山西省高级人民法院

民 事 裁 定 书

（2021）晋民申1117号

再审申请人(一审被告、二审上诉人):阳某。

委托诉讼代理人：闫某。

被申请人(一审原告、二审上诉人)：张某，现住山西省阳泉市矿区。

被申请人(一审原告、二审上诉人)：郝某1，现住山西省阳泉市矿区。

被申请人(一审原告、二审上诉人)：郝某2，现住山西省阳泉市矿区。

被申请人(一审原告、二审上诉人)：郝某3，现住山西省阳泉市矿区。

再审申请人阳某因与被申请人张某、郝某1、郝某2、郝某3医疗损害责任纠纷一案，不服山西省阳泉市中级人民法院（2020）晋03民终757号民事判决，向本院申请再审。本院依法组成合议庭进行了审查，现已审查终结。

阳某再审请求：1.撤销山西省阳泉市中级人民法院（2020）晋03民终757号民事判决；2.对本案重新审理，依法改判，以维护医院的正常诊疗程序；3.诉讼费用由被申请人承担。事实与理由：一、原判决、裁定认定的基本事实缺乏证据证明。本案审理中委托司法鉴定，但鉴定机构在证据不足的情况下，超越其鉴定权限认定申请人未给患者写门诊病历，并据此出具了申请人存在告知不到位的过错，延误治疗，与损害后果之间存在50%的原因力。申请人依法申请鉴定人出庭作证，鉴定人无法给出合理的解释。二、原判决适用法律错误，对存在重大缺陷的《司法鉴定意见》未进行实质审查，以鉴代审。《司法鉴定意见》缺乏证据，对过错的分析和原因力大小的意见不应当被全部采信。1.司法鉴定机构仅能针对鉴定人提供的材料对专门性问题做出鉴定意见，不应当自行收集鉴定材料。（1）鉴定机构只能对专门性问题进行鉴别和判断，这种判断是价值判断。《司法鉴定程序通则》第二条“司法鉴定是指在诉讼活动中鉴定人运用科学技术或者专门知识对诉讼涉及的专门性问题进行鉴别和判断并提供鉴定意见的活动。”（2）鉴定所依据的应当是真实、完整、充分、合法取得的、足以满足鉴定需要的。鉴定所依据的材料应当全部来源于委托人，也就是法院，《司法鉴定程序通则》第十四条“司法鉴定机构应当对委托鉴定事项、鉴定材料等进行审查。对属于本机构司法鉴定业务范围，鉴定用途合法，提供的鉴定材料能够满足鉴定需要的，应当受理。对于鉴定材料不完整、不充分，不能满足鉴定需要的，司法鉴定机构可以要求委托人补充；经补充后能够满足鉴定需要的，应当受理。”第十五条“具有下列情形之一的鉴定委托，司法鉴定机构不得受理：（一）委托鉴定事项超出本机构司法鉴定业务范围的；（二）发现鉴定材料不真实、不完整、不充分或者取得方式不合法的；”《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二十五条“当事人申请鉴定，应当在举证期限内提出。符合本规定第二十七条规定的情形，当事人申请重新鉴定的除外。对需要鉴定的事项负有举证责任的当事人，在人民法院指定的期限内无正当理由不提出鉴定申请或者不预交鉴定费用或者拒不提供相关材料，致使对案件争议的事实无法通过鉴定结论予以认定的，应当对该事实承担举证不能的法律后果。”因为申请人所提供的材料是否可以作为鉴定依据，是对案件证据的认定，这些材料的取得、采信和后果适用证据规则。2.鉴定人自行分配举证责任并确定举证不能不利后果的承担人是越权行为，是典型的以鉴代审。在技术性很强的案件中，案件的公正审理需要做出法律和专业技术的双重判断。为了弥补法院在其他专业技术上的不足，创建了司法鉴定制度，将其他专业问题交由司法鉴定机构做出判断，形成鉴定意见，这是一种取长补短的委托行为。但这种委托的范围仅限于对专门性问题进行鉴别和判断，鉴定材料的收集、判断，举证责任的分配、举证不能所导致的不利后果的承担不在委托范围，仍应当由法院行使，在鉴定材料不能满足鉴定要求时，应当按照《司法鉴定程序通则》要求委托人补充鉴定材料，而不是自行收集、判断。3.被申请人所主张的未告知随访应当由被申请人举证证明，如不能证明则应当承担举证不能的不利后果。本案的《鉴定意见》“分析说明”部分的“1.2”中描述：未见门诊病历中主诉、查体、随访等记录，陈述会上医方陈述“不能回答”。因此，医方应承担举证不利责任，未告知患者需门诊随访，并注明随访时间等，故属未行相应的告知义务，存在过错。但在本案的证据中，不是有门诊病历而在门诊病历中记录主诉、查体、随访等内容，而是根本没有门诊病历。那么，就应当由法院分配举证责任，由病历的持有人出示门诊病历，以查明病历中是否记载有告知随访的内容。因此，查明是否告知随访的问题就归结到谁是门诊病历持有人、谁应当出示门诊病历的问题上来。（1）门诊病历应当由被申请人提供。①医疗机构病历管理规定（2013年版）第十条门（急）诊病历原则上由患者负责保管。医疗机构建有门（急）诊病历档案室或者已建立门（急）诊电子病历的，经患者或者其法定代理人同意，其门（急）诊病历可以由医疗机构负责保管。从该规定可以看出，门诊病历首先应当推定为由患者保管，例外情况下由医疗机构代为保管需要两个条件：1.建有门（急）诊病历档案室或者已建立门（急）诊电子病历，2.经患者或者其法定代理人同意。否则，作为一个理性人，患者应当主动索要并自行保管门诊病历。但原审被告医院直至目前尚未建立门诊电子病历，也无证据证明患者或者其法定代理人同意由医院保管门诊病历。而且，门诊病历中如果有随访的记录，则必然对原告是有害无利的，原告具备不出示门诊病历的动机。关于被申请人主张的其提供的照片证明申请人已建立门（急）诊电子病历的问题，《电子病历基本规范（试行）》第三条明确规定“电子病历是指医务人员在医疗活动过程中，使用医疗机构信息系统生成的文字、符号、图表、图形、数据、影像等数字化信息，并能实现存储、管理、传输和重现的医疗记录，是病历的一种记录形式。使用文字处理软件编辑、打印的病历文档，不属于本规范所称的电子病历。”，原告所举出的证据只能证明原审被告的系统只是具备了电子病历的某些特征，距离已建立门（急）诊电子病历距离还很远，而且没有提供记载病人症状、体征、医嘱等记录诊疗活动的关键部分。而且面对电子病历系统高达几千万元的直接软件投入和其他系统的配套投入，年营业额仅为2千万、处于亏损状态、病人不多的被申请人医院，根本无能力更无必要建立电子病历这样先进的管理系统，目前，阳泉市只有第一人民医院和阳煤集团总医院正在逐步建立该系统，但经过多年的建设，均未完成。退一步看，即使建立了门诊电子病历，在未经患者同意由医院保管的情况下，也应当打印电子病历由医生手写签名后交患者，而原告未提供该打印病历。②病历应当由被申请人提供。第八次全国法院民事商事审判工作会议（民事部分）纪要（2016）11.患者一方请求医疗机构承担侵权责任，应证明与医疗机构之间存在医疗关系及受损害的事实。对于是否存在医疗关系，应综合挂号单、交费单、病历、出院证明以及其他能够证明存在医疗行为的证据加以认定。③患方应当承担未提供门诊病历的不利后果，且该后果的承担应当由法院认定而不是由鉴定机构认定。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第七十五条有证据证明一方当事人持有证据无正当理由拒不提供，如果对方当事人主张该证据的内容不利于证据持有人可以推定该主张成立。《民事诉讼法》对举证责任的分配是对双方诉讼利益的分配，而且，2002年修订的《民事诉讼法》第九十条第二款规定“在作出判决前，当事人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的后果。”修订以前的诉讼法只规定了提供证据，并未强调证据足以证明，可见，法律加强了对程序正义的保护，不仅要求提供证据，而且要求所提供的证据足以证明其所主张的事实，同时规定了后果。鉴定人在事实部分尚存在疑问的条件下，不是按照《司法鉴定程序通则》的规定要求法院予以明确，而是直接按照未告知作出鉴定意见。4.鉴定人认为第一次就诊时疾病尚处于肿瘤分期的早期、尚可手术治疗没有依据。《鉴定意见》“分析说明”部分的“因果关系”中描述：根据《外科学》全国高等医药院校教材，第9版，肺癌的治疗中指出：早期肺癌外科手术治疗通常能达到治愈效果。患者的损害后果是：降低了肺癌的生存率和增加了治疗肺癌的手段。从上述分析中可以看出，鉴定人认为第一次就诊时疾病尚处于肿瘤分期早期、尚可手术治疗。鉴定人显然忽略了一点，那就是首次就诊时如果病变分期已经不是早期而是中期或者晚期，那么漏诊对治疗效果的影响显然较小，首次就诊时病变的分期如果是早期，那么原因力就较大。但在本案中，就诊的证据由原告提供，首次就诊的资料只有一张胸部X光片，并无证据证明当时尚处于早期。肿瘤的分期在业内有一致的标准，仅靠胸部X光片根本无法分期，即使是CT片也无法分期，胸部影像检查只能判断有无占位。分期的主要依据并非胸部影响检查，而是病理检查、头颅增强磁共振、核医学检查。此时，肿瘤的分期处于事实不清、证据不足的状态，原告在开庭时也认可该疑问的存在，本应当按照分配举证责任的方法确定不利后果的承担方，即由法院按照谁主张谁举证的原则要求原告举证证明分期，否则承担不利后果，但是，恰恰相反，鉴定机构却不经法院而越权自主按照最不利无举证责任的原审被告的推断作出鉴定意见，即按照首次就诊时为早期进行评价，显然是不合理的。申请人认为，漏诊的事实存在，早诊断、早治疗也的确为治疗原则，漏诊也确已造成了治疗的延误，但不应当武断地认为只要存在延误就应当按照最大可能的责任度承担责任，这显然是过分情绪化的不科学态度。申请人认为，司法鉴定机构在作出鉴定意见前，应当充分收集足以支持其作出鉴定意见的材料，不应当在缺乏门诊病历、申请人是否告知原告随访未明确、首次就诊是病变分期未明确的前提下，越权直接对上述问题做不利于申请人的推定、并依据统计学意义上的治愈率作出鉴定意见，且再申请人申请鉴定人出庭作证时也未明确给予说明，故该鉴定意见中原因力部分不应当被采信。从《鉴定意见》的整体来看，原因力综合确定为同等的过错依据有两个，一个是漏诊、一个是未尽到告知义务，二者相加共同构成同等原因力，如果两个过错都被认可，原因力自应当尊重鉴定意见，但如果有一个被否定，原因力即应当被减少，减少到何种程度，可以尊重鉴定人的意见。申请人支付一万元的高价申请鉴定人出庭质证的意义也正在于此，希望鉴定人能站在中立的立场上客观评价两个过错对原因力的影响程度，以便在法院审理案件时综合考量，如果未告知的责任认定是错误的，则在原因力中减掉该部分的构成比例即可，无需重新鉴定。但遗憾的是，一审开庭中申请人明确提出该问题时，鉴定人未回答。患者的权益无疑应当被尊重，但医学的规律和法律的严肃性同样应当受到尊重，疾病是患者的不幸，医院同情患者的不幸，也愿意给患者以合理的赔偿，但不能让患者的不幸和医院的过错沦为诉讼经济的工具。同时医院的合法权益也应当得到维护，因为只有这样才能保证医学的健康发展，医学发展的受益者是整个人类，医院的合法权益任何人都无权放弃。综上所述，申请人认为，应当由被申请人承担对告知举证不能的不利后果，科学评估该部分所构成的原因力，从同等的原因力中减去该部分，将剩余部分确定为本案的原因力大小，以便作出公正判决。三、原判决判令申请人承担鉴定费、营养费、交通费、餐饮费、邮寄费于法无据。1.判决书中的治疗费用认定错误。《鉴定意见》“分析说明”部分的“因果关系”中描述：患者的损害后果是：降低了肺癌的生存率和增加了治疗肺癌的手段。可见，案涉医疗费应当是漏诊所增加的治疗肺癌的手段所产生的医疗费，不包含治疗肺癌所应当支付的医疗费，因为肺癌的产生并非办案的损害后果。所增加的治疗手段而支出的医疗费用按照过错的原因力进行分担才是申请人所应承担的医疗费部分。判决书中第8页认定的“实际自付金额为41755.16元”，既包含了应当支付的医疗费、又包含了过错所增加的医疗费，未进行应有的分割。申请人认为，应当合理分割。2.判令申请人承担交通费、餐饮费、邮寄费无法律依据。本案属于人身损害责任赔偿案件，其交通费等限于人身损害本身所造成的必要费用。一审判决申请人承担的交通费、餐饮费、邮寄费均是在诉讼过程中所产生，与人身损害无关，判令由原审被告承担缺乏法律依据。法律要求任何人承担责任，均需要有事实和法律的双重依据。反之，如果支持上述费用，那么，按照此原理，在本案中，原告的诉讼请求部分被支持，也就是说，原告未被支持的部分属于滥诉，因滥诉而给原审被告造成的类似损失也应当由原告承担，原审被告提起反诉或另诉要求原告赔偿该费用法院也应当支持。四、鉴定费应由被申请人负担，不应在法院审理范围内。《诉讼费用交纳办法》第六条当事人应当向人民法院交纳的诉讼费用包括：（三）证人、鉴定人、翻译人员、理算人员在人民法院指定日期出庭发生的交通费、住宿费、生活费和误工补贴。第十一条证人、鉴定人、翻译人员在人民法院指定日期出庭发生的交通费、住宿费、生活费和误工补贴，由人民法院按照国家规定标准代为收取。第十二条诉讼过程中因鉴定、公告、勘验、翻译、评估、拍卖、变卖、仓储、保管、运输、船舶监管等发生的依法应当由当事人负担的费用，人民法院根据谁主张、谁负担的原则，决定由当事人直接支付给有关机构或者单位，人民法院不得代收代付。从上述规定可以看出，诉讼费用按缴纳方式分为两类，一类交给法院、一类直接交给有关机构或者单位。第四章诉讼费用的交纳和退还中规定的案件受理费、申请费等的性质全部是“预交”，该预交属于过程行为，不是最终承担方式。第十二条规定的鉴定费等费用未在本章中规定，因为在12条中已经做了最终规定，本章也无开放性规定由申请人预交的其他费用。第五章诉讼费用的负担第二十九条诉讼费用由败诉方负担，胜诉方自愿承担的除外。部分胜诉、部分败诉的，人民法院根据案件的具体情况决定当事人各自负担的诉讼费用数额。共同诉讼当事人败诉的，人民法院根据其对诉讼标的的利害关系，决定当事人各自负担的诉讼费用数额。该条是诉讼费用负担的原则性规定，规定的是诉讼费用的最终负担人。负担的费用原则上均为交给法院的费用，性质上是预交，最终由法院根据规定决定负担方式。第三十九条海事案件中的有关诉讼费用依照下列规定负担：（一）诉前申请海事请求保全、海事强制令的，申请费由申请人负担；申请人就有关海事请求提起诉讼的，可将上述费用列入诉讼请求；（二）诉前申请海事证据保全的，申请费由申请人负担；（三）诉讼中拍卖、变卖被扣押船舶、船载货物、船用燃油、船用物料发生的合理费用，由申请人预付，从拍卖、变卖价款中先行扣除，退还申请人；（四）申请设立海事赔偿责任限制基金、申请债权登记与受偿、申请船舶优先权催告案件的申请费，由申请人负担；（五）设立海事赔偿责任限制基金、船舶优先权催告程序中的公告费用由申请人负担。从该条规定可以看出，处理方式有三种，（二）、（四）、（五）为终极处理，不给救济机会，没有裁量性；（一）、（三）原则上是负担，但给救济机会，具有裁量性；（三）的性质本来就是预付，终极处理方式是先行扣除，退还申请人，也就是预交人，没有裁量性。《诉讼费用交纳办法》的效力未作废。2020年5月1日起施行的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第三十八条当事人在收到鉴定人的书面答复后仍有异议的，人民法院应当根据《诉讼费用交纳办法》第十一条的规定，通知有异议的当事人预交鉴定人出庭费用，并通知鉴定人出庭。有异议的当事人不预交鉴定人出庭费用的，视为放弃异议。可见，从该规定的整体来看，交给法院的、性质为预交的费用原则上由法院最终的负担方式，这种规定既便于管理又便于执行。而第十二条规定的一系列费用的最终负担方式原则上是直接交给有关机构或者单位，法院不得收取，最终承担方式是“谁主张、谁负担”，也无特殊规定可以列为诉讼请求。其他法律也未规定该费用由败诉方承担。《侵权责任法》第十六条侵害他人造成人身损害的，应当赔偿医疗费、护理费、交通费等为治疗和康复支出的合理费用，以及因误工减少的收入。造成残疾的，还应当赔偿残疾生活辅助具费和残疾赔偿金。造成死亡的，还应当赔偿丧葬费和死亡赔偿金。并且无其他规定要求败诉方承担鉴定费。人身损害赔偿的项目均为依附与人身损害的费用，赔偿的规则为填平规则，填平的范围为人身损害本身的直接损失，并不包括其他的纯经济损失及诉讼成本。鉴定意见属于证据，获取鉴定意见的费用应当与获取其他证据的费用承担方式一致，属于诉讼成本。律师的代理费也属同样性质。反之，如果该费用由败诉方承担，那么在鉴定申请人败诉的情况下，胜诉方就有权要求败诉方承担律师费等诉讼成本。在举证责任倒置的案件中，原审被告为了证明自己不存在过错而申请鉴定所支付的鉴定费等费用也应当由败诉方承担。综上所述，再审申请人的再审申请符合中华人民共和国民事诉讼法第二百条（二）、（六）项的规定，请求对本案进行再审并依法改判，以维护再审申请人的合法利益。

张某、郝某1、郝某2、郝某3辩称：一、原判决认定的基本事实清楚明确，证据确实充分。案涉在申请人处就医的郝全翻为答辩人的直系亲属，其在被答辩人医院就诊后产生医疗纠纷提起诉讼，认为被答辩人存在漏诊，请求赔偿。案件审理中委托司法鉴定机构，按照鉴定机构的要求，答辩人将所有可以获得的材料全部向鉴定机构提供，被答辩人未给患者写门诊病历，导致患者对就诊过程不明确，不清楚，延误患者治疗，与损害后果存在明显的因果关系。二、原判决、裁定适用法律正确，程序合法有效，《司法鉴定意见》中对过错的分析和原因力大小合法合理。1.根据山西省高级人民法院《关于人身损害赔偿标准的办案指引》的相关规定，原判决、裁定符合有关法律的规定。2.根据《民法典》第1218条规定：“患者在诊疗活动中受到损害，医疗机构或者其他医务人员有过错的，由医疗机构承担赔偿责任。”3.根据《民法典》第1225条的规定：“医疗机构及其医务人员应当按照规定填写并妥善保管住院志、医嘱单、检验报告、手术及麻醉记录、病理资料、护理记录等病历资料”。根据《医疗事故处理条例》第8条第1款规定，医疗机构应当按照国务院卫生行政管理部门规定的要求，书写并妥善保管病历资料。《医疗机构病历管理规定》(2013年版）对“病历”作了界定，是指医务人员在医疗活动过程中形成文字、符号、图表、影像、切片等资料的总和，包括门（急）诊病历和住院病历。4.根据北京大学出版社《人身损害司法鉴定指引与实务》第199页的规定，医疗过错包括“未尽告知义务”和“推定医疗过错”。综上所述，答辩人认为，原判决适用法律正确，程序合法正当，事实清楚明确，证据确实充分，被答辩人称原判决、裁定适用法律错误、原判决存在重大缺陷的《司法鉴定意见》这一主张不成立。三、原判决判令申请人承担营养费、交通费、餐饮费、邮寄费合法合理。根据《民法典》第1179条的规定：“侵害他人造成人身损害的，应当赔偿医疗费、护理费、交通费、营养费、住院伙食补助费等为治疗和康复支出的合理费用，以及因误工减少的收入。造成残疾的，还应当赔偿辅助器具费和残疾赔偿金；造成死亡的，还应当赔偿丧葬费和死亡赔偿金。”营养费、交通费、餐饮费、邮寄费均为患者治疗和康复支出的合理费用。答辩人有权请求被答辩人支付上述费用，且合理合法，法院亦可酌定支持答辩人上述费用。四、鉴定费不属于诉讼费用，应当由被答辩人承担，属于法院的审理范围。具体理由如下：（一）鉴定费不包括在《诉讼费用交纳办法》第六条规定的诉讼费用。根据《诉讼费用交纳办法》第六条规定，由人民法院代为收缴的鉴定人出庭发生的交通费、住宿费、生活费和误工补贴属于诉讼费用，而因鉴定发生的费用依法应当由当事人负担的费用（鉴定费）未包含在其中。（二）根据《诉讼费用交纳办法》第二十九条规定，诉讼费用由败诉方承担。而第十二条却明确规定鉴定费用适用谁主张谁负担的原则，故鉴定费不属于诉讼费用。因此，鉴定费应当由被答辩人承担，且属于法院的审理范围。综上所述，再审申请人阳某再审理由不足，应驳回其再审申请。

本院经审查认为，本案争议焦点为：1.重庆市法学会司法鉴定所出具的鉴定意见能否作为认定本案事实的依据；2.案涉医疗费、鉴定费、营养费、交通费、餐饮费、邮寄费应如何负担。重庆市法学会司法鉴定所是具有相应司法鉴定资质的鉴定机构，再审申请人阳某也未提交证据足以反驳案涉鉴定意见，故原审法院将该鉴定意见作为认定本案事实的依据并无不当。案涉医疗费、鉴定费、营养费、交通费、餐饮费、邮寄费系郝全翻治疗疾病以及为查明阳某对患者郝全翻的医疗行为有无过错及原因力大小等事实而支出的必要、合理费用。阳某主张应核减治疗肺鳞癌的正常费用，仅赔偿因其漏诊过错导致增加的医疗费。但这两部分费用客观上无法区分，阳某也未能提供相应证据证明应核减的具体数额，故原审法院综合考虑阳某过错及患者自身原因而认定由阳某承担50%的相关费用损失符合客观事实，并无不当，且二审法院已认定一审法院判决由阳某全额承担鉴定费不当，并予以改判。阳某的再审理由不能成立。

依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百零四条第一款，《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》第三百九十五条第二款规定，裁定如下：

驳回阳泉煤业集团有限责任公司职业病防治所的再审申请。

审判长　姬　芳

审判员　刘志刚

审判员　许文杰

二〇二一年六月十六日

书记员　张静宇