

证据法学论丛



鉴定意见研究

房保国 陈宏钧 主 编



中国政法大学出版社

证据法学论丛



鉴定意见研究

房保国 陈宏钧 主 编



中国政法大学出版社

2012·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

鉴定意见研究/ 房保国, 陈宏钧主编. --北京: 中国政法大学出版社, 2012. 11

ISBN 978-7-5620-4515-1

I. ①鉴… II. ①房… ②陈… III. ①司法鉴定-研究-中国 IV. D926

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第250012号

书 名 鉴定意见研究

JIAN DING YI JIAN YAN JIU

出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号)

北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088

邮箱 academic.press@hotmail.com

<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)

(010) 58908437 (编辑室) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购部)

承 印 固安华明印刷厂

规 格 720mm × 960mm 16 开本 14 印张 240 千字

版 本 2012 年 12 月第 1 版 2012 年 12 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-5620-4515-1/D · 4475

定 价 39.00 元

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。

前言 | Introduction

证据是实现司法公正的基石，证据裁判主义是现代诉讼的基本原则。在刑事诉讼、民事诉讼和行政诉讼中，事实问题与法律问题是诉讼的核心问题，而事实的认定则要靠证据来实现。可以说，在诉讼中除法律问题外，证据的收集、审查和运用对案件结果的判定起着根本性的作用。

证据研究不仅要关注物证、书证、人证等证据种类的运用，更要分析证明责任、证明对象、证明标准和证明过程等证据规则的适用。当前证据法学在我国逐步成为显学，关于证据立法的呼声日趋高昂，人们日益认识到证据法学研究的重要性。然而在总体上看，证据法学在我国还是一门新兴的学科，在理论上还很不成熟、不完善，甚至有些基本问题还没有达成共识，更未能形成科学的理论体系。

证据法学相对于诉讼法学而言具有独立性，它属于证据科学的重要分支。而证据科学（Evidence Science），是综合运用自然科学和社会科学方法，研究证据采集、鉴定技术以及案件事实认定和法律适用之一般规律的科学理论和方法体系，证据科学是近年来国内发展最快的交叉学科之一。^{〔1〕}证据科学是法庭科学（Forensic Science）和证据法学（Evidence Law）的统一。其中，法庭科学是综合运用物理学、化学、医学、生物学等自然科学的原理和技术方法，研究证据采集、鉴定之一般规律的科学理论和技术方法体系；而证据法学是专门研究如何运用证据认定案件事实的法律规范的法学学科体系。

〔1〕 中国政法大学证据科学教育部重点实验室是专门从事证据科学研究的科研机构，具有科研、教学与鉴定三位一体的特色和重视实践探索的特点，其主要特色是文理交叉、理工渗透、综合集成、研用一体。

鉴定意见研究

如何构建一个科学的证据法学理论体系，如何能够为证据法学学科的进一步发展夯实理论基础，并为司法实务活动提供理论指导，是本论丛的设立初衷。虽然此前中国政法大学出版社先后推出了“证据科学文库”（中国政法大学张保生教授主持）和“证据法文库”（中国人民大学何家弘教授主持），但是本“证据法学论丛”则另辟蹊径，更加关注实证分析，强调证据实务问题的研究，努力形成证据法学研究中的“实践学派”^{〔1〕}，以期促进我国证据法学学科事业的繁荣昌盛。

房保国

2011年5月4日于中国政法大学

〔1〕 关于证据法学研究中的“实践学派”，中国政法大学张保生教授主持的教育部人文社会科学重大攻关项目“证据科学的理论体系与运用”，在全国7所法院实施证据规则试点，并起草《人民法院统一证据规定》司法解释建议稿，进行了初步的探索。

目录

Contents

前 言	1
一、鉴定意见的基本理论	1
(一) 鉴定意见的概念及相关基本问题	1
(二) 鉴定意见的可靠性与可采性	5
(三) 鉴定意见的功能	7
(四) 鉴定意见适用的相关原则与规则	8
(五) 鉴定启动权的限定性问题	10
(六) 鉴定意见适用中的几点问题	11
二、亲子鉴定之协助检查义务	13
(一) 亲子鉴定协助检查义务概述	13
(二) 亲子鉴定协助检查义务设立的必要性	15
(三) 外国立法例的考察	24
(四) 亲子鉴定协助检查义务在我国的构建	27
三、测谎意见的法律规制	30
(一) 谎言识别和测谎技术概述	30
(二) 测谎技术的原理及其对可采性的影响	32
(三) 科学证据的可采性及其对测谎结论的影响	41
(四) 测谎意见在我国的应用现状及未来	45
四、伤残鉴定标准差异的实证分析	52
(一) 我国五省市伤残标准适用差异对比	54
(二) 鉴定标准适用差异原因分析	66
(三) 对完善我国伤残鉴定标准适用的建议	73
五、云计算环境下计算机侦查取证问题	80
(一) 计算机取证与云计算	81

(二) 云计算技术给计算机取证工作带来的新问题	96
(三) 云计算环境下计算机取证问题应对构想	103
六、鉴定意见的质证	110
(一) 鉴定意见质证概述	110
(二) 我国关于鉴定意见质证的法律规定	116
(三) 我国鉴定意见质证的现状及存在的问题	119
(四) 鉴定意见质证困境的原因分析	122
(五) 鉴定意见质证制度的完善	131
七、重复鉴定的解决途径	146
(一) 重复鉴定概述	146
(二) 重复鉴定的是与非	150
(三) 如何扬是抑非	153
八、鉴定与媒体舆论的关系	158
(一) 司法鉴定与媒体舆论的关系	159
(二) 媒体舆论对司法鉴定的影响和作用	163
(三) 司法鉴定应对媒体舆论负面影响的对策	168
九、专家辅助人意见的完善	175
(一) 专家辅助人制度建立的价值	176
(二) 专家辅助人意见的定位	179
(三) 专家辅助人意见的内容	185
(四) 对专家辅助人意见的审查	188
(五) 新的司法鉴定模式的出现	191
十、证据科学的走向	193
(一) 一个基础性分析框架	193
(二) 证据科学发展简史	195
(三) 证据科学的中国语境	203
(四) 证据问题研究领域的初步检讨	207
(五) 以问题为中心的中国证据科学	209

一、鉴定意见的基本理论

（一）鉴定意见的概念及相关基本问题

1. 鉴定意见的内涵与属性。

（1）司法鉴定。司法鉴定有广义和狭义之分，广义的司法鉴定，是指为解决纠纷的需要，由鉴定人运用科学技术或专门知识对争议的专门性问题进行鉴别和判断并提供鉴定意见的活动。^{〔1〕}根据这一定义，诉讼、仲裁、调解、和解中的鉴定活动都属于司法鉴定。狭义的司法鉴定是指鉴定人运用科学技术或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。其中，诉讼活动包括刑事诉讼、民事诉讼与行政诉讼；不仅是诉中，诉前以及诉后的执行阶段都包括在内。可以看出，广义与狭义之别仅在于使用范围宽窄，狭义上的鉴定仅限于诉讼活动。

从法律规定上看，《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》（以下简称《关于司法鉴定管理问题的决定》）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。”我国《刑事诉讼法》第144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。”《民事诉讼法》与《行政诉讼法》均概括规定了需要鉴定时可以指派或聘请鉴定人。本文的司法鉴定采用的是狭义上的概念。

（2）鉴定意见的内涵。鉴定意见是指鉴定人利用科学技术、专门知识、执业经验和职业技能对诉讼中的专门性问题进行鉴别和判断后提出的结论性意见，是鉴定人个人的意见表达，^{〔2〕}属于法定证据种类之一。我国《刑事诉讼法》第145条规定：“鉴定人进行鉴定后，应当写出鉴定意见，并且签名。”

〔1〕 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21页。

〔2〕 霍宪丹主编：《司法鉴定学》，中国政法大学出版社2010年版，第4页。

鉴定的基本定性是证据调查活动,^[1]因而鉴定意见就是证据调查结果。证据调查是为了分辨证据、发现事实,而诉讼中的当事人均有发现事实的需求,也都享有调查证据的权利,自然也都应有委托鉴定机构或鉴定人进行鉴定并出具鉴定意见的权利。可以说,委托鉴定获得诉讼涉及的专门性问题的鉴定意见对于当事人证明事实和诉讼请求是非常关键的,也是极具说服力的证据。同时,作为法定的证据种类,如果不能保障当事人可以使用该种证据的权利,似乎是有失妥当的。事实上,无论是从立法还是司法实践中看,当事人鉴定的启动权均并未得到很好的保障,作为法定证据种类之一的鉴定意见并不是当事人可以任意获得的,下文再加以详述。

(3) 鉴定意见的属性。鉴定这一活动本身是科学性的活动,其蕴含的科学知识并不因具有了法律性质而改变;^[2]司法鉴定是鉴定在诉讼活动中被应用的产物,诉讼中的鉴定需要遵循诉讼规则,因而鉴定意见就有了法律性。因此,鉴定意见最本质最基本的特点是科学性和法律性的统一,^[3]其本身是科学实证活动得出的结论,但却基于诉讼的需要而存在并受到诉讼规则的制约。此外,鉴定意见还具有以下属性:

第一,客观性和主观性。鉴定意见的客观性是指其内容是严格依据鉴定程序、应用专门的知识、使用科学的设备得出的,而正是鉴定过程的客观性使得鉴定意见也具有相当的客观性。然而,虽是依据客观的鉴定过程进行分析,但因鉴定人所使用的科学理论不同,尤其是在尚无统一定论的专业领域中百家争鸣,而且个人经验和认识更是具有个性差异,其数据分析结果必然会有主观差异。

第二,中立性。^[4]这一属性主要体现为鉴定机构、鉴定人与诉讼职能部门不应有隶属关系,也不应与当事人有利害关系,这对于保证司法公正具有重要的作用;若鉴定意见失去了中立性,从查明事实的工具变成了某方利益而编造“事实”的利器,那么鉴定意见不仅不利于公正的实现,反而会沦为阻碍公平正义实现的巨大障碍。

第三,要式性。法律对鉴定文书的格式作出了要求和限制,例如鉴定文书须注明提起鉴定的事由、委托人、鉴定机构、鉴定过程、检验方法并且有盖章与签字。只有满足法律要求的形式,鉴定文书才具有法律效力,这是鉴

[1] 霍宪丹主编:《司法鉴定学》,中国政法大学出版社2010年版,第6页。

[2] 郭金霞:《鉴定结论适用中的问题与对策研究》,中国政法大学出版社2009年版,第3页。

[3] 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25页。

[4] 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13页。

定意见可以被法庭采纳为证据的前提。

第四,确定性。鉴定意见多是对事实的认定,因而结论应是唯一的、明确的,否则不能用来认定事实。这要求鉴定人在给出意见时必须是确定的,不能模糊不清或存在或然性的结论。

第五,关联性。鉴定意见的关联性是指委托鉴定的事项必须是与案件需查明的事实相关的事项,不能出具与需查明的案件事实无关联性的鉴定意见来混淆视听。如果出具被认定为无关联的鉴定意见,不仅不会被采纳,也可能被认定为有混淆事实的嫌疑,甚至可能存有拖延诉讼、妨碍诉讼的不当目的。

第六,针对性。鉴定意见的针对性是指鉴定人仅就委托鉴定的事项发表意见,不能超出委托范围出具意见。这涉及到鉴定人权利与裁判者权力之间的界限,鉴定人仅能就其鉴定提出分析意见,不能提出有关案件事实认定的意见;对于证据、事实的认定属于法官的权力范围,鉴定人不得僭越。

第七,独立性。独立性是指鉴定人鉴定意见的得出应独立于委托人和鉴定机构的行政领导以及其他鉴定人的意见,^{〔1〕}当某一鉴定事项的鉴定人为多个,而彼此意见不同或者需要各自发表意见时,可以单独发表自己的意见或对自己的意见作出保留。^{〔2〕}

2. 鉴定意见的历史考察。

(1) 大陆法系国家。在大陆法系国家,最早的鉴定是公元前44年古罗马时期著名的医师安提斯底对凯撒大帝身上的23处刺伤进行的尸体检验,其尸检结果为:恺撒身受23处刺伤,只有胸部的一处是致命伤。^{〔3〕}此时,鉴定制度已经在罗马法中初见端倪,随着实践的发展和法律制度的完善,欧洲一些国家的法律中陆续有了关于鉴定制度的规定。公元6世纪东罗马帝国的《查士丁尼法典》中就有关于鉴定的规定;1532年,德国《加洛林法典》中有40条法规涉及鉴定的问题,大部分的鉴定涉及法医学中的问题。从16世纪至19世纪,司法鉴定中的法医鉴定领域有突出的发展,从理论到实践都有着意义非凡探索与进步。进入20世纪,鉴定意见已经成为司法实践中被广为应用的有利工具,许多国家开始建立起专门的鉴定机构和实验室。

然而,鉴定意见在大陆法系国家越来越蓬勃发展的现象,却导致了一个

〔1〕 霍宪丹主编:《司法鉴定学》,中国政法大学出版社2010年版,第9页。

〔2〕 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50页。

〔3〕 郭金霞:《鉴定结论使用中的问题与对策研究》,中国政法大学出版社2009年版,第26页。

严重问题。直至 19 世纪末，大陆法系国家的证据制度仍然是法定证据制度，^{〔1〕}鉴定意见用于辅佐法官的自由心证，却不免越俎代庖，审判权旁落的现象时有发生。随着证据制度向自由证明制度演变，以及关于鉴定意见的法律界定逐渐客观和明晰，鉴定意见不再“绑架”审判的话语权，审判者对鉴定意见之证据价值评价的自由也逐渐得到真正的实现；只是囿于专业知识的有限性，对于鉴定意见的准确、客观评价却非易事。

（2）英美法系国家。英美法系国家的鉴定人或者专家属于证人的一种，因而其鉴定意见确切地说应是专家证言。英国在盎格鲁萨克逊时期就存在验尸官，一直到中世纪，专家的功能主要是辅助审判。到了 16 世纪，随着审判模式由职权主义转变为当事人主义，以及意见证据规则的确立，专家证言作为证人证言成为意见证据的例外。18 世纪，专家证言与普通证人证言有所区分；到 19 世纪，英国形成专家证人制度。^{〔2〕}

美国的专家证人制度由于历史的原因而与英国的制度有着相似的发展轨迹，值得一提的是美国的笔迹鉴定在司法实践中有着较早的应用。^{〔3〕}在 18 世纪，美国法庭就采纳对于笔迹真伪的证言，但并没有要求证人必须具有专门的知识；到了 19 世纪中叶，笔迹鉴定才主要由专家作为证人来提供。因此，在英美法系国家，专家证人主要是当事人的证人，而不是审判者的助手。

（3）我国。在我国，最早于周朝时期就有勘验的实践；到了秦朝，根据《秦简》中的记载，对于勘验和鉴定已有一些专有的术语和成行的制度；至唐朝的《唐律疏议》，其中的记载表明勘验鉴定的结论有了十分重要的作用。宋朝时期是鉴定，尤其是法医鉴定发展较快的时期，并形成了重要的理论著作，即宋慈的《洗冤集录》。清朝之后，鉴定也向着诸如枪痕、笔迹等领域拓展。

3. 鉴定意见的种类。《司法鉴定执业分类规定》中对司法鉴定的对象和范围作了如下分类：法医病理鉴定、法医临床鉴定、法医精神病鉴定、法医物证鉴定、法医毒物鉴定、司法会计鉴定、文书司法鉴定、痕迹司法鉴定、微量物证鉴定、计算机司法鉴定、建筑工程司法鉴定、声像资料司法鉴定、知识产权司法鉴定。

鉴定意见的种类取决于司法鉴定的种类，可以归纳为以下三大类：^{〔4〕}（1）在传统的司法鉴定领域中，如司法精神病鉴定意见、法医病理鉴定意见、法

〔1〕 郭金霞：《鉴定结论使用中的问题与对策研究》，中国政法大学出版社 2009 年版，第 27 页。

〔2〕 张斌：“英美法国家科学证据的历史沿革评述”，载《证据科学》2010 年第 4 期。

〔3〕 郭金霞：《鉴定结论使用中的问题与对策研究》，中国政法大学出版社 2009 年版，第 28 页。

〔4〕 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 31 页。

医临鉴定意见、法医毒物鉴定意见、法医物证鉴定意见等；(2) 在近年来的新型司法鉴定领域中，如电子数据鉴定意见、产品质量鉴定意见、物品价格鉴定意见、知识产权鉴定意见、交通事故鉴定意见等；(3) 存在司法实践中，但尚未建立鉴定人执业资格制度的一些领域中，如医疗事故鉴定、重大安全事故鉴定、科技成果鉴定等。

4. 鉴定意见的主体。出具鉴定意见的主体即鉴定人，是指在诉讼活动中，依法接受委托对诉讼中的专门性问题进行鉴别和判断并提出鉴定意见的人。^{〔1〕}《关于司法鉴定管理问题的决定》第3条规定由司法行政部门主管全国鉴定人和鉴定机构的登记管理工作，同时该法对从事司法鉴定业务的人员必备的资格也做了规定。因此，在选任鉴定人之前，鉴定人的资格就已通过了认证（除非认证本身存在问题），没有被认证并登记在册的鉴定人和鉴定机构是不能向法庭提供鉴定意见的。

在我国，鉴定意见只能由具有鉴定资格的个人或单位出具，这与英美法系国家的专家意见有所不同。《美国联邦证据规则》第702条规定，证人因其知识、技术、经验或教育而具有专家证人的资格。该规定对于专家证人的学历、资格没有作任何要求，只要具备陪审团所不具备的知识，任何人都可以成为专家证人。由此可见，英美法系国家注重的是专家证人对于陪审团判断证据、认定事实是否有帮助，只要其具备有助于陪审团的知识便有资格成为专家证人。

（二）鉴定意见的可靠性与可采性

鉴定意见虽然是法定的证据种类之一，具有十分明确的法律地位，但因其涉及的专业知识技术领域十分宽泛，关于某些领域的鉴定意见是否可靠、是否可被法庭采纳没有整齐划一的标准。法律中尚未有详细的从专业领域分类的角度对鉴定意见进行规制的条款，其背后的原因包括但不限于以下两点：一是各领域差别太大，无法统一，即使同一专业领域也有存在学界分歧而无法统一标准的现象；二是在诸如心理学、医学、精神病学这些自然科学与经验科学相结合的领域，出现鉴定意见相异的现象是经常发生的，主要是由于经验的差异，往往不容易得出一致意见。而且，鉴定的科学标准归根结底是科学问题，科学标准的确立是法律中的鉴定标准确立的前提。从现有的司法实践来看，在发展比较成熟的鉴定领域，鉴定意见的可靠性主要来自于以下方面：

〔1〕 霍宪丹主编：《司法鉴定学》，中国政法大学出版社2010年版，第3页。

(1) 科学性。鉴定的过程是用科学的知识和方法认识事物的过程，鉴定意见自然是科学认识的结果。作为科学的方法和知识，自然是因其客观性和可验证性而获得广泛的认可和应用，鉴定正是因其科学的本性而具有较高的可靠性。例如，DNA 鉴定中利用遗传基因学的知识，毒物分析中使用物理化学等知识和技术，这些经过千锤百炼的验证而可以信赖的鉴定方法为人们认识真相提供了极其重要的线索和根据。人依靠自身发现事实真相存在很大的局限，而科学知识和技术是人重构过去事实的能力的延伸，准确而不偏狭地辅助人们对真相进行追求。鉴定意见就是存在科学性这一重要属性而被信任，作为一种证据被广泛地使用以证明事实真相和诉讼主张。

(2) 专业性。鉴定的专业性体现在鉴定人的专业性和职业化、专业知识的应用、专业技术和设备的使用以及鉴定程序和管理的专业性。尤其是鉴定人，需要有相关鉴定领域过硬的知识或技能，还要具备敏锐的观察力和谨小慎微的特质，需要接受专业资格的认定以及实践的历练，这对于保障鉴定意见的可靠性十分重要。同时，专业的机器和设备也十分重要，机器设备一般是随着知识和技术的进步而发展改善的，过时的设备对于解决现时的专业问题自然是会有差池的；而先进的设备往往代表着更加准确的数据，进而提高还原事实的准确率。

(3) 统一性。鉴定的统一性是指鉴定的方法、得出鉴定意见的过程具有统一的程序和标准，同一领域的鉴定具有已被检验且被认可的统一的标准，没有标准的鉴定是难以认定的。然而，只有比较成熟的研究领域才形成了统一的标准，这些领域的鉴定意见可靠性高，通常被采纳的可能性也比较大；而其他领域，尤其是在没有统一科学定论的新兴领域，其鉴定意见的可靠性和可采性需要仔细斟酌。

正是因为具备上述可靠性，鉴定意见才有被法庭采纳的可能性。然而鉴定意见是司法领域、诉讼活动中的鉴定意见，要受到诉讼规则的规制，其可采性的判断要遵循一般证据可采性的规则，如直接言词规则、传闻证据规则、非法证据排除规则。但判断鉴定意见是否可采要比一般证据更加困难，主要是因为鉴定意见的专业性常常超出法官可以独立判断的范围，这也催生了我国的专家辅助人制度，帮助法官理解诉讼中涉及的专门性问题以更准确地判断鉴定意见的证明价值；但具体的可采性评价标准却从未见有规定。

关于专家证言的可采性标准，美国联邦最高法院通过“多伯特（Daubert）案三部曲”确立了十分著名的多伯特标准的因素：（1）可检验性；（2）已受同行评议并发表；（3）错误率；（4）普遍接受性。联邦最高法院认为这

些因素是非决定性的,亦非详尽,是“一条灵活的规则”。多伯特标准的因素中首要的就是可检验性。用权威科学家的话说,联邦最高法院注意到科学的一个特征就是实证检验。最高法院引用亨普尔(Hempel)的话说:“构成科学解释的那些陈述必须能够被实证验证”,然后引用皮普尔(Popper)的话:“一个科学理论地位之判断标准就是其可证伪性或者说可反驳性、可检验性”。第二个标准,即已受同行评议并发表,是对第一个因素中提到的科学检验结果的证明,表明在广义的科学界中这些科学方法和结果已被接受。同样地,错误率也表明了检验的结果。^[1]

(三) 鉴定意见的功能

1. **确定犯罪是否存在、提供侦查线索。**侦查中的鉴定意见对于案件的侦查方向具有十分关键的作用。例如,当现场出现血迹,鉴定人对该血迹进行种属鉴定,即判定该血迹是动物血迹还是人类血迹:若为动物血迹则可能直接导致犯罪事实不存在的结果;若为人血,则有可能存在犯罪事实,存在进一步深入调查的必要。再如,对血迹进行血型的鉴定可以缩小犯罪嫌疑人的范围,提供宝贵的侦查线索;鉴定所确定的范围越小,证据意义越大,^[2]有时甚至可以直接锁定犯罪嫌疑人。

2. **用以证明事实的一种法定证据。**当诉讼中遇到需要科学知识或技术进行鉴别和判断的专门问题时,诉讼主体就要借助鉴定意见这一法定证据种类对主张的事实加以证明。例如,证明亲子关系或进行人的同一性认定时需要使用DNA技术,提供有关DNA比对分析的鉴定意见;又如,对交通事故中的嫌疑车辆进行痕迹鉴定并提供相关意见,以确定涉案的肇事车辆;再如,在凶杀案中,由法医对尸体进行检验并出具相关意见往往是寻找死因并获得大量线索的关键所在。因此,在诉讼中对于鉴定意见的需求是十分常见的,鉴定意见往往是了解案件真实情况的关键所在。

3. **辨别其他证据的证据价值。**鉴定意见可以帮助辨识其他物证、书证的证据价值。^[3]物证以其物理状态证明案件事实,书证以其内容进行证明,但物证、书证发挥其证明作用的前提是其存在的真实性与客观性,这是要依靠科学的方法才能得以揭示。例如,当一方当事人将文件作为书证在法庭中呈现,但其真实性受到对方的质疑时,就需要对该文件的真实性进行鉴定,一般是对笔迹或印章进行鉴真,或对有无篡改痕迹进行鉴别。若为真,则该文

[1] Richard Lempert, *Evidence Stories*, Foundation Press 2006, p. 196.

[2] 郭金霞:《鉴定结论使用中的问题与对策研究》,中国政法大学出版社2009年版,第25页。

[3] 霍宪丹主编:《司法鉴定学》,中国政法大学出版社2010年版,第16页。

件可以发挥其作为书证的证明价值；若为假，则该书证可被排除，避免混淆事实。

4. **辅助法官对事实的裁判。**由于社会分工和知识领域的精细化，各个领域的知识具有的深度和广度使得法官无法成为各行各业的专家，法官的责任是精通并正确适用法律和准确认定事实，而诉讼中涉及的事实却是无所不及，对于专门性问题法官往往是外行人。例如，若侦控方提供法医尸检的结果，用以证明被害人的死亡时间和死因，DNA 鉴定专家提供在死者身上发现的微量物质与嫌疑人的匹配分析，这些对于案件事实和犯罪行为人的认定都是至关重要的，但是否采纳需要法官对其中的证明原理有所认识，否则就是贸然裁判。而司法鉴定在审判和科学之间架起了沟通的桥梁，只有各鉴定人出具的鉴定意见的内容能够帮助法官理解结论得出的过程，进而对是否采纳该证据、认定该事实进行裁判。

5. **确定被告人的精神、身体状况及证人资格。**在我国，患有精神疾病的犯罪行为入无需承担刑事责任。因此，精神病鉴定在一些案件中是事关法院判定被告人最终是否承担刑事责任的关键所在。同时，对于证人是否具备作证的资格有时也需要借助鉴定的方式进行判断。最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》（以下简称《刑诉法解释》）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，以及案件起诉到人民法院后被告人脱逃，致使案件在较长时间内无法继续审理的，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者鉴定。这些诉讼问题都需要借助鉴定人的鉴定意见加以判断。

（四）鉴定意见适用的相关原则与规则

1. **直接审理原则与传闻证据规则。**直接审理原则不论在英美法系国家还是大陆法系国家均是一项重要的庭审规则：一方面，审判者要对庭审过程亲历亲为，直接听取鉴定人的鉴定意见，此谓形式之直接性；另一方面，鉴定人应提供一手的鉴定意见，即需要出庭接受质证和询问，而不能仅提供书面的意见，此谓实质之直接性。^{〔1〕}鉴定人出庭作证，不仅使鉴定人本身更严谨地对待自己的鉴定意见，也能使法官接触最直接的证据以利于其心证的形成，同时也是保障双方当事人质询权的前提。

与直接审理原则相辅相成的还有传闻证据规则。《美国联邦证据规则》第

〔1〕 林钰雄：《严格证明与刑事证据》，法律出版社 2008 年版，第 42～43 页。

801 条将传闻定义为“陈述人并非在审判或听证中作证时作出的，作为证据提供用以证明所主张事项之真实性的陈述”，而第 802 条规定了传闻证据原则上不可采。^{〔1〕}此种规定背后的法理在于传闻证据无法在法庭上受到交叉询问，因而其真实性和可靠性会大打折扣。

我国法律中虽然规定证据只有经过质证才能成为定案依据，且《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《民事证据规定》）第 59 条等法律规定也要求鉴定人出庭接受当事人的询问，但同时规定了鉴定人因特殊原因无法出庭的可以经法院准许提供书面意见。此外，新《刑事诉讼法》增加了第 187 条的规定：“公诉人、当事人或者辩护人、诉讼代理人对鉴定意见有异议，人民法院认为鉴定人有必要出庭的，鉴定人应当出庭作证。经人民法院通知，鉴定人拒不出庭作证的，鉴定意见不得作为定案的根据。”司法实践中的情形是鉴定人一般不出庭，只由当事人提交鉴定意见。而《刑事诉讼法》第 157 条规定：公诉人、辩护人对未到庭的鉴定人的鉴定意见应当当庭宣读，审判人员听取各方意见。如此一来，便是在法律上准许了鉴定人可以不出庭而是只提供书面的鉴定意见，同时违反了直接审理原则和传闻证据原则。

2. 鉴定意见的质证规则。首先，根据《刑事诉讼法》第 156 条的规定，鉴定人应当出庭接受当事人质询，经法庭许可，当事人可以向鉴定人发问。显然，这些程序顺利进行的前提是鉴定人出庭作证；鉴定人若不出庭，当事人无法对其鉴定资格、程序、技术等存在的瑕疵进行质询，鉴定意见无法得到质证，又如何能作为证据使用呢？此外，新《刑事诉讼法》增加了第 187 条的规定：公诉人、当事人或者辩护人、诉讼代理人对鉴定意见有异议，人民法院认为鉴定人有必要出庭的，鉴定人应当出庭作证。这似乎冲淡了鉴定人出庭的必要性，当事人的质询权极其微弱，即使鉴定人出庭也主要是接受法官的询问。

其次，《刑诉法解释》第 59 条规定，对鉴定意见有疑问的，人民法院可以指派或者聘请有专门知识的人或者鉴定机构，对案件中的某些专门性问题进行补充鉴定或者重新鉴定。新《刑事诉讼法》第 192 条也规定：“公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人可以申请法庭通知有专门知识的人出庭，就鉴定人作出的鉴定意见提出意见。”《刑诉法解释》第 60 条规定，人民法院在开庭审理时，对省级人民政府指定的医院作出的鉴定意见，经质证后，认为有疑问，不能作为定案根据的，可以另行聘请省级人民政府指定的其他医院进

〔1〕 陈界融：《美国联邦证据规则（2004）译析》，中国人民大学出版社 2005 年版，第 88、98 页。

行补充鉴定或者重新鉴定。

最后,根据《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》(以下简称《死刑案件证据规定》)第23条的规定,对鉴定意见进行质证主要围绕以下方面进行:(1)是否存在回避情形;(2)鉴定人的资质是否合法;(3)检材是否充足、可靠、完好;(4)鉴定程序、方法、分析过程是否符合相关行业规则 and 法律规定;(5)鉴定意见与待证实是的关联性;(6)鉴定意见与其他证据是否有矛盾;(7)形式上是否符合法律规定;(8)鉴定意见是否明确。

3. 鉴定意见的认证规则。对鉴定意见的认证,即法官对鉴定意见的证明力或证明价值的评价,大陆法系国家采用相对自由的证明制度,由审理案件的法官凭借其理性、经验和良知对鉴定意见的证明力作出评价,例如法国法律规定了法官对鉴定意见的自由裁量权并且根据判例法不需要阐明接受的理由。^[1]我国是在《死刑案件证据规定》中第24条规定了不能作为定案依据的情形:(1)鉴定机构或鉴定人不具有相关鉴定资格或鉴定能力,如超出鉴定项目范围;(2)鉴定程序、方法错误;(3)与证明对象没有关联性;(4)检材的有缺陷,包括来源不明、被污染、不符合鉴定条件等;(5)违反鉴定特定标准;(6)鉴定文书缺少签名、盖章。同时,在我国司法实践中存在一个潜规则,即鉴定机构的级别越高,其所作的鉴定意见被赋予的证明价值也就越高。^[2]

(五) 鉴定启动权的限定性问题

我国《民事诉讼法》第72条规定,人民法院对专门性问题认为需要鉴定的,应当交由法定鉴定部门鉴定;没有法定鉴定部门的,由人民法院指定的鉴定部门鉴定。《民事证据规定》第25~26条规定,对需要鉴定的事项负有举证责任的当事人可以向法院申请鉴定,经人民法院同意后,由当事人双方协商确定,协商不成的由人民法院指定;第28条规定,一方当事人可以自行委托有关部门作出鉴定结论,另一方可以举证反驳或申请重新鉴定。因此,从上述法律规定可以归纳出,民事诉讼中的鉴定人既可由当事人委托,亦可由法庭选任;当事人申请鉴定的,须经法院的许可。

我国《行政诉讼法》仅在第35条规定了人民法院有权启动鉴定程序。《最高人民法院关于行政诉讼证据的若干规定》(以下简称《行政诉讼证据规定》)第42条规定,当事人可以就证人的作证能力申请鉴定。但是,没有关

[1] 刘晓丹:《论科学证据》,中国检察出版社2010年版,第112页。

[2] 房保国主编:《刑事证据潜规则研究》,知识产权出版社2011年版,第91页。