

中文摘要

司法鉴定问题作为近期我国学界和实务界讨论的热点，引起了社会各界的广泛关注。究其原因，是急剧变化的社会环境，使得人们对我国现行司法鉴定制度，产生了不同于以往的要求和期待。因此在本文中，作者试通过对两大法系民事司法鉴定制度的比较分析，结合我国司法实践，对我国民事司法鉴定中的鉴定人性质，鉴定人的权利义务和责任，鉴定结论的效力和自由心证问题进行探讨，以期完善我国民事司法鉴定制度添砖加瓦。

本文除了引言、结语外，共五部分。

第一章是对两大法系代表国家民事司法鉴定制度的比较分析。作者以英国和美国作为英美法系的代表国家，以法国和德国作为民法系的代表国家，研究西方法制发达国家民事司法鉴定制度的分野和融合，通过比较分析，表明在他们的制度及实践中，专家证人和鉴定人之间更多的是一种分离，一方是法官职责的扩张，一方是当事人责任的加强。

第二章，通过对新中国建立以来，我国民事司法鉴定制度历史和现状的简要描述和评析，表明在社会变迁中，我国现行的强职权式民事司法鉴定制度暴露出越来越多的问题。同时，近期的立法动态和学界的许多观点，给笔者一个这样的印象：对抗式的专家证人制度可以作为一剂“良药”全盘引入，来矫治我国现行民事司法鉴定制度的各种弊端。笔者对此持反对意见，认为在相应研究准备不足时，贸然行动，前景堪忧。

第三章，以真实、时间、成本和当事人程序控制四维度为参数，比较分析两大法系民事司法鉴定制度中，专家证人和鉴定人各自的性质定位，然后结合我国国情，探索在社会主义市场经济法律体系下，建构具有中国特色的民事司法鉴定制度时，我们对民事诉讼中鉴定人性质定位，应以法院的辅助机关为宜。

第四章，在鉴定程序前，鉴定程序中，鉴定程序后三阶段，以法律对鉴定人行为方式的权利义务双向调整为线索，对我国民事司法鉴定中鉴定人权利、义务

和责任的规定进行探讨，揭示我国现有规定的不足，提出改进意见。

第五章，首先，作者对本文使用的自由心证这一术语进行界定，然后说明在我国民事司法实践中，由于既有制度限制和鉴定结论的科学性外观，鉴定人颇易成为法官的“主人”。为了在诉讼中正确发挥鉴定人的作用，法官必须明确鉴定结论的效力是由法官判定，其证明力是由法官根据案情，结合全部涉案证据自由心证的。

关键词：民事司法鉴定 鉴定人 鉴定结论

Abstract

Nowadays, the question of judicial identification has become a matter of concern for the educational circles and the practical realm in China, and aroused the social widespread interest from all walks of life. After investigating its reason. We find it is the rapid change of social environment, that causes people to have different requests and anticipation with our present judicial identification system. Therefore, the author tries to, through a comparative analysis of the civil judicial identification systems of two legal systems , combined with our country's judicature practice, discuss the nature of the expert, the rights、 obligations and responsibilities of the expert in China's civil judicial identification system, and the effect of the conclusion of identification and the discretionary evaluation , wishing to contribute to the perfect of the civil judicial identification system in China.

There are five parts besides the introduction and conclusion.

The first chapter is the comparative analysis of the representative country's civil judicial identification systems of two legal systems. The author takes England and US as the representative countries of common law system, France and Germany as the representative countries of continental law system , researches on the division and the fusion of civil judicial identification systems in Western countries with advanced legal systems , and proves that between the expert witness and the expert there is more separation, one side is the expansion of the judge responsibility, the other the enhancement of the litigant responsibility.

The second chapter through the brief description and evaluation of the civil judicial identification system's history and the present situation after the establishment of new China, indicates that in this social changes, our country's present strong authority type civil judicial identification system exposes more and more questions. At the same time, the legislation tendency and the viewpoints educational circle have given the author such an impression: The resistance -like expert witness system may

be taken in overall as "a good medicine" , to correct each kind of malpractice in our country's present civil judicial identification system . The author holds a counter-opinion to this, considering that when corresponding research preparation is still insufficient, moves rashly, the prospect endures sorrow.

In the third chapter, takes four dimensions of the real, the time, the cost and the litigant procedure controls as the parameter, comparatively analyzes the respective nature of the expert witness and the expert in the civil judicial identification system of two legal system , then unifies with our national condition, explores that under the socialist market economy legal framework, when constructing the civil judicial identification system with Chinese characteristics, when considering the expert nature positioning , we should take it as court auxiliary institution .

The fourth chapter, before the identification procedure, in the identification procedure, and after the appraisal procedure, takes as the clue the bidirectional adjustments to the rights and obligations of the expert behavior by law, discusses the stipulations of the experts rights、 obligations and responsibilities in our civil judicial identification system , reveals the insufficiency existing in our country , and gives the improvement views on our civil judicial identification system.

In the fifth chapter, the author defines the term of the discretionary evaluation in this thesis, and then explains that in the civil judicature practice of our country, because of the limitation of the present system and the scientific appearance of the conclusion of Identification,the expert quite easily becomes "the judge's master". In order to play expert's role correctly in the lawsuit, the judge must be clear about that the conclusion of identification's effect is just determined by the judge, its proof strength is also determined by the judge who acts according to the case , unifies with all the evidence involved in the case together to make the final discretionary evaluation.

Key words: Civil Judicial Identification; Expert;
the Conclusion of Identification

关于学位论文独立完成和内容创新的声明

本人向河南大学提出硕士学位申请。本人郑重声明：所呈交的学位论文是本人在导师的指导下独立完成的，对所研究的课题有新的见解。据我所知，除文中特别加以说明、标注和致谢的地方外，论文中不包括其他人已经发表或撰写过的研究成果，也不包括其他人为获得任何教育、科研机构的学位或证书而使用过的材料。与我一同工作的同事对本研究所做的任何贡献均已在论文中作了明确的说明并表示了谢意。

学位申请人（学位论文作者）签名：

20 年 月 日

关于学位论文著作权使用授权书

本人经河南大学审核批准授予硕士学位。作为学位论文的作者，本人完全了解并同意河南大学有关保留、使用学位论文的要求，即河南大学有权向国家图书馆、科研信息机构、数据收集机构和本校图书馆等提供学位论文（纸质文本和电子文本）以供公众检索、查阅。本人授权河南大学出于宣扬、展览学校学术发展和进行学术交流等目的，可以采取影印、缩印、扫描和拷贝等复制手段保存、汇编学位论文（纸质文本和电子文本）。

（涉及保密内容的学位论文在解密后适用本授权书）

学位获得者（学位论文作者）签名：

20 年 月 日

学位论文指导教师签名：

20 年 月 日

一、引言

（一）民事司法鉴定制度：为何成为问题和问题的视角

近期，在我们的民事司法过程中，司法鉴定问题愈来愈多地成为了讨论的热点。^①持批判态度者日众，其所诟病的问题主要表现为下几个方面：司法鉴定立法滞后；司法鉴定机构重复设置过多，多头管理；司法机关自我鉴定，司法职能出现错位；司法鉴定程序规则设置不合理；当事人在司法鉴定中的处分权缺失等等。与此同时，民事司法鉴定制度改革因于传统思维方式和司法现状的限制，陷入了步履维艰的状况，成为了司法改革进程进一步推进的一个难点。

为何司法鉴定问题会成为学界讨论和司法改革实践中的热点和难点问题呢？学界对此给出了种种解释：

第一，“司法改革的重心是审判方式改革，而审判方式改革的重心则是证据制度改革；而在证据制度改革中，司法鉴定制度改革则是重中之重，因为在整个证据体系中只有司法鉴定才具有制度建设的意义。”^②就属性而言，在我国，虽然鉴定结论通常采用书面形式，但这并不能否认其作为人证的根本属性。有人认为，鉴定结论属于书证、实物证据、原始证据；也有人认为其属于人证、言词证据、传来证据。故“在各种证据形式中，只有鉴定结论才能够形成完整的制度体系，司法鉴定才具有制度建设的意义。”^③加之，“司法鉴定制度包含着司法制度与行政制度、实体制度与程序制度、公权制度与私权制度等十分丰富的内容，在一定程度上反映一国的法律制度、司法制度、诉讼制度、证据制度的灵魂和精髓，并伴随着一国的法律制度、司法制度、诉讼制度、证据制度的改革而改革，发展而发展。正是由于司法鉴定制度本身具有的综合性、全局性、结构性的显著特点，司

^① 对此问题进行研讨的文献不胜枚举，在此仅举几例：李玉华、杨军胜著：《司法鉴定的诉讼化》，中国人民公安大学出版社2006年版；范方平主编《建构统一司法鉴定管理体制的探索与实践》，中国政法大学出版社2005年版；徐景和、王磊《司法鉴定若干论点评价》，载《中国司法鉴定》，2003年第1期；杜志淳、霍宪丹编著：《中国司法鉴定制度研究》，中国法制出版社2002年版。

● 徐景和：《试论我国司法鉴定制度的改革与完善》，载《司法论丛》，2000年第5期。

● 徐景和、徐景波：《当前司法鉴定制度改革问题研究》，载《中国司法鉴定》，2003年第2期。

法鉴定制度改革才能引起实务界和理论界的广泛关注。”^①

第二，“在现代司法证明活动中，司法鉴定是查明案件事实的一种重要方法和手段，在证据形式中居于核心地位，具有特殊的功能和作用。可以说，完善证据制度的关键在改革司法鉴定制度，这是由司法鉴定的基本性质——科学性和法律性的统一，和本质属性——法律性、中立性、客观性与特殊功能所决定的。”^②

第三，“健全的司法鉴定制度，是我国司法制度的重要组成部分，是社会主义法制建设发展的内在要求，是社会主义法治国家的体现和保障。”“如果司法鉴定机构能够独立行使鉴定权，它和司法机关相互配合、分工负责、相互制约，能从制度上遏制司法腐败，防止司法权力的滥用，预防和纠正错误行为，保证司法的合法性，实现社会正义。”“伴随着科技的发展，司法证明活动必将进入以‘物证’为主要载体的‘科学证据’时代，司法鉴定结论将成为重要的证据形式之一，不仅与公民、法人、其他组织的生命、财产和自由等重大的权益息息相关，还和失职、渎职、伪证、甚至国家赔偿等国家利益密切相关。因此，司法鉴定制度是司法制度中一项十分重要的制度，是保证公正司法的基础性建设，也是我国民主与法制建设的重要组成部分，在依法治国中发挥重要作用。”^③

第四，在科学技术作为第一生产力，日益推动社会前进的知识经济时代，伴随科技在社会中作用的日增，未来社会必是技术主导型社会。现代科技的发展，对纠纷类型，纠纷解决的理论和实践提出了前所未有的挑战，提供了创新的机遇，因此“在诉讼证据领域，专家证据在诉讼中的扩张就会势不可挡，这是现代社会纠纷解决的明显特征，专家证据的研究显得越来越重要。”^④

从以上种种表述中，我们可以明显看出，其中之逻辑，无非是就司法鉴定制度的重要性，因其重要而加以强调。这一点不可否认，但如果我们进一步把问题

^① 徐景和：《司法鉴定制度模式选择研究》，载《律师世界》，2001年第1期。

^② 杜志淳、霍宪丹主持：《中国司法鉴定制度研究》，中国法制出版社2002年版，第1页。

^③ 孙业群著：《司法鉴定改革研究》，法律出版社2002年版，第2页。

^④ 张卫平主编：《外国民事证据制度研究》，清华大学出版社2002年版，第113页。

放入特定的时空,对司法鉴定制度为何成为焦点,就会有一个更为明晰的观念。

很多时候,一事实的特殊意义是通过时间的纬度显示出来的。在我国社会主义市场经济快速发展,法制建设日益得到加强的今天,现行司法鉴定制度所赖以存在的理论基础弱化,社会背景改变,制度的运行在实践中暴露出了越来越多问题和缺陷。但平心而论,这些制度问题并非这几年才有的。实际上,当前的这种鉴定制度由来已久,而在过去,却很少听到批评意见。鉴定的重要,并不是它成为人们关注焦点的充分理由;况且,我们还要问一问,鉴定为什么直到现在才被认为是“重要”的呢?可见,无论是鉴定的受关注,还是它的受批评,都与一定的社会变迁密切相关。这也就是说,在急剧变革的社会环境中,理论界和实务界对一些制度的设计和运作产生了与以往完全不同的期待,而当这种变化了的期待遭遇一成不变的,或变化缓慢于观念转变的现实时,就会出现巨大的心理反差。于是,理论界“程序正义”的强势话语所强调的应然语境,和实然的民事司法运作社会环境^①发生了剧烈的碰撞,司法鉴定制度看似偶然,实则必然的要成为矛盾冲突的一个爆发现点,进而成为人们关注的焦点。^②

(二) 本文的目的和纲要

作为一篇研究民事司法鉴定制度的论文,如果多问几个“为什么”,那么我们必将直面西方法学对此制度中几个基本问题的考察。正如冯象在《政法笔记》中所言“改革开放至今,几乎所有我们关心、引用、争辩的法学领域的话题追根溯源,多问几个‘为什么’,都是现代西方法治‘普世人权资产阶级民主宪政和权力

^① 自季卫东先生于1993年1月发表《法律程序的意义——对中国法制建设的另一种思考》一文后,程序的重要意义在我国学界得到了普遍重视。要法治不要人治,法治即为程序之治,这几乎是为大家所公认。从而,在理论界的叙事语境中,程序正义也成为不容忽视的强势话语。

^② 要准确的理解这一矛盾的必然性,要以一种全面、运动、辩证、发展的视角观察民事司法鉴定制度,并在基本立场上坚持社会客观的物质条件决定司法鉴定制度的发展变化。也要高度关注社会意识对社会存在的巨大能动作用。同时,视角的转换带来的是对问题不一样的理解,从社会应然的理想要求和制度实然运行现状之落差视角出发,在进行司法改革的今天,就要求关注当代我国的社会经济结构和组织形式,国家权力组织形式,政府意识形态,司法制度,司法政策,社会成员的行为方式和价值观等各方面参数的变化,考察分析动态性的,实证性的资料。

话语’等等，在转型中社会的翻版或演变。”^①因此，本文首先比较了普通法系和民法法系民事诉讼中的“司法鉴定制度”^②，介绍其有关的学术积淀。在此基础上，就我国民事司法改革的背景，考察了我国当前关于鉴定人的性质，鉴定人的权力、义务和责任，鉴定结论的效力与法官的自由心证之关系的立法、司法解释和理论阐释，进而得出笔者的结论。

本文除了引言，共分为六个部分：第一章，是对普通法系和民法法系代表国家民事司法鉴定制度的比较分析。套用一句古语，“他山之石，可以攻玉”。从此处，可以为我国民事司法鉴定制度的改革和发展，寻找到灵感。第二章，是对新中国建立以来，我国民事司法鉴定制度历史和现状的描述与评析，以求得到社会变迁中，对我国民事司法鉴定制度发展变化较为清晰的整体印象。第三章，在前两章的基础上，比较分析两大法系的民事司法鉴定制度中，专家证人和鉴定人的性质定位，然后结合我国国情，探索在社会主义市场经济法律体系下，在建构具有中国特色的民事司法鉴定制度时，我们对民事诉讼中鉴定人性质的抉择。第四章，是对鉴定人权利、义务和责任的整体性研究。第五章，为鉴定结论的效力和法官自由心证关系的分析。最后，因在社会变革过程中，现行民事司法鉴定制度在实践中暴露出了愈来愈多的问题，笔者反思，其原因正是，在司法制度改革过程中，作为现行民事司法鉴定制度基石的理论和制度基础正在弱化，鉴于传统思维方式和司法现状的束缚，人们未能提出切实可行的系统改革思路和改革框架所造成。

^① 冯象著：《政法笔记》，江苏人民出版社2004年版，第248页。

^② 两大法系的司法术语中，用于指称鉴定在司法领域中运用的词汇，有的只是“鉴定”，“法庭科学”等称谓，司法鉴定是一个陌生的词语。见包建明：《“司法鉴定”杂谈》，选自《证据学论坛》第四卷，何家弘主编，中国检查出版社2002年版，343页。但是为什么在我国的民事司法制度中，在“鉴定”之前加有司法二字呢？就本文的研究视角而言，这恰是反映了现阶段，在国家和逐渐形成的市民社会的二元对立理论框架设定中，作为司法制度一重要环节的司法鉴定制度，不仅仅是一种纠纷解决方法的辅助手段，更是一种政府主导型社会中社会治理的体制性存在一环。国家作为主导社会发展的“火车头”，司法鉴定制度中的司法二字是对国家权力强势作用介入民事司法领域的体现，并深刻的表明了人们对国家这一拟制主体的深深崇拜。当然随着诉讼结构的变迁，国家权力介入民事诉讼的程度可能有所变化，使得国家和社会、政治和法律、实体和程序间的关系微妙、复杂，既相互吸引又有排斥，甚至不时要更加紧密化，刻意模糊二者间的界限。这也就可能是“司法”+“鉴定”称呼的变通之道吧。当然，对中国社会，国家和社会的理论范式分析是否可用，是否有用，学者间是有不同的意见的，例如，马长山和强世功对此范式表现出的分歧，见《国家、市民社会与法治》，马长山著，商务印书馆2002年版；《法治与治理：国家转型中的法律》强世功著，中国政法大学出版社2003年版。但是，不可否认，改革开放以来，在中国学界，市民社会与国家二元对立的分析范式，作为一种引进的理论分析模式，有着其应有的价值。

民事司法鉴定制度改革作为司法改革的一重要环节，当然要适应于司法改革的整体性进程。制度改革的成败很大程度上取决于改革措施与本国既有文化和其他相关制度的兼容性。因此在我国进行司法改革的今天，如欲参照西方法治先进国家的某种制度，在折服于其（如司法鉴定制度）魅力之前，首先要对其制度的立论基础进行考究，对该制度与其本国司法制度和司法文化的兼容方式进行分析。惟此，才能不仅得其“形”，而且得其“神”，有关的制度移植，才有更大的可能取得成功。本文持此理想，并实践之。

二、比较法视野中的民事司法鉴定制度

“在民事司法中，拥有专门知识的人员进入司法过程中，凭借其自身的专业知识对专门技术问题发表意见，以此来帮助甚至代替法官对涉及专业技术的事实问题做出判断。这样的人在大陆法系被称为鉴定人，在英美法系则被称为专家证人。”^①

按照我国学界的通说，大陆法系盛行的司法鉴定制度是以职权主义的诉讼模式下的鉴定权主义为原则，法官决定鉴定的开始和鉴定人的选任，同时辅以鉴定人的回避制度，并赋予了当事人对鉴定结论加以置疑的机会。而普通法系国家的司法鉴定制度则以当事人主义的诉讼模式为基调，遵循鉴定人主义，原则上实行当事人委托鉴定制度，鉴定人必须出庭接受当事人的交叉询问。^②

为了更确切地了解两大法系民事司法鉴定制度的运行情况和特点，在概括总结了两大法系的民事司法鉴定制度的主要特征后，我们可以进一步对观察的对象作一较为细致的描述分析。

^① 徐继军著：《专家证人研究》，中国人民大学出版社2004年版，第4~5页。就我国理论界的研究成果讲，有学者认为大陆法系的鉴定人拥有相当的裁判权，可以被称为“专家法官”，见《民事证据理论原理与实务研究》，毕玉谦著，人民法院出版社2002年版，第266页。但就本文的观察视角而言，在普通法系的司法实践中，专家证人对裁判者的影响或许更大。不管如何，在这里必须明确的是，大陆法系的鉴定人和普通法系的专家证人在拥有对待证事实裁判权的影响力程度方面，是有区别的，对此后文将有详述。

^② 卞建林，郭志媛：《两大法系司法鉴定制度比较》，载 <http://www.jcrb.com/zyw/lwsb36/index.htm>。

（一）民法法系民事司法鉴定制度

1、法国的民事司法鉴定制度

在法国有一句玩笑话，即使是被踩了脚的案件，因为不是专家就不知道疼到什么程度，所以也得鉴定。加之由于该国的民事诉讼中存在预审制度和重视书面证据，所以有学者指出，实际上几乎是由鉴定人在进行事实认定。^①由是可知司法鉴定在法国之盛，鉴定人在其民事诉讼中的影响之大。

在鉴定人的资格制度上，为了保证鉴定人的质量，鉴定人全部由最高法院和上诉法院遴选确认，根据行政法规每年列出鉴定人名册，^②在鉴定人的选任上，一般应由法庭从鉴定人名册中指定具体案件的鉴定人，但在司法实践中，法官往往无视官方名单的存在，更喜欢依其习惯选择鉴定人，在法国民事鉴定制度中，鉴定人的性质是法官的助手，在诉讼中被视为法院的组成人员。“这些人优先来自熟悉官僚制法院的工作常规的群体——因此我们可以称他们为欧陆的常任或职业法庭专家”。^③如当事人对鉴定人的选择达成了一致的协议，此协议对法院有拘束力，但实践中诉讼当事人的主动性明显不足。任命鉴定人的决定一经宣布，法院的书记员应通知鉴定人，鉴定人应立即告知法官接受其任命。

在鉴定程序的启动上，虽然法律规定鉴定当由当事人要求或依法官职权命令而采用，但当事人主动要求的情形并不多见。法国民事诉讼中，如果当事人对法官进行鉴定的决定不服，根据《民事诉讼法》第 272 的规定，有重大的合法理由且在一个月期限内，经上诉法院第一院长的批准，可以上诉。^④在此程序阶段，法官关

^① [日]谷口安平著：《程序的正义与诉讼》，王亚新、刘荣军译，中国政法大学出版社 2002 年版，第 318 页。

^② 在法国，如果要成为鉴定人，首先要向最高法院或上诉法院提出申请，由其法院的资深法官组成的专门委员会进行审查，如符合条件，则列入本级法院的鉴定人名单。此鉴定人就可在本级或下级法院从事鉴定工作，故大审法院和初审法院是没有遴选确认司法鉴定人的权利的。每年各上诉法院在听取检察长的意见后制定在本辖区的“上诉法院鉴定人名册”。最高法院制订“全国鉴定人名册”。名册当年有效，但可以延续登记。根据 1985 年 12 月 27 日法令，虽然鉴定人名册由法院确定，但是鉴定人正式名册上的登记和除名的规则，均由行政法规加以确定。见刘新魁：《法国司法鉴定制度》，选自范方平主编：《建构统一司法鉴定管理体制的探索与实践》，中国政法大学出版社 2005 年版，481-482 页。

^③ 见[美]米尔伊安·R·达玛什卡著：《司法和国家权力的多重面孔》，郑戈译，中国政法大学出版社 2004 年版，第 82 页。原则上鉴定可由法官以职权命令，或由当事人申请，法官以“自由心证”对申请建议裁量。当然法律有明文规定的情况除外，如《民法典》第 824 条对分割不动产进行评估的规定。

^④ 王景琦编译：《法国民事诉讼程序中的鉴定人》，载《人民检察》2000 年第 12 期。

注于能否通过验证、咨询技术人员或是鉴定人来获取判断事实的信息；^①关注于选择谁来进行鉴定，是鉴定人的回避、鉴定人的人数以保证鉴定过程的公正和效率。

如果法官选择了多个鉴定人，就必须在选定命令中说明理由；对鉴定人的指令里必须详细说明鉴定人的任务和工作期限。因为在法国的历史上，鉴定人在诉讼中卷入的是如此之深，甚至于代替法官从事职务性活动，造成了诉讼的迟延和资源的浪费，^②为此，法国《民事诉讼法典》238条规定，鉴定人不得回答任命书中未指定的问题，不得发表对法律问题的意见。^③在这里，罗马人的经验“鉴定人是事实的法官”得到了遵从。

在鉴定活动开始时，法官一般要求一方当事人或多方当事人在预定的期限内，向法院书记室寄存预付的鉴定款项，以便鉴定人工作的展开，法官指示鉴定人立即开始进行鉴定的情况除外。当然，如果当事人没有预交鉴定费用，鉴定人也应开始鉴定，因为鉴定人的委托人是法官而非当事人。^④在鉴定人的指定失效的情况下，诉讼还要进行下去，法官唯一能做的就是没有鉴定结论的情况下继续审理案件。当然这一情况少见。

鉴定人的鉴定活动必须遵守法律程序的黄金规则——对审原则，^⑤在当事人的

^① 张卫平、陈刚著：《法国民事诉讼法导论》，中国政法大学出版社1998年版，第97页。关于三者的区别，参见张卫平主编：《外国民事证据制度研究》，清华大学出版社2003年版，第519—526页。根据法国《民事诉讼法》第232条，法官在民事诉讼中“可以委派其挑选的任何人，通过验证、咨询、或者鉴定，查明应当有技术人员协助才可以查明的某个事实问题”。在此，要注意在1973年改革以前，由于鉴定人在鉴定前必须宣誓，相应的只有自然人才能宣誓。但由于目前宣誓的手续已经无条件取消，《民事诉讼法典》第233条准许指定法人遂行审前准备措施，但受指定的法人必须将执行任务的自然人姓名提交法庭，故如受指定的鉴定人是法人，其法定代表人必将执行任务的自然人鉴定人名单提交法官认可。即鉴定人既可是法人，也可为自然人。

^② 如鉴定人在调查和进行鉴定的过程常常引导当事人和解，而且出现了以进行和解为借口而延迟提出鉴定意见的情况。参见[日]谷口安平著《程序的正义与诉讼》，王亚新、刘荣军译，中国政法大学出版社2002年版，第318页。

^③ 鉴定人对法律问题作意见的发表可以看作是对法官知法的侵犯。鉴定人对此问题发表的判定构成了对在大陆法系传统上，垄断了法律问题处理权力的，法官职业共同体职权的侵犯。同时，《民事诉讼法典》第238条的规定，从反方面限制了法官对其权力和职责的过度得下放，虽然鉴定人可以称为“事实的法官”，但毕竟不是法官，第246条明确规定法官不受鉴定人见证和结论的约束，反映了人们对鉴定人从法官“助手”可能演变为法官“主人”的忧虑。在纷繁复杂的社会纠纷处理过程中，承载着程序公正和实质社会公正期望的法律处理结果，必然要裁判者享有对鉴定结论的评判和取舍之权。具体分析可参见下文关于“鉴定结论的效力于法官自由心证”。

^④ 此时法院书记员会向当事人说明，如果其不按照指定的期限和支付方式寄存款项，鉴定人的指定将失去效力，除非当事人向法官请求延长期限或撤销前述失效事由并获得批准。未履行此项义务的当事人将承担一切后果。见《法国民事诉讼法》第270条，271条的相关规定。

^⑤ 关于对审原则的分析见[英]Jolowicz著《民事诉讼法》，吴泽勇译，第120页，未发稿。

主张和监视下实施，非经当事人书面同意，鉴定人只就其接受委托进行审查的问题提出意见，不得回答其他问题。然而对审原则也不是要求当事人参加所有的鉴定活动。^①就鉴定所需资料，鉴定人一经接受任命，就可以提取存放于法院书记室的各方当事人案卷和鉴定所需的检材，或由书记室向其寄送。各方当事人应将鉴定人认为完成鉴定任务所必须的全部资料立即交给鉴定人，在鉴定活动中，法官的参与是必不可少的，他应保证鉴定活动公正、高效的在规定的时间内完成。在当事人有碍鉴定顺利进行时，鉴定人应告知法官，法官得命令更正之，必要时可科处逾期罚款；或者在相应情况下，批准鉴定人不予理睬或按照现有情况提交报告。^②如鉴定人认为时间不足，或者需要扩大鉴定范围，应向法官提出，由法官做出是否延长鉴定期限的决定。^③

在鉴定结论的质证程序中，由于鉴定报告作为各行业的专家对案件事实的认定性结论，对案件的结果往往产生决定性的影响，赋予当事人对鉴定结论质疑的机会无疑是合适的。然而事实上，单靠鉴定结论本身，作为外行的当事人和法官无法对鉴定结论的可靠性进行有效挑战。于是另一种替代性的方法产生，也就是说，通过赋予当事人和法官对鉴定证明过程相关因素有效性的审查来取而代之——鉴定人可依当事人申请，由法官决定或依法官直接职权要求出庭作证，在法庭询问中，通过对鉴定人的资格，鉴定人意见加工的对象，和加工证据资料方法的质疑等一系列的方法之采用，来验证鉴定结论本身的适格。^④法国民事诉讼法第 246 条规定，法官不受鉴定人意见和结论的约束。他可以通过心证对鉴定人的工作成果予以处理，在判决书中的理由论证部分对此要加以说明。

^① 合理的做法或许是鉴定人发现案件事实的活动和纯粹的科学实验不必邀请当事人参加，在此之后应尽快将结论告知当事人，当事人有权对鉴定活动陈述意见，且对提出的任何问题，鉴定人必须在鉴定结论中予以评议，否则鉴定活动的迟延不可避免。但在德国，鉴定人在勘察现场时，双方律师会陪同前往。总之“合理”的用语，在各时各地是一个相对模糊的用语，没有统一的标准，应根据案情区别对待。

^② 《法国民事诉讼法》275 条。

^③ 《法国民事诉讼法》279 条。

^④ 在这里要注意法国民事诉讼中的当事人聘请自己鉴定人的做法，在此当事人的鉴定人在一定程度上可以看作对鉴定人权力过大的解毒剂，是法国的民事鉴定制度在鉴定人为法官助手和当事人的质证助手之间的价值妥协选择。

2、德国的民事司法鉴定制度

在德国，如果案件中出现技术性难题，征询律师意见的法庭会选任专家，并限定其权利和义务。^①

《德国民事诉讼法》第404条第2项规定：鉴定人的选定与其人数，均由受诉法院决定。^②法庭在选定了鉴定人之后，就会将需要调查和鉴定的事实材料交给他，并框定出法庭所希望专家能给与解答的问题。在确定专家的任务上，法庭也欢迎当事人双方的建议。对鉴定的工作过程，双方当事人享有知情权。

当鉴定结束后，鉴定人会提出一份书面的意见交给法庭，来接受法庭和当事人的检验。法庭对其不满意时，也可以任命另一鉴定人以代替先任命的鉴定人。如果当事人对鉴定结论不满时，通常会提出书面的评论，对此，鉴定人必须予以答复，或在庭审中接受当事人的质问。如果争议还存在，当事人就要对鉴定人的资格、能力等方面提出富有成效的质疑，来换取法庭任命第二位鉴定人。^③

总之，同样作为大陆法系的代表性国家，德国的民事司法鉴定制度整体也表现出了浓厚的职权主义倾向，但在鉴定人的使用上，德国的民事诉讼却力图在对抗制和非对抗制的价值取向中寻求一种折中的平衡，专家保持中立，而当事人会通过各种方法，诸如征询意见的提出、当面对质和抗辩来防止错误的和滥用力权的专家意见的产生。^④

^① 在德国，使用鉴定人员原则上是由当事人提出要求时采用的，但法院也可依职权主动使用鉴定人。

^② 鉴定人的选任，民事诉讼法允许当事人进行提名，且要求法庭在当事人一致意见的基础上使用鉴定人（但是法庭可以把之限制在一定的人数内），在法典中，以图限制法官选择专家范围的唯一考虑是一个较晦涩的条款：“就特定种类的鉴定工作，已有政府任命的鉴定人时，只有在特殊情况且有必要时，才另行选定他人为鉴定人。”但通常情况下，法庭在提名专家和选任专家上享有主动权。见《德国民事诉讼法》第404条3、4项。

^③ 当然，当事人也可自己聘请专家，但是由于其专家意见的倾向性，法庭对此意见是多不理会的，只有其能证明质疑有效性确实存在时，法庭会把这话种反驳看作进一步委任专家的依据，而新委任的鉴定人会考虑到当事人专家的意见。见 E. g. Kurt Jessnizer *Der Gerichtliche Sachverständige* 72,78 (11th ed. 1987) 转引自[美]约翰·H·朗本：《德国民事诉讼程序的优越性》，陈湘林译，转引自[德]米夏埃尔等编《德国民事诉讼法学文萃》，赵秀举译，中国政法大学出版社2005年版，第679-680页。

^④ [美]约翰·H·朗本：《德国民事诉讼程序的优越性》，陈湘林译，转引自[德]米夏埃尔等编《德国民事诉讼法学文萃》，赵秀举译，中国政法大学出版社2005年版，第680-681页。

（二）英美法系民事司法鉴定制度

1、英国的民事司法鉴定制度

在英国的民事司法实践中，基于传统因素的影响，当事人主导的对抗制深深扎根于民事诉讼的角角落落，司法鉴定制度也概莫能外。对专家证人的资格，在成文法和判例法上也没有规定具体的标准。这里也没有官方公布的法定专家名单，^①而是当事人自己聘请的专家进行“专家大战”，各自为自己的雇主服务。^②

在专家证人的选任上，当事人选定自己的专家证人，专家证人听从当事人的指示，作为当事人为诉讼胜利而选定的一张王牌发挥作用。在他的身上，体现了当事人利益和社会正义的双重责任。^③

在鉴定程序的启动上，当事人决定需鉴定的事项，雇用自己的专家。虽然英国1999年《民事诉讼法》第35.1和35.4条款规定了法庭有职责限制专家证人的使用，即，只当存在合理需要的情况下，法庭才能许可当事人使用专家证人，当事人在未经法庭许可的情况下，不得使用专家证人，但是司法实践中，在当事人未许可的情况下，法庭通常不敢贸然排除当事人的专家证据，只会对胜诉当事人处以经济上的制裁。因为，是否必要使用专家证言，对作为所涉待判断事项外行的法官来说，是很难判断的。^④

在鉴定活动中，专家在当事人的指示下，根据民事诉讼规则中的证据规则完

^① 普通法系司法实践的某类相似性是以英国英格兰、威尔士的法律体系为主的研究。当然，我们还要知道苏格兰、北爱尔兰的法律传统则是大陆法系的一部分。在苏格兰实行的是鉴定权主义，存在鉴定人的法定名单。见孙业群著：《司法鉴定制度改革研究》，法律出版社2002年版，第77页。

^② 在英国1999年的《民事诉讼规则》中，35条第7第8项规定了单一共同专家（single joint experts）制度和35条15项规定了技术陪审员（assessor）制度。但是由于其与这样一种根深蒂固的观念“没有人愿意雇用不为自己谋利的专家”相抵触，因此对其的实效，还需要进一步的资料来证实。但是可知在对抗制的传统影响下，法官即使径行请求专家帮助，其也只是在例外的情况下行使这一权力。

^③ 一方面，当事人为了胜诉尽可能的多选择听从自己指示，为自己利益着想的权威专家证人，另一方面诉讼制度对社会正义的追求又对专家证人负加了较高的职业伦理要求。这种情况就造成了专家证人的尴尬处境，要“面包”还是正义？见徐继军、谢文哲：《英美法系专家证人制度弊端评析》，载《北京科技大学学报（社会科学版）》，2004年第3期。对此在英国1999年《民事诉讼规则》中，35.3条明确规定专家证人的职责在于以其专业知识帮助法院解决有关诉讼程序中的问题，故专家的基本职责是帮助法院实现上述目标，这是他的优先职责。对专家证人的当事人属性过强的情况做出了一定程度的缓解。

^④ 徐继军著：《专家证人研究》，中国人民大学出版社2004年版，第40-46，180页。《民事诉讼法》第35.4条款规定法庭可以限制希望依赖鉴定结论的当事人可能向其他方当事人收取专家费用的金额，法庭可以在专家证人接受当事人指示前，限制向其支付的费用金，以及责令指示当事人向法院支付上述金额。关于费用上的限制问题见张卫平主编《外国民事证据制度研究》，清华大学出版社2003年版，141页

成其工作，向法庭提交其专家证据。^①庭审中，法官安坐于法庭之上，根据优势证据规则，听取双方当事人及其律师和己方专家证人对对方专家证人的轮番轰炸，通过对专家证人适用的必要性、专家证言的相关性、专家证人的资格、专家证人意见加工对象的真实和加工证据资料的方法，进行交叉询问，来判断并得出自己的结论。至此，专家的任务已经完成，对诉讼结果，由当事人聘请的专家则不承担任何责任。

2、美国的民事司法鉴定制度

在美国的民事诉讼中，专家证人的使用是频繁的，提供有说服力的专家证人，并对对方的专家证人进行有效的盘问，成为律师必备的基本技能。当事人的触角延伸到了专家的选择和准备上。

当事人为了胜诉，想方设法寻求能够为自己的主张提供最有力专家意见的专家证人，最大限度地利用有利于自己的专家证人，攻击他方专家意见的证据价值。作为专家证人，在金钱的诱惑下，你有时需要隐瞒自己的真实想法，隐瞒你的怀疑，毕竟当事人雇用专家是为支持自己的利益，专家证人一般也不愿让自己的雇主失望。同样，对方也是以同样的方式雇用、培训另一专家。这样，在法庭上就会看到我们熟知的“专家大战”。一个专家越规矩，越中立，也就越不会被寻找“同路人”的当事人所聘请。在这种背景下，社会各界对于专家证人的公信力评价是较低的。^②

在律师主导的证据调查中，作为一方律师伙伴的专家证人，收集相关资料，提出专家意见。在庭审中，专家还要作为一方证人还要出庭作证。他必须根据证据法的相关规则满足法官的要求，按照说服责任的法则满足陪审团的要求。^③因此，这就对专家的资格和能力提出了较高的要求。在普通法系律师深以为豪的，充满戏剧性氛围的二元对立式的审判法庭中，专家证人会接受交叉询问的严格考验。对方律师会从你方专家的资格，专家证言对于争议事项的必要性，专家证言的可

^① 在英国 1999 年《民事诉讼规则》35.5 条规定了专家证言以书面形式为原则，以言辞形式为例外。

^② See: J. Langbein, *The German Advantage in Civil Procedure*, *University of Chicago Law Review*, 1985, 52 (4) 835-837.

^③ 张卫平主编：《外国民事证据研究》，清华大学出版社 2002 年版，第 237 页。

采性，形式合理性，所倚赖的原始资料的正当性等方面展开挑剔的询问。实践中，律师们发展出各种质疑专家证人可信度的花招，让作证专家倍感尴尬。尽管如此，为了高昂的出庭费用，专家们仍然热情不减，宁愿接受各式各样的庭审训练，以应对交叉询问中的陷阱。

在法庭辩论中，对专家证人的交叉询问，显然更富有说服力的一方当事人辩论集体将获得胜利，但不可否认，精彩的询问有时可以帮助事实审判者了解证据和解决争议，有时也有可能造成误导，导致裁判的失误。

（三）比较分析：两大法系民事司法鉴定制度的分野与融合

有人说二十世纪是司法制度改革的世纪，也是两大法系逐步趋同化的世纪。^①这一论断似乎很容易被下列事实所证明：各国民事诉讼法典的修改和制定；管理型司法在普通法系的建构；集中型审判模式；陪审制；交叉询问制度在大陆法系国家的引进等。

就民事司法鉴定制度来讲，这一论断似乎也是合适的。^②近年来，英美法系国家在立法上强调了鉴定人的公正性，弱化鉴定人的当事人色彩；而民法法系则在弱化鉴定人的职权色彩，强化其证人特征。

1999年4月26日，英国新《民事诉讼规则》正式生效，该《规则》就专家证人的规定做出了许多修改，进一步强调了专家的公正性，同时限制了专家证据的非必要使用，规定法院有权强制使用单一共同专家，并鼓励专家间的合作。^③美国1975年的《联邦证据规》和1987年的修订规定：法官应该指定他认为合适的专家，并把该事实通知陪审团。^④这表现了强调专家证人中立性的努力，和对当事人主导的司法鉴定制度对抗性一定程度上的缓和。

在民法法系，对法官在司法鉴定事务上的主动性，法典上表现出了有限克制

^① 宋冰编：《程序、正义与现代化——外国法学家在华演讲录》，中国政法大学出版社1998年版，第3页。

^② 田平安著：《民事诉讼证据初论》，中国检察出版社2002年版，第251页。

^③ 张卫平主编：《外国民事证据制度研究》，清华大学出版社2002年版，第113页。

^④ Federal Rules of Evidence 706 1975 As Amended In 1987, 但此条规则并不禁止当事人雇佣自己的专家。可实践中，法庭委任的专家少见。

的迹象，如法国，法官对是否进行鉴定拥有自由裁量权，但有法律明文规定的情況除外。^①在德国，法典要求法庭应在当事人一致同意的基础上使用鉴定人。

鉴定人出庭作证和接受当事人质询义务被法典化；一些激进国家（如意大利和日本）强调对鉴定人的交叉询问的做法，从另一个侧面反映了民事司法鉴定制度中非对抗式和对抗式价值妥协的迹象。

那么，我们是否可以说，两大法系的民事司法鉴定制度正在走向趋同呢？

由以上对民法法系和普通法系民事司法鉴定制度的简要介绍中可以认为，两大法系的民事司法鉴定制度的主要区别在于鉴定程序的启动和鉴定权的授予方式，其深层次的理论原因是对“鉴定人”的性质定位的不同。在事实认定的司法活动中，鉴定人和专家承担的任务都是将诉讼中的证据资料经自己的知识，经验，技能等加工成为裁判者可以理解的事实，但前者是作为裁判者的助手出现的，后者则是当事人自己的专家证人。由于政治、经济、传统、文化等原因的影响，民法法系民事司法鉴定制度偏重于对事实认定准确性带来的实质公正和效率的追求，英美法系则重视当事人参与对抗所产生的形式公正感。他们均深深打上了职权主义诉讼模式或当事人主义诉讼模式的印痕。

其实在民事诉讼中，普通法系也罢，民法法系也罢，都是当事人主导的诉讼，只不过法官在诉讼中参与的程度有所差别。^②当事人必须证明其请求所依据的事实，这是一般原则。裁判者中立，一般不主动依职权进行事实调查，自己决定从已知事实得出哪些推论，和如何就确证事实加以定性。然而，对事实判断中的技术性问题，作为外行，法官不太可能做出公平，合理的判定。因此这里需要专业技术人员的帮助。就此，有两种可能的途径：一是法官自己选择独立于当事人的中立专家，了解技术性问题后做出决定；二是让当事人为法官选择和提供所需的资料和信息，通过其对抗和辩驳，来澄清有关技术问题。

在诉讼中，法官对技术性待证事实的判断和处理过程，对于待证事实问题，

^① 如《法国民法典》824条和1678条规定必须鉴定的事项。见[法]让·文森、塞尔日·金沙尔著：《法国民事诉讼法要义》，罗结珍译，中国政法大学出版社2001年版，第1001页。

^② 参见张卫平主编：《民事诉讼法教程》，法律出版社1998年版，第18-26页。

理论上存在三种不同的类型。第一类问题可以被称作简单的事实认知。一方当事人主张一个相关事实，而问题仅仅在于该主张是真是假的时候，这类问题就产生了。第二类问题可以被称作通过推定的认知。当一方当事人主张一个事实的确定存在，并以此证明另一个事实也存在时，这类问题就产生了，它涉及通过推定方法对某个相关事实的认知。第三类问题是事实定性问题，当必须就已被认知或者推定的事实做出法律定性时，就产生了第三类问题。^①

因此在民事诉讼中，按照谁主张，谁举证的一般原则，理论上，对于第一类问题——简单的事实认定，应该由当事人在他的技术人员帮之下调查、举证，再由法官判定。对第二类问题——通过推定的认知，应当由当事人挑选的技术人员进行调查并以提供证人证言的方式汇报其发现；由法官挑选并与法官共同工作的技术人员，就可能得出的、有关事件原因的推论向法官提出建议。对于第三类问题——事实的定性，这里没有事实认知的问题，也没有从已知事实进行推论的问题，假设事实已经被确认，唯一剩下的就是它们的定性。判决应当由法官做出，如果法官缺乏单独做出判决的知识，他应当获得由他选择的专家的帮助。^②

实际上，两大法系民事司法鉴定实践中皆背离了民事诉讼中的上述理论设定——由当事人提出其主张的事实依据，裁判者中立，一般不主动依职权进行事实调查，自己决定从已知事实得出哪些推论，和如何就确证事实加以定性。英国的司法实践中甚至将本属于法官的问题也留给了当事人。在涉及通过推定的认定和事实的定性时，专家证人甚至扮演了“裁判者助手的角色”。^③在法国却相反，对简单技术事实认知由法官指定检验员进行，不需要复杂调查的技术问题法官可以命令一个咨询。^④对通过推定认知的问题，本应由当事人的技术人员举证，由法官

^① [英]Jolowicz 著：《民事诉讼法》，吴泽勇译，第 154 页，未发稿

^② [英]Jolowicz 著：《民事诉讼法》，吴泽勇译，第 162-163 页，未发稿。

^③ 这里可以在英国的裁判委员或技术陪审员的选任和作用中发现。在 *Baring Plc and another v. Coopers and Lybrand and others*(2001)一案中，法官就允许专家证人对当事人是否存在过失发表意见，当然他又强调这一意见对其无任何拘束力。在英国的诉讼实践中，专家证人总是被允许对事实的定性提供证词的。可以说，在此专家证人甚至承担了辩护律师的工作。当然对于事实的定性问题，英国上议院将之规定为事实性问题。而法国最高法院则将之定为法律问题。[英]Jolowicz 著：《民事诉讼法》，吴泽勇译，第 152 页，未发稿

^④ 见《法国民事诉讼法》249 条规定，检验仅进行纯事实的确认，而不能发表对由此引起的任何事实和法律上后果的评论。256 条规定，咨询是在法官不满于初步的简单检验，就不要求复杂技术调查的纯技术性问题，听取意见的情况下进行。

的专家辅助人对之进行判断后，再由法官做出决定。而在实践中，法国的法官却绕过了当事人的举证环节，直接依鉴定人的推论从之。

通过对两大法系民事司法鉴定制度的比较和分析，我们看到，它们之间有相似，也有差异。在制度层面，可以说两大法系的民事司法鉴定制度在近年的制度变革中有协调对抗制和非对抗制两种价值的迹象。但在司法实践中，仍更多地表现为一种分离。即，一方是裁判者职责的扩张——他将本属于当事人的任务赋予了法院。一方是当事人责任的加强，将本属于法院的任务赋予了当事人一方，当事人越来越依赖于自己的专家证人——是由当事人而非法官寻求解决其纠纷的专家意见，如有必要，当事人的专家证人甚至还要帮助法官解决技术性问题的定性。因此，现阶段下，在两大法系的民事司法鉴定制度中，鉴定人和专家证人之间依然存在一道深深的鸿沟。^①

因此，普通法系的民事司法鉴定制度是一种立足于当事人对专家证人的控制之上的司法制度，强调的是对抗和分权。而在民法法系国家，民事司法鉴定制度则是以法官职权为主导的鉴定程序，强调的是非对抗的价值选择和法官职权主导下的诉讼进行。

专家作为当事人自己的专家证人，是一种证据方法，是普通法系的司法鉴定制度的根本特点。民法法系国家的民事诉讼实践中，鉴定人作为裁判者的助手出现，是法院的延伸。

三、我国社会变迁中的民事司法鉴定

以上，我们简要介绍和评析了国外先进法治国家的民事司法鉴定制度及其学术积淀，下面将对我国民事司法实践中的鉴定制度运作进行一番考察。

^① 我不反对在民法法系的制度环境下，当事人拥有自己的“专家证人”，在普通法系里，法官指定“鉴定人”的做法。甚至对此改革的努力深表欣赏。但是我对在对抗和非对抗式的诉讼结构中，诉讼结构没有深刻变革的情况下，这些措施的“优越性”在整体环境中的实际功效持观望态度。实践，时间才能给出答案。

（一）新中国民事司法鉴定的历史和现状

在当代中国，如果说司法鉴定制度改革是司法改革的一部分，那么司法制度改革毫无疑问就是整个社会变革的产物。发轫于 70 年代末期的中国现代化运动，是一种双重挤压（中与西，传统与现代）中的、跳跃式、激进的社会试验。^①在一个社会结构急剧变动的环境中，所有的变化都是如此巨大和复杂，以致我们难以用某种单一的理论概念来对民事诉讼中的司法鉴定制度进行哪怕是最粗略的理论概括，唯一可行的，只能是事实描述和概括地综合了。因此笔者将简要的对新中国民事司法鉴定制度的发展变化作一历史性的回顾评述。

新中国成立以来，在我国当时的政治经济法律制度下，首先在公安部门内部设立了鉴定机构，鉴定结论只是在侦查案件中使用。民事司法鉴定由于民事、经济法律不健全，民事、经济案件较少，只是在极少的法院和检察院内部存在文检、法医等部门鉴定机构。在办案过程中，如需要进行鉴定，除少量案件委托本部门鉴定机构进行鉴或临时指派聘请医生及其他的专业技术人员进行鉴定外，多数是依靠公安部门的鉴定机构进行鉴定，这种状态持续了很长时间。^②

十一届三中全会以来，随着社会经济的发展，在民事、经济领域的诉讼现象越来越多，公民的权利意识逐渐加强，鉴定在民事诉讼中的作用越发突出，社会就需要更多的鉴定机构提供服务，故公检法三机关都在各自系统内部建立了自己的鉴定机构系统。一度被撤销的司法部“司法鉴定研究所”，也在七十年代末被重新恢复和重建。经省以上的司法鉴定管理部门的审批，一些有条件的大学法律院系、公安政法院校相继建立了鉴定机构。^③与此同时，科学技术的发展给社会生活带来了巨大的改变，一大批的鉴定机构产生。如一些大专院校、质检机构、审计部门、会计部门、价格认定机构、医院等非专业鉴定机构，也开始接受司法机关的委托进行鉴定，一些行政机关，如交通部门、环保、药品检验部门、商标专利

^① 万俊人著：《思想前沿与文化后方》，东方出版社 2002 年版，第 29 页。

^② 金光正著：《司法鉴定学》，中国政法大学出版社 1991 年版，第 15-16 页。

^③ 李万忠：《我国司法鉴定制度主要缺陷及其完善》，载《法学杂志》，1996 年第一期。邹明理著：《司法鉴定概论》，成都科技大学出版社 1998 年版，第 47 页。

及著作权行政管理部门、文物行政管理部门,也开始承担相关的鉴定任务。一些专业协会或学会等社会团体及其他组织设置的鉴定机构,也接受委托进行鉴定工作。

然而改革开放后,随着社会主义市场经济的建设,在我国,作为物质基础的生产关系格局发生了重大改变,出现了市场主体、利益主体的多元,使得国家、社会、集体、个人的经济利益与政治利益,产生激烈的冲突,进而导致矛盾和纠纷激增。同时,人们对个体权利的认识日益加深,对人性尊严的保障日趋重视,对社会民主化和法治化的要求也日益高涨。

在此大背景下,依法治国、建立社会主义法治国家、建立健全有中国特色的社会主义市场经济法律体系成为了我们的选择。为此,在司法领域,以始于1988年的民事审判方式改革作为开端,强调当事人的举证责任,加强法院的庭审功能,吸收体现自由主义精神和当事人诉讼权利保障的英美法系诉讼制度中当事人对抗制因素,成为时代社会背景转换的要求。^①

此时,原有民事诉讼体制中司法鉴定制度显然已经不能适应形势的变化,产生了各中各样的问题。比如,司法鉴定立法混乱、滞后、缺乏系统具体的规范,造成司法鉴定规则的操作性差。司法鉴定职能界定不清,与审判职能的混淆和错位,缺乏合理的分工和制约。鉴定机构和鉴定人的管理混乱,在司法鉴定实践中出现重复多头鉴定,鉴定人资格认定随意性很大,鉴定人的权利义务和法律责任的保障和追究不力等问题。鉴定机制的运作混乱,在鉴定的委托、启动程序中,在鉴定的实施过程和鉴定的认证、质证、采信过程中,缺乏完整具体、体现当事人权利要求的程序规则。

为了解决实践中产生的各种问题,我国近年来出台了一系列的行政法规和司法解释,如最高人民检察院1988年颁布的《人民检察院法医工作细则》,1989年最高人民检察院、最高人民法院、公安部、卫生部联合颁布的《精神疾病司法鉴

^① 正如黄松有法官所言,司法改革的运动轨迹就是“强调当事人的举证责任——庭审方式改革——审判方式改革——审判制度改革——诉讼制度改革——司法制度改革”,构筑充分体现当事人诉讼主体地位的现代民事诉讼制度。黄松有著:《中国现代民事审判权论——为民服务型民事审判权的构筑与实现》,法律出版社2003年版,第21页。

定暂行条例》。司法部相继发布了《司法鉴定机构登记管理办法》、《司法鉴定人管理办法》、《司法鉴定执业分类规定（试行）》、《司法鉴定许可证管理规定》、《司法鉴定程序通则（试行）》、《司法鉴定文书示范文本》。最高人民法院于2001年11月6日和12月6日分别颁布了《人民法院司法鉴定工作暂行规定》和《关于民事诉讼证据的若干规定》等。全国人大常委会更于第14次会议通过了行政法《全国人民代表大会常务委员会关于司法鉴定管理工作的决定》。

随着各项规则的生效，民事鉴定程序主体的活动方式与原有方式相比较发生了巨大的改变。由于举证时效、证据失权制度的建立，在审前程序中，当事人具有了审前交流的动力和压力。为避免败诉，当事人会在审前尽可能的提出证据。

民事诉讼法第64条规定：“当事人对自己提出的主张，有责任提出证据。”“谁主张，谁举证”的观念也已为人们熟知和接受。对有关需鉴定问题，当事人在诉前通常自己委托专门机构进行鉴定，目的是为了将来的胜诉取得和保存证据。但是在案件审理的过程中，当事人总是可以找到各种理由质疑对方的鉴定结论，且由于法官对当事人聘请的鉴定人经常持质疑态度，因此，法官就会在一方当事人的申请下，指定自己的鉴定人，做出新的鉴定结论。对此结论，法官会认为可靠性强，采信率颇高。但是一方当事人对法官指定鉴定人做出的，不利于己方的鉴定结论，通常会不满意，就会在“专家辅助人”的帮助下，^①对鉴定结论提出质疑。由于我国存在多元、多极鉴定机构和多重鉴定标准，法官对于鉴定结论所涉及专业问题不甚了解，在以事实为依据观念的引导下，可能产生更多的鉴定。^②这就必然使得涉案纠纷的解决耗时长，花费大，诉讼资源遭到极大的浪费，而矛盾可能得不到解决，甚至会被激化。对此情形，有学者将其形象地归纳为混乱的主体，不透明的程序和无奈的当事人。^③

^① 最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第61条第1款规定。

^② 重新和反复鉴定的形象在我国近年的司法实践中越来越多，甚至成为了一个“顽疾”。如1998年，司法鉴定达7次之多的黄多强诉叶正德案。案例见毕玉谦著：《民事证据法判例实务研究》，法律出版社1999年版，214页。如在卢伯成诉湖尚军故意伤害赔偿案中，围绕被害人的伤势问题，各级的鉴定部门做出了8份鉴定结论。资料来源：《司法鉴定：路在何方》，载《人民公安》，2001年第2期等等。

^③ 李玉华、杨军生著：《司法鉴定的诉讼化》，中国人民公安大学出版社2006年版。

（二）民事司法鉴定制度的强职权性特征

从上述简要描述中可以看出，民事审判方式改革前，我国的民事鉴定制度具有绝对的职权主义干涉色彩。在鉴定机构的设置上，鉴定机构具有一元化、行政化的特点；在鉴定人和法官的关系上，鉴定人具有明显的法官辅助人特质，在没有适当充分反驳理由的情况下，法官会当然相信鉴定人做出的鉴定结论；在鉴定人的选任上，法官独占委托鉴定的权力；在鉴定程序面前，当事人只有申请鉴定的权利。一旦申请获得法庭许可进入鉴定程序后，当事人对鉴定的过程及鉴定结果——包括法律结果——基本上没有任何的控制能力。

应该说，建国后的很长一段时间内，在当时经济形式、意识形态和各种国际国内因素的影响下，我们建立的民事司法鉴定制度，是主要以原苏联司法鉴定制度为母本建立起来的，其中，法官处于绝对主导地位，当事人处于消极被动的地位。其原因在于，民事司法鉴定制度作为诉讼制度的一重要组成部分，必然要受到既有诉讼制度特点的影响。在我国职权式诉讼制度的环境下，民事司法鉴定制度必然要反映出职权型鉴定制度的特征，随着时间的演进，职权型的特征也在民事司法鉴定制度的实践中沉积、固化。

在法律的基本理论认识方面，我国的法学研究，借鉴原苏联法学界的研究成果，否定了“公法”与“私法”的区别，^①进而在民事诉讼法律关系的领域，认为当事人的争议并不仅仅涉及当事人自己的利益，同时也涉及国家的利益。法院是国家的专政工具，是其权力运行的一部分，为了国家的利益，在鉴定活动中法院要具有充分的干预权力，以与其职责相适应。故此，法院作为“专政工具”必然要求广泛的干预权力，这种理论认识，在我国理论界和实务界逐渐占据了统治地位。

从更深层次的理论来讲，当时，由于国家利益或说是社会利益已经完全取代了个人利益，使得个人利益和自由在社会化的过程中被虚化甚或消解殆尽，进而造成了公权力的一枝独秀。且在人们的主观认识中，由于社会主导理论中的“利

^① [苏]阿·克列曼著：《苏维埃民事诉讼》，刘家辉译，法律出版社1957年版，第77页。

益社会化”的意识观念引导，“在所谓革命的年代，所有的拯救都期待着经济关系的革命化。通过采用公有财产和公有制经济，社会共同体应该以如下方式组织起来：不仅将克服社会分裂为阶级和个人，而且个人彼此的直接关系也将为普遍的公共生活所代替。这样一来，作为自由的载体——一个人的解放也就成了意见组织事务，所追问得知是如何在技术上安排一切，而不是什么在人性上应该得到尊重。在理论上说一切为了人，实践上没有任何东西基于人。所以在组织自由的过程中，个人只不过是这样一种关怀的对象：‘对公共利益’纯粹超个人的，从而完全非个体性的实质性关怀”。^①加之在传统中我们对个人在社会关系中从属性的意识自觉，人们对此时运行的职权性司法鉴定制度就具有了普遍的认同感。

这种制度的突出特点是强烈的职权干预色彩，表现为为了查清案件事实，法官可以不受当事人主张的限制提出鉴定事项，并可以指派鉴定人进行鉴定。有关部门在人民法院的通知下，有义务保质保量地完成鉴定工作。人们对这一制度的普遍认同感使得职权型民事司法鉴定制度在当时的语境中获得了强烈的正当性。在相当长的时间里，它能够正常且有效的运行。^②

（三）变革中的民事司法鉴定

随着时变景迁，在民事司法实践中，职权主义的鉴定制度带来了一系列问题，包括：当事人对鉴定过程及鉴定结果缺乏必要的支配权和控制权，因而普遍对鉴定结论持怀疑态度，此时，鉴定结论及依据鉴定结论做出的裁判就难以获得当事人的认同；法官对鉴定结论科学性的轻信及鉴定结论审查机制的缺乏，难以保证鉴定结论及依据鉴定结论做出的裁判的公正性；法官和鉴定人的密切关系，又使得法官盲目的相信鉴定人的资质，使得一些素质低下的鉴定人混迹于鉴定人的队伍之中，无法确保鉴定结论的科学性和公正性。

由于上述种种问题的存在，改革开放以后，通过与普通法系先进法治国家的

^① [德]马丁(V, Martin):《马克思、韦伯、施米特论人与社会的关系》，载刘小枫选编：《施米特与政治法学》，上海三联书店2002年版，第91页。转引自张卫平著：《民事诉讼：关键词展开》，中国人民大学出版社2005年版，第45-46页。

^② 作为现状的反应，1982年《民事诉讼法（试行）》第63条规定：“人民法院需要解决专门性的问题时，有关部门有义务按照人民法院的通知，指派有专业知识的人进行鉴定。”

交流,我国学界和司法实务界对职权主义的鉴定制度产生了深深的怀疑。在探讨如何改革和完善我国司法鉴定制度的过程中,学者将矛头直指职权主义的鉴定制度。摒弃职权主义的鉴定制度,在我国的鉴定制度中引入对抗因素的呼声很高。具体观点包括:主张鉴定机构和公、检、法系统脱钩,鉴定机构朝社会化和多元化的方向发展;^①主张废除法官委托鉴定制度,当事人有权执行委托鉴定,并在诉讼中形成以鉴定对抗鉴定,以鉴定人对抗鉴定人的格局;^②更有人主张应以英美法系的专家证人制度来改造我国的鉴定制度。^③2002年4月1日开始实施的《关于民事诉讼证据的若干规定》,也在其第六十一条首次规定了“专家辅助人”制度,在传统上处于中立地位的鉴定人之外,将具有鲜明对抗制度特色的专家辅助人引入到我国的民事司法鉴定制度中。

上述学界的观点和近期的立法动态,给了我们一个这样的印象:我国民事鉴定制度的改革方案应是以对抗制鉴定制度取代职权主义的鉴定制度,以英美法系的专家证人制度改造我国的鉴定制度。

让我们总结一下。具有鲜明对抗性的专家证人制度,它具有的一些特征正好可以缓解我国鉴定制度之中的一些顽疾:专家证人制度以当事人主义诉讼模式为背景,强调当事人在诉讼中的作用及对程序的参与性。当事人可以自行聘请理想的专家证人,可以通过律师的帮助对专家证人展开询问,法庭对专家证言的采信是当事人诉讼行为的结果,无论该结果是否对当事人有利,因为当事人已经获得了充分的诉讼参与机会,裁判的结果易为当事人和社会认同。由于法官首先对专家证言持怀疑态度,当事人、律师、专家证人在诉讼中的对抗可以使法官有充分的机会考察专家证言,保证了采信的专家证言具备较多的合理性和客观性。因此,我国学界和实务届对专家证人制度的向往是可以理解的。事实上,许多民法法系国家近年来也十分重视对英美法系专家证人制度优点的借鉴,纷纷在职权主义

^① 叶峰、叶自强:《反复鉴定问题研究》,载《证据学论坛》(第一卷),中国检察出版社1998年版;徐景和:《我国司法鉴定模式选择研究》, <http://www.sjfd.gov.cn/newsview.asp>, 等等。

^② 姚峰:《现行司法鉴定制度之弊端与完善》,载《政法论丛》2001年第5期;徐景波:《当前司法鉴定改革若干问题研究》,载《中国司法鉴定》2003年第2期等。

^③ 王刚:《浅谈“专家辅助人”及其法律地位》,载《中国司法鉴定》2003年第1期。

的鉴定制度中增加了对抗的因素。如：德国允许被告人在不妨碍官方鉴定人工作的情况下，聘请自己的鉴定人参与官方的鉴定活动。在民法法系国家，尽管当事人还不能直接决定实施鉴定，但他们对鉴定程序的启动却能施加越来越大的影响。在法庭庭审过程中，当事人双方还可以平等的传唤鉴定人出庭作证，以得出有利于己方的证明。

因此笔者不反对司法鉴定制度中的“鉴定人主义”，也不否认在程序中引入适当的对抗因素以提高程序的公正和效益。但是笔者不能不对我国当前民事司法鉴定制度的实际运行状况表示深深的忧虑。其实，在上文对两大法系民事司法鉴定制度的比较分析中，结论就很明确，在鉴定人和专家证人间有一道鸿沟间隔，贸然向着普通法系的司法鉴定制度前进，引入与我们整体司法鉴定制度中浓郁的职权主义氛围异质的对抗性规范，效果到底会如何呢？^①

作者肯定专家证人制度的优点，但并不认为我们应该全盘否定我国民事司法鉴定制度当中的职权主义做法。因为，我们也应该看到，近年来，英美法系国家的专家证人制度在运行中发生了种种问题。如过度对抗所产生的诉讼迟延，专家证人的中立性立场丧失等问题。其专家证人制度中也在增加职权主义的因素，导致象单一联合专家证人和专家陪审员等现象的出现。因此我们没有理由，在不对借鉴对象加以详细甄别，没有对自己原有制度的精华加以仔细考虑的情况下，就冲动的采取行动。

达马什卡教授在《司法和国家权力的多种面孔》一书中的告诫犹在耳边：在司法改革的年代，“如果激发国内改革的源泉是一种外来的理念，而且这种理念所来自的国家具有一套不同的程序制度，这种程序制度根植于人们对待国家权力结构的不同态度以及不同的政府职能观念，那么，改革者必须对此保持高度的谨慎。在考虑移植的时候，当务之急是首先仔细考察本国的制度背景中是否存在使此项外国规则有可能发挥实际作用的先决条件。本国制度能否接纳拟议中的创新？或

^① 其实，在学界盛行当事人主义诉讼模式之风时，我国学界的一些有识之士对此就表现出了自己的担忧。如梁治平先生就明确指出：“对抗制需建立在某种文化的共识之上，而维持整个社会和谐，构成了中国古代法的出发点。”中国社会具备与对抗制诉讼模式相对应的文化氛围吗？

者，本国制度在经过适当调整后能否接纳拟议中的创新？”^①

四、鉴定人性质和定位

当事人主义还是职权主义？对抗制还是审问制？这些问题会伴随我国司法改革的全过程。因此鉴定人或是专家证人性质定位的抉择，当然也会伴随我国民事司法鉴定制度改革的全过程。诚如邓正来所言：“我认为，不知道目的地，选择走那条道路或确定如何走某条路都是无甚意义的；然而，不知道目的地的性质，无论选择走那条路还是确定如何走某条路，却都有可能把我们引向深渊。”。

（一） 鉴定人或专家证人：不同纬度的比较分析

诉讼中，反映专家技术人员不同性质定位上的，两大法系先进法治国家民事司法鉴定制度，作为人类司法文明的一部分，在建构具有中国特色的社会主义先进民事司法鉴定制度过程中，毫无疑问我们要加以借鉴和吸收。

可以说，所有的司法制度都追求正义的实现，但不同的制度以不同的方式实现这一目标。无论制度间的差异是巨大还是微小，比较都是必需的。观察别人是为了评价自己，改进自己。当然这些比较需要一些参数。因此我采取：把专家技术人员定位为“鉴定人”或是“专家证人”的不同民事司法鉴定制度的比较分析——从一、真实纬度：为帮助法庭发现真实，公正裁判服务；二、时间纬度；三、成本纬度；四、当事人程序控制纬度四个参数，^②在追求司法正义实现过程的比较分析——作为行动的开端。

可以说，民事诉讼中，不同专家技术人员性质定位的选择也都是为了司法正义的实现。在这样的一四维比较框架下，对于不同专家性质定位的司法鉴定制度，比较分析不是对之进行优劣的排序，而是为了解不同的制度，是如何追求司法正

^① [美]达玛什卡著：《司法和国家权力的多种面孔》，郑戈译，中国政法大学出版社2004年版，第1-2页。

^② 这样一个比较的概念框架也许是不全面的，但是我们将看到，这四个纬度在四个不同的方向拉动，共同作用于司法正义的实现。当然，他们必然要求妥协，因此可以说，妥协才是任何司法制度不可或缺的参数。这一模式的设立，参考了阿德里安 A·S·朱克曼先生的观点。见阿德里安著：《危机中的民事司法》，傅郁林等译，中国政法大学出版社2005年版，第4-7页。

义目标的实现，以及进行这种努力时做出的妥协。对此比较的关注，就让我们把目光放在了，反映实现司法正义的不同程序制度特征背后的专家技术人员的性质定位上，正是这些定位，反映了位于终端的那些程序的运行特点。

1、真实纬度：为帮助法庭发现真实，公正裁判服务

毫无疑问，在两大法系的民事司法实践中，司法鉴定程序以获得对特定待证案件事实的正确认识为要务。因为现代司法程序以获得真实的目标为基础，这一要求存在于整个程序的建构之中。对专家技术人员性质定位的选择，反映出了不同制度设计对追求真实方法的独特思考。

首先来考虑当事人或当事人代理律师控制下的普通法系专家证人，在特定待证事实的认识过程中所表现出来的独特被动性。专家证人虽然负责做出最后的专家证言，但其却依赖于当事人选择提供的证据和证人。当事人决定什么事实有待证明，专家证人必须紧跟一方当事人的指挥棒运转。这种被动性是专家证人最为显著的特征，因此专家证人进入法庭时，身上就打着一方当事人的标记。不难看出，专家证人的被动性和对抗制密切相关。

有人常常这样认为，一旦正确的认定结论非常重要时，专家证人对当事人提供之信息的依赖程度就会随着鉴定程序的展开而降低。这样的观点是值得怀疑的，传统和我们的经验告诉，专家证人是“萨克斯风”，律师演奏主旋律，指挥着专家证人这种乐器演奏出令律师备感和谐的曲调。^①

这种被动性也与常人在日常生活中进行事实调查活动的认知态度形成了鲜明的对比。^②在个人及其公共事务中，人们习惯于先积极、全面的获得与事务有关的知识后做出决定。民法法系的鉴定人必须积极投身于这种调查证明活动中，他们这样的行为被给予了高度的评价，因为这种积极性被认为是源于鉴定人做出正确的鉴定结论——探求事实真相的工作职责。

同样，向普通法系事实裁判者传达信息的方式，即将证明分为两套证据“主

^① See: J. Langbein, *The German Advantage in Civil Procedure*, *University of Chicago Law Review* 1985, 52(4), 835. 当然对此观点，有不同的意见表示。但是毫无疑问，在专家证人的职业伦理和赢利性的生存需要间有着极大的冲突。

^② [美]达玛什卡著：《漂移的证据法》，李学军等译，中国政法大学出版社2003年版，第126页。

张”的做法，使得在法庭外，普通人眼里构成有机统一体的事件被人为的割裂开来。专家证人由对立的当事人传唤，证据以杂乱无章的人为顺序提交。在交叉询问中，疑问被局限在有限的地方，问及的事项限定于主询问的范围内。律师们嗜好提出连珠炮似的策略性异议，致使整个证明活动处于一种与众不同的零散的、断续不定状态中。而且，并非所有最终诉至法院的事项都可以简化为两个对立的事实假设。而根据民法法系的传统，将证明活动分为两个证据主张是陌生的：大陆法系的证明活动始终是一个由法官主持的、单一完整的调查过程。^①

进一步讲，在据有片面立场的律师们控制下，专家证人制度事实认定模式的主要特征与得到广泛认可的，旨在追求确切知识信息的理性调查观相比较。^②可以说在庭审的交叉询问中，律师们暗含着支持其委托人诉因答案的提问，对专家证人的记忆力有着严重的歪曲作用，对专家证人的法庭回答有着选择方向上的诱导性，更为致命的是，对当事人花钱聘请的专家证人，纯理性的调查方式将要求消减当事人对其的控制。同时，理性的调查观也不喜欢有偏见的调查者提供的信息。

但是信息的完整性难道不是对抗制的专家证人事实认定模式优于大陆法系职权制鉴定人事实认定模式的一个特点吗？人们通常宣称：受自身利益驱动的调查，能够揭露出更多的信息。尽管此说法似乎不无道理，但是对抗制在此方面的优势尚不明显。在力量强大但单边性的当事人那里，此观点尤其值得怀疑。竞争性事实认定活动所要求的事实真相揭露，以双方资源的大致平等为条件。

当然在大陆法系的相应制度中，反映制度特色的鉴定人“法官助手”性质定位也不是毫无问题。如在法官主持的调查活动中，自由的鉴定人陈述（假设是有误的）完成，有瑕疵的鉴定结论已经影响到法官后，当事人才能提出异议。最紧要一点就是，由于法官和鉴定人的密切关系，将导致法官对鉴定结论的习惯性依赖和盲从。

从认识论角度，我们没有理由认定，因为与常人事实调查活动、民法法系司法鉴定制度事实认定方式及理性调查观相异，专家证人制度下的事实调查证明方

^① [美]达玛什卡著：《漂移的证据法》，李学军等译，中国政法大学出版社2003年版，第129页。

^② [美]达玛什卡著：《漂移的证据法》，李学军等译，中国政法大学出版社2003年版，第132-133页。

法就落后,但是这种背离确实存在,进而提醒人们加以思考。^①

2、时间和成本纬度

时间与鉴定结论或专家证言的准确性密切相关。在鉴定人和专家证人的活动过程中,时间的拖延可能会导致鉴定资料的灭失或篡改而促成错误。依赖于证人证言做出的专家证言或鉴定结论,允许其在采集证言之前消磨的时间越长,则证人记忆力减退的概率越高。当然仓促地做出结论也不可取。

时间也会侵蚀鉴定结论和专家证言的实际效用,如果鉴定结论或专家证言做出时所耗的时间过久,尽管应当胜诉的当事人得到了其需要的结论意见,但是,很明显立足此上的判决就会失去实用性,相应拖延也就破坏了结论或证言的实际效用。因此及时地做出鉴定结论或专家证言是一重要的分析参数。

程序追求司法正义的实现,在一定程度上还取决于我们准备向程序中投入的资源。当然,影响因素还有其他,比如鉴定人和专家证人的高尚职业操守,但在其他条件相同的情况下,我们向程序中投入的资源越多,程序的质量越高,程序追求司法正义实现的功能就越强。因此,就本节来讲,当事人所负担的诉讼成本,具体说就是鉴定费用或聘请专家证人的费用也是我们比较的一个纬度。由于普通法系典型国家,英美施行的是专家证人按小时收费制度,故这里将时间纬度和成本纬度综合起来加以比较。

近年来,在普通法系国家中,英国民事诉讼中的高成本和严重的诉讼迟延已经成为了一个关注的焦点。英国民事诉讼成本要比任何的民法法系国家高得多,其原因是多方面的。^②沃尔夫勋爵认为,导致诉讼迟延和高额费用的主要原因有两个:一是失控的证据制开示制度;另外一个原因则是对专家证人的大量使用。^③

普通法系国家民事诉讼中,证据开示制度是其一大特色。未经开示的专家证言在开庭审理时,当事人不得使用。在英国,专家证据的开示包括交换专家报告、

^① 本节的写作主要参考引用了达马什卡教授针对对抗制下事实认定问题所作的精彩比较分析。见[美]达马什卡著:《漂移的证据法》,李学军等译,中国政法大学出版社2003年版,第123-153页。

^② 具体原因的麦描述见阿德里安著:《危机中的民事司法》,傅郁林等译,中国政法大学出版社2005年版,第4-7页。

^③ Lord Woolf's Interim Report, From <http://www.Lcd.gov.uk/reportfr.htm>.

对专家证据的有关问题进行询问、召开专家证人会以及在以上程序的基础上对专家报告进行修正几个阶段。由于被开示专家报告的内容是专家证人法庭意见陈述的基础，专家证人在法庭上发表的意见不得超越专家报告的内容，当事人各方为了使己方的专家意见为人充分理解，和应对对方律师的询问，就不得不准备更为详细的专家证言，因此专家报告的内容就越来越详尽，涉及的问题越来越多，以至于专家证据开示的时间被延长了。如交换专家报告后，就需要更多的研读时间。因专家证人针对对方提问的回答，被视为专家报告的一部分，可以被对方当事人作为证据使用，专家证人就不得不花大量的时间认真回答针对专家报告的提问。因专家报告内容的繁杂，以统一观点、发现问题为目的的专家会议的时间也被延长。最后，因修改后的专家报告将作为专家意见的最终依据，专家证人在上述程序基础上还要花大量的时间，修改、完善专家报告。^①

普通法系国家的法庭调查以交叉询问的方式进行，法庭询问包括展示专家意见为目的的直接询问和以攻击专家意见为目的的交叉询问，在直接询问中，由于专家意见所涉及的专业问题往往是由彼此关联的一系列问题组成，因此专家证人在回答直接询问时首先需要对专家意见内容作一整体性的陈述，然后在己方律师的引导下对其中的重点问题进行详细解释。在直接询问完成后，当对方律师进行的交叉询问时，专家证人一般会花费与直接询问同样的时间，或更多的时间将问题加以解说。这样专门为询问专家证人进行的庭审就要花费 1 至 2 天。^②由于专家证人的按时收费制度，工作时间越长费用越高，当事人的诉讼成本就这样不断地加大了。

在英国和美国，自专家证人进入民事诉讼程序后，因使用专家证人而产生的费用就不断上涨，近年情况越演越烈，主要原因是专家证人的收费持续上涨，2001 年，在英国专家证人准备专家报告的平均收费标准是每小时 119 英镑，2003 是每

^① See Frank C.Jones and Chilton Davis Varner, *Direction Examination: Making the Facts Understandable*, From <http://www.kslaw.com/library/pdf/makingthefactunderstandable.pdf>.

^② See Maria Vouraa, *Examination of Expert Witness*. George Mason American Inn of Court. February 23, 2000. 这里是对英国情况的描述。事实上，在美国和澳大利亚，诉讼中因使用专家证人造成的诉讼迟延也相当严重。徐继军著：《专家证人研究》，中国人民大学出版社 2004 年版，第 179 页。

小时 123 英镑，2001 年出庭一天的收费标准是 79 英镑，2003 年是 893 英镑。^①当然美国也存在着类似的情况。

事实上，使用专家证人而导致的诉讼迟延反过来又进一步增加了当事人的诉讼费用，当事人负担的诉讼成本更高昂。比较民法法系的相应制度，我们就会发现，那里只有中立的鉴定人，当事人不用各自聘请自己的专家技术人员，法庭会在当事人预交的款项中裁定各方应分担的鉴定费用。那里没有证据开示制度，没有交叉询问的庭审方式。^②特别是没有按时收费鉴定人。即使考虑到常见的上诉制度，由于鉴定结论的固定化，即记入案卷中，鉴定人也很少再次出庭。即使出现重新鉴定问题，如上所述，在实践中，这一现象也少见。^{③④}

3、当事人程序控制纬度

如果司法鉴定程序的实施结果为认定事实准确，且耗时少，成本低，但当事人对其实施过程的参与机会得不到保障，当事人都会对结果心悦诚服地接受吗？都会认为鉴定程序实现了司法正义吗？

毫无疑问，人们对程序的控制权越大，人们对这一程序所引导出的结果，接受的程度就越高。在比较分析的最后一个纬度，我将分析当事人对鉴定程序的控制感，对两大法系司法鉴定制度追求司法公正的影响。

在普通法系国家，专家证人明显是当事人的证人，是随着“金主”指挥跳动的音符。可以考虑一下当专家意见将成未成时，己方当事人和对方就未明了的事实签订合同的情况。即使后来专家证人的专家报告表明，当事人的合约导致了事实情况的错误认定，但是当事人就该事件所作的与其利益相左的约定仍然是结论性的。

^① 见英国《你的证人》杂志 2003 年发布的专家证人问卷情况调查报告。资料来源 <http://www.jspubs.com/experts/fs/39.pdf>。

^② 一个特例，在日本由于二战后美国的影响，在庭审中引入了交叉询问制度，鉴定人不仅提出鉴定意见书，而且出庭接受当事人的交叉询问。但鉴定人必须由法院指定，和回避制度的存在。诉讼中，一般只存在中立的鉴定人。鉴定人的中立性确是立法的前提。

^③ 参见第二部分对德国民事司法鉴定制度实践情况的描述。就本节的写作资料

^④ 本节的写作，外文资料的来源主要得益于徐继军著《专家证人研究》一书，特此说明。徐继军著：《专家证人研究》，中国人民大学出版社 2004 年版。

回忆一下前面对普通法系司法鉴定实践的描述。在专家证人的选任上，当事人选择自己的专家证人，不需要别人的指手画脚。在准备专家报告时，当事人监控着专家证人的活动。在证据开示过程中，专家证人要仔细的回答对方当事人（当事人、律师和专家证人组成的工作组）的各种询问。法庭调查时，打印着当事人伙伴“标识”的律师对专家证人进行的询问。可以说在对抗制的诉讼环境中，当事人的程序控制感得到了极大的满足。

在民法法系的制度环境下，鉴定人是法官的“助手”。当事人提出鉴定申请后，鉴定人的选定由法官在鉴定人名册中任命。鉴定事项由当事人决定，但是法官可以考虑是否对其实施鉴定，或是否可以以其他方式代替鉴定。鉴定人在法官的监控下，按时保质地完成鉴定任务，并有义务将鉴定结论向各方当事人及其律师通报。在鉴定结论的质证过程中，法庭调查时，为充分发挥鉴定人法官助手的功能，对鉴定人的询问主要由法官进行，在询问顺序上一般由法官首先进行，当事人的询问只起补充或辅助作用。虽然德国在立法上允许当事人及其律师对鉴定人像证人那样进行询问，但法官在必要时可以依职权随时阻止、限制和制止。在对鉴定结论的采信中，当事人也不象普通法系国家的当事人那样，易于通过对鉴定人的质疑来影响法官的判断。

我们知道，不同地域的当事人程序控制的满足感是一个相对的概念，不同地域的当事人程序控制的满足感是不同的。例如美国人和日本人之间就有着较大的程度差异。^①但是就整体的印象而言，对抗制下的专家证人体现了更高的当事人控制感。

（二）我国鉴定人性质定位的思考

鉴定人性质是我国未来司法鉴定改革中，必须解决的方向性、基础性问题，它直接决定和影响其他制度的设立和内容。

对鉴定人的性质定位，我国学界有着不同的观点：第一，鉴定人是“诉讼参

^① 宋冰编：《程序、正义与现代化：外国法学家在华演讲录》，中国政法大学出版社1998年版，第17页。

与人”；^①第二，鉴定人应是证人，鉴定结论应是证据；^②第三，鉴定人是法官的“助手”，是法院的辅助机关；第四，证据方法说。第五，法院的辅助机关和证据方法的折衷说。^③由于学者的关注点不同，各种观点是从不同的层次和方面对鉴定人的性质做出解释，当然就会各有利弊得失。那么哪一个“称谓”是最为恰当的定性呢？

鉴定人应是证人。在我国，由于鉴定结论在立法上被规定于诉讼法证据一节中，法院又得以自由心证加以判断，故鉴定应是证据调查方法，鉴定人是证人。同时，自改革开放始，为了解决我国司法鉴定制度中，强职权主义特质所造成的问题，在学界和实务界的共同努力下，在司法鉴定制度改革中强化诉讼对抗，强调鉴定结论的证据属性。鉴定人应是证人可以说反映了这一发展趋势。

但鉴定人就是证人吗？很明显，我国对证人并不做广义上的理解，认为证人和鉴定人之间存在着明显的区别，主要表现在：第一，在是否具备专业的知识和技能上加以区别。第二，就可替换性的而言，证人不具有可替换性，而鉴定人则可。第三，从可否回避的相关规定上考虑，鉴定人如果符合法定的回避条件，鉴定人就应该主动申请回避。同时，当事人或当事人的诉讼代理人也有权要求其回避。证人则没有理由要去回避。第四，因我国没有“鉴定证人”的相关规定，在鉴定人事前了解了案件的有关情况，就应当坚持证人优先，而不能在本案中担任鉴定人。相反，证人正是由于事前了解相关案情而作证。第五，鉴定人和证人在是否可以查阅有关涉案资料上，有所区别。鉴定人可，则证人不行。同时在复数鉴定人时，为了高质量的完成鉴定结论，他们可以讨论。证人之间不应交流，以保证证言的真实、可靠性。第七，证人在出庭陈述时，只能就其所知的事实作证，不得对案件事实做出推论和发表意见。反而，鉴定人必须就有关鉴定事项发表自己的意见。^④

鉴定人是诉讼参与人，是按照民事诉讼法的规定参加诉讼，并享有诉讼权利

^① 孙业群著：《司法鉴定制度改革研究》，法律出版社2002年版，第74页。

^② 徐继军著：《专家证人研究》，中国人民大学出版社2004年版，第223页。

^③ 刘善春，毕玉谦等著：《诉讼证据规则研究》，中国法制出版社2000年版，第554-555页。

^④ 刘善春，毕玉谦等著：《诉讼证据规则研究》，中国法制出版社2000年版，第556-557页。

和承担诉讼义务的人。这种说法较为空泛，没有突出鉴定人的性质特征。如鉴定人和证人都是诉讼参与人，它们之间就有极大的区别。

鉴定人是法官的“助手”，是法院的辅助机关说，揭示了我国民事鉴定制度中鉴定人和法官的密切关系，当事人在鉴定人的选任上，在鉴定程序的控制上，在鉴定结论的质证和认证过程的尴尬地位。然而，《关于民事诉讼证据的若干规定》第 61 条规定：“当事人可以向法院申请由一至二名具有专门知识的人员出庭就案件的专门性问题进行说明。人民法院准许其申请的，有关费用由提出申请的当事人负担。”该条为我国规定了一种新型的诉讼参加人——专家辅助人。^①使得现阶段，在民事鉴定程序中确实存在着两种不同的主体，鉴定人和专家辅助人。前者的性质更倾向于法官的辅助人，后者的性质倾向于证人。两种迥异的主体存在于同一制度中，如何协调好二者的关系？发展趋势如何，是二者共存还是一方取代另一方？如二者共存，两者的法律地位和作用如何协调？如以专家辅助人取代鉴定人，完全以普通法系的专家证人制度对我国的民事鉴定制度加以改造，那么如何应对专家证人制度中存在的问题？在没有完成必要的理论和制度准备前，引入专家辅助人制度，实际上引起了学界和实务界理念上的混乱，在实践中造成了更多问题的出现？^②

鉴定人是证据方法吗？如果是证据方法，民事诉讼中就要强调其对私权利的归属性。最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第 26 条规定：当事人申请鉴定经人民法院同意后，由双方当事人协商确定由鉴定资格的鉴定机构、鉴定人员，协商不成的，由人民法院指定。”第 27 条规定：“当事人对人民法院委托的鉴定部门做出的鉴定结论有异议申请重新鉴定，提出证据证明存在下列情形之一的，人民法院应予准许。”第 28 条规定：“一方当事人自行委托有关部门做出的鉴定结论，另一方当事人有证据足以反驳应申请重新鉴定的，人民法院应予准许。”该条实际允许了当事人自行委托鉴定。第 47 条规定了鉴定人应出庭接受当事人的质证。

^① 见王刚：《浅谈“专家辅助人”及其法律地位》，载《中国司法鉴定》，2003 年第 1 期。

^② 徐继军著：《专家证人研究》，中国人民大学出版社 2004 年版，第 223 页。

2002年2月,最高人民法院《关于人民法院对外委托司法鉴定管理规定》第10条对当事人的司法鉴定人选择权做出了规定。《民事诉讼法》第46条后,2001年8月司法部出台的《司法鉴定程序通则(试行)》第12条对鉴定人的回避条件做出了明确规定。第16、17条对司法鉴定的受理做出了规定。第20-30条对鉴定程序地进行做出了规定。

近年来出台的相应行政法规和司法解释,行政法,明确了当事人申请鉴定的期限,鉴定人的当事人协商确定权,当事人自行委托鉴定权和对当事人自行委托鉴定的重新鉴定权,当事人聘请专家辅助人的权利,明确了鉴定人出庭接受质询的义务,鉴定人回避的情形,当事人对法院委托的鉴定部门做出的鉴定结论申请重新鉴定的权利。

从上可知,在我国当前的非当事人主义民事诉结构下,鉴定人出庭接受质证的规定从无到有,鉴定人回避条件的规定从不清到较清晰。鉴定人的选任,鉴定程序的启动,鉴定的实施程序,鉴定结论的质证等方面,当事人从完全消极被动的主体,到一有限制的较积极性主体的转变,体现了时代观念的转换,反映了对民事诉讼中,当事人程序主体地位和诉讼权利的尊重。

然而在这些规定存在的同时,相应的规定中仍保存了众多体现法院职权干预的制度性规定,使得改革的进行中又遍布着不协调的“声音”。民事诉讼法将《中华人民共和国民事诉讼法(试行)》56条第2款的规定改为第64条第3款“人民法院应当按照法定程序,全面地、客观地审查核实证据”,但其后却又规定“人民法院认为审理案件需要的证据,人民法院应当调查收集”。在管辖制度,当事人制度,和自认制度,再审制度等方面,当事人的处分权在民事诉讼的实务运作中也受到限制。^①《民事诉讼法》第72条规定,法官具有选择鉴定人的决定权,鉴定程序的启动权。《关于民事诉讼证据的若干规定》第26条规定了法官对鉴定人的指定权。当事人在鉴定程序中的约束性辩论权和处分权都受到了实质性的限制,法官作为司法裁判者在鉴定程序中,仍具有主导型的作用。鉴定人实际上充当着法官

^① 具体分析可参见张卫平著:《民事诉讼:关键词展开》,中国人民大学出版社2005年版,第1—64页。

助手的角色。

可以看出，在我国现阶段的立法上，对鉴定人的性质定位表现出了浓厚的官方色彩，同时鉴定人还兼具证据方法的属性。

综上所述，对我国鉴定人的性质定位可以有法官辅助机关，证据方法，和折衷说三种选择。那么，鉴定人的性质定位到底如何才能恰当，是证据方法还是法院的辅助机关呢，抑或折衷说呢？

其实，这是一个与具体的诉讼审判结构和鉴定法律关系密切相关的问题。具体而言，只有在鉴定人参与到特定的诉讼环境之中才有意义。表现为鉴定人作为当事人对抗的武器和作为发现事实的工具这两种价值或理念之间的位置和张力。在诉讼实践中，通常通过承认当事人或法院对鉴定人的控制，而在某种程度上容忍鉴定人作为当事人之间对抗的武器，或是法院用于发现真实的手段，在这两种理念间求得平衡，只是不同的诉讼制度往往显示出向一定理念倾斜的特征。具体到鉴定人而言，这种倾斜的程度可以表现为：鉴定人的人选是由法院或由当事人提出，由谁加以决定；鉴定人的是否中立于当事人；鉴定人是否必须出庭接受质询等等。当特定制度向某一理念的倾斜达到一定的程度，我们就可以把鉴定人在该制度中的性质描述为“法院的辅助机关”或“证据方法”了。

因此，从以上的评述来讲，作者同意辅助机关说，并且对将鉴定人的性质定位为证据方法表示极大的忧虑。因为将鉴定人定位为证据方法，在诉讼中，就会使得当事人必然强调鉴定人对其私权的从属性，强调诉讼中的对抗。在现有条件下，会导致更多问题的产生。

首先，我国欠缺为此所必需支付的诉讼资源。由于制度环境不匹配，将鉴定人定位为证据方法，必将产生一系列的制度运行脱节，对抗制无法发挥其应有的效应。在现有法律规定下，当事人无法有效的选定鉴定人；除特殊情况，无权直接启动鉴定程序。无法有效地参与鉴定结论的质证和采信。如进行全方位的改革，巨大的司法资源投入使人望而生畏，就会使本就有限的资源状况雪上加霜。使国家和社会背负极大的负担。

正如许多学者指出的那样，对抗制的成本较职权调查的大。双方当事人都要聘请鉴定人，与法院单方选任鉴定人就可以达到鉴定事项的认定相比，其费用要放大一倍。其实，这种算法在中国的司法运作中还算保守。当事人双方的鉴定人由于不再具备官方色彩，就会不便取得许多行业保存的鉴定资料，^④就还需要劳动法官的大驾。因此当事人在支付了鉴定费用后，将面临着更大的开支。这就与普通法系国家的情况有着本质的差异。英美对抗致是法院收费少，法官把鉴定工作都交给了当事人的专家证人，专家费用很高，而我国的法院案件受理费太高，鉴定人的收费也有上涨的趋势，因此将鉴定人定位为证据方法，意味着当事人的诉讼开支将进一步增加。

其次，中国文化传统的非对抗式倾向与对抗制诉讼必需的文化氛围相悖。确实，在国人的思维深处，“无讼”的影响无处不在。孔子言“听讼，吾犹人也，必也使无讼乎！”此必然影响对抗式诉讼方式的引入，即使对抗制的要素通过立法成为形式上的体制性要素，也难在实际运作中得到贯彻。如我国纠纷当事者的对抗程度有限，趋向于以妥协和调解的方式处理纠纷。鉴定人不愿出庭，不愿面对面地做出对一方不利的鉴定结论。因为这似乎有悖于与人为善的观念。法庭于是不得不使用难于质证的书面结论。

再次，将鉴定人定位为证据方法不利于我国转型时期对弱势群体利益的保护，会引发更多的社会矛盾和社会问题，与建构和谐社会和公平社会的宏观政策相违背。当前社会正处于一个巨大的转型期，经济发展的不平衡导致贫富分化日益严重，从而导致了社会矛盾的复杂化，甚至某种程度的尖锐化。在这一时期，一方面处于上升阶段的强势群体越来越需要民主、法律、权利与程序保障；另一方面，处于社会底层的弱势群体，由于经济上的弱势而处于法律、权利的边缘地带。如果将鉴定人定位为证据方法，在民事诉讼中，谁主张，谁举证，弱势群体的处境就会更为不利。

因此在纠纷解决上，更多的将诉讼资源向弱势群体倾斜，尽可能地协调，避

^④ 律师取证难，在我国的司法实践中可谓人人皆知的现象。可预见，在鉴定人证人化后的相同窘境。

免不同群体的尖锐对立，则是转型期国家公共政策的重要方面。因此在 2004 年，党的十六届四中全会通过《中共中央关于坚强党的执政能力建设的决定》，首次提出建设社会主义和谐社会的概念，2006 年党的十六届六中全会上，更是论证社会和谐为社会主义的本质属性。胡锦涛总书记指出：“我们所要建设的社会主义和谐社会，应该是民主法治、公平正义、诚信友爱、充满活力、安定有序、人与自然和谐相处的社会。”因此，社会的公平正义是社会主义建设的一重要环节。

法院作为党领导的司法机关，显然应该服从于这一政治大局。故而在民事鉴定制度的运行中，必将采取更加贴近弱势群体的方式以获取民心，以维持社会的稳定。鉴定人定位为法院的辅助机关则正可以顺应时局的发展，在鉴定制度中为公权力涉入私利纠纷的解决打开一口，进而作为一种促进社会公正实现和传递主流意识形态的工具，表现出双重的政治价值。

最后，对普通法系专家证人制度中表现出的诉讼迟延，高成本和过度对抗的现象，将鉴定人性质定位为证据方法的做法，不可不引起我们的反思。

因此，在我国民事司法鉴定制度的实践中，将鉴定人定位为证据方法，可以说在我国的民事诉讼结构向当事人主义转型的背景下，适度的承认当事人拥有对鉴定人控制的权力时是很有必要的。但是，在我国历史，现实的政治、经济、社会和文化等条件下，民事诉讼结构向当事人主义的转型未必能够做到，也不宜将某种高度强调对抗性或对抗色彩过于浓厚的诉讼模式作为目标。同时，民事司法鉴定制度中，鉴定人的性质定位，还要给予法院根据申请和依据职权选任鉴定人、主导询问鉴定人留下充分的余地。因此对鉴定人性质进行定位，为法院的辅助机关就显得更为可取。

五、鉴定人的权利、义务和责任

鉴定人作为一重要的诉讼参与人，加入到民事诉讼中来的目的，就是为了以其所具有的专门知识（特别是科学的或职业的专门知识），通过鉴定行为为纠纷的

解决服务。对鉴定人在诉讼活动中行为方式的调整，各国主要采用了法律调整的方式。这一调整方式，不言而喻，主要是通过对鉴定人的行为采用规定权利、义务加以规范。因此在法律上，对鉴定人权利义务做出规则清晰、逻辑严密的界定，在理论和实践中就具有十分重要的意义。

可是遍观我国法律，对鉴定人权利义务的规定，十分稀少。对这一重要的诉讼参加人，1982年《民事诉讼法（试行）》第63条规定：“人民法院需要解决专门性问题时，有关部门有义务按照人民法院的通知，指派有专业知识的人进行鉴定。”1991年《民事诉讼法》第72条规定对需要鉴定的事项应“交由法定的鉴定部门鉴定，没有法定鉴定部门的，交由人民法院指定的鉴定部门鉴定。”较前者稍有进步，含蓄的表现了鉴定部门的权利和义务。

《民事诉讼法》第45条规定，鉴定人的回避适用法官的回避规定。第72条第2款规定“鉴定部门及其指定的鉴定人有权了解进行检定所需的案件材料，必要时可以询问当事人、证人”。《保守国家秘密法》第3条规定鉴定人有保守国家秘密的义务。最高人民法院《关于行政诉讼证据若干问题的规定》第75条规定了鉴定人因为出庭质证而支出的合理费用，有向当事人求偿的权利。

在司法实践中，鉴定人应该拥有、担负的权利义务是要远远超出这一范围的，这就导致了各部门，各地方和各鉴定机构为了对鉴定人的行为进行规范而自行加以规定，如司法部在2005年9月30日公布实施的《司法鉴定人登记管理办法》第21条规定：“司法鉴定人享有下列权利：（一）了解、查阅与鉴定事项有关的情况和资料，询问与鉴定事项有关的当事人、证人等；（二）要求鉴定委托人无偿提供鉴定所需的鉴材、样本；（三）进行鉴定所必需的检验，检查和模拟试验；（四）拒绝接受不合法、不具备鉴定条件或者超出登记的执业类别的鉴定委托；（五）拒绝解决、回答与鉴定无关的问题；（六）鉴定意见不一致时，保留不同意见；（七）接受岗前培训和继续教育；（八）获得合法报酬；（九）法律、法规规定的其他权利。”第22条规定：“司法鉴定人应当履行下列义务：（一）受所在司法鉴定机构指派按照规定的时限独立的完成鉴定工作，并出具鉴定意见；（二）对鉴定意见负

责；（三）依法回避；（四）妥善保管送鉴的鉴材、样本和资料；（五）保守在执业活动中知悉的国家秘密、商业秘密和个人隐私；（六）依法出庭作证，回答与鉴定有关的询问；（七）自觉接受司法行政机关的管理和监督、检查；（八）参加司法鉴定岗前培训和继续教育；（九）法律法规规定其他义务。”

针对法律中出现的这一缺陷，虽然地方法规和部门规章做出了补充规定，^①但效力层次较低，适用地域窄，规定不统一，且存在着规定不完善，可操作性不强的毛病。因此在司法实践中就产生了，鉴定人权利义务虚化，责任心不强，行为方式混乱的现象。

同时，鉴定人的行为方式会随着社会的发展，人们观念的改变而发生变化。鉴定人权利义务的规定，必将随着社会的发展而相应的发生改变。

考虑到民事诉讼的实践，就会发现改革开放以来，随着我国以重新配置资源和重新构建社会生活运作机制的经济和社会体制改革的发生，社会成员的价值观、行为方式，司法制度等各方面皆有显著的变化。与之对应，作为民事司法制度一环的鉴定制度也概莫能外，同样正经历一场巨大的变革。法律对鉴定人行为方式的调整——以权利义务双向规定为调整机制，在此背景下，必然体现作为民事诉讼主体的当事人的程序主体地位要求。

这就要求我们的民事立法，对鉴定人权利义务进行规范时，以鉴定人的行为方式为线索，鉴定行为的目的——解决纠纷为中心，结合我国民事司法鉴定体制的发展，以满足当事人程序主体地位的要求为理念，重新界定鉴定人的权利义务，以加强鉴定人的责任感，规范鉴定人的行为方式。

鉴定人参与到民事诉讼活动中，目的是为了解决当事人的纠纷。但是由于鉴定结论的做出，在客观上总会对当事人一方有利或不利，因此从逻辑上讲，当事人对因不利鉴定结论而导致的败诉结果之不服，是阻碍纠纷解决的逻辑起点。^②

^① 如1998年12月颁布的《黑龙江省司法鉴定管理条例》。1993年3月颁布的《重庆市司法鉴定条例》等。

^② 当然，当事人也可以因为不利的诉讼结果，以鉴定结论的真实性为由提出异议，但在此，如果鉴定过程正当性得到足够的保障，裁判者就完全有理由驳回争议，而不致产生重复鉴定的问题。毕竟诉讼关系到人的生命，身体和财产而直接左右人们的命运，因而不能被搁置起来留待将来解决，不得不在现在的时间和空间内得出结论。

当事人对鉴定结论的态度主要取决于鉴定结论的正当性。在这里鉴定结论的正当性就成为界定鉴定人权利义务的一把钥匙。

鉴定结论的正当性来自鉴定结论的科学性和鉴定过程程序正当的保障。可鉴定结论的科学性是一个专业性很强的问题，当事人作为这一领域的外行，一般无法提出有效的质疑。故而我们可以从鉴定程序方面寻求替代性方法，从鉴定结论产生的程序性方面——鉴定程序正当性上赋予当事人程序保障权加以争议，鉴定程序正当与否就成为当事人表达意见，妥善解决纠纷的主要渠道。

正当程序是一个外来的概念，自季卫东先生于1993年1月发表《法律程序的意义——对中国法制建设的另一种思考》一文后，^①程序的重要意义在我国学界得到了普遍重视，程序正义也成为一个不容忽视的强势话语。在理论界的影响和推动下，当事人在诉讼程序中获得实质性程序参与机会的要求，在立法中逐步得到了体现。进而，制度性的存在又在无时无刻地，对社会大众的观念意识施加着影响。虽然“重实体，轻程序”的观念在老百姓中仍占主流地位。但不可否认程序、正当程序的意识在当事人的诉讼观念中逐步得到加强。

按照谷口安平教授的归纳，程序正义在诉讼制度上的表现为：确保利害关系者参加；参加“场所”的程序保障；程序结果的展示。合乎程序正义的程序即程序正当。^②就此而言，鉴定程序的正当包括：鉴定过程中确保利害关系者参加，鉴定人的中立，鉴定结果的公开。只有具备了这三个特征，鉴定程序才可以说是正当的，才有利于当事人对鉴定结论的接受，有利于纠纷的解决。

鉴定程序中利害关系者的参与在此是指，那些利益或权利可能受到鉴定结论直接影响的人，应当有充分的机会，富有意义的参与鉴定结论的形成过程，并对鉴定结论的形成发挥其有效的影响和作用。具体地说来就是在鉴定结论形成的过程中，应实质性的保障当事人有机会及时地提出鉴定资料，陈述意见，并进行争议。鉴定人应对当事人的意见适时进行回应，否则鉴定结论的正当性就应受到质

^① 季卫东：《法律程序的意义——对中国法制建设的另一种思考》，载《中国社会科学》，1993年第1期。

^② [日]谷口安平著：《程序的正义与诉讼》，王亚新，刘荣军译，中国政法大学出版社1996年版，第4-17页。

疑。

鉴定人的中立，表现在对利益对立的当事人双方，鉴定人处于一种超然的，不偏不倚的地位和态度。鉴定结论，不应由与案件或案件当事人有利害关系的鉴定人做出，鉴定人应严格按照鉴定程序规定进行鉴定，保证当事人的法定诉讼权利得到平等和充分的行使。

程序结果公开的标准要求鉴定人应及时地向诉讼各方当事人通报鉴定结论。同时鉴定结论的公开也要面向社会，使社会大众有机会了解鉴定结论，评估鉴定结论的质量。社会舆论的监督可对鉴定人及当事人施加影响，从而有利于加强鉴定人的责任感和促进纠纷的解决。

程序正当的三条标准，尊重了当事人在民事诉讼中的主体地位，赋予其充分的机会，富有意义的参与到鉴定结论的形成过程中，有利于保证鉴定结论的正确，提高当事人对鉴定结论的认同和接受感，便于树立司法公正的形象和案件判决的权威。

我们讲司法鉴定人的权利、义务是一个规则清晰，逻辑严密的整体，就如民法中对合同义务，分别规定为先合同，合同，和后合同义务一样，民事诉讼中，可以把鉴定人的活动时期分为鉴定程序前，鉴定程序中和程序后三个阶段。围绕着鉴定人的中心工作——鉴定结论的做出，在不同的阶段对鉴定人的行为方式，应有不同的要求，自然法律上对鉴定人的权利义务就要有不同的规定，鉴定人的权利义务就应是一个包含着鉴定前，鉴定中，鉴定后权利义务的完善规定整体。从这一体系性视角，立足于鉴定结论正当性的要求，我们就会发现，我国的法律法规中，对鉴定人权利义务的规定实是有着重大的欠缺——鉴定程序中，鉴定人相对正当程序要求所应具备的权利、义务缺失。如鉴定人对妨碍鉴定工作之行为提出控告的权利；邀请当事人参加鉴定活动的权利；回应当事人异议的义务等。其实，这也就是我国民事司法鉴定中，在鉴定结论正当性要求——正当程序保障方面，由于对鉴定人权利义务规定的缺失，导致当事人在鉴定过程中参与感不足，因而对鉴定结论的正当性普遍持怀疑态度，重复鉴定现象日益突出的根本原因。

通过以上的研究进路,结合我国法律法规对民事司法鉴定人的权利义务的相关规定,可以对其权利义务的规定提出如下补充:在鉴定程序前,应赋予鉴定人享有司法保护的權利;在鉴定程序中,1,对妨碍鉴定人鉴定工作行为提出控告的权利;2,邀请当事人参见鉴定活动的权利;3,回应当事人、法官异议的义务;4,必要时申请鉴定活动延期的权利;鉴定后,1,知悉鉴定结论采信情况的权利;2,接受社会群众监督的义务。

“法官行使权力。权力伴生责任。在一个理性组织起来的社会中,两者之间存在一定的均衡。司法责任的问题便由于正在探讨的法官权力,而相应地或多或少变的重要起来”^①。梅里曼教授的话同样适用于民事司法鉴定程序中的鉴定人。民事诉讼中,我们强调鉴定人的权利义务,随之就要考虑鉴定人在诉讼活动中的责任问题。

我国《民事诉讼法》第102条明确规定,诉讼参与人或其他人伪造、毁灭重要证据、妨害人民法院审理案件的,人民法院可以根据情节轻重予以罚款、拘留,构成犯罪的,依法追究刑事责任。鉴定人作为诉讼参与人,如有上述情节的发生,自然负担刑事责任。

《司法鉴定人登记管理办法》第32条规定,鉴定人因故意或重大过失行为给当事人造成损失的,其所在的鉴定机构依法承担了赔偿责任后,可以向有过错行为的司法鉴定人追偿。该办法第29条规定了6种承担警告,并责令改正的情形。第30条规定了6种承担停止执业、撤销鉴定人登记的情况。这里就包含了鉴定人的民事赔偿责任和行政/纪律责任。

《民事诉讼法》第120条规定,人民法院审理民事案件,除涉及国家秘密、个人隐私或者法律另有规定的外,应当公开进行。这一公开不仅对当事人公开,还包括对社会公开。照《关于民事诉讼证据的若干规定》第47条的规定,鉴定结论作为证据之一种,应经开庭质证,才能决定鉴定结论的证明力。《司法鉴定人登记管理办法》第22条第6款规定了司法鉴定人应依法出庭作证,回答与鉴定有关

^① merryman, in Perugia Vol.(supra,n.1) at 206 转引自[意]卡佩莱蒂著:《比较法视野中的司法程序》,徐昕,王奔译,清华大学出版社2005年版,第81页。

的问题。如此旁听案件审理的社会公众就有机会对鉴定人的活动发表评论。可见鉴定人还承担有接受社会公众监督的社会责任。

从以上的介绍中可以看出,在我国,鉴定人所承担的责任,其种类包括刑事责任、民事责任、行政/纪律责任、社会责任,关于责任的规定明确存在,但为什么追究鉴定人责任的情况很少发生,原因何在?

在民事诉讼中,如鉴定人的行为符合《民事诉讼法》第102条的规定,追究刑事责任不成问题。除此情况外,考虑到鉴定人鉴定意见的主观性,对鉴定人刑事责任的追究,几乎没有效果的,他不可能因为思维活动的结果而承担刑事责任。

在实践中,如鉴定人的鉴定行为伤害了他人,可对其追究侵权责任,但如当事人因有误鉴定结论败诉,当事人就可以因鉴定人在诉讼中未尽到“合理的注意义务”,而追究鉴定人的侵权责任。但是在这里,专业问题的鸿沟又是如此难以逾越。同时,基于对生效判决既判力的考虑,避免败诉方当事人起诉干扰,保持鉴定人的“内心独立性”的考虑,使得当事人对鉴定人侵权责任的追究变得更为困难。^①

在我国,不同的鉴定人隶属于不同的部门,有不同的身份,受不同的法律法规调整,而各部门间有关鉴定的法规又不统一。因此对鉴定人相同的行为,不同部门的鉴定人所要承担的行政/纪律责任就可能不同,甚至是否要承担责任也可能不同。同时法律法规关注于对鉴定人所属部门的责任追究,而轻视对鉴定人责任的追究。这就使得鉴定人责任的承担往往转化为内部问题,常常由大化小,甚或不了了之。

如果将鉴定结论公之于众,接受社会大众的舆论评价,新闻审判的焦虑又会令人不定。加之现实中,我国法律法规对于鉴定人承担具体责任的的规定过于粗略、笼统,这就必然导致实践中对鉴定人的责任追究不利。如鉴定人违反鉴定程序鉴定,损坏鉴材,怎样承担责任呢。

^① [日]谷口安平著:《程序的正义与诉讼》,王亚新,刘荣军译,中国政法大学出版社1996年版,第316-317页。

因此,考虑到我国鉴定人皆归属于某一机构,和上文中对鉴定人性质——法院辅助机关的界定,对之责任的追究,应以行政/纪律责任追究为主,刑事、民事、社会责任的追究为辅,在此原则下,设计出规则具体明确,操作性强的鉴定人责任追究制度。

鉴定人责任的规定应与鉴定人权利、义务的规定相衔接,共同规范鉴定人的行为方式。规则明确,逻辑严密,操作性强的鉴定人权利义务和责任规定,对于规范鉴定人的行为,对于我国民事司法鉴定制度改革的顺利进行,意义重大!

六、鉴定结论的效力与自由心证^①

在我国,鉴定结论通常是指为查明有关案件事实,由有关单位委托相应的鉴定机构,指派或聘请具有专门知识的自然人,对案件中涉及的专门性问题,运用科学技术或其他专门知识所做出的判断性意见。人们通常认为,鉴定结论体现了科学在诉讼中的应用。

民事诉讼实践中,,鉴定人出不出庭没有法定的硬性要求,鉴定人出不出庭,一般由人民法院的审判庭根据案件审理的需要决定,法律仅要求鉴定结论应当庭出示。由于大多数鉴定人具有代表“公正性”的官方背景,实践中鉴定人通常不出庭,仅仅出具鉴定结论。^②同时相应制度规定中缺少对鉴定结论证明力进行检验

^① 自由心证是大陆法系特有的学术语言。自由心证并不代表武断、专断。从它的发展史来看,经历了从绝对的自由心证到一个相对的不太扩张的自由心证概念的转换,因此,自由证明被认为是只将事实认定者从有关证据价值分析的法律规则中解放出来,它不意味着司法者获得了无视关于有效推定之超法律教条的许可证。当然在自由心证中法官的内心确信这一主观因素也是确实存在的。

一般而言,对法官的自由心证的限制或制约有诉讼外的制度因素,诉讼内的结构因素,以及内在于自由心证原则中的客观性因素和上诉审的制约等几个方面。

任何诉讼模式下的自由心证,均有一定的制度性和非制度性限制。在我国的审判实务中这种限制也是客观存在的。它既来自于制度层面也来自于经验法则和逻辑法则层面。但无论这种限制的实际效果如何,从外在形式来看,它始终是法官的一个自由心证过程。

因此,本文对自由心证界定为,以证据的自由评价模式为核心,同时包括所有规制自由评价的规则和制度。需要指出的是,学界通常还在二种不同语境下使用“自由心证”一词。它既被用来指称审查运用证据的自由裁量行为,又被用来描述与证据的法定评价模式相对应的证据自由评价模式。

^② 有学者统计,鉴定人出庭率不到5%。见陈瑞华著:《刑事诉讼的前沿问题》,中国人民大学出版社2000年版,第556页。

的有效程序。^①

鉴定结论作为七种法定证据之一，由于它自身具有较高的权威性和确定性，直接影响着对案件事实的认定，往往是法官借以查明案件事实，认定案件性质的重要依据。它是鉴别其他证据是否真实、可靠的重要途径和必要手段，同时它又以其独有的、特殊的认定方式，使那些初步具有证明作用的证据资料显示其在诉讼中的证明力，作为将案件中发现的其他证据与案件有机联系起来的桥梁，对审案法官审查判断证据起到极其重要的作用。因此，在1998年最高人民法院《关于民事经济审判方式改革问题的若干规定》中，规定在对证据进行单独审查时，鉴定结论的证明力高于当事人的陈述、证人证言、视听资料的证明力。

这些情况的存在，导致民事案件审理中，法官对鉴定结论通常认定其是科学的结论，并径直加以采信。这样的做法妥当吗？

民事诉讼法规定，鉴定结论作为法定的证据形式之一，其证明力，要经当庭质证才可作为定案依据采信。鉴定结论作为一种判断性意见，在性质上是一种意见证据，是在一定的事实基础上，鉴定人运用判断力得出的结论，因此鉴定结论对待证事实所具有的证明力具有人证的本质属性。^②客观上，鉴定人虽较普通人具有专业知识上的优势，鉴定结论有较高的权威，但此点并不必然的表明，鉴定结论的证明力就高于其他的证据。作为人证，其主客观性必然要受到鉴定质材、鉴定设备、鉴定方法、人的认知能力等方方面面因素的影响，其确定性难免会有某种程度的偏差。同时鉴定结论作为专家行为形成的意见，又属于间接证据的范畴，就不免会无法关照整个案件的事实。所以鉴定结论只有和其他的证据相联系，才有可能准确地认定案件的实际情况。

通过上述的分析，我们不难发现，在目前的民事司法实践中，我国法官对鉴定结论的审查和认定，没有具体、确切的诉讼法条文可以引用。法官对案件中相关鉴定结论的取舍和证明力的确定，以及如何运用鉴定结论认定案件事实，都是

^① 如鉴定结论的审前开示程序，以使得当事人有机会避免庭审“突袭”，可以有效地对鉴定结论的证明力加以质疑。但对鉴定人的庭审询问规定，由于鉴定人的通常不出庭作证，也形同虚设。

^② 毕玉谦著：《民事证据法判例实务研究》，法律出版社1996年版，第223页。

由他秉承着良心和理性自由的判断，形成内心确信，从而对案件事实做出判定。此过程的基本规律始终是法官的自由心证，它的认定标准只能是经验和逻辑的。

让我们来看一个案例。1955年9月5日，被诊断为化脓性髓膜炎的一位3岁男孩X住进了国立的东京大学附属医院，尽管住院时X病的相当严重，但渐渐的脱离了病危状态，一天天的好转起来。9月17日下午12时30分到13时之间吃过中饭后，负责治疗X的医生A为其作了腰椎穿刺，以便取得X的脊髓液并注入了盘尼西林，在明知X具有易出血的体质且饭后应避免马上做穿刺，但医生A因急于出席医学会会议等个人的原因按住挣扎的患者强制实施了穿刺，大约15分钟之后，X突然出现了呕吐，痉挛的急性发作。东京大学附属医院诊断为脑出血引起的症状，并作了相应的治疗，但此后X发生了右半身麻痹，智能低下以及运动障碍等后遗症，在残废状态下出院。1958年8月，X的家属代理他在东京地方法院裁判所提起民事诉讼，以A医生腰椎穿刺存在过失而导致X残废为由，要求对东大附属医院负有管理责任而被作为被告的日本国政府给以损害赔偿。被告辩称，X的发作以及后遗症是化脓性髓膜炎复发所致，并非腰椎穿刺所致，而且东大附属医院方面也不存在过失。

由于此案中作为医学专家的鉴定人均不能认定X的情况与腰椎穿刺有因果关系，一审判决中尽管认定了X的残废和腰椎穿刺有关，但又以医生和医院方没有过失判定原告败诉。在原告上诉后，二审判决以X的情况与腰椎穿刺没有因果关系驳回原告的上诉。此案上告后，最高裁判所经慎重审理认定了X的后遗症与腰椎穿刺之间存在着因果关系将本案发回重审，并导致了X的胜诉。大多数学者支持这一判决的结论和论证。其理由主要是：诉讼上的证明不同与科学上的证明，这里存在法律上的价值判断，法律意义上的因果关系尽管不能背离科学上的因果关系，但二者并不一定等同；从法的价值判断这一角度看，结合案情认定二者有因果关系更加符合经验则。^①

国外已有的司法经验对我国民事诉讼中，法官对鉴定结论的采信问题具有很

^① 此案例及判例的释评详见王亚新著：《对抗和判定》，清华大学出版社2002年版，第210—212页。

好的借鉴意义。针对鉴定结论，我国法官的内心确信应如何形成？民事诉讼中，根据各国的通例，首先应当明确裁判者拥有对鉴定事实的最终定性的决定权，鉴定人只能对事实问题发表意见，而不能对法律问题表态。如在英美法系国家，禁止专家证人发表最终法律意见是各国普遍接受的理念。在大陆法系国家，鉴定人也没有这一权力。

对鉴定人来讲，鉴定结论意味着主观性和客观性的统一。它发挥着补充裁判者认识能力不足的作用，因此具有认知能力补充性的工具性价值和实现司法公正和效率的内在价值。在诉讼中，鉴定结论是鉴定人依据科学规律或原则对鉴定对象进行加工，得出的判断性意见。对此包含着主观性的意见，在法庭上理当接受双方当事人或法官的询问，这样才可以发挥民事司法鉴定保障诉讼结果合理，诉讼程序正当的作用。因此各国法律中多有鉴定人或专家出庭义务或责任的规定。

在鉴定人出庭接受询问的过程中，如上文所示，对鉴定结论，作为外行的裁判者和当事人由于信息不对称，无法对其形成有效的挑战。因此大多从鉴定人的资格、鉴定的对象、鉴定方法以及鉴定程序是否符合鉴定程序保障的要求等方面，形成一定的外在证明标准，对鉴定结论的内在合理性加以替代性检验，以保证鉴定结果的可接受性。如美国就发展了“Frye”规则和“Daubert”规则^①。在大陆法系没有发展统一，法定的鉴定证明标准。但是也如上述，当事人可对鉴定人的意见从外部因素加以争辩，法官可在鉴定人出庭时，按照法定程序对其进行询问，对鉴定结论从实体和程序两个方面加以审查，来形成心证。如果有数个鉴定结论，且鉴定意见不一致，法官必须从影响鉴定结论客观性的各个因素进行比较，尽量获得心证。当无论如何也无法获得心证的时候，应按照举证责任规则做出判定。对不采用的鉴定结论，应在判决书中说明理由。

所以说，在我国民事诉讼中，对裁判者而言，就鉴定结论，他要依自由心证决定鉴定结论的证明力，形成对鉴定人过大权力的制衡，促进鉴定人的工作责任感。既要使鉴定人发挥补充事实裁判者认知能力不足的作用，又要防止鉴定人工

^① 徐继军著：《专家证人研究》，中国人民大学出版社2004年版，第27-39页

作中的越权和错位。这样，我们首先就要明确，鉴定人对待证事实中有关法律性质的问题所做的结论不具有证明力。其次，尽量要求鉴定人出庭作证，接受当事人对鉴定结论的质证。法官要明确鉴定结论并非天然的科学结论，不必然具有高于其它证据的证明力。鉴定结论是否有证明力要经过法庭质证过程的检验，并由法官依据经验和逻辑，合情合理合法的加以考虑。总之，鉴定结论的证明力要裁判者结合当事人辩论的全部内容加以通盘考虑。

七、结 语

我国的司法鉴定历史悠久，曾发出过耀眼的光芒。想到了几千年前的《秦简·封珍式》，一股民族自豪感便油然而生。伟大的古代法医学家宋慈的《洗冤集录》，作为迄今现存的最早一部系统法医学专著，较 1602 年意大利人福莫乃·法特里的法医学专著早诞生了 355 年。辉煌的中国古代鉴定制度毫无疑问站在了人类文明的前列。

然而随着历史的演进，时变景迁。在封建专制主义的束缚下，伴随着科学技术的没落，辉煌的古代理鉴定制度逐渐成为了历史的陈迹。鸦片战争后，列强用枪炮打开了中国的大门后，西学东渐，国人变法以图存。在这块东方的大陆上，有无数仁人志士以西方法治为利器，欲使国富民强，复我先辈之荣光。然天时地利皆不利，以至梦想成空，诚可叹也！

自新中国建立以来，以苏联司法鉴定制度为母本，我国重新建立的司法鉴定制度，对新生政权的巩固和发展意义深远。然而伴随着时代的进步，社会的发展，原有的民事司法鉴定制度在新时代的今天，在民事诉讼的司法实践中，越来越表现出了其与时代特征——法治价值追求的极端不适应。放眼世界，审视自身，摆在我们面前的当务之急就是顺应依法治国的方针国策，建立体现公正与效率的现代民事司法鉴定制度。但囿于传统思维和既有制度框架的弊端，在民事司法鉴定制度改革中，人们片面地重视在制度中，引入反映当事人主义特征的对抗式因素，

以期对我国原有强职权式民事司法鉴定制度进行矫正。然而，由于相应的理论研究准备不充足，也没有提出切实可行的改革方案。民事司法鉴定制度运行中暴露出的问题依然未得到解决。人们不禁要问，构建现代民事司法鉴定制度，路在何方？

可喜的是，近年来社会各界对司法鉴定制度的关注日益加强。从立法机关到司法机关，从学界到实务界等等，加强司法鉴定管理，确保司法公正的呼声日强。从司法鉴定管理制度、机构制度、司法鉴定人制度，到司法鉴定启动制度、司法鉴定程序制度和司法鉴定质证认证制度，一系列的规范性文件相继出台。针对司法鉴定制度进行研究的文章层出不穷。借此东风，朝着既定的目标，民事司法鉴定制度在不断的改革尝试中，大步前行。

建立现代的民事司法鉴定制度，不仅是一句鼓舞人心的口号，更应是社会各界辛勤努力，脚踏实地的工作结果。在这样一个伟大的改革年代，农民贡献的是粮食，工人贡献了钢铁，学者贡献了自己的聪明才智。那么作为法学学子“什么是你的贡献？”毫无疑问，为改革进言献策是他的光荣使命。人能力有大有小，这是实然，不可能每一法学学子都能为司法改革的顺利进行提出真知灼见。但是一颗年轻而朝气蓬勃的心，它的表现是不问你的能力大小，而是看你是否有所行动，是否努力学习、努力工作，在论文写作中是否尽自己的最大努力，学好用好每一份获得的知识。我相信，从我做起，大家坚持不懈地努力，一起为民事司法鉴定制度改革的顺利进展添砖加瓦，司法公正的大门就会敞开，通向公平高效的民事司法鉴定制度之路定会不断延伸……

参考文献

一、著作类

1. 李玉华、杨军胜著《司法鉴定的诉讼化》，中国人民公安大学出版社 2006 年版。
2. 范方平主编《建构统一司法鉴定管理体制的探索与实践》，中国政法大学出版社 2005 年版。
3. 杜志淳、霍宪丹编著：《中国司法鉴定制度研究》，中国法制出版社 2002 年版。
4. 孙业群著：《司法鉴定改革研究》，法律出版社 2002 年版，第 2 页。
5. 张卫平主编：《外国民事证据制度研究》，清华大学出版社 2002 年版，第 113 页。
6. 冯象著：《政法笔记》，江苏人民出版社 2004 年版。
7. 强世功著：《法治与治理：国家转型中的法律》，中国政法大学出版社 2003 年版。
8. 徐继军著：《专家证人研究》，中国人民大学出版社 2004 年版。
9. [日]谷口安平著：《程序的正义与诉讼》，王亚新、刘荣军译，中国政法大学出版社 2002 年版。
10. [美]米尔伊安·R·达玛什卡著：《司法和国家权力的多重面孔》，郑戈译，中国政法大学出版社 2004 年版。
11. 张卫平、陈刚著：《法国民事诉讼法导论》，中国政法大学出版社 1998 年版。
12. [英]Jolowicz 著：《民事诉讼法》，吴泽勇译，未版稿。
13. 宋冰编：《程序、正义与现代化——外国法学家在华演讲录》，中国政法大学出版社 1998 年版。
14. 田平安著：《民事诉讼证据初论》，中国检察出版社 2002 年版。
15. [法]让·文森、塞尔日·金沙尔著：《法国民事诉讼法要义》，罗结珍译，中国政法大学出版社 2001 年版。
16. 万俊人著：《思想前沿与文化后方》，东方出版社 2002 年版。
17. 金光正著：《司法鉴定学》，中国政法大学出版社 1991 年版。
18. 邹明理著：《司法鉴定概论》，成都科技大学出版社 1998 年版。
19. 黄松有著《中国现代民事审判权论——为民服务型民事审判权的构筑与实现》，法

律出版社 2003 年版。

20. 毕玉谦著：《民事证据法判例实务研究》，法律出版社 1999 年版。
21. [苏]阿·克列曼著：《苏维埃民事诉讼》，刘家辉译，法律出版社 1957 年版。
22. 张卫平著：《民事诉讼：关键词展开》，中国人民大学出版社 2005 年版。
23. [美]达玛什卡著：《司法和国家权力的多种面孔》，郑戈译，中国政法大学出版社 2004 年版。
24. [德]阿德里安著《危机中的民事司法》，傅郁林等译，中国政法大学出版社 2005 年版。
25. [美]达玛什卡著《漂移的证据法》，李学军等译，中国政法大学出版社 2003 年版。
26. 刘善春，毕玉谦等著：《诉讼证据规则研究》，中国法制出版社 2000 年版。
27. merryman, in Perugia Vol.(supra,n.1) at 206 转引自[意]卡佩莱蒂著：《比较法视野中的司法程序》，徐昕，王弈译，清华大学出版社 2005 年版。
28. 陈瑞华著：《刑事诉讼的前沿问题》，中国人民大学出版社 2000 年版。
29. 王亚新著：《对抗和判定》，清华大学出版社 2002 年版。
30. E. g. Kurt Jessnizer Der Gerichtliche Sachverständige 72,78 (Tth ed. 1987), 转引自[德]米夏埃尔等编《德国民事诉讼法学文萃》，赵秀举译，中国政法大学出版社 2005 年版。

二、论文类

1. 徐景和、王磊：《司法鉴定若干论点评价》，载《中国司法鉴定》，2003 年第 1 期。
2. 徐景和：《试论我国司法鉴定制度的改革与完善》，载《司法论丛》，2000 年第 5 期。
3. 徐景和、徐景波：《当前司法鉴定制度改革问题研究》，载《中国司法鉴定》，2003 年第 2 期。
4. 徐景和：《司法鉴定制度模式选择研究》，载《律师世界》，2001 年第 1 期。
5. 包建明：《“司法鉴定”杂谈》，选自《证据学论坛》第四卷，何家弘主编，中国检察出版社 2002 年版。

6. 卞建林、郭志媛:《两大法系司法鉴定制度比较》,载
<http://www.jcrtb.com/zyw/lwsb36/index.htm>.
7. 刘新魁:《法国司法鉴定制度》,选自范方平主编:《建构统一司法鉴定管理体制的探索与实践》,中国政法大学出版社 2005 年版。
8. 王景琦编译:《法国民事诉讼程序中的鉴定人》,载《人民检察》,2000 年第 12 期。
9. [美]约翰·H·朗本:《德国民事诉讼程序的优越性》,陈湘林译,转引自[德]米夏埃尔等编《德国民事诉讼法学文萃》,赵秀举译,中国政法大学出版社 2005 年版。
10. 徐继军、谢文哲:《英美法系专家证人制度弊端评析》,载《北京科技大学学报(社会科学版)》,2004 年第 3 期。
11. 李万忠:《我国司法鉴定制度主要缺陷及其完善》,载《法学杂志》,1996 年第一期。
12. [德]马丁(V, Martin):《马克思、韦伯、施米特论人与社会的关系》,载刘小枫选编:《施米特与政治法学》,上海三联书店 2002 年版。
13. 叶峰、叶自强:《反复鉴定问题研究》,载《证据学论坛》(第一卷),中国检察出版社 1998 年版。
14. 姚峰:《现行司法鉴定制度之弊端与完善》,载《政法论丛》,2001 年第 5 期。
15. 王刚:《浅谈“专家辅助人”及其法律地位》,载《中国司法鉴定》,2003 年第 1 期。
16. 季卫东:《法律程序的意义——对中国法制建设的另一种思考》,载《中国社会科学》,1993 年第 1 期。
17. J.Langbein. The German Advantage in Civil Procedure, University of Chicago Law Review. 1985, 52(4).
18. Lord Woolf's Interim Report, From <http://www.Lcd.gov.uk/reportfr.htm>.
19. Frank C. Jones and Chilton Davis Varner, Direction Examination: Making the Facts Understandable, From <http://www.kslaw.com/library/pdf/makingthefactunderstandable.pdf>.

后 记

循例，毕业论文作完，要有一后记。但是说些什么，颇令人踌躇。想来想去，心中总有一句古语“学而不思则罔，思而不学则殆”挥之不去。这是孔夫子的一句为学名言，同时也是我的导师吴泽勇博士，在我入学伊始便经常告诫我的一句警言。学而时习之，感触颇深，也获益颇多。惟愿今后的学习生活中“学”且“思”，并一以贯之。

在后记中，真诚的致谢表现了即将毕业的学生，在三年的研究生生活中真切地感动。因此我要感谢我的父母，他们对儿子无尽的关爱，让我时时处于幸福的环绕。感谢我的兄嫂，在我外出求学时，对父母的敬孝，使我能够安心读书。

感谢河南大学，这是一处学习，生活的好地方。我的导师吴泽勇博士就在此执教。三年的师生交往中，他亦师亦慈兄，传道授业解惑，宽厚容我教我，可以说，没有吴老师的言传身教，就没有我的所有进步。师恩如山，当永记不忘。

感谢河南大学法学院的耿勇老师，郑明勋老师对我学习和生活上的关照。感谢彭小龙、刘新生师兄，感谢黄冠华、李飞、郭延军师弟，感谢于齐，感谢我所有的同学们，因为我们在一起的日子，欢笑长伴。愿我们的友谊之树常青。

时光流转，三年转瞬即逝，一段经历的结束，代表的是新的征途的开始。老师，同学们，我祝福你们，也祝福我自己。

邹耀东

2007年5月于河南大学