湖北省宜昌市中级人民法院

民 事 判 决 书

（2021）鄂05民终2812号

上诉人（原审被告）：宜都市第一人民医院，住所地湖北省宜都市陆城东正街52号，统一社会信用代码12420581420364791Q。

法定代表人：陈军，该院院长。

委托诉讼代理人：胡宵阳，湖北今天（宜昌）律师事务所律师。

被上诉人（原审原告）：向从发，男，1937年2月12日出生，汉族，住湖北省长阳土家族自治县。

委托诉讼代理人：向贤文,湖北博真律师事务所律师。

委托诉讼代理人：杨宇黎，湖北博真律师事务所律师。

原审被告：宜昌市中心人民医院，住所地湖北省宜昌市夷陵大道183号，统一社会信用代码12420500420179764B。

法定代表人：杨简，该院院长。

委托诉讼代理人：周兴权，男，该医院职工。

原审被告：宜昌市第三人民医院，住所地湖北省宜昌市港窑路23号，统一社会信用代码12420500420177734R。

法定代表人：邱绍勤，该院院长。

委托诉讼代理人：卢永君，湖北西陵律师事务所律师。

上诉人宜都市第一人民医院（以下简称宜都一医院）与被上诉人向从发、原审被告宜昌市中心人民医院、宜昌市第三人民医院医疗损害责任纠纷一案，不服湖北省宜都市人民法院（2020）鄂0581民初1226号民事判决，向本院提起上诉，本院于2021年10月14日立案后，依法组成合议庭对本案进行了审理。本案现已审理终结。

宜都一医院上诉请求：1.撤销一审判决第一项，改判其赔偿向从发各项经济损失104981.71元（不服金额180867.11元）；2.本案二审诉讼费由向从发承担。事实与理由：一、一审按40%的参与度认定宜都一医院应当承担的责任比例不当，应在21%至30%的范围内确定责任比例。一审参考鉴定意见和向从发的受害程度，确定宜都一医院承担40%的责任，属于事实认定不清和法律适用错误。一审中，宜都一医院对于武汉大学中南医院法医司法鉴定所出具的其在诊疗过程中存在过错，与向从发的损害结果之间存在次要因素的鉴定意见不持异议。责任比例承担，不应以受害程度作为参考因素，不能说患者的伤残程度越高，医院的过错参与度就越高，两者之间并无必然联系。依照《最高人民法院关于审理医疗损害责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》（法释（2020〕17号）第十六条之规定，本案对医疗机构或者其医务人员的过错大小程度，应综合考虑患者病情的紧急程度、患者个体差异、当地的医疗水平、医疗机构与医务人员资质等因素时向从发在手术治疗出院后在家中出现摔倒、臀部着地的情形，相关事实在宜都一医院的病例中有清晰的记载；患者的病情恶化与其在出院后未遵照医嘱静养、患者家属对其护理不当有关联，其自身存在较大过错。根据司法实践和本案情况，次要责任一般应按30%的比例承担责任，一审认定宜都一医院按参与度40%承担责任并无法律和事实的依据。二、鄂武大中南医院鉴[2021]临鉴字第0280号司法鉴定意见书不应作为宜都一医院赔偿的依据。应采用宜昌仁和司法鉴定所出具的宜仁和司鉴所（2020)临鉴字第11号鉴定意见。武大中南医院法医司法鉴定所出具的鉴定意见，不能视为当事人共同委托出具的鉴定意见。武大中南医院法医司法鉴定所出具的意见书在描述鉴定基本情况时作假，写的在场人员“医患双方等”，武大中南医院法医司法鉴定所以及一审法院均未通知宜都一医院派人到场参与鉴定。宜都一医院失去了对鉴定过程进行见证和发表意见的权利，该鉴定严重丧失公正性。同时，对于宜昌仁和司法鉴定所出具的鉴定意见，宜都一医院并未提出异议，且该证据是向从发自行委托并作为证据提交给一审法院的。当事人自行委托鉴定人作出的鉴定意见，其他当事人认可的，可予采信，故应当根据宜昌仁和司法鉴定确定的鉴定意见来认定向从发的损失。三、一审核定的部分赔偿项目标准过高，缺乏事实依据，不符合法定标准。1.护理用品费。一审按50元/天的标准按定残前计算720天，定残后计算5年不当。向从发在一审中并未提供任何购买护理用品的凭证或者票据，一审法院认定50元/天计算护理用品费用无任何根据。向从发能够举证而不举证的，应当承担相应举证不能的后果。法院对护理用品费进行估算，应以证据为前提，故一审认定的127250元护理用品费缺乏事实与法法律依据，不应得到支持。2.后期治疗费应自实际发生后另行主张，向从发的医疗费用均能通过医保报销，按鉴定意见提前支付治疗费用，会造成重复赔偿医疗费用的情况。宜都一医院仅需承担向从发自费医疗费用部分，而鉴定意见的后期治疗费用并未考虑医保报销的情况。3.护理费。一审一次性认定后期五年的护理时间过长，根据向从发的年龄和身体状况，结合我国居民的平均年龄，认定两年的后期护理时间较为合理；若超出该时间，需要另行护理的，可以另行起诉。

向从发辩称，一、宜都一医院关于责任比例的上诉意见不能成立。1.鉴定意见是民诉法规定的证据种类，具有相当高的证明力。本案中，武汉大学中南医院司法鉴定所系双方当事人在一审法院主持下共同选定的鉴定机构，接受人民法院的委托进行司法鉴定，其鉴定程序合法，内容客观，依据充分，结论可信度高，宜都一医院没有任何证据足以推翻该鉴定意见的效力。一审将该鉴定意见作为定案依据，完全正确。该鉴定意见书记载，鉴定机构于2020年12月10日组织召开了由医患双方及有关专家参加的意见陈述会，听取了当事人双方的陈述，鉴定人及专家就诊疗过程中的相关问题分别进行了询问。2021年3月14曰，鉴定机构出具了武大中南医院鉴[2021]临鉴字第0193号鉴定意见载明：宜都一医院存在诊断不充分的医疗过错，但同时考虑到被鉴定人高龄及自身疾病的因素及医疗行为本身存在的风险性，综合分析并依据相关司法鉴定规定，建议其医疗过错参与度为21-40%。并无宜都一医院所称“没有考虑患者个体差异”等情况。宜都一医院认为向从发病情恶化系家属护理不当，家中摔倒、臀部着地所致，该抗辩理由在一审就已提出，但其未提交任何证据。2.一审参考上述鉴定意见，在过错参与度为21-40%的范围内判令宜都一医院承担40%的赔偿责任，符合法律规定，不存在有失公允的情形。二、宜都一医院否认共同委托，以不知情为由企图否定鄂武大中南医院鉴[2021]临鉴字第0290号司法鉴定意见书的效力，违背了诚信原则，与事实不符。1.向从发在诉前曾自行委托宜昌仁和司法鉴定所进行司法鉴定，但宜都一医院不认可该鉴定意见。向从发申请法院对宜都一医院在诊疗过程中的过错参与度进行鉴定同时对伤残等级、护理期、护理依赖等级进行鉴定。一审法院组织双方共同抽签选定了司法鉴定机构，并就鉴定资料进行了质证。武汉大学中南医院法医司法鉴定所举行了听证会。现宜都一医院否认共同委托,称不知情，违背诚信的基本原则。2.现行有效的关于鉴定程序的法律，并未规定鉴定人对鉴定对象就伤残等级、护理依赖等级等进行鉴定时必须所有当事人到场。因此，是否在鉴定现场，不是鉴定的前提条件，更不是鉴定意见的生效要件。宜都一医院称“司法鉴定所出具的意见书在描述鉴定基本情况时作假，写的在场人员为医患双方等”，实际上是宜都一医院不在场。造成这一瑕疵可能系笔误所致，但不影响鉴定意见的法律效力。本案的鉴定对象是向从发，而不是宜都一医院。即使其对鉴定过程及鉴定结论有异议，可以申请鉴定人出庭接受质询，但其未提出申请，系其放弃了自己的质证权利，应承担相应的后果。三、宜都一医院质疑一审核定部分赔偿项目标准过高，缺乏事实依据，这一主张不能成立。1.关于护理用品费。向从发从2019年3月2日做完手术回家后便一直卧病在床，已经完全丧失了生活自理能力。在未配制残疾辅助器具的情况下，纸尿裤、护垫等护理用品已成生活必需品。一审庭审质证时,其向法庭提交了购买部分护理用品的小票复印件，电子发票原件因开庭时购买护理用品的手机未带进法庭故未质证。一审酌定按50元/天支持，虽与实际开销相差甚远，但相对合理。2.关于后期治疗费和护理费。该项目有司法鉴定结论予以支持。向从发因残疾生活不能自理，平日除雇请的一名护理人员外，其子女也是轮流陪护。一审根据鉴定意见确定5年的护理期限合理。若按两年安排护理，势必增加诉累，浪费司法资源，更对卧病在床的受害人不公平，亦违反一事不再理是民事诉讼的基本原则。综上，一审认定事实清楚，适用法律正确，判决结果公正，应当予以维持。

宜昌市中心人民医院辩称，请求依法判决。

宜昌市第三人民医院辩称，一审法院对宜昌市第三人民医院的判决认定事实清楚，适用法律正确，请求二审法院予以维持。

向从发向一审法院起诉请求：请求赔偿残疾金、护理等费用150000.00元，一审庭审时变更为452922.46元，宜都一医院、宜昌市中心人民医院、宜昌市第三人民医院按其过错程度承担责任，并承担一审诉讼费。

一审法院认定事实：向从发因腰部疼痛，到宜都一医院检查，并于2019年2月25日入住该院，入院诊断：1.腰3陈旧性骨折并椎管狭窄；2.腰5椎体I°滑脱；3.腰2/3、腰3/4、腰4/5椎间盘突出；4.心律失常，偶发室性早搏；5.慢性支气管炎、肺气肿。该医院于2019年2月28日对向从发在局麻下行腰3骨折椎体后凸成开形术（PKP）手术治疗，住院5天出院。出院后的第二天疼痛不止又入住宜都一医院，住院12天。此后向从发分别至宜昌市中心人民医院、宜昌市第三人民医院住院治疗。治疗后，向从发瘫痪在床。后经宜昌仁和司法鉴定所鉴定，残疾程度为六级；大部分护理依赖。在一审中，经向从发申请，一审法院组织双方共同委托武汉大学中南医院法医司法鉴定所进行了司法鉴定。武汉大学中南医院法医司法鉴定所出具的鄂武大中南医院鉴[2021]临鉴字第0193号鉴定意见为：宜都一医院以对被鉴定人向从发的诊断过程中存在过错，与被鉴定人向从发的损害后果之间存在一定因果关系（次要因素），建议过错参与度21%－40%，（供委托单位参考）。宜昌市中心人民医院、宜昌市第三人民医院在对向从发的诊断过程中未见明显过错。武汉大学中南医院法医司法鉴定所出具的鄂武大中南医院鉴[2021]临鉴字第0280号鉴定意见为：被鉴定人向从发所受伤，评定其伤残程度为二级；建议给予后期治疗费1200元/月（暂定两年）或据实赔付；自受伤之日起，评定误工期为720日，营养期360日，完全护理依赖（终生护理，具体护理时间由委托单位根据相关规定自行裁定）。

一审法院认为,本案的争议焦点为：1.向从发的损失如何确定；2.由谁承担侵权责任及承担的比例。1.关于向从发损失的确定。根据向从发提交的赔偿明细，一审法院分项认定如下：1.医疗费，2019年2月25日至3月2日宜都市第一人民院住院治疗自费6050.27元，2019年3月5日至3月15日宜都市第一人民院住院治疗自费3319.53元，2019年3月15日至4月10日在宜昌市中心人民医院治疗自费9129.61元，2019年4月10至5月20日在宜昌市第三人民医院住院治疗自费7823.50元，2019年5月20日至6月2日在宜都市第一人民院住院治疗自费5067.07元，2021年5月3日至5月9日在宜都市王家畈中心卫生院住院治疗自费1507.79元，上述费用有相应的住院记录、用药清单等为证，本院予以确认。在清江大药房购买药物的费用2083元、2980元以及在宜都市王家畈镇卫生院门诊费用1006.75元没有病历、医嘱、用药清单等佐证，不能证明该部分费用用于本案侵权损害后治疗，一审法院不予支持，故医疗费总额为6050.27+3319.53+9129.61+7823.50+5067.07+1507.79＝32897.77元；2.后续治疗费，采纳鄂武大中南医院鉴[2021]临鉴字第0280号鉴定意见，按1200元/月，暂定两年，即1200元×24＝28800元；3.住院伙食补助费5100元，双方均无异议，一审法院予以采纳；4.营养费，采纳鄂武大中南医院鉴[2021]临鉴字第0280号鉴定意见，营养天数为360日，根据本地实际，营养标准为30元/天，即30×360＝10800元；5.护理费，对于护理费的标准，向从发未提供护理协议、从业人员资质等证据佐证，一审法院按湖北省2019年居民服务业在岗职工平均工资标准计算，即42677元/年，根据2021年5月10的鄂武大中南医院鉴[2021]临鉴字第0280号鉴定意见，完全护理依赖，终生护理，对向从发主张前期720天，后期5年（5×365＝1825）护理时间一审法院予以采纳，即护理费为42677/365×（720+1825）＝297569.77元；6.交通住宿费，向从发虽然没有完整的票据，但向从发为治疗多次往返于医疗机构，同时还承担鉴定机构人员的交通食宿费用，一审法院酌定支持5000元；7.护理用品费，向从发虽未提供相应的票据、相关机构的鉴定等证据，但向从发受侵害后卧病在床，生活不能自理，必要的护理用品是不可少的，向从发主张按每天支出费用按纸尿裤8.1元×6个+护垫6.9元×6个+卫生纸2.8元×1个+湿巾2.8元×1包＝95.60元标准来计算，一审法院认为该标准过高，酌定按50元/天的标准较为合理，护理用品费支出时间按护理期限来计算，即定残前计算720天，定残后计算5年，故护理用品费计算为50元/天×（720天+5年×365天/年）＝127250元；8.残疾赔偿金，根据向从发的年龄和鄂武大中南医院鉴[2021]临鉴字第0280号二级伤残的鉴定意见，一审法院支持按5年计算，每年按湖北省2019年城镇居民人均可支配收入37601元/年的标准计算，伤残系数为90%，计算为37601元/年×5年×90%＝169204.50元；9.司法鉴定费18000元，为武汉大学中南医院司法鉴定所两次鉴定的费用，有票据和鉴定报告为证，一审法院予以支持；10.精神损害抚慰金，综合考虑侵权人的过错程度、侵权造成的后果等因素，一审法院酌定为20000元。以上费用合计714622.04元。2.关于由谁承担侵权责任及承担的比例。《中华人民共和国侵权责任法》第五十四条规定，患者在诊疗活动中受到损害，医疗机构及其医务人员有过错的，由医疗机构承担赔偿责任。根据武汉大学中南医院司法鉴定所出具的鄂武大中南医院鉴[2021]临鉴字第0193号鉴定意见：宜都一医院在向从发的诊断过程中存在过错，与向从发的损害后果之间存在一定因果关系，建议过错参与度21%－40%。宜昌市中心人民医院、宜昌市第三人民医院在对向从发的诊断过程中未见明显过错。因此应由宜都市第一人民医院承担侵权责任，宜昌市中心人民医院、宜昌市第三人民医院不承担责任。参考鉴定意见和向从发向从发的受害程度，一审法院确定宜都一医院承担40%的责任，即宜都一医院应赔偿向从发714622.04元×40%＝285848.82元。综上所述，依照《中华人民共和国侵权责任法》第六条、第十五条、第十六条、第二十二条、第五十四条，《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》第十七条、第十八条、第十九条、第二十一条、第二十二条、第二十三条、第二十四条、第二十五条，《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第一条、第十条，《最高人民法院关于适用时间效力的若干规定》第一条第二款、《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款的规定，判决：一、宜都一医院于判决生效之日起十日内赔偿向从发各项损失285848.82元；二、驳回向从发的其他诉讼请求。如果未按判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。一审案件受理费4047元（向从发已预缴），由向从发负担1493元，由宜都一医院负担2554元。

二审期间，当事人围绕上诉请求提交了证据。本院依法组织当事人进行了证据交换和质证。一审认定的事实属实，本院予以确认。

本院认为，一、关于赔偿责任比例问题。《中华人民共和国侵权责任法》第五十四条规定，患者在诊疗活动中受到损害，医疗机构或者其医务人员有过错的，由医疗机构承担赔偿责任。第五十七条规定，医务人员在诊疗活动中未尽到与当时的医疗水平相应的诊疗义务，造成患者损害的，医疗机构应当承担赔偿责任。即判断医疗机构是否承担赔偿责任的标准为医疗机构或者其医务人员在诊疗活动中是否存在过错，适用过错责任原则。一审中，根据双方当事人共同选定的武汉大学中南医院法医司法鉴定所重新鉴定的司法鉴定意见，宜都一医院存在诊断不充分的医疗过错，同时考虑到被鉴定人高龄及自身疾病的因素及医疗行为本身存在的风险性，综合分析并依据司法鉴定相关规定，建议其医疗过错参与度为21-40%。宜都一医院对此不持异议。但宜都一医院认为确定其过错大小，应当综合考虑患者病情的紧急程度、患者个体差异、当地的医疗水平、医疗机构与医务人员资质等因素，且向从发出院后在家中摔倒，未遵医嘱静养、患者家属对其护理不当，其自身存在较大过错。据查，本案中，虽然向从发的个人体质状况等因素对损害后果的发生具有一定的影响，但这不是侵权责任法等法律规定的过错，向从发不应因个人体质状况等因素对医疗损害事故导致的伤残存在一定的影响而自负相应的责任。且武汉大学中南医院法医司法鉴定所重新鉴定的司法鉴定己综合考虑了个人体质状况等因素的影响，而宜都一医院亦未提供证据证实向从发出院后在家中摔倒，护理不当，其自身存在较大过错。故一审法院参考武汉大学中南医院法医司法鉴定所鉴定意见，结合本案的具体情况和本地司法实践，整体考量，酌定宜都一医院承担40%责任，向从发自身承担60%责任，符合本案事实和法律规定，并无不当。

二、关于对鉴定机构鉴定意见的采信问题。一审查明，向从发因医疗事故遭受损害，其向法院提起诉讼，要求侵权人承担赔偿责任，为了明确其具体诉讼请求和损失范围和损失大小，以及提交相应的事实依据和法律依据。故向从发在诉讼前单方委托宜昌仁和司法鉴定所对其伤残进行鉴定。一审中，向从发向一审法院申请重新鉴定。双方共同选定武汉大学中南医院法医司法鉴定所进行鉴定，并就鉴定资料进行了质证。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第四十条第四款规定，重新鉴定的，原鉴定意见不得作为认定案件事实的依据。且宜都一医院对采信武汉大学中南医院法医司法鉴定所的鉴定意见持有异议，但其并未提供“足以反驳”的证据来证明其异议成立。故一审法院采信武汉大学中南医院法医司法鉴定所的鉴定意见，于法有据，并无不妥。

三、关于向从发护理用品费用、后期治疗费、护理费的认定问题。1.关于护理用品费。向从发出院后一直卧病在床，已经完全丧失了生活自理能力。护理用品是其治疗所必要的和合理的必需用品。一审中,向从发提交了购买部分护理用品的小票复印件。宜都一医院对向从发治疗所需护理用品的必要性和合理性持有异议，但其并未提供足够的证据来证明。故一审酌定按50元/天支持，符合本案客观实际，并无不当。2.关于后期治疗费和护理费。法律和司法解释对于医疗费（含后期治疗费）是按照一审法庭辩论终结前实际发生的数额确定，并未规定或要求需由受害人自己实际支出。医保报销医疗费用是基于社会保险合同而在患者与社保机构了之间产生的合同关系，侵权责任关系是基于侵权行为在侵权人与受害人之间产生的法定之债。医保与侵权责任属两种不同的法律关系，其产生的原因及其适用的法律均不相同，虽然两者针对的标的物可能重合，但其本质不同。本案中，虽然受害人己通过医保支付了部分医疗费，但在计算医疗费损失时，不应扣除医保报销费用，依法应由侵权人宜都一医院全额赔偿。一审根据《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》[法释（2003）20号]第十七条、第十九条、第二十一条之规定，参考武汉大学中南医院法医司法鉴定所司法鉴定意见,结合本案具体案情和向从发的伤情，认定其后期治疗费、护理费，符合本案事实和法律规定，并无不当。

综上所述，宜都一医院的上诉请求不能成立，应予驳回。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第一项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费3917.34元，由宜都市第一人民医院负担。

本判决为终审判决。

审判长　　谷晓峰

审判员　　张原鹏

审判员　　聂丽华

二〇二一年十一月二十二日

书记员　　刘华丽