广东省广州市中级人民法院

民 事 判 决 书

（2022）粤01民终8925号

上诉人（原审原告）：钟某1，女，2007年2月27日出生，汉族，住广州市从化区。

法定代理人：钟某2，男，1975年1月15日出生，汉族，住广州市从化区，系钟某1的父亲。

被上诉人（原审被告）：南方医科大学第五附属医院，住所地广东省广州市从化区从城大道566号。

法人代表：邹小明，院长。

委托诉讼代理人：刘乙龙，北京观韬中茂（广州）律师事务所律师。

委托诉讼代理人：张海潮，北京观韬中茂（广州）律师事务所实习律师。

上诉人钟某1因与被上诉人南方医科大学第五附属医院医疗损害责任纠纷一案，不服广东省广州市从化区人民法院（2020）粤0117民初3295号民事判决，向本院提起上诉。本院于2022年3月25日立案后，依法组成合议庭进行了审理。本案现已审理终结。

钟某1上诉请求：1.请求依法更正（2020）粤0117民初3295号民事判决中的第一项，更正为南方医科大学第五附属医院向钟某1赔偿11391.65元，即一审判决的3351.65元加少算8天误工费1040元加种牙费（暂按一万元算）10000元总数的70%。2.一、二审诉讼费由南方医科大学第五附属医院承担。事实与理由：一、一审判决对我方所主张的损失认定有误：遗漏钟某1父亲钟某2与南方医科大学第五附属医院客服沟通后，当天就去取病历（录音可证明）。到从化医调委调解次数为十次，一次去找医调委了解情况；一次去填表格（法院已调取复印件）；一次去交病历单、陈述书；一次去交录音；一次去交申请书，请求医调委建议南方医科大学第五附属医院再进行深入调查取证；一次去请求医解委，要求南方医科大学第五附属医院也要上交电话录音；一次去听丘罗安的专家评鉴意见；一次回去再次调解，得知南方医科大学第五附属医院只肯赔偿一至两千元钱；一次去终止调解，并请求出具“终止调解书”，因从化医调委无印章而未取得；一次去取“终止调解书”。从化医调委丘罗安、陈小姐两人可证实。庭审时，一审法院没有问我去过多少次，我不是律师、不熟法律，误认为以调解总天数计算误工。一审法院也未打电话给从化医调委调查核实，就估为3次，也是不对的。二、一审法院对于以下问题处理不当：一是我方一审申请周新彪作为证人出庭作证，一审法院准许，但周新彪因一审开庭当天有会议未出庭，该证人为钟某1检查过牙齿，参与了案发过程，且又是李灿宏的直接领导，口腔科科长，有责任和义务出庭作证；二是一审法院未向方静娴去公函了解钟某1去她那检查患牙的具体情况，我方上交了方静娴的个人彩色资料附相片及其联系电话，建议法院全面核查诉讼资料，特别是5个小时的录音。通过听取录音及询问方静娴，一审法院应当了解只有种牙才能恢复钟某1患牙的基本功能。三、一审法院对于种牙费的认定无法律和事实依据。首先，根管治疗只能暂时修复牙齿。“择期修复”是指根管治疗牙根后，在牙根不发炎后进行打纤维桩，再用树脂或玻璃离子进行牙冠成形。方静娴称，根管治疗的牙保用一年，护理的好可用十年，护理的不好最多只用3至5年，成年后就是种牙终生受用。一审判决中“原告也认为……再行确定。”这句话我方从未说过，未签过相关书面资料。我方只说过，方静娴说了，钟某1现在未成年，不能种牙，成年后才能种牙。李灿宏当庭证实：钟某1未成年，患牙髓角较高、钙化不良，牙本质比较疏松，所以牙的硬度、密度、体积大小、韧性、弹性、颜色等都比成人的牙差很多。此医疗事故中，钟某1原本外边一半牙冠还好的，只是里边的另一半有龋坏，经过李灿宏补牙后，外边的牙冠也整崩了，这样的牙即使做了根管治疗，也用不了多久，只是暂时应急治疗方案，无法终身使用。对方律师在一审庭审中也说根管治疗的牙，护理得好，可用十年，并没有说终身可用，当时他还说也可种牙的方案，意思就是根管治疗的牙用坏后，最终就去种牙。如果不种牙，今后牙坏了，后续治疗费将难以追索。其次，种牙可终身受用。从媒体宣传和治疗费用来看，种牙的效果比根管治疗好，根管治疗只是一个暂时应急的治疗方案。钟某1患牙的治疗方案要按牙医技术规范来医牙，不是二选一的选择题，是必做题。因未成年，现不能种牙，只能先做根管治疗，等成年后种牙，这是必然发生的事。综上，鉴定申请书中“丧失了基本功能”（只有种牙才能恢复），种牙费一万多元（一审庭审时对方律师已确认），暂按一万元算；误工天数少算8天按70%算，即8天误工费1040元+种牙费7000元+一审判决赔偿3351.65元=11391.65元。南方医科大学第五附属医院必须赔偿上述数额的钱给我方，才能真正维护到我方的生命健康，生存权。恳请中院予以支持我方的上诉请求。由于新冠疫情还未结束，行动时常受阻，为了不增加社会负担；且我方上交的诉讼资料已经充分，案情明显、清楚，根据民事诉讼法的规定，我方请求不开庭审理。

南方医科大学第五附属医院答辩称：不同意对方的上诉请求，同意一审判决。关于对方所提到的八天的误工费，我方不予认可，误工费在一审已作出判决，现对方提出的上诉请求超出一审的诉讼请求，请求法院予以驳回。关于上诉请求的第二点种牙费，一审判决事实清楚，适用法律正确，请求法院维持一审判决，驳回上诉人的请求。

钟某1向一审法院起诉请求：1.南方医科大学第五附属医院赔偿钟某1（右下6）磨牙的治疗费1500元+种牙费13000元+交通费200元+通讯费300元+误工费2000元+精神损害抚慰金2000元，合计19000元；2.上述损坏的磨牙以后产生的并发症、后遗症病痛的医疗费由南方医科大学第五附属医院终身承担；3.本案全部诉讼费由南方医科大学第五附属医院承担。后钟某1撤回第2项诉讼请求。

一审法院认定事实：钟某1提交2019年7月18日南方医科大学第五附属医院门急诊病历载明，姓名：钟某1；就诊科室：院本部门诊口腔科；病史：下唇肿物不适，特来就诊，未发现药敏史。检查：活检组织（小组织/局部切除组织）；诊断：1、口腔黏液腺囊肿（下唇）；处置：局部浸润麻醉（1次）；口腔小肿物切除术（1次）；处理：1、盐酸利多卡因注射液（基）（5ml：100mg\*5支/盒）1支/100mgqd治疗；2、头孢呋辛酯干混悬剂（抗）（0.125g\*12袋/合）12袋/0.125gbid口服；嘱托：局麻下切除送检，一周拆线，不适随诊。

2019年7月23日病理图文诊断报告载明，检查所见：（活检组织）：灰白质中肿物1个，上附皮肤，大小约0.6\*0.3\*03.2cm，切面灰白质中。病理诊断：光镜所见：（如图所示）送检组织被覆鳞状上皮，上皮下见黏液，未见衬覆上皮，囊壁小血管充血，较多炎性细胞、泡沫细胞浸润。病理诊断：符合（下唇）粘液腺囊肿。

2019年7月25日南方医科大学第五附属医院门急诊病历载明，姓名：钟某1；就诊科室：院本部门诊口腔科；主诉：要求补牙；病史：要求补牙；体格检查，体查合作，双侧下6颌面大面积龋坏，冷诊稍敏感，叩（-），龈Q。诊断：龋（牙）（右下6）；处置：复杂充填术（1每牙）；充填体抛光术（1每牙）；咬合检查（1次）；树脂嵌体修复术（1每牙）；Ⅱ类洞复杂充填（1每牙）；简单充填术（1每洞），调颌（1每牙）；牙体缺损黏接修复术（1每牙）；嘱托：右下6去腐，树脂充填。不适随诊。钟某1当日向南方医科大学第五附属医院支付医疗费311.13元。

2019年10月17日南方医科大学第五附属医院门急诊病历载明，姓名：钟某1；就诊科室：院本部门诊口腔科；主诉右下后牙疼痛1周；病史：1周前右下后牙出现疼痛，3月前曾补牙。体格检查：神清，体查合作，右下6颌面充填物，冷诊（++），叩（-），龈Q。诊断：牙髓炎（右下6）；处置：开髓引流术（1每牙）；口腔局部冲洗上药（1每牙）；咬合检查（1次）；髓腔消毒术（1每根）；根管长度测量（1每根）；牙髓失活术（1每牙）；简单充填术（1每洞）；嘱托：右下6开髓，封无砷失活剂，10天后复诊。不适随诊。钟某1当日向南方医科大学第五附属医院支付医疗费160.37元。

2019年10月18日南方医科大学第五附属医院门急诊病历载明，姓名：钟某1；就诊科室：院本部门诊口腔科；主诉：右下后牙疼痛缓解复诊；病史：1周前右下后牙牙髓炎症状疼痛，1天前我科行开髓及无呻失活剂失活术后疼痛缓解。患儿家属不同意目前治疗，要求取出失活剂。体格检查：神清，双侧头面部无肿胀，右下6颌面暂封物在位，冷诊（-），叩（-），无松动，龈Q。诊断：1.牙髓炎（右下6）；嘱托：右下6取出失活剂。

2019年10月27日南方医科大学口腔医院（广东省口腔医院）门诊病历载明，姓名：钟某1；主诉：右下后牙曾于外院行开髓封药现要求检查；现病史：3月前曾于外院行46/垫底充填治疗，1周前曾因患牙自发痛伴夜间痛于该院开髓封药，现家长质疑治疗方案，要求检查；检查：46/颌面及颊面存牙色充填材料，探-，冷水刺激-、叩痛±，松动-，牙龈-。牙片显示：46/冠部高密度影，充填物及髓，根尖发育完成，远中根尖区暗影。初步诊断：46/慢性根尖周炎；治疗计划：46/建议显微根管治疗后观察、择期修复。知情同意：我已被告知口腔患病情况、治疗方法、费用、疗程、并发症及预后，并同意治疗。处理：解释牙齿状况，告知治疗费用，周期及预后。常嘱，不适随诊。就诊科室：儿童牙科。钟某1当日自费支出医疗费26.31元。

2020年1月15日广州公益医患纠纷人民调解委员会《终止调解通知书》载明：“钟某2先生：你方因钟某1与南方医科大学第五附属医院之间的医疗纠纷于2019年11月7日向我委申请人民调解。我委受理后，因双方分歧过大，缺乏调解基础，我委于2020年1月14日决定终止调解。”

钟某1提交钟某1法定代理人钟某2与他人的微信聊天记录显示，聊天对方微信昵称为“日出东方”，2019年10月28日下午17：01的信息显示其自称是从化医调委的陈小姐；2019年12月5日上午08：51“日出东方”：“钟生，医院不认可整崩你女儿的牙齿，今天早上请来医调委核实相关事实。如不来，我委将医患双方的资料提交广州公益医调委安排专家评鉴。”1月14日下午17：28“日出东方”：“钟生，这是终止调解的版本”；钟某2：“陈小姐，你好！终止调解中，医疗纠纷，应该写明已坏牙齿的具体事情。要不然，以后到法院说不清楚。”等内容。

钟某1提交2019年10月22日号码为17702098030的用户向钟某1法定代理人钟某2发送四条短信显示：“我是南医五院医教部张主，已经联系了口腔医院，孩子的诊疗卡号60×××45。请您关注南方医科大学口腔医院公众号，输入孩子个人信息关联一下。”“钟先生你好，已约周日上午9点，儿科口腔方静娴医生，……”“钟先生，约好了吗？”等。

根据钟某1的申请，广州公益医患纠纷人民调解委员会从化工作室主任丘罗安于2020年12月25日出庭作证称：我并没说过南五整崩了钟某1的牙，只是说南五愿意赔偿；医患双方自愿来我单位调解的我单位就受理，根据医患双方提交的材料，专家对案件进行评价，而非医疗结果的专家意见；广州医调委的口腔科专家库的专家对资料进行评鉴过，专家有文字资料给我单位，但在沟通过程中是不提供专家的书面材料给医患双方的，只是口头沟通；对钟某1人身损害是没有鉴定的，且本案我单位已经建议钟某1方做人身损害鉴定；本案经过沟通，南方医科大学第五附属医院方同意给1000-2000元，钟某1方不同意，要求赔偿10000多元，超过10000元要由人民调解委员会或者法院认证才能进行，故钟某1与南方医科大学第五附属医院无法达成一致意见；2020年1月15日跟医患双方沟通后终止调解，广州医调委要我单位进行调解，因为从化工作室没有公章，是由广州医调委出具终止调解函的；医患双方提交的材料是不告知对方的，专家评审认为需要会要求提交，认为没需要就不会要求提交；钟某1提交的录音，我已经提交上去了，别人听没听我不知道，录音有没有作用不是专家一定要答复的，没有否认不代表有用等。

根据钟某1申请，南方医科大学第五附属医院口腔科医生李灿宏于2020年12月25日出庭作证称：2019年7月25日我没有将家属赶出去，当时检查是全口检查，钟某1有两颗牙有问题，家属要求补其中一颗；钟某1的牙冠是不完整的，龋坏，当时做了盖髓治疗，病历没有写上去，盖髓不是手术，病历只写“术”，明确是不属于手术范围，盖髓治疗材料是氢氧化钙，放了一层覆盖，操作时间是30分钟以内；主治单的项目是树脂套餐项目，所有的补牙都是这些项目，当时治疗时钟某1无明显疼痛，治疗过程中有交代钟某1痛就举手，也已向钟某1母亲说不适随诊；2019年7月25日开髓前无他人操作，都是我操作，当天没有拍X光片，补牙不需要拍X光片，钟某1年轻，恒牙髓角较高，牙本质比较疏松，如果发生龋齿，牙髓很容易感染，当时钟某1就诊，主诉无疼痛要求补牙，按照常规诊疗，尽量去除腐质，未见穿髓或疼痛，就不需要牙髓治疗；补牙是家属同意，自愿缴费后才开始补牙的，补牙属于治疗不是手术，都是口头交代，有不舒服就随诊，且补牙是不需要开消炎药的，补牙部分颜色不同，因为把烂的牙齿去掉后，填充的树脂与牙齿本来颜色就是有区别的。2019年10月17日只做了开髓引流第一步，止痛，没有进行根管治疗；钟某1补牙时不痛，也有可能已经有牙髓炎，之后修复不当很容易造成感染，引发急性牙髓炎；取出失活剂后，钟某1父亲要求按照他的要求不钻牙，要求保留牙神经，我认为不符合规范，拒绝做治疗。补完牙3个月过来补牙材料都是没有掉的，后来钟某1牙齿疼痛，就开髓治疗，钟某1监护人不同意我治疗，我单位调解解释后，钟某1家属不同意，我单位张文君科长就联系了省口腔医院进行后面的治疗，后续患者的治疗情况我不清楚。我的整个治疗过程没有过错和过失，都是符合常规的。

在本案审理过程中，钟某1申请一审法院委托鉴定机构对南方医科大学第五附属医院的诊疗行为是否有过错及其与钟某1所受损害的因果关系进行鉴定，无鉴定机构接受委托进行鉴定。

钟某1主张，因去南方医科大学第五附属医院、省口腔医院，医调委治疗、电话投诉等，支出交通费200元、通讯费300元、误工费2000元，并主张治疗费1500元就是根管治疗的费用，根管治疗只是暂时，18岁之后仍需支出种牙费用13000元，以及上述原因影响了钟某1的学习和生活，造成精神损害，主张精神损害抚慰金2000元，合计19000元。南方医科大学第五附属医院称根据现有证据仅证明钟某1存在牙髓炎的损害后果，整套根管治疗1500元左右，种牙费用1万多元，如做根管治疗，就不需要种牙。钟某1先后向南方医科大学第五附属医院支付医疗费311.13元、160.37元共471.5元，并向南方医科大学口腔医院支付医疗费26.31元。

对于钟某1所主张的损失，一审法院认定如下：1.交通费，钟某1到南方医科大学第五附属医院处治疗5次、到南方医科大学口腔医院（广东省口腔医院）治疗1次、到从化医调委调解次数一审法院酌定为3次，共9次，确需支出交通费，钟某1主张200元，一审法院酌情予以确认。2.通讯费，钟某1主张该费用无法律依据，一审法院不予认定。3.误工费，钟某1是未成年人，钟某1父亲作为其监护人陪同就医，按上述原因计算其误工共9日，钟某1父亲是城镇居民，未提交证据证明其有固定收入，故参照2020年广东省城镇私营单位就业人员年平均工资67302元计算其误工费为1659.5元（67302元÷365×9）。4.治疗费。钟某1与南方医科大学第五附属医院均确认根据钟某1的病情目前需要根管治疗，一审法院根据双方意见，确认根管治疗费为1500元。5.种牙费。一审法院认为，广东省口腔医院病历载明，治疗计划为建议显微根管治疗后观察、择期修复，钟某1也认为目前治疗方式为根管治疗，至于是否需要种牙，需根据根管治疗效果之后再行确定，故对于钟某1在本案中主张的种牙费，不属于必然发生的损失，一审法院在本案中不予认定。6.精神损害抚慰金，结合钟某1整个治疗过程及钟某1牙齿现状，确给钟某1学习和生活带来不便，造成精神损害，一审法院酌情确定为1000元。一审法院认定钟某1的交通费、误工费、治疗费损失共3359.5元以及精神损害抚慰金1000元，合计4359.5元。

一审法院认为，本案事实发生在民法典实施之前，故应适用当时的法律和司法解释。

钟某1申请一审法院通知专家周新彪出庭，如专家周新彪不肯出庭，则邀请广东省口腔医院的专家医生来出庭（最少书面答疑），一审法院认为，钟某1该申请实为申请有专门知识的人出庭，但无证据证明周新彪专家同意代表钟某1出庭发表意见，钟某1亦未提交其申请出庭的广东省口腔医院专家医生的基本情况，根据《中华人民共和国民事诉讼法》第七十九条和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一百二十二条、《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第八十三条的规定，故对于钟某1上述申请，一审法院不予准许。

根据病历和南方医科大学第五附属医院诊疗医生李灿宏的证人证言，2019年7月25日钟某1的牙齿被诊断为龋（牙）（右下6），处置为复杂充填术等，证人陈述其已为钟某1做了盖髓治疗，但南方医科大学第五附属医院的病历上载明嘱托：右下6去腐，树脂充填，不适随诊，并无关于盖髓治疗的记载，存在病历书写不规范的情形。《卫生部关于印发〈病历书写基本规范〉的通知》（卫医政发[2010]11号）第三条规定：“病历书写应当客观、真实、准确、及时、完整、规范。”医务人员在诊疗活动中应当向患者说明病情和医疗措施，南方医科大学第五附属医院无证据证明其在实施诊疗行为前已对未成年的钟某1及其监护人即其父或母已告知病情和医疗措施，以及潜在的风险等，南方医科大学第五附属医院在诊疗过程中未尽到应有的注意义务，存在过失行为，侵犯了钟某1在知情的情况下选择、接受、拒绝的权利。因南方医科大学第五附属医院的医疗行为存在不规范的情形，一审法院认定南方医科大学第五附属医院的行为与钟某1发生牙髓炎的损害后果之间存在因果关系，对损害后果的发生有一定程度上的过错。根据《中华人民共和国侵权责任法》第五十四条“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”，第五十五条“医务人员在诊疗活动中应当向患者说明病情和医疗措施。需要实施手术、特殊检查、特殊治疗的，医务人员应当及时向患者说明医疗风险、替代医疗方案等情况，并取得其书面同意；不宜向患者说明的，应当向患者的近亲属说明，并取得其书面同意。医务人员未尽到前款义务，造成患者损害的，医疗机构应当承担赔偿责任”的规定，南方医科大学第五附属医院对钟某1所造成的损失应承担相应赔偿的责任。结合本案现有证据和钟某1所患疾病的特点，综合认定南方医科大学第五附属医院应对钟某1交通费、误工费、根管治疗费3359.5元的70%即2351.65元，以及精神损害抚慰金1000元，共3351.65元承担赔偿责任。钟某1超出上述认定的损害赔偿主张，一审法院不予支持。

一审法院依照《中华人民共和国侵权责任法》第五十四条、第五十五条、第五十八条，《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》（法释〔2003〕20号）第十七条、第十八条、第十九条、第二十条、第二十二条、以及《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条之规定，判决如下：一、南方医科大学第五附属医院于本判决生效之日起十日内向钟某1赔偿3351.65元；二、驳回钟某1的其他诉讼请求。

本院二审期间，双方均未提交新证据。对于一审查明的事实，本院予以确认。

本院认为，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第三百二十一条“第二审人民法院应当围绕当事人的上诉请求进行审理。当事人没有提出请求的，不予审理，但一审判决违反法律禁止性规定，或者损害国家利益、社会公共利益、他人合法权益的除外”的规定，二审案件的审理应当围绕当事人上诉请求的范围进行。本案中，双方当事人对于一审法院认定南方医科大学第五附属医院应承担钟某1交通费、误工费、根管治疗费的70%的损害赔偿比例以及精神损害抚慰金1000元的处理均未持异议，本院予以确认。综合各方的诉辩意见，本案争议的焦点问题为：1.一审关于误工费的认定是否有误；2.钟某1主张的种牙费是否应获支持。就本案争议的焦点问题，本院分析认定如下：

关于误工费的问题。《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》第七条规定：“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，可以参照受诉讼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。”一审法院考虑钟某1是未成年人，钟某1父亲作为其监护人陪同就医，认定到医疗机构接受治疗6次，酌定到医调委调解3次，共9次计算钟某1父亲误工9日，系一审法院根据案件实际情况以及保护未成年人合法权益行使的自由裁量权，尚属合理，亦与钟某1未持异议的酌定交通费损失之计算天数相当；而南方医科大学第五附属医院并未就该误工费天数认定问题提起上诉应视为予以认可，故本院予以维持。现钟某1主张按照实际维权次数重新核算误工费天数没有法律依据，本院不予支持。

关于种牙费的问题。《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》第六条规定：“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。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。医疗费的赔偿数额，按照一审法院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。”钟某1在本案主张的种牙费，系属后续治疗费范畴，根据上述法律规定，现无医疗证明或者鉴定结论明确确定的情况下，一审法院在本案不予调处并无不当，本院予以维持。

综上所述，钟某1的上诉请求不能成立，应予驳回；一审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十七条第一款第（一）项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费50元，由钟某1负担。

本判决为终审判决。

审判长　　陈海仪

审判员　　李昇毅

审判员　　徐俏伶

二〇二二年六月二十四日

书记员　　王霏耘

张颖

朱康华