

# 论我国法官辅助人制度的构建

张善焱, 龚 喜

(中南大学 法学院, 长沙 410083)

**摘要:** 法官辅助人根据审判人员之委托, 协助审判人员判断双方专家证言或者鉴定结论的真伪, 从而参与诉讼活动。我国应建立“鉴定人+专家证人和法官辅助人”的大司法鉴定模式, 据此构建我国法官辅助人制度, 并着力于对法官辅助人程序的启动、选任资格、诉讼权利义务规制以及判断结论的采用标准等方面进行改革。

**关键词:** 司法鉴定; 法官辅助人; 选任资格; 专家证人

如何进一步扩大法官的感知能力, 帮助法院查明有关事项的因果关系, 完成相关事实认定, 我国现行诉讼法没有规定与之相适应的专门的法官辅助人制度。本文拟就构建我国法官辅助人制度, 做些初步探讨。

## 一 法官辅助人制度的形成及我国司法鉴定制度的缺陷

### (一) 法官辅助人制度的形成

法官辅助人, 是指受审判人员委托, 协助审判人员判断双方专家证言或者鉴定结论的具有专门知识的人员。与英美法系专家证人或者大陆法系诉讼中的鉴定人有所不同, 它处于一种不同于其他专业技术人员的诉讼法律地位。法官辅助人结论的非证据性是法官辅助人与专家证人、鉴定人制度的重要差别。虽然法官辅助人运用自己的专业知识解决刑事诉讼所涉及的专门性问题并做出结论性判断, 但只是受法官委托帮助法官对业已存在的专家证言或者鉴定结论进行分析和判断, 从而帮助法官对案件所涉及的专门性问题形成自己的结论。<sup>[1]</sup> 如果从诉讼程序的角度看, 审判人员在法官辅助人的帮助下对案件所涉及的专门性问题做出结论的过程, 就是对案件事实的认证过程。按照诉讼程序的基本规则和关于审判权的一般原理, 案件事实的认证过程就是行使审判权的过程, 而行使审判权形成的结论显然不是证据。这就需要解决如何通过行使审判权并借助于相关制度, 最终解决证据的问题。法官辅助人制度的实践, 正是对这一问题的积极回应。法官辅助人参与诉讼, 是对传统诉讼的重大创新, 并产生了独特的作用。

1. 法官辅助人不同于专家证人。专家证人是指“具备知识、技能、经验、受过培训或教育、从而就证据或事实争议点提供科学技术或其他专业意见的证人”。<sup>[2]</sup> 法官辅助人是接

受法官委托、聘请, 对专门性问题帮助法官进行分析判断的具有专门知识的人员。专家证人以其专业知识服务于委托人, 专家证人与委托方之间存在某种程度的人身信任关系, 专家证人在忠于专业知识技术规范要求的前提下, 利用其专业知识维护委托方的利益。法院审判人员委托的法官辅助人尽管也是提供专业技术服务, 其使命却不是为对案件具有利害关系的当事人服务, 而是为利益中立并且最终对案件享有裁判权的法院审判人员服务。在包括刑事诉讼在内的一切诉讼中, 法院行使的是审判权, 即对案件的判断权。审判权尽管置身于国家权力体系之中, 但与立法权和行政权不同的是, 审判权具有被动性和中立性。法院之所以要聘请和委托专家, 是因为审判人员依靠自己的知识和经验无力对案件所涉及的专门性问题做出判断, 或者控、辩双方及其委托的专家证人对案件的专门性问题分别持不同的态度和观点, 而法官本身又因为缺乏相应的专业知识而无从判别双方证言的真伪或者准确程度, 他就不得不依赖于自己所聘请的独立于双方当事人利益的专家进行判断。

2. 法官辅助人不同于鉴定人。鉴定人, 是指由司法机关或者仲裁机构的聘请, 运用自己所掌握的专门知识或者技能, 对案件中的某些专门性问题进行鉴别或者判定的人。鉴定人是鉴定工作的具体实施主体, 是具有较高科学知识与法律知识的自然人。鉴定人的地位包括科学技术地位和法律地位两个方面。从科学地位来说, 他是具有专门知识的自然人; 从法律地位来说, 接受鉴定委托后是诉讼活动的诉讼参与人。<sup>[3]</sup> 法官辅助人是帮助审判人员对有争议的专家证言或者鉴定结论形成确定性结论的人员。法官辅助人和法院委托的鉴定人员的最大差异在于, 法官辅助人对专门性问题做出结论时, 针对业已存在的有争议的专家证言和鉴定结论。

\*收稿日期: 2009-02-16

基金项目: 中国法学会资助项目“刑事被害人补偿制度的理论与实证研究”(C0727)

作者简介: 张善焱, 男, 江苏连云港人, 中南大学法学院副教授, 博士, 主要研究方为刑事民事诉讼法; 龚喜, 女, 湖南长沙人, 中南大学法学院硕士研究生, 主要研究方向为刑事民事诉讼法。

法官辅助人只能对专家证言和鉴定结论进行分析,在此基础上帮助审判人员形成事实结论。法官辅助人只能针对专家证言和鉴定结论的内容进行分析和评判,其所得出的结论不能超越专家证言和鉴定结论所下结论的范畴。而鉴定结论是证据,应当经过庭审的质证,与法官辅助人所得结论的非证据相排斥。

## (二)我国现行司法鉴定制度的缺陷

我国并未建立法官辅助人制度,根本上受约于鉴定制度。现行的三大诉讼法中,对案件事实的专业性鉴别,均规制于司法鉴定制度之中。实践表明,我国现行鉴定制度已经不能适应诉讼需要,表现在:

1. 立法上的缺陷。我国目前的法律只有对鉴定的委托和采信只作了原则性的规定,而对鉴定的法律性质、鉴定人的法律责任等尚没有系统而完整的法律规范,从而导致整个鉴定制度体系的混乱无序。在我国《刑事诉讼法》中,鉴定制度规定于第2章第7节第119条:“为了查明案情,需要解决案件中某些专门性问题的时候,应当指派、聘请有专门知识的人进行鉴定。”全国人大常委会2005年2月28日《关于司法鉴定管理问题的决定》也规定:“司法鉴定是指在诉讼活动中鉴定人运用科学技术或者专门知识对诉讼涉及的专门性问题进行鉴别和判断并提供鉴定意见的活动。”司法实践表明,单纯的司法鉴定不能有效地解决诉讼中所涉及到的所有专门性问题。尽管鉴定结论也是诉讼证据,法律上也规定应当经质证、认证方可作为认定案件事实的证据使用。由于控方和辩护方均不具有相关专门性问题的专业知识,法官也不能对鉴定人做出的鉴定结论的可靠性做出自己的判断。这样,控方、辩方和审判方均将判断案件事实的权利或权力交由他们无法且无力质证的鉴定人。对于鉴定结论的可靠程度,人们自然要提出质问。一旦当事人对鉴定结论发生怀疑,极易产生是否重新鉴定的争议。即使重新鉴定,不论鉴定结论如何,总是不易使人信服。

2. 诉讼理论上的缺陷。我国理论上对司法鉴定人的地位问题缺乏更加明确的探讨和界定。我国三大诉讼法对司法鉴定人的条件笼统地规定为“有专门知识”。从基本类型上看,我们的司法鉴定人应当归入大陆法系国家的司法鉴定人类型,即我国的司法鉴定人是中立的案件事实的检验者、判定者。他们的法律地位与日本、德国的司法鉴定人的法律地位相似,被定位为法官的科技助手。根据《刑事诉讼法》第82条第4项规定,司法鉴定人属于诉讼参与人。我国的“鉴定人的法律地位与资格方面有官方的地位和背景。”中国既没有法律法规对司法鉴定人的资格作出统一明确的规定,又没有类似于英美法系的完善的交叉询问机制来帮助法官审查司法鉴定人是否具有解决某一专业问题的知识和经验。按照刑事诉讼法第119条的规定,“有专门知识的人”经公诉机关“指派或聘请”即可担任鉴定人,当中,司法鉴定人主要来源于公检法三机关内部的技术人员,他们的资格既不需主管部门审查批准,也不需法院在法庭审理中审查。而另外一些司法鉴定机构,虽然作为一个整体其资格受过审查,但

作为鉴定过程的实际操作者,这些机构内部所属的技术人员的司法鉴定资格则是几乎未受到任何形式的审查和考核。这种任职资格的混乱为一些不具备鉴定能力的人混入鉴定队伍打开了方便之门,导致我国的司法鉴定人队伍良莠不齐,直接威胁鉴定结论的权威性和科学性。<sup>[2]37</sup>

3. 制度设计上的缺陷。我国的鉴定机构主要设置于司法系统内部,目前都是公检法分别设立鉴定机构,形成自侦自鉴、自诉自鉴和自审自鉴的局面,造成鉴定机构重复设置,资源严重浪费。由于鉴定机构隶都属于公检法部门,司法人员往往对鉴定结论产生轻信,疏于审查质证。各司法机关都有自成体系的鉴定机构,在诉讼过程中都有权进行鉴定。这种“自我鉴定”的现象更使司法鉴定人员染上了浓厚的官方背景,与鉴定的中立属性相冲突。可以说,在我国有的司法鉴定人就是侦查、起诉、审判机关的官员,以至于对委派的某权威机关内部的司法鉴定人员或某些著名司法鉴定人的鉴定结论不能提出质疑,有关鉴定方法程序、检材和样本的收集、鉴定技术的问题不能在法庭上公开辩论。从而导致鉴定结论成了“超级证据”,司法鉴定人成了“超级诉讼参与人”<sup>[4]</sup>

## 二 构建我国法官辅助人制度的初步设想

鉴于我国鉴定制度积弊已久,在对我国诉讼法和证据制度进行进一步修正时,应着力于完善我国鉴定制度。其中,建立专家证据制度和法官辅助人制度尤为必要。《关于民事诉讼证据的若干规定》和《关于行政诉讼证据若干问题的规定》中的“具有专门知识的人员”和“专业人员”的提出,作为控方或辩方的专家证人与专门为审判人员服务的人员是有区别的。以其专业知识为控方或辩方提供技术性帮助的是专家证人,而为法院审判人员提供技术帮助的人是法官辅助人,两者不能替代。专家证人通常以技术咨询或技术顾问等方式,对诉讼中的专门问题提出书面或口头意见,影响法官对案件事实的认定,以起到对案件的证明作用。专家证人对刑事案件中所涉及的专门性问题提出的书面或者口头意见,即是专家证言。做为法官辅助人,是受审判人员委托,协助审判人员判断双方专家证言或者鉴定结论的具有专门知识的人员。笔者认为,要完善现有的鉴定制度,顺应司法改革和发展的趋势,可考虑通过增设法官辅助人制度、专家证人制度,形成如图1所示的“鉴定人+专家证人和法官辅助人”的大司法鉴定模式。

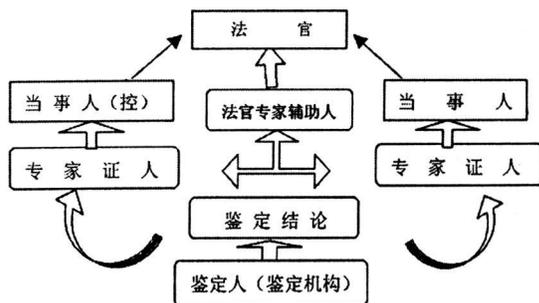


图1 大司法鉴定模式功能图

如何在制度上设计好我国的法官辅助人制度?笔者认为应从如下几个方面着力:

### (一)法官辅助人程序的启动

法官辅助人所得出的结论,是法官认定事实的重要依据,但不经历法庭质证,在很大程度上具有不透明性和不公开性,法官辅助人程序本身存在被滥用的可能,这就有必要从制度设计上对法官辅助人的启动进行约束。

首先,法官辅助人的设立和存在应当以专家证人和司法鉴定人的存在为前提。在任何一个刑事案件中,如果案件事实本身涉及到法官自己不能解决的专门技术性问题,法官不得径行聘请法官辅助人直接解决这些专门技术性问题。而应先行进行技术鉴定,或者由刑事诉讼的控辩双方分别委托、聘请专家证人进行辩论。只有在审判人员对经过质证、辩论的专家证言或者鉴定结论无力进行判断的时候,才应当由审判人员聘请法官辅助人帮助其对案件事实所涉及的专门性问题得出事实结论。法官辅助人只能在法院审判人员对司法鉴定结论是否可靠无法达到自由心证,或者对控辩双方相互矛盾的专家证言无从判断之时,帮助法院审判人员对刑事诉讼中的专门性问题形成确定性的结论。换言之,刑事案件中即使存在法院审判人员自身的知识、经验无法解决的专门性问题,如果既没有司法鉴定,也没有控辩双方互有歧义的专家证言,法院审判人员也不得径行聘请法官辅助人直接对刑事案件涉及的专门性问题进行判断。因为法官辅助人是帮助审判人员就案件事实得出结论的人,法官辅助人以专家证言和鉴定结论作为前置条件,即是对法官辅助人被滥用的一种制约。如果允许在没有专家证言或者鉴定结论的情况下,就由审判人员聘请法官辅助人直接对刑事案件涉及的专门性问题进行判断,法官辅助人将被异化成为现行法律中的司法鉴定人制度。这既违背了设立法官辅助人制度的初衷,也使得专门的帮助法院审判人员鉴别专家证言和司法鉴定结论制度的缺失。

其次,仅在控辩双方当事人对鉴定结论各持己见,或者控辩双方当事人所聘请的专家证人证言不一致时,才有必要设立法官辅助人。司法权是被动行使的国家权力,即对诉讼当事人的争议奉行不告不理的原则,司法权并无积极追诉的功能,这是司法裁判享有最终裁判效力的源泉所在。司法权的被动性决定了,无论在刑事诉讼还是其他诉讼中,司法权行使过程中只对争议进行判断。如果刑事诉讼的控辩双方当事人对与专门性问题有关的鉴定结论无争议,或者控辩双方当事人所聘请的专家证人所发表的专家证言最终达成一致,即使法院审判人员对鉴定结论或者形成一致的专家证言在理解上存有疑虑,法官也必须受这种结论的约束,将该结论作为裁判案件的事实依据。例外的情形只存在于审判监督程序中。这是因为,凡依审判监督程序审理的刑事案件,都是判决已经生效后发现原判决有错误而需要重新审理的案件,这一阶段的诉讼结果不受原判决既判力的约束,审理结果可以对原判决进行变更。如果原审判决中控辩双方当事人无异议的鉴定结论或者双方一致的专家证言可能有错

误,再审程序中可以而且必须重新审查。此时此刻,为了保障案件事实认定的可靠性,可以设立法官辅助人。

### (二)法官辅助人的资格

法官辅助人资格应有别于司法鉴定人,与专家证人也不完全相同。笔者认为,不要求作为法官辅助人的专家具备特定的学历、资历,也不要求其在特定的鉴定机构任职,只要具备解决诉讼中的专门性问题的知识和能力且为法院认可即可。这样,一般只要在职业上合格并有足够的经验自然人就可以充任法官辅助人。诚然,法官辅助人在诉讼中是以意见或结论的形式来表达对案件中专门性问题的看法,其必须具备专业知识、专业能力。但是,法庭并不要求证人是在从事某项专业业务中取得这类知识,只要求他必须在相关的专业领域内达到熟练程度。因此可以说,法庭关注的是实际的专业知识,而不是取得专业知识的方式。书面的资格证书本身并不能保证法官辅助人具有与法庭面临的问题有关的实际知识,而通过大量实践经验获得的专业知识却能赋予法官辅助人资格,并能使法官辅助人提供可靠的参考性结论。法官辅助人并不限于是受过高等教育或具有较高专业技术水平,或者是在某一特定机构执业的具有特定身份或其他专业资格的人。从整体上看,法官辅助人原则上应具备以下条件:第一,必须具有参加诉讼的案件所涉及的某个特定领域或某特定行业内的专门知识、技能或经验;第二,所表达的意见、推论或结论,是依靠专门性的知识、技能和经验做出的,而不是依靠一般人都具备的常识。第三,所从事的领域必须与将要作证的有争议的案件事实有关,专家仅在某些领域里是专家,而在其他领域里则是个普通人。

### (三)法官辅助人的诉讼权利、义务

1. 法官辅助人的诉讼权利。(1)法官辅助人有权根据法官的委托,代表审判法官针对鉴定人的鉴定结论以及当事人聘请的专家证人在法庭上的陈述提出自己的意见和见解,并针对其中的相关问题向法官独立陈述。由于法官辅助人对相关问题的了解,并由其出庭对专家证人进行询问,有利于发现专家证人陈述中的漏洞和存在的问题,而这些是不具有专业知识的审判法官所无法做到的。同时,法官辅助人参与诉讼只能通过法官认为必须聘请和经过严格选任,他们参与诉讼是被动的,在没有授权的情况下,他们不能擅自向专家证人发问或质询。(2)法官辅助人的了解权利,即向侦查机关指派的鉴定人了解有关鉴定情况的权利。在庭审以前由法官辅助人向鉴定人了解有关情况,可以使其对鉴定有一个更为深入的了解,以利于对鉴定人结论的更准确判断。由于鉴定是一个复杂的过程,其中涉及到的专业知识和逻辑论证较为繁琐,而在我国鉴定人一般不出庭或出庭陈述只是一个相对简单的过程,要求专家证人和法官辅助人只是根据鉴定人的陈述发现其中的问题和漏洞,存在一定的难度。如果允许法官辅助人和专家证人都事先了解鉴定过程,对鉴定有一定的了解,明确争论的焦点,可以提高庭审的效率,防止不必要的拖延。同时法官辅助人应当享有事先对鉴定结论进行审查的权利,即赋予法官辅助人到侦查机关或者法院查

阅、摘抄、复制鉴定结论的权利, 这样有利于发现鉴定结论中存在的问题和漏洞, 有利于法官辅助人对鉴定结论提出更为准确客观的见解, 同时也有利于鉴定人更为谨慎地出具鉴定结论。为了防止鉴定结论存在问题被专家证人和法官辅助人发现, 鉴定人会在鉴定的过程中和出具鉴定结论时更为小心细致。这对于保证鉴定结论的准确性具有一定的意义。

2 法官辅助人的诉讼义务。(1) 质询和对鉴定结论发问的义务。接受法官的委托后, 进行质询和对鉴定结论提出自己的观点和见解的义务。(2) 谨慎注意义务。同时对于鉴定过程中存在的问题应尽告知义务, 不得故意隐瞒。同时不得以任何方式阻碍或者破坏鉴定人的鉴定工作, 否则将承担一定的民事责任甚至刑事责任。(3) 出庭义务。接受法官的委托后, 应当按时到庭, 未经同意不得擅自离开。(4) 独立向法官阐述义务。提出的意见和见解应当忠于法律, 保持客观性和中立性, 不得故意违背科学原理和法律规范提出建议和看法, 不得以任何形式教唆、协助犯罪嫌疑人、被告人作伪证。(5) 保密义务。在诉讼中要保守国家秘密、个人隐私和商业秘密等, 否则将承担一定的责任。

#### (四) 法官对法官辅助人结论的审查判断与采信

与专家证人证言相比较, 由于法官辅助人是由法院聘请的专家, 理论上超脱控辩双方当事人的利益, 自然得到法官信任。法官辅助人就专门性问题所得出的结论绝大部分情况下都会得到法官的采信。尽管如此, 法官对法官辅助人的结论, 仍需审查判断, 这也是我国现行诉讼法的一贯要求。据此, 笔者认为, 法官对法官辅助人判断结论的审查判断, 应遵循以下原则:

1. 适用性原则。法官辅助人的判断结论必须与案件中的事实有充分联系, 以帮助法官解决实际的争端。问题的关键在于推理或方法论能否适当地适用于争议中的事实。这个问题就是适用性。它具体包含两个方面: (1) 适用性和基本理论。具体是指法官辅助人所采纳的专家证据所依据的理论和方法是否与争议中的事实存在关联性, 即面对该判断结论, 法官必须确定其是否证实了科学知识, 以及该科学知识能否帮助自己理解争议中的事实并对其作出判断。(2) 适用性与社会目标。即法官应当审查其辅助人形成的判断结论是否适用于社会管理部门为保障社会公众安全所制定的法律法规或规章制度。

2. 理论的可检验性和错误的可证实性原则。一般而言, 在断定某个理论或某种技术是否是科学知识时, 关键要看这个理论或这项技术是否可以检验 (或已经得到检验)。按照美国最高法院奥佛顿法官的意见: 科学具有以下的本质特点: 由自然法则引导; 必须参照自然法则具有可解释性; 具有实践的可检验性; 结论是初步的而非最终的; 具有错误可证实性。虽然就科学而言, 追求真理可能需要一个漫长的过程, 很多问题需要经过反复多次的的实验研究才能获得可靠结果, 但是法庭追求尽快解决争端, 不可能耐心等待科学研

究的结果, 因此, 法官可以采取要求对辅助人判断结论进行同行复核的方式, 对其研究方法或技术结论的科学性和可靠性问题进行严格审查。所谓同行复核是指科学家们所提出的主张是否被相应领域的专家所普遍接受或普遍同意。这就要求我们的法官辅助人在下判断结论的过程中同时要提供详细的其所采纳的专家意见或鉴定结论所依据的理论和技术的出处, 即引用的参考文献。法官必须对此予以审查。这些参考文献作者的知名度和刊物的权威性更是法官审查并采用该判断结论的重要依据。<sup>[5]</sup>

3. 有效性原则。有效性包括逻辑的有效性和方法的有效性。逻辑的有效性是逻辑论证方法所追求的论证标准。既要关注逻辑判断是否符合逻辑法则, 还要关注逻辑判断的前提是否准确。推理既是一种思维活动过程, 也表现为一定的判断联结方式, 既推理形式。推理结论是否真实取决于推理的前提是否真实。<sup>[6]</sup>因此, 对于辅助人所做的判断结论的逻辑有效性与否, 作为非专业人事的法官能够并且必要作出自己的判断。方法的有效性即是指任何分析仪器或检测方法都有其特定的适用范围方面。法官对于辅助人采纳和使用的方法必须审查其适用范围, 确认其能够满足要求。

4. 可靠性原则。法官必须确保所被采用的科学证言或证据不仅具有适用性, 而且具有可靠性。这里指的可靠性是指法官必须确保法官辅助人的判断结论所用检测技术或方法的可靠性。因为按照科学的认定, 很多同样的检测方法对不同人群所具有的预测价值是完全不同的。因此, 要求我们法官必须将法官辅助人所提供的专业意见的相关灵敏性问题、准确性问题、几率性问题做出整体的信息组合, 即审查过程中对法官辅助人的判断进行全面衡量并加以法律语言的解释和梳理, 这样才能使之成为符合非专业人事眼中的既具有科学意义但又不失司法公正的有效裁判。

#### 参考文献:

- [1] 王国良, 赖丽华, 程关松. 论刑事诉讼改革与新技术革命背景下的法官辅助人制度 [J]. 江西社会科学, 2007 (3).
- [2] 徐继军. 专家证人研究 [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2004
- [3] 常廷彬. 试论民事诉讼中的专家证人 [J]. 青岛科技大学学报 (社会科学版), 2002 (2).
- [4] 郑卫平. 刑事科学技术鉴定实践的反思与法律完善 [J]. 法学杂志, 2007 (1).
- [5] 齐树洁. 英国民事司法改革 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2004 281.
- [6] 李玉华. 论控辩平等对抗 [J]. 政法论坛, 2004 (2).

(责任编辑: 黄声波)