

【六和律师研究文集】

第Ⅲ卷

(2011)

六和律师 理论与实务研究

L&H LAWYER

主 编◎郑金都

副主编◎黄伟源 赵箭冰



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS

浙江大学出版社

【六和律师研究文集】

第Ⅲ卷

(2011)

六和律师 理论与实务研究

L&H LAWYER

主 编◎郑金都

副主编◎黄伟源 赵箭冰



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS

浙江大学出版社

图书在版编目 (CIP)数据

六和律师理论与实务研究. 第3卷 / 郑金都主编.
—杭州: 浙江大学出版社, 2014.5

ISBN 978-7-308-12330-3

I. ①六… II. ①郑… III. ①律师业务—中国—文集
IV. ①D926.5-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 235788 号

六和律师理论与实务研究(第Ⅲ卷)

主 编 郑金都

副主编 黄伟源 赵箭冰

责任编辑 王元新 曲 静

封面设计 续设计

出版发行 浙江大学出版社

(杭州市天目山路 148 号 邮政编码 310007)

(网址: <http://www.zjupress.com>)

排 版 杭州中大图文设计有限公司

印 刷 浙江省良渚印刷厂

开 本 710mm×1000mm 1/16

印 张 18.25

字 数 328 千

版 印 次 2014 年 5 月第 1 版 2014 年 5 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-308-12330-3

定 价 49.00 元

版权所有 翻印必究 印装差错 负责调换

浙江大学出版社发行部联系方式: 0571-88925591; <http://zjdxcbbs.tmall.com>

序 言

六和律师事务所自 1998 年 12 月开业以来,至今已有整整十五个年头。十五年来,六和人始终保持着创始人来自高校老师的书生气,坚持学者型办所风格,坚信“打铁要靠自身硬”,不相信“打官司就是打关系”。业务质量是立所根本,我们始终坚持每周业务学习,坚持理论和实务研究,鼓励律师撰写文章参加从全国律协到省直律协、从法学会到保险学会等举办的各类理论实务论坛和研讨会;坚持创立时提出的“不打官司请律师”理念,持续创新,围绕客户需求开发新产品,在全国律师界首推法律体检,同时不断推出新的法律服务模式。

十五年的坚持和创新,我们付出了辛勤的汗水,也收获了成功的喜悦。六和所荣获“全国优秀律师事务所”称号、成为律师行业唯一的“浙江省服务业重点企业”。全体律师发展业务的同时潜心理论和实务研究,笔耕不辍,至今已连续三届摘取浙江省律师论坛的论文入围量和获奖量的桂冠。

值此十五周年之际,事务所以感恩之心编撰《六和律师理论与实务研究》四卷和《六和经典案例汇编》一卷,撷取六和同仁们十五年来特别是近五年来所撰写的部分理论和实务文章,以及所办理过的部分较有影响或有意义的案例分别汇编成册,旨在将六和律师的智慧结晶呈献给大家,算是六和十五年一个简单的回顾总结汇报,同时也是打开一扇沟通的大门,以期得到大家的指正与引导,便于我们不断反思提高,从而更好地提升自己,服务客户。

六和律师事务所主任 郑金都

2013 年 12 月

目 录

民 事 类

出租人 VS“虚实”承租人

- 承租人中途退租法律问题探讨 王红燕 卢飞燕(3)
- “不当出生”之诉讼理论探讨 金其飞(10)
- 对断水断电制度之思考 林 超(21)
- 论我国环境公益诉讼机制的建立 钱春梅(26)

公司与证券类

- 有限责任公司股权转让的章程设计 赵箭冰 俞琳琼(39)
- 境内自然人境外股权投资之上市审核研究 朱亚元(58)
- 海洋渔业、海水养殖企业“春暖”望“花开”
- 浙江海洋渔业、海水养殖企业上市问题探究 ... 李 静 徐子越(72)

建筑与房地产类

- 从一起码头确权纠纷案谈不动产登记制度 费立峰 钱 骏(83)
- 建筑施工企业关于民工劳动纠纷风险的防范 沈佳敏(89)

金融与保险类

- 论以死亡为给付保险金条件的人身保险合同的效力 姚丽萍 陈皆喜(97)
- 商业银行代理保险业务相关规定解读
- 暨关于《商业银行代理保险业务监管指引》等规定的专项解读
- 姚丽萍 叶伟琼(102)
- “第三者”、“车上人员”在机动车辆第三者责任险中的角色转换和司法认定
- 孔建祥(109)

知识产权类

- 论专利诉讼中的合法来源抗辩 黄伟源(121)
- 构建海洋经济知识产权保护的综合服务体系 黄伟源 吴 壮(127)
- 论商标描述性合理使用 李 静 徐子越(137)
- 我国在先权保护制度的完善 魏飞舟 沈 希(155)
- 谈专利侵权诉讼中的抗辩策略
- 针对现有技术抗辩的理论及实务探讨 吴 壮(165)
- 浅议知识产权投融资 张林利 陈科杰(172)
- CDM 交易程序与律师服务 谢 芳(183)

刑事类

- 论诉讼诈骗行为的刑法认定 田 曙 徐丽娟(191)
- 自动投案成立条件探究 姚建彪 崔 竹(199)

劳动争议类

- 劳务派遣制度的思考 谢春林 徐 熙(213)

海事与海商、涉外类

- 海盗赎金赔付相关问题探析(上篇)
- 海盗险保赔条款研究及设想 胡燕林(221)
- 海盗赎金赔付相关问题探析(下篇)
- 传统海盗行为与赎金冲突研究 胡燕林(235)
- 浅论《海岛保护法》对已开发无居民海岛的影响及对策分析
- 以舟山为视角 商 英 王玮君(247)

其他类

- 充分发挥律师在服务浙江舟山群岛新区建设中的积极作用 郑金都(255)
- 打造有理想、有特色、有文化的律师事务所 郑金都(258)
- 恪守诚信 规范执业 万剑飞 寿宝金(263)
- 如何做好企业法律顾问工作 戴 筠 王 丹(269)
- “义乌试点”下律所建设初探 吴永能(276)
- 存疑不起诉之证据不足探讨 胡雪梅(281)

民事类

出租人 VS“虚实”承租人

——承租人中途退租法律问题探讨

王红燕 卢飞燕

【摘要】 关于因一方原因导致合同解除后违约方的责任承担问题,在理论上存在诸多争议,审判实践中遇到此问题的处理方法也不尽一致。另外,如何确定最终的责任主体也是司法实践中的一个难题。本文通过分析一例因实际承租人原因解除房屋租赁协议的案件,对这两个问题进行一些粗略的探讨。

【关键词】 合同解除 责任主体 间接代理 违约金过高

案例:2006年7月8日,S公司与甲某签订《房屋租赁合同》一份。约定S公司将位于市区的非住宅房屋六间半出租给甲某。合同期限为十年,自2006年7月8日至2016年8月9日。合同约定承租人甲某不得中途退租,否则,租金不予退还并另赔偿一年以上租金损失。合同签订后,甲某成立了M公司该区域服务部,甲某本人为该个体工商户的业主。一年租金到期后,M公司的法定代理人向S公司支付了第二年的租金。2010年,S公司以M公司未按《租赁合同》约定支付次年度租金为由向法院起诉,请求判令M公司继续履行该《租赁合同》,请求判令M公司支付租金130000元。

S公司诉称:甲某是M公司的员工;M公司曾于合同签订后向S发出《关于内部改造工程承诺书》一份,向S公司承诺在解除合同之时恢复现有设施;M公司法定代表人向S公司支付第二年租金是事实。因此,S公司认为M公司是该房屋的实际使用人,M公司甲某的职务行为应由法人M公司来承担责任。

M公司辩称:M公司不是涉案合同的当事人,甲某的签约行为是其个人行为,与S公司没有任何法律关系;甲某不是M公司的员工,仅是M公司法定代表人的朋友;由于甲某在国外,所以M公司法定代表人代甲某支付第二年租金,纯属私人关系的帮忙性质。



一审法院认为,考察法人工作人员的行为是否为职务行为,应考察该工作人员是否以法人名义从事活动及有否得到法人授权。甲某以自己名义签订的《租赁合同》,并以个人名义成立了个体工商户。虽然S公司有证据证明M公司曾系租赁房屋的使用人及M公司法定代表人支付第二年租金等事实,但均不能排除甲某个人向S公司承租并交M公司使用,或自己经营并经M公司授权在租赁房屋内使用其名称等可能情形。同时,S公司无法证明甲某签订《租赁合同》是接受M公司的授权。综合S公司的举证情况,一审法院认为不足以证明甲某签订房屋租赁合同的行为是职务行为,故判决驳回S公司的诉讼请求。^①

S公司不服,提起上诉。二审法院认为M公司未对《关于内部改造工程承诺书》及付款行为提供反驳证据进行抗辩。法院认为,甲某在签订合同时虽无M公司的授权,但从实际履行过程来看,甲某的签约行为代表M公司,认定S公司与M公司的房屋租赁合同关系成立并有效。二审撤销一审判决;判决租赁合同继续履行;M公司支付租金130000元。^②

但是,双方的纠纷还未解决,S公司与M公司第二轮诉讼拉开帷幕。2011年1月,M公司以房屋空置为由向法院起诉要求解除与S公司的房屋租赁合同。2011年2月,S公司提起反诉,要求M公司支付违约金26000元(相当于两年租金)。

双方的租赁纠纷历时两年,最终经过法院调解得以解决。虽然经调解最终解除了双方的租赁合同,但是基于双方的案件和事实仍有一些理论问题值得探讨:①甲某签订房屋租赁合同的行为性质如何认定? ②违约金约定是否合理? ③违约金约定过高的法律救济。

一、甲某签订房屋租赁合同的行为性质如何认定?

甲某以个人名义签订房屋租赁合同,但最终经过法院审理认为甲某的签约行为代表M公司,房屋租赁合同实际存在于S公司与M公司之间。对于甲方签订房屋租赁合同的性质如何认定?是职务行为还是间接代理行为?

(一)根据现行的法律规定,分析一下什么是“职务行为”

《民法通则》第43条规定:“企业法人对它的法定代表人和其他工作人员的经营活动承担民事责任。”《最高人民法院关于贯彻执行民法通则》若干问题的意见》第58条规定:“企业法人的法定代表人和其他工作人员,以法人的名义从

① (2010)××民初字第1201号判决书。

② (2010)××民终字第3091号判决书。

事的经营活动,给他人造成经济损失的,企业法人应承担民事责任。”由以上规定可以看出,构成职务行为必须符合以下三个要件:①行为人必须是法人的法定代表人和其他工作人员;②行为人在从事行为时必须是以法人的名义进行;③行为后果由企业法人承担。^①

在本案中,M公司辩称甲某不是其公司员工,那么连职务行为的第一个要件也没有构成,所以甲某的行为不属于职务行为。退一步讲,即使甲某是M公司的员工,由于其不是以法人的名义签订的租赁合同,所以甲某的行为也不是由法人承担。所以笔者认为甲某的行为不构成职务行为。

(二)什么是间接代理?

间接代理是与直接代理相对应的一种例外代理制度。直接代理强调的是以被代理人的名义,在许多大陆法系国家都将代理仅限于直接代理,强调“亮名说”,也称显名代理;而间接代理并不要求被代理人亮名,在英美法系国家被称之为隐名代理。在《合同法》颁布以前,我国法律未确立间接代理的法律制度。通常适用的代理制度即《民法通则》第63条规定的直接代理制度:代理人在代理权限范围内,以被代理人的名义实施民事法律行为。被代理人对代理人的代理行为承担民事责任。其构成要件是:被代理人为代理人授权,代理人以被代理人的名义同第三人实施法律行为,被代理人对代理人的代理后果承担责任。1999年10月1日我国新实施的《合同法》则确立了间接代理制度。《合同法》第402条和第403条相继规定:受托人以自己的名义,在委托人的授权范围内与第三人订立的合同,第三人在订立合同时知道受托人与委托人之间的代理关系的,该合同直接约束委托人和第三人,但有确切证据证明该合同只约束受托人和第三人的除外。受托人以自己名义与第三人订立合同时,第三人不知道受托人与委托人之间的代理关系的,受托人因第三人的原因对委托人不履行义务,受托人应当向委托人披露第三人,委托人因此可以行使受托人对第三人的权利,但第三人与受托人订立合同时假如知道该委托人就不会订立合同的除外。受托人因委托人的原因对第三人履行义务,受托人应当向第三人披露委托人,第三人因此可以选择受托人或者委托人作为相对人主张权利,但第三人不得变更选定的相对人。^②

这两条规定设立了委托人行使介入权和第三人行使选择权两项法律制度,

① 司忠信.从两则案例谈职务行为、直接代理与间接代理的区分.中国法院网:<http://www.exam8.com/file/hetongfanben/daili/qita/201006/1852620.html>.

② 何云.从罗成凤诉韩永洲民间借贷纠纷案间接代理在审判实践中的运用.湖北省宜昌市中级人民法院.

确定了间接代理的构成要件,即除了委托人的授权外,还须具备另外两个构成要件:①代理人以自己的名义与第三人进行法律行为;②委托人行使介入权和第三人行使选择权后,委托人才可能承受代理行为的后果。此种代理与直接代理的法律后果存在重大不同。

第一轮诉讼中,二审法院认为S公司与M公司直接的租赁合同有效,判令双方继续履行合同。虽然判决书中没有对甲某签订租赁合同的行为性质进行认定,但笔者认为法院更倾向于将其认定为一种间接代理的关系,即隐名代理。首先,二审法院认为在签约时甲某与S公司关系密切;甲某以自己的名义与第三人进行法律行为;虽没有M公司的正式书面授权,但在合同的履行过程中存在M公司向S公司发出《关于内部改造工程承诺书》及支付租金的事实;发出承诺书以及支付租金的行为也是一种介入行为。所以,最终判令甲某的签约行为代表M公司,最终责任由M公司承担。

二、违约金约定是否合理?

一般认为,违约金是合同当事人在订立合同时预先约定的,当一方违约时应向对方支付一定数量的金钱。违约金作为一种违约责任形式,具有预定性和确定性的特点。违约金具有补偿和惩罚双重法律性质。所谓补偿性,是指若违约造成损失,违约金就折抵损失赔偿金。所谓惩罚性,是指只要有违约行为,不论有无损失,也不论损失多少,都要按约定数额向对方支付违约金。违约金的双重性质在我国立法中都有体现。《民法通则》第112条第2款规定:“当事人可以在合同中约定,一方违反合同时,向另一方支付一定数额的违约金……”这一规定没有将违约金与损失挂钩,足以说明违约金具有惩罚性。但《合同法》第114条第2款规定:“约定的违约金低于造成的损失的,当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加;约定的违约金过分高于造成的损失的,当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。”这表明违约金的数额以损失为参照,调整违约金数额的目的是使之与因违约造成的损失基本相当或者大致平衡,因而违约金具有补偿性,目的是为了弥补受害方的损失。总体而言,我国立法中违约金的法律性质是以补偿性为主、惩罚性为辅。

基于违约金以补偿性为主、惩罚性为辅的法律性质,国家对合同当事人约定的违约金数额过高或低于损失的情况应予以调整。当违约金过分高于损失时,降低违约金,使其惩罚性减轻;当违约金低于损失时,予以调高,有利于保护

守约方的利益,使其得到相当的惩罚。^①

那么如何认定违约金是否“过高”,法官如何正确行使自由裁量权?这是审判实践中的一个难题。本案的核心也在于,合同约定的违约金是否过高,是否应该对违约金进行调整。

《合同法》第114条第2款规定:“约定的违约金低于造成的损失的,当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加;约定的违约金过分高于造成的损失,当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。”根据该条的规定,约定的违约金低于造成的损失,无论低多少,当事人都可以请求增加,不存在“过分”低于造成的损失当事人可以请求增加的问题,因为违约金的基本功能就是补偿给当事人造成的损失。相反,当事人请求减少违约金的,必须是约定的违约金“过分”高于造成的损失,否则,当事人不得请求减少违约金。据此,判断合同约定的违约金是否过高,是否应该对违约金进行调整,其标准应当是约定的违约金“过分高于”造成的损失。其含义有二:第一,约定的违约金“过分”高于造成的损失。第二,与造成的损失相比,约定的违约金过分高于该损失。^②

《合同法》第114条规定的“造成的损失”,是仅仅指实际损失,还是应当包括可得利益的损失?通说认为,应该包括可得利益的损失。因为一方面,该条的规定用语是“损失”,而并没有用“实际损失”一词。而《合同法》第113条第1款规定:“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定,给对方造成损失的,损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失,包括合同履行后可以得到的利益,但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。”可见,该条规定的损失既包括实际损失,也包括可得利益的损失。既然如此,那么违约金的调整标准也应当包括可得利益的损失。另一方面,如果在调整违约金数额时,只考虑实际损失,在承担违约金以后又不承担损害赔偿赔偿责任,则对非违约方损失的补偿是不完全的,也就是说只补偿了其实际损失,而没有补偿其可得利益的损失。因为在调整违约金数额以后不可能再允许非违约方继续要求赔偿损害,这样与违约金的功能不相符合。所以,只有在赔偿的标准即损失包括可得利益的损失的情况下,才能使非违约方因违约金责任的承担,达到如同合同完全被履行时一样,即就像没有发生违约行为一样。^③

① 钟建林,浅谈对违约金约定过高的认定与调整.来源于:<http://www.110.com/ziliao/article-172301.html>.

② 杨永清,如何认定合同约定的违约金是否过高.民事审判指导与参考,总第37集.

③ 王利明,合同法研究(第二卷).北京:中国人民大学出版社,2003:705—706.

三、违约金约定过高的法律救济

如果违约金约定过高,如何救济呢?《合同法》第114条第2款只是规定了当事人可以请求法院对违约金进行调整的条件和权利,具体的调整标准则没有明确规定。但《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第16条规定:“当事人以违约金过高为由请求减少的,应当以违约金超过造成的损失30%为标准适当减少;当事人以约定的违约金低于造成的损失为由请求增加的,应当以违约造成的损失确定违约金数额。”这一条司法解释的规定虽然是针对商品房买卖合同纠纷的审理而制定的违约金调整标准,但对于其他合同纠纷中违约金的调整同样具有参照价值。

首先,本案的《房屋租赁合同》中约定承租方若中途退租,租金不予退还,并另赔偿一年租金以上损失。这一约定没有明确因违约产生的损失赔偿额的计算方法,也没有确定一定数额的违约金。这一条款本身是不确定的,变动的。从这一条的字面意思分析,它是对于承租方违约制定了一个没有确切数额的违约金,不予退还的租金和一年租金以上损失可以视为其对违约金的一个预设。承租方有权依据《合同法》第114条的规定请求法院适当减少。

其次,关于违约金的计算,依据《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第16条,当事人约定的违约金超过造成损失的30%的,可请求法院减少。也就是说违约金的最高限额就是损失的30%。参照《江苏省高级人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件若干问题的意见》第二十六条:“因承租人过错导致房屋租赁合同解除的处理”因承租人的违约行为导致房屋租赁合同解除,出租人请求承租人赔偿损失的,人民法院应予支持。承租人要求出租人补偿剩余租赁期内装饰装修残值的,人民法院不予支持。因承租人违约行为导致房屋租赁合同解除的,出租人可以要求承租人赔偿租赁房屋闲置期间的租金损失,但最长不得超过6个月。也就是说,空置期的租金损失最高限额是6个月的租金。

在本案第二轮诉讼中,由于S公司已收取了M公司一年的租金,合同解除后,还有一部分未履行期限的租金应折算为违约金,也就是说S公司的空置期租金损失减去该部分已收租金,最后得出的金额才是M公司的损失,也就是违约金的合理金额。如果S公司急于行使房屋出租权利,导致损失扩大,根据《合同法》第119条规定,当事人一方违约后,对方应当采取适当措施防止损失的扩大;没有采取适当措施致使损失扩大的,不得就扩大的损失要求赔偿。所以,S公司请求M公司支付相当于两年租金的违约金是明显过高的,经M公司请求,法院理应减少。

四、结论

综上所述,虽然双方的纠纷没有经过法院的最终判决,而是最终经调解解决。但是本案的争议点值得探讨。首先,签约人与实际使用人不一时,责任主体如何认定?对于这一争议点,要从签约者的签约性质着手。例如本案,甲某与M公司之间是一种间接代理关系,所以法院最终判决M公司为最终责任主体。其次,承租人提前解约,违约金如何认定?对于该争议点,要明确双方是否约定违约金,辨别违约金约定是否过高,以及违约金约定过高后的法律救济。例如本案,违约金应以空置期租金损失减去该部分已收租金为计算依据,空置期的租金损失最高为6个月的租金,因此,S公司的违约金请求明显过高,承租方有权依据《合同法》第114条的规定请求法院适当减少。

参考文献

- [1]王利明.合同法研究(第二卷).北京:中国人民大学出版社,2003.
- [2]姚蔚薇.对违约金约定过高如何认定和调整问题探析.法律适用,2004(4).
- [3]邹双卫.论我国《合同法》中的违约金变更规则.韶关学院学报,2010(5).
- [4]杨永清.如何认定合同约定的违约金是否过高.民事审判指导与参考,总第37集.

作者简介

王红燕,女,青岛海洋大学法学学士,六和律师事务所合伙人。主要从事并购、知识产权、连锁经营、涉外法律业务。

卢飞燕,女,国际商法硕士,六和律师事务所律师助理。

“不当出生”之诉讼理论探讨

金其飞

【摘要】 因医院产前检查失误,导致孕妇产下先天带有缺陷的婴儿,婴儿父母因此享有要求医院承担赔偿责任的权利。在“不当出生”之诉中判断医院有无过错时,应以当前的一般医疗专业水准作为确定注意义务之标准,但要区分常规检查和产前诊断两种不同情况。有缺陷的婴儿出生不同于因医疗事故导致的婴儿残疾,两者有诸多区别。鉴于不当出生涉及法律、医学、伦理等多重问题,父母抚养有缺陷的婴儿是法定义务,出生婴儿未来的相关费用尚难以确定,故赔偿范围不宜过宽。

【关键词】 不当出生 产前检查 产前诊断 知情同意 损害赔偿

随着医疗水平的发展,通过产前检查预先判断胎儿是否有先天性缺陷和遗传性疾病成为可能。随着堕胎法的出现,“不当出生”与“不当生命”之诉在理论上具有了可能性,因为检查出孕期的残障情形并使孩子流产,现在已经属于一种合法的医疗选择。大约从20世纪70年代以来,胎儿损害赔偿案中的“不当出生”与“不当生命”之诉成为实务与理论界争论的焦点。

近年来,因医院未检出胎儿存在的先天性缺陷或未尽告知义务,从而导致带有缺陷的婴儿出生,婴儿父母向医院主张赔偿的纠纷呈增多之势。对此类“不当出生”纠纷的相关法律问题,如:是侵权之诉或合同之诉、被侵害的权利属性、医院过错之判断、损害赔偿范围之确定等,目前法学界存在诸多争议,实务界对纠纷的裁判结果也各异。笔者结合资料和办理案件的体会,试作如下分析。

一、不当出生的概念

“不当出生”(wrongful birth),其概念最初来源于美国法,是指妇女怀孕期间进行孕期检查,但因医院检查错误而未发现胎儿具有先天性残疾,致使妇女

未能实施人工流产而生下具有先天性残疾的婴儿。在我国,有学者将“不当出生”本土化解释为“医师违反产前诊断义务”,导致残疾儿出生。

二、请求权基础之判断

请求权基础,指的是支持一方当事人向他方当事人有所主张的法律规范,即谁得向谁,依据何种法律规范主张何种权利。我国对“不当出生”之诉的请求权基础(诉因),目前没有形成统一的认识。

(一)谁有权向谁主张权利,是孩子还是父母?

1. “不当出生”的孩子无权向医生或父母主张

在美国实务中,因此而主张的此类索赔案通常被概括为“不当生命”之诉,即一个因被告过失而生而具遗传缺陷的孩子所提出的诉讼请求。由孩子父母提起的该主张通常被冠以“不当出生”的称呼,这是由于被告的过失而致父母生出了一个具遗传病或其他先天缺陷的孩子,而为该父母所提起的诉讼。

“不当出生”的小孩提起的诉讼,主张因医师过失未告知父母其胎儿有缺陷之可能,以致父母没有机会选择是否生下他,终致产下该有缺陷的小孩,在美国称之为“不当生命”之诉(wrongful life)。“不当生命”之诉中的原告主张并非是他们不应当被有缺陷地出生,而是他们压根就不应当出生。这一主张的本质是:孩子的生命是“不当的”。在美国各州,法庭普遍拒绝承认“不当生命”为侵权诉因,其理由是:①在母胎里形成的缺陷生命,是自然的安排,而非人类行为的结果,因此,并不存在法律意义上的损害和法律意义上的诉因;②医生没有杀死胎儿的义务,如果准许原告的诉讼请求,就等于将堕胎的义务或杀死胎儿的义务强加给医生,这在法律上是不能成立的;③生命是神圣的,生命纵有残障,其价值仍胜于无生命,将有残疾的生命视为损害是不道德的;④对缺陷儿认定损害的存在,在逻辑上是不可能的,因为根本无法对原告的先天性缺陷这一“目前状态”与“不存在”这一原来状态加以比较与估量。

如果允许孩子向医院提起过失侵权之诉,将会出现逻辑上的根本矛盾。因为如果没有医生的疏忽,孩子不会被生养,所以医生不应对因其过失而生的孩子承担责任。有律师提出,如果孩子关于生命有权提出主张,就意味着我们在创造一种每个孩子都有期望得以完美出生的权利。这显然是不现实的。

欧洲侵权法也同样不承认美国普通法中出现的上述“不当生命”的称谓。基本理由是:其一,任何人都无权决定自己之不存在,这已被普遍接受。其二,尚未出生者享有人格尊严权。因此,责任与损失产生于出生之前或者出生之后无关。从而认为,因为未出生者没有法律上的能力,所以在取得法律上的能力