**鉴定人出庭作证制度的解构与完善——以《**[**民事诉讼法**](http://fllw.gy.bj:808/search?rjs0=民事诉讼法&dbsType=chl)**》第78条为基点展开**

　　【内容提要】鉴定人出庭作证制度在新修改的《[民事诉讼法](http://fllw.gy.bj:808/search?rjs0=民事诉讼法&dbsType=chl)》中已正式登场亮相。该法第78条增设了法院酌定启动鉴定人出庭作证程序和鉴定人拒不出庭的法律后果。根据证据法原理，鉴定人出庭作证程序启动应以当事人异议为主，法院酌定为辅。鉴定人拒不出庭作证应区分是否有正当理由，不应随意否定鉴定意见的证据能力，对鉴定人的制裁应适用罚款和向有关机关提出司法建议给予行政处罚。为了实现鉴定人出庭作证制度的功能，出庭费用补偿等保障制度亦应适用于证人出庭作证的相关规定，以符合制度的应有逻辑并有利于鉴定人权利之保障。
　　【关键词】鉴定人 出庭作证 程序启动 法律后果
　　　2012年新修改的《[民事诉讼法](http://fllw.gy.bj:808/search?rjs0=民事诉讼法&dbsType=chl)》（以下简称新《[民事诉讼法](http://fllw.gy.bj:808/search?rjs0=民事诉讼法&dbsType=chl)》）第78条规定：“当事人对鉴定意见有异议或者人民法院认为鉴定人有必要出庭的，鉴定人应当出庭作证。经人民法院通知，鉴定人拒不出庭作证的，鉴定意见不得作为认定事实的根据；支付鉴定费用的当事人可以要求返还鉴定费用”。在此之前，2001年《最高人民法院[关于民事诉讼证据的若干规定](http://fllw.gy.bj:808/search?rjs0=关于民事诉讼%3cfont%20color=red%3e证据%3c/font%3e的若干规定&dbsType=chl)》（以下简称《规定》）也有相对原则性的规定。无独有偶，2005年2月28日第十届全国人民代表大会常务委员会第十四次会议通过《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](http://fllw.gy.bj:808/search?rjs0=关于司法鉴定管理问题的决定&dbsType=chl)》（以下简称《决定》），对鉴定人出庭作证亦作出了规定，对鉴定人拒绝出庭作证从司法行政的角度予以了规制。最新立法与原有相关规定的关系如何？新制度是对原有规定在司法实践中难以有效推行的防范还是仅仅是对制度本身的理论革新？新《[民事诉讼法](http://fllw.gy.bj:808/search?rjs0=民事诉讼法&dbsType=chl)》规定的进步与缺陷表现在哪些方面？在未来司法解释中是否应当以及如何对新规定作细致的解读与全面的弥补抑或纠正？本文拟就这些模糊不清的问题作出分析，希冀对我国的鉴定人出庭作证制度的适用及再完善有所裨益。

**一、新旧鉴定人出庭作证制度的承继与开创**

　　《规定》第59条规定：“鉴定人应当出庭接受当事人的质询”，确立了鉴定人出庭作证的义务，形成了制度的雏形，比旧《[民事诉讼法](http://fllw.gy.bj:808/search?rjs0=民事诉讼法&dbsType=chl)》有所进步。然而，在司法实践中鉴定人出庭比例并不理想，虽然各地有差别，但基本较低。鉴定人不出庭作证如同证人不出庭作证一样，一直为我国理论界所批判。面对鉴定人出庭率低却无法规制的现象，实务部门也有诸多无奈。其后，《决定》第11条规定：“在诉讼中，当事人对鉴定意见有异议的，经人民法院依法通知，鉴定人应当出庭作证。”此规定推进了鉴定人出庭作证制度的构建。在大陆法系国家，鉴定人无疑是法官的辅佐人，而鉴定人的出庭也被认为是鉴定人理应承担的义务，对查明案件事实至关重要。
　　上述规定在实践中形同虚设，主要表现为鉴定人出庭的比例较低，致使关于鉴定意见的质证有名无实，基本呈现宣读鉴定意见的样貌，违背了证据未经质证不得作为裁判基础的原理。原因在于：（1）《[民事诉讼法](http://fllw.gy.bj:808/search?rjs0=民事诉讼法&dbsType=chl)》未规定启动程序。尽管《决定》规定了以当事人异议来启动鉴定人出庭作证的程序，在一定程度上强化了对鉴定人的规范管理，但《决定》毕竟是行政法规，在民事诉讼程序中难以适用，其注定扮演“过渡”的角色。（2）立法未明确程序责任。《[民事诉讼法](http://fllw.gy.bj:808/search?rjs0=民事诉讼法&dbsType=chl)》司法解释抽象规定了鉴定人应出庭接受质询的义务，但未明确规定违反出庭作证义务所应承担的责任，因此，法院没有相应的惩罚措施，对于督促鉴定人出庭缺乏法律规制。（3）相关保障制度不健全。“现代科技鉴定，由于众所周知的原因，多为跨区域的异地鉴定，鉴定人远距离出庭所耗费用相当可观。”⑴特别是边远落后地区基层法院委托鉴定，鉴定人跨省市出庭作证颇费[周折](http://fllw.gy.bj:808/psearch?rjs2=周折&dbsType=chl)。鉴定人出庭作证的费用缺乏保障，导致其出庭作证的动力不足。个别地方司法行政机关规定有补助，但标准仅为每次100—300元不等，极大挫伤了鉴定人出庭作证的积极性。
　　新《[民事诉讼法](http://fllw.gy.bj:808/search?rjs0=民事诉讼法&dbsType=chl)》第78条的规定既有对原有规定的承继，如第78条与《规定》第11条的内容部分重合，也有对原规定的突破和创设，如新增了程序启动和制裁措施。相较而言，其进步之处主要表现在：一是规定法院能够直接酌定鉴定人出庭作证。这对于法院对案件事实的查明以及防止因鉴定导致公共利益、案外人合法权益受到侵害可谓起到了积极作用，同时也与鉴定程序启动的主体保持逻辑上的一致。二是明确了鉴定人拒绝出庭作证的法律后果。鉴定人拒绝出庭的直接后果是鉴定费用的返还与鉴定意见不被采纳，这是解决鉴定人出庭作证率低的有效措施，还能有效防止重复鉴定。
　　笔者认为，《规定》尚有应当完善之处：就法条的规范和体系而言，关于鉴定人出庭应当包括启动程序、质证方式、法律后果等规定；就法理基础来说，需要明确法律关系的性质；就司法实践而言，应当考虑到具体的情形，合理设置程序。新《[民事诉讼法](http://fllw.gy.bj:808/search?rjs0=民事诉讼法&dbsType=chl)》沿用了新增规定“宜粗不宜细”的立法风格，立法者秉承了通过司法解释后立法修改再行弥补、更正的理念，鉴定人出庭作证制度的实效令人期待。

**二、新《**[**民事诉讼法**](http://fllw.gy.bj:808/search?rjs0=民事诉讼法&dbsType=chl)**》中的鉴定人出庭作证制度解构**

　　（一）程序的启动：当事人提出异议或法院的酌定
　　根据新《[民事诉讼法](http://fllw.gy.bj:808/search?rjs0=民事诉讼法&dbsType=chl)》第78条的规定：“当事人对鉴定意见有异议或者人民法院认为鉴定人有必要出庭的，鉴定人应当出庭作证”，较原有规定增设了法院酌定启动程序。根据证据法原理，鉴定人出庭作证程序启动应以当事人异议为主，法院酌定为辅，当事人异议法院应审查。
　　1．当事人对鉴定意见提出异议。在大陆法系国家，法院证据调查是围绕当事人提出的证据[申请](http://fllw.gy.bj:808/psearch?rjs2=申请&dbsType=chl)进行的。我国当事人“异议”类似于证据[申请](http://fllw.gy.bj:808/psearch?rjs2=申请&dbsType=chl)，即当事人提出当庭询问鉴定人的[申请](http://fllw.gy.bj:808/psearch?rjs2=申请&dbsType=chl)。其后，法院对当事人的证据[申请](http://fllw.gy.bj:808/psearch?rjs2=申请&dbsType=chl)作出是否准予提出的裁定。因此，我国应当逐步确立“证据[申请](http://fllw.gy.bj:808/psearch?rjs2=申请&dbsType=chl)——证据裁定”的证据调查规则。现行立法条件与立法技术下，应当由法院对当事人异议作基本审查。新《[民事诉讼法](http://fllw.gy.bj:808/search?rjs0=民事诉讼法&dbsType=chl)》的规定“粗线条”地勾勒了当事人异议，未加以细化。我们将理论结合司法实践作如下的分析，以便于有效适用。
　　（1）异议的对象和法院审查。当事人可能提出异议的对象大体上包括：法院委托鉴定意见、自行鉴定意见和非本案鉴定意见。其中如上文所述，自行鉴定意见的地位视为当事人[陈述](http://fllw.gy.bj:808/psearch?rjs2=陈述&dbsType=chl)，自行委托鉴定人可以作为“具有专门知识的人”由自行委托鉴定的一方当事人向法院提出[申请](http://fllw.gy.bj:808/psearch?rjs2=申请&dbsType=chl)出庭。另一方当事人提出异议的，自行委托鉴定人可以不出庭，不产生鉴定人不出庭的法律后果。值得注意的是，对非本案鉴定意见提出异议，原案件的鉴定人是否应当出庭？笔者认为，如果鉴定意见与本案具有关联性，对待证事实及案件关键性问题有意义，鉴定人应当出庭作证。⑵
　　当事人异议的，原则上鉴定人都应该出庭，以便于当庭进行质证。但是，笔者认为，并非任何当事人异议的鉴定意见都需要鉴定人出庭作证。事实上，当事人异议的内容并非是纯粹的证据问题，换言之，若当事人仅仅就程序权利而异议，对案件事实的查明及庭审程序的安定均价值不大，因此应结合司法实践的具体情况，避免不必要地牺牲庭审时间及出庭费用。
　　据笔者在案件审理中遇到的情况，当事人异议无外乎有以下几点内容：一是仅仅提出异议，但是没有任何依据和理由。即便鉴定人出庭作证，向当事人解释和说明具体的鉴定，当事人由于不具备相关的知识背景，对于鉴定人的回答也基本是不明所以。二是当事人试图通过否定鉴定人的主体资格来否定鉴定意见。但是在委托鉴定时鉴定人的资质证书等是齐备的，而且鉴定人的相关信息也可以在备案部门或网络上查询。对资质的异议，除非可以提供证据证明，一般无法推翻。三是鉴定程序严重违法。鉴定程序违法是推翻鉴定意见极为有力的证据，但是难以证明。四是鉴定最后得出的结论明显依据不足。主要是就整个鉴定意见书的论证不足、相关的素材欠缺、依据的材料陈旧等提出的质疑。笔者认为，虽然新《[民事诉讼法](http://fllw.gy.bj:808/search?rjs0=民事诉讼法&dbsType=chl)》并未规定法院对当事人异议进行审查的程序，但由上述可知，法院应当对当事人异议作出审查。
　　法院对当事人异议的审查有如下三种结果：一是鉴定人出庭作证。若当事人的异议确有成立的可能性，应当通知鉴定人出庭质证；当事人提出异议并[申请](http://fllw.gy.bj:808/psearch?rjs2=申请&dbsType=chl)具有专门知识的人出庭，应通知鉴定人出庭作证。二是鉴定人补充鉴定。当事人提出鉴定意见遗漏有关鉴定事项、鉴定的结果未加以论证等能够补充鉴定的异议，应要求鉴定人补充鉴定。三是书面解释。当事人有异议但依据不充分的，能够采用书面解释的，鉴定人采用书面答复和解释。四是驳回异议。当事人异议没有任何理由和依据，且未[申请](http://fllw.gy.bj:808/psearch?rjs2=申请&dbsType=chl)具有专门知识的人出庭作证的，应向当事人说明鉴定人不必出庭的理由。
　　（2）当事人异议的方式。当事人异议可以口头或书面的形式提出，但是应当具有相应的事由。庭审外提出的应当采用书面形式，庭审时提出的口头异议应当记录。
　　2．法院的酌定。原则上法院对于双方当事人均无异议的鉴定意见不得要求鉴定人出庭作证，一方面是基于民事诉讼中的处分原则；另一方面是诉讼促进义务的要求，可以节约当事人的诉讼成本。法院酌定鉴定人是否出庭作证，主要考虑的因素是鉴定意见的采纳是否可能导致案件审理结果损害国家利益、社会公共利益和他人的合法权益。
　　另外，关于法院通知鉴定人出庭的时间，新《[民事诉讼法](http://fllw.gy.bj:808/search?rjs0=民事诉讼法&dbsType=chl)》没有规定。在程序设计上，法院认为鉴定人有出庭作证的必要，应为鉴定人留出准备和出差时间。
　　（二）鉴定人拒不出庭的法律后果
　　依照新《[民事诉讼法](http://fllw.gy.bj:808/search?rjs0=民事诉讼法&dbsType=chl)》第78条规定：“经人民法院通知，鉴定人拒不出庭作证的，鉴定意见不得作为认定事实的根据；支付鉴定费用的当事人可以要求返还鉴定费用”。对此规定进行文义解释得出的结论是：鉴定人拒绝出庭，不分情形，直接排除鉴定意见和返还[申请](http://fllw.gy.bj:808/psearch?rjs2=申请&dbsType=chl)当事人的鉴定费用。该规定既不符合证据认定遵循证据调查、证据评价的原理，也不符合鉴定人与法院之间法律关系的性质。鉴定人的义务是对国家而存在的，系公法上的义务，原则上与证人的义务相同，包括到场义务、[陈述](http://fllw.gy.bj:808/psearch?rjs2=陈述&dbsType=chl)义务和具结义务⑶。⑷而非私法上的义务。
　　1．鉴定意见排除。鉴定人拒绝出庭作证后鉴定意见是否应当直接排除，值得思考。笔者认为，至少应当从证据调查来分析和判断。
　　调查证据属法院的职权，⑸法院是证据调查的主体。在辩论主义下，证据调查围绕当事人提出的证据方法进行。鉴定经当事人[申请](http://fllw.gy.bj:808/psearch?rjs2=申请&dbsType=chl)合意确定或法院依职权启动，鉴定意见作为证据方法，需要在法庭上出示。原则上，鉴定人作为专家需要出庭协助法官准确判断案件事实。以域外的立法和实务经验为例，德国鉴定意见应当在口头辩论中作出，但法院也可以命令出具书面鉴定意见，后者在实践中是惯例。⑹在日本，“鉴定人原则上应出庭[陈述](http://fllw.gy.bj:808/psearch?rjs2=陈述&dbsType=chl)意见，但其报告的形式应由审判长指定”，⑺也就是说，既可以口头形式也可以书面形式[陈述](http://fllw.gy.bj:808/psearch?rjs2=陈述&dbsType=chl)意见。
　　在证据调查阶段，鉴定人的口头辩论并非必须环节。法官可依职权决定以书面的鉴定意见作为质证的证据方法。因此，鉴定意见不应当因鉴定人不出庭而随意排除。进一步来说，法官以自由心证对证据进行评价，不受鉴定意见的拘束，应与其他证据资料一并依自由心证决定是否采用。⑻从制度逻辑的角度而言，法律应赋予鉴定人合理说明不予出庭的机会，由法官依职权酌定是否成立。
　　立法的初衷是为了实现鉴定人出庭作证、质证，以鉴定意见的排除作为威慑机制之一，但鉴定意见对于鉴定人而言并不存在“利害关系”，进而继续沿着该逻辑进路便不难发现鉴定费用返还作为另一个制裁结果的源头，简而言之，拒绝出庭作证引起鉴定意见排除，鉴定意见排除导致鉴定费用返还。
　　2．鉴定费用返还。鉴定人无正当理由拒绝出庭作证应受到制裁自不待言，但是返还费用着实没有依据，难以自圆其说，国外亦无此种立法。具体而言：
　　（1）鉴定人出庭之公法义务。新《[民事诉讼法](http://fllw.gy.bj:808/search?rjs0=民事诉讼法&dbsType=chl)》规定法律后果的初衷在于，由于鉴定人拒绝出庭作证，肇致鉴定意见不被采纳的不利后果仅仅归于当事人不合理，还要归咎于鉴定人，即鉴定费用的返还，这一方面是在当事人与鉴定人之间寻求平衡，另一方面防止起到纵容鉴定人不出庭作证的负面作用。⑼然而立法忽略了鉴定人与代表国家行使审判权的法院之间最基本的关系性质，误解了鉴定人与当事人之间的关系。事实上，无论鉴定程序的启动系法院依职权还是当事人之间协商确定鉴定人，鉴定人都是依法接受法院的委托，就有关待证事实的案件材料运用专业知识进行鉴定并出具意见。鉴定人与当事人之间并不存在直接的法律关系，更谈不上是私人之间的契约关系。
　　（2）出庭义务仅是鉴定人的义务之一。如上，鉴定人的义务有三：出场义务（出庭义务）、[陈述](http://fllw.gy.bj:808/psearch?rjs2=陈述&dbsType=chl)义务、具结义务。[陈述](http://fllw.gy.bj:808/psearch?rjs2=陈述&dbsType=chl)义务包括书面和口头两种方式。例如，《规定》第59条规定：“鉴定人确因特殊原因无法出庭的，经人民法院准许，可以书面答复当事人的质询”。该条规定兼顾常理、法理和制度逻辑，建议在制定司法解释时予以保留。又如，日本《[民事诉讼法](http://fllw.gy.bj:808/search?rjs0=民事诉讼法&dbsType=chl)》第215条规定，审判长裁量鉴定人的[陈述](http://fllw.gy.bj:808/psearch?rjs2=陈述&dbsType=chl)方式，可以书面或口头发表意见。同样，在德国“鉴定一般以书面形式作出，如有必要也可以要求鉴定人出庭进行口头询问”。⑽具结义务只须鉴定人在鉴定意见书上作出承诺即可，也可以提交承诺书。因此，不能以鉴定人没有出庭作证——且不说鉴定人可以极其容易地远程出庭——就直接剥夺鉴定人为之付出的具有高度专业性劳动的报酬，否则有违公平之价值理念。
　　（3）制裁手段应限于罚款和行政处罚。公法义务性质使得对鉴定人的制裁限于公法的惩罚方法。从[民事诉讼法](http://fllw.gy.bj:808/search?rjs0=民事诉讼法&dbsType=chl)系统出发，梳理制度间的关联性，其契合之处进入视野。首先，可以对鉴定人无正当理由拒绝出庭的行为予以罚款，并且能够找到现行法的依据。新《[民事诉讼法](http://fllw.gy.bj:808/search?rjs0=民事诉讼法&dbsType=chl)》第114条第1款第1项规定了“有关单位拒绝或者妨碍人民法院取证的”可以对直接责任人予以罚款。本项可以做扩大解释，鉴定人出庭作证不仅仅是宣读鉴定意见书的内容，更重要的是解释说明与鉴定意见相关的问题。出庭行为与鉴定意见共同构成证据方法，因此鉴定人无正当理由拒绝出庭应适用该条规定。其次，法院可以对鉴定人无正当理由拒绝出庭的行为提出司法建议。新《[民事诉讼法](http://fllw.gy.bj:808/search?rjs0=民事诉讼法&dbsType=chl)》第114条第2款规定了对单位主要责任人或直接责任人进行罚款、拘留，并可以提出司法建议。笔者认为，罚款等经济制裁足以有效遏制鉴定人不履行出庭义务的行为。拘留属于限制人身措施，对于具有专业知识并可以替代的鉴定人适用恐有不当。⑾德国《[民事诉讼法](http://fllw.gy.bj:808/search?rjs0=民事诉讼法&dbsType=chl)》第409条规定，鉴定人不到场的，应负担由此而生的费用，同时被处以违警罚款；再次违反的，可以再一次处以罚款；鉴定人有抗告的程序救济权利。至于司法建议，笔者认为是行之有效的办法。《决定》第13条有关于鉴定人经人民法院依法通知拒绝出庭作证的处罚——由省级司法行政部门给予停止执业3个月以上1年以下的处罚，情节严重的撤销登记。停止执业和撤销登记会给鉴定人带来巨大的经济和精神压力，效果显著不言自明。
　　此外，对于给予鉴定人的制裁，考察大陆法系的德国、日本和我国台湾地区，无一例外规定了相应的救济程序。笔者认为，我国规定相关救济途径甚有必要，是对鉴定人合法权利的保护，宜允许鉴定人以合法事由为依据提出异议。

**三、鉴定人出庭作证制度的再完善**

　　新《[民事诉讼法](http://fllw.gy.bj:808/search?rjs0=民事诉讼法&dbsType=chl)》为了解决鉴定人出庭难的问题，着重赋予了当事人对鉴定人出庭的程序启动权利以及鉴定人不出庭的程序制裁，但是欠缺鉴定人出庭作证的配套保障制度，也未关照鉴定意见排除后的重新鉴定程序规则，导致司法适用上存在困难。鉴定人与证人在本质上都是人的证据方法，⑿除了证人一般具有不可替代性这一点外，其他相差无几，在具体规则的适用原理上具有共性。域外相关规定可资借鉴，例如德国《[民事诉讼法](http://fllw.gy.bj:808/search?rjs0=民事诉讼法&dbsType=chl)》第402条规定，除另有规定外，关于人证的规定适用于鉴定。为了实现鉴定人出庭作证制度的功能发挥，补偿出庭费用、替代出庭方式、不予出庭的特殊事由等保障制度应该适用证人出庭作证的相关规定，以符合制度逻辑和保障鉴定人权利。具体完善措施包括：
　　（一）保障鉴定人的出庭费用
　　鉴定人出庭费用与鉴定费用不同，两者相互独立，不存在包含关系。鉴定费用是鉴定人运用专门知识出具鉴定意见的报酬；出庭费用是鉴定人为履行出庭作证义务所必须支出的费用。德国《[民事诉讼法](http://fllw.gy.bj:808/search?rjs0=民事诉讼法&dbsType=chl)》第413条规定，鉴定人依照《关于证人和鉴定人请求补偿的法律》可以请求费用的补偿。日本《关于民事诉讼费用的法律》第18条、第25条规定，与证人一样，鉴定人也有获得差旅费、补贴及住宿费之权利。⒀我国台湾地区《[民事诉讼法](http://fllw.gy.bj:808/search?rjs0=民事诉讼法&dbsType=chl)》第388条第1项规定，鉴定人与证人性质不同，除得请求法定之日费及旅费外，并另得请求相当之报酬。⒁笔者认为，出庭费用补偿的[范围](http://fllw.gy.bj:808/psearch?rjs2=范围&dbsType=chl)应包括交通费、住宿费、误工费和相当金额的补贴。前三项是正常的补偿，最后一项是对鉴定人专门出庭的报酬。具体补偿标准，因各地经济状况参差不齐，建议各省市根据本省实际收入状况统一规定。⒂
　　关于鉴定人出庭费用的承担主体，有学者认为认定鉴定意见确有问题时由鉴定人自行负担。⒃笔者认为，这确实可以起到预防鉴定人故意进行虚假鉴定之效果，但是考虑到影响鉴定意见的因素纷繁复杂，唯一需要惩罚的是能够表明确系鉴定人故意或重大过失，此时由鉴定人承担因此而遭受损失一方当事人的赔偿责任。⒄按照证人出庭作证费用负担的原理，鉴定人出庭作证费用应根据程序的启动决定费用的承担主体。双方当事人均异议且要求鉴定人出庭，法官认为适当，由双方当事人各垫付一半出庭作证费用，当事人无力垫付时，由法院先行垫付。一方当事人有异议要求鉴定人出庭而另一方当事人没有异议，由提出异议一方当事人垫付。法官酌定认为鉴定人有必要出庭作证时，由人民法院先行垫付出庭作证费用。最终费用的负担由败诉一方当事人承担。
　　（二）允许鉴定人替代或个别出庭
　　鉴定人替代出庭是指鉴定人以视听传输代替出庭。新《[民事诉讼法](http://fllw.gy.bj:808/search?rjs0=民事诉讼法&dbsType=chl)》第73条规定了证人作证的方式有出庭作证、通过书面证言作证、通过视听传输技术或者视听资料作证。对于出庭作证替代方式的情形亦应适用于鉴定人。在现代科技发展的社会，远程协助、电视电话会议、数据传送等技术较为成熟，鉴定人足不出户，即可在办公室实现“面对面”与审判人员、当事人和其他诉讼参与人对话交流。在确定开庭时间后，远程的视听同步传输技术已然不成问题，故而，“当鉴定人居住在偏远地区或者存在其他合理事由时，法院可以让鉴定人通过图像与声音的传送及接收，在相互可以看到并通话的状态下来[陈述](http://fllw.gy.bj:808/psearch?rjs2=陈述&dbsType=chl)意见”。⒅如此一来，既保证了法庭调查的顺畅实施，又避免了鉴定人出庭差旅及住宿费用的支付。所以随着科技的发展，应逐步实现全面的远程出庭。
　　个别出庭意指在案件中需要多人共同完成的鉴定情形下，由鉴定人其中之一出庭。在司法鉴定实践中存在两人以上共同鉴定，按照《决定》的规定，鉴定意见不同的应当注明。笔者建议，鉴定人意见一致的，除当事人明确要求具体出庭的鉴定人外，个别鉴定人出庭即可；鉴定人意见不一致的，意见不一致的各方鉴定人至少各委托一名代表出庭接受质证。作为例外，在必须全体鉴定人共同出庭时则不允许个别出庭。委托出庭鉴定人因正当事由无法出庭作证的，其他鉴定人应当出庭接受询问与质证。
　　（三）证人不予出庭的事由适用于鉴定人
　　鉴定人拒绝出庭作证应考量有无正当理由，一方面要与同作为人证的证人保持一致；另一方面要体现民事诉讼的程序公正价值。新《[民事诉讼法](http://fllw.gy.bj:808/search?rjs0=民事诉讼法&dbsType=chl)》第73条规定了证人不予出庭作证的正当事由：（1）因健康原因不能出庭的；（2）因路途遥远，交通不便不能出庭的；（3）因自然灾害等不可抗力不能出庭的；（4）其他有正当理由不能出庭的。笔者认为，以上理由准用于鉴定人，即鉴定人有以上正当事由时，可以拒绝出庭作证。无正当事由拒绝作证的，应受到法律制裁。
　　（四）鉴定人出庭质证的程序
　　证据经过质证才能作为认定案件的依据，必要情况下鉴定人应出庭接受双方当事人的询问。询问基本上准用询问证人的方式，先由[申请](http://fllw.gy.bj:808/psearch?rjs2=申请&dbsType=chl)鉴定一方当事人询问，再由对方当事人询问。在法官依职权启动鉴定并认为鉴定人有必要出庭的情况下，由法官行使诉讼指挥权，灵活决定询问的顺序。⒆一般情况下，鉴定人以知识、经验、意见等为[陈述](http://fllw.gy.bj:808/psearch?rjs2=陈述&dbsType=chl)对象，部分知识非常人能够理解，为了查明案件事实，审判人员也可以对鉴定人进行询问。法国《[民事诉讼法](http://fllw.gy.bj:808/search?rjs0=民事诉讼法&dbsType=chl)》第283条规定：“当法官认为鉴定意见仍不足以说明情况时，法官可以在当事人在场的情况下询问鉴定人”。德国、日本也有相关规定。

**四、结语**

　　新《[刑事诉讼法](http://fllw.gy.bj:808/search?rjs0=刑事诉讼法&dbsType=chl)》中鉴定人出庭作证制度大体上分为程序启动与法律后果。其中程序启动方式规定略微唐突，当事人的权利过大，在当事人与法院之间的作用分担失衡，在司法实践中难免问题重重。法律后果的相关规定则有违证据法原理和制度内在逻辑。新《[民事诉讼法](http://fllw.gy.bj:808/search?rjs0=民事诉讼法&dbsType=chl)》生效实施以来，释解与适用是重点，但是不容忽视的是制度本身的缺陷及与原有规定衔接的问题。本文从证据法基本原理角度分析鉴定人出庭作证制度的内在逻辑与制度构架，既是追求制度的良性运行，也不失为对新制度进行反思的一次尝试。期待新《[民事诉讼法](http://fllw.gy.bj:808/search?rjs0=民事诉讼法&dbsType=chl)》司法解释能够吸纳实务部门的经验，总结适用中的教训，结合理论界的探索，对鉴定人出庭作证制度进一步加以明示、细化和完善。
　　西南政法大学教授、博士生导师唐力点评：
　　该文以鉴定人出庭作证制度作为问题，紧密结合新《[民事诉讼法](http://fllw.gy.bj:808/search?rjs0=民事诉讼法&dbsType=chl)》的修订，从一个法条切入，对鉴定人出庭程序的启动与鉴定人不出庭的法律后果进行了细致的分析，并就鉴定人出庭作证制度的再完善提出了自己的见解。整体来看，该文不但在选题方面具有一定的前瞻性与实践性，而且从论文结构来看，亦显得较为紧凑与合理。整个论证过程紧扣主题，立法背景解读深入，逻辑论证较为严谨，并能够借鉴域外立法经验，结合我国司法实践，小题大做，剖析鉴定人出庭作证制度的若干不足之处。经过认真的思考，作者提出了具有可操作性的建议，对今后立法修改具有较大的启发意义，亦可为司法实践与法律适用提供有益的指导。总体上说，该文不失为一篇理论意义与实践价值兼具的作品。

　　【作者介绍】西南政法大学2012级博士研究生，重庆市公安局法制总队警官，广州大学公法研究中心研究员。

**注释与参考文献**

　　⑴[邹明理](http://fllw.gy.bj:808/psearch?rjs2=邹明理&dbsType=chl)：《新〈[民事诉讼法](http://fllw.gy.bj:808/search?rjs0=民事诉讼法&dbsType=chl)〉司法鉴定立法的进步与不足——对新民诉法涉及修改鉴定规定的几点认识》，载《中国司法鉴定》2012第6期，第6页。
　　⑵司法实践中也有案件认可了非本案的鉴定异议，因鉴定人未出庭而给予制裁的案例。参见姜丽萍：《浅析民事诉讼鉴定证据——由一起民事案件引发的思考》，载《中国司法鉴定》2014年第2期，第89页。
　　⑶具结义务在日本称为宣誓义务，即公正诚信为鉴定、公正诚信回答讯问。鉴定人具结在鉴定前，结文记载必为公正诚信鉴定；在出庭阶段，必予讯问前具结。参见王甲乙、[杨建华](http://fllw.gy.bj:808/psearch?rjs2=杨建华&dbsType=chl)、郑健才：《[民事诉讼法](http://fllw.gy.bj:808/search?rjs0=民事诉讼法&dbsType=chl)新论》，三民书局有限公司2010年版，第450～451页。
　　⑷陈荣宗：《[民事诉讼法](http://fllw.gy.bj:808/search?rjs0=民事诉讼法&dbsType=chl)》，三民书局有限公司1996年版，第528页。
　　⑸[日]中村英郎：《新[民事诉讼法](http://fllw.gy.bj:808/search?rjs0=民事诉讼法&dbsType=chl)讲义》，陈刚等译，法律出版社2001年版，第207页。
　　⑹[德]奥特马·尧厄尼希：《[民事诉讼法](http://fllw.gy.bj:808/search?rjs0=民事诉讼法&dbsType=chl)》，周翠译，法律出版社2003年版，第290页。
　　⑺[日]三月章：《日本[民事诉讼法](http://fllw.gy.bj:808/search?rjs0=民事诉讼法&dbsType=chl)》，汪一凡等译，五南图书出版有限公司1997年版，第466页。
　　⑻许律师：《[民事诉讼法](http://fllw.gy.bj:808/search?rjs0=民事诉讼法&dbsType=chl)》（中），台北高点文化事业有限公司2005年版，第147页。
　　⑼全国人大常委会法制工作委员会民法室：《〈中华人民共和国[民事诉讼法](http://fllw.gy.bj:808/search?rjs0=民事诉讼法&dbsType=chl)〉释解与适用》，人民法院出版社2012年版，第119页。
　　⑽[日]谷口安平：《程序的正义与诉讼（增补本）》，中国政法大学出版社2002年版，第315页。
　　⑾占善刚教授认为罚款、拘留等秩序罚手段均可适用。参见占善刚：《论我国民事诉讼中鉴定人不出庭作证之应有后果——〈[民事诉讼法](http://fllw.gy.bj:808/search?rjs0=民事诉讼法&dbsType=chl)〉第78条评析》，载《法学家》2014年第2期，第104页。
　　⑿占善刚：《论我国民事诉讼中鉴定人不出庭作证之应有后果——〈[民事诉讼法](http://fllw.gy.bj:808/search?rjs0=民事诉讼法&dbsType=chl)〉第78条评析》，载《法学家》2014年第2期，第104页。
　　⒀[日]新堂幸司：《新[民事诉讼法](http://fllw.gy.bj:808/search?rjs0=民事诉讼法&dbsType=chl)》，林剑锋译，法律出版社2008年版，第445页。
　　⒁[杨建华](http://fllw.gy.bj:808/psearch?rjs2=杨建华&dbsType=chl)：《[民事诉讼法](http://fllw.gy.bj:808/search?rjs0=民事诉讼法&dbsType=chl)要论》，北京大学出版社2013年版，第276页。
　　⒂国家发展改革委、司法部联合制定的《司法鉴定收费管理办法》第7条规定“省级价格主管部门会同同级司法行政部门结合当地实际情况”制定具体收费标准。笔者建议，鉴定人出庭具体补偿标准由上述机关部门制定，以统一和规范收费标准。
　　⒃王亚新：《新〈[民事诉讼法](http://fllw.gy.bj:808/search?rjs0=民事诉讼法&dbsType=chl)〉中的鉴定：理论定位与解释适用》，载《法律适用》2013年第10期，第6页。
　　⒄关于鉴定人的民事赔偿责任上，因鉴定人与当事人之间没有合同关系，因此不存在合同上的违约责任。而就民事侵权责任而言，存在争议的焦点是鉴定意见与败诉当事人是否存在因果关系。毕竟，法院依照自由心证对鉴定意见是否采纳有决定权。不过，倘若能够证明因果关系成立，且顾及法的安定性之维持，不宜扩大责任承担[范围](http://fllw.gy.bj:808/psearch?rjs2=范围&dbsType=chl)，须鉴定人主观上是出于故意或重大过失而为，应当承担侵权损害赔偿责任。还需注意，因鉴定意见确有问题而遭受损害的当事人，未通过上诉手段寻求救济，视为放弃救济途径，鉴定人不负赔偿责任。参见[德]汉斯—约阿希姆·穆泽拉克：《德国[民事诉讼法](http://fllw.gy.bj:808/search?rjs0=民事诉讼法&dbsType=chl)教程》，周翠译，中国政法大学出版社2005年版，第260页；许律师：《[民事诉讼法](http://fllw.gy.bj:808/search?rjs0=民事诉讼法&dbsType=chl)（中）》，台北高点文化事业有限公司2005年版，第148—149页。
　　⒅[日]新堂幸司：《新[民事诉讼法](http://fllw.gy.bj:808/search?rjs0=民事诉讼法&dbsType=chl)》，林剑锋译，法律出版社2008年版，第446页。
　　⒆日本2003年修改[民事诉讼法](http://fllw.gy.bj:808/search?rjs0=民事诉讼法&dbsType=chl)时，废除了交叉询问鉴定人的模式，除了加快诉讼进程的考量外，最终的目的在于法院为鉴定人提供保护，避免来自律师的“侮辱诽谤”。具体规定在[民事诉讼法](http://fllw.gy.bj:808/search?rjs0=民事诉讼法&dbsType=chl)第215条第2款，在向鉴定人提问的顺序上，原则上采用“先由审判长，然后由提出鉴定[申请](http://fllw.gy.bj:808/psearch?rjs2=申请&dbsType=chl)的当事人，最后是对方当事人”之顺序，不过，在审判长认为合理时，在听取当事人意见的基础上，也可以变更上述顺序。参见[日]高桥宏志：《重点讲义[民事诉讼法](http://fllw.gy.bj:808/search?rjs0=民事诉讼法&dbsType=chl)》，张卫平等译，法律出版社2007年版，第508页；参见[日]新堂幸司：《新[民事诉讼法](http://fllw.gy.bj:808/search?rjs0=民事诉讼法&dbsType=chl)》，林剑锋译，法律出版社2008年版，第445页。