广东省广州市中级人民法院

民 事 判 决 书

（2021）粤01民终13196号

上诉人（原审原告）：谢芳瑜，女，1989年7月6日出生，汉族，住广东省佛冈县。

委托诉讼代理人：周攸，广东广信君达律师事务所律师。

委托诉讼代理人：李立，广东广信君达律师事务所律师。

上诉人（原审被告）：中国人民武装警察部队广东省总队医院，住所地广东省广州市天河区燕岭路268号。

法定代表人：唐记华，职务院长。

委托诉讼代理人：朱海波，广东智洋律师事务所律师。

委托诉讼代理人：李静，广东智洋律师事务所律师。

上诉人谢芳瑜、中国人民武装警察部队广东省总队医院（以下简称武警医院）因医疗损害责任纠纷一案，不服广东省广州市天河区人民法院（2020）粤0106民初37535号民事判决，向本院提起上诉。本院于2021年5月12日立案受理后，依法组成合议庭进行了审理。本案现已审理终结。

谢芳瑜上诉请求：1.撤销一审判决第一项；2.改判武警医院向谢芳瑜支付482493.79元；3.本案二审诉讼费由武警医院承担。事实和理由：一、一审法院关于护理期、误工期的期限认定有误。（一）本案的误工期、护理期应至少为394天。依据《人身损害误工期、护理期、营养期评定规范》对误工期的定义，截止收到伤残鉴定之日2020年9月22日，谢芳瑜仍无法正常经口饮食，肺部炎症未完全痊愈，无法正常工作，误工期、护理期、营养期应至少计算至2020年5月26日谢芳瑜被南方医院复诊可以拔除胃管留置管。一审法院仅计算谢芳瑜的护理期为210天且该护理期的起算从首次住院计算有误，应从谢芳瑜出院2019年7月24日出院后开始计算，起算394天的误工期和护理期。二、一审法院核定的费用有误。（一）一审法院核定谢芳瑜的护理费有误，护理费共计49890元。护理费住院期间按150元/天计算，出院后护理费按120元/天计算，共49890元(150元/天×87天+120元/天×307天)。（二）一审法院核定谢芳瑜的误工费有误，误工费共计73050元。按照谢芳瑜2019年1月至3月的工资收入计算，其平均工资为4400.6元/月，误工费为73050元(4400.6元/月÷30天/月×498天)。另答辩不同意武警医院的上诉请求。

武警医院上诉请求：1.撤销一审判决，并予以改判；2.一、二审诉讼费由谢芳瑜承担。事实和理由：一、武警医院在一审庭审过程中明确阐述了广东中一司法鉴定中心作出的司法鉴定结论明显依据不足，属于法院应准许重新鉴定的情形，一审法院没有重新鉴定系程序违法。二、武警医院在一审过程中申请鉴定人出庭质证，但出庭鉴定的专家并未就鉴定结论作出合理说明，未能实际回应本案争议，且出庭鉴定的专家虽然参与了鉴定过程但没有按照法律规定在鉴定意见书上签名，一审法院判决所依据的鉴定意见书明显存在瑕疵，未经补充质证或重新质证，不应被直接采纳。三、一审法院自由裁量权行使不当，判决武警医院应承担的医疗责任比例畸重。广东中一司法鉴定中心出具的《司法鉴定意见书》，载明医方的过错与被鉴定人的损害后果存在主要因果关系，其责任参与度为61%-90%。事实上，在对谢芳瑜的医治过程中，武警医院已经尽到合理诊疗义务，不存在术前检查准备不充分、手术替代方案告知不足、术中操作不当损伤食管、术后对病情观察不足的过错，一审法院判决武警医院承担85%的医疗责任明显过重。四、一审法院判决由武警医院直接向谢芳瑜赔付医保报销的医疗费于法无据，应依法予以扣减。五、广东恒鑫司法鉴定所出具的《司法鉴定意见书》载明，谢芳瑜误工期210日,对于误工期应以该鉴定意见所出具的日期为准。另答辩不同意谢芳瑜的上诉请求。

谢芳瑜向一审法院起诉请求：1.武警医院向谢芳瑜支付各项损失合计785567.02元；2.武警医院承担本案的诉讼费。

一审法院认定事实：一、谢芳瑜住院治疗情况：2019年4月28日，谢芳瑜因“咽部异物感3周检查发现后纵隔占位10天”至武警医院处就医，入院诊断：1.右侧后纵隔占位性质待查；2．右侧少量胸腔积液。病历记载：患者2019年4月28日为求进一步治疗而来我院。门诊以“右后纵隔占位性质待查、右侧胸腔积液”收住我科。治疗经过：依据患者病史、症状及影像学检查，初步诊断如上，入院完善术前准备，于2019年4月30日全麻下行右侧后纵隔肿物切除术，术后止血、预防感染等治疗；2019年5月6日患者体温39.4摄氏度，急复查胸部CT右侧出现液气胸原来引流管不畅，遂行右侧锁骨中线第2肋间闭式引流术后患者症状好转；2019年5月8日患者仍有发热，右侧胸腔锁骨中线第2肋间引流引出黄色混浊液体，遂行上消化道造影示：食管胸膜瘘。遂当日介入室放置空肠营养管后送入手术室右侧开胸探查＋食管胸膜痿修补术，清除右侧胸腔壁层和脏层胸膜表面脓苔和胸液。修补食管裂口，留置胃肠减压管，胸腔引流管。术后抗感染、补液、肠内外营养支持治疗。

2019年6月13日，谢芳瑜转至南方医科大学南方医院治疗，入院诊断：1.食管胸腔瘘；2.纵隔肿物（右侧后纵膈，切除术后）；3.肺部感染。南方医科大学南方医院2019年7月24日出院记录记载：患者于2019年7月3日在气管插管全麻下行食管瘘口荷包缝合术，术程顺利，术后予抗感染等对症支持治疗。2019年7月9日查上消化道造影：食管内可见导管置入；吻合口位于食管右侧壁，约位于第8胸椎处，可见多个吻合器存留，吻合口下缘右后方见对比剂向右侧分流，并流入右侧胸腔，流出口直径约为7mm。出院诊断：1.食管纵隔瘘；2.纵隔囊肿切除术后；3.肺部感染（右侧）；4.胸腔积液（右侧）；5.念珠菌病；6.窦性心动过速。

二、伤残等级及三期鉴定意见：2020年9月10日，广东恒鑫司法鉴定所对谢芳瑜的伤残等级等情况作出鉴定后出具《法医临床司法鉴定意见书》，载明：谢芳瑜伤残等级符合玖级，误工期210日、护理期210日、营养期150日。

谢芳瑜对上述鉴定意见书提出异议，并提交南方医科大学南方医院于2020年9月28日出具的诊断证明书、门诊病历（2019年8月12日至2020年9月28日期间）。武警医院对上述材料真实性无异议，但认为广东恒鑫司法鉴定所的鉴定意见书于2020年9月10日出具，因此已经基本涵盖了谢芳瑜所提交的上述诊断证明书及病历情况。

一审法院结合双方上述意见，向广东恒鑫司法鉴定所发出工作联系函。

2021年2月4日，广东恒鑫司法鉴定所出具复函，补充意见：建议适当增加误工期150天为宜，营养期、护理期维持原鉴定意见。

三、医疗损害鉴定情况：一审法院接受谢芳瑜的申请，委托广东中一司法鉴定中心就武警医院对谢芳瑜实施的医疗行为是否构成医疗事故、医疗过错与谢芳瑜的损害后果之间是否存在因果关系及原因力大小、过错参与度进行鉴定。2020年8月5日，广东中一司法鉴定中心出具《司法鉴定意见书》，认为：1．患者因咽部异物感3周，检查发现后纵膈占位10天入院，经影像学检查证实为“右后纵膈占位性质待查”，有手术适应症，手术方式选择合理；2．胸外科右后纵膈手术有一定的食管损伤发生概率，现有医学条件尚难以完全避免，被鉴定人术后第8天出现食管胸膜瘘，考虑为术中纵隔囊肿与食管粘连严重，分离粘连时误伤食管，进而发展为食管胸膜瘘；3．医方术前检查不充分，入院前外院食管造影提示“食管下段外压性改变，建议进一步检查”，但医方在患者入院后未行胃镜检查，未进一步判断纵膈占位与食管的关系，术前未留置胃管，均与手术中误伤食管有一定关系，术前未详细告知手术替代方案；4．术后病情观察不足，患者术后第1天即出现发热，且发热持续，医方未及时行胸部CT检查，术后第6天CT检查当时提示右侧胸腔大量液气胸，且白细胞计数明显升高，医方未注意并予以鉴别，对病情预判不足，疏于临床观察，至术后第8天才行上消化道造影发现食管胸膜瘘；5．被鉴定人损害后果：食管胸膜瘘。综上所述，武警医院在谢芳瑜的诊疗过程中，存在术前检查准备不充分、手术替代方案告知不足、术中操作不当损伤食管、术后对病情观察不足的过错，鉴于被鉴定人纵膈囊肿与周围组织粘连严重，手术难度大，医方的过错与被鉴定人的损害后果存在主要因果关系，其责任参与度为61%-90%。

武警医院对广东中一司法鉴定中心出具的《司法鉴定意见书》提出异议，并申请鉴定人出庭，就武警医院提出的鉴定意见书中载明的在场人员万延辉、麻成方的执业资质问题。鉴定人表示本次鉴定的鉴定人为温定国和温湧溪，其他的人员是根据省高法56号文聘请的相关学科的专家，且在双方陈述会时已向双方宣布了鉴定人、聘请的专家及是否申请回避等。

2021年1月27日，武警医院提交重新鉴定申请书，以广东中一司法鉴定中心出具的《司法鉴定意见书》鉴定结论明显依据不足等为由申请重新鉴定。

一审法院认为：该院委托广东中一司法鉴定中心鉴定，程序合法，武警医院主张重新鉴定的理由不充分，不予准许。鉴定意见对武警医院的医疗行为在医学上的专业问题也已作了必要的分析和说明，足以为本案判断医方是否构成医疗过错及因果关系是否成立和原因力大小等问题提供依据，对此予以采信，考虑武警医院存在术前检查准备不充分、手术替代方案告知不足、术中操作不当损伤食管、术后对病情观察不足的过错，是造成谢芳瑜损害后果的主要原因，酌定武警医院对谢芳瑜的损失承担85%的责任。

谢芳瑜主张的各项损失：1.医疗费：谢芳瑜、武警医院确认医疗费总额为198248.76元，其中医保垫付128200.81元。武警医院主张医保垫付部分不应计算。谢芳瑜主张本案系谢芳瑜、武警医院之间的侵权纠纷，谢芳瑜的损害赔偿请求权不因谢芳瑜享有的社会保险而减免侵权人的责任。一审法院认为：虽医疗费包括医疗保险垫付部分，但医疗保险属于社会保险范畴，武警医院的侵权责任不应谢芳瑜获得社保保险而减轻或免除，故医疗费仍应按198248.76元计算，但谢芳瑜在获得赔偿后，应将医疗保险报销部分自行向医疗保险部门退还。

2.住院伙食补助费：谢芳瑜、武警医院对住院天数87天无异议。一审法院认为：谢芳瑜主张按100元/天的标准计算住院伙食补助费为8700元，符合法律规定，予以确认。

3.护理费：谢芳瑜主张护理费包括住院期间及出院后由谢芳瑜家属护理的费用，家属陈新花月收入为11430元、谢家裕月收入为9563.2元，谢芳瑜住院期间由两名家属护理，护理费为60880.28元（11430元/月÷30天×87天＋9563.2元/月÷30天×87天）；谢芳瑜出院后，由家属陈新花一人护理至谢芳瑜于2020年5月6日拔管，共305天，护理费为116205元（11430元/月÷30天×305天）。一审法院向谢芳瑜释明，需提交显示谢芳瑜需2人护理的相关医嘱及护理人员收入情况证明，谢芳瑜表示没有医嘱及收入减少等证据，由法院酌定。一审法院认为：关于出院后护理期，根据鉴定意见，显示护理期为210天，故认定出院后护理期为123天（210天－87天）。关于护理费人数，谢芳瑜未能举证证明其住院期间需要2名护理人员，根据谢芳瑜病情酌定护理人员为1人。关于护理标准，谢芳瑜未举证证明护理人员工作及收入情况，认定住院期间护理费按150元/天计算，出院后护理费按120元/天计算。综上，护理费共计27810元（150元/天×87天＋120元/天×123天）。

4.营养费：谢芳瑜主张营养费59919.38元，包括按150元/天计算392天共计58800元及购买奶粉、燕窝。一审法院认为：根据谢芳瑜的伤残等级，酌定营养费1000元。

5.交通费：谢芳瑜主张5000元，谢芳瑜主张包括住院在内（住院计算1次）共就诊至少74次，谢芳瑜提交的医疗费用计算表显示门诊次数约70次。一审法院认为：谢芳瑜未提交相关交通费票据，根据谢芳瑜住院天数及门诊就诊情况，谢芳瑜主张交通费5000元，并未超出法律规定范围，予以支持。

6.误工费：谢芳瑜主张其手术前1-3月平均月收入为4400.6元，手术之日2019年4月30日至2020年9月9日共计误工498天，故误工费为73049.96元。为此，谢芳瑜提交其于2018年12月11日与广州玓家服装有限公司签订的劳动合同（显示期限2018年12月11日至2021年12月10日，谢芳瑜正常工作时间月工资为2100元）、谢芳瑜名下建设银行个人活期账户交易明细（期限为2018年9月10日至2019年9月10日）显示2019年2月10日收到2019年1月工资4030.79元、2019年3月8日工资收到2月工资3978.95元、2019年4月11日收到工资5192.06元、2019年5月10日收到工资1800元。一审法院认定：根据鉴定意见书，关于误工费的最后鉴定结论为360天（210天＋150天），即包含住院期间及出院后误工期，谢芳瑜主张误工期从2019年4月30日起算，并无不妥，结合鉴定意见，酌定误工期为2019年4月30日至2020年4月23日。关于误工费标准，谢芳瑜举证证明其于2018年12月11日入职广州玓家服装有限公司，主张按2019年1月至3月的工资收入计算其平均工资为4400.6元/月，符合法律规定，予以采纳。按此计算误工费为52807.2元（4400.6元/月÷30天/月×360天）。

7.精神损害抚慰金：谢芳瑜主张50000元。一审法院认定：根据谢芳瑜伤残等级，酌定精神损害抚慰金为20000元。

8.伤残赔偿金：192472元（48118元/年×20年×0.2）。

9.鉴定费：谢芳瑜主张医疗损害鉴定费14162元、伤残鉴定费4844元，共计19006元。谢芳瑜提交了相应票据，予以确认。

10.护理用品：谢芳瑜主张购买医用品、风扇、电饭煲、破壁机、榨汁机、纸尿裤、纸巾、坐垫、一次性纸杯、日用品、棉签、血氧仪、透明胶带、凡士林纱布等支出2012.64元。为此，谢芳瑜提交靠枕垫、风扇、电饭煲、榨汁机、纸巾、隔尿垫等发票。一审法院认定：就谢芳瑜主张的上述费用，其并未举证证明上述费用的必要性，应由谢芳瑜承担举证不能的法律后果。考虑到纱布、胶带、棉签等确属为治疗支出的合理费用，酌情支持部分费用200元。

11.复印费：谢芳瑜主张复印南方医院病历25元、复印武警医院处病历48元，共计73元，并提交相应票据。一审法院认为：谢芳瑜复印其病历资料，应属其诉讼的合理及必要支出，予以合理支持。

上述损失总计525316.96元（医疗费198248.76元＋住院伙食补助费8700元＋护理费27810元＋营养费1000元＋交通费5000元＋误工费52807.2元＋精神损害抚慰金20000元＋伤残赔偿金192472元＋鉴定费19006元＋护理用品200元＋复印费73元），按照责任划分，由武警医院负担85%，即446519.42元。

综上，一审法院根据《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》第十七条至第二十五条，《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、武警医院于判决发生法律效力之日起十日内向谢芳瑜支付446519.42元；二、驳回谢芳瑜的其他诉讼请求。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11656元，由谢芳瑜负担3659元，由武警医院负担7997元。

本院二审期间，双方当事人对一审法院查明的事实没有异议，本院予以确认。

二审中，双方当事人没有提交新证据。

本院认为：依双方当事人的上诉请求范围，本案二审需要处理的问题是：

一、对案涉《司法鉴定意见书》应否采纳的问题。依据《中华人民共和国民事诉讼法》第七十六条的规定，本案医疗损害责任纠纷涉及对医学专门性问题的查明，原则上应当委托有资质的鉴定机构就医疗机构及其医务人员的诊疗活动是否存在医疗过失及医疗过失与损害结果之间是否存在因果关系及其参与程度进行作出同行评价。根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第四十条规定：当事人申请重新鉴定，存在下列情形之一的，人民法院应当准许：（一）鉴定人不具备相应资格的；（二）鉴定程序严重违法的；（三）鉴定意见明显依据不足的；（四）鉴定意见不能作为证据使用的其他情形。对鉴定意见的瑕疵，可以通过补正、补充鉴定或者补充质证、重新质证等方法解决的，人民法院不予准许重新鉴定的申请。经审查，一审法院委托广东中一司法鉴定中心进行医疗损害鉴定，委托程序合法，鉴定意见分析有据，论述充分，一审法院对鉴定意见作为证据予以采纳，并无不当。武警医院申请重新鉴定缺乏充分依据，本院不予采纳。

二、关于责任承担问题。从上述鉴定意见来看，患者术后第8天出现食管胸膜瘘，考虑为术中纵隔囊肿与食管粘连严重，分离粘连时误伤食管，进而发展为食管胸膜瘘。武警医院在诊疗过程中，存在术前检查准备不充分、手术替代方案告知不足、术中操作不当损伤食管、术后对病情观察不足的过错，导致患者产生食管胸膜瘘的损害后果。由此可见，武警医院在诊疗活动中未尽到相应注意义务以避免出现上述并发症。经鉴定，医方的过错与患者的损害后果存在主要因果关系，其责任参与度为61%-90%。一审结合本案实际情况，酌定武警医院对谢芳瑜的损失承担85％的责任，并无明显过当，本院予以认可。

三、关于谢芳瑜各项损失金额问题。1.关于医疗费，谢芳瑜支出的医疗费总额为198248.76元，其中包括医保机构垫付的128200.81元。本院认为，该部分医疗费用的核销问题系谢芳瑜与医疗保险机构之间的关系，武警医院的赔偿责任不能据此减轻。在医保机构未参加诉讼的情况下，医保支付的上述费用不从赔偿范围扣除，谢芳瑜在获得赔偿后，应当将应由武警医院负担的由医保支付的医疗费退回医保经办机构。2.关于误工费，谢芳瑜上诉主张误工期应从谢芳瑜2019年7月24日出院后开始计算394天，武警医院则主张误工期应为210日。根据鉴定意见书，误工费的最后鉴定结论为360天（210天＋150天），一审结合鉴定意见酌定误工期为2019年4月30日至2020年4月23日，并无不当。3.关于护理费，根据鉴定意见显示护理期为210天，一审法院区分住院期间与出院后标准计算相应护理费，亦无不当。至于其余赔偿项目计算一审法院处理亦无误，本院予以维持。

综上所述，谢芳瑜、武警医院的上诉请求均不能成立，本院予以驳回；一审判决认定事实清楚，处理并无不当，应予维持。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）项的规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费8696元，由谢芳瑜负担699元，中国人民武装警察部队广东省总队医院负担7997元。

本判决为终审判决。

审判长　　黄嵩

审判员　　乔营

审判员　　刘敏

二〇二一年八月十一日

书记员　　李爽

罗敏婷