



## 刑事诉讼案件中鉴定人拒不出庭作证法律后果之探讨

薛蔡心怡<sup>1</sup> 张鹏莉<sup>2</sup>

1. 中国政法大学刑事司法学院, 北京;  
2. 中国政法大学, 北京

**摘要** | 我国司法实践中鉴定人出庭率极低, 鉴定人拒不出庭作证不仅难以保障鉴定意见的公信力, 阻碍刑事诉讼的顺利进行, 还会对双方当事人尤其是辩护方权利的行使造成影响。笔者对我国现行刑事诉讼相关法律规定的鉴定人拒不出庭作证原因、成因以及法律后果进行分析, 并参考和借鉴域内外相关立法, 旨在能够为细化和完善我国鉴定人不出庭的相关法律和实质性惩罚措施, 为改善出庭率低下的局面提出一些建议。

**关键词** | 刑事诉讼案件; 鉴定人; 拒不出庭作证; 鉴定意见; 法律后果

**作者简介** | 薛蔡心怡: 中国政法大学刑事司法学院 2019 级诉讼法专业侦查学方向研究生。

张鹏莉, 中国政法大学刑事司法学院副教授, 硕士生导师, 邮箱: zhangpengli68@163.com。

Copyright © 2020 by author(s) and SciScan Publishing Limited

This work is licensed under a [Creative Commons Attribution 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



党的十八届四中全会提出要推进以审判为中心的诉讼制度改革, 鉴定人出庭作证, 是全面推进依法治国, 贯彻落实以审判为中心的诉讼制度改革的一项重要内容, 对于落实直接言词原则, 贯彻证据裁判原则, 保障诉讼当事人合法权益, 辅助案件审结具有重要作用。但在我国司法实践中, 鉴定人出庭接受质证的比率极低, 有的地区甚至到了可忽略不计的程度。鉴定人出于各种原因不愿出庭接受质证, 法官受过去审判模式的影响亦较少的选择通知鉴定人出庭, 导致实践中出现一种“不出庭为原则、出庭为例外”的局面, “鉴定人出庭难”的问题已

经成为理论界和实务界重点关注和研究的问题。本文即对该现状问题进行分析和探讨, 并借鉴域内外相关制度设计, 对完善鉴定人拒不出庭作证法律后果提供一些思路和建议。

### 一、鉴定人出庭之于刑事诉讼的价值

#### (一) 鉴定人出庭有利于落实直接言词原则

直接言词原则要求审判法官必须在法庭上亲自听取当事人、证人及其他诉讼参与人的口头陈述, 案件事实和证据必须由抗辩双方当庭口头提出并以

口头辩论和质证的方式进行调查。鉴定人到庭接受控辩双方和法官的询问,是直接言词原则的体现,有利于摒弃过去的“书证中心主义”,真正做到诉讼证据出示在法庭,案件事实查明在法庭,裁判结果形成在法庭。

## （二）鉴定人出庭有利于法官科学准确地判决

术业有专攻。法官在诉讼过程中鉴不可避免的会遇到自己不擅长的领域,会涉及超出自己专业范围的专门性问题,那么鉴定人便有其存在的必要性。鉴定人是指取得鉴定资格,接受司法机关或当事人委托,运用科学技术或者专业知识对诉讼中的专门性问题进行鉴别和判断并提出鉴定意见的人。由此可见,鉴定所涉及的问题具有专门性,鉴定人参加诉讼的目的是为了弥补法官专门知识不足,协助法官查明案件相关事实。鉴定人出庭就其鉴定所依据的检材和原理等进行陈述,接受控辩双方和法官的质证,使得当事人和法官对鉴定意见得出的基本过程及依据有较为明确的了解,有利于增强法官对鉴定意见采信的决心,从而作出科学的判决。

## （三）鉴定人出庭有利于消除当事人对鉴定意见的疑虑

鉴定人在当事人对鉴定意见有异议时出庭,这使得辩护方能够对不利于己的鉴定意见进行质证,辩护权在一定程度上得到保障。通过鉴定人对当事人的疑问进行回应,揭开鉴定意见的神秘面纱,使得双方对鉴定意见有较为清晰和深刻的认识,以理服人,打消当事人的疑虑和消除其对鉴定意见的不信任,不仅可以减少重复鉴定的次数,也能够提高当事人对鉴定意见甚至是判决的信服力,有效防止诉讼当事人缠诉。

鉴定人出庭作证,参与到实际审判过程中,具有多方面的积极作用。除了上述作用以外,还能够提高鉴定工作的透明度,有效防止虚假鉴定,保证无罪之人不受追究,降低冤假错案的发生率。不难看出,鉴定人出庭制度的意义深远,在刑事诉讼中具有至关重要的用处。

## 二、鉴定人拒不出庭作证现状的成因分析

我国刑事诉讼中鉴定人实践中拒绝出庭作证的原因是多方面的,是复杂的,既有制度模式、职责

分工方面的影响,也有鉴定人及司法工作人员自身因素的影响。下面笔者将从以下五个方面进行具体分析。

### （一）受职权主义诉讼模式的影响

虽然党的十八届四中全会提出要推进以审判为中心的诉讼制度改革,但在当前的司法实践中,大多数公安及司法人员的思想观念仍受职权主义诉讼模式的影响,该模式下诉讼“重打击,轻保护”,较为忽略对当事人合法权益的保护,自然也忽略了鉴定人拒不出庭作证会给当事人带来的不利影响。其次,法官仍沿用过去的模式,采用庭下审查鉴定意见或者征询鉴定人意见的方法,放弃了鉴定人出庭接受控辩双方质证的环节,主要通过书面审理的方式审查鉴定意见。同时,我国《刑事诉讼法》第192条对鉴定人出庭接受质证作出了“两可”的规定,即“控辩双方对鉴定意见有异议,法院认为有必要出庭的,鉴定人应当出庭”。然而,何谓“有必要”,则无具体规定,未经量化。因此,此项的自由裁量权完全在于法院,当事人无权决定。而在实务中,常常出现当事人提出要求鉴定人出庭质证的权利被法官以“非必要”为由而拒绝的情况。实践中,法官即使进行了通知,而鉴定人拒绝出庭,法官碍于情面也常常不审查其拒绝出庭的理由是否正当,一般也不会通报给其所在机构。这就容易导致鉴定人出庭制度流于形式,致使鉴定人出庭质证制度难以实现。

### （二）受目前鉴定体制多元化的影响

虽然2005年全国人民代表大会常务委员会颁布的《关于司法鉴定管理问题的决定》(以下简称《决定》)中规定了司法行政部门主管鉴定人和鉴定机构的登记和管理的工作,但是对于侦查机关和检察院内设鉴定机构的鉴定人是否也是司法行政机关管理的对象这在学界和实务界仍存有争议,尤其是在该《决定》出台后不久,公安部和检察机关又分别出台了各自的鉴定人管理办法,导致实际上我国仍然实行的是一套“多元制”的鉴定体制。在我国当前的刑事法律体系中,对案件中的专门性问题只有公安司法机关能够决定是否聘请鉴定人对其鉴定,当事人、诉讼代理人并无提请鉴定的决定权,只在一定情况下拥有补充和重新鉴定之申请权。因此,在我国刑事诉讼中,司法鉴定机构主要是侦查机关或

检察院内部设立的服务于侦查的鉴定机构,而这些内部鉴定人的资格取得、考核、考试、培训等由公安部和最高人民检察院管理,司法行政机关实际上对其无管理权,也对其拒不出庭无惩治权。对于他们而言,由法院通报司法行政机关进行处罚无济于事,公安部和最高人民检察院即便在出台的《公安机关鉴定人登记管理办法》和《人民检察院鉴定人登记管理办法》(以下均简称《管理办法》)中规定了对不出庭的鉴定人予以注销鉴定资格的惩罚,然而在司法实践中拒不出庭的鉴定人并未受到实质性的处罚,《管理办法》也难以发挥其应有的强制性约束效应。尽管2005年《决定》中第13条规定<sup>[1]</sup>体现了对拒绝出庭的鉴定人自身进行惩罚的思想,但是从制裁效果来看仅仅依赖通报司法行政机关或者有关部门对鉴定人进行制裁的方式并不能达到立法的预期效果,反而客观上也为刑事诉讼中侦查机关鉴定人拒不出庭作证提供了保护。

### (三) 刑事鉴定主体具有特殊性,实践中工作任务繁重

根据我国相关法律规定,刑事案件的侦查由具有侦查权的部门行使,案件侦查中涉及鉴定的事项主要由本机构内部设置的鉴定机构人员完成,他们承担着大量的司法鉴定工作。而在实践中,由于技术人员的短缺,通常他们既需要负责侦查部门的刑事技术工作,又要参与现场勘查与现场痕迹、物证的初步检验工作,还要负责非本人参与勘查的刑事案件中所涉司法鉴定意见的出具,工作任务繁重,没有更多的时间和精力参与出庭作证。同时,侦查机关内设鉴定机构隶属于侦查机关,导致部分鉴定人对其职业定位有偏差。部分鉴定人认为他们是协助查明案件事实、打击犯罪的主体,所出具的鉴定意见具有科学性、天然的证据力以及证明价值,应当被审判机关采信,而让其在审判中成为诉讼参与人接受质证,心理上难以接受和转换角色,因而拒绝出庭。

### (四) 鉴定人出庭权利与义务不对等

权利义务具有一致性,鉴定人在履行法律规定义务的同时,也应该获得相应的权利。现行立法中明确规定出庭作证是鉴定人的法定义务,但是与此对应的权利则无详细规定。对于鉴定人因出庭作证可享受的权利,笔者认为可以分为两个方面来探讨:

经济权利和人身权利。

在经济权利保障方面,我国现行立法缺乏对鉴定人出庭作证费用补偿方面的相关规定,仅仅规定了证人履行作证义务的交通、住宿、就餐等费用的补助问题,并未提及鉴定人出庭相关费用的补偿问题。该方面法律法规的不健全,极易打击鉴定人出庭作证的积极性,秉着“多一事不如少一事”的心理,鉴定人拒绝出庭作证亦成为了实务中的常态。

关于鉴定人人身权利保障方面,我国2012年《刑事诉讼法》的修改有了较大进步,规定了保护鉴定人人身权利的条款,即在危害国家安全罪、恐怖活动罪、黑社会性质的组织犯罪、毒品犯罪等案件中,鉴定人因出庭作证而面临人身安全危险时,公检法机关应当对其采取保护措施。该条规定体现了对鉴定人人身权利保护的立法倾向,对于保障鉴定人出庭作证具有一定的进步意义。但该条仍有值得商榷的地方,具体内容如下:

一是,保护范围有限。关于鉴定人人身保护仅限于四类案件,条文中虽然采用了“等”字使其适用范围的外延扩大,但“等”外其他案件的鉴定人是否能够适用人身保护条款,则取决于司法机关的自由裁量。在实践中,司法机关容易以“不符合保护范围”为由而拒绝提供保护。

二是,保护鉴定人人身安全的相关条款过于笼统。该条款对鉴定人的人身安全的笼统规定无法让鉴定人打消对人身安全方面的顾虑,尤其是面对一些严重的刑事案件,鉴定人更容易受到威胁恐吓,遭受打击报复的风险更大。公安部虽然在2017年出台了《公安机关办理刑事案件证人保护工作规定》,将被害人和鉴定人一并列入证人保护范围给予保护,但这种保护仅仅停留在侦查阶段,不具有全面性和连续性。案件移送至起诉和审判阶段后便无相应的保护机制,无法给予鉴定人真正意义上的保护。因此,鉴定人保护机制不健全、不细致,导致鉴定人不愿出庭、不敢出庭的局面成为常态。

[1] 《关于司法鉴定管理问题的决定》第13条:鉴定人或鉴定机构有下列情形之一的,由省级人民政府司法行政部门给予停止从事司法鉴定业务三个月以上一年以下的处罚;情节严重的,撤销登记:(三)经人民法院依法通知,拒绝出庭作证的。



### （五）鉴定人拒不出庭作证的自身因素

首先，部分鉴定人出庭作证意识淡薄，无法正确理解出庭质证是其应尽的义务以及出庭作证对庭审查明案件事实的重要性；其次，一些鉴定人心理素质不强，缺乏出庭作证所需的表达能力，无法很好的应对法庭调查中来自控辩双方的质询；再者，由于鉴定人出庭作证的法律责任与法律责任不统一，拒绝出庭作证的法律责任承担者并非鉴定人自身，因此并未在鉴定人心中形成约束力，从而无法督促其出庭作证。

## 三、鉴定人拒不出庭作证法律后果的相关规定及不足之处

通过上述对鉴定人实践中不出庭的原因和深层次的成因分析，笔者发现有必要从法律层面对鉴定人拒不出庭的相关法律规定进行梳理和深入探讨，以便提出针对性的完善建议。

### （一）鉴定人不出庭法律后果的相关规定

从目前立法来看<sup>[1]</sup>，不管是刑诉法还是司法解释，都肯定了鉴定人出庭作证的义务，但也明确规定了鉴定人拒绝履行出庭作证义务需承担的法律后果：鉴定意见不得作为定案根据、延期审理或者重新鉴定或者补充鉴定。这不仅肯定了拒绝出庭须承担后果这一理念，也能起到促使鉴定人积极出庭作证的作用。关于不出庭后果的法律条款，体现了一定的进步性，但也有不足之处。

### （二）鉴定人拒不出庭作证法律后果之不足之处

#### 1. 出庭作证义务主体与不出庭责任后果的承受者不统一

我国《刑事诉讼法》明确规定了鉴定人有出庭作证的义务，公诉人、当事人或者辩护人、诉讼代理人对鉴定意见有异议，法官认为有必要时鉴定人应当出庭作证。履行该项义务的主体是鉴定人，但是“鉴定意见不得作为定案根据”作为鉴定人拒不出庭作证的法律责任，实则承担该不利后果的主体并非鉴定人。鉴定意见作为一项法定的证据，其证据能力因鉴定人拒不出庭而被排除，可能会使得公诉机关失去一项证明被告人有罪、无罪或罪重、罪轻的坚实证据，导致指控的犯罪不成立或使当事人处于不利境地，如若选择延期审理、重新鉴定或者

补充鉴定，则会增加诉讼成本，降低诉讼效率，给当事人带来诉累。由此可见，这一系列不利后果的最终承担者实为公诉机关或者当事人。出庭作证是鉴定人对代表国家行使审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追溯至鉴定人自身，这样才能使得义务与责任保持统一，起到督促鉴定人出庭作证的效果。

#### 2. 鉴定意见不得作为证据使用之规定不符合立法目的

法律规定某一行为的后果，是为了更好实现某一目的或者至少对该目的的实现起到一定的推动作用。我国鉴定人出庭率极低，关于鉴定人出庭的法律规定目的在于促进鉴定人积极出庭作证，从而帮助法官理解案件中涉及的专门知识，保障双方当事人的合法权益，最直接的目的在于解决鉴定人出庭难的问题。但是笔者认为，要实现该条的立法目的，须要对拒不出庭的鉴定人辅之以相应的实质性处罚，或者采取一些能迫使其出庭的手段或者措施，方可从根本上解决鉴定人出庭难的问题，简单的采用“一刀切”的方式直接否定鉴定意见的证据能力，这一程序性后果既不会影响鉴定人自身利益，无法对鉴定人起到督促和威慑作用，亦不能从源头上改善鉴定人拒绝出庭的现状。

#### 3. 鉴定意见不得作为定案根据不符合实践需要

鉴定人的出现是为了弥补法官在专业知识上的不足，是法官借以查明案件事实的重要依据。鉴定意见是鉴定人运用科学技术和专业知识对案件中的专门性问题进行鉴别和判断所得出的意见，鉴定意

[1] 《刑事诉讼法》第192条：公诉人、当事人或者辩护人、诉讼代理人对鉴定意见有异议，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，鉴定意见不得作为定案的根据。

《人民检察院刑事诉讼规则》第404条：公诉人对鉴定意见有异议的，可以申请人民法院通知鉴定人出庭作证。经人民法院通知，鉴定人拒不出庭作证的，公诉人可以建议法庭不予采纳该鉴定意见作为定案根据，也可以申请法庭重新通知鉴定人出庭作证或者申请重新鉴定。

《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》第24条：对鉴定意见有疑问的，人民法院应当依法通知鉴定人出庭作证或者由其出具相关说明，也可以依法补充鉴定或者重新鉴定。

见虽然大都建立在一定的科学知识的基础上,但科学是不断发展的,并不代表鉴定意见就是“科学判决”。根据我国诉讼法的规定,鉴定意见必须经过查证属实才能成为定案根据,因此鉴定人出庭接受控辩双方的质证和法官的询问,是审查鉴定意见真实性和科学可靠性最直接有效的方式,是刑事诉讼实践的需要。然而,“不得作为定案根据”这一规定却对重复鉴定、多头鉴定打开了方便的大门。然而,理论界以及实务界更着重研究如何降低实务中重复鉴定和多头鉴定的情况,这一规定与实践需要完全背道而驰。鉴定意见由于鉴定人不出庭而被否定证据能力,以至于为此进行的与鉴定程序有关的诉讼行为无效,这不仅耗费了司法机关和当事人所倾注的人力、物力、财力,也在一定程度上降低了诉讼效率,从而导致当事人陷入诉累的窘境。这既不符合诉讼经济效益,也对我国司法公正及司法实践提出了更大的挑战。

#### 四、域外关于鉴定人不出庭后果的规定

##### (一) 大陆法系

###### 1. 德国

《德国刑事诉讼法》第77条规定“负有鉴定义务的鉴定人如果缺席或者拒绝提交鉴定书,应当支付由此产生的费用。同时还要对他科处(违反法庭秩序的)罚款。如果再次不服从命令的,除了要求承担费用外,还可以对他再次处以(违反法庭秩序的)罚款”。由此可见,德国刑法对拒绝出庭作证的鉴定人的采取以罚款的方式进行制裁,该种制裁方式是施加于鉴定人本身的,与鉴定人自身利益息息相关。

###### 2. 日本

《日本刑事诉讼法》第150条、151条规定“经传唤之证人无正当理由不到场时,得裁定处以10万元以下罚款,并得赔偿因不到场所发生之费用”,第171条规定“除关于拘提之规定外,鉴定人准用前章关于讯问证人之规定”,第173条规定“鉴定人事先领取鉴定所必须费用时,如无正当理由不到场或者拒绝宣誓或者鉴定时,应返还所领取的费用”。综上所述,日本刑事诉讼法对不出庭的鉴定人给予的处罚是罚款、返还鉴定费用以及赔偿损失,

并且明确提出了对鉴定人不得适用拘提的规定,与证人的规定相区别。

##### 3. 台湾地区

我国台湾地区的刑事诉讼法同日本的刑诉法规定相类似,鉴定人除有特别规定外,准用关于证人之规定。在台湾,鉴定人亦有到场义务,法院就鉴定意见所为之判断,有时仍需有鉴定人的在场说明予以辅助。如若鉴定人未到场,势必影响法官的自由心证以及当事人对鉴定报告的认可度。因此,《台湾刑事诉讼法》规定了“鉴定人如无正当理由拒绝到场,则依据证人之规定,对其处以新台币三万元以下之罚款”。但与证人不同的是,对鉴定人无正当理由不到场的,不得适用拘提。同时,第168条规定“鉴定人虽经陈述完毕,非审判长许可,不得退庭”,这是根据到场义务延伸出的在庭义务。

##### (二) 英美法系

英美法系国家实行当事人主义诉讼模式,鉴定人被称为专家证人,是一种特殊的证人,由双方当事人选任或聘请,为各自的诉讼主张服务在英美法系国家,专家证人和证人一样需要出庭接受当事人双方和法官的询问,也需要遵守传闻证据规则。如若鉴定人不履行到庭作证义务,法官可以依据传闻证据规则将拒绝出庭的专家证人意见排除在外,同时鉴定人也将遭受到严厉的惩罚,即法院可以对其以藐视法庭罪予以论处。<sup>[1]</sup>

#### 五、细化鉴定人出庭作证相关规定及不出庭法律后果之思考

##### (一) 明确“有必要出庭”的法定情形和酌定情形

我国《刑事诉讼法》第192条规定:“公诉人、当事人或者辩护人、诉讼代理人对鉴定意见有异议,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,鉴定意见不得作为定案的根据。”该条规定中的“有必要出庭”在实践执法中有很大弹性,容易导致鉴定人出庭负担重或成为不出庭的护身符,不同的审

[1] 杜春鹏,李尧. 英美专家证人制度对完善我国司法鉴定人制度之借鉴[J]. 证据科学, 2012(20): 712.

判者对其理解也易出现异议,何为“必要”,何为“不必要”,不能仅靠法官的自由裁量,否则不利于实践中准确理解和执行。因此,笔者建议对其修改或通过司法解释具体化:根据罪刑严重程度划分,对可能判处无期徒刑、死刑的案件,若公诉人、当事人或辩护人、诉讼代理人等对鉴定意见有异议,提出要求鉴定出庭作证的,法院则应当准许;除此之外的申请,法院可以酌定处理。这样可以明确出庭的必要条件,减轻鉴定人出庭负担和强化其出庭责任,也便于主管机关执行拒不出庭的惩戒措施。另外,对于路途遥远、交通不便、鉴定人因病或不可抗力等却有正当理由不能出庭提出申请的,法院应当准许,对于未到庭的鉴定人可以要求其提交书面答复或者说明,或者使用视频传输等技术作证,亦可防止其滥用“正当理由”。

## （二）明确鉴定人不出庭的法律责任与制裁措施,实现义务与责任相统一

正如铂尔曼所言:“法律必须被信仰,否则将形同虚设。”鉴定人拒不出庭之法律后果的相关规定若不能对鉴定人产生威慑力,将形同虚设,所以必须明确和细化鉴定人不出庭应受到的惩罚和制裁措施。同时,惩罚与制裁必须与鉴定人自身利益挂钩,做到义务与责任的相统一。鉴定人拒绝出庭作证是背离其法律义务的表现,其拒绝行为亦扰乱了诉讼秩序,影响了刑事诉讼程序的有效开展。出庭作证是鉴定人对法院所需承担的法定义务,若其不履行该义务,则应当负相关的法律责任。我国法律目前对于妨害刑事诉讼的行为的规制主要表现在《刑法》妨害司法罪一节中,主要涉及伪证罪,辩护人、诉讼代理人毁灭证据、妨害作证罪等,并不涉及对鉴定人拒不出庭作证的规制,刑事诉讼的目的在于揭露犯罪,维护国家利益,如若鉴定人拒绝出庭作证,那么辩护方将失去对有异议的鉴定意见进行质证的机会,其辩护权也就无法得到实质上的保障,故而使得法律所赋予当事人的诉讼权利实现受阻,也必将使得法院作出裁判结果的公正性遭受质疑。

因此,笔者建议可以参考借鉴域外立法的情况予以规制。大陆法系国家和地区,如德国、日本以及中国台湾地区,都对无正当理由拒不出庭作证的鉴定人作出罚款的处罚,日本还规定了应当返还费

用和赔偿损失,对于再次拒绝履行义务的鉴定人,德国规定可以再次处以罚款,日本和台湾明确规定了对鉴定人不得使用拘提的制裁措施。由此可见,罚款是德日和台湾地区对拒不出庭的鉴定人作出的主要的制裁方式。笔者认为,我国可以借鉴罚款这一制裁方式,对拒不出庭作证的鉴定人作出罚款处罚。罚款金额可以根据当地的收入水平制定具体数目,毋需过高但应当能够对鉴定人产生较大的威慑力;罚款可以由法院直接作出,具有及时性,能够让鉴定人更直观的知晓不出庭的后果以及自己将遭受的损失,从而提高出庭率,进而更有利于保障司法公正,节省司法资源。同时,将罚款以及不出庭作证的情形记入鉴定人的职业档案中,伴随其职业生涯的始终,情节严重的,或达一定次数的,予以吊销其职业资格。

除了罚款、记入档案等制裁措施外,笔者认为,可以对符合法定必须出庭的情形拒不出庭的鉴定人采取强制性措施,如强制到庭或拘留等。但目前来看,能否采用强制性措施这一问题,仍存有较大争议。我国2012年《刑事诉讼法修正案(草案)》中,新增了强制证人、鉴定人出庭作证制度,证人、鉴定人拒不出庭作证情节严重者,可处拘留。但在《刑事诉讼法修正案》定稿中,删去了对鉴定人强制到庭以及情节严重者处以拘留的制度。<sup>[1]</sup>由此可见,在鉴定人缺席庭审质证问题上,立法者仍摇摆不定,无法下定决心对拒不出庭的鉴定人采取强制性措施。主要是因为强制到庭和拘留等措施涉及公民的人身自由,是对公民实施的强制性措施,已然具有了严厉的惩罚性色彩。部分学者认为,虽然鉴定人与证人作证义务大体上相同,但鉴定人具有可替代性,对于不出庭或者无法出庭的鉴定人,可以聘请其他鉴定人进行重新鉴定,对拒不出庭作证的鉴定人采取拘留拘传的措施未免过于严厉。笔者认为,我们对鉴定人采取强制性措施,需符合必要性原则,并非无差别的对所有案件拒不出庭的鉴定人实施拘留处罚,仅仅是针对那些必须法定出庭的

[1] 参见中国人大网:《刑事诉讼法修正案(草案)条文及草案说明》,载于<http://www.npc.gov.cn/npc/c183/201108/32a1c07f8e534823b5236ac97dc85c0c.shtml>,最后访问日期2020年8月17日。



情形,否则将有违比例原则。

另外,要加强司法行政机关的管理职能,加强多元鉴定机构体制的融合,统一其对拒不出庭鉴定人的制裁措施,避免各自为政导致的同一行为法律后果处置不同的情况。侦查部门鉴定机构鉴定人的登记、惩戒应向司法行政机关报备,加强司法行政机关对其监督职能。

### (三) 建立健全鉴定人出庭质证的保障机制

我国司法鉴定人在诉讼中权利与义务不对等,一直以来为人所诟病,也是司法实践中鉴定人出庭率低的一大原因。由于鉴定意见通常关系着案件的走向,对案件起着关键甚至是决定性作用,不可避免的会出现对鉴定人及其亲属进行威胁、引诱及打击报复等现象。刑事案件鉴定人除了侦查机构的鉴定人,还有部分高校、民间鉴定机构和公安部门的部分事业编制的鉴定人参与其中,对这部分鉴定人的保护尤为必要。尽管近年来的修法呈现出注重保护鉴定人权利的趋势,但仍然较为笼统,不具体全面,且多为事后保护,我国着实应当对鉴定人的人身安全以及经济权利等加大保护力度,完善鉴定人出庭作证的制度保障。首先,应当建立事前、事中以及事后全面保护制度,如可实行二十四小时保护制度、只声音出庭的制度等,降低鉴定人质证风险;同时,应当扩大提供保护的案件范围,我国现行的《刑事诉讼法》仅列举了四类案件的鉴定人可以获得人身保护,笔者认为,应当提供保护的案件范围不应当局限于此,可放宽保护范围,同时考虑到司法资源的有限性,可以根据案件的具体情况和危害性提供不同程度的保护;再者,需要明确各诉讼阶段提供保护的责任主体,现行《刑事诉讼法》中规定提供保护的主体是公检法三机关,但责任不明晰,容易导致三机关互相推诿的情况出现,因此笔者认为,应当明确规定各阶段各机关的保护职责:在侦查阶段由侦查部门负责保护、在检察阶段由检察机关负责、在审判阶段由法院负责,终审后如若仍需保护,则可以由人民法院通知鉴定人所在辖区公安机关负责提供

持续性保护;<sup>[1]</sup>最后,需要对鉴定人出庭作证费用补偿问题作出规定。我国仅规定了证人出庭作证的费用补助问题,对鉴定人出庭的费用补助问题却只字未提。从本质上看,鉴定人与证人作证并无过多区别,均为出庭作证的一种方式,笔者认为证人出庭作证的费用补助条款亦应当适用于鉴定人,出庭作证是鉴定人的义务,履行义务的鉴定人亦应当享受获得费用补偿的权利。国家不应当要求鉴定人自行倒贴交通费、食宿费、误工费等,否则容易打击鉴定人出庭质证的积极性,加剧鉴定人出庭率低下的局面。

### (四) 坚持以审判为中心,提高审判队伍素质

党的十八届四中全会提出要推进以审判为中心的诉讼制度改革,要真正做到诉讼证据出示在法庭,案件事实查明在法庭,裁判结果形成在法庭,就必须摒弃职权主义诉讼模式的负面影响。侦查机构的鉴定人必要情况也要出庭作证,接受相关方质证。审判机关必须改变“书证中心主义”,加强法官队伍的建设。首先要提高法官的专业素养,准确把握鉴定酌情出庭的情形。把好“有必要出庭”的审查,既不能加重鉴定人出庭负担,也要及时保护当事人权益。同时提高驾驭庭审的能力。鉴定人出庭质证,庭审中的不确定因素增多,对审判人员的专业素养提出了更高的要求,法官不仅需要组织和维护庭审秩序的能力,还需要熟悉审判领域的社会科学知识,了解司法鉴定涉及领域的相关科学知识和法律法规,否则无法理解鉴定人质证中所提及的专门知识,难以对鉴定人提出有实质性意义的质证问题,仅能对其鉴定资格提出质疑,此种情形下,鉴定人出庭接受质证也毫无用处,庭审质证亦是流于形式。再者是要求法官营造良好的出庭作证环境,在司法实践中维护法律的尊严。在通知鉴定人出庭作证时,应明确告知其鉴定人出庭作证是其应当履行的法定义务,拒不出庭将受到法律制裁。同时,也应当向其解释和介绍我国立法关于鉴定人的规定,让其坚定对法律的信心,鼓励其出庭作证。最后,对于拒不出庭作证的鉴定人,法官应对其不出庭的理由应当进行审查与核实,对拒不出庭的实施惩戒措施,

[1] 郭金霞,陈碧. 司法鉴定学[M]. 北京:群众出版社,2009:78.

并及时向有关管理机关通报。

## 六、结语

随着以审判为中心的诉讼制度改革的推进，加强鉴定人出庭接受质证这一重要问题的有效解决已迫在眉睫。法律是一种平衡的艺术，只有义务而没有实质性责罚的法律是不完备的。促进鉴定人出庭作证，应当明确规定“有必要性出庭”的情形，法律为鉴定人出庭作证给予权利保障的同时，也应当对其拒绝出庭作证的行为做出相应实质性法律后果

的规制。笔者建议刑事诉讼中鉴定人拒不出庭的法律后果应当规定罚款、拘留等处罚措施，同时应当记入鉴定人执业档案，对于情节严重者予以吊销执业资格的处罚；再者，为保障法律后果的正当性，需完善鉴定人出庭作证的保障性措施，以实现鉴定人权利与义务的统一，全面改善鉴定人出庭率低的局面，促进庭审实质化的发展。

（责任编辑：田 伟）

# Discussion on the Legal Consequences of the Expert Witness's Refusal to Testify in Court in Criminal Procedure Cases

Xue Caixinyi<sup>1</sup> Zhang Pengli<sup>2</sup>

1. Criminal Justice School in China University of Political Science and Law, Beijing;

2. China University of Political Science and Law, Beijing

**Abstract:** Considering the judicial practice in China, the rate of expert witnesses appearing in courts is extremely low, and most of them refuse to testify, which is not only difficult to guarantee the credibility of their opinions, but also hinders the smooth proceeding of criminal proceedings, and also affects the exercise of the rights of both parties, especially the defense. According to the current criminal law regulations in China, this article analyzes the reasons, causes and legal consequences of experts who refuse to testify in court. Besides, it refers to and draws on relevant extraterritorial legislation, aiming to improve and refine the relevant laws and substantive penalties for our expert witnesses' non-appearance in court, and to put forward some suggestions to improve the situation of low attendance rate.

**Key words:** Criminal procedure cases; Expert witness; Refusal to testify in court; Expert opinion; Legal consequences