

黄维智 著

法学新思维 文丛

站在二十世纪末思考证据法的未来，
很大程度上就是要探讨正在演进的事实认定科学化的问题。
伴随着过去五十年惊人的科学技术进步，
新的事实确认方式已经开始在社会各个领域（包括司法领域）挑战传统的事实认定法。
随着越来越多对诉讼程序非常重要的事实与用来发掘感官所不能及的世界的辅助工具所揭示的真相之间鸿沟的扩大，
人类感官在事实认定中的重要性已经开始下降。

——[美]达马斯卡 《漂移的证据法》

鉴定证据制度研究

Jianding Zhengju Zhidu Yanjiu

Faxue Xinsiwel Wencong

中国检察出版社

Faxue Xinsiwwei Wencong

法学新思维 文丛

中国检察出版社

鉴定证据制度研究

■
□
—— 黄维智 著



图书在版编目 (CIP) 数据

鉴定证据制度研究/黄维智著. —北京: 中国检察出版社,
2006. 12

ISBN 7 - 80185 - 665 - 1

I. 鉴… II. 黄… III. 司法鉴定—证据—司法制度—研究
IV. D918. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 131130 号

鉴定证据制度研究

黄维智 著

出 版 人: 袁其国

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

电子邮箱: zgjccbs@vip. sina. com

电 话: (010)68658767(编辑) 68650015(发行) 68650029(邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 保定市中华美凯印刷有限公司

开 本: A5

印 张: 9.75 印张

字 数: 263 千字

版 次: 2006 年 12 月第一版 2006 年 12 月第一次印刷

书 号: ISBN 7 - 80185 - 665 - 1/D · 1641

定 价: 24.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换



作者简介：

黄维智 男，1968年3月生，四川内江人，成都市人民检察院公诉一处副处长，全国检察系统检察业务专家，最高人民检察院理论研究所兼职研究员，西南财经大学法学院兼职教授，硕士生导师。成都体育学院运动医学系学士（1991），四川大学法学院硕士（2000），四川大学法学院博士（2004），西南政法大学博士后工作站研究人员（2004.11—2006.9）。出版译著《清白的罪犯》，合著《职务犯罪证据的收集与运用》。在《中国社会科学文摘》、《中国法学》（英文版）、《现代法学》、《法学评论》、《法学》等刊物上发表论文60余篇。

本文研究得到龙宗智教授
全国优秀博士论文基金资助

序

《鉴定证据制度研究》一书是黄维智博士在其博士论文的基础上修改而成的。十年的学医和从医经历，六年的鉴定实务工作，是其选择该题目作为博士论文的重要原因。

鉴定结论作为一种重要的证据形式，是由具有某项专门知识或技能的人接受鉴定委托后，利用其专门知识或技能对客观事物的某种属性进行观察、验证后作出的认定或判断。我们承认，法官应当具有丰富的社会知识以及深厚的法律专门知识，唯其如此，才能对千差万别的案件作出判断。然而，法官不是万能的。对于各行各业的专业性知识，自然科学知识尤其是高科技知识往往是门外汉。当法官在诉讼中对专业性问题难以作出判断时，就需要在这方面有较深造诣的专家利用其专业知识和技能对其予以协助。随着人类社会的发展，科学技术日新月异地进步，案件涉及的知识与信息常常会超出一般生活经验范围，专业人员的介入将会显得越来越必要和重要。

达马斯卡教授的证据法专著《漂移的证据法》，将证明的科学化作为证据法发展的主要趋势，他指出：“站在20世纪末思考证据法的未来，很大程度上就是要探讨正在演进的事实认定科学化的问题。伴随着过去50年惊人的科学技术进步，新的事实确认方式已经开始在社会各个领域（包括司法领域）挑战传统的事实认定法。越来越多对诉讼程序非常重要的事实与用来发掘感官所不能及的世界的辅助工具所揭示的真相之间鸿沟的扩大，人类感官在事实认定中的重要性已经开始下降。”证明的科学化，意味着鉴定技术更加普遍地被采用，在事实证明中发挥着越来越大的作用。而对鉴

定结论的基础理论、鉴定结论的科学性、鉴定的主体、鉴定的启动程序、鉴定的证据效力等问题进行分析研究,对鉴定结论证据制度的发展完善乃至推动证据制度的整体发展具有十分重要的理论与实践价值。

目前,我国鉴定结论制度需要进一步完善,而学界对这一制度的研究也需要加强。黄维智博士的著作对鉴定结论制度中的一些重要问题进行了研究。不过,他的著作也非面面俱到,而是以“鉴定主体和程序”为重点展开研究。全书从基本概念入手对鉴定证据的基本概念、特性、功能、分类与科学条件进行了分析;通过对世界各国这方面制度的情况和发展动态进行分析比较,作者认为,在两大法系围绕公正与效率为主题的改革过程中,鉴定证据制度表现出鉴定启动从“随意”到“令状”、主体选择的“合意”先于“指定”、主体地位从“依附”到“独立”、双方认同的“合意”优于“程序”以及制度间相互借鉴和融合的趋势。作者对鉴定证据的制作主体的独立性与中立性特征,鉴定主体的权利、义务、责任等问题作了较多的论述。就鉴定程序问题,作者分别对鉴定证据的形成原则、鉴定的启动、鉴定主体的选任、鉴定的补救程序、鉴定证据的开示与质证程序进行了比较研究。作者还针对我国的鉴定实践,分析了一些具体问题。最后,根据国内外相关立法的规定以及鉴定制度的发展变化趋势,结合我国鉴定制度运行的实际情况,提出《鉴定证据法》草案建议稿,对我国的鉴定证据制度改革完善有一定参考价值。

应当说,黄维智博士的这部著作对鉴定结论制度的一些重要问题作了深入探讨,搜集并运用了较丰富的资料从而为我们提供了许多有用的知识,作者也提出了一系列有创见性的观点并作了论证。因此,这部著作有一定的学术价值和实用意义。不过,作者的一些观点在论证上仍感不够有力,某些问题的把握也不一定十分准确。

序

黄维智是全国检察系统首批检察业务专家，目前在成都市人民检察院公诉处工作。他能够长期坚持刻苦学习与认真研究，作为他攻读博士学位时的指导教师，我殷切希望他继续努力，通过扎实严谨的研究获得更突出的学术成果。

龙宗智

2005年5月5日

前 言

随着人类社会的发展，人际关系和科学技术日新月异地变化，案件事实涉及的信息常常是会超出一般生活经验范围之外，专业人员的介入将会显得越来越必要和重要。众所周知，法官是应具有深厚法律专门知识和丰富社会知识的人，唯有如此，才能应付司法实践中千差万别的情况，但是，法官又不可能是万能的。他对于社会生活中各行各业的专业知识、自然科学知识尤其是高科技知识往往是门外汉。当法官在诉讼中涉及自身知识和经验无法认定、比对、分析、推理并作出结论时，根据法官不能拒判的原则他不能置之不理，另一方面根据以事实（证据）为根据，又不能随意下判。这些问题只能由在该方面有较深造诣的专家作出科学的结论以解疑难，否则，整个诉讼程序无法运作。这种根据案情需要，由具有某项专门知识的人接受鉴定委托后，利用其专门知识和技术手段，对客观事物的某种属性进行观察、验证，并作出具有科学的认定或判断，这种科学的认定或判断称之为鉴定结论（专家证言）。

鉴定证据一方面对启动、推进、中止、终结诉讼程序起着重要作用，另一方面能够有效降低国家司法机器运转产生的错案成本。目前，我国关于鉴定结论存在很多突出问题：如缺乏鉴定结论形成的法定程序；缺乏鉴定结论形成的时限与诉讼不同阶段的期限冲突的解决办法；缺乏重复矛盾鉴定结论的取舍规则（鉴定结论形成的利益冲突解决）；缺乏系统的、分门别类的鉴定结论形成的参照标准；缺乏鉴定结论证明力大小与鉴定机构级别高低的关系的解决方法等。诸多问题的存在，严重影响司法程序的启动、推进、中止、终结，人们对这种“科学证据”的“可靠性”的认同就大打折扣，司法工作人员和法学界人士以及社会各界人士反映强烈。近

年来,我国鉴定证据制度的改革问题引起了社会各界的广泛关注。自1997年以来,每年的全国人民代表大会和全国政协代表大会,都收到代表、委员要求改革司法鉴定体制,尽快制定《司法鉴定法》的议案和提案。据2000年统计,“两会”期间,先后有5个省人大代表团的160名代表联署提案,要求加快鉴定立法。2001年九届全国人大第三次会议上又有8个省团266位代表提议制定鉴定法,加快鉴定证据制度的改革步伐。但是,目前我国对作为法定证据形式之一的鉴定结论进行研究的成果甚微,其重要性还未引起业内人士的高度重视和关注。可见对“鉴定结论”这一科学证据的研讨迫在眉睫。基于此,选该题作为笔者攻读博士学位的研究课题。

针对我国当前存在的问题并结合世界各国的发展方向,本文以“中立与合意”(公正与效率)为指导思想,以“鉴定主体和程序”为重点分六个部分进行研究。从基本概念的分析入手对鉴定结论进行分析,同时通过研究了解世界各国该制度的情况和发展动态,为我国鉴定结论这一证据形式的发展、改革提供科学的依据,同时对推进我国对该制度的完善提供可行性方案。最后,根据笔者的研究,草拟了我国《鉴定证据法》建议稿供立法者参考。

目 录

序	/1
前言	/1
第1章 概论	/1
1.1 鉴定证据的概念及特性	/1
1.1.1 鉴定证据的概念	/1
1.1.2 鉴定证据的特性	/7
1.2 鉴定证据的功能及分类	/16
1.3 鉴定证据的科学条件	/20
1.3.1 问题的提出	/20
1.3.2 鉴定证据与科学	/22
1.3.3 鉴定证据客观性的科学条件	/27
第2章 鉴定结论与专家证言的比较性考察	/41
2.1 鉴定结论与专家证言的历史沿革	/41
2.1.1 鉴定结论（专家证言）制度的雏形	/42
2.1.2 鉴定结论与专家证言制度的形成	/45
2.2 鉴定结论与专家证言的法律性格	/47
2.3 鉴定结论与专家证言的特点及价值取向	/50
2.3.1 职权主义下鉴定结论的特点及价值目标	/53
2.3.2 当事人主义下专家证言的特点及价值目标	/55
2.4 中立与合意——两大法系鉴定证据制度的融合	/57
2.4.1 中立与合意——公正与效率对鉴定证据制度的要求	/58

2.4.2 鉴定启动从“随意”到“令状”	/59
2.4.3 主体选择的“合意”先于“指定”	/63
2.4.4 主体地位从“依附”到“独立”	/66
2.4.5 双方认同的“合意”优于“程序”	/68
第3章 鉴定结论的制作主体	/71
3.1 鉴定主体的资格——以能力适格为中心	/71
3.1.1 两大法系关于主体资格的问题	/71
3.1.2 对“鉴定人主义”及“鉴定权主义”的反思	/74
3.1.3 对两种鉴定主体资格确认方式的评价	/76
3.1.4 我国的现状及选择	/77
3.2 鉴定主体的特性——以独立性与中立性为中心	/79
3.3 鉴定主体的权利	/82
3.3.1 了解案件有关事实的权利	/83
3.3.2 拒绝鉴定的权利	/87
3.3.3 提出个人意见的权利	/89
3.3.4 获得相应报酬的权利	/91
3.4 鉴定主体的义务	/93
3.4.1 鉴定的义务	/94
3.4.2 回避的义务	/95
3.4.3 宣誓的义务	/96
3.4.4 出庭的义务	/97
3.5 鉴定主体的责任	/99
3.5.1 大陆法系国家有关鉴定主体责任的理论	/100
3.5.2 英美法系国家有关鉴定主体责任的理论	/102
3.5.3 我国有关鉴定主体责任的理论的选择	/104
第4章 鉴定证据的程序	/106
4.1 鉴定证据的形成原则	/106
4.1.1 必要事实原则	/106

4.1.2 客观中立原则	/115
4.1.3 科学可靠原则	/118
4.1.4 来源真实原则	/122
4.1.5 双方平等原则	/127
4.1.6 意见公开原则	/129
4.2 鉴定的启动——令状中心主义的形成	/130
4.2.1 传统的启动模式及其利弊	/131
4.2.2 启动模式的变化趋势	/134
4.2.3 我国的现状及出路	/140
4.3 鉴定主体的选任	/144
4.3.1 两大法系的选任模式及利弊	/145
4.3.2 选任模式的变化趋势	/148
4.3.3 我国的现状及改革	/154
4.4 鉴定的补救程序——再鉴定	/158
4.4.1 再鉴定的理论前提	/159
4.4.2 再鉴定的类型	/160
4.4.3 再鉴定的启动问题	/162
4.5 鉴定证据的开示程序	/166
4.5.1 鉴定证据开示程序的功能	/167
4.5.2 鉴定证据开示的程序	/168
4.5.3 我国的鉴定证据开示制度	/175
4.6 鉴定证据的质证	/180
4.6.1 鉴定证据质证的范围	/181
4.6.2 鉴定证据的质证程序	/195
第5章 鉴定证据制度在我国司法实践中的突出问题	/216
5.1 鉴定主体出庭难问题	/217
5.1.1 现象及其危害	/217
5.1.2 鉴定主体出庭难的原因	/219
5.1.3 解决鉴定主体出庭难问题的对策	/225

5.2 反复鉴定控制难问题	/228
5.2.1 反复鉴定的合理性与非理性	/229
5.2.2 反复鉴定难控制的原因	/232
5.2.3 合理控制反复鉴定的对策	/238
5.3 鉴定报告简单化问题	/243
5.3.1 鉴定报告简单化的主要表现	/243
5.3.2 产生鉴定报告简单化的原因及其弊端	/246
5.3.3 规范鉴定报告的对策	/248
5.4 鉴定活动收费乱问题	/252
5.4.1 鉴定活动中收费乱的主要表现及其弊端	/252
5.4.2 鉴定活动中产生收费乱的原因	/254
5.4.3 规范鉴定活动中收费的对策	/255
5.5 测谎鉴定使用难问题——从高检的批复谈起	/258
5.5.1 从测谎技术到测谎鉴定	/258
5.5.2 我国的测谎技术与测谎鉴定	/266
第6章 我国鉴定证据制度的重塑	
——笔者拟定的《鉴定证据法》草案建议稿	/271
6.1 模式选择	/271
6.2 指导原则	/271
6.3 草案内容	/273
参考文献	/283
后记	/291
附一：中华人民共和国司法鉴定管理法（草案）	/293

第 1 章 概 论

1.1 鉴定证据的概念及特性

1.1.1 鉴定证据的概念

1.1.1.1 目前关于鉴定结论的基本概念

上海辞书出版社 1979 年版《辞海》中并无“鉴定”一词，商务印书馆 1978 年版《现代汉语词典》将“鉴定”一词定义为辨别并确定事物的真伪或优劣，“结论”一词的定义是从前提推论出来的判断，也叫断案。“鉴定结论”一词的字面意义是对事物的真伪或优劣进行辨别后作出的判断。在法学领域其意义是什么呢？有人说“鉴定结论就是鉴定人所作的结论”，或说“鉴定结论就是鉴定书对鉴定要求给予答复的结论”。这些说法并不是全无道理，但未触及法学领域关于“鉴定结论”概念的本质。

我国三大诉讼法均有关于“鉴定结论”的规定。刑事诉讼法

第42条、民事诉讼法第63条、行政诉讼法第31条均将鉴定结论列为七种证据形式之一。其中刑事诉讼法第119条、第120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、聘请专门知识的人进行鉴定”；“鉴定人进行鉴定后，应当写出鉴定结论，并且签名。”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。……鉴定部门和鉴定人应当提出书面鉴定结论，在鉴定书上签名或盖章。鉴定人鉴定的，应当由鉴定人所在单位加盖印章，证明鉴定人身份。”行政诉讼法第35条规定：“在诉讼过程中，人民法院认为对专门性问题需要鉴定的，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。”

从三大诉讼法的规定不难看出，鉴定是诉讼上证据调查的一种方法，鉴定结论是一种证据形式。关于鉴定结论的概念，目前我国法学界有下列几种大同小异的表述：鉴定结论是指在诉讼过程中，对于案件的专门性问题，按照诉讼法的规定，经诉讼当事人的申请、司法机关决定，或者司法机关主动决定，指聘具有专门知识的鉴定人，运用科学技术方法，对专门性问题作出的科学判断结论，是法定证据的一种；^① 鉴定结论是指司法机关为了解决案件中某些专门性问题，指派或聘请具有这方面专门知识和技能的人，进行鉴定后所作的书面结论；^② 由具有某项专门知识的人接受委托后，利用其专门知识和技术手段，对客观事物的某种属性进行观察、验证，并作出具有权威性的科学认定或判断，这种权威性的科学认定或判断一经作出就是结论，故称为鉴定结论；^③ 鉴定结论是指鉴定

① 邹明理：“论鉴定结论及其属性”，载司法部法规教育司编：《司法鉴定立法研究》，法律出版社2002年版，第88页。

② 何家弘主编：《司法鉴定导论》，法律出版社2000年版，第49页。

③ 田平安：“鉴定结论论”，载《现代法学》2000年第6期，第26页。

人根据公安司法机关的指派或聘请,运用自己的专门知识和技能对案件中需要解决的专门性问题进行鉴定后所作出的结论性的判断。^①

上述的概念将鉴定结论的启动方式、鉴定结论的形成程序、鉴定结论的形式等方面作了详尽的概述,概括起来鉴定结论有以下几个特点:第一,鉴定结论的启动决定权在于司法机关;第二,鉴定结论是鉴定人对与案件事实有关的某些专门性问题进行鉴别、判断后所作出的结论;第三,鉴定结论是为解决案件专门性问题指派或聘请鉴定人而作出的书面结论;第四,鉴定结论是鉴定人利用自己的专门知识和技能形成的。

1.1.1.2 对目前概念的反思

有人认为,鉴定结论的概念已经被学者们讨论得很彻底、很完全,根本没有再讨论的必要,然而,笔者认为目前关于鉴定结论字面本身及其概念仍有许多不尽清晰并且容易让人产生误解之处。

首先,“鉴定结论”这一用词就欠妥,让人自然而然联想到它是结论性判断,事实上并不一定是如此。当初选用“鉴定结论”一词的目的或许就是为了突出这一证据形式的权威性。实际上应使用“鉴定报告”一词更为恰当,理由如下:“鉴定结论”仅是一份鉴定报告中最后很少的一部分内容,前面包括基本情况、分析意见等内容,我们不能说基本情况、分析意见等不是证据的组成部分,只有最后的结论才是证据;作为一份完整的证据理应包括上述几个部分,它们是不能分割的一个整体。每当论及鉴定时,人们往往不假思索就会说,大陆法系称为“鉴定结论”,英美法系称为“专家证言”,真是如此吗?

法国《刑事诉讼法》第156条至第170条是关于鉴定的规定,其中第166条规定:鉴定结束后,鉴定人应制作一份内容包括对鉴定过程的记录及其结论的报告。……鉴定报告、鉴定物品或其剩余

^① 樊崇义主编:《证据法学》,法律出版社2001年版,第111页。