安徽省合肥市中级人民法院

民 事 判 决 书

(2020)皖01民终273号

上诉人（原审原告）：张亚菲，女，1991年7月28日出生，汉族，住安徽省合肥市蜀山区。

委托诉讼代理人：张敏，北京中银（合肥）律师事务所律师。

上诉人（原审原告）：谢煜，男，1990年10月4日出生，汉族，住安徽省合肥市蜀山区。

委托诉讼代理人：张敏，北京中银（合肥）律师事务所律师。

上诉人（原审被告）：安徽医科大学第一附属医院，住所地合肥市蜀山区绩溪路218号，统一社会信用代码12340000485005650M。

法定代表人：梁朝朝，院长。

委托诉讼代理人：尹文明，安徽承义律师事务所律师。

委托诉讼代理人：何茜，安徽承义律师事务所实习律师。

上诉人张亚菲、谢煜与上诉人安徽医科大学第一附属医院（以下简称安医附院）医疗损害责任纠纷一案，因不服安徽省合肥市蜀山区人民法院（2018）皖0104民初5672号民事判决，向本院提起上诉。本院于2020年1月3日立案后，依法组成合议庭进行了审理。本案现已审理终结。

张亚菲、谢煜上诉请求：撤销一审判决第一、二项，改判安医附院赔偿各项损失共计114316.3元，并由安医附院承担本案一、二审诉讼费用及鉴定费用。事实和理由：1、本案安医附院医疗过错比例应当为15%为宜。2、原审法院各项赔偿认定过低，与我方实际损失不相符。我方医疗费损失为67175.25元，应获得全部支持。误工费损失，实际为患者谢喆的护理费，张亚菲原为教师，收入尚可，因此次医疗事故不得不辞职照顾患儿，谢煜下班后辅助照看，还需带患儿四处就医，现患儿已两周岁余，护理费按照两年主张并无不当。交通费、住宿费方面，因带患儿至南京求医，及在安徽省儿童医院每天康复治疗一次，必然产生交通费、住宿费，虽未能保存全部票据，但一审法院酌定费用过低，请求依法改判。精神损害抚慰金一审法院认定过低，请求二审法院考虑到我方家庭实际情况依法改判。3、鉴定费应当全部由安医附院承担，一审法院依法委托医疗过错鉴定，鉴定费1万元，由双方各预交5000元，医疗过错鉴定能够明确医方是否有过错及相应的过错程度，是此类案件必须进行的事项，鉴定费损失作为诉讼费用，在此类案件中必然发生，无论医方过错大小，只要存在过错，该部分费用就应该由医方承担。

安医附院辩称，张亚菲、谢煜认为的责任比例是无法律依据的，鉴定书实际上是错误的，违背了正常的医疗常规和常识，对张亚菲、谢煜的各项上诉请求和各项费用我方均不认可，与我方均无因果关系。

安医附院上诉请求：撤销一审判决第一、二项，安医附院服从第三项判决，改判安医附院不承担任何责任。事实和理由：1、张亚菲、谢煜诉求缺乏事实和证据支持。张亚菲于2017年4月18日在我院行产前彩超提示胎儿头围是278mm，按照我院临床应用标准，此时胎儿头围没有低于260mm，医生没有权利也没有义务告知患者其所孕婴儿是畸形儿。我院也在超声报告中明确提示“超声检查不能排除所有的胎儿畸形”。张亚菲于2017年5月24日产婴儿谢喆，该婴儿出生后无异常，同年6月7日磁共振报告显示：1、两侧基底节区异常信号，考虑高胆红素血症脑病，2、两侧脑室旁异常信号。后在多家医院诊治，确诊为：1、脑损伤恢复期，2、小头畸形，3、脑发育不全。张亚菲、谢煜在一审中无证据证明此种后果是我院的医疗行为所造成的，谢喆的结果与我院无关。2、一审法院采信司法鉴定意见缺乏依据，应予纠正。我院对一审法院委托的鉴定机构出具的鉴定意见及答复意见均提出异议，我院对张亚菲及其患儿的诊疗行为并不存在过错，及时按照鉴定机构的鉴定依据，张亚菲于2017年4月18日超声检查胎儿所见头围278mm，此时实际孕周为31W3D，对照鉴定机构所附文献，当时胎儿头围没有低于2个标准差。3、对一审部分支持张亚菲、谢煜赔偿请求一律不服。

张亚菲、谢煜辩称，一审法院依法进行的医疗过错鉴定程序合法，鉴定机构具有相应的资质，作出的鉴定意见并不违反诊疗规范的事实，该鉴定意见应作为定案依据，鉴定意见依据的超声诊断标准中孕31周头围低于两个标准差的负值277.2mm，本案患儿当时头围为278mm，但实际孕周是31周加3天，此时的两个标准差的负值不应该是277.2mm。安医附院作为专业的医疗机构，应当能够认识到患儿随着孕周的增加，头围数值也应增加，即便在两个标准差的临界点，其发生小头畸形的概率也是大大增加，医疗机构没有任何的提示也是一种侵犯患者知情权的行为，患儿出生后的事实也证明了其小头畸形的结果。

张亚菲、谢煜向一审法院起诉请求：1、依法判决安医附院赔偿各项损失114316.3元【①医疗费67175.25元；②误工费:48500元/年×2年（自2017年5月24日谢喆出生暂计算至2019年5月24日,共2年）＝97000元；③外地就医的交通、住宿费:20000元(酌定)；④住院伙食补助费:50元/天×162天=8100元；⑤本地就医交通费:50元/天×365×2年（自2017年5月24日谢喆出生暂计算至2019年5月24日,共2年）＝36500元；⑥精神损害抚慰金80000元；⑦鉴定费5000元。以上①-⑤共228775.25元,乘以参与度15%为34316.3元，加精神损害抚慰金,共计114316.3元】；2、依法判决安医附院承担本案案件受理费、鉴定费等全部诉讼费用。

一审法院认定事实：张亚菲、谢煜于2016年10月10日登记结婚。2016年11月28日,张亚菲至安医附院进行首次产前检查，首次产前检查服务记录表载明：孕11+2周，此后多次至该院进行产前检查，其中2017年4月18日做彩超检查（此时张亚菲实际孕龄为31周加3天），彩色多普勒超声诊断报告载明：检查部位：胎儿畸形筛查（单胎），临床诊断：待查，超声所见：胎方位左枕前，胎儿双顶径77mm(31w+1d),头围278mm（33w+3d），腹围289mm（33w+0d），肱骨长55mm，股骨长63mm（32w+3d),胎盘位于子宫右前壁，厚25mm，成熟度Ⅰ级。胎心率160次/分，律齐。脐动脉两根，脐血管S/D2.6，羊水指数100mm。头颅光环完整，脑中线居中，脑室未见扩张，小脑横径38mm。胎儿上唇线连续，眼鼻存在。脊柱连续完整。胸腹壁连续，心轴指向正常，四腔心十字交叉存在，大动脉交叉存在。四肢长骨存在，胃泡膀胱双肾存在。脐带自胎盘左上边缘部插入。超声提示：宫内妊娠，单活胎；胎儿脐带边缘性插入；建议持该报告去产前诊断医师处咨询，随访（超声检查不能排除胎儿所有畸形，双耳、双眼等结构不在检查范围内；此报告仅代表本次超声检查结果，仅供产前诊断医师参考，不做其他用途；若发现异常，请在临床医师指导下安排复查及随访！）。

2017年5月24日，张亚菲入住安医附院，入院诊断：晚期妊娠状态（28周以后）妊娠36+4周G1P0L0A胎膜早破，当日19:05分在会阴阻滞麻醉+局麻+左斜切开下平产一男婴（后取名谢喆），Apgar评分10-10分，体重2800g，身长48cm,头围31cm…，同年5月26日出院，出院诊断：胎膜早破头位顺产早产儿。安医附院住院病案首页载明张亚菲工作单位及地址为安徽智易人力资源顾问有限公司,入院记录载明张亚菲工作单位为星火教育，职业为教师。

2017年10月16日，谢喆入住安徽省儿童医院，入院诊断：1.脑损伤恢复期2.小头畸形，经过治疗，于同年10月24日出院，出院诊断：1.脑损伤恢复期2.小头畸形，出院医嘱：建议外院继续治疗。此次住院个人支付医药费1583.97元。

2017年10月30日，谢喆第二次入住安徽省儿童医院，入院诊断：1.脑损伤恢复期2.小头畸形，经过治疗，于同年11月13日出院，出院诊断：1.脑损伤恢复期2.小头畸形，出院医嘱：家庭康复训练（肌力训练+俯卧位竖头训练）等。此次住院个人支付医药费2081.79元。

2017年12月6日，谢喆入住安徽金色童年儿童医院，入院诊断：小头畸形，经过治疗，于同年12月15日出院，出院诊断：小头畸形，出院医嘱：家庭康复训练（认知训练+仰卧位拉起训练）等。此次住院个人支付医药费3716.77元。

2018年4月11日，谢喆入住安徽金色童年儿童医院，入院诊断：小头畸形，经过治疗，于同年4月20日出院，出院诊断：小头畸形，出院医嘱：家庭康复训练（认知训练+仰卧位拉起训练）等。同年5月14日-5月25日、7月18日-7月26日、9月3日-9月19日、10月8日-10月25日、10月29日-11月16日，2019年3月25日-4月12日均在该院康复科治疗。此次住院个人支付医药费14050.88元。

2019年1月4日，谢喆入住上海市儿童医院，入院诊断：小头畸形、脑发育不全，1月8日行内镜辅助下颅腔扩大+颞骨部分切除+眶距调整术，经过治疗，于同年1月16日出院，出院诊断：小头畸形、脑发育不全。此次住院个人支付医药费37923.07元、生活服务\*PICU服务费40元、生活服务\*服务费690元。

2017年6月至2019年3月期间，谢喆多次到安徽省儿童医院门诊就诊，支出医药费3889.01元。

2017年8月至9月期间，谢喆至复旦大学附属儿科医院就诊，其中8月14日病历记载：初步诊断：早产儿（高危儿发育监护），新生儿高胆红素血症（后）。同年9月25日再次至该院就诊，病历载明：现病史/既往史：…头颅MRI提示：右侧基底节区、双侧脑室体部旁及右侧额叶损伤灶，脑发育不良不除外。初步诊断：发育指标延迟，早产儿（高危儿发育监护）。支出医药费1259.4元。

2018年3月至4月期间，谢喆至上海交通大学医学院附属新华医院就诊，支出医药费981元。

此外，谢喆还至上海市儿童医院、上海交通大学医学院附属上海儿童医学中心、南京市儿童医院门诊就诊，支出医药费485.36元。

综上，个人支付医疗费为66701.25元。

张亚菲、谢煜为谢喆至外地就医支出交通费2169元、住宿费1336元。

案件审理过程中，一审法院委托南京金陵司法鉴定所对安医附院的医疗行为是否存在过错？如果存在过错，则过错行为和损害后果之间是否存在因果关系，如有因果关系，则参与度为多少进行司法鉴定，该司法鉴定所于2019年3月29日作出金陵司法鉴定所【2019】医损鉴字第026号《法医临床司法鉴定意见书》，其中载明：六、分析说明根据送鉴材料,结合听证情况及专家咨询意见分析如下:

(一)医方医疗行为的评价

根据委托方送检资料,结合患者主诉、孕程经过、身体及辅助检查所见,医方“晚期妊娠状态(28周以后)妊娠36+4周G1P0LOA胎膜早破”诊断明确,行会阴左斜切开下平产胎儿,医疗措施处理得当,胎儿分娩处置符合产科操作原则和规范。患者孕期在医方产检过程中,2017年04月18日超声所见:胎儿双顶径77mm(31w+1d),头围278mm(33w+3d),腹围289mm(33w+0d),此时实际孕周为31W3d,胎儿头围未低于同龄胎儿3倍标准差以上。2017年05月24日患者在医方生理产时,新生儿头围31mm,仍未低于同龄儿的3倍标准差以上,故上述情况医方诊断胎儿小头畸形的指征不明确,但是医方存在以下不足:

虽诊断小头畸形的指征不明确,但是B超显示胎儿头围存在低于正常孕周2个标准差,医方应及时告知患者,必要时采取医疗措施。故医方存在未及时告知患者的不足,使患者丧失了选择是否继续妊娠的权利。

(二)医方诊疗过错与患儿目前的损害后果之间因果关系及原因力大小

患儿于2017年05月24日出生,2017年10月16日经安徽省儿童医院明确诊断为小头畸形。由于小头畸形的病因复杂,多属自身脑发育不良所致,超声诊断比较困难,一般是胎儿出生后经过一段时间的观察和辅助检查才可确诊。考虑实际工作中存在“即使医方的医疗措施处理得当,也难以避免患儿小头畸形发生的后果”的情形,因此,医方的上述医疗不足行为与患儿目前损害后果之间存在间接因果关系,医方医疗不足行为责任的原因力大小为轻微因素(建议参与度以5%至15%为宜)。

综上,安医附院的医疗行为存在不足,与患儿谢喆目前的损害后果存在间接因果关系,原因力大小为轻微因素(建议参与度以5%至15%为宜)。

七、鉴定意见安医附院的医疗行为存在不足,与患儿谢喆目前的损害后果存在间接因果关系,原因力大小为轻微因素(建议参与度以5%至15%为宜)。

张亚菲、谢煜为此支出鉴定费5000元，安医附院为此支出鉴定费5000元。

一审法院向双方当事人送达上述鉴定意见书后，安医附院对鉴定意见书有异议，两次书面申请复核。

2019年5月20日，南京金陵司法鉴定所作出宁金司函字【2019】第237号《关于对“患者张亚菲鉴定意见的复核申请”的答复函》，答复如下：申请方对本所鉴定意见第7页第8-12行“但是医方存在以下不足：虽诊断小头畸形的指征不明确，但是B超显示胎儿头围存在低于正常孕周2个标准差，医方应及时告知患者，必要时采取医疗措施。故医方存在未及时告知患者的不足，使患者丧失了选择是否继续妊娠的权利。”提出胎儿头围不低于正常值2个标准差，并附《胎儿畸形产前超声诊断学》“诊断小头畸形头围参考值”，但是本所判断胎儿头围低于正常值2个标准差对照的是2013年11月1日科学出版社出版的《超声正常值测量备忘录》“胎儿头围测量正常参考值”，而不是2004年6月1日人民军医出版社出版的《胎儿畸形产前超声诊断学》“诊断小头畸形头围参考值”。目前，江苏地区应用的是2013年11月1日科学出版社出版的《超声正常值测量备忘录》“胎儿头围测量正常参考值”，特此答复。附件胎儿头围测量正常参考值（mm）载明：孕周31/-2SD277.2/均数285.9/+2SD294.6。

2019年6月20日，南京金陵司法鉴定所作出宁金司函字【2019】第309号《关于对“患者张亚菲鉴定意见的再次复核申请”的答复函》，答复如下：申请方对本所鉴定意见第7页第8-12行“但是医方存在以下不足：虽诊断小头畸形的指征不明确，但是B超显示胎儿头围存在低于正常孕周2个标准差，医方应及时告知患者，必要时采取医疗措施。故医方存在未及时告知患者的不足，使患者丧失了选择是否继续妊娠的权利。”提出胎儿头围不低于正常值2个标准差，并附《胎儿畸形产前超声诊断学》“诊断小头畸形头围参考值”，但是本所判断胎儿头围低于正常值2个标准差对照的是2013年11月1日科学出版社出版的《超声正常值测量备忘录》“胎儿头围测量正常参考值”，而不是2004年6月1日人民军医出版社出版的《胎儿畸形产前超声诊断学》“诊断小头畸形头围参考值”。2018年6月，科学出版社出版的第二版《超声正常值测量备忘录》“胎儿头围测量正常参考值”仍显示胎儿头围存在低于正常孕周2个标准差（见附件）。本所认为：1、本所鉴定意见：“…B超显示胎儿头围存在低于正常孕周2个标准差”是具有事实依据的；2、本所并没有认为医方存在过错，而是认为医方存在不足，“…医方应及时告知患者，必要时采取医疗措施。故医方存在未及时告知患者的不足，使患者丧失了选择是否继续妊娠的权利”。特此答复。附件胎儿头围测量正常参考值（mm）载明：孕周31/-2SD277.2/均数285.9/+2SD294.6。

一审法院认为，虽诊断胎儿小头畸形的指征不明确,但是B超显示胎儿头围存在低于正常孕周2个标准差,安医附院应及时告知患者,必要时采取医疗措施，故安医附院存在未及时告知患者的不足,使患者丧失了选择是否继续妊娠的权利。安医附院的医疗不足行为,与患儿谢喆目前的损害后果存在间接因果关系,综合案情及鉴定意见，一审法院确定安医附院承担10%的赔偿责任。张亚菲、谢煜的各项损失为：

医疗费66701.25元；

住院伙食补助费，原告主张按每天50元，不违反相关法律规定，按住院154天计算，为7700元；

误工费，张亚菲、谢煜主张按居民服务、修理和其他服务业平均工资标准，张亚菲未举证证明其误工实际减少的收入数额，但住院病历显示其职业为教师，鉴于教育行业收入标准高于居民服务、修理和其他服务业工资标准，故参照2018年度安徽省城镇非私营单位居民服务、修理和其他服务业就业人员年平均工资标准45070元；谢煜未举证证明其从事的行业及误工实际减少的收入数额，但其确有劳动能力，故参照2018年度安徽省农林牧渔业工资标准41274元，误工期限依据就诊时间、地点、次数等确定为180天，误工费分别为22226.4元、20354.4元，合计为42580.8元；

交通费，张亚菲、谢煜提供外地就医产生的交通费票据2169元，其虽未提供本地就医的交通费票据，鉴于本地就医必然产生一定交通费的事实，一审法院依据就医的时间、地点、次数等，酌定为6000元，合计8169元；

住宿费（外地就医）1336元；

精神损害抚慰金，鉴于张亚菲、谢煜确因安医附院医疗不足行为丧失了选择是否继续妊娠的权利导致缺陷患儿出生遭受一定的精神痛苦，结合侵权人的过错程度、侵权人承担责任的经济能力、受诉法院所在地平均生活水平等，一审法院酌定为15000元。

据此，依照《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》第十七条第一款、第十八条第一款、第十九条、第二十条、第二十二条、第二十三条、第三十五条、《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》第一条第一款第一项、第八条第二款、第十条第一款、《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款及《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条之规定，判决：一、张亚菲、谢煜因医疗不足行为造成的各项损失：医疗费66701.25元、住院伙食补助费7700元、误工费42580.8元、外地就医住宿费1336元、交通费8169元，合计126487.05元，由安徽医科大学第一附属医院赔偿12648.7元（126487.05元×10%）,于判决生效后十日内付清；二、安徽医科大学第一附属医院赔偿张亚菲、谢煜精神损害抚慰金15000元，于判决生效后十日内付清；三、驳回张亚菲、谢煜的诉讼请求。案件受理费2587元，由张亚菲、谢煜负担1587元，安徽医科大学第一附属医院负担1000元。本案鉴定费10000元，由张亚菲、谢煜与安徽医科大学第一附属医院各负担5000元。

二审期间，当事人双方未提交新的证据。对一审判决所认定而为双方当事人无异议的事实，本院予以确认。

本院认为，本案根据已经查明的事实以及南京金陵司法鉴定所鉴定意见可知，张亚菲一直在安医附院多次进行产前检查，期望能够确认胎儿健康。2017年4月18日的彩超检查结果显示，胎儿头围存在低于正常孕周2个标准差，但是安医附院没有及时告知张亚菲、谢煜，其医疗行为存在不足，使患者丧失了选择是否继续妊娠的权利。而胎儿出生以后，诊断为小头畸形，经多方治疗，至今未能痊愈，给张亚菲、谢煜精神上、经济上均带来实际损害。一审法院认定安医附院的医疗行为存在不足，应当给予张亚菲、谢煜一定的损失赔偿，并无不当，本院予以确认。对于张亚菲、谢煜上诉主张应扩大赔偿比例、增加赔偿数额的意见，考虑到一审法院根据鉴定意见以及本案实际，酌情确定的赔偿比例并无明显不当，本院依法予以确认，不再调整。对于一审法院认定各项赔偿项目及数额，具有相应的证据及法律依据，本院予以维持。对于安医附院上诉否定鉴定意见等请求，缺乏事实及法律依据，本院不予支持。

综上所述，上诉人张亚菲、谢煜及安医附院的上诉请求均不能成立，不予支持。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规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费4554元，由张亚菲、谢煜负担1967元，由安徽医科大学第一附属医院负担2587元。

本判决为终审判决。

审判长　张　勇

审判员　王　雷

审判员　钱　岚

二〇二〇年三月三十日

书记员　伍倩倩

附本案相关的法律条文：

《中华人民共和国民事诉讼法》

第一百七十条第二审人民法院对上诉案件，经过审理，按照下列情形，分别处理：

（一）原判决、裁定认定事实清楚，适用法律正确的，以判决、裁定方式驳回上诉，维持原判决、裁定；

（二）原判决、裁定认定事实错误或者适用法律错误的，以判决、裁定方式依法改判、撤销或者变更；

（三）原判决认定基本事实不清的，裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审，或者查清事实后改判；

（四）原判决遗漏当事人或者违法缺席判决等严重违反法定程序的，裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审

原审人民法院对发回重审的案件作出判决后，当事人提起上诉的，第二审人民法院不得再次发回重审。