

經濟社會文化權利之國際及區域人權公約
與憲法解釋—論醫療人權保障與醫療糾紛

謝榮堂

(中國文化大學法律學系教授)

經濟社會文化權利之國際及區域人權公約與憲法 解釋－論醫療人權保障與醫療糾紛

謝榮堂*

目 次

壹、前言

一、經濟社會文化公約為社會基本權利之擴充

(一) 社會基本權利之意義

(二) 社會基本權之範圍與功能理論

二、實現醫療基本權利－國家積極作為義務

(一) 歷史沿革與理論基礎

(二) 國家積極作為義務之實踐

(三) 國家積極作為義務之效果

三、生存權與健康醫療權保障範圍與限制

(一) 全民健康保險與醫療保健制度之憲法定位

(二) 醫療基本權利之保障範圍與限制

1. 國家積極生存照顧義務與生命自主權

2. 醫療基本權利保障與生死衝突－有尊嚴善終之
安寧緩和醫療

四、醫療基本人權與訴訟權制度性保障之衝突

(一) 醫療行為之本質

(二) 醫療糾紛發生之主要類型與原因

* 中國文化大學法律學系教授

(三) 法律責任之認定

1. 善良管理人注意義務—醫療自主決定權
2. 醫療糾紛鑑定與疏失
3. 告知義務之確認—病人身體自主權
4. 符合醫療常規
5. 具有因果關係

(四) 現行醫療糾紛處理機制—訴訟權利濫用之疑慮

貳、結論

壹、前言

依據經濟、社會及文化權利國際公約（以下簡稱公約）第 9 條規定，本公約締約各國承認人人有權享受社會保障，包括社會保險。第 12 條規定，本公約締約國確認人人有權享受可能達到之最高標準之身體與精神健康；締約國為求充分實現此種權利所採取之步驟，應包括為達成下列目的所必要之措施：（一）設法減低死產率及嬰兒死亡率，並促進兒童之健康發育；（二）改良環境及工業衛生之所有方面；（三）預防、療治及撲滅各種傳染病、風土病、職業病及其他疾病；（四）創造環境，確保人人患病時，均能享受醫藥服務與醫藥護理。公約第 9 條立法與我國憲法第 155 條規定：「國家為謀社會福利，應實施社會保險制度。人民之老弱殘廢，無力生活，及受非常災害者，國家應予以適當之扶助與救濟。」立法保障精神相同，而公約保障對象為人人，我國憲法則未特別規範保護對象或限制。公約第 12 條具體化我國憲法第 157 條規定：「國家為增進民族健康，應普遍推行衛生保健事業及公醫制度」及憲法增修條文第 10 條第 5 項：「國家應推行全民健康保險，並促進現代和傳統醫藥之研究發展」；第 7 項：「國家對於身心障礙者之保險與就醫、無障礙環境之建構、教育訓練與就業輔導及生活維護與救助，應予保障，並扶助其自立與發展。」；第 8 項：「國家應重視社會救助、福利服務、國民就業、社會保險及醫療保健等社會福利工作，對於社會救助和國民就業等救濟性支出應優先編列。」；第 9 項：「國家應尊重軍人對社會之貢獻，並對其退役後之就學、就業、就醫、就養予以保障。」據此，確認我國憲法與該公約，對於以社會保險為主要制度，實現人民健康醫療人權與社會保障法制體系之交互作用。然實現此一制度性保障，時間上得分為出生前、生命存需期間及生命終結前三大時期，各自所需要之醫療照護不同，且涉及國家、醫事服務機構與醫師、病人與家屬之複雜關係，期待落差與認知差距，更造成醫病緊張關係與醫療糾紛，本文亦將就現行醫療糾紛救濟制度，是否為直接或間接造成醫事服務機構特定科別醫事人員執業意願之低落原因，予以探討。

一、經濟社會文化國際公約為社會基本權利之擴充

（一）社會基本權利之意義

基於社會法治國原則，為實現人民之社會基本權利，國家應立法建構社會安全（保障）制度 (Sozialsicherungssystem)，其範圍主要涵蓋社會保險、社會補償與福利服務及社會救助等三大支柱。實現醫療人權保障，首先需要建立完善之醫療體系與制度，否則巧婦難為無米之炊。就此，德國聯邦憲法法院判決見解認為，社會法治國原則主要

在強制立法者，實現制憲者之委託¹。透過行政、立法及司法三權之合作與制衡，保障人民具人格尊嚴之自由權與平等權²，達社會正義（Sozialgerechtigkeit）³與社會平等（Soziale Gleichheit）之理想境界。實現正義（iustitia; Gerechtigkeit, justice）為社會安全制度之最高理想，作為評價社會制度之標準。依據社會分配正義原則，平衡個人之基本權利與義務及劃分社會利益與負擔。然而，人因先天與後天環境、經濟與社會條件等因素之限制與影響，平衡前述之不平等現象，為正義理論之核心要務。透過共同資源之調節，以整體社會平衡為出發點，處理立足點之不平等，排除前述偶然任意之不平等因素，補償個人在生存（Dasein）與人格發展（Entfaltung der Persönlichkeit）⁴上所受之負面影響，為社會正義之首要目標。就共同資源分配屬社會正義（Sozialgerechtigkeit）或分配正義（Umverteilende Gerechtigkeit, iustitia distributiva）。分配正義，指保障個人之機會及結果平等。當個人與社會團體之利益相衝突時，正義天秤移動之準則亦須合理。正義之內涵因面對條件不同，在解釋及運用上隨之不同。國家基於實現社會正義，應確保人民公平、妥適接受醫療之機會與權利。

（二）社會基本權之範圍與功能理論

我國憲法第 155 條規定，國家應實施社會保險；憲法增修條文第 10 條第 5 款亦規定，國家應推行全民健康保險。建立全民健康保險法制屬於基本國策，為德國威瑪憲法之社會基本權利條款。其實現方式，學說上分為方針條款（Zielbestimmung）、憲法委託（Verfassungsauftrag）及主觀公權利（subjektives öffentliches Recht）。目前德國通說採學理上之憲法委託說，亦即，立法者受憲法委託，負有必須立法實踐義務。然而，此一憲法委託之實踐，時間具有持續性特徵，其應貫徹之內容，不應僅侷限制憲者之原意，更應參照實際立法時之社會主客觀條件，而加以擴張或限縮⁵解釋。立法者關於國家社會安全政策之裁量權力，應給予最尊重，於合憲性審查時，宜採取寬鬆審查標準。但立法裁量範圍或內涵不應過於偏頗，甚至造成嚴重不公平後果⁶，尤其牴觸平

¹ BVerfGE 59, 231, 263 ; 82, 60, 81.

² Maihofer, Rechtsstaat und Menschenwürde, 1968, S. 56 ff.

³ Muckel, Sozialrecht, 2003, § 6 Rn. 1; BVerfGE 5, 85, 198; § 1 Abs. 1 SGB I.

⁴ 德國基本法第 2 條第 1 項。

⁵ P. Lerche, Das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungsdirektiven zu den "nicht erfüllten Gesetzgebungsaufträgen" AÖR 90, S.93 ; F. Ermacora, Der verfassungsrechtliche Gesetzesvorbehalt, DÖV, 1960, S. 564; 陳新民，論憲法委託之理論，憲法基本權利之基本理論，上冊，元照出版社，2002 年五版二刷，頁 89。

⁶ 孫迺翹，跨體系之平等—以我國社會保險被保險人之分配及其權利內涵之差異為例，第七屆憲法解

等權與比例原則。

我國憲法師承德國威瑪憲法之體例與精神，於第十三章基本國策中詳列各項人民之社會基本權利 (Sozialgrundrechte)，例如第三節之國民經濟 (§142 ~ §151)、第四節之社會安全 (§152 ~ §157)、第五節之教育文化 (§158 ~ §167 條)、第六節之邊疆地區對少數民族之保障 (§168 ~ §169) 及憲法增修條文第 10 條等，此一部分於公約互相輝映，進一步予以闡明擴張適用。德國基本法鑒於威瑪憲法之負面經驗，將徒具宣示性作用之社會基本權排除，原威瑪憲法中之社會基本權，則概括由基本法第 1 條第 1 項第 1 款之人格尊嚴及第 20 條第 1 項與第 28 條第 1 項之社會法治國原則所取代。

社會基本權，在結構上與傳統之自由權及平等權不同，前者之目的非僅保護人民權利免於違法不當之侵害，更在於要求國家，提供人民保護與提供必要經濟條件促進基本權利之具體實現⁷。德國法學界通說認為，社會基本權不同於其他之自由權及平等權，後二者為主觀權利，人民若遭受侵害，得透過司法途徑具體主張或請求保護。然而社會基本權並非如同前述之自由權及平等權得以作為請求權之基礎，因社會基本權僅賦予國家立法實現義務⁸，人民無法直接以之作為具體向國家請求之權利基礎。也就是說，僅能間接受益。我國法學界對此大致上亦持相同觀點，但社會基本權得作為違憲審查標準⁹。管見認為，社會基本權原則係賦予國家實現社會國理想之責任與義務，人民基本上不能在沒有具體法律規定之情況下，直接援引憲法之社會基本權保障條文作為訴訟上之請求權基礎。若實定法上雖已立法保障，而保障或給付之範圍不足以涵蓋人民實際需求時，人民應得透過憲法訴訟方式，請求國家提高給付額度或範圍，司法院釋字第 472 號解釋即為明例。就全民健康保險所提供之醫療給付觀察，國家經由社會保險實現人民之醫療人權範圍，究僅提供基礎醫療保障，或應依據人民個別需求提供妥適之醫療給付，例如健保之總額給付 (DRGS)，對各類傷病及生育事件之就醫程序、診療方式與藥品給付等內容，設定給付上限，一方面固可防止資源濫用，另一方面，亦常造成給付不足，直接衝擊醫病緊張關係，難謂與平等原則及比例原則之必要性與適當性相符。規範內容是否符合平等權保障之要求，其判斷應取決於該法規範所以為差別待遇之目的是否合憲，其所採取之分類與規範目的之達成之間，是否存有

釋之理論與實務，中央研究院法律學研究所籌備處，2009 年 12 月，頁 155、166。司法院大法官第 676 號大法官陳新民部分不同意見書。

⁷ R. Waltermann, Sozialrecht, 2000, Rn. 19.

⁸ 同上註，2000, Rn. 19.

⁹ 許慶雄，憲法入門，元照，2001 年，頁 142。

一定程度之關聯性而定¹⁰。

二、實現醫療基本權利—國家積極作為義務

(一) 歷史沿革與理論基礎

醫療基本權利之實現，高度仰賴國家立法與行政措施之配合，以實現基本權利保障與醫療資源之分配正義，例如健康保險制度及衛生保健制度之建立，否則人民之醫療基本權利無由實現。國家於實現給付保障，同時亦無可避免，須採取若干必要之干預措施，以建立及維持制度運作。據此，現代法治國家基本任務，已由單純秩序行政之國家應維持良好法律與社會秩序，更進一步應積極作為排除不法侵害。但排除侵害時，又應同時兼顧受害人與受侵害人民之利益衡平性，維護平等原則及比例原則。另一方面，除前述排除不法侵害以保障人民基本權利外，基於社會國原則，當人民無法維持或取得生存必要資源時，國家應積極提供必要之金錢給付或協助，屬於行政法給付行政範疇。德國聯邦憲法法院經由其若干判決，建構出基本權利之積極作為義務概念，由其判決觀察，基本權利之積極作為義務主要係運用於隔代保護、科技風險及環境等議題。國家面對基本權利衝突，應考量國家任務之「雙面性」。一方面，對於權利受侵害之人之積極作為義務；另一方面，基於國家積極作為義務，對第三人所實施之基本權利干預措施。二者完全對立之二種任務，將使國家公權力措施陷入緊張關係。Schmidt-Assmann 指出，德國基本法之法治國自由概念非係尋找自由之外部界線，而係於法律內找尋合乎法秩序之自由。若以德國基本法第1條第1項為解釋基礎，可推論「法治國雙重委託」(Doppelauftrag des Rechtsstaats) 概念。亦即，國家行為同時具有規制性(Disziplinierung) 與積極性(Aktivierung) 之特徵¹¹。所謂行為規制性，係指國家行為不得逾越法律規範界線之法律保留原則；而國家行為積極性，指國家為實踐人民基本權利而生之行為義務。憲法學理上，將此種關係稱之為「三角關係」或「多元憲法關係」。國家作為三角關係之一，面對人性尊嚴對抗人性尊嚴或生命權對抗生命權之衝突時，究竟應如何處理？

¹⁰ 司法院釋字第701、682及694號解釋。

¹¹ Eberhard Schmidt-Assmann, in: Issensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 2004, § 26, Rn. 31f.; Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1999, Rn. 191; Christian Starck, in: Mangoldt/Klein/Starck, Bonner Grundgesetz Kommentar, 5. Aufl., Bd. I, 2005, Art. 1 Abs. 3, Rn. 195 f.

由基本權利保障衍生之國家積極作為義務，或有稱為基本權利保護義務¹²。積極作為義務 (status aktivus) 之產生，源自於基本權利之客觀價值秩序 (objektiven Wertentscheidungen)¹³，此見解係聯邦憲法法院建構積極作為義務概念之重要立論基礎。此外，就其相關判決¹⁴，聯邦憲法法院亦援引德國基本法第 1 條第 1 項「人性尊嚴不容侵犯」作為基礎，要求執行國家公權力時，應注意並維護人性尊嚴 (Menschenwürde)¹⁵。申言之，聯邦憲法法院在過去判決中，論述積極作為義務概念時，並無具體標準，時而以基本權利客觀價值秩序作為論證依據；時而由德國基本法第 1 條第 1 項規定。

根據德國基本法第 1 條第 3 項規定，所有國家權力受基本權利之拘束。申言之，國家公權力之立法、行政¹⁶及司法¹⁷三權，皆應承擔實踐積極作為義務之責。因此，立法者立法不作為，將對積極作為義務之實踐造成重大破壞¹⁸。儘管如此，基於權力分立原則，聯邦憲法法院審查立法者是否已經履行由基本權利衍生之積極作為義務時，仍強調立法者之形成空間 (Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers)。立法者在立法過程中，必須考量不同衝突情況之法律利益，作符合比例原則之立法決定。相對於立法者，聯邦憲法法院面對法益衝突時，所採取之審查標準亦非完全統一。在作法律違憲審查時，聯邦憲法法院之審查密度，大致上得以區分為以下三種類型：明顯性審查 (Evidenzkontrolle)、適當性審查 (Vertretbarkeitskontrolle) 及強烈之內容審查 (intensive Inhaltskontrolle)。一般而言，聯邦憲法法院審查法律，是否違反積極作為義務時，僅採取較低密度之審查，亦即，僅考量基本權利受損害之情況是否明顯存在。進一步審查基本權利受損害之情形，是否係因立法機關之完全不作為而造成，亦或，目前僅存之保護措施係明顯不適當¹⁹。聯邦憲法法院有時運用不足禁止原則 (Untermaßverbot) 作為審查標準，審查之層次：(一) 是否對於個案中相對立之法律利益提供適當之保護；(二)

¹² 若著眼於保護之客觀事實或法律基礎，德國文獻中，亦有將積極作為義務稱之為基本權利保護義務 (grundrechtliche Schutzpflicht)，Vgl. Isensee, (Fn. 1), Bd. V, 1992, § 111, Rn. 4.

¹³ BVerfGE 7, 198, 205 (Lüth 案); 35, 79, 114 (大學法判決)。

¹⁴ BVerfGE 39, 1, 41.

¹⁵ 李建良，基本權利與國家積極作為義務，收錄於憲法理論與實踐 (二)，學林，2006，66 頁。

¹⁶ BVerfGE 46, 160, 160 ff.; 55, 349, 349 ff.

¹⁷ BVerfGE 89, 276, 276 ff.; BVerfG NJW 1997, 249.

¹⁸ 關於立法不作為之樣態，Markus Möstl, in: DÖV 1998, 1029, 1030ff.; Cremer, Freiheitsgrundrechte, 2004, S. 137.

¹⁹ BVerfGE 77, 170, 215; BVerfG NJW 1996, 651; Möstl, (同註 20), 1029, 1038; 不同見解參見 Klaus Schlaich/ Stefan Koriath, Das Bundesverfassungsgericht, 5. Aufl., 2002, Rn. 524 ff.

所提供之保護是否為有效保護。申言之，關於積極作為義務之違憲審查，主要審查由立法者決定之措施，是否能提供有效且適當之保護，同時，法院判斷必須根據事實調查及適當衡量²⁰。與明顯性審查相較，進行適當性審查係基於不足禁止原則，而作較高密度之審查。因為，進行此種審查時，法院必須斟酌多元化事實，進而審查是否已實踐基本權利最低限度保障。

聯邦憲法法院於之後判決中，進一步確認國家未提供完善基本權利保護，將導致基本權利侵害結果²¹。因此，請求國家提供護基本權利保護具有主觀公權利之特徵²²。針對立法不作為 (*legislatives Unterlassen*) 情況，基本權利受侵害之主體得提起憲法訴願²³。依據德國聯邦憲法法院法第 90 條第 1 項規定，任何人皆得因公權力行為導致基本權利受損，向憲法法院提起憲法訴願。所謂公權力行為，解釋上自然包括積極作為與消極不作為。再者，由同法第 92 條（訴願理由）與第 95 條第 1 項（判決內容）規定，訴願人得於訴願理由主張，因公權力機關不作為，導致基本權利侵害之結果；憲法法院並應於判決內容確認，公權力行為是否違反德國基本法，或透過何種作為或不作為導致權利受損之結果。同時，憲法訴願人應明確指出，是否基於公權力機關未採取任何預防性保護措施；或適用之規定及採取之措施，顯然不適當且完全無法期待，繼而無法實踐基本權利之保護目的。

（二）國家積極作為義務之實踐

由德國基本法之形成歷史觀察，基本法有關人性尊嚴保護，係基本權利基礎²⁴與憲法最高指導價值。人性尊嚴作為憲法最高價值，國家對於基本權利保護作為，為實踐人性尊嚴之方法。據此，將德國基本法第 1 條第 2 項連結其他個別基本權利作連結解釋，得推論出重要結論：國家公權力對基本權利具有尊重 (*achten*) 與保護 (*schützen*) 義務，進而產生基本權利之防禦範圍與積極作為義務範圍。為求基本權利保護完整，各個基

²⁰ BVerfGE 88, 203, 254.

²¹ BVerfGE 77, 170, 214 f.; 79, 174, 201f.

²² BVerfGE 77, 170, 214 f.; 79, 174, 201f.; 此見解亦是德國通說見解；Hans-Uwe Erichsen, in: Jura 1997, 85, 89; Dietrich Murswiek, in: Sachs, GG, Kommentar, 2003, Art. 2, Rn. 24; Isensee, GG, Bd. V, § 111, Rn. 8; 反對說見解參見：Christian Starck, Praxis der Verfassungsauslegung, 1994, S. 46, 72 f., 中文翻譯，請參閱李建良譯，〈基本權之積極作為義務〉，收錄於憲法理論與實踐（一），1997/7，頁 105 以下。

²³ Vgl. Möstl DÖV 1998, 1029, 1030ff.; Cremer, Freiheitsgrundrechte, 2004, S.330 ff.

²⁴ 關於基本法第 1 條定位問題，參見：Christoph Enders, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung- Zur Dogmatik des Art. 1 GG, 1997, S. 113 ff.; Cremer (同註 23), S. 236 ff, 243 ff.

本權利保護範圍，皆應形成無漏洞保護。更具切地，透過防禦權或積極作為義務所建構之基本權利保護地帶，皆為防止國家或其他私人所為之干預行為。總之，藉由文義解釋與體系解釋基本法第 1 條第 2 項連結其他個別基本權利規定，所確定基本權利保護地帶，應以個別基本權利意義與目的作為基礎，進而確定防禦權範圍大小或積極作為義務之深度。確定各個基本權利保護之保護地帶，將具有以下二種意義：第一，本於基本權利之防禦權功能，將確定國家行為界線；次之，國家保護任務之範圍，將藉由基本權利保障範圍而確定。當然，建構各個基本權利之國家注意義務及保護意義時，應考量各個基本權利之人性尊嚴保障內容，是否已涵蓋保護範圍內²⁵。確定基本權利之防禦範圍與積極作為義務範圍，應該以德國基本法中各個基本權利規範內涵，亦即客觀基本權利規範作為基礎，藉由法條規定進而確定基本權利之構成要件。確立基本權利構成要件與適用，將使基本權利保護之對象及所欲保護之法律利益更趨明確。

自憲法賦予基本權利主觀公權利角度而言，基本權利主體得本於基本權利規範所賦予之主觀公權利，向國家請求特定之「不作為」或「作為」。基本權利主體藉由防禦權請求國家之不作為；藉由積極作為義務請求國家為特定作為。就理論上而言，基本權利之防禦權與保護功能並無顯著之差別，差異點僅在於基本權利主體請求國家作為或不作為。再者，既然防禦權範圍與積極作為義務範圍，皆係透過客觀基本權利規範所確定，則基於防禦權而生之主觀公權利與基於積極作為義務而生之主觀公權利應受到相同對待，不應忽視或排除後者之主觀公權利特徵。

承上所述，基本權利之積極作為義務，係由聯邦憲法法院透過判決累積而成之概念，因為大部分判決在論述概念時，常以客觀憲法價值秩序作為論證基礎，而判決中並未（直接）確定人民是否具有主觀公權利得向國家請求保護。為避免與聯邦憲法法院陷入論證上困境，因此，本文未採取聯邦憲法法院之立論模式，而係將個別基本權利連結德國基本法第 1 條第 2 項作共同解釋，推論國家對於基本權利保障之積極作為義務，具有主觀公權利之特徵。相反地，欠缺主觀公權利之基本權利積極作為義務，將無法有效發揮其功能，特別於憲法多元關係下，無法促成不同利益之衡平。換言之，應賦予基本權利之積極作為義務主觀公權利特徵，並將其與防禦權置於同一位置為相同考量，則各個基本權利所欲保護之法律利益方得於憲法多元關係下，獲得有效保護。就結果言，賦予積極作為義務主觀公權利特徵，並未減低其功能；再者，基本權利主體亦藉此獲得請求國家保護之權利，此與積極作為義務內涵並無差異²⁶。

²⁵ BVerfGE in: DVBl 2001, S. 284 (287); BVerfGE 84, 90, 120 f.

²⁶ 德國學界不乏贊成賦予基本權利之積極作為義務主觀公權利之見解，差別僅在於

（三）國家積極作為義務之效果

積極作為義務之法律效果，為國家以作為義務者身分，透過直接或間接方法，排除加害人對被害人所作之侵害基本權利行為。國家行使積極作為義務之範圍，得由單純之防止危險至預防新興之科技所產生之危險²⁷。雖國家保護範圍廣大，然國家作為之必要性，乃繫於「保護基本權利之意義」及「發生危害基本權利完整性之可能」²⁸。積極作為義務法律效果具體化之程度，係取決於憲法對特定法律利益之保護程度。

三、生存權與健康醫療權保障範圍與限制

（一）全民健康保險與醫療保健制度之憲法定位

依據憲法第 155 條及第 157 條規定，國家為增進民族健康，應普遍推行衛生保健事業及公醫制度。為實現醫療基本權利，國家應開辦全民健康保險為社會保險，依據憲法第 108 條第 1 項第 13 款屬於中央立法事項，屬於社會保障制度之一，具有強制性與非營利性。憲法增修條文第 10 條第 5 項、第 8 項明定國家應推行全民健康保險，重視社會保險及醫療保健等社會福利工作，國家應推行全民健康保險²⁹。全民健康保險法制深具臺灣特色，在於柔性與人情味³⁰。全民健康保險法採強制納保並課被保險人繳納保險費之公法上金錢給付義務³¹，並對於不同所得者，收取不同保險費，以符量能負擔之公平性，為全民健康保險賴以維繫之基礎。健保法以被保險人經常性所得，為計算保險費之基礎，被保險人依所得高低承擔不同財務責任，於量能負擔下，形成兼具共同分擔健康風險與社會互助之安全保障制度，故個人投保金額等級之事先指定，應儘量與實際所得契合³²。

基於有限醫療資源之合理分配與運用，全民健康保險以傷害、疾病及生育等三大主要給付類型。主管機關依據全民健康保險法第 40 條第 2 項規定，關於保險對象就醫

所持理由不盡相同而已。Calliess, Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis, in: JZ 2006, S. 321 (328) m.w.N.

²⁷ 李建良，基本權利與國家積極作為義務，收錄於憲法理論與實踐（二），學林，2006，頁 61。

²⁸ BVerfGE 53, 30, 57 f.; 65 ff.

²⁹ 司法院釋字第 550 號解釋。

³⁰ 司法院釋字第 676 號解釋陳新民大法官不同意見書。

³¹ 司法院釋字第 472、473、524 號解釋。

³² 司法院釋字第 676 號解釋。

程序、就醫輔導、保險醫療服務提供方式及其他醫療服務必要事項之醫療辦法，由主管機關定之。授權發布全民健康保險醫療辦法，設定各類傷害、疾病及生育事故之給付上限。所謂 *Diagnosis Related Groups* 即「診斷關聯群」，為一種新健保支付制度。DRG 範圍內之同一種疾病，醫院不論採用何種治療手段、藥物、住院天數，健保支付醫院同一種給付價格，亦即同病同酬，改變以往「實支實付」之給付方式。原始目的係為減少醫療浪費，但在台灣醫療現場，卻產生諸多扭曲現象，例如醫院為配合此一給付制度，將原本具有關聯性且可以一次處理之診療行為分多次處理等乖現象。資源未必得以節省，卻增加人民就醫之不便性。難謂與平等原則及比例原則相符。

綜上，國家推行全民健康保險義務，涵蓋中央與地方。實施全民健保目的在於，使原本不在社會保險體系內之國民同霑醫療人權保障之利益，獲得平等之醫療照顧機會，符合憲法第十三章之基本國策中所欲實現之醫療資源分配正義³³，管見認為實具實現醫療基本權利之制度性保障功能。

（二）醫療基本權利之保障範圍與限制

1. 國家積極生存照顧義務與生命自主權

生命係指客觀上之存在，具體而言，身體於符合生物學及物理學之存在意義下，即具備生命之意義³⁴。因此，有關生命權保護主體，未侷限於已出生之人，易言之，未出生之胎兒 (*nasciturus*)，就生物學及物理學意義而言，已具備存在之要素者，即應受生命權保護。此項見解，已由德國聯邦憲法法院，藉由判決加以肯認³⁵。儘管我國司法院大法官並未針對胎兒之法律地位作過相關解釋，為求對生命保護之連貫性，將生命權保護推前至胎兒（或稱未出生之生命），應無所爭議³⁶。生命權保護將無涉生命價值之判斷，易言之，國家機關禁止對生命作價值判斷。例如，國家機關不得以孰之生命價值高於其他，進而對生命價值較低者，作較低之保護。據此而言，國家保障生命權，將具有以下二層涵義，第一：針對生命權之保護，國家機關必須尊重各個生命之獨立性及其價值，禁止藉由不同理由，例如以精神或健康狀況，對生命權作不同保護；第二，

³³ 謝榮堂，社會法治國基礎問題與權利救濟，元照，2008年，頁34。

³⁴ *G. Dürig*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 2 II (1958), Rn. 9; *C. Starck*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG I, Art. 2, Rn. 174.

³⁵ BVerfGE 39, 1 (36ff.); 88, 203(251).

³⁶ 李震山，從生命權與自決權之關係論生前預與安寧照護之法律問題，收錄於：人性尊嚴與人權保障，元照，2000年，頁131。

國家機關，須以無差別保護 (*gleicher Schutz*) 且等價 (*gleiche Wertigkeit*) 方式，保障生命權³⁷。德國學者教授 *C. Starck* 認為，德國基本法第 1 條人性尊嚴保護涵蓋對生命之保護，但二者間之關係無法明確界定³⁸。德國憲法學教授 *Di Fabio*³⁹ 認為，生命權與人性尊嚴間，事實上存在緊密結合關係，欲藉由法釋義學方法釐清二者間之關係非屬易事，根據其研究結論指出，生命權與人性尊嚴之保護範圍並非完全一致。因此，生命權於不違反人性尊嚴條件下，屬得衡量之範疇。亦即，唯有國家措施將基本權利主體視為措施客體時，國家侵害基本權利主體之生命權時，始違反人性尊嚴保護⁴⁰。德國學界通說採此見解，認為人性尊嚴保護無法推論出對生命權絕對保護⁴¹。據此，人性尊嚴之受損，並不以侵害生命為前提，易言之，侵害生命權非必然亦損及人性尊嚴。

依據德國聯邦憲法法院於第一次墮胎判決見解，生命所在之處，尊嚴將緊緊跟隨 (*Wo menschliches Leben existiert, kommt ihre Menschenwürde zu*)⁴²。因此，究竟「生命權保護」與「人性尊嚴」存在何種關係？然我國對此議題之研究仍屬少有⁴³。歷來我國法學與司法實務深受德國法學影響，將生命權之保護列為國家首要任務，雖然我國憲法並未如德國基本法第 2 條第 2 項將生命權入憲 (*Das Recht auf Leben*)。然依據我國憲法第 15 條之生存權保障，亦應涵蓋生命權之保障。生命權乃保障人之物理上存在 (*die physische Existenz der Menschen*)，並作為心理及精神發展之重要前提⁴⁴。所謂存在，依據醫學及生物學理論，繼而對人之獨立存在作妥適性之定義，並保障其權利。生命權保護乃一切基本權利之根本，尤其所有以生命作為前提之精神性權利，以生命存在作

³⁷ *P. Kunig*, in: *v. Münch/Kunig*, GG I, Art. 2 Rn. 44.

³⁸ *C. Starck* in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG I, Art. 1 Rn. 92.

³⁹ 現任德國聯邦憲法法院大法官。

⁴⁰ *Udo Di Fabio*, in: *Maunz/ Dürig*, GG, Kommentar (Loseblatt), Stand: Juli 2001, Art. 2 Abs. 2, Rn. 9, 11, 14, 37.

⁴¹ *F. Hufen* (81), S. 849 ff.; 反對意見參見：*J.F. Lindner*, in: *DÖV* 2006, S. 577 (581).

⁴² *BVerfGE* 39, 1 (41).

⁴³ 雖少有直接以人性尊嚴概念作為研究對象，於過去研究成果中，直接或間接論述此概念，為數甚多，故本文僅列舉少數研究成果，以資參考。參見，謝榮堂，社會法治國之理想與實踐，收錄於社會法治國基礎問題與權利救濟，元照 2008，頁 5-7；楊展嘉，論人格尊嚴在法律上之地位—依社會國原則論我國對人民最低限度生存保障之實踐，中國文化大學碩士論文，2007，頁 7-64。

⁴⁴ *Helmuth Schultze-Fielitz*, in: *Dreier* (Hrsg.), *Grundgesetz- Kommentar*, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 2 II Rn. 20. *D. Lorenz*, *Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit*, in: *Isensee/Kirchhof*, *Handbuch des Staatsrechts*, VI, §128, 1989, Rn. 8; 李震山，前揭文，頁 131。

為前提，故保障生命權應屬必然⁴⁵。儘管我國憲法第二章人民之權利義務未明文規定保障生命權，不代表我國憲法不保護生命權，已如前述。因此，學理上認為憲法第 15 條之生存權保障，包括「生命之尊重」與「生存延續保障」二大面向⁴⁶。就國家與人民間關係而論，人民有遵守法律義務，亦享有要求國家保障其生命權之權利⁴⁷。基於基本權利主觀功能，國家有義務對生命予以尊重；基於基本權利客觀功能，國家應提供人民生活照顧及延續性保護。因此，憲法第 15 條之生存權保障應涵蓋上述二大範圍，首先保護生命之存在，並延續其生存保障⁴⁸。

尊重且保護生命，乃國家應履行義務，然而，國家制度對於生命之態度，將會隨著時代演進及科技進步等因素，而有所不同。進一步言，針對國家對生命權之保護，尚得區分下述二類：首先，國家對生命之態度，此乃涉及死刑制度存廢之討論；再者，國家對於生命保護所採取之觀點，對此將與安樂死制度、安寧緩和醫療及墮胎等問題，息息相關⁴⁹。生前以預立遺囑方式，依個人自由意志決定安寧照護。就客觀上而言，行為人於完全自主情形下，依其主觀意願所作之決定。因此，該決定係屬生命健康自決權保障之範圍。然而，該自決權之適用範圍，是否包括放棄生命之決定。

自我決定原則在學理上，為一般人格權與人性尊嚴之核心。就一般人格權而言，保障範圍包括人格發展權 (*Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit*) 與個人人格權 (*Persönlichkeitsschutz*)⁵⁰。一般人格權係保障人民具有對自己事務審酌之權 (*personenbezogene Abwägungsfreiheit*) 及一般行為自由 (*allgemeine Handlungsfreiheit*)⁵¹。深究其義，審酌權，係指賦予個人自我審酌利益衝突之權利，特別關於個人利益；一般行為自由，意義上側重個人人格之自由發展。儘管我國憲法針對人格發展自由未有明文規定，但學理上仍得由憲法第 22 條規定，作合目的性解釋得出該項權利。就功

⁴⁵ 李震山，前揭文，頁 131；李惠宗，憲法要義，第三版，元照 2006，頁 217；吳庚，憲法的解釋與適用，第三版，2004，頁 267。

⁴⁶ 李惠宗，憲法要義，第三版，元照 2006，頁 217；吳庚，憲法的解釋與適用，第三版，2004，頁 267。

⁴⁷ 謝榮堂、周佳宥，論國家保護義務，軍法專刊第 55 期第 3 卷，2009 年 6 月。

⁴⁸ 李惠宗，憲法要義，第三版，元照 2006，頁 217。

⁴⁹ 李惠宗，憲法要義，第三版，元照 2006，頁 217-224；吳庚，憲法的解釋與適用，第三版，2004，頁 268-271。

⁵⁰ *M. Sachs, Verfassungsrecht II Grundrecht, 2. Aufl., 2002 Springer, S.181*; 李惠宗，憲法要義，第三版，元照 2006，頁 341；吳庚，憲法的解釋與適用，第三版，2004，頁 305-306。

⁵¹ *H. U. Gllwas, Der allgemeine Konflikt zwischen dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung und der Informationsfreiheit, NJW 1992, S. 2785.*

能言，憲法第 22 條應與德國基本法第 2 條所保障之「一般行為自由」及「人格發展自由」作同義解釋。依據德國基本法第 2 條作觀察，學理上稱為「補充性基本權」(Auffanggrundrecht)⁵²。個人行為首先推定受自由權保障，僅於國家為追求更高之公益，方得限制個人自由之範圍，例如，以我國憲法第 23 條列舉事項，作為限制個人自由之原因。

憲法保障人民之基本權利，但人民是否得以基於自決權而放棄生命權，則非無疑問。就此關乎基本權利放棄理論、國家保護義務及立法形成權等相關問題，故無法一概而論。因此，就不同面向討論，該項權利之存在與否及行使界限。人民得否放棄基本權利，須審視該項基本權利是否具有得放棄、讓渡或自我限制之本質。人民所放棄之基本權利，若具有「原始基本權利」之特性，則可能涉及違反國家法令之強制規定，而不得放棄。因此，於安寧緩和醫療條例中，規定病人得藉由事先預立意願書方式，於條件成就時放棄生命，該項立法是否違反其他法律保障或衝突，則屬安寧緩和醫療條例之核心議題。然而，若以人性尊嚴保障自我決定角度出發，則應肯定個人有權支配或處分其特定之基本權利或作自我限制，甚至放棄基本權利。若從國家保護人民生命義務之角度出發，則國家不得違反保護不足禁止(Untermaßverbot)原則⁵³。綜合上述，人民放棄生命之議題，將生「自我決定原則」與「國家保護人民之義務」衝突。管見以為，於尊重自我決定之前提下，對於人民放棄基本權利之禁止或限制，尤其關於放棄生命權，應符合法律保留原則，亦即，藉由法律明文規定，於法定條件及符合法律程序下，人民得以事先預立意願書方式，放棄無效之醫療救治行為⁵⁴。醫療並非萬能，就現有醫療科技與能力，若無法改善或阻止病情惡化，僅止於以非自然方式無尊嚴延續生命，基於人性尊嚴、對於生命之尊重及醫療資源分配正義，實得予以尊重。

另外，國家有義務保護人民之基本權利，若國家輕易排除保護人民生命權，無疑將鬆動整個憲法基本秩序與價值，儘管安寧緩和醫療條例規範對象係生命瀕臨終結之生命，但國家仍不得放棄對其保護。即使生命即將終結，國家仍不得放棄對其保護，尤其對於長期處於病痛折磨之病患，可能萌生放棄生命之意圖，故國家有義務針對此種基於衝動，而萌生放棄生命之基本權利主體，予以保護。故為尊重基本權利主體之

⁵² H. Dreier, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd.1, 2. Aufl., Art. 2 Rn. 30.

⁵³ 程明修，論基本權利保障之「禁止保護不足原則」，收錄於憲法體制與法治行政，城仲模教授六秩華誕祝壽論文集，第一冊，憲法篇，1998/8，頁 219 以下；謝榮堂、周佳宥，論國家保護義務，軍法專刊，第 55 卷第 3 期。

⁵⁴ 李震山，前揭文，頁 145。

自我決定權，並兼顧國家保護人民義務，應採折衷辦法，即透過立法方式，確定人民放棄生命之前提與要件，我國安寧緩和醫療條例與前述精神相符。

為折衝「自我決定原則」與「國家保護人民之義務」間之衝突，立法者得藉由立法權限，將基本權保護規定以法律加以具體化。因此，立法者基於立法形成自由 (Gestaltungsfreiheit)，規範相關之條件與範圍，將使前述衝突獲得緩解。但立法者藉由立法，限制自由權行使，仍應受比例原則限制；就保護人民基本權利而言，立法者應立法禁止保護不足。

2. 醫療基本權利保障與生死衝突－有尊嚴善終之安寧緩和醫療

有尊嚴地「活出自我」作為一種生命態度，期待個人得完全掌握生命，尤其面對生與死之交接時期。面對生命之始與末，往往非個人所能決定，且就目前法律制度而言，具有濃厚「他治」色彩⁵⁵。就客觀事實而言，人民無法決定自己是否出生，但得否決定其生命該如何結束？醫學科技進步使得生命得以更加有效延續，亦使得原本屬於可能「宣告不治」之個案，得藉由醫療儀器，而繼續維持生命。我國安寧緩和醫療條例立法目的，在於規範臨終病人之醫療照護問題 (Hospice, Palliative care)，此涉及人民生命終結前，身體病痛與尊嚴存活之基本權利衝突。具體而言，其主要癥結點，與基本權利主體放棄生命之敏感議題息息相關，提供臨終醫療照護服務，該醫院結合中世紀安寧醫療照護病人之熱忱，並配合現代醫學技術，以減輕臨終病人及其家屬於心理與身體上，所承受之折磨與苦難⁵⁶。世界衛生組織 WHO 定義安寧緩和醫療照護為：「緩和醫療照護，係為提供對治癒性療法已無反應之病人，積極性之全方位照顧⁵⁷。」給予已無治癒希望之病人過多治療，事實上無助於生命延續，相反地，卻可能導致病人歷經更多及更長之折磨，最後痛哭結束生命。就病人主觀而言，此時所需並非「疾病」治癒，而係「疼痛」之緩解及其他生命終結前，符合人性尊嚴之照護。因為，其疾病之療癒依據當時醫學科技若已無可能，那麼，如何協助疾人有尊嚴地走完人生旅程，實為重要課題，亦應肯認為其生命權之保障範圍。

綜合前述，安寧照護之目的，係為協助無法藉由目前醫療科技治癒之病人，緩解

⁵⁵ 李震山，從生命權與自決權之關係論生前預與安寧照護之法律問題，收錄於：人性尊嚴與人權保障，元照，2000，頁 123。

⁵⁶ 陳榮基著《學醫與學佛－人性化的醫療》一書之「安寧緩和醫療篇」。

⁵⁷ E. Davies/I. J. Higginson, Palliativpflege. Die Fakten, 2004. 網址 (最後查詢日：98 年 5 月 12 日) http://www.euro.who.int/InformationSources/Publications/Catalogue/20050118_2?language=German

其因疾病所帶來之苦與痛，並協助病人安詳且有尊嚴地向生命告別。就實施目的而言，具有以下四項特徵⁵⁸：1. 有效緩解病人之疼痛及相關症狀達 95% 以上，達到「無痛不苦」境界；2. 協助病人處理社交、情緒、財務及宗教靈性等事宜；3. 提升病人生命品質，尊嚴至最後一刻；4. 協助家屬完成抉擇與走出喪親悲痛。

人性尊嚴保障，除確定人之尊嚴係優先於國家權力之上，並基於人性尊嚴保障所衍生之「自決權保障」（die Garantie der Selbstentscheidung）得否推論出，行使自決權而放棄生命之結論？依據司法院釋字第 603 號解釋關於人性尊嚴保障之闡釋，維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，乃自由民主憲政秩序之核心價值觀之，亦得獲取相同結論。安寧緩和醫療條例規範之主要內容，在於人民得否預先聲明基於特定條件下，放棄醫療急救措施，繼而放棄繼續生存之權利，所涉及之範圍屬於生命存續三階段之最後階段。

基於生命存續得分為三階段，第一階段為胎兒階段，依據我國民法第 7 條之精神，胎兒以將來非死產者為限，關於其個人利益之保護，視為既已出生。因此，胎兒如果將來順利誕生，則其有關之基本權利，於母親懷胎階段已受保障；關於此一階段之保障，係屬於法律之擬制，受保障之主體無從參與。第二階段依據民法第 6 條關於自然人之權利能力，始於出生，終於死亡而言，自出生時起至死亡前，屬於生命存續期間，凡具有意識能力者，自得自我形成與決定其型態與主要內容。第三階段得分為二大類型，第一、於生命存續期間依據其自由意識，預先決定其生命遭遇不可回覆健康時之終結條件與方式，亦即一般所謂「尊嚴死」，就此管見認為基於人性尊嚴保障之精神，應予以尊重。第二、當事人並未預先決定生命終結之條件與方式，當遭遇意料之外，不可逆之健康狀態時，則相關決定之負擔，須由專業人員、法院及家屬共同決定。如何作成上述決定，涉及法律、道德與親情之困難抉擇。依據安寧緩和醫療條例之立法精神，尊重不可治癒末期病人之醫療意願及保障其權益觀察，主要目的在賦予專業人員、法院及家屬作成上述困難抉擇時之法源依據，至於道德與親情層面，則非立法者所得規範。

⁵⁸ 蓮花基金會編安寧緩和醫療關懷手冊。網址（最後查詢日：98 年 5 月 12 日）<http://www.lotus.org.tw/ShowArticleCon.asp?artid=44&tid=28&subtype=安寧療護>

四、醫療基本人權與訴訟權制度性保障之衝突

（一）醫療行為之本質

實現醫療基本權利，依據前述之生命三週期發展與需求，皆與醫療給付及醫療行為密切相關，其中第一線為醫療服務機構及醫事人員所提供之醫療給付。醫學屬於實證自然科學，高度仰賴科技與經驗，且每個人之身體狀況各具差異，相同病徵，可能得出不同診斷結果；或相同診斷結果，亦可能因人而異，採取不同診療方式，而其結果偶或非如生產製造過程，皆得如預期，甚至與預期大相逕庭；再加以健保給付與自費給付項目之交互影響，認知與期待落差，加以醫學之高度專業性，非一般人所容易理解，醫療糾紛亦有逐漸增加趨勢。醫療糾紛之解決機制，除調解、和解之外，進入刑事訴訟幾乎已成為常態，使得醫病關係越趨緊張，醫事人員為避免法律上之不利，甚至採取所謂防衛性醫療方式，以求自保。因此，醫學與法學意外發生密切之對話關係，雖然醫學與法學皆以人為對象，但理解與思維邏輯則具有明顯差異，例如發生非預期之不良醫療結果時，檢察及司法機關以法律上之業務過失責任及因果關係，作為探究不良結果發生與醫事人員醫療行為間之責任歸屬關係，暫且不論是否妥當，若檢察及司法機關未能正確利認知醫學之極限，許多病人傷病不良結果之發生究係不可避免之醫療風險，或係無法事先預知，逕以法律邏輯判斷醫療糾紛，最終將使得醫療人權難以實現。

醫療行為基於醫療契約，此與其他以提供勞務作為一方當事人給付內容之契約類型相異之處，在於醫事服務機構為病人進行醫療行為之過程中，病人之身體經常出現諸多無法預測之變化，無法於成立契約時約定或規範，屬於特別委任性質。因此，探究醫事服務機構就醫療契約之履行有無合於債之目的時，應特別著重於醫師實際進行治療或照顧病人之過程，是否已針對醫療過程中病人可能、已經或即將發生之種種變化，給予適當之處置或預防，不得僅以病人在接受醫療或照護行為後死亡，或醫療與照護行為未達到其預期之效果，就認為醫事服務機構有不完全給付。是故，當事人之一方如不能證明醫師對於病人之診治，是否具有故意或過失之錯誤診斷及用藥，以致病人身體、健康受到傷害情形存在，則不得僅因病人之身體出現無法預測之不良變化，進而推論醫師之醫療給付有不完全給付之情形，而負民事損害賠償責任⁵⁹。

多數醫療行為因其可能具有危險性、專業性及裁量性等因素，其特質使檢察及司

⁵⁹ 臺灣高等法院臺中分院 100 年醫上字第 9 號民事判決。

法機關，於面對及判斷醫療糾紛法律責任歸屬時，常借助其他醫學專業判斷，例如經常須藉由鑑定機關之醫療專業審查結果，以決定應由病人或醫師承擔醫療行為所生之風險。醫學極限為何？因醫療行為屬於具有綜合性之事實行為，其評斷標準應依當時醫療水準、病人教育程度及其當時意識狀態等因素，而為綜合判斷。

尤其，醫療行為是否適用消費者保護法之無過失責任問題，肯定與否定之見解均有之。法院固得依自由心證之據經驗法則與論理法則論斷，但醫療行為是否適用消費者保護法之見解，於不同法院，甚至相同法院不同法官之間，皆存在差異，造成相同訴訟事實，對於法律規定之適用與否，難以確定，有礙法律安定性。及至最高法院 102 年台上字第 477 號民事判決認為，醫師係以專業知識評估病人之病情及身體狀況後，採取最適宜之醫療方式，救治病人之生命及健康，應以目的性限縮解釋之方式，將醫院及醫師所提供之醫療服務，排除於消費者保護法適用之範圍。

（二）醫療糾紛發生之主要類型與原因

醫療糾紛層出不窮，探究醫療事故發生原因，主要可分為五大類型，因醫護人員之故意、過失或疏失所造成，及病人或其家屬對於預期醫療效果之認知落差，甚至病人本身傷病情形嚴重而藥石罔效。而就病人或家屬認為之不良醫療結果之主要類型，有下列類型：一、病人死亡；二、病人病情加重；三、病人經治療後，仍遺留傷病；四、病人經治療後，效果不如預期，因病人主觀預期與醫師預後落差；五、自費項目過高，效果不如預期，因病人主觀預期與醫師預後認知落差等。

發生上述結果後，依據原因主要分析如下：1. 醫療行為不當、人員態度不佳；2. 收費過高或家屬不滿收費額度（自費項目）3. 第三人行為導致（誤認藥商推銷人員為醫事人員）4. 診療過程，未善盡告知義務（過程、費用、預後）5. 誤診、漏診所引起6. 不滿醫療程序（不持久候）7. 醫療或手術效果期待落差或疏失（認知與期待落差）8. 醫病信賴關係不足9. 病人醫療知識與醫師診斷差異10. 病情或傷勢嚴重，藥石罔效11. 第三者介入或慫恿所引起（加重家屬不滿）。12. 相關醫護人員或社工人員說明、溝通、協助及關懷服務不足。

（三）法律責任之認定

1. 善良管理人注意義務—醫療自主決定權

醫療業務之施行，相關醫事人員應善盡醫療之必要注意；醫事服務機構及其醫事人員因執行業務致生損害於病人，若有故意或過失，則應負損害賠償責任。因此醫事

服務機構及其醫事人員於執行業務時，應盡其善良理人之注意義務。例如護理師未盡必要之注意，以致在餵食病人時，發生食物誤入氣管之結果，在一般情形下，難謂不具備相當因果關係⁶⁰。

關於病人之疾病情狀及病灶所在，為病人就醫時，最迫切需要知悉之訊息，醫師之救治義務不僅在於正確診斷出病灶所在，以採行及時、有效及適當之治療方法，更應使病人有充分知悉其病灶所在之資訊，而使病人能在有充分之資訊及受告知之說明情形下，基於自由意願，正確且完整地行使其接受或不接受治療之醫療自主決定權；若醫師未能善盡其注意義務，予以正確診察並告知病人之病灶所在，致延誤病人知悉其真實之病情，縱該病症並無所謂治療之黃金時期，對於病人及時知悉與未能及時知悉，所產生精神心理層面之影響，法院認為仍難謂並無受有損害⁶¹。至此得以探知，醫學與法學之對話結果，將本來深奧之醫療過程，導入告知義務，病人不再只能乖乖聽話配合醫師診療，甚至得要求醫師說明清楚，以保障病人之醫療自主決定權。

另依醫師法第 21 條規定，醫師對於危急之病人，應即依其專業能力予以救治或採取必要措施，不得無故拖延。若醫師違反救治病人之義務，未為診斷或追蹤、確認之檢驗結果，而未對病人施予必要之投藥救治，以致病人身體健康發生損害，應認定其具有過失。此項責任成立因果關係，難以期待病人有舉證醫療專業能力之可能性，基於公平衡量，依舉證責任轉換之原則，就違反救治義務與損害之相當因果關係，即應由醫師負舉證責任，以符合正義原則⁶²。關於民事訴訟法第 277 條之舉證責任轉換，容後敘述。

2. 醫療糾紛鑑定與疏失

依據醫療法第 98 條規定，中央得設立醫事審議委員會，另於第 99 條第 1 項第 3 款規範地方主管機關醫事審議委員之任務，亦已納入「醫療爭議之調處」。關於發生不良結果原因之認定，由於醫事審議委員會之調處手段欠缺實質準據，且調處程序多流於形式，醫病一方若仍不服，訴諸法律途徑實則難免。法官礙於現行法令規定，如僅依個案徵詢專業人士，則恐落人醫醫相護之疑慮，僅提出有利醫方之佐證，致法院不易作出正確判決。再者，醫師若因法院判決之不利結果，而改採防衛性醫療或拒收重症病人者等情形，必然導致醫病衝突更加擴大。

⁶⁰ 最高法院 102 年台上字第 1668 號民事判決。

⁶¹ 臺灣高等法院臺南分院 100 年上字第 35 號民事判決。

⁶² 臺灣高等法院 100 年醫上更（二）字第 2 號民事判決。

醫療爭議是否具有疏失，因基於尊重醫療專業，主要皆委託衛生福利部之醫事爭議審議委員會鑑定。關於醫療疏失判斷，醫審會依據病歷紀錄及初步鑑定醫師鑑定意見，經委員會討論後，而回覆委託鑑定機關。絕大多數情形下，委託鑑定之檢察或司法機關，多依據鑑定意見而為判斷，少數鑑定意見亦有不為所採。鑑定標準主要關鍵在於，醫療行為或過程是否符合醫療常規，關於醫療常規容後論述。

應注意的是，醫療鑑定報告不應作為法院審理醫療診爭議案件之唯一依據，論證過程更應符合經驗法則及論理法則。最高法院 40 年台上字第 71 號刑事判決認為：「鑑定人之鑑定，雖足為證據資料之一種，但鑑定報告顯有疑義時，審理事實之法院，仍應調查其他必要之證據，以資認定，不得專憑不實不盡之鑑定報告，作為判決之唯一證據」。法院仍應本於職權及心證，而獨立審判。

3. 告知義務之確認—病人身體自主權

依據醫療法第 81 條規定，醫院為醫療行為時，應對病人本人或其親屬盡相當之告知說明，經病人或其家屬明白醫療行為之施行意義、內容，且同意後為之，以保障病人身體自主權；另依醫師法第 12 條之 1 規定，醫師應盡之告知說明義務，除過於專業或細部療法外，至少應包括診斷後所認之病名、病況、預後及不接受治療之後果，建議治療方案及其他可能之替代治療方案暨其可能利弊，治療風險、常發生之併發症及副作用，或雖不常發生，若發生併發症及副作用，可能產生嚴重後果之風險、治療之成功率，醫院之設備及醫師之專業能力等事項。所謂告知說明義務，以實質說明為必要，若未為實際之告知說明，徒令病人或其家屬在同意書上自為簽名，尚難認醫師已盡告知說明義務。此一見解不表示書面之說明或同意均無效力，仍應視個案客觀具體情形，如履行告知說明義務之說明方式、內容，同時參酌病人本人或其親屬之智識程度、理解能力，暨對個別醫療行為之瞭解程度等，以定其效力。又手術同意書簽署之主要目的，在於病人或其家屬對於即將施行手術之必要性、步驟、風險、成功率或其他相關資訊是否理解，且是否已經理解而為同意，若醫護人員已多次以口頭告知說明，並達到使病人或其家屬可得瞭解其手術相關內容之程度時，縱於手術前，始交付同意書，由病人或其家屬簽署，法院實務見解仍屬合法⁶³。

關於告知後同意（informed consent）形式，為源自於英美法系，國內有論者將之分列為醫師告知義務與病人同意權，晚近始將之運用於醫療法學實證研究上，告知後同意法則主要在說明病人與醫師間之互動關係，藉由醫師揭露病人之醫療資訊，包括

⁶³ 臺灣高等法院 101 年醫上字第 17 號民事判決。

醫療方式進行、種類，幫助病人作成醫療決定，該法則除於緊急救助、病人預先放棄特定情形之權利、法律特別規定等例外情形外，課與醫師對病人有說明義務，病人在獲知並瞭解醫療行為所面臨之風險等資訊後，基於自由醫院與理解而授權同意醫師進行對其之醫療行為⁶⁴。

我國現行法關於醫師告知義務規定於醫師法第 12 條之 1，醫療法第 63、64 及 81 條。告知說明義務內容包括病人病症之輕重、痊癒之可能性、所決定醫療行為之性質、理由、內容、預期治療效果、醫療方式、難易度、對病人身體侵襲範圍及危險程度等項，並應以醫療上通用方式加以說明，以使病人充分瞭解該醫療行為對身體可能產生之侵害，加以斟酌及決定⁶⁵。就告知範圍內容而言，醫師應盡之說明義務，除過於專業或細部療法外，應包括診斷之病名、病況、預後及不接受治療之後果；建議治療方案及其他可能之替代治療方案暨其利弊；治療風險、常發生之併發症及副作用暨雖不常發生，但可能發生嚴重後果之風險；治療之成功率或死亡率；醫院之設備及醫師之專業能力等事項。若僅令病人或其家屬於制式印有說明事項之同意書簽名，尚難認已盡說明之義務⁶⁶。簡言之，醫師告知義務之最低範圍，著眼於病人身體自主權之保障，實務上，以「一般理性病人」之理解，作為是否踐行告知義務之標準，非以一般理性醫師理解為標準。蓋醫師與病人對於專業醫療相關知識，存在極大差異。

醫療係以人體治療、矯正、預防或保健為直接目的之行為，乃取決於病人受有醫療利益之過程，當然不能以醫師說明不完全其處置或預後，即逕認其所行之醫療行為為具有可歸責性。換言之，說明告知義務之未完全踐行，並不能直接反應或導致醫療行為為本身之可非難性，醫療行為本身違反醫療常規致生危害者，始有被評價具有故意、過失或疏失之可能。若尚不足認醫師所為醫療行為有何不符合醫療常規及適法性，醫師自不應負民法第 184 條第 2 項規定，違反保護他人法律之侵權責任⁶⁷。關於醫師未善盡告知義務，雖屬注意義務之疏失，然就刑事責任認定之範疇而言，其評價非難之重點不在於該未說明可能伴生之危險及副作用之不作為部分，而在於醫療行為本身不符合醫療常規之判斷。換言之，說明告知義務之未踐行，並不能直接反應或導致醫療行為為本身之可非難性，告知義務履行與否，與醫療行為之結果並不必然存有相當因果關

⁶⁴ 台北地方法院 101 年醫易字第 4 號判決。

⁶⁵ 最高法院 99 年度臺上字第 558 號判決。

⁶⁶ 最高法院 94 年臺上字第 2676 號判決。

⁶⁷ 臺灣高等法院 99 年醫上字第 6 號民事判決。

係，醫療行為本身違反醫療常規致生危害者，始有被評價為犯罪行為之可能⁶⁸。

我國司法實務見解關於告知義務，多採合理病人說，該見解認為，醫師就危險說明義務之內容及範圍，應視一般成年理性之病人所重視之醫療資料加以說明，其具體內容包括各種診療之適應症、必要性、方式、範圍、預估成功率、可能副作用與發生機率、對副作用可能之處理方式與其危險、其他替代可能之治療方式或其危險及預後狀況、藥物或儀器之危險性與副作用等，而不是病人得漫無邊際或毫無限制，要求醫師負一切之危險說明義務。因此，認定醫師有無說明義務，應視該醫療資訊是否為具體病人所重視，且為醫師所能預見者為斷，如病情變化之機率極微，且其發生為醫學上難以預見者，應認為醫師不負說明義務⁶⁹。

醫師違反告知義務於刑事上應負何刑責？學說意見有認為構成傷害罪。醫療行為本身原就有造成病人死亡或傷害結果之風險，醫師應善盡說明義務，並獲病人同意，始認為符合醫療倫理規範要求。因而，醫師未獲病人同意或違反病人意願，而實施醫療行為，對病人身體造成傷害時，應認為已違反醫療倫理規範要求，違反醫療常規，而不具適法性，例如癌細胞尚未擴散，醫師基於其他原因，未獲病人同意，擅將其子宮或右側乳房一併摘除時，顯已違反醫療常規，不得認為係業務正當行為，仍難減免傷害或重傷害之刑責⁷⁰。法院實務見解認為，構成業務過失致傷或致死罪，依醫療法第46條第1項所定：「醫院實施手術時，應取得病人或其配偶、親屬或關係人之同意，簽具手術同意書及麻醉同意書；在簽具之前，醫師應向其本人或配偶、親屬或關係人說明手術原因，手術成功率或可能發生之併發症及危險，在其同意下，始得為之。但如情況緊急，不在此限。」醫療乃為高度專業及危險之行為，直接涉及病人之身體健康或生命，病人本人或其家屬通常有賴醫師說明，方得明瞭醫療行為之必要、風險及效果。因此，醫師為醫療行為時，應詳細對病人本人或其親屬盡相當之說明義務，經病人或其家屬同意後為之，以保障病人身體自主權。亦即，一般情形下，如曾說明，病人即有拒絕醫療之可能時，即有說明之義務；於此，醫師若未盡上開說明之義務，除有正當理由外，難謂已盡注意義務；又說明義務，以實質上已予說明為必要，若僅令病人或其家屬在印有說明事項之同意書上，貿然簽名，尚難認已盡說明義務。違反

⁶⁸ 最高法院 101 年度臺上字第 2637 號判決理由。

⁶⁹ 最高法院 101 年台上字第 2637 號判決，臺灣高等法院 101 年度醫上字第 4 號判決，臺灣高等法院台中分院 102 年度醫上易字第 7 號判決。

⁷⁰ 甘添貴，醫療糾紛與法律適用，月旦法學雜誌，157 期，第 41 頁以下，2008 年 6 月。

說明義務乃違反注意義務，因此得構成過失致死罪⁷¹。例外情形得不論是否為醫護人員皆免除說明義務，依據緊急醫療救護法第 14 條之 2 規定：救護人員以外之人，為免除他人生命之急迫危險，使用緊急救護設備或施予急救措施者，適用民法、刑法緊急避難免責之規定。（第 2 項）救護人員於非值勤期間，前項規定亦適用之。藉此而實現人民醫療上知的權利。

4. 符合醫療常規

因為人民權利意識高漲，對於醫師在醫療過程或結果不認同，而發生醫療糾紛，基於有權利即有救濟之法理，人民自得經由訴訟方式尋求答案。檢察署及法院受理後，因受限於無醫學專業知識而無法自為判斷，故將醫療專業問題委託衛生福利部醫事爭議審議委員會鑑定，再依據鑑定結果，判斷是否符合構成要件。其中最具爭議性者，就是醫療常規到底為何？醫學上之常規與法律上之常規，涵義及規範意義相同嗎？

依據參與衛生福利部醫事爭議審議委員會醫療糾紛鑑定多年發現，各醫學會或相關科別教科書所定 *Guideline*，屬於一種對於特定病症之醫療指引，應如何治療仍應尊重醫師之臨床專業判斷，但成為法律語言後，卻稱為「醫療常規」。常規並非專有法規名稱，沒有具體定義，若依據文義及法律邏輯來理解，司法審判實務多數認為，醫療常規屬於醫療經常實施之規範。例如，最高法院 100 年度台上字第 2256 號民事判決認為：該爭議中，判斷被告醫師是否負損害賠償責任之依據在於，醫師未實施特定檢查，有無違反醫療常規。由此推論，最高法院於該判決認為，如果違反醫療常規未實施檢查，即構成過失責任，應負損害賠償責任。最高法院將醫療常規認定為，醫療上之必要程序與診療方式，而忽略醫師應依據個別病人身體狀況及病徵與專業醫理見解，針對特定病人當時情形，實施最適當之診療專業判斷。行政法學上，屬於裁量縮減到零，壓縮臨床醫師之最佳專業判斷可能性與空間。更遺憾者，下級法院亦常概括接受此一誤解，甚至造成醫事人員之防衛性醫療，因其擔心如果成為被告時，可能會因違反醫療常規而敗訴。因而認為，只要依據醫療常規，就不會敗訴之荒謬與無奈。長久下來，最終不利結果將由病人承擔，這更是醫病關係之最大悲哀！

醫師從事醫療行為，法律上可能構成對於他人生命、身體或健康權利之侵害，但因得病人允諾而阻卻違法，此乃因經過醫師之說明，病人或家屬對於治療內容、因治療所產生之併發症及復健等情況均充分理解下，對於醫療行為可能產生侵害身體或招致併發症等不利結果願意承受，而同意接受醫師之醫療行為，此際醫師之醫療行為縱

⁷¹ 最高法院 95 年度台上字第 3476 號判決。

使侵害病人之身體，亦屬可容許之危險而得阻卻違法，不構成刑事不法。縱醫師為醫療行為時，並未詳加說明可能會造成暫時性不自然之結果，以供病人參酌即施行醫療行為，惟所為之醫療行為並無過失，且經施行醫療行為後，迄無致生損害之情事發生，該醫療行為即無違反醫療常規⁷²。再如，醫師已告知手術可能發生之併發症，且手術非百分之百可成功，並請病人回去考慮清楚再決定是否進行手術，病人考慮過後，仍決定進行手術，醫師則已盡告知說明義務，若病人手術後發生不可預期症狀，縱與醫師手術有關，然因醫師於手術前，已告知發生併發症之可能，難認醫師有何疏失或不符合醫療常規之處⁷³。判斷醫師就醫療行為有無過失或是否可歸責，並非以醫療有無達到預期效果為斷，而係以醫師在醫療過程中，有無依醫學常規為醫療行為為依據，如醫療行為符合醫療常規，縱其結果未達病人之預期效果，仍不能以此認定醫師之醫療行為有過失或可歸責。例如：產婦生產及胎兒之分娩過程中，既有許多不可預測之危險，對於診斷、治療、分娩之選擇，均有賴醫師之專業判斷及裁量，且生產過程變化無窮，個別病人因人而異，加以治療之多樣性、效果之不確定性。因此，本質上即難有統一標準，如何選擇在最適當時機，採取最有利於病人之治療方式，本屬臨床專業醫師裁量與判斷之範疇；如果診療醫師就此所為斟酌、取捨，確有所本，亦無不合醫療常規之情，不能僅因診療醫師採擇其所認最適時、有利於病人之治療方式，摒除其他，即謂其係懈怠或疏虞，有錯誤或延遲治療情事，而令其負過失責任⁷⁴。例如腹腔鏡檢查屬於侵入性手術，係採用二氧化碳氣體灌注腹腔下，利用腹腔撐大後產生之腹腔空間，為實施微創傷口手術之一種手術方式。若非生命危急或發現有腫瘤，一般在臨床上，很少在子宮腔內有胎兒時進行。故醫師未進一步採取或建議腹腔鏡檢查，能否謂與醫療常規有違，即非無疑⁷⁵。

5. 具有因果關係

因醫療行為疏失所造成損害，且二者具有因果關係者，應負損害賠償責任。侵權行為損害賠償責任規範之目的係為防範危險，凡因自己之行為致他人有發生一定損害之危險時，即負有防範危險發生之義務。如因防範危險之發生，依當時情況，應有所作為，即得防止危險之發生者，則因其不作為，致他人之權利受損害，其不作為與損

⁷² 臺灣臺北地方法院 96 年醫字第 19 號民事判決。

⁷³ 臺灣臺北地方法院 96 年醫字第 25 號民事判決。

⁷⁴ 臺灣高等法院臺中分院 100 年醫上字第 6 號民事判決。

⁷⁵ 最高法院 100 年台上字第 2256 號民事判決。

害之間即有因果關係，應負不作為侵權損害賠償責任⁷⁶。例如病人失智症患者，係屬吞嚥困難、易發生食物梗塞之高危險群，照顧者在餵食之際應格外注意，如照顧者已知悉需餵患者流質食物，並已注意到患者吃太快，仍未停止餵食，則病人因為食物嚴重阻塞呼吸道，導致發生缺氧性腦病變而昏迷，二者間有因果關係，所以照顧者應負過失損害賠償責任，且其僱主亦應負連帶賠償責任。值班護理人員依護理人員法第 24 條規定，對於看護工照護及餵食病人之食物，負有指示及監督責任，如護理人員已知悉病人需餵流質食物，卻未制止看護工餵食非流質食物，且未在旁監督看護工餵食患者速度，致病人因為食物梗噎，即有怠於履行其防止危險發生之義務，而有照護上之過失，應負過失損害賠償責任，且其僱主亦應負連帶賠償責任。另病人情況危急，醫師卻未立即實施緊急氣管內插管，以確保呼吸道暢通，及轉送其他醫院診治，且未能說明其有何正當理由，應認其違反醫療常規，按緊急氣管內插管之延誤，仍可能增加病人腦部缺氧時間及缺氧性腦病變發生之機會，並且導致其長期臥床，增加其他器官發生併發症之機會。因此，醫師醫療疏失與導致病人者發生缺氧性腦病變而昏迷，二者間有因果關係，應負過失損害賠償責任，且其僱主亦應負連帶賠償責任⁷⁷。

（四）現行醫療糾紛處理機制－訴訟權利濫用之疑慮

醫療行為或過程因不良結果發生糾紛，亦即死亡或傷害，醫病雙方為瀰清事實真相與責任歸屬，如未能經由調解落幕，那麼透過司法途徑解決為必然。依據法律屬性不同，法律責任可分為民事、刑事及行政責任。三者就注意義務高低區分，得分為故意、過失及無過失責任。不論採取民事或刑事訴訟途徑，對於不良結果之發生，皆屬不可逆或回復。因此，予以被害人或權利受侵害者適當金錢填補，為自羅馬法以來，為民事侵權之事後補救方式。

醫療契約成立後，醫師應親自或醫院應指派醫師對於病人負照顧義務，如有未果，可能侵害病人之健康人格權。然若醫師已善盡善良管理人注意義務及依據專業判斷為必要之診療與處置，則醫師已無責任可歸責。醫院雖不須就醫師之醫療行為，負侵權及債務不履行之損害賠償責任，但其本於與病人間之醫療契約，因未善盡照顧義務，對於病人或病人之家屬，仍應依民法第 192 至 195 條及第 227 條之 1⁷⁸ 規定，負非財產

⁷⁶ 臺灣臺北地方法院 102 年簡上字第 142 號民事判決。

⁷⁷ 臺灣高等法院高雄分院 98 年醫上字第 2 號民事判決。

⁷⁸ 民法第 227 條之 1：「債務人因債務不履行，致債權人之權利受侵害者，準用第一百九十二條至第一百九十五條及第一百九十七條之規定，負損害賠償責任。」

上之損害賠償責任⁷⁹。病人或其家屬提起民事訴訟，除應具有請求權基礎外，依據民事訴訟法第277條前段規定，當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證責任；亦即，若當事人欲針對損害賠償為請求者，自應對其主張損害發生與責任原因之事實，具有相當因果關係自為舉證，若無法證明者，自應難認有請求權存在⁸⁰。

主張民法侵權行為損害賠償請求權之人，對於侵權行為之成立要件應負舉證責任。民事訴訟程序中，主張損害賠償請求權應具備五要件：有侵權行為；行為人有故意或過失；行為不法性；被侵害人有損害；侵權行為與損害間有因果關係。換句話說，原告應舉證事項包括醫師之醫療行為有過失、病人受醫療傷害、醫療傷害與醫師之過失行為間有相當因果關係。別說一般人，法律人遇到上述問題及待證事項，也是天昏地暗。

另就歸責事由而言，行為人因不作為而生之侵權責任，以行為人負作為義務為前提，而作為義務不以法律規定或契約約定者為限，如以自己之行為致有發生一定損害之危險，或從事特定職業、經營事業者，均可能與他人發生特殊關係，而對於該他人負有防範損害之注意義務。次依民事訴訟法第277條但書規定，如果有顯失公平情形，得減輕舉證責任，例如經營事業者有違反作為義務之違法，而致他人受有損害，受害人就該損害為適當之證明時，自應先由該經營事業者證明已盡作為義務之事實，始得謂為無過失⁸¹，此即為舉證責任轉換。現行訴訟方式，病人僅須主張不良結果發生與醫療行為有關。一般情形下，因地檢署、法院及病人皆不具醫療專業知識，故委託鑑定機關鑑定，費用由國家負擔。據此可見，病人不負或至少減輕舉證責任。

縱使如此，刑事訴訟附帶民事訴訟為目前醫療糾紛最常見之法律救濟途徑，因為病歷紀錄等資料收集不易，且非醫護專業人員亦無法理解其涵義，即便同屬醫護人員解讀亦常有不同，自行委託鑑定之費用龐大。而且，依據醫療法第98條第1項第4款規定，僅限於司法或檢察機關得委託醫事爭議審議委員會鑑定。依據刑事訴訟法第487條，因犯罪而受損害之人，於刑事訴訟被訴犯罪事實所生之損害為限⁸²，請求權之範圍，依民法規定。同法第488條規定，提起附帶民事訴訟，應於刑事訴訟起訴後第二審辯論終結前為之。但在第一審辯論終結後，提起上訴前，不得提起。附帶民事訴訟之對象，依刑事訴訟法第487條第1項規定，不以刑事案被告為限，即依民法負賠償

⁷⁹ 臺灣高等法院99年醫上字第14號民事判決。

⁸⁰ 臺灣臺中地方法院100年醫字第7號民事判決。

⁸¹ 臺灣高等法院101年消上字第10號民事判決。

⁸² 最高法院103年台上字第1261號民事判決。

責任之人，亦包括在內。被告為民事共同侵權行為人，應負連帶賠償責任，原告自得對之一併提起附帶民事訴訟⁸³。刑事訴訟附帶民事訴訟，係因犯罪而受損害之人，為請求回復其損害，於刑事訴訟程式附帶提起之民事訴訟。提起是項訴訟，因犯罪而受損害之人，且限於起訴之犯罪事實侵害個人私權，致生損害者，始得為之⁸⁴。凡因被告被訴犯罪事實所生之損害，原告即得在刑事訴訟程序中，附帶提起民事訴訟請求回復其損害。至於原告根據被告被訴犯罪事實，所主張之損害是否存在或成立，乃原告之訴有無理由之問題，尚不影響原告在刑事訴訟程序中附帶為此請求。又所謂因犯罪而受損害，包括因刑事被告之犯罪行為，致原告之財產權及非財產權受有損害在內⁸⁵。採取刑事訴訟程序，依據刑事訴訟法第 161 條第 1 項規定：「檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法。」舉證責任在檢察官，由其負責蒐證及偵查，且病人或家屬亦得提供相關證據資料。因此，對於病人或其家屬而言，刑事訴訟附帶民事訴訟最為有利，除自行委託訴訟代理人外，另有國家機器亦介入醫病糾紛訴訟之中。且不論定罪率或勝訴率如何，個別醫師或甚至醫院，與國家機關實難抗衡。個別病人或家屬，相對於醫師或醫院，則又實力不相當。

有權利必有救濟，有損害得請求賠償，有損失得受補償。醫療糾紛皆非當事人所樂見，主要在於醫病信賴不足，醫學與法學皆屬高度專業領域，二者之間存在巨大鴻溝，惟有溝通才能理解，而彼此各有專業邏輯與語言，非短期可成。訴訟權為憲法第 16 條之制度性保障，立法者亦不得修憲或修法，而予以限制或淘空。然而醫師不是神，不可能診治或療癒所有病症，發生爭議，以訴訟方式解決本屬文明方式，但如何避免醫學與法學之對話發生誤解，甚至將法學邏輯強加於醫學之中，是否妥當，值得深思。且醫療糾紛所生之寒蟬效應已然浮現，醫療基本權利之實現及訴訟權制度性保障之衝突，所產生之不利於實現醫療基本權利問題，立法者亦應思考如何避免病人或家屬誤解而有訴訟權利濫用之情形，進而損及醫療給付功能，實為急迫議題。

貳、結論

經濟、社會及文化權利國際公約之部分條文補充我國憲法關於醫療基本權利，確立以社會保險為主要制度，人民醫療基本權利植基於社會保障法制之交互作用與輝映，醫療基本權利亦屬社會基本權利。依據生命三主要週期，分為出生前、生命存需期間

⁸³ 最高法院 71 年台附字第 5 號刑事判例。

⁸⁴ 最高法院 103 年台抗字第 149 號民事裁定。

⁸⁵ 最高法院 102 年台抗字第 1001 號民事裁定。

及生命終結前等三大時期，各自所需要之醫療照護不同，其涉及國家、醫事服務機構與醫師、病人與家屬之複雜關係，尤其，國家基於社會分配正義，應積極作為建構實現醫療基本權利之醫療保健制度，實現對於人民之生存照顧義務。

不論人民之生命自主權、健康維護權、就醫選擇權及安寧醫療決定權，皆高度仰賴醫師與醫事服務機構之醫療行為與給付，但因醫學與法學認知落差與差距、專業溝通障礙及醫病信賴關係不足，引致越來越多之醫療糾紛與訴訟。關於醫療糾紛之處理，以刑事訴訟附帶民事訴訟為醫療訴訟之最常見類型，對於原告病人而言，僅需指摘醫療行為不當造成不良結果，檢察機關基於法定職責則應主動偵查爭議中，醫事人員是否有疏失，而構成業務過失之相關刑事責任，一方面實現訴訟權之制度性保障；而另一方面，則可能使得提供醫療給付之醫事人員疲於奔命於地檢署與法院之間，且常耗時數年且身心俱疲，因而採取防衛性醫療，僅為取得將來可能涉訟時之有利條件，而忽視診治病人之重要任務與神聖期待。未來不論立法、行政及司法機關，皆應審思如何避免訴訟權利濫用，而使得醫療保健制度減損應有之功能。