不当出生法定不赔与合法的胎儿保健制度

袁安^{1,*} 银益飞² 朱宝生^{2,*}

(1. 广东天梭律师事务所, 广东 深圳 518068); 2. 云南省第一医院、昆明理工大学附属医院 医学遗传科, 云南 昆明 650032)

【中图分类号】 DF795.5 【文献标识码】 A

我国现行涉胎立法确立了胎儿保健制度,旨在提高出生人口素质,但仍有许多先天性缺陷和遗传性疾病胎儿不当出生,相应诉讼不断,法定不赔,但司法无不判赔。本文依法就不当出生法定不赔与建立合法的胎儿保健制度提出建议。

1 我国现行涉胎立法解读

《母婴保健法》第一条“为了保障母亲和婴儿健康,提高出生人口素质,根据宪法,制定本法”。第十四条第2款第3项“胎儿保健:为胎儿生长发育进行监护,提供咨询和医学指导”。第三十八条第4款“产前诊断,是指对胎儿进行先天性缺陷和遗传性疾病的诊断”。《民法总则》第二章自然人第十三条“自然人从出生时起到死亡时止,具有民事权利能力,依法享有民事权利,承担民事义务”。《医疗机构管理条例实施细则》第八十八条第1款“诊疗活动:是指通过各种检查,使用药物、器械及手术等方法,对疾病做出判断和消除疾病、缓解病情、减轻痛苦、改善功能、延长生命、帮助患者恢复健康的活动”。据此,我国涉胎立法特征有三:①根据宪法制定,不适用民事法律。不当出生因胎儿不是自然人且无患者和无医疗而不适用民事法律,法定不予赔偿,这是《民法通则》第九条、《民法总则》第十三条、《侵权责任法》第一条和《民事诉讼法》第一百一十九条各款规定的。②立法宗旨是提高出生人口素质,这里的“提高”不是保证或保障,故《母婴保健法》未规定相应的

法律责任。③法定提高出生人口素质途径是通过胎儿保健,即胎儿监护、产前诊断和医学指导,但非胎儿医疗和(或)患者医疗。

2 不当出生法定不赔

《母婴保健法》中未规定未提高出生人口素质应承担什么法律责任,这是国家意志体现,但司法审判、法学界和医学界、法医学界则普遍认为是保障和(或)保证出生人口素质,适用民事法律,无不判赔,这种司法、行政、学界认知显然与立法相悖的情形应当依法解决。

法定不当出生和(或)以不当出生替代医疗损害之诉是虚假诉讼,依法应当裁定驳回起诉并追究法律责任。根据最高人民法院《关于适用民事诉讼法的解释》第九十二条和九十三条规定,对不当出生案涉及的下列众所周知的事实、法定的事实和医学科学规律确定的事实,当事人无需举证,无需鉴定,人民法院应当依法认定:胎儿监护、产前诊断、胎儿医学指导、无患者、无医疗、无伤残、无原告、无侵犯生命健康权、无医疗损害等,但虚假诉讼参与人共同捏造:新生儿及其父母为原告、保健为医疗、胎儿为患者、无害保健为医疗损害、先天性残疾为伤残等事实并据此提起民事诉讼,鉴定人故意作虚假医疗损害鉴定或者伤残鉴定,法院无不以医疗损害为由判赔,此外还有捏造侵犯知情权和优生优育选择权并据此替代医疗损害责任。法定此类诉讼不属于人民法院受理医疗损害责任之民事诉讼范畴。根据最高人民法院法发[2016]13号《关于防范和制裁虚假诉讼的指导意见》规定,应当对此类妨害民事诉讼的虚假

诉讼参与者采取强制措施并裁定驳回起诉;涉嫌虚假诉讼犯罪,依法应当《刑法修正案(九)》三十五和最高人民法院 最高人民检察院法释〔2018〕17号《关于办理虚假诉讼刑事案件适用法律若干问题的解释》规定追究刑事责任。近年来,已有五家鉴定机构依法不接受此类虚假鉴定的委托,以鉴代审必将终结,不赔判例必将诞生。

3 建立合法的胎儿保健制度

现行以医学技术和伦理为基础的胎儿保健制度有悖提高出生人口素质之立法宗旨,建议依据下列原则予以修订:①根据《母婴保健法》第一条、《民法通则》第九条和《民法总则》第十三条规定,胎儿是病人、保健是医疗等错误且不合法的说法应依法予以纠正;②根据《母婴保健法》第十四条第2款第3项和第三十八条规定,胎儿保健包括胎儿监护、产前诊断和胎儿医学指导制度;③鼓励个体或合伙设立胎儿监护站,但未经许可不得开展产前诊断;④单独设

立胎儿超声检查申请单或者产前诊断申请单并附带说明:法定不赔、鼓励孕妇选择可负担高质量服务多名医师或者多家医院进行胎儿监护、产前诊断和医学指导;⑤加强涉胎保健技术培训和岗位考核,提高胎儿保健服务能力;⑥根据《产前诊断技术管理办法》第二十一条“孕妇自行提出进行产前诊断的,经治医师可根据其情况提供产前遗传咨询,由孕妇决定是否实施产前诊断技术”。据此,孕妇有权选择多名医师或和多家医院进行胎儿保健,有权直接选择产前诊断,以提高出生人口素质。

总之,通过胎儿保健践行提高出生人口素质,应当杜绝保证或保障出生人口素质思想,依法坚持不当出生法定不赔之国家意志,克服单纯胎儿保健医学思想,建立合法的胎儿保健制度,保护孕妇选择可负担高质量胎儿保健权利。

(收稿日期:2019-05-09)

编辑:宋文颖