

浙江省直律师协会 主办

◆ 唐国华 主编

律师实务研究

第六卷



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS
浙江大学出版社

浙江省省直律师协会 主办

◆ 唐国华 主编

律师实务研究

第六卷



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS
浙江大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

律师实务研究. 第6卷 / 唐国华主编. —杭州: 浙江大学出版社, 2012. 3
ISBN 978-7-308-09487-0

I. ①律… II. ①唐… 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 (2011) 第 272221 号

律师实务研究(第6卷)

唐国华 主编

责任编辑 周卫群
封面设计 刘依群
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 杭州丰源印刷有限公司
开 本 787mm×1092mm 1/16
印 张 34.25
字 数 877 千
版 印 次 2012 年 3 月第 1 版 2012 年 3 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978-7-308-09487-0
定 价 69.00 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邮购电话 (0571)88925591

前 言

中国社会正在进入一个追求变革、竞争与向往财富的法治时代。随着人们的民主观念和法律意识的日益增强,一般的法律基础知识越来越普及,因此社会对法律服务的需求也日益提高,律师业务已由过去“欠钱还钱”式简单的法律服务扩展到金融、房地产、证券、知识产权、项目投融资等市场经济的诉讼和非诉讼领域,社会需求使律师的专业要求越来越高,专业细分越来越明显。可以说,律师专业业务的细分必将是今后一段时期律师业的发展趋势。这就要求律师不断地学习,汲取新知识,在工作中不断总结经验,努力提高律师的专业水平,以便为社会大众提供更好的法律服务,为创建和谐社会而尽一份力量。

为此,浙江省省直律师协会召开了 2011 年度的律师实务理论研讨会,各省直律师积极投稿,经本书编委会集体评议,选了其中部分优秀论文出版。论文归类为民事专业、刑事专业、行政法专业、公司与证券专业、建筑与房地产专业、知识产权专业、劳动与社会保障专业、招标投标专业九个律师实务专业和律师管理方面的文章。文章具有很好的质量,充分反映出广大律师的实务和理论成果。

本书论文均为律师工作实务理论文章,为第 6 卷。若对律师同行、其他法律职业共同体、法律职业兴趣爱好者及其他社会人士有一定借鉴和帮助,我们会倍感欣慰。不足之处,真诚地欢迎广大读者提出批评意见。

本书编委会

二〇一一年七月于杭州

目 录

民事专业

“不当出生”之诉讼理论探讨·····	金其飞(3)
海盗赎金赔付相关问题探析	
——海盗险保赔条款研究及设想·····	胡燕林(12)
论我国环境公益诉讼机制的建立·····	钱春梅(23)
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(31)
浅析不定值保险中保险价值的界定·····	叶 飞 卢一泓(35)
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(39)
财产继承视角下的民间习惯·····	何 强(44)
试论债权人撤销恶意抵押行为·····	朱 晨(50)
任意诉讼担当探析·····	张明炎(54)
论不当得利制度下返还义务的范围·····	林 慧(64)
网络诽谤行为法律初探·····	陈伟华(67)
“照付不议”天然气供应合同的若干问题探讨·····	陆利忠(73)
CDM 交易机制与碳交易法律服务·····	朱宏文 朱 磊(76)
律师在航运保险业中的服务与作用·····	宋玉祥(81)
浅议核损害赔偿赔偿责任·····	戴安徽(86)
浅议渔船交易的法律规制·····	朱昌明 潘晓虹(90)
海水脱硫特许经营项目实施中需要关注的法律问题·····	郝 利 陈国强(96)
无居民海岛使用权转让的法律问题探析	
·····	唐国华 金炜亮(101)

刑事专业

论诉讼诈骗行为的刑法认定·····	田 晖 徐丽娟(111)
自动投案成立条件探究·····	姚建彪 崔 竹(117)
容留卖淫罪实务探讨·····	黄 剑(125)
律师在侦查阶段亦应发挥刑辩职能·····	汪波克 罗梦倩(131)

浅析玩忽职守罪的行为要素·····	林 慧(137)
网络犯罪刑法规制研究	
——基于《网络犯罪公约》的启示·····	赵瑜华 张 亮(140)
《刑法》第十三条“但书”视野下的“危险驾驶罪”·····	章 栋(146)

行政法专业

对断水断电制度之思考·····	林 超(155)
关于行政诉讼中被告主体资格的确认·····	徐 涛 石碧蕾(159)
浅议国有土地上房屋征收与补偿中的听证制度·····	黄丽泉(162)

公司与证券专业

论债权出资的特殊性及其法律规制·····	唐嵩乔 王梦媛(169)
浅析有限责任公司夫妻共同股权的认定与分割	
——以夫妻财产制与公司法相关规定的衔接为视角·····	何 强(178)
一人公司的监管机制思考·····	钱 梁 赵崇樾(184)
港口产业投资基金的特点与律师服务·····	陈 权(190)
公司僵局的认定及思考·····	张红艳 祁玲萍(194)
私募股权投资主体比较研究·····	周妮娜(201)
公司上市国有股划转相关法律问题探析·····	梁 瑾 卢胜强(206)
有限责任公司股权转让的章程设计·····	赵箭冰 俞琳琼(212)
履行出资人职责的机构履职中应当注意问题刍议·····	王文佳(226)
私募基金参与海洋经济建设的模式与风险规制·····	吴方荣(232)
浅析中小企业股权激励实施难的原因及对策·····	余小红(237)

建筑与房地产专业

非住房承租人在拆迁中的权益保护·····	陈 炜(247)
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(251)
从一起码头确权纠纷案谈不动产登记制度·····	费立峰 钱 骏(256)
房产调控政策法律定性及对策分析·····	舒 军(261)
房地产项目合作开发过程中的模式选择及权益保障·····	黄 亮(269)
浅析二手房买卖经纪人佣金的支付纠纷问题·····	金德聪(275)
浅析提前使用工程的质量责任·····	陈姣娣 胡 超(279)
浅析未登记房屋争议的解决方法和途径·····	汪波克 罗梦倩(287)
浅析我国房地产信托模式及发展趋势·····	姜丛华 张爱华(293)
浅析房产限购政策下借名购房的风险·····	舒 军(300)
浅议房屋外立面权属相关法律问题·····	徐 进(304)
实际施工人起诉发包人法律权利研究·····	赵全强 刘 莺(310)
外嫁女土地征收拆迁安置问题思考·····	胡湘英(319)

开发商注销后的房屋质量责任承担·····	吴方荣(325)
小区会所的业主权益浅析·····	吴方荣(343)
逾期付款利息与迟延履行违约金能否同时赔偿? ·····	赵全强 周 斌(350)
浅析围填海土地使用权归属·····	何 翔(357)

知识产权专业

计算机字库的著作权探究·····	罗 云 姚 钰(363)
论利益平衡原理在专利诉讼中的适用·····	邓 恒(371)
从 Bilski 案谈商业方法如何在美国申请专利保护 ·····	陈 鹰 山 峰(378)
论知识产权保护与公共利益平衡机制的构建·····	潘仁东 杨文斌(382)
论专利诉讼中的合法来源抗辩·····	黄伟源(389)
浅议知识产权利用·····	张林利 陈科杰(394)
论商标描述性合理使用·····	李 静 徐子越(402)
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(416)
我国在先权保护制度的完善·····	魏飞舟 沈 希(421)
试论著名商标制度的特征、缺陷及发展趋势	
——以《浙江省著名商标认定和保护条例》为例·····	史良才 王 坤(429)
创新保护的历史启示	
——英国外观设计制度的变迁·····	王 进 应振芳(434)

劳动与社会保障专业

劳务派遣制度的思考·····	谢春林 徐 熙(447)
未签书面劳动合同若干问题探讨·····	邱 坤(452)

招投标专业

试论风险投资中的控制权问题·····	付勇勇(461)
矿业企业融资及矿业权抵押贷款相关法律问题的探讨·····	李忠真(466)
境内自然人境外股权投资之上市审核研究·····	朱亚元(477)

综 合

如何做好企业法律顾问工作·····	戴 筠 王 丹(491)
中小律师事务所发展模式研究·····	金 鹰(497)
浙江海洋经济发展试点下律师在海洋货运业中的作用之探讨·····	李凌云(536)

民事专业

“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,婴儿父母因此据有要求医院承担损害赔偿责任的权利。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,婴儿父母向法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

所谓“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。^[1]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。^[2]

二、请求权基础之判断

所谓请求权基础,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

* 金其飞:男,浙江大学法学院法律硕士和浙江大学医学院临床医学硕士双硕士学位,六和律师事务所专职律师。擅长在医疗、制药、食品、生物工程等领域为企业在投融资、风险控制、企业管理、知识产权保护和纠纷处理等方面提供全方位的综合法律服务。

谁,依据何种法律规范主张何种权利。^[3]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)。^[4]“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,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。其基本理由是:第一,任何人都无权决定自己之不生存,^[5]这已被普遍接受。第二,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之后也不能对出生前受到的损害提出诉讼的观点。有关判决认为:将一个婴儿的生命带到这个世界上在任何情况下都不会构成侵权,因此无论是父母还是秘密解除双方约定避孕措施的妇女都无须为此承担责任。^[6]在上述情况下,各国一致认为任何人都没有主张不被生下来的权利。

在我国台湾地区,判例和学说也基本认同不准许针对不当出生的残疾儿请求侵权损害赔偿,主要理由在于,“不当出生的残疾儿”无法视为民法上的损害,而且侵权行为的被害客体应当为权利或者利益。因此,王泽鉴指出,“不当出生”的残疾儿不论是否是父母所计划,均不能视为民法上的损害,而是基于亲子关系间生理及伦理上的联系,是一种价值实现。^[7]

本文也采取各国通说,赞成美国和实务中对“不当出生”诉因的一般认可态度,但反对“不当生命”的诉因,否则可能会引发与人类生命价值观的冲突。

2. 孩子的父母可以作为原告提起“不当出生”的诉讼

“不当出生”之诉是以孩子父母为原告提起的诉讼,向某个因专业过失导致生而有缺陷的孩子出生的医生提出,要求被告承担因生而有缺陷的出生儿引起的损失与相关费用,理由是如果没有被告的过失,孩子不会被孕育或进入成熟期。诉讼前提是:如果不是被告的过失,孩子

不会出生。在该类诉讼中,生而缺陷孩子的父母声称:由于医生的过失,他们不能就应否使孩子出生作出合理判断;同时,如果医生向他们预先告知出生儿可能具有先天性损伤危险的话,他们会采取措施避免或终止怀孕。

在美国承认一个“不当出生”的诉因是相对近期的成就。在美国,自1982年起,加州、华盛顿州、新泽西州(以下简称为新州)、马萨诸塞州(以下简称为马州)、康涅迪格州(以下简称为康州)的最高法院相继准许了针对不当出生的残疾儿请求损害赔偿。如1997年,康州最高法院在奎因等诉博罗(Quinn v. Blau)一案中,创设了针对不当出生的残疾儿请求损害赔偿的判例。其理由是它具备传统的疏忽侵权行为的要件。^[8]

欧洲侵权法不承认美国普通法中出现的上述“不当出生”的称谓。两条基本规则概括了欧洲的共同观点。第一,如果明知存在孕育或遗传方面的缺陷,但忽视这种影响而导致出生的孩子严重残障,不构成一个诉因。例如英国的“生而残障民事责任法”认为:“被告不对孩子就以其专业能力负责向孩子的父母亲提供治疗或咨询意见中的作为或不作为承担任何责任”在宪法上是完全不能忍受的。第二,将一个残障的孩子在法律上与缺陷产品同等对待是对人格尊严的严重侵害。这种审判之所以令人无法忍受是因为它要求决定一个孩子对其父母而言是否意味着一种损失。这个孩子的价值是否小于抚养其所需花费的费用?如果价值小的话,到底小多少?即使这种审查会产生一种合理且并不具投机性的结论。一种令人疑惑的建议是:损失与利益的平衡本身实际将孩子当做了私人财产,这一审查违背了国民必须与每一个人类生命相一致的尊严性。^[9]

在我国台湾地区士林地方法院1995年重诉字第147号民事判决一案中,原告朱秀兰怀孕,因系高龄产妇,恐生下唐氏症等有身心障碍的儿童,乃到被告医院产检,因被告医院从事羊水分析及判读具有过失,未验出胎儿染色体异常,患有唐氏症,并告知此是男孩,胎儿正常,致未实施人工流产,且一再安胎,产下患有唐氏症候群、无肛症、动脉导管闭锁不全等重度残障男孩。原告朱秀兰及其夫(同为原告)于是以财产上及非财产上受有重大损害向被告医院请求损害赔偿。法院支持了原告的部分诉求。^[7]

本文认为,因不当出生使父母因缺陷儿童多支付了大量的医疗费用、人力照顾以及特殊教育费用,以及父母受到的身心痛苦,如果不给予一定的救济是很不公平的。婴儿的人格尊严与肯定婴儿出生发生抚养费用的损害事故,是两回事,不能混为一谈,承认这类诉讼是一个共同趋势。

(二)“不当出生”之诉是侵权之诉与违约之诉竞合

因不当出生产生的损害赔偿请求权是契约上的请求权,还是侵权行为损害赔偿请求权在各国根据自己的法律体系或司法理念而采取不同的态度。

美国通常以侵权法来处理不当出生的诉讼。德国由于是一个契约高度发达的社会,其通常是以契约上请求权处理这类案件,这一点与英美法国家仅考虑侵权为法不同。在这一点则联邦最高法院判决中,法院肯定因医师过失而生出缺陷儿的父母,得依债务不履行请求该医师赔偿抚养此缺陷儿比一般婴儿多出的额外费用,包括财务与劳力之付出。

在我国台湾地区士林法院1995年重诉字第147号民事判决一案,我国台湾地区士林法院认定被告医院与原告朱秀兰间成立医疗契约,应依第535条后段规定,负善良管理人的注意义务,被告医院应就其医生的过失与自己过失负同一责任,而依不完全给付债务不履行规定,负损害赔偿责任。

我国的一种观点主张,“不当出生”之诉是侵权之诉,理由是:对照我国关于侵权责任构成的理论,“不当出生”符合四个构成要件:(1)损害事实,在不当出生中,并非表现为因医疗行为而致胎儿疾病,而是有疾病的胎儿的出生即对父母构成精神上的损害和财产上的损失,父母因此受到精神打击,并比抚育正常小孩要承担更高的经济负担。(2)违法行为,从现行有关产前检查的规范可见,医生有进行产前检查和将检查诊断结果及进一步处理意见告知孕妇的法定义务,一旦其行为违反该义务,即具有违法性。(3)违法行为和损害事实之间具有因果关系,医生没有诊断出胎儿患有严重的疾病,未进行告知的行为与有缺陷的婴儿出生之间有因果关系。(4)主观过错,医生未尽到必要的注意义务,构成过失。

另一种观点主张,“不当出生”之诉是违约之诉,理由是:医疗保健机构在进行产前医学检查过程中因未尽勤勉和忠诚义务导致检查结论失实,使信赖该项检查结果的合同相对人生育缺陷婴儿,额外增加抚育、护理及治疗费用,蒙受纯粹财产上损失,构成加害给付,医疗保健机构应当承担相应的违约损害赔偿责任。^[10]有学者更明确指出,不当出生之诉,医院应负不完全给付债务不履行责任,而非侵权责任。

笔者赞同“不当出生”之诉是侵权之诉与违约之诉竞合的观点,这也是当前较多倾向之观点,理由是:一方面,因产前检查,医院和孕妇形成医疗服务合同关系,医院负有相关的合同义务;另一方面,相关法律法规也为医院产前检查规定了法定义务。医院因违反注意义务致损害发生时,就同时成立“因不法侵害他人权利”及“契约不履行”之双重责任。从受害人角度观察,则因此单一法律事实而同时取得两个并存之损害赔偿请求权,此即学说上所说的请求权之竞合问题。

三、被侵害权利之界定

侵权行为是侵犯他人合法民事权益的行为。其侵害的对象包括民事权利和民事利益。关于“不当出生”中究竟何种权利或利益受侵害,当事人的主张不一,有人格权、知情权、健康生育选择权、“堕胎自由权”等。而法院判决所作认定也不一。

有观点认为,“不当出生”之诉中侵犯的对象是父母拥有的充分知情的利益。由于医院作为具有专业知识和技能的提供者,负有向孕妇提供准确的关于胎儿健康情况的信息义务,由于医生的过失,未能履行这种告知义务,致使父母的这种获得充分知情的利益受到了损害。^[11]《母婴保健法》第三章就孕产期保健作了专章规定,其中第17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。”第18条规定:“经产前诊断,有下列情形之一的,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:(一)胎儿患严重遗传性疾病的;(二)胎儿有严重缺陷的;(三)因患严重疾病,继续妊娠可能危及孕妇生命安全或严重危害孕妇健康的。”《母婴保健法实施办法》又针对《母婴保健法》的内容进一步加以细化,其中第17条第二款规定:“医师发现或者怀疑育龄夫妻患有严重遗传性疾病的,应当提出医学意见;限于现有医疗技术水平难以确诊的,应当向当事人说明情况。育龄夫妻可以选择避孕、节育、不孕等相应的医学措施。”第20条规定:“孕妇有下列情形之一的,医师应当对其进行产前诊断:(一)羊水过多或者过少的;(二)胎儿发育异常或者胎儿有可疑畸形的;(三)孕早期接触过可能导致胎儿先天缺陷的物质的;(四)有遗传病家族史或者曾经分娩过先天性严重缺陷婴儿的;(五)初产妇年龄超过35周岁的。”医务人员应当依据法律规定和诊疗规范为患者提供医疗服务,如违反上述义务,其行为即构成违法和存在过失,侵犯了患者的知情选择权。“不当出

生”的特殊性还在于只要查明了医疗机构违反了告知义务,那么其违法行为与孩子不当出生之间的因果关系也就成立了。当然,根据最高人民法院关于民事诉讼证据方面的规定,是否违反了告知义务的举证责任也应当由医疗机构来承担。根据上述分析,“不当出生”符合我国侵权法律规定,患方选择适用侵权进行诉讼是完全可以的。

但这种观点暗含医院已诊断出胎儿疾病却未向孕妇尽告知义务之意,不能涵盖如医院并未检出胎儿异常的情况下,如何界定何种权利被侵之问题。

多数观点认为,“不当出生”之诉中侵犯的是人格权。所谓人格权是指民事主体依法固有为维护自身独立人格所必备的,以人格利益为客体的权利。人格权分为一般人格权和特别人格权,除法律作出具体规定的人格利益如身体权、生命权、姓名权、健康权、自由权等,民事主体享有但法律未作特别规定的人格利益,即人身自由和人格尊严,可以纳入具有概括性和包容性的一般人格权人格利益。^[12]

笔者认为,从现行法律看,不当出生究竟导致何种权利被侵害,我国新颁布的《侵权责任法》对此未有明确规定,当前宜采侵犯的是一般人格权之观点。由于“权利是一个具有发展性的概念,某种利益具有加以保护的必要时,得经由立法或判例学说赋予法律之力,使其成为权利”。^[13]待条件成熟时,建议在立法中作出明确规定。

四、医院过错之判断

不能因胎儿疾病没有被检测出的结果而推导出医院有过错。在医院需承担赔偿责任的“不当出生”案例中,一般是医生在产前检查中,未尽到必要的注意义务,从而使得在当时的医疗技术条件下,能检测出胎儿患有疾病而没有检测出来,以至于未对孕妇履行告知义务,最终造成损害后果。故“注意义务”既是医疗者的一种最基本的义务,也是判断医疗过失的依据。而根据《侵权责任法》第60条规定,患者虽然有损害,但限于当时的医疗水平难以诊疗的,医疗机构不承担赔偿责任。故“当前医疗水平”也是值得重视的一个判断要素。

(一)医院注意义务的标准

所谓注意义务,是指一个人在从事某种活动时,应该给予高度的谨慎和注意,以避免给他人造成不应有的危险或损害的责任。^[14]医疗者的注意义务,是指医疗者在医疗活动中,应该具有高度的注意,对患者尽到最善良的谨慎和关心,以避免患者遭受不应有的危险或损害的责任。

通说主张“职业标准”,即医务人员于医疗之际,其学识、注意程度、技术以及态度,均应符合一般医疗专业水准的医务人员在同一情况下所应具备的标准。^[15]即法律衡量医疗者注意义务的标准是根据医疗者从事较高专业性、技术性活动的因素,要求其应具有更高的注意标准。

本文认为,医院注意义务来源于医疗合同的约定和法律法规的规定,通常包括法律、法规、规章制度和具体操作规程,以及职务和业务上的习惯和常理、接受期约或委托所要求的注意义务。具体到产前检查问题上,除我国《医师法》外,《母婴保健法》、《母婴保健法实施办法》有专门章节对孕产期保健作了规定,为特别法。卫生部《产前诊断技术管理办法》是部门规章。《临床技术操作规范》、《临床诊疗指南》等是具体操作规程。如医院违反上述法律、法规、部门规章和诊疗护理规范、常规;未尽到必要的说明义务;违反医疗服务职业道德等,都可能构成过失。

（二）当前的医疗水平

事实上,现有医疗条件下胎儿畸形一定能够全部被检查出的观点缺乏科学依据,也被临床实践所否定。以产前检查中重要的检查手段超声波为例,超声波作为影像学检查工具之一,有它的优势,但也有它的局限性和依赖性。根据相关报道,胎儿缺陷在当前的医疗技术条件下尚无法 100% 可以被检查出来。在产前检查中,诸多因素都将影响胎儿畸形的产前检出,包括超声波运用于产科检查中自身局限性的影响,医师、仪器设备的技术水准、检查时孕周大小、胎儿胎位等。

（三）对产前检查和产前诊断的区分

医疗行为的特殊性、复杂性,决定了每一具体医疗行为,医疗者所负的注意义务有所不同。现行的孕产妇产前卫生医疗服务分为产前检查和产前诊断,按照国家卫生部所作出的相关规定,医院从事产前诊断业务应当要比一般产前检查具有更多和更高的要求,当然在判断医院有无违反注意义务时不能混同。

1. 检查的目的不同。一般产前检查主要是检查胎儿是否属于活体、胎儿的发育情况是否与怀孕时间相一致等。而产前诊断则是指对胎儿进行先天性缺陷和遗传性疾病的诊断,包括相应筛查。

2. 资格要求不同。根据我国卫生部《产前诊断技术管理办法》规定,产前诊断必须具备产前诊断资格。常规检查则无此限制。

3. 适用的孕产妇不同。我国《母婴保健法实施办法》第 20 条规定医师对有遗传病家族史、初产妇年龄超过 35 周岁等五种情形之一的孕妇,对经产前检查医师发现或者怀疑胎儿异常的孕妇,应当进行产前诊断。言下之意,如孕产妇不具备规定情形,则医生无告知并进行产前诊断的义务。

4. 检查的手段不同。产前检查中使用的重要方法是 B 超检查,我国产科超声检查分为几个层次,产前检查和产前诊断检查的级别不同、目的不同,项目也不同。如我国《产前诊断技术管理办法》规定,产前诊断技术项目包括遗传咨询、医学影像、生化免疫、细胞遗传和分子遗传等。

五、医院违约之鉴定

在产前检查中,产前二维超声是常规检查项目,是法定的必须检查项目。由于三维超声的普及,基层医院为了创收,经常变相鼓励孕妇进行三维超声检查。在宣传册和宣传栏上不适当进行宣传,如三维超声可以检出“唇裂、腭裂、多指、心脏房室间隔缺损”等,这些宣传不仅大大超出了国家对常规产前检查的要求,而且也超过了三维超声的实际效能。三维超声只是增加了“唇裂、腭裂、多指、心脏房室间隔缺损”等的检出率,并不能完全检出上述先天性缺陷。仅仅由于医院的超声检查用语不规范,近几年类似案例大量涌现。

六、损害赔偿范围之划定

(一)如何确定被查出胎儿缺陷的父母必定会选择终止妊娠

法院在确定损害赔偿范围的时候,往往会忽略一个前提条件,那就是,如何确定被查出胎儿缺陷的父母必定会选择终止妊娠。《产前诊断技术管理办法》第14条规定:“发现胎儿异常的情况下,经治医师必须将继续妊娠和终止妊娠可能出现的结果以及进一步处理意见,以书面形式明确告知孕妇,由孕妇夫妻双方自行选择处理方案,并签署知情同意书。”所以是否终止妊娠的权利在父母一方,法律并没有强制规定必须终止妊娠。那么法院该如何确定胎儿缺陷知情权会转变为终止妊娠行动?

本文认为可以根据医师是否会按照法律规定向夫妻提出终止妊娠的医学意见来判断。《母婴保健法》第18条规定医师应当提出终止妊娠的医学意见的三种情况:(一)胎儿患严重遗传性疾病的;(二)胎儿有严重缺陷的;(三)因患严重疾病,继续妊娠可能危及孕妇生命安全或者严重危害孕妇健康的。如果胎儿缺陷严重到医师会出具终止妊娠的医学意见,从举证责任看,足以认定夫妻会选择终止妊娠。如果医师没有出具终止妊娠的医学意见,应由缺陷胎儿父母一方举证其会选择终止妊娠的理由。如果父母本身就甘愿冒风险生产并抚养缺陷胎儿,那么损害赔偿就不存在了。

(二)不当出生不属于医疗事故

需要明确的是,不当出生的病例不属于医疗事故。关于医疗事故的概念,《医疗事故处理条例》第2条规定:“本条例所称医疗事故,是指医疗机构及其医务人员在医疗活动中,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,过失造成患者人身损害的事故。”根据该条中的医疗事故概念,笔者认为,医疗事故中所造成的损害只能是人身损害,不包括其他损害,如物质损失和精神损害,不当出生中孩子存在先天身体残疾,但孩子的身体残疾并不是损害后果,不当出生的损害后果是由于有残疾的孩子出生造成其父母物质和精神上的损害。在不当出生中并没有人身损害,不具备医疗事故对损害后果方面的要求,不当出生的病例不属于医疗事故当无争议。

在医疗纠纷的审理过程中,需要明确医疗行为是否存在过失、医疗行为与患者的损害后果是否具有直接的因果关系等问题。由于其专业性比较强,法院一般都要通过司法鉴定来加以明确,甚至有的法官对鉴定具有依赖性,不考虑各方当事人在法庭上的质证意见,自己也不对鉴定的内容进行司法审查,而是直接依据鉴定结论作出判决。在司法实践中,一般进行的司法鉴定有医学会进行的医疗事故鉴定,和经司法部公告的司法鉴定机构进行的临床法医学鉴定。所以无论是律师还是法院,都需要对鉴定事项以及希望通过鉴定达到的证明目的有明确清晰的表述。

(三)如果诉讼成立,哪些损害是可救济的

在“不当出生”之诉中,当事人主张赔偿的范围较广,包括医疗费用、护理费用、特殊教育费用、抚养费用等财产上的损害和精神损害赔偿等非财产上的损害。司法实践中,判决赔偿的范围也各不相同,有的按照一般人身损害赔偿纠纷对待,判赔全部项目损失;有的只判赔部分项

目。英美法上肯定父母因生出缺陷儿的精神损害,而大陆法系国家不承认精神损害赔偿。

王泽鉴把“不当出生”的残疾儿的抚养费分为亲属法上特殊的抚养义务和一般的抚养义务。^[7]亲属法上特殊的抚养义务是指对残疾儿的医疗费用、特殊教育费用和人力照顾费用等。一般的抚养费用是指残疾儿的生活费用。特殊的抚养义务虽然是父母子女基于亲子关系而当然发生的费用,但是这种费用的发生如果在医疗过程中是由于医疗者的不完全给付债务引起的,此种抚养义务的发生应当视为一种损害,由医疗机构承担责任是理所当然的。父母对一般的抚养费用是否可以请求损害赔偿,由于法律逻辑或概念以外更深层次的法律价值取向和社会伦理问题,此项费用是否应当赔偿,世界各国和地区的见解不一致。我国台湾地区士林法院对一般的抚养费用采否定说,其主要理由在于:依民法的规定,基于亲子关系间生理及伦理的联系,残疾儿的出生无法视为民法上的损害,因而父母有支付未成年子女生活费之义务。

赔偿范围这个问题的关键在两个方面:

一是婴儿出生是不是损害的问题。对于婴儿出生是不是损害的问题,有两种观点:一种认为,婴儿的出生,不论是否为父母所计划,均不能视为损害,其理由不仅是基于亲子关系间生理及伦理上的联系,更在于肯定婴儿的出生是一种价值的实现;承认一般抚养费是一种损害,将侵害人的尊严。另一种观点认为,婴儿的人格尊严与肯定婴儿出生发生抚养费用的损害事故,是两回事,不能混为一谈,如果父母得向法院请求赔偿抚养费,不但无害人的价值与尊严,而且有助于父母尽其对子女的照顾义务。

二是亲属法上的特殊抚养义务能否单独抽离的问题。对于亲属法上的特殊抚养义务能否单独抽离的问题也有两种观点:一种认为基于出生而产生的亲属法特殊照顾义务,不得单独抽取出来而主张对其子女之付出是一种损害。另一种观点认为,所谓亲属法上的特殊抚养义务不得单独抽离,旨在排除将此项特殊照顾义务转由第三人负赔偿责任,并不影响父母对子女的特殊照顾义务,只是使其有能向第三人请求赔偿的可能性而已。

本文认为,一般地说,为适当限制医师的责任,鉴于养育子女费用及从子女获得利益(包括亲情及欢乐)难以计算,并为维护家庭生活圆满,尊重子女的尊严,不将子女的出生视为损害,转嫁于第三人负担抚养费,而否定其一般抚养赔偿请求权。但是在不当出生的情况下,则几乎不存在父母从子女获得利益(包括亲情及欢乐)的一面,相反,而是父母在一生中都不得不接受其子女因残疾而遭受生活不幸的现实,这必将花费巨额的费用,也应当说是一种巨大的精神痛苦。对其特殊抚养费应依各国通说给予赔偿。

【参考文献】

- [1] [英]布伦丹·格瑞尼(Grendan Greene)著. 医疗法基础(《Essential Medical Law》). 武汉:武汉大学出版社,2004:115.
- [2] 房绍坤,王洪平. 医师违反产前诊断义务的赔偿责任. 民商法学,2007(3).
- [3] 王泽鉴. 民法总则. 北京:中国政法大学出版社,2001:28.
- [4] [英]布伦丹·格瑞尼(Grendan Greene)著. 医疗法基础(Essential Medical Law). 武汉:武汉大学出版社,2004:114.
- [5] 曾世雄. 民法总则之现在与未来. 北京:中国政法大学出版社,2001(25).
- [6] Harry Shulman, Fleming James, Jr. Oscar S. Gray, Torts, Third Edition, Westbury, New York, The Foundation Press, Inc. 1976.
- [7] 王泽鉴. 侵权行为法. 北京:中国政法大学出版社,2001:140.
- [8] 张学军. 错误的生命之诉的法律适用. 法学研究,2005(4).