

# 在民事诉讼中鉴定结论证明力之比较分析

齐树洁, 梁开斌

(厦门大学法学院, 福建 厦门 361005)

[摘要] 在民事诉讼中, 如何对结论冲突的司法鉴定进行证明力的比较, 经常是法官必须面对的一个难题。在赋予一个鉴定结论以优势证据的地位之前, 法官既要进行鉴定结论外在证明力的比较, 又要注重鉴定结论内在证明力的比较, 更要强调鉴定结论证明力的综合比较。当外在证明力和内在证明力的指向发生矛盾时, 内在证明力的指向应当起到决定性作用。

[关键词] 民事诉讼; 司法鉴定; 鉴定结论; 证明力

[中图分类号] DF8

[文献标识码] A

[文章编号] 1671-2072(2007)02-0009-05

The Comparison of the Weight of Proof Provided by Expert Witness in Civil Litigation

Qi Shujie Liang Kaibin (Law School; Xiamen University; Xiamen

361005, China)

[Abstract] In civil litigation, it is always difficult for a judge to compare the weight of evidence of conflict conclusions provided by different experts. Before deciding which expert's witness is more admissible, a judge needs to compare different expert conclusions in respect of the external weight of evidence, the internal weight of evidence and, especially, the synthetical weight of evidence. When the direction of external weight of evidence is contrary to that of internal weight of evidence, the latter should be decisive.

[key words] civil litigation; the conclusion of expert witness; the weight of evidence

在民事诉讼中, 司法鉴定结论对于法院查明事实具有重要的作用, 但是, 将鉴定引入司法程序, 也可能给一些民事案件增添了复杂性。例如, 某报曾报道了一个人身损害赔偿案的审判。此案原告的女儿毛某, 因间断性呕吐一个多月而到被告某市一家医院儿童医学中心专家门诊就医, 并被作为危重病人收住入院。此后该患儿不幸死亡, 原被告双方就孩子的死因发生争议。原告方自行委托鉴定的结论是: 医疗行为与患儿之死有直接因果关系。被告方申请重新鉴定的结论是: 医疗行为与患儿死亡的后果无关。此案的一审和二审都认定了“医院对毛凯悦的医疗行为存在过错, 该过错与毛凯悦的死亡存在相当因果关系<sup>[1]</sup>。”鉴定人对因果关系认识上的分歧, 是本案两个鉴定结论对立的主要原因。在其他案件中, 鉴定结论冲突的原因更是多种多样。

在一个民事案件中, 如果两个相互矛盾的鉴定结论都具有证据资格, 那么, 法官们面临的将是鉴定结论之间证明力大小比较的“量”的问题。这种“量”上证明力的比较, 既是一个逻辑问题, 又是一个经验问题。我国在这方面的研究现状是: 实务界的心得还没有上升为理论, 而理论界的探讨则基本上处于拓荒阶段。为此, 本文力求广泛

[收稿日期] 2007-03-15

[第一作者简介] 齐树洁(1954-), 男, 法学博士, 教授, 博士生导师。

挖掘英美法专家证人制度中关于证明力比较的域外资源, 适当结合国内的现有资料, 初步构建民事司法鉴定结论证明力比较的基础模型。

## 1 鉴定结论外在证明力的比较

司法鉴定结论外在证明力的比较, 是指对受法院委托而作的鉴定结论之间、受当事人委托而作的鉴定结论之间、以及受法院委托和受当事人委托而作的鉴定结论之间的证明力比较。外在证明力的比较分析, 并不关注鉴定结论本身的内容, 而是侧重于对鉴定者的中立性进行考察。因为考察的重心是鉴定者是否具有利益倾向性, 所得出来的结论也只能反映鉴定结论的外貌, 所以, 称之为外在证明力的比较。下面逐一分析之。

### 1.1 受法院委托和当事人委托的比较

在实践中, 很多法院都认为, 受法院委托而作的鉴定结论的证明力较大。受当事人委托的鉴定者(专家证人), 与当事人之间形成了事实上的雇佣关系。在司法鉴定走向市场化的今天, 身处利益漩涡的专家证人, 很容易屈从于当事人的不合理要求。如此“知识寻租”的结果就是: 谁花钱买来的知识要为谁说话, 花大钱请来的专家证人也经常会摇身变为“受雇的枪手”。当金钱可以奴役科学的时候, 鉴定结论也必然会按照雇主的要求来“量身订

做”。相比之下,接受法院委托的鉴定人,其与当事人之间的利益联系会被公正的程序切断,自己不必看当事人的脸色行事。因此,受法院委托而作的鉴定结论一般更具有中立性,而受当事人委托而作的鉴定结论更可能具有倾向性。法院的这种认证符合最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《民事证据规定》)第77条第5款的精神。该款规定:证人提供的对与其有亲属或者其他密切关系的当事人有利的证言,其证明力一般小于其他证人证言。当事人和专家证人之间的雇佣关系,是一种利害关系,当然可以落入该款所指“其他密切关系”的箩筐中。

赋予受法院委托而作鉴定结论以强势证明力,还能够对滥用专家证人的企图进行有效的压制。专家证人制度在中国的运作,产生了两种截然不同的效应。对于当事人财力薄弱、标的额不大和待鉴事项并非特别复杂的民事纠纷,专家证人的采用,既加重了当事人的负担,还有可能将诉讼之水搅得更混。但是,对于诸如“上海浦江分子筛有限公司诉上海环球分子筛有限公司不正当竞争纠纷”之类涉诉标的额巨大的案件,<sup>[2]</sup>启用专家证人则可能会有积极的作用。因此,专家证人制度本身并无好坏之分,关键还在于当事人是否能够理性地运用这项制度。为了给予当事人以选择的机会,《民事证据规定》承认了专家证人的合法性。但是,可以选用专家证人不等于必须选用专家证人。为了防止当事人在权利选择面前迷失方向,为了避免专家证人制度的轻率启动,也为了减少诉讼成本的无谓增加,应当在制度设计上赋予受法院委托而作鉴定结论以强势证明力。但如果一味强调“受法院委托”的重要性,会使证明力的判断走向名实不符的极端。

## 1.2 受不同当事人委托的比较

对受当事人委托而作的鉴定结论外在证明力进行比较,和专家证人制度的价值取向紧密相关。英美法系的专家证人制度,是在诉讼对抗制模式中破土而出的物事。专家证人制度的原意,是寄希望于不同专家能够从不同角度去探究案件争议点的固有真相,求得正反之合,达到“真理越辩越明”的效果。但是,由于实践中专家证人利益和当事人利益的联姻,催生了许多“歪嘴的科学证人”,导致了专家证人制度备受抨击。有鉴于此,在作为专家证人制度摇篮的英国,近年来将中立性问题为改革的重中之重。早在《1998年民事诉讼规则》第35条第3款中,就强调了“专家对法庭的义务高于对那些给予其指示或者支付其金钱的人的义务”。在2005年6月,英国专家学会和专家证人协会联合发布的《专家守则》<sup>[4]</sup>它被英国民事司法委员会所接受和提倡,因此名正言顺地具有了规则的身份;另一个是英国民事审判委员会发布的《关于指导专家在民事诉讼中提供证据的议定书》,以下简称为“议定书”。

<sup>[4]</sup>英国的这两个规则,在内容上都是围绕着专家的中立性而展开。在专家和法庭的关系、专家和律师的关系以及专家和当事人的关系中,突出强调专家和法庭关系的优先性。这些最新发展动态说明,专家证人制度的价值取向,已经从对抗性走向了中立性。

专家证人制度价值取向的变化,也对专家证词的证明力比较,产生了重大的影响。这表现在诉讼中,法院经常通过对专家中立性的调查,来评价互有冲突的专家证词的证明力。英美法院认为,表现出较强中立性的专家,其证词要比有利益倾向性专家的证词,更具有证明力。考察专家中立性的途径很多,常用的包括:(1)对专家收取当事人费用多寡的评价。专家费用越高于正常费用,其保持中立的可能性就越低。为了防止专家费用对专家证词的控制,在《议定书》第7条第6款中,还进一步规定了:“依附于诉讼过程中所提出专家证据性质的费用或者依附于案件结果的费用,不得被提出或者接受。”(2)对专家学术观点的查阅。一般来说,专家必须出具和其学术观点一致的法庭证词。波斯纳法官认为:“拥有学术出版记录的专家基于如下事实而能够‘保持诚实’,即如果他站在证人席上试图要否定其学术作品,则他将遭遇毁灭性的交叉询问<sup>[5]</sup>。”对我国目前经常因为学术分歧而难以判断鉴定结论证明力的法官来说,完全可以从英美法系的这种做法中获得启迪。(3)对专家法庭态度的观察。有利益倾向性的专家,在法庭上总会有露馅的时候。这表现出他的目标就是用其所能够收集到的观点来维护其当事人的利益’。(4)对专家品质和诚信记录的调查。专家在其个人历史上的作证记录以及诚信品质,通常是交叉询问中的重点。为提高专家群体的诚信度,有关人士应联合组成行业协会,专家证人必须具备行业协会的成员资格,行业协会应保持记载其成员所有作证表现的专家名录。

英美法院对专家证人中立性的各种考察途径,是比较成熟的经验。我国在引进专家证人制度时,应当取其精华,弃其糟粕,避免再重走他们的弯路。因此,实务部门可以考虑在专家证人制度的运用中,有效地扬长避短。还应当指出的是,主张对专家证人中立性的考察,并不意味着我们赞成全面引入英美法系专家证人制度。我们只是认为,在专家中立性的判断上,可以借鉴英美法系的它山之石。本文对专家证人制度的经验借鉴,也是在这个意义上进行的。此外,还应注意的,受当事人自行委托而作的鉴定结论之间的外在证明力比较,并不能够取代二者间内在证明力的比较。

## 2 鉴定结论内在证明力的比较

对司法鉴定结论外在证明力进行比较分析时,必须向外关注鉴定结论之外的鉴定者的中立性;对内证明

力进行比较分析时,则必须向内反观鉴定结论自身,对鉴定结论内在要素的证明力进行权衡。在鉴定结论内在证明力的比较上,不论是大陆法系还是英美法系的法官,都深受此问题的困扰与折磨。本文主要是从鉴定主体、鉴定内容和鉴定客体共三大方面来进行。

### 2.1 鉴定主体的证明力比较

关于鉴定主体的证明力比较,可以很抽象地归结为:谁更有资格胜任鉴定事项,谁提供的证词证明力就更大。它谈的是胜任鉴定资格能力高低的问题。

首先那些对具体鉴定事项本应回避而没有回避的专家证人,会因不具有资格而导致其所提供鉴定结论的证明力为零。

在“Gilbert v. Daimler Chrysler (2004)”一案中,原告认为被告对她所进行的性骚扰,导致了她的自虐和忧郁,还将使她过早的和痛苦的死亡。但是,为了证明自己的观点,原告只是聘请了一名社会工作者而不是一名医生为其提供专家证词。因此,法庭认为,一个没有接受过医学训练、无法证明自己能够有效解释医疗记录的社会工作者,其对疾病发展结果的预言,对事实的审判不会有很大的帮助。此案说明,不论是如何权威的专家,如果跳到一个和他隔着山一样远的专业去做鉴定,他完全可能是滥竽充数的东郭先生。

如今,美国对专家证人资格的要求日趋严格。门槛正在不断地被抬高。则通常要求专家有关于(该行业)某个特别领域的更为详细的技巧和经验。我国一些研究者对法医能否搞精神疾病鉴定的质疑。毕竟,随着社会分工的精细,一个专家不太可能对自己所属领域的每个分支都能够拥有发言权。在“Ralston v. Smith & Nephew Richards (2001)”一案中,一位医学专家的证人资格就被否决。原因是法院认为:“该医学专家既没有就该诉讼所涉及的特别领域进行过研究,也没有就该主题发表过任何文章。”同样,在英国《鉴定书》第13条第6款中也提及了对专家证人资格的严格要求。该款规定:“在结论报告中所指出专家资格的详细情况,应当和案件的性质和复杂程度相称。仅仅表明学术和职业资格是足够的。但是,如果案件需求高度专业化的知识,则专家为了有资格提供高度专业化的证据,他们应该具有相应的特别训练和(或)特别知识。”

综上,我们可以得出关于鉴定主体证明力比较的一般规则:有鉴定资格的专家,其所提供的证词比没有鉴定资格的专家所提供证词证明力大;在专业上与鉴定事项相称的专家,其所提供的证词比那些专业不相称专家所提供证词证明力大;在专业具体方向上与鉴定事项相称的专家,其所提供的证词比那些专业具体方向不相称专家所提供证词证明力大。

### 2.2 鉴定内容的证明力比较

鉴定内容可以细分为论据、论证方式和论点(结论)三大块。对鉴定内容的证明力比较也可分块探讨。

2.2.1 论据的比较。任何鉴定,表面上是求助于专家,实际上是求助于专家所掌握的专业知识。但是,在作出结论的论据使用上,有的专家会尽力运用所属专业知识,有的专家则会强调是以专业经验为依据。由此,就会产生专业经验与专业知识的证明力对抗问题。

在“United States v. Jones (1997)”一案中,一位有着多年实践经验并接受广泛训练的笔迹鉴定专家,堪称运用专业经验进行鉴定的楷模。该专家就自己的鉴定方法进行了细致的说明,达到了“如何从经验中推导出结论,为什么经验可以成为其观点的充分根据和如何使得其经验可信地运用于案件事实”的要求。而恰恰相反的是,在“United States of America, et al v. First Data Corporation, and Concord EFS, INC.(2003)”一案中,专家证人Hogan EJ宣称自己是“依赖30年来的从业经验和知识得出相关证词的”,却不对其经验作任何解释。法院因此无情地拒绝了对他所提供证词的采信。该专家证人证词被排除的第一个理由就是:“他没有使用任何专业知识来得出他的结论<sup>[4]</sup>”。

由上可见,专业经验和专业知识的距离是既近又远。前案专家证人能够将自己的经验以一种可信的形式进行介绍,经验在陈述的过程中实际上已经转化成为了专业知识。后案专家证人的经验只是他个人的所感所爱,对法官来说却是一种看不见摸不着的虚幻之物。因此,仅凭不能言传的专业经验作为论据的鉴定结论,其证明力要小于以专业知识作为论据的鉴定结论。

2.2.2 论证方式的比较。和中国法官一样,英美法院的法官们也对鉴定中论证方式或者方法的判断感到不自信。但是,这是令法官们为难却又不可避免的一项任务。在英美法系专家证人制度的长期发展中,“对专家进行控制的司法努力大致可以分为两种。一种途径是对专家所采用的方法论进行严格的审查;在第二种途径中,法院或多或少地‘剥下了专家的外衣’(undresses)。这是通过揭示相关信息,包括专家本人的、雇佣专家过程的或者专家所采用方法的信息等,来证明专家意见的不诚实。……这两种途径可以被看作一个连续统一体的两端。处在一端的是对专家能力的批评,处在另一端的是对专家品质的批评<sup>[5]</sup>。”当然,在大多数案件中,更经常见到的是对这两种方法的综合应用。在“Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals (1993)”一案中,对推理或者方法的审查,被抬高到前所未有的重要位置。美国最高法院在此案中自信地宣称:对(某项)推理或者方法是否可以用在被争议的事实上,联邦法官拥有审查的能力。这说明,法官介入对鉴定方法等跨专业知识的判断,是不可逆转的大潮流,中国的法官也不能

例外。

首先, 鉴定方法选择的中立性判断。在“re Aluminum Phosphide Antitrust (1995)”一案中, 涉及到了专家证人对经济损失评价的角力。其中, 一位经济学专家采用了一种被广为接受的“前后(before and after)”理论来计算损失。在反垄断案中, 这意味着对“违法时期产品的价格”和“违法前或者违法事实消灭后的产品价格”进行比较, 中间的差价就是受害者的补偿款。但是, 这位专家避开了较高的违法前价格, 刻意地选用了偏低的违法事实消灭后的价格作为差价计算基准。更露骨的是, 这位专家还将价格的选择范围, 局限于违法事实发生后价格最低的那一段时间, 并且, 丝毫不考虑其它非垄断因素对价格下降的影响。该专家这种带有倾向性的做法受到了法庭的严厉呵责, 其证词也被排除。因此, 通过对鉴定方法的中立性考察, 可以比较出方法证明力的大小。

其次, 科技手段证明力的比较。就科学技术手段而言, 其在自身领域内就有先进和落后之分。以科学技术手段作为鉴定结论证明力大小比较的前提是: 不同专家在对共同事实上的其他鉴定手段相同或者基本相同。只有如此, 我们才可以说, 使用较高科技手段或者较精密仪器一方所提供的结论, 具有更强大的证明力。但是, 问题总是比我们想像得要复杂, 法官还不能忽视科技手段使用中人的要素。如果进行了一项具有科学或者技术性质的测试, 专家应该说明: (a) 所使用的方法; (b) 谁进行了这项测试和在谁的监控下进行了这项测试, 并概述他们各自的资格和经验。因此, 对科技手段证明力的比较, 会和鉴定主体资格的证明力比较有着紧密联系。

再次, 论证过程证明力的比较。在出具司法鉴定结论中, 论证过程是至为关键的一环, 也因此是判断鉴定结论证明力大小的关键。在“General Electric Co. v. Joiner (1997)”一案中, 我们可以看到论证过程对证明力的影响。此案的原告在被告(公司)处长期工作, 认定自己因在工作场所大量吸入PCBs(一种对人体有害的化学物质)而患上了肺癌。原告的专家证人使用了幼鼠作为实验, 对之注入了大剂量的PCBs, 结果幼鼠长出了腺瘤。被告的专家证人, 则是采用了流行病学的研究资料来证明PCBs与癌症之间不存在因果关系, 并指责原告的专家没有从本案所应有的流行病学角度来进行论证。地区法院认为: “原告的专家证人并没有证明为什么能够和如何能够从那些看似遥远的动物实验中, 推导出他的专家证词”, 而只是在很不切题的谈论“动物研究能否成为某一个专家证人观点的基础。”因此, 法院最后没有接受原告方的专家证词。针对此案, 美国最高院也发表了类似的观点: 认为“方法和结论之间不能够被完全地孤立开来。”该案是美国专家证人理论上的一个经典案例。无独有偶, 笔者也

发现了我国法官关注鉴定论证过程的案例。在一起医疗合同中, 原告因成为了准植物人状态, 其家人代之愤而起诉! 先后作出的两份鉴定结论大相径庭。法院认为, “上海司法部司法鉴定中心的鉴定依据材料详实, 程序公正, 分析论证有据, 与其他证据相互印证, 符合作为定案依据的法律特征, 予以采信; 而南京市中院的鉴定结论形式简单, 缺乏必要的分析和论证, 不予采信<sup>[6]</sup>。”

从上述案例中, 我们可以经验地得出这样的结论: 论证过程严谨的鉴定结论的证明力, 要大于那些对因果关系无法进行有力论证的鉴定结论的证明力。但是, 对论证过程的判断, 往往需要借助于专业知识。为此, 建议我国也应当考虑为法官设立专家辅助人, 可以一案一聘。

2.2.3 结论中通说和新观点证明力的比较。专家工作的最终目的, 就是鉴定结论的产出。但是, 在鉴定结论中, 专家所表述的观点是通说还是非通说; 是对他人观点的借用, 还是自己的观点等差别, 都会影响到鉴定结论证明力的大小。

在美国, 对通说证明力的判断, 先后在两个重要判例中, 经历了两次里程碑式的转折。先是在“Frye v. United States(1923)”一案中, 法院认为: “只有在其所建基的原则, 已经被充分地建立并获得了其所属领域的广泛接受(general acceptance), 专家证词才能够被法院所采信。”这就是美国著名的“广泛接受”原则。此后, “广泛接受”原则历经了70年的判例风雨而岿然不动。直到在“Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals (1993)”一案中, “广泛接受”原则才受到了美国最高院的质疑。该案中, 作为原告的是两名孩子。他们起诉被告(一家医药品公司), 声称由于他们的母亲在怀孕期间服用了一种名为Bendectin的药品, 造成了他们天生的生理缺陷。该种药品恰是被告所售。原被告双方都动用了专家证人。被告方的专家证人查阅了所有有文字记载的关于药品Bendectin和人类出生缺陷的流行病案例, 共涉及到了30项已经出版的对13万名病人的研究。所有这些研究, 没有一项表明该药会导致胎儿的畸形。原告方的8位专家证人, 通过对动物的药物测试、对药理学的结构研究和对流行病数据的再分析, 认定该药会和胎儿畸形存在因果关系。地区法院认为: 原告专家证据中对流行病数据的再分析, 并未发表或受到过严格的审查, 且和之前同样以这些数据为基础的已发表的通行的结论相悖。此外, 原告方专家证据中“对动物的药物测试和对药理学的化学结构研究”不属于流行病领域。因此, 法院认定原告方的专家证据达不到广泛接受原则所要求的标准, 判决不采纳原告方的专家证据。上诉法院也肯定了地区法院的判决。但是, 此案在美国最高院阶段被发回重审, 理由是“在联邦证据法中, (观点的)广泛接受并不是采信科学证据的先决条件<sup>[7]</sup>”。此案件在美国的

专家证据理论中产生了重要的影响,广泛接受原则自此被拉下了原则的宝座。在英国《议定书》第13条第12款中,对不同学说的审查也有着相应的规定:“如果对受委托出具观点的总结,是建立在已经出版资源的基础之上,专家应当解释这些资源,并且,在适当的情形,说明与其持不同观点的发起人的资历,特别是当这些相反观点代表着一个已经获得很好发展学派的想法时。”

上述案例的价值是:法官在司法鉴定结论的观点审查时,应当注意通说和新观点的平衡。若出现两种观点的对立,在一般情况下,应当认定持通说的鉴定结论具有更大的证明力。但是,在持新观点一方所提出的论证足以推翻通说的情况下,应当认定新观点有更大的证明力。不过,目前我国与司法鉴定相关的效力审查体系的发展远未成熟,因此,应当特别强调通说的证明力。

### 2.3 鉴定客体的证明力比较

鉴定客体,是指送检的对象。鉴定客体可以分为人身、人体残留物、人体或物体的痕迹、视听资料和计算机数据、文书、其它物品等共六大类。

对鉴定客体是否进行了恰当的选择,也会影响到司法鉴定结论的证明力。在美国著名的世纪审判中,辛普森的辩护律师们就在DNA样本受污染的问题上大做文章。而事实是,“在交叉询问中,辩方通过有意地混淆了DNA样本的降解(degradation)和DNA样本的污染(contamination)这两个概念,并悄悄地使用尚未出版的科学家的意见,从而成功地绕开了(控方)的科学证据<sup>④</sup>。”选择鉴定客体的重要性,也同样的反映在“阴秉权等诉北京铁路局环境污染损害赔偿<sup>⑤</sup>”一案中。这是一起关于噪声污染的案件。该案的一审法院第一次委托鉴定部门作出的结论,因在“测量噪声时有零星小雪的气象条件”,被提出了异议。此后,中国环境监测总局接受一审法院的第二次委托,在合适的情况下进行了监测。就如此两次检材有所不同的鉴定而言,自然是第二次的具有更大的证明力。判决后双方均未上诉。

因此,检材选择适当的司法鉴定结论的证明力要大于检材选择不适当鉴定结论的证明力。但是,对检材的选择,不仅仅包括对检材本身的合理选择,还包括对检材所处时间、地点、温度等环境要素的适当选择。

## 3 鉴定结论证明力的综合比较

在实践中,不可能一厢情愿地只选择内在证明力或者是外在证明力进行比较。更为常见的是对内在证明力和外在证明力的综合比较。

### 3.1 内在证明力和外在证明力冲突的权衡

如果两个鉴定结论指向相反,一方是受法院委托而作的司法鉴定结论,另一方是受当事人委托而作的司法

鉴定结论,应当如何进行证明力的比较呢?在这种情况下,如果受当事人委托而作鉴定结论的内在证明力,大于受法院委托而作鉴定结论的内在证明力,那么,可以认定受当事人委托而作鉴定结论的综合证明力也较大。因为,在这种情况下,我们不能对鉴定结论只看“出身”,“以貌取人”,强调其外在证明力。在质证中,当事人完全能够以自行委托所得的鉴定结论为证据,从根本上推翻受法院委托而作鉴定的结论。这也符合对《民事证据规定》第71条的反向判断:“人民法院委托鉴定部门作出的鉴定结论,当事人没有足以反驳的相反证据和理由的,可以认定其证明力。”

如果两个鉴定结论指向相反,且均是受当事人委托而作的鉴定结论,又应当如何进行证明力的比较呢?这时候双方的证明力差异,可以有多种表现,但我们只要取“一方的外在证明力较高,另一方的内在证明力较高”这类最激烈的情形来讨论,就可以达到“举重明轻”的效果。我们认为,此时仍然应认定内在证明力较高一方的综合证明力较高。理由是,外在证明力是关于鉴定人中立性的判断,它并不能够彻底推翻对方结论的科学性,能够做到这一点的只能够是对对方内在证明力的打击。法官绝不能够认定那些“外强中干”的鉴定结论为优势证据。退一步来说,虽然中立性是专家证人制度的目标,但是,在实践中也不可能出现纯粹的中立性。在英美法系的专家证人制度中,也承认专家对当事人的义务,只是在位置上劣后于专家对法庭的义务而已。甚至,还赞成追究那些不妥善履行其与当事人义务专家的民事责任。

### 3.2 内在证明力的形式要件和实质要件的比较

通过对《民事证据规定》第29条关于鉴定结论七大构成要素的分析,可以把司法鉴定结论分为形式要件和实质要件两大块内容。形式要件,指鉴定结论所必须具备的外在表现方式,包括:委托人的姓名或者名称、鉴定人员及鉴定机构的签名盖章。实质要件,指鉴定结论所必须具备的内在组成要素,包括委托鉴定的内容、委托鉴定的材料、鉴定的依据及使用的科学技术手段、对鉴定过程的说明、明确的鉴定结论、对鉴定人鉴定资格的说明等。前文关于内在证明力的探讨,实际上只涉及了实质要件部分。这种探讨进路的选择,并不意味着形式要件证明力的大小无关紧要。实际上,在现有的法律框架内,关于形式要件的证明力判断,已经能够获得较圆满地解决。依据《全国人大常委会关于司法鉴定管理问题的决定》第11条,法院完全可以通过以通知“鉴定人出庭作证”的形式,将鉴定结论中的形式要件查清甚至补齐。当然,对于那些形式要件确实无法获得满足的情形,其对内在证明力的打击也将是毁灭性的。因此,形式要件与实质要件的关系,如同程序法与实体法之间不可偏废的关系。(下转第19页)

### 2.2.4 精密度与回收率

取空白血液 1mL, 分别添加 20ng/mL 和 1 μg/mL 浓度, 按 1.3 法提取, 然后进行 LC-MS/MS 分析。测得各药物与内标峰面积的比值, 计算变异系数, 均小于 12%。回收率以 20ng/mL 和 1 μg/mL 浓度的空白血液添加与同样浓度对照品的峰面积比率计算。见表 3。

表 3 方法的精密度与回收率(n=6)

化合物	CV (20ng/mL)	CV (1μg/mL)	回收率 (20ng/mL)	回收率 (1μg/mL)
苯巴比妥	7.46	5.27	77.08	81.05
巴比妥	4.96	11.67	87.21	80.87
异戊巴比妥	6.39	8.72	79.59	76.21
司可巴比妥	6.27	4.71	69.21	75.73
硫喷妥	10.57	11.81	69.49	79.11

## 3 结论

本研究所建立的同时分析五种巴比妥类药物的方

法简便、快速、无需衍生化、特异性强、灵敏度高, 分析范围广, 可以满足临床毒物和法庭毒物分析的需要。

#### [参考文献]

- [1] 沈敏. 体内滥用药物分析[M]. 北京: 法律出版社, 2003.
- [2] 沈建幸, 陈均良. 苯巴比妥和苯妥英钠及卡马西平血药尝试测定[J]. 医药导报, 2004, 23(4): 264-265.
- [3] Spell TC, Srinivasan.K, Stewart JT, et al. Supercritical fluid extraction and negative ion electrospray liquid chromatography tandem mass spectrometry analysis of phenobarbital, butalbital, pentobarbital and thiopental in human serum [J]. Rapid communication mass spectrum, 1988, 12: 890-894.
- [4] Hori Y, Fujisawa M, Shimada K, et al. Method for screening and quantitative determination of serum levels of salicylic acid, acetaminophen, theophylline, Phenobarbital, bromvalerylurea, pentobarbital, and amobarbital using liquid chromatography/electrospray mass spectrometry[J]. Biol Pharm Bull, 2006, 29(1): 7-13.

(本文编辑: 孙亚娟)

(上接第 13 页) 法官对二者的关注, 也应当保持一种平衡。

### 3.3 综合比较后无法得出证明力优劣的解决

经历了证明力的综合比较之后, 未必就能够有高下立判的结果。也有可能是双方鉴定结论的证明力旗鼓相当。在这种情况下, 依据现行法律规定并没有理由启动重新鉴定的程序。于此, 法院一是可以考虑调解, 二是可以考虑依据《民事证据规定》第73条的规定判案。该条规定: 因证据的证明力无法判断导致争议事实难以认定的, 人民法院应当依据举证责任分配的规则作出裁判。这是一种不是办法的办法。在山穷水尽别无选择之时, 只能够乐观地相信程序正义论者的说法: 程序正义, 结果正义。当然, 有着前文所有的讨论为基础, 在整体上, 我们仍然是遵循着“正当法, 既非‘没有程序’而成, 亦非‘透过程序’而成, 而是‘在程序内’, 由‘某东西’形成。”

在庞大的诉讼法体系中, 司法鉴定只是一个组成部分而已。然而, 其复杂性也自成一个世界。本文对司法鉴定结论证明力的比较, 是通过对其内在证明力和外在证明力的比较来完成的, 希望能够借此为实践提供一种证明力比较的基础模型。

#### [参考文献]

- [1] 江苏省高级人民法院. 民事判决书. (2006)苏民终字第0033号.
- [2] 上海市第一中级人民法院. 判案解析 [M]. 法律出版社, 2005. 405-406.
- [3] 徐昕 徐向译. 证据法的经济分析 [M]. 中国法制出版社, 2001. 155.
- [4] Memorandum of Law in Support of the United States Motion to Exclude Testimony of Edward J. Hogan, <http://www.usdoj.gov/atr/cases/f201800/201828.htm> 2007-3-8.
- [5] Harrison JL. Reconceptualizing the Expert Witness: Social costs, Current Controls and Proposed Responses, Yale Journal on Regulation, 2001, Vol. 18: 275.
- [6] 智敏. 难以取舍的两份法医鉴定书[J]. 记者观察. 2006(2): 28.
- [7] Wagner FD. Cases Adjudged in the Supreme Court, United States Reports, 1997, 509: 597.
- [8] Sedemann. Closing the Gate on Questionable Expert Witness Testimony A Proposal to Institute Expert Review Panels, Southern University Law Review, 2005-2006, 33: 42.
- [9] 国家法官学院 中国人民大学法学院. 中国审判案例要览 (2002年民事审判案例卷) [M]. 中国人民大学出版社, 2003. 265.

(本文编辑: 胡锡庆)