

“多次鉴定”的认知逻辑与制度设计

Logical Thinking and Designed Rules of “Many-time Identification”

叶自强

YE Zi-qiang

【摘要】 多次鉴定问题是我国司法实践中长期存在的一种普遍现象。本文首先从理论上对其进行了深入分析,并认真考察了外国法律和我国司法实践,提出了如下观点:多次鉴定是指在司法实践中出现的三次(含三次)以上的损害当事人利益和拖延诉讼的不必要的鉴定活动;在多次鉴定的两个相邻鉴定之间不存在纠错机制;鉴定方法除了产生鉴定书这种书面证据形式之外,还产生鉴定人的口头陈述这种新的证据形式。针对我国诉讼法和司法机关对“多次鉴定”缺乏有效的程序控制问题,本文提出了若干立法建议。

【关键词】 多次鉴定 不必要的鉴定 必要的鉴定 鉴定人的口头陈述

【中图分类号】 DF71 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206(2016)06-0053-08

Abstract: This article illustrates that in judicial practice, there are circumstances where unnecessary identifications, often in form of many-time identification, are brought up more than twice to jeopardize parties' interests and to procrastinate lawsuits; that these continuous identifications are treated independently and thus, lack of a correction mechanism; that identification methods are composed not only of the written testimony-identification reports, but also of the verbal statement made by the identifier, which is a new form of evidence. The author strives to clarify the malpractice in terms of procedural control against many-time identification according to the current procedural rules, and makes several legislative suggestions.

Key words: Many-time identification Unnecessary identification Necessary identification Identifiers' verbal statement

【收稿日期】 2016-07-14

【作者简介】 叶自强,男,1962年11月生,中国社会科学院法学研究所研究员,研究方向为民事诉讼法和证据法。

一、“多次鉴定”的定义与研究的迫切性

在人身伤害案件和医疗事故案件中经常会产生一些鉴定事项，少则三四次，多则六七次。^①这就是不少人经常抱怨的所谓多次鉴定现象。不过至今为止，笔者不曾见到过多次鉴定的准确定义。在以往的著述中，有人曾经使用“重复鉴定”或者“反复鉴定”，意指那些损害当事人利益和拖延诉讼的不必要的鉴定活动，它们显然具有较强的贬义色彩。在持批判立场的使用者看来，这种鉴定活动不应当受到鼓励，而是应当采取有力的措施予以抑制和排除。可见从词性来判断，这类词汇具有明显的适于宣传的新闻效应。然而，“重复鉴定”或者“反复鉴定”这类词汇，因其缺乏确定的数量和价值倾向鲜明的特点，与秉承客观立场和讲求精确性的学术研究是不相契合的，需要用一个更为精确的词汇予以替代。从科学研究的角度来说，用“多次鉴定”一词直接体现了这类活动的数量特性，易于界定，比起“重复鉴定”或者“反复鉴定”要准确一些，更便利今后的科学研究。因此笔者建议，今后对于

此类活动应该使用“多次鉴定”一词。

那么，什么叫“多次鉴定”呢？尤其是如何界定这个“多次”的数量呢？带着这些问题，笔者详细研究了德国和我国澳门地区等大陆法系国家和地区的相关法典，也参考了美国的司法实践。德国和我国澳门地区民事诉讼法明确规定可以进行第二次鉴定。德国《民事诉讼法》第412条规定：“（1）法院认为鉴定不能令人满意时，可以命原鉴定人或命另一鉴定人为新的鉴定。（2）如果鉴定人在鉴定完毕后被准许回避时，法院可以命另一鉴定人为鉴定。”^[1]澳门地区《民事诉讼法》第510条规定：“一、任一当事人得于知悉第一次鉴定之结果后十日期间内，申请第二次鉴定；为此，须陈述其不同意所提交之鉴定报告所依据之理由。二、如法院认为进行第二次鉴定对查明事实真相属必需者，得于任何时刻依职权命令进行第二次鉴定。三……”^[2]日本二战前的《民事诉讼法》也曾经规定了可以从事二次鉴定。^[3]在美国民事诉讼中，由于实行诉前证据交换制度，当事人必须在诉前完成鉴定事宜。每一方仅有一次鉴定机会。把双方的鉴定次数加起来最多也就二次。^②

① 例如（1）崔永利：《患者就诊成植物人 历7次鉴定医院判赔42万》，搜狐新闻2008年6月19日，07：38，来源：华商网—华商报。（2）《母子因借条被告上法庭 经6次笔迹鉴定辨真假》，时间：2011/07/26，法律快车www.lawtime.cn。（3）郭玉红、李洁：《西固“植物人”官司将再次开打——历经数次鉴定和庭审 受害者家人表示异议 伤情要进行第六次鉴定》，http://www.sina.com.cn 2010年6月3日，20：08 兰州晨报。（4）《法庭六次鉴定结果各自不同》，国际在线 www.crionline.cn 2006-07-10，16：57：24，来源：长沙晚报。（5）郭龙、李欣、刘寒：《凶手有无精神病？五次鉴定求真相》，http://www.newssc.org，2007-08-01，07：55，来源：成都晚报。（6）《鉴定7次耗时7年》，2013-07-03，来源：东莞时间网—东莞日报。类似的例子还有很多。

② 笔者详细研究了美国波士顿的一起环境污染案件及其专家鉴定问题，请参见[美]乔纳森·哈尔：《漫长的诉讼》，黄乔生译，译林出版社1998年版。在波士顿的沃伯恩市，一个地区的饮用水受到了化学品的污染。污染源是两家工厂的排污沟。很多人生皮肤病，十几个孩子患白血病，五个孩子死亡。原告方律师施利特曼本着对社会的责任心，对受害者及其家属的同情，勇敢地承担了这个案子。本案原告方律师要求经过了两次鉴定，先后由约翰·托洛宾斯基（该书第393页）和文森特·墨菲（该书第393页）参加鉴定并提出了鉴定意见。其余人士仅仅是提供专家意见，并没有参与鉴定工作。鉴定费用很高，如文森特·墨菲，系原告方专家证人，从事打井、震动试验和土壤地下水分析等鉴定工作。原告律师付给他的鉴定费用为59.84万美元。至于约翰·托洛宾斯基的鉴定费，没有具体说明。他是地质学家，从事勘测、震动试验和土壤取样分析等鉴定工作。“在过去的一年里托洛宾斯基率领一个小分队和其他一些工人对那两家公司的地产的几乎每平方英尺土地都进行了勘测。他们在阿贝乔纳河边沼泽地上打了二十多个测试井，对地下岩层做了震动研究，对被污染的土壤做了取样分析。”（该书338页）想必鉴定费用也不会低。本案实行陪审团集中审理和连续的庭审，审理期限长达5个月。因为事实的认定是在一审完成的，鉴定、专家证人都必须在一审召集，而一审是一个非常耗时、费力、费钱的程序。一旦完成了一审，就决定了案件的胜负。换句话说，在二审和再审再去进行鉴定或请专家证人，几乎不可能得到法律程序的认可。美国民事诉讼法和司法实践严格坚持既判力原则，不许随意更改判决，因此对发回重审控制得很严，上诉改判也很难。

因此,从上述国家和地区的情况来看,把必要的鉴定确定为二次是合理的。超过这个数额的鉴定就是不必要的鉴定。基于以上论述,我们可以对多次鉴定下一个较为准确的定义,它是指在司法实践中出现的三次(含三次)以上的损害当事人利益和拖延诉讼的不必要的鉴定活动。举一个例子,假如某一个医疗事故纠纷案件中发生了六次鉴定活动,最前面的第一、二次鉴定可以称必要的鉴定。此后的鉴定就是不必要的鉴定或者“多次鉴定”,可见,“多次鉴定”仅仅在贬义上使用。

就目前国内的情况来看,由于人身伤害案件和医疗事故案件频发和广泛的地理分布,多次鉴定问题也相应较多,其地理分布也较广。由于它必然会导致诉讼拖延、当事人诉讼成本明显增加等直接损害当事人利益的弊端,因此,自然就引起当事人的不满,司法的公信力大受折损,严重者会直接影响社会稳定。从20世纪80年代以来的三十多年间,这个问题一直缠绕着当事人和司法机关,迟至今日仍未得到解决,应当引起我们的高度重视。在本文中,笔者拟就多次鉴定的主要成因与程序控制问题做出初步探讨。

二、在多次鉴定的两个相邻鉴定之间不存在纠错机制

鉴定既可以作为名词,也可以作为动词。当它作为一个动词的时候,是指鉴定人对鉴定对象(送检材料)的观察、分析和判断,并做出最后的结论。从动词意义上说,多次鉴定仅仅是指鉴定行为的数量增加,并不意味着质的变化。如果说多次鉴定所反映的是人们在鉴定行为上的增量,那么,驱动这种行为的原因是什么?这是必须回答的问题。笔者在研究中发现,不少人存在多次鉴定的下意识冲动。在他们的潜意识里,似乎“鉴定的次数越多,越能够揭露案件的事实真相”。这种想法到底是不是正确的?在实践中几乎没有人严肃认真地对待这个问题。某些人根据自己的经验想当然地认为,这是一个不言自明的结论,没有深究的必要。他们将这种未经严格证明的模糊的观念直接用于指导行为,从而直接导致了多次鉴定的发生。也就是说,当事人在认识

方面的偏差,是多次鉴定频发的主要原因之一。

然而,“批判的武器不能代替武器的批判”,简单地指责上述模糊观念是容易的,但这无助于我们提高对鉴定工作的认识,更不能用来代替对鉴定实践的科学指导。不管上述模糊观念出自何种真实的原因,它本身却包含着一个命题:在多次鉴定中,后面的鉴定(如第四次)比起前面的鉴定(如第三次)来,质量更高、更可靠,能够纠正前面鉴定中存在的错误。假如这个命题经严格证明是成立的,那么多次鉴定就有存在的科学依据,反之就应当消除。为了澄清这种观点的真伪,我们必须深入讨论鉴定过程的性质和鉴定的局限性。

例如在在一起医疗事故纠纷案件中,就某个问题先后进行了五次鉴定(为了方便表述,下面分别用A、B、C、D、E来代替),得出了五份鉴定意见。我们假定最前面的两次鉴定(A、B)是必要的,后面的三次(C、D、E)是不必要的多次鉴定。我们选取B、C两个相邻的鉴定作为研究的对象,深入考察C对B是不是具有鉴定方法和程序上的纠错功能。假如具有纠错的功能,那么,以此类推,D对C,E对D也应该具有鉴定方法和程序上的纠错功能。反之,就不具有鉴定方法和程序上的纠错功能。

鉴定是一种证据方法。每一次鉴定都不是瞬间就能完成的。它表现为一个程序过程(包括鉴定的物质对象的选择,鉴定人的思维过程和行为过程等要素,体现为人与鉴定对象之间的相互作用关系),应当体现程序的正当性。假如其中存在一个或几个要素不合格或者明显违法,即表明程序出了问题。但是这些问题在排斥外部人员参加的情况下是不可能被发现的。只有在鉴定过程结束之后,鉴定意见被呈递到法庭,且鉴定人出庭作证的情况下,通过双方当事人(有各自的律师和专家辅助人参加)的辩论,才能予以发现。这是发现鉴定问题的唯一的合法的机会。如果鉴定人不出庭作证,即使鉴定过程中真的出了问题,也是不可能被发现的。

在司法实践中,当事人对申请重新鉴定的偏好,给予了鉴定人不出庭作证的机会和理由,白白丧失了通过庭审辩论以揭示问题的良机。以B鉴定为例,即便B的所有程序表面上看不出任何

瑕疵,只要B的结果对某一方不利,或者不是他所想要的结果,他的第一反应就是立即申请重新鉴定。他急于否定B的鉴定意见。这是基于情感上不能接受的原因而做出的举动,不一定合乎理性。

假如B程序有错误,能不能通过C获得纠正(即通过一次新的鉴定去纠正)?这是涉及对C程序的本质的正确认识。C本质上是一次新的鉴定,表现为一个不同于B的新的鉴定方法和程序过程。与B相比,C要更换鉴定人,要成立一个新的鉴定组织。在C存在排他性介入的封闭环境下,谁也无法保证它的鉴定程序完全正当。因此如B确实存在错误,C本身也不可能自然地予以纠正。C本身不是一个纠错机制,不仅如此,它还可能犯下与B不同的新的错误。因此,当事人通过申请C,并不能必然达到纠正B错误的目的。(实际上,在德国和我国澳门地区,前后两次鉴定的结果在法律上都受到同等对待。后一次的鉴定结果并不必然能够否定前一次的鉴定结果。例如澳门地区《民事诉讼法》第510条规定(第二次鉴定制度):“一、任一当事人得于知悉第一次鉴定之结果后十日期间内,申请第二次鉴定;为此,须陈述其不同意所提交之鉴定报告所依据之理由。二、如法院认为进行第二次鉴定对查明事实真相属必需者,得于任何时刻依职权命令进行第二次鉴定。三……”^[2](P160)]第512条(第二次鉴定之价值)规定:“第二次鉴定并不使第一次鉴定丧失效力,两者均由法院自由评价。”^[2]

事实上,在司法实践中,人们启动C的目的是要得到一个新的不同于B的、有利于己的结果,仅仅是私利所致。基于这一目的,人们所追求的不是鉴定程序的正当性。因为如前所述,C与B相比理论上不具有必然的程序优越性。在两种程序彼此独立和封闭的运行状态下,C不可能

去揭露B的程序缺陷。C也无法保障它自身的程序完全是正当的、合理的,尤其在排斥外单位内行介入的情况下。

从上面的分析可以看到,人们申请第三次鉴定(甚至第四次、第五次及以上的鉴定),直接追求有利于自己的结果,这是申请鉴定人的一种普遍的急于求胜的心理所导致的,并不符合理性。这时候,他们并不懂得前后两次鉴定之间的关系到底是什么。对他们来说,是否申请重新鉴定需要考虑的唯一因素是利益。鉴定结果对自己不利,就申请重新鉴定;^①反之,对自己有利的,就不提出重新鉴定的申请。^②这种基于情感煎熬因素所提出的多次鉴定申请往往要使申请人付出很大的代价。^③

从上面的分析论证可以看到,在多次鉴定中,后面的鉴定对于与其相邻的前一个鉴定,并不存在纠错的功能。那种以为“鉴定次数越多越好,越能揭露案件的真相”的模糊观念是缺乏科学依据的,因而也是完全错误的。

三、我国诉讼法对“多次鉴定”缺乏有效的程序控制

在司法实践中,有的司法机关启动鉴定程序比较随意,缺乏严格的限制。下面,我们以武汉市青山区人民法院(以下简称青山法院)对周某与蔡某因打架造成的五次伤情鉴定案件为例来说明。

(案情)2009年3月,在武汉市青山区发生了一起打架伤人事件。事情经过是,2008年2月,周某介绍蔡某到一工地打工,但用工方欠下蔡某2100元劳务费。今年3月12日,蔡某找到周某讨要工钱,两人发生拉扯打斗。蔡某被周某打断了两根肋骨。公安机关随后介入了此案。由

① 比如,崔永利:《患者就诊成植物人 历7次鉴定医院判赔42万》,搜狐新闻2008年6月19日,07:38,来源:华商网—华商报。本案中共进行了七次鉴定。每次鉴定均认为孙方的问题与医院无关。因此每次鉴定的结果出来后,孙家就表示不服,不断地申请再次鉴定,直到第七次鉴定仍然如此。孙家表示,要继续申诉。

② 比如,《五次死因鉴定的背后》,http://www.sina.com.cn 2004年11月15日,15:22。来源:观察与思考。

③ 比如,《母子因借条被告上法庭 经6次笔迹鉴定辨真假》,时间:2011/07/26,法律快车www.lawtime.cn。在这起诉讼标的额12万元的案件中,被告方婆婆打了四年官司(2007年7月6日至2011年4月25日),其丈夫因焦虑过度而去世,花费了10万余元。

于双方有分歧,有关机构先后对蔡某的伤情进行了5次法医鉴定,结果均不一样。周某以此为借口辩称无罪。2009年10月23日,青山法院认为具体结果不尽相同,但是都认为构成了轻伤,遂判处周某管制一年。^①

此案的伤情鉴定一波三折。2009年3月13日,青山公安分局刑事科学技术鉴定室第一次法医鉴定,结果为左侧第10、11两根肋骨单纯性骨折,损伤程度为轻伤。同年4月,该技术鉴定室再次鉴定,左侧6、7、8、10、11肋骨骨折,腰第1、2椎体压缩性骨折,轻伤。同年5月,青山警方委托湖北新华法医鉴定事务所,对蔡某进行了第三次法医鉴定,伤情鉴定与第二次鉴定一样,但鉴定属9级伤残,后期需治疗费3500元、误工休息时间为120日,伤后护理时间为40日。到了5月20日,青山区法院审理时再次委托湖北诚信法医鉴定事务所对蔡某进行第4次法医鉴定,鉴定结论的主要损伤一样,但伤残等级却是8级,护理期限是伤后60日。同年8月,市中院技术处又委托湖北新华法医鉴定事务所对蔡某进行了第5次法医鉴定,认为其左侧第10、第11根肋骨骨折,但伤残等级却为10级,并认定蔡某左6、7、8根肋骨和腰第1、2椎体压缩性骨折与被打事件无关。

在法院审理时,被告周某及其辩护人提出,蔡某的伤情有多个鉴定,鉴定结论相互冲突,不能采信,要求法院判其无罪。青山区法院认为,5次伤情鉴定确有不同,但对蔡某损伤程度的结论是一致的,即轻伤。法院最后采信了第5份法医鉴定,以故意伤害罪判处周某管制一年。

(分析)从上面案情中可以确认如下事实:第一,本案的伤情鉴定共进行了五次,依次分别是:(1)3月13日青山公安分局刑事科学技术鉴定室做了第一次法医鉴定。(2)4月,青山公安分局刑事科学技术鉴定室做了第二次法医鉴定。(3)5月,青山区公安分局委托湖北新华法医鉴定事务所做了第三次法医鉴定。(4)5月20

日,青山区人民法院受理本案后,委托湖北诚信法医鉴定事务所进行了第四次法医鉴定。(5)8月,武汉市中级人民法院委托湖北新华法医鉴定事务所做了第五次法医鉴定。第二,青山区法院的法官接纳和参考了这5次鉴定意见。第三,最后采信了第5份法医鉴定。以上三个事实是我们展开分析的基础和依据。我们的分析主要集中在鉴定程序方面,要探讨哪些鉴定属于必要的鉴定,哪些鉴定属于多次鉴定,每一次鉴定程序的启动具有何种依据,前一次鉴定与后一次鉴定之间具有何种关系,法院采纳鉴定意见的程序是否正确。

首先看诉前的三次鉴定。案件发生后,青山公安分局刑事科学技术鉴定室及时做了第一次法医鉴定,用来确定受害人的初发伤势程度,从程序上看无可置疑。后来,该公安分局又做了第二次鉴定。第三次是青山公安分局委托湖北新华法医鉴定事务所做的。应当指出的是,第二次和第三次鉴定发生在伤者治疗一段时间之后,伤情治愈,处于比较稳定的阶段。因此,第二、三两次鉴定与第一次鉴定相比,在性质上是完全不同的。所以,第二、三次鉴定不属于多次鉴定的范畴。不过由于青山公安分局与湖北新华法医鉴定事务所是两个性质不同的组织机构,前者委托后者进行鉴定,从它的这种行为来推断,至少表明,青山公安分局对自己的鉴定意见不自信,对自己的专业能力缺乏信心。从这个意义上说,第三次鉴定或许是对第二次鉴定的补充,并不意味着对第二次鉴定意见的否定,因此,它属于必要的鉴定。

具有争议的是两次诉后鉴定。青山区人民法院受理本案后,委托湖北诚信法医鉴定事务所进行了第四次法医鉴定。法院的这种做法在程序上缺乏依据,令人生疑。因为青山区人民检察院提起公诉的时候,必定会提交相应的证据,包括青山公安分局本身做的两次鉴定意见,以及青山公

^① 万勤:《5次伤情鉴定次次结果不同——被告同中求异称无罪 法官异中求同巧判罚》,20091024长江日报数字报。这篇报道的题目用了一个“巧”字,赞扬法官判得巧妙,似乎法官显示出很高的智慧。其实它把多次鉴定所隐藏的矛盾全部掩盖了。例如法官判决的证据依据何在?合法性何在?多个鉴定意见(作为证据)之间的矛盾是如何解决的?判决都没有阐述清楚。案件虽然做出了判决,但这些矛盾依然存在,因此从法理上来说,这样的判决书是无法令人信服的。

安分局委托湖北新华法医鉴定事务所做的第三次鉴定意见。法院基于其职业素质和职业伦理,必须从证据方面对这三次鉴定意见做出价值评价。只有全部否定了这些证据,才可能批准第四次鉴定的申请,或者主动地启动第四次鉴定程序。显然,法院没有这样做。从判决的结果来看,法官在没有排除前面的三次鉴定意见的情况下,又启动了新的鉴定程序。这种行为缺乏法律依据,也违背诉讼原理。最后,武汉市中级人民法院委托湖北新华法医鉴定事务所做了第五次法医鉴定。一审法院所犯的错误的在二审又重演了一次。尤其是,既然前面已经有过一次湖北新华法医鉴定事务所的鉴定意见,为何再一次委托它进行鉴定,实在令人费解。基于上述分析,我们有充分的理由把第四次、第五次鉴定归属于不必要的鉴定或“多次鉴定”的范畴。之所以发生这种情况,一是因为缺乏法律的限制(我国现行《民事诉讼法》和《刑事诉讼法》均没有规定鉴定的次数);二是因为法官违背诉讼原理,随意越权所致。从本案的庭审情况来看,当诉前的三份鉴定意见都被提交到法庭之后,法官有义务组织质证活动。青山法院应该根据质证的结果做出心证和判断,并根据这些鉴定意见和其他相关证据做出裁决。但该法院却违背诉讼原理,牺牲诉讼效率,仅仅依据职权就委托湖北诚信鉴定所做出了第四次鉴定。假如《刑事诉讼法》对鉴定的次数做出了明确限制,那么法院就不敢滥用职权,擅自委托鉴定,也就不会产生第四份和第五份鉴定意见,更不会出现将它们作为合法的证据提交到法院的情况。

四、鉴定方法与鉴定的证据形式的关系

从上一段武汉市青山区人民法院案件的分析中可以看到一种现象,法官一直把目光集中到鉴定意见(鉴定的证据形式)上,始终没有要求鉴定人出庭作证。这种情况并非个案,而是一种普

遍现象。“实践中,也有很多案件是因为法官过于相信鉴定意见的可靠性、科学性,在对鉴定意见未加严格审查或者未听取当事人意见的情况下,就将其作为定案的依据,……”^[4]如果说鉴定人不出庭作证只是一种表象的话,那么深层的原因则是,法官和学术界对于鉴定方法与鉴定意见之间的真实关系缺乏基本认识,一直无法为司法实务提供有效的指导。这不能不说是惊人的、令人羞愧的无知。或许正是由于这个原因,我国《民事诉讼法》(与德国、我国澳门地区民事诉讼法相比)对鉴定只有极少的规定。在学术界和立法者看来,似乎鉴定方法无关紧要。这就不难理解为什么鉴定人不愿出庭作证,以及法官、检察官对鉴定人出庭作证也缺乏强烈的愿望。^①因为从德国、日本的司法实践来看,鉴定人出庭作证的目的是口头陈述鉴定的过程和鉴定方法之合理性、科学性。既然我国立法上不重视鉴定方法,那么司法实践为什么一定要重视呢?即使司法实践重视鉴定方法,也是无法可依的。这种状况应该尽快改善。

那么,鉴定方法与鉴定的证据形式之间是一种什么关系呢?任何一个鉴定人都会懂得,鉴定的证据形式(如鉴定书)是由于使用了一定的鉴定方法之后才产生的。就是说,从时间顺序来说,先有鉴定方法,然后才有鉴定的证据形式(鉴定书)。这种表象的观察有时难免给人造成一种印象,即鉴定方法只会产生鉴定书一种证据形式。不少人都会有这种看法,认为“鉴定意见已经出具,自己便无任何责任了。”“法院是否采纳鉴定意见就与司法鉴定人没有任何关系了。他们认为鉴定意见只能代表鉴定人的个人意见,法院最终是否采纳鉴定意见属于法院的权力,与自己无任何利害关系,自己出庭与否不能决定案件的最终判决。”^{[4](P83)}毫无疑问,如果仅仅孤立地观察鉴定活动的过程,恐怕只会得出这种结论。然而,这种看法是不全面的。鉴定方法除了产生鉴定书这种书面的证据形式之外,还会产生另外一种证据形式,即鉴定人的口头陈述。因为,鉴

^① 《证人不出庭检方不可随意打发》, <http://www.sina.com.cn>, 2012年3月26日, 08:00, 法制日报。“检察机关要转变执法观念,不能再像以前一样,证人不愿意出庭一句话打发了。”孙长永认为,如果被告人和辩护人 against 证人证言有异议,作为检察机关来说,就应该主动申请证人出庭作证。“这是对检察机关公正执法的一种挑战和考验。”

定人在实验室完成工作和出具鉴定书,并不意味着鉴定活动的完成。鉴定活动的完成时间取决于一个案件的诉讼终结。这就意味着,鉴定人在完成实验室的工作、写出鉴定书之后,应当在适当的期日出庭,向法官和有关当事人进行口头陈述,详细讲解其鉴定的方法,并接受当事人的讯问和询问。鉴定人在法庭上的这一系列行为构成鉴定人的口头陈述,这是一种言词证据,也是鉴定的一种必不可少的证据形式。这就要求立法上首先对鉴定方法做出详尽规定。关于这一点,我们可以参考德国做法。德国《民事诉讼法》第411条规定:“(1)法院命令为书面鉴定时,鉴定人应将其署名的鉴定书留交书记科。法院可以对鉴定人在此点规定一定期间。……(3)为了对鉴定书加以解释,法院可以命令鉴定人到场。(4)双方当事人应在适当的时间内向法院提出他们对鉴定意见的反对意见、有关鉴定的意见以及对鉴定书的补充问题。法院为此可以规定一定期间。……”^[1]根据上述规定,关于鉴定的证据形式有两种:一是鉴定书。鉴定书是一种法定的有关鉴定的书面证据形式。另一种是鉴定人的口头陈述,这也是一种法定的证据形式。关于后一种证据形式,有的德国学者明确表示支持。根据德国学者奥特马·尧厄尼希的解释,“鉴定人传递专业知识(通常情况下经验法则)并且大多数情况下也陈述从中获得的结论。”“鉴定人与证人不同,是陈述他所学到的且可被他人学到的东西。”^[5]根据德国学者的解释,鉴定人的口头陈述和书面鉴定书这两种证据形式之间是有区别的,即前者是有关鉴定的主要证据形式,后者则处于次要的地位。前者基于民事诉讼法辩论原则的要求而做出。根据民事诉讼法的辩论原则,鉴定意见应在辩论中口头做出,但法院也可以命令出具书面鉴定书。^{[5](P124-125,290)}如果关于鉴定意见存在疑问或不清楚,则法院应依职权命令口头解释。

此外,日本和我国澳门地区也有类似规定。日本《民事诉讼法》第215条规定:“审判长使鉴定人,可以用书面或口头发表意见。”^[6]澳门地

区《民事诉讼法》规定:“法官得依职权或任一当事人之声请,命令鉴定人在辩论及审判之听证时到场,以便经宣誓后就向其要求解释之问题作出解释。”^{[2](P160)}

然而在我国长期的鉴定活动领域中,诉讼法把“鉴定结论”或者“鉴定意见”作为唯一的证据形式。因为它是书面证据,鉴定人向法院提交鉴定结论或者鉴定意见之后,就视为完成任务,鉴定人可以不必出庭。法律也没有要求鉴定人必须出庭。于是,鉴定人不出庭成为常态。法官和鉴定人根本没有意识到,在鉴定意见之外还存在一种叫做鉴定人口头陈述的证据形式,从而无意中把“鉴定人的口头陈述”排除在证据形式之外,客观上有利于鉴定人不出庭作证。^①这种错误做法应该得到纠正。

以上我们就鉴定方法与鉴定的证据形式之间的关系做了详细考察,静心细想,当事人在多次鉴定问题上把怨气一股脑地撒在法官身上,其实是不公平的,学术界和立法机关也应当承担自己的责任。如此专业冷僻而又复杂的问题,那些承担繁重办案任务的法官是无力也无暇解决的,需要学术界人士率先发挥自己的学识与才智,尽自己的本分与职责,提出有价值的意见与建议,供立法机关参考,否则就难以取得根本性突破。

五、关于防止多次鉴定的立法建议

目前,我国三大诉讼法关于鉴定次数的规定仍处于空白。为了防止多次鉴定现象,保护当事人的利益,提高诉讼效率,维护社会的稳定,我们应当在参考德国、我国澳门地区和美国等国家和地区立法和司法实践的基础上对此做出规定。基本原则是:

1. 一审阶段,无论原告还是被告,都只能各有一次鉴定的机会。可以分别自行选择鉴定机构和鉴定人。无论原告还是被告,每一方只允许提交一个鉴定结论到法庭。杜绝多个鉴定结论被法院接纳的情况。这要求当事人极为慎重地选择

^① 我国把“鉴定意见”作为一个独立证据种类可能有两方面的原因:一是立法机关视野不开阔,没有深入研究德国等国家的相关立法和理论;二是把鉴定问题孤立起来看待,没有把鉴定与《民事诉讼法》的基本原则(如辩论主义)结合起来,忽视了当事人主义和辩论主义原则对鉴定的影响。

鉴定机构和鉴定人。

2. 二审阶段, 如果一审阶段没有发生鉴定事宜, 而二审认为有必要进行鉴定的, 无论上诉人还是被上诉人, 都只能各有一次鉴定的机会。可以分别自行选择鉴定机构和鉴定人。每一方只允许提交一个鉴定结论到法庭。这要求当事人极为慎重地选择鉴定机构和鉴定人。

3. 再审阶段, 绝对不允许启动任何鉴定事项。不能通过启动鉴定的方式来审理和查明事实问题。

4. 事实问题原则上应在一审期间查清, 二审期间遇到未查清的事实问题的, 原则上应当发回一审重审。

从长期来看, 这项政策的优点是: 一是节省当事人的诉讼成本; 二是使法官摆脱多个鉴定意见带来的专业困扰, 加快法庭的结案步伐, 提高诉讼效率; 三是有利于及时解决纠纷, 维护社会的稳定。立法建议如下:

1. 在一审开庭审理之前, 当事人一方或者双方认为有必要启动鉴定事宜的, 可自行寻求鉴定机构或者鉴定人。如寻求一个以上的鉴定机构或者鉴定人, 并取得鉴定意见的, 只能选取其中一份鉴定意见提交法庭, 作为法庭审查的根据。其余的鉴定意见应视为无效, 不得提交法庭, 法庭也不得接受这些鉴定意见。

一审开庭之后, 原告方的鉴定人作为己方的专家证人, 必须出庭作证, 以接受法官和对方当事人的讯问。被告方的鉴定人作为己方的专家证人, 亦必须出庭作证, 以接受法官和对方当事人的讯问。

2. 当事人一方或者双方在开庭审理之前未启动鉴定事宜, 而开庭后当事人一方或者双方认为应当启动鉴定事宜的, 可在法官规定的举证时限内, 各自寻求鉴定人, 并将鉴定意见提交法庭。如有多份鉴定意见的, 只能选取其中一份提交法庭。其余的鉴定意见应视为无效, 不得提交法庭, 法庭也不得接受这些鉴定意见。

一审期间一方或者双方当事人没有启动鉴定事宜, 而二审期间认为需要启动鉴定事宜的, 可在二审法官规定的举证时限内各自自行寻求鉴定人, 并将鉴定意见提交法庭。如有多份鉴定意见的, 只能选取其中一份提交法庭。其余的鉴定意见视为无效, 不得提交法庭, 法庭也不得接受这些鉴定意见。

3. 一审期间涉及鉴定事项的争议, 只能以已经提交到法庭的鉴定意见作为双方争讼的依据。不得开启新的鉴定事项。在一审中判决涉及鉴定事项的, 只能以已经提交到法庭的鉴定意见为基础, 经过法庭调查和法庭辩论之后, 由法官综合各种证据做出判决。

4. 二审期间, 如果遇到来自一审期间发生之鉴定意见的争议, 只能以一审之鉴定意见为基础开庭审理。不得重新开启鉴定程序。

5. 再审期间不得开启任何鉴定事项。再审期间, 如果遇到有关一审期间提交的鉴定意见的争议, 只能以一审之鉴定意见为基础开庭审理, 不得重新开启鉴定程序。如果遇到二审期间提交的鉴定意见的争议, 只能以二审之鉴定意见为基础开庭审理, 不得重新开启鉴定程序。

参考文献

- [1] 德意志联邦共和国民事诉讼法 [M]. 谢怀栻, 译. 北京: 中国法制出版社, 2001: 102.
- [2] 中国政法大学澳门研究中心. 澳门民事诉讼法典 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1999: 161.
- [3] [日] 松冈义正. 民事证据论 [M]. 张知本, 译. 洪冬英, 勘校. 北京: 中国政法大学出版社, 2004: 230-231.
- [4] 杜志淳, 廖根为. 论我国司法鉴定人出庭质证制度的完善 [J]. 法学, 2011 (7): 82.
- [5] [德] 奥特马·尧厄尼希. 民事诉讼法 [M]. 周翠, 译. 北京: 法律出版社, 2003: 288.
- [6] 日本新民事诉讼法 [M]. 白绿铉, 编译. 北京: 中国法制出版社, 2000: 86.

(责任编辑: 刘君博 赵建蕊)