湖北省宜昌市中级人民法院

民 事 判 决 书

（2021）鄂05民终2238号

上诉人（原审被告）：长阳土家族自治县中医院，住所地址湖北省长阳土家族自治县龙舟坪镇星城二路1号。统一社会信用代码1242052842032401XQ.

法定代表人：胡友旭，该院院长。

委托诉讼代理人：张建明，湖北君任律师事务所律师。

委托诉讼代理人：郑文皓，男，该院医务科主任。

被上诉人（原审原告）：何明兰，女，1982年9月24日出生，土家族，住湖北省长阳土家族自治县。

委托诉讼代理人：覃科远，湖北仁辉律师事务所律师。

委托诉讼代理人：方金，系何明兰之夫。

上诉人长阳土家族自治县中医院（以下简称长阳中医院）因与被上诉人何明兰医疗损害责任纠纷一案，不服湖北省长阳土家族自治县人民法院（2021）鄂0528民初378号民事判决，向本院提起上诉，本院于2021年7月22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。

长阳中医院上诉请求：1.撤销一审判决的第一项，依法改判其赔偿何明兰85145元（不服金额为169652元），或者撤销原判，发还重审；2.由何明兰承担上诉费。事实与理由：一、原判多处事实认定错误以及认定不清。1.关于伤残认定的事实错误。纠纷发生后，双方经过充分协商，向宜昌市医学会申请鉴定，医学会出具了构成四级医疗事故的鉴定结论。双方对此没有异议。四级医疗事故的鉴定结论，确定未达到最低伤残等级。但原判决却又依据何明兰单方自行委托的鉴定意见，认定构成残疾。2.原判对误工、护理、营养期限的认定错误。患者自身患病需要住院手术，总得有一定治疗、康复期限。即便后来发生医疗事故，医方也只能对因为医疗事故造成的扩大的损害承担责任。对于司法鉴定从入院之日起算错误。3.医疗费的认定错误。对于出院后自行在个体诊所购药品，与外科手术事故有没有关联性和必要性，该部分用药是否系医疗事故所受伤害的治疗所需要，该医药费损失与事故的发生是否存在因果关系，举证责任在于何明兰。4.对于县医保局为患者承担的56593.25元部分应当扣除。本案中医院对相应风险向何明兰进行了客观、充分告知，医方过错有限。原判确认承担80%责任偏重。二、原审程序违法。主要表现在对证据采信采纳，以及举证责任的确定等方面。1.在两个鉴定对伤残等级出现差别时，对于双方一直确认且合法的医学鉴定明确表示采纳和认定，但最后又选择何明兰单方委托且持异议的司法鉴定意见认定伤残等级；2.在举证责任分配方面，明显违反民事诉讼法和民事诉讼证据规则规定。三、原判适用法律错误。本案应适用过错责任原则，将自入住医院当天起发生的所有费用，都计入后期手术导致事故应承担的责任范围，属适用法律错误。

何明兰辩称，一、关于伤残鉴定，是在长阳中医院指引下去做的鉴定，该鉴定符合法律规定和本案事实。二、一审诉讼费本人已承担20%，之前与中医院协商调解过，双方当事人及其代理律师都在场，公正合理，无任何偏坦。长阳中医院所说之话，出尔反尔，二审费用应由医院承担；三、关于司法鉴定，长阳县清江司法鉴定所具有鉴定资质，是否构成伤残，也是由医学专家得出。护理费、营养费等从入院开始计算，无不当之处。对于在个人诊所购药，是因在医院里住院效果不佳，诊所的药喝了很有效果。请求驳回上诉，维持原判。

何明兰向一审法院起诉请求：1.请求依法判令长阳中医院赔偿残疾赔偿金、医疗费、后续治疗费、护理费、住院伙食补助费、营养费、误工费、交通费、鉴定费、被抚养人生活费、精神抚慰金等共计341600.99元；2.判令长阳中医院承担一审诉讼费。

一审法院认定事实：何明兰于2020年5月11日在长阳中医院妇检时，查出子宫肌瘤，同时检测出盆腔内可见一“T”型环影及“V”型环影。经与该院谭华敏医生沟通后，何明兰同意在长阳中医院做手术。2020年5月12日在长阳中医院办理入院手续，2020年5月14日上午进行了手术，手术名称：经腹子宫肌瘤切除术﹢子宫切开异物取出术（嵌顿环取出）﹢双侧输卵管切除术＋子宫内避孕器取出术＋肠粘连松解术。2020年5月17日上午，何明兰感觉腹胀，引流管切口有气体排出及分泌物流出，有粪臭味，考虑肠穿孔可能，应何明兰及其家属要求，转上级医院行手续治疗。何明兰在长阳中医院住院6天，用去医疗费11481.15元。2020年5月18日长阳中医院用救护车将何明兰转入宜昌市中心人民医院进行手术。出院诊断为:1.乙状结肠穿孔、急性弥漫性腹膜炎、感染性休克；2.腹腔粘连；3.中度贫血……12、子宫术后。出院带药医嘱：无。生活医嘱：饮食过渡至正常，加强营养。复诊医嘱：术后三个月返宜昌市中心人民医院行乙状结肠造口还纳术等。后转长阳中医院继续治疗（未住院）。何明兰在宜昌市中心人民医院住院治疗14天，用去医疗费44152.36元。2020年9月3日，何明兰到宜昌市中心人民医院行乙状结肠造口还纳术，住院治疗17天，用去医疗费30793.95元。出院后转长阳中医院继续治疗（未住院）。2020年12月8日，经何明兰、长阳中医院双方共同委托，宜昌市医学会（宜昌医鉴[2020]7号）鉴定结论认为，由于长阳中医院在手术过程中违反了手术治疗的诊疗规范、常规，加大了患者术后肠瘘的风险。本病例属于四级医疗事故，医方承担主要责任。2021年1月28日，何明兰委托长阳土家族自治县清江司法鉴定所作出的法医学司法鉴定意见书（鄂长阳清江[2021]临鉴字第16号）鉴定意见认为，被鉴定人何明兰因乙状结肠穿孔，行部分肠管切除术后，其损伤残疾程度评定为九级伤残；后续治疗费评定为4000元；误工时间评定为180日；护理时间评定为由一人护理150日；营养时限评定为180日营养支持（含二次手术住院期间的误工、护理、营养）。2020年6月1日至2021年2月26日，何明兰在长阳弘德中医诊所购中成药及中药配方4648元。何明兰请求长阳中医院赔偿各项损失按379556.66元的90%计算，共计341600.99元。长阳中医院在一审庭审中提出有必要可以要求对三个期限（护理、误工、营养及后期治疗费）进行重新鉴定，但一审庭审后亦未申请重新鉴定。此外，长阳中医院已垫付各项费用27208元，其中，2020年5月19日外科主任覃方乔代长阳中医院垫付5000元；2020年9月2日医生谭华敏代长阳中医院借给何明兰现金20000元；2021年3月3日长阳中医院借给何明兰何明兰（诉讼费）2208元。此外，2020年12月1日长阳中医院支付医疗事故鉴定费2000元。

一审法院认为，根据何明兰的诉讼请求，结合本案实际情况，参照湖北省人身损害赔偿标准，认定何明兰的经济损失为：（1）医疗费91075.46元（11481.15＋44152.36＋30793.95＋4648），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，长阳中医院对何明兰在长阳弘德中医诊所诊疗用药4648元有异议，但所举证据不能证明对其治疗为非必要性和非合理性；（2）护理费18000元（120元／日×150日），参照鉴定机构评定期间，酌情按当地护工劳务报酬实际认定；（3）交通费酌情认定300元；（4）住院伙食补助费何明兰请求1500元（50元×30日），不违反法律规定，予以支持；（5）营养费根据何明兰伤情和医疗机构的意见，参照鉴定机构评定营养时限认定5400元（30元×180日）；（6）误工费参照鉴定机构评定误工时间180日，认定误工费26794.8元（148.86元／日×180日）；（7）对鉴定机构评定后续治疗费的意见不予采纳，赔偿权利人可以待实际发生后另行主张权利；（8）残疾赔偿金150404（37601×20×20%）；（9）被抚养人生活费50582.4元［（徐丰银153××××0×20%÷2）＋（方洁15328×4×20%÷2）、＋（方玉茹15328×9×20%÷2）］；（10）鉴定费2200元;（11）精神损害抚慰金认定5000元。根据何明兰所受损害属医疗事故的事实，结合全案综合考量，本案中何明兰、长阳中医院承担损失的比例按2：8确定。以上各项合计351256.66元－5000元＝346256.66元×80%＝277005.3元＋5000元（精神损害抚慰金）﹦282005.3元。抵销长阳中医院已垫付27208元后，长阳中医院还应给何明兰赔偿各项损失254797.3元。医务人员在实施医疗行为的过程中，依据法律、法规、规章以及有关诊疗规范，通过谨慎的作为和不作为，应尽到与当时的医疗水平相应的诊疗义务。医务人员违反诊疗义务，给患者造成损害的，在诊疗活动中存在过错，医疗机构应当承担赔偿责任。患者选择医院为其治疗，预期目的是将本身疾病治愈，医方应当提供有效服务，而并非医疗事故。本案中，长阳中医院作为一家二级甲等医院，应当具有行子宫肌瘤切除术﹢子宫内避孕器取出术﹢双侧输卵管切除术的能力，因长阳中医院的医疗行为违反了手术治疗的诊疗规范、常规，加大了患者术后肠瘘的风险，患者术后发生乙状结肠穿孔、急性弥漫性腹膜炎、感染性休克，导致患者乙状结肠造瘘和回纳两次手术与长阳中医院的诊疗行为存在直接的因果关系。对因长阳中医院在给何明兰手续治疗过程中，给何明兰身心造成损害，导致四级医疗事故所造成的损失，长阳中医院应当承担赔偿责任。何明兰委托长阳土家族自治县清江司法鉴定所在考虑了何明兰二次手续住院期间的误工、护理、营养等因素作出的鉴定意见，长阳中医院没有提供足够的证据反驳，也没有申请重新鉴定，可以作为定案的依据。综上所述，何明兰的部分诉讼请求合法，一审法院予以支持。根据《中华人民共和国民法典》第一千一百七十九条、一千一百八十三条、第一千二百一十八条之规定，判决：一、长阳中医院于判决生效之日起10日内赔偿何明兰各项经济损失254797.3元；二、驳回何明兰的其他诉讼请求。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》第二百五十三条规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。一审案件受理费2208元，由长阳中医院负担1766元，何明兰负担442元。

二审期间，当事人围绕上诉请求依法提交了证据。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、关于鉴定问题。宜昌市医学会对医疗事故的鉴定，是为了确定过错责任及责任主体、责任承担以及责任比例，受害人何明兰在诉讼前委托长阳土家族自治县清江司法鉴定所对自己进行伤残鉴定，是为了确定自己受到损害所受的具体损失。两者之间并不矛盾。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款之规定，当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。何明兰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，有义务明确其具体诉讼请求，及提交相应的事实依据和法律依据。故何明兰在诉讼前委托鉴定机构对其伤残进行鉴定，以明确其损失范围和损失大小，并依据该意见主张权利并无不当。法律或司法解释均未禁止当事人在诉讼前单方委托鉴定，或者说因为鉴定意见是当事人一方委托就不能采信。本案中，长阳中医院既未申请重新鉴定，也未提供“足以反驳”的证据或者理由证明长阳土家族自治县清江司法鉴定所的鉴定不符合《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第四十条第一款规定的情形。故一审法院采信长阳土家族自治县清江司法鉴定所的鉴定意见符合本案事实和法律规定，并无不妥。

二、关于误工期、护理期、营养期以及医疗费认定问题。长阳中医院上诉主张应扣减受害人何明兰在前期治疗其自身疾病的医疗费及其误工期、护理期、营养期。经查，本案系医疗损害责任纠纷，长阳中医院构成四级医疗事故，为本案侵权责任主体，应承担赔偿责任。误工费是对受害人劳动能力丧失，获得劳动收入能力下降的补偿，在受害人定残前是以误工费的方式进行补偿，定残后则是以残疾赔偿金的方式进行补偿，医疗费、护理费、营养费是受害人的直接损失，侵权人应当依法据实赔偿。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》（2020年12月23日修正）第七条第一款、第二款之规定，一审结合何明兰的具体伤情以及本案案情，综合考量，确定其误工时间为180天，并无不当。上述司法解释第八条规定，护理期限应计算至受害人恢复生活自理能力时止。故一审参照鉴定意见确定何明兰的护理时间为150天，并无不妥。上述司法解释第十一条规定，营养费根据受害人伤残情况参照医疗机构的意见确定。本案何明兰为九级伤残，一审结合其具体伤残情况以及本案实际情况，确定其营养期限为180天，并无不当。

三、关于何明兰在医院外自购药品费用认定问题。长阳中医院上诉主张对何明兰在长阳弘德中医诊所诊疗用药4648元不予认定。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》第九十条之规定，当事人对自己提出的反驳对方诉讼请求所依据的事实，应当提供证据加以证明，未能提供证据或者证据不足以证明其事实主张的，由负有举证证明责任的当事人承担不利后果。本案中，长阳中医院所举证据不能证明其事实主张，应当由其承担不利后果。

四、关于何明兰医保报销费用是否扣除问题。《中华人民共和国民法典》第一千一百七十九条规定，侵害他人造成人身损害的，应当赔偿医疗费等。第一千二百一十八条规定，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。《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》（2020年12月23日修正）第六条第二款规定，医疗费的赔偿数额，按照一审法庭辩论终结前实际发生的数额确定。上述法律和司法解释对于医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。故本案中，虽然受害人己何明兰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，依法应由侵权人长阳中医院全额赔偿。

五、关于赔偿责任比例问题。本案为一般侵权案件，适用过错责任原则。本案中，长阳中医院构成四级医疗事故，是导致事故发生的主要原因，应当对本次事故承担主要责任；何明兰没有尽到一个成年人应有的合理注意义务，对事故发生存在一定的过错，应当对本次事故承担次要责任。一审结合本案相关证据和案件具体情况，酌定长阳中医院承担80%责任，何明兰对自身的损害承担20%责任，符合案件事实的整体考量，并无不妥。

综上所述，长阳中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2208元，由长阳土家族自治县中医院负担。

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

二〇二一年十月十三日

书记员　　刘华丽