

律师代理交通事故伤残鉴定与损害赔偿方略 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E5_BE_8B_E5_B8_88_E4_BB_A3_E7_c122_485364.htm 前言 机动车在为现代人的生活、工作和出行带来方便、舒适、高效的同时，不容忽视的问题就是道路交通事故频发，给受害人带来的巨大经济损失和肉体痛苦，也给肇事者造成了沉重的经济负担，甚至面临着被扣分、拘留、吊销驾驶证，甚至被追究刑事责任（交通肇事罪）的危险。笔者认为，发生道路交通事故的原因很复杂，涉及人、车、路等多方面因素。机动车驾驶员的驾驶水平、行人和非机动车驾驶员的道路交通安全意识、交通出行环境、道路交通规划的合理程度以及道路交通标志标线等是否完善等因素，直接决定了道路交通事故的发生频率。笔者长期代理道路交通事故伤残鉴定和损害赔偿工作，对处理道路交通事故有着丰富的经验和深切的体会。为了预防发生道路交通事故，减少当事人不必要的讼累，节省司法资源，笔者在这里仅探讨道路交通事故伤残鉴定和损害赔偿领域的律师实务和法律难点，并归纳为十六部分，以飨诸君。

一、当事人身份的确定 道路交通事故当事人应当明确肇事人是谁？受害人是谁？保险公司是谁？第三者强制责任险是多少？当事人根据交警大队做出的交通事故认定书认定的责任（如无责任、部分责任、同等责任、大部分责任或全部责任），确定应当承担损害赔偿的机动车驾驶员、非机动车驾驶员或行人。律师提示：发生道路交通事故后，当事人应当采取合理的抢救措施、及时报警、保护现场、通知保险公司，以免因延误时间导致道路交通事故的原因无法认定或难以

认定，并在事故发生地就近的医院对受害人进行抢救，以免延误最佳治疗时机。作为受害人，应当到交警大队及时调取驾驶员基本信息、车主基本信息和保险公司的基本信息，准确确定被告和第三人，为以后的调解和诉讼做准备。

二、治疗终结和鉴定时机的确定

（一）治疗终结：临床医学一般所认可的损伤后病理变化经临床治疗后得到完全或部分恢复并维持稳定的时期。对治疗终结意见不一致时，可由当事人委托律师事务所进行伤残鉴定，确定其是否治疗终结。

（二）鉴定时机：鉴定时机应以事故直接所致的损伤的治疗终结之时，或确因损伤所致并发症的治疗终结之时为准。交通事故的当事人因伤致残的，在治疗终结后15日内，可以委托律师事务所进行伤残鉴定。律师提示：由于受害人遭受的伤残程度不一、身体素质不一，导致住院时间有长有短。受害人做伤残鉴定的，一般以三个月为限，病情严重的需要更长时间。受害人需要定残的，应当在三个月之后提出，由律师事务所委托有伤残鉴定资质的司法鉴定机构进行。

三、鉴定材料的确定

很多当事人在委托律师事务所做伤残鉴定时，丢三落四，往往由于材料不全，导致无法做伤残鉴定。当事人做伤残鉴定应当携带本人的身份证或居民户口簿（学生证、军官证、士兵证或驾驶证也可）、诊断证明书、加盖院章的病历复印件和当事人原始的和最近的片子（如X光片、CT片）。律师提示：带齐鉴定材料至关重要，是做伤残鉴定的保障，司法鉴定机构一般在接受委托后，十个工作日内出具伤残鉴定书。如果司法鉴定机构认为不构成残疾或不构成较高等级的残疾的，代理人可以另行委托其他司法鉴定机构，代理人不应轻言放弃、“吊死在一棵歪脖树上”。代理人必须充分

重视司法鉴定工作的重要性，鉴定结论作为一项重要的证据，其公正性、权威性、客观性和科学性不容质疑。代理人应当掌握一些司法鉴定常识，熟悉司法鉴定工作的原则、依据、流程、收费标准和技巧，从“打官司就是打关系”的思想转变为“打官司就是打证据”，让证据说话，让正义永存。有关司法鉴定知识的阐述，请参阅笔者写的《律师应掌握点司法鉴定知识》和《医疗纠纷诉讼的关键在司法鉴定》等文章。

四、司法鉴定机构的确定

在2005年10月1日前，道路交通事故伤残鉴定主要由交警大队委托公安机关的法医中心做道路交通事故伤残评定，当事人据此进行调解或提起诉讼。但是，2005年2月28日第十届全国人民代表大会常务委员会第十四次会议通过、2005年10月1日实施的《全国人大常委会关于司法鉴定管理问题的决定》第七条明确规定：“侦查机关根据侦查工作的需要设立的鉴定机构，不得面向社会接受委托从事司法鉴定业务。人民法院和司法行政部门不得设立鉴定机构。”对争议已久的司法鉴定管理问题做出了决定，厘清了有关因部门利益导致的一定程度上的司法鉴定各自为政、管理混乱的痼疾，为司法鉴定走向法制化、规范化提供强有力的法律支持。限制侦查机关即公安机关、国家安全机关和检察机关等鉴定的范围，即仅限于侦查工作需要，不得对外开展鉴定活动；不允许人民法院和司法行政管理部门设立鉴定机构，以体现司法公正和行政公正。法律明确规定“侦查机关根据侦查工作的需要设立的鉴定机构，不得面向社会接受委托从事司法鉴定业务”，但是，一些交警大队出于某种利益的考虑，仍然置国家的法律于不顾，还是让当事人到公安机关的法医中心做道路交通事故伤残评定，由于其不具

备鉴定资质，导致败诉的案例时有发生。2006年6月1日，华夏时报记者写了《北京公安局法医鉴定中心涉嫌违法做鉴定谋利》一文，值得深思和警醒。 律师提示：对于道路交通事故伤残鉴定，一般是当事人委托律师事务所进行，律师事务所再委托有鉴定资质的司法鉴定机构做伤残鉴定。如果案件进入诉讼程序，伤残鉴定则在法院的主持下，由当事人双方共同指定有鉴定资质的法医中心进行鉴定。 司法鉴定机构依据《道路交通事故受伤人员伤残评定》的国家标准，对当事人的伤残情况进行综合评定。 委托人领取伤残鉴定结论后，根据伤残等级与肇事人进行调解或提起诉讼。伤残鉴定结论由委托机构（如公安机关、法院或律师事务所）领取。如果当事人或代理人对鉴定结论有异议的，可以申请重新鉴定或补充鉴定，相关鉴定费用（如会诊费、鉴定费）由异议方支付，最终由败诉方承担。

五、残疾赔偿金的确定

伤残鉴定结果直接关系到损害赔偿数额，不容忽视，如果能够定上残，则意味着数额不菲的赔偿；如果定不上残，则进入诉讼程序的意义不大，受害人除了支付诉讼费外，还要承担鉴定费和律师代理费。 据2008年1月30日北京市统计局、国家统计局北京调查总队发布的《北京市2007年国民经济和社会发展统计公报》和《统计快报》提供的数据显示：2007年北京市城镇居民人均可支配收入21989元，2007年北京市农村居民人均纯收入9559元。 以2007年北京地区为例，受害人为十级伤残（赔偿系数为%10）的，如果受害人是城镇户口，则残疾赔偿金为43978元（21989元X20年X10%）；如果受害人是农村户口的，则残疾赔偿金为19118元（9559元X20年X10%）。 受害人为九级伤残（赔偿系数为%20）的，如果受害人是城镇

户口的，则残疾赔偿金为87956元（21989元X20年X20%）；如果受害人是农村户口的，则残疾赔偿金为38236元（9559元X20年X20%）。受害人为八级伤残（赔偿系数为%30）的，如果受害人是城镇户口的，则残疾赔偿金为131934元（21989元X20年X30%）；如果受害人是农村户口的，则残疾赔偿金为57354元（9559元X20年X30%）。受害人为七级伤残（赔偿系数为%40）的，如果受害人是城镇户口的，则残疾赔偿金为175912元（21989元X20年X40%）；如果受害人是农村户口的，则残疾赔偿金为76472元（9559元X20年X40%）。受害人为六级伤残（赔偿系数为%50）的，如果受害人是城镇户口的，则残疾赔偿金为219890元（21989元X20年X50%）；如果受害人是农村户口的，则残疾赔偿金为95590元（9559元X20年X50%）。受害人为五级伤残（赔偿系数为%60）的，如果受害人是城镇户口，则残疾赔偿金为263868元（21989元X20年X60%）；如果受害人是农村户口的，则残疾赔偿金为114708元（9559元X20年X60%）。受害人为四级伤残（赔偿系数为%70）的，如果受害人是城镇户口的，则残疾赔偿金为307846元（21989元X20年X70%）；如果受害人是农村户口的，则残疾赔偿金为133826元（9559元X20年X70%）。受害人为三级伤残（赔偿系数为%80）的，如果受害人是城镇户口的，则残疾赔偿金为351824元（21989元X20年X80%）；如果受害人是农村户口的，则残疾赔偿金为152944元（9559元X20年X80%）。受害人为二级伤残（赔偿系数为%90）的，如果受害人是城镇户口的，则残疾赔偿金为395802元（21989元X20年X90%）；如果受害人是农村户口的，则残疾赔偿金为172062元（9559元X20年X90%）。受害人为一级伤

残（赔偿系数为%100）的，如果受害人是城镇户口的，则残疾赔偿金为439780元（21989元X20年X100%）；如果受害人是农村户口的，则残疾赔偿金为191180元（9559元X20年X100%）。 律师提示：伤残鉴定共分为十级，最轻的为十级伤残，最重的为一级伤残。伤残鉴定赔偿年限为20年，如果受害人年龄在60周岁以上的，每超过一岁，则减去一年；受害人年满75周岁的，则赔偿年限为5年。

六、损害赔偿项目的确定

根据《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（2003年12月4日最高人民法院审判委员会第1299次会议通过）的规定，因生命、健康、身体遭受侵害，赔偿权利人起诉请求赔偿义务人赔偿财产损失和精神损害的，人民法院应予受理。 受害人因道路交通事故致残支出的各项合理费用（包括但不限于医疗费、误工费、护理费、交通费、住宿费、住院伙食补助费、必要的营养费，残疾赔偿金、残疾辅助器具费、被扶养人生活费，以及因康复护理、继续治疗实际发生的必要的康复费、护理费、后续治疗费和精神损害抚慰金），赔偿义务人应当予以赔偿。

（一）医疗费

根据医疗机构出具的医药费、住院费等收款凭证，结合病历和诊断证明等相关证据确定。按照医院对当事人的交通事故创伤治疗所必须的费用计算，凭据支付。 医疗费包括挂号费、检查费、化验费、手术费、诊治费、住院费、药费医疗等医疗人身伤害的费用。赔偿义务人对治疗的必要性和合理性有异议的，应当承担相应的举证责任。 当事人选择的医院应当是依法成立的、具有相应治疗能力的医院、卫生院、急救站等医疗机构。当事人应当根据受损害的状况和治疗需要就近选择治疗医院。 医疗费赔偿数额，按照一审法庭辩论

终结前实际发生的数额确定。器官功能恢复训练所必要的康复费、适当的整容费以及其他后续治疗费，赔偿权利人可以待实际发生后另行起诉。但根据医疗证明或者鉴定结论确定必然发生的费用，可以与已经发生的医疗费一并予以赔偿。

律师提示：受害人在实际治疗过程中，会产生各种名目的医疗费用，受害人必须妥善保管各种费用清单，以免在调解或诉讼中举证不全，损害自己的合法权利。受害人在治疗过程中，未经医院同意，不得擅自转院或私自购药，以免产生不必要的麻烦和损失；如需转院治疗，必须持有医院的转院证明书。受害人因道路交通事故容貌毁损、需要做整容手术的，可以在诉讼时以医疗费的名义提起。很多受害人和代理人往往忽略了这一点，认为整容费属于后续治疗费或残疾赔偿金，致使受害人支出的合理的整容费得不到法院的支持和肯定。

（二）误工费根据受害人的误工时间和收入状况确定。误工时间根据受害人接受治疗的医疗机构出具的证明确定。受害人因伤致残持续误工的，误工时间可以计算至定残日前一天。受害人有固定收入的，误工费按照实际减少的收入计算。受害人无固定收入的，按照其最近三年的平均收入计算；受害人不能举证证明其最近三年的平均收入状况的，可以参照受诉法院所在地相同或者相近行业上一年度职工的平均工资计算。

律师提示：如果受害人定上残疾的，其误工费可以主张到定残之日前，而不是3个月或100天。但是，受害人或代理人要出具医院的病假条，如果受害人有固定工作的，需由所在单位出具受害人的月收入 and 因道路交通事故持续误工而实际扣发工资的证明（收入证明和误工证明）。如果受害人的实际月收入超过2000元（按最新的《个人所得税法》

规定)的,受害人应到当地税务机关办理完税凭证;如果受害人的实际月收入低于2000元的,受害人不用办理完税凭证。如果受害人没有固定工作,如个体户、自由职业者等,应提供个体工商户营业执照、税务登记证和相关的收入证明,否则,很难获得法院的支持。工资是指用人单位依据国家有关规定或劳动合同的约定,以货币形式直接支付给本单位劳动的劳动报酬。受害人的误工费包括但不限于工资、“三补”(如饭补、车补和话补)、奖金和津贴。根据劳动部《关于贯彻执行若干问题的意见》,工资一般包括计时工资、计件工资、奖金、津贴和补贴、延长工作时间的工资报酬以及特殊情况下支付的工资等六种形式。

(三)护理费根据护理人员的收入状况和护理人数、护理期限确定。护理人员有收入的,参照误工费的规定计算;护理人员没有收入或者雇佣护工的,参照当地护工从事同等级别护理的劳务报酬标准计算。护理人员原则上为一人,但医疗机构或者鉴定机构有明确意见的,可以参照确定护理人员人数。护理期限应计算至受害人恢复生活自理能力时止。受害人因残疾不能恢复生活自理能力的,可以根据其年龄、健康状况等因素确定合理的护理期限,但最长不超过二十年。受害人定残后的护理,应当根据其护理依赖程度并结合配制残疾辅助器具的情况确定护理级别。

律师提示:受害人住院期间支出的护理费容易主张,但是,受害人出院以后可否主张护理费?却要具体问题具体分析。受害人出院后,如果医院在出院诊断或出院记录上有明确的医嘱:需要专人护理X个月或需要护理X个月,受害人可以据此主张出院后的护理费;否则,受害人主张出院后的护理费则缺乏事实依据。个别受害人出院后,生活仍不

能自理的，可以做护理依赖程度鉴定，根据鉴定结论中需要护理的时间，主张出院后的护理费。值得注意的是，生活不能自理包括：不能进食、翻身、大小便、穿衣、洗漱和自我移动。

（四）交通费根据受害人及其必要的陪护人员因就医或者转院治疗实际发生的费用计算。交通费应当以正式票据为凭；有关凭据应当与就医地点、时间、人数、次数相符合。律师提示：交通费包括但不限于机票、火车票、地铁票、出租车发票和公交车充值卡发票等。

（五）住宿费是指交通事故伤残者到外地就医、配置残具、参加事故处理人员等所需的住宿费。其标准按照事故发生地国家机关一般工作人员的出差住宿标准计算，凭据支付。

- 1、伤者到外地就医就诊等待检查结果，需等待床位，伤者及陪护人员的住宿费应予赔偿。
- 2、伤者需要转院治疗，往返途中伤者及陪护人员的住宿费应予赔偿。
- 3、伤者及参加事故处理人员的住宿费应予赔偿。参加事故处理人员一般不超过三人。

律师提示：按照事故发生地国家机关一般工作人员的出差住宿标准计算，不同地方有不同的补助标准，住宿费凭据支付。

（六）住院伙食补助费可以参照当地国家机关一般工作人员的出差伙食补助费标准予以确定。受害人确有必要到外地治疗，因客观原因不能住院，受害人本人及其陪护人员实际发生的住宿费和伙食费，其合理部分应予赔偿。律师提示：北京地区国家机关一般工作人员的出差伙食补助费标准30元/天。

（七）营养费根据受害人伤残情况参照医疗机构的意见确定。律师提示：营养费法院一般不予支持，特殊群体的受害人如老幼病残孕，可以适当主张营养费，如果没有营养费发票的，北京地区一般是20元/天。如果不属于老幼病残孕群体的，受害人主张

营养费，需有医院出具的需要补充或加强营养的医嘱，否则法院不予支持。（八）残疾赔偿金根据受害人丧失劳动能力程度或者伤残等级，按照受诉法院所在地上一年度城镇居民人均可支配收入或者农村居民人均纯收入标准，自定残之日起按二十年计算。但六十周岁以上的，年龄每增加一岁减少一年；七十五周岁以上的，按五年计算。受害人因伤致残但实际收入没有减少，或者伤残等级较轻但造成职业妨害严重影响其劳动就业的，可以对残疾赔偿金作相应调整。律师提示：残疾赔偿金原则上是20年，如果受害人年龄在六十周岁以上的，年龄每增加一岁减少一年；七十五周岁以上的，按五年计算。伤残赔偿金是道路交通事故损害赔偿中的重要项目之一，因而备受受害人和代理人的重视。但是《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（2003年12月4日最高人民法院审判委员会第1299次会议通过）“人为的”将残疾赔偿金分为城镇户口和农村户口，致使同一国家的公民因“户籍”不同，导致残疾赔偿金和死亡赔偿金有着天壤之别。按一级伤残、赔偿20年计算，北京地区城镇居民和农村居民的伤残赔偿金有248600元的差距！深圳市的残疾赔偿金和死亡赔偿金的差距更大！！（九）残疾辅助器具费按照普通适用器具的合理费用标准计算。伤情有特殊需要的，可以参照辅助器具配制机构的意见确定相应的合理费用标准。辅助器具的更换周期和赔偿期限参照配制机构的意见确定。律师提示：受害人应当选择普通的残疾辅助器具，尽量使用国产的、中档价位残疾辅助器具为宜。如：轮椅、拐杖、假眼、假牙、假肢和助听器等。受害人如需整容，应到权威的有整容资质的医院做整容手术，受害人可以把

整容费作为医疗费进行主张。（十）被扶养人生活费根据扶养人丧失劳动能力程度，按照受诉法院所在地上一年度城镇居民人均消费性支出和农村居民人均年生活消费支出标准计算。被扶养人为未成年人的，计算至十八周岁；被扶养人无劳动能力又无其他生活来源的，计算二十年。但六十周岁以上的，年龄每增加一岁减少一年；七十五周岁以上的，按五年计算。被扶养人是指受害人依法应当承担扶养义务的未成年人或者丧失劳动能力又无其他生活来源的成年近亲属。被扶养人还有其他扶养人的，赔偿义务人只赔偿受害人依法应当负担的部分。被扶养人有数人的，年赔偿总额累计不超过上一年度城镇居民人均消费性支出额或者农村居民人均年生活消费支出额。律师提示：被抚养人一般是指抚养人的父母和未成年子女。承担被抚养人父母的生活费的前提是被抚养人年满60周岁，没有经济来源、丧失劳动能力。如果被抚养人父母虽然年龄不超过60周岁，但是属于残疾人或精神病患者，肇事人照样要承担20年的被抚养人生活费。被抚养人为未成年子女的，肇事人应当承担到被抚养人年满18周岁为止。（十一）受害人因康复护理、继续治疗实际发生的必要的康复费、护理费、后续治疗费。律师提示：受害人虽然已经出院，但是仍需康复、护理、继续治疗的，对方仍应承担受害人必要的、合理的康复费、护理费、后续治疗费。如受害人因道路交通事故引发的后遗症、并发症，受害人及其家属知道或者应当知道之日起起一年内，向肇事人另行起诉。（十二）伤残鉴定费是司法鉴定机构接受委托，根据受害人的伤残程度和活动受限状况进行综合评定后，出具鉴定结论、收取的鉴定费用，一般包括会诊费和鉴定费，目前，北京地

区伤残鉴定费一般是1000元。 律师提示： 虽然《民事诉讼法》、《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》中没有明确规定鉴定费的承担方式，但是在审判实践中，伤残鉴定费最终由败诉方承担。（十三）精神损害抚慰金根据《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》（已于2001年2月26日由最高人民法院审判委员会第1161次会议通过，自2001年3月10日起施行）的规定主张。 道路交通事故受害人主张精神损害抚慰金，应当根据以下因素确定：（1）侵权人的过错程度，法律另有规定的除外；（2）侵害的手段、场合、行为方式等具体情节；（3）侵权行为所造成的后果；（4）侵权人的获利情况；（5）侵权人承担责任的经济能力；（6）受诉法院所在地平均生活水平。 律师提示： 精神损害抚慰金是一个抽象的法律术语，操作的难度很大，不同地区、不同人群、不同职业、不同原因引起的道路交通事故精神损害抚慰金会有所区别。 在北京地区，同样没有最低的赔偿标准和最高的赔偿限额，法官根据实际情况予以酌情判定，精神损害抚慰金一般掌握在5000元以上，100000元以下。（十四）其他财产损失，包括但不限于衣物损失、维修费用、车辆停运损失和车辆贬值损失等。 律师提示： 作为代理人，应当充分注意受害人的其他财产损失，并搜集相关证据，必要时做车辆贬值鉴定。 代理人应是个细心的人，尽可能的为受害人主张权利和利益；代理人也应是个胆大的人，不应拘于教条和法官的短见为受害人主张权利和利益。 合情、合理、合法的主张，既不是“狮子大张口”漫天要价，也不能掉以轻心，遗漏必要的、合理的赔偿项目。 七、交通事故认定

书法律效力的思考 交通管理部门出具的交通事故认定书，应当具备法律效力，属于《民事诉讼法》中规定的“鉴定结论”，属于证据的一种，具有较高的权威性、科学性和严肃性。律师提示：如果受害人有充分的理由和证据怀疑交通事故认定书的责任认定，有权利要求上一级交管部门或人民法院予以变更或者撤销。在实践中，交通管理部门的上一级主管机关，是指各地市级公安局公安交通管理局，很少对原交通事故认定书做出变更或撤销决定的。代理人要求法院依据职权对交通大队做出交通事故认定书予以变更或撤销的，法院一般不予支持。笔者在从事道路交通事故案件代理中，仅有天津市宝坻区人民法院和北京市朝阳区人民法院有类似的判决。请参阅笔者写的《谁来认定交通事故认定书？》一文。

八、“同命同价”问题的探讨 目前“同命不同价”现象在我国各地法院普遍存在，不过值得庆幸的是，我国某些省份已经适时修改了“同命不同价”的规定，让农村户口的受害人“享受”到了城镇户口的残疾赔偿金“待遇”，“终结”了“同命不同价”的不合理做法。2006年6月23日，河南省高级人民法院制定并向全省各地、各级法院下发了《关于加强涉及农民工权益案件审理工作、切实保护农民工合法权益的意见》。

《意见》第十五条明确规定：“在受害人为农民工的医疗损害、交通肇事及其他损害赔偿案件的审理中，凡在城镇有经常居住地，且其主要收入来源地为城镇的，有关损害赔偿费用根据当地城镇居民的相关标准计算。”河南省高级人民法院有关领导介绍，该法院以正式文件的形式提出农民工与城镇居民在获得伤害赔偿时“同命同价”，在中国尚属首次。笔者认为《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律

律若干问题的解释》第29条的规定违反了《宪法》赋予公民“在法律面前人人平等”的平等权利，是造成审判实践中“同命不同价”“罪魁祸首”。笔者认为，“同命不同价”是制造等级歧视，对生命价值的公然亵渎！是对农村户籍的受害人生命权和健康权的肆意践踏！是人为的造成城乡差距、城乡有别的恶法！生命对于每一个人来说，价值都是一样的，人的生命是无法用金钱衡量的。在同一个国家里，人的生命权、健康权是生而平等的，他们并无高低贵贱之分。公民享有的平等权也应体现在残疾赔偿和死亡赔偿上，法律不能因户籍之别剥夺农村户籍的受害人享受平等的权利。立法机关若不尽快修改这一不合适宜的司法解释，势必拉大城镇居民与农村居民的心理鸿沟，拉大城乡之间的差距。目前，在北京地区已经出现了“同命同价”的判决，即受害人有证据证明其离开户籍所在地一年以上，在北京居住，有固定的工作和稳定的收入，在向法院提起诉讼时，可以要求“享受”城镇居民的待遇。笔者认为，“同命同价”大势所趋、人心所向，随着我国法治进程的不断推进，立法机关会修改、完善“同命不同价”这一落伍的、不合适宜的规定。律师提示：在北京“同命同价”的判决还不是惯例，而是例外，同一法院不同法官就有可能做出相反的判决，造成了农村户籍的受害人心理的极大落差！作为代理人，在为农村户籍的受害人提起诉讼时，要搜集其在北京居住超过一年、有固定工作和稳定收入的证明。如单位出具的收入证明、派出所出具的暂住证明、工资卡、工资条、劳动合同、房屋租赁合同、个体工商户营业执照、税务登记证和完税凭证等证明材料。

九、举证责任倒置的特殊规定 所谓举证责任倒置，指基于法

律规定，将通常情形下本应由提出主张的一方当事人（一般是原告）就某种事由不负担举证责任，而由他方当事人（一般是被告）就某种事实存在或不存在承担举证责任，如果该方当事人不能就此举证证明，则推定原告的事实主张成立的一种举证责任分配制度。在一般证据规则中，“谁主张谁举证”是举证责任分配的一般原则，而举证责任的倒置则是这一原则的例外。所谓举证责任，学者定义不一，被认为是民事诉讼领域最容易引起歧义的术语之一。英美法学者把举证责任分为提供证据责任与说服责任；德、日等大陆法系学者将举证责任分为主观的举证责任（形式的举证责任）与客观的举证责任（实质的举证责任）。学者大都认为，英美法与大陆法的这种双重区分具有相似的意义。前者一般指当事人根据辩论主义原则的要求，在诉讼中提出主张后必须向法院提供证据的义务；后者亦称证明责任、确认责任，指当事人在提供证据以后，如果没有使法官对要件事实形成内心确信，就要承担的败诉的不利后果。民事诉讼法并没有对举证责任倒置问题进行规定，最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》（以下简称《意见》）第74条规定：“在诉讼中，当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。但在下列侵权诉讼中，对原告提出的侵权事实，被告否认的，由被告负责举证：（1）因产品制造方法发明专利引起的专利侵权诉讼；（2）高度危险作业致人损害的侵权诉讼；（3）因环境污染引起的损害赔偿诉讼；（4）建筑物或者其他设施以及建筑物上的搁置物、悬挂物发生倒塌、脱落、坠落致人损害的侵权诉讼；（5）饲养动物致人损害的侵权诉讼；（6）有关法律规定由被告承担举

证责任的。” 《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（2001年12月6日由最高人民法院审判委员会第1201次会议通过）第四条规定：“下列侵权诉讼,按照以下规定承担举证责任：（一）因新产品制造方法发明专利引起的专利侵权诉讼，由制造同样产品的单位或者个人对其产品制造方法不同于专利方法承担举证责任；（二）高度危险作业致人损害的侵权诉讼，由加害人就受害人故意造成损害的事实承担举证责任；（三）因环境污染引起的损害赔偿诉讼，由加害人就法律规定的免责事由及其行为与损害结果之间不存在因果关系承担举证责任；（四）建筑物或者其他设施以及建筑物上的搁置物、悬挂物发生倒塌、脱落、坠落致人损害的侵权诉讼，由所有人或者管理人对其无过错承担举证责任；（五）饲养动物致人损害的侵权诉讼，由动物饲养人或者管理人就受害人有过错或者第三人有过错承担举证责任；（六）因缺陷产品致人损害的侵权诉讼，由产品的生产者就法律规定的免责事由承担举证责任；（七）因共同危险行为致人损害的侵权诉讼，由实施危险行为的人就其行为与损害结果之间不存在因果关系承担举证责任；（八）因医疗行为引起的侵权诉讼，由医疗机构就医疗行为与损害结果之间不存在因果关系及不存在医疗过错承担举证责任。有关法律对侵权诉讼的举证责任有特殊规定的，从其规定。” 律师提示：道路交通事故诉讼原则上适用“谁主张谁举证”的原则，但在个别情况下，也可以适用“举证责任倒置”原则。如受害人行驶或通过一个没有任何警示标志的路口，被路口的石子堆绊倒，摔成残疾，在这种情况下，就适用这一举证原则（请参阅笔者写的《镇政府要为“马路杀手”买单》一文

）。如受害人在高速路上被疾驶而过的机动车撞成残疾，机动车驾驶员除非有证据证明受害人是故意行为或存在重大过错，否则承担举证不能的损害赔偿责任。关于道路交通事故“举证责任倒置”问题，是近年来立法界、律师界和司法审判界争议较大的一个法律难点、热点，笔者希望更多的法律人探讨、完善这一话题。

十、没有收入的受害人可否主张误工费？误工费根据受害人的误工时间和收入状况确定，误工时间根据受害人接受治疗的医疗机构出具的证明确定。受害人因伤致残持续误工的，误工时间可以计算至定残日前一天。律师提示：误工费是针对有收入的人支付的费用，那么对于没有收入的人可否主张误工费？立法界、律师界和法院多持否定的态度。笔者认为，即使受害人没有收入，可以主张适时的误工费，因为误工损失是弥补受害人因为遭受道路交通事故而减少的收入，并一定有固定工作的人才会有误工收入。对于没有收入的受害人，如：没有固定工作的农村居民、流浪乞讨人员和在校学生，因为道路交通事故致残的，笔者认为，其误工费可以参照当地城市居民最低生活保障标准（2007年北京市为330元/月）或职工最低工资标准（2007年北京市为730元/月），由致害人承担。

十一、有经济来源的被抚养人可否主张被抚养人生活费？针对有经济来源的被抚养人（一般是个体工商户、技术工人和离退休人员），他们可否主张被抚养人的生活费？立法界、律师界和法院多持否定的态度。律师提示：受害人因道路交通事故致残的，本身丧失了一定程度的劳动能力，其对被抚养人承担抚养义务是早晚的事情。如果其主张被抚养人生活费得不到法律的认可和法官的支持，那么若干年后，被抚养人没有了经济来源，抚

养人又丧失了劳动能力，可否再次主张被抚养人生活费？该向谁主张抚养费？如果肇事人逃之夭夭或无力承担被抚养人生活费，被抚养人错失的权利谁来“埋单”？谁愿“埋单”？笔者认为，为了切实保护被抚养人的合法权益，法律不仅要为现在考虑，更要为被抚养人以后的生计考虑，法院应当支持被抚养人必要的、合理的生活费，不能通过判决直接剥夺了将被抚养人的生活费。

十二、道路交通事故和交通肇事罪的异同

《刑法》第一百三十三条规定：“违反交通运输管理法规，因而发生重大事故，致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役；交通运输肇事后逃逸或者有其他特别恶劣情节的，处三年以上七年以上有期徒刑；因逃逸致人死亡的，处七年以上有期徒刑。”

《最高人民法院关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》规定：“交通肇事具有下列情形之一的，处三年以下有期徒刑或者拘役：（一）死亡一人或者重伤三人以上，负事故全部或者主要责任的；（二）死亡三人以上，负事故同等责任的；（三）造成公共财产或者他人财产直接损失，负事故全部或者主要责任，无能力赔偿数额在三十万元以上的。交通肇事致一人以上重伤，负事故全部或者主要责任，并具有下列情形之一的，以交通肇事罪定罪处罚：（一）酒后、吸食毒品后驾驶机动车辆；（二）无驾驶资格驾驶机动车辆的（三）明知是安全装置不全或者安全机件失灵的机动车辆而驾驶的；（四）明知是无牌证或者已报废的机动车辆而驾驶的；（五）严重超载驾驶的；（六）为逃避法律追究逃离事故现场的。”

律师提示：随着道路交通事故的增多，交通大队忙于勘验事故现场、确定事故责任或扣车

、扣分、吊销驾驶证，而忽略了机动车驾驶员的交通肇事罪。某些机动车驾驶员凭借其雄厚的“商业险”和“三者险”有恃无恐，不注意道路交通安全，不采取必要的、合理的安全措施（如减速、鸣笛、避让等），开“霸王车”、“斗气车”，致使近年来道路交通事故发生率逐年递增，这一方面与交通大队追究机动车驾驶员的交通肇事罪的法律意识淡薄有关外，另一方面还与他们重视民事赔偿、轻视刑事处罚有关。笔者认为，对于可能构成交通肇事罪的被告人，不仅要追究其民事责任，还应追究其刑事责任，不能让肇事人“一撞了之”，也不能由保险公司“一赔了之”。

十三、道路交通事故引发的并发症、后遗症问题

法律支持的是道路交通事故的实际发生额，而对于因道路交通事故引发的并发症、后遗症没有明确的“说法”。笔者认为，最高法院应当对其制定的人身损害赔偿领域的司法解释予以必要的修改和完善，不能“头疼医头，脚疼医脚”。

律师提示：受害人在发生道路交通事故后，应当积极配合治疗，不得擅自放弃治疗或违反医嘱规定。对于以后发生的身体上的不适，应当尽快到医院接受治疗，如果病情恶化或可能引发并发症或后遗症，应及时诊断、及时治疗、及时鉴定、及时诉讼，免得因证据不足或麻痹大意造成不必要的损失。

十四、交通事故和工伤事故赔偿可否兼得？

道路交通事故人身损害赔偿与工伤事故人身损害赔偿可否兼得（简称交通事故和工伤事故赔偿）？立法界、律师界和司法审判界的争议由来已久，见仁见智。认为不可兼得的一方，依据原劳动部《企业职工工伤保险试行办法》第28条的规定：“由于交通事故引起的工伤，交通事故赔偿已给付了医疗费、丧葬费、护理费、残疾用具费、

误工工资的，企业或者工伤保险经办机构不再支付相应待遇；已给付死亡补偿费或者残疾生活补助费的，工伤保险的一次性工亡补助金或者一次性伤残补偿金不再支付（但死亡补偿费或者残疾生活补助费低于工伤保险的一次性工亡补助金或者一次性伤残补偿金的，由企业或者工伤保险经办机构补足差额部分）。认为可以兼得的一方，依据的是2004年1月1日起施行的《工伤保险条例》，该条例对交通事故与工伤事故赔偿可否兼得没做相应规定，可以视为可以兼得。2003年12月26日公布、2004年5月1日起施行的《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第12条规定：“劳动者因工伤事故受到人身损害，按《工伤保险条例》处理；因用人单位以外的第三人侵权造成劳动者人身损害的，劳动者可请求第三人承担赔偿责任。”律师提示：《工伤保险条例》第十四条第（六）项规定：“职工‘在上下班途中，受到机动车事故伤害的’，应当认定为工伤”：《工伤保险条例》自2004年1月1日施行，于1996年实施的《企业职工工伤保险试行办法》同时废止。笔者认为，交通事故损害赔偿关系与工伤保险关系是两个不同的法律关系，因此受害人有权适用不同的法律、法规主张自己的权利。受害人有权依据《道路交通安全法》和《道路交通事故处理办法》的规定获得交通事故赔偿；《工伤保险条例》对“取得了交通事故赔偿，就不再支付相应工伤待遇”因没有明确规定，受害人可以通过申请工伤认定和劳动能力鉴定，享受《工伤保险条例》规定的工伤保险待遇。由于各地法院和劳动部门认识不一，造成了适用法律、法规上的偏差。作为代理人，应当充分的阐明事实、理由和法律依据，最大限度的维护

受害人的合法权益，不能轻易放弃受害人的工伤保险待遇。

十五、交通事故责任认定和赔偿比例是否划等号？交通大队做出交通事故认定书，认定的机动车驾驶员、非机动车驾驶员和行人之间应当承担的道路交通事故责任（如无责任、部分责任、同等责任、大部分责任和全部责任）。道路交通事故当事人据此予以调解或诉讼，那么交通事故责任认定和赔偿比例是否划等号？立法界、律师界和司法审判界人士从尊重交通事故认定书的科学性、公正性和权威性的角度考虑，大多认为应当划等号，但是，笔者认为，不能一概而论，要具体问题具体分析。在《机动车交通事故责任强制保险条例》生效前，如果机动车一方无责任，根据《道路交通安全法》的规定，由机动车一方从人道主义出发承担20%的赔偿责任，最后由机动车承保的保险公司买单（即“有责赔付”）。但是，在《机动车交通事故责任强制保险条例》生效后，即使机动车一方无责任，受害人一方的损失在机动车参加的机动车强制三者险（有5万、10万、30万和50万的）范围内，由保险公司理赔（即“无责赔付”），请参阅笔者写的《“无责赔付”何以对抗“有责赔付”？》一文。交通事故认定书作为当事人调解或诉讼的重要证据之一，交通大队在主持调解时根据认定双方的责任大小，要求有责任方承担无责任方（或大部分责任方承担部分责任方）的损失。当事人不愿调解或调解不成，有权利到有管辖权的法院提起诉讼。原则上，法院首先在机动车强制三者险内判决作为第三人的保险公司承担相应赔偿责任，超出三者险部分的部分，法官依据交通事故认定书划分的责任，由责任方根据责任大小（如30%、50%或70%）判决承担无责任方（或部分责任方或同等责

任方)的损失。 律师提示：那么，交通事故责任认定和赔偿比例是否划等号？笔者认为，法院应当依据但不能绝对依据交通事故认定书认定的责任比例判决责任方承担同等比例的赔偿，应不同案例区别对待，不能搞“一刀切”。如果交通事故认定书认定的责任比例确实不合理、不公正，法院有权利在维持原交通事故认定书的前提下，根据自由裁量权，适当判决责任方在原有责任基础上增加承担赔偿责任的比例（如认定部分责任的，可以判决承担50%的责任；认定同等责任的，可以判决承担70%的责任），这样判决，既是充分行使自由裁量权、“否定”原交通事故认定书，又是对受害人的生命权、健康权的一种法律关怀和被抚养人生活费的一种制度保障。

十六、应该牢记的五组统计数据 笔者认为，代理道路交通事故必须牢记五个数字，即：（一）上一年度职工平均工资（2006年北京市为36097元/年，截至2008年3月20日，2007年北京市城镇职工年平均工资统计数据尚未公布）；（二）上一年度城镇居民人均生活消费支出（2007年北京市为15330元/年）；（三）上一年度农村居民人均生活消费支出（2007年北京市为6828元/年）；（四）上一年度城镇居民人均可支配收入（2007年北京市为21989元/年）；（五）上一年度农村居民人均纯收入（2007年北京市为9559元/年）。（一家之言，仅供参考；未经许可，不得转载。）（作者：刘辉，北京市法立律师事务所副主任，北京市律师协会刑法专业委员会委员）

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com