

# 司法精神病鉴定基本问题研究

陈卫东 程雷\*

**内容提要：**近年来我国刑事司法实践中曝光的若干典型案例凸显精神病鉴定的混乱状况。实证调研发现，精神病鉴定自身的特征——对象的复杂性、过程的回溯性、知识背景的跨学科性、手段的有限性与结论的主观性，影响到其客观性与可信度。目前精神病鉴定存在的问题主要包括启动难、鉴定过程中医学与法学学科错位、诉讼权利保障机制欠缺、强制医疗制度带有行政化特征以及鉴定体制改革引发的问题。应当在坚持职权主义启动模式的基础上，对部分死刑案件增设强制启动机制，增设申请启动鉴定的上诉途径，细化启动考量标准；司法精神病专家与法律职业群体之间应当重新分工；应当增设被鉴定人由于鉴定导致人身自由被剥夺的法定强制措施以及在专家辅助人的帮助下对鉴定意见的质证权；强制医疗程序应当进行司法化改造并通过社会化途径加强执行能力；在鉴定管理体制上，应当取消现有鉴定主体限于医院的规定，恢复等级化的体系设置并建立鉴定人准入与培养机制。

**关键词：**司法精神病鉴定 启动难 强制医疗

## 引言

对精神健康的关注程度标志着一个国家的文明程度，相应地，精神病人的刑事处遇政策也体现着一国刑事法治的发达水平。精神病人作为无力有效主张自身权益但同时又严重威胁社会公众生命财产安全的特殊群体，其处遇已经成为关乎公民权利、自由和社会稳定与秩序的重大社会问题。近年来媒体曝光的一系列涉及精神病人的典型案例，一方面表明防范、处理具有严重人身危险性的精神病人对于维护社会安全与稳定的重要性，另一方面则凸显出精神病的鉴定、认定在司法实践中的混乱状况。

在精神病人的处遇问题上，刑事程序中相应制度的合理设置是一个非常重要的环节，然而长久以来理论界对于刑事司法中的精神病问题关注十分有限。在既往研究中，刑法学者对于精神病问题的关注较早，但主要集中于刑事责任能力与对精神病人的强制医疗即保安处分两个问题上〔1〕。

\* 陈卫东，中国人民大学法学院教授；程雷，中国人民大学法学院副教授。

〔1〕 刑法学界的相关研究可参见张爱艳：《精神障碍者刑事责任能力判定研究》，中国人民大学2010年博士论文；黄丁全：《刑事责任能力的构造与判断》，法律出版社2010年版；黄丽勤：《精神障碍者刑事责任能力研究》，中国人民公安大学出版社2009年版；张丽卿：《司法精神医学——刑事法学与精神医学之整合》，中国政法大学出版社2003年版；赵秉志、刘志伟：《精神障碍犯罪之刑事责任若干问题研究》，《山东公安专科学校学报》2001年第1期。

刑事诉讼法学研究主要关注精神病鉴定中的启动难问题,对于精神病鉴定的自身特点、鉴定过程、鉴定意见的质证与采纳等基本问题缺乏深入的研究与讨论。

在本文中,笔者基于前期的实证研究,<sup>〔2〕</sup>结合刑事诉讼法学、刑法学与司法精神医学等学科的相关知识,就精神病鉴定及其改革问题展开论述,期冀对推动正在进行的精神病人刑事处遇立法与司法实务改革有所裨益。<sup>〔3〕</sup>

## 一、刑事程序中精神病鉴定的相关术语与概貌

在开始相关问题的讨论之前,有必要先对相关的术语及我国精神病鉴定的基本情况略作交待。我国刑法第18条规定,“精神病人在不能辨认或者不能控制自己行为的时候造成危害结果,经法定程序鉴定确认的,不负刑事责任,但是应当责令他的家属或者监护人严加看管和医疗;在必要的时候,由政府强制医疗”。该条款将犯罪人的精神状态作为评定其刑事责任能力的要件之一,且要求经法定程序鉴定方可认定是否为精神病。在目前的鉴定管理体制中,精神病鉴定属于一种独立鉴定门类,即司法精神病鉴定或法医精神病鉴定,其中包括有关刑事责任能力的司法精神病鉴定。<sup>〔4〕</sup>我国刑法学中的“刑事责任能力”一词不同于大陆法系国家对该词的惯常用法,它指的是辨认能力与控制能力,即行为人实施危害行为时,能够理解自己行为的性质、后果及社会政治意义,并能够控制自己的行为并对此承担刑事责任的能力。<sup>〔5〕</sup>

根据现行法规的要求,在精神病鉴定过程中,司法精神病学方面的专家作为鉴定专家,不仅要判断被鉴定人是否有精神疾病,还要进一步就被鉴定人是否具备辨认和控制能力作出判断,即判定其是否具备刑事责任能力这一法律问题。<sup>〔6〕</sup>刑事诉讼法规定了鉴定的启动、主体以及鉴定意见作为证据使用等相应的程序问题。比如专门规定了精神病鉴定只能由省级以上人民政府指定的医院进行,且精神病鉴定时间不计入案件办理期限。<sup>〔7〕</sup>

近年来的统计数据表明,我国每年由精神障碍者引发的刑事案件已达万起以上,<sup>〔8〕</sup>粗略地估算,每年刑事责任能力方面的精神病鉴定数量维持在1.5万件上下。<sup>〔9〕</sup>按照目前我国每年刑事案件案件的总基数500万件左右进一步推算,刑事案件精神病鉴定的平均比例大约在3%左右。2006

〔2〕 2011年1月至3月,笔者所在的中国人民大学诉讼制度与司法改革研究中心组织了精神病人刑事立法与实务改革课题调研组,分别在北京市安康医院、中国政法大学法庭科学研究所、司法部司法鉴定技术研究所、北京市司法局、山西晋中市公检法司等部门进行了相关实证研究。关于调研情况,可参见陈卫东等:《刑事案件精神病鉴定实施情况调研报告》,《证据科学》2011年第2期。

〔3〕 2011年初,全国人大常委会已经将制定精神卫生法与修改刑事诉讼法列入了立法计划,就目前相关法律草案的讨论情况看,精神病人的强制医疗及司法精神病鉴定的相关制度均属立法或者法律修改讨论的重点问题。

〔4〕 司法精神病鉴定的其他业务还包括与法律有关的精神状态、法定能力(受审能力、服刑能力、民事行为能力、监护能力、作证能力、被害人自我防卫能力等)、精神损伤程度、智能障碍等问题,参见《司法鉴定执业分类规定(试行)》(司发通2000年159号)第6条。比较各类不同的鉴定业务,刑事责任能力的鉴定是司法精神病鉴定业务中的主要内容,从鉴定数量上看,近年来一直保持着半数左右的比例。

〔5〕 参见马克昌:《犯罪通论》,武汉大学出版社1999年版,第244页。

〔6〕 参见1989年最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部、卫生部颁布的《精神疾病司法鉴定暂行规定》第9条第(1)项,该文件为目前规范司法精神病鉴定的主要法律规范性文件。

〔7〕 刑事诉讼法第120条与第122条。

〔8〕 参见柴静:《精神病人暴力事件调查》,载《新闻调查》,http://news.sohu.com/20050927/n227071632.shtml,2011年1月1日访问。

〔9〕 司法部公布的2007—2009年度精神病鉴定的数量分别为22210件、26109件、40949件。参见关壮新:《五问如何破解有关精神病的刑事司法困局》,《检察日报》2011年4月20日。根据近年来刑事责任能力鉴定占全部精神病鉴定的比率维持在40—50%左右这一情况,可以大致推算出刑事责任能力方面的精神病鉴定的数量。

年司法部统计数据显示,我国共有106家司法精神病鉴定机构,目前鉴定人人数维持在2000人左右。从精神病鉴定的提起主体来看,公、检、法、监狱是主要的申请精神病鉴定的主体,其中根据提起数量的多少,依次为公安机关(六至七成)、法院(一成至一成半)、监狱(一成左右)、检察院(不足半成)。刑事程序中的精神病鉴定意见可能产生三种结果:完全刑事责任能力、限制刑事责任能力、无刑事责任能力。笔者调研及前期研究的结果显示,近十年来三种不同结果的比例异常稳定,维持在4:3:3这样一个构成上。精神病人涉嫌的犯罪类型相对比较集中,多发的犯罪类型包括杀人、伤害、放火、毁坏公私财物等暴力型传统犯罪,各种高智商的经济犯罪十分罕见。

## 二、司法精神病鉴定的特点及局限性

司法精神病学虽然已有百年历史,但这一学科及其支撑的精神病鉴定制度始终面临着各种质疑,根本原因在于其自身的五大特征:对象的复杂性、过程的回溯性、知识背景的跨学科性、手段的有限性与结论的主观性。

### (一) 对象的复杂性

精神病鉴定的对象是最为复杂的人类精神世界,迄今为止人类所掌握的科学知识尚不能对人类自身的精神世界给予全面、正确的剖析与发现,“迄今对多数精神疾病的诊断,仍然缺乏精密的客观的理化检验手段或方法,主要还是依据病史和精神状况检查所见即临床表现来确定”。<sup>[10]</sup>精神现象属于人类探索尚未完全成功的一个领域,多数精神病的成因缺乏科学、有力的结论加以证实。精神医学发展所处的初级阶段限制了精神病鉴定科学的发展水平。

### (二) 过程的回溯性

精神病鉴定需要对行为人实施行为时的精神状态作出判断,判定其在实施相应行为时的动机以及是否具备辨别、控制能力。人的主观动机只能依靠客观的外在信息进行辅助证明,对于精神状态的鉴定只能依靠鉴定时所掌握的证据材料与相关信息加以回溯性的推理与判断。回溯性判断的准确性依赖于判断所依靠的信息是否充足、准确,出现偏差甚至错误难以避免。

### (三) 知识背景的跨学科性

司法精神病学是典型的法学与医学交叉学科,在许多案件的鉴定中还需要使用心理学、社会学等其他学科的知识。回答是否有精神疾患需要运用医学知识,而回答是否具备辨认、控制能力这一问题则需要法学知识储备。目前我国司法精神病鉴定专家基本上是医科背景出身,虽然不少鉴定机构开始强调法学知识的后续学习,但如何做到不同学科知识的融会贯通仍然是司法鉴定人所面临的首要问题。

### (四) 手段的有限性

除少数器质性精神病会导致被鉴定人大脑生理结构发生变化之外,大多数精神疾病难以通过医学仪器或者其他测试手段进行客观、准确的检测。与医学上通常所依赖的化验、检验等客观性较强的诊断手段不同,精神病鉴定人主要依赖的是阅读书面材料、倾听与观察等主观性较强的检测手段。正是从这个意义上讲,许多人更愿意将精神病鉴定视为社会科学,而非自然科学。

### (五) 结论的主观性

与其他类型的鉴定如法医、物证、痕迹、文书鉴定相比,精神病鉴定的主观性更强。精神病鉴定专家需要综合运用精神医学与法学知识,对于被鉴定人是否患有精神病(医学要件)以及是否具备辨别、控制能力(法律要件)发表个人意见,得出判定意见更多依赖案件材料、周围人评

[10] 李从培:《司法精神病学鉴定的实践和理论》,北京医科大学出版社2000年版,第13页。

价、与被鉴定人面谈时的场景等信息,主观色彩比较浓厚,对个人经验的依赖程度较高,不同鉴定人对同一鉴定对象是否具备刑事责任能力经常持不同意见。司法精神病鉴定主观性较强的直接例证就是多次鉴定的结论不一致率较高,<sup>[11]</sup>并由此引发了较严重的重复鉴定、多次鉴定问题。

精神病鉴定的上述五项特点或多或少消解着鉴定的科学性、可靠性与可信用度,但在找到其他更优途径之前,我们仍然需要借助司法精神医学这一相对科学的工具认识复杂的精神现象,同时其上述特点也要求我们在考虑司法精神病鉴定的相关制度完善时,应尽力弥补其局限性或者设置相应的防弊机制。

### 三、鉴定启动机制的突出问题及其解决

实践中发生的多起典型个案凸显出精神病鉴定启动难是我国司法精神病实践中的一个突出问题。<sup>[12]</sup>这些个案的共同之处在于,被告人的作案动机与手法非同寻常,外界对其精神状态持怀疑态度,家属或者辩护律师提出精神病鉴定申请并附有相关的证明材料,然而案件的审理法院均没有准许启动精神病鉴定程序,理由通常为审理案件的法官认为被告人作案手段严密,在与被告人接触的过程中被告人精神状况良好,不具备启动鉴定的情形。由于法律职业人员在启动环节上对一个医学问题作出了判断,公众完全有理由质疑其判断的科学性,进而对案件的程序公正产生怀疑。

从我国目前刑事诉讼法中鉴定启动权的配置情况来看,当事人及其辩护人、代理人具有初次启动的申请权以及申请对用作证据的鉴定结论进行重新鉴定和补充鉴定的权利。<sup>[13]</sup>而启动鉴定的决定权由公、检、法等机关分别在各自的诉讼阶段独享,形成了鉴定启动权被国家专门机关垄断的职权主义启动模式。现行刑事诉讼法及相关司法解释并没有进一步规定启动精神病鉴定的情形与条件,也就是说只要办案人员“为了查明案情,需要解决案件中某些专门性问题时”就可以启动鉴定程序,而何为专门性问题、哪些情形表明查明案情有需要,完全凭办案人员自由裁量。

精神现象的复杂性与刑事责任能力问题对于案件处理的决定性影响两项因素交织在一起,使得精神病鉴定的启动问题显得更为复杂。

#### (一) 启动难的复杂成因

##### 1. 法院启动难仅仅是错综复杂的精神病鉴定问题的一个表象

媒体与公众热议的典型案多集中于法院启动难问题上,事实上这一现象的形成很大程度上是由于作为审判机关的法院在诉讼进程中处于最终裁决阶段,疑难复杂案件中的精神病鉴定所累积的各种复杂问题与因素汇集到法院,法院成为矛盾的最终承担主体。刑事司法实践中90%以上的精神病鉴定是在侦查阶段启动的,<sup>[14]</sup>经过审前程序的筛选,未启动鉴定的案件到达法官面前时,鉴于先前侦查、起诉部门的决定,否定多数启动鉴定的申请不足为奇。

##### 2. 鉴定的启动与鉴定意见的审查判断采纳紧密关联

如果将精神病鉴定的启动环节与后续司法人员对鉴定意见的审查判断采纳环节结合起来观

[11] 迄今为止我国没有关于精神病司法鉴定意见不一致率的准确统计数据,但部分地区或部分机构的统计数字显示,存在多次鉴定的案件中,不同鉴定意见之间的不一致率高达30%左右。部分资深法官长期的司法审判经验有力地验证了上述判断,比如最高人民法院副院长张军先生曾指出,在其经手的刑事案件中“只要有两次(精神病)鉴定,最后的结论肯定是不一样的”。参见张军主编:《刑事证据规则理解与适用》,法律出版社2010年版,第17页。

[12] 比较有代表性的案件为2007年邱兴华案、2009年英国人阿克毛贩毒案、2010年郑民生案。

[13] 虽然刑事诉讼法仅仅是在第121条规定了当事人申请补充鉴定与重新鉴定的权利,并未明确当事人具有初次鉴定的申请权,但是根据笔者的调查,实践中初次鉴定的申请权是一种类似于自然法的权利而被办案机关认可,当事人提出申请也就是提出一种主张或者申诉,相当于行使辩护权或者申诉权,公安司法机关通常情况下是尊重与认可的。

[14] 参见前引[2],陈卫东等文。

察, 我们就能更为清晰地认识启动环节在我国精神病鉴定程序中的特殊地位。由于精神病鉴定的高度专业性, 绝大多数法律职业人士自认为是外行, 难以对鉴定专家的意见进行审查判断, 结果司法人员对于鉴定人的鉴定意见往往是一味接受, 极少进行法律所规定的证据能力与证明力的审查, 甚至有学者估算, 司法机关对精神病医学鉴定的采信率高达 90% 以上。<sup>[15]</sup>

正是由于鉴定意见的出口过宽, 司法人员对精神病鉴定的控制就主要放在了入口把关上, 形成了明显的“严进宽出”态势。启动问题已经不再仅仅是鉴定开始的一个步骤, 而是被司法人员看作是主导精神病鉴定的主要权限, 行使这一权限的慎重程度超出了外界的预想与法律上的预设条件。再加上前文所提及的精神病鉴定结果分布情况, 当法官们在决定是否启动精神病鉴定时考虑到, 一旦启动鉴定, 将有 60% 的被告人被减免刑事责任, 且鉴定意见的不一致率极高, 很有可能出现反复鉴定、多次鉴定, 再加上相互矛盾的鉴定意见的认证、审理周期过长所带来的压力等因素, 法官们慎重对待鉴定的启动完全在情理之中。

### 3. 启动鉴定本身就意味着巨大的社会压力

精神病鉴定的启动本身就意味着决定启动的司法机关与司法人员将承担巨大的社会压力。精神病人实施的侵害行为通常表现为杀人、伤害、放火等严重暴力犯罪, 社会影响极大、民愤极大。在一个对精神病人基本人权的正确认识和包容程度仍然比较匮乏的国度, 在一个报应刑观念依然十分强烈的国度, 启动精神病鉴定本身就面临着巨大的社会压力。<sup>[16]</sup>即使是普通刑事案件, 司法人员仍然会考虑一旦启动鉴定, 极有可能出现被告人应当减免刑事责任的结果, 且对于鉴定为无刑事责任能力或者限制刑事责任能力的被告人, 现有的强制医疗措施很难配套, 如何处置精神病人也是公安司法机关感到异常棘手的问题, 精神病人分流渠道的匮乏严重限制了公安司法机关按照正常程序启动鉴定的努力。为了避免鉴定后无人管理、精神病人再次危害社会, 或者为了避免自身机关支付相应的医疗、鉴定费用, 办案人员势必谨小慎微。<sup>[17]</sup>

根据我们的调研, 在法院环节启动的精神病鉴定案例中多有上级法院审判监督因素的影响, 一审法院自己主动启动精神病鉴定的情形并不常见。很多精神病鉴定是在二审法院的要求下甚至在死刑复核程序中由最高人民法院提出, 一审法院才不得已启动了鉴定程序。这一现象有力地印证了上述论断, 即上级法院具有超脱于当地社会压力的客观条件, 能够相对独立地决定是否启动精神病鉴定, 启动的数量也远远高于一审法院的主动提起数量。

### 4. 精神病鉴定主观性较强以及不一致率较高的特点制约着鉴定的启动

笔者在调研中多次了解到, 办案人员启动精神病鉴定时一个深深的顾虑就是鉴定本身的问题, 概括起来包括两方面: 一是精神病鉴定经验色彩过于浓厚, 鉴定标准空白, 导致相似被告人鉴定结果大相径庭的情况比较常见; 二是与主观性色彩过于浓厚的特点相关, 当事人与办案机关经常提起重复鉴定、多次鉴定, 且多次鉴定的结果之间不一致率较高, 案件的处理结果极易发生定性变化而导致办案人员承担了过多的错案风险, 同时也会给案件的处理带来较为突出的久拖不决、上访缠诉等后续问题。由于上述顾虑及对启动后相应风险的判断, 办案人员往往不愿意更多地考虑精神病鉴定问题。

[15] 参见纪术茂:《司法精神医学面临的问题和建议》, 载《第四届西部地区及全国部分省市司法精神医学学术会议暨工作会论文集》(2004年9月), 转引自何恬:《重构司法精神医学》, 法律出版社2008年版, 第156页。也有学者认为司法机关直接采信精神病医学鉴定意见的比率为80%左右。参见何恬书, 第100页。

[16] 邱兴华案、郑民生案凸显出法官在决定是否启动鉴定时所面临的巨大社会压力, 最终法院都没有冒天下之大不韪, 对于邱兴华或者郑民生这种杀伤数人的“罪大恶极者”启动精神病鉴定。

[17] 调研中我们了解到, 不少法院为加强对精神病鉴定启动的控制, 将决定启动的权限收至审委会统一行使, 主审法官, 甚至是庭长、院长都被剥夺了启动精神病鉴定的权力, 精神病鉴定的启动在整个刑事审判业务中所处的重要地位由此可见一斑。

### 5. 启动难具有诉讼阶段差异与地区差异

启动难并非在各个诉讼阶段、各个地区呈现出一致的样态,相反,我们的调研结果显示,一个大致的规律是启动的数量与所处案件阶段的先后成正比、与管辖地的经济发达程度成正比。细言之,侦查、起诉、审判三个阶段启动鉴定的数量逐步降低,且侦查阶段启动的数量远远超过后续其他诉讼阶段的总和。<sup>[18]</sup>待案件经历了侦查、起诉两个部门的考量后到达审判环节时,启动的机会更加渺茫,因为法官需要推翻侦查人员、起诉人员两次不予启动鉴定的初步决定,难度是可想而知的。从地区差异来看,经济比较发达的地区,比如首都经济圈、长三角、珠三角等地区,由于司法财政经费保障充裕、执法办案程序规范、权利保障意识较强,精神病鉴定启动的比率远高于经济欠发达地区。<sup>[19]</sup>在经济发达地区,办案人员的思维模式是“可鉴定可不鉴定的,尽量鉴定”;在经济欠发达地区,办案人员的理念恰好相反,即“可鉴定可不鉴定的,尽量不鉴定”。在不少经济发达地区,侦查机关内部有不成文的规定,对于亲属间的杀人或者重伤害案件,应一律启动精神病鉴定,对于社会普遍关注的重点恶性案件,也尽量启动鉴定。而在经济欠发达地区,越是恶性案件、社会影响重大的案件,启动鉴定越困难。

#### (二) 破解启动难的路径选择

上文所分析的启动难成因的复杂性提醒改革者需要重点关注的一点在于,启动环节不再仅仅是精神病鉴定的一个初始步骤,在多种因素的作用下,启动环节已经承载了整个精神病鉴定体制中的多数积弊。启动难形成的原因既包括医学鉴定中的问题,也包括司法人员后续对鉴定意见进行审核运用中的困境,甚至还与对精神病人的强制医疗等精神障碍者的最终分流途径直接相关。从破解这一难题的宏观路径来看,唯有全盘改革精神病鉴定的程序与体制,启动难问题才有解决的可能。

就微观的改革路径来看,理论界与实务界历来有两种改革方案。<sup>[20]</sup>一种主张打破现有的官方垄断体制,赋予当事人启动权,形成两种以上相对立的鉴定意见并通过两种意见的相互对抗选择较优的结论。与之相对应,另外一种主张坚持现有的职权主义鉴定启动体制,尽管不赋予当事人启动权,但对司法人员是否启动鉴定附加更为细化、严格的条件与程序。

笔者认为,第一种改革路径在当下的中国欠缺可操作性,理由如下:首先,在律师辩护率严重低下的情况下,当事人自行搜集相关精神病鉴定的信息材料,难以保证信息的充分度与可信性,而精神病鉴定的医学过程高度依赖提供给鉴定专家的各种信息材料,在这种情况下虚假鉴定的出现频率势必大大增加。其次,在现有的审前程序构造中,辩方根本不具备进行精神病鉴定的条件与机会,80%以上的犯罪嫌疑人、被告人被羁押,在律师会见都受到严重限制与干预的情况下,辩方即使享有启动权,也无法对处于羁押状态的被追诉人开展鉴定。此外,侦查秘密原则是各国侦查程序中普遍遵循的一项原则,<sup>[21]</sup>侦查卷宗在起诉前对辩方保密是各国侦查机关的通行做法,这将严重限制辩方获取案发之时被追诉人的行为表现、目击证人的描述等鉴定所需的基础

[18] 前文曾指出,部分统计数据显示,侦查环节启动的精神病鉴定占到九成以上。但从统计数据来看,起诉环节上的数量要低于审判环节,笔者认为这一统计数据本身是合理的,但不能据此认为检察环节是启动最难的一个环节,因为检察环节是处于侦查与审判之间的中间环节,为规避启动鉴定带来的风险,多数案件检察官均通过“退处”(退回公安机关作撤销案件处理)或者退回补充侦查的方式将鉴定交由侦查机关启动。检察院所具有的这种灵活操作空间使得真正藉由检察官自己决定启动的鉴定案件数量较低。

[19] 我们在调研中对比了北京与山西两地的鉴定启动率,其中北京年均700—800件刑事案件启动了精神病鉴定,北京近年来的刑事案件总量保持在10万件左右,比率为0.8%上下;而山西某地级市年均立案刑事案件8000件左右,启动鉴定的数量维持在个位数,二者之间的差异非常明显。

[20] 参见张爱艳:《精神障碍者刑事责任能力的判定》,中国人民公安大学出版社2011年版,第217页以下。

[21] 参见程雷:《侦查秘密原则初步研究》,《山东警察学院学报》2006年第4期。

材料,开展鉴定缺乏基本的支撑条件。<sup>[22]</sup>鉴于审前程序的诉讼构造短期内难以向当事人主义转变、庭审模式对抗制转化进展缓慢的现实状况,笔者赞同第二种改革路径,并主张在坚持职权主义模式的基础上,在启动环节进行改良,尽量缓解启动难问题。

#### 1. 细化启动考量因素,在部分案件中设置强制启动机制,增设救济机制

目前办案人员在决定是否启动精神病鉴定时没有任何的参照依据,完全凭个人的经验与直觉。在缺乏科学的考量因素指导的情况下,办案人员的判断与普通人完全无异。这种决定是否启动的机制彻底演化为武断的个人判断过程,公信力极低。<sup>[23]</sup>对于决定是否有必要启动精神病鉴定应当设置相应的审核条件,即具备一定的事实与情形表明“可能有精神病、影响其刑事责任能力”,就应当启动精神病鉴定。通常情况下,司法人员会就被追诉人的家族与个人精神病史、作案动机、作案手法、诉讼中的思维、逻辑等表现与反应情况四个方面进行判断,因此可以围绕这四个方设置启动考量因素,在被追诉人或其家属、辩护人提供初步的支撑依据与材料后,司法人员认为存在较大可能性的情况下,就应当决定启动精神病鉴定。启动的事实条件的证明或者判断标准达到类似于优势证据的标准即可,即存在精神障碍的可能性大于不存在精神障碍的可能性,不宜设置更高标准。

即使根据上述设想细化了启动的考虑因素与事实条件,办案人员依然享有相应的自由裁量权,启动难的问题有可能只是得到缓解,因此,为了更全面地破解启动难问题,有必要进一步考虑,在特殊案件中设立强制启动机制并增设启动难的救济机制。所谓强制启动机制,是指在死刑案件或者特殊案件类型中,只要被告人符合一定的条件,比如能够提供家族病史或者精神病就医记录、群众反映其有精神病表现等材料,办案人员就必须启动精神病鉴定。有学者参照其他国家的相关作法,建议对于死刑案件应当实行强制鉴定制度。<sup>[24]</sup>笔者赞同死刑案件应当得到最为慎重的处理,被告人的刑事责任能力问题应当得到最为严格的审查,但同时也认为,并非所有的死刑案件均有强制鉴定的必要,多年来刑事司法实践表明,绝大多数死刑案件的被告人是没有必要进行精神病鉴定的,漫长的精神病鉴定过程反而会导致案件诉讼期限延长与大量司法资源的消耗。从更加务实的角度来看,对所有死刑案件实行强制鉴定,在我国目前的精神病鉴定资源状况下短期内不具有可行性。根据不完全统计,我国目前共有司法精神病鉴定人千人左右,而每名司法鉴定人每年鉴定案件量在30—40件,也就是说年均刑事案件鉴定量最高达到3万件上下,而就目前我国死刑案件(含死刑立即执行与死缓)的总量情况观之,强制要求所有死刑案件均进行精神病鉴定根本不具有现实可行性。

强制鉴定应当存在于司法实践中精神病存在可能性较大的特定死刑案件中。根据我们的调查,精神病人实施的犯罪行为主要表现为连杀数人或者杀害亲属的故意杀人行为,动机不明的危害公共安全的犯罪,包括爆炸、危险驾驶等,对于这些精神病多发的典型犯罪类型可以考虑设置

[22] 目前的司法鉴定过程严重依赖侦查卷宗,关于当前实务界通行的医学鉴定过程与操作方式,详见本文下一部分的介绍。

[23] 邱兴华案比较集中地体现了现有启动机制所引发的争论。审理案件的法院认为,邱兴华没有家族精神病史且本人也未得过精神病,同时有充分的证据证明其在作案前有预谋,对于作案工具、时间有选择,对下手对象采取了非常凶残的手法,能够多次成功躲过公安的围捕。最高人民法院也力挺陕西高院的决定,认为法官有权力,也有能力判断邱兴华有无精神病的可能,从而决定是否需要对其进行精神病鉴定;法官可以通过分析案情、证据,审查被告人作案动机与手段和结果是否相称、是否符合常情作出上述判断,这种判断是科学的判断。参见前引[11],张军主编书,第18页。

[24] 参见郭华:《证明责任与强制鉴定:“精神病”的鉴定问题研究》,《中国司法鉴定》2007年第3期;Guo Zhiyuan, *Approaching Visible Justice: Procedural Safeguards for Mental Examinations in China's Capital Cases*, Hastings Int'l & Comp. L. Rev. 2009, pp.44—47.

强制启动机制,即当被追诉方能够提供属实的精神病家族史或者个人先前的就医记录、单位或邻里的情况反映证明时,办案人员必须启动鉴定程序。

对于被驳回的当事人的启动申请,也应当考虑设置必要的救济程序,允许申请人向另一独立机关或者上级办案机关提出重新审查的要求。在公权力机关垄断启动权的现状下,设置救济程序是防止启动决定权被滥用的重要预防与监督机制。由于精神病鉴定的时效性要求较高,也就是说,距离案发时间越近,鉴定结果越接近客观,而对于直接关系到被追诉人刑事责任有无的精神病鉴定问题,允许对初次申请的否决情形进行即时救济殊有必要。对于追诉机关不同意启动鉴定的决定,可由同级法院审查;对于法院不同意启动鉴定的决定,可由上级法院进行上诉审查。

#### 2. 增强辩方对鉴定进程的参与权,促进鉴定过程的公开与客观

根据笔者所倡导的改革方案,在现阶段辩方不宜享有鉴定启动权,但应当在启动鉴定后充分保障辩方对鉴定的参与权,以促进鉴定过程的公开、透明与公正、客观。辩方应有权知悉承担鉴定工作的主体与鉴定进程,有权向鉴定机构提供辩方掌握的与鉴定相关的材料与信息,有权委托专家辅助人参与、见证鉴定人的鉴定过程,有权向鉴定意见的采纳机关提出相关的意见与主张,有权申请重新鉴定与补充鉴定。

### 四、司法精神医学的鉴定过程及相应的司法实践难题

鉴定过程的科学性与合程序性是决定鉴定公正性与可信性的根本所在。目前整个司法精神病鉴定过程处于法律规范依据严重不足的状态。<sup>[25]</sup>考虑到法学界对医学鉴定过程的了解不多,笔者先概要介绍一下相应的流程,之后再分析医学鉴定过程中的缺陷与争议问题。

#### (一) 鉴定流程

鉴定实践中,医学鉴定的流程通常包括如下六个步骤:

##### 1. 接受委托

在这一环节申请鉴定的机关向鉴定机构电话或者当面预约鉴定的相关事宜,鉴定机构将进行初步排期,确定鉴定申请机关前来见面约谈的时间,同时告知委托鉴定的机关应当提供相应的案件材料。由于目前鉴定机构多处于案多人少的超负荷运转状态,电话或者当面预约后,实际签署鉴定委托合同的时间往往在数周之后,进行鉴定的及时性要求很难有效保证。预约时间是否视为鉴定开始时间在实践中争议较大。根据司法部《司法鉴定程序通则》第26条的规定,司法鉴定的时限为30日,自签订司法鉴定协议书之日起算,特殊情形下可以延长30日。虽然根据上述程序通则的要求,鉴定时限的起算点看似非常清楚,然而委托鉴定的办案机关为了“借期限”经常故意混淆鉴定起算的时间,即利用精神病鉴定的时间不计入办案期限这一法律规定规避诉讼期限的约束,办案机关往往要求鉴定机关写明预约时间,并从第一次预约时起开始计算诉讼时限的减免。

##### 2. 见面约谈与签订鉴定合同

在此环节委托鉴定的机关向鉴定机构提供相应的案卷材料及其他鉴定所需的信息、材料,鉴定人对办案机关送来的案卷材料进行初步审查,并向办案人员了解大致的案情,以确定能否对送交的案件开展鉴定,并正式签署鉴定合同。

[25] 除刑事诉讼法将精神病鉴定的主体规定为省级人民政府指定的医院之外,关于精神病鉴定问题缺乏专门的法律规定。实践中规范精神病鉴定的主要法律文件为1989年公、检、法、司会同卫生部联合下发的《精神疾病司法鉴定暂行规定》(以下简称“暂行规定”)以及2007年司法部《司法鉴定程序通则》,后者对包括法医精神病鉴定在内的所有鉴定种类设置了统一的鉴定过程要求。

### 3. 阅卷

鉴定人对于鉴定委托机关送鉴的各种材料进行阅览, 这些材料主要是案卷材料, 其中包括案发时现场情况、讯问被鉴定人的笔录、羁押期间精神状况、被鉴定人先前病史、表现情况以及家族病史等情况。此外鉴定机构也可以要求办案机关提供案卷材料中不包括的其他对鉴定有参考作用的材料与信息。鉴定机构所参考的案卷材料与相关信息均来自于委托鉴定的办案机关, 被鉴定人及其家属、其他当事人方不能向鉴定机构提供材料与信息, 这种做法被认为有助于保障材料的客观性与未来鉴定的准确性。

### 4. 精神检查

鉴定人在了解相关背景信息后, 下一步就是对被鉴定人进行面对面的精神检查。精神检查在精神病鉴定过程中是最重要的环节, 通常采用面对面谈话方式进行, 这一过程通常会持续 1—2 小时。精神检查通常在看守所进行, 所问的问题均围绕着被鉴定人的辨认与控制能力展开, 比如作案时的精神状态、作案动机、对犯罪行为的认识等。

### 5. 体格、神经系统及心理学测试等辅助检查

对于器质性或者器官机能损伤引发的精神障碍, 鉴定人还要对被鉴定人进行仪器检查或者心理学检查, 比如借助脑电图、CT、智力发育量表测量、心理学测试等。虽然此类仪器检查与量表测量的客观性更强, 但实践中作为可选择的补充步骤, 需要进行此类检查的鉴定案例极少出现。

### 6. 讨论与出具鉴定意见

在完成以上相关鉴定程序后, 鉴定人进行内部讨论, 就是否患有精神疾病与是否具有辨认、控制能力进而是否具备刑事责任能力出具鉴定意见。鉴定意见书需要列明的主要内容包括被鉴定人基本情况、案情摘要、调查及相关证据材料、精神检查所见、分析意见与鉴定意见。实际上, 鉴定意见主要回答是否患有精神疾病与有无刑事责任能力两个问题。关于精神疾病的诊断, 司法精神医学专家主要参考中华医学会公布的诊断标准, 即《中国精神疾病分类及诊断标准》(CCMD-3),<sup>[26]</sup> 而关于刑事责任能力的评定标准, 国内尚未制定统一标准, 少数鉴定机构内部设有自行参考的本部门评定标准。

## (二) 实践中的问题与解决方案

司法精神病鉴定的医学过程决定着鉴定意见的客观性与公信力, 针对司法精神病医学鉴定的流程与具体程序, 法学界一直不乏质疑之声。我们调研的结果显示, 法学界的质疑, 部分源自两个学科之间的壁垒, 部分则凸显了医学鉴定过程的程序瑕疵, 在此择其要者如下:

### 1. 司法精神医学与法学的合理分工与定位

司法精神病鉴定涉及司法精神医学与法学的交叉与互动, 长期以来两个学科及司法精神病鉴定人与法律职业群体之间始终缺乏合理的定位与良性互动。最为突出的表现是司法精神病鉴定人作为医学专家却不得不对法律问题进行评价, 实属严重越位与错位。根据 1989 年五部门联合颁发的《精神病鉴定暂行规定》, 精神病鉴定专家在出具鉴定意见时, 不仅应当从医学上对有无精神疾病、患有何种精神疾病予以明确诊断, 还要对被鉴定人是否具有辨认、控制能力这一纯粹的法律问题做出评价并给出明确的判断意见, 两部分的意见缺一不可, 合起来方构成一份完整的鉴定意见书。要求仅有医学背景的司法精神病鉴定人就刑法上的辨认控制能力问题发表专业意见, 是对司法精神病鉴定人的苛求, 是对现代专业分工逐渐细化这一客观规律的严重悖反。刑法上的辨认控制能力不是简单地指人的认识、辨别与控制能力问题, 而是专指行为人在实施危害行为

[26] 作为补充, 精神疾病诊断过程中部分病例也可参考世界卫生组织公布的《疾病及有关健康问题的国际分类》(ICD-10) 或者美国精神医学界的诊断标准《精神障碍诊断与统计手册》(DSM-IV)。

时,能够理解自己行为的性质、后果及社会政治意义,能够控制自己的行为,能够对此承担刑事责任。〔27〕归根结底,辨认、控制能力是法律事项的评价,有别于被鉴定人对日常社会行为的普通认识与控制能力。

造成目前双方定位混乱的另一重要原因在于,为减轻判断所引发的社会压力,分担化解办案责任风险,抑或基于对精神病鉴定专业性的错误理解,多数法律人将原本属于自己的判断权交由司法精神病鉴定人行使并对其判断意见悉数采纳。绝大多数申请鉴定的办案人员均要求司法精神病鉴定人就刑事责任能力问题出具明确意见,而对于这些即使是外行人出具的关于法律问题的鉴定意见,司法机关采信率也高达90%以上。〔28〕

回归司法精神病鉴定应有的功能定位,为体现法学与医学两个学科在司法精神病鉴定领域中的科学分工,进而增强司法精神病鉴定的公正性与公信力,应当重新界定两大职业群体的职责。司法精神病鉴定人的职责应当仅限于精神障碍诊断,对于刑事责任能力问题,可以提供参考性意见,但不宜作出明确的评价,〔29〕警察、检察官与法官应当成为刑事责任能力的评价主体。

## 2. 鉴定过程的实际时间与鉴定材料的客观性

根据我们的调研,司法精神病鉴定实务中,通常一例案件鉴定所需的实际时间能够控制在一个工作日左右,具体而言,司法鉴定人作出一个鉴定在各环节所需的时间分别为阅卷(1—2小时)、精神检查(2小时)、撰写鉴定意见及相关工作(2小时)。鉴定实际所需的时间与案件重大复杂程度并无必然联系,而是取决于被鉴定人的个人情况与案件鉴定支撑材料、信息的充分程度。鉴定的具体耗费时间不应当成为衡量鉴定公正性的指标。〔30〕实践中有关鉴定时长的突出问题在于,对于极个别特殊的被鉴定人,由于鉴定当时的表现情况、病理指征一时难以明确,应当增设住院鉴定的相关规定,通过一段时间的住院观察,为鉴定人作出鉴定意见创造充分的时间条件与诊断机会。

鉴定意见的客观性与公正性在很大程度上依赖于鉴定专家所参考的案卷材料与相关信息的客观性与充分性。目前的鉴定实践中,鉴定的作出完全依赖于办案机关提供的相关材料,包括对被鉴定人的讯问笔录、家族病史、个人就医记录与邻里反映的情况、现场目击证人的证言等相关书面材料。虽然鉴定人可以要求办案机关补充其他材料,也可以亲自外出就相关情况展开实地调查,但实践中由于鉴定时限过短、鉴定任务繁重,鉴定人实地调查与走访的比例极低,我们的调研结果显示这一比例不高于10%。绝大多数的鉴定依赖于办案机关提供的书面材料,而笔录、证言等书面材料失真的可能性极大,特别是考虑到由于案件侦破初期办案人员的追诉思维定势与破案压力,全面搜集犯罪嫌疑人精神状态相关材料很难成为侦查破案的重点等因素,鉴定结论所依据的材料的客观性、全面性存在不足。改变这一现状的出路,一方面可以考虑在规范鉴定流程的过程中,应要求鉴定人尽可能开展独立、全面的调查、走访工作;另一方面应提高侦查取证环节的客观记载水平,如推广侦查讯问的录音录像制度、规范取证笔录的固定与保全,同时赋予鉴定人对委托鉴定机关送鉴材料的客观性予以核实的相应权力,并承担核实鉴定材料真伪的相应责任。

〔27〕 参见前引〔5〕,马克昌书,第244页。

〔28〕 参见前引〔15〕,纪术茂文。

〔29〕 调研中我们了解到,在民事程序的鉴定中,司法精神病鉴定人仅需判断精神障碍的有无,而无需对民事责任能力作出评价。即使是在刑事责任能力鉴定方面,基于对现有定位混乱的反思,深圳市的鉴定机构在刑事责任能力鉴定案件中,也开始尝试不评价刑事责任能力,仅出具关于精神疾病的判断结论和刑事责任能力的评判参考意见。

〔30〕 社会各界往往对鉴定人在某些社会高度关注的案件中,在如此短的时间内作出鉴定意见持批判态度,认为鉴定人的鉴定由于时间过短,难以得出科学、可信的结论,杨佳案突出地反映了这方面的质疑与争议。事实上,刑事案件的重大复杂性、刑事责任能力问题对于案件处理的重要意义与精神病鉴定自身的时长并无必然联系,鉴定时长取决于被鉴定人的自身情况。

### 3. 鉴定标准的统一

重复鉴定、多头鉴定历来是我国司法鉴定实践中存在的一个突出问题，精神病鉴定由于其具有更为强烈的主观性，鉴定的重复提起与鉴定意见的不一致问题更为突出。调研中我们了解到，尽管目前缺乏重复鉴定与不同鉴定意见不一致率的全国性权威统计数据，但部分地区或者部分鉴定机构的相关统计数据显示，就同一案件不同鉴定意见之间的不一致率已经达到30%左右，这已经严重影响到司法精神病鉴定的公信力。造成这一问题的重要原因之一在于，不同的鉴定人采用的鉴定标准缺乏统一的规范，特别是对于辨认、控制能力的判定基本上处于无标准可循的混乱状态，完全取决于鉴定人的主观判断。<sup>〔31〕</sup>司法鉴定主管部门应当总结实践中评定标准前期探索的有益经验，尽快公布全国性的、统一的官方技术规范，结束无标准可供参照的混乱局面，减少人为的重复鉴定、多头鉴定。

## 五、精神病鉴定相关诉讼权利的保障

刑事司法实践中，精神病鉴定引发的突出问题，除了启动难之外，尚有两大问题值得关注，一是精神病鉴定期间人身自由权的干预程序，二是对鉴定意见的质证，二者均涉及被鉴定人诉讼权利的保障问题。

### （一）鉴定期间人身自由权的干预程序

刑事诉讼法第122条规定，精神病鉴定的期间不计入办案期限。司法实践中这一条款经常异化为办案机关规避法定办案期限的工具，将侦查羁押期限即将届满的犯罪嫌疑人送至鉴定机构启动精神病鉴定，而精神病鉴定的时限一般不超过两个月，但由于补充鉴定材料、重复鉴定等例外情形的存在，加之最终鉴定的时限可以数次延长，<sup>〔32〕</sup>客观上一并延长了羁押期限，可以有效缓解办案机关所面临的办案期限带来的压力。

实践中对于限制精神病人的人身自由还存在另外一个难题，即在侦查初期，对于疑似精神病的犯罪嫌疑人无法采取法定的剥夺人身自由的强制措施，以致于办案机关不得不在未采取强制措施的情况下非法剥夺此类犯罪嫌疑人的自由，以确保鉴定的顺利进行。对于应当拘留或逮捕的疑似精神病犯罪嫌疑人，由于《看守所条例》第10条明确规定对患有精神病的犯罪嫌疑人不能关押，导致办案机关只能自行安排办案人员看管此类犯罪嫌疑人，而整个鉴定周期又较长，在鉴定过程中，尽管剥夺被鉴定人自由的法定依据与程序均存在合法性质疑，但考虑到案件的办理及精神病人对社会秩序的威胁，办案机关不得不自行安排力量对此类犯罪嫌疑人的自由予以剥夺或限制。

解决上述问题的出路在于，重新认识鉴定对于公民基本权利的干预本质，进而增设因鉴定而干预公民基本权利的法定程序。传统观念认为鉴定仅仅是查明事实真相的手段，随着现代人权理念的勃兴以及刑事诉讼行为理论研究的深入，法学理论对鉴定的本质认识正在逐步深化。鉴定不再仅仅是事实的探求过程，对于被鉴定人而言，还涉及到对其自由、隐私等若干基本权利的干预，后者恰恰是现代刑事诉讼关注的重点。就精神病鉴定而言，对被鉴定人进行精神检查的过程本身就是一种强制行为，住院观察的鉴定对被鉴定人自由的剥夺可长达数月，“不计入办案期限”并不能否定

〔31〕 拟订全国统一的刑事责任能力评定标准是多年来司法精神医学界重点呼吁与努力的方向，到目前为止已经先后有多部标准的建议稿出台，可参见蔡伟雄：《精神障碍者刑事责任能力评定标准研究》，《中国司法鉴定》2008年第6期；纪术茂、张小宁：《〈精神障碍者刑事责任能力评定大纲〉研究简介》，《证据科学》2008年第4期；何恬：《关于刑事责任能力评定大纲的建议稿》，《证据科学》2007年第1期。其中部分鉴定标准已经开始在相应的鉴定机构适用，作为指导本机构司法精神病鉴定的重要标准，发挥着统一鉴定意见、规范鉴定行为的功用。

〔32〕 参见司法部2007年发布的《司法鉴定程序通则》第26条。

被鉴定人自由被持续剥夺的状态,事实上剥夺自由的期间按照现行鉴定程序通则的规定可以达到2个月,已经与逮捕期间相当,由此可见鉴定剥夺公民自由的严厉程度。正是从这个角度出发,许多国家要求鉴定的启动应当实行司法审查,鉴定剥夺自由的行为被视为一类单独的强制措施而受到法定程序的约束。<sup>[33]</sup>我国现行刑事诉讼法并未从权利保障的视角出发,设置规范精神病鉴定所附带的剥夺公民自由权的相应程序,在未来完善强制措施体系时对这一问题理应加以考虑。

## (二) 对鉴定意见的质证

被追诉人对于所有定案证据,特别是不利于己方的证据,应当有充分机会予以质询,这是一系列国际公约以及正当法律程序理念的基本要求。我国刑事诉讼法虽然要求用作证据的鉴定结论应当告知当事人,且当事人有权要求补充鉴定或重新鉴定,但这一程序保障机制除了引发不断的重复鉴定、多头鉴定之外,对于保障当事人的质证权作用有限。因为一来实践中鉴定人基本不出庭,对于书面的鉴定意见无法进行有效质证;<sup>[34]</sup>二来即使例外情形下鉴定人出庭,当事人一方的质证由于缺乏专业知识的支持,也很难达到应有的效果。

对于精神病鉴定意见这种主观性颇强的证据,鉴定人出庭接受质证是增强此类证据公信度的基本条件,也是缓解重复鉴定、多头鉴定,提高鉴定人的责任感,确保鉴定意见采信公正性的基本要求。对于鉴定意见的质证,在鉴定人出庭的基础上还应当考虑到鉴定意见的专业性特点,增设专家辅助人制度,克服当事人乃至法官精神医学专业知识匮乏所导致的证据质证难、认证难的困境。在这方面先期出台的民事诉讼证据规则中所规定的专家辅助人制度可资参考。<sup>[35]</sup>未来在修改相关证据规定时,可以赋予当事人聘请专家辅助人的权利,专家辅助人可以向鉴定人发问,辅助当事人对鉴定意见进行质询,特别是对其医学判断标准、过程、检验手段等专业性问题提出质询意见。

## 六、鉴定后对精神病人的处理——强制医疗程序的构建

一旦被鉴定为无刑事责任能力的精神病人,公安司法机关如何处理是多年来困扰刑事司法实践的一大难题。更为重要的是,作为精神病鉴定的出口管道,这一下游问题已经成为影响鉴定客观性、鉴定启动难、精神病判定难等一系列上游问题的决定性因素,亟待加以解决。刑法第18条规定,精神病人在不能辨认或者控制自己行为的时候造成危害后果,经法定程序鉴定确认的,不负刑事责任,但是应当责令他的家属或者监护人严加看管和医疗;在必要的时候,由政府强制医疗。此条款规定了对被鉴定为精神病从而不负刑事责任的肇事肇祸者有两种处理方式。然而实践中两种处理方式缺乏相应的法律法规支撑,导致家属责任与政府责任在很大程度上都沦为一纸空文。家属往往不愿意或者无力履行监管与治疗的责任,实践中频繁出现的精神病人家属长期非法拘禁精神病人甚至自行杀死精神病亲属的事件足以说明家属履行监护责任的无力与困境。而政府强制医疗程序在

[33] 比如德国刑事诉讼法典第81条、第126条分别规定了为精神病鉴定而将犯罪嫌疑人留置于羁押场所或精神病医院的相关程序,我国台湾地区刑事诉讼法第203条第3-4项沿袭了德国法上的相关规定。关于鉴定留置问题的理论探讨,可参见林钰雄:《干预处分与刑事证据》之第四章“论鉴定留置制度”,北京大学出版社2010年版。

[34] 全国人大常委会《关于司法鉴定管理问题的决定》第13条明确规定,经人民法院依法通知,鉴定人拒绝出庭作证的,由省级人民政府司法行政部门给予停职或者撤销登记的严重处罚,足见立法者对于鉴定人出庭价值的高度关注,然而司法实践中许多法院由于出庭费用或者其他原因,不愿意通知鉴定人出庭。在调研中我们所了解到的鉴定人零星出庭的案例,无一例外是因为涉及的案件在当地具有重大社会影响,为了处理这些棘手的案件,法院才请鉴定人到庭说明鉴定的理由与过程,实际上鉴定人出庭成为了法官分解社会压力的“挡箭牌”。

[35] 最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第61条规定:“当事人可以向人民法院申请一至两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有关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。”

刑法与刑事诉讼法等相关法律中的阙如，<sup>〔36〕</sup>导致实践中被鉴定为精神病的犯罪嫌疑人与被告人也很难得到有效的政府监管；司法实践中表现为，要么一放了之，任凭精神病人继续威胁社会的安全与秩序；要么一关了之，不启动精神病鉴定或者鉴定后不认定为精神病而作为正常人关入监狱服刑，暂时规避释放精神病人对社会安全带来的风险。政府承担的强制医疗这一社会责任，通常由公安机关管辖的安康医院负责实施，但由于长期以来各地对安康医院建设的投入严重不足，迄今为止全国仅有 24 所安康医院，能够收治精神病人的床位数量与日益增多的肇事肇祸精神病人数量之间严重不平衡。<sup>〔37〕</sup>在这种现状下，许多安康医院作为唯一的强制医疗场所仅仅收治侦查环节鉴定出的精神病人，案件在起诉、审判环节即使鉴定出有精神病，当地安康医院也不会收治，因此检察官、法官在启动鉴定时或者明知鉴定意见表明被告人有精神病，却苦于无法正常、稳妥、合法地安置相关精神病人，就不得限制启动的频率或者拒绝认定犯罪嫌疑人、被告人无刑事责任能力。可见，强制医疗程序的构建已经成为制约精神病鉴定与判定的一个基本问题，亟待解决。可喜的是，立法机关已经启动精神卫生法与刑事诉讼法再修改两项工作，前者将重点解决强制入院问题，后者则正在讨论增设刑事诉讼中的强制医疗程序问题。

强制医疗的本质是对公民自由权的限制与剥夺，其价值目标是安全与自由并重、防卫社会与精神病人回归社会并重。依强制医疗所依据的法律关系不同，精神障碍者的强制医疗从法律属性上来看分为公法领域的强制医疗与私法领域的强制医疗。前者是指警察或者司法机关对于有危害社会或者他人利益危险的精神障碍者，包括违法犯罪但不负刑事责任的精神障碍者，为防卫社会而采取的公权力限制私权利的行为，这类强制医疗受刑事诉讼法、刑法与行政法调整。<sup>〔38〕</sup>私法领域的强制医疗，主要是监护人与医院对作为被监护人的精神障碍者，为了防止其损害自身利益而依照民法上的监护责任进行强制性住院治疗，此类行为主要是精神卫生法的调整对象。囿于讨论主题的限制，本文着重分析刑事法领域的强制医疗程序。

刑事法领域的强制医疗通常被认为是保安处分的一种，是对实施了危害行为的精神疾病患者适用的旨在隔离排害和强制医疗的刑事实体措施，其目的在于消除精神病患者的人身危险性、防止再犯，达到防卫社会的目的。<sup>〔39〕</sup>强制医疗具有医学关怀的追求，但本质上是对精神病患者人身自由的剥夺。强制医疗的法治化进程关键在于程序构建，核心在于建立司法审查程序，以确保由中立的第三方对关乎公民自由的重大事项作出独立、公正的裁决。强制医疗不仅仅是一种医疗处分，更是对作为公民个体的精神疾病患者人身自由的剥夺，因此，贯彻程序法定原则与司法审查原则是彰显制度价值的基本要求。目前在我国执法实践中，对实施了违法行为并具有社会危险性的精神病人，由公安机关负责人审批后即可送至安康医院进行强制医疗；剥夺公民自由的时间至少为 1 年，期满后还可由公安机关自行决定延长相应的期限，延长次数没有限制。公民的个人自由完全可以基于防卫社会的目的，在医疗需要的“神圣”借口下被恣意剥夺，这与现代法治的

〔36〕 人民警察法第 14 条规定，对于严重危害公共安全或者他人人身安全的精神病人，可以采取保护性约束措施。需要送往指定的单位、场所加以监护的，应当报请县级以上人民政府公安机关批准，并及时通知其监护人。该条授权公安机关采取强制医疗手段，但未规定强制医疗的具体程序与具体负责部门。除此之外，关于对刑事程序中的精神病人进行强制医疗的规范性依据主要是部分省市出台的地方性规定，如上海、北京、武汉、宁波、无锡、杭州等地出台的地方性精神卫生条例和对实施犯罪行为的精神病人进行强制医疗的地方性管理办法。

〔37〕 相关数据显示，全国 24 所安康医院分布在 18 个省市，共有床位 7500 张，1998—2010 年共收治 4 万人次。如前所述，目前年均精神病人引发的刑事案件高达万起，考虑到精神病医院周转期长达数年的现实情况，现有床位严重不足已经成为不争的事实。

〔38〕 在我国由于刑法的定量因素，危害社会的行为根据违法的严重程度分为犯罪行为与危害社会治安的行政违法行为，二者分属刑法与行政法两个部门法规制，然而，二者之间的界分主要是违法程度上的差别，违法行为及其法律制裁的机理应当是一脉相承的。

〔39〕 参见卢建平：《中国精神疾病患者强制医疗问题研究》，载王牧主编：《犯罪学论丛》第 6 卷，中国检察出版社 2008 年版。

精神格格不入。强制医疗的法治程序应为,由不承担防卫社会职能的法官审查控方对被追诉人采取强制医疗的意见,在精神医学专家的辅助下,考量精神病肇事者的违法行为事实与社会危险性的严重程度,决定是否适用强制医疗措施以及期限;期限届满后,应当对是否具备强制医疗的必要性进行审核,并尽早恢复被强制医疗者的人身自由。

此外,作为一种防卫社会的有效机制,强制医疗程序应当具有适用上的强制性,也就是说,只要有充分的证据证明犯罪嫌疑人或者被告人实施了刑法所禁止的行为且被鉴定为患有精神疾病、无刑事责任能力,就必须进入精神病医院接受强制医疗。刑法第18条所规定的家属可以履行监护或者医疗责任的规定,既不具备现实可行性,也与刑法所应当具备的特殊预防、防卫社会的价值目标直接相悖。无论是强制隔离精神病肇事者以维护社会安宁与安全,还是对精神病患者进行人道主义医疗救助,都是政府的应尽职责,而对所有肇事肇祸并持续具有社会危险性的精神病患者施以强制医疗措施,才能够完全履行上述政府职责。当然,相关立法完善的过程中,应当统筹考虑强制医疗所需的场所与人员问题,除健全、加强安康医院的软硬件建设之外,还应当考虑充分利用卫生、民政系统的精神病院资源,授权社会性质的各类精神病医院代为履行强制医疗的治疗、看管职责,以缓解目前强制医疗能力严重不足的困难局面。

## 七、鉴定人与鉴定管理体制

客观、公正的精神病鉴定体制离不开相关配套制度的支撑,其中鉴定人与鉴定管理体制就属于直接影响鉴定程序公正性与鉴定意见客观性的重要配套制度,在完善精神病鉴定制度的过程中应当予以重点考量。

### (一) 鉴定机构的资质与范围

1996年刑事诉讼法修改时,第120条的修正将精神病鉴定机构限定于省级人民政府指定的医院。这一旨在规范鉴定机构的修法举措严重背离了我国精神病鉴定的实践,在司法实践中早已沦为具文。长期以来,我国司法实践中精神病鉴定机构主要包括两大类:精神病医院和大专院校、科研院所等非医院系统中的鉴定机构。后者在长期的司法鉴定实践中培养、聚集了大量的司法鉴定专家,积累了丰富的鉴定经验,而医院中的精神科医师身兼治疗与鉴定双重职责,医疗任务无论从经济回报还是工作的重要性而言,都远远超过鉴定任务,可以说对于医院的精神科而言,司法鉴定实属边缘化的附属产业,近年来更是呈逐步衰落趋势。日益猛增的司法精神病鉴定案件数量迫使司法实务界突破了刑事诉讼法的明文规定,医院以外的鉴定力量逐步成为司法鉴定的主体。为实现鉴定资源的充分利用,缓解日益突出的鉴定数量与鉴定资源有限之间的矛盾,取消刑事诉讼法第120条对鉴定机构的范围限定已经是大势所趋。

### (二) 鉴定人的准入与培养机制

鉴定人的职业水准与专业能力直接影响鉴定意见的科学性,高质量的鉴定人队伍将有助于克服重复鉴定、鉴定意见不一致率过高等关系到鉴定意见客观性与公信力的若干实践难题。长期以来司法精神病鉴定人主要由精神科的医务人员转换而来,1989年《精神疾病司法鉴定暂行规定》第13条将准入条件只是简单规定为具有5年以上精神科临床经验并具有司法精神病学知识的主治医师或者主检法医师资格以上的人员。现有的准入条件过于宽松,难以保证鉴定人具备相应的法律素养与职业道德水准。在鉴定人准入方面,应当借鉴律师实习制度,以较长时间的实习替代考试作为准入的基本考核要求。同时鉴定人具备相应的鉴定资格之后,后续的在职培训体系严重匮乏,鉴定人的培养机制乃至整个司法精神病学学科的发展都亟需政府与社会各界的支持与

投入。<sup>[40]</sup>

### （三）鉴定体制的等级化

2005年全国人大常委会通过的《关于司法鉴定管理问题的决定》打破了传统上的等级化的鉴定体制，不同鉴定机构作出的鉴定意见在科学性上不存在等级之分。这种追求平行化鉴定体制的改革举措，经过6年的实践检验，暴露出一系列问题。一方面鉴定机构社会化、市场化后鉴定意见的客观性、公正性难以保障，<sup>[41]</sup>同时此种改革无视不同级别的鉴定机构之间鉴定力量原本就存在差异的客观事实，导致重复鉴定、多头鉴定问题更加突出，既损害了鉴定制度的公信力，也浪费了大量的鉴定资源。在调研中，不少精神病鉴定人强烈呼吁在一定程度上恢复原有的等级化鉴定体制格局，比如，省级专家委员会的作用应当予以充分肯定，<sup>[42]</sup>不应简单地予以取消，而是应当充分发挥其对复杂鉴定案例的争端解决功能，减少不必要的重复鉴定、多头鉴定。事实上对于高度依赖个人经验、主观性极强的精神病鉴定而言，级别越高的鉴定机构或者由资深的司法精神鉴定专家组成的更高级别的鉴定复议机构更有能力对争议较大的复杂鉴定实例作出更为公正、客观的鉴定意见。晚近，鉴定管理部门评选全国十家国家级鉴定机构的举动，传递出未来鉴定体制改革重新走回等级化方向的讯号。<sup>[43]</sup>调研中，我们也了解到等级化的鉴定管理体制被认为更符合中国社会的司法体制传统、法律职业者的传统认知，在当前涉诉信访、缠诉上访问题比较突出的矛盾凸显期，部分回归等级化的鉴定管理体制具有极强的现实意义。

## 结 语

精神病鉴定主要依赖专家的经验，使用极其有限的判定工具和欠成熟的精神医学知识对世界上最为复杂的事物——人类的精神世界作出判断，任务的艰巨性、过程的复杂性与结论的高度主观性是可想而知的。作为一项需要同时娴熟运用法学与精神医学交叉学科知识的专业活动，不仅要求司法精神病鉴定人具备跨学科的知识背景，更应强调司法鉴定人与法律职业群体两类主体的合理定位与沟通协作。过去司法实践中精神病鉴定暴露出的许多问题都与两类群体的越位、错位与误解直接相关，比如，司法精神病鉴定人一直承担着本应由法律职业群体判定的刑事责任能力的判断任务，而法律职业群体也乐于一味采纳原本仅有参考作用的鉴定意见。再比如，对精神病人的强制医疗经常被视为一种医学观护措施，而对其更为本质的法律属性——对公民自由权的剥夺却视而不见，法律与医学问题的混淆直接导致了我国强制医疗程序的严重匮乏。

[40] 精神医学在整个医学界的地位趋于边缘化，司法精神病学在整个精神医学界的地位更加边缘化，这导致司法精神病学整个学科的发展十分缓慢。调研中我们了解到，造成这一问题的外在原因是司法精神病学没有医药企业的巨额资助，但事实上根本原因还在于政府投入有限、社会各界对司法精神病学的整体发展关注有限。

[41] 在司法精神病鉴定领域，内蒙古安康医院精神病鉴定腐败窝案充分说明了这一问题。在10余起重大刑事案件中，内蒙古安康医院的鉴定人大肆收受贿赂，犯罪分子花钱买取精神病鉴定虚假结论，成功逃脱法律的制裁，详见王和岩：《操纵司法鉴定：内蒙古窝案》，《新世纪》2010年第2期。

[42] 1989年《精神病鉴定暂行规定》中明确要求各省建立精神疾病司法鉴定委员会，司法鉴定委员会由各省资深的鉴定专家组成，人员不固定、机构不常设，负责对本省内重复鉴定的案件作出终局性鉴定，此种机制被认为对于统一各省鉴定标准，遏制不必要的重复鉴定、多头鉴定具有积极意义。然而2005年出台的《关于司法鉴定管理问题的决定》取消了这种鉴定委员会的设置。

[43] 国家级鉴定机构遴选改革的出台是贯彻中央司法体制改革与工作体制机制改革文件，加强鉴定体制改革的重要举措，直指实践中比较突出的多头重复鉴定、久鉴不决等问题，由于国家级鉴定机构的鉴定意见原则上只能由其他国家级鉴定机构重新鉴定，而国家级鉴定机构的数量与鉴定业务范围又极其有限，这就意味着实际上国家级鉴定机构出具的鉴定意见属于终局鉴定。这一改革举措显然有助于解决重复鉴定、多头鉴定问题。关于国家级鉴定机构改革举措的背景与内容，参见周斌、卢杰：《10家国家级鉴定机构公布 有关负责人答记者问》，《法制日报》2010年10月22日。

本文的另外一项总体性发现是，司法精神病鉴定所暴露出的现有问题多具有表象意义，其背后隐藏着更为系统的制度性缺陷。比如，从启动难问题的分析中，我们可以发现启动难的真正原因在于后续鉴定过程的主观性过强、鉴定意见变数太大以及鉴定后强制医疗制度不健全，下游问题的掣肘导致处于上游的启动环节出现问题。再比如，鉴定程序中存在的种种问题大多与鉴定体制改革的不彻底有关，与政府对精神病人的治理投入不足密切相关，问题的症结可以上溯至政府、社会对精神病人基本人权的认识依然有待提高，精神病人作为一类特殊的群体，无论从鉴定机制还是从法律处遇方面，都需要政府、社会对其承担应尽的管理、关照职责。解决精神病鉴定问题，需要具备更为宽广的视野，出台更为系统的制度改革方案，关注更为系统、深层次的社会治理机制问题。

---

---

**Abstract:** Treatment on mental disorders in criminal justice is regarded as an important social problem related to personal liberty and social safety. Several recent typical cases on mental disorders reported by China's media illustrate the terrible situation of forensic examination on mental disorders. Through empirical study, we found five characters of such examination which make the public suspect its objectivity and reliability, that is, the complexity of people's minds, the difficulty of tracking past facts and experiences, the interdisciplinary knowledge, the limitation of testing tools, and the subjectivity of examination result. This paper analyzes five problems and relevant solutions.

Firstly, difficulties of initiating forensic examination in criminal justice are just facial phenomenon. The deeper reasons are the over-subjectivity of examination results and the limitation of the supporting institution of compulsory commitment. We do not think the law should be changed to give the defendants the rights of initiation. However, in some special death penalty cases, as long as the defendants raise such request, the examination process should be initiated. In addition, in other ordinary cases, the defendants should have the right of appeal if the first application for examination is denied. Secondly, we should adjust the role division between forensic experts and legal professionals. Forensic experts should only focus on the mental state, while the problem of the capacity for criminal responsibility should be judged by the legal professionals. Thirdly, the liberty of the suspects or defendants with mental disorders should be deprived according to separate and clear legal framework. In addition, the defendants should get the assistance of another forensic expert to cross examine the examination result. Fourthly, compulsory commitment to hospital should be decided by independent judges, not by police officers or prosecutors. More importantly, China should increase the capacity of commitment hospitals as soon as possible. Lastly, according to current law, only hospitals appointed by the provincial governments can process such examination, which ignores the reality of China and results in the resource waste and the undesirable examination quality. China can get back to the rank management system and establish the entry criteria and training system for forensic experts.

**Key Words:** forensic examination on mental disorder, difficulty of initiation, compulsory commitment

---

---