

当事人自行委托鉴定的效力问题研究

●王 琥



[摘要]《新民事证据规定》第四十一条肯定了当事人自行委托鉴定的权利,但对自行委托鉴定的效力、审查规则等均未进行详细规定。司法实践中,法院对自行委托鉴定所形成的鉴定意见存在不同的审查思路。在理论层面上,自行委托鉴定的效力问题导致其性质存在不同认识,进而无法形成统一的审查规则。对于自行委托鉴定形成的鉴定意见,要以当事人意思自治为首要规则,审查自行委托鉴定的程序事项、所依据的证据材料、对方当事人的反驳意见,从而对其效力进行综合认定。

[关键词]自行委托鉴定;鉴定意见;举证责任;书证;反驳

鉴定意见是我国民事诉讼规定的八大证据种类之一,是指法院委托有资质的鉴定人通过科学的鉴定手段,就案件事实所涉专门性问题出具的相关意见。然而,在该语境外存在其他鉴定情形,即当事人为证明诉讼主张自行委托鉴定机构进行鉴定。自行委托鉴定非法律所规定术语,学理层面亦称为单方鉴定、私鉴定等。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第四十一条(以下简称《新民事证据规定》)肯定了当事人享有自行委托鉴定的权利,但由于自行委托鉴定并非在法院主持下进行,与法定证据种类下的鉴定意见相比,其公正性、权威性、证明力等方面存在一定差距。《新民事证据规定》第四十一条仅规定“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”,但对自行委托鉴定的效力、审查规则等均未详细规定。基于此,本文从实证角度出发,探究自行委托鉴定在司法裁判中的认定情况,并从理论层面进行分析,对自行委托鉴定的效力问题进行了研究。

Q 自行委托鉴定的司法认定情况

(一)结合《新民事证据规定》第四十一条与其他条文进行综合认定

自行委托鉴定不被另一方当事人认可的原因之一是鉴定程序启动违法,另一方当事人提出鉴定机构与一方当事人存在利益关系,不认可自行委托鉴定的结果。此时,法院的审查思路是结合《新民事证据规定》第四十条、第四十一条进行综合认定。

在(2023)最高法民申1039号案件中,最高人民法院认为出具鉴定报告的鉴定机构在广东省高级人民法院《广东法

院2018年度司法委托专业机构增补名册》内,具有鉴定资格;鉴定对象4台汽粉机均系案涉《购销合同》项下已实际交付的汽粉机;鉴定机构亦指派签字专家出庭,就该报告涉及的专业问题提出意见,并接受双方当事人及法庭的询问。

上述问题涉及的是《新民事证据规定》第三十四条、第三十八条和第四十条的规定,法院审查了鉴定资格、鉴定程序、检材等问题。除了审查这些问题外,还依据《新民事证据规定》第四十条进行了审查。对此最高人民法院认为虽然某公司对鉴定报告提出疑问,但既未提交证据证明该报告存在鉴定机构或者鉴定人员不具备相关鉴定资质等鉴定程序违法情形,也未举出充足的证据反驳其内容和结论或者申请重新鉴定,原判决不存在问题。

(二)结合查明的案件事实进行认定

在对自行委托的鉴定意见进行审查时,法院还会结合具体案件事实进行审查,将案件涉及的证据与自行委托的鉴定意见进行结合,从而做出综合判定。例如,在最高法民申7116号案件中,法院认为某公司在二审之后单方委托鉴定,且该评估报告中记载的内容与查明的事实明显不符,故该评估报告的结论难以采信。该案件是法院将查明的案件事实与自行委托鉴定意见相结合,将查明的案件事实与鉴定意见进行对应。如果据以做出鉴定的事实与查明的案件事实不符,那么法院将不会采信自行委托的鉴定意见。该审查规则在(2021)最高法民终1268号案件中也得到了体现,法院认为《核对笔录》是案件审理过程中当事人关于阶段性工作方案的协商,并非达成一致的确认证据,不能单独作为计价依据使用。相应的,对戚某锋二审提交的依据《核对笔录》作出的单方申请鉴定报告亦不予采信。

(三)视为当事人陈述进行审查

在一些案件中,法院对自行委托形成的鉴定意见视为当事人陈述,如果对方提出异议,则该鉴定意见直接不被认可。如果不能提出鉴定意见之外的证据,那么将会根据举证规则判决败诉。在最高法民申5644号案件中,对于某公司提交的《检测报告》及《造价咨询意见书》,法院认为均系某公司于原审判决作出后单方委托鉴定机构所出具,对方当事人均不予认可,该报告、意见书在性质上属于某公司的单方陈述,其并不能作为证明竣工图与实际情况不符,以及确定案涉项目工程造价的证据,故本院均不予采信。

(四)结合当事人约定进行审查

在一些案件中,法院也会尊重当事人的意思自治,如果当事人在合同中对自行委托鉴定的相关事项进行了约定,那么法院将会审查鉴定是否符合当事人约定的程序,将当事人的意思自治纳入审查的考量范围内。在(2019)黑民申4446号案件中,法院认为双方签订的《购销合同》明确约定“甲乙双方对交付的货物数量、质量有争议,由甲乙双方公认的具备国家质检资质的检验机构进行检验”。本案中粮油公司对直属库交付的大豆质量如有异议,应及时通知直属库,双方共同进行检验确认大豆质量是否有问题。因粮油公司未举证证据证明其扦样、送检及检测大豆时通知了直属库,粮油公司单方委托鉴定机构进行检测,不符合双方合同约定,故粮油公司单方委托鉴定的检测报告不足以证明案涉销售的大豆存在质量问题。

Q 自行委托鉴定效力的理论分析

司法实践中对自行委托鉴定的效力认定存在争议,原因在于自行委托鉴定的效力问题,无法对鉴定意见性质形成统一意见,性质的认定决定了法院应采取何种审查规则对其进行审查。因此,需要对自行委托鉴定的不足和性质进行分析,从而构建效力审查规则。

(一)自行委托鉴定的效力问题

1.启动程序与法定鉴定不符

在法定情况下,鉴定程序的启动是由负有举证责任的一方向法庭提出鉴定申请,法官对其申请进行审核。如果法官认为待证事实需要通过专门的司法鉴定进行查明,将会准予并启动鉴定程序。而在自行委托鉴定中,鉴定程序的启动则是由当事人自己寻找鉴定机构进行鉴定,没有经过法定程序启动。由此带来的问题是,法定程序中的鉴定事项是否为待证事实由法官判定,而自行委托鉴定中的鉴定事项是否为待证事实由当事人自己判定。如果在庭审中法官对该事实进行了查明,那么将没有必要进行鉴定,应按法官查明的事实进行认定。可见,自行委托鉴定启动程序的非法性,会导致鉴定意见的效力位阶低于法庭的查明事实。

2.鉴定人选任不符合要求

在法定鉴定情况下,如果法院决定启动鉴定程序,会通过摇号的方式对鉴定人进行确定,其目的在于确保鉴定人选择方面的协商性和公正性,避免鉴定人与当事人之间具有利害关系,从而保证鉴定的独立性和公正性。而自行委托鉴定中,鉴定程序的启动和鉴定人的选择均是由当事人自行选择,在此过程中可能会存在利益驱动、利害关系等问题,鉴定的公正性可能不如法定鉴定高。此外,法定鉴定程序中的鉴定人受司法行政机关、行业协会、法院等多种规定的审核,在鉴定资质方面相较于其他社会机构更为严格,质量更高。自行委托鉴定的鉴定机构可能是一些社会机构,其受到的管理不如法定鉴定机构高,因此,鉴定的公正性相较于法定鉴定机构低。

3.鉴定检材不符合要求

在法定鉴定中,鉴定前法院要组织双方当事人对鉴定的材料进行质证,如果材料经过质证被认定为真实且与案件事实相符,那么该材料将会作为鉴定材料进行鉴定。反之,如果经过质证认为材料与案件无关或材料存在问题,那么将不会进入鉴定程序。而在自行委托鉴定中,鉴定的检材在鉴定前未经过当事人质证,无法保证检材的真实性。由于检材存在未经质证和认证的问题,根据该检材作出的鉴定意见就存在科学性和权威性的不足。

(二)自行委托鉴定的性质争议

对于自行委托鉴定而形成的鉴定意见究竟为何种性质,目前理论界还存在争议,主要观点有三种:鉴定意见说、当事人陈述说、书证说。在三种学说之下,不同的认定路径使得自行委托鉴定审查规则的不同。

持鉴定意见说的学者认为,无论是自行委托鉴定还是法院指定鉴定,其鉴定意见均需经过庭审质证,而在质证前它们均属于证据材料,因此,二者具有同等的证据地位。持当事人陈述说的学者认为,自行委托鉴定要看对方是否有异议,在对方没有异议的情况下其证据效力自不待言;而在对方具有异议时,只能作为当事人的陈述对待。持书证说的学者认为,当对方不认可自行委托的鉴定意见时,尤其在对方就同样的专门性问题申请鉴定等情况下,单方委托鉴定而形成的书面意见则至多只能作为书证的一种,适用有关书证的证据规则。

三种学说各有优劣,鉴定意见说的优势在于肯定了自行委托鉴定的证据效力,一定程度上是对当事人自行取证权的保障。同时,当事人可以依靠自己委托的鉴定人来证明自己的诉讼主张,提升了当事人的举证能力。但是,该学说忽略了自行委托鉴定和法定鉴定的区别,这些区别可能会导致鉴定公正性的不足,不利于对方当事人权益的保护。当事人陈述说的优势在于给予了对方当事人否定的权利,赋予

了鉴定意见的中立性和当事人双方的利益平衡。但是,当事人陈述说使自行委托鉴定的证据效力陷入了较低的等级,只要对方当事人对此提出异议,那么该鉴定意见将不被认定,待证事实还需要一方当事人继续举证。而自行委托的鉴定意见毕竟是掌握专门知识的专家作出的,全盘否定该意见不利于当事人的举证。书证说处于鉴定意见说和当事人陈述说的中间地带,其肯定自行委托鉴定的证据效力,又将其与法定鉴定进行区分,具有一定的合理性。当事人自行委托鉴定对发挥其诉讼主动性、提高举证能力和诉讼效率具有一定的积极意义,自行委托鉴定的鉴定意见来源于专业鉴定人员依据证据材料对专门问题做出的结论意见,不能全盘否定该证据的效力。但是,当事人自行委托鉴定时,可能会对检材作出有利于自己的结论甚至提供虚假检材,导致鉴定的结论无法揭示案件原貌,而且自行委托鉴定在启动程序、工作方法等方面也与法定鉴定存在区别。因此,需要将自行委托鉴定定位于相似的证据中,而书证是通过文字记载对案件事实进行证明的证据,这与自行委托鉴定形成的鉴定意见具有相似之处,且书证的认定规则已经较为完善。故本文认为,对于自行委托鉴定形成鉴定意见,应以书证审查规则为基础来构建审查规则。

Q 自行委托鉴定的审查规则构建

(一)以当事人意思自治为首要规则

基于民事行为的自治性,一些当事人在进行交易时,会对争议解决事项在合同中进行约定。例如,在买卖合同中,当事人约定货物质量出现争议时进行鉴定,并对鉴定检材的取样、鉴定机构的选任等作出详细规定。如果一方当事人按照双方的约定自行委托进行鉴定,那么法官在审查时应认可该鉴定的效力。因为当事人约定的争议解决方式具有优先性,司法应有限介入交易自治。

(二)审查自行委托鉴定的程序事项

自行委托鉴定作为证据使用,也要满足诉讼法中对于鉴定的程序规制。法官在审查时,要考察鉴定机构的资质、是否存在回避情形、鉴定程序是否违法、鉴定依据是否充足。总之,《新民事证据规定》第四十条规定的审查范围均在法院的审查之列。

(三)审查鉴定所依据的证据材料

虽然自行委托鉴定所形成的鉴定意见在鉴定前未经质证,但并非不可解决。庭审中对对方当事人如果对鉴定所依据的证据材料不持异议,或者法院认证的证据材料具有证据

三性,亦符合司法鉴定对鉴定材料完整性的要求,那么鉴定意见则可以证明待证事实。同时,也要审查证据材料是否与案件的其他事实存在矛盾。如果存在矛盾的情况下,则该证据材料不具有证明效力,据此作出的鉴定意见亦不能证明案件事实。

(四)审查对方当事人的反驳意见

在对自行委托形成的意见进行程序审查和实体审查后,最后一步需要审查对方当事人的反驳意见,即依照《新民事证据规定》第四十一条进行审查。首先,《新民事证据规定》第四十一条规定,“另一方当事人有证据或者理由足以反驳”,反驳又称为“反驳证据”或者“证据抗辩”。反驳与反正存在区别,不需要对方当事人达到否认本证据所证明的要件事实的地步。对于自行委托的鉴定意见,对方当事人的反驳证据可以是不具备鉴定资格、鉴定程序违法、鉴定依据不足等。如果对方当事人提出的反驳意见充分,那么待证事实将会达到真伪不明的状态,鉴定意见不能作为认定案件事实的依据,法院此时可以不对鉴定意见进行采信。其次,《新民事证据规定》第四十一条又规定了“并申请鉴定的”,对于对方当事人在反驳后是否需要申请鉴定,本文认为需要视举证责任而定。如果对方当事人不负要件事实的举证责任,则无需申请法院进行鉴定,此时法院应直接不予采信自行委托的鉴定意见,因为此时提出专业意见的一方,尚未尽到其举证之责,或者说其主张的事实尚未得到证明。当然,若此时反驳的一方负举证责任,其反驳成功后,仍然要举证证明其事实主张,为此就有必要申请法院委托鉴定。如果对方当事人在负有举证责任的情况下不申请鉴定,则可以认定自行委托的鉴定意见具有证明效力。

参考文献

- [1]王鸿晓.试论自行委托鉴定的证据主体地位[J].中国政法大学学报,2008(04):131-137,160.
- [2]王继荣,李益松.诉前鉴定的司法试验及其制度化思考[J].人民司法,2009(23):89-93.
- [3]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.
- [4]刘易.当事人自行委托鉴定制度研究[D].重庆:西南政法大学,2021.

作者简介:

王斌(1982—),男,满族,辽宁锦州人,本科,广东守正司法鉴定中心,研究方向:刑事科学技术。