



中财法学文库

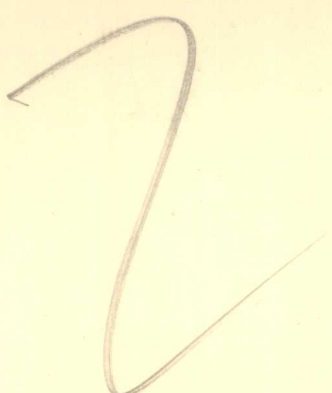
鉴定意见证明论

司法鉴定人出庭作证规则研究

On the Proof of Expert Opinions

The Research into the Rules for Expert Witnesses' Appearance in Court

郭华 著



人民法院出版社

D916/23

2008

中财法学文库

(司法部科研项目：07SFB5016)

鉴定意见证明论

——司法鉴定人出庭作证规则研究

郭 华 著

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

鉴定意见证明论:司法鉴定人出庭作证规则研究/郭华著. —北京:
人民法院出版社,2008.4

(中财法学文库)

ISBN 978 - 7 - 80217 - 528 - 0

I. 鉴… II. 郭… III. 司法鉴定 - 举证责任 - 研究 IV. D916

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 206696 号

鉴定意见证明论

——司法鉴定人出庭作证规则研究

郭 华 著

责任编辑 胡玉莹
出版发行 人民法院出版社
地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)
电 话 (010) 85250520 (责任编辑) 85250516 (出版部)
85250558 85250559 (发行部)
网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>
E - mail courtpress@sohu.com
印 刷 北京人卫印刷厂
经 销 新华书店

开 本 890 × 1240 毫米 A5
字 数 277 千字
印 张 10.25
版 次 2008 年 4 月第 1 版 2008 年 4 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978 - 7 - 80217 - 528 - 0
定 价 25.00 元

版权所有 侵权必究

《中财法学文库》编委会

编委会顾问 江 平 王家福 梁慧星 王利明
王保树 甘功仁 蔺翠牌

编委会主任 郭 锋

编委会委员 安新宇 曹富国 陈 飞 陈华彬
高秦伟 郭 华 李 轩 刘双舟
胡晓珂 史树林 王克玉 吴 韬
许冰梅 阳 平 尹 飞 曾筱清
张小平

执行编委 吴 韬 尹 飞

作者简介

郭华，男，汉族，山东省枣庄市人，中国政法大学法学学士、诉讼法学硕士、诉讼法学博士，中国社会科学院法学所诉讼法学博士后。现为中央财经大学法学院硕士生导师，诉讼法与刑法学教研室副主任，司法改革与法律适用研究中心执行主任；兼任中国政法大学应用法律研究中心研究员，贵州民族学院法学院教授，曲阜师范大学法学院教授。主要从事诉讼法学、证据法学和司法鉴定制度方面的研究、教学和司法实践。曾任山东省枣庄市中级人民法院民事审判第二庭庭长，高级法官；主持和参加了中国社会科学博士后基金项目《案件事实认定方法论》、教育部《诉讼证明标准与证明责任研究》、中国社科院《刑事诉讼法再修改专家建议稿》和《司法鉴定制度改革与司法公正研究》、司法部《司法鉴定工作管理体制研究》和《司法鉴定人出庭作证规则研究》、公安部《刑事司法与行政执法的衔接机制研究》等课题的研究；曾在《法学》、《诉讼法学研究》、《法学杂志》、《法学论坛》、《法令月刊》、《中国司法》、《中国律师》等海内外报刊杂志发表学术论文50余篇，出版了《鉴定结论论》、《证据法学》等专著四部，主编、参编法学专著、教材25部。2003年、2007年曾两次获最高人民法院全国法院优秀学术论文三等奖，2006年获山东省高级人民法院优秀社科著作二等奖。

总 序

中央财经大学法学院诞生于中国致力发展社会主义市场经济、建设社会主义法治国家的 20 世纪 90 年代中期这一伟大的变革时代。经过十多年的发展，法学院正在向着成为我国财经立法、司法和教育的思想库，财经法学的重要国际交流平台，财经法律复合型应用性高级人才的重要培养基地的目标迈进。

在中央财经大学法学院的教师中，活跃着一批学历高而又富有朝气的年轻学者，他们关注国计民生，参与国家法制建设，醉心于法学研究；他们热爱三尺讲台，关心学生的成长；他们具有国际化视野，重视借鉴西方先进的法律制度、法学理论与法律文化。以这批教师为主体，中央财经大学法学院的广大教师在平时的教学耕耘与学术研究中收获了累累硕果。以此为基础，我们决定编辑出版“中财法学文库”系列丛书。

投入较大的人力、物力组织这套文库的出版，是践行中财法学院“科研立院”宗旨的重要体现。如何在激烈的竞争中立于不败之地，培养出社会需要、国家满意的优秀人才，是各个大学法学院共同思考的问题。我们始终认为：法学院

的根本任务在于培养合格的高质量法律人才，科研则是教育的先导、教育的基础。没有高质量的学术研究，以己昏昏，使人昭昭，很难想象有深入浅出、鞭辟入里的课堂教学；没有教师对法律实践的敏感触觉和对社会问题的深刻领悟，很难想象有生动活泼、贴近实际的课堂艺术。唯有在科研方面的进步和成就，才能保证造就一支具有坚实理论基础、深厚学术底蕴、并富有远见卓识和深刻洞察力的师资队伍，从而推动法学院全方位、多层次的发展。是故，学院多方筹资，购置图书、激励科研、补贴出版、奖掖人才；众学者皓首穷经、笔耕不辍；法学出版界同仁大力襄助，终有今日“中财法学文库”付梓。

这套文库的出版，必将有助于我院提升法科学术的学术品质，强化其专业素质。法学教育是高等教育的重要组成部分，是建设社会主义法治国家、构建社会主义和谐社会的重要基础，并居于先导性的战略地位。在我国社会转型时期，法学教育不仅要为建设高素质的法律职业共同体服务，而且要面向全社会培养大批治理国家、管理社会、发展经济的高层次法律人才。中央财经大学法学教育适应侧重培养通法律、懂经济、懂管理、懂外语的高层次复合型、应用性人才的目标定位，在培养具有复合知识结构的本科生、研究生方面形成了鲜明的财经实务特色。法科学生在重点学好法学核心课程和教学计划的其他课程外，适当广泛涉猎、阅读学术专著，对巩固、深化课堂知识是十分必要的。在教材之外，出版一批理论精深、博采众长、体察实践、观点新颖的专著，可以有效满足学生解惑之需。本文库诸部著作，多围绕民商法、

经济法等领域实践中的重大疑难问题，对我国相关制度加以细致的探讨与解说。这将有助于拓展学生视野，为他们思考问题、研究制度以及应用法律提供新的视野和方法，并进而登堂入室、一窥门径。

这套文库，在策划选题上，偏重经济领域中实践意义重大且学界较少探讨的具体问题；在内容上，侧重对具体问题的深入分析和制度的合理构建。这固然与我院以民商法、经济法为基础，以财经私法、财经公法为特色，以理论法学为支撑，集中发展若干新兴三级学科的学科发展战略有关，也是我们对法学研究方向思考的产物。从宏观而言，目前我国的法学学科框架已经基本成熟，法学界对法学各学科的体系与基本原则已无较大争议，法学各学科的基本理论相对而言也难以再有较大变动，因此我们的研究目标不能再仅仅局限于对若干宏观问题的探讨以及对若干基本原则的建构。因应法律实践的需求和法治完善的需要，我们更应当集中精力于以前较少涉及的具体制度及其微观层面展开深入细致的研究，揭示其背后的理论基础，提供完善、富有可操作性的制度设计，以此推动法学研究与法学教育的进步，并进而推动我国立法、司法日臻完善。

刚刚过去的2007年，适逢《民法通则》实施20周年。抚今追昔，以先师佟柔教授为代表的一代法律学人历经磨难、备受艰辛，终以一部《民法通则》向世界发出了中国的《权利宣言》。虽历经波折，《物权法》终得以颁行，社会主义市场经济法律体系的框架已基本具备。在改革开放和法治建设的关键发展阶段，衷心希望我院同仁，以国家法制建设为己

任，以民族复兴为目标，以追求真理的勇气致力于学术研究，以甘当人梯的情怀献身于法学教育，谦虚谨慎，踏实治学，团结国内外法学界同仁，弘扬老一辈学者的风范，为我国法学的繁荣与法治的进步不懈努力！

是为序。

郭锋*

2008年3月1日

* 中央财经大学法学院院长、教授。

目 录

导论	(1)
第一章 司法鉴定人	(13)
第一节 司法鉴定人的概述	(13)
第二节 司法鉴定人的资格	(23)
第三节 司法鉴定人的诉讼地位	(35)
第二章 司法鉴定人制度的历史与发展	(49)
第一节 我国司法鉴定人制度的历史	(50)
第二节 我国司法鉴定人制度的现状	(62)
第三节 我国司法鉴定人制度的发展	(73)
第三章 司法鉴定人出庭作证的制度基础	(80)
第一节 质证权与鉴定人出庭作证	(80)
第二节 直接言词原则与鉴定人出庭作证	(85)
第三节 传闻证据规则与鉴定人出庭作证	(89)
第四章 司法鉴定人出庭作证的实体规则	(94)
第一节 司法鉴定人出庭作证实体规则概述	(94)
第二节 司法鉴定人出庭作证实体规则	(101)
第五章 司法鉴定人出庭前的程序规则	(114)
第一节 司法鉴定人出庭的通知程序规则	(114)
第二节 司法鉴定人出庭作证的思维进路	(119)
第三节 司法鉴定人出庭作证的准备工作	(128)
第六章 司法鉴定人作证前的程序规则	(133)
第一节 司法鉴定人出庭作证的担保规则	(133)
第二节 司法鉴定人回避的程序规则	(137)
第三节 司法鉴定人核实身份的程序规则	(141)

第七章 司法鉴定人接受质证的程序规则	(147)
第一节 司法鉴定人接受质证的程序规则	(147)
第二节 司法鉴定人拒绝回答的程序规则	(182)
第八章 鉴定意见的认证程序	(192)
第一节 鉴定意见认证的概述	(192)
第二节 鉴定意见认证的程序	(196)
第三节 鉴定意见的认证规则	(202)
第四节 不同鉴定意见的认证规则	(221)
第九章 司法鉴定人出庭作证的保障规则	(243)
第一节 司法鉴定人出庭作证的权利	(243)
第二节 司法鉴定人违反出庭作证的责任	(249)
附一 司法鉴定人出庭作证规则	(262)
司法鉴定人出庭作证办法（拟制稿）	(262)
附二 司法鉴定人的相关规定	(266)
司法鉴定人登记管理办法	(266)
公安机关鉴定人登记管理办法	(274)
人民检察院鉴定人登记管理办法	(280)
司法鉴定程序通则	(285)
人民检察院鉴定规则（试行）	(293)
最高人民法院技术咨询、技术审核工作管理规定	(298)
最高人民法院对外委托鉴定、评估、拍卖等工作 管理规定	(302)
中华人民共和国人民法院法庭规则	(313)
参考文献	(315)
后记	(317)

导 论

“由于现代型诉讼所产生的诸多问题在技术上相当复杂，为迈向专门化的法院体系（这一体系也会有自身的问题）之目标，而并非以（或主要为）全能型法院体系为模式，大量地依赖专家证人看来似乎是唯一可选择的方式。”^① 司法鉴定人凭借着自己的专门知识越来越多地对案件事实的认定起到重要的作用，因此，“专家证人在现代诉讼中扮演着无可比拟的角色。伤害案件运用医生与经济学家；产品责任案件运用设计和安全专家；建筑案件运用结构工程师与建筑师；刑事案件运用指纹与 DNA 专家……”，诉讼需要这些具有专门知识的鉴定人“解释事情如何、为何发生，或者事情如何、为何没有如此发生”。^② 美国加利福尼亚州最高法院在 1985 年至 1986 年间的 529 起陪审团裁决的民事案件中，在 86% 的民事陪审团审判的案件中有专家证人作证。总计，每项审判平均 3.3 个专家；在专家出庭的案件中，平均 3.8 个专家；原告传唤的

① [美] 理查德·A·波斯纳：《联邦法院：挑战与改革》，哈佛大学出版社 1996 年版，第 244～272 页。

② [美] 汤玛斯·摩伊特：《诉讼技巧》，蔡秋明等译，台湾地区商周出版社 2002 年版，第 396 页。

专家多于被告，大约占总数的64%。其中，一半专家为医生。^①据有关学者调查，在中国的司法实践中，鉴定人能够亲自出庭作证的比例一般不会超过5%，绝大多数鉴定意见是由控诉方以书面的形式直接提交给法庭，并由公诉人通过宣读鉴定意见的方式进行。^②江苏省的一项调查表明，司法鉴定人出庭作证的案件数还不到1%。^③

我国司法鉴定人出庭作证与美国专家证人出庭作证的人数相对比，可以说寥若晨星，微乎其微。于是笔者产生了以下疑问：我国的法庭仅仅依靠书面鉴定意见真的能够判断鉴定意见的真假及其与证据、案件事实之间的证明关系吗？^④这种判断在多大程度上具有可靠性？另一个方面，从上列情况可以推断，我国司法实践中95%以上涉及鉴定的案件，司法鉴定人是不出庭作证的。也就是说，95%以上案件的当事人及其辩护人、诉讼代理人无法当庭就鉴定意见向鉴定人提出质疑，就鉴定意见的科学性及鉴定人资格等问题与司法鉴定人进行对质，当事人及其辩护人、诉讼代理人在法庭质证鉴定意见的权利是否还存在？如果这种权利依然存在的话，此权利也仅仅是一种立法上的宣言而不具有实质意义，仍然属于停留在“纸面上的法律”，只是获得了一张“空头”权利证书，在实践中几乎未有实效。据统计，我国仅在司法行政部登记的司法鉴定人2006年对法医类、物证类和声像资料（含计算机司法鉴定、电子物证司法鉴定）进行鉴定的共505184件。“换言之，法院之判

① [美] 罗纳德·J·艾伦等：《证据法（第三版）》，张保生等译，高等教育出版社2006年版，第722页。

② 陈瑞华：《刑事诉讼前沿问题》，中国人民大学出版社2001年版，第556页。

③ 潘久永、陈良俊：《司法鉴定人出庭作证的法律思考》，载《司法鉴定理论与实务》，人民法院出版社2002年版，第132页。

④ 本书鉴于《决定》将鉴定结果称之为“鉴定意见”，虽然三大诉讼法还保留“鉴定结论”的立法概念，考虑以后的修改，故采用了“鉴定意见”的表述方式，与鉴定结论等同。

决几乎以各鉴定机构之鉴定结果作为认定事实之依据，故鉴定制度设计是否周全，直接影响司法机关之审判品质，并可深刻强化对人民诉讼权利之保障。”^① 据司法部司鉴所 2007 年度组织实施“五项”能力验证表明，全国 24 个省市及香港特别行政区的 365 家机构参加能力验证项目计 564 项。其中不通过率占 20.2%。因此，对司法鉴定人出庭作证问题进行研究，可以说意义重大。

一、研究司法鉴定人出庭作证的目的

随着社会的变迁、经济的发展、科学技术的进步以及专业分工的细密，社会生活在现代化、科技化和专业化的立体交叉和相互交融中更显得纷繁复杂和扑朔迷离，一般人的普通经验和能力对一些专门性问题或事实真相的认定难以完成，“越来越多对诉讼程序非常重要的事实现在只能通过高科技手段查明，”^②“会有越来越多的证据规则规定，对于某种类型的事实，必须根据科学技术知识来加以认定。”^③ 科学技术和专门知识便成为诉讼活动不可或缺的协助手段。同时，随着我国诉讼理念的变迁和诉讼模式的转型，建立在原来模式上的司法鉴定制度的弊端不断显露出来，面对其缺陷也越来越捉襟见肘，这不仅制约了现代化诉讼机制的有机运行，而且也影响了司法公正和效率的实现。司法鉴定不再表现为一种单纯的科学技术问题，已经跨入司法制度的范畴，作为与诉讼制度、证据制度紧密关联又相互影响的一项重要司法制度。

为了推进司法鉴定制度的改革，全国人大常委会 2005 年 3 月 28 日制定了《关于司法鉴定管理问题的决定》（以下简称《决定》）。然而，《决定》的“主要内容是国家对司法鉴定人员

① 朱富美：《科学鉴定与刑事侦查》，中国民主法制出版社 2006 年版，第 8 页。

② Damasa, Evidence Law Adrift, Yale University Press 1997, p145.

③ [美] 米尔吉安·R·达马斯卡：《比较视野中的证据制度》，中国公安大学出版社 2006 年版，第 225 页。

和鉴定机构的管理，因而，不涉及诉讼制度问题。我国诉讼法中关于鉴定问题的部分条款，有的确需要修改或补充、完善。但这项工作要在今后修改诉讼法律时一并研究解决。”^①《决定》的出台对于司法鉴定的管理可以说具有里程碑的意义，但是，“对于鉴定问题，如果只是从资格、机构设置和鉴定程序方面去考虑问题，不能解决鉴定的根本问题，在鉴定结论的运用上，我们仍会遇到很多难以解决的问题，甚至会被宣布此路不通。”^②司法鉴定人出庭作证制度存在的问题在一定程度上影响了诉讼制度、证据制度的落实。因此，完善司法鉴定人出庭作证规则成为司法鉴定制度改革的关键性因素之一。通过司法鉴定人出庭作证促使司法鉴定中“司法”的功能由“是司法”走向“为司法”的转变，并由“服务于诉讼活动”功能向保障诉讼活动的功能延伸为法庭准确认定事实消除障碍。

对于我国现存的诉讼制度、证据制度和司法鉴定制度进行分析，目前我国法律的规定还存在以下需要解决的问题。

（一）司法鉴定人出庭作证法律依据的矛盾性

《中华人民共和国刑事诉讼法》（以下简称《刑事诉讼法》）第156条、第157条规定，“公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人经审判长许可，可以对证人、鉴定人发问”。“审判人员可以询问证人、鉴定人”。“对未到庭的……鉴定人的鉴定结论……应当庭宣读，审判人员应当听取公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人的意见。”最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第58条、第144条、第145条、第148条规定，“证据必须经过当庭出示、辨认、质证等法庭调查程序查证

^① 《把司法鉴定管理纳入法制轨道》，全国人大内务司法委员会负责人就《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（草案）》的有关问题答记者问。

^② 王敏远主编：《刑事证据法中的权利保障》，中国人民大学出版社2006年版，第13~14页。

属实，否则不能作为定案的根据”。“鉴定人应当出庭宣读鉴定结论，但经人民法院准许不出庭的除外”。“向鉴定人发问，应当先由要求传唤的一方进行；发问完毕后，对方经审判长准许，也可以发问。”“审判人员认为有必要时，可以询问证人、鉴定人”。在司法实践中，鉴定人常常因法官或者控方宣读书面鉴定意见而不出庭作证，人民法院也不要求鉴定人出庭作证，《刑事诉讼法》对于鉴定人出庭作证的规定基本上被闲置，由控方或者法官宣读书面鉴定意见的规定运用地较为充分，一般条款的适用在向特别条款“逃逸”，例外条款成为了在实践中普遍发生效力的条款。对于这种结果，诉讼法对其问题的“冲突漏洞”负有不可推卸的责任；同时，对最高人民法院司法解释中关于司法鉴定人何种情况下“人民法院准许不出庭”等问题，还需要进一步作出规定。

《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）第66条、第125条第2款规定，“证据应当在法庭上出示，并由当事人互相质证。”“当事人经法庭许可，可以向证人、鉴定人、勘验人发问”。最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第59条规定：“鉴定人应当出庭接受当事人质询。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。”《民事诉讼法》并未对如何进行询问作出相应的规定，司法解释规定的“特殊原因无法出庭”的情形仍需明确。

《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。”但对人民法院应当通知鉴定人出庭作证而不予通知的，当事人如何救济没有作出规定，对这一“领域漏洞”也很有必要进行程序上的完善。

（二）司法鉴定人出庭作证权利义务的失衡

《决定》将人民法院依法通知司法鉴定人出庭作证规定为司法鉴定人的法定义务，对司法鉴定人出庭作证的应当享有什么权利却没有相应的规定。权利和义务应当是对等的，法律在要求行为人履行一定的义务时，就应当赋予行为人相应的权利。但是，在司法鉴

定人出庭作证的法律规范中难以寻找到其应当享有的权利或者权利受到侵害时应当具有的救济程序，司法鉴定人的权利与义务处于明显的失衡状态。

法律仅仅单方面规定司法鉴定人必须出庭履行作证的法律义务，保障出庭作证司法鉴定人应当享有的权利以及一系列与保障司法鉴定人出庭制度相配套制度缺失。如没有规定司法鉴定人出庭作证的经济补偿权、安全保护权等权利。因为我国的立法也缺少有关司法鉴定人出庭费用是否补偿及如何补偿的规定，以及司法鉴定人出庭作证其人身、财产以及近亲属是否应当受到司法保护以及由谁来保护的规定。这些规定在许多国家的司法实践中已经比较完备，如德国存在专门的《证人、鉴定人补偿法》，对鉴定人出庭作证依照该法给付补偿费。虽然我国《诉讼费用交纳办法》第6条、第11条规定：“当事人应当向人民法院交纳的诉讼费用包括：……（三）证人、鉴定人……在人民法院指定日期出庭发生的交通费、住宿费、生活费和误工补贴。”“证人、鉴定人……在人民法院指定日期出庭发生的交通费、住宿费、生活费和误工补贴，由人民法院按照国家规定标准代为收取。”这种规定是否合理值得研究。法律这种单方面苛求鉴定人履行出庭作证义务，而不给予相应权利保障也是导致司法鉴定人不愿意出庭作证，以及实践中不出庭作证的原因之一。

（三）司法鉴定人不依法出庭作证法律后果的缺位

法律明确地规定司法鉴定人出庭作证的义务，同时也应当对司法鉴定人违反出庭义务规定一定的法律后果。然而，我国法律一方面要求鉴定人必须出庭，应当出庭宣读鉴定意见，说明鉴定的过程、鉴定的方法、鉴定材料的有关情况，并对其分析、判断及推论阐明理由；同时，鉴定人接受当事人（控辩）双方或者专家辅助人的询问和质证，必要时接受法官的询问，从而澄清鉴定意见的真伪以及可靠程度。另一方面，又宽容地对待司法鉴定人不出庭的行为，未到庭的鉴定人的鉴定意见在当庭宣读后可以成为定案的根