

刑事司法鉴定权配置:德国的经验及其启示

吴常青¹ 王 彪²

(1.天津商业大学法学院 天津 300134 2.重庆市渝中级人民法院 重庆 400031)

【内容摘要】德国刑事司法鉴定权配置既保留职权主义诉讼模式基本特征,又受人权保障原则影响。审前程序中,检察官和警察享有鉴定启动权,当鉴定可能干涉公民基本权利时,采取法官保留;当事人有权自行委托鉴定人进行鉴定。审判程序中,法官有依职权或申请启动鉴定的权力,在特殊情形下,法官必须启动司法鉴定;当事人既可以申请法官启动鉴定,又可以自行委托鉴定人进行鉴定。中国可借鉴德国的经验,赋予当事人鉴定启动权、保留控方启动鉴定权和限制法官启动鉴定权,建立鉴定处分的司法审查和特殊情形下的强制鉴定制度。

【关键词】职权主义诉讼模式 人权保障 鉴定权 强制鉴定
中图分类号:D914 文献标识码:A

文章编号:1007-9106(2012)08-0068-04

一直以来,国内学者在研究德国刑事司法鉴定权配置时往往从其采取职权主义诉讼制度出发,将鉴定权视为公权力的一部分,当事人的权利因不属于公权力的范围,因而没有鉴定的自主启动权;而在研究英美法系国家鉴定权配置时,则从当事人主义诉讼制度出发,认为控辩双方享有平等的鉴定权。这种不在同一层面上使用鉴定权的研究,无形中放大了两大法系鉴定权配置上的差异。在笔者看来,若将鉴定权视为一种权力,那么与德国一样,英美法国家被告方同样没有鉴定启动权;若将鉴定权视为一种权利,那么德国鉴定权配置又是一种什么样的图景呢?因此,有必要从权力与权利的视角对德国刑事司法鉴定权配置重新审视。

一、德国刑事司法鉴定权配置考察

(一)审前程序鉴定权配置

1. 检察官和警察启动鉴定程序。在侦查过程中,为侦查的需要,控方可以启动鉴定程序。在理论上,警察在初步侦查后应将案件移送检察官,在检察官主导下侦查,鉴定启动权也由检察官享有。因此,在审前程序中,由检察官决定鉴定人的选任和鉴定人数量^[1]。如德国《刑事诉讼法》第161条a第1款规定:证人、鉴定人负有应传唤前往检察院,就案件作出陈述或者鉴定的义务。但在实践中,警察通常在侦查终结后才移送案件,检察官仅在重

大案件中才站在侦查的第一线。因此,实践中警察享有启动鉴定程序的权力。我国司法部赴德司法鉴定培训团考察报告指出,在刑事诉讼活动中,警方可以根据侦查需要依法自行就侦查活动中的专门问题启动鉴定程序^[2]。在德国,警察系统设立的刑事技术机构,协助刑警进行现场勘查、提取样品、资料与标准样本收集、研发工作,同时可以进行法医鉴定以外的刑事司法鉴定。刑事技术机构不是刑警机构,无刑事侦查职能,其鉴定人员都是技术专家而非刑事警察。例如德国黑森州州府威茨巴登市刑事技术机构办理的鉴定案件,涉及毒品、枪弹、笔迹、指纹、声像视频等,年检案量近万起,其中约1600件涉及DNA检测。在案件侦查过程中,如果涉及死因等法医病理鉴定,警察需就近委托法医机构鉴定进行鉴定,其所做出的鉴定结论作为诉讼活动中的证据来源之一。例如法兰克福大学法医中心每年接受检察院、警察局委托业务量约25000件^[3]。

2. 经申请由侦查法官决定启动鉴定程序。德国在废除预审制度后,设立侦查法官,由其承担审前程序司法审查的功能。大多数公民基本权利干涉的强制处分需要得到侦查法官的审前审批或事后审查。如德国《刑事诉讼法》第162条第1款规定:检察院认为有必要进行系属法官职权范围的调查行为时,应向要在其辖区内进行这些行为的地方

* 本文为天津市哲学社会科学研究规划项目“刑事司法鉴定权合理配置研究”的阶段性成果,项目编码:11JFX11-017。

* 作者简介:吴常青(1979—),男,天津商业大学法学院讲师,西南政法大学博士研究生,研究方向为诉讼法学、司法制度;王彪(1984—),男,西南政法大学诉讼法学博士研究生,重庆市渝中级人民法院助理审判员。

法院提出申请。在刑事诉讼中,一些鉴定活动的实施可能干涉到公民的基本权利。例如鉴定人因鉴定之必要,需要采取犯罪嫌疑人之分泌物、排泄物、血液、毛发或其他出自或附着身体之物,或者需要将被鉴定人留置,这时需要侦查法官的司法审查。如德国《刑事诉讼法》第81条a规定:为了确定对程序具有重要性的事实,允许命令检查被指控人的身体。为此目的,在对被指控人身体健康无害的条件下,许可不经被指控人同意,由医师根据医学规则,本着检查目的进行抽取血样验血和其他身体检查,命令权为法官所有,在延误就可能影响侦查结果时,检察院和它的辅助官员也有权命令。第81条e分子和基因的检查也适用第81条a的相关规定。第87条规定:为了勘验、解剖,可以将已经埋葬的尸体掘出。是否解剖、掘出已经埋葬的尸体,由法官决定;在延误就将影响侦查结果时,检察院也有权决定。以DNA鉴定为例。DNA的鉴定广义上可分为DNA样本采集和分析前后承接的两个步骤。采集行为欠缺接下来的DNA分析或调查将变成是无意义的;反之,若DNA分析或调查没有先行的采集行为也是不可能的。无论DNA样本采集还是DNA分析均可能干涉公民基本权利,因此德国《刑事诉讼法》和《DNA身份确定法》在该问题上均采取了法官保留^[3]。为此,德国学者Beuke甚至认为,鉴定是一种基本权的干预,是强制处分的另一种形态^[4],因此,原则上法院应是鉴定处分的唯一决定机关。

3. 辩方启动鉴定程序。国内学者在研究德国鉴定制度时往往认为,鉴定是一种职权活动,为司法机关所垄断,辩方无权实施鉴定活动。但德国学者托马斯·魏根特教授研究指出,辩方可以聘请鉴定人参与案件调查。属于当事人一方的鉴定人参加审判在法律上不成问题,而要从经济上考虑^[5]。这表明,德国刑事司法中辩方享有鉴定启动权。虽然,德国《刑事诉讼法》没有辩方实施鉴定活动的直接法律规定,但可从相关法律条文推导出这一结论。德国《刑事诉讼法》第38条规定:被告人有权直接传唤证人或者鉴定人出庭,传唤应当委托法院执达员送达。第222条第2款规定:被告人应当及时向法院、检察院告知由其直接传唤或者带到法庭的证人、鉴定人姓名及他们的居所或者住所。第245条第2款规定:只有提出调查申请,法院才负有义务将证据调查延伸到由被告人、检察院传唤并且到庭的证人、鉴定人以及其他所调取的证据。只有该鉴定人要证明的事项明显与本案无关时,法庭才能拒绝听取其证言。但是如果被告人传唤鉴定人出庭,就必须付给其费用以及旅行的支出。即使被告人最终被无罪释放,通常他也

不会得到赔偿。如果证人和鉴定人的证言被认为对侦查有用,他们会收到由国家支付的出庭费用。但是即使被告人被判无罪,仍然需要负担传唤证人的额外费用。从上述德国《刑事诉讼法》的规定可以看出,辩方传唤鉴定人出庭的前提是其聘请鉴定人对专门问题进行鉴定,只不过辩方要承担鉴定相关的费用。因此,魏根特教授认为,鉴于这些实际问题,具有中等经济支付能力的被告人经常会放弃自己进行案件调查,只是向检察官或者审判法庭提出额外证据,从而无意中与审问式模式吻合,即在司法机关的主导和总体控制下各方面共同努力发现事实真相^{[5]P155}。

(二) 审判程序鉴定权配置

在德国刑事诉讼中,审判阶段法院有查明案件事实的全部责任,所有的证据都是法庭的证据,即使是当事人单独传唤的证人。因此,在审判程序中,是否进行鉴定以及鉴定人的人数由法院决定。德国《刑事诉讼法》第73条明确规定:法官决定需要聘请的鉴定人及他们的人数。法官应当与鉴定人达成在何期限内作出鉴定的约定。法官启动鉴定程序既可以依职权也可以依当事人的申请。至于法官是否启动鉴定程序,德国《刑事诉讼法》没有一般性的规定。法官如果自己有足够的专业知识,亦可不需要鉴定人,而自行决定之。但是如果法官太过于自视自己的专业知识,则其未延聘鉴定人可以成立上诉第三审之理由,即对法官未尽澄清的义务^{[5]P263}。但该问题也存在例外,德国法律规定:当命被告进入精神病院接受观察其精神状态时、认为有将被告移送精神疗养病院、禁戒处所或保护管束之必要者、验尸或解剖尸体时、有中毒嫌疑以及伪造货币或者有关证券案件,必需延请鉴定人加以鉴定。在德国刑事诉讼模式中,虽然允许被告保持被动,但是并不强迫他们这样。在审判程序中,被告享有广泛的诉讼权利。如果被告人在法庭上对于警方提出的鉴定结论不服,可以委托鉴定人或申请法官委托鉴定人进行鉴定^{[2]S13}。

二、德国刑事司法鉴定权配置评析

1. 鉴定权配置体现职权主义诉讼模式的基本特征

在比较法上,刑事诉讼通常被划分为两种基本模式:一种是将国家的代表和遭受嫌疑的个体看作是自主的、原则上享有平等权利的双方当事人,由中立的法官就他们之间的争议作出裁决;另一种是通过国家的刑事操纵者(今天大体上指法官)进行官方调查来对已知的犯罪嫌疑加以反应,其目的是查明已发生的事实并最终做出裁判^[6]。前者称之为当事人主义诉讼模式,以英国和美国为代表;后者称之为职权主义诉讼模式,以大陆法系

法国和德国为代表。典型职权主义诉讼模式,审前程序由预审法官负责职权调查,审判程序由审判法官主导。鉴于预审法官制度权力过于集中的弊端,德国废除了预审法官制度,审前程序由检察官主导侦查,警察作为侦查辅助机关。审判程序保留职权主义特色,“为了调查事实真相,法院应当依职权将证据调查延伸到所有的对于裁判具有意义的事实、证据上”。然而德国的职权主义(审问制)中掺杂有对抗制的因素。在庭审中,双方当事人可以向法庭申请传唤新的证人或调查新的证据^[7]。为此,托马斯·魏根特教授指出,相对于典型的职权主义模式,德国刑事诉讼制度采取了一种折中的做法^{[5](P150)}。与德国刑事诉讼模式相适应,在审前程序中,负责职权调查的检察官和警察有权启动鉴定程序,而审判程序由法官主导,法官有依职权证据调查和最后澄清案件事实的责任。因此,在审判程序中,鉴定是否启动(除强制启动外)、鉴定人的选任均由法官决定,而且法官对于当事人提出证据的申请,除特殊情况外均予以调查,否则可能会因未尽澄清义务而成为第三审上诉理由。

2. 鉴定权配置受人权保障发展的深入影响

刑事诉讼的一方是强大的国家,而另一方则是相对无力、孤立的个人。如若国家为发现真实、实现刑法目标,而广泛利用现有的、理论上不受限制的强制手段,这必将削弱刑法实施的道德基础。反之,只有当国家权力的使用不是作为不可预见的和不受影响的宿命出现,且当它明显是基于一个公正而适当的程序作为与犯罪嫌疑人、被告人作斗争的最后手段被使用,能够被服从法律者作为应得的结果所接受,刑法在教育公民守法的意义上才是有效的^{[6](P338)}。因此,国家在追诉犯罪时不能“不计代价,不择手段”,而要遵循正当的法律程序,充分保障被追诉人的人权。正是出于对被追诉人人权的尊重,刑事诉讼中被告人基本的诉讼权利的一系列保障自从第二次世界大战结束以后获得了广泛的国际承认。在欧洲,这种保障见于1950年11月4日的《保障人权和基本自由的欧洲人权公约》。受人权保障深入发展的影响,德国刑事诉讼从《欧洲人权公约》和宪法规定的法治、社会国家原则的要求出发,赋予被告广泛的诉讼权利。这些权利不仅包括被告免遭国家权力不当干涉的消极性权利,还包括主动参与刑事诉讼程序的积极性权利。就前者而言,德国法要求在侦查程序中,如果鉴定处分可能构成对被告人基本权利的干涉,需采取法官保留,由侦查法官进行事前的司法授权或事后的审查,防止侦查权对公民权利的不当干涉。就后者而言,在刑事诉讼中,被告人有自主权及积极参与诉讼程序的权利。因此,在整个刑

事诉讼过程中,被告人自由参与对相关证据的调查。被告人及其律师有权独立地收集证据并在法庭上出示,有权同检察官接触,在检察官提出控告后,有权同法院接触并要求他们审查额外的证据。在审判阶段,法庭一般满足辩方证据调查要求,除非存在少数的例外规定的情况。被告提出调查证据的权利不仅可从满足法院积极探知事实需求方面获得解释,德国联邦宪法法院判决认为其是被告享有的公正审判权的一个要素。

三、德国刑事司法鉴定权配置对中国的启示

正如上文所述,若将鉴定权视为官方的一种职权,那么德国刑事司法鉴定权配置就是另一方景象。在我国,1996年修改后的刑事诉讼法在一定程度上吸收了当事人主义诉讼制度的某些具有积极意义的因素,但是,司法鉴定制度却没有随之进行相应的变动,仍保持其浓厚的职权主义成分,以至于在司法实践中暴露出较突出的问题。作为深受大陆法系职权主义传统影响的国家,德国的经验对我国刑事司法鉴定权合理配置有较强的借鉴意义。

1. 赋予辩方司法鉴定的启动权

德国学者在比较德国与中国刑事诉讼制度时指出,中国法已经远离审问的诉讼模式,而且调查“真实”的责任在很大程度上转给了当事人,尤其是检察院那里^{[6](P354)}。这表明我国刑事诉讼中,法官逐渐扮演消极裁判者角色,而由控辩双方积极对抗。然而,我国却没有与之相适应的司法鉴定权配置,鉴定权主要由公检法主导,当事人仅有重新鉴定或补充鉴定的申请权。这种鉴定权配置模式显然已与我国刑事诉讼模式的转型格格不入。在德国,即使刑事诉讼仍然保留强烈的职权主义色彩,在受人权保障的影响下,当事人不仅有权向法院申请启动鉴定,而且享有自行委托鉴定权。当事人鉴定权既是满足法官发现真实的需要,又是公平审判不可或缺的因素。反观我国,刑事诉讼模式已逐步转型,更应该赋予当事人鉴定启动权,在形式上满足控辩平等武装。但是需要注意的是,当事人鉴定权的实质化需要控方提供检材、鉴定援助、鉴定费用等相关制度予以配套。

2. 保留侦控方自行启动鉴定权和限制法官的鉴定启动权

国内有学者认为,大陆法国家多由法院统一行使鉴定权,因此主张取消公安机关和检察机关的鉴定权。从上述德国经验来看,这是对大陆法国家刑事司法鉴定权配置的一种误解。在德国,审前程序中检察官和警察为收集证据作出起诉或不起诉的决定,可以自行启动鉴定程序,在某些特殊情况,检察官可以向法官提出申请由法官决定是否

启动鉴定程序。无论是大陆法国家还是英美法国家控方享有启动鉴定权都是普遍的做法。我国不可能也不必要取消公安机关和检察机关的鉴定权。问题的关键在于我国侦查机关自行设置鉴定机构,自侦自鉴。未来应保留公安机关和检察机关的鉴定权,同时将内设鉴定机构中立化。国内还有学者主张鉴定权由诉讼中的控、辩双方行使,法院不应行使鉴定权。理由是:1996年刑事诉讼法修正后,我国的诉讼程序采用了“控辩式”诉讼模式,因此应借鉴英美国家由控、辩双方行使鉴定权的作法,赋予控辩双方鉴定权。首先,应当肯定的是,我国的确有赋予当事人鉴定权的必要性,然而,我国是否应取消法院鉴定权呢?笔者认为我国仍应保留法官鉴定权,但需要对其有一定的限制。理由是:第一,从德国经验来看,由法官启动鉴定相对于控辩双方更具中立性。正是基于此,目前英美法系国家吸收大陆法系国家的做法,为防止控辩双方选任鉴定人所作出鉴定结论的主观性,赋予法官一定的鉴定权。第二,法官保留鉴定权一定程度上可以弥补当事人取证能力不足,确保控辩实质平等。鉴于我国刑事诉讼中法官逐步走向消极、中立,我国法官鉴定权不可能像德国那样强大,不能依职权启动司法鉴定,仅能在控、辩双方对对方鉴定意见有疑问时,可向法院申请重新鉴定。法院同意重新鉴定的,由法院指定或委托鉴定机构或鉴定人进行。

3. 建立鉴定处分的司法审查

在刑事诉讼进行中,不管是为了审判程序中的保障措施或判决执行时之保障措施,在所难免对个人权利造成损害。刑事诉讼法上的强制措施均为对基本权利之侵犯。在德国刑事诉讼中,实施侵犯个人权利的强制措施的权力基本上只赋予法官,即法官保留。检察官及其辅助机关原则上只有在迟疑之危险时,方得对国民之权利加以侵犯。在德国,当鉴定处分会对公民身体权、隐私权、财产权产生干涉时,检察官需要向侦查法官提出申请,由法官决定是否实施鉴定。在我国侦查程序中,不管鉴定是否会干涉公民基本权利,均由侦查机关自行启动,这严重违背控审分离、司法最终裁决原则,不利于对公民基本权利的保护。笔者认为,为保障鉴定过程中公民权利,在我国尚未确立司法审查原则的情况下,当公安机关侦查案件鉴定可能涉及公民基本权利时,将启动鉴定的权力交由检察院行使;当检察机关侦查案件鉴定可能涉及公民基本权利时,将启动鉴定权力交法院行使。一旦司法审查原则确立,一律需向法官申请令状。

4. 设置特殊情况下的强制鉴定

德国法上鉴定是否必要以任意鉴定为原则,以强制鉴定为例外。即案件在何种情况下之何种事项应委托鉴定人实施鉴定,原则上由法院或检察官本予职权自由裁量,同时刑事诉讼法列举了必须延请鉴定人加以鉴定的例外事项。即存在“当被告人进入精神病院接受观察其精神状态时、如果认为有将被告人移送精神疗养病院、禁戒处所或保护管束之必要者、在验尸或解剖尸体时、当有中毒之嫌疑时、在伪造货币或有价证券之案件”必须进行鉴定。原因在于,立法者认为在这些情况下,法官或检察官个人知识不足以作出判断,而必须借助于专家的专门知识。除德国外,俄罗斯和我国台湾等均有强制鉴定之规定。在我国,法律没有规定强制鉴定制度,案件在何种情况下之何种事项应予鉴定,均由享有鉴定权的公检法机关裁量决定。笔者曾在研究法医尸检制度时主张我国立法应确立强制尸检制度,对死因不明的尸体,应进行尸体检验;除死者家属对尸体检验结论无异议外,应进行尸体解剖。当时的理由是,侦查机关享有裁量权,一方面,容易导致社会公众与公安机关的对立,从而影响公安机关的公信力;另一方面,容易导致对特定领域犯罪的放纵,减损国家刑罚权。从德国经验来看,这个问题还可以从鉴定必要性角度来思考。笔者认为,我国可借鉴德国的做法确立强制鉴定制度。目前可以考虑将死亡原因不明的、被追诉人精神状况有疑问、身体受伤害的性质和程度,以及对确定犯罪嫌疑人刑事责任能力有意义的年龄问题无法查明的等规定为必须鉴定事项,实行强制鉴定制度^[8]。未来通过司法实践经验的积累,确立其他需要强制鉴定的事项。

参考文献:

- [1] Mireille Delmas-Marty, J. R. Spenser, *European Criminal Procedures*, Cambridge University Press, 2002: 324.
- [2] 司法部赴德司法鉴定培训团. 德国司法鉴定制度[J]. 中国司法鉴定, 2010(3).
- [3] 吴俊毅. 德国刑事诉讼程序中DNA鉴定相关规定[J]. 军法专刊, 2001(4): 9.
- [4] 张丽卿. 鉴定制度之改革[J]. 月旦法学杂志, 2003(6): 139.
- [5] 德] 托马斯·魏根特. 德国刑事诉讼程序[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2004: 154.
- [6] 德] 托马斯·魏根特. 对《中华人民共和国刑事诉讼法》的比较法评述[C]. 樊文译. 刑事法评论(20): 337.
- [7] 美] 弗洛伊德·菲尼[德] 约阿希姆·赫尔曼, 岳礼玲. 一个案例, 两种制度——美德刑事司法比较[M]. 北京: 中国法制出版社, 2006: 335.
- [8] 韩旭. 改革我国刑事鉴定启动权的思考——以被追诉人取证权的实现为切入[J]. 法治研究, 2009(2): 23.