

# 保辜制度中“二次鉴定”制度的现代性转化

张晶晶

上海大学法学院, 上海

收稿日期: 2023年10月8日; 录用日期: 2023年11月8日; 发布日期: 2023年11月15日

## 摘要

保辜制度作为我国古代一项重要的刑事司法制度对现代司法仍有重要借鉴意义。基于现行人身伤害司法鉴定期限与审理期限的冲突、法律法规之间规定的鉴定期限不一致等问题, 保辜制度中的“二次鉴定”制度可以有效解决上述冲突, 完善人身伤害司法鉴定制度的体系性, 促进恢复性司法建设。基于“二次鉴定”制度现代性转化过程中可能存在的潜在风险, 通过明确其在审判实践中的具体适用, 以促进“二次鉴定”制度更好地为现代司法实践服务。

## 关键词

保辜制度, 人身伤害, 鉴定时限, “二次鉴定”, 司法鉴定

# The Modernity Transformation of the “Secondary Appraisal” System in the Insure Guilt System

Jingjing Zhang

Law School, Shanghai University, Shanghai

Received: Oct. 8<sup>th</sup>, 2023; accepted: Nov. 8<sup>th</sup>, 2023; published: Nov. 15<sup>th</sup>, 2023

## Abstract

As an important criminal justice system in ancient China, the insure guilt system still has important reference significance for modern justice. Based on the conflicts between the current judicial appraisal period for personal injury and the trial period, as well as the inconsistency between the appraisal periods stipulated by laws and regulations, the “secondary appraisal” system can effectively solve the above-mentioned conflicts, improve the systematic nature of the judicial appraisal system for personal injury, and promote the construction of restorative justice. Based on the po-

tential risks that may exist in the modernization transformation process of the “secondary appraisal” system, by clarifying its specific application in trial practice, we aim to promote the “secondary appraisal” system to better serve modern judicial practice.

## Keywords

Insure Guilt System, Personal Injury, Appraisal Time Limit, “Secondary Appraisal”, Judicial Appraisal

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 引言

纵观中国古代刑事司法制度,其中不乏适应时代的先进性制度设计和理念,保辜制度便是其中之一。保辜制度指人身伤害事件发生时,不立即判处加害人刑罚,而是根据加害人的不同伤害手段确定相应期间,加害人在此期间内要对被害人的伤情变化负责,期限届满后再依据被害人的伤情对加害人判处相应罪责的制度。限于古时医疗及司法鉴定水平不发达,当被害人伤后经历若干时日死亡的情形发生时,靠尸体的外表检查无法确定加害人的加害行为造成的损伤与被害人的死因间的因果关系,因此保辜制度中的“二次鉴定”制度便为依靠外表检查得出死因结论搭建了桥梁,“二次鉴定”制度是确认加害行为与死亡结果之间具有因果关系的补充手段。有学者认为,随着现代司法鉴定科学技术的发展,保辜法基于外表检查局限而产生的基础消失,保辜制度也就没有了存在的土壤。<sup>[1]</sup>但是保辜制度中的“二次鉴定”制度对于解决我国当前人身伤害司法鉴定实践中的鉴定时机、期限等问题,完善我国的人身伤害司法鉴定制度具有切实意义。

## 2. 保辜制度中“二次鉴定”制度的演变与法律功效

古代保辜制度经历了从无到有,再归于消亡的过程,保辜制度在西周成、康年代产生,经过历代逐渐发展演变,至唐朝达至完善,至清末变法时期湮灭。而保辜制度中“二次鉴定”问题也经历了期间、适用类型、鉴定结果对加害人刑罚的不同影响程度的逐步发展。

### 2.1. “二次鉴定”制度的流变

通说认为保辜制度起源于西周成、康年代,这时的保辜制度仅是一种概念性的规定,未涉及辜限等具体实施措施规定。及至汉代,正史中首次出现保辜制度的相关记载,《急就篇》载:“保辜者,各随其状轻重,令弑者以日数保之。限内至死,则坐重辜也。”<sup>[2]</sup>可知,汉代保辜制度将人身伤害案件有意识地划分了一旬和二旬的辜限。

唐代保辜制度逐渐发展完善,保辜制度开始定型化和系统化,关于保辜制度的适用范围、条件、等级和辜限等首次在律例中得以系统规定。《唐律疏议·斗讼》保辜条:“诸保辜者,手足殴伤人限十日,以他物殴伤人者二十日,以刃及汤火伤人者三十日,折跌支体及破骨者五十日。”<sup>[3]</sup>唐律按照加害人的伤害手段将辜限划分为从十日到五十日不等的四个层次。

明清律中出现了保辜余限制度,《清律》规定:“斗殴伤人,辜限内不平复,延至限外,若手足、他物、金刃及汤火伤,限外十日之内;折跌肢体及破骨堕胎,限外二十日之内,果因本伤身死,情真事

实者，方拟死罪，奏请定夺。此外，不许一概滥拟渎奏。”[4]根据导致被害人伤害的凶器属性的不同增加了10天和20天的余限，加害人仍需要在余限内对被害人的伤情结果负责。[5]虽然余限在明清律中出现反复删增的情况，但这也是古人对保辜制度完善的积极探索。

在保辜制度中“二次鉴定”制度的发展过程中，保辜制度的辜限逐渐分类细化，从笼统的规定期间到根据加害人的不同加害手段分别规定期间，保辜制度的适用范围也逐渐精确化和限缩，对加害人的刑事处罚也逐渐宽缓。

## 2.2. “二次鉴定”制度的法律功效

保辜制度起源于西周时期的“明德慎罚”思想，随着“重民命而慎刑罚”等“重民”、“民本”思想的发展，为了明确加害人的伤害行为与被害人的死亡结果之间的因果关系，以此为依据确定加害人的刑事责任的保辜制度有了产生的思想理论基础。

保辜制度中的“二次鉴定”制度在当时不仅起到了通过规定时限明确加害人与被害人之间的因果关系问题，还通过人命告辜式和人命告检式，在医疗检验水平不发达的情况下尽可能科学详尽的检验被害人的伤情，合理调节了司法检验与司法审判之间的时间冲突问题。“保人之伤，正所以保己之罪也”，保辜制度不追求以严厉的刑罚来使加害人悔过，而是通过“二次鉴定”来确定并设立相应辜限逼迫加害人尽己所能在辜限内医治被害人，被害人得以在辜限内享受医疗救治等服务恢复自身身体状况，加害人也因被害人的伤害减轻或者康复而获得较轻判决或者减等处罚。通过“保”来达到加害方与被害方的情感沟通，这个过程可以让双方在利益诉求一致的基础上，促进双方关系的缓和乃至重新恢复，从而通过非诉的方式来达到诉讼所要求达到的目的。保辜制度表面上是为了缓和加害人与被害人之间的关系，其更有利于恢复被破坏的社会关系，达至社会和谐。

## 3. “二次鉴定”制度的现代适用

我国现有的人身伤害司法鉴定体系存在着鉴定期间与审理期限冲突、法律法规之间规定的鉴定期限不一致等立法问题，这种问题不能依靠司法实践自发解决，应当由立法进行修订或规制。“二次鉴定”制度作为人身伤害案件发生后必经的程序，其弹性期间的规定为实践中司法鉴定期间与法院审限之间的冲突导致的司法鉴定形式化问题得到解决，将互相冲突的法条进行统一性制度规定有利于完善人身伤害司法鉴定制度的协调性，也有利于当事人双方进行交流以及医疗救治，缓和双方当事人的矛盾从而促进恢复性司法建设。

### 3.1. 现代人身伤害司法鉴定制度的现状

涉及人身伤害的许多司法鉴定都不是短期便能得出精确结论的，而这种时间要求又与我国司法案件审理具有明确期限的规定相违背。司法鉴定期间以及法院审限各行其道的规定导致实践中的矛盾冲突繁多。

#### 3.1.1. 鉴定期间与审理期限的冲突

我国人身伤害案件司法审限与鉴定期限之间的衔接冲突造成的矛盾由来已久，鉴定期间、鉴定时机与审理程序、审理期间之间的紧张关系影响着案件的正确判断和及时解决。司法鉴定在法院审理案件中发挥着重要作用，但法律法规给予人身伤害案件司法鉴定的期间却不够充裕，司法鉴定所需要的较长期限往往会与案件审限造成冲突。人身伤害案件司法鉴定基于科学角度需要更长的时间以保证自身鉴定的科学性，而司法审判基于公平效率原则需要在尽可能有限的时间能尽快结案，司法鉴定与司法审判期限的冲突一直在实践中影响着人身伤害案件的公正解决。

### 3.1.2. 法律法规之间规定的鉴定期限的不一致

涉及人身伤害的案件中，为促进案件及时高效解决，维护公民合法权益，司法机关在处理此类案件过程中都需要严格遵守法律规定的办案时限。即便是涉及治安管理处罚的行政案件，公安机关在处理过程中也需要遵守有关办案时限的规定。法院在办理人身伤害案件中，基于诉讼时限压力，会催促鉴定人尽早出具鉴定意见书，儿忽视人身伤害司法鉴定的客观规律和司法鉴定技术工作的客观时间要求，从而增加了鉴定出错的风险。《刑事诉讼法》第 149 条虽然考虑到了精神疾病司法鉴定的特殊性，但也存在明显的不足和疏漏，如未能考虑到案件涉及的其他类型司法鉴定项目如伤害程度鉴定、伤残等级评定等所需鉴定时期较长。<sup>[6]</sup>面对司法实践中，司法鉴定期间与案件审理期间的冲突，我国古代司法中的保辜制度对解决实践难题具有借鉴意义，“二次鉴定”制度的现代化应用可以有效避免刑事诉讼办案期限与鉴定时机冲突的现状。

## 3.2. “二次鉴定”制度在现代人身伤害司法鉴定中的适用价值

“二次鉴定”制度通过对两次鉴定以及两次鉴定之间期间的规定，有助于我国积弊已久的司法鉴定体系的改革，促进我国人身伤害司法鉴定体系的完善，也有利于积极悔过积极救治的社会风气的建设。

### 3.2.1. 解决鉴定期间与审理期限冲突的问题

保辜制度中的辜限是由法律根据加害人的不同加害手段而分别确定的期间。辜限作为官方设定的给予加害人、被害人以及检验机关的期限，可以让三方都得以借此期限获得喘息。该制度应用到现代司法实践中，便衍化出了“二次鉴定”制度。“二次鉴定”制度即指当人身伤害案件发生之后，司法鉴定机关先根据被害人的损伤类型以及损伤当时的具体情况，依据法定鉴定部门的鉴定意见或者行业的规定，确定一个合理的“鉴定时机”，同时也作为确定此案办案期限的依据之一。“鉴定时机”届满之后，司法鉴定机关在对人身伤害案件中的受害人做伤情程度鉴定和伤残等级鉴定。

为了化解司法鉴定机构与审判机构之间关于鉴定时间的矛盾，可以在《人体伤害鉴定标准》中规定二次鉴定制度，将损伤程度和伤残等级鉴定的时机作为法医临床鉴定的项目之一，实行第一次鉴定先做“鉴定时机”的鉴定，然后根据时机做伤情程度鉴定和伤残等级鉴定，在期限届满时再由权威部门进行第二次伤害程度鉴定作为最后具有法律效力的伤害程度证据。<sup>[7]</sup>

### 3.2.2. 完善人身伤害司法鉴定制度的体系性

在人身伤害类刑事案件中，对伤害的最终后果的鉴定即法医活体伤势鉴定有鉴定时机的把握问题，有些伤无法在伤后很短时间内作出明确的司法鉴定结论，需要经过一段时间的治疗观察期。“二次鉴定”制度为应对实践中人身伤害事件发生后的隔时死亡的情形有了妥善和完备的检验程序，此种检验程序也为日后审判中认定加害人的伤害行为与被害人的死亡结果之间的因果关系提供了更为明确直接的证据。

针对长久存在的法律规定的办案期限与司法鉴定时机的冲突问题，保辜制度中“二次鉴定”制度规定的两次鉴定之间的时间差可以视为给予司法机关和鉴定机关的缓和期，通过对最终进行伤势后果鉴定的时间进行明确规定，审判机关可以预估合适的案件审判的时机，司法鉴定机构也可以因为相比一次鉴定结论而多出时间对被害人的伤情进行细致检测并鉴定。

### 3.2.3. 促进“恢复性司法”建设

保辜制度通过赋予加害人救助义务换取对加害人的减等处罚，通过对被害人的救助换取被害人对加害人的谅解，通过对双方当事人权责的重新分配司法机关对加害人的惩罚也会酌情减轻。保辜制度蕴含的和解与退让理念有助于我国当前“恢复性司法”建设，其目标是从个人层面而不是更抽象的司法层面来处理犯罪造成的损害，当恢复性司法原则被运用时，被害人往往对案件处理结果更为满意，因为被害

人在案件的处理过程中的参与度更高，在对加害人进行罚则时更加考虑了被害人的需要。恢复性司法通过在加害人与被害人之间构建桥梁，使得加害人主动承担责任、挽救后果，深层次化解矛盾，修复受损的社会关系，在这方面保辜制度“二次鉴定”的法律理念与恢复性司法的价值追求不谋而合。

#### 4. “二次鉴定”制度的风险与规避

基于我国现今司法鉴定实践，“二次鉴定”制度虽然有其设立的必要性，但是两次鉴定的鉴定结果对被害人刑罚的影响可能导致同罪不同罚现象的产生，影响司法的社会公信力。而这种非基于刑法规定却对加害人刑罚产生影响的规定不可避免的会对刑法罪刑法定基本原则产生动摇。对于“二次鉴定”制度存在的潜在风险，在制度规定之初便应进行风险规避。

##### 4.1. “二次鉴定”制度的潜在风险

“二次鉴定”制度的适用后果即两次鉴定结果将在司法审判中作为加害人具体加害行为的重要证据支持，而这种证据可能导致司法不公现象的产生，致使公众对司法的信仰降低。“二次鉴定”制度可能伴随的对加害人新的减刑方式的产生也容易导致司法擅断进而影响我国司法的法定性。

###### 4.1.1. “同罪异罚”的倾向影响社会风气

“二次鉴定”制度的适用结果是如果在第二次鉴定时被害人的伤情出现明显好转或康复情形，加害人在此期间积极负担救治被害人的义务、具有悔过倾向的，在对加害人进行刑事处罚时可以考虑对加害人进行减刑。这项制度规定本是为了缓和加害人和被害人双方的矛盾，促进社会和谐。但是投机行为以及负面心理的存在致使保辜制度中“二次鉴定”制度存在被少数投机者利用，变成滥用“二次鉴定”制度进行人身伤害犯罪后再进行脱罪减免刑罚的手段。同罪不同罚现象的潜在风险不仅违背了法律面前人人平等原则，损害了当事人的合法利益，还有损国家司法公信力。司法的权威来源于司法的公信力，同案不同判的结果容易导致公众对法律的平等性产生质疑进而认为案件可能存在审判不公、贪赃枉法行为。

###### 4.1.2. 对刑事法律定罪量刑体系的冲击

如果要在人身伤害司法鉴定中规定“二次鉴定”制度，为了法律体系整体的和谐稳定，势必要对我国法律体系内的《人体伤害鉴定标准》《中华人民共和国刑法》《中华人民共和国民事诉讼法》等多部法律、法规等进行修订，法律调整的成本不可小觑。同时，“二次鉴定”制度也为司法审判增添了新的制度成本，容易导致司法程序的低效率性。“二次鉴定”制度规定了两次鉴定程序使人身伤害案件的审理期限被拉长，审理成本加大。更甚者，二次鉴定之后针对加害人的定罪量刑会根据被害人的伤情恢复情况进行减刑，而这种减刑并不符合传统刑法理论中的减刑原则。引入“二次鉴定”之后，我国“罪刑法定”原则的适用出现了裂缝，如何将“二次鉴定”制度的适用导致的加害人的减刑结果在刑法理论上正当化是我们需要解决的根本问题。

##### 4.2. “二次鉴定”制度的风险防控

首先，“二次鉴定”制度设立的宗旨和目的是为了更好的对人身伤害案件进行司法鉴定，同时两次鉴定的结论对司法审判也具有直接影响案件定罪量刑的作用。基于此前提，为了预防“二次鉴定”制度的实施可能导致的一系列问题，在规定“二次鉴定”制度时，要首先厘清“二次鉴定”制度的适用对象、鉴定内容、鉴定结果的法律效力等问题，以防止前述说明的“二次鉴定”制度可能导致的风险发生。

###### 4.2.1. “二次鉴定”规则在人身伤害案件中的具体适用

中国古代保辜制度中“二次鉴定”制度的适用对象在历代的演变中呈现出适用对象不断缩小的态势，

从宽泛的人身伤害案件限缩到排除部分身份犯。基于“二次鉴定”制度的设立初衷以及考虑我国司法审判资源与案件数量不匹配之间的矛盾，“二次鉴定”应当限于更具有紧迫性、危害性的刑事领域内的人身伤害案件。同时，鉴于部分身份犯罪的特殊性，监狱、拘留所、看守所等监管机构的监管人员、负有监护、看护职责的人、司法工作人员实施地特定人身伤害事件应当排除在“二次鉴定”制度之外。但是需要说明的是，“二次鉴定”制度的规定并不意味着除规定的人身伤害案件之外，其他案件都只采用一次鉴定终结制度，针对审判中可能存在的当事人或诉讼代理人对鉴定结论有异议的情况在符合特定情形之下仍然可以申请重新鉴定。

“二次鉴定”制度中的两次鉴定程序和鉴定内容有所差别。首次鉴定的地点应选择诉讼所在地或案件发生地所在的鉴定机构，鉴定内容主要是初步判断被害人的伤情类型以及伤害程度，做好伤情证据留存、确定合理的二次鉴定期限。第二次鉴定的应当在诉讼所在地所处的鉴定机构，第一次鉴定的鉴定机构与第二次鉴定的鉴定机构原则上应当不一致，相比第一次鉴定对被害人简略的伤情鉴定，第二次鉴定应当对第一次鉴定中被害人的伤情恢复情况以及伤情可能引发的潜在病症或第一次鉴定中某些症状存疑需要时间进一步检验的病症进行更细致的鉴定。

针对同谋共同犯罪或者不同谋共同犯罪中“二次鉴定”制度的适用，唐朝法律也有规定，而现代“二次鉴定”制度关于共同犯罪的规定也可以借鉴唐朝制度规定。针对同谋共同犯罪，首先确定不同加害人的伤害行为轻重，以下手重者确定罪名，从犯减等；其次，不能设立多个鉴定时机，也不能取多个鉴定时机的平均值确定时限，而是结合每个人的伤害手段及被害人的伤情，按照每个人罪行的不同确定相应罪行的时限，以长期吸收短期限为原则，据此作为确定鉴定时机的依据。在不同谋共同犯罪中，依据“各依所殴伤杀论”原则，但仍实行共同鉴定时机，能够分清不同加害人所造成的损害的，根据不同加害人的伤害情况分别适用不同时限，不能分清不同加害人所造成的损害，则“以后下手为重罪”，鉴定时机比照共同犯罪的规则适用。

#### 4.2.2. “二次鉴定”的鉴定结果在审判中的具体适用

在司法审判中，“二次鉴定”制度的两次鉴定结果应当具有不同的证明对象以及证明效力。保辜制度中的“二次鉴定”重点关注第二次鉴定时被害人的伤情以及伤情恢复情况，而现代“二次鉴定”制度中的两次鉴定结果在审判实践中的作用区别将更大。应当将第一次鉴定的鉴定结果作为初步判断加害人罪行的依据，以被害人当时的伤情对加害人进行罪名的确定。第二次鉴定的鉴定结果作为对加害人加重或从轻、减轻处罚的依据，同时也将结合加害人在“辜限”内对被害人的救治程度以及悔过态度等综合考量。对加害人的加害行为造成的被害人的损害的确定应当以被害人第二次鉴定的结论作为最终依据，而对加害人定罪量刑的确定将结合第一次鉴定结果以及第二次鉴定结果统筹决定。

## 5. 结语

以史为鉴，面向未来。对我国数千年法制发展结晶的继承与发扬，更有助于构建符合我国自身的法律制度体系。保辜制度以其自身特有的符合我国社会风尚的价值理念不仅对人身伤害司法鉴定制度具有借鉴意义，对我国构建“恢复性”司法也具有重要价值。我国当前司法鉴定制度积弊已久，为了避免人身伤害案件中一次鉴定制度对人身伤害案件鉴定存在的问题，也为了防止鉴定次数无限制从而影响诉讼的效率，有必要针对人身伤害案件建立“二次鉴定”终结制度。

## 参考文献

- [1] 贾静涛. 中国古代法医学史[M]. 北京: 群众出版社, 1984: 22.
- [2] 郑显文. 唐代律令制研究[M]. 北京: 北京大学出版社, 2004: 36.

- [3] [唐]长孙无忌, 等. 唐律疏议[M]. 北京: 中华书局, 1983: 389.
- [4] [清]沈之奇. 清律辑注[M]. 怀效风, 李俊, 点校. 北京: 法律出版社, 2000: 722.
- [5] 侯飞. 中国古代保辜制度的发展及其影响[J]. 兰台世界, 2014(6): 24-25.
- [6] 孙大明. 古代保辜制度与当今人身伤害鉴定[J]. 中南大学学报(社会科学版), 2013, 19(4): 87-92.
- [7] 封志晔. 保辜制度: 和谐视角的重新解读[J]. 江汉论坛, 2008(1): 131-134.