

國立交通大學

科技法律研究所

碩士論文

計畫外生育民事賠償責任研析
與實證研究

An Empirical Study on Civil Liability Arising from
Wrongful Birth

研究生：林欣頤

指導教授：陳誌雄 博士

中華民國九十九年三月

計畫外生育民事賠償責任研析與實證研究

An Empirical Study on Civil Liability Arising from Wrongful Birth

研究生：林欣頤

Student : Lin, Hsin-I

指導教授：陳鈺雄 博士

Advisor : Dr. Chen, Chih-Hsiung

國立交通大學
科技法律研究所
碩士論文



A Thesis
Submitted to Institute of Technology Law
College of Management
National Chiao Tung University
in partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of
Master
in
Technology Law
March 2010

Hsinchu, Taiwan, Republic of China

中華民國九十九年三月

計畫外生育民事賠償責任研析與實證研究

學生：林欣頤

指導教授：陳鈺雄 博士

國立交通大學科技法律研究所 碩士班

摘 要

科技發展及時代進步帶來了計畫外生育。因產前檢查結果錯誤而生下殘疾嬰兒的父母，對於醫生是否有損害賠償請求權成為爭議問題。嬰兒的殘疾乃先天發生，並非產前檢查行為所致，若父母可以請求損害賠償，則其法律上之請求權基礎為何？

本文探討計畫外生育中的民事賠償責任，分就契約之債務不履行責任及侵權行為責任之歸責要件、類型及損害賠償義務人與權利人進行討論。若醫生或醫療機構需為計畫外生育負擔損害賠償責任，本文探討具體的損害賠償範圍為何。損害賠償範圍是否包括醫療費用、人力照護費用、特殊教育費用、扶養費用等財產上損害賠償，計算標準及範圍如何。另外，可否請求慰撫金等精神上損害賠償。

此外，本文透過判決分析介紹國內計畫外生育訴訟的實務現況，並透過訪談觀察目前產前檢查實務上醫師與孕婦互動之情形。由於產前檢查之特殊性，本文將論述重點放在醫生於產前檢查中之告知義務。由產檢契約之具體內容導出醫師有告知孕婦精密檢驗技術存在之義務，並由計畫外生育之結果迴避義務導出醫師有告知孕婦產前檢查技術侷限性之義務。若醫生未盡到此二告知義務，即使其醫療給付符合醫療常規或受制於現行技術水準，仍屬於債之履行有過失或未盡善良管理人之注意義務，應為計畫外生育負擔損害賠償責任。

關鍵字：計畫外生育、錯誤生育、產前檢查、告知義務、生育自主權

An Empirical Study on Civil Liability Arising from Wrongful Birth

Student: Hsin-I Lin

Advisor: Dr. Chen, Chih-Hsiung

Institute of Technology Law
National Chiao Tung University

ABSTRACT

As time goes by, upon the progress of technology, it comes wrongful birth. The problem is whether mother of child who suffered from genetically caused abnormalities can bring a medical malpractice action against physicians who had rendered prenatal care. If yes, what is the specific cause of action?

This article focuses on civil liability arising from wrongful birth. There are two probable cause of action. One is torts, and the other is the contract of prenatal care. If physicians have to compensate mother's loss, do the compensations include all the property losses such as medical expenses, cost of special care, cost of special education and general alimony? How to calculate the specific compensation? Can the compensation include non-property loss?

Furthermore, this article makes an empirical study on wrongful birth cases in the past ten years. Also, through the interview with Obstetrician and pregnant women, you can see the interaction between two parties. Because of the speciality of prenatal care, this article focuses on the informed consent in prenatal care. In respect of the prenatal care contract, physicians have the duty to inform patient about available diagnostic test that might reveal possibility of birth defects. Also, physicians have the duty to inform patient about the limitation of diagnostic testing. If physicians rendered these two duties, he/she should compensate mother's loss.

Key words: wrongful birth, prenatal care, informed consent, reproduction right

誌 謝

於此，本篇論文終於告一個段落。若無許多人的幫助，我不可能完成這篇論文，謹藉由此文，表達我對這些人的無限謝意。

首先，我必須感謝我的指導教授陳鈺雄老師。其實，我一直沒有機會修習老師開設的醫療法課程，第一次跟老師有所接觸，是我碩一修法律經濟分析的時候，當時我所屬的組別選擇了醫療傷害相關議題作為期末報告的主題，囿於對醫療法的陌生，我們大膽的寫信詢問老師是否方便提供諮詢意見，獲得老師非常友善且熱心的回應。此後，不論是另一門課的期末報告，或是以醫療傷害為主題投稿參加研討會，我同樣獲得老師非常多的協助。老師不計較我從未受過任何正式醫療法課程的訓練，對於我許多淺薄的提問總是不厭其煩的說明。寫作過程中我的進度很不一定，有時奮起振作、論文字數突飛猛進，一口氣用數萬字的初稿轟炸老師，但更多時候是停滯不前，自己心虛得不敢跟老師聯絡。即使這樣老師也不曾有任何責備之詞，總是鼓勵我，讓我相信自己絕對可以如期完成這篇論文。老師對我而言如同黑夜中明亮的火炬，於寫作碰到瓶頸與困難時，是老師為我照亮前方的路，在老師一路引導之下，我才沒有走上歧路，緩慢但穩定的完成本篇論文。

口試時，承蒙高添富醫師與邱琦法官兩位醫療法界的專家擔任口試委員，高醫師與邱法官精確的指出我論文的盲點與缺漏之處，讓我得以重新思考論述細節及章節安排，令我感激萬分，謹於此致上我最誠摯的謝意。

在科法所三年，受到許多老師的照顧，令我感激無比。劉尚志老師總是豪邁的在活動結束之後帶大家享用高級的慶功宴，讓我大飽口福；林志潔老師扮演著亦師亦姊的角色，讓我在新竹的生活適應良好。我永遠都忘不了初到新竹的某個颱風天，有斷糧危機的我，從老師手中接下熱騰騰的米粉的那份感動；王立達老師在我寫作過程中，經常在 face book 上與我互動，給我許多鼓勵；王敏銓老師與倪貴榮老師帶隊到美西參訪，讓我對留學有更具體的認識；林建中老師在花蓮海邊為我拍下遠眺海面的照片，讓我的回憶透過相片完整的保留。因為諸位老師的照顧與付出，讓我在科法所的生活多采多姿，我無以回報，只能感念在心。

這篇論文實際上由我的一篇期末報告延伸而成，當時同組的涵雯給了我許多幫助。當初若無涵雯跟我一起討論，我對計劃外生育的議題不會有那麼明確的想法。涵雯對本文的貢獻難以估量，我只能在這裡以簡短的文字表達我的感謝。

在研究所期間，我認識了許多重要的朋友。跟卉晴、右萱及立民一起生活的那些日子，笑笑鬧鬧的面對排山倒海而來的工作與隨之而來的壓力，沒有他們，我的研究所生活絕對會黯淡無比。由其是卉晴，她包容我的反覆與陰晴不定，從認識之初到論文口試，一路上給我很大的幫助，我真的非常慶幸自己可以在研究所階段認識這個朋

友。同時，我也很慶幸自己可以認識背景與我截然不同的奕君、若琪及思涵，論文寫作期間我們經常交換心得與技巧，讓我少走了很多冤枉路。雖然我與怡婷、蔚奇、煥婷、偲凡相處的機會較少，但沒有他們，我的研究所生活就稱不上完整。

新竹所辦的玉佩、珮瑜、欣玲及素萍，不管是行政事務或是瑣碎私事上都給我諸多協助，讓我在得以順利的過完我的研究所生活，我非常感激他們辛苦的付出。

琬鈺、佩榮、佳伶等與我相交甚久的朋友，在我寫作的過程中，給我鼓勵，約我出門以排遣埋頭苦寫論文時的那種煩燥的心情，沒有他們，我可能無法心情平靜的如期完成我的論文。

最後，我想把這篇論文獻給我的家人。我的父母—林國賢先生與賴錦惠女士給我滿滿的愛，包容我的自私與任性，讓我在許多同年紀的朋友已經自立的年紀依舊生活無虞，得以無後顧之憂自由自在的求學。我的弟弟包容我的壞脾氣，陪我做盡幼稚的事情，讓我可以保持著年輕的心，順利完成論文。我的家人是最重要的寶貝，因為有他們，才有現在的我。如果我有任何一丁點的成就，我的家人絕對功不可沒。



林欣頤 謹誌於
交通大學 科技法律研究所
九十九年三月

目 錄

中文摘要	i
英文摘要	ii
致謝	iii
目錄	v
圖目錄	x
第一章 緒論	1
第一節 研究動機與目的	1
第二節 研究範圍與方法	4
第一項 研究範圍	4
第二項 研究方法	5
第三節 研究架構與主要內容	6
第二章 計畫外生育概說	8
第一節 問題源起	8
第一項 產前檢查之背景與技術發展	8
第二項 人工流產之合法化	9
第三項 計畫外生育導致的法律問題	11
第二節 各國立法例與實務見解	12
第一項 美國	13
1. 歷史發展	13
2. 實務現況	13
3. 代表案例介紹	15
(1) <i>Gleitman v. Cosgrove</i>	15
(2) <i>Naccash v. Burger</i>	16
(3) <i>Greco v. United States</i>	16
(4) <i>Reed v. Campagnolo</i>	17
(5) <i>Keel v. Banach</i>	19
第二項 法國	20
第三項 德國	21
第四項 日本	22
第三節 我國重要實務判決	23
第一項 新光醫院唐氏症案—羊水判讀失誤	23
1. 案例事實	23
2. 法院判斷	24
3. 判決評析	27
第二項 澄清醫院手部畸形案—超音波檢查失誤	28

1. 案例事實	28
2. 法院判斷	28
3. 判決評析	30
第三項 台中榮總重度地中海型貧血案—基因檢查失誤	32
1. 案例事實	32
2. 法院判斷	32
3. 判決評析	33
第四節 小結	34
第一項 各國普遍承認計畫外生育為合法訴因	34
第二項 損害賠償範圍為主要爭議問題	34
第三章 計畫外生育之民事賠償責任類型	36
第一節 產檢契約上之損害賠償責任	36
第一項 產前檢查契約為委任契約或近似委任之非典型契約	36
第二項 產前檢查契約中醫生說明義務	37
1. 美國	37
(1) 理性醫師說	38
(2) 理性病人說	38
(3) 具體病人說	38
(4) 折衷說	39
2. 德國	39
3. 我國	39
4. 本文見解	40
第三項 產前檢查契約之內容與債務不履行	41
1. 產前檢查契約內容包含孕婦中止懷孕的選擇權	41
2. 產前檢查契約內容包含告知孕婦精密檢驗資訊	43
第二節 侵權行為上之損害賠償責任	45
第一項 計畫外生育涉及的權利	46
1. 孕婦之身體權與健康權	46
(1) 學說見解	46
(2) 實務見解	48
(3) 本文見解	48
2. 孕婦之生育自主權	48
(1) 美國法	49
a. 隱私權概念的源起	49
b. 隱私權與避孕自由	50
c. 隱私權與婦女墮胎自主權	50
(a) Roe v. Wade	51
(b) Webster v. Reproductive Health Service	52

(c) Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania	53
v. Casey	
d. 小結	55
(2) 我國法	56
a. 學說見解	57
(a) 否定說	57
(b) 肯定說	57
b. 實務見解	58
(a) 否定說	58
(b) 肯定說	59
c. 小結	59
(3) 本文見解	60
3. 家庭計畫自主決定權、人工流產自主決定權	63
第二項 侵權責任原因事實	64
1. 醫療人員之過失	65
(1) 英美法上之醫療過失判斷	65
a. 地區性原則、類似地區原則、國家原則	65
b. 一般醫師及專科醫師原則	66
c. 其他醫師的慣行	66
(2) 我國法上之醫療過失判斷	66
(3) 本文見解	67
2. 醫療機構之過失	68
第三節 損害賠償義務人	69
第一項 醫療機構	69
1. 債務不履行責任	69
2. 侵權行為責任	70
第二項 醫師及其他相關醫事人員	70
1. 債務不履行責任	70
2. 侵權行為責任	71
第四節 損害賠償權利人	71
第一項 孕婦	71
第二項 孕婦之配偶	72
1. 附保護第三人作用契約？	72
2. 家庭計畫自主決定權受侵害？	73
3. 因計畫外生育受有經濟上之不利益？	74
4. 與殘疾嬰兒間的親子身分法益受侵害？	75
第五節 小結	76
第四章 損害賠償範圍與計算	80

第一節 損害賠償範圍	80
第一項 債務不履行之損害賠償範圍	80
第二項 侵權行為之損害賠償範圍	81
第二節 財產上損害	82
第一項 醫療費用、人力照護費用、特殊教育費用	82
1. 醫療費用	83
2. 人力照護費用	84
3. 特殊教育費用	84
第二項 一般扶養費用	84
1. 肯定說	85
2. 否定說	86
3. 實務見解	87
4. 本文見解	88
第三節 非財產上損害	89
第四節 小結	90
第五章 實證研究資料分析	92
第一節 案例分析	92
第一項 案例蒐集範圍與方法	92
第二項 我國計畫外生育相關判決量化分析	93
1. 嬰兒殘疾態樣分析	93
2. 原被告分析	94
3. 裁判維持率與上訴比例分析	96
4. 原告終審勝敗訴分析	97
5. 案件鑑定分析	98
6. 判決理由分析	99
(1) 孕婦得否主張生育自主權	99
(2) 醫療技術的限制	100
(3) 告知義務	101
第二節 深入訪談	102
第一項 訪談對象之資格限制與抽樣原則	102
第二項 訪談資料處理與受訪者之基本資料	104
第三項 訪談資料分析	105
1. 醫療實務上的告知現況	105
(1) 醫生已普遍認知告知的重要性	105
(2) 產前檢查中的告知方式-普遍認為書面告知非常重要	107
(3) 告知內容	109
(4) 告知義務人—以醫生為主	112
(5) 告知對象—以孕婦為主	112

(6) 醫師認為孕婦也有誠實告知的義務	113
2. 孕婦接受告知的情形	114
(1) 孕婦告知醫生自身基本資料的方式	114
(2) 產前檢查方式的告知	115
(3) 進行告知者—主要由醫生對孕婦告知	119
(4) 對產前檢查接受告知的整體觀感	120
第四項 小結	121
第六章 結論與建議	123
第一節 計畫外生育是時代進步、科技發展後才會發生的新興議題	123
第二節 世界主要國家及我國均傾向承認計畫外生育訴訟	124
第三節 產前檢查契約的性質與內容	125
第四節 計畫外生育侵害婦女的身體權、健康權與生育自主權	126
第五節 醫生於產前檢查中的告知義務範圍	127
第六節 否定懷孕婦女的配偶有損害賠償請求權	127
第七節 損害賠償範圍限於因嬰兒殘疾所衍生的額外費用及慰撫金	128
第八節 主張債務不履行損害賠償對原告及醫師較有利	129
第九節 法院處理計畫外生育的議題有細緻化的空間	129
第十節 應消弭產前檢查中醫師與孕婦認知間的落差	131
第十一節 健保制度下看診品質低落的問題應被重視	131
參考文獻	132
附件一 舊版手術同意書範本	138
附件二 新版手術同意書範本	139
附件三 計畫外生育全部判決列表	141
附件四 周產期醫學會提供之單張範本	143

圖目錄

圖一 嬰兒殘疾態樣分析	93
圖二 原告主體分析	94
圖三 被告主體分析	95
圖四 上訴比例分析	96
圖五 裁判維持率分析	96
圖六 原告終審勝敗訴分析	97
圖七 案件鑑定比例分析	98
圖八 原告是否主張生育自主權	99
圖九 法院對生育自主權的判斷	100
圖十 案件涉及告知義務	101



第一章 緒論

第一節 研究動機與目的

近年來，隨著醫療普及、國民知識水準提升、社會經濟成長、社會結構改變，病人權利意識逐漸抬頭，民眾對醫生的權威性及依賴感不如以往，醫病關係趨於緊張，當醫生或醫療機構¹提供的醫療服務與病患或家屬期待與認知不符合時，醫療糾紛隨即產生。打開電視或翻開報紙，「男嬰 15 夭折，產婦控產檢不實」²、「產檢無異狀，婦產畸嬰、家屬告醫」³、「產檢出差錯，新生兒少一條腿」⁴、「產檢沒異樣，子為何缺陷」⁵、「超音波沒問題，孩子卻沒了右手」⁶、「產檢照不出畸形，婦控醫院害人命」⁷，相類似卻一再出現的斗大新聞標題，讓懷孕婦女心驚膽跳，擔心自己的小孩會是下個新聞主角。即使簡單的只以「畸形」加上「產檢」為關鍵字在各大新聞網搜尋，也可以輕易發現此種「有進行產前檢查卻未檢出嬰兒殘疾，醫護人員告知父母錯誤的胎兒健康資訊，使父母誤以為胎兒正常卻生下殘疾嬰兒」之爭議層出不窮，絕非特殊個案。這種情形在美國法中是一種特殊的訴訟型態，名為「wrongful birth action」⁸，近來在美國已獲逾半數的州法院承認唯一種合法的訴訟型態。

¹ 依醫療法規定，醫療機構分為公立醫療機構、私立醫療機構、醫療法人（包括醫療財團法人及醫療社團法人）設置之醫療機構、以及法人附設醫療機構（醫療法第 3-6 條）。雖然醫療機構本身可能不具備法人格，但由其不同分類，實際運作上並不難界定醫療契約締約主體。為求描述上之便利，本文一律以「醫療機構」一詞代表擁有醫療機構的自然人、法人或管理醫療機構，並具有法律上責任能力的公法人或公家機關。

² 華視新聞網：<http://news.cts.com.tw/cts/society/200910/200910060326588.html>（最後點閱時間：2010 年 3 月 5 日）

³ 華視新聞網：<http://news.cts.com.tw/cts/society/200909/200909220320002.html>（最後點閱時間：2010 年 3 月 5 日）

⁴ 華視新聞網：<http://news.cts.com.tw/cts/society/200908/200908020296516.html>（最後點閱時間：2010 年 3 月 5 日）

⁵ 聯合報 A9 版，2009 年 3 月 5 日。

⁶ TVBS：http://www.tvbs.com.tw/news/news_list.asp?no=yu20090227130305（最後點閱時間：2010 年 3 月 5 日）

⁷ TVBS：http://www.tvbs.com.tw/news/news_list.asp?no=yu20081222125540（最後點閱時間：2010 年 3 月 5 日）

⁸ “wrongful birth action”依據 Black’s Law Dictionary(8th edition)的定義為“A lawsuit brought by parents against a doctor for failing to advise them prospectively about the risks of their having a child with birth defects.”目前國內對 wrongful birth 尚無統一一致的翻譯，有譯作「錯誤的出生」者，如黃立，「消保法第七條與民法第一九一之三條對醫療行為適用之研析」，政大法學評論第 75 期，頁 35（2003），亦有由德文相同概念名詞而譯作「不被期待生命」者，惟「錯誤」及「不被期待」均帶有負面意義，與生命無價、憲法保障人性尊嚴之意旨不符。筆者認同侯英冷教授提出「計畫外生育」譯名之原因及理由，故採用之。詳見侯英冷，「『計畫外生命』與『計畫外生育』之民事上賠償責任之爭議」，成大法學，第 4 期，頁 181（2002）。另王澤鑑教授於其近期著作中，對於 wrongful birth 一詞亦採用「計畫外生育」之譯名，詳見王澤鑑，「損害賠償法的體系、請求權基礎、歸責原則及發展趨勢」，月旦法學雜誌，第 119 期，頁 128（2005）。

在現今資訊發達的社會中，醫療糾紛很容易佔據新聞版面引起社會大眾的注目，卻也因為報導偏頗、新聞工作者及民眾都一知半解欠缺專業知識、醫界知識的傲慢等等原因，使已經趨於緊張的醫病關係更加惡化，醫療糾紛有逐漸白熱化的趨勢。關於醫療糾紛的討論，反覆出現的說法很多，或謂醫療糾紛多為病人無理取鬧而起，因病患自身欠缺醫療知識，致使醫生動輒得咎；或謂台灣的病患或家屬喜好「以刑逼民」，透過提起刑事訴訟以換取醫生及醫院與病患、家屬和解；或謂在醫療糾紛中，法院判決過度仰賴醫事鑑定，在醫醫相護的情形下，病患方甚難透過訴訟程序獲得合理的賠償……，各種說法莫衷一是，唯一可以肯定的是無人樂見醫療糾紛發生，醫療訴訟更是導致醫病雙方兩敗俱傷的主因之一。學者研究指出在美國醫療訴訟事件往往會引發醫病間更嚴重的衝突，醫界認為病患索賠常常滿天喊價而並非真正受有如此高額損害，並戲稱醫療訴訟是「訴訟樂透」，讓有些病患可藉此獲得意外之財，而那些真正受到重大傷害的病患卻未必能夠受到補償⁹。多年來，醫界及法界嘗試透過各種方法弭平醫病雙方爭議，惟至今尚未有具體成效，只有不斷出現的新聞標題，再再打擊醫病雙方的心，使彼此關係更加緊張，陷入惡性循環。

社會需要新生命的加入方能延續，而新生命的誕生往往又需要婦產科醫生的協助，但近年婦產科專科醫師人數急遽下降，依據衛生署核證專科醫師人數統計資料顯示，2007年當年度核證的1235位專科醫師中，婦產科專科醫師僅42人¹⁰，佔當年度核可專科醫師總數3.4%，相較於1997年的95人，減少了將近56%（1997年全年核可專科醫師人數為1254人，與2007年相近）。由前人的統計資料亦可得知，於2004年及2005年連續兩年的新進婦產科實習醫生（R1）均少於35名，比二十年前最高峰的120人，減少了75%。其減少速度比台灣近幾年新生兒減少速度（2004年21.6萬名，相較於1982年的41.4萬名，減少一半）更快更明顯。根據內政部統計，台灣在2009年的婦女生育率降到1.0人，為全世界最低¹¹，生育率下降與婦產科專科醫師人數減少間之關連性不證自明，但婦產科專科醫師人數下降似乎還受到其他因素影響。由台灣1997年到2001年醫事鑑定案件總數計算出不同科別每名醫師被訴機率，婦產科醫師高居首位，外科次之，每名婦產科醫師有11.5%的機率面臨醫療訴訟，約是外科6.3%的兩倍，內科3%的四倍¹²。由此可見，雖然生育率下滑，每年新生兒人數明顯下降是婦產科醫師人數減少的原因之一，但顯然高居首位的被訴機率也是醫學院畢業生裹足不前，不願意成為一位婦產科專科醫師的重要因素。

婦產科醫師可能面臨的醫療訴訟有相當多種，其中包括因產前檢查所產生的糾紛。產前檢查有多種目的，除了優生保健的功能外，亦能讓父母事先了解胎兒的健康

⁹ David M. Studdert, Michelle M. Mello, Troyen A. Brennan, *Medical Malpractice*, 350 NEW ENG J. MED 283, 283 (2004).

¹⁰ 歷年醫事人員核准給證人數，行政院衛生署統計公佈欄：

<http://www.doh.gov.tw/CHT2006/DisplayStatisticFile.aspx?d=69232>（最後點閱時間：2010年3月5日）

¹¹ 「台灣生育率，全球最低」，中時電子報：

<http://news.chinatimes.com/CMoney/News/News-Page-content/0,4993,11050701+122010010900111,00.html>（最後點閱時間：2010年3月5日）

¹² 葉光芃，「婦產科人力規劃」，台灣婦產科醫學會會訊，第114期，頁28（2006）。

情形，作為評估繼續懷孕或者中止妊娠之依據，以避免產下具有先天殘疾之嬰兒，成為家庭、社會難以承擔之累，但是計畫外生育的例子屢見不鮮，孕婦往往在非自願的情形下，意外地生下殘疾嬰兒。試想，新生兒父母滿懷期待以為自己迎接的是健康的新生命，卻發現自己的小孩有嚴重的先天疾病或身體缺陷，造成小孩早夭或後續沉重的照護負擔，情何以堪。又婦產科本已因新生兒人數下降及被訴率高成為醫學院畢業生避之唯恐不及的科別，少數選擇成為婦產科醫師者又得面臨此種牽涉甚廣的醫療糾紛，莫怪婦產科醫生們也是人人自危，聞之色變，唯恐自己成為下一個在新聞媒體上遭受公審，被輕率評斷為醫術不佳、欠缺醫德的不良醫師。

筆者身為女性，認為計畫外生育之議題切身相關，故特別抱有高度興趣。又本文認為以產前檢查技術日新月異，檢查方式及精密度相較於從前皆已大幅提升之現代而言，為何計畫外生育之情形依舊經常發生，實為值得探究的問題。計畫外生育究竟導因為何？是否真係醫生檢查錯誤、告知不足，或著根本是孕婦理解有錯誤？嬰兒患有唐氏症、地中海型貧血等先天疾病，或有肢體缺損之情形，乃醫療行為介入前即存在，此時因技術限制或人為疏失未於產前檢查檢出，導致嬰兒出生之健康情形與父母事先認知不同，是否可認為嬰兒父母因此受有損害？計畫外生育所侵害者究為某種權利或單純僅造成嬰兒父母財產上之損失？若認為計畫外生育侵害了某種權利，該權利究為婦女之健康權，生育自主權，單純父母雙方的財產權，或他種權利？美國法上普遍承認計畫外生育訴訟為一種特殊的訴訟型態，我國司法體系中又是如何看待計畫外生育的問題？現行計畫外生育的爭議是否能透過訴訟制度解決紛爭？若能透過研究了解計畫外生育發生的原因，以及計畫外生育發生後的紛爭解決機制，或許能自源頭有助於減少糾紛的發生，即使很不幸的糾紛依舊發生，亦能仿照美國模式，循一套既定的紛爭解決機制弭平爭議。

計畫外生育之結果不可逆且沉重，所造成之糾紛往往耗時費力難以解決。事實上，產前檢查中，孕婦相較於醫生通常是弱勢的一方，擁有專業知識的醫生必須告知孕婦很多事情，以確保母體及胎兒在整個懷孕過程的健康，有謂「產科學的精神就在告知」¹³正是此意。此外，產前檢查雖然被認為是醫療行為之一種，但二者特性上有所差異。一般醫療行為中，病患除希望醫師提供正確診斷外，重點在於後續治療方案的提供。但產前檢查主要涉及檢驗的提供，除非檢驗結果顯示孕婦或胎兒不健康，才有後續治療的問題。易言之，相較於一般醫療行為的重點在於後階段的治療，產前檢查的重點在於前階段的檢驗，孕婦期待醫師正確實施產前檢查並正確傳達檢驗結果，若已進行的檢驗方式不足以顯示胎兒健康與否，孕婦也會期待醫生建議更進一步的檢驗方式。是故，本文將重點放在醫師的告知，希望能透過研究提出針對醫師及法院雙方的建議。醫師方面，一方面透過判決分析提供醫師司法實務見解整理，讓醫師了解於產前檢查中正確的告知對象為何，何種程度的告知始為充分，使其有進行告知的行為準則；二方面透過訪談，提供醫師孕婦對產檢告知的理解情形，以幫助消弭醫師與孕婦認知間

¹³ A1 受訪者訪談資料，詳見本文第五章。

的落差。法院方面，一方面提供資訊讓法院了解目前醫療實務操作情形，使法院在醫生「注意義務」的判斷上可以更具體、明確；二方面提供法院判決統計數據，使官知道其他法官面臨計畫外生育問題時的態度，作為其審判的參考。

第二節 研究範圍與方法

第一項 研究範圍

最廣義的計畫外生育係指從父母的立場觀之，醫師未盡應注意而能注意的義務，使小孩的出生或小孩出生的狀態違反夫妻雙方原本的家庭或子女生育計畫，主要有四種可能情形：（一）用藥錯誤導致胎兒畸形；（二）輸血或醫療過程中，因過失導致懷孕婦女感染，而致胎兒畸形；（三）失敗的避孕措施，而導致婦女仍懷孕生子；（四）因錯誤檢查結果致懷胎婦女未墮胎而生下不健全的小孩¹⁴。惟一般討論計畫外生育時，通常會做限縮解釋，依據Black's Law Dictionary（8th edition），「wrongful birth action」被定義為「A lawsuit brought by parents against a doctor for failing to advise them prospectively about the risks of their having a child with birth defects.」。亦即通常學說及實務上所討論的計畫外生育訴訟指因醫生的過失未診斷出胎兒的潛在缺陷或未對其父母盡合理告知義務，導致殘障嬰兒出生，殘障嬰兒的父母作為原告對醫生提起損害賠償訴訟。由於醫生的過失，使嬰兒父母喪失原本可能享有的墮胎機會，為了矯治孩子的殘疾可能花費大量金錢，並且因為孩子有嚴重殘疾而遭受巨大的精神痛苦，故他們提起計畫外訴訟以期獲得救濟¹⁵。依據統計，在美國最常導致wrongful birth的三種情況分別是：（一）醫生或基因諮詢人員未警告準父母他們可能產下有基因缺陷的小孩；（二）醫生未盡適當注意實施產前檢查；（三）醫生或健康照護人員未精確報告產前檢查的結果¹⁶。

參考以上定義與統計結果，為縮小討論範圍、集中爭點，本文將計畫外生育定義為孕婦有進行產前檢查卻未檢出胎兒殘疾，醫護人員告知父母錯誤的胎兒健康資訊，使父母誤以為胎兒健康卻生下殘疾嬰兒之情形。此時胎兒殘疾乃先天發生，與醫療行為無涉，本文所指稱之計畫外生育皆為此種案例類型，排除胎兒之殘疾情形乃外力所致之案例¹⁷，也排除因失敗的避孕措施導致婦女懷孕生下小孩之情形¹⁸。此外，為正當化損害

¹⁴ 侯英冷，「『計畫外生命』與『計畫外生育』之民事上賠償責任之爭議」，成大法學，第4期，頁183（2002）。

¹⁵ Thomas A. Burns, *When Life is An Injury: An Economic Approach to Wrongful Life Lawsuits*, 52 DUKE L.J. 807, 809 (2003).

¹⁶ GEORGE P. SMITH, II, *BIOETHICS AND THE LAW: MEDICAL, SOCIO-LEGAL, AND PHILOSOPHICAL DIRECTIONS FOR A BRAVE NEW WORLD* 155 (1993)

¹⁷ 若胎兒之殘疾情形乃「醫療行為本身」直接所導致，例如在進行絨毛膜取樣的過程中，因醫師採取絨毛膜之疏忽導致胎兒肢體缺損或四肢發育異常，此種情況乃單純醫療疏失，以傳統侵權行為處理即可。

¹⁸ 因失敗的避孕措施導致婦女懷孕生下小孩之情形，有將之歸類於wrongful birth討論者，亦有學者將其獨立為wrongful conception（計畫外懷孕）。計畫外懷孕係指夫妻基於某些因素考量後，不願意再生育小孩，前往醫生處做結紮手術或進行其他避孕措施，由於手術失誤或醫生未盡告知義務，導致婦女

賠償請求權，本文所稱殘疾嬰兒僅指透過產前檢查或遺傳診斷諮詢等各種手段得以發現，並得依法進行人工流產之各種疾病與缺陷為限，若殘疾嬰兒之疾病或缺陷並非產前檢查或遺傳診斷諮詢得以事前發現者，非屬本文所討論之殘疾嬰兒範疇。

第二項 研究方法

根據以上研究範圍，本文主要採取文獻分析法及實證研究法探討計畫外生育的損害賠償問題。

1. 文獻分析

文獻分析部份，除計畫外生育直接相關的期刊論文外，本文亦蒐集產前檢查、醫師告知義務、生育自主權之相關文獻，介紹內容並進行闡釋、分析，鞏固理論基礎。同時，為強化論述的深度及廣度，除我國文獻外，本文主要參考英文文獻。選擇英文法上文獻除係筆者個人能力限制外，美國在計畫外生育的議題上發展甚早，經過時間累積已經產生豐富論述及相關案例可供參考，藉由參考在計畫外生育議題上發展已臻成熟的英美法上論述或許可以提供筆者不同於我國歐陸法系的更寬廣的思維。

2. 實證研究

實證研究部分則區分為判決分析與深入訪談兩種。計畫外生育發生後，可能的糾紛解決機制可粗略分為和解與訴訟兩種類型，由於和解部分有資料取得上的困難，故本文以分析法院判決為主。目前美國的司法實務上廣泛承認計畫外生育得提起訴訟，除了少數幾個至今仍不承認計畫外生育訴訟的州以外，其他州面對計畫外生育的問題時，多半以新型態之侵權行為類型或是醫療過失訴訟（Medical Malpractice）來處理¹⁹。我國至今則莫衷一是，有主張應以侵權行為處理者，亦有主張應以不完全給付之債務不履行解決此種糾紛者。為了解我國實務上處理計畫外生育的作法，本論文採用敘述性統計²⁰的方式，透過法源法律網的裁判書查詢系統²¹蒐集計畫外生育相關判決後加以量化分析，並針對特定判決理由進行深入探討，希望能從當事人爭訟的過程中，了解糾紛起因何在，同時觀察法院在此類計畫外生育案件上之態度。

深入訪談部分，筆者邀訪婦產科醫生以及有懷孕經驗的婦女，藉由問答的方式了解目前醫療實務的操作和孕婦在產前檢查時接受告知的情形，再就訪談的內容進一步比較、分析，希望能了解醫生及孕婦對於產前檢查相關知識及程序的認知是否有落差，若無落差，那麼計畫外生育究竟導因為何？若有落差，那麼為何這種落差存在？此種

懷孕生下健康或不健康之胎兒。參考美國法上主流分類，本文將因失敗的避孕措施導致婦女懷孕生下小孩之情形定位為計畫外懷孕，並非本文討論範疇，故僅在此簡單介紹，其餘略而不論。

¹⁹ 陳佩吟，醫生產前檢查失誤之民事賠償責任，東吳大學法研所碩士論文，頁 28-30（2005）。

²⁰ 敘述性統計包括搜集、整理、表現、分析與解釋資料。意即它是討論如何搜集調查資料，以及將所獲得的資料，加以整理表現解釋與分析。

²¹ 法源法律網-裁判書查詢系統：<http://fyjud.lawbank.com.tw/>（最後點閱時間：2010年3月5日）

落差是否為導致計畫外生育的原因？若是，則誰該為這種落差導致的計畫外生育負責？深入訪談的操作上，筆者採取半結構式訪談，在訪談進行之前，根據前述動機與目的，設計訪談大綱，作為訪談指引方針，但在整個訪談進行過程，並非完全根據訪談大綱的順序來進行訪問工作，而依實際狀況，對訪談問題做彈性調整，希望能由受訪者對於問題本身的認知及個人生活經驗不同，獲取具有差異且有廣度之結果。

第三節 研究架構與主要內容

承前述研究範圍與研究方法，本論文除第一章緒論外分為五章，合計共六大章，結構如下：

第一章：

本章為緒論，闡明本文之研究動機與目的、研究範圍、研究方法，及論文架構。

第二章：

本章分為四節，主要目的在介紹計畫外生育。首先是計畫外生育的問題源起。有系統的產前檢查最早始於二十世紀初，但在美國目前可考的第一起計畫外生育訴訟發生在 1960 年代，為何會發生計畫外生育的問題，值得探究。同時，筆者於本章將介紹目前各國對於計畫外生育議題之立法例與實務見解，以了解目前各國發展現況，再反觀我國目前重要的實務判決，進行比較，提供讀者對於此議題之背景知識。

第三章：

本章分為五節，分就契約之債務不履行及侵權行為責任角度切入探討計畫外生育之民事賠償責任類型。於契約之債務不履行部分，重點在於特定產檢契約之具體內容，以界定何種情況為契約之債務不履行；於侵權行為部份，除特定計畫外生育涉及之權利外，重點在於產前檢查中醫師說明、病患同意之過程，若醫師之說明有瑕疵或病患之同意有瑕疵，該醫療處置即有可能構成侵權行為。確認計畫外生育中的債務不履行或侵權行為存在後，本章繼續探討計畫外生育損害賠償責任之義務人及權利人，重點在於孕婦之配偶於計畫外生育中是否有損害賠償請求權。

第四章：

本章分為四節，探討計畫外生育的具體損害賠償範圍。爭議之處有二：（一）計畫外生育導致的損害是否為純粹經濟上損失？得否以侵權行為求償？（二）財產上損害賠償部分，殘疾嬰兒之一般扶養費用，是否可以作為損害之一部而向人請求債務人請求損害賠償。

第五章：

本章分爲二節，提供計畫外生育實證研究資料分析。首先闡明實務案例蒐集的範圍與方法及訪談對象的選擇與方法，其次針對案例蒐集所得結果進行量化分析，以及對訪談結果進行比較分析。

第六章：

本章總結以上各章提出最後的研究結論與建議。



第二章 計畫外生育概說

第一節 問題源起

「生殖背後涉及龐大的經濟投資考量」²²這句話或許因為過於露骨，有違傳統認為父母與子女之緊密聯繫建立在親情關係而非經濟利益的假設而讓人無法接受，但顯然在現代大部分人都不會否認，除了精神關懷、勞心費力的呵護外，撫養一個小孩直至成年需要花費大筆金錢是不爭之事實。依據試算，撫養一個小孩直到成年，最基本的花費粗估約新台幣百萬餘元，若小孩使用進口產品、就讀私立學校，則花費甚至可能高達新台幣八百萬元²³；根據中國大陸的新聞報導，在上海撫養一個小孩直到成年甚至必須花費八十至九十萬元人民幣²⁴，這些數據皆指撫養「健康」小孩之情形，撫養一個有健康上疑慮的殘疾小孩所衍生的花費恐怕更加驚人而難以估計。此外，出於「孩子，我要你比我更好」的望子成龍、望女成鳳的傳統觀念，父母對於下一代總是寄予厚望，希望從一開始就有一個健康甚至較為優秀的小孩，因而產生了對下一代的「控制」與「完美塑造」的迷思。過去的父母透過較為迷信的手段企圖達成自己的目的，例如農民曆上生男生女的偏方以及禁忌，或是國外相信在滿月或特定條件下懷孕可以影響下一代的某些特徵。時至今日，隨著醫療科技的發展及經濟與知識水準的提升，現代父母轉而透過較為精確的方法掌控下一代的性別、健康甚至基因特徵，而產前篩檢的相關技術就是達成此種目標的主要手段。

本節首先介紹產前檢查之背景與相關技術，帶出隨著科技發展及民眾觀念改變而產生的優生保健思維，最後探討使產檢目的落空並且有違優生保健概念的計畫外生育所導致的法律問題。

第一項 產前檢查之背景與技術發展

依據統計，大約百分之二到百分之三的嬰兒在出生時，可以發現明顯的先天異常或畸型。這些異常有些與基因或染色體的不正常相關。如能在產前進行診斷，及早偵測異常是否存在，這對於後續孕期的追蹤方式、是否中止妊娠，甚至生產的方式等的決定皆相當重要，這樣的檢查稱為產前遺傳診斷²⁵，包含於廣義的產前檢查之中。

²² 史蒂夫·瓊斯 (Steve Jones) 著，張美惠譯，Y 染色體—男子漢的本質 (Y: The Descent of Men)，頁 52-73 (2005)。

²³ 參考投資公司的理財試算，<http://cases.singho.com.tw/jf-6/n01-4.htm> (最後點閱時間：2010 年 3 月 5 日)。最基本花費指小孩喝母乳、入學前全由母親照顧、就學過程中全部就讀公立學校等；相對於此，昂貴的花費指小孩從小喝進口配方奶粉、僱用保母照顧、並且從小到大都就讀私立學校等。

²⁴ 「90 萬養一個孩子到畢業 費用等於買套房？」，中國新聞網：

<http://www.cns.hk:89/estate/estate-gfgs/news/2009/09-15/1866516.shtml> (最後點閱時間：2010 年 3 月 5 日)

²⁵ 李從業等著，實用產科護理，頁 58 (2008)。

有系統的產前檢查始於二十世紀初。當時在美國波士頓，爲了照顧眾多在家生產的產婦，護士與社會工作者定期前往訪視或照顧。由於成效頗佳，波士頓產科醫院遂於 1911 年正式成立產前門診，進行有規劃且有系統的產前檢查工作，大大降低了孕產婦、胎兒及新生兒的死亡率。1914 年約翰霍普金斯醫學院也成立產前門診，結果發現，有系統的產前檢查至少使胎兒死亡率降低百分之四十²⁶。

雖然產前檢查在二十世紀初即已開始，但一開始僅偏向基礎的常規檢查，隨著醫療科技的發展，1950 年代起出現關於染色體錯誤之測試能力，能在懷孕初期檢測出部份遺傳疾病，如血友病等；並於 1960 年代發展出絨毛膜穿刺技術，以偵測因第二十一對染色體異常而導致之唐氏症，但由於此一技術對於懷孕前九週之胎兒具有導致肢體未稍或顏面殘疾之風險性，以及其他技術上之限制，故於 1972 年開始改以羊膜穿刺技術，以及 1980 年代之母體血清篩檢等方式，藉由測試 α 胎兒蛋白（AFP）以檢查胎兒之健康狀況。除此之外，超音波掃描、胎兒鏡等技術也陸續被運用於胎兒的產前檢查；前者可以診斷無腦症、脊柱裂、先天性心臟缺損、水腦症等先天性或遺傳性疾病；後者則運於診斷如染色體異常、胎兒感染、凝血缺損、血紅蛋白異常、代謝與免疫性疾病等。而運用分子基因技術診斷地中海型貧血症與分析細胞突變以觀察鐮刀型貧血症之方法也出現於 1970 年代末期²⁷。

產前檢查是婦產科工作中最基本、最普通的一項，但產前檢查的好壞卻是一個國家衛生保健工作的重要指標。以美國爲例，百分之九十的孕婦在第一孕期開始產前檢查，是他們爲西元 2000 年設定的目標²⁸。雖然因爲種種因素，台灣的產前檢查風氣傳播較晚，不過經過數十年婦幼衛生工作者的努力，於 1990 年代台灣的產檢率已經高達百分之九十八²⁹，於 1995 年起實施的全民健保，其中包括產前檢查及生產的給付，也有助於產前檢查的落實。

惟胎兒異常並非皆可治癒，產前檢查雖可作爲發現胎兒殘疾的手段，卻非最終解決問題的方法，若透過產前檢查提早發現胎兒異常情形，卻不允許婦女中止妊娠，只是將懷孕婦女的煩惱提早，加深痛苦罷了。欲真正落實產前檢查的目的，必須同時承認婦女有在一定條件下實施人工流產之權利。

第二項 人工流產之合法化

美國最早在 1960 年代晚期就有人向法院提起 wrongful birth action³⁰。早期法院拒絕承認 wrongful birth 是個合法得提起訴訟的原因，主要理由有二：（一）醫療服務提供

²⁶ 謝豐舟主編，周產期醫學，頁 1（1999）。

²⁷ 牛惠之、雷文玫，「生物科技發展脈絡下之胚胎議題——一個法規穩定思維的觀點」，律師雜誌，第 285 期，頁 35（2003）。

²⁸ 謝豐舟，前揭註 26，頁 1。

²⁹ 同前註，頁 1。

³⁰ 詳見本文第二章、第二節、第一項 美國法上關於計畫外生育的立法例與實務見解。

者所提供的服務並非造成小孩有缺陷的原因；(二)墮胎為違法行為，即使醫療服務提供者提供準父母正確的資訊，確實診斷出胎兒缺陷或警告胎兒有發生缺陷的可能，準父母亦無法自由決定中止妊娠，勢必得將有缺陷的小孩生下，後者乃法院拒絕承認 wrongful birth action 的主因。直到 1973 年 Roe v. Wade³¹ 一案明確承認婦女有墮胎權後，wrongful birth action 在美國才獲得生機，有被法院承認的可能³²。

人工流產，即俗稱之墮胎，乃以外力影響胎兒存續最直接的手段。人工流產技術所引發的道德、宗教與法律的相關辯論，直到廣泛承認婦女有墮胎權之今日依舊持續著。美國著名的科幻小說家菲利普·狄克曾發表過一篇名為「準人類」的短篇小說，內容大致關於未來立法規定，十二歲以下的小孩缺少靈魂，並非完整的人類，故父母得對之進行「墮胎」³³。很顯然這是一種對於國家承認墮胎權後，將墮胎權無限制延伸擴張的諷刺與恐懼。

婦女選擇墮胎的理由不一而足，有因經濟因素者，如在節育技術尚不發達時，因生育過多而進行墮胎者；有社會性因素者，如未婚懷孕或通姦懷孕，而礙於風俗禮教所為者，或基於傳宗接代的性別需求而為之；至於醫療因素，則多以晚近醫療診斷與產前檢查技術發展之後，以母或子女之健康為由而實施者³⁴。而反對墮胎者的核心思想則是認為胚胎或胎兒在本質上是人，無人有權剝奪其生存機會，在最激進的反墮胎者眼中，進行墮胎與殺人無異。

惟近五十年來因為醫學科技發展迅速，使得醫師多了許多奇妙的工具：試管嬰兒、精卵捐贈、子宮內手術等，這些發明改變了傳統的生殖概念；另一方面，呼吸器等生命支持系統與器官移植技術也扭轉了瀕死命運，改變人類對死亡的看法。科學奔馳下，社會也隨之演化，現代公民對道德的體認與倫理的抉擇漸漸轉向尊重婦女的選擇權，英國（1967）³⁵、美國（1973）³⁶與台灣（1984）³⁷先後做出承認墮胎權的判決或立法允許婦女墮胎³⁸。在墮胎合法化後，若透過產前檢查事先得知胎兒有健康疑慮，多數國家賦予孕婦自主決定是否繼續妊娠之權利。以台灣為例，中華民國人口政策綱領第 10 條宣示，國家應「加強生育保健服務，預防遺傳性、傳染性及精神性疾病，以增進國民健康及家庭幸福」。優生保健法第 1 條亦開宗明義的宣示「為實施優生保健、提高

³¹ Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973). 關於美國法上對墮胎權之承認及態度之演變，詳見本文第三章、第二節、第一項、2 孕婦之生育自主權 以下討論。

³² Lori B. Andrews, *Torts And The Double Helix; Malpractice Liability For Failure To Warn of Genetic Risks*, 29 HOUS. L. REV. 149, 152-55 (1992).

³³ 關於該短篇小說，見菲利普·狄克 (Philip K. Dick) 著，周慧萍譯，「準人類」，記憶裂痕，頁 348 (2005)。

³⁴ 宋克芳，「計畫外出生先天缺陷兒」之民事損害賠償責任研究，成大法研所碩士論文，頁 10 (2005)。

³⁵ 英國於 1967 年制定了墮胎法案 (Abortion Act 1967)，是西方國家最早允許合法墮胎者，該法目前仍然使用中。詳可參考英國婦產科學會：

<http://www.rcog.org.uk/what-we-do/campaigning-and-opinions/briefings-and-qas/human-fertilisation-and-embryology-bill/-abor> (last visited: 2010.3.5)

³⁶ Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

³⁷ 我國於民國 73 年制訂優生保健法，允許一定條件下的墮胎行為。優生保健法於民國 88 年及民國 98 年共進行過三次修正，目前仍然使用中。

³⁸ 江盛，「墮胎：倫理，道德，社會和法律的演化」，婦產科醫學會訊，第 147 期，頁 31 (2009)。

人口素質，保護母子健康及增進家庭幸福，特制定本法」。為達到以上目標，優生保健法第 9 條³⁹規定有條件的允許懷孕婦女實施人工流產。又，同法第 11 條亦課予醫師告知、勸導義務，規定「醫師發現患有礙優生之遺傳性、傳染性疾病或精神疾病者，應將實情告知患者或其法定代理人，並勸其接受治療。...懷孕婦女施行產前檢查，醫師如發現有胎兒不正常者，應將實情告知本人或其配偶，認為有施行人工流產之必要時，應勸其施行人工流產。（節錄）」。綜合人口政策綱領及優生保健法觀察，在國家「優生保健」⁴⁰的人口政策方向上，原則上期待孕婦透過產前檢查，篩檢出具有先天疾病或畸形之胎兒時實施人工流產，以提升人口素質以及減少父母、家庭和社會的負擔。

綜上所述，若墮胎行為為法律所禁止，則不會發生計畫外生育的問題，因為即使事先得知胎兒缺陷，懷孕婦女亦無法進行墮胎。是故，計畫外生育的問題與墮胎之合法化有密不可分的關係。

第三項 計畫外生育導致的法律問題

雖然產前檢查技術發展日新月異，胚胎檢測對孕婦及胎兒可能造成的傷害已大幅降低，但產前檢查中對胚胎進行檢測時，多半仍舊伴隨可能傷害胚胎的物理上風險。惟調查顯示大部分的準父母皆表示願意承擔該種風險，因為進行產前檢查得知正確胎兒資訊後，準父母對懷孕的過程方可確實行使知情選擇權（informed choice），若胎兒患有嚴重疾病或有先天缺陷時，他們才能依據正確資訊及時決定中止妊娠⁴¹。是故，懷孕婦女進行產前檢查的主要目的，除了確保懷孕過程順利，維繫母體健康外，最主要的目的即是在透過產前遺傳診斷，針對有可能懷有遺傳疾病胎兒的孕婦，在其懷孕早期，以現代科技予以查出，及時引產，以免造成社會及家庭的不幸⁴²。

產前檢查的偽陽性、醫師判讀錯誤或錯誤告知，使懷孕婦女喪失了選擇終止妊娠的機會，也造成準父母無法正確行使其知情選擇權，可能導致相關的損害賠償責任成

³⁹ 優生保健法第 9 條規定：

懷孕婦女經診斷或證明有下列情事之一，得依其自願，施行人工流產：

- 一、本人或其配偶患有礙優生之遺傳性、傳染性疾病或精神疾病者。
- 二、本人或其配偶之四親等以內之血親患有礙優生之遺傳性疾病者。
- 三、有醫學上理由，足以認定懷孕或分娩有招致生命危險或危害身體或精神健康者。
- 四、有醫學上理由，足以認定胎兒有畸型發育之虞者。
- 五、因被強制性交、誘姦或與依法不得結婚者相姦而受孕者。
- 六、因懷孕或生產，將影響其心理健康或家庭生活者。

未婚之未成年人或受監護或輔助宣告之人，依前項規定施行人工流產，應得法定代理人或輔助人之同意。有配偶者，依前項第六款規定施行人工流產，應得配偶之同意。但配偶生死不明或無意識或精神錯亂者，不在此限。

第一項所定人工流產情事之認定，中央主管機關於必要時，得提經優生保健諮詢委員會研擬後，訂定標準公告之。

⁴⁰ 雖然隨時代發展，優生保健觀念已逐漸改變，由國家優生的概念，轉為孕婦自覺的「生育保健」概念（由人口政策綱領的文字修正觀察即可得知），但在優生保健法未修正之前，可謂國家「優生」概念仍在，人口政策綱領的文字修正只是宣示未來方向而已。

⁴¹ LORI B. ANDREWS, FUTURE PERFECT: CONFRONTING DECISIONS ABOUT GENETICS 56-62 (2001).

⁴² 陳持平編著，優生保健：產前遺傳診斷與諮詢（臨床解說及圖譜），頁 239（1994）

立與否。然而，計畫外生育與傳統醫療過失行為不同之處在於新生兒的先天疾病或肢體缺損乃係其自身突變或遺傳自父母的缺陷基因而來，易言之，新生兒的缺損情形並非醫療從業人員於產前檢查或生產過程中，基於直接且不當的醫療措施所致。若胎兒之殘疾情形乃「醫療行為本身」直接所導致，例如在進行絨毛膜取樣的過程中，因醫師採取絨毛膜絨毛之疏忽導致胎兒肢體缺損或四肢發育異常⁴³，或是如同著名的馬偕醫院肩難產案⁴⁴，胎兒生產過程中，因醫師助產措施不當導致嬰兒右臂神經叢損傷所形成的肢體殘障，此二種情形乃單純醫療疏失，以傳統醫療過失侵權行為處理即可。但當嬰兒患有唐氏症、地中海型貧血等先天疾病，或有肢體缺損之情形，乃醫療行為介入前即存在，此時因技術限制或人為疏失未於產前檢查檢出，導致嬰兒出生之健康情形與父母事先認知不同，是否可認為嬰兒父母因此受有損害，則是必須探究的問題。

父母對於醫療專業人員於產前檢查中提供不足或甚至錯誤的資訊，導致其基於該錯誤資訊而做成錯誤決定繼續懷孕，最後產下缺陷胎兒，是否有民法上的請求權？若是，則請求權基礎何在？又計畫外生育所造成的損害何在？其所侵害者究為某種權利或單純僅造成嬰兒父母財產上之損失？若認為計畫外生育侵害了某種權利，該權利究為婦女之健康權，生育自主權，單純父母雙方的財產權，或他種權利？

以上問題都是隨著產前檢查普及且國家承認婦女在一定條件下得實施人工流產後而生的爭議。以下首先介紹目前世界各國對於計畫外生育所採取的態度，包括各國立法例及實務見解，其次介紹我國目前為止關於錯誤生育的代表性重要判決，最後提出結論，比較我國與世界各國處理計畫外生育問題上態度的差異。

第二節 各國立法例與實務見解

計畫外生育在我國尚屬新興議題，雖然已經逐漸發展出一套穩定見解，但仍有參考他國相同問題發展的必要性。對一個本國法上首次遇到的難題，比較法上的觀察可供發現不同的思考方法及觀點，探討規範可能性，尤其是體認各種處理方法的相對性⁴⁵。

以下僅就美國、法國、德國、日本等國處理計畫外生育訴訟的情況進行簡要說明。

⁴³ 絨毛膜絨毛取樣術究竟是否會造成胎兒肢體缺損，學說見解不一，以下僅列兩種說法供參考：(1)「在臺灣，因做絨毛膜取樣而導致肢體畸形的報導不斷被報告，但是根據國外醫學中心的文獻，目前沒有足夠證據證明絨毛膜絨毛取樣術會造成胎兒畸形或肢體異常。」，出自陳持平，前揭註 42，頁 247。(2)「在臺灣，根據統計，做絨毛採樣之後的胎兒，肢體缺損的機率比一般高 9 倍，其中嚴重的肢體缺損增加 22 倍」，出自謝豐舟，前揭註 26，頁 10。

⁴⁴ 台灣台北地方法院 85 年訴字第 5125 號判決、台灣高等法院 87 年上字第 151 號判決、最高法院 90 年台上字第 709 號判決。

⁴⁵ 王澤鑑，「財產上損害賠償（二）—為新生命而負責：人之尊嚴與損害概念 wrongful birth 及 wrongful life」，月旦法學雜誌，第 131 期，頁 142（2006）。

第一項 美國

1. 歷史發展

美國目前可知最早被提起的wrongful birth action約在 1960 年代晚期，被告因為原告所生嬰兒的基因上缺陷而被請求，即使他們無法預防或治癒這些缺陷。Wrongful birth 的案件讓法院感到困惑，此種案件跟典型的醫療過失（Medical Malpractice）不同，在 wrongful birth 中，健康照護提供者（health care provider）無法以任何行為避免懷孕婦女腹中胎兒的傷害發生。早期美國法院拒絕承認 wrongful birth 是個合法得提起訴訟的原因⁴⁶，主要理由有二：（一）醫療服務提供者所提供的服務並非造成小孩有缺陷的原因；（二）墮胎為違法行為，即使醫療服務提供者提供準父母正確的資訊，確實診斷出胎兒缺陷或警告胎兒有發生缺陷的可能，準父母亦無法自由決定中止妊娠，勢必得將有缺陷的小孩生下。前者雖然讓法院感到困惑，但在其他醫療過失訴訟中，醫生的錯誤診斷被認為應負擔相關醫療過失責任，即使醫生的行為並非造成傷害的原因亦同，後者才是法院拒絕承認 wrongful birth action 的主因。直到 1973 年 Roe v. Wade⁴⁷一案明確承認婦女有墮胎權後，wrongful birth action 在美國才獲得生機，有被法院承認的可能⁴⁸，甚至有法院在其判決中表示「基因檢測的價值唯有在承認父母有在一定時間限制內選擇墮胎的機會存在方可顯現⁴⁹」。Roe v. Wade 判決之後，德州是第一個承認 wrongful birth action 的州，其後幾年紐澤西州跟其他州法院也陸續跟進⁵⁰。

相較於承襲自英國 common law 的傳統侵權行為，wrongful birth 是一種新進而由法庭創造的請求權基礎，其潛在的被告（即債務人）包括家庭醫師、基因諮詢者（genetic counselors）以及基因檢測實驗室（genetic testing laboratories）。而計畫外生育的請求權，係指由一名子女（嬰兒）的父母親基於其自身行為，而請求對於其不健全之子女進行損害填補⁵¹。

2. 實務現況

wrongful birth 的損害賠償多以侵權行為處理，至於應將 wrongful birth action 視為一種獨立的侵權行為型態，或是在傳統醫療過失訴訟的脈絡下探討，各州則有不同見解。直到二十一世紀初為止，美國約有二十五個州承認 wrongful birth 可以作為提起訴

⁴⁶ 例如 Gleitman v. Cosgrove, 49 N. J. 22, 227 A.2d 689, 22 A.L. R. 3d. 1411 (N.J. 1967). 詳見本項第三部份代表案例介紹。

⁴⁷ Roe v. Wade, 410 U.S. 113, (1973).

⁴⁸ Andrews, *supra* note 32, at 152-57.

⁴⁹ 原文為“the value of genetic testing programs... is based on the opportunity of parents to abort afflicted fetuses, within appropriate time limitations.” 引自 LORI B. ANDREWS, MAXWELL J. MEHLMAN, AND MARK A. ROTHSTEIN, GENETIC: ETHIC, LAW AND POLICY 316 (2002).

⁵⁰ Shelley A. Ryan, *Wrongful Birth: False Representations of Women's Reproductive Lives*, 78 MINN. L. REV. 857, 859-860 (1994).

⁵¹ 參閱 Smith v. Gore, 728 S.W.2d 738 (Tenn.1987)。轉引自 Mary B. Sullivan, *Wrongful Birth and Wrongful Conception: A Parent's Need for a Cause of Action*, 15 J.L. & HEALTH 105, 108 (2001).

訟的訴因⁵²，其中緬因州立法機關甚至立法允許此項請求⁵³。九個州曾經立法拒絕承認 wrongful birth action⁵⁴，但似乎僅剩下三個州堅守反對 wrongful birth action 的立場⁵⁵。也有些州未明白表示是否承認 wrongful birth action，僅表示不能因有承認墮胎的判決就一定要承認錯誤生育，仍須衡量州利益與婦女權利再做決定。

大體而言，要成立一個 wrongful birth action，原告必須證明：（一）醫生之行為背離醫療常規，有過失；（二）若醫生有建議更進一步的精密檢查，孕婦會選擇進行該項檢查；（三）檢驗結果可以反應胎兒之缺陷；（四）根據該項檢驗結果，孕婦會選擇進行人工流產⁵⁶。簡而言之，醫生的責任成立要件是：（一）醫師對於避免結果的產生有過失；（二）醫師違反此避免結果產生的注意義務；（三）醫師對於結果的產生有過失（negligence）⁵⁷。

賠償範圍部分，多數州將數額限制於超過扶養子女通常費用以上的特別費用（extraordinary expenses over and above the ordinary expenses of child rearing）⁵⁸。非常重要是法院認為賠償的範圍必須是醫師可預見的損害，據此，紐約州最高法院拒絕精神上損害的慰撫金，但承認父母對於不健全生命因必要照顧與醫療所支出費用的損害賠償。基於同樣的理由，紐澤西州高等法院卻認為懷胎生子的婦女有精神上損害賠償請求權，但是對於不健全生命所付出之照顧與醫療費用太高，醫生無法預估，所以否定婦女對此有損害賠償請求權。不過如此對父母也不公平，因為該負擔實在非常高，兩年後該高院改變過去之見解，承認因小孩的不健全增加的費用為父母的損害，亦即父母的總支出扣除一般小孩的養育費用，剩餘者即因該小孩的不健全造成父母的

⁵² Alabama, Arizona, California, Colorado, Delaware, District of Columbia, Florida, Illinois, Kansas, Louisiana, Maryland, Massachusetts, New Hampshire, New Jersey, New York, Ohio, South Carolina, Texas, Virginia, Washington, West Virginia, and Wisconsin. See Kelly E. Rhinehart, *The Debate Over Wrongful Birth and Wrongful Life*, 26 LAW & PSYCHOL. REV. 141, 142, 152 (2002). 除了這 22 個州以外，內華達州 Greco v. United States, 893 P.2d 345 (Nev. 1995)、田納西州 Owens v. Foote, 773 S.W.2d 911 (Tenn. 1989)、緬因州 Me. Rev. Stat. Ann. tit. 24, § 2931 也承認 wrongful birth action。

⁵³ Me. Rev. Stat. Ann. tit. 24, § 2931: “Damages for the birth of an unhealthy child born as a result of professional negligence shall be limited to damages associated with the disease, defect or handicap suffered by the child.” ANDREWS ET AL., *supra* note 49, at 316-17.

⁵⁴ Idaho, Idaho Code §5-334; Indiana, Ind. Code Ann. §340-12-1-1; Michigan, Mich. Comp. Laws § 600.2971; Minnesota, Minn. Stat. Ann. §145.424(2); Missouri, Mo. Stat. 188.130; North Dakota, N.D. Century Code 32-03-43; Pennsylvania, 42 Pa. Cons. Stat. § 8305; South Dakota, S.D. Codified Laws §§ 21-55; Utah, Utah Code Ann. §78-11-24. See William C. Duncan, *Statutory Responses to “Wrongful Birth” and “Wrongful Life” Actions*, <http://www.uffl.org/Vol14/Duncan-04.pdf> (last visited: 2010.3.5) See also Kate Seabury, *The Jurisprudence of Wrongful Life and Wrongful Birth in the United States*, http://www.aul.org/Wrongful_BirthLife (last visited: 2010.3.5). See also Julie F. Kowitz, *Not Your Garden Variety Tort Reform: Statutes Barring Claims for Wrongful Life and Wrongful Birth Are Unconstitutional under the Purpose Prong of Planned Parenthood v. Casey*, 61 BROOK L. REV. 235, 235-37 (1995). NANCY EHRENREICH, *THE REPRODUCTIVE RIGHTS READER: LAW, MEDICINE, AND THE CONSTRUCTION OF MOTHERHOOD* 223-24 (2008).

⁵⁵ 密西根州、喬治亞州、北卡羅來納州。See Mark Strasser, *Misconceptions and Wrongful Births: A Call for a Principled Jurisprudence*, 31 ARIZ. ST. L.J. 161, 161 (1999). See also Michigan Law: <http://legislature.mi.gov/doc.aspx?mcl-600-2971> (last visited: 2010.3.5)

⁵⁶ Smith, *supra* note 16, at 255.

⁵⁷ 侯英泠，前揭註 14，頁 186。

⁵⁸ 王澤鑑，前揭註 45，頁 142。

額外負擔。此後，在美國原則上承認父母因不健全小孩所增加的費用以及違反計畫侵害個人隱私權（自我決定權）的精神上損害可以請求賠償，但後者必須扣掉小孩帶給父母的歡樂⁵⁹。

3. 代表案例介紹

(1) *Gleitman v. Cosgrove*⁶⁰

a. 事實背景

原告於懷孕期間感染德國麻疹，詢問醫生是否會影響孩子的健康，醫生表示孕婦的德國麻疹對腹中胎兒不會造成影響，結果原告的小孩出生後有失明、失聰等多重障礙。原告起訴向醫生請求損害賠償，主張醫生未告知孕婦感染德國麻疹會影響胎兒健康有過失，若其知道孕婦的德國麻疹對胎兒可能造成的影響，她會選擇墮胎。

b. 法院判決

本案法院認為被告對原告夫妻沒有醫療過失責任。因為嬰兒的殘缺是天生的，對原告夫妻而言並無任何法律上權利遭受侵害，且此種損害賠償的請求違反社會政策，因為承認 *wrongful birth action* 必須將殘疾嬰兒視為父母的損害，如此一來勢必會貶低生命的價值。即使肯認原告的損害賠償請求，計算也不可能具體計算原告的損失。值得注意的是法院最後駁回原告的請求不是因為沒有損害，而是因為法院無法準確計算損害賠償的數額⁶¹。

c. 判決評析

本案是美國法上計畫外生育中最常被引用的案件⁶²。主筆本案多數意見的法官表示：「此種侵權訴訟的決定性判斷因素是人性尊嚴，優生學的考量並非判斷的重點，畢竟本案中談論的並非繁殖一頭優良的牛。或許對母親及父親而言，當小孩還是胚胎的時候就終結掉他的生命是比較簡單且便宜的做法，但他們所主張的損失與人之無價的生命無法相提並論，因而無從作為侵權行為損害賠償的請求基礎。」⁶³本案在 1960 年代影響很大，由於問題的複雜性，之後法官們再遇到類似案件，通常會如同本案以「損害難以計算」為由駁回原告的主張，避開複雜的人性尊嚴等等的問題。

⁵⁹ 侯英冷，前揭註 14，頁 186-87。

⁶⁰ *Gleitman v. Cosgrove*, 49 N. J. 22, 227 A.2d 689, 22 A.L. R. 3d. 1411 (N.J. 1967).

⁶¹ *Gleitman v. Cosgrove*, 49 N. J. 22, 29-30, 49-51, 64-65 (N.J. 1967).

⁶² 依據 Westlaw 資料庫的 KeyCite 統計，本案一共被引用過 82 次。Westlaw: www.westlaw.com (last visited: 2010.3.5)

⁶³ “The sanctity of the single human life is the decisive factor in this suit in tort. Eugenic considerations are not controlling. We are not talking here about the breeding of prize cattle. It may have been easier for the mother and less expensive for the father to have terminated the life of their child while he was an embryo, but these alleged detriments cannot stand against the preciousness of the single human life to support a remedy in tort.” See *Gleitman v. Cosgrove*, 49 N. J. 22, 30-31. (N.J. 1967).

(2) Naccash v. Burger⁶⁴

a. 事實背景

一對育有一名罹患 Tay-Sachs 病兒童之父母，爲了避免第二胎同樣患病，於第二胎懷孕四個月時，找專業醫師進行基因檢查，以確定自己是否爲此項疾病之帶原者。一名健康照護中心（health care center）的員工弄錯了父親的血液樣本，使得基因檢測結果顯示該對夫婦並非 Tay-Sachs 病的帶原者，最後妻依舊生下帶有 Tay-Sachs 病的嬰兒。這對夫妻因此對該健康照護中心提出告訴，認爲若非他們的過失導致檢驗結果錯誤，夫妻明知自己爲 Tay-Sachs 病的帶原者的話，就會選擇墮胎，故健康照護中心應負擔損害賠償責任。

b. 法院判決

法院判決認爲，醫師對該對夫婦負有一項法律上的義務，即揭露胚胎有基因異常疾病之風險。血液樣本的錯誤標示，以及後續的錯誤告知，是此項義務之違反，導致風險實現；因爲有了前階段的錯誤標示，才會產生後階段該對夫婦繼續懷孕的結果，風險實現與醫師的過失有因果關係，在父母知道異常情形必然選擇墮胎的前提下，父母的損害賠償請求應獲得認可。

c. 判決評析

本案是維吉尼亞州首次承認 wrongful birth action 爲一個合法的訴因，其後被引用過高達 33 次，雖有反對意見存在，但本案至今仍然是一個有效的判決前例。本案中，健康照護提供者並未履行其義務，其資訊提供之失誤，使得該對父母無法行使其選擇權，喪失選擇施行人工流產的機會，因而需對此項失誤造成的結果負擔損害賠償責任。本案法院清楚指出健康照護提供者需負擔損害賠償責任的理由並非因爲小孩本身的殘疾，而是因爲檢驗的疏失導致父母失去選擇實施人工流產的機會，選擇權的喪失才是父母受到的損害，因而健康照護提供者需負擔損害賠償責任。

(3) Greco v. United States⁶⁵

a. 事實背景

原告起訴主張被告醫院（美國政府所屬之軍醫院）有過失不當醫療行爲，因爲被告未於原告懷孕期間發現胎兒缺陷，造成原告無法及時中止懷孕，產出有嚴重明顯缺陷之嬰兒。

⁶⁴ Naccash v. Burger, 223 Va. 406, 290 S.E.2d 825 (Va. 1982).

⁶⁵ Greco v. United States, 111 Nev. 405, 893 P.2d 345 (Nev. 1995). 本案中文翻譯部分，參考潘維大，英美侵權行爲法案例解析（中），頁 71-73（2002）。轉引自宋克芳，前揭註 34，頁 17-18。

原告主張如非被告醫院之診斷錯誤，原告將會行使其墮胎權中止懷孕，則原告不會產生生產之痛苦，及扶養殘疾子女所需支付之醫療費用及精神上之痛苦，故請求損害賠償。

被告則抗辯稱：(一)原告並無損害，生產過程中之痛苦及養育子女之痛苦原本即存在，原告並未遭受損害；(二)縱使原告受有損害，該損害結果並非被告所造成，原告子女身體之殘疾與被告之過失無關，被告毋須負責。

b. 法院判決

本案關於計畫外生育之訴因，法院認為此種訴訟與一般醫療過失要求損害賠償之案件並無不同，故法院並無任何理由拒絕原告所提之訴訟。就被告主張「原告並無損害」之論點，法院認為實際上殘疾子女與健康子女當然不同，原告必須花費更多精神、時間與金錢照料殘疾子女，當然受有損害。且被告侵害者係原告進行人工流產之權利，而非醫院針對原告生出殘疾子女有無過失的問題。

另外就被告主張「即使原告有損害，也非被告造成」之論點，法院認為本案係因被告之過失造成殘疾嬰兒之出生，造成原告受有損害。雖然嬰兒之殘疾情形並非被告造成，但殘疾嬰兒之出生卻是被告造成，被告當然有過失。如同癌症病患在醫院就診時，醫院過失未檢驗發覺其有癌症，法院認為雖然原告之癌症並非醫生造成，但過失未診斷出癌症，使病患獲得治療甚至痊癒的機會減少或喪失，會產生減少或喪失機會的損害，故法院准許該種案件請求損害賠償。由於被告未檢出胎兒殘疾有過失，而該過失的確造成原告受有損害，故法院於本案中認為原告可以向被告請求損害賠償。

c. 判決評析

本案是一件內華達州的判決，雖然被引用的次數不多⁶⁶，但本案認為因醫師的過失未診斷出胎兒異常，導致孕婦生下殘疾嬰兒的情形與一般醫療過失訴訟並無不同，所以用一般醫療過失訴訟處理即可，毋庸使用其他特殊的名詞或是wrongful birth action。可見內華達州在計畫外生育的議題上，認為應依循傳統侵權行為模式處理，無須創設wrongful birth action或其他新型態的訴訟類型。

(4) Reed v. Campagnolo⁶⁷

a. 事實背景

原告妻自懷孕三個月起就開始在被告服務的醫院進行產前檢查，產檢時一切正常，最後原告妻卻生下患有脊柱裂，腦積水等多重障礙的小孩。

⁶⁶ 依據 Westlaw 資料庫的統計，本案一共被引用過 3 次。

⁶⁷ Reed v. Campagnolo, 332 Md. 226, 630 A.2d 1145 (Md. 1993).

原告夫妻主張被告醫生對原告妻及其小孩違反產前檢查中的注意義務，未告知原告有某種可以用來檢驗小孩殘疾的產前檢查技術存在。如果有進行該項常規孕婦血液檢查，夫妻就可以提早發現胎兒殘疾，他們會因為知道小孩真正的健康情形而選擇實施人工流產。

是故，原告夫妻主張：(一) 被告未告知檢驗技術存在因而造成計畫外生育，有過失，應負擔損害賠償責任；(二) 被告於產前檢查中未告知某種檢驗技術存在，讓原告夫妻喪失選擇實施人工流產的機會，其醫療行為欠缺告知後同意，有過失，應負擔侵權行為責任。

原告妻未被告知某種可以檢驗出胎兒殘疾的檢驗技術資訊之事實，為原被告雙方所不爭執。

b. 法院判決

法院開宗明義的表示，本案重點法律如何規定，而與事實無關。在審判開始之前，首先必須要確認原告的主張是馬里蘭州承認的合法訴因。本案主要爭點有二：(一) 馬里蘭州是否承認當醫師未告知某種可以檢驗出胎兒異常的產檢技術存在時有計畫外生育的侵權行為？若醫師有告知該種技術存在，孕婦就會選擇墮胎或至少對胎兒可能異常的情形有警覺；(二) 繼續懷孕是否為一種須經告知後同意而做的決定？當醫師未告知某種可以檢驗出胎兒異常的檢驗技術存在，是否違反告知後同意而有過失？

本案法院認為原告未獲告知可能檢驗出胎兒異常的產檢資訊的案子可以用計畫外生育為訴因請求損害賠償，但不能以欠缺告知後同意而為主張。因為告知後同意的前提是被告曾告知原告某種治療方法或檢驗資訊，但未經原告同意或原告之同意有瑕疵。如果被告從未提出任何治療方法或檢驗資訊，原告當然無同意的可能，自無欠缺告知後同意的問題。

c. 判決評析

依據 Westlaw 資料庫統計，本案被引用過高達 23 次，自 1993 年起經過十數年，雖然有反對見解存在，但至今仍是一個有效判決。早年關於計畫外生育的爭議，最常出現的是「父母損害何在」的問題。隨著時間經過，父母於計畫外生育中確實受有損害一事，已廣為承認，而本案特殊之處在於雖然父母受有損害，但具體應以何種訴因主張的問題。本案原告提出兩種主張，一是直接以計畫外生育侵權行為進行求償，二是主張醫生未告知某種檢驗技術存在致其無法行使知情同意的選擇權，醫生有過失，應負擔損害賠償責任。本案法院認為於完全未告知選擇存在的情形下，無告知後同意的問題，應直接以計畫外生育為訴因求償。

本文認為本案法院的見解雖有瑕疵，但仍為可採。產前檢查中，若醫生未告知孕婦某種可能的產檢技術存在，因而導致計畫外生育發生時，應負擔損害賠償責任。但告知後同意原則之適用，應不限於被告有告知某種治療方案的情形，當被告有告知，卻未得原告同意或原告之同意有瑕疵時，被告有告知後同意原則之違反，舉輕以明重，若被告完全未進行告知，當然亦屬違反告知後同意之情形。

(5) Keel v. Banach⁶⁸

a. 事實背景

原告夫妻於懷孕時至被告處進行產前檢查，懷孕期間兩次超音波檢驗被告皆表示胎兒健康狀況一切正常，最後原告妻卻產下有多重先天畸形的嬰兒。

原告主張由於夫於其婚姻紀錄中，曾經與他人產下具有難以維持生命的先天嚴重畸形的嬰兒，為了避免憾事再度發生，曾就此點對被告醫生特別強調。醫師於產前檢查中未發現胎兒有數種嚴重且足以威脅生命的胚胎畸形，顯有醫療疏失，若醫師有正確告知原告夫妻胚胎的健康情形，原告勢必會中止妊娠。故原告提起 **wrongful birth action**，主張因醫師之疏失導致原告妻產下其所不願意見到的先天畸形的嬰兒，醫師應對原告夫妻因該先天畸形胎兒所受的損害，負擔損害賠償責任。

被告主張原告並未事先告知夫有產下先天畸形嬰兒的紀錄，並提出以下抗辯，請求法院駁回原告之訴：(一) 若承認 **wrongful birth action**，法律上的侵權行為可能因此被當成是詐欺的手段；(二) **wrongful birth action** 會給婦產科醫師帶來非常沉重的負擔；(三) 承認 **wrongful birth action** 會使人認為因計畫外生育而出生的小孩是不值得出生的劣種；(四) **wrongful birth action** 的根本理念是「未出生比殘缺的存活有價值」，如此將引發社會上對殘障人士的歧視。

b. 法院判決

本案的關鍵議題，除了阿拉巴馬州是否承認 **wrongful birth action** 為一種合法的訴訟型態外，重點在於原告的主張是否是法律上承認可以給予損害賠償的對象。

法院認為，計畫外生育的案件並非用來處理被告是否造成小孩殘疾的問題，而是因為被告的過失，使懷孕夫妻選擇施行人工流產的機會被剝奪了，這種機會的喪失，可以成為夫妻提起 **wrongful birth action** 的基礎。是故，本案的重點在於應該承認原告的主張到何種程度，亦即損害賠償範圍的問題。原告主張被告應該賠償的項目包括：嬰兒的醫療費用（包含醫療器材費用）、原告放棄工作全心照護殘疾嬰兒的薪資損失、生產支出的所有費用（包含夫妻聯合財產受損的部份）、妻因必要的剖婦產所遭受的身體及精神上的痛苦、夫妻與重度缺陷嬰兒每日相處所產生的極度精神上痛苦等。最後

⁶⁸ Keel v. Banach, 624 So.2d 1022 (Ala. 1993).

法院承認（一）所有與嬰兒殘疾相關的醫療及住院支出、（二）妻子因生產所受到的身體上痛苦、（三）夫因妻生產於聯合財產中所受的損害、（四）夫妻精神上的痛苦等四項得請求損害賠償。

c. 判決評析

由本案可得知阿拉巴馬州法院在計畫外生育的議題上，將 *wrongful birth action* 作為一種與傳統醫療侵權行為不同的訴訟型態處理。計畫外生育中，要成立一個證據確鑿的案件（*prima facie case*），原告必須證明自己確實受有損害且被告的過失與殘疾嬰兒的出生間有通常關聯性，為了建立後者，原告必須證明若非被告的疏失，原告有可能發現胎兒有先天性殘疾（不論原告是否將選擇施行人工流產）。

此外，本案著重於處理損害賠償範圍的問題。雖然美國已有許多州法院承認 *wrongful birth action*，但各法院間對於損害賠償的範圍卻幾乎沒有共識，唯一共通的是大部分都不承認精神上痛苦的損害賠償⁶⁹。本案法院於一般損害賠償上與其他許多法院採取類似見解，亦即因胎兒殘疾所衍生的相關費用，均得請求損害賠償，但在精神上損害賠償方面，本案法院採取肯定見解，認為精神上的痛苦亦為得請求損害賠償的對象。損害賠償範圍廣泛，包括精神上損害賠償，為本案特殊之處。

第二項 法國⁷⁰

計畫外生育的問題上，法國司法實務界見解一致，承認計畫外生育得作為訴因提起訴訟，但學界則有肯否二說，至今仍然爭論不休。

國際生物倫理、文化暨殘障中心指出：法國法院准許計畫外生命與計畫外生育之請求，但國會因為反對學者之示威與大眾的壓力，計畫以立法方式禁止民事法庭肯定計畫外生命的損害賠償請求權⁷¹。法國法院肯定因為計畫外生命的誕生所必須支出生活費用之負擔屬於損害，相關理由甚為簡要，分三點言之：（一）關於民事責任，法國採不競合理論（*non-cumul*），僅承認以契約責任作為請求權基礎；（二）在 1991 年的一件判決，法國最高法院認為「其所懷孕子女的存在本身，對父母並不構成一種法律上可請求賠償的損失，縱其出生係發生於意欲中止懷孕不成功之介入之後」；（三）就殘障的子女，得請求特別照顧費用。

事實上，對於計畫外生育的問題，法國學說爭議焦點不在於是否區別「對父母所造成之損害」（計畫外生育）與「嬰兒本人損害」（計畫外生命），而是集中在「生命之殘缺是否可以構成一種損害」這個問題上。採否定見解者認為，不論是嬰兒父母或是

⁶⁹ *Keel v. Banach*, 624 So.2d 1022, 1029 (Ala. 1993).

⁷⁰ 以下論述參引自王澤鑑，前揭註 45，頁 144-45。侯英冷，前揭註 14，頁 190-92。陳忠五，「法國侵權責任法上損害之概念」，台大法學論叢，第 30 卷第 4 期，頁 123-34（2001）。

⁷¹ International Center for Bioethics, Culture and Disability:
<http://www.bioethicsanddisability.org/wrongfulbirth.html> (last visited: 2010.3.5)

嬰兒本人，均不得請求損害賠償。採肯定見解者，則認為不論是嬰兒父母或嬰兒本人，均得請求損害賠償。學說上肯定、否定見解間之爭議，主要是涉及「因果關係」是否存在，此項損害是否具有「正當性」，以及相關「社會效益」之考量等三項問題。

第三項 德國⁷²

德國法上關於相關問題所使用的是「unerwünschte Kind」一詞，直譯為「不被期待之生命」，只要生命並非在期待下所出生，無論健康與否都係不被期待之生命，故在德國法論述中，常可見學界或實務界皆不區分 wrongful birth 與 wrongful conception。

德國基本上也承認 wrongful birth 得作為訴因提起損害賠償訴訟，但在損害賠償的範圍上，德國聯邦法院（普通法院）與德國聯邦憲法法院的見解非常歧異。德國聯邦法院自 1980 年代以後，在一連串的相關判決，無論原告主張的請求權基礎是契約或侵權行為，均肯定父母得請求子女扶養費的損害賠償。這種見解本質上認為小孩本身與撫養費用支出是可以區分的。承認父母對醫師有損害賠償請求權，並不須認為小孩本身是父母的損害，而是對小孩的撫養費用支出才是父母的損害。而且，如果醫師的醫療沒有過失，即不會造成所謂的 wrongful birth 的發生，更不會有撫養費用的支出。所以，假使當初夫妻接受羊膜穿刺檢查之目的，即是基於經濟上能力的考量，則懷孕生子或生下帶有殘障之小孩所造成的經濟上負擔，雖然是扶養小孩之費用，但是當初醫療契約目的之一即是在於避免這部分負擔之產生，所以是一種損害。基於這個理由，聯邦法院肯定父母對醫師，可以要求因撫養小孩所支出費用的損害賠償。支持聯邦法院的學者，甚至認為承認父母撫養費用之損害賠償請求權，不但不會影響小孩的人權，因為撫養費用的損害賠償請求的承認，可以減輕父母的經濟上壓力，經濟壓力免除之後精神上比較能接受該小孩的誕生或殘障，而且可以給小孩更好的照顧，所以應該承認父母對小孩所支出之扶養費用是父母的損害。但對於聯邦法院的看法，德國學說上一直有強力的不同意見，批評此種實務見解將孩子視為一種損害，貶損其生命價值及人性尊嚴，甚至是一種法律文化的危機。

有趣的是，wrongful birth 原僅係私法上損害賠償的問題，卻因為存在著損害被生下的殘疾嬰兒受憲法保障之人性尊嚴之疑慮而被提升至憲法層次，但聯邦憲法法院的意見反而攪亂一池春水，造成更大爭議。德國聯邦憲法法院在一則關於墮胎合法性的判決認為德國基本法第 1 條第 1 項明定人之尊嚴應予尊重保護，此項規定禁止將對孩子的扶養定位為一種損害，因將小孩視為父母的損害有損其人性尊嚴。父母必須接受自己的小孩，不管小孩是健康還是不健康（多重殘障）。而且撫養小孩子是父母的法律上責任，既是法律上責任，則不能算是父母的損害。而符合刑法§218a 的婦女墮胎，並非合法的行為，僅是不罰而已，所以，自主決定墮胎並不是一種法律上所保護之權

⁷² 以下論述參引自王澤鑑，前揭註 45，頁 143-44（2006）。侯英泠，前揭註 14，頁 187-90（2002）。Eduard Picker 著，侯英泠譯，「小孩是否為損害（錯誤生命）——論德國醫師對於不被期待的子女誕生之賠償責任」，成大法學，第 8 期，頁 187-212（2004）。

利，亦即懷孕婦女並沒有墮胎權，既沒有墮胎權，也就沒有「權利」受到侵害。在此判決中合議庭甚至明白表示，聯邦法院他日為相關案件之判決，應遵守以下原則：「根據基本法保障基本人權原則，不可以將小孩的生存本身視為損害，從而因不被期待生命所造成生活費用上的負擔，不可視為父母的損害」。

面對聯邦憲法法院的明確指示，聯邦法院在同年的判決中，則再次強調法條的適用與解釋屬於其專業權責，聯邦憲法法院無權過問，聯邦憲法法院之原則性指示已經侵犯聯邦法院的獨立審判，聯邦法院沒有義務接受聯邦憲法法院對此案的見解。針對此爭議僵局，最後德國聯邦憲法法院承認聯邦法院有權透過法條適用與解釋來造法，聯邦憲法法院對於聯邦法院之見解必須尊重。

雖然德國聯邦憲法法院最後退讓，尊重聯邦法院之見解，但wrongful birth中扶養費用究竟得否視為父母之損害，學說見解仍然相當分歧。德國學者Eduard Picker於2004年來台演講時即主張⁷³：承認父母基於不被期待之生命請求損害賠償權之見解，不論從法體系立場、法政策觀點或從法倫理觀點，都無法被認同。既然小孩之存在不應被視為損害源頭是基本不爭之共識，則扶養小孩之扶養費也不應屬於具有賠償力之損害，因為由扶養義務所產生之費用，是小孩之存在所不可避免之結果。但是，德國司法卻忽視此一事實，而將因扶養義務所產生之費用作為肯定損害賠償之理由基礎。Eduard Picker也指出「縱使德國聯邦法院之立場並非十分貫徹，但是對於肯定父母之損害賠償請求權的確已經採取比較保守之立場，並藉由嚴格請求損害賠償基礎的方式修正原先立場」。同時Eduard Picker更進一步指出，德國聯邦法院關於「錯誤生育」（亦即父母損害賠償請求權之問題）與「錯誤生命」（關於小孩本身損害賠償請求權之問題）之判決理由是相互衝突矛盾的：因為將小孩生命視為父母的損害而肯定其損害賠償請求權，且認為帶有殘障之生命對於小孩本身非為損害之觀點，並不具說服力。

第四項 日本

在日本之發展中，計畫外生命或是計畫外生育甚至是計畫外懷孕之名詞，一向是停留在學術論文之討論中，就其分類或是討論，似乎是沿襲美國關於wrongful birth、wrongful life 或是wrongful conception 之見解與討論。就此而言，與其說日本並未接受計畫外生育的名詞，不如說在日本實務判決中，以日本國自成一格的討論方式與體系進行計畫外生育議題的處理，而且在計畫外生育的領域上已經累積了相當數量的判決，甚至從這些不同個案之累積，讓日本在計畫外生育之領域中有了獨樹一幟，而相當值得參考與採用之分類⁷⁴。

在計畫外生育之損害賠償中，日本法之判決運作是可以對計畫外生育之一切狀況進行完整觀察的，畢竟在日本法就所有計畫外生育均肯認當事人請求之情形下，觀察

⁷³ Eduard Picker，同前註，頁187-212。

⁷⁴ 詹心馳，論計畫外生育之損害賠償，中正大學法研所碩士論文，頁46（2007）。

起來顯得完整許多⁷⁵。日本實務上近似於計畫外生育訴訟的訴訟類型為「望まない障害児出産訴訟」，法院以「中絶選択」（即是否接受人工流產）涉及個人道德觀與倫理觀層面，且判斷病患財產上損害與醫師過失間的因果關係上，會具有連結上的困難，若欲強加以進行連結將產生不當連結等理由，向來否認財產上之損害賠償；僅認為懷胎夫婦因醫師之錯誤諮詢而受有人工流產自己決定權之侵害，因而肯認其「慰謝料」（相當於慰撫金）請求權⁷⁶。惟晚近有實務判決對於損害賠償客體與範圍表示不同見解，在強調「非基於該障害兒本身為損害」之前提下，認為產下障害兒之夫婦於養育照護該障害兒之期間，必須共同負擔因應照顧該障害兒之住家修改費用與特殊看護費用等額外之費用，並承受難以回復之精神上痛苦，因而受有財產上與精神上兩面之特別負擔，故除「慰謝料」外，已肯認財產上積極損害之賠償請求權⁷⁷。

第三節 我國重要實務判決

我國的計畫外生育案件數量不多⁷⁸，以下僅介紹三個著名的代表性案例，待第五章實證研究部分才對我國整體訴訟實務上處理計畫外生育的方式及問題進行分析。

第一項 新光醫院唐氏症案⁷⁹—羊水判讀失誤⁸⁰

1. 案例事實

原告甲於於新光醫院進行羊膜穿刺篩檢手術。惟該醫院婦產科主任（被告丙），竟命能力不足之檢驗員（被告丁）單獨為甲作羊水染色體之培養、固定、判讀工作，致因過失造成錯誤之檢驗結果。甲在誤認胎兒係正常之情況下，未施行人工流產手術，因而產下患有唐氏症、無肛症、動脈導管閉鎖不全，為多重重度障礙之男嬰。

原告甲、乙（甲之配偶）主張新光醫院之羊水分析處理流程既有重大瑕疵，顯已違反善良管理人應盡之注意義務，自應依民法第227條及第224條負債務不履行之損害賠償責任。而丙、丁之行爲妨害甲之「墮胎自由權」及「生育決定權」，二人屬共同侵權行爲，依民法第184條第1項、第185條，應共同負侵權責任，新光醫院為該二人之僱用人，

⁷⁵ 同前註，頁 63。

⁷⁶ 吳志正，「論人工流產自主決定權之侵害與損害」，東吳法律學報，第 19 卷第 2 期，頁 7-8（2007）。

⁷⁷ 同前註，頁 8。

⁷⁸ 詳見本文第五章實證研究。

⁷⁹ 本案共歷經五審，依時間順序分別為台灣士林地方法院 84 年重訴字第 147 號判決、台灣高等法院 85 年重上字第 464 號判決、最高法院 90 年台上字第 468 號判決、台灣高等法院 90 年重上更（一）字第 48 號判決、最高法院 92 年台上字第 1057 號判決。

⁸⁰ 唐氏症是最常見的染色體異常疾病之一，病因是第 21 對染色體多了一條（21 三染色體症：trisomy 21）。唐氏症的發生與孕婦年齡有密切關聯，年齡越大則出現比率越高。據研究，大部分（95%）唐氏症的發生起源於母親的卵子形成過程的異常，因而多了一條染色體，當此卵子與一正常精子受精時，就成為唐氏症。至於其他較少數的唐氏症病例則因為染色體轉位或鑲工型（mosaicism）所引起。由於唐氏症是最常見的非致死性的三染色體症且與孕婦年齡有密切關係，因此產前檢查就特別有意義。詳見李從業等，前揭註 25，頁 54-55。

依第188條規定，亦應與二人連帶負損害賠償責任。綜上所述，對新光醫院等人提出損害賠償訴訟，包括醫療費用、人力照顧費用、教育費用、扶養費用、慰撫金。

2. 法院判斷

本案爭點為懷孕婦女是否得主張墮胎自由權、生育自主權？醫療費用、人力照顧費用、特殊教育費用之計算應以何種為標準？扶養費用是否為損害之一種？

本案歷經五審，前後共計長達八年，每一審級法院皆認為被告新光醫院有過失，只在賠償金額上因採用的計算標準不同而有不同意見，最後於最高法院92年台上字第1057號判決原告勝訴終告定讞，法院判決理由摘要如下：

(1) 羊水分析應由具專業資格之檢驗人員進行

在產前遺傳診斷中，羊膜穿刺篩檢手術之羊水分析是十分複雜及高深之技術，並非一般婦產專科醫師有能力操作，故在抽取羊水檢體部分可由婦產科醫師執行，但在分析部分需由專業技術人員進行。送到實驗室之羊水檢體經仔細核對後，在無菌工作台完成細胞培養的建立，當細胞產生分裂情形時，開始進行染色體之分析，最後之步驟需由對細胞遺傳學和染色體分析有專門研究之醫師或博士對於實驗的數據進行解讀。若係未經行政院衛生署評鑑合格而設有羊水分析中心之醫療機構，於進行羊膜穿刺抽取羊水檢體及羊水分析時，自應以其專業知識、專業訓練、專業設備，善盡與經行政院衛生署評鑑合格之醫療機構相同之注意義務。

被告新光醫院實施羊膜穿刺篩檢術係由婦產科醫師抽取羊水後，交由該院於婦產科設置之「不孕症及試管嬰兒研究室」的實習技術員即被告丁，由其培養、固定、染色並判讀，並由其將判讀結果登錄於登記簿上，以便實施羊膜穿刺篩檢術之孕婦及婦產科醫師之查詢。被告丁係民國78年6月間，畢業於私立元培醫事技術專科學校之「醫務管理科」，其學歷背景並非「檢驗科」，所修習之學分中並無細胞遺傳學或染色體分析者，且其並未具備檢驗師資格，又被告丁從事染色體分析之工作經驗，僅係於省立桃園醫院任職期間擔任「助理」，且工作未滿一年即到被上訴人新光醫院擔任「實習技術員」，不具正式檢驗員資格。依行政院衛生署民國83年8月25日以衛署保字第83047944號函公佈之「產前遺傳診斷—臨床細胞遺傳學檢驗單位評估要點」中有關檢驗單位工作人員之規定檢驗，被告丁不具備相關學經歷，其自無單獨從事羊水之染色體培養、分析及判讀之能力。故新光醫院實施之羊水分析行為未善盡與經行政院衛生署評鑑合格之醫療機構相同之注意義務，因此違反善良管理人注意義務，具有過失。

(2) 懷孕婦女得主張生育自主權

本案原告主張，其可合法享有並行使的「墮胎自由權」或「生育決定權」被侵害。理由簡要整理如下⁸¹：依優生保健法第 9 條第 1 項第 4 款規定：懷孕婦女經診斷或證明「有醫學上理由，足以認定胎兒有畸形發育之虞者」，得依其自願，施行人工流產手術。原告甲係高齡產婦，如經診斷出胎兒染色體異常，患有唐氏症，則依上開規定，可合法施行人工流產手術，享有及行使合法墮胎之自由權。我國刑法第 288 條以下規定，雖處罰墮胎罪，但如有優生保健法第 9 條第 1 項各款所列情事之一者，得例外進行合法的人工流產手術。被告如盡善良管理人之注意義務，檢驗出原告甲所懷胎兒係唐氏兒，原告夫婦即得依優生保健法第 9 條第 1 項第 4 款規定，選擇實施合法的人工流產手術，其合法享有的墮胎自由權或生育決定權，即不至於被侵害。

針對上開原告主張，被告於第一、二審提出抗辯，主張原告並無所謂「墮胎自由權」或「生育決定權」，從而不發生侵害此等權利的問題。理由簡要整理如下⁸²：我國現行法令並無任何條文規定懷孕婦女享有所謂「墮胎自由權」或「生育決定權」。刑法第 288 條有關處罰墮胎罪的規定，其所保護的客體，乃是母體內成長的「胎兒」，其所保護的法益，乃是「胎兒生命」。從而刑法係針對婦女侵害他人（胎兒）權利的墮胎行為，認係犯罪行為而予以處罰。胎兒係一生命體，為一種具有潛在人格的重要法益，懷孕婦女本人對於是否讓胎兒留存其體內而生存的問題，並無所謂「自我決定權」。換言之，刑法墮胎罪的保護客體在於胎兒，並非懷孕婦女的身體與健康。懷孕婦女從事墮胎行為，係侵害胎兒生命的不法行為，並非婦女有傷害自己身體與健康的自由權或自我決定權。至於優生保健法第 9 條規定，將部份人工流產行為合法化，只能認為是刑法墮胎罪的阻卻違法事由。故與該法規定要件相符的人工流產行為，即屬依法令之行為，可阻卻違法，該行為不予處罰，但不能據此而謂該規定係賦予懷孕婦女有墮胎自由權或生育決定權。如此解釋始能維持法律體系價值判斷上的一致性，否則刑法原則上對具有社會倫理非難性的行為加以處罰，墮胎行為既屬違法行為，於社會倫理有違，如因優生保健法特殊事由之規定，竟搖身一變而為「合法自由行為」，甚至屬於「權利」之一種，兩法之價值判斷豈非自相矛盾、相互齟齬？何況，我國優生保健法相關規定的立法理由，乃基於醫學、優生學、倫理、社會之考量，避免生下畸形兒，造成家庭、社會悲劇及負擔，而非基於懷孕婦女有自我決定權之理由，積極賦予懷孕婦女有「墮胎自由權」或「生育決定權」。是故原告主張因其符合優生保健法規定要件，進而推論出其有「墮胎自由權」或「生育決定權」云云，顯屬無稽。

⁸¹ 由於本案第一審及第二審乃民國 84、85 年間的判決，網路上無法取得判決全文，目前可找到的本案其他判決又未詳列原被告的主張，故本段原告主張轉引自陳忠五，「產前遺傳診斷失誤的損害賠償責任—從『新光醫院唐氏症案件』論我國民事責任之新課題」，台大法學論叢，第 34 卷第 6 期，頁 143（2005）。

⁸² 同前註，頁 144。

最高法院 90 年台上字第 468 號判決指出「刑法墮胎罪所保護之客體固為在婦女體內成長之胎兒，該婦女依優生保健法第九條所得施行人工流產僅屬於刑法墮胎罪之阻卻違法事由。但民法上侵權行為之被害客體為權利或利益，只要係權利或利益，即得為侵權行為之被害客體，此與刑法墮胎罪之保護客體為何，及其違法阻卻事由是否存在，實屬二事。查婦女已妊娠，於具備優生保健法第十一條第二項所定：『懷孕婦女施行產前檢查，醫師如發現有胎兒不正常者，應將實情告知本人或其配偶；認為有施行人工流產之必要時，應勸其施行人工流產。』之『醫師發現有胎兒不正常』要件時，法律即課醫師以『應將實情告知懷孕婦女本人或其配偶，認為有施行人工流產之必要時，應勸其施行人工流產』之義務，於此情形，就另一方面而言，是否非給予婦女選擇之權利（自由）？即婦女對其體內未成獨立生命又患有法規所賦予婦女得中止妊娠之先天性疾病之不健康胎兒，是否無本於上開規定選擇除去之權利？倘因醫院及相關人員之疏忽，未發現已符合此一情況之事實並及時告知懷胎婦女使其依優生保健法第十一條第二項施行人工流產，致婦女繼續妊娠，最後生下不正常嬰兒，可否謂對婦女本身得決定施行人工流產之權利毫無侵害？」

最高法院 92 年台上字第 1057 號判決則明白宣示「婦女對其體內未成獨立生命，又患有法規所賦予婦女得中止妊娠之先天性疾病之不健康胎兒，有選擇除去之權利，倘因醫院及相關人員之疏忽，未發現已符合此一情況之事實，並及時告知懷胎婦女，使其依優生保健法第九條第一項，自願施行人工流產，致婦女繼續妊娠，最後生下不正常嬰兒，自屬侵害婦女對本身得決定施行人工流產之權利。」

綜合以上見解，應可認為近來法院傾向承認婦女享有生育自主權，法源依據為優生保健法第 9 條、第 11 條第 2 項，因而新光醫院和被告丙、丁未依相關規定進行羊水分析，以致分析結果錯誤並告知原告甲不正確資訊，使其本可依優生保健法第 9 條規定實行人工流產，卻喪失機會，侵害其生育自主權，應負侵權行為損害賠償責任。

(3) 新光醫院應負擔損害賠償責任

被告新光醫院任用未具專業背景之丁從事複雜之羊水分析工作，且其羊膜穿刺篩檢術及羊水分析之過程，與現行醫療水準及民眾期待之醫療品質顯有相當差距，故被告新光醫院就與原告甲之間系爭醫療契約之履行方法確有瑕疵。且就目前醫學之水準、醫療行為之類型、內容、設備、專門性等綜合因素考量，被告新光醫院未盡善良管理人之注意義務，致未受專業訓練之丁對原告甲之羊水分析結果判讀錯誤，並將此錯誤結果通知原告甲，使甲基於錯誤資訊做出錯誤的繼續懷孕決定，被告丁在新光醫院與原告甲間之醫療契約之履行上居於使用人地位，依民法第 224 條前段之規定，被告新光醫院就被告丁之故意過失應負同一責任。

此外，婦女對其體內未成獨立生命，又患有法規賦予婦女得終止妊娠之殘疾胎兒，有選擇除去之「權利」，此項權利應受侵權行為法之保護。本案被告丁告知原告甲

錯誤的羊水分析資訊，致使甲未依法施行人工流產而產下具有多重重度障礙之男嬰，丁之過失行為侵害甲對本身得決定施行人工流產之權利，應依侵權行為法相關規定對甲負擔侵權行為損害賠償責任，而被告新光醫院身為丁之僱用人，為盡相當選任監督之責，自應依民法第 188 條第 1 項規定與丁連帶負擔損害賠償責任⁸³。

(4) 損害賠償範圍

原告請求包括醫療費用、人力照顧費用、教育費用、扶養費用、慰撫金。法院僅承認醫院須賠償：（一）醫療費用：包括原告之產檢、安胎、生產費用，及與嬰兒殘疾相關之醫療費用；（二）特殊教育費用、人力照顧費用：法院首先指出，特殊教育費用與人力照顧費用不同，縱使白天接受特殊教育，其應支出之人力照顧費用仍然照常支出，無從減免。至於數額部份，各級法院有不同的費用計算標準，有認為應依一般特殊教育計算，亦有認為各該殘疾嬰兒情況特殊，應個別依照特殊之安親班、療養院之收費標準計算，最高法院採取後者看法。至於扶養費用，法院認為基於父母子女間親子關係，父母對於子女本即依法負有扶養義務，此義務有一身專屬性，不得轉移由他人承擔，否則親情倫理關係將被破壞殆盡，是故，法院拒絕原告的扶養費用請求。

3. 判決評析

新光醫院唐氏症案的代表性意義在於最高法院於本案中兩度表示懷孕婦女有選擇施行人工流產之權利，對於懷孕婦女究竟可以積極主張生育自主權，或是僅能消極的將刑法第 288 條第 3 項及優生保健法第 9 條第 1 項等法律規定視為墮胎罪阻卻違法事由的爭議，頗有在實務上提出指標性看法的意味。

此外，就計畫外生育訴訟之原告，本案明確排除懷孕婦女之配偶（殘疾嬰兒之父，以下簡稱配偶）之原告適格，原因有二：（一）契約上請求權：配偶與進行產檢之醫療機構之間無契約關係，亦非懷孕婦女與醫療機構間之醫療契約之受利益第三人（參閱民法第 269 條），對醫院自無契約上的請求權；（二）侵權行為上的請求權：配偶得否依民法第 188 條第 1 項向醫院或其僱用人請求損害賠償，其核心問題在於配偶是否因侵權行為受有得請求賠償的「損害」？此應採否定說，蓋婦女腹中胎兒原既染有疾病，生為殘障者，非係檢驗疏誤所致，生命係屬一種價值，縱有先天缺陷，亦非屬得請求賠償的損害⁸⁴。

再者，針對計畫外生育訴訟的請求權基礎，本案最終見解認為除了基於懷孕婦女與產檢醫療機構間的產檢醫療契約，醫療機構應依民法第 227 條及第 224 條，因其使用人履行契約時之故意過失，負擔不完全給付之債務不履行責任外，在肯認孕婦生育

⁸³ 王澤鑑，「損害賠償法的體系、請求權基礎、歸責原則及發展趨勢」，月旦法學雜誌，第 119 期，頁 133（2005）。

⁸⁴ 同前註，頁 133。

自主權的前提下，既然因為醫療機構的僱用人之過失致使孕婦未能依法施行人工流產而產下殘疾嬰兒，醫療機構與其僱用人自應依民法第 184 條及第 188 條第 1 項之規定連帶負擔侵權行為法上之損害賠償責任。是故，法院認為在計畫外生育訴訟中，契約責任與侵權行為責任為請求權競合，原告得擇一行使。

最後，本案中就損害賠償範圍，亦明確排除過去此類案件上最具爭議性之「一般扶養費用」（生活費用），其理由為父母對子女本有扶養義務，不因產下殘障兒而異。又，令醫院負擔殘障兒之生活費用，將破壞倫理親情，並使民法所規定父母對子女之保護教養權利義務成為具文⁸⁵。

第二項 澄清醫院手部畸形案⁸⁶—超音波檢查失誤⁸⁷

1. 案例事實

原告甲為一高齡產婦，經證實懷孕後即定期在澄清醫院中港特區婦產科進行例行產檢，由被告乙擔任主治醫師，產前超音波檢查時面對原告之詢問，被告均表示超音波顯示胎兒身體健康、四肢發育正常。未料，原告竟產下一名左臂異常短小且萎縮之女嬰丙。

原告甲主張，醫生對於超音波顯示訊息疏未注意，在其腹中胎兒左臂呈畸型發育時，未能將實情告知，致無法即時依優生保健法第 11 條第 2 項實施人工流產，而抱憾產下殘缺嬰兒，依消費者保護法第 7 條主張醫療提供者未提供合理期待之安全服務、民法第 184 條第 2 項主張醫生未盡注意義務，違反優生保健法規定，推定有過失，和第 227 條主張和澄清醫院締結醫療契約，但醫生卻疏未注意致給付有瑕疵，依第 224 條醫生為醫院之履行輔助人，對澄清醫院、醫生提出損害賠償訴訟，包括義肢裝設費、醫療和復健費、減少勞動能力之損害、精神慰撫金。

2. 法院判斷

本案爭點有三：（一）醫療行為是否有消費者保護法之適用？（二）承前，假設有適用，則本案被告乙之產前檢查行為可否主張已符合當時醫療專業水準而免責？（三）原告甲是否有權利受損？可否請求扶養費用、非財產上損害賠償？

本案歷經三審，於最高法院 92 年台上字第 93 號裁定駁回上訴人上訴後定讞，法院判決理由摘要如下：

⁸⁵ 同前註，頁 133。

⁸⁶ 本案歷經三審，依時間順序分別為台中地方法院 87 年重訴字第 724 號判決、台灣高等法院台中分院 89 年上字第 533 號判決、最高法院 92 年台上字第 93 號裁定。

⁸⁷ 婦產科超音波掃描在孕期有許多功能：可以在懷孕早期用以確認妊娠週數，也可以用以偵測胎兒之構造、羊水量與胎盤是否正常。由於許多胎兒染色體或基因的問題會以嚴重程度不一的器官異常或畸型來表現，因此超音波掃描如果發現異常，可以考慮進一步遺傳檢查（例如羊膜穿刺術）之必要性。詳見李從業等，前揭註 25，頁 61。

(1) 醫療行為有消費者保護法無過失責任之適用？（醫療法修法後採取否定說）⁸⁸

本案之第一審判決⁸⁹認為「消費者保護法之基本立場係在規範企業經營者因消費關係所生之消費爭議（消費者保護法第二條參看），醫師並非企業經營者，醫療行為亦非消費行為，當然病患亦非消費者，雖消費者保護法並未在規範服務中，明文將醫療行為排除在外，然從立法規範之觀點而言，消費者保護法係保護消費關係即企業商品及服務，與消費者間衍生出之爭議問題，況且，抑有進者，消費者保護法對於服務者責任課予無過失責任，惟以醫療服務恒具『無法確定之變數』的情況下，將醫療服務亦納入消費者保護法之範圍，勢將使醫生承擔所有醫療行為上之全部風險，將使醫師在從事醫療服務時裡裏足不前，延誤救治時機，且醫療風險之徒然遽增，使分擔醫療風險之保險費用亦相對提高，增加醫療成本，亦可能轉嫁負擔，如此將更因而損及病患之利益，亦間接地害及我國醫療科技之發展，影響殊深，本院認應將醫療行為排除消費者保護法之適用，始為合理。」。

惟上訴至第二審⁹⁰時法院認為「醫療服務之行為，自接受醫療服務者觀之，確屬人類基於生存之生活目的，為滿足人類慾望之行為，其為以消費為目的而接受服務之消費者甚明。況人之一生，生老病死，幾無可免於接受醫療服務者，醫療服務行為既與生命、身體健康息息相關，為達上開立法之目的，自應受消費者保護法之規範」。

(2) 受限於超音波技術之限制，醫療行為符合醫療常規無過失

縱認醫療行為能適用消費者保護法，並非消費者發生損害之結果，企業經營者必然須負損害賠償之責，仍應審究該醫療行為是否已符合當時科技或專業水準。按消費者保護法第 7 條第 1 項規定所稱之「安全或衛生上之危險」，於消費者保護法施行細則第 5 條第 1 項闡明：「商品於流通進入市場，或服務於其提供時，未具通常可合理期待之安全性者，為本法第 7 條第 1 項所稱安全或衛生上之危險。」，即知消費者保護法要求企業經營者應確保其所提供之商品或服務應具通常可合理期待之安全性，若未具備通常可合理期待之安全性，則被認定有安全或衛生上之危險。而「通常可合理期待之安全性」與「絕對的安全性」要屬截然不同之概念，設若企業經營者所提供之商品或服務，已通過消費者保護法施行細則第 5 條第 2 項之檢驗，而被認定具有通常可合理期待之安全性，則消費者不可單憑使用商品或接受服務後發生損害，率爾主張商品或服務具有危險，並進而請求企業經營者負無過失責任。

又依消費者保護法施行細則第 6 條則規定「企業經營者主張其商品於流通進入市場，或服務提供時，符合當時科技或專業水準者，就其主張之事實負舉證責任。」所

⁸⁸ 本來法界對於醫療行為是否有消費者保護法過失責任之適用，存有爭論，惟民國 93 年醫療法修法後，依據醫療法第 82 條第 2 項「醫療機構及其醫事人員因執行業務致生損害於病人，以故意或過失為限，負損害賠償責任。」之規定，目前皆認為醫療行為無消費者保護法無過失責任之適用。

⁸⁹ 台中地方法院 87 年重訴字第 724 號判決

⁹⁰ 台灣高等法院台中分院 89 年上字第 533 號判決

謂「符合當時科技或專業水準」，並非謂企業經營者需證明至提供服務之當時「事實上無人處於得認識本案有左臂異常萎縮之程度」，蓋此即指「絕對之安全性」，當非消費者保護法施行細則第 5 條第 1 項所指「通常可合理期待之安全性」。超音波等尖端之科技有其盲點及危險性，依行政院衛生署醫事審議委員會和台灣大學附設醫學院之鑑定，認為本件原告丙左臂短小萎縮原因不明，可能發生在懷孕的任何時期，肢體端異常是超音波不易診斷的主要項目之一，其敏感度僅有五成左右，孕婦懷孕十二週以後，不一定能完全以超音波診斷胎兒的肢體萎縮，胎兒肢體萎縮能在超音波檢查下診斷之平均懷孕週數為二十六週，大多數個案均在出生後才發現之專業判斷鑑定，故被告抗辯本件醫療服務已符合當時科技或專業水準，僅因受限於檢查儀器之靈敏度與診斷極限，而未查知胎兒肢體異常之事，應肯認之。

(3) 嬰兒之肢體缺損與產檢行為無因果關係

按「因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負擔賠償責任」、「違反保護他人之法律者，推定其有過失」，民法第 184 條固定有明文，侵權行為之構成要件，須行為人之行為，具備故意或過失，且故意或過失與損害之結果間有因果關係者，始足當之。被告乙施行之超音波檢查，未發現胎兒左手臂萎縮，係因超音波功能之限制，縱乙盡善良管理人之注意，亦非必定能檢查出上開異常，尚難認其有過失，或違反優生保健法相關規定。再者，原告丙其「左手前臂短小萎縮」之原因無法認定，被告於原告甲懷孕期間，僅為原告施行產檢，並未對甲投於任何藥物或施行任何手術等情，可見嬰兒丙先天性左手前臂萎縮與被告之產檢行為，要無任何因果關係。是原告依侵權行為請求被告負賠償損害，於法不合。

3. 判決評析

本案以懷孕婦女及殘疾嬰兒同時為原告，但事實上二者所主張的應為完全不同的兩種損害賠償請求。以懷孕婦女為原告者為計畫外生育訴訟，而以殘疾嬰兒為原告者乃係計畫外生命訴訟。計畫外生命訴訟，美國法上稱之為「wrongful life action」，依據Black's Law Dictionary(8th edition)之定義為「A lawsuit brought by or on behalf of a child with birth defects, alleging that but for the doctor-defendant's negligent advice, the parents would not have conceived the child or, if they had, would have aborted the fetus to avoid the pain and suffering resulting from the child's congenital defects」，簡而言之，計畫外生育中所產下的殘疾嬰兒，即為計畫外生命⁹¹。原告起訴時並未對此二完全不同之訴求進行明確區分，法院判決理由亦未區分此二者詳細論述。原告起訴主張時或許因為欠缺法律相關知識而無法正確區分完全不同的法律上訴求，但法官身為知法用法之人，於判決時實應更加仔細區分不同訴求進行詳細論述。

⁹¹ 計畫外生命並非本論文之研究對象，故僅於此進行簡單定義，詳可參見侯英泠，前揭註 14，頁 181。Picker 演講，前揭註 72，頁 187-212。

至於本案最主要爭議之一—「醫療行為有無消費者保護法無過失責任之適用？」，於醫療法修法後已無疑義。依據醫療法第 82 條第 2 項規定：「醫療機構及其醫事人員因執行業務致生損害於病人，以故意或過失為限，負損害賠償責任。」目前學說及實務皆採否定說，認為醫療行為無消費者保護法無過失責任之適用。

本案被告抗辯其醫療服務已符合當時科技或專業水準，僅受限於檢查儀器之靈敏度與診斷極限，而未查知胎兒肢體異常。醫療技術之限制乃醫療案件中被告最常提出的抗辯之一，而法院通常傾向依據醫療鑑定結果認可被告主張⁹²。本案在認定被告有無過失時，同樣完全以醫審會及台大醫院之鑑定意見為依據，以「根據眾多文獻記載，肢體端異常是超音波不易診斷的主要項目之一，其敏感度僅有五成左右」為由，從而認定「本件超音波未能檢出上開先天性肢體殘缺，應屬超音波儀器診斷功能之限制，而非被告提供醫療品質有不符當時科技水準之情形」。按所謂過失，係指行為人雖非故意，但按其情形應注意，並能注意，而不注意而言。關於過失之認定，通說以為民法第 184 條第 1 項前段應以抽象輕過失為準，也就是善良管理人之注意義務為標準，故違反（欠缺）善良管理人之注意義務標準，未能注意或防止權利侵害之發生者，即在侵權行為法之評價上為有過失。須加以闡明的是，所謂善良管理人之注意義務，係指依交易上一般觀念，認為有相當智識、經驗及誠意之平均理念之人應盡之注意義務的標準。至於行為人是否已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⁹³。本案法院判決理由並未針對個案實際情形討論被告所為之超音波檢查行為是否符合善良管理人之注意義務，僅採相關醫事鑑定意見，以文獻記載之超音波診斷功能限制做為認定有無過失之標準，實乃以醫學統計結果架空法院的法律判斷，此將導致醫生以醫療技術之高度不確定性作為其進行醫療行為時之保護傘，妥適性並非無疑。

本文認為，計畫外生育乃產前檢查所不欲發生的結果，醫生基於善良管理人之地位，應盡結果迴避義務，防止計畫外生育發生。計畫外生育之發生，除醫生於產檢中有檢驗錯誤或檢驗結果傳達錯誤外，尚包括孕婦不知所有的產檢技術都有其侷限性，誤以為若做了某種檢查，即可完全確保胎兒健康無虞。若孕婦提前得知產檢技術的侷限性，因而對胎兒健康情形持保留態度，或對胎兒可能的先天殘疾有所警覺，即可避免計畫外生育的發生（因孕婦心中的保留態度，故胎兒的殘疾對孕婦而言並非「計畫外」）。是故，醫生應盡的善良管理人注意義務除產前檢查之正確施行並正確傳達檢案結果外，尚包括應告知產檢技術之侷限性。雖因產檢技術的侷限性，醫師無須為未檢出胎兒異常情形負責，但若醫師未告知孕婦技術侷限性存在，仍須嬰兒健康情形不符孕婦計畫負責。

⁹² 詳見本文第五章實証資料分析。

⁹³ 姚志明，侵權行為法研究，頁 49-50（2002）。

第三項 台中榮總重度地中海型貧血案⁹⁴—基因檢查失誤⁹⁵

1. 案例事實

原告甲與訴外人即其配偶乙均罹患輕度地中海型貧血症，為恐甲所懷胎兒罹患遺傳性重度地中海型貧血症，原告經訴外人即被告台中榮總醫院之受僱人丙看診，並安排進行「羊水穿刺基因檢查」及「夫妻基因分析」二項檢驗。之後原告由訴外人即被告之受僱人丁，告知前開檢查結果為原告所懷胎兒屬輕度地中海型貧血，不會顯現重度地中海型貧血之症狀。原告於得知檢驗結果後，始決定將胎兒生下，而未施行人工流產，嗣後卻產下罹患重度地中海型貧血症之嬰兒。

原告基於兩造間已成立有償之醫療契約，因被告醫院嚴重之檢查錯誤，而產下不健全嬰兒，依民法第227條主張被告應負不完全給付之債務不履行賠償責任，包括嬰兒一生之醫療費用、人力照顧費用、特殊教育費用。

2. 法院判斷

法院對於兩造間已成立有償之委任（醫療）契約之事實採肯定見解，主要爭點在於被告台中榮總醫院之行爲是否有過失。法院判決⁹⁶認定被告有過失，惟被告之過失行爲和損害間無因果關係，故不須負賠償責任，理由摘要如下：

訴外人即被告之受僱人丁僅以電話口頭向檢驗室詢問，由檢驗師加以判讀，告知丁判讀結果，丁再轉告原告上開檢驗報告，而非由醫師親自就檢驗數據判讀。依行政院衛生署醫事審議委員會鑑定意見，現行之醫療常規，由被告之檢驗室副技師進行製作報告後，必需經合格專科醫師判讀，方可對病患告知檢查結果。準此，被告既係在未經合格專科醫師親自判讀檢驗報告下，僅由其受僱人丁以電話詢問而告知，顯屬醫療行爲與現行醫療常規不符。

惟被告之醫療行爲雖不符合現行醫療常規，卻與原告損害發生之間無相當因果關係存在。因依據鑑定意見指出，當初縱使被告係由合格專科醫師，親自加以判讀亦會告知原告相同的檢驗結果，因受制於當時之技術，可能為原告所懷胎兒之造血系統基因突變，新發生II 1654基因，致被告當初未能驗出胎兒係屬重度地中海型貧血，此為醫療科技上無可避免，應由病患自己加以承擔之風險，因之，被告無須就損害負擔賠償責任⁹⁷。

⁹⁴ 本案歷經二審，分別為台中地方法院 88 年重訴字 606 號判決、臺灣高等法院臺中分院 90 年重上字 28 號判決。

⁹⁵ 地中海型貧血，又稱為海洋型貧血（thalassemia），是一種自體隱性遺傳之血色素疾病，是台灣常見的單一基因遺傳疾病，大約有 6% 人為帶因者，惟帶因者身體狀況通常與一般人類相似。地中海型貧血又分為甲型與乙型，夫妻若為同型帶因者，則每次懷孕，其胎兒有 25% 機會罹患重型地中海型貧血，會危及懷孕母親或胎兒之生命及健康，其中乙型重型患者將需終生輸血、施打排鐵劑來維持生命。王建楠，「基因疾病與遺傳諮詢」，基層醫學，第 16 卷第 5 期，頁 111（2001）。

⁹⁶ 臺灣高等法院臺中分院 90 年重上字 28 號判決。

⁹⁷ 陳佩吟，前揭註 19，頁 25。

3. 判決評析

本案原告為懷孕婦女，被告為實施產前檢查之醫院，原告單純主張依委任（醫療）契約要求被告負擔不完全給付之債務不履行損害賠償責任。就訴訟主體及原告主張觀察，本案乃典型之計畫外生育案件，無論是訴訟主體的選擇或是訴訟標的及訴訟上主張皆相當正確。

本案中，被告所為之檢驗結果與胎兒之實際身體狀況不符乃不爭之事實，換言之，被告之給付有瑕疵已可確定，需探討的是，該瑕疵給付是否可歸責於被告，亦即被告就該瑕疵給付是否有過失⁹⁸。法院認為依醫審會鑑定意見，現行之醫療常規，基因檢測的執行方法應為檢驗室提出檢驗報告後，經合格專科醫師判讀，方可對病患告知檢查結果。準此，被告既係在未經合格專科醫師親自判讀檢驗報告下，僅由其受僱人丁以電話向檢驗室人員詢問檢驗結果後隨即將該結果告知原告，顯屬不符合醫療常規。

惟法院又指出，雖然被告之受僱人執行醫療行為與現行醫療常規不符，但「若醫療契約之受任人，其受僱人之資格、檢驗方式、執行業務過程及設備均不違反通常可期待之醫療水準，亦盡告知之義務時，則受限於科學上所使用方式非有無限能力或無缺點及醫療契約委託人之個別性，當不能以未達成醫療契約之目的，遽謂受任人或其受僱人未盡善良管理人之義務⁹⁹」，故雖然被告之醫療行為不符合現行醫療常規，但因受制於當時之技術，被告未能驗出胎兒係屬重度地中海型貧血乃醫療科技上無可避免，應由病患自己加以承擔之風險，因之，被告無須就損害負擔賠償責任。此顯然係完全依據醫事審議委員會之鑑定意見，以「被告係受限於當時之技術，未能診斷出來，而非有醫療過失」為其推斷被告無過失之基礎。

按醫療乃具高度專業性之事項，法官通常欠缺醫療知識，故需將涉及醫療專業之案件送交鑑定，由外部機構提供專業意見供法官進行判決時之參考。惟外部機構所提供之意見乃醫療判斷，與法官應知法用法進行之法律判斷仍屬有別。申言之，具體個案中系爭醫療行為是否符合醫療常規，唯有具備醫療專業知識之人方可將該醫療行為與其行業內之通常做法進行比較並做出判斷，而特定醫療措施是否有其技術上之限制，亦僅有具備專業醫療知識者方可解答；惟具體個案中實施醫療行為者之行為是否有過失，乃法官應依據事實證據決定行為人是否應注意，並能注意，而不注意而言，為法官應依其專業進行獨立判斷之事項。簡言之，醫療行為是否符合醫療常規及醫療技術之限制乃醫療判斷，而實施醫療行為之人是否有過失，則係專業法律判斷之範疇，二者不應混為一談。惟由前述法院判決論述邏輯觀察，即使被告之行為明顯與現行醫療常規不符，法院似乎傾向以被告之醫療行為受制於現行技術水準，故其未能檢出胎兒異常無可歸責，此種論述方式有混淆醫療判斷與法律判斷之嫌。

⁹⁸ 宋克芳，前揭註 34，頁 47。

⁹⁹ 臺灣高等法院臺中分院 90 年重上字 28 號判決。

本文認為，醫師對於未檢出胎兒異常無可歸責，不當然代表醫生無須為計畫外生育負責。所謂「計畫外」生育，指嬰兒出生時的健康情形與孕婦的預期不符。孕婦對於胎兒健康情形的預期，主要來自於醫生於產檢中所提供的資訊，若醫師給孕婦非常肯定的資訊，讓孕婦認為自己對胎兒的健康情形可以有百分之百的期待，則只要嬰兒出生時與孕婦預期有任何不符，計畫外生育隨即發生。但若醫師有告知孕婦產檢技術的侷限性，讓孕婦對胎兒的健康持保留態度，僅抱持模糊的期待，則即使胎兒出生之健康情形不如想像，亦非完全「計畫外」的情形。申言之，本文認為醫師於產前檢查中應盡之注意義務除了與醫療常規相關的正確提供醫療給付外，尚包括避免計畫外生育發生的結果迴避義務。若嬰兒之健康情形不佳，但此種缺陷乃在孕婦預料之中，即無計畫外生育的問題。現行法院以醫療技術有限制，導出實施醫療行為者無過失之結論，只考量到胎兒殘疾之事實，而忽略這種殘疾是否為孕婦計畫之外。若醫師有告知孕婦產檢技術的侷限性，嬰兒殘疾並非孕婦計畫之外，醫師方無過失。當醫療行為受制於現行醫療水準，醫師無論如何都不可能發現胎兒異常情形時，醫師自然無須為未檢出胎兒異常情形負責，但若醫師未告知孕婦技術侷限性存在，仍須嬰兒健康情形不符孕婦計畫負責。

第四項 小結

第一項 各國普遍承認計畫外生育為合法訴因

觀察各國法院面對計畫外生育問題時的態度，除了美國在聯邦體制下，侵權行為乃州法管轄事項，在各州法院見解有明顯差異的情況下，尚未在國內形成統一見解外，包括我國的其餘主要國家大多認為計畫外生育發生時，父母對於醫師或執行產前檢查的醫療機構有損賠償請求權。

第二項 損害賠償範圍為主要爭議問題

因為各國對於「損害」的定義不同，而有不同的損害賠償範圍，但最主要爭執點在於：懷孕婦女為了避免生育帶有殘障之小孩而接受檢查，結果卻事與願違依舊生下殘疾嬰兒，雖然身為父母對於子女有法定扶養義務，但若當初醫生之檢查結果正確，則孕婦會選擇墮胎而不會生下殘疾嬰兒，所以扶養殘疾小孩的費用是否可以視為損害進而向醫師或醫療機構請求損害賠償？

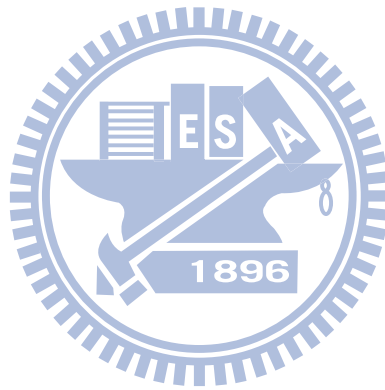
除了日本舊實務見解僅肯認父母得請求慰撫金外，其餘各國的作法基本上可區分為兩種模式：

1. 父母可請求完整扶養費用

醫生或醫療機構應向計畫外生育中的父母負殘疾小孩之扶養費損害賠償責任，包括殘疾小孩的一般扶養費用及特別照護費用。此乃德國實務通說，惟德國聯邦憲法法院持不同見解¹⁰⁰。

2. 父母僅可請求一般扶養費用以外因子女殘障所導致之相關額外支出

父母對於子女本即依法負有扶養義務，此乃基於人倫關係之一身專屬義務，不得轉嫁由醫生或醫療機構負擔。是故，父母僅可請求一般扶養費用以外因子女殘障所增加之各方面費用，如醫療費用、人力照護費用、特殊教育費用等。採此見解的有美國若干州、法國實務見解及我國實務見解¹⁰¹。



¹⁰⁰ 詳見本章前述關於德國聯邦法院與聯邦憲法法院之爭執。頁 21-23。

¹⁰¹ 詳見本章前述關於各國立法例與實務見解。頁 13-21、23。

第三章 計畫外生育之民事賠償責任類型

我國現行法上並無稱為損害賠償法的法律，損害賠償的相關規定主要係規定於民法中。損害賠償的構造係由損害賠償的發生原因（責任成立原因）及損害賠償範圍組成。損害賠償的發生原因係分散的規定於民法及其他特別法，至於損害賠償範圍的一般原則，則係統一的歸納於民法第 213 條至第 218 條，對契約責任、侵權責任等一切損害賠償均有適用餘地。民法第 192 條至第 198 條，一方面係關於侵權行為的特別規定，他方面亦具有原則性，對一切侵權行為，無論是規定於民法或特別法，採過失責任或無過失責任，均得適用之。此項體系構成係建立在一項共同的基本原則之上，即損害賠償之目的在於填補損害，不受其責任發生原因之影響¹⁰²。

包括我國在內，目前世界各國普遍承認計畫外生育得作為訴因提起訴訟，意外生下殘疾嬰兒的父母得依據各國法律相關規定向醫生或醫療機構，甚至其他相關醫事人員提起訴訟請求損害賠償，可能的請求權基礎包括契約法上的債務不履行及侵權行為。我國關於計畫外生育的損害賠償，最早被肯認的是基於契約責任進行請求，以下亦先就計畫外生育中，契約之債務不履行損害賠償責任進行討論。

第一節 產檢契約上之損害賠償責任

第一項 產前檢查契約為委任契約或近似委任之非典型契約

所謂醫療關係，係指以醫療為目的，在醫療機構或醫師與病人間所構成之法律關係，原則上以契約為其發生原因，例外的可能基於無因管理¹⁰³。以醫療關係為目的之契約即為醫療契約，醫療契約之性質學說上有諸多討論，諸如委任契約說、準委任契約說、僱傭契約說、承攬契約說、混合契約說、非典型契約說等均有學者主張，惟我國多數說¹⁰⁴與實務上¹⁰⁵均將醫療契約定性為委任契約或非典型契約。按僱傭契約之特色在原則上僱用人乃具有專業知識之人，受僱人應依據僱用人之指揮監督從事相關行為，惟醫師在醫療行為中相較於病患乃具有專業知識之人，應依其專業知識自行裁量選擇醫療方式，不受病患之指揮監督，醫療契約自非僱傭契約。又承攬依民法第 490 條規定，係指當事人約定，一方為他方完成一定之工作，他方於工作完成後，給付報酬之契約。依據一般人之期待，醫療行為係以治癒疾病為目的，但醫療行為本即具有不確定性及危險性，即使完成一定之醫療給付亦不能保證能達成預期之治癒疾病之結

¹⁰² 王澤鑑，前揭註 83，頁 126-27。

¹⁰³ 黃茂榮，債法各論（第一冊），頁 364-65（2003）。

¹⁰⁴ 王澤鑑，僱傭人無過失侵權責任的建立，民法學說與判例研究（一），頁 15（2004）。黃茂榮，同前註，頁 367（2003）。

¹⁰⁵ 將醫療契約定性為委任契約之實務見解如最高法院 92 年台上字第 1057 號判決，或是如最高法院 90 年重上更字第 48 號判決，將醫療契約定性為近似委任之非典型契約。

果，因而有學者指出「醫療契約為『手段債務』，非『結果債務』¹⁰⁶」，由此觀察，醫療契約亦非承攬契約。是故，醫療契約既係病患與醫療機構約定，病患委託醫療機構提供醫療給付以期治癒疾病，醫療機構接受委託允為處理，自應屬於委任契約之一種。即使認為現行民法上關於委任契約之規定，與醫療臨床及醫學倫理諸多不合，並且由於醫療行為之特殊性與專業性，實非民法債編中任何一種單一契約類型所能涵蓋，醫療契約自應獨立成爲一種非典型契約類型，但依據現行民法第 529 條規定：「關於勞務給付之契約，不屬於法律所定其他契約之種類者，適用關於委任之規定」，因而即使主張醫療契約為非典型契約，最終仍應適用關於委任之相關規定，與主張醫療契約為委任契約者為殊途同歸，僅論述方式上稍有差異¹⁰⁷。

產前檢查契約係屬醫療契約之一種，殆無疑義。自實務之運作上進行觀察，孕婦至醫療機構掛號，與醫療機構成立一個內容為產前檢查的醫療契約，至醫師之門診時先由醫師進行產前篩檢或診斷，得知母體與胎兒情況後，再由醫師開立處方，或建議做進一步的檢查或治療。孕婦委任醫療機構對其進行產前檢查，期待醫院僱用之醫生正確告知母體與胎兒之情形，若母體或胎兒有健康上之疑慮，孕婦也期待醫生指示更進一步的作為。究竟受醫院僱用之醫師基於醫療機構與孕婦間之產前檢查契約應對孕婦進行何種告知，以及應告知之何種程度，似有不明確之模糊地帶，詳如下述。

第二項 產前檢查契約中醫生說明義務

1. 美國

醫生於醫療行為中所需負擔的說明義務以美國法上之告知後同意法則最爲人所熟知也最常被討論。美國法上的告知後同意法則（the Doctrine of Informed Consent）係指醫師對病患負有法律上義務，以病人可得了解之語言，即使病患未詢問仍須主動告知病患病情、可能的治療方案、各方案可能之風險與利益，以及不接受醫師治療所可能引發之後果，進而輔助病患做出符合其生活型態之醫療選擇。醫師在不具有正當理由的情況下，未經告知而取得病患同意所爲之醫療行為，醫師必須對其所造成之一切後果負責¹⁰⁸。應對病患進行告知的主體為醫師，而不得由其他之醫療助手或護士代爲進行，因為醫師是實際從事治療並對結果負責之人，對於病人的情況也最爲了解。惟醫師工作繁忙，若任何細節均須仰賴醫師說明，恐會造成醫師過分負擔，此時護士和其他醫事人員可擔任輔佐說明的角色，但仍不可取代醫師成爲負擔告知義務的主要主體¹⁰⁹。告知後同意之性質，屬於法律上之義務，和倫理義務不同，倘若違反此種法律義務，會發生一定的法律效果。美國法將告知後同意原則納入侵權行為的架構中處理，如果醫師未盡告知

¹⁰⁶ 朱柏松，「適用消保法論斷醫師之責任」，台大法學論叢，第 27 卷第 4 期，頁 21（1998）。轉引自薛瑞元，「醫療契約與告知義務」，月旦法學雜誌，第 112 期，頁 37（2004）。

¹⁰⁷ 關於醫療契約之定性，並非本文討論重點，故不深入介紹，關於醫療契約的討論可參見陳佩吟，前揭註 19，頁 63-68。薛瑞元，同前註，頁 37-40。

¹⁰⁸ 楊秀儀，「美國『告知後同意』法則之考察分析」，月旦法學雜誌，第 121 期，頁 139（2005）。

¹⁰⁹ 楊秀儀，「論病人自主權—我國法上『告知後同意』請求權之基礎探討」，台大法學論叢，第 3 卷第 2 期，頁 233（2007）。

義務，讓病人的同意是在資訊不夠充分的情況下所為，倘若當初醫生提供足夠資訊，病人就不會同意時，應透過「過失侵權」向醫生究責¹¹⁰，其目的在保障病患之自主權，使病患所有的同意行為皆係基於充分了解後所為之真摯同意。告知程度及告知標準方面，目前美國法上有四種標準¹¹¹：

(1) 理性醫師說

1957年的Salgo v. Leland Stanford Jr. University Bd. of Trustees¹¹²一案中法院採取此種標準，法院指出只有病人對醫療行為的同意是不夠的，病人在同意手術前必須先被告知醫療行為的相關風險，告知的範圍取決於「一般理性醫師」的慣行，由醫師間所樹立的醫療常規，來決定應對病人說明的事項。易言之，此種標準將說明義務的範圍、內容交由醫療專業來判斷，以「一個理性的醫師，在系爭個案的情況下，都會告知病人的資訊」為判斷標準。

衛生署舊版手術同意書¹¹³即採用此種標準，由醫師決定應對病人說明的事項。此種標準對醫生而言較有保障，但可能發生病人希望被告知的醫療訊息，醫生本於醫療常規認為毋庸告知的情形。

(2) 理性病人說

1972年的Canterbury v. Spence¹¹⁴一案，法院認為告知的範圍、內容必須基於「理性病人標準」，而非醫師專業標準。醫生的告知應以「一般理性的病人，在系爭個案情況下，都會想要知道的資訊」為準。此種標準主張為了貫徹病患的自主權，尊重病人知的權利，醫師的告知範圍不應以醫師的慣行為主，因為那常常和病人的需求相違背。衛生署的新版手術同意書¹¹⁵，即「傾向」採用理性病人標準。

(3) 具體病人說

1979年Scott v. Bradford¹¹⁶案，法院認為醫師在可能預見的範圍內，就其治療的具體、個別病人本人所視為重要的事項，即應說明。此標準下，說明範圍取決於「做出承諾的病人本人」，但醫師很難掌握每個病人的獨特性和主觀感覺，若採此一標準會造成醫師過度沉重的負擔，故美國採此立場的判決不多。

¹¹⁰ 王皇玉，「醫師未盡說明義務之法律效果—簡評九四年台上字第二六七六號判決」，台灣本土法學雜誌，第75期，頁226（2005）。

¹¹¹ 林萍章，「知情同意法則之『見山不是山』—法院近來裁判評釋」，月旦法學雜誌，第162期，頁20-21（2008）。

¹¹² Salgo v. Leland Stanford, 154 Cal.App.2d 560, 317 P.2d 170 (1957).

¹¹³ 見附件1。

¹¹⁴ Canterbury v. Spence, 464 F.2d 772 (1972).

¹¹⁵ 見附件2。

¹¹⁶ Scott v. Bradford, 606 P.2d 554 (Okla. 1979).

(4) 折衷說

折衷採取理性醫師說及具體病人說兩說或視情況不同分別採用理性病人說及具體病人說。即從一般理性的醫師立場而言，凡當做治療對象之具體病人於自我決定之際所認為重要且必要之事項，醫師皆應說明。

雖然學說上有四種說法，但美國法院以採取理性醫師說及理性病人說為主，目前又以理性醫師說較占優勢，大部分的州都採取此種判斷標準¹¹⁷。但在病患意識抬頭的今日，以病人為導向的理性病人標準也逐漸普及，而且漸漸被法院接納採用。

2. 德國

德國法上的醫師說明義務，可分為契約上說明義務（vertragliche Aufklärungspflicht）與病人自主決定權說明義務（Selbstbestimmungsaufklärungspflicht）¹¹⁸。其中「病人自主決定權說明義務」主要的法律意義在侵權行為法中之法益保障問題、身體法益或自主決定權法益之區分，以及該法益保護之範圍問題。與美國法不同的是，德國除了出於尊重病人自主的病人自主權說明義務外，並從契約之保護義務導出醫師之說明義務。契約上的附隨保護義務由誠信原則導出，依契約雙方間之法律關係，不管是債務人或債權人在契約進行與履行過程中都必須注意不侵害到對方的權利或利益，若一方違反此注意義務而有過失時，對於造成他方之損害，負損害賠償責任¹¹⁹。由契約保護義務導出之說明義務的內容可能會與病人自主權說明義務相同，但二者並不盡然完全相等，前者的範圍通常更大、更完善。德國法的契約上說明義務並不是以病人自主權為基礎，其主要目的係實現債之本旨，以及由誠實信用原則所發展之保護義務概念而衍生相關說明義務¹²⁰。

不論是美國法或是德國法，說明義務之功能均在於尊重病患自主決定權等權益與個人之人性尊嚴，其差異僅在於各國之法律傳統與體系固有的差異，基本理念上並無明顯不同¹²¹。

3. 我國

我國方面，學說上對於醫師基於產前檢查契約對孕婦的告知範圍及內容並無太多論述，稍有提及告知範圍者多半依循美國分類，採取美國多數說之理性醫師標準。但不論採取主流之理性醫師標準或是理性病患標準，病患的個別性以及特殊性似乎都不是討論的重點，而是著重在一般規則的建立，這樣的想法與早先重視規格化標準化的想法不謀

¹¹⁷ BARRY R. FURROW, SANDRA H. JOHNSON, TIMOTHY S. JOST, AND ROBERT L. SCHWARTZ, HEALTH LAW: CASES, MATERIALS AND PROBLEMS 336 (2d ed. 1991).

¹¹⁸ 關於德國的說明義務，詳參侯英冷，「醫療行為的民事上賠償責任—從德國醫師責任法切入探討（上）」，月旦法學雜誌，第 72 期，頁 120（2001）。

¹¹⁹ 侯英冷，「從德國法論醫師之契約上說明義務」，月旦法學雜誌，第 112 期，頁 20（2004）。

¹²⁰ 同前註，頁 10。

¹²¹ 同前註，頁 10。

而合，但是這樣的想法卻無法禁得起長時間的考驗，想像上應該有第三個選項，強調病患的主體意識與個別性，尤其在計畫外生育之案件中更應如此，也唯有如此方能與病患自我決定權的概念相契合¹²²。

實務上對於告知義務的說明範圍之見解更是寥寥可數，最具代表性者為最高法院94年台上字第2676號判決。該判決指出「醫師實施醫療行為時，應詳細對病人或其親屬盡相當的說明義務，經病人或其家屬同意後，才實施醫療，如此才能保障病人的身體自主權」，明白宣示「身體自主權」是法律所保障的權利而且必須透過醫師的說明（告知）才能實現。因為在醫病關係中，資訊的不對等或者一方擁有較另外一方更為優勢的資訊，都可能以操弄知識的方式形成一種行為支配或權力支配的態樣，使病人的身體淪為被支配操弄的客體¹²³，是故醫師被課與事前對病人說明之義務。該判決羅列出醫師說明的範圍應包含：（一）診斷的病名、病況、預後及不接受治療的後果；（二）建議治療方案及其他可能之替代治療方案暨其利弊；（三）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；（四）治療之成功率（死亡率）；（五）醫院之設備及醫師之專業能力等事項；亦即在一般情形下，如曾說明，病人即有拒絕醫療的可能時，醫師即有說明的義務。於此，醫師若未能進上開說明之義務，除有正當理由外，難謂已盡注意之義務。此外，法院強調說明義務之履行以實質上說明為必要，若僅形式上令病人或其家屬在印有說明事項的同意書上簽名，尚難認已盡說明之義務。但判決中舉出兩種說明的例外：（一）情況過於緊急，來不及說明；（二）過於專業或細部療法，涉及醫療專業技術，且一般而言不影響病人決定是否接受醫療的不具重要性的訊息，可以不予說明。雖然最高法院94年台上字第2676號判決是一件刑事判決，刑事判決中有無告知後同意原則之適用尚有爭議，比較法上亦無先例存在，但最高法院於本案中完全接受了美國法上「告知後同意」的概念，並且對我國臨床實務中，究竟醫師在取得病人告知後同意時，其應該審酌的事項為何，有清楚的說明，對於告知後同意原則在我國的具體化仍有重大貢獻¹²⁴。

於計畫外生育的案件中，面對原告主張被告未盡告知義務時，高雄地方法院92年醫字第2號判決認為，該案依據一般醫療常規，胎兒嚴重肢體缺損由超音波中應可看出，即使看不清楚，醫生也應建議家屬做更精密檢查，醫生疏未建議家屬進行更進一步之檢查，致未發現胎兒之體缺損之情形，故有過失。由此可見，法院認為醫師有告知病患相關精密檢查資訊之義務。

4. 本文見解

由於我國主要繼受德國法，因此計畫外生育相關契約責任與侵權責任之認定，採取

¹²² 詹心馳，前揭註 74，頁 88。

¹²³ 王皇玉，前揭註 110，頁 225。

¹²⁴ 楊秀儀，「告知後同意原則之司法實務發展—最高法院九四台上字第2676號判決評釋」，台灣本土法學雜誌，第 73 期，頁 214（2005）。

與德國法相似之論述方法為佳。在契約法脈絡下，以契約本身之目的與內容為標準，判斷醫師及醫療機構告知義務之發生與效果，對醫師及醫療機構而言亦較具有合理性及可預知性。德國法上將債之關係視為一種有機體，從有「社會接觸」之時開始，隨著雙方當事人彼此接觸、磋商而開始發展，建立起彼此間之信賴關係，並依誠實信用原則產生若干保護、誠實、通知、說明等義務。因此所謂債之關係上之義務，除了給付義務外，尚包括基於誠實信用原則而產生之附隨義務。契約上之附隨義務種類甚多，依照其功能可分為二種：一是誠實義務，目的在於促進實現主給付義務，使債權人之給付利益獲得最大可能之滿足；二是保護義務，以維護他方當事人之人身或財產上利益¹²⁵。無論如何，契約既以實現雙方合意之主給付內容為主要目的，醫師的告知義務內容及範圍即應視契約的具體內容而定，除誠實義務及保護義務外，涉及產前檢查契約給付義務的部份，醫師方有告知義務存在，是故，在討論醫師於產前檢查中對孕婦應負擔之告知義務的內容與範圍之前，有必要先定義產前檢查契約的具體內容。

第三項 產前檢查契約之內容與債務不履行

1. 產前檢查契約內容包含孕婦中止懷孕的選擇權

醫師錯誤告知產前檢查之結果或疏未告知產前篩檢或診斷之方法或管道，導致懷孕婦女未能行使其受法律保障之終止妊娠之權利，是否違反孕婦與醫療機構間簽訂之產前檢查契約，端視契約之內容為何，若醫師未履行其依契約內容應負擔之告知、說明義務，及因契約而生之從給付義務或附隨義務，方有債務不履行之損害賠償問題。

懷孕婦女與醫療機構間所訂立的產前檢查契約之具體內容為何，須回歸締約當事人之真意檢視。產前檢查包含多種項目與檢查目的，除了基礎的常規檢查，確認胎兒成長狀況如同預期，並且確保懷孕婦女的健康外，產前檢查最重要的目的即在對胎兒進行產前篩檢或診斷，以提前得知胎兒之健康狀況，以及胎兒是否帶有任何先天上的疾病或缺陷。關於前述產前檢查之內容與目的，應無疑義，爭議之處在於產前檢查契約之實質內容，究係產前檢查之各種篩檢與診斷之正確實施，或是包含實施產前檢查後，婦女得依據檢查結果選擇繼續妊娠或是進行人工流產之「中止懷孕的選擇權」。若醫師的檢驗錯誤是導致婦女生下計畫外生命的原因，而當初該婦女實施產前檢查之目的，即在避免日後生育多重殘障之新生命，所以法律邏輯上可以思考的問題即是：契約訂立當時該產前檢查之目的何在？是否該結果損害屬於契約目的範圍內之損害？這是德國聯邦法院從契約保護目的肯定父母對於醫師有計畫外生育損害賠償請求權的推論基礎之一。德國聯邦法院於具體個案中認為：若締約當時，懷孕婦女基於經濟上的考量而決定進行羊膜穿刺之基因分析，且於訂約時對醫師明白表示其個人基於經濟上考量不願生出多重障礙之小孩而承受沉重之負擔，因而接受羊膜穿刺，所以，避免計畫外生命的扶養費用支出為

¹²⁵ 邱琦，「醫生沒有告訴我的話—論告知義務與不完全給付」，月旦法學雜誌，第 164 期，頁 39-40（2009）。

契約保護效力所及利益¹²⁶。有學者主張德國聯邦法院此種見解混淆了「單純動機與契約內容之界限」，其謂依契約基本原則，締約動機並不重要，契約相對人毋須擔保他方締約動機之實現。雖然理論上締約動機可能成爲契約內容，進而成爲契約所欲保護之利益，但將動機轉換爲契約內容，並不是單純僅將動機表示出來即可，而是必須視動機本身的性質而定，若締約動機依一般交易習慣爲契約重要內容之一，方可能成爲契約內容之一部，而產前檢查之契約在性質上仍屬於一種「醫療性質之檢查契約」，不管當事人間如何約定，該契約目的仍是產前檢查之正確施行，並不包含懷孕婦女墮胎之可能性，或是避免法定扶養義務之發生¹²⁷。易言之，學者主張「接受羊膜穿刺後，若小孩帶有先天疾病，懷孕婦女即欲墮胎」爲締結產前檢查契約、接受羊膜穿刺的「動機」，但實際上產前檢查契約之內容僅及於「羊膜穿刺術之正確實施」，而不及於「得知檢驗結果後婦女中止懷孕的可能性」。

惟本文認爲不應斷然認定產前檢查契約之內容僅及於各種產前篩檢或診斷之正確實施，而應包含婦女因醫生正確實施並正確傳達篩檢或診斷之結果後，本於其自身情況考量選擇是否進行人工流產之權利。理由如下：

(1) 「確保母體與胎兒健康」係產前檢查契約的主要內容與目的

產前檢查的重要目的係提早得知胎兒之健康狀況，應無疑問。爲何需要提前得知胎兒之健康狀況？本文認爲唯一可能之解答即係若胎兒健康情形不佳，懷孕婦女欲選擇是否實施人工流產以終止妊娠。筆者難以想像孕婦接受產前檢查單純僅欲「發現胎兒之健康狀況」，若發現胎兒之健康情形不佳時孕婦也不打算進行任何處置，則進行產前檢查僅將煩惱提前，毫無意義。此外，由我國健保局所提供的健保給付項目與我國人民接受產前檢查的普遍度也可得知¹²⁸，「確保母體與胎兒健康」係產前檢查契約的主要內容與目的。另外，最高法院92年台上字第1057號判決也指出：「故行政院衛生署爲推廣優生保健服務，發揮預防醫學之精神，以避免先天性缺陷兒之產生，鼓勵三十四歲以上之婦女懷孕時應做產前遺傳診斷。」由此可知，無論是孕婦主觀或是政府推動產前檢查，其目的皆係「確保母體與胎兒健康」，而非單純「發現胎兒之健康情形」。

既然產前檢查契約之目的在確保孕婦及胎兒之健康，則契約內容勢必包含「得知檢驗結果後婦女中止懷孕的可能性」，如此方能確保產前檢查契約目的之達成。除了醫療機構正確實施產前篩檢或診斷，並正確告知孕婦篩檢或診斷結果外，婦女得依據該項結

¹²⁶ 侯英冷，前揭註 14，頁 213。

¹²⁷ 同前註，頁 214-215。

¹²⁸ 產前檢查的普及率是世界衛生組織評鑑各個國家醫療水準的指標；就個人健康規劃與實際利益而言，產前檢查除了可以保障孕婦與胎兒的福祉之外，更可以提供健康管理的生涯規劃。詳見盧凡，「高品質的健康檢查」，健康天地電子報第 32 期（1999）：<http://www.drugnet.com.hk/health/032-14.htm>（最後點閱時間：2010 年 3 月 5 日）。另可參考陳麗美、高森永，全民健康保險孕婦產前檢查及兒童預防保健之利用及追蹤分析，中央健康保險局委託研究（1998）：<http://www.nhi.gov.tw/86/86plan24.htm>（最後點閱時間：2010 年 3 月 5 日）。轉引自詹芝怡，計畫外生育與計畫外生命之損害賠償責任研究—兼論產前篩檢政策的應有走向，中原大學財經法律系碩士論文，頁（2006）。（網址已經過更新）

果選擇是否中止懷孕，如此才能真正維護懷孕婦女與胎兒之健康。易言之，如果接受「產前檢查契約的內容乃確保孕婦及胎兒之健康」之事實，則孕婦得知結果後選擇是否中止懷孕之選擇權絕非單純訂立產前檢查契約之動機，而依一般交易習慣為契約重要內容之一，為契約內容之一部。

(2) 優生保健法課予醫師勸使孕婦接受人工流產之義務

依據優生保健法第11條第2項規定：「懷孕婦女施行產前檢查，醫師如發現有胎兒不正常者，應將實情告知本人或其配偶；認為有施行人工流產之必要時，應勸其施行人工流產。」當「醫師發現有胎兒不正常」之要件符合時，法律即課醫師以「應將實情告知懷孕婦女本人或其配偶，認為有施行人工流產之必要時，應勸其施行人工流產」之義務。易言之，在產前檢查中，醫生除依契約應正確實施各種產前篩檢及診斷外，在特定情況下，依法也負擔需勸使懷孕婦女接受人工流產之義務。由此可知，產前檢查契約之內容並非單純提供正確的篩檢或診斷結果，還包括依據該結果所可能進行的後續動作。

綜上所述，既然婦女因醫生正確實施並正確傳達篩檢或診斷之結果後，本於其自身情況考量選擇是否進行人工流產之權利係契約內容之一部，屬於受契約所保護之利益，則孕婦因故被剝奪選擇是否實施人工流產之權利時，與孕婦訂定產前檢查契約之醫療機構自有不完全給付之債務不履行之損害賠償的問題。退步言之，即使認定產前檢查契約之內容僅及於各種產前篩檢或診斷之正確實施，不包含婦女選擇是否進行人工流產之權利，觀察現行計畫外生育之案例，不乏醫生於產前篩檢或診斷時發生錯誤，或即使檢驗結果正確，卻因醫師之過失傳達錯誤，使懷孕婦女誤認腹中胎兒之健康情形，進而錯失依法實施人工流產之機會而抱憾生下殘疾嬰兒。此種案件中，醫療機構對孕婦之債務不履行情形更屬明顯，自有相關損害賠償之問題。

2. 產前檢查契約內容包含告知孕婦精密檢驗資訊

依據孕婦與醫療機構間的產前檢查契約，為孕婦實施產檢之醫生是否有提供孕婦更精密之篩檢方式或相關診斷資訊之義務，實務上爭議屢見不鮮。孕婦主張實施產檢的醫師未提供其精密檢驗資訊，若有提供，孕婦會選擇接受該項檢查，或許就可及早發現胎兒異常而實施人工流產，故醫師未提供更進一步精密檢驗資訊違反產前檢查中相關告知義務的要求。

以常見的嬰兒肢體缺損的爭議為例，孕婦進行超音波檢查，醫生告知孕婦以目前的懷孕週數及當下胎兒的角度觀察，胎兒的四肢正常。此種說法應正確無誤，醫生並未保證胎兒絕對正常，僅告知孕婦在現行條件下並未發現胎兒異常。但若醫師發現孕婦仍然心存懷疑，是否可以主動建議孕婦擇日進行更精密的例如高層次超音波的檢驗？又非高齡產婦之孕婦的母血唐氏症篩檢數據雖未進入唐氏症高危險群，但已逼近臨界值，或醫師由孕婦的言談中明顯可知孕婦不希望產下唐氏兒，是否可以更加積極主動建議孕婦進行羊膜穿刺以診斷胎兒是否患有唐氏症？

前述美國法上的Reed v. Campagnolo判決，馬里蘭州法院認為若醫師未告知某種可以檢出胎兒異常的特定檢驗技術存在，須為計畫外生育負損害賠償責任。我國的高雄地院92醫字第2號判決亦認為，若一般超音波檢驗看不清楚胎兒外觀，醫生應建議家屬進行更精密的檢驗，若因醫師之疏失未建議進行更精密的檢查，致未發先胎兒肢體缺損的情形時，醫生於產前檢查有過失。

本文認為，在承認「確保母體與胎兒健康」係產前檢查契約的主要內容與目的的前提下，醫生自然有提供相關精密資訊之義務，唯有獲得相關資訊，孕婦才能確實做出選擇，決定接受何種程度之篩檢或診斷。即使認為提供更進一步的精密資訊並非醫師基於產前檢查契約所需負擔的主給付義務，亦應承認提供相關資訊係產前檢查契約中基於誠實信用原則及補充的契約解釋而生的從給付義務。從給付義務具補助主給付義務的功能，不在於決定債之類型，乃在於確保債權人的利益能夠獲得最大的滿足¹²⁹。唯有課予醫生提供精密檢查資訊之義務，使孕婦得基於充分了解做出選擇，其於產前檢查契約中的「確保母體與胎兒健康」給付利益方可獲得最大滿足。按民法債之關係以主給付義務為核心，民法第227條規定：「因可歸責於債務人之事由，致為不完全給付者，債權人得依關於給付遲延或給付不能之規定行使其權利。因不完全給付而生前項以外之損害者，債權人並得請求賠償。」，所謂不完全「給付」，解釋上除主給付義務外，尚應包含從給付義務¹³⁰，故若醫師於產前檢查中，疏未提供孕婦更精密的檢驗資訊，亦有不完全給付之債務不履行損害賠償相關問題。

再退步言，若認為告知精密檢驗資訊之義務不得獨立以訴訟請求履行，因而認為此種義務並非產前檢查契約課予實施產前檢查之醫生的從給付義務¹³¹，亦應認為為促進實現主給付義務，使債權人的給付利益獲得最大可能的滿足，告知精密檢驗資訊應為產前檢查契約之附隨義務。從給付義務之違反有相關債務不履行規定之適用，殆無疑義，但因可歸責於債務人之事由，違反契約上之附隨義務，致債權人受有損害時，債權人得否依不完全給付債務不履行之規定，請求損害賠償，則有疑問。對此問題，我國通說採取肯定說，不完全給付之規定得擴張解釋（或類推適用）及於附隨義務的違反。由民法第227條立法說明書觀察，亦可得知立法者亦認為附隨義務的違反得夠成不完全給付¹³²。是故，若進行產檢之醫師未提供孕婦相關精密產前檢查技術之資訊，應負擔不完全給付之債務不履行的損害賠償責任。

惟若過分強調醫師於產前檢查中告知精密檢驗資訊存在的義務，可能於醫療實務導致防衛性醫療的發生。醫生為滿足此項義務，直接要求孕婦進行各種最精密的檢驗，可能導致醫療資源無意義的浪費，使孕婦無端支出不必要的檢查費用。此外，不論個別孕

¹²⁹ 王澤鑑，債法原理（一）：基本理論、債之發生（契約、代理授權、無因管理），頁40-41（2005）。

¹³⁰ 同前註，頁46。

¹³¹ 從給付義務及附隨義務之區分，德國通說認為應以「得否獨立以訴請求履行」為判斷標準：其得獨立以訴請求的，為從給付義務（亦有稱之為獨立的附隨義務）；其不得獨立以訴請求的，為附隨義務（或稱為不獨立的附隨義務）。詳見王澤鑑，前揭註129，頁44。

¹³² 同前註，頁46-47。王澤鑑，法律思維與民法實例—請求權基礎理論體系，頁341-43（2006）。

婦之具體情況，一律使其進行最精密的檢查，將使產前篩檢的目的落空，甚至提高孕婦的懷孕風險¹³³。是故，本文認為醫師雖客觀上有提供相關精密檢驗資訊的義務，但仍須以其專業勸使孕婦接受或不接受某種檢驗。法院判斷上亦不應將醫師告知精密檢驗資訊的義務放大到極致，認為只要全世界客觀存在某種精密檢驗資訊，而醫師未告知孕婦此種檢驗資訊存在，即有告知義務的違反。應認為醫師僅需依一般醫師之慣行，告知通常認為合理可進行的檢驗即可¹³⁴。

第二節 侵權行為上之損害賠償責任

計畫外生育發生後，孕婦除依產前檢查契約向醫生或醫療機構請求損害賠償外，另一種最常被討論的求償方式就是依據侵權行為提起損害賠償訴訟。美國法中，計畫外生育的問題通常被放在侵權行為的脈絡下討論¹³⁵。我國醫療糾紛的訴訟實務上，病患亦多主張侵權責任而向醫療機構或醫生請求賠償，僅有少數並依契約責任而主張請求權競合者，此種現象已有具體實證研究數據可供參考¹³⁶。探究其原因，多半係因民俗觀念不分民事責任與刑事責任之區別所致，且因侵權責任具有與刑事責任類似之目的，皆具有懲罰及制裁之性質，因此病患面對醫療糾紛之因應方式，以提起刑事訴訟為首要，再附帶提起民事訴訟而主張侵權責任，同時藉由檢察官強大的偵察力量，而得以減輕病患的舉證責任¹³⁷。除了民刑不分以及舉證責任之考量外，學者認為其他可能的原因尚包括：民眾就醫時訂立契約之意識不夠明確、債務不履行內容不夠具體、瑕疵給付擴大損害之不瞭解等¹³⁸。此外，債務不履行的訴訟中，雖然債權人即病患僅需證明債務人即醫療機構不履行契約即為已足，但主張醫療機構未依債之本旨而為給付對病患而言其實相當困難，由於醫療契約債之本旨涉及高度專業醫療知識，例如是否運用適當醫學知識與技術，儘早確認胎兒之健康情形，此等判斷對欠缺醫學背景之

¹³³ 例如唐氏症篩檢的情形，現行制度只有 34 歲以上的孕婦才會一律要求進行羊膜穿刺檢查，34 歲以下的孕婦由於產下唐氏兒的機率相對很低，通常僅需進行母血唐氏症篩檢。若母血唐氏症篩檢結果顯示瀕臨危險值，孕婦很可能懷有唐氏兒，此時才需要進行羊膜穿刺檢驗，以獲得進一步的診斷。若過分要求醫師告知精密檢驗資訊的義務，可能使醫師不論孕婦年紀一律建議進行羊膜穿刺檢查，將提高孕婦因羊膜穿刺導致流產的風險，並使母血唐氏症的篩檢目的（排除無須進行羊膜穿刺的個案）落空。

¹³⁴ 例如若孕婦懷孕 26 週，已逾優生保健法通常允許孕婦實施人工流產之期限，此時醫師即使未告知羊膜穿刺技術存在，亦無可歸責。因即使醫生告知且孕婦進行羊膜穿刺，並發現懷有唐氏兒，孕婦亦無法進行人工流產。此外，若醫生未告知的是發展未臻成熟的最先進技術，或國內尚未普遍的某種特殊技術，亦不應被認為有告知義務的違反。

¹³⁵ 如緬因州的立法規定：「Damages for the birth of an unhealthy child born as a result of professional negligence shall be limited to damages associated with the disease, defect or handicap suffered by the child.」(Me. Rev. Stat. Ann. tit. 24, § 2931)；或是由計畫外生育案件觀察，被告主張若法院承認原告的主張，則侵權行為可能被用作詐欺的手段 (the tort will be particularly subject to fraudulent claims)，see Keel v. Banach, 624 So.2d 1022 (Ala. 1993)；此外，計畫外生育的議題多半在談論侵權行為的書籍中出現，如 ALLAN BEEVER, REDISCOVERING THE LAW OF NEGLIGENCE 385-86 (2007)。

¹³⁶ 黃鈺嫻，我國婦產科醫療糾紛裁判之實證研究—理論與實務之檢討，台大法研所碩士論文，頁 92-93 (2004)。

¹³⁷ 邱琦，前揭註 125，頁 38。

¹³⁸ 邱聰智，新訂民法債編通則（下），頁 66-70 (2000)。

病患而言有高度困難¹³⁹。由於民間習於以侵權行為提起訴訟以前解決計畫外生育的糾紛，且主張契約責任對債權人即孕婦而言恐有實質上之困難，故在契約責任之外，也有必要自侵權行為的角度探討計畫外生育之損害賠償。

一般探討民事上損害賠償責任是否成立，須先確認原告受有損害，其次需原告所受損害係由對造某種責任原因事實所致，最後需原告所受損害與被告之責任原因事實間存在因果關係¹⁴⁰，如此被告之損害賠償責任方可成立。本文亦採相同順序之論述方式，首先探討計畫外生育中，是否有權利受到侵害，其次討論可能之責任原因事實。

第一項 計畫外生育涉及的權利

1. 孕婦之身體權與健康權

身體權指以保持身體完全為內容的權利，健康權指以保持身體機能為內容之權利，由於身體與健康皆與身體安全有關，故二者經常發生重疊¹⁴¹。懷孕婦女因醫生產檢之失誤，在誤以為胎兒健康情形良好，並無任何基因或身體外觀上之缺陷及疾病的情況下，出於自主意思決定繼續懷孕卻生下帶有先天殘缺或疾病的嬰兒，就其繼續懷孕並生產之身體變化過程而言，可否認為係對其身體或健康之侵害，實有探討之餘地。

優生保健法允許孕婦以胎兒有身體上之缺陷或帶有先天嚴重遺傳性疾病等原因，可以主動要求實施人工流產¹⁴²。承前所述，產前檢查契約之內容不僅及於各種產前篩檢或診斷之正確實施，而應包含婦女因醫生正確實施並正確傳達產前篩檢或診斷之結果後，本於其自身情況考量選擇是否進行人工流產之權利。若依據產前檢查結果，胎兒之健康情形不佳，孕婦有可能選擇墮胎而不繼續懷孕。此時，若醫生於產前檢查過程中發生失誤，或雖檢驗結果正確卻錯誤傳達檢驗結果，導致孕婦誤判胎兒之健康情形而選擇繼續懷孕時，則繼續懷孕對孕婦而言就可能是一種侵害。但繼續懷孕一事在法律上是否可以視為一種身體傷害，則有商榷空間。

(1) 學說見解

所謂侵害身體法益係指影響身體上或精神上之完整性，亦即造成或加重生理上功能的負面情況，其中也包括沒有任何身體上痛苦或者嚴重身體狀況的改變。簡言之，只要造成身體上任何負面的影響或改變，不管其嚴重性如何都屬於身體傷害。懷孕改變了婦女身體原來的狀況，婦女懷孕之後以及整個懷孕過程中身體一直處於改變的狀態中，而懷孕同時也提高孕婦個人的健康風險。但是，單純「處於不斷改變的生理狀態中」似乎無法直接導出身體傷害，首先必須先區分該狀況屬於身體自然現象之一？

¹³⁹ 葉柳君，醫療事故損害賠償問題之研究，台北大學法研所碩士論文，頁 30-31（2002）。

¹⁴⁰ 孫森焱，新版民法債編總論，頁 319（2000）。

¹⁴¹ 王澤鑑，侵權行為法（一）：基本理論、一般侵權行為，頁 119-20（2003）。

¹⁴² 參照優生保健法第 9 條第 1 項規定。

還是雖然有人為行為加以介入，但仍屬於個人的自由意願下之身體改變？或是因為恣意的外力所造成之身體改變¹⁴³？

懷孕是一種「改變身體常態之自然生理現象」，若常態之改變是婦女個人自由意願之結果，則懷孕本身自無傷害可言。但若懷孕係因違法行為所迫使導致之結果，則違反婦女個人自由意願之懷孕在法體系下就有可能被認定是損害¹⁴⁴。惟計畫外生育前的懷孕並非醫師的任何不法行為所造成，計畫外生育之發生僅係醫生於產前檢查中提供錯誤的檢驗資訊導致婦女做出不符合個人最佳利益之決定。申言之，孕婦選擇繼續懷孕並非單純身體自然現象之一，亦非恣意的外力所造成之身體改變，而係有人為行為加以介入的一種經過選擇後的行為。

任何醫療行為或多或少對於病患的生命、身體、健康或隱私等人身權具有侵權性，須取得病患同意方可阻卻違法。產前檢查中，醫師告知孕婦其胎兒之檢查結果為正常時，該醫師對孕婦之醫療處置即為「可以繼續懷孕」。此種醫療處置雖以「不為積極醫療」之方式診治病患，但仍屬醫療行為，須得病患之同意方可阻卻違法¹⁴⁵。因此，該「可繼續懷孕」之醫療處置仍須孕婦表示同意，方可阻卻其違法性。今醫師提供錯誤之產前篩檢或診斷資訊，至孕婦誤以為胎兒正常而同意繼續懷孕，該同意顯係基於醫師未善盡告知或說明義務所為，應屬瑕疵同意¹⁴⁶。此時，該同意之瑕疵是否足以導出孕婦之繼續懷孕是種強迫性之懷孕，因而屬於身體傷害？

有謂孕婦懷孕係出於自主意願，而其接受產前檢查之目的或利益也僅是獲得胎兒健康資訊，以便自主決定是否繼續懷孕或生產，而不是為了「維護孕婦自身之身體組織的完整性或身心功能之健全性」，因而解釋上孕婦繼續懷孕之決定與其身體權及健康權無關¹⁴⁷。亦有謂所謂的自主決定係指在自由意願下的決定，至於有瑕疵的自主決定並非絕對無效，僅是得撤銷的自主決定，除非該自主決定是在完全非自主自願下所為的決定，個人已經沒有自由意思可言，亦即個人之決定完全是被迫而無自由意願可言，該意思表示才會無效。基於錯誤資訊的決定仍為個人自由自主下之決定，僅是決定有瑕疵，很難斷定該自主決定非出於自由意思；除非醫師的過失使得自主決定者已完全無自由決定的空間時，或許才可以認為該自主決定非自由意願下之決定¹⁴⁸。惟我國通說認為醫療行為未得病患同意，或醫師未盡說明義務致病患瑕疵之同意，均自始不阻卻侵權行為之違法性，不生阻卻違法之效力¹⁴⁹。此外，更有學者直接主張生育雖係自

¹⁴³ 侯英泠，「『計畫外生育』與非財產上損害賠償—評最高法院九〇年度台上字第四六八號民事判決」，台灣本土法學，第 47 期，頁 66（2003）。

¹⁴⁴ 侯英泠，前揭註 14，頁 205（2002）。

¹⁴⁵ 例如腦外科醫師對陷於腦外傷昏迷之病患做出暫時不宜開刀之醫療處置，該消極處置亦屬醫療行為之一種。參見吳志正，解說醫病關係（I）—醫療契約篇，頁 55、70-71（2006）。

¹⁴⁶ 吳志正，前揭註 76，頁 17-18。

¹⁴⁷ 陳忠五，前揭註 81，頁 143。

¹⁴⁸ 侯英泠，前揭註 143，頁 66-67。同樣認為瑕疵同意為得撤銷而非自始無效者，參見吳志正，解說醫病關係（II）—醫療責任體系篇，頁 184-90（2006）。

¹⁴⁹ 參見王澤鑑，前揭註 141，頁 281。史尚寬，債法總論，頁 124-25（1980）。蔡墩銘，「醫療犯之違

然的過程，但醫生未盡善良管理人之注意，致婦女生育，造成婦女生理上之變化，應得成立對婦女身體健康之侵害¹⁵⁰。

(2) 實務見解

計畫外生育的代表性案例—新光醫院唐氏症案中，雖然最高法院透過判決明白確立婦女生育自主權之存在，但由於該案中，原告僅主張「墮胎自由權」或「生育決定權」被侵害，而未主張身體、健康等權利，故最高法院只對前者發表看法，而未見身體權、健康權等相關論述。

(3) 本文見解

本文認為，產前檢查之目的眾多，除了使孕婦提早得知胎兒之健康情形，並基於產檢資訊決定是否中止妊娠外，由優生保健法「『若有醫學上理由，足以認定懷孕或分娩有招致（孕婦）生命危險或危害身體或精神健康者¹⁵¹』或『因懷孕或生產，將影響其（孕婦）心理健康或家庭生活者¹⁵²』，孕婦得依其自願實施人工流產」之規定可推知，確保母體身心健康也是產前檢查的主要內容與目的之一，絕非學者所謂產前檢查之目的不包括「維護孕婦自身之身體組織的完整性或身心功能之健全性」。此外，雖學者主張基於錯誤資訊的決定仍為個人自由自主下之決定，僅是決定有瑕疵得撤銷；除非醫師的過失使得自主決定者已完全無自由決定的空間時，或許才可以認為該自主決定非自由意願下之決定而當然無效。但本文認為，基於醫生提供的錯誤資訊，不可能期待孕婦做出「繼續懷孕」以外的決定。除非基於胎兒健康情形以外的其他因素決定是否墮胎（如孕婦自身的身體健康），否則若醫生告知孕婦胎兒健康，理性之孕婦必然選擇繼續懷孕。雖然表面上看來孕婦之自主意識並未受到壓迫，且其繼續懷孕之選擇係出於自由決定，但實質上孕婦做出繼續懷孕以外的決定乃期待不可能，其決定與出於受壓迫的意志無異。

是故，醫生對懷孕婦女所做出之「繼續懷孕」醫療處置，難謂業經孕婦有效之同意而阻卻違法，孕婦應得就其身體與健康權之完整性受懷孕生子過程之侵害，以及因此併發或更生身體或健康權之損害請求損害賠償。

2. 孕婦之生育自主權

生育自主權乃一概念相當模糊不確定的名詞，有狹義的將生育自主權理解為墮胎權或人工流產決定權者，亦即婦女基於生育自主，得自由選擇終止妊娠¹⁵³；亦有廣義

法性與有責性」，台大法學論叢，第 25 卷 1 期，頁 146（1995）。

¹⁵⁰ 此為德國通說。參見王澤鑑，前揭註 45，頁 139。

¹⁵¹ 優生保健法第 9 條第 1 項第 3 款參照。

¹⁵² 優生保健法第 9 條第 1 項第 6 款參照。

¹⁵³ 如新光醫院唐氏症案中的原告主張。該案中原告將「墮胎自由權」與「生育決定權」混用，主張婦女享有積極主張墮胎的權利。

的指稱生育自主權乃一上位概念，包含懷孕或避孕與否的自主決定或規劃選擇（懷孕自主決定權）¹⁵⁴及施行人工流產與否的自主決定或規劃選擇（人工流產自主決定權）¹⁵⁵。唯一可以確定的是，婦女生育自主權之有無乃法律允許墮胎後才衍生的爭議，雖然法律允許婦女在一定條件下可以合法實施人工流產，但那些法律規定，究係墮胎罪的阻卻違法事由，或是婦女得積極主張的權利，有討論空間。

計畫外生育中所涉及的生育自主問題僅限於孕婦原得依據檢驗結果而做的人工流產決定因故被剝奪，故本文中所指稱的「生育自主權」皆採狹義定義，亦即婦女基於生育自主，是否有積極主張實施人工流產的權利。以下先介紹關於生育自主權的討論發展甚早的美國法，再提出我國相關實務以及學說上的論述，最後提出本文見解。

(1) 美國法

美國聯邦憲法最高法院透過 1973 年的 *Roe v. Wade*¹⁵⁶ 一案，正式承認婦女選擇墮胎為受憲法保障的權利。該案包括兩個相當重要的核心論點：（一）隱私權，不管是由憲法增修條文第 14 條的人身自由概念或是憲法增修條文第 9 條對於人民權利的保留，都足以包含婦女決定是否中止懷孕的權利；（二）憲法增修條文第 14 條中的「人」，不包括未出生的胎兒¹⁵⁷。亦即美國聯邦憲法最高法院把墮胎權的論述建立在「隱私權」的概念上，並將「胎兒」與「人」的生命保護，給予差別待遇¹⁵⁸。但是這兩個論點並不如表面上看來那麼顯而易見，他們分別帶來以下問題：一、為什麼憲法上的隱私權包涵決定是否墮胎的權利？二、在社會對胎兒地位未有共識的情況下，為什麼州政府不能立法規定人的生命自受胎時開始？要探究美國法上關於墮胎問題的論述，解決這兩個疑問，必須由隱私權談起。

a. 隱私權概念的源起

美國自十九世紀末期以來，隱私權開始被當作獨立的法律概念來探討。「隱私權」這個用語，一般認為是 1890 年由 Warren 與 Brandies 兩人共同於哈佛法學評論（*Harvard Law Review*）發表之「*The Right to Privacy*」一文中首先提出。該文認為，對去過於個人人身與財產的保護概念，應隨著政治、社會與經濟的改變、八卦新聞媒體的普及與科技的進步，而有所擴充與成長，以滿足個人對於人身保護的需求。該文開宗明義地表示，所謂「對生命的權利」（*right to life*），應意含「享有生活的權利」（*right to enjoy*

¹⁵⁴ 懷孕自主決定權的承認主要與計畫外懷孕（*wrongful conception*）的問題相關。婦女接受醫療機構或醫事人員所施行的人工協助生殖手術或結紮避孕手術後，因醫療過失造成手術失敗，以致無法懷孕生產或因而懷孕時，得否以「權利」或「利益」被侵害為由，向醫療機構或醫事人員請求損害賠償的問題。

¹⁵⁵ 陳忠五，前揭註 81，頁 174-75。

¹⁵⁶ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

¹⁵⁷ 朱蒂思·貝爾（*Judith Baer*）著，官曉薇、高培恒譯，法律之前的女性，頁 270（2000）。

¹⁵⁸ 王皇玉，「墮胎·同意·隱私權—以美、德法制角度檢視墮胎諮詢制度」，*月旦法學雜誌*，第 174 期，頁 163（2009）。

life) 及「不受干擾的權利」(right to be let along) 之保護¹⁵⁹。從而對於人身權利的保護，不能僅侷限於那些針對生命、身體有所物理性侵犯的行為，還應擴張及於對於個人思想、情緒與感受的侵犯行為。此外，該文表示，隱私權與誹謗名譽與侵害著作權不同，前者所要保護的不是「財產」(property)，而是意指一種「不受侵害的人格」(the right to an inviolate personality) 概念。其內涵包含一個人有權決定以何種方式與他人溝通，以及決定「是否」和「如何」表達自身的思想、情緒與感受。一個人甚至有權利決定對於個人自身的私事，要公開到什麼程度與範圍¹⁶⁰。

b. 隱私權與避孕自由

雖然由Warren及Brandies提出的隱私權概念甚廣，尤其是個人的獨處權與不受干擾的權利，但隱私權在美國憲法層次的討論，初期還是主要建立在人民對抗國家不當搜索的問題上。美國憲法判決首度承認「隱私權」的概念，是在1965年的Griswold v. Connecticut¹⁶¹，這個判決推翻了一個相當過時的禁止避孕條款。美國聯邦最高法院認為康乃狄克州的法律違反美國憲法對於隱私權的保障。其中多數意見表示：雖然憲法沒有規定隱私權，但從權利法案(Bill of Rights)中的幾個條文的朦朧地帶，仍可以創造出一塊隱私權的領域¹⁶²。這些條文包括：憲法增修條文第1條保障社團的隱私權；憲法增修條文第3條禁止軍隊駐紮在民宅裡；憲法增修條文第4條禁止不合理的搜索及逮捕；憲法增修條文第5條不自證己罪；以及憲法增修條文第9條表明尚有其他未列舉出來的權利仍為人民保留¹⁶³。此外，主筆提出多數意見的大法官創設「隱私領域」(zone of privacy) 這個概念，認為隱私領域涵蓋個人與家庭的每一部分，包括本案中所涉及的婚姻隱私，此判決強調，隱私權應肯認已婚夫妻使用避孕用品的權利¹⁶⁴，亦即一對夫妻的生育控制屬於隱私權的範疇，不受他人打擾。

c. 隱私權與婦女墮胎自主權

對於隱私權的肯認，並不當然可以導出將隱私權範圍擴張到墮胎的結論，但在Griswold v. Connecticut案中發展出的「隱私領域」的概念，隨著時間經過範圍不斷擴

¹⁵⁹ Charles Warren & Louis Brandies, *The Right to Privacy*, 4 HARV. L. REV. 193 (1890). 轉引自王皇玉，同前註，頁164。

¹⁶⁰ 王皇玉，同前註，頁164。

¹⁶¹ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965). 本案當事人Griswold是康乃狄克州新港市的醫師及計畫生育中心的負責人，專門提供避孕的知識與避孕諮詢意見給已婚夫婦。但根據當時康乃狄克州的法律規定，任何人不得使用藥物或用具避孕，並禁止從事任何避孕方法的諮詢。根據這樣的規定，Griswold因提供生育控制的諮詢而被逮捕並罰款100美元。詳參法治斌、張宏誠節譯，「*Griswold v. Connecticut*」，美國聯邦最高法院憲法判決選譯(第四輯)，施文森編，頁130-37(2003)。

¹⁶² 此即美國隱私權論述中最有名的「暈影理論」(penumbra approach)，大法官道格拉斯主張：“the first Amendment has a penumbra where privacy is protected against government intrusion.” 詳參王澤鑑，「人格權保護的課題與展望(三)——隱私權(上)」，台灣法學雜誌，第96期，頁29(2007)。法治斌、張宏誠節譯，同前註，頁133。

¹⁶³ 朱蒂思·貝爾，前揭註157，頁271。

¹⁶⁴ 愛倫·艾德曼(Ellen Alderman)等著，吳懿婷譯，隱私的權利，頁77(2006)。

大，甚至擴大到婦女的墮胎自主決定權。關於墮胎權的討論，美國法上較常被討論的著名的案件有三：一、Roe v. Wade¹⁶⁵；二、Webster v. Reproductive Health Service¹⁶⁶；三、Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey¹⁶⁷。以下分別介紹這些案件的事實背景、爭點與法院判決：

(a) Roe v. Wade

◆ 事實背景

在 1960 年代前，美國各州採行嚴格化墮胎政策，只允許婦女在保全其生命、健康之情況下才能墮胎。但後來由於女權運動興起，及大量婦女因德國麻疹或服用防止害喜的沙利邁寶鎮靜劑而產下海豹肢等畸形兒等因素，因此掀起了改革墮胎法的風潮。

1970 年春天，一個 20 歲的女服務生發現自己未婚懷孕，因懷孕限制了他的就業機會，在經濟因素考量和不願忍受親子分離的痛苦下他試圖墮胎，但他所處的德州採行嚴格化墮胎政策，他只能選擇生下小孩，再交由他人領養，因而委任律師協助進行收養事宜。受任律師知道關於德州墮胎法合憲性的訴訟正在進行，因此將本案轉介紹正在尋找試驗案件以挑戰德州墮胎法合憲性的原告律師，女服務生後來同意以 Jane Roe 的名字扮演原告提出訴訟。

◆ 法院判決

本案主要爭點有二：隱私權是否包含婦女選擇是否繼續懷孕的權利？若是，則州法嚴格限制婦女墮胎，是否侵害婦女受憲法保障的墮胎權？最後聯邦最高法院以七比二的票數，裁定德州「除基於避免該懷孕婦女生命危險而實施之墮胎手術，其他墮胎行為一律為法」的規定，違反憲法所保障的隱私權¹⁶⁸。

多數意見認為隱私權雖非美國憲法或憲法增修條文明文規定，但多年來隱私權的確受到憲法保障，且為美國聯邦最高法院判決所承認。然隱私權並非毫無限制，只有自由概念下屬於個人「基本的」與「固有的」權利，才受到保護。過去聯邦最高法院判決顯示，隱私權的保障範圍涵蓋婚姻、生殖、避孕、家庭關係、撫育子女和教育子女之權利。此外，隱私權範圍亦涵蓋婦女決定是否中止懷孕的意思自由。倘若州政府否定孕婦此項決定權，必將置其於損害中，而這些損害也包含懷孕與生子可能迫使婦女現於不幸的人生與未來，未婚母親可能面臨的額外困境與持續烙印¹⁶⁹。

¹⁶⁵ Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

¹⁶⁶ Webster v. Reproductive Health Service, 492 U.S. 490 (1989).

¹⁶⁷ Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, 505 U.S. 833 (1992).

¹⁶⁸ 愛倫·艾德曼，前揭註 164，頁 79。

¹⁶⁹ 林秋琴、劉后安節譯，「Roe v. Wade」，美國聯邦最高法院憲法判決選譯（第一輯），施文森編，頁 195（2001）。

雖然隱私權是基本權，但並非絕對，州政府有保障婦女健康與其體內潛在生命的重要利益。州政府的保護利益，在婦女懷孕期間，持續且逐漸地增強。就此，主筆多數意見的大法官創設著名的「三階段架構」(trimester framework)。也就是懷孕的第一階段(懷孕的前三個月)，就醫學角度觀點而言，墮胎手術較生產安全，免受州政府干預；在懷孕的第二階段，亦即至胎兒具有體外獨立存活能力(viability)之前，州政府可以在保護母親健康安全的合理範圍內，限制墮胎手術之進行(例如規定實施墮胎手術者之資格與設備)；但在胎兒具有獨立存活能力之後，也就是進入懷孕的第三階段開始，州政府對潛在生命的保護利益已達重大而不可抗拒的程度，州政府可以基於保護潛在人類生命之利益為由而限制甚至禁止墮胎，除非墮胎是為了該懷胎婦女生命或健康所必須¹⁷⁰。

◆ 判決評析

Roe v. Wade 無庸置疑的是美國法上關於墮胎權最重要的判決，其肯定婦女墮胎權，並樹立了三階段的審查規則，但是它也留下兩個備受爭議的問題：一、為什麼憲法上的隱私權包涵決定是否墮胎的權利？二、在社會對胎兒地位未有共識的情況下，為什麼州政府不能立法規定人的生命自受胎時開始？由於保守派人士及反墮胎者的激烈抗爭反對，故於 1989 年時，聯邦最高法院又做成 Webster v. Reproductive Health Service 判決，回應保守派人士的見解，限制婦女的墮胎權。

(b) Webster v. Reproductive Health Service

◆ 事實背景¹⁷¹

1986 年密蘇里州修訂墮胎法案，通過「獎勵生育、抑制墮胎」的規定。該法認為人之生命始於懷孕，州政府對未出生者之生命、健康及福利有值得保護的利益，因此禁止使用公共設施或公職人員進行墮胎手術，除非是基於保障母體安全之必須。該法亦要求醫師進行測試，以檢查那些懷孕超過二十周以上的胎兒是否已經可以「體外存活」(體外存活的判斷通常是在二十四週以後才做，提早的原因是為了彌補推算懷孕期的錯誤)¹⁷²。

同年五位州政府所雇用的健保專業人員及兩個非營利組織向聯邦地方法院提出集體訴訟，主張該法規中的五條違反憲法增修條文第 1、4、9 及 14 條。聯邦地方法院做出有利原告之判決，其後檢察長 Webster 不服上訴至聯邦最高法院，要求法官支持密蘇里州的墮胎法案，並推翻 Roe v. Wade 的判決。

¹⁷⁰ 同前註，頁 197。

¹⁷¹ 詳細事實背景可參考黃昭元、劉后安節譯，「Webster v. Reproductive Health Service」，美國聯邦最高法院憲法判決選譯(第三輯)，施文森編，頁 33-36(2002)。

¹⁷² 愛倫·艾德曼，前揭註 164，頁 83。

◆ 法院判決

本案主要爭點在於州法可否以人之生命始於受胎，故應給予胚胎相同於人之保護為理由，限制婦女的墮胎權？九位大法官提出六種不同的意見支持密蘇里州的規定，最後大法官以五比四的票數，承認密蘇里州的墮胎法案合憲。

多數意見指出，Roe v. Wade案中提出的三階段架構所依賴的「體外存活」關鍵點毫無意義。如果州有保護潛在人命的利益，則這個利益必定存在於整個懷孕期，而不僅在胎兒能「體外存活」之後。因此，州應該能夠在懷孕初期便規範墮胎行為。主筆本案多數意見的大法官甚至強調，墮胎並不是基本權，只要不是全面性的將懷孕婦女任何時期的墮胎行為均視為違法，州政府可以以適當的規範限制墮胎¹⁷³。

◆ 判決評析

本案反對Roe v. Wade案中大法官所指稱「法律上所指的『人』不包括胎兒」的說法，認為州政府可以將人之生命定義為始於受胎，因而胎兒需受到等同於人的保護。此外，本案打破Roe v. Wade案中提出的備受批評的「三階段架構」，認為在「人之生命始於受胎」的前提下，潛在人命的利益存在於整個懷孕期，而不僅在胎兒能「體外存活」之後。因此，州既然有保護潛在人命的利益，自然能夠在懷孕初期便規範墮胎行為。

可惜的是，本案雖然推翻三階段架構，卻沒有提出其他更為可行的判斷方式以供參考。同時本案認為只要不是全面性的將懷孕婦女任何時期的墮胎行為均視為違法，州政府可以以適當的規範限制墮胎，可謂雖然未直接推翻Roe v. Wade的判決，卻徹底的走了回頭路，讓婦女的墮胎權又回到Roe v. Wade一案以前的狀態。

(c) Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey

◆ 事實背景¹⁷⁴

賓州於1988年及1989年二度修訂1982年所制定的墮胎管制法(the Pennsylvania Abortion Control Act of 1982)，其中主要爭議內容有三：(一)醫師在為婦女進行墮胎之前二十四小時，必須提供該婦女相關資訊，並取得「告知後同意」，才能進行墮胎；(二)未成年少女墮胎，必須至少取得一位家長的告知後同意，如無法取得或不願告知父母的少女，在經過法院同意後，得免除家長之同意；(三)已婚婦女欲進行墮胎時，必須簽署聲明，表明他已將墮胎一事告知配偶。

¹⁷³ 同前註，頁83-84。

¹⁷⁴ 詳細事實背景請參林秋琴、劉后安譯，「Planned Parenthood of Southeastern v. Casey」，美國聯邦最高法院憲法判決選譯（第一輯），施文森編，頁204（2001）。

本案由五個提供墮胎服務的診所及一個醫生共同提起集體訴訟，他們認為賓州修訂墮胎管制法後其中五項規定違憲。

◆ 法院判決

本案爭點在於醫師為婦女墮胎須在二十四小時前取得其告知後同意、未成年人墮胎須得父母同意、已婚者墮胎須得配偶同意等限制墮胎的規定，是否對欲墮胎的婦女加諸不當負擔？大法官於本案中重新支持 *Roe v. Wade* 的基本觀點，包括；婦女有權在胎兒能夠體外存活前選擇墮胎，並免受州的過分干預；胎兒能夠體外存活後，州有權限制婦女墮胎（除非婦女的健康會因此遭受影響），州為保護婦女健康和胎兒生命，從懷孕初期即享有合法的權利。

多數意見認為，1973 年的 *Roe v. Wade* 中所提出的「三階段架構」，過度低估州政府對潛在生命所擁有的利益，因此在此判決中大法官再度強調，自婦女開始懷孕時，政府及擁有「維持婦女健康」與「保護可能成為孩童的胎兒生命」兩項正當利益。此外，判決中雖然聲稱不再繼續使用三階段架構，但卻認為 *Roe v. Wade* 的判決核心——以「胎兒具有獨立存活能力」作為婦女有權中止懷孕的時間點，仍應繼續堅持。因此本判決可以說是再度確認婦女在胎兒具備獨立存活能力前，擁有進行墮胎並免於政府不當干預的選擇權¹⁷⁵。

此外，政府對墮胎的管制措施，可能會伴隨「增加醫療成本」或「降低醫療便利」等附帶效果。但帶有使墮胎更為困難或成本更高的限制措施，並不當然違憲而無效。只有當政府的管制措施已經對婦女的墮胎造成「不當負擔」（*undue burden*）時，政府權力使屬侵害正法律程序所保障的自由核心。所謂「不當負擔」係指婦女在胎兒尚無獨立存活能力前行墮胎，如果政府管制措施的目的或成果，已對婦女構成「實質障礙」（*substantial obstacle*），即屬不當負擔。進一步言之，州政府選擇保護胎兒潛在生命的手段，必須是出於為婦女之自由抉擇而提供資訊，而非用以阻撓懷孕婦女做出墮胎選擇。如果是後者，則這樣的立法即構成實質障礙而違憲無效¹⁷⁶。

州政府對於未成年人墮胎應得家長之一方同意或是法院同意之規定，乃政府所創設之一套「結構性機制」，由政府、父母或未成年人之監護人表達其對未出世生命的尊重，依此確立的管制規範為憲法所允許。政府出於說服婦女選擇生產而非墮胎之目的所採取之各項措施，或專為保障墮胎婦女健康所為之立法，例如要求墮胎婦女必須先行接受特定內容的醫療諮詢，經歷二十四小時的猶豫期間，未成年人須經父母同意等規定，並未對婦女造成不當不當負擔，因此並不違憲¹⁷⁷。

¹⁷⁵ 同前註，頁 201。

¹⁷⁶ 同前註，頁 214。

¹⁷⁷ 同前註。

關於有配偶之婦女於墮胎前必須「告知配偶」之規定，判決中則認為，鑑於美國家庭暴力情況日益嚴重，且「告知配偶」之要求實屬賦予丈夫有否決妻子墮胎的決定權。根據普通法，丈夫向來無權要求妻子報告個人之各項決定，婦女也不因結婚而喪失原有的憲法保障之權利。雖然州政府也認知到父親在懷孕一事上的利益，但這不意味著先生對於妻子，有如同父母行使在子女身上那樣的管制權。因此「告知配偶」之規定業已對懷孕婦女墮胎的決定權形成「不當負擔」，屬於違憲而無效¹⁷⁸。

◆ 判決評析

本判決針對賓州墮胎管制法中對於婦女墮胎所規定的諸多爭議限制，一一進行解釋，並提出「不當負擔審查標準」。判決中僅認為「告知配偶」之規定屬於不當負擔，至於諮詢與二十四小時的墮胎猶豫期間的設置及未成年墮胎的告知父母後同意的規定，則為合憲，但是這種見解同樣受到相當大的挑戰，尤其以前者受到最多批評。本案一位大法官於其不同意見書中，強烈反對二十四小時猶豫期間的限制，認為這種規定對懷孕婦女已構成不當負擔，明顯違憲，因為等候墮胎時間的強制規定，將會導致二十四小時以上的延遲，增加孕婦的健康風險。此外，這項規定要求孕婦必須再次前往診所，可能會增加額外的在途期間，也可能遭到反墮胎抗議者的額外騷擾以及增加墮胎費用的支出，對於居住於農村或偏遠地區的婦女，或是難以解釋外出原因的婦女而言，均增加特別嚴重的負擔¹⁷⁹。

至於本案中所採用的不當負擔標準，同樣也面對質疑的聲浪。不同意見書中批評這個標準不切實際，含糊不清的標準只會成更多的混亂與分歧¹⁸⁰。

d. 小結

美國法基本上是在隱私權的脈絡下討論婦女的墮胎權。*Roe v. Wade*中多數意見將隱私權涵蓋到墮胎權的論點，乃是基於不想要懷孕所帶來的有害結果：「醫學上足以診斷的特定及直接傷害」、「苦難的生活和未來」、「心理的傷害」、「不受歡迎的孩子所帶來的悲苦」、以及「把孩子生育在一個已經在心理上或其他方面都無力照顧他的家庭所會帶來的問題」¹⁸¹。但是，正如同隱私權無論在憲法學的推論上或司法理論¹⁸²上均有缺失，墮胎權其實也立基於不穩固的基礎之上，搖搖欲墜。事實上，自*Roe v. Wade*案之後，聯邦最高法院只要碰到與墮胎相關的爭議問題，就會有大法官提出不同意見主

¹⁷⁸ 同前註。

¹⁷⁹ 同前註，頁 220 以下。

¹⁸⁰ 愛倫·艾德曼，前揭註 164，頁 88。

¹⁸¹ 朱蒂思·貝爾，前揭註 157，頁 273。

¹⁸² 首度承認「隱私權」概念的 *Griswold v. Connecticut* 判決中，主筆多數意見的大法官在訴諸憲法所羅列的權利及夫妻閨房隱私的神聖性後，把隱私權和自主混為一談、混合強制執行和禁止、把表列當成思考，在論理上實有相當大的瑕疵。這個判決引起法學教授的廣泛批評，但法院對於這個議題似乎沒有充實論述或修正見解的想法，其後一連串判決都是基於 *Griswold v. Connecticut* 這個漏洞百出的判決先例而做成，包括 *Roe v. Wade*。詳見朱蒂思·貝爾，同前註，頁 271。

張Roe v. Wade為自始錯誤的判決，應該被撤銷¹⁸³。

由法院採取的審查標準觀察，Roe v. Wade 案中大法官採取「嚴格審查標準」，亦即以重大迫切的州利益為基礎時，州可立法限制婦女的墮胎權。但是到了 Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey 案中，法院改採較為寬鬆的「不當負擔審查標準」，不以涉及重大迫切的州利益為必要，而是直接審查法律對於墮胎的限制是否對婦女造成實質的不當負擔。即使沒有涉及重大迫切的州利益，但只要法律限制不會對欲墮胎的婦女造成不當負擔，該限制即為合憲。由此似乎可推論得知，大法官對於墮胎的議題趨於保守，提高墮胎限制法案合憲的可能性。

觀察大法官的投票亦可得到類似結論。由Roe v. Wade案中的七比二肯認墮胎權存在，到Webster v. Reproductive Health Service案中五比四的接近比數，近年的Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey案中九位大法官甚至提出五種不同意見，其中只有三位為法院主稿協同意見書。此外，Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey案後，兩位分別採取肯定及否定墮胎權立場的大法官退休，而新上任的兩位大法官尚未裁決過關於墮胎權的議題¹⁸⁴。只要有大法官改變見解，或是新任的大法官採取反對墮胎的立場的話，美國聯邦最高法院可能就會做出墮胎違憲的判決。不過至少到目前為止，美國法上還是肯認婦女基於隱私權，有主張墮胎的權利。

(2) 我國法

由我國刑法第 24 章關於墮胎罪的規定即可知我國傳統上禁止中止懷孕，但刑法禁止墮胎的功能，在 1984 年優生保健法立法通過並實施後，受到挑戰。該法以實施優生保健、提高人口素質，保護母子健康及增進家庭幸福為立法目的¹⁸⁵，除了規定政府得實施健康檢查、婚前檢查、避孕以及結紮手術外，該法最重要的實義在於有條件的開放實施人工流產，為刑法墮胎罪提供阻卻違法事由¹⁸⁶。由於優生保健法制定了頗為寬鬆的人工流產條件，使的絕大多數的墮胎行為，只要符合優生保健法之規定，均有阻卻違法事由存在。因而優生保健法施行以來，司法實務上以墮胎罪來追訴處罰的案件，極為少見¹⁸⁷。

雖然透過優生保健法，有條件的允許婦女實施人工流產，增加了夫妻透過中止懷孕而得享有的生育自主，以及婦女對自己身體的自主性，但同時也引發了生育自主是

¹⁸³ 如 Webster v. Reproductive Health Service 及 Planned Parenthood of Southeastern v. Casey 兩案中均有大法官主張應撤銷 Roe v. Wade 的判決。

¹⁸⁴ 愛倫·艾德曼，前揭註 164，頁 89。

¹⁸⁵ 優生保健法第 1 條。

¹⁸⁶ 雷文玫，「解構我國胚胎保護規範體系—發現父母生育自主的地位」，台大法學論叢，第 33 卷第 4 期，頁 20（2004）。

¹⁸⁷ 以司法院的統計報告來看，自 1999 年 1 月至 2005 年 11 月止，各級地方法院終結案件數之統計中，墮胎罪之案件共 23 件，被告人數為 33 人，其中受有罪判決之人數為 16 人。參見王皇玉，「墮胎罪同意問題之研究—兼評『生育保健法』草案關於人工流產相關規定」，月旦法學雜誌，第 162 期，頁 42（2008）。

否作為一種「權利」存在的爭論。此問題的探討實益在於若認為優生保健法或其他相關規定對實施人工流產的婦女而言僅係阻卻違法事由，而非積極權利，則計畫外生育發生後，婦女即不得主張其生育自主權受到侵害而依據侵權行為請求損害賠償；但若承認由優生保健法相關規定可以導出婦女得積極主張「生育自主權」之結論，則計畫外生育發生後，婦女自得主張其生育自主權受到侵害，依據侵權行為請求損害賠償。

以下分別介紹我國關於生育自主權的學說及實務見解，皆區分為肯定說及否定說：

a. 學說見解

(a) 否定說

學者認為雖然優生保健法第 9 條賦予懷孕婦女在特殊情形下可以選擇墮胎，但是「可以選擇墮胎」並無法直接導出懷孕婦女有墮胎權。刑法第 24 章關於墮胎罪的規定即可為墮胎原則是被禁止的佐證，也就是懷孕婦女沒有墮胎權。且依照民法第 7 條可知，胎兒雖然尚未出生，但法律對其權利的保障是為既已出生，胎兒與懷孕婦女在法律上地位幾乎相同，都是權利主體，只是對於實體法上之任何權利均須出生後始能行使，故有準權利主體的地位。法律不可能賦予任何權利主體有權利殺害其他權利主體，僅是在特殊情形可以基於特殊原因而阻卻違法，但是為了保障自己的生命而殺害他人，在刑法的判斷上顯然不能阻卻違法，僅可能因當時的特殊情境導致無期待可能性而不罰。不過，胎兒（準權利主體）與懷孕婦女間之關係微妙，胎兒的繼續發育生出皆必須在懷孕婦女的體內進行，若有特殊情形會影響該婦女之生命權益時，法律無法要求任何權利主體犧牲自己生命成就他人，所以刑法第 228 條第 3 項規定「免除其刑」，而非「不罰」，可見刑法的價值判斷上任何墮胎行為都是違法的行為，僅是因特殊情況可以「免除其刑」而已。既是違法行為，懷孕婦女不可能有墮胎權¹⁸⁸。

雖然有謂依優生保健法第 9 條規定所為之墮胎為刑法第 21 條第 1 項「依法令之行為，不罰」，而阻卻違法，但考量比例原則及整體法體系之衡平，刑法第 288 條第 3 項係考量期待可能性而設的個人阻卻罪責事由，依該條施行墮胎，得免除其刑。舉重以明輕，優生保健法第 9 條第 1 項所列的各款事由亦屬阻卻罪責事由。是故，墮胎為違法行為，婦女不能主張墮胎為一種積極的「權利」，僅在法律容許範圍內，墮胎婦女得阻卻違法。

(b) 肯定說

優生保健法所保障的婦女權益，必須與刑法墮胎罪一起觀察。雖然我國刑法沒有廢止墮胎罪，優生保健法充其量是為婦女中止懷孕提供阻卻違法事由，婦女主張自己對於中止懷孕的身體自主權，還有一定程度的限制。但是刑法處罰墮胎罪，並不當然

¹⁸⁸ 侯英泠，前揭註 14，頁 206-07。

可以否認婦女生育自主權的存在。因為縱使承認婦女在憲法上享有生育自主權，在法律保留原則與比例原則的限制下，國家仍可以合憲的限制人民此種基本權。雖然刑法「課予」婦女懷胎足月生育的義務，但優生保健法也「尊重」女性不生育的意願，且尊重的理由，除了優生保健這類濃厚功利色彩的理由外，尚包括維護婦女生命、健康、性自主、與家庭生活等無所不包的個人理由¹⁸⁹。這似乎透露著一種價值判斷：如果夫妻不想生育，由國家力量強迫生育不是最佳選擇。

此外，學者認為依照優生保健法第 9 條規定所施行的人工流產，屬刑法第 21 條第 1 項「依法令之行爲」，構成阻卻違法的事由，此為刑法的通說見解。再者，婦女生育自主權和刑法有無墮胎罪的規定並無關聯，問題在於，婦女可否對醫療機構、醫師主張生育上的「自主決定或選擇」權利或利益被侵害，而非胎兒的權利或利益受到侵害，更非墮胎行爲是否構成犯罪的問題。民事責任與刑事責任有不同的規範功能與價值秩序，討論婦女是否有權利時，應從民事責任的角度思考。在合法的情況下，婦女行使生育自主權，則具阻卻違法事由，不該當刑法上墮胎罪，此行爲不具有倫理非難性或社會譴責性，不能認為破壞刑法的價值秩序，將人工流產的行爲一律視為不法¹⁹⁰。

另有學者肯認生育決定權是人格權之一種，乃為因應社會發展擴大人格權保護範圍而具體化的權利。在解釋上得擴大「自由權」，以包括此種生育決定權，其優點在於自由權係法定的特別人格權，有實體法上的依據。然人格權保護範圍實已擴張及於一種稱為自主決定的類型，除資訊自主外，亦包括生育自主在內，應可認係一種「新興」的人格法益¹⁹¹。

b. 實務見解

(a) 否定說

較為早期的判決¹⁹²有認為：「胎兒係生命體，為一種具有人格之重要法益，懷胎婦女本人對於是否讓胎兒留存即體內而生存問題，涉及生命價值、人性尊嚴，有無所謂『自我決定權』，從宗教、道德、倫理、優生學觀點而言，或人言人殊，惟依現行刑法規定，婦女墮胎即屬犯罪，應無墮胎權。換言之，刑法認定墮胎罪保護客體主要為胎兒，而非懷孕婦女身體、健康。至於優生保健法第 9 條規定予以部分人工流產行爲合法化，係刑法墮胎罪阻卻違法事由，故如與該法規定要件相符之人工流產行爲，即屬依法令之行爲，而可阻卻違法，非據此而謂該規定係賦與婦女有墮胎權，否則價值判斷顯失平衡。」

¹⁸⁹ 雷文玫，前揭註 186，頁 22-23。

¹⁹⁰ 陳忠五，前揭註 81，頁 148-53。

¹⁹¹ 王澤鑑，前揭註 45，頁 141。

¹⁹² 台灣士林地方法院 84 年重訴字第 147 號判決、台灣高等法院 85 年重上字第 464 號判決。

(b) 肯定說

近來判決¹⁹³則認為：「刑法墮胎罪所保護之客體固為在婦女體內成長之胎兒，該婦女依優生保健法第九條所得施行之人工流產僅屬於刑法墮胎罪之阻卻違法事由。但民法上侵權行為之被害客體為權利或利益，只要係權利或利益，即得為侵權行為之被害客體，此與刑法墮胎罪之保護客體為何，及其違法阻卻事由是否存在，實屬二事。查婦女已妊娠，於具備優生保健法第十一條第二項所定：『懷孕婦女施行產前檢查，醫師如發現有胎兒不正常者，應將實情告知本人或其配偶；認為有施行人工流產之必要時，應勸其施行人工流產。』之『醫師發現有胎兒不正常』要件時，法律即課醫師以『應將實情告知懷孕婦女本人或其配偶，認為有施行人工流產之必要時，應勸其施行人工流產』之義務，於此情形，就另一方面而言，是否非給予婦女選擇之權利（自由）？即婦女對其體內未成獨立生命又患有法規所賦予婦女得中止妊娠之先天性疾病之不健康胎兒，是否無本於上開規定選擇除去之權利？倘因醫院及相關人員之疏忽，未發現已符合此一情況之事實並及時告知懷胎婦女使其依優生保健法第十一條第二項施行人工流產，致婦女繼續妊娠，最後生下不正常嬰兒，可否謂對婦女本身得決定施行人工流產之權利毫無侵害？」

甚至有判決¹⁹⁴明白宣示：「婦女對其體內未成獨立生命，又患有法規所賦予婦女得中止妊娠之先天性疾病之不健康胎兒，有選擇除去之權利，倘因醫院及相關人員之疏忽，未發現已符合此一情況之事實，並及時告知懷胎婦女，使其依優生保健法第九條第一項，自願施行人工流產，致婦女繼續妊娠，最後生下不正常嬰兒，自屬侵害婦女對本身得決定施行人工流產之權利。」

c. 小結

觀察相關學說及實務見解可知，我國採取否定說的見解基本上緊抓刑法墮胎罪的規定，認為既然墮胎是刑法評價上必須受到處罰的違法行為，則婦女自無積極主張墮胎權之可能，刑法及優生保健法容許墮胎的相關規定，僅是阻卻刑責事由，墮胎本質上仍為具有違法性之行為。採取肯定說者則主張民法上權利與刑法墮胎罪保護客體及阻卻違法事由是否在，實屬兩事。民、刑事責任有不同的規範功能與價值秩序，不應混為一談，討論婦女是否有權利時，應從民事責任的角度思考。依法施行的人工流產屬於「依法令之行為」，構成阻卻違法事由，婦女依法行使生育自主權，不該當刑法上墮胎罪。

與美國不同的是，我國肯定生育自主權的學者，多半將此種權利放在人格權或自由權的脈絡下討論，而非隱私權，這或許與我國隱私權的發展不如美國先進有關。美國法上「privacy」的概念相當廣泛，目的在保護個人「不受干擾的私密性」，但「privacy」在我國被翻譯為「隱私」，中文「隱私」一詞並沒有明顯的正面涵義，與其說是「個人

¹⁹³ 最高法院 90 年台上字第 468 號判決。

¹⁹⁴ 最高法院 92 年台上字第 1057 號判決。

自由決定生活型態，不被打擾」，對大多數人而言，「隱私」更容易被理解為「保護秘密，不被發現」。其次，雖然我國近來關於隱私權的探討逐漸增加，但多半將隱私權的範疇界定在「資訊隱私權」上，而未擴及至「自主隱私權」¹⁹⁵。是故，既然我國人格權保護範圍已擴張及於一種稱為自主決定的類型，除資訊自主外，不妨將生育自主也納入，應可認為生育自主權是一種「新興」的人格法益。

(3) 本文見解

大部分醫師應該都會同意，懷孕始於受精卵植入子宮，但受精卵或是所謂的胚胎¹⁹⁶究竟何時發育成「人」，則有相當大的爭議。事實上，「受精之後一定會變成人」這種觀念，在科學上是不正確的。在受精卵尚未穩固著床於子宮之前，很多事情都可能發生。一半以上的受精卵由於先天異常可能自行流掉。科學上，我們可能永遠都無法得知什麼階段開始形成「人」，但即使是最有組織的宗教，關於「生命何時開始」這個問題，並不會比科學有更清楚的答案¹⁹⁷。對於胚胎或胎兒是否為人，以及其生命權保障應始於何時之不同觀點，直接影響對於墮胎問題之看法。但本文認為，即使認為自受精開始胚胎就應該獲得與人相同的地位，仍應肯認懷孕婦女有主張墮胎的權利。

如果胎兒從懷孕開始就是一個人，那麼國家通常就沒有理由可以允許墮胎，而是要禁止在胎兒階段就殺害他或放棄他¹⁹⁸。但法律通常不會要求人們做出犧牲，以挽救他人生命，一般而言，就算他自己不會遭受任何危險或不利益，且只需花費一點點力氣，人們也沒有法律上的義務去救助一個陌生人¹⁹⁹。有學者曾虛構一個科幻故事：一個垂死的小提琴家只有與他人身體相連九個月始能存活，此時是否有人有義務挽救該小提琴家的生命²⁰⁰？雖然這種極端案例的論述方式較結論更為人所非議，但不可否認的是若由這個想像案例切入就可以發現，碰到這種狀況時，沒有人有任何法律責任一定要合作。甚至有學者認為，「墮胎爭辯的核心議題不是胎兒『是什麼』(is)，而是胎兒『做了什麼』(does)，...如果胎兒是國家所要保護的生命，那麼當它未獲婦女同意而侵入她們的身體時，國家應該要分配公共資源去阻止胎兒的行為，就像國家阻止人侵擾他人一樣。」²⁰¹雖然胎兒與母親具有特殊親密關係，並非互不相識的陌生人，但仍不能直接推論出婦女有義務讓胎兒存活的結論。因為縱使胎兒有生命的權利，並不保證其同時擁有利用他人身軀的權利，也不保證可以繼續使用另一個人的身體—縱使

¹⁹⁵ 楊秀儀，前揭註 109，頁 260。

¹⁹⁶ 胚胎是指精子與卵子受精後所形成的生命體，在開始發育八週以內的階段，醫學上稱為胚胎，至於受精後八週後的階段，由於器官與外型開始發育，逐漸接近人的雛形，因此稱為胎兒。詳見雷文攻，前揭註 186，頁 7。

¹⁹⁷ 博琉 (Etienne-Emile Baulieu) 等著，張天鈞譯，RU486：女性的選擇，美服錠的歷史，頁 27、225-28 (1999)。

¹⁹⁸ RONALD DWORKIN, LIFE'S DOMINION: AN ARGUMENT ABOUT ABORTION, EUTHANASIA, AND INDIVIDUAL FREEDOM 110-11 (1994).

¹⁹⁹ 陳仲妮，「『胚胎植入前基因診斷』之憲法問題」，科技法學評論，第 6 卷第 2 期，頁 186 (2009)。

²⁰⁰ Judith Jarvis Thomson, *In Defense of Abortion*, PSYCHOL. AND PUB. AFF., Autumn 1971, at 47-66. also available at <http://spot.colorado.edu/~heathwoo/Phil160,Fall02/thomson.htm> (last visited: 2010.3.5)

²⁰¹ EILEEN L. McDONAGH, BREAKING THE ABORTION DEADLOCK: FROM CHOICE TO CONSENT 134 (1996).

是爲了自己生命需要而這麼做²⁰²。

我國優生保健法既然以相當寬鬆之規定容許婦女在懷孕二十四週內進行人工流產，難道仍不能解爲法律允許婦女選擇終止他所不希望的懷孕嗎？縱使優生保健法的立法背景乃當時主流力量的推動，希望能爲替孕婦實施人工流產的醫生解套，免於受到刑法加工墮胎罪的追訴處罰，與婦女生育自主權的肯認無關，但是法律必須與時俱進，近來實務判決也普遍承認生育自主權的存在²⁰³。本文認爲應承認婦女得依法積極主張生育自主權，而非僅是消極阻卻違法。詳細說明如下：

a. 順應時代潮流、落實性別平等，婦女的生育自主權應該受到保護

由刑法第 288 條以下所列的墮胎罪處罰規定來看，不僅處罰懷胎婦女的自行墮胎行爲與聽從墮胎行爲，由他人爲懷胎婦女所進行的加工墮胎行爲，即使得到婦女的同意，也要受到處罰。由此觀之，懷孕婦女對自己腹中胎兒的生命，並沒有處分與支配的權利與自由。國家以保護潛在胎兒生命的利益爲由，透過刑法宣示：婦女一旦懷孕，不管胎兒成長至何種階段，懷胎婦女都不再享有主宰自己身體的權利²⁰⁴。

雖然我國刑法處罰墮胎行爲，但 1984 年制定，1985 年生效實施的優生保健法，在「優生學」與「提升人口品質」的概念下²⁰⁵，開了一扇合法人工流產的窗口，大幅度放寬不得墮胎的刑法禁令。該法制定的時空背景在於當時的人口政策爲「重質不重量」，推動節育，鼓勵父母生出優良的小孩而非眾多的小孩。而且當時人工流產尚未合法化，醫界急需合法進行墮胎的管道，優生保健法應運而生。由是可知，優生保健法是主流勢力推動下的產物，婦女子宮的工具本質仍未改變，更遑論婦女的生育自主權的承認，只是人工流產的合法化，讓婦女意外獲得免於因墮胎而受處罰的機會，也因此從優生保健法施行之後，司法實務上以墮胎罪來追訴處罰的案件，極爲少數²⁰⁶。

惟縱觀優生保健法第 9 條第 1 項各款事由，雖然規定相當寬鬆，但婦女倘若想要墮胎仍必須尋找合法事由，否則婦女或進行人工流產手術之人，都是刑法追訴的對象。換言之，婦女並沒有選擇自己身體和生活的權利，這種對待是男性所毋庸承受的，這也是婦權團體對墮胎罪及優生保健法相關規定多所抨擊的原因：婦女的子宮在社會評價上只是生產的工具，婦女應遵循天職孕育下一代的生命。

生育是女性生理上獨有的能力，常成爲父權社會合理化剝奪婦女生育自主的藉口，其認爲既然只有婦女能懷孕生產，那麼爲了整體社會的延續，婦女自然有生育的義務，因而其生育自主權必須受到限制。事實上，當你能做（can do）某些事，是能

²⁰² 路易斯·波依曼（Louis P. Pojman）編著，楊植勝等譯，生死的抉擇：基本倫理學與墮胎，頁 164（1997）。

²⁰³ 詳見本文第五章實證研究之判決理由分析。

²⁰⁴ 王皇玉，前揭註 187，頁 41-42。

²⁰⁵ 優生保健法第 1 條：爲實施優生保健，提高人口素質，保護母子健康及增進家庭幸福，特制訂本法。

²⁰⁶ 王皇玉，前揭註 187，頁 42。

力 (capacity)；你可以做 (may do) 某些事，是特有的權利 (privilege)；但你必須做 (must do) 某些事，卻是義務。這個公式使得某些只有女人能做 (而男人不能) 的事情，變成任何孕婦都必須做的事情，這種義務變成單方面的責任。一個近乎所有女性所共同分享的能力，卻產生男性所不必承擔的義務，顯然男女之間並未平等²⁰⁷。男性可能有某些女性不必分擔的義務，例如服兵役，但男女平等並不因此受到影響²⁰⁸。而且即使在我國仍採取徵兵制的現在，服兵仍然不是被預設為近乎「所有」男性的義務，只有某個年齡層的男性會受到徵兵制度的徵召，更何況我國即將改採募兵制，向來被用以主張性別不平等、男性受到壓抑的兵役問題徹底解決後，更突顯女性在社會上受到壓迫的地位。懷孕在我國社會評價上幾乎是所有女人生來即被預設的義務，更糟糕的是，懷孕在台灣社會上是件備受歧視的事情。職業婦女一旦決定生育之後，即開始要準備接受一連串的「打擊」。除了個人要承受懷孕期間的身體不適、行動不便，或可能的危險之外，還得面臨雇主可能的敵意對待或是藉故辭退。另一方面還要更努力工作，盡量少請假，以免太麻煩同事，增加對方工作負擔。雖然法律上禁止懷孕歧視、規定孕婦可請調較輕鬆的工作，但在台灣職場的氣氛和環境下，可想而知執行的困難度有多高；遑論在懷孕期間一些讓人不舒服、幽微的互動和對待，也都是女性要獨自承受²⁰⁹。或許徵兵制使男性負擔女性所不必承擔的義務，但徵兵制卻從未因此貶抑男性的性別地位；相反的，懷孕既被預設為女性與生俱來的義務，但社會上又普遍歧視懷孕婦女，怎可不謂這種負擔造成嚴重的性別不平等？若女性可以得到世界上所有的權利—選舉權、受教權等，但卻不能擁有自己的身體，那麼其他所有權利都將大打折扣甚至毫無意義。憲法增修條文第 10 條第 6 項規定：「國家應維護婦女人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等」，揭櫫落實兩性之實質平等為我國之基本國策。此處所稱的兩性平等，實為追求「婦女群體之平等權」，而非如同憲法第 7 條所稱之「個人平等」²¹⁰，目的在於對抗台灣社會長久以來以男性為主體所形成之群體偏執的壓迫²¹¹。既然憲法增修條文課以國家「消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等」之積極義務，國家自須盡力促進社會兩性平等。是故，為落實性別平等，使婦女對自己的身體享有完整的自由，應該認為婦女有生育自主權，有自由決定中止懷孕的權利。

但畢竟我國刑法目前仍然有墮胎罪相關規定，且宗教、社會、倫理長久的力量，對於生命的尊重已經根植在人心，故不宜貿然無條件承認婦女的生育自主權。本文認為，在墮胎未除罪化前，懷孕婦女仍需符合法定事由始得墮胎。但婦女中止懷孕的

²⁰⁷ 朱蒂思·貝爾著，前揭註 157，頁 285-86。

²⁰⁸ 大法官釋字第 490 號解釋宣示「立法者鑒於男女生理上之差異及因此種差異所生之社會生活功能角色之不同，於兵役法第 1 條規定：中華民國男子依法皆有服兵役之義務，係為實踐國家目的及憲法上人民之基本義務而為之規定，原屬立法政策之考量...並無違反人性尊嚴亦未動搖憲法價值體系之基礎，且為大多數國家之法律所明定，更為保護人民，防衛國家之安全所必需，與憲法第七條平等原則...並無抵觸。」

²⁰⁹ 張晉芬，「父權社會，生育何其沉重」，聯合報，A23 版，2010 年 1 月 15 日

²¹⁰ 陳愛娥，「『兩性平等教育法草案』與『兩性地位之實質平等』」，月旦法學雜誌，第 84 期，頁 174 (2002)。

²¹¹ 吳志正，「女性主義法學觀點下之人工生殖相關法議題」，月旦法學雜誌，第 168 期，頁 140-41(2009)。

選擇係基於其生育自主權，既為權利，則應該予以保護，而產前檢查就是保障生育自主權的重要方式。其價值在於孕婦可以事先知悉小孩的健康狀況，若患有先天性疾病，符合人工流產要件時，得就經濟狀況、家庭和諧和心理壓力等因素作綜合評估，適時決定是否進行人工流產，避免造成日後的遺憾。

b. 承認生育自主權有利於告知後同意的實踐，進而避免計畫外生育的發生

生育自主權若受到肯認，則計畫外生育發生後，婦女能依據侵權行為責任請求財產上甚至慰撫金等非財產上損害賠償。如此一方面可以達到事前的效果，鼓勵醫師盡量為詳細的說明，給予孕婦充足的資訊，讓她作最有利的決定。當醫生落實告知後同意，透過完整的溝通，事先讓受檢查的孕婦了解各種產前檢查技術的極限，也可以避免計畫外生育的發生²¹²。另一方面，對孕婦而言可以達到事後彌補的效果，因醫師過失未受充分或正確告知各種產前檢查資訊或檢查結果的婦女，當產下有先天殘疾的胎兒時，得主張其生育自主權受到侵害，進而向醫生或醫療機構請求損害賠償。

綜上所述，本文認為在講求性別平等的今日，刑法墮胎罪的存在本來就因限制婦女對自己的身體自主而有違反性別平等之嫌。即使認為墮胎罪合憲並有其存在之實益，依優生保健法施行的人工流產亦應屬「依法令之行為」，構成阻卻違法事由，不該當刑法上之墮胎罪。此外，承認生育自主權有助於落實憲法增修條文中所揭櫫「性別平等」之基本國策，於產前檢查中更有助於告知後同意之實踐。若產前檢查時醫師尊重孕婦之生育自主權，並透過告知提供其行使自主權所需的相關資訊後，可以合理期待計畫外生育發生機率將會將低。

3. 家庭計畫自主決定權、人工流產自主決定權

縱使認為婦女不得積極主張生育自主權，計畫外生育發生後，婦女也可能受有家庭計畫自主決定權之損害。

學者主張我國無墮胎權存在，雖然優生保健法所賦予孕婦之自主決定的內容是墮胎，但那僅是在特殊情形下例外允許的情形，其保護的內容並不是墮胎權。但若醫師或醫院對於可歸責之錯誤檢查結果，不用負任何損害賠償責任，似乎又與損害賠償法之行為預防功能相衝突，將無法透過法律責任控制行為，因此一方面為了達到行為預防功能，控制醫療品質；一方面合理分配醫療錯誤風險，不致將所有生育風險透過產前檢查就醫行為從孕婦移轉到醫師身上，故參酌德國法院，提出家庭生育計畫自主決定權。計畫外生育發生後，雖然孕婦沒有墮胎權遭受侵害，但其家庭計畫自主決定權仍可能受到侵害²¹³。若從婦女「考量自己的經濟與負擔能力，為促進家庭幸福，積極規劃家庭生育計畫」觀點切入，可以導出優生保健法所要保護的法益在於婦女的「家庭生育計畫自主

²¹² 高添富，「不當生命之訴訟與侵權行為」：http://www.drkao.com/3rd_site/3_2/OldHtml/0007.htm（最後點閱時間：2010年3月5日）

²¹³ 侯英泠，前揭註143，頁71。

權」。墮胎權非優生保健法所欲承認的或保護的權利，允許孕婦墮胎只是尊重孕婦個人家庭生育計畫自主權的結果²¹⁴。所謂的家庭生育計畫，係概括的計畫內容：「任何權利主體基於個人本身的所有狀況以及負擔能力考量，計畫生育下一代或不生育的生育計畫。」任何屬於私人生活規劃之事務，法律原則上僅能尊重權利主體個人的規劃，雖然殘障生命與健康生命在法律上地位是相同的，但對於扶養該小孩之父母而言，不論在經濟上或精神上之負擔確有明顯差別，法律不可能強迫懷孕婦女沒有任何自主決定空間。且胎兒在法體系下雖被視為準權利主體，但仍與權利主體之母親無法並列，若剝奪婦女或權利主體自主決定可能性，令婦女接受一切懷孕生子的結果，婦女本身即不再是以個人自我發展為個人目的，反而成為他人生存之工具，故優生保健法賦予懷孕婦女可依個人利益衡量結果自主選擇是否墮胎²¹⁵。此時發生的利益衝突並非兩個生命法益之衝突，而係孕婦個人自主之人生規劃自由與胚胎生命權衝突²¹⁶。此外，家庭計畫自主決定權之內容不能直接以具有何種生理或心智狀況之小孩為計畫對象，其所保障的是一種意思決定自由，屬於一般人格權之一。所謂人格權即是個人自我完整發展之必要保障，所以家庭計畫自主決定是懷孕婦女個人基於未來人生實現與規劃之人格實現的重要決定，可以納入民法第195條、第227條之1之其他人格權而受民法契約法與侵權行為法保障²¹⁷。

但也有學者認為「家庭生育計畫之自主決定權」之用語，可能產生的問題如：「誰」是此一權利的權利主體？「誰」有權參與此一計畫的形成或決定？除「懷孕婦女本人」外，是否包括其「配偶」在內？乍看之下，既然是使用「家庭生育計畫」用語，則答案為肯定，但配偶是否真有權利受損，有探究空間²¹⁸。

第二項 侵權責任原因事實

計畫外生育發生後，孕婦確實可能有權利遭受侵害。但孕婦有權利受侵害，並不當然代表醫療機構或醫生必須負擔損害賠償責任，民法上侵權行為之成立，仍以行為人有故意過失為要件。

雖然實務上曾有相關判決對「醫療服務」採取「無過失責任」²¹⁹，引發各界譁然，法學界及醫界提出各種見解紛擾不休。惟民國 93 年醫療法第 82 條修正後²²⁰，即明文排除「醫療服務」適用消費者保護法第 7 條，醫療服務採取過失責任主義已成定案。從而，計畫外生育中，被告是否應就系爭損害結果發生負責的理由，即不在於其所提供的產前檢查服務是否「欠缺安全性」，「醫療過失」是否存在才是判斷損害賠償責任

²¹⁴ 同前註，頁 73。

²¹⁵ 同前註，頁 74-75。

²¹⁶ 侯英泠，前揭註 14，頁 208。

²¹⁷ 侯英泠，前揭註 143，頁 75-76。

²¹⁸ 陳忠五，前揭註 81，頁 172。

²¹⁹ 有關醫療服務是否應該採取無過失責任，係台北地方法院 85 年訴字第 5125 號「馬偕醫院肩難產案」的判決所引發。

²²⁰ 醫療法第 82 條第 2 項：「醫療機構及其醫事人員因執行業務致生損害於病人，以故意或過失為限，負損害賠償責任。」

是否成立的責任原因事實²²¹。

須注意的是，由實務案件觀察，探討過失的問題時，原告多半著眼於醫生個人是否有過失，而忽略醫療機構於整體產前檢查中有無過失的問題。按過失行為人為何人，涉及應負責任者究竟是「為自己的過失行為而負責」，或是「為他人的過失行為而負責」，仍有區別的必要²²²。故以下區分為醫療人員之過失及醫療機構之過失，分別討論。

1. 醫療人員之過失

由於醫療訴訟並無特殊法規加以規範，糾紛發生時，原則上須回歸傳統民法之過失法則判斷醫療人員是否有過失存在。然而醫療行為有其特殊性、不確定性，對醫療人員及病人間皆存有風險，對於醫療糾紛是否應採取不同於民法上過失之認定標準，英美法及我國法在學說、實務上都有數種不同見解，分述如下：

(1) 英美法上之醫療過失判斷

英美法院在醫療過失的判斷標準上，和我國相同，係以注意義務之違反作為判斷基準，亦即被告醫師為病患治療時，若其注意低於法律預期之注意義務標準，即構成過失。法院所預期的注意義務標準通常為：「醫師應具備合理、通常之注意（**reasonable and ordinary care**）、技術（**skill**）及勤勉（**diligence**），並與其他鄰近地區之內外科醫師於相同情況下有相同的職業水準（**in the same general line of practice**）。」²²³ 相關曾被討論的判斷標準如下：

a. 地區性原則（**same locality rule**）、類似地區原則（**similar locality rule**）、國家原則（**national standard**）

早年由於交通不普及，科學資訊傳遞受限，地區間的醫療技術發展程度有明顯差異，無論就醫師執業的環境或以其個人經驗觀之，均隨所在地區而有差異。因此醫師是否符合注意標準，應以同一地區的醫療專業水準為斷，此為嚴格地區性原則。由於適用此一原則，可能導致某一特定地區之醫療專業水準普遍落後於其他地區之平均水準，為緩和特定地區適用之難題，保障病患基本權利，並不以該個別地區為限，斟酌考量鄰近地區標準。近年來由於資訊傳播方法便利、快速，醫學交流活動頻繁，治療方法有趨於一致情形，因之，目前地區性的差異已漸不重要，應改採國家原則作為判斷標準²²⁴。

²²¹ 醫療行為中，故意導致損害結果發生之情況相當少見，多數醫療糾紛爭執所在皆係醫療過失是否存在，故本文中只討論醫療過失的情形，故意部分略而不論。

²²² 陳忠五，前揭註 81，頁 129-30。

²²³ FRANK M. McCLELLAN, *MEDICAL MALPRACTICE: LAW, TACTICS, AND ETHICS* 31 (1994)

²²⁴ 陳佩吟，前揭註 19，頁 80-81。

b. 一般醫師及專科醫師原則 (general practitioner or specialist)

醫療工作者依其專業有分科之別，諸如小兒科、婦產科、內科、外科，其注意標準當以其所屬科別以爲判斷，所應區別者爲一般醫師與專科醫師之注意義務。專科醫師對於其專門領域醫療行爲之注意義務較一般醫師爲高，而對於其他非專科領域之治療，則依一般醫師的注意。至於是否爲專科醫師，不以通過國家專科醫師考試、取得證書爲斷，只要實際上以此型態對外營業即屬之²²⁵。

c. 其他醫師的慣行 (customary conduct of other physician)

過去對醫療過失之判斷標準係以一般醫師之醫療慣行標準，然而以此爲標準常受上述地區性原則的限制，不但造成醫療品質下降，也有醫療水準停滯之危險。因此美國法院多揚棄此一原則，而改採可接受的執業標準 (acceptable practice) 爲斷。所謂可接受的執業標準，是指以與被告醫師同一專門領域的適格醫師觀點判斷²²⁶。

(2) 我國法上之醫療過失判斷

故意過失係傳統民法上之歸責原則。對於故意之解釋，通說認爲應與刑法第 13 條採取相同標準²²⁷。而過失之認定，有認爲亦應採刑法解釋²²⁸，也有謂基於民法與刑法規範目的不同，民法上過失之功能及認定標準應有別於刑法。申言之，刑法目的在於行使國家公權力，對犯罪者加以處罰，從而關於過失認定，應採主觀說或折衷說；民法目的則在合理分配損害，尤其是侵權行爲法，過失認定應採客觀標準，準此以言，在行爲因無主觀過失而不成立犯罪時，在民法上仍得因客觀過失而構成侵權行爲²²⁹。惟隨著科技文明不斷創新，各種危險活動充斥於日常生活之中，連帶使得社會各種意外事故層出不窮，爲有效發揮民事責任法之規範功能，保障被害人損害獲得填補，預防將來損害發生，以維護社會生活之基本秩序，過失概念之客觀化已是目前趨勢²³⁰。

我國的過失判斷上以欠缺注意之程度爲標準，可以分爲抽象輕過失、具體輕過失與重大過失三種類型。標準假設一個具有通常相當知識經驗水準的善良管理人，面臨與行爲人相同之情況時是否能預見並且避免損害發生。若行爲人之注意程度不及於善良管理人於損害發生時所盡之注意程度，以致於損害發生，爲抽象輕過失；應與處理自己之事物爲同一注意而欠缺者，爲具體輕過失；顯然欠缺普通人之注意者，爲重大

²²⁵ 同前註。

²²⁶ 同前註。

²²⁷ 王澤鑑，前揭註 141，頁 291-92。

²²⁸ 鄭玉波著，民法債編總論，頁 183 (2002)；劉文瑛，醫事法要義，頁 279 (1999)。

²²⁹ 王澤鑑，前揭註 141，頁 293-94。

²³⁰ 陳忠五，「醫療事故與消費者保護法服務責任之適用問題（下）—最高法院 90 年度台上字第七〇九號（馬偕醫院肩難產案）判決評釋」，台灣本土法學，第 37 期，頁 35 (2002)。

過失²³¹。承前所述，產前檢查契約為委任契約或近似於委任之非典型契約，依通說見解，委任關係中，受任人應以善良管理人之注意為委任人為處理事務。是故，醫生或醫療機構於產前檢查中，需負擔抽象輕過失責任，若醫生或醫療機構未以善良管理人之注意為孕婦進行產前檢查，即有過失。

實務上對於醫師應盡之善良管理人注意義務認為係「交易上一般觀念，認為有相當知識經驗及誠意之人應盡之注意」²³²。而所謂善良管理人之注意義務，應就醫療水準、醫療行為之類型、內容、特殊性、實施地點、設備、專門性等各種因素綜合考察。學者則有認為，醫師於醫療行為中應盡之注意義務有二：得預見結果的發生（結果預見義務），和為防止結果的發生而採取必要措施（結果迴避義務）²³³。結果預見義務為結果迴避義務之前提，從侵權行為理論發展過程觀察，過失理論上之注意義務本係指違反結果之預見義務，但晚近以來，社會活動常常伴隨著高度危險性，故過失理論轉向強調迴避義務²³⁴。

(3) 本文見解

一般認為，醫師於醫療行為中應盡之注意義務包括結果預見義務與結果迴避義務。於產前檢查中，若醫師未正確實施產前檢查或雖然產前檢查結果正確，卻因故未正確傳達給孕婦時，即有計畫外生育發生之可能。此外，即使產前檢查之實施及結果之傳遞都正確無誤，但囿於醫療上之不確定性及產前檢查技術之侷限性，仍然可能發生計畫外生育。計畫外生育係指嬰兒之健康情形與懷孕婦女自產前檢查中獲得的資訊與預期不符合，若此情形係因醫師檢驗不正確或檢驗結果傳達錯誤，醫師自然未盡到迴避計畫外生育結果發生之義務而有過失，但若不相符之情形乃因產前檢查技術之侷限性所導致，醫生之檢查行為完全符合一般醫療常規時，醫生是否須為此計畫外生育負責，即為主要爭議所在。

本文認為，使孕婦提前得知胎兒的健康情形，以避免計畫外生育之發生，為產前檢查的主要目的之一，如此一來計畫外生育自然是醫生提供產前檢查醫療給付時所不願意發生的結果。因而醫生於產前檢查中，除了必須預見計畫外生育發生之可能性存在，並應盡與其有相當知識經驗及誠意之人應盡之注意以避免計畫外生育之發生。為避免計畫外生育之發生，醫師除基於產前檢查契約之內容，有義務提供孕婦相關精密產前檢查技術之資訊外²³⁵，亦應告知孕婦產前檢查技術之侷限性，使孕婦及家屬有心理準備。醫生若有告知產前檢查技術之侷限性，理性之孕婦即應對胎兒之健康狀況持保留態度，如此可以稍稍避免認定胎兒正常卻生下殘疾嬰兒對孕婦所帶來之心理衝擊。此外，醫生既有告知孕婦檢驗技術之侷限性，即可認為已盡到警告孕婦胎兒之健

²³¹ 最高法院 42 年台上字第 865 號判例。

²³² 同前註。

²³³ 孫森焱，「論醫師為診療行為時應負之義務」，鄭玉波先生七秩華誕祝賀論文集，頁 169（1988）。

²³⁴ 邱聰智，「醫療過失與侵權責任」，民法債編論文選輯（中），頁 601（1984）。

²³⁵ 本文認為產前檢查契約之內容包括告知孕婦精密檢驗資訊。詳見本章前段討論。

康情形可能不如預期之義務，當理性的孕婦因醫師之告知而對胎兒之健康狀況持保留態度時，其殘疾嬰兒之出生即非全然計畫外，對醫生而言，亦屬較有保障。

綜上所述，醫生於產前檢查醫療給付中除應正確實施產前檢查並正確傳達檢驗結果，為積極避免計畫外生育之發生，尚有提供孕婦相關精密產前檢查技術之資訊以及告知孕婦產檢前檢查技術之侷限性的義務。若醫師未盡到此四種義務的任一種，即屬注意義務之違反，因而於產前檢查有過失，須為計畫外生育所導致之損害負責。

2. 醫療機構之過失

現行的醫療機構除私人經營之診所外，很大一部分都是商業、大型經營的醫療院所。實際與病患締結醫療契約的醫療院所並非自然人，無法親為診療，故需僱用自然人醫師為其履行醫療契約中的給付義務。觀察計畫外生育的案件，大部分原告起訴時對醫療機構所主張的皆為其應負民法第 188 條的僱傭人責任，亦即應為實際執行醫療行為的自然人醫師之故意過失負責。雖然醫療機構相較於醫生個人而言，通常具有較高資力可以負擔高額的醫療糾紛賠償金，但實際發生醫療糾紛時，醫療機構往往以民法第 188 條第 1 項但書主張對受僱醫生之選任、監督上已盡相當之注意免責，對病患而言相當不利。

在德國醫師責任法上，關於醫療機構負責人在侵權行為法中，透過法官造法發展出醫院自己獨立賠償責任，而非只是對第三人過失行為負連帶責任，稱為組織錯誤²³⁶。本文亦認為，於計畫外生育發生後，除了檢討醫療機構是否應為其所僱用的醫師負責外，亦應討論醫療機構本身是否有醫療行政或組織管理上之缺失，而為自己過失負責。

以產前檢查中之羊膜穿刺術為例，法令並未禁止未經行政院衛生署評鑑合格設有羊水檢驗中心的醫療院所從事羊膜穿刺篩檢手術。但考量此項檢驗工作具高度複雜且專業性，特別是羊水分析判讀工作，應由曾受細胞遺傳學特別訓練的專業醫師或博士，在設有細胞培養、染色體分析及染色體照相等專業設備的環境下為之²³⁷。故若醫療機構依當時之醫療設備環境，如並未配置相關檢驗儀器或儀器年久失修、檢驗作業流程疏漏、人力組織分配上無聘僱該類專科醫師、博士人才時，無法檢驗該懷孕婦女之染色體細胞有無異常。因此，醫療機構負有建議將病患轉至其他經核可之醫療機構或將羊水檢體送交其他合格之羊水檢驗中心判讀之義務²³⁸。醫療機構若違反上開情形，屬於人力組織調整、相關設備配置及檢驗作業流程上，欠缺一定的醫療水準與品質，顯然具有疏失。此種疏失係醫療行政或組織管理上之缺失，應認為是債務人自己履行債

²³⁶ 侯英冷，「醫療行為的民事上賠償責任—從德國醫師責任法切入探討（下）」，月旦法學雜誌，第 73 期，頁 113（2001）。

²³⁷ 陳忠五，前揭註 81，頁 134。

²³⁸ 參醫療法第 11 條第 3 項、第 20 條、第 40 條提供安全、適當設備義務、第 50 條轉診義務，醫療機構設置標準。

務上之疏失²³⁹。此時，醫療機構即應被認為於產前檢查中有過失，因而造成計畫外生育之損害結果，必須負擔損害賠償責任。

第三節 損害賠償義務人

計畫外生育發生後，原告可能依據契約之債務不履行或侵權行為請求損害賠償。此時應負擔損害賠償義務者，可能因原告以不同的請求權基礎主張權利而有差異。以下分別討論醫療機構與醫師及其他相關醫事人員之損害賠償責任：

第一項 醫療機構

1. 債務不履行責任

契約上之債務人違反因契約而生之義務並對他方造成損害時，需負擔損害賠償責任。易言之，契約法上的損害賠償義務人，必定是契約中違反契約義務之一方或雙方當事人。觀察實務運作，孕婦至醫療機構掛號表示希望接受產檢，而醫療機構接受孕婦的掛號時，產前檢查契約隨即締結，此時，產檢契約之當事人一方為醫療機構，另一方則是孕婦。依醫療法規定，醫療機構分為公立醫療機構、私立醫療機構、醫療法人（包括醫療財團法人及醫療社團法人）設置之醫療機構、以及法人附設醫療機構²⁴⁰。依據醫療機構型態之不同，實際上應履行產檢契約之醫療提供者亦有差異。

在多數情形中，孕婦與具有獨立法人格之醫療機構締結產檢契約，醫療機構自為產檢契約之契約當事人，但是醫療機構既非自然人，自然無法自為意思表示，並對病患進行診療，因而必須藉由履行輔助人（亦即實際為孕婦實施產檢之醫生）為其履行契約²⁴¹。無論由何種履行輔助人代替或輔助醫療機構履行醫療給付，產前檢查契約之締約主體不受影響，惟醫療機構既然使用履行輔助人為其履行契約上債務，從中獲有利益，對於其履行輔助人履行債務時之債務不履行，自應負責。民法第 224 條規定：「債務人之代理人或使用人，關於債之履行有故意或過失時，債務人應與自己之故意或過失，負同一責任。但當事人另有訂定者，不在此限」。本條令債務人就其債務履行輔助人之行為所致之損害負責，惟其係自己責任或代負責任，容有爭議。通說認為本條係債務人對履行輔助人之行為負擔法定擔保責任，債務履行輔助人對債之履行有故意過失造成他方之損害時，債務人即應負責，性質上為無過失責任，故為「代負責任」。惟亦有學者認為如係代負責任者，則條文應規定為「債務人應就其代理人及使用人關於債務不履行之行為負責」。條文既然規定債務人「應與自己之故意過失負擔同一責任」，即係將債務履行輔助人之故意過失，視為債務人之故意過失，故本質上仍為過失，只是「過失責任之擴大化」而已。無論如何，在醫療機構使用履行輔助人

²³⁹ 陳忠五，前揭註 81，頁 135。

²⁴⁰ 詳細定義請見醫療法第 3 條至 6 條。

²⁴¹ 詹心馳，前揭註 74，頁 79。

代其履行產前檢查契約上之債務時，依民法第 224 條之規定，當實際實施產檢之醫生於產檢過程中有故意過失導致孕婦受到損害時，使用該醫生履行債務之醫療機構應負擔債務不履行損害賠償責任。

若與孕婦締結產檢契約之當事人爲不具有法人格之醫療機構，則締約之當事人應解爲該機構之負責人，此時應提供醫療給付之債務人爲該機構之負責人，亦即訴訟上常見之某醫院/診所等於某醫生之情形。既然醫生即爲應負擔醫療給付債務之醫療機構，當發生債務不履行時，自應由醫生即醫療機構負擔損害賠償責任。

2. 侵權行爲責任

醫療機構於計畫生育中的侵權責任責任可分爲爲自己行爲負責及爲他人行爲負責兩種。詳言之，若醫療機構有醫療行政或組織管理上之缺失，導致計畫外生育發生時，自然須爲因自己之過失而導致之損害負責。即使醫療機構自己無過失，也可能因其對受僱人之選任監督有過失而須負擔僱用人責任。

僱用人對於受僱人之選任及監督其職務之執行，理應盡相當之注意義務，如受僱人因執行職務不法侵害他人權利，僱用人對於受僱人之選任及監督即很可能有過失存在。此外，相較於僱用人，受僱人多半爲經濟上弱勢之一方，爲保障被害人求償之權利，民法第 188 條第 1 項即規定：「受僱人因執行職務，不法侵害他人之權利者，由僱用人與行爲人連帶負擔損害賠償責任。但選任受僱人及監督其職務之執行，已盡相當之注意或縱加以相當之注意而仍不免發生損害者，僱用人不負賠償責任。」，此即爲侵權行爲法上之僱用人責任²⁴²。僱用人責任之成立要件有三：（一）行爲人須爲受僱人；（二）行爲人須不法侵害他人權利；（三）受僱人之行爲須與其職務相關。僱用人對於受僱人選任監督之過失，係由法律予以推定，被害人毋須舉證。但僱用人得舉證證明其選任監督受僱人執行職務，已盡相當之注意，或縱加以相當注意，仍不免發生損害，此時僱用人可免除賠償責任。惟若因受僱人之經濟能力不足，使被害人無法獲得充分賠償時，爲保護被害人利益，民法第 188 條第 2 項規定：「如被害人依前項但書規定，不能受損害賠償時，法院因其聲請，得斟酌僱用人與被害人之經濟狀況，令僱用人爲全部或一部之損害賠償。」

當執行產前檢查或相關檢驗之醫生及醫療人員成立侵權責任時，雇用該等人員之醫療機構自然依法推定有選任監督過失存在，而負僱用人責任。除非醫療機構能證明自己對該等造成侵權行爲之醫事人員之選任監督並無過失，或縱加注意亦不免發生損害時，才能免責。縱使醫院依第 188 條第 1 項但書免責，若其受僱醫事人員之資力不足以使被害人獲得充分賠償，法院仍可能因被害人之聲請，令僱用人爲全部或一部之損害賠償。

²⁴² 鄭正忠，例解民法，頁 207（2004）。

第二項 醫師及其他相關醫事人員

1. 債務不履行責任

通常情況中，醫生及其他相關醫療人員，如進行羊水分析之基因檢查人員等，係受僱於與孕婦締結產前檢查契約之醫療機構，為孕婦進行產前檢查。因其僅係締約醫療機構之履行輔助人，並非產前檢查契約之締約人，自然無須負擔契約法上之債務不履行責任。

2. 侵權行為責任

若醫師及其他相關醫事人員於產前檢查中有故意過失因而導致計畫外生育發生，侵害孕婦之身體權、健康權，或生育自主權時，須依民法第 184 條第 1 項負擔侵權行為損害賠償責任。

第四節 損害賠償權利人

美國法中認可 wrongful birth action 的州，皆以嬰兒父母 (parents) 一同作為損害賠償的權利主體²⁴³。德國法則是透過附保護第三人作用契約²⁴⁴，將孕婦之配偶納入契約效力保護範圍內，當計畫外生育發生時，孕婦之配偶亦得依據契約之債務不履行請求損害賠償。我國民法規定係依循傳統大陸法系而來，與美國法體系終有不同，不可一概而論；此外，德國法上的附保護第三人作用契約於我國法中是否有適用餘地，亦非無疑。是故，有必要探討計畫外生育之損害賠償權利人，尤其是孕婦之配偶於計畫外生育中，是否可以作為原告請求損害賠償，說明如下：

第一項 孕婦

契約法上的損害賠償義務人是違反契約義務而造成他方受損害之一方當事人。相對的，因他方之債務不履行而受有損害之一方，即係契約上之損害賠償權利人。雖然觀察一般情形，孕婦經常係由家屬陪同前往醫療機構進行產前檢查，甚至實際進行掛號者並非孕婦本人，但實際上需要接受產前檢查之人係孕婦，無論由何人代為進行掛號之動作，其真意乃係為孕婦締結一個內容為產前檢查之醫療契約，產前檢查契約之當事人為孕婦及醫療機構，應無疑問。是故，當醫療機構對於產檢契約有債務不履行之情形時，孕婦自然為適格之損害賠償請求權利人。

²⁴³ See Katherine Say, *Wrongful Birth-Reserving Justice For Women and Their Families*, 28 OKLA CITY U. L. REV 7 (2003).; Keel v. Banach, 624 So.2d 1022 (Ala. 1993).; Munro v. Regents of the University of California, 263 Cal.Rptr. 878 (Cal.App.1989).; 或是由 Black's Law Dictionary(8th edition)將 wrongful birth 定義為 "A lawsuit brought by parents against a doctor for failing to advise them prospectively about the risks of their having a child with birth defects." 亦可得知，美國法上針對 wrongful birth action，允許父母一同擔任原告。

²⁴⁴ 關於附保護第三人作用契約，詳見下述。

此外，孕婦身為接受產前檢查之人，於計畫外生育中所侵害的權利，諸如身體權、健康權、生育自主權、家庭計畫自主決定權等，皆係孕婦之權利。當醫生及相關人員或醫療機構於產檢中有過失，導致計畫外生育發生，侵害孕婦前述權利時，孕婦自然是適格的原告，可以依據侵權行為向醫生、其他醫療人員及醫療機構請求損害賠償。

第二項 孕婦之配偶

相較於孕婦在計畫外生育中可以作為適格原告的理所當然，孕婦之配偶於計畫外生育中，究竟可否以自己名義請求損害賠償，則有爭議。孕婦之配偶並非產檢契約之締約人。此外，計畫外生育所涉及之權利，包括身體權、健康權、生育自主權等，皆為孕婦的一身專屬權，孕婦之配偶無由因孕婦該等權利遭受侵害，而以自己之名義請求損害賠償。但孕婦之配偶得否主張產檢契約為附保護第三人作用之契約，似有討論空間。此外，除孕婦之身體權、健康權與生育自主權外，孕婦之配偶是否有其他管道可能以自己名義進行求償，亦有討論實益。以下分別檢討各種可能的請求權基礎：

1. 附保護第三人作用契約？

德國鑑於生育行為與雙方配偶具有相同利益，通說依「附保護第三人作用契約」理論認為契約之效力應及於他方配偶²⁴⁵。附保護第三人作用契約之契約效力可及於第三人，係因為德國侵權行為法之保護法益不包括單純經濟上損失，以及德國民法第 831 條之僱用人免責規定對受損害者保護不足而發展出的責任類型。契約保護效力及於第三人之情形一開始被放在「利益第三人契約」之架構下進行討論，但所謂利益第三人契約，係指第三人可以因該契約直接取得契約之履行請求權，而保護義務原則上不屬於給付義務，僅是在義務人違反保護義務而造成他方損害時，令違反義務者負損害賠償責任，契約相對人如此，透過契約被拉進之第三人也應該一樣，第三人不可能透過解釋取得比契約當事人更多之權利，故第三人並無直接請求履行契約之請求權²⁴⁶。

為清楚區分二者之不同，學者Larenz將契約保護效力及於第三人之情形正名為「附保護第三人作用契約」，從而釐清「契約保護效力及於第三人」之定義，係指契約的「保護義務」，亦即「積極侵害債權之保護義務」範圍及於特定第三人而言。此種區分為德國實務及通說所接受，需注意的是無論是Larenz或德國通說對於契約保護效力及於第三人，都透過一個當事人意願之假設，經由契約解釋與假設認為雙方對於此保護效力及於第三人部分有合意。責任之成立透過一個假設性的合意，對於責任義務人而言，不甚具正當合理性，故必須責任義務人在契約履行時，能預見第三人之法益也處於契約履行可能造成影響之危險範圍內，同時第三人之利益保護也是債權人之利益所在

²⁴⁵ 王澤鑑，前揭註 45，頁 138。

²⁴⁶ 侯英泠，論院內感染之民事契約責任—以爆發 SARS 院內感染為例，頁 154-56（2004）。

學說上有嘗試將「附保護第三人作用契約」之概念引入我國者，認為我國有承認此種責任類型之必要²⁴⁸，惟此概念在我國實務上尚未被接受，實務比較傾向第三人之保護屬於侵權行為責任法之範圍，而契約責任以契約當事人間為主²⁴⁹。最高法院 90 年台上字第 468 號判決亦指出：「查本件懷孕者係上訴人朱○○，而上訴人張○○僅係其配偶，為原審認定之事實，則上訴人張○○自無何權利或利益受侵害而得依侵權行為或債務不履行之法則請求上訴人新光醫院及被上訴人黃○○、黃○○等三人為賠償可言。原審認為張○○依侵權行為及債務不履行之規定請求上訴人新光醫院及被上訴人黃○○、黃○○賠償，為非正當，爰維持第一審所為張○○敗訴之判決，將其上訴駁回，經核於法並無違背。」

此外，既然德國法上對於契約保護效力及於第三人，必須透過一個當事人意願之假設，經由契約解釋與假設認為雙方對於此保護效力及於第三人部分有合意。又責任義務人在契約履行時，能預見第三人之法益也處於契約履行可能造成影響之危險範圍內，同時第三人之利益保護也是債權人之利益所在，方可認為契約之保護效力及於第三人。本文認為，雖然生育行為對雙方配偶具有相同利益，但若單純由產前檢查契約之角度觀察，實難認為醫療機構與孕婦訂定產檢契約時對於他方配偶之法益可能受到產檢契約之履行而受有影響一事有預見。即使認為醫療機構可能有預見，事先得知其關於產檢契約之履行將會影響孕婦配偶之權利，也難認為孕婦配偶之利益保障是孕婦利益之所在，畢竟對於孕婦而言，其配偶因計畫外生育所可能蒙受的經濟上損失，並不會對孕婦造成額外負擔，其配偶之利益保障與孕婦之利益無關。

綜上所述，雖然有學者嘗試將德國法上契約保護效力及於第三人之概念引入我國，但目前我國實務上並不承認此種責任型態存在。就產前檢查契約之角度觀察，解釋上似乎也不應肯認孕婦之配偶得受產前檢查契約之保護。是故，孕婦之配偶並非產前檢查契約中適格之損害賠償請求權利人。

2. 家庭計畫自主決定權受侵害？

學者有認為計畫外生育所侵害者乃「家庭計畫自主權定權」，因不被預期的嬰兒之出生，導致孕婦出於家庭計畫之目的所進行之產前檢查並未達成預期效果，因而有權利遭受侵害。所謂家庭生育計畫，係概括的計畫內容：「任何權利主體基於個人本身的所有狀況以及負擔能力考量，計畫生育下一代或不生育的生育計畫。」²⁵⁰現今多數欲成為父母者，基於自己之生涯規劃、經濟能力與其他種種因素，通常會對家庭的生

²⁴⁷ 同前註，頁 157-59。

²⁴⁸ 同前註，頁 154。

²⁴⁹ 同前註。

²⁵⁰ 侯英泠，前揭註 143，頁 72。

育進行詳細的規劃，以避免不受期待的小孩出生，影響自己以及整個家庭的生活。計畫外生育使原先的家庭計畫完全落空，夫妻必須扶養預期外之殘疾子女，花費其所不欲負擔的大量勞力、時間以及金錢上的支出，此時，除了母親外，父親同樣須負擔沉重的責任與經濟上之壓力。乍看之下，既然使用「家庭計畫自主決定權」之用語，父親自然有可能主張家庭計畫自主決定權受到侵害。

單純由「家庭計畫自主決定權」及優生保健法相關條文的用語，似乎可以得到孕婦的配偶於計畫外生育中亦有求償權利的結論，惟如同學者所主張：（一）懷孕婦女自由選擇人工流產的生育自主權，事實上由優生保健法第 9 條第 1 項「懷孕婦女經診斷或證明有左列情事之一者，得依其自願，施行人工流產」而來，並非最高法院 90 年台上字第 468 號判決主張的第 11 條第 2 項，第 9 條第 1 項並無保護配偶；（二）鑑於胎兒與母親在生理上的密切關連性，以及女性在懷孕生育上的特別利害關係，解釋上應認為僅懷孕婦女享有施行人工流產與否的自主決定或選擇權，此一權利有一身專屬性，不宜由夫妻雙方共同享有或共同行使；（三）優生保健法第 1 條第 1 項只是概括宣示該法立法目的，得廣泛適用於該法所規範全部事項，並非專對人工流產；（四）優生保健法第 9 條第 2 項之配偶同意權，和第 11 條第 2 項之告知義務，應解為乃為懷孕婦女之利益而存在的制度，目的在輔助懷孕婦女，使其在充分瞭解各種利害關係後，審慎理智的做出是否人工流產的決定²⁵¹。

本文認為，雖然優生保健法雖規定有配偶者欲進行人工流產，必須獲得配偶之同意²⁵²，惟此條規定使男性對婦女的人工流產決定有否決權，有違反性別平等之嫌，向來備受抨擊²⁵³。美國聯邦最高法院早在 1992 年就宣示此種配偶同意權對欲進行人工流產的婦女造成不合理的負擔，違反憲法保障的婦女身體自主權²⁵⁴，我國亦有學者認為人工流產應得配偶同意的規定欠缺正當性，立法論上應該刪除此一規定²⁵⁵。此外，雖然最高法院認為婦女選擇人工流產的權利是由優生保健法第 11 條第 2 項而來，但該案經最高法院發回高等法院更審後，高等法院變更引用法條，認為應以第 9 條第 1 項作為承認婦女得選擇施行人工流產的依據²⁵⁶，同案再度上訴到最高法院時，最高法院也未對高等法院變更引用法條一事再次發表見解，應可解為最高法院認同高等法院變更引用法條的做法²⁵⁷。孕婦之配偶可能的家庭生育計畫，確實有將因計畫外生育而落空，惟仍不應貿然承認孕婦之配偶於計畫外生育中有權利遭受侵害。畢竟家庭生育計畫通常只是一種個人心理上之期待，並非當然成為受法律保障之權利。若非法律上承認之權利，自無由依據第 184 條第 1 項前段的侵權行為請求損害賠償。

²⁵¹ 陳忠五，前揭註 81，頁 176-86。

²⁵² 優生保健法第 9 條第 2 項後段規定：「有配偶者，依前項第六款規定施行人工流產，應得配偶之同意。但配偶生死不明或無意識或精神錯亂者，不在此限。」

²⁵³ 劉仲冬，女性醫療社會學，頁 187-220（1998）。雷文玫，前揭註 186，頁 23。楊秀儀，「病人，家屬，社會：論基因年代病患自主權可能之發展」，台大法學論叢，第 31 卷第 5 期，頁 13（2002）。

²⁵⁴ *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

²⁵⁵ 薛智仁，「論人工流產同意權（上）」，台灣本土法學，第 48 期，頁 147-155（2003）。

²⁵⁶ 台灣高等法院 90 年重上更（一）字第 48 號判決。

²⁵⁷ 最高法院 92 年台上字第 1057 號判決

3. 因計畫外生育受有經濟上之不利益？

一般侵權行爲，除民法第 184 條第 1 項前段外，尚包括第 184 條第 1 項後段及第 184 條第 2 項兩種類型。第 184 條第 1 項後段規定故意侵權行爲：「故意以違背善良風俗之方法，加損害於他人者亦同。」惟產前檢查中，殊難想像醫生或其他醫療人員會故意以違反善良風俗之方法，導致計畫外生育發生。可能造成困擾者乃第 184 條第 2 項：「違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負損害賠償責任。」通說認爲，本項所謂「損害」，不以法律上之「權利」爲限，包括「純粹經濟上損失」，即使沒有法律上權利受到侵害，也可以依本項請求行爲人賠償²⁵⁸。以第 184 條第 2 項作爲請求權基礎的前提是「行爲人違反保護他人法律」，若醫生、其他醫療人員或醫療機構於產前檢查中，違反保護孕婦之配偶的法律，因而造成孕婦配偶受有殘疾嬰兒之醫療費用、特殊教育費用等金錢上的損失，則除非行爲人能依第 184 條第 2 項但書舉證證明自己之行爲無過失，否則原則上行爲人需負擔賠償責任。易言之，於計畫外生育中，判斷孕婦之配偶得否依據第 184 條第 2 項求償的重點在於優生保健法相關規定是否該當於「保護孕婦之配偶的法律」。

本文認爲，婦女依據優生保健法得選擇施行人工流產的依據爲第 9 條第 1 項，該項一開始即開宗明義的表示：「懷孕婦女經診斷或證明有下列情事之一，得依其自願，施行人工流產」。關於本條是否爲保障婦女生育自主權的明文，學說至今尚有爭議，仍有不少學者認爲優生保健法相關規定僅是墮胎罪的阻卻違法事由。即使認爲優生保健法只是消極的墮胎罪阻卻違法事由，該項之目的亦僅在保護選擇實施人工流產的婦女及爲其進行人工流產之醫師，不受刑法墮胎罪及加工墮胎罪之追訴，而與配偶的權利或利益無關，更非保護孕婦配偶的規定。是故，縱使孕婦之配偶因計畫外生育而受有經濟上之不利益，亦無由依據第 184 條第 2 項請求損害賠償。除非能證明醫師、其他醫療人員或醫療機構，故意以違反善良風俗之方法導致計畫外生育發生，因而造成孕婦配偶受有經濟上之不利益，否則配偶於計畫外生育中似乎無由依法進行任何主張。

4. 與殘疾嬰兒間的親子身分法益受侵害？

損害賠償可分爲財產上損害及非財產上損害，雖然孕婦之配偶無法主張財產上之損害賠償，但其仍可能因身分或人格法益受到侵害而得主張非財產上之損害賠償。

民法第 195 條第 3 項規定，不法侵害他人基於父、母、子、女或配偶關係之身分法益而情節重大者，應負擔非財產上之損害賠償責任。計畫外生育中，嬰兒之健康情形與夫妻之預期不相符合，是否侵害親子關係的身分法益，似有疑問。本文認爲，即使嬰兒有先天殘疾存在，現實上可能影響親子關係，但該種影響並非以外力或其他方式排除親子身分關係，僅係心理感受不佳而已。雖然嬰兒之健康情形不如預期，但本

²⁵⁸ 王澤鑑，前揭註 141，頁 343-44。

質上計畫外生育並無影響嬰兒與父母間的受法律保障的親子身分關係。非財產上損害賠償，須有法律特別規定，始得請求相當金額。法律只保護親子身分關係受到侵害之情形，而不及於個人心理上之不快，若親子關係未受影響，自無請求慰撫金之可能。

實務上²⁵⁹有判決指出：「查本件懷孕者係上訴人朱○○，而上訴人張○○僅係其配偶，為原審認定之事實，則上訴人張○○自無何權利或利益受侵害而得依侵權行為或債務不履行之法則請求上訴人新光醫院及被上訴人黃○○、黃○○等三人為賠償可言。原審認為張○○依侵權行為及債務不履行之規定請求上訴人新光醫院及被上訴人黃○○、黃○○賠償，為非正當，爰維持第一審所為張○○敗訴之判決，將其上訴駁回，經核於法並無違背。」由本判決可知，實務上認為孕婦之配偶於計畫外生育中，並無任何權利或利益遭受侵害。

綜上所述，計畫外生育中，孕婦之配偶雖然現實上可能受有財產上之不利益，且心靈上同樣遭受孕婦意外產下殘疾嬰兒的衝擊，但無論以契約之債務不履行或侵權行為作為請求權基礎，其無任何權利或利益可以合法主張，亦無身分法益受到侵害，故無法請求任何財產上或非財產上之損害賠償。計畫外產下殘疾嬰兒對整個家庭造成的任何不利益或負擔，似乎僅能透過孕婦作為請求權主體，向應負責之行為人請求計畫外生育的損害賠償。

第五節 小結

計畫外生育涉及的民事損害賠償責任，可區分為產檢契約之債務不履行及侵權行為二者。產檢契約既為醫療契約之一種，當一方未依債之本旨履行債務致他方受有損害時，首先須討論的就是債務不履行損害賠償的問題。通說及實務都將產前檢查契約定性為委任契約或近似於委任之非典型契約，醫療機構或醫生相較於孕婦在產前檢查這個債之關係中，乃相對而言具有專業知識之人，為提供合於債之本旨給付，自然須對締結產檢契約之他方即孕婦旅行相關告知或說明義務。又契約既以實現雙方合意之主給付內容為主要目的，醫師的告知義務內容及範圍即應視契約的具體內容而定，除誠實義務及保護義務外，涉及產前檢查契約給付義務的部份，醫師方有告知義務存在。

關於產檢契約之具體內容，本文認為應包含孕婦中止懷孕的選擇權及醫生應告知精密檢驗資訊。中止懷孕選擇權部分，由最高法院相關見解及優生保健法之文字可知，產檢契約的主要內容與目的係「確保母體與胎兒健康」，並非單純「發現胎兒之健康情形」。為確保契約目的達成，契約之內容勢必包含「得知檢驗結果後婦女中止懷孕的可能性」。除了醫療機構正確實施產前篩檢或診斷，並正確告知孕婦篩檢或診斷結果外，婦女得依據該項結果選擇是否中止懷孕，如此才能真正維護懷孕婦女與胎兒之健康。雖然學者主張中止懷孕的選擇權僅係孕婦締結產前檢查契約之動機，而動機並不當然

²⁵⁹ 最高法院 90 年台上字第 468 號判決

成爲契約之一部，二者不應被混爲一談，但本文認爲如果接受「產前檢查契約的內容乃確保孕婦及胎兒之健康」之事實，則孕婦得知結果後選擇是否中止懷孕之選擇權絕非單純訂立產前檢查契約之動機，而依一般交易習慣爲契約重要內容之一，爲契約內容之一部。

至於產檢契約是否包含告知孕婦產檢相關精密檢驗資訊，國內較少文獻討論，惟觀察我國實務上計畫外生育之糾紛，原告經常主張實施產檢的醫師未提供其精密檢驗資訊，若有提供，原告會選擇接受該項檢查，或許就可及早發現胎兒異常而實施人工流產。美國及我國均有實務見解認爲若醫師未告知孕婦某種檢驗技術存在，則於產前檢查中有過失，應負擔損害賠償責任。本文認爲，爲使產前檢查契約之目的確實達成，並使債權人的給付利益獲得最大可能之滿足，醫師於產前檢查中有提供孕婦精密檢驗資訊之義務，若實施產前檢查之醫師未告知相關檢驗資訊存在，需負擔不完全給付之債務不履行損害賠償責任。惟爲避免防衛性醫療之發生，法院不應將此項義務無限上綱，而應以與被告醫師同一專門領域的適格醫師觀點判斷，若同一專門領域中之醫師皆認爲合理且應該告知的檢驗項目，而被告醫師未告知時，則有告知義務的違反。此外，即使醫師於產檢中告知孕婦某種通常檢驗項目存在，仍須以其專業勸使孕婦接受或不接受某種檢驗，以避免醫療資源之浪費及增加孕婦無謂的懷孕風險。

侵權行爲部分，計畫外生育涉及的權利包括婦女的身體權、健康權、生育自主權及家庭計畫自主決定權等。身體權指以保持身體完全爲內容的權利，健康權指以保持身體機能爲內容之權利。身體權、健康權部分，有謂產前檢查之目的不包括「維護孕婦自身之身體組織的完整性或身心功能之健全性」，但由優生保健法「『若有醫學上理由，足以認定懷孕或分娩有招致（孕婦）生命危險或危害身體或精神健康者』或『因懷孕或生產，將影響其（孕婦）心理健康或家庭生活者』，孕婦得依其自願實施人工流產」之規定可推知，確保母體身心健康也是產前檢查的主要內容與目的之一。此外，雖學者主張基於錯誤資訊的決定仍爲個人自由自主下之決定，僅是決定有瑕疵得撤銷；除非醫師的過失使得自主決定者已完全無自由決定的空間時，或許才可以認爲該自主決定非自由意願下之決定而當然無效。但本文認爲，雖然表面上看來孕婦之自主意識並未受到壓迫，但基於醫生提供的錯誤資訊，不可能期待孕婦做出「繼續懷孕」以外的決定，其看似自主的決定與出於受壓迫的意志無異。是故，醫生對懷孕婦女所做出之「繼續懷孕」醫療處置，難謂業經孕婦有效之同意而阻卻違法，孕婦應得就其身體或健康權之損害請求損害賠償。生育自主權部份向來爭議極大，涉及生命何時開始的宗教及哲學議題，但本文認爲，即使主張胚胎自受精開始就應該獲得與人相同的地位，仍應肯認懷孕婦女有主張墮胎的權利。法律通常不會要求人們做出犧牲，以挽救他人生命，縱使胎兒有生命的權利，並不保證其同時擁有利用他人身軀的權利。此外，順應時代潮流、落實性別平等，婦女的生育自主權應該受到積極的保護。再者，承認生育自主權有利於告知後同意的實踐，可以達到對醫生及醫療機構行爲控制的效果，進而避免計畫外生育的發生。家庭計畫自主決定權的部份，雖有學者主張孕婦無墮胎權，其可以選擇墮胎的權利乃本於其家庭計畫自主決定權而來，但此種用語有引

起誤會之嫌，且基於前述理由，生育自主權應被肯認。是故，本文認為與其使用家庭計畫自主決定權之用語而引發不必要的誤會與麻煩，不如採取與實務見解相同的看法，直接肯認婦女得積極主張生育自主權。

侵權責任原因事實方面，除醫師、醫療人員個人的過失，以及醫療機構基於僱用人地位，依法應為其受僱人之侵權行為負擔僱用人責任外，實務上很容易忽略醫療機構基於醫療行政或組織管理上之缺失而應為自己之過失負責。計畫外生育的糾紛中，行為人過失的認定應採取「抽象輕過失」標準，亦即行為人是否盡到善良管理人之注意義務。一般認為，醫師於醫療行為中應盡之注意義務包括結果預見義務與結果迴避義務。產前檢查中，若醫師未正確實施產前檢查或雖然產前檢查結果正確，卻因故未正確傳達給孕婦時，即有計畫外生育發生之可能。即使產前檢查之實施及結果之傳遞都正確無誤，但囿於醫療上之不確定性及產前檢查技術之侷限性，仍然可能發生計畫外生育。本文認為，使孕婦提前得知胎兒的健康情形，以避免計畫外生育之發生，為產前檢查的主要目的之一。醫生於產前檢查中，除了必須預見計畫外生育發生之可能性存在，並應盡善良管理人應盡之注意以避免計畫外生育之發生。為避免計畫外生育之發生，醫師除基於產前檢查契約之內容，有義務提供孕婦相關精密產前檢查技術之資訊外，亦應告知孕婦產前檢查技術之侷限性，使孕婦有心理準備，以避免認定胎兒正常卻生下殘疾嬰兒對孕婦所帶來之心理衝擊。是故，醫生於產前檢查醫療給付中除應正確實施產前檢查並正確傳達檢驗結果，為積極避免計畫外生育之發生，尚有提供孕婦相關精密產前檢查技術之資訊以及告知孕婦產前檢查技術之侷限性的義務。若醫師未盡到此四種義務的任一種，即屬注意義務之違反，因而於產前檢查有過失，須為計畫外生育所導致之損害負責。

損害賠償義務人方面，醫療機構身為產前檢查契約之締約人，自須負擔產檢契約之債務不行損害賠償責任。當醫療機構之負責人即係實際從事產前檢查之醫生時，該醫生即醫療機構須負擔債務不履行責任；而當醫療機構使用履行輔助人為其履行契約上之債務時，依據民法第 224 條之規定，對於實際執行產前檢查之醫生之故意過失，醫療機構需與自己之故意過失負擔同一責任。除契約責任外，醫療機構尚可能因侵權行為負責。詳言之，醫療機構除了為其受僱人之侵權責任而負擔僱用人責任外，尚有可能因自己醫療行政或組織管理上之缺失而為自己之過失負擔侵權行為責任。雖然醫療機構可以主張對其受僱人已盡相當選任監督之責而免除僱用人責任，惟法律上考量到僱傭雙方經濟能力之差距，為使侵權行為之被害人獲得充分之賠償，即使僱用人舉證自己無過失而免除僱用人責任，法院仍可能依民法第 188 條第 2 項，在受僱醫事人員之資力不足以使被害人獲得充分賠償時，因被害人之聲請，令僱用人為全部或一部之損害賠償。醫師及其他人員之責任部分，由於非產檢契約之締約當事人，故無須負擔債務不履行損害賠償責任。侵權行為責任部分，若醫師及其他人員於產檢中有故意過失導致計畫外生育發生，進而侵害原告之權利，則須依第 184 條第 1 項負擔侵權行

為責任。

損害賠償權利人方面，孕婦無論基於債務不履行或侵權行為主張，均為當然適格之原告。孕婦之配偶的損害賠償請求權乃爭議所在。就契約角度觀察，孕婦之配偶並非產檢契約之締約人，且我國實務上不承認德國法上之契約保護第三人效力理論。就產前檢查契約之內容，解釋上似乎也不應肯認孕婦之配偶得受產檢契約之保護。即便由侵權行為角度切入，孕婦之配偶亦無任何權利可以主張。雖孕婦之配偶於計畫外生育發生時，現實上可能受有財產上之不利益，且心靈上同樣遭受孕婦意外產下殘疾嬰兒的衝擊，但無論由家庭計畫自主決定權、純粹經濟上損失，或甚至其與殘疾嬰兒的親子間身分權的角度探討，均無法得出孕婦之配偶得據以請求財產上或非財產上損害賠償的結論。計畫外產下殘疾嬰兒對整個家庭造成的任何不利益或負擔，似乎僅能透過孕婦作為請求權主體，向應負責之行為人請求損害賠償。



第四章 損害賠償範圍與計算

第一節 損害賠償範圍

損害可以區分為財產上損害及非財產上損害。前者指具有財產價值，得以金錢計算的損害；後者指精神、肉體痛苦等不具財產價值，難以金錢計算的損害。此種區分為我國民法上的法定分類，具有重要意義。無論何種損害，均應回復原狀（民法第 213 條第 1 項）。財產上損害不能回復原狀者得請求金錢賠償（民法第 215 條）。但關於非財產上損害，則須有特別法律規定，始得請求相當金額的賠償（即慰撫金）²⁶⁰。

計劃外生育是一個事實，孕婦可以選擇以契約之債務不履行或侵權行為作為請求權基礎，但二者能請求的範圍是否相同，有討論空間。以下分別討論以契約之債務不履行及侵權行為作為請求權基礎之損害賠償範圍。

第一項 債務不履行之損害賠償範圍

契約上的損害賠償請求權，可分為二類：（一）自始即約定以損害賠償為目的者，例如保險契約²⁶¹、擔保契約及保證契約等。（二）契約上義務不履行：其主要態樣有給付不能（民法第 226 條）、給付遲延（民法第 231 條）及不完全給付（民法第 227 條、第 227 條之 1）。其所違反的義務，有為給付義務，有為附隨義務。附隨義務的違反，例如未盡完善通知、說明、保護義務時，得成立不完全給付²⁶²。

產前檢查契約之履行上，給付不能及給付遲延之情形均極為少見，大部分產檢契約的債務不履行為不完全給付之類型。醫療機構作為契約之當事人，應依債之本旨對產檢契約之相對人即孕婦進行給付，若醫療機構雖為給付，但該給付不合債之本旨，即為不完全給付。民法第 227 條修正理由指出，我國所謂不完全給付又可細分為「瑕疵給付」及「加害給付」兩種類型。前者指債務人所為給付有瑕疵，對債權人造成履行利益之損害；後者則指債務人所為給付侵害債權人履行利益以外之固有利益，造成瑕疵結果損害²⁶³。一般醫療契約中，醫療行為所處理者為病患之生命與身體健康，只要醫生就該症狀加以診斷治療，並盡其專業之醫療水準注意義務，即屬合乎債之本旨履行，毋庸保證達到一定治療效果，因此在一般醫療契約不完全給付的認定上，要判斷超過履行利益之侵害較為容易（因為履行利益很容易被滿足），然而，欲判斷限於履行利益之侵害則顯得困難。換言之，一般醫療契約中，不完全給付之債務不履行多為

²⁶⁰ 王澤鑑，「損害概念及損害分類」，月旦法學雜誌，第 124 期，頁 209（2005）。

²⁶¹ 通說認為保險契約係損害賠償的一種發生原因。詳見曾世雄，損害賠償法原理，頁 14（1996）。轉引自王澤鑑，前揭註 83，頁 129。

²⁶² 王澤鑑，同前註，頁 129。

²⁶³ 王澤鑑，前揭註 132，頁 336-37。

損害病患之生命或身體之加害給付²⁶⁴。但計畫外生育並無對孕婦造成任何生命或身體之損害，亦即並未侵害孕婦之固有利益，僅孕婦透過產前檢查欲達成之「及早發現胎兒健康情形，若胎兒有先天殘疾，孕婦可能選擇施行人工流產」之契約目的²⁶⁵落空，為履行利益未獲滿足，屬於不完全給付中之瑕疵給付。

醫師在實施醫療行為時，有過失違反契約之注意義務，導致一個計畫外生命的誕生。單純由契約之損害賠償法的立場觀之，醫師既然有醫療錯誤，未依債之本旨履行契約，而且對此錯誤有過失，其契約上賠償責任即已建立。惟依損害賠償責任法理，雖然責任義務人有賠償責任，但若受害人未受有損害，依填補損害之原則義務人之賠償範圍仍為零²⁶⁶。是故，重點在於孕婦因產前檢查結果失誤，導致其誤認胎兒健康情形，未能及時選擇墮胎而生下殘疾嬰兒之損害何在？

若醫師的產檢沒有發生錯誤，則孕婦可能會選擇墮胎而不會繼續懷孕，從而不會有後續的產檢、分娩住院，以及因殘疾小孩而生的龐大扶養費、醫藥費、特殊教育費等費用產生。孕婦這些費用的支出皆導因於債務人之債務不履行，自然皆可以債務不履行為請求權基礎向違反契約義務之他方請求相關損害賠償。

第二項 侵權行為之損害賠償範圍

美國法上將侵權行為分為故意侵害行為（Assault and Battery）與過失侵害行為（Negligence）。當醫療行為是病人不知情且未授權時，亦即醫療行為根本沒有取得病人同意或者違反病人明示的意願時，該醫療行為便該當於故意侵害行為；若醫療雖經病人同意，但病人的同意是在資訊不夠充分的情況下所為，一旦資訊足夠，病人就不會同意時，此時該醫療行為即為過失侵害行為。二者的成立要件與賠償範圍都不同²⁶⁷。我國法並無做如此精細的區分，於第 184 條第 1 項前段中，將故意與過失並列，只要以故意或過失不法侵害他人權利者，即須負損害賠償責任。

民法第 184 條第 1 項過失侵權行為之成立上，須以「權利」受侵害為要件，乃法律明文規定。對於「權利」的概念，通說參考德國法，有主張以「絕對權」受侵害為限，亦即須以人身、所有權等絕對性權利受侵害者，方得依民法第 184 條第 1 項前段過失侵權行為責任之規定，向有過失之加害人請求損害賠償。

所謂「純粹經濟上損失」，係指無絕對權侵害所生的財產上損害而言，最常見的情形為債權侵害所生的財產上損害。蓋債權，尤其是因契約關係所生的債權，多數係為追求經濟上之利益，因他人之過失行為導致債權無法實現者，自生債權未獲實現所致

²⁶⁴ 王澤鑑，「賠償醫學的法律觀—醫事衛生案件的民事責任」，醫事法學，第一卷第五期，頁 136（1986）。

²⁶⁵ 產前檢查契約內容包含孕婦中止懷孕的選擇權已如前述，此種孕婦期望透過產檢得知胎兒情形，以決定繼續懷孕或中止妊娠之期待，並非單純締結產前檢查契約之動機。

²⁶⁶ 侯英泠，前揭註 14，頁 202（2002）。

²⁶⁷ 楊秀儀，前揭註 108，頁 146-49。

的經濟利益損失。在通說主張第 184 條第 1 項前段所規定的「權利」，限於絕對權，而不包含債權之前提下，侵害債權所致的經濟利益損失，即屬一種純粹經濟上損失。是故，有謂計畫外生育既屬產前檢查契約之違反，孕婦因契約之債務不履行所支出之相關費用，乃純粹經濟上損失，不得以民法第 184 條第 1 項前段過失侵權行為為請求權基礎主張損害賠償。

惟本文認為，雖然產檢契約之債務不履行導致計畫外生育發生，但計畫外生育發生的同時，也侵害了孕婦之身體權、健康權，及生育自主權。易言之，計畫外生育並非單純契約義務違反的問題，尚包括直接侵害孕婦的絕對權利。計畫外生育侵害孕婦之身體權與健康權，使其受有後續產檢及懷孕、分娩之費用支出的損害；而孕婦之生育自主權受到侵害，致其產下計畫外之殘疾嬰兒，孕婦為該嬰兒所支出的相關費用，亦有可能被視為是孕婦之損害。

綜上所述，計畫外生育中，孕婦可選擇以契約之債務不履行或侵權行為作為請求權基礎，二者得請求的範圍相同。以下將計畫外生育之具體賠償範圍區分為醫療費用、人力照護費用、特殊教育費用、一般扶養費用（生活費用）之財產上損害，及慰撫金之非財產上損害分別討論。

第二節 財產上損害

第一項 醫療費用、人力照護費用、特殊教育費用

我國目前實務上²⁶⁸普遍肯認計畫外生育的損害賠償得請求因計畫外生命之殘疾情形而生之醫療費用、人力照護費用及特殊教育費用。由比較法的角度觀察，雖然有如同舊日本實務上認為計畫外生育中，孕婦僅得請求慰撫金，因為在判斷孕婦財產上損害與醫師過失間的因果關係上，會具有連結上的困難，若欲強加以進行連結將產生不當連結之見解²⁶⁹，但美國、德國、法國等國均有承認計畫外生育中孕婦甚至其配偶得請求依不健全嬰兒之年齡、身分之特殊狀況使父母多支出的費用之判決存在²⁷⁰。

醫藥費用，以「必要」者為限，例如關於懷孕婦女本身懷孕安胎、產檢、生產諸費用和該殘疾嬰兒本身之醫療措施，包括檢查、復建、按摩、藥品費用、使殘疾嬰兒過正常生活而購買之儀器設備，如拐杖、義肢等，但須以合格醫師處方指示而出具收

²⁶⁸ 台灣士林地方法院 84 年重訴字第 147 號判決、台灣高等法院 85 年重上字第 464 號判決、最高法院 90 年台上字第 468 號判決、台灣高等法院 90 年重上更（一）字第 48 號判決、最高法院 92 年台上字第 1057 號判決。詳見本文關於新光醫院唐氏症案之介紹。

²⁶⁹ 日本實務上以往認為計畫外生育中，夫妻僅得請求慰撫金，但近來有見解認為產下障害兒之夫婦於養育照護該障害兒之期間，必須共同負擔因應照顧該障害兒之住家修改費用與特殊看護費用等額外之費用，並承受難以回復之精神上痛苦，因而受有財產上與精神上兩面之特別負擔，故除慰撫金外，已肯認財產上積極損害之賠償請求權。

²⁷⁰ 詳見本文第二章、第二節計畫外生育的各國立法例與實務見解。

據者方可請求。自行購買之營養品、補品，除非醫師處方指示，不能認係必要之醫療費用。此外，就醫、復建時之看護費用，包括特別護士費用，亦得認為係增加生活需要之支出，與就醫所支出合理且必要之交通費用等均屬之²⁷¹。

雖然實務上普遍承認醫療費用、人力照護費用及特殊教育費用係得請求賠償之損害，但對於計算標準則各有不同。以下分別討論：

1. 醫療費用

醫療費用部份，又可先區分為孕婦本身的安胎、產檢及生產時的費用支出及因殘疾嬰兒之健康情況不佳而生之醫療費用。前者較無爭議，因為若產前檢查結果正確，孕婦選擇墮胎後，自然不會有後續懷孕支出，為損害賠償額度的計算上，是否應扣除孕婦選擇進行人工流產所需支出之費用，則有討論空間。本文認為，依德國及我國通說對於損害的概念採取「差額說」，認為所謂利益或損害，乃被害人之財產總額於侵害事故的發生與無該侵害事故時所生的差額²⁷²。差額說係以侵害事故所造成「財產之差額」為被害人所受之損害，其目的在使被害人的財產回復到「如無侵害存在」之應有狀態，既然若醫師之檢驗結果正確，孕婦基於該檢驗結果得知胎兒有先天殘疾後會選擇施行人工流產，如今因檢驗結果失誤，使孕婦未有該筆支出，則計算醫生或醫療機構之損害賠償數額時，自然應扣除該筆金額，以使孕婦之總財產數額到回到若無檢驗錯誤時的應有狀態。

因殘疾胎兒之殘疾情形而生之醫療費用數額方面，有疑義者係應計算至殘疾嬰兒成年、死亡時，或計算至母親的有生之年？本文認為，蓋所謂損害賠償，目的係在填補受害人之損害，亦即賠償數額的計算上，應以受害人為基準計算。易言之，計畫外生育案件中，計算損害賠償的重點在權利受有損害之婦女，而非其所生下之殘疾子女。由產下殘疾嬰兒之婦女的角度觀之，其所受損害乃係需負擔其殘疾子女之醫療費用，若其子女之殘疾情形嚴重，終生都無法自立，則婦女所受損害即為其終身都需負擔子女之醫療費用。是故，計算子女醫療費用的損害上，需考量子女之殘疾情形，評估殘疾子女成年後是否可期待其自行負擔醫療費用，若肯定，則母親僅需負擔至殘疾子女成年時之醫療費用，其所受損害賠償範圍亦應以此為基準計算；若嬰兒之殘疾情形係如唐氏症、心智障礙等，一生可能都無法獨立生活並自行負擔醫療費用，其成年與否僅為時間經過之數字變化，對其能力並無太大影響，則母親在其有生之年勢必終生負擔子女之醫藥費用，損害賠償的計算上自然應參考我國女性平均壽命予以計算。又如子女之殘疾情形嚴重，依據醫學上統計推估其比母親更早死亡之可能性甚高時，對於損害賠償額的計算上自應予以酌減，亦屬當然。

²⁷¹ 陳佩吟，前揭註 19，頁 142。

²⁷² 王澤鑑，前揭註 260，頁 203。

2. 人力照護費用

無論聘請專人或是母親自行看顧小孩，均得以金錢進行評價而計算損害賠償數額。有謂母親自行看顧小孩者，並無實質上金錢支出，故無損害可言，惟依據我國實務見解²⁷³認為，由親屬進行看護者，固係基於親情，但親情看護所付出之勞力，並非不能評價為金錢，只因兩者身分關係密切而免除支付義務，此種基於身分關係之恩惠，自不能加惠於加害人。故由親屬進行看護時，雖無現實看護費之支出，但應衡量及比照職業護士看護之情形，認為被害人受有相當於看護費用之損害，得向加害人請求損害賠償。

數額計算方面，有多種計算標準，可能依據一般基本工資或僱用家庭看護工之平均薪資計算，後者又可分為本國籍及外國籍而有不同之金額計算方式。本文認為無論採取何種標準均有所本，依據酌個案情形不同無法一概而論，故損害賠償額的計算上需考量個案實際情況予以客觀判斷。

3. 特殊教育費用

特殊教育費用方面，實務見解²⁷⁴可能基於程序利益之考量，節省訴訟資源，避免採取損害賠償主觀說造成當事人雙方舉證上之困難等因素，在計算數額上多半採取客觀說，依據特殊教育法第 13 條規定之一般教育，即為國小內附設之特殊教育班，修業年限、收費標準皆按照一般義務教育辦理；或者認為該特殊教育班之學生類各有不同，可能是過動兒、唐氏兒、遲緩兒等，每個兒童其實際學習狀況不一定與學校之特殊教育班教授相符合，應依照個別類型作適當區分，不能逕依制式化的學校義務教育視之，故另有客觀標準為依照不同障礙疾病分類，由不同的私人機構經營的安親班、療養院提供之收費標準²⁷⁵。

本文認為，與人力照護費用之計算相同，在個案之具體情形差異甚大之情況下，損害賠償數額的計算不可一概而論。惟為免對加害人即醫生或醫療機構加諸過大且不合理之負擔，依專家鑑定結果決定殘疾嬰兒應送至各種特定類型的特殊教育機構後，應依據該種類型之特教機構的客觀收費平均標準計算賠償金額，而非殘疾嬰兒之父母的主觀認定，始為合理。

第二項 一般扶養費用

父母對其計畫外所生之子女，依法負有扶養義務，無論依民法第 1084 條或第 1114 條²⁷⁶皆可推導出此一結論。此項扶養義務屬於法定義務，本諸親子關係，連結於家庭，

²⁷³ 最高法院 88 年度台上字第 1827 號判決參照。

²⁷⁴ 如最高法院 90 年台上字第 468 號判決、最高法院 92 年台上字第 1057 號判決。

²⁷⁵ 陳佩吟，前揭註 19，頁 144。

²⁷⁶ 父母對子女依法負有扶養義務乃不爭之結論，惟未成年子女請求父母扶養之法律依據則有學說上之爭論（成年子女方面無爭議，通說認為應依據民法第 1114 條請求扶養）。戴東雄教授主張未成年子女

係為子女之利益，並具有倫理之意涵。事實上，民法中所規定之扶養義務，不以維持受扶養權利人之食衣住行等一般日常生活開銷為限，尚包含受扶養權利人因其年齡、健康等特殊狀況所需花費的額外支出。雖扶養義務範圍甚廣，但可細分為一般生活費用以及其他額外支出，後者在我國實務上及比較法上均被承認得視為損害而對加害人請求損害賠償，惟基於倫常，父母對子女之一般生活費用支出不宜轉嫁由他人負擔，因而一般生活扶養費用是否為得請求賠償之「損害」，而由醫生或醫療機構負擔賠償責任，乃計畫外生育損害賠償上最具爭議之問題，詳如下述：

1. 肯定說

採肯定說²⁷⁷之見解認為，一旦生出當初所無預期之殘缺嬰兒，則生活費用的支出即是一種損害，可就因此所支出的費用向醫師請求，並無違反嬰兒之人性尊嚴，蓋扶養費用支出與不健全子女之生命價值本身不能劃上等號，生命的確無論是否有殘缺，均充滿價值，但生命價值並不同於扶養費用的支出，扶養費用為一種財產上的損失，與生命的意義、價值無關。其次，允許此種請求，將可使父母更有資力來照顧子女，不必煩惱金錢來源，盡心照顧嬰兒，更利於維護人性尊嚴，使家庭人倫更加和諧。若否定該筆費用賠償請求，則有可能導致父母在心力交瘁、經濟困頓之餘，遺棄不健全嬰兒，如此反而造成不幸結果。

過失醫療行為，剝奪懷孕婦女依照優生保健法實行人工流產之機會，導致不健全嬰兒出生，而需負擔扶養義務，如果沒有該醫療疏失存在，根本不會有扶養費用支出問題，因果關係顯然存在，且生命存在本身與生命殘缺不全乃不可分割的整體，不能認為生命出生為母親所盼望並出於自己決定，殘缺乃先天性遺傳而認為無因果關係，因為若知悉胎兒有異常，母親是希望整個生命都不存在，生命出生即有殘缺或健康之別，是一體的，不能分別論述，不能如否定說般模糊焦點。

依據民法第1114條及第1115條父母對子女有法定扶養義務，有謂親屬法上的扶養義務不得單獨抽離，旨在排除將此項義務轉由第三人承擔，但將扶養費用義務的發生視為一種損害，使第三人負賠償責任並不影響父母對子女的照顧義務，僅是使其有得向第三人請求賠償的可能性而已，對於履行法定扶養義務所必須支出的費用，純粹只是經濟上的利害關係，並無一身專屬性，當然可轉嫁他人承擔，他人也不因為負擔賠償義務，而與嬰兒間產生親子身份之關係。比方說民法192條扶養費用即可由加害人負擔賠償；最高法院62年台上字第2693號判例謂：「因被強姦所生子女而支出之扶養費，為侵權行為所生之財產上損害，被害人得依民法第184條規定請求賠償損害。」同此意旨。

請求扶養之依據乃民法第 1084 條父母對子女之保護教養義務，因而不受民法第 1117 條受扶養之要件之限制；惟林秀雄教授則認為，無論是成年子女或未成年子女，請求扶養的依據皆係民法第 1114 條，因而須受第 1117 條之限制，子女須以不能維持生活而無謀生能力者為限，方得請求父母扶養。

²⁷⁷ 陳忠五，前揭註 81，頁 208-38。

德國聯邦法院也認為小孩本身與撫養費用支出是可以區分的。承認父母對醫師有損害賠償請求權，並不須認為小孩本身是父母的損害，小孩的撫養費用支出才是父母的損害。如果醫師的醫療沒有過失，即不會造成計畫外生育的發生，更不會有撫養費用的支出。是故，假使當初夫妻接受羊膜穿刺檢查之目的，即是基於經濟上能力的考量，則懷孕生子或生下帶有殘障之小孩所造成的經濟上負擔，雖然是扶養小孩之費用，但是當初醫療契約目的之一即是在於避免這部分負擔之產生，所以是一種損害。基於這個理由，聯邦法院肯定父母可以請求因撫養小孩所支出費用的損害賠償，如此不但不會影響小孩的人權，因為撫養費用的損害賠償請求的承認。論者主張可以減輕父母的經濟上壓力，經濟壓力免除之後精神上比較能接受該小孩的誕生或殘障，而且可以給小孩更好的照顧，所以應該承認父母對小孩所支出之扶養費用是父母的損害²⁷⁸。

2. 否定說

採取否定說²⁷⁹的學者則主張，一般扶養費用得否主張損害賠償，所涉及的實為法律邏輯或概念以外的更深層法律政策和社會價值的考量。為適當限制醫師責任，鑑於養育子女費用及從子女獲得利益（包括親情及歡樂）之難於計算，並為維護家庭生活圓滿，尊重子女之尊嚴，不將子女之出生視為損害，轉嫁於第三人負擔扶養費用，而否定扶養費賠償請求權，亦難謂無相當理由²⁸⁰。

從因果關係角度思考，生活費用支出與醫療過失行為之間是否存在因果關係，不無疑問。嬰兒之殘疾情形乃先天發生，並非醫療行為所造成，雖醫師或醫療機構提供錯誤資訊，誤導婦女使其出於自主意識決定繼續懷孕，因而生下帶有先天殘疾之嬰兒，但那種誤導終究與胎兒之殘疾無關。易言之，嬰兒的出生是母親懷孕生產的結果，而其殘疾情形乃先天異常，均與醫療行為無關，二者間自無因果關係存在²⁸¹。

懷孕婦女締結產前檢查契約，可能係基於避免日後扶養殘障小孩的經濟上沉重負擔之考量，然而契約目的與單純締約動機不應混為一談。單純締約動機不能僅透過當事人明白表示，而成為契約保護之目的範圍，需視動機本身性質而定，判斷標準在於締約動機依一般交易習慣上是否可能屬於契約的重要內容之一。產檢契約性質上仍屬一個醫療性質的檢查契約，該契約的目的為產前檢查之正確施行，既不是懷孕婦女墮胎之可能性，也不是避免法定扶養義務。由產前檢查契約之目的，無法導出該契約內涵包括避免父母對殘疾子女之扶養義務之保護效力，醫生或醫療機構依產前檢查契約僅需擔保產前檢查之履行，不需擔保婦女避免殘障小孩之扶養費之締約動機之實現，故不得請求損害賠償²⁸²。

²⁷⁸ 侯英泠，前揭註 14，頁 188-89。

²⁷⁹ 王澤鑑，前揭註 141，頁 163-64。侯英泠，前揭註 14，頁 202-220。

²⁸⁰ 王澤鑑，同前註，頁 164。

²⁸¹ 因果關係的詳細論述，見侯英泠，前揭註 14，頁 212-213。

²⁸² 產前檢查契約保護目的範圍的詳細論述，同前註，頁 213-17。

德國聯邦憲法法院也認為小孩本身不能視為父母的損害，否則有損小孩的人性尊嚴（德國聯邦基本法第 1 條第 1 項），甚至對小孩付出的照顧與扶養費用都不能視為損害。無論小孩的健康情形為何，父母都必須接受自己的小孩，而且撫養小孩是父母法律上的責任，既是法律上責任，自不得視為父母的損害²⁸³。

3. 實務見解

我國實務判決²⁸⁴亦採否定見解，茲將判決節錄「查依吾國民法之規定父母有支付未成年子女生活費之義務，故原告朱○○請求被告新光醫院賠償其子張○○未來五十年之生活費，並無法律上之依據。此外原告朱○○對其子張○○基於出生而產生之親屬法上特別照顧義務，亦無法單獨抽離，否則將破壞對該子女的成长及倫理感情，是原告此部分之請求，無法認定，即應駁回。」；「基於親子關係間生理及倫理上的連繫，嬰兒不論是否為父母所計畫出生，其出生均無法視為『損害』，且基於出生而產生的親屬法上特別扶養照顧義務，亦不得單獨抽取出來，而主張其對子女之付出係一種『損害』，由此觀點切入，亦難認原告朱○○因被告黃○○告知錯誤之檢驗結果，未及時墮胎，生下唐氏兒張○○，而認張○○出生對原告朱○○而言係受有損害。」；「惟民法第一千零八十四條第二項規定『父母對於未成年之子女，有保護及教養之權利義務』，同法第一千一百十四條第一款亦規定『直系血親相互間，互負扶養之義務』，足見父母對於未成年之子女雖有保護及教養之權利，同時亦有此項義務，兩者有不可分離之關係。且民法第一千零八十四條第二項之扶養義務，與第一千一百十四條第一款之扶養義務不同，後者凡不能維持生活而無謀生能力時，皆有受扶養之權利，並不以未成年為限，又所謂謀生能力並不專指無工作能力者而言，雖有工作能力而不能期待其工作，或因社會經濟情形失業，雖已盡相當之能事，仍不能覓得工作者，亦非無受扶養之權利，如成年之在學學生，未必即喪失其受扶養之權利，最高法院二十八年上字第 18 號，及五十六年台上字第 795 號判例意旨足資參照。本件朱○○所生之子張○○雖為唐氏症兒，有多重病痛纏身必需經常就醫，惟其仍不失為朱○○之直系血親卑親屬，朱○○對之仍有保護及教養之權利義務，並不因唐氏症兒而有所差異，亦不因張○○成年之後無謀生能力而免其扶養義務，倘因係唐氏症兒，即認朱○○無扶養之義務，而令新光醫院負擔張○○之生活費用，則母子間之倫理親情將破壞殆盡，民法課以父母對子女保護、教養之權利義務將形同具文。」

在同案的一、二審法院相繼否認一般扶養費用的請求權之後，原告未對此部分提此上訴，最高法院最後亦未表示意見，僅認被告對唐氏症兒的特殊照護費用應負擔損害賠償責任。

²⁸³ 同前註，頁 189。

²⁸⁴ 台灣士林地方法院 84 年重訴字第 147 號判決、台灣高等法院 85 年重上字第 464 號判決。

4. 本文見解

一般扶養費用是否可以請求賠償，涉及法律政策和社會價值的考量，在傳統損害賠償的思考脈絡外必須有更深入的道德層面思考。就產前檢查契約保護目的範圍方面，在承認產前檢查契約之目的在確保孕婦及胎兒之健康之前提下，該契約內容勢必包含「得知檢驗結果後婦女中止懷孕的可能性」，如此方能確保產前檢查契約目的之達成。除了醫療機構正確實施產前篩檢或診斷，並正確告知孕婦篩檢或診斷結果外，婦女得依據該項結果選擇是否中止懷孕，如此才能真正維護懷孕婦女與胎兒之健康。是故，孕婦得知結果後選擇是否中止懷孕之選擇權絕非單純訂立產前檢查契約之動機，而依一般交易習慣為契約重要內容之一，為契約內容之一部。既然婦女因醫生正確實施並正確傳達篩檢或診斷之結果後，本於其自身情況考量選擇是否進行人工流產之權利係契約內容之一部，屬於受契約所保護之利益，則孕婦因故被剝奪選擇是否實施人工流產之權利時，與孕婦訂定產前檢查契約之醫療機構自有不完全給付之債務不履行之損害賠償的問題。惟肯認醫療機構須負擔債務不履行責任，不代表孕婦得請求殘疾嬰兒之一般扶養費用，仍須就政策及倫理層面進一步討論。

雖然持肯定說的學者認為，生命價值並不同於扶養費用的支出，扶養費用為一種財產上的損失，與生命的意義、價值無關²⁸⁵。此種說法與德國聯邦法院的見解類似，德國聯邦法院認為小孩本身與扶養費用可以區分，承認父母對醫師有扶養費的損害賠償請求權並不影響小孩的人性尊嚴。但本文認為此種說法難謂無玩文字遊戲之嫌。雖然扶養義務本身不可被限縮至扶養費用之金錢支出，尚包括父母對子女花費的心力與時間等難以估量的無形付出，但不可否認的是，父母扶養子女的過程中，最明顯也最容易被觀察並且量化計算的，就是扶養費用的支出。易言之，扶養費用的支出與扶養子女本身具有密不可分的關係，前者實為後者之一部，殊難想像將二者切割處理。此外，無謀生能力之子女的生存原則上仰賴父母之扶養，若父母不盡扶養義務則子女有無以維生之危險，此時父母對子女的扶養費用支出為子女生存所必需，一人生存所必需之物對他人而人係損害，而得請求第三者之損害賠償時，難謂無侵害該人之生命尊嚴之嫌。又既然人性尊嚴為受憲法保護之最高價值，自然須以最嚴格標準檢視，避免各種侵害人性尊嚴之可能，父母須無條件負擔健康子女之一般扶養費用，不得請求他人分擔責任，卻可將殘疾子女之一般扶養費用視為損害，進而向醫療機構求償，是否有矮化殘疾子女地位，隱含殘疾子女不如健康子女之意涵，實有探討空間存在。是故，本文認為將殘疾子女之一般扶養費用視為損害而向醫生或醫療機構請求損害賠償，有損及殘疾子女之人性尊嚴之嫌，應予禁止。

其次，雖論者謂允許一般扶養費用的請求，將可使父母更有資力來照顧子女，不必煩惱金錢來源，盡心照顧嬰兒，更利於維護人性尊嚴，使家庭人倫更加和諧。若否定該筆費用賠償請求，則有可能導致父母在心力交瘁、經濟困頓之餘，遺棄殘疾嬰兒，

²⁸⁵ 陳忠五，前揭註 81，頁 208-38。

如此反而造成不幸結果²⁸⁶。惟本文認為此乃導果為因之論述方式，既然承認一般扶養費用的請求有損及殘疾嬰兒人性尊嚴之嫌，則此種請求無論如何都不應被允許，至於父母是否有能力負擔殘疾嬰兒的一般扶養費用，乃另一層次之問題。無論嬰兒是否有殘疾，當父母無力負擔小孩的扶養費用時，為維護社會安定，需考慮的是社會福利的給予及國家力量介入的問題。國家有義務擔保一個社會，一個「所有生命不論是健全或不健全，都能實現其生命意義的社會，而不是一個不歡迎帶有任何殘疾的小孩的社會²⁸⁷」。須強調的是，國家透過福利政策對生下殘疾嬰兒的婦女所提供的幫助，性質上絕非對其生下殘疾嬰兒的損害賠償，僅是一種維持社會穩定，並且保護身心障礙者的福利制度，與填補損害無關。事實上，除了因小孩殘疾所需支出的額外費用（如醫藥費用、人力照顧費用、特殊教育費用等）外，理論上扶養健康小孩與殘疾小孩的支出相去不遠，而因小孩殘疾所需支出的特殊費用，通說及實務又都肯認得請求損害賠償，此時豈能因小孩先天殘疾，就將父母對小孩應負擔的所有義務都推由第三人負擔？

又有論者主張，法院實務認為醫療費用、人力照顧費用、特殊教育費用可以依照債務不履行來請求損害賠償，然而此三者費用亦是父母對子女負擔扶養義務之一環，則何以認為扶養費用不能請求，此三者費用卻可以請求，邏輯上並不能一貫²⁸⁸。惟本文認為，雖然一般扶養費用與醫療費用、人力照顧費用、特殊教育費用等都是扶養義務的一環，但是誠如前述，一般扶養費用與其他特別費用為可以區分觀察的支出，前者係無論健全或殘疾嬰兒的成長，都必須支出的一般費用，但後者係因嬰兒殘疾衍生之特別支出；前者與嬰兒身為人之人性尊嚴密不可分，婦女懷孕時即有將來需負擔此項費用的認知，後者才是實際上因計畫外生育而產生的額外支出。既然一般扶養費用與其他特殊費用的性質有本質上之不同，在等者等之、不等者不等之的當然邏輯下，將一般扶養費用與其他特殊費用做不同處理，自屬合理且正當。

一般扶養費用是否得請求損害賠償，雖然有實務採取否定見解，但最高法院目前尚未就此議題發表過看法，學說上也是肯否二說爭論不休。由比較法的角度切入觀察，德國實務及學說上亦有此種爭論，二說皆有言之成理之部分，亦都包含邏輯上之缺失。或許可以透過更多實務見解的累積產生共識，或是修法明確規範損害賠償範圍，都是計畫外生育未來可能且必須努力的方向。

第三節 非財產上損害

損害賠償法處於動態的過程，反映著社會經濟發展與倫理觀念，經由立法、司法變動及學說理論的共同協力不斷的演變，擴大其規範功能。民國 88 年民法債編修正的一個重要變革為損害賠償範圍的擴大，於慰撫金的請求上，除於民法第 195 條第 1 項

²⁸⁶ 同前註。

²⁸⁷ 侯英泠，前揭註 14，頁 220。

²⁸⁸ 陳姍吟，前揭註 19，頁 152。

擴大得請求慰撫金的人格法益外，尚於同條第 3 項明訂身分法益受侵害者，亦得有慰撫金請求權²⁸⁹。

民法第 195 條第 1 項規定：「不法侵害他人之身體、健康、名譽、自由、信用、隱私、貞操，或不法侵害其他人格法益而情節重大者，被害人雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。其名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分。」懷孕婦女之身體權、健康權、生育自主權等人格法益均因計畫外生育而受到侵害，自然得依據本條向加害人請求慰撫金。

契約之債務不履行方面，契約關係著眼於契約之履行，若一方或雙方未依債之本旨履行契約則為債務不履行，會發生後續損害賠償的問題。傳統上債務不履行損害賠償僅包括履行利益及信賴利益的損害賠償，易言之，債務不履行之損害賠償緊扣契約本身，與契約無直接相關之損害不得依契約關係請求損害賠償。因此，因契約之不履行而導致之非財產上損害，僅得依侵權行為相關規定另行求償，如此一來將使同一事件所發生之損害必須分別適用不同之規定求償，理論上有未周。是故，民國 88 年民法債編修正時即擴大契約的損害賠償範圍，於民法第 227 條之 1 明訂契約責任的慰撫金：「債務人因債務不履行，致債權人之資格受侵害者，準用第 192 條至第 195 條及第 197 條之規定，負損害賠償責任。」增訂理由宣示「債權人因債務不履行致財產權受侵害者，固得依規定求償。如同時侵害債權人之資格致受非財產上之損害者，僅得依據侵權行為之規定求償。同一事件所發生之損害分別適用不同之規定，理論上尚有未妥，且因侵權行為之要件較債務不履行規定嚴苛，如故意、過失等要件舉證困難，對債權人之保護亦嫌未周。未免法律割裂適用，並充分保障債權人之權益，爰增訂本條。」

懷孕婦女的身體法益、生育自主權等都可能因計畫外生育而受有非財產上的損害，在修法增訂民法第 227 條之 1 之前，懷孕婦女僅得依侵權行為相關規定求償，但修法後當懷孕婦女的身體及生育自主等人格法益因計畫外生育受侵害時，懷孕婦女即產前檢查契約的債權人得選擇依據不完全給付的規定請求損害賠償，此時的請求權基礎為民法第 227 條不完全給付的規定，只是法律效果依據第 227 條之 1 準用第 192 條至第 195 條及第 197 條。此種立法方式結合了契約責任與侵權責任的優點，擴大了被害人選擇救濟方法的自由，使其能獲得必要合理賠償，實為民事責任制度上的一項重大成就²⁹⁰。

第四節 小結

計畫外生育發生後，孕婦可自由選擇以產檢契約之債務不履行或侵權行為為請求權基礎向有過失導致債務不履行或權利侵害的他方請求損害賠償。計畫外生育所導致

²⁸⁹ 王澤鑑，前揭註 83，頁 136-37。

²⁹⁰ 王澤鑑，前揭註 83，頁 138。

的相關費用支出並非純粹經濟上損失，亦為孕婦之絕對權遭受侵害而生的損害。是故，孕婦以侵權行為或債務不履行提起損害賠償請求時，二請求權基礎的請求範圍相同。

損害賠償的具體內容又可分為財產上損害及非財產上損害，前者除殘疾嬰兒之一般扶養費用外，其餘因嬰兒之殘疾情形所衍生的額外費用，包括療費用、人力照護費用及特殊教育費用等，均得為請求損害賠償的標的。後者則以孕婦於計畫外生育中受到侵害的身體權、健康權、生育自主權等人格法益為受侵害的內容，孕婦得依第 195 條第 1 項向加害人請求相當金額慰撫金。損害賠償範圍中爭議最大、至今缺乏共識之處在於「計畫外生命之一般扶養費用是否得是為損害之一部而向醫療機構或醫生請求損害賠償？」此議題除了法學邏輯推演外，實際上涉及的是更深層的倫理道德以及法律政策和社會價值的考量，本文認為應採否定見解。蓋人性尊嚴為受憲法保護之最高價值，自然須以最嚴格標準檢視，避免各種侵害人性尊嚴之可能。父母須無條件負擔健康子女之一般扶養費用，不得請求他人分擔責任，卻可將殘疾子女之一般扶養費用視為損害，進而向醫療機構求償，難謂無矮化殘疾子女地位，隱含殘疾子女不如健康子女之意涵。是故，本文認為將殘疾子女之一般扶養費用視為損害而向醫生或醫療機構請求損害賠償，有損及殘疾子女之人性尊嚴之嫌，應予禁止。

實務透過肯認孕婦有墮胎的自主決定權，試圖將計畫外生育的損害賠償由財產上損害認定之困境，轉成精神上損害之認定。雖然慰撫金等精神層面上之損害賠償的範圍估計相當困難，但實務總會找出大略之固定金額做為精神上慰撫金之額度。風險之預估可能性，對於法律責任之合理性也是非常必要的因素之一，若實務上有大略的數額可供參考，對醫院或醫生在預估醫療過失之損害賠償責任時比較能合理估計，亦即有風險預估的可能性，不致於發生將生育之所有風險或其他負擔僅透過產前檢查，從孕婦身上全部移轉到醫生或醫療機構身上。此外，如此的法律適用結果，不致陷於「必須承認小孩為父母損害而有侵害小孩人性尊嚴之虞」的法律矛盾中。再者，因為醫生及醫療機構對於計畫外生育亦非完全無法律上責任，進而可能達到一定之行為控制效果²⁹¹。是故，有必要積極肯認孕婦於計畫外生育中有種種人格權受到侵害，同時具體化非財產上損害賠償的判斷，以使醫師及醫療機構可以合理預估其風險，且孕婦也不致於因財產上損害賠償的認定困難導致損害未獲得充分賠償。

附帶言之，由損害賠償內容觀察，本文認為即使採取與比較法不同的態度，全面否認孕婦配偶的損害賠償請求權，對孕婦配偶亦應不致於造成不利益。蓋因嬰兒殘疾所導致的所有額外費用，如醫療費用及特殊教育費用等，皆可透過孕婦向行為人進行求償，對孕婦之配偶而言，理論上其應與孕婦共同負擔者僅限嬰兒之一般扶養費用，而一般扶養費用並未超出當初其與孕婦計畫生育所預期。是故，本文認為應否定孕婦配偶於計畫外生育中的損害賠償請求權。

²⁹¹ 侯英泠，前揭註 143，頁 76。

第五章 實證研究資料分析

第一節 案例分析

第一項 案例蒐集範圍與方法

爲了解我國司法實務上處理計畫外生育相關爭議的作法，以及法院對於醫生爲孕婦進行產前檢查時相關告知義務的要求，本文利用法源法律網的裁判書查詢系統²⁹²蒐集計畫外生育相關判決後加以量化分析，並針對特定的重要判決理由進行深入探討，希望能從當事人爭訟的過程中，了解糾紛起因何在，同時觀察法院在計畫外生育案件上之態度。

承前所述，依據本文之研究動機及目的，本文將計畫外生育定義爲孕婦有進行產前檢查卻未檢出嬰兒殘疾，醫護人員告知父母錯誤的胎兒健康資訊，使父母誤以爲胎兒健康卻生下殘疾嬰兒之情形²⁹³。是故，本文的判決蒐集的範圍僅限於「胎兒在母親腹中即有先天性疾病或缺陷，並且最後活產」之案例，排除胎兒之殘疾情形乃外力所致之案例，也排除因失敗的避孕措施導致婦女懷孕生下小孩之情形。此外，考量到本文研究主題是計畫外「生育」，惟有小孩活產卻帶有缺陷才有後續計畫外生育相關問題，故本文排除胎兒因先天性疾病或缺陷胎死腹中之情形，只要胎兒曾經脫離母體獨立生存即可，其生存期間長短並非本文考量之點，亦即即使胎兒脫離母體後生存期間僅數日、數小時，或甚至數分鐘，都是本文所指涉之計畫外生育之範疇，故實證研究蒐集案例時將此種情形涵蓋在內。又本文研究的計畫外生育案例中，胎兒缺陷係天生，並非因醫療行爲所致，醫生自無業務過失傷害之情形，再者，本論文研究重點本即在計畫外生育案件中之民事賠償問題，故本文搜集之案例類型，以民事案件爲限。

因爲判決資料取得之限制，本文原則上以「法源法律網」之「裁判書查詢系統」中可查詢之判決爲主。依據資料庫介紹，其收錄範圍於地方法院及台灣高等法院及其分院，僅限於民國 89 年以後之案件，於最高法院，則收錄自民國 85 年起之案件，故本文收錄案件範圍亦以此爲限，僅於有相關案例時，溯及至該資料庫未收錄之部分。又爲了方便統計、整理統計結果，進行後續分析，本文僅蒐集至民國 98 年 12 月之判決，共 14 個事件，15 件獨立起訴的案件²⁹⁴，總計共 23 件判決²⁹⁵，於此後之計畫外生育判決則不列入統計的範圍內。於審級上，本文搜集範圍涵蓋我國最高法院、台灣高等法院及其分院、及各地方法院之判決。

²⁹² 法源法律網-裁判書查詢系統：<http://fyjud.lawbank.com.tw/>（最後點閱時間：2010 年 3 月 5 日）

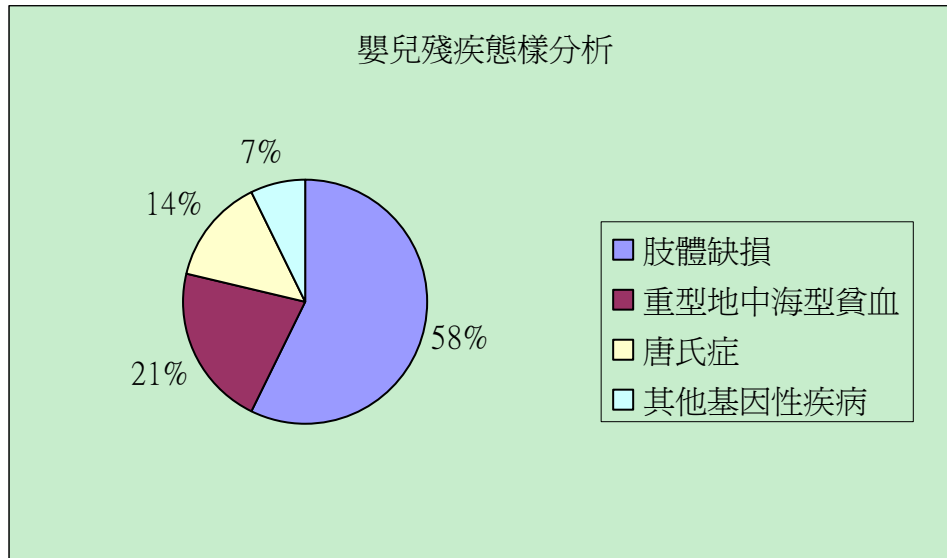
²⁹³ 關於此定義的詳細論述，詳見第一章、第二節、第一項 研究範圍。

²⁹⁴ 依統計僅有 14 個事件，但嘉義地方法院 95 年醫字第 3 號判決及嘉義地方法院 95 年醫字第 5 號判決爲同一事件重複起訴，故有 15 件單獨起訴之案件。

²⁹⁵ 全部判決詳見附件 3。

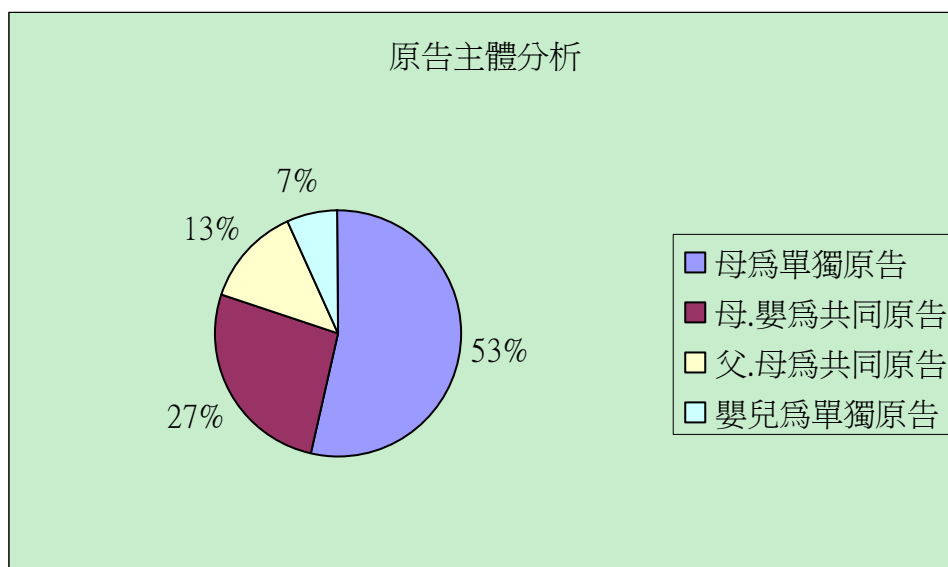
第二項 我國計畫外生育相關判決量化分析

1. 嬰兒殘疾態樣分析



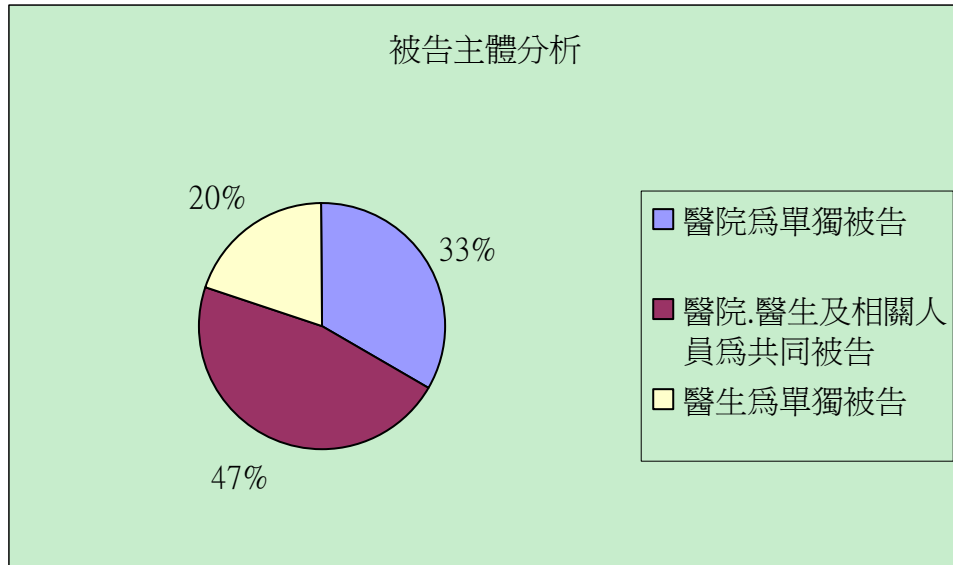
本文搜集近 10 年來之相關判決共 23 件，分屬 14 個計畫外生育事件。在此 14 個事件中，嬰兒殘疾態樣以肢體缺損為大宗，佔 8/14 (58%)，此種爭議類型涉及之醫療技術多半為超音波檢查，原告主張因醫生或醫療機構之疏失，超音波檢查時未能檢出胎兒肢體或其他身體部分有缺損，致原告錯失依據優生保健法實施人工流產之機會，生下不健全之嬰兒，並因此受有財產上之損害或生育自主權遭受侵害。針對此種指控，多數被告抗辯未檢出胎兒肢體或其他身體部位缺損乃係超音波技術之限制，並非人為疏失，在被告無過失之情況下，自然無須負擔相關損害賠償責任。其次是重型地中海型貧血症，佔 3/14 (21%)，此種爭議類型則涉及染色體或基因檢查技術，原告主張因被告之染色體或基因篩檢錯誤，未警告原告其懷有患有型地中海型貧血症之胎兒，或是被告疏未注意，未建議原告進行基因篩檢以檢測其是否帶有地中海型貧血症之基因，最後導致原告產下患有重型地中海型貧血症之嬰兒。排名第三者為唐氏症，佔 2/14 (14%)，此種爭議類型多半涉及羊水分析技術及基因檢查。最後是其他基因性疾病，佔 1/14 (7%)，為較少見的涉訟案型，此種案件亦涉及基因檢查，同屬高科技產前檢查項目。

2. 原被告分析



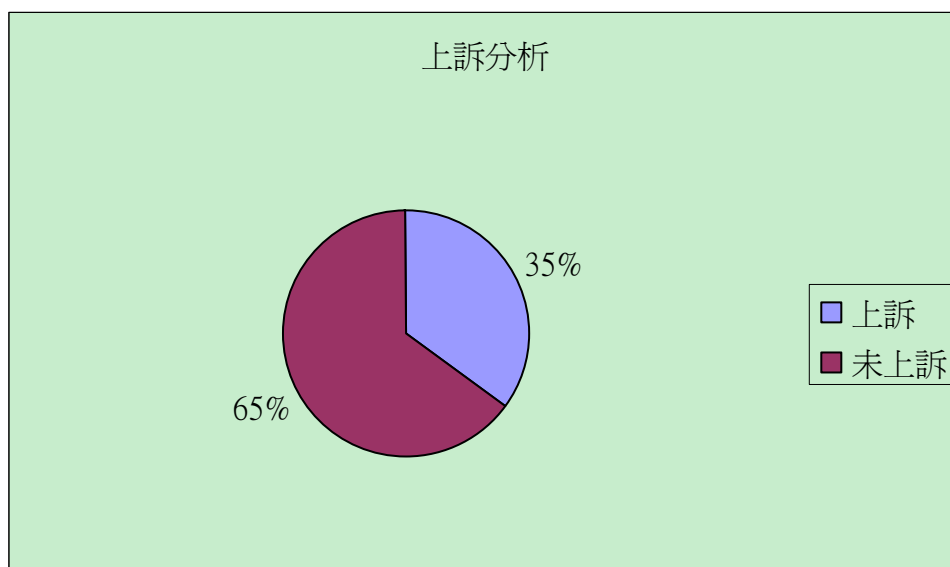
由 15 個單獨起訴的案件觀察，過半數案件以生下殘疾嬰兒之母親為單獨原告，佔 8/15 (53%)，可能原因有二：一係通說認為與醫生或醫療機構間訂有醫療契約者乃孕婦一人，故欲主張醫生或醫療機構未履行應盡之契約責任或不完全給付時，自應以孕婦為原告；二係原告多半主張因被告之過失行為，致其錯失依法實施人工流產之機會，故被告侵害原告之生育自主權。其次為以母親、殘疾嬰兒為共同原告，佔 4/15 (27%)，此時原告除主張孕婦之生育自主權受侵害外，亦會強調胎兒之健康權受侵害，並因被告之侵權行為，致母親及嬰兒未來將遭受財產上之損害。承前所述，以母親為原告者係計畫外生育案件固屬正確，惟以殘疾嬰兒為原告者，實際上乃與計畫外生育完全不同之計畫外生命案件，將兩種完全不同的訴求並列於同一訴訟中請求，實非正確之訴訟上主張。再其次為以殘疾嬰兒之父、母為共同原告之案件，佔 2/15 (13%)，此種案型中原告傾向主張因醫生或醫療機構之過失行為所導致計畫外生育發生，致其同時受有財產上之損害。法院駁回其中一案件，另一件則認為僅母親可以合法請求因計畫外生育所受之損害，父親部分則以欠缺請求權基礎駁回²⁹⁶。最後為以嬰兒為單獨原告之案件，佔 1/15 (7%)，同上所述，以嬰兒為原告之案件實際上應為計畫外生命案件，與計畫外生育無關。

²⁹⁶ 詳見本文第二章、第三節、第一項 新光醫院唐氏症案。

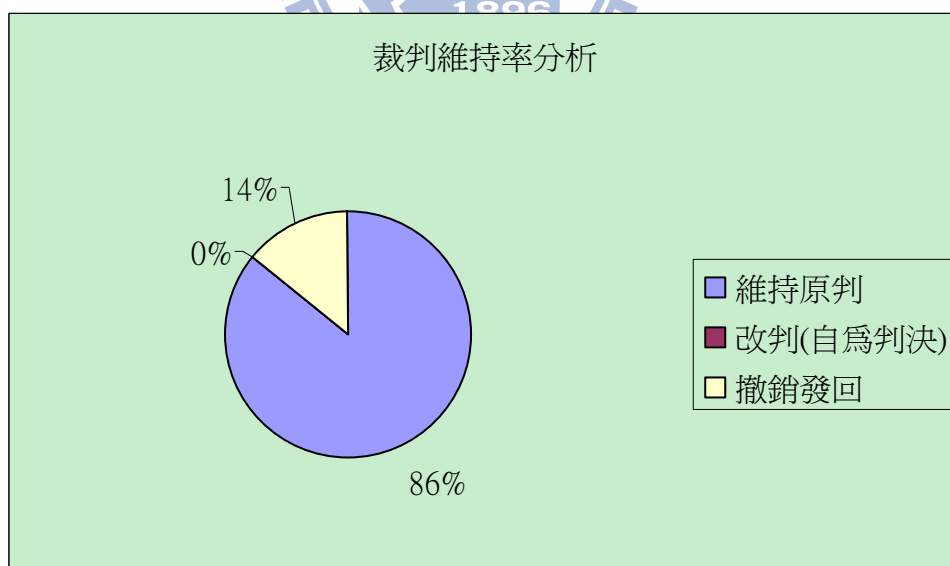


被告方面，近半數案件以醫療機構、醫生及相關人員為共同被告，佔 7/15 (47%)，本文推測可能原因為原告主張其與醫療機構簽有醫療委任契約，今因醫療機構之履行輔助人（醫生、相關人員）未盡善良管理人之注意義務，醫療機構自應依民法第 224 條之規定，負擔不完全給付之債務不履行責任。此外，民事案件訴求損害賠償中以金錢上之損害賠償為主，相較於醫生個人，醫療機構自然有較佳資力足以負擔損賠金額，故多數原告以醫療機構為被告。以醫生及相關人員為被告者，除了前述訴求外，原告會主張醫生及相關人員個人應負擔侵權行為責任，而醫療機構身為前述人員之僱用人，自應依民法第 188 條負責，除了追究醫生及相關人員個人責任外，亦有強調、加重醫療機構責任之意味。其次為以醫療機構為單獨被告，佔 5/15 (33%)，推測可能的理由同上，一係醫療機構乃與孕婦簽訂醫療契約者，計畫外生育發生後，孕婦欲請求不完全給付之債務不履行損害賠償責任時，自然應以契約之相對人，亦即執行產前檢查之醫療機構為被告，即使孕婦以侵權行為責任進行請求，醫療機構亦可能因為對其僱用人未盡選任監督之責而必須連帶負擔侵權行為損害賠償責任；二係相對於醫生及相關人員個人，顯然醫療機構係較有資力負擔相關損害賠償者，向醫療機構進行請求勝訴後可以得到賠償金的可能性較高，自然應以醫療機構為被告。最後乃係以醫生為單獨被告，佔 3/15 (20%)，此三案件涉及之醫療機構均係小型之個人婦產科診所，被告醫生即為該診所負責人，申言之，此種情況下，以醫生為被告或以醫療機構為被告實際上結果相同，與前述原告傾向以醫療機構為被告之推論並無違背。

3. 裁判維持率與上訴比例分析



統計共 23 件判決中，扣除原不得上訴之第三審判決 3 件，一二審判決中僅有 7/20 (35%) 曾經上訴，顯示目前計畫外生育案件之上訴比率偏低。逾半數之案件未經上訴，本文認為可能的原因有三：1. 訴訟雙方皆同意判決結果；2. 訴訟花費之勞力時間費用過鉅，敗訴方不願繼續上訴；3. 法院判決後，雙方為免爭議繼續，選擇和解。

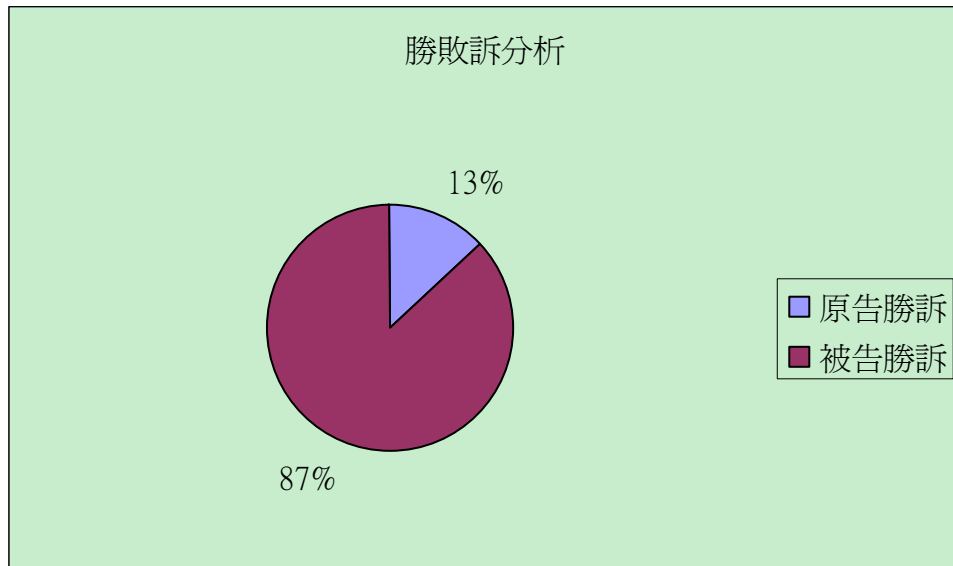


承前所述，7 個曾經上訴的判決中，僅有 1/7 (14%)²⁹⁷ 上訴後經上級法院撤銷原判決並發回下級審，惟發回後下級審法院仍為相同判斷，僅於損害賠償數額方面略有變動。其餘 6/7 (86%) 之案件上訴後上級審維持原判，可知計畫外生育的糾紛中，法

²⁹⁷ 台灣高等法院 85 年重上字第 464 號判決。

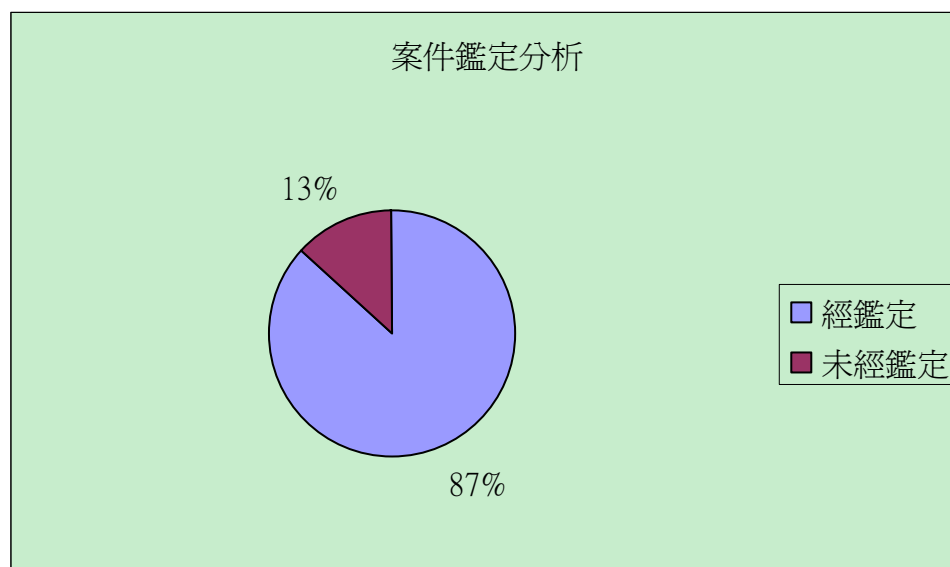
院維持原判之比率很高。至於上級審撤銷原判決並自行改判部份，於本文統計中為 0/7 (0%)，未發現此種案例類型，可知上級審尊重審級制度，若下級審於法不符或有疏漏，上級審傾向發回由下級審自行改判。

4. 原告終審勝敗訴分析



15 個案件中，終審原告敗訴者佔 13 件 (87%)，法院判決原告敗訴的理由多為醫生之醫療行為符合醫療常規無過失，未檢出胎兒殘疾乃係醫療技術之限制；即使鑑定意見認定醫生之醫療行為與現行醫療常規不符，法院因而認定醫生有過失存在，但胎兒之殘疾情形既係先天畸形，並非外力所致，被告之行為與原告之損害間並無因果關係存在，自不應令被告對原告負擔損害賠償責任。15 個案件中僅 2 件原告勝訴，佔 13%，分別為新光醫院唐氏症案及高雄地院 92 醫字第 2 號判決。前者法院認為，依據衛生署規定，羊水分析應由具專業資格之檢驗人員進行，新光醫院之羊水分析檢驗員未具備專業資格，自屬有過失，因為被告之過失致未檢出胎兒患有唐氏症，自係產前檢查契約之不完全給付，被告應負擔相關損害賠償責任。後者法院認為，該案依據一般醫療常規，胎兒嚴重肢體缺損由超音波中應可看出，即使看不清楚，醫生也應建議家屬做更精密檢查，醫生疏未建議家屬進行更進一步之檢查，致未發現胎兒之體缺損之情形，故有過失。

5. 案件鑑定分析



15 件經起訴之案件中，高達 13 件（87%）曾經專業醫療鑑定，顯示目前法院審理計畫外生育案件時高度仰賴醫事鑑定。法官之職責乃熟悉並適用法律，通常法官不具備專業醫療知識，將涉及醫療專業之案件送交鑑定，取得專業意見後再行判斷自屬合理處置。未經鑑定之二案件，一係新光醫院唐氏症案，另一係嘉義地院 95 醫字第 3 號判決。新光醫院唐氏症案部分，雖法院未曾將相關卷證資料送交專業醫療機構進行鑑定，卻曾經依職權函詢衛生署及台北榮總羊膜穿刺中羊水判讀的正確作法，亦屬曾經參考專業醫療意見進行判斷。至於嘉義地院 95 醫字第 3 號判決部分則係因以嬰兒為單獨原告，法院認為嬰兒於產前檢查的失誤中，非但未受有損害，反而因此不致遭受人工流產失去生命，在生命無價，「好死不如殘缺的活著」的觀念下，計畫外生育中被產下的殘疾嬰兒甚至被認為因此受有利益。嬰兒既未受有損害，自無主張損害賠償之理，法院直接由法律角度認為本案無理由，並未針對醫療行為進行判斷，自然未將本案件送交專業機構進行鑑定。由此結果可知，於計畫外生育之醫療糾紛中，為探究醫生之醫療行為有無過失，經常爭執者係醫療行為是否符合現行醫療技術，若醫生之行為已符合現行一般醫療水準，自無課以損害賠償責任之可能。醫療行為是否符合現行醫療常規乃欠缺專業知識之法院無法判斷者，故除法律上明顯無理由之案件，法院多半需仰賴專業意見或鑑定作為判斷依據。

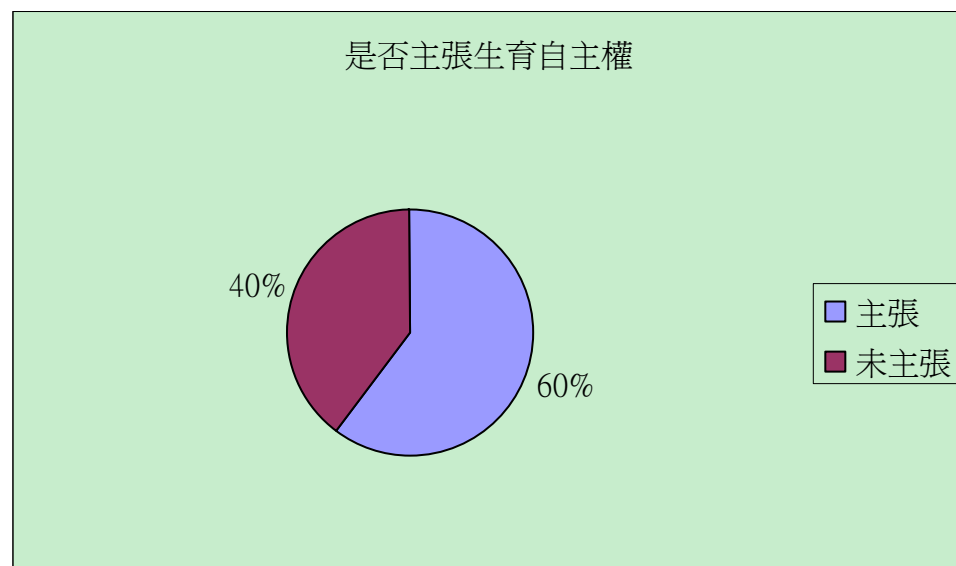
若比對分析法院判決結果與醫事鑑定報告，可以發現 13/13（100%）的判決結果與鑑定報告一致，可知醫事鑑定報告會高度影響法院的判決結果。此種情況除了容易引起醫醫相護之質疑外，承前所述，也可能招來法院混淆醫療判斷與法律判斷之批評。按醫療行為是否符合醫療常規及醫療技術之限制乃醫療判斷，而實施醫療行為之人是否有過失，則係專業法律判斷之範疇，二者不應混為一談。惟由相關法院判決論述邏輯觀察，即使被告之行為明顯與現行醫療常規不符，法院似乎依舊傾向以被告之醫療

行為受制於現行技術水準，故其未能檢出胎兒異常無可歸責。此種論述方式明顯混淆醫療判斷與法律判斷，雖然醫療行為不符合醫療常規者通常可以導出該實施醫療行為之人應注意，並能注意，而不注意，故有過失，但在醫療行為受制於現行醫療水準之情況下，實施醫療行為者是否確實已盡相當注意，則有討論空間，不能遽以醫療技術有限制，即下實施醫療行為者無過失之結論。

法院判決經常混淆醫療判斷及法律判斷，將醫療判斷結果作為法律判斷的唯一依據，而未能確實知法用法，莫怪總有我國醫療案件之判決過度依賴鑑定意見之批評。

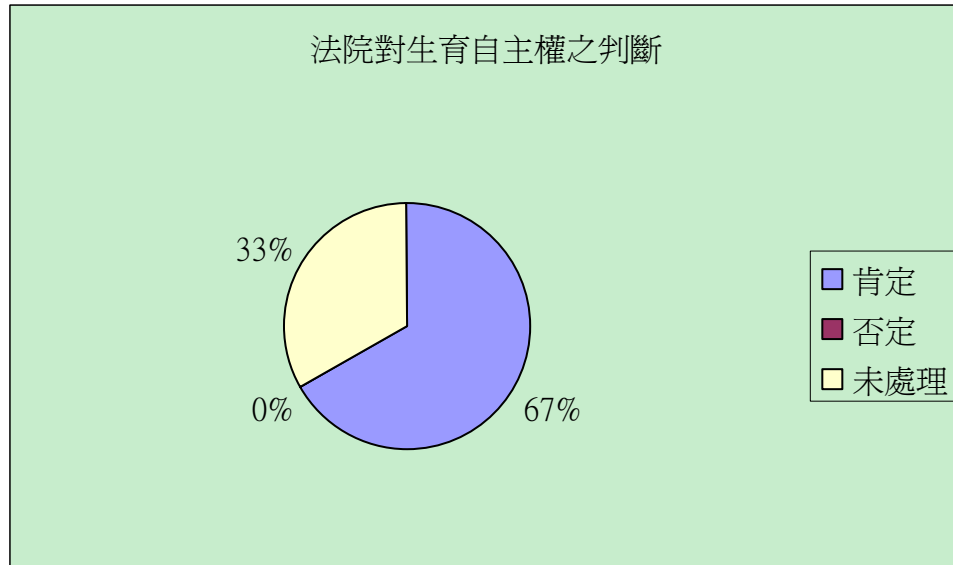
6. 判決理由分析

(1) 孕婦得否主張生育自主權



15 個經起訴的案件中，共有 9/15 (60%) 原告主張被告過失侵害原告之生育自主權 (或有稱「墮胎自主權」、「墮胎權」等)。未主張生育自主權之六案件中，其一原告為嬰兒²⁹⁸，自無主張生育自主權之可能，故實際上得主張生育自主權而有所主張之案件，應為 9/14 (64%)，顯見生育自主權為計畫外生育案件之常見主張。

²⁹⁸ 嘉義地方法院 95 年醫字第 3 號判決。



曾主張生育自主權之案件中，6/9（67%）的案件法院肯認孕婦基於優生保健法，得主張享有生育自主權²⁹⁹，且並無案件直接否認生育自主權之存在，可見目前多數法院傾向承認生育自主權。其餘 3/9（33%）案件雖然原告曾經提出生育自主權之主張，惟法院判斷時透過其他上位議題即獲得心證，其餘原告提出之主張皆略而不論，故未對原告關於生育自主權之主張提出看法。但本文認為，在最高法院於新光醫院唐氏症案中兩度肯認孕婦得主張生育自主權後，即使這幾個案件對孕婦得否主張生育自主權進行實質判斷，最後採取肯定見解的可能性也相當高。

(2) 醫療技術的限制

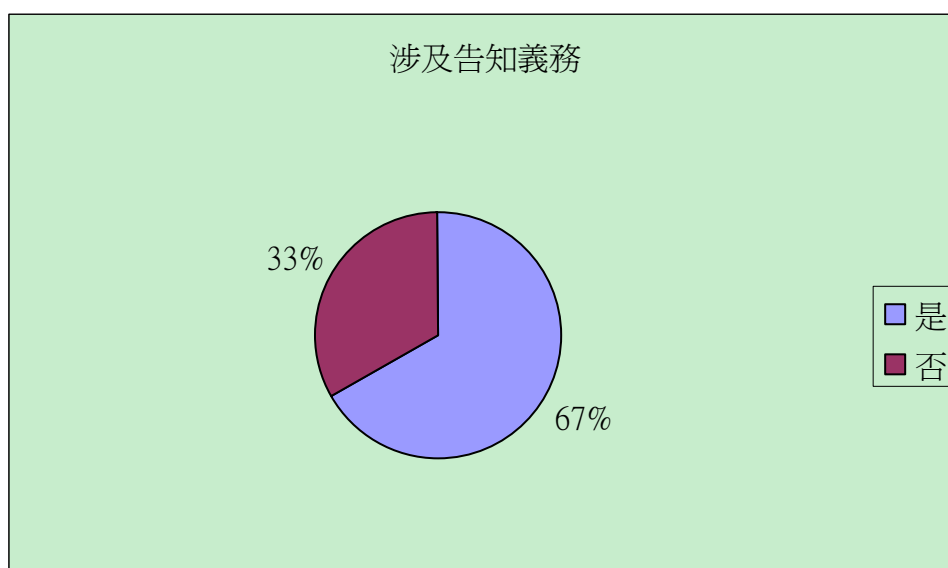
對於原告提出的主張，被告最常提出的抗辯為其行為符合醫療常規，未發現胎兒殘疾乃係醫療技術之限制。此種抗辯涉及醫療專業，實務上傾向將案件送交鑑定或依職權函詢專業機構，依前述分析可知，高達 13/15（87%）的案件曾經送交鑑定，而且判決結果與鑑定結果完全相符。法院通常肯認鑑定意見，認為囿於現行醫療檢驗技術之限制，被告行為並無違反醫療常規，因而無可歸責。此外，有法院認為產前檢查有其固有目的，即使並非技術上之限制，凡非一般產前檢查所涵蓋之範圍，即非醫療行為給付範圍。易言之，即使超音波可觀察到嬰兒缺損，但因其非一般超音波檢驗之目

²⁹⁹ 可參見最高法院 92 年台上字第 1057 號判決之見解：「墮胎罪保護之客體固為在婦女體內成長之胎兒，該婦女依優生保健法第九條所得施行人工流產，僅屬於刑法墮胎罪之阻卻違法事由。但民法上侵權行為之被害客體為權利或利益，只要係權利或利益，即得為侵權行為之被害客體，此與刑法墮胎罪之保護客體為何，及其違法阻卻事由是否存在，實屬二事。即婦女對其體內未成獨立生命，又患有法規所賦予婦女得中止妊娠之先天性疾病之不健康胎兒，有選擇除去之權利，倘因醫院及相關人員之疏忽，未發現已符合此一情況之事實，並及時告知懷胎婦女，使其依優生保健法第 9 條第 1 項，自願施行人工流產，致婦女繼續妊娠，最後生下不正常嬰兒，自屬侵害婦女對本身得決定施行人工流產之權利。」自此見解提出後，下級審論及生育自主權時，多半引用此判決。

的，故醫生未發現胎兒殘疾也無可歸責³⁰⁰。

本文認為，醫療技術確實具有高度不確定性，惟豈能以醫療技術具有高度不確定性之言作為醫生之保護傘，為其擋去所有究責？應否要求醫生進行產前檢查時，告知孕婦產前檢查具有不確定性，通常僅具有篩檢功能，並非確定診斷，使孕婦有心理準備，以免生出殘疾嬰兒造成心理上過大衝擊？觀察法院判決理由，經常並未針對個案實際情形討論被告所為之產前檢查行為是否符合善良管理人之注意義務，僅採相關醫事鑑定意見，以文獻記載或一般醫療常規對於產前檢查技術限制之說明，做為認定醫療行為有無過失之標準，實乃以醫學統計結果架空法院的法律判斷，妥適性並非無疑。

(3) 告知義務



本文搜集的案例中，10/15（67%）涉及告知之問題，惟所指涉之「告知」內容相當分歧。大致可歸類為以下兩種主張：

a. 醫生表示胎兒正常卻生下殘疾嬰兒³⁰¹

此種爭議佔 6/10（60%），爭執點在於醫生未告知嬰兒殘疾情形。此種案例類型多半導因於醫生於產前檢查時面對孕婦的詢問，皆回答「非常健康」、「四肢健全」等使人合理相信胎兒一切正常之語，未料孕婦卻產下有殘疾之嬰兒。孕婦主張因為醫生之過失未發現胎兒殘疾，未告知其胎兒並非健康無缺，使其未能依據優生保健法實施人工流產，因而侵害其權利。

³⁰⁰ 台中地方法院 96 年醫字第 4 號判決、台灣高等法院台中分院 97 年醫上字第 2 號判決。

³⁰¹ 例如 台中地方法院 89 訴字第 365 號判決、嘉義地方法院 95 年醫字第 3 號判決。

b. 醫生未建議進行更精密之檢查³⁰²

此種爭議佔 4/10 (40%)，爭執點在於醫生未提供精密檢查之資訊。原告主張醫生應依據一切事實或初步檢驗結果判斷，若胎兒有異常之可能，即應建議孕婦進行更精密之檢查，但醫生卻未告知孕婦精密檢查之資訊，亦未建議孕婦或家屬進行更進一步之檢查，以致孕婦無從進行精密檢查而未能發現胎兒殘疾，進而無從依據優生保健法實施人工流產。

雖然原告會提出醫生違反告知義務之主張，但觀察法院判決，大部分在醫療常規階段即認為醫師行為符合醫療常規故無可歸責，並未直接處理醫生行為是否違反告知義務之問題。唯一與告知相關者為高雄地方法院 92 年醫字第 2 號判決，法院認為，該案依據一般醫療常規，胎兒嚴重肢體缺損由超音波中應可看出，即使看不清楚，醫生也應建議家屬做更精密檢查，醫生疏未建議家屬進行更進一步之檢查，致未發現胎兒之體缺損之情形，故有過失³⁰³。

本文認為，法院未處理告知相關問題，實屬可惜。於第一種主張之情形，法院似乎應實際檢視醫生之告知有無錯誤，即使因為醫療技術之限制導致醫生無法從檢查中觀察到胎兒異常，是否應該課予醫生提醒孕婦及家屬「醫療技術有其侷限性」之義務，使孕婦及家屬有心理準備，認清產前檢查之限制，以避免認定嬰兒正常卻生下殘疾嬰兒所帶來之心理衝擊。第二種主張之情況亦同，目前多種產前檢查技術僅具有初步篩檢功能，其結果並非絕對，僅具有概率上之意義，若醫師於進行篩檢時未告知孕婦此一事實，或於篩檢結果瀕臨危險值時未建議孕婦及家屬進行更精密之檢查，除了剝奪、侵害孕婦的各種權利外，亦將使產前檢查篩檢胎兒殘疾之目的大大降低。

第二節 深入訪談

第一項 訪談對象之資格限制與抽樣原則

由前述判決分析可知，糾紛發生往往因為孕婦事前未受充分告知，不知道體內胎兒可能有先天性殘疾，以致失去尋求進一步檢查、及早發現胎兒有健康上疑慮的機會，

³⁰² 例如 高雄地方法院 92 年醫字第 5 號判決、嘉義地方法院 95 年醫字第 5 號判決。

³⁰³ 高雄地方法院 92 年醫字第 2 號判決：「行政院衛生署醫事審議委員會鑑定，並據該會分別函覆稱：本件在病歷內並未附上任何一次產檢超音波照片，況且在多次超音波檢查，應有機會發現異常，被告竟完全未發現胎兒下肢殘缺，其醫療行為係有違常而有疏失等語，及稱：胎兒發育至 11 週時，可見到大腿及小腿骨，發育至 13 至 16 週時，可見到手指骨及腳趾股；則原告妊娠 24 週前以超音波檢查，應可看到胎兒大腿骨與小腿骨之比例為大於 0.85，若發現二者比例小於 0.85，通常胎兒即可能有下肢發育之異常；雖超音波檢查可能因胎兒姿勢不良等因素，致無從發現異常；然被告於原告妊娠 24 週前，曾進行 4 次超音波檢查，卻均未發現胎兒有『膝蓋以下肢體全無』之異常；其實，若有疑問可向病人說明，安排更詳細之超音波檢查，以免產婦直至生產後使發現嬰兒畸形，依據一般醫療常規，被告醫療行為即有疏失」

或是不明白產前檢查所使用的技術及儀器有科學上之侷限性，多數檢驗數據僅為統計學上的概率，結果並非百分之百絕對，這些問題最終導致孕婦滿懷希望產下胎兒，卻發現小孩的健康情形和原本預期相去甚遠，造成家庭甚至社會沉重的負擔。在產前檢查中，醫生進行告知，而孕婦接受告知，理論上若醫師充分告知且告知正確，而資訊傳達的過程又無錯誤，應不致於產生如此嚴重的認知落差。爲了了解計畫外生育發生的原因，進而探討根本性解決計畫外生育的方法，有必要了解目前醫療實務上，醫師於產前檢查時進行告知的具體情形，以及相對而言，孕婦接受醫生告知時的想法：醫師的告知是否足夠？孕婦是否能夠真正理解醫師的告知？醫師的告知是否在傳達時發生錯誤？了解這些問題後，或許仍舊無法避免有先天性殘疾的嬰兒被生下，卻可能使這些不健康嬰兒之出生是可預期的，亦即孕婦不再遭受計畫外生育的突襲，即使最終產下不健康的嬰兒，也不會對其成太大的心理衝擊。。

爲了回答前述問題，本文邀請五位婦產科醫師及十位有懷孕經驗的婦女接受訪談。婦產科醫師部分並無特別資格限制，僅須該位醫師擁有婦產科專科醫師執照且係目前執業中之婦產科醫師即可，對於醫師之學經歷背景、執業時間長短、執業處所（大型綜合醫療機構或私人診所）等條件並不加以限制。懷孕婦女部份，又可細分爲現正懷孕中及有懷孕經驗之婦女兩種，本文取樣時對於這兩種身分的婦女一視同仁，並無特別區分處理，僅對兩種身分的婦女分別有不同的資格限制：針對現正懷孕中之婦女，參考孕婦健康手冊排定之產前檢查健保給付時程，限定於已做完第四次產前檢查（約懷孕 28 週）之懷孕婦女，因爲訪談的目的在了解醫生具體告知情形，若孕婦僅做過一、兩次產檢，則取得的資訊可能有所偏差且不足，此外，懷孕 28 週時大部分的胎兒產前遺傳診斷（如母血唐氏症篩檢、臍帶血採樣術等）已經完成，此時進行訪談較能達到本文研究目的；有懷孕經驗的婦女部分，因爲訪談目的是由懷孕婦女的角度觀察產前檢查過程中醫師具體告知的情形，爲求記憶的新穎性及完整性，故限定於一年內有懷孕經驗之婦女。除了前述條件外，其餘關於懷孕婦女之學經歷背景、年紀、職業等個人條件則不加以限制。

抽樣策略部分，本文採取的並非廣泛的隨機或或然率取樣³⁰⁴，而採取立意取樣³⁰⁵。基於立意取樣方法，本文對於醫師及懷孕婦女採取不同的取樣策略：在醫師部分，

³⁰⁴ 隨機抽樣（Random Sampling）係指由欲研究的母體中，以隨機方法抽取出足以代表母體的樣本。樣本規模爲母群體之函數，並在一定的抽樣標準下達到期待之信賴水準。一個隨機且具代表性的樣本，能夠允許研究結果從一個樣本類推到較大的母群體上。以或然率爲基礎的隨機取樣之目的，是爲了能夠將結果從樣本類推到母群體，以及控制選擇性誤差。隨機抽樣有兩個好處，首先它可以確保樣本的代表性，不需擔心因爲具有任一特質而產生的偏差甚至混淆整個主題。其二，經由一個控制得宜的統計過程，也可以略爲說明抽樣結果與母體特質差異有多大。詳見 Andrew F. Siegel 著，萬淑美等譯，實用統計學，頁 319-68（2003）。Michael Quinn Patton 著，吳芝儀等譯，質性研究與評鑑（上），頁 259（2008）。

³⁰⁵ 立意取樣（purposely sampling）有時被稱爲有目的（purposive）或判斷（judgment）取樣，係指有目的的選取資訊豐富之個案（information-rich cases）進行深度研究。資訊豐富之個案係指這些樣本中，有大量對研究目的相當重要的資訊，因此是有目的的取樣。選擇資訊豐富之個案，有許多不同策略，每一項策略均可達成其特定的研究目的。特定類型及選取之個案數目取決於研究目的和資源，並無一定數量上限制。Michael Quinn Patton，同前註，頁 259、276。

由於醫師乃自成一格之封閉社群，加上不易認識婦產科醫師，本文採取雪球或鏈式取樣³⁰⁶，一開始由家人及朋友分別介紹一位婦產科醫師後，再向接受訪談的醫師詢問是否有其他適合接受訪談的人選，透過受訪者的引介認識下一個潛在受訪者；在懷孕婦女部份，本文採取最大變異取樣³⁰⁷，雖然前述在訪談對象選擇上，對於懷孕婦女之學經歷背景、年紀、職業等個人條件並不加以限制，但在取樣上本文仍盡可能選取明顯具有不同背景之孕婦，如學經歷有明顯落差、年齡有顯著差異等，同時也訪談了在今日台灣已成爲不可忽視之群體的外籍配偶，希望能從中發現每個個案的獨特性，並從中尋找所有個案所共有之重要組型，從異質性(heterogeneity)中擷取出其顯著意義³⁰⁸。

第二項 訪談資料處理與受訪者之基本資料

擬定上述訪談策略後，本文即透過家人、朋友的介紹開始尋找並邀約合適對象接受訪談。在訪談時間及地點的安排上，完全配合受訪對象，醫師部分多半在醫師的私人診所或醫院辦公室進行訪談；懷孕婦女部分，除了在其自家進行訪談外，多半在咖啡廳之類的可以久坐談話之處所進行。由於適合的受訪對象尋找不易，全部的訪談期間拉的較長，自民國 97 年 12 月底開始一直進行到 98 年 11 月底才完成全部訪談。受訪者受訪時間大約在一到兩個小時之間，在事先徵得受訪者同意的前提下，所有訪談內容均有錄音留存，並在訪談過程中輔以重點文字記錄。囿於人力及時間的限制，以及必要性的考量，本文並未將訪談內容打成逐字稿，僅對訪談內容進行重點摘要，進行資料分析時再完整節錄並引用受訪者的發言。又部分受訪者接受訪談時，同時使用國語與台語回答問題，受限於台語文字化的困難，爲求訪談內容表現上的便利，筆者將台語部分回答全部以國語方式呈現，翻譯上除直接將台語翻譯爲國語外，遇到國語無法表達的部份，則以國語中相同或相近的字詞代替，力求精準表達受訪者真意。

五位受訪醫師均爲現正執業中之婦產科醫師，職業時間長短不一，由初入職場的兩年到執業甚久的三十二年不等；執業地區則爲台北市、台南市及台南縣；服務醫療機構類型則包括大型教學醫院、地區綜合醫院及私人婦產科診所。十位懷孕婦女部份，年齡自十七歲至三十六歲不等；學歷則由高中職至博士；居住地區多以台北市爲主，其餘兩位受訪者居住在新竹縣市，兩位居住在台南縣市；職業方面則遍及各種行業，並包括一位高中在學學生；進行產檢的醫療機構類型則包括私人診所及大型綜合醫院。

本文以代號A1 至A5 代表五位醫師、B1 至B10 代表有懷孕經驗之婦女³⁰⁹，茲以列表的方式介紹基本資料，說明如下：

³⁰⁶ 雪球或鏈式取樣 (snowball or chain sampling) 係指透過已取樣的報導者不斷認識其他的資訊豐富個案，找到適合的好個案、好的訪談人選。同前註，頁 276。

³⁰⁷ 最大變異取樣 (maximum variation sampling) 係指有目的的選取能獲得某個面向之變異性的最大範圍個案。記錄因不同條件而產生的獨特或不同之變異性，進而辨識涵蓋變異性的重要共通組型。同前註，頁 276。

³⁰⁸ 同前註，頁 264-65。

³⁰⁹ 以下爲了描述上之便利，將有懷孕經驗之婦女、懷孕婦女等詞彙簡稱爲「孕婦」。

編號	性別	執業時間	執業地區	服務醫院類型
A1	男	32	台北市	私人診所
A2	男	20	台北市	教學醫院
A3	女	5	台北市	地區醫院
A4	女	2	台南市	地區醫院
A5	男	26	台南縣	私人診所

編號	年齡	學歷	職業	居住地區	進行產檢的醫院類型
B1	34	博士	助理教授	新竹縣	診所、大型綜合醫院 ³¹⁰
B2	34	碩士	科技公司主管	台北市	大型綜合醫院
B3	29	高職	工廠作業員	台北市	大型綜合醫院
B4	19	高職	家管	台北市	診所、大型綜合醫院
B5	30	大學	銀行員	台北市	大型綜合醫院
B6	27	碩士	律師	台北市	大型綜合醫院
B7	25	大學	家管(外籍配偶)	台南縣	診所
B8	36	碩士	秘書	新竹市	大型綜合醫院
B9	17	高中	學生(未婚懷孕)	台北市	大型綜合醫院
B10	24	大學	公務員	台南市	大型綜合醫院

第三項 訪談資料分析

1. 醫療實務上的告知現況

(1) 醫生已普遍認知告知的重要性

論者通常以醫療法第 63 條、第 64 條之 1、醫師法第 12 條之 1 等規定作為醫院及醫師法律上說明義務之依據，然而這些條文係屬醫療行政之規定，固可作為醫療機構及醫師告知義務內容之參考，但醫療機構及醫師說明義務之依據，絕非上開醫療法及醫師法之規定，而在於醫院或醫師與病患之間的契約關係或侵權行為法上之責任基礎。換言之，縱使無上開醫療法與醫師法之規定，醫療機構與醫師基於契約法及侵權行為法上之義務規範，對於病患仍負有告知說明之義務³¹¹。

雖然醫師的告知義務的法源依據相當複雜，但由訪談可知產科實務上，醫師普遍已認知告知的重要性，一方面出於關心病人的立場，希望透過告知讓孕婦對於自己與胎兒的健康情形有正確了解；另一方面也希望透過完整的告知，避免日後糾紛的發生。

³¹⁰ 此處因為沒有細分的必要，故筆者僅將孕婦進行產檢的醫院區分為個人開設之婦產科診所，及包含多種科別之綜合醫院兩種類型。

³¹¹ 陳聰富，「告知後同意與醫師說明義務（上）」，月旦法學教室，第 80 期，頁 75（2009）。

「產科學的精神就在告知，因為從受孕日的推算、懷孕週數以及預產期的計算開始，都有賴醫師的檢查和告知。在孕婦生產前、甚至新生兒篩檢前，都無法完全確定胎兒是否有遺傳性的疾病（染色體異常、基因異常），完全仰賴醫師的告知，告訴孕婦應該做哪些產前檢查、產前檢查的意義、產前檢查的風險等等，所以醫生要多關心病人，知道他們內心真正的想法，盡可能幫助他們。」³¹²

「像腦性麻痺啊，一般認為是接生過程造成的，但其實教科書上說，百分之五十的機率可能是在肚中感染造成。問題是，今天小孩生出來，客觀事實就是他有腦性麻痺的情形，要如何確定是接生過程中有疏失或是在母親腹中即受到感染？如果因為客觀小孩有問題就要回頭追究醫生的責任，可能會造成嚴重的防禦性醫療的問題。所以告知非常重要，必須說清楚告知的風險在哪，例如即使順產也可能有腦性麻痺的問題，讓孕婦做心理準備。」³¹³

「告知很正常也很必要啊，又不每個人都有醫學知識，不說的話孕婦怎麼知道？孕婦知道的東西幾乎都是醫生說的。」³¹⁴

「我們在學校裡老師就一直強調告知很重要，沒有告知的話孕婦在孕期中彷彿蒙眼飛行，對於自己的情況沒辦法確實掌握，當然也就沒辦法好好照顧自己。」³¹⁵

雖然醫生普遍認知到告知的重要性，也認為告知義務必需要被落實，但也有醫生雖然知道自己無論是依法或是依照跟孕婦之間的契約，甚至單純依照醫學倫理，都負有告知義務，卻認為在他執業的地區告知義務的落實與否並無差別，因為鄉村整體知識水準落後的緣故，告知僅具形式上的意義。雖然理論上全台各地的醫療常規都是一致的，但是似乎在實際醫療行為的執行上有城鄉差距的存在。

「你們念法律的喔，最喜歡說什麼一定要落實告知義務，去上進修課程也是一直強調，說什麼我們醫生一定要把該說的都說一說這樣即使碰到糾紛也比較能保護自己，但是你看我在這種鄉下當醫生，大部分來做檢查的都是沒讀書的不然就是越南的³¹⁶，有時候根本語言就不通，即使語言可以通，跟他們說那麼多也沒用，反正鄉下人覺得懷孕就懷孕嘛，檢查是要做啦，不過反正不會有什麼大問題，醫生的話聽聽就好」³¹⁷

³¹² A1 受訪者訪談資料

³¹³ A2 受訪者訪談資料

³¹⁴ A3 受訪者訪談資料

³¹⁵ A4 受訪者訪談資料

³¹⁶ A5 受訪者回答時以台語表示「越南的」，經筆者事後進一步詢問，此處受訪者之真意乃泛指外籍配偶，並非單指越南籍配偶，僅係該處外籍配偶多為越南籍，故當地便以台語將外籍配偶俗稱為「越南的」。雖然此種用語有鄙視外籍配偶之嫌，但為求確實表達出受訪者語氣，故仍採用原本文字。

³¹⁷ A5 受訪者訪談資料

(2) 產前檢查中的告知方式-普遍認為書面告知非常重要

懷孕是個漫長的過程，醫生必須在不同階段進行多次告知。但在現行健保制度下，自行開業的醫師或許可以透過控管看診數量以控制每位病患的看診時間進而確保看診品質，但大型醫療機構中的醫師在三到四個小時的一個看診時段中可能必須面對六十位病患，即使以一個看診時段四小時來計算，每位病患只能分得醫生兩分鐘的時間³¹⁸，由醫生本人進行徹底而全面性的告知有執行面上的困難。考量到人力、時間的限制，醫師多半認為除了口頭告知之外，書面資料的提供也是重要的告知方法，包括各種衛教單張以及檢驗同意書上的文字說明等。周產期醫學會提供各種同意書的範本及衛教單張，內容記載相當詳細明確，都可以作為醫師說明時輔助之用³¹⁹。此外，在確定懷孕後發給孕婦的孕婦健康手冊中詳細羅列了從懷孕到生產，甚至新生兒篩檢的注意事項，便是孕婦基本知識的來源。

「給孕婦手冊的時候，我會帶他們瀏覽一遍，因為之後都會作解釋，她們先拿回去看，有問題也可以問。」³²⁰

「周產期醫學會都有同意書的標準版本，我們只需下載就可以使用，而且這也是重要的證據，表示病人真的有同意。給病人看了之後，會直接把重要的地方說明清楚，讓病人知道檢查的目的還有限制是什麼。」³²¹

「確定懷孕後我就會發孕婦手冊給孕婦，有過生產經驗的通常比較沒關係，但如果是第一胎的婦女我就會要求他回家一定要仔細把孕婦手冊看一次，這樣他自己對整個懷孕過程該做什麼檢查，或是有哪些該注意的地方，會比較有概念一點」³²²

「像我這個是地方上的小診所，人比較沒那麼多的時候，如果孕婦又很愛問愛聽的話就有時間可以慢慢的跟孕婦講...不過如果是大醫院喔，或是很忙的時候，外面一大堆人在等，醫生當然就沒時間很仔細的說明啊，只能夠大概說一下。」³²³

由訪談結果可知，對現在的醫生來說，同意書已不只是代表「被害人承諾」，也是告知的重要輔助方法。除了直接當面就同意書上所載明的事項說明外，亦有醫師認為告知方法不限於口頭，可以先請孕婦研讀相關資料，下次回診時再就不明白的地方進行討論，並且強調透過「討論」的過程，醫師才能確定孕婦真正了解相關告知事項。

³¹⁸ 根據筆者親自走訪台北醫學大學附設醫院觀察，相對於特殊婦科門診（如癌症等）的一般婦產科門診，在規劃為三小時的一個看診時段（上午診 9:00-12:00；下午診 14:00-17:00）中，掛號人數少則 35 人上下，多則突破 70 人，一位醫師在一個看診時段中面對 60 位左右的病患的可能性相當高。

³¹⁹ 例如附件 4 的「母血唐氏症篩檢臨床意義說明」、「B 群鏈球菌衛教單」皆由周產期醫學會提供的範本修改而成，內容記載相當詳細（此二單張由 A1 受訪者提供）。

³²⁰ A1 受訪者訪談資料

³²¹ A1 受訪者訪談資料

³²² A4 受訪者訪談資料

³²³ A5 受訪者訪談資料

「周產期醫學會提供同意書的範本，所以到不同的醫院去看到的可能都大同小異。告知不一定要口頭上的告知，給同意書讓病人回去看，有問題再回來討論，也是一種告知。重點就是要有『討論』的過程，唯有透過討論，才可以知道彼此是否充分了解對方的想法，醫生也才能知道病人是否真的了解自己告知的內容。例如拿出同意書，跟病患說我們這次要做某某檢查，讓病患回去看，檢察結果出來後，再對照同意書上的注意事項，跟孕婦解釋檢查結果。如果第一種篩檢的方式雖然在安全值，但瀕臨危險值，還是必須靠醫師做進一步的告知，讓孕婦有其他選擇。」³²⁴

「舉例來說，我今天早上的看診時段從九點到十二點，三個小時卻有六、七十個人掛號，沒掛到號的還一直來要求現場加掛，就算我不吃午餐一直看一直看，看到下午一兩點，一個病人還是只能分到兩三分鐘的時間，你說這樣我怎麼可能每個人都當面很詳細的解說？真的要照你們要求的那種巨細靡遺講到懂的話，我看我大概一個上午加一個下午都看不完那六、七十個人，所以一定要用提供書面資料來當作告知啊！孕婦回去看了如果不懂的話可以自己查一下資料，再不懂就下次來問我嘛，或是趁醫院開衛教課程的時候去問一下，光靠醫生的力量想進行全面的告知真的不可能。」³²⁵

雖然最高法院判決³²⁶指出病人簽署同意書並不代表醫生已經確實踐行告知義務，但對醫師而言，他們還是認為同意書是證明「已踐行告知義務」的重要證據，也可以趁跟病人講解時在檢驗報告上畫記或是載明於病歷，證明自己已經履行告知義務。

「從第一次產檢到生產，是個非常漫長的過程，所以醫師是分多次告知，為了避免醫師遺忘自己告知的事項，所以在告知之後最好在病歷上載明，而且請病人簽署同意書，同意書都是統一的單張，而且內容充分，醫師在請病人簽名前必須要充分告知，這些都是以後發生糾紛時重要的證據。」³²⁷

「醫生為了自保，檢驗報告出來後會拿著檢驗報告解釋給孕婦聽，一邊講可能一邊做點註記，將來若有糾紛，只要看當初的檢驗報告，就可以知道醫生確實有拿著報告對病人進行解釋告知的動作。」³²⁸

此外，醫師似乎認為除了由醫生提供書面資料外，孕婦自己主動查找相關資料也是很重要的事情。不過在要求孕婦主動涉獵相關知識上似乎存有城鄉差距的問題。

³²⁴ A2 受訪者訪談資料

³²⁵ A3 受訪者訪談資料

³²⁶ 最高法院 94 年台上字第 2676 號判決。最高法院於本案中接受美國法上「告知後同意」的概念，並且對我國臨床實務中，究竟醫生在取得病人告知後同意時，其應該審酌的事項為何，有清楚的說明。雖然本案是刑事案件，而刑事案件中是否有告知後同意原則之適用尚有爭議，但本案對於告知後同意法則在我國實務操作的具體化上，仍有重大貢獻。詳見楊秀儀，前揭註 124，頁 212-14。

³²⁷ A1 受訪者訪談資料

³²⁸ A2 受訪者訪談資料

「要說的事情實在太多了，怎麼可能一次說的完，當然是碰到什麼說什麼，而且也不可能光靠醫生說，也是要要求孕婦自己做功課，可以跟他們說資料來源，讓他們自己去研究一下。」³²⁹

「我還蠻常要求孕婦自己做功課的啊，畢竟自己有什麼特殊情形自己最清楚，有時候他沒說我們也不知道，如果孕婦能夠針對自己的情況自己多做一點功課，然後針對有問題的地方再提出來跟醫生討論的話，真的會有很大的幫助。」³³⁰

「自己找資料喔，理論上當然是自己多讀一點書比較好啊，但我們這裡很多越南的，剛來沒多久連台語都還不會講就懷孕了，那種來產檢就已經很麻煩了，他根本不認識國字你要他怎麼自己做功課？」³³¹

(3) 告知內容

由於孕婦通常不具備醫療專業知識，在告知內容上醫生需特別注意細節部份。進行篩檢時，必須要告訴孕婦檢查結果的真正意義，也必須確實告知篩檢和診斷³³²之間的差別：當篩檢結果落入安全群者，不代表胎兒絕對健康；反之，結果落入危險群也不代表胎兒沒有健康的可能，只是胎兒有異常情況的機率較高。

「當醫師告知孕婦產檢結果時，必須要強調科學的概率，至少要讓孕婦知道這是個科學統計的結果，但是孕婦希望得到的答案是：胎兒是否一定健康、是否絕對沒有遺傳疾病，這種確定的答案。但是在醫學技術的侷限性下，醫師沒有辦法提供絕對的答案，所以在告知的時候，也不要提供病人確定的答案，避免造成日後的糾紛。例如簽署母血篩檢的同意書³³³時，必須告知孕婦，即使是安全群，也只是或然率，不代表你的小孩真的健康，只是異常的機率比較低而已。」³³⁴

³²⁹ A3 受訪者訪談資料

³³⁰ A4 受訪者訪談資料

³³¹ A5 受訪者訪談資料

³³² 篩選檢驗與診查判斷，是臨床醫學上常見的兩個名詞，而為了方便起見，大多數人均將其簡稱為篩檢與診斷。因此，許多病患及家屬會將篩檢與診斷的結果劃上等號，其實這是錯誤的。篩檢（Screen）多應用於一般大眾，所以常以較經濟、簡易的方法，取得病患的檢體，再以各種方式，將病人分為高低危險群，或一個數據，提供醫師去推測此病人患有某種疾病的機率，所得到的數據大多數為百分比或某數值到另一數值的範圍（例如：1 比 200 或 0.3~0.5 等）。因此，所測得的結果是一個參考數值或分類而非平常精密檢查的「正常」與「不正常」的結果。診斷（Diagnosis）則是針對有症狀之病患或已經篩檢出高危險群的人，以醫學上審慎精密的方式，實際去診查病患個體，例如，斷層掃描，剖腹探查，細胞培養，組織切片等，藉以得知確定病患是否患有該疾病，而所得到的答案，就只有「正常」與「不正常」兩種，診斷一旦確立，則可給與病人準確的醫療諮詢及治療。詳見劉瑞穗、蕭晴文，「篩檢與診斷」，台北長庚婦產科月刊，1999 年 12 月：<http://www.tmn.idv.tw/cgobsgyn/8812.htm#s3>（最後點閱時間：2010 年 3 月 5 日）。

³³³ 可參見本文附件 4 之「母血唐氏症篩檢的臨床意義」說明單張。

³³⁴ A1 受訪者訪談資料

「篩檢結果當然沒辦法保證絕對安全，只能告訴病人可能性。醫師只有建議權，沒辦法幫孕婦決定，沒辦法保證，只能說孕婦的情況是在醫學上合理的預期之內。」³³⁵

「你去看過那麼多醫生，有聽過醫生給你保證的嗎？很少嘛...醫生基本上就是沒有在保證的啊，醫生能做的就是確實告訴你檢驗結果，然後跟你說每種檢驗都有限制，不是百分之百絕對。」³³⁶

如果孕婦希望獲得更加明確的答案，醫師應提供更進一步的精密檢驗的相關資訊，例如：孕婦若對於母血篩檢結果不放心，可以建議其進行羊膜穿刺，即可獲得較為確定的答案；或是在一般超音波中胎兒情況不是很明顯時，醫師應評估是否有必要，並在認為有必要時主動建議孕婦接受高階或立體超音波掃描。但是建議孕婦進行其他檢驗時，相關檢查風險、以及檢查結果所代表的意義也必須清楚說明。若孕婦有特殊情況，須進一步作檢查時，醫師也必須主動告知，讓孕婦有選擇的機會。

「我會探求孕婦的內心，知道她真的的想法，如果她真的很想確定小孩的健康狀況，就建議她做羊膜穿刺。不過因為抽羊水是侵入性檢查，所以會有早產、流產的風險都要說清楚。但是羊膜穿刺檢查，也只代表染色體沒有問題，基因也可能有問題。要建議孕婦做SMA基因檢查，這些是自費，但檢查結果也是或然率，不能確定。」³³⁷

「如果有病人羊水過多，我會建議她抽羊水檢查會比較保險，可是她覺得有危險，不想抽，那我也只能尊重她。」³³⁸

相反的，有時候是孕婦主動要求自費進行非常多精密的測試，此時醫生雖可讓孕婦盡情的自費做所有她想做的檢驗，但仍不妨對孕婦做基礎衛教，讓孕婦知道所有的產前檢查技術都有侷限性，很多檢查並非必要，不是做了最精密的檢驗就可完全確保胎兒健康，例如即使自費接受高層次超音波掃描，其準確性依舊只有 80%左右，且高層次超音波一樣受到超音波物理特性及胎兒發育的限制³³⁹，當孕婦對此一事實不知情，以為自費做了檢驗就可確保胎兒健康，將來若生出殘疾嬰兒，即會產生計畫外生育的爭議。

「通常都是第一胎的孕婦會特別小心翼翼，自己做了很多功課後什麼檢查都想做，自費很貴也不怕，為的只是想確保小孩的健康情形，但有時候我會跟他們說不管再貴再精密的檢驗，都有極限，準確率不可能達到百分之百，小孩生出來之前沒有人能保證絕對是健康的。」³⁴⁰

³³⁵ A2 受訪者訪談資料

³³⁶ A5 受訪者訪談資料

³³⁷ A1 受訪者訪談資料

³³⁸ A2 受訪者訪談資料

³³⁹ 孕婦健康手冊，行政院衛生署國民健康局編印，頁 24（2008）

³⁴⁰ A4 受訪者訪談資料

「最近的新聞，有個嬰兒患有『艾德華氏症』，媽媽說之前醫生照八次都看不出來，結果後來的醫師照了一次就看出來了³⁴¹。這個疾病是典型的染色體異常，早週數因為小孩還非常的小，所以異常狀況可能看不到，所以可以合理的相信，之前八次可能都因為週數太少，醫生當然看不出來，之後第九次照，因為週數夠了小孩夠大，當然可以看的出來。而且染色體異常，怎麼能夠用超音波診斷出來？即使超音波照出小孩有異常，也不可能直接診斷出小孩有艾德華氏症，而是利用超音波作一個篩檢的動作，發現小孩有異常情形才做進一步檢查。超音波本身是不能發現染色體異常疾病的。」³⁴²

醫學本非絕對，更何況產科醫學仍在發展階段，未臻成熟。醫師在提供常規檢驗結果的同時，除了確實告知檢驗結果所代表的意義外，應視情況提供孕婦更進一步的檢驗資訊，建議她們尋求更多專業意見、進行更先進的檢查，以獲得更多資訊，幫助她們了解確實胎兒的情形。但在此同時也應清楚告知孕婦醫療技術的侷限性，避免孕婦誤以為更進一步的精密檢驗結果就是絕對，導致計畫外生育的發生。可是實務上醫生碰到的問題似乎是孕婦常常無法接受檢驗結果並非絕對，只是數字計算出的概率這個事實，有時候甚至會因而誤解醫師的說明。

「超音波檢查是任何時間都可以作，但是健保只有給付一次，其餘都要自費。產科已經有累積的數據，幾周應該長多大、體重多重，都可以由超音波檢測出來。但是醫師在告知的時候必須要秉持著『看到什麼講什麼』、『會看到什麼程度』、『看不到也要講看不到』都要說清楚。而且在告知的時候必須給予關心，如果孕婦想要知道得更清楚，也要告知他可以找更好的技術。」³⁴³

「會產生糾紛可能是告知的不足，或是雖然醫師告知『有問題』，但是那種『問題』可能有非常多種，必須做進一步的檢查，才可發現問題所在。而且我們事後想要判斷當時醫生的判斷是否正確，其實沒辦法，可能會有事後諸葛的情形。」³⁴⁴

「醫生要做的事情真的很多，除了做好檢驗、告知孕婦檢驗結果外，有時候如果看孕婦一直很擔心的樣子還要建議他做更精密的檢查，但是建議做更精密的檢查後，醫生又要擔心孕婦以為這是醫生建議的，做了會更好，可以百分百確定小孩健康，這時候醫生就得花很多力氣讓孕婦明白說雖然這是我建議你做的檢查，但我也不能保證你做了這種檢查後就可以看出小孩一定健康或一定不健康。...實際上的情形是，很多人沒辦法接受這種不確定性...」³⁴⁵

³⁴¹ 該則新聞可參見 TVBS：「產檢照不出畸形 婦控醫院害人命」

http://www.tvbs.com.tw/news/news_list.asp?no=yu20081222125540（最後點閱時間：2010年3月5日）

³⁴² A2 受訪者訪談資料

³⁴³ A1 受訪者訪談資料

³⁴⁴ A2 受訪者訪談資料

³⁴⁵ A5 受訪者訪談資料

「大部分的人都希望我們給他們一個肯定的保證，但是醫生就是不能保證嘛...我們一定會一直強調這只是一個概率，只是我覺得大部分人根本聽不進這些話啊，當我們說機會很小的時候，孕婦常常都自己解讀成『醫生說我的小孩沒問題』，這種理解其實也讓我們很無奈啊」³⁴⁶

(4) 告知義務人—以醫生為主

司法實務上認為產前檢查契約的締約主體是孕婦及進行產前檢查的醫療機構，但實際進行告知的告知義務人，仍應以醫師為主。理論上，產前檢查的過程中，主要係醫師進行檢查，自應由醫師作說明，其他醫事人員只是作一般性、非針對性的衛生教育、保健常識宣導，不能取代醫師。

「護士只是幫忙量血壓、身高這些檢查，主要還是我來說明，他們只會作非針對性的衛教、飲食、作息應該要注意的事情，檢驗報告、超音波、大部分的產檢還是由我來說，因為我就是作檢查的醫生。」³⁴⁷

「我們這種小診所，也不像大醫院還有開什麼特別的衛教課程，當然什麼事情都是我來說啦，護士頂多在旁邊幫忙做一些簡單的檢查。」³⁴⁸

但在人力、時間等現實因素的考量上，也有醫師認為應由其他醫事人員分攤醫師的告知義務，一般性事項部份，例如各種產前檢查技術的介紹及醫療技術的侷限性等，應可由護士等其他醫事人員進行告知；孕婦個人的針對性事項，例如個人檢驗結果及個人懷孕風險評估等，才必須完全由醫師進行告知。

「理論上當然全部都是醫師來說最好，但時就像我剛剛說過的，門診時一個孕婦只能分到幾分鐘，醫生怎麼可能有時間完整的解說...所以還是需要孕婦或醫院特別的衛教課程的輔助」³⁴⁹

「我覺得要求所有告知事項都要醫生親自說有實際執行上的困難，以我自己為例，醫院裡針對孕婦有很多衛教課程，我就很鼓勵孕婦去參加那個，畢竟很多事情我只能稍微帶過，如果孕婦去上那個課會了解的更清楚一點。」³⁵⁰

(5) 告知對象—以孕婦為主

既然產前檢查契約的締約主體是孕婦及進行產前檢查的醫療機構，應該接受告知的對象自然以孕婦為主。醫療實務上，醫生普遍也認為產前檢查的結果主要應告知孕

³⁴⁶ A3 受訪者訪談資料

³⁴⁷ A1 受訪者訪談資料

³⁴⁸ A5 受訪者訪談資料

³⁴⁹ A3 受訪者訪談資料

³⁵⁰ A4 受訪者訪談資料

婦，因為母體是胎兒賴以生存的地方，母親和胎兒密不可分、息息相關。

「我都會跟孕婦說明清楚，如果先生有陪她來當然是一起聽，不過主要還是跟孕婦說明清楚」³⁵¹

「說明當然是以對孕婦說明為主，畢竟那是他的身體，當然如果家屬一起來做產檢就一起說明，畢竟孕婦做決定時常常要跟家人討論。」³⁵²

惟胎兒檢驗出患有遺傳性疾病、或孕婦不適合懷孕，決定進行人工流產時，必須符合優生保健法的規定，獲得法定代理人或配偶的同意，並簽具同意書，始得進行。

「如果決定要人工流產，一切要依優生保健法的規定，未成年人要有法定代理人的同意，已婚者要有配偶的同意才能進行，所以同意書上面都要有法代或配偶的簽名。」³⁵³

若遇到特殊情形，例如孕婦有語言上的障礙時，應盡量尋求翻譯的協助，否則很容易發生孕婦與醫師無法溝通的情形，對孕婦來說懷孕風險也隨之提高。

「很多越南的剛嫁過來沒多久，國語、台語都還不太會說就懷孕了，來檢查的時候真的無法溝通，所以我都會要陪她來檢查的家人回去看看有沒有她的同鄉國語、台語已經講的不錯的了，拜託人家下次陪著來產檢幫忙翻譯，不然我說什麼她都聽不懂，她說的我也都聽不懂，實在是很麻煩。」³⁵⁴

(6) 醫師認為孕婦也有誠實告知的義務

孕婦必須就其家族史、病史、工作狀況等個人基本資料對醫生據實已告，以幫助醫生精準評估孕婦的懷孕狀況，否則醫生無從作出最正確的判斷，甚至可能會因為孕婦的隱瞞導致醫生判斷錯誤，進而傷害孕婦及胎兒的健康。惟當孕婦不清楚哪些狀況有特別告知的必要時，醫生應依其專業及經驗就特別重要事項再作詢問。

「孕婦的家族史、自己的生活史、疾病史的檢討，孕婦必須要充分詳細的告訴醫師，例如近期的服用藥物、工作環境、疾病史、年齡等。我會主動問：『有還有要交代的事情嗎？』看孕婦有沒有什麼特別情況要說明。孕婦要據實以告，這樣醫師財能夠充分的評估懷孕的狀況。」³⁵⁵

「孕婦手冊裡面的問題必須要確實、誠實的回答，如果有所隱瞞，對於我評估狀況都

³⁵¹ A1 受訪者訪談資料

³⁵² A2 受訪者訪談資料

³⁵³ A1 受訪者訪談資料

³⁵⁴ A5 受訪者訪談資料

³⁵⁵ A1 受訪者訪談資料

是不利的，因為我根本不知道。之後我會再針對婦產科的問題詢問。例如是否開過刀，是否有過婦科疾病，但是不會問病人隱私相關問題。不過還是有發生孕婦隱瞞的情況，例如做過很多次刮除手術也不說，結果生產時才產後大出血，或是有其他婦產科的病症發生，此時如何能苛責醫師要求醫師負責？病人不講，醫師根本無法探求的到。」³⁵⁶

「孕婦除了仔細、老實的回答孕婦手冊上的問題外，如果覺得自己有什麼特殊情形最好也是一開始就跟醫生說，...最常碰到的就是老公陪著來產檢時，孕婦以前曾經墮胎過也不說，之後出狀況了才偷偷跟我說做過墮胎，難怪身體狀況不好...。」³⁵⁷

孕婦就其特殊狀況（高齡、特殊工作環境、有流產經驗）據實以告不僅有利醫生評估懷孕狀況，在特殊情況也須適用不同的醫療常規。

「碰到高齡產婦，就會依據高齡產婦的醫療常規來做，例如：34歲以上就必須做羊膜穿刺看有沒有唐氏症、活動必須限制不能太劇烈。在電池工廠、鉛工廠、油漆工廠工作的，我就會要求孕婦抽血檢查血液中重金屬含量是否過高。重點是，孕婦必須主動告知自己的職業或是其他特殊的自身情況，不然我不知道孕婦的情形，自然無從針對個案特殊狀況進行告知。不只工作，胎次、病史之類的，除了在第一次就診的問卷中必須據實回答外，孕婦本身也有告知的義務」³⁵⁸

「我們這裡還蠻多科技公司的作業員會來看診，那種作業員的工作一次輪班就是十二小時，就算做二休二，對孕婦來說還是很大的身體負擔，所以我都會建議看孕婦能不能改上常日班...。」³⁵⁹

「我這裡比較少碰到墮胎過的或高齡的，但是如果是越南來的，雖然他們來之前都有做過身體檢查了，我在超音波檢查時還是會看的特別仔細，免得有畸形我沒看到」³⁶⁰

2. 孕婦接受告知的情形

(1) 孕婦告知醫生自身基本資料的方式—書面問卷為主，醫師口頭詢問為輔

醫生獲得孕婦資訊的方式多以制式表格或問卷進行，孕婦的家族史、病史等狀況仰賴孕婦主動告知。由孕婦角度觀察，多數醫生只憑孕婦回答問卷的內容作判斷，頂多就問卷內容做進一步詢問，不一定會主動提問問卷未提及的事項。故若孕婦明知自身有某種特殊情況，或是對於自身背景、環境等因素是否影響懷孕有疑慮的話，應該主動

³⁵⁶ A2 受訪者訪談資料

³⁵⁷ A3 受訪者訪談資料

³⁵⁸ A2 受訪者訪談資料

³⁵⁹ A4 受訪者訪談資料

³⁶⁰ A5 受訪者訪談資料

向醫生提問，以使醫生提供專業意見。

「孕婦手冊上有個表格，包括過去生過幾個小孩、小孩生出來狀況如何、有沒有流產或墮胎過，還有一些健康狀況的問題，第一次產檢時醫生會看那個表格，也會再給我一份問卷要我當場填。...醫生看到職業是律師，有問我一般工作時間的長短，說睡眠不足的話容易影響胎兒健康。」³⁶¹

「醫生看到我是作業員，有特別問我的工作環境還有工作時間。」³⁶²

「醫生說我很年輕基本上不太會有什麼問題，但有問我以前有沒有墮胎過。」³⁶³

「醫院有提供制式問卷讓孕婦填，例如第幾胎，是否有流產紀錄，家族中是否有雙胞胎基因等。至於個人特殊的狀況，例如因為工作因素需要長途飛行，必須孕婦提出問題向醫生諮詢，醫生才會針對個人情況做建議。」³⁶⁴

「醫生只有看我填的表格，從表格裡面問了一些問題，沒有特別問什麼其他的。」³⁶⁵

若碰到本身情況明顯較為特殊的孕婦，醫生通常還是會在制式詢問之外，主動詢問孕婦的個人情況或是提醒孕婦關於懷孕時應該注意的事項。

「我剛發現懷孕時根本不敢跟家裡說，所以還是繼續去上課，醫生叫我到學校去時要小心不要有碰撞，但也不是什麼運動都不能做，不要太過激烈就好。」³⁶⁶

「我剛過來時語言不通根本聽不懂醫生在講什麼，只好拜託鄰居來當翻譯。醫生看我是從越南來的，有特別問我越南的家那邊有沒有人生出畸型的小孩過」³⁶⁷

「醫生說我是高齡產婦，什麼事情都必須比較注意，除了一定要照規定時間回去產檢外，飲食、活動最好也都要跟著調整，說畢竟我年紀比較大，胚胎品質本來可能就比較不好了，要是這次流產下次就更難懷孕...。」³⁶⁸

(2) 產前檢查方式的告知

a. 母血唐氏症篩檢

在全民健保體系下，健保給付孕婦進行十次產前檢查，給付時程、服務項目及建

³⁶¹ B6 受訪者訪談資料

³⁶² B3 受訪者訪談資料

³⁶³ B4 受訪者訪談資料

³⁶⁴ B2 受訪者訪談資料

³⁶⁵ B10 受訪者訪談資料

³⁶⁶ B9 受訪者訪談資料

³⁶⁷ B7 受訪者訪談資料

³⁶⁸ B8 受訪者訪談資料

議進行產檢的週數在孕婦健康手冊中都有詳細記載³⁶⁹。但在產前篩檢上，有許多檢查項目因為個人情況複雜、費用高昂等因素，被認為是非常規檢查³⁷⁰，因而未被納入健保給付。為求慎重，在成本效益及投資報酬率的考量上，通常醫生都會建議孕婦自費做部分檢查，例如母血唐氏症篩檢因為成本相對低廉，且幾乎無風險存在，雖然平均而言只能篩檢出 60-70% 的唐氏症，但由流行病學的角度，以及檢查的經濟效益來看，依舊是一種相當有價值的檢查項目³⁷¹，因而成為最常被建議進行的自費檢查項目之一。

「我都照孕婦手冊上說的定期做產檢，醫生還蠻常建議我自費做一些檢查的，我想既然是醫生建議的，又可以避免我生下問題的小孩，所以幾乎都會做...大概做過抽血驗唐氏症的，也做過檢查有沒有糖尿病的...。」³⁷²

「醫生說雖然我的年紀生下唐氏症小孩的機會很小，不過為了以防萬一，還是要我自費抽血驗驗看我的小孩有沒有得唐氏症。」³⁷³

「自費檢查醫生是不是能賺比較多啊？醫生很常建議我自費做這個做那個的，健保有出的根本很少，要看小孩有沒有生病的檢查幾乎都要自費...。」³⁷⁴

b. 羊膜穿刺檢查

醫學統計數據顯示，母親的年齡與胎兒發生染色體異常的機率成正比，易言之，母親年齡越高，胎兒發生唐氏症及其他各種染色體異常的機會也越高。以唐氏症為例，母親年齡 20 歲時，胎兒發生唐氏症的機率是 1/1923，但若母親年齡為 34 歲，則產下唐氏症嬰兒的機率則大幅提升至 1/465³⁷⁵。故當孕婦為高齡產婦³⁷⁶時，由於生下唐氏症小孩的機率高，醫生會直接告知孕婦必須進行羊膜穿刺。醫生會主動說明羊膜穿刺這種侵入性檢查可能帶來的風險，但同時也強調風險微乎其微，以現行技術而言羊膜穿刺相當安全³⁷⁷。倘若孕婦尚非高齡產婦，但趨近於高齡產婦的年齡，且明顯無法接

³⁶⁹ 孕婦健康手冊，前揭註 340，頁 3。

³⁷⁰ 常見的非常規檢查，包括母血唐氏症篩檢、妊娠糖尿病篩檢、孕期乙型鏈球菌篩檢、羊膜穿刺等。同前註，頁 22。

³⁷¹ 李從業，前揭註 25，頁 59。

³⁷² B5 受訪者訪談資料

³⁷³ B9 受訪者訪談資料

³⁷⁴ B3 受訪者訪談資料

³⁷⁵ 顏兆熊等著，產科遺傳學及產前診斷，頁 134（1991）。

³⁷⁶ 高齡產婦，是指生產時年滿 35 歲的婦女，衛生署為宣導方便，改以滿 34 歲受孕的婦女為主。因為年滿 35 歲以上生產的婦女，寶寶出生後的染色體異常的機會較 35 歲以下的懷孕婦女為高。因此，將年滿 34 歲以後懷孕的婦女做為一個分界點，稱為高齡產婦。詳見新樓醫院—健康園地—婦產科：http://www.sinlau.org.tw/homestyle.php?styl=09&strlink=Activity2Detail03&act_id=156（最後點閱時間：2010 年 3 月 5 日）

³⁷⁷ 除了孕婦口述他們接受醫生告知時醫生對羊膜穿刺的看法外，筆者針對婦產科醫師進行訪談時，也發現五位醫師普遍認為羊膜穿刺相對而言並非高風險的檢驗方式，在透過羊水分析對於唐氏症的診斷確診率可以大幅提升的前提下，考量生下唐氏症小孩所必須負擔的高額醫療照護相關費用，雖然自費

受唐氏症小孩此時，醫生仍會強烈建議接受羊膜穿刺檢查。此外，醫師會藉由說明檢驗報告，進一步提醒孕婦羊膜穿刺的侷限性。

「醫師跟我說不需要母血篩檢，直接進行羊膜穿刺，因為我是高齡產婦。我後來主動詢問羊水檢驗報告的侷限性，醫師再告訴我報告上均有記載：「僅可檢查出特定項目的疾病」，檢驗出沒有唐氏症並不代表基因完全沒有問題。但是我本身一直有流產的跡象，而羊膜穿刺又有增加流產的風險，所以相當猶豫，但是我本身希望有個健康的孩子，所以經過風險評估後，還是決定做羊膜穿刺，還好結果正常。」³⁷⁸

「我是高齡產婦，之前自己找資料知道我生下唐氏症小孩的機會比年輕女生高很多，醫生也說我生下唐氏症小孩的風險很高，要我直接做羊膜穿刺檢查，如果小孩不健康就要快點決定是不是要墮胎。...我問醫生說羊膜穿刺不是有流產的危險嗎？醫生反問我說，那個風險很小，你是要因為擔心風險不做羊膜穿刺，結果生下唐寶寶，還是要冒著很低很低的流產風險作檢查，確定自己的小孩是健康的？我聽了覺得好像有道理，而且我真的不想我的小孩有唐氏症，所以最後還是做了羊膜穿刺檢查。」³⁷⁹

「我不是高齡產婦，可是因為是第一胎，什麼都希望很小心，而且真的不能接受唐氏症寶寶，所以即使母血檢驗結果值正常且並非危險邊緣，還是決定要穿刺，而且用羊膜穿刺的話可以非常明確的知道小孩性別。」³⁸⁰

但也有孕婦雖然選擇進行羊膜穿刺檢查，卻因為醫生的告知不足甚至誤導，導致孕婦誤會羊膜穿刺檢查的目的。若真如此，不僅可能無謂的增加孕婦懷孕過程中的風險（即使風險甚低亦同），也可能在孕婦並非真實了解羊膜穿刺意義的情況下，使孕婦同意進行羊膜穿刺的「同意」行為，並非出於真摯的同意，有潛在導致糾紛的風險。

「醫生跟我說做羊膜穿刺後什麼病都可以看出來，所以我就做了...」³⁸¹

c. 超音波檢查

婦產科超音波掃描在孕期有許多功能：可以在懷孕早期用以確認妊娠週數，也可以用以偵測胎兒之構造、羊水量與胎盤等是否正常。由於許多胎兒染色體或基因的問題，會以嚴重程度不一的器官異常或畸型來表現，因此超音波掃描如果發現異常，可以考慮進一步遺傳檢查（如羊膜穿刺術）的必要性³⁸²。惟超音波的檢查目標是胎兒的

進行羊膜穿刺的費用相當高昂（新台幣 6000 元上下），通常醫生還是會建議有潛在風險的孕婦進行羊膜穿刺。訪談過程中甚至有位醫師表示，其實他心裡認為所有的孕婦都應該接受羊膜穿刺檢查，如此才能確實診斷出唐氏症的發生。

³⁷⁸ B1 受訪者訪談資料

³⁷⁹ B8 受訪者訪談資料

³⁸⁰ B2 受訪者訪談資料

³⁸¹ B5 受訪者訪談資料

³⁸² 李從業，前揭註 25，頁 61（2008）。

組織結構，若胎兒的疾病並未造成組織結構上的變化，透過超音波將無法檢查得知。即使透過超音波得知胎兒有組織結構上的變異也無法立即確定胎兒所患疾病為何，仍須待進一步的染色體或基因檢查方可確定。此外，超音波尚受其物理特性上的限制、解析度不足、檢查週數等因素影響，導致可被超音波篩檢出的構造異常，僅佔所有胎兒器官疾病的 60-80%³⁸³。

孕婦的產檢經驗顯示，超音波檢查時，醫生會採取較保留的說法，主動說明超音波檢查的極限以及儀器功能上的限制，雖然孕婦多半能理解這種情況，但是仍然傾向希望醫生能保證小朋友的健康狀況良好，四肢發育正常。此外，健保於產前檢查的過程中只給付一次超音波檢查，排定於第三次產檢（約懷孕二十週）時進行，但早期超音波檢查有助於判斷妊娠週數，於整體產檢過程中，超音波也是很重要的輔助工具，所以醫生多半會建議孕婦自費多進行幾次一般超音波檢查。

「我做了 3D 的超音波，醫師表示心臟、腎臟沒問題，手指、腳趾都健全，都有指給我看。但是也有說明高層次超音波也都技術上面的限制，並不代表百分之百沒問題。而且在照超音波時，發現胎兒有體重不足的問題，醫生也建議我要增加體重。」³⁸⁴

「照超音波的時候醫生一邊照一邊講解給我聽，還印了一張小朋友的照片給我，雖然我之前看書就知道超音波可能會看不到小朋友少了手指或是其他情形，醫生也是這樣跟我說，但是還是會忍不住希望醫生能保證小朋友四肢都長的很好。」³⁸⁵

「醫生有說超音波檢查有極限，也有說他告訴我的只是現在看到的結果，因為角度問題或是懷孕週數問題可能小孩有狀況卻看不到，這種說法根本就缺乏建設性啊...。」³⁸⁶

若孕婦沒有表示「看得更清楚」的意願，醫生不見得會主動建議孕婦進行高層次超音波檢查。此外，超音波檢查畢竟只是一種胎兒的顯像，判讀超音波圖像者的經驗非常重要，相同的超音波影像若由不同醫生進行判讀，可能得到相當不同的結論，曾經有由不同醫生執行超音波檢查的經驗的孕婦，有時也可以感覺到這種差別。

「為了看的更清楚，即使醫生沒有建議，我也決定要做更高層次的超音波，其實醫生不一定會建議做更高層次的東西，有時候反而是孕婦自己要求的。除了儀器本身技術上的限制外，操作儀器的人（尤其是超音波）也很重要，厲害的醫生可以從超音波中看到很多東西。」³⁸⁷

「我一開始都是在家裡附近的診所做產檢，後來覺得不太安心才跑到大醫院去，大醫

³⁸³ 孕婦健康手冊，前揭註 340，頁 23-24。

³⁸⁴ B1 受訪者訪談資料

³⁸⁵ B10 受訪者訪談資料

³⁸⁶ B6 受訪者訪談資料

³⁸⁷ B2 受訪者訪談資料

院不知道是儀器比較好還是醫生比較厲害，可以從超音波中看到很多東西，之前診所醫生跟我說他看不到的，在醫院又做一次超音波檢查時很多都看到了。」³⁸⁸

(3) 進行告知者—主要由醫生對孕婦告知

由孕婦產前檢查的經驗觀察，尤其是檢驗結果的部分，主要由醫生對孕婦進行告知，筆者訪談的十個個案中，並沒有出現由護士或其他醫事人員代替醫生告知檢驗報告之情形。但是醫生通常只是單純告知孕婦檢驗結果，除非胎兒有異常需要做進一步檢驗，否則醫生並不會對檢驗結果所代表的意義深入說明，頂多藉由檢驗報告重申該項檢驗技術的侷限性。

「抽完羊水後，醫生跟我說大概兩到三個禮拜後會有結果，...來看檢驗報告時，是醫生自己跟我講解的。」³⁸⁹

「我每次看檢驗報告都是醫生跟我講檢驗結果，但是他其實也只是把報告的數字什麼的唸給我聽而已，沒有多做什麼講解。想要知道詳細一點還是要自己問不然就是自己找資料。」³⁹⁰

「每次去看報告都等超久的，好不容易輪到我，醫生看了一下報告就說：『小孩很好，沒問題』，然後問一下我有沒有覺得哪裡不舒服，讓護士幫我量一下身高、體重還有血壓，接著就想把我打發走了。」³⁹¹

對於相對較為弱勢的孕婦，例如年紀輕、學歷低，或是外籍配偶，醫生在檢驗結果的說明上似乎較為簡略，有忽視這些孕婦的權益之嫌。即使部分孕婦主觀不希望醫生多做說明，醫師仍不應將所有孕婦推定為無須詳細說明

「我有時候會覺得醫生很隨便，就告訴你檢查結果而已，很多東西都要自己另外問才知道，要是我不知道要問不就糟糕了」³⁹²

「我剛來台灣的時候不太會講國語，雖然拜託人家跟我一起去產檢幫我翻譯，但我還是覺得醫生好像看我跟他語言不通就很隨便的樣子。」³⁹³

「我是覺得醫生不用講那麼多啦，反正我只是想要知道檢查結果，小孩沒問題就好了，一直講一樣的事情還蠻囉嗦的。」³⁹⁴

³⁸⁸ B4 受訪者訪談資料

³⁸⁹ B8 受訪者訪談資料

³⁹⁰ B6 受訪者訪談資料

³⁹¹ B3 受訪者訪談資料

³⁹² B4 受訪者訪談資料

³⁹³ B7 受訪者訪談資料

³⁹⁴ B9 受訪者訪談資料

部分醫療機構在產檢過程中，針對非特定性的一般教育事項，會委由護士或其他醫事人員進行告知，甚至透過醫療機構開設之衛教課程或媽媽教室等管道，讓孕婦取得相關資訊。

「我去產檢的醫院有開一些給孕婦上的課程，例如懷孕期的心理調適啊，或是跟你說懷孕期身體會有什麼正常的改變之類的，我有空的話就會去上，從那邊可以學到不少東西，也多認識一些媽媽，有時候可以討論一下交換一下心得。」³⁹⁵

「一些比較簡單的事情通常都是護士在跟我說明，例如吃東西要注意什麼」³⁹⁶

也有部分醫生會鼓勵甚至要求孕婦自己查找相關資料，在醫生看診時間普遍不足，需要傳達的事情又多如牛毛的情況下，讓孕婦自行查找相關資料，事後再詢問醫生或跟醫生進行討論，似乎是日前實施產前檢查時醫生偏好的作法，此種情形又以在大醫院進行產前檢查的孕婦更為明顯。

「門診人超多的，每次醫生都只跟我簡單的說一下就叫我回家自己找書或上網找資料，有問題再打電話到診間或下次問他。」³⁹⁷

「就算不用醫生要求我也會自己做功課找資料，不然光靠醫生說哪夠啊，而且自己不懂的話很容易被醫生牽著鼻子走，當然要自己多找一點資料來看啊！」³⁹⁸

「醫生有建議我自己找一點資料來看，但上班很忙，只能抽出一點時間看一點媽媽寶寶之類的雜誌。」³⁹⁹

(4) 對產前檢查接受告知的整體觀感

現在的醫師普遍採取謹慎小心的態度，把話說得很保留，不喜歡給予確定的答覆。面臨多種檢驗方式時也傾向讓孕婦自行決定，頂多幫助孕婦評估各種選擇的優劣，但絕對不會代替孕婦做出選擇。在這種情況下，部分孕婦認為尋求多方意見（second opinion）和蒐集相關資訊顯得格外重要。

「現在的醫生其實都很保護自己，在解說的時候都會強調『依據這個角度可以看到的』，或是『檢驗結果只是種概率並非絕對』。感覺上醫生真的蠻輕鬆的，除非是有特殊問題，不然一般都只是例行性的產檢，檢查時也會說看起來如何如何，回家後如何

³⁹⁵ B10 受訪者訪談資料

³⁹⁶ B5 受訪者訪談資料

³⁹⁷ B4 受訪者訪談資料

³⁹⁸ B6 受訪者訪談資料

³⁹⁹ B8 受訪者訪談資料

保健，不把話說滿保留彈性，即使到時候小孩生出來真的有問題也沒辦法。」⁴⁰⁰

「在懷孕的過程中，我看了很多書，知道很多資訊，不過也獲得醫師的幫助。新竹的醫師給我手機，讓我有問題時，都可以連絡他。例如：喝川貝枇杷膏會不會傷害胎兒，其實只需要電話諮詢就夠了，如果凡事都要去醫院，反而增加出血流產的風險。有了手機，聯絡起來就很方便。台北的醫師已經認識很久，他完全知道我的狀況，沒有什麼問題。」⁴⁰¹

「我做產檢的時候醫生跟我說了一大堆，然後要我自己選擇，但是他說的東西我很多都聽不懂，我哪知道哪個是最好的？希望醫生幫我選，結果醫生又不願意...。」⁴⁰²

理論上，醫師之前人人平等，每個人應該享有均等的醫療機會與一致的醫療服務品質，但是實際上醫生似乎仍舊有歧視弱勢孕婦之嫌。

「我常覺得醫生很冷漠，一點都不關心我，不知道跟我不是台灣人有沒有關係？我覺得在越南看過的醫生好像比較不會這樣。」⁴⁰³

「我常覺得醫生蠻隨便的，覺得好像都應付應付我一下而已，好像覺得說太多反正我也聽不懂或不想聽，還好我自己找了很多資料，不然真的很多事情都不知道。」⁴⁰⁴

第四項 小結

由上述訪談資料分析可知，在產前檢查的過程中，無論是進行告知的義務主體、接受告知的對象，或是告知的具體內容等，醫生和孕婦所描述的情況大致相符。由孕婦的角度觀察，原則上醫生是採取相當保留的態度，把產前檢查中各種不確定的情況說明清楚，盡量讓孕婦了解檢查的意義，並給予適度的建議，但是絕對不會代替孕婦做出決定。

但由訪談資料中仍可發現孕婦及醫生間有認知上的落差，可能導致醫生告知不充分的情況發生。例如由醫師的訪談結果可知，除了制式化的例行詢問外，醫生期待孕婦針對自身特殊情況對醫生主動說明，畢竟在通常情況下，孕婦與醫生互不認識，醫生不可能完全了解並掌握孕婦的背景，僅能透過孕婦對書面詢問的回答以及主訴個人的特殊身體狀況來做懷孕情況的評估。但由孕婦的立場觀察，確實而正確的回答醫生的書面提問自屬當然，但是自己的何種身體狀況會影響懷孕，並非每個孕婦都很清楚，易言之，面對醫師「你有沒有什麼個人身體狀況想特別說明？」之類的完全開放性的

⁴⁰⁰ B2 受訪者訪談資料

⁴⁰¹ B1 受訪者訪談資料

⁴⁰² B3 受訪者訪談資料

⁴⁰³ B7 受訪者訪談資料

⁴⁰⁴ B4 受訪者訪談資料

詢問時，孕婦可能不知道自己有需要說明的特殊情況，因而未告知醫生。孕婦可能影響胎兒生長的個人身體狀況有千百種，醫師不可能一一詢問，但完全開放性的詢問方式又可能使孕婦毫無頭緒不知從何回答起，為了調和這種狀況，除了要求孕婦只要心中有任何一點懷疑，認為自己的身體狀況可能會影響懷孕過程的順利，就必須向醫生提出疑問或告知外，顯然醫生有必要改變對孕婦提問的方式，應揚棄如「你有沒有什麼想說的？」、「你有沒有什麼個人的狀況想要特別說明？」等完全開放性的提問，改採如同「你有沒有某種婦科疾病？」、「你的家人親戚中有沒有人懷孕時出現問題的？」之類誘導性詢問，讓孕婦有跡可循，知道自己的哪些情況應具體向醫生說明。惟有在醫生確實了解孕婦的狀況，進而做出正確評估後，才能稍稍確保孕婦懷孕過程的順利，並且有助於防止計畫外生育的發生⁴⁰⁵。

此外，受訪的十位孕婦中，有幾位是所謂的弱勢族群，例如外籍配偶、學歷或社會經濟地位低落者、未成年人、未婚懷孕者等，訪談過程中筆者可以感受到部份醫師對於這些相對弱勢孕婦的漠視態度，當然孕婦自己的態度（例如求知慾較低、態度被動等）會影響醫師的作法，但根據醫學倫理，醫生實在不應該厚此失彼，以大小眼的態度對待孕婦。

再者，比對醫生及孕婦的訪談內容可以發現，二者都認為現行健保制度下，醫生看診數量過多導致看診品質下滑是不爭的事實。如何在看診品質及醫療機構營運間取得合適的平衡，是制度設計者必須嚴肅思考的問題。若因健保制度導致醫療品質嚴重下降，在人人有醫療，但人人都只能獲得品質低落的醫療的情況下，全民健保的美意可謂完全落空。

⁴⁰⁵ 例如非高齡產婦的孕婦曾經產下染色體異常的胎兒卻因故隱而未報，醫師不知孕婦係產下染色體異常小孩的高危險群，因而未要求孕婦進行羊膜穿刺，在母血唐氏症篩檢結果正常的情况下，最後孕婦意外產下唐氏症兒童，此時即可能發生計畫外生育的爭議。

第六章 結論與建議

第一節 計畫外生育是時代進步、科技發展後才會發生的新興議題

隨著科技發展，產前檢查技術日新月異，坊間各種大小醫院診所的婦產科間進行「武器競賽」不遺餘力，各種精密儀器紛紛被購置使用，不乏聽聞醫生吹噓自己的檢查有多精準，觀察入微，任何胎兒畸形都無所遁形。事實上，稱計畫外生育為一個伴隨科技發展而衍生的議題，應不為過。在產前檢查技術尚不發達的年代，小孩的性別、長相、健康與否等各種情形都必須等到小孩出生方可知悉，也因此會有胎位靠上的是女生，胎位靠下的是男生；聽到音樂旋律會胎動明顯的是女生，靜靜欣賞的是男生；喜歡待在腹部左邊的是女生，喜歡窩在右邊的是男生；心跳速度較快的是女生，反之則是男生；或是最常聽到的「肚尖弄璋，肚圓弄瓦」等各式各樣的說法。在那種年代，計畫外生育發生的機率相當低，既然沒有檢驗方式可以提前知道胎兒的各種狀況，當胎兒出生時，自然不會有所謂「計畫外」的情形。易言之，若無各種先進的產前檢查技術，號稱可以鉅細靡遺的讓準父母提前得知胎兒的種種情形，準父母們也不會因而對胎兒的狀況有高度樂觀期待，當胎兒出生時的健康狀況不如預期時，期待落空的失落心情伴隨著對於未來的種種憂慮，嬰兒父母們的心情可想而知。

醫學一直都是一塊充滿高度不確定性的領域，很多事情並非大部分人期待的若甲則乙的直線且絕對的發展。雖然隨著時間經過，今日的產前檢查技術已大幅超越過去，但不可否認的是仍有許多未知的領域待開發，除了產前檢查有其本身的侷限性外，許多胎兒的先天異常情形成因不明，無法透過產前檢查發現⁴⁰⁶。更何況，由於孕婦本身知識的不足，或甚至醫師的誤導，現今許多常用的產前檢查技術的效用其實遭到不當的誇大，諸如羊水分析結果可以使孕婦了解胎兒的所有健康情形⁴⁰⁷，或甚至超音波可以用來確診唐氏症⁴⁰⁸等等。準父母對於產前檢查結果的不當期待，是計畫外生育的幫兇之一。但若醫師們不彼此約束，互相攻擊對方連那麼大的缺憾也看不出來，或任意放話說懷孕三個月就可以看出胎兒性別，甚至在報紙上或電視記者會上大放厥詞，說

⁴⁰⁶ 成大醫院產科衛教單：<http://www.ncku.edu.tw/~obgyn/motherroom/mother/990109B.pdf>（最後點閱時間：2010年3月5日）

⁴⁰⁷ 羊膜穿刺取得羊水分析只能檢查染色體異常及單一基因疾病。一般而言，羊膜穿刺只針對染色體檢查，結果正常的話，只代表染色體（最常見而重要的是唐氏症）沒有問題，並不能排除其他非染色體所引起的疾病，例如大部份的先天性心臟病，智力障礙，兔唇顎裂，以及因為基因所引起的問題。換句話說，即使染色體的檢查結果正常，仍有大約2%的寶寶在出生時發現某些異常。柯滄銘，「產前檢查優生保健-談羊膜穿刺與絨毛採樣」：

<http://www.genephile.com.tw/articles/Chorionic%20villus%20sampling%20and%20amniocentesis%20Q&A.htm>（最後點閱時間：2010年3月5日）

⁴⁰⁸ 超音波可以用來觀察胎兒的外觀，有時可以因為胎兒先天構造異常而推斷出胎兒有某種染色體疾病，但超音波無法取代羊膜穿刺，意即無法由超音波診斷出有無唐氏症或其他染色體異常。衛生署基隆醫院，婦產科衛教資訊：

http://www.kln.doh.gov.tw/main_sec.php?index=hygiene_detail&id=203&no=a12&mid=45&pid=45&sid=04（最後點閱時間：2010年3月5日）

唐氏症可以用超音波就看得出來，可以想見計畫外生育的爭議只會越來越多，豈可不慎之？⁴⁰⁹

第二節 世界主要國家及我國均傾向認為計畫外生育為合法訴因

計畫外生育是個新興的議題，除了因為產檢技術的發展導致準父母對胎兒健康情形的期待越來越清晰明確，導致期待落空的機會增加外，另一個使計畫外生育議題有討論實益的因素是各國逐漸承認婦女在一定的條件下得施行人工流產。

美國目前可知最早被提起的 *wrongful birth action* 約在 1960 年代晚期，但在 *Roe v. Wade* 案之前，所有的此類案件皆被駁回，直到 *Roe v. Wade* 做出承認婦女有墮胎權的決定之後，計畫外生育的議題才有討論的空間。雖然美國在聯邦體制下，侵權行為乃州法管轄事項，並非全部的州都肯定 *wrongful birth action* 為一個合法的訴因，甚至有些州立法明文否認嬰兒父母得提起 *wrongful birth action*，但截至本世紀初，美國已有逾半數的州承認殘疾嬰兒的父母得以自己為原告，向進行產檢的醫生或醫院請求對其殘疾子女進行損害賠償。損害賠償的範圍原則上以因子女殘疾所導致之額外費用為限，精神上損害賠償部分則有爭議，各州作法不一。

法國雖然學界說法不一，但是實務界則見解一致，認為計畫外生育得作為訴因提起訴訟。德國部分則是一致肯定計畫外生育訴訟可以成立，但在損害賠償範圍，德國聯邦法院與德國聯邦憲法法院的見解非常歧異，主要爭執點在於殘疾子女的一般扶養費用是否得作為損害之一部而向被告請求損害賠償。德國聯邦法院自 1980 年代以後的判決均肯定父母得請求子女扶養費的損害賠償。但德國聯邦憲法法院則認為將小孩視為父母的損害有損其人性尊嚴，因而禁止將對孩子的扶養定位為一種損害。最後德國聯邦憲法法院承認聯邦法院有權透過法條適用與解釋來造法，聯邦憲法法院對於聯邦法院之見解必須尊重。是故，德國實務原則上承認計畫外生育訴訟，且損害賠償範圍可以包括殘疾子女的一般扶養費用。

日本有其自成一格的體系處理計畫外生育的問題。法院大都肯認當事人的請求，但在損害賠償範圍方面，以往法院認為問題涉及個人倫理道德，且難以建立病患財產上損害與醫師過失間的因果關係，向來否認財產上之損害賠償，僅肯認殘疾嬰兒的父母有慰撫金請求權。惟晚近有實務判決認為產下殘疾嬰兒之夫婦於養育照護該殘疾嬰兒之期間，必須共同負擔因應照顧該殘疾嬰兒之住家修改費用與特殊看護費用等額外之費用，並承受難以回復之精神上痛苦，因而受有財產上與精神上兩面之特別負擔，故除慰撫金外，已肯認財產上積極損害之賠償請求權。

⁴⁰⁹ 高添富，前揭註 212。

我國實務亦認為得以契約之債務不履行或侵權行為為請求權基礎，主張計畫外生育之損害賠償。但近十年來我國計畫外生育的判決數量相當稀少，14 個計畫外生育事件分別提起 15 件訴訟，這些案件經過上訴過程，最後產生 23 件計畫外生育的判決。與日本不同的是，我國原告敗訴比率相當高，終審原告敗訴佔了全部判決的 87%（共 13 件）。法院判決原告敗訴的理由多為醫療行為符合醫療常規無過失，未檢出胎兒殘疾乃係醫療技術之限制；即使鑑定意見指出醫生之醫療行為與現行醫療常規不符，醫生有過失存在，但法院認為胎兒之殘疾情形既係先天畸形，並非外力所致，被告之行為與原告之損害間並無因果關係存在，自不應令被告對原告負擔損害賠償責任。

綜上所述，世界各國基本上承認計畫外生育訴訟的存在，但因為各國對於「損害」的定義不同，而有不同的損害賠償範圍，主要爭執點在於扶養殘疾小孩的費用是否可以視為損害進而向醫師或醫療機構請求損害賠償。除德國聯邦法院外，其餘各國基本上皆認為父母僅可請求一般扶養費用以外因子女殘疾所導致之相關額外支出。

第三節 產前檢查契約的性質與內容

產前檢查屬於醫療行為之一種，應無疑義。以醫療關係為目的之契約即為醫療契約，醫療契約之性質學說上有諸多討論，諸如委任契約說、準委任契約說、僱傭契約說、承攬契約說、混合契約說、非典型契約說等。本文認為醫療契約既係病患與醫療機構約定，病患委託醫療機構提供醫療給付以期治癒疾病，醫療機構接受委託允為處理，自應屬於委任契約之一種。即使認為基於醫療行為之特殊性與專業性，醫療契約自應獨立成為一種非典型契約類型，但依據現行民法第 529 條規定：「關於勞務給付之契約，不屬於法律所定其他契約之種類者，適用關於委任之規定」，即使主張醫療契約為非典型契約，最終仍應適用關於委任之相關規定，與主張醫療契約為委任契約者為殊途同歸，僅論述方式上稍有差異。是故，產前檢查契約應可定性為委任契約或近似委任之非典型契約。

產前檢查契約之具體內容方面，須回歸締約當事人之真意檢視。主要爭議之處在於產前檢查契約之實質內容，究係產前檢查之各種篩檢與診斷之正確實施，或是包含實施產前檢查後，婦女得依據檢查結果選擇繼續妊娠或是進行人工流產之「中止懷孕的選擇權」。本文認為既然產前檢查契約之目的在確保孕婦及胎兒之健康，且醫師依優生保健法第 11 條第 2 項於特定情況下負擔勸使懷孕婦女接受人工流產之義務，則產前檢查契約內容勢必包含「得知檢驗結果後婦女中止懷孕的可能性」，如此方能確保產前檢查契約目的之達成。

除孕婦的中止懷孕選擇權外，本文認為產前檢查契約另一個重要的內容為醫師有告知孕婦精密檢驗資訊的義務。國內近十年來關於計畫外生育的判決，有 67%（10 件）涉及告知義務的問題，其中原告主張醫師未盡告知精密檢驗資訊義務者占 40%（4 件）。此種情況中，孕婦通常主張實施產檢的醫師未提供其精密檢驗資訊，若有提供，孕婦會選

擇接受該項檢查，或許就可及早發現胎兒異常而實施人工流產，故醫師未提供更進一步精密檢驗資訊違反產前檢查中相關告知義務的要求。本文認為，在承認「確保母體與胎兒健康」係產前檢查契約的主要內容與目的的前提下，為使產前檢查契約之目的確實達成，並使債權人的給付利益獲得最大可能之滿足，醫生自然有提供相關精密資訊之義務，唯有獲得相關資訊，孕婦才能確實做出選擇，決定接受何種程度之篩檢或診斷。

惟為避免對醫師加諸過高義務，導致防衛性醫療的發生，法院於判斷醫師之告知精密檢驗資訊義務時不應無限上綱，而應以同一領域中具有相同專門知識之醫生的標準判斷。此外，醫生雖有告知精密檢驗技術存在的義務，仍不妨於產檢中以其專業，建議孕婦接受或不接受某種精密檢驗。當然，醫師告知某種選擇存在，並提出專業建議後，最終仍需孕婦自行選擇是否接受某項檢驗並承擔伴隨該種檢驗而來風險。

第四節 計畫外生育侵害婦女的身體權、健康權與生育自主權

計畫外生育涉及的權利包括婦女的身體權、健康權、生育自主權及家庭計畫自主決定權等。身體權、健康權部分，雖然表面上看來孕婦之自主意識並未受到壓迫，乃自願做出繼續懷孕的決定，但基於醫生提供的錯誤資訊，在孕婦以為胎兒健康的情況下，不可能期待孕婦做出其他決定，其看似自主的決定與出於受壓迫的意志無異。是故，醫生對懷孕婦女所做出之「繼續懷孕」醫療處置，難謂業經孕婦有效之同意而阻卻違法，孕婦應得就其身體或健康權之損害請求損害賠償。

生育自主權部份向來爭議極大，本文認為即使主張胚胎自受精開始就應該獲得與人相同的地位，仍應肯認懷孕婦女有主張墮胎的權利。法律通常不會要求人們做出犧牲，以挽救他人生命，縱使胎兒有生命的權利，並不保證其同時擁有利用他人身軀的權利。此外，為順應時代潮流、落實性別平等，使婦女對自己的身體享有完整的自由，應該認為婦女有生育自主權，有自由決定中止懷孕的權利。再者，承認生育自主權有利於告知後同意的實踐。當醫生落實告知後同意，透過完整的溝通，讓受檢查的孕婦了解各種產前檢查技術的極限，可以事先避免計畫外生育的發生。另一方面，對孕婦而言承認生育自主權也可以達到事後彌補的效果，因醫師之過失而未受充分或正確告知各種產前檢查資訊或檢查結果的婦女，當導致產下有先天殘疾的胎兒時，得主張其生育自主權受到侵害，進而向醫生或醫療機構請求損害賠償。

家庭計畫自主決定權的部份，雖有學者主張孕婦無墮胎權，其可以選擇墮胎的權利乃本於其家庭計畫自主決定權而來，但此種用語有引發不必要的誤會與麻煩之嫌，本文認為直接肯認婦女得積極主張生育自主權即可。

第五節 醫生於產前檢查中的告知義務範圍

實務上關於醫師告知義務的爭議，可大略區分為兩種主張：醫生表示胎兒正常最後卻生下殘疾嬰兒（60%）、醫生未建議孕婦進行更精密的檢查（40%）。為使產前檢查契約之目的確實達成，並使孕婦於產前檢查契約中的權利獲得最大可能的滿足，醫生於產前檢查的過程中有提供孕婦相關精密資訊之義務，甚至應主動建議孕婦進行更精密的檢查，已如前述。

醫師表示胎兒正常最後卻生下殘疾嬰兒的部份，涉及醫師的注意義務。一般認為，醫師於醫療行為中應盡之注意義務包括結果預見義務與結果迴避義務。於產前檢查中，即使檢查之實施及結果之傳遞都正確無誤，但囿於醫療上之不確定性及產前檢查技術之侷限性，仍然可能發生計畫外生育。本文認為，計畫外生育是醫生提供產前檢查醫療給付時所不願意發生的結果，因而醫生於產前檢查中，除了必須預見計畫外生育發生之可能性存在，並應盡善良管理人之注意以避免計畫外生育之發生。為達此目的，醫師除有義務提供孕婦相關精密產前檢查技術之資訊外，亦應告知孕婦產前檢查技術之侷限性，使孕婦及家屬有心理準備。醫生若有告知產前檢查技術之侷限性，理性之孕婦即應對胎兒之健康狀況持保留態度，如此可以稍稍避免認定胎兒正常卻生下殘疾嬰兒對孕婦所帶來之心理衝擊。此外，醫生既有告知孕婦檢驗技術之侷限性，即可認為已盡到警告孕婦胎兒之健康情形可能不如預期之義務，當理性的孕婦因醫師之告知而對胎兒之健康狀況持保留態度時，其殘疾嬰兒之出生即非全然計畫外，對醫生而言，亦屬較有保障。

第六節 否定懷孕婦女的配偶有損害賠償請求權

觀察各國立法例，似乎都未區分殘疾嬰兒的父母，而將父母視為一體均得起訴請求計畫外生育的損害賠償。雖然實際上，當計畫外生育發生時，可預期殘疾嬰兒的父母雙方皆會受到一定程度的財產上及非財產上損害，但仍有必要檢討於法律上是否二者皆有合法提起損害賠償訴訟的法律依據。

孕婦方面，除了於計畫外生育中受有身體權、健康權、生育自主權的侵害，因而可以依據侵權行為請求損害賠償外，其身為產前檢查契約的締約人，於計畫外生育發生時，因債務不履行而受有損害，自然亦得依據契約關係請求損害賠償。

爭議之處在於孕婦之配偶於計畫外生育中是否有法律上權源主張損害賠償？實務認為孕婦之配偶無任何權利可以主張，本文亦採相同見解。契約關係部份，孕婦之配偶非產檢契約之締約人，自然無由基於契約關係求償。雖然有主張孕婦之配偶得援引德國法上契約保護效力及於第三人之概念請求損害賠償，但目前我國實務上並不承認此種責任型態存在。此外，契約保護效力及於第三人的理論必須假設締約雙方對於此

保護效力及於第三人部分有合意，又責任義務人在契約履行時，能預見第三人之法益也處於契約履行可能造成影響之危險範圍內，同時第三人之利益保護也是債權人之利益所在，方可認為契約之保護效力及於第三人。雖然生育行為對雙方配偶具有相同利益，但由產前檢查契約之角度觀察，實難認為醫療機構與孕婦訂定產檢契約時預見他方配偶之法益可能受到產檢契約履行的影響。即使認為醫療機構可能有預見，但對於孕婦而言，其配偶因計畫外生育所可能蒙受的經濟上損失，並不會對孕婦造成額外負擔，其配偶之利益保障與孕婦之利益無關。是故，本文認為孕婦之配偶並非產前檢查契約中適格之損害賠償請求權利人。侵權行為部份，本文認為計畫外生育中，孕婦之配偶可能的家庭生育計畫，確實將因計畫外生育而落空，惟家庭生育計畫通常只是一種個人心理上之期待，並非受法律保障之權利，無由依據第 184 條第 1 項前段請求損害賠償。縱使孕婦之配偶因計畫外生育確實受有經濟上之不利益，但除非能證明醫師、其他醫療人員或醫療機構，故意以違反善良風俗之方法導致計畫外生育發生，否則也無法依據第 184 條第 2 項進行任何主張。此外，雖然嬰兒之健康情形不如預期，但本質上計畫外生育並無影響嬰兒與父母間的受法律保障的親子身分關係，孕婦之配偶自無請求慰撫金之可能。

是故，無論由契約關係角度或侵權行為角度，孕婦之配偶皆無由主張損害賠償。計畫外產下殘疾嬰兒對整個家庭造成的任何不利益或負擔，僅能透過孕婦作為請求權主體，向應負責之行為人請求計畫外生育的損害賠償。

第七節 損害賠償範圍限於因嬰兒殘疾所衍生的額外費用及慰撫金

肯定婦女有計畫外生育的損害賠償請求權後，下一步就是損害賠償範圍的問題。損害賠償可以分為財產上損害賠償及非財產上損害賠償。民法第 195 條第 1 項規定人格法益受侵害的慰撫金請求權，懷孕婦女之身體權、健康權、生育自主權等人格法益均因計畫外生育而受到侵害，自然得依據民法第 195 條第 1 項向加害人請求非財產上的損害賠償。財產上損害賠償部分，可以細分為醫療費用、人力照護費用、特殊教育費用、一般扶養費用等，主要爭執點在於扶養殘疾小孩的一般扶養費用是否為損害之一部。由比較法角度觀察，除德國聯邦法院外，其餘各國基本上皆認為父母僅可請求一般扶養費用以外因子女殘疾所導致之相關額外支出。我國實務上認為計畫外生育案件的原告僅得請求因計畫外生命之殘疾情形而生之醫療費用、人力照護費用及特殊教育費用，本文亦採相同見解。唯一需注意的是損害賠償額度的計算，本文認為在個案之具體情形差異甚大之情況下，損害賠償數額的計算不可一概而論，惟為避免對加害人加諸不合理之負擔，各種費用原則上應以客觀平均標準計算，再以具體案例事實進行調整，而非依據殘疾嬰兒之父母的主觀認定計算損害賠償額。一般扶養費用部份，基於人性尊嚴為受憲法保護之最高價值，自然須以最嚴格標準檢視。父母須無條件負擔健康子女之一般扶養費用，不得請求他人分擔責任，卻可將殘疾子女之一般扶養費用視為損害，進而向醫療機構求償，難謂無矮化殘疾子女地位，隱含殘疾子女不如健

康子女之嫌。是故，本文認為將殘疾子女之一般扶養費用視為損害而請求損害賠償，有損及殘疾子女之人性尊嚴之嫌，應予禁止。

第八節 主張債務不履行損害賠償對原告及醫師較有利

計畫外生育中，原告可能主張損害賠償的請求權基礎有債務不履行及侵權行為兩種，二者相互獨立並存，為請求權競合。債權人得擇一行使權利，如果行使其中一種達成目的，則其餘請求權均歸於消滅。主張契約責任與侵權責任各有優劣，主張契約責任之優勢在於享有長達十五年之消滅時效期間，且被害人僅須證明醫院不履行契約為已足，而醫院欲免除其損害賠償義務，則應舉證證明係因不可歸責於醫院之事由導致債務不履行⁴¹⁰。此外，醫療契約係存在於病患與醫院之間，而醫院與個別醫師相較，通常醫院較有資力，以醫院為被告時，較能確保將來損害賠償債權之強制執行⁴¹¹。再者，醫院應依民法第 224 條規定，就醫師關於債之履行有過失時，與自己之過失負同一責任，不得主張就醫師之選任監督無過失而舉證免責⁴¹²。主張侵權責任者須受民法第 197 條短期消滅時效之限制。且舉證責任上，原告須證明醫院或醫師有故意過失，且醫療行為與原告之損害間有因果關係。又醫院得依民法第 188 條規定，主張其對於所僱用之醫師或相關醫療人員之選任監督無過失，而免除責任。但如被害人並非契約當事人，而係間接被害人時，則僅得主張侵權責任。

計畫外生育中，唯一適格的原告為殘疾嬰兒之母，即與醫院締結產檢契約之締約人。由以上討論可明顯看出，當請求權競合時，主張契約責任對原告較有利。此外，就醫師的角度而言，因為醫師並非契約當事人，當然不必負擔債務不履行損害賠償責任；至於醫師是否應分攤賠償責任，則屬醫院與醫師間的內部求償問題。由於目前台灣大多數醫師均受僱於醫院，因此病患若捨棄侵權責任而主張契約責任，顯然有利於醫師⁴¹³。是故，於計畫外生育中，相較於現行實務上原告偏好的侵權行為，主張債務不履行損害賠償為對原告及醫師均較為有利，原告方應改以債務不履行提起訴訟，法院方面若發現原告僅主張侵權行為，或許也可於情況允許時依民事訴訟法第 199 條之 1 闡明使其一併主張債務不履行，以調節原被告間實力的差距。

第九節 法院處理計畫外生育的議題有細緻化的空間

我國計畫外生育判決中，法院將案件送交醫療鑑定的比率相當高（87%）。由於醫療乃高度專業事項，一般法官在欠缺醫療專業知識的情況下，將案件送交鑑定自屬當

⁴¹⁰ 邱琦，「契約法與侵權行為法的探戈舞—以醫療糾紛為中心」，月旦民商法雜誌，第 18 期，頁 184（2007）。

⁴¹¹ 邱琦，前揭註 125，頁 50。

⁴¹² 同前註。

⁴¹³ 同前註。

然。惟外部機構所提供之意見乃係醫療判斷，與法官應知法用法進行之法律判斷仍屬有別，二者不應混唯一談。具體個案中醫療行為是否有過失，乃法官應依據事實證據決定行為人是否應注意，並能注意，而不注意而言，並非醫療行為符合醫療常規，即當然代表醫生已盡其應盡之注意義務。

由法院判決可以觀察到四種現象：（一）未針對個案實際情形討論被告所為之產前檢查行為是否已盡善良管理人之注意義務，僅採相關醫事鑑定意見，以文獻記載或一般醫療常規對於產前檢查技術限制之說明，作為認定醫療行為有無過失之標準；（二）即使鑑定結果顯示被告之行為與醫療常規不符，法院依舊傾向以被告之醫療行為受制於現行技術水準，故其未能檢出胎兒異常無可歸責；（三）甚至有法院認為，產前檢查有其固有目的，即使並非技術上之限制，凡非一般產前檢查所涵蓋之範圍，即非醫療行為給付範圍。例如即使超音波可觀察到肢體缺損，但胎兒肢體發育情形非一般超音波檢驗之目的，故醫生未發現胎兒殘疾也無可歸責；（四）面對原告主張被告未盡告知義務時，法院通常在醫療常規階段即認為醫師行為符合醫療常規故無可歸責，並未直接處理醫生行為是否違反告知義務之問題。

本文認為現行判決的論述方式有以醫學統計結果架空法院的法律判斷之嫌，妥適性並非無疑。即使醫療行為受制於現行技術水準，醫師對於未檢出胎兒異常無可歸責，不當然代表醫生無須為計畫外生育負責。醫師於產前檢查中是否已盡告知精密檢驗資訊之義務，與醫療行為之客觀技術水準無關。醫師提供之醫療服務可能因符合醫療常規而無過失，但其仍可能因未告知孕婦某種產檢技術存在而有契約給付義務之違反。當醫師違反告知精密檢驗資訊的義務，因而導致計畫外生育發生時，自然須負擔債務不履行損害賠償責任。

此外，本文認為醫師於產前檢查中應盡之注意義務除了與醫療常規相關的正確提供醫療給付外，尚包括避免計畫外生育發生的結果迴避義務。若嬰兒之健康情形不佳，但此種缺陷乃在孕婦預料之中，即無計畫外生育的問題。現行法院以醫療技術有限制，導出實施醫療行為者無過失之結論，只考量到胎兒殘疾之事實，而忽略這種殘疾是否為孕婦計畫之外。若醫師有告知孕婦產檢技術的侷限性，嬰兒殘疾並非孕婦計畫之外，醫師方無過失。當醫療行為受制於現行醫療水準，醫師無論如何都不可能發現胎兒異常情形時，醫師自然無須為未檢出胎兒異常情形負責，但若醫師未告知孕婦技術侷限性存在，仍須嬰兒健康情形不符孕婦計畫負責。

綜上所述，本文認為法院處理計畫外生育的議題時，除考量醫療常規及相關醫療技術限制外，應更具體審酌醫師是否已盡告知義務，包括告知精密產檢技術存在，及告知產檢技術的侷限性。計畫外生育的重點並非胎兒殘疾之事實，而在於該殘疾情形乃孕婦之「計畫外」。即使醫生因醫療常規及醫療技術之限制，無須為未檢出胎兒殘疾負責，其仍可能因未盡應盡之告知義務，而對胎兒殘疾乃孕婦計畫外之事負責。

第十節 應消弭產前檢查中醫師與孕婦認知間的落差

由訪談結果可以發現，婦產科醫師似乎已意識到告知的重要性，甚至有醫師認為產科學的精神就在於告知。在產前檢查的過程中，無論是進行告知的義務主體、接受告知的對象，或是告知的具體內容等，醫生和孕婦所描述的情況大致相符。由孕婦的角度觀察，原則上醫生是採取相當保留的態度，把產前檢查中各種不確定的情況說明清楚，盡量讓孕婦了解檢查的意義，並給予適度的建議，但是絕對不會代替孕婦做出決定。

但訪談資料中仍顯示孕婦及醫生間有認知上的落差，可能導致醫生告知不充分的情況發生。由醫師角度出發，通常醫生不可能完全了解孕婦的背景，僅能透過孕婦對書面詢問的回答以及主訴個人的特殊身體狀況來做懷孕情況的評估。是故，除了制式化的例行詢問外，醫生期待孕婦主動對醫師說明自身特殊情況。但由孕婦的立場觀察，孕婦可能不知道何種情況必須說明，因而未告知醫生。本文認為，為調和此種認知落差，除要求孕婦只要心中有任何一點懷疑，就必須向醫生提出疑問或告知外，顯然醫生有必要改變對孕婦提問的方式，應揚棄完全開放性的提問，改採誘導性詢問，讓孕婦有跡可循，知道自己的哪些情況應具體向醫生說明。畢竟通常的產前檢查中，醫師與孕婦的知識水準落差可想而知，若事前醫師多花幾分鐘進行更縝密的詢問或說明，除了可以防止孕婦受到計畫外生育的突襲，也可避免醫師事後陷入醫療糾紛的泥淖，一舉兩得。

第十一節 健保制度下看診品質低落的問題應被重視

健保制度實施後，醫療品質低落的批評屢見不鮮。筆者於訪談的過程中，也感受到現行婦產科的看診品質似乎出現一點問題。比對醫生及孕婦的訪談內容可以發現，二者都認為現行健保制度下，醫生看診數量過多導致看診品質下滑是不爭的事實。醫生雖然有意識到告知的重要性，也很願意對孕婦做詳盡的告知，但在龐大看診數量的壓力下，不得不透過書面告知或要求孕婦自行查找資料。此外，本文受訪的孕婦中有幾位是所謂的弱勢族群，訪談過程中筆者可以感受到部份醫師對於這些相對弱勢孕婦的漠視態度，除了醫師本人的倫理問題外，筆者思考這是否也是健保制度下看診品質低落的反映之一。

大部分人應該會同意，全民健保是個立意良善的制度，但若因健保制度導致醫療品質嚴重下降，在人人有醫療，但人人都只能獲得品質低落的醫療的情況下，全民健保的美意可謂完全落空。如何在看診品質及醫療機構營運間取得合適的平衡，是制度設計者必須嚴肅思考的問題。若無法從頭徹底檢討改善現行健保制度的弊病，改革只從財務收入下手的話，可以想見健保制度的爭議只會越演越烈，到最後醫病雙輸，絕非全民之福。

參考文獻

一. 中文書籍

1. 愛倫·艾德曼 (Ellen Alderman)、卡洛琳·甘迺迪 (Caroline Kennedy) 著，吳懿婷譯，《隱私的權利》，商周，二版，台北市 (2006)。
2. 朱蒂思·貝爾 (Judith Baer) 著，官曉薇、高培恒譯，《法律之前的女性》，商周，初版，台北市 (2000)。
3. 博琉 (Etienne-Emile Baulieu)、若森布倫 (Mort Rosenblum) 著，張天鈞譯，《RU486：女性的選擇，美服錠的歷史》，大塊文化，初版，台北市 (1999)。
4. 史蒂夫·瓊斯 (Steve Jones) 著，張美惠譯，《Y 染色體：男子漢的本質 (Y: The Descent of Men)》，時報文化，初版，台北市 (2004)。
5. Andrew F. Siegel 著，萬淑美、徐享田、徐享良、蕭敦勝、王若愚譯，《實用統計學》，麥格羅希爾，初版，台北縣 (2003)。
6. 路易斯·波依曼 (Louis P. Pojman) 編著，楊植勝等譯，《生死的抉擇：基本倫理學與墮胎》，桂冠，初版，台北市 (1997)。
7. Michanel Quinn，《質性研究與評鑑 (上)》，濤石文化，初版，嘉義市 (2008)。
8. 王澤鑑，《民法學說與判例研究 (一)》，台大法學院，台北市 (2004)。
9. 王澤鑑，《債法原理 (一)：基本理論、債之發生 (契約、代理授權、無因管理)》，作者自版，台北市 (2005)。
10. 王澤鑑，《侵權行為法 (一)：基本理論、一般侵權行為》，作者自版，台北市 (2003)。
11. 王澤鑑，《法律思維與民法實例—請求權基礎理論體系》，作者自版，台北市 (2006)。
12. 史尚寬，《債法總論》，正大，台 3 版，台北市 (1980)。
13. 李從業、陳信孚、馮容莊、王子芳、方郁文、江曉菁、王瑤華、潘婉琳、黃國儀、陳淑溫、曾英芳、洪志秀、柯淑華，《實用產科護理》，華杏，五版，台北市 (2008)。
14. 邱聰智，《新訂民法債編通則 (下)》，作者自版，新訂一版，台北市 (2000)。
15. 吳志正，《解說醫病關係 (I) —醫療契約篇》，元照，初版，台北市 (2006)。
16. 吳志正，《解說醫病關係 (II) —醫療責任體系篇》，元照，初版，台北市 (2006)。
17. 施文森編，《美國聯邦最高法院憲法判決選譯第一輯》，初版，司法院，台北市 (2001)。
18. 施文森編，《美國聯邦最高法院憲法判決選譯第三輯》，初版，司法院，台北市 (2002)。
19. 施文森編，《美國聯邦最高法院憲法判決選譯第四輯》，初版，司法院，台北市 (2003)。
20. 姚志明，《侵權行為法研究》，作者自版，初版，台北市 (2002)。
21. 孫森焱，《新版民法債編總論》，作者自版，修訂版，台北市 (2000)。
22. 陳持平編著，《優生保健：產前遺傳診斷與諮詢 (臨床解說及圖譜)》，嘉洲，台北市 (1994)。
23. 侯英冷，《論院內感染之民事契約責任—以爆發 SARS 院內感染為例》，正典，一版，台北市 (2004)。
24. 曾世雄，《損害賠償法原理》，作者自版，二版，台北市 (1996)。

25. 黃茂榮,《債法各論(第一冊)》,作者自版,初版,台北市(2003)。
26. 鄭玉波,《民法債編總論》,三民,二版,台北市(2002)。
27. 鄭正忠,《例解民法》,五南,三版,台北市(2004)。
28. 潘維大,《英美侵權行為法案例解析(中)》,瑞興,台北市(2002)。
29. 劉文瑢,《醫事法要義》,合記,台北市(1999)。
30. 劉仲冬,《女性醫療社會學》,女書文化,初版,台北市(1998)。
31. 謝豐舟主編,《周產期醫學》,橘井文化,初版,台北市(1999)。
32. 顏兆熊、張嘉訊、尹長生,《產科遺傳學及產前診斷》,欣林,初版,台北市(1991)。

二. 中文期刊

1. Eduard Picker 著,侯英泠譯,〈小孩是否為損害(錯誤生命)—論德國醫師對於不被期待的子女誕生之賠償責任〉,《成大法學》,第 8 期,頁 187-212,2004 年 12 月。
2. 王皇玉,〈醫師未盡說明義務之法律效果—簡評九四台上字第 2676 號判決〉,《台灣本土法學雜誌》,第 51 期,頁 225-226,2005 年 10 月。
3. 王皇玉,〈墮胎罪同意問題之研究—兼評「生育保健法」草案關於人工流產相關規定〉,《月旦法學雜誌》,第 162 期,頁 41-48,2008 年 11 月。
4. 王皇玉,〈墮胎·同意·隱私權—以美、德法制角度檢視墮胎諮詢制度〉,《月旦法學雜誌》,第 174 期,頁 162-180,2009 年 11 月。
5. 王澤鑑,〈賠償醫學的法律觀—醫事衛生案件的民事責任〉,《醫事法學》,第 1 卷第 5 期,頁 134-140,1986 年 1 月。
6. 王澤鑑,〈損害賠償法的體系、請求權基礎、歸責原則及發展趨勢〉,《月旦法學雜誌》,第 119 期,頁 126-138,2005 年 4 月。
7. 王澤鑑,〈損害概念及損害分類〉,《月旦法學雜誌》,第 124 期,頁 201-212,2005 年 9 月。
8. 王澤鑑,〈財產上損害賠償(二)—為新生命而負責:人之尊嚴與損害概念 wrongful birth 及 wrongful life〉,《月旦法學雜誌》,第 131 期,頁 136-150,2006 年 4 月。
9. 王澤鑑,〈人格權保護的課題與展望(三)—隱私權(上)〉,《台灣法學雜誌》,第 96 期,頁 21-44,2007 年 7 月。
10. 王建楠,〈基因疾病與遺傳諮詢〉,《基層醫學》,第 16 卷第 5 期,頁 111-118,2001 年 5 月。
11. 牛惠之、雷文玫,〈生物科技發展脈絡下之胚胎議題—一個法規範穩定思維的觀點〉,《律師雜誌》,第 285 期,頁 30-46,2003 年 6 月。
12. 朱柏松,〈適用消保法論斷醫師之責任〉,《台大法學論叢》,第 27 卷第 4 期,頁 3-72,1998 年 7 月。
13. 邱琦,〈契約法與侵權行為法的探戈舞—以醫療糾紛為中心〉,《月旦民商法雜誌》,第 18 期,頁 175-184,2007 年 12 月。
14. 邱琦,〈醫生沒有告訴我的話—論告知義務與不完全給付〉,《月旦法學雜誌》,第 164 期,頁 37-50,2009 年 1 月。
15. 林萍章,〈知情法則之「見山不是山」—法院近來裁判評釋〉,《月旦法學雜誌》,第 162 期,頁 18-29,2008 年 11 月。
16. 吳志正,〈論人工流產自主決定權之侵害與損害〉,《東吳法律學報》,第 19 卷第 2 期,頁 1-26,2007 年 12 月。

17. 吳志正,〈女性主義法學觀點下之人工生殖相關法議題〉,《月旦法學雜誌》,第 168 期,頁 139-154,2009 年 5 月。
18. 侯英泠,〈醫療行為的民事上賠償責任—從德國醫師責任法切入探討(上)〉,《月旦法學雜誌》,第 72 期,頁 116-132,2001 年 5 月。
19. 侯英泠,〈醫療行為的民事上賠償責任—從德國醫師責任法切入探討(下)〉,《月旦法學雜誌》,第 73 期,頁 112-119,2001 年 6 月。
20. 侯英泠,〈「計畫外生命」與「計畫外生育」之民事上賠償責任之爭議〉,《成大法》,第 4 期,頁 181-220,2002 年 12 月。
21. 侯英泠,〈「計畫外生育」與非財產上損害賠償—評最高法院九〇年度台上字第四六八號民事判決〉,《台灣本土法學》,第 47 期,頁 63-76,2003 年 6 月。
22. 侯英泠,〈從德國法論醫師之契約上說明義務〉,《月旦法學雜誌》,第 112 期,頁 9-23,2004 年 9 月。
23. 陳忠五,〈法國侵權責任法上損害之概念〉,《台大法學論叢》,第 30 卷第 4 期,頁 111-214,2001 年 7 月。
24. 陳忠五,〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用問題(下)—最高法院 90 年度台上字第七〇九號(馬偕醫院肩難產案)判決評釋〉,《台灣本土法學》,第 37 期,頁 31-62,2002 年 8 月。
25. 陳忠五,〈產前遺傳診斷失誤的損害賠償責任—從『新光醫院唐氏症案件』論我國民事責任之新課題〉,《台大法學論叢》,第 34 卷第 6 期,頁 107-260,2005 年 11 月。
26. 陳仲妮,〈「胚胎植入前基因診斷」之憲法問題〉,《科技法學評論》,第 6 卷第 2 期,頁 173-218,2009 年 10 月。
27. 陳愛娥,〈「兩性平等教育法草案」與「兩性地位之實質平等」〉,《月旦法學雜誌》,第 84 期,頁 167-178,2002 年 5 月。
28. 陳聰富,〈告知後同意與醫師說明義務(上)〉,《月旦法學教室》,第 80 期,頁 75-91,2009 年 6 月。
29. 雷文玫,〈解構我國胚胎保護規範體系—發現父母生育自主的地位〉,《台大法學論叢》,第 33 卷第 4 期,頁 1-36,2004 年 7 月。
30. 楊秀儀,〈病人,家屬,社會:論基因年代病患自主權可能之發展〉,《台大法學論叢》,第 31 卷第 5 期,頁 1-31,2002 年 9 月。
31. 楊秀儀,〈美國「告知後同意」法則之考察分析〉,《月旦法學雜誌》,第 121 期,頁 139-142,2005 年 6 月。
32. 楊秀儀,〈告知後同意原則之司法實務發展—最高法院九四台上字第二六七六號判決評釋〉,《台灣本土法學雜誌》,第 73 期,頁 212-214,2005 年 8 月。
33. 楊秀儀,〈論病人自主權—我國法上「告知後同意」請求權之基礎探討〉,《台大法學論叢》,第 36 卷第 2 期,頁 233-236,2007 年 6 月。
34. 薛瑞元,〈醫療契約與告知義務〉,《月旦法學雜誌》,第 112 期,頁 34-45,2004 年 9 月。
35. 薛智仁,〈論人工流產同意權(上)〉,《台灣本土法學》,第 48 期,頁 143-155,2003 年 7 月。
36. 蔡墩銘,〈醫療犯之違法性與有責性〉,《台大法學論叢》,第 25 卷 1 期,頁 133-174,1995 年 10 月。

三. 中文學位論文

1. 宋克芳,《「計畫外出生先天缺陷兒」之民事損害賠償責任研究》,成功大學法律研究所碩士論文,2005年6月。
2. 黃鈺嫻,《我國婦產科醫療糾紛裁判之實證研究—理論與實務之檢討》,台灣大學法律研究所碩士論文,2004年6月。
3. 陳佩吟,《醫生產前檢查失誤之賠償責任》,東吳大學法律研究所碩士論文,2005年6月。
4. 葉柳君,《醫療事故損害賠償問題之研究》,台北大學法律研究所碩士論文,2002年6月。
5. 詹心馳,《論計畫外生育之損害賠償》,中正大學法律研究所碩士論文,2007年6月。
6. 詹芝怡,《計畫外生育與計畫外生命之損害賠償責任研究—兼論產前篩檢政策的應有走向》,中原大學財經法律研究所碩士論文,2006年6月。

四. 中文論文集

1. 邱聰智,〈醫療過失與侵權責〉,《民法債編論文選輯(中)》五南,台北市(1984)。
2. 孫森焱,〈論醫師為診療行為時應負之義務〉,《鄭玉波先生七秩華誕祝賀論文集》,三民,初版,台北市(1988)

五. 其他中文參考文獻

1. 孕婦健康手冊,行政院衛生署國民健康局出版,(2008)。
2. 葉光芃,婦產科人力規劃,婦產科醫學會會訊,第114期(2006)。
3. 江盛,墮胎:倫理,道德,社會和法律的演化,婦產科醫學會訊,第147期,(2009)。
4. 男嬰15夭折,產婦控產檢不實:
<http://news.cts.com.tw/cts/society/200910/200910060326588.html> (最後點閱時間:2010年3月5日)
5. 產檢無異狀,婦產畸嬰、家屬告醫:
<http://news.cts.com.tw/cts/society/200909/200909220320002.html> (最後點閱時間:2010年3月5日)
6. 產檢出差錯,新生兒少一條腿:
<http://news.cts.com.tw/cts/society/200908/200908020296516.html> (最後點閱時間:2010年3月5日)
7. 超音波沒問題,孩子卻沒了右手:
http://www.tvbs.com.tw/news/news_list.asp?no=yu20090227130305 (最後點閱時間:2010年3月5日)
8. 產檢照不出畸形,婦控醫院害人命:
http://www.tvbs.com.tw/news/news_list.asp?no=yu20081222125540 (最後點閱時間:2010年2月28日)
9. 台灣生育率,全球最低:
<http://news.chinatimes.com/CMoney/News/News-Page-content/0,4993,11050701+1220>

- 10010900111,00.html (最後點閱時間：2010年3月5日)
10. 產檢沒異樣，子為何缺陷：聯合報 A9 版，2009年3月5日。
 11. 張晉芬，父權社會，生育何其沉重，聯合報，A23 版，2010年1月15日
 12. 歷年醫事人員核准給證人數，行政院衛生署統計公佈欄：
<http://www.doh.gov.tw/CHT2006/DisplayStatisticFile.aspx?d=69232> (最後點閱時間：2010年3月5日)
 13. 盧凡，高品質的健康檢查，健康天地電子報第 32 期 (1999)：
<http://www.drugnet.com.hk/health/032-14.htm> (最後點閱時間：2010年3月5日)
 14. 陳麗美、高森永，全民健康保險孕婦產前檢查及兒童預防保健之利用及追蹤分析，中央健康保險局委託研究 (1998)：<http://www.nhi.gov.tw/86/86plan24.htm> (最後點閱時間：2010年3月5日)
 15. 高添富，不當生命之訴訟與侵權行為：
http://www.drkao.com/3rd_site/3_2/OldHtml/0007.htm (最後點閱時間：2010年3月5日)
 16. 劉瑞穗、蕭晴文，「篩檢與診斷」，台北長庚婦產科月刊，1999年12月：
<http://www.tmn.idv.tw/cgobsgyn/8812.htm#s3> (最後點閱時間：2010年3月5日)。
 17. 高齡產婦的定義，新樓醫院健康園地—婦產科：
http://www.sinlau.org.tw/homestyle.php?styl=09&strlink=Activity2Detail03&act_id=156 (最後點閱時間：2010年3月5日)
 18. 胎兒殘疾可能原因不明，成大醫院產科衛教單：
<http://www.ncku.edu.tw/~obgyn/motherroom/mother/990109B.pdf> (最後點閱時間：2010年3月5日)
 19. 柯滄銘，產前檢查優生保健-談羊膜穿刺與絨毛採樣：
<http://www.genephile.com.tw/articles/Chorionic%20villus%20sampling%20and%20amniocentesis%20Q&A.htm> (最後點閱時間：2010年3月5日)
 20. 超音波的侷限性，衛生署基隆醫院—婦產科衛教資訊：
http://www.kln.doh.gov.tw/main_sec.php?index=hygiene_detail&id=203&no=a12&mid=45&pid=45&sid=04 (最後點閱時間：2010年3月5日)
 21. 90 萬養一個孩子到畢業 費用等於買套房：
<http://www.cns.hk:89/estate/estate-gfgs/news/2009/09-15/1866516.shtml> (最後點閱時間：2010年3月5日)

六. 英文書籍

1. LORI B. ANDREWS, *FUTURE PERFECT: CONFRONTING DECISIONS ABOUT GENETICS* (2001).
2. LORI B. ANDREWS, MAXWELL J. MEHLMAN, AND MARK A. ROTHSTEIN, *GENETIC: ETHIC, LAW AND POLICY* (2002).
3. ALLAN BEEVER, *REDISCOVERING THE LAW OF NEGLIGENCE* (2007).
4. RONALD DWORKIN, *LIFE'S DOMINION: AN ARGUMENT ABOUT ABORTION, EUTHANASIA, AND INDIVIDUAL FREEDOM* (1994).
5. NANCY EHRENREICH, *THE REPRODUCTIVE RIGHTS READER: LAW, MEDICINE, AND THE CONSTRUCTION OF MOTHERHOOD* (2008).

6. BARRY R. FURROW, SANDRA H. JOHNSON, TIMOTHY S. JOST, AND ROBERT L. SCHWARTZ, *HEALTH LAW: CASES, MATERIALS AND PROBLEMS* (2D ED. 1991).
7. FRANK M. MCCLELLAN, *MEDICAL MALPRACTICE: LAW, TACTICS, AND ETHICS* (1994).
8. EILEEN L. McDONAGH, *BREAKING THE ABORTION DEADLOCK: FROM CHOICE TO CONSENT* (1996).
9. GEORGE P. SMITH, II, *BIOETHICS AND THE LAW: MEDICAL, SOCIO-LEGAL, AND PHILOSOPHICAL DIRECTIONS FOR A BRAVE NEW WORLD* (1993).

七. 英文期刊

1. Lori B. Andrews, *Torts And The Double Helix; Malpractice Liability For Failure To Warn of Genetic Risks*, 29 HOUS. L. REV. 149 (1992).
2. Thomas A. Burns, *When Life is An Injury: An Economic Approach to Wrongful Life Lawsuits*, 52 DUKE L.J. 807 (2003).
3. Julie F. Kowitz, *Not Your Garden Variety Tort Reform: Statutes Barring Claims for Wrongful Life and Wrongful Birth Are Unconstitutional under the Purpose Prong of Planned Parenthood v. Casey*, 61 BROOK L. REV. 235 (1995).
4. Kelly E. Rhinehart, *The Debate Over Wrongful Birth and Wrongful Life*, 26 LAW & PSYCHOL. REV. 141 (2002).
5. Shelley A. Ryan, *Wrongful Birth: False Representations of Women's Reproductive Lives*, 78 MINN. L. REV. 857 (1994).
6. Katherine Say, *Wrongful Birth-Reserving Justice For Women and Their Families*, 28 OKLA CITY U. L. REV 7 (2003).
7. Mark Strasser, *Misconceptions and Wrongful Births: A Call for a Principled Jurisprudence*, 31 ARIZ. ST. L.J. 161 (1999).
8. David M. Studdert, Michelle M. Mello, Troyen A. Brennan, *Medical Malpractice*, 350 NEW ENG J. MED 283 (2004).
9. Mary B. Sullivan, *Wrongful Birth and Wrongful Conception: A Parent's Need for a Cause of Action*, 15 J.L.& HEALTH 105 (2001).
10. Judith Jarvis Thomson, *In Defense of Abortion*, PSYCHOL. AND PUB. AFF. (1971).
11. Charles Warren & Louis Brandies, *The Right to Privacy*, 4 HARV. L. REV. 193 (1890).

八. 其他英文參考文獻

1. William C. Duncan, *Statutory Responses to "Wrongful Birth" and "Wrongful Life" Actions*, <http://www.uffl.org/Vol14/Duncan-04.pdf> (last visited: 2010.3.5).
2. Kate Seabury, *The Jurisprudence of Wrongful Life and Wrongful Birth in the United States*, http://www.aul.org/Wrongful_BirthLife (last visited: 2010.3.5).
3. International Center for Bioethics, Culture and Disability, <http://www.bioethicsanddisability.org/wrongfulbirth.html> (lasted visited: 2010.3.5)

舊版手術同意書

病歷號碼：

病人_____，性別____，____年____月____日生，

因患_____實施_____手術，

經貴院_____醫師（由醫師親自簽名）詳細說明下列事項，

並已充分瞭解，同意由貴院施行該項手術：

- 一、 需實施手術之原因。
- 二、 手術成功率或可能發生之併發症及危險。

貴院實施手術時，應善盡醫療上必要之注意，手術中或麻醉恢復期間，若發生緊急情況，同意接受貴院必要之緊急處置。

此致

_____醫院（診所）

立同意書人：

身分證統一編號：

住址：

電話：

與病人之關係：

中華民國 年 月 日



○○醫院（診所）手術同意書

* 基本資料

病人病歷號碼 _____ 男 女
病人姓名 _____ 床 號： _____
病人出生日期 _____ 手術負責醫師： _____
護理/技術人員 _____

一、擬實施之手術（如醫學名詞不清楚，請加上簡要解釋）

1. 疾病名稱：
2. 建議手術名稱：
3. 建議手術原因：

二、醫師之聲明

1. 我已經儘量以病人所能瞭解之方式，解釋這項手術之相關資訊，特別是下列事項：

- 需實施手術之原因、手術步驟與範圍、手術之風險及成功率、輸血之可能性
- 手術併發症及可能處理方式
- 不實施手術可能之後果及其他可替代之治療方式
- 預期手術後，可能出現之暫時或永久症狀
- 如另有手術相關說明資料，我並已交付病人

2. 我已經給予病人充足時間，詢問下列有關本次手術的問題，並給予答覆：

- (1) _____
- (2) _____
- (3) _____

手術負責醫師簽名： _____ 日期： 年 月 日 時間： 時 分

三、病人之聲明

- 1.醫師已向我解釋，並且我已經瞭解施行這個手術的必要性、步驟、風險、成功率之相關資訊。
- 2.醫師已向我解釋，並且我已經瞭解選擇其他治療方式之風險。
- 3.醫師已向我解釋，並且我已經瞭解手術可能預後情況和不進行手術的風險。
- 4.我瞭解這個手術必要時可能會輸血；我同意 不同意 輸血。
- 5.針對我的情況、手術之進行、治療方式等，我能夠向醫師提出問題和疑慮，並已獲得說明。
- 6.我瞭解在手術過程中，如果因治療之必要而切除器官或組織，醫院可能會將它們保留一段時間進行檢查報告，並且在之後會謹慎依法處理。
- 7.我瞭解這個手術可能是目前最適當的選擇，但是這個手術無法保證一定能改善病情。

基於上述聲明，我同意進行此手術。

立同意書人簽名：_____ 關係：病患之_____

住址：_____ 電話：_____

日期： 年 月 日 時間： 時 分

見證人：_____ 簽名：_____

日期： 年 月 日 時間： 時 分

附註：

一、一般手術的風險

- 1.除局部麻醉以外之手術，肺臟可能會有一小部分塌陷失去功能，以致增加胸腔感染的機率，此時可能需要抗生素和呼吸治療。
- 2.除局部麻醉以外之手術，腿部可能產生血管栓塞，並伴隨疼痛和腫脹。凝結之血塊可能會分散並進入肺臟，造成致命的危險，惟此種情況並不常見。
- 3.因心臟承受壓力，可能造成心臟病發作，也可能造成中風。
- 4.醫療機構與醫事人員會盡力為病人進行治療和手術，但是手術並非必然成功仍可能發生意外，甚至因而造成死亡。

二、立同意書人非病人本人者，「與病人之關係欄」應予填載與病人之關係。

三、見證人部分，如無見證人得免填載。

附件三 計畫外生育全部判決列表

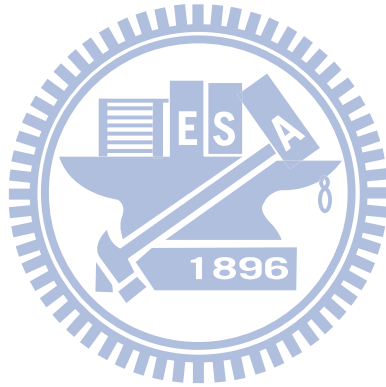
編號	一審	二審	三審	判決結果
1 ¹	台北地方法院 84,重訴,147 (85.09.05)	台灣高等法院 85,重上,464 (88.03.30)	最高法院 90,台上,468 (90.03.22)	原告勝訴
		台灣高等法院 90,重上更,48 (91.03.19)	最高法院 92,台上,1057 (92.05.22)	
2	台北地方法院 90,訴,6052 (91.08.19)			被告勝訴
3	台北地方法院 91,訴,768 (93.08.31)			被告勝訴
4	台北地方法院 96,醫,1 (98.03.25)			被告勝訴
5 ²	台中地方法院 87,重訴,724 (89.09.02)	高等法院台中分院 89,上,533 (91.10.08)	最高法院 92,台上,93 (92.01.16)	被告勝訴
6 ³	台中地方法院 88,重訴,606 (89.12.05)	高等法院台中分院 90,重上,28 (92.10.03)		被告勝訴
7	台中地方法院 89,重訴,365 (90.07.20)			被告勝訴
8	台中地方法院 96,醫,4 (97.01.29)	高等法院台中分院 97,醫上,2 (97.07.30)		被告勝訴
9	台中地方法院 95,醫,10 (97.04.07)			被告勝訴
10	嘉義地方法院 95,醫,3 (95.10.19)			被告勝訴

¹ 新光醫院唐氏症案。

² 澄清醫院手部畸形案。

³ 台中榮總重度地中海型貧血案。

11 ⁴	嘉義地方法院 95,醫,5 (96.06.26)			被告勝訴
12	嘉義地方法院 95,醫,2 (96.07.09)			被告勝訴
13	高雄地方法院 91,訴,3341 (93.03.12)			被告勝訴
14	高雄地方法院 92,醫,5 (93.05.19)			被告勝訴
15	高雄地方法院 92,醫,2 (94.10.26)			原告勝訴



⁴ 與嘉義地方法院 95 年醫字第 3 號判決為同一計畫外生育事件。本案以殘疾嬰兒之母為原告，而嘉義地方法院 95 年醫字第 3 號判決以殘疾嬰兒為原告。

1. 「母血唐氏症篩檢的臨床意義」

這是一種於妊娠 10-20 周之間為孕婦提供的血液檢查唐氏兒的方式。

此種方法是檢測孕婦血液中甲型胎兒蛋白 (AFP) 及游離型貝它人類絨毛膜性腺激素 (free β -HCG) 值，胎盤蛋白質-A (PAPP-A)，及inhibin-A等因子再加入uE3、妊娠週數、孕婦年齡、頸部透明帶及體重等因子，運算出孕婦產下唐氏兒的機率。

抽血結果的解讀：

一. 本篩檢方式只是分析機率大小，告訴孕婦產下唐氏兒的機率；換言之，抽血後之報告並不是告訴產婦說，他的小寶寶一定是或一定不是唐氏兒。

二. 本篩檢方式：

1. 早期篩檢：約可篩檢出 85%的唐氏兒。妊娠週數 11-13 週。
2. 中期二指標篩檢：約可篩檢出 65-70%的唐氏兒。妊娠週數 14-20 週。
3. 中期四指標篩檢：約可檢出 83%的唐氏兒。妊娠週數 14-20 週。

三. 因此

1. 若是你的篩檢結果是屬於高危險群 (或是說，有不好的消息) 時：

- (1) 表示篩檢數值大於 1/270 (如 1/200、1/100...等)
- (2) 這一數值是說：生下唐氏兒的機率在較大的那一邊，但並非表示一定會生下唐氏兒，而是說，需配合更多的方法來確定診斷 (例如抽羊水做染色體檢查)。

2. 若是你的結果是屬於安全群 (或是說，被告知為正常群) 時：

- (1) 表示篩檢數值小於 1/270 (如 1/1000、1/10000...等)
- (2) 這一數值並不表示孕婦絕對不會生下唐氏兒，只是機率較小些。若想得到完全確定的診斷，仍須進行羊水染色體檢查來確定。由於羊膜穿刺檢查是一種侵犯性檢查，孕婦須與醫師討論再慎重選擇。

四. 總之：

就是因為羊膜穿刺術有其危險性，母血篩檢法才有發展的空間。雖然羊膜穿刺術具侵犯性，卻是能作為確立診斷的準確方法。而母血篩檢法是非常的安全，但是就只能作為參考值而已。

本人確已聽取說明，並已了解上述內容，此致○○○醫師

簽名 / 日期

2. B-群鏈球菌衛教單

1. B-群鏈球菌可在健康婦女之陰道及腸道以及尿道中存在。
2. 生產時本菌可能於早產及早期破水時垂直感染至新生兒，因此對於早期破水、發燒及早產者均應多加注意。
3. 一般健康人很少因本菌而發病。但若有糖尿病、惡性瘤、心血管疾病、尿道生殖病、愛滋病、心臟病、肝病、肺炎及骨髓炎等則需注意。

