

文章编号:1005-0523(2013)03-0122-05

错误出生之侵权损害赔偿

张慧

(福建师范大学法学院,福建 福州 350007)

摘要:自《侵权责任法》颁布以来,学者就错误出生案件能否纳入《侵权责任法》的调整范围展开了不同程度的讨论。为使“错误出生”案件中受侵害一方能够获得最大程度的法律救济,文章肯定“错误出生”案件可以适用《侵权责任法》的相关法律规定,并从侵权法理论出发,系统分析了“错误出生”案件适用《侵权责任法》的法理基础,厘清了“错误出生”的相关概念以及“错误出生”损害赔偿的范围,力图给我国的司法实践活动提供一些参考。

关键词:错误出生;侵权责任;财产损失;精神损害

中图分类号:D913

文献标志码:A

1 “错误出生”基本概念界定

“错误出生”的概念是对英美法“wrongful birth”的一种翻译,国内也有少数学者将其翻译成“错误生产”或者是“不当出生”,这一概念主要指父母提起损害赔偿的请求,主张由于医疗机构及医务人员的医疗过失而让原本不应该出生的婴儿出生的一种情形。但要做到透彻理解“错误出生”的概念,仍需与“错误怀孕”和“错误生命”这两个概念加以区分对待。

所谓的“错误怀孕(wrongful conception or wrongful pregnancy)”,主要是指没有怀孕计划或者根本不愿意怀孕的夫妇,由于医疗机构及医务人员的医疗过失而使一健康婴儿出生,父母本人提出损害赔偿请求的情形;而“错误生命(wrongful life)”,则是指没有计划怀孕或者根本不愿意怀孕的夫妇,由于医疗机构及医务人员的医疗过失而使一不健康的婴儿出生,但以该不健康孩子自己的名义提起损害赔偿请求的情形。这两个概念实际上,是对“错误出生”概念的具体概述。因为,广义的“错误出生”可以根据出生的婴儿的健康状况,区分成“错误怀孕”和狭义的“错误出生”;而狭义的“错误出生”,只有当婴儿作为损害赔偿请求权的主体时,这种情形才被称作是“错误生命”。而在本文中,主要探讨的是广义的“错误出生”,即是指“错误怀孕”和狭义的“错误出生”这两种情形,对“错误生命”这一情形则不做深究。

2 错误出生损害赔偿请求权的基础

在错误出生的案件中,学者根据不同国家的法律体系或者司法理念其所采取的态度也不一样。但针对此类案件时,可以选择的解决途径往往有两种:一种大多是以英美等国家为代表,通过提起侵权之诉进而来维护自身的合法权益,将错误出生作为过失侵权的具体化表现,借助对过失侵权的要件的分析理解,从而提出解决错误出生问题的相关对策。另一种主要是以传统的大陆法系国家和地区为代表,常常采用合同之诉来解决错误出生的相关问题,以医疗合同的不完全给付为基础,通过起诉医疗机构或者医务人员承担相应的违约责任来维护自身的合法权益。

在我国,较多数学者是主张违约和侵权的竞合,原告可以自由选择其中一种进行起诉,其中学者对于就被告应该承担违约责任已经不存争议,但就错误出生是否在侵权之诉的调整范围之内,学界还存有争议,概括来讲,主要是从侵权责任构成要件和社会政策两个方面展开的。杨立新^[15]认为错误出生诉讼理应

收稿日期:2013-03-28

作者简介:张慧(1989—),女,硕士研究生,主要从事民商法研究。

获得侵权法理论的肯定,将错误出生之诉仅仅作为医疗损害赔偿责任中的一种特殊类型,肯定了错误出生侵权损害赔偿的合法性。那么,就这两种法律救济,受害一方往往会考虑到违约损害赔偿范围以及违约之债的诉讼时效等多个方面的限制,最终选择提起侵权之诉,使受损害一方可以在最大程度上得到法律上的救济。

3 错误出生的侵权责任构成要件

侵权责任的构成要件是指承担一般侵权责任的各种必要条件的因素,其组成因素包括违法行为、损害事实、因果关系和主观过错^[2]。而根据我国《侵权责任法》第54条、第58条以及第59条的规定可以明确,我国的医疗损害责任是指过错责任、过错推定责任以及无过错责任这三个规则原则。这其中医疗技术过错主要是以《侵权责任法》第54条规定的过错责任为原则,辅以《侵权责任法》第58条第1款规定的过错推定为例外;医疗伦理过错采用《侵权责任法》第54条第2、3款规定的过错推定原则;医疗产品责任则适用《侵权责任法》第59条规定的无过错责任。然而,错误出生案件其主要体现的是医疗机构及医务人员在医疗技术上的一种过错,也是可以根据《侵权责任法》第6条的规定,向法院提起侵权之诉的。

3.1 违法行为

违法行为,是指公民或者法人违反法定义务、违反法律所禁止而实施的作为或不作为^[3]。作为,一般是指行为人积极主动地实施法律法规所禁止的行为,在各类错误出生的案件中则主要表现为,医疗人员不遵循常规的诊疗程序对产妇进行相应的产前检查,从而给患者做出了错误的检查报告。不作为,是指行为人消极被动地实施法律法规所要求的行为,在错误出生的各类案件中则集中体现为,医务人员理本应尽到却没有尽到自己在产前检查以及产前诊断过程中的注意义务,更没有适时给予患者继续受孕或终止妊娠的建议。而违法作为一般侵权责任的构成要件之一,其前提必须是我国有相关医疗机构及医务人员必须进行产前检查注意义务的法律法规规定。

首先,我国《产前诊断技术管理办法》中就有规定:“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。”其次,《母婴保健法》中也相应规定了“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:①胎儿患严重遗传性疾病的;②胎儿有严重缺陷的;③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。”再者,根据《人口与计划生育法》中规定“人口与计划生育实施方案应当规定控制人口数量,加强母婴保健,提高人口素质的措施。”显然,我国早就对医务人员在产前检查以及产前诊断过程中的注意义务作出了相应的法律规定。医务人员只要违反法律规定的相应注意义务,或者是未按照正常的诊断规范程序进行医疗保健,又或者是未适时地给予产妇进行产前诊断或者提出终止妊娠的建议,则可以判定医务人员的行为是具有违法性的。

3.2 损害事实

侵权法上的损害事实是指一定的行为致使权利主体的人身权利、财产权利以及其他利益受到侵害,并造成财产利益和非财产利益的减少或消灭的客观事实^[4]。那么,究竟在错误出生的案件中,新生儿的意外出生能否作为侵权法上的损害事实来看待,学界有不同的看法。否认者往往认为,“基于亲子关系间生理及伦理上的联系,婴儿不论是否为父母所计划出生,其出生均无法视为‘损害’”。^{[5]142}然而,更多的学者往往更倾向于认为错误出生是一种损害,但这种损害并不是基于婴儿出本身,而是基于保护父母相关权利的考虑。

3.2.1 对父母生育自主权的损害

根据侵权责任法的一般性条款“行为人因过错侵害他人民事权益,应当承担侵权责任”的规定,我们首先必须厘清这里所说的民事权益是否包含“错误出生”案件中常常提及到的生育自主权。那么,究竟什么是民事权益?这在《侵权责任法》中已有明确规定,“本法所称民事权益,包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身、财产权益。”显然,我国的侵权责任法是采用了列举的方式进而概括了“民

事权益”,但这却无法穷尽“民事权益”所包含的全部内容。因此,立法者用了“等人身、财产权益”来弥补这种不完全列举的局限性。笔者认为,父母的生育自主权是包含在“等人身、财产权利”中的。

正如李响等^[6]学者所说,“侵权法的边界一直都在不断地扩张和变化之中,人们社会生活的形态有多么丰富,侵权法就有多么丰富”。生育自主权作为人格权中的一种,是任何一个民事主体都依法固然享有的,并且是为了维护自身独立的人格所必须具备的。每一个父母都有权利决定自己要不要孩子,即享有生育的自由,更有不生育的自由。此外,针对保护父母生育权上,也在《宪法》、《人口计划生育法》、《妇女权益保护法》等各类法律中均有所体现。例如,依照《妇女权益保护法》规定,妇女既有按照国家规定生育的自由,也有不生育的自由。又根据《人口与计划生育法》规定,夫妻双方均享有生育权,且此权利包括不生育权。因而,每个人的生育自主权不仅仅是侵权法里规定的一种人身权益,更是宪法里所宣扬的一种基本人权。

3.2.2 对母亲身体权与健康权的损害

根据我国《民法通则》的规定,公民享有生命健康权。又根据《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》规定,生命健康权包括的客体有生命、健康和身体。母亲因为产前检查或产前诊断失误未能及时作出终止妊娠的决定,这必然会给母亲造成某种生理上以及心理上的负担。医疗机构及医务人员的过失行为也会给母亲的身体健康带来了某种程度上的损害。因为,母亲非自愿的意外怀孕势必对其自身身体状况、生理机能和精神状态等方面都会带来重大的影响。因此,侵权行为人应根据侵权责任法的相关规定对受害人承担相应的侵权责任。

对此,台湾学者王泽鉴^[7]认为,医方未尽善良管理人的注意义务错误诊断,导致妇女未能及时施行人工流产而继续怀孕或生育,构成对妇女身体权或健康权的侵害。孕妇进行产前检查和产前诊断目的就是为了知悉自身的身体状况,而医疗机构以及医务人员没有尽到检查诊疗过程中的注意义务,而给孕妇提供了虚假不真实的检查报告或诊疗报告。这无疑会使得孕妇错失做出是否继续怀孕的决定机会,进而使得孕妇在毫不知悉真相的情况下做出了自己本不愿意做出的决定。医疗机构以及医务人员的这种错误指引,无疑会在孕妇得知真相之后,使之一时无法接受,从而影响到孕妇的情绪,甚至于影响到孕妇的生理机能,从而给孕妇的身体和健康造成一定程度的损害。

3.3 因果关系

侵权责任构成中的因果关系要件就是侵权法中的因果关系,它指的是违法行为作为原因,损害事实作为结果,在它们之间存在的前者引起后者,后者被前者所引起的客观联系^[8]。而因果关系作为连接违法行为与损害结果的纽带,其成立是侵权责任构成的核心部分。在侵权责任中,责任人也只对与自己的过错行为存在因果关系的损害承担赔偿责任。同理,在错误出生的侵权损害赔偿责任中,没有医疗机构或者医务人员的过失,孕妇或者父母的权益即不会受到侵害。正是因为医疗机构及医务人员没有履行法定的注意义务以及进行法律规定的产前检查、产前诊断的行为,才导致孕妇产下婴儿,致使孕妇的身体健康权、父母的生育自主权受到损害。因此,医疗机构及医务人员的违法行为与孕妇或者父母受到的损害事实之间是存在相应因果关系的。

3.4 过错

所谓过错,是指支配行为人从事在法律上和道德上应受非难的行为的故意和过失状态,换言之,是指行为人通过违背法律和道德的行为表现出来的主观状态^[9]。其包括故意和过失两种形式,错误出生案件作为一种医疗侵权责任案件,其过错主要表现为过失,当然也会存在故意的情形。而对于行为人是否具有过失主要从主观和客观两个方面来判断。前者主要是通过判断行为人的心理状态来确定其有无过失,其核心在于判断行为人能否预见其行为的后果^[10]。后者则仅仅依赖于某种客观的行为标准,只要违法了这种客观标准,就认定其存在过失。笔者认为错误出生的案件应采用客观标准来判断行为人有无过失,由于医务人员所进行的医疗行为具有很强的专业性,法官无法通过自己有限的医疗知识来判断医务人员是否可以预见其行为所可能导致的后果。而采用客观标准,则不必担心法官因医疗知识方面的欠缺而无法正

确判案,也可以减少法官判案过程中带有过多的个人主观色彩,进而影响到判决结果的权威性。那么,在错误出生案件中,由于医务人员应当告知而没有告知患者存在的医疗风险,医疗机构及医务人员应当进行而没有进行产前检查、产前诊断,医务人员应当提供而没有提供正确的产前检查报告才会导致错误出生的损害后果,因此,医疗机构以及医务人员是当然存在过错的。

4 错误出生侵权损害赔偿责任的确定

广义的错误出生,包括错误怀孕和狭义的“错误出生”,因此,错误出生案件的侵权损害赔偿请求权的主体都是出生婴儿的父母。但是对于母亲非计划意外怀孕,却因诞生婴儿的身体状况不同而给侵权人苛以不同的侵权责任。

4.1 财产损害赔偿

财产损害,即指财产利益的损失,既包括积极利益的减少,也包括消极利益的增加。母亲的非计划意外怀孕,不论出生的这个婴儿是健康的还是残疾的,都会产生相应的费用,换言之,医疗机构及医务人员的医疗行为给母亲一方及其家人造成了某种程度上的财产损害,受害人有权请求侵权人承担一定的财产损害赔偿。

4.1.1 一般抚养费

一般抚养费作为养育一个孩子所必须支付的基本日常费用,并不因孩子是否健康而使得费用的支付有所不同。但是对于一般抚养费是否属于错误出生案件的赔偿范围,母亲产下婴儿的那一刻起,即对婴儿负有抚养的义务,并不能够因为婴儿的出生违背了其原先的计划或者产下的婴儿残疾而不履行法律所要求其承担的义务。权利可以放弃,但是义务必须履行。有些学者也认为,如果法院同意将一般抚养费作为错误出生案件的赔偿范围,这无疑加重医方的责任,等于将父母应尽的抚养强加给了医疗机构。再者,婴儿成长期间的一般抚养费如果由医院支付,长大后的婴儿若得知父母当初并非愿意生下自己,则会给亲子关系带来重创,不易于家庭和谐,更不易于孩子的健康成长。台湾学者王泽鉴先生也认为:“为适当限制医生的责任,鉴于养育子女费用及从子女获得利益(包括亲情及欢乐)之难以计算,并为维护家庭生活圆满,尊重子女的尊严,不将子女之出生视为损害,转嫁于第三人负担抚养费用,而否定抚养费赔偿请求权,亦难谓无相当理由。”^{[5]144}

4.1.2 特别抚养费

这一费用的提出只会发生在狭义的“错误出生”案件中,对于狭义的“错误出生”案件,受害人提出为保障残疾婴儿存活或治愈所必须的特别抚养费请求时,往往都能够得到法官的认可。而这种特别抚养费主要是指因抚养照顾残疾婴儿而必须支出的且不同于一般抚养费的额外费用。由于医疗机构及医务人员在产前检查、产前诊断活动中没有尽到应尽的注意义务,导致了父母没能及时的终止妊娠,从而使身体残疾的婴儿出生,给其父母带了大于抚养正常儿童的特别费用。因此,这一特别抚养费是包含在狭义“错误出生”侵权责任的赔偿范围之内,主要费用包括残疾婴儿的医疗费、特殊教育费、残疾用具费、残疾护理费等。但在我国的司法实践中,也曾有法院判决仅赔偿抚养孩子额外支付的费用,并主张残疾不是医院造成的,不予赔偿残疾器具等费用。又或者是,仅赔偿保健检查费或法院酌定判决赔偿医疗和误工费,而抚养孩子的一切费用(包括一般抚养费)由医院和父母按比例承担。因此,实践中损害赔偿的范围并不确定,法官往往拥有较大的自由裁量权。

4.1.3 怀孕费用

所谓的怀孕费用,是指因怀孕而导致的疼痛、痛苦和经济损失,具体包括母亲基于对错误产检报告而继续怀孕期间的医疗费用、孕妇服装费用、怀孕期间的收入损失等^{[1]20}。若不是医疗机构及医务人员的过失,则母亲不会继续怀孕,也不会产生怀孕期间为孕妇购买服装的费用以及因怀孕而无法正常工作的误工费用,更不必忍受分娩时的痛苦并支付分娩费用以及产后疗养的费用等等。但是应当明确的是,这一费用的范围必须是在合理的范围之内,否则会无形中强加给医方过重的医疗责任。首先,这一费用的起算点应

该从医疗机构及医务人员做出错误的产检报告并因此使孕妇决定继续怀孕时开始,直到母亲产后身体恢复到产前状态时结束;再者,这一费用并不包含抚养费(一般抚养费和特殊抚养费)。

4.2 精神损害赔偿

精神损害是相对于财产损害的一种无形损害,其无法直接通过金钱加以衡量,主要表现为精神上的痛苦或精神利益的受损。我国《侵权责任法》第22条规定:“侵害他人人身权益,造成他人严重精神损害的,被侵权人可以请求精神损害赔偿。”精神损害赔偿从法律属性上实际属于财产赔偿责任,因为受侵害人的精神已经受损,无法恢复原先的精神状态,只能通过财产的方式来弥补受侵害人精神上所遭受的损失。因而,从某种层面上看,最终还是为了实现对受侵害人人格权的某种保护。但国外也有不少学者认为,抚养照料孩子的过程中,父母从孩子身上所获得的愉悦感和满足感是可以抵消父母非计划意外怀孕所遭受的精神损失的。因此,可以根据损益相抵的规则,将孩子出生给父母所带来的精神上的快乐从精神损害赔偿中扣除。笔者并不赞成此种观点,因为损益相抵的原则更多的是适用于财产损害赔偿之中,而精神损害并不像财产损害那样,可以衡量和估价,因此并不适用于损益相抵原则。再者,损益相抵规则要求损害的事实与所获得的利益存在因果关系。而错误出生的案件中,损害的是父母的生育自主权、母亲的身体健康权,这与抚育孩子成长过程中获得的某种精神利益并不存在因果关系。因此,作为侵权人的医方应给予受侵权人的患方一定的精神损害赔偿。而这样做的目的,不仅仅是为了实现法律上的公平与正义,更是为了尽可能的使受害人的精神痛苦得到一定程度的缓解甚至是消失。

参考文献:

- [1] 杨立新,王丽莎. 错误出生的损害赔偿责任及适当限制[J]. 北方法学,2011,5(26):15
- [2] 张新宝. 侵权责任法原理[M]. 北京:中国人民大学出版社,2006:105.
- [3] 杨立新. 侵权法论[M]. 北京:人民法院出版社,2005:161.
- [4] 杨立新. 侵权损害赔偿案件司法实务[M]. 北京:新时代出版社,1993:198.
- [5] 王泽鉴. 侵权行为法[M]. 1册. 北京:中国政法大学出版社,2001.
- [6] 李响. 美国侵权法院里及案例研究[M]. 北京:中国政法大学出版社,2004:4.
- [7] 王泽鉴. 财产上损害赔偿(二)——为新生生命而负责:人之尊严与损害概念[J]. 月旦法学杂志,2006,(4):139.
- [8] 杨立新. 侵权行为法[M]. 上海:复旦大学出版社,2005:106.
- [9] 王利明,杨立新. 侵权行为法[M]. 北京:法律出版社,1996:69.
- [10] 张新宝. 侵权责任构成要件研究[M]. 北京:法律出版社,2007:462-463.

Tort Law Compensation for Wrongful Birth Cases

Zhang Hui

(Law School, Fujian Normal University, Fuzhou 350007, China)

Abstract: Since “the Tort Liability Law” was published. Many scholars debate that if the cases of “wrongful birth” should bring into the scope of “Tort Liability Law”. In order to make the aggrieved party of the “Wrongful birth” case can gain the maximum legal relief. The article definite that the case of “wrongful birth” can be used “tort liability law”. In addition, starting from the theory of tort law, do legal analysis for that the case of “wrongful birth” can applicable “The Tort Liability Law”. To clarify the related concept of “wrongful birth” and the scope of tort law compensation. Finally, provide some reference to the judicial practice in China.

Key words: wrongful birth; tort liability; property damage; mental damage