

医疗损害中的机会丧失赔偿

生存机会减损的定性 with 赔偿计算

赵跃

(安徽国运律师事务所, 安徽 合肥 230000)

摘要: 医疗损害中的机会丧失, 是指医疗过错使患者的治愈可能、生存期限或者功能恢复的概率降低, 但最终损害是否发生、何时发生并不确定。此类案件, 传统理论难以处理: 依全有全无的因果关系, 患者须证明过错与损害之间有必然联系, 而机会的减损恰恰意味着不确定。实践中的处理五花八门, 有的驳回, 有的按比例赔偿, 有的全额赔偿, 裁判尺度不一。本文认为, 机会本身具有独立的法益地位, 属于一种期待利益, 其减损构成可赔偿的损害。将机会丧失认定为独立损害, 可以避免因果关系的僵局, 也可以使赔偿与过错程度相当。在因果关系上, 应采实质可能性说, 即过错使患者的生存或者治愈机会实质性地降低, 即足认定。在证明上, 患者须证明基线机会与减损后的机会, 二者的差额即为丧失的机会; 医疗机构的过错与减损之间, 无须达到必然性, 只须达到实质性。在赔偿数额上, 应采比例法, 以丧失机会的比例乘以全额损害的数额, 得出赔偿额。比例法的适用, 须以鉴定意见为基础, 鉴定应就基线机会、减损程度、丧失比例分别作出判断。在赔偿范围上, 包括财产损害与精神损害, 后者应酌情从低, 避免重复赔偿。

关键词: 机会丧失; 医疗损害; 损害定性; 因果关系; 比例赔偿

中图分类号: D923 **文献标识码:** A **文稿编号:** WJLT(2024)04-0039-12

Compensation for Loss of Chance in Medical Malpractice

ZHAO Yue

(Anhui Guoyun Law Firm, Hefei 230000, Anhui, China)

Abstract: Loss of chance in medical malpractice refers to a situation where medical negligence reduces the probability of cure, survival or functional recovery, while whether and when the ultimate harm occurs remains uncertain. Traditional doctrine struggles with such cases: under an all-or-nothing causation test the patient must prove a necessary link, whereas loss of chance is by definition probabilistic. Judicial practice varies widely, with some claims dismissed, some compensated proportionally and others in full. This article argues that chance itself has independent legal value as an expectant interest, and its reduction constitutes compensable damage. Recognising loss of chance as independent damage avoids the causation impasse and aligns compensation with the degree of fault. On causation, a substantial possibility test should be adopted: a substantial reduction of the chance suffices. On proof, the patient must establish the baseline chance and the reduced chance, the difference being the loss. On quantum, the proportional method should be applied, multiplying the lost percentage by the full damage. The scope includes pecuniary and non-pecuniary loss, the latter to be modest to avoid double compensation.

Key words: loss of chance; medical malpractice; damage; causation; proportional compensation

说明: (本文为作者个人研究观点, 不代表所在单位意见)

作者简介: 赵跃, 安徽国运律师事务所执业律师, 主要研究侵权责任法与医疗纠纷的裁判规则。

一、问题的提出

医疗损害案件, 最难处理的部分往往不是过错, 而是因果。患者到医院求治, 本已患病, 医疗行为介入之后, 病情可能好转, 也可能恶化。恶化究竟是疾病自然进展的结果, 还是医疗过错所致, 常常难以分辨。

机会丧失, 正是这一难题的集中体现。患者本有百分之四十的治愈可能, 因医生的误诊, 降至百分之十。最终患者死亡。此时, 死亡是疾病所致, 还是误诊所致? 若依传统的全有全无规则, 患者须证明误诊与死亡之间有必然联系, 而这几乎不可能。

若因此驳回，患者得不到任何赔偿，医疗过错实际上被免责。若全额赔偿，又使医疗机构承担了超出其过错的责任，因为即使诊断正确，患者仍有百分之六十的死亡可能。两种做法，都不公平。

比较法上，机会丧失理论正是为解决这一困境而生。它的基本思路是：把机会本身作为保护的客体，机会的减损即为损害。赔偿的范围，不是最终的损害，而是丧失的机会的价值。

我国法上，机会丧失没有明文规定。侵权责任法时代，曾有判决尝试按比例赔偿；民法典施行后，第一百一十七条关于过失相抵的规定，被一些法院援引作为按比例减责的依据。但理论上的定性，仍未澄清。

实务中的做法，大致有三类。第一类是驳回，理由是因果关系不成立。第二类是全赔，理由是无法排除过错的影响。第三类是按比例赔偿，比例由法院酌定，从百分之十到百分之八十不等。

三类做法的并存，说明规则的缺失。同样的案情，在不同的法院可能得到截然不同的结果。这不仅损害当事人的预期，也损害司法的公信。

本文试图提供一个可行的方案。第二节讨论机会丧失的损害定性，第三节讨论因果关系与证明，第四节讨论类型化，第五节讨论赔偿范围，第六节讨论数额计算，第七节讨论鉴定，第八节讨论与相关制度的关系，第九节为结语。

本文的基本立场是：机会具有独立的法益地位，其减损构成可赔偿的损害；因果关系的认定采实质可能性说；赔偿数额采比例法，以丧失机会的比例乘以全额损害；鉴定应就基线机会、减损程度、丧失比例分别作出判断。

这一方案，不是要推翻传统的因果关系理论，而是在其无法处理的不确定领域，提供一种补充的救济。它的目的，是使赔偿与过错相当，既不使患者无从救济，也不使医疗机构过度负担。

比较法上，机会丧失理论发端于英国，发展于美国，后在法国、日本等国广泛适用。其共同的背景，是医学的不确定性与传统因果关系的僵硬。

英国法上，最初以丧失机会本身为损害，后来扩展至医疗领域；美国法上，多数州采比例赔偿，少数州仍坚持全有全无；法国法上，以损失的概率性为基础，采比例责任。

我国的司法实践，虽无明文，但已有相当数量的判决采用比例赔偿。这些判决，实际上承认了机会的独立价值，只是未在理论上予以说明。

理论的说明，有助于裁判的统一。若仅有经验而无理论，同类案件的处理仍会分歧；若有理论而无经验，规则又会脱离实际。二者结合，方能行稳致远。

二、机会丧失的损害定性

机会丧失能否赔偿，取决于它是不是损害。这一问题，是全部讨论的起点。若机会不

是损害，则无论因果关系如何，患者都无法获得赔偿；若机会是损害，则须进一步讨论其性质与范围。

传统理论认为，损害是权利或者利益所受的不利益。机会，是一种可能性，尚未实现，能否称为利益，存在争议。否定说的理由是：可能性不是现实性，将可能性作为损害，会使赔偿范围无限扩张。

肯定说的理由是：机会具有价值，人们愿意为获得机会付出代价。保险、彩票、投资，都是对机会的定价。医疗中的机会，关涉生命与健康，其价值更不待言。

本文采肯定说。理由是：第一，机会具有现实性。患者的治愈机会，不是空想，而是基于医学统计与个体状况的现实可能性，可以通过概率量化。第二，机会具有可交易性。在市场交易中，机会被定价，说明其有价值。第三，机会的丧失可以被感知。患者因机会减损而遭受的痛苦，是真实的。

机会的性质，是一种期待利益。它不是既得权利，而是取得未来利益的可能性。期待利益在合同法上早已得到保护，在侵权法上，也应得到保护。

把机会定性为期待利益，有几个好处。其一，可以说明为何机会的减损可以独立赔偿，而不必等待最终损害的发生。其二，可以说明赔偿的范围限于机会的价值，而非最终损害的全部。其三，可以与现行的损害赔偿体系相衔接。

需要区分机会丧失与最终损害。机会丧失是过程性的损害，最终损害是结果性的损害。二者可能并存，也可能只有其一。若机会丧失后最终损害未发生，患者只能就机会丧失求偿；若最终损害发生，患者可以选择其一，但不能重复受偿。

举例而言，患者本有百分之七十的五年生存率，因误诊降至百分之三十。若患者在五年内死亡，其近亲属可以主张机会丧失的赔偿；若患者存活超过五年，其仍可就机会减损主张赔偿，因为生存机会的减损本身即是损害。

机会丧失与精神损害的关系，也须澄清。机会丧失的赔偿，包含财产损害与精神损害两部分。财产损害是机会价值的减损，精神损害是因机会丧失而遭受的痛苦。二者可以并赔，但须避免重复。

机会丧失与误诊误治的关系，也须区分。误诊导致治疗延误，治疗延误导致机会减损，这是一个因果链条。误诊本身不是损害，机会减损才是。这一区分，对确定赔偿范围有意义。

有一类特殊的机会，是诊断机会。例如，医疗机构未按规定进行筛查，使患者丧失了早期发现疾病的机会。此类机会的丧失，同样可以赔偿，其数额依早期发现后的治愈率与晚期发现后的治愈率之差计算。

还有一类，是选择机会。例如，医生未告知替代治疗方案，使患者丧失了选择的机会。此类机会的丧失，性质上属于知情同意权的侵害，与生存机会的丧失不同，赔偿的计算也应不同。

机会的减损，须达到一定程度，才具可赔偿性。微不足道的机会减损，不值得法律的介入。判断的标准，可以设为实质性，即减损的比例须达到一定的门槛，例如百分之十以上。

门槛的设定，须有依据。过高，则大量患者无法救济；过低，则医疗机构动辄得咎。本文认为，可以参照鉴定意见，结合案件的具体情况，由法院裁量，不宜设定统一的硬性标准。

综上，机会具有独立的法益地位，其减损构成可赔偿的损害。定性的意义，在于打开救济的通道，避免因果关系的僵局。接下来的问题，是如何认定与如何计算。

医疗损害赔偿的项目与病历封存的操作，实务中的梳理可参见

医疗损害赔偿的项目与病历封存的操作，实务中的梳理可参见医疗损害赔偿如何主张与病历封存一文的归纳，本文不再重复其程序步骤，只就机会丧失的定性与计算展开。

三、因果关系与证明

机会丧失的因果关系，与传统因果关系不同。传统因果关系，判断的是行为与损害之间是否有必然联系；机会丧失的因果关系，判断的是行为是否实质性地降低了机会。前者是全有全无，后者是程度问题。

学理上，有三种判断标准。第一种是必然性说，要求患者证明若无过错，损害必然不发生。这一标准过高，实际上排除了机会丧失的赔偿。

第二种是实质可能性说，要求患者证明若无过错，其生存或者治愈的实质可能性会显著提高。这一标准较低，符合机会丧失的特点。

第三种是比例因果说，按过错对损害的贡献比例确定责任。这一标准与比例赔偿相配套，但须以贡献比例可测算为前提。

本文采实质可能性说。理由是：机会丧失的本质，是可能性的减损，而非必然性的丧失；若要求必然性，等于否定机会的价值；实质可能性说既尊重了医学的不确定性，又为患者提供了救济。

实质可能性的判断，须有参照。参照的基准，是同等条件下、依当时的医学水平，患者本应享有的机会。这一机会，称为基线机会。基线机会与减损后的机会之差，即为丧失的机会。

基线机会的确定，须依医学统计与个体状况。统计提供一般的数据，个体状况提供校正的因素，如年龄、体质、合并症、病程阶段。二者结合，才能得出个体的基线机会。

减损后的机会，同样须依医学判断。医疗过错如何影响机会，影响的幅度多大，须由鉴定机构作出判断。判断的依据，是医学文献、临床指南、专家经验。

二者的差额，即为丧失的比例。例如，基线机会为百分之六十，减损后为百分之二十，则丧失的比例为百分之四十。这一比例，是后续计算赔偿额的基础。

证明的责任，由患者承担。患者须证明三项事实：基线机会的存在、机会的减损、减损与过错之间的关联。三项事实，均须达到高度盖然性的标准。

但患者的举证能力有限。医学知识、病历资料、鉴定资源，都掌握在医疗机构一方。为此，法律设置了举证责任缓和与举证妨碍的规则。

民法典第一千二百二十二条规定了三种推定过错的情形：违反法律、行政法规、规章以及其他有关诊疗规范的规定；隐匿或者拒绝提供与纠纷有关的病历资料；遗失、伪造、篡改或者违法销毁病历资料。三种情形，均可减轻患者的举证负担。

举证妨碍的规则，也适用于机会丧失的案件。医疗机构拒不提供病历、拒不配合鉴定的，可以推定患者的主张成立。这一规则，是对信息不对称的矫正。

因果关系的证明，还须注意替代原因。若患者的损害，另有其他原因足以单独导致，例如患者拒绝治疗、疾病已至晚期，则过错与损害之间的关联被削弱。此时应减轻或者免除医疗机构的责任。

替代原因的举证，由医疗机构承担。医疗机构主张损害另有原因的，须提供证据。证据不足的，不影响因果关系的认定。

综上，机会丧失的因果关系，采实质可能性说。判断的路径，是确定基线机会、减损后的机会与丧失的比例。证明责任由患者承担，但可依推定过错与举证妨碍规则缓和。

类型化之前，须先明确一个前提：机会丧失的赔偿，以过错的存在为基础。无过错，则无论机会如何减损，均不构成侵权。

过错的判断，依当时的医学水平与诊疗规范。医学水平是客观标准，诊疗规范是具体标准。二者不一致时，以医学水平为准，规范作为参考。

过错的形态，包括诊断过错、治疗过错、护理过错、告知过错。不同的形态，对机会的影响不同，鉴定的重点也不同。

诊断过错，表现为误诊、漏诊、延误诊断。其后果，往往是治疗时机的丧失。鉴定的重点，是若及时诊断，机会本可提高多少。

治疗过错，表现为方案不当、操作失误、用药错误。其后果，往往是病情恶化或者并发症。鉴定的重点，是若治疗得当，机会本可保持多少。

四、类型化

机会丧失的形态多样，须类型化处理。类型化的标准，可以有两个：一是机会的内容，二是损害的阶段。前者区分生存机会、治愈机会、功能恢复机会；后者区分机会丧失本身与最终损害。

第一种类型，是生存机会的丧失。患者所患疾病有致死风险，医疗过错使生存的可能性降低。此类案件，最为典型，争议也最大。

生存机会的丧失，多见于癌症、心脑血管疾病、重症感染。误诊导致治疗延误、漏诊

导致病灶扩散、用药错误导致病情恶化，都是常见的原因。

此类案件的难点，在于生存期的计算。患者的生存期，受多种因素影响，难以精确预测。鉴定意见通常给出一个区间，法院须在区间内裁量。

第二种类型，是治愈机会的丧失。患者所患疾病不致死，但医疗过错使治愈的可能性降低，或者使病程延长、痛苦增加。此类案件，损害相对较轻，赔偿的数额也较低。

治愈机会的丧失，多见于骨科、眼科、康复科。手术时机延误、康复方案不当、术后护理不到位，都是常见的原因。

第三种类型，是功能恢复机会的丧失。患者因伤病导致功能障碍，医疗过错使恢复的可能性降低。此类案件，损害介于前两者之间。

功能恢复机会的丧失，多见于神经损伤、关节损伤、语言障碍。康复训练不及时、手术方式选择不当、药物使用不当，都是常见的原因。

第四种类型，是诊断机会的丧失。医疗机构未按规范筛查，使患者丧失了早期发现的机会。此类案件的损害，往往是生存机会或者治愈机会的丧失，可以归入前三种。

第五种类型，是生育机会的丧失。医疗过错导致患者丧失生育能力，或者使生育的可能性降低。此类案件的损害，具有特殊性，涉及生育权与家庭计划。

生育机会的丧失，赔偿的计算较为复杂。除了医疗费、误工费，还可能涉及辅助生殖的费用、精神损害抚慰金。后者的数额，应结合患者的年龄、婚姻状况确定。

类型化的意义，在于确定赔偿的重点。生存机会的丧失，重点在死亡赔偿金与精神损害；治愈机会的丧失，重点在医疗费与误工费；功能恢复机会的丧失，重点在残疾赔偿金与康复费。

类型化还有一层意义，是确定举证的重点。生存机会的丧失，须重点证明基线生存率；治愈机会的丧失，须重点证明治疗延误的时间；功能恢复机会的丧失，须重点证明康复的可能性。

类型化的界限，不是绝对的。同一案件，可能同时涉及多种机会的丧失。此时应分别认定，合并计算，避免重复。

综上，机会丧失可以按内容分为五种类型，按阶段分为两个层次。类型化的目的，是使抽象的规则落到具体的案情上，增强可操作性。

范围的确定，还有一个前提：损害的确定性。机会的丧失，须是可证明的，而非猜测的。无法证明的减损，不属于可赔偿的损害。

确定性的证明，可以依统计与临床。统计提供概率，临床提供个体判断。二者结合，可以形成相对确定的结论。

对确定性要求过高，将使机会丧失无法赔偿。因为机会本身就是概率，要求确定，等于要求不可能。故确定性的标准，应适当降低为实质性。

实质性的标准，与因果关系的标准相呼应。二者都承认不确定性，都要求达到一定的

概率门槛。这一呼应的背后，是同一的法理：在不确定中寻求相对的公道。

五、赔偿范围

机会丧失的赔偿范围，包括财产损害与精神损害。财产损害又分为积极损害与消极损害。积极损害是现有财产的减少，消极损害是可得利益的丧失。

积极损害，包括医疗费、护理费、交通费、营养费、住院伙食补助费。这些费用，是患者为治疗实际支出的，无论机会是否丧失，都应赔偿。但须注意，与机会丧失无关的费用，不应计入。

消极损害，包括误工费、残疾赔偿金、死亡赔偿金。这些费用，是因机会丧失而减少的收入或者丧失的收益。计算时，须按丧失的比例折算。

以死亡赔偿金为例。患者因医疗过错丧失百分之四十的生存机会，最终死亡。死亡赔偿金的数额，按二十年的标准计算，乘以百分之四十，即为赔偿额。这一计算，体现了比例法的思路。

残疾赔偿金，同样按比例计算。患者因过错丧失百分之三十的功能恢复机会，最终构成八级伤残。残疾赔偿金的数额，按八级伤残的标准计算，乘以百分之三十。

误工费的计算，须注意期间的确定。误工期间，是因机会丧失而延长的治疗期间，而非全部治疗期间。若治疗本来就需要这么久，则不因过错而延长，不应计入。

精神损害抚慰金，是机会丧失赔偿中的重要部分。患者因机会减损而遭受的恐惧、焦虑、绝望，是真实的痛苦。此类痛苦，难以用金钱衡量，但须予以抚慰。

精神损害的数额，应酌情从低。理由是：机会丧失的赔偿，已经包含了财产损害的补偿；精神损害若过高，可能导致重复赔偿，也可能加重医疗机构的负担。

数额的确定，须考虑五个因素：过错的程度、机会丧失的比例、患者的年龄与家庭状况、当地的生活水平、医疗机构的赔付能力。五个因素，综合权衡。

还有一个问题，是近亲属的赔偿请求权。患者死亡的，其近亲属可以主张死亡赔偿金、丧葬费、精神损害抚慰金。这些请求权，是独立的，还是继受的？通说认为是固有的。

固有的请求权，意味着近亲属以自己的名义主张，不因患者的生前意思而受影响。这一性质，在机会丧失的案件中，具有重要意义，因为患者生前可能未及主张。

赔偿范围的限制，也须注意。民法典第一千一百七十九条规定了赔偿的项目，第一千一百八十条规定了死亡赔偿金。这些规定，是赔偿范围的法定依据，不得任意扩张。

过失相抵的适用，也须考虑。患者自身有过错的，例如隐瞒病史、拒绝遵医嘱，可以减轻医疗机构的责任。减轻的比例，依过错的程度与原因力的大小确定。

综上，赔偿范围包括积极损害、消极损害与精神损害。消极损害按丧失的比例折算，精神损害酌情从低。过失相抵与请求权性质，是确定范围时须注意的两个问题。

数额计算的公平性，须经受三重检验：与过错相当、与损害相当、与同类案件相当。三重检验，构成绩效评价的标准。

与过错相当，是指赔偿的数额应与过错的严重程度成比例。故意或者重大过失的，比例应高；轻微过失的，比例应低。

与损害相当，是指赔偿的数额应与实际损害相匹配。不能因过错轻微而忽略损害的重大，也不能因损害轻微而夸大过错的影响。

与同类案件相当，是指同类情形的赔偿应大体一致。这一要求，是裁判统一性的体现，也是当事人预期的保障。

六、数额的计算

数额的计算，是机会丧失赔偿的核心技术问题。计算方法的选择，直接影响赔偿的结果。学理上，有三种方法：比例法、独立价值法、协商法。

比例法，是以丧失机会的比例乘以全额损害的数额。例如，全额损害为一百万元，丧失比例为百分之四十，则赔偿额为四十万元。这一方法，简单明了，与因果关系的判断相衔接。

独立价值法，是把机会本身作为一个独立的损害，单独估价。例如，百分之四十的生存机会，价值几何，由法院或者鉴定机构评估。这一方法，理论上更纯粹，但操作上困难。

协商法，是由当事人协商确定赔偿数额，法院予以确认。这一方法，灵活性强，但缺乏标准，容易导致结果的不一致。

本文主张以比例法为原则，以独立价值法为补充。理由是：比例法有明确的数学基础，可预期性强；独立价值法在特殊情形下可以适用，例如机会本身具有特殊价值，难以用比例衡量。

比例法的适用，须解决三个技术问题：全额损害的确定、丧失比例的确定、二者的相乘。三个问题，逐一讨论。

全额损害的确定，是指假定机会未丧失、损害未发生时，患者本应获得的赔偿数额。这一数额，按法定的赔偿项目计算，包括医疗费、误工费、残疾赔偿金或者死亡赔偿金。

全额损害的计算，须注意基准。是以患者的实际状况为基准，还是以健康人的状况为基准？本文认为，应以患者的实际状况为基准，因为机会的减损是在其原有状况的基础上发生的。

举例而言，患者本已患有两种疾病，医疗过错使其中一种恶化。全额损害的计算，应限于该种疾病所致部分，不应包括另一种疾病的后果。这一区分，须依鉴定意见确定。

丧失比例的确定，是比例法的关键。比例的高低，直接决定赔偿的数额。比例的确定，须依鉴定意见，结合基线机会与减损后的机会计算。

比例的上限，是百分之百，即机会完全丧失。比例的下限，是零，即机会未受影响。实践中，比例多集中在百分之十至百分之六十之间。

比例的调整，须有依据。法院认为鉴定意见不当的，可以要求补充鉴定或者重新鉴定；认为比例与过错程度不相称的，可以在鉴定意见的区间内调整。

二者的相乘，是简单的算术。但须注意，不同的赔偿项目，可能适用不同的比例。例如，医疗费按实际支出赔偿，不打折；死亡赔偿金按比例折算。这一区分，须在判决中说明。

还有一个问题，是利息。赔偿金的利息，从何时起算？本文认为，从损害发生之日起算，按同期贷款市场报价利率计算。这一处理，符合填平原则。

分期支付的问题，也须考虑。赔偿数额较大的，可以分期支付，但须提供担保。分期的期限，一般不超过五年。这一制度，可以减轻医疗机构的负担。

综上，数额的计算，以比例法为原则。比例法的适用，须确定全额损害、丧失比例与相乘的结果。不同的赔偿项目，适用的比例可能不同，须在判决中分别说明。

鉴定机构的选择，须兼顾专业性与中立性。医疗损害鉴定，涉及临床医学的各个专科，须由相应专科的专家参与。

鉴定人的回避，也须保障。鉴定人与当事人有利害关系的，应当回避。这一规则，是程序公正的基本要求。

鉴定的材料，须完整。病历、影像、检验报告、病理切片，都是鉴定的基础。材料不全的，鉴定机构应要求补充，不能径行作出结论。

鉴定的时限，须合理。医疗损害鉴定，往往需要数月。时限过长，患者难以承受；时限过短，鉴定难以充分。折中的做法，是设置最长期限并允许延长。

鉴定费用的负担，也须合理。鉴定费由申请方预交，最终由败诉方承担。经济困难的患者，可以申请减免或者法律援助。

七、鉴定

机会丧失的认定，高度依赖鉴定。鉴定的质量，直接决定裁判的结果。实践中，鉴定的问题不少：鉴定的内容不清、鉴定的方法不一、鉴定的意见模糊。

鉴定的内容，应包括三项：基线机会、减损后的机会、丧失的比例。三项内容，层层递进，缺一不可。实践中的鉴定，往往只给出过错与损害的关联程度，未细化到机会的比例。

基线机会的鉴定，须依医学统计与个体状况。统计数据的来源，应是权威的医学文献、临床指南、流行病学调查。个体状况的校正，须说明校正的因素与方法。

减损后的机会的鉴定，须依过错的具体情形。过错是误诊、漏诊、用药错误，还是手术不当，对机会的影响不同。鉴定须具体说明过错如何影响机会，影响的幅度多大。

丧失比例的鉴定，是前两项的差额。鉴定意见应明确给出比例，或者给出一个区间。给出区间的，应说明区间的依据，便于法院裁量。

鉴定的方法，须统一。目前，机会丧失的鉴定，尚无统一的技术规范。不同的鉴定机构，采用不同的方法，结论差异很大。这一状况，须通过制定规范解决。

规范的制定，可以参考比较法的经验。英美法上，机会丧失的鉴定，多依统计学模型，结合专家的临床判断。大陆法上，多依医学鉴定，由鉴定人作出概率判断。

鉴定的启动，由当事人申请或者法院依职权决定。当事人申请鉴定的，应预交鉴定费；逾期不预交的，视为放弃。法院依职权启动的，鉴定费由败诉方负担。

鉴定意见的质证，是程序的重要环节。当事人可以对鉴定的方法、依据、结论提出异议，可以申请鉴定人出庭，可以申请专家辅助人出庭。法院应充分听取意见。

鉴定意见的采信，须说明理由。法院不采信鉴定意见的，应说明理由；采信部分意见的，应说明采信的范围。这一要求，是裁判说理的基本要求。

鉴定不能的处理，也须明确。因技术原因无法鉴定的，法院可以依现有证据判断，或者依举证责任分配。不能因鉴定不能而一概驳回。

综上，鉴定是机会丧失认定的关键。鉴定的内容应包括基线机会、减损后的机会与丧失的比例；鉴定的方法须统一；鉴定的质证与采信须充分说理。

制度之间的界限，本质上是对同一损害的不同评价。评价的角度不同，结论也不同。司法的任务，是选择最恰当的评价角度。

选择的标准，是保护的法益。生命、健康、自主决定，是不同的法益，对应不同的请求权。请求权竞合时，当事人可以选择，但不得重复受偿。

选择的后果，还体现在举证与时效上。不同的请求权，举证的要素不同，时效的起算也可能不同。这些差异，须在释明中告知当事人。

释明的意义，在于保障当事人的选择权。法院不应代替当事人选择，也不应因当事人选择不当而驳回。适当的释明，是程序公正的体现。

八、与相关制度的关系

机会丧失的赔偿，与若干制度相邻，须厘清界限。相邻的制度包括：知情同意、医疗产品责任、临床试验、保险赔付。界限不清，容易导致重复或者遗漏。

先说知情同意。民法典第一千二百一十九条规定，医务人员在诊疗活动中应当向患者说明病情和医疗措施；需要实施手术、特殊检查、特殊治疗的，应当及时向患者具体说明医疗风险、替代医疗方案等情况，并取得其明确同意。

违反知情同意的，侵害的是患者的自主决定权。患者可以主张赔偿，但赔偿的范围，是因其选择被剥夺而遭受的损害，而非机会本身的丧失。二者可能重叠，须避免重复。

举例而言，医生未告知替代方案，患者选择了效果较差的手术，导致功能恢复的机会

降低。此时，患者可以主张知情同意的侵害，也可以主张机会的丧失。二者择一，不能并赔。

再说医疗产品责任。因药品、消毒产品、医疗器械的缺陷造成损害的，患者可以向生产者或者血液提供机构请求赔偿，也可以向医疗机构请求赔偿。这一责任，是产品责任，与机会丧失不同。

但二者可能竞合。例如，医疗器械的缺陷导致手术失败，患者的生存机会降低。此时，患者可以主张产品责任，也可以主张医疗损害的机会丧失。选择其一，或者按份主张。

再说临床试验。受试者在临床试验中受到损害的，可以依民法典第一千零八条主张赔偿。临床试验的机会丧失，情形更为复杂，因为试验本身具有不确定性。

试验的机会丧失，须区分试验的风险与过错。试验的风险，是受试者知情同意的范围，不构成过错；试验的过错，如未按方案实施、未及时终止，构成侵权。

再说保险赔付。患者获得商业保险或者社会医疗保险赔付的，不影响其向医疗机构主张赔偿。但赔付的部分，应在赔偿中扣除，避免重复受偿。这一规则，是损益相抵的适用。

损益相抵的适用，须注意区分。保险金是患者支付对价取得的，与侵权赔偿的性质不同。通说认为，人身保险的赔付不应扣除，财产保险的赔付可以扣除。

还有一层，是医疗责任保险。医疗机构投保的，保险公司在责任限额内赔付。这一赔付，是医疗机构责任的履行，不影响患者的请求权。

综上，机会丧失与知情同意、产品责任、临床试验、保险赔付相邻。界限的厘清，须把握三个原则：侵害的客体不同、责任的性质不同、避免重复受偿。

还有一个前提性问题，是医疗行为的不确定性。医学不是精确科学，同样的治疗，在不同患者身上可能有不同结果。法律的评价，须尊重这一不确定性。

尊重不确定性，不等于放弃评价。过错的判断，仍须依规范与常规；机会的减损，仍须依统计与临床。只是评价的结论，须留有余地。

司法的智慧，在于把握分寸。过严，则医方防御性医疗，患者反受其害；过宽，则患者求告无门，医患关系紧张。分寸的把握，须靠经验的积累与规则的具体化。

本文的讨论，只是一家之言。机会丧失的理论，仍在发展之中。期待更多的实务经验与学理探讨，使这一制度日趋成熟。

最后须强调，机会丧失的赔偿，不是对医疗行业的苛责，而是对患者权利的尊重。医患之间的信任，须以规则的公平为基础。

规则的公平，体现在两端：一端是患者的救济，一端是医方的预期。两端平衡，制度才能获得认同，才能在实际运行中发挥效用。

本文的结论，或有可商之处。学术的讨论，本就是在争鸣中前行。期待更多的批评与

回应，使这一问题的认识不断深化。

九、结语

机会丧失，是医疗损害中的一块硬骨头。它的难点，不在于事实的认定，而在于理论的构造。传统的全有全无规则，无法处理不确定的损害；机会丧失理论，提供了另一种可能。

本文的基本结论是：机会具有独立的法益地位，其减损构成可赔偿的损害；因果关系采实质可能性说；赔偿数额采比例法，以丧失的比例乘以全额损害；鉴定应就基线机会、减损程度、丧失比例分别作出判断；赔偿范围包括财产损失与精神损害，后者酌情从低。

这些结论，须以立法的完善为支撑。建议在民法典的司法解释中，明确机会丧失的赔偿规则，特别是损害定性、因果关系、计算方法与鉴定要求。

这些结论，也须以鉴定的规范为保障。机会丧失的鉴定，亟需统一的技术规范。规范的缺失，使鉴定意见五花八门，裁判的尺度难以统一。

从长远看，机会丧失的赔偿，须与医疗风险的分担机制相结合。医疗责任保险、医疗意外保险、医疗救助基金，都是分散风险的方式。单一的赔偿制度，难以承受全部的医疗风险。

让患者的机会得到尊重，让医方的过错得到追究，让医疗的风险得到分担，这是机会丧失制度的价值所在，也是司法的责任所在。

参考文献

- [1] 王利明：《侵权责任法研究》，中国人民大学出版社2016年版。
- [2] 程啸：《侵权责任法》，法律出版社2021年版。
- [3] 张新宝：《侵权责任构成要件研究》，法律出版社2020年版。
- [4] 杨立新：《医疗损害责任研究》，法律出版社2019年版。
- [5] 陈现杰：《机会丧失的损害赔偿》，载《法学研究》2018年第4期。
- [6] 王竹：《医疗损害的机会丧失与比例责任》，载《中外法学》2019年第2期。
- [7] 满洪杰：《医疗损害的机会丧失理论研究》，载《比较法研究》2020年第3期。
- [8] 于敏：《日本医疗损害赔偿研究》，法律出版社2018年版。
- [9] 朱岩：《侵权责任法通论》，法律出版社2011年版。
- [10] 张卫平：《民事诉讼法》，法律出版社2023年版。