

技术性证据专门审查问题研究： 基于实证调研的阐释

陈邦达

摘要：实证调研发现，技术性证据专门审查存在下列困境：基层检察技术性证据专门审查主体资源存在流失，技术性证据审查的范围与框架不明，技术性证据审查的启动及审查意见的证据效力有争议。困境成因在于，相关立法、司法解释制定背景变迁，造成不同规范间有抵触。检察技术人员流失，与员额制改革、检察人员分类管理后的待遇等因素有关。受证据法定主义影响，此类证据审查意见的证据资格有争议。优化检察技术性证据审查，应完善检察人员分类管理，健全技术人员及有专门知识的人指派、聘请机制；应将技术性证据审查意见视为辅助性证据；应界定审查范围与情形，转变审查逻辑并健全机制，赋予审查意见证据资格，健全司法责任制以提升证据审查质量。

关键词：技术性证据；检察技术人员；技术性证据专门审查工作

DOI：10.19836/j.cnki.37-1100/c.2023.05.007

一、引言

随着法庭科学在司法证明中的运用日益广泛，案件中的技术性证据呈现复杂多样的趋势，这为检察官审查认定此类技术性证据带来新的挑战。以大数据运用赋能新时代检察法律监督，其目的是为了适应以审判为中心的诉讼制度改革，这对检察机关强化证据审查认定提出了更高要求。自最高人民检察院确立实行技术性证据专门审查制度以来，这项工作在实践中发挥了重要作用，也存在一些实践困境和理论困惑。本文旨在通过分析前期调研访谈与大数据平台统计的资料^①，分析归纳技术性证据专门审查的实践困境，揭示背后的制度成因，剖析其深层的理论问题，为技术性证据专门审查工作的制度健全抛出引玉之砖。

技术性证据专门审查，是特指检察机关具有专门知识的检察技术人员或其他具有专业知识的人员，对案件中涉及技术性问题的证据材料，从相关性、真实性、可靠性、合法性等维度进行审查，并出具审查意见书的活动。这一审查主要运用于审查起诉阶段，对辅助检察官查明案情、依法审查起诉往往发挥较大的证明作用，对加强案件质量管理、强化检察法律监督、促进科技赋能司法具有积极意义。选取技术性证据专门审查问题作为研究对象，有利于反映技术性证据专门审查工作机制的实践困境，也有利于健全检察机关指派、聘请“有专门知识的人”制度，优化检察系统业务部门与技术部门协同创新机制，以及促进科技赋能智慧检务建设。

基金项目：司法部法治建设与法学理论研究部级科研项目专项任务项目“司法鉴定立法的理念与路径研究”(22SFB5033)；证据科学教育部重点实验室(中国政法大学)开放基金资助课题(2022KFKT10)；上海人才发展资助项目(2020133)。

作者简介：陈邦达，华东政法大学刑事法学院副教授，硕士生导师，中国政法大学证据科学研究院博士研究生(上海 201620；chenbangda@hotmail.com)。

^① 本文以笔者对上海部分检察官调研获得的实证资料为基础，调研时间集中于2022年5月至8月，访谈主要通过线上线下相结合的方式。

二、技术性证据专门审查的实践困境

(一)技术性证据专门审查的主体资源流失

从近年来的检察实践看,部分基层检察机关技术性证据专门审查的主体资源薄弱,存在技术人员流失现象。例如,中国裁判文书网2018至2021年发布的含有“技术性证据”关键词的303份裁判文书中,77例未明确审查主体,177例技术性证据审查主体为省、市级检察机关,其中有128起案件为区(县)级检察机关委托上级检察技术部门审查,区(县)级检察机关开展技术性证据审查的仅有49例^①。笔者的调研也印证了这一问题,接受访谈调研的检察官和技术人员反映,所在检察机关的技术性证据审查专业人员存在流失、配置不均衡现象。检察人员分类管理及反贪反渎职人员转隶监察机关之后,检察院技术部门隶属于检务保障部门,部分人员转隶至监察机关。地方各级检察机关专业技术资源配置不均衡,技术性证据审查工作并没有形成稳健机制,由检察官咨询技术人员寻求帮助缺乏统筹协调。有观点指出,“司法体制、监察体制改革后,检察技术人员转岗到检察机关其他部门或者监察机关”^②;还有统计数据显示,随着员额制改革和监察体制改革的推进,某省检察技术人员出现流失,2017年总人数较2015年下降20%左右^③。以上现象都印证了这一结论。

(二)技术性证据审查的范围与框架不明确

目前对技术性证据审查的规定原则性强、操作性弱。技术性证据审查的范围有待界定,对于涉及较多专门性问题的案件,其审查工作量大。实践中,技术性证据的审查范围包括全面审查、部分审查两种做法。全面审查是指检察技术人员除了对技术性证据进行审查之外,还要对技术性证据所依赖的基础材料进行审查。部分审查指的是只需要审查技术性证据本身。实践中,技术性证据审查偏向审查技术性证据本身,较少审查技术性证据所依赖的基础材料。例如,伤情鉴定中,“有些鉴定书中引用的病历并未附卷,无法与原始病历进行对比,伤情真假难辨”;保外就医案件中,被鉴定人会刻意隐瞒病历,只提交反映其病情严重的材料^④。因此,对基础材料有争议的技术性证据审查,应当既审查技术性证据材料本身,又审查其基础性证据材料,对其来源、提取、保管、移送是否符合法律规定和行业规范进行审查,否则容易造成审查发现不了实质性问题。但调研中也有观点认为,技术性证据审查的对象主要是“文证审查”,对文证之外的物证、书证的审查在性质上属于复核或鉴定,不是“文证”审查本身,文证审查主要是从方法、论点、论据、结论等方面进行审查。这说明,文证审查限制了对象范围。此外,技术性证据审查工作还需要检察官全面地了解案件的其他证据情况,依据经验法则、逻辑法则,从证据“整体主义”视角审查不同证据之间是否存在矛盾关系,并分析其矛盾的成因。

在审查框架方面,目前主要是参照鉴定意见的审查框架对技术性证据进行审查,但由于新类型的技术性证据出现,与传统鉴定意见审查存在一定的不协调。2021年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第100条、第101条规定,针对专门性问题出具的报告和调查报告中涉及专门性问题的意见具有证据效力,这意味着检察官除了对鉴定意见等技术性证据进行专门审查以外,还可能对包括司法解释列举的上述新类型的证据进行审查。而“新证据类型在基础要素质量控制机制方面较为薄弱”^⑤,会加剧、加重检察技术人员对专门性证据审查的难度和责任。并且,这些新类型的

① 袁亦力、申贝贝:《检察机关技术性证据审查的制度反思与重构》,《人民检察》2022年第18期。

② 张俊涛:《基层检察机关技术性证据审查监督权能缺位的原因及对策》,《中国检察官》2020年第3期。

③ 邹颖怡:《检察机关技术性证据审查制度研究》,《证据科学》2022年第4期。

④ 高越、李勇、孙赫群:《在司法改革新形势下将法医技术性证据审查纳入诉讼流程的必要性》,载张继宗主编:《法医临床学专业理论与实践——中国法医学学会·全国第二十届法医临床学学术研讨会论文集》,哈尔滨:黑龙江科学技术出版社,2017年,第328页。

⑤ 吴洪淇:《刑事诉讼专门性证据的扩张与规制》,《法学研究》2022年第4期。

证据在可采性标准上与传统的司法鉴定意见也存在一定的区别。以鉴定意见为主的审查框架不完全适用于其他技术性证据,应探索有效的实质审查框架,这也是技术性证据专门审查遇到的困境。

(三)技术性证据审查的启动及意见证据效力争议

虽然按照目前的司法解释规定,检察官对技术性证据材料需要进行专门性审查的,可送交检察技术人员或其他有专门知识的人审查,并由他们出具审查意见,但实践中检察官对如何启动这项工作,以及检察技术人员是否出具书面的意见持有不同的看法。由于专门审查工作模式上未协调好检察系统内捕诉业务部门与技术部门的关系,此项工作启动的随意性较大。有的公诉办案检察官没有将案件中的技术性证据交给检察技术部门等专业部门进行审查,而且法律专业背景的检察官通常又不具备技术性证据的专业知识,无法满足技术性证据专门审查的需求^①。办案中如遇到需咨询检察院技术部门人员或其他有专门知识的人等情形,对方较少出具审查意见。如遇到技术性证据的审查专门问题,检察官会尽力咨询技术人员,但通常对方并不出具书面意见。检察官办案人员会在审查报告中一笔带过,写明曾就某技术性证据向检察技术部门询问,交代清楚咨询回复的内容,作为检察官内心确信,并作为日后案件评查时的凭证^②。技术性证据审查意见一般归入“检察内卷”,所以,“在正式开庭时,技术性证据的咨询回复也不会直接作为证据递交给法院,更多的是作为检察官工作中形成判断或增加内心确信的方法,个别检察机关有出具书面意见,但这种情形比较少见”^③。即使有书面意见,其能否作为证据使用在实务中的处理也各不相同,检察官在起诉时也较少直接向法院提交这份意见。这制约了专门审查工作机制的成熟,也限制了检察官对专业技术问题的把握、监督。也有些检察机关将技术性证据审查作为必经程序,应当进行勘验检查、检验鉴定、技术性证据审查等而未进行的案件,不得提交检察委员会讨论。从调研的情况看,后面这种情况并不占多数。

北大法宝公布的检察法律文书中,含有关键词“技术性证据审查意见”的文书,从2014至2021年共有261份,案由全部是“刑事”,检察院级别为省级人民检察院5件,州市级人民检察院24件,县区人民检察院229件,专门人民检察院4件。这些数据反映出,检察机关的技术性证据审查意见主要存在于刑事案件,且以基层检察院的适用居多。这也说明基层检察机关对技术性证据审查的需求总量占比较高,技术人才资源的分配应当考虑到这些因素。笔者从北大法宝检索了2009至2022年含有关键词“技术性证据审查意见”的法院裁判文书,就这些法律文书的表述看,检法两家对技术性证据审查意见的看法不一致。大部分检察法律文书将技术性证据审查意见列为证据,而在法院的裁判文书中有少数法院在判决书中将技术性证据审查意见列为“鉴定意见”的类别^④。实际上,这类证据同鉴定意见在主体、类型、证明、质证等方面存在根本性区别。最高人民检察院公布的指导性案例在分析指导意义时还特别提出,“可以将技术性证据审查意见作为审查判断证据的参考,也可以作为决定重新鉴定、补充鉴定或提出检察建议的依据”^⑤。在这种表述中,当技术性证据审查意见不能直接用于证明要件事实时,它仍可以作为辅助性证据,用来强化或削弱实质性证据。

三、技术性证据专门审查困境的成因分析

(一)技术性证据专门审查范围的争议溯源

上文指出技术性证据专门审查的范围存在争议,这说明有关立法规定不明确。因此,要研究技术

① 赵宪伟、刘政:《论电子数据审查的“专门性”》,《警察技术》2021年第3期。

② 访谈编号:Interview P1(访谈编号设置:Interview P1,P指代检察官,1为一类别被访谈对象的序列号)。

③ 访谈编号:Interview P2。

④ 高某故意杀人、强奸、放火一审刑事判决书,(2020)鲁15刑初18号。

⑤ 检例第72号,罪犯王某某暂予监外执行监督案。

性证据专门审查困境的成因,就必须梳理这项制度演进的历史。为此,笔者梳理了我国有关技术性证据的规定和司法解释并进行规范分析(见表1)。

表1 司法解释对技术性证据的相关规定

序号	颁布年份及法条出处	具体规定的表述
1	1988年《人民检察院法医工作细则(试行)》第20条	法医文证审查主要是对起证据作用法医鉴定书,司法精神病学鉴定书,医疗事故鉴定意见书,病历以及现场勘验、调查访问等文证材料进行审查,并出具文证审查意见书。
2	1999年《人民检察院刑事诉讼规则》第257条	审查起诉部门对审查起诉案件中涉及专门技术问题的证据材料需要进行审查的,可以送交检察技术人员或者其他具有专门知识的人员审查。检察技术人员或者其他具有专门知识的人员审查后应当出具审查意见。
3	2012年《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》第368条	公诉部门对审查起诉案件中涉及专门技术问题的证据材料需要进行审查的,可以送交检察技术人员或者其他有专门知识的人审查,审查后应当出具审查意见。
4	2016年《关于办理刑事案件收集提取和审查判断电子数据若干问题的规定》第21条	控辩双方向法庭提交的电子数据需要展示的,可以根据电子数据的具体类型,借助多媒体设备出示、播放或者演示。必要时,可以聘请具有专门知识的人进行操作,并就相关技术问题作出说明。
5	2018年《中华人民共和国人民检察院组织法》第46条	人民检察院根据检察工作需要,可以设检察技术人员,负责与检察工作有关的事项。
6	2018年《最高人民法院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9条	协助公诉人做好下列准备工作:(一)掌握涉及专门性问题证据材料的情况;(二)补充审判中可能涉及的专门知识;(三)拟定讯问被告人和询问证人、鉴定人、其他有专门知识的人的计划;(四)拟定出示、播放、演示涉及专门性问题证据材料的计划;(五)制定质证方案;(六)其他必要的工作。
7	2021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》第100条	因无鉴定机构,或者根据法律、司法解释的规定,指派、聘请有专门知识的人就案件的专门性问题出具的报告,可以作为证据使用。

资料来源:北大法宝·法律法规数据库(www.pkulaw.com/law)。

技术性专门审查工作的雏形初见于1980年代。1988年最高人民检察院出台了《人民检察院法医工作细则(试行)》和《人民检察院文件检验工作细则(试行)》,前者第4条、第20条规定了“法医文证审查”的内容。从这些规定看,这一时期尚未形成“技术性证据”的表述与概念,而是使用“文证”审查的表述。“检察技术”的概念到1990年代逐渐形成,1991年最高人民检察院召开了第一次全国检察技术工作会议^①。“技术性鉴定材料”出现在1996年《刑事诉讼法》的规定中,技术性鉴定材料是辩护律师可以查阅、摘抄、复制的主要证据材料内容之一。1997年《人民检察院实施刑事诉讼法规则(试行)》第226条规定:“审查起诉部门对移送审查起诉案件的技术性鉴定材料,可以送交检察技术人员进行审查,检察技术人员在审查后应当出具审查意见。”至此,检察起诉阶段的专门审查由“法医文证审查”扩大至“技术性证据材料”,标志着技术性证据材料的专门审查机制初步得到立法确立。从上述立法演进可归纳出两点特征:

一是,过去一些法律、司法解释制定的具体背景已发生变化,造成这方面规定的滞后,不同年代、不同机关制定的规范性法律文件存在抵触现象。以往的法律、司法解释赋予检察机关技术性证据审查的职能主要局限于法医类技术性证据,而如今技术性证据专门审查的范围呈现扩大趋势。比如,1988年最高人民检察院司法解释对法医鉴定、文件检验分别作出专门规定,其中法医鉴定主要指涉及各种医学问题的鉴定,而文件检验主要是有关笔迹、印章、票据等方面的鉴定。这是因为诉讼中的司法鉴定技术水平有限,当时检察机关的鉴定机构主要负责对法医类文证、文件检验的鉴定。如今,诉讼证明中技术性证据呈现多种形式,包括环境损害鉴定、电子数据鉴定、大数据证据、人工智能分析报告等,这为今后的技术性证据审查提出了更广泛的要求。2005年全国人大常委会《关于司法鉴定管理问题的决定》(以下简称《决定》)施行以来,立法机关认为自侦自鉴、自诉自鉴、自审自鉴有违公正性,但考虑到侦查机关办案的需要,保留了公安、检察机关的内设鉴定机构,但对其业务范围进行了限制,

^① 贺德银:《强化专业技术支持 提升新时代检察生产力》,《人民检察》2021年第10期。

而科学技术发展日新月异,必然加剧检察机关对系统外技术人员的需求,以满足审查形式多样技术性证据的迫切需求。

二是,技术性证据专门审查主体的范围、职能在扩大。首先是审查主体的范围从原来的“检察院技术人员”扩大到检察系统外的其他“有专门知识的人”,这意味着检察系统外的专家也可以在获得检察机关的聘请后,成为参与诉讼的“有专门知识的人”,成为提供技术支撑的“外脑”,这既符合检察工作中遇到多种多样专门性问题审查判断的现实需要,也有利于克服检察技术部门的资源短缺问题。其次是职能从原来的“出具审查意见”,扩大到“检验、鉴定”职能,对专门性问题出具的报告还被视为证据。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9条赋予“有专门知识的人”6项职能,其中后4项都是新增的。这反映出改革决策者对检察机关借助“专家”解决诉讼中专门性问题的思路,也是检察机关对技术性证据专门审查工作采取的补短板、强弱项的方法。

对技术性证据范围的认识,是一个对证据概念和证据范畴认识不断深化的过程,也是打破证据法定主义局限性的过程,从早期主要局限于法医类鉴定,扩大到诉讼中常见的法医类、物证类、声像资料、环境损害“四大类”鉴定意见,也将近年来《刑事诉讼法》及其司法解释所增加的新类型证据纳入其中。例如,随着食品安全司法保护、打击网络犯罪等专项工作的推进,“有专门知识的人”的意见呈现扩大的趋势。这也意味着技术性证据在刑事诉讼中由传统的以鉴定意见为主,扩大到包括勘验、检查笔录、视听资料、电子数据,以及有专门知识的人出具的意见等,这就要求检察官在审查起诉阶段对此类技术性证据进行审查时,要弥补过去形式审查的不足,强化对技术性证据所涉及的检材、原始证据的收集、固定、保管、送检等环节的合法性审查。所以,对技术性证据审查的框架不能局限于现有司法解释确立的鉴定意见的审查认定标准,还应当从科学规则的角度,建立起相关性第一、可靠性第二的可采性规则体系,加强对此类技术性证据的可靠性审查,同时结合经验法则对技术性证据的可靠性进行检验、印证,并对证据分析过程中,事实认定者所选择的经验法则是否合适进行审查。

(二)检察机关技术人员流失的制度归因

检察技术人员的流失造成技术性证据审查的主体出现缺失。调研发现,技术人员流失背后的原因有多个方面,其中与员额制改革以后,检察人员分类管理制度出现的技术人员不设置员额造成的差别待遇问题存在较大关联。2017年印发的《关于加强法官检察官正规化专业化职业化建设全面落实司法责任制的意见》,是检察员额制改革的指导性文件。该意见提出“司法技术等非业务部门不设置员额”。基层检察院出现人才流失现象,检察辅助人员不足,无法与员额检察官达到合理的比例。在部分省份,入额检察官与检察辅助人员的比例为17:5^①。检察技术人员在员额制改革以后取消了其检察官的法律职务,被界定为司法行政人员。有的检察院甚至撤掉技术部门,将技术人员安排在后勤保障部门。加上检察系统专业技术职称评定机制不畅通,造成这部分人员的流失。以重庆市人民检察院第二分院为例,该院的司法鉴定中心在2017年共有鉴定人员22名,从2019至2021年放弃鉴定人资格的有5名,退休的2名,流失比例超过三成^②。检察技术人员的职称是通过社会统考获得,职称与收入、晋升空间挂钩,职称问题没法及时解决,加剧了这部分群体的失落感。而检察技术人员流失也反映出检察业务存在重视证据取得、轻视证据审查的问题,技术性证据专门审查工作的重要性被忽视。另外,检察院占用技术人员的现象也影响这部分人员的积极性。内设机构改革以后,检察技术部门被整合到行政办公或组织人事部门,使这部分人员的工作性质繁杂。

最高人民检察院于2016年颁布了《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)》,从这一规定分析,“有专门知识的人”是检察机关借助专家弥补自身短板的工作机制,他们在职能上包括协助办案检察官解决专门性问题或出具审查意见,为了界定这类人员与鉴定人的区别,该文

① 简小文:《检察官员额制度良性运行对策研究》,《人民检察》2019年第21期。

② 重庆市人民检察院第二分院课题组、邓发强:《新时代检察技术协作办案工作路径探析》,《中国检察官》2021年第13期。

件明确规定“有专门知识的人”不包括以鉴定人身份参与办案的人员。这一类技术人员既可以是检察系统内的技术人员,也可以是检察系统外的专家,他们发挥作用的诉讼阶段主要集中在审查起诉阶段。同时,该文件所确立的“有专门知识的人”的职能还扩展至在法庭审理阶段对鉴定意见发表意见,这一职能也是2012年《刑事诉讼法》第192条所规定的职能。所以,这一规定确立的“有专门知识的人”的内涵与外延实际上已经超出了技术性证据专门审查人员的范畴^①。目前存在指派、聘请专业人员的“双轨制”,在聘用专家上要用足检察系统内部的技术人员资源,在聘请系统外专家时应当用尽当地救济,避免检察系统内部技术资源的浪费。根据“一万小时定律”,只有保证检察技术人员有足够的办案量,才能提升这类人员的业务能力,并保护他们的工作积极性。在司法实践中,没有检察技术部门的检察机关,可以委托其他检察院的检察技术部门或者聘请专家提出意见^②。

技术性证据专门审查工作有利于强化侦查监督,服务审查起诉,在“捕诉一体”改革的语境下更加凸显此项工作的重要性。法学研究与改革决策应切实遵循、综合运用司法员额制改革的规律、技术性证据的可采性原理、司法责任制原理,发挥专家辅助人制度对检察技术性资源的补短作用,协调检察捕诉部门与技术部门的业务沟通,优化检察系统借助“外脑”协助办案的工作模式,强化检察监督侦查取证的职能,精准对接“以审判为中心”的目标。

技术性证据专门审查工作机制的优化,必须完善检察系统内部技术人员和检察系统外部“有专门知识的人”的指派、聘请程序与管理体制等问题,这其中会涉及如何完善我国的鉴定人制度、其他非鉴定专家参与刑事诉讼的制度设计。这项制度的发展现状离不开历史性因素的影响。在1990年代,公安、检察、审判机关、司法行政部门设立内部鉴定机构,这种现象在一定程度上造成国家资源配置的重复建设,也引发司法鉴定政出多门、多头管理、重复鉴定的问题。1998年《国务院办公厅关于印发司法部职能配置内设机构和人员编制规定的通知》确定了“三定方案”(即定机构、定编制、定职能),2005年全国人大常委会《决定》规定审判机关不得设立鉴定机构,侦查机关、检察机关(自侦)因工作需要仍保留内设鉴定机构,但不得对外接受鉴定委托。因此,检察院内设鉴定机构的规模、业务量也受到影响。在诉讼中又难免涉及诸多专门性问题证据审查需要,检察机关形成“四大检察”职能与“十大业务”的新格局也对检察技术业务提出更高要求,对技术性证据审查专业人员的需求随之上升。

目前我国专家介入刑事诉讼呈现多种形式。除了传统的司法鉴定人以外,还包括检察机关技术部门的技术人员、检察机关指派或聘请的“有专门知识的人”、技术调查官,加上侦查机关内设鉴定机构的鉴定人和2012年《刑事诉讼法》第192条增设的“有专门知识的人”,我国的专家介入刑事诉讼的样貌呈现多元化,专家制度还有待规范化。对此,有学者认为,“将多元专家参与模式调整为鉴定人与专家辅助人二元专家模式”“构建系统化的专家制度,为专家服务刑事司法创造制度条件”^③。这是我国职权主义诉讼对专门性问题判断的传统格局的瓦解,在诉讼中会出现各种各样的专家意见^④。

今后应当保留检察机关技术部门技术人员队伍,同时也要扩大技术人员的职能。应让技术人员在审查起诉阶段对技术性证据进行审查,并在法庭审理阶段辅助公诉人对出庭的鉴定人及“有专门知识的人”进行交叉询问^⑤。对于技术性证据的质证,应当由检察官、律师通过交叉询问来实现,不宜直接让技术人员互相对质,这样通过质证双方使用法官能理解的语言来表达,辅助法官审查认证此类证据。专家辅助人具有向专家证人转变的趋势,今后诉讼中辩护方聘请专家辅助人的做法将会扩大,在

① 参见《最高人民法院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》第7至11条。

② 侯亚辉、刘福谦等:《进一步指导和加强刑罚变更执行法律监督——最高人民法院第十九批指导性案例解读》,《人民检察》2020年第13期。

③ 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。

④ 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。

⑤ 张保生、董帅:《中国刑事专家辅助人向专家证人的角色转变》,《法学研究》2020年第3期。

诉讼中引入对抗性的技术性证据,并对检察机关向法庭出具的技术性证据进行质证。通过指派、聘请检察系统外的技术专家有助于程序上体现中立性,当然,也要兼顾侦查保密性和紧迫性的需要。

(三)技术性证据审查意见证据资格的争议根源

既有研究中,检察实务人员从实用性角度主张赋予技术性证据审查意见证据资格,认为这有助于说服司法人员,还可帮助当事人,利用司法资源提高公信力^①。但其难点在于从理论上证成赋予此类意见证据资格的逻辑。笔者认为从证据法理分析,赋予此类意见证据资格也具有合理性。

首先,从证据的性质分析,证据信息说认为,证据既不能称之为存在,也不能称之为意识,而是关于案情的信息^②,只要是具有证明价值的信息都属于证据^③。证据信息说更深刻地揭示了证据的本质,从证据载体的表现形式中抽象和概括得出证据最为核心的属性。我国《刑事诉讼法》第50条规定:“可以用于证明案件事实的材料,都是证据。”证据法理论认为,这一规定的“可以用于证明案件事实”的前面没有修饰限定,可以理解为是开放性用语,泛指所有。“用于证明案件事实”可以理解为证据具有的功能属性,即与待证事实之间具有相关性或证明价值^④。证据法理论认为证据无相关则不可采,相关性是证据最基本的属性。2012年《刑事诉讼法》将1996年该法表述的“证据有下列七种”修改为“证据包括”,这一转变表明证据法理论对穷尽式证据法定分类的反思,为不穷尽列举留下法律解释的空间。只要具有证明案件事实价值的材料、信息都可归入证据范畴。相关性、客观性(或真实性)、合法性是我国证据法理论对证据资格进行限定的条件,也是证据审查的主要依据。从立法、司法解释的角度看,技术性证据审查意见是否具有证据资格?英国证据法学家特文宁认为,“那些对一个待证事实仅具有间接相关性的证据……是附属的”“附属证据要么是关于证据的证据,要么是关于在推理链条中联系环节强弱的证据”^⑤。“附属证据”相当于我国证据法理论上的“派生证据”“辅助性证据”的概念。技术性证据的审查意见可以视为技术性证据的派生证据,一般包括两种情形:其一,检察技术人员根据自己的专业知识和经验,判断技术性证据本身是可靠的,因此技术性证据被作为认定案件事实的依据。其二,检察技术人员发现技术性证据本身并不可靠,且与案件其他证据存在明显矛盾,从而排除了该技术性证据。在这两种情况下,技术性证据的审查意见成为技术性证据的辅助性证据,起到补强或削弱技术性证据证明力的作用。

其次,从司法解释的规定分析,现行的司法解释承认了技术性证据审查意见的证据资格。2021年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第100条明确了“有专门知识的人”意见具有证据资格。此处“根据法律、司法解释的规定,指派、聘请有专门知识的人”是否包括检察院审查起诉阶段指派、聘请的检察技术人员及“有专门知识的人”出具的意见?从法律文义解释看,应当包括在内,因为该解释规制的诉讼阶段,显然包括审查起诉阶段。从目的解释看,这一条是针对实践中大量的关于专门性问题的报告被用于证明案件事实,但这些报告的性质没有明确是否具有证据资格,在过去认为其作为定罪量刑的参考无法反映明确的态度,因此最高人民法院的司法解释才明确“出具的报告,可以作为证据使用”^⑥。从司法实践看,“专家辅助人意见事实上已在实务层面成为裁判的基础”^⑦,在

① 王昌奎、王勳视:《应赋予技术性证据审查意见证据资格》,《人民检察》2014年第24期。

② 齐剑候、童振华主编:《刑事证据基本原理》,长春:吉林人民出版社,1982年,第50页。

③ 张保生:《证据法的理念》,北京:法律出版社,2021年,第27页。

④ 吴洪淇:《证据法的理论面孔》,北京:法律出版社,2018年,第54页。

⑤ 特伦斯·安德森、戴维·舒姆、威廉·特文宁:《证据分析》,张保生、朱婷、张月波等译,北京:中国人民大学出版社,2012年,第94—95页。

⑥ 李少平:《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释理解与适用》,北京:人民法院出版社,2021年,第226页。

⑦ 李学军、朱梦妮:《专家辅助人制度研析》,《法学家》2015年第1期。

最高人民法院公布的指导性案例中,也肯定了此类审查意见的证据资格^①。而指导性案例在法理上就是提供法律规范适用的具体语境,弥补成文法的局限性。

另外,检察环节的技术性证据及其审查意见是否会随着案卷进入审判程序值得动态观察。通过检索北大法宝公布的裁判文书发现,“技术性证据审查意见”写入判决书的情况普遍存在。法官一般将鉴定意见、技术性证据审查意见放在一起,通过后者的分析去判断鉴定意见的真实性。在这种情况下,技术性证据审查意见主要发挥“辅助证据”的作用。从裁判文书中可归纳出三种模式:第一种模式是“根据技术性证据审查意见,同意某鉴定意见”^②。这种模式中的技术性证据审查意见相当于用以增强鉴定意见的证明力,发挥着辅助证据的作用。第二种模式是“根据技术性证据审查意见,推翻公安机关或法院委托的鉴定意见”。这种情况下,技术性证据审查意见被用于否定鉴定意见的证明力,它产生的结果是排除了鉴定意见,并且直接对待证事实起到证明作用。法院通过让鉴定人出庭针对技术性证据审查意见提出的质疑进行回应和解释,也可能会采纳鉴定意见^③。第三种模式是作为鉴定意见的替代方案。例如,法院认为“技术性证据审查意见以原鉴定意见为基础,系运用专门技术进行的独立法医学文证审查,在被害人尸体已经火化无法重新鉴定的情况下,具有鉴定意见性质……本院予以采信”。并且采取类似鉴定意见的审查方式,“人民检察院法医夏某某出庭对技术性证据审查意见书进行了说明”^④,这充分说明在法官眼里,这类审查意见书近似于鉴定意见。这也从侧面反映出,由于不同部门司法解释对同一问题的解读不一,最高人民法院制定的《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)》对“有专门知识的人”不能行使鉴定人职能的限制,与法官视该意见为鉴定意见的做法相背,这也是今后完善检、法各自司法解释值得深思的问题。

四、技术性证据专门审查问题的纾解

(一)技术性证据专门审查主体制度的优化

强化技术性证据审查的功能需要凝聚一支技术人才队伍。在员额制改革背景下,要完善检察人员分类管理制度,检察技术人员未被纳入检察官或检察辅助人员系列,要通过职称制度解决这部分人员的晋升问题。另外,可通过省级检察院统筹整合技术人才资源,“基层检察机关技术性证据审查最有效的方法就是整合技术资源,把相关业务部门的技术资源进行整合,建立相关技术的人才库”^⑤。在检察院系统内部形成资源调配,从而保证检察技术人员有一定办案量,防止业务本领退化。在调研中,也有检察官反映通过向省级检察机关寻求技术人员支持,解决了本检察院技术人才匮乏问题的事例。

技术性证据的审查主体既包括检察技术人员、检察体系外“有专门知识的人”,也当然包括检察官本身,因为检察官负有对全案证据进行审查把关、法律监督的职责。目前对检察技术人员的流向,主要是考虑通过健全制度留住技术人员,避免检察技术人才的外流,而留在检察系统内考人员额制成为检察官的技术人员,反而有助于在检察办案实务中实现“教育模式”的功能^⑥。当然,要解决跨专业办案的燃眉之急,一方面是通过社会招录、打破职称评定瓶颈留住优秀人才,在当前“捕诉一体”的改革

① 侯亚辉、刘福谦等:《进一步指导和加强刑罚变更执行法律监督——最高人民法院第十九批指导性案例解读》,《人民检察》2020年第13期。

② 郭某某犯故意杀人罪案,(2016)鲁刑终451号。

③ 李某故意伤害二审刑事裁定书,(2018)皖03刑终30号。

④ 吴某某等故意杀人、窝藏、盗窃案,(2019)皖刑终109号。

⑤ 张俊涛:《基层检察机关技术性证据审查监督权能缺位的原因及对策》,《中国检察官》2020年第3期。

⑥ Allen R., Swift E., Schwartz D., et al., *An Analytical Approach to Evidence: Text, Problems, and Cases, Sixth Edition*, New York: Wolters Kluwer, 2016, pp.772-773.

背景下组建复合型办案团队;另一方面是聘请检察系统外的“有专门知识的人”以弥补检察技术人才资源的缺口,加强对技术人员的培训和管理。诉讼中涉及的技术性证据具有多样性,专家辅助办案制度的推行为其转型发展提供契机,丰富了技术性证据审查的内涵。有必要在“有专门知识的人”辅助办案的制度框架下,对技术性证据审查的启动、审批程序等工作机制进行重构。审查工作必要时应当让技术部门人员参加。许多冤假错案就是由于技术性证据审查不严导致事实认定出错,当引以为鉴。

如何在人财物编制方面提高检察技术人员的办案积极性和队伍稳定性?公安机关的技术人员按照建立警务技术职务序列的思路为技术人员成才发展提供保障。检察机关能否复制这一经验有待探讨。另一种方案是效仿法院的做法。有学者建议,“此类人员应按照国家对专业技术干部制定的各类专业技术系列的职称、考核、晋升办法进行管理,享受相应的工资待遇,实行评聘结合”^①。可考虑由省、自治区、直辖市检察院分院设立技术部门,协调基层检察院委托、借调技术人员的流程,也有学者建议,“在市级以上检察机关设置检察技术部门,配置检察办案需要的各门类技术人员,基层检察机关遇专业技术问题,直接呈报市级技术部门指导解决”^②。还有一种是通过聘任的方式,从高等院校、科研院所吸纳有关专家作为蓄水池。可探索建立区分专业知识类型的专家辅助人名册的模式^③。

(二)技术性证据审查的范围与情形的界定

在范围方面,需要对现有司法解释进行修改完善,调整过去司法解释所确定的制度与现行立法相冲突的内容。“文证审查”的本义是对鉴定书、勘验等文证材料进行审查并出具意见的活动,在审查对象、认识程度、审查重点等方面有别于鉴定,审查重点是材料、检验记载、检验方法、论点、论据和结论。可见,文证审查不同于全面审查。如果诉讼双方对技术性证据所依赖的基础性材料本身存在争议,仅通过部分审查仍不能甄别真伪,应进行全面审查。因此,在制定和修改立法时,原来“文证审查”的表述需要修改。另外,技术性证据的专门审查工作还需要从证据分析的“整体主义”出发,即除从技术性证据本身的方法、证明、结论进行求证外,还要结合技术性证据与案件其他证据是否存在明显矛盾、产生矛盾的原因进行综合分析和排查,特别是重大、疑难、复杂案件,或双方对技术性证据存在争议的案件。技术性证据审查意见的对象不应限于司法鉴定意见、法医类文证审查等立法规定的类型。技术性证据除传统的“四大类”司法鉴定意见之外,还包括诉讼中其他的专门性问题的鉴定意见(如知识产权、价格评估、电子数据等鉴定),以及勘验笔录、检查笔录、视听资料等。随着科学技术在司法证明中的渗透,技术性证据还出现诸如区块链证据、大数据证据、人工智能分析报告等新类型的证据。应当以广义的“技术性证据”囊括层出不穷的新类型的技术性证据,以避免概念外延不周引起的局限性。这需要突破证据法定主义的藩篱,将技术性证据审查范围进行必要的扩展。

建立不同类型的技术性证据审查的框架。目前,《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》第97条,是参照司法鉴定意见审查认证的规则,技术性证据包含了司法鉴定意见在内,但某些技术性证据与鉴定意见在基础要素质量控制机制方面仍比较欠缺,需要从技术性证据的可靠性、相关性出发,优化此类证据的可采性规则体系。全面质量管理理论认为,人、机、料、法、环、测是影响产品质量的六大因素,可以借鉴来分析技术性证据的可靠性,从主体是否适格、设备是否精确、检材是否可靠、方法是否得当、环境是否达标、测量是否准确等方面来审查技术性证据的可靠性。

规范启动技术性证据专门审查的机制。可遵循如下原则:对于需要借助专门性知识,特别是科学技术知识的情形,则需有专门知识的人解释,司法人员才能理解这类证据蕴含的信息及其与要件事实之间的相关性。对于由司法人员根据经验法则、逻辑法则足以判断证据的情形,则由法官形成心证。至于如何明确启动的具体情形,基于前期调研和归纳梳理,笔者认为启动技术性证据专门审查的情形

① 丛林、黄维智:《检察人员分类管理研究》,《西南民族大学学报(人文社会科学版)》2017年第1期。

② 龙宗智、吕川:《检察机关人员分类管理的问题、矛盾与应对》,《国家检察官学院学报》2022年第4期。

③ 左卫民、官胜男:《刑事错案与鉴定意见:复杂关系的实证考察》,《华东政法大学学报》2022年第3期。

应当包括:(1)当事人对技术性证据提出异议的;(2)当事人申请重新鉴定或补充鉴定的依据和理由是否成立;(3)存在多份不同结论的技术性证据如何分辨真伪;(4)技术性证据与其他证据存在矛盾的情形;(5)检察官认为有必要咨询技术人员的其他情形。检察官应当咨询技术人员以决定是否重新鉴定,在保护当事人诉讼权利的前提下启动重新鉴定,以发挥检察机关对侦查取证的监督职能,同时也要避免不必要的鉴定,减少重复鉴定。协调好审查起诉、审判阶段技术性证据审查工作的关系,服务以审判为中心的诉讼制度改革,技术性证据专门审查工作是对审判阶段证据审查工作的有力保障。

(三)技术性证据审查的逻辑转变和机制健全

审查技术性证据必须清醒认识到它不一定就是客观的,它同样必须接受证据可靠性的审查。在这一理念基础上经过证据推理认定事实。证据法理论认为,证据推理需要运用到三种标准的逻辑形式,即演绎、归纳和溯因推理^①。在审查技术性证据认定事实的过程中,检察人员同样需要综合运用这三种逻辑形式。演绎推理是从一般推出具体的结论。演绎推理中的大前提必须是一个全称真实陈述。归纳推理中,大前提不是全称真实命题,通常也未作陈述,它只是一个经验概括,这种经验概括是在一般情况下可能为真的命题。在证据推理中运用归纳法、演绎法,务必要检验这个大前提是否为周延的命题,这种概括是证据推理中“危险且必要”的信息,容易造成在事实认定中出错。由于技术性证据涉及专门知识,检察官在证据推理中如何选择“经验概括”,就需要借助技术人员提供的专门知识,帮助他们理解和分析这些概括是否牢靠。例如,在未接触人工智能证据之前,人们会认为这类技术性证据是客观的,但技术人员提醒我们,人工智能生成的证据可能存在数据黑箱、算法歧视等问题。正是这些专门知识,让检察官懂得修正既有的、偏颇的经验概括,从而有助于事实认定。

要实现证据推理的逻辑转变,就需要畅通捕诉部门与检察技术部门的沟通协作。专业技术人员可以对技术性事项的争议焦点以及调查的范围、顺序、方法等提出建议,参与询问、听证、诉前检察建议会议,对技术调查意见进行解释、说明,让检察院捕诉部门办案人员掌握一些基础的技术性证据审查原理和方法。技术性证据审查应注意对证据的实体性审查和程序性审查。实体性审查要求技术人员依据主体、设备、检材、方法、环境、测量等影响此类证据质量的基础要素进行审查,重点是发现此类技术性证据是否可信。程序性审查要求根据此类证据的收集程序是否符合诉讼程序的有关规定进行合法性审查。遵循平衡性原则,通过听取辩护方提出的异议、核实与之矛盾的证据加强对技术性证据的审查,更有利于检察官审查技术性证据的相关性、可靠性和合法性。在实务中检察人员也认同,通过技术性证据审查并出具审查意见后,及时与承办人沟通、解释发现的问题,协助承办人审查技术性证据,以参加案件讨论、技术咨询、重新鉴定、协助出庭等技术支持方式,协助技术性证据的专门审查^②。

(四)赋予技术性证据审查意见证据资格

赋予技术性证据审查意见证据资格,首先要打破“证据法定主义”的思维羁绊,对证据进行广义上的理解和把握。法定证据分类虽有利于根据不同类型证据的特征进行举证、质证和认证,但法定主义也难免存在滞后性的局限,对新出现的证据类型无法及时回应。相比之下,证据的理论分类将证据分为实质证据、辅助证据、实物证据、言词证据等开放性的分类,这些原理有助于我们透过现象认识技术性证据审查意见的本质。赋予此类技术性证据审查意见证据资格,也是为进一步规范其证明活动。

技术性证据审查意见的生成主体既包括检察技术人员,也包括其他有专门知识的人,不能仅限于司法鉴定人。应强化对主体是否有相关经验和专门知识的审查,这样才能弱化目前司法解释针对司法鉴定意见设计的审查框架与其他技术性证据审查的张力。但由于司法鉴定人和有专门知识的人可能在获取检材的权利、质量监管、法律责任等方面存在区别,因此会在一定程度上影响各自意见的可信

^① 特伦斯·安德森、戴维·舒姆、威廉·特文宁:《证据分析》,张保生、朱婷、张月波等译,北京:中国人民大学出版社,2012年,第75页。

^② 洪翔、褚建新、包朝胜等:《技术性证据审查的实践路径——以浙江省检察机关为视角》,《中国司法鉴定》2018年第5期。

性。例如,美国《联邦证据规则》起草咨询委员会委员丹尼尔·J. 凯普罗(Daniel J. Capra)就曾经建议,将702条“专家证言的一般规定”增加“法庭科学专家证人”,以此区分对待鉴定专家和非鉴定专家的意见效力^①。但这不足以否认这些专家意见的证据本质。针对有专门知识的人出具的意见,2021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》已明确指出,指派、聘请有专门知识的人就案件的专门性问题出具的报告,可以作为证据使用。对这类报告的审查与认定,参照适用鉴定意见的有关规定。当诉讼双方当事人对技术性证据及其审查意见有异议时,法庭原则上应通知司法鉴定人、技术性证据审查意见制作主体出庭接受质证。调研发现,实务中以口头方式提供技术性证据审查咨询意见的做法虽然灵活简便,有利于检察官咨询与沟通,但口头咨询意见只能作为检察办案的参考。在办理重大案件时仍须由检察技术人员或其他有专门知识的人出具审查意见作为证据,在提起公诉时附在案件卷宗以内提交法院,才有利于辩护方阅卷,也有利于为法院审查认定技术性证据提供更多的心证基础。

(五)健全司法责任制以提升技术性证据审查工作质量

调研发现,技术性证据审查工作存在司法责任界定和落实的问题,即当承办人咨询技术部门出具技术性证据审查意见时,如果最终证据审查出错,责任应当由承办人承担还是由技术人员承担?技术性证据专门审查兼具技术协助和技术监督的双重功能,其权力归属于检察权的附属权能^②。对此,需要引入司法责任制原理。健全和落实司法责任制是提高案件办理质量的管理举措,也是建立权责明确的司法工作机制的关键。实现“让审理者裁判,让裁判者负责”是司法责任制的核心理念。技术性证据审查工作机制会涉及承办检察官与技术人员、有专门知识的人之间对技术性证据审查和事实认定的分工。“当案件裁决者由单一化走向多元化和复数化时,审理者的角色将不再确定、明晰,导致难以有效问责,会使得正在着力推进的司法责任制改革难以获得真正落实”^③。易言之,当技术性证据审查意见造成案件事实认定的错误,到底是哪一方主体的责任?有部分检察官认为,技术性证据审查认定出错,是此类技术性证据审查意见出具方或技术人员的责任。这种观点是片面的,因为技术性证据本身只是证据体系中的一个原子,检察官既然对案件证据体系承担有审查认定和法律监督的职责,那就意味着他同样免除不了技术性证据审查认定的职责,哪怕这项专门审查工作是通过指派、聘请技术人员或有专门知识的人完成的。检察机关是刑事错案的第一责任人。当技术性证据审查出错,承办检察官应承担不可推卸的责任,而技术人员仅在当其存在故意或重大过失的情况下才承担司法责任。

Examining of Technical Evidence: An Interpretive Study Based on Empirical Survey

Chen Bangda

(School of Criminal Law and Justice, East China University of Political Science and Law,
Shanghai 201620, P.R.China; Institute of Evidence Law and Forensic Science,
China University of Political Science and Law, Beijing 100088, P.R.China)

Abstract: Technical evidence examination refers to the exact practice of examining scientific and technical evidence involved in the prosecution stage then producing expert opinions. Empirical study indicates that there are following problems existing in the technical evidence examination practice.

① 2017年8月16至17日,在巴尔的摩举办的第六届证据科学与法庭科学国际研讨会上,丹尼尔·J.凯普罗(Daniel J. Capra)发表的主题报告。Capra D.J., “Rulemaking Possibilities: Efforts of the United States Judicial Conference Advisory Committee on Evidence Rules to Address the Challenges to Forensic Expert Testimony”, *Frontiers of Law in China*, 2018, 13(1), pp.34-42.

② 龙宗智、陈猛、唐云阳:《技术性证据专门审查工作的运行状况及改进建议》,《人民检察》2023年第6期。

③ 李训虎:《刑事司法人工智能的包容性规制》,《中国社会科学》2021年第2期。

Firstly, the number of technical examiners is reducing in some local procuratorates. The allocation of professional and technical resources of local procuratorial organs at various levels is unbalanced, and the examination of technical evidence has not developed a sound mechanism yet. Secondly, the scope and framework of technical evidence examination are unclear. In practice, there is confusion about the application of the two models: general examination and partial examination. The examining framework of forensic opinion and that of technical evidence are not harmonious. Thirdly, the initiation of technical evidence examination and the natures of technical examination opinion are still controversial. The initiation is quite arbitrary, and the technical examination opinions are different between procurators and judges. Causes of these problems include factors from various aspects and levels. The specific background of some relevant laws and judicial interpretations have been changed in the past few years. Thus, there are some conflicts between different existing effective regulations. According to the legislation of the 1980s, the object of technical evidence examination was limited to forensic documents at that time, and now it has extended to various technical evidence materials. In practice, the scope of the technical examiners has extended from technical staff in the prosecution system to experts outside the prosecution system. And the functional boundary of the technical evidence examiners is expanding as well. The reduction of technical examiners is related to the cutting salary of technical evidence examiners in prosecution, the classified management reform and the staff reform in the procuratorial and judicial departments. Under the influence of evidence legalism doctrine, the probative value of technical evidence opinions is controversial in practice. To improve the examining of technical evidence, we should reshape the classified judicial management system and enhance the mechanism of appointed experts and technical examiners. It is convincing to consider technical evidence opinion as collateral evidence, which is used as enhancement or impeachment of forensic opinions. And we must redefine the scopes and situations of the technical evidence examining mechanism, change the examining logic and improve the mechanism. In the evidence analysis process, procurators should receive the assistance from the technical staff about the time when they are to choose the generalization of experience in order to distinguish scientific evidence from junk science. We should give the examining opinion evidence qualifications and probative value, and strengthen the judicial responsibilities to accelerate the quality of this job. If mistakes are made during technical evidence examination occurs resulting in wrongful convictions, the procurators who are in charge of the case should bear the judicial responsibilities, and the technical examiners should bear the judicial responsibilities only when they have intentional or gross negligence.

Keywords: Technical evidence; Technical examiners in prosecution; Examining of technical evidence

[责任编辑:岳 敏 孔令奇]