

# 错误的生命之诉的法律适用

张学军\*

---

**内容提要：**错误的生命之诉是近年来出现的一种新型诉讼。目前，法国、美国五个州的最高法院准许了原告就此提起的财产损害赔偿请求，而英国、美国 19 个州的最高法院、加拿大的两个省、德国联邦宪法法院均驳回了原告的损害赔偿请求。但实际上，全部或部分驳回原告方诉讼请求所持的理由并不成立，原告的确受到了侵害，受侵害的客体是拥有充分知情的父母的利益。

**关键词：**错误的生命之诉 损害赔偿

---

所谓错误的生命之诉 (wrongful life action) 是指遗传咨询人员和提供医疗服务的医务人员 (以下简称“提供服务的人员”) 未尽相关职责, 而向父母提供了错误的或不准确的信息, 甚至没有提供信息, 致使父母误以为胎儿没有缺陷而未堕胎, 有先天性缺陷的子女得以出生, 子女本人对提供服务的人员和其所在的机构, 依据侵权行为法的规定, 就自己的财产损失和精神损失提起的损害赔偿诉讼。<sup>[1]</sup> 在错误的生命之诉中, 原告诉讼请求的实质是“假如自己不出生, 情况会更好”。因此, 法院裁决此种诉讼就要涉及诸如“人们是否有不出生的权利、不存在是否优于有残疾的存在、什么方法可以用来计算不出生到底比出生好了多少, 从而确定损害赔偿金数额”等难题。<sup>[2]</sup>

## 一、错误的生命之诉的立法例考察

### (一) 法国的判例及其适用

---

\* 南京师范大学法学院副教授, 中国社会科学院法学研究所博士后研究人员。

[1] “错误的生命”这一术语是美国伊利诺斯州一上诉法院 1963 年审理泽帕达诉泽帕达 (Zepeda v. Zepeda, 41 Ill. App. 2d 240, 190 N. E. 2d 849 (1963)) 一案时创造的。在本案中, 泽帕达就自己“生而为不正当的非婚生子女”, 对其父亲提起损害赔偿诉讼。但是, 严格来说, 此案并不属于本文所指的错误的生命之诉。世界上第一个真正的“错误的生命之诉”是格雷特曼诉克斯格鲁弗 (Geitman v. Cosgrove) 案。该案 1967 年由美国新泽西州最高法院审理。

[2] F. Allan Hanson, Suits for Wrongful Life, Counterfactuals, and the Nonexistence Problem, 5 *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, winter 1996, p. 3.

### 1. 判例的创制

2000年11月17日,法国最高法院于佩鲁齐一案(Perruche Case)中,撤销了巴黎上诉法院的裁决,首次准许了错误的生命之诉的原告提出的财产损害赔偿请求。其理由是:(1)被告有过错。“从医疗技术的角度来看,由于本案中的妇科专家和实验室在诊断母亲是否对风疹产生免疫力方面发生了错误,因此毫无疑问是有过错的。”尽管对母亲来说,该过错“既构成民法典第1382条意义上的过错,也构成照料合同(contract of care)意义上的过错”,但是对残疾儿童来说,“由于儿童不是合同的当事人,所以过错仅构成民法典第1382条意义上的过错”。(2)原告遭受了损害。最高法院认为,由于“儿童生命质量降低了”,所以存在着损害。(3)被告的过错和原告的损害之间存在着因果关系。它认为,“由于原本可以通过堕胎予以避免的残疾导致了生命质量的降低”,所以在医疗过错和损害行为之间存在着因果关系。〔3〕

### 2. 佩鲁齐案判例适用的限制及扩展

2001年7月,法国最高法院在另三起错误的生命之诉中对佩鲁齐案判例的适用范围进行了限制,即只有符合下列法定的治疗性堕胎条件,才准许提起错误的生命之诉:经两名医生于检验和讨论之后证实,继续怀孕将严重威胁母亲的健康;胎儿患有特别严重的、以诊断时的医疗水平尚不能治愈的疾病的可能性相当高。

2001年11月,最高法院在另两起错误的生命之诉中又对佩鲁齐案判例的适用范围进行了扩展,即携带异常染色体的孩子也可以获得损害赔偿金。〔4〕

## (二) 英国的成文法和判例法

### 1. 成文法

在英国,1976年先天残障(民事责任)法规定,“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,被告不对孩子承担任何责任”。〔5〕

### 2. 判例法

1982年,英国上诉法院于麦克诉艾塞克斯地区健康机构(McKay and Another v. Essex Area Health Authority and Another)〔6〕一案中驳回了错误的生命之诉。其理由是:(1)医生没有杀死胎儿的义务。斯蒂芬森勋爵法官(Stephenson L. J.)认为,如果准许原告的诉讼请求,就等于将堕胎的义务或杀死未出生的孩子的义务强加给医生。〔7〕(2)人类的生命具有神圣性。阿克纳勋爵法官(Ackner L. J.)认为,“原告的主张违反了人类的生命具有神圣性这一观念”。〔8〕(3)并不存在法律意义上的损害。上诉法院认为,原告“真正的委屈”是“被允许出生”,但这并不是法律认可的损害,所以并不存在法律上的诉因。〔9〕(4)即使存在法律意义上的伤害,也无法对损害赔偿金加以计算。〔10〕损害赔偿金的目的是尽量地使原告恢复到侵害发生之前的状态,为此,在错误的生命之诉中,就需要将目前的状态——有残疾的生命——和侵害发生之前的状态——不存在——加以比较,

〔3〕 A. M. Duguet, Wrongful life: The Recent French Cour De Cassation Decisions, *European Journal of Health Law* 9, 2002, p. 141.

〔4〕 同上引,第145页。

〔5〕 [德] 克雷斯蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》上卷,张新宝译,法律出版社2001年版,第707页。

〔6〕 McKay and Another v. Essex Area Health Authority and Another, [1982] Q. B. 1166.

〔7〕 Robin Mackenzie, From Sanctity to Screening: Genetic Disabilities, Risk and Rhetorical Strategies in Wrongful Birth and Wrongful Conception Cases, *Feminist Legal Study* 7, 1999, p. 180.

〔8〕 同上书, p. 180.

〔9〕 Julie Ewing, Case Note: The Perruche Case, 4 *Journal of Law & Family Studies*, 2002, p. 321.

〔10〕 前引〔7〕, Robin Mackenzie 文, p. 181.

这显然是不可能的。<sup>[11]</sup> (5) 没有因果关系。上诉法院认为,“由于原告的损害源于风疹,而不是源于被告的疏忽,所以被告不应该负责”。<sup>[12]</sup>

### (三) 美国的判例法

#### 1. 判例法的起源

在美国,第一个准许错误的生命之诉的判例是加利福尼亚州(以下简称为加州)上诉法院于1980年审理克兰德诉生物科学实验室(Curlender v. Bio - Science Laboratories)<sup>[13]</sup>一案时创制的。它准许原告就其财产损害和精神损害获得赔偿金。其理由是“错误的生命”这一概念并非形而上学的概念,“它所指的事实是由于医生的疏忽,原告既生存着,又忍受着”。<sup>[14]</sup>

#### 2. 最高法院判例

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错误的生命之诉。<sup>[15]</sup>

##### (1) 加州最高法院的判例

1982年,加州最高法院于特宾诉索蒂尼(Turpin v. Sortini)<sup>[16]</sup>案中,创设了部分准许错误的生命之诉的判例,准许原告就其“进行专门的教育和训练、购置听力设备所需要的巨额费用”获得赔偿金。其理由是:它具备了损害之外的其他侵权行为要件。在性质上,错误的生命之诉是专家疏忽之诉。“原告的基本观点是:该诉讼仍然是人们熟悉的医疗疏忽诉讼或专家疏忽诉讼(professional malpractice action)的一种表现形式。原告请求的要旨是由于被告在履行医疗职责过程中的疏忽行为致使自己遭受损害,所以有权依据通常适用的普通法侵权行为制度请求赔偿”。“判例规定,专家疏忽诉讼的诉因之构成要件是:第一,该专家负有象拥有和施展相同技能的其他专家那样谨慎地、勤勉地施展自己的技能之义务;第二,该专家违反了该项义务;第三,疏忽行为和导致的损害之间拥有最近的原因关系(proximate causal connection);第四,由于专家的疏忽导致了实际的损失或损害”。加州最高法院认为本案符合这四要件。它也具备了实际的损害这一要件。选择生命和死亡的权利是操之于当事人本人之手的。“毫无疑问,社会和法律制度对人们的生命确实赋予最高的价值。不过,在违反患者本人的意思而对不治之患者采取维持生命的救治措施之情况下,救治措施就不再是医学上认为必要的和有益的,它会造丧失尊严、增加无谓的疼痛和痛苦之后果。该成文法实质上承认——至少在一部分情况下——公共政策拥护每个人在自己的生存和死亡之间决定哪一个更有价值的权利”。医生剥夺了父母的权利既损害了儿童的利益,也损害了父母的利益。“当然,错误的生命之诉中尚未出生的胎儿还不能亲自在生存或死亡之中进行选择。对于处于这个阶段的胎儿,法律也象对于已经出生的婴儿一样,通常将采取行动以保护胎儿利益的权利赋予其父母。尽管父母在做决策时可以适当地考虑他们自己的利益,但是法律推定父母也考虑了孩子的未来。因此,医生未向父母提供供其决定生育残疾的儿童是否符合孩子的最佳利益所需要的信息,既损害了儿童的利益,也损害了父母的利益。”原告获得填补特别的损害之赔偿金符合损害赔偿法的基本原理。“不象赔偿一般的损害之赔偿金那样,赔偿特别的损害之赔偿金既是确定的,也是容易测量的。而且,在很多情况下,这些费用能否得到赔偿不仅关系到孩子的幸福,而且关系到孩子的生

[11] Anthony Jackson, Action for Wrongful Life, Wrongful Pregnancy, and Wrongful Birth in the United States and England, 17 *Loyola of Los Angeles International & Comparative Journal*, April 1995, p. 540.

[12] 前引 [9], Julie Ewing 文, p. 321.

[13] Curlender v. Bio - Science Laboratories, 106 Cal. App. 3d 811, 165 Cal. Rptr. 477 (1980).

[14] Jason Skolnik, Compensating a California Wrongful Life Plaintiff for General Damages and Lost Earning Capacity, 36 *Loyola of Los Angeles Law Review*, summer 2003, p. 1681.

[15] Jeffery R. Botkin, Genes and Disability: Defining Health and the Goals of Medicine: Prenatal Diagnosis and the Selection of Children, 30 *Florida State University Law Review*, Winter 2003, p. 271.

[16] Turpin v. Sortin, 643 P. 2d 954 (Cal. 1982).

存。”在实际上这些费用由其父母支出并不影响对于原告的赔偿，因为“作为基本责任原理的民法典第1714条规定，无论照料费用是由其父母承担，还是由儿童本人承担，被告均要赔偿”。原告获得填补特别的损害之赔偿金并不等于否定原告的人生价值。原告请求赔偿的损害之实质是“在不存在——从未出生——和处于残疾状态的存在这两个选择之间，被告的疏忽迫使原告选择了较差的结果”。“由于公共政策规定，在法律意义上说，生命——即使患有最严重的缺陷——也优于无生命，所以一些法院认为，原告没有遭受法律意义上的伤害，如果法院做出予以赔偿的判决，就等于否定残疾人生命的神圣性和价值”。但这种观点是不能成立的，因为判决严重残疾的或遭受痛苦的孩子获得赔偿金不等于“以某种方式宣告这些孩子没有资格享有赋予全体社会成员的法定和非法定权利及特权”。在程序上也是合理的。在错误的生命之诉中，法院准许父母双方就他们为孩子支出的医疗费用获得赔偿的理由是，“如果没有被告的疏忽行为，这些费用就不必支出”，而“这些金钱损失在数额上可以容易地确定，在专家疏忽之诉中通常均判决予以赔偿”。“尽管父母和儿童当然不能就同一医疗费用获得两次赔偿，但是如果只准许父母获得赔偿，而不准许儿童获得赔偿，就是不合乎逻辑的和反常的。如果维持这一区别，那么受害的孩子能否获得医疗费用赔偿就要取决于父母是否能够起诉并获得赔偿，或者取决于医疗费用是否在父母有义务提供照料期间支出等完全偶然的因素。”

但另一方面，加州最高法院判决原告“不得就其以残疾的状态出生而非根本不出生所遭受的痛苦获得赔偿”。其理由是：无法确定原告是否遭受了损害。只有确定地发生了损害，才能判决当事人获得损害赔偿金。在错误的生命之诉中，“法院遇到的问题……是前提条件是否具备，即原告是否因以残疾的状态出生，而不是根本没有出生，而确定地遭受了损害。这正如一位法官指出的那样，‘在陪审团审理曾经健康的原告所提出的被告伤害了自己——如毁坏了手臂——的诉讼请求时，很显然，它有能力决定原告是否遭受了损害，因为健康的存在比受害的存在更有价值这点处于大多数人的经验和想象范围之内。然而不存在到底有多少价值，则不处于该范围之内’”。无法适当地确定损害赔偿金的数额。“在侵权案件中，确定损害赔偿金的通常方法是比较损害发生前后的状态，补偿原告因侵权行为丧失的利益。尽管在普通的人身伤害案件中，以金钱确定疼痛、痛苦、忧伤的价值毫无疑问是很困难的，但是在确定原告丧失的利益——没有疼痛和痛苦的正常生活——的价值时，它毕竟还可以参考他们自己的亲身经历。而在错误的生命之诉中，情况完全不同，因为原告丧失的利益根本不是没有疼痛和痛苦的正常生活，而是不可知的尚未出生的状态。在这样的背景下，依据常规的侵权行为法原理理性地、切实地确定赔偿金数额似乎超出了人们的能力之外”。无法适用获利原则。“在错误的生命之诉中，原告请求一般的损害赔偿金就是请求就自己因遗传性的缺陷而遭受的疼痛和痛苦进行金钱赔偿。依据加州民法典第920条规定的获利原则，必须在损害赔偿金中抵销被告的行为给原告受到损害的利益带来的利益。在错误的生命之诉中，原告受到损害的利益是孩子的身体的、情感的、心理的存在，被告在损害该项利益时带来的利益是拥有接受和给予爱、快乐能力的身体上的存在。由于损害减去利益这一公式中的两个要素在本质上都无法计算，所以做出具有充分理由的、非主观臆测的对一般的损害予以赔偿的判决是完全不可能的”。〔17〕

## （2）华盛顿州最高法院的判例

1983年，华盛顿州最高法院于哈勃森诉帕克-戴维斯公司（Harbeson v. Parke - Davis, Inc.）一案中，准许原告获得由于遗传性缺陷所引起的“治疗和训练”所需要的巨额费用。理由是它具备了疏忽侵权行为的要件。不过，它驳回了精神损害赔偿的请求，理由是“很显然，对于一般的损害予以赔偿的赔偿金肯定无法计算。因此，无法满足华盛顿州法律所要求的赔偿金必须‘合理地确定’

〔17〕前引〔16〕判例，p. 238.

这一要件”。<sup>[18]</sup>

### (3) 新州最高法院的判例

1984年，新州最高法院于普罗喀尼克诉席罗（Procanik v. Cillo）一案中，准许了原告的财产损害赔偿请求。其理由是：医疗费用是可以容易地计算出来的。医生的疏忽行为严重地影响了整个家庭。逻辑不应该成为实现正义的障碍。“法律的执行并不是完全建立在逻辑的基础之上的。尽管逻辑分析对于创制的正义制度来说是必不可少的，但是它不应该成为不正义的工具。对于错误的生命之诉来说，就治疗先天性缺陷所需要的巨额费用，如果父母有权获得赔偿而子女却无权获得赔偿，无论多么符合逻辑，也是不正义的。子女是否有权获得赔偿不应该取决于父母是否会提起诉讼这一完全偶然的情况”。

新州最高法院驳回了原告就“疼痛和痛苦”请求赔偿的请求。其理由是：原告遭受的疼痛和痛苦与医生的疏忽之间没有因果关系。无法比较无生命和有先天性缺陷的生命。

新州最高法院驳回了原告就其“受害的童年时期”请求赔偿的请求。其理由是：所谓受害的童年时期是指“医生的疏忽剥夺了父母了解胎儿状况的机会。不了解情况导致父母无法通过堕胎的方式终止妊娠，没有在思想上做好将迎来有先天性缺陷的孩子的准备。先天性缺陷的孩子导致他们精神痛苦。因此，父母所投入的爱和照料注定要少。这就会使得他们的童年不幸。”但是首先，医生的疏忽与原告痛苦之间没有因果关系，因为“父母主张的是如果了解实情，就会堕胎，而不是做好思想准备。”其次，“即使支持这一立场的人也承认‘在这种情况下，孩子受到的伤害与父母所受到的伤害是无法截然划分的’……因此，判决孩子的父母或者子女获得巨额的医疗费用，加之孩子的父母就其精神痛苦获得赔偿，就已经很接近侵权制度的双重目标：赔偿受害人和阻止未来的侵权行为”。<sup>[19]</sup>

### (4) 马州最高法院的判例

1996年，马州于罗森诉喀茨（Rosen v. Katz）<sup>[20]</sup>一案中，准许了原告的财产损害赔偿请求。理由是它符合实际情况。马州最高法院早在1990年于审理威卡罗诉米伦斯基（Vicararo v. Milunsky）案时就已经指出，“原告进行治疗、教育、其他的必要活动确实需要巨额的费用。正是出于这一实际的考虑，有数个州已经准许原告就终身处理遗传性缺陷所需要的巨额费用获得赔偿”。<sup>[21]</sup>

### (5) 康州最高法院的判例

1997年，康州最高法院在奎因等诉博罗（Quinn v. Blau）一案中，创设了准许错误的生命之诉的判例。其理由是：它具备传统的疏忽侵权行为的要件。准予错误的生命之诉不存在“哲学上的问题”。“原告主张‘尽管你的不正当行为使我有了生命，但是由于我宁可没有生命也不希望象目前这样受罪，所以我还要用这令人遗憾的生命起诉你’并没有任何不合理之处”。<sup>[22]</sup>

截止到2003年，美国有19个州的最高法院驳回了错误的生命之诉。<sup>[23]</sup>它们所持的理由大体上可以分为两类：其一是“原告并没有因为其出生而遭受损害”。因为根本的政策认为某一生命——无论残疾程度多么严重——都优于无生命；其二是“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“目前的状态”和原来的状态加以比较。<sup>[24]</sup>

[18] Harbeson v. Parke - Davis, Inc., 98 Wn. 2d 460, 656 P. 2d 483 (1983).

[19] Procanik v. Cillo, 478 A. 2d 755 (N. J. 1984).

[20] Rosen v. Katz, No. 93 - 394A, 1996 Mass. Super. LEXIS 618.

[21] Viccaro v. Milunsky, 406 Mass. 777, 785, 551 N. E. 2d 8 (1990).

[22] Juith Quinn et al. v. Kenneth Blau, M. D. et al., No. CV 963256915, 1997 Conn. Super. LEXIS 3319.

[23] 前引 [15], Jeffery R. Botkin 文, p. 271.

[24] Kurtis J. Kear, Turbin v. Sortini: Recognizing the Unsupportable Cause of Action for Wrongful Life, 71 California Law Review, July 1983, pp. 1285 - 1286.

#### (四) 加拿大萨斯喀彻温省法和大不列颠哥伦比亚省法

1998年,加拿大萨斯喀彻温省上诉法院于巴特克诉谢克尔(Bartok v. Shokeir)<sup>[25]</sup>一案中,驳回了原告的诉讼请求。其理由是缺乏得到法律认可的损害。1999年,加拿大的大不列颠哥伦比亚省最高法院于琼斯诉罗斯威格(Jones Guardian ad Litem of v. Rostvig)<sup>[26]</sup>一案中,驳回了原告的诉讼请求。其理由是如果准许原告的诉讼请求,就等于承认医生负有结束生命的照料义务;原告主张自己享有被堕胎的权利在法律上不成立。<sup>[27]</sup>

#### (五) 德国法

德国联邦宪法法院认为,将一个孩子的生存解释为损害的来源在宪法上是不能接受的(德国基本法第1条)。<sup>[28]</sup>其理由是“判决医生对孩子之出生承担责任可能会鼓励妇女终止妊娠”,<sup>[29]</sup>即德国法院不准许错误的生命之诉,其理由是损害不存在。<sup>[30]</sup>

## 二、驳回错误的生命之诉的理由并不成立

综合观之,在当代,法国和美国的加州、华盛顿州、新州、马州、康州的最高法院在错误的生命之诉中,准许原告的财产损害赔偿请求。而德国、英国、美国的19个州、加拿大萨斯喀彻温省法和大不列颠哥伦比亚省法对于错误的生命之诉的财产损害赔偿请求和精神损害赔偿请求均不准许。后者的理由主要是以下一项或数项:(1)根本没有损害,因为生命无论多么残疾,也总是优于无生命;(2)是否存在损害无法认定,因为无法对于残疾的生命和无生命进行比较;(3)即使存在损害,也无法认定损害赔偿金;(4)即使能够认定损害赔偿金,也无法适用损益同销原则,因为收益无法确定;(5)原告所受的损害与被告的疏忽行为之间无因果关系。本文以为,也许这些理由在表面上有一定的道理,但在实质上不能成立。

#### (一) 残疾生命未必优于无生命

其理由是:(1)法院以价值判断取代了客观的事实且违反了自己的职责。法院的立场在性质上“是个人的价值判断,并不是客观的事实”。<sup>[31]</sup>法院的裁判应该建立在客观的事实基础之上,而不是个人的主观价值之上。而且,错误的生命之诉在实质上是请求法院决定“孩子不出生是否更好。对于此种请求,法院应该是在审理案件事实的基础上予以准许或者驳回。而法院却拒不着手处理。该结果就是古老的‘不裁决就等于裁决’这一公理的经典体现”。<sup>[32]</sup>很显然,它违反了自己的职责。(2)不出生的意愿应该得到认可,而法院漠视了原告或其父母的意愿。提供服务的人员或者对母亲负担提供“医疗信息和忠告”的义务,或者对胎儿负担义务,母亲是胎儿的代理人,而母亲意思表示的内容均是“避免”残疾孩子的出生。该项意思表示的内容并不违反法律,因为连死亡的决定都已经为美国法律所认可,“凯普诉怀特(Camp v. Whit)<sup>[33]</sup>案的判例规定,有行为能力的人所做的放弃维持生命的救治措施之决定具有执行力”。“大多数州通过了成文法,尊重患者所做的是否

[25] Bartok v. Shokeir 1998 ACWSI EXIS 49680.

[26] Jones (Guardian ad Litem of) v. Rostvig, ACWSI EXIS 1968.

[27] 上述两个判例参见前引 [7], Robin Mackenzie 文, p. 183.

[28] 德国联邦宪法法院 1993 年 5 月 28 日的判决,载 NW 1993 年,第 1751、1764 页。

[29] 前引 [5], 克雷斯蒂安·冯·巴尔书,第 713 页。

[30] BGHZ 86, 240. 转引自王泽鉴:《侵权行为法》第 1 册,中国政法大学出版社 2001 年版,第 145 页。

[31] 前引 [11], Anthony Jackson 文, p. 565.

[32] Michael B. Kelly, The Rightful Position in “Wrongful Life” Actions, 42 *Hastings Law Journal*, January 1991, p. 547.

[33] Camp v. White, 510 So. 2d 166, 169-70 (Ala. 1987).

希望维持生命的救治措施。”<sup>[34]</sup>“奎因兰 (In re Quinlan) 案<sup>[35]</sup>规定, 放弃救治措施的权利已经受到美国宪法的保护”。<sup>[36]</sup>“巴里 (In re Barry) 案<sup>[37]</sup>规定, 在患者无力就是否放弃维持生命的救治措施做出判断或做出意思表示的情况下, 可以由其代理人做出”。<sup>[38]</sup>“拉斯姆森诉弗来明 (Rasmussen v. Fleming) 案<sup>[39]</sup>规定, 如果患者是年龄幼小的或者尚无意思能力的孩子, 法院可以同意其父母或监护人的决定。法院认为, 父母的决定会出于对子女利益的考虑而不是自己的便宜”。当然, 父母或监护人做出死亡决定与父母做出让子女不出生 (不存在) 的决定之间有一定的差异, 而且“由于胎儿无法做出选择, 即使做出选择也无法落实, 所以人们可能怀疑在由父母而不是由孩子表达选择出生的判断之情况下, 尽管原告的真意是选择出生, 但是又趁机诉请损害赔偿”。但是, 我们并没有证据证明这一怀疑是有事实依据的, 在所有的人中, 父母是做出不出生的决定之最佳人选。“无论是在斟酌与孩子未来的生活有关的事项方面, 还是在深思熟虑的基础上决定出生到底意味着对孩子的祝福还是意味着对孩子的诅咒, 父母均处于最佳的位置之上。父母的不让孩子出生的决定一经做出, 法院就不必再去推测其他完全有见识的父母会做出什么决定”。<sup>[40]</sup>(3) 法院的立场自相矛盾。威廉姆兹诉海湾医院 (Williams v. Bay Hospital, Inc)<sup>[41]</sup>案的判例规定, 医院必须“就错误的诊断给死者导致之加剧了的疼痛和痛苦”承担法律责任。<sup>[42]</sup>塔潘诉佛罗里达医疗中心 (Tappan v. Florida Medical Center, Inc)<sup>[43]</sup>案的判例规定, 医院必须就错误的诊断给死者导致的“生命缩短、痛苦加剧”承担法律责任。<sup>[44]</sup>此种诉讼在传统上称为“生存之诉 (survival action)”。生存之诉与错误的生命之诉的类似之处有二: 其一是“两种诉讼中的疾病均非医生的疏忽所引起, 医疗救治手段均无能为力”; 其二是“在错误的生命之诉中, 医生的疏忽引起了原告的痛苦, 而在生存之诉中, 医生的疏忽增加了原告的痛苦”。<sup>[45]</sup>很显然, 如果法院准许生存之诉, 却驳回错误的生命之诉, 其立场自相矛盾。

## (二) 是否存在损害, 基本上可以认定

许多法院在此类审判中要对残疾的生命和无生命进行比较, 这是侵权行为法的目的使然。“侵权行为法损害赔偿制度的主要目的是使受害人尽可能地恢复到损害发生之前或假定损害没有发生而处的状态。达到这一目的所采用的方法就是‘反事实检验 (counterfactual test)’: 将受害人目前的状态和假定损害没有发生而处的状态加以比较”。而在错误的生命之诉中, 假定损害没有发生的情况就是原告没有出生。这些法院认为, 由于无法对残疾的生命和无生命进行比较, 所以损害是否存在无法认定。但这一理由并不成立。(1) 从总体来说, 二者之间是可以进行比较的。“如果以长期通行的、计算损害赔偿金数额用的规则为标准, 将比较对象分解为便于把握的组成成分, 法院和陪审员就能够对生命和无生命进行比较”。<sup>[46]</sup>具体的内容如下: 首先, 将它们的利益状态和不利益状态进行分解。对于“不存在状态”, 可以分解为以下组成成分: 无论如何, 财产方面的利益成分和不

[34] 前引 [11], Anthony Jackson 文, p. 538.

[35] In re Quinlan, 70 N. J. 10, 355 A. 2d 647.

[36] 前引 [11], Anthony Jackson 文, p. 538.

[37] In re Barry, 445 So. 2d 365 (Fla. Dist. Ct. App. 1984)

[38] 前引 [11], Anthony Jackson 文, p. 539.

[39] Rasmussen v. Fleming, 154 Ariz. 207, 223, 741 P. 2d 674, 690 (1987).

[40] 前引 [11], Anthony Jackson 文, p. 539.

[41] Williams v. Bay Hospital, Inc., 471 So. 2d 626 (Fla. 1985).

[42] 前引 [11], Anthony Jackson 文, p. 562.

[43] Tappan v. Florida Medical Center, Inc., 488 So. 2d 630 (Fla. 1986).

[44] 前引 [11], Anthony Jackson 文, p. 563.

[45] 同上文, p. 563.

[46] 前引 [32], Michael B. Kelly 文, p. 527.

利益成分均不具备；<sup>[47]</sup>对于“目前的残疾状态”，可以分解为以下组成成分：财产方面的利益成分是收入，不利益成分是抚育健康的儿童需要的通常费用、抚养残疾儿童需要的额外费用；非财产方面的利益成分是生命的快乐，不利益成分是疼痛和痛苦以及忧伤。其次，比较财产方面的利益成分和不利益成分。由于“不存在状态”既无利益成分，也无不利益成分，所以确定原告是否受到损害就取决于“目前的残疾状态”本身的利益成分和不利益成分的比较。如果残疾的原告取得的收入不能超过其通常费用和额外费用之和，就足以认定原告遭受了财产损害，反之，则不能认定。再次，比较非财产方面的利益成分和不利益成分。同样，确定原告是否受到精神损害也取决于对“目前的残疾状态”本身的非财产方面的利益成分和不利益成分的比较。如果疼痛和痛苦以及忧伤之价值超过生命的快乐之价值，那么原告就遭受了精神损害。反之，则没有遭受精神损害。<sup>[48]</sup>最后，不能将财产方面的利益和非财产方面的利益进行抵销。依据获利原则，只有受害人自侵权行为所获的利益是财产方面的利益，才能请求自损害赔偿金中予以扣除。因此，在错误的生命之诉中，即使原告所获得的非财产方面的利益完全抵销了自己所遭受的忧伤和痛苦，如果在财产方面遭受损失，也应该获得赔偿。(2) 对于一些错误的生命之诉的案件，还可以就残疾的生命和全部或部分健康的生命进行比较。“目前的医学技术已经能够通过外科手术和化学干预的方式，减少或治愈某些先天性的缺陷，使之在出生之后不再表现出来或最小程度地表现出来”。<sup>[49]</sup>如果提供服务的人员能够提供准确的信息，父母就可以利用医学技术对部分缺陷进行治疗，出生的小孩就可能成为全部或部分健康的小孩了。在可能完全健康的情况下，“陪审员就可以容易地将残疾的小孩与健康的小孩进行比较，这是为陪审员所熟悉的”。<sup>[50]</sup>在部分健康的情况下，依此类推，可以将该严重残疾的生命与轻微残疾的生命进行比较。(3) 法院违反了其释明权（义务）。所谓“释明权，又称法官释明权、阐明权，是指当事人在诉讼过程中的声明和意思陈述不清楚、不充分时，或提出了不当的声明或陈述时，或所取证据不够充分却以为证据已足够时，法官以发问和晓谕的方式提醒和启发当事人把不明确的予以澄清，把不充分的予以补充，或把不当的予以排除，或者让其提出新的诉讼材料，以证明案件事实的权能。”<sup>[51]</sup>在大陆法系和英美法系国家都有释明权的规定，法院既然要求要对残疾的生命和无生命进行比较，就应该为人们提供如何比较的方法。

### （三）无论是财产损害赔偿金还是精神损害抚慰金均可以计算

部分国家或地区的法院认为，即使存在损害，损害赔偿金也无法计算出来。这一理由并不成立。其理由是：（1）既然残疾的生命和无生命可以进行比较，就可以比较容易地计算出损害赔偿金的数额。如果残疾的原告取得的收入不能超过其通常费用<sup>[52]</sup>和额外费用之和，就应该认定原告遭受了财产损害。而无论是费用，还是收入，都是可以计算出来的。如果残疾的原告所遭受的疼痛、痛苦、忧伤超过生命的快乐，就应该认定原告遭受了精神损害。即“只要错误的生命之诉的原告能够证明自己遭受了疼痛和痛苦，且没有足够的快乐和积极的生命体验对疼痛和痛苦予以抵销”，就构成了损害。<sup>[53]</sup>对于精神损害，法院可以依据本国的成文法或判例法给付抚慰金。（2）将“损害”和“赔偿金”加以划分是错误的。“损害和损害赔偿金不是两个独立的概念，而是同一硬币的两个方面。无论硬币的哪面朝上，硬币的价值都是不变的。在设计上，损害赔偿金（金钱判决）和损害

[47] 前引 [46]，Michael B. Kelly 文，p. 517.

[48] 前引 [32]，Michael B. Kelly 文，p. 519.

[49] Deana A. Pollard, Wrongful Analysis in Wrongful Life Jurisprudence, 55 *Alabama Law Review*, winter 2004, p. 358.

[50] 前引 [32]，Michael B. Kelly 文，p. 552.

[51] 蔡虹：《释明权：基础透视与制度构建》，《法学评论》2005年第1期。

[52] 当然，通常费用是否应该由被告负责，有待于研究。目前，法国、美国的五个州均不允许由被告负责。

[53] 前引 [49]，Deana A. Pollard 文，p. 356.

(所为的伤害)是相等的”。<sup>[54]</sup> (3) 即使计算有困难,也不应该以此为由驳回原告的诉讼请求。1974年,英格兰和威尔士的法律委员会指出,“法律是人造的物品。如果社会正义要求应该就某一不正当行为提供救济,逻辑就不应该成为绊脚石。”1931年,美国最高法院指出,“计算损害赔偿金面临的困难不应成为否定被告承担责任的正当理由”。<sup>[55]</sup> (4) 残疾的孩子无法独立地获得损害赔偿金不利于保护其合法权益。应该指出,对于残疾孩子的通常费用和额外费用,尤其是诸如医疗费、教育费、培训费等额外费用,孩子的父母可能已经就此获得了赔偿,甚至还获得了精神损害赔偿金。但在父母获得赔偿的情况下,赔偿金的所有权即归其父母所有,残疾的子女只享有请求权。反之,如果子女能够获得赔偿金,就享有赔偿金的所有权,父母只享有管理权。两相比较,后者更有利于保护子女的利益。而且,如果残疾的子女没有独立的诉权,能否获得赔偿金则要完全取决于父母是否愿意起诉、能否起诉。反之,如果残疾的子女没有独立的诉权,在父母对成年子女没有抚养义务的情况下,法院就可能驳回父母提出的残疾子女成年之后需要的额外费用之请求。例如,我国台湾士林法院在错误的生命之诉中就明确地指出,“法院认为原告不得请求其所生患有唐氏症男婴的50年生活费用,其主要理由为依民法的规定,父母有支付未成年子女生活费之义务”。<sup>[56]</sup>

#### (四) 损益同销原则(获利原则)可以适用

美国部分法院驳回错误的生命之诉实际上根据的是获利原则。它认为,生命的价值肯定会超过其代价——“出生引起的经济损失”和“原告经历上的身体疼痛和情感的痛苦”之和。<sup>[57]</sup>这一理由并不成立。因为它违反了损益同销的基本原理。《美国侵权法(第二次)重述》第920条规定,在加害人所为的侵权行为既导致受害人的损害,又导致受害人受益的情况下,在确定损害赔偿金时,应该在衡平的范围内将所获的利益予以扣除。该条的注释(b)解释,如果所获的利益是其他种类的利益,则不得从损害赔偿金中扣除。例如,某人诽谤他人,致使其名誉受到损害,受害人从他们成为公众人物之中而获得的财产利益,则不得请求扣除。只有金钱利益受到损害,才能进行扣除。简而言之,只有同类利益才能相互扣除。<sup>[58]</sup>因此,在错误的生命之诉中,只能在原告基于先天性缺陷而遭受的疼痛和情感的痛苦之中,将其基于生命而获得的喜悦和情感利益加以扣除;也只能在原告基于先天性缺陷而获得的损害赔偿金中,将其获得的经济收入加以扣除。如果他(她)不能从事任何职业,扣除则无从谈起。

#### (五) 在违法行为和损害之间存在着因果关系

英国法院和巴黎上诉法院认为,在错误的生命之诉的违法行为和损害之间不存在因果关系。这一理由也不成立。理由是:(1)它误解了损害的内容。错误的生命之诉的“真正损害是有残疾的孩子的出生”,<sup>[59]</sup>诉因起源于“出生本身,而非作为结果的残疾”。医生由于自己的疏忽,没有将胎儿拥有的某些风险通知给其父母,致使既愿意、也能够进行堕胎的父母丧失了堕胎的机会,从而导致了孩子的出生。<sup>[60]</sup>如果以残疾并非医生引起为由否定因果关系,就是误将损害认定为“残疾本身”。(2)它存在着事实上的因果关系和法律上的因果关系。首先,如果医生将胎儿的先天性缺陷正确地告诉了他(她)的父母,他(她)就不会出生。因此,存在着事实上的因果关系;其次,如果某一孕妇前来检验胎儿的情况,尽管胎儿尚未出生或者说还不是法律意义上的人,但是化验人员

[54] 前引 [32], Michael B. Kelly 文, p. 528.

[55] 前引 [11], Anthony Jackson 文, p. 568.

[56] 前引 [30], 王泽鉴书, 第141页。

[57] 前引 [49], Deana A. Pollard 文, p. 364.

[58] 我国学者也暗示了受有利益与损失利益是同一种类的。见王利明、杨立新:《侵权行为法》,法律出版社1996年版,第331页。

[59] Jennifer R. Granchi, The Wrongful Birth Tort: A Policy Analysis and the Right to Sue for an Inconvenient Child, 43 *South Texas Law Review*, Fall 2002, p. 1277.

[60] 前引 [11], Anthony Jackson 文, p. 564.

和医生会预见到尚未出生的胎儿将成为自己不正当行为的受害人；如果某一育龄妇女前来进行遗传咨询，咨询人员会预见到自己给出的答案将毫无疑问地影响未来的生命。简而言之，被告方完全有能力预见自己的作为或不作为将引起哪些消极后果。<sup>[61]</sup>因此，“尽管医疗服务和咨询服务的提供者并没有引起精确意义上的残疾，但是确实引起了有残疾的孩子的出生，从而擅自将残疾的可能转化为父母双方和子女必须面对的绝对现实”。<sup>[62]</sup>因此，存在着法律上的因果关系。(3) 它与既有的判例自相矛盾。在塔潘诉佛罗里达医疗中心一案中，尽管患者的死因是“肺癌”，但是法院认为“医生的疏忽构成生命缩短、加剧的痛苦之最近的原因”。<sup>[63]</sup>依此类推，在错误的生命之诉中也是由于医生的疏忽“引起”了痛苦，所以也应该认为医生的疏忽和原告痛苦之间存在因果关系。

### 三、侵害的对象

#### (一) 现有的学说

就错误的生命之诉的受害人之何种权益受到侵害，目前主要有四种学说：

其一是利益说。利益说认为，原告的以下两种利益受到了侵犯：其一是“对自己的身体拥有的利益”。其二是“拥有充分知情的父母的利益”。<sup>[64]</sup>

其二是选择权利说。选择权利说认为，儿童通过父母选择终止自己的生命的权利受到了侵害，使自己被迫出生。<sup>[65]</sup>

其三是生而为完整的、健康的人之权利说。该说认为，自己生而为完整的、健康的人之权利受到了损害。<sup>[66]</sup>

其四是综合权益说。综合权益说认为，以下三种权益受到了损害：其一是快乐地享受生活的利益。如果自己遭受的疼痛和痛苦超过快乐和积极的生命体验，就构成损害。<sup>[67]</sup>其二是“丧失了获得更健康的生命之机会”利益。医学技术已经能够通过外科手术和化学干预的方式，减少或治愈某些先天性的缺陷，使之在出生之后不再表现出来或最小程度地表现出来。<sup>[68]</sup>由于医生的疏忽，致使自己丧失了得到治疗从而改善生命的机会。其三是“正当程序权利”。1990年，美国最高法院于克鲁赞诉密苏里州健康部（Cruzan v. Director, Missouri Department of Health）<sup>[69]</sup>一案中，确认自然人享有死亡权。该种权利受到正当程序条款的保护。该案件反映了在某些情况下死亡比生存更好的当代社会观念，“动摇了有生命总比没生命更好这一观念。也动摇了附属于此的经历痛苦的生命并不构成损害这一观念”。<sup>[70]</sup>“法律应该赋予胎儿与其他人一样的避免极端痛苦的和短暂的生命权利”。<sup>[71]</sup>胎儿还不能表达自己的结束生命的意志这一点丝毫也不影响他（她）的权利的行使，因为父母可以代表他（她）表达。“在某些情况下，为实现子女获得最佳利益、避免极端痛苦的生命

[61] 为限定事实上的因果关系的界限，美国采用了预见说。参见王泽鉴：《侵权行为法》第1册，台湾三民书局1998年版，第230页。

[62] Alan J. Belsky, *Injury as A Matter of Law: Is This the Answer to the Wrongful Life Dilemma?*, 22 *University of Baltimore Law Review*, Spring 1993, p. 222.

[63] 前引 [11], Anthony Jackson 文, p. 563.

[64] 前引 [32], Michael B. Kelly 文, p. 535.

[65] 前引 [62], Alan J. Belsky 文, p. 230.

[66] 前引 [2], F. Allan Hanson 文, p. 9.

[67] 前引 [49], Deana A. Pollard 文, p. 356.

[68] 同上文, p. 358.

[69] *Cruzan v. Dir., Mo. Dep't of Health*, 497 U. S. 261 (1990).

[70] 前引 [49], Deana A. Pollard 文, p. 360.

[71] 同上文, p. 360.

之权利，最有效的手段就是在其出生之前终止其生命”。<sup>[72]</sup>由于剥夺了父母的选择权，胎儿避免痛苦的生命权利就受到了侵害。

(二) 学说的评价

“对自己的身体拥有的利益”的利益说的缺陷是忽视了医生义务的范围。因为医生仅有提供胎儿信息给父母的义务，是否堕胎完全由父母决定，胎儿无法选择自己的身体。“选择权利说”和“生而为完整的、健康的人之权利说”均误将母亲的权利当作胎儿的权利，而且也过于拟制。“综合权益说”的缺陷是：“快乐地享受生活的利益”是损害的后果，而不是损害的对象；“丧失了获得更健康的生命的机会”和“正当程序权利受到了损害”均忽视了医生义务的范围；而且，“正当程序权利受到了损害”也“误将母亲的权利当作胎儿的权利；而且，也过于拟制。总之，侵害的对象是“拥有充分知情的父母的利益”。

---

---

**Abstract :** The wrongful life action is a new kind of action raised in recent years. Currently, the Supreme Court of France and the Supreme Courts in 5 states of the United States have approved the plaintiff ' s claims for damages. The appeal court of the Great Britain, the Supreme Courts in 19 states of the United States, the 2 provincial courts in Canada and the Federal Constitutional Court of Germany have rejected the plaintiff ' s claims for damages. Actually, the reasons for the rejection of the plaintiff ' s claims, whether all of or part of them, can not sustain. The plaintiffs are damaged certainly, and what is damaged are their parents ' interests of having the related information fully informed.

**Key words :** the wrongful life action, damages

---

---

---

[72] 前引 [49], Deana A. Pollard 文, p. 361.