



最新法律文件解读丛书

商事法律文件解读

【法律解读】

解读《中华人民共和国民事诉讼法》新修改条文（三）

【司法解释、司法解释性文件与解读】

解读《最高人民法院关于税务机关就破产企业欠缴税款产生的滞纳金提起的
债权确认之诉应否受理问题的批复》

【部门规章、部门规章性文件与解读】

解读《关于坚定不移推进保险营销员管理体制改革的意见》

解读《关于支持汽车企业代理保险业务专业化经营有关事项的通知》

【司法实务问题研究】

股东派生诉讼制度利益平衡机制探索

——以衡平滥用防范与正当激励两大制度目标为视角

【法律适用问题解答】

《公司法》适用疑难问题新释解（七）

【新类型疑难案例选评】

原告北京优朋普乐科技有限公司与被告重庆博广科技有限公司侵犯信息网络传播权纠纷案

【评析】网站运营者应对其管理和控制范围内的侵权行为承担责任

主编 / 奚晓明

· 总第 94 辑 ·

(2012.10)

人民法院出版社



最新法律文件解读丛书

商事法律文件解读

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

商事法律文件解读. 总第 94 辑/奚晓明主编. —北京:
人民法院出版社, 2012. 11

(最新法律文件解读丛书)

ISBN 978 - 7 - 5109 - 0577 - 3

I. ①商… II. ①奚… III. ①商法 - 法律解释 - 中国
IV. ①D923. 995

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 268132 号

商事法律文件解读. 总第 94 辑

主编 奚晓明

责任编辑 孙振宇

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 邮编 100745

电 话 (010) 67550519 (责任编辑) 67550558 (发行部查询)
65223677 (读者服务部)

网 址 [http: //www. courtbook. com. cn](http://www.courtbook.com.cn)

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 北京人卫印刷厂

经 销 新华书店

开 本 787 × 1092 毫米 1/16

字 数 140 千字

印 张 8

版 次 2012 年 11 月第 1 版 2012 年 11 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 5109 - 0577 - 3

定 价 16.00 元

卷首语

2012年8月31日，全国人民代表大会常务委员会通过了《关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》。为使广大读者能够准确理解和适用修改后的民事诉讼法，本辑继续刊登民事诉讼法的解读文章，其内容主要涉及民事诉讼中的证据规定。

近日，最高人民法院公布了《关于税务机关就破产企业欠缴税款产生的滞纳金提起的债权确认之诉应否受理问题的批复》。为使广大读者能够准确理解和适用该批复，本辑刊登了其解读文章，详细阐释了批复的起草背景和主要过程，并重点对关于破产企业在破产案件受理前欠缴税款产生的滞纳金是否属于破产债权的问题，关于税务机关就该企业欠缴税款产生的滞纳金提起的债权确认之诉应否受理的问题，关于破产企业在破产案件受理前欠缴税款产生的滞纳金作为破产债权的清偿顺序问题，关于破产案件受理后因欠缴税款产生的滞纳金人民法院如何处理的问题等内容进行了深入解析。

本辑法律适用问题解答栏目，继续刊登最高人民法院立案一庭法官、全国审判业务专家何波对公司法适用过程中疑难问题的解答。

另外，本辑还刊登了《最高人民法院关于国有土地开荒后用于农耕的土地使用权转让合同纠纷案件如何适用法律问题的批复》、《商务部关于涉及外商投资企业股权出资的暂行规定》等法律文件。

《最新法律文件解读》丛书

编委会

(按姓氏笔画为序)

卫彦明	孔祥俊	任卫华	刘贵祥
刘德权	杜万华	杨万明	杨亚平
杨临萍	张益民	宋晓明	孙佑海
周峰	郑学林	赵大光	胡云腾
宫鸣	姜启波	高贵君	高憬宏
裴显鼎	戴长林		

执行编辑 孙振宇

电话 (010) 67550519

邮箱 shangshijiedu@126.com

目 录

【法律解读】

解读《中华人民共和国民事诉讼法》新修改条文(三)	1
--------------------------------	---

【司法解释、司法解释性文件与解读】

解读《最高人民法院关于税务机关就破产企业欠缴税款产生的 滞纳金提起的债权确认之诉应否受理问题的批复》	17
---	----

最高人民法院

关于国有土地开荒后用于农耕的土地使用权转让合同 纠纷案件如何适用法律问题的批复 (2012年9月4日)	25
---	----

最高人民法院

关于废止1979年底以前发布的部分司法解释和 司法解释性质文件(第八批)的决定 (2012年8月21日)	26
--	----

【部门规章、部门规章性文件与解读】

中国保险监督管理委员会

关于坚定不移推进保险营销员管理体制改革的意见 (2012年9月14日)	42
--	----

解读《关于坚定不移推进保险营销员管理体制改革的意见》	44
----------------------------------	----

中国保险监督管理委员会

关于支持汽车企业代理保险业务专业化经营有关事项的通知 (2012年9月14日)	46
--	----

解读《关于支持汽车企业代理保险业务专业化经营 有关事项的通知》	48
商务部	
关于涉及外商投资企业股权出资的暂行规定 (2012 年 9 月 21 日)	50
证券投资基金管理公司管理办法 (2012 年 9 月 20 日)	55
中国证券监督管理委员会	
关于实施《证券投资基金管理公司管理办法》有关问题的规定 (2012 年 9 月 20 日)	70
公开发行证券的公司信息披露内容与格式准则第 2 号 ——年度报告的内容与格式(2012 年修订) (2012 年 9 月 19 日)	74
财政部 中国证券监督管理委员会 国务院国有资产监督管理委员会	
关于证券资格会计师事务所转制为特殊普通合伙 会计师事务所有关业务延续问题的通知 (2012 年 9 月 14 日)	95

【司法实务问题研究】

股东派生诉讼制度利益平衡机制探索 ——以衡平滥用防范与正当激励两大制度目标为视角	马继雷 97
---	--------

【法律适用问题解答】

《公司法》适用疑难问题新释解(七)	何 波 107
-------------------------	----------

【新类型疑难案例选评】

原告北京优朋普乐科技有限公司与被告重庆博广科技 有限公司侵犯信息网络传播权纠纷案 [评析]网站运营者应对其管理和控制范围内的 侵权行为承担责任	杨丽霞 116
--	---------

[法律解读]

解读《中华人民共和国民事诉讼法》 新修改条文（三）^①

第七十二条 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。

不能正确表达意思的人，不能作证。

条文主旨：证人作证义务和证人资格

【释解与适用】

这次修改民事诉讼法对原民事诉讼法第七十条作了修改，增加了部分内容，并将其改为三个条文。本条规定就是从原民事诉讼法第七十条中分出来的一个条文，具体内容上没有实质变化，主要是对证人作证义务和证人资格的规定。

关于证人作证义务，根据本条的规定，凡是知道案件情况的单位和个人，都有义务出庭作证。人民法院审理案件，查明事实，必须依靠知道案情的各方面证人，对于证人来说，出庭作证是法律规定的义务。因此，知道案件情况的人都应当积极配合人民法院的审理工作，向法庭陈述自己耳闻目睹的事实或者间接了解的情况。有关单位的负责人应当支持证人作证。由于证人作证是法律规定的义务，所以，国家机关、社会团体、企业事业单位的负责人，在本单位人员作证时，应当给予支持并提供方便，以保证证人能履行好法律规定的义务。

但是，不是所有的人都能作为证人，根据本条第二款的规定，不能正确表达意思的人，不能作证。根据这一款的规定，精神病患者、呆痴、年幼无知或者其他不能正确表达意思的人，不能作为证人。应当指出的是，生理上有缺陷

^① 本文内容选自全国人大常委会法制工作委员会民法室编：《〈中华人民共和国民事诉讼法〉释解与适用》，人民法院出版社2012年版。

的人，只要这种缺陷不会成为其了解一定事实的障碍时，仍可以作为证人。比如，聋哑人可以用文字表述其看到的事情，盲人可以证明他听到的事实。至于某些对事实有一定理解和表达能力的儿童，在某些情况下也可以作为证人。也就是说，待证事实与其年龄、智力状况或者精神健康状况相适应的无民事行为能力人和限制民事行为能力人，一般也可以作为证人。

第七十三条 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。

条文主旨：证人出庭作证

【释解与适用】

本条规定是对原民事诉讼法第七十条部分内容的修改，并单独出来作为一条进行规定。

本条规定主要包括三方面的内容：

1. 证人有出庭作证的义务。民事诉讼中的证人出庭义务，是指证人负有的在人民法院进行法庭审理时出庭接受询问的义务。证人是就其亲身感知的事实向法院作客观陈述的人，具有不可选择性和不可替代性。证人出庭作证，保证了各方当事人通过质证在法庭上平等对抗的权利，也有利于发现案件真实，提高诉讼效率，促进纠纷公正解决。无论大陆法系国家还是英美法系国家对证人作证都要求以出庭为原则，普遍规定了证人的出庭义务。但在目前我国司法实践中，由于种种原因，证人出庭作证率低的情况较为普遍，基于此，这次修改民事诉讼法特别在本条中增加了规定：“经人民法院通知，证人应当出庭作证。”

2. 证人确有困难的，可以不出庭作证。证人负有出庭义务，但并不是说证人在任何情况下都应当出庭。由于各种主客观因素的影响以及从利于诉讼、方便诉讼的角度考虑，在某些例外情形下，证人可以不出庭作证。原民事诉讼

法第七十条中规定：“证人确有困难不能出庭的，经人民法院许可，可以提交书面证言。”但由于该规定过于原则，证人确有困难不能出庭的情形不明确，人民法院在实践中对证人确有困难不能出庭的情形审查的标准不一，一些法院掌握得较为宽松，只要证人随意提出一个理由都予以准许，这也是证人出庭率低的一个重要原因。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》中规定了证人确有困难不能出庭的几种具体情形，此次修改民事诉讼法在该司法解释规定的基础上，结合实际，明确在下列几种情形下，证人可以不出庭作证：

(1) 因健康原因不能出庭的。证人由于身患疾病等健康原因不能出庭作证的，可以其他方式作证。

(2) 因路途遥远，交通不便不能出庭的。这里的路途遥远与交通不便是对应的。虽然路途遥远但交通便利的，不能作为证人不出庭作证的理由。只有在路途遥远，且交通不便，使得证人出庭作证不合理或者不可行的情况下，证人才可以不出庭作证。

(3) 因自然灾害等不可抗力不能出庭的。不可抗力，是指不可预见、不能避免且不可克服的客观情况。证人由于自然灾害等不可抗力不能出庭作证的，也可以采取其他方式作证。

(4) 其他有正当理由不能出庭的。除了上述三种情形外，其他有正当理由不能出庭的，经人民法院审查核实后，也可以不出庭作证。

3. 证人不出庭时的其他作证方式。一般说来，证人应当出席庭审提供证言，但如果出现本条规定的法定例外情形，证人可以不出庭作证，此时必须通过其他方法来调查证人证言。原民事诉讼法第七十条中只规定了证人通过提交书面证言来作证。这次修改民事诉讼法根据司法实践情况，增加了通过视听传输技术或者视听资料等作证的方式。

(1) 通过书面证言的方式作证。书面证言是证人出庭作证以外的最为简便和常见的作证方式。证人不能出庭的，可以提交其亲笔书写的书面证言，也可以以他人记录的证言笔录的形式作证。

(2) 通过视听传输技术的方式作证。视听传输技术是现代科技发展的产物，为相距遥远的人们提供了便捷、有效的交流途径，人们可以通过电视网络、电话网络和因特网即时而且形象地将声音、图像进行传输，具有即时性、互动性的特点。现代科技的发展这些先进技术可以用来为证人证言的调查服务，从而有利于诉讼进行、降低诉讼成本。通过视听传输技术作证能够更为全面地反映证人作证的现场情况，并能够使质证和询问证人的程序及时展开，更

有利于法庭正确地审核判断证据，从而更好地保障证人证言的真实性。

(3) 通过视听资料的方式作证。视听资料与书面证言相比，可以比较全面地反映证人作证的环境，能够更好地保证证言的可信性。

第七十四条 证人因履行出庭作证义务而支出的交通、住宿、就餐等必要费用以及误工损失，由败诉一方当事人负担。当事人申请证人作证的，由该当事人先行垫付；当事人没有申请，人民法院通知证人作证的，由人民法院先行垫付。

条文主旨：证人出庭费用负担

【释解与适用】

本条规定是这次民事诉讼法修改新增加的内容。

本法第七十二条规定，凡是知道案件情况的单位和个人，都有义务出庭作证。证人在出庭作证的过程中，势必会耗费精力、财力和时间，影响正常的生活和工作，使其经济利益遭受损失，如果因为履行作为出庭作证的法定义务，而使证人自身的经济利益受到损失，这就违背了权利与义务相对应的原则和公平原则。同时，我国证人作证的意识本来就淡薄，如果不建立证人出庭作证费用补偿机制，补偿证人因出庭作证而产生的经济损失，证人更不愿意出庭作证。从世界范围看，证人出庭作证给予经济补偿也是各个国家和地区民事诉讼立法或者证据立法的普遍做法。因此，证人因履行出庭作证义务而支出的必要费用以及因出庭作证而影响其正常收入时，在经济上理应有权获得必要的补偿。原民事诉讼法没有规定证人出庭费用问题，这次修改民事诉讼法，针对这一问题专门增加了规定：“证人因履行出庭作证义务而支出的交通、住宿、就餐等必要费用以及误工损失，由败诉一方当事人负担。当事人申请证人作证的，由该当事人先行垫付；当事人没有申请，人民法院通知证人作证的，由人民法院先行垫付。”这一规定主要涉及两个问题：

1. 证人出庭费用的范围。根据本条规定，这些费用包括证人因履行出庭作证义务而支出的交通、住宿、就餐等必要费用和误工损失两部分。证人作证的交通、住宿、就餐等必要费用，应当由法院确定一个以普通公民的行、住、食为基础的差旅费标准，根据证人的住所远近、交通状况、生活水平决定，不能过高也不能过低。至于是否应当给予证人误工损失，存在一定争议。

从我国国情出发,虽然本法已经规定证人所在单位应当支持公民出庭作证,但在现行市场经济体制下因证人出庭作证而给所在单位特别是所在企业造成利益损失的,不能一概将这些损失转嫁于该证人所在单位,当然也不能由证人自身负担,这部分损失应当包含在证人出庭费用范围内较为合适。

2. 证人出庭费用的负担主体。对于证人出庭费用最终由谁承担,在修改民事诉讼法时,争议较大。有的意见认为,应由败诉一方当事人承担;有的意见认为,谁主张证人出庭,费用就由谁来承担;有的意见认为,该证人作证支持哪一方的诉讼请求,就由哪一方承担证人的费用;有的意见认为,如证人证言未被法庭采信,则由申请证人出庭作证的当事人负担,如果证人证言被法庭采信,则由对方当事人负担;有的意见认为,应由国家负担。

证人出庭费用属于诉讼费用的一部分,从诉讼费用负担原则上来看,应当由败诉一方当事人负担更为合理,这也是规范、警戒、惩罚民事违法当事人的一种客观需要。为鼓励证人出庭作证的积极性,证人作证完毕就应当支付其出庭费用,但从证人出庭作证到确定哪一方当事人败诉有一段时间,因此,本条还对证人出庭作证费用的垫付作了规定。如果当事人申请证人作证的,由该当事人先行垫付;当事人没有申请,人民法院通知证人作证的,则由人民法院先行垫付。

第七十六条 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,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。

条文主旨: 鉴定程序启动和确定鉴定人

【解释与适用】

这次修改民事诉讼法对原民事诉讼法第七十二条作了修改,增加了部分内容,并将其改为三个条文。本条规定就是在原民事诉讼法第七十二条第一款的基础上作出的修改,并单独出来作为一条进行规定。

随着社会的发展,民事纠纷越来越复杂,涉及专门知识的案件也越来越多,如知识产权纠纷案件、环境污染纠纷案件、产品质量纠纷案件等,对专门

性问题进行鉴定日益成为审判实践中的普遍现象。这些专门性问题必须由具有专门知识的专业人员进行鉴定。对专门性问题进行鉴定的人即为鉴定人，他们根据法院的委托，利用专门知识对案件中的某些专门性问题进行鉴别、认定、分析和判断，最后提供的结论性意见即为鉴定意见。在民事诉讼中，鉴定意见在一些情形下往往具有其他证据方式所不能替代的作用，对于印证其他证据的真实和可靠程度，具有不可或缺的作用；在一些特定情形下，正确地运用鉴定意见，便可直接认定案件事实的主要情节或直接否定某些主要事实情节，这在一些疑难案件中显得更为重要。随着现代科学技术的发展和广泛运用，鉴定意见的重要性将越来越显著。但需要明确的是，由于种种原因，鉴定意见也有不准确、不可靠的时候，有的时候，不同鉴定人就同一问题得出的鉴定意见甚至完全相反，因此，审判人员认定案件事实不能惟鉴定意见是从，应当结合案件的全部证据，加以综合审查判断，从而正确认定案件事实，作出正确判决。

原民事诉讼法对于鉴定问题的规定较为原则，这次修改民事诉讼法，在总结以往审判实践经验的基础上，对鉴定程序中涉及的一些重要问题作了进一步的规定。本条主要是完善了鉴定程序的启动和鉴定人的选任问题。

关于鉴定程序的启动，原民事诉讼法第七十二条第一款规定：“人民法院对专门性问题认为需要鉴定的，应当交由法定鉴定部门鉴定；没有法定鉴定部门的，由人民法院指定的鉴定部门鉴定。”这一规定没有涉及当事人申请鉴定的内容，使不少人误认为鉴定是人民法院的司法行为，是人民法院主动调查证据的行为。这一规定在实践中也容易导致人民法院不保持独立和中立，随意干涉当事人的诉讼权利，甚至有的人民法院因此对应当鉴定的专门性问题不予鉴定，实际上剥夺了当事人的诉讼权利，导致部分案件裁判不公。在我国的民事审判实践中，鉴定程序实际上在多数情况下也是因当事人的申请而启动的，这也是强化当事人的举证责任，建立现代民事审判制度的客观要求。因此，这次修改民事诉讼法，增加规定了当事人申请鉴定的内容，明确规定：“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。”同时也就人民法院主动委托鉴定作了规定：“当事人未申请鉴定，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。”根据本条规定，申请鉴定是当事人的一项权利，人民法院应当予以保护。对查明案件事实的专门性问题需要进行鉴定的，当事人有权向人民法院提出申请。对双方当事人均申请鉴定，或者一方当事人申请、另一方当事人同意的，人民法院应当启动鉴定程序；如果只有一方当事人申请鉴定，鉴定的内容为查明案件事实的专门性问题，另一方当

事人虽然不同意，法院一般也应当启动鉴定程序。

本法第六十四条第一款明确规定：“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。”鉴定意见属于证据的一种，申请鉴定是当事人履行自己举证责任的内容。当事人需要鉴定意见来证明自己提出的主张时，理所当然应当申请鉴定；当事人未申请鉴定的，应当承担就该主张举证不能的法律后果，这是当事人对自己诉讼权利的处分，人民法院无需干涉，更不能强制要求当事人进行鉴定。但在某些情况下，虽然当事人没有申请鉴定，但人民法院认为审理案件需要对专门性问题进行鉴定，比如，某些专门性问题可能涉及有损国家利益、社会公共利益或者他人合法权益的事实，需要进行鉴定，在这种情况下，人民法院应当委托有资格的鉴定人进行鉴定。因此，本条第二款明确规定：“当事人未申请鉴定，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。”

关于鉴定人的确定，本条规定了两种方式：协商和指定。根据本条规定，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，才由人民法院指定。当事人未申请鉴定，人民法院对专门性问题认为需要鉴定的，可以直接委托具备资格的鉴定人进行鉴定。在当事人申请鉴定的情况下，如果直接由法院指定鉴定人，容易产生法院根本不征求当事人的意见，径直指定某一鉴定人的情况。由于目前鉴定人制度还不完善，鉴定标准不一，法院直接指定鉴定人，当事人容易产生对鉴定人的不信任，导致重新鉴定等问题。为在程序上公正地保障当事人的诉讼权利，应当由双方当事人协商确定鉴定人。这体现了对当事人意愿和诉讼权利的尊重，可以避免当事人对法院和鉴定人中立性的质疑，鉴定意见更有可能使当事人心服口服，有利于法院妥当、迅速、信服地解决纠纷。法院指定鉴定人，只能发生在双方当事人无法达成一致意见、协商不成的情况下。在人民法院主动依职权启动鉴定的情况下，由于双方当事人都没有意愿进行鉴定，所以可以由法院直接指定鉴定人。

需要注意的是，虽然当事人可以协商选择鉴定人，但是决定和委托鉴定仍然是人民法院的工作，因此，双方当事人协商意见一致的，经人民法院审查同意后向双方当事人宣布并向鉴定人出具委托鉴定函。

第七十七条 鉴定人有权了解进行鉴定所需要的案件材料，必要时可以询问当事人、证人。

鉴定人应当提出书面鉴定意见，在鉴定书上签名或者盖章。

条文主旨：鉴定人权利和义务

【释解与适用】

本条规定是民事诉讼法原七十二条中分出来的一个条文，具体内容上没有实质变化，主要是对鉴定人权利和义务的规定。

为保障鉴定人能够及时、顺利地开展鉴定活动，本条第一款明确规定，鉴定人有权了解进行鉴定所需要的案件材料，必要时可以询问当事人、证人。鉴定人实施鉴定，就鉴定所需的案件材料，自然有权予以了解，否则将无从履行鉴定，比如，鉴定因伤害而造成的伤情鉴定，鉴定人就有权了解当时纠纷发生时的情况，并查看当事人受伤后治疗情况的有关材料。只要鉴定需要，即使某些材料涉及到国家秘密、商业秘密或者个人隐私，经人民法院许可，鉴定人也有权了解。有关当事人在诉讼中应当根据鉴定人的要求，将其掌握、控制的所有对鉴定活动的开展所必需的有关物件材料或者其他相关资料交予鉴定人。对诉讼卷宗和存于法院的证物，也应允许鉴定人利用。出于鉴定需要，鉴定人经过人民法院的许可，还可以向当事人、证人询问与鉴定有关的情况。

鉴定人依法接受委托，经过科学鉴定，不管鉴定结果的性质如何，都应当按照规定和要求提出书面鉴定意见。提出书面鉴定意见是鉴定人进行鉴定必须履行的一项义务。一般说来，书面鉴定意见上应当包括委托人姓名或者名称、委托鉴定的内容、委托鉴定的材料、鉴定的依据及使用的科学技术手段、对鉴定过程的说明、明确的鉴定结论和对鉴定人鉴定资格的说明等内容。最后，鉴定人还要在鉴定书上签名或者盖章。

第七十八条 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。

条文主旨：鉴定人出庭作证

【释解与适用】

本条规定是这次民事诉讼法修改新增加的内容。

本法第六十三条规定：“证据必须查证属实，才能作为认定事实的根据。”第六十八条规定：“证据应当在法庭上出示，并由当事人互相质证。”鉴定意见是对民事诉讼中涉及的查明事实的专门性问题进行鉴别和判断形成的意见，属于证据的一种，对于案件的定性具有直接影响，有必要进行质证，这是对当事人诉讼权利的正当的程序保障。鉴定人出庭作证，接受当事人的发问，回答有关鉴定争议的问题，并说明鉴定的过程、依据等，是鉴定人的义务，也是保证鉴定意见真实性、合法性和证明力的重要形式。否则，鉴定意见的证明力无从产生，不得作为认定事实的根据。原民事诉讼法对鉴定人出庭作证规定得过于原则，导致在理论上和司法实践的操作中有很多分歧。据了解，司法审判中鉴定人出庭作证的比例不高，不少法官只是当庭宣读鉴定意见而很少通知鉴定人出庭。另外，即使鉴定人接到出庭通知，也往往拒绝或推诿，法官也没有措施可以促使鉴定人出庭作证。种种情况说明，鉴定人不出庭作证的情况具有一定的普遍性，由此而造成了对鉴定意见基本上无法通过正当程序进行质证，严重地影响了鉴定意见作为认定案件事实的合法性基础。这种现象也对实践中多头鉴定、重复鉴定的产生起到了推波助澜的作用。因此，这次修改民事诉讼法针对鉴定人出庭作证的问题专门增加了本条规定。

本条首先明确了鉴定人出庭作证的条件，即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。根据这一规定，鉴定人出庭作证主要有两种情况：一种情况是当事人对鉴定意见有异议。鉴定人提出书面鉴定意见后，人民法院应当将鉴定意见发送双方当事人，双方当事人均对鉴定意见表示没有异议的，可以在开庭时不再对鉴定意见进行质证，直接认可鉴定意见的证明力。如果双方当事人或者一方当事人对鉴定意见提出异议，则需要在开庭时对鉴定意见进行质证，此时，鉴定人应当出庭接受当事人的质询和提问，回答有争议的问题。另一种情况是人民法院认为鉴定人有必要出庭的。有的时候双方当事人对鉴定意见均没有异议，但人民法院根据案件审理需要认为鉴定人有必要出庭作证，比如，鉴定意见涉及可能有损国家利益、社会公共利益或者他人合法权益的事实，涉及依职权追加当事人等。此时，虽然双方当事人对鉴定意见均没有异议，但人民法院还是应当通知鉴定人出庭作证。

关于鉴定人不出庭作证的后果，本条明确规定：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。根据这一规定，经人民法院通知，鉴定人拒不出庭作证的，首先是鉴定意见不得作为认定事实的根据，即鉴定意见将失去证据作

用。这样规定，主要是考虑到：一方面，鉴定意见是对民事诉讼中涉及的查明事实的专门性问题进行鉴别和判断形成的意见，对于案件的定性具有直接影响，有的直接关系到当事人胜诉还是败诉。为保证鉴定意见的真实性、合法性，避免反复鉴定，提高审判效率，同时做到保护当事人正当的诉讼权利，让当事人接受鉴定意见，对裁判结果心服口服，应当在对鉴定意见有争议的情况下，促使鉴定人出庭作证，接受双方当事人的质询和提问，回答相关问题。另一方面，其他证据如证人证言对个案来讲是特定的，在诉讼上具有不可替代性，如果证人确有特殊原因不能出庭作证的，应当允许，并可以通过其他方式如通过书面证言、视听传输技术或者视听资料等方式作证。而鉴定意见是法院委托的，由专业人员根据科学方法和自己的专业知识作出的判断，不具有唯一性，具有可更换性或替代性。鉴定人不出庭的，人民法院可以另行委托其他鉴定人进行鉴定，提出鉴定意见。因此，不能像对待普通证人那样为鉴定人设定特殊原因从而使得鉴定人拒绝出庭作证合法化。如果鉴定人在客观上确实因特殊情况，如长期抱病在身、到国外长期探亲甚至定居等难以出庭作证的，就应当及时更换鉴定人，并重新作出鉴定意见，而不得允许鉴定人不出庭作证。

鉴定人拒绝出庭作证，如果仅规定其鉴定意见不被法院接受作为认定事实的根据，就是把鉴定人不出庭作证的不利后果归于当事人，鉴定人无须承担任何责任。这对当事人来说是很不合理的，特别是已经支付了鉴定费用的当事人，更会起到纵容鉴定人不出庭作证的负面作用。因此，本条进一步规定，经人民法院通知，鉴定人拒绝出庭作证的，支付鉴定费用的当事人可以要求返还鉴定费用。

第七十九条 当事人可以申请人民法院通知有专门知识的人出庭，就鉴定人作出的鉴定意见或者专业问题提出意见。

条文主旨：有专门知识的人出庭

【释解与适用】

本条规定是这次修改民事诉讼法新增加的内容。

随着生产力的发展和现代科学技术的突飞猛进，生产关系也不断产生重大的变革，民事案件中遇到了越来越多的专门性问题，这些专门性问题与科学技术方面的新知识、新手段密切相关，涉及到社会生活的方方面面，比如网络、医学、生物、金融等等，当事人依据自身的知识往往不能适应诉讼上的需要，