

# 司法鉴定基础理论研究

汪建成

**摘要** 司法鉴定是指在诉讼过程中,由司法机关指派或当事人委托具有专门知识的人对诉讼中的专门性事实问题做出断定的一种活动。它具有法律性、科学性和主观性三个基本特征。人类认识能力的非至上性是司法鉴定的认识论基础;多元价值的冲突与平衡是司法鉴定的价值论基础;社会分工的精细是司法鉴定的社会学基础;科学技术的发展是司法鉴定的自然科学基础。司法鉴定既有保障案件真实发现的工具价值,又承载着实现公正和效率的程序价值。司法鉴定在延伸裁判者对专门事实的认识能力和补强其它证据的证明力上发挥着重要功能。司法鉴定的三个基本构成要素是:鉴定人、鉴定结论和鉴定程序,因此系统、科学、完善的司法鉴定制度应当围绕这三个方面进行构建。

**关键词** 司法鉴定 理论基础 价值 功能 构成

作者汪建成,北京大学法学院教授。

## 一、司法鉴定之科学界定

对司法鉴定的概念作出准确界定,是研究与探讨、改革与完善我国司法鉴定制度的首要问题。因为事物的定义不仅是事物内涵、外延的简单描述,而且是事物价值、目标的本质揭示。只有明确司法鉴定的具体涵义,才能建立探讨问题的平台,避免无谓的争论,从而把精力集中到真正需要解决的问题上,以促进我国司法鉴定制度的发展和完善。

### (一) 司法鉴定的概念辨析

对于司法鉴定的概念问题,我国理论界和实务界争议颇多。综合来看,目前主要有广义与狭义两种理解模式。

广义论者认为,司法鉴定是指在争议解决过程中,鉴定人运用科学技术或者专门知识对争议解决中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。例如,有学者指出司法鉴定是司法鉴定人接受司法机关、仲裁机构或当事人的委托,依照法律规定的条件和程序,运用专门知识或者技能对诉讼、仲裁等活动中所涉及的某些专门性问题进行鉴别和判定的活动。<sup>①</sup>按照这种理解,广义上的司法鉴定涉及范围很广,在诉讼、仲裁、调解、和解等多种争议解决的过程中所进行的各种技术鉴定都属于司法鉴定,都是专业技术人员运用科学技术或专门知识对相关的待认定事实问题进行鉴别和判定的科学实证活动。

狭义论者则将司法鉴定作用的范围限制于诉讼活动,认为只有在诉讼过程中进行的鉴定活动才可以称作司法鉴定。例如,有学者认为,司法鉴定是

\* 本文是国家社科基金项目“司法鉴定与专家证人模式的融合——中国司法鉴定制度改革的方向”(批准文号为07BFX064)之阶段性成果。笔者指导的博士研究生付磊为本文的写作进行了资料收集和部分文稿整理工作,在此鸣谢。本文是笔者另两篇论文(《刑事鉴定结论研究》,载《中国刑事法杂志》2001年第2期;《司法鉴定基本理论之再检讨》,载《法学论坛》2002年第5期)的续作,文中的部分内容援用了这两文的部分论点,特此说明。

① 参见曹诗权:《司法鉴定模式的现状与改革》,载《律师世界》2001年第1期。

指在诉讼中,有法定司法鉴定决定权的部门依其职权,或自己决定,或应犯罪嫌疑人、被告人的请求,或任何一方当事人的请求,委托具有专门知识、技能或特别经验的人,对案件涉及的某些专门性问题,进行鉴别、判断的活动。<sup>②</sup>而狭义上的司法鉴定,又包括三种观点,即“启动机关论”,认为凡是司法机关启动的鉴定都是司法鉴定,其他机关启动的鉴定则不属于司法鉴定;“服务领域论”,认为司法鉴定只是服务于诉讼活动的技术鉴定,既服务于法官,又服务于当事人;“司法规制论”,认为司法鉴定是司法权规制下的技术鉴定,是司法活动的技术支撑手段,其虽不是司法活动本身,但与司法活动密切相关,受司法权的影响和制约。<sup>③</sup>

笔者认为,司法鉴定中的“司法”并不是说这种鉴定是由司法机关进行或是带有司法裁判的性质,其意义在于表明这种鉴定是在司法过程中开展的,以此来区别于其他在非诉讼程序中开展的鉴定。从这个意义上说,司法鉴定可以只视为诉讼中收集证据的活动,鉴定人就有关事项所作出的判断并不能当然等同于法官的判断,它指向的目标是为事实裁判者认识能力的欠缺提供一种补强方式。因此,笔者认为,司法鉴定是指在诉讼过程中,由司法机关指派或当事人委托具有专门知识的人对诉讼中的专门性事实问题作出断定的一种活动。2005年2月全国人大常委会颁布的《关于司法鉴定管理若干问题的决定》第1条规定,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。这个规定在很大程度上与笔者的上述观点相契合,可以在一定程度上消除人们在司法鉴定概念问题上的争议。

## (二) 司法鉴定的特点

基于上述对司法鉴定的界定,其特点便应从两个视角予以把握:一是相对于诉讼证明而言的特点,二是相对于科学认识活动而言的特点。司法鉴定具有多重属性,既有法律方面的属性,表现为一种诉讼活动;也有科学认识方面的属性,表现为利用科学知识和技术进行的判断活动;还有认识方式

方面的属性,表现为逻辑上的推断。其中的推断决定了各种司法鉴定所具有的共同特征,这些特征具体体现了司法鉴定的要求和司法鉴定可能存在的问题。概括起来司法鉴定的特征有以下三个方面:

1. 司法鉴定具有法律性。这是司法鉴定相对于一般科学认识活动的特点。首先,法律性是指司法鉴定是作为诉讼活动的一部分而存在,没有诉讼活动就不会有司法鉴定。其次,法律性是指司法鉴定从启动到结束的全过程都必须在法律上寻求到依据,鉴定程序的进行必须按照法定程序逐步展开,具备外观上的合法性,违反法定程序所进行的“司法鉴定”不会产生当事人所预期的法律效力。这里的法律依据包括启动鉴定的法律依据;进行鉴定的法律依据,如鉴定人的鉴定资格依据、鉴定标准依据;对鉴定结论进行审查运用的法律依据,如法律规定司法鉴定结论必须采用书面形式,必须经过审查才能运用于诉讼证明的规定等。最后,司法鉴定作为司法诉讼活动的一部分,除了在外观上具有一种合法性之外,还必须符合合法的客观、公正的精神,不能仅在形式上符合法定程序而在实质上违反客观、公正的原则。

2. 司法鉴定具有科学性。这是司法鉴定相对于诉讼证明而言的特点。司法鉴定是用科学规律或者特殊经验对案件中的专门性问题进行解释、评断进而作出推断的活动,具体鉴定所依据的具体科学原理或使用的特殊技能是进行某种具体鉴定的根据。实验的设计、观察的方法、解释的根据、评断的标准无一不是根据科学原理或者特殊经验确定的。其中有的评断标准不仅根据科学原理,还得根据法律规定来确定,如法医伤残评定标准。有的鉴定还可以根据科学原理或者特殊经验对鉴定材料进行审查,如司法精神医学鉴定。司法鉴定的科学性决定了其只能根据某种具体的科学原理或者特殊的规范性经验对专门性问题进行鉴定,而不能根据日常经验进行,否则就不是司法鉴定。

3. 司法鉴定具有主观性。虽然鉴定活动本身是根据科学原理或者特殊技能探究案件客观真实的

<sup>②</sup> 参见张玉钺:《司法鉴定学基本概念研究》,载《中国司法鉴定》2001年第1期。另参见邹明理主编:《司法鉴定学》,法律出版社2000年版,第1页;何家弘、刘昊阳:《完善司法鉴定制度是科学证据时代的呼唤》,载《中国司法鉴定》2001年第1期。

<sup>③</sup> 参见张军主编:《中国司法鉴定制度改革与完善研究》,中国政法大学出版社2008年版,第23—24页。

活动,但鉴定中的观察、解释、评断却均是人的主观活动,鉴定结论作为证据使用,也恰恰是意见证据规则的一个例外。<sup>④</sup>心理学的原理和规律已经表明人对客观事物的观察受到其固有的观念、情绪等心理因素的影响,从而使其观察带有选择性、倾向性。常见的对双关图的不同观察结论和疑邻偷斧现象都说明人的观察可以受到许多心理因素的影响,

并不能做到完全的客观。至于解释、评断环节受到心理因素影响的可能性就更大了,特别是在评断标准未规范化的情况下,解释、评断活动更容易受到鉴定人个人的主观因素的影响。正是基于此特征,经过司法鉴定而形成的鉴定结论并不一定是正确的,因而需要在法庭上接受当事人双方的质证。

## 二、司法鉴定之理论基础

司法鉴定制度是大陆法系国家司法制度的一个重要构成部分,其与司法制度的产生和演变密不可分。人类诉讼制度演变至今,一个重要的线索即是不断提升通过回溯性认知以发现案件事实情况进而作出裁判的能力。证据制度确立的主要目的就是为了准确地发现案件的事实真相,<sup>⑤</sup>而自然科学的迅速发展更是为实现这一目的提供了极大的便利。这一点,可以从人类在司法过程中所采用的司法证明方法的演变历程中得到清晰的认识。从司法证明方法的角度来看的话,人类社会在认识案件事实的方式上经历了两次重大转变:第一次是从神明裁判阶段所适用的以“神证”为主的证明方法向以“人证”为主的证明方法转变;第二次是从以“人证”为主的证明方法向以“物证”或科学证据为主的证明方法转变。而在第二次转变的过程中,科学技术在司法证明活动中的作用愈加重要,并逐渐成为现代司法认定案件事实所依赖的重要方式。现在我们所熟知的在诉讼进程中被广泛采取的弹药痕迹检验、DNA鉴定等都是科学技术应用于司法证明并对法官认定案件事实产生重要影响的典型例证。随着犯罪手段的复杂化、智能化和科技化,刑事诉讼活动从侦查过程中的收集证据、讯问等到审判等各个环节都需要充分运用科学技术知识和方法。<sup>⑥</sup>

司法鉴定制度的产生是科学技术发展并对社会生活产生影响的必然结果,但是一种制度的产生、完善和具体运作,必然需要某种理论为其在理论上提供正当性基础,当然也不可避免地会受到特定时

间段内的哲学思潮、思维方式和价值取向的影响并在制度中予以体现。证据制度融合了实体法与程序法,形式庞杂而内容统一。作为其重要组成部分的司法鉴定制度,其目的在于通过科学技术在诉讼程序中的运用,从而保证人类能够更准确和有效地对案件事实进行确认。从司法鉴定制度的起源来看,构建该制度的理论基础主要有以下几方面。

### (一) 认识论基础——人类认识能力的非至上性

应当承认,诉讼活动既不是现场表演,亦不是科学发现,因此不管什么样的诉讼都面临着如何恢复和再现已经发生过的既往事实的共同问题。而诉讼法的发展史已经表明,证据裁判主义即依靠证据来认定案件事实者是恢复和再现案件事实的最为科学的手段。而证据的运用过程是与人的理性思维活动密切相关的。在取证、举证、质证以及认证等各个证据运用的环节,如果离开了人类的理性思维活动,那么司法证明将成为无本之末,司法裁判者与案件事实之间的距离将永远遥不可及。但是,与人们在日常生活中所进行的思维活动不同的是,在司法证明中,人类的思维是逆向的,而且出于对司法资源优化配置使用的考虑,这种思维活动还必须在一定时间内完成。在正常情况下,人们的思维都是根据事物的发展顺序,按照因果关系的逻辑从原因出发推断结果,然而对于司法证明活动而言,诉讼活动的参与者所秉持的思维模式则恰恰是一种回溯

<sup>④</sup> 意见证据规则是一般情况下针对言词证据的排除规则,即在言词证据中能够作为证据使用的,只能是证据提供者对有关事实的客观陈述而不能是分析、判断和推理。

<sup>⑤</sup> 当然,随着时代的发展,证据制度的目标指向已不仅仅限于发现案件真实,其所承载的价值目标已呈现多元化的现象。

<sup>⑥</sup> 参见何家弘主编:《刑事司法大趋势——以欧盟刑事司法一体化为视角》,中国检察出版社2005年版,第6—7页。

型的,是从已经掌握的结果材料出发来推断导致这种结果产生的原因,进而达到尽量重现案件发生时具体状况的目的。也就是说,司法证明的指向性在于通过理性思维的运作,从案件事实出发经过推断、证明等一系列思维活动推导并证实案件发生的原因。因此,司法证明中的思维是一种逆向型的活动,即“证明主体的思维方向与客观事物的发展方向相反,他不是从事物的原因去探索结果及结果的结果,而是从结果去探索原因及原因的原因。”<sup>⑦</sup>而同时,在诉讼过程中所进行的思维活动必须在一定时间段内完成,这是因为这种思维活动是在一定的司法制度的运作下进行的,而司法制度的运作必然会消耗一定量的司法资源。我们知道,在某个具体的时间点上,司法资源必然是相对稀缺的,我们无法做到为了查明案件的事实真相而容忍对司法资源无休止的投入。在这种情况下,对于司法证明而言,无论是案件的调查和审理都具有时间上的限制,司法证明的思维活动必须在一定时间内完成,才具有法律效力。<sup>⑧</sup>除此之外,司法证明中的思维活动还是一种对抗性的活动。诉讼当事人出于其立场的不同,必然为了达到胜诉的目的,而在诉讼过程中斗智斗勇,不断进行换位思考,以期能够准确估测掌握对方的思维动态和路径,从而在诉讼中形成有利的态势并最终赢得诉讼。

在唯物论者看来,从总体上说,人类的实践空间是无限的,人类通过实践所获取的经验和思维也是无限的,因此人类可以无限地认识物质世界。但是,人类认识的这种无限性是针对人类的整体而言的,而且是以人类产生发展乃至消亡的全过程为出发点的,而在某个具体的时间点上,进行认识的总是某些具体的个体,他们对事物的认识必然会受到各种限制从而又是有限的。或许他们当时对某问题认识的模糊之处会在人类后期的发展中得到澄清,但是对于当时当地的问题而言,这种认识的有限性将是无法改变的事实。我们必须承认,在诉讼这个特定时空的限制下,由于思维所具有的逆向性和有限性,事实认定者对案件的认识是有限的。这种有

限性不仅表现在特定的诉讼参与人对案件的经验认识是有限的,也表现在从历史事实的碎片中能够获取并用于还原案件本来面目的证据也是有限的。而且,在这些能够获取的有限的证据资源中,相当一部分证据还会“因为时间的推移而消失,会因人为的隐匿破坏而不能获得,会因证据获取手段的有限而无法获得,或者无法从证据材料中获取有用而有效的信息。”<sup>⑨</sup>因此,在诉讼进程中,尽管人类希望通过司法证明中的理性思维活动获取对案件事实全面而客观的认识,但是我们不得不承认,用逆向性的思维方式试图以有限的经验知识和证据资源来恢复发生在过去的案件事实是一种不切实际的想法,我们所能做的,就是使自己的判断尽可能地接近事实真相而实现司法公正,并尽己所能借助各种证明方法以达到这一结果。而科学技术的发展为丰富证明方法提供了广阔的空间和极大的可能,在某一专业领域内具有相当知识或经验的人自然就成为法庭审判的重要帮手,他们根据证据对案件事实所做判断自然成为法官认定案件事实的重要参考因素,司法鉴定制度也就应运而生并随科学技术的发展而在诉讼过程中发挥着不可替代的作用。

## (二) 价值论基础——多元价值的冲突与平衡

诉讼活动作为人类运用法律解决纠纷的程序机制,实质上就是一个将普遍的法律规则适用于个别纠纷的过程,裁判者通过对不同法律规则的交叉运用,以解决纠纷,进而实现正义。法律作为人类文明的产物,必然是多种价值和利益的承载体,司法活动作为适用法律的专门活动,裁判者在判断事实后适用法律必然会导致不同的价值和利益之间产生冲突。裁判者需要考虑的首要问题是,如何对这些相互冲突的价值和利益进行取舍,使得裁判结果可以为当事人所接受并产生良好的示范效应。因此,在选择和实现这些价值和利益的过程中,裁判者不但要考虑案件的事实真相,而且还要考虑公平、诚信等问题。在司法活动中,除了要实现法律价值外,还要兼顾其他价值,如伦理价值、经济价值、社会价值和文化价值等。<sup>⑩</sup>比如,在刑事诉讼活动

⑦ 何家弘、刘品新:《证据法学》,法律出版社2004年版,第265页。

⑧ 参见何家弘、杨迎泽:《检察证据教程》,法律出版社2002年版,第29—30页。

⑨ 龙宗智:《“大证据学”的构建及其原理》,载《法学研究》2006年第5期。

⑩ 参见何家弘:《试论刑事司法证明与证据制度的价值取向》,载《犯罪研究》2001年第1期。

中,基于各自的立场不同,被害人利益和被告人利益间会产生冲突,追求事实真相需耗费大量司法资源和降低诉讼成本以节省司法资源之间也存在冲突,甚至加强对被告人程序利益的保障与提惯司法效率之间也会出现矛盾。这些冲突在刑事诉讼的运行过程中是不可避免的,我们选择其中之一必然就导致对另外一个的忽略。因此,如何在众多互相冲突的价值和利益之间取舍中实现一种恰当的平衡,以保证司法活动的正当性和合理性,如在法律价值中,如何实现在实体正义与程序正义、打击犯罪与人权保障、查明真相与解决争端以及个体利益与社会利益等之间维持一种适当而动态的平衡,就涉及一个国家或社会的价值取向问题,而价值取向和平衡点的确定无疑会受到多方面因素的影响,如历史文化传统、政治经济制度、社会道德意识以及民族心理模式等,而且还要随着国情和时代的变化而不断作出相应的调整。<sup>①</sup>

在现代诉讼活动中,查明真相和解决争端并不是司法活动的全部目的,在解决这些问题的同时实现对各种价值和不同主体利益的保护同样也是司法的追求目标。但无需置疑的是,查明事实真相并在此基础上对案件作出公正的判决是其中一个不可或缺的重要内容。发现案件的客观事实是公正裁判的基础,而衡量审判程序优劣的一项重要指标是其发现案件客观事实的能力。<sup>②</sup>案件事实能否发现依赖于司法证明的质量,尽管有时裁判者就争端的解决所作出的裁判结论,并不一定需要建立在客观真实的基础上,裁判过程中对案件事实的揭示,只是为争端的解决提供一定的事实基础和依据而已,而不是诉讼的最终目的,<sup>③</sup>但现代各国对绝大多数案件的审理都是在司法证明活动确定案件事实后作出判决的,大陆法系国家确立司法鉴定制度的目的即在于提高法官认定案件事实的能力,通过鉴定人的活动弥补其在专业知识上的不足进而获取对案件事实较为客观的认识并以此为基础对案件作出裁断。因此,实质真实的发现和确认是理想状态的诉讼结果产生的不可或缺的基础,<sup>④</sup>因为发现实体上的真实

是司法活动的基本目标和价值所在。但是同时,在刑事司法领域,我们并不能为了发现实体上的真实而罔顾其他价值。例如,要发现案件事实必然依靠证据,于是发现证据便成为诉讼活动的一项重要内容,但这不等于说我们发现证据的手段或方式不受限制。如果侦查人员收集证据的行为或方式对人类所共同尊崇的价值形成了冲击,挑战了人之作为人的底线,例如刑讯逼供的取证行为,违反了程序法的规定,侵犯了公民的隐私权或人身自由等,那么因此而获得的证据便不具备证据能力而无法进入诉讼程序,即便因此而导致真正的坏人逍遥法外也在所不惜。又如,在有些国家,证人出庭作证是一项强制性的义务,但出于维护家庭成员间的信任关系和特定职业道德操守的考虑,法律赋予特定范围内的人可以享有作证豁免权。这也是司法活动对不同的价值进行选择 and 定位所带来的不同后果。

上述基本原理,无疑是影响司法鉴定制度构建的重要动因,无论是鉴定人的资格审查、鉴定程序的启动,还是鉴定过程中相关主体参与权的保证、鉴定人出庭接受质证等都无疑充满着各种利益的选择和价值的博弈。

### (三) 社会学基础——社会分工的精细

人类社会能够发展到今天,一个很重要的因素是社会分工的存在,而且这种社会分工经历了一个从简单到复杂的演化过程。人类社会的发展程度越高,社会生活越复杂,则其社会分工的程度将会不断提高。这种现象在工业革命完成后的世界发展中变得更为明显,并逐渐成为社会生活发展的主流。直至今日,社会分工仍在进行,专业领域的精细化程度仍在不断提升。而这种情况的出现必然导致对某个领域精通的专家在另外一个领域往往就成为一个普通人,对该领域内的事务并不必然具有判断力。

社会分工是人类社会发展的必然,也是人类从愚昧、本能地生活转向智慧、理智地生活的必然选择。通常的理论认为,分工的来源就是人类持续不断地追求幸福的愿望。社会分工一方面缓解了个人

<sup>①</sup> 参见何家弘:《外国刑事司法制度》,中国人民大学出版社2006年版,第36—37页。

<sup>②</sup> 参见龙宗智:《刑事庭审制度研究》,中国政法大学出版社2001年版,第103页。

<sup>③</sup> 参见陈瑞华:《从认识论到价值论——证据法学理论基础的反思与重构》,载《法学》2001年第1期。

<sup>④</sup> 参见张建伟:《证据法学的基础理论》,载《现代法学》2002年第2期。

因为生存竞争所带来的压力,防止社会因为个体之间不断竞争而面临的解体风险,另一方面分工则不断增加工种和各个工种的内容,实现专业化,这不仅不会破坏人们之间的关系,而且还能在从事专门职业的人们之间建立一种相互依赖的合作关系。分工使社会这个和谐的有机体能够充分发挥各部分的功能,使其可以更具活力、更加完善。由于分工,竞争者之间就无需相互排挤,而能彼此共存共赢。因此,社会分工在为个人意识和个性发展提供空间的同时,也带来了社会各组成部分之间的相互依赖和人们之间的相互合作和配合。<sup>⑮</sup>

由于社会分工一方面是历史发展的必然,另一方面又能带来上述诸多好处,社会合作就成为社会存在和发展的必然结果,离开了社会合作,社会中的个体将连最基本的生存都无法维持,更别提进行创造等活动了。但是,随着社会分工的不断精细化,专业化程度的不断提高,人们所能了解和掌握的知识和技能也越来越精细。在这种情况下,身为事实裁判者的法官就不再是无所不知的万能者。尽管对于法律事务而言,法官具有优于常人的知识和技能,但是具体到事实认定过程中的某一专业问题,法官在法律事务上的优势往往就从反面揭示了其对该问题的无力和无奈。因此,在司法活动中,法官的经验和知识越来越不能适应对专业知识判断的需要,从法庭之外寻求某些具备关涉案件事实专业知识的人参与到诉讼中去就成为一种必要和必然。而恰恰因为社会分工的存在,自然会有其他社会个体在法官所不熟悉的领域从事职业工作,相对法官而言,其对有关问题的认识显然具有优势。当法官将求助的目光投向因社会分工而在其他专业领域内从事工作的人时,司法鉴定制度的产生便水到渠成了。

#### (四) 自然科学基础——科学技术的发展

随着社会的发展和科学技术的进步,人类认识事物、利用事物的技能和水平逐渐得到提升。对同一种事物而言,两百年前人类利用的程度和现在人

类利用的程度是不可同日而语的。例如,200年前的人类知道可以利用煤来取暖或发电,但是在今天,煤除了上述用途,更是一种重要的工业原料,它可以被用来提炼出一系列的化学材料,如焦煤、煤焦油等。在诉讼中对案件事实的证明问题上,当人类进入到“物证”时代后,因为科学技术在诉讼中的运用,物证对于查明认定案件事实具有极其重要的作用。通过对物证展开技术性分析,人们可以从中获取更多的信息,进而增加根据这些信息对案件事实作出正确判断的可能性,而且经验事实告诉我们,在相当大的程度上,这种可能性都转变为现实性。正是在这个意义上,物证被人们认为是“科学证据”,是最为可靠和客观的,是找到案件事实真相最有力的武器。但是,因为社会分工的存在,参与案件诉讼活动的主体往往并非可以运用专门科学技术对物证进行分析的专家,而且对于同一物证,在不同的科学技术发展阶段,人们对其所作的解读是不同的。一个常识性的结论是,科学技术的发展程度越高,其在诉讼中运用所得出的结论就越可靠,人们对其信赖感就越强烈。因此,在发现、提取、确认和解读物证的过程中,出于准确认定案件事实,实现社会正义及其他社会价值的考虑,人们不得不经常借助科学技术或掌握专业知识的专家的帮助,其证明价值也需要借助一定的科学技术手段才能实现,如实践中经常用到的潜在手印显现技术和粉尘足迹提取技术、DNA的检验技术等,离开了这些先进技术手段,很多物证中储存的与案件事实有关的信息就无法被人们所解读,从而也就无法为证明案件事实的司法活动提供服务。“人类司法活动的历史证明,物证的开发和使用与科学技术的发展有着非常密切的关系。过去如此,将来亦然。”<sup>⑯</sup>但科学技术并不是常人所能掌握和理解的普通常识,只有那些拥有科学知识或技术经验的专业人员才能准确地掌握、运用和解读,这无疑也是鉴定制度得以建立的一个重要基础。

<sup>⑮</sup> 参见[法]图尔干:《社会分工论》,渠东译,三联书店2000年版,第129—134页。

<sup>⑯</sup> 何家弘、刘品新:《证据法学》,法律出版社2004年版,第155页。

### 三、司法鉴定之价值和功能

#### (一) 司法鉴定的价值

从哲学上讲,价值是客体满足主体需要的有用性,<sup>①</sup>因此,在《简明不列颠百科全书》中,“价值”和“善”是可以相互替换的术语。在该书中,价值被区分为工具价值和固有价值,或者说作为方法的善和作为目的的善。所谓方法的善是说这种价值是方法性、手段性、工具性的。<sup>②</sup>所谓目的的善,是说这种价值具有目的性,它本身是人们所追求的目的。工具价值是方法的善,固有价值是目的的善。司法鉴定制度作为人类诉讼文明的产物和象征,其得以确立并在诉讼制度的演变过程中得到发展和完善,在相当大的程度上是因为该制度本身在诉讼过程中具有一系列的优势使得人们无法承受废除该制度对一国的司法所造成的冲击。正是因为司法鉴定制度所具备的独特的制度价值,使得其在经过长久的历史发展之后,在科学技术高度发达的现代社会得到了极大的认可和重视,任何国家都无法忽视司法鉴定对于法庭裁判所起到的重要作用。简而言之,司法鉴定所具有的价值包括下面两个方面。

1. 工具性价值——实现实体正义。司法鉴定的工具性价值在于查明案件事实,实现实体正义。司法鉴定制度得以确立要归功于现代科学技术的产生及发展,而司法鉴定制度运作的目的就是通过科学技术对诉讼中某些专门性问题进行检验和判断,最终就该问题所涉及的事实做出符合实际的认定。我们知道,法官对案件的审理需要就案件所涉及的问题进行裁断,但是这种裁断必须建立在一定事实的基础上,法官不可能完全脱离事实而就案件作出判断,无论在何种社会形态,法官都不可能具有如此大的裁量权,国家和法律也无法容忍法官有这样的裁量权。因此,当司法鉴定在诉讼过程中得以运作,并对案件的专门性问题作出认定后,实际上就是为法官裁判的作出提供了一个相对确定的事实基础,司法鉴定就争议问题所形成的结论往往也因此而演化为客观真相。在这个过程中,司法鉴定实

际上为法官们准确认定案件事实提供了一种技术支撑,其运作结果便是将案件事实真相相对完整而明确地呈现在诉讼参与者及社会大众面前。以此为基础,法官根据法律的规定作出的判决往往就是公正的,诉讼参与者和大众也会认为法官实现了社会公正,裁判的权威性因为具备了公正的要素而得到支持和加强。这种实体上的公正,是司法鉴定在运作过程中所内含的一种价值追求,无论承认与否,司法鉴定一旦启动,其对这种实体公正的倾向性选择即不可避免。

2. 内在价值——实现程序公正和效率。公正,或称正义,是古往今来司法永恒的主题,是司法的理念和追求,也是支撑司法鉴定作为一种制度在大陆法系的司法体制中长盛不衰的支柱性价值之一。司法鉴定的运作程序及其结果必须公正,否则,如果其公正性受到社会及诉讼参与人的怀疑,其就会失去社会的尊重和信任,同时会丧失其存在和运作的法理基石和社会基础。

作为诉讼制度的一个重要组成部分,司法鉴定是实体法和程序法的综合体。司法鉴定既涉及到对案件专门性问题进行判断的实体性规则,也涉及到如何运用专门知识对这种专门性问题进行判断的程序性规则。司法鉴定作为一种司法制度,必须具备一定的可操作性,必须有一系列的程序性规则对之加以保障。司法鉴定在运作的过程中,程序性规则发挥的一个重要作用即是为诉讼双方提供平等的机会参与其中,并对司法鉴定的展开享有对等的发言权。综观大陆法国家的司法鉴定制度,对于实施司法鉴定的程序,虽然法官具有优越于控辩双方的主导权,但是其中一个重点是维持诉讼双方之间的平衡,尽量避免力量失衡现象的出现。而实际上,出于对被告方弱势地位的考量以及限制检控方权力的思路,大陆法国家往往还赋予被告人较多的权利以形成对控方权力的制衡。而法官在诉讼过程中,还竭力在诉讼双方之间保持中立,同时还要维持双方

<sup>①</sup> 参见李连科:《价值哲学引论》,商务印书馆1999年,第94页。

<sup>②</sup> 参见《简明不列颠百科全书》,中国大百科全书出版社1985年版,第306页。



在鉴定问题上势均力敌的状况。这些程序性规定的逻辑基础即是保证诉讼双方尤其是被告方在鉴定的过程中得到公正对待,使其可以享受到程序主体所应当享有的所有尊严和自我感,从而体现法律人性化的一面,在外观上使法律呈现出公正形态。在这个意义上,司法鉴定的制度设计闪现着程序公正的光辉,它保证着作为制度参与者的诉讼双方在鉴定的开展过程中,通过理性化的程序和制度,使得人们可以从程序运作本身获得对法律秩序公正性的认识和信心,同时使进入诉讼的双方的正当权益得到应有的尊重和维护。美国著名法官弗兰克法官曾说,司法不仅在实质上必须公正,而且在外观上的公正也是需要的。司法鉴定制度正好体现了这一点。

公正和效率是司法过程中一对矛盾综合体,在保证公正的基础上,人们将制度设计和运作的中心转向效率。如果能够在实现公正的前提下,使司法的运作变得高效是最理想的状况。而司法鉴定制度在保障公正的同时,也在一定程度上体现着对效率的追求。对于司法鉴定来说,其对效率的关注主要有以下两个方面。

第一,司法鉴定结论自身的经济性。司法鉴定是作为认定案件事实的技术性手段而在诉讼中得到运用的,相比较于其他判断案件事实的方式,司法鉴定在效率上具有明显的优势。司法鉴定在判断同类问题上的可重复性和便捷性,使得司法鉴定具备较高的投入产出比,可以保证我们以较小的成本,获得有关案件事实客观公正的结论。作为科学技术手段在诉讼中对专门性问题作出判断的表现形式,鉴定结论一般需要在法定时效内尽快完成,而且还需要尽量避免不必要的“重复鉴定”、“多头鉴定”等现象出现。鉴定结论的形成需要具有及时性,从而可以使得案件专门性问题得到及时解决,在一定程度上降低为了获取对案件事实准确的认知而需要支付的成本。

第二,诉讼本身的经济性。司法鉴定的运作保证诉讼参与方可以在较短的时间内获得对案件专门性问题的判断,而且这种判断往往具备科学知识的支持。司法鉴定对案件专门性问题的判断因为是理

性化知识运作的结果,以此作为法官作出裁判的基础,可以保证司法证明方式的理性化并最大限度地避免错案的发生。如刑事案件中DNA鉴定证据的运用,使无辜者受罚的可能性大大减少。错案的产生必然带来无效率,“每一个错误的判决都导致资源的无效率使用。”<sup>⑩</sup>司法鉴定最大的特色即在于其通过先进科学技术的运用大大降低了错案发生的可能性。此外,客观公正的鉴定结论可以促使并保证庭审得到较快的推进,从而使得案件得到及时处理,大大消减了诉讼制度可能的运转周期,在整体上保证诉讼效率的实现。

公正是司法鉴定制度所应当关注的首要目标,但是这并不意味着司法鉴定就忽略了对效率的追求。根据法律的要求,司法鉴定需要在一定的时间段内展开并对有关问题形成结论提交给法庭,这使得司法鉴定运作的结果可以在预期的期间内产生并阻止了诉讼周期的拖延和重复,从而提高了司法的运作效率。

应当注意的是,司法鉴定对效率的追求源于司法资源的有限性。作为一种制度性构建,司法鉴定的展开需要一定的成本,无论是国家还是当事人支付这种成本,都应在保证达到目前前提下,尽可能避免不必要的浪费。在国家层面上,各国为了解决司法资源有限性与繁重的司法任务之间的矛盾,纷纷在诉讼制度的运作上确立经济性原则并据此制定相应措施加以保障。另一方面,对当事人和其他诉讼参与人而言,司法鉴定的成本是参与诉讼必须加以考虑的因素,因为司法鉴定在时间、精力和财力上的耗费,对当事人来说也是越少越好。

## (二) 司法鉴定的功能

1. 扩张事实裁判者的认识对象。司法活动是法官按照一定的程序和原则把待决案件事实置于法律规范构成要件之下的推理过程,是通过对法律规范的识别与解释,并对案件事实进行鉴别与认定,从而获得相应判断的认识过程。在大陆法系的司法逻辑下,法官适用法律处理案件的过程遵循三段论的思维模式。作为大前提的法律规范的选择和适用,是法官在对案件事实获得一定认识后进行的,在此之前,法官的主要任务是通过一系列的审理活

<sup>⑩</sup> [美] 迈克尔·D·贝勒斯:《法律的原则》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版,第24页。



动,在内心形成对案件事实某种程度上为真的确信。因此,对作为小前提的案件事实进行客观的认知和把握在整个司法过程中具有举足轻重的地位。但是要注意的是,案件事实都是发生在过去的事件,相对事后开展的认识活动来说,都已经成为“历史”,并不能根据法庭审理裁判的需要而任意展现在法官或诉讼参与者面前。案件一旦发生,事实便化身为不依赖于人的主观意志的客观存在,成为司法活动的认识对象。法官对案件事实的认识,应当在尽量保证符合其本来面目的情况下进行,惟其如此,司法才能在最大程度上获得客观性,才能对案件作出最符合客观实际的评价。而法官对案件事实的认识,需要一定量的证据提供足够充分的信息加以支持,因此,从法官认识案件事实的需求出发,证据需要具备客观的属性。证据的客观性强调证据必须是客观存在的事实,任何主观的东西如臆想、猜测、假设等,都不能成为证据。<sup>②</sup>

司法鉴定的核心是通过科学技术在司法领域内的运用,从所鉴定的对象中获取与案件事实相关的客观信息。因此,司法鉴定在完成后,必然需要向社会及法庭提供某种结论,对整个鉴定过程以及鉴定人利用自身的技术和知识优势通过鉴定对案件有关的专门性问题所形成的判断。这些判断是专业知识规范和具体事实之间的结合,其在得以形成并提交给法庭后,使得事实裁判者所要关注的认识对象的范围大大扩张。此时,事实裁判者不仅需要关注诉讼双方所提供的认识对象以及其自身在审理过程中所获取的其他认识对象,还必须对司法鉴定的最终结论保有一定的注意力以吸取鉴定结论中所蕴含的有效信息。在司法鉴定进行之前,与案件有关的某些事实信息可能因为各种原因而被掩盖,事实裁判者的认识对象在某种程度上被限缩了,往往限于根据经验或逻辑可从证据获取的表面信息。而司法鉴定的目的之一就是利用技术对这些被掩盖的信息进行揭露,从而大大深化了人们在同等情况下对证据所包含的信息的理解,为审判在更深层次上提供了可供认识的对象。因此,司法鉴定的存在,在某种程度上保证事实裁判者需要关注的案件事实不会受到限制,从而扩张了司法裁判者认识对象的范

围。

2. 补充事实裁判者在专门问题上认识能力的不足。通常情况下,司法过程中对案件事实的认定,基本上表现为三方面要素共同作用的结果。第一,裁判者的判断力,这是人本身所固有的一种能力,并不因其身份而对其他人产生某种优越性。第二,裁判者作为正常理性人所具有的生活经验,这是人在社会生活中逐渐获取的知识,其可能会因生活环境等各种因素的影响而在裁判者和其他人之间产生某种程度上的差异,但并不必然意味着裁判者所具有的这种生活经验优于其他人的生活经验。第三,诉讼中收集到的为法律认可的证据。上述三方面因素中的前两项共同构成我们这里所说的事实裁判者的认识能力。从理想的情况来说,当裁判者面对证据需要作出判断的时候,只需要根据经验运用自己的判断力,便可得出事实认定的结果。

“一般来说,事实裁判者的认识能力是不需要,甚至排斥各种形式的‘补充’的。无论是大陆法系率先提出的自由心证原则,还是作为英美各国诉讼模式之独特景观的陪审团审判都是建立在这样一种认识的基础之上:在诉讼过程中根据证据认定案件事实是一个经验层面的问题,凡具有普通常识与一般逻辑思维能力的正常的理性人足以胜任。”<sup>③</sup>因此,对于诉讼中的事实认定问题,各国要么由从普通民众中随机选出的陪审员加以决定,要么要求法官尽力摒弃在多年法律工作中形成的偏见,集中精神诉诸自己的理性,在良心的深处探求,对于被告人所提出的辩护手段在自己的理性里发生了什么印象。可见,陪审员也好,法官也罢,他们完全是在以一个普通人的身份和与生俱来的认识能力来处理案件中的事实问题。

然而,在司法实践中,案件事实所涉及到的信息量又常常会有超出一般生活经验范围之外的情形。这时,缺少有关专门知识作支撑的单纯的判断力便失去了用武之地,而不得不借助有关专业人士的帮助。因为我们虽然可以推定事实裁判者具备所有应当具备的常识,并可以通过各项措施尽量满足这一推定,但是我们必须同时认识到,随着社会分

<sup>②</sup> 参见秦策:《司法客观性的理论构建》,载《比较法研究》2001年第3期。

<sup>③</sup> 汪建成、孙远:《刑事鉴定结论研究》,载《中国刑事法杂志》2001年第2期。

工和知识领域精细化作为社会发展趋势的展开,社会成员的知识结构愈加具有深度而无法具备广度,因此,对于案件裁判者来说,理解并可以熟练地对法律加以运用是其职业化的必然要求和基本素质,但是我们却不可能要求他们对于超出一般常识范围之外的各个专门领域也都有深入研究。与此同时,裁判者并不能仅以诉讼中需要判断的事实超出其认识能力范围之外而拒绝作出裁判。无论如何,裁判者对诉诸法院的争议问题作出判决都是其理所当然应承担的一种责任。因此,为了缓解裁判者必须裁判的义务和裁判者认识能力欠缺两者之间的矛盾,法律必须寻求一种解决机制以形成对裁判者就专门性问题认识能力欠缺的补充。在现代科学技术得以产生发展并对社会生活各方面产生深刻的影响之后,将现代科学技术手段引入到诉讼中,利用科技对裁判者无力认识的案件专门性问题进行解读和判断便是一种必然的选择,司法鉴定制度也由此而登到诉讼的前台,成为法官认定事实的一种制度性保障。因此,在司法鉴定中,鉴定人便成为一个核心角色,因为鉴定人一方面是科学技术手段的掌控者,另一方面又对案件涉及的专门性问题具有优于裁判者的认识能力,只有这两者互相结合,案件的裁判者在对专门性问题作出判断上所面临的窘境才能得到破解。因此,鉴定人的作用便是根据超出一般常识范围之外的那部分专门知识,利用技术优势就专门问题作出判断,从而补充事实判决者在专门问题上认识能力的不足。

明确司法鉴定的这种作用一方面为其自身的存在提供了合理性,另一方面还具有更为重要的法律意义,即规定了科学技术在诉讼中发挥作用的界限,防止科学技术对诉讼造成不利影响,避免法庭审理对科学技术形成依赖。首先,鉴定仅限于事实问题,而对与此相关的法律问题鉴定人不得发表意见。其次,司法鉴定应仅仅针对案件事实中有关的专门问题进行,至于属于普通的常识性问题范围内的事实认定,鉴定人在认识能力上并不占有任何优势,所以应当属于事实裁判者的职责,鉴定人不得干预。

在肯定司法鉴定弥补了事实裁判者认识能力不足的作用的同时,我们必须认识到,在现代社会,诉讼涉及到越来越多的科技领域,各种各样的科学

问题都通过诉讼程序的启动摆在了裁判者面前。同时,审判是裁判者的职责,根据事实适用法律对案件作出裁判是司法的本质要求。但是为了发现案件的真实或阐明事件,法官因为并不具有专业的科学知识及技术手段,所以在很多情况下都需要将属于科学的专门知识和技能引进到诉讼过程中。与此相对应,法学必须果断地把属于科学支配的领域让给科学去承担,司法鉴定便在法学与科学之间架起了相互沟通的桥梁。正是在这个意义上,司法鉴定在诉讼中的展开可以视为是“审判科学化”的一个重要体现。这种做法的后果便是,作为法律专家而非科学专家的裁判者,基于对案件专门性问题判断上的无奈,只能更多地借助于具有专门知识和技术的鉴定人员,由其对此类问题作出判断并提出意见供其参考。鉴定人进入诉讼程序后,不可避免地会对法官在认定相关证据的客观性和证明力时形成影响,鉴定意见通常都是法官认识和判断案件真实的重要基础材料,有时甚至是决定性的因素。因此,在涉及专门性问题时,法官似乎是无奈地拱手将其所拥有的至高无上的裁量权部分地、有节制地让渡给了鉴定人,鉴定人似乎有成为判断专门性问题的法官的可能。为了防止这种情况的出现,我国三大诉讼法均明确规定,包括鉴定结论在内的所有证据,都必须经查证属实后才能被采纳。但是,由于鉴定结论所针对的是专门性问题,法律对这些专门性问题并没有规定专门的审查方式和标准,对其进行审查判断与对非专门性问题的审查判断没有实质性的区别,诉讼中对专门性问题的证明实际上仅依靠司法鉴定产生的结论性意见,除此之外并无其他可资利用的证明手段。这种对司法鉴定的结果进行封闭式审查的运作方式,一方面排除了其他同行专家参与对专门性问题证明的正当渠道,另一方面则在事实上强化了鉴定结论对专门性问题所作判断的权威性。这种权威性经过诉讼程序的重复固化之后,往往会对法官形成一种强烈的暗示作用,再加上缺乏审查的标准和手段,使得法官在面对一个新的司法鉴定结论时基本上不加审查便予以认定。在这种状况下,鉴定人就专门性问题所作的判断对法官来说就具有一种超出正常范围之外的影响力。因此,虽然鉴定结论本身不是对专门性问题所作的判决,但是由于现行法律对专门性问题的证明仅规定

了司法鉴定一种形式,而法官和当事人及其律师对鉴定所作的结论因不具有相关的知识和能力,无法真正实现对其“审查属实”,鉴定的科学性、准确性难以通过诉讼程序的运作得到控制。即使有时当事人及其律师对鉴定结论提出异议,且该异议被法院接受,通常也只是引起再一次鉴定。如果第二次鉴定与第一次鉴定的结论不一致,可能就此引发一场难以休止的鉴定大战;反之,如果第二次鉴定的结论与第一次鉴定的结论一致,法官更易于接受该结论作为自己认定事实的根据,从而使得该鉴定事实上就成了对该专门性问题的判决。而对于这种局面,当事人实际上是无能为力的,而法官则彻底沦为司法鉴定的被动接受者。因此,对于司法鉴定制度来说,如何进行恰当的制度设计,保证诉讼参与者享有足够的手段对鉴定结论进行审查和判断,避免鉴定结论具有超出正常范围的影响力是一个需要引起关注的重要问题。

3. 补强其它证据的证明力。司法鉴定既是一种科学技术活动,又是一种诉讼证明活动,它具有“形式上的司法活动与实质上的科学技术活动二者兼而有之的性质”。<sup>②</sup> 司法鉴定通过技术性手段将蕴含于物证、书证等证据材料中的事实信息揭露出来,并将之以鉴定结论的方式加以展示,从而达到为法庭查明事实提供帮助的目的。从证据方面来看,司法鉴定具有以下几方面作用。

(1) 揭示物证、书证等证据材料的证据价值。一般来说,物证是以其存在的物理状态等来起证明作用的,而书证则以其内容对案件事实加以证明。但是在有些情况下,物证、书证只有经过具备特定知识和技能的人的认识、解读才能发挥其证明作用,只有经过司法鉴定才能确定其证明力并为刑事

诉讼行为的展开提供证据支持。

(2) 为一定的实体或者程序性主张提供意见。在诉讼过程中,诉讼双方基于胜诉的心理渴求,往往会根据具体情况的发展而不断提出实体主张或程序主张。实体方面的主张涉及被追诉人刑事责任能力、犯罪构成要件等方面,而程序性主张主要涉及被告方的诉讼能力、受审能力及证人的作证能力等。《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第181条规定,在审判过程中,自诉人或者被告人患精神病或者其他严重疾病,人民法院应当裁定中止审理;第57条规定,对于证人能否辨别是非,能否正确表达,必要时可以进行审查或鉴定。如果诉讼参与者提出与上述规定有关的主张或其他类似的主张时,基于查清事实的需要,对有关的问题进行司法鉴定便是理所当然的了。此时,司法鉴定的作用即在于为诉讼参与者所提出的某种主张从专业角度提供意见。

(3) 司法鉴定可以对一些普遍性的规则、惯例、专业术语等进行说明、解释,从而帮助控辩审三方理解、判断有关各方的意见。现代社会发展日新月异,新领域、新科技层出不穷,新的术语和行业规则的发展往往也是一日千里,令人目不暇接。而在有些情况下,对诉讼中涉及到的某个术语或规则的理解则牵涉到是否能够准确认定案件事实的问题。此时,如果缺乏鉴定人就相关问题所提出的专业性意见,法官的裁判将面临极大的困境。

上述三个方面的作用充分说明,司法鉴定的一个非常重要的功能就是补强其他证据的证明力。在现实中,有许多证据的信息不是自动暴露的,只有依靠司法鉴定才能予以揭示,并发挥诉讼证明的作用。

## 四、司法鉴定之构成——总论

司法鉴定的产生是社会知识发展的无限性与个体知识积累和认知能力的有限性,社会分工的专业化与社会分工的协作化矛盾运动的结果。司法鉴定意见是最具科技含量的证据,其在帮助法官认定事实、理清证据关系、明确责任归属,从而正确适用

法律等方面具有无可比拟的优势,但是因为受制于诸如鉴定技术的发展水平、鉴定方法、鉴定技术设备等客观因素以及鉴定人的业务水平、工作能力等主观因素的影响,鉴定意见的科学性和准确性往往不能得到很好的保障,甚至在极端状况下还会出现

<sup>②</sup> 江一山:《司法鉴定的证据属性与效能》,载何家弘主编:《证据学论坛》(第1卷),中国检察出版社2000年版,第30页。

错误。例如,在美国就因为DNA技术的广泛应用而推翻了一些以往根据指纹识别技术而作出的有罪判决。正因为司法鉴定对于诉讼活动的重要性,以及司法证明活动的高标准要求,通过对司法鉴定制度所蕴含的基础理论进行探讨,准确认识完善的司法鉴定制度的构成要素,并据此改革现行的司法鉴定制度,努力促进并维护司法公正就显得更为迫切和必要。“经验证明,司法鉴定活动缺乏规范性,司法审判也会失去规范性;司法鉴定很混乱,司法审判的结果就会出现混乱。”<sup>②</sup>由于历史和现实的诸多原因,传统的司法鉴定制度与诉讼制度和司法公正的要求不相适应,司法鉴定在保证准确认定案件事实、维护司法公正等方面的作用并未得到充分发挥。例如,一方面,因为鉴定启动权的配置不尽合理,导致了鉴定资源和鉴定权力的高度垄断和封闭,致使当事人依法通过司法鉴定维护自身合法权益的渠道不够畅通,有些案件因此引发缠诉上访等;另一方面,司法鉴定资源总量不足,布局不够合理,鉴定人队伍结构不合理,重复鉴定、多头鉴定等现象依然没有得到有效解决。这些问题不仅严重损害了司法鉴定制度本身的公信力,而且在很大程度上也影响了司法审判顺利高效地运行。如果辅助司法审判实现司法公正的司法鉴定活动难以做到客观公正,而无法成为诉讼活动中有效解决司法证据问题的有效手段,那么司法公正的实现将更可能是空中楼阁,可望而不可及。因此,在采取措施保证司法公正得以实现的目标指引下,就现行的司法鉴定制度中不合理的规定进行改革,建立完善的司法鉴定制度,充分发挥鉴定在诉讼中的独特功能,是我国目前无论是实务界还是理论界已经达成的共识。问题在于,如何就现行的司法鉴定制度进行改革可以达到我们的预期值,可以保障司法鉴定的运作步入良性轨道,从而使其成为保障司法公正的一个重要制度支撑。而具体到对司法鉴定的制度设计

进行改革的问题,理论界以及实务界出现了各种声音,可谓众说纷纭,莫衷一是。究其原因,这种现象的出现可能与立论者所处立场不同有关,但在更大程度上,是由于我们对司法鉴定的基本内涵认识不够,没有充分对司法鉴定的构成要素进行深入研究造成的。因此,要完善我国的司法鉴定制度,首先必须明确司法鉴定的核心,从本质上把握司法鉴定的独特之处。

司法鉴定是现代科学技术介入诉讼证明的产物,其核心在于鉴定人利用自身的知识能力和技术手段,在严格的程序规范控制下,对案件的专门性问题作出判断并以此向法官提供帮助。因此,在司法鉴定制度下,首要的构成要素是鉴定人。离开了人,制度无论如何设计都将变得毫无意义,因为一切制度,都需要通过具体的人的操作行为才能在实践中得以贯彻落实。司法鉴定程序开启之后,经过一系列程序的运作,鉴定主体对专门性问题的判断必将以某种形式予以展现。这种形式就是鉴定结论,其是鉴定主体将自身的知识和掌握的技术同问题结合的产物,内含着鉴定主体对有关问题的终局性判断,而这种判断将在审判中为法官认定事实提供不可或缺的帮助。因此,司法鉴定制度的设计必须在最大程度上保证鉴定结论的准确性和科学性,鉴定结论是司法鉴定制度一个重要构成要素。在司法鉴定的过程中,鉴定人需要对有关的专门性问题作出具有某种倾向性的结论,但这种结论的作出,必须在一定的程序规制下进行,以保证司法鉴定的运作具有最基本的公开性和透明性,防止暗箱操作的情况出现,避免损害司法鉴定的公信力和公正性。因此,司法鉴定的构成要素可以认为包括三个方面,即鉴定人、鉴定结论和鉴定程序。正是这三个方面的要素共同作用,保证了司法鉴定在实践中可以在理想的状态下运行,维系着司法公正具体制度层面上的落实。

## 五、司法鉴定之构成要素 I——鉴定人

### (一) 鉴定人定位

鉴定人在诉讼中处于何种地位,因诉讼模式之

不同而有差异。

在大陆法系国家,学者们认为鉴定人是“帮助

<sup>②</sup> 何家弘:《论司法鉴定的规范化》,载《建构统一司法鉴定管理体制的探索与实践》,中国政法大学出版社2005年版,第52页。

法院进行认识的人”，是“法官的科学辅助人”。法国学者认为，司法鉴定人是根据法官的指令对需要运用专业技术知识并通过复杂的调查才能查证的事实提出意见的专业技术人员。<sup>②</sup> 在法国，司法鉴定人被视为是法院的组成人员，要按照法官的指令将鉴定结论作为发现事实的一种方式，专家在对待证事实涉及专门性技术领域的调查和了解，实质上是代替法官所从事的职务性活动，其作出的鉴定结论对法官就案件事实认定具有重大的影响力。<sup>③</sup> 德国学者则认为，司法鉴定人是指根据法官在诉讼上的委托，就某一专门问题提出带有经验性的报告，或者对法院提供的事实资料以及在法院委托下调查的事实资料，运用其专门知识与法律推论相结合的方法，来帮助法院认识活动的人。<sup>④</sup> 日本学者认为，司法鉴定人是接受法院或法官的指令，依靠专门知识和经验法则，对具体事实进行判断和报告的第三人。<sup>⑤</sup> 在意大利，鉴定人被视为法院的辅助人员，其职能行为可用来协助法官收集证据并对有关证据进行评估。鉴定人是在法院的指导下开展工作的，受法院的指派出庭参加庭审活动；根据法官的指令与承办法官一同或单独对案件事实开展调查活动，因而他们被视为法官的助手，并非证人。<sup>⑥</sup> 在大陆法系国家，基于鉴定人是“法官的科学辅助人，法官的助手”这样的理念，法官有权指定、聘请鉴定人。与此同时，由于对鉴定人这种特殊地位的认可和强调，大陆法国家均以法律的形式规定鉴定人对双方当事人采取中立的立场，并适用法官回避的规定。如德国刑事诉讼法即规定，可以要求法官回避的理由也同样适用于鉴定人回避；检察院、自诉人和被指控的人拥有申请鉴定人回避的权利。<sup>⑦</sup> 意大利刑事诉讼法典还规定了鉴定人应该回避的几种情况，如鉴定人有义务在存在自动回避理由时回避；可以要求法官回避的同样理由，除“存在其他重大的共同生活情况”外，适用于要求鉴定人回避。<sup>⑧</sup>

大陆法系国家之所以对鉴定人作出这种界定，是因为大陆法系的司法鉴定人制度的设立根植于“职权主义”，强调法官应当在诉讼中积极主动发现事实真相并作出裁判，因此，诉讼的结果在很大程度上取决于法官的能力，实体真实的发现是法官不可推卸的职责。但是为了弥补法官在某些问题上判断能力不足的缺陷，鉴定人作为“帮助法官发现事实真相，实现正义”的助手而引入到诉讼中去，成为法官“手足”的延伸。从这个意义上来说，鉴定人也就具有了一定的司法职能，法律也需要对鉴定人在资格上予以严格限制，以免“手足无能”导致法官对事实的判决产生负面影响，降低国家形象。大陆法系国家所设置的鉴定人制度，能够使司法鉴定工作不受控辩双方利害关系的影响而客观地进行，有利于提高鉴定结论的公正性和权威性，增强公众对裁判结果的信赖程度。但由于鉴定人的委托被司法机关所垄断，辩方无法参与其中，使得鉴定结论难以得到作为专业人员的对方鉴定专家的质证。另一方面，鉴定结论对法官就事实的认定具有重大的影响，这就增加了法官因缺乏对专业问题的实际审查能力而误判的可能，案件审判出现差错的风险依然很高。另外，由于法官掌握着鉴定人选任权，容易导致法官与部分鉴定人之间委任关系的固定化，出现鉴定人迎合法官的预断来制作鉴定结论的现象，司法鉴定的公正性并未在最大程度上得到保障。在认识到这种缺陷后，大陆法系有些国家已经开始作出反应。例如，法国在修改刑事诉讼法时，建立了“双重鉴定制度”，预审法官可以同时指定数名专家对同一问题进行鉴定，强化相互制约。<sup>⑨</sup> 在2000年6月修改有关法律时，法国更是进一步加强当事人的权利，规定当事人“不仅可以申请司法鉴定，而且可以一定程度地参与司法鉴定，如可以要求司法鉴定人回答问题”，<sup>⑩</sup> 从而对传统的鉴定人运作模

② 参见徐景和：《司法鉴定制度改革探索》，中国检察出版社2006年版，第18—19页。

③ 参见孙业群：《司法鉴定制度改革研究》，法律出版社2002年版，第69页。

④ 参见樊崇义主编：《司法鉴定法律知识导读》，法律出版社2001年版，第254页。

⑤ 同注④。

⑥ 同注④，第70页。

⑦ 参见《德国刑事诉讼法典》，李昌珂译，中国政法大学出版社1995年版，第21—22页。

⑧ 参见《意大利刑事诉讼法典》，黄风译，中国政法大学出版社1994年版，第77页。

⑨ 参见郭华：《司法鉴定人制度之研究》，载《黑龙江省政法管理干部学院学报》2005年第3期。

⑩ 陈卫东、刘计划、程雷：《法国刑事诉讼法改革的新进展》，载《人民检察》2004年第10期。

式进行了一定的修正。

严格说来,英美法系并没有建立司法鉴定人制度。与大陆法系国家所普遍采用的“鉴定人”概念相比,英美法与之相对应的应该是“专家证人”这一概念。在英美法国家,只要具有陪审团和法官所没有的某一领域内的专门知识或技能,能够为他们解决案件中存在争议的事实方面提供帮助的人,就被认为是专家,并可以以专家证人的身份在法庭上发表自己的意见或观点。因此,专家证人的概念外延同鉴定人相比,要广泛的多。除了包括具有专门知识和技能的专家之外,在诉讼活动中起咨询、评议作用的非鉴定专家,如凭借多年的工作或生活经验积累而成为某一领域内的专业人员的技工、机械师、电工甚至是街上巡逻的警察等都可以接受当事人的聘请成为专家证人,在法庭上就某些特殊或专业问题进行作证。从这一点上来说,专家证人同普通证人在诉讼地位上并无差别,专家证人所作的证言同普通证人证言同样需要在法庭上接受对方当事人的质证。对于法官来说,专家证人证言也不具有像大陆法系鉴定意见一样那么高的影响力。但是,专家证人在法庭上可以就案件的事实阐述自己的意见,该意见适用意见证据排除规则的例外,其合理性在于“借助其专业知识,专家有能力就特定事项表达意见,且该意见被合理地期待着可能是一种准确的认识;而且,通过运用其知识和技能,该专家能够提供一定的帮助,以供事实裁判者在认定事实问题作出裁判时使用,缺少这些帮助,事实裁判者将无法对此作出裁判。”<sup>③</sup> 英美法系国家对专家证人作出这种界定,主要是由其诉讼制度决定的。英美法系国家采用的是对抗式诉讼制度,奉行当事人主义。在这种诉讼模式下,控诉方和辩护方的诉讼地位是完全相同的,当事人双方都有权聘请专家证人,而专家证人受当事人的聘用,自然要站在一方当事人的立场上,在诉讼中为其提供帮助。这种制度安排一方面通过诉讼中双方当事人之间的竞争,能够提高诉讼效率,另一方面借助于处于对立面的双方当事人的相互制约机制,充分发挥程序的功能,全面地揭示案件的客观事实,防止陪审团偏听偏信。但其固有的弊端难以克服。由于法官完全

保持消极中立的立场,所有的诉讼事项的决定权都交由当事人行使,当事人为了达到诉讼目的,往往不是基于澄清案件事实的需要去寻找最优秀的专家,而是为了获得胜诉去寻找对自己最有利的“专家证人”。因为专家证人是当事人所聘请,他们在选取有关事实材料并作出判断形成庭审意见时,不可避免地会带有倾向性,总是从有利于己方当事人的角度出发,阐述自己的观点,使科学仅在某一领域发挥作用。“鉴定人通过向当事人提供利于其主张的鉴定结论而获得相当的报酬,许多情况下与代理律师合为一体,置于同一方当事人的阵营而与对方对抗”,<sup>④</sup> 其偏颇难以避免。基于此,英美法系国家主要致力于强化专家证人的公正地位,以遏制专家在诉讼过程中过分当事人化,在审判实践中法官主动决定有关事项的事例越来越多。如《美国联邦证据规则》第706条规定,法庭可以根据自己的选择指定专家证人,也可以指定由双方当事人同意的任何专家证人,就案件的某一科学问题进行鉴定。在英国,越来越多的人主张通过法官或法庭直接决定鉴定事项,用来作为当事人委托鉴定制度的补充,以克服这一制度的缺陷。英美法系国家对专家证人的重新定位,体现出向大陆法系国家的鉴定人地位靠拢的趋势。

总体上看,我国在鉴定人的定位问题上基本上采用了大陆法系的立场,设置了鉴定人制度。在我国,立法上将鉴定人称为“具有专门知识的人”,认为鉴定人是解决“专门性问题”的诉讼参与人,而理论上也没有就鉴定人形成一个较为统一的概念。全国人大常委会于2005年通过的《关于司法鉴定管理问题的决定》将“司法鉴定”界定为“在诉讼中,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。”根据该定义,我们可以推论,司法鉴定人就是运用自己科学技术或者专门知识对诉讼案件中专门性问题,进行分析、鉴别和判断并提出鉴定意见的人。有学者认为鉴定人在诉讼中具有三种职能:第一,传达从某一专门知识中抽象出来的结果,即科学技术的一般规则;第二,根据某一专门

<sup>③</sup> 宋英辉、吴宏耀:《意见规则——外国证据规则系列之四》,载《人民检察》2001年第7期。

<sup>④</sup> [日]谷口安平:《程序的正义与诉讼》,王亚新、刘荣军译,中国政法大学出版社1996年版,第256页。

知识传达从诉讼的具体事实中得出的推论；第三，根据某一专门知识所认定的事实，传达关于具体事实本身。<sup>⑤</sup>可见，对于鉴定人来说，其最核心的要素是具备一定的专门知识，并可以利用该专门知识就案件的具体事实作出判断、提出意见。关于这一点，中外学者是没有多少异议的。就鉴定人来说，其还应该具有群体性、资格透明性、中立性等特点。所谓群体性，是指鉴定人应当形成一个独特的职业群体，具有相对确定的执业规范和职业道德。鉴定人的群体性首先体现在鉴定人应当在全国范围内统一管理，具有统一的资格准入标准、考核标准、执业标准等。其次，司法鉴定人必须在一个合法的鉴定机构中从事司法鉴定事务，而且只能在一个鉴定机构任职。不允许没有参加司法鉴定机构的个人受理司法鉴定业务。再次，在必要时，可以由多个司法鉴定人进行共同鉴定。强调群体性有利于鉴定人之间互相学习，共同提高业务水平，同时有利于相互制约，防止鉴定的随意性。所谓资格透明性是指鉴定人的准入资格应当向社会公开并保持一种开放性，只要符合事先确定的标准并经有关部门的确认，任何人都可以成为鉴定人从事司法鉴定业务。如2005年全国人大常委会通过的《关于司法鉴定管理问题的决定》第4条和第5条即鉴定人的申请条件作出了规定，同时还要求申请从事司法鉴定业务的个人，得由省级人民政府司法行政部门审核，对符合条件者予以登记，编入鉴定人名册并公告，并且司法行政部门将根据鉴定人的变化情况，定期更新鉴定人名册并公告。所谓中立性是指鉴定人在诉讼过程中应独立地运用专门知识和技能去解决案件中专门性问题，不受当事人及其委托人的影响，也不受司法机关的支配。中立性是保证鉴定结论客观科学的根本性要求，也是促进诉讼公正的重要因素。

根据我国刑事诉讼法的规定，鉴定人是诉讼参与人的一种，其参与诉讼是因为接受当事人的聘请或有关机关的委托就与案件有关的专门性问题提供专业意见以保证法官可以最大限度地查明事实真相，并作出公正判决。针对这一点，有学者认为鉴

定人的性质和地位应因民事诉讼和刑事诉讼而不同：在民事诉讼中，鉴定人应该同英美法系国家一样是专家证人；而在刑事诉讼中则同大陆法系国家一样，是司法鉴定人。有的人甚至还主张，应顺应我国刑事诉讼向对抗式模式的转变，在鉴定人制度改革方面效仿英美法系国家的做法，废除鉴定的概念，建立“专家证人”制度。<sup>⑥</sup>笔者认为这种观点值得商榷。从诉讼制度发展的角度看，为了化解随着社会的发展，诉讼中涉及到的专门知识对事实裁判者认识能力所形成的挑战，两大法系国家在其诉讼文化的影响下，形成了不同的解决模式。英美法系国家建立专家证人制度，凡是具有某一领域内专业知识或经验的人在诉讼中都可以接受当事人的聘请而在法庭上就案件涉及的专门性问题进行作证，专家证人因而同普通的证人在法律地位上没有任何区别；而大陆法系则采取了司法鉴定制度，利用鉴定人所掌握的现代科学技术对案件的专门事实进行分析判断并提供参考意见，从而延伸了法官的认识能力，有力地回应了法官认识能力欠缺的难题。基于历史因素的考量，鉴定人自产生之初，就是为了帮助案件的事实裁判者查明案件事实，以使其可以更好地行使裁判职能。他接受事实裁判者的委派，对案件所涉及到的专业问题进行分析、判断，在向法庭展示自己根据专业知识对该问题所形成的意见。尽管在大陆法系国家的诉讼过程中，鉴定人是作为法官的助手而参与案件事实裁判工作的，但是由于“鉴定是‘帮助裁判者发现真相、实现正义的活动’，属于‘准司法权’的性质”，<sup>⑦</sup>因此鉴定人应当以客观公正的态度进行鉴定，在法律上享有高于证人的诉讼地位，并因之被视为独立的诉讼参与人。可以说，鉴定人这种诉讼地位的确立是大陆法系国家长期司法经验的总结，而且经过司法实践的检验被证明是行之有效的，而英美法系的专家证人制度则与对抗制诉讼模式、陪审团审判以及众多的证据规则相适应。尽管近些年随着世界范围内法律制度相互借鉴融合的趋势的影响，两大法系对各自的制度都作了相应的修改，在与鉴定制度相关的问

⑤ 参见张军主编：《中国司法鉴定制度改革与完善研究》，中国政法大学出版社2008年版，第135页。

⑥ 参见卢永红：《论专家证人》，载《中央政法管理干部学院学报》2000年第6期。

⑦ 同注⑥。



题上,大陆法系国家吸收了英美法系当事人主义的精神,赋予了当事人更多的诉讼程序自主权,鉴定程序对当事人的开放度有所加大,而英美法系则借鉴了大陆法系的做法,采取措施遏制了专家证人过分当事人化的倾向,强化了专家证人的客观公正义务,而对鉴定人和专家证人诉讼地位的界定问题,有关国家也出现了松动的迹象。

我国现行的司法鉴定制度是“强职权主义”诉讼模式下的产物。对于与司法鉴定有关的事项,公检法三机关享有极大的权力,而被告方则被排斥在司法鉴定运作的范围外,如被告人在诉讼中只享有鉴定申请权;当事人无权委托鉴定人对专门问题进行鉴定;鉴定程序的展开完全封闭,基本不具备透明度等,而鉴定人作为诉讼参与人,背负着查明事实真相的重任,需要在诉讼中保持中立和公正,在充当法官助手的同时还要平等对待当事人。我们国家的这些规定同大陆法系国家关于司法鉴定的规定相比,职权主义的色彩更为浓厚一些,实践中也出现了很多问题,社会对司法鉴定的不满也逐渐增多。最近几年在刑事司法领域出现的典型案例,更是将这种不满推向一个高潮,司法鉴定制度正处于一个关键而敏感的时期。而值得强调的是,在整个司法鉴定制度中,鉴定人制度是当然的核心,因为一个科学公正的鉴定结论在审判中的正确运用不仅依赖于科学的鉴定体制、鉴定客体以及鉴定设备、鉴定技术、鉴定方法等诸多的因素,而且更依赖于鉴定人制度本身的科学性。鉴定人不仅是鉴定活动的具体实施者,而且还要参与到庭审过程中,就有关问题发表意见并接受质证。鉴定人的诉讼地位如何界定,实际上牵涉到如何看待鉴定结论的效力,在多大程度上认可鉴定结论对事实认定的意义等问题。鉴定人诉讼地位发生变化,司法鉴定制度的其余部分也必须相应地予以改变,可谓牵一发而动全身。因此,从我国的实际情况出发,借鉴国外一些比较行之有效的做法,笔者认为,对于鉴定人诉讼地位的界定,应该立足于证人,可以称之为鉴定证人(相对于普通证人而言),其所享有或承担的诉

讼权利义务适用有关证人的一般规定。这是因为证人是向法庭陈述自己所亲身体验的事实,以提供裁判者所缺乏之体验,协助其获得可以进行案件事实推理的基础材料;而鉴定人是依其学识和经验报告其对特定问题所作鉴别和断定之人,其作用在于补充裁判者科学法则方面的知识,协助其进行案件资料价值的判断,从这个意义上来说,鉴定结论与证人证言对于法庭认定案件事实,作出结论而言,并无本质上的不同之处。鉴定人和证人只是在所掌握的知识上有所不同,但他们均是作为人的证据方法来认定事实的第三人,具有共通性。<sup>⑧</sup>如此一来,鉴定人作为证人的一种,必须出庭,讲明鉴定过程,解释结论,并接受交叉询问。这就在一定程度上降低了鉴定结论的神秘主义,并促使鉴定人认真对待,不敢弄虚作假。同时,交叉询问作为“发现真实的最好装置”,使得双方当事人的鉴定证人和鉴定结论在法庭上接受反复考验,从而使真理越辩越明,也使得裁判者能明察秋毫,不为虚假的结论所迷惑。

当然,提倡鉴定人作为证人的诉讼地位,并非是模仿英美的“专家证人”制。在当事人对抗的诉讼构造下,双方当事人都会设法找到能够为自己主张提供根据的鉴定人,以最大限度地利用有利于自己的鉴定,于是法庭上的鉴定大战势必难免。而某些鉴定人则为了获得更多的报酬,不惜违背科学原则向己方当事人提供有利于其主张的鉴定,于是鉴定腐败的现象也由此而生。这些现象都是鉴定制度的异化,也是对抗制下陪审团审判的副产品,应当引以为戒。而笔者这里所言的鉴定证人是基于向国家尽义务的责任观,本着良知和理性,在客观公正的立场上运用其专业知识,协助法官认定事实。鉴定证人有独立的诉讼地位,不依附于任何一方当事人,而对鉴定人资格的严格考核和限制,提高其社会地位则正是保证其独立性和公正性的一个重要措施。

## (二) 鉴定人的构成

司法鉴定首先得有鉴定人,且鉴定人必须具有

<sup>⑧</sup> 诚如有些学者所分析的,鉴定人和证人在裁判作用、认识意义、知识经验类型、可替代性、认识案件事实时间等方面都有许多不同之处。参见陈朴生:《刑事证据法》,三民书局1979年版,第110—112页。但是两者在协助裁判者认识案件事实的基本特性上是一致的,而且对当事人而言,利用鉴定结论和证人证言的目的和意图也没有性质上的差别。所以,这些概念上的细微区分在学理上的意义远胜于实践,没有必要把鉴定人从证人中独立出来作为另一种诉讼参与人。

特别技能经验并能够运用这些经验对特定问题作出断定。但是对于鉴定人的范围,理论界和实务界则多有争论。有的人认为鉴定人既包括自然人鉴定人,也包括机构鉴定人;<sup>③</sup>有的人则认为鉴定人只能是自然人。<sup>④</sup>我国刑事诉讼法第120条规定:“对人身伤害的医学鉴定有争议需要重新鉴定或者对精神病的医学鉴定,由省级人民政府指定的医院进行。鉴定人进行鉴定后,应当写出鉴定结论,并且由鉴定人签名,医院加盖公章。”这就意味着“省级人民政府指定的医院”作为一个整体,可以被委托为某一案件的鉴定人。而在法国,根据1975年修改的《刑事诉讼法》第157条的规定,“鉴定人可以是自然人,也可以是法人。”由此可见,法人作为鉴定主体在许多国家是通例。笔者认为,这些规定不尽恰当。理由在于:首先,法人作为法律拟制的一种无生命物,无法进行科学的鉴定活动,即使法人可以作为鉴定主体,具体的工作还得交由法人内部的个人去进行。之所以如此,是因为只有自然人才掌握进行司法鉴定活动所必须的专门知识和技术手段,而为形成鉴定结论所必须的观察、调查、分析、判断等活动也只有有在自然人层面上才可以得到具体完成。而且在庭审过程中,当涉及到鉴定人出庭作证等问题时,只有自然人才可以参加到庭审过程中去,就鉴定涉及到的问题进行阐述说明并接受相关当事人的质证,保证直接言词原则在庭审中的贯彻。如果以法人作为鉴定人,那么上述问题都将面临无法化解的困境。其次,如果认为法人也可以充当鉴定人,一方面会使人们忽视了对具体实施鉴定的人员在技术知识上的要求,另一方面“以集体名义作出鉴定结论的机构,尤其是‘公检法’机关内部的鉴定机构,还有着‘官方鉴定’的意味,其鉴定结论的权威性和科学性令人感到有一种不容置疑的效力。”<sup>⑤</sup>因此,鉴定只能属于一种个人行为,而不是集体行为,在法律上应当把鉴定人限定为自然人。

强调鉴定主体只能是自然人还有两个问题必须

回答:一是有些由特定机构作出的鉴定,鉴定单位以及该单位的公章到底起什么作用?笔者认为,鉴定单位以及该单位的公章只是起到一个确定鉴定人能力和水平的作用,因此即使是单位出具鉴定结论,也必须有鉴定人的签名;二是有些鉴定,当一个单位同时有几个人参与鉴定,而这些鉴定人的意见不完全一致时,应如何处理?显然,如果承认法人或单位可以作为鉴定主体,那么当这些鉴定人的意见不一致时,只需按照少数服从多数的原则出具统一的鉴定结论即可;而如果强调鉴定人只能是自然人,那么在鉴定人之间意见不一致时,则应当按照各自的意见分别出具鉴定结论。笔者认为,从鉴定结论的科学性出发,后一种做法才是正确的。

### (三) 鉴定人的选任

随着认识能力和科学技术的进步,人类在诉讼证明上开始采取“物证”的证明模式,人们开始运用科学技术的方法检验各种物证以实现其证明价值。所以,司法鉴定的技术和方法便迅速发展起来,并逐渐在司法证明的舞台上扮演了重要的角色,人们期望通过鉴定结论这一“科学证据”提高司法证明手段的科技含量,实现司法公正。而鉴定结论是客观性和主观性的统一体。一方面,其所运用的科学知识具有客观性,但是由于科学及技术本身的发展程度不高,还存在着许多不完善和不精确的因素,由此而导致鉴定结论存在误差在主观上是无法避免的,这只能由科学技术的发展来解决。另一方面,司法鉴定不可避免地会涉及到鉴定人的主观因素,由于各个鉴定人的学识和能力以及他们所采用的鉴定方法不同,必然会导致鉴定结论的差异,这就为某些不诚实的鉴定人弄虚作假留下了空间。而且,“鉴定人往往是带着令人敬畏的科学家之类的头衔来法庭上,这个头衔以及他的意义会使非专业人士轻信他们的说法和论证,因为科学作为一个整体在社会上有很高的信誉和影响。”<sup>⑥</sup>因此,对与鉴定结论相关的知识一窍不通的非专业人士和

<sup>③</sup> 参见杜志淳、霍宪丹:《中国司法鉴定制度研究》,中国法制出版社2002年版,第23—25页。

<sup>④</sup> 参见汪建成、吴江:《司法鉴定基本理论之再检讨》,载《法学论坛》2002年第5期;何家弘:《司法鉴定导论》,法律出版社2000年版,第146页。

<sup>⑤</sup> 陈瑞华:《刑事诉讼的前沿问题》,中国人民大学出版社2000年版,第54页。

<sup>⑥</sup> [美]肯尼斯·R·福斯特、彼得·W·休伯:《对科学证据的认定——科学与联邦法院》,王增森译,法律出版社2001年版,第291页。

法官往往就难以发现其中无意的或者有意的错误,即使有所察觉也不敢妄加评论,于是鉴定结论无形之中就取得了一种高于普通证据的神圣性和权威地位。这种法庭上的知识垄断极易形成鉴定结论在事实认定问题上的专断,从而影响甚至左右整个诉讼结果。如果由于鉴定人的过失而导致鉴定结论发生错误还情有可原的话,那么最糟的情况则是某些道德败坏之徒利用鉴定的科学外衣迷惑、诱导甚至欺骗法官,以达到有利于自己的诉讼目的。这样,不光是科学的严肃性受到了践踏,诉讼结果的公正性亦是岌岌可危。所以,要想保证鉴定结论的科学性,在严格鉴定人资格准入制度的基础上,必须建立并完善鉴定人选任制度。

在实行鉴定人制度的大陆法系国家,就鉴定人选任方式而言,有学者根据不同国家的做法大致将其区分为三种类型,即法德模式、意大利模式和俄罗斯模式。<sup>④</sup>

在法德模式下,控辩双方可以就鉴定人选任问题提出申请,法官则享有决定权,法官职权在决定鉴定的实施鉴定人选任方面占据主导地位,而控辩双方则只是在一定程度上,对法官的职权起到某种制约作用。但尽管如此,控辩双方在这一问题上的权利仍然以强大的法院职权为中心,保持了很大程度的形式上的对称性。在意大利模式下,鉴定人的选任问题仍是由当事人提出申请,法官决定,但是当事人对鉴定问题享有较法德两国更大的权利,可以根据诉讼的需要聘请技术顾问。从法律的有关规定看,技术顾问在某种程度上类似于英美法系国家的专家证人,其带来的后果必然是强化诉讼过程中控辩双方的对抗。技术顾问制度可以看作意大利刑事诉讼程序的混合特征在鉴定制度上的重要体现。但需要强调的一点是:控辩双方的权利在这一制度下的扩大始终是一个水涨船高的过程,在这一过程中,双方的权利对比并未失衡,仍然保持着以司法权为中心的对称性。在俄罗斯模式下,有权指定鉴定人进行鉴定的主体包括调查人员、侦查员、检察长和法院,而辩方只具有诸如申请鉴定人回避等有限的权利,控辩双方的权利对比严重失衡。在此,双方以司法为中心的权利对称关系不存在了,天平

完全倒向了控诉一方。

上述是大陆法系国家关于鉴定人选任权所采取的三种模式。这三种模式可以分两类:一是控辩双方平等的模式,即法德模式和意大利模式;二是控辩双方不平等的模式,即俄罗斯模式。在平等模式中,法德与意大利不同,法国与德国是在控辩双方都无权基础上的平等,可以称之为限权的平等模式;而意大利则是控辩双方同样享有相当权利之基础上的平等,可以称之为放权的平等模式。应当看到,这三种模式的产生是与各国的诉讼观念以及具体的诉讼制度紧密联系在一起。首先,俄罗斯的不平等模式是被继续沿用的苏联刑事诉讼法典中强职权主义色彩的典型体现。<sup>⑤</sup>与大陆法系传统意义上的职权主义不同,这种强职权主义所强调的已不再仅仅是法院的职权,而是包括侦查、起诉和审判在内的所有的国家权力。在此,控诉方与裁判者站在了同一条战线上,享有实质上大致相同的权力;而被告则理所当然地只有听候发落。显然,这种模式已经与现代社会有关正当程序的基本理念格格不入。其次,意大利早已不是传统意义上的职权主义国家,大量对抗制因素引入已使其诉讼模式成为混合式。在鉴定问题上,一方面肯定法院的职权,另一方面,技术顾问的出现又给当事人双方充分有效的参与提供了帮助。意大利的放权式平等模式可以被视为大陆法系传统的鉴定人制度与英美法系专家证人制度相互融合的一次尝试。但是在这一尝试中,有两点需要引起注意。第一,与鉴定人制度和专家证人制度相比,意大利的混合模式在理论上是成本最高的,因为控辩裁三方都要聘请或指定各自的专家。第二,这种混合模式并不是一次简单的移植,而是作为意大利整个诉讼体制混合化的一部分出现的,否则,单单在鉴定问题上的混合模式难以存活。最后,法德模式是典型的大陆法系鉴定模式。一方面法院的职权受到突出强调,当事人双方在鉴定问题上都没有多少有影响力的发言权;另一方面,诉讼的公平性又没有丧失,双方通过在权利上的“共同贫困”实现了平等。

鉴定人的选任实质上涉及到当事人在多大程度

<sup>④</sup> 同注②。

<sup>⑤</sup> 参见樊崇义:《〈俄罗斯刑事诉讼法典〉简介》,载《俄罗斯刑事诉讼法典》,苏方遒译,中国政法大学出版社1999年版,第1页。

上享有程序性权利的问题。大陆法系一贯强调国家公权力对诉讼的主导性，当事人虽然也享有一些程序性权利，但是被限制在一定的范围之内。近些年来，因为受到英美法的影响，当事人所享有的程序权利的范围才在一定程度上得到扩张。而在我国，由于历史传统和诉讼制度演变的影响，被告人可资利用的程序性权利基本上处于空白状态，对于鉴定人的选任问题，被告人基本上没有发言权。在诉讼过程中，当事人只可以申请重新鉴定，而法官则决定是否批准，至于鉴定人的选任问题，则完全是法官意志的产物，当事人的意愿呈现出边缘化的状态。由此可以看出，对于鉴定人的选任问题，我国采取的是俄罗斯模式，但是这种做法明显有悖于控辩平等的诉讼原则。

从理论上来说，鉴定人的选任问题可能涉及到两个问题：首先，鉴定人的范围如何确定，即作为鉴定人应当符合哪些条件；其次，在诉讼的过程中，由谁来决定哪个鉴定人开展具体的鉴定活动。对于第一个问题，目前世界各国有两种处理方式。一种是大陆法国家所采取的事先审查制，即事先确定鉴定人的资格条件，凡是符合法定条件的人可以取得鉴定人资格，然后登记造册，只有名列于鉴定人名册上的人才具有开展鉴定活动的资格。这种做法也被称为鉴定权主义。另一种是英美法国家的事后审查制。英美法国家对于专家证人的资格问题，不预设任何的前提条件，当事人可以任意决定己方的专家证人人选，但是在决定之后必须接受法庭的检验由法官决定其是否可以作为专家证人而出庭。美国的法官确定证人的专家资格时往往综合考虑其知识、技能、经验、训练或教育情况，而不是仅仅看其职业头衔或教育学位。对于第二个问题的解决方式，则主要是上文提到的三种模式。

就我国的情况而言，综合最近几年刑事司法鉴定领域所出现的问题以及理论上的研究成果，笔者认为，首先，我国鉴定人资格的选任可以效仿大陆法系，采取严格的事前审查制，确定鉴定权主义，建立专门的鉴定人制度，由有关机构通过特定的考评和登录程序，然后再根据专业方向建立全国或各地方的具有鉴定资格的鉴定人名册，并注明各自的

教育程度、学术成果、专业经验等内容，以供确定鉴定人的需要。其次，对于具体案件中鉴定人的选任问题，从促进控辩平等、增强诉讼对抗性的角度出发，可以有两种方案以供参考。一种选择是，扩大辩护方的权利，建立意大利式的放权式平等模式；另一种选择是，减少公诉方的权利，走法德模式的限权平等道路。如前所述，放权式平等模式所实现的控辩双方在鉴定问题上的对抗并不是简单孤立的，而以整个诉讼模式走向对抗制为前提，而我国刑事诉讼法于1996年修订之后，虽然在庭审过程中引入了一些对抗制因素，但从整个诉讼过程来看，更多的仍然是职权主义甚至超职权主义的成分。在我国整个诉讼模式的大背景下，放权式平等模式难以发挥其应有的作用。因此，我国应考虑采取第二种改革方案，主要通过减少控诉方的权利，同时在一定程度上增加辩护方权利，最终达到双方的平等。即将选任鉴定人的权力统一归法院行使，控辩双方只在同等程度上享有申请、建议的权利。

在考虑建立这样一种模式的过程中，有几个问题需要引起注意。首先，我国目前这种不平等的鉴定模式与俄罗斯有着同样的理论根源，即强调整个国家权力在诉讼中的主导性，而不仅仅是司法权。我国长期以来一直将侦查、检察机关和法院一并视为司法机关，将侦查、起诉和审判视为国家与犯罪分子做斗争的活动。在这样的思想指导下必然要强调公诉方的职权。因此，当我们试图构建控辩双方的平等模式时，必须克服认识上的局限性。其次，鉴定是一种侦查手段，它对侦查过程中的调查取证起着重要作用。如果将鉴定权统一收归法院，那么，在我国目前的诉讼体制之下，侦查活动中的鉴定问题便无法解决。这其实是反映了我国诉讼体制的一个久已存在的弊端。根据我国刑事诉讼法，侦查、起诉、审判三个阶段互不隶属，犹如工厂生产车间的三道工序，有学者将其称之为“流水作业式”的诉讼构造。<sup>④⑤</sup>而按照西方各国的通行做法，侦查活动中都存在司法审查机制，比如在法国，预审法官的职责便是主持侦查。这样一来，侦查便具有了诉讼的特征，司法机构的裁判活动实际就居于刑事诉讼的中心，从而形成一种“以裁判为中心”

④⑤ 同注④，第231—242页。

诉讼构造。<sup>④⑥</sup> 因此,有必要考虑在我国侦查活动中引入司法审查机制,以解决当前诉讼体制与鉴定问题上的限权式平等模式之间的悖论。当然,这是一个需要专门研究的问题,在此不作展开论述。最后,在构建鉴定人选任权上的平等模式的过程中,现行鉴定体制的改革是一个难以跨越的步骤。根据2005年2月全国人大常委会颁布的《关于司法鉴定管理问题的决定》的相关规定,人民法院和司法行政机关不得设立司法鉴定机构,侦查机关不得面向社会服务,法院和司法行政机关的鉴定职能被撤销,侦查机关的鉴定机构只能服务于侦查职能的需要,属于部门的内设机构。同时,明确了司法行政机关的司法鉴定管理权,将法医类、物证类、声像资料类三大类司法鉴定纳入司法行政部门的统一管理范围内。据此,我们似乎可以说我国已经建立了一元化的鉴定管理模式。但是事实并非如此。在全国人大常委会颁布该决定后不久,公安部门和检察机关又分别出台了各自的鉴定人管理办法。“自2005年10月1日起,检察机关的鉴定机构和鉴定人一律不得面向社会接受委托提供司法鉴定服务;检察机关的鉴定机构和鉴定人不得在司法行政机关登记注册从事面向社会服务的鉴定业务”,<sup>④⑦</sup> 而公安部《关于贯彻落实〈全国人民代表大会常务委员会关于司法鉴定管理问题的决定〉进一步加强公安机关刑事科学技术工作的通知》则认为,公安机关所属的鉴定机构和鉴定人不属于《决定》规定的司法鉴定机构和司法鉴定人的范畴,不在司法行政机关登记之列,公安机关鉴定机构和鉴定人一律不准到司法行政机关登记注册,自2005年10月1日起,已在司法行政机关进行的登记注册将自动失效。除此之外,公安部的该《通知》还规定五种对象委托的鉴定不在《决定》的限制之列。<sup>④⑧</sup> 在这些规定的基础上,最高人民检察院和公安部又陆续出台了《人民检察院鉴定人登记管理办法》、《公安机关鉴定机构登记管理办法》和《公安机关鉴定人登记管理办法》等文件,<sup>④⑨</sup> 确定了其自身对其内设的

鉴定机构和鉴定人进行管理的权限。由此可以看出,尽管全国人大常委会的《决定》在统一我国的司法鉴定管理体制上迈出了重要的一步,但是并未达到理想的效果,实际上我国仍然实行的是一套“多元制”的鉴定体制,其在制度设计上最为致命的弱点其实在于,它造成了控辩双方在举证能力和举证权利上严重的不平等。控方可以指定自己部门的鉴定机构进行鉴定,其提供的鉴定结论具有完全的证据能力,而被告人一方面无权进行司法鉴定,另一方面又无法对控方所提供的鉴定结论进行质证。这种状况使得控辩双方在司法鉴定问题的力量对抗进一步失衡,而由于鉴定人地位的不中立性,使得鉴定结论的客观性也难以保障,全国人大常委会的《决定》颁布前司法鉴定中所存在的问题并没有得到改观。

针对这种情况,我国早就有人主张将鉴定机构从公检部门中分离出来,设立独立于公检法之外隶属于司法行政系统或独立的自下而上的司法鉴定体制。<sup>⑤⑩</sup> 就理论上而言,这样的设想对保障鉴定的中立性有十分重要的意义,能够适应鉴定决定权和鉴定人选任权的平等模式的需要。但是,这样一套自下而上的司法鉴定体制在实践中又很可能会导致另一种弊端,即鉴定机构有可能实际上成为有关专门性的事实问题的“法院”,即出现这样的现象:鉴定机构的结论被认为具有当然的最终效力,上级鉴定机构的结论能够当然地否定下级鉴定机构的结论。然而,如果以科学的态度看待鉴定结论,那么鉴定人的地位、级别都不能构成衡量鉴定结构效力的固定标准。因此,这种设想在保障控辩双方在鉴定问题上平等权利的同时,又很可能失去对鉴定结论效力的客观认定。笔者认为,在这一问题上,某些大陆法系国家的鉴定人名册制度值得加以考虑。如在法国,由最高法院办公厅制作全国专家名册,各上诉法院与总检察长商定后也可提出专家名册。登录进名册及从名册中注销的程序,由行政法院政

④⑥ 同注④①。

④⑦ 肖玮:《贯彻全国人大常委会有关决定,自10月1日起检察机关不得面向社会提供司法鉴定服务》,载2005年8月9日《检察日报》。

④⑧ 参见公通字[2005]19号文。

④⑨ 参见高检发办字[2006]第33号令、公安部第83号令、公安部第84号令。

⑤⑩ 参见陈光中主编:《刑事诉讼法实施问题研究》,中国法制出版社2000年版,第72页。

令规定。<sup>⑤</sup>另外，意大利也设有类似名册。可以看出，这种鉴定人名册制度至少具有两个优点：首先，列入专家名册的人直接由法院选取，而不隶属于其他任何机构，从而保障了鉴定的中立性；其次，避免对鉴定工作实行下级服从上级的领导体

制，又保障了鉴定的科学性。因此，设立鉴定人名册制度应当作为我国鉴定体制的改革方向，而不能“头痛医头，脚痛医脚”，仅仅满足于将鉴定机构从侦检部门中分离出来。当然这种分离是体制改革必不可少的第一步，但绝不是唯一的一步。

## 六、司法鉴定之构成要素 II——鉴定结论

鉴定结论是鉴定人根据自己所掌握的专业知识和科学技术手段，对案件中所涉及到的专门性问题进行分析判断后所产生的一种倾向性意见。它是鉴定人认识活动的结果。鉴定结论的形成通常基于特定的物理实体、特定的人或物，其间要运用相应的科学知识、方法和仪器，因而我们说鉴定结论具有科学性。但因鉴定必须由人来完成，且鉴定结论是鉴定人认识活动的结果，所以鉴定人的主观认识能力及其拥有的客观认识条件均将影响到鉴定结论的给出。从这个意义上说，鉴定结论并不必然是科学的、正确的意见。此外，鉴定结论还具有法律性，即一方面鉴定结论可以在诉讼中作为认定案件事实的证据，另一方面鉴定结论的形成过程必须遵循法定的程序。鉴定结论是司法鉴定活动的最终目的，对鉴定结论的认识程度将直接决定司法鉴定制度改革的成功。

### （一）鉴定结论的属性

准确把握鉴定结论的属性，应当从三个方面入手：

1. 鉴定结论是证据，而非裁决。单从形式上看，鉴定结论作为一种意见证据，与裁判者作出的事实认定一样都是在一定事实基础之上运用判断力得出的结论；同时由于鉴定人在有关专业领域相对于普通人占有智识上的优势地位，这就使得其所作出的鉴定结论具有了较高的权威性。但是，这些都不足以使鉴定结论获得与裁判者作出的事实认定同样的终局性的效力。鉴定结论仍然仅仅是证据的一种，其证明力同样要接受裁判者的判断。原因在于，首先，事实认定是司法权的一部分，只能由依据宪法享有司法权的主体作出，而鉴定人并非合法

的司法权主体。其次，鉴定结论大都是建立在一定科学知识基础之上，这既是鉴定结论这种证据形式的优势所在，但同时又决定了其难以摆脱的局限性。科学是不断发展的，人们的认识永远达不到绝对真理的程度，因此，鉴定结论的证明力也并非无懈可击。将鉴定结论引入诉讼领域体现了对科学的尊重，但尊重绝不等于迷信。再次，鉴定结论往往只涉及案件事实的一部分内容，而具体案件处理过程中还可能存在大量其他形式的证据。裁判者应当全面考虑所有证据，而不能只把目光放在鉴定结论上面，最终导致一叶障目，不见泰山。最后，鉴定结论是一种意见证据，其中加入了鉴定人的主观判断，因此，即使其所依据的专门知识是明确的，也可能会由于鉴定人的主观因素而使鉴定结论带有了某种程度的不确定性。

鉴于上述原因，从各国立法情况来看，基本都将鉴定结论置于与其他证据形式同等的地位，交由法官或陪审员依照自由心证原则加以衡量。

2. 鉴定结论作为一种独立的证据形式，是职权主义诉讼模式的产物。众所周知，鉴定结论是一个大陆法系的概念，英美法系与之相对应的概念是专家证言。然而，鉴定结论与专家语言的区别绝非仅仅体现在称谓上，而是深深根植于两大法系诉讼模式的差异之中。

第一，罗马法中有所谓“鉴定人是关于事实的法官”这样一句古老的法谚。<sup>⑥</sup>在大陆法系，通常都由法院决定是否实施鉴定，并指定鉴定人；而且有的国家，如法国、德国，还规定法官可以指挥鉴定。因此，尽管鉴定结论在大陆法系国家仍被视为证据的一种，但由于其为法院亲自收集，这种与生

<sup>⑤</sup> 参见《法国刑事诉讼法典》第157条。

<sup>⑥</sup> 同注③，第270页。

俱来的优越条件,自然不免使法官在认定事实时对其另眼相看。而英美国法系的专家证人则显然带有对抗制的鲜明特点。是否聘请专家,以及具体聘请哪位专家都由各方当事人自行决定;受聘专家作为一方当事人的证人出庭作证,并象普通证人一样接受交叉讯问。在这里,法院职权的影响被降低到最低限度。

第二,与上述第一点密切相关的是,大陆法系职权主义的特点要求鉴定人像法官一样保持中立的地位。大陆法系各国普遍规定了鉴定人的回避条款,当具备一定条件时,鉴定人应自行回避。同时,当事人也有权要求鉴定人回避。大陆法系国家认为鉴定人的中立地位更有利于保障鉴定结论的客观性。而英美法系则与此形成鲜明对照。专家证人完全倒向聘用自己的一方,以最大限度有利于本方当事人为原则出具专家意见。这样的作法与英美法系强调对当事人程序性权利的保护密切相关,但对于案件事实的查明常常难以起到多少作用,有时甚至会制造更多的麻烦。

第三,与职权主义精神相适应,鉴定人往往在了解案件事实方面享有比英美国家的专家证人更多的权利。许多大陆法系国家规定,鉴定人经法官批准,可查阅卷宗、文件和当事人提交的物品;参加对当事人的询问和调查证据的活动。诸如此类的权利是英美国家的专家证人所难以想像的,大陆法系国家认为这些权利有利于鉴定活动的开展和案件事实的查明。当然,这种功能实际上是否真的具有以及在多大程度上具有?过多地了解案件事实会不会在鉴定人头脑中产生危险的偏见和预断?这些还是值得探讨的问题。

第四,鉴于鉴定较强的职权主义色彩及其中立地位,大陆法系国家法律一般规定,鉴定人的报酬及鉴定所需其他费用由国家支付。而英美法系的专家证人由于受聘于一方当事人,故其报酬由该当事人承担,而且其报酬常常与其所提供专家证言的内容和结果直接挂钩,这一点自然引来不少非议。<sup>⑤</sup>

从上述几个方面看来,鉴定结论与专家证言分别是职权主义与对抗制诉讼模式的必然产物。对他们的研究不能仅仅从表面现象出发进行肤浅的对比

和纸上谈兵的所谓“互相借鉴”。这样的研究尽管在学者的笔下会左右逢源,但当付诸实施时却很可能寸步难行,必须将它们放在作为各自的根源的整个诉讼模式的大背景下加以考虑,才有可能把握其本质和规律,并提出真正有价值的见解。

3. 鉴定结论的主要功能在于增强事实裁判者的认识能力。鉴定结论是针对案件所涉及的专门性问题而产生的。尽管我们无法精确界定专门性问题到底专门到何种程度,具体个案中的专门性问题又会有何种区别,但是我们可以确定,这种专门性问题已经对法官的认识能力构成了严峻的挑战。正是在对这种专门性问题进行判断的问题上,法官陷入了两难境地。一方面,对案件作出裁判要求法官必须对该问题关涉的事实作出判断,另一方面,法官自身的知识和经验对该问题无能为力。也就是说,法官在审理案件过程中需要作出判断的专门性问题超出了法官根据其知识和经验可以进行的理性思维的范围。在这种情况下,法官必须借助于外界的力量来增强自己的认识能力,以保证自己可以对案件事实作出正确的认定。当鉴定结论产生后,由于其包含着专业人员对相关事实的判断,法官通过对鉴定结论的审查认定,可以有效地弥补其认识能力的欠缺,使得自身对案件的专门性问题认识在一定程度上得以提升。

## (二) 鉴定结论的证据能力和证明力

鉴定结论既然作为一种证据,那么就应当具有证据的两大特性,即证据能力和证明力。前者是鉴定结论能够在法庭上当作证据使用所必须具备的条件,后者则是其对于证明对象所具有的证明作用。在一般情况下,证据规则主要对证据能力作出规制,而证明力则交由裁判者以自由心证的方式加以认定。当然,在某些特殊情况下,法律也会就某些证据的证明力作出规定,以之作为自由心证原则的例外。

1. 鉴定结论的证据能力。任何一份鉴定结论欲具备证据能力,须具备以下几个条件:

(1) 交付鉴定的事项应属专门事实领域。

对于鉴定结论来说,如果其要作为证据提交给法庭,首先必须满足的条件是鉴定所针对的事项必

<sup>⑤</sup> 参见毕玉谦:《民事证据法判例实务研究》,法律出版社1999年版,第227页。



须是事实问题，而且该事实问题只有借助于专门的知识和技能才能认定。只有满足这个条件，诉讼中进行的鉴定才具有必要性，由此得出的鉴定结论才具备证据能力。

第一，当鉴定结论超出事实问题的范围，对法律问题发表意见时，便构成了对司法者权力的侵犯。因为无论在何种诉讼模式之下，对有关法律问题作出判断都是司法者的职责，越俎代庖的鉴定结论当然不具有任何证据能力。但是法律问题与事实问题的区分只是一个理论上的命题，而现实情况常常不象理论命题那样整齐划一。实践中，在法律问题与事实问题的交界处，常常会存在一些模棱两可的情形，使人们难以将其完全归入一方，即出现所谓作为法律问题的法律和作为事实问题的法律。诉讼过程中某一外国法律或历史上曾经存在的法律可能会被作为证据提出，便是这里所说的作为事实问题的法律，鉴定活动一般不会涉及到这些问题；但是，当遇到作为法律问题的法律时，常常会造成混乱。法律对于一定的事实基础赋予其法律含义，便产生了所谓作为法律问题的法律。就其性质而言，作为法律问题的法律应属于法律问题的范畴，而非纯粹的事实问题。因此，其判断权归司法者所有，而鉴定人只能就其基础事实发表意见。

第二，鉴定结论所针对的必须是借助于专门知识和技能才能认定的事实问题，即有鉴定之必要性的问题。当鉴定人对普通经验层面的事实问题发表意见时，由于出现两个方面的侵权，而使其鉴定结论失去了证据能力。一方面，侵犯了事实裁判者的权力。根据一般理性认定案件事实是事实裁判者的职权。因此，通常情况下证人只能就其所感受到的客观事实进行陈述，而不得加入主观推测的成份，这一点在英美被称为意见证据的排除规则。而鉴定结论作为遇到专门性问题时的一项例外举措，必须严格遵守其职责范围。另一方面，侵犯了当事人举证的权利。在大陆法系的鉴定人模式之下，存在着鉴定的决定权与当事人举证权分离的问题。对于那些被列入“专门知识和技能”范围的事实问题，只能由享有鉴定决定权的主体交付鉴定，而对于此范畴之外的事实问题则属于控辩双方有权举证证明的范围。因此，对一个本属于普通经验层面的问题进行鉴定，则构成对当事人举证权的侵犯。

但是，如何确定诉讼中的“专门知识和技能”却是一个复杂的问题，其困难在于无法确立一个相对固定的判断标准，将所谓“专门知识和技能”与普通知识进行区分，而且更困难的是，“专门知识和技能”并不具有固定的概念涵盖范围，在不同的案件可能具有不同的表现形式。在英美国家，由于无论普通证人还是专家证人都是由控辩双方提供的，只要能对陪审团认定事实有帮助，无论何人均可以接受当事人的委托而成为专家证人就法庭审理所涉及的专门问题进行作证。因此，英美法国家的专家范围较广，他们并不仅限于接受过严格职业训练的专家，其他具有丰富执业经验的普通人如砖瓦工、薄板金属工、测量工、木工和电工等也被归入专家行列的现象并不存在多少异议。但在大陆法系国家，鉴定决定权与当事人举证权分离的现状决定了必须在“专门知识技能”与普通知识之间作出一个非此即彼的明确区分，以划定鉴定权与举证权的界限。绝大多数大陆法系国家都把鉴定的决定权交给法院，这实际上即意味着，法院对于是否属于“专门知识和技能”的问题上享有充分的判断权。而且各国立法对法官行使这一权力所设定的限制是非常少的，事实上，立法也难以对该权利设定限制。因为案件事实复杂多样和科学知识不断发展，使立法者不可能制定一条整齐划一的标准，而不得不由法官依据具体情况加以个别判断。

特别应当指出的是，我国刑事诉讼法第119条规定：“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。”这一规定表明：我国法律也没有对何为“专门性问题”给出确定的标准，这一点本无可厚非；但是由于前文所提到的，我国现行的是一套在鉴定决定权上的不平等模式，公诉方与法院共同享有鉴定的决定权，而被告人却不具有此项权利。这样的一套模式赋予法院鉴定权固然是职权主义诉讼的应有之义，但同时也给公诉方任意解释“专门知识和技能”的范围以剥夺被告人举证权提供了可乘之机，从而造成双方举证能力的不平等。因此，从这个角度也折射出构建鉴定决定权上的平等模式的必要性。

## (2) 鉴定人具有鉴定资格。

鉴定人的鉴定资格是鉴定结论具有证据能力的

一个当然条件。鉴定资格主要是指鉴定人应当具备鉴定所需的专门知识和技能,可以根据法律的规定开展相应的司法鉴定业务。大陆法系国家采取了鉴定权主义的做法,对鉴定人的资格问题进行事先审查,凡是达到法律规定标准的鉴定人都要统一注册,形成鉴定人名册,鉴定活动的开展必须从鉴定名册中挑选鉴定人。但是,必须注意的是,就像无法对所有需要鉴定的问题作出列举性规定一样,由于具体案件情况的复杂多变,其所涉及的鉴定问题也是千差万别,法律不可能对于具备何种知识程度的人可以在具体案件中担任鉴定人给出一个确实的标准,此时必须由法官在个案中加以判断。

在西方国家,即使对于那些被列入鉴定人名册的人,法律也不排除控辩双方对其是否具有专门知识和技能提出质疑。但是,在特殊情况下,法律可能会对某些特定的鉴定人资格加以具体规定。我国也有类似的规定,如我国刑事诉讼法第120条第2款规定,“对人身伤害的医学鉴定有争议需要重新鉴定或者对精神病的医学鉴定,由省级人民政府指定的医院进行。”据此,对于本条指出的鉴定,只有省级人民政府指定的医院才有权进行,其他单位作出的鉴定结论一律不具有证据能力。但是,符合该条规定只是证据能力的一个最基本的条件,仅此并不能使其鉴定结论当然具有证据能力。如果法院认为该省级人民政府指定的医院不具备鉴定所需的有关专门知识和技能,则其所作出的鉴定结论同样不能作为证据作用。

### (3) 鉴定人应当中立。

值得在法律上作更加深入探讨的是鉴定人的中立性问题。鉴定结论是一种意见证据,鉴定人作出鉴定结论的过程是一个判断的过程。因此,为了减少这一判断过程中外界因素的干扰,尽可能保证鉴定结论的客观真实性,在大陆法系国家的鉴定模式之下,一般都要求鉴定人像法官那样,在控辩双方之间保持中立性。首先,各大陆法系国家基本都规定了鉴定人回避的条款,当鉴定人与案件有利害关系或者其他关系时应当回避,否则其所作出的鉴定结论不具有证据能力。但是,回避条款所列举的各种情况就保障鉴定人的中立性而言是不够的。有时

鉴定人即使与双方当事人均无利害关系,也可能会由于某种不经意间形成的预断或偏见而丧失中立性。那么,在鉴定人已经产生预断或偏见的情况下,其鉴定结论是否有证据能力呢?是直接否认其证据能力,还是在承认其有证据能力的同时,对其证明力作出某些限制性规定呢?导致鉴定人对案件产生预断或偏见的原因多种多样。其一,过早或过多地了解案情。前面论述鉴定人的权利时已经谈到,如果鉴定人对与鉴定无关的事实了解太多,则难免会形成某种预断,从而影响其鉴定的客观真实性。其二,我国以及俄罗斯都允许公诉方选任鉴定人,当鉴定人由控方选任时,他与控方之间本身便具有了一种牵连关系,人们完全有理由怀疑其在鉴定过程中会倒向控方而对被告人心存偏见。这一点是不平等的鉴定人制度自身产生的悖论。从目前我国鉴定权分配体制来看,对于这种有预断和偏见嫌疑的鉴定结论,很难完全否认其证据能力,而只能作为其证明力判断的一个考虑因素。只有建立起平等的鉴定权分配模式并根据鉴定活动的客观规律,对其进行科学规制之后,才能将这种缺乏中立性的鉴定结论在证据能力上连根铲除。

### (4) 鉴定过程正当。

大陆法系各国法律在鉴定过程正当性对鉴定结论之证据能力的影响问题上大都没有作出直接的规定。在此,从两个方面对这一问题加以分析。

第一,在鉴定基础的材料来源之合法性对鉴定结论证据能力的影响这一点上,美国的做法较有启发意义。根据美国联邦证据规则第703条的规定,如果某一事实或资料对于专家作出结论具有合理的必要性,那么,该事实或资料不需要具备作为证据的可采性。但是,这一规定并不意味着专家证言可以完全建立在非法证据的基础之上。根据美国学者作出的解释,尽管该条规定允许专家将其证言建立在虽不具可采性,但事实上可靠的传闻或其他证据之上,但是,控方的专家证言仍然不得以违反“米兰达规则”所获得的证据为基础。在此,“毒树之果规则”依然适用。同样,当一定的政策性考虑使某些材料不具有可采性时,该材料也不得作为专家意见的基础。<sup>④</sup>

<sup>④</sup> 参见[美]迈克尔·H·格莱姆:《联邦证据法》(美国法精要影印本),法律出版社1999年版,第265—266页。

大陆法系国家在证据可采性问题上限制较少,但基本都在不同程度上规定了非法证据的排除规则。对于某些以非法手段得来的证据,法律禁止其作为证据适用,以此为基础作出的鉴定结论也当然不具有证据能力。鉴定不能成为某些非法证据之非法性因素的过滤器。

总之,法律虽然不要求作为鉴定结论之基础的所有事实或材料都具有可采性,<sup>⑤</sup>但是,当某些基础性的事实或材料是以非法手段得来或违反某些政策性考虑时(例如违反证人特权的规定及其所产生的救济措施所得来的资料,以及因辩诉交易中的让步而获的材料),其非法性将殃及以此为基础的鉴定结论的可采性。

我国法律对于这一问题没有作出明确规定,长期以来的司法实践对非法证据一直采取一种迁就态度。根据最高人民法院的司法解释,物证、书证由于其具有不可替代性,即使是非法得来的也不予排除,而只排除那些以刑讯逼供或其他非法手段获得的言词证据。那么,以非法物证、书证为基础的鉴定结论在我国自然也就具有证据能力。

第二,就鉴定手段的正当性对鉴定结论证据能力的影响而言,鉴定作为一个运用科学知识的过程,其手段不得违背公序良俗。鉴定人不能为了鉴定而不择手段。如果鉴定手段违反人类社会基本的道德标准和伦理准则,不论其结论是否正确,也应当排除其作为证据的资格。这一点在各国法律中虽然很少有明确规定,但是,鉴定手段的正当性应当被视为整个诉讼过程正当性的应有之义。

2. 鉴定结论的证明力。证据的证明力属于事实认定的范围,法律一般不作规定,而交由法官或陪审员依自由心证原则加以判断。有学者指出,一般情况下,有五个方面的因素会影响到鉴定结论的证明力。即:鉴定人知识水平的高低是鉴定结论证明力的重要衡量因素,在有关专门领域造诣较高的鉴定人,其所作的结论应当具有更高的证明力;鉴定所使用的仪器设备的先进程度是衡量鉴定结论证明力的又一个重要标志,一般说来,更为先进的科

学技术手段,能够保障鉴定结论具有较高的真实性;用作鉴定之基础的事实材料的可靠性对鉴定结论的证明力具有决定作用,即使该基础性事实材料具备证据能力,但如果裁判者对其真实性心存疑虑,则必将影响到其对鉴定结论的证明力的衡量;如前所述,当鉴定人在鉴定过程中受到某些外界因素的影响而形成一定的预断和偏见时,鉴定结论的证明力也将大打折扣,即使法律仍然承认其作为证据的能力;同案当中的其他证据也是认定鉴定结论的证明力的重要标准,即使鉴定结论在形式上显得无懈可击,但它也并不必然具有比其他证据高出一筹的证明力,司法者应当将其与所有证据放在一起综合考虑。<sup>⑥</sup>

可以说,上述五个方面的内容基本涵盖了实践中可能会对鉴定结论的证明力形成影响的因素的范围。但是需要注意的是,上述各点只是就一般情况而言,具体的判断需要交给法官根据个案情况进行具体衡量。实际上,因为自由心证原则的存在,法律也不能就证明力的确定制定任何完全确定的标准。但是,鉴定结论毕竟在其科学性、意见性等方面具有不容忽视的特点,而裁判者作为普通人的知识与经验,相对而言必然有一定的局限性。因此,为防止裁判者在有关专门问题上的恣意擅断,作为自由心证原则的补充,各国往往“通过一些例外规则限制对其证明力的任意裁量或心证的滥用。”<sup>⑦</sup>比如,在美国,由于民事案件与刑事案件在证明标准上要求不同,法律规定,当涉及到有关科学上的物理自然现象时,如果普通证人与专家证人的证言存在矛盾,则在民事诉讼中,法官应当指示陪审员不可采信该普通证人的证言;而在刑事诉讼中,法官却不得为陪审团衡量证据。<sup>⑧</sup>《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》第80条规定,“鉴定人的意见对于调查人员、侦查员、检察长和法院,不是必须采纳的,但是他们必须说明不同意鉴定意见的理由。”这一规定意味着,法官在不能提出拒绝理由的情况下必须承认该证据的证明力。上述规定是各国根据其对于鉴定结论的理解,并结合本国具体情况作出的。通

<sup>⑤</sup> 事实上,鉴定结论由于其本身固有的特点,也不可能要求作为其基础的各项事实或资料都具有证据法上的证据能力。

<sup>⑥</sup> 同注②。

<sup>⑦</sup> 郭华:《鉴定结论论》,中国人民公安大学出版社2007年版,第147页。

<sup>⑧</sup> 参见周叔厚:《证据法学》,国际文化事业有限公司1989年版,第915—916页。

过这些作为特例的规定,鉴定结论的证明力与法官权力之间可以形成一定程度上的制约,实现本国诉讼追求的目的。

### (三) 鉴定结论的效力

司法鉴定之“司法”并不是说这种鉴定是由司法机关进行或是带有司法裁判的性质,它只具有分类学上的意义,表明这种鉴定结论是在司法过程中开展的。所以,司法鉴定只是当事人收集证据的活动,鉴定人的判断并不是法官的判断,鉴定结论也只是证据形式的一种,不能作为最终事实结论成为法院判决的直接依据,“经合法程序形成的鉴定结论与其他形式的证据一样具有同等的法律效力,都必须经过查证属实才能作为定案的根据,并不具有优先采信或必须采信的证据地位”。<sup>⑨</sup>因此,“司法鉴定只具有科学性,没有所谓权威性,二者不可划等号”,<sup>⑩</sup>其科学性只是赋予了其证据能力,究竟能否得到采纳以及证明力的大小还是要取决于法官的自由心证。我们不能把“必须加以证明的东西

(这是每一个案件中的法律要求)与证明所要依赖的证据混为一谈。在法律工作者的心中,必须将这两者区别得十分清楚。”<sup>⑪</sup>因此,就鉴定结论而言,其在诉讼中的效力在于为法官在事实认定问题上提供了一个可资参照和借鉴的“范本”,至于这个“范本”所认定的事实是否就是案件的事实,需要法官根据全案的具体情况进行判定。也就是说,鉴定结论对事实问题的分析和判断对法官并不具有必然的约束力,法官对事实的认定完全可以同鉴定结论所认定的事实不一致,鉴定结论在诉讼中同其他证据一样,具有同等的地位。但是,在我国法律中却有规定,因工伤提起的赔偿诉讼要求有伤害鉴定和工伤事故鉴定为前提条件,以及医疗事故纠纷必须有医疗事故鉴定委员会的鉴定结论作为进入诉讼的前置条件。这些规定把取得鉴定结论作为进行诉讼的前提条件,实际上赋予了鉴定结论高于其他证据的地位,在理论上是不适当的。

## 七、司法鉴定之构成要素 III——鉴定程序的启动

作为一种诉讼活动,司法鉴定的进行在外观上必须具有一定的严肃性,需要按照事先确定的程序逐步开展。虽然司法鉴定本身会经历一个从启动到过程再到结果的流程,但由于鉴定过程本身因鉴定事项之不同而千差万别,因而证据法学应当聚焦于鉴定的启动程序。从诉讼的角度来说,司法鉴定程序必须经过正式启动之后,其后续行为及结果才可能产生预期的法律效力。在司法鉴定的制度设计上,如何建立完善的鉴定启动机制,对于发挥鉴定的功能,实现通过司法鉴定中科学技术的运行发现案件事实,加强对当事人权益的保护,体现诉讼公正的价值具有重要的理论意义。因此,下文将围绕鉴定程序的启动问题进行讨论。

### (一) 鉴定程序启动的被动性

大陆法系国家在设定鉴定制度的时候,往往因为对鉴定人诉讼地位的界定而要求鉴定人在诉讼中

保持客观中立,而且规定鉴定人适用回避制度以防止带有偏见的鉴定人介入到司法过程中从而产生不公正的鉴定结论,因此,从维护诉讼公正的角度来说,鉴定人不能主动要求进行鉴定,只有当诉讼中具有开展司法鉴定的需要时,经过法官批准,鉴定人才可以按照规定进行司法鉴定活动。也就是说,鉴定程序必须在外观上保持一种被动性,需要某种外来因素将其激活,而其背后的理论基础就在于维护鉴定的中立性和公正性。这是因为,科学活动需要理性的头脑来操作,鉴定不像证人作证,一般只要陈述自己体验之事实即可,鉴定是对科学知识的运用,鉴定结论必然包含了鉴定人的主观判断。如果鉴定人自身或其利益牵涉于案件之中,人性的弱点就会使他难以客观地进行事实的鉴别和断定。因此,鉴定人的中立性能够保证其冷静地不偏不倚地作出准确客观的鉴定结论,从而实现诉讼结果的公

<sup>⑨</sup> 同注②,第31页。

<sup>⑩</sup> 陈桂明、刘田玉:《司法鉴定的性质与鉴定人的司法责任》,载何家弘主编:《证据学论坛》(第1卷),中国检察出版社2000年版,第354页。

<sup>⑪</sup> [英]J·W·塞西耳·特纳:《肯尼刑法原理》,王国庆等译,华夏出版社1989年版,第494页。

正性。这种中立性的要求反映到制度上,首先是要建立鉴定人回避制,从外观上确保其中立的立场,这可参考有关法官回避的规定来要求鉴定人实行回避。其次,中立性还反对在当事人内部设立鉴定机构,因为这种做法会使鉴定人依附于当事人,鉴定结论服从于诉讼目标,其客观性和准确性就令人怀疑了。最后,保证鉴定的中立和公平最有效的途径是建立独立的鉴定体系,鉴定人独立行使鉴定权,就如同法官独立行使审判权一样,不受任何个人或者组织的干扰。

## (二) 鉴定程序启动权主体

在大陆法系的模式下,鉴定的启动权基本上被国家机关所垄断,法官享有鉴定决定权是司空见惯的事情,在俄罗斯甚至检察官和侦查人员都可以享有鉴定决定权。<sup>②</sup>之所以出现这种情况,是因为大陆法一直强调职权因素在诉讼进程中的作用,鉴定是司法机关解决专门性问题的一种方法,启动鉴定的权力是一种公权力,因而只能由国家机关享有。但是为了维护鉴定在形式上的公正性,大陆法国家基本上将鉴定启动权赋予了法官,允许其在是否进行鉴定的问题上进行裁量,而控辩双方相应地则只有申请权。但是如果从理论上来说,法官享有的鉴定程序启动权一旦在具体的案件中得以行使,那么就必然意味着法官主动对案件进行调查取证工作,法官的消极性无法得到维持。而同时法官基于对自己所获取的鉴定结论的信任,很有可能会在鉴定结论产生后受其影响带有倾向性地去对待诉讼双方当事人,从而丧失中立性。就当事人双方来说,其作为诉讼中对抗的双方,为了维持诉讼平衡的需要,必须要求双方享有平等的诉讼地位,可以平等地行使权利,承担义务,因此仅从理论上分析,控辩双方应当就鉴定程序的启动问题享有平等的发言权。

这应当是程序正义的必然要求。而某些传统上比较典型的大陆法系国家已经认识到这一点,开始抛弃以往僵化的做法,在鉴定程序启动问题上赋予了当事人双方平等的权利,法官虽然仍可以决定鉴定程序是否启动,但是其中职权主义的因素较以往已经大大减少,当事人双方的程序权利呈现逐步扩大的趋势。例如,意大利在最近几年的立法修改中,就规定当事人可以申请进行鉴定,法官决定是否进行鉴定,但同时,当事人可以根据需要自行聘请技术顾问为自己在诉讼中提供支持。这就在鉴定问题上赋予了控辩双方较多的权利,大大加强了诉讼的对抗性,从而增加了发现真实,实现公正裁判的可能性。而由于当事人诉讼主体地位得到了尊重,其参与诉讼的手段也得到扩大,对程序的依赖性和认同度也有所强化,程序的重要性逐步得到体现。

如果以此来对照我国的相关规定,我们会发现,在我国不仅法院可以决定启动鉴定程序,而且公安机关、检察机关都享有鉴定决定权,而被告人不仅没有鉴定决定权,甚至连鉴定申请权都不享有,只能就鉴定结论提出补充鉴定或重新鉴定的请求。这些规定不仅与英美的司法鉴定体制有较大的区别,也与大陆法系的鉴定制度不相同。它是我国“流水作业式”诉讼构造下的特产,带有浓厚的职权主义色彩。而且在理论上与诉讼的基本法理相悖,在制度设计上也与我国审判方式向对抗式迈进的思路格格不入,在实践中引发了诸如暗箱操作、重复鉴定等等许多的问题。它是当下我国鉴定制度备受指责,成为众矢之的的根源所在,应该在司法改革中加以摒弃,并按照诉讼公正、平等的要求赋予双方当事人鉴定的启动权。

(责任编辑:刘计划)

<sup>②</sup> 参见《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》第78条,黄道秀译,中国政法大学出版社2003年版,第153—154页。