

自行委托鉴定意见之反思与重构

乔芳娥

(西北师范大学法学院, 甘肃兰州 730070)

摘要: 自行委托鉴定现象在我国广泛存在, 然而现行立法并未对其行为明确指明定性, “准用私文书证” 质证规则的释义更是预留了探讨的空间。理论界对自行委托鉴定意见之性质存在事实主张说与法定证据说的对立观点, 而后者更是存在鉴定意见、证人证言及书证的多元分歧。实务运行在自行委托鉴定问题处理上存在裁判观点简单化、回避性质定位、曲解规定文义、滥用举证责任等裁判误区。在对理论分歧与裁判误区反思与检视的基础上, 主张自行委托鉴定具有事实主张与证据证明的双重属性, 且证据证明层面的意义更加显著。进而主张自行委托出具的意见原则上不宜视为法定鉴定意见, 但经当事人合意可例外转换。在缺乏当事人合意时, 可准用与其类似的鉴定意见进行质证认证。同时, 为有效避免裁判误区, 对举证责任分配、申请鉴定条件、书面意见采纳等关涉自行委托鉴定的有关问题进行全面完善, 以期在体系解释的基础上更好地理解与适用2019年修改的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第四十一条。

关键词: 自行委托鉴定; 理论分歧; 裁判误区; 反思重构

中图分类号: DF8 **文献标志码:** A **doi:** 10.3969/j.issn.1671-2072.2024.01.012

文章编号: 1671-2072-(2024)1-0082-09

Introspection and Reconstruction of Self-commissioned Appraisal Opinion

QIAO Fang'e

(School of Law, Northwest Normal University, Lanzhou 730070, China)

Abstract: Although self-commissioned appraisal widely exists in our country, the current legislation does not clearly indicate its nature, the definition of “quasi private document certificate” in cross-examination rules reserves the room for academic discussion. In the theoretical circle, there are opposing views on the nature of the opinion issued by a self-commissioned appraiser: is it factual statement or statutory evidence, where the latter has the different views as expert opinion, witness testimony and documentary evidence. In practice, there are some errors in handling the problem of self-entrusted appraisal, such as simplification of judgment view, avoidance of making clear its nature, misinterpretation of provisions and abuse of burden of proof. Based on the re-thinking and examination of theoretical differences and errors in judgment, this paper argues that self-commissioned appraisal has the dual attributes of fact assertion and evidence, and the latter is more significant. Furthermore, it is argued that opinions issued by self-commissioned appraisal should not be regarded as statutory appraisal opinions in principle, but can be converted by exception upon the consent of the parties. In the absence of consent from the parties, it may be permitted to use similar appraisal opinions for cross-examination certification. At the same time, in order to effectively avoid errors in judgment, regulations regarding burden of proof, conditions for application of appraisal, the adoption of written opinions and other issues relating to self-entrusted appraisal should be comprehensively improved, so as to better understand and apply Article 41 of the 2019 revised *Several Provisions of the Supreme People's Court on Evidence in Civil Litigation* on the basis of systematic interpretation.

Keywords: self-commissioned appraisal; theoretical differences; error of judgment; re-thinking and reconstruction

收稿日期: 2023-03-25

作者简介: 乔芳娥(1994—), 女, 讲师, 博士, 主要从事民事诉讼法与证据制度研究。E-mail: 3274667867@qq.com

1 问题的提出

我国《民事诉讼法》上所称的司法鉴定,特指由人民法院委托有资质的鉴定人通过科学手段就案件事实所涉及的专门性问题出具的相关意见。然而司法实践中,经常会出现一方当事人在诉讼外或诉讼内就专门性问题自行委托鉴定机构或鉴定人并由其出具鉴定意见的行为,此即“自行委托鉴定”,又称“自行鉴定”,也有学者称之为狭义的私鉴定^①。自行委托鉴定并非法律上的概念,而是对现实生活中普遍存在的法律现象的归纳和总结。学界针对一方当事人能否自行委托鉴定曾产生激烈争论,形成了肯定说与否定说两种对立观点^②。肯定说从最大程度保障当事人攻击防御的角度出发,主张我国现行法律规范并未完全限制与明确禁止自行委托鉴定的存在。否定说则认为鉴定只能是由司法机关依据特定程序和方式实施的专门事实调查活动,当事人无权直接委托鉴定。

司法解释的态度极为鲜明,早在2001年《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(法释[2001]33号,以下简称旧《民事证据规定》)第二十八条^③就自行委托鉴定问题作出了规定,这一规定被普遍认为是自行委托鉴定正当性的法律承认,但规定并未将自行委托鉴定与司法鉴定相区别,引发诸多争议。2019年修改的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(法释[2019]19号,以下简称新《民事证据规定》)第四十一条^④在原有规定基础上作出了修正,将“鉴定结论”修改为“出具的意见”,去掉“鉴定”二字表述,意在表明自行委托鉴定所出具的意见并非鉴定意见^⑤。同时,将“申请重新鉴定”修改为“申请鉴定”,实为强调自行委托鉴定与司法鉴定之性质差异。在2020年《最高人民法院关于新民事诉讼民事证据规定理解与适用》(以下简称《理解与适用》)中明确当事人自行委托鉴定所形成的书面意见不能作为法定鉴定意见看待。但是,这并不意味着全盘否定当事人自行委托鉴定的权利,从举证证明的角度观之,为实现事实主张与证明目

的,当事人享有自行委托鉴定的权利。

整体观之,尽管新《民事证据规定》在表述上明确自行委托鉴定的特殊性,但规定本身并未触及根本定性,“人民法院有必要对该种材料的证据定位及证明力判断进一步分析认定”的原则规定又使其重新回到模糊状态。证据材料的法律归类不仅影响当事人质证权的行使,亦决定着法官审查的重点和适用的规则。学界围绕自行委托鉴定存在事实主张说与法定证据说两种对立观点。法定证据说又存在鉴定意见、证人证言及书证的观点分歧。实践层面,司法实务中对自行委托鉴定意见存在裁判观点简单化、回避性质定位、曲解规定文义、滥用举证责任等裁判误区。理论争议与实践混乱均表明自行委托鉴定的现有规定存在不足。因此,有必要在对这些问题检视与反思的基础上为法律规范的有效适用提供体系化的规则。

2 自行委托鉴定定性的理论之争

学界对自行委托鉴定性质的理论争议主要形成了事实主张说与法定证据说的对立观点。事实主张说观点否定了自行委托鉴定意见之证据资格,持此观点的学者主要从事事实主张具体化方面认为自行委托鉴定是当事人为支撑其诉讼请求而为的当事人陈述。法定证据说观点则肯定自行委托鉴定意见具有作为证据材料使用的资格,但在具体的证据种类上存在鉴定意见、证人证言及书证等分歧观点。

2.1 法定证据层面的多元分歧

法定证据层面的理论观点将自行委托鉴定意见视为法定证据资料,但在具体证据种类划分上存在鉴定意见、证人证言及书证等主要代表性观点。

第一种观点认为,当事人合意可以使自行委托鉴定意见例外转换为法定鉴定意见。从规范依据看,《关于审理医疗损害责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》(法释[2017]20号)第十五条第一款的规定就蕴含着当事人合意转换证据种类的含义。

^①旧《民事证据规定》第二十八条规定:“一方当事人自行委托有关部门作出的鉴定结论,另一方当事人有证据足以反驳并申请鉴定的,人民法院应予准许。”

^②新《民事证据规定》第四十一条规定:“对于一方当事人就专门性问题自行委托有关机构或者人员出具的意见,另一方当事人有证据或者理由足以反驳并申请鉴定的,人民法院应予准许。”

新《民事证据规定》第八十九条^③亦明确当事人在诉讼过程中认可的证据对法院具有一定的约束力。这一规定同样为当事人证据种类的合意提供了规范依据。更有学者^[4]主张自行委托出具的意见应当属于鉴定意见,只是在证明力上低于法定鉴定意见。

第二种观点认为,自行委托鉴定意见类似于证人证言。主张该观点的学者^[5]认为证人的核心要义是“知道案件情况”的人,专家客观上因接受委托而对某一事实进行鉴别、判断、推断或解释,从而使案件事实得以查清,在一定意义上应为“知道案件情况”的人,而其因接受委托所陈述的内容应属于证人证言。与通常民诉理论中的证人不同,此处的证人特指具备专门知识的专家,即专家证人,出具的意见称为专家证言。这种观点是对我国证人概念的扩大化解释。

第三种观点认为,自行委托鉴定意见应作为书证^[6],有学者^[7]更是明确主张可归入私文书证类别。虽然自行委托鉴定意见并非法定证据种类之一,但是对其质证仍可参考类似证据种类的程序规定形式进行。在《理解与适用》中解释主张“准用私文书证”。

2.2 事实主张层面的观点阐释

与从证据层面分析自行委托鉴定意见不同,相反观点认为应从事实主张层面对此予以考察。其中主要代表性学者曹志勋^[8]主张自行委托鉴定原则上应属于事实陈述,是当事人对案情的陈述,并能够为诉讼请求提供理由支持。

自行委托鉴定的实质目的在于促使当事人的事实主张具体化,此处更加强调其在事实主张层面的价值和意义。占善刚^[9]明确肯定了这一观点,认为法规范已为当事人提供了较为客观中立的鉴定途径并形成了较为完善的质证和认证程序,此时自行委托鉴定的法律性应被否定。若赋予自行委托鉴定意见与法定鉴定意见基本等同的地位:一方面会直接冲击司法鉴定的权威性;另一方面还会诱发当事人刻意规避司法鉴定而选择自行委托鉴定的风险。因此,从当事人陈述方面理解自行委托鉴定意见可能更为合理正当。在主张责任下,当事人应

当就直接决定法律效果发生或消灭的主要事实作具体化陈述。对于损害原因、因果关系、过错程度、损害额确定等的自行委托鉴定是当事人在主张责任约束下对主要事实的具体性陈述,以形成或支撑其诉讼请求。

2.3 争议观点评析

前述对自行委托鉴定意见进行证据种类划分,既有合理之处,亦有说理不充分的一面。就鉴定意见而言,通过当事人合意将其转换为法定鉴定意见具有一定的正当性。根据相关法律规定,任何证据均应通过质证认证程序审查核实后方能作为认定案件事实的根据。就自行委托鉴定而言,对方当事人认可意味着其对鉴定机构和鉴定人资格、鉴定程序、检材真实性等方面均无明确异议。此时,自行委托鉴定与司法鉴定的区别在于委托主体差异,但应当认为在上述条件均被满足时,不同的委托主体与意见的客观性、真实性、中立性之间并不存在必然联系。况且,当事人作为诉讼程序的直接利害关系人,其对不利于己的证据资料的认可在一定程度上可视为其对自身权益的放弃。当事人对自行委托鉴定意见之反驳权利的放弃属于对处分权的正当行使。在未能涉及他人合法权益、社会公共利益时,当事人的处分权应当被充分尊重。但应当注意的是,当事人合意并非具有当然转换为法定鉴定意见的效果。出于对诉讼公正性与权威性的考量,法院应当对当事人合意进行审查认定,这是平衡当事人意思表示与司法权威性、正当性的合理选择。

对于主张自行委托鉴定意见应视为鉴定意见,只是在证明力上低于司法鉴定意见的主张不具有正当性。从新《民事证据规定》第四十一条的文义来看,明确否定了自行委托鉴定意见为鉴定意见。证据证明力属于法官自由心证的范畴,对此一般不预先设定大小比较。仅以鉴定委托主体的不同来判断法定鉴定意见与自行委托鉴定意见之证明力,这对于证据的审查认定和案件的公正处理有害无益。证据须查证属实才能作为认定事实的根据是法规范的当然要求。无论是法定鉴定意见还是自行委托鉴定意见均应通过庭审质证、审查认证等程序,由法官自由心证判断其证明力^[10]。

^③新《民事证据规定》第八十九条规定:“当事人在诉讼过程中认可的证据,人民法院应当予以确认。但法律、司法解释另有规定的除外。”

自行委托鉴定意见视为书证的观点亦存在不合理之处。首先,证明对象不一,自行委托鉴定的证明对象为鉴定人对待证事实发表的意见而非待证事实本身,其证明作用具有间接性,而书证则以其记载的内容或表达的思想直接证明待证事实。其次,证据产生时间不同,自行委托鉴定意见后于争议事实发生,在性质上区别于纠纷形成前或形成过程中产生的书证。同时,《理解与适用》中明确存在对于自行委托鉴定意见可“准用私文书证”的质证规则,但仅从这一规定本身并不能直接推断出自行委托鉴定意见即为私文书证。

将自行委托鉴定意见视为证人证言的观点亦值得商酌。证人证言是以证人在法庭上就其亲身经历的案件事实所作出的客观陈述,以证明案件事实。证人的特殊性决定了其只能是对案件发生过程亲自经历、感知而发挥证明作用,其所陈述的证言也只能是对案件事实发生过程中所见所为的客观陈述,不能发表推测性、论断性、臆测性意见。证人因其亲历性而具有不可替代性,围绕证人证言所进行的制度设计和相关法律规范均强调了证人的重要性。司法鉴定往往是在案件已经发生或纠纷已形成后根据当事人申请或法院指定,通过特定程序、原理与方式对某一事实作出的推断性意见。在司法鉴定市场化条件下,鉴定机构和鉴定人具有可被选择性,并可随时被替代。此外,我国《证据法》对证人的解释并不包括所谓的专家证人或专家证言,其并不属于法定证据种类。受制于我国现有证据制度体系和规定,将自行委托鉴定意见定性为证人证言并不可行。

将自行委托鉴定视为事实主张层面的当事人陈述之观点,虽然极大地维护了法定证据形式的权威性和法定性,从根本上否定了自行委托鉴定意见在诉讼中法律定位的争议,但同时这一观点也忽视了自行委托鉴定对当事人事实主张的证明作用。如后续治疗费、“三期”鉴定、伤残等级鉴定等事关诉讼请求数额的具体化,这是诉讼能够顺利进入法院的前提。这必然强制性地倒逼当事人必须在诉前通过鉴定确定专门性问题。然而如果主张自行委托鉴定只是当事人事实主张具体化

的措施,在鉴定费用高昂的当下,当事人行使诉权将会顾虑重重,从而只有在诉讼必胜的信念下方会自行委托鉴定。

从现有规定来看,自行委托鉴定中鉴定人的选择可以视为是当事人为保障其诉讼请求实现而请来的“外援”,鉴定人身份的特殊性与知识享有的专业性决定了其有可能与专家辅助人的身份相重合。此种情况下,自行委托鉴定中的鉴定人在功能和价值上与专家辅助人无异。法规范中将专家辅助人之意见视为当事人陈述。当事人陈述作为法定的证据种类之一,其作用将不能被局限于事实主张的具体化,更多的是为证明目的的实现。因而,仅从事实主张具体化层面理解自行委托鉴定并不充分。

3 自行委托鉴定运行的现状检视

自行委托鉴定在实践中的运行如何,需要通过浩如烟海的裁判文书进行较为全面的分析方可获得更加直观的感受。为使得研究样本充分体现新《民事证据规定》实施后法官对自行委托鉴定在司法实践中的裁判观点,笔者在“中国裁判文书网”上以新《民事证据规定》第四十一条作为检索内容,共检索到2 654份文书,其中判决书2 542份^④。笔者通过对裁判文书的阅读和分析发现,以最高人民法院为代表的观点认为,自行委托鉴定有利于发挥当事人主动性,推进诉讼进程,提高诉讼效率,具有一定的合理性与必要性,且我国法规范并未否定自行委托鉴定意见之证据效力^⑤。然而笔者在查阅裁判文书的过程中发现,司法实践中人民法院对自行委托鉴定意见之认证往往避重就轻一笔带过或仅对相关条文予以简单引用。这导致裁判观点多呈现零散、片面性,缺乏整体性和逻辑性。总体而言,司法实践中的裁判误区主要表现为裁判观点的简单化、曲解规定文义、滥用举证责任等方面。

3.1 裁判观点的简单化

司法实践中绝大多数法官根据新《民事证据规定》第四十一条直接认可自行委托鉴定意见具有证据资格。在具体案件中则以采信或不予采信的简单方式处理。

其一,采信自行委托鉴定意见。这种情况主要

^④中国裁判文书网[EB/OL].[2022-08-12].http://wenshu.court.gov.cn.

^⑤中华人民共和国最高人民法院(2020)最高法知民终795号民事判决书。

表现为对方当事人仅以单方委托、送检材料未经质证提出异议,但未提供相反证据或理由足以推翻并申请鉴定的,法院对其异议不予采纳,进而肯定原审裁判的事实认定^⑥对方当事人只提出异议,但未提供证据或理由^⑦;对方当事人提供的证据或理由不足以反驳;对方当事人认可自行委托鉴定;经法院审查鉴定机构和鉴定人具备相应资质、检测程序合法、检测样品可靠真实、检测方法科学有效;对方当事人对自行委托鉴定有异议但并未申请鉴定;仅提出系单方制作且相关鉴定材料未质证的异议^⑧;由具有鉴定资质的鉴定人作出且鉴定程序合法,对方当事人亦未提供充分证据或理由足以反驳^⑨;法院结合具体案情采信自行委托鉴定出具的意见等^⑩。

其二,未采纳自行委托鉴定意见。这种情况主要表现为对方当事人提出证据或理由足以反驳;经法院审查认定鉴定机构和鉴定人不具备相应资质、鉴定程序不合法、检测样品不真实可靠、检测方式不科学或与其他证据相互矛盾等^⑪。

其三,略过自行委托鉴定意见之定性直接对其进行质证认证。从证据理论出发,证据能力和证明力是两种相互区别又联系密切的证据属性。证据能力指涉证据使用的资格,证明力则关涉证据资料对案件事实证明作用的有无与大小。严格来说,两者间的关系为证据能力是证明力的前提和基础,一项证据资料不具备证据能力,则其证明力无从谈起。自行委托鉴定意见只有具备证据资格,当事人才能将其作为证明事实主张的依据,法院才能对其证明力有无及大小进行心证判断。但司法实践中绝大多数法官均有意或无意回避了对自行委托鉴定意见之证据能力问题的审查认定,而根据当事人质证意见径直判断其证明力大小或采用与否。

3.2 曲解规范文义

将申请鉴定或法院准许鉴定作为是否采信自行委托鉴定意见之前提和标准,并在两者间进行“非此即彼”的选择。此种做法实际上是对新《民事证据规定》第四十一条文义的曲解,进而导致实践操作中的变形。若自行委托鉴定意见属于概括意义上的民事证据,正确的做法应当是法官根据当事人质证意见并综合全案其他证据对自行委托鉴定意见之证明力有无及大小进行独立判断。这种判断不应被是否申请鉴定或法院准许鉴定所左右。

将当事人是否提供证据或理由反驳作为是否准许鉴定的依据^⑫。如青海省高级人民法院认为应从另一方当事人提供的反驳证据或者理由是否充分考量重新启动鉴定程序的必要性^⑬。对于申请鉴定而言,有无鉴定的必要,是否在规定期限内申请及预交鉴定费用是决定鉴定申请是否成功的关键。其中鉴定必要性主要取决于案涉事实是否为专门性问题且必须通过鉴定手段方能解决,对方未能提供反驳证据或充分理由并不能必然得出案涉问题缺乏鉴定必要性。同时,若将必须提供足以反驳的证据或理由作为对方当事人申请鉴定的前提,则在申请鉴定问题上加重了对方当事人的负担。此种做法存在加强对自行委托鉴定当事人保护的嫌疑,无形中也会诱发自行委托鉴定的多发风险。从鉴定申请的启动方式来看,法院依职权启动鉴定的前提是案件审理过程中待证事实具有通过法定鉴定意见证明的必要。

3.3 滥用举证责任分配

在当事人举证责任承担方面,司法实践中存在不同认识。第一种观点认为,由提出专业书面意见一方举证证明^⑭。对于自行委托鉴定意见,对方当

^⑥ 中华人民共和国最高人民法院(2021)最高法知民终2037号民事判决书;广西壮族自治区高级人民法院(2020)桂民终1681号民事判决书;河南省高级人民法院(2020)豫民终1285号民事判决书等。

^⑦ 辽宁省葫芦岛市中级人民法院(2022)辽14民终1073号民事判决书。

^⑧ 贵州省高级人民法院(2020)黔民终112号民事判决书。

^⑨ 湖南省张家界市中级人民法院(2022)湘08民终523号民事判决书。

^⑩ 湖北省荆门市中级人民法院(2022)鄂08民终916号民事判决书。

^⑪ 云南省高级人民法院(2020)云民终817号民事判决书。

^⑫ 新疆维吾尔自治区高级人民法院(2022)新民终55号民事判决书;湖北省高级人民法院(2020)鄂民终605号民事判决书;山东省高级人民法院(2020)鲁民终783号民事判决书。

^⑬ 青海省高级人民法院(2020)青民终109号民事判决书;山东省高级人民法院(2020)鲁民终783号民事判决书。

^⑭ 山东省高级人民法院(2022)鲁民终750号民事判决书。

事人可以提出反驳证据,如果反驳证据和理由充分,则该鉴定意见作为证据的效力将被削弱,当提出该鉴定意见的一方为举证责任之人时,反驳该鉴定意见方无需再向法院申请鉴定,此时提出专业意见方尚未尽到举证之责,或者说其事实主张尚未得到证明^⑤。另一种观点认为,应当由对自行委托鉴定意见持有异议方申请鉴定,在其未申请鉴定时承担采信该鉴定意见之不利后果。对于自行委托鉴定意见之采信依赖于当事人是否提供足以反驳的证据或理由并申请鉴定。

4 自行委托鉴定意见的应然定性

虽然理论界对自行委托鉴定意见存在法定证据说与事实主张说的对立观点,但是无论从司法解释的态度还是实践适用,仅从事实主张层面理解自行委托鉴定显然存在片面性。笔者思考自行委托鉴定意见之理论目的在于,不应通过非黑即白的简单选择对其定性,而应围绕多元理论与复杂实践完成类型化整合。笔者所需要做的创新性工作在于,重新建构针对不同情况适用不同证据形式的复合性自行委托鉴定。

4.1 合意例外转换为法定鉴定意见

与自行委托鉴定意见关联最直接的是法定鉴定意见。虽然自行委托鉴定同样基于鉴定机构和鉴定人的专业意见认定事实,但是其并非现行法中规定的鉴定意见。从形式上来看,自行委托鉴定与司法鉴定均表现为特定领域的专家对事实问题进行专门认定,完成鉴定的鉴定机构和鉴定人可能在资质、专业、能力等方面亦基本相同。从现实角度来看,鉴定质量无关于法院或个人的选择。但委托主体与配套规则的差异,时常会使司法鉴定与自行委托鉴定之间存在巨大差异,从而直接影响两者在诉讼中的地位。李浩^[1]亦主张自行委托鉴定因程序不合法、可靠性缺乏保障、检材未经质证程序,不能作为法定鉴定意见。正是因为自行委托鉴定在材料的全面性、真实性、合法性,启动主体的权威性、程序的规范性等方面有别于司法鉴定,导致我国司法解释和绝大多数学者将其排除在法定鉴定意见之外^[2]。这种“一刀切”的做法一方面忽略了司法鉴定与自行委托鉴定在鉴定事项、鉴定程序、

鉴定意见的形式等方面存在共性;另一方面亦错误地认为鉴定程序的启动主体与鉴定结果可靠性之间存在必然因果联系。其实,不能简单依据自行委托鉴定与司法鉴定的差异性而否定其转换为法定鉴定意见的可能性,也不能基于两者的共性所在赋予其法定鉴定意见的证据地位。因此,如何在两者的共性与个性之间寻求最佳平衡点是需要认真思考并予以解决的问题。

笔者认为,虽单方自行委托鉴定意见在鉴定机构和鉴定人选任、检材提交等方面可能存在客观中立性风险,但若对方当事人愿意承受此种风险,法律并无强制反对的理由。若对方当事人不持异议,则可理解为双方已就鉴定程序的启动和鉴定机构的确定、检材的真实完整等达成了合意,此时可将该意见视为法定鉴定意见^[3]。当事人的这种约定与新《民事证据规定》第八十九条之规定意旨完全契合,体现出当事人对证据种类的合意选择权,是民事诉讼证据契约化的典型体现。从逻辑上来看,当事人若对诉讼中的证据资料没有意见,很大程度上说明该项证据资料本身真实可靠。

从现有法律规定来看,对方当事人欲申请鉴定需提供充分证据或理由反驳该意见可能有损中立性。这种限定侧面反映出对自行委托鉴定的肯定和对出具意见中立性、客观性的初步推定。因此,自行委托鉴定意见在当事人自担风险及行使处分权时,可以赋予其与法定鉴定意见一样的效力。当然,为充分尊重当事人对自行委托鉴定意见中的自主权和主动性,应当将合意的明示性、肯定性作为原则。换言之,当事人是否对自行委托鉴定意见进行质证主要取决于其自身自愿,即便拒绝或不作为也不应产生任何不利后果,不能对默示进行推定。

4.2 准用法定鉴定意见的质证规则

《理解与适用》并未明确指明自行委托鉴定意见之证据性质,而是在肯定其证据资格的基础上明确可“准用私文书证”质证规则。诚然,明确某一证据在诉讼中的具体表现形式关涉司法中对证据的充分利用,但亦会形成较为固定的思维模式,诉讼资料若无法归入某一法定证据形式中,则其可能将因为不符合法定的证据形式而不得作为定案根据^[4]。但如上文所述,将自行委托鉴定意见归入任

^⑤河南省高级人民法院(2021)豫民终1242号民事判决书。

何一种证据种类均存在难以自圆其说之处。事实上,自行委托鉴定意见能否被归于某种法定证据种类与其在司法实践中的功用大小不存在正比关系。自行委托鉴定意见不是法定证据种类中的证据,并不意味着其对诉辩双方和法官不能提供帮助,也并非否定该鉴定意见在法庭中的价值和作用。与其纠结于自行委托鉴定意见之证据定性,不妨在遵循《理解与适用》基础上探讨其质证规则,以尽可能保障自行委托鉴定意见在合理正当地质证审查规则中得到准确适用。对此,《理解与适用》明确自行委托鉴定意见虽不能视为法定证据种类中的法定鉴定意见,但可以“准用私文书证”的质证规则。这一态度虽在一定程度上回避了自行委托鉴定的证据性质定位之争议,但其质证内容与私文书证存在明显的逻辑矛盾。

新《民事证据规定》第九十二条^⑩明确了私文书证真实性的举证主体、推定规则等相关问题。其中第二款更是直接指出,当私文书证上存有签名或盖章之时,只要证明该签名或盖章为文书制作人本人或其代理人所为,就可以推定其具有真实性。其实,对私文书证真实性问题作出如此规定的意图非常明显,缓和当事人在私文书证真实性证明上的难度,其只需证明私文书证上的签名或盖章确实为制作者或代理人所为即可实现对其真实性的证明。套用这一规定,若自行委托鉴定意见“准用私文书证”的质证规则,则质证程序应主要集中在意见是否由某一鉴定机构和鉴定人出具。

然而新《民事证据规定》的权威解读中已经明确,自行委托鉴定意见应重点审查受委托方是否具备相应资质、鉴定程序是否恰当、检材是否真实及与其他证据有无矛盾等事项。在这些事项中,与案件的其他证据有无矛盾是所有证据审查的通用标准,除此之外其他三项审查事项均与司法鉴定中对鉴定意见的审查事项大同小异。司法鉴定虽由法院委托,检材经双方质证,鉴定人由双方协商选择,但当事人对鉴定机构和鉴定人相应资质,检材的完整性、真实性,意见形成过程及程序的正当性等均可能产生争议。因鉴定

意见并非科学证据,并不当然具有证明力,对此仍需经当事人质证与法院审查认证作出评价和取舍。针对鉴定意见的当事人争议问题,法院亦着重审查认定上述事项。从质证认证结果来看,无论是自行委托鉴定意见抑或法定鉴定意见,一旦在资格具备、检材真实、程序合法等条件满足时,用于认定案件事实的依据均为某一鉴定机构和鉴定人对专门性问题的推断性意见。显然,权威解读对自行委托鉴定意见之质证内容的规定与对法定鉴定意见的质证内容基本没有差别,但却与名义上的“准用私文书证”质证规则实质内容完全不同。在司法解释明确区别两者称谓的前提下,对自行委托鉴定的质证规则准用与其最相类似的鉴定意见最为妥当有效。

5 自行委托鉴定规范的完善

与对自行委托鉴定的理论争议不同,实践运行更能体现出规范本身存在的不足。因而,为准确有效地适用新《民事证据规定》第四十一条,应当在总结实践经验的基础上对规范本身进行一次较为全面的完善。

5.1 自行委托鉴定意见采信规则的明晰

当事人在自行委托鉴定意见中的质疑主要表现为否认书面意见的真实性、合理性。具体理由包括鉴定机构和鉴定人缺乏相应资质,鉴定材料未经质证,意见形成过程缺乏科学性与合理性;与其他证据相互矛盾等异议。司法实践的处理倾向认为当事人只提出上述异议并不足够,其仍需提供充分证据或理由。

自行委托鉴定意见是否具有证明力,主要取决于两个因素。其一,被委托鉴定机构和鉴定人是否具有相应资质、检测程序是否合法、检材样品来源是否可靠、检测方法是否科学。其二,对方当事人是否提出了足以反驳的证据或理由。若鉴定资质具备、检测程序合法、检材来源可靠、检测方式科学且对方未提出相应证据或理由足以反驳的,一般可以确认其证明力。若以当事人未申请鉴定而采信自行委托鉴定意见时,应当采取较为谨慎和严格的

^⑩新《民事证据规定》第九十二条规定:“私文书证的真实性,由主张以私文书证证明案件事实的当事人承担举证责任。私文书证由制作者或者其代理人签名、盖章或捺印的,推定为真实。”

态度。新《民事证据规定》第三十条^①明确了法官对申请鉴定的必要性、不申请鉴定的法律后果的告知。应当表明这种释明是法官应尽的一项举证指导义务。释明不仅体现出法官与当事人之间的关系,更直接影响着对方当事人对自行委托鉴定的质证。经过释明,是否对专门性问题申请鉴定是当事人享有的诉讼权利,其有权放弃^[15]。同时,新《民事证据规定》第三十一条也明确对方当事人未提出鉴定申请的法律后果只能是放弃申请,至于放弃申请后的责任承担问题则取决于哪方主体对待证事实负有举证责任。

5.2 法条文义的合理阐释

司法实践在自行委托鉴定意见处理乱象产生的主要原因在于对新《民事证据规定》第四十一条规定文义的曲解和误读。其实,问题的根本在于尚未真正认识鉴定程序启动的要件规定。从申请鉴定的要件来看,法律条文明确司法鉴定的启动条件为“事实查明的专业性”需鉴定方能查明,但并未明晰“专门性问题”的内涵与范围。一般认为专门性问题是指民事诉讼中与案件事实相关但超出普通人理解和认识范围的问题。当然,具体案件中并非所有的专门性问题均有必要通过鉴定程序解决。2015年,最高人民法院公布并施行的《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(法释〔2015〕5号)明确申请鉴定应当具备相关性和必要性。可见,当事人申请鉴定的要件为案涉专门性问题及与待证事实有关联。在自行委托鉴定中,“对方当事人有证据或理由足以反驳并申请鉴定的,人民法院应予准许”的规定并非为对方当事人限定了必须申请鉴定的强制性义务,而是对法官自由裁量权的限制。换言之,当民事程序法规则未就法官的裁量权明确授权时,法官应严格依照规则确定的行为规范实施司法权^[16]。

当事人若能够提供足以反驳自行委托鉴定的证据或理由并申请鉴定时,法官应当允许该申请。在司法鉴定范畴内,当事人申请鉴定只需满足鉴定必要性与相关性要求。将有证据或理由足以反驳作为鉴定申请的前置性条件,这种做法显然加重了对方当事人申请鉴定的负担,亦在无形中鼓励并加

强当事人对自行委托鉴定的“偏好”。因而,在自行委托鉴定中,对方当事人申请鉴定不应以是否提供充分证据或理由为前提,该规定应当理解是为对法官自由裁量权的限制。

5.3 举证责任的合理分配

在自行委托鉴定中应当由哪一方主体申请鉴定,这主要取决于案涉专门性问题的举证责任承担主体。对待证事实负有举证责任之人,在该事实涉专门性问题时,享有申请鉴定的权利。具体到自行委托鉴定中,一般而言,自行委托鉴定之人即为对某专门性问题负担举证责任之主体。在立法规定肯定自行委托鉴定意见具有证据能力的前提下,提出该意见之人暂时完成了其主张与举证责任。接下来的问题便是由对方提出证据或理由反驳该意见,以使待证专门性问题退回至真伪不明甚至不成立状态。此时可能出现两种情况,第一种情况为对方当事人提出了充分的证据或理由足以反驳自行委托鉴定意见真实性、可靠性存疑。此时,自行委托鉴定意见至少已经回归到真伪不明状态,换言之,对方当事人已进行了有效反驳,其反驳责任已完成。在此种情况下,提出自行委托鉴定意见之人为获得对其有利的心证,使其主张的事实与请求能获得法院裁判支持,就必须提出证据反驳对方当事人提出的证据或理由,而申请司法鉴定是其实现举证目的的方法之一。原则上应当由提出自行委托鉴定意见之当事人提出鉴定申请,在其未能申请时视为放弃申请。同时,其作为对待证事实负有举证责任之主体,若因其未能提出鉴定申请导致待证事实真伪不明或证明不能的,应承担主张事实尚未得到证明的不利后果。当然,这并不意味着对方当事人不能申请鉴定,其作为诉讼当事人,仍可基于查明待证事实的需要申请鉴定,只不过从法律后果上来看,即使其未申请或申请未被准许也无需承担举证不能的法律后果。因而,在对方当事人提出充分证据或理由时,提出自行委托鉴定之人即为承担申请鉴定责任之主体。第二种情况为对方当事人未提出充分证据或理由反驳自行委托鉴定意见,此时,法官已暂时形成该意见具有证明力的心证。对方当事人为动摇法官心证可申请重新鉴定以反驳

^①新《民事证据规定》第三十条规定:“人民法院在审理案件过程中认为待证事实需要通过鉴定意见证明的,应当向当事人释明,并指定提出鉴定申请的期间。”

该意见或证明己方主张成立。此时,对方当事人应当为承担举证责任之主体,在其未能提供充分证据或理由足以反驳或未申请重新鉴定时,其有可能承担举证不能的后果。这种情形出现的前提是法官已经形成自行委托鉴定意见真实、可靠的心证,否则仍应由提出意见方继续举证证明。当事人质证权的保障虽然有利于自行委托鉴定意见之证据资格和证明力问题的明晰,但是法院的审查认定同样应十分谨慎。

6 结语

自行委托鉴定作为我国民事诉讼活动中常见的诉讼现象,对其进行有效规制十分必要。但新《民事证据规定》及其相关权威解读在该问题的处理规则上存在诸多缺陷。这一方面导致理论界对自行委托鉴定意见之定性产生分歧;另一方面司法实践中的适用亦乱象丛生。理论争议虽有助于丰富并廓清自行委托鉴定的性质,但目前尚未形成具有显著影响力与说服力的观点。任何法律条文只有切实贯彻落实到具体案件中方能彰显其活力与效用,因而通过对自行委托鉴定在司法实践中的适用归纳总结可能出现的裁判误区,在此基础上致力于完善相关规则才是最为务实的道路。笔者对新《民事证据规定》第四十一条进行的全面解读既可在一定程度上使自行委托鉴定避免陷入理论争议之中,又能在立足现实基础上为该条规定的准确适用提供助益。

参考文献:

[1] 占善刚,张一诺.私鉴定之定性分析——基于新《民事证据

- 规定》第41条的展开[J].证据科学,2020,28(6):645-659.
- [2] 最高人民法院民事审判第一庭.最高人民法院《新民事诉讼民事证据规定》理解与适用[M].北京:人民法院出版社,2020:402.
- [3] 曹志勋.民事诉讼中强制性诉前鉴定的反思与重构[J].证据科学,2022,30(2):133-144.
- [4] 邱星美.民事诉讼鉴定证据质疑[J].法律科学,1998(4):82-87.
- [5] 韦中铭.论当事人自行委托鉴定的结论性质[J].政法论坛,2001(1):46-51.
- [6] 陈如超.新《民事证据规定》对法官权贵的制度改造——基于司法鉴定的视角[J].证据科学,2020,28(2):179-191.
- [7] 史长青.司法鉴定公信力视角下的当事人自行委托鉴定的证据效力[J].中国司法鉴定,2021(5):20-31.
- [8] 曹志勋.诉讼外鉴定的类型化及其司法审查[J].法学研究,2022,44(2):111-130.
- [9] 占善刚.证据协力义务之比较法研究——以大陆法系民事诉讼为中心[D].武汉:武汉大学,2009.
- [10] 江澜.民事诉讼鉴定制度的发展和完善[J].证据规定,2020,28(3):343-354.
- [11] 李浩.新《民事诉讼证据规定》的主要问题[J].证据科学,2020,28(3):302-314.
- [12] 范德章,杜春鹏.关于当事人自行委托鉴定结论性质的探讨[J].西北师大学报(社会科学版),2004,41(3):78-81.
- [13] 王亚新.新《民事诉讼法》中的鉴定:理论定位与解释适用[J].法律适用,2013(10):2-6.
- [14] 李学军.诉讼中专门性问题的解决之道——兼论我国鉴定制度和法定证据形式的完善[J].政法论坛,2020,38(6):37-54.
- [15] 郭华.民事诉讼证据中有关鉴定的诠释与规则适用探讨[J].证据科学,2020,28(2):159-171.
- [16] 曹志勋.民事鉴定程序启动中的职权与权利配置[J].当代法学,2021,35(2):134-146.

(本文编辑:朱晋峰)