

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》第78条评析

占善刚

摘要 2012年修改的《民事诉讼法》第78条明定鉴定人不出庭作证的后果是：鉴定意见不得作为事实认定的根据、鉴定人返还鉴定费用。该规定忽视了鉴定人出庭作证的公法义务性质和鉴定的证据法构造。在民事诉讼中，出庭作证系鉴定人对代表国家行使裁判权的法院承担的诉讼法上的义务。基于该义务的公法性质，鉴定人不出庭作证应遭受罚款、拘留等公法上的制裁。考虑到鉴定人与证人诉讼地位的相似性，立法上应将鉴定人不出庭作证的后果一体适用于证人，这才符合形式正义的要求。

关键词 鉴定人 出庭作证 公法义务 公法制裁 形式正义

作者占善刚，法学博士，武汉大学法学院教授。

2012年修订的《民事诉讼法》第78条首次规定了鉴定人不出庭作证所承担的诉讼法上的后果，即“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。”该规定对于督促鉴定人出庭作证，落实当事人对鉴定人的发问权，^①保障法院正确裁判，都具有重要的意义。不过，现行《民事诉讼法》第78条将“不采纳鉴定意见”及“返还鉴定费用”作为鉴定人不出庭作证的后果，是否妥当，则有必要斟酌。为此，应首先厘清民事诉讼中鉴定人出庭作证行为的性质。

一、鉴定人出庭作证行为的性质

在证据法上，鉴定是指为补充法官的判断能力，当事人以外的拥有特别学识经验的第三人在主

* 本文系教育部2013年人文社会科学研究规划基金项目“证人、鉴定人出庭作证费用补偿制度研究”（项目编号：13YJA820063）的阶段性成果及国家2011计划司法文明协同创新中心研究成果。

① 《民事诉讼法》第139条第2款规定了当事人在证据调查程序中有对鉴定人的发问权。但如果鉴定人不出庭作证，则当事人的此项权利将无法落实。

持证据调查程序的法官面前陈述相关专门知识或基于该专门知识所作的事实判断。而鉴定人即此处的第三人^②。鉴定人在法律地位上属于法院的辅助机关,具有补充法官的判断能力不足的功能。^③在民事诉讼中,法官是公权力的行使者,鉴定人则为专门知识的拥有者。要正确判断案件事实,法官往往依赖鉴定人的协助。在这个意义上,鉴定人就成为法院的辅助机关。域外民诉立法关于鉴定制度的设计在很多方面体现了这一点。例如,法官能在必要的范围内依职权命令鉴定,^④鉴定人由法院指定,^⑤鉴定人在具有与法官回避的同一事由时可以被当事人申请回避,^⑥等等。与此同时,域外民诉立法均将鉴定意见作为法定证据之一,法官对于鉴定意见依自由心证作出评价而非完全受其拘束。可见,鉴定人向法院陈述鉴定意见与证人陈述证言虽然在内容、形式上有所不同,但鉴定人作为与证人相类似的人的证据方法的属性并未改变。简言之,在民事诉讼中,居于法官辅助者地位的鉴定人,本质上仍属于人的证据方法。

在大陆法系民事诉讼中,证据调查的实施主体为法院,证据调查程序由法院主导。对鉴定所作的证据调查,其核心内容为鉴定人依法官的命令陈述鉴定意见,以确保法院基于正确的证据调查结果作出公正的裁判。因此,鉴定人陈述鉴定意见,正如证人陈述证言一样,属于鉴定人的法定义务。该义务是为协助法院进行证据调查,确保裁判真实这一司法目标而设,故其相对方是法院。^⑦

基于证据调查的直接原则、言词原则的要求,鉴定人陈述鉴定意见应采取的方式是:鉴定人于证据调查期日出庭,口头向受诉法院陈述。相应地,鉴定人所负的义务有出庭义务与陈述义务之分,并且理论上陈述义务以出庭义务的履行为前提。不过,由于鉴定人出具的鉴定意见往往涉及专门技术领域的事项,为使鉴定人能正确地向法官及当事人传达关于鉴定事项的判断意见,有时法律也允许鉴定人以书面方式向法官报告鉴定意见。例如,德国民诉法第441条规定,法院命令提交书面鉴定时,鉴定人应将其署名的鉴定书留交书记科。又如,日本民诉法第215条第1款规定,受诉法院、受命法官或受托法官可命令鉴定人书面陈述鉴定意见;我国台湾地区民诉法第335条第1款规定,受诉法院、受命法官或受托法官可命令鉴定人出具鉴定书。事实上,在德国、日本的裁判实务中,鉴定人通常以提交鉴定意见书的形式向法院陈述鉴定意见,这已成为惯例。^⑧可见,在民事诉讼中,鉴定人履行陈述义务,未必限于口头陈述,书面陈述鉴定意见也是允许的。

② 参见[日]高藤秀夫:《注解民事诉讼法》(5),第一法規出版株式会社1983年版,第110页;[日]伊藤真:《实验对象讲座民事诉讼法》,弘文堂2005年版,第365页。

③ 鉴定人补充法官的判断能力有两种类型:第一种类型为鉴定人向法官报告其不知晓的外国法、习惯法;第二种类型为鉴定人向法官提供专门领域里的经验法则或者对于具体事实所作的判断意见。

④ 参见德国民诉法第144条,我国台湾地区民诉法第288条,我国《民事诉讼法》第76条。

⑤ 参见德国民诉法第404条,日本民诉法第213条,我国台湾地区民诉法第326条,我国《民事诉讼法》第76条。

⑥ 鉴定的功能在于补充法官判断能力的不足,故对于鉴定人,应强调其中立性特征。在具有妨害鉴定人居于中立地位而客观、诚实地进行鉴定的情形时,应将其排除而由法院另行选任鉴定人。此项制度,称为鉴定人的回避。参见德国民诉法第406条,日本民诉法第214条,我国台湾地区民诉法第331条,我国《民事诉讼法》第44条。

⑦ 参见[日]新堂幸司、铃木正裕、竹下守夫:《注释民事诉讼法》(6),有斐阁1995年版,第405页;[日]中野贞一郎、松浦馨、铃木正裕:《新民事诉讼法讲义》(第2版),有斐阁2004年版,第311页。

⑧ 参见[德]奥特马·尧厄尼希:《民事诉讼法》,周翠译,法律出版社2003年版,第290页;[日]门口正人:《民事证据法大系》(第5卷),青林书院2005年版,第29页。

另一方面,为保障受诉法院作出正确的判断以及维护当事人所享有的证据法上的利益,在必要的情形下,鉴定人应于证据调查期日以口头形式对其先前提交的书面鉴定意见作出说明或解释。此种场合,鉴定人仍负口头陈述义务。这是大陆法系民诉立法的通例。譬如,德国民诉法第411条第3款规定,鉴定意见若不清楚或存在疑问,法院可依职权命令鉴定人到场作口头解释。同条第4款规定,双方当事人可以在适当的期间内申请法院传唤鉴定人到场口头解释鉴定意见并回答问题。又如,日本民诉法第215条第2款规定,在鉴定人书面陈述鉴定意见的场合,为明了该鉴定意见的内容,法院认为有必要时,可依当事人申请或依职权让鉴定人进一步口头陈述鉴定意见;我国台湾地区民诉法第335条第3款也规定,鉴定书须说明者,法院可命令鉴定人到场说明。

我国自1982年《民事诉讼法》(试行)起,鉴定人履行陈述义务一直采取由鉴定人向受诉法院提交书面鉴定意见的方式。这一点,从《民事诉讼法》第77条第2款关于“鉴定人应当提出书面鉴定意见,在鉴定书上签名或者盖章”的规定即可明了。在涉及鉴定的证据调查程序中,《民事诉讼法》第138条更明确地将宣读鉴定意见作为受诉法院进行证据调查的方式。笔者认为,在民事诉讼中,鉴定人究竟系口头方式抑或书面方式陈述鉴定意见,应根据案件的实际情况,不必一概而论。理论上讲,口头方式更契合证据调查程序的本质,不过,也不排除书面方式的运用。修改前的《民事诉讼法》第125条第2款关于“当事人经法庭许可,可以向证人、鉴定人、勘验人发问”的规定已暗含了鉴定人的出庭义务和口头陈述义务。全国人大常委会《关于司法鉴定管理问题的决定》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。”该规定正面强调了鉴定人特定情形下的出庭作证义务。现行《民事诉讼法》第78条进一步强化了鉴定人的出庭作证义务。这主要体现在以下两个方面:第一,扩大了民事诉讼中鉴定人应履行出庭作证义务的范围。除“当事人对鉴定意见有异议”外,增设了“人民法院认为鉴定人有必要出庭的”情形,将鉴定人出庭作证的范围予以适度扩张。笔者认为,这样的立法安排值得肯定,因为鉴定意见能否作为事实认定的根据,取决于受诉法院践行证据调查程序后的自由心证,而当事人并非判断主体。当受诉法院对鉴定人出具的书面鉴定意见有疑义时,责令鉴定人出庭作出进一步的解释或说明,显然契合证据调查的目的。第二,明确规定了鉴定人不履行出庭作证义务的后果。按照《民事诉讼法》第78条的规定,鉴定人拒不履行出庭作证义务的后果是,鉴定意见不得作为认定事实的根据,以及返还鉴定费用。这不仅在形式上保持了鉴定义务规范结构的完整性,并且一定程度上也可以起到督促鉴定人出庭作证的作用。^⑨因此,第78条体现了立法的进步。当然也存在不足之处,下文对此作进一步的分析。

^⑨ 此次《民事诉讼法》修改,增加规定鉴定人不出庭的后果,是现实使然。在我国民事审判实务中,鉴定人出庭作证的比例很低,在不少案件中,法官只是当庭宣读鉴定意见而不通知鉴定人出庭。另外,即使鉴定人接到法院的出庭通知,也往往拒绝或推诿,法官也不能采取强制措施使鉴定人出庭作证。这种现象严重地削弱了鉴定意见作为案件事实认定根据的合法性与正当性,对我国民事司法实践中多头鉴定、重复鉴定问题的产生也起到了推波助澜的作用。为此,这次《民事诉讼法》修改针对鉴定人出庭作证的问题增设了鉴定人不出庭作证的后果的规定。参见全国人大常委会法工委民法室编:《中华人民共和国民事诉讼法条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2012年版,第117-118页。

二、《民事诉讼法》第78条关于鉴定人不出庭作证后果的分析

(一) 鉴定意见不得作为认定事实的根据系严格证明的必然要求，作为鉴定人不出庭作证的制裁规范失之允当

依据严格证明的基本原理，在民事诉讼中，鉴定意见只有经过法定的证据调查程序，才能成为受诉法院进行证据评价的对象。^⑩ 如前所述，在我国的民事诉讼中，鉴定人是否需要出庭作证通常取决于法官的判断和决定。在鉴定人无须出庭作证时，根据《民事诉讼法》第138条的规定，“宣读鉴定意见”即为受诉法院对鉴定意见进行调查的法定方式。易言之，此种情形下，鉴定意见只要在法庭上宣读，受诉法院的证据调查程序即告完成。至于鉴定意见能否作为事实认定的根据则取决于法官的自由心证。与此相反，在需要鉴定人向受诉法院进一步解释或说明鉴定意见，因而出庭作证的场合，除宣读鉴定意见外，还需要经过其他的证据调查环节，如到庭的鉴定人接受双方当事人的质询，鉴定人向法官补充说明与鉴定意见的形成相关的问题等。这可从《民事诉讼法》第139条第2款“当事人经法庭许可，可以向鉴定人发问”的规定中推断出来。笔者认为，在鉴定人必须出庭作证的场合，鉴定人出庭本身即构成了受诉法院证据调查程序的一个环节。只要鉴定人没有出庭，无论是基于什么原因，鉴定意见都不能作为受诉法院认定事实的根据，此乃严格证明的题中应有之义。循此逻辑，在民事诉讼中，鉴定人若不出庭作证，其先前出具的书面鉴定意见将不能作为事实认定的根据，这在本质上属于严格证明下限制鉴定意见证据能力的规范或者说约束法官证据评价行为的效力规范。从客观效果上讲，其构成了受诉法院依自由心证对鉴定意见进行证据评价的例外。因此，现行《民事诉讼法》将鉴定意见不得作为受诉法院认定事实的根据，定位为鉴定人不出庭作证的制裁规范，理论上有失允当。

(二) 鉴定意见不得作为认定事实的根据与鉴定人不出庭的后果挂钩，有违比例原则

在法治国家，比例原则是具有宪法位阶的一般法律原则，是形成法秩序的根本准则，适用于所有的国家行为。^⑪ 比例原则的要求之一是适当性原则，强调国家立法或公权力的行使必须能实现某一目的或至少有助于达成该目的。^⑫ 应当说，我国《民事诉讼法》第78条的立法目的在于，通过明定鉴定人不出庭作证的后果来促使鉴定人积极地出庭作证，从而帮助受诉法院对鉴定意见作出正确的评价，保障双方当事人享有的证据法上的利益。从比例原则的基本要求出发，笔者认为，要实现鉴定人出庭作证的目的，须辅之以能迫使或强制鉴定人出庭作证的手段或措施。现行法第78条将

^⑩ 在民事证据法领域，严格证明是与自由证明相对立的一个概念。所谓严格证明，是指采用法定的证据方法并践行法定证据调查程序的证明方式。严格证明有两个基本要求：第一，证据必须是法律明确规定的类型；第二，法院必须依据法定的程序对该证据进行调查后才能对其证明力进行自由评价。参见〔日〕梅本吉彦：《民事诉讼法》，信山社2002年版，第780页。

^⑪ 参见陈新民：《德国公法学基础理论》（下），山东人民出版社2001年版，第375页。

^⑫ 比例原则的另外两项要求是必要性原则与均衡原则。所谓必要性原则，又称最少侵害原则，是指法律或公权力措施所选择的手段，不可逾越达成目的之必要限度，易言之，当存在多种手段或措施可达到目的时，应选择对人民权利侵害最小的措施。所谓均衡原则，又称狭义比例原则，是指公权力措施虽然是达成目的所必须的，但是不得与其所得不成比例。换言之，不得为了达成目的而不计代价地采取任何手段。参见城仲模：《行政法之一般法律原则》（一），三民书局1994年版，第125页。

拒不出庭的鉴定人的鉴定意见排除在事实认定的根据之外，难以对鉴定人出庭作证形成足够的强制。这是因为，首先，对于与诉讼结果没有任何利害关系的鉴定人而言，鉴定意见不能作为受诉法院事实认定的根据，并未对其课以任何额外的不利益，难以达成促使鉴定人积极出庭作证的目的。其次，鉴定人不出庭作证导致鉴定意见不能作为受诉法院认定事实的根据，其结果必然是先前实施的一切与鉴定程序有关的诉讼行为归于无效，浪费了受诉法院及双方当事人为此投入的人力、财力，与诉讼经济原则不符。最后，受诉法院为了准确认定案件事实，势必要重新开启鉴定程序，诉讼难免迟延。一言以蔽之，《民事诉讼法》第78条将鉴定意见不能作为事实认定的根据与实现鉴定人出庭作证的目的之间仅存在微弱的关联，并未满足适当性原则的要求。

（三）将鉴定人返还鉴定费用作为鉴定人不出庭作证的后果不符合鉴定的证据法构造

按照《民事诉讼法》第78条的规定，鉴定人若拒不出庭作证，除鉴定意见不得作为受诉法院认定事实的根据外，支付鉴定费用的当事人还可以要求鉴定人返还鉴定费用。该条赋予了当事人请求鉴定人返还鉴定费用的权利。可见，在我国民事诉讼中，当事人与鉴定人之间存在着两方面的权利义务关系：一是鉴定人有请求当事人支付鉴定费用的权利，或者说当事人对鉴定人负有支付鉴定费用的义务；二是当事人有请求鉴定人出庭作证的权利。当事人支付鉴定费用的义务与请求鉴定人出庭作证的权利相辅相成，鉴定人不出庭作证的，则当事人可以请求鉴定人返还鉴定费用。笔者认为，上述解释结论及其赖以形成的现行《民事诉讼法》第78条的制度安排不符合鉴定的证据法构造，逻辑上也存在问题。如前所述，在民事诉讼中，鉴定人负有协助法院进行证据调查的义务。无论出庭义务还是陈述鉴定意见义务，均是以法院为相对人的公法义务。受诉法院依当事人的申请或者依职权委托鉴定人进行鉴定，鉴定人与受诉法院之间的权利义务关系表现为：鉴定人负有向受诉法院陈述鉴定意见的义务与出庭作证的义务，相应地，鉴定人有权请求受诉法院给付鉴定费用与出庭作证的费用。当然，在采取有偿主义的各国民事诉讼中，无论是鉴定费用还是出庭作证的费用，最终均作为诉讼费用的一部分按诉讼费用负担的原则由当事人承担。^⑬但不能据此简单地认为，当事人与鉴定人存在民事权利义务关系。当事人负担的鉴定费用，本质上是当事人请求受诉法院解决彼此之间的民事纠纷而对受诉法院的公法负担，当事人与鉴定人并不发生任何权利义务关系。至于《民事诉讼法》第76条关于鉴定人可以由双方当事人合意确定的规定，仅仅表明在我国民事诉讼中，鉴定人除通过受诉法院指定产生外，还可经由双方当事人缔结证据契约的方式产生。在由双方当事人合意确定鉴定人的情形下，鉴定人仍是接受受诉法院而非当事人的委托。^⑭因此，鉴定人仅

^⑬ 我国《民事诉讼法》规定诉讼费用除案件受理费外还包括其他诉讼费用，但没有明确其他诉讼费用的具体构成。最高人民法院1989年6月29日发布的《人民法院诉讼收费办法》第2条第（一）、第（二）项分别将鉴定费用及鉴定人的出庭作证费用规定为当事人应当向法院缴纳的其他诉讼费用。2006年12月8日国务院颁布了《诉讼费用交纳办法》，取代了此前最高人民法院发布的《人民法院诉讼收费办法》。《诉讼费用交纳办法》第6条第（三）项明确将鉴定人的出庭作证费用纳入诉讼费用，而没有将鉴定费用列为其他诉讼费用，但该办法第12条规定：“诉讼过程中因鉴定等发生的依法应当由当事人负担的费用，人民法院根据谁主张、谁负担的原则，决定由当事人直接支付给有关机构或单位，人民法院不得代收代付。”笔者认为，依据文义解释，《诉讼费用交纳办法》似将鉴定费用排除在诉讼费用的之外。不过根据体系解释以及目的解释，应当认为，在我国的民事诉讼中，鉴定费用仍属于诉讼费用的范畴。

^⑭ 在民事司法实践中，不乏当事人私下委托拥有专门知识的人就某一事项作出判断意见并将其作为证据向法院提出的情形，理论上称之为私鉴定。私鉴定并非真正的鉴定，但对其具有何种地位一直存在争议。在德国，私鉴定通常被作为当事人陈述的一部分予以评价。而在日本，私鉴定基本上被作为书证对待。参见注⑦新堂幸司等书，第420页；[德]罗森贝格、施瓦布、戈特瓦尔德：《德国民事诉讼法》（下），李大雪译，中国法制出版社2007年版，第910页。

与受诉法院发生公法上的权利义务关系。^⑮ 现行《民事诉讼法》第78条请求返还鉴定费用的规定，未能廓清在鉴定的证据法构造中当事人、鉴定人、受诉法院之间应有的关系。

（四）将鉴定人返还鉴定费用作为鉴定人不出庭作证的后果也不合乎内在逻辑

鉴定义务包含鉴定人出庭义务和陈述鉴定意见的义务两个方面，鉴定人违反出庭义务的，并不表明其同时也违反了陈述鉴定意见义务，鉴定人可以通过向受诉法院提出书面鉴定意见来履行陈述义务。根据权利义务相一致原则，此种情形下，鉴定人获得鉴定费用是其履行陈述义务的必要“对价”，因而有一定的正当性。当鉴定人经受诉法院通知拒不履行出庭作证的义务时，即使承认当事人有权要求鉴定人承担损害赔偿责任，也不能赋予其请求鉴定人返还鉴定费用的权利。这是因为，当事人支付鉴定费用既属鉴定人履行陈述义务的必要“对价”，鉴定人业已履行该义务，自无返还鉴定费用给当事人之理。

三、确定鉴定人不出庭作证的后果的基本思路

鉴定人不出庭作证后果的分析，应从鉴定人不出庭作证的性质入手。不出庭作证是鉴定人对其应负出庭作证义务的违反，而鉴定人违反出庭作证义务客观上扰乱了诉讼秩序，妨害了民事诉讼的正常进行。由于出庭作证是鉴定人对代表国家行使裁判权的法院所负的诉讼法上的义务，鉴定人违反该义务的制裁手段，应以罚款、拘留等秩序罚为主。其实，依据体系解释的方法，罚款、拘留等制裁在我国民事诉讼中也能找到相应的法律根据。1982年《民事诉讼法》（试行）即专章规定了对妨害民事诉讼行为的制裁，此种立法例相沿至今。《民事诉讼法》第114条第1款规定：“有义务协助调查、执行的单位有下列行为之一的，人民法院除责令其履行协助义务外，并可以予以罚款：（一）有关单位拒绝或者妨碍人民法院调查取证的……”，同条第2款规定“人民法院对有前款规定的行为之一的单位，可以对其主要负责人或者直接责任人予以罚款；对仍不履行协助义务的，可以予以拘留……”可见，在我国民事诉讼中，协助义务人拒绝协助法院调查取证的，将遭受罚款、拘留等秩序罚。出庭作证既然为鉴定人应负的协助受诉法院进行证据调查的义务，鉴定人违反此项义务拒不出庭作证，与协助义务人拒绝协助法院调查取证属于同一性质的妨害民事诉讼的行为。依

^⑮ 德国有学说主张，在鉴定过程中，鉴定人应负有不侵害当事人法益的关照义务。鉴定人若违反此项义务，出具错误的鉴定意见而使得受诉法院作出错误的裁判，则其应对当事人承担侵权法上的损害赔偿责任。不过由于鉴定人具有法官的辅助者属性，鉴定意见作为证据资料须经过法官的自由评价后才能作为事实认定的根据，因而如何认定鉴定人的错误鉴定与当事人的损害之间的因果关系是件困难的事。正因如此，在德国，对于鉴定人是否以及在多大范围内对当事人承担因错误鉴定而生的损害赔偿责任一直有争议。德国联邦最高法院曾经试图从鉴定人的法官辅助人地位及必要的内部独立性出发而采取鉴定人对其任何职务过失皆免除责任的见解。但这一见解遭到德国联邦宪法法院的否定。2002年8月1日生效的《德国民法典》第839条之一新增了鉴定人出具错误鉴定意见应担责任的规定。依该条规定，鉴定人因故意或者重大过失出具了错误的鉴定意见时有赔偿当事人由于该鉴定意见被法院采纳而作出错误的裁判所造成的损失。日本学说一般认为，应承认鉴定人在履行鉴定义务时负有不侵害当事人法益的关照义务，但考虑到鉴定意见须经法官依自由心证作出独立评价，应当将鉴定人对当事人的损害赔偿责任限定在鉴定意见的出具显著地违反了公序良俗这一场合。参见注⑦中野贞一郎等书，第311页；[德] 汉斯-约阿希姆·穆泽拉克：《德国民事诉讼法基础教程》，周翠译，中国政法大学出版社2005年版，第260页。

据“同等事物应为同等处理”的形式正义要求,^⑩ 鉴定人拒不出庭作证时, 也应由受诉法院对该鉴定人处以罚款、拘留。这一解释符合域外立法的通例。例如, 德国民事诉讼法第 409 条规定, 鉴定人若不到场及拒绝鉴定, 应负担由此而生的费用。法院同时可对其处以违警罚款。若再次不到场, 可对其再次处以罚款。鉴定人若不服此项裁定, 可以提起即时抗告。又如, 日本民事诉讼法第 216 条规定, 关于证人不到场及拒绝证言所受制裁的规定准用于鉴定人, 法院可以对鉴定人处 10 万日元以下罚款或者拘留。对此项裁定, 鉴定人可以提起即时抗告。再如, 我国台湾地区民事诉讼法第 324 条规定, 关于证人不到场及拒绝证言所受制裁的规定准用于鉴定人, 故法院可以裁定对鉴定人处新台币 3 万元以下罚鍰; 经再次通知, 鉴定人仍不到庭者, 法院可对其再处新台币 6 万元以下罚鍰。对于该项裁定, 鉴定人若有不服, 可以提起抗告。

遗憾的是, 由于《民事诉讼法》第 78 条规定鉴定人经人民法院通知拒不出庭作证的, 鉴定意见不得作为认定事实的根据并且鉴定人应返还鉴定费用给当事人, 似乎将罚款、拘留排除在鉴定人违反出庭作证义务的后果之外。为此, 笔者主张从立法论入手, 建议尽早修改现行《民事诉讼法》第 78 条, 将该条第二句改为“经人民法院通知, 鉴定人无正当理由拒不出庭作证的, 人民法院可以对鉴定人处以罚款或者拘留”。之所以强调鉴定人“无正当理由”这一要件, 是因为鉴定人由于客观原因或者不可归责于己的事由不能出庭作证的情形很多, 如果不区分具体情况, 一概要求鉴定人出庭作证, 则不合情理, 也难以操作。^⑪

从立法技术上讲, 将来修改民事诉讼法时, 应当同时对证人不出庭作证的后果作出明确的规定。虽然鉴定人的鉴定义务与证人的作证义务在具体内容以及履行方式上存在一定的差异, 如鉴定人是向受诉法院陈述其关于专门事项的判断意见, 而证人则是向受诉法院陈述其所感知的事实, 鉴定人可以书面方式向受诉法院陈述鉴定意见, 而证人通常只能采取口头方式陈述证言等, 但毋庸置疑的是, 在民事诉讼中, 鉴定人的鉴定义务与证人的作证义务性质上并无不同, 二者均为当事人以外的第三人对法院所尽的公法义务, 鉴定人不履行鉴定义务与证人不履行作证义务应遭受同样的制裁。这一点从前文所提到的域外立法例中的“准用”规定, 即可明了。^⑫

结 语

综上所述, 现行《民事诉讼法》第 78 条明确规定鉴定人不履行出庭作证义务的后果, 具有进步意义, 但其将“不采纳鉴定意见”及“返还鉴定费用”作为鉴定人不出庭作证的后果, 与鉴定

^⑩ 作为一项宪法位阶的原则, 形式正义的最基本内涵是“相同之事物应为相同之处理, 不同之事物应为不同之处理。”当然形式正义并非要求绝对的同一, 其仅强调国家机关针对同一性质的事物不可恣意地予以差别待遇。参见注⑫, 城仲模主编书, 第 204 页。

^⑪ 在我国现行民法中, 通过类推适用《民事诉讼法》第 73 条来确定鉴定人不出庭作证的具体情形。《民事诉讼法》第 73 条规定, 证人具备下列四种情形之一可以不出庭作证: (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。在民事诉讼中, 鉴定人与证人同为人的证据方法, 均负出庭作证义务。现行《民事诉讼法》第 73 条规定的证人可以不出庭作证的情形同样适用于鉴定人。

^⑫ 由于证人具有不可替代性, 而鉴定人一般具有可替代性, 因而在域外的民事诉讼中, 与证人不到庭法院可以采取拘传措施强制其到庭不同的是, 鉴定人若不到庭法院并不能采取拘传措施强制其到庭。参见注⑫斋藤秀夫书, 第 127-128 页。

人出庭作证的公法义务性质相悖。为确保鉴定人出庭作证具有实效,将来我国民事诉讼法修改时,宜对现行《民事诉讼法》第 78 条第二句相应修改,将鉴定人无正当理由拒不出庭作证的后果改为罚款、拘留等秩序罚。此外,民诉立法还应同时对证人无正当理由不出庭作证的后果作出规定,以体现形式正义的要求。

【主要参考文献】

1. [日] 斋藤秀夫:《注解民事诉讼法》(5),第一法规出版株式会社 1983 年版。
2. [日] 新堂幸司、铃木正裕、竹下守夫:《注释民事诉讼法》(6),有斐阁 1995 年版。
3. 陈新民:《德国公法学基础理论》(下),山东人民出版社 2001 年版。
4. [德] 奥特马·尧厄尼希:《民事诉讼法》,周翠译,法律出版社 2003 年版。
5. [日] 中野贞一郎、松浦馨、铃木正裕:《新民事诉讼法讲义》(第 2 版),有斐阁 2004 年版。
6. [日] 伊藤真:《实验对象讲座民事诉讼法》,弘文堂 2005 年版。
7. [日] 门口正人:《民事证据法大系》(第 5 卷),青林书院 2005 年版。

(责任编辑 肖建国)