

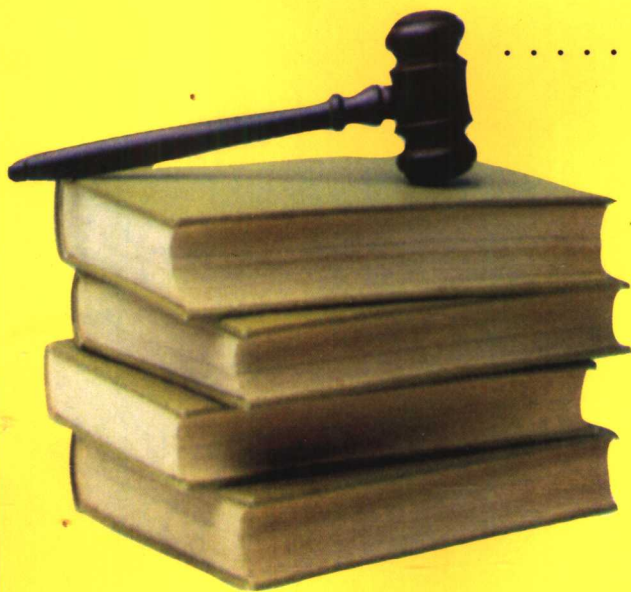
中国证据制度与司法运用

上海市高级人民法院 / 编

主 编 乔宪志

副主编 杨承韬

朱 琦



法律出版社

中国证据制度与司法运用

上海市高级人民法院 / 编

主 编 乔宪志

副主编 杨承韬

朱 琦

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国证据制度与司法运用/上海市高级人民法院编.
北京:法律出版社,2002.5
ISBN 7-5036-3739-0

I. 中… II. 上… III. 证据—制度—中国
IV. D925

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 018025 号

出版/法律出版社
印刷/北京四季青印刷厂
责任印制/陶松

总发行/中国法律图书公司
经销/新华书店
责任校对/何萍

开本/A5
版本/2002 年 6 月第 1 版

印张/18.5 字数/475 千
2002 年 6 月第 1 次印刷

法律出版社地址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)
电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn
传真/(010)88414115
电话/(010)88414121(总编室)

(010)68710327(责任编辑)

中国法律图书公司地址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)
传真/(010)88414897
电话/(010)88414899 88414900
(010)62534456(北京分公司) (010)65120887(西总布营业部)
(010)88414934(科原大厦营业部) (010)88960092(八大处营业部)
(021)62071679(上海公司)

商务网址/www.chinalaw-book.com

出版声明/版权所有,侵权必究。
书号:ISBN 7-5036-3739-0/D·3374
定价:35.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

前 言

人们常谓证据乃案件事实构成之基础,有人则谓证据乃案件胜败之基础。无论事实之基础抑或胜败之基础,证据于诉讼之重要性已为人们所关注。

我国立法中虽已有关于证据的规定,但因其不全面而难敷司法运用之需。近年来,随着国人对公正主旨的追求高涨,证据立法中的不足与欠缺问题自然成为学术界与司法实务界研究中的重点与热点,有识之士预料,证据制度立法的完善,必将推动整个诉讼制度乃至司法制度的进一步发展与完善。

有鉴于证据研究所需,我们邀请部分法官成就本书。本书所收论文范围较广,涉及证据基础理论、刑事证据运用、民事证据运用、行政证据运用及司法鉴定和有关执行证据等领域;既有对证据立法、证明标准等证据改革宏观方面的研究,也有对某一证据具体运用等微观方面的研究。本书作者系既有着丰富审判经验又对证据研究有一定造诣的法官。作者们的经验与知识、理论与实践的结合,构成了本书的特色。相信读者会从作者的研究成果中获益匪浅。当然,山外青山楼外楼,由于作者及编者学识所限,文中难免有不足之处,敬望读者不吝赐教,俾助作者研究日臻完美。

编 者
2001年12月

目 录

一、证据制度

建立适应我国诉讼制度的鉴定制度	孙永兴 袁俊生(1)
关于重构我国诉讼中认证制度的思考	王宗光(23)
专家证人制度研究	杨 钧 吴登楼 陆卫民(47)
论我国证人作证特免权制度的构建	朱明珍(73)

二、民事证据运用

(一)总 类

民事证据制度改革的合理取向——兼论其与民事

司法改革整体的协调

余 宇(86)

从 TRIPs 协议看“入世”对完善我国民事证据制度

的影响

丁晓燕(120)

TRIPs 对建立中国知识产权诉讼证据披露规则的

影响

潘福仁 徐亚丽 徐 俊(133)

(二)证据的调查收集

关于建立我国民事诉讼调查令制度若干问题研究 ...

王建平(147)

人民法院调查收集民事证据研究

阮忠良 章国峰(168)

强制取证制度的构建及其现实意义

高万泉(184)

(三)举证时限与证据交换

民事举证时限问题研究——从证据随时提出主义

到证据适时提出主义	孙丽娟(197)
试论民事审判中庭前证据交换规则	罗 斌(211)
论民事证据交换模式和完善	崔剑平(226)
庭前证据交换制度的实证研究	杨 路(239)
建立我国民事证据开示制度之构想	杨宇红(260)

(四)质 证

民事诉讼中质证问题研究	曹 涌(280)
浅议被告不到庭缺席审判的证据审查	秦 力(292)

(五)证据的审核认定

试论司法认知规则及其在民事诉讼中的运用	席建林(307)
论我国民事诉讼证明标准之重构	席建林(326)
举证责任和证明责任——一个民事诉讼中亟待	

澄清的问题	刘海东 尤海东 徐伟群(350)
我国民事证明模式之探析——兼论“盖然性占	

优势”证明标准的建立	张 斌 陈晓宇(364)
试论以“规范自由心证”支持证明标准	吴东辉(381)
试论逻辑上的客观真实证明标准的确立	张洁如(397)
略论民事诉讼中法官对事实的推定及其制约	陆陈明(409)
瑕疵私人书证及其证明力之确认	张 倩(420)
关于建立计算机证据制度的若干思考	朱峻峰(434)
电子证据与法律应对	余冬爱(449)

三、刑事证据运用

刑事审判中被告人供述排除规则适用新探	王宗光(463)
我国刑事传闻证据规则之立法构想及司法适用	周海平(488)
刑事非法证据排除规则之立法探讨	王秋良 李泽龙(509)
浅论我国刑事诉讼中非法证据排除规则的构建	肖伟琦(528)
论刑事诉讼关键证人出庭作证——现实的选择	

与制度的设计	余 剑(544)
刑事诉讼中法院自行取证制度研究	徐世亮(557)

四、附 录

最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定	(570)
---------------------------	-------

一、证据制度

建立适应我国诉讼制度的鉴定制度*

孙永兴 袁俊生

(获全国法院系统第十三届学术讨论会论文二等奖)

随着司法改革的不断深入,我国目前的鉴定体制已经难以适应改革的需求,甚至在某些方面成了改革深化的障碍,因此,鉴定体制的改革势在必行,而其中又以新鉴定制度的确立最为重要。如何借鉴西方两大法系鉴定制度的经验教训,建立一系列适应我国诉讼制度的鉴定制度就成了当务之急。笔者在拜读了众多专家、学者的诸多文献著作后,想结合自身多年的鉴定工作体会,发表一些管窥之见。

一、西方两大法系鉴定制度的比较与评价

所谓“鉴定”就是鉴别并确定事物的真伪。由于各行业知识体系专业化格局的形成以及统治者判断诉讼中专门性问题的需要,带有司法性的鉴定活动很早就产生了。古巴比伦的汉穆拉比(Hamurabi)法典便有了将医学专门知识应用于诉讼的记载;^①我国

* 本论文获'2001上海法院系统学术讨论会论文一等奖。

① “218. 如果医生用青铜刀为一个人的严重伤口作手术,而致人死命,或是用青铜刀在人太阳穴上开刀,而弄瞎了人的眼睛,那么应割掉他的手。”(杨炽译:《汉穆拉比法典》,高等教育出版社1992年版。)

古代的文献中(《秦简·封诊式》、^②《礼记·月令》、^③《史记·封禅书》、^④《三国志·魏书》、^⑤《唐律疏议》^⑥等)也不乏类似记载。宋代宋慈编著的法医学著作《洗冤集录》、手印、^⑦文件检验^⑧案例也在宋代开始出现。在西方,随着“神明裁判”的消亡,欧洲大陆和英格

② 1975年湖北云梦城关睡虎地出土的秦代竹简里,除了秦律的记载,还记载了《贼死》(杀人致死)、《经死》(缢死)、《穴盗》(挖洞偷窃)、《出子》(伤后流产)、《疔》(麻风)的查验,甚至还有盗铸钱者被搜出假钱百一十枚及“钱范”两套的记载,被称为《封诊式》。(参见贾静涛、张慰丰:《睡虎地秦竹简》,《中华医史杂志》1980年第10卷第1期。)

③ “是月也,有司修法治。缮囹圄,具桎梏,禁止奸,务搏执,命理瞻伤,察创,视折,审断,决狱讼,必端平。”(《礼记·月令》。)

④ “齐人少翁以鬼神方见上。……居岁余,其方益衰,神不至。乃为帛书以饭牛,佯不知,言曰此牛腹中有奇。杀视得书,书言甚怪。天子识其手书,问其人,果是伪书,于是诛文成将军,隐之。”(《史记·封禅书》。)

⑤ “时有投书诽谤者,太祖疾之,欲必知其主。渊请留其本书而不宣露。其书多引《二京赋》,渊敕功曹曰:‘此郡既大,今在都辇而少学问者。其简开解年少,欲遣就师’。功曹差三人,临遣引见,训以‘所学未及《二京赋》博物之书也,世人忽略,少有其师,可求能读者从受之。’又密喻旨。荀日得能读者,遂往受业。吏因请使作笈,比方其书,与投书人同手。收摄案问,具得情理。”(《三国志·魏书》。)

⑥ 《唐律疏议》诈病死伤不实项:“诸诈病及死伤受使检验不实者,各依所欺减一等;若实病、死及伤不以实验者,以故人人罪论。”《唐律疏议》诈疾病有所避项:“诸诈疾病有所避者杖一百,若故自伤残者待一年半。”《唐律疏议》斗殴、手足他物伤项:“诸斗殴人者笞四十(谓以手足击人者),伤及以他物殴人者,杖六十(见血为伤),非手足者,其余皆为他物,即用兵不用刃亦是。”“拔发方寸以上至髻发不尽仍堪为髻者,杖八十”,“方寸者,谓量拔发无毛之所,纵横径各满一寸以上者,若方斜不等,围绕四寸为方寸。”

⑦ “安抚使范仲淹表其材,知永新县。豪子龙聿诱少年周整饮搏,以技胜之,计此赀折取上腴田,立券。久而整母始知之,讼于县。县索卷为证,则母手印存,弗受。又讼于州,于使者,击登闻鼓,皆不得直。绛至,母又来诉,绛视卷,呼谓聿曰:‘券年月居印上,是必得周母他牒尾印,而撰伪券续之耳。’聿骇谢,即日归整田。”(《宋史·元绛传》。)

⑧ “侍御章频知彭州九陇县,时有眉州大姓孙延世为伪契夺族人田,久不能辨。运使委频验治。频曰:‘券墨浮朱上,决先盗用印后书之。’既引伏。狱未上而其家人复诉于转运使。命知益州华阳县黄梦松覆案,亦无所异。”(见于《宋史·章频传》、南宋郑克:《折狱龟鉴》。)

兰的审判模式也开始分道扬镳,西方两大法系的最终形成也使鉴定制度与其诉讼制度相适应,形成了各自的体系。

(一)大陆法系国家的司法鉴定制度及其评价

以法国、德国为代表的大陆法系国家采取的是纠问式诉讼制度,又称为职权主义诉讼制度,其相应的鉴定制度主要包括以下几方面内容:

1. 视鉴定人为法官的助手(德国诉讼法规定,鉴定人是法官“科学上的辅助人”和“帮助法官认识活动的人”),而非当事人的辅助者,其参加诉讼的目的是弥补法官专门知识的不足,帮助法官进行认证,因此鉴定人的诉讼地位高于普通证人。^⑨

2. 遵循鉴定权主义原则,即鉴定人资格和鉴定机构鉴定权法定化,实行法定鉴定人制度,只有法定的鉴定人或机构才能向司法机关提供鉴定结论。例如法国的鉴定人名册制度。^⑩

3. 法官依职权决定鉴定的开始和选任鉴定人。当事人对鉴定的提起和进行有请求权,但这种请求权非决定权,对法院没有约束力。^⑪当事人可以要求鉴定人回避。

4. 鉴定检材由法官确认后提供给鉴定人,^⑫鉴定人在鉴定活

⑨ “鉴定人进行鉴定时应该与法官保持密切联系;他必须将鉴定工作进展情况及时间向他们报告,并请求法官提供协助。”(《法国刑事诉讼法典》第161条。)

⑩ “鉴定人应从最高法院办公厅制作的全国专家名册中所列的自然人和法人中选取,或者从各上诉法院与总检察长商定提出的名册中选取。”(《法国刑事诉讼法典》第157条。)

⑪ “在审判过程中,法官在案件出现技术方面问题时,可以依自己职权,或者根据检察院的要求,或者案件当事人的请求,决定进行鉴定。”“鉴定人应在法官的监督下进行鉴定。”(《法国刑事诉讼法典》第156条。)

⑫ “在把鉴定物品移交鉴定人以前,法官应按规定制作清单,并在移交笔录中载明。”(《法国刑事诉讼法典》第163条。)

动中具有相对的独立性,^⑬从事的是准司法活动。

5. 在对事实的认定上,法官坚持自由心证,不受鉴定人意见的束缚或限制,但允许当事人及其诉讼代理人要求鉴定人出庭作证,或由法官依职权决定鉴定人是否需要出庭作证。^⑭

大陆法系国家鉴定制度的突出特点在于法官职权作用的影响贯穿鉴定的始终,而当事人的请求权对法官的约束力较小。

其优点在于:鉴定由法官依职权决定、检材由法官确认后送鉴以及严格的回避制度,能够最大限度地保证鉴定的客观公正性;减少了不必要的重复鉴定,节约了诉讼成本,提高了诉讼效率;对有错误的鉴定人可以取消其鉴定人资格,有利于错误鉴定造成错案的责任追究。

其缺点主要有:专家的鉴定结论对法官就事实的认定具有重大的影响力,甚至代替法官从事了部分职务活动,影响了法官的独立判断;鉴定人与法官的关系密切,容易受法官意志的影响左右鉴定结论;当事人对法官指定的鉴定人不够信任,对鉴定的积极性不高。

(二)英美法系国家的鉴定制度及其评价

以英国、美国为代表的英美法系国家采取的是对抗式诉讼制度。双方当事人起主导作用,以平等地位相互抗衡,进行辩论,法官则居中裁判,又称为当事人主义诉讼制度,其相应的鉴定制度主

^⑬ “为了更准确的完成鉴定任务,鉴定人可以听取被审查人以外的其他人的陈述,作为参考。如果鉴定人认为有讯问被审查人的必要,法官可以在鉴定人在场的情况下,按照一定的形式和条件,对被审查人进行讯问。此时被审查人有权要求其律师在场提供帮助。但是,负责鉴定犯罪嫌疑人身体和心理的鉴定人,可以在没有法官和律师在场的情况下,向犯罪嫌疑人提出进行鉴定所必需的任何问题。”(《法国刑事诉讼法典》第164条。)

^⑭ “鉴定人在宣誓后,当庭宣读他已进行的技术鉴定的结果,然后参与法庭辩论。辩论过程中他可以参阅自己的报告及其附件。审判长可以依职权或根据检察院、当事人或律师的要求,向鉴定人提出任何委托其进行鉴定范围内的问题。”(《法国刑事诉讼法典》第168条。)

要包括以下几方面内容:

1. 鉴定运用的科学知识被称为法庭科学,鉴定人被称为专家证人,但通常认为他们所起的作用与普通证人无异。^⑮鉴定人必须出庭接受直接询问和交叉询问,否则会因“藐视法庭”而被采取强制措施。

2. 遵循鉴定人主义原则,即立法上不确定鉴定人资格,也不将鉴定权固定授予特定的人或机构。实行自由鉴定人制度,只要参与审理有关案件的法官或陪审团认可其具有相关的专门性知识即可。

3. 原则上实行当事人委托鉴定制度,即是否需要鉴定、进行何种鉴定、需要进行几次鉴定以及由谁来进行鉴定等事项均由当事人自己来决定,鉴定所需的检材也由当事人按照有关证据法的规定提供。仅在某些例外情况下,才会由法院来指定鉴定人。^⑯

英美法系国家鉴定制度的突出特点在于“鉴定人的当事人化”,当事人双方掌握鉴定的决定权,实质上是把鉴定人当做有利于本方的一种证据来源。

其优点有:可以通过诉讼中双方当事人之间的竞争、抗辩,促进鉴定整体质量和效率的提高;可以借助双方当事人的相互制约

^⑮ 美国《联邦证据规则》:

“第 701 条 如果证人并非作为专家作证,那么他以意见或推理结论形式作出的证言仅限于以下情况:(a)合理建立在证人感知的基础上;(b)有助于正确理解该证人的证言或确定争议事实。”

“第 702 条 如果科学的、技术的或其他专门知识能帮助事实审理者理解证据或确定争议事实,凭其知识、技能、经验、训练或经教育具备专家资格的证人可以意见或其他形式作证。”

(参见杰弗里·C·哈泽德、米歇尔·塔鲁伊著,张茂译:《美国民事诉讼法导论》,中国政法大学出版社 1999 年 1 月第 1 版,第 140 页。)

^⑯ 在美国,由法院指定鉴定人的情况不尽相同,有以民事或刑事关于科学上的问题为限,有以刑事案件为限,有以刑事案件关于心智问题为限。在美国的诉讼实践中,如果当事人因经济方面的困难而无力负担聘请鉴定人的费用,但案件中的待证事实所涉及的专门性问题对认定事实具有重大影响时,法院也可以指定鉴定人。

机制,更加全面地揭示案件的客观事实,保证法官和陪审团兼听则明;在程序上,能充分保障双方当事人平等的诉讼权利。

其缺点是:对双方鉴定人的交叉询问使原本繁琐的诉讼程序变得更为冗长,增加了诉讼成本;鉴定人当事人化所带来的鉴定结论具有极大的倾向性,一些品行不佳的鉴定人甚至故意提供虚假的鉴定结论;当事人为了获得有利的结论,往往对送鉴的检材事先进行筛选,极易造成鉴定结论的片面性;取得专家结论的方式导致了科学的鉴定意见不一定被提交给法院以供作为裁判的基础,对法官和陪审团的裁决产生决定性影响的不是鉴定的技术方法和科学性准确性,而是双方所选鉴定人的声望及其在法庭上的表现;在实体上,达不到保护当事人合法权益的目的,有时反而成为当事人钻法律空子的有利工具,^①因此人们对鉴定结论的客观公正性深感怀疑,从而使鉴定结论的权威性远不如大陆法系国家。^②

从以上的比较可以看出,两大法系的各种鉴定制度都是为各自的诉讼制度而度身定造,可谓各有利弊。为了克服弊端,发扬优势,两大法系国家对于各自的鉴定制度也均在进行改革。如:大陆法系部分国家的鉴定人资格制度已经实行了固定资格与非固定资格相结合的原则;法官对同一鉴定事项可以同时委托数个鉴定人进行“双重鉴定”,以加强监督和制约;当事人也可以聘请自己的技

^① 参见卞建林、郭志媛:《两大法系司法鉴定制度比较》,检察日报正义网 2001 年 4 月 9 日。

<http://www.jcrb.com.cn/ournews/asp/readNews.asp?id=30889>。

^② “在美国,一些律师四处搜寻能帮助支持他们偏见或理论的专家证人,而有些专家已经成为职业证明人。在法律期刊上也充满了兜售专家的广告,每个专家都吹嘘具有无所不知的专业知识,以及自己的可用性和适应性。因此,原/被告双方的律师称这些专家为‘出卖才能者’。”“最近的一项研究表明,大概在任何领域都没有比在心理学和精神病学这两个领域更为滥用专家了,研究指出投硬币看正反面的正确率远远超出依赖心理学家和精神病学家的鉴定。”(黄列:《美国律师在诉讼中的道德危机》,《外国法译评》1996 年第 2 期,第 86—91 页。)

术顾问参与鉴定活动等等。英美法系国家则主要进行了法官依职权决定鉴定事项和指定鉴定人方面的改革。

可见,两大法系的鉴定制度正在相互交流、相互融合,以更好地服务于各自的诉讼制度。他山之石,可以攻玉,上述这些制度和经验对于建立我国新的鉴定制度来说,也是很有启发意义的。

二、借鉴两大法系鉴定制度的优点,建立适应我国诉讼制度的鉴定制度

(一)当前我国的鉴定体系过于庞杂,尚未建立适应诉讼制度的鉴定制度

目前,我国的鉴定体系比较庞杂,涉及诉讼的专门知识和专门机构众多。据有关报道,除了公检法机关设立的专门鉴定机构外,可以接受公检法机关委托进行鉴定的部门还有:教育、卫生系统,财政行政管理部门,国有资产管理部,物价行政管理部门,金融系统,各地人民银行和其他专业银行,环境保护行政管理部门,质量行政管理部门,商品行政管理的检验部门,药品检验部门,卫生防疫部门,动植物检疫部门,粮食种子管理部门,其他各行业、单位设置的有关产品、商品质量检验、监督机构,交通行政管理部门,商标行政管理部门,版权行政管理部门,文物行政管理部门,血液采供部门及血液制品制造部门,劳动行政管理部门,卫生行政管理部门,城乡建设行政管理部门,保险行业系统,地质、勘测、设计行政管理系统,其他部门等 26 大类,^⑨ 鉴定的项目主要有:法医学鉴定、司法精神病学鉴定、司法会计鉴定、司法化学鉴定、司法物理学鉴定、刑事技术学鉴定、司法工程学鉴定、司法物价学鉴定、测谎技术鉴定等 9 大

^⑨ 参见王世凡、王大兴:《我国司法鉴定制度的发展现状与思考》。<http://www.fenmedsci.com/news/news55.htm>。

类。而且随着科学技术的发展,成文法的产生和完善还会不断提出新的鉴定项目,鉴定体系也呈不断扩大的态势,^②各专业知识之间不断的交叉综合,^③也使鉴定体系日趋复杂多样。

其中,许多鉴定项目为众多部门所共有,如最常见的法医学鉴定就是如此。我国主要的法医学鉴定机构主要包括三部分:其一为公检法机关内部设置的法医学鉴定机构;二是经司法行政机关批准设置在科研机构的法医学鉴定机构,如司法部司法鉴定科学技术研究所;第三部分是在政法院校、医学院校中设立的法医学鉴定机构,如西安医科大学法医学院、同济医科大学法医学系以及政法院校所属的法医学鉴定中心等。此外,还有目前尚处于探索阶段的省市级司法鉴定管理机构所属鉴定机构(如:上海市人身伤害司法鉴定专家委员会)和民间的法医学鉴定机构(如:山东青岛正源司法鉴定事务所)等。

其中,公安机关的法医以刑事侦查方面的鉴定业务为主,如:死亡时间、致伤物推断的鉴定等,有时也对治安案件进行相关鉴定;检察机关的法医业务范围则主要是帮助检察官对公安机关报捕案件中有关法医学鉴定进行复核;法院的法医除了要帮助法官对刑事案件中的法医学鉴定进行复核审查外,对于民事(人身损害赔偿纠纷为主)案件中有关医学方面的问题还要作出鉴定结论,供法官判决时参考。公检法三家的法医学鉴定机构分别独立,按设立机关的级别管辖自成体系。各级鉴定机构的鉴定结论

② 随着科学技术的发展,法律所调整的领域必然不断扩大,司法鉴定的项目也必然随之逐渐扩大,如:通讯信息技术的发展、专利技术的知识产权保护、消费者权益的保护等新的法律规范不断出现,手机质量、网络电信服务的鉴定,专利技术的同一性鉴定和产品质量的鉴定也逐渐的出现在法庭上。因此可以说,成文法的产生和完善不断提出了新的鉴定项目,动态的法律造成了鉴定的多样性和复杂性。

③ 在实践中,各种专门知识并非互不相关,而是经常发生交叉重叠并被综合运用的,如:对于可疑文书上印泥、墨迹的化学成分分析就是文件检验与化学知识的综合;现场毛发的DNA分析除了运用痕迹学的原理还运用了法医血清学的知识;而对有毒中草药的认定则综合了法医毒理学、生物学、化学的相关知识。

有冲突的,可以按照有关规定送本系统的上级法医学鉴定机构进行正常的复核鉴定或重新鉴定。至于公检法以外的法医学鉴定机构,一般均独立存在,服务对象也最为广泛,可以接受公检法机关,也可以接受律师事务所,甚至是公民个人的委托,即所谓的“面向社会服务”,开展的鉴定业务也较多样,是公检法鉴定机构的良好补充。

应该说,上述法医学鉴定体系的设立是基本合理的,但是在后来的实践中却产生了许多问题,主要表现在:没有严格的委托鉴定程序,使重复鉴定和多处鉴定劳民伤财;错误的法医学鉴定结论不断造成错捕、错判,错案追究责任不明确,缺少必要的监督机制;鉴定人资格及鉴定人出庭问题等等。^②类似的问题也同样出现在文件检验鉴定、精神病学鉴定等领域中,已经引起了社会各界的强烈不满。究其原因还是因为没有建立适应我国诉讼制度的、科学合理的鉴定制度来保证整个鉴定体系的正常运作。

我国 1993 年开始的审判方式改革的要求是强化当事人的举证责任,但当事人取证、举证、质证、证据排除等一系列证据规则却无相应的具体规定。归结到鉴定方面,当时的 1979 年刑事诉讼法、^③ 1989 年行政诉讼法、^④ 1991 年民事诉讼法^⑤ 仅有原则

^② 参见周伟:《我国法医体制改革的必要性和紧迫性》,见庄洪胜、周伟编:《人身伤害案件有争议的医学鉴定》,人民法院出版社 2000 年第 1 版,第 231—242 页。

^③ “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。”(1979 年《中华人民共和国刑事诉讼法》第 88 条。)

^④ “在诉讼过程中,人民法院认为对专门性问题需要鉴定的,应当交法定鉴定部门鉴定;没有法定部门的,由人民法院指定的鉴定部门鉴定。”(1989 年《中华人民共和国行政诉讼法》第 35 条。)

^⑤ “人民法院对专门性问题认为需要鉴定的,应当交法定鉴定部门鉴定;没有法定部门的,由人民法院指定的鉴定部门鉴定。”(1991 年《中华人民共和国民事诉讼法》第 72 条。)

性的规定,再加上当事人与法院查证的范围划分不清,^⑧使当事人无处可以委托进行鉴定,收集调查证据非常困难。

为保证审判方式改革的顺利进行,方便当事人进行诉讼,尤其是民事诉讼,自1994年以来,公检法的鉴定机构纷纷开始对外接受鉴定业务,“面向社会,服务社会”的鉴定活动也一时成为美谈。但是不久以后,利益的驱动使各鉴定机构逐渐“当事人化”。为了收取更多的鉴定费,各机构不惜牺牲鉴定的科学性和公正性,使得英美法系“鉴定人当事人化”的缺陷充分暴露,而其庭上辩论质证的制约制度则完全被忽略了。

这一点,已经充分体现在前一阶段全国“法医门诊”的兴废中。^⑨法医门诊设立之初就是借鉴了“当事人主义”的原则,社会效果很好。但利益的驱动使1995年后法医门诊一哄而上,法定鉴定人被当事人化,造成了鉴定结论不科学、不公正的行业通病,甚至出现了法医按当事人的意见作出结论、法医陪同当事人上访的情况,审判中因此改判的也屡见不鲜。以致1996年新修改的刑事诉讼法不得不作出增加第120条第2款的规定,^⑩以期利用局外的医学鉴定来限制和改善这种状况。孰料,鉴定的提起受制于当事人,无疑削弱了法官对于鉴定的控制和制约,乃至重要判决依据的确认;而对于“医学鉴定”有意或无意的曲解,又

⑧ 关于当事人举证和法院查证的范围划分,尽管我国《民事诉讼法》解释第73条对人民法院负责调查收集证据的范围作了规定,但该规定中的“客观原因”和“认为案件审理需要”这两个关键词语义含糊,弹性极大,以致于不但不能实现合理界定取证范围的立法本意,反而使审判者可以以此为据,随心所欲地决定是否取证,导致审判实践中证据调查收集活动极其混乱。“法院大门八字开,没有鉴定结论莫进来”的所谓“居中裁判”严重损害了审判方式改革的成果。

⑨ 参见刘方启:《我国法医体制存在的问题及改革思路》,《法律与医学杂志》1997年第4卷第1期。

⑩ “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。”(《中华人民共和国刑事诉讼法》第120条第2、3款。)