湖北省宜昌市中级人民法院

民 事 判 决 书

（2021）鄂05民终247号

上诉人（原审原告）：马某1，男，2017年9月20日出生，汉族，住秭归县。

法定代理人：颜某（马某1之母），女，1991年8月2日出生，汉族，住秭归县。

法定代理人：马某2（马某1之父），男，1988年1月14日出生，汉族，住秭归县。

委托诉讼代理人：王焱宇，湖北聚维律师事务所律师。

被上诉人（原审被告）：秭归县中医医院，住所地秭归县茅坪镇平湖大道30号。统一社会信用代码12420527420299715F。

法定代表人：韩刚，该院院长。

委托诉讼代理人：宋红英，该院医务科副科长。

委托诉讼代理人：商卫华，湖北百思特律师事务所律师。

上诉人马某1因与被上诉人秭归县中医医院医疗损害责任纠纷一案，不服湖北省秭归县人民法院（2018）鄂0527民初986号民事判决，向本院提起上诉。本院于2021年1月21日立案后，依法组成合议庭进行了审理。本案现已审理终结。

马某1上诉请求：请求撤销一审判决，依法改判由秭归县中医医院赔偿马某1的经济损失285648.75元（不服金额115850.7元）。事实和理由：

一、一审法院关于“可以认为医务人员没有伪造或者篡改《临产记录》的动机和行为，现存《临产记录》的内容与原始《临产记录》一致”的推断没有法理依据和事实证据，且对马某1不公正，请求二审据实认定。马某1母亲《住院病历》中的《临产记录》不属于原始记录已查证属实，而且秭归县中医医院在一审中始终未提供原始《临产记录》，对于一审认定秭归县中医医院已销毁原始《临产记录》的事实，加上秭归县中医医院“未保留”的当庭陈述，马某1表示认可其事实，同时要说明的是，《住院病历》中的《临产记录》关于记载的胎心监测数据与胎心监测图纸反应的数据相矛盾，且胎心监测图纸严重缺失、不完整。另外通过病历得知，马某1出生时发生重度窒息生命垂危濒临死亡，是通过气管插管术后才恢复基本生命体征。但秭归县中医医院的医务人员根本未第一时间告知马某1家属发生新生儿重度窒息和需要抢救治疗的事实，并且也未告知马某1家属马某1因重度窒息可能导致严重后果的重大风险，属于刻意隐瞒且违反诊疗常规操作，因马某1出生重度窒息导致了一家悲惨的生活的开始，因此秭归县中医医院医务人员为了隐瞒真相、推卸责任完全具有销毁、伪造或者篡改《临产记录》的动机并付诸于行为。请求二审认定秭归县中医医院违反侵权责任法第五十五条规定未履行患者知情权和告知义务。一审推定秭归县中医医院在对马某1的诊疗过程中有过错而承担医疗损害后果即赔偿责任，并判决秭归县中医医院赔偿马某1全部经济损失，这个判决结果马某1表示认可，但一审并没有明确秭归县中医医院的医疗损害责任谁承担，承担责任百分比是多少，一审中因秭归县中医医院销毁病历导致马某1的医疗损害因果关系无法通过司法鉴定程序得出公正，合理的科学结论，一审判决完全忽视这么重要的事实依据，而未提及医疗损害责任谁承担，这不公正，因马某1的医疗损害责任不明确必然对马某1后期追诉权益产生障碍（目前符合规定的自然人伤残等级鉴定最低年龄是六周岁，因此马某1的后期诉讼主张要在三年后）。请求二审依法明确认定秭归县中医医院承担马某1医疗损害的全部责任。

二、一审对本案的损失范围认定，马某1认为营养费、交通费和护理费的认定有失公平且未按相应法律法规认定。对于患脑瘫的马某1来说，因至今无法自主嚼食一直是进半流食，所以营养吸收差，不仅需要不断的康复治疗，同时对营养需求较高，一审仅认定3000元的营养费不合理不公正，湖北省规定所实施的人身掼害营养费认定的标准是30元/天每人次，但考虑马某1是小儿患者，请求二审人民法院支持认定营养费10000元。一审马某1依法向法庭提交了总额6227元的合法交通费票据，这些票据主要是因一直在宜昌租房，并长期在仁和医院做康复治疗而来回于秭归和宜昌所产生的车票和过路费票据（秭归没有专业的脑瘫康复门诊)，还有很多票据因遗失等原因而没提交，一审仅认定2000元不当。一审参照农业人口日均收人一半的标准酌情认定护理费不合法律规定，根据一审提交的证据（脑瘫患者是需要特殊护理加之马某1又是婴幼儿期，所以护理更为特殊，随着年龄增加对其护理成本也会越来越大），马某1出生后第一年是由其爷爷马尚坤和奶奶宋秀美护理，后期是奶奶宋秀美独自护理，马尚坤2017年日均收入为198.60元，这有浙江飞利富科技股份有限公司所出具的马尚坤2017年工资单为证，同时二审也会提交马尚坤2019年、2020年浙江飞利富科技股份有限公司的劳务合同及工资单，以证明马尚坤本是以打工为生的农民工，因孙子病重不得已在家误工一年照料孙子，后继续返厂打工。所以马尚坤的护理费应全额认定72498元（198.6元/天X365天），马某1奶奶宋秀美的护理费应按2020年湖北省道路交通事故受伤人员赔偿标准中居民服务、修理和其他服务业即42677元/365天的支付标准支付护理费，即护理费应认定为88025.7元（116.9元/天X753天），请求二审支持认定护理费160523.7元。

秭归县中医医院辩称，一审判决推定秭归县中医医院有过错，并判决承担赔偿责任，秭归县中医医院本对该判决结果不服，但是为了和谐医患关系，息审息诉，减少讼累，所以未上诉，并且已经主动地将赔偿款打入了一审法院的执行账户。对马某1所主的上诉事实和理由，一、一审法院是在综合考虑本案的事实、证据，通过听取了双方的意见之后，慎重地作出了认定，客观、公正。二、关于营养费和交通费，一审判决是结合了马某1的证据和本地的司法实践，酌情处理，并无不当。三、关于护理费的标准，原审法院依照法律的规定，结合了护理人员的职业、户籍，依法作出了裁判。综上所述，请二审人民法院驳回上诉，维持原判。

马某1一审法院诉讼请求：判令秭归县中医医院赔偿马某1的经济损失383992.15元，其中医疗费63315.35元，护理费222034.80元（198.6元/天×1118天），住院伙食补助费10220元（60元/天×10天+70元/天×126天+100元/天×8天），营养费50000元，房租费29695元，交通费6227元，器具费500元，鉴定费2000元，并承担本案诉讼费（保留请求赔偿后期治疗费、后期护理费、残疾赔偿金、精神损害抚慰金等损失的权利）。

一审法院认定事实：马某2、颜某是马某1的父母，均是秭归县中医医院员工。2017年9月19日，颜某入住秭归县中医医院妇产科，入院诊断为孕2产0孕40周+5待产。入院后胎膜破裂，开始下腹痛，于次日4时20分在会阴侧切下经阴道顺娩一足月男婴，无脐带绕颈，新生儿皮肤苍白，肌张力差，无自主呼吸，抢救后，1分钟阿氏评分3分，5分钟阿氏评分6分，给予气管插管后出现自主呼吸，10分钟阿氏评分8分，转儿科治疗。出院诊断为孕2产1孕40周+6顺产一活男婴，新生儿重度窒息。男婴即马某1于2017年9月20日4时许入住秭归县中医医院，诊断为新生儿重度窒息、新生儿缺氧缺血性脑病等，经治疗于当天10时许出院。2017年9月20日12时许，马某1入住宜昌市妇幼保健院，同年10月7日出院，诊断为新生儿缺氧缺血性脑病、新生儿重度窒息、新生儿羊水吸入综合征等。2017年10月17日，马某1入住秭归县中医医院，同月26日出院，诊断为新生儿缺氧缺血性脑病（恢复期）。之后，马某1分别于2017年12月21日至2018年1月18日、2018年2月2日至2018年3月2日、2018年3月19日至2018年4月16日、2018年5月28日至2018年6月22日入住三峡大学仁和医院住院治疗；2018年5月15至5月23日入住湖北省妇幼保健院住院治疗，诊断为中枢性协调障碍、肝功能受损；并较长时间在宜昌市妇幼保健院、三峡大学仁和医院门诊治疗。

马某1住院治疗个人支出医疗费共计33041.75元，门诊治疗支出治疗费、检查费等合计33439.11元；门诊治疗期间在医院周围租房居住，支出房租29695元；购置矫形器（颈托）500元；支出医疗事故技术鉴定费2000元;支出交通费6227元。

一审法院同时认定，秭归县中医医院及其相关医务人员均具备与本案相关的医疗资格、资质。秭归县中医医院医务人员于2017年9月19日23：01通过临床信息系统打印《临产记录》空白表格，手写记录产程，同月20日11：00再次打印《临产记录》空白表格，重新填写产程记录。现存于《住院病历》（病案号为1711512）中的《临产记录》系重新打印后填写，原始《临产记录》没有保留。

一审诉讼中，本案当事人先后就秭归县中医医院对颜某、马某1实施的诊疗行为有无过错，马某1患新生儿缺氧缺血性脑病、新生儿重度窒息、中枢性协调障碍等疾病与秭归县中医医院的诊疗行为是否存在因果关系以及原因力的大小等事项申请司法鉴定。一审法院予以准许，按照法定程序先后委托北京明正司法鉴定中心、复旦大学上海医学院司法鉴定中心、武汉大学中南医院法医司法鉴定所、湖北崇新司法鉴定中心进行司法鉴定。前三家鉴定机构审查鉴定材料后，认为本案医患双方对病历中《临产记录》内容的真实性存在较大争议，要求一审法院予以说明。一审法院向鉴定机构如实说明：马某1对《临产记录》内容的真实性有异议，表现为秭归县中医医院将2017年9月19日23时01分打印的《临产记录》空白表格手写的原始记录以被污染为由销毁，于9月20日11时00分重新打印空白表格，手写制作了病历中的《临产记录》。由于《临产记录》的内容具有较强的专业性，一审法院对该争议无法查证核实，遂发函至前三家鉴定机构增加鉴定事项：《临产记录》的相关数据是否有其他检测报告或依据支撑，可否根据其他病历材料判断《临产记录》内容的真实性；如果对《临产记录》内容的真实性不能作出分析判断，可否不将《临产记录》作为本案鉴定依据，依据其他材料对本案作出鉴定结论；如果《临产记录》是本案鉴定的不可或缺的重要依据，因其内容的真实性存疑，导致不能作出准确的鉴定结论，请对《临产记录》在本鉴定中的参与因素和原因力作出分析鉴定。前三家鉴定机构认为《临产记录》内容的真实性属事实认定范畴，鉴定机构无法对其内容的真实性、《临产记录》在鉴定中的参与因素和原因力等内容进行判断，均决定不予受理本案的鉴定。湖北崇新司法鉴定中心审查鉴定材料后予以受理，并组织医患双方召开意见陈述会，由于马某1对《临产记录》内容的真实性存疑，湖北崇新司法鉴定中心认为该材料为鉴定的关键材料，故终止鉴定。

一审法院认为，秭归县中医医院对颜某分娩期间的诊疗行为有无过错，以及马某1出生后患新生儿缺氧缺血性脑病、新生儿重度窒息、中枢性协调障碍等疾病与秭归县中医医院的诊疗行为有无因果关系及原因力的大小等，是本案争议的焦点。医疗是专业性极强的行为，判断医疗行为有无过错以及与损害的发生有无因果关系等问题，属于我国民事诉讼法第七十六条规定的专门性问题，当事人可以申请鉴定。因此，本案马某1、秭归县中医医院先后申请司法鉴定，一审法院均予以准许，并依照法定程序对外委托鉴定。其中，三家司法鉴定机构接收材料审查后，均认为医患双方对颜某《住院病历》中的《临产记录》内容的真实性存在争议，鉴定机构决定不予受理。另一家司法鉴定机构受理后，组织医患双方陈述意见，因马某1对《临产记录》内容的真实性存疑，遂终止鉴定。由此可以看出，对《临产记录》内容的真实性持疑是司法鉴定不能进行的决定性因素。经查，颜某于秭归县中医医院住院分娩期间，原始《临产记录》未保留，现存于病历中的《临产记录》为事后重新打印填写。马某1对现存的《临产记录》内容的真实性不认可，认为系伪造或篡改病历资料，应依照侵权责任法第五十八条的规定，推定医院存在过错。秭归县中医医院认为原始《临产记录》当时被污染，为提高病历质量，重新填写了《临产记录》，与原始《临产记录》内容一致，医院及其工作人员没有必要伪造或篡改记录，也没有实施伪造或篡改行为。一审法院认为，在日常生活中，从医务人员救死扶伤的职业角度出发，从善良人的善意揣度角度出发，从马某1父母均是秭归县中医医院员工，该院对颜某分娩关爱有加的角度出发，可以认为医务人员没有伪造或篡改《临产记录》的动机和行为，现存《临产记录》的内容与原始《临产记录》一致。但是，马某1出生后患新生儿重度窒息、新生儿缺血缺氧性脑病、中枢性协调障碍，后果严重，责任由谁承担，事关重大，不能推测，而应当依照法律规定进行评判。马某1主张《住院病历》中的《临产记录》不是原始记录，已查证属实，其已完成举证义务，马某1怀疑《临产记录》内容的真实性具有合理性。秭归县中医医院主张《临产记录》内容真实，没有伪造或篡改，根据民事诉讼法的规定应当提供证据予以证实，否则应承担不利后果。马某1出生已三年，秭归县中医医院至今未向一审法院提供原始《临产记录》，结合秭归县中医医院“没有保留”原始《临产记录》的当庭陈述，可以认定原始《临产记录》已经销毁。依照《中华人民共和国侵权责任法》第五十八条第三项“患者有损害，因下列情形之一的，推定医疗机构有过错：……三、伪造、篡改或者销毁病历资料。”之规定，推定秭归县中医医院在诊疗过程中有过错，对马某1的损害后果即经济损失承担赔偿责任。

关于本案的损失范围。马某1的住院医疗费（个人支付部分）33041.75元，门诊治疗费、检查费33441.31元，矫形器（颈托）500元，医疗事故技术鉴定费2000元，秭归县中医医院对其无异议，且符合法律规定，一审法院予以确认；住院期间的伙食补助费10220元（60元/天×10天+70元/天×126天+100元/天×8天），符合相关规定，一审法院予以确认；马某1较长时间于三峡大学仁和医院门诊治疗，为节省住院开支，方便治疗，在医院周围租房居住，具有合理性，开支房租29695元，可列入赔偿范围；交通费、营养费根据本案实际情况，分别认定为2000元、3000元；由于婴幼儿都需要成人护理，只是患病时护理程度有所增加，马某1自出生时起至今都在进行康复治疗，一审法院参照农业人口日均收入一半的标准，酌情认定护理费55900元（50元/天×1118天）。以上合计169798.06元，可认定为本案中马某1的损失范围，马某1请求由秭归县中医医院赔偿，一审法院予以支持。马某1要求保留请求赔偿后期治疗费、后期护理费、残疾赔偿金、精神损害抚慰金等损失的权利，一审法院予以尊重，不在本案中处理。

基于以上理由，一审法院遂依照《中华人民共和国侵权责任法》第六条第二款、第十六条、第五十八条第三项、《最高人民法院关于审理医疗损害责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》第六条第一款、《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款、《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》第九十条之规定，判决：一、秭归县中医医院于判决生效后十日内支付马某1的经济损失169798.06元；二、驳回马某1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》第二百五十三条的规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。一审案件受理费2220元，由秭归县中医医院负担1190元，马某1负担1030元。

二审期间，当事人围绕上诉请求依法提交了证据，本院组织当事人进行了证据交换和质证。二审审理查明，一审法院认定的事实属实，本院予以确认。

本院认为，本案当事人争议的焦点问题为：

一、一审法院对本案过错责任的认定是否适当。《中华人民共和国侵权责任法》第五十四条规定，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。该法第五十八条规定，患者有损害，因下列情形之一的，推定医疗机构有过错：(一)违反法律、行政法规、规章以及其他有关诊疗规范的规定；（二）隐匿或者拒绝提供与纠纷有关的病例资料；（三）伪造、篡改或者销毁病例资料。依据前述规定，医疗损害赔偿纠纷适用过错责任原则，前述三种情形下适用过错责任推定。本案中除被替换的《临产记录》外，马某1未能提交其他证据证明秭归县中医医院在诊疗活动中存在过错。而就案涉《临产记录》而言，客观上其原始记录确已被销毁，因此一审法院推定秭归县中医医院诊疗行为存在过错并无不当，秭归县中医医院应对马某1的损失承担赔偿责任。马某1上诉称其出生时，医务人员未对其病危事实在第一时间予以告知，但颜某入院后的医患沟通记录显示秭归县中医医院已经对新生儿可能出现的疾病情况予以告知，且就马某1出生的情况看其生命垂危，医务人员无刻意隐瞒的必要性，在抢救患者的紧急情况下且已经尽到合理诊疗义务，危急情况明显好转。且对马某1出生病危时的告知与其患新生儿重度窒息疾病之间无明显因果关系。鉴于现存《临产记录》的内容真实性存争议，秭归县中医医院诊疗行为与马某1的出生后所患新生儿疾病之间因果关系未能鉴定，马某1亦未提交其他证据能够佐证因果关系，仅据现有的《临产记录》，难以区分本案的过错责任比例，马某1主张本案应该明确责任比例没有相应事实依据。

二、一审法院关于马某1主张的营养费、交通费和护理费的认定是否适当。就营养费而言，其主要在饮食、医疗之外的营养补充，婴幼儿主要是通过饮食补充营养，一审法院已经在伙食补助费上对尚属婴幼儿的马某1予以倾斜考量，结合马某1的具体情况认定3000元营养费并无不当。交通费而言，马某1主要就医地点在宜昌城区，考虑到地理交通情况以及必要性，酌情支持2000元交通费亦无不妥。就护理费而言，一审已经阐明，婴幼儿均需成人护理，考虑到马某1的实际情况，酌情支持其疾病期护理程度的增加部分，按照50元每日的标准予以计算无明显不当。马某1主张依据其祖父的日工资标准，以及居民服务业工资标准计算护理期其全部护理费不符合本案实际情况。马某1在二审中提交的马尚坤劳动合同书、银行流水与本案无必然关联性，本院不予采纳。

综上所述，马某1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2617元，由马某1负担。

本判决为终审判决。

审判长　　陈继雄

审判员　　曹　斌

审判员　　聂丽华

二〇二一年三月二日

法官助理戴倩倩

书记员袁昌芹