



医疗过失举证责任之比较

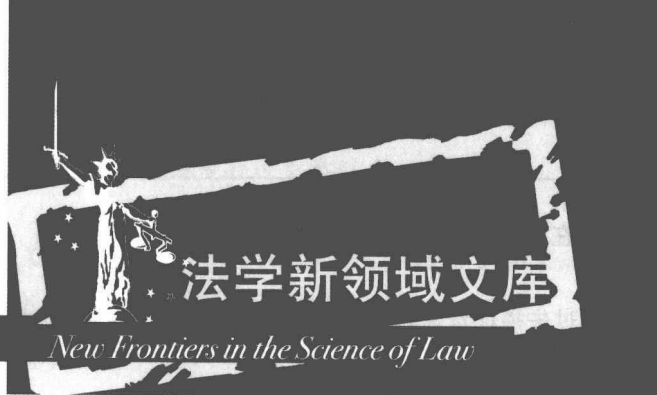
The Burden of Proof in Medical Malpractice: A Comparative Perspective

朱柏松 詹森林 张新宝 陈忠五 陈聪富 合著



华中科技大学出版社

<http://www.hustp.com>



0912.104
46

医疗过失举证责任之比较

The Burden of Proof in Medical Malpractice: A Comparative Perspective

朱柏松 詹森林 张新宝 陈忠五 陈聪富 合著

图书在版编目(CIP)数据

医疗过失举证责任之比较/朱柏松 等著. —武汉:华中科技大学出版社,2010年4月
ISBN 978-7-5609-6067-8

I. 医… II. 朱… III. 医疗事故-举证责任-对比研究-世界 IV. D912.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 038318 号

医疗过失举证责任之比较

朱柏松 等著

责任编辑:于建

封面设计:闻·竞工作室

责任监印:周治超

出版发行:华中科技大学出版社(中国·武汉)

武昌喻家山 邮编:430074 电话:(027)87557437

印刷:湖北新华印务有限公司

开本:710mm×1000mm 1/16

印张:10.5

字数:150 000

版次:2010年4月第1版

印次:2010年4月第1次印刷

定价:30.00元

ISBN 978-7-5609-6067-8/D·132

(本书若有印装质量问题,请向出版社发行部调换)



序 言

近年来，医学技术日新月异，医疗服务范围日渐扩大。医疗行为不仅限于传统的治疗病人疾病，且包含整形美容、养生保健等健康生活的内容。尖端的医学技术，隐藏着可知与不可知的医疗风险。医疗服务范围的扩大，使更多民众在日常生活中，接触更多医疗行为。医疗风险的增加，使医疗结果更为不可预测。医疗服务范围的扩大，使民众更容易遭受医疗行为所生之伤害。两者均使医疗纠纷大量增加，医师与病人从协同的医病关系，变成为敌对的原、被告关系。

医疗纠纷之解决，在台湾地区社会上流行在医院前“抬棺抗议”，或撒冥纸、或无言静坐，~~不一而是。事实上，~~不仅于事无补，而且增加医师与病人之间的紧张关系。~~最后的结局，~~通常是医师与病人两败俱伤。尤其当医师面临医疗纠纷诉讼时，~~严重影响医师对于医病关系的理解，及医师对其他病患的诊疗。~~不仅对于医师毫无好处，对于病人，亦属不利。因而，如何在法律上构筑一套理想的纠纷解决制度，使医师与病人间的纠纷获得妥当解决，~~属于刻不容缓的议题。~~

台湾地区关于医疗事故案件，争议最巨的问题为，医师应负担过失责任或无过失责任。在法院实务上明白采取医疗事故应采过失责任后，诉讼实务上接下来的关键问题为，由何人举证医师对于医疗事故具有过失，亦即当事人对于医疗事故举证责任的分配问题。

常言道：“举证之所在，败诉之所在”。由何人负担举证责任，关系当事人之胜败诉甚巨。只有合理的举证责任分配，始得以实现当事人之间实质的公平。鉴于医疗过失举证责任在实务上的重要性，台湾大学法律学院民事法中心于1994年12月24日举办一场“医疗过失举证责任之比较法研究”，由张新宝教授、朱柏松教授、陈忠五教授、詹森林教授及陈聪富教授，分别就医疗过失举证责任在中国大陆、日本、法国、德国及美国的实务案例与学说发展进行报告与研讨。本书即为当初

报告论文，经过讨论，作者进行修改润饰后，所集结而成的作品。我们深信，经过比较法的研究，法院对于医疗过失举证责任的分配，可以做出更正确的判决，有利于实现正义于医师与病人之间。本书之完成，即为达成此项目标的一个过程。

执笔者一同

陳聰富

2008年2月



目 录

论日本医疗过失之举证责任	朱柏松
一、前言	3
二、日本最近几个医疗判例的分析	8
三、医疗行为之类型与医疗责任之判断	12
四、医疗过失责任成否之判断基准——医疗水平	16
五、代结语——医疗过失之举证责任	20
德国医疗过失举证责任之研究	詹森林
一、德国医疗民事责任	29
二、德国医疗过失举证责任之分配	40
三、德国医疗过失举证责任之减轻与转换	45
四、结论	55
中国医疗损害赔偿案件的过失认定	张新宝
一、问题之提出	61
二、医疗过失与过错认定之一般理论	63
三、医疗过失之认定标准	69
四、医方之抗辩	81
五、举证责任之分配	84

六、医疗过失认定之立法展望	89
法国法上医疗过错的举证责任	陈忠五
一、绪言	96
二、医疗科学上的过错	101
三、医疗伦理上的过错	112
四、结语	118
美国医疗过失举证责任之研究	陈聪富
一、序言	130
二、“事实说明自己”法则之法制发展	130
三、“事实说明自己”法则在医疗案件之应用	135
四、“事实说明自己”法则之要件	145
五、原告之举证程度	150
六、美国法与中国台湾地区法之比较	155
七、结论	160

论日本医疗过失之举证责任

朱柏松*

一、前言

二、日本最近几个医疗判例的分析

三、医疗行为之类型与医疗责任之判断

四、医疗过失责任成否之判断基准——医疗水平

五、代结语——医疗过失之举证责任

* 本文作者于日本京都大学博士课程结业,现任台湾大学法律学系教授。

摘 要

和中国台湾地区“民法”所规定者一般,关于私权损害赔偿之法规范,日本法主要的亦仅止于侵权行为及债务不履行之规定而已,在医疗责任之论断上并未有如中国台湾地区有“消费者保护法”或“医疗法”等特别规范之存在。不过,自 20 世纪 60 年代以来,已形成一新的归责方法与举证责任分配的原则。在归责方法上日本法并不采医疗无过失责任之法则,反而,采取以“医疗水平”之违反为过失而论断医师对病患民事损害赔偿责任之方法。至于在举证责任之分配上,则扩大“过失之大致推定”之适用范围,以其过失为客观注意义务违反为有过失,而由法律先大致过失推定系属存在,被害人仅须证明医师有诊治病患之事实,及病患系在医行为上受有损害,且其损害之发生系有违经验法则,医师即凭因此被推定有医疗上之责任。医师唯有举证证明其医疗行为系符合当时之医疗水平,亦即依当时临床医学实践之水平,去从事医疗行为,但仍无法回避对病患所生之损害的情形下,始可获邀免责。

关键词: 医疗行为、医疗责任、医疗水平、过失推定、损害赔偿、医疗法

一、前言

生老病死是人生的必然轨迹,亦是人类自来的宿命,但生命旅途上,一遇事务上有挫折、不顺或健康身体上有疾病、灾厄,前者势必要寻求解决、化除,后者则亦当设法治疗、营救,因此,疾病的救治本来就是每个人终其一生所必须经历的过程,当然亦是人类史上必经的历史进程。但是在疾病的治疗史上,基于疾病本身之特质,以及人类物质文明的发展,大致可分有下列三个不同的进程。其一是,由于疾病除系为瘟疫等流行疾病外,绝大多数都是病患个人及家属之事,在对于疾病完全茫然、不解的前提下,疾病对病患个人及家庭,或瘟疫对特定的一群人,则毋宁都不必然认为系病患自身的不幸或痛苦,不乏有视之作为一种灾厄或甚有将之归诸为灵神对人类的惩处,或以为天谴而论之为必要之恶,疾病史上这一段时间存在甚为长久,即使到部分疾病已为人类所认识,甚至亦有其加以克服之方法的阶段,都仍存在有这种现象^①。在这个阶段里,尽管病患仍将寻求疾病之治疗,但能治病者是神、是巫师,他代表着神的权威,传达神的旨意,因此,尽管理论上仍存在有“医”与病之关系,甚至这其中亦存在有劳务提供与报酬给付的关系,但“医”巫是衔着神的旨意为病患解厄,对病患而言,除了感恩以外,毋宁有更多的敬畏以及不敢违逆的恐惧。

及至自然科学的不断进步,疾病之发生以及发展,渐为人类所认识以及解明之后,一大批对于人类生命、身体、健康构成侵害威胁的疾病,渐次有被加以克服、治愈之可能者,医疗科技不但渐次成立,甚至于更具重要性,于是医疗科技成为一种专门技术,从事于医疗工作之人亦成以一种专

① 日本在昭和 20、30 年代(即 20 世纪四五十年代),由于电器工业科技之快速发展,因制造电器产品,工厂排放大量重金属,包括水银造成大量水银中毒事件,此种水银中毒所致病患多损及病患器官及骨骼,最后终致器官衰竭、骨骼扭曲并使病患疼痛不堪,病患由于身体变形及疼痛难忍,在无效治疗之情况下,多以自己系具有业障而遭天谴,终致在孤独、悲恸以及无奈的日子中度过其悲惨的余生。参照宇井纯、林纯著:《イタイ病》,载《ジュリスト特集——公害》(1970 年),第 38~48 页。

门职业,而服务于人群,由于医疗既是专业,非具有一定专门技术不足以从事,故医者概属于知识分子,其社会地位自来较高,且由于医者既有其专长为他人解除病痛甚而挽回他人生命,故医者往往成为病患感恩戴德的对象^②,因此,尽管在现实上医病之间,在近代民法成立之 19 世纪,应已可能出现医疗契约的法律行为的可能,但包括欧陆各国之民法,竟无对之加以规范,充其量,对于本于医疗契约关系,概以委任契约、承揽契约,甚或雇佣契约等基础的劳务关系之法理,以为论断医病之间之权利义务关系^③,不过,尽管如此,由于医疗行为在终局的本质上,仍系在于为病患治疗疾病、解除灾厄,甚至挽回生命,道德意味浓厚。特别是医疗专业知识之独占与权威,因此,即使在现实上,医疗法律关系仍只应被归纳为一般民事契约关系,但几乎谈不上所谓民事法上当事人地位平等,及当事人自治原则之适用问题,亦即所谓“医疗父权主义”的关系^④,故即使医疗、救济出现致病患于死亡或重伤而无法回复的情形,多半亦由病患以自己系属不幸而自行承受其最终风险。

20 世纪以返,国际之间来往趋于容易、频繁,医疗科学技术亦是飞跃的成长与发展,医疗科技发展下的医病关系,由于英美民主主义发展甚至民主宪政体制基础稳固,在实用主义(Pragmatism)思想的影响下,医生等医疗工作者,固为医疗关系上的专业者而具权威之地位,且病患的身

② 就中国古来的认知,似乎从事于医疗工作之人都是“不入流”的雕虫小技者,韩愈即曾云“巫、医、乐师、百工之人”属“君子所不齿”之人。其实此所指者系指自来未脱迷信、巫术色彩之非专业医,如系学有专精之生理、病理专业者,则在中国往往则是属知识分子之“儒医”,此等人不但系备受尊敬,甚至地位崇高,故如包括北齐的陶弘景(452—536 年)、唐朝的孙思邈(581—682 年),以及明朝的李时珍(1518—1593 年),都是本草(药学)以及医学上的巨人。而医师一旦将病人疾病治愈或挽回病患生命者,一辈子感恩图报者更属常见之事,吾人在往昔常见医院悬挂包括“悬壶济世”、“泽被苍生”以及“妙手回春”之匾额者,皆是病患对医师感恩的一种积极表现。

③ 由于德国民法委任契约应以无偿为其成立条件(BGB § 662),故关于医疗行为通常以之为“以处理事务为目的之行为”(eine Geschäftsbesorgung zur Gegenstände),而准用雇佣契约或承揽契约之规定(BGB § 663, § § 665-670, § 672)。至于日本民法则因其第 643 条规定委任契约应以法律行为为限,医疗契约在缔约上因属法律行为,故有委任契约的规定之适用,但实质之医疗行为则为事实行为,其法效果只能准用委任契约之规定,以论断之。其详可参照拙文,《适用消保法论断医师之责任》,载《消费者保护论》(增订版),自刊,2001 年,第 248 页以下。

④ 植木哲著:《医疗的法律学》,有斐阁,2003 年版,第 8~9 页。

体、健康乃至生命亦仍和往昔一般有赖于医师、药剂等的努力始可获得维护、落实,但由于“生命、自由及追求幸福”(Live, Liberate and the Pursuit of Happiness)之权利,则为自1776年为《美国独立宣言》宣布为人类之基本人权,此权利亦被强调其不可侵犯性,因此,医病之关系在英美社会,于甚早之前即与欧陆乃至中国、中国台湾、日本等亚洲诸国(地区)所持有之“父权主义”(Paternalism)有着截然不同。次其特别注重医病之间居于契约所系之权利义务关系故也,甚至极端例子,医师或其他医疗专业者之所以提供医疗专门技术,其实系一种职业行为,职业之受到保护,为宪法工作权之一环,固同时亦被纳为宪法所保障之一环,但在顺位上则较逊于个人之生命、身体、健康以及追求幸福之权利^⑤。是故,病患尽管因就医而使自己之身体、健康甚至于生命而获得回复,但这是自己权利之行使,医师为病患治病则为义务之履行,在病患因治疗疾病回复健康乃至拯救生命所应享有之权利,未获得医师妥善处理,以及受有侵害时,医师、药师或其他医疗工作者,其应对病患负法律上之各种责任者,乃属当然之理^⑥。

美国在第二次世界大战以后,对这个世界长期以来即居绝对之支配地位,此不但国际政治、军事、经济是如此,即使是在学术、文化亦充分发挥其绝对的影响力,医疗科技的领域亦无所例外,因此,亚洲国家(地区)包括中国台湾地区、日本、韩国,不但在战后一面倒地赴美国从事医疗科技上之学习与研究,往昔清一色以德文书写的病历,亦一面倒地改以英语来写,甚至于连医疗体制、医院经营,亦都难逃美国深度影响的命运。影响所致,日本在往昔难得一见的医疗争讼案件,自20世纪50年代初期开始,即陆续增加,迄至今年为止,除1981年呈现大幅掉落的态势外,几乎

^⑤ 关于此,可参照拙著,《整形、美容医学之区别及其广告应有之法规范》,载《月旦法学教室》第31期(2005年5月号),第94~95页。

^⑥ 关于此,可参照杨秀仪教授一系列论文,包括《谁来同意?谁来决定?从“告知后同意法则”谈病人自主权的理论与实际:美国经济之考察》,载《台湾法学会报告》第20期(1999年)、《温暖的父权 vs. 空虚的自主——到底法律要建立什么样的医病关系》,载《应用理论研究通讯》第21期(2001年)、《美国“告知后同意”法则之考察分析》,载《月旦法学杂志》第121期(2005年)。

是逐年在以一定比例递增。依学者之统计,每年系属于日本第一审法院的诉讼案件约 12 万至 13 万件左右,其中与医疗争讼的案件大约有 300 个至 400 个案件,不过这 300 个至 400 个案件,则都是属于民事损害赔偿案件^⑦,似仍未见有以医师等过失致人于死或致重伤为理由被加以起诉之刑事案例。尽管如此,医疗争讼案件逐年递增之事实,反映出病患已充分认知自己就医系属享有人格权的一个表现,而且亦充分认知自己与医师等之间其实系完全立于权利义务之法律关系,而非属于恩典施舍的关系。

对于医疗纠纷所生损害赔偿案件之解决,尽管如前面所述一般,自 20 世纪 50 年代医疗纷争案例已渐次递增,但日本并未有如之前我国台湾地区特别公布、施行“消费者保护法”,以特别法缓和被害人举证责任之方法,达到保护被害人权益,而单纯以医疗纠纷系为契约的违反^⑧之债务不履行,或属侵权行为之民法一般损害赔偿责任法^⑨以为解决上的依据。不过,医疗行为,特别是检查或手术,在通常的情况下都是在密室里进行,发生事故的整个过程通常在患者之体内发展,且病患发生事故,亦即致死、致重伤,往往为时已相当久远,何况发生原因往往错综复杂。此外,医疗本来就是有极高度专业性,要以该当发生纷争之事故对医师或其他医

⑦ 以日本目前总人口数 1.2 亿而言,其诉讼发生率为千分之一,自然是非常低,而若就医疗诉讼而言,则属更低,一年的发生率至多亦止于三十万分之一。至于每年医疗诉讼之具体案件数,1976 年为 234 件、1980 年增为 310 件,但 1981 年虽骤降为 196 件,但 1987 年则又升至 335 件。一般态势而言,有逐年缓增之表现。关于其详细,见植木著:《医疗纷争をめぐる裁判所による解决》,载前掲书(注 4),第 32~39 页。

⑧ 这里只是针对本于有医疗契约所生医疗纠纷探讨其关于医师等之责任而已,并不在于说明发生医疗纷争,只有存在医疗契约之情形始有其可能。事实上足以就医疗纷争论断医疗责任,其原因尚可本于无因管理而成立诊疗行为者(西井龙生著:《医疗契约と医疗诉讼》,载《现代契约法大系》,有斐阁,1980 年版,第 159~160 页,亦可本于承揽契约,或公法上之关系而生者。电视、网络上之医疗咨询,一旦医师等因过失提供错误讯息,致他人发生损害者,亦未始无因医疗纷争,而对被害人生损害赔偿责任之理。关于其详,可参照拙著,前掲文(注 3),第 245 页以下说明。

⑨ 医师于对病患进行诊断、治疗,于其有过失致病患于死伤时,即当然生侵权行为之损害赔偿及债务不履行(积极债权侵害)损害赔偿之请求权竞合问题,故被害人自得择其一以行使其权利。关于其详可参照奥田昌道著:《债务不履行と不法行为》,载《民法讲座 4——债权总论》,有斐阁,1985 年版,第 565~631 页;拙著,《商品制造人侵权行为责任法之比较研究》,五南出版公司,1991 年版,第 48~64 页。

疗人员追究责任,往往显非非专业的被害人所能胜任,特别是在医疗行为发生纠纷,由被害人向医师等追究责任,关于损害发生之因果关系,以及医师具有过失这两点之证明,对于被害人绝非是容易达成的。因此,尽管医病地位平等关系在日本已较战前大有改变,但由于被害人在对医师或其他医疗工作者进行主张权利加以求偿时,有上列举证上的障碍存在,因此,除非是医师或其他医疗工作者系因严重疏失致病患于死伤情形,否则,被害人欲依既有法律规定求胜诉判决,几乎是困难重重^⑩。

不过,由于生命、身体、健康权益的保护,业已提高至宪法层次而受到极度的重视,医病关系的立场亦异于往昔,在病患因就医由诸于医师或其他医疗工作者之过失但因无法对医疗人员具有过失为完全之举证,即因败诉而甚难获得适当之损害填补,此不但于迄至今日人格权应受高度保护之法律思潮^⑪,以及民法损害赔偿系在于使不法者对被害人填补与损害,以求彼此之间利益公平分际之立法目的大相违背。于是自昭和 36 年(公元 1961 年)2 月 16 日“东大输血感染梅毒事件”,最高裁判所判决确立“不得以医疗惯行之是否违反为基础判断医师或医疗机关之注意义务是否违反”之判例以后^⑫,迄至今天,日本对于医疗过失损害责任之论断,大率已确立所谓之“医疗水平”之客观过失责任理论^⑬,本文既在于探讨日本医疗过失之举证责任,自当对此详予分析,惟在论文之撰述上,则拟

⑩ 参照新美育文著:《医师の过失——医疗水平论を中心に——》,载《法律论集》第 71 卷第 4、5 合并号(1992 年),第 70 页。

⑪ 关于人格权保护的发展,可参照拙著,《人格权保护法制比较及我国台湾地区法规范之检讨》,载《跨世纪法学新思维——法学丛刊创刊五十周年文集》,法学丛刊杂志社,2006 年 1 月版,第 217~260 页。

⑫ 东大(东京大学附属病院)输血事件,最高裁判所昭和 36 年(公元 1961 年)2 月 16 日判决,载民集第 15 卷第 2 号,第 244 页以下。

⑬ 最高裁判所“腰椎麻醉休克事件”判决[平成 8 年(公元 1996 年)1 月 23 日第三小法庭]判决,载民集第 50 卷第 1 号,第 1 页中,曾对医疗水平论为论断医事人员过失的一般标准有具体表示。该判决指出:“临床医学之实践上的医疗水平,虽非全国一律应被加以考虑之绝对基准,不过,考虑诊疗当时该当医师之专门领域、所属医疗机关性格、地域的环境等诸般情事,所被加以决定之‘医疗水平’,因为已成为医师的注意义务基准(规范),此虽非与平均的医师现阶段所通行之医疗惯行必然完全一致,医师依照医疗惯行从事医疗行为,并不能直接为已尽依照医疗水平之注意义务所为之医疗行为。”

先自日本相关之几则判例切入。

二、日本最近几个医疗判例的分析

昭和 36 年(公元 1961 年)“东大输血感染梅毒事件”日本最高裁判所判例出现以来,医疗民事责任透过以一定义务的违反为具有过失,而为论医师或其他医疗工作者为有损害赔偿责任的归责方法,即不断为学界所探讨,同时亦为实务上所不断运用,惟由于医疗行为之概念应含多元内容,医疗行为自身所指行为范围亦非可能一致^⑭,惟论断有无过失之标准,亦即“医疗水平”,亦因而形形色色而无法统一有一明白的量化数字,是故所谓医疗水平的意义迄今仍无由完全明确且划一,但尽管如此,以是否违反医疗水平以论断医疗责任之归责方法,却已为日本迄今所通行之医疗过失责任之唯一论断方法,兹为便于本文主题之述说,先引两则判例作为前提。

首先第一判例为大阪高等裁判所,针对将心肌梗塞的患者误诊为肝脏疾病,致病患因延误急救而死亡所为之判决^⑮。本案事实为,病患 A 在 1970 年 10 月 29 日午后 10 时 30 分左右,在自家时突然自觉甚为痛苦,同日午后 11 时 7 分由救护车送至 Y 医院,由当时轮值的 B 医师负责诊视, B 本于对 A 本人之所述、所见以及 A 之母 X 的情况说明后,即判断 A 所患为肝脏方面之疾病,无应为紧急处理之状态,乃命为住院以便明日做进一步检查后再做进一步治疗。岂知, A 于翌日上午 9 时 30 分情况恶化,至同日 10 时 5 分因抢救无效而宣告死亡。本案 X 就 A 的死因主张系因心肌梗塞,因为在初诊时其症状已甚为明确,但 B 却仅作简单问诊未做

^⑭ 关于医疗行为之概念,“卫生署”曾有过明白的界定,系指“以治疗、矫正或预防人体疾病、伤害、残废或保健为目的之所为之诊疗、诊断及治疗,或基于诊察、诊断之结果,以治疗为目的之所为之处方笺或因用药等之行为的全部或一部之总称”【民国八十五年(公元 1996 年)】“卫生署”医字第 10780 号令函。

^⑮ 大阪高裁平成 2 年(公元 1990 年)4 月 27 日判决,载判例时报第 1391 号,第 147 页,及判例タイムズ第 737 号,第 189 页以下。

精密检查,终致无法确实知悉病症,并为有效治疗,以致 A 终告不治,故应属于债务不履行,自应对于 X 等负损害赔偿之责任。但 Y 则以 A 之死因为精神上因素导致不明原因的突然死亡。本案第一审判决^①,法院虽认为 A 的死因为心肌梗塞,不过,亦认为 B 在初诊时经其观察,认定 A 的症状为肝机能障碍,及精神分裂症,命 A 办理住院以便次日早上做精密检查,系符合医疗水平,故无注意义务之违反, A 住院以后之各项检查亦不应被认为有过失,故驳回 X 之请求。但大阪高裁则废弃原审判决,而命 Y 应对 X 负损害赔偿之责任。

高等裁判所废弃原判决,其理由如下:1. A 系 10 月 29 日午后 10 时 30 分,发生心肌梗塞,随着时间之经过,症状自然渐次恶化并终致死亡,这样的时间、病程,对 A 而言,系属可能的。2. 所谓基于诊疗契约为医师(医院)债务之诊疗义务者,系指医师应本其专门知识、经验,依照当时之医疗水平,对病患之病状为医学上之解明,以及对于症状及其以后之变化为适切而且充分治疗行为之义务。因此,在误诊的情形,从上述一般的医疗水平加以考虑,除引发误诊系属必然的情形之外,自应被论断为债务之不完全履行。3. Y 的履行辅助人 B,由于完全未怀疑 A 有心肌梗塞的疾病,而仅为肝脏疾病之诊断,很明显系属误诊,本案 A 所患之疾病,其病症属急症,有上腹部疼痛及膨胀感、全身倦怠、呼吸困难以及呕吐感,都足以有属于心肌梗塞之严重怀疑,这一些都不是所想定为肝脏疾病所能为完全加以说明者,但尽管如此, B 仍然发生上述之误诊,自难不被论断为债务之不完全履行。4. 由于心肌梗塞系死亡率极高具危险性之疾病,故在紧急医疗从事实际疾病之鉴别时,即使其罹患可能性较小,亦应对其究否有无该当性为优先之探讨。本件相对于因应上述症状之敏感性,至少应检讨其有无存在心肌梗塞等心脏疾病之可能性,甚至于应为准确度较高之必要诊断与检查(例如心电图检查、血压检查等),因此,谓 B 之误诊系属由诸不得已之情事,而以其为无过失,自属不当。5. A 可谓系因上述

^① 神户地方裁判所昭和 62 年(公元 1987 年)10 月 30 日判决,裁判例时报第 1287 号,第 129 页。

债务不完全履行而导致死亡,盖如果能早期诊断为心肌梗塞,A自应被认为可能因B得以及早采取前述适当之对策,而大有获得救命之机会,是以Y应有因上述误诊就A所生之损害赔偿负责任之理由^⑩。

至于第二个判例为最高裁判所针对盲肠炎手术,因腰椎麻醉引发休克之事件所为之判决^⑪。本案事实为X在昭和49年(公元1974年)9月25日由外科医师Y为其做盲肠切除手术,由于实施手术腰椎麻醉造成休克,引发病患严重之后遗症——脑机能低下症。X乃与其父母以Y所属之医疗法人及其外科部长为被告,以有诊疗契约上之债务不履行或侵权行为之不法,而请求损害赔偿。整个案发事实过程是:1.4:28(即是日4时28分,以下同)X的血压为112mmHg~68mmHg。2.4:32注射麻醉剂进行腰椎麻醉。3.4:35血压124mmHg~70mmHg。4.4:30开始手术,血压为122mmHg~72mmHg,医师并对护士嘱咐每5分钟量血压一次,并报告测定结果,且亦须监视病患颜面。5.切开腹腔后以逆行性切除方法开始切除盲肠,不过,自此不久,即见X血压渐次下降病患呈低氧状态。6.4:44、45由于盲肠根部牵动引发机械性刺激,导致迷走神经反射,X呈无意识状态,呼吸浅弱、脉搏趋缓,之后血压则急速下降(触诊最高为50mmHg)。7.4:45手术中止进行心肺复苏,血压、脉搏渐回复安定。8.5:20手术再开。9.5:42手术终了。不过,X自此却已罹患严重脑机能低下症,而无回复之可能性。

本案高等裁判所判决谓:1.在昭和47年(公元1972年)本件麻醉剂的处方记载有,麻醉剂注射前应测定血压一次,注射后之10至15分钟之间,应每隔2分钟测量血压一次,不过,施行本案手术之昭和49年(公元1974年),关于血压,5分钟测量一次,则是当时医疗水平之基准。本案医师在注射麻醉剂后10分钟至15分钟之间并未于每隔2分钟测定血压一次,仅指示5分钟测定一次,就当时医疗水平而言,并不能谓Y系有

^⑩ 参照菊池馨实著:《心肌梗塞を肝脏疾病と误つたことによる债务不履行の认定》解说,载《医疗过误判例百选》(第3版),ジュリスト别册,第140号,有斐阁,1996年12月版,第34页。

^⑪ 参照注13所引判决文号。