

## 日本刑法中的医疗水准论\*

臧冬斌

**内容提要:**在日本刑法中,医疗水准是特定国家于特定时期内关于某疾病的临床医疗水平。医疗水准是判断行为人是否存在医疗过失的标准,医疗行为人应依符合医疗水准的医疗行为进行诊疗,或者在不具备诊疗条件时负有说明与转医的义务,不履行此项义务即认为存在过失。在具体界定医疗水准时应考虑行为人所处的地区、医疗机构及行为人的专攻领域等相关因素。

**关键词:**日本 医疗 过失

臧冬斌,河南财经学院法学院副教授,法学博士。

所谓过失,乃指行为者在意思决定过程中,虽应履行法秩序所课因认识结果之发生而必须阻止自己实行违法行为之义务,但因懈怠此义务而未形成可以阻止该行为的意思的情形。<sup>[1]</sup>就犯罪过失而言,注意义务与注意能力的确认是犯罪过失成立的前提。基于医疗行为的特殊性,在医疗过失的认定中,注意义务与注意能力不仅有别于普通过失,也与其他业务过失有很大的不同。对医疗过失的认定关键是在医疗过失刑事责任中,对行为人是否具备构成医疗过失所要求的注意能力的判断;也在于对行为人的注意义务范围的划定。在日本,是以医疗水准作为医疗过失判断标准的。以“通常的医师”(即与被告医师处于相同职业、地位以及客观环境中的一般的、平均的医师)的行为作为注意能力有无之判断标准。<sup>[2]</sup>换言之,普通医务人员对某危害结果具备注意能力时,则医疗行为人亦具备注意能力。

## 一 医疗水准论

由于具体医疗行为的不同,在认定行为人是否存在医疗过失时,亦须根据其所从事的不同的医疗行为进行具体考察。我们也可以从医疗过失的具体判断中抽象出医疗过失的抽象判断标准,它是适用于所有医疗行为的一般标准。但这只是一般标准而已,仅依抽象判断标准并不足以断定行为人主观上存在过失,还需要结合具体医疗行为方能得出正确结论。

日本法学界往往以医疗水准作为医疗过失的抽象判断标准,日本最高裁判所昭和36年2月16日在关于东京大学附属医院输血致梅毒感染一案判决中认为:凡从事人类之生命及健康之管理业务者,与之业务性质相适应,要求负有为防止危险的实际经验上必要的最善的注意义务,该注意义务的基准为诊疗当时的临床医学实践中的医疗水准。<sup>[3]</sup>大阪高等法院昭和58年2月9日关于新生儿核黄疸事件的判决认为,若“医师依照患者具体之症状、状况,施行适当诊疗时,限于依当时临床医学实践之医疗水准认为相当者,

\* 本文为河南省哲学社会科学规划项目“医疗事故的法律分析与法律救济”(编号:2007FFX010)的阶段性研究成果。

[1] 参见洪福增:《刑事责任之理论》,台湾刑事法杂志社1988年版,第262页。

[2] 参见夏芸:《医疗事故赔偿法——来自日本法的启示》,法律出版社2007年版,第106页。

[3] 参见朱柏松:“适用消保法论断医师之责任”,载台湾《法学论丛》1998年第4期,第22页。

始无责任,即对所发生之结果不得直接推定其过失。”〔4〕医疗水准论最先起于日本司法实践中所确立的“最善的注意义务”。在日本,松仓丰治等人大力提倡医疗水准论,并使之成为系统的理论。松仓丰治认为,医疗水准可以分为“学术上的医疗水准”和“实践上的医疗水准”。“学术上的医疗水准”是研究水准或学术界水准;“实践上的医疗水准”是经验水准或技术水准,是医学界普遍实施的医疗技术。作为判断医疗过失成立标准意义上的医疗水准是指“实践上的医疗水准”。〔5〕简言之,医疗水准是一个国家一定时期内的临床医学实践中安全性和有效性已经得到认可的医疗行为。与医疗水准相近似的是医学水准,即松仓丰治所说的“学术上的医疗水准”。医学水准是一种实验与病理学等理论研究上的水准,只是在理论界得到承认,是较之医疗水准更高的一种标准,因其在实践中未能普遍化,所以不得以其作为医疗过失的抽象判断标准。因此,在日本司法实践中通常的观点是:“病理学上为误诊,然临床医学上为正确之诊断者,此种情形之误诊,依现在医学之通念,不得不加以容许,在法律上之评价即不能认为过失。”〔6〕当然,随着医学的不断进步,医学水准也是会转化为医疗水准的。医疗水准并非一成不变的,而是动态的。

就现有的医学知识而言,人类尚无法对全部疾病加以有效的认识与治疗,诊断与治疗的失败在所难免,要求医疗行为人对任何疾病均做完善的治疗近乎苛刻。因此在行为人的诊疗未取得效果反而致病患损害时,认定行为人主观上是否存在过失不得不考虑现有医学知识与技术能否治愈患者之疾病,只有在现有医学水平能够治愈其疾病的前提下才有可能认定行为人成立过失。因而,在认定行为人的过失成立时应以医疗水准作为抽象的判断标准。

在日本,以医疗水准作为医疗过失的抽象判断标准是经过对一系列早产儿网膜症案件的审理而得以确立的。〔7〕早产儿网膜症是生下时体重1500克以下的早产儿常见的多发病,严重时可能会导致失明。发病原因在于为维持早产儿生命及预防脑性麻痹而给予氧气过量所致,但是具体的发病经过则尚未查明。关于该症的治疗方法,在1967年秋日本临床眼科学会上,天理医院的永田医师作了用光凝固疗法阻止该症发生的两例成功试验的报告,并于两年后在同一学术会议上再次报告了新的4例成功治疗例,这两次报告均在专门的眼科杂志上发表。自1970年始,日本几家尖端医疗机构进行了光凝固疗法的试验,到1972年,试验已超过100例,具有较高的成功率。除此之外,对于此症尚无其他有效的治疗方法。但是因为惧怕光凝固疗法严重的后遗症以及在成功原因上对是自然治愈还是治疗发生效果难以判断,致使许多医师对该疗法持不信任态度。患者亲属往往以未采用光凝固疗法对患者进行治疗而使患者丧失治愈的机会为由提起诉讼。

诉讼的关键在于医师是否负有掌握光凝固疗法的义务,而此问题的解决又直接依赖于对光凝固疗法是否达到医疗水准的判断。在日本,有关这方面案件的判例相当多,例如,在日赤高山医院案件的一审中,法院认为医师在面对患者病情继续恶化的局面时,如果回避最恶劣后果的治疗手段是医学界尚未承认的方法,但医师认为其具有有效性时,则使用该种治疗手段是医师最善的注意义务。不能因为该治疗手段不是医学界的常例而默认症状的自然恶化,这就赋予医师较高的注意义务。但是在该案的上诉审中,法院则认为:“从事人之生命与健康之业务者,依照其业务之性质,为了防止危险,要求实验上必要之最善的注意义务,注意义务之基准为诊疗当时临床医学实践之医疗水准。”〔8〕认为光凝固疗法尚未在实践中予以普及,未成为医疗水准,故医师不负过失责任。而且上述一系列有关早产儿网膜症案件的

〔4〕 [日]判例タイムズ第489号,第151页。

〔5〕 参见[日]饭田隆:“注意义务的程度(2)——医疗水准的重层构造与注意义务”,载[日]根本久编:《裁判实务大系:17 医疗过失诉讼》,青林书院1990年版,第160页。

〔6〕 转引自曾淑瑜:《医疗过失与因果关系》(上册),台湾翰芦图书出版有限公司1998年版,第127页。

〔7〕 参见[日]饭田隆:“注意义务的程度(2)——医疗水准的重层构造与注意义务”,载[日]根本久编:《裁判实务大系:17 医疗过失诉讼》,青林书院1990年版,第161页。

〔8〕 [日]饭田隆:“注意义务的程度(2)——医疗水准的重层构造与注意义务”,载[日]根本久编:《裁判实务大系:17 医疗过失诉讼》,青林书院1990年版,第161页。

判例大多认为医师注意义务的基准应当是诊疗当时临床医学实践的医疗水准。<sup>[9]</sup> 由此,确立了以医疗水准作为判断医疗过失抽象标准的原则。

医疗行为人应依符合医疗水准的医疗行为进行诊疗,或者在不具备诊疗条件时负有说明与转医的义务,不履行此项义务即认为存在过失。行为人的行为只要完全符合当时、当地之医疗水准,就可以成为免责的理由。反之,若医疗行为人的行为未能达到医疗水准之要求,则可以据此认定行为人主观上存在过失。日本东京地方法院昭和 57 年 2 月 1 日关于疟疾特效药致伤害案件的判决认为,医师应当尽到当时所要求医疗水准之注意义务,即可能预见长期服用疟疾特效药会造成网膜伤害,而医师未尽到此注意义务自应承担刑事责任。<sup>[10]</sup>

至于医疗水准的形成过程,日本福冈高等法院昭和 57 年 6 月 21 日判决做了简单总结:“新治疗方法发表后,须进行多数之试验,每隔一段时间检讨其成绩,与自然经过相比较,确认治疗效果及副作用,经相关学会一致公认正当后,经过教育、普及,经临床专门医师阶层确定其治疗方法后,即得初步确立‘临床医学实践上之医疗水准’。”<sup>[11]</sup> 在日本司法实践中,某一特定医疗行为必须经过以下三个阶段方可成为医疗水准。第一个阶段是实验阶段。在这一阶段,针对某一特定疾病的治疗方法,某医师将其治疗之情况、进程等进行研究、验证,将其研究结果在学会上提交或发表于专门杂志。由于这个阶段只是医师、学者的个人治疗经验,并未经过其他医师、学者客观的评价,自然不可能成为临床医师过失的判断标准。第二个阶段是客观化阶段。在这个阶段,原本属于个人主观经验之治疗方法经由有关医师不断地在杂志上发表,累积经验,从而引起其他对该治疗方法关心的医师、学者的进一步完善,并经过一系列的研究试验,使该特定治疗方法具有客观化、科学化的结论。但是,特定的治疗方法如果只是被同一病例之医师、学者或研究人员了解,还未能成为一般临床医师所可能应知的诊断治疗方法,自然也不能作为临床过失判断的基准。第三个阶段是普及化阶段。这个阶段是特定的医疗行为在经历前两个阶段后,再经历学会的公开讨论、专题报告或厚生省报告,或于一般医学书籍中加以记录的终局阶段,该特定医疗行为已接受客观的肯定,并且也具有相当程度的普及性,应当可以期待一般医务人员皆有所知悉,因此可以将该治疗方法作为该病症之医疗水准。日本厚生省就光凝固疗法曾专门组织了一个研究班子,该研究班子于昭和 50 年 3 月发表研究报告,对光凝固疗法的适当性、具体方法等内容做出了阐述,使该疗法最终在日本医学实践中得以普及。日本司法机关对于此类案件即采取了这样的态度:对发生于研究报告发表之前的未采取光凝固疗法的事件以该疗法尚未达到医疗水准为由判定医疗行为人不存在过失;而对发生于研究报告发表之后的事件则认定该疗法已经成为实践中的医疗水准,医疗行为人具有依照该方法加以治疗或在不具备治疗条件时进行转医的义务,违反该义务即为主观上存在过失。

在日本法学理论界和司法实践中,比较注意的是医疗水准与医疗习惯的关系问题。医疗习惯是在实施某种特定的医疗行为时通常使用的、而为医学界所认可的行为模式或方法。日本最高法院昭和 36 年 2 月 16 日关于东京大学附属医院输血致感染梅毒一案的判决认为:“医师从来对于持有前开证明书、会员证等之输血人,因有省略问诊之习惯,故被告医师于此情形下,省略问诊,主张未懈怠其注意义务之责任。唯有注意义务之存否,本来为依法律判断决定之事项,而所谓习惯,此仅限于判定过失轻重与其程度时参酌之事项。是故,不得直接以此否定注意义务。但如确立作为注意义务之基准的医疗水准论,则有再检讨医疗习惯之必要”,<sup>[12]</sup> 反对以医疗习惯代替医疗水准。对于医疗习惯能否影响医疗水准之认定,在日本理论界有学者认为,医疗习惯非为医疗水准,但是于认定医疗水准之际,医疗习惯被评价为非常重要之间接事实。<sup>[13]</sup> 认为医疗习

[9] 参见[日]饭田隆:“注意义务的程度(2)——医疗水准的重层构造与注意义务”,载[日]根本久编:《裁判实务大系:17 医疗过误诉讼》,青林书院 1990 年版,第 164-175 页。

[10] 参见[日]《判例时报》第 1044 号,第 19 页。

[11] [日]判例タイムズ第 415 号,第 54 页。

[12] 转引自曾淑瑜:“医疗水准论之建立”,载台湾《法令月刊》1995 年第 9 期,第 33 页。

[13] 参见[日]饭田隆:“注意义务的程度(2)——医疗水准的重层构造与注意义务”,载[日]根本久编:《裁判实务大系:17 医疗过误诉讼》,青林书院 1990 年版,第 163-164 页。

惯在一定程度上可以影响医疗水准的认定,日本司法实践中所采取的观点不大相同。但是一般认为,某种医疗习惯若要被纳入医疗水准的范畴,需要考虑以下五个因素:1)该医疗习惯必须在现行临床医学中具有合理性;2)该医疗习惯必须业经临床医学予以实践;3)该医疗习惯已经在同级医院、同专科医师的范围内获得普遍之认同;4)该医疗习惯之建立不得低于当时、当地之医疗水准;5)该医疗习惯具有社会相当性。如此始得于诉讼上毫无可疑地以该医疗习惯作为判断医师是否已经尽其注意义务之基准。<sup>[14]</sup>其实在这种情况下,医疗习惯与医疗水准是等同的,以医疗习惯作为判断行为人是否违反注意义务的标准,实质上仍然是在以医疗水准作为判断行为人是否违反注意义务的标准。

在日本理论界,对“医疗水准论”仍然存在一些质疑:淹井繁男和藤井动认为,医疗水准论之内容和意义并不明确,尤其在现在医疗行为日益专业化的状态下,应更加强调相关情报之钻研义务,尽管医疗水准是规范概念,从前有关钻研义务究竟基于何种情形并未讨论,而过度重视实践医疗水准,结果将缩小医师责任的范围。福井正明认为,医疗水准论将使医师之注意义务空洞化,在医疗高度专门化的今日,强调临床医学中的普及肯定是不符合实际状况的。<sup>[15]</sup>笔者认为尽管存在上述质疑,医疗水准论的积极作用还是应予以承认的,以医疗水准作为医疗过失判断的抽象标准是可行的,医疗水准为医疗行为确立了一项统一的标准,有利于法律对医疗行为的统一规制。

## 二 医疗水准的应用

在日本刑法中是以医疗行为实施当时之医疗水准作为判断医疗过失存在与否之基准,而非以请求或判断医疗过失责任时的医疗水准为判断基准,故于医疗行为实施之后,医疗水准有所提高,不得作为认定医疗过失之依据。日本札幌地方法院昭和58年12月16日关于小儿绿脓菌感染症事件的判决即认为应依被告诊疗当时之医疗水准来判断医疗过失的有无。<sup>[16]</sup>

医疗水准会随着医学水准的提升而提升,然实践中各地医疗水准提升的时间并不相同,因而对于医疗水准不得不承认其地区性的差异。一般来说,大城市中先进医疗技术普及率较高,因而医疗水准也高,相对而言,农村地区医疗水准则低些,可以免除农村医疗行为人未实施符合城市医疗水准之医疗行为的过失责任。“然此非谓乡镇之诊所得主张低于医疗水准,而免除其应尽之注意义务,至少在人的、物的配置不足之情形下,有转诊义务,违反此义务致延误患者就医,扩大死伤者,即应负相当之刑事责任。”<sup>[17]</sup>

在日本,依规模与技术设备、人员等差异将医疗机构依次分为综合医院、医院、诊所三级。日本判例认为医疗机构等级愈高,医疗水准也愈高,对其中的医务人员的注意程度的要求也愈高。<sup>[18]</sup>日本刑法理论界对此问题一般亦持肯定态度,认为以医疗水准作为判断过失之基准时,于教学医院或大医院上班之医师,其于人的、物的方面均很充实之医疗设施下进行医疗活动,每天并有很好的研究机会,所以,较之在一般通常医院上班之医师,在事实上应推定其具有较高程度之医疗水准,从而认为应对教学医院内之医师课以较高程度之注意义务。<sup>[19]</sup>但是在日本刑法理论界也有对此问题持否定意见的,认为大型医疗机构内的医师与小型医疗机构内的医师的注意义务是一样的。<sup>[20]</sup>

笔者认为,等级愈高的综合性大型医疗机构设备愈精良、人才愈丰富,与此条件相对应的是,病患到这些医疗机构内就诊时期待在合理的程度内获得更佳的医疗服务也是为法律所允许的;反之,在小型医

[14] 参见曾淑瑜:“医疗水准论之建立”,载台湾《法令月刊》1995年第9期,第33页。

[15] 参见[日]饭田隆:“注意义务的程度(2)——医疗水准的重层构造と注意义务”,载[日]根本久编:《裁判实务大系:17 医疗过失诉讼》,青林书院1990年版,第162-163页。

[16] 参见[日]《判例时报》第1104号,第113页。

[17] 曾淑瑜:“医疗水准论之建立”,载台湾《法令月刊》1995年第9期,第35页。

[18] 参见郑淑屏:“医疗过失之刑事责任”,载《现代刑事法与刑事责任》,台湾刑事法杂志社基金会1997年版,第408页。

[19] 参见[日]助立明、中井美雄编:《医疗过失法》,青林书院1996年版,第166页。

[20] 参见郑淑屏:“医疗过失之刑事责任”,载《现代刑事法与刑事责任》,台湾刑事法杂志社基金会1997年版,第408页。

疗机构内,治疗水平低于大型医疗机构的治疗水平也是正常的。这种治疗能力上的差距在认定医疗过失的成立时应予以充分的考虑,当小型医疗机构中的医疗行为人依自己的能力充分地履行了注意义务时,就只能依其实际医疗水准来否认其医疗过失的存在。应当注意的是,虽然对他们的注意程度要求不是太高,但他们仍应具备一般医务人员之注意能力程度。日本司法实践普遍认为,高等院校附属医院医务人员的注意程度应高于一般的开业医师,因为大学医院属于医学研究机构,其医疗水准自应高于一般之医疗机构。<sup>[21]</sup> 在我国也存在着大量的医学院校附属医院,笔者认为尽管这些医疗机构带有医学研究的性质,但在本质上与其他医疗机构并无太大的区别,仍然属于一般之医疗服务机构,对其中的医务人员不应做过高的注意程度的要求,因为其在从事医疗行为时毕竟只是医务人员,而不是研究人员。应当注意的是,在同等级别的医疗机构中,具体到某一特定领域,其医疗水平有可能不一致,各医院均有自己的优势专科,医疗水平要高于同等级别医院的相同专科,因此不能不承认在同等级别的医疗机构内因科别的不同而有不同的医疗水准的存在。实践中,医疗技术日趋高度专门化,分工愈加精细,事实上难以找到任何一项医疗行为都可以统一适用的医疗水准,因此在认定医疗水准时是不能不考虑行为人所具体从事的医学专业的,必须考虑到医疗高度专门化的实际。根据日本《医疗法》第 69 条和第 70 条的规定,在日本无专科医师制度,医疗机构中内科、外科、小儿科等诊疗科名只不过是广告而已。但是在患者方面,按上述诊疗科名到相应科室就诊时,该专科医师就其科目通常被期待有丰富之专门知识。在我国,医疗行为分类与日本大致相同,并没有专科医师与全科医师之分,但是在大型医疗机构内,医师往往也是分内科、外科等不同的科类进行医疗行为的,可以认为,不同科类的医师专攻有所不同,对不同科类医师的注意义务和注意能力的判断自然应有所区别。

对于某一特定医疗领域内的专门医疗行为人,法律所要求的注意能力以该领域医疗行为人通常应具备的知识与技能作为判断基准。若行为人水平低于该医疗水准即可认定过失的存在。但是问题在于非该领域的医疗行为人在特殊情况下从事医疗行为时如何认定过失的存在。医师毕竟是有所专攻的,对患有其所专攻领域之外的疾病的病患实施医疗行为时,注意义务是否应有所区别?对于这个问题,在日本刑法理论界和司法实践中,有认为注意义务应有所区别,<sup>[22]</sup>也有认为注意义务不应有所区别。<sup>[23]</sup>笔者认为,由于医疗技术的日益复杂化,要求每位医疗行为人对全部领域的医学知识均精通是不现实的,行为人对其专攻领域之外的医疗行为的医疗水平自然无法与这些领域内的医务人员的医疗水平相匹配。一般而言,行为人不应从事执业登记注册范围之外的医疗行为,但在特殊情况下行为人履行了说明义务后也可以对病患实施非其专攻领域的医疗行为,在这种情况下对其过失的判断标准自然应比照该领域内的医务人员的标准有所降低。在日本三宅岛上,一位眼疾患者至妇产科医师处就诊,而岛上并无专门的眼科医师,该妇产科医师要求患者到岛外专门的眼科医师处就诊,患者执意在此就诊,结果该医师未能查出患者的青光眼。东京地方法院昭和 39 年 6 月 13 日判决认为,对该妇产科医师不能要求与眼科医师同样的注意义务,且该医师已履行了转医说明义务,因为被害人的原因未能及时前往专门医师处就诊,致使其所患眼疾未能被及时查出,因而认定其主观上不存在过失。<sup>[24]</sup> 行为人专攻领域的认定应以其执业登记注册的范围为标准。在我国,有学者认为对医师专科性的认定不能以其是否取得该专业的执业证书或同类的资格证书为依据,而要看该医师是否以该专科的形态执业,倘若其能力未能及于专科医师的水平而强行为之,应依专科医师的标准来判断该医师是否有过错。<sup>[25]</sup> 笔者认为,在已经实行医师执业注册的情况下不依执业证书认定其专科性无异于否定执业注册的效力。

[21] 参见曾淑瑜:《医疗过失与因果关系》(上册),台湾翰芦图书出版有限公司 1998 年版,第 101-103 页。

[22] 参见[日]加藤一郎:《不法行为の研究》,有斐阁 1961 年版,第 18 页;日本东京高等法院昭和 41 年 5 月 27 日判决,医民集,第 158 页。

[23] 参见日本大阪地方法院昭和 38 年 3 月 26 日判决,《判例时报》第 343 号,第 17 页;日本大阪高等法院昭和 61 年 3 月 27 日判决,《判例时报》第 1220 号,第 80 页。

[24] 参见[日]野村好弘:《医疗事故の民事判例》,有斐阁 1979 年版,第 49 页。

[25] 参见关淑芳:“如何认定医疗纠纷中医方的过错”,载 2001 年 2 月 16 日《人民法院报》。

医疗行为与其他业务活动相比具有紧急性的特点,在对病患进行急救时,医疗行为人在技术上不可能做出全面周到的考虑与安排,有时无法要求行为人对采取何种急救措施做出迅速决定,自然很难要求行为人的注意能力与平常时期相同。因而在依医疗水准判断行为人是否存在过失时,应当注意到行为人在紧急状态下能够达到的注意程度与在时间充裕的一般情形下的注意程度是有差别的。但是我国《医疗事故处理条例》第33条规定,在紧急情况下为抢救垂危患者生命而采取紧急医学措施造成不良后果的不属于医疗事故。笔者认为该规定在不适当地开脱行为人的责任,这种情况下可以降低行为人的注意程度,但并不意味着免除其注意义务,在违反基本注意义务的情况下依然可以追究行为人的刑事责任。

在大型综合性医疗机构内大多设有专门的急救中心,在认定医疗过失成立与否时需要明确的是,急救中心的医务人员进行急救时,其注意义务程度与非急救中心的医务人员进行急救时的注意义务程度是否相同?日本医疗实务中将急救医疗分为三级,一级急救医疗主要收治早期急救病人,即只需在门诊治疗即可当时回家之病人;二级急救医疗配备有麻醉科、神经外科、心血管科等科室、设备和人员,随时可接纳一级急救医疗机构转来之病人,即需短期住院治疗之急救病人;三级急救医疗设有脑血管病中心、心脏病中心等,能进行特殊之医疗,随时可接收一、二级急救医疗机构转来之病人,即严重的急救病人。一般而言,急救病人收治的顺序是从一级急救医疗机构转到二级急救医疗机构,再从二级急救医疗机构转到三级急救医疗机构。一级急救医疗机构大多是收治急症之医疗机构,三级急救医疗机构是救命之医疗机构。不同的急救医疗机构中的医务人员的注意义务和注意能力程度依不同级别急救医疗机构内不同的人员、设备等条件而有所不同。<sup>[26]</sup>在我国,急救中心虽未做这样严密的划分,但是也可以认为,由于设备与通常所受训练之不同,急救中心的医务人员进行急救时自然应对其做较之非急救中心的医务人员进行急救时更高层次的注意义务与注意能力的要求,但这也并非意味着无限制地减轻非专业急救医务人员在急救时的注意义务程度及注意能力,他们仍应以最大的注意进行急救医疗,当其无力进行急救时应尽快地将病患转诊于合适的急救医疗机构,否则即构成“超越承担过失”。我们也应依不同的急救中心和不同的设备条件对医务人员的医疗急救过失进行具体的认定。

在实践中,对于某些特定疾病没有医疗水准,往往是因为这些疾病过于罕见,医学界尚未能掌握对这些疾病的诊断与治疗,无法以医疗水准判断行为人在对这些疾病进行医疗行为时是否存在过失。在这种情况下,“医师自应本于现阶段各科医疗发展之最高条件予以诊断、治疗”。<sup>[27]</sup>应从行为人是否尽到“最善的注意义务”的角度来考虑过失的成立。同时,这种情况下的医疗行为具有尝试性的特点,因而对行为人的注意能力的要求自然应较之对普通疾病治疗时有所降低。但是行为人在不具备主、客观条件的情况下强行实施医疗行为并造成病患身体伤害时自然要追究其未尽转医义务的“超越承担过失”刑事责任。

---

[Abstract] In Japanese Criminal Law, medical standard refers to the level of clinical treatment of a specific disease in a specific country during a specific time period. It is the criterion for the determination of medical negligence. Medical workers should treat patients according to medical standard or, if the necessary conditions are lacking, explain the situation to the patient and transfer him to another hospital. Failure to perform this duty constitutes negligence. In the determination of medical standard, relevant factors such as the medical worker's location, medical institution and area of specialization should be taken into consideration.

---

(责任编辑:王雪梅)

[26] 参见黄丁全:《医事法》,台湾月旦出版股份有限公司1995年版,第218页。

[27] 朱柏松:“适用消保法论断医师之责任”,载台湾《法学论丛》1998年第4期,第308页。