山东省泰安市中级人民法院

民 事 判 决 书

（2022）鲁09民终4579号

上诉人（原审被告）：韩维勇，男，1968年1月15日出生，汉族，住泰安市泰山区。

委托诉讼代理人：张涛，山东岳首律师事务所律师。

委托诉讼代理人：任学强，山东岳首律师事务所律师。

被上诉人（原审原告）：郑金富，男，1959年5月18日出生，汉族，住泰安市岱岳区。

上诉人韩维勇因与被上诉人郑金富提供劳务者受害责任纠纷一案，不服山东省泰安市泰山区人民法院（2021）鲁0902民初6333号民事判决，向本院提起上诉。本院立案后，依法组成合议庭进行了审理。本案现已审理终结。

韩维勇上诉请求：1.撤销泰安市泰山区人民法院（2021）鲁0902民初6333号民事判决，依法改判驳回被上诉人郑金富诉讼请求；2.一、二审诉讼费用由被上诉人承担。事实和理由：一、一审法院认定上诉人有过错证据不足一审判决认定“上诉人应对被上诉人的劳动作业提供足够的安全生产条件或采取相应的安全保护措施，未在施工现场尽到充分的指导、管理义务，具有较大过错，依法应对本案事故负主要责任”。该认定缺乏证据，是一审法院根据受伤事实作出的一系列的笼统的推断认定。在整个一审诉讼中作为受害人的被上诉人没有提到在受伤过程中上诉人缺少哪些安全措施，一审庭审也未审理这一部分，一审判决书中也未具体阐明上诉人承担责任的详细具体原因。被上诉人受伤是自己粗心大意导致的，在庭审中被上诉人称自己几十年长期从事建筑行业，对于安全防范应有足够的经验，不需要上诉人天天强调，受伤原因是自身造成，中国诉讼法不适用推断原则，一审判决上诉人承担60%的责任没有事实依据和证据依据。二、被上诉人原发伤与伤残无关联性根据2017年最高院、最高检、公安部、安全部、司法部联合下发《人体损伤致残程度分析》第四条第二款明确要求原发性损伤为基础治疗终结为参考确定伤残程度，查明原发性伤情对于伤残鉴定至关重要。被上诉人自始至终没有提供原发性损伤的伤情证据，在一审诉讼中上诉人针对其伤残与原发伤的关联性申请鉴定，但因被上诉人无法提供受伤当日在泰安市××就诊时的原发伤影像片，鉴定机构因无法鉴定原发伤与伤残关联度退回鉴定。被上诉人在一审就伤残等级也申请鉴定，鉴定机构同样明确要求一审法院提供被上诉人受伤当日在泰安市××拍摄的左跟骨影片，但被上诉人拒不提供，所以在被上诉人申请的鉴定报告第四页下部明确表述“被上诉人实际伤残是否因本次外伤造成，现有的质证鉴定材料因缺乏受伤当日左足影像片，十级伤残是否因本次外伤造成，本机构无法进行鉴定”。两次具有司法鉴定资质的鉴定机构的具有专业知识的专家均因被上诉人无法提供原发伤的原始影片而无法确定与伤残关联性。不知一审法院作为医学非专业机构，在没有任何证据情况下如何来认定伤残与本案具有关联性。根据最高院《证据规则》规定由被上诉人负有举证责任，本案不属于举证倒置，上诉人没有提供证据的法律责任，故本案此事实不能查清，应由被上诉人承担举证不能的法律后果。三、畸形十级伤残的责任承担泰安市××是泰安最大、级别最高的国办医院，被上诉人受伤二个小时到该院就诊检查，治疗措施是石膏固定。众所周知，在医生采取石膏固定之前，肯定对其伤情进行相关检查，医生未对受伤部位进行手术矫正直接采取石膏固定措施，这足以说明受伤部位没有畸形。如果存在本次伤残鉴定中的“被上诉人左跟骨骨折畸形”，根据《医学诊疗规范》的规定，医生首先应采取矫正治疗措施，不可能直接采取石膏固定。反之，如果原发伤当时存在畸形，没有手术治疗措施而直接采取石膏固定，这是典型的医疗事故，那么被上诉人现在的损害结果是医院的医疗事故造成的，与上诉人无关。综上所述，综上，一审判决认定事实不清、证据不足，上诉人依法提出上诉，请求二审法院支持上诉人上诉请求。

郑金富向一审法院起诉请求：1.判令被告支付原告伤残补助金78706.8元、误工费48000元、护理费12014元、营养费9000元、鉴定费2835元，共计150555.8元；2.诉讼费、保全费由被告承担。案件审理过程中，原告变更第一项诉讼请求为：判令被告支付原告伤残补助金84718.8元、误工费44694元、护理费5869.3元、营养费9000元、鉴定费3700元，共计147982.1元。

一审法院认定事实：原告郑金富受雇于被告韩维勇在泰安市宝龙城市广场后边农业银行处施工，日工资300元，2021年3月22日，原告在搭建脚手架的过程中，从架子上跌落受伤。当日，原告被送至泰安市××急诊进行救治，病史记载为：患者1小时前因外伤，伤及左足，致左足等处疼痛不适，局部肿胀、活动障碍、无明显畸形、皮肤破溃、出血，初步诊断为：左跟骨骨折，诊疗意见为：右踝关节正侧位片；右踝关节平扫＋骨三维成像，处置：1、石膏固定制动，壹周复查。2、消肿活血对症治疗。3、如症状加重及时来院就诊。4、我科随诊。后泰安市××为原告行放射科检查，检查部位为右踝关节正侧位片，ＣＴ检查报告单载明，影像表现为：右跟骨轴位骨皮质连续性中断，见线样骨折线影，余右踝关节诸组成骨骨质完整，局部关节面欠光整，右距骨及跟骨骨小梁疏松改变，右跟骨周边软组织局部稍肿胀、结构紊乱，印象为：右跟骨骨折。关于事故发生的原因，原告称系脚手架的掐扣滑丝导致跌落，被告则称掐扣没有滑丝，是原告不慎掉落。原告受伤后，被告通过微信转账支付原告1000元。原告称该1000元系医疗费用，被告则称医疗费用已由被告全部交付医院，该1000元系支付的营养费用。2021年3月29日，原告到泰安市××进行复查，主诉：左跟骨骨折石膏固定不适1周，初步诊断为：左跟骨骨折，处置：不适随诊。左足正侧位医学影像会诊检查报告单记载影像表现为：左侧跟骨骨折治疗后复查，左足可见石膏外固定影，左侧跟骨可见横行骨折线影，骨折对端对位尚可，左侧踝关节在位。2021年3月29日，原告到肥城市××庄梁氏骨科医院进行检查，诊断证明记载病情简介：患者不慎摔伤，后曾在就近医院拍片并行左踝关节石膏外固定，于今日自觉疼痛，急来我院就诊，临床诊断：1.左跟骨骨折，2.右踝关节软组织损伤，医生意见为：患处继续外固定治疗，卧床休养，不能下地，定期门诊复查。2021年6月22日，原告自行委托山东泽宇法医司法鉴定中心对其伤残等级、误工期限、护理期限、营养期限进行鉴定，并在山东省煤炭泰山疗养院行ＣＴ检查，影像所见：双侧跟骨骨质结构不规整，可见线状骨折线影，边缘可见轻度骨质硬化，左跟骨骨质密度不均匀减低，余未见明显异常征象。当日并行ＤＲ检查，影像所见：双侧跟骨骨质结构欠规整，左侧跟骨骨折线模糊，右侧骨折线见线状低密度影，余未见明显异常征象。该鉴定中心于2021年7月13日出具司法鉴定意见书，鉴定意见为：1.被鉴定人郑金富伤残等级评定为十级；2.被鉴定人郑金富误工期限评定为240日；3.被鉴定人郑金富护理期限评定为90日；4.被鉴定人郑金富营养期限评定为90日。原告为此支出检查费755元、鉴定费2080元。被告对该鉴定意见有异议，称原告2021年3月22日在泰安市××拍片是连续性中断，见线样骨折线影，说明当时的骨折ＣＴ片显示的没有粉碎性骨折，更没有错位，在6月22日拍片时是多发性骨折线，骨折断端错位畸形，也就是说两个月以后原告伤情比受伤时严重了，但鉴定报告没有说明二者之间的内在必然性，鉴定报告没有真实反映原告伤情，故因此产生的鉴定费和检查费应由原告承担。关于事发后的诊疗经过，原告称出事当天因伤情比较严重，双脚跟有受伤情况，无法行走，经医生检查左足跟受伤严重，有明显的骨折症状，当即医生给与石膏固定，用于保守治疗，右足跟经ＣＴ检查也有骨折症状，经医生检查治疗后，医嘱安排一周后对左足跟拍片复查，在家休息治疗7天后，原告又到泰安市××进行检查，经ＣＴ检查左足跟骨折明显，与初始诊断相吻合。被告则称，原告受伤时，伤情医学术语是连续性中断，含义是骨头出现裂纹，对位位置的稳定性骨折，所以没有外科复位手术，用石膏固定治疗，2021年3月22日和3月29日都是此诊断意见，时隔50天后，郑金富又到肥城市梁氏骨科检查，病情发生了变化，6月22日山东省煤炭泰山疗养院ＣＴ片显示粉碎性骨折，骨板畸形，原告应提供3月22日在泰安市××左跟骨的ＣＴ片子及书面报告来证实原发伤情，过后的检查都无法排除再次受伤扩大伤情的可能，如果当时受伤时是粉碎性骨折畸形，泰安市××的石膏固定治疗措施就是错误的，属于医疗事故，应由医院承担责任，如果3月22日的检查及治疗是正确的，那么两个月后的粉碎性骨折、骨折畸形就是受到外力所致，与初始受伤无关联性。为此，被告提出如下鉴定申请：1.对郑金富十级伤残与2021年3月22日伤情“右跟骨轴位骨皮质连续中断，见线样骨折线影”的病情关联度进行鉴定；2.对郑金富左跟骨十级伤残与2021年3月22日在泰安市××确诊时左跟骨骨折的关联程度进行鉴定；3.对2021年3月22日伤情的误工期、护理期、营养期进行鉴定。一审法院依法委托泰安市中医院司法鉴定所进行鉴定，该所出具《情况说明函》一份，记载：上述第1、2鉴定事项的十级伤残的损伤基础均是左跟骨粉碎性骨折，第3鉴定事项误工期、护理期、营养期的评定因跟骨骨折的程度不同而不同。从贵单位提供的被鉴定人郑金富的鉴定材料看，郑金富于2021年3月22日受伤，急诊于泰安市××，但提供的受伤当天的影像资料并无左足影像检查，仅有右足ＣＴ检查，2021年3月29日才有左足Ｘ片。根据目前现有鉴定材料仅能确定2021年3月22日被鉴定人左足跟骨骨折，但无法判断此次受伤导致的左足跟骨骨折是粉碎性骨折、线性骨折还是撕脱性骨折，所以对于第二项鉴定申请及第三项鉴定申请无法得出有效结论，致使鉴定工作无法进行。2022年1月20日，泰安市中医医院司法鉴定所出具终止鉴定告知书，因鉴定过程中的鉴定材料不能满足鉴定所需，致使鉴定工作无法进行，故终止鉴定委托。后原告申请对其伤残等级、误工期限、护理期限、营养期进行鉴定。一审法院依法委托山东阅微司法鉴定中心对上述事项进行鉴定，该所于2022年8月19日出具鲁阅司鉴【2022】临鉴字第598号司法鉴定意见书，鉴定意见为：被鉴定人郑金富目前左跟骨骨折畸形愈合鉴定为十级伤残；被鉴定人郑金富的误工期、护理期、营养期建议分别为210日、60日、90日。鉴定意见书中“关于伤残等级”部分记载：“被鉴定人虽然受伤当日及一周后的病历记载均诊断为左足跟骨骨折并石膏外固定治疗，但无当日左足影像片予以印证。后我机构申请补充受伤当日左足影像资料，表示受伤当日只有右足影像片。故被鉴定人左足评定为十级伤残是否因本次外伤造成，现有质证鉴定材料因缺乏受伤当日左足影像片（需与后期左足影像片进行比对）本机构而无法认定”。原告为此支出鉴定费3700元。被告称因为被鉴定人左足造成伤残是否因本次外伤造成因缺乏受伤当日左足影像片，导致无法认定，故该鉴定书与本案没有关联性。本案审理中，原告依据上述鉴定意见书明确了其各项诉求及计算依据，归纳如下：1.伤残赔偿金为84718.8元。按照2021度山东省城镇居民人均可支配收入标准（47066元×18年×10%）。2.误工费为44694元。根据鉴定意见书鉴定的误工期为210天，原告系常年从事建筑劳务的从业人员，按照受伤时建筑行业人均工资为77683元，每天212.5元。3.护理费5869.3元。原告由其配偶护理，按照鉴定报告的护理天数并按照2021年度山东省居民人均可支配收入35705元标准计算。4.营养费为9000元。根据鉴定意见书鉴定的营养期为90天，参照国家机关工作人员的出差标准100元／天的标准计算。5.鉴定费3700元。对于上述计算方式，被告均没有意见。

一审法院认为，根据原被告的陈述可以证实，原告受雇于被告工作的过程中，不慎从架子上跌落，致其本人受伤，原告在事故发生前已经跟随被告工作，接受其指派，完成其安排的工作，劳务报酬由被告发放，以上事实足以证实原告为被告提供劳务的事实，双方之间依法建立起提供劳务关系。《中华人民共和国民法典》第一千一百九十二条规定，个人之间形成劳务关系，提供劳务一方因劳务受到损害的，根据双方各自的过错承担相应的责任。本案中，被告在组织原告从事具有一定危险性的作业时没有提供足够的安全生产条件或采取相应的安全保护措施，未在施工现场尽到充分的指导、管理义务，具有较大过错，依法应对本案事故负主要责任。原告作为长期从事该项工作的工人，明知存在一定危险，未尽到合理注意义务，存在疏忽，对本案事故的发生亦负有一定责任。本案综合原被告各自过错，酌情确定被告对原告损害后果承担60%的责任，原告自负40%责任。本案的争议焦点为原告目前的左跟骨骨折畸形愈合的伤情构成的十级伤残是否是原告2021年3月22日的受伤导致的。本案中，原告因左足外伤1小时后到泰安市××急诊进行诊疗，医生给予石膏固定制动并开具消肿活血药物进行对症治疗，原告在一周后遵医嘱到泰安市××和肥城市××庄梁氏骨科医院进行复查，诊断结果均为左跟骨骨折，6月22日到山东省煤炭泰山疗养院复查时显示左侧跟骨断端错位畸形，经一审法院委托相关鉴定机构，原告目前的伤情构成十级伤残。原告受伤后由专业医生行闭合复位树脂类外固定治疗，未拍摄左足跟的相关影像片，被告因此对原告事发当天的伤情持有异议，并申请对原告左跟骨十级伤残与2021年3月22日在泰安市××确诊时左跟骨骨折的关联程度进行鉴定，后经一审法院委托鉴定，因缺乏事发当天的左跟骨的影像片导致无法就关联程度作出鉴定，但原告作为社会一般人，不能确定自己的伤情和具体的诊疗方法、手段，只能由专业医生来确定相关诊疗措施，医生未安排拍摄左足跟影像片的不利法律后果不应由原告承担，且即使未拍摄左足跟的影像片，不排除原告的左足跟已经构成粉碎性骨折，且跟骨粉碎性骨折是采取保守治疗还是手术治疗，需要结合骨折的部位以及具体的情况来决定，是否累及到了关节面侧、是否影响了跟骨的结构等因素综合确定，被告不能仅以原告受伤当时采取了保守治疗措施就推定原告的伤情不构成伤残，且因个体差异等因素，每个人的恢复情况不尽相同，伤残评定标准是根据伤者最终恢复情况来认定伤残等级，综合以上情况，可以认定原告最终的伤残等级系与原发性损伤之间存在因果关系，被告虽辩称“两个月后的粉碎性骨折、骨折畸形就是受到外力所致”，但被告未提供证据证实自己的主张，应当承担对己不利的法律后果。关于原告因本次事故所受损失，被告对计算方式无异议，一审法院对此予以确认，具体为：1.伤残赔偿金为84718.8元，2.误工费为44694元，3.护理费5869.3元，4.营养费为9000元，5.鉴定费3700元，以上共计147982.1元。根据前述一审法院对原被告的责任划分，被告应赔偿原告伤残赔偿金为50831.28元，误工费为26816.4元，护理费3521.58元，营养费为5400元，鉴定费2220元，以上共计88789.26元。被告称其已支付营养费1000元，原告则称该1000元系医疗费，被告未提供相应证据证实其支付的1000元系营养费，故对被告的该项辩称理由不予采信。综上，依照《最高人民法院关于适用时间效力的若干规定》第一条，《中华人民共和国民法典》第一千一百九十二条，《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》第七条、第八条、第十一条、第十二条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十七条规定，判决：一、被告韩维勇于本判决生效之日起十日内支付应赔偿原告郑金富伤残赔偿金为50831.28元，误工费为26816.4元，护理费3521.58元，营养费为5400元，鉴定费2220元，以上共计88789.26元；二、驳回原告郑金富的其他诉讼请求。如果未按本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》第二百六十条规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。案件受理费1656元，由原告郑金富负担646元，被告韩维勇负担1010元。

二审中，当事人未提交新的证据。本院对一审查明的事实予以确认。

本院认为，《中华人民共和国民法典》第一千一百九十二条规定，个人之间形成劳务关系，提供劳务一方因劳务受到损害的，根据双方各自的过错承担相应的责任。本案中，被上诉人按上诉人指示从事劳务，该劳务具有一定的危险性。上诉人作为雇主，有义务对提供劳务一方进行安全培训，提供安全的劳动条件，并对现场施工予以监督管理，以避免损害发生。对于被上诉人所受损害，双方当事人均有过错，一审法院根据本案实际情况，认定上诉人承担60%责任，符合本案实际。上诉人并未提交充分证据证明被上诉人存在原发伤情，一审法院认定被上诉人伤残系由2021年3月22日事故导致并无不当。上诉人主张被上诉人损失系由医疗事故造成，未举证证明，本院不予支持。

综上所述，韩维勇上诉请求不能成立，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规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费2020元，由上诉人韩维勇负担。

本判决为终审判决。

审判长　　毕经纶

审判员　　井　慧

审判员　　于永刚

二〇二二年十二月十三日

书记员　　左文静