

# 「存活機會喪失」之損害賠償

陳聰富\*

## 目 次

- 壹、序言
- 貳、契約法上「機會喪失」之損害賠償
- 參、侵權行為法保護之人格權或期待權
- 肆、存活機會喪失之損害
  - 一、被害人之「死亡」作為損害
  - 二、「機會喪失」作為損害
  - 三、機會喪失引發之「損害」
- 伍、存活機會喪失之因果關係
  - 一、傳統因果關係之「全有或全無」原則
  - 二、實質可能性說或實質因素說
  - 三、比例因果關係說
- 陸、存活機會喪失理論之反對見解
- 柒、存活機會喪失理論之界限
  - 一、超過 50% 的機會喪失
  - 二、單純醫療過失直接引發損害
  - 三、未發生最終損害之機會喪失
  - 四、純粹經濟上損失
- 捌、結論

關鍵詞：存活機會喪失、醫療侵權、因果關係、比例因果關係、侵權行為、損害賠償、生命權、損害概念、純粹經濟上損失、英美法

---

投稿日：九十一年六月三日；接受刊登日：九十一年六月二十八日

\*美國紐約大學法學博士，現任台灣大學法律學院副教授。

## 壹、序言

在最高法院七十七年台上字第一八七六號判決乙案，值日醫師某甲對於醫院已接受求診之急性心臟病患疏於注意，未即親自診治，導致心肺衰竭死亡。中華民國醫療糾紛鑑定委員會鑑定書謂：「急性心肌梗塞死亡率頗高，雖經適當治療，亦不一定有存活希望。」最高法院則謂：「然非謂急性心肌梗塞病患者，縱經適當治療，概無存活之希望，故如及時適當治療，乃應有存活之可能。茲該醫師延誤時間，未為適當治療，致病患喪失存活之可能機會，其過失行為與病患之死亡間，自有相當因果關係存在<sup>1</sup>。」

最高法院肯定醫師延誤診治，導致病患喪失存活機會，應負賠償責任。有疑問者係，「存活機會」是否為侵權行為法保護之客體？本案被害人之損害究為「存活機會」本身、存活機會喪失引起之損害、或被害人最終之死亡結果？縱如最高法院所說，醫師對其過失行為引起之結果，應負賠償責任，但其賠償之範圍如何？是否應依被害人的存活機會比例，計算損害賠償之額度？再者，最高法院固然肯定本案被告過失行為與病患死亡間，有因果關係存在。然而若被害人原本心臟病之存活機會僅為 10%，亦即有 90% 的機會，縱經適當治療，被害人亦將死亡，則被告之行為與被害人死亡間是否具有因果關係？

關於存活機會喪失之案例，約可分為以下四種態樣：

1. 被害人罹患肺癌，若經適當治療，其存活機會為 40%，因醫師誤診，未發現癌症，六個月後得知其事，存活率僅存 15%。醫師對於喪失 25% 的存活機會，應否負責？

2. 被害人罹患肺癌，若經適當治療，其存活機會為 80%，因醫師誤診，

---

<sup>1</sup> 最高法院民刑事裁判選輯，第九卷，第三期，第 34 頁。

未發現癌症，六個月後得知其事，存活率僅存 55%。醫師對於喪失 25% 的存活機會，應否負責？

3. 被害人罹患肺癌，若經適當治療，其存活機會為 51%，因醫師誤診，未發現癌症，六個月後得知其事，存活率僅存 0%。醫師對於喪失 51% 的存活機會，應否負責？

4. 被害人罹患肺癌，若經適當治療，其存活機會為 25%，因醫師開刀之際，麻醉不當致死。醫師對於被害人死亡，應否負責？

英美法關於存活機會喪失是否應予賠償之討論，多數以上述第一種案例類型為討論基礎。第一種案例類型，具有以下特徵：(1) 被害人在醫師誤診前，已罹患致命疾病；(2) 因原本疾病，被害人的存活機會低於 50%；(3) 醫師誤診非被害人死亡之直接原因，患者係因原本疾病（癌症）而死亡。醫師誤診僅為病情惡化或加速被害人死亡之原因。

就一般侵權行為法之規定，原告起訴請求被告醫師負損害賠償責任，應證明醫師之過失行為與損害之間具有事實上因果關係。依據舉證責任理論，原告提出之證據，必須能讓法院達到一定程度的相信（即心證度），始能認定因果關係存在。日本學說認為，具有明白說服力的證明，約需事實存在可能性達到 80% 至 90%，而具有證據優勢的證明，約為 70% 至 80% 的事實存在可能性<sup>2</sup>。依據美國關於優勢證據之法則，以事實存在可能性比例而言，優勢證據係指大於 50% 的事實存在可能性。無論如何，設若舉證程度需為 51% 以上的事實存在可能性，而被害人原本存活機會僅為 40%，亦即被害人死亡之機會為 60% 時，被告醫師得否主張縱無被告之過失行為，被害人死亡的機會仍大於存活之機會，亦即被害人「比較可能死

---

<sup>2</sup> 參見 呂太郎，因果關係之比例與損害額，台灣本土法律雜誌，第 33 期，第 142-143 頁，註 2。

亡」，因而過失行為與損害之間無因果關係，而無庸負責？

反之，在第二種案例類型，被害人喪失之存活機會與第一種案例同為 25%，是否因其原本存活機會為 80%，大於死亡之機會 20%，而認定被告過失行為與損害之間具有因果關係，由被告負賠償之責？

在第三種案例類型，被害人原本之存活機會為 51%，大於可能死亡之機會，其喪失之存活機會即為 51% (51%-0%)，是否因而認為，醫師過失行為與損害之間具有因果關係，且需負擔全部損害賠償責任？醫師可否主張依 51% 的比例，計算賠償額？

在第四種案例類型，被害人固有罹患致命疾病（癌症），但被害人非死於癌症，而死於醫師治療不當，醫師可否抗辯被害人之存活機會僅為 25%，而減輕賠償金額？

如上述，英美法對於存活機會喪失之案例，以第一種案例類型為探討對象。在第一種案例類型，可能的損害賠償額度，因採取不同學說，可能獲得不同結果。設若被害人死亡之全部損害為 100 萬元，可能有以下三種賠償方式：

1. 採取傳統因果關係「全有或全無」理論，在因果關係成立時，被告應賠償 100 萬元。

2. 依據醫師誤診時，被害人的存活機會（40%）計算，被告應賠償 40 萬元。

3. 依據適當治療之存活機會與誤診後之存活機會差額（25%）計算，被告應賠償 25 萬元。

何者較為合理？第一種案例類型所適用的「存活機會喪失」理論是否適用於其他三種類型？學說上為解決存活機會喪失之案例引發之問題，提出以下五種解決方式：

1. 採取傳統因果關係「全有或全無」理論，原告需以優勢證據證明因

果關係存在，並可獲得全部損害賠償。反之，則被告全部不賠償。

- 2.減輕因果關係舉證責任，但仍基於「全賠或全不賠」之原則。
- 3.減輕因果關係舉證責任，且依據喪失機會之比例賠償損害。
- 4.視機會喪失本身為損害，基於機會喪失之比例計算賠償額。
- 5.舉證責任倒置，由被告舉證因果關係不存在<sup>3</sup>。

按侵權行為損害賠償請求權之成立，必須行為人從事不法行為，導致被害人發生損害，且不法行為與損害之間，具有因果關係。在醫療損害賠償事件中，有關存活機會喪失之案件，在我國法被害人得否請求損害賠償，首需研究者為，病患之存活機會，是否為侵權行為法保護之客體？存活機會可否作為「期待權」，而受民法關於侵權行為規定之保護？其次為「存活機會喪失」之損害為何？「存活機會喪失」本身是否即為損害？或存活機會喪失後，引發之身體傷害或死亡，始為被告應賠償之損害？或存活機會喪失引起身體受害，致被害人支出額外費用，始為被告應賠償之損害？最後，存活機會喪失後，被告之不法行為與被害人之身體傷害或死亡間，是否具有因果關係，亦經常成為重大爭執之議題。

基於前述，本文第二節探討「機會喪失」理論在契約法上的發展。第三節討論存活機會喪失是否為侵權行為法之保護客體。第四節討論存活機會喪失之損害概念。第五節研討存活機會喪失引發之因果關係問題。第六節檢討反對存活機會喪失得請求損害賠償之理論。第七節則說明機會喪失理論的適用界限。

## 貳、契約法上「機會喪失」之損害賠償

英國法院最早出現機會喪失的案例，係違反契約義務的損害賠償案

---

<sup>3</sup> David P.T. Price, *Causation—The Lords' Lost Chance?* 38 I.C.L.Q. 735, 737 (1989).

件。在最早的 *Chaplin v. Hick* 乙案<sup>4</sup>，原告為選美比賽入選 50 名之一，依據比賽規則，有機會贏得十二個獎項。被告主辦選美比賽，違約未給予原告合理的表演機會。原告以被告違約為理由，請求其賠償喪失獲得獎項機會的損害。陪審團評估原告所受損害為 100 英鎊，被告則抗辯該項損害計算純屬猜測，根本無從評估。上訴法院肯定陪審團的判決，認為贏得獎項之機會，係屬有價值的權利，且損害之衡量屬於陪審團之權利。本案有 50 人競爭 12 個獎項，因而得獎的平均機會約為 25%，該平均比例應作為衡量損害之用<sup>5</sup>。

在美國 *Mange v. Unicorn Press* 乙案<sup>6</sup>，被告為百科全書出版商，舉辦拼字遊戲比賽。原告認為其中一個字拼法不符合該百科全書，而將一題題目寫上「錯誤」，結果未贏得拼字比賽。經查，若原告未被除名，可能為 23,548 位競爭者之一，而可競爭 210 個獎項，包括頭獎價值 307,500 美元。被告抗辯賠償該損害純屬過度猜測。法院認為，原告被剝奪的機會，其價值應由陪審團認定。蓋原告獲獎機會具有某種市場價值，尤其在原告無須支出任何費用，即有得利之可能性時，更具市場價值<sup>7</sup>。

上述案件之特徵係，原告的損害賠償請求權要件業已成立，僅以喪失機會的比例作為損害賠償的計算參考。此項原則，適用於一般侵權行為案例，亦屬有據。例如，被告確實引起原告腳部膝蓋受傷，但該受傷日後是否引發關節炎，不可得知。原告對於未來損害發生之危險請求損害賠償，法院應扣除損害可能不發生的機率。換言之，被告應賠償被害人喪失避免未來損害發生之機會，亦即以喪失機會的比例，作為損害賠償計算之參考

---

<sup>4</sup> 1911 K.B. 786 (Eng. C.A.).

<sup>5</sup> Id. at 787, 788, 791, 793.

<sup>6</sup> 129 F. Supp. 727 (S.D.N.Y. 1955).

<sup>7</sup> Id. at 730.

<sup>8</sup>。然而在存活機會喪失之案例，被告醫師之醫療行為在一定比例下引起病人死亡之結果，涉及因果關係是否具備的問題，屬於損害賠償請求權要件是否成立的爭議，與上述契約責任之案例，尚非全然相同。

### 參、侵權行為法保護之人格權或期待權

我國民法第一八四條關於侵權行為的一般規定，採取德國立法例，將侵權行為的保護客體，區分為權利與一般利益。民法第一八四條第一項前段保護之客體限於權利，後段保護之客體則包括一般法益<sup>9</sup>。所謂權利，係指既存法律體系所明認之權利，利益則指規律社會生活之公序良俗及保護個人法益之法規所包括之一切法益<sup>10</sup>。病人於罹患疾病後，可能獲得之存活機會，應屬侵權行為法保護之法益，應無疑義。所可疑問者係，病人因醫師醫療遲誤，致喪失其存活機會，得否認為病人之「存活機會」係屬人格權之內涵而受侵權行為法之保護。

民法第一八四條保護之權利，包括財產權及人格權等支配性權利，學說上並無爭執。其中人格權包含一般人格權及特別人格權之侵害，均得依據民法第一八四條第一項前段主張侵權行為之損害賠償請求權<sup>11</sup>。所謂人

---

<sup>8</sup> David A. Fischer, *Tort Recovery for Loss of a Chance*, 36 Wake Forest L. Rev. 605, 609 (2001).

<sup>9</sup> 參見最高法院八十六年台上字第三七六〇號判決。

<sup>10</sup> 孫森焱，新版民法債編總論，上冊，頁210（1988年版）；邱聰智，新訂民法債編通則（上），頁156-158（2000年版）。

<sup>11</sup> 參照王澤鑑教授謂：現行民法關於人格權受害，請求損害賠償有二項適用原則：（1）故意或過失不法侵害他人人格權者，對其所生財產上損害，應依民法第一八四條第一項前段規定，負損害賠償責任，原則上應回復原狀，不能回復原狀或回復原狀有困難者，應以金錢賠償之。（2）故意或過失不法侵害他人人格權者，對

格權，梅仲協教授認為：「凡保證吾人能力所及，對於第三人得以享受之權利，無論為精神的、道德的，或經濟的關係，其與吾人生存上不可分離者，均屬之<sup>12</sup>。」施啟揚教授認為：「人格權包括維護個人人格的完整性與不可侵犯性，尊重個人的尊嚴、稱呼，以及保障個人身體與精神活動等的權利在內<sup>13</sup>。」黃立教授認為：「人格權乃對人的直接保障，人格權保障了人的尊嚴與人身的不受侵犯，也保障了個人身體與精神活動的權利<sup>14</sup>。」此種普遍性的人格權，即為「一般人格權」，包括人的存在價值、人性尊嚴及人身與精神活動之不可侵犯的權利<sup>15</sup>。一般人格權經具體化而形成各種「特別人格權」，包括生命、身體、健康、名譽、自由、信用、隱私、貞操等權利。一般人格權與特別人格權受侵害致生財產上損害時，被害人得依民法第一八四條第一項前段請求損害賠償，但被害人欲請求非財產上損害損害賠償（慰撫金）時，則僅以特別人格權遭受侵害時，始得請求（民法第十八條第二項）。

醫療侵權事件中，病人罹患疾病，因醫師醫療疏失致喪失其存活機會，該存活機會係對於未來繼續生命的期待，亦即生命繼續存在的機率，應為人格完整性、人的存在價值及人身不可侵犯性等概念所涵蓋。尤其人格權內容的逐漸擴大，以及保護方式的日益加強，乃今日各國民法的發展

---

其所生之非財產上損害，亦應回復原狀，但僅於有法律規定時，得請求慰撫金，即請求非財產上損害相當金額之賠償。氏著，時間浪費與非財產上損害之金錢賠償，收錄於氏著，民法學說與判例研究，第七冊，頁 148（1993 年版）。

<sup>12</sup> 梅仲協，民法要義，頁 42（1954 年版）。

<sup>13</sup> 施啟揚，民法總則，頁 95（1983 年版）。

<sup>14</sup> 黃立，民法總則，頁 82（1999 年版）。

<sup>15</sup> 關於一般人格權之概念、特徵、內容及基本功能，參見楊立新，侵權法論，頁 799-807（吉林人民出版社，2000 年）。



趨勢<sup>16</sup>。在我國，信用權、隱私權及貞操權於民國八十八年民法修正前並未規定為特別人格權，但法院判決則承認之。關於病人之生命存活機會，前述最高法院七十七年台上字第一八七六號亦認為其喪失，被害人得請求損害賠償。從而病人之存活機會，應認為係屬一般人格權，於受侵害而生財產上損害時，得依據侵權行為法之規定，請求損害賠償。

再者，特別人格權中之生命權，係指享受生命安全之人格利益的權利<sup>17</sup>。生命因受侵害而消滅時，固為生命權受侵害。病人之存活機會，既為生命之延續，其受侵害，最終導致死亡時，即為剝奪生存之機會，亦應認為生命權受侵害，被害人得依侵權行為法之規定，請求慰撫金。至於身體權，係以保持身體完全為內容之權利。傷害身體，破壞身體內外部之有形組織，為身體權之侵害。而健康權，係指以保持身體內部機能之完全為內容之權利，包括生理機能的破壞及精神系統之侵害。在病人之疾病因醫師醫療疏失而惡化，導致存活機會喪失時，通常伴隨著身體內外有形組織之破壞，或身體內部機能之減損，此時病人在最終死亡發生前，亦得認為病人業已受有身體權或健康權受害，而得依據民法第一九五條之規定，請求非財產上之損害賠償。

綜合前述，剝奪病人生命之存活機會，應認為係屬人格權受侵害，且不惟一般人格權受侵害，亦得認為係屬生命權或身體權、健康權受害，被害人依據侵權行為法之規定，得請求財產上及非財產上之損害賠償。

---

<sup>16</sup> 關於德國法在一般人格權的發展，參見迪特爾、梅迪庫斯（邵建東譯），德國民法總論，頁 805-811（北京：法律出版社，2001 年）；王澤鑑，人格權之保護與非財產損害賠償，收錄於氏著，民法學說與判例研究，第一冊，頁 37-40（1983 年版）。王澤鑑，人格權、慰撫金與法院造法，收錄於氏著，民法學說與判例研究，第八冊，頁 105-111（1996 年版）。

<sup>17</sup> 史尚寬，債法總論，頁 142（1983 年版）。

應附言者係，論者認為，存活機會喪失，係屬期待權之侵害，期待權既為權利之一種，如受有侵害，即得依侵權行為法之規定請求損害賠償。舉例言之，醫師把胃癌誤診為胃潰瘍，並繼續按胃潰瘍治療，以致死亡。胃癌如早期手術治療，有延長病人生命的可能性，但誤診結果，加速死亡。病人雖難予脫免死亡之命運，但對醫師仍有給予適當醫療之期待，此項期待因醫師誤診而落空，對病人因此所受的痛苦、失望，應負賠償責任<sup>18</sup>。換言之，所謂期待權受害，係因病患對於享有接受符合醫療水準之醫療具有期待權，如未能接受符合醫療水準之醫療，即為對病患期待權之侵害，被害人得依侵權行為法之規定，請求損害賠償<sup>19</sup>。

所謂期待權，其內涵係指「因具備取得權利之部分要件，受法律保護，具有權利性質之法律地位」。何種法律上地位，應賦予期待權之性質，應考慮者為：(1) 此種地位是否已受法律之保護，(2) 此種地位有否賦予權利性質之必要。判例學說對於某種期待地位賦予權利之性質，乃基於經濟及社會之觀點，有使之成為法律交易客體之必要。我國學說上承認之期待權者，僅有附條件或期限法律行為當事人之期待權而已（民法第一百條），德國學說對於期待權之種類，亦以取得財產上利益之期待為限<sup>20</sup>。病患可享有符合醫療水準之醫療，固屬病患之「期待」，但此項期待，是否應賦予權利之性質，而受法律之保護，則有疑義。蓋任何人對於一定服務之提供（包括醫療服務），均有符合該專業水準之期待，得否認為該項期待，

---

<sup>18</sup> 本件案例，係日本福岡地裁小倉支判昭和五十八年二月七日判決之事實與判決理由，引自黃丁全，醫事法，頁 869（台北：元照出版社，1998 年版）。

<sup>19</sup> 黃丁全，前揭書（註 18），頁 869-870。

<sup>20</sup> 王澤鑑，附條件買賣買受人之期待權，收錄於氏著，民法學說與判例研究，第一冊，頁 183-193（1983 年版）。

均屬「期待權」而受法律之保護，得作為侵權行為法保護之客體，值得思考。

實者，病患罹患疾病後，有治癒或存活可能性時，對於存活機會之期待，無寧比患者對於接受符合醫療水準之醫療的期待，更值得保護。任何期待，均可能在經過某種價值判斷後成為期待權。期待權之內涵，可能包羅萬象。期待權之為權利而受保護，非因期待權係屬權利，因而應受保護，而係因某種期待，具有賦予權利性質之必要，亦即就社會或經濟觀點，有特別加以保護之必要。單純患者對於享受符合醫療水準之醫療服務的期待，尚未具備任何取得權利部分要件之地位。在價值判斷上，有如當事人對於律師或會計師提供服務的期待一般，就社會或經濟觀點，並無以「權利」識之而加以特別保護之必要。對於破壞該等期待之人，至多應依債務不履行之義務違反的規定負責，尚難課以侵權行為損害賠償責任。至於病人之存活機會，係病人對於生命存續之期待，此項期待利益實為生命或身體健康之延續，單獨以「權利」識之，而為「存活機會」之期待權，固無不可。將之解釋為存活機會之期待利益，包含於人格權之內涵，而受法律保護，不僅可免除「期待權」構成要件之爭執，且可達成存活機會之法律上保護目的，應較可採。

## 肆、存活機會喪失之損害

侵權行為損害賠償請求權之成立，除不法行為侵害被害人之權利或利益外，基於損害填補之原則，必須被害人受有實際損害，始得請求損害賠償。在被害人存活機會喪失之案例，其損害究為被害人最終死亡、存活機會喪失本身、或存活機會喪失後引發之身體傷害及額外費用支出，甚值研究。

### 一、被害人之「死亡」作為損害

所謂損害，係指財產上或其他法益上，所受不利益<sup>21</sup>。損害是一種「利益喪失」，原則上任何利益之喪失，均屬一種「損害」。無論該利益是否具有財產上或經濟上價值，其喪失均屬一種「損害」。從而所謂「損害」，係指被害人在二種不同利益情況下，總體比較結果後之利益喪失，而非指被害人因侵權責任原因事實所生個別利益之喪失<sup>22</sup>。損害作為「利益喪失」，一般認為，有財產上損害與非財產上損害二種。

關於人身傷害之賠償，有謂係指「民事主體的生命權、健康權、身體權受到不法侵害，造成致傷、致殘、致死的後果以及其他損害，要求侵權人以財產賠償等方式進行救濟和保護的侵權法律制度<sup>23</sup>。」據此，人身傷害之損害係指人身之傷、殘或死亡。人之身體受傷、殘廢或死亡，可謂為人格法益所受之不利益，亦即身體權、健康權或生命權之喪失，屬於人身的一種「利益喪失」而屬一種「損害」。

惟「損害」之概念，可區分為二：一者為權利或利益被侵害之「現象」，乃是從被侵害「客體」（權利或利益）之角度觀察，其概念核心在於權益「侵害」之事實。另一者為權利或利益被侵害後所生之「效果」或「結果」。前者為對人身完整性（生命、身體或健康）之侵害；後者為侵害人身完整性後對被害人所造成之各種財產上或非財產上之不利益。侵權責任法所應填補之損害（一般所稱之財產上損害與非財產上損害）係指權利或利益被侵害後所生之「效果」或「結果」<sup>24</sup>。亦即所謂財產上之損害，係指被害

---

<sup>21</sup> 鄭玉波，民法債編總論，頁 155（1983 年版）。

<sup>22</sup> 陳忠五，法國侵權責任法上損害之概念，台大法學論叢，第 30 卷，第 4 期，頁 116, 121（2001）。

<sup>23</sup> 楊立新，前揭書（註 15），頁 628。

<sup>24</sup> 陳忠五，前揭文（註 22），頁 113, 135（2001）。

人之經濟上利益有所積極減少或應得利益而未能獲得之損失。所謂非財產上損害，係指權利受害後，所生之精神或肉體的痛苦。據此，人身傷害之損害，係指人身被侵害後所造成之經濟上不利益（財產上損害）或非經濟上之不利益（肉體上或精神上痛苦之非財產上損害）。至於人身之傷、殘或死亡係對於身體權、健康權或生命權之侵害所生之事實現象。從而被害人存活機會喪失，最終引起死亡之結果，係屬生命權被侵害之事實現象，而非依據侵權責任法，加害人應予填補之損害。

所謂被害人之死亡或身體致傷、致殘非屬侵權責任法應予填補之損害，係因侵權行為法上之損害賠償對象僅指財產上之支出或精神上之痛苦。實者，此種財產上之支出或精神上之痛苦，係因被害人生命權或身體權受侵害，導致生命喪失或致傷、致殘，所生之結果。就被害人而言，致傷、致殘或喪失生命，如同汽車被他人撞擊後，產生凹陷、破損一般，不妨為被害人之「損害」。在汽車受損後，被害人可能請求回復原狀，加害人回復者，即為汽車之凹陷或破損，亦即被害人之損害。若回復不能，致被害人支出修復費用，亦為被害人之損害。就此而言，汽車凹陷與費用支出，均可為被害人之「損害」。同理，在被害人名譽受損，請求回復原狀時，被害人之損害，即為「名譽受損」。被害人請求因此所生之精神痛苦，亦屬被害人之損害。人身傷害之被害人的「損害」固可為「身體致傷、致殘或生命喪失」，但除名譽受損，可能回復原狀外，在其他人格權受害，加害人所得補償被害人者，僅為以金錢賠償其財產上之支出或精神上之痛苦，此即所謂侵權責任法應以金錢填補之「損害」。

## 二、「機會喪失」作為損害

學說上將「機會喪失」本身作為被告應予賠償之損害者，首推美國法學教授 Joseph King。氏認為，在事故發生當時既存的疾病、條件或動力，在衡量被害人受損害之利益時，應加以斟酌。例如，當被害人因不注意，

致身體失去平衡，掉落橋下之際，因被告電力公司的電線維護不週，致被害人觸電，彈回橋上而死亡。原告主張，被告高壓電線未為適當隔離，具有過失。法院認為，被告之電線電流的確引發被害人死亡，但在衡量被告之責任範圍時，應斟酌被害人已經喪失平衡，開始掉落橋下之事實<sup>25</sup>。

基於相同觀念，在醫師因過失未診斷發現業已存在之疾病，致該疾病繼續惡化而使患者死亡時，該疾病固為損害結果發生之一項原因，但醫師之過失行為使疾病繼續惡化，亦為損害之原因，因而在評價被害人損失的價值時，疾病本身應為既存條件，而加以斟酌。蓋既存條件業已減低被告所侵害之利益的價值，被告行為已非全部損害的原因。被告之責任範圍，應與其行為導致既存條件繼續發展、惡化或加速損害發生的程度相當<sup>26</sup>。

Joseph King 認為，在處理存活機會喪失的案件，因果關係問題與被害人損失的性質與範圍問題，應嚴予區分。例如，醫師因過失未診斷查知病人罹患肺癌，但縱使給予被害人及時治療，其存活機會仍僅為 30%。在傳統理論下，原告無法證明，被害人若為適當治療，其存活機率超過 51%（優勢證據法則），因而 30% 機會之喪失，無法獲得賠償。但 King 認為，存活機會縱使低於 51%，該存活可能性仍應予以賠償。原告雖無法以優勢證據證明被害人之治癒機會全然被剝奪，但只需證明被告剝奪 30% 的治癒機會，即可請求賠償。換言之，肺癌全部治癒機會喪失，導致死亡，固屬應予賠償之損害；導致病情惡化或加速死亡，亦屬可請求賠償之損害<sup>27</sup>。

氏主張，在存活機會喪失之案例，原告對於避免全部損害發生的機會喪失，例如癌症引起的死亡，固無請求賠償之權。但對於喪失緩和病情之

---

<sup>25</sup> Dillon v. Twin State Gas & Electric Co. (85 N.H. 449, 163 A. 111 (1932)).

<sup>26</sup> Joseph King, *Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences*, 90 Yale L. J. 1353, 1358-60 (1981).

<sup>27</sup> King, *supra* note 26, at 1363-64.

機會，仍得請求賠償。亦即，被告之行為既非全部損害發生之原因，而僅對原先可能損害增加額外的危險，因而被告僅就其超過原先損害部分負責，應屬合理<sup>28</sup>。

至於治癒機會之計算，應依被告不法行為減低被害人治癒病症的可能性比例。例如，病患罹患心臟病，被告醫師因過失誤診病患病情，病患因而死亡。但及時診斷與適當治療下，病患存活率僅有 40%。無論被告是否引發被害人死亡，其引起被害人機會之喪失，該機會即為一項利益，剝奪該利益，即需獲得賠償。賠償之範圍即為被害人若生存時的生命價值，依 40% 計算之。該項生命價值，必須基於被害人之年齡、健康、工作能力及已經罹患心臟病等事實斟酌之<sup>29</sup>。再者，若被害人之存活機會為 40%，因被告之行為而降低為 25%，則被害人機會喪失之損害為 15%（40% - 25%），被害人之全部損失若為 500 萬元時，被告應賠償 75 萬元（500 萬元×15%）。

在治癒機會喪失範圍內，氏認為傳統因果關係理論關於舉證責任分配之法則，應予改變。亦即在既存條件與被告不法行為二者同時、或在相當短的時間內發生時，既存條件是否減低被害人之利益，應由被告負舉證責任。在被告欲主張，部分損害非其不法行為所引起，因而應減低責任時，被告對於原告之損害係屬可分，且被告僅負擔部分範圍，均負有舉證責任。反之，在既存條件與被告行為引發損害之間，時間距離較長時，對於該損害係因被告行為所引起，原則上仍由原告負擔舉證責任。但若原告證明，其無合理機會足以評價被告引發何種損害時，則被告對於其責任負擔

---

<sup>28</sup> King, *supra* note 26, at 1373.

<sup>29</sup> King, *supra* note 26, at 1382.

部分應負舉證責任<sup>30</sup>。

值得注意者為，King 強調，其理論就治癒機會的價值評量方面，固然否定「全有或全無」原則的適用，但就因果關係方面，則仍然適用「全有或全無」原則<sup>31</sup>。亦即，縱令 51% 以下的機會喪失係屬應予賠償之損害，但原告仍須證明，被告行為對於被害人治癒機會之喪失，具有原因力。例如，被害人罹患癌症，在開刀過程中，開刀設備因製作過程有瑕疵而無法運轉，以致於患者死亡，經查該患者的治癒機會為 30%。關於患者 30% 的治癒機會喪失，係屬應予賠償之損害。但僅證明其 30% 的治癒機會被剝奪，仍不得請求賠償，必須以優勢證據證明，被告為開刀設備的製造人，原告之請求始有理由<sup>32</sup>。

King 的學說在實務上被加以援用。例如在 *Roberts v. Ohio Permanente Medical Group, Inc.* 案<sup>33</sup>，被害人罹患肺癌，因醫師治療不當而死亡，被害人的治癒機會僅為 28%。俄亥俄州最高法院謂：「這是放棄以往遵守的傳統嚴格觀念的時候，也是加入多數州，採納機會喪失理論的時候。患者自醫療專業人員尋求醫療輔助，有權期待獲得適當照顧；且因醫療人員之過失，而減低其生存機會時，應獲得賠償<sup>34</sup>。」至於「原告得請求之賠償數額為，過失行為時，最後傷害或死亡的全部損害數額，乘以機會喪失的比例<sup>35</sup>。」

---

<sup>30</sup> King, *supra* note 26, at 1393-94.

<sup>31</sup> 關於因果關係之「全有或全無」原則，參見下述伍、一之說明。

<sup>32</sup> King, *supra* note 26, at 1394-95.

<sup>33</sup> 668 N.E.2d. at 485 (Ohio 1996). cited in Jason Perkins, *Note: McMullen v. Ohio State University Hospitals: Legal Recovery for Terminally Ill and Injured Patients Without the Lost Chance Doctrine*, 32 U. Tol. L. Rev. 451, 461 (2001).

<sup>34</sup> *Id.* at 484.

<sup>35</sup> *Id.*



治癒機會喪失，雖作為損害賠償之對象，但仍不變更傳統因果關係「全有或全無」原則之實際案例為 *Jorgenson v. Vener* 乙案<sup>36</sup>，該案將治癒機會喪失，而非最終損害，作為損害賠償之對象，但同時強調原告必須證明「機會喪失」與被告過失行為，依據優勢證據法則，具有因果關係。

*Jorgenson* 乙案之原告自甲板上跳下，摔落於七英尺下的水泥道路上，造成右腿骨折。在被告醫師治療中，因右腿植入的栓片感染病菌，以抗生素治療四個月後無效，右腿最後被截肢。原告主張被告不當治療使其發生截肢的結果。實者，原告之右腿受傷甚為嚴重，其治癒機會自始甚為渺茫，既使加以治療，腿部感染與截肢的危險仍然甚高。南達科他州最高法院認為，機會喪失應予賠償，但原告需證明：(1) 原告喪失獲得更佳結果的機會，(2) 機會喪失極有可能(*more likely than not*)係因被告之不法行為而引起<sup>37</sup>。亦即喪失之機會，而非遭受之損害（截肢），成為應予賠償之損害，但就此機會之喪失，傳統的舉證責任仍應具備。本案審判長強調：機會喪失理論並未改變或排除最近因果關係的要求，原告必須以優勢證據證明，被告之行為減低其獲得較佳結果之機會<sup>38</sup>。

綜合法院適用機會喪失即為損害之理論，基本上認為，被告之損害，非指最終之損失（如死亡、截肢），而是指喪失之存活或治癒機會。被告對於被害人喪失之機會應予以賠償。但原告必須以優勢證據證明，被告行為極有可能引起被害人喪失獲得較佳結果之機會。至於損害賠償數額，則依據減低治癒機會之比例計算之<sup>39</sup>。

---

<sup>36</sup> 2000 S.D. 87, 616 N.W.2d 366 (2000).

<sup>37</sup> *Id.* at 1-7, 15-17.

<sup>38</sup> *Id.* at 17, 616 N.W.2d 366, 371 (2000).

<sup>39</sup> Shwan M. Nichols, *Jorgenson v. Vener: The South Dakota Supreme Court Declares Loss-of-Chance Doctrine as Part of Our Common Law in Medical Malpractice Torts*,

依本文之見，被害人之存活機會係屬人格權之內涵，應屬侵權行為法保護之客體。加害人剝奪被害人之「存活機會」後，導致存活機會喪失，最終引起死亡之結果。該存活機會喪失，如同被害人之死亡，係屬被害人之損失，固屬無疑<sup>40</sup>。但就侵權行為損害賠償之對象而言，該「損失」如同被害人身體受害導致之「死亡」，雖屬被害人之損失，但係被害人「存活機會」之權利被侵害之「現象」，而非該權利被侵害後所生之「財產上或非財產上損害」。在人身完整性被侵害時，所生之非財產上損害，可分為身體上之痛苦（包括肉體之痛苦及生理之損害），及精神上之痛苦<sup>41</sup>。「存活機會喪失」非屬經濟上之不利益，自非財產上之損害，亦非肉體上之痛苦或身體受害後所生身體功能上之殘障、缺陷或精神上之障礙，從而亦不屬於被害人之非財產上損害。然而 King 教授的見解，對於承認存活機會得為侵權行為保護之客體，以及存活機會被侵害後，被害人喪失存活機會，亦屬一種損失，以及存活機會喪失後，其損害賠償額度的計算，均具有啟示性。

### 三、機會喪失引發之「損害」

對於機會喪失係屬應予賠償之「損失」採取不同意見者為英國學者 Todd S. Aagard 氏認為醫療事故中，病患原本疾病造成之損害為「原本損害」，因醫師過失行為造成之損害為「侵權行為損害」，而被害人於醫療過失行為後，最終發生之損害（如死亡）為「最終損害」。在治癒機會喪失的案例，侵權行為之損害非指「最終損害」，而是以被告過失行為為必

---

46 S.D. L. Rev. 618, 632 (2000/2001).

<sup>40</sup> 關於被害人之死亡，作為被害人之「損害」的討論，參見本文前述肆、一之說明。

<sup>41</sup> 陳忠五，前揭文（註 22），頁 160-166。

要原因的損害總和，亦即因治癒機會喪失而生的身體傷害或其他身體上損失、精神上重大挫折(emotional distress)及衍生性損害(如增加之醫療費用)等三項。至於最終損害，非屬喪失治癒機會所生之損害，不在賠償之列。且喪失治癒機會本身，係指降低原本疾病治癒之機會，亦非屬侵權行為損害，而不在賠償之列<sup>42</sup>。

Aagaard 氏引用 James v. United States<sup>43</sup>及 Evers v. Dollinger<sup>44</sup>二案說明其「損害」之概念。二案原告均因醫師過失，未發現其體內有惡性腫瘤，因而延誤治療期間。二案原告均以其身體受有損害而請求賠償。法院認為，被告誤診及未予原告治療之行為，導致腫瘤存留於原告體內，且體積增大，原告無疑因此惡性腫瘤之成長而導致病情更為惡化。從而，被告應賠償者，為原告身體受害之損失，亦即其行為引發原本疾病的惡化損害，而非原本疾病引發的身體傷害<sup>45</sup>。

就精神上損害而言，James 法院認為，原告因知悉其喪失治癒機會的心理苦痛，應予賠償。但應扣除由於遲延診斷，被害人於二年間不知罹患癌症之心理上利益。Evers 法院認為，被告過失未察覺被害人罹患癌症，引起被害人「焦慮、情緒痛苦及心理挫折」，為被害人之損害。原本疾病引發之心理痛苦與被告過失行為引起之心理痛苦二者應予區辯。後者係指，原告因知悉被告之遲延治療，增加疾病之危險性，而發生的心理受創<sup>46</sup>。

---

<sup>42</sup> Todd S. Aagaard, *Notes: Identifying and Valuing the Injury in Lost Chance Cases*, 96 Mich. L. Rev. 1335, 1341-1345 (1998).

<sup>43</sup> 483 F. Supp. 581 (N.D. Cal. 1980).

<sup>44</sup> 471 A.2d 405 (N.J. 1984).

<sup>45</sup> Cited in Aagaard, *supra* note 42, at 1345-1346.

<sup>46</sup> See Aagaard, *supra* note 42, at 1346-1347. 由於擔心日後引發癌症或其他重病，導

就衍生性損害而言，Evers 法院認為，因被告過失遲延診斷造成的額外醫療成本，始屬應賠償之損害。至於無論被告過失行為是否存在，均應支付的費用，則不在賠償之列。James 法院亦謂，原告請求被害人勞動能力喪失之損害、妻喪失扶養費用之損失及喪失夫陪伴之損失，均不得請求賠償。蓋此等損失為原本癌症引發之損失，而非被告過失延誤治療引起之損害<sup>47</sup>。

由於 Aagaard 氏認為「存活機會喪失」本身非屬損害，因而損害賠償之計算，非如 King 主張，依據機會喪失之比例計算。且所謂損害既非指「最終損害」，因而損害賠償不應以最終損害之全部損害為賠償範圍。從而 Aagaard 氏認為，在治癒機會喪失之案件，其損害種類既為身體傷害、精神痛苦及衍生性損害，因而損害賠償數額應依個案，由法院綜合裁量<sup>48</sup>。

King 氏認為被害人喪失的「存活機會」本身即為所受之損害，被告即應依該喪失機會的比例，賠償原告損失。Aagaard 氏認為，喪失的存活或治癒機會本身非屬損害，治癒機會喪失所產生的身體損害、精神痛苦及其他衍生性損害始為被告應賠償之損害。實者，後說所謂治癒機會喪失所生的損害，固屬被害人喪失治癒機會後所產生的損失，被告應予賠償。但如

---

致精神痛苦受挫，美國法院通常認為，只要該痛苦具有合理性（未來疾病發生的可能性越高，原告的精神受挫越具有合理性），則增加疾病之危險，導致的精神痛苦得以請求損害賠償。參見 Melissa Moore Thompson, *Enhanced Risk of Disease Claims: Limiting Recovery to Compensation for Loss, Not Chance*, 72 N. Carolina L. Rev. 453, 455-459 (1994).

<sup>47</sup> See Aagaard, *supra* note 42, at 1347. 論者認為，因治癒機會喪失導致監控該疾病的醫療費用增加，例如嗣後的醫療檢測費用等，只要合理，應予以賠償 (Thompson, *supra* note 46, at 473-475)。此等費用，應屬本文所述之衍生性費用。

<sup>48</sup> Aagaard, *supra* note 42, at 1348-1350.

何由法院斟酌裁量「身體損害、精神痛苦及其他衍生性損害」，誠屬難題。從而前說認為，依據被告喪失機會的比例，計算被告應賠償之損失，不妨亦屬可以參考之依據。換言之，King 氏及 Aagaard 氏的見解固有不同，但不妨互為參酌<sup>49</sup>。

## 伍、存活機會喪失之因果關係

被害人之存活機會喪失，得否請求損害賠償，在英美法引起最大爭議者，厥為醫師之不法行為與被害人死亡之間，是否具有因果關係。侵權行為法上之因果關係，學說上區分為二種，即責任成立的因果關係及責任範圍的因果關係。前者係指侵害行為與權利受侵害之間的因果關係；後者係指權利受侵害與損害之間的因果關係<sup>50</sup>。在存活機會喪失之案例，關於損害之概念，無論採取 King 教授所指的「存活機會喪失」本身，或 Aagaard 氏所指的身體損害、精神痛苦及其他衍生性損害，在被害人之「存活機會」被侵害，與其所生之「存活機會喪失」或因而所生之身體損害、精神痛苦及其他衍生性損害之間，是否具有因果關係，係屬責任範圍的因果關係問題，在前述 King 氏及 Aagaard 氏論述中，被害人得證明二者之間是否具有因果關係，並無困難<sup>51</sup>。

關於被害人之最終「死亡」，係屬被害人之「損害」或存活機會喪失所生之侵害事實現象，但非屬侵害事實發生後，所生之「財產上損害」或「非財產上損害」，從而醫師因誤診，導致被害人喪失存活機會，最終發

---

<sup>49</sup> 參酌 Richard Wright, *Causation in Tort Law*, 73 Cal. L. Rev. 1735, 1815-1816 (1985).

<sup>50</sup> 王澤鑑，侵權行為法，第一冊，頁 214-215（1998）。

<sup>51</sup> 參見本文前述肆、二及三之說明。

生死亡之結果，對於醫師不法行為與被害人死亡之間，是否具有因果關係，係屬責任成立的因果關係問題。由於被害人於罹患疾病後，存活機會可能低於 50%，因而在判斷加害人之不法行為與被害人死亡間是否具有因果關係時，即發生重大爭議<sup>52</sup>。

### 一、傳統因果關係之「全有或全無」原則

傳統因果關係理論，僅判斷因果關係是否存在，而不論因果關係是否「可能」存在，亦即傳統因果關係之判斷，僅有「有」或「無」因果關係之問題，而無「一定比例」因果關係存在之問題。在一般案件，適用上固無重大疑問，但在存活機會喪失之案例，則因被害人僅有「一定比例」的存活機會，致使因果關係的問題，成為爭論的焦點。

#### （一）原則之適用

在醫療過失案件，被害人因醫師過失，遲延治療或診斷錯誤，導致患者喪失在診療時可能擁有低於 51% 的生存機會，嗣後死亡時，其家屬向醫師請求損害賠償，因患者之存活機會低於 51%，原告經常無法舉證證明，被告醫師之醫療行為與被害人死亡之間，具有事實上因果關係存在，因而無法請求損害賠償。蓋依據民事舉證責任規定，原告的舉證需達到可合理推知被告加害事實確屬存在之程度。美國法稱呼此項舉證程度為 more

---

<sup>52</sup> 按關於因果關係之判定，在英美法上區分為二個階段，一者為事實上因果關係 (cause in fact)，另一者為法律上因果關係 (legal cause)。事實上因果關係，係探討事實上因果律是否存在的問題，而法律上因果關係則是探討被告責任限界的問題。前者以「若無、則不」法則 (But For Rule) 判斷之，後者一般以合理可預見性作為判斷標準。（參見陳聰富，侵權行為法上之因果關係，台大法學論叢，第 29 卷，第二期，頁 196-198；王澤鑑，前揭書（註 50），頁 219）。事實上因果關係依據「若無、則不」法則判斷時，在存活機會喪失案例，可能獲得不具因果關係之結論，因而學說乃紛紛起而修正之。本文以下即為各種學說之說明。

likely than not, 英國法稱為 preponderance of evidence。其意義為, 原告在民事責任的成立要件上, 必須證明被告之不法行為「甚為可能」導致原告損害。以百分比言之, 原告必須證明被告行為引發原告損害的可能性超過 51%, 亦即被告不法行為引發損害的可能性高於未引發損害的可能性。若原告得以證明被告之不法行為導致原告損害發生的可能性超過 51%, 縱使被告未導致原告損害的可能性尚有 49%, 法院仍應認為因果關係成立, 被告應對原告之損害負全部賠償責任。反之, 若原告證明被告行為引發損害發生的可能性僅為 49% (或 50%), 法院將認為因果關係全部不存在, 被告即無須對原告損害負責<sup>53</sup>, 此即因果關係的「全有或全無」原則以及傳統舉證責任之法則。

在醫療過失案件, 若被害人於醫師診療時期, 僅有 40% 的存活機會, 縱使醫師盡其應盡之注意義務, 對被害人予以治療, 被害人仍有 60% 的死亡機會。因而在被害人於醫療後死亡時, 被告均可主張其縱有過失行為, 但引發被害人死亡的可能性僅為 40%, 低於 51%, 亦即被害人因病死亡的機率, 高於被害人因被告不法行為而死亡之機率, 從而被告無須負擔任何損害賠償。蓋因果關係既不成立, 即無成立損害賠償責任之可言。

換言之, 當患者在醫師診療之前的存活機會低於 50% 時, 縱使醫師治療行為具有重大過失, 原告亦無請求賠償之機會。例如, 罹患癌症之被害人有 35% 的存活機會, 因醫師誤診而使存活機會降低為 20% 或零時, 依據傳統因果關係理論, 原告並無請求權。反之, 若被害人的存活機會為 80%, 而醫師的過失行為降低該存活機會為 20% 或甚至 60% 時, 原告均有請求賠償之機會, 因被告之行為引起被害人損害的可能性大於不引起損害

---

<sup>53</sup> Lori R. Ellis, *Notes: Lost of Chance as Technique: Toeing the Line at Fifty Percent*, 27 Texas L. Rev. 369, 383-384 (1993).

的可能性。換言之，重要的不是被害人生存機會的降低比例，而是既存條件（原有疾病）減少被害人的生存機會（如本案為 20%）是否超過被告行為減少被害人的生存機會<sup>54</sup>。在本案，若醫師不法行為後，被害人之生存機會降低為 70%，則醫師不法行為降低生存機會的比例為 10%（80%-70%），而原本疾病減少被害人的生存機會為 20%（100%-80%），前者少於後者，前者比後者「比較不可能」引發生存機會之喪失，因而原告無法請求賠償。反之，若醫師不法行為後，被害人之生存機會降低為 55%時，則醫師不法行為降低生存機會的比例為 25%（80%-55%），大於原本疾病減少被害人的生存機會 20%，因而醫師不法行為「比較可能」引起損害發生，從而應負賠償責任。

在美國 Jones v. Owing 乙案<sup>55</sup>，法院即採取因果關係「全有或全無」原則。該案被害人於二次 X 光照射後，發現左肺上部不正常，影像攝影師建議醫師應追蹤檢查，但被告醫師因未注意該檢查報告的嚴重性，而未採取任何醫療行為，結果該病患因肺癌死亡。在 X 光檢查時，該病患之存活比率僅為 20%-25%。換言之，縱使病患獲得及時妥適的治療，仍只有低於 50% 的存活機會。法院依據傳統因果關係理論，認為原告必須證明醫師之過失，確實引起損害或死亡，否則不得請求損害賠償。

此外，在美國 Cooper v. Sisters of Charity 乙案<sup>56</sup>，被害人因車禍頭顱破裂，原告主張被告醫師因過失對於死者未盡診斷與治療之義務。原告之專家證人認為，其無法確定介入醫療行為後，被害人可能存活或死亡之機率。另一位專家證人則證稱：進行手術後，被害人的存活機會大約為 50

---

<sup>54</sup> Aagaard, *supra* note 42, at 1336.

<sup>55</sup> 456 S.E.2d 371 (S.C. 1995).

<sup>56</sup> 27 Ohio St. 2d 242, 272 N.E.2d 97 (1971).



%。法院因原告無法舉證醫師過失行為與被害人死亡之間具有因果關係，而判決被告勝訴。該案法院認為：「在醫療過失案件，原告必須證明，被告在可能性上(in probability)，接近地引起死亡之結果。」所謂「可能性」，即為 more likely than not，亦即超過 50% 的可能性<sup>57</sup>。

除上述被告不為作為，可能引發存活機會喪失之案件外，在被告積極作為時，亦可能依據因果關係之「全有或全無」原則，而駁回原告之請求。例如，癌症患者，因被告過失，施行麻醉不當，導致手術時患者死亡。若該患者存活之機會低於 50%，縱使因被告過失而死亡，依據傳統優勢證據法則，被告仍無須負責<sup>58</sup>。

## （二）原則之批評

「全有或全無」之因果關係法則，採取「證據優勢原則」(preponderance of the evidence)，目的在於當事人間，公平分配不法行為之危險，亦即妥適分配當事人間之風險承擔。傳統侵權行為法固遵守因果關係「全有或全無」及證據優勢原則，但在損害與不法行為間因果關係不明時，若因果關係可能性足以證明因果關係存在，但事實上因果關係並不存在時，原告將獲得過度賠償。反之，若因果關係可能性不足證明因果關係存在，但事實上因果關係確屬存在時，被告將因而賠償不足。從而被告之賠償，可能高於或低於其行為引發的實際損害額度。換言之，原告可能獲得過度賠償或賠償不足；被告應有的賠償責任與其實際賠償責任，亦非相稱。此種結果，有害於侵權行為法追求的平均正義(corrective justice)<sup>59</sup>。

<sup>57</sup> Id. at 252-253, 272 N.E.2d at 103-104.

<sup>58</sup> Huddell v. Levin, 537 F.2d 726, 737-40 (3d Cir. 1976); Dillon v. Twin State Gas & Elec. Co., 85 N.H. 449, 136 A. 111 (1932). See King, *supra* note 26, at 1370.

<sup>59</sup> John Makdisi, *Proportional Liability: A Comprehensive Rule to Apportion Tort Damages Based on Probability*, 67 N. C. L. Rev. 1603, 1073 (1989).

舉例言之，設若被告從事不法行為後，發生 100 件損害事故。經查該行為是否確實引起其中任何損害發生，無法確知；足以確定者為，該不法行為與每一項損害的因果關係可能性為 50%。若每一項損害賠償之請求案件，原告均因無法舉證超過 51% 的可能性而遭敗訴判決，則侵權行為人縱使實際上引發 50 件損害，仍無庸負擔任何損害賠償責任。被告因而免除不應免除之責任，原告亦因而獲得不足賠償<sup>60</sup>。

反之，若被告不法行為與每一項損害的因果關係可能性為 60%。依據傳統理論，被告必須對於該不法行為所未引起的 40% 的案件，負擔全部損害賠償責任。從而被告之責任不當加重，而實際上不具因果關係之 40% 的原告則獲得不當賠償<sup>61</sup>。

再者，「全有或全無」原則亦不符合侵權行為法的嚇阻目的。在病患喪失存活機會之案例，病患無論喪失避免病情惡化的機會或避免將來損害（死亡）發生的機會，均屬一種損失。該項損害即使低於 50%，仍可能因被告適時診斷治療而獲得治癒的機會。被告既然引起損失，即應負擔該項損失之賠償責任。否則與侵權行為法要求被害人損害轉嫁的目的不符，亦無法達成侵權行為法嚇阻被告不法行為之目的<sup>62</sup>。

## 二、實質可能性說或實質因素說

依據「實質可能性說」(Substantial Possibility Test)，法院放棄優勢證據法則之要求，而減輕原告對於因果關係之舉證程度，只需被告不法行為，具有發生損害的實質可能性，縱使其可能性之比率未逾 50%，被告仍應對被害人之所有損害負擔全部責任，而非比例責任。此說僅放寬因果關

---

<sup>60</sup> Makdisi, *supra* note 59, at 1073-1074.

<sup>61</sup> Makdisi, *supra* note 59, at 1074.

<sup>62</sup> King, *supra* note 26, at 1377.

係的舉證程度，而未改變因果關係的「全有或全無」賠償原則。

最早使用「實質可能性說」<sup>63</sup>之案例為 *Hicks v. United States* 乙案<sup>64</sup>。該案醫師因過失將被害人之大量腸出血，誤診為胃部感染，導致被害人死亡。第一審判決原告敗訴，因其未能舉證證明醫師之過失為被害人死亡之必要條件(but for rule)。上訴法院則判決原告勝訴，謂：「在被告的過失作為或不作為業已有效終止一個人的生存機會時，該機會之大小既因被告之行為而無法確知，即不應由被告之口對該機會之大小表示存疑。設若[被害人]有任何存活的實質可能性，被告竟毀損之，即應對之負責。在不法行為人不許他人接近之場合，要證實事實發生的絕對可能性，殆屬難能。在目前案情下，法院不要求原告對於患者及時住院治療，必將存活之確實性加以證實<sup>65</sup>。」

本案法院對於何謂「實質可能性」並未加以說明。若將「實質可能性」解為超過 50% 的可能性，則與優勢證據法則並無不同。在 *Kallenberg v. Beth Israel Hosp.* 乙案<sup>66</sup>，法院正式將「實質可能性說」應用於病患存活

---

<sup>63</sup> 此處之「實質可能性說」與因果關係的「實質因素說」(substantial factor test)並非相同。後者與「不確定性」無關，而係當二個以上的原因結合，而發生損害事故，但每一個原因均獨自足以導致損害時，依據「必要條件說」(but for rule)，原告無法獲得損害賠償，但因任何一項原因均屬損害發生的實質因素，因而被告仍不得免責。其最主要的案例為，被告放火燒毀原告房屋時，適逢第三人同時放火燒毀原告房屋，被告與第三人均不得主張，無被告或第三人之放火，原告之房屋仍將被燒毀而免責。關於「實質因素說」，參見陳聰富，前揭文（註 52），頁 232。

然而應注意者，關於存活機會喪失之案例，應用實質可能性說者，亦曾使用「實質因素說」之字彙。參見本文下述之 *Hamil v. Bashline* 乙案。

<sup>64</sup> 368 F.2d 626 (4<sup>th</sup> Cir. 1966).

<sup>65</sup> *Id.* at 632.

<sup>66</sup> 45 A.D.2d 177, 357 N.Y.S.2d 508 (1974), *aff'd*, 37 N.Y.2d 719, 337 N.E.2d 128, 374

率低於 50%可能性之案例。該案醫師對於患者第三次腦部動脈瘤出血開出處方藥物，可有效降低血壓，使患者進行手術。但醫師開出處方後，因過失未讓患者服藥，患者因而於手術前死亡。依據專家證言，未服用該藥物，對患者死亡固然具有原因力。但患者若及時診治並予開刀，其存活之機會仍僅為 20%至 40%。本案陪審團認為，若死者給予適當醫療，其血壓得以有效控制，病情可以獲得進展，而有機會進行手術，回復健康。從而本案被告未提供患者服用藥物，與被害人死亡之間，有因果關係<sup>67</sup>。

在 *Hamil v. Bashline* 乙案<sup>68</sup>，法院則以「實質因素說」(Substantial Factor Test)認為存活機會之喪失，得請求損害賠償。該案醫院因過失無法找到心電圖機器，而要求患者至另一私人醫師處作心電圖檢查，患者於該醫師診所因心臟病發而死亡。依據專家證言，若該醫院進行適當治療，患者有 75%的存活機會。美國賓州最高法院認為，被告之過失行為無需為死亡發生之唯一原因，始成立損害賠償責任，只要被告之過失行為係死亡發生之實質因素(substantial factor)，即應成立賠償責任。亦即當（1）原告已證實，被告過失作為或不作為增加損害之危險；且（2）該增加之危險係損害發生之實質因素，因果關係即已成立<sup>69</sup>。

*Hamil* 乙案之被害人具有 75%的存活率，即使依據一般優勢證據法則，因果關係仍屬成立。因而該案判決雖強調「實質因素」作為因果關係的認定標準，但對於實際案例似無助益。然而該案的法律見解，卻為另一則著名案例所援用，因之發揚光大。在 *Herskovits v. Group Health*

---

N.Y.S.2d 615 (1975).

<sup>67</sup> Id., 357 N.Y.S.2d at 510.

<sup>68</sup> 481 Pa. 256, 392 A.2d 1280 (1978).

<sup>69</sup> Id. at 263, 273; 392 A.2d 1283, 1288-89.

Cooperative of Puget Sound 乙案<sup>70</sup>，被害人因咳嗽胸部疼痛就醫，照射 X 光後，被告醫師未發現肺癌，僅給予咳嗽藥物。一年後，被害人始被發現罹患肺癌病情。經查，若被告醫師於一年前診察得知被害人罹患肺癌，其存活五年的機會為 39%，但在六個月後始診察得知肺癌，其存活五年之機會僅為 25%，嗣後被害人因肺癌而死亡<sup>71</sup>。

本案多數意見認為，只要醫師過失行為增加之危險，屬於引發死亡的「實質因素」，因果關係即可確立。在因果關係確立後，被告即應為被害人提早死亡負擔全部賠償責任<sup>72</sup>。關於死者生存機會在一定比例的減少（自 39% 降為 25%），是否可以推論醫師未及時診治病情與被害人死亡間具有因果關係，本案法院採取肯定見解，「蓋若為相反之認定，則在被害人存活機會低於 50% 時，無論過失行為如何令人難以容忍，醫師與醫院均無庸負擔賠償責任<sup>73</sup>。」

「實質因素說」通常係由專家證人證明被害人一定比例之存活機會喪失，因而成立加害人不法行為與損害之間的因果關係。但美國法院判例發展，並不以一定統計上之存活比例喪失為損害賠償請求之認定基礎。在 Mckellips v. St. Francis Hospital, Inc. 乙案<sup>74</sup>，被害人為 61 歲老人，因胸部疼痛被送到急診室治療，醫師雖知悉病患家族具有心臟疾病病史，但認為被害人病情輕微，而未命其住院治療。被害人當天晚上心臟病發而死亡。

專家證人證稱：「就死者的存活機會而言，若無被告之過失行為，無

---

<sup>70</sup> 99 Wsh. 2d 609, 664 P.2d 474 (Wash. 1983).

<sup>71</sup> 664 P.2d 475.

<sup>72</sup> 本案少數意見則認為，被告對於被害人之死亡固需負擔損害賠償責任，但無須全部負責，而係依誤診時，存活機會喪失之比例負責。

<sup>73</sup> 664 P.2d 476-77.

<sup>74</sup> 741 P.2d 467 (Okla. 1987).

疑地，死者的存活機會將會大大地增加。至於死者的存活機會是否改變最後的結果，我認為是屬於統計可能性的命題，我無法回答。但就增加其存活機會而言，無疑是真實的<sup>75</sup>。」由於該統計上的可能性無法指明，地方法院乃以因果關係無法成立，判決原告敗訴。

本案之奧克拉荷馬州最高法院則認為，只要原告可以證明，醫師之過失行為導致被害人的復原或存活機會實質上減少，縱無統計上的證據，最近因果關係仍可成立<sup>76</sup>。法院認為：「在醫療提供人員，因過失未提供醫療診治，而剝奪病人的重要復原機會時，醫療專業人員即不得於事後主張，該項結果係屬無法避免，蓋醫療人員已使病患的機會不可能實現。對於自己過失行為引發的不確定性，醫療提供人員不應因此而獲利<sup>77</sup>。」

無論實質可能性說或實質因素說，目的均在於緩和優勢證據法則，使難以舉證因果關係確實存在的原告，在被告實質上剝奪被害人的生存機會，或減少被害人重要的復原機會時，仍能獲得損害賠償之請求。此說僅降低傳統上對於因果關係舉證責任之證明程度，對於因果關係「全有或全無」原則，則仍予遵守。亦即在陪審團認為被告行為係屬被害人損害發生的實質因素，或不法行為對於引發損害具有實質可能性時，被告即需對被害人之死亡負擔全部損害賠償責任，而非相應於存活機會喪失的比例，而為一定比例的損害賠償。

### 三、比例因果關係說

採取比例因果關係說者為 John Makdisi 教授。氏認為，依據傳統理論，對於舉證 51% 的因果關係，給予全部賠償，但對於證明 49% 的因果關係

---

<sup>75</sup> Id. at 470.

<sup>76</sup> Id. at 477.

<sup>77</sup> Id. at 474.

者，全部不予賠償，顯然不公平。就有效嚇阻目的而言，若被告行為僅有 51% 的原因力，卻需負擔全部損害賠償責任，將會產生過渡嚇阻之效果；反之，若被告行為有 49% 的原因力，卻無庸負擔任何不法行為之成本，將發生嚇阻不足的結果，二者均使被告不願採取最適當預防損害發生的手段，以避免損害發生，因而也就無法達成最佳嚇阻效果<sup>78</sup>。

就平均正義(corrective justice)的目的而言，侵權行為人僅就其行為引發的損害負責，始符合此項目的。例如，因被告過失行為引起 100 件損害，雖然該行為是否確實引起該 100 件損害的任何一件，無法確定，但每一件損害係因該行為導致的可能性為 50%。換言之，對於其中五十件損害，被告過失行為的確具有原因力，但對於其他五十件損害，被告之過失行為，確實無原因力。若依傳統理論，縱使被告確實引起其中五十件損害，但被告對於全部損害均無須負責。從而發生被告應負責而無須負責，原告應獲得賠償而無法獲得賠償之情形。反之，依據比例因果關係理論，任何原告均可獲得 50% 的損害賠償，全部損害賠償數額即與被告應負擔之責任相同<sup>79</sup>。

Makdisi 教授特別強調，因果關係的可能性理論，與因果關係的事實是否存在，係屬二事。傳統「全有或全無」因果理論，係以證據證明因果關係之事實存在，而非因果關係之可能性。比例因果關係則僅就因果關係的可能性比例，加以證明，而無須證明因果關係卻屬存在。從而法院依據

---

<sup>78</sup> Makdisi, *supra* note 59, at 1067-1072.

<sup>79</sup> Makdisi, *supra* note 59, at 1073-1074. Makdisi 教授同時承認，此項比例負責的方式，某些原告會獲得比應得數額較少的賠償，而某些原告之損害，可能非被告行為所引起，但仍獲得被告賠償。但至少被告對於其不法行為引發之損害，已經全部負責。

證據所需判斷者，並非因果關係「是否存在」，而是因果關係存在的「可能性如何」。舉例言之，設有五人向馬路投擲石塊，其中一塊石頭擊中路人，路人受傷，但不知係何人投擲的石塊。依據傳統理論，無人應為路人的損害負責。但依據現行侵權行為法，所有五人視為一體，對於路人損害具有因果關係，各自負擔部分為 20%。

設若僅有一人投擲石塊，同時有四塊石頭自懸崖上滑落，導致路人受傷，依據傳統因果關係理論及現行法，被告無需為其過失行為負責。蓋原告無法證明因果關係存在的事實。但本例被告與前例五人同時投擲石塊的任何被告並無不同，被告對於其不法行為引起的 20%損害可能性，應依該比例負賠償責任<sup>80</sup>。

依據此項理論，因果關係應依據被告行為發生損害的可能性認定，亦即傳統的「全有或全無」因果關係理論已不再適用，僅依據因果關係可能性比例，判斷因果關係，並相應於該比例，計算被告應賠償之數額。

將比例因果關係說應用於機會喪失案例者為英國 Hotson 乙案的法官 Simon Brown。氏認為，在原告證明，被告行為具有過失，且該過失行為具有發生不良醫療結果之實質危險性，該危險程度可得確定時，原告就其喪失機會的範圍內，得以獲得比例部分之賠償。在 Hotson 乙案，被害人之損害為 46,000 英鎊，被告過失行為剝奪 25%的治癒機會，因而原告可請求 11,500 英鎊，加上 150 英鎊的精神痛苦損害賠償<sup>81</sup>。

將比例因果關係說應用於治癒機會喪失之案例，因原告依據專家證言，只能證明被告不法行為，引起某種比例之存活機會喪失，而非全部存活機會喪失，因而不能依據傳統理論，在原告無法舉證優勢證據下，判決

---

<sup>80</sup> Makdisi, *supra* note 59, at 1080-1081.

<sup>81</sup> See Price, *supra* note 3, at 745.



原告全部敗訴。亦即，無論被害人喪失之存活機會多寡，被告行為既已引起被害人損失，即應相應於被告行為對於損害原因力的比例，認定比例上的因果關係，而成立被告的比例責任<sup>82</sup>。

此外，David Price 教授主張，機會喪失之損害，非機會喪失本身，而係機會喪失引發的身體損害。原告對於因果關係難以舉證的問題，只能採取減輕舉證責任的方式，達成原告請求賠償之目的。亦即原因與結果之知識欠缺精確瞭解時，原告無法依據傳統理論證明因果關係，但被告行為經證明確已增加損害之危險時，因果關係不確定之責任應歸由具有過失行為之被告負擔，而非由無過錯的原告承擔。從而在有統計上之證據證明一定比例之因果關係存在時，即應認定被告應負賠償責任，從而減低原告的舉證責任。至於賠償數額，則依據統計上的比例計算之。Price 教授認為，只有如此，始得避免在被害人喪失之治癒機會超過 50% 時，可能造成原告獲得過度賠償或被告遭受過度嚇阻的結果<sup>83</sup>。

Price 教授的目的，在於減輕原告的舉證責任，並採取比例方式計算損害，應屬採取比例因果關係之見解。

比例因果關係與單純以機會喪失作為損害之理論，其不同者在於，後者係將治癒機會本身作為應予賠償之損害，至於最終損害僅為計算損害之基礎，而依據機會喪失之比例，計算實際被告應予賠償之數額。反之，比例因果關係之損害乃指最終損害，且被告行為與最終損害間具有因果關係可能性時，即認定具有因果關係，成立損害賠償責任，但損害額需依據該

---

<sup>82</sup> 同說參見 Margaret Mangan, *Comment, The Loss of Chance Doctrine: A Small Price to Pay For Human Life*, 42 S.D. L. Rev. 279, 283 (1997); Kevin Joseph Willging, *Note, Falcon v. Memorial Hospital: A Rational Approach to Loss-of-Chance Tort Actions*, 9 J. Contemp. Health L. & Pol'y 545, 545-46 (1993).

<sup>83</sup> Price, *supra* note 3, at 748, 758-760.

因果關係的比例計算之。在機會喪失作為損害之理論，其探求者為被告行為與「機會喪失」之損害間的因果關係，仍然適用傳統全有或全無原則以及優勢證據法則，並未捨棄傳統理論之適用。

## 陸、存活機會喪失理論之反對見解

在醫療糾紛案件中，被害人喪失存活機會，最後導致死亡結果，加害人係侵害被害人之「存活機會」的人格法益，引起身體損害、精神痛苦及衍生性費用之支出。雖然依據傳統因果關係理論，對於加害人不法行為與被害人死亡之間，認為因果關係並不存在，但美國實務與學說均力圖放寬因果關係之認定，而使被害人對醫師具有損害賠償請求權。存活機會喪失得請求損害賠償之理論，在美國固屬多數說，但並非沒有反對見解。且同屬普通法系的英國，在學說與法院實務上，則以採取否定說為多數見解。

### 一、美國法

在美國，多數州法院均承認被害人治癒機會喪失，原告得請求損害賠償。但仍有少數州法院法官主張不應採取機會喪失理論。例如，在 *Falcon v. Memorial Hospital* 乙案<sup>84</sup>，被害人因醫師未及時診斷出羊水閉塞而死亡。羊水閉塞症狀對於在每二萬名新生兒中之一人，會發生嚴重後果，但若醫師給予立即診斷，其康復機會為 27.5%。法院多數意見採取機會喪失理論，給予原告損害賠償。但反對意見認為，侵權行為之目的，在於發現事實真相。法院判決的責任，事實上應確實已發生。在因果關係舉證上，應具有某種確實性，始可達成上述目的。放棄傳統的因果關係理論，將阻礙法院發現真實的功能。反對意見認為：「侵權行為法的運作，不應依據與樂透及保險政策相同的原則。若被告行為確實未引起原告損害，即無合理

---

<sup>84</sup> 462 N.W.2d 44 (Mich. 1990).

的理由可以讓被告負擔原告損害的成本<sup>85</sup>。」

再者，反對見解認為，在機會喪失理論下，可能性及統計上的證據成為責任判斷的主要證據。該項證據係基於統計學上的數據，表示其他人在被害人相同情形下，所具有的存活機會。使用統計數據，經常遭受不可信賴、誤導、容易操控及陪審團易於陷入困惑等批評。在衡量損害賠償時，必須基於過失行為發生前，統計上的存活機會，扣除過失行為發生後統計上的存活機會，乘以生命喪失的價值。此等數字，甚為複雜難解，陪審團事實上不易判斷，雙方對於統計上證據各執一詞時，陪審團更難判斷<sup>86</sup>。過多的統計數據，更容易導致錯誤發生。從而機會喪失理論，實際上可能比傳統理論，發生更多錯誤。

反對說者更認為，機會喪失理論，可能導致防衛性醫療增加，保險費用提高，以及法院負擔加重等後果。尤其，在美國僅於醫療過失案件適用機會喪失理論，無疑單獨對於醫療行為課以比其他案件過多之責任，其結果並非公平。反之，機會喪失理論被承認後，日後可能被應用於其他案件類型，是否妥當，不無疑問<sup>87</sup>。

---

<sup>85</sup> Id. at 58-66.

<sup>86</sup> Fennel v. Southern Maryland Hospital Center, Inc., 462 N.W.2d 206, 213-15 (Md. 1990). See Nichols, *supra* note 39, at 636, n. 127.

<sup>87</sup> Nichols, *supra* note 39, at 636. Nichols 反對機會喪失理論，認為對於治癒機會喪失之案例，可以將被害人既存疾病（既存條件）與加害人之醫療過失行為視為被害人最終損害的「共同侵權行為人」，亦即將醫師過失行為視為對既存條件惡化的原因力，而非阻礙治癒機會發生的因素。從而法院將既存條件與醫師過失行為視為共同侵權行為人，而決定被告對於最終損害具有原因力之程度及其賠償範圍。原告僅需以優勢證據證明，被告對於最終損害具有原因力，而由法院依據其原因力大小，判決被告之損害賠償負擔部分(Nichols, *supra* note 39, at 644-647)。

## 二、英國法

英國在著名的 *Hotson v. East Berks Health Authority* 乙案<sup>88</sup>認為不應採取治癒機會喪失理論。該案被害人意外跌倒，臀部受傷，具有引發骨疽的高度危險。由於被告醫師之過失，被害人事後發生骨疽症狀。經查，被害人跌倒發生骨疽的機率為 75%，因被告醫療過失增加之危險為 25%。原告起訴主張其損害者，非最後之損害「骨疽」症狀，而係避免該損害發生之機會喪失。

本案上訴法院採取原告之主張，認為原告機會喪失本身，可以獲得賠償，且原告得以優勢證據證明，被告過失行為導致該損害（機會喪失）發生，具有因果關係，原告可請求該喪失機會之價值的損害賠償。

但本案上議院採取傳統理論，認為原告需以優勢證據證明，被告過失行為與最終損害（骨疽症狀）間具有因果關係。因機會喪失僅為損害賠償計算之數額，因而原告需先證明有因果關係後，始得就損害多寡舉證。原告原本病症發生骨疽的機會（75%）大於不發生的機會（25%），此時原告「已注定」發生骨疽，法律上即無避免發生骨疽的機會<sup>89</sup>。

英國學者 Timothy Hill 支持英國法院之見解，區分喪失之機會為二類：個人機會與統計上之機會。僅在個人之機會喪失時，始得請求賠償，一般統計上之機會喪失，則不得請求賠償。蓋統計上之機會並未考慮被害人之個人因素、實際病情，因而與案件未必有關。

舉例言之，被害人因原本病情之存活機會為 35%，在誤診之後，病

---

<sup>88</sup> [1987] A.C. 750.

<sup>89</sup> 英國法上關於存活機會喪失理論的發展及 *Hotson* 乙案的簡要說明 參見 Marc S. Stauch, *Comparative Health Law: Causation Issues in Medical Malpractice: A United Kingdom Perspective*, 5 Ann. Health L. 247 (1996).

患存活機會降為 20%。所謂被害人喪失 15% 的治癒機會，係指其他類似病人，在過去相同病情與誤診下，統計上的存活機會喪失 15%。但本案病患的個人存活機會多寡，則需進一步確定。本案病患可能屬於，在原本疾病下，無論如何均會死亡之病人。如此，該病患的個人存活機會為零，亦即無存活機會喪失之問題。

設有 100 位病人，在相同情況下，65 人終將死亡，20 人終將存活，而有 15 人若無被告之行為，必將存活。就此 15 人而言，對於被告，應有全部損害賠償請求權，而非僅為 15% 的損害賠償請求權。但就比例而言，病患比較可能屬於必將死亡的 65 人之一，而非可能死亡的 15 人之一。從而原告必須證明，被害人屬於該 15 人之一，而非 65 人之一。此時，原告主張者始為「個人的機會」。

在癌症病患之案例，腫瘤大小可能影響檢測結果與手術治癒可能性，從而原告應證明被害人之腫瘤大小，係屬經由及時診治，得以痊癒的 15 人，而非屬於縱經診治，仍將死亡之 65 人，如此方可主張損害賠償。從而被害人若非喪失所有存活機會，即為未喪失任何損失。此時之損害賠償，已非喪失機會之比例賠償，而是全部損失之損害賠償。

依 Hill 教授之理論，被害人若非屬得請求全部損害賠償之人，即屬不得請求損害賠償之人，顯然採取因果關係「全有或全無」原則。據此，原告不得以機會喪失作為比例上損害賠償之依據<sup>90</sup>。

綜合英美法否認存活機會喪失得請求賠償之見解，主要質疑在於，

---

<sup>90</sup> Timothy Hill, *A Lost Chance of Compensation in the Tort of Negligence by the House of Lords*, 54 Mod. L. Rev. 511, 512-513 (1991). 反對見解，參見 Walter Scott, *Causation in Medio-Legal Practice: A Doctor's Approach to the 'Lost Opportunity' Cases*, 55 Mod. L. Rev. 521 (1992).

當存活或治癒機會低於百分五十時，在因果關係認定上欠缺確實性，且以統計上之可能性作為認定事實之依據，不僅容易發生錯誤，且與實際上個人的存活或治癒機會未必相符。惟因果關係之認定，縱使依據傳統理論，採取優勢證據法則，仍是以超過百分之五十（或百分之七十、八十）作為事實認定之基礎，仍僅為一定比例之可能性，而非事實存在之「確實性」。再者，統計上之可能性，固非個別案件之機率，但仍不妨作為事實認定之參考。尤其存活機會喪失，關係生命權之存續，而生命權為最重要之人格權，基於保護人格權之立場，對於因果關係之認定，採取寬鬆的態度，無寧應屬合理之見解<sup>91</sup>。

## 柒、存活機會喪失理論之界限

關於機會喪失之損害賠償請求權，無論採取何種理論，只要承認「機會喪失」之損害賠償請求權，即可能發生以下疑問：（1）在因果關係可能性高於 51% 時，是否仍然適用機會喪失理論而減輕被告之賠償責任？（2）在被告醫師因獨立之不法行為直接導致被害人死亡時，是否適用機會喪失理論，以減輕醫師之責任？（3）最終損害尚未發生時，被害人得否主張機會喪失，受有損害，而請求加害人賠償？（4）機會喪失之理論，是否

---

<sup>91</sup> 鄭玉波教授謂：「生命權為最重要之人格權，蓋生命不保，則萬事皆休。」（鄭玉波，前揭書（註 21），頁 147）法國法對於人身侵害，均從寬認定損害存在，對人之生命、身體或健康所造成之任何經濟上之不利益，均得請求損害賠償（陳忠五，前揭文（註 22），頁 138）。日本法及我國法對於因侵害人身權利，發生應支出而未支出之費用，亦認為屬於加害人應賠償之損害（日本法，參見幾代通，不法行為，頁 248（引自邱聰智，前揭書（註 10），頁 163）；我國法，關於未支出之僱請看護費用，得請求賠償，參見板橋地院 84 年度訴字第 1440 號判決）。均足以說明法學上對於人格權保護之重視。

於任何損害賠償事件均一體適用，或僅限於醫療過失導致「喪失存活機會」之案例適用？諸此爭議，涉及機會喪失理論的適用界限問題。

### 一、超過 50% 的機會喪失

多數治癒機會喪失理論，所處理者，為被害人之存活機會少於 50% 的案件。亦即在此等案件，被告無法以優勢證據法則，主張因果關係存在，因而有需要藉助機會喪失理論，使原告獲得一定比例的損害賠償。反之，若被害人之存活機會大於 50%，依據傳統之「全有或全無」原則，即使僅有 51% 的機會喪失，仍將因為符合優勢證據法則的要求，而認定為因果關係存在，被告應負擔全部損害賠償責任。然而，在此情形，被告可否抗辯，應適用機會喪失理論，使其僅負擔 51% 的損害賠償責任？

肯定說者認為，若將機會喪失本身作為一種應予賠償的價值，則該機會依據數學上的計算數字，被告僅應賠償一定比例之損害賠償責任。若在被告僅引起原告喪失 95% 的存活機會喪失，而令其賠償 100% 死者生命的所有價值損害，將造成原告過度賠償之問題，與合理損害分配的原則不符<sup>92</sup>。

反對說者認為，機會喪失理論，在於補救傳統因果關係理論之不足，非在於代替傳統理論。在原告能證明被告不法行為，依據優勢證據法則，係屬被害人損害的事實上因果關係時，並無適用機會喪失理論之必要。就侵權行為法的嚇阻效果而言，在患者具有 50% 以上之存活機會時，被告原本期待其不法行為引起損害發生，應負擔全部損害賠償責任。若適用機會喪失理論，減低被告之賠償責任，侵權行為法意圖達成的嚇阻效果，反而無法達成<sup>93</sup>。

---

<sup>92</sup> King, *supra* note 26, at 1387.

<sup>93</sup> Ellis, *supra* note 53, at 399-400.

就損害賠償而言，在被害人存活機會低於 50%時，適用機會喪失理論，得以使被害人獲得損害賠償，固屬符合侵權行為之目的。惟在被害人存活機會超過 50%時，被害人極有可能(more likely than not)因被告過失行為而受害，亦即被告對於被害人的最終損害具有原因力時，若原告無法獲得全部損害賠償，而僅獲得部分損害賠償，不符合侵權行為法之損害填補原則<sup>94</sup>。

就公平觀念而言，存活機會低於 50%的被害人，因被告之行為，面臨無法超越的舉證責任，而無法獲得賠償，不符合公平之觀念。但在被告過失行為業已確認，且原告已經依據優勢證據法則證明被告責任成立時，無須再適用機會喪失之理論<sup>95</sup>。猶有進者，原告在醫療糾紛案件，係因被告之行為，使其無法證明損害發生的確實可能性，原告至多僅能證明 50%以上的存活機會係因被告過失行為而喪失。被告既然確實為侵權行為人，應使法院得認定醫師對於患者之死亡具有原因力，而負擔全部損害賠償責任，始屬妥當<sup>96</sup>。

按機會喪失理論，其目的在於補救傳統因果關係之缺失，非在於全然替代傳統理論。在依據傳統理論，足以證明因果關係存在時，應不許被告主張機會喪失理論，以減輕損害賠償責任。尤其因被告不法行為時之特定情境，被害人至多僅能證明因果關係存在的可能性時，只要該可能性超過 51%，即應由被告對其不法行為負責，而非由原告承擔無法舉證百分之百因果關係存在的危險。

## 二、單純醫療過失直接引發損害

---

<sup>94</sup> Id. at 400-401.

<sup>95</sup> Id. at 400.

<sup>96</sup> Id. at 398.



在單純因為醫師醫療過失行為直接引起被害人死亡時，被告醫師可否主張依據被害人之存活機會比例，負擔賠償責任？在 *McMullen v Ohio State University Hospitals* 乙案<sup>97</sup>，被害人罹患血癌，骨髓中產生過多白血球。在接受骨髓移植後二個月後，被害人由於感染並發高燒而住進被告醫院。被害人進行骨內膜叉管，並戴上通氣管。某日早上，值班護士聽見被害人自氧氣罩裡發出聲音，臉部表情大變，護士立即拔除通氣管，改用百分之百氧氣急救袋急救。由於被害人有氧氣不足引起的黃萎病及氣喘，護士決定拔除原本通氣管，改用緊急用呼吸急救設備。住院醫師為使用該緊急用呼吸設備，重新為被害人叉管。經六次叉管失敗，於二十分鐘後始叉管成功。被害人心跳雖有增強，但因叉管延誤，被害人之心臟、肺部及腦部等遭受傷害，於七日後死亡<sup>98</sup>。

本案第一審法院認為，原告受有 100 萬元損害，但因死者僅有 25% 的存活機會，被告之過失行為，使其存活機會降為 0%，因而被告應賠償 25 萬元損害。本案上訴至俄亥俄州最高法院時，發生一項重大爭執，即本案是否有「機會喪失」理論之適用？

本案最高法院少數意見認為，無論最終損害如何發生，機會喪失理論於被害人之存活機會低於 50% 時，均應適用。亦即只要被告對於受害人基於一定關係具有某種責任，被告未履行該責任，且降低較佳結果發生的可能性，即應適用機會喪失理論。蓋無論基於機會喪失理論或傳統醫療過失理論，在既存條件下，對於具有 50% 以下存活機會的病患，醫療過失導致其惡化、死亡時，損害賠償均應予以減低<sup>99</sup>。再者，被告所負責任，僅為

---

<sup>97</sup> 725 N.E.2d 1117 (Ohio 2000).

<sup>98</sup> Id. at 1117-1120.

<sup>99</sup> Id. at 1131-1132.

侵權行為導致既存條件惡化，或加速傷害結果，或引起超越既存條件之損害，始需負責。從而，只要患者的存活機會低於 50%，機會喪失理論即應適用於醫療過失案例。蓋醫師對於既存條件引發之最終損害全部負責，並非合理<sup>100</sup>。

贊成此說者認為，無論最後損害發生，係因醫療遲延或個別獨立之醫療過失，被害人既已罹患重病，自不得請求全部損害賠償。蓋被害人所得請求賠償者，為回復「若無被告之行為，被害人可能具有之狀態」，該狀態顯然僅有 25% 的存活機會，自應予以減輕賠償<sup>101</sup>。更何況多數法院關於機會喪失理論之判例，並未限制該理論僅於醫療過失結合既存條件發生最終損害時，始得適用<sup>102</sup>。

然而本案最高法院多數見解認為，機會喪失理論，僅於醫療過失結合既存條件發生最終損害時，始有適用。亦即在被害人業已罹患疾病，因被告之過失行為，致既存疾病惡化時，始適用機會喪失理論。蓋依據一般判例，機會喪失理論係於病患因既存條件受害，其後因醫療過失，誤診病情、未給予適當治療、或給予治療，但該治療使病情惡化等，使原本病情因而惡化或加速最終結果發生時，始有適用。亦即醫療過失與既存條件相結合，而加速病情惡化之案例<sup>103</sup>。

本案多數意見並引用紐澤西州 Anderson v. Piccotti 乙案<sup>104</sup>做為佐證。該案原告主張，其腳指骨頭感染，有治癒之機會，但被告醫師於手術前，未經切片檢查，逕行切除其腳指，應負賠償責任。經查，被告醫師於從事

---

<sup>100</sup> Id.

<sup>101</sup> Perkins, *supra* note 33, at 475.

<sup>102</sup> Id. at 480.

<sup>103</sup> 725 N.E.2d 1123-24.

<sup>104</sup> 676 A.2d 127 (N.J. 1996).

截肢手術前，均事先進行骨頭切片檢查。且該截肢之腳指有可能屬於健康腳指，因而發生是否適用機會喪失理論之問題。

被告抗辯，被害人之腳指，事前已經感染，該先前感染，具有截肢的危險性，損害賠償即應限於，被害人避免損害發生之機會喪失所計算之價值<sup>105</sup>。

Anderson 乙案之最高法院認為，本案之爭執點為，被告對於原告腳指感染，是否發生誤診。若診斷正確，即無醫療過失之賠償請求權；反之，則原告可以請求賠償。被告之過失行為既未與既存條件相結合而發生原告之損害，應無機會喪失理論之適用。被告欲主張適用機會喪失理論，需證明原告之傷害，係由同時發生的多種原因造成，且其中之一必須與被告的過失行為無關。從而在被告行為具有誤診時，原告應得請求全部損害賠償，而非依據喪失機會理論，比例賠償<sup>106</sup>。

在 McMullen 乙案，被害人死亡之原因僅有一項，即醫師與護士試圖重新對被害人叉管。因叉管失敗，導致氧氣不足，被害人死亡。因而本案係屬單純醫療過失案件，並無機會喪失理論之適用。

贊成本案法院之多數見解者認為，在損害係因被告過失行為引起時，應不得減低賠償責任。若僅因病患存活機會少於 50%，即降低賠償金額，患者將會遭受無端之損害，醫師則易於減輕賠償責任。機會喪失理論，係因傳統因果關係對於原告過於嚴苛，而以該理論對原告做成有利之判決。該理論不得做為被告之護身符，尤其在被告過失行為直接引起病患損害時，「該機會之大小既因被告之行為而無法確知，即不應由被告之口對該

---

<sup>105</sup> Id. at 131, 135.

<sup>106</sup> Id. at 134, 136-37.

機會之大小表示存疑<sup>107</sup>。」

本文認為，單純因醫療過失直接引發損害，被告醫師得否主張，依據患者之存活機會比例計算損害賠償，與前述超過 50% 的機會喪失，被告得否主張依據患者之存活機會比例，計算損害賠償數額之問題，具有類似性，應採取相同之見解。亦即機會喪失理論之目的，在於保障被害人之權益，在適用時，應作限縮解釋。若適用機會喪失理論，反而有害於被害人請求損害賠償時，應儘量排除其適用於該特定案例。

在醫師因過失不法行為，直接引發損害時，醫師獨立之不法行為即為患者死亡的直接原因，其與一般醫療過失以外的侵權行為案件並無不同。在一般侵權行為案件，既不適用機會喪失理論，在醫師獨立之不法行為直接導致患者死亡時，亦應無機會喪失理論之適用。

### 三、未發生最終損害之機會喪失

在承認治療機會喪失本身得作為應予賠償之損害時，必將發生最終損害（例如死亡、截肢）發生前，得否請求賠償之疑義。肯定說者認為，疾病危險之增加，本身即為損害，應擴張適用於該危險尚未實現的案件，縱使被害人尚生存，仍有適用機會喪失理論之必要<sup>108</sup>。美國少數法院採取肯定說之見解者，例如在 *DeBurkate v. Louvar* 乙案<sup>109</sup>，原告罹患乳癌，因醫師誤診使癌細胞擴散至腳部及脊椎。原告因而請求因該誤診導致的醫療費

---

<sup>107</sup> Christopher Paul Reuscher, *MaMullen v. Ohio State University Hospitals: This Isn't Vegas, But Don't Tell the Courts – Playing with Percentages and the Loss-of-chance Doctrine*, 34 Akron L. Rev. 767, 789-791 (2001).

<sup>108</sup> Note, *Increased Risk of Cancer as an Actionable Injury*, 18 Ga. L. Rev. 563 (1984); Note, *Increased Risk of Disease from Hazardous Waste: A Proposal for Judicial Relief*, 60 Wash. L. Rev. 635 (1985).

<sup>109</sup> 393 N.W.2d 131 (Iowa 1986).

用、精神痛苦及生命縮短的損失賠償。被告抗辯原告無法舉證其誤診引發原告損害。愛荷華州最高法院採取 King 的見解，認為若非被告之不法行為，即無需面臨如此無法估價的機會喪失，因而允許機會喪失之賠償，應屬最為公平的方法。從而原告對於診斷遲延，意味著比適當治療將提早死亡之損害，得以請求賠償<sup>110</sup>。

惟美國多數法院採取機會喪失理論時，均限於最終結果已經發生，始得主張損害賠償。其最主要理由在於，若被害人尚未發生最終損害，則被害人的存活機會實際上尚未喪失。縱使在統計上，被害人業已喪失機會，被害人個人之機會則未喪失，原告尚未遭受損害，從而不得請求賠償<sup>111</sup>。再者，允許病患在最終損害未發生前，僅以治癒機會喪失之比例，請求損害賠償，將產生過多臆測性的損害賠償請求案件，造成法院案件不勝負荷之窘境。

在最終損害發生前，被害人不得主張損害賠償責任之論述固有所據，但若以「存活機會喪失作為損害」而言，被害人一旦有存活機會喪失之情事，即得於最終損害發生前請求損害賠償，始為合理。縱使不採「存活機會喪失作為損害」之理論，仍不得否認被害人得以因機會喪失導致其身體損傷、心理傷害及衍生性損害等理由，而請求損害賠償。亦即，被害人若能證明，因其存活機會喪失，引發特定之損害時，被害人仍得請求損害賠償，始屬合理。

#### 四、純粹經濟上損失

在美國，存活機會喪失理論大多僅適用於醫療糾紛案件，在其他侵權

---

<sup>110</sup> Id. at 134-137.

<sup>111</sup> Price, *supra* note 3, at 748. See also Dworkin, *Fear of Disease and Delayed Manifestation of Injuries: A Solution or a Pandora's Box?*, 53 Fordham L. Rev. 527 (1984).

行為之案例則尚未予以適用。然而大英國協之國家，縱使在醫療糾紛案件，拒絕適用機會喪失之理論，但在純粹經濟上損失案例，則採用之<sup>112</sup>。例如，在律師職業過失案例，律師因過失違反時效期間而起訴，或律師因過失草擬契約，使當事人陷於未來經濟上損失之危險，或律師因過失，對於法律問題，未適時給予當事人法律意見等，律師對於被害人因喪失訴訟機會所生之純粹財產上損失，仍應負賠償責任，縱使可能勝訴之機會低於 50% 亦同<sup>113</sup>。

在澳洲著名案例 *Sellars v. Adelaide Petroleum NL* 乙案<sup>114</sup>，甲公司董事決定出售某些股份，以重整該公司。為出售股份，甲公司董事同時與被告乙公司及其他公司洽商。丙公司願意以較高價格購買該股份，甲公司董事因而決定，在一定條件下，願意與丙公司成交該筆交易。但因乙公司之代理人提供錯誤資訊，表示願意以更優越條件購買股票，甲公司因而決定不再與丙公司繼續洽商買賣事宜。在甲公司董事與被告乙公司之交易失敗後，丙公司撤回先前之邀約，僅願意以較差之條件成交。原告甲公司董事起訴主張，被告的不實表示(misrepresentation)致其喪失與他人以更優惠條件締約的商業機會。依據法律規定，不當陳述僅於發生實際損失或損害(loss or damage)時始得請求賠償。但陪審團認為，若無被告之不當陳述，原告將會與他人締結更優厚條件之契約。法院認為，原告原先可能締結之契約，所附條件約有 40% 的機會可能實現，亦即原本契約有成立之可能。

---

<sup>112</sup> 所謂純粹經濟上損失，係就經濟上損失發生之型態加以觀察，指被害人直接遭受財產上不利益，而非因人身或物被侵害而發生者。參見王澤鑑，挖斷電纜的民事責任，經濟上損失的賠償，民法學說與判例研究（七），頁 98（1996）；邱琦，純粹經濟上損失之研究，頁 2-5（台大法律研究所博士論文，2002）。

<sup>113</sup> Fischer, *supra* note 8, at 642.

<sup>114</sup> (1994) 120 A.L.R. 16 (Austl.).

被告固然抗辯，原告無法依優勢證據證明，其實際發生損害。但法院採取「機會具有價值」之理論，認為喪失 40% 獲得經濟上利益的機會本身具有價值。亦即，喪失有價值之機會即為經濟上損失，得以請求賠償<sup>115</sup>。

在英國 Davies Taylor 乙案<sup>116</sup>，原告與其夫分居後，其夫因被告之加害行為而死亡。原告主張其夫死亡，受有財產上損害。法院要求原告必須證明，若其夫尚生存時，其有回復同居的實質可能性。此項可能性可以是少於 50%，但損害賠償之計算，必須是原告與其夫同居得以獲得的扶養費用，扣除原告未與其夫同居之可能性。然而，因本案原告與其夫回復同居的可能性純屬臆測，而非實質可能，因而原告不得請求賠償<sup>117</sup>。

在愛爾蘭 Fryers v. University of Ulster 乙案<sup>118</sup>，原告主張，其向被告大學申請工作時，因性別歧視，被告未將原告列入可能雇用的面談名單之內。法院發現，若原告被列入面談名單內，即有四分之一的機會獲得該項工作。法院因而以該 25% 的獲得工作機會，作為計算原告財產上損失的參考<sup>119</sup>。

大英國協國家將機會喪失應用於純粹經濟上損失，只要原告有從事某種有利行為的可能性，即可請求機會喪失之損害賠償，其目的在於使被告成立經濟上損失時，獲得一定比例的損害賠償，亦即以機會喪失之比例作為損害賠償計算之參考標準。但若因此而謂，在原告可能採取較有利行為，因被告行為而未採取時，即認為機會喪失，可請求損害賠償，不免過

---

<sup>115</sup> Id. 18, 33, 37. See Fischer, *supra* note 8, at 644.

<sup>116</sup> 1974 A.C. 207 (Eng. H.L. 1972).

<sup>117</sup> Id. at 209, 212, 213. See Fischer, *supra* note 8, at 645.

<sup>118</sup> N.I.C.F. 2668 (Transcript) (N. Ir. 1998).

<sup>119</sup> Id. See Fischer, *supra* note 8, at 645.

度擴大機會喪失理論之適用範圍<sup>120</sup>。因原告是否採取較有利行為（例如，原告是否與其夫回復同居），純屬臆測，難以查知。

## 捌、結論

民法侵權責任之成立，必須加害人之不法行為侵害被害人之權利或利益，致生損害，且加害行為與損害之間具有因果關係始足當之。依據本文之見，患者之存活機會，應屬一種人格法益，獨立視為一種個別人格權，或以之為生命權或身體健康權之內涵，均無不可，其應屬侵權行為法保護之客體，則無疑義。被害人之存活機會被侵害時，無論所生之損害為財產上損害或非財產上損害，依法均得請求損害賠償。

在被害人之存活機會被侵害時，被害人因而「喪失存活機會」，最終引發死亡之結果。關於「存活機會喪失」與「死亡」，或屬被害人之損失、或屬侵害事實之現象。但一般侵權責任法所填補之損害，則為被害人因「存活機會喪失」或「死亡」所生之費用支出與精神痛苦。至於最終損害（死亡或截肢）既非屬存活或治癒機會喪失所生之損害，被告無庸負責。

在存活機會喪失之案件，最具爭議者為，加害人之行為與被害人死亡之間，是否具有因果關係。主張因果關係「全有或全無」之傳統理論者認為，患者喪失之存活機會必須高於 51%，因果關係始屬存在，原告始得請求損害賠償。但主張實質可能性說者則認為，只需被告之行為確有發生被害人損害的實質可能性，縱使該可能性低於 50%，被告仍應對全部損害負賠償責任。換言之，原告對於因果關係的舉證程度，因此而降低。主張比例因果關係說者則認為，最終損害係屬存活機會喪失發生的損害，被告不法行為與最終損害之間需有因果關係，但其因果關係，並非依據優勢證據

---

<sup>120</sup> Fischer, *supra* note 8, at 646-648.



所得之「全有或全無」因果關係，而是因果關係具有可能性時，即得依據該可能性的比例，成立比例上的因果關係，並依據該可能性比例，計算損害賠償之數額。後二者之見解，從寬認定存活機會喪失之因果關係，對於被害人保護較為週到，應屬可採。

關於存活機會喪失後，加害人所得請求損害賠償之數額，因被害人在醫師誤診之前，其存活機會業已減損，基於合理分配損害之原則，加害人所應賠償者，應僅為被害人喪失存活或治癒機會的損害，而非被害人全部損害（死亡、截肢）之賠償。據此，主張以「機會喪失作為損害」之理論，認為應以機會喪失之比例，計算損害賠償之數額，以及主張比例因果關係之理論，認為依據因果關係可能性之比例，計算損害賠償之數額，均屬可為參酌之見解。

至於存活機會喪失理論，於被害人最終損害發生前，若被害人得以證明機會喪失引發身體損害、心理痛苦及衍生性損害時，應許被害人得請求損害賠償，較為合理。但在病患存活機會高於 50% 時，應不許被告依據存活機會喪失之比例，減低賠償責任，蓋機會喪失理論，在於保護被害人權益及彌補傳統因果關係理論之不足，而非取代傳統理論。依據傳統理論，被害人得請求全部賠償時，不應因為機會喪失理論而變得更為不利。此外，在被告醫師之單純醫療行為引起損害發生，而該損害非屬病患原本疾病的惡化與直接結果時，非屬存活機會喪失之案例，被告之單獨不法行為導致損害發生，不得以存活機會喪失之比例作為減低損害賠償責任之依據。最後，機會喪失理論，在侵權行為案件，除純粹經濟上損失之案件外，原則上僅適用於醫療糾紛案件，而非於所有侵權行為案件，均予以適用，此為美國法上的通說見解。

我國最高法院七十七年台上字第一八七六號判決謂：「然非謂急性心肌梗塞病患者，縱經適當治療，概無存活之希望，故如及時適當治療，仍

應有存活之可能。茲該醫師延誤時間，未為適當治療，致病患喪失存活之可能機會，其過失行為與病患之死亡間，自有相當因果關係存在。」本案係因被告醫師未即時親自診治，導致病患死亡，屬於本文前述「單純醫療過失直接引發損害」之案例<sup>121</sup>，與英美法上之存活機會喪失案例，尚非完全相同。但判決理由中提及存活機會喪失之問題，仍值得分析研究。

本案最高法院認為：「如及時適當治療，乃應有存活之可能」，「未為適當治療，致病患喪失存活之可能機會」，似乎認為被告醫師所侵害者，即為被害人之存活機會，亦即機會喪失作為侵權行為之客體。換言之，加害人只需侵害被害人之存活機會，即需負擔損害賠償責任，未必需為生命權之侵害，加害人始需負責。但因本案加害人之不法行為業已導致被害人之存活機會喪失，並因而發生死亡之結果，因而無法知悉最高法院在被害人尚未死亡時，加害人得否請求損害賠償之意見。

在本案，最高法院最為關注者，亦為英美法上爭議最為劇烈之因果關係問題。本案最高法院僅以被告醫師延誤時間，未為適當治療，致病患喪失存活機會，即認為具有相當因果關係，未進一步探討因果關係成立之理由，固然難以因而謂，最高法院對於因果關係之認定，已經偏離傳統因果關係理論之認定方式。但本案僅以「被告醫師延誤時間，未為適當治療」即認定因果關係成立，對於因果關係的認定，可謂業已採取較為寬鬆的態度，應可斷言。此項判決，在被害人之存活機會喪失時，認為得請求損害賠償，對於被害人人格權之保護較為週到，應值贊同。

---

<sup>121</sup> 關於「單純醫療過失直接引發損害」之案例，參見本文柒、二之說明。

## 摘要

醫師延誤診治，導致病患喪失存活機會，並因而死亡時，加害人應否負損害賠償責任？「存活機會」是否為侵權行為法保護之客體？被害人之損害究為「存活機會」本身、存活機會喪失引起之損害、或最終之死亡結果？醫師對其過失行為引起之結果，應負賠償責任時，其賠償之範圍如何？是否應依被害人的存活機會比例，計算損害賠償之額度？再者，若被害人原本心臟病之存活機會僅為 10%，亦即有 90% 的機會，縱經適當治療，被害人亦將死亡，則被告之行為與被害人死亡間是否具有因果關係？

上述關於存活機會喪失之案例所生之問題，涉及侵權行為損害賠償請求權成立之要件是否具備，以及賠償之範圍等問題。本文自人格權的內涵，說明患者之存活機會，應屬一種人格法益，獨立視為一種個別人格權，或以之為生命權或身體健康權之內涵，均無不可，其應屬侵權行為法保護之客體，則無疑義。被害人之存活機會被侵害時，無論所生之損害為財產上損害或非財產上損害，依法均得請求損害賠償。

關於「存活機會喪失」與「死亡」，或屬被害人之損失、或屬侵害事實之現象。但一般侵權責任法所填補之損害，則為被害人因「存活機會喪失」或「死亡」所生之費用支出與精神痛苦。至於因果關係之成立，本文認為宜採取寬鬆之態度，以實質因素說或比例因果關係說，肯定被害人之損害賠償請求權。至於存活機會喪失後，加害人所得請求損害賠償之數額，因被害人在醫師誤診之前，其存活機會業已減損，基於合理分配損害之原則，本文認為，加害人所應賠償者，應僅為被害人喪失存活或治癒機會的損害，而非被害人全部損害（死亡、截肢）之賠償。

## 陳聰富參考文獻

## 書籍

孫森焱，新版民法債編總論，上冊（1988 年版）。

邱聰智，新訂民法債編通則（上）（2000 年版）。

王澤鑑，時間浪費與非財產上損害之金錢賠償，收錄於氏著，民法學說與判例研究，第七冊（1993 年版）。

梅仲協，民法要義（1954 年版）。

施啟揚，民法總則（1983 年版）。

黃立，民法總則（1999 年版）。

楊立新，侵權法論（吉林人民出版社，2000 年）。

迪特爾、梅迪庫斯（邵建東譯），德國民法總論（北京：法律出版社，2001 年）。

王澤鑑，人格權之保護與非財產損害賠償，收錄於氏著，民法學說與判例研究，第一冊（1983 年版）。

王澤鑑，人格權、慰撫金與法院造法，收錄於氏著，民法學說與判例研究（1996 年版）。

史尚寬，債法總論（1983 年版）。

黃丁全，醫事法（台北：元照出版社，1998 年版）。

王澤鑑，附條件買賣買受人之期待權，收錄於氏著，民法學說與判例研究，第一冊（1983 年版）。

鄭玉波，民法債編總論（1983 年版）。

王澤鑑，侵權行為法，第一冊（1998）。

David P.T. Price, *Causation—The Lords' Lost Chance?* 38 I.C.L.Q. 735,

737 (1989).

Joseph King, *Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences*, 90 Yale L. J. 1353, 1358-60 (1981).

Kevin Joseph Willging, Note, *Falcon v. Memorial Hospital: A Rational Approach to Loss-of-Chance Tort Actions*, 9 J. Contemp. Health L. & Pol'y 545, 545-46 (1993).

Marc S. Stauch, *Comparative Health Law: Causation Issues in Medical Malpractice: A United Kingdom Perspective*, 5 Ann. Health L. 247 (1996).

Walter Scott, *Causation in Medio-Legal Practice: A Doctor's Approach to the 'Lost Opportunity' Cases*, 55 Mod. L. Rev. 521 (1992).

Price, *supra* note 3, at 748. See also Dworkin, *Fear of Disease and Delayed Manifestation of Injuries: A Solution or a Pandora's Box?*, 53 Fordham L. Rv. 527 (1984).

#### 期刊

呂太郎, 因果關係之比例與損害額, 台灣本土法律雜誌, 第 33 期。

陳忠五, 法國侵權責任法上損害之概念, 台大法學論叢, 第 30 卷, 第 4 期, (2001)。

陳聰富, 侵權行為法上之因果關係, 台大法學論叢, 第 29 卷, 第二期。

Todd S. Aagaard, *Notes: Identifying and Valuing the Injury in Lost Chance Cases*, 96 Mich. L. Rev. 1335, 1341-1345 (1998).

Melissa Moore Thompson, *Enhanced Risk of Disease Claims: Limiting Recovery to Compensation for Loss, Not Chance*, 72 N. Carolina L. Rev. 453, 455-459 (1994).

Lori R. Ellis, *Notes: Lost of Chance as Technique: Toeing the Line at Fifty Percent*, 27 Texas L. Rev. 369, 383-384 (1993).

John Makdisi, *Proportional Liability: A Comprehensive Rule to Apportion Tort Damages Based on Probability*, 67 N. C. L. Rev. 1603, 1073 (1989).

Margaret Mangan, *Comment, The Loss of Chance Doctrine: A Small Price to Pay For Human Life*, 42 S.D. L. Rev. 279, 283 (1997)

Timothy Hill, *A Lost Chance of Compensation in the Tort of Negligence by the House of Lords*, 54 Mod. L. Rev. 511, 512-513 (1991).

#### 判決

最高法院七十七年台上字第一八七六號判決，最高法院民刑事裁判選輯，第九卷，第三期，第 34 頁。

最高法院八十六年台上字第三七六〇號判決。

板橋地院 84 年度訴字第 1440 號判決。

1911 K.B. 786 (Eng. C.A.).

129 F. Supp. 727 (S.D.N.Y. 1955).

Dillon v. Twin State Gas & Electric Co. (85 N.H. 449, 163 A. 111

(1932).

McMullen v. Ohio State University Hospitals: Legal Recovery for Terminally Ill and Injured Patients Without the Lost Chance Doctrine, 32 U. Tol. L. Rev. 451, 461 (2001).

Shwan M. Nichols, *Jorgenson v. Vener: The South Dakota Supreme Court Declares Loss-of-Chance Doctrine as Part of Our Common Law in Medical Malpractice Torts*, 46 S.D. L. Rev. 618, 632 (2000/2001).

Huddell v. Levin, 537 F.2d 726, 737-40 (3d Cir. 1976); Dillon v. Twin State Gas & Elec. Co., 85 N.H. 449, 136 A. 111 (1932). See King, *supra* note 26, at 1370.

Fennel v. Southern Maryland Hospital Center, Inc., 462 N.W.2d 206, 213-15 (Md. 1990). See Nichols, *supra* note 39, at 636, n. 127.

Christopher Paul Reuscher, *MaMullen v. Ohio State University Hospitals: This Isn't Vegas, But Don't Tell the Courts – Playing with Percentages and the Loss-of-chance Doctrine*, 34 Akron L. Rev. 767, 789-791 (2001).

日本福岡地裁小倉支判昭和五十八年二月七日判決，引自黃丁全，*醫事法*，頁 869（台北：元照出版社，1998 年版）。

