

## 诉讼理论

## 鉴定结论有罪推定现象批判

冀祥德 刘 玥

**内容提要** 鉴定结论在个案中的倾向性折射出了我国鉴定制度中的有罪推定现象。鉴定结论存在的合理基础是其对事实裁判者在专门问题上认识能力欠缺的补填性。鉴定结论只是证据的一种,而非最终的结论。鉴定结论要转化为定案证据,必须通过控辩双方的对抗质证以及裁判者的审查判断。鉴定结论在司法裁量中的“拿来主义”是我国诉讼制度中的一大怪圈。在对大陆法系的鉴定制度和英美法系的专家证人制度进行比较的基础上,提出了重构我国鉴定制度的具体设想。

**关键词** 证据 鉴定结论 司法公正 制度完善

## 一、从个案看我国鉴定结论中的有罪推定

甲(女)、乙素有积怨,时常因生活琐事冲突。一日,甲又与乙发生口角,遂引发两家十几人之持械殴斗。在殴斗中,甲颈动脉受刀伤破裂,失血死亡,甲方并有三人受刀伤;乙方有一人受刀伤。案发后,甲方三人指证甲方之伤亡均为乙一人所为,并承认本方一人持刀参与殴斗,但刀具下落不明;乙方四人均证明本方无人持刀,但见甲方多人持刀,甲如何受伤死亡不明;乙否认事发时持刀,虽承认遭围打过程中,曾捡起甲方掉地之刀,边招架边逃跑,但用刀招架所及范围均为甲方男性。公安机关在侦查过程中,从案发时乙所穿夹克外衣上,发现大量血迹,经该局法医鉴定,其血型与甲某之血型一致。乙遂被以涉嫌故意伤害(致死)罪拘留、逮捕、起诉。

应当说,本案被告人拒不承认甲某刀伤为己所为;双方人员各执一词且均为案件直接参与人;致甲死亡之刀具何来、何去无法查明;受害人甲已经死亡无法指认。那么,从现场中被告人身上提取的血迹鉴定,无疑是指控被告人实施犯罪行为能否成立的重要证据。

然而,就是这个关键证据在庭审中出了问题——辩护人指出,检验过程的记载与鉴定结论的结果矛盾:检验过程中A(+)、B(+),应当得出AB血型的结论,而鉴定结果却是A血型。于是,检察机关提请补充侦查,由原公安机关鉴定人对被告人夹克外衣上的血迹重新鉴定。然而,新的鉴定报告除在鉴定结论上作出了修改之外,其余部分均照搬,一字未变,甚

被害人甲为A血型,被告人乙为B血型,甲之女也参与殴斗并受伤,其血型为AB型。其余受伤人员未作血型鉴定。

至连辩护律师提出被害人年龄的差错也未加修正,鉴定的时间、鉴定结论的编号、检验过程、检验人、复核人均同前,仅仅在结论上将原来的B型血改为了AB型血。对于鉴定结论先后的截然不同,公诉人的解释为“由于鉴定人一时的疏忽所造成的笔误”;对于AB血型的鉴定结论也一样成为控诉证据,公诉人解释为“被害人的A型血与被告人的B型血滴在一起就是AB型血”。

我们且不深究A型血与B型血滴在一起能形成AB型血的可能性有多大,也撇开被告人最后是否被定罪量刑不谈,但我们至少清楚地看到,这样一份鉴定结论在无视客观事实的基础上,苛守的是对被告人有罪推定的陈旧观念。结论的倾向性代替了公正性,本应超然于是非之外的鉴定科学,却逃脱不了先入为主的鞭笞。

## 二、鉴定结论的生命基础与公正性保障

### (一) 鉴定结论的生命基础

通常情况下,一个案件是由事实问题和法律问题两部分构成。裁判者对于事实问题的判断一般依赖于两个条件:一是,裁判者是一个具备了一般认识能力的个体,有一定的生活经验积累和知识水平;二是,裁判者判断事实问题时,不需具备特殊的职业素质,只要以一个正常的理性思维者的视角,对某一事实加以判断即可。正如卡多佐所言,在判断的过程中,正义对逻辑起着作用,而情感对理性起着作用。可见,对于事实问题的裁判是一个经验层面的问题,凡具备普通常识与一般逻辑思维能力的正常人都可担此重任。因此,无论是渊源于大陆法系的自由心证原则,还是根植于英美法系的陪审团审判,都是建立在这样一种认识理念的基础上的。对于法官和陪审员来说,遵循良心与正义的指引,作出一个尽量符合常理而又无须专业的判断,是防止专业人士可能由于过分自信而导致的潜在偏见和盲目自大的最好手段。与判断事实问题相反,对于法律问题评判的权力则天然地收归于法官的手中。一方面,法官要对所收集来的证据加以综合考量,确定其证据能力和证明力,以便自己作出或指导陪审团作出正确的判断;另一方面,在这些现有证据的基础上,法官要就某一犯罪行为作出具体的定罪或量刑决定,完成国家的刑事追诉任务。

然而,随着社会生活的日趋复杂,人们的认识能力往往不能满足对一些案件事实的判断需要,很多案件事实所涉及的信息量常常会超出一般生活经验的范围。这时,单纯凭借不完全信息作出的判断就失去了生命力。鉴定制度正是在这种背景下应运而生的。鉴定制度的建立弥补了事实裁判者因不具备某一领域的专业知识而无法对某一专业事项进行判断的缺陷。因此,鉴定结论的作用也就明确起来,概括的说,就是补充事实裁判者在专门问题上认识能力的不足。鉴定结论这种独特的作用,既说明了其存在的合理性,也决定了其所发挥作用的界限。一方面,鉴定仅限于事实问题,而排斥法律问题;另一方面,鉴定结论所针对的对象极为特定,即仅仅是事实问题中的专业问题,对于非专业问题,鉴定人无权发表意见。

同时,要彻底弄清鉴定结论的存在基础,还需要对鉴定结论的证据效力给予正确的认

---

血迹鉴定报告中所称甲之年龄为35岁,而同一公安机关作出的甲之尸检报告中的年龄却为41岁。

被告人最后在法官的参与下表示认罪,换得被判处有期徒刑3年缓刑5年。

转引自(美)本杰明·卡多佐著:《司法过程的性质》,商务印书馆1998年版。

识。各国的刑事诉讼法普遍认为:鉴定结论只是证据的一种,而非最终的结论。

第一,鉴定结论作为一种意见证据,是具有专业知识的专门人员就案件的某一方面的特殊事实进行的专业判断。由于鉴定人在有关专业领域占有知识上的优势地位,这就使得鉴定结论具有较高的权威性。但鉴定结论的权威性不同于判决的终局性,它仅仅是法官或陪审团在形成判决的过程中所考量的诸多证据之一,鉴定结论同其他证据一样也要经过法官或陪审团的审查判断。

第二,通过鉴定所得出的结论,一般只能证明案件的一部分事实,并不能推导出整个案件的全貌。因此,鉴定结论只能在有限的范围内起到证明作用,而对于整个案件的判断则需要法官或陪审团综合案件的全部证据,客观、科学地加以确定。

第三,鉴定结论作为一种意见证据,其不可避免的会附着鉴定人的主观因素,而主观判断的成分过重,则会对鉴定的公正与客观性造成损害。鉴定结论是一个前承事实判断而后启法律裁判的特殊媒介,其本身仍然是法官和陪审团依据自由心证的原则加以考量的对象。

## (二) 鉴定结论的公正性保障

鉴定结论作为一种法定的证据形式,应当满足证据的两大特征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。通常,证据规则只就证据能力作出规定,而将证明力的判断交由法官或陪审团认定,但在某些特殊情况下,法律也对证明力的判断设定了一些引导或限制规则,作为裁判者自由心证的例外。由于鉴定结论是鉴定人就相关的专业问题对某一部分案件事实所做的专业判断,所以,对于法官或陪审团来说,审查鉴定结论的可信性与公正性便成为了确认这种证据的证据能力和证明力的关键。一般来说,有这样几个因素最有可能对鉴定结论的公正性造成影响:一是鉴定范围,二是鉴定人,三是鉴定过程。

鉴定范围主要是指交由鉴定的案件事实的范围。鉴定范围的正当性受两个条件的制约。其一,鉴定的事项必须属于事实问题,而不能对法律问题加以鉴定;其二,所要鉴定的事实必须有鉴定的必要,即必须是有借助专门人士的专业鉴定的需要。例如在有关伤害案件的鉴定中,伤害人主观上是出于故意或是过失,这是一个法律问题,鉴定人无权就此判断发表意见,而仅能就相关的事实问题,如血迹鉴定、指纹鉴定等发表专业意见。若鉴定人违背该原则,在鉴定结论中就相关的法律问题加以判断,则鉴定结论就失去了证据的效力了。对于所鉴定的内容是否属于专业问题,一般没有一个具体的评价标准,而是依据法官或陪审团的自由心证加以判断,一旦法官或陪审团认为某一鉴定事项侵犯了他们作为正常理性的公民所天然享有的判断权时,鉴定结论对证明对象而言也就没有任何证明力可言了。

鉴定人是制约鉴定结论的证据能力的又一个重要因素。鉴定人的鉴定资格主要包括两个方面的内容:一是鉴定人作为具有某一领域专业知识和技能的专业人士,其专业素质、专业技能的高低对于鉴定结论的正确性有着决定性的影响;二是鉴定人的中立性(包括外观中立和实质中立)是鉴定结论可信性的直接来源。毕竟,鉴定结论是一种意见证据,得出鉴定

---

一个具备法律效力的证据通常既要具有证明力也要具备证据能力,两者分别满足法律与裁判者对于证据的不同确认过程。证据能力的核心在于其具备合法证据的资格,而证明力的作用范围则直指裁判者所必然拥有的自由裁量权,因此,让证据在裁判者心中的自由裁量空间中占据优势是证明力的灵魂所在。

结论的过程也是鉴定人依据专业知识或技能作出判断的过程,因此,鉴定人在这一过程中是否中立就显得异常重要。

关于鉴定过程的正当性与中立性的问题,各国普遍规定的较为笼统,其目的也是为了尊重鉴定过程本身所要求的科学性,但这并不是说,鉴定的过程可以超越法治的界限,而肆意建立在重大的违法证据的基础上。应当注意,鉴定过程也是诉讼过程的一个内容,应当尊重诉讼本身的一些最低限度,符合人们对诉讼过程正义性的需求。不论是大陆法系还是英美法系,都规定了一些证据的排除规则,这些规则也部分适用于鉴定过程。通说认为,建立在非法获取的证据之上的鉴定结论是不具有证据效力的。例如,在英美法系的国家,“毒树之果”的原则对于鉴定结论也有约束力,即当鉴定的结论是在控方违反权利告知义务所获得的时候,鉴定结论就属于排除范围之内。在大陆法系国家,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量时,其非法性也会殃及以此为基础的鉴定结论的可采性。

### 三、对我国司法鉴定制度的反思

从可能对鉴定结论的证据能力和证明力产生影响的几个主要因素来考察我国的鉴定制度,诸多问题均值得反思。

第一,我国鉴定机构的设置缺乏诉讼公正性,带有很明显的追究犯罪的倾向性。一方面,目前我国的鉴定机构大都设置在公检法内部,三机关可以根据各自在诉讼的不同阶段所要完成的任务,独立决定对某一问题进行鉴定,并依职权委派或聘请鉴定人进行鉴定。而作为诉讼另一方的犯罪嫌疑人、被告人仅有就某一问题提出鉴定的申请权,却没有决定权。作为一种申请权,犯罪嫌疑人、被告人在得不到公检法三机关的批准时,法律也没有设立任何的救济途径,这就使得鉴定结论在外观上的中立性无法保障。另一方面,这种设置使得鉴定机构或鉴定人很难真正独立地行使鉴定权,他们往往受到经济利益的制约和行政激励机制的影响,无法始终恪守鉴定结论的真实性。本文所述之案件就是一个例证:设立于侦查机关内部的鉴定机构,由于过早、过详地知悉了案件的内容,清楚地认知了侦查人员的心理,所以无法摆脱先入为主的主观羁绊,难以保证鉴定结论的真实性。

第二,鉴定人资格混乱。鉴定结论的真实性与鉴定人的水平联系密切,鉴定的可信性来源于鉴定者在某一领域的权威知识。我国鉴定人员素质参差不齐的现状是制约鉴定结论的证据能力的一个重要因素。目前法律仅对鉴定机构的资格有一个大致的规定,例如刑事诉讼法第 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,

---

在超职权主义的法国,刑事诉讼法也在相应条款中规定了调查的无效条款,例如《法国刑事诉讼法典》第 171 条规定:违背本法典的任何规定或有任何其他有关刑事诉讼程序规定的实质诉讼行为,如果侵害了有利害关系的一方当事人的利益,均使其行为无效。同时,第 172 条还规定:因违反规定的实质性诉讼行为而受损失的一方当事人,可以放弃这一优势而使诉讼正常进行。可见,是否确认某一调查行为是否有效,被害一方当事人享有某种程度的决定权。法律并不当然排斥有瑕疵的鉴定结论的效力,而是综合多种因素,加以权衡。与两大法系的类似做法不同的是,我国法律对此一直保持沉默,最高人民法院认为,即使是非法得来的物证、书证在诉讼中也不宜排除,所谓的排除对象也仅限于通过刑讯逼供或其他非法手段获得的言词证据。所以,在我国鉴定过程所依据的证据材料没有进行审查的必要,一律承认其有合法的效力,但随着证据规则的不断完善和人们法律素养的不断提高,这个问题必将浮出水面。

由省级人民政府指定的医院进行。而没有对具体鉴定人的资格给予制约,即只要是符合法律规定的鉴定机构中的人员,都有承担此项任务的权利,而不受鉴定人员从业时间短、经验匮乏等不利条件的制约。这种做法的最大缺陷在于,它违背了鉴定制度设置的初衷,忽视了鉴定的目的和法律的严肃性。

第三,我国的鉴定制度缺乏有效的裁判制约机制。无论是鉴定的决定权还是相互矛盾的鉴定的采信权以及相关争议的裁判权都集中在具体决定鉴定的司法机关手中。程序对于被告方而言缺乏最低限度的透明度,剥夺了犯罪嫌疑人、被告人的诉讼参与权。同时,让相互敌对的一方不加节制的行使启动鉴定程序的决定权,必然导致对另一方当事人诉讼权利的侵害。

第四,由于鉴定人是司法人员,其鉴定结论带有浓厚的官方色彩,因而有约束审判结果的潜在效力。在实践中,鉴定结论在法官心中潜移默化的发生着决定裁判结果的效力,加之鉴定程序的运作过程又带有很强的追诉倾向性,因此,鉴定结论一旦做出,被告方便很难摆脱不利的审判结果。

第五,鉴定人的出庭率极低。一方面,受中国传统文化中“官大于民”情结的影响,鉴定人作为司法机关的工作人员,在诉讼中往往体现出一种身份上的优势,不愿意作为被询问的对象出现在法庭上;另一方面,受我国单一惩罚犯罪观和“流水作业式”诉讼构造的影响,鉴定人不可避免的承担了打击犯罪的任务,因此,这些因素使得鉴定人认为没有出庭的必要。

#### 四、大陆法系的“鉴定结论”制度和英美法系的“专家证言”制度比较

两大法系虽然都面临“鉴定”问题但却构建了两种不同的制度模式。即大陆法系的“鉴定结论”制度和英美法系的“专家证言”制度。

大陆法系国家的鉴定制度至今仍遵循着这样一句古老的谚语即“鉴定人是关于事实的法官”。其鉴定制度具有以下特点:(1)是否实施鉴定的决定权集于法院,并由法院指定具体的鉴定人;(2)由于法官在收集这部分证据时,带有很强的亲历性特征,因此,在判断证据的证明力时,鉴定结论往往具有潜在的优势;(3)为了保证鉴定结论的客观性,法律通常规定了一些鉴定人的回避条款;(4)由于浓重的职权主义色彩,大陆法系的鉴定人在了解案情方面享受许多的便利;(5)出于保障鉴定人中立性的需要,大陆法系各国普遍规定鉴定人的报酬以及其他经费由国家支付。可见,大陆法系鉴定制度的这些特点突出强调了鉴定结论对于法官裁判时的专业补充作用,表现了鉴定结论鲜明的目的性。

英美法系的专家证言制度具有以下主要特征:(1)是否聘请专家,以及聘请哪位专家由控辩双方自行决定,法官处于消极的不作为状态;(2)鉴定人通常必须出庭接受双方当事人的交叉询问,法官或陪审团在控辩双方的质询中确认专家证言的证明力;(3)由于控辩双方自行决定聘请的专家证人,且其所聘之人一般要以维护本方的利益为目的,因此,专家证言的可靠性、中立性得不到保障,对于查明案件的事实真相一般起不到太大的促进作用;(4)专家证人了解案情的权利相对于大陆法系国家的鉴定人而言,可谓是少之又少,以便有效防止专家证人的事先预断;(5)控辩双方自行负担自己聘请的专家的费用。

(日)谷口安平著:《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。

两大法系的鉴定制度虽然有所不同,但它们都体现着以下法治精神:

首先,无论是大陆法系的鉴定结论还是英美法系的专家证言,他们都同样重视对控辩双方在程序上的平等对待问题。在鉴定程序的启动方面,法国刑事诉讼法规定了三种主体有权提出或决定启动鉴定程序,即:预审法官、检察官和一方当事人。其中,预审法官有决定权,而检察官或一方当事人的请求在遭到预审法官的驳回后,当事人或检察官还可以向上诉法院起诉审查庭提起上诉。显然,在以法官居于主导地位的大陆法系国家,强调诉讼权利的平均分配和以裁判权为中心的诉讼的对称性。在鉴定人员的选择范围上,大陆法系国家大都建立了专家名册制度,目的是让相对具体的名册制约选择权行使的恣意危险。《法国刑事诉讼法》规定“专家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定,或者从各上诉法院与总检察长商定提名的名册中选取”。

其次,两大法系无一例外地将鉴定程序的运作与对被告人的人权保护有机结合起来。诚然,当今刑事诉讼的多元价值追求日益代替了一元的价值取向,在打击犯罪、惩罚犯罪、保障社会秩序的同时更要注意对被告人的人权保障,使刑事诉讼的天平不要因为国家司法权的过分强大而失衡。以法律的形式保障控辩双方就鉴定结论有同等的参与权、质证权是大陆法系国家保障被告人权利的突出特征,法国、德国乃至意大利都规定了被告人有申请鉴定人回避的权利,并且只要满足法律的规定,法官就有义务支持。英美法系的法律在这方面虽然规定的较少,但受英美对抗制诉讼构造的制约和交叉询问的庭审方式的影响,对于被告人的人权保障,始终贯穿于整个诉讼过程。专家证言虽然不像大陆法系的鉴定结论那样有较高的权威性,但通过控辩双方在法庭上充分的质证所最终确认的结论,仍具有足以说服陪审团的实际效果,并且由于当庭辩论的贯穿,也将法官或陪审团有可能产生的预断减少到最低程度,因此,所谓的专家意见必须配合专家当庭接受质证所做的陈述,才能最终在诉讼中发挥作用。很明显,英美的这种专家证言制度最大限度上保障了控辩双方在某一专业问题上所具有的参与权。制度设计中所体现的对于平衡构造的要求超出了对于事实本身的探求,保留了英美法系的法律传统。

## 五、完善我国鉴定制度的基本构想

完善鉴定制度有必要先对我国鉴定制度的任务和价值取向有一个总体的把握。现有的鉴定体制使鉴定机构或个人承担了一定的追诉犯罪的任务,因此是单一惩罚犯罪观念下的产物,不符合现代的刑事诉讼原则,破坏了鉴定结论价值中立的地位。因此,改革我国的鉴定制度首先就要从捍卫刑事诉讼多元价值观的角度出发,在打击犯罪、追求实体公正的同时,强调对于犯罪嫌疑人、被告人的人权保障,并且遵循诉讼内在的一些基本原则与规律,恪守最低的程序公正原则。

1. 应当考虑改革鉴定制度的启动程序,将是否决定鉴定的裁判权交由独立于控辩双方的裁判机构——法院。在现有的鉴定体制下,公检法三机关都有依职权决定是否鉴定和聘请谁来鉴定的权力,而另一方当事人仅仅享有申请权,这一方面造成了控辩双方在举证能力

(法)卡斯东·斯特法尼等:《法国刑事诉讼法精义》,罗结珍译,中国政法大学出版社1999年版。

《法国刑事诉讼法典》,余叔通、谢朝华译,中国政法大学出版社1997年版。

上的严重失衡,不符合对抗制审判方式改革的要求;另一方面这种制度设计也与建立以“裁判权为中心”的诉讼构造相悖。因此,将决定权交由法院会在一定程度上弥补这两方面的弱点。

2. 将现有的鉴定机构从公检法三机关内部分离出去,并且切断与公检法三机关在人事与经济利益上的关系。众所周知,鉴定结论的权威与公正来源于鉴定机构的人格独立。让国家承担鉴定所需要的费用是鉴定结论得以公正存在的基础。现有的鉴定人员在编制上与其他司法机关的工作人员如出一辙,这一方面在外观上损害了鉴定结论的公正性;另一方面也不可避免的使鉴定过程有一种天然的倾向性,从而造成对司法公正的威胁。

3. 可以仿效大陆法系国家的专家名册制度,在最高人民法院的统一指导下,建立一个专门的鉴定专家名册,提高鉴定人的普遍素质和技能,使鉴定结论可以最大限度的保持公正。

4. 有必要对鉴定人了解案情的范围加以最低限度的限制,防止鉴定人先入为主的预断倾向。鉴定人了解案情的范围应仅限于其作出鉴定所需要掌握的事实范围,在我国这种“流水线作业”的诉讼构造下,若允许鉴定人过早、过多的了解案情,容易加大鉴定结论产生偏见的可能性。

5. 强化鉴定人出庭作证的义务,并对违反这一义务的行为设定法律后果。法律应当对无正当理由不出庭的鉴定人采取一定的强制措施,打破现有的鉴定人官方化的心理优势,强化法大于权的法治观念。同时,法律也应尽量详尽的列举鉴定人可以不出庭的例外情形,全面保障诉讼参与人的诉讼权利。

6. 赋予控辩双方申请鉴定人回避的权利,明确鉴定人应当回避的事项。一旦出现法律规定应当回避的情形,控辩双方都有拒绝鉴定的权利。这不仅要求改革现有的由整个鉴定机构对外承担责任的不合理的操作惯例,使具体的鉴定人对鉴定结论的公正性、客观性承担法律责任,打破司法行政化的倾向;而且也要求法律保障当事人最低限度的知情权,制约鉴定程序由于暗箱操作所可能导致的恣意倾向。

总之,我们认为,鉴定结论作为诉讼证据的一个种类,既要讲求诉讼证据的证据能力,又要审慎解读其基本原理之下的证明力;鉴定程序作为诉讼过程的一个内容,既要最大限度的发挥其推进诉讼公正进程的积极作用,又要遵循必要的程序制约原理;鉴定制度作为诉讼制度的一个部分,既要不懈地追寻实体正义的理想目标,又要充分融入程序公正的合理内核。唯有如此,鉴定制度方能始终运行于诉讼的法治轨道之上。

[作者单位:北京大学法学院]

(责任编辑:邓思清)

---

鉴定结论的有罪推定就如同牛鼻子牵着人走一般,走出的轨迹永远只能是一个个怪圈。