

不确定鉴定意见的证据属性及功能

郭 华^{*}

内容提要 鉴定意见作为证据应当符合“明确”的证据要求。现实中的不确定鉴定意见因与司法对证据要求的“明确”或者“确定”存在表达上的冲突,致使实践衍生出鉴定和司法之间实然关系的供需紧张。鉴定意见基于科学不确定性、鉴定技术局限性以及鉴定人主观性等特点,具有不同于其他证据的判断性特征。不确定鉴定意见因包含了特定程度的确定性,具有帮助法官理解专门性问题的功能或者协助其他证据证明事实存在(不)可能性的专家证言属性,发挥着审查判断其他证据和佐证等证明作用。其中,经验型和检验型不确定意见、倾向肯定和倾向否定的意见以及不同主体(控辩双方)提供的不确定意见具有不同的证明分量。区分不确定鉴定意见不同的证明功能,并附加作出不确定鉴定意见的鉴定人特有的说明、解释与论证义务,不仅能发挥不确定鉴定意见佐证以及强化或者弱化其他证据的作用,也能够消解其适用风险。

关键词 不确定鉴定意见 倾向性鉴定意见 证据属性 佐证功能

目 次

- 一、问题的提出
- 二、鉴定实践与鉴定结论表达的实然关系
- 三、不确定鉴定意见与证据的应然关系
- 四、不确定鉴定意见的证明功能
- 五、结语

^{*} 中央财经大学法学院教授。本文系 2023 年度司法部司法鉴定重点实验室“司法鉴定立法问题研究”(项目批准号: KY202321) 的阶段性成果。

一、问题的提出

作为我国法定证据种类之一,鉴定意见虽然与其他证据具有共通性,但因其固存科学性的特质,倚重于有专门知识的人(鉴定人)利用专门知识(科学、技术或者特殊经验)对专门性问题进行技术性鉴别和主观性判断,使之“既不像其他言词证据那样是‘感性认识’证据,也不像许多实物证据那样是‘形象认识’证据(许多物证也需要鉴定,才能揭示其证明功能),而是鉴定人提供的‘理性认识’证据”^①。然而,这一被理论视为“理性认识”的鉴定意见时常落入普通人认知范围的“盲区”,出现违反普通人常识的“悖论”,特别是对同一专门性问题的不同或者相反意见,不仅增加了科学与法律之间的沟通难度,也加深了专家和普通人之间的认识鸿沟,使得这一作为解决案件事实争议的“科学证据”反而成为颇受争议的“是非证据”。

近年来,司法实践不断暴露出因鉴定酿成冤假错案的事例,^②引起了理论界对其作为独立法定证据种类的不同认识,^③也激发了实务界对司法鉴定特别是不确定鉴定意见的讨论和严格限制。如“北京某报社副总编辑常林锋放火杀妻焚尸案”中“不排除被扼压或掐勒颈部至窒息死亡”的不确定鉴定意见的争议^④、“福建念斌投毒案”中辩护人对鉴定DNA质谱图的质疑^⑤以及“上海复旦大学林森浩案”中对被害人中毒致死是多因一果还是单一原因的死因鉴定的诘问等^⑥。这些实践中的分歧与认识上的困惑促发了人们对鉴定科学性的怀疑和对不确定鉴定意见的重新审视,冲撞了现有鉴定技术规范对鉴

① 周士敏:《试论建立审查鉴定结论的新机制——设置专家辅助人质证制度》,载《人民检察》2003年第4期,第20页。

② 美国《科学》(Science)杂志发表的Saks和Koehler的文章将错误法庭科学作为导致错案发生的第二位原因,而Gould和Leo的研究结果将其作为第五位原因。See Saks M.J & Koehler J.J, *The Coming Paradigm Shift in Forensic Identification Science*, Science, Vol.309:892, p.893 (2005); Gould J.B & Leo R.A, *One Hundred Years Later: Wrongful Convictions after a Century of Research*, Journal of Criminal Law & Criminology, Vol.100:825, p.825 (2010)。

③ 参见裴苍龄:《论证据资料》,载《中外法学》1997年第6期,第107页。

④ 该案法医鉴定人尸检发现右侧舌骨大角骨折,出具了“不排除她(被害人)是被扼压或掐勒颈部至窒息死亡”的鉴定意见。法庭上,辩护人认为,“不排除”是用来限制“机械性窒息死亡”的,而“被扼压或掐勒”仅仅是“机械性窒息死亡”的修饰定语,这种鉴定意见作为证据会将“可能性”变成“肯定性”“排他性”,因此,不能作为证据使用。而法医出庭作证称,死者“舌骨骨折、喉室黏膜淤血,双肺淤血、叶间可见出血点”,完全可以确定死者属机械性窒息死亡,但对死者机械性窒息死亡的手段无法确定,作出“不排除”的鉴定意见符合鉴定科学的要求。该案2010年一审判处死缓,后因死因鉴定问题上被二审法院发回重审。2013年一审重审判决无罪,检察机关提起抗诉,历经十年后二审出现反转,2021年法院认定常林锋构成故意杀人罪、放火罪,判处死缓。参见张媛、樊俊怡:《“副总编杀妻案”重审开庭——控辩双方共申请8名证人到庭;辩方认为尸检报告证据不足;警方否认刑讯逼供》,载《新京报》2012年5月30日,第A13版;韩谦:《中国版“辛普森杀妻案”再逆转,无罪八年后改回死缓》,载“南方周末”官网, <http://static.nfapp.southcn.com/content/202207/04/c6652506.html>, 2023年6月20日访问。

⑤ 该案件中“倾向于认定门把上残留物含有氟乙酸盐”的鉴定意见被认为不规范、不科学。因为毒物鉴定只能作“是与非”的判断,要么“检出”,要么“未检出”,倾向于认定的意见过于草率。参见周喜丰:《8年9审曾被判4次死刑福建“念斌投毒案”第五次延长审限》,载《潇湘晨报》2014年2月22日,第A09版;刘旌:《福建高院详解念斌案为何拖8年》,载《东方早报》2014年8月24日,第A07版。

⑥ 参见王烨捷、周凯:《林森浩投毒案二审仍死刑 法院回应两大焦点》,载《中国青年报》2015年1月9日,第2版。

定意见表述方式的规定,致使鉴定与司法实然关系的紧张转化为应然规范层面的对立。

面对司法鉴定遇到的挑战,鉴定主管部门严格限缩司法鉴定事项范围,^⑦司法机关也在不断对其进行严格规范^⑧。其中,最高人民法院于2019年12月25日修改的《关于民事诉讼证据的若干规定》对“鉴定意见不明确的”规定了“出庭费用”由鉴定人“自行承担”;于2020年7月31日发布的《关于人民法院民事诉讼中委托鉴定审查工作若干问题的规定》对“同一认定”鉴定意见“使用不确定性表述的”,采用了带有惩罚性的“视为未完成委托鉴定事项”或者“责令鉴定人退回已经收取的鉴定费用”的规定。^⑨司法对不确定鉴定意见的排斥性规定催生了诉讼法学界对其能否作为证据的关注及对其科学性的诘问,诱发了司法鉴定界对司法规范的批评。^⑩特别是将补充鉴定或者重新鉴定作为解决不确定鉴定意见的做法,因不符合补充鉴定或者重新鉴定的启动条件,^⑪引发了理论界对此规范的再次审视。那么,最高人民法院对“同一认定”鉴定意见“使用不确定性表述”的限制与现有鉴定技术规范允许鉴定出具不确定意见表述的冲突如何解决?法律规范要求的证据“确实”与不确定鉴定意见是否存在实质性矛盾?作为法定证据种类的鉴定意见的不确定表述是否具有证据属性及其功能?这些问题均聚焦在不确定鉴定意见是否符合鉴定科学性的本质问题上。针对上述问题,本文以鉴定科学性及其本质作为分析进路,考察不确定鉴定意见与证据之间的关系,探讨不确定鉴定意见对案件事实以及其他证据的功能,厘清不同类型鉴定、不同不确定鉴定意见及其对不同

⑦ 参见《司法部关于严格准入 严格监管 提高司法鉴定质量和公信力的意见》(司发〔2017〕11号),2017年11月22日发布;《司法部办公厅关于严格规范司法鉴定机构开展亲子鉴定业务有关工作的紧急通知》(司办通〔2020〕100号),2020年12月29日发布;《司法部办公厅、中国银行保险监督管理委员会办公厅关于规范涉及保险理赔司法鉴定工作的通知》(司办通〔2021〕91号),2021年11月17日发布。上述2017年发布的意见被实务界称为“双严十二条”。

⑧ 参见《最高人民法院关于地方各级人民法院设立司法技术辅助工作机构的通知》(法发〔2006〕182号),2006年9月25日发布;《最高人民法院对外委托鉴定、评估、拍卖等工作管理规定》(法办发〔2007〕5号),2007年8月23日发布;《最高人民法院关于人民法院民事诉讼中委托鉴定审查工作若干问题的规定》(法〔2020〕202号),2020年7月31日发布。

⑨ 《最高人民法院关于人民法院民事诉讼中委托鉴定审查工作若干问题的规定》第11项规定:“鉴定意见书有下列情形之一的,视为未完成委托鉴定事项,人民法院应当要求鉴定人补充鉴定或重新鉴定:……同一认定意见使用不确定性表述的;……补充鉴定或重新鉴定仍不能完成委托鉴定事项的,人民法院应当责令鉴定人退回已经收取的鉴定费用。”而《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(法释〔2021〕1号)第四章第五节“鉴定意见的审查与认定”中的第97条规定:“对鉴定意见应当着重审查以下内容:……(七)鉴定意见是否明确。”

⑩ 2020年12月14日广东省司法鉴定协会向最高人民法院寄送“对《关于人民法院民事诉讼中委托鉴定审查工作若干问题的规定》建议”一函。该函针对同一认定意见使用不确定性表述及其倾向性鉴定意见排除适用提出异议,并认为“《规定》第11条第(2)与中央文件和全国人大法律的要求不符合”、“司法部的相关规定冲突,容易造成司法鉴定管理混乱”、“违背司法鉴定科学技术规范”、“不符合国际惯例和国际法庭科学的发展趋势”以及“排除倾向性或者概率性鉴定意见容易导致法官误判案件”。

⑪ 《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(法释〔2019〕19号)第40条规定:“当事人申请重新鉴定,存在下列情形之一的,人民法院应当准许:(一)鉴定人不具备相应资格的;(二)鉴定程序严重违法的;(三)鉴定意见明显依据不足的;(四)鉴定意见不能作为证据使用的其他情形。”该条并未将鉴定意见“使用不确定性表述”作为启动重新鉴定的情形。况且,重新鉴定一旦出现相同的不确定鉴定意见,因原不确定鉴定意见不能作为认定事实的依据,法官将会面临更加艰难的选择。

举证主体产生的作用,继而纾解司法鉴定界与司法机关对不确定鉴定意见所持态度和立场的紧张,并通过附加不确定鉴定意见的说明、解释和论证义务来强化其功能,以分散不确定鉴定意见固存的风险,明确不确定鉴定意见的应然证据属性及证明功能。

二、鉴定实践与鉴定结论表达的实然关系

进入数字时代,越来越多的关键性案件需要借助现代科技协助揭示和还原隐藏的事实信息。鉴定专家凭借其拥有的专门知识对事实是如何发生、如何变化、如何呈现及其内在关系作出判断并进行论证、解读、说明,在司法实践中不同程度地发挥着发现事实真相或者佐证(补强)其他证据证明力的功能。据1993年英国伦西曼皇家委员会的刑事法庭研究估计,“在所有存在争议的起诉的案件中几乎1/3涉及科学证据。尽管估计出了重要的数字,但这可能低估了在刑事诉讼中科学专家证言的真正普及,因为许多专家在审判前就做了大量的日常性的重要的贡献”^⑫。据北京市延庆区人民检察院统计,2019年该院接收审查起诉的案件共291件,证据目录包含鉴定意见的高达285件,涉及各类鉴定意见共352份。^⑬以2006年至2012年公安部督办的约250位警察参与侦查的甘肃白银连环强奸杀人“8·05专案”为例,在案件侦查长期陷入僵局时,依靠罪犯远房堂叔的DNA与当年命案现场留下的生物痕迹比对的鉴定意见,使得沉寂15年之久的案件得以侦破。^⑭鉴定不仅在发现事实真相以及证明案件事实方面功绩卓著,而且在纠正冤假错案中也同样发挥着重要作用。美国“约半数的错案是依靠DNA发现的,其中强奸错案有88%是依靠DNA发现的,伴有强奸行为的谋杀类错案有20%也是依靠DNA发现的”^⑮。但与此同时,鉴定在诉讼中也不断制造出负面效应,如美国因鉴定实验室人员操作失误致使西维吉尼亚州一段时期内的134件性侵案和人命案被迫重审。^⑯“在通过DNA检测得到昭雪的冤案中,超过50%的案件中都存在无效的、不当的科学证据。虽然DNA检测已经暴露了这一问题,但它却不能解决这一问题。”^⑰鉴定意见作为证据的两面性尤其是在现实中暴露的问题,加剧了司法与科学之间关系的紧张,也给法官使用鉴定意见判断案件事实带来了心证上的困顿。鉴定参与司法衍生的这些问题尽管遭到了不断的质疑,却未影响鉴定意见作为证据的坚定司法立场,也未弱化司法实践对其的强烈依赖,鉴定意见依然立足于各国法典中并成为现代司法中重要的证据之一。

^⑫ [英]麦高伟、杰弗里·威尔逊主编:《英国刑事司法程序》,姚永吉等译,法律出版社2003年版,第238页。

^⑬ 参见北京市延庆区人民检察院课题组:《鉴定意见审查存在的问题及解决对策》,载《人民检察(首都版)》2021年第6期,第61页。

^⑭ 参见邓学平:《“白银案”凶手被判死刑:以正义告慰逝者》,载《新京报》2018年3月31日,第A02版。

^⑮ 甄贞等编译:《法律能还你清白吗?美国刑事司法实证研究》,法律出版社2006年版,第2页。

^⑯ 参见[美]强·桑德曼:《走出犯罪实验室——全新的侦查科学》,李俊億译,商业周刊出版股份有限公司1999年版,第252页。

^⑰ [美]吉姆·佩特罗、南希·佩特罗:《冤案何以发生:导致冤假错案的八大司法迷信》,苑宁宁等译,北京大学出版社2012年版,第170页。

作为判断性或者解释性的意见证据,鉴定意见本身带有不确定性,即使结论表述上完全肯定或者完全否定的意见亦是如此。这一问题不仅受制于鉴定人的鉴定能力和水平,更受制于作为判断基础的鉴定技术和专门知识的科学局限性,即使鉴定能够获得确定性,也因其确定性源于不完美、不完全事实前提的假设,其本身也难以排除不确定成分。基于鉴定科学性的本质,理论上将鉴定人判断得出的结论表述为:根本的(fundamental)、严格证明(rigorously proven)、实质地证明(substantially proven)、非常可能(very probable)、很可能(probable)、比没有更可能(more likely than not)、有吸引力但未被证实(attractive but unproven)、似乎是真的(plausible)、可能(possible)、不大可能(unlikely)和不可能(impossible)。^⑮有学者统计声纹鉴定意见发现,13个国家的36位专家使用的意见表述形式主要有:二元判决形式(binary decision)、经典的可能性等级形式(classical probability scale)、数字似然比形式(numerical LR)、文字表述似然比形式(verbal LR)、英国立场声明形式(UK Position Statement)。^⑯欧洲法庭科学研究机构联盟(ENFSI)报告指南也提出,鉴定检验结果可采用“不能作出倾向性支持”、“微弱支持”、“中等支持”(出现概率较高)、“较强支持”(出现概率更高)、“强有力支持”(出现概率非常高)、“非常强支持”(出现概率特别高)、“极强支持”(出现概率极高)的表述。^⑰

鉴定不同于科学研究,鉴定技术不等同于科学技术。鉴定技术一般历经了特定部门或组织筛选并得到行业公认,同时还会禁止一些弱可靠性或者不成熟的科学技术作为鉴定技术,^⑱如测谎技术、骨龄鉴定技术以及书写时间鉴定技术等,^⑲旨在确保鉴定人利用鉴定技术作出的鉴定意见具有可验证性。尽管如此,源于科学概念、测量、抽样、建模和因果关系等的不确定性^⑳因素依然无法完全排除,鉴定意见本身也不可避免地具有鉴定人分析性判断的特质。科学不确定性、鉴定人主观分析判断掺杂不理想的检材等因素,会使得不确定鉴定意见成为鉴定无法消除的一种“正常现象”。据统计,不确定鉴定意见占鉴定意见总量的20%左右。^㉑基于对科学的尊重、现实的承认和鉴定主观性的认同,考虑到检材和样本特征的相似性,采用概率或者似然率(Likelihood)表述鉴定意见便成为一种国际趋势。

^⑮ See Charles Weiss, *Expressing Scientific Uncertainty*, Law, Probability and Risk, Vol.2:25, p.26 (2003).

^⑯ 参见曹洪林等:《论声纹鉴定意见的表述形式》,载《证据科学》2013年第5期,第610页。

^⑰ 参见欧洲法庭科学研究机构联盟:《欧洲法庭科学研究机构联盟法庭科学评价报告指南》,王元凤等译,中国人民大学出版社2021年版,第13页。

^⑱ 这些弱可靠性的科学技术仍然属于可靠性范畴,并非不可靠,可以作为侦查技术使用,其结论可为发现侦查线索、划定侦查范围、确定侦查方向等提供支撑材料。

^⑲ 参见《最高人民法院、最高人民检察院关于CPS多道心理测试鉴定结论能否作为诉讼证据使用问题的批复》(高检发研字〔1999〕12号),1999年9月10日发布;《最高人民法院、最高人民检察院关于“骨龄鉴定”能否作为确定刑事责任年龄证据使用的批复》(高检发研字〔2000〕6号),2000年2月21日发布;《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),2008年2月29日发布。

^⑳ See Vern R. Walker, *The Myth of Science as a “Neutral Arbiter” for Triggering Precautions*, Boston College International and Comparative Law Review, Vol.26:197, p.197 (2003).

^㉑ 参见邹明理:《论“鉴定必明”、“鉴定必准”与提供证据要求的冲突》,载《证据科学》2007年第1期,第91页。

我国现有鉴定技术规范遵循国际通行做法,参照国外法庭科学普遍认同的鉴定结果表达方式,允许鉴定结论采用“极有可能”“倾向于”“不排除”或者“不足以得出”“未发现”“无法判断”等表述方式。比如,我国《印章印文鉴定技术规范》(GB/T 37231-2018)、《印刷文件鉴定技术规范》(GB/T 37232-2018)、《文件制作时间鉴定技术规范》(GB/T 37233-2018)、《文件材料鉴定技术规范》(GB/T 37235-2018)、《篡改(污损)文件鉴定技术规范》(GB/T 37238-2018)以及《录音设备鉴定技术规范》(SF/Z JD0301002-2015)、《图像真实性鉴定技术规范》(SF/Z JD0302001-2015)、《照相设备鉴定技术规范》(SF/Z JD0303001-2018)、《录像设备鉴定技术规范》(SF/Z JD0304002-2018)、《音像制品同源性鉴定技术规范》(SF/Z JD0300002-2015)等规定了“倾向是”“倾向不是”等不确定性的表述方式。而《个体识别技术规范》(SF/Z JD0105012-2018)和《法医物证鉴定线粒体DNA检验规范》(SF/Z JD0105008-2018)除可采用似然率(LR)表示支持外,也允许采用“排除”“不排除”或“不确定”等表述方式作为结论性意见。司法部发布的《笔迹鉴定技术规范》(SFZ JD0201002-2010)以及《笔迹鉴定技术规范》(GB/T 37239-2018)对笔迹鉴定意见规定除采用“肯定同一”和“否定同一”和“无法判断”外,还允许采用“极可能同一”“极可能非同一”“很可能同一”“很可能非同一”“可能同一”“可能非同一”等6种不确定结论。这种表述方式与国外笔迹鉴定结果表述相似,如美国笔迹鉴定采用“非常可能是”“可能是”“倾向是”以及“非常可能不是”“可能不是”“倾向不是”的结论性意见。^{②5}这些不确定意见的表述方式虽然给普通人制造了理解上的困难,甚至给法官使用鉴定意见认定案件事实蒙上了面纱,却与鉴定意见表述的国际趋势和国际法庭科学标准建设的方向一致。为何中外鉴定技术规范均允许鉴定采用不确定鉴定意见表述方式?这种不确定意见的表述真的是鉴定科学性的应然性所致吗?对这些问题的回答,需要从理论上论证其正当缘由,也需要探究鉴定实践中存在的客观因素。

鉴定科学或者鉴定技术源于“科学中并不存在确定性”^{②6}。科学像其他知识体系那样,有其内在的局限性。鉴定是在既定条件下利用科学技术或者其他专门知识揭示蕴含在专门性问题中普通人难以认识或者理解的事实信息,无论采用检测技术工具还是先进实验室,获得的鉴定结果均离不开其中蕴含的概率学、统计学等方法,其意见无法排除盖然性因素和判断的不确定性特性。即使是纯粹检验鉴定的结果,因其检验方法和标准本身蕴含不确定程度的假设或者判断,其意见亦无法完全排除概率的不确定性。美国最高法院博莱克姆(Blachmun)大法官认为:“得出结论说科学证言必须是‘已知’为确定无疑,这是不合理的;可以说,科学中没有确定性。”^{②7}鉴定人采用数学的描述方法表达鉴定结论也属于概率学的叙述,即使其使用的鉴定技术方法本身不是或然性的,但其判断

^{②5} See SWGDOC, *Guidelines for Forensic Document Examination Part 6*, at <https://archives.fbi.gov/archives/about-us/lab/forensic-science-communications/fsc/april2000/swgdoc6.htm> (Last visited on June 28, 2022).

^{②6} Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc., 509 U.S.579 (1993).

^{②7} [美]爱德华·J.伊姆温克尔里德:《科学证据的秘密与审查》,王进喜等译,中国人民大学出版社2020年版,第187页。

性结论仍然不能排除例外的可能。当鉴定实践中有些或然性尤其是类似数学带有“极限性”的结论趋向于必然时,鉴定结果会呈现出概率学上的肯定或者否定的结论性意见,以至于“科学的中间学科——数学,特别是概率论,被视为或许可以化解许多困扰充分理解司法证明的难题”^{②8}。这种基于概率性的不确定鉴定意见的表述,不是对科学的违反,恰恰是对科学的尊重,是科学在鉴定上的本然呈现。

鉴定实践中,鉴定人遇到的检材并非完整,经常不得不与不令人满意的检材“交手”。当遇到检材不充分、不完整或者不全面等鉴定条件不足的情形时,不确定鉴定意见难免就会出现。鉴定与全等条件下的实验室实验不同,时常遇到检材或者样本数量不充分、质量不高或者错失鉴定时机等问题。这些问题致使鉴定人无法作出是与否的断然结论,此时作出程度上的可能性判断也就成为必然。如上述“常林锋杀人案”中的鉴定意见,因被害人尸体被灼烧后颈部残损比较严重,尽管机械性窒息死亡的迹象相对明确,但究竟是何种机械性手段致死却无法从灼烧后颈部残损的状况作出确定性判断,只能在多种可能性中挑选可能性最大的情形作出不排除的鉴定意见。面对鉴定实践这些无法避开的现实性因素,基于鉴定技术基础的科学不确定性,鉴定技术规范允许鉴定人作出分析性鉴定意见或者不确定鉴定意见是符合鉴定本质要求的。比如,1980年《公安部刑事技术鉴定规则》第11条规定:“确因检材不够鉴定条件,而无法作出肯定性结论的,可以出具分析意见。”这种分析意见在实然层面上依然表现为倾向性或者不确定性的鉴定结果,这是不得不承认且无法改变的现实。

除受鉴定技术科学性 & 检材质量等客观原因制约外,鉴定人认识水平及鉴定能力等主观因素产生的判断模糊也会衍生出不确定鉴定意见。理论上,具有法定资质的鉴定人基于同一鉴定技术方法,依据同一鉴定标准对同一客体鉴定,一般能够得出相同的鉴定意见。但实践中并非总是如此,时常会出现不尽相同甚至相悖的鉴定意见。“不论指导方针如何明确、合理,不论其被应用得如何认真,两位能力相当的科学家仍会对结果持不同意见。这就是科学的本质。”^{②9} 基于鉴定人独立进行鉴定、个人负责制以及其他任何人不得干涉或者施加影响的法律要求,因鉴定人个人经验、能力水平、知识偏见等个性因素的影响,处于迟疑不定或者判断模糊的情形下必然会作出不确定鉴定意见。这种不确定鉴定意见也是无法消除的。

通过上述分析发现,鉴定意见出现“极有可能”“有可能”“倾向于”“不排除”或者“不足以得出”“未发现”“无法判断”等不确定鉴定意见,既是鉴定现实的必然产物,又是鉴定科学性特质的体现,均隐含着科学的精确,^{③0} 这并非是鉴定的怪象,仅是人们不愿意看到但又无法避免的客观事实。对此不应回避,更不能绕开鉴定固存不确定鉴定意

^{②8} [美] 纳德·J. 艾伦:《历史、科学、法律与真实: 史学、科学和法学领域事实认定的反思》,满运龙译,载《证据科学》2021年第3期,第360-361页。

^{②9} [美] 凯斯·茵曼、诺拉·卢丁:《刑事技术学的原则与实践: 法庭科学专业知识》,郝红霞译,知识产权出版社2017年版,第11-12页。

^{③0} 参见[美] 亨利·N. 波拉克:《不确定的科学与不确定的世界》,李萍萍译,上海科技教育出版社2005年版,第11页。

见的现实,人为地设定规则要求鉴定服从办案机关超越现实的需要。否则,结果必然是鉴定人将不确定意见或者鉴定意见的可能性暗中转化为确定意见或者带有蒙蔽性的确定性,这种情形与提供客观的不确定性意见相比,危害尤烈。任何立场上的回避与压制只能模糊鉴定实践难题与鉴定技术局限的边界,实质上并没有解决问题,反而遮蔽了错误并徒增了风险。科学服务于司法,司法可以改变科学服务的方式,但不应强行抑制鉴定基于科学呈现的固有样态。如果强行作出形式上确定的鉴定意见,得来的不是发现真实的效用,而是作为错误定案根据的隐患,法官对鉴定意见的认知将因鉴定意见表述的偏差而偏离事实,对此应予高度警惕。

三、不确定鉴定意见与证据的应然关系

鉴定的专门知识一般包括科学技术、特别知识和特殊经验。我国将其分为“科学技术”和“其他专门知识”。“科学技术”是指在利用自然和改造自然过程中形成的反映自然、社会、思维等客观规律的知识体系;“专门知识”是人们在某一领域的生产劳动及实践中积累起来的知识经验。^①这些不同类型的专门知识应用于鉴定,形成了不同类型的鉴定,如检验型鉴定、经验型鉴定或者同一认定型鉴定、种属认定型鉴定等。无论何种类型的鉴定,均存在确定和不确定鉴定意见的表达方式。以检验型鉴定为例,当检测结果处于判断界限值时,因涉及检测的不确定度(不确定度属于计量学概念),会出现不确定鉴定意见。确定鉴定意见可分为肯定意见和否定意见;不确定鉴定意见可分为倾向肯定意见和倾向否定意见。鉴定意见“未发现”“无结论”表述在形式上似乎是确定鉴定意见,但因其实际上无法判断和未能解决委托鉴定需要解决的问题,未肯定鉴定对象可能存在的有用信息,在功能上可划归倾向否定意见的范畴。

就检验型和经验型鉴定来看,检验型鉴定意见是通过检测试验验证的方法鉴定,常采用似然率或者“未发现”来表述鉴定结果,如法医类的法医物证鉴定、物证类的微量物证鉴定和声像资料类的电子数据鉴定。由于似然率是通过两种相互排斥的假设来衡量检材和样本间强度的,其采用数值表达能很好地抵抗弱证据效应^②和降低鉴定人偏见,被认为是至今为止逻辑上最正确的法庭证据评价框架,^③甚至被美国作为评价和呈现科学证据的唯一合理方法^④。经验型鉴定意见虽然凭借鉴定人经验,通常采用“倾向”“可能(包括极可能、很可能、可能)”来表达鉴定结果,但不乏确定鉴定意见。比如,伤残评定均表现为确定鉴定意见,因其确定性源于操作技术的确定性评定标准。物证类的文书

^① 参见全国人大常委会法制工作委员会刑法室:《〈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〉释义》,法律出版社2005年版,第3页。

^② See Martire K.A. et al., *On the Interpretation of Likelihood Ratios in Forensic Science Evidence: Presentation Formats and the Weak Evidence Effect*, *Forensic Science International*, Vol.240:61, p.61-68 (2014).

^③ 参见谭铁君:《指纹证据的量化评价模式》,载《刑事技术》2020年第6期,第618页。

^④ See Berger C.E.H. et al., *Response to Faigman et al.*, *Science and Justice*, Vol.51:215, p.215 (2011).

鉴定、声像资料类鉴定的录音鉴定和图像鉴定也多为确定鉴定意见。无论检验型鉴定意见还是经验型鉴定意见,即便是确定鉴定意见,也存在一些不确定因素——前者尽管采用了科学检验技术和方法,但因其计量溯源性、测量不确定度的评定和关键设备的误差等,特别是检验方法和标准本身蕴含不确定程度的假设,依然无法排除不确定因素;后者因倚重鉴定人的学科背景、专业知识、研究领域、专业经验和出庭作证情况,与检验型鉴定意见相比,具有较强主观判断上的不确定成分。无论何种类型鉴定,也不论鉴定意见表述是确定的还是不确定的,抑或肯定还是否定的意见,体现的均是与案件事实不同程度的关联度,均不能获得绝对肯定或者绝对否定,只不过(倾向)否定意见的结论与肯定意见相比具有较强的确定性证明效力而已。

就同一认定型鉴定^{③⑤}和种属认定型鉴定而言,同一认定型意见与种属认定型意见是根据鉴定意见所确定的事实与案件的关系所作的分类。前者依据客体特征判断两次或者多次出现的客体是否为同一客体遗留,确认被认定的客体是否是同一客体,而非相同或者相似的客体,进而确定嫌疑客体与某种客体是否存在着特定联系;后者通过判断被认定客体的种属是否相同或是否具有相同的属性,来确定嫌疑客体与某种客体是否存在一般联系。无论是同一认定意见还是种属认定意见均可采用肯定或者否定表述方式,“如果特征总和不足以作出确定结论,鉴定人就只能作出概然性结论(但也要在这种概然性程度相当大的时候),或者,如果送交鉴定的材料不充足,或者这些材料质量不合格和不适于进行同一认定,鉴定人可以拒绝提供鉴定意见”^{③⑥}。我国的《纤维物证鉴定规范》(SF/Z JD0203007-2018)、《玻璃物证鉴定规范》(SF/Z JD0203008-2018)、《录音设备鉴定技术规范》(SF/Z JD0301002-2015)、《图像真实性鉴定技术规范》(SF/Z JD0302001-2015)、《照相设备鉴定技术规范》(SF/Z JD0303001-2018)、《录像设备鉴定技术规范》(SF/Z JD0304002-2018)、《音像制品同源性鉴定技术规范》(SF/Z JD0300002-2015)等,对物证类微量物证鉴定意见采用了“确定是”“确定不是”“倾向是”“倾向不是”和“无法判断”,^{③⑦}或者“相同种类”“非同种类”“无法判断”和“客观描述已检特性的检验结果”的表述方式。其中,“客观描述”是指“在对检材和样本的部分特性进行了检验的情况下,根据已使用的检验方法,未发现检材与样本的特性存在本质性差异,但尚不足以得出相同种类的鉴定意见”。当无法对被认定客体是否同一作出认定时,可以作出种属认定。种属鉴定意见即使是肯定结论,也只能证明案件中某种事实有可能存在,不能证明其一定存在。即使种属认定结论表述是确定的,如血型鉴定意见、鞋印比对一致的意见,也不能等同于同一认定。但两者没有不可逾越的鸿沟,种属认定时常是同一认定的

^{③⑤} 对于这种鉴定类型,2013年10月9日《最高人民法院关于建立健全防范刑事冤假错案工作机制的意见》(法发〔2013〕11号)第9条规定:“现场遗留的可能与犯罪有关的指纹、血迹、精斑、毛发等证据,未通过指纹鉴定、DNA鉴定等方式与被告人、被害人的相应样本作同一认定的,不得作为定案的根据。”

^{③⑥} [苏]潘捷列耶夫、谢里万诺夫主编:《犯罪侦查学》(上),李衍译,重庆大学出版社1989年版,第54页。

^{③⑦} 例如,司法部司法鉴定管理局2015年11月20日发布的《录音设备鉴定技术规范》(SF/Z JD0301002-2015)规定的录音设备鉴定的鉴定意见包括“确定是声称的录音设备生成”“确定不是声称的录音设备生成”“倾向是声称的录音设备生成”“倾向不是声称的录音设备生成”“无法判断”等5种表述类型。

初始阶段,其结论可以作为同一认定结论的佐证。无论是种属认定的意见,还是同一认定得出的结论是不确定的或者倾向性的,对于作为证据的鉴定客体或者检材的证明力依然具有解释力,对法官认识专门性问题也会产生心证上的影响。

不确定鉴定意见是指鉴定人对委托或者聘请、指派鉴定的专门性问题进行检验、鉴别和评定后,无法断然肯定或否定而作出倾向性结论的一种鉴定结果。这种结果可分为倾向肯定的意见和倾向否定的意见。

倾向肯定的意见是针对多种可能均具有概率性,在保证意见成立概率的基础上作出的不确定鉴定意见。比如,鉴定人基于以往的鉴定经验和专门知识,针对检材和样本中的特征进行检验和鉴别,对发现的差异点无法作出合理解释,但其符合点依然能透露出检材的个性特征,肯定不能而否定存疑,在此种情况下作出了无法排除或者很有可能的倾向性肯定意见。鉴定实践中对于如何精确地处理统计学概率和法律概率这两者间的关系,仍存在困难。因此,在英格兰地区的案例中,上诉法院 Onnrod 法官曾经说过:“法律意义上的概率与数学意义上的概率是有本质差异的;实际上,我们很少看到这两种用法能够共存的情况。哪怕偶尔它们同时存在,那么数学概率也只是用于评估法律概率并给予恰当的权重”^{③⑧}。倾向性意见本身具有不确定性或者或然性,当其发生或者存在可能性的几率超出 50% 时,将其可能性与其他证据结合起来,能够发挥强化其他证据确认某事实存在的功能。对此有学者认为:“可能性的不确定鉴定意见,鉴于其未对案件关键性问题给予明确答复,因此需要与其他证据相互印证,才能确定其是否具备证据能力。”^{③⑨}与之相对,采用 DNA 技术的亲子鉴定得出相对亲缘关系概率大于 99.99% 的结论,尽管这种数字表达并未显示出绝对化,但因其划定了明确的范围和超出了可能的范畴,应被视为肯定鉴定意见,而不再属于倾向肯定的鉴定意见。

倾向否定的意见是针对某一特定鉴定客体而言的,虽其存在不可能性,但因部分因素或者某些迹象使得鉴定人难以断然得出否定性结论,无法排除例外的可能性,而只能作出倾向不可能的结论。这种不确定鉴定意见虽然属于不可能性的判断,但这种不可能性依然属于可能的范畴。鉴定必须依赖科学,更应尊重科学,而科学“所能提供的只是可能性而不是确定性”^{④⑩}。因此,无论倾向肯定的意见还是倾向否定的意见,均属于对可能性和不可能性程度的表达,其蕴涵的倾向性并非模糊不清或者“不明确”,而是内含一定程度的确定性。

鉴定意见作为证据应当符合证据“可以用于证明案件事实”的本质属性,^{④⑪}“可以用于揭示、推断案件事实”^{④⑫},特别是从专业层面帮助办案人员(主要是法官)认识、理

③⑧ [美] 伯纳德·罗伯逊、G.A. 维尼奥:《证据解释——庭审过程中科学证据的评价》,王元凤译,中国政法大学出版社 2015 年版,第 37 页。

③⑨ 付佳、杰丁丁:《不确定性鉴定意见的证据能力》,载《中国人民公安大学学报(自然科学版)》2014 年第 2 期,第 64 页。

④⑩ [美] 约翰·霍德:《刑侦实验室:犯罪现场真相揭秘》,礼宾等译,海南出版社 2003 年版,第 182 页。

④⑪ 参见《刑事诉讼法》第 50 条。

④⑫ 李寿伟主编:《中华人民共和国刑事诉讼法解读》,中国法制出版社 2018 年版,第 120 页。

解专门性问题,增强或者减弱其认定案件事实时的心证。鉴定人利用鉴定技术必须服从鉴定技术规范,鉴定意见体现了不同于其他证据的科学性,这也是将其纳入科学证据审查判断范畴的原因。只要鉴定意见符合技术规范的科学性,符合法律和技术操作规范,能够帮助法官理解证据或者认识专门性问题,则无论该意见是确定的还是不确定的,均属于“可以用于证明案件事实的材料”,对于揭示案件事实发生的可能性或者不可能性有着强化或者弱化的证明作用。鉴定意见的证据属性具有命题证据的特性,而所有命题证据都是知识,^{④3}知识的真理性又是相对的,证据总是不完全、非结论性的以及含糊的,在性质上必然是盖然性的^{④4}。鉴定意见在此方面的特征与其他证据相比更为突出。一般而言,鉴定意见是鉴定人利用专门知识透过检材的外在现象发现其内在关系,通过检验、鉴别与判断将普通人难以认识或者理解的专门性问题转化为可以理解的一般问题,借助于“叙事转向”的外在展示发挥其作用,其本身荷载着证据的一般属性。司法实践中也不乏将不确定鉴定意见作为证据的案例。比如,在“唐寿华与民航上海医院医疗损害责任纠纷案”的一审中,司法鉴定科学研究院于2019年7月8日出具的司鉴院[2019]技鉴字第810号《司法鉴定意见书》作出了无法判断文件中两处签名与5个样本中的“邵堂雷”签名是否是同一人所写的结论。上海市长宁区人民法院认为:“司鉴院[2019]技鉴字第810号《司法鉴定意见书》鉴定程序合法,鉴定人具有相应资质,鉴定结论客观、公证,本院予以采信,对于原告申请调取新的比对材料重新鉴定的申请不予准许。故根据鉴定意见,不能否认手术记录中邵堂雷的签名系邵堂雷本人所签,故本院对签名的真实性予以认可。”^{④5}因此,于鉴定意见而言,不仅需要厘清明确的鉴定意见与倾向性鉴定意见的内在本质,还需要揭示它们与案件事实关联的倾向度(证明分量、力量与强度)。只有理顺了鉴定意见不同于其他证据的特质,才能科学认识和理解其固存的本质属性。

实质上,确定鉴定意见“这个明显客观的、肯定的结论背后,存在着一系列更主观、暧昧的对建立匹配标准及那些标准在这个案件中是否已被满足的判断”^{④6}。不确定意见仅仅是在结论表述上体现了不确定性,但作为鉴定人的“判断”,本质上与确定鉴定意见没有实质性差异,只是判断程度上的不同,其采用的鉴定技术、鉴定标准、鉴定过程以及在鉴定推论、结论判断上与确定鉴定意见一样均具有确定性,发挥着证明案件事实或影响其他证据强度的功能。不确定鉴定意见作为“非典型意义上”的鉴定意见,^{④7}可视为鉴定意见的另外一种表达,在证明功能上与作为补强性证据的侦查实验笔录具有相似性,即不能单独作为证据证明案件事实,但在帮助法官审查其他证据或者理解、认识专门性问题上发挥着重要的释疑解惑作用。因此,承认不确定鉴定意见的证据属性是对其科学性的尊重,也是实践理性的使然。

^{④3} 参见[英]蒂摩西·威廉姆森:《知识及其限度》,刘占峰、陈丽译,人民出版社2013年版,第244页。

^{④4} 参见[美]特伦斯·安德森、戴维·舒姆、[英]威廉·特文宁:《证据分析》(原书第2版),张保生等译,中国人民大学出版社2012年版,第327页。

^{④5} 上海市长宁区人民法院(2020)沪0105民初6819号民事判决书。

^{④6} 前注⑫,麦高伟等主编书,第243页。

^{④7} 参见郭华:《刑事技术、刑事技术鉴定与司法鉴定关系之考量》,载《现代法学》2010年第6期,第189页。

四、不确定鉴定意见的证明功能

不确定鉴定意见作为鉴定意见的一种特殊表述形式,其在历史演进中曾遭遇不同的境遇。如,美国法庭早期审判上的普遍做法是,“要求专家的提出者敦请专家作证说,其意见在科学或者医学上的确定性。”“如果专家拒绝在证言中采用确定性措辞,其证言不具有可采性。”更有甚者,某些司法辖区因专家证言未能达到法律上的合理确定性要求而推翻原判决。^{④⑧} 1979年国际鉴识协会(I.A.I.)将一名指纹检验者向法庭提交一份鉴定描述为“可能、大概或者好像”而非“确定”的指纹检验意见的行为视为一种“职业不端行为”。^{④⑨} 法院和国际鉴识协会超越鉴定科学性,要求专家提供法律上确定性的刚性要求和硬性做法被理论界称为“确定性陷阱”。

随着科学发展,特别是海森堡不确定性原理、爱因斯坦的相对论以及弗洛伊德的人类心灵复杂运作理论的影响,法律界意识到要求专家证言绝对确定是不现实的。2010年国际鉴识协会改变了原有的政策要求,明确允许专家在法庭上“发表经过限定的、不确定的意见”。鉴识协会对不确定鉴定意见的态度变化影响了法律界,法庭也松动和放宽了鉴定意见必须确定的要求,有些法院甚至出现了禁止专家提供具有确定性的意见或者作证宣称其意见具有当然确定性,形成了与早期相反的司法趋势。美国许多州法院要求毒物学家不仅不能将受测试者的血液酒精浓度的单点值描述为确定结果,反而要求其说明作出测量值的不确定性。因为“每一项测量都是‘不确定’的,……即使最好的设备得出的也仅仅是对真实值的估计值”;“考虑到测量固有的可变性,如果没有附上对测量不确定性的估算,则关于某测量结果的陈述就是不完整的(甚至可能是毫无意义的)”;“只有当州警方犯罪实验室计算出一个不确定性的估值或者误差率,并且该计算结果与血液监测结果同时进行报告,该计算结果才是可靠的”。^{⑤⑩} 美国犯罪实验室主任协会的认可委员会标准也要求实验室就血液酒精分析的实验室检测制定不确定性估值。这种不确定性包括分析标准的不确定度、血液浓度变量和水性基准质本与血液间的矩阵差分的变量的生物变异不确定性以及与校准标准相关的可追溯性的不确定性。也就是说,法庭不仅意识到鉴定的误差或者不确定性的量度,而且允许鉴定专家提供不确定鉴定意见,但必须附上与之相应的解释、说明或者论证,确立了附条件不确定鉴定意见作为鉴定证据的规则。

从上述美国理论和司法实践对待不确定专家证言的态度和做法的转变历程来看,其早期之所以坚持鉴定意见的确定性,源于对科学证明能够达到确然性的崇拜和对专家证言科学绝对性的误解,特别是担忧不确定意见影响公众对司法制度的信任及对该制度所

^{④⑧} See *Ohio v. Holt*, 246 N.E.2d 365 (1969).

^{④⑨} 参见前注^{②⑦},爱德华·J.伊姆温克尔里德书,第183页。

^{⑤⑩} 参见前注^{②⑦},爱德华·J.伊姆温克尔里德书,第199、196、194页。

形成结果正当性的接受。美国后来之所以改变了最初的做法,是基于鉴定技术(如指纹鉴定)出现差错的实践以及对检测存在边际误差、不确定性量度以及置信区间的深刻认识。要求不确定鉴定意见附有置信区间并对其作出说明、解释和论证,更有利于增强事实裁判者对专家证言的理解力和免疫力,避免裁判者受到误导。美国这种对待不确定专家证言(鉴定意见)的态度和实用主义的立场值得我们思考。

我国司法实践中,不确定鉴定意见引起的当事人上诉率远高于其他类型鉴定意见。最高人民法院要求“同一认定”鉴定意见采用“确定性表述”。从严格规范鉴定意见的制度视角来看,这一要求不失积极意义,但从鉴定技术、鉴定规律、鉴定原理和鉴定科学性等层面来分析,却有强制鉴定放弃遵循技术规范转求制度规范的嫌疑,有违鉴定的科学性。尤其是涉及全同胞关系鉴定时,其鉴定意见表述均为不确定的,只能作出“倾向于认为两名有争议个体为全同胞关系”“倾向于认为两名有争议个体为无全同胞关系”和“无法给出倾向性意见”的意见。^{⑤1}在鉴定人“无法给出倾向性意见”时,通过“补充鉴定”“重新鉴定”来寻求鉴定意见的确定性,如果补充样本后或者其他机构作出的鉴定意见依然是不确定性的,在此情形下再去“重新鉴定”会陷入错将手段当作目标的迷途。当难以达到目标时,转而将鉴定人“自费出庭”和“退还鉴定费用”作为制裁性规范,背后体现着我国法庭对鉴定意见的强烈依赖,甚至有超越鉴定技术规范而惩罚遵守技术规范的鉴定人之虞。这种做法“实际上并不能有效解决鉴定意见的适用困境,反而增加了成本耗费和认证困难,同时也造成了现实应用与规范的冲突、规范与技术标准的冲突”^{⑤2},还会驱使鉴定人通过鉴定意见形式上的确定性规避不确定。强制鉴定人违反科学性表述的基本要求,会造成不确定意见转化为确定性的表达,继而诱发鉴定意见陷入不可求的陷阱,衍生出规范要求与目的相悖的反噬效应。

从《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》将“鉴定意见是否明确”作为重点审查内容,到《最高人民法院关于人民法院民事诉讼中委托鉴定审查工作若干问题的规定》对“同一认定意见使用不确定性表述”的否定立场,表明法律规范对鉴定意见提出了更高的要求,存在将不确定意见等同于有缺陷的意见或者错误意见的偏误。之所以会出现上述问题,一方面是法院将法律事实的确定性需求嫁接在鉴定意见“确定化”的要求上,致使“以鉴代审”的惯性做法以另外一种形态展现;另一方面,“易用性使得狭义的科学观点充满诱惑”^{⑤3},极易误导实践将科学等同于真理。为了追求鉴定意见的确定性表述而放弃科学性,在适用选择上容易造成法官的偏向,有可能得不偿失。基于此,最高人民法院的这种规范或者做法需要作出适当的改变或者调整——尊重鉴定的科学本质,直面鉴定现实,承认不确定鉴定意见的合理性和可接受性。当鉴定采用了常规的鉴定技术方法并遵循了规范的鉴定程序,依然不能得出确

⑤1 参见司法部《生物学全同胞关系鉴定技术规范》(SF/T 0117-2021)。

⑤2 周桂雪、李小恺:《鉴定意见明确性与科学性的矛盾及其调和——基于最高人民法院颁布的“同一认定”型鉴定意见适用规定的分析》,载《中国司法鉴定》2022年第6期,第86页。

⑤3 前注②7,爱德华·J.伊姆温克尔里德书,第155页。

定鉴定意见时,“鉴定人可根据其他相关信息得出推论,但在这种情况下,他们有责任尽最大的努力保证结论、观点及证词的公正和客观,并且必须严正声明,这是一个个人推论,而且这种推论具有一定的局限性”^{⑤4}。弥补其局限性的方法是附加相应的论证和充足的理由说明,诠释不确定鉴定意见蕴含哪些确定性的构成要素,以及是如何在可能性范围内对“可能”或者“不可能”作出“倾向性肯定”或者“倾向性否定”推论的,并对“极可能”(very probable)、“可能”(probable)、“不可能”(improbable)、“极不可能”(very improbable)意见表达对应的概率数值区间^{⑤5}作出合理而有依据的说明。比如,我国《司法鉴定/法庭科学机构能力认可准则在法医学鉴定领域的应用说明》(CNAS-CL08-A004)指出,“鉴定文书应尽可能给出确定性鉴定意见,并叙述确认依据及排除其他结果的依据”,“如给出倾向性鉴定意见或无明确鉴定意见时,也应说明理由,并在鉴定文书或鉴定记录中描述”。无论是“极可能”的倾向肯定意见抑或“极不可能”的倾向否定意见均以多种可能性存在为前提,鉴定人负有解释、论证、说明选择这种可能性意见的理由和依据的义务。通过合理解释和理由说明,纾解法官和公众对鉴定的信任流失及对采用不确定鉴定意见风险的担忧。通过增设不确定鉴定意见的附属义务,使鉴定人承担更多的论证、说明与解释义务,可倒逼鉴定人努力提高鉴定意见的明确程度,降低应当出具确定鉴定意见而作出 uncertain 鉴定意见的几率,增进法庭对存在差错合理域限鉴定意见的理解。

基于不确定意见蕴含多个并存的可能性,鉴定人依据不同的可能程度作出选择,形成可能存在或者排除存在可能的倾向鉴定意见。这些意见对案件事实或者其他证据发挥着不同的证明分量。“美国DNA技术国家研究顾问委员会的研究报告指出,在现场检材与被告人样本之间得出DNA符合结论,与在现场检材与DNA数据库中的某个样本之间得出DNA符合结论,两种情形的证明价值存在很大的差异。DNA证据的证明价值与可能性概率密切相关。基于数据库搜索得出的DNA符合结论,其证明力高于因被告人被锁定后直接比对检材与被告人样本得出的DNA符合结论。理由在于,检材与单个样本之间的比对只需验证或者证伪某个假说,而检材与数据库的比对则需要排除许多个假说。”^{⑤6}其结论依据似然比的量级,表达鉴定结果对一种主张相对于替代主张的支持度。

不同类型鉴定的不确定鉴定意见在证明功能上存在差异。经验型不确定鉴定意见主要以发现、显示、收集、固定和展示为基础,重在对案件事实状态的客观描绘,不倚重于使用的鉴定方法,具有事实性证据的属性。检验型不确定鉴定意见侧重于解释已经获取结果的产生原因或内在联系,更多依赖技术原理、检测方法的合理性和具体操作的规范性,主要用于解析案件事实的内在联系和因果规律,具有推理性证据的属性。不同倾向的鉴定意见也具有不同的证明功能。倾向肯定的鉴定意见发挥着证实的功能,虽然其本身不能独立证明案件事实,但与其他证据结合起来就能够发挥强化证明案件事实可能存

^{⑤4} [美] 菲利普·坎德利斯等:《法庭伦理学与专家证人》,杨天潼译,中国法制出版社2013年版,第38页。

^{⑤5} 参见前注^{④4},特伦斯·安德森等书,第328页。

^{⑤6} 刘静坤:《美国:如何避免DNA证据错误风险》,载《人民法院报》2013年7月19日,第8版。

在的作用。倾向否定的鉴定意见作为证伪的证据,在破坏其他证据证明力或者证明案件事实不可能存在方面发挥着重要作用,一旦影响到法官心证或者使法官对证据真伪或者案件事实的存在与否产生迟疑或者犹豫不决,其否定性功能就得以凸显。

基于举证责任的配置,不同倾向的鉴定意见因不同证明主体使用会产生不同的效力。倾向肯定的鉴定意见作为指控证据采用时,即使发挥证实作用,也需要对其保持高度警惕。而作为弹劾证据的倾向否定的鉴定意见,如果由辩方提供,则具有动摇鉴定对象作为证据的心证的分量,甚至发挥存疑有利于被告的功能。由于控方与辩方所处诉讼立场和对双方证明要求的不同,即使提供相同的不确定鉴定意见,基于案件事实证实与证伪的不同标准,其发挥的功能与效果也不尽相同。

鉴定意见作为判断性结论不同于其他法定证据,倾向性或者采用概率表示的或然性的鉴定意见不同于明确的鉴定意见,但其证据属性及证明功能是毋庸置疑的。否则,一味要求鉴定人将不确定鉴定意见进行量化或者予以确定化,结果可能更为糟糕。因为“‘对于不确定性进行量化’这一事实只会让法庭审理更为机械化,而不会有任何实质性的影响”^{⑤7},最终是劳而无功的。

五、结 语

法律追求正义,科学寻找真相。鉴定通过法律和科学的结合帮助法官理解专门性问题,发挥证明案件事实和揭示证据证明价值的功能。由于科学不讲完整的故事,鉴定科学与纯粹的科学不同,鉴定意见又不得不呈现给作为非科学家的法官并接受其评价,法庭与鉴定人难免在此问题上出现认识上的分歧。“每一个司法制度必须采用与当地条件相适应的方式,面对常见的科学证据和其他专家证据的挑战。”“如果不能严肃地反省程序、诉讼和审判中的基本问题,有关科学证据的问题不可能被正确地理解,更别提解决这些问题了。”^{⑤8} 不确定鉴定意见在拥有科学性的基础上与可靠性存在着共生性,其表述上的不确定是其科学性的另外一种呈现。如若不确定鉴定意见经过重新鉴定依然得出一致性的不确定结论,这种可重复的不确定结论的一致性就表明鉴定本身拥有科学性,当其能够接受质证并无法被证伪时,就具有了“可证实的不确定性”。这种“可证实的不确定性”又可视作“不可证伪的确定性”。如果制度规范一味要求鉴定意见具有确定性或者过度追求明确性,必然会漠视鉴定科学的局限性,促使鉴定人规避不确定意见而将其转化为确定意见,以此来迎合刚性的制度规范。这种科学服从制度的削足适履的做法,不仅会加剧法官认识专门性问题的难度和风险,还会陷入过度依赖鉴定意见的风险陷阱,甚至导致司法实践出现歧路亡羊的相反效果。因此,“法律学必须果断地把属于科学支配的领域让给科学去承担,不应当在规范科学的名义下侵犯已经明确了自然科学

^{⑤7} 前注^{③8},伯纳德·罗伯逊等书,第106页。

^{⑤8} 前注^⑫,麦高伟等主编书,第258页。

的领域”^{⑤9}。基于法官与鉴定人在专业知识上的鸿沟以及权力遵从法律与鉴定人尊重科学的边界,在鉴定意见无法确定的情形下,没有必要一味追求力所不逮的“是”或“不是”的确定性表述,采用梯度式不确定性定量表述并附之释明性理由不失为可选择的路径。制度规范在鉴定问题上应当尊重技术规范,承认科学、合理的不确定鉴定意见的证据属性,将不确定鉴定意见放置于鉴定技术及其规范的全景下判断,才能充分发挥其固有价值。基于此,司法实践应当警惕一概排除不确定鉴定意见的做法,理论上也需要摒弃不确定鉴定意见不可靠的偏见,使其回归鉴定科学性的本质并发挥固有的功能。

Abstract: Expert opinions as evidence should meet the evidential requirement of ‘clarity’. The uncertain expert opinion in reality has conflicts with the judicial requirements for ‘clarity’ or ‘certainty’ in terms of expression, resulting in the tension of the actual relationship between the supply of expert opinion evidence and the demand for the judiciary derived in practice. Based on the characteristics of scientific uncertainty, technical limitations and subjectivity of experts, the evidence of expert opinion has the characteristics of subjective judgment different from other evidence. The statement of uncertain expert opinion contains a specific degree of certainty, which has the function of helping the judge understand specialized issues or assisting other evidence to prove the possibility (impossibility) of the existence of the fact. Therefore, the uncertain expert opinion plays the role in reviewing and judging other evidence and supporting evidence. Among them, empirical uncertain opinions, testing uncertain opinions, opinions with positive tendency and negative tendency, and uncertain opinions provided by different parties (both the prosecution and the defense) have different evidentiary weight. Distinguishing their different evidential functions, and attaching specific explanation, interpretation and argumentation obligations to the expert who makes uncertain expert opinions can not only play the role of supporting evidence and strengthening or weakening other evidence, but also eliminate their applicable risks.

(责任编辑:王 楷)

^{⑤9} [日] 上野正吉等:《刑事鉴定的理论和实践》,徐益初等译,群众出版社1986年版,第4页。