

# 論醫療過失： 兼評醫療法第82條修法

Medical Negligence :  
A Few Comments on the Newly Revised Article  
82 of Taiwan's Medical Care Act

楊秀儀 Hsiu-I Yang\*



## 摘要

醫療過失係用以判斷醫療民事上與刑事上之傷害責任時的一個重要構成要件，但究竟醫療過失的內涵為何，實務及學說上一直沒有系統性的譜系架構，每每在醫療糾紛的相關探討上，各自援引源於日本法的「醫療水準」、美國法的「醫療常規」，以及臺灣學者自創的「專業裁量」等，試圖進一步來輔助醫療過失有無之判斷，然而這些概念究竟所指為何？彼此關聯性為何？2017年年底，醫療法第82條新修法，企圖使醫療責任更加明確，故在一個法條中，立法者同時使用「過失」、「專業裁量」、「醫療水準」、「醫療常規」等名詞，其結果是否將如醫界所沾沾自喜，

\*陽明大學醫學系公共衛生研究所政策與法律組副教授 (Associate Professor, Institute of Public Health, Division of Policy and Law, National Yang-Ming University)

關鍵詞：專業裁量 (professional discretion)、醫療水準 (medical level)、醫療法第 82 條 (Article 82 Medical Care Act)、醫療常規 (medical custom)、醫療過失 (medical negligence)

DOI : 10.3966/241553062018020016006



使得醫療重大過失概念明確化？還是如多數司法實務人士以為，根本沒有改變現狀？為免治絲益棼，淪為各界各說各話，本文扼要整合醫療過失之學說與實務，彙整出醫療過失概念表，以求正本清源。

Medical negligence is the core concept to determine either civil or criminal liability for medical malpractice in Taiwan. What actually constitutes negligence is, however, in lack of systematic studies. Sub-concepts such as “medical level,” originated from Japan law, “medical custom” from the American law, or “professional discretion” invented by Taiwanese scholars are widely used in relating discussions. To what do these concept refer? How do these concepts connect with each other? Article 82 of the Medical Care Act was revised on December of 2017 and all these terms are used in the same article. Does this help in bringing a clearer concept of “gross negligence” like the medical professions hoped, or it simply keeps the status quo unchanged like the legal profession assumed? This paper tries to delineate a concept flow chart of medical negligence by carefully compare the relevant concepts so that we might have an informed discussion on medical negligence in the future.

---

## 壹、醫療過失定義：注意義務之違反

不管是民事上的侵權行為責任（民法第184條），還是刑事的侵害生命法益（刑法第276條）、身體法益（刑法第284條）責任，皆以行為人的行為有「過失」作為責任成立的主觀構成要件。然何謂過失？依照刑法第14條規定，過失係指行為人應注意，並能注意，而不注意者。因此，過失是一個評價性的法律概念，其所描述的是一種規範上可受非難之注意缺乏的

主觀狀態。更具體言之，一個行為是否得受法律評價為「過失」，必須是行為人在客觀上具有注意義務（duty of care），在主觀上具有注意能力（即所謂的「認識可能性」及「避免可能性」），卻事實上疏於注意。前揭刑法法條上的過失三段分析（應注意／能注意／不注意），即相當於民法學說判定過失上的：一、存有注意義務（應注意）；二、違反注意義務（能注意而不注意）<sup>1</sup>。由此可知，判斷過失是否成立的核心概念是「注意義務」，包括注意義務之有無、注意義務之內容，以及注意義務之標準。臺灣最高法院93年度台上字第851號判決即清楚表明：「所謂過失，乃應注意能注意而不注意即欠缺注意義務之謂。構成侵權行為之過失，係指抽象輕過失即欠缺善良管理人之注意義務而言。行為人已否盡善良管理人之注意義務，應依事件之特性，分別加以考量，因行為人之職業、危害之嚴重性、被害法益之輕重、防範避免危害之代價，而有所不同。」

## 貳、醫療過失有無之認定：低於理性醫師之注意標準

在醫療糾紛中，通常是以一個理性醫師（reasonable doctor），亦即學說實務上所稱之善良管理所必須具備之注意內容當作注意標準（standard of care），而至於一個理性醫師所當具備之必要注意內容為何，有鑑於醫療之專業性，基於尊重專業自治，應由醫療專業社群加以判定。在美國，訴訟的兩造各自提出專業證人（expert witness），而在臺灣的審判實

---

<sup>1</sup> 陳聰富，論侵權行為法上過失概念——最高法院九十年度台上字第1682號民事判決評釋，臺大法學論叢，33卷4期，2004年7月，200頁。



務上，則是藉由行政院衛生福利部醫事審議委員會（以下簡稱醫審會）的鑑定，來具體劃出個案中應有的注意標準。一旦注意標準確立，法官就必須進一步判定被告醫師的行為是否符合注意標準。若符合，則無過失；若不符合，則推定有過失，除非被告醫師能夠進一步舉證，其不符合注意標準之行為乃是「可尊敬的少數」（respectable minority）（如圖1所示）。

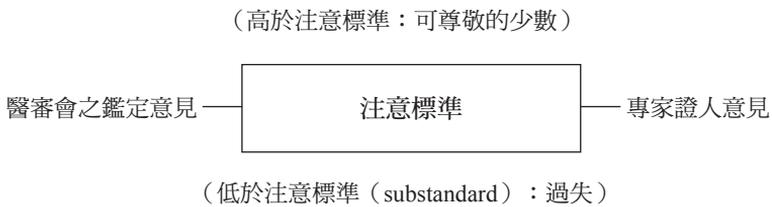


圖1 注意標準示意圖

由圖1可知，是否違反注意義務而構成過失，端視法院如何依照專業意見劃出注意標準這條線，在這條線以下，行為人之行為即因其注意已低於標準而構成過失。在美國，原告（病人方）的專家證人主要就是負責提出專業證據，以此專業證據劃出注意標準的底線，主張被告醫師之行為低於該標準，而被告醫師之專家證人則在捍衛被告之行為係已符合注意標準，故醫療糾紛最後多數淪為專家間的戰爭（battle between experts）。而在臺灣的醫療糾紛審判實務，由於高度依賴醫審會之專業鑑定意見，而鑑定意見又錯誤地直接作出「疏失」有無之判斷，致使法院的判決中關於「過失」之認定往往直接依賴醫審會「疏失」之判定，而少有具體化對注意標準之論述。晚近隨著醫療法的發展，相關學說論述亦逐漸豐富，愈來愈多的法院在個案中揚棄對醫審會「疏失」鑑定意見的依賴，判決書中屢見「醫療常規」、「醫療水準」、「專業裁量」等用語來輔助過失之認定。