

# “鉴定意见”作为一个独立证据种类的弊端

## Drawback of “Identification Opinion” Being an Independent Category of Evidence

叶 兰

YE Lan

**【摘要】** 本文对“鉴定意见”在诉讼中有没有独立性的问题做了系统考察，认为诉讼法把“鉴定意见”作为一个独立的证据种类，并没有达到积极效果，反倒造成了一系列弊端。这种情况必须改变。只有把鉴定意见与鉴定人出庭作证结合起来，使其成为一个不可分离的、具有密切联系的统一体，才能正常地发挥作用。建议立法机关把“鉴定人口头陈述及鉴定意见”作为一个独立的证据种类，用以取代《民事诉讼法》第63条第七款的“鉴定意见”和刑事诉讼法第48条第六款的“鉴定意见”。

**【关键词】** 鉴定意见 独立性 鉴定人出庭作证 鉴定人的口头陈述及鉴定意见

**【中图分类号】** DF713 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206 (2016) 03-0102-08

**Abstract:** This article systematically examines the independence of “identification opinion” in litigation, detects that being an independent category of evidence only causes detriment without positive effect. This is a situation which needs variation. We think the effectiveness of such evidence requires the appearance of the identifier to make the evidence as an inseparable, closely associated combination with the opinion made by the identifier in question. We suggest the legislative body make “identifier’s oral words and his opinion” as an independent category of evidence to replace the sole statement of “identification opinion” in Article 63 (7) of Civil Procedural Law and Article 48 (6) of Criminal Procedural Law.

**Key words:** Identification opinion Independence Identifier’s appearance in court Identifier’s oral words and his opinion

**【收稿日期】** 2016-03-15

**【作者简介】** 叶兰，女，1991年9月生，英国兰卡斯特大学法学院硕士研究生，研究方向为民事诉讼法、公司法。

## 一、问题的提出

我国《民事诉讼法》第63条第七款把“鉴定意见”单列为一个独立的证据种类,它意味着鉴定意见与其制作者(鉴定人)是可以分离的,暗示鉴定人可以不出庭作证。换言之,我国司法实践中大量存在的鉴定人不出庭作证现象,实际上具有合法性。<sup>①</sup>任何一个不出庭作证的鉴定人都可以由此找到现实的法律依据。这是我们感到悲凉却不得不正视的问题。然而,《民事诉讼法》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”,这又否定了第63条第七款所规定的“鉴定意见”的独立证据种类的地位。如此一来,第63条第七款与第78条之间就发生了明显冲突。如何消除该冲突呢?笔者认为,解决这个问题的关键是要弄清楚“鉴定意见”在诉讼中究竟有没有独立性?如果它确实能够肩负起独立的诉讼使命,表现出顽强的独立性,那么把它作为一个独立的证据种类便顺理成章;反之就不应当继续勉为其难,应果断解除其无法完成的使命。这个问题看起来简单,其实不然。只有把它放到诉讼结构和法庭审理中观察其运作机制,了解其作用,才能识别出真相。

根据鉴定意见在司法实践中的运用情况,笔者将分三种情形来考察。一是鉴定意见在普通民事案件庭审中是否具有独立性;二是鉴定意见在特殊民事案件庭审中是否具有独立性;三是鉴定意见在刑事案件庭审中是否具有独立性。至于鉴定意见在行政案件庭审中是否具有独立性,由于其举证责任分配规则与特殊民事诉讼

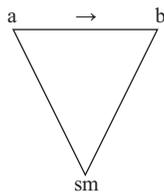
的举证责任分配规则相同,因而可参考鉴定意见在后者中的地位,故此处省略不述。下面分别加以考察。

## 二、鉴定意见独立性的考察

### (一) 普通民事案件庭审中的鉴定意见

根据《民事诉讼法》第76条规定,“当事人可以就查明事实的专门性问题向人民法院申请鉴定。当事人申请鉴定的,由双方当事人协商确定具备资格的鉴定人;协商不成的,由人民法院指定。当事人未申请鉴定的,人民法院对专门性问题认为需要鉴定的,应当委托具备资格的鉴定人进行鉴定。”根据该条规定,双方当事人可以协商来确定鉴定机构。任何一方都无权单独决定如何申请鉴定。协商不成的,由人民法院指定。通过以上两种方式(协商选定和法院指定)所选择的鉴定人,应该是中立的,不存在“先定”的鉴定偏向哪一方的问题。但是,其“鉴定意见”却需要表达鉴定人的专业立场和独立观点,要么对原告有利,要么对被告有利。这是任何当事人必须接受的无情的现实。下面分两种情况谈。

在鉴定人出庭作证的情形下鉴定意见是否具有独立性的问题。如图一所示。



图一

<sup>①</sup> 例如江苏省淮安市两级法院2008年以来司法鉴定案件逐年持续增长,2008年191件,2009年287件,2010年277件,2011年290件,2012年294件;2009—2012年司法鉴定案件年增长率分别为50.26%、3.5%、4.7%、1.4%。而鉴定人出庭案件均为0件。鉴定人出庭率之低可见一斑。<sup>[1]</sup>又如河南省许昌市魏都区法院审结涉及各类鉴定的民商事案件,2007年为120件,其中有鉴定人出庭的案件2件,占此类案件总数的1.6%,2008年为130件,其中有鉴定人出庭的案件2件,占此类案件总数的1.5%,2009年为115件,其中有鉴定人出庭的案件3件,占此类案件总数的2.6%。<sup>[2]</sup>在保定市蠡县法院,2009年至2011年民事案件涉及鉴定的共112件,鉴定人出庭的仅1件;刑事案件涉及鉴定的共307件,没有鉴定人出庭。鉴定人不出庭,当事人对鉴定结论产生的怀疑无法排除,其质证权利无法行使,法官对鉴定结论的客观性、准确性也难以评判,直接影响着案件的实体处理。<sup>[3]</sup>

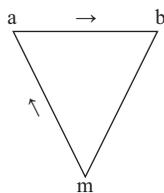
图中各种符号所代表的意义如下：a 代表原告；b 代表被告；s 代表鉴定人；m 代表鉴定意见；sm 代表鉴定人和鉴定意见不能分离，两者同时出现在法庭上。

从图一可知，鉴定人和鉴定意见不存在刻意倾向哪一方当事人的问题，也不存在由于鉴定人和鉴定意见的原因而转移举证责任和进行“过错推定”的问题。因为对于鉴定人及其鉴定意见来说，原告和被告都有权当庭提出质疑和反驳，只要他愿意。在特殊的民事诉讼中情形也是如此。这更能说明，鉴定人出庭作证，对于保障双方的质证权和反驳权，是非常重要的，也说明鉴定意见与鉴定人出庭作证是不可分割的。<sup>①</sup>

在鉴定人不出庭作证的情形下，鉴定意见与鉴定人发生分离，处于“独立”的地位。<sup>②</sup>但正是这种状态造成了转移举证责任和“过错推定”的问题。

以鉴定意见对原告有利或对被告有利为基准，我们分两种情况来讨论。

先看在鉴定意见对原告有利的情形下发生了什么。如图二所示，其中 a 代表原告，b 代表被



图二

告，m 代表鉴定意见。这里鉴定人不出庭作证，鉴定人与鉴定意见完全分离了，或者说鉴定意见成了独立的证据。

上述图形意味着，a 向法院起诉 b；法院当庭向当事人展示了鉴定意见 m，该鉴定意见的内容对 a 十分有利，但是鉴定人却不出庭作证。在这种情况下，b 无从当庭就鉴定意见中的问题及相关事项质疑和反驳鉴定人，从而减轻了 a 的举证责任。这实际上意味着 a 的举证责任隐蔽地转移到 b 方。因此，如果以鉴定意见为重要依据做出民事判决的话，对 b 是不公平的，因为 b 失去了当庭就鉴定意见中的问题及相关事项质疑和反驳鉴定人的法定诉讼权利。这是一项十分重要的不容剥夺的权利。

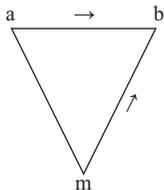
从推定的角度来说，如果判决归错于 b，认

① 2012年新《民事诉讼法》实施之后判处的有关案例也能提供佐证。2013年1月15日，一起因违约引发的合同纠纷案在安福县人民法院开庭审理。案情如下：早在2006年，女子叶命英便包下了当地一处石灰石采区。然而，当她花重金把采区打理了一番，准备好好开采赚上一笔的时候却发现，这个采区竟是一个无证采区。她找到采区的所有者当地一家水泥公司，要求对方尽快办理相关证件。4年后，水泥公司终于把采矿许可证办理好了，可安全生产许可证至今仍未办理。叶认为这给自己造成了巨大经济损失。由于双方对损失计算存在较大分歧，安福法院委托了吉安鹭洲司法鉴定中心进行鉴定。为使相关专业问题更加明朗，法庭要求做出鉴定书的鉴定人一齐作证。鉴定专家刘敬旗第一次出庭“作证”。一个多小时的时间内，法官及双方代理人共对刘敬旗进行了10余次询问，主要针对鉴定结论中的相关专业问题。在2012年之前，法官遇到鉴定结论有疑问、有争议时，往往只能到鉴定机构去咨询。新《民事诉讼法》规定，当事人对鉴定意见有异议或法院认为鉴定人有必要出庭的，鉴定人应当出庭作证。“咨询的结果无法让当事人直接看到，也无法律效力。如果法官根据书面结论轻易判决，误判、错判有时难免发生。”该案主审法官说，过去鉴定机构将鉴定结论直接提交法庭，但鉴定结论太专业，现在鉴定人出庭对鉴定报告做出必要的说明和解释，可以使法官更好地审查鉴定报告的可信度，从而决定是否采信鉴定报告的有关意见，查明案件事实。<sup>[4]</sup>

② “鉴定意见”作为一种独立的证据类型在司法实践中得到了充分的反映。例如一些法官认为鉴定结论可以直接作为证据使用，鉴定结论是否准确属于鉴定人员的责任，即使出现错误，责任也不在法官，通知鉴定人出庭会导致案件复杂化，不如直接认定鉴定结论更为简单明了。由于这种认识上的原因，很多办案法官在审理案件时并不通知鉴定人出庭。<sup>[3]</sup>还有人指出，民事诉讼中的各类鉴定主要是由法院委托相关鉴定机构进行的，鉴定机构再指派其工作人员进行具体的鉴定工作，鉴定结论出来后，虽然鉴定人要在鉴定结论上署名，但法院更看重的是鉴定机构的公章，一般来说，只要鉴定结论符合形式上的要件，鉴定人不出庭不会导致对方当事人的质疑。当事人和法院看重的是书面的鉴定结论，至于鉴定人不出庭则无所谓。<sup>[2]</sup>

为过错在 b, 那么鉴定人不出庭作证是造成“过错推定”的主要原因。认识到这一点具有重要的诉讼意义。它告诉我们, 鉴定人不出庭作证能够制造“过错推定”的直接诉讼后果。<sup>①</sup>

在鉴定意见对被告有利的情形下发生的问题, 如图三所示。



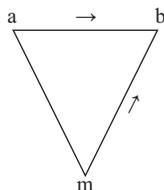
图三

其中 a 代表原告, b 代表被告, m 代表鉴定意见。假如 m 对 b 十分有利, 但鉴定人却没有出庭作证, 这时 a 无从当庭就鉴定意见中的问题及相关事项质疑和反驳鉴定人, 这就阻碍了其完成举证责任。

可见, 不论在哪种情况下, 鉴定人不出庭作证都会对举证责任构成消极的影响: 前一种是把原告的举证责任转移给了被告, 违反了法定的举证责任分配规则, 对被转移方构成败诉风险; 后一种是对负有举证责任的一方制造了举证障碍, 使其难以完成法定的举证责任, 构成败诉风险。这说明鉴定意见不是完全独立的。它只有与鉴定人出庭作证相结合, 才能构成一个完整的证据种类, 才能被质疑和反驳。鉴定意见本身作为书面文件, 当它受到某一方质疑的时候, 它本身不能回答任何问题, 只有鉴定人在场才能够做到这一点。因此鉴定意见不具有独立性, 它只能依附于鉴定人而存在。因此, 法律把鉴定意见作为一个独立证据种类是缺乏科学根据的, 是粗线条立法的又一个例证。

### (二) 特殊民事案件庭审中的鉴定意见

在特殊的民事案件中, 鉴定意见对被告有利时将发生的问题, 如图四所示。

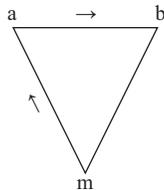


图四

其中 a 代表原告, b 代表被告, m 代表鉴定意见。

在特殊的民事诉讼中, 举证责任要分割成原告的举证责任和被告的举证责任, 其中被告的举证责任比原告的举证责任要沉重, 这是法律做出的规定, 具有法定性, 法官或其他任何人都不得就此做出改变或者重新做出分配。图四意味着, 被告 b 负担本案的主要的举证责任。法官向当事人展示鉴定意见 m, 而 m 对 b 是有利的。然而, 鉴定人却没有出庭作证。在这种情况下, a 就失去了当庭就鉴定意见中可能存在的问题及相关事项, 去质疑和反驳鉴定人的机会和诉讼权利, 从而减轻了 b 所负担的举证责任压力。如果法院以鉴定意见为主要依据就本案做出民事判决, 那么对 a 而言, 肯定是不公平的。因为, 这个判决通过隐蔽地解脱或减轻被告的举证责任压力, 置 a 于显著不利的地位。它归责于 a, 客观上解脱了 b 的过错, 因此可称为对 a 的过错推定, 而鉴定意见显然是构成该推定的根源。

与前面所设置的情况相反, 当鉴定意见对被告不利时所产生的问题, 如图五所示。



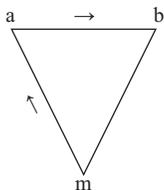
图五

① 有人认为, 鉴定人不出庭容易给法官提供“暗箱操作”的机会。鉴定是由具有专门知识的人员, 依据某些客观材料做出的鉴别、判断的主观说明, 因此, 鉴定结论带有一定的主观性。由于鉴定人几乎不出庭作证, 对鉴定结论的审查判断主要取决于法官, 法官可以完全根据自己的意愿决定鉴定结论的取舍, 再加上当事人一般无法判断鉴定的真伪与对错, 这就很容易造成法官“暗箱操作”的现象。未直接面对当事人的反驳和质疑的鉴定结论, 即使错误, 也难以得到及时的发现和有效的纠正。<sup>[5]</sup>笔者认为, 所谓“暗箱操作”是一种较为抽象的提法。准确的提法应该是, 法官借鉴定人不出庭作证而隐蔽地转移诉讼中的举证责任和从事过错推定。

其中 a 代表原告, b 代表被告, m 代表鉴定意见。m 对 b 不利而对 a 有利, 但是鉴定人不出庭作证, 被告 b 就失去了当庭就鉴定意见中可能存在的问题及相关事项, 去质疑和反驳鉴定人的机会和诉讼权利, 从而增加了自己的败诉风险。虽然立法的意图在于加重被告的举证责任和减轻原告的举证责任, 但是应当给与被告公平的辩论和反驳机会(例如通过鉴定人出庭的积极行为方式)。否则就会在诉讼程序上造成不利于被告的局面。

### (三) 刑事案件庭审中的鉴定意见

根据现行有关法律, 我国公安机关内部设有司法鉴定中心, 对于公安机关提交的与案件侦查有关事项进行鉴定, 并给出鉴定意见。在公安机关认可鉴定意见的前提下, 它们将被提交给公诉机关。因此, 一般认为这样的鉴定意见会有利于侦查机关和公诉方。如图六所示。



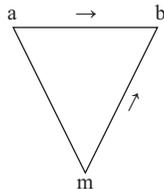
图六

其中 a 代表公诉人, b 代表被告人, m 代表鉴定意见。

上述图形意味着, 公诉人 a 向法院起诉被告人 b; a 向法院提交了鉴定意见 m。假如该鉴定意见的内容对 a 十分有利, 但鉴定人却不出庭作证。<sup>①</sup>在这种情况下, 被告人 b 便无从当庭就鉴定意见中可能存在的问题及相关事项, 对鉴定人进行质疑和反驳, 而被告的辩护权和反驳权对保护其自身的人身和财产安全都是极为重要的。被告失去了辩护权和反驳权, 其实意味

着公诉方的举证责任已经隐形地转移到他的身上, “有罪推定”已经发生。这样, 以鉴定意见为重要依据的刑事判决, 对被告人 b 是极其不公平的。

在刑事司法实践中, 还存在另外一种情形。如图七所示。



图七

其中 a 代表公诉人, b 代表被告人, m 代表鉴定意见。

假设鉴定人是来自公安部物证鉴定中心的鉴定专家, 接受来自某边远省份一家县公安局关于某案件物证的委托鉴定, 鉴定意见很不利于该公安局。由于鉴定人坚持原则, 坚持自己的意见, 使鉴定意见不利于公诉方, 却有利于 b, 保护了 b。在这种情况下, 鉴定人不出庭作证对 a 和 b 分别有何影响, 分别考察如下:

首先, 对 a 来说, 作为公诉方, 它负有刑事诉讼中的举证责任。相反, b 不承担任何举证责任。如图七可知, 鉴定意见本身对 a 很不利, 但 a 却无法当庭就鉴定意见中可能存在的问题及相关事项, 对鉴定人进行质疑和反驳。这显然不利于 a 完成自己的说服责任和举证责任, 构成了其实现诉讼权利、履行诉讼义务的障碍, 其结果对 a 有失公允。

上述情况转移了举证责任吗? 没有。因为 a 本来就负担法定的举证责任。加重了 a 的举证责任吗? 也没有。只能说, 由于鉴定人不出庭作证, a 丧失了对鉴定人进行质疑和反驳的机会和

① 在刑事诉讼中鉴定人不出庭作证的原因更加复杂。一是鉴定人担心被当事人或者其他人打击报复, 而拒绝出庭作证。这种情况下, 为了解决鉴定中的专业问题, 鉴定人往往更愿意以书面方式, 即“工作说明”或者询问笔录的形式来解释鉴定中的一些专业问题。二是鉴定人愿意出庭作证, 但鉴定机构不同意其出庭作证。目前由于我国的刑事诉讼案件中所涉及的死亡、伤情鉴定均由公安机关隶属的法医鉴定中心出具, 鉴定机构属于公安机关下属的二级机构, 鉴定人作为“体制内的责任人”, 即使自己同意出庭作证, 仍要取得鉴定机构及上级机关的同意, 其出庭作证往往成为一种职务行为需要得到批准。<sup>[6]</sup>

权利,使得a完成其法定的举证责任变得十分困难,甚至完全不可能。从这个角度来说,a所面临的举证责任压力变得更大了。

其次,对b来说,由于鉴定人不出庭作证,没有向b转移举证责任。刑事诉讼的无罪推定原则在这里得到了充分的体现。不过这是通过不公平的程序(鉴定人不出庭作证的消极行为方式)表现出来的,不应该成为诉讼的常态。

#### (四) 小结

以上我们从动态(鉴定人出庭作证就其鉴定结论和有关问题接受质证)和静态(鉴定人不出庭,仅仅在法庭上展示或宣读鉴定结论)的角度,对鉴定意见在三类案件的庭审中是否具有独立性的问题做了详细考察,可以得出如下两个结论:

第一,在鉴定人出庭作证的情况下,民事诉讼中的双方当事人及其代理人(以及刑事诉讼中的控辩双方)能够当庭就“鉴定意见”中的问题或疑惑,或者鉴定意见中所没有反映出来的但与鉴定有关的问题,进行质询或者反驳,从而实现法律所规定的当事人的质疑权、反驳权。这说明鉴定人出庭作证对于保障这项诉讼权利是多么必要。

第二,正如图二到图七所示,如果鉴定人不出庭作证,鉴定意见表面上取得了独立的证据地位,但当事人的质疑权、反驳权等诉讼权利就不能得到保障。不仅如此,它还具有更严重的弊端。在普通民事诉讼中,鉴定人不出庭作证会导致举证责任从原告到被告的转移,解脱了原告本来负担的法定举证责任,产生对被告的“过错推定”效果。在特殊民事诉讼中,

鉴定人不出庭作证会导致举证责任从被告向原告转移,减轻或者消除了被告的举证责任,从而产生对原告的“过错推定”。这些都是违法的行为,其结果是必然造成错误的判决。至于在刑事诉讼中,鉴定人不出庭作证会导致举证责任从公诉方向被告的转移,解脱了公诉方本来负担的法定举证责任,产生对被告的“有罪推定”,违反了无罪推定原则,这个后果是十分严重的。<sup>①</sup>

可见,立法机构在缺乏深入研究的情况下硬性赋予“鉴定意见”独立地位,作为一个独立的证据种类,并没有达到积极的效果,反倒产生了一系列弊端。现在需要彻底改变这种非理性、非科学的立法。只有把鉴定意见与鉴定人出庭作证结合起来,使其成为一个不可分离的、具有密切联系的统一体,才能正常地发挥其作用。

### 三、德国法视角下的比较分析

德国《民事诉讼法》第411条规定:“(1)法院命令为书面鉴定书时,鉴定人应将其署名的鉴定书留交书记科。法院可以对鉴定人在此点规定一定期间。……(3)为了对鉴定书加以解释,法院可以命令鉴定人到场。(4)双方当事人应在适当的时间内向法院提出他们对鉴定意见的反对意见、有关鉴定的意见以及对鉴定书的补充问题。法院为此可以规定一定期间。……”<sup>[7]</sup>根据上述规定,关于鉴定的证据形式有两种:一是鉴定书。鉴定书是一种法定的

<sup>①</sup> 实际上,鉴定人不出庭除直接导致上述弊端之外,还会导致一些间接的弊端,如重新鉴定增多,当事人诉讼成本增加。由于鉴定人不出庭作证,当事人无法在法庭上询问鉴定人,对鉴定结论有疑问不能当庭质证,无法就鉴定结论的科学性和真实性获得真实的情况,容易导致当事人对鉴定人的公正性和鉴定结论的科学性产生怀疑和不服,这时当事人只能反复委托重新鉴定,不仅浪费了法院和当事人的资源,而且容易导致案件久拖不决。现代诉讼直接言词原则要求鉴定人到庭陈述其鉴定结论,有利于法院全面了解案情,正确分析判断鉴定结论的证据价值,从而确定鉴定结论的可靠性和证明力。鉴定人不出庭违反了直接言词原则。鉴定人不出庭在某种程度上也侵犯了当事人的质证权和反驳权。<sup>[5]</sup>

有关鉴定的书面证据形式。另一种是鉴定人的口头陈述,这也是一种法定的证据形式。关于后一种证据形式,有的德国学者明确表示支持。根据德国学者奥特马·尧厄尼希的解释,“鉴定人传递专业知识(通常情况下经验法则)并且大多数情况下也陈述从中获得的结论”,“鉴定人与证人不同,是陈述他所学到的且可被他人学到的东西”。<sup>[8]</sup>

根据德国学者的解释,鉴定人的口头陈述和书面鉴定书这两种证据形式之间是有区别的,即前者是有关鉴定的主要证据形式,后者则处于次要的地位。前者基于民事诉讼法辩论原则的要求而做出。根据民事诉讼法的辩论原则,鉴定意见应在辩论中口头作出,但法院也可以命令他出具书面鉴定书。<sup>[8](P124-125,290)</sup>如果关于鉴定意见存在疑问或不清楚,则法院应依职权命令口头解释。

反观我国,长期以来,在鉴定活动领域中,我国诉讼法把“鉴定结论”或者“鉴定意见”作为唯一的证据形式。由于它是书面证据,鉴定人向法院提交鉴定结论或者鉴定意见之后,就视为完成任务,鉴定人不必出庭。法律也没有要求鉴定人必须出庭。于是,鉴定人不出庭成为常态。法官和鉴定人没有意识到,在鉴定意见之外还存在一种叫做鉴定人口头陈述的证据形式,从而无意中把“鉴定人的口头陈述”排除在证据形式之外,客观上有利于鉴定人不出庭作证。<sup>①</sup>现在应该纠正这种错误做法。纠正的办法是:一是遵从过去的立法习惯保留证据种类,把其中的“鉴定意见”改为“鉴定人的口头陈述及鉴定意见”;

二是在鉴定条文中,明确规定鉴定人出庭作证,把鉴定人的口头陈述也作为鉴定的一种证据形式。

#### 四、立法目的反思及修改

在司法实践中,鉴定人不出庭作证,“鉴定意见”实际上并未获得科学意义上的真正独立性,并导致一系列消极的、违法的后果。这就使得我们怀疑立法机关关于“鉴定意见”的立法意图。立法意图或目的属于主观范畴的东西,有时未必与客观实际相符合。因此,有必要审查其立法目的的合理性问题。

笔者在研究中发现,把“证人证言”和“鉴定意见”的立法意图做一个比较,有助于我们澄清鉴定意见的立法目的的合理性问题。我们看到,《民事诉讼法》第63条第六款把“证人证言”作为一个独立的证据种类,没有单独把“证人”或者“证言”作为一个独立的证据种类,其立法意图就是要确立证人亲自出庭作证的原则。该意图是明确的、不容含糊的。这是英美法系国家通用的口头证据原则的具体化措施,是现代文明司法的主要标志之一。从立法技术和逻辑上来说,关于证人出庭作证的立法,前后连贯,不矛盾,无疑是成功的立法例子。<sup>②</sup>

与此相比,关于鉴定意见,不仅总的立法意图不符合现代证据法的文明方向,而且法条前后矛盾。例如,《民事诉讼法》第63条第七款首先表现出明显的缺陷,它确立的是与口头

<sup>①</sup> 我国把“鉴定意见”作为一个独立证据种类可能有两方面的原因:一是我国立法机关视野不开阔,没有深入研究德国等国家的相关立法和理论;二是把鉴定问题孤立起来看待,单纯就鉴定论鉴定,没有把鉴定与民事诉讼法的基本原则(如辩论主义)结合起来,忽视了当事人主义和辩论主义原则对鉴定的影响。

<sup>②</sup> 《民事诉讼法》第63条第六款规定了“证人证言”作为一个独立的证据种类,体现了其言词证据的根本原则。第72条规定:“凡是知道案件情况的单位和个人,都有义务出庭作证。有关单位的负责人应当支持证人作证。”这样,证人有义务出庭作证,就符合言词证据的原则要求。原则之外有时会出现意外情形。因此,第73条规定:“经人民法院通知,证人应当出庭作证。有下列情形之一的,经人民法院许可,可以通过书面证言、视听传输技术或者视听资料等方式作证:(一)因健康原因不能出庭的;(二)因路途遥远,交通不便不能出庭的;(三)因自然灾害等不可抗力不能出庭的;(四)其他有正当理由不能出庭的。”

证据原则完全相反的书面证据原则，它要求提供鉴定意见，而制作该鉴定意见的人可以不出庭作证。这是与鉴定意见相关的一切问题的立法根源。

《民事诉讼法》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。”该条否定了前面第63条第七款所规定的“鉴定意见”的独立证据种类的地位。如此一来，第63条第七款与第78条之间就发生了明显冲突：前者要求“鉴定意见”独立，后者则要求鉴定人出庭作证，限制“鉴定意见”的独立性。如何理解这种矛盾现象呢？

从表面上来看，第63条第七款与第78条

都是关于鉴定意见的规定，他们之间是有某种联系的，但这种联系的本质是什么？后者改变了前者的书面证据的性质吗？没有。它不过是前者所规定的书面证据原则的例外。它的条件是：当事人对鉴定意见有异议，或者法院认为有必要出庭。据此可知，我国《民事诉讼法》仍然强调书面证据原则，这种根本的立法意图或倾向并未改变。<sup>①</sup>在司法实践中，尽管许多人抱怨鉴定人不出庭作证，但他们依然我行我素，为什么？因为法律允许他们这样做。这种情形至今也没有改变。可见，如果我们不从根本上调整鉴定的立法理念和原则，那么鉴定人不出庭作证的问题就不会得到根本改善。建议将“鉴定意见”修改为“鉴定人的口头陈述及鉴定意见”，只有这样，才能确立正确的立法意图，消除法条之间的固有矛盾，使鉴定人不出庭失去法律保护伞。

## 参考文献

- [1] 吴芸. 新民法鉴定人出庭作证问题的调研报告 [R/OL]. (2013-06-08) [2015-11-13]. 中国法院网.
- [2] 曹晓辉. 对证人、鉴定人出庭作证情况的调查分析 [EB/OL]. (2011-11-16) [2015-11-14]. 河南法院网.
- [3] 房云静. 鉴定人不出庭的原因及解决对策 [EB/OL]. (2011-05-13) [2015-11-14]. 保定市人民法院网.
- [4] 王义善, 程呈. 鉴定人对鉴定结果出庭作证 [N]. 新法制报, 2013-01-18.
- [5] 黄薇. 浅析鉴定人出庭作证制度 [EB/OL]. (2013-08-23) [2015-11-14]. 宜昌市三峡坝区人民法院网.
- [6] 孟粉. 如何落实鉴定人出庭作证新规定 [N/OL]. (2012-07-13) [2015-11-14]. 正义网—检察日报.
- [7] 德意志联邦共和国民事诉讼法 [M]. 谢怀栻, 译. 北京: 中国法制出版社, 2001: 102.
- [8] [德] 奥特马·尧厄尼希. 民事诉讼法 [M]. 周翠, 译. 北京: 法律出版社, 2003: 288.

(责任编辑: 刘君博 赵建蕊)

<sup>①</sup> 有人指出，我国法律规定的不完善在一定程度上放任了鉴定人不出庭的现象。例如《民事诉讼证据规定》第59条规定的“鉴定人应当出庭接受当事人的质询。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”。另外，我国刑事诉讼中也没有将鉴定人出庭作证作为确定鉴定结论法律效力的必要前提，控辩双方可以当庭宣读“未到庭的”鉴定人的鉴定结论。另外，根据司法解释的规定，对于“不影响开庭审判”的鉴定人经法院传唤或通知未到庭的，法院可以决定不传唤其出庭作证，而采取直接对鉴定结论进行书面调查的方式来审理案件。<sup>[5]</sup>笔者认为，《刑事诉讼法》、《民事诉讼证据规定》等关于鉴定人和鉴定意见的规定，都体现了“鉴定意见”作为书面证据的本质，鉴定人出庭作证反倒是一种例外的规定，充分反映了立法和司法解释的落后性。