

新型疑难民事业务 案件评析

朝阳区律师协会民事业务研究会 编

主 编 郝惠珍

副主编 赵秀峰 陆峻熙



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

新型疑难民事业务 案件评析

朝阳区律师协会民事业务研究会 编

主 编 郝惠珍

副主编 赵秀峰 陆峻熙



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

新型疑难民事业务案件评析 / 朝阳区律师协会民事
业务研究会编. —北京: 法律出版社, 2014. 8

ISBN 978 - 7 - 5118 - 6738 - 4

I. ①新… II. ①朝… III. ①民事诉讼—案例—中国
IV. ①D925. 105

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 190830 号

新型疑难民事业务案件评析
朝阳区律师协会民事业务研究会 编

策划编辑 韦钦平
责任编辑 邢艳萍
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16
版本 2014 年 8 月第 1 版
出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
印刷 北京嘉恒彩色印刷有限责任公司

印张 15.75 字数 224 千
印次 2014 年 8 月第 1 次印刷
编辑统筹 大众出版分社
经销 新华书店
责任印制 沙磊

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 6738 - 4

定价: 45.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

编辑委员会

主任	郝惠珍		
委员	赵秀峰	陆峻熙	王良刚
	施朝阳	李敬伟	杨晓林
	万欣	高峰	孙玲

序

北京市朝阳区是北京的商务中心也是使馆、奥运功能区所在地。由于其特殊的地理位置,也为我们律师业务带来了机遇和挑战。

文化创意产业、高端服务业、国际金融、体育、会展等高新产业的快速发展,涌现出大量新型的民商事法律问题。朝阳律师在处理这些前沿问题上有很多尝试与努力,成就了全国优秀律师事务所以及各有专长的知名律师。

北京市朝阳区律师协会自2010年12月11日成立以来,一直致力于满足首都经济社会发展的要求,充分发挥律师行业职能作用和律师协会的桥梁和纽带作用,为更好地改善律师的执业环境付出了艰辛和努力。民事业务研究会是朝阳律协下设的业务研究会,由区内知名优秀律师担任研究会委员。几年来,民事业务研究会积极组织朝阳律师进行了丰富多样的业务、学术交流活动,取得了长足的进步,工作成绩有目共睹,逐步构建起了一个为广大朝阳律师提供交流、发展、合作的大舞台。民事业务研究会通过民事业务的深入研究、组织民事法律方面的热点难点研讨与交流、进行民事法律实务的探讨与交流,不仅提高了会员的职业操守和执业能力,同时也加强了律师与公检法系统及各相关行业的交流,促进了朝阳区的法制建设及经济和社会的发展。

本书作为朝阳区律师协会民事业务研究会近年来工作成果的汇总,所选录的论文是朝阳律师在司法实践的基础上,对前沿法律问题的探讨与总结。本书是朝阳律师品牌形象的代表,更体现出了朝阳区高端服务业的发展水平。这份成果来之不易,要归功于民事业务研究会各位委员的辛勤工作,也要感谢各位朝阳律师在百忙之中积极参与。

愿本书不仅可以为广大律师在司法实践中提供一定的指导,同时也能对公检法机关办案有一定的参考作用,为法学学者深入前沿法学理论研究提供一定的案例素材。希望朝阳律协民事业务研究会日后可以取得更大的工作成绩,带领广大朝阳律师在民事业务领域达到更高的业务水平,推动我国法制建设发展。

朝阳区律师协会会长:赵曾海

2014年8月

目 录

一等奖论文

浅析缺陷出生纠纷的法律关系

——以侵权法为视角

万 欣 3

从公司股东控制权争夺案看我国公司法的司法解散制度

陆峻熙 18

婚后购房父母出资房屋产权归属及离婚分割

——如何理解《婚姻法司法解释(三)》第7条

杨晓林 37

单位终止与劳动者解除劳动合同的冲突与法律适用

高 峰 44

未缴纳社会保险如何赔偿劳动者的损失

——李某与中国某机关服务中心劳动争议案评析

杨保全 50

二等奖论文

从北京市首例侵犯性权利案件看贞操权的法律适用

刘清岩 59

企业拆借资金行为法律效力的认定

刘 芳 67

关于解除婚约“彩礼”应予返还问题的初探

刘 辉 76

律师办理强制执行公证债权文书实务浅析

武 坚 82

“一房二卖”的权属认定和法律问题

邱国增 89

浅析动物侵权案件的法律适用及完善

王 蕾 96

从一则甩项条款探求建设工程施工

合同中的阴阳合同效力问题

刘泽政 111

以结婚为目的婚前按揭贷款购房的

产权认定及离婚分割

——兼评《婚姻法司法解释(三)》第十条的理解与适用

段凤丽 117

如何分割婚前一方出资登记在

另一方名下的房产

——《婚姻法解释(三)》第10条有关房产归属解读

胡 铁 125

夫妻财产赠与和夫妻财产约定的法律适用

——兼评《婚姻法》第19条之修正

李启来 131

三等奖论文

关于航班延误的法律分析	李抒桀	139
残疾赔偿金的支付以受害人生存为前提	刘学永	149
侵权损害责任中的精神损害赔偿问题研究	屠 迅	155
用人单位的规章制度该如何公示告知	杨保全	160
民事诉讼法语境下的环境公益诉讼初探	高焕章	163
有限责任公司股权转让法律问题研究		
——浅议《公司法》第 75 条	木 煜	170
论现代反不正当竞争案件中竞争关系的界定	涂 志	176
浅议我国驰名商标的保护制度	柳艾青	185
未分割前的遗产属共同共有	陆 逊	195
探讨如何提高上诉案件改判和发回重审的概率	周春梅	195
——从本人代理的一起分家析产案谈起		
借名买房售后利益的归属	付鹏博	202
农村房屋买卖的法律问题	刘明顺	210
擅自转租合同的效力及解除的问题探讨	杨智星	219
继承人之间放弃继承协议的效力问题	吕志轩	225
——兼评《继承法》司法解释第 51 条	江 华	231
无效婚姻基本问题探析	王文芹	231
——以“近亲婚”为视角		
	易 轶	239
	胡梦蝶	239
后 记		246

一等奖论文

浅析缺陷出生纠纷的法律关系

——以侵权法为视角

万 欣*

摘要 “缺陷出生纠纷”仅指由于在产前筛查、产前诊断过程中,违反诊疗规范,导致可检出的胎儿严重缺陷未被检出或者告知存在过错,因而娩出存在严重缺陷的新生儿而产生的纠纷。据统计,中国目前出生缺陷率在5.6%左右,其中相当数量属于缺陷出生,但是现有法律对于缺陷出生纠纷的规范存在空白,故在司法实践中存在很大争议。本文通过对一起典型案例的剖析,对缺陷出生纠纷的主体、客体、损害后果、因果关系、过错的认定等问题进行了探讨。

关键词 缺陷出生 法律适用 过错认定 损害后果

一、案例审理概况

吕某、佟某系夫妻,吕某怀孕后分别于2010年10月9日(孕13周)、2011年1月21日(孕29⁺⁵周)、4月1日(孕37⁺⁵周)、4月7日(孕38⁺⁴周)在某医院行产前B超检查,但未遵医嘱在孕20~22周来医院进行系统筛查胎儿畸形,医院在吕某孕29⁺⁵周B超检查时,未进行系统筛查。2011年4月8日吕某分娩一男婴(小佟),发现新生儿左手阙如。2011年11月吕某、佟某、小佟共同向法院提起诉讼,要求医院返还孕期检查费、医疗费4083.75元,赔偿精神损害抚慰金10万元,共计104,083.75元。

诉讼中,经原告申请,法院委托北京市某鉴定中心进行临床司法鉴定,委托鉴定事项:(1)医院对吕某、小佟的诊疗行为中是否存在医疗过错,若存在过错与患者的损害后果之间有无因果关系及参与度;(2)小佟的残疾程度;(3)假肢安装费用评估。

2012年6月11日该中心出具鉴定意见书,认定医疗行为存在过错,与残

* 作者简介:万欣,中国卫生法学会理事,北京师范大学教培中心客座教授,北京市律协医药卫生法律专业委员会副主任,朝阳区律协民事业务研究会侵权法研究部部长。

疾儿出生的损害后果之间存在一定的因果关系,医疗过错参与度为C级,参与度系数值为20%~40%;患儿左手阙如构成五级残疾,与诊疗行为之间无直接因果关系;关于假肢安装费用:患儿18周岁以前可安装仿真手掌,费用为4500元,更换周期一般为2年,维修费用不超过假肢价格的5%,满18周岁需安装仿真离断机电手,费用为26,500元,更换周期通常为6年,维修费用不超过假肢价格的10%。

鉴定结论出具后,原告将诉讼请求变更为:要求被告赔偿孕期检查费2132.95元、小佟残疾赔偿金(包含小佟父母为抚养残疾儿所多支出的费用)、残疾辅助器具费及维修费111,100元(18周岁前17,820元,18周岁至60周岁93,280元)、鉴定费11,000元、精神损害抚慰金200,000元,共计324,232.95元。

医院对鉴定结论不认可,向法院提交了书面异议,并申请了鉴定人出庭接受质询。庭审过程中,鉴定人对医院提出的问题均未给予正面答复,坚持鉴定意见。医院立即申请重新鉴定,法院未予准许。

最终一审判决采信了上述鉴定结论,判决医院退还原告吕某、佟某孕期检查费2132.95元,赔偿原告吕某、佟某因抚养小佟需额外支出的抚养费170,000元(包括增加的护理费、安装残疾辅助器具费)、精神损害抚慰金50,000元,总计222,132.95元。

二、法律分析

(一)何为缺陷出生

缺陷出生是错误出生中的一种情形。在比较法上,“错误出生”(wrongful birth)是一个源起于美国法的概念,提出至今已有近半个世纪的历史。在美国法律中,所谓错误出生案件,是指由父母(单独或共同)提起的,因其生育自主权或堕胎选择权受到侵害而要求具有医疗过失的医生和医疗机构赔偿因非计划儿(unplanned children)或非期待儿(unwanted children)的出生而导致的损害的诉讼。^①

在中国的社会实践中,错误出生的范围要更加广泛,通常包括以下几种情形:(1)在产前筛查以及产前诊断中,由于医务人员的过错,导致父母未能行使终止妊娠的选择权,最终娩出具有先天残疾的新生儿;(2)在避孕措施咨询中,由于咨询医生的不恰当判断和指导,导致父母避孕失败并生下新生儿;(3)在绝育手术中(如输卵管或输精管结扎手术),由于手术医生的过错,导致

^① 王洪平、苏海健:“‘错误出生’侵权责任之构成——一个比较法的视角”,载《烟台大学学报》(哲学社会科学版)2008年第3期。

手术后的夫妇再次怀孕并生下新生儿;(4)在流产手术中,由于医生手术操作不当导致流产失败,新生命诞生;(5)在治疗妇科疾病过程中,妇女月经失调导致意外怀孕并生育;(6)由于非法性行为导致的怀孕,如强奸、通奸,并基于某种特殊目的而继续怀孕并最终生育;^①(7)在围产期、分娩过程中存在医疗过错,侵害新生儿健康权,新生儿娩出后出现医疗损害后果。

从娩出新生儿是否健康来看,情形(2)~(5),娩出的均可为健康新生儿,即由于医疗机构及其医务人员可能存在的过错导致孕妇未能行使终止妊娠的权利,或者未能实现孕妇有效终止妊娠的选择权,而并不考虑胎儿是否具有潜在的先天性缺陷的可能性。第(6)种情形的生育同样可为健康新生儿,只是该新生儿的出生并未违反孕妇的意愿,只是在伦理、法律角度来看,该出生是一种“错误”。情形(1)、(7)分娩的新生儿均为具有缺陷的新生儿,但是缺陷产生的原因不同。第(7)种情形下,新生儿缺陷的原因在于医疗损害,故其实际上只是医疗损害责任的一种表现形式,无须赘述;而第(1)种情形,即为本案讨论的“缺陷出生”。

据卫生部报告,中国每年1600万新生儿中,出生缺陷总发生率约为5.6%,每年新增出生缺陷数约90万例,每年临床明显可见的出生缺陷约25万例。根据全国出生缺陷监测数据,中国围产期出生缺陷总发生率呈上升趋势,由2000年的109.79/万上升到2011年的153.23/万。^②其中有不少比例即为缺陷出生,因此而产生的纠纷、诉讼也逐年增加。但是由于《侵权责任法》、《医疗事故处理条例》、《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》等法律法规、司法解释等对于此类案件的处理均缺乏相应规范,导致各法院在处理此类案件时判决结果大相径庭。笔者曾就此咨询最高人民法院研究室有关领导。据介绍,最高人民法院在起草医疗损害责任司法解释过程中也曾关注到这一类问题。但是由于争议较大,司法解释规范此类问题时机尚不成熟。

目前理论界对于本案这一类案件有多种定义,有的称之为“不当出生”^③,有的称之为“先天缺陷儿错误出生”^④,有的称之为“缺陷儿出生损害赔偿”^⑤。

① “12岁女童称被3名老师强奸 决绝生下孩子当证据”,载 http://fashion.ifeng.com/baby/news/detail_2013_07/12/27439819_0.shtml,访问日期2013年7月12日。

② 中华人民共和国卫生部:“中国出生缺陷防治报告(2012)”,载 <http://www.gov.cn/gzdt/att/att/site1/20120912/1c6f6506c7f811bacf9301.pdf>,访问日期2012年9月12日。

③ 刘华吉:“不当出生相关法律问题研究”,华东政法大学2011年硕士学位论文。

④ 易奕:“论先天缺陷儿‘错误’出生的法律救济”,中国政法大学2007年硕士学位论文。

⑤ 梁翠云:“缺陷儿出生损害赔偿研究”,北京化工大学2010年硕士学位论文。

笔者认为“不当出生”的概念大于本案这一类案件,与前述错误出生这一概念难以从表述上清晰地区分。而先天缺陷儿错误出生以及缺陷儿出生损害赔偿的称谓中,都存在一个主语:缺陷儿的表述,使人容易认为在此类纠纷中,缺陷儿成为纠纷主体,或者使人认为缺陷儿的出生是一个错误或者是一种损害,这种称谓是对缺陷儿人格尊严的一种贬损。而实际上是因为新生儿所存在的先天性缺陷从一种潜在的因素因为分娩而成为现实存在,这种演变使得缺陷儿父母产生一个赔偿的请求权。故笔者认为以缺陷出生纠纷定义本案这一类案件比较准确。据此,笔者认为,“缺陷出生”仅指由于在产前筛查、产前诊断过程中,违反诊疗规范,导致可检出的胎儿严重缺陷未被检出,或者告知不充分,因而娩出存在严重缺陷的新生儿的情形。由于缺陷出生而产生的纠纷即为缺陷出生纠纷。

(二)缺陷出生纠纷的赔偿权利人应为新生儿父母,而不包括新生儿

1. 新生儿不是缺陷出生纠纷的赔偿权利人

缺陷出生纠纷中,往往新生儿的父母、新生儿都作为原告一并起诉医疗机构,本案即是如此。有观点认为“缺陷儿不是医疗服务合同的当事人,不能提起违约之诉,但可以提起侵权之诉,理由是缺陷儿也享有自己健康状况的知情权。”^①笔者认为此观点值得商榷。缺陷儿作为民事权利主体自其诞生之时始,在此之前其为胎儿,不是民事权利主体,不存在享有知情权的问题。诞生之后,其先天性缺陷已经发现,同样不存在知情权的问题。

而在此类案件中的原告认为,新生儿出生时存在的残疾虽然是先天性的,但是如果不存在医疗过错,新生儿不会出生,这样就可以避免其终生的痛苦和残疾的后果。因此医院应当为新生儿的先天残疾承担赔偿责任。笔者认为这种观点是错误的。

其一,小佟无权因为自己的出生而获得赔偿。从基本的伦理角度来看,即便是有瑕疵的健康与没有获得生命两者相比较,孰轻孰重也是一目了然的。生总是比死要好,这就是生命的意义,也就是所谓生命的神圣性。在某唐氏儿及其父母诉妇幼保健院一案中,法院在判决中写道:即使对于有残疾的生命,从尊重生命本身的价值而言,其存在意义仍胜于无,不能因此低估生命本身的价值,而认定其生命属于应予赔偿的损害。^②这就说明,一般而言,生命权高于健康权是我们这个社会的公序良俗,是需要尊重的。这也是医务人员发扬

① 梁翠云:“缺陷儿出生损害赔偿研究”,北京化工大学2010年硕士学位论文。

② 李立凯、马俊军、宋儒亮、柯旭:“唐氏综合征引发之优生优育选择权诉讼及其鉴定选择”,载《中国实用妇科和产科杂志》2008年8月第24卷第8期。

救死扶伤的人道主义的源泉。如果小佟因自己的出生而获得任何形式的赔偿,这无异于宣告生命权低于健康权,这显然是无法为社会所接受的,更何况也无法计算这种“损害”的赔偿数额。

其二,就本案而言,如果被告在产前检出了小佟的先天缺陷,其父母作何选择呢?如果选择人工流产而娩出死胎,则小佟不能成为民事权利主体,如果娩出活胎,显然小佟是从此行为中获得了民事权利能力,而不是受到损害。如果其父母选择继续妊娠而最终娩出小佟,他就更加没有损害后果了。所以不论其父母作何选择,小佟都不可能成为权利受侵害的主体。

其三,小佟之缺陷系先天形成,其身体权和健康权并没有受到任何过错医疗行为的侵害。司法鉴定结论也已确认,诊疗行为与其5级伤残的状态之间没有因果关系。故小佟不应成为缺陷出生纠纷中的赔偿权利人。

2. 新生儿父母是缺陷出生纠纷的赔偿权利人

新生儿的父母是缺陷出生纠纷中当然的赔偿权利人,这一点几乎毫无争议。笔者也持这一观点,下面结合本案试析之。

在知情权和生育选择权的法律关系中,主张赔偿权利的主体只能是新生儿父母,而不可能包括新生儿。在此类纠纷当中,请求权基础实质上是基于《母婴保健法》而衍生出来的优生优育选择权,即如果医疗机构在特定时间段按照诊疗规范在产前B超检查时能检出胎儿先天缺陷并告知胎儿父母,其父母可以选择是引产还是分娩。但是在产前检查过程中,小佟还未出生,还不是民事权利主体,不享有民事权利。对于优生优育选择权,当时还是胎儿的小佟无法决定自己出生与否,在他出生之后更是已经失去行使这项权利的前提基础。故优生优育选择权只能由胎儿的父母行使,基于所谓优生优育选择权被侵犯所产生的一系列所谓“损害后果”:因抚育缺陷儿而增加的经济负担、后续发生的孕期检查费、医疗费、精神损害抚慰金等,小佟均无权主张。故在缺陷出生纠纷中的权利主张主体只能是新生儿的父母。

(三) 缺陷出生纠纷的客体是新生儿父母的优生优育选择权

缺陷出生纠纷的客体是新生儿父母的何等权利?目前学界对此问题众说纷纭,有的称之为“堕胎自由权”,有的称之为“生育选择权”^①,有的称之为“拥有充分知情的父母的利益”^②。笔者认为,还是称之为优生优育选择权更为准确。

① 刘凯、卞亚穹:“关于‘缺陷儿出生’相关法律问题的探讨”,载 <http://www.cmda.gov.cn/zilvweiquan/weiquanzhishi/2011-04-18/9506.html>,访问日期2011年4月18日。

② 金福海、邵冰雪:“错误出生损害赔偿问题探讨”,载《法学论坛》2006年第6期。

生育选择权的内涵和外延都较之优生优育选择权要大得多。笔者认为,生育选择权首先包括生育与否的权利,那么既包含采取避孕措施以避免怀孕、生育的权利,也包括怀孕后在不明确胎儿健康状态的情况下(如有的孕妇在根本不做孕前检查的情况下就决定人工流产以终止妊娠)决定是否生育的权利。其次包括在进行孕期检查,对胎儿情况相对了解的情况下,决定是否生育的权利。这里既包括对检查结果显示健康胎儿决定是否生育的权利,也包括对应当存在的检查结果(应当查出而未查出或已经查出)显示存在先天缺陷胎儿决定是否生育的权利,同时还包括对检查结果不明确(如唐筛结果高风险、部分肢体器官显示不清楚)的胎儿决定是否生育的权利。再次,甚至还包括在分娩过程中,面对胎儿生命与孕妇生命存在冲突时(如著名的李丽云案)决定是否生育的权利。最后还应当包括决定采取哪种生育方式进行生育的权利。由此可见,本文讨论的缺陷出生纠纷实际上只是在应当存在的检查结果显示存在先天缺陷胎儿时决定是否生育的权利中的一种情形,即应当查出而未查出。包括了如下几种情形:应当进行的检查而未进行检查,由于错误告知而使孕妇对检查结果有错误理解,或者放弃了进一步检查的权利。显然,以生育选择权作为缺陷出生纠纷的客体显然是不准确的。

有学者以“优生优育只能是一种公共道德和判断价值的体现,而不具有绝对的法律意义”为由,否认优生优育选择权是怀孕夫妻的一种权利或者权益^①,笔者认为此观点是值得商榷的。

《母婴保健法》第17条、第18条规定,“经产前检查,医师发现或者怀疑胎儿异常的,应当对孕妇进行产前诊断”,“经产前诊断,胎儿有严重缺陷的,医师应当向夫妻双方说明情况,并提出终止妊娠的医学意见”。《母婴保健法实施办法》第20条规定:“胎儿发育异常或者胎儿有可疑畸形的,医师应当对其进行产前诊断。”卫生部《产前诊断技术管理办法》第17条第2款也规定:“胎儿发育异常或者胎儿有可疑畸形的,医师应当建议其进行产前诊断。”这一系列诊疗规范包含了两层意思,第一层意思是医务人员有对胎儿进行产前检查的义务;第二层意思是如果发现胎儿存在规定情形,医务人员有告知的义务。综合来讲,即医务人员有检查和告知的义务。既有义务就有权利,与此对应的是夫妻的选择权,既有选择进行产前诊断的权利,因为部分产前诊断措施是有风险的,甚至有流产的风险,故必须由夫妻作出决定;同时还有在发现严重缺陷时,决定是否终止妊娠的权利。这首先体现为一种选择权自无疑义,但

^① 刘凯、卞亚穹:“关于‘缺陷儿出生’相关法律问题的探讨”,载 <http://www.cmda.gov.cn/zilvweiquan/weiquanzhishi/2011-04-18/9506.html>,访问日期2011年4月18日。

是这是一种什么选择权呢?

基于一般生活常识,在有选择的情况下,普通夫妻都会选择一个更加健康的孩子。在胎儿期,无法对胎儿智力进行任何判断的情况下,选择一个在各肢体、脏器、器官看起来比较正常的胎儿,其娩出后健康的概率显然大于肢体、脏器、器官有缺陷的胎儿。这在福利院孤儿被收养的情况中可以得到印证。除非专职慈善的机构或者自然人,有意选择某种不健康的儿童进行收养,并给予相应治疗(在现实生活中,选择有疾病的孤儿收养的多数为外国人),以达到慈善的目的以外,凡是有意收养孤儿的不孕不育夫妻,在收养时,无不对孤儿的健康状况进行严格的筛选。甚至在不少收养孤儿的案例中,收养人要求先行对拟收养儿童进行健康体检,以至于据一些福利院工作人员介绍“国内的家庭主要想收养没有疾病的正常孩子”。^① 所以在这种情况下,对发现胎儿存在严重畸形的夫妻来讲,他/她们行使的选择权,显然是为获得一个更为优秀、健康的孩子,这显然是一种为了优生优育而行使的选择权,故称之为优生优育选择权更为恰当。

并且值得指出的是,优生优育选择权是一种在医疗法律关系之中,怀孕夫妻在妊娠的特定期间,所享有的一种权利,其来源于医务人员的诊疗规范,与医疗法律关系中的知情权属于同一等级的患者权利之一。而并非存在于所有自然人在任何时候所享有的权利,即便是孕妇夫妇,也并非在妊娠的所有阶段都有做出这种选择的权利(例如在妊娠晚期,即便提前终止妊娠娩出的也是活胎,实际上已经不存在这种优生优育选择权了),更非法人所能享有的一种权利。

前述学者认为缺陷出生纠纷中的客体是“充分知情的父母的利益”,即在此类纠纷中由于医生的过失,未能履行关于胎儿健康与否的告知义务,致使原告父母的这种获得充分知情的利益受到了损害,被告应该为自己的行为负赔偿责任。^② 笔者认为这种观点只是将缺陷出生纠纷中的一种情形——错误告知进行了概括,却忽略了医务人员由于过错,对于应当查出的缺陷而未查出,以及对于应当进行的检查而未进行的情形,故仅将缺陷出生纠纷的客体归纳为知情权显然是不全面的。

(四) 过错及因果关系的判断

判断是否存在医疗过错以及医疗行为与损害后果之间是否存在因果关系

^① “清远孤儿多因残疾遭遗弃”,载 http://epaper.nfdaily.cn/html/2013-01/15/content_7159117.htm,访问日期2013年1月15日。

^② 金福海、邵冰雪:“错误出生损害赔偿问题探讨”,载《法学论坛》2006年第6期。

并非单纯的法律问题,通常人民法院认为此为专业问题应委托鉴定来解决。据中华医学会负责医疗事故技术鉴定的同志在北京律协医药卫生法律专业委员会举办的缺陷出生法律问题研讨会上的介绍,考虑到患儿的缺陷为先天形成,与诊疗行为之间没有关系,医学会基本不受理此类纠纷的医疗事故技术鉴定。故目前法院一般的做法都是委托相应的司法鉴定机构组织进行司法临床鉴定,通过专家对诊疗经过进行鉴定以评判是否存在过错。由于此类鉴定专业性较强,下面我们结合本案对缺陷出生纠纷司法鉴定结论进行评析。

1. 判断是否存在诊疗过错的标准

笔者认为应当严格按照法律、法规、诊疗规范来判断诊疗行为是否存在过错。接受法院委托的某司法鉴定中出具的“京×[2012]临医鉴字第××号鉴定书”(以下简称鉴定书)认定医疗行为存在的过错的理由主要为两个方面,一是“在患者错过筛查期时未主动进行补漏检查”;二是“本例超声检查报告过于简单”、“四次超声检查均没有描述手的检查情况”。笔者认为这个结论是错误的。

鉴定结论认为,在患者错过筛查期时医方应主动进行补漏检查,然而现今的卫生法律法规、诊疗规范均没有此方面的规定。医院在2012年7月5日《对鉴定书的异议》就此问题提出了异议。在2012年7月19日“北京市××司法鉴定中心回复”中说,此情形是靠医学理论来规范的,不是法律、诊疗规范的范畴。但是目前根本没有鉴定人所依据的医学理论,其主张没有任何依据。

医院申请鉴定人出庭接受质询,在庭审质询过程中,鉴定人又提出“应当补漏检查”,不是法律、法规、诊疗规范所规定的,而是靠医学伦理来规范的。同时鉴定人又进一步解释,医生的诊疗行为主要依据的不是诊疗规范,而是医学伦理。这完全是错误的。医学伦理是道德层面的问题,不道德的行为不一定是违反法律的。根据《医疗事故处理条例》中判断医疗过错的标准是“违反医疗卫生管理法律、行政法规、部门规章和诊疗护理规范、常规”,《侵权责任法》第58条判断医疗机构存在过错的条件仍然是“违反法律、行政法规、规章以及其他有关诊疗规范的规定”。从法律和行政法规这两个高层面的规范性文件来看,认定医疗行为存在过错均是指医疗行为违反有关法律、法规、诊疗规范,没有规定不符合医学理论或鉴定人所谓的医学伦理即构成医疗过错!

也就是说,认定医疗行为是否有过错,应看医疗行为是否违反了相关法律、法规、诊疗规范。不应当以出现不良后果后,当时应怎样做更好的标准认定医疗行为是否存在过错,更不应当依据所谓的法律、规范之外的“医学理