

医疗服务合同的不完全履行及其救济

韩世远*

内容提要:医疗服务合同具有委托合同的基本属性。医疗服务合同的给付义务属手段义务,对其不完全履行,无法从结果上判断,只能从过程上判断,此过程中债务人违反附随义务,同时构成对给付义务的不完全履行。无论财产损失还是非财产损失,在违约案件中均应予以赔偿。非财产损害赔偿包括死亡赔偿金、残疾赔偿金以及侵害人格权场合的抚慰金。对于财产损害赔偿的参照标准,在履行利益不易确定的场合,可以信赖利益作为替代标准。

关键词:医疗服务合同 不完全履行 说明义务 损害

一、案情概要及裁判要者

妻 X₁ 与夫 X₂ 因生育障碍到 Y 医院就医,2002 年 9 月 9 日,两 X 与 Y 医院签订了“试管婴儿辅助生育治疗协议和须知”(以下简称“协议和须知”)。人工辅助生育存在多种治疗技术,IVF(体外受精和胚胎移植技术)和 ICSI(单精子卵腔内注射技术)都是人工辅助生育的技术手段,“协议和须知”中没有明确约定 Y 医院将采取哪一种技术为两 X 进行治疗。不过虽然双方没有书面约定采取何种技术进行治疗,但是综合分析相关证据可以推定,原、被告之间已经就采取 ICSI 技术达成合意。9 月 25 日,X₁ 向人民医院交纳了检查费 5400 元,同日 Y 医院对 X₁ 进行了采卵手术并采集了 X₂ 的精子。医务人员在观察了 X₂ 的精子后,认为适宜按照 IVF 技术进行治疗,遂按照 IVF 技术操作,但是最终治疗未获成功。另查明,两原告向 Y 医院支付检查费、医药费等共计人民币 6072 元(包括上述 5400 元),为促进排卵,两原告在院外购买药品支出人民币 5362.05 元,两项合计 11434.05 元。原告请求按照中华人民共和国合同法(以下简称合同法)、中华人民共和国消费者权益保护法(以下简称消费者权益保护法)及中华人民共和国民法通则(以下简称民法通则)的规定,判令 Y 医院双倍赔偿医药费 2.5 万元、误工费 1392.50 元、精神抚慰金 1 万元,并公开赔礼道歉。

一审法院认为,原告主张本案应当适用消费者权益保护法,但消费者权益保护法侧重于通过规范

* 清华大学法学院教授。

经营者的行为,保护消费者在购买、使用商品和接受服务时应享有的权益。该法中所指的服务,是经营者为获取经济利益而提供的商业性服务。法院向江苏省卫生厅调取的证据表明,Y医院不是以盈利为目的的机构,不属于经营者,Y医院向社会公众提供的是公共医疗卫生服务,而不是商业服务,故本案不应适用消费者权益保护法……医疗服务合同在患者向医院提出进行诊查、治疗的请求,并经医方做出承诺时成立。本案被告已经收取了原告交纳的医疗费,两原告与被告签订了“协议和须知”,被告也对原告进行了治疗,应当认定双方之间的医疗服务合同已经成立并生效。医疗服务合同以为患者治疗疾病为目的,医院一方应当以足够的勤勉和高度的注意谨慎行事,又由于医疗行为具有高度的专业性,因此医院在履约中具有较高的裁量权。但医院与患者在医疗服务合同关系中是平等的民事主体,且医疗行为的实施结果会对患者的身体造成直接影响,若完全不考虑患者的选择权明显有失公平。所以在医疗服务合同中,医院负有对医疗方案的说明义务,在实施医疗方案之前,除非在紧急情况下,医院有义务就该医疗方案向患者或其代理人进行充分的说明。而患者享有对医疗方案一定的选择权,这体现于存在两个以上治疗方案的场合,医院应该就几种不同治疗方案的利弊对患者进行充分说明,并以患者的决定为准选择治疗方案。本案中人工辅助生育存在 ICSI、IVF 等多种治疗技术。原、被告已经约定采取 ICSI 技术,如果医务人员在治疗过程中认为原告的状况更适合采取 IVF 技术,在条件允许的情况下,应当向原告予以说明,并就治疗技术方案的改动征求原告的意见。但被告的举证只能证明原告知悉治疗技术的改动,不能证明被告已经就该改动取得了原告的同意,故应当认定其行为构成违约,应当承担相应的责任。我国合同法第 107 条规定:“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的,应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。”本案中,原告为履行医疗服务合同而付出的医疗费属于其损失,具体范围包括原告向人民医院支付的检查费、医药费以及原告在院外购买药品支出的费用,被告应当予以赔偿。但是原告提供的误工费证据仅有其工作单位出具的证明,而非当时未领取有关款项的证据。因此应认为原告对于自己提出的误工费赔偿请求未能提供充分证据,故该诉讼请求不予支持。关于原告要求被告给予精神损害赔偿的诉讼请求,因本案为合同违约之诉,依据合同法第 107 条、第 113 条第 1 款的规定,合同当事人未适当履行合同义务的,应当承担赔偿损失等违约责任。损失赔偿的数额应当相当于因违约所造成的损失,包括合同履行后可以获得的利益,但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失,亦不包括精神损害赔偿,故对要求被告承担精神损害赔偿不予支持,亦不支持要求被告公开赔礼道歉的请求。

据此,依照合同法第 10 条第 1 款、第 44 条第 1 款、第 60 条、第 107 条、第 113 条第 1 款、中华人民共和国民事诉讼法第 64 条第 1 款的规定,一审法院于 2003 年 7 月 18 日判决:

- (一) Y 医院自本判决生效之日起 5 日内一次性向 X_1 、 X_2 赔偿医疗费人民币 11434.05 元;
- (二) 驳回 X_1 、 X_2 的其他诉讼请求。

一审宣判后,Y医院不服,提起上诉。二审法院经审查,对一审法院查明的事实予以确认。二审法院认为:

当事人应当按照约定全面履行自己的义务。当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的,应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。 X_1 、 X_2 现虽无直接证据证明双方约定采取 ISCI 治疗技术,但……将间接证据相互印证,可以认定 X_1 、 X_2 与 Y 医院口头约定了采取 ISCI 技术进行人工辅助生育治疗,Y 医院应当按照双方的约定全面履行医疗服务合同。履行医疗服务合同时,在非紧急情况下,医院在未经过患者或其代理人同意的情况下,擅自改变双方约定的医疗方案,属于合同法第 107 条规定的履行合同义务不符合约定的行为。在本案中,Y 医院为 X_1 、 X_2 治疗过程中,在未出现需要紧急抢救等非常状态的情况下,未经 X_1 、 X_2 同意,擅自改变治疗方案。Y 医院的行为,属于履行合同义务不符合约定,由此造成合同相对方的损失,依法应当承担赔偿损失的责任,一审法院对违约责任和具体损失的认定是正确的,据此所作的判决并无不当。Y 医院上诉理由不

足,故不予支持。驳回上诉,维持原判。〔1〕

二、医疗服务合同的基本属性

2000年最高人民法院印发的《民事案件案由规定(试行)》把医疗服务合同归入“合同纠纷案由”第38类“服务合同纠纷”,这一归类反映出这类合同重在“服务”,而有别于医药的“买卖”等合同。

(一) 服务合同

在经济学上有第一产业、第二产业与第三产业的区分,其中的第三产业,就是各种服务性行业的总称。服务性行业的主要经营活动,就是提供各种各样的服务。而以服务为标的的合同,也就是提供服务的合同,〔2〕简称为服务合同。

我国学说又进一步将服务分为经济性服务和非经济性服务。前者指生产和流通领域中进行的各种服务,如运输、保管、仓储、行纪、居间、结算等服务。后者又称社会性服务,如医疗服务、邮电服务、旅游服务、律师服务、会计服务,等等。〔3〕

关于服务合同,我国法律未作统一规定,具有专门规定的如技术服务合同(合同法第18章第4节)、物业服务合同(物业管理条例)、房地产中介服务合同(城市房地产中介服务管理规定)等。

(二) 医疗服务合同

医疗服务合同,或称医疗合同,是以医疗服务为目的,在医疗机构与患者之间形成的合同。在我国合同法及其他法律法规中,针对这种合同均没有专门的规定,因而,通常认为它属于非典型合同。为了进一步明确医疗服务合同的特征,有必要将医疗服务合同与相近的几种典型合同进行比较分析。

1. 医疗服务合同与委托合同

委托合同是委托人和受托人约定,由受托人处理委托人事务的合同(合同法第396条)。所处理的事务,不以法律行为为限,事实行为亦可包括在内。委托合同既可以是无偿的,也可以是有偿的,且在我国合同法上,是以有偿委托为原则(参照合同法第405条)。

与委托合同相比,医疗服务合同确实有很多相似之处。其一,患者将自己的疾患交由医方诊治,可理解为将自己的事务交由他人处理。其二,患者到医院就诊,说明患者对医院及其医师信任,符合委托合同以信任为基础的特点。其三,医疗服务合同是有偿合同,而我国合同法上的委托合同原则上是有偿合同,也可以是无偿合同,因而二者并不冲突。正是由于医疗服务合同与委托合同有诸多相似之处,也就不难理解,何以医疗服务合同,在台湾地区学者通说上被理解成为委任合同了。另外,在日本,委任所为者是法律行为,而医疗行为大多为事实行为,故称之为准委任。

医疗服务合同是否属于一种委托合同呢?如果二者没有差异,就应作肯定的回答;只有找出具有说服力的实质差异,才可以否定这一点。

就医疗服务合同与委托合同之间的差异,曾隆兴博士指出两点不同:(1)民法上的委托是以社会上经济活动为对象,而医疗行为的对象则为人的身体。故病人非但为医疗合同的当事人,且为医疗行为的对象。(2)在医疗行为中,病人系在医师指示帮助下,自己本身居于医疗主体地位,例如是否听从医师指示服药,或听从医师指示卧床静养,均系由病人自己决定,医师系居于指示人地位。而民法上的委托,则受托人应依委托人的指示处理委托事务。两者主客颠倒,显有区别。所以医疗合同应属近

〔1〕“郑雪峰、陈国青诉江苏省人民医院医疗服务合同纠纷案”,见《中华人民共和国最高人民法院公报》2004年第8期。

〔2〕参见王家福、谢怀斌等著:《合同法》(梁慧星执笔),中国社会科学出版社1986年版,第285页。

〔3〕同上书,第286页。

似委托的非典型合同。^[4]龚赛红博士亦认为,医疗合同不能完全适用委托合同的规定,不过作为一种无名合同,在委托处理事务这一点上又与委托合同最为近似。^[5]

笔者以为,仅凭上述理由,尚不能充分说明问题。应该看到,医疗服务合同内容较为复杂,侧重点亦有差异,惟其核心内容为医师的诊断和治疗(提供医疗服务),就此而言,实与委托合同无异。如果将医疗服务合同与委托合同看作是种属关系,承认医疗服务合同具有委托合同的基本属性,又不否认医疗服务合同可以具有若干特性,就像仓储合同与保管合同的关系,亦无不可。归入委托合同一属,亦无不可。当然,也不排除混合合同的可能性,但由于医疗服务合同毕竟是以诊疗为核心,而这个核心所具有的委托特性还是可以肯定的。^[6]如此定性,医疗服务合同基本上可以认定为委托合同的一种具体情形。^[7]医疗服务合同纠纷的处理,原则上可以适用合同法关于委托合同的规定。^[8]

就本案而言,一、二审法院均没有援引合同法关于委托合同的规定,而仅是在合同法总则部分寻找裁判的依据,反映出来处理本案的法官们并未将医疗服务合同当作一种特殊的委托合同处理。

2. 医疗服务合同与雇佣合同及承揽合同

医疗服务合同,在德国法上与之相当的有名合同,通常认为首先是劳务合同(或称雇佣合同),这是从其主要给付义务的内容为劳务所导出的观点。至于装配假牙,则认为是承揽合同,或者为二者的混合合同。在个别案件到底如何,应视当事人具体约定的内容,特别是约定医师所应提供的给付内容为何而定。其重在于医疗劳务的给付者,为劳务合同;其重在于工作成果者,为承揽合同。在为医疗目的而有可以无害的与身体分合自如的有体工作物的制作场合,就该工作物的制作与完成定性为承揽合同。例如假牙、义肢、眼镜等。虽然委任合同也以劳务为给付内容,但德国民法规定的委任合同是无偿的,而医疗服务合同原则上是有偿的,所以它不属于委任合同。^[9]在德国民法学说上,委任属于“必要的无偿合同”,是不能够通过当事人协议而成为双务合同的,约定报酬将使之进入另一种类型合同的定义性规范之中,即雇佣合同或承揽合同。^[10]不过,德国学说并不满意将医疗服务合同定性为劳务合同或承揽合同的想法。

我国合同法或其他法律并没有专门规定雇佣合同,因而,对于医疗服务合同的法律适用,自然不必东施效颦式地向雇佣合同及其法律规范上寻找;即使如此“找法”,也不能够解决实际问题。而就承揽合同言,特别是像装配义齿、假肢之类,不排除其合同关系中有承揽内容的可能,即便此时,仍不妨作为混合合同处理。

3. 医疗服务合同与技术服务合同

技术服务合同是指当事人一方以技术知识为另一方解决特定技术问题所订立的合同,不包括建设工程合同和承揽合同(合同法第356条第2款)。医师也是要以其医术和知识为患者解决特定医疗问题,那么,医疗服务合同能否理解为是一种技术服务合同呢?

技术服务是具有较高技术含量、较高技术附加值的服务贸易。技术服务合同是知识密集型服务贸易的法律形式,技术服务合同在本质上是受托人以技术知识为委托人解决特定技术问题所订立的合同,是当事人之间解决经济建设和社会发展项目的技术难题和症结,促进科学技术形成生产力所订

[4] 参见曾隆兴:《现代非典型契约论》,作者台北自版,1996年版,第291页。

[5] 参见龚赛红:《医疗损害赔偿立法研究》,法律出版社2001年版,第33页。

[6] 正如拉伦茨教授所指出的,在将特定合同归属其合同类型时,重要的倒不是个别特征的逐一吻合,具决定性的毋宁是“整体形象”。参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第343页。

[7] 肯定医疗服务合同具有委托合同的属性,也就排斥其作为一种非典型合同。由此亦可见合同类型认定的重要与困难,实为合同法上的重要研究课题。可参阅王泽鉴:《债法原理》第一册,中国政法大学出版社2001年版;[日]大村敦志:《典型契约与性质决定》,有斐阁1997年版。

[8] 将医疗服务合同认定为近似于委托合同(而非委托合同),就只能“类推适用”(而非适用)合同法关于委托合同的规定。

[9] 参见黄茂荣:《债法各论》第一册,中国政法大学出版社2004年版,第249页。

[10] 参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国债法总论》,杜景林、卢谡译,法律出版社2004年版,第350页。

立的合同。就其认定,通常要把握以下几点:(1)合同标的是解决特定技术问题的项目;(2)履行方式是完成约定的专业技术工作;(3)工作成果有具体的质量和数量指标;(4)有关专业技术知识的传递不涉及专利和技术秘密成果的权属问题。^[11]

技术服务合同与医疗服务合同的区分,大致可以借用学者所作的“经济性服务”和“非经济性服务”区分,即技术服务合同的标的属于经济性服务,而医疗服务合同的标的属于非经济性服务。医疗服务合同的法律适用,无需向技术服务合同方面“找法”。

三、医疗服务与消费者权益保护法

(一)探讨的实益

医疗服务是否适用消费者权益保护法向来存在争议,而其中一个很重要的起因,恐怕就是消费者权益保护法第49条所规定的“惩罚性赔偿”,比如有的医院在为病人做心脏介入治疗时重复使用进口导管(称“2号管”),律师起初便以构成欺诈为由代理患者请求“双倍赔偿”。^[12] 本案中两位原告也正是想利用这个规定请求双倍赔偿。除此之外,学说上认为,将医院与患者之间的关系认定为消费关系的意义在于:一方面,可明确患者作为消费者所应当享有的基本权利(如消费者的安全权、知悉权、选择权、索赔权、接受服务时其人格尊严受到尊重的权利等)。另一方面,患者作为消费者在其权利受到侵害以后,可以寻求消协等消费者团体的保护。^[13]

(二)判断的标准

医疗服务合同能否适用消费者权益保护法,首先须解决医疗服务合同是否属于消费者合同。消费者合同是消费者与经营者之间签订的合同,因此,上述问题的关键在于患者是否为“消费者”、医院是否为“经营者”。

消费者权益保护法所规范的是消费者与经营者之间的关系,但该法对于“消费者”及“经营者”均未给出界定。患者主张自己是消费者,似乎无可厚非;王利明教授也曾指出,病人接受医疗服务完全符合消费者权益保护法第2条规定的“消费者为生活消费需要而购买、使用商品或者接受服务”的情形。^[14] 另一方面,患者的口头禅,“小病一头猪,中病一头牛,大病一栋楼”,正是对医药费、医疗费居高不下的现实概括,这更让人们易于接受这样一种认识,即医疗机构赚钱,医疗机构是经营者。但是显然本案一审法院是没有接受这一点的。至此,问题便聚焦在医院是否为“经营者”上了。

(三)医院是否为“经营者”

一审法院认为,消费者权益保护法中所指的服务,是经营者为获取经济利益而提供的商业性服务。Y医院不是以盈利为目的的机构,^[15] 不属于经营者,Y医院向社会公众提供的是公共医疗卫生服务,而不是商业服务,故本案不应适用消费者权益保护法。

[11] 参见谢怀栻等:《合同法原理》,法律出版社1999年版,第553页。

[12] 2002年底,一些媒体报导了北京市某医院在为患者进行心脏介入手术时重复使用导管的新闻,引起社会强烈关注。北京市卫生局经调查认定,2001年7月至2002年7月,该医院重复使用导管用于对患者的心脏介入手术。消息公布后,引起部分患者的恐慌。58名曾在该医院就医的患者,于2003年向北京市朝阳区法院起诉,要求该医院返还医疗费,并进行精神损害赔偿。这些案件相继审结后,出现了三种结果:第一,44名原告的诉讼请求被驳回;第二,6名原告每人获赔6000元精神抚慰金;第三,7名原告因自己在酒仙桥医院就医过程中与使用导管无关,自动撤诉。参见荆龙:《“二号管”群体诉讼案水落石出:法官细说三种不同结果》,《人民法院报》2004年2月27日。

[13][14] 参见王利明:《消费者的概念及消费者权益保护法的调整范围》,《政治与法律》2002年第2期。

[15] 应当注意“盈利”不同于“营利”,依《现代汉语词典》,“盈利”其义有二:一指企业单位的利润;二指获得利润。“营利”意指谋求利润。由此可见,“盈利”所重者为结果,“营利”所重者为目的。在法学上,“营利”更有将利润分配于成员的特征。很多医院虽不以“营利”为目的,却不妨存在“盈利”之结果。一审判决此处似未认真区别此二用语,本应使用“营利”却误作“盈利”了。

就学说而言,梁慧星教授主张,医院与患者之间的医疗服务合同不属于消费者合同,因为医院不是经营者。^[16]王利明教授则主张,在市场经济条件下,医院也逐渐具有某种经营者身份。正是由于这一原因,医院与患者之间的关系也越来越具有消费关系的特点。^[17]

上述的分歧让我们不能不进一步思考“经营者”的判断标准。第一类见解认为,所谓经营者,是指以营利为目的从事生产、销售或者提供服务的自然人、法人及其他经济组织。^[18]显然上述法院判决也是以是否“营利”为标准。而在通常的民法学理上,“所谓营利,指积极的营利并将所得利益分配于其构成人员。即非指法人自身的营利,而是指为其构成人员营利。因此,仅法人自身营利,如果不将所获得的利益分配于构成人员,而是作为自身发展经费,则不属于营利法人。”^[19]自然人或其他经济组织大致可以类比。第二类见解则认为,消费者保护法中的经营者并非必须以营利为目的,虽不以营利为目的,但通过市场中介(采用商品交换形式)而将其产品提供给消费者的人,亦可以成为消费者保护法中的经营者。如某些公益性企业虽其设立之初衷不是以营利为目的,但仍然可以作为经营者。^[20]

采第一类见解,将面临如下问题:第一,我国目前存在着非营利性医疗机构与营利性医疗机构的区分。^[21]另外,我国现在允许成立中外合资、中外合作医疗机构,并作为独立法人实体,自负盈亏,独立核算,独立承担民事责任(参见2000年卫生部、外经贸部《中外合资、中外合作医疗机构管理暂行办法》第21条)。这类医疗机构显然是营利性的。这样,在是否适用消费者权益保护法问题上,势必出现“双轨制”,对于患者而言,到非营利性医疗机构就诊与到营利性医疗机构就诊,通常感受不到实质性的差异,而在前者场合自己不成为“消费者”(因为该概念是与“经营者”相对的,不存在“经营者”也就无所谓“消费者”),而在后者场合自己却是“消费者”,其实质理由究竟何在?第二,一些地方性法规明文肯定了医患关系为消费关系,^[22]其他地方不将医患关系作为消费关系,势必出现不同的地方做法不一,法制不再统一,道理何在?实质合理性何在?

此时,我们不妨把目光转向比较法。

比较法之一:1993年4月5日欧共体理事会关于消费者合同中的不公平条款的指令(93/13/EEC)第2条第3项规定:“‘销售者’或者‘提供者’(以下简称经营者)是指在其职业或经营范围内缔结交易的自然人或法人,而不管其公共性质还是私人性质。”^[23]其语义射程之广,足可包括医院在内,似可断言。

比较法之二:日本国会于2000年4月28日通过的日本消费者合同法自2001年4月1日起施行,第2条第2款对“经营者”下了定义,“本法所称‘经营者’,谓法人、其他团体及作为经营或为经营而处于充任合同当事人情形下的个人。”关于经营者,不问公益、私益的区别和非营利、营利的区别,都

[16] 参见梁慧星:《为中国民法典而斗争》,法律出版社2002年版,第214页,注2。

[17] 参见前引[13],王利明文。

[18] 参见前引[16],梁慧星书,第234页。

[19] 梁慧星:《民法总论》,法律出版社2001年版,第146页。

[20] 参见李昌麒、许明月:《消费者保护法》,法律出版社1997年版,第97页。

[21] 根据2000年7月1日卫生部、国家中医药管理局、财政部、国家计委《关于城镇医疗机构分类管理的实施意见》的界定,非营利性和营利性医疗机构按机构整体划分。划分的主要依据是医疗机构的经营目的、服务任务,以及所执行的财政、税收、价格政策和财务会计制度的不同。非营利性医疗机构是指为社会公众利益服务而设立和运营的医疗机构,不以营利为目的,其收入用于弥补医疗服务成本,实际运营中的收支结余只能用于自身的发展,如改善医疗条件、引进技术、开展新的医疗服务项目等。营利性医疗机构是指医疗服务所得收益可用于投资者经济回报的医疗机构。政府不举办营利性医疗机构。政府举办的非营利性医疗机构享受同级政府给予的财政补助,其他非营利性医疗机构不享受政府财政补助。非营利性医疗机构执行政府规定的医疗服务指导价格,享受相应的税收优惠政策。营利性医疗机构医疗服务价格放开,依法自主经营,照章纳税。

[22] 比如重庆市、广东、吉林、浙江、西藏、云南、新疆、内蒙、辽宁、甘肃、安徽等省的地方性法规。

[23] 参见吴越、李兆玉、李立宏译:《欧盟债法条例与指令全集》,法律出版社2004年版,第69页。

构成该法的适用对象。因此,国家、县、市町村那样的公法人,根据特别法设立的特殊法人,非营利法人和律师、税务师等所谓专门职业者,也均被包括在该法第2条第2款的“经营者”之中。在医疗机构和患者之间可得认为存在合同关系的场合,也是要适用该消费者合同法的。^[24]由于不仅营利法人、公益法人、公团、事业团、国家、地方公共团体等,均属该法规定的“经营者”,因而该法射程所及,相当广泛。^[25]而日本之所以要这样规定,从该法的立法目的可得到一些启发,立法者考虑到消费者与经营者之间在信息的质与量以及交涉能力方面的差距,通过一些特别规则,谋求消费者利益之保护,并促进国民生活的安定向上以及国民经济的健康发展(参见该法第1条)。

比较法之三:德国民法典第14条(经营者)第1款规定:“经营者是指在缔结法律行为时,在从事营利活动或者独立的职业活动中实施行为的自然人或者法人或者有权利能力的合伙。”该规定是由2000年6月27日的法律第2条第1款而被加进德国民法典中的。与第13条(消费者)一起,使这部百年老法典从抽象的人格走到了具体人格,在一定程度上实现了法典的现代化。依陈卫佐博士的注释,此处的“经营者”可以分为两类:一类是在缔结法律行为时,在从事营利活动中实施行为的自然人或者法人或者有权利能力的合伙;另一类是在缔结法律行为时,在从事独立的职业活动中实施行为的自然人或者法人或者有权利能力的合伙,如自由职业者(自己开业的医生、律师、会计师、税务顾问等)。经营者的外延比商人的外延要广得多。^[26]从中看出,自己开业的医生是经营者。

中国的消费者权益保护法自1994年1月1日施行以来,对于保护消费者的合法权益,维护社会经济秩序,促进社会主义市场经济健康发展以及唤醒国民权利意识方面,功不可没。同时亦应当注意到,十多年来,中国市场经济的发展已今非昔比,日本消费者合同法的立法者所关注的消费者与经营者之间在信息的质与量以及交涉能力方面的差距,在患者及医疗机构之间可以得到充分的体现,将医院作为经营者对待进而适用消费者权益保护法,恐怕已是大势所趋,因而,我们是否还有必要再固守“营利”标准,确实到了该深刻反思的时候了。就结论而言,上述两类立场,并非关于正确与错误的分歧问题,而是涉及妥当性、合理性的问题。相形之下,前述第二类见解,恐怕更具有妥当性与合理性。

(四) 医疗服务合同与惩罚性赔偿

反对医疗服务合同适用消费者权益保护法的见解,往往是担心其第49条所规定的惩罚性赔偿的适用。其实这种担心是不必要的,这是因为,第49条的规定适用的对象是欺诈行为,欺诈都是一种故意行为,而对于医疗行为而言,即使出现了重大事故,在一般情况下,也不能说医生从事了故意致病人损害的行为,所以不应适用该条的规定。^[27]而在前文提及的“2号管”事件场合,医院方面的故意则是可以认定的,像这样的场合,如果当事人主张适用消费者权益保护法第49条规定的惩罚性赔偿,也是应该得到支持的。

四、医疗机构的合同义务与不完全履行

(一) 医疗机构的给付义务与附随义务

1. 给付义务

医疗服务合同中,医疗机构的主给付义务是运用医疗技术、遵循医疗常规为患者诊断和治疗。医疗服务合同本质上既属委托合同,而有别于承揽合同,就决定了医疗机构或医师的义务是善尽必要的注意,尽心尽力地为患者排忧解难。合同主给付义务只能是注重给付行为,而不能强调给付结果。因

[24] 参见于敏:《日本消费者合同法综述》,载易继明主编:《私法》第7卷,北京大学出版社2004年版,第365页。

[25] 参见[日]落合诚一:《消费者合同法》,有斐阁2001年版,第55页。

[26] 参见陈卫佐译注:《德国民法典》,法律出版社2004年版,第5页。

[27] 参见前引[13],王利明文。

为我们不可能要求医师治好每一位病人,我们只能合理地要求医师尽最大努力地救治病人。这一点是符合委托合同的本质属性的,合同法第406条第1款前段规定,有偿的委托合同,因受托人的过错给委托人造成损失的,委托人可以要求赔偿损失。显而易见,强调的是行为这一侧面,而非仅以结果成败论英雄。因而,医疗机构的这种主给付义务,是手段义务而非结果义务。^[28]换言之,应该注重给付行为而非注重给付结果。

就本案而言,合同目的在于帮助患者排除生育障碍、实现人工辅助生育,正如一审法院所认定的,人民医院有义务按照 ICSI 技术为原告进行治疗。医院的这一义务并非结果义务,仅为手段义务;患者能否生育,并不仅仅是医师的医疗水平决定的问题,也包括患者体质特点等多种因素。尽管本案当事人生育的目的没有实现,应否执著于此而认为医院违反主给付义务,尚值深思。

2. 附随义务

本案一审法院认定,“在医疗服务合同中,医院负有对医疗方案的说明义务,而患者享有对医疗方案一定的选择权。在实施医疗方案之前,除非在紧急情况下,医院有义务就该医疗方案向患者或其代理人进行充分的说明。患者有权充分了解医疗方案可能给自己带来的后果,有权对医疗方案进行选择。”

此项对医疗方案的说明义务,当事人并没有约定,不属于约定义务。一审法院援引合同法第60条,并在权衡医患双方关系的基础上,认定此项义务。显然,此说明义务,是法院根据合同法规定及合同关系解释出来的义务,属于附随义务范畴。

(二) 附随义务的违反与不完全履行

本案一审认定被告行为构成违约,只是没有言明是何种类型的违约。二审法院则进一步明确,“Y医院的行为,属于履行合同义务不符合约定”,也就是不完全履行。惟此处的不完全履行究系违反给付义务所致抑或违反附随义务所生呢?

一审法院认定,Y医院所违反者对于治疗方案的说明义务,显然是对于附随义务的违反。二审法院则认为,“履行医疗服务合同时,在非紧急情况下,医院在未经过患者或其代理人同意的情况下,擅自改变双方约定的医疗方案,属于合同法第107条规定的履行合同义务不符合约定的行为。”这是否意味着对给付义务的违反呢?对于“手段债务”,又该如何认定债务违反呢?

王泽鉴教授坦言,我国台湾地区继受德国法上积极侵害债权的理论,而称之不完全给付,是否及于附随义务的违反,未臻明确。为期涵盖,得扩张解释不完全“给付”,使之包括二者,或加以类推适用。附随义务的违反与不完全给付介于侵权责任与契约责任之间,涉及民事责任制度的变革及发展,如何调整现行“民法”的概念的体系,实有赖于判例学说的协力,达成共识,期能在法之发现过程上更向前迈进一步。^[29]

就我国合同法而言,由于明确规定了附随义务,因而不完全履行是否及于附随义务违反,较之我国台湾地区法更加明确。中国法上的“违约”,即“不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定”(合同法第107条、民法通则第111条),其所谓“合同义务”,并不仅限于给付义务,尚包括根据诚信原则、合同的性质、目的和交易习惯发生的通知、协助、保密等附随义务(合同法第60条第2款)。违反这些

[28] “结果债务”和“手段债务”之区分最先是由法国学者 Demogue 提出来的(*Trait des Obligations* (1925), vol. 5, s. 1237, vol. 6, s. 599.), 一经提出便立即受到了法院和学者们的垂青。手段债务的债务人只要尽到善良管理人的注意即为已足,而结果债务的债务人不仅要为合理勤勉,更主要的则是要实现其允诺的结果。在法国,此一区分的实益在于举证责任分担上。通常认为 Demogue 的这一区分解决了法国民法典第 1137 条和第 1147 条之间的明显矛盾。See Barry Nicholas, *The French Law of Contract*, 2nd ed., Clarendon Press, Oxford 1992, pp. 51 - 52. 另可参阅[日]山口俊夫:《法国债权法》,东京大学出版会 1986 年版,第 216 页。

[29] 参见前引[7],王泽鉴书,第 44 页。

附随义务时,同样属于违约,可以发生违约责任。^[30]结合本案,针对手段债务而言,需要进一步研究的问题是,债务人违反作为附随义务的说明义务与是否违反给付义务的关系。这一追问的实益在于,对违反附随义务的救济,不得独立以诉请求履行,^[31]故通常限于损害赔偿,而对于违反给付义务,原则上是可以肯定债权人的履行请求权的。

日本学者松本恒雄教授指出,在手段债务场合,问题的关键不在于服务的结果,而在于服务提供过程的质,也就是围绕着特定目的实施的债务人的行为。债务人行为的质,被评价为违反善管注意义务时,始构成债务不履行。^[32]对于手段债务,重过程而非重结果,可谓是说到点子上了。

受此启发,笔者以为,对于像医疗服务合同中医疗机构的诊疗义务之类的手段债务,是否构成不完全履行,无法从结果上判断,而只能从过程上判断,而在此过程中债务人违反附随义务的行为,同时也构成了对于给付义务的不完全履行。

五、关于损害赔偿责任

(一)原告请求赔偿的损害及其认定

案中两原告请求判令医院双倍赔偿医药费 2.5 万元、误工费 1392.50 元、精神抚慰金 1 万元,前两项属于财产损害,后一项属于非财产损害。涉及的问题包括:什么算是原告遭受的损害?特别是在不完全履行场合,可能涉及履行利益以外的其他损害(扩大损害或固有利益损害),由于可能涉及与侵权责任竞合的问题,可否予以赔偿,学说见解颇有分歧。

1. 法律程序视野中的“损害”及其金钱评价

从事件的过程看,依次可有如下步骤:(1)由于被告有债务不履行的行为,使原告感到自己遭受了某种损害;(2)原告向法院提起诉讼请求救济,法院受理;(3)法院审理、判决;(4)执行生效的判决,使原告的损害得到填补。相应地,可将“损害”区分为:(1)当事人感知的损害;(2)前期评价的损害;(3)作为责任要件的损害与法律保护的损害;(4)获得填补的损害。其中,当事人感知的损害,由于具有主观色彩及个体差异,故非为民法关注的重点。获得填补的损害,可以成为法社会学等关注实证研究的学问考察的对象,但通常不属于民法关注的重点。民法所关注重点主要有二:其一是“作为责任要件的损害”,这也正是法学著述通常所说的“损害”,主要涉及事实认定问题;其二是“法律保护的损害”,或者称为可赔损害、“作为责任范围的损害”,主要涉及法律适用问题。

对于民法关注的这个环节上的损害,还存在“金钱评价”问题,在我国采金钱赔偿方法的背景下,这是必然面对的问题。首先,原告在起诉的时候,不管其感受到的损害如何,在起诉时须“有具体的诉讼请求”(民事诉讼法第 108 条第 3 项),这是指原告所提出的实体权利的主张在内容和所涉及的范围上,必须具体界定,否则便无实际意义,且受诉法院也无法对案件进行审理和做出裁判。^[33]对于损害赔偿的请求而言,就是要落实到具体请求的赔偿额上,而这一诉讼标的又是确定诉讼费用的重要依据。其次,法院经过审理做出裁判时,也必须对认定赔偿的损害进行金钱评价。前一种损害的金钱评价是由原告进行的,在很大程度上带有估算的色彩,且可能含有风险,^[34]评价过高、主张过高则诉讼

[30] 参见韩世远:《中国的履行障碍法》,载吴汉东主编:《私法研究》第一卷,中国政法大学出版社 2002 年版,第 183 页;韩世远:《合同法总论》,法律出版社 2004 年版,第 420 页。

[31] 参见前引〔7〕,王泽鉴书,第 40 页。

[32] [日]松本恒雄:《服务合同》,载《债权法改正的课题与方向——以民法 100 周年为契机》(别册 NBL no. 51),商事法务研究会,第 216 页。

[33] 参见江伟主编:《民事诉讼法学原理》,中国人民大学出版社 1999 年版,第 594 页。

[34] 自 2004 年 1 月 1 日起,各级人民法院被要求使用最高人民法院审判委员会讨论通过的《风险提示书》统一文本。向当事人提示诉讼风险的目的,是使当事人能够慎重行使诉讼权利、积极履行诉讼义务,避免因行使权利或者履行义务不当而产生不利的裁判后果。

费用亦高,本文称之为“前期评价的损害”。后一种损害的金钱评价是由法院根据法律进行的,强调要有充分的根据,属于法律适用范畴。通常所谓“金钱评价”,仅指后者。

通过上述分析,可以得出如下基本认识:作为责任要件的损害,涉及的是原告的某种利益受害的事实是否存在,它是法院事实审过程中要重点解决的问题,将影响到赔偿责任是否成立。作为赔偿范围的损害,涉及的是由法院对于认定的损害事实,适用确定赔偿范围的法律规范,认定应予保护的损害的问题。损害的金钱评价,涉及的是对法律保护的损害确定金额的问题。三者并非同一层次的问题,应当分开。

对上述区分,可作两点归结:第一,损害与损害的金钱评价不同,对非财产损害仍无妨作金钱评价,对非财产损害无妨以财产加以补救;第二,责任要件上的损害不等于责任范围上的损害,前者关注是否存在损害事实,后者关注对多大范围的损害予以填补方为合适。

2. 不完全履行场合的损害及其类型

不完全履行包括瑕疵履行与加害给付两种类型,前者场合通常是使债权人的履行利益遭受损害,后者场合则更进一步损害到了债权人的固有利益,并有可能同时符合侵权责任的构成要件,引发违约责任与侵权责任的竞合。

债权人所遭受的损害,均体现为某种不利益,可以区分为财产损害与非财产损害。财产损害被界定为可以用货币单位来计量的合法物质利益所遭受的损失或其他不良状态。^[35]财产损害又可进一步区分为积极损害与消极损害。人身遭受损害场合所发生的各项费用(如医疗费、因误工减少的收入等),在我国学说上通常被理解为财产损害,是由人身损害引起的财产损害,^[36]而死伤本身并未作为一种损害。^[37]非财产损害,主要体现为人格损害。我国原来的民法理论受前苏联民法理论的影响,曾认为人格损害不能用金钱衡量,否认对人格损害的赔偿责任,损害赔偿以财产损失为限。民法通则反映了实践的要求并借鉴前南斯拉夫、匈牙利等国立法经验,在第120条规定对人格损害亦可适用损害赔偿赔偿责任。^[38]

3. 关于财产损害的赔偿

(1) 履行利益之赔偿抑或信赖利益之赔偿

在财产损害方面,原告主张赔偿医药费和误工费两项。如果纳入合同关系中的利益结构进行分析,它们属于什么利益的损失呢?

先说履行利益,谓正常履行合同后当事人所可获得的利益。如果医疗服务合同正常履行,医药费和误工费均属患者必须付出的成本或者代价,显然它们并非履行利益的损失。再说信赖利益,谓当事人因信赖合同有效成立而支出的费用等因合同无效、不成立等而枉费的利益。医药费和误工费,由于它们是信赖合同有效成立而付出的代价,故均可纳入信赖利益范畴。

(2) 赔偿信赖利益的理由

违约场合的损害赔偿,通常是以履行利益为参照加以衡量的,本案法院改采信赖利益为参照标准,在判决中又没有表明其具体的根据,从学理角度推测,可能的理由有两个。

第一个可能的理由,是合同法第111条所规定的“减少价款或者报酬”。与之相对应,在日本的民法学说上,有所谓“减价性损害赔偿”的提法。但是,从一审和二审的判决中,未见到援引上述条文,显

[35] 参见佟柔主编:《中国民法》,法律出版社1990年版,第565页。

[36] 参见同上书,第565页;梁慧星:《民法》,四川人民出版社1988年版,第419页;王利明:《合同法研究》第二卷,中国人民大学出版社2003年版,第599页。

[37] 由此引发的问题是,有关立法及司法解释中出现的“死亡赔偿金”、“残疾赔偿金”应当作何理解?在日本的民法学说上,以西原道雄教授为代表提出“死伤损害说”,在因生命侵害、负伤而生损害场合,并非将损害区分为财产损害与精神损害二种,而是将其整体作为一个非财产损害。参阅[日]吉村良一:《不法行为法》,有斐阁2000年版,第87页。

[38] 参见前引[36],梁慧星书,第419页。

然,在主审法官的心目中,是没有采纳这一理据的。

第二个可能的理由,是在违约损害赔偿场合,信赖利益标准可以作为履行利益标准的替代,而由当事人选择主张。这看似怪异,实不必大惊小怪,看看比较法就知道了。

比较法之一,美国《合同法重述二》第 349 条(基于信赖利益的损害赔偿)规定:“作为第 347 条中所述损害赔偿计算标准的另一替换选择,受害方有权基于其信赖利益请求损害赔偿,包括为准备履行或在履行中支出的费用,扣除违约方能以相当之肯定性予以证明的假如合同得到了履行受害方会遭受的损失。”其学理解释亦谓,当事人未能证明所期待的利润,并不必然意味着只能获取名义上的损害赔偿;如果他信赖了合同,他可以以相当的确定性证明信赖的程度,并基于信赖请求损害赔偿。^[39]

比较法之二,在英国普通法上也存在类似的规则。^[40]某演员违约不出演某重要角色,影视公司很难证明其履行利益(期待利益),却可以证明信赖利益损失,对此诉请赔偿,获得了法院的支持。^[41]

比较法之三:2002 年新修订后的德国民法典第 284 条(徒然支出的费用的偿还):“债权人可以不请求代替给付的损害赔偿,而请求偿还其因信赖获得给付而已经支出并且可合理地支出的费用,但即使债务人没有违反义务,支出费用的目的也不会达到的除外。”

以信赖利益为参照标准计算违约损害赔偿之做法,笔者以前曾介绍过,^[42]只是未获足够的重视。就本案而言,不管法官是否意识到这样的做法,毕竟从外在表现来看,是这样做了。这一点值得特别关注。需要探讨的是,此时的请求权基础何在?一审法院所援引并为二审法院所肯定的合同法第 107 条,是否为信赖利益损害赔偿的请求权基础呢?第 107 条中的“赔偿损失”责任,固然不局限于履行利益之损害赔偿,尚可包括固有利益损害赔偿(合同法第 112 条规定的其他损失的赔偿),至于可否包括信赖利益损失的赔偿,尚不明确。如果法官意识到这一问题,并在判决中予以阐明,其实就是在充实法律的生命。拉德布鲁赫的名言,“解释法律之人,应比立法者聪明。法律可能比其立法者——而且甚至应该比其立法者更聪明。”^[43]若非如此,即不能促进法律进步。果能如此,本案意义将更添一层。

(3) 假想因果关系或其他减轻责任的事由

值得疑问的是,如果经医院证明,纵然医院履行了说明义务并经原告同意,^[44]原告仍不能生育,是否还要由医院赔偿呢?本案当事人及法官均未涉及此节。这一问题,在学说上称为“假想的因果关系”,美国《合同法重述二》第 349 条后段以及新修正的德国民法典第 284 条后段,对此予以认可,值得参考。

另外,在我国审判实务中,医疗机构未履行告知义务也不一定被判承担全部责任,比如四川省崇州市人民法院在一起因接受试管婴儿保胎及孕期保健服务而引发的医疗服务合同纠纷案件中,认为按照《中华人民共和国母婴保健法实施办法》及《产前诊断技术管理办法》的相关规定,被告应书面建议李某进行产前诊断,被告未履行该法定义务,故被告对原告的损失存在一定的过错。同时法院认

[39] See E. Allan Farnsworth, *Contracts*, 2nd ed., Little, Brown and Company 1990, p. 928.

[40] See G. H. Treitel, *The Law of Contract*, 9th ed., Sweet & Maxwell 1995, p. 847.

[41] *Anglia Television v. Reed* [1971] 1 QB60, [1971] 3 All ER 690. See M. P. Furmston, Cheshire, *Fifoot and Furmston's Law of Contract*, 14th ed., Butterworths 2001, p. 661.

[42] 可参见韩世远:《违约损害赔偿研究》,法律出版社 1999 年版,第八章第六节之四“以信赖利益为标准计算损害赔偿”。另外可参见刘昭辰:《履行利益、信赖利益》,《月旦法学杂志》116 卷,相似的结论谓信赖利益之赔偿根本无涉于契约有效与否,即使契约有效,也可主张信赖利益之赔偿。

[43] 参见王泽鉴:《民法学说与判例研究》第五册,作者台北自版 1991 年版,第 238 页;施启扬:《民法总则》,三民书局 2001 年增订版,第 44 页;[德]古斯塔夫·拉德布鲁赫:《法律智慧警句集》,舒国滢译,中国法制出版社 2001 年版,第 139 页。

[44] 如果被告向原告做了说明,准备变更手术方案,原告是同意抑或拒绝,应依客观标准(applying the objective test)判断,即于此场合,一个通情达理之人(a reasonable person)是否拒绝。这也正是英国普通法所采的立场,详细可参阅 Alasdair Maclean, *Briefcase on Medical Law* (影印版),武汉大学出版社 2004 年版,第 37 页。

定,高兵的先天性遗传疾病,不是被告的医疗行为直接造成,即使被告履行该法定义务,李某也只是有可能接受建议进行产前诊断,高兵的先天性遗传疾病在胎儿时期有可能被发现,李某有可能终止妊娠,因此该损失只是可能会被避免,不是必然将避免。故原告要求被告承担全部赔偿责任的诉讼请求理由不当,被告只能承担适当的赔偿责任。结合案情,法院判决高某夫妇承担 80% 的责任、医院方承担 20% 的责任。赔偿原告高某夫妇之子高兵的生活费、护理费、检测费 50129.76 元。^[45]

4. 非财产损害

非财产损害,指财产损害之外的其他损害,比如当事人精神的痛苦、心理的伤害等(在我国又称精神损害);又比如对人的生命、身体、健康的伤害。

一审以本案为合同违约之诉为由,依据合同法第 107 条、第 113 条第 1 款的规定,对要求被告承担精神损害赔偿不予支持。

(1) 不完全履行与人身损害赔偿

如果由于不完全履行而致债权人死亡或者残疾,尽管学上有见解主张此时只应依侵权处理,但不可否认的是,此时确属违约责任与侵权责任竞合的典型事例,债权人方面主张按违约处理,亦有法律依据(合同法第 122 条),法院并无不许可的道理。此时,对于人身权益的损害,也要按照违约责任予以赔偿,^[46]因为这些损失也是“因违约造成的损失”(语出合同法第 113 条第 1 款),而合同法第 112 条所谓在违约方履行义务或者采取补救措施后对方还有的“其他损失”,在很大程度上,指的正是履行利益之外的其他固有利益的损失。合同法规欠缺具体的赔偿标准时,可以准用或者类推适用侵权法的相关规范。此处所要讨论的是,在我国法律、法规及司法解释中出现的“死亡赔偿金”、“残疾赔偿金”之损害赔偿项目,尽管这些问题在本文所讨论的案例中没有涉及,但对这些问题的讨论,可以帮助我们理解后文其他问题的讨论。

依据前苏联的民法理论,“应予赔偿的损失只是财产性质的损害。非物质的损害通常是难以用金钱估价的,是不可能用货币等价物来表现的。”^[47]我国立法和学说很长一个时期受此影响,结果所谓生命、身体是无价的,也就成了无价值或零价值的了。1986 年民法通则尽管在第 120 条对此有所突破,但现在看来还是很不够的。于是此后的法律、法规及最高人民法院司法解释中陆续出现了“死亡补偿费”^[48]、“死亡赔偿金”^[49]、“残疾赔偿金”^[50]这些新的损害赔偿项目,这些突破在我国立法上,意义重大,功不可没。

关于上述“死亡赔偿金”及“残疾赔偿金”的法律性质,存在不同的认识。一种见解认为它们是“精

[45] 参见《人民法院报》2005 年 7 月 13 日报道:《“试管婴儿”引发医疗纠纷:四川一医院未履行告知义务被判适当赔偿》。该案是一起典型的“错误生产”(Wrongful Birth)案件,值得注意的是,法院判决支持了对于“生活费”的请求,此与我国台湾实务立场,显有不同。我国台湾实务的理由在于:依台湾地区民法的规定,父母有支付未成年子女生活费的义务,又原告对其子基于出生而产生的亲属法上特别照顾义务,亦无法单独抽离而由被告一方负担,否则将破坏其对其子女的成长及伦理感情。参见王泽鉴:《侵权行为法》第一册,作者台北自版 1998 年版,第 160 页。

[46] 这属于履行利益(债权人对完全给付所具有之利益)以外其他权益之侵害,在德国称为附带损害,在我国台湾称为加害给付。依台湾地区学说,债务人不为完全给付时,对此二种损害均应依债务不履行原则,负损害赔偿。参见王泽鉴:《民法学说与判例研究》第三册,作者台北自版 1991 年版,第 76、80 页;郑玉波:《民法债编总论》修订版,陈荣隆修订,中国政法大学出版社 2004 年版,第 273 页;邱聪智:《新订民法债编通则》下册,中国人民大学出版社 2004 年版,第 291 页。德国判例通说亦采同一见解,可参见姚志明:《债务不履行——不完全给付研究》,中国政法大学出版社 2003 年版,第 69 页。

[47] [苏]· 坚金主编:《苏维埃民法》第二册,康宝田、李光谟、鄂志雄译,法律出版社 1957 年版,第 215 页。

[48] 1991 年《道路交通事故处理办法》(失效)第 36 条。

[49] 1993 年消费者权益保护法第 42 条、1994 年国家赔偿法第 27 条、2000 年修订产品质量法第 44 条、2001 年《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第 9 条、2003 年《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》第 29 条等。

[50] 1993 年消费者权益保护法第 41 条、1994 年国家赔偿法第 27 条、2000 年修订产品质量法第 44 条、2001 年《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第 9 条、2003 年《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》第 17 条等。

神损害抚慰金”,^[51]另有见解则认为它们是逸失利益的赔偿。^[52]前者自不用说,即使是后者,如果将对于“劳动能力丧失”之损害与损害赔偿的计算标准区别开来,也不难看到,这类赔偿,并不是对于财产损害的赔偿,而是属于非财产损害赔偿。

行文至此,我们不难得出一点基本的认识:在违约责任中既然可以出现“死亡赔偿金”和“残疾赔偿金”,则在我国现行法的框架下,违约责任中存在非财产损害赔偿就绝非什么奇谈怪论了。

(2) 不完全履行、人格损害与抚慰金

对于本案原告提出的1万元精神抚慰金,一审法院以本案为合同违约之诉,依据合同法第107条、第113条第1款的规定,不予支持。

必须指出的是,法院所依据的合同法第113条第1款并没有“亦不包括精神损害赔偿”字句,法院在判决书中援引法条时篡改了法条!这是非常不应该的,特别是这一任意篡改,竟然刊登在最高人民法院公报上!就更加不应该了。

关于违约诉讼中能否判予精神损害赔偿,我国学术界向有争论。本案一审对此明确予以否定,当然与目前大多数意见是相一致的,惟其理由,尚值推敲。

前文的论述已经表明,在我国现行法的框架下,违约责任中存在非财产损害赔偿,绝非什么奇谈怪论,更非异端邪说。既然这两类非财产损害赔偿在违约案件中可以支持,那么,在违约侵害人格权场合,对于精神损害支付抚慰金,不就一步之遥吗?何况自解释论的立场,民法通则第112条第1款规定“当事人一方违反合同的赔偿责任,应当相当于另一方因此所受到的损失。”在加害给付场合,债权人人身、人格如因此遭受损害,对此等损害予以赔偿,并不逾越“因此所受到的损失”的语义射程。我国法律的规定从未明文将此等非财产损害排除在违约损害赔偿的范围之外。在合同法出台以后,我国的裁判实务中亦可找到支持非财产损害赔偿的合同诉案。^[53]

关于违约场合的非财产损害赔偿,笔者曾作过比较法考察,^[54]此后又有学者继续讨论,^[55]故不再赘述。惟补充一点台湾地区债法的修正,于1999年4月2日增订第227条之一(因债务不履行侵害人格权之损害赔偿):“债务人因债务不履行,致债权人之人格权受侵害者,准用第192条至第195条及第197条之规定,负损害赔偿责任。”增订理由略谓:“债权人因债务不履行致财产权受侵害者,固得依规定求偿。如同时侵害债权人之人格权致受非财产上之损害者,仅得依据侵权行为之规定

[51] 比如2001年《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第9条;另外可参见张新宝:《中国侵权行为法》,中国社会科学出版社1998年版,第283页;杨立新:《人身权法论》,人民法院出版社2002年版,第252页。

[52] 值得注意的是最高人民法院的立场,依据最高人民法院副院长黄松有在公布《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》新闻发布会上的讲话,该“解释”关于“残疾赔偿以‘劳动能力丧失说’(根据残疾等级抽象评定劳动能力丧失程度,并以此评价受害人利益的损失)为原则,同时也考虑收入丧失与否的实际情况,作为决定残疾赔偿的加权因素,以平衡当事人双方的利益。关于死亡赔偿采取‘继承丧失说’,即将‘死亡赔偿金’的性质确定为收入损失的赔偿,而非‘精神损害抚慰金’”。参见黄松有主编:《最高人民法院人身损害赔偿司法解释的理解与适用》,人民法院出版社2004年版,第438页。此处的解释与此前最高人民法院关于民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释(法释[2001]7号)第9条显然是不一致的。依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(法释[2003]20号)第36条第2款,在该解释公布施行之前已经生效施行的司法解释,其内容与该解释不一致的,以该解释为准。由此可推断,上述黄松有副院长所作说明,是最高人民法院观念转变后的新立场。与此相似的,是程啸博士就人民大学侵权行为法建议草案中“残疾赔偿金”和“死亡赔偿金”所作的说明,以此二种损害赔偿项目为“财产损失”,而非“精神损害赔偿”。见王利明主编:《中国民法典学者建议稿及立法理由·侵权行为编》,法律出版社2005年版,第358页以下。笔者以为,“劳动能力丧失”不同于“收入丧失”,是否属于财产损失,尚值疑问。

[53] 比如2005年4月23日中央电视台“今日说法”所介绍的“袁铃夫妇诉大红灯笼婚庆公司案”,北京市第二中级人民法院于2005年3月14日判定,北京大红灯笼婚庆有限公司赔偿袁铃夫妇头车费用违约费用和精神损害共5800元人民币。

[54] 参见韩世远:《非财产上损害与合同责任》,《法学》1998年第6期。

[55] 参见程啸:《违约与非财产损害赔偿》,载梁慧星主编:《民商法论丛》第25卷,金桥文化出版(香港)有限责任公司2002年版;李永军:《非财产性损害的契约性救济及其正当性——违约责任与侵权责任的二元体系下的边际案例救济》,《比较法研究》2003年第6期。

求偿。同一事件所生之损害分别适用不同之规定,理论上尚有未妥,且因侵权行为之要件较之债务不履行规定严苛,如故意、过失等要件举证困难,对债权人之保护亦嫌未周。为免法律割裂适用,并充分保障债权人之权益,爰增订本条。殊值参考。

笔者以为,时至今日,关于不完全履行与非财产损害赔偿,我们的讨论已可由立法论转向解释论了,也就是如何在现行法的框架下作合理的解释论展开,规范不完全履行场合的非财产损害赔偿,使之更富有可操作性而不致被滥用。

在解释论层面,最为突出的问题有三:问题一,违约之非财产损害赔偿的请求权基础是什么?笔者以为是民法通则第112条第1款以及合同法第112条。问题二,违约之非财产损害赔偿责任的构成要符合什么要件?笔者以为,为防止当事人在违约诉讼中滥用非财产损害赔偿制度,必须强调违约的特殊性及严重程度,台湾地区民法要求须构成对于人格权的侵害,就体现了这一点,值得借鉴。问题三,对违约之非财产损害赔偿是否适用“可预见性规则”?从合同法的规定看,规定可预见性规则的第113条第1款出现在作为非财产损害赔偿请求权基础的第112条之后,按照一般逻辑,应当适用。

就本文讨论的案例而言,法院在观念上以为合同违约之诉与非财产损害赔偿“势不两立”,我以为此观念是错误的。问题的关键不在于非财产损害是否可以在违约之诉中主张,而在于非财产损害赔偿是否构成。比如我们以是否达到侵害人格权程度为要件来衡量,显然本案医院方面的不完全履行并没有构成对于原告人格权的侵害,因而不构成非财产损害赔偿。

六、其他问题

(一) 归责事由

医疗服务合同属于提供服务类的合同,其赔偿责任应属过错责任而非无过错责任,这与医疗机构的给付义务属手段义务的定位是相一致的。当然,医疗服务合同中医疗机构的过错是被推定的。本案一审和二审均直接援引合同法第107条规定,而该条规定被认为是关于无过错责任(严格责任)的规定,^[56] 裁判法院对此问题似有不辨。特别是被告在诉讼中提出自己实施的治疗行为符合医疗常规,不存在任何过错。法院判决对此未作任何回应,似有不当。由此也反映出来,法院仅在合同法总则部分“找法”,尚属不够,还必须到合同法分则中“找法”,可以援引合同法第406条第1款。

(二) 合同的终了

合同就像是一个有机体,有其自身的生命过程,有发生也就有终了。合同的终了,既可以因正常履行达到目的而终了,也可以因不能达到目的而解除终了;既可以因获得赔偿而间接地达到目的终了,也还可以不达目的而不了了之地终了。本案中的医疗服务合同是如何终了的呢?

1. “赔完了事”的“自然死亡”

一审裁判依据的是合同法第10条第1款(合同的形式)、第44条第1款(合同的生效)、第60条(全面履行及附随义务)、第107条(违约及责任)、第113条第1款(违约损害赔偿)以及民事诉讼法第64条第1款,并未提及合同解除问题,显然,无论当事人还是法官都未将解除作为本案的救济手段。本案当事人所承担的责任,惟有赔偿责任。因而,本案中合同是“赔完了事”的“自然死亡”。

2. 可否选择解除合同?

合同解除作为一种违约救济手段,是交由非违约一方自由选择的。是否选择,取决于利害的权衡,解除制度的功能,在于合同义务的解放、交易自由的回复以及对方合同利益的剥夺。在本案中,患者方的合同义务在于交纳检查费、医药费等费用,这些义务业已履行完毕,故所谓“解除其合同义务”已无意义。交易自由的回复,也可因合同的自然死亡而获得。惟对方合同利益的剥夺,确有意义。但

[56] 参见梁慧星:《民法学说判例与立法研究》(二),国家行政学院出版社1999年版,第154页以下。

是,这唯一的意义也因为信赖利益的赔偿而被替代了。因而,就本案而言,当事人不主张解除合同,是有其道理的。

如果患者方主张解除合同,其解除权发生的基础何在呢?一种可能是合同法第410条,委托人或者受托人可以随时解除委托合同。因解除合同给对方造成损失的,除不可归责于该当事人的事由以外,应当赔偿损失。这是委托合同的任意解除权,行使这种解除权,只存在赔偿对方的可能,无从据以请求对方赔偿损失,显然不符合要求。

再有一种可能是合同法第94条第4项,当事人一方有其他违约行为致使不能实现合同目的的,非违约方可以解除合同。如果援引此规定,涉及到本案究竟是应作为给付义务的不完全履行还是作为说明之附随义务违反来处理,通常仅仅因为违反附随义务,尚不能发生解除权。不过附随义务的违反往往同时还会构成主给付义务的不完全履行,此时如欲证成解除权的发生,则还需要证明违约的严重程度达到“不能实现合同目的”。本案的合同目的表面上看似就是实现人工生育,但是,这样认识,是否与医疗服务合同中医疗机构的义务属手段义务而非结果义务之定性矛盾呢?抑或将此合同目的解释为善尽必要注意提供医疗服务呢?这些问题,均有待进一步思考。

(三) 可否做补救履行

1. 原告可否要求做补救履行

尽管本案原告未主张被告做补救履行,但根据合同法第110条,原告原则上是可以要求(补救)履行的,除非存在该条规定的除外情形。

如果原告主张补救履行,接下来的问题是,是否还可以请求损害赔偿?如果可以,赔偿的内容如何?补救履行的请求权与损害赔偿请求权的关系如何?根据合同法第112条,可以肯定在原告主张补救履行之后,如果原告还有其他损失,仍可以请求赔偿。此时的赔偿内容是“其他损失”,而非替代被告给付的损害赔偿;如果原告已没有其他损失,或者无法举证证明其他损失的存在,则不再有损害赔偿请求权。补救履行的请求权与损害赔偿请求权的关系,依据合同法第107条的规定,是并列关系,并未体现出履行请求优先于损害赔偿的顺位关系,故可以由当事人选择主张,选择的主动权归属于原告,本案一、二审判决也反映出来,法院支持了原告对于损害赔偿之救济手段的选择。

2. 被告可否要求做补救履行

针对本案,原告起诉要求损害赔偿时,作为被告的医院,可否主张“继续履行”、按照ICSI技术为原告进行治疗呢?如果原告不予配合,是否因此构成债权人受领迟延呢?

上述问题的核心在于,被告是否有权利坚持合同的拘束力(合同法第8条)?

服务合同除了均以服务作为合同内容之外,还有一个共同点,这就是以当事人间的相互信任作为基础。服务合同的另一个特征是,常常不能适用实际履行原则,因为强制当事人履行义务,有悖于合同以当事人相互信任为基础的性质。^[57]由于医疗服务合同有其特殊性,以当事人之间的信任关系为基础,如果原告人对于被告医院失去了信任,仍然强令原告继续接受治疗,实有悖于此类合同的基本属性。因而,债权人主张损害赔偿,系依法行事,并不违反合同法第8条的规定,债务人于此场合,不得强要债务人继续治疗,也不发生债权人受领迟延的问题。

(四) 其他的救济手段

本案原告的诉讼请求中尚包括公开赔偿道歉,一审法院亦以本案为合同违约之诉为由,不予支持。二审法院对此肯定和维持。就结论而言是正确的,唯其理由,还有斟酌的余地。其道理与违约场合的非财产损害赔偿问题相同,此处不赘。

[57] 参见前引[2],王家福等书,第287页。

七、结 论

1. 医疗服务合同具有委托合同的基本属性, 审理医疗服务合同案件, 可以而且应当援引合同法关于委托合同的规定。而在装配义齿、假肢等场合, 其医疗服务合同可作为委托与承揽的混合合同。

2. 是否固守“ 营利 ”标准确定医院不属于“ 经营者 ”, 进而排除对医疗服务合同适用消费者权益保护法, 值得反思。是否将医疗关系作为消费关系, 这在我国地方立法中存在分歧, 需要统一。而对医疗服务合同适用消费者权益保护法具有妥当性与合理性, 且并非必然会引发该法第 49 条规定的“ 惩罚性赔偿 ”。

3. 医疗服务合同的给付义务属手段义务, 对其是否不完全履行, 无法从结果上判断, 只能从过程上判断, 此过程中债务人违反附随义务, 同时构成对给付义务的不完全履行。

4. 作为责任要件的损害, 涉及原告的某种利益是否受到侵害, 是法院事实审过程中要重点解决的问题, 会影响赔偿责任的成立。作为赔偿范围的损害, 涉及的是由法院对于认定的损害事实, 适用确定赔偿范围的法律规范, 认定应予保护的损害的问题。损害的金钱评价, 涉及的是对法律保护的损害确定金额的问题, 对非财产损失仍不妨作金钱评价, 以财产加以补救。责任要件上的损害、责任范围上的损害与损害的金钱评价, 三者并非同一层次的问题, 应当分开。

5. 无论是财产损失还是非财产损失, 在违约案件中均应予以赔偿。非财产损失赔偿包括死亡赔偿金、残疾赔偿金以及侵害人格权场合的抚慰金。对于财产损失赔偿的参照标准, 在履行利益不易确定的场合, 可以信赖利益作为替代标准。

Abstract : Medical service contract is a kind of contract for commission. The *Leistungspflicht* of a medical contract is a kind of obligation de moyens, so the positive breaches of it cannot be judged by the result of performance, rather by the process of the performance. And a breach of ancillary obligations may also constitute a kind of positive breach of *Leistungspflicht*. If the contract is breached, the loss recoverable for which includes both pecuniary loss and non - pecuniary loss. Damages for non - pecuniary loss may turn out to be compensation for death or deformity or solatium in case of infringement of personal rights. As an alternative to the measure of damages for pecuniary loss, the injured party has a right to damages based on his reliance interest where his expectation interest is uncertain.

Key words : medical service contract, positive breach of contract, duty to inform, loss
