

诉讼外鉴定的类型化及其司法审查

曹志勋*

内容提要：诉讼外鉴定现象在我国广泛存在，其证据定性归类及配套的司法审查规则值得探讨，应当在比较法经验的基础上，就中国问题展开反思与建构，提炼出我国就诉讼外鉴定有特色的理论。诉讼外鉴定涉及情况复杂，只有指向事实发现功能的才是证据法意义上的诉讼外鉴定，具体可能分别构成不同的证据种类。由于鉴定意见的中立性与以异议权为核心的证据收集程序的强制性要求，诉讼外鉴定原则上不宜被视为法定鉴定意见。诉讼外鉴定可以构成事实主张层面的具体案情陈述，而不能构成证据层面的当事人的陈述，但法院应保障当事人通过案情陈述发表意见的机会，其功能在于否定鉴定的必要性和挑战法定鉴定意见。基于民事诉讼契约化的原理，诉讼外鉴定可以例外地根据当事人的合意转换为法定鉴定意见，当事人也有权将其共同委托的诉讼外鉴定意见作为认定事实的依据。基于对证明对象的调整，诉讼外鉴定也能够就鉴定人对待证事实发表的意见（而非待证事实本身）构成报道性书证。虽然鉴定制度不同于英美法系的专家证人制度，但是诉讼外鉴定也可构成鉴定证人，证明专家在鉴定过程中亲自观察和感知的事实。

关键词：诉讼外鉴定 鉴定意见 当事人陈述 报道性书证 鉴定证人

引言

在我国民事诉讼理论与实践，虽然庭审的核心特征被认为是口头辩论，但是庭审依赖的信息其实一般并非源自“口头”陈述，而在于以书证与鉴定意见为重点的书面证据。在涉及专门性问题时，鉴定证据所代表的专门知识与专家意见尤其成为案件胜负的关键。民事诉讼法第79条规定的法定鉴定及其鉴定意见，是法院在诉讼过程中就事实问题依法定程序委托并组织的专家意见。不过，与前者内容相同或相似的专家意见，也可能在当事人起诉前发挥准备功能（“诉前鉴定”），或者更一般性地、平行于诉讼并补充和挑战法定鉴定意见（“诉讼外鉴定”，又称“私鉴定”）。这种诉讼外鉴定在我国并非新鲜事物。“鉴定大战”、“多头鉴定”、重复鉴定等突出社会现象的反复出现，呼唤了司法鉴定体制的管理统一化、规范化与进一步制

* 北京大学法学院助理教授。

度化。但是,在这种复杂的现实情况下,司法实务界依然未否定诉讼外鉴定的存在和现实意义,除了民事诉讼法第195条后句要求法院在特定非讼案件中审查诉讼外鉴定外,对诉讼外鉴定现象普遍持肯定的态度。

在广泛存在的法律现象及其明显的现实价值背后,就诉讼外鉴定的法律性质存在很大理论分歧,这主要源于诉讼外鉴定实践的错综复杂。从比较法角度看,在德日大陆法系传统下论者围绕私鉴定的认识争议不休,而将视野推远至英美法系,鉴定人与专家证人的系统性差异更是程序法在世界范围内的核心议题,甚至能够辐射到包括国际商事仲裁在内的其他纠纷解决途径。诉讼外鉴定的实践面临的最大争议是其在证据理论上的归类,而这种理论上的定性又在实质上与诉讼过程中当事人提出诉讼外鉴定的程序保障密切相关。

在民事证据法的发展过程中,部分由于法定证据原则的影响,^[1]证据属性及具体的证据种类是将新型证据视为定案根据时必须首先回答的两个问题。无论是电子合同书究竟更应该被识别为传统的书证抑或适用区块链存证技术的电子数据,还是应当如何认识单位证明材料、讯问/询问笔录、测谎结论、品格证据乃至知识产权案件中的市场调查报告,都是这两个问题在司法实践中的具体表现。与在实体法领域常常困扰法律人的合同定性问题相似,程序法上对举证活动性质的判断也常常不是简单的选择而已。本文思考诉讼外鉴定的理论目的在于,在常常非黑即白的定性判断中,不是基于外国法已知的理论概念全盘接受大陆法系的私鉴定概念,而是追求功能意义上的比较,围绕中国实践中多层面的理论与现实问题完成类型化的整合。本文需要回答的是,一份在我国司法实践中可以被称为诉讼外鉴定的专家意见,从证据法上应该如何抵制鉴定概念泛化的倾向,认定其理论定性,以及随后法官对其应如何审查?就此凸显出的证据种类的复合性与审查方式上的差异,也能部分彰显未来认识证据类型的一般原理。由此观之,本文所追求的是对诉讼外鉴定现象在诉讼法理上的制度化与体系化,借此追求具有中国特色与自信的民事诉讼法学理论体系。

一、发挥事实认定功能的诉讼外鉴定

(一) 我国诉讼外鉴定的复杂现状

法定鉴定证据与诉讼外鉴定同样指向民事诉讼的事实认定领域和相关专家的专业意见,但对后者的界定更多源自排除法,即所有不是由法院在案件审理过程中委托的鉴定。一方面,无论是1991年民事诉讼法第63条第1款第6项规定的“鉴定结论”,还是2012年修正后的民事诉讼法第63条第1款第7项规定的“鉴定意见”(现行民事诉讼法第66条亦同),其落脚点都在于民事诉讼中的证据,目标在于“作为认定事实的根据”。这样,在诉讼活动出现前的鉴定通常就属于诉讼外鉴定。与此对应,司法部《司法鉴定程序通则》第2条将“司法鉴定”限于“诉讼活动中”,排除了司法鉴定机构与司法鉴定人为企事业单位和公民等主体提供鉴定服务的制度可能。^[2]另一方面,从民事诉讼法第79条的表述出发,无论是以当事人自行提出的申请、当事人经鉴定释明后提出的申请(2019年修订的《最高人民法院关于民事诉讼证据

[1] 这当中也存在“证据种类划分的高度抽象概括与证据表现形式的无限多样性”之间的冲突。参见张卫平:《民事诉讼法修改与民事证据制度的完善》,《苏州大学学报(社会科学版)》2012年第3期,第35页。

[2] 参见司法部公共法律服务管理局组编:《〈司法鉴定程序通则〉释义》,中国政法大学出版社2020年版,第18页。

的若干规定》第30条第1款，法释〔2019〕19号，以下简称2019年“证据规定”）还是以法院职权为基础，法定的鉴定证据均应由法院委托。因此，由当事人自行委托的鉴定原则上也都属于诉讼外鉴定。

转而从正面来看，在各类诉讼外鉴定中，最常被提及的莫过于在案件审理过程中可能成为证据，并且被用于证明案件待证事实的部分。其中最典型的是当事人在诉讼过程中提出的于诉讼外形成的医疗鉴定、交通事故鉴定和火灾事故鉴定，也可以包括公安机关对高空抛物事实（民法典第1254条第3款）的认定结论。当事人自行委托的鉴定也可能被用于与对方的诉前或诉外谈判及其他纠纷解决程序，比如支持其提出的知识产权警告函，或者直接作为与市场中其他企业主体（比如供应商、零售商及各类线上或线下的平台）谈判、从而向对方当事人施压以促成对自己有利的和解方案的筹码。当诉前协商失败后，委托鉴定的一方当然有权向法院提交此类诉前鉴定。无论是2021年施行的《人民法院在线调解规则》（法释〔2021〕23号，以下简称“在线调解规则”）第26条第1款，还是稍早前《最高人民法院关于进一步完善委派调解机制的指导意见》（法发〔2020〕1号，以下简称“委派调解意见”）第7条的规定，都将这种立案前鉴定明确作为一种促进调解的机制。甚至，鉴定人在完成自己的鉴定委托时，也可能需要引入其他专业人士的帮助，比如会计师在费用鉴证中可能需要工程造价专业技术人员的参与，由设计院勘察队事先测量岩矿开挖土石方量并制作《测量说明》。^{〔3〕}

（二）不指向事实发现的其他鉴定

只有未来可能出现在法庭上并且在事实发现方面发挥作用的诉讼外鉴定才是本文关注的对象，反之则并非严格意义上的诉讼外鉴定。

其一，有些鉴定本身与诉讼及对争议的解决程序无关，比如个人在诉讼外委托亲子鉴定的目的有时只是使无户口人员登记户口或者满足移民申请的条件。^{〔4〕}当然，这同样属于司法鉴定规制的范畴。^{〔5〕}

其二，有些鉴定虽然与纠纷解决的过程有关，但是其适用场景并不是民事诉讼程序。就此而言，在起诉前以各种形式提供的专家意见属于广义上的起诉前鉴定，也可能包含替代性纠纷解决机制的应用。无论是否具有拘束力，国际上替代性纠纷解决领域出现的专家评定机制均主要针对技术问题，需要由会计师或者行业专家认定比如公司利润或者天然气定价的具体数额。^{〔6〕}

其三，当事人及其律师可能只是出于诉讼策略的考虑自行委托鉴定，这也与事实发现的目的无关。比如，为了提前确定或者修改实体法上的请求目标（程序法上诉的声明）的具体数额（如建设工程违约之诉的窝工损失或者物权排除妨害之诉的妨害范围），或者提前选择需要优先主张的请求权基础和具体的法律理由抑或排除未来可能无法推进的诉讼方案，当事人都可能认为有必要自行委托鉴定。从实体法与程序法相结合的角度看，这里也可能涉及当事人对此后法院审查诉的正当性（其事实主张是否满足法定构成要件）的准备，否则当事人在复杂案

〔3〕 参见陈呈浴与内蒙古昌宇石业有限公司合同纠纷案，《最高人民法院公报》2016年第3期，第30页以下，第33页。

〔4〕 实践中的部分情况，参见程亚龙：《严查之下亲子鉴定机构仍违规招代理》，《新京报》2020年12月21日第A13版。

〔5〕 参见《司法部办公厅关于规范司法鉴定机构开展亲子鉴定业务有关工作的通知》（司办通〔2016〕40号）。

〔6〕 See Thomas J. Stipanowich and Veronique Fraser, *The International Task Force on Mixed Mode Dispute Resolution: Exploring the Interplay between Mediation, Evaluation and Arbitration in Commercial Cases*, 40 *Fordham Int'l L. J.* 839, 871-872 (2017).

件中很难就其本证事实提出实质性主张。此时诉讼外鉴定并非面向法院及诉讼程序，而是指向本方内部的评估，并非本文关注的诉讼外鉴定。^{〔7〕}

其四，当事人委托的代理律师提出的专门性意见，不能被视为诉讼外鉴定。在诉讼过程中需要专家提供的专门知识也可能属于当事人聘请律师的业务范围，比如律师可以就知识产权侵权案件中权利稳定性分析、能够使对方商标无效的冲突在先商标检索或者专利无效案件中的现有技术调查，向自己的当事人收取费用。这种本质上与事实相关的专业意见，由于其在完成主体上的特殊性，不宜作为本文讨论的诉讼外鉴定。此类律师直接提供的专业信息与知识，可以直接构成当事人的案情陈述与立场论证。

二、诉讼外鉴定原则上不能成为法定鉴定意见

顾名思义，与诉讼外鉴定有最直接关联的是现行法上明确规定的鉴定意见。虽然与法定鉴定意见一样，诉讼外鉴定也是回答专门性事实问题的专业意见，但是其并非现行法上规定的鉴定意见。^{〔8〕}从形式上看，诉讼外鉴定与法定鉴定意见均表现为专家对事实问题的认定，从而区别于针对法律适用问题的专家法律意见书。完成两种鉴定的专家也可能都具有相应的鉴定资质，^{〔9〕}甚至从现实角度看，鉴定的质量与由法院还是个人选择无关。相反，由于诉讼外鉴定由当事人自行决定并且专家可能获得更高报酬，诉讼外鉴定就委托事项提供高质量服务的可能性也许更大。^{〔10〕}但是，由于不同的选定程序与相应的配套制度，诉讼外鉴定与法定鉴定意见之间常常被认为存在巨大差别，因而在民事诉讼中具有不同地位。就此而言，根据2019年“证据规定”第41条，单方委托的诉讼外鉴定的结果仅构成“出具的意见”，而非此前司法解释中对应现行法上的法定鉴定意见的鉴定结论。与此相对，此前根据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2001年“证据规定”）第28条的规定，相对方可以就单方委托生成的诉讼外鉴定申请重新鉴定，说明其已经被认为构成鉴定结论，即原有规定实际上直接将诉讼外鉴定认可为法定鉴定证据。^{〔11〕}

有观点与此不同，认为诉讼外鉴定只是在证明力上低于公鉴定，^{〔12〕}但同样属于法定鉴定意见。^{〔13〕}这样，不同于当事人陈述，私鉴定中的鉴定人与法定的鉴定人一样，应当具有专门知识，在鉴定过程中保持独立地位，不受当事人的干预，当事人也不能补充或修改其意见。^{〔14〕}

〔7〕 不同理解，参见邱星美：《民事诉讼鉴定证据质疑》，《法律科学》1998年第4期，第87页。

〔8〕 相同理解，参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院新民间借贷司法解释理解与适用》，人民法院出版社2021年版，第66页；李浩：《新〈民事诉讼证据规定〉的主要问题》，《证据科学》2020年第3期，第309页以下。

〔9〕 也有学者主张“赋予虽无法定鉴定资质但有专门知识者给出的专家意见等同于鉴定意见的法定证据地位”。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》，《政法论坛》2020年第6期，第37页以下。

〔10〕 Vgl. Meller-Hannich, Die Rolle des Sachverständigen im deutschen Zivilprozess, ZZZ 129 (2016), 263, 276 f.

〔11〕 参见甘肃科源电力集团有限公司与兰州鸿达电力工程有限公司建设工程施工合同纠纷案，最高人民法院（2021）最高法民申4491号民事裁定书；隋淑静：《试论当事人自行委托鉴定》，《中国司法鉴定》2008年第6期，第6页。

〔12〕 参见任学婧：《当事人自行委托医疗损害鉴定的效力分析》，《华北理工大学学报（社会科学版）》2019年第2期，第21页；徐俊奎：《民事诉讼中自行委托鉴定的难点及建议》，《人民法院报》2012年11月4日第7版。

〔13〕 参见前引〔7〕，邱星美文，第87页。

〔14〕 参见张卫平：《民事证据法》，法律出版社2017年版，第80页。

观察我国的司法实践可见,诉讼外鉴定的概念包含了种种不同状况的事实性专家意见,既有完全体现委托一方的意志、在“司法黄牛”操纵下产生的偏见偏好,又有可能属于就相关事项唯一有权鉴定且现实可得的、来自中立机构的公信公断。在判断个案中诉讼外鉴定的中立性时,我们可以考虑当事人及其律师与其自行委托的专家在业务关系上的紧密程度、专家在本领域的声誉以及业务开展模式、专家的实际业务量与其通常条件下的鉴定能力。在客观意义上,专家的中立性并非“非黑即白”式的两分状况,而更类似于具有若干明显差异的光谱。于是,在同一个案件中出现的不同诉讼外鉴定分别面临被不予采信和视为定案根据的两极情况也十分常见。^[15]

鉴于此,如果诉讼外鉴定能够具有与法定鉴定相同的程序保障,未尝不能使前者具有后者的证据属性与地位。就此而言,“在线调解规则”第26条第2款明确规定,当立案前调解需要鉴定评估时,“诉前委托鉴定评估经人民法院审查符合法律规定的,可以作为证据使用”,应该是在这个意义上作出的特别规定。但是,这在我国可能存在疑问。从本质来看,大陆法系模式下的鉴定意见制度的特殊性在于其中立性与独立性。其中,中立性更为重要,因为即使鉴定人能够在客观上保持独立,当事人也可以选择提交不提交独立鉴定人提出的、对己不利的意见,从而在结果上无法体现中立性。比较来看,这种当事人事先遴选诉讼外鉴定进而选择性提交的现实可能性,正是德国法上拒绝将私鉴定承认为证据手段的核心原因。^[16]转而从鉴定人的角度看,诉讼外鉴定缺少公法上义务的保障,其证据调查机制也因此被认为存在障碍。^[17]在假想情况下,也许法院可以考虑将诉讼外鉴定人指定为法定鉴定意见的鉴定人,但是考虑到其已经为一方当事人提供过服务,无论诉讼外鉴定的客观评价如何,另一方当事人天然地有理由对该鉴定人的可信性表示怀疑,因而该鉴定人有必要回避本案。^[18]而且,我国的鉴定市场在较长时间内确实良莠不齐,加之鉴定意见又在司法实践中常常被过于重视,导致审查流于形式的“以鉴代审”。^[19]于是,虽然鉴定的启动方式看似并不影响鉴定意见的出具和法院对其的审查,但是至少在我国,仍不应一般性地预设诉讼外鉴定具有中立性并且将其与法定鉴定意见等量齐观。

笔者认为,法定鉴定证据之所以被强调是在“本案”诉讼过程中形成的,是因为恰恰只有当前的诉讼程序本身才能充分保障采纳鉴定证据所需的证据收集程序要求。在现行法上,如果说就鉴定程序的启动,鉴定人的选择与指定,鉴定委托书与承诺书、鉴定书的准备、提交与审查以及鉴定人事后撤销鉴定意见的规则均可以类推适用于诉讼外鉴定,那么代表相对方当事人最核心的异议权的民事诉讼法第81条和第82条、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(法释〔2020〕20号,以下简称“民诉法解释”)第122条和第123

[15] 参见饶国礼诉某物资供应站等房屋租赁合同纠纷案,最高人民法院指导案例170号(2021年发布)。未被采信的鉴定未出现在该指导案例中,但出现在原始案例最高人民法院(2019)最高法民再97号民事判决书中。

[16] 参见前引〔10〕,Meller-Hannich文,第278页。

[17] 参见占善刚、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》,《证据科学》2020年第6期,第649页。

[18] 德国虽然制度上允许如此行事,但是对方当事人的异议一定会得到法院支持,因而实际上不会出现这种身兼公、私鉴定的鉴定人。Vgl. Ghassemi-Tabar/Nober, Der Privatgutachter im Zivilprozess, NJW 2016, 552, 553.

[19] 参见最高人民法院民事审判第一庭编著:《最高人民法院新民事诉讼证据规定理解与适用》,人民法院出版社2020年版,第311页。

条、2019年“证据规定”第37-40条的规定,则植根于诉讼程序的场景与“对抗与判定”的结构之中,专属于诉讼中进行的鉴定。易言之,只要相对方提出异议并经过书面答复的前置程序,同时也满足了预交鉴定人出庭费用的程序要件,鉴定人出庭并接受询问、质证和参与辩论就是民事诉讼正当程序的必要组成部分。即使在我国重点转向繁简分流、诉调对接、诉源治理、小额程序等处于正式司法程序相对面的改革与最新修改的民事诉讼法面前,无法忽视的仍然是作为其参照系的正式民事司法程序。暂且不论法律规则文本中对庭审的预设与强调,在诉前阶段或者诉讼外等效“复刻”当事人之间就法定鉴定证据在技术、程序与证明力方面的对抗,也是不可想象的。即使其能够实现,也相当于创设了“诉前之诉”或者“诉外之诉”,这种叠床架屋的必要性与合理性也值得怀疑。

最高人民法院发布的一个关于由另案法院委托的鉴定意见只能在本案中构成诉讼外鉴定的案例,恰恰凸显了对上述理念的认同与践行。最高人民法院指出,当事人所涉另案由于撤诉而结束时,本案当事人在另案进行过程中申请另案法院委托会计师事务所作出的《鉴证报告》,不能在本案中作为鉴定意见,当事人应当向本案的原审法院就其遭受的实际损失申请鉴定。^[20]结合案例裁判摘要表述的“当事人在案件审理中提出的人民法院另案审理中作出的鉴定意见,只宜作为一般书证,……鉴定意见只能在本案审理中依法申请、形成和使用”,上述判决书裁判理由部分形成的原始裁判规则更应被解释为与在先另案的结案方式无关,而是聚焦在鉴定意见究竟是在本案中还是另案中形成这一要素。究其实质,最高人民法院认为问题的关键在于民事诉讼法第81条的要求,即“鉴定意见即使为原审法院依法委托,该鉴定意见在当事人提出异议的情况下,原审法院亦应通知鉴定人出庭作证,否则不能采信为认定案件事实的证据”。^[21]而在该案涉及另案司法鉴定的情况下,根据现行法中的证据规则,法院无法将另案中的鉴定人视为本案中的鉴定人并通知其出庭。因此,在本案中该诉讼外鉴定无法成为定案根据。

三、诉讼外鉴定原则上应属于事实陈述

(一) 德国法对诉讼外鉴定的认识

除了与诉讼外鉴定最直接对应的法定鉴定意见外,最常见的理解是将诉讼外鉴定认识为当事人陈述。部分由于我国民事诉讼法学体系对当事人陈述定性的“偏见”,有必要通过明确概念的准确含义在理论上正本清源,这尤其也以比较法经验与我国既有理论之间的对话为核心。虽然就这一问题国内已有不少讨论,但是笔者认为无论就现行法文本的解释、民事诉讼中事实主张责任的意义还是程序法上的发表意见的机会来说,仍有重述乃至补强论证的必要。同时,固然笔者主张证据种类可能具有复合性,但是这并不妨碍我们准确认识特定证据的证据种类,而不是简单地将各种证据种类都一概罗列。

即使是强调由法院委托鉴定、鉴定作为法官助手的德国,同样认可私鉴定(Privatgutachten)的存在。私鉴定的功能在于协助当事人理解案情和指出公鉴定的缺陷,^[22]原则上被视为

[20] 参见前引〔3〕,陈呈浴与内蒙古昌宇石业有限公司合同纠纷案,第40页。

[21] 同上。

[22] 参见〔德〕彼得·哥特瓦尔德:《鉴定人及其鉴定意见在德国民事诉讼法中的地位》,曹志勋译,《证据科学》2020年第2期,第220页。

书面记载的当事人陈述 (Sachvortrag),^[23] 这种 (案情) 陈述不是证据手段。^[24] 与这一性质相对应, 私鉴定人没有机会在开庭时解释其鉴定意见, 当事人也不享有在开庭时向私鉴定人提问的权利。不过, 当事人均有权在诉讼中提出私鉴定, 而且由于私鉴定人能够辅助其委托人更好地准备其对公鉴定人行使的提问权, 法院享有允许私鉴定人在开庭时发言的裁量权。^[25] 固然, 在当事人反对公鉴定的意见时, 其并不承担进一步委托私鉴定的诉讼促进义务 (德国民事诉讼法第 282 条第 1 款)。^[26] 但是, 在德国实践中, 不委托私鉴定则很难对公鉴定提出具体的反对意见。^[27] 因此, 诉讼外鉴定常常被作为公鉴定作出后的“反鉴定”出现。^[28] 从鉴定制度的内部构成来看, 德国法更多是将私鉴定作为启动和补充公鉴定的手段, 坚持公鉴定在专家意见领域的垄断地位。晚近观点则提出质疑, 既然法官应当将私鉴定与公鉴定间的冲突之处与不同公鉴定间的冲突等量齐观, 为何在出现冲突的情况之外, 私鉴定不能得到与公鉴定相同的对待。^[29]

在德国理论和司法实践中, “当事人陈述”被解释为当事人对案情的陈述, 即当事人陈述 (Parteivortrag),^[30] 与之区别的是当事人所陈述内容中应当作为证据处理的部分, 即当事人询问 (Parteivernehmung; 日本法中的“当事人寻问”)。在德国法上, 案情陈述除了可能体现在当事人主动提交的书状中, 还与德国民事诉讼法第 141 条规定的命令当事人出庭 (Anordnung des persönlichen Erscheinens) 制度有关, 该命令一般在开庭之初通过裁定或者命令作出, 并且可以附有秩序罚款因而带有义务的意味。这一听取当事人的制度属于法官的实质诉讼指挥权的内容, 目的在于澄清当事人的事实主张。^[31] 与此相对, 当事人询问则属于穷尽其他证明方法后的补充手段,^[32] 必须通过形式化的证据裁定 (德国民事诉讼法第 358 条以下和第 450 条) 作出。当事人没有就此接受询问的义务, 其拒绝只会影响法官对全案形成的自由心证评价 (德国民事诉讼法第 446 条、第 453 条和第 454 条第 1 款)。^[33]

(二) 对当事人陈述的理论澄清

在我国法上值得注意的是前述比较法上对当事人陈述的定性, 即究竟是辩论主义下事实主张层面的案情陈述, 还是作为证据手段的、法官对当事人的询问及由此获得的陈述。在诉讼程序的技术化程度有待进一步深化以及缺乏相应的程序性配套制度时, 将前述两者在辩论中混合

[23] BGHZ 98, 32 = NJW 1986, 3077, 3079; BGH NJW-RR 2011, 419, 420, Tz. 12; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl., 2018, § 122 Rn. 14. 我国台湾地区的相同理解, 参见姜世明:《民事证据法》, 新学林股份有限公司 2021 年版, 第 594 页。

[24] 参见前引 [18], Ghassemi-Tabar/Nober 文, 第 553 页; 前引 [10], Meller-Hannich 文, 第 278 页。

[25] MüKoZPO/Zimmermann, 6. Aufl., 2020, § 402 Rn. 9; 前引 [18], Ghassemi-Tabar/Nober 文, 第 554 页。

[26] BGH NJOZ 2009, 1998, 2001, Tz. 7; NJW 2003, 1400.

[27] 参见前引 [23], Rosenberg/Schwab/Gottwald 书, 第 122 节边码 14。

[28] 参见前引 [18], Ghassemi-Tabar/Nober 文, 第 553 页。

[29] 参见前引 [10], Meller-Hannich 文, 第 277 页。

[30] 参见张卫平:《法庭调查与辩论: 分与合之探究》,《法学》2001 年第 4 期, 第 44 页。

[31] 参见前引 [23], Rosenberg/Schwab/Gottwald 书, 第 124 节边码 3; MüKoZPO/Fritsche, 6. Aufl., 2020, § 141 Rn. 2 ff.

[32] 日本法上就当事人询问补充性的规定则有所缓和, 比如可以在询问证人之前询问当事人。参见 [日] 新堂幸司:《民事诉讼法》, 弘文堂 2019 年版, 第 646 页以下; [日] 伊藤真:《民事诉讼法》, 有斐阁 2016 年版, 第 450 页以下; [日] 高桥宏志:《民事诉讼法重点讲义: 导读版》, 张卫平、许可译, 法律出版社 2021 年版, 第 102 页以下及注 114、115。

[33] 参见前引 [23], Rosenberg/Schwab/Gottwald 书, 第 124 节边码 6、8。

杂糅可能是我国司法实践中更为自然而然且司空见惯的情况。^[34]不过,我国民事诉讼法至少在文本上一贯区分法庭调查最开始阶段的说明案情的“当事人陈述”(民事诉讼法第141条第1项)和作为证据手段的“当事人的陈述”(民事诉讼法第66条第1款第1项和第78条)。之所以认为当事人陈述限于案情陈述而非提出证据,是因为无论被告方在事实上是否提出答辩状,双方当事人庭审中还没有口头提出其事实主张的机会。即使当事人已经提出了诉答文书,在理论上又被称为口头辩论期日的庭审中,也需要当事人口头确认其已经提出的事实主张,或者至少根据某种(我国并不存在的)法定规则将书状的内容转换为口头辩论。仅有如此理解,才能够配合理顺我国民事普通程序中争点整理、证据调查与法庭辩论的庭审结构优化尝试。^[35]

同时,“民诉法解释”第122条第2款将我国专家辅助人提出的意见视为当事人的陈述,这也被认为应当从证据手段的意义来理解,^[36]并相应地适用“民诉法解释”第123条针对当事人和证人的询问规则。^[37]《最高人民法院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,以下简称“医疗损害责任解释”)第14条第2款关于“具有医学专门知识的人提出的意见,视为当事人的陈述,经质证可以作为认定案件事实的根据”的规定,则更为明确,直接突出了专家辅助人意见的证据属性。相同的规则也规定在更早出现的《最高人民法院关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2015〕1号)第15条第2款的规定中。与此类似的是2019年“证据规定”第90条第1项对不能单独作为认定案件事实根据的“当事人的陈述”的规定,其适用显然也限于证据层面。但是与前述理解形成对比的是,2019年“证据规定”第63条第2款就真实义务下的“当事人的陈述”的使用则停留在事实主张层面,因而与2019年“证据规定”第3条第1款的规定相同。对照该领域在较早前未能实现制度化的状况,这在一定程度上表明上述理论界分仍未得到准确认识。

虽然我国民事诉讼法上的“当事人陈述”与“当事人的陈述”只有一字之差,但是至少在文本上体现出前述大陆法系理论上的区分。退一步讲,即使这一文义解释的路径行不通,比如坚持民事诉讼法第141条的“陈述”为动词而第66条的“陈述”为名词,因而是否包括“的”的概念区分并没有实际意义,也可以认为“当事人(的)陈述”在我国法上分别具有事实层面和证据层面两种含义。进而,从当事人主义的民事裁判方法论出发,当事人原则上应在诉讼标的、事实与证据这三个方面起到决定和限定的作用,其在不同层次的“陈述”也应当具有相应的理论地位。^[38]参考日本理论可见,事实主张(案情陈述)属于诉讼资料,当事人询问则属于证据资料。^[39]两者除了定性与目的不同之外,当事人询问并非当事人自己完成

[34] 参见王亚新、陈杭平:《论作为证据的当事人陈述》,《政法论坛》2006年第6期,第99页以下。

[35] 参见张卫平:《民事诉讼法》,法律出版社2019年版,第312页;段文波:《我国民事庭审阶段化构造再认识》,《中国法学》2015年第2期,第81页以下;傅郁林:《“审”与“判”的逻辑和相应技巧》,《人民法院报》2011年1月19日第7版。

[36] 参见沈德咏主编:《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用》,人民法院出版社2015年版,第396页。反对观点参见前引〔17〕,占善刚等文,第659页。

[37] 参见上引沈德咏主编书,第397页以下。

[38] 参见邵明:《我国民事诉讼当事人陈述制度之“治”》,《中外法学》2009年第2期,第236页以下;占善刚:《当事人讯问之比较研究》,《法学评论》2008年第6期,第63页以下;李浩:《当事人陈述:比较、借鉴与重构》,《现代法学》2005年第3期,第46页以下。

[39] 我国最高人民法院法官的类似认识,参见郑学林、宋春雨:《新民事证据规定理解与适用若干问题》,《法律适用》2020年第13期,第52页以下。

的诉讼行为，因而并不要求当事人具有诉讼能力，同时证据资料对辩论主义下法官的裁判基础（主张责任）也不产生约束力。^[40]

（三）对诉讼外鉴定的应然定性

1. 事实与证据的二分法与证成

在此基础上，需要判断的是诉讼外鉴定究竟是事实层面的“当事人陈述”还是证据层面的“当事人的陈述”或“当事人询问”。如前所述，我国现行法规则倾向于将诉讼外鉴定和专家辅助人的意见与当事人自行表达的言词证据等量齐观。从积极作用方面来看，诉讼外鉴定意见将成为法定证据种类之一，发挥证明事实主张的功能。虽然通常认为由于无法避免的利害关系以及常常虚实交织的现状，^[41] 当事人的陈述的证明价值极其有限并且在证据法上“不被看好”，^[42] 但是毕竟“聊胜于无”，其亦可辅助其他证据共同证明事实主张（2019年“证据规定”第90条第1项）。不过，这同时意味着，上述专家意见也应当适用“民诉法解释”第110条就当事人到庭接受事实询问的规定，作为证据的当事人的陈述必须与当事人询问制度直接联系。该规则通过其以穷尽证明手段而事实主张仍然真伪不明为核心的必要性要件，^[43] 重申并澄清了民事诉讼法第78条第1款确立的补充性原则，并且在程序上要求当事人签署保证书并承担据实陈述的义务与虚假陈述的责任。然而，无论从诉讼外鉴定提供专业性意见的本质特征、现行法上的既有规则还是我国的普遍实践来看，是否提出诉讼外鉴定均与案件事实的证明状态无关，因此不符合前述必要性要件。同时，出于职业和资质方面的身份性要求，诉讼外鉴定人通常也负有保证据实陈述的义务并可能承担责任，但这也与其在诉讼过程中产生的诉讼义务无关。

在否定诉讼外鉴定成为当事人的陈述这一证据种类的可能性之后，笔者认为诉讼外鉴定应当处于事实层面，作为当事人对案情的陈述，能够为诉讼请求提供理由支持并且呼应辩论主义下对主张责任的要求。与证据层面的理解不同，作为事实主张的理解并不与现行法上的规则相冲突。按照民事诉讼中的辩论主义的第一命题，要件事实必须在当事人的辩论中作为诉讼资料出现，未主张的事实不能成为法院裁判的依据，^[44] 而且可能使其本证方遭受主张责任层面上的不利后果。特别是依托于现行法上的拟制自认规则（2019年“证据规定”第4条），当事人就要件事实承担的主张责任不能失于抽象，而要足够具体，其程度根据具体案情、双方当事人提出主张的客观能力与条件、双方就特定事实主张的对抗程度各有差异。^[45] 只有在双方事实主张逐步具体化并相应举证的过程中，案情的“解明度”才会不断加深，才能够期待案件中争辩和认定的事实更符合客观真相。由此可见，诉讼外鉴定能够承担这种具体化的功能，其作为当事人陈述在民事诉讼中的作用十分重要。相反，如果由于一方当事人未能提出诉讼外鉴

[40] 参见前引〔32〕，新堂幸司书，第646页；前引〔32〕，伊藤真书，第450页；前引〔32〕，高桥宏志书，第98页以下。

[41] 参见王福华：《当事人陈述的制度化处理》，《当代法学》2004年第2期，第20页。

[42] 参见前引〔8〕，李浩文，第312页；前引〔38〕，李浩文，第52页。

[43] 参见前引〔36〕，沈德咏主编书，第364页。

[44] 参见前引〔23〕，Rosenberg/Schwab/Gottwald书，第77节边码13，第112节边码2；Baumgärtel/Laumen, Handbuch der Beweislast: Grundlagen, 4. Aufl., 2019, Kap. 9 Rn. 57；前引〔32〕，新堂幸司书，第470页以下；〔日〕松本博之、上野泰男：《民事诉讼法》，弘文堂2015年版，第46页以下。

[45] 参见周翠：《民事诉讼中具体化责任的转移：法理、条件与程度》，《法学研究》2021年第5期，第98页以下；占善刚：《主张的具体化研究》，《法学研究》2010年第2期，第110页以下。

定而使其无法满足主张责任的要求,从诉讼法理上来看将由于不存在因为处于争议中而待证的事实主张从而不必进一步进行证据调查,而可以直接认定该方当事人主张的主要事实不存在或者其否认的主要事实存在。在某种意义上甚至可以认为,由证明力较低的当事人的陈述证据(实务界的倾向性理解)向事实主张层面的当事人陈述(理论界的有力主张)的转变,实际上是进一步提高诉讼外鉴定在民事诉讼中的地位的过程。

2. 事实陈述与发表意见的机会

除了如后详述、已经通过当事人合意与认可转换为法定鉴定意见的情况外,诉讼外鉴定被我国实务界认为也可以在经过严格审查后成为证据。最高人民法院指出,当诉讼外鉴定在诉讼程序中具有法庭准入资格时,法院于庭审中一方面应当保障举证相对方的质证权,另一方面也应着重审查接受委托的专业机构的资格、资质,意见所依据的证据材料,意见形成过程,意见与案件的其他证据有无矛盾。^[46]与此不同,笔者认为诉讼外鉴定原则上不能成为法定的鉴定意见和作为证据手段的当事人的陈述,而只能与专家辅助人一同构成事实主张与案情陈述。但是,这并不妨碍对上述最高人民法院的审查精神的遵循,即对双方当事人质证权和发表意见机会的程序保障。^[47]易言之,如果法官应当考虑并审查作为证据的当事人的陈述,那么也应该至少在程序上同样对待当事人通过诉讼外鉴定提出的事实主张,赋予双方当事人就具体事实主张向法院发表意见的机会,这也对法院的审理技术提出了新要求。

可以参考的是,虽然德国法上的私鉴定不构成公鉴定,但是作为具体化的当事人陈述(substantiierten Parteivortrag),事实审法官仍然应当与私鉴定人充分讨论。^[48]进而,当事人选择提交私鉴定以挑战公鉴定时,事实审法官必须认真对待。无需本证方提出任何申请,法官必须逐一回应质疑以澄清事实,并且在必要时要求(公)鉴定人对鉴定书提出书面补充或者在开庭时接受询问(德国民事诉讼法第411条第3款)。如果疑问仍然存在,那么法院将不得不委托新的(公)鉴定人(德国民事诉讼法第412条),^[49]否则将构成对宪法上法定听审权(德国基本法第103条第1款)的侵害。^[50]而当双方提出相互矛盾的私鉴定时,如果法官并不能依据自己的专业知识给出判断,那么必须另行委托(公)鉴定人,而不能在两个私鉴定中选择一个。^[51]

在笔者看来,对于当事人借相关专家之口提出的具体事实主张和辩论意见,法官应当作出正面回应。这可能构成审前准备程序中争点整理的内容,终局判决的说理部分也应当回应当事人提出的争点。进而,诉讼外鉴定和专家辅助人的主要功能包括两方面。

其一是通过补强法官的专门知识否定鉴定的必要性。无论是对相关专业问题提出意见(民事诉讼法第82条第2种情况和“民诉法解释”第122条第1款),还是就相关问题接受法院询问或者与对方申请的专家辅助人对质(2019年“证据规定”第84条和“民诉法解释”第123条第1款),其实质都在于对法官本人专门知识的补充。原因在于,一旦法官自行或者自认为通过诉讼外鉴定获得了相关知识,就不再需要鉴定人和鉴定意见的帮助,此时需要保障

[46] 参见前引〔19〕,最高人民法院民事审判第一庭编著书,第402页以下。

[47] 参见王福华:《辩论权利救济论》,《法学》2020年第10期,第94页以下。

[48] BGH NJW 1998, 3197, 3199.

[49] BGH NJW-RR 2016, 1251, Tz. 11 f.; NJW-RR 2011, 609, Tz. 5; NJW-RR 2009, 1192, 1193, Tz. 7.

[50] BGH NJW 2017, 3661, Tz. 10.

[51] BGH NJW-RR 2007, 1409, 1410, Tz. 9.

的是双方当事人就法官是否充分掌握专门知识发表意见的机会。

其二是挑战法定鉴定意见。专家在出庭后代表当事人直接就鉴定意见发表质证意见（民事诉讼法第82条第1种情况和“民诉法解释”第122条第1款），该意见与当事人就鉴定意见提出的异议（民事诉讼法第81条前句）具有相同效力。质证由于直接指向当事人提出的证据及法院对该证据的认定（认证），不同于前述“对质”。质证针对相对方提出的证据的真实性、合法性、与待证事实的关联性以及该证据的证明力（“民诉法解释”第104条第1款），在理论上可以归为证据抗辩权（Beweiseinrede），在德国法上属于当事人的一种攻击防御方法（德国民事诉讼法第282条第1款）。虽然当事人在这里的质证意见并非其就案件事实提出的事实主张，但是在我国可以被理解为对证据的“三性”所代表的辅助事实提出的事实主张。辅助事实及其主张显然并非证据手段，^[52]就此进一步提出的证据才是对应辅助事实的间接证据（Indizienbeweis）。^[53]在该证据能否成为认定案件事实的根据（“民诉法解释”第104条第2款）的层面上，这一待证事实为关于证据本身的事实主张，适用与前述将案件事实作为待证事实的当事人陈述相同的规则。

此外，在必要时，本证方将由于现有证据不足以支持其事实主张，而需要向法院申请法定鉴定意见，此时可能涉及鉴定释明规则和依职权调查收集证据制度（2019年“证据规定”第30条）。对此，法官应通过鉴定释明促使当事人提出符合现行法规定的鉴定申请，这种释明包括对已提出的鉴定申请的补充完善和促使当事人提出鉴定申请。在规范层面上，也应当考虑使法官享有依职权启动鉴定程序的裁量权。

四、当事人合意对诉讼外鉴定的例外转换

（一）诉讼外鉴定经合意可转换为鉴定意见

当事人之间的合意可以使诉讼外鉴定例外地转换为法定鉴定意见。这蕴含了进一步发展诉讼契约理论的新契机，也为证据种类的复合性提供了合意基础。“医疗损害责任解释”第15条第1款规定：“当事人自行委托鉴定人作出的医疗损害鉴定意见，其他当事人认可的，可予采信”（虽然该解释经法释〔2020〕20号修正，但该条未作修改）。这意味着，与2019年“证据规定”第89条第1款的一般规定相同，经过其他当事人认可的诉讼外鉴定可以作为鉴定意见被法院采信。当本来认可的一方当事人事后反悔时，法院应当责令其说明理由，在必要时也可以责令其提供相应证据并加以综合审查（2019年“证据规定”第89条第2款和“民诉法解释”第229条）。

然而在司法实践中，该规则仍面临着提出诉讼外鉴定的一方的相对方拒绝发表质证意见时，应当如何认定诉讼外鉴定意见的效力的问题。如果参考2019年“证据规定”第4条对于当事人就对方的事实主张不置可否时经再次询问仍不表态可以推定为自认的规则，似乎可以类推认为经催告后仍不质证就意味着默示认可。但是，最高人民法院明确拒绝了这种解释，而是表示拟制自认规则不适用于对证据的认可，法院仍应依照法定规则审查证据。^[54]最高人民法

[52] 参见前引〔23〕，Rosenberg/Schwab/Gottwald书，第11节边码15以下。

[53] Vgl. Stein/Jonas/Thole, ZPO, 23. Aufl., 2015, § 284 Rn. 15.

[54] 参见前引〔19〕，最高人民法院民事审判第一庭编著书，第782页。

院此前也指出,在当事人已经提交了自行委托的私鉴定时,即使此时另一方当事人未异议、未充分质证或者未在诉讼过程中申请鉴定,法院仍然“不可轻易认定该自行委托鉴定的鉴定意见的证据效力”,而是要考虑避免虚假诉讼的需要,并且考虑启动鉴定程序的必要和依职权启动鉴定程序的条件。^[55]换个角度看,证据质证权被认为是单纯的诉讼权利(民事诉讼法第71条前句和“民诉法解释”第103条第1款)而不具有诉讼负担的属性,当事人拒绝质证对其不产生任何不利后果。只不过,证据提出方的相对方固然有权“在原审中拒绝发表质证意见或者质证中未对证据发表质证意见”(“民诉法解释”第389条),但是根据诚实信用和禁反言原则,其不得以其弃权行为为由申请再审。

德国法也明确将当事人之间的合意作为其立足于事实陈述的一般规则的例外。在双方当事人达成一致时,私鉴定在理论上被认为可以成为公鉴定证据。^[56]这种例外规则认可了当事人达成的诉讼契约的约束力,^[57]尊重当事人对证据种类的合意选择权。^[58]暂且不论这种合意被认为在实践中几乎不可能出现,^[59]这一观点也得到日本少数学说的接受。^[60]抽象来看,这一方面意味着当事人的约定可以开启有别于常规诉讼程序的程序安排,对本来由法院主导的程序进程施加决定性影响,其典型代表是《人民法院在线诉讼规则》(法释〔2021〕12号)第2条第2项确立的合法自愿原则与第4条第1款和第2款明确的当事人同意规则;另一方面则肯定了当事人的合意对其自身具有的约束效力,可以表现为比如诉讼程序的调解结案方式(民事诉讼法第100条和第101条)和仲裁协议对法院主管权的排除效力(民事诉讼法第127条第2项和仲裁法第9条第1款)。前者对应程序推进中的职权进行主义,后者则重申了当事人的自我责任。

实体法领域中也存在解释出上述合意模式的空间。虽然我国司法实践中部分诉前委托的鉴定是由当地法院、人民调解委员会或公安机关启动的,但是在鉴定机构的确定上,仍可能由当事人自行协商确定,^[61]即体现出当事人合意的约束效力。于是,一旦当事人合意选择了鉴定机构,也就意味着其认可诉前鉴定程序的启动,并且相应行使其程序选择权。笔者认为,在当事人达成合意后,承认这种由中立第三方启动的诉前鉴定为法定鉴定并且相应地适用与法定鉴定相同的规则,应该也没有程序法上的疑问。除非有违现行法或者基本程序正义及其观念(如诉权不得排除),否则原则上应当尊重其意思自治,在理念上重视“以当事人自治和诉讼主体地位为基础的合意性程序性合意”。^[62]

进而,“医疗损害责任解释”第15条第2款则规定:“当事人共同委托鉴定人作出的医疗损害鉴定意见,一方当事人不认可的,应当提出明确的异议内容和理由。经审查,有证据足以证明异议成立的,对鉴定意见不予采信;异议不成立的,应予采信。”笔者认为,此时双方就

[55] 参见最高人民法院民事诉讼法修改研究小组编著:《〈中华人民共和国民事诉讼法〉修改条文理解与适用》,人民法院出版社2012年版,第186页以下。

[56] BGH NJW 1993, 2382, 2383.

[57] Vgl. Wagner, Prozessverträge: Privatautonomie im Verfahrensrecht, 1998. 我国相关研究,参见张卫平:《论民事诉讼的契约化——完善我国民事诉讼法的基本作业》,《中国法学》2004年第3期,第73页以下。

[58] 从解释论上认为当事人不具有这种合意选择权的意见,参见 Zöllner/Greger, ZPO, 33. Aufl., 2020, Vor § 402 Rn. 3.

[59] 参见前引〔44〕, Baumgärtel/Laumen 书,第3章边码61。

[60] 参见前引〔44〕,松本博之等书,第549e页。

[61] 参见席飞:《论民事诉前鉴定程序及其建议——以诉前鉴定试点情况展开》,《中国司法鉴定》2021年第1期,第20页以下。

[62] 傅郁林:《新民事诉讼法中的程序性合意机制》,《比较法研究》2012年第5期,第55页以下。

鉴定人选达成一致意见并且实施的共同委托行为，也属于前述合意转换鉴定性质的情形，使诉讼外鉴定成为法定鉴定意见。即使此时相关鉴定程序并非在诉前由公权力机关启动，而是在诉讼前或者过程中由双方当事人自行启动，同样可以适用与前述相同的转换规则并适用法定鉴定的规则。由于此时当事人的约定并未进一步对法官的事实认定权产生约束力，其并不构成后述的约束性合意鉴定与仲裁鉴定契约。^[63]当然，无论合意转换为法定鉴定的诉讼外鉴定最初是否有相关公权力机关的参与，都存在事实上未严格遵守鉴定的法定程序的可能性。

当诉讼外鉴定经当事人合意转换为法定鉴定证据时，达成合意的是诉讼外鉴定的效力，而非仅是鉴定程序的启动。因此，这里就诉讼外鉴定效力的合意包括两层含义，一方面是共同启动鉴定程序，另一方面是共同选定鉴定人。随后，在认可当事人享有申请鉴定的诉讼权利的同时，^[64]对转换后的诉讼外鉴定应当适用既有的鉴定意见规则。一方面，该鉴定仍应满足鉴定申请的一般审查条件（“民诉法解释”第121条第1款）。比如，法院应当考虑证据与待证事实有无关联性及其实质证明力大小，满足证据法上的证据排除规则和待证事实具体化要求、程序法上的举证时限和纠纷解决必要性以及与之相关的具体实体法规则。鉴定申请的审查要件对应审查通过后法院对鉴定申请的批准，既然要对诉讼外鉴定与法定鉴定意见一视同仁，那么两者必须满足相同的条件。至于通常情况下对鉴定申请的审查发生在委托鉴定之前，而转换的诉讼外鉴定在审查时已经完成，则并不重要。另一方面，鉴定意见是法官形成自由心证的重要基础，事实认定权仍然掌握在法官手中。双方当事人对诉讼外鉴定的认可，也并不排除法官对被认可证据的证明评价。^[65]法官应当避免“以鉴代审”，依照2019年“证据规定”第85条第2款“对证据有无证明力和证明力大小独立进行判断”。《最高人民法院关于知识产权民事诉讼证据的若干规定》（法释〔2020〕12号）第23条则更加明确地规定了法院审查鉴定意见的具体因素，包括鉴定人的资格、能力、回避必要及其他公正性担忧、鉴定方法和鉴定程序、送检材料和鉴定意见的依据。

此外，在解释论上我们也面临如何认识2019年“证据规定”第41条之修改的问题。除对诉讼外鉴定的定性不同之外，2019年“证据规定”第41条要求相对方应当首先提出充分的反驳证据或者理由，随后才有权向法院申请鉴定，法院对该申请应当准许。而根据2001年“证据规定”第28条，如果相对方能够提出充分证据加以反驳，可以申请的是“重新鉴定”。从“重新鉴定”概念的体系解释出发，相对方应当进一步证明鉴定结论“经过质证认定不能作为证据使用”，且该证据缺陷不能“通过补充鉴定、重新质证或者补充质证等方法解决”（2001年“证据规定”第27条）。仅从文义和体系来看，新规则意味着对鉴定申请权的规制与相对方反驳成功标准的调整。但是，不能就此认为就前者鉴定申请权而言，申请法院鉴定的权利限缩至反驳诉讼外鉴定的一方。对于损害因果关系、工程造价或者书证真伪等专门性问题，固然只有一方承担鉴定的必要，但是双方均有申请鉴定的权利。更合理的解释方案是将2019年“证据规定”第41条仅视为程序法上的注意规定，提示了相对方申请法院鉴定的权利。至于法院对鉴定申请的审查，仍应回到前述法定鉴定意见的一般规则。就后者反驳标准而

[63] 不同理解，参见前引〔17〕，占善刚等文，第646页。

[64] 参见厦门万杰隆集团有限公司与厦门港务贸易有限公司、原审第三人中国平安财产保险股份有限公司厦门分公司质押合同纠纷案，最高人民法院（2021）最高法民申6301号民事裁定书。案件重点在于一审未申请鉴定的当事人也能在二审中提出鉴定申请。

[65] 参见前引〔19〕，最高人民法院民事审判第一庭编著书，第779页。

言,现行法在反驳证据之外增加了反驳理由,而且没有限缩在原来较为严格的重新鉴定的适用范围,更符合诉讼外鉴定不同于法定鉴定意见的属性。

(二) 约束事实认定的合意鉴定

在通过合意转换为法定鉴定意见之外,还存在当事人共同委托鉴定并以鉴定意见作为认定事实依据的约定。这种做法虽然不属于针对案件事实本身的典型书证,但是与书证相同,均是以其内容对案件的事实认定产生影响,只不过此时被证明的是合意鉴定本身。满足这种条件的诉讼外鉴定具有更强的事实认定效力,直接代替了法官本来应当经由法定规则与自由心证完成的证明评价。

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释(一)》(法释〔2020〕25号)第30条规定,当事人在诉讼前共同委托有关机构、人员对建设工程造价出具咨询意见时,如果双方当事人明确表示受该咨询意见约束,则不得在诉讼中表示不认可该咨询意见,法院也不应准许其鉴定申请。虽然名为“咨询意见”,但是该制度的实质即就工程造价出具的鉴定。当一方当事人拿出记载“咨询意见”的书证时,只要能确定其形式证明力(特定专业人士如约出具),书证记载的内容即例外地具有不可推翻的实质证明力,能够证明本案中讼争工程造价数额的主要事实。

从民事诉讼契约化的原理出发,确实可以将诉前当事人的“诉讼”行为理解为证据契约,即“私下共同达成以私鉴定方式确定案件事实的合意”。^[66]就其对合意及相应约束力的重视来看,本条规则也与前述通过合意将诉讼外鉴定转换为法定鉴定的做法一脉相承,但是由于产生了额外的约束效力,在民事诉讼的合意性方面走得更远。

上述合意鉴定制度虽然在我国较少出现,但是在比较法上已有相对充分的发展,在解释论上认识和扩展前述我国法上的约束性咨询意见时,相关比较法经验也具有参考价值。就此而言,德国法承认当事人通过约定将一部分事实认定权交由第三人的行为的效力,也可以被理解为基于私法自治向第三人的委托。^[67]在日本法上,作为与公鉴定相似的制度,^[68]仲裁鉴定契约被认为属于广义上的证据契约,体现了双方当事人就如何确定作为判决基础的事实的事实合意。出于对事实认定方法的决定权与权利自由处分之间的关联关系,证据契约尤其是仲裁鉴定契约的效力也得到认可。^[69]

从通常理解来看,德国法上的仲裁鉴定人(Schiedsgutachter)对事实问题作出的裁判原则上约束法院,^[70]因此有别于作为证据手段的鉴定人,随后就已经认定的事实不再有法官自由心证的空间。同时,就仲裁鉴定人的约定也有别于仲裁协议,其并非代替法院处理当事人之间的整个纠纷,也不具有阻止启动诉讼程序的诉讼障碍效力。^[71]此外,仲裁鉴定人还可以被授权处理抽象的法律问题,但是原则上无权处理当事人在法律上的权利义务问题,比如给付的内容仍应由法院确定。^[72]为了使仲裁鉴定人获得确定给付内容的权限,当事人必须在仲裁鉴定

[66] 类似理解,参见前引〔17〕,占善刚等文,第646页。

[67] Vgl. Kleinschmidt, Delegation von Privatautonomie auf Dritte, 2014.

[68] 参见〔日〕高田裕成、三木浩一、山本克己、山本和彦:《注釈民事訴訟法第4卷》,有斐阁2017年版,第344页以下。

[69] 参见前引〔32〕,新堂幸司书,第602页以下;前引〔32〕,伊藤真书,第362页。

[70] MüKoZPO/Münch, 5. Aufl., 2017, vor § 1025 Rn. 75; Zöllner/Greger, ZPO, 33. Aufl., 2020, Vor § 402 Rn. 5.

[71] Vgl. Musielak/Voit, ZPO, 18. Aufl., 2021, § 1029 Rn. 17, § 1032 Rn. 2.

[72] Vgl. Zöllner/Geimer, ZPO, 33. Aufl., 2020, § 1029 Rn. 4 f.

契约之上签订实体法意义上的合同。^[73]此时，类推民法上单方给付确定权由于显失公平而不具有约束力的规定（德国民法典第319条第1款），在仲裁鉴定人的认定显然错误时，该认定不具有约束力。^[74]值得注意的是，由于被认为兼具实体法和程序法的性质，仲裁鉴定人与仲裁协议的区分在德国理论和实务中存在较大争议，^[75]在法律效果上也被认为可以基于不同理解，分别适用程序法上关于仲裁程序的规则或者民事实体法上关于给付确定权的制度。如果未来我国在理解前述合意鉴定时有意借鉴前述德国法经验，也必须以确保实体法与程序法的深层互动为前提。

五、证明对象调整后的诉讼外鉴定证据

（一）诉讼外鉴定可构成报道性书证

1. 作为书证的证明对象

除了作为当事人陈述或法定鉴定意见，诉讼外鉴定还常常被认为可以构成书证。^[76]笔者也认为诉讼外鉴定能够通过调整证明对象的方式成为书证。这应当是证据种类复合性主要针对的情况，也能够对很多定性有争议的证据提供更一般的判断框架。但也有学者认为此时不能适用私文书证的质证规则，且诉讼外鉴定形成于争议事实发生之后，从性质上也区别于纠纷形成过程中产生的书证。^[77]笔者认为，前述医疗鉴定、交通事故鉴定、火灾事故鉴定和高空抛物事实的公安认定书可以被认定为报道性公文书，^[78]但其证明力应当进一步分析。从对公、私文书的形式及实质证明力加以区分的理论认识来看，上述报道性公文书被推定具有形式证明力，即能够记录相关人如其在书证中所述，作出了书证中相应的事实认定和意见；但是基于对“民事诉讼法解释”第114条的限缩解释，鉴定书认定内容本身不应对事实经过产生推定实质证明力的效果。

在德国法上，私鉴定所记载的鉴定意见也可以被视为书证。^[79]对比而言，在日本法上，私鉴定则被主流学说认为构成书证并适用书证的规则。^[80]少数说则认为，这种做法将使提供意见的专家逃避可能适用的鉴定人责任，同时如果坚持书证证明的规则，也无法保障相对对方对专家的质询权，更由于书证的证据属性会对法官形成心证产生影响。^[81]但是无论如何，德日传统上认为书证对案件待证事实的实质证明力属于法官自由心证的事项，那么对于案件事实来说，作为书证的私鉴定意见也不会被法律规定具有某种固定的证明价值。

[73] 参见前引〔72〕，Zöller/Geimer书，第1029条边码5。

[74] BGH NJW 2001, 3775, 3776 f.

[75] MüKoZPO/Münch, 5. Aufl., 2017, vor § 1025 Rn. 76 ff.; 前引〔71〕，Musielak/Voit书，第1029条边码17以下。

[76] 参见宫雪：《法院的专家：英国专家证人权责的重塑及启示》，《中国司法鉴定》2021年第4期，第26页；陈如超：《新〈民事证据规定〉对法官权责的制度改造——基于司法鉴定的视角》，《证据科学》2020年第2期，第188页以下。

[77] 参见前引〔17〕，占善刚等文，第647页以下。

[78] 参见前引〔19〕，最高人民法院民事审判第一庭编著书，第406页以下。较早时期认为属于鉴定结论的观点，参见张永泉：《论民事鉴定制度》，《法学研究》2000年第5期，第115页以下。

[79] Vgl. Zöller/Greger, ZPO, 33. Aufl., 2020, Vor § 402 Rn. 4; 前引〔18〕，Ghassemi-Tabar/Nober文，第553页。

[80] 参见〔日〕三木浩一、笠井正俊、垣内秀介、菱田雄郷：《民事訴訟法》，有斐阁2018年版，第311页；前引〔32〕，伊藤真书，第410页。

[81] 参见前引〔44〕，松本博之等书，第549e页。

是否承认私鉴定书作为书证的证据种类,可能更多体现的是民事诉讼与证据理论上不同的认识角度,此时也应当考虑类推不同证据类型下既有规则体系的影响。无论鉴定机构为何,作为书证的鉴定书的证明对象都是鉴定人就待证事实发表的意见而不是待证事实本身,从而与那些能够直接证明案件事实的书证(如结婚证、合同书)有本质区别。与之相对,在法定要件和程序的保障下,当鉴定书被视为公鉴定意见的书面记载时,其证明对象则是待证事实本身。同时,不能成为鉴定事项的内容同样可以成为作为书证的鉴定书的证明对象。比如,《最高人民法院关于人民法院民事诉讼中委托鉴定审查工作若干问题的规定》(法〔2020〕202号)第1条第6项明确指出,当事人之间的责任划分不属于鉴定事项。这一规则应该也适用于比如交警在交通事故认定书中对主次责任的认定,但是并不妨碍当事人以该认定书为依据,证明交警曾经发表就责任认定的意见。总之,注意到证明对象方面发生的变化,诉讼外鉴定也可以构成报道性书证。

2. 作为书证的审查规则

诉讼外鉴定可以参照适用作出法定鉴定证据时应适用的规则,即2019年“证据规定”第36条对鉴定人提供签名盖章及资格证明的规定和对具体从事鉴定工作的专家签名义务的强调。公文书证可以由其制作者或者国家机关的存档来证明其真实性和形式证明力(2019年“证据规定”第91条),法院在必要时也有权要求制作文书的机关或者组织说明文书的真实性(“民诉法解释”第114条后句)。而对私文书证真实性的审查,则应当围绕针对这一辅助事实的特别证明责任规范(2019年“证据规定”第92条第1款)。与“民诉法解释”第91条基本确立的证明责任分配的规范说一脉相承,当文书中涉及对某一方当事人在权利成立与权利否认意义上有利的事实主张时,该方应当承担文书为真的证明责任,即证明责任的分配与谁提出证据无关。此外,从其性质及司法实践来看,诉讼外鉴定必然包括制作者的签名、盖章或捺印,此时也可以适用2019年“证据规定”第92条第2款中的推定为真规则。

进而,对于某些具有更高公信力的机构作出的诉讼外鉴定,在证明评价层面可以特别对待。固然,直接对应案件事实的书证尚不能推定其待证事实为真,作为书证的诉讼外鉴定对应的是专家对案件事实的意见,自然更不能具有特别的证明力。但是,这并不限制法官在个案事实认定中的权限,此时应当发挥作用的是事实上的推定与经验法则。交通事故鉴定、火灾事故鉴定和高空抛物事实的公安认定书等符合公文书的定义(“民诉法解释”第114条),虽然这些文书并非处分性公文书因而不适用实质证明力推定规则,但是在我国司法实践中,其证明力也得到了广泛认可。类似于合同书,此类公文书被最高人民法院认为“应作为确定当事人法律关系性质的逻辑起点和基本依据”并且原则上具有“书面证据之证明力”。^[82]在最高人民法院170号指导案例中,最高人民法院也认可了江西省建设业安全生产监督管理站就讼争房屋出具的《房屋安全鉴定意见》,认为该房屋应当尽快拆除,双方当事人就此签订的《租赁合同》因违背公序良俗而无效。^[83]上述有相关职权部门在其职权范围内作出的公文书应当具有较强的证明力,其经验法则具有的盖然性较高。对这一我国司法解释中的“日常生活经验法则”

[82] 参见洪秀凤与昆明安顿佳房地产开发有限公司房屋买卖合同纠纷案,《最高人民法院公报》2016年第1期,第39页以下。

[83] 参见前引〔15〕,饶国礼诉某物资供应站等房屋租赁合同纠纷案。值得注意的是,该案的原始案例判决书(最高人民法院(2019)最高法民再97号)中载明双方在法院释明后对合同无效没有争议,这一态度也可以倒推出双方当事人认可诉讼外鉴定的效力。

(2019年“证据规定”第10条第1款第4项)的适用,是理论上广泛承认的经验法则的常规适用模式。此时,受到不利影响的相对方通常只能通过反证挑战法官对案件事实的心证程度(“民事诉讼法解释”第93条第2款前半句),而很难直接攻击此类公文书具有较高证明力的经验法则本身。配合前述否定诉讼外鉴定作为法定鉴定意见的理论观点,在转换证明对象后将诉讼外鉴定视为书证的配套方案,能够保障个案法官的事实认定权与对认定素材的要求。与前述对法定鉴定意见和当事人陈述的审查方式相似,法官就经验法则的盖然性与报道性书证的制作也应当保障当事人发表意见的机会。

与上述相反,医疗损害责任案件中的医疗鉴定在我国实务中面临很多挑战与质疑。从其通常属私文书的性质与广泛争议出发,不宜默认此类鉴定在事实上具有较强的证明力。此外,如前所述,约束事实认定的合意鉴定则例外地具有不可推翻的实质证明力。至于委托作出诉讼外鉴定的当事人向法院申请让这里的鉴定人作为专家辅助人出庭,同样有可能通过专家辅助人在庭审中进一步发表的意见,提高法官在形成心证时对报道性书证证明力的评价。

(二) 诉讼外鉴定可构成鉴定证人及其证言

1. 两大法系证人制度的启示

诉讼外鉴定还可以被定性为证人及其证言,^[84]这同样需要通过调整证明对象来实现,并能够进一步佐证诉讼外鉴定的证据种类的复合性。从鉴定的基本含义出发,鉴定人发表的意见针对的是专门性事实问题,而不是案件事实本身,因而通常不符合成为证人的条件。但是,这种理解仅限于设置鉴定证据这一证据种类的大陆法系法域。在英美法系中,专家以专家证人的形式就事实问题提出意见则是其庭审模式的重要特征。^[85]专家证人主要是当事人自行选择并申请在法庭上提出的结果。当事人原则上均有权无视对方态度,提出包含专业意见并通常只对自己有利的意见材料,由法院判断是否及如何采纳。即使考虑到近二十余年来逐步强化的法官案件管理权,专家证人仍然是事实发现中的重要内容。在被提出之后,专家证人将接受双方律师的直接询问和交叉询问,并且通过这一对抗制下的程序实现查清事实的功能。在这个意义上,在英国司法改革中晚近出现的、由双方共同选定的单一专家证人模式虽然增加了对专家证人辅助法院功能的强调,^[86]但是仍然被认为由于缺少了对抗制保障而有不准确的风险,因而仍有必要补充引入分别代表各方当事人的专家证人。^[87]

固然,我国民事诉讼中很难成套引入依托于交叉询问的专家证人制度,^[88]交叉询问的庭审进行方式本身也与2019年“证据规定”第73条和第74条就证人连续作证与对证人的询问的一般规则存在冲突。但是专家证人制度显然是一种具有代表性与生命力的程序法律制度。在这种情况下,诉前与诉中提出的专家证人之间将不存在差异,其落脚点都是在庭审中如何询问与审查专家证人。由于我国民事诉讼法无论是在历史上还是当下均未选择这一模式,因而这种理解只能作为一个比较法上的开放性议题,并有待在我国立法论上进一步思考。值得关注的是,在同样长期选择鉴定人模式的我国台湾地区,由于2021年施行的“商事事件审理法”的特别

[84] 参见韦中铭:《论当事人自行委托鉴定的结论性质》,《政法论坛》2001年第1期,第46页以下。

[85] See Oscar Chase et al., *Civil Litigation in Comparative Context*, West Academic Publishing, 2017, p. 11.

[86] 参见前引[76], 宫雪文, 第21页以下。

[87] See Neil Andrews, *Andrews on Civil Processes. Court Proceedings, Arbitration & Mediation*, Intersentia, 2019, p. 351.

[88] 参见张卫平:《民事诉讼法比较研究方法论——对民事诉讼法比较研究中若干关联因素的思考与分析》,《国家检察官学院学报》2019年第6期,第164页;前引[36],沈德咏主编书,第394页。

制度设计,诉讼外鉴定确实可以直接作为专家证人参与商事诉讼,就这种于商事诉讼中“发新芽”的法系融合尝试而言,其未来的实践发展值得考察。〔89〕

同时,由于诉讼外鉴定甚至可能出现在纠纷尚未产生的早期阶段,专家也可能有机会亲自观察和感知相关事实情况。于是,专家也可以与其他知道案件情况的人一样作为证人出庭作证。参考德国法经验,在特定情况下,法院可以考虑将私鉴定人作为鉴定证人(sachverständiger Zeuge)询问。比如,当只有私鉴定人曾经亲自在事故现场勘验而公鉴定人仅仅在现有照片和私鉴定人报告的基础上作出其鉴定意见时,德国第三审法院认为上诉法院本应许可当事人对调查私鉴定人的证据申请。〔90〕此时,待证事实并非讼争的案件事实,而是私鉴定人在现场所发现的事实(Befundtatsachen)。〔91〕以曾治疗交通事故受害人的医生为代表,这种鉴定证人就其所感知的事实现场、人身伤害等事实作证,并且应当适用证人的一般规则(德国民事诉讼法第414条)。

因此,虽然鉴定证人与案件中的鉴定人证据相同并需要利用专门知识,但是其具有与证人相同的不可替代性,也不能被申请回避。〔92〕甚至可以认为,在这种案件场景中,能够更早介入的私鉴定具有公鉴定所不具有的优势。〔93〕在特别情况下,鉴定证人也可能被法院委托为公鉴定人并且未被对方当事人申请回避(德国民事诉讼法第406条),此时该鉴定证人才能就基本确定的事实提供客观评价与分析结论。〔94〕与此相关,由于作证方式与目的上的区别,已经被成功地申请回避的公鉴定(候选)人,则不能简单地通过改变参与诉讼的身份的方式,以鉴定证人身份接受法官询问并提供证据。〔95〕

从上述德国实务与理论界的认识来看,虽然鉴定证人与公鉴定人的作证都需要利用相应的专门知识(对应“鉴定”),但是鉴定证人的特殊性恰恰体现在证人证据与鉴定人证据之间的差别(对应“证人”)。〔96〕这一对照比较对我国的诉讼外鉴定与法定鉴定意见来说同样成立。同一诉讼外鉴定人有可能“分饰两角”,但这并非是两种证据种类的简单混合,而是分别针对不同的证明对象。在这一前提下,可以说诉讼外鉴定在某些情况下也能够成为证人证据。

2. 鉴定证人审查评价的规则

由于鉴定证人是证人的一种特殊形式,对其的司法审查适用询问证人的一般规则。无论是民事诉讼法第75条第1款前句规定的证人作证义务还是民事诉讼法第76条前句规定的证人出庭作证的要求,均适用于鉴定证人。其中,2019年“证据规定”第69条第2款就证人出庭作证的申请书提出了“作证内容与待证事实的关联性,以及证人出庭作证的必要性”的要求,其内容属于证据申请应满足条件的一部分(“民诉法解释”第95条)。就鉴定证人而言,只要明确其证明对象是鉴定当时的过程与情况而不是作为鉴定人作证时需要论证的专门意见的内容,其证据关联性即无争议。

〔89〕 参见沈冠伶:《专家参与民事审判之多元角色及听审请求权之保障:商业事件审理法是否为最后一块拼图?》,《台大法学论丛》第50卷第2期,第453页以下;许士宦:《商业诉讼新论》,新学林出版股份有限公司2021年版,第35页以下。

〔90〕 BGH NJW-RR 2004, 1362, 1363.

〔91〕 参见前引〔44〕, Baumgärtel/Laumen 书,第3章边码61;前引〔18〕, Ghassemi-Tabar/Nober 文,第552页,第553页。

〔92〕 Vgl. Pohlmann, Zivilprozessrecht, 4. Aufl., 2018, Rn. 391.

〔93〕 参见前引〔10〕, Meller-Hannich 文,第277页。

〔94〕 BGH NJW 2013, 3570, 3572, Tz. 19 f. 本案中的鉴定证人则被成功地申请了回避。

〔95〕 MüKoZPO/Zimmermann, 6. Aufl., 2020, § 414, Rn. 3.

〔96〕 参见前引〔18〕, Ghassemi-Tabar/Nober 文,第552页以下。

而在证人出庭作证的必要性方面，似乎可以解释出作证必要性和出庭必要性两方面。作证必要性实际上是证据申请中共通的审查要件。^[97]而出庭必要性，似乎只应成为注意规定而不具有强制性，其缺少也不影响作证申请书的效力。原因在于，民事诉讼法第76条的文义明确表示，能够有效作证的证人以出庭为原则、不出庭为例外，不出庭必须提供正当理由。2019年“证据规定”第68条第3款则进一步强调，无正当理由未出庭的证人即使以书面等方式提供证言，其证言也不得作为认定案件事实的根据。该条第1款将“审理前的准备阶段或者人民法院调查、询问等双方当事人在场”的情况也视为出庭，扩张解释了民事诉讼法第76条前句。为了说明民事诉讼法第76条后句第4项的兜底条款，2019年“证据规定”第68条第2款则将双方当事人同意证人以其他方式作证并经人民法院准许的情况作为一种具体化的正当理由。上述较新规则也都没有否定证人作证需出庭的原则。那么，申请证人作证的一方可以默认证人应当出庭作证，不说明出庭的必要性也不影响其申请的效力。主张不出庭例外的一方才有必要提出程序性抗辩，论证不出庭的必要。鉴定证人的出庭作证也应当适用上述一般规则，鉴定证人的特殊性无法论证此时设置例外规则的必要性。

同时，还值得注意的是2019年“证据规定”第72条第1款的规定，证人应当客观陈述其亲身感知的事实，不得使用猜测、推断或者评论性语言。与此相比，鉴定人则就其鉴定事项作证，当庭或者在庭审结束后如实答复当事人的异议和审判人员的询问（2019年“证据规定”第80条第1款）。在鉴定人根据委托鉴定的内容和要求并以鉴定材料为依据撰写鉴定书时，必须包括鉴定所依据的原理、方法、对鉴定过程的说明和最终形成的鉴定意见（2019年“证据规定”第36条第1款第2-6项），其内容必然不同于证人的作证任务。就此而言，对于包括另案诉讼过程中由法院委托的鉴定意见在内的诉讼外鉴定，除了如前所述无法适用鉴定人出庭作证的规则外，法院也不能将诉讼外鉴定的鉴定人作为鉴定证人审查。毕竟，同一个专家在法庭上的身份不同，决定了其作证的内容与方式也不同。

结 论

诉讼外鉴定在我国司法实践中具有明显的影响力，其理论定性是学者争议的前沿问题。从不同层面观照诉讼外鉴定的证据法定性，其直接目的即发现上述定性判断对于法官在程序法和证据法上展开司法审查的影响。本文从我国司法现实出发，结合对大陆法系与英美法系的功能主义比较研究，有以下几点结论。

其一，诉讼外鉴定的定义包含所有不是由法院在案件审理过程中委托的鉴定，但只有其中可能出现在法庭上发挥某种事实发现作用的才是严格意义的诉讼外鉴定。其二，考虑到法定鉴定意见需要的中立性和只有当前的诉讼程序本身才能充分保障采纳鉴定证据所需的证据收集程序要求，只有在本案诉讼过程中依法定程序形成的专家意见才构成法定鉴定意见。作为例外，当事人之间的明示合意可以使诉讼外鉴定转换为法定鉴定意见，此时需要审查合意的内容并适用法定鉴定意见的规则。当事人共同委托鉴定并以鉴定意见作为认定事实依据的约定应当有效。其三，在民事诉讼中应当区分当事人对案情的陈述和当事人所陈述的内容中应当作为证据处理的部分。应当将诉讼外鉴定理解为事实主张，其构成对法定鉴定意见的补充，能发挥塑造

[97] Vgl. Stein/Jonas/Thole, ZPO, 23. Aufl., 2018, § 284, Rn. 70, Rn. 76.

诉讼争点和补强法官专门知识的功能,还能被用于挑战鉴定意见的可靠性。其四,作为书证的鉴定书的证明对象是鉴定人就待证事实发表的意见而不是待证事实本身。对于上述书证的形式证明力,可以参照适用法定鉴定人作出鉴定意见的规则和公、私书证的真实性审查规则。其五,由于诉讼外鉴定甚至可能出现在纠纷尚未产生的早期阶段,诉讼外鉴定的专家也可能作为证人,就亲自观察和感知的相关事实情况作证。此时诉讼外鉴定人固然要利用自己掌握的专门知识,但是其作证适用的是证人的规则而非法定鉴定人的规则。其六,就诉讼外鉴定的讨论表明,可以归入同一类型的证据资料可能由于当事人的程序合意和不同的证明对象而同时构成多种类型的证据,因而就其证据种类的判断具有复合性。判断是否构成证据以及构成何种证据,关键在于关注当事人在诉讼法上的合意,追问相关证据种类的本质特征和应当适用的审查程序与证明评价。无论如何,审查诉讼资料或者证据资料的重点应当在于对当事人具体参与辩论的权利的保障,借此维护当事人发表意见的机会与法官的事实认定权。

Abstract: The evidence nature and the corresponding rules of judicial review of extra-judicial expert identifications deserve more attention. Only those with fact-finding function can be regarded as extra-judicial expert identifications in the sense of evidence law, which could further be classified in different types of evidence. Considering the neutrality of expert identifications and mandatory requirement of evidence collection proceedings with the right of objection as its core, extra-judicial expert identifications should in principle not be regarded as judicial expert identifications. An extra-judicial expert identification could constitute the particulars of the case presented by the parties as factual allegations, but could not be regarded as the parties' presentation as evidence. Nevertheless, the court should safeguard the parties' right to be heard by presenting such particulars that have the function of denying the necessity of judicial expert identification or challenging judicial expert identification. Merely based on the principle of contractualisation within civil litigation, an extra-judicial expert identification could exceptionally be transformed into judicial expert identification based on the consensus of the parties. The parties are also free to agree that the conclusion of an extra-judicial expert identification mutually designated by both parties could be used as the basis for fact-finding. Based on the adjustment of the facts to be proved, an extra-judicial expert identification can also be used as documentary evidence that has the function of reporting the facts. In this regard, the facts to be proved are the opinions that the expert gives regarding the to-be-proven factual allegations, rather than the objective facts of the case themselves. Although judicial expert identification in continental legal systems differs from the expert witness in common law systems, an extra-judicial expert identification could constitute special expert witness, who can prove the facts that he has observed and perceived by himself during the process of preparing his professional identification.

Key Words: extra-judicial expert identification, judicial expert identification, parties' presentation, reporting documentary evidence, witness for expert identification
