

中国刑事专家辅助人 向专家证人的角色转变

张保生 董 帅*

内容提要：中国的刑事专家辅助人具有既类似于律师又类似于鉴定人、证人的多重属性；围绕专家辅助人意见的性质，也形成了质证方式说、鉴定意见说、证人证言说等多种观点。角色定位上的混乱，不仅造成了独具特色的鉴定人与专家辅助人的双轨制，而且常常使专家辅助人意见的法庭采信陷入困境。从最高人民法院有关专家辅助人的新近规定看，专家辅助人的角色呈现出向专家证人转变的趋势。这种转变的核心要求，一是实现鉴定人和专家辅助人的诉讼地位平等，专家辅助人意见和鉴定意见在专家证言意义上的证据效力平等；二是使专家辅助人回归专家证人本色，将强加给专家辅助人的不合理的质证职责交还给律师、检察官；三是提高律师、检察官熟练运用交叉询问规则、对科学证据进行质证的能力，充分发挥法官的科学证据“守门人”作用，以适应事实认定科学化的需要。

关键词：鉴定人 专家辅助人 专家证人 科学证据

一、专家辅助人制度的意义及其面临的困境

随着现代科学技术的不断进步，科学证据为案件事实认定提供了新的认识手段，科学证据在法庭审判中的运用越来越广泛，其作用越来越受到重视。然而，科学证据在审判中的广泛运用，也犹如一把“双刃剑”。比如，美国国家研究理事会（NRC）2009年发布的一份报告指出，法庭科学家们长期以来夸大了许多科学证据种类的作用，包括足迹、指纹、轮胎痕迹、弹痕、血迹、火灾和笔迹鉴定。^{〔1〕}而对于DNA证据，根据美国“无辜者项目”2019年更新的数据，在通过DNA检测证明犯罪人系属无辜的冤案中，有近一半冤案（45%）是由“法庭科学的不当使用”造成的。所谓“法庭科学的不当使用”包括：（1）科学原理

* 张保生，中国政法大学证据科学教育部重点实验室、司法文明协同创新中心教授；董帅，中国政法大学证据科学研究院博士研究生。

〔1〕 See Martin Enserink, *Evidence on Trial*, Science 11 Mar. 2016; Vol. 351, Issue 6278, pp. 1128 - 1129, DOI: 10.1126/science.351.6278.1128.

不可靠或缺乏事实根据；(2) 科学方法的有效性未经充分证实；(3) 专家证人的证言具有误导性；(4) 检验过程中出现错误；(5) 法庭科学家存在不端行为。〔2〕

显然，“事实认定的科学化”〔3〕给审判带来的一个实际挑战是：作为科学知识外行的法官，往往因科学证据带有“科学”光环而迷信科学证据，从而在科学证据的采信上很容易被法庭科学家牵着鼻子走。不仅是法官，参与法庭审判活动的检察官、律师、陪审员等也大多没有经受过系统的科学技术训练，却要运用科学证据进行事实认定，这势必会造成对科学证据的盲从。有学者发现，在中国，法院对控方提交的 DNA 证据的采信率高达 99.65%。〔4〕也就是说，本应充当科学证据采信“守门人”的法官，对控方提交的 DNA 证据基本上照单全收。不仅 DNA 证据如此，对其他科学证据的迷信，在司法实践中也相当普遍。例如，在念斌案中，尽管鉴定和检材提取过程存在诸多问题，比如鉴定机构“均未按照专业规范要求进行‘空白’对照检验，以防止假阳性检验结果”，“铝壶水、高压锅和铁锅的提取送检过程不清，检材来源相关证据间的矛盾和疑点得不到合理解释，检验过程不规范，检验结论可靠性存疑，理化检验报告不足以采信”等等，〔5〕但该案一审和二审法院对这些问题均视而不见，对不可靠的科学证据照单全收，这成为造成冤案的重要因素之一。

随着近些年来一些重大冤假错案的平反，人们逐渐认识到，鉴定意见或科学证据并不必然可靠。因为，除了科学原理和科学方法的成熟或普遍接受性之外，科学知识在法庭上的运用还离不开专家的推论。作为拥有专门知识的人，专家一方面可以正确运用科学知识，得出正确的鉴定意见或专家意见，从而辅助事实认定者（法官、陪审员等）理解证据或裁断有争议的事实；但另一方面，专家也可能误用科学原理和方法，形成错误的判断或意见，从而误导事实认定者。从这个意义上说，2012 年修订刑事诉讼法，将“鉴定结论”改为“鉴定意见”，标志着从法律上打破了对鉴定类证据的迷信，明确了其意见证据的属性，这是对科学证据性质的认识上的飞跃。

在鉴定证据一家独大的情况下，专家辅助人的出现，改变了鉴定人在法庭上独揽科学证据认定的局面；在我国刑事司法长期“侧重公检法机关依职权运用专家制度的‘权力逻辑’”之外，补充了一种“当事人借助专家的辅助，对公检法机关运用专家制度的权力进行制约”的“权利逻辑”，〔6〕从而使法官可以对鉴定意见进行全面审查判断，起到兼听则明的作用。然而，我国立法关于专家辅助人制度的规定比较模糊，这一制度在运行实践中也暴露出一些严重的问题。其中的关键问题是，专家辅助人一身三任，即兼有律师、鉴定人、证人的三重角色。这种角色混乱，造成了独具特色的专家辅助人与鉴定人的双轨制，而专家辅助人提供的意见被认为缺乏法律效力，一般不会被法官采纳作为定案的依据。本文即从专家辅助人意见遭遇的这种困境切入，以刑事诉讼中的专家辅助人制度为研究对象，聚焦法庭审判过程，分析形成这种困境的原因，以及摆脱这种困境的可能途径。

〔2〕 See Overturning Wrongful Convictions Involving Misapplied Forensics, <https://www.innocenceproject.org/overturning-wrongful-convictions-involving-flawed-forensics/>, last visited on 2019-12-13.

〔3〕 [美] 达马斯卡：《漂移的证据法》，李学军等译，中国政法大学出版社 2003 年版，第 200 页。

〔4〕 参见陈学权：《科学对待 DNA 证据的证明力》，《政法论坛》2010 年第 5 期，第 51 页。

〔5〕 参见福建省高级人民法院（2012）闽刑终字第 10 号刑事附带民事判决书。

〔6〕 参见陈如超：《专家参与刑事司法的多元功能及其体系化》，《法学研究》2020 年第 2 期，第 96 页，第 99 页。

二、专家辅助人及相关概念辨析

专家辅助人制度,是我国对普通法系专家证人制度和大陆法系鉴定人制度兼收并蓄的结果。它既体现了二者在某种程度上的融合,又与两大法系的科学证据制度有所不同。通常,我们在立法和司法解释文本中看到的标准称谓是“有专门知识的人”,但这个称谓并不为专家辅助人所专享,其含义在2018年刑事诉讼法中有广义和狭义之分。广义上包括三种人:(1)勘查人员。第128条规定:“侦查人员对于与犯罪有关的场所、物品、人身、尸体应当进行勘验或者检查。在必要的时候,可以指派或者聘请具有专门知识的人,在侦查人员的主持下进行勘验、检查。”(2)鉴定人。第146条规定:“为了查明案情,需要解决案件中某些专门性问题的時候,应当指派、聘请有专门知识的人进行鉴定。”(3)专家辅助人。第197条第2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”。狭义的“有专门知识的人”就是指专家辅助人。

与立法上的“一词多义”相比,在司法实践中出现了“一义多词”的情况。例如,“专家辅助人”“有专门知识的人”“专家证人”这三个称谓,就经常在裁判文书中交替使用。笔者以“鉴定人”“有专门知识的人”“专家辅助人”“专家证人”这四个称谓为关键词,在“北大法宝”司法案例库检索到2013-2018年刑事裁判文书共计76233份,发现了如表1所示的情况。从表1可以发现两个现象:一是与“鉴定人”称谓100%的使用率相比,“有专门知识的人”“专家辅助人”“专家证人”这三个称谓的使用率合计仅为0.82%。这反映出在刑事诉讼中鉴定意见接受这三类人质证的比例很低,表明鉴定意见在法庭上一家独大的情况未发生根本改变。二是后三个称谓的用法不统一。在使用这三个称谓的623份裁判文书中,法官似乎更偏爱使用“有专门知识的人”(432份,占69.34%),这显然是受到立法和司法解释规定的影响;但值得注意的是,“专家证人”(132份,占21.19%)称谓的使用比例居然超过了“专家辅助人”(59份,占9.47%)。这似乎说明,在法官那里,“专家证人”概念比“专家辅助人”更深入人心。

表1 载有“鉴定人”“有专门知识的人”“专家辅助人”“专家证人”称谓的刑事裁判文书份数

年份	鉴定人	有专门知识的人	专家辅助人	专家证人
2013	2725	10	0	2
2014	9785	41	5	14
2015	12922	56	6	16
2016	15576	69	7	21
2017	17614	127	16	31
2018	17611	129	25	48
合计	76233	432	59	132

我国设立专家辅助人制度的主要目的,是弥补控辩双方对鉴定意见进行质证的能力不

足。“由于鉴定意见的专业性，普通的诉讼主体在庭审中难以有效进行质证。”〔7〕通过引入专家就鉴定意见提出意见，可以解决“‘隔靴搔痒’般的提问，‘聊胜于无’地作答”〔8〕等质证过程虚化的问题。实际上，专家在刑事诉讼中的辅助作用，可以大致分为庭上的辅助和庭外的辅助，〔9〕前者即出庭就鉴定人作出的鉴定意见提出意见。有学者进一步将专家辅助人的诉讼权利分解为三个层次：“第一层次的权利即针对案件涉及的鉴定事项为当事人提供咨询服务，并协助当事人做好庭审准备；第二层次的权利即直接参与针对鉴定结论的庭前开示程序，运用专门知识帮助当事人判断鉴定结论的准确性，为己方当事人提供是否向法庭提出鉴定申请的建议；第三层次的权利即直接代表当事人参与庭审程序，在法庭上针对鉴定结论与对方当事人开展对抗，对案件涉及的鉴定结论进行质证。”〔10〕

笔者认为，对于专家辅助人的庭上辅助功能与庭外辅助功能，不能一概而论。一方面，由于科学证据的专业性、复杂性，保障专家辅助人在庭外进行调查、检验和监督等权利非常重要。例如，有学者指出：“实践中专家辅助人无权进行司法鉴定，只能动用个人资源和社会关系去接触与原有司法鉴定相关的材料，到案发现场了解案件鉴定的过程。由于没有调查与案件相关的鉴定材料的权利，专家辅助人所能获及的检材大多由侦控方提供。因此专家辅助人出庭质证无异于‘以短剑对抗长矛’。”〔11〕另一方面，庭上的辅助功能事关法官事实认定推论的形成，这使得专家辅助人意见的性质之争日趋白热化。

三、专家辅助人角色多重之弊

根据2018年刑事诉讼法和有关司法解释的规定，专家辅助人在庭上的辅助功能比较单一，即“就鉴定人作出的鉴定意见提出意见”。由于有关如何对鉴定意见提出意见的规定比较模糊，该功能在审判实践中大致有三种实现方式，从而使专家辅助人有了三重角色：（1）貌似当事人的律师；（2）普通证人；（3）具有鉴定人的身份。

（一）貌似律师的专家辅助人

在刑事案件中，鉴定人与专家辅助人的关系主要体现为后者对前者的鉴定意见提出意见。所谓的“提出意见”，通常被理解为是针对对方（主要是控方）鉴定人进行质证。对此，2018年刑事诉讼法第197条第2款虽规定，“有专门知识的人出庭，就鉴定人作出的鉴定意见提出意见”，但对专家辅助人应以何种身份出庭，以何种方式对鉴定意见提出意见，却语焉不详。在司法实践中，存在以下两种做法：

第一种是，由申请专家辅助人出庭的律师或检察官对其进行询问，以反驳、质疑对方的鉴定意见。2018年刑事诉讼法第194条第1款规定，“证人作证，审判人员应当告知他要如实地提供证言和有意作伪证或者隐匿罪证要负的法律后果。公诉人、当事人和辩护人、

〔7〕 陈光中主编：《刑事诉讼法》，北京大学出版社2013年版，第83页。

〔8〕 李学军、朱梦妮：《专家辅助人制度研析》，《法学家》2015年第1期，第152页。

〔9〕 关于庭前的辅助作用，参见2018年《最高人民法院关于指派、聘请有专门知识的人参与办案若干问题的规定（试行）》第7条至第9条的规定。

〔10〕 汪建成：《司法鉴定模式与专家证人模式的融合——中国刑事司法鉴定制度改革的方向》，《国家检察官学院学报》2011年第4期，第115页。

〔11〕 陈邦达：《专家辅助人制度：面临的问题与完善路径》，《理论探索》2016年第1期，第124页。

诉讼代理人经审判长许可,可以对证人、鉴定人发问。”从上述规定看,鉴定人、专家辅助人和证人属于同一类。对此,2012年《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》(以下简称“刑事诉讼法解释”)第216条第1款进一步规定:“向证人、鉴定人、有专门知识的人发问应当分别进行。证人、鉴定人、有专门知识的人经控辩双方发问或者审判人员询问后,审判长应当告知其退庭。”上述规定表明,对鉴定人的发问,与对证人的发问是同一个程序,适用同样的规定,并无特殊之处。例如,在念斌案的终审中,念斌及辩护人“对证人、鉴定人、侦查人员和专业人员分别作了询问”。^[12]在林森浩案的二审中,辩护人“申请有专门知识的人×××出庭”,^[13]在律师的引导下对鉴定意见进行了质询。在这种情况下,专家辅助人出庭,“就鉴定人作出的鉴定意见提出意见”,是通过申请其出庭的律师或检察官的发问来完成的,这实际上使其充当了专家证人的角色。

第二种是,由专家辅助人直接对鉴定人进行交叉询问。例如,在刘某某故意伤害案中,一审判决书称:“庭审中,鉴定人出庭接受了专家辅助人的询问,并作出合理解释,本案鉴定程序合法,不存在重新鉴定的事由,故该鉴定结论可以作为定案依据。”^[14]又如,在朱某、秦某2等重大劳动安全事故案中,一审判决书作出如下事实认定:“通过专家辅助人员向鉴定人进行询问,如果炉内有漏点打开阀门能否发现漏水,是否属于异常情况,鉴定人陈述有异常情况会被发现。”^[15]在上述案件中,专家辅助人出庭向对方鉴定人进行询问,显然属于交叉询问。在法庭质证程序中,交叉询问本应由律师、检察官进行,在上述案件中却莫名其妙由专家辅助人替代了。这一越俎代庖的不当做法,目前还被某些地方司法机关以地方性规范性文件的形式固定下来。例如,2017年浙江省高级人民法院、浙江省人民检察院等《关于刑事案件证人、鉴定人及有专门知识的人出庭规定(试行)》第4条第2款规定:“有专门知识的人经法庭许可,可以询问当事人、鉴定人以及其他诉讼参与人”。

上述第二种做法,专家辅助人不仅僭越律师角色,检察官职能被僭越的风险也始终存在。例如,2018年《最高人民检察院关于指派、聘请有专门知识的人参与办案若干问题的规定(试行)》第10条仍旧笼统地规定,“有专门知识的人出庭,就鉴定人作出的鉴定意见提出意见”,而未明确规定专家辅助人要在检察官的引导下才能对鉴定意见提出意见。可以想见,如同律师因不懂科学知识而拱手相让交叉询问权,检察官也会因为不具备系统的科学知识而乐见专家辅助人代替自己去询问鉴定人。但长此以往,律师、检察官对鉴定人进行交叉询问的能力必将逐步退化。

根据现代刑事诉讼构造理论,在法庭审判中,专家与律师、检察官扮演不同的诉讼角色,具有不同的职能。专家(包括鉴定人和专家辅助人)本质上是具有专门知识的专家证人,他们与具有直接知识的普通证人一起,构成了法庭审判的信息源。让一部分专家(专家辅助人)去询问另一部分专家(鉴定人),等于在法庭上让证人去询问证人,这势必造成诉讼角色的混乱。相比之下,律师和检察官的角色是具有法律专业知识,代表委托人参加诉讼的法律代理人,或者代表国家、官方对犯罪进行追诉的公诉人。专家辅助人之所以不

[12] 福建省高级人民法院(2012)闽刑终字第10号刑事附带民事判决书。

[13] 上海市高级人民法院(2014)沪高刑终字第31号刑事裁定书。

[14] 山西省太原市万柏林区人民法院(2018)晋0109刑初11号刑事判决书。

[15] 新疆维吾尔自治区吉木萨尔县人民法院(2018)新2327刑初32号刑事判决书。

能越过律师和检察官直接对鉴定人进行询问，既是因为他们缺乏系统的法律训练，特别是缺乏交叉询问这项需要经过培训和多年执业实践才能系统掌握的法律执业技能，也是因为法庭上有诉讼角色分工。由律师和检察官代理委托人参加诉讼或代表国家出庭举证质证支持公诉，既能组织己方证人向法庭进行陈述，又能运用交叉询问技巧对对方证人进行盘诘，还能从维护委托人权益或国家公诉权等方面提出如何适用法律的建议或意见。因此，律师和检察官的诉讼角色，专家辅助人是无法取而代之的。

（二）混同于普通证人的专家辅助人

相对于普通证人依靠“亲身知识”作证，专家证人是依靠“专门知识”作证的特殊证人。根据意见证据规则，普通证人一般不被允许提供意见证据，因为这超出了其掌握的直接知识的范围。即使在某些情况下允许其提供“外行意见”，其内容和范围也要受到严格限制。^[16]例如，美国《联邦证据规则》第701条“普通证人的意见证言”规定：“如果证人不是作为专家而作证，其意见形式的证言限于：（a）合理地基于该证人的感知；（b）有助于对该证人证言的清楚理解或裁断争议事实；并且（c）不是基于规则第702条范围内的科学、技术或其他专门知识。”显然，普通证人不得就专门知识的问题提供意见证据，系因在直接知识和专门知识之间有一条严格的界线。就专家辅助人而言，其专家意见是科学证据可采性规则所允许的证言形式，即意见证据排除规则的例外。例如，美国《联邦证据规则》第702条“专家证人证言”规定：“因知识、技能、经验、培训或教育而具备专家资格的证人，可以意见或其他形式作证。”

在前述我国司法实践中专家辅助人对鉴定意见提出意见的两种做法中，第一种是由申请专家辅助人出庭的律师或检察官对其进行询问，以反驳、质疑对方的鉴定意见。在这种情况下，专家辅助人实际上在充当专家证人的角色。但由于我国目前缺乏与外行意见相对的专家意见规则，立法者对普通证人和专家证人的区别尚无清楚认识。例如，在2011年《刑事诉讼法修正案（草案）》中，曾将1996年刑事诉讼法第159条修改为第191条并增加一款：“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作为证人出庭，就鉴定人作出的鉴定意见提出意见。”^[17]应该说，草案中的这一规定有正确的一面，即立法者意识到专家辅助人的身份是证人，但它也存在两个问题：一是没有认识到普通证人和专家证人的知识来源截然不同；二是对如何“就鉴定人作出的鉴定意见提出意见”规定得不具体，没有明确专家辅助人应当在律师或检察官的引导下进行。也许因为存在诸如此类的问题，上述草案中的这一规定最终未被采纳。

尽管专家辅助人应当属于不同于普通证人的专家证人，但是，将专家辅助人视为普通证人的观念却根深蒂固。将专家辅助人和鉴定人出庭视为证人之间的对质，就是这种观念的集中体现。例如，2015年《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》（以下简称“民事诉讼法解释”）第123条规定：“当事人各自申请的具有专门知识的人可以就案件中的有关问题进行对质”。在审判实践中，法院组织专家辅助人、鉴定人当庭

[16] See Ronald J. Allen, Eleanor Swift, David S. Schwartz, Michael S. Pardo, and Alex Stein, *An Analytical Approach to Evidence: Text, Problems, and Cases*, 6th ed., New York: Wolters Kluwer, 2016, p. 699.

[17] 参见《刑事诉讼法修正案（草案）条文及草案说明（全文）》，http://news.jcrb.com/jxsw/201108/t20110830_708294_1.html，2019年12月15日最后访问。

对质的案例也时而见诸媒体。^[18]然而,对质作为审查普通证人证言可信性的一种质证方法,能否适用于专家证人证言是值得探讨的。首先,对于普通证人,针对证人的感知能力、记忆能力、诚实性和叙事能力,“就事实争议问题当面核对、质疑”,^[19]是对证人亲身知识的检验。但专家证言是以科学知识为基础、经过科学推论而形成的意见证据,除诚实性外,对其他三种品质的检验,对质形式的质证过程基本不起作用。比如,就感知能力而言,专家在各自的实验室对检材进行科学观察,完全可能有不同的发现,这与普通证人看到、听到的是同一件事或同一个东西是不同的。在这种情况下,让两位有不同发现并持有不同意见的科学家当面对质来证明孰是孰非,虽然具有学术价值,但对庭审事实认定却没有实际意义。其次,由于科学推论具有创造性,即使同一领域的专家(鉴定人和专家辅助人)依据相同的专门知识(科学原理和方法)进行科学推论,也可能得出不同的结论。因此,让专家辅助人出庭与鉴定人对质,非但解决不了双方专家的意见冲突,反而会使专家们陷入无休止的争论。而且,任凭科学家们在法庭上就不同意见对质,将使法庭变成辩论科学问题的学术论坛,不仅背离了审判终局性的司法规律,也有违法院“仅仅服从法律”^[20]的裁判宗旨。

(三) 与鉴定人“藕断丝连”的专家辅助人

由于专家辅助人和鉴定人本质上都是专家证人,二者在知识结构、知识来源、证言的意见证据性质等方面有很多共性,这造成了在立法和司法实践中极难将二者的界限划分得非常清楚。立法上的例证是,2018年刑事诉讼法第197条第4款规定:“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。”“适用鉴定人的有关规定”,主要是指第194条的两款规定。该条第1款规定:“公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人经审判长许可,可以对证人、鉴定人发问。”依此类推,公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人经审判长许可,也可以对专家辅助人发问。这种发问应当是本方律师(检察官)的直接询问和对方律师(检察官)的交叉询问。该条第2款规定:“审判人员可以询问证人、鉴定人。”本款也适用于专家辅助人,即法官也可以询问专家辅助人。法官可以询问专家辅助人,是因为专家证人本身就有辅助法官理解证据或裁断有争议事实的角色功能。

专家辅助人和鉴定人在司法实践中难以划分清楚的例子更多。其中,最典型的就是在2014年林森浩案的二审中,辩方专家辅助人在对控方鉴定人作出的鉴定意见提出意见之后,又对被害人的死因提出了自己(实际上是辩方)的专家意见。^[21]然而,专家辅助人的“多此一举”,却突破了我国独具特色的鉴定人与专家辅助人的双轨制为二者划出的界限。

四、鉴定人与专家辅助人的双轨制

一般而言,中国的“鉴定人”加上“专家辅助人”约等于英美法系的“专家证人”。^[22]

[18] 参见赖之初:《专家辅助人法庭上“鉴定”鉴定结论》, <http://news.qz828.com/system/2013/10/28/010723163.shtml>, 2019年12月15日最后访问。

[19] 参见张保生主编:《证据法学》,中国政法大学出版社2018年版,第281页。

[20] 参见[德]拉德布鲁赫:《法学导论》,米健译,商务印书馆2013年版,第146页。

[21] 参见上海市高级人民法院(2014)沪高刑终字第31号刑事裁定书。

[22] 参见前引[19],张保生主编书,第255页。

之所以会形成这种局面，与我国司法鉴定制度先后受到西方两大法系相关制度的影响有关，它是对大陆法系职权主义传统和普通法系当事人主义对抗制兼收并蓄的结果。“我国司法鉴定制度是由大陆法系国家及前苏联的鉴定制度借鉴演变而来，职权主义下法官对鉴定专家相对信任的惯性驱使他们对于鉴定意见敞开门户，而英美法系的专家证人制度与当事人主义、对抗制诉讼息息相关，法官对专家证人秉持怀疑态度，谨小慎微地做好‘科学证据’守门人之角色”。〔23〕特别是1996年修订刑事诉讼法，在保留职权主义的同时，吸收当事人主义对抗制因素，探索控辩式庭审方式改革，这改变了以往法官包揽法庭调查的庭审方式，控辩双方在庭审中开始发挥更大的作用，并规定了交叉询问规则等。〔24〕但在科学证据领域，对抗制因素的引进却相对滞后。2012年修订刑事诉讼法进一步强化了鉴定人出庭作证与质证制度，并建立了与其配套的专家辅助人制度，这才在科学证据领域增强了对抗制因素。与此同时，由于专家辅助人意见通常不被当作法定证据种类，〔25〕故又形成了鉴定人与专家辅助人并立的双轨制。

（一）专家辅助人意见和鉴定意见的法律地位不同

刑事诉讼中鉴定人与专家辅助人的双轨制主要是指，与民事诉讼中二者基本具有平等的法律地位不同，我国刑事诉讼法对鉴定人和专家辅助人的法律职责、鉴定意见和专家辅助人意见的法律地位有不同的规定。民事诉讼法和“民事诉讼法解释”对专家辅助人的角色定位是：既可以就鉴定人作出的鉴定意见提出意见，又能对专业（专门性）问题提出意见（民事诉讼法第79条、“民事诉讼法解释”第122条第1款）。也就是说，民事诉讼法虽然没有明确规定专家辅助人的身份是专家证人，但专家辅助人实际上是既能对鉴定人进行质证又能对专门性问题进行举证的专家证人。“民事诉讼法解释”第123条第1款关于“当事人各自申请的具有专门知识的人可以就案件中的有关问题进行对质”的规定，则进一步把专家辅助人与鉴定人质证的范围扩展至专家证人之间的对质。总之，在我国的民事诉讼中，鉴定人和专家辅助人的地位基本上是平等的，“鉴定意见+专家辅助人意见”约等于科学证据，这就与普通法系的专家证言极为相似了。相比之下，2018年刑事诉讼法第197条第2款只规定，“有专门知识的人出庭，就鉴定人作出的鉴定意见提出意见”。也就是说，在刑事诉讼中，专家辅助人只能参与对鉴定意见的质证，而不能对专业（专门性）问题进行举证。

这种双轨制带来的问题主要是，专家辅助人对鉴定意见提出意见的法律性质不明确。例如，在付庭超故意伤害案中，上诉人付庭超及辩护人提出，《专家会诊意见》系专家辅助人意见，不属于法定证据种类，不能作为证据使用，且夏某不具备证人资格，其出庭陈述不能作为定案根据。对此，重庆市高级人民法院审理认为，“《专家会诊意见》系法医学专家受侦查机关委托，针对被害人蒋某某受伤后住院病历及照片等资料作出的文证审查类鉴定意见，并非专家辅助人意见，夏某的出庭意见系鉴定人员的出庭意见，经查证属实，可

〔23〕 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179页。

〔24〕 参见樊崇义、罗国良：《〈刑事诉讼法〉修改后证据制度的变化和发展》，《中国刑事法杂志》1999年第4期。

〔25〕 例如，有观点认为，专家辅助人意见“不具备证据的法律地位”，一个理由就是“专家辅助人意见未被列为法定证据种类，且也不同于鉴定意见、证人证言等，无法纳入法定证据范畴”。参见最高人民法院研究室编著：《新刑事诉讼法及司法解释适用问答》，人民法院出版社2013年版，第242页。

作为定案根据。……该上诉、辩护意见不能成立，本院不予采纳。”〔26〕这里，法院关于“《专家会诊意见》系法医学专家受侦查机关委托，针对被害人蒋某某受伤后住院病历及照片等资料作出的文证审查类鉴定意见，并非专家辅助人意见”的认定，并不是根据“刑事诉讼法解释”第84条关于鉴定意见审查判断的规定作出的裁定，而不过是基于专家辅助人意见的法律性质不明确而作出的武断之论。法院没有说明其排除辩方专家辅助人意见的正当理由，即为什么侦查机关委托的专家得出的会诊意见就可以是“鉴定意见”，进而可以作为证据予以采纳，而被告方委托的专家提出的意见却只能是“专家辅助人意见”，从而不被采纳。由此可见，刑事诉讼中专家辅助人意见和鉴定意见的法律地位不平等还有一个重要原因，即鉴定意见多出自拥有公权力的侦查机关，专家辅助人意见则多出自辩护方。因此，废除鉴定人与专家辅助人的双轨制，对于重建刑事诉讼中的控辩平等也具有重要意义。

（二）从林森浩案看专家辅助人意见的法律性质之争

尽管法律规定专家辅助人只能针对鉴定意见提出意见，但这不可能完全阻止专家辅助人提出自己对专业问题的意见。例如，在林森浩案中就出现了这样的情况。在一审中，上海市人民检察院二分院指控：被告人林森浩与被害人黄洋同为复旦大学上海医学院医学专业硕士研究生，他们自2011年8月起住在该校同一寝室，但关系不和；2013年3月中旬，黄洋在该校博士研究生入学考试中成绩名列前茅，林森浩却因故未报考；3月31日，林森浩从实验室取出剧毒化学品二甲基亚硝酸胺的试剂，趁寝室内无人，将其注入室内饮水机；4月1日上午，林森浩与黄洋同在寝室内时，黄洋从饮水机中接取并喝下被林森浩注入了二甲基亚硝酸胺的饮用水后中毒，经医院抢救无效于4月16日死亡；经鉴定，黄洋因二甲基亚硝酸胺中毒致肝脏、肾脏等多器官损伤、功能衰竭而死亡。被告人林森浩辩称，他只是出于愚人节作弄黄洋的动机而实施投毒，并无杀害黄洋的故意。辩护人对起诉书指控被告人犯故意杀人罪不持异议，但提出林森浩系间接故意杀人，且能如实供述罪行，建议依法从轻处罚。一审法院的事实认定是：被告人林森浩为泄愤投毒故意杀人，致被害人黄洋死亡，其行为已构成故意杀人罪；被告人没有杀人故意的辩解及辩护人关于林森浩属间接故意杀人的辩护意见，与查明的事实不符，均不予采纳，依法判处被告人林森浩犯故意杀人罪，判处死刑。〔27〕被告人不服判决，提起上诉。2014年12月，上海市高级人民法院对林森浩案进行二审时，鉴定人对黄洋死因提出的鉴定意见为：符合二甲基亚硝酸胺中毒致急性肝坏死引起急性肝衰竭继发多器官功能衰竭。辩方专家辅助人法医胡志强出庭本应仅对该鉴定意见提出意见，但其却提出黄洋死因是爆发性乙型病毒性肝炎致急性肝坏死、多器官衰竭的专家辅助人意见；并强调根据目前的病理检测报告，认定黄洋中毒致死缺乏依据，确定其是特定二甲基亚硝酸胺中毒，是不客观、不科学的。检察官对该专家辅助人意见提出质疑，认为胡志强的结论主要依据的是文书、报告等，他并没有参与尸体解剖。法官当庭裁定，专家辅助人所说的内容不属于刑事诉讼法规定的鉴定意见，应属于对鉴定意见的质证意见，不能单独作为定案依据。〔28〕

〔26〕 重庆市高级人民法院（2015）渝高法刑终字第00080号刑事裁定书。

〔27〕 参见上海市第二中级人民法院（2013）沪二中刑初字第110号刑事判决书。

〔28〕 参见上海市高级人民法院（2014）沪高刑终字第31号刑事裁定书；《复旦投毒案二审辩方质疑死因称被害人死于肝炎》，<http://news.china.com/domestic/945/20141209/19075184.html>，2020年5月10日最后访问。

林森浩案二审法院未采信专家辅助人意见，引发了对专家辅助人意见之法律性质的激烈争论。归纳起来，大致形成了三种观点：（1）仅作为一种质证方式；（2）可作为鉴定意见；（3）可作为证人证言。^{〔29〕}

第一种观点最符合现行法律规定，但也最不合理。根据2018年刑事诉讼法第197条第2款，专家辅助人出庭的任务仅限于“就鉴定人作出的鉴定意见提出意见”。因此，林森浩案二审法官以其应属于对鉴定意见的质证意见为由，排除了胡志强的专家辅助人意见，不能说不是对上述法律规定的正确适用。但是，这产生了两个问题：一是将专家辅助人意见限定为一种质证方式，容易混淆专家辅助人与律师、检察官的角色分工；二是将专家辅助人意见局限于弹劾目的，使得专家辅助人意见即使被法庭采纳，也顶多导致相关鉴定意见不被采信，而这严重限制了专家辅助人意见本可以发挥的更大、更积极的作用。再者，这种观点及其背后的法律依据本就造成了专家辅助人意见和鉴定意见在法律地位上的天然不平等，并不具有合理性。

第二种观点将专家辅助人意见视为鉴定意见，等于否定了为现行法律所认可的专家辅助人与鉴定人的双轨制，这也会产生两个问题：一是忽视了专家辅助人意见和鉴定意见的不同生成机制；二是无法回避专家辅助人是否有资格提出鉴定意见的问题。正如林森浩案二审中检察官所提出的质疑——专家辅助人胡志强的结论主要依据的是文书、报告等，其并未参与尸体解剖——专家辅助人既然没有进行鉴定，其意见何以有资格与鉴定意见得到同样的对待？言外之意，专家辅助人意见只能是事实认定的一种参考，顶多引发重新鉴定，而不能作为认定案件事实的根据。

第三种观点将专家辅助人意见视为证人证言，这虽然有一定的道理，却最不符合现行法律规定。虽然专家辅助人本质上是一种证人，但一定要明确，有两种不同的证人：一种是普通证人或目击证人，是对于案件事实有直接或亲身知识的人，其只能对自己感官觉察到的情况作证，而不能提供意见证据；另一种是专家证人，如鉴定人、专家辅助人等，其可以基于自己的专门知识或技能提供专家意见。如果不能明确上述区分，就会出现前文述及的让专家辅助人出庭与鉴定人对质的不当做法。

关于专家辅助人意见的法律性质之争，从根源上说，是由我国刑事诉讼中鉴定人与专家辅助人的双轨制造成的。虽然专家辅助人和鉴定人都是作为专家参与诉讼，但由于法律地位上的差异，最终导致两者的意见在证据效力上也产生了明显差异。从学理上说，科学证据最终能否作为定案依据，关键在于是否具有可靠性和科学性，而不在于是由“具有法定资质”的专家（鉴定人）作出，还是由控辩一方聘请的专家（专家辅助人）作出。否则，就会出现如下奇怪的现象：同一名专家，当他以鉴定人的身份得出专业意见时，其意见可以成为证据且往往被法官采信；而当他以专家辅助人的身份得出专业意见时，其意见却无法成为证据且常常不被法官采信。这种奇怪的现象主要根源于鉴定人和专家辅助人法律地位的不平等、鉴定意见和专家辅助人意见证据效力的不平等。要根除上述现象，唯有废除双轨制。由此，专家辅助人的角色定位、专家辅助人意见的法律性质也能得以明确。

〔29〕 参见潘广俊、陈喆、胡铭：《专家辅助人制度的现状、困境与改善建议——以浙江省为例的实证分析》，《证据科学》2014年第6期，第719页以下。

五、专家辅助人向专家证人转变的趋势及其可能带来的问题

（一）专家辅助人向专家证人转变的趋势

目前,从法律实务界特别是审判机关方面可以看到专家辅助人向专家证人转变的趋势。比如,2017年《人民法院办理刑事案件第一审普通程序法庭调查规程(试行)》第26条规定:“有专门知识的人可以与鉴定人同时出庭,在鉴定人作证后向鉴定人发问,并对案件中的专门性问题提出意见。”“对案件中的专门性问题提出意见”和“向鉴定人发问”并列,显然突破了2012年刑事诉讼法第192条第2款关于专家辅助人仅能“就鉴定人作出的鉴定意见提出意见”的限制。也就是说,专家辅助人意见的范围不再限于只针对另一方(主要是控方)的鉴定意见,还扩大到其他专门性问题。在上述规定中,“向鉴定人发问”,是参与质证;“对案件中的专门性问题提出意见”,则是举证。当然,该规定未明确专家辅助人对专门性问题提出意见之后是否可以接受对方质证,以及在接受质证后能否作为认定事实的根据。不过,根据2018年刑事诉讼法第61条“证人证言必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人、辩护人双方质证并且查实以后,才能作为定案的根据”的规定,第197条第4款“有专门知识的人出庭,适用鉴定人的有关规定”的规定以及第192条第3款“经人民法院通知,鉴定人拒不出庭作证的,鉴定意见不得作为定案的根据”的规定,可以得出一个合乎逻辑的推论:专家辅助人对案件中的专门性问题提出意见后,也应该接受对方的质证;经质证的专家辅助人意见,可以作为认定事实的根据。

上述规定出台的意义在于,专家辅助人和鉴定人在刑事诉讼中将逐步具有同等的法律地位,专家辅助人意见和鉴定人意见将逐步具有同等的证据效力。如果能够实现上述两个同等,专家辅助人意见就与美国《联邦证据规则》第702条规定的专家证言十分相似了。尽管这只是一种趋势,尚未成为全面的制度实践,但它确实有助于终结具有过渡性质的双轨制,从而适应“事实认定科学化”的时代需要。对此,有学者认为,专家辅助人在刑事诉讼中突破立法所规定的“质疑鉴定意见”的要求,并“没有带来法庭的失控,而是更多地服务于公检法查明案情的需求”。^[30]从这个意义上说,当前与鉴定人制度并行的专家辅助人制度,只是解决目前律师对鉴定人进行交叉询问整体能力不足的一种过渡性安排。从长远看,随着专家辅助人的身份转变为专家证人,鉴定人的身份也会进一步明确为专家证人。这意味着,鉴定人与专家辅助人的双轨制终将被打破。

（二）专家辅助人向专家证人转变可能带来的问题

1. 对专家证言可采性规则的完善提出了新要求

在专家证言的可采性问题上,法官需要发挥对科学证据进行审查判断的“守门人”作用。结合我国的具体情况,这存在两个层面的问题:首先,在可采性标准的设置上,为打破鉴定人与专家辅助人的双轨制,需要将专家辅助人意见和鉴定意见一起纳入法定证据种类。这一立法变动有两种选择:(1)将2018年刑事诉讼法第50条规定的第六种证据种类

[30] 参见吴洪淇:《刑事诉讼中的专家辅助人:制度变革与优化路径》,《中国刑事法杂志》2018年第5期,第85页。

“鉴定意见”，过渡性地修改为“鉴定意见和专家辅助人意见”；（2）借鉴国外经验，一步到位将其修改为“专家证言”或“专家意见”。其次，为专家意见可靠性的审查设置更加严格的标准。在林森浩案的二审中，专家辅助人就被害人死因提出的意见之所以未被法官采纳，除了其不符合刑事诉讼法关于鉴定意见的形式要求外，显然还受到了二审中检察官提出的该专家辅助人未参与尸体解剖的异议的影响。对此，有学者提出将非鉴定专家从“有专门知识的人”中区分出来，并认为“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”。^[31]但也有学者认为，“相较于鉴定意见的作出流程及最后成文，专家辅助人意见带有更大的随意性”，不宜将二者等同。^[32]

实际上，对于专家辅助人或非鉴定专家不做鉴定，其意见却能与自己作出的鉴定意见平起平坐，不只中国的鉴定人不服气，在国外如美国也遭受了强烈质疑。的确，美国《联邦证据规则》第702条并没有要求专家必须做鉴定才能提供专家证言，但是，专家证言是否基于鉴定检验而作出，其可靠性程度可能大不一样。正是由于这一原因，美国《联邦证据规则》起草咨询委员会委员卡普拉近期建议，将规则的第702条修改为第702（A）条“专家证言的一般规定”，再起草一个第702（B）条“法庭科学专家证人”。^[33]第702（A）条将照抄现在的第702条：“因其知识、技能、经验、培训或教育而具备专家资格的证人，可以意见或其他形式作证。但须符合下述条件：（a）该专家的科学、技术或其他专门知识将辅助事实裁判者理解证据或裁断有争议的事实；（b）该证言是基于充足的事实或数据；（c）该证言是可靠的原理和方法的产物；并且（d）该专家将这些原理和方法可靠地适用于案件事实。”在这个关于专家证言可采性的一般规定中，第一项条件是相关性要求，第二至四项是可靠性要求。专家证人只要拥有与作证事项有关的知识、技能、经验、培训或教育等资质，便可以意见或其他形式作证，对于其是否做过鉴定则无特别要求。建议增设的第702（B）条拟规定：“如果一位证人将基于一项法庭科学鉴定而作证（用于确定一个证据样本是否与一个来源样本相似），该证据提出者除满足第702（A）条的要求外，还必须证明如下内容：（a）该证人的方法是可重复、可复制的，并且是准确的——由适于其预定使用条件下的实验研究所表明；（b）该证人具有可靠地应用该方法的能力，并实际上可靠地运用了该方法；并且（c）该证人准确地陈述这些样本之间的相似或匹配的证明力（含义）。”^[34]如果作此修改，则第702（B）条对控辩双方的专家证人都将适用，双方专家都必须在从事司法鉴定检验的前提下提出专家意见，并在出庭作证时对自己（对方）使用的鉴定检验方法的可重复性、可复制性、准确性，可靠应用该方法的能力并且实际上可靠地运用了该方法，以及检测样本之间的相似或匹配的证明力的准确描述等问题，进行证明（反驳）。不过，要求双方专家都基于鉴定提供专家证言，这给控辩双方如何进行检材分配等

[31] 参见龙宗智、孙末非：《非鉴定专家制度在我国刑事诉讼中的完善》，《吉林大学社会科学学报》2014年第1期，第104页。

[32] 参见前引〔8〕，李学军等文，第161页。

[33] 参见前引〔16〕，Allen等书，第709页。

[34] Daniel J. Capra, *Rulemaking Possibilities: Efforts of the U. S. Judicial Conference Advisory Committee on Evidence Rules to Address the Recent Challenges to Forensic Expert Testimony*, Keynote Speech at the Sixth International Conference on Evidence Law and Forensic Science, Baltimore, August 16 - 17, 2017.

事项提出了新的要求。就刑事诉讼来说,还涉及辩方获得鉴定基础性材料的权利问题。^[35]

上述关于美国《联邦证据规则》相关规定的修改建议,对于我国的鉴定人和专家辅助人制度改革也有一定的借鉴意义。与美国《联邦证据规则》第702条的功能相似,“刑事诉讼法解释”第84条有如下规定:对鉴定意见应当着重审查鉴定程序是否符合法律、有关规定,鉴定的过程和方法是否符合相关专业的规范要求,鉴定意见是否明确,鉴定意见与案件待证事实有无关联。随着我国鉴定人和专家辅助人制度改革的逐步深入,上述规定也要作必要的调整。这主要涉及两个方面的问题:一是将专家辅助人意见也纳入审查范围,将相应表述修改为“对专家意见应当着重审查以下内容”,并将其中的“鉴定意见”均修改为“专家意见”。同时,将审查“专家意见与案件待证事实有无关联”列为审查内容的第一项,以突出相关性才是科学证据的根本属性。二是由形式方面的审查转向专家意见的可靠性审查,适当区分专家意见的一般规定与鉴定检验专家意见的特殊规定。在特殊规定中强调,在平等获得检材并从事鉴定检验的前提下,参与质证的鉴定专家必须和参与举证的鉴定专家一样,采用具有可重复性、可复制性的实验方法,并准确陈述这些样本之间的似然率。

2. 对如何保障专家证人的中立性提出了挑战

有学者认为,引入专家证人制度符合我国刑事专家制度改革的体系化方向,可以“彰显专家制度的‘权利逻辑’,矫正过度权力化倾向”,但其又担心,英美法系专家证人制度的内生性缺陷,特别是专家证人的党派性会使专家证人容易被滥用,造成诉讼上的不平等。因而其提出:“我国刑事专家制度的体系化方式,需要在诉讼结构上,坚守中立且带有职权色彩的鉴定人制度;在程序层面,借鉴专家证人制度以完善、改造当前的专家辅助人制度,从而建立鉴定人制度与专家辅助人制度的双轨制模式”。^[36]对于上述观点,笔者赞同该学者关于刑事专家制度改革的体系化方向是以“权利逻辑”矫正“过度权力化倾向”的判断,但认为其切分诉讼结构和程序层面,主张建立鉴定人制度与专家辅助人制度的双轨制模式的结论,值得商榷。

首先,有学者指出,当代普通法系专家证人之所以带有党派色彩,“问题的根本不是专家证人本身,而是使用专家证人的方式”。一是在证人获得阶段,律师从专家群体中挑选合适的专家并向其支付大量甚至巨额报酬;有时,对于找到的不利于己方的专家证人会抢先雇佣,以避免其为对方所用。二是在证人准备阶段,律师对专家进行“训练”,二者密切合作、相互依赖。三是在专家证人出庭作证阶段,律师控制了专家作证的内容,专家证言被限定为“回答律师提出的假设性问题”,这使得专家证言常常无法呈现出其了解的案件真相。四是在交叉询问过程中,律师“对专家证人的可信性及其出具的专家意见进行猛烈的攻击”,从而使专家名誉受到极大损害。^[37]如果我国能够改进专家证人的使用方式,特别是在使用专家证人的过程中避免过度的对抗化甚至陷入为对抗而对抗的境地,专家证人的中立性、专家证言的科学性就能够得到保障。

其次,如果认为职权色彩的鉴定人制度和当事人主义对抗式的专家证人制度各有利弊,

[35] 参见前引[30],吴洪淇文,第85页。

[36] 参见前引[6],陈如超文,第99页以下。

[37] 参见罗芳芳:《从“科学的代言人”到“当事人的枪手”——专家证人历史沿革与我国现实考察》,《证据科学》2013年第4期,第505页以下。

前者体现的是“权力逻辑”，后者体现的是“权利逻辑”，就不应留恋二者并驾齐驱的双轨制模式。因为，如前文所分析的，这种双轨制模式造成的专家制度过度权力化、不同专家法律地位不平等等弊端，已经到了非解决不可的地步，而推动专家辅助人向专家证人的角色转变，就是解决这些弊端的一个有效途径。

3. 直接询问和交叉询问规则的贯彻

我国专家辅助人向专家证人的角色转变，会对法庭审判中直接询问和交叉询问的生态环境产生重要影响。

首先，专家辅助人回归其专家证人本色后，会从根本上解决庭审角色混乱、询问规则特异化的问题。在林森浩案的二审中，专家辅助人出庭发表总的意见和理由后，辩护人、公诉人、诉讼代理人以及法官先后对其进行询问；在专家辅助人退庭后，鉴定人出庭，在公诉人提问的指引下，针对专家辅助人对鉴定意见的质疑进行反驳，并接受辩护人、诉讼代理人、被告人的询问。这本来是十分正常的相互询问模式，但有学者受制于专家辅助人与鉴定人的双轨制思维，认为“这种安排很容易让人认为该阶段法庭调查的对象和重点是专家辅助人的意见，而不是鉴定人的鉴定意见”，并就此提出了专家辅助人出庭质证的顺序规则：（1）专家辅助人针对鉴定意见发表意见；（2）专家辅助人对鉴定人发问；（3）经辩护人申请和法庭许可，专家辅助人可以对负责物证提取、保管、送检的侦查和技术人员进行发问；（4）公诉人、鉴定人可以对专家辅助人进行反询问；（5）合议庭法官可以对专家辅助人进行发问；（6）上述质证程序进行完毕，法官宣布专家辅助人、鉴定人退庭。^[38]上述规则的特异性在于，它仍然是按照传统的专家辅助人角色设计的，所体现的仍然是专家辅助人角色的多重性，以及鉴定人与专家辅助人双轨制的特征，即在同一场庭审中，专家辅助人有时扮演向鉴定人、侦查人员、技术人员发问的“律师”角色，有时扮演发表专家意见、接受公诉人和鉴定人反询问以及法官询问的“证人”角色。而且，专家辅助人和鉴定人所具有的专门知识是高度专业的科学知识，让他们互相发问，不仅在法庭上难以对质证过程进行法律规范，也僭越了律师、检察官的诉讼职责。实际上，只要承认鉴定人和专家辅助人的专家证人角色，检察官、律师便可以按照控辩双方专家证人的举证、质证顺序，正常适用直接询问和交叉询问的一般规则，而无需把专家辅助人的出庭质证规则搞得那么复杂、特异。

其次，随着专家辅助人向专家证人的角色转变，对科学证据的质证和认证重点将转向相关性和可靠性审查，鉴定人将和专家辅助人一起回归专家证人本色。虽然刑事诉讼法和民事诉讼法都对鉴定人履行出庭作证义务作了规定，而且从下页表2的统计数据看，近年来我国鉴定人出庭占通知出庭的比例达到了97%以上，但总共近1.5万人次的鉴定人出庭数，与以百万计的司法鉴定业务量、刑事案件量相比，占比还不到1%。不过，随着鉴定人和专家辅助人的专家证人角色逐步确立，未来在通知鉴定人出庭的问题上，法院可以在决定权方面更多尊重当事人的意见和申请，逐渐减少由于法官认为“没有必要”而不予通知出庭作证的情况出现。

[38] 参见杨涛：《刑事诉讼中专家辅助人出庭制度的实践与完善——以“念斌案”和“复旦投毒案”为样本的分析》，《法律适用》2015年第10期，第115页。

表2 鉴定人出庭情况统计〔39〕

年份	鉴定总业务量(件)	鉴定人出庭数(人次)	接到出庭通知数(次)	鉴定人出庭占通知出庭的比例	鉴定人出庭占总业务量的比例
2012	1505869	14983			<u>0.9950%</u>
2013	1675423	16351			<u>0.9759%</u>
2014	1855429	16301			<u>0.8786%</u>
2015	2088547	<u>17485</u>	17867	97.86%	<u>0.8372%</u>
2016	2131578	<u>20144</u>	20152	99.96%	<u>0.9450%</u>
2017	2273453	14691	14917	98.48%	<u>0.6462%</u>

4. 律师、检察官如何适应专家辅助人向专家证人的角色转变

我国专家辅助人制度的主要缺陷,是让作为科学专业人士的专家代替律师、检察官对鉴定人进行询问。因此,要让专家辅助人回归专家证人本色,关键是要让律师、检察官担当起对科学证据进行交叉询问的重任。

首先,专家辅助人僭越律师、检察官的诉讼角色和职责,其危害性是双重的。一方面,会使律师、检察官怠于分析鉴定意见,降低其在科学证据问题上的业务能力。另一方面,从专家中立性、科学性的要求看,专家辅助人承担律师的角色对鉴定人进行询问,有沦为“枪手”的危险。因为,与专家的中立性和科学性身份不同,“律师是可以有倾向性的,全力维护当事人的合法权益是他们的职责所在。但如果专家也像律师一样的话就非常危险了。”〔40〕允许专家顶替律师的部分职能,会使上述问题进一步加剧。其一,由于专家出庭是代替律师发问,其收费标准的依据将会出现错乱,从而更加强化专家证人的党派性。其二,专家辅助人出庭对鉴定人进行询问,旨在证明其鉴定意见存在瑕疵或错误,于是,能否对鉴定意见提出实质挑战就会反过来影响专家辅助人的专业声誉,这会激励其形成自己的利益诉求,从而增加对其进行职业伦理约束的难度。

其次,律师、检察官应主动提高自身对专家意见进行质证的能力。其实,在对鉴定意见进行质证的过程中,律师、检察官被专家辅助人顶替的大部分职责,都可以通过相关培训或者通过发挥专家辅助人的庭外辅助功能而得到律师、检察官的妥当履行。例如,在林森浩案中,辩方律师就是通过咨询有关专家发现了鉴定意见中存在的疑问。在司法实践中,检察机关运用专家辅助人对专门性问题的证据材料进行审查,或者开庭前聘请专家辅助人协助公诉人对专门问题进行审查,以及制定讯问计划和质证方案等准备工作的做法,也为律师对鉴定意见进行审查提供了可借鉴的经验。当然,从长远看,应当在法律教育和培训中适当增加法庭科学课程,从根本上增强法律人对科学证据的质证能力。

最后,律师、检察官应当努力使对专家意见的交叉询问成为一种受法律理性控制的质

〔39〕数据来源为2012-2017年各年度全国司法鉴定情况统计分析报告,详见《中国司法鉴定》2013年第4期、2014年第4期、2015年第4期、2016年第3期、2017年第3期和2018年第3期。由于部分数据在上述报告中未列出,故笔者对数据进行了计算和补充(在表中以加下划线的数字表示)。需要说明的是,对于2015年度数据,原报告仅统计了1-11月的数据,该年度总业务量为原报告作者推算所得。

〔40〕Stephan Landsman, *One Hundred Years of Rectitude, Medical Witnesses at the Old Bailey, 1717-1817*, 16 *Law & History Review* 484 (1998). 转引自前引〔37〕,罗芳芳文,第503页。

证过程。在刑事诉讼领域，律师、检察官无疑要比科技专家更擅长司法证明。由律师、检察官对专家意见进行交叉询问，其长处在于，他们可以充当专家与法官之间的桥梁，并将对专家意见的质证纳入案件整体的证明框架和策略。这有利于法官理解科学证据并裁断有争议的事实，而不是将对专家意见的质证拱手让给专家，使其变成一场充斥着科技术语的专业知识争论。目前司法实践中存在的让专家辅助人对鉴定人进行询问的做法，不仅会让双方专家陷入直接冲突，使法庭审判变成科学论坛式的专业论战，还会加剧“专家难找，愿意出庭的专家更难找”的困局。因此，随着专家辅助人向专家证人的角色转变，由律师、检察官根据己方的案件整体证明框架和策略对专家意见进行质证，可以使科学证据的质证过程更加受控于法律理性。从普通法系的实践看，要求律师对专家证人进行交叉询问，并不是要求其必须在专业性上胜过后者。“一般来说，进行交叉询问的律师，如果要在专业上和专家证人一较长短，这是很愚蠢的事。在专家证人的专业领域里和他进行冗长的交叉询问，后果通常会不堪设想，……这种交叉询问几乎不会有什么建设性的结果。”^[41] 总之，律师、检察官通过法律理性对专家意见的质证过程进行控制，是其避免法庭审判陷入科学专业论战的职责所在。

Abstract: In the context of Chinese criminal procedure, the role of an expert assistant is multifaceted, somewhat similar to a lawyer, and somewhat similar to a witness. Views on the nature of an expert assistant also range from “a cross-examination method”, “forensic expertise” to “witness testimony”. This confusion regarding the role of an expert assistant has not only resulted in the unique “dual-track system” of forensic examination and expert assistant, but also led to difficulties in deciding the reliability of an expert assistant’s opinions in trial. Recent regulations on expert assistant issued by the Supreme People’s Court have shown a trend of evolution of the role of expert assistant towards that of expert witness. The core requirements of this evolution include, firstly, achieving the equal litigation status of forensic examiner and expert assistant and the equal testimonial status of their opinions in the sense of expert testimony; secondly, giving the duty of cross-examination, which has been unreasonably imposed on expert assistants, back to lawyers and prosecutors; and thirdly, improving the ability of lawyers and prosecutors to cross-examine scientific-evidences and giving full play to the judge’s role as the “gatekeeping” of scientific evidence, so as to help lawyers and prosecutors to adapt themselves to the needs of “scientization of fact-finding”.

Key Words: forensic examiner, expert assistant, expert witness, scientific evidence

[41] [美] 弗朗西斯·韦尔曼：《辩护的艺术——如何成为最成功的辩护律师》，林正译，中国法制出版社2016年版，第72页。