

醫療糾紛的兩性關係－談性別對病患同意的影響（初稿，尚待增補）

王志嘉¹

壹、前言	3
貳、醫療糾紛的性別爭議	3
一、醫療糾紛實例與法院判決	3
（一）縮胸手術留疤案	3
1. 案例事實	3
2. 法院判決	4
（二）處女膜撕裂傷害案	5
1. 案例事實	5
2. 法院判決	5
（1）刑事部分	5
（2）民事部分	5
（三）產後拔牙致死案	6
1. 案例事實	6
2. 法院判決	6
二、性別對病人同意（醫療糾紛）的影響	6
（一）醫療行為的本質（法律觀點）	7
（二）風險告知及其病人同意之有效性	8
1、實務見解	9
2、學說見解	9
3、折衷見解	10
（三）縮胸手術留疤案	10
1. 性別觀點	10
2. 判決評析	11
（四）處女膜撕裂傷害案	12
1. 性別觀點	12
（1）處女膜的意義與性議題	12
（2）處女膜案的性別觀點	12
2. 判決評析	13
（五）產後拔牙致死案	14
1. 性別觀點	14
2. 判決評析	14
參、生育自主權的爭議問題	14
一、墮胎自主權	15
（一）案例事實與法院判決	15

¹ 天主教耕莘醫院社區醫學科主任、輔大&國防醫學系講師、台大醫學士、東吳法學碩士&博士
班刑法組

(二) 生育自主權與胎兒生命權的衡平基準.....	15
(三) 我國現況與性別觀點.....	16
二、孕婦與胎兒生命之抉擇.....	17
(一) 案例事實	17
(二) 醫療觀點	17
1. 肺動脈高壓	17
2. 胎兒現況.....	18
(三) 案例討論	19
1. 懷孕的中止	19
2. 孕婦與胎兒生命權的保護.....	19
3. 孕婦承擔風險救胎兒的問題	20
三、未婚成年男性輸精管結紮案.....	21
(一) 案例事實	21
(二) 法律規定	22
(三) 案例討論	22
1. 法律角度（刑法）	22
(1) 結紮手術與醫療行為的關係.....	22
(2) 結紮手術屬於輕傷害或是重傷害	23
2. 倫理角度.....	24
肆、結語	25

醫療糾紛的兩性關係－談性別對病患同意的影響（初稿，尚待增補）

壹、前言

談到性別，最簡單的分法就是分成「男性」與「女性」，這是由於先天上泌尿生殖系統及第二性徵的差異，屬於「生理性別（sex）」的部分。生理性別的不同，除了對疾病的發生率、嚴重度、診療方式、以及預後有所不同外，更重要的是對健康與醫療照護的需求，諸如：公廁、生育、哺乳等也有所不同，在醫療業務的執行中，若「忽略」生理性別的差異，容易引起醫療糾紛。

不論是男性或女性，由於生理性別的差異，會隨著社會化的歷程，被賦予不同的角色與定位，這是屬於「社會性別（gender）」的部分。例如：女生可以選擇穿裙子或褲子，以及打扮時髦，男生不能穿著太過時髦；男生有淚不輕彈，女生被要求乖巧等。這些的差異，有些是性別差異的必然結果，有些是性別的偏差所造成，社會性別差異對醫療行為所造成的影響是容易產生「忽略」與「偏差」，進而引起醫療糾紛。

發生醫療糾紛的原因種類繁多，包括：基本因素（客觀上的資訊不對等、主觀上醫病雙方立場、了解、認知、期望互不相同等）、社會因素（病患自主意識的提高、醫師與病人社會地位的改變等）、以及直接因素（病患或家屬的溝通不良、醫療錯誤與醫療過失等）等²，不可否認的「病患自主意識的提高」逐漸成為醫療糾紛的主要原因。然而，因性別差異所導致的醫療糾紛或爭議問題在臨床工作中也日趨重要，除了病患自主意識的提高外，主要原因多是由於醫病雙方對於生理性別或社會性別的立場、了解、認知、期望互不相同等基本因素所產生。

故本文將由臨床工作上「醫療糾紛實例」以及「病患生育自主權爭議問題」，前者以縮胸手術留疤案、處女膜撕裂傷害案、以及牙醫師拔牙麻醉案等實例為例，後者將孕婦墮胎案、孕婦生命權與胎兒生命權的抉擇、以及未婚成年男性輸精管結紮案為例，來討論醫療糾紛中的兩性關係。

貳、醫療糾紛的性別爭議

一、醫療糾紛實例與法院判決

（一）縮胸手術留疤案

1. 案例事實

40 歲女性病人甲，向整形外科醫師諮詢『縮小胸部的整形手術』。初診時醫師讓病人看了兩捲相關錄影帶；一捲為手術的全貌，另一捲為手術的過程。醫師當時為甲做了初步的檢查，並於助理在場時與病人討論手術過程及手術的風險，包括永久性的疤痕等。醫師也交付手冊給甲回家閱讀，手冊中載有手術過程並再次提到留下永久性疤痕的風險。

² 護理業務與法律實務，台北市護理師護士公會及中華民國醫事法律學會，91 年 9 月，頁 292-5。陳春山，醫師、病人、醫療糾紛，書泉，93 年 11 月，頁 4-6。吳旭洲，醫療糾紛終結手冊，合記，94 年 1 月，頁 123-8。

第二次就診時，醫師為甲描述手術的過程並輔以圖片說明。當甲表示擔心留下疤痕時，醫師請甲不要擔心，並表示自己曾做過數以百計的縮胸手術，認為甲對手術的結果將會感到滿意。在醫師助理的證詞中指出：在兩次就診中甲提出的所有問題都得到了答覆，且甲也了解醫師對手術的結果沒有任何的保證。

病人甲為吸菸者，在甲手術前所簽署的手術同意書中，載明吸菸者留下疤痕的機率比不吸菸者高出 50%，但甲並未被當面告知，且醫師也未口頭強調。手術於數天後進行，但甲對手術結果很不滿意，特別是術後留下了範圍寬廣且疼痛的疤痕。甲提起訴訟控告醫師未善盡告知的義務，要求損害賠償³。

2. 法院判決

本案發生於美國的阿拉斯加，一九九三年最高法院的判決指出，傳統上醫師的告知義務是以專業標準（Professional Standard）來判斷病人是否了解⁴，如果醫師的告知內容符合同類醫師告知病人的內容，即已盡告知義務，惟現今判斷醫師告知義務的標準則改以病人的角度觀察之，即以合理病人（a reasonable patient）在告知後足以作明智決定為標準，來決定醫師應該告知的內容。

阿拉斯加最高法院認為，病人缺乏專業知識，幾乎所有關於醫療與健康的資訊都必須仰賴醫師。因此，醫師不只是治療病人的身體，還要完整的回應病人的詢問，亦即告訴病人「一個合理病人」所要知道的任何事項，故在醫師的專業標準以及合理病人標準，應以合理病人為告知義務的標準為佳，故在決定適用的標準後，案件的爭議在於醫師提供給病人的資訊是否符合「合理病人」的標準。

法院檢閱上訴的紀錄後，無法斷定在法律上醫師對手術風險所作的說明符合告知的義務，因為根據病人的供詞，當她在第二次門診要求與疤痕相關的進一步資訊時，醫師的回應是告訴她不要擔心，而且她會對手術的結果將會滿意，並未針對病人所提出的風險詳加說明，而部分法院認為病人針對風險要求更詳盡的解釋是用來衡量醫師是否善盡告知義務的重要因素。

此外，手術同意書雖載明吸菸者比不吸菸者的手術風險增 50%，但此種告知僅係一般狀況下，針對平均發生狀況的說明，紀錄也無法顯示醫師曾當面告知病人，以她的狀況可能會產生疼痛且難看的疤痕，或向病人說明由於她吸菸，疤痕產生的機率將增加，毫無疑問地，當一個人考慮選擇接受美容手術時，產生「難看且疼痛的疤痕風險」對她就特別重要。

故醫師提供病人相當多手術及其風險的相關資料，在上述的情況下，法院無法判定法律上醫師已善盡告知義務，因而最高法院將醫師勝訴的原判決廢棄，並發回原審法院以重新審理判斷醫師是否善盡告知義務⁵。

³ Korman v. Mallin, 858 P.2d 1145 (Alaska 1993)

⁴ Potter v. Wisner, 170 Ariz.331, 823 P. 2d 1339, 1341 (Ariz. App. 1991) ; Jacobs v. Painter, 530 A. 2d 231 (Me. 1987) ; Laurent B. Fantz, Annotation, Modern Status of Views as to General Measure of Physician's Duty to Inform Patient of Risks of Proposed Treatment, 88 A.L.R. 3d 1008, 1020-27 (1978)

⁵ Korman v. Mallin, 858 P.2d 1145 (Alaska 1993)

（二）處女膜撕裂傷害案

1. 案例事實

病人乙，為未婚且無性經驗的女性，因陰道不正常分泌物及搔癢而就診，前往診所進行診療時，醫師認為有必要以擴陰器（即俗稱鴨嘴器）實施內診，以進一步確定病情，但並未告知「內診」之意義、所需使用之器具、與使用該等器具對病患身體所可能造成之影響等，醫師在內診時，使用擴陰器（俗稱鴨嘴器）撐開陰道檢查，不慎造成病人處女膜破裂流血，嗣後病人提起了刑事及民事訴訟⁶。

2. 法院判決

（1）刑事部分

檢察官認為醫師疏於告知病人內診之過程係以擴陰器撐開陰道檢查，即貿然以擴陰器伸入病人陰道進行內診，認為醫師「對於醫療行為方式、過程未盡告知義務」之疏失。法院認為醫師診治病人時，應向病人或其家屬告知其病情、治療方針、處置、用藥、預後情形及可能之不良反應，醫師法第十二之一條定有明文。醫師僅向病人說明要進行內診等語，卻疏未詳細解釋內診之方式及所用器械，堪認醫師與病人間之溝通說明不盡完備，或有違反前開醫師法第十二之一條之規定，情理上亦難認為妥適。

然而，醫師未盡說明義務而直接進行醫療行為，與其醫療行為是否產生傷害結果無涉。是以，醫師未向病人詳細解釋內診之方式及器械，於告知義務上容有疏失，亦難認與本件起訴之傷害結果有何因果關係，難以刑責相繩⁷。

（2）民事部分

病人乙係因陰道不正常分泌物及搔癢而就診，依契約締約真意，主給付義務內容為「完成原告陰道不正常分泌物及搔癢之治療程序」。而為履行上述主給付義務，「對病患使用擴陰器撐開陰道檢查」以便於正確診斷病因，衡其性質屬於從給付義務之履行；此外，基於誠實信用原則，為維護病人之利益，依「具體情況應負擔照顧、保護病人等作為義務或不作為義務」，即附隨義務，其目的在於保護病人關於給付以外之法益，不會因被告之履行債務而受損害。

故為履行醫療契約，其附隨義務為在病人可合理期待與信賴之基礎上，與診療目的相關之固有利益範圍內，負有保護病人免於因醫療行為之實施而受有損害之義務，因此丙醫師有義務在決定對病人使用擴陰器檢查之前，先行了解病人過往有無性經驗、是否已婚等情形，並向病人解釋使用擴陰器之方式、目的及可能造成處女膜撕裂之結果，於徵得病人表示同意使用擴陰器接受檢查後，始能進一步使用擴陰器實施檢查。由於醫師並未告知病人關於擴陰器之使用方式、目的及可能造成處女膜撕裂之結果，故違反契約之附隨義務，造成債之不完全給付，與

⁶ 台北地方法院 92 年度易字第 2462 號刑事判決(93.11.24)。臺灣高等法院 93 年度上易字第 2118 號刑事判決(95.05.30)。台北地方法院 95 年度醫字第 27 號民事判決(96.08.09)。

⁷ 台北地方法院 92 年度易字第 2462 號刑事判決(93.11.24)。臺灣高等法院 93 年度上易字第 2118 號刑事判決(95.05.30)。

病人所受損害間有因果關係⁸。

（三）產後拔牙致死案

1. 案例事實

一名甫產子二個月的 30 歲女性病人丙，牙醫師注射麻醉劑兩分鐘，病人就陷入昏迷，最後成為永久性植物人。刑事責任部分，由於衛生署醫事審議委員會鑑定結果認定醫師沒有疏失，檢方已不起訴處分。民事責任部分，台北地方法院審理後，判決醫師應賠償一千一百六十二萬餘元⁹。

2. 法院判決

案例三的醫療糾紛，在刑事部分雖獲檢察官的不起訴處分，惟在民事部分法院認為，病人雖然無糖尿病、心臟血管方面疾病；無藥物與食物過敏病史，對麻醉注射劑也無過敏反應，牙醫師為病人注射的麻醉藥劑，內含腎上腺素，一旦注入血管後，會引起血管升壓，尤其是懷孕前後的婦女會有較強烈的反應。

病人產後兩個月拔智齒，醫師應注意不要將麻醉藥劑注入血管內，牙醫師始終無法證明他沒有將麻醉劑注入血管內。法院認為，病人在注射麻醉劑後兩分鐘就昏迷，顯然是麻醉藥劑注入血管致病患昏迷成為植物人，故有相當因果關係，判決醫師敗訴。

二、性別對病人同意（醫療糾紛）的影響

由於性別的差異，男性與女性對健康照護與醫療的需求有所不同，在執行醫療行為時，最直接的表現就是在侵入性檢查、治療或手術的過程等，對資訊的需求以及關注層面會有所不同，在告知後同意的興起後，性別成為病人同意有效性關注的課題。

從醫療的角度觀察，性別的差異對醫師的說明、病人是否了解、乃至病人是否有效同意均有所影響，甚至進而引起醫療糾紛。在縮胸手術留疤案，可以顯示女性對肢體形象的重視，這是兼具生理性別與社會性別差異的結果。然而，在處女膜撕裂傷害案，雖然我們都知道處女膜是社會性別偏差的結果，或許應該打破，但不可否認的在社會上仍有其標籤化的效果，對個別女性的重要性自有所不同，但問題是因性別所導致的醫療糾紛應如何解決則成為醫療、法律、與社會的共同難題，以下將針對上述醫療糾紛，透過與性別連結，主要從刑事責任的觀點來探討「性別對病人同意（醫療糾紛）的影響」，由於病人同意是否有效，涉及到法律（刑法）對醫療行為的定性，以及風險告知的詳細程度，故將針對醫療行為的本質，以及風險告知及其病人同意之有效性的實務與學說爭議先行討論。

⁸ 台北地方法院 95 年度醫字第 27 號民事判決(96.08.09)。

⁹ 台北地方法院 95 年度醫字第 5 號民事判決(96.07.31)。

（一）醫療行為的本質（法律觀點）

從法律的角度觀察¹⁰，醫療行為具有「雙面性」。從目的方向來看，是一種對病人生命身體健康具有正面利益的行為。然而從形式來看，醫療行為有可能是藉由侵入病人的身體、侵害生理機能或是造成身體不適的方式來達到促進病人身體健康、維持生命的目的¹¹。因此，對於醫療行為的評價有「醫療行為傷害說」以及「醫療行為非傷害說」的對立見解，法律如何評價醫療行為不僅與生命倫理四原則的優先性有關，也與醫事人員刑事責任息息相關。

在德國，對於醫療行為，學說多數以「醫療行為傷害說」為解釋方向，少數以「醫療行為非傷害說」為解釋方向，但因為萊因判決的出現¹²，過去一百多年來，醫療行為在德國刑法實務上被解釋為符合傷害罪構成要件的行為。故醫療行為無法再以「業務權論」阻卻其違法性¹³，只能透過以下三種事由才能阻卻其違法性，亦即：一、被害人的承諾（同意）（即病人的承諾）；二、具有推測的承諾；三、緊急避難¹⁴。

在日本，醫療行為即使係醫師根據醫學判斷與技術所為，其本身帶有對病人身體或生理機能之侵襲性，而屬於對患者身體之侵害或危險行為，故實務及多數學說認為醫療行為具有傷害罪之構成要件該當性，惟若具備醫學上的適應性、醫術的正當性、以及病人的承諾（同意）等要件阻卻其違法性¹⁵，惟亦有少數學說採醫療行為非傷害說之見解¹⁶。

在我國，對於關於醫療行為¹⁷，我國刑法學說與實務見解¹⁸，傳統以來一直

¹⁰ 從醫學倫理的發展史觀察，無論從傳統、近代、到現代，在醫學倫理的內涵中從來不認為醫療行為是會對病人造成傷害的，即使現代醫學界通用的「生命醫學倫理四原則」中所謂的「不傷害原則」，其內涵係指「醫師維持本身有良好的臨床知識及技術、謹慎地執行以達到適當的照顧標準（standard of due care），並避免讓病人承擔任何不當的、受傷害的風險。」¹⁰，充其量只是刑法過失的概念，故醫學界從來不認為醫療行為是傷害行為，此係與法界觀點不同處。

¹¹ 王皇玉，論醫療行為與業務上之正當行為，台大法學論叢，第36卷第2期，96年6月，頁4。

¹² 1894年德意志帝國萊因法院判決係七歲女孩因罹患結合性骨髓癌，必須截肢始能保住性命，女兒父明確表示反對，但醫師仍為其動手術。僅管手術成功，醫師仍被以傷害罪起訴，法院也認為成立傷害罪，此及德國醫療行為傷害說的始祖判決。

¹³ 「業務權理論」係指：醫師乃是受到國家許可而執行醫療業務之人，醫療行為的正當化事由是從醫學知識上足以達成醫療目的，且法律沒有明文禁止使用者，就受到允許，致於病人同意與否並不重要。參見王皇玉，論醫療行為與業務上之正當行為，台大法學論叢，第36卷第2期，96年6月，頁6。

¹⁴ 王皇玉，論醫療行為與業務上之正當行為，台大法學論叢，第36卷第2期，96年6月，頁8。

¹⁵ 陳子平，醫療上「充分說明與同意（Informed Consent）」之法理，東吳法律學報，第12卷第1期，89年2月，頁26，以及陳子平，96學年度第1學期碩士班課程刑法專題研究（一），96年10月22日課堂講評。

¹⁶ 陳子平，醫療上「充分說明與同意（Informed Consent）」之法理，東吳法律學報，第12卷第1期，89年2月，頁26，以及陳子平，96學年度第1學期碩士班課程刑法專題研究（一），96年10月22日課堂講評。

¹⁷ 依94年7月26日衛署醫字第0940025980號行政函釋：「凡以治療、矯正、或預防人體疾病、傷害殘缺或保健為直接目的，所為的診察、診斷及治療；或基於診察或診斷結果，以治療為目的，所為的處方用藥施術或處置等行為的全部或一部，總稱為醫療行為。」

¹⁸ 近期著名的實務見解為最高法院94年台上字2676號刑事判決，以及最高法院95年台上字3476號刑事判決。

倚賴刑法第 22 條「業務上之正當行為」作為醫療行為阻卻違法之事由¹⁹；學說上，尚可以超法規阻卻違法事由「被害人承諾（同意）」，做為醫療行為阻卻違法的根據²⁰。在刑法解釋的觀點，如果認為醫療行為應以「業務上之正當行為」或「被害人承諾」作為阻卻違法事由的話，即意謂醫療行為被認定是符合傷害罪構成要件之行為，意即對法律對於醫療行為為的評價，會建立在「醫療行為傷害說」的脈絡上。

雖然，德、日、及我國實務及多數學說見解均認為，醫療行為因本質具有侵襲性及危險性而採「醫療行為傷害說」，本文雖不反對，但其論述過度簡化醫療行為，未區分不具侵襲性及危險性的醫療行為，也忽略了醫事人員的裁量權，更忽略了醫病互為主體的關係，不僅使醫事人員過度暴露於醫療責任的風險，對病人也不盡然獲益，故將所有醫療行為視為傷害行為並不可採。

本文認為，具有「雙面性」的醫療行為，例如：手術以及侵入性檢查或治療等，因為本身帶有副作用或併發症的風險，且發生機率不低，升高了病人的風險，基於保障病人，採取「醫療行為傷害說」是可合理的，甚至是必要的，事實上醫療法第 63 條、及第 64 條也是針對「手術、侵入性檢查或治療等」採取要式的告知後同意之規定²¹；惟不具侵入性的檢查或治療，例如：藥物治療、肛診、或血液檢查等，醫療行為雙面性的色彩並不強烈，若仍採取醫療行為傷害說，不僅對醫療行為會產生過度箝制的效果，增加醫療成本，造成防禦性醫療的結果，故此部分不應採醫療行為傷害說，若因而產生醫療糾紛，回到刑法過失體系論斷即可。

依此準則，本文認為「縮胸手術留疤案」無論基於醫療需求或是美容需求，都帶有侵襲病人生命身體法益的風險，應採「醫療行為傷害說」的見解；然而，「處女膜撕裂傷害案」，就內診而言，並不會升高病人生命身體法益受到侵害的風險，宜採「醫療行為非傷害說」的見解。

（二）風險告知及其病人同意之有效性

在採醫療行為傷害說的前提，醫療行為是刑法傷害罪構成要件該當的行為，在一般情形下必須透過刑法阻卻違法事由，如「被害人承諾（告知後同意）」或「業務上正當行為²²」等以阻卻其違法性。無論以被害人承諾（告知後同意）或

¹⁹ 王皇玉，論醫療行為與業務上之正當行為，台大法學論叢，第 36 卷第 2 期，96 年 6 月，頁 16-7。

²⁰ 整理自陳子平，刑法總論（上），元照，94 年 5 月初版，頁 268。林山田，刑法通論（上冊），台大法學院，97 年 1 月 10 版，頁 367-9。甘添貴，刑法之重要理念，瑞興圖書，85 年 6 月初版，頁 73-75。林鈺雄，新刑法總則，元照，95 年 9 月初版，頁 267。

²¹ 醫療法第 63 條「醫療機構實施手術，應向病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人說明手術原因、手術成功率或可能發生之併發症及危險，並經其同意，簽具手術同意書及麻醉同意書，始得為之。但情況緊急者，不在此限。」醫療法第 64 條「醫療機構實施中央主管機關規定之侵入性檢查或治療，應向病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人說明，並經其同意，簽具同意書後，始得為之。但情況緊急者，不在此限。」

²² 業務上正當行為，依據通說需包括：醫療目的、醫療適應症、醫療常規、以及病患同意等四要件。

是業務上正當行為阻卻其違法性，均需取得病人有效同意，而有效同意的前提即是「醫師善盡告知義務，並讓病患了解」，以利作出最後決定。

故在醫師告知實務上，最具爭議者乃「風險告知」的問題，尤其涉及「性別」所引起的爭議，究竟應該以何種說明方式來認定醫師已善盡告知義務，或醫師的告知瑕疵應如何處理，其與同意是否有效的關連性為何，則有討論的必要，因為醫師即使詳細與病人說明風險，在醫療糾紛發生後，病人及其委任律師仍是可以找到醫師未說明的手術風險，並以未善盡告知後同意做為訴訟的請求，這樣將使醫病關係陷入緊張的狀態，長期以往對醫病互動並非好事，故以下將針對風險告知的實務見解、學說見解、與折衷見解加以說明。

1、實務見解

最高法院認為病人身體自主權，謂：「醫療乃為高度專業及危險之行為，直接涉及病人之身體健康或生命，病人本人或其家屬通常須賴醫師之說明，方得明瞭醫療行為之必要、風險及效果，故醫師為醫療行為時，應詳細對病人本人或其親屬盡相當之說明義務，經病人或其家屬同意後為之，以保障病人身體自主權；上開醫師應盡之說明義務，除過於專業或細部療法外，至少應包含：(一)診斷之病名、病況、預後及不接受治療之後果。(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，病人即有拒絕醫療之可能時，即有說明之義務；於此，醫師若未盡上開說明之義務，除有正當理由外，難謂已盡注意之義務；又上開說明之義務，以實質上已予說明為必要，若僅令病人或其家屬在印有說明事項之同意書上，冒然簽名，尚難認已盡說明之義務。」²³

上開判決，劃定告知範圍的抽象原則為「在一般情形下，如曾說明，病人即有拒絕醫療之可能時，即有說明之義務」。

2、學說見解

在學說上認為，在醫師告知實務上，最具爭議者為，風險告知的問題。例如，手術併發症或危險性發生機率過小，是否應該告知？任何醫療行為可能發生死亡風險，或可能發生不可逆的身體損傷，即使該風險可能性很小，仍然應該告知。亦即「雖不常發生，但可能發生嚴重後果之風險」，即應該告知。反之，若風險發生率甚低，且損害非屬不可逆者，醫師不為告知，尚非違反其告知義務。蓋任何微小風險均需告知，實屬不可能，且無必要。例如，心導管手術可能導致病人死亡結果，雖然風險發生率很低，醫師仍然應該告知。又如，疾病有百分之五的復發率，醫師不必告知此風險；但有百分之五的癱瘓率風險，醫師則應該告知²⁴。

²³ 參見最高法院 94 年台上字第 2676 號判決，以及 95 年台上字第 3476 號判決。

²⁴ 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，94 年 6 月，頁 144-5。王皇玉，論醫師的說明義務與親自診察義務，月旦法學雜誌，第 137 期，95 年 10 月，頁 269-70。陳聰富，醫療行為與犯罪行為（上），月旦法學教室，第 69 期，97 年 7 月，頁 73-4。

3、折衷見解

本文認為，醫師告知義務係本於患者之自我決定權，既然是「自我」決定權，不是「你我」決定權，應該是具體的「我」的決定權，而不是擬制的一般病人的決定權，更不會是醫師的決定權。但是病人的內心世界醫師無法窺知，需由醫病雙方共同參與²⁵。因此，「告知內容（風險）」是否足夠必須結合「告知的義務標準」，才能判斷醫師是否有善盡告知義務，關於告知的義務標準，學說見解有下主張²⁶：

1. 理性醫師標準（reasonable physician standard），亦稱為專業標準說（professional standard），將告知義務的範圍、內容交由醫療專業判斷。
2. 理性病人標準（reasonable patient standard）：主張告知的範圍、程度應該是以「一個理性的病人（非特定病人），在系爭個案的情況下，都會想要知道的資訊」
3. 具體病人標準（subjective patient standard）：主張在具體個案中，該病人認為重要的資訊，醫師負有告知義務。
4. 二重基準說（折衷說）：包含二類折衷想法，一是「理性醫師說」與「具體病人說」；一是「理性病人說」與「具體病人說」的折衷。

本文認為，原則上醫師應依據「理性醫師」的標準，進行告知義務，並針對病人與其他病人不同的情況特別加以說明，而且當病人有其他疑問提出，醫師應該對於病人的疑問詳細予以說明。但若病人未提出其他問題，醫師至少須盡到理性醫師的告知義務，這樣不僅保障了病人，對醫師也比較有合理的可期待性，不至於過於苛責。故本文採「理性醫師說」與「具體病人說」的折衷見解²⁷。

（三）縮胸手術留疤案

1. 性別觀點

肢體形象是所有人都非常在意的事情，尤其是現代社會。除了專業外，形象更是在整個社會價值觀上不能被忽略，尤其是女性。

由於生物、心理、社會及文化等因素，只能說女性對於體型的觀感、追求完美的個性、同儕的影響、情緒及對壓力的反應方式等，比男性敏感。在外觀上，女性較重視疤痕、體重與美容等，在心理上，也比較容易出現進食異常、焦慮與恐慌症、及憂鬱症等精神疾病。雖是如此，但這並不代表男性不重視，事實上在

²⁵ 引用自黃璽文，論醫療上病患同意的刑法上效力，東吳大學法律學系碩士論文，2007 年 12 月，第 33 頁。

²⁶ 陳子平，醫療上「充分說明與同意（Informed Consent）」之法理，東吳法律學報，第 12 卷第 1 期，89 年 2 月，第 61-3 頁。楊秀儀，論病人自主權—我國法上「告知後同意」之請求權基礎探討，台大法學論叢，第 36 卷第 2 期，96 年 6 月，第 7-8 頁。黃璽文，論醫療上病患同意的刑法上效力，東吳大學法律學系碩士論文，2007 年 12 月，第 30-3 頁。

²⁷ 採相同的見解有陳子平教授與黃璽文醫師等。陳子平，醫療上「充分說明與同意（Informed Consent）」之法理，東吳法律學報，第 12 卷第 1 期，89 年 2 月，第 61-3 頁。黃璽文，論醫療上病患同意的刑法上效力，東吳大學法律學系碩士論文，2007 年 12 月，第 34 頁。最高法院 96 年台上字第 2476 號民事判決。

男性也可能發生²⁸。

對於「疤痕」的重視，除了有男女生理性別本質的差異外，也受到性別社會化的影響而強化。案例中的甲女，可能因肢體形象、生活的方便性、或是醫療或健康等因素而進行「縮胸手術」，從病人的角度觀察，甲女於手術前再三詢問是否會留下疤痕來看，顯然對於肢體形象是非常在意的，這應是她最關心的重點，也非常可能是決定是否進行手術的主要原因，此時醫師應該更要有性別的敏感度與性別意識，醫師雖然也作了解釋，病人也對產生疤痕的可能性有所了解，卻仍發生醫療糾紛，顯然病人對醫師的解釋並不滿意，而成為醫療糾紛的導火線。

此外，從性別的角度的整體觀察，重視肢體形象，有可能基於生理性別因素，也可能基於社會性別因素，雖然不可否認的媒體以及社會有過度強化或渲染，但基本上尚屬合理範圍，故對於肢體形象的重視應該予以注意與尊重。

2. 判決評析

病人甲進行縮胸手術的原因，有可能基於美容需求，也有可能基於醫療需求。

若病人甲基於美容需求，顯然對肢體形象非常的重視，醫師及醫療團隊應該有其性別的敏感度與警覺性，疤痕會造成病人決定是否動縮胸手術的重要因素之一，且案例中甲也針對疤痕提出詢問，如果採實務見解「在一般情形下，如曾說明，病人即有拒絕醫療之可能時，即有說明之義務」，或是折衷見解「理性醫師說」與「具體病人說」，醫師應該具體說明疤痕產生的可能性，尤其在病人有吸菸的情形下，是否會對疤痕造成影響，以供病人作出是否進行手術的決定，故醫師未對疤痕的風險進行說明，將會造成同意的無效；但如採學說見解，由於現代醫療進步，疤痕非並非屬於不可逆的風險，醫師不為告知尚未違反告知義務，其同意應為有效。

若病人甲基於醫療需求，雖然美容的需求的重要性雖然相對降低，但這不代表病人不重視，而且對於肢體形象（美容）的重視，也並非性別偏差的產物，故從醫學倫理角度醫師仍應有性別敏感度並予以尊重，但若仍因此引起醫療糾紛時，此風險應該如何分擔？

從學說見解來看，由於現代醫療進步，疤痕非屬不可逆的風險，醫師不為告知尚未違反告知義務。從折衷見解「理性醫師說」與「具體病人說」的角度來看，由於病人具體情況有吸菸，且病人已具體表達對疤痕風險的重視，雖然美容不是手術主要的原因，但對病人卻是重要的，故醫師未善盡告知義務，仍將導致同意無效。

然而，從實務見解的角度就比較困難處理，本文以為病人係基於醫療需求，醫師之說明應以手術之風險為主，美容需求為輔，所謂「在一般情形下，如曾說明，病人即有拒絕醫療之可能時，即有說明之義務」，此一般情形的說明仍應以醫療需求為主，故疤痕風險的未詳細告知，屬於告知的瑕疵，不會導致同意無效。

²⁸ 校方性別歧視嚴重『轉貼』—校方說男孩子疤痕太大穿鞋子就沒看到了!2008年4月17日，下午10:04:00。引用自 www.wretch.cc/blog/PSONE123/13913201 (97.09.14)

從性別的角度觀察，若病人基於美容需求而進行縮胸手術，肢體形象自然是其最重視的，也是該手術的核心，也是病人手術的目的，醫師若未清楚說明將導致同意無效，醫師應負上刑事傷害罪或民事侵權行為責任；但若病人基於醫療需求而進行縮胸手術，肢體形象只是整體醫療行為的一環，手術風險——告知實屬不可能，而且疤痕風險非屬不可逆，若醫師未善盡告知醫務致引起醫療糾紛，從刑事角度觀察，其同意仍然有效，但是醫師有違反醫學倫理之虞，應從加強性別教育著手。

（四）處女膜撕裂傷害案

1. 性別觀點

（1）處女膜的意義與性議題

男人無法在生理上確保配偶產出的子女是自己的後代，在某些文化中，擇偶（特別是長期配偶，如妻子）時必須將未來孩子屬於自己的確信度列入考量。男人面對此問題演變出的策略之一是，擇偶時較重視貞節，偏好無性交經驗的女性。簡單的說，就是盡量避免與可能懷有別人孩子的女性結婚。

處女膜的完整性通常被認為是女性婚前貞節的證明，因為通常它會在女性首次性行為時，因男性陰莖的刺入而破損出血，但也有少數質地堅韌，經數次性行為仍保持完整，甚至有產後仍然保持完整的特例，而也有部分因劇烈運動、意外、或大幅度的自慰活動，在首次性行為前已經破損的情況。

初次性交未出血的現象比較普遍。隨著現代醫學的進步，處女膜也已經可以透過外科手術的方法進行修補（通常是費用很低的婦科小手術），這樣就更加弱化了其完整性對是否發生首次性行為的證明作用。故大多數人認為，對處女膜的重視程度與文明程度成反比²⁹。

（2）處女膜案的性別觀點

從性別的角度觀察，對處女膜的重視，通常涵蓋心理、社會、及文化等層面，對於處女膜的重視與否，係屬於社會性別的範疇，也是「社會性別偏差」的產物。

對於處女膜的重視，在現在的社會並不鼓勵，也應積極予以打破，避免女性被物化或標籤化。不過，站在臨床工作的角度，病患是否重視處女膜應是其個人價值的選擇，應該站在病患的角度思考，尊重病患的價值選擇，對於醫師或社會來說，不論是否重要，應該以「病人為中心」的角度，並培養性別意識，才能符合醫學倫理，避免醫療糾紛。

案例的性別爭議，從醫學倫理的角度觀察，應該是透過醫病雙方的共同努力。首先，醫師要培養性別意識，病患也應主動告訴醫師，自己還沒有性經驗；其次，如果要內診，請醫師小心做指診，但不使用擴陰器，或者只做肛診，而病患自己需放輕鬆，當然醫護人員的熟練安撫協助十分有助益；再者，如果已經懷疑有子宮或卵巢腫瘤，可以預先漲膀胱去就診，因為處女照超音波幾乎都是用腹

²⁹ 引用自維基百科：zh.wikipedia.org/wiki/處女膜 (97.09.14)

部掃描，先漲膀胱可以節省一兩個小時等候時間，最後，萬一不幸發生被醫師內診弄破處女膜，醫師更應該積極溝通告訴病人不必太緊張，因為處女膜的裂傷，一至二週就會自動癒合³⁰³¹。

2. 判決評析

一位訓練有素的醫師，對女性的下腹痛都應先排除懷孕的風險，對未婚女性的下腹痛若要進行超音波檢查，通常會詢問是否曾有過性經驗或病患意願，以決定採用陰道超音波或是脹尿後用腹部超音波檢查，若醫師未注意此事，係違背醫師應有的客觀注意義務，在行為上自有過失。

案例中的病人乙，係未婚且無性經驗的女性，因陰道不正常分泌物及搔癢而就診，醫師認為有必要實施「內診」，於經得病人「同意」時予以內診，惟醫師雖經得病人對於「內診」的同意，惟在使用擴陰器檢查之前，並未先行了解病人過往有無性經驗、是否已婚等情形，並向病人解釋使用擴陰器之方式、目的及可能造成處女膜撕裂之結果等。換句話說，病人雖同意內診，但是卻不了解同意的內容，應是無效的同意，此為本案醫療糾紛主要的原因。

惟刑事判決認為，醫師未盡說明義務而直接進行醫療行為，或有違反醫師說明義務，但與其醫療行為是否產生傷害結果無涉。是以醫師未向病人詳細解釋內診之方式及器械，於告知義務上有過失，但與傷害結果並無因果關係，不成立刑事責任，此則刑事判決雖然受到不少的批評，但本文認同此判決，其理由如下：

一是，內診對病人的生命身體健康的風險極低，在刑法上不應評價為傷害行為。若發生醫療糾紛時，法院的判斷即在於該醫療行為是否符合刑法業務過失致傷害的概念，醫師解釋不清楚或有違反客觀上注意義務，然而在刑事上因果關係證據的要求非常強烈，未說明清楚與處女膜的傷害，並無（相當）因果關係。換言之，只要進行內診處女膜即有可能撕裂，與是否說明無關，故醫師違反的是說明義務，違反的是醫學倫理，不構成刑事責任。

二是，對於處女膜的重視，實則是社會性別偏差的結果，時至今日從性別的觀點，係應予以打破的，以落實兩性間之平等。換句話說，處女膜之所以重要係社會上處女情結的結果，若撇開處女情結的作祟，它根本是不重要的，就好像抽血一定會刺傷皮膚或皮下組織等，從來也不會有人據此提起業務過失傷害的訴訟，故即使採用「醫療行為傷害說」的觀點，從現今社會的角度，它並不是在說明義務重要的事項，只構成說明義務的瑕疵，並不會導致同意無效，故不應以刑事責任論處。

站在性別偏差角度、刑事因果關係的論斷、以及刑法謙抑性的觀點，處女膜撕裂傷害案不應論以刑事責任。然而此舉是否顯示對病人自主權的不尊重？事實上，處女情結不應被強調，但站在以病人為中心的醫療體系中，病人若覺得重要，

³⁰ 一般性交之後處女膜不會癒合，是因為一再地性行為，不斷地撐開處女膜，因此裂開的地方各自結痂，形成可以辨認的陳舊性處女膜裂傷處，醫學上就判定為「非處女」了。

³¹ 引用及修改自鄭丞傑，「內診前，先搞懂怎樣和婦科醫師配合」，
[http://www.uho.com.tw/hotnews.asp?aid=3019\(97.09.14\)](http://www.uho.com.tw/hotnews.asp?aid=3019(97.09.14))

仍有尊重其自主權的必要，但可由民事責任方式予以解決。

由於民事責任是站在填補被害人損害的觀點，民事侵權行為因果關係的要求較不強烈，或是如同本案民事判決所示，由於醫師對未婚女性的處女與懷孕警覺性已是基本素養，故與病人醫療契約後對於內診說明的不詳細，違反了病患可合理期待與信賴之基礎，在與診療目的相關之固有利益範圍內，的確使病人因醫療行為之實施而受有損害之義務，違反契約的附隨義務，造成債的不完全給付，對病人造成的損害應負上民事賠償責任。

（五）產後拔牙致死案

1. 性別觀點

由於生理性別上的差異，包括：精神心理疾病、內分泌及新陳代謝疾病、胃腸肝膽疾病、心臟血管疾病、神經系統疾病、以及骨骼肌肉系統等疾病等，在疾病的罹病率及嚴重度會有所不同³²。

牙醫師的拔牙麻醉案具有高度的爭議，不僅醫學界多數無法接受，即使病人家屬也有所不平。綜觀本案對病人所造成的傷害，由於病人健康狀況良好，且先前手術已有注射相同的藥物的經驗，故事件的發生有可能基於麻醉藥劑誤注入血管內，也有可能是病人懷孕前後對麻醉藥的反應強烈所致，如屬後者，即為生理性別差異所導致的結果，醫師是否具有性別靈敏度，是否善盡告知後同意，即為醫療糾紛的關鍵。換句話說，任何醫事人員對於男女有別的疾病應該培養性別意識，並善盡說明義務，如此或可避免醫病雙方因認知不同所導致的醫療糾紛³³。

2. 判決評析

待增補。

參、生育自主權的爭議問題

生育自主權，包括三個層次：（一）孕婦墮胎自主權，涉及孕婦生育自主權與胎兒生命權的問題，是生育自主權被常被用來討論，但是卻始終無解的倫理與法律的高度爭議問題；（二）孕婦與胎兒生命權的抉擇，涉及已對懷孕對孕婦造成生命的危險，且胎兒而已有存活機會，但孕婦不惜犧牲性命將胎兒生出的爭議問題；（三）單純生育自主權的行使－未婚之成年人結紮案件，此議題在過去較少引人注意，但由於病患自主權的興起，此議題更顯重要，其主要涉及醫師是否有義務依照病患生育自主權，以及若遵照病患自主權是否符合醫學倫理或法律的規範？

生育自主權是性別議題的核心，具有高度爭議，也與臨床工作與醫療糾紛息

³² 陳祖裕，女性與慢性疾病，出自性別與健康教學指引，醫策會，初版，96年12月，第20-26頁。

³³ 台北地方法院 95 年度醫字第 5 號民事判決(96.07.31)。

息相關，本文的目的不在於解決上述的爭議，而是透過國內外發生的爭議或醫療糾紛，了解生育自主權對醫界、法界、以及民眾（社會）可能的衝擊，不僅使醫事人員增加性別的靈敏度，兩性互相尊重，促進醫病關係的和諧，更期待能凝聚共識，共謀解決之道，俾使臨床工作有所依循。

一、墮胎自主權

墮胎是否該合法化是個亙古無法解決的難題，無人可以否認生命是神聖的，然生命的意義何在，何時才是生命的起源，卻不是任何科技、宗教、或法律，可以給我們完整的答案³⁴。

墮胎的爭議一直在世界各國持續發生，主要的問題在於「胎兒的生命權」與「女性的身體自主權」之間如何取得平衡。在美國，墮胎問題向來敏感，墮胎已不僅僅是一種醫療行為，在政治上也更重要，墮胎議題讓美國分崩離析，讓美國政治扭曲變形，讓憲法解釋無所適從³⁵。

（一）案例事實與法院判決³⁶

1969年8月，美國德州21歲的女服務生 Norma McCorvey，聲稱遭到強暴懷孕，由於薪水微薄沒有能力，也根本不想生育和撫養孩子，因而要求醫師為她墮胎。但是德州刑法禁止墮胎，規定除了為保護懷孕婦女的生命以外，墮胎行為是犯罪行為，墮胎人（通常為醫師）將被處最高十年的刑期，因此沒有醫師願意為她實施墮胎。McCorvey 求助律師的協助，並以 Jane Roe 為名義，指控德州禁止墮胎的法律侵犯了她的「隱私權」，要求聯邦法院宣佈該法違憲。

地方法院判決，支持 Roe 的訴訟請求，認為該法侵犯了原告受美國憲法第九條所保障的權利，但是並沒有判決推翻州法。Roe 向美國聯邦最高法院上訴，經過一年二個月的審理，最高法院於 1973 年以 7:2 的多數意見裁定：德州刑法禁止墮胎的規定過於廣泛地限制婦女的選擇權，違反了憲法第十四條修正案「正當法律程序條款」所保護的個人自由。

（二）生育自主權與胎兒生命權的衡平基準

墮胎涉及的性別議題，通常包括：胎兒生命權與女性身體自主權的衝突、法定代理人的必要性、配偶同意權的必要性、強制諮商與強制思考的必要性與方式、醫師的隱私與言論自由的平衡、以及醫師可否因己價值觀或宗教信仰影響病人等，而當中最核心的爭議問題，就是「婦女的生育自主權與胎兒生命保護的衝突」，這是一個無解的問題，爭議始終存在，當中主要的爭點有：「無理由的墮胎是否應該允許」以及「墮胎的時間是否應該有限制」。

³⁴ 郭玲惠，尊重生命的真正價值，出自 Ronald Dworkin（朗諾·德沃金），郭貞伶、陳雅汝譯，生命的自主權，商周出版，2002年9月初版，頁VI。

³⁵ Ronald Dworkin（朗諾·德沃金）著，郭貞伶、陳雅汝譯，生命的自主權，商周出版，2002年9月初版，頁8-9。

³⁶ Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973)

Roe v. Wade (洛依訴韋德案)，是美國司法實務上重要的判決，法院將墮胎列入憲法隱私權的保護範圍，但同時也指出這些權利是基本的 (**fundamental rights**)，卻不是絕對的，更重要的是布萊克蒙 (Harry Blackmun) 大法官在法院意見中創見的「三階段理論 (**the trimester framework**)」至今仍影響深遠。

判決中所提出的「三階段理論」，係指婦女的妊娠期，大致可分為三個階段 (**trimester**)，其具體內容包括：

(1) 第一期 (懷孕的前三個月，第 1 至 12 週)，墮胎危險性小於正常分娩，胎兒也不具有體外存活性 (**viability**)，醫師與孕婦磋商後，孕婦可以自行決定是否墮胎不受法令限制；

(2) 第二期 (第 13 至 24 週)，胎兒具有母體外存活性之前，墮胎對孕婦的危險性增加，可以基於保護孕婦健康為目的的限制墮胎，但限制手段只能以保護孕婦健康為必要；

(3) 第三期 (第 25 週以後)，胎兒具有母體外存活性，政府保護胎兒生命的利益達到了不可抗拒的程度，政府可以禁止墮胎，除非孕婦有醫學上的原因才例外被允許。

Roe v. Wade (洛依訴韋德案)，最大的特點在於同時解決無理由的墮胎與墮胎時間的限制等棘手的問題，當然也受到不少的批評與修正。其中 William Rehnquist (1992 年首席大法官) 以及 Byron White 大法官與 Harry Blackmun 大法官始終站在對立面，O'Connor 大法官則提出折衷的「不當負擔 (**undue burden**) 理論³⁷」。只要法律限制孕婦墮胎，若未對孕婦造成不當負擔就是有效的，反之，將因違憲而無效，它在美國也曾取得主導地位³⁸，但由於標準含糊，未受到普遍採用。由於墮胎議題在美國看法依舊分歧，「三階段理論 (**the trimester framework**)」未來是否被推翻仍為未定之數³⁹。

(三) 我國現況與性別觀點

在我國，刑法在第二十四章 (第 288 – 292 條) 有墮胎罪的處罰規定，其主要目的為了保護「胎兒的生命」，在刑事政策上，墮胎行為仍是一種犯罪行為。不過，民國 73 年訂定的優生保健法，使得絕大多數的墮胎行為，只要基於婦女自願、胎兒於母體外無法獨立存活的情況⁴⁰，加上符合優生保健法第 9 條各款之一的規定⁴¹，即有阻卻違法事由存在，此一規定對社會大眾營造出一個印象，以

³⁷ Planned Parenthood of Southern Pennsylvania v Casey, 505 U.S. 833 (1992)

³⁸ Stenberg, Attorney General of Nebraska, et al. v. Carhart, 530 U.S. 914 (2000)

³⁹ Ronald Dworkin (朗諾·德沃金) 著，郭貞伶、陳雅汝譯，生命的自主權，商周出版，2002 年 9 月初版，頁 8–13。Alderman & Kennedy 著，吳懿婷譯，隱私的權利，商周出版，2006 年 12 月二版，頁 74–93。

⁴⁰ 優生保健法第 4 條規定：「稱人工流產者，謂經醫學上認定胎兒在母體外不能自然保持其生命之期間內，以醫學技術，使胎兒及其附屬物排除於母體外之方法。」稱人工流產者，謂經醫學上認定胎兒在母體外不能自然保持其生命之期間內，以醫學技術，使胎兒及其附屬物排除於母體外之方法。

⁴¹ 優生保健法第 9 條第 1 項規定：「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：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

為墮胎罪是處於「除罪化」之狀態⁴²，這自然引起反對墮胎人士要求修法的聲音；再者，由於將「懷孕或生產將影響其心理健康或家庭生活者⁴³」列為墮胎的合法要件之一，自立法後一直受到宗教界認為不夠尊重胎兒的生命權⁴⁴，而有主張廢除該款或將強制諮詢及強制思考納入的修法主張；此外，婦女團體也對「配偶同意權⁴⁵」的條款提出批評，認為未尊重女性的自主權，因此修法聲音始終未曾間斷。

二、孕婦與胎兒生命之抉擇

（一）案例事實⁴⁶

林太太懷孕到二十六週的時候，被診斷患有肺動脈高血壓，郭醫師評估在這種情況下，孕婦的死亡率很高，是不適合懷孕的，因此建議林太太應該趕快進行引產，要不然肺動脈高血壓發作，血壓一旦升高，有可能會胎盤剝離或者胎死腹中，到時候不只小孩不保，連媽媽都不保。不過在二十六週出生的寶寶常常因為肺部尚未成熟，所以存活率並不高。

但因為林先生是單傳，因此林太太很希望能為夫家傳宗接代，況且這胎又是男生，更何況醫師也清楚地告知她，她是高齡產婦又是不孕症，且她有肺動脈高血壓，她以後懷孕走上肺動脈高血壓的機率還是非常非常高，因此林太太擔心這次引產後，以後就很難再受孕了，所以執意生下孩子不願引產。同時，婆婆也認為說，你都看起來都好好的啊，只是手指顏色黑黑的而已啊，你應該要為了傳宗接代，繼續懷孕，讓小孩長大一點，直到不行為止，雖然有風險，但又不是百分百，為何不試試看，也堅持要她生。

（二）醫療觀點

1. 肺動脈高壓

當孕婦懷孕合併肺動脈高壓，無論其發生原因，都會對孕婦帶來高度的死亡率，根據文獻回顧，整體死亡率大約 **30 - 50%**⁴⁷。由於對母體的死亡率甚高，一旦婦女懷孕，臨床上終止我們常會忠告孕婦中止懷孕，當孕婦於懷孕第一期

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。」

⁴² 王皇玉，墮胎罪同意問題之研究，醫學倫理與醫療法律的交錯與互動學術研討會「病患自我決定權的新紀元」，天主教耕莘醫院、台北縣醫師公會、東吳大學法律系主辦，97年3月8日，頁22。

⁴³ 優生保健法第9條第六款規定：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：因懷孕或生產將影響其心理健康或家庭生活者。

⁴⁴ 天主教的倫理綱要：「自第一個細胞（the individual first cell）就是人。」

⁴⁵ 優生保健法第9條第2項規定：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。

⁴⁶ 案例引用自醫學倫理案例教學手冊案例一「病患自主權－誰可以真正的自主」，輔仁大學96年度教學卓越計畫3.3.2生命教育教材研發，96年6月。該案例並於97.10.23輔大醫學系六年級醫學倫理課程選定為「病患自主權」小組討論教材。

⁴⁷ Carole A. Warnes, Pregnancy and pulmonary hypertension, International Journal of Cardiology 97 (2004) 11

時，子宮刮除術為首選治療（D&C，Dilatation and Curettage）⁴⁸，假如孕婦繼續懷孕時會升高母體與胎兒的風險，而且根據研究產婦於生產及產褥期時死亡的風險最高。

2. 胎兒現況⁴⁹

早產兒的定義是出生在 37 週前（小於 259 天）的嬰兒。在美國大約有三分之一的嬰兒死亡率和早產兒相關。尤其小於 25 週的早產兒出生時，擁有最高的死亡率（約百分之五十），通常需要更小心地去照顧這些早產兒。

從流行病學的資料推測，案例中 26 週早產兒出生時體重約在 625~1362 公克之間，因此 26 週的胎兒，在醫學上屬於早產兒（Preterm infants、出生週數在 25~34 週間），而且屬於極低體重兒（VLBW，very low body weight，出生體重小於 1500 公克）。

Smoothed percentiles of birth weight (g) by gestational age: U.S. 1991 single live births

懷孕週數	5%百分位	10%百分位	50%百分位	90%百分位
24	435	498	674	977
25	480	558	779	1138
26	529	625	899	1362
27	591	702	1035	1635
28	670	798	1196	1977
29	772	925	1394	2361
30	910	1085	1637	2710

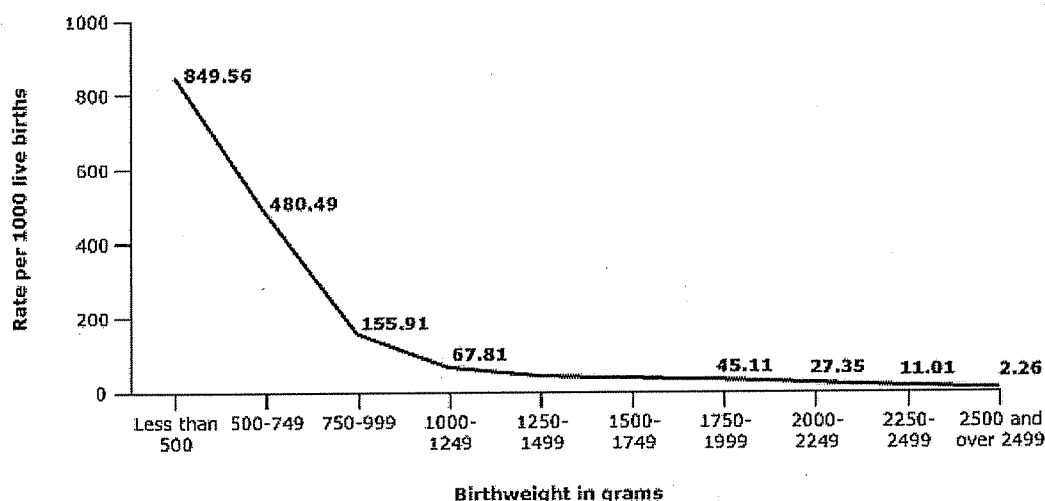
Alexander, et al. United States National Reference for Fetal Growth. In Obstet Gynecol 1996; 87:163-168.

此外，26 週出生的早產兒，死亡率的波動很大，越靠近 1000 公克有越高的存活率(6%死亡率)，相對地越靠近 500 公克則有越高的死亡率(48%死亡率)，我們若以 26 週早產兒的中位體重(大約 899 公克)來估計其死亡率，則其死亡率約在 15%左右⁵⁰。

⁴⁸ Carole A. Warnes, Pregnancy and pulmonary hypertension, International Journal of Cardiology 97 (2004) 13

⁴⁹ 部分資料引用自輔大醫學系六年級第四組「病患自主權」繳交之課後報告，該組成員包括：洪至陽、何英右、李銘鑑、游姿寧、盧泰文、陳矜卉、黃偉杰、謝依儒等 8 人。

⁵⁰ 本資料推演及以下表格資料係出自：Reproduced with permission from: Matthews, TJ, MacDorman, MF. Infant mortality statistics from the 2004 period linked birth/infant death data set. National Center for Health Statistics. Vital Health Stat Series No. 55 (14). 2007.



(三) 案例討論

1. 懷孕的中止

墮胎議題，最大的爭議點即在於孕婦的生育自主權與胎兒的生命權應如何衡平的問題，這已是非常困難解決的，尤其是懷孕最後中止時期的設定點為何都有還是會有正反不同的意見，未避免爭議，暫以我國優生保健法及其施行細則為討論方向。

依優生保健法規定，人工流產的最後期限係經醫學上認定「胎兒在母體外不能自然存活」⁵¹，根據優生保健法施行細則一般係以 **24 週** 為允許人工流產的最終界限⁵²，若懷孕超過 24 週，由於胎兒是為已有存活機會，胎兒的生命權自應予以尊重，除非是經評估有醫療上的需求⁵³，始得例外中止懷孕。

2. 孕婦與胎兒生命權的保護

由於我國以 24 週作為「胎兒在母體外能夠自然存活」的時間切點(設定點)，當孕婦懷孕超過 24 週時，由於胎兒已有存活機會，胎兒生命的保護應重於孕婦的生育自主權，不得再任由孕婦墮胎，此部分再是界各國係折衷與衡平的結果。

不過，當孕婦懷孕 24 週後，除非有醫療上的需求，始得中止懷孕，基於對醫療行為的解釋⁵⁴，以及對母體以及胎兒生命權的衡平，此醫療行為有限縮之必要，故應該類推懷孕 24 週以前允許孕婦人工流產的要件之一，亦即「懷孕或分

⁵¹ 優生保健法第 4 條規定「稱人工流產者，謂經醫學上認定胎兒在母體外不能自然保持其生命之期間內，以醫學技術，使胎兒及其附屬物排除於母體外之方法。」

⁵² 優生保健法施行細則第 15 條「人工流產應於妊娠二十四週內施行。但屬於醫療行為者，不在此限。」

⁵³ 優生保健法施行細則第 15 條「人工流產應於妊娠二十四週內施行。但屬於醫療行為者，不在此限。」

⁵⁴ 醫療行為，依行政院衛生署的定義，係指「以治療、矯正、或預防人體疾病、傷害殘缺或保健為直接目的，所為的診察、診斷及治療；或基於診察或診斷結果，以治療為目的，所為的處方用藥施術或處置等行為的全部或一部。」參見 94 年 7 月 26 日衛署醫字第 0940025980 號行政函釋；65 年 4 月 6 日衛署醫字第 197880 號行政函釋。

娩有招致母體生命危險或危害身體或精神健康之醫學上理由⁵⁵」始足當之，因為沒有理由懷孕 24 週前孕婦基於生育自主權所允許人工流產的要件，竟然比懷孕 24 週後允許人工流產的要件還低，否則不僅對胎兒的生命權維護不週，也將使優生保健法施行細則第 15 條規定的第 24 週以後，除醫療行為外不允許人工流產的規定形同具文。

惟孕婦懷孕 24 週後，究竟保護母體的生命重要，或是胎兒生命重要？從刑法的觀點，此二者都是刑法所欲保障的生命身體法益，但二者間是否具有優先性？

依照我國醫療專業行政法規的規定，在懷孕第 24 週後孕婦的生命權是大於胎兒的生命權的，此部分是合理的。一、孕婦與胎兒之間具有主從關係，沒有孕婦自沒有胎兒的誕生，沒有人能剝奪他人生命來救自己的生命，故當孕婦因懷孕而可能招致生命危險時，應係有權利終止懷孕。二是胎兒超過 24 週，已有存活的机会，存活機會將隨懷孕週數與體重增加而增加，但孕婦的危險性也將隨之增加，若因緊急情況而救孕婦，則胎兒也有存活的机会，故 24 週後，隨時間的經過應是越來越傾向孕婦生命法益與胎兒身體法益的衡量，並非單純孕婦生命法益與胎兒生命法益的衡量，故孕婦之保護具有優先性並無不當。

3. 孕婦承擔風險救胎兒的問題

臨床工作上，若孕婦基於因「懷孕或分娩有招致母體生命危險或危害身體或精神健康之醫學上理由」願意進行人工流產以結束胎兒生命，基於優生保健法孕婦優先保護的原則，雖有社會的爭議，但於法尚無不合。比較可能會造成困擾的是若孕婦基於母愛願意承擔風險，拒絕聽從醫囑而決定以保住胎兒生命應如何處理的問題？

案例中的孕婦呈現二個問題，茲分述如下：

一、孕婦的意思表示是否係在自願下決定？若非在自願下決定，應如何處理？一般而言，在徵得病人同意過程中，「自願」(Voluntariness) 指的是病人得不受任何不當影響而做醫療抉擇的權利。病人的抉擇自由可能會受到各種內、外在因素影響，前者是來自病人本身或其病情的因素，後者則包括藉各種外力約束(force)、心理脅迫(coercion)、不正當之操控(manipulation)來主宰病人的做法⁵⁶。

從醫學倫理的觀點，自願是有效滿足同意必須滿足的一項倫理要求，它奠基於一些相關概念包括自由(freedom)、自主(autonomy)、獨立(independence)⁵⁷。從法律的觀點，病人的承諾須於意識清醒下，未受欺騙、強暴、脅迫所做成，有排除不法的效力⁵⁸。故同意過程的目標是要讓病人盡可能自主地做出決定，因此

⁵⁵ 優生保健法第 9 條第 1 項第 3 款「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：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。」

⁵⁶ 蔡甫昌，臨床生命倫理學，Peter A. Singer 編著，初版，加拿大醫學會授權，醫策會出版，民國 93 年，頁 34。

⁵⁷ 蔡甫昌，臨床生命倫理學，Peter A. Singer 編著，初版，加拿大醫學會授權，醫策會出版，民國 93 年，頁 34-5。

⁵⁸ 林東茂，刑法綜覽，一品，96 年 9 月修訂五版，頁 1 之 129。

在實踐方面這要求醫師必須確保不會發生病人行為主要受到他人操控的情形⁵⁹。

案例中的林太太明顯的係受到夫家傳宗接代、懷胎男嬰、高齡產婦、不孕症、以及未來不能懷孕等外在因素的影響，係在壓力下的決定，表意不自由的決定應屬無效。只是，比較困難處理的是，醫師即使知悉林太太的決定無效，但醫師是否有權強迫孕婦保住生命而犧牲胎兒的生命？此部分將於其後一併討論。

二、若孕婦（林太太）的真意的確願意承擔生命的風險，也完全知悉可能帶來的風險，仍然欲保留胎兒的生命，應如何處置？案例中林太太所罹患肺動脈高血壓，疾病本身無論對母體或胎兒就有極大的風險⁶⁰，而且病況已達手指發紺（手指顏色黑黑的），萬一血壓升高，有可能會胎盤剝離或者胎死腹中，到時候不只小孩不保，連母親都保不住，就其病況而言已達緊急情況，也符合刑法上的緊急避難，若不緊急處理，隨時可能因病況變化，而產生嚴重的後果。

由於情況緊急，此時醫師得否違反林太太意願逕予救治？或若未予以救治，是否會構成不作為殺人罪或協助自殺罪？

在一般情形下，通說認為生命身體法益，不僅是一身專屬的個人法益，同時亦涉及社會的公共利益，不得捨棄⁶¹，但是本案涉及的是「孕婦生命法益與胎兒生命法益抉擇」的問題，所保護均是生命法益，林太太不願意進行懷孕中止手術，並非基於自殺的故意，也非基於捨棄自己生命的法益，而是基於母愛的光輝，此時刑法上所需衡量者為「孕婦生命法益」以及「胎兒生命法益+母親的自主權（母愛的光輝）」，此時「胎兒生命法益+母親的自主權（母愛的光輝）」會優先於單純的「孕婦生命法益」，故孕婦的意願應予以尊重。

故當林太太深思熟慮決定不予中止懷孕的意願，而且表達欲保住胎兒生命意願的時候，由於涉及的是二個生命法益的衝突，醫師的作為義務即解除，此時醫師的不作為，不致構成違反醫師法第 21 條以及醫療法第 60 條緊急救治義務之規定，而成立不作為的殺人罪。此外，孕婦的不願意中止懷孕，而可能導致生命的危險，並不是基於自殺的意圖，醫師未採取積極步驟，並不構成刑法第 275 條之加工自殺罪。事實上，從醫療實務的觀點，也不可能在病人（林太太）清醒時強制病人（林太太）手術中止懷孕，而犧牲胎兒的生命。

三、未婚成年男性輸精管結紮案

（一）案例事實⁶²

28 歲未婚無遺傳性疾病之健康男性，因不欲生育來到泌尿外科門診求診，

⁵⁹ 蔡甫昌，臨床生命倫理學，Peter A. Singer 編著，初版，加拿大醫學會授權，醫策會出版，民國 93 年，頁 34-5。

⁶⁰ Carole A. Warnes, Pregnancy and pulmonary hypertension, International Journal of Cardiology 97 (2004) 11-13

⁶¹ 林山田，刑法通論（上），增訂十版，作者自版，97 年 1 月，頁 370。

⁶² 本案例係由 97 年 3 月 1 日由中華民國刑事法學會、國泰醫院舉辦之「醫事法律、醫療糾紛、與全民健保學術研討會」之與會者提問問題。

表示欲進行輸精管結紮手術⁶³。

（二）法律規定

根據優生保健法的規定，合法的結紮手術，包括⁶⁴：

1. 已婚男女經配偶同意者，得依其自願，施行結紮手術，若配偶生死不明或無意識或精神錯亂者，不在此限。
2. 無論是已婚或未婚男女，若有（1）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、（2）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、以及（3）本人或其配偶懷孕或分娩，有危及母體健康之虞者等情形，可以逕依其自願施行結紮手術，但未婚之未成年人或禁治產人，施行結紮手術，應得法定代理人之同意。

（三）案例討論

從優生保健法的相關規定得知，若未婚男女欲進行輸精管結紮手術，通常僅有在「自身罹患遺傳性疾病或因自身或配偶懷孕有可能危害母體時」，始得依其自願進行結紮手術。

惟現代社會，由於個人對自身生育自主權的重視，單身或已婚未生子無遺傳性疾病健康之人，欲進行結紮手術，日漸增多，此案例是發生在國內醫學中心真實且簡單的案例，但卻呈現諸多的醫學倫理與刑法上爭議，故以下將由法律與倫理角度分析之。

1. 法律角度（刑法）

（1）結紮手術與醫療行為的關係

醫療行為，依行政院衛生署的定義，係指「以治療、矯正、或預防人體疾病、傷害殘缺或保健為直接目的，所為的診察、診斷及治療；或基於診察或診斷結果，以治療為目的，所為的處方用藥施術或處置等行為的全部或一部。⁶⁵」此見解從醫療行為的直接目的是否是朝向治療、矯正、或預防人體疾病、傷害、殘廢、或保健為出發點，來界定醫療行為與非醫療行為，是醫學界與法學界的通說⁶⁶，此

⁶³ 優生保健法第4條第2項「稱結紮手術者，謂不除去生殖腺，以醫學技術將輸卵管或輸精管阻塞或切斷，而使停止生育之方法。」

⁶⁴ 優生保健法第10條「已婚男女經配偶同意者，得依其自願，施行結紮手術。但經診斷或證明有左列情事之一者，得逕依其自願行之：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、本人或其配偶懷孕或分娩，有危及母體健康之虞者。未婚男女有前項但書所定情事之一者，施行結紮手術，得依其自願行之；未婚之未成年人或禁治產人，施行結紮手術，應得法定代理人之同意。第一項所定應得配偶同意，其配偶生死不明或無意識或精神錯亂者，不在此限。第一項所定結紮手術情事之認定，中央主管機關於必要時，得提經優生保健諮詢委員會研審後，訂定標準公告之。」

⁶⁵ 94年7月26日衛署醫字第0940025980號行政函釋；65年4月6日衛署醫字第197880號行政函釋。

⁶⁶ 法律學者多以衛生署對醫療行為的定義做論述，例如：王皇玉，整型美容、病人同意與醫療過失中之信賴原則－評台北地院九十一年訴字第730號判決，月旦法學雜誌，第127期，94年12月；朱柏松，整型、美容醫學之區別及其廣告應有之法規範，月旦法學教室，第31期，

亦為狹義醫療行為的定義⁶⁷。換言之，若病人進行的醫療行為並非基於醫療目的，則非屬狹義的醫療行為，只能以廣義的醫療行為論之，其在刑事上合法性的要求自有所不同。

案例中 28 歲未婚無遺傳性疾病之健康男性，欲進行結紮手術，純粹只是不想生育，並無治療、矯正、或預防人體疾病、傷害殘缺或保健的直接醫療目的，且無論從醫療的角度或是法律的規定，並無醫療的適應症，醫師也無為其進行結紮手術的義務。換言之，病人欲進行結紮手術，充其量只是滿足其自身生育自主權的要求。

（2）結紮手術屬於輕傷害或是重傷害

案例中的男性，所欲進行的結紮手術由於是手術且帶有侵襲性的色彩，依照通說醫療行為傷害說的見解，在刑法的評價上係屬於傷害行為，若是結紮手術的進行並無醫療目的且無醫療的適應性，自與狹義的醫療行為定義不同，若欲以被害人承諾（告知後同意來）阻卻其違法性，則會受到刑法第 282 條的限制⁶⁸，亦即重傷以上的法益不允許處分。

未婚成年男性的結紮手術，性質上屬於是病人生育自主權的展現，評價上不致違背公序良俗，但是由於其不具醫療目的及醫療適應症，病人的同意是否有效端視其為刑法評價的「重傷害」或「輕傷害」？若已達刑法評價上的重傷害，則應有是當的醫療目的以及醫療適應症的支持，透過業務上正當行為始得為之；若僅為刑法的輕傷害，自屬病人可以處分的生命身體法益。

男性結紮手術，係是由泌尿科專科醫師來執行，採局部麻醉，手術過程是將雙側陰囊上方皮膚局部麻醉後切開 0.5 公分（故傷口只約 0.5 公分長），找出輸精管（左右各有一條輸精管），將輸精管相距 0.5 公分處各綁一個結，再將中間處輸精管剪斷，止血後將傷口縫合，手術時間約二十分鐘，費用約四千元左右，事實上，結紮只是切斷精蟲的「補給路線」，不除去生殖腺，以醫學技術將輸精管組塞或切斷，而使停止生育之方法，並不是所謂「閹了」，因此完全不會影響性能力⁶⁹。

男性的結紮手術，雖然係以醫學技術將輸精管組塞或切斷，也保有生殖腺，但是結紮手術後並不是把蝴蝶結打開後便能再現生機，而是須把輸精管重新吻合，是極為細膩的顯微手術。以目前技術而言，「接通率」可達 90%，但再懷孕率最高只可達 50%⁷¹。由此面向觀察，結紮容易，但是回復困難，係屬於難以

94 年 5 月。

⁶⁷ 蔡振修，醫事過失犯罪專論，增訂一版，作者自版，94 年 8 月，第 58 頁。

⁶⁸ 刑法第 282 條「教唆或幫助他人使之自傷，或受其囑託或得其承諾而傷害之，成重傷者，處三年以下有期徒刑。因而致死者，處六月以上五年以下有期徒刑。」

⁶⁹ 引自泌尿科張美玉醫師網站資料：<http://www.kmuh.org.tw/www/kmcj/data/9006/4728.htm>，最後引用日為 97.12.14。

⁷⁰ 優生保健法第 4 條第 2 項「稱結紮手術者，謂不除去生殖腺，以醫學技術將輸卵管或輸精管組塞或切斷，而使停止生育之方法。」

⁷¹ 引自泌尿科張美玉醫師網站資料：<http://www.kmuh.org.tw/www/kmcj/data/9006/4728.htm>，

治癒的傷害，依照刑法第 10 條第 4 項重傷害各款的規定與解釋⁷²，若結紮手術使生殖器官的機能受到嚴重的減損或是完全喪失，或是使其達到不能治癒或難以治癒的傷害，均屬於刑法重傷害的範圍⁷³。

結紮手術，由於保有生殖腺雖未使生殖器官的機能受到嚴重的減損或是完全喪失，但由於顯微手術接合困難，且再懷孕率不高，從刑法的觀點實已符合難以治癒的重傷害，應係刑法評價的重傷害。故不具有醫療目的以及醫療適應症的結紮手術，在處理上宜小心謹慎，事實上由優生保健法第 9 條第 2 項的反面解釋亦可得出「未婚男女無自身罹患遺傳性疾病或因自身或配偶懷孕有可能危害母體時之情事之一者，欲施行結紮手術，不得依其自願行之」。

2. 倫理角度

未婚成年健康男性或已婚未生子夫妻基於生育自主權的理由，欲進行結紮手術的情形已逐漸增多，案例的事實發生於不少醫學中心，承蒙新光醫學中心外科部黃一勝部長協助，透過泌尿科醫學會發函給現擔任健保審查委員的泌尿科專科醫師詢問其相關意見，回函者有三十二位，其中六位醫師贊成，二十位反對，以及其他意見六位，其意見分述如下：

（1）贊成者

贊成者六位中，有三位是附帶但書贊成，其意見包括：依優生保健法之規定實行之，或先有立法保障且病患要有同意書，事後放棄追訴，方可進行（符合時代變化的需求），故其並非真正贊成者。

至於真正贊成者三位，其意見為尊重病人對自己身體的自主權，除非其精神狀況異常、民眾有要求不生育的權利、以及願不願意生小孩是個人的行為，醫師並無權力要求，但可以和病患先討論，再加上人工生殖技術的進步將來要生小孩並無困難，如果不結紮，若有小孩再施以人工流產手術，道德上更不合倫理。

（2）反對者

反對者共計二十位醫療專家，其意見大致歸納如下：

- i. 沒有醫學上及倫理上之適應指標及規範前，不必要的手術或對病人健康沒有助益之手術應避免施行。
- ii. 對未婚/未生育年輕男性而言，結紮手術絕對不是理想的避孕方式，這類病患結紮後反悔要求做 **Vasal reversal** 的機會也較高，衍生其他糾紛的機會也高。
- iii. 牽涉層面廣，易衍生相關問題，宜依照優生健保法規定，以避免日後產生不必要之糾紛，並婉言相勸，採取其他避孕手段。

最後引用日為 97.12.14。

⁷² 刑法第 10 條第 4 項「稱重傷者，謂下列傷害：一、毀敗或嚴重減損一目或二目之視能。二、毀敗或嚴重減損一耳或二耳之聽能。三、毀敗或嚴重減損語能、味能或嗅能。四、毀敗或嚴重減損一肢以上之機能。五、毀敗或嚴重減損生殖之機能。六、其他於身體或健康，有重大不治或難治之傷害。」

⁷³ 林山田，刑法各罪論（上），增訂五版，作者自版，95 年 10 月，頁 132－136。

- iv. 年輕人，心思尚未完全成熟，且現代年人應負有社會責任，若鼓勵結紮，對將來臺灣人口結構會有很大傷害，故應三思。除非年輕又有智能障礙之人，才可考慮，助其結紮。
- v. 年輕男性來結紮多半因不想生小孩或不想結婚過於衝動而來，但結紮是不可逆手術，不願見其日後後悔來要求做費用為 10 倍之接通手術，10 年再接通時，年齡還輕，也無法生育所以反對協助。除非有特殊原因由父母帶來要求結紮並有父母簽具同意書才施行。

(3) 其他意見

其他意見者共計六位醫療專家，其意見大致歸納如下：

- i. 若具有優生保健法第十條第一項但書之一、二情事者，可同意之。
- ii. 是否擬定公同遵循說帖？協助此類病患之需求，減少因不了解導致不可逆之結果。
- iii. 成年者未婚結紮可能造成醫療糾紛，包括：若父母不知，則父母可能找上醫師，或是必須與其女友或未婚妻商議而定。

從醫療實務以及醫學倫理的觀點，多數的泌尿外科醫師（二十九位）仍是反對為未婚成年健康男性進行輸精管結紮手術，至於真正的贊成僅有三位，其主要考慮的因素為尊重病患自主權，萬一懷孕而墮胎更不符合醫學倫理。

肆、結語

本文以國內外曾醫療糾紛發生的實例以及生育自主權爭議問題，來探討「醫療糾紛的兩性關係－性別對病人同意的影響」，顯然的不少案例的發生係由於醫病雙方認知或說明不足而導致，不必然與執行療業務的醫療過失有關，但是不可否認的是卻都發生了醫療糾紛，究其原因都是欠缺性別的靈敏度（性別意識不足），導致醫療行為事前的說明不足所產生。

「縮胸手術留疤痕」，主要係醫師對於「肢體形象（疤痕）」的性別靈敏度與病人有明顯的落差，這可能基於生理性別的差異所產生，也可能基於社會性別的差異所產生；「處女膜撕裂傷害案」，是一個不該發生的醫療糾紛，對於處女膜的重視或多或少基於「社會性別的偏差」所發生，應該是要破除這方面的偏差，但是這不應該由醫師決定，應站在病人或社會觀察的角度，以「病人為中心」的醫療模式思考或社會風俗的水到渠成，才不致發生醫療糾紛；「牙醫師拔牙麻醉案」等，主要是提醒醫事人員，男女由於「生理性別」的差異，會導致疾病的發生率、嚴重度、治療、以及預後等有所不同外，也可能基於「社會性別」的差異，男女對於發生率與治療方式等均相同的疾病，但心理社會的感受卻不相同，如 B 型肝炎帶原者的孕婦，擔心生產時將 B 型肝炎傳染給嬰兒等，故具有性別意識的醫事人員，或許能減少醫療糾紛發生的風險。

生育自主權的部分，包括三個層次：孕婦墮胎自主權，涉及孕婦生育自主權與胎兒生命權的問題，是生育自主權被常被用來討論，至今雖仍存在高度爭議，

但至少優生保健法的規定可以遵循；孕婦與胎兒生命權的抉擇，涉及的是當懷孕對孕婦甚致胎兒造成生命的危險，且胎兒而已有存活機會時，若孕婦不惜犧牲生命而欲將胎兒生出，爭議性更大，本文認為應該尊重病人的抉擇，若遇到醫療糾紛或可以義務衝突來阻卻其違法性；最後，單純生育自主權的行使，亦即未健康成年人結紮案件，由於避孕的方式甚多，病人未來也可能反悔，加上無醫療的適應症，醫師也無義務非作不可，以及多數泌尿科專家也不認同，故應採保守的立場。

墮胎・同意・隱私權

王皇玉（台大法律系副教授）

目次

壹、前言

貳、美國法上關於墮胎問題之論述

- 一、從隱私權概念談起
- 二、隱私權與避孕自由
- 三、隱私權與婦女墮胎自主權

參、德國法上關於墮胎罪的論述

- 一、憲法上的論述
- 二、德國刑法相關規定
 - （一）墮胎罪之處罰
 - （二）「三日思考期」之規定

肆、未成年人墮胎同意問題

- 一、未成年人墮胎應得法定代理人同意之商榷
- 二、外國法制情形
- 三、生育保健法草案第十二條修正內容

伍、未得配偶同意的墮胎行為

- 一、墮胎罪配偶同意權規定的商榷
- 二、未得配偶同意的法律效果
- 三、對「生育保健法」草案中「告知配偶」規定之批評

陸、結語

壹、前言

墮胎問題，是只有婦女才可能遭遇的切身問題。由於墮胎涉及了婦女對自己身體決定權以及胎兒生命的衝突，因此各國均設有處罰墮胎行為的刑法規定。然而，不管是歐洲或是美國，對於墮胎的禁令有逐漸放寬的趨勢。此一墮胎禁令的放寬，固然有部份原因是因醫學技術的進步與發展，使得墮胎手術，尤其是懷孕初期的墮胎手術，比過去來得安全許多。墮胎婦女死於墮胎過程中的可能性，顯著降低。然而，墮胎禁令的放寬，有極大原因是從婦女對自己身體、未來生活擁有主宰權的觀點出發。

美國著名的法學者德沃金這樣表示¹：

一位女子若是因為不能進行早期且安全的墮胎，而被迫懷有她不想要的身孕，她便不能夠主宰自己的身體：法律讓他成了某種奴隸。對許多女性來說，懷有一個不想要的小孩，意味著她們的人生就此毀滅，因為她們自己都還是小孩；因為她們從此不再能過那些對她們來說是很重要的生活、不能工作或就學；因為她們無法撫養小孩（例如小還有嚴重生理、心理殘疾，或是因強暴、亂倫導致懷孕）。即使有人願意收養小孩，也無法消除這樣的傷害。

對許多女性來說，社會將墮胎視為謀殺，不只讓她們受到了不希望承受的傷害，而且還傷害她們很重。如果一位女性無論如要一定要墮胎，他很可能會冒著自己生命的危險。如果他順從法律生下小孩，他的下場可能很淒慘——不只是在經濟、社會或職業生涯上遭受損失，而且還常常會對她的自尊造成致命的打擊。

德沃金甚至認為，婦女應享有特殊的憲法權利，得以控制她們自己在繁衍後代上所扮演的角色。²

在我國，對於墮胎罪這個公共議題，向來無法吸引太多人的熱烈討論。儘管現實上「懷孕—墮胎」這個中心，向外放射出不同光譜的各種社會問題，例如未婚生子，未成年偷嘗禁果、外遇懷孕，婚姻問題，家暴問題等等，但人們寧可把這些問題訴諸於當事人的個人問題，而不是制度面或政策面問題。因而，一切墮胎行為，均在隱晦不明的情形下，偷偷摸摸的進行著。有人可以幸運地躲過法律的檢驗，有人卻可能不幸地被以墮胎罪，有人卻可能不幸地被以墮胎罪繩之以法。

以下即從美國與德國關於墮胎罪的論述，加以探討我國對於未成年人以及有配偶之人的墮胎限制。

貳、美國法上關於墮胎問題之論述

一、從隱私權概念談起

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 Brandeis 兩人共同於美國哈佛法

*本文部分內容，曾發表於月旦法學雜誌第 162 期，2008 年 11 月，頁 41 以下。

¹ Dworkin 著，郭貞伶，陳雅汝譯，生命的自主權（Life's Dominion），商周出版，2002 年 9 月，頁 117。

² Dworkin 著，郭貞伶，陳雅汝譯，生命的自主權（Life's Dominion），商周出版，2002 年 9 月，頁 121

學評論 (Harvard Law Review) 發表之“The Right to Privacy”一文中首先提出。該文認為，過去對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)，應意含著「享有生活的權利」(right to enjoy life)，以及「不受干擾的權利」(right to be let along)之保護。³從而，對於人身權利的保護，不能僅侷限於那些針對身體、生命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，普通法上雖有針對誹謗名譽與著作權的保護。但隱私權侵害與毀謗名譽或侵害著作權仍有不同。誹謗名譽較似一種實質的侵犯，而非精神層面上的侵犯。著作權法所要保護的則是「作者」藉由同意公開作品所可能獲得的財產利益。但是隱私權所要保護的不是「財產」(property)，而是意指一種「不受侵犯的人格」(the right to an inviolate personality) 概念。其內涵包含了一個人有權決定以何種方式與他人溝通，以及決定「是否」以及「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，他要公開到什麼程度與範圍，例如向公眾公開，還是只對朋友公開。⁴

Warren 與 Brandeis 所提出的隱私權概念，開啓了隱私權的論述架構。尤其是個人獨處權與不受干擾權(right to be let along)的概念。這樣的獨處權，強調任何人對於個人的思想、情緒與感受，自身獨處空間與生活狀態，不受他人侵擾的權利。

二、隱私權與避孕自由

隱私權在美國憲法層次的討論，初期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，則是在 1965 年的 Griswold v. Connecticut 案中。本案當事人 Griswold 是康乃迪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。但根據當時康乃迪克州的法律規定，禁止任何人使用藥物或用具達到避孕的目的，並禁止從事避孕方法的諮詢。根據這樣的規定，Griswold 因提供生育控制的諮詢而被捕，並罰款一百美元。

美國聯邦最高法院認為康乃迪克州之法律，違反了美國憲法對隱私權的保障。其中大法官道格拉斯(Douglas)參酌了權利法案的精神、結構和特別條款，認為儘管美國憲法沒有明文保障隱私權概念，但是憲法修正條文已蘊含對於隱私權的保障⁵。此外，大法官道格拉斯創設了「隱私領域」(zones of privacy) 這個

* 德國海德堡大學法學博士，台大法律系副教授

³ Warren & Brandeis, The Right to Privacy, 4 Harv. L. Rev. 193(1890).

⁴ Warren & Brandeis, The Right to Privacy, 4 Harv. L. Rev. 197 (1890).

⁵ 此即美國隱私權論述中最有名的「暈影理論」(penumbra approach)。大法官道格拉斯的主張如

概念，認為隱私領域涵蓋了個人與家庭的每一部份，包括本案中所涉及的婚姻隱私。此一判決強調，隱私權應肯認已婚夫妻使用避孕用品的權利。婚姻具親密性，且避孕行為多是隱密為之，因而大法官道格拉斯反問：「難道我們會願意因為使用避孕用品這個無法掩蓋的事實，允許警察去搜索夫妻神聖的臥房嗎？」⁶

三、隱私權與婦女墮胎自主權

Griswold v. Connecticut 案中發展出「隱私領域」概念，對日後美國關於隱私權的論述，有很大的影響。此外，此一「隱私領域」的範圍也不斷擴大，甚至擴大到婦女對於墮胎的自主決定權，也屬隱私權範圍。例如在 1972 年的「愛森史塔訴拜德案 (Eisenstadt v. Baird)」案，探討對未婚婦女的避孕禁令是否違反平等原則以及是否侵犯未婚者隱私的問題上，大法官布雷門 (Blackmun) 在判決中如此表示，「隱私權意指一種屬於個人的權利，不管是已婚或是未婚，個人有權在影響其深遠的個人事務上，例如決定是否懷有或生養小孩一事上，不受政府機關未經合法授權的侵犯。」 (If the right of privacy means anything, it is the right of the individual, married or single, to be free from unwarranted governmental intrusion into matters so fundamentally affecting a person as the decision whether to bear or beget a child.)⁷

關於墮胎罪最著名的判決，要屬 1973 年的「羅伊訴渥德案 (Roe v. Wade)」。⁸ 本文中。美國聯邦最高法院以七比二的票數，裁定德州有關禁止懷孕婦女實施墮胎手術之規定（為挽救母親生命的墮胎行為除外），違反憲法所保障的隱私權。⁸該案判決中有兩點值得特別提出：

（一）多數法官認為，隱私權雖然沒有在憲法中明文提及，但多年來，隱私權被法院所承認。隱私權並非毫無限制，它包含自由概念下個人「基本的」與「固有的」權利：關於婚姻、生殖、避孕、家庭關係、輔育子女和教育子女的權利。而「隱私權範圍之廣泛，足以涵蓋懷孕婦女決定是否終止懷孕的意思自由。」就此，大法官布雷門 (Blackmun) 的意見書中甚至表示表示，懷孕婦女就繁衍後代一事，在憲法上享有特殊的隱私權；而且此權利包括，如果他和他的醫生都同意時，他就有權墮胎。⁹

下：”the first Amendment has a penumbra where privacy is protected against governmental intrusion.” 參考王澤鑑，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 29，2007.07。

⁶ Alderman & Kennedy 著，吳懿婷譯，隱私的權利，商周出版，頁 77。

⁷ Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438, 453(1972).

⁸ Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973)此一判決的相關論述文獻非常多，可參考 Dworkin 著，郭貞伶，陳雅汝譯，生命的自主權 (Life's Dominion)，商周出版，2002 年 9 月，第 115 頁以下；Alderman & Kennedy 著，吳懿婷譯，隱私的權利 (The right to Privacy)，2006 年 2 版，第 79 頁以下。

⁹ Dworkin 著，郭貞伶，陳雅汝譯，生命的自主權 (Life's Dominion)，商周出版，2002 年 9 月，

(二) 本判決中，認為隱私權是基本的權利，但並不是絕對的。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，大法官布雷門（Blackmun）在其意見書中創設了著名的「三階段理論」（the trimester framework）。也就是懷孕的第一階段（頭三個月），就醫學觀點來看，墮胎手術較生產安全，所以婦女和醫師可以自由決定是否進行墮胎手術，免受州政府干預。在懷孕的第二階段（至懷胎六個月前），胎兒可以體外存活的關鍵點之前，政府可以基於保護母親安全為由，限制墮胎手術的進行。但在胎兒可以體外存活的關鍵點之後，也就是懷孕第二階段的末期，州政府對潛在生命的利益已達重大程度，因而得以限制甚至禁止墮胎，除非墮胎是為該懷孕婦女生命或健康所必須。¹⁰

此一「三階段理論」提出後，受到莫大的批判。除了胎兒生命的價值分成三個不同階段於以差別待遇，且在結論上，也因而導出「胎兒不是憲法上的人」這樣的命題。然而這樣的命題，儘管引起很大的爭議，但在法學界，卻是普遍可以接受。¹¹

參、德國法上關於墮胎罪的論述

一、憲法上的論述

究竟懷孕婦女可否無條件地主張墮胎權利？根本的問題，還是在於婦女行使身體自主權時，與胎兒生命保護的利益價值相衝突時，應如何進行利益衡量。德國在二十世紀六十年代之間，即開啓一連串墮胎議題的討論。議題的中心，一方面是探討對未出生胎兒生命的保護；另一方面則主張應給懷孕婦女更有助益的諮詢與社會扶助，甚至認為懷孕婦女在醫師的評估下，應有合法墮胎的可能性。關於合法墮胎的模式，在當時有所謂「法定事由模式」（Indikationenregelung）與「期間模式」（Fristenmodel）之爭。前者要求要在特定法定事由之下，才能合法墮胎。後者主張，只要在懷孕初期 12 週內，婦女可以自由地，不受限制地決定墮胎。

在 1974 年的第 5 次刑法改革法案中，關於墮胎罪的立法，採取了「期間模式」的立法。然而此一法案，旋即在 1975 年遭到德國聯邦憲法法院宣告違憲的命運。1975 年德國聯邦憲法法院判決認為，「對胎兒生命的保護，原則上在整個

¹⁰ Alderman & Kennedy 著，吳懿婷譯，隱私的權利（The right to Privacy），2006 年 2 版，頁 80-81。

¹¹ Dworkin 在其「生命的自主權」（Life's Dominion）一書中，絕大部分篇幅都是在捍衛「胎兒不是美國憲法上的人」這個觀點。其中提出許許多多的論點，在此不詳細探討。

懷孕期間，優先於孕婦的自決權，且不得在一定期限內受到懷疑。」¹²此一憲法判決，宣示了胎兒的生命權，相對於懷孕婦女的自我決定權而言，具有優先性。

德國 1976 年的刑法分則修正法案中，因而將墮胎罪之刑法規定改以「法定事由模式」立法。亦即懷孕婦女只能在一定的期間內，具有特別事由，分別是醫學上理由，胎兒遺傳上理由，受犯罪而懷孕之理由，以及一般性緊急避難之原因，婦女始得合法墮胎。

1990 年東德與西德統一。在兩德統一前，東德的刑法關於墮胎罪之規定，一直採用「期間模式」。兩德統一條約中要求，立法者應該在 1992 年 12 月 31 日之前，制定適用於全德有關墮胎罪之法案，以保障未出生胎兒之生命。德國議會在 1992 年 7 月 27 日提出「懷孕者暨家庭扶助法案」(Schwangeren- und Familienhilfegesetz)，此法案終將刑法第 218 條 a 制定為，懷孕婦女在懷孕初期，只要接受衝突諮詢（見如後敘述）而墮胎，則墮胎行為不違法。因犯罪原因而懷孕，或是緊急狀態而墮胎，無須接受諮詢。此外，在懷孕 12 週之後，則可根據醫學上之理由或胎兒遺傳學上之理由而墮胎。由於刑法 218 條 a 的條文用語，均以「不違法」稱呼這些墮胎行為。此一「不違法」之規定，在 1993 年，遭德國聯邦憲法法院宣告為違憲。

1993 年憲法法院判決，依然重申了對胎兒生命的保護。判決中如此宣稱：「胎兒是德國基本法所要保護的生命形式。墮胎行為，不管在懷孕過程的任何時期為之，都應該被視為不法且被禁止的。」¹³然而在此判決中，卻允許了某些例外情形，其中尤其強調，「對胎兒生命保護的同時，也應該考慮到對懷孕婦女基本權利的尊重。如果繼續懷孕或是產下嬰兒，會造成懷孕婦女極大的負擔或時犧牲其生命價值，則以刑罰威嚇要求懷孕婦女必須生下小孩，應屬欠缺期待可能性。」「刑法第 218 條規定不再適用，如果懷孕婦女在懷胎後 12 週內，由醫師進行中止懷孕，而此一懷孕中止手術是懷孕婦女所自願，且有醫師開具的諮詢證明，足以證明其至少在手術前三天，曾經接受過諮詢。」¹⁴

此一憲法判決，其實透露出憲法法院對墮胎議題的矛盾，一方面堅持對胎兒生命的無限制保護原則，另一方面則在考慮懷孕婦女的遭遇處境，對墮胎處罰規定作了讓步。因而憲法法院判決不再挑剔「期間模式」立法，而是有條件地允許，亦即只要是懷孕初期，懷孕婦女在接受衝突諮詢之後，即可在沒有任何法定事由的情形下，合法墮胎。這裡所謂的「合法」墮胎，在刑法解釋學上被認為是「不符合墮胎罪犯罪構成要件」之行為，而非排除其違法性。¹⁵

¹² BverfGE 39, 1, 44=NJW 1975, 573;

¹³ BverfGE 88, 203= NJW 1993, 1751.

¹⁴ BverfGE 88, 203= NJW 1993, 1751

¹⁵ Wessels/Hettinger, Strafrecht BT 1, §4, Rn. 215f.

二、德國刑法相關規定

（一）墮胎罪之處罰

德國刑法在 1993 年聯邦憲法法院判決後，進行修正。現行德國刑法第 218 條仍然明白規定，墮胎行為是一種犯罪行為，且處三年以下自由刑。但在刑法第 218a 條卻規定了幾種墮胎不罰的行為態樣。

德國刑法第 218 條 a 第一項規定「根據下列規定所為之墮胎行為，不構成刑法第 218 條墮胎罪之規定（構成要件不該當）：

- 1 由懷胎婦女要求墮胎，且對醫師提出根據第 219 條第 2 項第 2 款之證明，證明至少已於墮胎行為的三日前接受過諮詢。
- 2 墮胎行為由醫師進行。
- 3 懷孕期間未超過 12 週。」

從以上德國刑法第 218 條 a 第一項規定可知，德國法制允許懷孕婦女在懷孕 12 週內，¹⁶不需有任何醫學上、遺傳學上或是社會學上的理由，只要在接受墮胎諮詢之後至少超過三日，由醫師進行的墮胎行為，即不構成墮胎罪之要件。此一條文在立法上規定為排除墮胎罪之構成要件，而非阻卻違法事由，乃是間接地宣示，懷孕婦女在懷孕 12 週之內，對自己的身體仍具有自主權限，有權自行決定要不要留下胎兒。之所以說是「間接」地宣示懷胎婦女有身體自主權，乃由於前述 1975 年及 1993 年德國憲法法院判決中，仍始終強調未出生之胎兒生命，乃德國基本法所要保護的生命形式，而且認為墮胎行為，不管在懷孕過程的任何時期為之，都應該被視為不法且被禁止的。然而 1993 年的憲法法院判決中，卻也認為，對胎兒生命保護的同時，應考慮到對懷孕婦女基本權利的尊重。如果繼續懷孕或是產下嬰兒，會造成懷孕婦女極大的負擔或時犧牲其生命價值，則以刑罰威嚇要求懷孕婦女必須生下小孩，應屬欠缺期待可能性。

（二）「三日思考期」之規定

德國刑法雖然允許懷孕 12 週內的無理由墮胎行為，然而德國法上關於懷孕 12 週內合法墮胎行為的要件中，要求懷胎婦女必須接受所謂的「衝突諮詢」，且取得證明文件三日後，始得接受墮胎手術。醫師在為婦女進行墮胎手術時，必須請求婦女提示此一諮詢證明。

¹⁶ 德國刑法第 218a 條所設定的允許墮胎的之懷孕 12 週期限，乃是基於社會教育與政策性的考慮而來，在此並不意味著懷孕超過 13 週以上的胎兒比為未滿 12 週更值得保護，vgl Tröndle/Fischer, StGB, 54Aufl., 2007, §218a, Rn. 5.

德國法之所以要求懷胎婦女在墮胎前接受諮詢，一方面固然是為了保障未出生的生命，希望懷胎婦女在接受諮詢後，能盡量決定留下胎兒。也就是認為，提供諮詢的方式，比用刑罰威嚇更有可能保護胎兒生命。但另一方面也認為，要求懷孕婦女把小孩生下來且擔任母親一職，不能只是用刑罰來威嚇，而是必須就個案提供個別的諮詢，始有可能喚起懷孕婦女對未出生胎兒的責任感。而個別諮詢的內容中，最重要的就是對懷孕婦女在現實生活中所可能面臨的經濟上、社會上的衝突與難題，提供具體協助與解決方法。¹⁷從而，所謂的「諮詢」，乃是取代刑罰的手段之一，其內容並非教條式地宣揚胎兒生命的神聖性，或是勸阻婦女墮胎。相反的，對婦女所提供的諮詢，必須是足以讓婦女衡量繼續保有胎兒且生養小孩所可能面臨的利益與不利益等，以及為婦女勾勒出帶著小孩過生活的圖像與遠景。

因此，德國刑法第 219 條如此規定：

「諮詢是為了保障未出生的生命而設。諮詢的目的，在致力於鼓勵懷孕婦女繼續懷孕，並鼓勵婦女開啓帶著小孩生活的各種面向與可能性。諮詢應協助懷孕婦女作出一個負責任與有良知的決定。透過諮詢，婦女必須知悉，未出世的胎兒，不管在懷孕的任何階段，都有自己對生命延續的權利，以及根據目前的法律秩序而言，墮胎只有在極度例外的情形下，才被考慮。例如懷胎會導致婦女極大的負擔，且此一負擔極為沈重與極度異常，足以使婦女可預期地因懷孕生子而躍升成為被害人。諮詢必須對於懷孕婦女所面臨的衝突困境提出建議與協助，以助婦女克服此一困境或為其解決緊急狀況。」

肆、未成年人墮胎同意問題

在簡單介紹完美國與德國關於墮胎罪的法律見解後，以下則以我國實務上常見的墮胎同意爭議，尤其是未成年人之同意權與有配偶之人的同意權為中心。

一、未成年人墮胎應得法定代理人同意之商榷

我國司法實務上關於墮胎罪的判決，極為少數。在極為少數的墮胎判決中，提告的理由又以未成年人的墮胎未得法定代理人同意為大宗。從現象面來，這種案例常是少女偷嘗禁果而不慎懷孕，又不敢告訴父母，只能在男朋友或同學的陪同下，自己去找婦產科醫師進行人工流產手術。這種墮胎行為，往往沒有法定代理人的簽名同意，而案件之所以會衍生成後續的刑事官司，也常是因為父母事後知情，憤而怒告醫師（當然還有怒告男朋友誘姦）。

¹⁷ BverfGE 88, 203= NJW 1993, 1757

謹慎小心的婦產科醫師，對於未成年人的墮胎行為，一定會要求要有法定代理人的同意。沒有法定代理人的同意，醫師就進行人工流產手術，往往會衍生出刑事官司出來。先就法律解釋面來看，醫生只得到未成年人同意，但是沒有得到法定代理人同意，其所為的人工流產行為，就一定是違法行為嗎？

目前刑法實務見解認為，婦產科醫師對於未婚之未成年人的人工流產手術，即使有優生保健法第9條第一項所列之六款情形存在，仍應在得到法定代理人的同意之下，才能進行。也就是只有在得到法定代理人同意下的人工流產行為，才能阻卻其墮胎罪的違法性。¹⁸

前述實務見解，其實也宣示著未成年人對墮胎的同意表示，等於是無效的同意，其法定代理人的同意，才是有效的同意。這樣的見解，在法律上可以站得住腳的理由，乃是未成年人身心發展狀況與心智成熟度不能與成年人等同視之，自無法享有與成年人同等的自我決定權。此外，也由於未成年人智識薄弱，發育未臻完全，思慮有欠成熟，衝動行事，如果懷有身孕，難以完整陳述其身心狀況，確實評估其是否適於進行手術，或是無法評估墮胎手術的風險，或是不知道如何選擇適當之醫療環境、醫護人員以獲得安全之醫療行為等等，所以從保護未成年人的「父權思想」出發，認為其父母或是法定代理人必能從未成年人的最佳利益方向，為其作出決定。¹⁹

未成年人無法與成年人享有同等的自我決定權，固然是法理上可以贊同的觀點。然而，認為父母或是法定代理人必能從未成年人之最佳利益出發，保護未成年人的權益，這種看法就值得商榷。理想上，每個未成年懷孕少女都應該被假想成來自於有父有母的健全家庭，且父母會盡責地為未成年少女做出最佳決定，評估生養小孩的利弊得失與墮胎手術的風險及隨後生理、心理的調養與調適問題。但令人遺憾的是，這樣的假想，在墮胎行為議題上，往往與現實情形不合。在社會現實面上，未成年人懷孕後，無法或不願向法定代理人求救的原因，常是因為未成年人來自單親家庭、破碎家庭、功能不彰或關係複雜的家庭，或是未成年人父母死亡或不能行使同意權（在監、不知去向、罹患精神疾病），更有案例是未成年人懷孕是因法定代理人亂倫（父親性侵女兒）而造成。

此外，「為未成年人好」的父權思想，在現實層面上往往引發一連串的負面效果。未成年人不告知父母而自行前往婦產科墮胎，最常見的原因就是不敢、不

¹⁸ 法務部(80)檢(二)字第1121號，法務部公報，161期，頁123

¹⁹ 例如士林地院90年訴字第136號判決理由中，即認為法定代理人的具有墮胎同意權，乃是基於法定代理人比未成年人較有能力選擇與評估適當的醫療環境，且較有能力評估醫療風險，因此為了保護未成年人之利益，法律規定未成年人之墮胎，應得法定代理人之同意。這樣的看法，是純粹從醫療「告知後同意」的觀點出發，完全忽略了墮胎同意權的爭執焦點中，醫療風險的評估只是次要，主要的內容應是在於生育決定權的問題。

想告訴家人，或根本不與父母同住。未成年人懷孕，會向朋友、同學或婦產科醫師求助，就是不願意告訴父母，此乃社會常態。不願意向父母求助或坦承懷孕，其背後有著錯綜複雜的親子關係因素，實非外人所能勉強與強迫。再者，嚴格限制只要未滿二十歲，就必須要父母同意，只會促使合法婦產科拒絕為未成年人進行人工流產手術，最後逼使未成年人鋌而走險自行亂服墮胎藥，或找不合格的密醫墮胎等種種負面效果。甚至可能演變成未成年人自行生產後再遺棄小孩的人倫慘劇，造成更大社會問題。實務上還曾見過未成年少女懷孕後，為了尋求婦產科醫師進行治療性人工流產手術，因而與朋友共同偽刻父親印章蓋在人工流產同意書上，最後被控偽造文書罪而判刑之案件。²⁰因此，為了保護未成年人利益的美意，在現實上，常常適得其反。

二、外國法制情形

墮胎行為雖然是醫療行為的一種。但是墮胎與其他醫療行為不同的是，它更具有個人私密性。決定是否墮胎，並非單單僅是手術風險或是「告知後同意」的評估問題，而是一個人決定是否要生育與擔任母親、撫養小孩的問題。因此，在美國，懷孕婦女的墮胎決定，一直被視為是隱私權之一。

就未成年少女墮胎問題，美國大部分的州均立法規定，未滿十八歲的少女要墮胎，原則上必需得到父母之一方或雙方的同意。但如果未成年懷孕婦女能夠證明其心智成熟且具有判斷能力，或是「告知父母」並不具有最佳利益，甚或足以造成其生理上、心理上、情緒上的重大傷害時，則可以轉而不告知父母或法定代理人，直接尋求法院的同意，並以法院的裁定取代父母或是法定代理人之同意，此一法院裁定同意的程序又稱為 judicial bypass procedure。²¹ 未成年人可以在其想要進行墮胎的醫院直接獲得相關諮詢與協助，還可以獲得免費的律師為其完成所有相關法律程序。在法院進行裁定的過程中，除非未成年人同意，否則可以完全無須通知其父母或法定代理人，使未成年人可以保有墮胎隱私權。²²

²⁰ 參見台中地方法院訴字 92 年度字 2733 號判決。該案中，未成年少女甲女腹部疼痛且陰道出血，其友乙陪同甲女至婦產科就診，醫師告知甲女已懷有身孕，但因子宮內之妊娠囊邊緣不規則，且無心跳，需以子宮內容物殘餘清除術治療，然須甲女之法定代理人或監護人陪同，如未能陪同到場，亦須其等之蓋章表示同意。甲女因係自行離家，不敢告知家人此事，遂於未徵得其父之事前同意及授權下，與乙共同基於偽造印章、行使偽造私文書之犯意聯絡，偽刻其父印章一枚，並偽蓋於同意書上。本案中僅起訴乙，乙被判有期徒刑三個月，得易科罰金。

²¹ 截至 2008 年為止，美國有 35 個州的墮胎法律規定中，對於未成年人墮胎之同意制定有 judicial bypass 程序，詳細情形可參見以下網站資訊 http://www.guttmacher.org/statecenter/spibs/spib_PIMA.pdf；此外，關於美國法上有關未成年人墮胎是否必需得到父母同意之相關判決介紹，可參考 Alderman & Kennedy 著，吳懿婷譯，隱私的權利（The right to Privacy），第 82 頁。

²² 以上乃參考美國科羅拉多州之規定 <http://www.courts.state.co.us/chs/court/forms/judicialbypass/judicialbypass.html>

另以德國法制為例，德國刑法第 218a 條關於合法墮胎的規定中，均以婦女本人的同意為必要。至於同意能力的認定，並不以民法上是否成年為必要。即使懷孕者是未成年人，只要其對生育小孩，做為母親一事，具有認識與理解可能者，就具有獨立的墮胎決定權。實務上與學說上普遍認為，未滿十四歲之人，基本上必須得到法定代理人之同意。十四歲以上未滿十六歲者，則視未成年人個別情況而定，所謂個別情況，乃指該未成年人對於生養小孩與作為母親一事，是否有足夠的成熟度與理解認識能力為斷。至於滿十六歲之人，除非本人有心智特別不成熟之情形，否則均認為其個人對於墮胎或生養小孩與否，已有足夠的成熟度與判斷能力，因此其本人即具有獨立的墮胎同意權，無須法定代理人的同意。²³

三、生育保健法草案第十二條修正內容

未成年人對於墮胎是否具有獨立的自我決定權問題，過去在我國法學理論上鮮少有論文探討。優生保健法第 9 條第二項「未婚之未成年人或禁治產人，依前項規定施行人工流產，應得法定代理人之同意」之規定，使得我國未成年人在法律上被斷然地認定為毫無墮胎的自我決定權。事實上，以目前少男少女生理與心理發展的早熟程度，以及教育普及之程度，有性行為或性經驗之人，事實上已經是時時刻刻在思考要不要生育小孩與擔任父母親的問題。因此，法律規定年滿二十歲才有墮胎同意權，實在過晚。這樣的法律規定，不僅抹殺了已成熟之未成年人關於墮胎與否的自我決定權，且目的是為了保障未成年人，但常是目的未達，而反效果卻極為驚人，例如未成年人不敢告訴父母，只好透過網路或藥房自行購買墮胎藥（有時購買到偽藥），或尋求不當偏方墮胎（服用中藥，毆擊肚子，或尋求密醫），導致未成年人身體、健康受到更大的不利益。

因此，從法律理論或是立法政策面來看，滿二十歲之成年人才有獨立墮胎同意權的規定，實在是不正當也不妥適的立法。民法以二十歲為成年人，並以成年作為是否具有行為能力之判準。民法上成年人之規定，主要是用以界定與確定財產權上之權利義務關係，而醫療同意權之實質意義，並不全然在於醫療契約的制定，還在於接受治療之人的醫療自主權之尊重。因此，在一般醫療行為，病人有無同意能力，原則上應從實際狀況去判斷病人本人是否具有成熟的智識，足以瞭解所進行的醫療行為之內容、效果、影響與風險。因此即使一個十七、八歲的未成年人要進行醫療行為，如果其本人完全理解醫療行為的意義、風險、效果與利弊得失時，則應尊重本人的意見，而非由法定代理人代為同意。

墮胎行為是醫療行為的一種，是否進行墮胎手術，醫師本應優先尊重懷孕婦女本人的意見，不能以法定代理人的意見完全取代未成年人的意見。畢竟醫療行

²³ Tröndle/Fischer, StGB, 54. Aufl., 2007, §218a, Rn.16f.

為是實施在病人身上，而非法定代理人身上。²⁴此外，要求未成年人在墮胎之前，無例外地必需經由法定代理人之同意，如此規定一方面漠視了未成年人有屬實質心智成熟之人（例如十八、十九歲之少女），已可為自己自為決定；另一方面則忽略了在實際面上，許多懷孕之未成年人少女根本來自於功效不彰的破碎家庭，或是亂倫下的被害人。

衛生署所提之生育保健法草案第十二條規定，將未成年人墮胎應得法定代理人同意之年齡，由現行法的「二十歲」，下修至「十八歲」，此一「十八歲」規定與美國法制相同，是一種正面肯認存在著「實質上心智成熟之未成年人」類型的立法。墮胎同意能力年齡的向下修正，本是值得贊同的修法趨勢，但是同條第二項卻另外規定，未滿十八歲之未婚婦女實施人工流產前，應經「輔導諮商」，始得為之。修法理由中聲稱，此乃考量未滿 18 歲之未婚婦女，其身體及心智尚為發育（展）成熟，應屬高度關懷對象，故增定其實施人工流產應經輔導諮商的規定。這樣的輔導諮商規定，其實又是一種假「為你好」的父權思想為名，行提高墮胎門檻為實的象徵性立法。試問，未成年人懷孕時，連父母都不願意告知，豈有可能再接受社福組織的輔導諮商？如果真的是為了未成年人的利益著想，則這種輔導諮商規定就必須是任意性的，而非義務性的。也就是說，應該透過學校教育或媒體宣導可以接受輔導諮商的機構處所與服務內容，由未成年人自行決定是否尋求協助，而非以義務性、強制性的面貌出現，徒然製造未成年人行墮胎行為的門檻與負擔。

伍、未得配偶同意的墮胎行為

一、墮胎罪配偶同意權規定的商榷

現行優生保健法第 9 條第二項規定「有配偶者，依前項第 6 款規定施行人工流產，應得配偶同意」。此一規定在立法政策上，原意是為了有婚姻者的家庭和諧美滿而設。其另一層的潛藏意義，則在於保障提供精子者的先生，對於生育子女，應與懷孕婦女享有相同的決定權。

從歷史上來看，羅馬法上曾規定，妻子懷孕如要墮胎，必須得到丈夫的同意，未得丈夫同意的墮胎行為是犯罪行為，因為這樣的行為侵害了丈夫擁有的子嗣的期待權。因而，丈夫對於妻子的墮胎決定，具有否決權利。²⁵但從現今眼光來看，男女平權，女性身體不應受到男性宰制的想法，已成為憲法的基本價值秩序。這種配偶同意權的規定，實有誘發男性沙文主義之疑慮。

²⁴ 墮胎行為若僅得法定代理人之同意，未得懷孕未成年少女之同意，則此一行為仍然構成刑法第 291 條第一項未得懷胎婦女同意之墮胎罪。

²⁵ Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht BT, Teilband I, 9. Aufl., 2003, S.73.

墮胎的配偶同意權規定，對於大部分的同住在一起且婚姻關係良好的夫妻而言，或許沒有什麼影響。但是對於配偶無法在場（例如台商、旅居外國、分居、不知去向），或不可能尋求配偶同意的情形（例如外遇、家暴受害者、所懷非配偶子女），配偶同意規定，無疑是否定懷孕婦女本身的墮胎自我決定權。懷孕婦女要不要接受墮胎手術，其本人最能自己計算利弊得失。甚至可以說，墮胎與否的決定，對婦女身體與心理的影響，以及現在與未來生活的影響，遠比其配偶來得直接與深刻。強迫婦女墮胎必須得到配偶的同意，名義上聲稱是爲了維護家庭的美滿和諧，或是保障配偶的生育決定權，但其最終只會導致女人的身體由男性主宰作主的局面。因爲配偶同意權的規定，本質上是賦予丈夫對妻子的墮胎決定擁有最終否決權，如此只會使女性又再度回到附屬於男人，在法律上沒有獨立存在地位的封建時代。²⁶

美國 1992 年著名的墮胎規定違憲案—「家庭計畫中心訴凱西案」(Planned Parenthood v. Casey) 判決，對賓夕法尼亞州法律規定，要求已婚婦女在決定墮胎前必需通知配偶，乃違憲之規定。判決中如此表示，如果州所制定的法律，其目的或結果會對選擇墮胎的婦女加諸以實質障礙 (substantial obstacles)，對懷孕婦女而言，即屬存在著不當負擔 (undue burden)，則此法律雖無意禁止墮胎，但仍然是違憲的。²⁷此案中，大多數的法官認爲，要求已婚婦女在墮胎之前必需先通知丈夫，乃是對婦女的墮胎決定形成了「不當負擔」，因爲這不僅讓墮胎變得困難而昂貴，且會阻礙不少婦女尋求合法墮胎途徑，特別是那些遭受配偶性虐待，或因通知配偶而恐有遭受生理上、心理上、經濟上不利益的婦女。²⁸

在我國，由於有配偶者實施人工流產手術必須得配偶同意之規定，在現實層面上，也引發不少困擾與亂象。簡單的說，配偶同意權不僅對懷孕婦女本身或是對醫師而言，也往往意味著「不當負擔」的存在。對醫師而言，行人工流產手術前，必須查驗或探詢懷胎婦女是否有配偶，並進而要求其配偶前來簽名同意。醫師除了進行人工流產手術之外，還被迫必須探人隱私（查詢已婚、未婚），甚至被迫知悉婦女與配偶間的婚姻關係、同居與否等私人細節（醫師多半不願意與也不想知道），以求人工流產手術能夠符合優生保健法之規定。這對醫師而言，是在醫療行爲之外，額外製造與醫療事項無關的附帶義務。對有配偶的婦女而言，自己本人的墮胎決定權形同虛設，爲了墮胎，必須請求配偶同意，甚至有些醫師會要求配偶到場，這不僅使墮胎變得困難，對於先生不在身邊（台商先生）、分居、與先生感情不睦或先生外遇包二奶因而不想生下小孩的妻子而言，更是製造

²⁶ Alderman & Kennedy 著，吳懿婷譯，隱私的權利，簡周出版，第 74 頁以下。

²⁷ Planned Parenthood v. Casey, 505 U.S. 833, 837 (1992).

²⁸ 參考 Alderman & Kennedy 著，吳懿婷譯，隱私的權利，第 87 頁。此外，本判決中有三名法官表示，即使州也認知到父親在懷孕一事上的利益，但這並未賦予男人對妻子，有像父母行使在未成年子女身上的那種管轄權。參見 Dworkin 著，郭貞伶，陳雅汝譯，同前揭註，第 170 頁以下與第 299 頁。

無意義的墮胎門檻。因而在現象面上所形成的亂象，是未得配偶同意，醫師堅決不動手術，懷胎婦女在婦產科診間苦苦哀求；抑或是實務上常見的案例，由妻子自己或委由他人偽造配偶簽名，以求符合人工流產之規定，最後妻子或他人則被訴偽造文書罪。²⁹

二、未得配偶同意的法律效果

醫師對已婚懷孕婦女的墮胎行為，如果事前沒有得到其配偶同意，則這樣的墮胎行為在刑法上有何法律效果？醫師是否因此而負加工墮胎罪的刑責？

此一問題的核心，在於優生保健法第 9 條第二項的配偶同意權性質為何？欠缺配偶的同意，是否會使醫師僅得婦女本人同意且符合人工流產事由之墮胎行為，因此而成為犯罪行為？

首先應先說明的是，刑法第 21 條第一項規定「依法令之行為，不罰」。此一條文屬法定阻卻違法事由之一。犯罪人的行為，即使形式上符合犯罪構成要件，實質上也侵害了他人法益，但只要這樣的行為是根據法律規定而來，其行為應被評價為法律秩序所容許與容忍的行為，因而屬不具有違法性且不罰的行為。例如執行死刑的劊子手，其所以槍決受刑人，乃是根據法律規定而來。因此即使執行死刑在形式上是符合殺人罪要件，實質上也侵害受刑人的生命法益，但劊子手的行為只要是「依法令之行為」，仍能因此而阻卻行為的違法性。

然而必須注意的是，所謂「依法令的行為」得以阻卻違法，是否可以理所當然地反面解釋，認為只要不依法令所要求的要件與程序而為，就必然屬犯罪行為（不能阻卻違法）？這樣的反面解釋，顯然是值得商榷的。因為有些「依法令的行為」，其程序與要件非常繁瑣，或是僅是一些注意規定，未確實依照或遵循，或許可以認為是違反行政規則命令，但不必然就能評價為犯罪。因此，犯罪與否，以及刑法是否具有不法性，其核心的判斷標準，應是視所違反的要件或程序，其目的規範為何，且該規範目的是否涉及「不法內涵」的界定為斷。例如執行死刑的程序中，必須給受刑人準備最後一餐，如果未準備最後一餐就執行槍決，並不因此而使得劊子手的行為變成不能阻卻違法的殺人罪。準備最後一餐給受刑人，只是死刑執行程序上的注意規定，其目的是給予死刑犯臨終前最低層次的人道關懷。即使違反此一規定，也與劊子手殺人的不法評價沒有關係。

優生保健法第 9 條第二項規定，有配偶之人為人工流產，應得配偶之同意。此處的「配偶同意」，其性質就是一種注意規定或是「行政程序上之措施規定」³⁰。人工流產行為之所以可以阻卻墮胎罪的違法性，其核心與倫理上的要件在於

²⁹ 例桃園地方法院 94 年壢簡字第 1942 號判決

³⁰ 參照台南地院 94 年度自第 2 號。

「胎兒於母體外不能獨立存活」、「法定事由」與「懷胎婦女同意」三者。人工流產手術如果欠缺此三要件，就會被評價為倫理上值得非難與譴責的。至於配偶同意之規定，其目的只是在讓配偶知悉人工流產一事，而非賦予配偶有高於懷胎婦女的最終否決權。如果配偶同意權的規範目的，被解釋為配偶具有墮胎否決權，無疑會使婦女流於附隨與無獨立法律地位的狀態。從而，配偶同意與否，應認為與墮胎罪不法內涵之認定，毫無關連性。未得配偶同意之墮胎行為，也不因此而使得墮胎行為在倫理上變得具可非難性。因此，回到前面的提問來看，本件未得配偶同意之人工流產行為，若是以公訴型態的方式提告，醫師的行為，也不因此而構成加工墮胎罪。

三、對「生育保健法」草案中「告知配偶」規定之批評

有鑑於優生保健法上配偶同意權規定之不當，衛生署所提的「生育保健法草案」中，就此問題作了些微變更。生育保健法草案第 11 條第三項規定中，將「應得配偶同意」規定，修改為「應於簽具同意前告知其配偶。但配偶生死不明或無意識或精神錯亂，或因告知配偶顯有危害懷孕婦女安全之虞者，無須告知。」修法理由則進一步表示，「基於尊重婦女身體自主權，且考量婦女本身係懷孕或生產之最大承受者，爰將其接受人工流產，應得配偶同意之規定，修正為應於簽具同意書前告知其配偶。另為保護弱勢婦女，如配偶有犯罪前科、家暴、夫妻感情不睦或其他因告知配偶顯有危害懷孕婦女安全之虞者，則無須踐行告知程序。」

與舊有的優生保健法相比，有配偶之婦女要進行人工流產手術，不需再如以往「應」得配偶同意，而是改為「告知」配偶即可。此外，另加設了「家暴條款」，如果懷胎婦女告知配偶人工流產一事，有可能使生命安全遭受危害者，得免除告知義務。

生育保健法草案將「得配偶同意」修改成「告知配偶」，這樣的修正，看似對配偶同意問題已進行了鬆綁。然而必須提出來批判的問題是，修法理由中既然明白表示「尊重婦女身體自主權，且婦女本身才是懷孕或生產之最大承受者」，符合此一看法的立法方式，應是根本地廢除配偶同意權規定，而非折衷地修改成「簽具同意前告知其配偶」。因為即使只是簽具同意書前告知其配偶，對懷孕婦女而言，這仍然是在製造不當負擔與成本，也是侵害懷胎婦女隱私的作法。此外，醫師儘管不需要求先生到場簽名同意，但仍然背負著探詢與確認懷孕婦女是否已婚，是否已告知配偶墮胎決定的檢驗義務。此外，草案條文中的「家暴條款」之但書規定，「因告知配偶顯有危害懷孕婦女安全之虞者，無須告知」。但告知配偶後是否有可能使懷孕婦女遭受生命危害之虞，應由誰來認定與檢驗？難道是期待醫師加以調查與審查嗎？因此這樣的告知規定，對婦產科醫師而言，不當負擔

仍然繼續存在，並未因此而解除。較佳的作法，當然是刪除「告知」配偶之相關規定，讓墮胎問題重新聚焦在婦女對自己身體自主權的問題上。

陸、結語

墮胎被定義為犯罪行為，宣示著我們對於胎兒生命的尊重。墮胎罪也以懷胎婦女為中心，作出放射狀的禁止規範。除了懷胎婦女之外，協助婦女墮胎之人，均是處罰的對象。由於胎兒無法孕育與生成於男性體內，因而男性永遠無法成為墮胎罪適格的犯罪主體。這樣的說法，並無意加深男女性別不平等的鴻溝，而是嘗試使男性瞭解，墮胎與否的決定，對每個女性而言都是痛苦的、深刻的，且有時時刻刻擔心受到刑罰威嚇的隱憂存在，而男性對此從來就不可能切身體會其中一二。

墮胎合法化訴求的論爭戰場，始終無意否定對胎兒生命的尊重與保護。而是要求將戰線更延伸到嚴肅對待婦女對自身生產與養育小孩的兩難抉擇上。也就是說，當我們一再地在學理上強調胎兒的生存利益時，卻往往忘記在現實中給予懷胎婦女合於情理的體諒、關懷與對待，也將懷胎婦女日後生養小孩所可能面臨的種種經濟上與社會上的難題予以簡單化、抽象化甚至無形化。以本文所引介的德國法制為例，德國憲法法院判決雖然也一再強調，未出生的胎兒擁有獨立的生命權，其權利乃獨立於母親的意願，也就是母親無法任意支配與處分胎兒的生命。但與此同時，德國憲法法院判決也一再地讓步與妥協，坦承母親的生命與生存品質具有同等的重要性。如果強迫婦女繼續懷孕，對婦女是欠缺期待可能性，或是母親有相對優勢的利益勝過胎兒的生存利益時，應允許合法墮胎，否則即是一種違反人性、強人所難的禁止規範。

墮胎與墮胎罪： 從實證研究出發

與談人：林萍章
長庚大學醫學系
心臟外科教授
東吳大學法律碩士

目次

- ✱ 前言
- ✱ 我國墮胎罪的實證研究
- ✱ 外國相關法律
- ✱ 「生育保健法」草案
- ✱ 廢除刑法「加工墮胎罪」



周五墮胎潮？台灣是性愛天堂嗎？事後安全用藥！

文／台北長庚醫院婦產科 產科主任徐振傑醫師

臺北醫學大學附設醫院婦產部 婦科主任張景文醫師

RU-486

周五墮胎潮？



根據衛生署統計

每年墮胎的人數在 32 萬至 40 萬人之間

未成年少女約有 1 萬人

報載「台灣是墮胎者的天堂？」也有人說「九月墮胎潮」或新進流行的「周五墮胎潮」。根據衛生署統計每年墮胎人數約在 32~40 萬人之間，而其中未成年少女約有一萬人。可見國人情慾開放尺度之大，已不讓歐美國家專美於前。

一項國中生成問卷調查顯示七成青少年性交未實施避孕措施，且大多數未採行避孕的原因，是因性行為臨時發生，非計畫性，所以沒有預備。如果不能「戒急用忍」，至少事前要使用保險套，既避孕又能防

2008/12/20

林萍章

3

人工流產率

- ★人工流產率由1965年3.2%增加至1998年14.3%
- ★生育率下降，人工流產率確實有升高的趨勢
- ★避孕知識增加並未對人工流產率有下降之趨勢，反而升高。

蔡旭美，1965至1998年台灣人工流產之長期趨勢。國立台北護理學院護理研究所碩士論文

2008/12/20

林萍章

43

4

王教授論文重點

- * 美國法：「三階段理論」
(the trimester framework)
- * 德國法：三日思考期
- * 未成年人墮胎同意問題
- * 配偶同意權

2008/12/20

林萍章

5

刑事訴訟第一審科刑人數——按罪名別分(續二)

單位:人

年 (月) 別	普 通 刑 法									
	賭博罪	殺人罪		傷害罪	墮胎罪	遺棄罪	妨害自由罪	妨害名譽罪	妨害秘密罪	竊盜罪
		殺人	過失致死							
87年	22,888	742	3,889	7,675	1	129	2,639	316	-	11,414
88年	19,651	652	3,472	8,557	2	150	2,642	269	6	12,456
89年	13,023	549	3,420	8,119	5	87	2,237	294	16	12,771
90年	9,858	556	3,179	8,159	4	54	2,058	309	32	13,278
91年	6,735	499	2,857	8,030	2	27	2,043	323	54	14,337
92年	6,874	511	2,467	8,918	4	32	2,386	388	38	14,421
93年	4,731	422	2,207	7,215	-	38	1,928	391	31	14,325
94年	4,513	421	2,147	6,838	2	38	2,165	355	33	16,013
95年	7,484	467	2,356	8,185	3	51	2,639	474	33	18,022
96年	8,034	507	2,198	7,537	1	37	3,488	624	37	23,520
97年8月	508	31	156	559	-	4	306	53	2	2,420
97年9月	602	19	149	507	-	6	242	38	-	2,314
97年10月	588	42	162	613	-	3	299	55	1	2,269
97年1-10月	7,043	317	1,532	5,831	1	35	2,819	535	28	23,093
本年累計與上年同期比較 (%)	4.74	-22.68	-13.84	-2.23	0.00	16.67	0.28	11.23	-15.15	21.98

墮胎罪

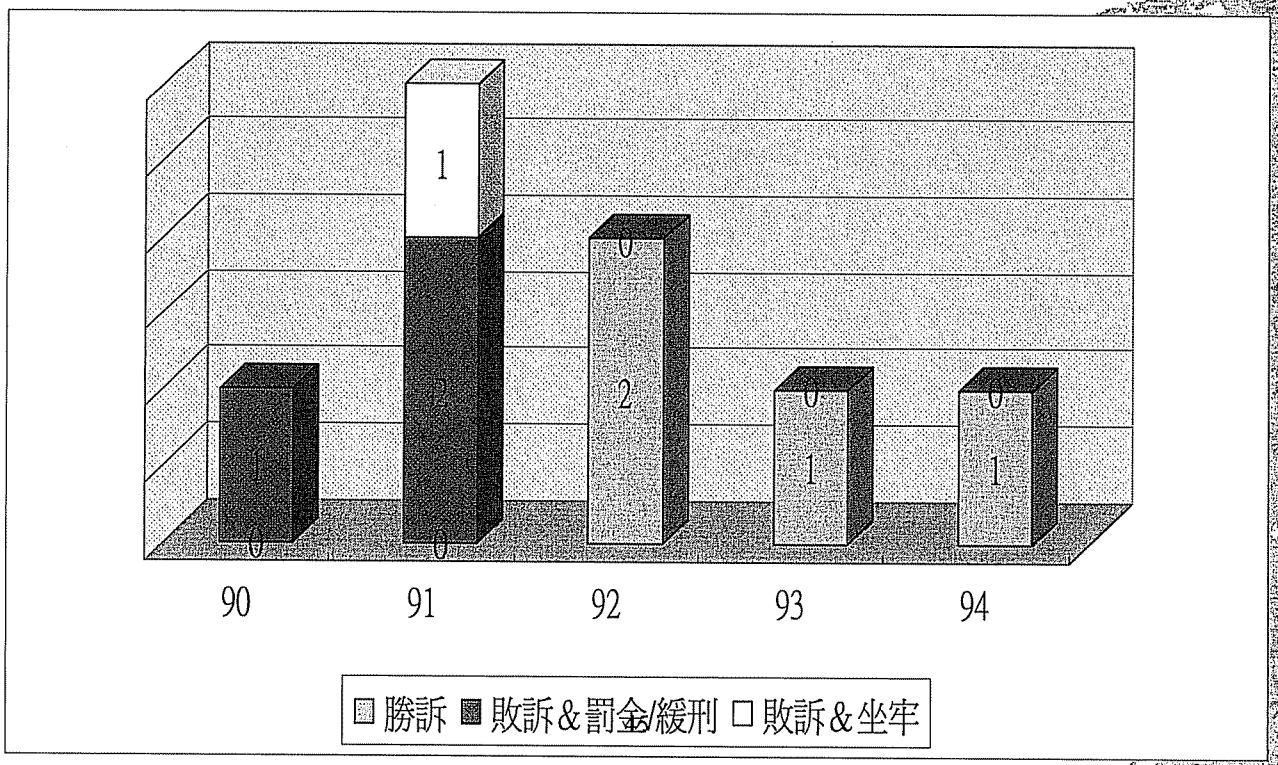
- *90年1月1日至94年12月31日
- *法院刑事判決確定的案例：
7件、八位醫師
- *四位醫師敗訴(骨科一位)

2008/12/20

林萍章

7

墮胎罪



墮胎罪

*地區醫院：1

診所：6

*方式：人工流產手術：6

RU486：1

2008/12/20

林萍章

9

墮胎罪

*爭議：

1、未得法定代理人之同意：2

2、無優生保健法第九條第一項各款之合法墮胎事由：1+1

3、本無墮胎之犯意：1+1

4、配偶同意權：2

2008/12/20

林萍章

46

10

墮胎罪

*四位醫師敗訴

1、骨科醫師男友：有期徒刑貳月，得易科罰金。

2、婦產科醫師

有期徒刑參月，得易科罰金。

有期徒刑陸月，得易科罰金。

緩刑貳年。

有期徒刑十月，不得上訴。

2008/12/20

林萍章

11

墮胎罪

* 【裁判字號】 91, 上訴, 2987
【裁判日期】 920114
【裁判案由】 墮胎
【裁判全文】

臺灣高等法院刑事判決九十一年度上訴字第二九八七號

臺灣高等法院刑事第十庭

審判長法官 溫 〇〇

法官 何 〇〇

法官 林 〇〇

* 歷審裁判：臺灣高等法院95年聲再字361號刑事裁定
臺灣高等法院95年聲再字106號刑事裁定
臺灣高等法院95年聲再字68號刑事裁定
臺灣高等法院91年上訴字2987號刑事判決

2008/12/20

林萍章

47

12

墮胎罪

★【裁判字號】91, 上訴, 2987

一、甲○○、邱○○二人因在同一補習班參加升高中職學校之補習（即俗稱國四班）而結識，二人進而發生多次性關係

二、八十九年八月十七日下午七時許，「阿姨」簽署手術及麻醉同意書，在上開診所內，對邱女進行墮胎手術

三、同年九月二十九日住入台大醫院就診，病人經抽血、腹部超音波及電腦斷層掃描檢查後，診斷為細菌性腹膜炎、水痘及缺鐵性貧血。經抗生素治療，發燒及腹漲皆獲改善，水痘皮疹亦逐漸消褪，於同年十月十六日出院。此次之住院疾病診斷為細菌性腹膜炎。

2008/12/20

林萍章

13

墮胎罪

★【裁判字號】91, 上訴, 2987

審酌被告二人之犯罪動機、目的、手段、所生危害、尚未與被害人達成民事和解、賠償損害及犯後均矢口否認犯行，毫無悔意，量刑不宜從輕等一切情狀，量處被告丁○○有期徒刑十月

2008/12/20

林萍章

48

14

配偶同意權

* 優生保健法第九條第二項後段

未婚之未成年人或禁治產人，依前項規定施行人工流產，應得法定代理人之同意。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。

2008/12/20

林萍章

15

配偶同意權

* 高雄地方法院刑事判決

九十二年

度自字第三八號

* 高等法院高雄分院刑事判決

九十三年度上訴字第一五八號

* 臺南地方法院刑事判決

九十四

2008/12/20 年度自字第二號 49

16

配偶同意權



- * 法律上應予保護之利益？
- * 本院認為懷孕婦女之配偶並非優生保健法所欲保護之對象
- * 婦女係對於選擇繼續懷胎與否，其本身即屬對自我身心狀況最為了解之人，應尊重懷孕婦女本身之意願，否則將加深婦女在社會中因既有性別不平等結構中所造成之劣勢地位。

2008/12/20

林萍章

17

配偶同意權



- * 配偶之同意與否並無由較諸孕婦之貼身經驗或專家之判斷更具確信力。
- * 就遺傳利益之保障言之，胎兒係由受精卵發育而成，同時負載父系與母系之基因，在生物學上並無堅強理由足以論證何者之遺傳基因具有較高之貢獻，而值得特予保護。

2008/12/20

林萍章

50

18

配偶同意權

- * 孕婦在享有遺傳利益之際，同時亦為胎兒發育過程中天生之載體，必須承擔懷孕或分娩所造成之心理及生理上之重大風險，其可能因避孕失敗、考量失業經濟問題、身心健康、環境、婚姻和睦、子女教養、個人生涯等諸多原因，形成身心之重大影響；而他方配偶亦可能基於自身利益，罔顧懷孕對婦女身心可能肇生之影響，致使婦女之意願遭受有意的忽略。

2008/12/20

林萍章

19

配偶同意權

- * 他方配偶之同意亦無法作為確保胎兒意願之依據。
- * 綜上所述，配偶同意權僅為行政程序上之措施，尚無從藉此具體落實為刑法墮胎罪所欲保護之利益。

2008/12/20

林萍章

51

20

美國「墮胎」的演變

*「婦女生育自主決定權」及
「胎兒生命權」

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

美國憲法的守護神——聯邦最高法院於一九七三年判決德州政府禁止墮胎之法令違憲

2008/12/20

林萍章

21

美國「墮胎」的演變

* (1) 胎兒不是一個符合憲法定義的「自然人」。「自然人」皆適用於生產後，不可適用於生產前，「自然人」不包括未出生者。

2008/12/20

林萍章

52

22

美國「墮胎」的演變

- * (2) 憲法所保護的個人隱私權包含墮胎權，但這項權利不是無範圍的，而是必須參考國家的重要利益。由國家來決定墮胎是否符合母親的健康利益或違害可能誕生的人類的生命利益，是合理且適當的。女性的隱私權不再是唯一的考量。

2008/12/20

林萍章

23

美國「墮胎」的演變

- * (3) 以現有的醫學觀之，在懷孕的前三個月墮胎的死亡率，低於正常生產的死亡率。因此，懷孕初期(最初三個月)墮胎的決定是懷孕婦女的固有權利，「婦女生育自主決定權」重於「胎兒生命權」。

2008/12/20

林萍章

53

24

美國「墮胎」的演變



- * (4)懷孕中期(四至六個月)，墮胎的危險性增加，國家在促進母親健康的利益考量上，可以同意墮胎，但其墮胎的程序要合理。國家可依此制定墮胎的程序，以延伸其有關保護與維護母親健康的合理性。在此範疇中，可容許立法，來要求必須要有合格的人來執行墮胎手術；有合格的程序、設備來執行手術等等。

2008/12/20

林萍章

25

美國「墮胎」的演變



- * (5)懷孕後期(七個月以後)，胎兒在母體子宮外，有存活能力。國家在促進人類生命延續的可能性利益考量上，除非是為了保護母體健康以外，國家可以立法剝奪墮胎權利。

2008/12/20

林萍章

54

26

美國「墮胎」的演變

★1976年，最高法院取消「未
成年人需經父母同意、已婚
婦女需由配偶同意，才能墮
胎」的限制。

<http://www.all.org/issues/abhistory.htm>

2008/12/20

林萍章

27

生育保健法第九條第一項

林萍章版	立法理由
<u>六、非前一到五款所定事由之懷孕婦女</u> <u>(一)、若其處於懷孕初期(最初三個月)</u> ，醫師得依其自願，施行人工流產。	以現有的醫學觀之，在懷孕的前三個月墮胎的死亡率，低於正常生產的死亡率。因此，懷孕初期(最初三個月)墮胎的決定是懷孕婦女的固有權利，「婦女生育自主決定權」重於「胎兒生命權」。
<u>(二)、若其處於懷孕中期(四至六個月)</u> ，因懷孕或生產將影響其心理健康或家庭生活者，醫療機構得依其自願實施人工流產。 <u>醫療機構依前項規定實施人工流產，應先提供諮詢，並於三日後經懷孕婦女簽具同意書，始得為之。</u>	懷孕中期(四至六個月)，墮胎的危險性增加，國家在促進母親健康的利益考量上，可以同意墮胎，但其墮胎的程序要合理。國家可依此制定墮胎的程序，以延伸其有關保護與維護母親健康的合理性。
<u>(三)、若其處於懷孕後期(七個月以後)</u> ，醫療機構不得依其自願實施人工流產。	懷孕後期(七個月以後)，胎兒在母體子宮外，有存活能力。國家在促進人類生命延續的可能性利益考量上，除非是為了保護母體健康以外，國家可以立法剝奪墮胎權利。

美國「墮胎」的演變



- *1994年，柯林頓總統以The Freedom of Access to Clinics Entrance Act (FACE)，禁止反墮胎人士與團體在施行墮胎的診所外進行抗議活動，雖然這種抗議行為原是美國憲法所保障。

2008/11/21 <http://www.all.org/issues/abhistry.htm> 29

美國「墮胎」的演變



- *2003年11月5號布希總統簽署「禁止後期墮胎法」(Partial-Birth Abortion Ban Act)
- *2007年4月18號，聯邦最高法院維護了「禁止後期墮胎法」的合法性。

西班牙

- * 西班牙原為禁止墮胎之國家。一九八五年社會黨政府為履行其重要的競選承諾，亦即將墮胎行為除罪化，遂通過第九號組織法修正刑法第四百一十七條之一之規定。迄今，本法依舊為西班牙有限度許可人工流產之法源依據。根據該法，惟有基於治療（挽救婦女生命、健康）、道德（因強暴受孕）及優生（胎兒先天異常）原因，方可進行墮胎手術。

2008/12/20

林萍章

31

墮胎合法化與墮胎盛行率

EUROPEAN JOURNAL OF PUBLIC HEALTH 2001, 11: 190-194

Does the liberalisation of abortion laws increase the number of abortions?

The case study of Spain

ROSANA PEIRÓ, CONCHA COLOMER, CARLOS ALVAREZ-DARDET, JOHN R. ASHTON *

2008/12/20

林萍章

57

32

墮胎合法化與墮胎盛行率

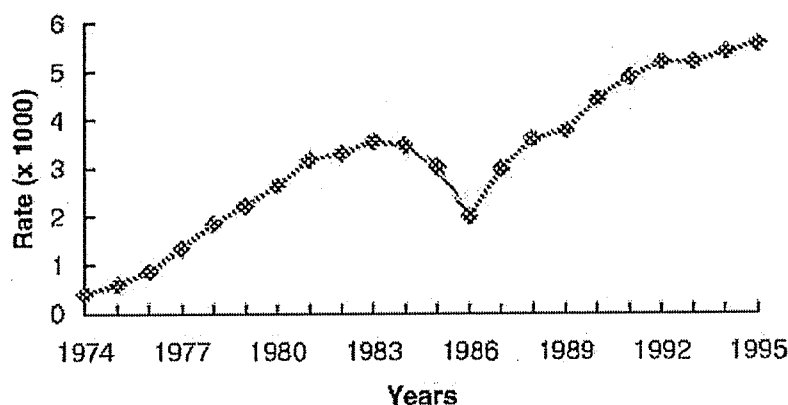


Figure 1 Rate of abortions per 1000 Spanish reproductive-aged women registered in England and Wales, The Netherlands and Spain 1974–1995. For 1974–1984 $\beta = 0.3538$ (0.307–0.400) and for 1987–1995 $\beta = 0.3319$ (0.243–0.394)

2008/12/

33

加工墮胎罪

★ 第 289 條 受懷胎婦女之囑託或得其承諾，而使之墮胎者，處二年以下有期徒刑。

★ 第 290 條 意圖營利，而犯前條第一項之罪者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科五百元以下罰金。

2008/12/20

林萍章 58

34

代結論

★我國墮胎罪的實證研究

未成年人墮胎同意問題

無合法墮胎事由、無墮胎之

犯意：三階段理論

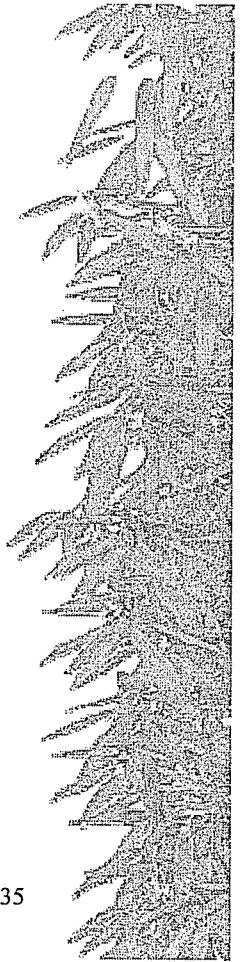
配偶同意權

★廢除加工墮胎罪

2008/12/20

林萍章

35



「醫學倫理與醫療法律的交錯與互動」

第四次學術研討會

題目：女性主義法學觀點下之人工生殖相關法議題

吳志正*

目次

壹、前言

貳、兩性實質平等之意涵

參、人工生殖之兩性法議題

一、人工生殖法規上之兩性議題

二、親子認定之兩性議題

(一)民法親子法制之固有思維

1、生母恆定原則

2、婚生推定原則

3、血統真實主義

(二)民法親子法制之兩性差別規範

(三)人工生殖之親子法議題

1、分娩事實與血統真實之割裂

2、兩性親子法律地位之結構性不平等

(1)人工生殖法不能涵蓋血統真實與分娩事實割裂之所有類型

(2)人工生殖突顯現有親子法制結構之兩性差異

(3)固有親子法制有違兩性平等原則

(4)小結

三、代孕生殖之兩性議題

四、人工流產之兩性議題

(一)議題之提出

(二)兩性平等之審查

肆、結論

* 豐原市優生婦產科聯合診所醫師，臺灣大學醫學院醫學系兼任講師，東吳大學法律學研究所博士生

壹、前言

女性法律上之權益是否因性別之差異而遭不公正對待，一直是女性主義法學所關注之點¹，而造成婦女不利社會地位的原因之一，常是因為偏頗的法律形式結構所致。1992 年憲法增修條文第 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。」一方面雖揭櫫落實兩性實質平等之基本國策，但另一方面，由本增修條文特別標示出適用「主體」為「婦女」觀之，卻不經意地透露出婦女長久以來於我國社會所處之弱勢地位。

由於女性意識的抬頭，掀起台灣近年來一波又一波的女性主義立法行動，挑戰了許多舊社會中性別歧視的傳統偏執，陸續提出符合女性權益的法律概念，匡正了許多不合理的法律規定，的確獲致了相當豐富的成果²，且女性主義法學之思潮仍持續逐步地強化我國法制中的兩性意識³。本文擬由女性主義法學之觀點切入，以司法院大法官解釋為論據基礎，針對人工生殖所引發之法議題，分別就人工生殖法以及其他相關法規中對女性權益有不公正之結構性缺陷處，提出檢討以圖改進。

貳、兩性實質平等之意涵

憲法增修條文稱「兩性地位之實質平等」中之「實質平等」一詞，參諸司法院大法官解釋之思維向來係指「合理之不同處置」而言⁴，換言之，憲法所稱之平等「非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等，立法機關基於憲法價值體系與立法目的，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理之區別對待」(司法院釋字第 485 號解釋參照)⁵。倘以兩性平等議題為例，若欲基

¹ 女性主義法學(Feminist Legal Theory)，或稱為女性主義法理學(Feminist Jurisprudence)，係透過法學方法與法理學之論據，揭露以男性為中心本質之法學論述與實務，突顯出女性於此種偏頗之法律體系下所面臨之困境，並謀求解決之道的一種法學態度。參陳昭如，女性主義法學的理論與實踐：一個初步的介紹，近代中國婦女史研究，6 期，1998 年 8 月，213 頁。

² 譬如，民法親屬編於 1996 年、1998 年、2000 年以及 2002 年之修正；兩性工作平等法於 2001 年之制定；性別平等教育法於 2004 年之制定；性騷擾防治法於 2005 年之制定；性侵害犯罪防治法於 1997 年之制定與於 2005 年之修正；刑法性侵害犯罪 1999 年與 2005 年之修正……等，皆可見女性主義立法行動之著力。

³ 譬如，目前仍在草案階段所研議之「母子保健法」、「家事事件法」、「家事勞動法」等。

⁴ 參司法院釋字第 211 號解釋。按：大法官於此號解釋中首度闡示「實質平等」一詞。

⁵ 按：司法院釋字文對於「實質平等」與「形式平等」二詞之理解似分別與英文文獻中所稱之“formal equality”以及“substantive equality”相當，但詞義上卻恰好相反。參 Reva B Siegel, Equality Talk, Antisubordination and Anticlassification Values in Constitutional Struggles over Brown,

於性別而為差別待遇，該「合理性」之基礎在於，必須係為達成「憲法價值」或「立法目的」。此似與美國聯邦憲法法院進行違憲審查所採之「中度審查標準」相當⁶。

惟參憲法增修條文第 10 條第 6 項所稱兩性平等，其實係為追求「婦女群體之平等權」而非如同法第 7 條所稱之「個人平等權」⁷，目的在於對抗台灣社會長久以來之男性群體偏執的壓迫，因此，倘再以社會多數或主流群體(指男性)之意見包裝作為「立法目的」，不啻替性別歧視作出「合理」區別對待之藉口。然而，今憲法增修條文第 10 條既然已明列「維護婦女人格尊嚴」於憲法價值體系中，則所謂「立法目的」者自然不得違背「維護婦女人格尊嚴」之憲法價值。再者，憲法增修條文並課以國家「促進兩性地位之實質平等」之積極義務，至此，我國兩性平等之審查標準應較前述之「中度審查標準」更為嚴格⁸。

憲法增修後二年，大法官會議特就兩性平等之議題於司法院釋字第 365 號解釋理由書中闡明了：「因性別而為之差別規定僅於特殊例外之情形，方為憲法之所許，而此種特殊例外之情形，必須基於男女生理上之差異或因此差異所生之社會生活功能角色上之不同，始足相當。」再對照以釋字第 485 號解釋謂「基於憲法價值體系與立法目的，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理之區別對待」，則所稱之「規範事物性質之差異」，若本文之理解無誤，應即是指前述釋字第 365 號解釋揭示之「男女生理上之差異或因此差異所生之社會生活功能角色上之不同」。據此，吾人不難勾勒出大法官對於兩性合理區別對待之態度即應該是一「立法機關基於憲法價值體系與立法目的，自得斟酌基於男女生理上之差異或因此差異所生之社會生活功能角色上之不同，而為合理之區別對待」。而該區別手段與其所欲表彰之憲法價值體系或立法目的之達成間須有「重要關聯」，亦即只有為了解決兩性差異所生問題之絕對必要範圍內，才能例外地以立法手段作性別差異之對待⁹。然而，究竟哪些差異或社會生活功能角色上之不同係源自兩性事實上(亦即生理上)之差異，而哪些又是由社會單一性別之優勢族群制約所造成，從與兩性議題相關而數量相當有限的司法院大法官解釋文中，吾人無從窺得有效

117 Harv Law Rev 1470 (2004)乙文。

⁶ 美國聯邦憲法法院進行違憲審查所採「三重審查標準理論」，依不同類型個案選擇寬嚴不一之審查密度，即嚴格、中度、以及合理關連性審查標準。彼國對於涉及性別、非婚生子女之差別待遇案例，係採「中度審查標準」。參黃昭元，立法裁量與司法審查——以審查標準為中心，憲政時代，26 卷 2 期，2000 年 10 月，166 頁。

⁷ 參陳愛娥，「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，84 期，2002 年 5 月，174 頁。

⁸ 參司法院釋字第 571 號解釋林子儀大法官協同意見書(節)：「我國憲法增修條文第 10 條第 6 項規定……是我國憲法明文使用『實質平等』一詞之憲法規定，而該條所規定之『實質平等』，絕非僅追求『法律上合理差別待遇』，而是關切兩性『社會地位』的『平等』」。另參雷文玖，性別平等的違憲審查——從美國女性主義法學看我國大法官幾則有關男女實質平等的解釋，載於：憲法解釋之理論與實務(第二輯)，2000 年 8 月，15 頁。

⁹ 這是德國聯邦憲法法院的看法，參 BverfGE, 85, 191/207; BverfGE, 92, 91/109。

的判準。甚至，連何謂「男女生理上之差異」一詞之判斷亦可能產生疑義，蓋男女生理上的差異雖然有客觀生理構造可以觀察而作區別，但在解釋上也可能隱藏著偏見與恣意的風險，端賴憲法解釋實務日後作更明確之釐清。

惟瑕不掩瑜，就我國兩性法律地位實質平等之審查而言，其審查密度似已擺脫前述之「中度審查標準」而演進至「嚴格審查標準」¹⁰，顯示我國憲法解釋實務對貫徹憲法增修條文承諾之決心以及對兩性議題之高度共識，值得注意，而本文探討人工生殖相關法議題之兩性平等審查即以此為據，合先敘明。

參、人工生殖之兩性法議題

人工生殖技術引發之兩性法議題並不以人工生殖法所規範者為限，本文以下首先檢討人工生殖法條文本身具有兩性差別規定之條文後，再以人工生殖技術所引發之法議題為導向，一併檢視其他法規範就相關議題上是否符合兩性實質平等原則。

一、人工生殖法規上之兩性議題

為規範人工生殖技術並因應非性交方式所生之親子法議題，我國於 2007 年 3 月 1 日制定公布人工生殖法。我國法制對於人工生殖之管制係屬於國家管理模型(State Regulation Model)，亦即對於受術者、施術者以及參與者等之資格、要件、內容、方法與範圍等作嚴格之限制與監督¹¹。此揭限制與監督是否有性別之差別規定即成為必須觀察之點。

觀人工生殖法規本身，對於兩性實質平等議題其實已經相當關注，譬如，該法第 4 條第 2 項即規定諮詢委員會「成員之女性委員人數不得少於全體委員人數二分之一」等。全法共八章四十條中，僅有幾處條文有性別之差別規定，計有：(1)第 2 條第 3 款對於適用本法之受術夫妻限定為「妻能以其子宮孕育生產胎兒者」；(2)第 8 條規定捐贈生殖細胞之條件為「男性二十歲以上，未滿五十歲；女性二十歲以上，未滿四十歲」；(3)第 16 條僅禁止使用混合精液實施人工生殖，

¹⁰ 本號解釋之審查標準與美聯邦憲法法院見解之比較，參雷文玟，性別平等的違憲審查——從美國女性主義法學看我國大法官幾則有關男女實質平等的解釋，載於：憲法解釋之理論與實務(第二輯)，2000 年 8 月，124-160 頁。

¹¹ 各國政府對於人工生殖技術之管制，分為個人自治模型(Private Ordering Model)與國家管理模型(State Regulation Model)二類，德、法、瑞士、奧等大陸法系國家都是基本上採取國家管理模型，我國亦然；美、日則基本上採行個人自治模型；英國則似界乎二者之間。參棚村政行，生殖補助医療と親子關係(1)，法学教室，275 号，2003 年 8 月，68 頁。

對於混合卵子則未加以限制；(4)第 18 條由醫師建議「受術妻接受產前遺傳診斷」；(5)第 23 條第 3 項規定夫受詐欺或脅迫，同意妻與他人捐贈之精子受胎而提起否認之訴後，排除適用民法第 1067 條強制認領；而第 24 條無相對應之規定。

上述具有男女性別之差別規定中，第(4)項僅建議妻接受產前遺傳診斷之差別規定完全係「男女生理上之差異」所使然，並非因法律上之規定造成婦女之不利地位。蓋法律上之平等並非要求法律摒除一切兩性差異，唯有「法律上」或「規定上」所造成之差異，才是啟動上述「平等」審查之要件，至於事實上之差異，譬如，婦女不得主張僅有婦女才能懷胎之事實上兩性差異(而須接受產前遺傳診斷)為不平等之對待，此非平等權審查所過問之事¹²。

第(2)項有關捐精卵者年齡之限制中，對於捐卵者之年齡限制較捐精者為嚴格，初視之下，似有性別差異對待之問題。按：超過 40 歲之婦女，其卵子之品質相對即顯著變差，特別是造成胎兒染色體異常之機會將大幅增加，顯然不利於受捐贈者，故須較男性捐精者加以更為嚴格之年齡限制。惟此可謂係立法機關純粹基於人工生殖法「保障不孕夫妻、人工生殖子女之權益並維護國民健康」立法目的，基於男女生理上之差異而為合理之區別對待，與兩性實質平等之原則並無違背。

至於(3)(5)二處之差別規定即與親子關係認定有關，是否有違兩性實質平等原則，本文擬與其他親子認定議題一併說明如次。而第(1)項即所謂「代孕生殖」議題性質較為特殊，容本文另單獨說明於後。

二、親子認定之兩性議題

生殖醫學的進步固然造福了無數的不孕夫妻，但以非性交之人工方法所創造出之各種親子組合，不僅顛覆了人類傳統親子關係發生之概念，精卵捐贈的可能性也改變了固有家庭親子法制之血緣事實。就此，人工生殖法第 23 條即規定：「(第 1 項)妻於婚姻關係存續中，經夫同意後，與他人捐贈之精子受胎所生子女，視為婚生子女。(第 2 項)前項情形，夫能證明其同意係受詐欺或脅迫者，得於發見被詐欺或被脅迫終止後六個月內提起否認之訴。但受詐欺者，自子女出生之日起滿三年，不得為之。(第 3 項)民法第 1067 條規定，於本條情形不適用之。」第 24 條則規定：「(第 1 項)妻於婚姻關係存續中，同意以夫之精子與他人捐贈之卵子受胎所生子女，視為婚生子女。(第 2 項)前項情形，妻能證明其同意係受詐欺或脅迫者，得於發見被詐欺或被脅迫終止後六個月內提起否認之訴。但受詐欺者，自子女出生之日起滿三年，不得為之。」

¹² 在生殖醫學尚不發達的年代，婦女之不孕確實也造成家庭或社會生活中諸多「事實上」之不平等，這原是無可奈何之事，與所謂法律地位之實質平等無涉。

須特別注意者係，人工生殖法係基於特別法之地位，僅就合於該法適用要件之合法人工生殖為規範，一旦超出此範圍(譬如，非法進行之人工生殖等)，人工生殖子女親子關係之論斷即必須回歸適用普通法—即民法親屬編之規定。因此，民法親屬編中有關親子關係認定之條文於人工生殖時代即須擔負起前所未有之艱鉅任務—亦即必須兼顧所有不適用人工生殖法之輔助生殖所生子女之親子關係認定。然而，固有親子法制之血緣事實基礎遭人工生殖技術破壞之際，民法親屬編之適用是否因而新衍生出兩性法律地位之不平等，遂值得深究。

(一)民法親子法制之固有思維

我國親子法制維持至今之固有思維，係以所謂「生母恆定原則」、「婚生推定原則」以及「血統真實主義」作為親子關係認定之三大基石。要以：

1、生母恆定原則

我國民法中並無「生母」一詞之定義¹³，惟參照民法第 1063 條第 1 項法條文字中稱「妻之受胎」以及「所生子女」可推知，我國民法中所稱「生母」係指「受胎者」或是「分娩者」之意。對照以我國民法制定當時人類之生殖方式僅限於自然生殖一種，準此，就當代之思維而言，「受胎者」恆為「分娩者」即為「生母」之命題是毋庸置疑的。此根據「分娩」之具體外觀形式而成立法律上母子關係之法理，即「分娩者即為母親」之羅馬法諺，或稱之為「生母恆定原則(Mater semper certa est)」¹⁴。此原則之建立，與其說是經過法價值衝突之權衡後所作之決定，毋寧只是很單純地反應出血統真實之一項生理事實而已。

2、婚生推定原則

我國民法係基於以分娩事實先確認母與子女間之親子關係後，再依民法第 1063 條第 1 項「妻之受胎，係在婚姻關係存續中者，推定其所生子女為婚生子女」之規定，「推定」子女與分娩者之夫間成立親子關係，此即所謂之「婚生推定」制度。此推定制度之基本思維在於尊重法律上的婚姻¹⁵，希望藉由免除妻之舉證責任而保持家庭之平和，並謀求親子關係早日確定之保護，此即羅馬法中之「婚

¹³ 德國於其民法典第 1591 條即明確規定：「子女之母是生該子女之女子」。

¹⁴ 參戴東雄，孩子，你的父母是誰？，法學叢刊，32 卷 1 期，1987 年 1 月，18 頁，謂「傳統之身分法，母體之卵與子宮有一體性或不可分離性，分娩之母體，必須提供卵子之母體。此所以繼受歐陸之我國民法，僅有父親之推定，卻無母親之推定，母子關係恆依分娩之事實而確定。」

¹⁵ 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，民法親屬新論，修訂 7 版，2008 年 1 月，275 頁。

姻示夫 (Pater est quem nuptiae demonstrant) 」法理¹⁶。此雖稱「婚生推定」，但實際受此推定者僅存於「生父」與子女間，換言之，所謂「婚生推定原則」其實即為「生父推定原則」；至於「生母」部分，由於分娩事實完全擔保了「生母」血統之真實，故無須再受推定。

3、血統真實主義

我國民法雖鑑於保障個人的身分與家族的平穩而訂定婚生推定制度，但血統真實是成立自然血親之最基本、也是最強烈之理由。然而，「婚姻示夫」之婚生推定原則下，可能存在父與子女間雖具有血統真實關係卻不是法律上之自然血親者，亦可能存在父與子女間不具有血統真實關係卻成立法律上自然血親關係者。準此，民法第 1063 條第 2 項配套設有婚生否認之訴的規定，以求確定子女之真實血統，亦容許特定條件下具血統真實父親之準正(民法第 1064 條參照)、認領(民法第 1065 條至第 1069 條參照)，此即「血統真實主義」之具體展現。

再者，司法院釋字第 587 號解釋認為，子女獲知其血統來源，確定其真實父子身分關係，攸關子女之人格權，應受憲法保障，因此在一定要件及合理期間內，亦須使子女得以獨立提起否認生父之訴，其後立法院根據此號解釋於 2007 年 5 月 4 日修正通過民法第 1063 條，並於 5 月 23 日公佈實施，放寬子女亦為得提起婚生否認之訴的主體，其修法理由為「鑑於現行各國親屬法立法趨勢，已將『未成年子女最佳利益』作為最高指導原則，又聯合國大會於 1989 年 11 月 20 日修正通過之『兒童權利公約』第 7 條第 1 項，亦明定兒童有儘可能知道誰是其父母之權利。復參酌德國於 1998 年修正之民法第 1600 條，明文規定子女為否認之訴撤銷權人，爰於本條第 2 項增列子女亦得提起否認之訴。」足見「血統真實主義」於我國親子法制上之本質性重要地位¹⁷。

(二)民法親子法制之兩性差別規範

基於男女雙方生理上之基本差異，我國家族親子法理論分採「生母恆定原則」與「生父推定原則」，並落實於民法親屬編中，於民法第 1063 條第 2 項規定「夫妻之一方或子女能證明子女非為婚生子女者，得提起否認之訴」，其否認者係「夫與子女間之婚生推定」，民法第 1065 條至第 1070 條僅係與生父認領相關之規定，至於生母與子女之關係，由於分娩之生理事實完全擔保了「生母」與子女間血統之真實而毋庸推定，當然民法親屬編即無就否認或認領等另作規範之必要。

¹⁶ 戴炎輝、戴東雄，親屬法，新修訂版，2002 年 8 月，366 頁。

¹⁷ 惟有學者提出「…不應過度著重於子女自身血緣出自的追索，而應該以確保子女之養育與法律上地位之安定，作為民法賦予子女該否認權的目的…」，參吳煜宗，子女自我否認婚生性之權利—釋字第五八七號解釋的挑戰，月旦法學雜誌，119 期，2005 年 4 月，223 頁。

立法者對於生母、生父與子女之關係作出「生母恆定」與「生父推定」分殊差別規定，完全係因兩性生理上差異所生之社會生活功能角色上(即「生母」與「生父」)之不同所致，準此，此法條結構雖對兩性作出差別規定，但與大法官所揭櫫之兩性實質平等原則並無齟齬之處。以上所述，於人工生殖技術發展以前，確屬的論。

(三)人工生殖之親子法議題

1、分娩事實與血統真實之割裂

人工生殖技術使不孕婦女可能以其夫之精子與他人所捐贈之卵子受胎而孕育分娩子女，此無疑顛覆了人類數百萬年以來分娩者即具血統真實之鐵則，我國固有親子法制中生母與子女間血統真實之穩定基石—「生母恆定原則」—即受到質疑。婦女接受他人捐贈之卵子受胎之情形下，若依血統事實或依分娩事實決定生母，將獲致截然不同之結論，此時，法律即不得不明確地針對此二者，作出以何人爲生母之決定。

職是之故，人工生殖法第 24 條第 1 項即規定「妻於婚姻關係存續中，同意以夫之精子與他人捐贈之卵子受胎所生子女，視爲婚生子女」並於第 2 項中規定妻之同意係受詐欺或脅迫者，得於一定期間內提出否認之訴，此無疑是對於「生母恆定原則」之修正。再者，現行人工生殖法中亦允許由夫同意其妻以非性交方式接受他人精子受胎，此情形下若貫徹血統真實主義，則夫與子女間之親子關係恆有被推翻之可能，故同法第 23 條第 1、2 項即設計有與同法第 24 條相對等之規定，此無異係爲「生父推定原則」作擔保。藉此二條文之規定，立法者企圖修補因人工生殖技術所割裂之血統真實。

2、兩性親子法律地位之結構性不平等

爲因應人工生殖技術所生之親子關係認定難題，人工生殖法第 23、24 條之第 1、2 項分別對夫妻雙方已有完全對等之規定，不偏不倚，看似符合兩性實質平等之原則，其實不然。主要的原因有二：(1)人工生殖法第 23、24 條之規定仍不能完全涵蓋因人工生殖技術造成血統真實與分娩事實割裂之所有類型；(2)人工生殖技術突顯了民法親屬編之固有親子法制有結構性之兩性差異。此二原因將造成人工生殖子女之親子法制上，存在著兩性親子法律地位之結構性不平等。茲進一步申言如次：

(1)人工生殖法不能涵蓋血統真實與分娩事實割裂之所有類型

縱人工生殖法對於非法進行之輔助生殖另定有處罰之規定，但不可否認的，人工生殖仍有可能非法、或不適法地進行¹⁸，則所生子女之親子關係認定即不適用人工生殖法。再者，人工生殖進行之過程亦可能因為發生技術面之錯誤，而創造出超出立法者當時設想以外、令人錯愕之親子組合；此種錯誤於國內雖尚未有所聞，但英美國家早已出現此類司法案件，譬如誤植精子¹⁹、誤植胚胎²⁰之操作面上「錯誤」等。此揭因人工生殖技術面之錯誤而生之親子關係，其分娩事實與血統真實二者即處於割裂之狀態，然而，受術夫妻與其所生子女間親子關係之認定將可能不再適用人工生殖法²¹。準此，人工生殖法第 23、24 條有關親子關係認定之規範仍不能涵蓋血統與分娩事實割裂之所有類型。

誠如前述，人工生殖法於親子關係之認定上相對於民法親屬編而言，係基於特別法之地位僅就合於該法適用要件之人工生殖子女為規範，一旦超出此範圍，人工生殖子女親子關係之論斷即必須回歸適用民法親屬編之規定。特別是親子鑑定科技之準確性與普遍性日增，未來發現因人工生殖誤植精、卵、胚胎，或是非法進行人工生殖所造成之親子關係紊亂情形，只怕會是有增無減。這些人工生殖法未曾規範的個案狀況，只能回歸適用民法親屬編之親子法制。

(2)人工生殖突顯現有親子法制結構之兩性差異

於人工生殖技術介入之前，固有親子法制之法條結構雖存有兩性差別規定，但此差別係基於男女雙方生理上之基本差異而來，尚與兩性平等之原則無違。惟人工生殖技術所引發之未曾慮及個案，倘依我國現有人工生殖法與民法親屬編相關規定處理時，夫與妻於親子關係認定上之兩性法律地位實質不平等，即可明顯浮現²²。茲舉設例輔為說明如下：

¹⁸ 參 Re R (A Child) (IVF: Paternity of Child), [2003] EWCA 182 乙案，受術妻故意隱瞞醫師已再婚之事實，致施術醫師植入妻與其前夫先前於該醫院為治療不孕症而保存之冷凍胚胎。

¹⁹ 參 People v. Sorensen, 437 P.2d 495 (Cal. 1968) 乙案，此為誤植精子之 AID 案件。另參 Leeds Teaching Hospitals NHS Trust v. Mr and Mrs A and others, [2003] EWCA 259 (QB) 乙案則為誤植精子之 IVF 案件等。

²⁰ 參 Perry-Rogers v. Fasano, 276 A.D.2d 67 (N.Y. App. Div. 2000) 乙案，為誤植胚胎之 IVF 案件。

²¹ 按：合法之人工生殖受贈夫妻雖事先可參考捐贈者之種族、膚色及血型資料特徵等，但無人別挑選之餘地(人工生殖法第 13 條參照)，因此，倘發生將捐贈者甲之精或卵細胞誤植為捐贈者乙之精卵細胞者時，仍然符合人工生殖法第 23 條與第 24 條中所規定「他人捐贈之精子」以及「他人捐贈之卵子」要件，故親子關係仍可分別適用第 23 條與第 24 條之規定。惟除此之外，即無人工生殖法第 23 條與第 24 條規定之適用。

²² 對這些未曾慮及之具體個案，以各國現有之親子法制論斷其親子關係時，同樣將得出令人不易接受的結論。學者有稱此為“unconsidered inconsistencies”，參 Kirsty Horsey & Hazel Biggs (eds.), *Human Fertilization and Embryology: Reproducing Regulation*, 155 (2007)。按：不惟如此，各國政府機構或社會政策諮詢團體已有就此展開檢討者，譬如，紐西蘭即有 Vitoria Law Reform Commission (2005), New Zealand Law Commission (2005), 以及 New Zealand Ministry of Justice (2006) 等。

設例一：夫 A 與妻 B 以本身之生殖細胞進行體外受精植入胚胎術(即 IVF+ET)方式之人工生殖，很幸運地成功懷孕並產下一子 C。詎料，事後發現醫師(1)誤用了另一對不孕夫妻 D 先生之精子；或(2)誤用了 E 小姐之卵子。

此設例原本屬於合法之人工生殖方式，但不幸地醫師誤用了他人之生殖細胞，而此設例之事實亦不符合人工生殖法第 23 條與第 24 條所定之要件，因此，夫 A 與妻 B 與子女 C 間親子關係之認定將不適用人工生殖法，而應依民法親屬編之規定論斷。亦即先根據「生母恆定原則」確認生母為 B 後，再依「婚生推定」推定 A 為生父。今醫師誤用了精卵細胞，則 A、B 與 C 間親子關係可能之發展，即應分別以觀：

- ①醫師誤植他人 D 之精子時，受術夫妻之一方或 C 子對於 A 與 C 間之不具血統關係一事，可於法定期間內依民法第 1063 條第 2 項提起婚生否認之訴；嗣具血統真實之生父 D 知情後，可依民法第 1065 條認領 C 子²³。
- ②醫師誤用他人 E 之卵子時，夫 A 與該子 C 具有血統上之真實關係，故父與子之關係上無婚生否認之問題。然而，妻 B 與子 C 間不具有血統事實，如依據現行法之規定，母與子女間之關係採「生母恆定原則」，故妻 B 縱然百般不願，惟無婚生否認之可能；而具有血統真實之 E 縱有撫育 C 之意願，亦無認領之可能。此與上述情況同是誤植親代單方之生殖細胞，但卻有男女性別分殊之處理方式。

設例二：甲夫乙妻、以及丙夫丁妻於同一日各以其本身之精卵接受體外受精植入胚胎術(即 IVF+ET)而分別懷孕並分別順利產下戊與庚二子。詎料，事後發現，醫院當時係誤植此二對夫妻之胚胎。

此設例情形當然無人工生殖法第 23、24 條適用之餘地，當事人間親子關係之論斷應回歸適用民法親屬編，雖二對夫妻與所「生」子女間完全沒有血統真實，惟其結論將是，甲夫與丙夫分別為戊與庚「推定」之生父，而乙妻與丁妻則「確定」是生母。縱此兩對夫妻事後均有意願分別與其真正具有血統關係之子女成立親子關係，其中之父子關係固然可藉由甲夫與丙夫分別提起否認之訴而後各自認領之方式建立，然而，母子關係部份礙於「生母恆定原則」已無更正之可能，至多只能分別以收養方式為之。然而，收養關係之建立與終止均依法辦理，且必須

²³ 民法親屬編上，具血統真實之生父依民法第 1065 條任意認領時，被認領人等能否主張同法第 1066 條之否認，於解釋學上尚有爭議，此涉及民法第 1066 條認領否認之學說爭議，參戴炎輝、戴東雄，親屬法，新修訂版，2002 年 8 月，380-381 頁；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，民法親屬新論，修訂 7 版，2008 年 1 月，298-299 頁。林菊枝，親屬法專題研究，1982 年 5 月，77-78 頁。林秀雄，家族法論集(二)，1987 年 3 月，222 頁。

承受因收養關係而產生之一切變數，譬如，民法第 1083 條所規定之收養關係終止時起，回復其本姓，並回復其與本生父母及其親屬間之權利義務等。再者，實際可能發生之結果或許更為複雜，譬如，縱然甲夫或丙夫願意將錯就錯，然而，各自仍須承受「自妻知悉該子女非為婚生子女，或自子女知悉其非為婚生子女之時起二年內」、以及「子女成年後二年內」之期間內隨時被其妻、或其子女提起婚生否認之危險；惟相對地，乙妻與丁妻則無庸負擔此風險。藉由此設例，亦不難觀察到兩性法律地位不平等之另一面相。

(3)固有親子法制有違兩性平等原則

針對上述情事，吾人要過問的是，民法親屬編僅片面對生父規定有婚生否認之訴、以及生父一方認領之相關規定，至於生母則無提訴否認婚生或認領之可能，此差別規定是否造成兩性法律地位之實質不平等？

按：固有親子法制之差別規定係基於「生母恆定原則」之先行生理事實而來，於人類之生殖方式僅限於自然受孕之年代，此差別規定固然可謂是「基於男女生理上之差異」，然而，人工生殖技術之介入，可能使「生母恆定原則」所根據之血統真實基礎不復存在，那麼，此種固有親子法制原有之差別規定，於今日視之，顯然不再是「基於男女生理上之差異」，除非有更充分之證據得證明，固守「生母恆定原則」仍是基於「男女生理上之差異或因此差異所生之社會生活功能角色上之不同」，否則，對於父方與子女間可片面追求血統真實，而母方則毫無「救濟」途徑一事，現行民法親屬法制即存在著兩性法律地位之實質不平等。另一方面，倘吾人從對親子關係之「權利」面而為觀察，不具血統真實之夫方，其「婚生推定生父」必須處於可能遭婚生否認之法律地位，而不具血統真實之母方，則依「生母恆定原則」不受影響，亦屬兩性法律地位之不平等。

雖有學者曾就代孕生殖中卵子委託人如何建立親子關係之議題上，主張可類推適用民法第 1063 條第 2 項提起生母否認之訴，再由提供卵子之婦女類推適用生父認領之規定²⁴；亦有認為受術妻於錯用他人卵子時，可類推第 1063 條第 2 項提起否認之訴之意見者²⁵。此固然是現行親子法制下救濟當事人唯一之方式，惟所謂類推適用之前提，必須是存在著立法者無意的疏漏所造成之「法律漏洞」，倘係基於立法政策之考量而有意之疏漏，即不得類推適用²⁶。人工生殖技術之發展固然是超出當年立法者對於生殖方式之理解，然而，學者意識到上揭問題之時間點既然可回溯自 1987 年，對於分娩事實並不能擔保血統真實之問題意識應已能

²⁴ 戴東雄，孩子，你的父母是誰？，法學叢刊，32 卷 1 期，1987 年 1 月，13 頁。

²⁵ 侯英鈴，從「子女最佳利益」原則檢視人工生殖法草案，律師雜誌，318 期，2006 年 3 月，26 頁。

²⁶ 王澤鑑，民法總則，2002 年 9 月，68-69 頁。

充分理解，嗣後民法親屬編於近 20 年間迭經修正，尤其是 2007 年 3 月 1 日公佈之人工生殖法第 24 條第 2 項時，亦已明文肯認生母得提起否認之訴，然未見於同年 5 月 23 日大幅修定之民法親屬編對「生母恆定原則」之立場有任何鬆動，顯見此並非立法者無意疏漏之「法律漏洞」，能否類推適用容有爭議。

或有謂，適用「生母恆定原則」於自然生殖或合法(且正確)人工生殖子女之親子認定上均無不當，僅一小部分如上述未曾慮及之例外情況受到影響，因此，現有親子法制僅對一小部分「特殊」婦女造成區別待遇，然而並非所有婦女皆處於該「特殊」狀態，因此，對這一小部分婦女所造成之差別待遇，並非直接針對「性別」議題作歧視對待，故不違反兩性平等之原則。此論點係模擬自美國聯邦最高法院 *General Electric Co. v. Gilbert* 一案依該國法院對於「性別」議題所慣採之「中度審查標準」所作之決定²⁷。惟參我國憲法增修條文第 10 條之意旨，兩性平等之審查應採更嚴格之標準，準此，即使差別規定不是直接基於性別，而是以其他觀點(譬如，特別之懷胎方式)作為差別待遇之理由，然而，這些其他理由事實上都指向同一性別時，仍構成間接性別歧視，而與兩性平等之原則有違²⁸。更何況，固有親子法制原先基於「男女生理上之差異」而為「生母恆定」與「生父推定」差別規定之事實基礎已遭破壞，而允許生母與子女間之親子關係可追求血緣真實一事，實質上並不影響絕大多數經自然生殖或合法(且正確)人工生殖者之親子關係，與既存之公共利益或社會秩序均無妨礙，參諸憲法第 23 條之意旨，該平等權實無被限制之理由²⁹。

須特別說明的是，血統真實於我國社會通念以及現行法上雖具有本質性之重要地位，惟不可諱言地，我國親子法制對於自然的親子關係並未完全貫徹血統真實主義³⁰。此由民法第 1063 條對於婚生否認設有「夫妻之一方自知悉該子女非為婚生子女，或子女自知悉其非為婚生子女之時起二年內為之。但子女於未成年時

²⁷ 429 U.S. 125 (1976). 案由：原告主張雇主將懷孕員工排除於其為員工投保「失能保險(disability insurance)」之範圍之外，是一種對婦女之性別歧視。法院作出不違憲之決定而引起全國婦女譁然，嗣由彼國會緊急通過「禁止歧視懷孕法(Pregnancy Discrimination Act)」而平息紛擾。該法案可參 Pub. L. 95-555, 92 Stat. 2076 (1978).

²⁸ 此觀點為德國聯邦憲法法院第一庭、歐洲法院、以及德國聯邦勞工法院所採，參陳愛娥，「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，2002 年 5 月，173 頁。

²⁹ 惟將「生母恆定」改為「生母推定」必須有良好的立法配套措施與技術，否則，則可能造成「無父無母」之人工生殖子女。惟此修法之細節非本文所能究竟，容本文不作詳述。另比較法上，針對人工生殖技術所造成之血統事實與分娩事實割裂矛盾，多數大陸法系國家仍採分娩事實說，譬如德國民法第 1591 條、奧地利民法第 137 條之 2 等。英美法系各國雖亦多已有相關之實定法規範，如英國的 Human Fertilization and Embryology Act 1990、澳洲 Family Law Amendment Act 1983 No.72/1983 等，惟其實務上對於逸脫實定法預想範圍之案件，法院多能勇於提出其他原則對實定法加以補充，譬如，檢驗對子女生養計畫或意願之有無，進而判斷是否能夠負起照顧小孩責任之“intention analysis”、或以子女最佳利益為考量之“child's best interests approach”等，詳可參 Lori B. Andrews et al., Genetics: ethics, law, and policy, 468-471 (2002).

³⁰ 黃宗樂，論法律上之自然的親子關係與血統上之親子關係，載於：親子法之研究，1980 年 3 月，1 頁。

知悉者，仍得於成年後二年內爲之」、以及人工生殖法第 23、24 條均設有「得於發見被詐欺或被脅迫終止後六個月內提起否認之訴。但受詐欺者，自子女出生之日起滿三年，不得爲之」之限制可知。惟縱然如此，兩性於此「部份性」貫徹血統真實之現行法制下，仍存在著上述法律地位之不平等。

此種片面重視父系血統之不平等思維，反映在前述人工生殖法之第 16 條僅禁止使用混合精液實施人工生殖，對於混合卵子則未加以限制之規定上。蓋本條之立法理由爲「目前人工生殖技術已可直接將精子打入卵子，使用混合精子並無法增加受孕率，卻可能造成無法確認父系來源之後果，爰爲第 7 款規定」³¹。而同法第 23 條第 3 項亦是基於「生母恆定」之思維，而僅對於夫方設計有排除適用民法第 1067 條強制認領之規定。

(4)小結

夫方與子女間之親子關係原本即處於血統真實與婚生推定可能割裂之狀態，而我國民法親屬編「婚姻示父」之推定與「血統真實」之婚生否認與認領等規定，除人工生殖法第 23 條所定之情形外，並不因人工生殖科技之介入而受影響。然而，「生母恆定原則」與血統真實間之割裂狀態，絕非人工生殖法第 24 條之單一特別規定所能修補，因此，民法親屬編至今所堅守之「生母恆定原則」即造成兩性法律地位之結構性不平等。

三、代孕生殖之兩性議題³²

代孕生殖議題牽涉相當廣泛，在包括醫學、法學、倫理學、社會學、哲學等各學科領域都引起激烈的爭辯，一直是女性主義法學所專注之議題³³。本文無意

³¹ 按：此立法理由似有再斟酌之餘地，蓋親子鑑定技術已使父系血緣來源之判斷不再發生困難；再者，使用混合精液之理由，其實並不完全在於「增加受孕率」上，參 Harnicher v. University of Utah Medical Center, 962 P.2d 67 (Utah 1998) 乙案，原告要求醫師使用原告自己以及血型膚色等與原告一致之編號第 183 號捐精者混合精液，其目的在於滿足「小孩有可能是自己的」之精神利益。後因醫院錯用成第 83 號精液致小孩血型與原告不符，損及其精神上利益，遂起訴請求醫院賠償。本案法院多數意見以該小孩爲正常健康之小孩爲由，認爲原告實質上並無損害而判以敗訴，惟 Durham 法官於不同意見書上表明該精神上之利益即爲原告之損害。學者有贊同該不同意見者，參 Lori B. Andrews et al., Genetics: ethics, law, and policy, 279 (2002)。

³² 倘由代孕者提供卵子與委託夫之精子受胎者稱爲「傳統式代孕(traditional surrogacy)」，或稱「完全代理孕母(full surrogacy)」，另有稱“Host IVF surrogacy”等。而代孕生殖之精卵皆由委託夫妻提供者者，稱爲「移植式代孕(gestational surrogacy)」，或稱「部分代理孕母(partial surrogacy)」，另有稱“straight surrogacy”等。以上名詞簡介可參紀欣，簡介美國法律對於處理代孕安排的最新發展，律師雜誌，318 期，2006 年月，43 頁；陳英鈴，人工生殖法的幾個問題，法令月刊，58 卷 8 期，2007 年 8 月，119 頁。

³³ 有趣的是，於代孕生殖是否合法化之議題上，具有女性主義特徵之學派，反而多是傾向於持反對開放之立場，其理由在於反對將女性身體當作父權思想的工具，其主張恰與自由主義者相左。簡要之介紹可參陳美華，物化或解放—女性主義者關於代理孕母的爭論，月旦法學雜

陷身於此辯證漩渦之中，僅試著就我國人工生殖法第 2 條第 3 款將適用該法之受術夫妻限定於「妻能以其子宮孕育生產胎兒者」是否涉及兩性平等議題作說明。

鑒於各界對於代孕生殖尚無共識，行政院於 2005 年 5 月 18 日通過之「人工生殖法草案」之總說明中即揭示「將人工生殖法與代理孕母採脫鉤方式處理」³⁴。觀現行人工生殖法之規定，與其說是未明文禁止代孕生殖，毋寧是根本未予規定。換言之，不孕夫妻與採代孕生殖所生子女間之親子關係，人工生殖法根本不作處理，而將完全適用民法親屬編之規定，委託代孕之不孕夫妻與代孕生殖所生子女間之關係，即有如前述設例二中之甲夫乙妻與庚(即丙夫丁妻之子)間之關係，無從令人滿意。

根據人工生殖法第 2 條第 3 款之反面解釋，倘妻不能以其子宮孕育生產胎兒者，將排除適用人工生殖法之規定，初視之下，似有某種「不平等」之區別對待存在。誠然，就不孕夫妻而言，只因妻方不能以其子宮孕育生產胎兒，即剝奪該對不孕夫妻藉助於人工生殖技術之生育機會，相對於其他不孕夫妻而言，即屬不平等³⁵。就「本身能製造健康卵子但不能以其子宮孕育生產胎兒」之婦女、以及「雖本身不能製造健康卵子但能以其子宮孕育生產胎兒」之婦女而言，前者不能享有與後者一樣平等之生育機會，學者有認為此差別對待確實是造成生兒育女機會上之不平等³⁶。此揭固非無見，惟本文所專注的並非是婦女與婦女間、或不孕夫妻與不孕夫妻間是否有不平等之現象，而是人工生殖法排除代孕生殖之適用，且未就代孕所生子女之親子關係作妥適規範，是否有違女性與男性間兩性法律地位實質平等之原則。

目前人工生殖法雖係以「妻不能以其子宮孕育生產胎兒」者作區別對待，然區別對待之對象並非只是限制於「婦女」一方，而是限制該對「不孕夫妻」雙方。換言之，就該對不孕夫妻受到人工生殖法之區別對待而言，並無兩性區別對待之問題³⁷。雖然以「妻不能以其子宮孕育生產胎兒」作區別基準，將可能招致對妻不諒解或責難之家族或社會壓力，然而，此非法律所能過問。

誌，52 期，1999 年 9 月，18-28 頁；陳妙芬，浮濫的平等——談代理孕母的法理問題，月旦法學雜誌，52 期，1999 年 9 月，31-40 頁。

³⁴ 參立法院第 6 屆第 2 會期第 1 次會議，立法院議案關係文書，院總第 1586 號，政府提案第 10174 號，人工生殖法草案總說明。另參莊錦秀，代孕人工生殖法草案之芻議(上)，台灣本土法學雜誌，103 期，2008 年 2 月，17-36 頁。

³⁵ 另有就該類不孕夫妻與可孕夫妻作比較者，參陳妙芬，浮濫的平等？——談代理孕母的法理問題，月旦法學雜誌，52 期，1999 年 9 月，38 頁，謂：「兩者的差異在於能否自然生育子女，透過民法有關認領、收養的規定，不孕夫妻也可以擁有自己的子女，法律規定並無偏見，只是在一般人傳統的觀念裡，子女還有血緣的區別，這是自然的差異，並非法律上之不平等。」

³⁶ 參顏厥安，代理孕母挑戰凱撒與上帝，載於：與 Rosa 歡樂起舞，1998 年 12 月，84 頁。

³⁷ 另參陳妙芬，浮濫的平等？——談代理孕母的法理問題，月旦法學雜誌，52 期，1999 年 9 月，31-40 頁。與本文結論相同，但持不同之理由。

綜上，代孕生殖之合法化與否，容有爭辯，惟就目前人工生殖法未就代孕生殖作妥適規範之議題上，並無違兩性實質平等原則。至於代孕生殖所生子女親子關係之認定上，不論係合法化前「私下」進行代孕生殖之親子關係判定，或是合法化後之親子法制建立，宜注意前述「生母恆定」原則所造成之兩性實質不平等。

四、人工流產之兩性議題

依優生保健法第9條第2項本文後段之規定，懷胎婦女證明因懷孕或生產將影響其心理健康或家庭生活者(即同條第1項第6款)，得依其自願施行人工流產，惟「有配偶者，應得配偶之同意」。此條文之規定素來遭女性主義者強烈之批判，而有強大之修法聲浪。然而，本文關注之處在於，於現行法制下，由於人工生殖技術之介入是否造成兩性法律地位實質之不平等？

(一)議題之提出

婦女因接受人工生殖而懷胎，倘有優生保健法第9條第1項第1款至第5款之事由者，固然得依其自願(有配偶者，毋庸得配偶之同意)施行人工流產；而一般醫療實務上最常被懷胎婦女作為人工流產適應症之該項第6款(即因懷孕或生產將影響其心理健康或家庭生活者)，就求子女若渴而接受人工生殖之不孕夫妻而言，似乎反而是最罕見之適應症。然而，事實上，不孕夫妻一方面須面對家族或社會壓力，另一方面，亦需承受來自醫療上之不便與痛楚，特別是接受試管嬰兒治療之不孕婦女，每次治療週期須接受從吃排卵藥、打排卵針、接受經陰道超音波測量濾泡大小、取卵、植入、抽血追蹤等一系列辛苦且繁複的人工生殖步驟，因此，不孕婦女屈就於為夫家傳宗接代之壓力而勉為其難地接受不孕症之治療者，應不在少數。

據此，人工生殖法第24條第2項所定之情狀，即妻係遭詐欺、或脅迫而同意於婚姻關係存續中以夫之精子與他人捐贈之卵子受胎者，恐非絕無僅有。雖該條項同時載有「妻能證明其同意係受詐欺或脅迫者，得於發見被詐欺或被脅迫終止後六個月內提起否認之訴。但受詐欺者，自子女出生之日起滿三年，不得為之」之救濟途徑，然而，此須俟妻分娩後始得為之。倘妻發見被詐欺後不能接受以他人卵子懷胎之事實，或遭脅迫之暴力威脅終止後依其自由意志不願意繼續懷胎，縱符合優生保健法第9條第1項第6款之要件，仍須得其配偶之同意，惟此情狀下為詐欺脅迫之人多半即為其配偶，衡情該婦女斷難取得其同意，只得默默承受繼續懷孕對身心之折磨終至生產³⁸。相對地，倘今係夫遭妻之詐欺或脅迫而同意於婚姻關係存續中以他人之精子與妻受胎者，縱百般不悅，僅須於事後提起否認

³⁸ 縱然可認為其夫不同意權之行使為權利濫用者，惟於刑法墮胎罪之威脅下，恐難有醫師願意為該婦女進行人工流產手術。

之訴即可。二者相較，是否有違兩性平等之原則？尤有進者，倘夫係與施術醫師共謀詐欺其妻同意「以夫之精子與他人捐贈之卵子受胎」者，即非合法施行之人工生殖(人工生殖法第 12 條參照)，妻於此情況下，恐不能再依人工生殖法第 24 條第 2 項提起否認之訴，果爾，該受詐欺而受胎之婦女事先既不可能如願施行人工流產，事後又因「生母恆定」無從脫離與所生子女之親子關係，豈為事理之平？

再者，受術夫妻「同意」接受人工生殖治療與夫妻「同意」接受他人捐贈之精卵細胞二者，係屬二事不可不辨。蓋前者係指規定於同法第 12 條第 1 項，受術夫妻經醫師說明人工生殖之必要性、施行方式、成功率、可能發生之併發症、危險及其他可能替代治療方式等之後所行使之病患自主決定權；而後者係規定於人工生殖法第 12 條第 2 項，具有身分法上同意之性質，且該同意依同條第 3 項須經公證³⁹。今人工生殖法第 24 條所規範之情形係妻同意接受人工生殖治療其不孕症，只是其同意「以夫之精子與他人捐贈之卵子受胎」一事係遭詐欺或脅迫者；今倘妻受詐欺或脅迫之事項並非「以夫之精子與他人捐贈之卵子受胎」一事，而係妻根本就是受脅迫違反其自由意志、或受詐欺而同意接受人工生殖治療者⁴⁰。然而，依現行法制之規定，該婦女事後縱以懷孕嚴重影響其心理健康為由，而欲援引優生保健法第 9 條第 1 項第 6 款規定施行人工流產，倘施以詐術或脅迫者恰為其夫時，該婦女亦將遭遇上述無從取得配偶同意施行人工流產之困境。

(二)兩性平等之審查

人工生殖法第 23 條第 2 項與第 24 條第 2 項對於夫或妻遭詐欺或脅迫時，得提起否認子女之訴之規範文字上係完全對等，並未作出男女不同之區別對待，似無兩性不平等之問題，其實不然。

按前述司法院大法官會議所肯認之兩性平等命題為「立法機關基於憲法價值體系與立法目的，自得斟酌基於男女生理上之差異或因此差異所生之社會生活功能角色上之不同，而為合理之區別對待」，據此，倘立法機關所作之兩性區別對待並非基於男女生理上之差異者，固屬違背兩性平等原則；惟另一方面，倘立法者枉顧男女生理上之差異而仍為相同之對待者，亦屬另一種類型之兩性不平等。今由於男女之生理上差異使得懷胎者恆為女性，立法者雖已意識到夫或妻雙方均可能受詐欺或脅迫受胎一事，針對終極之親子關係於人工生殖法第 23 條第 2 項與第 24 條第 2 項作出對兩性完全對等之規定，卻未對懷胎者恆為女性之生理上差異作出其他任何配套之區別對待(譬如，規定此情形排除優生保健法第 9 條第 2

³⁹ 有不同意見，認為此處「同意」之性質與病患對醫療行為之「同意」相同者，參侯英泠，論人工生殖受術夫妻手術同意書之法律效果，成大法學，2 期，2001 年 12 月，93 頁。

⁴⁰ 按：人工生殖技術之介入，使得違反或詐欺婦女意志而受胎之情形，已不再限於優生保健法第 9 條第 1 項第 5 款所定「因被強制性交、誘姦」類型。

項「須得配偶同意」之適用)，忽置不顧該婦女依法不得於發現受其夫詐欺或脅迫終止後施行人工流產，而必須忍受懷胎十月之身心折磨，即屬法律不夠周延所導致之兩性法律地位不平等。

肆、結論

生殖醫學的進步固然造福了無數的不孕夫妻，但非性交之人工方法不僅顛覆了人類千萬年來傳統親子關係發生之概念，同時也考驗著固有法制，更引發了諸多社會議題。本文以女性主義法學之觀點切入，以司法院大法官解釋為論據基礎，檢視此揭議題所隱含之兩性平等問題。

由於人工生殖技術之介入，造成母系分娩事實與血統真實之割裂，破壞了固有家庭親子法制中「生母恆定」與「生父推定」長久以來之合理區別基礎，導致現行親子法制上有結構性之兩性不平等，亟待解決。再者，人工生殖法就夫或妻之一方受詐欺脅迫之受胎情事，雖於第 23 條第 2 項以及次條第 2 項作完全相同之規制，但忽視了優生保健法第 9 條第 2 項人工流產須得配偶同意之規定，以及僅有女性才會懷胎之男女生理上差異，不合理地限制了受夫詐欺脅迫婦女之生育自主權，亦有違兩性平等原則，應予重視。至於代孕生殖之議題雖牽涉廣泛，但似不存在兩性平等之爭議問題。

