

论民事鉴定制度

张永泉*

内容提要:我国应当把鉴定人的性质定位于既作为法官辅助人员又作为证据方法,二者并重。应当明确鉴定结论的证据属性,并作出对其质证、认证以及审查采信的程序规定;将鉴定人主体扩大到自然人,赋予当事人选任鉴定人的权利;完善对鉴定人的回避制度,保证鉴定人的中立和公正;并应明确规定鉴定人的鉴定义务和出庭陈述义务以及过错赔偿责任。

关键词:鉴定制度 重构

现代社会已进入科技化、信息化时代,现代型诉讼,如公害、制造物责任事故等诉讼大量出现,这类诉讼的争点往往与高度专门化知识相关联,甚至涉及最尖端的现代科技和知识。对于这类事实争点,通常无法利用一般常识作出判断,不能不依赖于有关专业领域的专家进行鉴定,斟酌鉴定结论来作出事实认定。鉴定对于现代型诉讼具有的重要影响和作用已无可置疑,由此而引发了许多诉讼上的问题。例如,如果鉴定费用非常巨大,当事人因无力负担而不申请鉴定,对于绝对必要的鉴定,法院应如何处理?若专家之间就专门性的科学问题存在对立的争论,面对不同的鉴定结果,作为非专家的法官对于自己不懂的事实,将如何取舍判断?即使专家之间不存在对立意见,但鉴定结论没有绝对的肯定性,法官将如何评判鉴定的事实?等等。

一、鉴定的证据属性探析

鉴定在民事证据制度中究竟属何种性质,在立法上和学者们的认识上尚不统一,主要有以下几种:第一,将鉴定视为证据方法。如在英美法系,鉴定人或鉴定专家,被作为广义上的证人或当作一般证人来看待。根据美国联邦证据法第 702 条的规定,如果科学的、技术的或其他专门知识能帮助事实审理者理解证据或确定一项争执中的事实时,那些具有本行业知识、技术、经验、训练和教育的专家就有资格充当证人,以意见或其他方式作证。^[1]第二,将鉴定视为法院的辅助机关,即认为法官因不具有特别知识而不能知晓的事项,须由专家补其不足,以达到

* 苏州大学法学院讲师,西南政法大学博士研究生。

[1] 参见沈达明:《英美证据法》,中信出版社 1996 年版,第 153 页。

正确判断之目的。^[2] 在意大利,专家被视为法院的辅助人员,其职能行为可用来协助法官收集证据并对有关证据进行评估。专家在法院的指导下进行工作,受法院的指派出庭参加庭审活动。专家就案件的事实所涉及的咨询意见可以是各个专业、学科、行业或技能领域。^[3] 第三,将鉴定既视为法院的辅助机关,同时又视为调查证据的一种方法。我国台湾学者认为,鉴定系为辅助法官对事物的判断能力,命有特别学识经验的第三人,利用其专门知识、技能经验,陈述特别规律或经验法则的一种证据调查程序,即以鉴定人为证据方法,以其鉴定意见为证据资料,从而证明待证事实;^[4] 鉴定人系法院的智慧辅助机关,亦系证据种类之一。^[5] 台湾地区最高法院的判例则将鉴定视为一种证据调查方法。

关于我国民事诉讼法规定的鉴定人性质,有学者认为既是法院的辅助机关,又兼有证据方法的属性。^[6] 对此,笔者认为,我国现行立法在本质上仅把鉴定人作为法院的辅助机关对待,并未作为一种证据方法。其理由是,根据民事诉讼法第 72 条和第 125 条的规定,是否需要鉴定或重新鉴定,完全由法院决定,当事人及诉讼代理人无任何权利。^[7] 最高人民法院《关于适用中华人民共和国民事诉讼法若干问题的意见》(以下简称《适用意见》)第 73 条进一步规定,鉴定应当是人民法院依职权调查收集证据的范围。因此,当事人为举证而提供证据的范围并不包括鉴定结论。^[8] 如果法官已经对案件事实形成内心确信,认为无需鉴定或无需重新鉴定的,即使当事人有异议,法院也不会委托或指定鉴定。虽然民事诉讼法第 63 条规定的七种证据中包括鉴定结论,但仅仅是辅助法官对案件事实的认定,对当事人举证而言,却没有证据手段的功能。这种忽视证据方法属性的定位,存在多种弊端,将在后文分析。

目前,我国还存在着几种特殊的鉴定结论,它本身是行使某种职权,实施行政管理的结果,具有一定行政行为的属性。这种特殊的鉴定结论主要包括医疗事故鉴定、交通事故责任认定、进出口商品检验鉴定等。国务院发布的《医疗事故处理办法》第 12 条规定:“鉴定委员会是本地区医疗事故鉴定的唯一合法组织,只有它的鉴定结论才能作为认定和处理医疗事故的依据。”由此可见医疗事故鉴定结论的职权属性和强烈的行政色彩。《道路交通事故处理办法》规定:“县级以上地方各公安机关是同级人民政府处理本行政区域内交通事故的主管机关”(第 4 条);“公安机关处理交通事故的职责是:处理交通事故现场、认定交通事故责任、处罚交通事故责任者……”(第 5 条)。这里明确规定了对交通事故的认定,是公安机关的行政职责,所作出的结论属于具体行政行为。我国进出口商品检验法规定,商检机构和国家商检部门、商检机构指定的检验机构,依法对进出口商品实施检验(第 3 条);进出口商品的报验人对商检机构作出的检验结果有异议的,可以向原商检机构或者其上级商检机构以至国家商检部门申请复验,由受理复验的商检机构或者国家商检部门作出复验结论(第 24 条)。这些规定表明,国家商检机构对进出口商品作出的检验结果,不仅是对进出口商品的质量、重量、等级、包装等作出的一种

[2] 参见[日]三个月章:《日本民事诉讼法》,汪一凡译,台湾五南图书出版公司 1997 年版,第 466 页。

[3] See Mauro Cappellotti, Joseph M. Perille, *Civil Procedure in Italy*, pp230 - 233.

[4] 参见陈荣宗、林庆苗:《民事诉讼法》,台湾三民书局 1996 年版,第 527 页。

[5] 参见陈玮直:《民事证据法研究》,台湾新生印刷厂 1970 年版,第 63 页。

[6] 参见毕玉谦:《民事证据法判例实务研究》,法律出版社 1999 年版,第 277 页。

[7] 这里仅仅从制度层面上而言,司法实践中已经突破了法律的规定,当事人及其代理人直接委托鉴定的情况也是存在的。

[8] 有人认为“当事人有责任提供的证据应当包括鉴定结论在内”。参见前引[6],毕玉谦书,第 278 页。

检验鉴定结论,同时也是对进出口商品实施管理的一种行政行为。

如果因为医疗事故、交通事故或进出口商品的质量等发生纠纷进入诉讼,这类检验鉴定结论无疑是重要的诉讼证据。对这类证据在性质上应如何定位?属于具体行政行为还是一般的诉讼证据?如果作为具体行政行为对待,法院必须以此作为裁判的根据,不管其是否正确,都无权更改或予以否认。^[9]反之,如果将其视为一般的诉讼证据,根据民事诉讼法第63条的规定,法院通过庭审查证属实以后,才能作为认定案件事实的依据,否则将不予采信。笔者认为,这类鉴定结论实际上具有双重属性。在行政程序中,其性质应当是行政行为。一旦进入民事诉讼以后,这类检验鉴定就应成为民事诉讼中的一种证据——鉴定结论,与其他鉴定结论在性质上并无差异,必须通过质证、认证程序予以采信和取舍。因为尽管其在行政程序中具有行政行为的属性,但又不同于一般的具体行政行为,它不是直接影响(限制或剥夺)行政管理相对人的人身、财产或其他利益,而是对某一事物或对象是否具有某种特性的一种判定,作出这种判定非一般行政人员所能胜任,必须具备某一领域的专业知识、技能、经验等。在诉讼中,这种判定结果(检验鉴定)本身并非案件事实,而是证明争议事实的一种手段,因而就其本质特征而言,与民事诉讼法规定的鉴定结论并无不同。

二、鉴定制度的比较与评析

(一)英美法国家的鉴定制度

在英美法国家,鉴定人被作为一种证人看待,因而与一般证人有其共同点:对鉴定人的口头询问,在程序上与询问一般证人规则基本相同,只有少数例外情形;鉴定人由当事人带上法庭,象对待一般证人那样对其进行主询问和交叉询问。^[10]但同一般证人之间仍有差别:在一般情形下,专家证人不能直接证明案件事实,只能从有关事实材料的基础上作出推论,这种推论与法庭所要证明的待证事实之间具有关联性;专家证人所提供证言的范围内,必须具有某一特殊专业知识、技能和经验,而一般的证人只能就其耳闻目睹的与案件有关的情况予以证明,不允许对案件事实情况进行推论、猜测或发表意见。

英美法国家实行选定鉴定人模式,原则上由当事人自行选任鉴定人,法院指定鉴定人为例外情况。在美国,由法院指定鉴定人的情况不尽相同,有以民事或刑事关于科学上的问题(scientific issues)为限,有以刑事案件为限,有以刑事案件关于心智问题(issues of sanity)为限,法院才能指定专家证人。^[11]尽管在立法上规定法院有权指定专家证人出庭作证的权力,但都承认当事人因负有举证责任,而有必要象提供普通证人那样自行选定专家证人出庭作证。英国著名法官丹宁勋爵在1962年的一个判决中认为,当事人深知法官将极为重视法院指定专家的报告,因此不愿将案件的决定权交由法院指定的专家操纵。根据法律规定,指定专家的报告对一方不利,该方可选请自己的专家对此予以反驳。与此同时,对立的双方当事人也可以选请自己的专家出庭作证,其结果是双方将各自请来的专家就同一技术问题进行论证和辩论。^[12]

[9] 对于违法的行政行为,虽然可以寻求司法途径予以救济,但司法权不得干预或代替行政权作出一定的行政行为,则是现代法治国家所普遍认可的一项基本原则。据此原则,在把检验鉴定视为行政行为的情况下,如果诉讼中发现其有错误,也不能否定,只能通过行政程序或行政诉讼程序予以解决。

[10] 参见白绿铨:《美国民事诉讼法》,经济日报出版社1998年版,第153页以下。

[11] 周叔厚:《证据法论》,台湾三民书局股份有限公司1995年版,第994页。

[12] 参见前引[1],沈达明书,第97页。

美国在证据法上遵循鉴定人主义原则,依据此原则,在立法上不确定鉴定人资格,也不将鉴定权固定授予特定的人或特定的机构。任何人都可能成为案件的鉴定人,只要参与审理有关案件的法官或陪审团认为其具备鉴定人资格即可。当事人选定鉴定人是通过委托的方式实现的,采取的是当事人委托鉴定制度。在诉讼进行中是否需要鉴定、进行何种鉴定以及由谁来进行鉴定等事项均由诉讼当事人自己决定。受当事人委托或聘请进行工作的鉴定人,在诉讼中从事的鉴定活动完全服务于当事人的利益。在美国的诉讼实践中,如果当事人因经济方面的困难而无力负担聘请鉴定人的费用,不能聘请专家证人,但案件中的待证事实所涉及的专门性问题对认定事实具有重大影响时,法院可以指定鉴定人。自1946年以来,联邦法院系统已建立了一套由法官指定鉴定人的程序。根据美国联邦证据法第706条规定:“法院得依职权,或依当事人之申请,命当事人举证证明不得选任专家证人之原因,并得命当事人提出人选,法院得就当事人所共同同意之人选中选任或依自己之选择选任专家证人,除专家证人同意之外,法院不得选任之。”^[13]故在美国联邦法院指定鉴定人后,应通知双方当事人知悉该指定鉴定人之事实,美国其他各州法院自行指定专家为鉴定人时,也多采用这种方法。^[14]由法院指定的专家证人,在法庭上同样应接受双方律师的询问。

关于对鉴定结论的质疑和采信,由于英美法国家把鉴定人作为专家证人看待,因此,对鉴定人的询问同样适用询问和反询问的方式。在主询问中,一方当事人及律师为了证明自己提供的鉴定人所作证言的真实性和可靠性,一般就以下几个方面进行询问和论证:询问鉴定人的专业知识水平、技能、工作经验和阅历;鉴定意见的理论根据以及检测、检验结果;鉴定所依据的事实材料及其来源等。在反询问中,对鉴定人的攻击和质疑主要涉及鉴定人的专家资格、意见所取得的依据、无私立场、意见的准确性以及他们的调查能力等。其主要方法有两种:一是提出在有关领域发表过的与专家意见相对立的权威材料;二是在对专家证人的直接询问中提出一个改变事实的假设性问题。利用双方当事人在诉讼中的对抗性机制,通过对鉴定事实的攻击和反攻击,使专家证言(鉴定结论)的证明效力体现出来。根据美国法律规定,专家证人所作出的结论对法官或陪审团并不产生当然的约束力,法官或陪审团在认定事实时,可以根据情况自由决定是否采信专家证人的意见或推论。对此,美国著名法官威格莫先生的论述非常明确:“我们采用的仅仅是一种概括性的原则,即只要法庭被告知目前在没有专家证人的帮助下已完全能作出判断,该专家的证言就是多余的,并应当被排除在外。”^[15]

英美法国家实行的当事人委托鉴定制度,与其当事人主义的诉讼机制有着内在的必然联系。这种鉴定制度的设置可以通过诉讼中双方当事人之间的竞争促进鉴定质量和效率的提高;可以借助处于对立面的双方当事人的相互制约机制,更加全面地揭示案件的客观事实;在程序上,能充分保障双方当事人平等的诉讼权利。但这种鉴定制度也存在一些严重的弊端。为了当事人的利益,诉讼律师往往不是基于澄清争执事项而去寻找最优秀的专家,而是为了他的案件能获得胜诉寻找最佳的证人。因鉴定人为当事人所聘请,服务于当事人的胜诉目的,在

[13] Stephen A. Saltzburg:《美国联邦证据法》,我国台湾“司法院”1985年印行。

[14] 前引[11],周叔厚书,第974页。

[15] [美]乔恩·R·华尔兹:《刑事证据大全》,中国人民公安大学出版社1993年版,第345页。

选取有关鉴定材料和作出鉴定结论时,通常会自觉或不自觉地表现出一些倾向性。尤其是一些品行不佳的鉴定人,甚至会有意识地提供虚假的鉴定结论。正如有学者指出:“鉴定人通过向当事者提供有利于其主张的鉴定而获得相当的报酬,许多情况下与代理律师合为一体,置于同一当事者的阵营而与对方对抗。”^[16]其结果,能使诉讼产生有效影响力的往往不是鉴定的技术和方法,而是各自选定的专家声望以及在法庭上的实际表现。一位曾参与美国联邦证据立法的顾问委员指出,一部分鉴定人的腐败以及由此而引起的优秀的专家不愿充当鉴定人的情况,已发展成为具有严重危害性的问题。^[17]针对这种鉴定人制度所暴露出来的弊端,英美法各国都曾先后在立法上进行改革予以补救。

(二)大陆法国家和地区的鉴定制度

在德国,鉴定原则上应当由当事人提出请求,但法院也可以依职权进行。根据法律规定,法院一旦决定采用鉴定,即要求当事人提出鉴定人的候选人名单,如果双方当事人都提出要求某位专家作为鉴定人,法院必须受到此要求的约束。德国的诉讼制度把鉴定人的性质理解为法官的助手,因此要求鉴定人必须保持中立,当事人可以要求鉴定人回避。德国民事诉讼法第404条第2项规定:“鉴定人的选定与其人数,均由受诉法院决定。受诉法院可以只任命一个鉴定人。受诉法院也可以另选一个鉴定人代替先任命的鉴定人。”该法还规定:就特定种类的鉴定工作,已有由政府任命的鉴定人时,只有在特殊情况下,才另行选任他人为鉴定人(第404条第3项)。鉴定一般以书面形式作出,如有必要时,也可以要求鉴定人出庭进行口头询问。^[18]德国民事诉讼法还规定了鉴定证人制度。如果要证明过去的事实或情况,而对这种事实和情况的认识需要特殊的专门知识时,询问这种专门知识的人,适用关于证人的规定(第414条)。

在法国,进行鉴定的专家被视为法院的组成人员,因此必须在当事人之间恪守中立,保持公正无私。鉴定由当事人申请或由法官依职权决定。根据法律规定,每年列出鉴定人名单,由法院从中指定具体诉讼中的鉴定人。法国民事诉讼法第264条规定:“除非法官认为必须有数个专家鉴定,一般只指定一个人以专家资格鉴定。”鉴定人从程序上是借助调查形成的书面结论而提交法院,这种结论性意见在诉讼上可构成案件记录的内容之一,双方当事人就此在庭审过程中进行质疑、辩论,然后由法院依据具体情况作出裁判。就专家职能而言,是按照法官的指令即将鉴定结论作为发现事实真相的一种方式。专家在对待证事实涉及专门性技术问题领域的调查、了解,实质上是代替法官从事职务性活动。

在日本,由于近代历史上其立法体制照搬德国法的背景,其鉴定制度与德国基本相同。但在“二战”以后,其诉讼制度包括鉴定制度受到了来自美国式的当事人对抗辩论制的重大影响。日本民事诉讼法尽管并未明确规定鉴定人的中立地位,但规定了鉴定人必须由法院指定(民事诉讼法第304条)以及回避制度(该法第305条)。在日本的司法实践中,鉴定在形式上要以当事人主动提出为前提,并且在多数情况下,鉴定人不仅要提出鉴定意见,还要出庭接受当事人的交叉询问。^[19]日本民事诉讼法第309条规定:“对于因特殊的学识和经验而得知的事实进行询问时,应当根据关于询问证人的规定进行。”对此,有学者认为,象这类具有专门知识的证人,从本质上来说,应当是一种事实证人而非专家证人,当其接受询问时,应作为一种事实证人

[16][17][18][19] [日]谷口安平:《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,第256页,第258页,第267页。

来对待。^[20]

在我国台湾地区,鉴定人由受诉法院选任并定其人数(民事诉讼法第326条)。当事人申请鉴定时,只须表明鉴定事项,不必指明鉴定人;但当事人也可以在诉讼状中指定应行选定的鉴定人,不过只能供法院指定时参考,不能约束法院。对已选定的鉴定人,如果出现了不适应的情形,法院可以将其撤换。我国台湾民事诉讼法设立了鉴定证人制度,该法第339条规定:“询问依特别知识得知以往事实之人者,适用关于证人之规定。”台湾学者认为,对于他人之间的诉讼,陈述须依据特别专门知识得知的事实的人,称为鉴定证人。^[21]例如,某医生曾经治疗某病人而知悉病人在某一段时间染有某种病症的事实,就医生必须利用专门的医学知识始能知悉病症而言,类似鉴定人。但医生并非以其专门知识陈述对病人病症的意见,而系陈述其过去所知的病症事实,又同于证人。此乃所谓鉴定证人。鉴定人的陈述义务非他人所能代替,如其无故不到庭,可对其适用拘提的规定。对于此类证人,除令其陈述观察到的事实结果外,还应指令其陈述鉴定意见,此时,该鉴定证人同时兼具鉴定人和证人身份,除适用证人的规定外,同时适用鉴定人的规定。^[22]我国台湾民事诉讼法还规定了委托鉴定人制度(嘱托鉴定),如法院认为必要时,可依职权委托进行鉴定(第203条第4款);法院可嘱托机关、学校、商会、交易所或其他团体进行必要的调查(第289条)。^[23]法院审判实务中大多依据该条的规定,嘱托机关或团体陈述鉴定意见或审查鉴定意见。^[24]

在大陆法国家或地区,为了程序公正的需要,以及使有关当事人享有对鉴定结论质疑的机会,一般允许当事人及其诉讼代理人要求鉴定人出庭作证,以便让鉴定人就其鉴定结论进行解释,并对鉴定结论得出的过程和采用的方式予以说明。在质疑的程序和方式上,一般不划分主询问和反询问(日本除外)。认为鉴定结论对自己不利的一方当事人,可以就鉴定人的资格、知识经验、送检材料、鉴定程序和方式以及外界因素对鉴定人的不良影响等方面提出质疑。在采信鉴定结论方面,法官作出裁判时并不受鉴定人的鉴定结论或意见的限制。法官对鉴定结论的判断,一方面凭借自己的学识、经验以及结合案件的其他有关证据材料,另一方面借助双方当事人对鉴定结论的评价、质疑和辩论,从而获得心证,认定案件事实。如果不能获得预期效果,依据德国民事诉讼法的规定,法官可依职权要求重新鉴定(第412条)。法国民事诉讼法则规定,当法官认为鉴定结论仍不足以说明情况时,可以在当事人在场的情况下询问鉴定人(第283条)。

大陆法国家和地区区分证人和鉴定人,强调二者之间的区别,把鉴定人既视为法院的辅助人员,协助法官调查评估证据,同时又作为一种证据方法,作为发现真实的手段,强调鉴定人在诉讼中保持中立,克服了英美法国家鉴定制度的固有弊端。但是,由于专家的鉴定结论对法官就事实的认定具有重大的影响力,甚至代替法官从事职务性活动,使鉴定人过深地卷入诉讼之中,以至于有学者指出:实际上几乎是由鉴定人在进行事实认定,并且在进行调查和鉴定过程中常常引导当事人和解,甚至出现了以进行和解为借口而阻碍拖延提出鉴定报告的情况,不

[20] 参见 Takaai Hattori Dan Fenno Henderson, *Civil Procedure in Japan*, Matthew Bender Company Incorporated 1983, pp. 7 - 70. 前引[6], 毕玉谦书, 第235页。

[21] [22] [24] 参见前引[4], 陈荣宗、林庆苗书, 第530页, 第531页, 第532页。

[23] 关于嘱托鉴定的鉴定人, 王甲乙教授认为, 就其性质与目的而言, 并不以自然人为限, 法人也可作为鉴定人。参见王甲乙、杨建华等:《民事诉讼法新论》, 台湾广益印书局1983年版, 第416页。

得不修改法律以限制鉴定人对当事人进行调解的权限。^[25]

三、我国鉴定制度的现状和完善

(一) 我国鉴定制度的现状及缺陷

我国鉴定机构或部门种类繁多,设置混乱。目前,我国的鉴定机关或部门主要有三大类:第一类是法院、检察院和公安机关设置的鉴定机关或部门,第二类是经授权建立的行业鉴定机构或部门,第三类是设置在各大学法学院、法律系、侦查系的鉴定机构以及研究所设置的鉴定机构等。此外,根据1996年3月修改通过的刑事诉讼法第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,由省级人民政府指定的医院进行。”由于法定鉴定机构或部门中,有许多本身就是行政机关或者行政机关的附属单位,往往使人们产生以鉴定机构的行政级别高低来决定鉴定结论效力的大小与强弱的倾向。在审判实践中,遇到多个鉴定结论不一致时,时常出现以鉴定机构的级别高低来决定鉴定结论效力的强弱与取舍。这种做法不仅于法无据,而且也不符合采信证据的客观标准,并且必然导致在认定案件事实上重视鉴定机构的行政级别,忽视鉴定结论内容是否可靠、准确,违背基本的诉讼证据法理,严重危害诉讼公正。

这些脱胎于计划经济体制下的鉴定机构或部门,以行业划界,条块分割,其职能交叉重叠,界限不明,权利与义务、责任不统一,难以在市场经济体制下成为独立承担民事责任的鉴定机构。在实践中,有些鉴定机构由于受经济利益趋动,甚至出具虚假鉴定结论的事例并不鲜见,但却难以使其承担相应的法律责任。

关于鉴定机构的选定,我国民事诉讼法第72条规定:“人民法院对专门性问题认为需要鉴定的,应当交由法定鉴定部门鉴定;没有法定鉴定部门的,由人民法院指定的鉴定部门鉴定。”该条表明鉴定权仅限于单位,完全排除了自然人作为鉴定人,同时也只承认法官有权指定或聘请鉴定人,而当事人无权选聘鉴定人,过分强调鉴定人作为法官助手的职能,忽视了鉴定结论的证据功能,从而在实践中,就法官宣读的书面鉴定结论,当事人即使存有异议,如果法官已经认可,根本无法提出质疑。尽管民事诉讼法规定当事人有权申请重新鉴定,但是否鉴定由法院决定(第125条第3款)。即使鉴定人被通知出庭,但民事诉讼法第125条第2款规定,只有在法庭许可的情况下,双方当事人和诉讼代理人才可以向鉴定人发问。可见,鉴定人及其鉴定的过程、方法、规则以及鉴定的材料等并不当然成为当事人在法庭上质证的对象和客体,从而限制了质证的范围。

关于鉴定人的回避问题,我国民事诉讼法第45条规定的应当回避的情形适用于鉴定人。但由于现行的鉴定制度所决定,使得对鉴定人的回避规定完全被虚化。根据民事诉讼法第72条第1款的规定,对认为需要鉴定的专门性问题由法院交由法定鉴定部门鉴定,或指定鉴定部门鉴定。法院只能“交由”或“指定”有关的鉴定部门,而不能直接委托从事鉴定的人。有关鉴定部门接到法院的鉴定请求以后,至于决定具体由那个专家进行鉴定,完全是鉴定部门内部的事,法院无权过问或干预,其结果是连法官也不知道究竟是谁在从事鉴定,只是在收到鉴定结论以后,才能从鉴定结论的签名上知晓其姓名,但仍不了解其人的知识水平、经验、技能、资格

[25] 前引[16],谷口安平书,第261页。

以及社会关系。对此,当事人更无从知晓,其申请回避的权利何以能行使?

(二)我国鉴定制度的重构思路

通过对世界各国鉴定制度的比较分析,我们已经看到,不管是英美法国家的鉴定制度,还是德、法、日等大陆法系国家的鉴定制度,都有其优点,都有值得我们学习和借鉴的地方。但是,一个国家究竟采用何种具体制度,将取决于多方面的因素。就我国鉴定制度的重构而言,应当立足于以下几点基本认识:

第一,鉴定人的性质定位。鉴定人在性质上如何定位,将决定着鉴定制度设定的基本模式和框架。前已述及,关于鉴定人性质的定位主要有三种情形,即法官的辅助人员、证据方法和既作为法官辅助人员又作为证据方法。结合我国的传统立法和具体的司法实践,应当把鉴定人的性质定位于第三种情形,并且二者同时并重。现行立法强调法官的辅助人员职能,忽视了其证据手段的属性。为此,应当弱化法官对鉴定的决定职权,加强当事人对鉴定证据的运用功能。其实,在民事审判中实际上已经突破了现行立法,不管是诉讼前,还是诉讼过程中,对于需要鉴定的某些专门性问题,如侵权案件中伤残程度的鉴定,经济纠纷案件中关于资产价值、工程项目造价的评估等,由当事人一方申请或双方协商一致,直接委托鉴定机构进行鉴定的现象已不鲜见,法院通过查证属实以后予以认定,无特殊事由法院一般不另行鉴定。实践表明,这种做法已取得了良好的效果,有待于立法的规范和确认。

第二,明确鉴定结论的证据属性,加强对鉴定结论作为一种证据的的质证、认证以及审查采信的程序规定。鉴定结论乃是鉴定人(专家)利用其专业知识、技能、经验对有关专门性问题进行分析、论证所作出的推论,鉴定结论本身并不必然等同于案件的客观事实,仅仅是查明案件事实的证据手段之一,与书证、物证、证人证言等证据在性质上并无二致,因此,其可靠性、准确性、真实性必须在法庭上通过质证、认证过程予以采信和取舍。

第三,理清鉴定人与鉴定结论之关系。根据我国民事诉讼法第72条规定,鉴定人应当出具书面鉴定结论,但没明确规定鉴定人出庭的义务。^[26]因此,在审判实践中少有鉴定人出庭的情况。笔者认为,鉴定结论和鉴定人结合在一起才构成一个完整的证据种类。尽管对案件事实的证明需要的是鉴定结论(鉴定人作出的最后推论),但对鉴定结论的可靠性、准确性、真实性的质证、认证过程中,即审查判断决定是否采信时,却不能不涉及到鉴定的规则、检测方法以及鉴定人的资格、知识水平、经验等,甚至有时还要考虑到鉴定人的品行和为人。换言之,这些内容应当属于该项证据范围之内,是质证、认证的对象。

(三)重构我国鉴定制度的设想

1. 关于鉴定人主体制度。改造现行的鉴定人主体制度,在一定程度上或一定范围内废除法定鉴定主体制度(确属必要的应当保留),让法院或当事人在选任鉴定人时有更多的灵活性和更大的选择范围。现行民事诉讼法第72条规定的法定鉴定制度,使得法院必须交由有关法定鉴定部门鉴定,完全排除了法院选择鉴定人的权力。而规范我国的法定鉴定人制度的法律法规令出多门,各有关主管部门基于自身职能和利益的考虑,尽可能扩大本部门所属鉴定的范围,因而出现相互重叠、交叉或冲突的现象,从而严重影响了法官对鉴定结论效力的认定,造成一定的随意性。

[26] 根据民事诉讼法的规定,法院可以通知鉴定人出庭,只是隐含着鉴定人应当出庭,但没有明确规定鉴定人出庭的义务以及不出庭的法律后果。

将鉴定人主体由单一的法人扩大到自然人,即法人和自然人均可作为独立的鉴定人。就当事人举证而言,这样可以扩大证据资源,有利于当事人举证。

借鉴大陆法国家的有益做法,建立鉴定人专家名册或专家库,在册的鉴定人从各行各业具有资格的专家中选出,经考核合格予以登记注册,实行行业管理。当然,建立鉴定人名册或专家库是一个庞大的系统工程,难以在短期内完成。目前可以先走第一步,取消由鉴定部门行政领导指定鉴定人的做法。法院直接从具有相应职称、资格、知识水平、经验的专家中选定鉴定人。

2. 在规定法院拥有鉴定决定权的同时,赋予当事人选任鉴定人的权利。我国现行立法完全排斥了当事人选聘鉴定人的权利,是否鉴定,由何鉴定人进行鉴定均由法院决定。民事诉讼法第64条第1款规定:“当事人对自己提出的主张,有责任提供证据。”有提供证据的责任,就必须给予其提供证据的手段,如无此项权利,当事人就难以充分、有效地进行举证。

立法明确规定双方当事人就选任鉴定人达成协议时,应当约束法院。此种情况选任的鉴定人不受前述鉴定人名册或专家库范围的限制。在民事诉讼中,双方讼争事项取得一致的,法院不能主动干预,这是基本的诉讼法理。但法院认为确有重大理由予以推翻的除外。

法院的鉴定决定权包含两方面内容,一是法院认为需要鉴定的,依其职权委托或指定鉴定;二是当事人向法院提出申请,要求对有关问题进行鉴定的,法院可根据具体情况作出决定。当事人向法院申请鉴定的,必须同时预交鉴定费用,否则视为放弃申请。

3. 设立合议鉴定制度,规定在一定情况下(如当事人提出申请、需要鉴定的问题特别复杂等),由二名或三名鉴定人进行鉴定。双方协议选定二名鉴定人的,法院予以认可;没有协议或不能达成协议的,双方各自选定一名鉴定人,法院指定第三名鉴定人。

4. 完善鉴定人的回避制度,保证鉴定人的中立和公正。在这一点上应当借鉴大陆法国家有益经验。当事人向法院提出申请,由法院委托鉴定的,或者法院依据职权决定鉴定的,应当将鉴定人的基本情况(姓名、性别、工作单位、职务职称、从事的专业领域等)告知当事人,并告知其回避的权利。如果是当事人自行委托鉴定的(如诉讼前已经作出了鉴定结论),在向法院提交鉴定结论时,必须同时以书面形式提交鉴定人的基本情况,由法院将鉴定结论和鉴定人的基本情况一并告知对方当事人。如果鉴定人具有法定回避情形而进行鉴定,对方当事人以此为由提出异议的,应当认定该鉴定结论无效。

5. 完善鉴定结论的质证、认证和采信程序。就这方面而言,应当结合我国的具体情况,适当借鉴英美法国家关于交叉询问的一些做法。法官对证据的采信和对案件事实的认定,实际上是法官形成心证或内心确信的物化表现,没有内心确信即没有对证据的采信和对事实的认定。^[27]对鉴定结论进行全面、客观的审查,是形成内心确信的基本前提条件。所谓“全面、客观”,就是要审查可能影响鉴定结论可靠性、准确性的各种因素,鉴定规则、检测方法、鉴定人的资格、知识水平等应成为质证的内容,允许双方询问鉴定人,鉴定人必须作出回答和全面的解释。鉴定结论对其有利的一方,可以通过询问加强鉴定结论的效力;另一方则可以通过询问来揭示鉴定结论的虚假性和非科学性。尤其是存在多个不一致的鉴定结论时,可以通过交叉询问,在听取双方充分的辩论意见及鉴定人全面解释基础上,对鉴定结论作出科学的判断。

[27] 我国在立法上并未规定法官依自由心证评价证据,认定事实。就世界各国而言,法官依据职权审核判断证据,认定事实,与法官的自由心证主义,在本质上具有相同的含义,这已经成为共识。

6. 设立鉴定证人制度。英美法国家视鉴定人为证人(专家证人),大陆法国家虽不如此,但都规定有鉴定证人制度。鉴定证人制度的设立,有利于丰富诉讼证据资料,充实庭审质证内容,提高事实审理的效率。例如,在伤害赔偿案件中,双方对伤害的病状存在争议,要求曾为受害人治疗的医生陈述过去观察到的病状,视其为证人。如果询问被害人的病状是否已经达到减少或丧失劳动能力的程度,则指令其陈述意见,此时陈述的意见并非是来自以往观察到的事实,而是运用其专业知识进行分析判断的结论,应为鉴定人。如无鉴定证人制度,医生就有权拒绝以证人身份陈述根据其观察到的病状事实作出受害人是否减少或丧失劳动能力的意见。

7. 明确规定鉴定人的鉴定义务和出庭陈述义务以及违背此项义务的法律责任。鉴定义务和出庭陈述义务属于公法上的义务,即协助法院查明案件真实的义务,具有相当学识和经验的人,均负有该项义务。鉴定人如果违背其义务,可对其处以罚款或其他强制措施。与此同时,应当明确规定免除鉴定人前述义务的法定情形(如具有回避情形的、国家高级公务人员等)。不管是大陆法国家,还是英美法国家,以及我国台湾、澳门的民事诉讼法对此都作出了规定,值得我们借鉴。

与此同时,应明确规定鉴定人获取报酬的权利(收取鉴定费用,出庭的旅差补助等),设立鉴定人保护制度。

8. 由单位进行鉴定的,直接从事鉴定的人必须签名,并加盖单位公章;无鉴定人签名的鉴定结论不具有法律效力,仅有鉴定人签名而无单位公章的鉴定结论并不当然无效,视庭审质证、认证情况而定。因为鉴定人签名是鉴定结论可靠性、真实性的保证,鉴定人的基本情况会直接影响到鉴定结论的效力(如是否具有应当回避的情形),同时也是质证的内容,而公章仅仅证明鉴定人的身份。

9. 明确规定鉴定人的过错赔偿责任。在鉴定过程中,由于鉴定人的故意或重大过失给他人造成损失的,应承担赔偿责任。有关损害赔偿责任的构成要件,适用民事实体法的规定。单位作为受托方接受鉴定委托的,鉴定人的行为属于职务行为,应由单位对外承担赔偿责任。

Abstract : The nature of scrutinizers in our country should be defined as court staff. The identification statements should have the nature of evidence. The subject of scrutinizers should be expanded to individuals, and the parties concerned should be vested with the right to select scrutinizers. The scrutinizers should be guaranteed the status of neutrality and just. The duties to identify, to make statements in courts, and to make compensation for mistakes should be conferred on scrutinizers.
