

侵权法上生存机会丧失理论的本土化构建

季若望*

摘要

侵权法中的生存机会丧失案件在我国的司法实务中尚属新问题，自 2006 年以来高度相关性案例仅 77 件。经案例剖析，笔者发现该类案件中存在请求权基础不明，赔偿范围不统一、客观数据量化不足等问题。基于此，笔者提出应当将生存机会丧失的保护视患者存活情况分别纳入生命权和健康权的体系加以保护，并通过论证为机会丧失的救济不适用传统人格权侵害的“全有或全无”模式而改采“比例式赔偿”模式提供正当化基础。在赔偿范围层面，应当区分物质性损害赔偿与非物质性损害赔偿，且在原则上将前者列入比例赔偿范围内。在赔偿数额层面，应当力求客观数据的多样化与精确化，同时在计算方法上区分已发生损害和未来风险，分别采纳“比例式算法”和“多段结果算法”。

关键词：生存机会丧失 请求权基础 损害赔偿 医疗过失 比例式赔偿

Localization of Loss of Chance Theory in Tort Law in China

Abstract

The cases involving Loss of Chance Theory in Tort Law is still a new issue among judicial practice in China with only 77 related cases from 2006. It is not hard to discover the problems such as uncertain legal basis of compensation, disunity of compensation scope and short of objective data through case analysis. Based on the analysis, the article proposed that the compensation of loss of chance should be included into the right to life or the right to health based on the survival condition of the patient. Meanwhile, it is also discussed about the justification of adopting “Proportional Liability” rather than “All-or-Nothing” Approach for remedy of loss of chance. Further more, the compensation scope consists of the compensation for personal injury and mental distress compensation while proportional liability can only be applied on the former part. As for amount of compensation, it is supposed to pursue the diversity and accuracy of the objective data. Last but not least, Percentage Probability Computation is used for past harm and Weighted Average Computation is applied on unrealized risks for potential future harms.

Keywords: Loss of Chance, Legal Basis, Compensation, Medical Negligence, Proportional Liability

* 浙江大学光华法学院民商法学博士生，美国爱荷华大学访问学者。本文的写作过程得益于导师朱庆育教授的悉心指导和诸多指正，也得益于华东政法大学孙维飞教授，中南财经政法大学张家勇教授，浙江大学陆青教授、施鸿鹏博士，中国政法大学徐建刚博士等良师益友的建议，在此表示感谢。

一、问题的提出

机会丧失理论（Loss of Chance）是侵权法体系发展过程中出现的一个重要理论，其对侵权法原有的因果关系理论僵化死板的缺陷作出了一定程度的修补，对具体适用中的个案正义的衡平起到了举足轻重的作用，也因此为英美法系和大陆法系中的诸多国家所采纳。¹对于机会丧失理论而言，最重要的问题有二：其一，机会丧失的赔偿的请求权基础是什么？其二，赔偿的范围又应当如何划定？当然，关注这些问题最终都是为了解决理论的应用问题。

这一理论在我国曾引起若干关注，但在司法实务中却暴露出请求权基础不明、赔偿范围不统一、客观量化数据匮乏等问题。与之前的研究不同，笔者拟从司法实务中的生存机会丧失案例出发，揭示司法实务中机会丧失理论的适用之困境及原因，并以现行的法律体系为基础为生存机会的赔偿找到合适的理论基础，并提出具体的损害赔偿计算之方法，以为司法实务提供帮助。

二、司法案例之剖析

生存机会丧失在我国的医疗责任案件中并不多见，且在司法实务中其名称也并不统一。笔者分别以“生存机会”和“存活机会”为关键词在北大法宝搜索相关判例²，除去刑事案件、行政案件，仅民事案件统计结果如下：



综合来看，此类案件在 2006 年以前几乎难觅踪影。仅从 2006 年的南京脑科医院等与宋小妹等医疗损害责任纠纷上诉案³开始陆续增加，自 2014 年呈现爆发式增长，2016 年开始有所回落，2017 年仅统计至 7 月份。基于本文主要针对医疗过失领域的机会丧失案件，因此还需要从这部分案件中剔除相关性不大的民事案例⁴，剩余案件共计 77 件。从判例来看，我国司法实务中对机会丧失理论的运用主要有以下几个方面的问题需要解决：

（一）生存机会之赔偿请求权基础不明

¹ Eva Steiner, *French Law: A Comparative Approach*, Oxford University Press, 2010: 354.

² 结果统计至 2017 年 7 月 15 日。

³ 南京脑科医院等与宋小妹等医疗损害责任纠纷上诉案，江苏省南京市鼓楼区人民法院（2006）鼓民三初字第 413 号民事判决书；江苏省南京市中级人民法院（2007）宁民一终字第 741 号民事判决书（二审）。

⁴ 如黄志明等与刘慧婵生命权、健康权、身体权纠纷上诉案，广东省广州市中级人民法院（2015）穗中法民一终字第 2408 号民事判决书；何海诉上海勤璇实业有限公司等网络购物合同纠纷案，辽宁省大连市西岗区人民法院（2016）辽 0203 民初 2192 号民事判决书；季德生与李淑芹等生命权纠纷上诉案，天津市第一中级人民法院（2017）津 01 民终 2086 号民事判决书；邵条仙等诉绍兴市柯桥区钱清中学等教育机构责任纠纷案，浙江省绍兴市越城区人民法院（2015）绍柯民初字第 1428 号民事判决书；陈国胜等诉厦门海投新阳开发公司等生命权纠纷案，福建省厦门市海沧区人民法院（2010）海民初字第 1529 号民事判决书；蔡上秀要求宣告曾申明死亡案，四川省广汉市人民法院（2014）广汉民特字第 7 号民事判决书。

综观司法判例的行文结构，多数法官对于“生存机会”的描述仅有寥寥几句，如“医疗过失与不良后果存在一定的因果关系，这不良后果是指可能丧失的生存机会”⁵，“严重违反疾病诊治原则，将具有住院、PICU 住院指征的患儿放置留观，使白 X 丧失继续生存机会”⁶，“……在第二次住院期间的处理明显违反诊疗常规，使患者丧失最后生存机会”⁷，“……使患者丧失生存机会，存在过错且与患者死亡之间的因果关系难以排除”⁸等，不仅在用词上各不相同，在论证和定性上也不具备参考意义，反而更像是用以证明医方过错行为的一种论述。仅有少数案件中法官作出了较为正面的肯定式回应并引用鉴定意见中的相关比例数据加以佐证，如“该过错使患者丧失生存机会，被告应承担相应的赔偿责任。根据本案案情，本院酌定被告承担 70% 的赔偿责任”⁹，“该医疗过失行为使患者丧失了可能的生存机会，医疗过失的参与度拟为 20-25%”¹⁰，“医疗过错行为在被鉴定人康英的病情缓解、生存机会丧失中的过错参与度理论系数为 25%（参与度系数值 20%-40%）”¹¹，“……丧失了可能的生存机会，过错参与度可考虑为 25%”¹²。

如果抛开具体的生存机会数据来谈机会丧失，恐怕不止在论证之上缺乏力度，也会给法官的判决带来极大的障碍，或者从另一方面来说，给予法官过大的自由裁量权。从赔偿项目来看，尽管法院在多数判决中采取了比例判决的思想并以“司法/医疗鉴定”确定的“参与度（过错程度）”为计算依据，但其中是否包含了对生存机会的丧失以及何种赔偿项目是对生存机会丧失的赔偿却语焉不详，且“参与度”的概念¹³也并未有统一认识。从援引条文来看，法官一般引用的都是概括性较强的抽象性条文或已有赔偿项目明确指向性的列举式条文，而对请求权之性质本身并未有太多涉及（除部分案件中援引了生命权的概念及相关条文外），如此一来，判决中的损害赔偿之基础就有所模糊，法官也似乎更加倾向于根据条文得出赔偿结果，而并不关注条文所保护的权益究竟为何。但这样一来，机会丧失赔偿的问题似乎就在这种“和稀泥”的判决中显得更加难以判断。

事实上，这也是在医疗侵权案件类型不断发展的趋势下势必会出现的新型的权益保护与尚未作出反应的法律漏洞之间的矛盾。法官在判决中面临着双重困境：首先，在现行条文的体系下，我们很难轻易找到“生存机会”直接赖以涵摄的规范基础¹⁴，通过解释的方法将其纳入体系内仍存在较多困难（相关文献理论研究的欠缺和既有权利的涵盖界限）；其次，判例中法官所面对的是“医疗损害责任诉因”和“医疗损害责任鉴定”等方面的“双轨制”带来的实践混乱¹⁵，医疗事故的分级制度与鉴定体系的混乱已经基本堵死了法官进一步考量在

⁵ 彭泳钧等诉溆浦县康复医院等医疗损害赔偿纠纷案，湖南省溆浦县人民法院(2009)溆民一初字第 997 号民事判决书。

⁶ 廖 XX 与上海市第一人民医院医疗损害责任纠纷案，上海市虹口区人民法院(2011)虹民一(民)初字第 5121 号民事判决书。

⁷ 牛某等诉上海长海医院医疗损害责任纠纷案，上海市杨浦区人民法院(2011)杨民一(民)初字第 6823 号民事判决书。

⁸ 李良银、王雪玉与枞阳县人民医院、安庆市立医院医疗损害责任纠纷一案，安徽省安庆市迎江区人民法院(2015)迎民一初字第 00307 号民事判决书。

⁹ 袁良珍诉安徽省肥东县中医医院医疗损害责任纠纷案，安徽省肥东县人民法院(2014)肥东民一初字第 01653 号民事判决书。

¹⁰ 林某某、邱某某、邱炉生、邱华生、林发金与上杭县医院医疗损害责任纠纷案，福建省上杭县人民法院(2013)杭民初字第 65 号民事判决书。

¹¹ 李建国等诉华北煤炭医学院附属路南分院等医疗服务合同纠纷案，河北省唐山市路南区人民法院(2013)南民初字第 973 号民事判决书。

¹² 阿克苏地区第一人民医院诉张弓长等医疗损害责任纠纷案，新疆维吾尔自治区高级人民法院(2014)新民申字第 1397 号民事裁定书。

¹³ 仅有部分学者正面讨论“参与度”的问题，如杨立新：《论医疗过失赔偿责任的原因力规则》，载《法商研究》，2008 年第 6 期。

¹⁴ 尽管有相应的损害赔偿指导规范，如《医疗处理事故条例》第四十九条第三款。

¹⁵ 我国医疗侵权责任领域原来面对的是“医疗损害责任诉因”、“医疗损害赔偿标准”和“医疗损害责任鉴定”的三方面的“双轨制”所交织而成的混乱处境当中，在《侵权责任法》及其司法解释颁布以后，事

判决中为新型权益的保护进行解释乃至论证的空间，更多的是类似于工厂“流水线生产”一般的机械化适用。

相较而言，比较法上的判例就给出了较为明确的答案，比如直接在判决中指明生存机会是区别于过失医疗行为给患者造成的痛苦所对应的损害赔偿之外的一种独立的可赔偿项目，在最后的赔偿金额上也应做相应区分，仅对机会丧失的赔偿采取比例式计算方式¹⁶。因此，我们需要进一步就判决思路进行分析，以求在两个问题上得到明确的答案：其一，生存机会到底是否为法官意欲赔偿之范围？其二，如为肯定答案，则请求权基础何在？数额的确定固然重要，但性质界定却是必然前提，因为性质的界定决定了构成要件的苛刻程度和计算方式的合理性。

（二）精神损害抚慰金的数额确定问题

在涉及生存机会丧失的案例中，精神损害抚慰金是一种重要的赔偿形式，但在计算基础上对于精神损害抚慰金是否应当归入比例赔偿的范围¹⁷却在判例中呈现出两种意见：在大部分案例中，法官认为精神损害抚慰金不属于按比例赔偿的损害赔偿基础，“关于精神损害抚慰金是对死者家属（近亲属）的精神抚慰，不属于医疗责任范围内应划分比例的赔偿项目，应由侵害人全额向受害人的近亲属赔付”¹⁸；在另一部分案例中，精神损害抚慰金则作为比例赔偿的项目之一。这里可能涉及两个问题：其一，精神损害抚慰金是对生存机会丧失的赔偿么？如果是，其赔偿的生存机会本身还是损害赔偿的替代给付？请求权基础何在？其二，如果对生存机会丧失的赔偿，那其计算依据应该是什么？是否应当有比例式计算的空间？

在个案中，法官对于精神损害抚慰金是否列入以医疗过错参与度来基准的比例赔偿计算范围内存在不同见解，具体来看，如图所示：

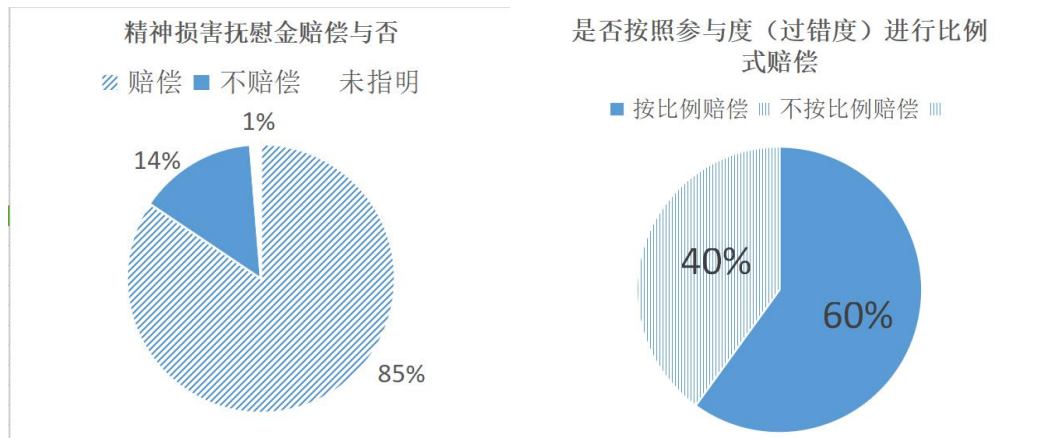
	精神损害抚慰金
赔偿	65（按比例赔偿的案件有 39 起，不按比例赔偿的有 25 起）
不赔偿	11
未指明	1
共计	77

实上对于“赔偿标准”的混乱已经得到一定程度的解决，尽管仍有案件根据《医疗事故处理条例》来处理（如禹城市人民医院与彭桂芳等医疗损害责任纠纷上诉案，山东省德州地区（市）中级人民法院(2015)德中民终字第 565 号民事判决书），但大多数案件中已经不再存在“双轨制”带来的混乱。反观其余两个领域，“双轨制”问题仍然普遍存在。相关内容及论证参见杨立新：《中国医疗损害责任制度改革》，载《法学研究》，2009 年第 4 期。

¹⁶ See 838 at Judgment of 890 N.E. 2d 819 (Mass, 2008).

¹⁷ 对于其他费用，法院普遍认为应当列入比例赔偿范围，故此处不与讨论。

¹⁸ 富裕县中医院与孟某某 2 等医疗损害赔偿责任纠纷上诉案，黑龙江省齐齐哈尔市中级人民法院(2016)黑 02 民终 1035 号民事判决书；梁某某等诉柳州市某某医院医疗损害责任纠纷案，广西壮族自治区柳州市鱼峰区人民法院(2012)鱼民初字第 355 号民事判决书。



另外，精神损害抚慰金还有两个至关重要的问题需要解决：其一，没有明确的方法可用于将无形的非金钱损害合理地转化为金钱赔偿；其二，精神损害的严重性（severity）个体差异较大，无法提出客观衡量标准¹⁹。有学者提出，应当从损害事实基础、责任基础、金钱评价三个重要因素出发，并结合损害类型、严重性程度、持续时间、因果关系贡献度、当地生活水准等因素进行综合权衡，在保障个案衡平的同时，引发法律安定性问题。²⁰但确定赔偿标准的主观因素太多并非好事，如何尽可能在客观因素的影响下确定精神赔偿抚慰金的数额就成了关键问题。

（三）客观量化数据匮乏

1. 缺乏既定病情（preexisting condition）的影响分析

既定病情在我国的法律法规中并非空中楼阁，如《医疗事故处理条例》第四十九条第三款就明确提到了“患者原有疾病状况”，但可惜的是，这只是法官对于损害赔偿的一个考量因素，而不包含请求权基础。而且大多数涉及生存机会的判决中，对于既定病情的分析或是寥寥数句，含糊其辞，一笔带过；或是直接得出“存在因果关系”的论证，给出数据比例，而未有相关佐证²¹；仅有部分案例给出正面性的回应，如“该医疗过失行为与患者死亡没有直接因果关系，患者属于急性重症胰腺炎，病情凶险，死亡率较高，患者自身疾病与死亡存在直接因果关系，本院认定被告上杭县医院以承担 25%的赔偿责任为宜”²²，“王某某自身病变是其最终死亡的根本原因”²³，更为关键的是，既定病情对于最终的损害结果的影响力未有定论，这会给生存机会的赔偿带来极大的困难。事实上，这也是我国类似判例中难以做到精确化比例判决的最大障碍，医学鉴定结论的论证不充分，导致损害赔偿的基础并不具备较强的说服力。

2. 生存机会的客观量化数据匮乏

在判例中，“生存机会”的丧失大多是作为一种主观的描述性语词出现，即使与数据相连，也只是在医方过错与最后的损害结果之间的参与度（过错程度）之上有所连接，而无客

¹⁹ 从医学诊断层面来说，其标准体现为“受害人是否能在遭遇损害之初（in the first instance）”忍受下来；不仅如此，这种痛苦的经历常常趋向于主观，因为其在某种程度上是一个人对于刺激的意识感知能力（conscious perception of a stimulus）。” See Mark Geistfeld, *Placing a Price on Pain and suffering: A Method for Helping Juries Determine Tort Damages for Nonmonetary Injuries*, California Law Review, Vol. 83, No. 3 (May, 1995), pp. 781.

²⁰ 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。

²¹ 如罗某某 1 等诉宜宾县李场镇中心卫生院医疗损害责任纠纷案，四川省宜宾县人民法院(2014)宜宾民初字第 700 号民事判决书。

²² 林某某、邱某某、邱炉生、邱华生、林发金与上杭县医院医疗损害责任纠纷案，福建省上杭县人民法院(2013)杭民初字第 65 号民事判决书。

²³ 朱秀兰、张四周等与枞阳县人民医院医疗损害责任纠纷一案一审民事判决书，安徽省枞阳县人民法院(2015)枞民一初字第 01904 号民事判决书。

观量化的“生存几率降低”的数据化体现，这样的论证基础上要对“生存机会”进行赔偿实属粗糙。反观美国侵权法相关案例中，法官加以赔偿的基础无一不是具体的“生存机会”的概率的量化数据，即使不能得到精确的数据，也有较为可靠的概率范围供法官参考，而非如我国判例中的司法鉴定，仅仅对整体的过错诊疗行为对最后的损害结果的影响作出判定。

此外，还有部分案件中明确出现“生存机会无法量化²⁴”、“生存机会的浮动范围²⁵”、“……使其丧失了一定的生存机会，与其死亡之间存在一定的因果关系，但就现有材料，确切的参与度难以确定”²⁶等鉴定结论，也给损害赔偿的计算带来了阻碍。在此类案件中，部分法院采取了“鉴定人出庭作证，给出比例”的方法来作为损害赔偿的依据，但问题在于鉴定结论中尚无法认定生存机会的大小，那最后的认定是否具备正当性呢？另外，这种的比例与生存机会的大小又并非同一事项，后者的认定或赔偿仍然没有正面客观的数据加以支撑，让人难以信服。

三、请求权基础：机会丧失与人格权保护²⁷

将机会丧失纳入人格权的体系内加以保护是生存机会在我国侵权法现行体系下得到救济的一种思考路径。这种路径的主要出发点是人格权（主要是集中于生命权与身体权、健康权的讨论中）的保护属于侵权法体系明确规定的人格权益，认定标准明确，举证责任相对简单，对患者及其近亲属利益的保护较为周全。生存机会丧失的诸多案例中，法官都在这方面作出了尝试。²⁸在此种讨论前提下，生命权与健康权是主要的讨论范畴，下文将予以详述。

（一）生命权

这种路径的主要出发点是生命权的本质在于对生命利益的尊重，而机会丧失（包括痊愈机会和生存机会）的实质恰恰是患者原本可能享有的生命利益由于医方过错医疗行为的侵害发生了人为的缩减。但将机会丧失纳入生命权体系加以保护并非顺理成章，至少需要回答两个前提问题：其一，生命权的保护实质是什么？其二，生存机会是否在其涵摄范围以内？只有在生存机会的保护目的与生命权保护目的相同或相似的情况下，才有可能实现将生存机会的保护纳入生命权的体系的目标。因此，前者是对我国民法体系中生命权含义和目的的明晰，后者则是将生存机会纳入生命权体系的尝试。

1. 生命权的保护

²⁴ 马某甲等诉重庆医科大学附属儿童医院医疗损害责任纠纷案，重庆市渝中区人民法院(2013)中区法民初字第 02666 号民事判决书；梁某某等诉柳州市某某医院医疗损害责任纠纷案，广西壮族自治区柳州市鱼峰区人民法院(2012)鱼民初字第 355 号民事判决书。

²⁵ 彭泳钧等诉溆浦县康复医院等医疗损害赔偿纠纷案，湖南省溆浦县人民法院(2009)溆民一初字第 997 号民事判决书。

²⁶ 武连彩等诉胶南市经济技术开发区医院医疗损害责任纠纷案，山东省青岛市黄岛区人民法院(2013)胶南民初字第 459 号民事判决书。

²⁷ 另外一种可能是，将机会丧失纳入法益框架进行保护。事实上，英美法系正是以此思路将生存机会的丧失本身视为患者的利益受损并加以赔偿。虽然本土化可行，但路径复杂许多，若采“奥卡姆剃刀原理”考量，则不应采纳。鉴于本文篇幅重点在于为实务判例提供参考，对于法益保护理论上的构建思路，笔者在此不予探讨。

²⁸ 法官在判决中明确以生命权为请求权基础并予以论证的，共计 10 件。具体为吴树曦等诉厦门大学附属中山医院医疗损害赔偿纠纷案，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；李某等与富蕴县人民医院医疗损害赔偿纠纷上诉案，新疆维吾尔自治区乌鲁木齐市中级人民法院(2012)乌中少民终字第 31 号民事判决书；阮盛宗、陈眉姿等与福安市妇幼保健院医疗损害责任纠纷案，福建省福安市人民法院(2014)安民初字第 4859 号民事判决书；袁良珍诉安徽省肥东县中医医院医疗损害责任纠纷案，安徽省肥东县人民法院(2014)肥东民一初字第 01653 号民事判决书；张庚来等诉中国石化集团中原石油勘探局第七社区管理中心等/医疗损害责任纠纷案，河南省濮阳县人民法院(2014)濮民初字第 2994 号民事判决书；原告胡程家、邵溢姣、胡某、胡静、胡建伟为与被告周志刚生命权纠纷案，浙江省宁波市海曙区人民法院(2015)甬海民初字第 983 号民事判决书；重庆市江津区中心医院与廖勇等医疗损害责任纠纷上诉案，重庆市第五中级人民法院(2015)渝五中法民终字第 01886 号民事判决书；谢敬平、谢挺等与黄山市人民医院医疗损害责任纠纷案，安徽省黄山市中级人民法院(2016)皖 10 民终 381 号民事判决书。

生命权为享受生命安全之人格的利益之权利。²⁹在机会丧失案件中，生命权的享有主体自然是患者本人，可是患者一旦遭遇死亡，生命权即失去权利主体，不存在损害赔偿问题。³⁰而近亲属则更不具备提起生命权侵害的主体条件，因而陷入权利遭侵害却无适格主体的尴尬。事实上，生命权的保护问题一直是人格权中存在争议较大的问题。从逻辑上来说，在生命权遭受侵害时，侵权法的矫正正义之目的和恢复原状之目的因主体之缺失必定要落空³¹，因而，生命权是唯一对其侵害只能由第三人主张权利的利益。³²

如果死亡赔偿制度之目的并非对死者的生命价值进行赔偿，而是救济因受害死亡事件而受到利益影响的第三人。因为生命具备不可替代性，无法进行金钱评价，但生命损害具有弥漫性³³，因此民法虽可以拒绝对生命本身予以赔偿，但对因生命丧失导致的相关损害，却需要加以填补。³⁴这不仅是我国学者的共识，也是欧洲各国法律所认可的事实。³⁵人的本质是社会关系的总和，因此，侵害生命权的损害赔偿真正旨在填补的就是受害人丧失生命所造成的社会关系的断裂，以金钱赔偿的方式来尽可能达到公平衡量受害人在世时所形成的社会关系所代表的经济价值，从经济上实现“恢复原状”的功能。

2. 生存机会的保护实质

在生命权保护制度的功能得到确认后，我们方可探寻其权利内容以期能将生存机会的保护纳入其内。

从比较法上来看，美国侵权法的实务判例中对生存机会丧失的保护已有 150 余年的历史，自 1867 年 *Craig v. Chambers*³⁶一案发生以来，理论的发展几经波折，但在赔偿的认定上却始终采取了肯定的态度。直至 1981 年 King 教授对生存机会的赔偿作出了经典定义：“……如果被告的侵权行为毁损或减少了原告获取更有利结果的期待，那么原告就应该得到对所失期待的赔偿。损害赔偿的基础是被告的侵权行为对原告得到更好结果的可能性的降低程度，且侵权行为是否真的降低此可能性并不影响损害赔偿的认定。”³⁷这种对既定病情的激化/加速部分被 King 教授称为“部分确定性损失（*partial/ less definitive losses*）”³⁸，在生存机会丧失案件中主要体现为生命存续期间的缩减。对此观点，尽管反对者有之，但其亦认为，生存机会的实质是原告被剥夺的获得更好结果的机会。³⁹

英国法上的 *Hotson v. East Berkshire Area Health Authority*⁴⁰一案中，法官对机会丧失的赔偿作出了肯定回答。*Gregg v. Scott*⁴¹一案中，尽管原告败诉，但其原因并非是机会丧失本身不可赔偿，而是因为原告无法给出有力证明。异议法官 Nicholls 认为本案中给出了明确的医学术语（存活率），医生并未履行他的保护义务从而导致病人未得到及时救治而降低了存活率，病人应该得到相应赔偿。也就是说，病人真正的损失是防止病情恶化和得到及时诊疗的

²⁹ 史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 146 页。

³⁰ 王泽鉴：《侵权行为》，北京大学出版社 2009 年版，第 102-103 页。

³¹ 张平华：《生命权价值的再探讨》，载《法学杂志》，2008 年第 1 期。

³² [德]克雷斯蒂安·冯·巴尔：《欧洲比较侵权行为法（下卷）》，张新宝译，法律出版社 2001 年版，第 70 页。

³³ 此处的弥漫性是指由于生命遭受侵害所带来的死者生命权损害以外的一系列附带损害，比如对其近亲属、被扶养人等主体的生活造成的影响。生命权的保护主要是从经济角度对这些附带损害进行填补。

³⁴ 孙鹏：《“同命”真该“同价”？——对死亡损害赔偿的民法思考》，载《法学论坛》，2007 年第 2 期。

³⁵ 前引[32]，克雷斯蒂安·冯·巴尔书，第 70 页。

³⁶ 17 Ohio St. 253 (1867).

³⁷ Joseph. H. King, "Reduction of Likelihood" Reformulation and Other Retrofitting of the Loss-of-a-Chance Doctrine, *The University of Memphis Law Review*, 1988, p492-493.

³⁸ Joseph. H. King, *Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences*, *The Yale Law Journal*, 1981, Vol. 90: p1364, 1370, 1377.

³⁹ Todd S. Aagaard, *Identifying and Valuing the Injury in Lost Chance Cases*, *Michigan Law Review*, Vol. 96, No. 5 (Mar 1998), p1339.

⁴⁰ [1987] AC 750, [1988] UKHL 1, [1987] 2 All ER 909.

⁴¹ [2002] EWCA Civ 1471, [2005] 2 WLR 268 House of Lords.

机会丧失，而这种损失的形成是由医生的过失所造成的⁴²，这才是患者能够请求赔偿的机会丧失的实质。

不难看出，尽管学者和法官可能在生存机会丧失的救济基础上见解不同，但却普遍认为是医生的过失诊疗行为对既有病情的激化导致了其生命周期的不当缩短，故应认可损害赔偿。

从笔者整理的我国判例来看，法官对于生存机会的见解也有相似之处，如“……被告福安市妇幼保健院的医务人员未能履行上述义务，……以致郑某某未能延缓生命期，丧失了生存机会”⁴³，“……被告南华附一医院诊疗方案不合理，治疗措施不力，导致患者失去了长期的生存机会”⁴⁴，“……诊疗过程中，未能尽到充分谨慎的注意义务，使患者失去了适当的治疗机会，与患者的丧失生存机会（或生存期）之间存在一定的因果关系”⁴⁵等。也就是说，生存机会的救济之所以在各个法律体系下均能得到救济，是因为法官均认可其本质是因为患者的既定病情被激化导致生命周期的不当缩短。从这一层面来说，生存机会的保护实质上就是对生命存续权的保护，也是生命维护权的权能体现⁴⁶，将其纳入生命权的保护体系并无障碍。

但值得注意的问题在于，笔者以上的论述是基于现有的司法判例现状都是在患者已经死亡的基础上提起的诉讼。但是在美国法⁴⁷、英国法⁴⁸等比较法的案件中，生存机会丧失的案例不仅仅包括患者死亡后近亲属提起诉讼的情形，也有存活患者本人提起诉讼的情形。那么，一旦认定生存机会的实质是生命权的保护，那么对于仍然存活的患者本人提起的诉讼⁴⁹，我们将如何看待？同样是生存机会的丧失，是否需要区别对待？这就需要我们利用身体权、健康权的框架加以探讨了。

（二）身体权

将机会丧失纳入身体权的体系予以保护主要是解决在患者并未遭遇死亡情况下的生存机会丧失之赔偿问题。与前文类似，我们在此需要解决两个问题：其一，身体权的保护实质是什么？其二，生存机会丧失之赔偿是否得以纳入此体系内？

1. 身体权的保护

身体权是自然人维护其身体组织器官的完整性并支配其肢体、器官和其他组织的权利，其权利客体包含身体及其组成部分和身体的完整利益。⁵⁰尽管未有明文规定，但多数学者倾向于认可我国民法上身体权的存在⁵¹。即将生效的《民法总则》中明确规定了身体权的存在⁵²，从身体权的保护内容来看，其主要包括身体利益的享有权⁵³、身体完整和安全的维护权⁵⁴、

⁴² Margaret Fordham, *Loss of Chance-A Lost Opportunity?*, Singapore Journal of Legal Studies, 2005, p213.

⁴³ 阮盛宗、陈眉姿等与福安市妇幼保健院医疗损害责任纠纷案，福建省福安市人民法院(2014)安民初字第4859号民事判决书。

⁴⁴ 刘检告等诉南华大学附属第一医院等医疗损害责任纠纷案，湖南省衡阳市石鼓区人民法院(2014)石民一初字第159号民事判决书。

⁴⁵ 朱秀兰、张四周等与枞阳县人民医院医疗损害责任纠纷一审民事判决书，安徽省枞阳县人民法院(2015)枞民一初字第01904号民事判决书。

⁴⁶ 有关生命存续权和生命维护权的讨论详见王利明：《人格权法研究》，中国人民大学出版社2005年版，第319页。

⁴⁷ See 189-190 at Judgment of N.W.2d 174 (Iowa 2003).

⁴⁸ [2002] EWCA Civ 1471, [2005] 2 WLR 268 House of Lords.

⁴⁹ 由于生命权的特殊性质，在患者存活的情况下，无论如何也不会涉及生命权的侵害，故只能从另外的权利体系中寻找救济基础。

⁵⁰ 前引[46]，王利明书，第342页。

⁵¹ 前引[46]，王利明书，第344-346页；张俊浩：《民法学原理》，中国政法大学出版社1997年版，第136页；施天涛：《生命健康权的损害赔偿新论》，载《政治与法律》，1991年第5期；杨立新：《论公民身体权及其民法保护》，载《法律科学》，1994年第6期；柳春光：《身体权概念的再界定》，载《辽宁大学学报（哲学社会科学版）》，2014年第6期。

⁵² 第一百一十条 自然人享有生命权、身体权、健康权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权、婚姻自主权等权利。

一定限度内的处分权能⁵⁵。综上，身体权保护的核心是身体组织的完全性，只有侵权行为损伤身体内部或外部之组织方可认为是身体权遭侵害，比如殴打、非法搜查、不当手术、割须断发等。⁵⁶

2.生存机会纳入体系的可能性

从实务案例来看，生存机会丧失的案件中，患者往往会因为医生的过失行为造成身体上的损害，即使未遭遇死亡的结果，也可能会有残疾或外伤等结果。但需要注意的是，这种身体上的损害结果，确属对身体权的侵犯，但并非生存机会的丧失，而是医生的过失行为所带来的身体损害。真正的机会丧失部分是患者因此而导致的生命期限的不当缩短，这种损害并不体现在身体的结果完整性上，而更多的体现于功能完整性上。即使患者仅仅因为医生的误诊/漏诊错失了治疗的良机导致病情恶化，也并未招致身体完整性的缺损，所以，将生存机会的赔偿纳入身体权的保护实为不妥。

（三）健康权

将机会丧失纳入健康权的体系予以保护主要是解决在患者并未遭遇死亡情况下的生存机会丧失之赔偿问题。与前文类似，我们在此需要解决两个问题：其一，健康权的保护实质是什么？其二，生存机会丧失之赔偿是否得以纳入此体系之内？

1.健康权的保护

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⁵⁷，其权能主要包括健康享有权⁵⁸、健康维护权⁵⁹等。综上，健康权保护的核心是身体机能和心理健康的功能完整性，与身体权所保护的外部机体的完整性正好形成互补，从而实现对生命物理层面的全面保护，再辅以生命权的保护，对其社会关系加以维护。

2.生存机会纳入体系的可能性

前已述及，生存机会丧失的赔偿本质是对患者生命因过失诊疗行为不当缩短的救济。在患者死亡的情形下，其属于对生命享有权和维护权的侵犯顺理成章，但在患者尚未去世的情形下，就不能借助生命权体系加以保护了，此时健康权体系就是最好的保护伞。从健康权的角度来看，生存机会的丧失实质上同时侵犯了患者的身体健康和心理健康。

从身体健康层面来看，生存机会的丧失无疑是对身体机能的破坏，因为这种丧失本身就

⁵³ 这种享有权一方面是指维持身体的完整，另一方面是指维持身体利益的安全，即对保有自身身体的各组织、器官并维持完整和安全的权利。需要注意的是，这里的身体利益仅指生物学上（物理上）的客观身体组织及利益，而不包括生理健康和心理健康层面的内容。与生命权一样，身体利益的享有权是身体权人实现其他权能的基础和来源，参见前引[46]，王利明书，第350页。

⁵⁴ 即身体权人在遭受侵害之时有权请求停止侵害、排除妨碍、消除危险等救济途径。这种权能既体现为积极的正当防卫、紧急避险等措施，也体现为消极的人格权请求权的行使。这种完整性主要体现在身体的物理完整性范畴，对于非法触摸等行为应当被视为对人格尊严权的侵犯。参见前引[46]，王利明书，第350-351页；柳春光：《身体权概念的再界定》，载《辽宁大学学报（哲学社会科学版）》，2014年第6期。

⁵⁵ 这种处分权的支配性体现在身体权人对身体的组成部分（器官或组织）在符合法律或公序良俗的前提下的放弃、捐献和对身体治疗或麻醉、针刺等介入手段的拒绝权和同意权。参见前引[46]，王利明书，第351-354页。

⁵⁶ 前引[30]，王泽鉴书，第102-103页。

⁵⁷ 前引[51]，张俊浩书，第137页。

⁵⁸ 自然人享有保持其身心健康的权利，包括生理健康和心理健康两方面。在生理层面，要求健康权人生理机能完整，各器官系统发育良好，功能正常，体质健壮且有良好的劳动能力；在心理层面，要求心理状态良好。但需要注意的是，健康并不是指无疾病状态，而仅指器官及系统乃至身心整体的安全运行，以及功能的正常发挥。参见前引[46]，王利明书，第376页；前引[51]，张俊浩书，中国政法大学出版社1997年版，第137页。

⁵⁹ 健康权人在遭受侵害时可以采取各种合法手段来维护自身的健康并要求停止侵害、排除妨害或消除危险。这里的侵害包括身体方面的侵害（出售腐肉或私用毒药以害人健康、使人感染传染病、散播有害健康之气体/液体），也包括心理方面的侵害（因名誉毁损或恐吓引起精神衰弱、延误怀孕确诊期以使妇女“不断的处于精神崩溃状态中”）。参见前引[32]，克雷蒂安·冯·巴尔书，第86页；前引[29]，史尚宽书，第148页。

是由既定病情的恶化/加速所带来的（可归责于过失诊疗行为的部分），当然影响了患者机体的功能完整性，且在某些情况下属于严重的健康权的侵害（比如癌症确诊期的延误可能会导致生存机会大幅度的降低，乃至从有治愈之希望跌落至无可医治）。

从心理健康层面来看，生存机会的丧失所造成的心理打击无疑是致命的。事实上，生存机会丧失的背后隐含的是患者对于生命延续的一种期待，这种合理期待由于非正常因素（医方过错）遭到破坏，从有治愈希望到希望渺茫乃至完全落空，其精神上遭受的痛苦（死亡提前来临所带来的恐惧等负面情绪）可能远远超出其身体上所遭受的痛苦，人世间最大的痛苦并不是死亡本身，而是明知死期降临却无可奈何的精神状态，很多死刑犯在面对死刑期限来临时所展现的与其犯罪时的穷凶极恶极其不相称的恐惧就是最好的写照。这种对恐惧感的赔偿绝非信口开河，德国法院就曾在某案判决中写到：“因疏忽延误了癌症确诊时间，由此而导致的病人对于肿瘤扩散的与日剧增的恐惧感构成了应当加以赔偿的非财产损失。”⁶⁰

综上，在患者仍然生存的情况下，将生存机会的丧失纳入健康权的体系加以保护亦不存在赔偿障碍，且和生命权体系形成互补，实现对生存机会的全面保障，真正体现对生命的尊重。

四、构成要件的检讨

在上文的探讨中，我们将生存机会的丧失纳入到生命权及健康权的体系中加以赔偿从法理基础上来说并不存在论证障碍，但真正需要注意的问题是我们所作的努力仅仅是为了让生存机会丧失的赔偿有法可依，有据可循，为司法实务中的法官裁判提供便利，为患者的权益提供更为全面的救济。但从本质上而言，生存机会的丧失所赔偿的仅仅应当是医生的过失行为所造成的相对应的生命周期缩减带来的损害，而非生命逝去的全部损害抑或其对健康造成的全部损害。然而，无论是侵害生命权的赔偿抑或是健康权的赔偿，从现有条文规定⁶¹来看“似乎”都是以“全有或全无”的形式来认可损害赔偿的，换言之，如果我们只是借用了“生命权”、“健康权”的框架体系加以救济而不对“比例式”的赔偿模式的正当化基础加以阐述，则本文的结论难免有自相矛盾之嫌。那么，如何在现有框架内合理化解此矛盾呢？我们不然无法绕过构成要件的探讨。对于机会丧失的保护而言，应有以下构成要件加以阐述：

（一） 既定病情的存在

既定病情的存在是机会丧失案件不同于一般的侵害生命权/健康权案件的最大特征，也是机会丧失理论诞生的根本原因。在此类案件中，医生的过失诊疗行为激化了既定病情的发展，并与既定病情一同促成了最终损害结果的产生，因而我们无法将所有的损害结果归责于医生。尽管无法做到绝对精确化测定，但我们仍可以通过专业的鉴定数据来测定既定病情的影响力以尽可能使医生承担与其过失行为程度相当的损害赔偿赔偿责任。

从另一个侧面来说，我们要区分某案件是否为本文所探讨的机会丧失理论案件，就要确定医生的过失诊疗行为所造成的损害是否与既定病情相关联，如果此损害结果的发生与既定病情存在与否并无相关，则此案件为普通的医疗损害赔偿案件，不适用“比例式”赔偿模式。

⁶²

（二） 医生的过失诊疗行为

医生的诊疗行为是否存在过失要视其是否违反现有法律、行政法规、部门规章中所明确的注意义务为标准。同时需要注意的是，出于医疗活动的专业性和复杂性，为衡平医患双方

⁶⁰ 参见慕尼黑上诉法院 1995 年 2 月 9 日之判决，载 NJW1995 年，第 2422 页。转引自前引[32]，克雷斯蒂安·冯·巴尔书，第 86 页。

⁶¹ 《民法通则》第 98 条、第 106 条、第 119 条、《国家赔偿法》第 34 条、《侵权责任法》第 16 条、第 17 条、《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 1 条、《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 1 条、第 17 条、第 18 条、即将生效的《中华人民共和国民法总则》第 110 条。

⁶² 如 McMullen v. Ohio State University Hospital, 88 Ohio St. 3d 332 (2000).

利益，医疗损害赔偿案件中的“过错”一般仅指“过失”。⁶³在这一点上，机会丧失案件与一般的侵害生命权/健康权的案件并无差异。

（三） 损害结果

在机会丧失案件中，医生的过失诊疗行为造成的损害结果是对患者既定病情的激化/加速而导致的生存机会的丧失/减少，而非最终损害结果，这是“比例式赔偿”的核心要件。因此，最重要的问题是区分最终损害结果中既定病情所影响的部分和过失诊疗行为所影响的部分。但正因为两者相互促进，导致最终损害结果无法精确测定，因此，我们通常将生存机会丧失的部分视为此时过失诊疗行为所造成的损害结果，也就是 King 教授所提出的“部分确定性损失”⁶⁴。

传统的因果关系理论中，侵权人之所以要承担全部的损害赔偿责任，是因为其侵权行为对最终损害结果的作用力远远大于其他原因，基本上可以视为导致了“全部的损害结果”。但在机会丧失案件中，既定病情的影响力完全超出“可以忽略”的范畴，不仅是造成损害结果的重要因素，而且在部分案件中甚至是“决定性因素”，而医生的过失诊疗行为只是起到了激化/加速病情发展的作用，因此使其承担“全有或全无”的赔偿责任显然并不合理。但如果我们能准确界定过失诊疗行为所造成的损害结果部分（评估层面），那么再对此部分适用传统的“全有或全无”规则（因果关系举证层面）就不存在此种弊端了，因为医生只是承担了与其侵权行为原因力相当的损害赔偿责任。⁶⁵同时，如果我们仔细观察现有的生命权/健康权保护的法律法规，就会发现其并未将“全有或全无”规则限定于全部的最终损害结果之中，而是仅仅存在于与侵权行为具有因果关系的损害结果之上。事实上，即使条文中列举了诸多赔偿项目，但法官也只能认可原告有证据证明因果关系存在的部分。从这个角度上来说，法官通过过失诊疗行为对生存机会减少的概率部分适用“全有或全无”规则就达到了“机会丧失理论”的效果且并不违反现行法的规定，因为“机会丧失理论”的实质就是在“部分确定性损失”的因果关系上适用传统规则⁶⁶。

（四） 过失诊疗行为与损害结果之间的因果关系

前文已述，机会丧失理论中的因果关系事实上沿用了传统的“全有或全无”规则，所以与普通的侵害生命权/健康权案件并无二致，此处无需赘述。

（五） 小结

综上所述，尽管我们在生存机会丧失的损害赔偿上借助了生命权/健康权体系的框架，但在损害的评估/界定部分却与传统的侵害生命权/健康权案件相区分，这也是侵权责任中“个人仅对其过失行为所肇致之损害负责”⁶⁷的题中之义。通过构成要件的检讨，我们为机会丧失保护的“比例式赔偿”模式提供了正当化基础。

五、 机会丧失的赔偿范围及限制

（一） 赔偿范围的确定

1. 计算基础

从美国侵权法的实务经验上来看，其案例判决中对生存机会的赔偿基本是以数据化、客观化的思路进行计算的，尽管赔偿与否以及赔偿的合理性掺杂了法官的价值判断，但用于计算赔偿金额的却始终是科学数据（概率点或概率范围），法官以此为赔偿依据，而不会径直予以变更或抛弃不用。尽管数据本身未臻绝对精准，但法官的严格遵守却在一定程度上保证

⁶³ 张新宝：《中国医疗损害赔偿案件的过失认定》，载朱柏松、詹森林等合著：《医疗过失举证责任之比较》，华中科技大学出版社 2010 年版，第 62 页。

⁶⁴ 有关“部分确定性损失”的论述详见前引[38]，Joseph. H. King 文：p1364-1377.

⁶⁵ 举例而言，如果该患者的生存几率减少了 30%，那么就针对损害总额的 30%的部分适用“全有或全无”的赔偿规则，从而达到实质上的“比例式赔偿”效果。

⁶⁶ 事实上，这种以原因力为损害赔偿基础的做法并非创新，类似的可见于无意思联络的数人侵权责任。《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》第三条就是例证。

⁶⁷ 前引[30]，王泽鉴书，第 12-13 页。

了判决结果的公平。而且，法官的判决中会明确指出赔偿生存机会的金额部分，而非将之与过失医疗行为对患者造成的其他损害相混同。这样一来，赔偿的对象、赔偿的原因和赔偿的计算则都有据可循，令人信服。

比较来看，由于法律体系的不同（我们须有明确的请求权基础，但美国法上的判例虽依据了《错误死亡法》的规定，但其规定仅为损害赔偿项目，非请求权基础），我们的法官一方面限于条文的匮乏无法对生存机会丧失的救济提出明确统一的适用规范，另一方面又在个案的判决中察觉到了对生存机会之丧失不予理会可能带来的实质不公平，因此在判决中显得犹豫不决，瞻前顾后。在上文对比较法予以借鉴且对生存机会在本土化背景下可能的救济途径进行探讨后，我们还需要为赔偿问题提供一些实际性的考量标准，以便对司法实务真正带来帮助。由此，我们的计算基础中的考量因素应该尽量遵循一个标准：尽可能减少价值判断因素，增加客观化、精确化的科学数据及其他依据，合理限制法官的自由裁量权。具体来看，笔者认为有以下几个因素值得参考：

1. 客观的生存概率

这是计算生存机会丧失最重要的客观依据之一，生存概率的大小决定了当事人得到赔偿数额的多少，因此其客观化与精确化对于生存机会的损害赔偿来说至关重要。事实上，这也是我国的司法判例中普遍缺乏精细化的一环，主要体现为鉴定意见对生存机会的描述与过错行为的描述并没有相区分，数据参考也是以“参与度/过错程度”的形式出现，让人无法确定这一百分比到底是医生的过错行为与患者的全部损害结果之间的原因力大小，还是仅仅对生存机会丧失的原因力大小。

综观医疗鉴定和司法鉴定相关的法律法规，笔者并未发现与“参与度”相关的条文，仅在《医疗事故处理条例》第三十一条、第四十九条中发现与之可能类似的“责任程度”的描述，但在判例的鉴定意见中，有接近半数的医疗/司法鉴定意见（37/77）中采取了“参与度”的描述，其余的案件中则有“过错参考度”⁶⁸，“关联程度”⁶⁹，“原因力大小”⁷⁰等不同语词。也就是说，在没有法律法规明确支持的情况下，“参与度”已经作为一个通行概念在鉴定意见中出现。那么，“参与度”的含义究竟是什么？

有学者指出，“参与度”的概念来自法医学鉴定中的损伤参与度，即在外伤与疾病共同存在的案件中，诸因素共同作用导致某种后果，即暂时性损害、永久性功能障碍和死亡，外伤在其中所起作用的定量分割（或因果比例关系），即为外伤在该案件中的参与度⁷¹。因此，医疗过错行为中的“参与度”概念则为同时存在医疗过错行为、患者疾病因素等众多致害因素的医疗纠纷案件中，判断医疗过错行为在患者发生的损害结果上的参与程度。⁷²

首先，这种来源的判定并非得到学者⁷³和法官⁷⁴的普遍认可，也不具备现行法律条文的支持，仅为一家之言。其次，在我国医学损害责任案件中，“医疗过错”和“医疗过失”概念之混用颇为常见，有学者认为，“医疗过错”行为之概念并不准确，因为“过错”包含“故

⁶⁸ 新疆生产建设兵团第十师北屯医院与张修全等生命权纠纷上诉案，新疆生产建设兵团第（农）十师中级人民法院(2012)农十民终字第 00031 号民事判决书。

⁶⁹ 尹宝礼等诉黄石市中心医院医疗损害责任纠纷案，湖北省黄石市黄石港区人民法院(2014)鄂黄石港民初字第 00071 号民事判决书；中国贵航集团三〇二医院与刘俊医疗损害责任纠纷上诉案，贵州省安顺地区（市）中级人民法院(2014)安市民终字第 100 号民事判决书。

⁷⁰ 莫红燕等诉浙江萧山医院医疗损害责任纠纷案，浙江省杭州市萧山区（市）人民法院(2015)杭萧民初字第 719 号民事判决书。

⁷¹ 定义来自北京市高级人民法院法医室伤与病关系研究组：《外伤在与疾病共同存在的案件中参与度的评判标准（草案）》，载《法律与医学杂志》，1994 年第 1 卷（第 2 期）。

⁷² 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。

⁷³ 就笔者参考过的文章而言，并未有其他文章指出“参与度”概念的来源或法律基础，而是直接在文中予以使用并论述。

⁷⁴ 就笔者所研究的判例而言，尽管“参与度”的概念使用较为普遍（接近一半），但仍未达到“共识”的地步，亦未有法官对此概念加以详述。

意”和“过失”，但在机会丧失案件乃至医疗侵权行为中，医方行为普遍仅为“医疗过失”行为，否则构成刑事犯罪行为或一般侵权行为⁷⁵。因此此处所用“参与度”之概念以“医疗过错行为”为前置条件予以解释，是否妥当值得商榷。退一步说，即使我们认可这一来源和概念的鉴定，随之而来的问题是我们仅仅只有“参与度”的数据，而没有既定病情的影响力数据或其他影响因素的数据，这种“参与度”的精确程度是否足够直接作为判决所依赖的唯一依据？有学者指出，在参与度的基本理论中，当医疗过失、疾病等多种因素参与时，要同时分析诸因素的原因力，研究他们的相加之和，这样才能使参与度的鉴定有理有据⁷⁶，实资赞同。

笔者所搜索的案例当中，生存机会的数据不仅少有明确提示，亦缺乏医疗过失行为就诊前后的数据对比，因而无法得出生存机会实际减少的数额，仅仅只能得到医疗过失行为发生后的生存机会大小（甚至只有“参与度”的大小），这与美国侵权法上有明确的生存机会大小的前后对比的差值提取模式相比说服力大大减小。更有学者提出“参与度”的计算公式，明确“参与度”并非“机会丧失率”：责任比例=25%*机会丧失率+10%。⁷⁷也就是说，如果法官真依此公式予以判决的话，那么，损害赔偿的数额并非对纯粹机会丧失的赔偿。

事实上，有学者已经在数据量化层面作出了努力，将参与度数值与因果关系的比例程度相联系，作出了参考值的对应图表⁷⁸，尽管在具体因素的列举与数据全面性层面仍未臻完善，但与司法实务中仅仅提出“参与度”概念而未加分析并直接用于计算判决结果的粗糙做法而言，已经是有所进步了。在不断追求判决结果精确化、客观化的方向下，我们应当努力做到的是如何在现有模式下将“参与度/过错度”与生存机会比率挂钩，乃至解释为生存机会丧失率，才能真正体现出对生存机会丧失的比例式赔偿的原意。

II. 既定病情的影响力

在机会丧失的赔偿中，最大的难点在于既定病情和医疗过错行为共同促成了病情的恶化和最终的死亡结果，而具体的原因力大小无法给出客观化的准确依据。因此，在我们采纳以实验数据为基础的生存率来考虑机会丧失的赔偿之时，自然要将患者既定病情的影响考虑在内。前已述及，在医疗损害责任案件的判例现状下，我们欲将判决结果推向客观化、精准化，既定病情的影响力数据是必不可少的参考要件。

事实上，按照我们对机会丧失赔偿的实质定义而言，最合理的赔偿方法应当是仅对医生的过失诊疗行为对既定病情的激化程度进行数值衡量，并予以直接赔偿，而非将机会丧失的百分比与总损失额相乘，因为总损失额当中包含了既定病情对最终损害的影响，因此从最终结果上来看，医方承担了高于其责任额度的损害赔偿数额。⁷⁹但是，机会丧失案件的难点恰恰就在无法准确区分既定病情与过失诊疗行为对最终损害结果的影响，因此，就案件性质而言，目前的确认生存机会减少的百分比之方法仍属首选。

在此基础上，对既定病情影响力的评估就成了影响机会丧失百分率的一个关键因素了。笔者并无医学知识背景，不敢对评判标准妄自揣测，但既然“参与度”之标准来源于《外伤在与疾病共同存在的案件中参与度的评判标准（草案）》（下称“标准”），那么不妨以《标准》中的相关条例做类比参考。《标准》的第十四条至第十八条中较为详细地规定了参与度的评判标准，以既定病情的症状/体征/器质性改变为标准加以界分，具有一定的合理性，可

⁷⁵ 学者对此有详细论述，笔者于此不再赘述，参见杨立新：《医疗损害责任概念研究》，载《政治与法律》，2009年第3期。

⁷⁶ 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。

⁷⁷ 张四平，黄伟宣，程时和，李新，孙岩：《机会丧失医疗损害的鉴定》，载《中国司法鉴定》，2013年第3期。

⁷⁸ 彭书雅，夏文涛：《机会丧失医疗纠纷因果关系及参与程度鉴定分析》，载《证据科学》，2013年第3期；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。

⁷⁹ Todd S. Aagaard, Identifying and Valuing the Injury in Lost Chance Cases, Michigan Law Review, Vol. 96, No. 5 (Mar 1998), p1351-1353.

资参考。同时，在既定病情对最终损害的贡献度方面，可参照事件树分析法或鱼骨图分析法做定性及定量分析⁸⁰。

当然，这里需要特别指出的是，如果有证据表明，最终损害的产生与既定病情并无联系，纯粹由过失诊疗行为引起，那么这就并非本文所指的“生存机会丧失”类型，而仅为单纯的医疗损害责任案件，不适用本文的计算基础及方法。

III. 损害的总额

所谓损害的总额，就是指用于计算机会丧失所依据的总损失额应当包含哪些赔偿项目，即比例式赔偿范围界限及于何处，这是计算基础的核心内容。对于这个问题，我们不妨先看看具有丰富判例经验的美国侵权法上是如何处理的。

从美国侵权法的理论上来看，学者大多只在抽象的费用意义上给出方向，或是（因机会丧失而）增加的机体痛苦（physical pain）或其他身体损害（physical losses），情感损害（emotional losses）和间接损害⁸¹（consequential damages）。⁸²；或是生存机会中所蕴含的未来收益（future benefits），即患者如果存活情况下可能获得的利益，考量因素包括积极因素（年龄，身体健康状况和收入能力）和消极因素（存活情况下的既有病情的影响）⁸³；或是将机会丧失理论看做是一种单纯的因果关系的判断标准，适用于所失利润（loss of profits），或者从更广义上来看，适用于根据通常情况下因果关系所采纳的参数标准来看无法得到证明的损害⁸⁴。但这些概念均无法对实务产生明确的指导性意义，就像是给法官一把无锋之剑，难堪适用。

从实务上来看，大多数判决中也并未涉及具体的赔偿项目，仅仅是以总额的方式出现。但值得注意的是，在 *Matsuyama v. Birnbaum*⁸⁵ 一案中，有法官指出，总额应当参照传统的“全有或全无”规则下所产生的最终损害（ultimate harm）的总价值：如果患者死亡，则依照错误死亡法（wrongful death statute）的相关规定予以计算；如果患者并未死亡，则根据医疗过失案件中对身体损害的规则进行计算）。⁸⁶

在本案中，法官就引用了《马萨诸塞州一般法注释》（Massachusetts General Laws Annotated）第 229 章第 2 节的错误死亡（生存机会丧失被视为错误死亡的一种类型）中的损害计算方法，该节中明确列举了机会丧失案件中的赔偿项目，即（1）死者相对于有权代替其接受损害赔偿的主体的价值，包括但不限于死者的预期净收益（expected net income）、对有权接受此损害赔偿的主体的服务（services）、保护（protection）、照料（care）、援助（assistance）、社会费用（society）、社会交往（companionship）、抚慰（comfort）、引导（guidance）、法律顾问（counsel）和建议（advice）；（2）合理的丧葬费；（3）在死亡结果是由被告的恶意/故意/疏忽大意的行为或重大过失行为造成时，原告可以请求不低

⁸⁰ 详细论述参见刘鑫：《医疗损害鉴定之因果关系研究》，载《证据科学》，2013年第3期。

⁸¹ 比如额外增加的医疗费用。

⁸² Todd S. Aagaard, *Identifying and Valuing the Injury in Lost Chance Cases*, Michigan Law Review, Vol. 96, No. 5 (Mar 1998), p1344-1345.

⁸³ 前引[38], Joseph. H. King 文: p1382-1383.

⁸⁴ See C. Castronovo, *La Nuova Responsabilita Civile* (3rd edition, Giuffrè, Milan 2006), p. 545, note 212 and p. 761-763. Supporting loss of chance as loss of profit within the domain of pre-contractual liability, in opposition to what is accepted by the author within the remaining domains of civil liability, see A. Sagna, *Il Risarcimento del Danno nella Responsabilita Precontrattuale* (Giuffrè, Milan 2004), p. 138 et seq. Never taking a stand on the definition of loss of chance, but taking note of the terms of controversy and hesitations among court decisions, see A. Baldassari, *Il Danno Patrimoniale* (CEDAM, Milan 2001), p. 177-199; and T. Gualano, 'Perdita di chance', in G. Vettori (ed.), *Il Danno Risarcibile* (Volume I, CEDAM, Padua 2004), p. 121-190. Cited from Rui Carodna Ferreira, *The Loss of Chance in Civil Law Countries: A Comparative and Critical Analysis*, Maastricht Journal of European & Comparative Law, 2013(20): 63.

⁸⁵ 890 N.E. 2d 819 (Mass, 2008).

⁸⁶ See 840 at Judgment of 890 N.E.2d 819 (Mass. 2008).

于五千美元的惩罚性损害赔偿。在本案中，法官援引了第一条作为生存机会的计算基础。⁸⁷但由于各州的错误死亡法规定不同，因此损害总额的计算方法也有差异。⁸⁸

同时需要注意的一个问题是，过失诊疗行为中所产生的患者的实际痛苦和机会丧失的赔偿和机会丧失的部分是否应当分开计算。在部分案例中，法官明确认为，应当予以界分并对机会丧失部分进行比例式赔偿，而不将患者遭受的痛苦赔偿列入其中。具体来说，患者遭遇的痛苦有两种：其一，由医生的过失诊疗行为所引起的与机会丧失明显背离的疼痛和煎熬（pain and suffering），对这部分的赔偿与其他任一医疗过失案件遵循相同的规则，不列入比例赔偿范围内；其二，最终损害结果隐含的疼痛和煎熬部分，比如胃癌的致死过程中所带来的痛苦。这部分痛苦即使没有医生的过失诊疗行为可能也会产生，因此医生只需要对其过失行为所导致的患者避免这种痛苦结果的可能性的减损部分负责，这部分痛苦应当计入比例赔偿范围。⁸⁹亦有法官明确指出，这样的区分方式并不公平，因为其并没有考虑到生存机会丧失案件中患者并未死去的情形，同时亦与机会丧失案件中比例式赔偿模式出现的初衷（用以防止“全有或全无”的僵化，但区分损害却对痛苦部分的赔偿予以全额赔偿）相违背⁹⁰。笔者认为，是否应当区分，还是要回归到生存机会的赔偿本质上，即医生仅对其过失诊疗行为造成的对既定病情的恶化部分负责，因此应当予以区分。

综上，美国侵权法上对于机会丧失的损害赔偿计算原则是，以生存机会的丧失率与传统医疗案件中按照错误死亡法计算的损害赔偿总额的乘积作为生存机会丧失的赔偿金额。从法理上看，其意图对过失诊疗行为造成生存机会的减损部分进行赔偿，以使医方的赔偿责任与其对结果的原因力大小相适应，一定程度上实现了“实质正义”。

回归到本土化体系建立的背景下，在前文已经将生存机会纳入生命权、健康权的体系加以赔偿的基础上，我们大可以参考美国侵权法的损害赔偿的思路，在传统的侵害生命权/健康权案件的损害赔偿总额的基础上折算出医生对其过失诊疗行为所应负责的部分即可，具体如下：

（1）生存机会丧失的物质损害赔偿

以前文的论述为基础，此处的赔偿项目应当根据侵害生命权所救济的赔偿项目展开。我国对于人身损害赔偿案件的处理模式⁹¹区分了所受损害（具体损害）和所失利益（抽象损害），对于前者采取“差额赔偿”的计算方法，对于后者采取了“定型化赔偿”的方法。⁹²

其中，为治疗和康复支出的合理费用及其他预计收入和因误工减少的收入主要包括医疗费、误工费、护理费、交通费、住宿费、住院伙食补助费、必要的营养费等为治疗和康复支出的合理费用和因误工减少的收入。从赔偿项目来看，如果要纳入生存机会的保护范畴，那么按照“差额说”应当是医生实施过失诊疗行为前后的利益差值，即因此而增加的费用和减少的利益。

笔者以为，原则上，为治疗和康复支出的合理费用应当列入比例赔偿范围。因为医疗费、误工费、护理费等费用在患者既定病情被及时确诊的情况下仍可能有所支出，真正与医生的过失行为相关联的是在正常的既定病情治疗费用以外新增的因过失行为导致的后续治疗和

⁸⁷ See 828 at Judgment of 890 N.E. 2d 819 (Mass, 2008).

⁸⁸ 孙鹏：《英美死亡损害赔偿制度及对我国的启示——以死亡损害赔偿额的计算为中心》，载《甘肃政法学院学报》，2012年第1期。

⁸⁹ See 839 at Judgment of 890 N.E. 2d 819 (Mass, 2008).

⁹⁰ See 189-190 at Judgment of 670 N.W.2d 174 (Iowa 2003).

⁹¹ 从现有条文的规定来看，对生命权遭受侵害的赔偿条文主要有《民法通则》第98条、第106条、第119条、《国家赔偿法》第34条、《侵权责任法》第16条、第17条、《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1条、《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1条、第17条、第18条、即将生效的《中华人民共和国民法总则》第110条。

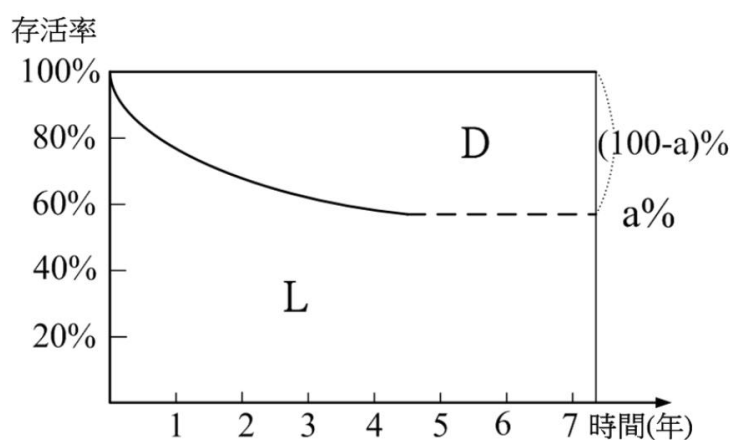
⁹² 张新宝主编：《人身损害赔偿案件的法律适用——最高人民法院法释[2003]20号民事判决书解读》，中国法制出版社2004年版，第270-271页。

康复支出的费用，比如因为医生的误诊导致的病情恶化以后需要接受额外治疗的费用（比如及时发现即可避免接受的放疗或化疗）。对于这部分费用，有学者认为，属于客观赔偿范围，应给予全额赔偿，无机会丧失率之应用⁹³，笔者认为可资赞同。但问题在于，机会丧失案件与普通人身侵害案件不同的地方在于既定病情对于最终损害的影响无法精确判定，从上述相关费用的赔偿规定来看，其各项费用的赔偿依据应当是与侵权行为存在因果关系的部分，但在机会丧失的判例中，原告方所列举的费用依据往往是患病前后的总费用，因此若予以全额赔偿，则对医方显然不公平，而以生存机会丧失率为基准予以比例赔偿，则真正体现了医方对其过失诊疗行为所造成损害部分的责任。当然，如果患者能证明费用部分是由于医生过失诊疗行为所造成的“增加的费用”，则应当认可其全额赔偿，而不适用比例赔偿原则。

对于因误工减少的费用部分，我们应当以同样的标准去看待，即“是否为过失诊疗行为所增加的必要费用”。事实上，由于既定病情因素的存在，我们依然无法准确判定不存在过错诊疗行为的情况下，患者是否会因病情本身的发展而产生误工费。因此，原则上，我们还是应当将之列入比例赔偿的范围以内。只有当原告能够举证说明误工费属于“增加的必要费用”之时，我们才可予以全部赔偿。⁹⁴

至于死亡赔偿金和残疾赔偿金的问题，由于我国采取了“定型化赔偿”的模式，因此只需以此数额为基础予以计算即可。唯需注意的是，与死亡赔偿金不同的是，残疾赔偿金中的劳动能力丧失部分可能存在程度上的认定，这种认定需与其收入能力相挂钩，以对收入能力的实际影响为基准来判断，而非仅仅以残疾等级为认定标准，这也是《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 25 条第 2 款的含义所在。

对此，有学者⁹⁵从数据化的角度提出了损害赔偿的意见，以图表的方式来阐述生存机会减少的赔偿原理。简单来看，其所依据的图表如下：

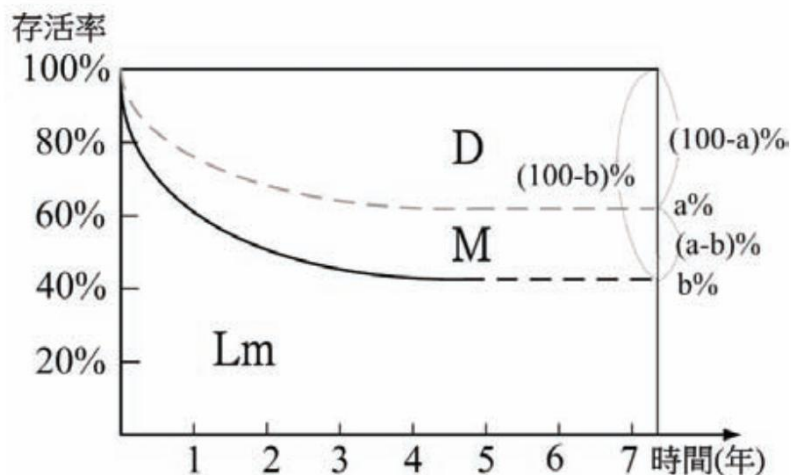


〔圖一〕五年存活率為 a% 之存活率曲線

⁹³ 吴志正：《实证医学数据于医疗事故损害赔偿上之意义》，载《台大法学论丛》，2011年3月，第40卷第1期。

⁹⁴ 比如及时确诊既定病情的情况下，患者本无需耽误工作进度，但因过失诊疗行为对既定病情的激化不得不放弃工作。

⁹⁵ 吴志正：《实证医学数据于医疗事故损害赔偿上之意义》，载《台大法学论丛》，2011年3月，第40卷第1期。



其中 $a\%$ 代表患者就诊前的生存率， $b\%$ 代表患者就诊后的生存率。该学者认为，患者的总收入损失为 $a\% \times$ 健康时收入，如果原告能够举证其实际收入之减损值，则以该数值直接与 $a\%$ 相乘；若不能举证，则以 $(a\% - b\%) \times a\%$ 为基础相乘。⁹⁶

笔者认为，这种计算方法值得商榷。该学者的计算思路并不难理解，即以生存率来衡量患者的收入能力，但问题在于即使生存率降低，并不一定实际影响患者的收入能力，这也是为何司法解释中以对劳动能力的实际影响为标准，而非仅仅基于残疾能力之等级鉴定。同时，生存率的减少部分并非意味着收入能力的降低，而是反映医生的过失诊疗行为对结果的原因力大小。

因此，笔者以为，原则上，残疾赔偿金应当列入比例赔偿范围内，此为原因力判断的结果。当然，如果有其他证据能够证明收入能力的降低是单纯由于医疗过失行为造成，而无既定病情的影响时，则应当认定全额赔偿。

(2) 生存机会丧失的非物质损害赔偿

事实上，从笔者所收集的判例上来看，法院的普遍认识是对上述费用列入比例赔偿范围并无分歧，笔者逐一分析不过是为其判决结果加强论证而已，但对精神损害抚慰金的赔偿则不然，个案之中对于精神损害抚慰金的赔偿不仅存在是否纳入比例赔偿范围的分歧，连比例的依据方面都存在一定分歧。为此，我们需要讨论精神损害抚慰金的赔偿实质以及是否应当列入生存机会丧失赔偿的比例范围。

精神损害抚慰金的赔偿实质是对精神痛苦的救济，从赔偿目的来看，其相较于其他赔偿项目而言明显更具备合理性和优势：

其一，精神损害抚慰金的请求主体并不限于受害人，也包括已死亡的受害人的近亲属，因为在此类机会丧失案件当中，受害人并非都因侵害致死，有可能只是残疾或出现未来的患病风险，那么，精神损害抚慰金就很好的填补了请求主体的问题（如果患者死亡，对近亲属造成的精神痛苦当然可予以救济；如果患者生存，那么其自身遭遇的精神痛苦可以得到救济）；

其二，精神损害抚慰金更符合“生存机会”的救济目的。因为患者在生存机会丧失之际，所遭受的并非仅仅是身体上的痛苦和额外增加的治疗上，更重要的是难以面对生存希望被急剧扣减、生命期限所剩无多的精神痛苦。精神痛苦的赔偿实质上有一定的准入门槛，通常情况下需要有病理上的效果，如官能症或精神病的症状。但在特殊情况下，丧失所爱亲人的悲

⁹⁶ 吴志正：《实证医学数据于医疗事故损害赔偿上之意义》，载《台大法学论丛》，2011年3月，第40卷第1期。

痛在适用一般条款的法律制度中也能获得补偿，且不以悲痛达到病理上的要求为前提。⁹⁷在生存机会案件中，毫无疑问患者本人对生存机会的降低乃至削弱至无是绝望而沉重的打击，因此在本人存活的情况下，给予精神损害抚慰金作为对生存机会的赔偿合情合理；而在本人死亡的情况下，其对近亲属造成的沉重打击也不亚于此，因为毕竟患者本人的死亡并非单纯由于既定病情而产生，夹杂了医方（第三人）的过失行为，使生命期限提前缩短，其中之愤怒、失望与痛苦并不难想象。依学者之言，“近亲属所遭受的精神痛苦是客观存在的，因为近亲属和死者之间存在血缘或感情上的密切联系，其在死者身上寄托着感情、希望……没有任何痛苦比自己的亲人遭受死亡或重大伤害使人刻骨铭心。”⁹⁸

因此，宜将精神损害抚慰金作为对生存机会的赔偿。但需要注意的是，这种精神痛苦是由于过失诊疗行为所引起，并不夹杂既定病情的影响，医方之致害原因力应当视为全部，故不应将此费用列入比例损害赔偿范围。同时，由于精神损害抚慰金的数额定量中有较多参考因素⁹⁹，法官有更多的自由裁量权，有利于在个案中实现衡平和实质正义。

此外，在计算方式上，有学者提出了标准的公式来计算精神损害抚慰金，可资参考：

抚慰金=当地最高限额*s%*(1-v%)*(1-y%)*其他因素(s、y、v≤100)，其中S%代表近亲属的精神损害指数，以20%为层级划分为五个等级；(1-v%)代表受害人过错因素，v代表受害人过错程度；(1-y%)是年龄指数，y表示年龄。¹⁰⁰

2.计算方法

所谓计算方法，实质上是对计算基础如何进行利用的问题，即如何在上述考量因素的基础上加以整合，选择适合个案衡平的赔偿金额计算方式，主要分为对已发生损害的计算和对未来损害的计算。

1.已发生损害的计算

从美国侵权法的理论上来看，对已发生损害的计算方法有重要指导意义的是主要还是King教授的文章，前文已有简单论述，此处试举一例，以图明晰。案例前提假设如下：有一名癌症患者由于医生的过失性的用药过量致死，其原有40%的痊愈机会(chance of recovery)且痊愈的情况下拥有35年的生存预计年限。同时，即使其既有病情未得到治疗的情况下也有至少6个月的生存预计期限。当原告声称患者由于医生的过失诊疗行为同时遭受了“确定性损失(definitive losses)”和“部分确定性损失(partial definitive losses)”并要求同时进行赔偿的情况下，为避免其得到重复赔偿，其计算基础中的年限因素应当被限定为： $0.5+40%*(35-0.5)=14.3$ 年¹⁰¹，而用于计算的金额基础则为其丧失的生存机会中可能包含的可预测的未来收益项目（实际上就是可得利益或所失利益¹⁰²），在个案中可能有所不同。

从美国侵权法的实务上来看，目前对于已发生损害的计算方法主要是“比例式算法”：其原理主要是根据生存机会的大小来对传统的“全有或全无”规则下的赔偿数额进行缩减。具体而言，此计算方法需要两项数据：其一是传统的“错误死亡法”规定下此案件的患者所能获得的总赔偿数额（若患者未死亡，则数额相应变更为身体受损时可获赔偿额）；其二是医生诊疗前后的生存机会的差值（以概率形式体现，通常适用“but-for”法则），然后将两

⁹⁷ 前引[32]，克雷蒂安·冯·巴尔书，第88-91页。

⁹⁸ 前引[46]，王利明书，第326页。

⁹⁹ 《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》第十条确定了精神损害抚慰金赔偿数额的参考因素。

¹⁰⁰ 张潜伟：《生命的价值学说的价值与死亡赔偿——兼论精神损害赔偿的计算公式》，载《河北法学》，2013年第3期。

¹⁰¹ 前引[38]，Joseph. H. King 文：p1383.

¹⁰² “可得利益”的规定主要借鉴于《德国民法典》第252条。在此条文中，“所失利益”被界定为按照事物的惯常运行或根据特别情事，特别是根据所作准备和所采取的预防措施，能够以极大的可能性期待得到的利益。如果机会损失符合此定义，则应该在损害赔偿的涵摄范围以内。从条文的设置上来看，我国《合同法》第113条中所指的“可得利益”大致与此“所失利益”相对。

者相乘即可。¹⁰³

II. 未来损害的计算

对于未来损害的计算，计算方法也有“单独结果算法（single outcome approach）”和“分段结果算法（weighted average computation，此为意译）”两种。

此处试举以说明不同计算方法可能的差异。假设有一名 18 岁的患者因为医生的过失诊疗行为在未来可能会有失明的风险，对于这种风险的赔偿数额的计算就会呈现两种模式：

在单独结果算法下，陪审团会以失明发生概率最大的时点（假设为 40 岁，发生概率为 50%）为计算依据，而患者 40 岁时失明所产生的损害总额在 100,000 美元，则其应得赔偿额为 $100,000 \text{ 美元} \times 50\% = 50,000 \text{ 美元}$ 。

但在分段结果算法中，陪审团就需要计算其在各关键时点的概率。如本案中，患者失明的风险在 40 岁时发生的概率为 30%，在 30 岁时为 15%，在 20 岁时为 5%，不发生的概率是 50%，进一步假设其在 40 岁时发生失明的损害总额在 100,000 美元，在 30 岁时为 200,000 美元，在 20 岁时为 300,000 美元，那么患者可以得到的赔偿总额为 $100,000 \times 30\% + 200,000 \times 15\% + 300,000 \times 5\% + 0 \times 50\% = 75,000 \text{ 美元}$ 。¹⁰⁴

相较而言，第二种方法明显更为合理且符合机会丧失的救济本旨。但数据的增多却在一定程度上增加了结果的不确定性（因为数据本身并非客观），但无论如何，就现有技术看来，这种方法已经是最为合理的客观计算方法了。

III. 我国司法实务中的计算方法

从笔者研究的判例来看，法官对于计算方法并不存在较大差异，基本是将鉴定报告中给出的数据（参与度/过错程度等）与侵害生命权/健康权的数据总额相乘，可谓是单独结果算法的简化版。

深究而言，其原因主要是司法鉴定/医疗鉴定中仅提供了一项比例数据，法官并无选择空间。从效果上来看，一方面法官作为非专业人士，既无法对数据准确性予以客观评价，则予以采纳反而更为便利；但另一方面却也限制了法官欲通过多样化的数据来追求判决结果精确性的可能性。

笔者认为，随着科技的进步和“大数据”的不断深化，未来的生存机会丧失案件中法官所能参考的数据必将更加全面化及精确化，此时就对法官的计算方式提出了新的要求。从另一层面上来看，现有案件尚未涉及未来风险的处理，但未雨绸缪并非杞人忧天，通过对以上计算方法的参考，法官对将来案件的处理模式必将更加多元化，从而在个案中实现“公平正义”的目标。

¹⁰³ See 840 at Judgment of 890 N.E.2d 819 (Mass. 2008).

¹⁰⁴ 前引[38]，Joseph. H. King 文: p1383-1384.

结论

生存机会丧失案件属于我国侵权法司法实务中近十年来出现的新型权益保护案件类型，其权益保护问题所展现的实质是侵权理念发展过程中所逐步完善的对个体生命利益的重视。在生存机会丧失的损害赔偿上，最具争议的部分是对患者全部的最终损害适用传统的“全有或全无”规则予以赔偿，与医生的过失诊疗行为真正具有因果联系的部分实质上仅有其对患者既定病情的激化/加速部分，因此准确界定这种“部分确定性损失”并将其抽离出来适用传统的“全有或全无”规则就显得更为合理。此时的损害赔偿模式相对于全部损害结果而言就是实质上的“比例式赔偿”。

我国的司法实务中的法官显然考虑到了这种因素并试图在判决中予以体现，但限于赔偿基础不明、客观数据单一化等因素无法完全实现，同时对于非物质性损害赔偿部分是否应当纳入比例赔偿范围亦有意见分歧。本文以为，在生存机会丧失案件中所适用的“比例式赔偿”模式属于高度技术化的解决方案，对法律体系本身的依附性并不强，因此我们完全可以针对已相对成熟的美国法上的赔偿思路进行借鉴与改造，以功能比较的模式引入损害赔偿的计算基础与计算方法，并通过合理的解释路径将其纳入现有的生命权/健康权体系加以保护。如此一来，我们既可沿用现有的“比例式赔偿”思路，衡平医患双方的利益，保持现有判例的一贯性；亦可避免探讨构建“法益”保护路径所带来的复杂性和不确定性，真正为法官所用。同时，多样化的计算方法也为将来极有可能出现的“未来风险性”案件提供指引，在科技飞速发展的背景下生存机会丧失的损害赔偿将愈加合理化与精确化。