丁大学和牛津布鲁克斯大学所承担的 RICS (英国皇家特许测量师学会)委托的研究项目针对 70 名仲裁员进行了抽样调查，结果发现 65% 的受访者认为专家证人“总是”或“经常”使其证据偏向于雇佣他们的客户，而 55% 的受访者认为专家人士只是“偶尔”相信他们自己提供的证据⁵。

这种由双方当事人各自聘请专家的做法体现了对抗制的诉讼模式。其优势是可以通过对相互冲突的专家证人进行交叉问询，去发现彼此之间的矛盾或者不真实的地方，法官和仲裁员便能在获得足够的信息基础上做出合理判断。如果一方当事人聘请专家证人，另一方没有聘请专家证人，在对抗制的模式下是十分不利的，法官或仲裁员很容易被一方聘请的专家证人说服，采纳该方的专家证词。而且，这种对双方提供的专家证人进行交叉盘问的方法耗时耗力，常会拖延诉讼程序，以致引发诉讼费用的上涨，并且由于不可避免的偏见，很难达到期望的效果，因此也受到一定程度上的批判。

2.2.3. 共同专家证人

英国 1999 年生效的《民事诉讼规则》对专家证人做出了重大变动。其中，Woolf 勋爵鼓吹共同专家证人的做法，希望藉此改变专家证人的文化并达到：1) 保证专家证据是独立、客观与不偏不倚；2) 减低对抗性；3) 避免浪费诉讼费用与火力不均等重要问题。《民事诉讼规则》下的共同专家证人与顾问专家或法院专家不一样，共同专家证人仍是由当事人主导，不是法院主导。对审理法官而言，共同专家证人仍是一位证人，由双方当事人同意与挑选。如果在法庭上双方当事人都要求请求专家证人，那么法院规定双方应当共同遴选一位专家独立地参与到相关案件中发表意见。如果双方无法合一地选出自己满意的

⁵RICS, The Role and Performance of the Expert Valuation Witness, http://www.rics.org/site/download_feed.aspx?fileID=2051&fileExtension=PDF, Dec. 08, 2022.”

共同专家，法院将有权指定一位专家作为这一案件中的共同代表，被指定的专家对双方当事人均有责任，双方都有权对共同专家证人提出指示，但必须向另一方通知并获得批准。对方当事人可对该专家进行询问，但是询问的时间、频率和方式会有所限制⁶。这种模式是基于节省费用的考虑，在案情简单的时候是可行的。但很多时候，双方当事人并不在乎费用的考虑，即便是“天价”的专家也要收入自己囊中，为己独用，并不青睐这种双方当事人共同聘请的专家。且遇到案情复杂时，交叉盘问更有利于审理者在错综复杂的信息中找出争议的关键点，在双方当事人的争锋相对中做出公正的裁判⁷。

2.3. 英美法系中专家的法律地位

在英美法系中，虽然专家证人并不能如事实证人一样直接或间接感知到案件事实，但专家证人依旧具备言词证据的性质，专家证言被列为言词证据的一种[1]。英美法系国家证据法中证人可分为事实证人和专家证人，两者存在一定区别又共属于“证人”。在回避的问题上，事实证人具有不可替代性，不适用回避制度，但专家证人并非事实证人，其作证的内容并非案件的客观事实，而是所谓“案件中的专门性问题”，因此专家证人具有可替代性。倘若存在与案件的利害关系，且该利害关系可能影响到专家证人证词的独立性、公正性，该专家证人就应当回避。法院或仲裁庭允许双方当事人聘用专家证人，其目的是想获得对案件事实的专业分析和解释。由于专家看法有可能会受到委托人的倾向性或者偏见的影响，从而引发冲突，因此英美法系国家注重专家的独立性和公正性，规定当事人不能侵犯专家的证词内容上的自主裁量权，也不能违背特定的回避标准来“购买”偏向性的意见。英美法系秉持“当事人不拥有证人”的信念，对专家证人的要求也是独立于当事人，即相信该专家证人“即使被对方当事人委任，也会做出同样的专业意见”。

在出庭制度上，专家证人和事实证人一样都需要出庭，并在庭审中用自己的言辞将其基于专业知识对案件疑难问题所发表的意见直接告知审判者，并接受双方律师的询问，以便审判者决定是否采纳其提供的证言。专家证人受由英国上院在 *Myers v. DPP*⁸ 案中确立的质证规则约束，即除非文件制作者参与质证，否则任何书面文件都不能被任一方当事人声称为事实并直接作为证据适用。此外，依据传闻证据规则，法庭可以直接剔除拒绝出庭作证的专家证人的意见。而且专家无正当理由拒绝答应出庭，也可能被认定为藐视法庭。

3. 对我国民事诉讼活动中鉴定人制度的考察

3.1. 鉴定人的资格要求和鉴定的启动程序

在现代司法活动中，鉴定达到查明和证明案件事实目标的重要途径。在司法鉴定的启动程序上，目前最常见的方式就是由当事人自愿发起，或者由法院依据诉讼的需要做出司法鉴定的决定，这两种方式都可以实现司法鉴定制度的正常启动。在以英国为代表的英美法系国家，专家证人经历过法院委任自己的“顾问专家”或“法院专家”，到19世纪开始流行的“双方当事人各自委任的专家证人”，再到1999年生效的《民事诉讼规则》引入的“共同专家证人”的发展阶段。我国的鉴定人制度始于20世纪50年代确立于70年代末，秉承大陆法系的传统，在诉讼过程中是否进行鉴定和请谁进行鉴定，一般都由法官决定。虽然法律一般也赋予诉讼当事人提出鉴定请求的权利，但是鉴定的最终决定权还是掌握在法官的手中。而且我国实行鉴定人机构核准制，只有符合官方认可的鉴定机构的资格要求，例如大学以上

⁶转引自：刘来平：《外国法的查明比较研究》，第63页。原文：Gssromssofie, *Foreign Law in Civil Litigation: a Comparative and Functional Analysis*, Oxford University Press, 2003, P 134.

⁷同上。原文：Richard Fentiman, *Foreign Law in English Courts: Pleading, Proof, and Choice of Law*, Oxford University Press, 1998, P 175.

⁸*Myers v. DPP*, (1965) A.C. 1001ZD.

文化程度或者各行业具有一定资格、职称和声望的人士才能得以通过考核，才有资格成为鉴定人，取得正式的承认⁹。

随着我国司法制度的不断完善，我国的司法鉴定制度出现了将鉴定启动权赋予当事人的趋势。依照这一制度，当事人有权在民事诉讼中协商选择鉴定机构和鉴定人员，协商不成的由法院指定。当事人的鉴定启动权最早体现于2001年最高人民法院颁布的《关于民事诉讼证据的若干规定》。该规定还表明，经过质证后，当事人自行委托的鉴定结论可被法院赋予一定的证明能力，这无异于承认了当事人可以自行委托鉴定并选择鉴定机构和鉴定人^[2]。后来修改我国的《民事诉讼法》将当事人申请鉴定写入法律。

3.2. 鉴定意见在证据属性

在鉴定意见的证据属性上，鉴定意见是属于证言还是属于书证仍存在模糊的认识。从“意见”的角度，鉴定意见倾向于是证言，但受大陆法系国家传统的影响，法律一般都明确地把鉴定人和证人区分开来，鉴定意见作为一种独立的证据种类，而且往往被赋予高于证人的诉讼地位。虽然鉴定意见应该是鉴定人的个人意见，《我国民事诉讼法》第80条规定，鉴定结论必须由鉴定人签名或者盖章，但是承袭前苏联“重鉴定机构”的倾向，实践中鉴定意见往往并非是鉴定人签名，而是盖鉴定机构的专用章，因此鉴定意见往往被视为鉴定机构的证明文书¹⁰。

且不管是鉴定意见是作为证言还是视为书证，鉴定意见作为一种独立的证据，形式上必须符合法定证据的要求。但情况并非如此，根据我国《民事诉讼法》第71条的规定，证据应当在法庭上出示，并由当事人互相质证。但现实中鉴定意见由于没有个人签名，因此没有鉴定人作为代表回答当事人的质询。在我国鉴定人出庭的比例非常小，带来的结果是鉴定意见未经质证就被采纳为裁判依据。《民事诉讼证据规定》第80条规定：“鉴定人应当就鉴定事项如实答复当事人的异议和审判人员的询问。当庭答复确有困难的，经人民法院准许，可以在庭审结束后书面答复。人民法院应当及时将书面答复送交当事人，并听取当事人的意见。必要时，可以再次组织质证。”可见，鉴定人在我国诉讼程序中虽然被要求出庭，但这种要求并不彻底，存在豁免的情况，因此严格程度及不上英美法系，也远达不到英美法系对传闻证据排除的地步。

3.3. 专家辅助人制度

1988年《民法通则》意见中规定了由中外法律专家提供外国法资料的查明途径，2001年《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》中规定了专家辅助人制度¹¹，2012年8月31日通过修改并自2013年1月1日起施行的《中华人民共和国民事诉讼法》中增加了当事人可以申请人民法院通知有专门知识的人出庭，就鉴定人做出的鉴定意见或者专业问题提出意见的规定。由此可见，由专家出庭参与诉讼的规定逐渐由司法解释上升为立法。

在学术界和司法界，这些出庭帮助的专家被称作“专家辅助人”。专家辅助人是指拥有关于某一领

⁹英美法系如《全国人大常委会关于司法鉴定管理问题的决定》第4条规定：“具备下列条件之一的人员，可以申请登记从事司法鉴定业务：（一）具有与所申请从事英美法系的司法鉴定业务相关的高级专业技术职称；（二）具有与所申请从事的司法鉴定业务相关的执业资格或者高等院校相英美法系相关专业本科以上学历，从事相关工作五年以上；（三）具有与所申请从事的司法鉴定业务相关工作十年以上经历，具备较强的专业技能。”

¹⁰例如，北京市司法局于年月日发布的“关于严格执行司法鉴定程序通则”规范司法鉴定活动的通知”第七条规定“同一司法鉴定事项必须由两名以上司法鉴定人员进行。”诚然，这一规定意在保证鉴定质量但是具有明显的“机构鉴定”的含义。

¹¹见《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定(2001)》第61条：“当事人可以向人民法院申请由一至二名具有专门知识的人员出庭就案件的专门性问题进行说明。人民法院准许其申请的，有关费用由提出申请的当事人负担。审判人员和当事人可以对出庭的具有专门知识的人员进行询问。经人民法院准许，可以由当事人各自申请的具有专门知识的人员就案件中的问题进行对质。具有专门知识的人员可以对鉴定人进行询问。”

域的专业知识或经验，为了及时保护当事人的合法权益，从专业的角度做出判断来协助审判者正确认定事实的专业人士。它们既不同于鉴定人也不属于事实证人，而是具有独特的“专家证人”性质。在法庭上，它们不能坐到证人、专家鉴定人和勘验人席位，而是和当事人及其法律代表一起坐在一起，只能就案件中的专门性问题提出专业意见。另一方面，“专家辅助人”并没有权利发表独立性意见，这是其与英美法系的“专家证人”的区别所在，我国的“专家辅助人”仅能对鉴定意见发表质证性意见，在专家辅助人的意见属性上，与辩护人意见相似，不能归入任何一种法定的证据种类^[3]。专家辅助人可通俗地理解为辅助鉴定人之人，而非可以直接与鉴定人抗衡之人，这意味着即便法官不采纳某一鉴定意见，但也不得根据专家辅助人对该鉴定意见的反驳直接得出相反结论，允许的做法是重新启动鉴定程序。专家辅助人制度在我国司法制度改革中热度高涨，填补传统的司法鉴定人制度的不足，但我国立法缺乏对专家辅助人诉讼地位的界定，对“专家证人”和“专家辅助人”的概念也缺乏辨别^[4]，以致模棱两可，相互混淆¹²。

4. 英美法系专家证人制度对完善我国鉴定人制度的启示

如前所述，大陆法系的鉴定人制度与英美法系的专家证人制度有相似亦有区别。不同模式下的法律制度在同样变动着的社会现实面前，都无法一层不变，而且往往为调试对新的社会现实的规制，都会不约而同地互相借鉴，朝向融合的方向发展。诚然，英美法系的专家证人制度也面临很多挑战，法律试图通过不断的修正来解决专家证人的偏向性、对抗的火力不均衡性等重要问题，但其制度设计的可取之处能仍为我国鉴定人制度所吸收。

近年来，英美法系的专家证人制度不断为我国司法鉴定人制度所吸收和借鉴。如《民事诉讼法》第81条规定，鉴定人经人民法院通知后，无正当理由不出庭的，其鉴定意见可以被排除。这是英美国家传闻证据规则的精神在我国针对鉴定意见这一证据的部分适用。此外，《民事诉讼法》第79条¹³在一定程度上赋予民事诉讼中当事人启动鉴定程序之权利的同时，出现了“单一的共同专家”制度之雏形，无疑将更好地保障双方当事人的利益。《民事诉讼法》将“鉴定结论”修改为“鉴定意见”，进一步地体现了鉴定意见在诉讼中的本质——是需要经过庭审质证之证据，而非必然正确之结论。笔者认为取英美法系专家证人制度之长，我国司法鉴定人制度的以下几个方面仍有完善的余地：

其一，放宽鉴定人的资格。国外对专家证人的资格的要求是比较宽松的，没有专门的立法规定，专家意见的效力程度根据法官在庭审中对其知识、经验或阅历的审查而认定。而就我国目前的情况来看，鉴定人有严格的资格限制，鉴定人需要得到“官方”的肯认才能从事鉴定，鉴定机构和官方存在依赖的关系，作为“法官的助手”而工作，鉴定主体本身缺乏公正性。学界多有论及鉴定机构独立性的观点，笔者认为其根源在于鉴定人的资格问题，鉴定人的资格放开了，鉴定机构才能与司法机构或者其他类型的机构解绑而走向独立。

其二，进一步完善鉴定人出庭作证制度。此前在我国哪怕鉴定人不出庭而仅仅由人代为宣读书面的鉴定结论，其鉴定意见依然可以被采纳。虽后期诉讼法的改革增减了鉴定人需出庭质证和无正当理由由不出庭需承担法律责任的规定，可谓进步显著。但依旧局限明显：第一，设定了“当事人对鉴定意见有异议的”才能申请鉴定人出庭接受质询这一条件。这意味着，鉴定意见并非天然需要质询，这与证据都要经过质询才能被采纳这一证据采纳的大原则相背。第二，鉴定人依旧存在替代法官职能的危险。我国的司法鉴定人所涉足的领域过大，不仅涉及用专业知识解读案件的争议事实，还对事实的认定甚至是法律

¹² 英美法系从《最高法院对网民英美法系31 英美法系个意见建议答复》第131条中提到“专家证人可以是当事人内部人员”。

¹³ “当事人可以就查明事实的专门性问题向人民法院申请鉴定。当事人申请鉴定的，由双方当事人协商确定具备资格的鉴定人；协商不成的，由人民法院指定。”

的适用发表意见，侵入本属于法官的专业知识领域，法官也容易依赖鉴定人，将事实认定和法律适用的本责交由鉴定人实际履行[5]。这一局面亟待改变，鉴定意见和其他证据一样，必须经过有效质证和审查判断才能作为认定事实的依据。法官决不能因为有鉴定意见和专业人员的辅助就放弃事实认定职责，而必须通过开庭质证等审查判断证据的途径做出认定。

第三，发展和完善专家辅助人制度。我国的专家辅助人制度在补充和完善鉴定人制度的同时也带着自身的风险。国外专家证人制度一大挑战是专家充当当事人的枪手，法律因此明确规定专家的独立性，并通过一系列规则去限制当事人挑选倾向于自己的专家，专家应对法院负责而非为当事人“辩护”。而我国的专家辅助人是当事人所聘用，似乎默认站在当事人的阵营而缺乏独立性。笔者觉得，从法院查明真相的角度来看，不偏不倚的鉴定人和不偏不倚的专家都是必须的，若是互相偏向则沦为消耗的对抗。专家辅助人的利益归属是侧重于当事人的诉求还是对法院负责仍需要法律明确，而非仅仅做出“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”这样相当笼统的规定。此外，目前我国对专家辅助人发表意见的范围和手段做出的限定并不合理。现实中，质证性意见很难和独立性意见泾渭分明，专家辅助人若没有自身独立的判断如何去进行质询，法官又如何判断专家辅助人的质询是否可靠。强行将专家辅助人的角色定位质询者，在现实中并不具有可操作性，也易稀释其专家属性，变成一种带着专家头衔的辩护人。本文认为，在专家辅助人不仅对鉴定人进行质询同时也要面临控辩双方和法官盘问的情形下，应当允许专家辅助人发表独立的个人见解，来增强自己质询的说理。换言之，在必要的情况下，可以允许专家辅助人发挥专家证人的基本功能。

参考文献

- [1] 何家弘, 刘品新. 证据法学[M]. 北京: 法律出版社, 2008: 125-126.
- [2] 何家弘. 证据学论坛(第八卷) [M]. 北京: 中国检察出版社, 2004: 318.
- [3] 何家弘. 我国司法鉴定制度改革的基本思路[J]. 人民检察, 2007(5): 5-10.
- [4] 杜春鹏, 李尧. 英国专家证人制度对完善我国司法鉴定人制度之借鉴[J]. 证据科学, 2012, 20(6): 703-720.
- [5] 李尧. 完善我国司法鉴定制度路径探究[J]. 湖北警官学院学报, 2014(11): 106.