

·第 2 辑·

保险案件裁判评析

Comments on Insurance Cases Verdicts

主编
任以顺

山东省法学会保险法学研究会 主办

卷外卷



中国海洋大学出版社
CHINA OCEAN UNIVERSITY PRESS

保险案件裁判评析

(第2辑)

主 编 任以顺

中国海洋大学出版社

· 青 岛 ·

图书在版编目(CIP)数据

保险案件裁判评析.第2辑 / 任以顺主编.—青岛:
中国海洋大学出版社,2018.9
ISBN 978-7-5670-2011-5

I.①保… II.①任… III.①保险法—案例—中国
IV.①D922.284.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 227301 号

出版发行 中国海洋大学出版社
社 址 青岛市香港东路 23 号 邮政编码 266071
出 版 人 杨立敏
网 址 <http://www.ouc-press.com>
电子信箱 813241042@qq.com
订购电话 0532-82032573(传真)
责任编辑 郭周荣 电 话 0532-85902469
印 制 潍坊鲁邦工贸有限公司
版 次 2018 年 10 月第 1 版
印 次 2018 年 10 月第 1 次印刷
成品尺寸 170 mm×240 mm
印 张 11.75
字 数 198 千
印 数 1~1000
定 价 35.00 元

发现印装质量问题,请致电 17763319178,由印刷厂负责调换。

前言

Preface

2013年1月,山东省法学会保险法学研究会挂靠中国海洋大学成立,成为我国第一个依托高校成立的省级保险法学研究会。历经五年多运行,由来自省内高校、科研机构、人民法院、仲裁机构、保险监管部门、保险行业协会、保险公司、保险学会等单位的相关人士组成的研究会理事会,成为全省跨行业的保险法研究中坚力量,研究会成为全省开展保险法理论与实务研究及学术交流的重要平台。其成立初期所确立的“广泛吸纳全省保险法理论与实践人才,整合各方力量,形成科研合力,依法独立开展针对性较强的、卓有成效的保险法学研究工作,适应山东保险大省保险业发展需求”“为推动山东保险法治建设、保障保险市场健康发展、构建和谐保险关系服务”目标,正在逐步实现。

保险法是保险业发展的基石,保险业的健康发展离不开保险法律制度的规范、引导与保障。保险业作为知识技术密集型产业,不仅需要一支高素质从业队伍作为支撑,更离不开保险法律文化的滋养。山东作为我国的保险大省,多年来保费收入在全国位居第三,但保险业界的保险法律意识、保险法治观念却与之并不匹配。近年来,在保险业快速发展的同时,各类保险合同纠纷亦随之不断攀升,给保险司法带来巨大裁判压力的同时,也给保险业的健康发展带来极大难题。面对错综复杂的保险合同纠纷案件,保险公司应当在提升员工自身法律素养的基础上,采取合情合理合法的应对措施,不断防范、化解、缩小矛盾。由于保险案件裁判对保险业的发展不仅具有“指挥棒”式的引导作用,更直接影响保险司法的社会公信力,甚至影响保险诉讼案件的增减趋势,保险案件的裁判者亦应不断提升专业化水平及裁判案件的公平正义度。

实践证明,作为省级保险法学专业研究机构,没有条件也没有必要开展“高大上”的纯保险法学理论研究。地方性研究会的存在价值和生命力,在于其研究的内容必须“接地气”,必须注重开展针对保险经营管理实践和保险司法实践中存在的法律难题的研究。保险法学研究会的成立恰好为大家提供了一个在这方面共同研究与交流的平台。正是基于这样的思路和定位,我们将每年学术年会的研究主题方向确定为“保险案件裁判的理论与实务”,倡导大家以亲身经历或以媒体公布的、已经裁判或尚未裁判的案件为素材引出议题,理论密切联系实际,亮明观点,充分说理,畅所欲言,各抒己见,深入展开保险案件裁判方面的研讨。事实上,我国的不合理裁判并非仅仅存在于刑事案件中,商事案件亦然。近年来,背离保险法基本原理及保险法基本规定的裁判案件并不罕见。要切实防止保险案件裁判中的不合理裁判的发生,应当首先从提高裁判者的保险法专业素养入手,多联系实际,多研究、解决现实工作中的困惑与难题,可以在讨论中明理,在争论中纠偏。收获真理,摒弃错误,应当成为我们研究会一直坚持的追求。

保险法学研究会成立五年多来,在既无办公经费又无办公场所的条件下,坚定信念,不忘初心,阔步前行,使得其社会认知度、参与度、支持度逐年提升,对外影响力不断扩大,说明社会对保险法学理论与实务的研究存在着客观需求。面对纷繁复杂的保险合同纠纷案件,学术年会提交的论文以及会议讨论发言中,显现出许多闪光观点,尽管有些不够成熟,有些表达不够清晰,但将其汇集、整理、编辑成册,仍然具有一定的社会实用价值。《保险案件裁判评析》(第2辑),是在我个人的主要工作由“院校保险法教学与科研”向“社会保险案件代理与研究”过度的紧张时期,在总结该书第1辑编辑出版经验的基础上,见缝插针地挤时间编辑成书的,因书中收录的论文质量参差不齐,有的论文虽经竭力调整和改动,但因原稿基础不够理想,又不便大幅调整,仍然存在许多不尽如人意之处,殷切期望读者提出宝贵批评意见,以便山东省法学会保险法学研究会主办的《保险案件裁判评析》这株幼苗,在大家的栽培下茁壮成长。

任以顺

2018年9月于青岛

目录

Contents

论车险人伤诉案鉴定意见证明效力之否定

——兼评(2015)黄民初字第 8262 号、(2017)鲁 02 民终 4665 号判决 / 任以顺
..... 1

机动车责任保险的赔偿追偿与垫付追偿制度比较研究

——以肇事逃逸等恶意交通肇事的保险责任承担为中心 / 史卫进 毛金科
..... 17

论离婚时保险相关财产的归属与分割 / 康雷闪 任天一 30

浅析保险合同免责条款明确说明义务 / 陈思贤 王文文 44

浅析保险公司垫付交强险赔偿金后的追偿权 / 吕莉莉 54

“车上人员”和“第三者”的界定问题探讨

——以近因原则的司法适用为视角 / 王成国 卜永利 63

驾驶员擅自离开现场的商业险赔付分析

——论《保险法》第 17 条和第 21 条在擅自离开事故现场情况下的适用
/ 田仕杰 73

浅析保险合同代签名的法律效力 / 刘春秀 87

从车险诉讼案件风险管控实务谈证据效力 / 赵运翠 96

人身保险合同复效问题探讨 / 马伟刚	103
保险法不可抗辩规则审判实务问题探析 / 岳书锋	115
浅析司法对保险人免责说明义务之审查 / 都兴强	123
投保单与保险单冲突探讨 / 兰 肖	133
浅析财产保险合同中特别约定条款的效力 / 刘潇潇	143
保险电子商务若干法律问题浅析 / 王天楚 李 雪	149
无效的合同不因一方当事人的弃权而有效 / 偶 见	159
因避险而致载货受损得向受益人追偿 / 偶 见	170
后 记	177

论车险人伤诉案鉴定意见证明效力之否定

——兼评(2015)黄民初字第8262号、
(2017)鲁02民终4665号判决

任以顺*

摘要:机动车辆保险,多年来一直是我国财产保险公司保费占比最高的主流业务,投保车辆发生交通事故时,一旦出现人员受伤,伤者作出伤残鉴定后,直接起诉保险公司已成惯例。目前,在我国司法鉴定社会化且监督不力的背景下,伤残鉴定意见几乎成了判决该类案件必须采信的有力证据。一些错误的伤残鉴定意见一旦被判决采信,不仅会带来恶劣的社会影响,也会动摇司法的公平正义。鉴定意见在本质上属于主观性证据,人为因素力作用较大。作为民事诉讼的八种法定证据形式之一,其并不具有超常的证明效力,人民法院在审理车险人伤鉴定诉讼案件中,如果发现其鉴定程序违法、伤情不符合鉴定标准或鉴定人不具有相应的资质,应当通过不予采信的方式对鉴定意见的证明效力给予否定。

关键词:车险人伤 鉴定意见 证明效力 证据否定

自我国改革开放以来,保险业务逐渐恢复并快速发展,机动车辆保险始终是财产保险公司的主要业务领域,其保费收入占总保费收入的70%以上。近年来,我国汽车保有量呈现突飞猛进的增长态势,道路交通事故也随之频频发生。当投保人投保机动车交通事故责任强制保险及第三者责任保险之后,一旦发生第三者受伤的道路交通事故,跨越保险合同约定的以及保险法规定的被保险人向保险人索赔环节,由事故受伤者通过诉讼程序直接向保险公司索求赔偿保险金的情况,已经成为普遍现象,在此过程中,道路交通事故受伤人员进行伤残鉴定

* 作者简介:任以顺,中国海洋大学法学院教授,北京市京师(青岛)律师事务所律师,主要研究方向:保险法学、合同法学、保险案件裁判理论与实务。

几乎成为必然之举。法医临床司法鉴定机构作出的“鉴定意见”,作为《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)规定的八种证据类型之一,在具体案件的审判当中,本来应当经由法庭依法查证,去伪存真,作出“采信”或“不采信”的选择性认定,但目前各地司法机关在车险人伤鉴定诉讼案件的裁判中,对“鉴定意见”的采信率近乎百分之百,法医临床司法鉴定意见几乎成为法院判决保险人支付伤残赔偿金“雷打不动”的有力证据,在对伤残赔偿金的处理中,以鉴定替代审判的趋势日渐明显。本文认为,对于明显错误的法医临床司法鉴定意见,人民法院应当坚持实事求是的原则,尊重客观事实,作出“不采信”的认定,依法否定其证明效力。

一、一起车险人伤鉴定诉讼案件的两级审判引发的问题

2015年4月4日,马某驾驶某公司的鲁BB507G轿车与赵某某驾驶的二轮摩托车相撞,事故致赵某某头部受伤。事故轿车于2015年1月16日在中国太平洋财产保险股份有限公司青岛市经济技术开发区支公司(以下简称太保财险)购买了一年期的“交强险”和“三责险”,事故发生在保险责任期限内。事故后交警认定马某和赵某某双方分别承担交通事故的主要责任和次要责任。2015年8月4日,在被保险人并未向保险人提出索赔的情况下,伤者赵某某向青岛市黄岛区人民法院起诉太保财险及事故车辆车主和驾驶员马某,要求赔偿损失,10月26日又追加诉求,申请赔偿各项损失共计217147.7元。2015年9月8日,一审法院委托青岛惠民法医司法鉴定所(以下简称鉴定所)对赵某某进行伤残程度鉴定。2015年9月21日,鉴定所出具[2015]179号伤残鉴定意见书(以下简称鉴定意见书),鉴定“赵某某面部疤痕符合十级伤残;面颊损伤致中度张口受限符合九级伤残”。一审中,太保财险对该十级伤残鉴定结果予以认可,对其九级伤残鉴定结果的真实性不认可。一审和二审中,双方争议的焦点问题是鉴定所对赵某某的九级伤残鉴定是否准确,太保财险应否向赵某某支付相应的伤残赔偿金。

鉴定所在鉴定报告中称,其对赵某某九级伤残的鉴定意见依据的是《法医临床检验规范》(SF/ZJD0103003—2011)和《道路交通事故受伤人员伤残评定》(GB18667—2002)》(以下简称《伤残评定标准》)中“4.9.2之f”——头面部损伤致:口腔或颞下颌关节损伤,中度张口受限。如图1-1所示,这是一条完整的且具有前后因果关系的认定九级伤残的鉴定标准。

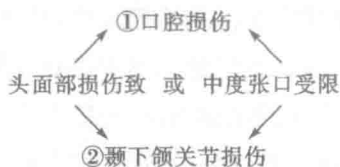


图 1-1

鉴定意见书在分析说明中记载的理由是：“经住院治疗，（赵某某）左侧颞颌关节留有创伤性颞颌关节炎，临床诊断明确，现已临床治疗终结。”然而，鉴定人在出庭接受太保财险委托代理人的质询中承认：①创伤性颞颌关节炎是一个疾病名称；②赵某某受伤后的医疗病历上没有“创伤性颞颌关节炎”这个诊断结论；③司法鉴定所没有诊断疾病及确定疾病名称的资质；④赵某某“中度张口受限”的检查结果是根据其本人自主张口的程度作出的；⑤“口腔或颞下颌关节损伤，中度张口受限”是一个完整的鉴定条件。然而，赵某某在医院的诊疗病历显示，其始终没有“口腔或颞下颌关节损伤”的诊断结论或记载，也不存在所谓“创伤性颞颌关节炎”的诊断结论或记载。

（2015）黄民初字第 8262 号判决采信了鉴定所以对赵某某九级伤残的鉴定意见，支持了原告因九级伤残而发生的伤残赔偿金，其理由是：“经本院审查，原告伤残鉴定程序合法、鉴定结论并无不当，故本院对鉴定所出具的《法医鉴定意见书》予以采信。”一审判决对鉴定人回答询问与鉴定意见的重重矛盾等重要内容避而不谈，不置可否。

一审判决后的上诉期内太保财险提起上诉，上诉的主要理由是鉴定所以对赵某某的九级伤残鉴定意见具有明显错误，但仍被作为有效证据采信。主要有如下几个理由。

（1）赵某某在接受治疗后出院时，医疗机构既没有作出过“口腔或颞下颌关节损伤”的临床诊断结论，也没有作出过“创伤性颞颌关节炎”的临床诊断结论，“创伤性颞颌关节炎”是鉴定所自行捏造的一个疾病名称，而且鉴定所在出庭接受询问时，也承认其不具有诊断疾病并确定疾病名称的资质。退一步讲，假如鉴定所具有相应的资质、赵某某真实患有鉴定意见书中所说的“创伤性颞颌关节炎”，那也并不符合鉴定所引用的《伤残评定标准》中“4.9.2 之 f”的标准，不构成九级伤残。因该鉴定依据的伤残评定标准是“口腔或颞下颌关节损伤”，而不是“创伤性颞颌关节炎”。“关节炎”与“关节损伤”是完全不同的两种疾病，前者是人体自身炎症，后者是外来因素导致的骨关节损伤，二者不可相互替代。

(2)鉴定人自己都承认其不具有诊断疾病及确定病名的资质,却在缺乏医疗机构诊断结论支持的情况下,在鉴定意见书中出具“经住院治疗,留有创伤性颞颌关节炎,临床诊断明确”的鉴定意见,这与原告自己提交的病历证据完全相悖。显然鉴定所是在不具有诊断疾病、确定疾病名称以及下达临床诊断结论资质的情况下,依据自行捏造的病名作出的九级伤残鉴定意见,鉴定机构的鉴定意见明显是其造假的结果。

(3)鉴定所的鉴定意见所适用的《法医临床检验规范》这一鉴定程序性规定,在“A.1 关节活动检测方法”中特别注明:“同一关节主动活动与被动活动的活动度是不同的,正常时被动大于主动,骨关节损伤以检查被动活动为主,神经损伤以检查主动活动为主,检查结果应注明。”然而,鉴定人对赵某某的颞颌关节活动度(即张口程度)进行检查时,被检查及被鉴定人赵某某的张口运动,不是其被动运动的结果,而是其主动运动的结果。鉴定人违背《法医临床检验规范》鉴定程序,对被鉴定人张口程度的确定完全在伪装的基础上形成。

可见,鉴定所作出的赵某某构成九级伤残的鉴定意见,既存在违背其引用的《法医临床检验规范》鉴定程序规范的事实,又完全不符合其使用的《伤残评定标准》。但在一审和二审过程中,保险公司分别于2016年12月12日和2017年5月15日向两级人民法院书面提出重新鉴定申请,均未得到同意。

(2017)鲁02民终4665号判决中,认定了该案的争议焦点是:青岛惠民司法鉴定所作出的青惠司鉴所[2015]临鉴字第179号关于赵某某的司法鉴定意见书是否应被采纳,赵某某主张的九级伤残赔偿金是否应予支持。最终被驳回上诉,维持原判。其主要理由如下。

(1)因本案事故导致赵某某受伤,到医院治疗,医院只是对赵某某所受伤进行诊断和治疗。一审人民法院委托法医司法鉴定部门对赵某某进行法医鉴定的目的是确定伤残程度,是在医院治疗结束后,对该案中事故伤害赵某某机体功能受损程度的损害后果鉴定。鉴定的依据是赵某某的病案资料及活体检验。根据赵某某的病案资料(出院诊断及影像学检查报告单)内容,本案事故造成赵某某头部外伤等。首先,青岛惠民司法鉴定所作出的青惠司鉴所[2015]临鉴字第179号的鉴定意见书中并没有“口腔损伤”字样,鉴定所并没有认定赵某某“口腔损伤”。第二,青岛惠民司法鉴定所是根据上述病案资料记载的赵某某的伤情,通过对赵某某的活体检验,得出赵某某“创伤性颞颌关节炎”以及“中度张口受限”的结论。以上鉴定结果是基于赵某某因本案事故所受到伤害,经医院治疗后,部分

功能没有恢复导致的损害后果,并非青岛惠民司法鉴定所自行捏造的疾病名称,也没有超出鉴定资质范围。

(2)一审法院针对青岛惠民司法鉴定所作出的青惠司鉴所[2015]临鉴字第179号关于赵某某的司法鉴定意见书,不仅对该鉴定意见书进行了庭审质证,还根据保险公司的申请,组织鉴定人员出庭接受质询,应当认定一审法院依法对该鉴定意见书进行了认真查证,一审法院对该鉴定意见书予以采纳并无不当。一审法院认定“伤残等级鉴定程序合法”,此处的“鉴定程序”包含了法院委托过程以及鉴定机构鉴定过程的程序,并不仅仅指委托程序。保险公司对鉴定机构鉴定过程的程序有异议,因无证据证明和法律依据,法院不予采纳。委托鉴定程序合法,是鉴定结果公正的前提,这一点无可厚非,一审法院也并非仅根据委托鉴定程序的合法性推导出鉴定结果可予采信。伤残鉴定是一门专业技术,是国家赋予有相关法医资质的部门进行的科学鉴定行为的权力。在没有证据证明鉴定意见存在瑕疵的情况下,不能用逻辑推理和生活经验决定不采纳该鉴定意见。即使根据逻辑推理和生活经验,法院认为该鉴定意见在程序和实体上均无不当之处,没有不采纳的理由。保险公司对青岛惠民司法鉴定所作出的青惠司鉴所[2015]临鉴字第179号关于赵某某的司法鉴定意见书有异议,申请重新鉴定,不符合《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第27条关于重新鉴定的情形,一审法院不予采纳的判决并无不当。二审中,保险公司又向法院申请重新鉴定,与上同理,法院亦不予采纳。

二审的判决理由中显示的焦点问题有以下几点。

第一,鉴定所在其不具有诊断疾病及确定疾病名称资质(鉴定人自己都承认)、医疗机构没有相应诊断结论的情况下,在鉴定意见书中罔言“伤者经住院治疗后,留有创伤性颞颌关节炎,临床诊断明确”,这仍然属于“并非青岛惠民司法鉴定所自行捏造疾病名称,也没有超出鉴定资质范围”的情况。

第二,对鉴定意见正确性、真实性及证明力的确认,无须考查其进行司法鉴定时的操作程序是否合乎鉴定意见自身引用的《法医临床检验规范》,以及其鉴定结果是否符合鉴定依据的《伤残评定标准》;在鉴定意见既违背《法医临床检验规范》的鉴定程序规范,又违背《伤残评定标准》实体性条件的情况下,仍然“没有证据证明鉴定意见存在瑕疵的情况”“不能用逻辑推理和生活经验决定不采纳该鉴定意见”,当事人申请重新鉴定,仍然不符合《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第27条关于重新鉴定的情形。

第三,对鉴定意见起决定性作用的是鉴定机构的“活体检验”,伤者伤后第一时间在医疗机构作出的诊断结论和病历记载,对鉴定意见无关紧要。

第四,法院只要对司法鉴定意见书进行了庭审质证、根据当事人的申请组织鉴定人员出庭接受了质询,就应当认定法院依法对该鉴定意见书进行了认真查证,一审人民法院对该鉴定意见书予以采纳并无不当,至于鉴定机构的鉴定程序是否合规、鉴定结果是否符合鉴定标准规定的情形,无须考查,不必顾及。

在近年发生的车险人伤鉴定诉讼案件中,类似以上述的审理方式、审判思路,一味地支持、采信鉴定意见下达判决的案件并不少见。仅就笔者所见,因裁判机关过度采信、依赖鉴定机构的鉴定意见,下达明显错误判决的案件也并不少见。例如,曾经有交通事故受伤者被鉴定为精神伤残五级后,以明显低于录取线的高考成绩考上国家一类重点本科大学的;也有交通事故伤后十几天,就被以“骨折畸形愈合”的理由鉴定为十级伤残的(注:医学上骨折愈合的时间是三个月以上);还有伤者在事故后被医院诊断为左侧第七根肋骨骨折,被鉴定机构以“七根肋骨骨折”为由鉴定为伤残的……这些鉴定意见最后全部得到司法机关的采信后并下达了判决。本文所述案件的一审和二审历时两年多,向我们提出了关于道路交通事故涉及伤残鉴定的诉讼案件中一系列值得深思的问题。

(1)在审判车险人伤鉴定诉讼索赔案件中,应当如何看待法医临床司法鉴定意见的证据属性、类别、地位与作用?鉴定意见是否应当作为下达该类判决必不可少的依据?如果要对司法鉴定意见的证明效力予以否定,是否可以以“不采信”之方法进行?在什么情况下裁判机关可以否定鉴定意见?当被鉴定人的伤情不符合鉴定人所引用的鉴定标准时,或(和)鉴定机构违背鉴定程序时,法院是否应当对鉴定意见予以否定?

(2)在车险人伤鉴定诉讼索赔案件的审理中,只要是由人民法院依照职权委托,或由双方选定的法医临床司法鉴定,其鉴定意见是否必须一律遵从?当一方当事人提出充分的理由(诸如本文所载案件中的鉴定机构违背鉴定程序与规则、以被鉴定人主动张口的开合程度确定其张口困难的程度、“鉴定意见所依据的疾病不是医院诊断的,而是自己在不具有相应资质的情况下编造的”“被鉴定人的伤情不符合鉴定机构引用的鉴定标准”)申请重新鉴定的,是否一律不得允许?对鉴定意见是否必须采信、一律不可否定(起码笔者及其周围的保险业界、法律界相关人士目前尚未见到过被不予采信的鉴定意见)?

(3)人民法院委托鉴定时依照《民事诉讼法》相关规定进行的委托司法鉴定

程序,与鉴定机构进行法医临床司法鉴定时依据的《法医临床检验规范》鉴定程序,是否为同一个程序?托鉴定程序是否包含了司法鉴定程序?委托鉴定程序合法是否等于临床司法鉴定程序也必然合法?通常人们见到的车险人伤鉴定诉讼索赔案件判决中所指的“鉴定程序合法”,是否等于法院认定上述委托鉴定程序和司法鉴定程序两个程序都是合法的?上述两个程序是否可以合二为一或可以相互取代?

二、车险人伤鉴定诉讼案中司法鉴定意见的证明效力及可否定性

所谓证明效力,指的是证据对案件中待证事实的证明效果和力量,换言之,证据对待证事实的证明是否有效,证据是否能够达到法定标准的证明待证事实,亦称为证明价值或证明力。^① 证据的证明效力是以证据的真实性为前提的,所以真实性是采信证据的首要标准。^② 在机动车辆保险发生交通事故涉及人员伤害的诉讼赔偿案件中,法医临床司法鉴定意见是确定受伤者是否构成伤残、伤残的程度及等级、伤残赔偿金的赔偿数额中不可或缺的证据,但绝不是必须采信的证据。在案件审判中,司法机关应当坚持实事求是原则,求真务实,从“鉴定机构主体资格及其相应资质”“鉴定程序”“实体内容,即伤者伤情与适用的鉴定标准的吻合度”三个方面分析鉴定意见的证明效力,确定是否采信鉴定意见。

(一)法医临床司法鉴定意见作为《民事诉讼法》规定的八种证据类型之一,其本质属性仍为一种主观性证据,不具有超常的证明效力

我国《民事诉讼法》第 63 条规定的八种证据类型包括:当事人的陈述、书证、物证、视听资料、电子数据、证人证言、鉴定意见、勘验笔录。鉴定意见仅为八种证据类型之一,与其他证据相比,并不具有超越其他各类证据的特殊效力,该证据同样需要人民法院根据关于鉴定的实体性和程序性规定综合判断、推理、辨别其真伪,审查确定其效力,即依照我国《民事诉讼法》第 63 条的规定,同样“必须查证属实,才能作为认定事实的根据”。在车险人伤鉴定诉讼索赔案件的审判中,作为我国《民事诉讼法》规定的八种证据之一的“鉴定意见”,并不具有至高无上的证据效力。不应将“鉴定意见”当作“雷打不动”的“金科玉律”和“最高指示”。当“鉴定意见”出现“违背国家鉴定标准”“违反检验规范”“超越行政机关批准的鉴定资质”等错误时,人民法院应当作出不予采信的处理意见。

① 何家弘《证据的采纳和采信》,《法学研究》2011 年第 3 期,第 142 页。

② 何家弘《证据的采纳和采信》,《法学研究》2011 年第 3 期,第 150 页。

全国人大常委会《关于司法鉴定管理问题的决定》第1条规定:“司法鉴定是指在诉讼活动中鉴定人运用科学技术或者专门知识对诉讼涉及的专门性问题进行鉴别和判断并提供鉴定意见的活动。”从本质上看,鉴定意见本质上还是鉴定人员对被鉴定人身体状况的一种主观性认知结果,属于证据学意义上的主观性证据。从哲学上讲,主观与客观是一对对立的矛盾范畴。客观存在是独立于人的主观意识之外的,而主观意识则是客观存在在人们头脑里的反映。主观与客观的统一性,表现为主观能够如实反映客观,是在主观正确反映客观的条件下实现的。否则就会犯错误。^①凡是主观性证据,都不可避免地会有人的主观心理动态在其中发挥作用。人的主观态度,不可避免地会受到各种社会因素的影响。在当前我国司法鉴定社会化以及市场经济条件下经济利益驱动的背景下,作为鉴定人主观认知条件下作出的鉴定意见,不可能绝对公正合理,绝对正确,永远正确。然而,从近年来车险人伤鉴定诉讼案件的鉴定和审判结果看,出现一个极不正常的怪圈:①凡车险人伤案件经诉讼程序的,基本都作伤残鉴定,且基本为有残鉴定结论;②凡车险人伤诉讼案件经鉴定为伤残的,基本不作二次鉴定,不改变初始鉴定结论,基本判保险公司按照计算结果赔偿;③凡保险公司不服一审判决而提起上诉的,基本被驳回上诉,维持原判(或略让与保险公司小利,调解结案后受伤者快速拿钱);④凡法院作出终审判决的,保险公司基本选择忍气吞声、沉默了事,基本没有因申诉及申请抗诉被翻案的案例。鉴定机构的鉴定意见基本趋于“一路绿灯”的状态,客观上使得本来不具有超常证明效力的鉴定意见,被赋予了特别的证明效力。这种不正常的社会现象应当得到制止和纠正。

正是基于以上原因,为避免社会误解,全国人大常委会在2012年将《民事诉讼法》“证据”中原“鉴定结论”的名称修正为“鉴定意见”。从鉴定结论到鉴定意见名称的修正更能说明:作为《民事诉讼法》规定的八类证据之一的鉴定意见,不是最终“结论”,不具有超越其他证据的特殊效力,尤其是在我国2005年实行司法鉴定体制改革之后,鉴定工作社会化,司法鉴定工作未能得到有效监督,司法鉴定的任性与混乱日趋严重的情况下。裁判机关更应当对错误鉴定意见采取不予采信的裁判措施,“让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义”,以防日益混乱的司法鉴定毒化社会风气。

^① 赵亚兰《浅谈证据的主观性》,《大众商务》2009年第11期,第251页。

(二)司法机关应从主体资格资质、鉴定程序、实体内容方面分析鉴定意见的证明效力;“不予采信”应当成为裁判机关否定鉴定意见的通常手段和监督形式。

以本文列举的案件为切入点进行实证分析,首先可知,鉴定机构对交通事故受伤人员进行的鉴定,只是在其主体资质范围之内对伤者伤残程度的鉴定,不是对伤残所致疾病的确定,鉴定机构确定的疾病名称应当因其超越资质而被认定为无效。众所周知,有资格确定伤残所致疾病的主体,是经过国家医疗卫生行政机关批准的具有诊断治疗疾病资质的医疗卫生机构(医院),而司法鉴定机构对交通事故受伤人员的“伤残程度鉴定”资质,是由国家司法行政机关批准的。因此,司法鉴定机构,不具有诊断疾病和确定疾病名称的资质是显而易见的。本文所载案件中,鉴定机构“敢于”超越自身的资质范围,捏造出一个“被鉴定人留有创伤性颞颌关节炎”的结论,实质上是在医疗机构不认为构成该疾病、也没有确定该病名的情形下,由不具有诊断疾病、确定疾病名称资质的鉴定机构,越俎代庖地作出了一个错误认定,并以该错误认定为理由,套用鉴定标准中与其相近而又不同的“颞颌关节损伤”名称,作出错误鉴定的。该鉴定意见竟然被两级人民法院采信,其结果等同于法院为鉴定机构的错误鉴定意见作了背书,使鉴定机构的错误转变为裁判机构的错误,使当事人对鉴定机构的不满意意见转变成为对裁判机构的不满意意见,动摇了当事人对司法公信力的信任。

其次,以本文列举的案件为切入点进行实证分析还可知,鉴定机构在对伤者进行法医临床司法鉴定的过程中,鉴定程序是否合规合法,是保障鉴定结果正确性的重要前提条件,也是判断鉴定意见是否可以采信的重要依据。一旦鉴定程序错误了,不可能得出一个完全正确的鉴定结果。这时,司法机关应当以鉴定机构适用的鉴定程序不合法不合规为由,不采信鉴定意见,否定鉴定意见证明效力。

在本文所载案件中:①赵某某一审提供的《入院记录》第1页“体格检查”中记载,其当时“语言清晰,查体合作”,第2页“专科检查”仍然记载其当时“语言清晰、流利”;赵某某提供的《出院记录》记载其“出院情况:意识清,语言清晰,流利。”因此,赵某某伤后从住院到出院时都“语言清晰、流利”。如果按照鉴定所检查的结果,赵某某2015年4月4日受伤,近半年之后的2015年9月17日进行鉴定,仍然是“张口切齿之间仅容一竖指”“中度张开受限”,那他半年前刚受伤、病情最重的期间,不可能“语言清晰、流利”。另外,在上诉人与赵某某多次面对面地协商理赔的交谈中以及赵某某出庭参加诉讼的语言表达中,从未发现其存在

“张口切齿之间仅容一竖指”“中度张开受限”的情况；②《伤残评定标准》对“伤残”的定义明确规定为“因道路交通事故损伤所致的人体残疾”。即有伤无残，并不必然构成伤残。虽然赵某某头面部有三处骨折，但其在受伤后的门诊治疗及住院期间，多次进行头颅CT检查，均没有发现下颌骨骨折以及口腔部位损伤，而且住院病历中也始终没有“口腔或颞下颌关节损伤”，以及“张口困难”“说话困难”“进食困难”“需要鼻饲”等记载。决定人张口程度的关节只有一个颞下颌关节，在赵某某既没有口腔原发性损伤，也没有颞下颌关节原发性损伤的情况下，张口受限只能是自己伪装或他人造假的结果；③鉴定所的鉴定意见在“检验方法”项下记载：“按照《法医临床检验规范》(SF/ZJD0103003—2011)对被鉴定人进行检验。”然而，《法医临床检验规范》的“A.1 关节活动检测方法”中特别注明：“同一关节主动活动与被动活动的活动度是不同的，正常时被动大于主动，骨关节损伤以检查被动活动为主，神经损伤以检查主动活动为主，检查结果应注明。”《179号鉴定》则是根据赵某某口腔主动张合运动的状况作出其“中度张口受限”构成九级伤残结论的，且在检查结果中未予注明。鉴定人出庭接受质询时也承认其对赵某某进行活体检验时，是其主动张口的。这显然违反了《法医临床检验规范》关于“骨关节损伤以检查被动活动为主，检查结果应注明”的规定，鉴定程序是不合法的。照此进行，只要头面部受伤者，被检查时咬紧牙关，无须存在口腔或颞下颌关节损伤，都可以被鉴定为九级伤残。因为任何一个颞下颌关节活动正常、本来能够大张口的人，如果故意绷紧咬肌（在人体解剖学上属于随意肌），都可以使张口很小甚至张不开口。④鉴定所依据的《法医临床检验规范》(SF/ZJD0103003—2011)中4.4.2.5规定：“……若颞下颌关节损伤时，检查张口是否受限。检查时，测量张口位时上、下切牙之间距离。或者以被鉴定人自身的示指、中指、无名指并列垂直置入上、下中切牙切缘间测量……中度张口受限系大开口时，上下切牙间距仅可垂直置入示指……”本案鉴定意见依据上述规范“检查张口是否受限”仅适用于“颞下颌关节损伤时”，而赵某某并没有被诊断为“颞下颌关节损伤”，该检查不存在适用前提。因此，该鉴定意见实质上是在打着依据《法医临床检验规范》的旗号，实施违反《法医临床检验规范》规定的行为，是完全的鉴定程序违法，司法机关否定其证明效力是理所当然的。

第三，法医临床司法鉴定时的检查结果与鉴定意见适用的鉴定标准的吻合程度，属于司法鉴定的实质性内容，应当成为裁判机关判断鉴定意见是否可以采信的根本性依据。