

## 侵权法生存机会丧失理论的重构

王浩然\*

**内容提要：**依传统因果关系理论，生存几率低于50%的患者因既有疾病的存在而难以达到证明标准，患者遭受医疗过失却无法获得赔偿的结果显失公平。比较法上的传统因果关系说和宽松因果关系说并未解决生存机会丧失的论证难题，但理论和裁判的积累为生存机会丧失理论的创设提供了条件。生存机会丧失理论采取损害论的规制进路，将生存机会丧失本身作为损害客体予以规制，最终依比例式的计算方法确定损害赔偿范围。在生存机会丧失理论的本土化建构中，应识别真正的生存机会，明确该理论的适用前提和适用范围。在规范依据上，将《民法典》一般人格权保护规范作为实证法基础，通过比例赔偿和动态考量相结合的计算方式界定损害范围。

**关键词：**生存机会丧失 因果关系 一般人格权 损害赔偿

### 一、问题的提出

传统侵权法在侵权责任成立的判断上，以相当因果关系理论和优势证据规则作为事实因果关系存在与否的识别工具。在通常情况下，借助经验法则和理性人标准，这一方法并无障碍。但是，随着医疗技术和统计科学的持续发展，诸多仰赖科学概率统计进行因果关系判断的新型纠纷不断涌现，<sup>〔1〕</sup>生存机会丧失纠纷即面临此种规制困境。

生存机会丧失纠纷是理论界对于相似案件的类案统称，其特征为患者因自身疾病生存几率低于50%，但医疗过失却实际加速既有疾病的恶化进程，医疗过失的原因力尚未达到超过50%的

\* 王浩然，南京大学法学院博士研究生。

本文为2022年江苏省研究生科研创新计划项目“强制执行法典化背景下债权执行制度研究”（KYCX22\_0016）的阶段性成果。

〔1〕 有学者将此种因果关系困境称为因果关系不确定，意指系争事由具有造成损害的可能性，但损害亦可能因其他事由发生，从而无法依法定证明标准证明系争事由与损害之间存在因果关系。参见周彬彬：《论英国侵权法中因果关系不确定的解决进路》，载《民商法论丛》第57卷，法律出版社2015年版，第563页。

程度,难以通过传统因果关系理论的规则检验。例如,患者原有生存几率为30%,而医疗过失介入后患者最终死亡,此时患者即使接受合理诊疗,其70%的死亡几率仍高于治愈几率。但是,医疗过失对于患者死亡结果的发生又显然超过可以忽略不计的程度,因传统因果关系理论与损害赔偿规则的桎梏而使患者失去救济途径的结果显非妥当。为解决这一难题,有学者提出生存机会丧失理论,主张将纠纷解决由因果关系论证问题转化为损害评价问题,创造性地将生存机会丧失本身作为损害客体,并提供比例式的损害计算方法。

近年来,我国学界对生存机会丧失理论的研究方兴未艾,整体上持支持态度,<sup>〔2〕</sup>但对于理论的比较法梳理、理论释义和本土化构建则不够细致。有鉴于此,本文尝试通过比较法上的理论演进和我国实务规则的研究,对此理论进行更加深入的剖析和重构,希冀将该理论融入本国法体系以减少实务裁判的矛盾和混乱。

## 二、生存机会丧失理论的探源

### (一) 生存机会丧失理论的历史演进

生存机会丧失理论属于英美法系成熟裁判经验的总结,欲全面理解该理论的优势,就应明晰理论发展的全部历程。生存机会丧失理论的兴起和发展,大致经历了“传统因果关系理论”“宽松因果关系理论”和“生存机会丧失理论”三个阶段,每个阶段均涌现大量典型案例。

#### 1. 传统因果关系理论的坚守——全有或全无原则

传统因果关系理论是指依优势证据规则,通过“若无则不”法则(but for test)判断因果关系,若证据可信程度超过50%的更为真实程度(more likely to be true),则推定因果关系真实存在,进而依据全有或全无原则进行损害赔偿计算。此规则下,传统因果关系和损害赔偿判断仅存在有无之差,并不存在“可能”的因果关系和一定比例的损害计算。<sup>〔3〕</sup>美国至今为止仍有十个州坚持以传统因果理论处理生存机会丧失纠纷,严禁依据较低的生存几率变动确立赔偿责任。<sup>〔4〕</sup>例如1993年“法比奥诉贝罗莫案”中,明尼苏达州最高法院认为:“最初的癌症并非因医生误诊造成,也无法证明误诊是未来疾病发展的主要原因。”<sup>〔5〕</sup>

不同于上述美国州法院的观点,英国法认可机会丧失的价值,但其仅将机会丧失作为责任成立后的损害量化因素,而非将其作为事实因果关系的确认工具。例如,在1911年“蔡平诉希克案”中,原告蔡平作为参赛选手参加被告举办的选美比赛,但后续比赛中被告却并未通知原告参赛。英国法院主张赢取奖金的机会是一种有价值的权利,该机会的丧失具有可赔偿性。<sup>〔6〕</sup>然而

〔2〕 参见刘洋:《患者生存机会丧失的侵权法救济及其界限》,载《学习与探索》2015年第4期;季若望:《侵权法上生存机会丧失理论的本土化构建——以医疗损害案件为视角》,载《政治与法律》2018年第1期;满洪杰:《医疗损害机会丧失赔偿规则研究》,载《法学家》2019年第4期;陈煜鹏:《论生存机会丧失原理——以医疗损害责任中损害认定的例外为视角》,载《政治与法律》2019年第9期;冯德淦:《侵权法中机会丧失理论之构建》,载《华侨大学学报(哲学社会科学版)》2022年第1期。

〔3〕 参见杨垠红:《多因不明侵权中比例责任之适用》,载《政法论坛》2013年第4期。

〔4〕 See McAfee v. Baptist Medical Ctr., 642 So. 2d 265 (1994).

〔5〕 Fabio v. Bellomo, 504 NW. 2d 758, 762 (1993).

〔6〕 See David A. Fischer, Tort Recovery for Loss of a Chance, 36 Wake Forest Law Review 604, 605 (2001).

对于生存机会丧失案件，英国法院却严禁在医疗诉讼中依机会丧失去判断事实因果关系。例如，在1987年的“霍森诉东伯克斯卫生局案”，上议院最终否定医疗过失导致患者罹患骨疽病的概率增加，坚持依据传统因果关系理论进行判定。

## 2. 传统因果关系理论的松动——降低证明标准

在生存机会丧失纠纷中，严苛遵循传统因果关系理论不利于患者合法权益的保护，且与全有或全无原则紧密相连的完全赔偿原则早已饱受批判，有观点疾呼全有或全无原则提供“随时为医生和医院全面免除责任”的特权，主张应通过多种方式对其进行优化和重构。<sup>〔7〕</sup>在此背景下，传统因果关系理论的证明标准逐渐降低，走向松动。

### （1）实质可能性说

所谓实质可能性说（substantial possibility test），是指降低传统因果关系证明标准的证据法则，只要医疗过失对于患者死亡或伤残具有实质原因力的可能性，即使该可能性未超过50%，被告也要承担全部的损害赔偿赔偿责任。实质可能性说滥觞于1966年的“希克斯诉美国联邦政府案”，美国第四巡回上诉法院主张死者就医时尚具备生存的实质可能性，而被告却因医疗过失而摧毁这种可能性，此时必须负担全部责任。<sup>〔8〕</sup>在1974年的“卡伦伯格诉贝丝以色列医院案”中，美国法院首次将实质可能性说应用于生存机会低于50%的案例中。<sup>〔9〕</sup>

实质可能性说仅放宽因果关系的举证程度、降低证据法则的证明标准，但却未能扭转完全赔偿原则的适用困境。同时，实质可能性说对于可能性本身缺乏统一的认定标准，纯粹依靠法官的自由裁量权，极易造成同案不同判的现象。此外，此说更易导致赔偿结果失衡的道德风险：1%的实质可能性就要承担100%的赔偿责任，不利于保障医疗机构的正常诉求。因此，实质可能性说在美国法中并未引起广泛反响。

### （2）比例因果关系说

美国学者约翰·马克迪西（John Makdisi）指出，因果关系的可能性与因果关系的事实性并非同一问题，应该将合理诊疗行为认定为法律上的作为义务，医疗过失则属于对应的不作为。因果关系的判断不应单纯局限于因果的有无，而应依医疗过失程度判断因果关系存在的可能性。<sup>〔10〕</sup>此时，患者只需要证明标准疗法对于相同疾病患者的有效性，且医疗机构不能自证标准疗法对于此患者的疾病治疗毫无用处，即可证明因果关系的存在。英国法曾有判决适用此说作为生存机会丧失纠纷的解决工具，判决医疗过失剥夺了原告25%的生存机会，因此原告有权获得11500英镑（损害总额46000×25%）的损害赔偿，以及150英镑的精神损害赔偿。<sup>〔11〕</sup>

比例因果关系说持续降低传统因果关系的证明标准，通过因果关系的可能性理论去替代优势证据规则，同时主张按照生存机会的概率变动进行比例赔偿。但是，该说最大的纰漏在于混淆事

〔7〕 See *McMackin v. Johnson County Healthcare Ctr.*, 73 P.3d 1094, 1099 (2003).

〔8〕 See *Hicks v. United States*, 368 F.2d 626, 632 (1966).

〔9〕 See *Kallenberg v. Beth Israel Hosp.*, 45 AD2d 177, 179, 357 NYS2d 508 (1974).

〔10〕 See John Makdisi, *Proportional Liability: A Comprehensive Rule to Apportion Tort Damages Based on Probability*, 67 *North Carolina Law Review* 1603, 1656 (1989).

〔11〕 See David P. T. Price, *Causation-The Lords'Lost Chance*, 38 *International and Comparative Law Quarterly* 735, 745 (1989).

实因果关系与当事人过错的界限。客观事实判断和主观状态判断分别对应事实判断和归责判断两个不同层面，前者判断的是“如果没有该行为，损害结果是否能够得到回避”，而后者是对当事人主观状态的判断，需要考量当事人的预见可能性及相关义务等因素。二者在责任构成方面虽有千丝万缕的联系，但却不能将二者等同或混为一谈。<sup>〔12〕</sup>而且，比例因果关系说擅自降低证明标准的做法缺乏法理基础，易对因果关系理论的体系性造成巨大冲击。此外，比例因果关系说依旧沿用传统损害认定标准，将患者死亡或伤残作为侵权责任成立的前提要件，无法为患者遭遇未来风险但尚未导致死亡或伤残的状况提供救济。

### 3. 生存机会丧失理论的建立与完善

美国法在经历过实质可能性说和比例因果关系说的裁判探索后，越来越多的观点认为因果关系论证路径并非纠纷解决的关键。1981年，美国学者约瑟夫·金（Joseph H. King）正式提出生存机会丧失理论，其将生存机会损失本身作为新型损害加以规制，依医疗过失前后生存机会的数值变动进行比例式赔偿，<sup>〔13〕</sup>该理论在美国实务裁判中被广泛采纳，并经历了理论初试、理论铺展和理论完善的不同阶段。在理论初试阶段，1983年的“科维兹诉集团健康合作社案”中机会丧失理论率先取得突破。此案中，华盛顿州最高法院认为患者生存几率降低的证据已达到“充分性”标准，不需要依据优势证据规则证明延误治疗与死亡间的因果关系。<sup>〔14〕</sup>本案的裁判标准被后续案件承继，美国法院逐步将缓和因果关系理论向前推进。1994年的“德莱尼诉凯德案”中，堪萨斯州最高法院首次正式采纳生存机会丧失理论，承认医疗事故导致患者更好康复机会的丧失，采取比例式赔偿的计算方式，但该法院也进一步强调生存机会的丧失必须是实质性的而非臆想性或微不足道的。<sup>〔15〕</sup>此案引领生存机会丧失理论的全面推广和铺展。在2000年的“麦克马伦诉俄亥俄州立大学医院案”中，俄亥俄州最高法院通过区分纯粹医疗过失致人死亡与过失导致生存机会丧失，为生存机会丧失理论的适用划定边界。<sup>〔16〕</sup>此案标志着生存机会丧失理论的进一步完善，也及时勒住该理论泛滥的缰绳。

在2008年“松山诉伯恩鲍姆案”中，马萨诸塞州最高法院进一步明确生存机会丧失理论的具体适用标准：首先，生存机会丧失是对于传统全有或全无原则的修正；其次，该理论是损害理论的发展，依旧以优势证据规则来证明医疗过失与生存机会丧失间的因果关系；再次，生存机会丧失纠纷依赖医疗科学的鉴定数据，需要更加可靠的医疗专家证言；最后，需要通过五个步骤来对生存机会丧失后的损害赔偿进行比例式计算。<sup>〔17〕</sup>

生存机会丧失理论既有同司法裁判逻辑思维内在的一致性，又与《美国侵权法第二次重述》第912条所承的价值理念相契合，<sup>〔18〕</sup>美国法中的相关案例中法官几乎都会直接或间接的引用此理

〔12〕 四宫和夫『事務管理・不當利得・不法行為（中卷）』（青林書院新社、1983年）414頁參照。

〔13〕 See Joseph H. King, Causation, Valuation, and Chance in personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences, 90 (6) *Yale Law Journal* 1352, 1358-1360 (1981).

〔14〕 See *Herskovits v. Group Health Coop of Puget Sound*, 99 Wash. 2d 664 P. 2d 474 (1983).

〔15〕 See *Delaney v. Cade*, 255 Kan. 199, 873 P. 2d 175 (1994).

〔16〕 See *McMullen v. Ohio State University Hospital*, 88 Ohio St. 3d 332 (2000).

〔17〕 See *Matsuyama v. Birnbaum*, 890 N. E. 2d 819. (2008)

〔18〕 《美国侵权法第二次重述》第912条规定：“被侵权行为所侵害的受害人在且仅在其有证据证明损害的程度和与侵权行为为本质及当时情形所允许的确定性相适应的充分赔偿的数额时，方可获得赔偿。”



论。截至 2008 年，美国至少有 20 个州和哥伦比亚特区的最高法院认可生存机会丧失理论。

## （二）生存机会丧失理论的内涵

生存机会丧失理论未执着于传统因果关系视角，而是将生存机会丧失与患者死亡或伤残的损害结果相分离，以生存机会损失本身作为一种新型损害类型加以评价，最后依生存机会丧失的数值变动进行比例式赔偿。生存机会丧失理论致力于解决两个问题：损害赔偿的客体性质与损害赔偿的范围界定。对于第一个问题，生存机会丧失理论主张机会丧失本身为损害赔偿客体，包括实际机会丧失与未来机会丧失，患者最终伤残死亡与否并不影响损害的认定；第二个问题，赔偿范围应是医疗过失导致的、对于患者既有病情加速的部分，以生存机会的丧失比例作为计算依据，达到修正完全赔偿原则僵硬适用的效果。<sup>〔19〕</sup>

### 1. 以生存机会本身作为损害客体

罗马法谚谓之“没有损害就没有赔偿”，损害甚至被学者冠以侵权责任第一要件的美誉。<sup>〔20〕</sup>大陆法系侵权法上“损害”需要满足民事权益性、可赔偿性和确定性三个条件，<sup>〔21〕</sup>英美法系亦规定原告事实上损害的起诉资格，要求损害是已发生或迫近的、具体的且具备赔偿可能性的，体现出与大陆法系损害认证标准的内在一致性。<sup>〔22〕</sup>因此，应论证生存机会丧失属于侵权法上的损害，正当化生存机会对于患者的权益保护价值、可赔偿性与确定性。

首先，生存机会属于自然人的生命延续、健康维持以及对未来风险抵御的人格法益，对于患者的精神利益而言，追求生存机会是人的心理本能和对于自身人格尊严的保护，因此生存机会可以纳入一般人格权的规制范围。其次，传统损害理论之所以对生存机会丧失的损害本质不予认可，是因为生存机会外在表现为概率减损，而“概率”二字常伴随不确定性、未知性与难以量化性。<sup>〔23〕</sup>但统计概率并非无稽之谈，而是通过科学严谨的医疗程序所得出的确定数据，完全符合法律要求的相对确定性。最后，生存机会的可赔偿价值反映在实际市场中，甘愿为低微生存机会付出高昂价金的实践比比皆是，因医疗过失造成患者疾病的恶化，患者不得不支付更多的医疗费用，此时生存机会丧失的可赔偿性几乎是不证自明的。

### 2. 以比例式赔偿作为计算方式

完全赔偿原则作为传统损害赔偿法的基本原则曾被奉为主臬，但其刚性品质导致损害赔偿只能在不予赔偿和全部赔偿的命题中二选其一，难以确保赔偿结果的妥当性。<sup>〔24〕</sup>全有或全无原则的劣势在生存机会丧失纠纷中一览无余，对此，追求均衡适宜的弹性赔偿计算方式——比例赔偿原则应运而生。

比例式计算是比例原则在损害赔偿领域的具体化，主张在与加害人过失程度相匹配的范围内

〔19〕 See Joseph. H. King, Reduction of Likelihood Reformulation and Other Retrofitting of the Loss of a Chance Doctrine, 28 *The University of Memphis Law Review* 492, 548 (1998).

〔20〕 参见陈忠五：《法国侵权责任法上损害之概念》，载《台湾大学法学论丛》2001年第4期。

〔21〕 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93-94页。

〔22〕 See Emily Schmidt, Article III Standing in Data-Breach Litigation: Does a Heightened Risk of Identity Theft Constitute an Injury-in-Fact, 49 *Cumberland Law Review* 389, 389 (2019).

〔23〕 See Stapleton, Gist of Negligence, 104 *Law Quarterly Review* 213, 213 (1988).

〔24〕 参见郑晓剑：《损害赔偿的功能与完全赔偿原则的存废——利益平衡视角下之反思》，载《河南社会科学》2018年第2期。

确定赔偿责任。生存机会丧失理论下的比例式计算承继了比例原则的精神内涵,依据医疗科学检验后生存机会丧失的比例,与假设患者最终死亡或伤残结果发生后的损失总额相乘,所得数额作为患者的损害赔偿。此种计算方式通过妥当的利益衡量和巧妙的法技术手段,避免传统全有或全无原则下的赔偿不足或赔偿过度。

值得注意的是,比例式计算并非最终患者损失总额与生存机会丧失比例数值的简单数学运算,在实践中需要更多的因素考量和价值权衡。比如,假设患者疾病的生存几率为40%且经过恰当诊疗痊愈后剩余35年的预期寿命,若不就医则患者预期寿命为六个月,患者后因医疗过失不治身亡。此时,不能机械地将损害赔偿的计算年限界定为“(35-0.5)×40%=13.8年”,作为基础的损害赔偿年限因素应为“(35-0.5)×40%+0.5×100%=14.3年”,因为与40%生存机会丧失相关联的是患者34.5年预期寿命丧失,而不予治疗时患者依旧有六个月的预计寿命,此时医疗过失100%地剥夺患者六个月的预期寿命。

### 三、生存机会丧失理论的质疑及反驳

相较于传统因果关系路径,生存机会丧失理论在侵权论证与损害界定方面存在可取之处,但亦有观点对该理论的正当性与合理性提出质疑。概括起来,可以将所有质疑分为三类:对损害本质的质疑、对因果关系论证的质疑以及对所谓“公平方案”的质疑。

#### (一) 对损害本质的质疑及反驳

将生存机会丧失本身作为损害客体是生存机会丧失理论的逻辑起点,反对者主张此损害理论属于伪命题,生存机会缺乏客观的可确定性基础,概率变动完全可能是数据推测。此外,医疗鉴定中的数据仅具有宏观意义,忽略了个案中的实际情况。<sup>[25]</sup>而否定生存机会丧失的损害性质后,反对者提出生命健康权说、自决权说以及期待权说三种观点。

前述质疑是对于生存机会概念的误解,生存机会数据是依据极其严格的医学程序 and 数据分析而得出,并非外行的凭空捏造,因此质疑医疗数据真实性的观点无疑陷入怀疑主义的泥潭之中。<sup>[26]</sup>再者,医疗数据扮演的角色是裁判辅助工具,而非决定裁判结果的唯一标准,法官还需要综合其他因素进行动态考量,与其指责医疗数据的越俎代庖,倒不如提升实务法官的裁判素养。同时,反对者的三种观点虽言之凿凿,但却都经不起细致推敲。

第一,生命健康权说。生命健康权说主张生存机会丧失是对于患者生命权和健康权的侵害。<sup>[27]</sup>其中,生命权指向维护自然人的生命利益及权利侵害后的损害救济,医疗过失对既有病情的激化直接导致了病人生命周期的不当缩短。而健康权是自然人享有的以其器官乃至整体的功能利益为内容的人格权,<sup>[28]</sup>医疗过失导致患者生存机会丧失但并未死亡时,客观上导致患者部分生理机能降低、健康利益完整性的破坏和精神上的痛苦。

[25] See Fennel v. Southern Maryland Hospital Center, Inc., 462 N. W. 2d 206, 213-215 (1990).

[26] 参见季若望:《“鉴定双轨制”下的法官自由裁量权之界限》,载《云南社会科学》2018年第3期。

[27] 参见吴志正:《存活机会丧失——医疗损害之迷思》,载《月旦法学杂志》2007年第6期。

[28] 参见张俊浩:《民法学原理》,中国政法大学出版社1997年版,第137页。

生命健康权说的观点有其合理之处，但将其作为生存机会丧失纠纷的解决依据存有逻辑漏洞。首先，生命权和健康权均为典型的具体人格权，具有规制对象确定、权能封闭且样态可列举的特征，<sup>〔29〕</sup>而生存机会相对于其他具体人格权来说属于边界不清、内容不确定的权益类型，并无构成具体人格权的必要特征；其次，生命健康权说以患者生命权或健康权的侵害为必备要件，医疗过失导致的疾病风险尚未被发现时，此潜伏期内的财产支出和疾病暴发后的损害赔偿问题难以有效处理；最后，若医疗过失与患者死亡间的时间跨度被无限拉长，其所侵害的究竟是生命权还是健康权不无疑问。

第二，自决权说。自决权说由加拿大学者斯蒂芬·佩里（Stephen R. Perry）提出，其核心要旨为损害性信赖，在于加害方滥用受害人的信赖优势地位而做出的虚假承诺或刻意隐瞒，而非某种机会利益的丧失。<sup>〔30〕</sup>在生存机会丧失纠纷中，医疗过失导致患者失去对于潜在有利治疗方案的选择机会，直接侵犯患者的自决权。<sup>〔31〕</sup>国内亦有学者认可自决权说，主张患者基于信赖关系完全将自身置于医疗机构的行为之下，这种独立于生存机会和最终损害的利益就是自决权。<sup>〔32〕</sup>

自决权说充分尊重患者的自主选择，但损害性信赖的观点却不足以为机会丧失提供理论支撑。首先，自决权说的观点有托词之嫌，诸多对于自决权的妨害并不一定带来实际利益的减损。例如，医疗机构在诊疗过程中自作主张地选择费用更低、效果更好的治疗方案，此时其对患者造成自决权妨害但却未造成实质损害。其次，自决权说将损害性信赖界定为采取更优治疗方案的机会损失，但我国法对于信赖利益保护和知情同意权已有相对成熟的救济方案，拒绝已有经验而采纳相对陌生的自决权说无异于舍近求远。最后，从医学角度出发，更优的医疗方案和医疗过失不是非此即彼的对立关系，更优秀的救济方案也同样可能发生医疗过失。

第三，期待权说。期待权侵害理论盛行于日本法，其指医疗过失与患者死亡结果间的因果关系难以论证时，应以患者期待适当医疗的利益受到侵害或者生存可能性利益受到侵害为由，认可患者的精神损害赔偿请求权。<sup>〔33〕</sup>如今，期待权侵害理论的保护利益，主要包括三种情形：一是患者死亡结果回避可能性较小时的延命利益侵害，以及不存在死亡回避可能性时对于生活质量、生活方式和治疗机会的期待利益；二是适当治疗机会的利益；三是期待得到符合医疗水平诊疗的利益。<sup>〔34〕</sup>

自然人对于医疗机构诊疗行为的合理期待值得保护，但将此期待界定为期待权并将其作为纠纷解决的裁判依据不够合理。<sup>〔35〕</sup>首先，期待权并非我国明文规定的典型权利，在我国法律体

〔29〕 参见沈建峰：《具体人格权立法模式及其选择——以德国、瑞士、奥地利、列支登士敦为考察重点》，载《比较法研究》2011年第5期。

〔30〕 See Dan B. Dobbs, *The Law of Torts: Hornbook Series*, 1259 (2001).

〔31〕 See Stephen R. Perry, *Protected Interests and Undertakings in the Law of Negligence*, 42 *University of Toronto Law Journal* 255 (1992).

〔32〕 参见前引〔2〕，满洪杰文。

〔33〕 新美育文「肝細胞がん早期発見のための検査不実施と肝硬変患者死亡との間の因果関係」ジュリスト臨時増刊1179號（2000年）88頁参照。

〔34〕 参见夏芸：《不作为型医疗过失的期待权侵害理论》，载《民商法论丛》第32卷，法律出版社2005年版，第205页。

〔35〕 参见王睿：《期待权概念之理论源流与界定》，载《北方法学》2017年第2期。

系中难以找到期待权侵害的请求权基础,学界关于期待权性质的认知和构成要件的划分也并未达成共识;其次,传统大陆法系观点认为期待权是指因先行为而业已具备取得利益的部分要件,其本质为对于财产利益的期待,且患者对接受科学诊疗行为和疾病好转、生命存续的期待,并未达到“该法律地位被侵害后会得到法律明确的保护”之程度;<sup>[36]</sup>最后,日本期待权说仅认可患者的精神损害赔偿,这与我国普遍认可财产损害赔偿的司法实践状况并不一致。况且,实务中法官对精神损害赔偿的态度相对保守,这也与医疗纠纷中患者巨额财产支出的实际状况形成鲜明对比。<sup>[37]</sup>

## (二) 对因果关系论证的质疑及反驳

有观点认为,生存机会丧失理论本质上是一种缓和因果关系证明的工具,以避免因果关系认定困难而否定侵权责任,<sup>[38]</sup>但其完全颠覆了传统因果关系的证明标准,且不符合只有法律授权才能变动证明标准的立法要求。<sup>[39]</sup>优势证据规则在事实因果关系认定中历史悠久,且51%的证明标准本身已相对宽松,是司法公正所要求的最低确定性标准。生存机会丧失理论突破传统理论,任由同情心泛滥或情绪性表述而造成因果的正当性不足,为生存机会低于50%的患者提供不应有的额外救济,长此以往将破坏侵权诉讼的稳定性,容易带来滥诉的风险。<sup>[40]</sup>

生存机会丧失理论可能会导致因果关系体系解构的观点值得商榷。虽然反对方认为生存机会丧失理论是传统因果关系的变形,但该理论本质上属于损害理论,与因果关系理论属于不同构成要件层面的问题。生存机会丧失理论下因果关系论证的流程亦不可或缺,只不过优势证据规则验证的对象转换为医疗过失与生存机会丧失间的因果关系,不再是医疗过失与患者死亡或伤残结果间的因果关系。同时,生存机会丧失理论的确会导致案件数量的增加,但相对于实务裁判压力的增加,案件公平正义的保护位阶明显更高。<sup>[41]</sup>

## (三) 对所谓“公平方案”的质疑

生存机会丧失理论虽然一直以更为公平的解决进路自居,但其实质上却并未提供更优的方案,甚至纯粹统计学视角下生存机会丧失理论的错误更多。假设现有99名生存机会为三分之一的绝症患者,理论上接受合理治疗后会有33名患者恢复健康,66名患者失去生命。依传统因果理论会产生33次判断错误,而依机会丧失理论99名患者的医疗判断都会出现错误(66次赔偿过度和33次赔偿不足)。<sup>[42]</sup>如此一来,生存机会丧失要么赔偿过度,违反得利禁止原则,要么完全没有赔偿,患者的客观损害未得以填补。<sup>[43]</sup>相较而言,全有或全无原则在绝大多数情况下均

[36] 参见王泽鉴:《附条件买卖中买受人之期待权》,载《民法学说与判例研究》(第七册),北京大学出版社2017年版,第191页。

[37] 在笔者查询的11个省份的精神损害赔偿标准的指导文件中,精神损害赔偿金额相对较低,鲜有超过10万元的指导标准。资料来源: <https://china.findlaw.cn/shpc/jingshensunhaipeichang/pcbz/1254808.html>,最后访问时间:2022年10月25日。

[38] 参见前引[6],David A. Fischer文,第621页。

[39] 参见潘剑锋:《民事诉讼证明责任论纲——对民事证明责任基本问题的认识》,载《政治与法律》2016年第11期。

[40] See Alexander v. Scheid, 726 N. E. 2d 272, 280-282 (2000).

[41] See Nils Jansen, The Idea of a Lost Chance, 19 *Oxford Journal of Legal Studies* 271, 279 (1999).

[42] See Fennell v. Maryland, 580 A. 2d 206 (1990).

[43] 参见徐建刚:《论损害赔偿中完全赔偿原则的实质及其必要性》,载《华东政法大学学报》2019年第4期。



为正确，宏观来看医方承担的赔偿总额与全部患者遭受的损害总和是大致相等的。<sup>〔44〕</sup>此外，生存机会丧失理论会对医疗机构施加过重的赔偿负担，造成防御性治疗激增及就医成本的上升，可能会导致更大的社会问题。<sup>〔45〕</sup>

生存机会丧失纠纷在个案中的确面临赔偿过多或过少的问题，但在最优解无法达致的情况下，由医疗机构在过失范围内承担比例赔偿责任能起到恰如其分的震慑作用。从解决医患纠纷的视角出发，统计显示医疗诉讼的数量仅为实际医疗事故数量的3%左右，<sup>〔46〕</sup>宏观层面医疗机构所承担的责任远低于医疗过失造成的实际损害，从这个角度来说不存在赔偿过多的问题，亦符合侵权责任对于弱势群体“有所倾斜但不应过于失衡”的立法目的。<sup>〔47〕</sup>同时，全有或全无原则裹挟的少量巨大错误不平等地落在原告或被告身上，对社会的破坏程度远超小错误的平均分摊。<sup>〔48〕</sup>全部或部分赔偿的质疑属于对生存机会丧失理论的误解，该理论的伤害依据生存几率减少的概率来决定，合理诊疗后生存几率超过90%时的全部赔偿也是不合理的。<sup>〔49〕</sup>至于防御治疗的观点则过于片面，生存机会丧失理论在很大程度上会倒逼医疗机构增加科研投入，为将统计上的生存机会转化为现实的医学技术突破提供外在动力。

#### 四、生存机会丧失理论的本土动态化建构

对比较法经验的介绍和分析远不足以正当化欲论证的结果，仍需通过价值考量、社会妥当性判断来实现经验借鉴的正当化。<sup>〔50〕</sup>因此，对于生存机会丧失理论的借镜，重要的是发现理论演进过程中的法理精神，最终致力于相关问题解决方案的本土动态化建构。

##### （一）生存机会丧失理论的适用范围

##### 1. 生存机会丧失理论的适用前提

机会的概念源于信息认知的缺乏，其发展方向是多维且不确定的，生存机会虽然是经过医疗统计科学得出的数据集合，但亦并非所有的生存机会丧失都应得到损害赔偿。此时，应辨析真正的生存机会丧失，保证其能够落入生存机会丧失理论的涵摄范围。

依据机会是否确定发生，可以将机会分为确定性机会和不确定性机会。确定性机会指机会本身是客观确定的，其发生具有结果上的不可避免性，而机会之所以披着偶然性和不确定性的外衣是因为认知水平的局限性；非确定性机会则指机会的本身包含着随机性和偶然性，多种因素的排

〔44〕 See David Kaye, The Limits of the Preponderance of the Evidence Standard: Justifiably Naked Statistical Evidence and Multiple Causation, 7 *American Bar Foundation Research Journal* 469, 487 (1982).

〔45〕 See *Gooding v. Univ. Hosp. Bldg., Inc.*, 445 So. 2d 1015, (1984).

〔46〕 参见刘鑫：《医疗损害鉴定之因果关系研究》，载《证据科学》2013年第3期。

〔47〕 参见张新宝：《侵权责任法立法的利益衡量》，载《中国法学》2009年第4期。

〔48〕 See Neil Orloff & Jerry Stedinger, A Framework for Evaluating the Preponderance-of-the-Evidence Standard, 131 *University of Pennsylvania Law Review* 1158, 1163-1172 (1983).

〔49〕 参见前引〔13〕，Joseph H. King文，第1387页。

〔50〕 参见解亘：《正当化视角下的民法比较法研究》，载《法学研究》2013年第6期。

列组合使得未来的结果不确定。<sup>〔51〕</sup> 患者死亡或伤残结果是否具有不可避免性成为生存机会丧失理论的适用关键，若事后查明即使患者接受合理诊疗也不能改变其死亡或伤残的最终结果，此时生存机会并非生存机会丧失规则下的真正机会。

身为法学专家的法官缺乏相关医学知识，因此相对于其他侵权类型，医疗纠纷尤其是生存机会丧失纠纷更加仰赖医疗专家证据的准确性。生存机会存在与否，需要医疗专家利用与患者疾病类型组别最为接近的统计证据，考量患者既有病情的严重程度、发展进程及最终结果的可回避性。鉴定机构的鉴定方法和统计基础须具有高度合理性，在必要时应得到其他同行评审的支持，包括但不限于病理学、免疫学、细胞学、放射学或其他类似研究领域。同时，鉴定机构亦需要关注医学发展对于医疗鉴定的影响，最大程度保证鉴定结果的科学性和有效性。

## 2. 生存机会丧失理论的适用界限

在患者原有的生存几率低于50%的典型案例中，生存机会丧失理论的适用并无疑义。那么，在患者仅生存机会丧失而未发生死亡或伤残结果时，以及患者原有生存几率超过50%的场景中，生存机会丧失理论有无适用空间？诸此争议，涉及生存机会丧失理论的适用界限问题。

### （1）患者未死亡或伤残时的生存机会丧失

医疗过失的不当介入往往会导致患者生存机会的客观丧失，但考虑到疾病的复杂性和漫长潜伏期，医疗过失的不利后果也可能不会立即显现，患者是否发生死亡或伤残的损害结果尚未可知。也就是说，医疗过失仅导致患者生存机会降低而患者并未因此死亡或伤残时，生存机会丧失理论的能否适用需要明确。

肯定说主张将生存机会的概念扩张解释为生存机会的保护与未来风险的预防，但要对其进行严格限制，原告需要举证证明机会丧失不是“过分的臆想”。<sup>〔52〕</sup> 美国亦有相关案例支持此观点，如1986年的爱荷华州最高法院的“德布尔卡特诉卢维尔案”。<sup>〔53〕</sup> 否定说主张应将患者死亡或伤残的结果作为生存机会丧失理论的适用前提，<sup>〔54〕</sup> 医学统计上生存机会的消亡不代表个案中患者生存机会的灭失，否则易导致过多的投机性或臆想性损害赔偿请求。此时，更好的解决方式是允许原告分割其诉讼请求，赋予其损害实际发生后的二次赔偿请求权。

损害的确定性并不等同于损害已发生，实质性的未来风险亦可满足损害的基本特征。<sup>〔55〕</sup> 赋予患者二次诉讼的权利是一种虚幻的补救措施，漫长的疾病潜伏期间可能会有其他因素影响疾病进程，而且随着时间的流逝，证据的类型、内容、证明力几乎不会增加，但取证的难度却与日俱增。此外，二次诉讼的成本费用很可能超过患者可以追回的损害赔偿金额，大大削弱患者的起诉动机。<sup>〔56〕</sup> 因此，应认可患者生存机会丧失后的损害赔偿，不论死亡或伤残是否发生，如同马里

〔51〕 参见前引〔6〕，David A. Fischer文，第619页。

〔52〕 See S. M. Waddams, The Valuation of Chances, 70 *Canadian Business Law Journal* 86, 87 (1998).

〔53〕 See *DeBurkarte v. Louvar*, 393 N. W. 2d 131 (1986).

〔54〕 参见前引〔2〕，冯德淦文。

〔55〕 参见田野：《风险作为损害：大数据时代侵权“损害”概念的革新》，载《政治与法律》2021年第10期。

〔56〕 See T. A. Weigand, Loss of Chance in Medical Malpractice: The Need for Caution, 87 *Massachusetts Law Review* 1, 3 (2002).

兰州上诉法院在“内尔诉马里兰南方医院案”中的回应所言：“若法院欲依据生存机会丧失理论进行损害赔偿的认定，那么至少从逻辑上而言，患者最终是不治而亡还是经历医疗过失后奇迹生还都不应影响侵权的成立。”<sup>〔57〕</sup>

## （2）超过 50% 的生存机会丧失

生存机会丧失理论的初衷是解决患者生存几率低于 50% 时的风险分配问题，那么反之，患者生存几率大于 50% 时，医疗机构能否以生存机会丧失理论进行抗辩，承担与医疗过失程度相匹配的损害赔偿？

反对方认为生存机会丧失理论仅应适用于生存几率低于 50% 的情形，因为该理论系对于传统因果关系理论缺陷的补救，而不是对传统理论的彻底否定和完全替代。<sup>〔58〕</sup> 该理论依据民法公平观念来保障弱势患者群体的合法权益，应避免理论适用阻碍患者获赔的情况发生。支持方则主张彻底贯彻生存机会丧失理论的精神，将生存机会作为独立的损害客体，任何大小比例的机会都具有独立的价值。<sup>〔59〕</sup> 当医疗过失导致患者生存机会的变动数值已由医疗科学清晰呈现时，强令引起 90% 生存几率降低的医疗机构去承担 100% 患者死亡赔偿的做法不够公平。<sup>〔60〕</sup>

本文认为，生存机会丧失理论的适用范围应限制在患者生存几率低于 50% 的情形。首先，合理限制生存机会丧失理论的适用范围，符合理论的发展脉络和实务的接受程度。传统因果关系理论是对于固有理论的坚守，仅考虑患者生存几率变动数值的生存机会丧失理论是对于传统理论的完全颠覆，而主张在 50% 以下生存几率适用生存机会丧失理论则居于二者的中间状态，此中间状态已是殊为不易的理论突破，因其暗合儒家执两用中、中庸权衡的思维而更容易被接受。其次，患者生存几率高于 50% 时并不存在因果关系的论证困境，依据传统因果关系理论可以有效解决，患者此时可以获得全部的损害赔偿。此种做法既是对于传统因果关系理论的遵循，又利于对相对弱势的患者合法权益的保护，倒逼医疗机构提升医疗服务水平。真正需要注意的是，应将生存机会丧失理论适用于既有病情与医疗过失共同促成患者死亡或伤残结果的情形，防止该理论不当适用于单纯医疗过失直接引发损害的侵权纠纷。

## （二）规制路径：《民法典》的一般人格权保护体系

我国并无“生存机会”规制的实体法依据，法官多认可医疗过失造成患者生存机会的不当减损，基于公平正义的考量判决医疗机构承担部分责任。<sup>〔61〕</sup> 然而，实务裁判依据的法条援引却多为概括性条款，如《侵权责任法》第 2 条、<sup>〔62〕</sup> 第 16 条、<sup>〔63〕</sup> 第 54 条<sup>〔64〕</sup> 或《最高人民法院关于审理医疗损害责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》第 17 条。<sup>〔65〕</sup> 如此一来，判决说服力相对

〔57〕 Fennell v. Southern Maryland Hosp. Center, 320 Md. 776580 A. 2d 206 (1990).

〔58〕 See Lori R. Ellis, Lost of Chance as Technique: Toeing the Line at Fifty Percent, 72 *Carolina Law Review* 369, 400 (1993).

〔59〕 参见前引〔6〕，David A. Fischer 文，第 608-609 页。

〔60〕 参见李显冬、王稳：《机会损失赔偿理论的反思与突破》，载《河南社会科学》2019 年第 3 期。

〔61〕 参见王浩然：《医疗生存机会丧失的损害赔偿：司法困境与制度应对》，载《现代法治研究》2019 年第 3 期。

〔62〕 参见云南省鹤庆县人民法院（2016）云 2932 民初 802 号民事判决书。

〔63〕 参见辽宁省营口市中级人民法院（2017）辽 08 民终 1419 号民事判决书。

〔64〕 参见山东省济南市中级人民法院（2015）济民四终字第 858 号民事判决书。

〔65〕 参见福建省厦门市思明区人民法院（2011）思民初字第 5166 号民事判决书。

有限,法官也似乎更加倾向于根据赔偿结果去反推裁判条文,对于法律条文所要保护的权益本身并不关注,<sup>[66]</sup>难以真正做到辨法析理、胜败皆服。

正如前文所述,生存机会丧失虽表现为医学上治愈可能性的不当减损,但其在法律上的本质是对于患者民事权益尤其是人格权益的侵犯,进而造成相应的财产损害和精神痛苦。人格权是关于人存在价值和尊严的权利,其以保护人身自由和人格尊严为价值基础,<sup>[67]</sup>可区分为一般人格权与具体人格权,二者属于抽象与具体、一般与个别的关系,<sup>[68]</sup>因此,裁判时应首先考量所涉人格权益是否为法律明文规定的具体人格权。具体人格权属于法律明文规定的绝对权,其具有成文化、确定性程度高和稳定可预期性的典型特征,<sup>[69]</sup>生存机会的内涵虽与具体人格权中的生命权和健康权存在交叉之处,但却因不具备具体人格权的相应特征而难以归入具体人格权的保护体系中。司法实践对于生存机会丧失的法律涵摄,是小心翼翼通过个案价值判断和利益衡量的方式来实现的,而这恰是抽象概括且具有一定弹性的一般人格权所具有的典型特征。<sup>[70]</sup>同时,一般人格权的设立目的在于填补具体人格权条款适用时对于新型人格利益的保护漏洞,生存机会作为尚未达到具体人格权的较高条件要求的新型人格权益,在我国民事权益开放性保护的态度下将其纳入一般人格权的保护框架并无解释论上的障碍。

从我国民事权益保护体系来看,《民法典》第109条、第990条、第995条和第1165条发挥规范体系的联动效应,共同构建起透过侵权法规保护一般人格利益的开放路径。<sup>[71]</sup>具体而言,第109条位于总则编民事权利章节,通过“人身自由、人格尊严”彰显人格利益核心要素的表达,明确宣示一般人格权条款的价值基础。第990条第2款中的“其他人格权益”尚处于探索阶段,其并未直接采用“一般人格权”的概念表述,而立法将其置于具体人格权条款之后,意味着立法机关亦认可一般人格权类似于新型人格利益权利束的创设功能和补充功能。<sup>[72]</sup>第990条是宣示一般人格权保护的权利法,难以将其作为独立的裁判规范,因而需通过第995条建立妥当的请求权基础外接规范,将其导向侵权法上的请求权基础。侵权责任编第1165条第1款作为侵权法规过错责任的一般条款,具有异乎寻常的强大规范功能,如此人格利益开放性保护的中国模式最终形成。具体到生存机会丧失的救济,生存机会并非成文法规定的具体人格权,但其因包含人格尊严的价值属性,可将其纳入一般人格权的范畴,主张一般人格权的救济路径。<sup>[73]</sup>

### (三) 责任成立的判断:相当因果关系的过滤作用

我国法经历从必然因果关系说到相当因果关系说的跨越,不仅理论上认可相当因果关系说的

[66] 参见前引[2],季若望文。

[67] 参见王利明:《人格权法中的人格尊严价值及其实现》,载《清华法学》2013年第5期。

[68] 参见姚辉、周云涛:《人格权:何以可能》,载《法学杂志》2007年第5期。

[69] 参见朱晓峰:《论一般人格权条款与具体人格权条款的规范适用关系》,载《比较法研究》2021年第3期。

[70] 参见朱晓峰:《作为一般人格权的人格尊严权——以德国侵权法中的一般人格权为参照》,载《清华法学》2014年第1期。

[71] 参见叶金强:《〈民法总则〉“民事权利章”的得与失》,载《中外法学》2017年第3期。

[72] 参见唐德华主编:《最高人民法院〈关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释〉的理解与适用》,人民法院出版社2015年版,第27页。

[73] 参见温世扬:《〈民法典〉视域下身份权的教义重述》,载《现代法学》2022年第4期。



正当性，<sup>〔74〕</sup>包括最高人民法院在内的各级法院也将其作为裁判标准予以适用。<sup>〔75〕</sup>相当因果关系理论下的因果判定包括两个层面，第一个层面属于责任成立方面的因果关系认定。责任成立因果解决的是侵权责任是否成立的刚性问题，要求通过高度盖然性规则予以判断。相当因果关系由条件关系和条件关系的相当性两部分构成，侵权人只对以其行为作为相当条件的损害负赔偿责任。<sup>〔76〕</sup>在医疗过失与生存机会丧失间的因果判断中，法官首先应按照“若无则不”的方法进行条件验证，考量患者接受合理治疗后生存机会丧失与否。随后进行相当性的价值判断，若同等水准的医疗机构认定此医疗过失会导致生存机会丧失，而无此医疗过失不会导致生存机会丧失，那么此时满足因果关系的相当性条件。

生存机会在医疗鉴定中常被披上“原因力”的外衣，鉴定意见大多只给出一个原因力的比例数据，但因果关系有无是原因力适用的前提，实践中以原因力大小判断事实因果关系成立与否的方式显然倒果为因，<sup>〔77〕</sup>有鉴于此，本文认为正确的判断方式是要求司法鉴定机构进行两个层面原因力的初步判断，即责任成立的原因力大小计算和损害范围的原因力大小计算，分别对应司法裁判中的责任成立因果关系判断和责任范围因果关系判断。不同层面原因力的判断所欲解决的问题不同，所以鉴定机构的判定标准也不同。此时，法官在责任成立因果关系判断时，首先要考量鉴定机构出具的责任成立原因力数值，其次再综合考量个案中的其他因素，包括医疗机构的地域分布、发生时间和医师的专业知识等，最后依据“条件说”综合考量。如此一来，便圆满地完成医疗过失与生存机会丧失之间责任成立因果关系的认证难题。

#### （四）责任范围的确定：比例计算下的动态考量

因果关系判断欲解决的第二个层面的问题，是责任范围方面的因果关系认定。《民法典》并未明确规定损害范围的界定方式，传统观点主张以相当因果关系作为侵权归因与损害归责的结合，让相当因果关系同时承担侵权构成和法律评价的功能，<sup>〔78〕</sup>但损害赔偿并非盖然性高低的问题，相当因果关系试图以结果发生的盖然性掩盖法律判断规范评价的做法不够合理。<sup>〔79〕</sup>实际上，界定损害范围需要多元的规范要素共同做工，《欧洲侵权法原则》即规定通过多种法律原理的协动效应来评价损害赔偿的法律效果，综合考量法益价值、明确程度、风险状况和规范目的等众多因素。<sup>〔80〕</sup>对于生存机会丧失损害赔偿的范围评价，也应动态衡量个案的多种因素，依据科学合理的计算方法进行赔偿额计算。

〔74〕 参见梁慧星：《雇主承包厂房拆除工程违章施工致雇工受伤感染死亡案评释》，载《法学研究》1989年第4期；王利明：《侵权责任法研究》（上卷），中国人民大学出版社2010年版，第385页。

〔75〕 参见“上海普鑫投资管理咨询有限公司诉中银国际证券有限公司财产损害赔偿纠纷案”，载《最高人民法院公报》2016年第10期。

〔76〕 参见朱岩：《当代德国侵权法上因果关系理论和实务中的主要问题》，载《法学家》2004年第6期。

〔77〕 参见满洪杰：《医疗损害责任因果关系虚无陷阱及其化解——兼评法释（2017）20号第12条》，载《法学》2018年第7期。

〔78〕 参见前引〔74〕，王利明书，第378页；杨立新：《侵权损害赔偿》，法律出版社2010年版，第101页。

〔79〕 参见王磊：《相当因果关系的现代变迁与本土抉择》，载《财经法学》2022年第1期。

〔80〕 参见欧洲侵权法小组编著：《欧洲侵权法原则：文本与评注》，于敏、谢鸿飞译，法律出版社2009年版，第97页。

### 1. 范围量定的考量因素

生存机会丧失损害是医疗过失行为所致损害的总和,因医疗过失行为所受损害不仅包括精神损害,也包括由机会丧失衍生而来的财产损害。比例赔偿下的动态考量是生存机会丧失赔偿范围界定的重要工具,生存机会丧失的动态考量因素应该包括以下几种:

第一,既有疾病的严重程度。严重既有病情与医疗过失结合共同导致患者死亡或伤残结果的发生,是生存机会丧失纠纷不同于其他医疗侵权的特殊之处,因而着重考量既有疾病的严重程度是逻辑必然。既有病情虽是侵权结果严重的主要原因,但在实务裁判中却往往不受重视,法官对于既定病情的分析多是寥寥数语或含糊其辞,<sup>[81]</sup>这或许也是生存机会丧失纠纷耗时长、审级多的重要原因之一。

实际上,既有疾病严重程度的认定存在于医疗鉴定环节,其需要高度专业化的医疗科学和统计科学,法律的作用更多是为其提供类型化的评判标准。对此,应以《外伤在与疾病共同存在的案件中参与度的评判标准(草案)》(下文简称《评判标准》)为基础,在个案中考量既有疾病的病症、体征、潜在疾病、患者特殊体质等因素,综合判断既有疾病与外来介入因素结合的参与度评判标准;实务鉴定确定致命损害参与程度时,应合理运用事故对策领域事故归因原理,对各种可能加速疾病发展的原因进行判断,再通过理论探索、经验咨询的方法,参照事件树分析法或鱼骨图分析法确定既有疾病的参与度。<sup>[82]</sup>

第二,生存机会的变动数值。在某种程度上,生存机会的变动程度与既有病情的严重程度是范围量定问题的一体两面,但前者更加注重疾病发展过程中的动态考量,突出表现为医疗过失介入后生存机会的数值变动情况。

生存机会是生存机会丧失理论赖以发展的核心概念,其数值变动也是厘定赔偿范围的最核心因素,直接决定损害赔偿额的大小。医疗领域的法规中仅《评判标准》存在“参与度”的描述,因此,实务中常将其作为裁判论证的支撑。但实际上,生存机会并非此标准第2条所规定的“疾病”,生存机会丧失纠纷中无此标准的适用空间。<sup>[83]</sup>因此,对于生存机会变动数值的考量,首先应修正将参与度异化为因果关系认定的错误做法,理顺因果认定与损害计算的适用逻辑,分析既有疾病、医疗过错、特殊体质等原因力大小,综合分析生存机会的实际变动数值。<sup>[84]</sup>其次,依据大数据技术,对海量医疗鉴定和司法案例研究做出数据量化层面的优化,形成参与度数值与因果关系比例程度相衔接的对应关系。最后,重视医疗过失后剩余的生存几率,同样是医疗过失导致的20%的生存几率丧失,由21%降低至1%所应获取的赔偿理应高于由45%降低至25%的赔偿数额。

第三,假设患者死亡或伤残的损害赔偿总额。生存机会丧失的损害赔偿并非患者死亡或伤残

[81] 参见湖南省衡阳市中级人民法院(2018)湘04民终222号民事判决书;吉林省长春市中级人民法院(2018)吉01民终36号民事判决书;上海市第二中级人民法院(2018)沪02民终1097号民事判决书。

[82] 参见前引[46],刘鑫文。

[83] 《外伤在与疾病共同存在的案件中参与度的评判标准(草案)》第2条规定:“本标准中的‘疾病’,除包括临床医学中所指的疾病外,还包括既往的损伤、先天畸形、发育异常、老化现象等。”

[84] 参见鲁涤、唐田丰、常林:《医疗损害赔偿案件因果关系的判定》,载《中国医院》2009年第8期。

损害的组成部分，但这并不意味着生命健康权说下损害赔偿总额的计算毫无意义，在前述损害赔偿总额的基础上比例计算生存机会丧失的损害赔偿额，以使医疗机构承担与其过错程度相当的损害责任。而实务中损害赔偿的计算不会详细列明具体赔偿项目，多以总额的方式呈现，以生命健康权的损害赔偿总额作为生存机会丧失损害赔偿额的计算基础符合裁判现状。此时，生命健康权侵害损害赔偿额的计算，包括诊疗行为支付的合理费用、预计收入的减少及可能的残疾赔偿金和死亡赔偿金等项目。<sup>〔85〕</sup>虽然损害赔偿项目与其他医疗侵权差异不大，但生存机会丧失案件的损害赔偿亦有其特殊之处，即医疗机构的诊疗行为既包括过失诊疗行为，也包括针对既有疾病科学合理的诊疗部分，既有疾病的合理费用支出不用纳入赔偿范围。

## 2. 范围确定的计算方法

生存机会丧失理论下的损害计算采取比例赔偿方式，其先依据全有或全无原则计算出患者的损失总额，然后计算医疗过失前后患者生存机会数值的差额值，在个案中考量损失总额、差额值和个案中的其他因素得出最终赔偿额。此种计算方法，亦能防止生存机会丧失理论沦为比例责任的附庸。

生存机会丧失属于人格权侵害，《民法典》第1182条赋权法院可以根据“实际情况”进行损害计算。比例式赔偿中“比例”的大小，以司法鉴定机构的第二个层面的原因力——责任后果的原因力大小——作为依据。但比例赔偿所得数额尚非最终赔偿数额，更为妥当的方式是将此数额作为损害计算的初步基准，根据个案情况进行进一步考量前文所述全部因素，最后由法官进行统筹全局的法律评价后得出数额。也就是说，在生存机会丧失的损害计算中应综合运用两种“合理计算方式”，首先对生存几率的变动部分进行比例赔偿，然后再以满足法律判断的实质性因素酌定最终赔偿额。据此，完整的生存机会丧失的损害赔偿计算需经过如下步骤：

步骤一：法官依一般医疗侵权规则去计算假设患者死亡或伤残后遭受的损失总额。

步骤二：法官调查患者既有疾病的程度以及医疗过失介入前患者的生存机会数值。

步骤三：法官调查并计算医疗过失后患者的生存机会数值。

步骤四：法官需要用步骤二中的数值减去步骤三中的数值。

步骤五：法官需要将步骤一的金额乘以步骤四中计算得到的数值，初步得出生存机会丧失的比例损害赔偿金额。

步骤六：法官需要动态计算并量化个案中的因素考量并对价值进行数值量化。

步骤七：法官需要以步骤五中的损害金额减去步骤六中的量化数值，最终得到恰当的生存机会丧失的损害赔偿金额。

需要说明的是，生存机会丧失的未来损害计算有其特殊之处，主要包括两种计算方法：单独计算法和加权计算法。前者是既有损害计算法的延续，而后者相对来说是数学理论在计算方

〔85〕 因生存机会丧失而导致的费用支出和收入减少与医疗过失具有完全的因果关系，此时全部赔偿更为恰当，但实务中囿于患者举证能力限制，原告方所列举的费用依据往往是患病前后的总费用，依生存几率的减损数值进行比例计算是目前最为适宜的方式。

法上的应用创新。法官需要综合考量案件全部因素,根据专家证词推断患者死亡或伤残最有可能发生的时间点。假设医疗过失造成患者30%生存机会的丧失,且现年40岁的患者最有可能因医疗过失于60岁死亡,患者死亡造成的损失将为100000元。依据单独计算法,患者可获得的未来损害赔偿为30000元( $100000 \times 30\%$ )。而依据加权计算法,需要鉴定机构提供更多阶段的医疗数据作为参考。如患者40岁时死亡概率为5%,50岁时的死亡概率为10%,60岁时的死亡概率为15%,患者不会死亡的概率为70%,四个阶段可能造成的损失分别为300000元、200000元、100000元以及0元,此时依据加权计算法,患者可获得的未来损害赔偿额为60000元( $300000 \times 5\% + 200000 \times 15\% + 100000 \times 15\% + 0 \times 70\%$ )。相对来说,加权计算法更加科学合理,但却要求原告负担更重的举证责任,因此实务中适用何种计算方法应由法官酌情而定。

虽然逻辑上损害赔偿额的量化步骤相对复杂,但实务中的操作难度并未随着程序的繁琐而攀升,许多步骤可以合并适用。我国实践中早有法院遵循此种计算思路,依据过失参与度进行数额的比例计算,同时结合个案的实际因素考量得出最后的赔偿额。<sup>[86]</sup>例如,有法院判决以“医疗机构的过失参与度建议21%~30%”,酌情认定其承担21%的赔偿责任。<sup>[87]</sup>略显不足的是实务中比例赔偿与因素考量的结合方式相对粗略,而本文的计算方法可以为其提供妥当的法技术与法理基础。

至于生存机会丧失纠纷的精神损害赔偿,生存机会往往寄托着患者生命延续的期望,生存几率的降低甚至完全丧失导致患者精神上遭受的痛苦(死亡提前来临所带来的恐惧等负面情绪)有时甚至远远超出其身体上所遭受的痛苦。因此,生存机会丧失精神损害的正当性几乎不证自明。生存机会丧失纠纷的精神损害赔偿与一般医疗侵权纠纷的考量因素差异不大,在此不做赘述,<sup>[88]</sup>唯需要注意的是谨慎考量其精神损害赔偿的特殊之处。比如,生存机会丧失所引发的精神痛苦必须与既有病情造成的精神痛苦严格区分,<sup>[89]</sup>患者不知生存机会丧失后的精神愉悦是否适用损益相抵等。

## 五、结 论

生存机会丧失理论的演进史已逾百年,其起源与发展虽面临诸多质疑,但不可否认的是它为平衡患者权益和医疗机构的诊疗自由提供行之有效的创新进路。因此,即使机会丧失理论不比传统因果理论和全有或全无原则更优越,但其至少不会比后者更恶劣,并且在当下最优解(即妥当厘清全部因果关系问题,针对性地适用全有或全无原则)无法达至的现状下,生存机会丧失理论作为次优解是此类纠纷最适宜的解决方式。实际上,生存机会丧失所解决困境的根源在于医疗科

[86] 有学者曾经对裁判文书网一万四千余件医疗侵权案件进行数据分析,结果显示医方承担比例责任的概率高达77.99%。参见前引[77],满洪杰文。

[87] 参见广东省广州市中级人民法院(2018)粤01民终595号民事判决书。

[88] 关于精神损害赔偿的范围量定,参见叶金强:《精神损害赔偿制度的解释论框架》,载《法学家》2011年第5期。

[89] See Evers v. Dollinger, 471 A.2d 405 (1984).



学的技术限制，法律并不会如我们预期般作用巨大，最优解的出现更加依赖于医学技术的不断进步和持续发展。但在那以前，诊疗行为的评判会愈加公正客观，生存机会丧失理论的优势也将长期存在。

---

**Abstract:** According to the traditional causality theory, patients with a survival rate of less than 50% are difficult to meet the standard of proof due to the existence of existing diseases, and the result of patients suffering from medical negligence but unable to obtain compensation is obviously unfair. The traditional causal relationship theory and the loose causal relationship theory in comparative law did not solve the argument problem of loss of survival opportunity, but the accumulation of theory and judgment provided conditions for the creation of the theory of loss of survival opportunity. The loss of survival opportunity theory adopts the regulation approach of the damage theory, regulates the loss of survival opportunity itself as the object of damage, and finally determines the scope of damage compensation according to the proportional calculation method. In the localization construction of the theory of loss of survival opportunity, we should identify the real survival opportunity and clarify the applicable premise and scope of the theory. On the basis of norms, take the protection norms of general personality rights in the Civil Code as the basis of empirical law, and define the scope of damage through the combination of proportional compensation and dynamic consideration.

**Key Words:** loss of survival opportunity, causality, general personality right, damages

---

(责任编辑：徐建刚 赵建蕊)