

第1辑

疑难案例实务研究

Practical Studies of Difficult and
Complicated Cases in Law

北京市高级人民法院/编



栏 目

【判解研究】

针对审判实践中存在的疑难、新型问题进行深层次实务研究

【案例分析】

对个案审判中如何适用法律的疑难、争议问题进行探讨与评析

【参阅案例】

刊登对审判中关键问题的把握已有定论的已终审案件

【法律文书之窗】

刊登有典型意义的优秀法律文书

【文件规定】

刊登北京市高级人民法院和其他省市高院的业务规定

法律出版社

疑难案例实务研究

第 1 辑

北京市高级人民法院 / 编

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

疑难案例实务研究. 第1辑/北京市高级人民法院编.
—北京:法律出版社, 2001.12
ISBN 7-5036-3613-0

I. 案… II. 北… III. 法律-案例-研究-中国-文集
IV. D920.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 086465 号

出版/法律出版社
印刷/北京市四季青印刷厂
责任印制/李跃

总发行/中国法律图书公司
经销/新华书店
责任校对/杜进

开本/A5
版本/2002 年 1 月第 1 版

印张/9.875 字数/259 千
2002 年 1 月第 1 次印刷

法律出版社地址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn

传真/(010)88414115

电话/(010)88414121(总编室)

(010)88414893(责任编辑)

中国法律图书公司地址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

传真/(010)88414897

电话/(010)88414899 88414900

(010)62534456(北京分公司)

(010)65120887(西总布营业部)

(010)88414934(科原大厦营业部) (010)88960092(八大处营业部)

(021)62071679(上海公司)

商务网址/www.china law-book.com

出版声明/版权所有, 侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-3613-0/D·3530

定价:24.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

疑难案例实务研究

第1辑

编辑委员会

主任：秦正安
副主任：张军 郑刚 王振清
 王明 池强 贺荣
委员：（按姓氏笔画排列）
 田玉玺 刘兰芳 吉罗洪 孙国明
 李大元 李振奇 张柳青 张鲁民
 徐扬 谭京生

编辑部

主编：贺荣
副主编：张悦 辛尚民
编辑：毕东丽（综合）
 乔新生 唐明 曾宏伟（刑事）
 薛峰 万钧（民事）
 张灵（行政、执行）

首 刊 词

渐入深秋,“万类霜天竞自由”。在欣欣向荣的中国法学天地中,《疑难案例实务研究》首刊问世了。

“有法者以法行,无法者以类举,听之尽也”。我国当前虽无判例法,但案例研究可以澄清审判中可能的谬误,可以探索审判前沿的新问题,可以实现审判经验的共享,为审判实践提供参考,有利于促进执法统一,提高审判质量和效率。

我国加入 WTO 后人民法院的终局裁决地位必将得到加强,案件更加复杂、类型更多,提高法官素质尤其是法学理论素养更是迫在眉睫。通过总结分析自己裁判过的案件,通过参与讨论和学习他人裁判的案件,从实践中总结和学习交流经验,无疑是增长法学知识和提高理论分析水平最有效的途径。

法律是来源于实践并为实践服务的上层建筑,法学也应当是一门最具实践性的经验学科,其首要的任务应当是了解和分析本国的法律实践和社会生活。然而,综观历史和现状,我国的法学研究多以介绍或移植甚至照搬国外的立法经验为主,而以本国法律实践为基础的实证研究则不足。加强案例研究可以兴法学研

究的务实风气,发掘本土法律资源,推动我国法学理论相对独立的发展。而由法官进行案例研究,正如德沃金所言,“任何法官的意见本身就是法哲学的一部分”。

所以案例研究兴,则中国法治社会的发展无限、中国法官素质的提高无限、中国法学的进步无限。

北京是祖国的首都,北京法院的审判工作积累了大量的宝贵的案例资源。申奥成功,首都又将加快发展,各类新类型案件必将更加丰富,为案例研究提供大量的素材。人才济济的首都的法官们应当充分利用各种资源,有所作为。

《疑难案例实务研究》是首都法院系统第一份为案例研究提供阵地的定期发行的公开出版刊物,为推动案例研究的深入发展提供了一个有利的平台。

《疑难案例实务研究》是北京法院系统自己的刊物,推动案例研究的深入、为首都审判实践服务、为提高首都法官的理论素养服务,是《疑难案例实务研究》的基本宗旨。所以,本刊坚持兼容并蓄,鼓励运用各种研究分析手段,促进案例研究的深入发展,只要是符合办刊基本宗旨的关于案例研究的文章,均可采用,而不局限于初设栏目。

首刊问世之际,我们衷心希望它能成长为首都法官们不分区域进行学术交流的园地,成长为首都法官们在审判实践中的良师益友。“盈盈荷上露,灼灼如明珠”,衷心希望首都法官们拿起手中的笔在滋润着这朵初放的学术之花的同时,使它散发出耀眼的光芒;希望首都法官们在这里耕耘出一片专家型法官成长的沃土,写就一部记载首都法院经典案例和闪烁着首都法官思想火花的历史!

《疑难案例实务研究》编辑部
二〇〇一年十二月二十七日

目 录

◆首刊词

判解研究

- ◆试验性医疗损害赔偿案件审理中的几个法律问题
——徐世朴诉中国科学院高能物理研究所、北京市
市肿瘤防治研究所损害赔偿案评析 单国军(3)
- ◆妻冒领丈夫存款案的法律研究
——刘某诉某银行储蓄合同纠纷案评析 马 强(19)
- ◆全国首例公路噪声污染案评析 范跃如(32)
- ◆销售伪劣产品罪的定罪量刑研究
——陈建明等销售假烟案评析 李振奇 朱 平(46)
- ◆谈非法经营的认定
——李某等非法经营、转移赃物案评析 朱 平(59)
- ◆公司被吊销后股东清算责任的承担 王 成(67)
- ◆从司法实践看我国证券市场的法治
——有关证券市场典型司法判例的启示
..... 薛 峰 雷 虹(82)
- ◆代位权行使法律问题研究
——国都财务公司与永宏公司、华贸财务公司

- 代位权纠纷一案的法律分析 何 波(95)
- ◆仅有票据文本的交付并不等于票据权利的转移
——对一起以汇票作为偿债手段的购销合同纠纷案件的法律研究 郎贵梅(108)
- ◆涉及网络的不正当竞争纠纷与著作权侵权
纠纷中的法律问题研究 陈锦川(116)
- ◆论艺术服装的著作权保护
——胡某诉裘某、中国美术馆侵犯著作权纠纷案的评析 胡 平(128)
- ◆竞业禁止协议与商业秘密保护
——对一起涉及牙齿矫形丝生产技术的侵犯商业秘密案的评析 贾柏岩(148)
- ◆著作权集体管理制度发展与完善
——北京首例中国音乐著作权协会通过诉讼代表会员主张权利案评析 邵明艳 张晓津(156)
- ◆我国行政诉讼制度应当具有扩充合秩序的行政权力的效力
——对一起不服烟草专卖行政处罚决定案的评析 景 滔(164)
- ◆程序保护原则在行政诉讼中的适用
——对王某诉国家卫生部赔偿案的评析 朱世宽(173)
- ◆先刑后民原则及不真正连带责任的适用
——张晓玲诉工商银行违规操作索赔案评析 史德海(181)
- ◆从一案看法院启动再审程序利弊之探讨 张远忠(188)

案例分析

- ◆一起存款冒领案件的法律分析 付玛莉 陈桂平(199)
- ◆从一则案例看确认有限责任公司股权的依据 周 岩(206)
- ◆搭赠行为侵犯商标权的侵权认定

- 北京市糖业烟酒公司诉北京美厨食品
有限公司侵犯商标权纠纷案评析 程永顺(214)
- ◆对一起订货安装合同转让纠纷案件的
再审评析 侯永水 毕芳芳(221)

法律文书之窗

- ◆北京市第一中级人民法院刑事判决书
——(1999)一中刑初字第 2075 号刑事判决书
及评析 (231)

参阅案例

- ◆赵艳的行为构成包庇罪而非帮助毁灭证据罪 高亭言(261)

文件规定

- ◆北京市高级人民法院关于办理各类案件有关
证据问题的规定(试行) (267)
- ◆关于《北京市高级人民法院关于办理各类案件有关
证据问题的规定(试行)》的说明 (292)
- ◆《疑难案例实务研究》征稿启示 (305)

判解研究

试验性医疗损害赔偿案件审理中的几个法律问题

——徐世朴诉中国科学院高能物理研究所、
北京市肿瘤防治研究所损害赔偿案评析

单国军

一、案件事实

1993年8月,徐世朴(原告(上诉人))被诊断为“局限型B期前列腺癌”。同年10月13日在北医三院行双侧睾丸切除术,术后服用缓退瘤。后经咨询北京肿瘤医院专家,徐世朴于1993年11月19日住进肿瘤所(被上诉人)治疗。自进肿瘤所之日起至同年12月14日,徐世朴由肿瘤所的医生出具处方,确定中子剂量,照射野和定位设备,在高能所(被告(上诉人))利用35兆赫(MEV)质子直线加速器快中子治癌研究装置进行快中子治疗,由高能所工程技术人员操作设备,双方共同完成对徐世朴的治疗。治疗结束后,徐世朴会阴部皮肤色素沉着明显,肛门口皮肤有湿性剥皮。

1994年1月10日至同年2月18日,徐世朴再次住进肿瘤所,当时的病历记载,徐世朴的会阴部及肛门部位有湿性反应脱皮及少量渗出物。同年7月,徐世朴出现持续低热,大便黏液带血,小便不畅。同年8月22日,徐世朴住进广安门医院治疗,入院时查体见会阴部皮肤干燥发黑,肛门分泌物呈黏液脓样带血丝,骶尾部皮肤破溃有脓性分泌物,经治疗于同年12月5日出院。1995年1月,徐世朴在肿瘤所行横结肠造瘘术。同年2月至5月间,徐世朴为治疗骶尾部皮肤破溃,分别在解放军三〇四医院、海淀区皇苑医院进行中西医结合治疗。同年5月,徐世朴再次住肿瘤所治疗,在此期间,发现徐世朴腹股沟溃疡,同年8月1日进行输尿管造瘘术。同年10月12日,肿瘤医院为徐世朴彻底清除坏死的盆腔脏器后将其左腿高位截肢。诉讼中徐世朴仍在住院治疗,情况有所好转,未见肿瘤复发及转移迹象,局部残留少量脓性液体通过骶尾部引流后有所好转。

1998年3月,徐世朴经北京市高级人民法院鉴定,鉴定结论为:徐世朴劳动能力完全丧失,伤残率为90%。

徐世朴住院期间已支付医药费261872.3元,该款由徐世朴所在单位支付,护理费48380元,住院期间取暖费4689.98元,交通费1374元,购置空调费5630元。此外,肿瘤所在徐世朴住院期间垫付住院床位费、特护费、雇护工费及购置电动防褥疮垫、翻身架、尿垫、轮椅共计466870元。快中子治疗过程中,由肿瘤所收取徐世朴治疗费3600元,后转高能所2800元。

另,35兆赫(MEV)质子直线加速器快中子治癌设备是高能所的国家级科研项目。经该所申请,北京市放射卫生防护所同意在符合下列条件的情况下,开始开展快中子治癌临床试验研究:(1)快中子治癌是一项危险性较大的工作,在我国又是首次开展,必须慎重对待,必须在严格的质量保证下进行。(2)必须有快中子治癌临床试验研究的法人代表、其认可的试治疗工作人员、研究人员,各自的职责,履行职责的制度及记录。(3)接受试治疗的患者,必须签署自愿接受快中子治疗意见书。高能所组织的“快中子治癌专家组”(下称专家

组)还制定了治疗程序及安全措施:a.要求认真选择患者,患者须有确诊依据,全部收治病例均需由专家组成员会诊决定。b.经治医生或专家组成员之一应在治疗前向患者、家属或患者组织代表介绍快中子治疗的意义、目的、疗效以及可能发生的并发症,如果患者接受治疗,应在接受快中子治疗志愿书上签字,经治医生应完成完整的病历。专家组成员均由各收治病人的医院医生组成,由医生提出治疗方案,开具处方,高能所技术人员负责操作快中子放疗设备,双方共同完成治疗过程。徐世朴的主治医生是肿瘤所医生申文江,申文江又是高能所专家组的成员之一。诉讼中在徐世朴的病例中未发现关于徐世朴本人自愿接受快中子治疗的同意书,也未发现在徐世朴治疗过程中由肿瘤所或高能所告知其或其家属关于可能发生的并发症等相关文字记载,高能所和肿瘤所亦不能提供相关证据。

二、一、二审诉辩及审判情况

(一)一审诉辩及审判情况

徐世朴诉称:我因患前列腺癌到二被告处接受放疗,致身体出现严重的放射性烧伤症状,虽保住了性命,但左高位截肢致残,阴茎、阴囊被切除,结肠、直肠、膀胱被烧毁,结肠和双侧输尿管造瘘,大小便改道,骶骨处有一永久性窦道,每天有脓性分泌物排出。二被告在非医疗机构进行治疗性人体实验,给我人身造成了不应有的损失,对损害后果依法应承担连带赔偿责任,要求二被告赔偿经济损失和精神损失费共计人民币 116.54 万元。

肿瘤所辩称:对徐世朴所进行的快中子治疗是高能所的科研项目,也是在该所内由其专家组确定治疗方案和实施治疗的,治疗医生虽是我所人员,但他们是以专家组成员的身份进行治疗活动的,治疗费用也是由高能所收取。故对于徐世朴造成放射性烧伤的主要责任应由高能所承担。我所对徐世朴进行了大量的抢救工作,费用支出达 35 万元,该部分损失亦应由高能所承担。

高能所辩称:我们仅提供快中子治癌临床研究的设备,病人是由

专家组各位医生所在的肿瘤所收治,对患者进行快中子治癌的剂量也是由收治医生签字,填写处方,高能所的任务是按医生处方规定提供准确的中子剂量,照射野和定位设备,进行操作。且专家组的活动日程常聚常散,不具备独立承担责任的资格。同时,徐世朴还在北京肿瘤所、广安门医院、解放军三〇四医院、海淀皇苑医院做过治疗,因此,要求对徐世朴身体损伤的根本原因作出鉴定。综上,我所不同意赔偿损失。

北京市第一中级人民法院经审理认为,进行快中子治疗是一种高科技、高风险的活动,有关放射防护部门及专家组制定了治疗程序及要求,应向患者或家属告知可能发生的并发症,同时要求患者签署自愿接受快中子治疗意见书,但徐世朴的病历无此项内容的记载,徐世朴也未填写意见书,肿瘤所、高能所亦未能提供有关证据,二被告侵犯了患者的知情权,对徐世朴的经济损失应承担相应的责任。对徐世朴进行快中子治疗系由肿瘤所的医生开具处方,高能所的工程技术人员操作设备,双方共同完成的。因此,高能所、肿瘤所已构成共同侵权,对徐世朴的经济损失应承担连带赔偿责任。肿瘤所以治疗医生是以专家组成员的身份参加治疗活动,自己只承担次要责任以及高能所以其仅提供了快中子治癌临床设备,拒绝承担责任的抗辩均不能成立。对徐世朴的赔偿数额,应以对徐世朴造成的实际损失及伤残补助标准为限。对精神损害赔偿一节,因欠缺法律依据,不予支持。据此,根据《中华人民共和国民事诉讼法》第119条之规定,判决:(1)徐世朴在北京肿瘤医院的住院费、特护费、雇工费及肿瘤医院为徐世朴支付的电动防褥疮垫、翻身架、尿垫、轮椅费由肿瘤所及高能所各负担1/2。(2)肿瘤所及高能所各赔偿徐世朴补助费、护理费、住院期间补助费、营养费、交通费、住院期间取暖费、购置轮椅费经济损失91364.17元。(3)上述一、二项,肿瘤所及高能所承担连带责任。(4)驳回徐世朴的其他诉讼请求。

(二)二审诉辩主张及审判情况

徐世朴以精神损失应当得到赔偿提出上诉。高能所持原审答辩

提出上诉。

北京市高级人民法院经审理认为:法律保护高科技的发明、发展和应用。核医学的临床试验应当经过国家卫生主管部门及相关机构的批准,并制定严格的医疗责任和制度。经高能所和相关医疗部门共同推荐试用的快中子治癌措施及其设备,已经过国家级鉴定,北京市放射卫生防护所亦同意开展该项目的临床试验。自试验至今已实际形成了临时性的医疗试验组织——专家组,亦实际形成了由医疗单位组织患者,由高能所操作设备的非正规的治疗过程。但是,该专家组相应的医疗制度、责任尚未确立,对患者的医疗损害责任不清、无章可循。徐世朴因医治前列腺癌被肿瘤所医生推荐使用快中子治癌方案,且该医生又是快中子治癌专家组成员,故应当认定其与该医学试验组织有工作上和组织上的关系。该组织(专家组)成员分别来自和代表各自单位,故高能所和肿瘤所作为该组织的上级主管部门是法律上应当承担该组织对患者造成损害的赔偿责任人。高能所以该所仅提供快中子治疗设备而不承担责任的上诉请求,无法律依据,不予支持。因肿瘤所和高能所对徐世朴进行快中子放疗前未告知其可能发生的并发症,侵犯了患者的知情权,因此给徐世朴造成的肢体脏器等损害属于医疗过错责任,并应当由高能所和肿瘤所共同承担赔偿责任。其中,具体实施选择快中子治疗方案、收治住院、行使处方权等医疗行为的肿瘤所承担主要责任,共同参加快中子临床应用的高能所应承担次要责任。原审法院认定高能所和肿瘤所对徐世朴的损害后果构成共同侵权并应共同承担赔偿责任是正确的,应予维持,但对民事责任的划分不妥,应予以调整。徐世朴上诉要求高能所、肿瘤所赔偿其精神损失一节,因快中子治癌尚属医疗科研的试验阶段,且其前列腺癌经快中子放射治疗后已基本稳定,7年未见复发,应属于治疗前列腺癌基本成功,故精神损害尚不构成,对徐世朴的该项诉讼请求不予支持。据此,依据《中华人民共和国民事诉讼法》第153条第1款第(1)、(2)项之规定,判决:(1)撤销一审判决第一、二项。(2)维持一审判决第三项。(3)徐世朴在北京肿瘤医院的

住院费、特护费、雇工费及肿瘤医院为徐世朴支付的电动防褥疮垫、翻身架、尿垫、轮椅费由肿瘤所负担 60%；由高能所负担 40%。(4)徐世朴伤残补助费、护理费、住院期间补助费、营养费、交通费、住院期间取暖费、购置轮椅费经济损失由肿瘤所赔偿 109 637 元；由高能所赔偿 91 364.17 元。(5)驳回高能所的其他诉讼请求。

三、法理解析

本案是将核物理高科技运用于医疗而发生的一起损害赔偿案件，涉及多个法律问题，具有一定的典型性。主要解析如下：

(一)高能所、肿瘤所对徐世朴实施快中子治疗行为是否属于合法医疗行为

这一问题又可分为两个具体问题：一是该治疗行为是否合法；二是该治疗行为属于何种医疗行为。显然，如非合法医疗行为，则该案即不单纯是个民事纠纷的问题。同时，如何认定该治疗行为的性质也影响着法律适用、归责原则以及责任主体的确定。

所谓医疗行为，简言之，即医疗主体对于患者进行治疗的行为。具体说，它是指经国家许可的单位或个人以国家许可的方式、药品对患者进行病症治疗或保健的行为。构成合法医疗行为必须具备三个要件：其一，主体上是为国家所许可的医疗单位或个人；其二，方式上采用国家所许可的医疗方式；其三，物品上使用国家所许可的医药用品。对于未经国家许可的主体所进行的治疗行为，法律规定为非法医疗行为并予制裁。非法医疗行为在后果上不仅要承担民事侵权责任，还要承担行政责任甚至是刑事责任。

医疗从其技术成熟及相应应用程度，可以分为两类，即定型化医疗和试验性医疗，前者是将成熟的医疗技术或药品应用于临床，后者则是将待成熟的医疗技术或药品应用于临床。与定型化医疗不同，试验性医疗兼具医疗与科研的性质，因而是一种特殊的医疗，在法律规范上有其特殊之处。其一，由于技术在医疗发展中扮演着非常重要的角色，而试验性医疗是医疗技术发展和成熟的基本方式与途径，