

医疗过失的判断基准

石熙泰*

一、绪论

在医疗关系中发生医疗行为人或医疗机构开设者(以下简称医师)¹⁾民事责任的根源大体有以下四种:

- (一) 因医院管理上的原因(如医院卫生条件较差而患者感染其它传染病等), 住院中的患者被受一定损害;

* 作者系京畿大学校(韩国)法学部教授兼大学院院长、法学博士、大韩医疗法学会会长。

1) 关于医疗关系民事责任的认定一般有两种理解: 一是违约(债务不履行), 此时的责任人是作为合同当事人的医疗机构开设者(担当医疗行为人是合同的履行补助人, 除非与他订立专门医疗合同, 则不能成为合同的主体; 二是不法行为, 此时的责任人是医疗机构开设者和被雇佣的担当医疗行为人(两者之间的不真正连带债务关系)。

医疗机构开设者是指依法开设医疗机构的医师、口腔医师、韩医师、助产师等个人, 医疗法人, 民法或特别法规定的非营利法人, 国家, 地方自治团体, 地方公社, 政府投资机关, 韩国报勋福祉公团(韩国医疗法第30条2款)和大韩红十字会(血液管理法第4条2款)

医疗机构是指诊所、医院、综合医院、疗养医院、口腔诊所、口腔医院、韩方所韩方医院、助产院(韩国医疗法第3条2款)和《保健所法》规定的保健所《农渔村保健医疗方面的特别措施法》规定的保健诊所(本法第15条)。

医疗行为人是指医师、口腔医师、韩医师、助产师、护士(韩国医疗法第2条)和《农渔村保健医疗方面的特别措施法》规定的保健诊疗员(韩国医疗法第16条以下)。

- (二) 不以充分说明为基础，未经患者同意而实施治疗，侵害患者自己决定权的专断性医疗行为（*eigenmaechtige Behandlung*= treatment without informed consent）和治疗过程中应随时向患者说明有关治疗情况而满足患者的“知情权”（Right to Know，这是指由宪法规定的基本人权之一，即是满足知情欲望的权利，也是幸福追求权之一。），但违反此告知义务的行为
等违反说明义务的行为；
- (三) 违反治疗中技术法则的医疗行为（*aerztlicher Kunstfehler* = Malpractice =treatment contra legem artis）；
- (四) 医师不得向外泄露治疗中所得知的有关患者的一切事实，而违反其守密义务的行为。

以上四个根源中（一）和（四）两种情况，并未引起医疗上的特殊法律问题，而以一般的损害赔偿理论可以解决。但（三）和（四）两种情况常引发特有的难题，而未能以传统的损害赔偿法理论解决。其特有的难题可以概括为以下几种：

- (一) 因医疗的专业性、医疗效果本质上的多样性、患者的主体性等原因，而无法统一确定说明义务和自己决定权的内容。
- (二) 医学的发展进步性、医疗的主观条件（如医疗设施和医师的能力）以及医疗的具体状况（如有效治疗方法的存在与否，或疾病的紧急与否）等判断医师过失的要素过多，因此很难系统地确立其判断基准。
- (三) 因医疗客体的生体性和医疗效果的多样性，而很难判断在原因行为与后果之间的因果关系的存在与否。
- (四) 因医疗行的密室性、医师对资料的独占性、患者的非专业性，而按“法律要件分类说”决定举证责任的归属，未必符合公平观念。

医疗过误民事责任理论的最终目的或理念就是，确立保障医师的自由医疗活动并保护患者利益的、公平而有说服力的行为准则和裁判准则。

另外，“医疗过误”一词的用法很多，通常有以下几种理解：其一，把医疗契约上的所有的义务违反行为统称为“医疗过误”。在此种意义上的医疗过误中包含着上述的医院管理上的过误和违反守密义务的行为（有时因不可

抗力而发生的事故或火灾等,在医患双方互相接触的全过程中所发生的损害的原因事实也叫做医疗过误,但笔者认为此种理解是不妥当的)。其二,是指说明义务的违反行为和医学原则的违反行为。两者均意味着违反或不履行(包括不完全履行)在实施诊断、治疗、助产、整容、健康诊断(体检)等所有医疗措置中的一些义务,在此种意义上两者具有共同点。其三,专指医学原则的违反行为,这时特意叫做狭义的医疗过误。

本文则采用第二种观点,以下将论述违反医学原则之状态即医疗过失和医疗过误民事责任的结构。

二, 医疗过误民事责任的结构

关于如何确定医疗过误民事责任的法律性质(不法行为或债务不履行),其责任结构方面的争议一般缘于哪一种结构更有利于作为受害人和债权人的患者(其实哪一种更公平地实现双方当事人的正当利益)。从举证责任分配一般论来讲,其责任结构不同,医师的故意或过失,举证责任的承担主体则不同。

关于医疗过误举证责任的分配及与此有关的责任结构,其争论可以概括为以下几点:

第一,以德国为例,还未有过关于责任结构方面的激烈争论,他们均认为两者(不法行为或债务不履行)都可以²⁾。若其法律性质定为债务不履行,则始终是以积极的债权侵害³⁾形态为前提。关于其举证责任,德国判例始终否定德国民法第二百八十二条和第二百八十五条的类推适用,同时在其条文的例外契约类型中除外,而认定患者的举证责任。其理由是不能因为治疗不成功而就马上认定医疗行为的违法性,而且对于人体组织内部的作用,医师的管

2) RG13th Oct. 1916. RGZ 88.433: BGH. 13th May 1955. RGHZ 17.214(217).

W. Fikentscher. Lehrbuch des Schuldrechts 6th ed. (Berlin and New York: Walt de Gruyter, 1976) S. 621 ff; F. Otto, "Die Haftung des Arztes," Berliner Aerzteblatt 90. (1977). SS. 1080-1087.

3) 与积极的契约侵害或不完全履行相同,有关内容参见郭润直(韩),《债权纵论》(博英社,1994). P.161 以下.

制也是有限的⁴⁾。但德国多数观点认为，医疗债务是手段债务，因此对于客观的注意义务违反，即过失行为（Kunstfehler od. Behandlungsfehler）及因果关系，由患者承担举证责任，而对于主观的注意义务违反即谴责可能性（Schuldvorwurf）的存在与否，由医师承担举证责任⁵⁾。

第二，以法国为例，以“法条竞合说”为前提，否定两种责任的竞合，即到1936年为止，法国法院认为，哪怕医师和患者之间存在医疗契约，医师的责任也只能被认定为不法行为责任结构（不法行为）。但到1936年5月20日，以破毁院的重大决定⁶⁾为转折点，除非不存在契约关系，其法律性质始终认定为契约责任结构（债务不履行）⁷⁾。

第三，以英美法为例，就认定两个责任被竞合⁸⁾，但因两者适用的出诉期限法（statute of limitations）不同，而实际指向哪一方也就成为问题。法院的传统倾向是，两种责任均是能成立的基础法律关系，还有作为原告的患者仅主张医师的注意义务违反，则适用不法行为责任结构。它就反映着对理论探索的回避，并且在人身损害赔偿诉讼中通常采用不法行为责任结构的传统。当然以这种原则性的态度为前提，但在原告批评医师特定诊疗结果的保证事实时，则采用债务不履行的责任结构，还有被期待今后将确立单一而固有的(sui generis)医疗事故责任体系⁹⁾。

4) H. J. Musielak, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess (Berlin-New York: Walt de Gruyter, 1975), S.616, 但也有例外，如依据治疗时所使用的麻醉工具等技术道具来认定类推适用（BGH, NJW 1978, 1863; 1981, 2304 等）。

5) R.D. Gaupp. Beweisfragen im Rahmen aerztlicher Haftungsprozesse, jur. Dissertation, Tu ebingen (1969). S.65ff. S: D. Franzki. Die Beweisregeln im Arzthaftungsprozess (Berlin: Duncker and Humblot. 1982). S.42f. Musielak (a.a.O. S.611, 616) 认为过误行为由患者承担举证责任，而归责事由 (Verschulden) 由医师承担举证责任。

6) Cour de Cassation Civ, 20.5. 1936. D.P. 1936. 1.88 (这是关于不法行为损害赔偿请求权的时效满了的境遇)。

7) 参见 J. Ambialet, Responsabilite de Fait d'Autrui en Droit Medical (Paris. 1964). P.41ff.: J. cl. Chardon, Les Responsabilites de chirurgien-dentiste (Paris. 1972). P.78ff.

8) 参见 D. Giesen, Civil Liability of Physicians Especially with Regard to New Methods of Treatment and Experimentation (未发行刊物), Note 30.

9) 参见 J.H. King Jr, The Law of Medical Malpractice (St. Paul, Minn. West Publishing Co, 1977). P.33~35.

第四，以日本为例，以“举证责任分配一般论”为前提，较活跃地展开了有关责任结构的争论。争论的导火线是 1957 年立足于法条竞合说而主张医疗过失债务不履行结构的一篇论文¹⁰⁾。之后就出现以此理论为基础的相关判例¹¹⁾，然后出现批判此理论而比以前更系统地主张原来的不法行为结构论的见解，还有出现补充债务不履行结构论的见解。在这样的争论过程中，出现了对“举证责任分配一般论”进行根本性修改的见解。如今此争论已处于僵持状态，同时随着诉讼技术的高度化和以被累积的理论成果为基础的要件事实的定型化，给人把一切寄托于‘自由心证裁判’（与立证责任裁判相对立的概念，根据法官的自由判断而作出的裁判）的印象。还有关于立证责任方面，以医疗债务的手段性为前提，关于注意义务的违反事实由患者举证，因此，一般认为不管采用何种责任，其结论是同样的（但此主张一般由法曹实务家提出的，还有多数见解仍支持不法行为责任结构论）。日本判例的主要倾向是，不管请求原因如何，就依赖于通过事实分析的自由心证。

第五，以韩国为例，从 1970 年初开始，逐渐增加医疗纠纷，随着就开始有关责任结构的争论¹²⁾，韩国的判例原来一直固守不法行为责任结构，但从此以后开始出现论及债务不履行责任结构的判例¹³⁾（但目前还没有仅以债务不履行责任结构为前提而形成请求原因的事例）。韩国的学术界对此有以下几种见解：一是，以债务不履行责任结构为前提，对于履行医疗债务的不完全性（即注意义务的违反性）由患者承担举证责任，对于因不可抗力或类似的事

10) 加藤一郎(日), “医师的责任”, 《损害赔偿责任的研究(上)》, (有斐阁, 1957), p.505 以下; 赞同此观点的, 还有清水兼男(日), “诊疗过失与医师的民事责任”, 《民商法杂志》52 卷 6 号(1965), p.795 以下。

11) 日神户地裁龙野支判 昭 42(1967), 1.25. (下民 18 卷 1. 2 号, 58).

12) 涉及债务不履行责任结构的初期论文为, 金圣吉(韩), “关于医师医疗上过失的法律责任”, 《司法论集》第三卷(1972), p.632; 之后系统阐述责任结构的论文及论著为, 金显泰(韩), “源于医师诊疗过失的责任”, 《司法行政》(1974.7), p.17 以下; 吴锡洛(韩), 《立证责任论》(日新社, 1983). p.153 以下等。

13) 目前就无法查找与此有关的最初判例, 而有些资料表明, “在 1960 年引起的医疗事故判决中, 以债务不履行为由的事例占百分之三十二(全体 25 件中的 7 件)”(文国镇(韩)《医疗的法理论》, (高丽大学校 出版部, 1982), pp.14-15),

由而不存在归责事由方面由医师承担举证责任¹⁴⁾；二是，从医疗债务的性质上看，哪怕采用债务不履行责任结构，对于医师的过失部分也应由患者承担举证责任，因此“债务不履行责任结构有利于患者”的结论是虚构的¹⁵⁾；三是，以债务不履行责任结构为前提，债务履行的不完全性是与医师过失实际上有着密切联系，因此，考虑到与证据的距离和举证的难易度等因素，对于履行不安全(及归责事由)由医师承担举证责任¹⁶⁾。

韩国判例的态度仍立足于不法行为责任结构的理论，即根据在最近的判例中能发现“在医疗行为中因注意义务违反而存在不法行为或债务不履行的责任....”等文句，好象倾向于两种责任竞合说，但另一方面，根据“由被害者举证在一些治疗过程中所出现的医疗过失行为...”和“举证责任的缓解”等文句，还有综合分析达到结论的论理趋向来看，其立脚点还在于以患者举证责任为大前提的不法行为责任结构理论。

不过，为实现作为损害之公平而妥当的分担的损害赔偿制度的理想，判例的倾向是先致力于事实的确定，然后致力于有关原告方举证负担减轻的论理定立^{17) 18)}。

三，医疗过失

-
- 14) 金显泰(韩), “在医师诊疗过误中的过失的立证责任”, 《延世行政论丛》第7集(1980), p.10 以下; 金畴洙(韩), 《债权纵论》(上), (三英社, 1984) pp.124-125; 吴锡洛(韩), 同上, p.169 等。
- 15) 李辅焕(韩), “源于医疗事故的民事责任的法律构成”, 《关于医疗事故的诸问题 裁判资料》第27辑(1985), p.43.
- 16) 金亨培(韩), 《债权纵论(上)》, (日新社, 1985) p.261.
- 17) 采用与本文类似的论理或态度的判例主要有大判(韩国大法院判决, 以下同一) 1995. 2.10. 93da52402; 大判 1995. 3.10. 94da 39567; 大判 1999. 6.11. 99da 3709 等. 另, 未提及债务不履行责任, 而仅试图减轻原告方举证责任负担的判例有大判 1995. 3.17. 93da 41075; 大判 1995. 12.5. 94da 57701; 大判 1999. 2.12. 98da 10472; 大判 1999. 9. 4.13. 98da 9915; 大判 1999. 9. 3. 99da 10479 等.
- 18) 有关医疗过误责任结构论的详细内容, 参见石熙泰(韩), “有关诊疗过误的民事责任结构”, 《判例月报》第192号(1996), pp.16~37.

(一) 序说

要把医疗的不良后果的民事责任归属于医师,首先要认定其有过失。过失是指在医疗行为中医师违反了注意义务,这意味着违反以结果预见可能性为前提的结果回避义务。

结果预见可能性的存在与否是以行为者的注意和努力为前提而决定的,因此预见可能性存在与否的判断是与结果预见义务有关的。因而,注意义务是以结果预见义务和结果回避义务的双重结构来把握的。

以下将要论述作为医疗过失前提的医疗上注意义务的判断基准¹⁹⁾。

(二) 医疗过失的判断基准

1. 客观而抽象的基准

(1) 设定基准时所要考虑的医疗特征

不以医疗的现实情况为前提,而以一般而抽象的状况为前提确定医疗人的注意义务或其违反的判断标准时,应考虑以下医疗特征:

a. 医疗目标的两面性

医疗是以管理人的生命和健康作为内容的,因此,医疗的第一目标是为患者个人的生命和健康而治疗疾病。另一方面,为了人类共同的福祉而需要向上其水准。因此,医疗要通过其具体过程不断地谋求向前发展,这是其第二目标。

这两种目标成为二律背反而具有相互对立的可能性。例如,为了个人利益而很可能限制有进步并有创意的医疗活动。另一方面,为医疗发展而进行的实验性诊疗是很可能侵害个人利益。这也可以说是个体和全体之间,生命和科学之间的矛盾。

19) 有关医疗过失判断基准方面的详细内容,参见石熙泰(韩),“医疗过失的判断基准”,《判例月报》第197号(1987.2),204号(1987.9)。

判断医疗过失时，当然始终重视第一目标²⁰⁾，但在具备严格的条件下，也应允许试图达到第二目标。

韩国判例在个别案件当中认定使医师负担“最善的注意义务”²¹⁾和“高度的注意义务”²²⁾，以此来强调第一目标。

b. 医疗的断行性（疾病的进行性）

人的疾病从发病到器官全部瘫痪，而到死亡，一直处于进行状态。因此医疗行为常受到时间的制约，即需要在适当的时间内进行相关处置（以诊断和治疗为核心，还包括转院）。

因为有医疗的断行性，就要强调医师的裁量性判断及转送义务。况且，在疾病高速恶化而要作出紧急判断时，有必要修正医师的一般注意义务的基准。还有根据实际情况，很可能采用在医学上还未确立的实验性新疗法，这也是源于医疗的断行性。

在以下判例中，(如“从感到阵痛时开始到经过十六个小时一直置之不理，拖延时间...结果导致死亡”²³⁾，“哪怕患者反对切开手术，也应充分说明切开手术的必要性及可预见的危险，而不应该错过手术机会...”²⁴⁾重视诊疗的断行性和时宜性，医师若有错过时宜的消极态度，则认定有过失。

c. 医疗的动态性（症状的多样性）

20) D. Giesen. "Civil Liability of Physicians", Deutsche zivil-, kollisions und wirtschaftsrechtliche Beiträge zum X. Internationalen Kongress fuer Rechtsvergleichung in Budapest 1978. Materialien zum Auslaendischen und Internationalen Privatrecht. Ed. By Max-Planck-Institut fuer Auslaendisches und Internationalen Privatrecht. Vol.29.(Tuebingen: J.C.B. Mohr. 1978). S.403ff.

21) 大判 1997. 2. 11. 96 da 5933(案情: 在因产妇的胎儿头部过大而不可采用吸收分娩的情况下, 妇产科医生连续六次无理地实施吸收分娩而没成功, 最后实施切开手术, 但婴儿因患口盖内血肿和胎便吸收综合症, 而出生六小时后死亡)

22) 大判 1998. 2. 13. 96 da 7854(案情: 患者在治疗膀胱尿道炎和子宫脱出症中, 因出血过多而给她输了二十三岁成年男人的血, 此血是因处于抗体未形成期间而以酵素免疫测定法未发现异常, 但实际上此血是已被艾滋病感染的血, 结果患者被艾滋病所感染)

23) 大判 1967. 7. 11. 67 da 848 (案情: 对于胎儿头部过大而无法顺产, 并继续出血的产妇, 并未采取及时手术, 输血, 转院等措施, 导致产妇死亡)

24) 大判 1995. 12. 5. 94 da 57701(案情: 在胎儿分娩之前已经死亡的情况下, 拖后了切开手术, 但产妇因患败血症而死亡)

疾病与症状之间的关系具有规则性与非规则性,或定型和不定型等多样性特点,即“被表现的症状”与“实际的现象”²⁵⁾未必是一致的。从此则发生诊断和疗法的决定等确定医疗基础的困难性。因而,在现实医疗中大多数医师先立足于假定的、推断的、暂定的判断而进行治疗,然后采用随治疗的进行状态而逐渐修正诊断或疗法的动态性态度²⁶⁾,这就一般叫做医疗的动态性,从医师的契约上债务的观点来讲,也叫做概括性或抽象性。

有些判例认为,因症状复杂而其误诊率仅达到百分之七十或九十五的疾病,经过误诊后,做剖腹手术的,医师则不承担赔偿责任²⁷⁾。

d. 医疗效果的多样性

因人体结构和机能的特殊性而作为医疗侵袭之效果的反应具有多样性。对何种症状采取何种处置,其反应通常是与治疗方向一致的(也叫做方式性、类型性)²⁸⁾,但对医疗效果的预测是不确定的,也是很困难的。因此,平常就很难预测治疗的危险程度。一方面,不可避免地容许试验性治疗,另一方面,反而强调危险防止措施的意义。

例如,对注射的副作用,有些判例则否认医师的过失²⁹⁾,而有些判例以其预测的困难性为由,反而更强调其危险防止措施³⁰⁾。

e. 医疗本身的危险性(侵袭性)

医疗本身通常对有异常的疾病起着治疗作用,但不可避免地产生对人体的某种侵害。例如在外科手术或投放药物时,必然伴随对身体某一部位的切开、侵蚀或生体机能的变化(所谓的药理作用)。因而,哪怕并不违反注意义务而采取技术上完备的治疗措施,也有可能出现“局部的好结果和全身的恶结

25) 松仓丰治(日),“医疗过失和医师的立场”,医学和法律之间.(判例 Times 社, 1980). 42.

26) 稻垣 乔(日),“狂犬病预防接种事件”别册 Jurist 医事判例百选 NO.50(1976),39.

27) 大判 1980. 3. 25. 79 da 2280. 228 (案情:不以病理学上方法进行精确的诊断,而以胸部透视,尿检,血检等方法来断定胃肿瘤或胃溃疡,但进行剖腹手术后就判明以药方能治疗的大肠结核性淋巴线炎)

28) 参见松仓丰治(日),同上, p.44. p.45. p.55. p.57.

29) 大判 1984. 6. 12. 83 dao 3199(案情:已被诊断为气管肺炎的患者注射过敏反应检查结果呈阴性,因此给他注射 Emphiciline,但结果导致患者死亡).

30) 大判 1976. 12. 28. 74 dao 816(案情:因青霉素副作用而导致患者死亡)

果”³¹⁾，“一处的好结果，另一处的恶结果”或“二律背反”³²⁾的情况。有些恶结果是可以提前预料的，但不可能完全防止的。这些就是医疗本身的危险性（或也叫做偶然性）³³⁾。

因此，不应该仅靠医疗的不良后果来论其过失，而应该要考虑利益裁量、危险防止措施、技术上的注意等方面的恰当与否。

（2）基准要素

a. 有关医疗的医学原则-临床医学水平或医疗水平

作为合法的医疗行为，要与其他人体侵袭行为相区别，必须具有（为维持人体生命与健康所必要而相当的）医学上的适应性（*medizinische Indiziertheit*），同时要具备（依据在医学上被认定的方法或技术的）医学上的正当性（*medizinische Kunstgerechtigkeit*）。因此医疗行为的合法标准就派生于医学上的诸原则，于是有关医疗的注意义务的判断标准就成为医学原则。不过医学是不断向前发展的，一般的情况下科学知识包含着争论的余地，同时医师的个人能力与环境的要素是千姿百态的。所以，需要树立能够适用于医疗现实的统一标准，这个统一标准一般叫做医学水平或医疗水平。

以下分别介绍关于‘何为作为统一标准的医学原则’方面的各种学说：

其一，注意义务的客观标准应该是当时已被普遍推广的临床医学的常识，并不意味着局限于一些大学、研究所、医院的研究成果³⁴⁾。

其二，医学水平应该要区别于医疗水平，医学水平即研究或学术水平，而医疗水平即技术或经验水平，是经过一定的培训而普及于一般医师的，因此后者才能成为法律基准³⁵⁾。

31) 呗 孝一(日),《面向医事法学的散步》(岩波书店, 1970), p.84.

32) 松仓丰治(日),“狂犬病预防接种后的麻痹例与链霉素的难应例”,同上注书, p.176.

33) 金显泰(韩),同上论文, p.213.

34) 金先锡(韩),“在医疗过误中的因果关系和过失”,《关于医疗事故的诸问题 裁判资料》第27集(1985), pp.93~95; 权五乘(韩),“医疗过误与医师的注意义务”,《民事判例研究(四)》(1982), pp.94-96; 持相同观点的,还有野田 宽(日),“医疗上的注意义务序说-关于过失判定基准的考察”,《民法学的基础课题(上)》(有斐阁,1971), pp.230-232; 野田宽(日),“医疗事故与法”,(新有堂, 1982), pp.59-61.

35) 文国镇(韩),《医疗的法理论》(高丽大校 出版部, 1971), pp.79-80; 持相同观点的

其三，医师应遵循的就是被一般的医师所普遍认可的医学原则，而不必要遵循仅限于一些大学、研究所、医院的研究成果。医疗过误是在医学应用过程中所发生的，因此，此时的医学就意味着临床医学³⁶⁾。

其四，考虑医疗行为的过失，不是以一般人的水平为判断基准，而是以普通医师所应具备的医学专门知识和技术为判断基准。其水平应该是诊疗当时的水平³⁷⁾。

其五，医师的医学水平是判断过失有无的基准之一，同时这是诊疗当时的水平。具体区分医学水平和医疗水平而举证，从诉讼技术上看是不容易的，若斟酌医疗行为的危险性，医师反而就要做到统一两者的努力³⁸⁾。

谈论上述的医学原则，其意义在于确立注意义务判断的法律基准，按照（作为普通人行为规范的）法的理念来看，哪怕具有学问性的确立状态，也不应该是仍局限于研究和讲授的“理论医学”，而是适用于医疗现场的“临床医学”。医疗是这种临床医学的实现和实践过程，因此，所谓的医疗水平是指临床医学水平。

那么，这种医学水平或医疗水平的成立要件是什么呢？

第一是研究成果的公开状况即取得新医疗知识的可能性；

第二是实际诊疗环境（人、物、经验）的具备状况即实行诊疗的可能性。

因而，规范（标准）性的水平应该是合理考虑这两个要素的基础上所决定的，首先考虑医学知识的取得可能性之后，要考虑实行诊疗的可能性与否。那是因为，哪怕具有何种医学知识情报，它还未具备实行诊疗之环境的话，对它的期待或要求在法律上也是不妥当的。当然这种实行诊疗的可能性并不是仅以该担当医师或医疗机构为准，而是以其他所有医疗机关为准的，于是从患者的角度来讲，应该是以受诊可能性的观点来考虑问题的。因此，如果通过

还有 松仓丰治(日),“因早产儿网膜症而引起的失明事例-所谓现代医学的水平”,同上注书, pp.128-136.

36) 李银荣(韩),《债权各论》(博英社, 1995), p.695.

37) 郭润直(韩),《债权各论》(博英社, 1998), p.794.

38) 崔载千(韩),“在医师的医疗行为中的注意义务的基准”,《判例月报》第 323 号(1997/8), pp.15-16.

转院而有受诊可能性的话，实行诊疗的可能性就被扩大到适当的转送相对确保的可能性。

如果新的医学理论经过一定的研究和实验，其有用性和安全性在医学界已被认定而达到国内的普通医师能接触并学到的程度，那么，就成立“医学知识的取得可能性”。另一方面，这种理论是在国内具有代表性的、普遍认知的医疗机关里经过临床试验后，其实例在学术界公布的，哪怕其诊疗环境在一线医疗中还未被推广的，也就能发生转送相对确保的可能性，从而就成立“实行诊疗的可能性”。在具备这两种可能性的时候，新的医学理论才能成为规范（标准）性的医学和医疗水平（确定相关水平之后，就能够搞清医师的转送义务的必要性及其发生要件，同时能够明确医师的研究义务的法律意义和内容）。

判例根据上述标准，初期使用过非常简单而抽象的语言，而现在逐渐变成使用具体而具有论述性的语言。但在最近判例中仍表现出还未整理概念与论理的面貌。

初期的判例使用“医学”³⁹⁾、“医疗”⁴⁰⁾、“现代医学”⁴¹⁾、“高度专业性医学知识”⁴²⁾、“医学知识与医疗界的认识程度及医疗界的惯例”⁴³⁾等用语，来提示标准。

其后判例的相关表述，可以整理如下：

其一，“应该要考虑事故发生当时的医学水平，诊疗环境及条件，医疗行为的特殊性等...”⁴⁴⁾

其二，“根据患者的状况和当时的医疗水平以及自己的知识经验...”⁴⁵⁾

39) SEOUL 高判(SEOUL 高等法院判决, 以下同一), 1973. 12.14, 73 na 2102.

40) 大判 1978. 12. 13. 78 da 1184.

41) 釜山地判(釜山地方法院判决, 以下同一), 1976. 11.5 76 ga 合 78.

42) SEOUL 高判, 1973. 12.13, 73 na 1386.

43) 大判 1986. 10. 28. 84 da ka 1881(案情: 凌晨 12 点 30 分左右, 患者(六十岁)先给医院打电话请求诊疗后, 一点 10 分左右, 患者直接来到医院, 并请求治疗严重的呼吸障碍症状, 当时值班的实习医生根据其症状, 先给他注射有呼吸促进作用的 Aminophylline, 但注射到一半儿时, 引发心脏血流障碍而导致患者死亡)..

44) 大判 1987. 1. 20. 86 da ka 1469(参见注 73 的本文).

其三，“应该以当时医疗机关的临床医学方面的医疗行为水平为准而作出判断，因此，比照当时的医疗水平，其医疗行为被认定为‘尽最大努力’...”⁴⁶⁾

其四，“临床医学实践即医疗的水平...”⁴⁷⁾

其五，“按照现在的医学水平及当时临床医学实践当中的医疗水平，采取必要而恰当的诊疗措施...”⁴⁸⁾

其六，“按照当时的医学水平及临床医学实践当中的医疗水平，采取必要而恰当的诊疗措施...”⁴⁹⁾

其七，“应根据临床医学实践当中的医疗水平作出决定，不过其医疗水平应该是有规范性的水平，不能按照个别医师或医疗机关的具体状况...”⁵⁰⁾

其八，“应根据临床医学实践当初的医疗水平，其医疗水平通常意味着普通的医师普遍被认可的医学常识，根据诊疗环境及条件，医疗行为的特殊性等，

45) 大判 1992. 5. 12. 91 da 23070.

46) 大判 1994. 4. 26. 93 da 59304 (案情: 过熟儿出生时已有胎便着色, 过第三天, 则发现胎便吸收性肺炎, 之后因脑部麻痹而发育不振)

大判 1998. 2. 27. 97 da 38442(案情: 患者系中学三年级学生, 在体育考试中, 做了既定的前后滚动动作, 但动作完毕后, 开始感到胸痛胸筋, 长时间受了胸筋捻挫治疗, 但并没有消除疼痛. 治疗结束后, 因以前的外伤而被诊断为第四胸椎陈旧性压迫骨折, 因第三和第四胸椎互相愈合, 而留下胸痛及脊椎运动障碍); 大判 1999. 3. 26. 98 da 45379(案情: 在做手掌破裂伤手术后受住院治疗的, 在洗手间抽烟后出来时, 因排尿性眩晕和抽烟时血流内的缺氧性眩晕而死亡).

47) 大判 1995. 1. 20. 94 da 3421(案情: 患有动脉硬化症, 大动脉瓣膜闭塞及不全症, 左侧冠状动脉狭窄等的患者, 受大动脉瓣膜置换, 上行大动脉扩张及左侧冠状动脉入口扩张等开心手术后, 引发脑栓塞后遗症. 对于手术与否的判断和施术过程则否认医师的过失, 但对后遗症的违反说明义务方面则认定其过失).

48) 大判 1997. 8. 29. 96 da 46903(案情: 对于患有严重冠状动脉硬化症和慢性虚血性心脏病的交通事故患者, 并未以血管造影术等精密检查来确认疾病, 仅靠以两次部分麻醉未发现异常为由, 轻率地实施全身麻醉, 结果患者在手术中因其麻醉而引发急性心肌梗塞导致死亡)

49) 大判 1998. 11. 24. 98 da 32045(案情: 患有冠状动脉硬化及狭窄症的患者, 为治疗因交通事故而引起的伤害, 受全身麻醉后死亡).

50) 大判 1997. 2. 11. 96 da 5933.

要理解为有规范性的水平....治疗当时依据普通教科书和医学参考资料,在临床医学方面被普遍推广的医学技术...”⁵¹⁾

其九,“在现实可能的范围内,以最高的医学技术水平作出努力,同时要考虑当时一般的医学水平及从此产生的结果发生的可能性程度,被害法的利益的重大程度,负担结果回避义务而牺牲的相关利益...”⁵²⁾。

综合分析判例当中的表述,就发现具有非常类似的特点,而显示很微妙的差距。但从总体上看,提示基本相同的标准。如果参照“一般的医学水平”,再加上“诊疗环境和条件,医疗行为的特殊性”,则理解为“临床医学的水平”。“被在临床医学领域即医疗机关里实践的医疗的水平”与被以“诊疗环境和条件”制约的医疗机关实行的“一般医学的水平”是同样的。

“在现实可能的范围内,以最高的医学技术水平”或“一般的医学水平”也是“临床医学的水平”。

还有医疗是临床医学的实践和实现过程,所以 临床医学水平就成为医疗水平。“作为临床医学实践的医疗水平”和“依据临床医学实践的医疗水平”都是医疗即临床医学的实践过程,因此两者是统一概念。

在判例中,一方面指出要考虑诊疗环境和条件, 另一方面指出不能参照个别医师或医疗机关的具体情况,但两者并不矛盾。因为前者的参照事项是全体医疗机关的环境,而后者的参照禁止事项是个别医师或个别医疗机关的环境⁵³⁾。

b. 医师的裁量权

关于一定的诊疗存在着医学原则上的几种选择对象时,究竟选择哪一种对象,就完全取决于医师的独立判断即裁量,所以在判断注意义务违反与否的

51) 大判 1998. 7. 24. 98 da 12270(案情:因坠落而受伤害的患者,受整形外科手术后,因受绿浓菌感染的败血症而导致死亡).

52) 大判 1998. 2. 13. 96 da 7854(参见注 22).

53) 崔载千(韩)的同上论文中(p.20)强调,‘大判 1994. 4. 26. 93 da 9304’是认为“被在临床医学领域里实行的医疗行为的水平是医师的注意义务基准”的最初判例(?);‘同上大判 1997. 2. 11. 96 da 5933’是认为“作为注意义务基准的医疗水准是‘规范性的水准’的最初的、纪念碑性的判例(?)”。

时要考虑此因素⁵⁴⁾。不能因为医师的裁量性选择结果不好而就被认定其过失，同时仅靠着选择别的方法而能得出更好结果的主张或举证，就不能认定其过失。但医师的裁量权受到利益较量的制约，医师所采用的某种治疗方法，哪怕属于医疗水平的范围内，若被认定为比其他的治疗方法更容易发生反效果或危险状态，这时也属于违反注意义务行为。

另，如果关于医学原则在学说上存在对立，各自具有正当的科学及经验根据时，也都被医学水平吸收之后，形成裁量范围⁵⁵⁾，这是因为一般很难期待让所有医师遵循与自己不同的学派的理论。

对此判例的观点分为两种：一是认定裁量权而否认医师的过失；二是认为脱离裁量范围而认定医师过失。

判例认为，“关于以其疗法采取何种措施方面，应该由医师根据患者的状态、自身的专门知识和经验来决定的，因此，如果能想到的几个措施是合理的，那么，选择哪一种方面的问题是完全属于医师的裁量范围，不能确定其中的一个是正当的而采取其他则有过失”⁵⁶⁾。根据此种论旨，给气管肺炎患者注射 *Emphiciline* 的行为是属于医师的裁量而认定没有过失，还有作为与此相同的论旨，在手掌破裂伤的手术中，全身麻醉采取与否是属于医师的裁量范围⁵⁷⁾。

还有一个判例认为，“新生儿因吸收胎便而染上胎便，其吸收程度并非重症，而是轻症或中等症，这时候，关于是否利用器官内插管消除胎便的问题，是属于医师的裁量”⁵⁸⁾。

另一方面，患者从家畜医院的兽医被确认的未患有狂犬病的狗，咬掉的患者十天内打十次狂犬病预防注射而引发脑脊髓炎的案件中，判例认为“在并未发现狂犬病而患者引起副作用的时候，应有及时终止注射药物的业务上的注意义务。但医师明知其狗并未患上狂犬病，而继续注射药物，是属于违反

54) 李银荣(韩)，同上注书，p.694.

55) 郭润直(韩)，同上注书，p.793; 李银荣(韩)，同上注书，p.694.

56) 同上 大判 1984. 6. 12. 82 do 3199(参见注 29).

57) 同上 大判 1999. 3. 26. 98 da 45379(参见注 46).

58) 同上 大判 1994. 4. 26. 93 da 59304(参见注 46).

在业务上的注意义务”⁵⁹⁾。在此判例中，认为关于治疗的与否或继续治疗与否是脱离医师裁量范围。

还有，关于吸收分娩绝对不可的案件，判例认为，“过度而无理的吸收分娩是脱离医师的裁量范围或被医疗水平允许的范围”，承认了医师的过失⁶⁰⁾。

在上述的注射 Aminophylline 副作用案件中，判例认为，“深夜，实习医师一个人值勤时，他要治疗一位呼吸严重困难的患者，他根据自己的医学知识和治疗方法，首先采用缓解呼吸的对症疗法，选择一般使用的注射液，然后让护士以恰当的方法注射药物。如果这样，只要其诊疗方法或药物的选择以及事后处理过程并未欠缺合理性，就属于医师的裁量范围。因此，在治疗中患者突然死亡，也不能追究医师的责任”⁶¹⁾。在此判例中否认了医师的责任，笔者认为此结论是需要商榷的。在患者的状况并不紧急的情况下，开出作为单纯对症疗法的，有很高危险性的 Aminophylline 注射处方而引起患者的死亡，是一个脱离医师裁量权的行为⁶²⁾。

2. 主观而具体的基准

(1) 基准修正的必要性及理论根据-被容许的危险法理

上述的基准是并不以地域、医疗设施、专门与否等医师所处的主观状态和疗法的存在与否，疾病的紧急与否等医疗本身的具体状况为前提条件的，而其基准是在一般的状况下所适用的。

不过，把此类基准要素直接适用于现实医疗实践，关于过失的判断就很可能出现不当的结果，而由此会引起“萎缩”诊疗（诊疗回避等）或“防御”诊疗（过多诊疗）。如果这样，就无法期待适当而有效的医疗行为。因此，在现实中有必要适当修正判断基准，即在一定范围内有必要降低医疗基准或扩

59) 大判 1975. 12. 9. 75 da 1028.

60) 同上 大判 1997. 2. 11. 96 da 5933(参见注 21).

61) 同上 大判 1986. 10. 28. 84 da ka 1881(参见注 43).

62) 对于此判例的不当性方面的论述，参见石熙泰(韩)，“Aminophylline 注射事故的过失判断要素”《法律新闻》第 1969 号（1990. 9. 20），p.11.

大裁量范围。其最终目的还是最大限度地保护患者的利益。基准修正的根据及界限是以合理的利益较量为基础的、“被容许的危险”(erlaubtes Risiko)法理,即危险的医疗行为如果采取必要的后果回避手段,根据其社会有用性,允许一定程度上的危险性,若发生危险则对其作出合法的评价。但据此法理的危险容许是把该行为所若起的积极产物(利益)和消极产物(损害)做比较而仅限于前者优先于后者的情况。这种法理的适用与否是由价值和反价值的量性比较来决定的⁶³⁾。

(2) 修正要素

a. 地域性和医疗设施状况

原则上地域条件和医疗机关的设施则不能成为医疗水平的决定或修正要素⁶⁴⁾。

即在偏远地区(或哪怕非偏远地区)不能仅以其医疗设施简陋为由,就把未达到基准的治疗行为做合法化。因为这时候医师可以把患者及时转送到其他合适的医院而避免其恶果发生。不过,实际上无法及时转送时情况就不同了,例如患者的病状非常紧急而没有转送的时间,或患者及其家属不听从医疗机关的转送意见而要求就地治疗等。这时候,医师在利益较量上所允许的限度内不可避免地进行治疗,那么这时候如果仅因设施不完备而发生恶果,医师对此不能承担责任。在此类条件下地域性和医疗设施状况就成为基准修正的一种要素。

对于前面我们已分析过的“在胎儿大脑过大而无法顺产的情况下,未采取适当措施,导致孕妇出血过多而死亡”案例,判例认为“根据被告的能力和设施,存在不应该把患者在此医院诊疗的情况,那么‘并不及时把她转送到市中心的综合医院’的行为是属于被告的过失”⁶⁵⁾,还有对于“学生在体育考试中脊髓骨折”的案例,判例认为“如果因为该医院设备、地理要素及其它各种情况而无法进行必要的检查,这时候该医院有义务劝告患者到其

63) 石桥 信(日),《医疗过误的裁判》(新日本法规,1977),300.

64) 有些学者主张诊疗环境是设定医师的注意义务基准时考虑的独立要素(李银荣(韩),同上注书,p.695;崔载千(韩)的同上论文 p.18),但笔者并不赞成此种观点,这应该是以前以紧急性为前提而参照的不完全的,非独立性的要素.

65) 同上 大判 1967. 7. 11. 67 da 848(参见注 23).

它医院去治疗”⁶⁶⁾，此时医疗设备的简陋则不能成为过失判断的一般而独立的要素基准修正要素。

b. 非专门性

作为决定注意义务一般基准的医学水平，是指通常对‘专门医’⁶⁷⁾所期待的水平。即所有医师根据医疗行为的重要性，要求具备由‘专门医’所应具备的专门知识和技术。因此，哪怕患者并不属于自己的专业领域，而如果医师并不致力于履行注意义务，就被认定为医师的过失。医疗行为者是实习医师，主治医师，护士甚至无照行医者时，其后果是同样的⁶⁸⁾。医师受到属于自己专业领域外患者的诊疗邀请时，或紧急情况发生时，应充分说明情况，同时有义务把他转送到其它医院⁶⁹⁾。

但是，在偏远地区或紧急状态下，则随时发生无法移送患者或无法回避诊疗的情况。这时候，一般无法期待正常治疗，因此，此时的医疗人非专门性就成为缓解注意义务水平的合法根据。

判例认为，关于医疗的注意义务是被“专门职业人”⁷⁰⁾和“通常医师”⁷¹⁾所要求的水平。但另一方面，评价专业医师或一般医师的诊疗行为时，并不参照其非专业性，提出与专业医师同样的水平要求，而达到过失认定的结论⁷²⁾。

66) 同上 大判 1998. 2. 27. 97 da 38442(参见注 46).

67) 学说强调，对医师所要求的注意义务并不是针对一般人(通常人)，而是针对作为专门人的医师所要求的高标准(李银荣(韩)，同上注书，p.691. 郭润直(韩)，同上注书，p.794).

68) 野田 宽(日)，《医疗事故与法》(新有堂，1982)，特别是关于无照行医者的论述参见 李银荣(韩)，同上注书，p.704.

69) 郭润直(韩)，同上注书，p.794.

70) 同上 大判 1998. 2. 27. 97 da 38442(参见注 46).

71) 同上 大判 1998. 7. 24. 98 da 12270(参见注 51).

72) 大判 1992. 4. 14. 91 da 36710 (案情：把子宫外怀孕误诊为子宫痕肿，患者根据错误的判断而承诺，根据其承诺做不必要的子宫取出手术)；大判 1995. 4. 14. 94 da 29218 (案情：经过 29 周的正常怀孕，以正常分娩的双胞胎，对其仅因早产，双生，低体重等原因，施术医师则认为无生还可能而置之不理，结果其中一个孩子正常，另一个孩子则死亡)；另，同上 大判 1967. 7. 11. 67 da 848(参见注 23 和 65).

另外，在“用患者自己从‘面事物所’（相当于乡政府）带来的结核治疗注射液 Streptomycin，保健诊疗所的诊疗员给患者注射后，患者引起过敏反应而死亡”的案件中，判例认为，判断诊疗员的过失与否时，不应该适用医师的基准，而适用从事保健诊疗工作的一般人的基准⁷³⁾。但笔者并不赞成此观点。因为注射行为则属于医师固有的职务范围。哪怕诊疗员根据“农渔村保健医疗的特别措施法”的有关规定，从事有限的医疗行为，也就只能成为助长一般人的违法医疗行为的根据，所以其注意义务水平应以医师的基准来确定⁷⁴⁾。

关于过失和因果关系的举证，在最近的一些判例中，出现“对于医疗上以一般人的常识为基础的有过失的医疗行为，由被告方承担举证责任”的语句(大判 1995. 2. 10. 93 da 52402-<案情：为治疗手足多寒症而做交感神经截除手术的患者,在做手术之前已处于昏迷状态,仅过十七天因脑梗塞而死亡>; 大判 1995. 3. 10. 94 da 39567-<案情：为治疗椎间盘突出症而做手术的患者,在做手术之前,因以血流不足而引起的脊髓萎缩症而导致下半身瘫痪等四肢不全麻痹症状>; 大判 1999. 2. 12. 98 da 10472-<案情：因患肝疾病而受治疗的患者,在治疗中发现真菌症感染事实,因此使他服抗真菌剂 Nazonal,而反复引起胸痛,发作,暂时昏迷,结果导致死亡>; 大判 1999. 4. 13. 98 da 9915-<案情：结核脑膜炎患者在诊断确定之前为查明原因经过了两次脊髓炎检查,而引起下半身麻痹症状-下半身麻痹并不是脊髓炎检查的结果,而是结核脊髓炎及支柱膜炎的后遗症的结果->)。根据这些判例，有些学者提出，过失判断的标准由“平均性医师”变为“具有常识的一般人”（抽象的一般人）的观点。SEOUL 国立大学的梁彰洙教授质疑为‘此判示对其立场暗示何种转换?’(《民法研究》(四)博英社, 1997. 445), 崔载千律师持有把梁教授的问题意识变更为基准的见解(崔载千, 同上注书, 十四)。

但笔者认为，判例的宗旨并不是变更注意义务规范的受范者标准，而是有

73) 大判 1987. 1. 20. 86 da ka 1469.

74) 关于判例的不当性，参见石熙泰（韩），“注射 Streptomycin 时的注意义务的判断基准”《法律新闻》第 1947 号（1990. 6. 28），p.11.

关举证程度的问题。从不法行为一般论的角度看，对于过失的举证责任由作为原告的被害人承担。但普遍认为这些传统理论在医疗过失诉讼中是不公平的。因而，关于举证责任转换方面的革新信条还未确立，由此而来的抵抗方面的忧虑等原因，开始采用原告举证负担减轻(对此包括判例大多数见解认为举证责任的缓和，但此见解是不妥当的，应该是举证负担的缓和)的政策。上述判例就开发了其方法论。即按照判例的内容，以一般人常识为基础的医疗上的过失行为由被告原告所立证(当然应伴随‘不存在医疗行为以外的其他原因’的因果关系立证)，就结束关于过失存在与否方面的争论，但给被告方只留下‘因果关系不存在的主张’的防御武器，若立证成功则被免责，相反，连因果关系也被推定而承担责任。

判例的理论对注意义务规范的受范者标准及注意义务自身的水平并不产生影响。因此有关法官对被告过失与否的心证并不形成产生影响，而是对原告过失主张的心证形成产生影响。

上述判例中，仍出现关于“医师应尽最大努力去遵守注意义务及在临床医学领域的医疗水平”方面的判例(同上大判 1998. 11. 24. 98 da 32045; 大判 1999. 3. 26. 98 da 45379 等)。

c. 唯一性

原则上采用以医学水平还未确立的新疗法是不允许的，不过以传统疗法无法期待患者的康复或减轻痛苦(虽然它对于生命健康并不是决定性的、绝望的紧急状态)，那么，就不能无条件排除新疗法的适用。即新疗法比传统疗法更具有康复可能性，还有采用新疗法时的效果超过其危险，那么，这时候在法律上应允许新疗法的适用⁷⁵⁾。比如新疗法被认为患者康复的唯一手段，其唯一性就成为新疗法医学水平的不适当性的根据。还有根据实验，发现新疗法或新药具有可信赖的科学根据，同时医师也经过细心研究得出同样的结论。那么，有义务采用新疗法⁷⁶⁾。不过，在采用新疗法时候要有更充分的

75) 稻垣 乔(日),《医事诉讼和医师的责任》(有斐阁, 1982), pp.34-35.

76) M.Kohlhaas, Aertzliche Pflichten bei Verabreichung neuer Arzneimittel”, Muenchener Medizinische Wschr 106(1964), S.2281ff.

说明,同时要得到患者的积极同意才行。还有跟传统疗法相比,要有更高水平的注意(a higher standard of care)或更强化和扩大的注意(an increased extended duty of care)⁷⁷⁾。

d. 紧急性

在医疗过程中,有时发生因患者病情紧迫或严重而需要立即实施诊疗的情况,这叫做紧急状态。紧急状态也可能发生于具备最高设施的医院或专门医师。

在紧急状态下,不管任何医师也无法象平常那样,动员适合于医学水准的所有诊疗、治疗方法,利用设施,作出诊疗实施上的技术注意,在社会观念上也并不期待。若要求象平常一样的注意和行动,就无法进行对患者有益而妥当的诊疗,也可能发生医师考虑其后果则回避积极治疗的结果(当然根据医疗法第16条的规定未有正当程序,医师则不能拒绝诊疗)。因此为了考虑患者利益和消除医师的内心矛盾,关于过失判断需要积极参照紧急状态。

一,考虑过失判断的紧急性,其效果可有以下几点:

根据利益比较采用的诊疗和治疗的方法、程度、时期等未达到医学水平或缺少部分治疗程序,也不能直接认定为过失。

二,从技术角度来看,对于可能引起重大后果的原因事实或危险性很高的要素,哪怕给予很高的注意而忽视一些细节,也不能认定为过失⁷⁸⁾。

另,考虑紧急性具有以下制约:

一,紧急性的判断及与此有关的利益比较应当合理。在同样的情况下,如果医师力求一般医师的判断标准,就成为合理。

二,在此应排除因医师的过失而引起的后发性紧急状态。

三,对于具备较高(可以治疗紧急患者的)人力,物力条件的综合医院或医师,要强化其注意义务⁷⁹⁾。

77) Crydeman v. Ringrose(1977), 3 W.W.R. 109, affd.(1978) 3 W.W.R. 481(Alta. C.A.):
Baills v. Boulanger(1924) 4D.L.R 1083(Alta. C.A.): W. Uhlenbruck, "Haftungsfragen
ei fehlerhafter Anwendung von Arzneimitteln", Medizinische Klinik(1974), S.446ff

78) 紧急的或对恶结果有预见可能性的,不能仅以事实为基础认定过失(李银荣(韩),同上注书, p.695),笔者赞成此观点,在紧急情况下,则被减轻结果回避可能性。

还有，关于急救诊疗时的说明义务要另当别论。

在上述的注射 Aminophylline 副作用案件中，判例认为，“被告首先是以实习医师的身份值班的，凌晨零点半患者家属打来电话要求治疗，而被告以专门医不在为由拒绝了治疗，但凌晨一点，带患者到医院，说患者并没有心脏疾病而有严重的呼吸困难症状。被告按照通常医学知识，来不及实施心电图检查或 X 光线，为消除呼吸困难而实施对症疗法。还有在治疗之前，患者平时因有神经痛和咳嗽及呼吸困难而经常服药，发生事故两天之前，也在其它医院被确诊为气管炎而无心脏病诊断，在这种情况下，无法确认被告除对症疗法之外应采取何种措施”⁸⁰⁾。因此，在此案例中把紧急性当作修正要素(不过对紧急与否的判断，检讨关于此判例的下级审判例⁸¹⁾中所出现的一切事实关系，则认为并不充实)。

还有，在上述的“对因交通事故而要做手术的患者，并未进行细致检查而做出全身麻醉，患者引起心肌梗塞而导致死亡”的案件中，判例认为，“虽有必要动手术的情况，但并不是紧急程度，若本院并不具有实施血管造影术等精密检查的医疗设备，就应该依赖其它医院检查心脏疾病与否之后做手术”⁸²⁾，此种情况并不是紧急状态，因此不能缓解注意义务。

紧急性理论是在医师的说明义务减免方面也经常谈论的问题⁸³⁾。

四，结 论

综上所述，医疗过失的判断标准，首先是参照医疗的所有特征，一般的医学水平和医师的裁量范围；其次，根据被容许的危险法理，能修正而具体化

79) 中川善之助(日)、兼子一(日)监修，《实务法律大系 5 医疗过误·国家赔偿》(青林书院新社，1979)，94。

80) 同上 大判 1986. 10. 28. 84 da ka 1881(参见注 43 和 62)。

81) SEOUL 民地判 1983. 9. 29. 83 ga 合 562 和 SEOUL 高判 1984. 7. 10. 83 na 4128。

82) 同上 大判 1997. 8. 29. 96 da 46903(参见注 48)。

83) 有关内容，参见石熙泰(韩)，“医师的说明义务”，《不法行为的特殊问题(翠松金显泰博士八旬纪念论文集)》(法文社，1997年)，p.227 以下。

的地域性、设施状态、非专门性、唯一性及紧急性。

因此，要判断医师注意义务违反与否，首先要抽象而客观地观察医师的行为之后，判断其是否属于裁量范围；然后，如果没有注意义务违反行为就作出无过失的结论。反而，若有违反注意义务行为，从这时候开始，根据医师本人、病情、医疗本身的现实状况，就判断有无缓解注意义务的情节。如果存在此情节，医师的行为被认定为无过失的。