

民事诉讼中鉴定意见的表述与适用研究

马陈骏 杜志淳*

(华东政法大学刑事司法学院, 上海 200042)

【摘要】任何证据的采信与适用都必须符合相应的准则, 鉴定意见亦不例外。随着科学技术的发展, 鉴定实施过程的鉴别与判断越发的科学与客观, 鉴定意见的文字表述也更加专业。但审鉴双方的专业背景差异却是不争的事实, 这导致法官适用科学证据时难免出现因认知局限而伴生的困惑与误解。因此, 构建法官对于鉴定意见表述的解释与适用规则有利于从现实角度解决证据适用难题, 从而更好的揭露案情真相、维护法律尊严, 完善科学证据的监督体系。在此背景下, 本文试以探究常见鉴定意见的表述涵义, 讨论法官适用科学证据过程中存有疑义的各类情形, 据此分析民事诉讼中常见鉴定意见的适用规则。

【关键词】鉴定意见; 证据适用; 民事诉讼; 表述模式

【中图分类号】D915.13

【文献标识码】A

【文章编号】1674-1226 (2019) 05-0562-15

An study on the expression and applicability of judicial appraisal opinions in civil proceedings. Ma Chenjun, Du Zhichun. School of Criminal Justice, East China University of Political Science and Law, Shanghai 200042, China.

【Abstract】The admissibility and application of any evidence must comply with the certain criteria, and the appraisal opinions are no exception. With the development of science and technology, the authentication and judgment of the appraisal procedure becomes more scientific and objective, as well as the written expression of the appraisal opinion is more professional. However, as the result of a clear distinction in the knowledge background between the judges and the appraisers, the confusion and misunderstanding due to cognitive limitations inevitably arises when judges assess scientific evidences. Therefore, the construction of the interpretation and application rules of the appraisal opinions for judges facilitates solving problems in adopting evidence from a realistic perspective, with a better exposure to the truth of the case, a more effective maintenance of authority on law and improvement of the supervision system of scientific evidence. In response to these above-mentioned issues, this paper attempts to explore the expression of common appraisal opinions, discussing various situations in which the court has doubts in the adopting scientific evidence, thus to analyze the applicable rules hereof in civil proceedings.

【Key Words】Judicial appraisal opinions, Adoption of evidence, Civil proceeding, Expression mode

* 马陈骏: 华东政法大学刑事司法学院博士研究生, 工程师, 研究方向: 物证技术。

[通讯作者] 杜志淳, 教授, 华东政法大学博士研究生导师, 主要从事司法鉴定制度研究。

[基金项目] 十三五国家重点研发计划 (2018YFC0830400) 华东政法大学 2019 年研究生创新能力培养专项资金项目 (2019-5-013) 的阶段性研究成果。

一、引言

2016年10月9日,根据《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》(下称《决定》),最高人民法院、司法部提出了《关于建立司法鉴定管理与使用衔接机制的意见》(下称《意见》)。构建司法鉴定管理与使用相衔接机制,是解决当前司法鉴定现存问题最为有效的途径。¹《意见》明确指出要充分发挥司法鉴定在审判活动中的积极作用,促进审判机构与鉴定管理机构的良性互动。²司法实践中,审鉴双方的互动不仅体现在司法鉴定的启动与实施过程,还体现于庭审过程中,例如鉴定人出庭即是鉴定人在法庭上就鉴定意见接受控辩双方质证的活动。³然而即便审鉴双方的沟通渠道与频次得到保障,法官对于科学证据的评估也难以合理有效,无法彻底理解鉴定意见报告的内涵与外延,甚至错误的采信与适用科学证据。⁴事实上,鉴定意见的专业性、复杂性与深奥性无形中为法官设置了一道认识或认知的鸿沟。⁵司法实务中法官对鉴定意见的认知呈现两级分化,对存在明确结论、契合其他证据链的鉴定意见不会出现适用阻逆,而一旦出现无法指明案件事实的鉴定意见,便极易产生适用证据的现实困境,其中尤以无法判断类鉴定意见为甚,这不利于法官了解案件真相,增加了“错判风险”。

域外的专家证人与司法鉴定制度中也暂未发现较好的针对复杂的专家证言或鉴定意见的证据适用模式。在大陆法系,事实裁判者同样面临着科学鉴定证据对其专业领域的挑战,尤其是自然科学领域,面对复杂的专业知识,法庭甚至不能完全理解鉴定人的理由。⁶而在英美法系,“经过庭前培训的,有着丰富作证技巧的专家证人懂得如何进行有利于己方当事人的意见陈述,法庭辩论的形式掩盖了其发现真相的目的,为法官认识案件事实制造了困难,使复杂的案件更难得出结论”。⁷由此可见,科学证据的适用困境是一种“国际通病”。据此,本文旨在高度盖然性的证明标准下,如何正确地理解与合理地适用以被采信的鉴定意见提供技术指引与参考。在充分遵循科学规律与尊重客观事实的前提下,以不同学科鉴定意见的技术特点与特定表述方式为基础,构建常见鉴定意见解释与适用规则。

二、司法鉴定意见的表述模式及其涵义

司法鉴定意见是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所得出的个人认识与判断,属于科学证据。⁸同时实施鉴定时还必须严格地将相应的技术标准、规范与方法中的规定贯穿始终,鉴定标准的科学性有效的保障了鉴定的质量。⁹因此现行的各类司法鉴定国家标准也包含了鉴定意见表述的规制,鉴定意见的表述也应当首先符合鉴定标准的规范与要求。但是不同鉴定专业、学科对专门性问题的分析所采用的表达方式不尽相同,鉴定意见的表述也各具特点。这一客观事实导致现存的鉴定意见表述模式的种类较多,风格各异,这不利于法官合理、高效地适用鉴定意见。为解决这一现实困境,笔者根据不同鉴定意见表述的内涵与外延,

¹ 参见余世裕,潘广俊,余晓辉:《构建司法鉴定管理与使用相衔接运行机制的实践与思考——以浙江省为视角》《中国司法》2015年第12期,第43页。

² 参见陈如超:《论司法鉴定管理与使用的衔接机制》《证据科学》2018年第3期,第282~283页。

³ 参见胡铭:《鉴定人出庭与专家辅助人角色定位之实证研究》《法学研究》2014年第4期,第191页。

⁴ 参见何家弘,刘晓丹:《论科学证据的采纳与采信》《中国司法鉴定》2002年第1期,第14页。

⁵ 参见宋远升:《科学鉴定证据的采信》《国家检察官学院学报》2007年第10期,第122页。

⁶ 参见[德]魏根特:《德国刑事诉讼程序》,岳礼玲等译,中国政法大学出版社2004年版,第182页。

⁷ 汪建成:《专家证人模式与司法鉴定模式之比较》《证据科学》2010年第1期,第27页。

⁸ 参见杜志淳主编:《司法鉴定概论》,法律出版社2013年版,第5页。

⁹ 张涛:《论司法鉴定中科学技术的运用及标准化改革》《中国司法鉴定》2009年第2期,第75页。

归纳总结了鉴定意见表述的几种常见分类。

（一）根据鉴定意见所援引的评测依据划分

根据鉴定的检验评估方法与参考的统计学概念，鉴定意见的表述分为判断型表述、古典概型表述与似然比表述三类。判断型表述指主要依靠鉴定人的专业知识与经验，或者依据仪器检测数据与实验结果得出的判断性描述，一般带有较强的主观因素。古典概型表述指根据仪器检测得出的有限等可能情况下出现该现象的可能性为参考所得出的量化表述，一般较为客观，例如（2017）豫01民终3964号民事判决书中的“河南司法警官司法鉴定中心认为郑州大学第一附属医院对万谦的医疗行为存在过错的参与度为25%，与北京京城明鉴医学科技有限公司出具的医疗过失参与度为80-99%，司法鉴定科学技术研究所司法鉴定中心出具的过错参与度为60~80%，差距较大。”¹⁰三份鉴定意见书均采用了古典概型表述。而似然比表述指根据相关数据、定量测量和统计模型等方法，给出的“同源假设条件下获得检材特性的概率与非同源假设条件下获得相同检材特性的概率之比”，即以似然比LR值表明证据强度，¹¹数值越大则代表肯定同一的可能性越高，反之则否定同一的可能性高，接近或等于1则代表肯定与否定的概率大约相等。目前国内鉴定实务中鉴定意见的表述主要为判断型与古典概型，而似然比表述的使用比例则可忽略不计。其中文书鉴定、法医临床鉴定、法医精神病鉴定等鉴定学科、专业常使用判断型表述，而法医物证鉴定、法医毒物鉴定等鉴定学科、专业常使用古典概型表述。¹²

（二）根据鉴定意见的明确程度划分

根据鉴定意见明确程度的不同，目前中华人民共和国国家标准的笔迹鉴定技术规范¹³将鉴定意见的判断型表述归纳为三大类，分别是确定类鉴定意见、非确定类鉴定意见以及无法判断意见。其中非确定类是/否同一意见还分极可能、很可能以及可能三个感知层级。因此根据意见的明确程度不同，笔迹鉴定意见可细分为九种。（香港特别行政区政府化验所法证部文件鉴别组针对不同明确程度的鉴定意见也采用9层级划分方式。）事实上，除了笔迹鉴定技术规范之外，文书鉴定中的其他鉴定分支，包括法医类鉴定的诸多子学科中依据鉴定人主观经验判断的鉴定意见表述也常会采用上述的表述模式。¹⁴之所以出现上述不明确之鉴定意见，一方面是受制于有限的鉴定技术，科学客观性的真实反映，有几率检验得出一个无法查明的事实状态。¹⁵另一方面根据《程序通则》第19条规定，“司法鉴定机构对同一鉴定事项，应当指定或者选择二名司法鉴定人进行鉴定；对复杂、疑难或者特殊鉴定事项，可以指定或者选择多名司法鉴定人进行鉴定”。鉴定意见势必由多名鉴定人作出，而鉴定人间的经验、判断与认知会有差异，导致最终意见受各方掣肘而无法决断。虽然《程序通则》第37条特别强调“多人参加的鉴定，对鉴定意见有不同意见的，应当注明”，但实践中若出现鉴定意见分歧，常折中各方观点形成非确定类、无法判断类鉴定意见，这种鉴定模式是导致非确定类、无法判断类鉴定意见层出不穷的现实原因。

¹⁰ 河南省郑州市中级人民法院（2017）豫01民终3964号民事判决书，见中国裁判文书网，最后访问时间为2019年8月10日。

¹¹ 参见张翠玲：《论法庭证据评估及鉴定意见表述》，《中国人民大學学报（自然科学版）》2017年第1期，第44~45页。

¹² 参见王洁、沈敏：《推动司法鉴定科技进步的实践与探索——司法鉴定科学研究院科研发展实证研究》，《中国司法鉴定》2019年第1期，第91~94页。

¹³ 参见国家市场监督管理总局，中国国家标准化管理委员会发布的GB/T 37239-2018笔迹鉴定技术规范。

¹⁴ 前引12。

¹⁵ 参见景天魁：《社会知识的结构与悖论》，中国社会科学出版社1993年版，第71页。

(三) 根据鉴定技术与条件的客观情况划分

为弥补鉴定技术方法的不足与既存条件的缺失,根据鉴定技术与鉴定条件的客观情况,鉴定意见的表述分为直抒型表述与待定型表述。直抒型鉴定意见即直接在鉴定意见书中定性认定或否定同一等类似表述;而待定型则是设立(明示或暗示)前提下的认定、否定同一等类似表述。待定型表述旨在匹配司法鉴定意见科学、客观的谨言慎行的要求。一般表述为“未检测出鉴定客体是否符合相应的委托要求”。其与之对应的直抒型鉴定意见表述虽呈现附条件的逆否逻辑关系,但表达涵义却不尽相同。(例如待定型表述为“未检测出鉴定客体符合……”,则与之对应的直抒型表述即为“检测出鉴定客体不符合……”。)待定型表述不同于非确定类、无法判断类表述,两者具有本质的区别,待定型表述虽然也受限于科学技术的发展水平,但其属于一种穷尽已有鉴定技术而依旧无法确定的表述方式,意在规避犹未掌握的鉴定技术对既存鉴定意见的影响,而非确定类、无法判断类鉴定意见则是现有鉴定技术和条件下的无法定论。例如文件检验中的笔迹形成时间的相关鉴定中,若出具无法判断的鉴定意见,则该类鉴定意见应当属于待定型表述的鉴定意见而非严格意义上的无法判断类表述的鉴定意见,这主要是因为笔迹形成时间鉴定的可靠测量方法仍无法被相关领域的学者所普遍接受,所以测量结果的解释与结论也不具有可靠性。¹⁶因此作出的无法判断的鉴定意见是属于规避新鉴定技术的影响,而不是已有鉴定技术下的可靠结果。

(四) 根据意见内容的条目数量及关系划分

根据鉴定意见内容的条目数量不同,鉴定意见分为单一式表述与分条式表述。单一式表述是指最终的鉴定意见有且仅有一条,而分条式表述是指最终的鉴定意见分为两条及以上。其中依据意见条目之间内在联系与表达含义的异同,分条式表述仍可再次细分。按各条鉴定意见是否属于同类型鉴定事项,分条式表述可分为同类型表述与非同类型表述;按各条意见是否耦合同一事实,指向同一结果,分条式表述亦可分为互证型表述、互斥型表述与各立型表述。互证型表述是指各分条鉴定意见所指明的事实结果一致。互斥型表述则刚好相反,但这并不意味着鉴定意见的表述的自相矛盾,而是同一鉴定中不同鉴定事项之间鉴定意见所指向的事实结果互斥。例如对一份检材上同一人的签名和指印进行文书鉴定,然而签名的鉴定意见是认定同一而指印的鉴定意见是否定同一,两者指向的事实结果互斥,属于互斥型表述的鉴定意见。各立型鉴定意见则是指各条鉴定意见能够独立地指明互不干涉的事实,例如进行伤残等级评定时,对人体两处损伤作出的分条表述的鉴定意见,评定时逻辑上相互独立,那么它们即属于各立型表述。

(五) 根据鉴定意见与委托要求是否契合而划分

一般情况下,鉴定的委托要求与鉴定意见的内容一一对应,但鉴定实务中也有例外。根据鉴定意见与委托要求是否契合,鉴定意见分为对应型表述与非对应型表述,非对应型表述一般是针对已有的对应型表述进行附加说明。在鉴定实施过程中,因特定情况的出现,可能影响实际的鉴定结果,而又无法体现于原委托要求的鉴定事项所对应的鉴定意见表述当中,则需要附加非对应型表述予以情况说明。附加说明的目的主要是为帮助鉴定委托方充分了解原委托要求无法涉猎的案件事实情况,这并不属于鉴定人职责的僭越。因为“即便是在严格规则主义下,我们也应当倡导法官运用其智慧与经验把抽象的正义变成具体的正义,实现个案正义的最大化。”¹⁷而非对应型表述则是司法鉴定领域对个案正义追求的一种证据层面的协助,它虽然与传统的“不申不鉴”司法理念背道而驰,但

¹⁶ Richard Gott, Sandra Duggan: *Understanding and Using Scientific Evidence*, SAGE Publications Ltd, 2003, p.8.

¹⁷ 张榕:《司法克制下的司法能动》《现代法学》2008年第3期,第183~184页。

其仍未突破争议的待鉴事实与鉴定意见引证方向之间的纽带,只为通过鉴定的能动运作而更好的还原待证事实。因而非对应型表述的鉴定意见实质上“符合人类社会实践中的进取本性和思维取向,同时更体现出人类在法治进程与发展中所作出的努力。”¹⁸它的存在不仅具备合理合法性,在笔者看来,这应该成为鉴定实务中出现类似情况的圭臬。

三、鉴定意见表述的弊端与适用的困境

(一) 鉴定意见表述的现实弊端

现有的鉴定意见表述模式主要是基于司法鉴定国家标准与司法鉴定技术规范¹⁹中关于鉴定意见表述的相关规定与要求所形成的。当然个案中的鉴定意见还融合了一部分鉴定人的语言逻辑与表达习惯。由于司法鉴定国家标准与司法鉴定技术规范主要由司法鉴定科学研究院等专业鉴定机构的鉴定专家、学者研究制定²⁰,因而现有鉴定意见的表述方式兼具了科学性与专业性而却忽略了普适性,这导致法官及当事人各方对鉴定意见的相关表述常存疑虑,不利于鉴定意见的审查与适用。除此之外,“有些鉴定人认为鉴定报告书写的过于详细容易让当事人发现问题,为了避免当事人提出异议或者为了出庭时给自己“留有余地”,鉴定人对检验、论证的鉴定文书实质部分陈述得非常简单,仅寥寥几句,仅从鉴定文书本身无法知晓其鉴定意见得出的依据”。²¹当然这种疑虑不仅停留在文字表述的字面意义上,还存在于指明事实的能力上。比如混同不同种类的鉴定意见表述,以非明确类鉴定意见与待定型鉴定意见表述为例,两者表述中均常使用“无法判断”等类似词汇,易使人认为两种表述相近,而实质上两者存有本质差异,指向的结果与证明的能力都大相径庭。

在笔者看来,改变现有的鉴定意见表述模式并不是解决鉴定意见适用困境的最有效途径,鉴定意见作为一种科学证据,其表述当然需要具备科学属性,无论是英美法系中的专家证言还是大陆法系中的鉴定结论均强调科学证据的科学属性。如《俄罗斯联邦国家司法鉴定活动法》第9条规定,鉴定人结论是反映鉴定人进行研究和结果的书面文件,²²再如《美国联邦证据规则》第702条规定,专家证言的标准之一即证言基础应当是科学、技术或者专业知识。缺乏科学、专业的表述便失去了科学证据的可采性。²³另一方面,解决鉴定意见的适用困境应聚焦于规则体系的建设,虽然现有诉讼法体制下法官可以通过鉴定人、专门知识人出庭等方式充分的质证鉴定意见,²⁴但规则体系的空白致使民事诉讼中缺少了解决鉴定意见适用困境的长效机制,这并不是简单的改变鉴定意见表述模式就能补足的。

(二) 鉴定意见适用的困境及成因

司法实践中法官对鉴定意见中特定表述的疑虑,主要体现在证据适用的过程中,特别是当鉴定意见承担关键证据的角色时,证据适用的阻逆会影响民事诉讼的正义与效率。适用阻逆的出现,一方面是法官对特定鉴定意见的专业表述与所证明的客观事实之间的逻辑关系理解不足,而另一方面,鉴定人对该情况也缺乏相应的解释。固然法官可以通过鉴定人出庭制度对鉴定意见进行实质性

¹⁸ 顾培东:《能动司法若干问题研究》《中国法学》2010年第4期,第14页。

¹⁹ 参见司法部司法鉴定管理局:《司法鉴定技术规范》,北京大学出版社2016年版。

²⁰ 同上。

²¹ 刘晓丹:《科学证据可采性规则研究》《证据科学》2012年第1期,第25页。

²² 参见郭金霞:《俄罗斯联邦国家司法鉴定活动法》评述《证据科学》2015年第4期,第492页。

²³ 前引21,第31页。

²⁴ 参见胡铭:《鉴定人出庭与专家辅助人角色定位之实证研究》《法学研究》2014年第4期,第192页。

审查,²⁵但受独立行使职权原则的法律约束,鉴定人不能僭越职权充当证据裁判的角色,以致审鉴双方在适用某些鉴定意见时的沟通有名无实,问题颇多。²⁶这种证据适用过程中常见的问题及其成因可依据鉴定意见的四种表述模式而分类。

1. 非确定类、无法判断类鉴定意见的适用难点及成因

非确定类、无法判断类鉴定意见的适用问题是法官运用科学证据时面临的主要难题。首先必须肯定的是,非确定类、无法判断类鉴定意见的出现具有必然性。鉴定人通过专业的仪器设备,依据检测结果及经验判断,得出非确定类、无法判断类鉴定意见,只要鉴定过程符合《决定》等法律、法规、规章等规范性法律文件以及相应技术规范的要求,便当然合理合法,视为有效,若强令明确所有鉴定意见则不妥,且明显违背事物发展的客观规律。但也必须承认,非确定类、无法判断类鉴定意见使法官在适用鉴定意见时举步维艰。法官依据所采信的科学证据予以判决时,应当理由充分、事实清晰,这是民事判决的基本要求。²⁷倘若判决所依据的科学证据本身模棱两可,难以权衡,那势必会干扰判决进程,影响最终判决结果。笔者认为,适用非确定类、无法判断类鉴定意见的关键在于弄清如何利用这类鉴定意见有效地帮助法官理解事实的真相。从应然角度出发,非确定类、无法判断类鉴定意见在逻辑上的确可以在一定程度上指明事实,只不过这类鉴定意见阐释的不是事件发生的必然性,而是衡量事件发生的可能性。而目前的鉴定实践中,非确定类、无法判断类鉴定意见所衡量的事件发生可能性又难以采用量化的方式直观地展示结果,以致法官适用该类鉴定意见时,难以仅通过判断型的文字表述精确的度量事件的发生概率。这也表明适用非确定类、无法判断类鉴定意见的难点实质上在于厘清这类表述与所证事实之间的逻辑关系,特别是明确鉴定意见所指明的事件发生概率。只要事件发生概率可以被有效的估算,那么非确定类、无法判断类鉴定意见同样可以有助于法官辨明待证事实。

2. 待定型鉴定意见的适用难点及成因

待定型鉴定意见的适用困境是适用科学证据时面临的常见问题。由于文字表述相近,法官常混淆待定型鉴定意见与非确定类、无法判断类鉴定意见的类似表述,但两者之间存在着本质的差异。待定型鉴定意见属于附条件的直抒型鉴定意见,包含了明示或暗示的前提,而非确定类、无法判断类鉴定意见并无前提条件的约束,两者的语义环境存在差异。事实上,待定型鉴定意见在目前的司法实践中可以转化为所对应的直抒型鉴定意见而适用。虽然待定型鉴定意见较之对应的直抒型鉴定意见而言,其指明事实的能力较弱,但从逻辑关系角度分析,待定型表述与直抒型表述逻辑上是互为逆否的关系,这表示即便待定型鉴定意见指明事实的能力较弱,但其与对应的直抒型鉴定意见的证明功能是相近的。然而法官在适用待定型鉴定意见时常提出两点担忧,其一,既然待定型鉴定意见与所对应的直抒型鉴定意见的证明功能相同,那么为了审案流畅、判决明晰,为何不直接采用直抒型鉴定意见的表述?其二,待定型鉴定意见表述容易受到质疑,其中的明示或暗示的附加条件也为立场不同的当事人质疑鉴定意见提供了逻辑依据。(逻辑上待定型鉴定意见的表述的确意味着这一鉴定意见所证明的待证事实是有前提的,不一定指明真实发生的情况。)诚然,在当前的错案追究制度下,法官被要求必须精心审查每一个证据²⁸,但是待定型鉴定意见这类“留有余地”的表述模式无疑在客观上增加了审查和适用证据的难度。也正因如此,有些法官在适用待定型鉴定意见时会依照对应的直抒型鉴定意见予以适用,并且参照其他证据及实际情况予以自由裁量,以此减少“错判风险”。

²⁵ 参见陈瑞华:《鉴定意见的审查判断问题》《中国司法鉴定》2011年第5期,第5页。

²⁶ 前引5,第125页。

²⁷ 参见张南宁:《科学证据可采性标准的认识论反思与重构》《法学研究》2010年第1期,第18页。

²⁸ 参见朱孝清:《错案责任追究与豁免》《中国法学》2016年第2期,第36页。

3. 互斥型鉴定意见的适用难点及成因

互斥型鉴定意见的适用问题是审判机构适用科学证据时面临的新兴难题。本文讨论的互斥型鉴定意见,不是指多份鉴定意见各执一词时的证据采信问题,而是指对一份鉴定意见中各分条鉴定意见所指明的案情事实无法统一时,如何正确适用证据的问题。在一份鉴定意见中,各分条鉴定意见产生证明结果的分歧,一般表现在不同的鉴定项目上,这种分歧不仅是指各分条鉴定意见的证明结果不同,它们的证明结果所构成的事实也会产生逻辑上的矛盾。解决这类矛盾并不可以直接对各分条鉴定意见进行取舍而肆意地改变互斥型鉴定意见为单一性鉴定意见,而是必须客观地分析各分条鉴定意见所指明事实的情况,这需要法官充分地理解不同鉴定项目对案件事实的证明程度与能力,并在此基础上客观地衡量各分条鉴定意见所指明的案情事实的能力。值得一提的是,对不同鉴定事项的证明程度与能力进行强弱划分是需要依靠一定的鉴定专业知识的,而缺乏专业背景的法官在权衡互斥型鉴定意见时往往难以精准地把握它们证明能力的强弱,司法实践中法官往往会选择符合内心确认以及契合其他证据链的一条或几条鉴定意见予以适用而忽略其余分条鉴定意见的证明结果,这种证据适用的方式是不合适的,它使法官无法全面地了解互斥型鉴定意见所证明的事实情况,不利于法官对案情事实的全面把握,而忽视的相反证明结果则有可能成为错判的隐患。

4. 非对应型鉴定意见的适用难点及成因

非对应型鉴定意见是法官适用证据时容易忽视的盲点,但它却往往起到了证明案件真实发生情况的作用。非对应型表述是对鉴定意见的附加说明,只有当可能影响实际的鉴定结果,而又无法体现于原委托要求的鉴定事项所对应的鉴定意见表述的情形出现时,才需要采用非对应型表述的方式。一份鉴定意见书中看似对应型表述与非对应型表述呈现的是一种主次关系,而实质上非对应型表述的出现意味着待证事实的鉴定过程出现了非常规的情形,充分把握这一非常规情形才是适用非对应型鉴定意见的关键。但不可否认的是,司法实践中法官常常忽视非对应型鉴定意见的证明作用,从而错失了全面把握复杂的案情事实的机会。然而适用非对应型鉴定意见又会伴生一个新的疑问,即法官可否自由的使用超出鉴定委托要求的鉴定意见内容呢?答案应当是肯定的,非对应型鉴定意见的本质是揭开待证事实的神秘面纱,它没有偏离法官委托鉴定的初衷。并且证据判断的过程本就是一种自由心证——因为法官是在没有证据规则约束的情况下对证据作出判断的。²⁹法官使用非对应型鉴定意见一方面符合我国《民事诉讼法》第64条第3款中的规定,“人民法院应当按照法定程序,全面地、客观地审查核实证据。”另一方面,这也符合《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第73条以保障法官正确心证为核心的司法解释的立法精神。³⁰故应当予以鼓励与支持。

5. 其他鉴定意见的适用问题及成因

除上述四类鉴定意见之外,实践中法官适用一些使用特定专业术语表述的鉴定意见也会产生疑惑,即便这些鉴定意见表述所证明的结果具有指向性。例如似然比表述的鉴定意见适用问题,似然比本身及其数值的含义不难理解,但数值的来源及其可靠性应当在鉴定意见书中或者在鉴定人出庭时予以说明。有学者认为,客观上鉴定人单纯依靠所收集的相关材料是难以得出通过数字化形式表现的来源可能性结论的,³¹即似然比表述中的似然比值是否可以通过科学证据的可靠性审查尚且存有争议,因此而做出的鉴定意见也会存在瑕疵,进而法官适用该鉴定意见同样也会存在较大风险。针对这一争议,学术著作上虽已有广泛的讨论³²,但其数据来源性的瑕疵是客观存在的,这也是目

²⁹ 参见江伟,吴泽勇:《证据法若干基本问题的法哲学分析》《中国法学》2002年第1期,第36页。

³⁰ 参见张榕,陈朝阳:《中国司法能动性的开启及其规制——以最高人民法院 民事证据规则 为中心的分析》,《厦门大学学报》(哲学社会科学版)2004年第5期,第53~54页。

³¹ 参见汪诸豪:《独特性之后,法庭科学意见的演进》《证据科学》2018年第4期,第510页。

³² See Raymond Marquis: *Discussion on How to Implement a Verbal Scale in a Forensic Laboratory: Benefits, Pitfalls and Suggestions to Avoid Misunderstandings*, 56 Sci. & Just, 2016, p.364.

前国内没有普及似然比类型鉴定意见表述的主要原因之一³³。笔者认为,似然比表述的鉴定意见一方面确有争议,对于似然比值的相关算法还未转化成专业领域内多数专家、学者认可的技术方法,一方面也尚未在国内普及。故笔者不再下文中深究似然比表述的鉴定意见适用问题。

四、解决鉴定意见适用困境的现实意义

构建高度盖然性证明标准下鉴定意见的适用规则,充分发挥法官调查事实证据的工作职能。这一方面符合“推进以审判为中心的诉讼制度改革”的内涵与外延,是全面落实直接言词原则、辩论原则以及充分发挥庭审功能作用的应有之义。³⁴另一方面,它是完善民事证据适用体系,保障司法公正,提高诉讼效率的重要手段。通过解决鉴定意见的适用困境,不仅可以帮助法官全面、高效地掌握待证事实。而且可以提升鉴定意见的质量监控能力,审查鉴定意见的证据属性。³⁵同时,它也可以促进审鉴双方的良性互动,优化鉴定意见对审判工作的辅助。

(一) 保障庭审功能的高效发挥

解决证据适用的困境能够保证庭审在认定证据中发挥决定性的作用,即保障“庭审中心”的应有职能,庭审中心是进一步落实审判中心的关键性环节,审判中心是通过庭审中心加以实现的。³⁶在庭审中心框架下,鉴定意见不仅需要得到充分的展现,还要经得起诉讼双方的质证、辩驳以及发表意见,以供法官辨明证据真伪,准确认定事实。庭审中心的任务是调查案件事实及相关证据,所以需要证人、鉴定人等出庭作证,实行直接言词原则。³⁷鉴定人出庭作证有助于法官采信与适用鉴定意见,保证诉讼各方对鉴定意见的充分质证。对于存在适用困境的鉴定意见而言,保障其内涵与外延在庭审过程中充分体现,是保障庭审功能正常运行的前提。因此解决鉴定意见的适用困境能够从本质上帮助诉讼各方更好地理解与运用鉴定意见书,维护自身的合法权利,同时保障庭审功能的高效发挥。例如根据中国国家标准化管理委员会发布的GB/T 37239-2018笔迹鉴定技术规范的相关规定,假设委托方委托的鉴定事项是对一份待检文件上的确权签名进行鉴定,要求鉴定该签名是否为确权人本人所签,而鉴定意见采用非对应型表述明确表示检材上的确权签名系复制形成,但该份鉴定意见上的对应型表述可能是检材上的确权签名与样本签名出自同一人笔迹,那么如果适用该鉴定意见时没有充分的理解对应型表述与非对应型表述的内涵或者忽略了非对应型表述的潜在涵义,则会当然的认为该鉴定意见证明了确权人的确权行为,导致错判。

(二) 完善鉴定意见的证明作用

在具体案件中,鉴定意见的证明作用并不完全相同,然而证明的目的均是还原案情事实。³⁸需要明确的是,鉴定意见并不是指明案件事实的唯一依据。同样的,在高度盖然性的证明标准下,鉴定意见的证明也不必达到指明案件事实的逻辑必然性条件。即鉴定意见并不必然独立的证明某项事实是否发生,其也可以只为表达案件事实发生与否的可能程度,在证明责任中当事人履行行为责任

³³ 参见俞文,马晓赞:《似然比在笔迹定量检验中的应用性研究》,《中国人民公安大学学报(自然科学版)》2018年第4期,第6页。

³⁴ 参见顾永忠:《试论庭审中心主义》,《法律适用》2014年第12期,第7~11页。

³⁵ 参见杜志淳、罗良忠、孙大明:《司法鉴定质量监控研究》,法律出版社2013年版,第99~105页。

³⁶ 陈光中、步洋洋:《审判中心与相关诉讼制度改革初探》,《政法论坛》2015年第3期,第121页。

³⁷ 前引34。

³⁸ 参见何家弘:《论司法证明的目的和标准——兼论司法证明的基本概念和范畴》,《法学研究》2001年第6期,第42~45页。

和承担结果责任的天平中充当了砝码，³⁹ 为法官认定事实提供了可能性而非必然性。但这并不意味着鉴定意见的证明能力被弱化了，相反正是由于鉴定意见的科学性与中立性使其证明力位阶在民诉证据制度中一直较高。⁴⁰ 例如《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 77 条第二款规定，“物证、档案、鉴定结论、勘验笔录或者经过公证、登记的书证，其证明力一般大于其他书证、视听资料和证人证言；”因此，笔者认为构建高度盖然性证明标准下鉴定意见的适用规则体系可令民事诉讼中适用的各类鉴定意见最大程度上被法官所理解与运用，可以最大程度上释放鉴定意见的证明功能，这也从侧面反映出解决鉴定意见适用困境的必要性与紧迫性。

（三）避免事实认定时产生疏漏

不可否认，“某些类别的鉴定意见在一定程度上会受到鉴定人自身专业知识的限制、认识水平、所处环境等影响，所出具的鉴定意见存在偏差在所难免。”⁴¹ 为避免因鉴定人过错而导致的鉴定意见出现瑕疵，法官对鉴定意见的适用与采信必不可少的要对鉴定意见进行实质与形式上的双重审查，⁴² 从而减少在认定待证事实时产生错误认识。然而仅仅通过审查鉴定意见的方式规避“鉴定风险”是远远不够的，当鉴定意见被采信后，它的适用过程依然存在着风险。先不论当前司法实践中对鉴定意见的审查机制尚未完善⁴³，即便鉴定意见具备可采性，仍需要制定相应的适用规则对各类鉴定意见予以合理适用。例如针对形成时间鉴定而常作出的无法判断等类似表述的鉴定意见，⁴⁴ 被法庭采信后是应按非确定类、无法判断类鉴定意见适用还是待定型鉴定意见适用，适用的后果截然不同的。这意味着法官对鉴定意见的可采性进行审查的同时，还需要法官理解被采信的鉴定意见的内涵与表述逻辑，避免事实认定出现疏漏，两者缺一不可。

（四）节约诉讼成本、提高效率

解决鉴定意见的适用困境、完善鉴定意见的适用规则，一方面降低了法官适用鉴定意见的难度，促使法官充分地理解鉴定意见的相关表述，能有效杜绝因审鉴双方的误解而伴生出的重复鉴定、多头鉴定等乱象。另一方面，构建鉴定意见的适用规则也可以保障鉴定意见的公正性，减少鉴定投诉引发的消极、负面的影响，促进鉴定行业的良性发展。甚至有学者认为“法官未尽综合评定鉴定意见之职责而影响判决结果，会引发了穿梭于司法鉴定管理与鉴定机构之间反复投诉问题，致使司法鉴定作为解决诉讼问题制度转过来成为在诉讼中制造问题的缘由，甚至成为影响司法鉴定公正的不稳定因素。”⁴⁵ 因此，构建司法鉴定的适用规则体系，从客观上能促进法官高效地适用证据，提高审判效率，甚至可以省去重复鉴定、重复出庭等事项所带来的当事人承担的必要支出以及鉴定投诉、信访举报等相关开支，降低诉讼成本。

（五）促进审鉴双方的良性互动

解决鉴定意见的适用困境除了帮助法官更好地适用鉴定意见之外，还能帮助鉴定人更为有效地

³⁹ 参见郭小冬、姜建兴：《民事诉讼中的证据和证明》，厦门大学出版社 2009 年版，第 273~276 页。

⁴⁰ 参见陈瑞华：《以限制证据证明力为核心的新法定证据主义》《法学研究》2012 年第 6 期，第 150~151 页。

⁴¹ 朱晋峰：《以审判为中心诉讼制度改革背景下科学证据审查的困境及出路》《法律适用》2018 年第 13 期，第 117 页。

⁴² 参见苏清涛、张胜利：《对鉴定意见的审查不能流于形式》《检察日报》2015 年 6 月 7 日。

⁴³ 参见张俊涛、宋怀远：《浅论法医学鉴定意见的审查要点》《河南法制报》2019 年 8 月 8 日。

⁴⁴ 根据最高人民法院司法行政装备管理局《关于对外委托文件制成时间鉴定有关事项的通知》（法司〔2008〕12 号）以及浙江省高级人民法院发布的《关于文件形成时间鉴定的意见》（浙高法鉴〔2011〕5 号）的相关规定，鉴定机构对形成时间类鉴定常出具无法判断等类似表述的鉴定意见。

⁴⁵ 郭华：《司法鉴定制度改革与司法鉴定立法之推进关系》《中国司法鉴定》2018 年第 5 期，第 3 页。

掌握法官委托鉴定的目的与需求,通过审鉴双方的良性沟通,鉴定人可以通过鉴定意见适用的反馈情况适当地调整鉴定的表述,从而保障了鉴定意见与案件事实的相关性。例如法官委托对一份代书遗嘱上的全部字迹是否遗嘱人所写进行鉴定,实质上代书遗嘱本不需要遗嘱人书写全部字迹,只需遗嘱人签名即可,但介于当事人申请鉴定时强调了对遗嘱全文字迹的鉴定,因此最终的鉴定委托上增加了不必要的鉴定要求,这无疑是徒增鉴定人的工作量,对代书内容鉴定结果相关性也会受到质疑。而通过构建鉴定意见的适用规则,加强审鉴双方对鉴定意见的交流与反馈,可以完善鉴定意见的证据属性。当然,这种良性互动是离不开审鉴双方的有效配合的,只有不断地增进沟通,强化交流,才能真正的构建完整的鉴定意见适用规则体系,从根源上促进司法鉴定管理更好地服务于司法鉴定使用⁴⁶,进而促进司法鉴定管理与使用的有效衔接。

五、鉴定意见适用规则体系的构成要素

构建鉴定意见的适用规则体系是解决鉴定意见适用困境的唯一途径,是保障鉴定意见合理合法适用的有效手段。鉴定意见适用规则体系的构成要素是指组成该规则体系应有的几个要素,主要有规则体系的调整主体、调整客体、调整对象以及规则的内容四个方面。

(一) 调整主体包含审鉴双方

鉴定意见适用规则体系建立的出发点在于辅助法官高效地适用鉴定意见,因而作为采信与适用的实施主体,法官当然是鉴定意见适用规则体系的调整主体之一。法官作为司法鉴定的法定委托方,对鉴定的目的与委托的要求具有一定的决定权,同时还可以对被委托方(鉴定人)的逻辑表达形式方面提出合理要求。⁴⁷可以认为,法官在鉴定意见适用规则体系中不仅充当了调整主体的角色,还是规则体系所服务的对象。然而作为鉴定意见的实施者,鉴定人同样需要严格地按照鉴定意见适用规则中关于特定鉴定意见表述模式的相关规定与要求出具鉴定意见书。除此之外,在鉴定意见的适用过程中,鉴定人不仅需要对法官就鉴定意见的依据与结果进行说明与解释,还需要就其他专门知识人针对鉴定意见提出的质证意见进行回应。因此,鉴定人也理所应当的属于鉴定意见适用规则体系的调整主体之一。

(二) 调整客体为证据适用问题

鉴定意见的适用规则体系的调整客体是鉴定意见的适用问题,它不仅包含鉴定意见适用的一般规则,也包括针对各种存在适用困境的特殊规则。值得注意的是,这里所指的鉴定意见不仅指鉴定意见书中的标识鉴定意见的段落,还包括鉴定意见书中对鉴定的检验过程、分析说明等内容中所涉及的指明案件事实的部分。例如在篡改文件鉴定类的鉴定意见书中,于检验过程中对检材状态的描述可能在一定程度上指明案件的事实,可以帮助减弱或增强审判的内心确认。因而适用鉴定意见时不能拘泥于鉴定意见的结果而忽视其他反映案情的重要信息。再者,这些鉴定意见的适用问题也并不一定只是对鉴定意见书上文字表述的困惑,还可能是针对鉴定材料、鉴定方法、鉴定依据等提出的疑问,甚至可能是鉴定人出庭时针对法官、各方当事人以及专门知识人等提出的质疑而作出的相应解释与说明。

(三) 调整对象是一种逻辑关系

鉴定意见适用规则体系的调整对象是鉴定意见与待证事实的逻辑关系,而它的目的即是合理地

⁴⁶ 前引2,第285页。

⁴⁷ 参见孟勤国《司法鉴定规则应重在规范法官行为——最高法院(2011)民一终字第41号判决书研读》《法学评论》2013年第1期,第91~93页。

处理两者之间的逻辑衔接。由于鉴定技术的发展现状、鉴定条件的客观约束以及鉴定人员的确认偏差。美国国家科学院在对美国法证科学的现状进行调查后发现,许多法证科学学科在标准化、可靠性、准确性方面都存在问题,这导致检验人员容易受到认知偏差影响,证据受到“认知污染”,从而得出错误的鉴定意见。⁴⁸ 鉴定意见并不一定真实地反映出客观事实,也可能只反映出待证事实的发生可能性。即便如此,这些反映待证事实发生可能性的鉴定意见在法官适用证据时往往与它应有的证明能力无法匹配,这明显与发现真实基础上实现实体法规定的法律秩序不相符。在此背景下,构建鉴定意见适用规则体系则显得尤为关键,它旨在合理地处理各类鉴定意见与待证事实的逻辑衔接,这种逻辑衔接的过程是十分复杂的,它不仅需要依靠一定的常识进行合理的判断,还可能需要采用具备科学可靠性的标准予以论证。⁴⁹ 同时法官常常难以只通过一般当事人的辩论而完成鉴定意见证明事实情况的审查,还需要借助专家辅助人的询问与质疑。⁵⁰ 这意味着,合理地处理鉴定意见与待证事实的逻辑关系具有一定的难度,它不仅是要符合普遍大众的价值判断,还要经得起具备专业知识的专家、学者的质询。

(四) 内容兼顾专业性与普适性

鉴定意见的适用规则体系的内容需要兼顾鉴定意见的专业性与适用证据的普适性。这是因为鉴定意见的适用规则体系一方面以解决鉴定意见与待证事实的逻辑衔接为主要目的,内容涉及各鉴定学科的专业知识,另一方面它又要普遍适用于纷繁复杂的鉴定意见,便于法官、各方当事人理解,适用时势必要求理性的分门归类。这种看似矛盾的两个方面在鉴定意见适用规则体系中却是合理的。因为解决证据的适用困境本就是一种化繁为简的过程,通过将鉴定意见书上的专业表述予以解释和说明,使法官充分了解其所指向的待证事实,过程必然专业而结果也应当普适。否则,一味的强调规则体系的专业性而忽视普适性,意味着本就对科学证据理解困难的法官还需要抽出经历研究鉴定意见的适用规则,这无疑是本末倒置。同样的,一味地强调规则体系的普适性也是行不通的,科学原理是科学证据及其审查规则体系的主要来源。⁵¹ 缺乏科学的、专业的解释规则本就无法令人信服,更何谈广泛适用。因此,构建鉴定意见适用规则体系的内容必然兼顾专业性与普适性。

六、民事审判中常见鉴定意见适用规则的拟制

本文讨论的鉴定意见适用规则是在“高度盖然性”证明标准下对鉴定意见适用过程中产生的困境予以解释与说明。司法解释制定者认为“高度盖然性”源于《民事证据规定》第73条第1款规定,“双方当事人对同一事实分别举出相反的证据,但都没有足够的依据否定对方证据的,人民法院应当结合案件情况,判断一方提供证据的证明力是否明显大于另一方提供证据的证明力,并对证明力较大的证据予以确认”,⁵² 并得到了学界的广泛认可。简而释之,“它以确认的事实联系其他合理性考虑为前提,是我们在对证据和案件事实的认识达不到逻辑必然性条件下不得不使用的手段。”⁵³ 在民事诉讼司法实践中,一旦鉴定意见无法对案件事实形成一种必然性的逻辑判断,那么即便还有其他具有证明能力的证据存在,该案的法官最终也只能依据“高度盖然性”的证明标准判断案件事实究竟如何。这并非夸大鉴定意见在民事诉讼中的地位,而这恰恰证明了适用非确定类、

⁴⁸ 朱海:《法庭科学中的确认偏差——一个刑事错案的致错因素》《人民法院报》2019年7月5日。

⁴⁹ 前引21,第30~32页。

⁵⁰ 参见赵信会、刘东平、赵东:《证据法专论》,中国检察出版社2013年版,第109页。

⁵¹ 前引27,第27页。

⁵² 参见最高人民法院民事审判第一庭:《民事诉讼证据司法解释的理解与适用》,中国法制出版社2002年版,第351页。

⁵³ 陈响荣:《诉讼效益与证明要求》《法学研究》1995年第5期,第37~43页。

无法判断类鉴定意见与适用“高度盖然性”证明标准之间的逻辑纽带,因为非确定的、无法判断的鉴定结果基本上意味着法官需要适用“高度盖然性”证明标准。而在笔者看来,这种现象是不正常的,它过分拔高了鉴定意见的证明作用,但它也是鉴定意见的适用规则的制度依据。在“高度盖然性”证明标准下,在相关鉴定意见适用规则完善的前提下,那些只能指明案件事实发生可能性的鉴定意见表述完全可以发挥实质作用。虽然民事案件的证明需符合——虽未达到事实必定如此的程度,但已达到事实极有可能或非常可能如此的判断这一标准。⁵⁴但是,民事案件的证明并不单依靠鉴定意见来实现,作为诸多证据之一的鉴定意见完全可以仅仅起到加强或减弱法官对事实判断程度的作用,而不必要承担证明案件事实必然如此或必然不如此的负担。然而这又伴生了一个新问题,即针对专业性极强的科学证据,法官并不具备充分理解科学证据的能力。⁵⁵那么法官如何合理的适用那些仅形成一种可能性逻辑判断的鉴定意见呢?对此笔者认为,应对上述问题,应当拟制“高度盖然性”证明标准下的鉴定意见适用规则,它不仅可以对未形成一种必然性逻辑判断的鉴定意见的适用提供解决思路,而且还可以对其他可能产生鉴定意见适用困境的鉴定意见表述提供解释与说明,具有一定的现实价值。

需要注明的是,本文中提出的鉴定意见适用规则体系不可能解决所有鉴定意见的适用问题,除了前文列举的几类存在适用困境的鉴定意见表述之外,司法实践的个案中还有很多各具特色的鉴定意见适用困境,只不过这些鉴定意见适用困境的出现具有一定的偶然性,不适合采用具有普遍适用性的规则予以规制。例如上文提到的似然比表述的鉴定意见适用问题。据此,本文中拟制的鉴定意见适用规则首先明确了鉴定意见的一般适用规则,主要规制能够明确地指明案件事实的鉴定意见的适用过程。其次针对上文所列的非确定类、无法判断类、待定型、互斥型鉴定意见等存在的适用阻逆的鉴定意见表述,在一般适用规则之外,还需拟制鉴定意见的特殊适用规则,以保障法官高效、合理地适用鉴定意见。

(一) 一般适用规则

在民事诉讼中,对于采用能够明确地指明待证事实的鉴定意见表述,法官适用时一般不会产生困惑与疑问。但这并不意味着法官在适用这类鉴定意见时可以不受任何规则的约束,因为法官在适用鉴定意见时仍有产生事实认定错误的风险。比如适用明确类表述的鉴定意见时忽视了鉴定意见中非对应型表述的涵义而导致对鉴定意见证明的事实产生误认。再比如适用鉴定意见时忽视了对鉴定意见书中检验过程相关表述的潜在含义而导致片面的理解鉴定意见所证明的事实情况。这恰恰说明了鉴定意见一般适用规则的必要性,它是保障法官准确地认定鉴定意见所指明的事实的最低要求。鉴定意见一般适用规则主要包含两个方面。第一个方面是针对鉴定意见的表述进行精确分类的规则。根据前文中的分类方式,现有的鉴定意见表述模式共有五种分类方法,每种类别又互有交集,譬如一份明确型表述的鉴定意见也可以被归类为判断型表述、直抒型表述、单一式表述或者对应型表述。笔者认为,适用鉴定意见的首要任务是根据其表述特点而对其进行的划分,因为不同表述模式的鉴定意见所适用的规则是不尽相同的,所表达的涵义也是有所差异的。因此,明确鉴定意见表述模式的类别是适用鉴定意见的前提条件。鉴定意见一般适用规则的第二个方面是全面地、系统地分析鉴定意见书的规则。它要求法官在适用鉴定意见时不仅要关注鉴定意见的结果,还要求法官在适用鉴定意见时特别关注鉴定的检验过程与分析说明的内容。对于鉴定意见的结果的分析,一方面要求法官对鉴定意见所依据的原理与方法的科学可靠性进行实质审查,⁵⁶以确认鉴定意见具有证明能力。另一方面要求法官通过鉴定意见的结果初步确认鉴定意见指明事实的程度。对于鉴定意见书

⁵⁴ 前引 39。

⁵⁵ 前引 21,第 24 页。

⁵⁶ 同上,第 31 页。

中的检验过程与分析说明部分,法官应当仔细审阅。鉴定的检验过程与分析说明中体现着鉴定人做出鉴定意见的依据,有时也包含着鉴定情况的说明与解释,可能影响法官对案件事实的认定。例如检验过程中对检材、样本的性状与条件的描述,分析说明中形成最终鉴定意见的思路等等。了解鉴定人的检验与分析情况有助于法官全面的掌握鉴定意见指明事实的情况,帮助法官合理的适用鉴定意见,否则可能导致错判。

(二)特殊适用规则

除了鉴定意见的一般适用规则,法官面对非确定类、无法判断类、待定型以及互斥型鉴定意见表述时,常常无法全面理解它们的涵义,导致适用上述几类表述的鉴定意见时出现阻逆,影响案件的正常审理。据此,笔者拟制了几条鉴定意见的特殊适用规则,供法官适用鉴定意见时参考。

1.“切割事实”规则

使用非确定类、无法判断类表述的鉴定意见能否证明待证事实的真伪?审鉴双方一直具有争议。司法实践中鉴定人往往认为它体现了鉴定意见的科学性与客观性,况且“概而言之,无论从认识活动的属性,还是从诉讼行为的属性来看,诉讼的证明都只能达到相对真实,而非绝对真实。这不仅是由认识的相对性决定的,也是由诉讼证明自身的特殊性所决定的。”⁵⁷而法官则对使用非确定类表述的鉴定意见一直带有成见,因为这类鉴定意见不可避免需要法官运用“高度盖然性”证明标准对这类鉴定意见证明的事实予以内心确认。然而“目前的问题是高度盖然性标准尚无法做到严格准确适用,证明标准适用又缺乏足够的理由论证。”⁵⁸等于说鉴定人通过出具非确定类、无法判断类表述的鉴定意见来减低“鉴定风险”的同时却增加了法官的“错判风险”。笔者认为,非确定类、无法判断类表述的鉴定意见虽不一定能够证明事实的真伪,但却可以反映待证事实的“发生可能性”,并且这种“发生可能性”是可以帮助法官认清待证事实的。法官可以根据鉴定意见反映的“发生可能性”对待证事实进行“切割”,切割的依据是不同非确定类、无法判断类表述所对应的感知层级。(根据鉴定意见的明确程度不同,非确定类、无法判断类鉴定意见的表述存在不同的感知层级,以同一认定为例,从“极可能同一”层级到“极可能非同一”层级,它们的证明程度相对于同一认定的意见而言是逐层降低的,它们指明的事实出现可能性也是逐渐下降的。)如果“切割”后的待证事实“发生可能性”达到了法官对其真实与否的内心确认的程度,或者根据其他证据使法官增强了对案件事实真实与否的内心判断,那么法官便可以运用高度的盖然性对案件进行判决。如果“切割”后的待证事实“发生可能性”达不到法官的内心确认的程度,或者根据其他证据使法官减弱了对案件事实真实与否的内心判断,则可以按照“危险负担”学说,当证明的事实真伪不明时,负有证实事实责任的当事人一方承受法官不利判决的危险。⁵⁹据此可以判决主张事实的当事人败诉。因而无论是带有一定倾向性的非确定类表述的鉴定意见,还是饱受诟病的无法判断类表述的鉴定意见均可以通过“切割事实”的方法予以合理地适用。从某种意义上来说,这种“切割事实”的方式是将本属于判断型表述的非确定类、无法判断类鉴定意见转化成古典概型的表述模式,进而量化“切割”待证事实的“发生可能性”的一种方式,本质上与适用古典概型表述的鉴定意见并无二致。

2.“补全事实”规则

使用待定型表述的鉴定意见与之对应的直抒型表述的鉴定意见是否存在本质区别?审鉴双方对此是有分歧的。鉴定人一般认为,为寻求某一案件的绝对真实而要求司法机关不惜成本,不计代价是不可想象的。⁶⁰因此当鉴定人实施鉴定受到技术水平、客观条件等制约而无法令证明事实的绝对

⁵⁷ 卞建林、郭志媛:《论诉讼证明的相对性》《中国法学》2001年第2期,第170~171页。

⁵⁸ 霍海红:《提高民事诉讼证明标准的理论反思》《中国法学》2016年第2期,第278页。

⁵⁹ 参见常怡:《民事诉讼法学》,中国政法大学出版社1996年版,第175~177页。

⁶⁰ 前引57,第172页。

真实时,会选择采用待定型表述,它所证明的待证事实是设置了前提条件的事实,旨在规避技术水平、客观条件的变化所带来的未知的“鉴定风险”。也就是说,鉴定人通过出具待定型鉴定意见将“鉴定风险”转嫁给了法官。然而司法实践中法官在适用待定型鉴定意见时却无一例外地选择将其“翻译”成对应的直抒型鉴定意见予以使用,基本上无视了待定型表述中前提条件作用,似乎“在特定的条件下,法律允许以虚构的事实作为裁判的依据。”⁶¹因此法官普遍接受了待定型鉴定意见所隐藏的“错判风险”。但在笔者看来,这种适用鉴定意见的方式是存在瑕疵的,因为待定型鉴定意见的前置条件是不宜直接忽略的,即使将它转化成对应的直抒型鉴定意见予以适用,其证明也不能等同于对待证事实全然的真伪判断,而只是证明了伴有“可能存在的瑕疵”的事实,由于不同鉴定机构的技术水平以及不同鉴定学科的发展状况参差不齐,这种“可能存在的瑕疵”的大小程度也随个案而有所不同。那么实案中如何补全伴有“可能存在的瑕疵”的事实呢?笔者认为应当根据本案的其他证据所证明的情况综合判断这一问题,如果其他证据与现有的“可能存在的瑕疵”的事实相互印证,那么“可能存在的瑕疵”的事实便有可能被补全。反之则无法补全事实,而只能依靠法官对事实发生与否的内心确信,根据“高度盖然性”的证明标准对事实予以判断。

“错判风险”是适用待定型鉴定意见时无法回避的一个问题。一旦做出鉴定时的技术水平与客观条件发生了变化而导致鉴定意见的结果被证明是有疏漏的,那么适用该鉴定意见进行的裁判便可能变成错案。有学者认为,“法官的使命固然是裁判,但并非没有‘查明案件事实’的任务。因为‘事实清楚’是裁判的前提,庭审设置法庭调查、质证、辩论程序的目的,就是为了使法官查明事实。”⁶²适用证据错误法官当然是有一定责任的。但是必须承认的是,由于人的认识水平、技术条件的局限而出现所谓的错案是不可避免的,这种情况下法官是否可以免责是值得进一步深究的。⁶³况且在技术水平与客观条件变化的前提下,就连具备专门知识的鉴定人都无法得出准确的鉴定意见,更何况非鉴定专业领域的法官。因此,笔者认为适用待定型鉴定意见时,法官可以参照“补全事实”规则予以适用,而不必担心因鉴定意见变更而导致错判的追责。

3. “权衡事实”规则

互斥型表述的鉴定意见适用问题并不是一道简单的选择题。形成互斥关系的各分条鉴定意见是针对同一个待证事实所做出的不一致的证明结果,由于各分条鉴定意见分属不同的鉴定子学科,它们证明事实的能力又不尽相同,同时法官在对各分条鉴定意见选择适用时容易受该案其他证据证明情况的影响,因此,适用这类鉴定意见的过程并不是简单地对各分条鉴定意见进行取舍的过程。笔者认为,无论是通过逻辑推理与常识判断,还是通过咨询鉴定人或其他专家,法官在适用互斥型表述的鉴定意见时首先需要了解互斥的各分条鉴定意见证明事实能力的强弱,对它们各自证明的事实真伪情况有一个初步的印象,综合考量之后再确定鉴定意见所证明的待证事实的真伪情况,合理的适用鉴定意见。例如鉴定一份检材上的签名与指印是否为被鉴定人所写所捺,最终出具的鉴定意见为检材需检的签名认定同一而对检材需检的指印否定同一,这意味着签名的鉴定意见是对检材内容的证实,而指印的鉴定意见却是证否。一般认为,签名鉴定指明事实的能力要略强于指印鉴定,因为签名属于一种动作习惯,是一种精细、复杂的条件反射活动,⁶⁴而指印属于一种形象痕迹,是指头接触物体表面留下的印迹,⁶⁵条件反射活动比印迹形成的难度大,更接近行为人真实意思的表达。因此上述案例中的鉴定意见应倾向于签名的鉴定结果,即倾向认可被鉴定人对检材内容的确权行为。

法官在“事实权衡”时还要防止已有内心确认的干扰判断。由于各分条鉴定意见互斥,那么其中必然有部分鉴定意见与其他证据所证明的情况相互印证,可以增强法官对案件事实真伪的内心判

⁶¹ 蒋传光:《应重视法官免责制度构建》《法制日报》2015年6月15日。

⁶² 朱孝清:《错案责任追究的是致错的故意或重要过失行为——再论错案责任》《人民检察》2015年第21期,第12页。

⁶³ 前引61。

⁶⁴ 参见邹明理:《文书物证司法鉴定实务》,法律出版社2012年版,第25~26页。

⁶⁵ 参见徐立根:《物证技术学》,中国人民大学出版社2008年版,第52~55页。

断的。但这并不是法官忽略另一部分鉴定意见的理由。法官在考量与适用互斥型表述的鉴定意见时要将其看作为一个整体,即使有部分鉴定意见的证明情况与其他证据的证明格格不入,在权衡各方鉴定意见证明事实能力时也不宜将证明事实能力弱的部分鉴定意见排除适用,并以此为基础形成对案件事实真伪的内心确认。

七、结语

《决定》提出,要保证庭审在查明事实、认定证据中发挥决定性作用,这是以庭审为中心的本质要求。⁶⁶而解决司法实践中法官对采用非确定类、无法判断类、待定型以及互斥型鉴定意见时所面临的困境则是从完善证据适用层面保障法官顺利的查明事实、认定证据。通过前期的实证研究,笔者发现鉴定意见的适用困境主要源于法官对某些鉴定意见表述认识不足,而鉴定方为了规避风险而不愿过度释义。因此解决这一现实问题应当以解释司法鉴定意见的表述涵义为出发点,通过列举各种鉴定意见的表述模式带来的适用困境,拟制鉴定意见的适用规则,构建“高度盖然性”证明标准下鉴定意见适用规则体系。虽然本文创造性地拟制了鉴定意见的一般适用规则与特殊适用规则,直面了审鉴双方之于鉴定意见表述的诸多争议,但针对个案的相关适用细则还有待进一步讨论。例如“切割事实”规则的具体切割比例如何计算,“补全事实”规则的补全标准如何界定,“权衡事实”规则的证实能力如何评价等问题。这些细则的制定需要参考审鉴双方日积月累的实案经验与数据,同时还要兼顾个案的实际情况,故本文不予展开论文。

(收稿:2019-07-31,修回:2019-08-15)

(责任编辑:刘鑫)

⁶⁶ 参见沈德咏:《论以审判为中心的诉讼制度改革》《中国法学》2015年第3期,第13页。