

论多次鉴定的驱动机制与法律对策

叶自强*

内容摘要 本文选择若干个案，剖析多次鉴定中三个主体（当事人、鉴定人和法律人）之间展开激烈博弈的过程，揭示多次鉴定中“当事人唯利启动，鉴定人积极跟进，法律人迁就退让”的严重扭曲的驱动机制。当事人的利益是驱动多次鉴定运转的决定性因素，从理论上否定了所谓“重新鉴定是鉴定意见的重要纠错机制”的观点，否定了多次鉴定的思想根据，同时也发现由法律规定最高鉴定次数的必要性和迫切性。最后提出建立“两次鉴定”制度的构想，即无论原告还是被告，在诉讼中都只能各有一次鉴定的机会；禁止进行第三次鉴定；不允许二审阶段发生任何鉴定活动。如果一审阶段没有发生鉴定事宜，而二审法院认为有必要进行鉴定的，案件应当发回原审法院重审。再审阶段不允许启动任何鉴定事项。案件的事实问题原则上必须在一审阶段查清。

关键词 多次鉴定 重新鉴定 利益驱动 鉴定次数 两次鉴定

大约从二十世纪九十年代以来，多次鉴定就广泛存在于我国司法实践中。最初它主要给当事人带来沉重的讼累，引来不少怒冤。到现在，它除了继续承载当事人的更多怒冤之外，还给另外一个涉事主体（鉴定人）造成很大职业困惑和不安全感。^①其积弊之深重，不能不引起人们的焦虑和反思，但人们的反思大多流于表面现象，深层次的研究极为缺乏。笔者拟选择若干个案作深入的解剖，揭示多次鉴定的驱动机制，发现其沉疴，并在此基础上提出应对之策，也许对该问题的解决有所裨益。

一、多次鉴定中严重扭曲的驱动机制

多次鉴定涉及三方评价主体：当事人（民事诉讼的原告和被告；刑事诉讼的犯罪嫌疑人、被害人）、鉴定人和法律人（法官、检察官）。与此相应，也存在三种评价标准：利益评价、技术评价和法律评价。这三方主体之间、三种标准之间是如何展开博弈的，谁是赢家？谁是输家？其运行机制到底是怎样的？下面我们通过两个多次鉴定案例来加以深入的剖析。

* 中国社会科学院法学研究所研究员。

① 近年来，社会鉴定机构和鉴定人遭当事人暴力攻击的恶性事件时有发生。例如2015年7月20日，张某持刀闯入中山大学法医鉴定中心，劫持了一名女医务人员，原因是对该中心出具的鉴定意见十分不满。参见《中山大学劫持案，事件升级持刀劫持女助理》，载“今日头条”，<https://www.toutiao.com/i4779974415/>，最后访问时间：2018年5月10日。

（一）江苏省睢宁县因邻里纠纷引发的故意伤害案^②

1. 基本案情和鉴定意见

本案被告人孙荣良，56岁，被害人李安（化名），48岁，均是江苏省睢宁县姚集镇村民。两家住前后院，多年来一直因宅基地纠纷关系紧张。2014年6月4日16时，李安和孙荣良因宅基地纠纷动起了手，孙荣良拳击李安面部致其鼻骨骨折。9月15日，睢宁县公安局物证鉴定室出具《法医学人体损伤程度鉴定意见书》，认为李安两侧鼻骨粉碎性骨折，其损伤程度为轻伤二级。（第一次鉴定意见，简称S1^③）

2015年1月8日，公安机关以涉嫌故意伤害罪将犯罪嫌疑人孙荣良移送睢宁县检察院审查起诉。4月14日，睢宁县检察院将该案提起公诉。开庭前，孙荣良及其辩护人向法院提出申请，要求对李安伤情进行重新鉴定。县法院于6月22日委托连云港某司法鉴定中心重新鉴定。一个月后，该司法鉴定中心出具一份《司法鉴定书证审查意见书》，认为“结合临床检查及会诊，李安右侧鼻骨线形骨折，属轻微伤”。（第二次鉴定意见，简称S2）

被害人李安对第二次鉴定结果不服，也提出重新鉴定申请。法院于2015年9月29日再次委托南京市某医院司法鉴定所进行鉴定。10月15日，该所出具的鉴定意见书认为，“李安右侧鼻骨线形骨折，属轻微伤”。（第三次鉴定意见，简称S3）

“因证据发生变化，在该案延期审理、补充侦查期间，我们要求侦查机关对李安伤情重新鉴定。”办案检察官介绍说。2017年3月14日，徐州市公安局物证鉴定所出具鉴定意见书，认为李安鼻骨“损伤程度构成轻伤二级”。（第四次鉴定意见，简称S4）

2017年6月13日，被告人孙荣良涉嫌故意伤害案开庭审理。7月17日，睢宁县法院对该案作出一审判决，被告人孙荣良犯故意伤害罪被判处有期徒刑一年，并赔偿被害人各项损失6300余元。^④

2. 对四次鉴定意见的分析和评价

从案情中可以看到，被害人伤情先后经四次鉴定（S1、S2、S3、S4），两次结论为“轻伤”，两次为“轻微伤”。

S1，轻伤，系睢宁县公安局物证鉴定室出具《法医学人体损伤程度鉴定意见书》，系诉前鉴定。它是确定孙某是否构成犯罪的依据。

S2，轻微伤，是检方提起公诉之后，由犯罪嫌疑人和辩护方申请重新鉴定后得出的鉴定意见。法官是基于维护其诉讼权利的考虑，允许其重新鉴定的。但是从辩护方来说，这是为了维护其利益的举动和措施。

S3，轻微伤，是被害人不服S2向法院申请重新鉴定后得出的鉴定意见。本来，从保障诉讼权利的角度来说，睢宁县公安局物证鉴定室已经出具了有利于被害人的鉴定意见（S1），并以此为依据向当地检察机关移送起诉材料。因此，受害人提起第三次鉴定是不必要的行为，是受害人基于单纯的技术评价标准所采取的错误行为。这个鉴定意见对他是不利的。

S4，轻伤，这是检方考虑到“因证据发生变化”，要求公安侦查机关进行重新鉴定得出的鉴定意见。

^② 参见王威、顾敏：《四次伤情鉴定，听谁的？》，载《检察日报》2017年8月24日。

^③ 本案先后发生了四次鉴定，分别用S1、S2、S3、S4来表示。S取自睢宁县的第一个汉语拼音字母。

^④ 参见前引^②，王威、顾敏文。

检方认为，S4是规范的，予以采纳。在检方看来，S4不存在多次鉴定问题，是必要的鉴定。但这种看法是值得商榷的。

3. 关于“因证据发生变化”

所谓“因证据发生变化”，即是指鉴定意见从轻伤到轻微伤的变化。笔者注意到，检方对于已出具的三次鉴定意见并没有随意否定，这意味着检方设定的前提是：S1、S2、S3等三次鉴定及其鉴定意见，都是独立的合理的存在，在法律上具有平等的地位。既然如此，“证据变化”意味着几个鉴定意见不一致，但并不意味着后者推翻了前者，或后者纠正了前者的错误，如果前者确有错误的话。

既然已进行了三次鉴定，得到了S1、S2、S3，为何还要进行第四次鉴定？这无疑透露了检方的一个想法，即需要再一次通过鉴定对已有的S1、S2、S3三项鉴定意见做一次技术评价或检验，反映了技术评价标准在检方心中的重要地位。面对已有的三项鉴定意见，检方不敢独立地作出法律评价，而是屈身于技术标准，从而发生了第四次鉴定。这是S4产生的深层次原因。在这里，是技术评价的权威性起了决定性作用。

4. 如何看待检方和法官否定了S2和S3？

不要忘记如下的庭审事实：检方和法官均以法律评价的方式否定和推翻了S2、S3的法律效力。这个事实说明，S2和S3其实是不需要进行的。本案完全可以基于S1项来作出判决，因为S4与S1结果完全一致。

在对S1、S2、S3、S4四项鉴定意见的评价中，S1、S4结果完全一致，都是轻伤。从S1到S4，经历了一个“轻伤—轻微伤—轻微伤—轻伤”的封闭循环，一个从“轻伤”出发又回到“轻伤”的循环。既然如此，为什么在S1、S2（不一致，能代表本案的两种鉴定意见）出来之后，法官不主动组织庭审，却要顺着多次鉴定的轨道继续滑下去呢？难道从未意识到S3、S4是多余的、不必要的吗？

上述情况说明，迁就当事人利益和鉴定技术的权威性在检察院和法院工作中占有优于法律评价的分量。如果说第二次鉴定是有合理的诉讼平衡需要，那么第三次鉴定就是检方屈从当事人利益的结果。此外，还有什么合理的解释？此案充分反映了多次鉴定中利益、技术和法律等三种评价标准的激烈博弈。其中法律标准受到前两者的严重挤压。在目前的法律框架下，法律评价难以获得正常的空间。

5. 在S1、S2、S3三项中哪些是不必要的鉴定？

我们看到，在S3之前已经有两个不同的鉴定意见：S1与S2。被害人提出第三次鉴定，是因为S2不利于被害人，这是单纯的利益评价。也许他认为有利于己的S1已经被S2推翻，而S2又不利于自己，故不服S2，于是要求重新鉴定。第三次鉴定的结果可能有三：（1）S3与S1一样，都是轻伤；（2）S3与S2一样，都是轻微伤；（3）S3与S1和S2都不一样，即构成重伤。对于第一种结果，被害人肯定满意，却于犯罪嫌疑人不利，他肯定不服，要求重新鉴定。对于第二种结果，被害人不会满意，必然要求再作重新鉴定。至于第三种结果，犯罪嫌疑人是绝对不会同意的，一定会要求重新鉴定。总之，当S3出来之后，不管出现以上三种情形中的哪一种，总会有人要求重新鉴定的。果然，检方说“因证据发生变化”要求徐州市公安局司法鉴定所重新鉴定，结果是轻伤（S4）。

对于S4，犯罪嫌疑人或许有过不满意的抱怨，或许有过重新鉴定的申请。但是法院基于审判期限等因素的考虑，觉得不能再迁就当事人，于是断然要求S1、S2、S3、S4四次的鉴定人出庭作证。这个事实本身说明，其一，在现有的法律框架下此四次鉴定都是合法的、必要的鉴定。在6月13日开庭审理之前所发生的四次鉴定，从程序上说都是必要的，这是未限制鉴定次数必然会发生的结果。其二，

检方否定 S4 意味着,在本案的多次鉴定中,其中的作为技术评价结果的 S4 是可以被否定的。这当然是一种法律评价。检方作出了法律评价,且被法官认可,说明检方和法官是能够积极地就鉴定意见作出法律评价的,有能力克服“以鉴代审”的弊端,有能力克服技术评价依赖症。其三,基于同样的理由,在其余的三项鉴定意见中,可能还有鉴定意见能够被否定,只要法官采取主动措施的话。

(二) 云南省昆明市赵某对李某的故意伤害案

1. 本案起因和鉴定情况

2010年4月9日晚上11点左右,李建森被赵某及其妻子一顿暴打。李反应过来后报了警。赵某随即被刑事拘留。据李建森陈述,他被打的原因是:自己欠赵某18000元的货款,后来双方约定只还15000元,一周内还清,但时间还没到就被赵某及其妻子打了一顿。^⑤

第二天,李觉得左耳嗡嗡作响,基本听不到什么,便去医院检查。“医生告诉我,我的左耳已穿孔,可能要打官司,让我赶紧去做伤情鉴定。”李来到昆明法医院司法鉴定中心。2010年4月12日,李建森的伤情鉴定结果出来:损伤系外力作用致左耳鼓膜外伤性穿孔,伤情为轻伤,九级伤残。(第一次鉴定意见,简称K1^⑥)

10月25日,赵某被取保候审。三天后,警方委托昆明法医院司法鉴定中心对李建森的伤情进行了重新鉴定,结果和第一次一样:轻伤。(第二次鉴定,简称K2)

2011年8月初,官渡区人民检察院以赵某涉嫌故意伤害罪,向官渡区法院提起公诉。同时李建森以赵某的犯罪行为给自己造成经济损失为由,向法院提起刑事附带民事诉讼。

2011年8月23日,法院开庭审理此案。庭审中,赵某及辩护人对鉴定结论有异议,申请重新鉴定。8月30日,法院委托春城司法鉴定中心重新鉴定。但鉴定结论让赵某大吃一惊,结论显示:伤者李建森目前左耳听力障碍程度属重伤,八级伤残。(第三次鉴定,简称K3)

赵某自然不服。同时,公诉机关也认为,对同一人身伤害存在两个以上不同的鉴定结论,因此需要重新鉴定,并申请延期审理。法院同意了。2012年1月30日,经官渡区人民检察院委托,昆明市人民检察院带李建森到省人民检察院进行法医学检查。3月1日,市人民检察院邀约省人民检察院、省公安厅、昆明医学院第一附属医院、昆明市公安局的法医和临床专家共同对李建森进行了会诊。会诊结果显示:李建森的损伤程度为轻伤,伤残等级为十级。(第四次鉴定,简称K4)

至此李建森已进行了四次伤情鉴定,三次轻伤,一次重伤。法院再次开庭审理后,公诉机关依然坚持最先的指控意见,认定李的伤情为轻伤。法院经审理后认为,最后一份会诊意见书由多名权威法医、临床专家共同会诊,是具有一定权威性的文证审查意见,并与昆明法医院司法鉴定中心的鉴定结果相印证,因此,可作为认定李建森伤情的依据,法院予以采纳。法院判决被告人赵某犯故意伤害罪,判处有期徒刑一年,缓刑一年,并赔偿李建森经济损失4万余元。^⑦

2. 三种评价标准之间的博弈

让我们首先选择K2和K3来考察。当K2出来之后,对于犯罪嫌疑人赵某来说,似乎有一种幻觉

^⑤ 参见程浩:《一名受害者的“鉴定苦旅”,4次伤情鉴定得出三种结果》,载《都市时报》2012年6月5日。

^⑥ 本案先后发生了四次鉴定,得出了四个鉴定意见,分别用K1、K2、K3、K4来表示。K取自昆明市的第一个汉语拼音字母。

^⑦ 参见前引^⑤,程浩文。

和侥幸,想纠正K2的“错误”(尽管他根本不知道其中的“错误”在哪里),期待通过重新鉴定,得出比轻伤更轻的“轻微伤”的鉴定意见。^⑧然而结果却得到“重伤”的鉴定意见(K3)。他立即从梦幻中惊醒过来,又一次提出重新鉴定的请求。从赵某对鉴定的意识和行为可以看到,利益衡量始终是驱使他提出重新鉴定的唯一标准。只要鉴定意见于他不利,他就会提出重新鉴定的请求。

我们可以继续推演下去,在对抗式诉讼中,当一个鉴定意见出现之后,只会对当事人一方有利,而对另一方不利。允许不利的一方提出重新鉴定申请,绝不会只出现一个有利于他的结果,而是可能出现两个结果,即对他有利,或者对他不利。如果对他有利,他自然心满意足;反之,如果对他不利,他必然不服,又会提出新的重新鉴定申请。这是一种基于维护其利益所产生的条件反射。其申请鉴定的行为与其利益之间具有直接的相关性。在双方当事人关于鉴定意见的博弈中,如果法律评价机制软弱无力,或者完全缺位,那么必然会催生“多次鉴定”困局,案子会久拖不决。

我们应当认识到,当司法鉴定介入当事人双方的诉讼利益的冲突中,它所作出的鉴定意见不可能同时满足双方的要求,此时面临一个利益选择问题。但这个选择权却不属于直接利益的主体(当事人双方),也不属于间接利益的主体(作出鉴定意见的鉴定人),而是专属于法官。法官应当跳出当事人的纠缠和威胁,跳出单纯的技术标准,跳出鉴定迷信的窠巢,用法律程序的力量解决问题。法官不应当被当事人的利益、被鉴定意见牵着鼻子走。法官应当通过诉讼程序有效地控制鉴定活动。只允许必需的鉴定活动,禁止不必要的鉴定活动。^⑨

在本案中,遗憾的是,当赵某得到重伤的鉴定意见(K3)之后,“公诉机关也认为,对同一人身伤害存在两个以上不同的鉴定结论,因此需要重新鉴定,并申请延期审理。法院同意了”。这里,公诉机关的认识和举措,以及法院的决定,都是错误的,因为他们完全站在技术的角度考虑问题,忽视了法律程序的价值和力量。在法官、检察官获得上述认识之前,遵循法律程序与利益驱动重新鉴定之间的较量还会长期进行下去。

(三)对以上两个案例的小结

通过详细地考察两个案例,大致可以窥视出多次鉴定的驱动机制,其中,追求私利的当事人旺盛执着;拥有技术的鉴定人积极跟进;^⑩法律人则往往滞后(睢宁案)或者缺位(昆明案)。就是说,当事人的利益是驱动多次鉴定运转的决定性因素,这种局面是当初的法律设计者不可能料到的。本来,法官应该在审判实践中起主导作用,当事人和鉴定人都应受到法官的指挥和约束,但现实中法官不得不屈就于当事人的利益,唯恐招来其敌意和报复,因此这是一种受到严重扭曲的、近乎本末倒置的机制,令人惊讶。

^⑧ 我国刑法第234条规定,故意伤害他人身体的处三年以下有期徒刑、拘役或者管制;犯前款罪,致人重伤的,处三年以上十年以下有期徒刑。因此,到底是轻伤还是重伤,对判决有重要的作用。

^⑨ 在司法实践中,为了防止当事人利用鉴定程序拖延诉讼,避免前后鉴定意见冲突带给审判工作的困扰,部分法官对重新鉴定心生抵触,进而严加管控,在没有正当理由或证据否定鉴定意见的情况下,一般不会准许重新鉴定。但这样一来,当事人必然将不满转向法官。参见陈如超:《鉴定纠纷及其解决机制——基于民事司法鉴定的实践逻辑》,载《证据科学》2017年第2期。

^⑩ 在审判实践中,由于大多数承办法官盲目轻信鉴定结论,发现问题不及时反馈给鉴定单位和鉴定人;鉴定人出庭制度未得到很好的实施;错案责任无法追究等原因,滋长了一些鉴定机构和鉴定人只讲经济效益,不讲科学和实事求是的不良鉴定作风。参见吴玉凤:《如何破解现行司法鉴定体制下的重复鉴定问题》,载“中国法院网”,<https://www.chinacourt.org/article/detail/2006/10/id/222590.shtml>,最后访问时间:2018年6月3日。

通过对以上案例的具体考察,笔者发现未限定最高鉴定次数,是驱动多次鉴定不断前行的秘密。“多次鉴定”号犹如一列没有安装制动阀的危险列车,长期行驶在司法领域,能不闯祸?在云南省昆明市的故意伤害案中,经历了四次鉴定,检法仍有分歧。在甘肃卢治军诉兰化一中损害赔偿案中,案件从1991年到2010年19年间,历经一审—二审—申诉—发回重审—再上诉—再发回重审等阶段,鉴定也进行了多次,一直持续到2010年。^①在湖北省武汉市方婆婆“借条”真假案(见本文最后一部分)中,尽管一审做出了三次鉴定,二审时又申请法官做出了三次鉴定。在该借条官司终审有了结果之后,仍没有最终停止鉴定的明确信号。

也许在申诉阶段还有鉴定活动,因为方婆婆案件的“多次鉴定”号列车并没有安装制动阀,一旦有人启动,它就会自动前行,无法停止。这是多年来深藏在“多次鉴定号”上的一个秘密。因此设立最高鉴定次数是十分必要的,否则后患难除。

二、驳“重新鉴定是鉴定意见的重要纠错机制”论

人的行为往往受其思想的指导,多次鉴定也是如此。我们不能忽视其产生和发展过程中的思想动力。有一种支持多次鉴定的观点认为:“重新鉴定是鉴定意见的重要纠错机制”。^②持这种观点的当事人认为,它是自己捍卫自身权益的有效手段,如果有鉴定意见于自己不利,他们会不遗余力地就同一问题申请重复鉴定,同一待证事实因此出现多份鉴定。许多法官在办案过程中,往往下意识地将多个鉴定意见相互印证,以便确定哪个对,哪个错。法官对鉴定意见的审查,也演变成对多个鉴定意见的技术性甄别,法官在判决中几乎都会选择重新鉴定的鉴定意见,这自然引起了当事人对重复鉴定的极大热情。据广西象州县人民法院统计,该院2010年到2014年共受理司法鉴定案件50件,其中有当事人自行进行诉前委托鉴定的案件15件,在诉讼中当事人申请对这些诉前委托的鉴定进行第二次鉴定10件,第二次鉴定率达到66%以上,而第二次鉴定的意见全都与原来当事人诉前自行委托的鉴定意见不一致,法院在判决时均采信了第二次鉴定所得出的鉴定意见。^③笔者不禁要问:难道“重新鉴定是鉴定意见的重要纠错机制”吗?让我们通过剖析江苏省睢宁县故意伤害案中所发生的有关事

^① 案情如下:1991年12月23日,14岁的兰化一中初一学生卢治军因与同桌学生发生打斗,被年级主任王志强拉到走廊里施以体罚,卢治军脑部撞在墙上受伤。由于没能及时送医院治疗,卢治军因重度颅脑损伤从此卧床不起。其间,经由省高院法医技术室3次鉴定,认为卢治军伤情系暴力作用所致的可能性较大。王志强被判处有期徒刑3年,缓刑3年,兰化一中向卢治军支付经济损失9.3万元。但随后卢治军病情恶化,出现脑萎缩、肢体瘫痪等15种并发症,成了“植物人”。1995年,司法部司法鉴定科学技术研究所鉴定认为,卢治军在受伤前已存在脑发育不全,故其并发症与外伤并无直接因果关系。卢治军父亲不服此鉴定意见,从1998年起,卢父多次诉至法院向校方索赔,然而历经区、市两级法院4次审理,法院均驳回了卢父的巨额民事索赔。2005年,兰州市中院进行大接访,卢父遂申诉至中院。次年7月14日,该申诉经审查后,兰州中院将该案第二次发回重审。最终,西固区法院于2009年6月15日仍驳回其全部诉请。卢父再次提出上诉。2009年12月,兰州中院第3次作出发回重审的裁定。2010年5月,西固区法院又委托中国法医学会司法鉴定中心进行鉴定。参见郭玉红、李洁:《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 西固“植物人”官司将再次开打》,载《兰州晨报》2010年6月3日。

^② 如有人认为,“重新鉴定是鉴定意见的重要纠错机制”;“启动重新鉴定,意味着此前的鉴定意见已经失效。”“基于重新鉴定在时间上的后位性与重新鉴定机构在级别上高位性,法官几乎都会选择重新鉴定的鉴定意见。”参见前引①,陈如超文。

^③ 参见区禹泉:《申请对诉前鉴定重新鉴定应严格把关》,载“广西壮族自治区高级人民法院网”,<http://www.gxcourt.gov.cn/info/1110/147716.htm>,最后访问时间:2018年6月10日。

实来予以澄清。

在本案发生的四次鉴定中，彼此相邻的三组鉴定意见（S2对S1，S3对S2，S4对S3）之间发生了如下结果，让我们来细致观察并作出评价。

S2对S1，轻微伤对轻伤，两个鉴定意见不一致。

S3对S2，两个鉴定意见一致，均是轻微伤。

S4对S3，轻伤对轻微伤，两个鉴定意见不一致。

如果“重新鉴定具有纠错功能”是一个正确的命题，那么，绝不会发生S3对S2这两个鉴定意见一致的情形。因为既然前后一致，只能是后者证实了前者的正确性，断不会是对前者之“错”予以纠正。

为了进一步考察“重新鉴定具有纠错功能”这个命题的真实性，我们不妨把所谓“重新鉴定”的范围从“彼此相邻”扩大到“彼此不相邻却相关”。在本案四次鉴定中，如下三组鉴定意见，虽然不是彼此相邻，但由于它们面临着同一鉴定对象（客体），因此它们之间显然具有一定的内在联系。如果我们以鉴定对象（客体）为参照点和联系点，那么，还会合理地推演出如下彼此不相邻的三次重新鉴定：S3对S1的重新鉴定；S4对S1的重新鉴定；S4对S2的重新鉴定。它们分别发生了以下结果：

S3对S1，轻微伤对轻伤，两个鉴定意见不一致。

S4对S1，轻伤对轻伤，两个鉴定意见一致。

S4对S2，轻伤对轻微伤，两个鉴定意见不一致。

如果“重新鉴定具有纠错功能”是一个正确的命题，那么，绝不会发生S4对S1这两个鉴定意见一致的情形。因为从四次鉴定活动发生的时间顺序来看，假如确实有“错”，那么“错”必然在前，纠错只能在后，绝不会发生相反的情况。因此，从S4对S1这两个鉴定意见一致的情形看，说明S4并无纠正S1之“错”的功能。

从上面的分析可以发现，“重新鉴定具有纠错功能”是一个不能得到完全证明的命题，一个不能成立的命题。

让我们接着讨论下去。假如“重新鉴定具有纠错功能”是一个正确的命题，那么在S1、S2、S3、S4四个鉴定意见之间，在彼此相邻的情况下只会出现如下的排序：

S2对S1，轻伤对轻微伤，两个鉴定意见不一致。

S3对S2，轻微伤对轻伤，两个鉴定意见不一致。

S4对S3，轻伤对轻微伤，两个鉴定意见不一致。

假如“重新鉴定具有纠错功能”是一个正确的命题，在S1、S2、S3、S4四个鉴定意见之间，在彼此不相邻的情况下只会出现如下的排序：

S3对S1，轻微伤对轻伤，两个鉴定意见不一致。

S4对S2，轻伤对轻微伤，两个鉴定意见不一致。

可见，在彼此相邻和不相邻两种情况下，都不会出现S4对S1（轻伤对轻伤，两个鉴定意见一致）的情形。

如何理解S4、S1的一致？它们是两家不同的独立的鉴定机构分别作出的鉴定意见，它们之间的一致并不具有必然联系。有人或许会说，S3与S2完全一致，S4与S1完全一致，说明了重新鉴定的必要性，说明它具有检验前者是否正确的功能。我们认为，在“纠错功能”站不住脚的情况下却转换论题，去强调重新鉴定的检验价值，犯了“转换论题”的逻辑错误。不过在诉讼实践中，法官在面临多次鉴定

的情况下并不否定重新鉴定，而是允许重新鉴定，把多个鉴定意见拿来互相印证。这也给多次鉴定造成了繁荣的市场，说明在法官的意识中，技术评价远远高于法律评价。

最后，如何理解 S4 的意义呢？在本案可以看出，S4 被检方和法官所认定，说明只要法律人主动，就可以采取法律评价措施；一味依赖鉴定往往会使法官和检方置于被动地位。

然而我们注意到，S4 与 S1 是完全一致的。既然 S1 早已存在，且与 S4 完全一致，我们不禁要问，还有必要把鉴定活动从第一次延续到第四次吗？为何不在 S1、S2 之后就开庭审理，在庭审中检验它们，从而节省时间加速庭审呢？

此外，不妨让我们进一步假设，本案经过了七次鉴定，并得出了七个鉴定意见（S1、S2、S3、S4、S5、S6、S7），其中 S7 与 S1 完全一致，而介入两者之间的 S2—S6 完全一致，最后检方和法官确认依 S1 和 S7 的鉴定意见来判决。在这种情况下 S7 也是必要的鉴定吗？假如它是必要的，即等于合法地承认多次鉴定，又怎能遏制多次鉴定？因此这种检验和印证多次鉴定意见的方式是值得怀疑的。

笔者指出和批评了本案的不少弊端，但并不是说本案法官的处置一无是处。其积极意义在于，法官终于敢扬起“法律评价”的利剑，在鉴定持续到第四次时果决地中断重新鉴定的进程，要求所有鉴定人到庭作证。比起那些鉴定到 7—8 次的案例，这种处置是值得赞赏的。

下面看一下云南昆明市的故意伤害案。先来考察 K2 和 K3 两者的关系。从犯罪嫌疑人赵某的主观心态来说，他不服第二次鉴定意见（K2），因为这意味着他将承担刑事责任。他企图获得一个有利于自己的鉴定意见（如轻微伤），这样他可以不承担刑事责任。这是其主观愿望，说明驱动他申请重新鉴定的动力源是利害关系，并不是想获得一个有关伤情的事实真相。

如果这种重新鉴定机制起着纠错的作用，那么从 K2 到 K3，即从轻伤转为重伤的鉴定意见，对赵某来说，这根本不符合他的利益，这显然不是纠错，而是错上加错。对他来说，只有“利益”起着决定性作用。“纠错”是表象，是托词。纠错，或者推翻前一个鉴定意见，是一种法律评价，当事人不拥有这种权力。当事人也没有技术定性的权力，因为这是鉴定人的专有权力。

由于 K3 仍不合他的利益，于是他又申请第四次鉴定。假如 K3 真能纠正 K2 的所谓“错误”，是不会发生这种情形的。赵某申请第四次鉴定的举动反过来证明，K3 的重新鉴定活动根本没有纠正其心目中的那个“错”的功能。

接下来考察 K3 和 K4 的关系。鉴定人接受第四次鉴定申请后，基于技术标准得到了 K4（轻伤）。赵某接受了这个鉴定意见，因为它与 K3 相比，于他是比较有利的。只有从“利于他”的角度，才可以说 K4 纠正了 K3 的错误，推翻了 K3 的效力。除此之外，还能作出别的解释吗？

假如 K4 依然是重伤，那么赵某肯定还会不服，还会要求继续申请第五次鉴定。这再次说明，“利益”权衡是当事人启动重新鉴定的根本动机。

在本案中，到第四次鉴定时，由于鉴定意见符合赵某的利益，他不再申请重新鉴定，于是在赵某、检方和鉴定人三方之间达到了一个暂时的休战式平衡。可是 K4 却不符合另一方当事人——受害人李某的利益，他并未信服，他决定还要上诉。^⑭或许在二审中他还要申请重新鉴定。可见在现行法律框

^⑭ 法院作出一审判决：被告人赵某犯故意伤害罪，判处有期徒刑一年，缓刑一年，并赔偿李建森经济损失 4 万余元。赵某没有提出上诉，但受害人李建森觉得，本案中会诊意见书不应予以认可，“按照规定，会诊意见书应该有签名和盖章，但这上面的字却是打印上去的”；另外，一审法院认定自己伤情的依据为何要与昆明法医院司法鉴定中心的鉴定结果相印证，“就算要相互印证，也应该与春城司法鉴定中心印证”。李建森不服一审判决，现已上诉至昆明市中级人民法院。参见前引^⑤，程浩文。

架下,当事人利益在启动重新鉴定方面起着决定性作用,法律则显得十分疲软。

总之,在本案的伤情鉴定中存在着利益标准、技术标准和法律标准之间的博弈。当事人一方为了维护自身的利益,首先启动鉴定程序;拥有技术的鉴定人积极跟进,有求必鉴,罕有拒绝,因为任何一个重新鉴定申请都符合鉴定人的经济利益。因此,鉴定人与当事人的利益是紧密地联系在一起的。鉴定人在当事人利益的背后积极推动“多次鉴定”号列车向前行驶。至于司法机构方面,由于司法政治化,法官和检方受到错案责任追究制的压力和当事人的纠缠与威胁,为求自保,故藏起法律评价的盾牌,明智地选择退让。^⑮因此在三方的博弈中,利益起着决定性作用。只要当事人有直接的利益需要,在法律没有限制鉴定次数的情况下,他随时会启动“多次鉴定”号列车驶往下一站,没有人能拦得住它。

在多个鉴定意见的“对一错一错一对”的相互转化中进行利益和技术等博弈,最后只能通过法律评价机制作出决断,这才是正途。但遗憾的是,因我国目前诉讼法没有规定,法官缺乏限定鉴定次数的法律依据,导致法律评价手段无法派上用场,法律评价机制处于软弱或者休眠状态,任由利益评价机制和技术评价机制发挥作用,从而必然导致多次鉴定经常发生,无休无止。

三、关于建构“两次鉴定”制度的构想

通过以上分析,笔者揭示了多次鉴定中“当事人唯利启动,鉴定人积极跟进,法律人迁就退让”的严重扭曲的驱动机制,否定了所谓“重新鉴定是鉴定意见的重要纠错机制”的观点,从理论上否定了多次鉴定存在的必要,同时也发现了由法律规定最高鉴定次数的必要性和迫切性。接下来的问题是,我们应该如何规定一个合理的鉴定次数?在司法实践中,也有人在积极探索鉴定次数问题。例如有的搞协商鉴定次数;^⑯有的积极推动诉前鉴定,^⑰但因缺乏法律依据,这些措施都只是权宜之计。笔者经过深入研究,在此试提出从法律上建立“两次鉴定”制度的构想。

^⑮ 当前,当事人向法院和法官施压的方式名目繁多:向上级法院上诉,在法院系统内部信访,往各级党政、人大和政协机关上访,到检察院和纪委揭发、检举、控告法官等。以鉴定问题提出的上访、检举揭发,显然会影响到他们的绩效考评、职位升迁及其法律责任。当事人的抗拒还会危及法官个人的名誉、自由和生命。因此,面对当事人无休止的“依法抗争”和“违法缠闹”,推卸责任、转移矛盾,哪怕暂时脱离干系、抽身事外,都会成为受到严苛的“数目字管理”与绩效考核挤压的法官的理性抉择。参见前引⑨,陈如超文。

^⑯ 针对多次、重复鉴定的现象,河南省范县人民法院规定,双方当事人事先可以协商申请司法鉴定的次数。对于那些情节比较单一、标的不大的案件,如果双方当事人一致同意只进行一次鉴定,则不能够再次委托重新鉴定;对于协商后没有办法达成一致意见的双方当事人,在案件一审过程中进行司法鉴定次数只能限制在两次以内;二审委托司法鉴定仅限定为一次,再审不再允许进行鉴定,特别注意的是当事人举证鉴定的不受此限。参见杨明、唐辉:《浅析网络商标侵权诉讼中的证据认定问题》,载“中国法院网”,<https://www.chinacourt.org/index.php/article/detail/2017/06/id/2904904.shtml>,最后访问时间:2018年6月10日。

^⑰ 吉林敦化法院尝试进行诉前司法鉴定制度。当事人立案伊始,立案庭对当事人诉求进行初步审核,确定需要司法鉴定后移交机动车交通事故责任纠纷案件合议庭,合议庭指定专人联系双方当事人,以遵循自愿及双方同意为原则,主动告知当事人可申请诉前鉴定程序,并及时指导如何提供材料,组织双方当事人对鉴定材料进行质证。在此基础上,按随机或双方共同协商方式确定司法鉴定机构委托鉴定,并对鉴定过程全程跟踪,督促司法鉴定机构及时准确完成鉴定,尽快将鉴定意见书送达双方当事人,完成诉前鉴定工作并告知当事人可以选择调解或直接提起诉讼。“一般情况下,只要当事三方有意向共同委托诉前鉴定,就为日后的调解奠定了良好的基础。”参见褚庆平、王鹤、王鸿师:《吉林敦化法院试行诉前鉴定探索案件审理新路径》,载“中国法院网”,<https://www.chinacourt.org/article/detail/2017/11/id/3087619.shtml>,最后访问时间:2018年6月12日。

（一）对域外鉴定次数制度的考察

什么是合理的鉴定次数呢？带着这个问题，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》明确规定可以从事第二次鉴定。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。”^⑮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，申请进行第二次鉴定；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……。”^⑯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。^⑰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。^⑱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合理、不必要的鉴定。

（二）关于第一次鉴定的概念和范围

1. 关于诉前的第一次鉴定

假如申请人（即单方委托鉴定人，下同）于诉前只进行了一次鉴定，并将此次鉴定意见提交到法院，那么此次鉴定就是本案的第一次鉴定。换言之，诉前的第一次鉴定与本案的第一次鉴定发生重合。不过这种情况很少发生。大多数情况下，申请人于诉前进行了两次或者两次以上的鉴定（以下简称诉前多次鉴定），并且把所有这些鉴定意见全部提交到法院，这难免给承办法官带来困惑。

根据“两次鉴定”制度，我们必须从中找寻本案的第一次鉴定。这就需要确定一个选择的标准。通常，申请人之所以申请多次鉴定，是为了从中得到一个最有利于己的鉴定结论。然而，把多份鉴定意见均提交法院，却会因它们之间的意见不一致，甚至彼此严重冲突给办案法官造成惶惑。对于这种显而易见的缺陷，两次鉴定制度当然不能允许，它只能允许其中一种对当事人有利的鉴定意见提供给法院。这样既满足了申请人自身为追求胜诉谋求技术支持的努力，符合诉讼对抗中人性逐利的本质，也铲除了因意见不一致甚至彼此严重冲突的多份鉴定意见提交到法庭的可能性，使法官摆脱了选择的专业困扰，保障了庭审的顺利进行。

^⑮ 参见《德意志联邦共和国民事诉讼法》谢怀栻译，中国法制出版社2001年版，第102页。

^⑯ 参见中国政法大学澳门研究中心编：《澳门民事诉讼法典》，中国政法大学出版社1999年版，第160页。

^⑰ 参见〔日〕松冈义正：《民事证据论》，张知本译，洪冬英勘校，中国政法大学出版社2004年版，第230-231页。

^⑱ 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。本案应原告方律师要求经过了两次鉴定，先后由约翰·托洛宾斯基和·文森特·墨菲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。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，而鉴定、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。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，第393页。

由于诉前多次鉴定是很难避免的一种客观存在,^②因此笔者建议应允许申请人从多个鉴定意见中选择一个,即把选择权交给申请人,法院不必强制规定。

从以上论述中不难看出,诉前多次鉴定中所指的第一次鉴定,与本案的第一次鉴定是有差异的,不是同一个概念,具有不同的意义。我们需要在诉前多次鉴定中确定本案的第一次鉴定,它既是本案鉴定的起点,也为第二次鉴定确立一个参照坐标。有了第一次鉴定和第二次鉴定,那么就可以确立本案的“两次鉴定”结构,为顺利进行一审作准备,也为将来可能发生的二审甚至再审奠定事实审的基础。反之,如果申请人在诉前进行了多次鉴定,且把所有这些鉴定意见全部提交到法院,就会使法院陷入困境,庭审将无法顺利进行下去。

2. 关于诉讼中的第一次鉴定

假如当事人于诉前没提出任何鉴定申请,但诉讼开始之后,法官认为对于本案某专门性问题必须请专家鉴定,并依据职权,按照规定程序提交到某个鉴定机构去鉴定,那么这次鉴定就是本案的第一次鉴定。

3. 关于诉前多次鉴定中鉴定费用的处理

如果申请人于诉前只进行了一次鉴定,那么按败诉者负担原则,在一审判决中确定由败诉者承担此次鉴定费用。如果申请人于诉前进行了多次鉴定,但只选择其中之一提交到法院,那么按照败诉者负担原则,这个被选定的鉴定之费用应该由败诉者负担,并在一审判决中确定。其余的未被选定的鉴定之费用由谁来承担呢?由于它们事实上已经成为无效的鉴定意见,故不具备按败诉者负担原则处理的法律资格,只能由单方委托鉴定的一方自行承担。

4. 确定本案第一次鉴定的意义

从上可见,确定本案的第一次鉴定,即可以区分诉前单方的多个鉴定与第一次鉴定之间的根本区别,有效地排除(第一个鉴定之外的)其他鉴定,有效地处理其他鉴定费用分担问题。

^② 实践中,人们对诉前鉴定有不少争议。反对诉前鉴定的人认为,其一,当事人自行委托鉴定的启动,只能由占有鉴定材料的一方当事人提起,另一方当事人即使想自行委托鉴定,也会因其不能占有和提供相应鉴定材料而委托不能,这对其是不公平的。其二,不少司法鉴定机构受经济利益驱动,对当事人自行委托鉴定来者不拒,经常会不自觉地站在委托方的立场,失去了鉴定的中立性和公正性。其三,鉴定人违反回避原则,导致鉴定意见的可信度大大降低。当事人为了取得对自己有利的鉴定结论,往往会通过各种渠道找到和自己有朋友、同学等各种关系的鉴定机构、鉴定人,在这种情况下,鉴定人通常不会自行回避。而对方当事人对此根本不知情,申请鉴定人回避更是无从谈起。鉴定意见的可信度大打折扣。参见徐俊奎:《民事诉讼中自行委托鉴定的难点及建议》,载“法律图书馆网”,http://www.law-lib.com/lw/lw_view.asp?no=22493,最后访问时间:2018年6月15日。

赞同者则认为,诉前委托鉴定应纳入司法鉴定的范畴。其根据是,第一,对有关法律的解释不宜过于狭窄。尽管根据相关规定,司法鉴定必须在诉讼活动中进行,但若把诉讼活动严格限定在起诉后到诉讼结束的这一时间范围,就不适当了。对于人民法院尚未受理的民事、行政案件,当事人及其代理人、当事人的近亲属为解决举证中专门性问题而委托的鉴定,也应纳入司法鉴定范畴。第二,诉前鉴定与举证责任分配原则是相符合的,是当事人为起诉所作的准备活动。第三,诉前鉴定能解决司法实践中的诸多不便。案件的发生与诉讼的开启存在一定的时间差,由于客观原因,譬如鉴定对象的保存不便、容易变质或者易受损害等原因而急需鉴定。而法律又规定当事人必须在诉讼过程中取得法官的同意方能进行鉴定,在这种情况下很可能错过最佳鉴定时期,导致一些鉴定材料丧失鉴定的条件,从而给当事人带来巨大的损失。第四,侦查机关的诉前鉴定也存在一定的合理性。我国法律规定的刑事立案标准是:有犯罪事实,需要追究刑事责任。换言之,侦查机关要立案必须拥有一定的证据,而在人身伤害、死亡、强奸、贪污受贿之类的案件中,必须首先进行鉴定才能确定犯罪事实是否存在。鉴定意见仅仅是一种侦查线索,并不是证据,不会因为有了鉴定意见就能达到立案标准,从而发动强制侦查。何况侦查机关的人力、物力有限,一律否定诉前鉴定是一种反效率的表现。第五,具有司法鉴定资质的鉴定机构在接受鉴定业务时,并未严格区分诉前鉴定与诉讼中鉴定,且诉前鉴定占据了业务量的大部分。如果把诉前鉴定的业务都交给法院,无疑会增加法院的负担。笔者认可诉前鉴定。参见张乐跃、王真祥:《诉前委托鉴定的性质及其监管》,载《人民司法》2013年第20期;贾治辉、唐佳、陈如超:《我国诉前鉴定中的问题与对策》,载《中国司法鉴定》2008年第4期。

确定了第一次鉴定，就确定了本案鉴定的起点，也便于随后可能开启的第二次鉴定，从而及时构建两造诉讼结构中的鉴定框架，为诉讼双方在庭审质证中搭建起就专门技术性事项进行平等对抗和辩论的平台。反之，如果始终确立不了第一次鉴定，也就无法确立第二次鉴定，庭审辩论也就无法正常展开。因此，必须认真看待第一次鉴定。为此，法院在接纳申请人的鉴定意见时，应要求其书面签字，注明仅提供了一份鉴定意见，它就是本案的第一次鉴定意见。

（三）第二次鉴定与重新鉴定的区分及其意义

不少文章中将初次鉴定之后的鉴定称为“重新鉴定”，笔者认为这种提法过于笼统，是不科学的。一般来说，许多人均是在贬义上使用“重新鉴定”一词的。例如有人写道：“多次的重新鉴定结论客观上削弱司法鉴定的科学性、动摇司法判断的稳定性。不同的鉴定结论使当事人对鉴定机构的权威性产生怀疑，法官据此作出的判决也因此不会被接受。”^{②③} 还有人说：“无限制的重新鉴定有损司法鉴定的客观性、科学性和权威性。建议在刑诉法明确规定‘鉴定次数一般以二次为宜’，避免案件因为无休止的重新鉴定而久拖不决。”^{②④} 从这里我们看到，作者使用了“多次的”“无限制的”“无休止的”等含有明显贬义的形容词来修饰“重新鉴定”。

但是，如果我们细致观察和分析诉讼实践就不难发现，初次鉴定（第一次鉴定）之后的鉴定并不都是消极的，却常常具有积极的意义。首先，这是防范有偏向性的司法鉴定的需要。在面对当事人的个人委托时，由于“当前绝大多数的司法鉴定机构都是盈亏自负的社会化机构，为达到营利目的，他们有时会偏离中立性要求，尽可能地得出当事人想要的鉴定结果，以至于会隐瞒某些鉴定材料或者适用对鉴定人有利但已经失效的鉴定标准”。^{②⑤} 为了预防此种鉴定意见直接进入诉讼环节，应当允许另一方当事人申请第二次鉴定。

其次，这是保护被告诉讼权利的需要。司法鉴定是鉴定人运用专门知识和技能，借助科学仪器设备，对案件中专门性问题进行鉴别和判断的活动。司法鉴定活动是由人来完成的，是人的主观对客观鉴定材料的反映。因此，诉讼双方对司法鉴定都十分重视。在不少情况下，初次鉴定（第一次鉴定）由原告启动，系原告自行委托鉴定，这是法律所允许的。此时另一方当事人（被告）尚未得到相应的诉讼保护，多数情况下他们根本不知情。对于原告诉诸鉴定手段取证进而起诉的行为，作为科学技术外行的被告往往显得寝食难安，束手无策。这时被告特别需要通过重新鉴定来维护自己的权益。由于前后两个鉴定人认识水平的不同、使用的鉴定方法及鉴定标准不同等因素的影响，在第二次鉴定中很可能得出与第一次鉴定不同的鉴定意见。因此在初次鉴定之后，法院启动第二次鉴定，是对另一方当事人申请第二次鉴定权利的确认，是对其诉讼权利的保护。

可见，初次鉴定（第一次鉴定）之后的鉴定，并不都是消极的，我们应当充分理解其积极意义。对于该鉴定不宜简单地使用“重新鉴定”这个术语，称之为“第二次鉴定”较为合适，两者不应混淆。

^{②③} 参见徐艳：《浅析民事诉讼证据制度下的重新鉴定》，载“许昌市魏都区人民法院网”，<http://wdqfy.hncourt.gov.cn/public/detail.php?id=4354>，最后访问时间：2018年6月15日。

^{②④} 参见李贺军、石蕾：《重新鉴定启动后诉讼程序有待明确》，载“正义网”，http://www.jcrb.com/procuratorate/theories/practice/201708/20170807_1784274.html，最后访问时间：2018年6月25日。

^{②⑤} 参见刘延龄：《法院对外委托司法鉴定存在的问题及完善措施——以民事诉讼为视角》，载“平安广西网”，http://www.pagx.cn/html/2016/llt_0301/48947.html，最后访问时间：2018年4月20日。

在本文以下部分,对于初次鉴定(第一次鉴定)之后的鉴定,笔者均称之为“第二次鉴定”,以示与“重新鉴定”分开。这是下文展开分析和推理的概念基础之一。

(四) 第二次鉴定与初次鉴定的联系和区别

根据我国有关法律,第二次鉴定与初次鉴定之间,应该是彼此独立的、平等的,不存在孰优孰劣的问题。在法院受理的民事诉讼中,原告(特别是侵权案件的原告)往往在立案前通过单方鉴定取得相应的伤残等级、续医费、护理期限、误工期限等鉴定意见,作为索赔的证据。^⑥这种鉴定被称为单方鉴定(或称为原鉴定、第一次鉴定)。“以重庆市巴南区法院为例,2016年全年受理的鉴定就有203件,其中第二次鉴定共有92件。经调查,92件中原告自己委托53件,交巡警支队委托22件,律师事务所委托17件。第二次鉴定结果:与原鉴定意见一致的有45件;与原鉴定意见不一致的有24件(其中伤残等级14件,后续医疗费6件、护理4件)。”^⑦“2017年前4个月,巴南法院共受理鉴定申请53件,其中第二次鉴定共计22件,自己委托17件,交警队委托3件,律师事务所委托2件。第二次鉴定结果:与原鉴定意见一致的有7件;与原鉴定意见不一致的有11件。”^⑧以上数据说明,针对单方鉴定所进行的第二次鉴定,比例是很高的。

值得注意的是,第二次鉴定的鉴定意见往往与原来当事人自行委托的鉴定意见不一致,特别是伤残类鉴定经常会调低一个等级,至于调整原因基本上没在鉴定意见中反映出来,而办案法官却往往会以第二次鉴定的鉴定意见为依据作出判决,这反过来促进了第二次鉴定的申请。至于为什么不采信当事人自行委托鉴定所得出的鉴定意见,有些法官认为,未经法院委托的鉴定意见是不合法的或无效的鉴定,而经法院委托的鉴定更具有合法性;法官对单方自行鉴定不进行严格审查,轻易将当事人为维护自己的权利而自行委托以确定损害后果的鉴定意见否决,这是缺乏法律依据的。有的法官自知理亏,便干脆回避这一问题。

诉前自行委托的鉴定意见是一种法定证据,是否有效及能否得到法官采信都需要经过质证,因此当事人要求对诉前单方委托的鉴定意见进行重新鉴定,无异于对这份证据提出了异议,至于异议是否成立,则应由案件双方当事人进行质证才能确定。法官不能以不懂其他专业为借口轻易启动重新鉴定程序。^⑨对于无根据地排除第一次鉴定意见,无条件地接纳第二次鉴定意见所作出的一审判决,如果当事人提出上诉,那么,二审法院应以事实未查明为由发回重审。

(五) “两次鉴定”制度的主要内容

以上我们对两次鉴定制度的一些理论问题作了充分研讨,现就其制度构想作出如下总结:

一审阶段。无论原告还是被告,都只能各有一次鉴定的机会。他们可以分别自行选择鉴定机构和鉴定人。第一次鉴定可能发生在诉前,也可能发生在诉讼过程中。如果一方(或者双方)当事人于诉前进行了多次鉴定,相应地得到了多个鉴定意见,那么法律应规定,申请人只能被允许提交其中的一

^⑥ 参见刘秀荣:《关于解决侵权案件单方鉴定的几点思考》,载“中国法院网”,<https://www.chinacourt.org/article/detail/2017/07/id/2923650.shtml>,最后访问时间:2018年6月25日。

^⑦ 参见前引^⑥,刘秀荣文。

^⑧ 参见前引^⑥,刘秀荣文。

^⑨ 参见前引^⑬,区禹泉文。

份鉴定意见（视为第一次鉴定的鉴定意见）给法院，作为诉讼的证据，其余的鉴定意见被视为无效，杜绝多个鉴定结论被法院接纳的情况。如果当事人有鉴定需要且于诉前未进行鉴定的，可在诉讼中提出一次鉴定申请。之所以作出上述规定，是因为依各国诉讼法通说，一审系事实审，证据（鉴定意见系其中的一种）必须在一审收集和集中，以确保在一审查清案件事实。二审则主要是法律审，一般不审理事实问题。此原理对于第二次鉴定的规定也适用。

第二次鉴定通常由被告提出，且只能发生在一审诉讼中。第二次鉴定存在的根据是：一是原告于诉前自行委托鉴定，被告不知情；如果不允许被告申请第二次鉴定，则对其显失公平，不符合诉讼公正原则。二是因法律所设立的专家辅助人制度实施得很不理想，为了弥补此缺憾，允许第二次鉴定，形成对抗制诉讼中的平衡性，既符合现代的两造诉讼结构原理，又有利于保护被告的诉权。

在已经发生第一、二次鉴定的情况下，禁止进行第三次鉴定。根据多次鉴定的两个相邻鉴定之间不存在纠错机制的观点，第三次鉴定意见不可能推翻第二次鉴定的意见，只会制造前后两个鉴定意见之间的矛盾，增加讼累。为了减少和消除矛盾，提高诉讼速度和效益，法律不应允许第三次鉴定。但是第二次鉴定之后可以申请一次补充鉴定，补充鉴定并非一项独立的鉴定，它构成第二次鉴定的一个组成部分。

二审阶段。不允许二审阶段发生任何鉴定活动。如果一审阶段没有发生鉴定事宜，而二审法院认为有必要鉴定的，应将案件发回原审法院重审。案件的事实问题原则上必须在一审阶段查清。

为什么不允许当事人在二审中申请鉴定？其一，一审中没有提出鉴定申请，二审中却申请鉴定，其意图在于通过证据突袭，推翻一审判决。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称“证据规定”）第19条规定：“当事人及其诉讼代理人申请人民法院调查收集证据，不得迟于举证期限届满前七日。”对方在一审举证期限届满后和在法庭审理中一直不提起鉴定，等到二审时再提出鉴定，显然已经过了举证期限。其实质是证据突袭，违反了民事诉讼的诚信原则，对另一方是不公平的，故不应被允许。其二，由于一审中没有提出鉴定申请，二审提出鉴定申请且被允许，就会产生一个问题：适用哪种程序审理案件？是一审程序还是二审程序？对此民事诉讼法没有明确规定，一般会运用二审程序重新审理案件，最后作出终审判决。如果二审阶段重新鉴定的意见与原鉴定意见不一致，否定了原鉴定意见，将对案件的实体权利处理产生重大影响，甚至有可能推翻一审判决，使一审判决成为错误判决，在我国实行错案责任追究制的严峻环境下，对一审承办法官不仅不公平，有时甚至会造成危险的后果。其三，有可能产生新的重新鉴定。二审中法官同意对方鉴定后，若是己方提出反对意见，且根据“证据规定”第28条“一方当事人自行委托有关部门作出的鉴定结论，另一方当事人有证据足以反驳并申请重新鉴定的，人民法院应予准许”，己方在征得法官允许后还可以申请重新鉴定。也就是说，在二审中也会产生重新鉴定。假如败诉方不服二审判决，进入申诉环节后，还可能提出新的重新鉴定申请。那么，案件将继续拖延下去，这显然不符合诉讼解决纠纷的目的。

再审阶段也不应允许启动任何鉴定事项，理由与二审基本相同。不能通过再审中启动鉴定的方式来审理和查明事实问题。如果发现案件事实不清且需要进行鉴定的，则应发回原审法院重审。

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所带来的专业困扰，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，维护社会稳定。

四、试用“两次鉴定”制度破解多次鉴定的难题

下面试举两例，看看我们如何有效地、低成本地破解多次鉴定的难题。

（一）破解四川南充市民被人伤害案中的多次鉴定问题

基本案情：2008年7月29日，四川南充市民刘文逵在闹市被人袭击，双脚被挑断脚筋。从事发后第三天一直到2009年6月，有关机构对刘文逵的伤情先后做了四次司法鉴定。^⑩第一次鉴定是事发后第三天，顺庆区公安分局刑侦三队送检其伤情，结论为轻伤（N1）；第二次是2009年2月，受刘文逵所在单位委托，经四川新华司法鉴定所鉴定，刘文逵伤情为重伤，伤残等级为五级（N2）；第三次是2009年2月，受刘文逵所在单位委托，经南充市公安局物证鉴定所鉴定，刘文逵伤情为重伤，伤残等级为五级（N3）；第四次是2009年5月，由于犯罪嫌疑人对伤情提出重新鉴定申请，刘文逵被要求到四川西南司法鉴定中心重新鉴定，伤情评定为轻伤（N4）。^⑪

从上面可以看到，本案经过四次鉴定，得出了四份但性质完全相反的两种伤情鉴定意见——轻伤（N1、N4）和重伤（N2、N3）。让受害人刘文逵费解的是，检察院的起诉采纳了其中的轻伤结论。对此顺庆区检察院表示，他们最后依据的是省政府认定的鉴定机构的鉴定结论（N4），如果刘文逵有异议，可向法院申请更高级别的鉴定机构重新鉴定。

面对诉前的四次鉴定，我们该如何利用“两次鉴定”制度加以处理呢？关于诉前是不是允许多次鉴定，我国法律法规目前尚无限制，应视为允许，实践中也是这样做的。由于本案诉前出现了四个鉴定意见，按照我国刑事诉讼规则，公诉方只能选取其中之一来起诉，不应当同时选取两个对立的鉴定意见作为起诉的证据。因此，本案中“检察院起诉时采纳轻伤结论”，可以视为检察机关的一种合法的选择行为。然而在现实社会中，受害方对检察机关的行为是警惕的，因为他珍视自己的权利。受害人或许意识到，检察院起诉时采纳轻伤结论，反映了控诉方的起诉意图——意在偏袒犯罪嫌疑人，对其从轻处罚的倾向，这当然会引起他的警觉和不满。虽然法官原则上应持中立立场，但现实中检法关系密切，法官作出判决，会在相当程度上尊重检察院的起诉书。因此受害人只要放松警觉，法官就会轻易地实现检察院的起诉意图，损害受害人的权利。

与此相反，如果检察院起诉时采纳重伤结论，则反映了控诉方的另一种起诉意图——意在保护受害人，有对犯罪嫌疑人从重处罚的倾向。这当然会引起犯罪嫌疑人和辩护律师的警觉和不满。在这种情况下，辩护方基于诉讼构造原理，会及时提出重新鉴定的申请，这也是合理的。

那么在本案中，法院应当允许受害人提出重新鉴定的请求吗？按照诉讼法原则，法官在诉讼中处于中立的立场。不论公诉方以哪一种结论来起诉，法官都不应当受到鉴定意见的直接影响或者束缚，而应当根据自己独立的思考作出判断。因此，在法院受理诉讼后和开庭审理之前，受害人针对上述“检察院起诉时采纳轻伤结论”的做法，再去申请重新鉴定，是不必要的。此外，鉴于本案在诉讼之前已经进行了四次鉴定，得出了轻伤和重伤两个性质完全相反的结论，不可能再有与此不同的第三种鉴定

^⑩ 参见魏贺：《市民闹市被挑断脚筋，4次司法鉴定结果迥异》，载《人民日报》2009年8月13日。

^⑪ 参见前引^⑩，魏贺文。

意见。因此，在法院受理诉讼后和开庭审理之前，法官根据“两次鉴定”制度，不应当允许受害人申请重新鉴定。

既然不应允许申请重新鉴定，那么在受害人有合理担忧的情况下，法官有无措施消除这些担忧呢？有的。（1）要求检方的轻伤鉴定意见的鉴定人出庭作证。本案中，出现了两份轻伤鉴定意见（N1和N4），但检方只能挑选其中一份（比如N4），该鉴定意见的鉴定人必须出庭作证。另外一份轻伤鉴定意见视为失效，其鉴定人不必出庭作证。（2）法官应当要求重伤鉴定意见（N2和N3）的鉴定人出庭作证。本案中，出现了两份重伤鉴定意见，但辩护方只能挑选其中一份（比如N2），该鉴定意见的鉴定人必须出庭作证。另外一份重伤鉴定意见视为失效，其鉴定人不必出庭作证。

总之，在一审开庭之前，或者一审的法庭辩论终结之前，最多只出现两次鉴定活动，得出两次鉴定意见。其好处是，一是有利于控诉方及时提起诉讼，避免因多次鉴定而久拖不诉；二是有利于诉讼公平。如果只允许控诉方拿出轻伤的鉴定意见来起诉，不允许受害人提出重伤的鉴定意见来作证，那么对受害人可能不公平。

最后应当指出，假如N1、N2、N3、N4四次鉴定意见均为轻伤，那么控辩双方就证据的性质达成一致，法庭很容易就此作出双方可以接受的判决。

（二）破解武汉市方婆婆“借条”真假案中的多次鉴定问题

基本案情：2007年6月，家住洪山区鲁巷的方婆婆收到一张12万元借条复印件和诉讼传票。儿子宋涛曾向某公司的高先生借款12万元，并由母亲方某证明，此款一直未还。但按照方婆婆的说法，儿子绝没有借过这笔钱，“借条是伪造的”。^⑩

法院开庭，借条的真假成为庭审焦点，拥有资深文检资格的专家，先后对借条上的笔迹展开了六次鉴定。（1）中南财经政法大学司法鉴定中心结论为：借条笔迹与当事人的笔迹基本一致。方婆婆不服，申请另作鉴定。^⑪（2）湖北中真司法鉴定中心结论为：笔迹模仿痕迹严重，属伪造。出示借条的高先生不服。（3）西南政法大学司法鉴定中心结论为：不存在伪造。2009年5月，洪山区法院一审以此结论为依据，判决方婆婆母子败诉，须偿还12万元借款。方婆婆不服，提起上诉。（4）湖北三真司法鉴定中心结论是：笔迹字数过少，退回。（5）北京明正司法鉴定中心结论：倾向不是一人书写。这个似是而非的结论，让案件无法审理。（6）武汉市中院遴选省高检、省警官学院、武汉市公安局三名资深文检专家，联合会检，结论是：笔力着力较重，墨水较浓，有的运笔动作该交代的没交代清楚；显微镜观察字迹有形快实慢、抖动、停顿、弯曲等现象，倾向伪造。此次鉴定时间是2010年12月20日，鉴定结论被武汉市中院采信。考虑到并无其他直接证据证明高先生提供12万元借款，武汉市中院于2011年4月25日终审判决，方婆婆母子胜诉。出示借条的“债方”高先生需承担鉴定费、案件受理费2.8万元。^⑫

在本案中，一审作出了三次鉴定，并作出一审判决，但败诉方不服，提起上诉。二审时，又申请法官作出了三次鉴定。在该借条官司终审有了结果之后，败诉的高先生说：“借条是绝对真实的，但

^⑩ 参见刘春燕：《母子因借条被告上法庭，经6次笔迹鉴定辨真假》，载“中国新闻网”，<http://www.chinanews.com/fz/2011/05-24/3061955.shtml>，最后访问时间：2018年5月20日。

^⑪ 参见前引^⑩，刘春燕文。

^⑫ 参见前引^⑩，刘春燕文。

弄不懂这么高级的笔迹鉴定专家，却没法得出统一结论。我会考虑重新搜集借款的证据，重新提出申诉。”谁也不知道在申诉阶段是否还允许鉴定申请。

按两次鉴定制度，二审不会发生鉴定活动，故本案二审所发生的第四、五、六次鉴定均是无效的。即使本案发生再审（假如高先生真的提出申诉并被法院受理的话），也不会有产生任何鉴定的可能性。

至于一审阶段所发生的三次鉴定，可以作如下处理：其一，第三次鉴定发生在起诉两年之后，不可能是第二次鉴定之补充鉴定，因此是不合法的，必须剔除。其二，二审法院应以一审阶段的第一、二次鉴定意见为基础，要求鉴定人出庭作证，在质证过程中，结合其他证据一起综合判断。这样根据两次鉴定制度，就可以清晰地剔除第三、四、五、六次鉴定意见，然后以第一、二次鉴定意见为基础展开和推进诉讼进程，并作出判决。

Abstract: Through analyzing several typical cases, this paper is intended to examine the process of the fierce game between the three parties involved in judicial authentications, namely the litigant, the expert witness, and the legal personnel, in order to reveal the distorted mechanism causing repeated judicial authentications in handling a single case, which are due to the litigant's pursuit of personal interests, the active involvement of expert witness and the judges' passive yielding to the pressure. The litigant's pursuit of personal interests has been found to play a decisive role in the application for repeated authentications. This finding proves the idea wrong in theory that the permission of a new judicial authentication is an important mechanism for error correction and thus negates the theoretical foundation for repeated judicial authentications. At the same time, we have also found that it is necessary and urgent to impose legal limits on the number of judicial authentications. On this basis, we propose a "two authentications" system, in which the litigant, plaintiff or defendant, is only allowed two chances of applying for judicial authentication; the third authentication is prohibited; and no authentication is allowed in the second instance. If there is no judicial authentication in the first instance and the court in the second instance thinks it necessary to have an authentication, the case should be returned for a retrial to the court where it was originally tried. In the stage of retrial, no authentication is allowed. The facts involved in the case should principally be ascertained at the stage of the first instance.

Key words: multiple authentications; repeated authentication; interest-induced motivation; two authentications

[学科编辑: 陈爱武 责任编辑: 王 艳]