

社会鉴定机构涉鉴被诉案件 解决路径研究

王 勇, 林小凤

(西南政法大学 刑事侦查学院, 重庆 401120)

摘 要:当前, 针对不满鉴定意见而引发的鉴定纠纷, 当事人常采取多种维权方式, 除鉴定投诉、信访上访外, 有些会直接向法院起诉社会鉴定机构。通过研究发现, 当事人起诉社会鉴定机构案件的裁判结果多为驳回起诉或诉讼请求, 解决鉴定纠纷的效果不佳, 且由于存在审理裁判困境, 法院在处理此类案件时似乎觉得相当棘手。为了解决鉴定管理与诉讼规制未紧密衔接而衍生出的鉴定纠纷, 以及倒逼鉴定机构/鉴定人重视提升鉴定质量, 有必要合理构建当事人起诉鉴定机构制度。

关键词:司法鉴定; 鉴定纠纷; 错误鉴定意见; 起诉鉴定机构

中图分类号:DF71 **文献标志码:**A

DOI:10.3969/j.issn.1008—4355.2019.06.09 **开放科学(资源服务)标识码(OSID):**



一、引言

2017年度“四大类”鉴定^①占全国鉴定业务总量的92.49%, 比上年增长10.13%^[1]。前述数据表明, “四大类”鉴定在诉讼中的比例呈上升趋势, 鉴定意见在诉讼中的重要性逐渐增大, 法院对鉴

收稿日期:2019—09—11

基金项目:国家重点研发计划“全流程管控的精细化执行技术及装备研究”(2018YFC0830400);重庆市2019年度人文社会科学研究一般项目“司法鉴定体系化风险及其管控机制”(19SKGH013)

作者简介:王勇(1964), 男, 四川通江人, 西南政法大学刑事侦查学院副教授;林小凤(1993), 女, 重庆石柱人, 西南政法大学刑事侦查学院硕士生。

^① “四大类”鉴定的类型, 具体可参见《全国人民代表大会常务委员会关于司法鉴定管理的决定》(2015年修正)第2条规定。

定意见的需求程度、依赖程度也愈加增强。因为鉴定意见有极强的专业性、技术性,在诉讼中,因知识缺陷和技术隔阂,致使当事人不理解鉴定意见或理解不一致而产生疑惑、出现争议,进而引发鉴定纠纷。实践中为了解决鉴定纠纷,当事人倾向于采取非诉的方式^①,如鉴定投诉、闹鉴、上访等,也有少部分当事人直接起诉社会鉴定机构,要求其赔偿损失、退回鉴定费用或赔礼道歉。尽管目前当事人因不满鉴定意见而直接起诉社会鉴定机构的案件数量较少,但随着人们权利意识、法治意识增强,以及其他鉴定纠纷解决路径难以走通的情况下,当事人直接起诉鉴定机构的案件可能会增多,而将鉴定机构推上法庭也会成为未来的趋势(见案例)。

案例 1:2013 年陈礼平与陈冬股东资格确认纠纷一案,由法院委托司法鉴定科学技术研究所司法鉴定中心对案涉协议、章程等资料上的陈冬签字作鉴定,法院依据鉴定意见驳回陈礼平诉讼请求。2016 年陈礼平以鉴定意见错误为由起诉司法鉴定科学技术研究所司法鉴定中心、司法部司法鉴定科学技术研究所,一审法院江苏省常熟市人民法院以案涉鉴定是由人民法院对外委托,陈礼平与被告司法鉴定科学技术研究所司法鉴定中心、司法部司法鉴定科学技术研究所之间不存在民事法律关系,不属于民事诉讼的范围,驳回起诉。陈礼平不服提起上诉,2017 年 1 月二审法院江苏省苏州市中级人民法院依据同样的理由,驳回上诉^②。

案例 2:2014 年马莲芬与四五二医院医疗损害赔偿纠纷一案,由成都市锦江区人民法院委托成都联合司法鉴定中心对医疗过错、因果关系、伤残等级等作出鉴定,因马莲芬不满锦江区人民法院的判决向成都市中级人民法院上诉,2015 年判决驳回上诉、维持原判,后马莲芬申请再审,2016 年四川省高级人民法院以鉴定意见错误为由作出再审改判,并认定鉴定意见第一项有错误不应予以采信。2017 年 10 月,马莲芬以鉴定意见错误为由向成都市金牛区人民法院起诉成都联合司法鉴定中心,一审法院成都市金牛区人民法院判决驳回马莲芬的诉讼请求。2018 年上诉至二审法院成都市中级人民法院,经审理改判支持马莲芬诉讼请求,判决成都联合司法鉴定中心赔偿马莲芬损失壹万陆仟元^③。

以上两个案例都是当事人不满鉴定意见起诉社会鉴定机构,诉因、诉讼类型相同,但不同的法院以及一审、二审过程中却作出不同的裁判结果。况且,这种“类型相似、裁判差异大”的现象在实践中并不少见,而法院在处理此类案件时似乎觉得相当棘手,没有具体可操作的章法可循。

笔者查阅文献发现,针对当事人不满鉴定意见而起诉鉴定机构的研究成果较少,且大部分学者主要是从当事人是否有权利起诉鉴定机构的角度来分析,并提出了两种观点:第一种观点认为当事人可以起诉,如刘鑫教授通过 16 起当事人不满鉴定意见起诉鉴定机构的案例^[2],指出鉴定行为是一种市场行为,可以另行通过诉讼程序来解决鉴定争议;陈军、郭兆明认为可以侵权为由起诉鉴定机

① 2012 年至 2017 年,全国省级司法行政机关接到对鉴定机构/鉴定人的投诉量分别为:1411 件、1436 件、1619 件、1372 件、1466 件、1254 件。上述数据均来源于司法部司法鉴定管理局党凌云及其同事在《中国司法鉴定》2013 至 2015 年第 4 期及 2016 至 2018 年第 3 期发表的全国司法鉴定情况统计分析。

② 参见:(2017)苏 05 民终 229 号《民事裁定书》。

③ 参见:(2018)川 01 民终 1250 号《民事判决书》。

构^[3]。第二种观点则否定当事人的诉权,如刘京蒙、张云波认为当事人与鉴定机构间无委托关系、无诉讼标的,且鉴定意见属于证据,其对鉴定意见不满而起诉鉴定机构不属于法院受理范围,只能通过申请再审予以救济^[4]。此外,有部分学者在法理上对当事人起诉鉴定机构是否具有合理性进行了简要阐释。

上述学者对当事人起诉社会鉴定机构的研究成果具有进步性、前瞻性,但也存在不足:首先,其都侧重探讨鉴定机构/鉴定人在鉴定中存在的问题,而没有对当事人起诉鉴定机构实践运行效果进行实证研究;其次,即便提出了当事人直接起诉鉴定机构并不能有效解决鉴定纠纷,但在选材方面存在案例少的缺陷;最后,相关研究没有深入探讨当事人起诉社会鉴定机构效果不佳的原因,也没有提出相应对策。因此,针对当事人能否直接起诉社会鉴定机构的研究争议点,本文拟通过74份当事人起诉社会鉴定机构的裁判文书进行实证研究,对当事人起诉社会鉴定机构的合理性、必要性,鉴定机构承担责任的性质进行论证;分析法院面临着当事人起诉鉴定机构案件的审理困境和原因;探讨构建当事人起诉鉴定机构的制度,为法院审理此类案件提供可操作的解决路径。

二、实证材料及初步分析

(一)研究材料的基本情况

本文通过中国裁判文书网发布的裁判文书进行实证研究。笔者以“当事人为鉴定所、鉴定中心”“案由为民事诉讼”在该网进行检索,共检索到298份相关文书^①,选出符合“鉴定机构为被告”“法院委托鉴定”、属于“四大类”鉴定、“不满鉴定意见”等实证研究条件,且最终生效的裁判文书共74份。

(二)当事人起诉鉴定机构案件的基本特点

1. 时间、地域分布

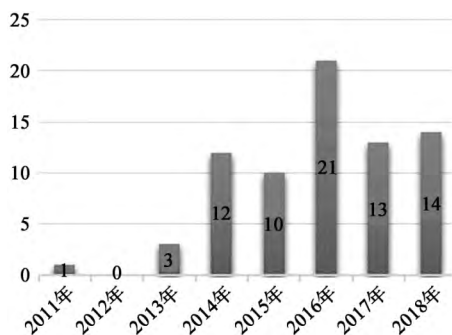


图1:2011—2018年度当事人起诉鉴定机构生效裁判文书件数

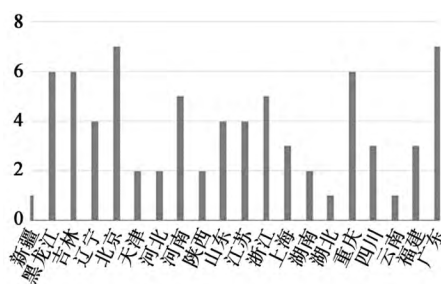


图2:各地当事人起诉鉴定机构生效裁判文书件数

从图1、图2中可看到,2011年至2018年,当事人起诉鉴定机构的案件数量整体呈增长趋势,可

^① 在中国裁判文书网检索到的这298份裁判文书主要是发生在2013年至2018年,只有1份是2011年。

能跟当事人法治意识增强、倾向运用法律手段维护权利等因素有关。同时,当事人起诉鉴定机构的案件在地域上分布较为广泛,在西部地区分布较少,可能是经济因素、鉴定纠纷解决方式差异等原因导致。

2. 原诉讼案件所涉纠纷类型

表 1:原诉讼案件所涉纠纷类型

纠纷类型	生效裁判文书件数/件
医疗侵权损害赔偿纠纷	29
交通事故责任、人身损害赔偿纠纷	21
民间借贷纠纷	11
劳动合同纠纷	3
继承纠纷	2
其他合同纠纷	8

表 1 中反映出医疗侵权损害赔偿、交通事故责任及人身损害赔偿、民间借贷三种纠纷类型的案件数量最多,原因可能是这些纠纷涉及的关系复杂、利益纠葛多,且鉴定类型主要集中在伤情及伤残等级、医疗过错及因果关系等法医类、笔迹类鉴定,鉴定难度大、标准不统一、主观性较强,容易引发当事人不满。同时,医患纠纷在我国比较突出,随着“医闹”入刑及相关部门加大对医疗暴力事件的处置力度,医疗领域的利益纠葛、压力便转向相对孤立的社会鉴定机构。由此,当事人就将诉讼矛头指向那份不利于他的鉴定意见,将矛盾转向社会鉴定机构。

3. 鉴定类型

表 2:鉴定类型

鉴定类型	生效裁判文书件数/件
医疗过错及因果关系鉴定	29
笔迹鉴定	21
伤情及伤残等级鉴定	18
印文及朱墨时序鉴定	3
民事行为能力鉴定	2
亲子鉴定	1

据表 2 可见,法院委托到社会鉴定机构进行鉴定的民事案件涉及法医类鉴定的案件最多,占 63.5%,其中法医类鉴定、笔迹鉴定案件占比明显高于其他类型,大概是由于这些鉴定较为依赖鉴定人的专业能力,主观性、经验性较强,且可检验性、可重复性较差,鉴定人的可操作空间也偏大。如伤残等级评定时就有可能因为不同鉴定人对相关鉴定标准所涉及条款的不同理解、选择偏差,导致鉴定意见难以获得双方当事人一致认可,容易引发当事人利益冲突及不满情绪^[5]。

4. 当事人起诉鉴定机构的案由

表 3:诉讼案由

案由	生效裁判文书件数/件
侵权责任纠纷	46
委托合同纠纷	15
财产损害纠纷	13

据表 3 可见,当事人不满鉴定意见而另案提起民事诉讼,法院却没有统一的诉讼案由,反而是不同的法院依据自己对当事人起诉鉴定机构案件性质的理解而随意进行分类,以致出现了案由混乱的现象。尽管实践中诉讼案由不统一,但总体上来说,各个法院倾向于将当事人不满鉴定意见起诉鉴定机构定性为侵权责任纠纷,这与大陆法系国家将鉴定人损害赔偿 responsibility 定性为侵权责任是一致的,都能够对有过错的鉴定机构/鉴定人追偿,进而保障当事人的权利。

5. 诉讼请求

表 4:诉讼请求

诉讼请求	起诉例数 ^①
赔偿损失	66
退回鉴定费用	29
撤销鉴定意见或认定鉴定意见无效	18
赔礼道歉	7

据表 4 可见,绝大多数当事人都认为鉴定机构出具的错误鉴定意见致使自己在配合鉴定和维权过程中遭受了交通、食宿、误工费等不合理损失,因而鉴定机构应承担侵权赔偿责任;但也有部分当事人所提及的损失是因错鉴导致败诉而遭受的纯粹经济上的损失。然而,要求撤销鉴定意见或认定鉴定意见无效、赔礼道歉案件例数偏少。出现上述二元分化现象,可能是当事人对鉴定意见是否是鉴定机构/鉴定人故意或重大过失错鉴情形存在举证困难,而较少主张撤销鉴定意见或认定鉴定意见无效;相反,要求赔偿损失涉及当事人切身利益,符合起诉初衷。

6. 裁判结果

表 5:裁判结果

裁判结果	生效裁判文书件数/件
驳回起诉或驳回上诉,维持原裁定	36
驳回诉讼请求	30
一审认可或部分认可诉讼请求	3
二审改判胜诉	5

据表 5 可见,一方面,法院认为当事人起诉鉴定机构不属法院受理范围而驳回(驳回起诉或驳

^① 有的当事人不满鉴定意见而起诉鉴定机构时诉讼请求可能包含多个,因而起诉例数不等于生效裁判文书件数。

回上诉,维持原裁定)的案件约占 54%。另一方面,即使法院受理,除少数得到法院支持而胜诉外,约 34%的案件以没有证据证明鉴定意见存在过错而被驳回。要证明鉴定机构/鉴定人故意或重大过失错鉴对当事人来说恐怕难以实现,这与被直接驳回起诉在效果上并无二致。可见,涉及到鉴定意见的纠纷案件在裁判中存在不确定性,也导致解决鉴定纠纷效果欠佳。

7. 裁判理由

首先,驳回起诉、上诉或驳回诉讼请求时的理由大体一致:第一,鉴定机构与当事人并非平等民事主体间的纠纷,不属民事诉讼受理范围;第二,当事人与鉴定机构之间不存在委托合同关系,更不存在民事上的权利义务关系,不属于受理范围;第三,鉴定意见属于证据,当事人不得针对证据单独提出诉讼;第四,原诉讼已经以生效判决认定了鉴定意见的合法性而拒绝再次确认鉴定意见错误,或者以原告无充分证据证明鉴定过程有错误而驳回诉讼请求,或认为鉴定行为与原告损失之间没有因果关系,不构成侵权(见案例中的裁判理由)。

案例 3:本院经审查认为,民法调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系。本案系争鉴定行为,是人民法院依法委托司法鉴定机构所进行的司法鉴定。讼争纠纷并非平等主体之间的民事纠纷,不属于人民法院民事诉讼受案范围^①。

案例 4:本院经审查认为,此鉴定行为是辅助法院查明案件事实的行为,出具的意见是一种证据。证据是证明案件事实的材料,不属于诉讼标的的范围,不是人民法院审理和裁判的对象,当事人不得针对证据单独提出诉讼^②。

其次,法院能够受理并且认可当事人诉讼请求的案件裁判理由:认为鉴定人违反了专业人员应尽的与执业要求相当的注意义务,属于重大过错,认定鉴定意见明显错误,裁定鉴定机构应承担相应侵权责任^③。

表 5 的数据中也反映出,不同法院在处理当事人起诉鉴定机构案件时态度不同,只有部分法院^④试着从实体层面审查鉴定意见,进而受理案件并解决鉴定纠纷。此外,大多数法院仅进行形式审查,并多以鉴定意见不属于民事诉讼受理范围而不予受理。因此,大多数鉴定纠纷实质上未能经过庭审,且少数被受理案件的裁判结果也不能满足当事人的诉求,虽然“案结”,但事未了。

三、当事人起诉鉴定机构的制度/实践逻辑

通过对 74 份裁判文书进行实证研究后,大致可以得出:实践中,大多数当事人起诉鉴定机构案件不被受理或被驳回,通过起诉来解决纠纷的功能在具体案件中几乎得不到发挥。但从法理上来

① 参见:(2017)沪 0107 民初 18050 号《民事裁定书》。

② 参见:(2018)闽 02 民终 4645 号《民事裁定书》。

③ 参见:(2018)川 01 民终 1250 号《民事判决书》。

④ 从(2013)浙金商终字第 380 号、(2014)郑民再终字第 181 号、(2017)豫 01 民终 3964 号、(2018)闽 01 民终 3515 号、(2018)川 01 民终 1250 号等案件裁判文书中,可以窥见部分法院对当事人起诉鉴定机构解决鉴定纠纷问题的肯定。

讲,当事人有权通过起诉鉴定机构获得赔偿;从实践层面来看,当事人起诉鉴定机构制度也有存在和完善的必要性、现实性。

(一)规范层面:法律规范赋予当事人起诉鉴定机构的权利

司法鉴定意见虽属科学证据,但在鉴定过程中,会因技术水平不足、对鉴定标准的理解适用不当而误用科学原理及技术方法等原因导致鉴定意见错误^[6]。因而,《司法鉴定机构登记管理办法》第41条规定“司法鉴定机构在开展司法鉴定活动中因违法和过错行为应当承担民事责任的,按照民事法律的有关规定执行”;《司法鉴定人登记管理办法》第31条规定“司法鉴定人在执业活动中,因故意或者重大过失行为给当事人造成损失的,其所在的司法鉴定机构依法承担赔偿责任后,可以向有过错行为的司法鉴定人追偿”。根据上述规定,鉴定人因违反私法义务而故意或重大过失鉴定错误给当事人造成损失,鉴定机构应承担民事赔偿责任^[7],当事人有权起诉鉴定机构。在鉴定委托决定权由司法机关垄断的机制下,上述条款也给当事人提供了新的救济渠道,在一定程度上规避了闹鉴等偏激行为的发生。

(二)实践层面:倒逼鉴定机构/鉴定人提高鉴定质量

《全国人民代表大会常务委员会关于司法鉴定管理问题的决定》(2015年修正)规定司法行政机关对社会鉴定机构进行统一管理,但实施初期,鉴定机构/鉴定人准入门槛较低,且司法行政机关监督管理疲软,导致鉴定机构“乱”“散”“小”^[8],水平良莠不齐。人情金钱鉴、“司法黄牛”等乱象频发^[9],不仅损害了当事人利益,也损害了司法公正。因此,当事人起诉鉴定机构的实践逻辑也建立在一定程度上制约鉴定机构/鉴定人,打破“鉴定意见既出,就算有错,也没人会来争辩”的单向鉴定模式^[10],而是通过法定的纠错、追责程序,逼迫鉴定机构/鉴定人谨慎鉴定,以确保鉴定质量。

(三)纵向层面:鉴定争议的诉讼内救济制度功能失灵

《民事诉讼法》第78、79条分别对鉴定人出庭作证和有专门知识的人出庭制度做出了明确规定,《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第25、26、27条也详细规定了重新鉴定制度。上述制度既保障当事人对鉴定意见的质证权和异议权能够得到充分行使,也能确保在诉讼内的庭审阶段将鉴定争议消解,让法官在采信经庭审充分质证的鉴定意见时更有底气。

目前,鉴定争议的诉讼内救济制度功能失灵表现在:第一,鉴定人出庭率低,并非大多数鉴定人不愿意出庭,而在于法官及当事人因鉴定人出庭成本高、拖延诉讼、“以鉴代审”倾向等外在因素不愿鉴定人出庭^[11],使得庭审对鉴定意见的质证流于形式,原本有问题的鉴定意见未及时排除反被采信;第二,专家辅助人制度构建不完善,实践中适用率低,对于辅助当事人质证鉴定意见、辅助法官理解专门性问题的功能未能有效发挥;第三,重新鉴定启动条件苛刻,当事人对鉴定意见有异议时,因为难以提供证据证明存在程序严重违法、结论错误启动情形,通常被法官以未能达到重启条件而驳回。由此,基于上述制度功能失灵导致本应在庭审中予以解决的鉴定争议被延伸到审判过程之外,转变成鉴定纠纷,当事人径直找到社会鉴定机构进行私力救济^[12]、投诉、信访或起诉鉴定机构。

(四)横向层面:鉴定投诉处理效果不佳

随着鉴定争议转变为鉴定纠纷,当事人通常直接选择投诉鉴定机构/鉴定人,希望凭借司法行政机关对鉴定机构施压而改变对其不利的鉴定意见。然而,《司法鉴定执业活动投诉处理办法》对鉴定投诉处理的受理范围作了明确规定,当事人对鉴定意见有异议的投诉并不属于受理事项,通常是建议投诉人直接向审判庭提出异议;况且,司法行政机关对鉴定投诉处理的方式也呈现形式化、单方性,对被投诉的鉴定机构/鉴定人的处罚轻缓化,甚至不处罚^①。就算当事人对投诉处理结果不满而提起行政诉讼、复议,也难以对投诉处理结果产生实质性影响。例如,北京市司法局2014年受理的217件司法鉴定投诉案件中,共处理了20件行政复议案,但维持原决定18件,不予受理2件;当事人向地方法院提起行政诉讼19件,其中驳回诉讼请求12件,驳回起诉4件,当事人撤诉3件^[13]。总之,司法行政机关对鉴定投诉处理不能满足当事人的诉求,即使当事人进一步提起行政诉讼也几乎无法挽回败诉局面,无助于纠纷解决。

综上,当事人起诉社会鉴定机构既有立法层面的合法性规定,也有实践层面的合理需要。对于当事人不满鉴定意见起诉鉴定机构,法院在符合起诉条件和类型的情形下应当受理,因此,有必要进一步界定被诉鉴定机构承担责任的性质。通过对域外鉴定责任的比较发现,大陆法系的德国和法国,都是采取职权主义诉讼模式的司法鉴定制度,并且认为鉴定人应承担侵权责任。如在法国,判例和学说都倾向认同无论鉴定报告是否被采纳,只要满足过失、损害结果、因果关系这三个要件便可以追究鉴定人的侵权责任^[14]。英美法系的美国则实行专家证人制度,由当事人自行聘请“鉴定人”,如果因为专家意见而败诉,无论专家是否有错误,只能归咎于当事人举证不力,不能追究专家的责任^[15]。

根据王利明教授的观点,我国侵权责任法保护的主要是合同债权以外的绝对权,与之相适应,当事人因鉴定机构鉴定错误所造成的损失并不属于债权,应属于《侵权责任法》保护范围之列^[16]。值得注意的是,《司法鉴定程序通则》规定由司法鉴定机构统一受理委托,《司法鉴定机构登记管理办法》规定司法鉴定机构在违法和过错行为时承担民事责任,《司法鉴定人登记管理办法》规定鉴定机构向有过错行为的鉴定人追偿。对上述规范性文件进行体系解释,可以推断出:鉴定人因故意或重大过失鉴定错误给当事人造成损失,由其所在鉴定机构对外承担民事赔偿责任。简而言之,我国过错鉴定中承担损害赔偿责任的主体是司法鉴定机构,将承担损害赔偿责任的性质界定为侵权责任更妥当。

四、法院裁判困境及困境之产生机制

尽管当事人试图通过起诉鉴定机构解决鉴定纠纷并没有发挥实质性作用,但不能否认当事人

^① 2011—2016年司法行政机关对鉴定投诉真正处理的只有10~15%左右;同时,2007—2016年全国省级司法行政机关行政处罚总量仅有275件、262人,且处罚大多数是“警告并责令改正”,呈现出处理量少且惩罚轻缓。(参见:陈如超.论司法鉴定管理与使用的衔接机制[J].证据科学,2018(3):281—299.)

的诉权和获得救济的现实。通过研究发现,法院在审理相关案件时存在诸多困境,且审判机关为了规避这些困境、缓解自身压力,而将鉴定纠纷的处理压力推给当事人和鉴定机构,这可能也是当事人起诉效果不佳的重要原因。

(一) 裁判困境

1. 再次审查争议鉴定意见的困局

争议鉴定意见是原诉讼中法官为了查明相关案件事实而委托司法鉴定机构所出具的意见性证据,是特殊的科学证据。而原诉讼法官是依据相关证据评价规则的规定,对该科学证据进行质证、审查,并形成心证,再结合其他证据来决定是否采信^[17]。若原诉讼法院认定存在故意或重大过失错鉴情形,并且未予采信或将其推翻,此时当事人在鉴定意见被认定为明显错误的前提条件下^[18],主张鉴定机构因故意或重大过失错误鉴定而给当事人带来不合理的维权损失,裁判机关是可以受理此类案件,维护当事人的合法权益。

但是,若原诉讼案件已经结案,当事人以鉴定意见错误为由另行提起民事诉讼,可能法院会面临如何再次审查鉴定意见正确性的困境:对当事人请求认定鉴定意见无效或错误时,法院是否有权力审查,应采取何种程序、证据加以认定?由于法官对争议鉴定意见无法仅依靠专业知识和逻辑经验常识等来判定,似乎只能委托鉴定机构再次“鉴定”^①。如此一来,当事人起诉鉴定机构案件似乎又回到了重新鉴定的环节,可能存在当事人滥用诉权、造成鉴定人疲于应诉的嫌疑^[19]。何况,重新鉴定也属于对鉴定对象的评价与判断,得出的是一份新的认识证据意见,不是对原争议鉴定意见的否定或肯定^[20],若前者能评判后者,那前者的可靠性是否又需要另外的程序、证据来加以证明呢?因此,对鉴定意见的再次审查便陷入了循环论证的困局,这是法院审查争议鉴定意见时避不开的难题。

2. 诉讼审理裁判的尴尬

当事人起诉鉴定机构时,法官还面临一个尴尬的问题:若鉴定意见被原诉讼案件的法官予以采信,而该份鉴定意见又确实是在故意或重大过失错鉴情形下出具的,此时该如何裁判?若法官裁定鉴定意见无效,原诉讼案件法官采信了这份无效的鉴定意见进行裁判是否构成错案?当事人是否可以依据法院认定无效的鉴定意见申请再审?这些困境很可能会导致出现一个法院对另一个法院已采信鉴定意见的正确性予以否定的情形,当事人也可能会以此为据申请再审。针对这种情况,有学者认为当事人不能通过民事诉讼推翻、撤销被采信的鉴定意见,此时应优先通过程序内救济来解决争议,否则会致使不同法院的裁判冲突,让人质疑司法权威^[21]。

(二) 困境之产生机制

1. 鉴定意见正确性认定的可操作性不强

在当事人起诉鉴定机构案件中,法院因欠缺专门性的知识而不能单独对争议鉴定意见进行审

^① 此处的“鉴定”,并非基于对案件事实材料所涉及的鉴定事项的鉴定,而是对受争议鉴定意见的审查、检验。

查评价,可能会允许当事人申请有专门知识的人出庭,针对争议鉴定意见是否科学、准确提出专家意见,并可能对鉴定人提出质疑。但法官基于对鉴定意见的惯性依赖,尽管有充分的异议足以推翻争议鉴定意见,也可能会因缺乏统一适用、可操作的鉴定意见评价体系及证据规则,而不敢直接认定鉴定意见错误,转而委托其所认为的权威鉴定机构加以重新鉴定。可难题是,当鉴定意见所涉及的鉴定材料已经不存在或难以获得时,就算是经验丰富、鉴定能力强的鉴定人恐怕也无法出具确定性的意见。由此,司法实践中对鉴定意见的认定才会有操作层面的问题,这或许也是目前当事人起诉鉴定机构未能充分发挥效用的重要缘由。

2. 有关司法鉴定民事责任的法律规定模糊,鉴定机构责任性质不明确

截至目前,我国专门规范司法鉴定的规范性文件只有《全国人民代表大会常务委员会关于司法鉴定管理问题的决定》(2015 修正)、《司法鉴定程序通则》(2016 修订)、《司法鉴定机构登记管理办法》《司法鉴定人登记管理办法》以及《司法鉴定执业活动投诉处理办法》;民事诉讼法、刑事诉讼法、司法解释及其他规范性文件中也有若干涉及鉴定的条款。然而,上述文件对司法鉴定机构/鉴定人在故意或重大过失错鉴时应承担的责任都是原则性规定,没有明确错鉴的责任追究机制,且缺乏具体的操作细则。此外,现有规范对鉴定责任的属性没有明确界定,导致实践中有侵权、违约、特殊责任等多种理解。现有的涉及鉴定机构民事责任的法律条款^①又过于模糊,导致法院在处理相关案件时不敢合法受理、裁判,同时致使同类案在不同法院呈现不同处理方式的情形。

五、当事人起诉鉴定机构的制度建构

当事人起诉鉴定机构案件是解决鉴定纠纷所诉诸的公力救济途径,本应在纠纷解决中扮演重要角色。碍于立法规范笼统、模糊,鉴定意见正确性认定的可操作性不强,其面临诸多实践困境。在司法鉴定市场化不断推进、司法鉴定统一管理尚待健全的情形下,鉴定机构/鉴定人员良莠不齐,委托机关又没有谨慎履行“守门人”义务,致使一些错误鉴定意见出入法庭,损害了司法公正和当事人权益。针对这些困境,笔者拟构建当事人起诉鉴定机构的制度,提供可操作的解决路径。

(一) 起诉类型

1. 未采信鉴定意见,遵循诉讼最后手段原则

对法院没有采信的鉴定意见,当事人不能直接起诉社会鉴定机构,而应由司法行政机关处理前置,且法官应在裁判文书中明确说明并未采信该份鉴定意见。只有先经过司法行政机关处理并认定,进而根据认定结果的不同情形采取不同的解决措施,而且这种设置也符合司法行政机关监督管理鉴定机构/鉴定人的职能。若司法行政机关认定这份未采信的鉴定意见并没有问题,则当事人不能再起诉鉴定机构;反之,若鉴定意见有过错,司法行政机关出具认定结果,可以责令鉴定机构退还

^① 可参见《司法鉴定人登记管理办法》第 31 条、《司法鉴定机构登记管理办法》第 41 条规定。

鉴定费用,或者当事人依据认定结果直接起诉鉴定机构要求赔偿损失。

2. 已采信鉴定意见,只能通过其他途径解决,不能直接起诉社会鉴定机构

原诉讼法院的法官要尽职尽责履行义务,综合案件相关证据进行自由心证、出具裁判结果。如果法院唯鉴定判案而导致案件错判给当事人造成损失,当事人可以鉴定意见错误为由申请再审。此时,当事人不能以鉴定意见错误为由直接起诉社会鉴定机构,不能将审判风险转嫁给社会鉴定机构。

3. 鉴定材料毁损、遗失或鉴定行为造成人身损害,可直接起诉社会鉴定机构

若鉴定人因不负责任,致使鉴定行为直接对当事人人身造成侵害,当事人可以直接起诉鉴定机构,要求其承担侵权责任。《司法鉴定程序通则》(2016修订)明确规定鉴定机构/鉴定人负有鉴定材料的妥善保管责任,若遗失或损毁则要承担相应责任^①。因此,对于鉴定机构/鉴定人未妥善保管鉴定材料,导致诉讼中争议材料损毁、遗失,侵害当事人对鉴定材料的所有权,当事人可以起诉社会鉴定机构要求赔偿。尽管前述两类诉讼已超越本文的研究范畴,即当事人是因为不满鉴定意见而起诉鉴定机构,但因鉴定材料、鉴定行为侵权而引发纠纷、甚至闹鉴等在实践中也较为常见,对其简要阐述也旨在强调这两类诉讼类型不容忽视。

(二)程序建构

1. 鉴定使用与鉴定管理的衔接:未采信过错鉴定的第三方认定

在原诉讼案件审理中,法官审查鉴定意见或当事人提出异议时,认为可能存在故意或重大过失错鉴情形,且未采信鉴定意见,应在判决书中对审查鉴定意见的自由心证过程和理由进行阐述^[22]。同时,在鉴定使用者(法院/法官、当事人)与管理者(司法行政机关)之间建立动态反馈机制^[23]:首先,当事人可携带说理性明确的裁判文书向司法行政机关投诉;其次,法院/法官应主动与司法行政机关沟通,向其转送相关材料或提出司法建议;最后,司法行政机关也要对当事人投诉与法院司法建议所涉及的情况进行调查,并及时向当事人或法院反馈。

然而,对于当事人投诉或法院移送的存在故意或过失错误鉴定意见,司法行政机关要明确鉴定意见的正确性可能有一定难度。因此,可以将第三方纳入调查程序,协助审查鉴定意见。首先,可由司法行政机关将这类鉴定意见一律交由司法鉴定专家委员会,对初次鉴定意见、重新鉴定意见、补充鉴定意见以及不存在问题的鉴定意见等进行文证审查。其次,要明确规定司法鉴定委员会的设置机构不能是司法行政机关,由于此种设置模式违背《司法鉴定执业活动投诉处理办法》第8条鉴定意见不予受理的规定,与此相适应,基于司法鉴定协会非行政性属性,可考虑将司法鉴定专家委员会设立在司法鉴定协会之下,此种设置模式能保证文证审查的客观、公正和行业自律。最后,司法鉴定专家委员会文证审查之后,要及时向司法行政机关出具审查意见,司法行政机关以此为基础并结合其他调查证据,对故意或重大过失错鉴的鉴定机构/鉴定人作出相应处罚决定,并将调查形成的书面材料送达当事人或法院。当然,当事人可基于司法行政机关出具的书面材料直接向法

^① 具体参见:《司法鉴定程序通则》(2016修订)第22条第2款规定。

院起诉鉴定机构,主张鉴定机构承担赔偿责任。

2. 检察机关技术性证据审查机制的强化:已采信过错鉴定的程序内纠错

若过错鉴定意见已经被原诉讼法院^①采信,且鉴定意见又是在鉴定机构/鉴定人故意或重大过失错误鉴定下形成时。由于原诉讼已经结案并形成了既定的裁判文书,司法既判效力已经产生,此时,就可能涉及对已结案件证据采信问题、法官审判责任问题的追究。因而,当事人只能申请再审或申请检察机关抗诉,启动审判监督程序。但当事人仅依靠自身力量,难以取得鉴定机构/鉴定人故意或重大过失过错鉴定的相关证据;相反,检察机关有能力对鉴定意见进行技术性审查,且有履行法律监督的职责,应该对当事人申请抗诉的民事案件中涉及的过错鉴定意见重点审查,并在符合条件时启动审判监督程序,对被错鉴当事人予以救济。

顺带说明,司法实践中常出现却不易被察觉的一种特殊情形,即鉴定意见与案件事实真相相矛盾,但鉴定意见没有错误,只是法官对正确鉴定意见的法律错误运用。此种情况,笔者在对西南某司法鉴定中心的几位鉴定人访谈中有所获得。

案例 1:某法院委托对多张借条上的印文是不是 A 公司印章盖印形成进行鉴定,借条格式完全一致:借款人均均为 A 公司,落款时间均为 x 年 x 月 x 月,出借人都是不同的人,A4 纸张上部被裁剪,落款部分是打印字迹、正文借款内容是手写字迹。经鉴定出具鉴定意见每份借条上的印文均出自 A 公司印章,故法院据此判 A 公司偿还借款。

案例 2:案情是原告以被告付某未偿还借款为由,向某法院起诉要求被告还款,并出示付某借款时所出具的借条一张,而付某表示已经偿还过该借款而且原告将当时自己出具的借条还给了自己,也出示了原告给他的借条。故法院委托对借款人为付某、出借人为张某的内容完全相同的两张借条上落款签名字迹是否付某书写形成进行鉴定。经鉴定原告举证的借条落款签名确是付某书写形成,而被告举证的借条是非正常书写形成,是在原借条基础上套摹形成。故法院据此认为被告出示的是虚假证据,判原告胜诉。

以上案例中,鉴定机构按法院委托的鉴定事项鉴定之后出具的鉴定意见都是正确的,案件被告方对鉴定意见不利于他而认定鉴定意见错误也是合乎常理、并非恶意,只是由于法官在适用鉴定意见时出现了错误,并没有分析案件证据的逻辑性和真实性。在案例 1 中,多份格式一致、出借人不同的借条,其实是其他真实文书的落款打印字迹和盖印印文,只是被所谓的出借人裁剪掉正文打印内容而再次添加手写内容,伪造了半真半假的借条。同理,在案例 2 中也是出借方套摹了被告给自己出具的借条,在被告还款时将这张套摹的借条给了被告,结果又起诉被告让其再次“还款”。

由此可见,鉴定意见虽没有错误,当事人确实又是被法官依据鉴定意见而错判了,则其只能认为是鉴定机构/鉴定人故意或重大过失错误鉴定,而与鉴定机构/鉴定人发生纠纷。理论上,这种特殊情形是法官错误运用证据问题,不涉及对鉴定机构/鉴定人追责问题,但我们无法要求当事人理

^① 本文所说的“原诉讼案件法院”包括一审、二审和再审法院。

性评判究竟是法官证据适用错误还是鉴定机构/鉴定人故意、重大过失错鉴。因此,基于救济当事人并保障鉴定机构/鉴定人,需要特别注意此种情形,并将其一并纳入检察机关的技术性证据审查环节,通过检察抗诉提起审判监督程序进行救济。

六、结语

当事人起诉社会鉴定机构是对鉴定管理与诉讼规制未紧密衔接而衍生出鉴定纠纷问题的补救性途径,是法律赋予当事人的权利,也有倒逼鉴定机构/鉴定人重视提升鉴定质量的功能。经实证研究发现,当事人起诉社会鉴定机构案件因存在审理裁判、意见正确性认定困境,实际上在解决当事人与鉴定机构/鉴定人间的纠纷时效果不佳。为解决上述困境,笔者构建了当事人起诉鉴定机构的制度,为法院审理此类案件提供可操作的解决路径:一是明确当事人可以起诉社会鉴定机构的类型;二是对当事人起诉鉴定机构进行程序构建,一方面,由司法鉴定协会设置的司法鉴定专家委员会审查未采信故意或重大过失错鉴意见,另一方面,检察机关就已采信故意或重大过失错鉴意见进行技术性证据审查。

当然,这些实证研究结果也启发我们认识到:要想切实、高效地解决鉴定争议、纠纷,还是要立足于鉴定管理、诉讼规制及其衔接机制层面;应尽量在庭审质证程序中解决争议,通过鉴定使用者与管理者的沟通衔接来妥善化解纠纷。■ JS

参考文献:

- [1]党凌云,张效礼. 2017 年度全国司法鉴定情况统计分析[J]. 中国司法鉴定,2018(3):96—100.
- [2]刘鑫. 当事人起诉鉴定机构 16 例分析[J]. 中国法医学杂志,2010(6):458—460.
- [3]陈军,郭兆明. 浅谈司法鉴定机构的法律地位——1 例当事人起诉司法鉴定机构案件引发的思考[J]. 中国司法鉴定,2017(1):69—72.
- [4]刘京蒙,张云波. 当事人认为鉴定意见错误,能够起诉鉴定机构要求损害赔偿[J]. 中国检察官,2014(10):24—26.
- [5]陈如超. 鉴定纠纷及其解决机制——基于民事司法鉴定的实践逻辑[J]. 证据科学,2017(2):225—248.
- [6]常林. 谁是司法鉴定的“守门人”?——《关于司法鉴定管理问题的决定》实施五周年成效评析[J]. 证据科学,2010(5):618—632.
- [7]冯建生. 司法鉴定错误损害赔偿诉讼的法理基础与实证考察[J]. 北方法学,2017(3):57—64.
- [8]邓甲明,刘少文. 深入推进司法鉴定管理体制创新发展[J]. 中国司法,2015(7):25—31.
- [9]孟焕良,齐奇. 在“两会”播撒法治种子[N]. 人民法院报,2014—03—07(11).
- [10]刘长. 中国式专家证人出庭 公家不再垄断司法鉴定话语权[N]. 南方周末,2013—07—04.
- [11]杨际平等. 司法鉴定的困境与出路——浙江省乐清市人民法院的实践探索[J]. 人民法治,2016(5):88—92.
- [12]陈如超. 鉴定纠纷及其解决机制——基于民事司法鉴定的实践逻辑[J]. 证据科学,2017(2):225—248.
- [13]李瑛. 北京市司法鉴定实践运行状况研究[J]. 未来与发展,2016(4):102—106.
- [14]刘涛,霍晟. 司法鉴定中民事赔偿责任之思考[J]. 中国司法鉴定,2009(5):84—86.

- [15]谷口安平.程序的正义与诉讼[M].增补本.王亚新,刘荣军,译.中国政法大学出版社,2002:312—326.
- [16]冯建生.司法鉴定错误损害赔偿诉讼的法理基础与实证考察[J].北方法学,2017(3):57—64.
- [17]汤维建,徐泉雄.民事司法鉴定意见的评价机制论纲[J].中国司法鉴定,2018(3):1—9.
- [18]冯建生.司法鉴定错误损害赔偿诉讼的法理基础及实践考察[J].北方法学,2017(3):57—64.
- [19]王有民.法院受理鉴定结论争议诉讼案的法律思考[J].法律与医学杂志,2005(4):294—296.
- [20]郭华.争议鉴定结论的选择适用规则研究[J].法律适用,2005(3):55—58.
- [21]陈如超.鉴定纠纷及其解决机制——基于民事司法鉴定的实践逻辑[J].证据科学,2017(2):225—248.
- [22]汪建成.专家证人模式与司法鉴定人模式之比较[J].证据科学,2010(1):17—28.
- [23]陈如超.论司法鉴定管理与使用的衔接机制[J].证据科学,2018(3):281—299.

Solutions to the Parties Prosecuting Judicial Expertise Institution

WANG Yong, LIN Xiao-feng

(Criminal Investigation Department, Southwest University of
Political Science and Law, Chongqing 401120, China)

Abstract: At present, in response to the appraisal disputes caused by dissatisfaction with expertise conclusions, the parties often adopt various ways of safeguarding rights. In addition to complaints and letter visits, they also directly prosecute judicial expertise institutions. Through empirical research, it is found that most of judgment results that the parties prosecute judicial expertise institution are rejecting the prosecution or lawsuit requests. And the effectiveness of resolving the appraisal disputes is not good. Because of judgment dilemma, judge seems to feel quite difficult when dealing with such cases. However, in order to solve appraisal disputes arising from the lack of close connection between expertise administration and litigation regulations, and to force judicial expertise institution/expertise witness to pay attention to improving appraisal quality, it is necessary to reasonably build a system for the parties to prosecute judicial expertise institutions. The specific solutions include: first, to clearly stipulate the types that the parties can prosecute judicial expertise institutions; second, to construct the procedural of the parties prosecuting judicial expertise institutions. On the one hand, the expert committee of judicial appraisal set up by the Association of Forensic Science examines these expertise conclusions which haven't been accepted; on the other hand, the procuratorial organ carries out technical evidence examination of those accepted expertise conclusions.

Key Words: judicial expertise; erroneous appraisal disputes; expertise conclusion; prosecuting judicial expertise institution

本文责任编辑:龙大轩