

未成年少女懷孕的非法墮胎與優生保健法修法建議

台灣性教育協會於90年6月6日(星期三)在國泰醫院七樓視訊會議室對「未婚少女懷孕時所面對的問題—我們的社會支持體系能給她們什麼？」舉辦研討記者會,主講人包括鄭承傑(台灣性教育協會理事長):未婚少女懷孕怎麼辦?晏涵文(台灣師範大學衛生教育學系教授),潘維剛(立法委員,現代婦女基金會董事長)

潘亨俊(中華民國醫療品質促進會理事長):婦產科醫生希望在合法的環境下替少女墮胎,翁瑞亨(衛生署環保處處長)以及李雲裳(國泰醫院社會服務室主任):未婚少女懷孕時所面對的問題—我們的社會支持體系能給她們什麼?針對:1.未婚少女的性教育2.未婚少女懷孕時的抉擇3.現行的法令規定與實務困境4.社會支持體系等議題等相關議題討論。本人謹就未成年少女懷孕的非法墮胎法律方面的相關問題出個人見解,並試圖擬出對少女最大利益的修法建議,為這群被放逐的年輕少女找出一條生路,但在能夠修法之前,我們必須明白未成年少女及優生保健醫師,所面臨的法律困境到底是什麼?徵結又是在那裡?

優生保健醫師一定有刑法第二八九條加工墮胎罪

以最高法院85年度台上字第 5506 號裁判全文為例,我們優生保健醫師為未成年少女墮胎觸犯「意圖營利加工墮胎罪」最後上訴仍被駁回的判決文詳文如下:

右上訴人陳XX醫師因墮胎案件,不服台灣高等法院中華民國八十五年一月二十四日第二審判決(八十四年度上訴字第六六五 號,起訴案號:台灣基隆地方法院檢察署八十四年度偵字第七一八號),提起上訴,本院判決如左:

主 文:上訴駁回。

理 由

按刑事訴訟法第三百七十七條規定,上訴於第三審法院,非以判決違背法令為理由,不得為之。是提起第三審上訴,應以原判決違背法令為理由,係屬法定要件。如果上訴理由狀並未依據卷內訴訟資料,具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當,或所指摘原判決違法情事,顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形,不相適合時,均應認其上訴為違背法律上之程式,予以駁回。本件上訴意旨略稱: 陳X洋在第一審證稱:「掛號時我對掛號小姐說,我老婆要看醫生」。基隆市立培X學校學生基本資料卡亦載黃X婷為陳X洋之妻。掛號之護士傅X真稱:「陳X洋說他太太要看病」。因護士誤認陳X洋、黃X婷係夫妻關係,未核對手術同意書,致上訴人因信準備手術之護士已完成應有之行政手續而為黃女施行人工流產,對此有利之證據,原審全未斟酌。

民國八十三年十月五日,上訴人曾註記欠二千五百元(新台幣下同),十月七日黃X婷來診所複診,醫藥三百元亦未付,共欠二千八百元,原判決認欠二千五百元亦不相符。八十四年十二月二十一日告訴人黃X景稱:「去拿孩子沒有告訴我,她曾告訴她媽媽.....」,當日筆錄後段漏記,上訴人曾具狀聲請傳訊黃X婷之母朱X鳳,原審亦未傳訊。

黃X婷當天求診,自稱腹痛、停經。上訴人檢查後發現子宮出血,已在診療記錄單記明,楊X菁稱:「我們是下午三時多進去,五、六點走」,足以證明在診所時間之久,若是身體狀況甚佳,未形成之胚胎,十分鐘即可用儀器吸盡,何需二小時之久。而子宮出血及心臟病,均是醫學認為懷孕將招致生命危險之理由,優生保健法施行細則附表二規定甚明,原判決認定子宮出血及心臟病並無醫學上之理由證明將來懷孕生產會招致生命危險,均屬違法等語。

經查原判決綜合卷內：被害人黃X婷稱：「我月經二個月沒來，特別確定是否懷孕，當時我沒有生病，也無何處出血或疼痛，檢查完沒多久就動手術，也沒有叫我通知我家人」，「十月五日之前，我以電話向楊X菁說我月經已有二個月沒有來，要去醫師檢查，請楊X菁與我一起去，十月五日我與楊X菁到醫院後，經超音波檢查，被告說我懷孕二月，最後還是同意被告實施墮胎」。楊X菁稱：「十月五日前幾日，黃X婷打電話給我，要我跟她去醫院檢查看看，要我陪她去醫院拿孩子，十月五日我就陪她去醫院，黃X婷沒有說她有肚子不舒服或陰道流血之現象，至醫院後，由陳X洋陪黃X婷進入診療室，我在外面等，我只聽陳X洋講小孩子已經二個月了」。足證黃X婷係為確定是否懷孕而邀約同學楊雪菁作伴同至被告診所求診，並無任何疾病疼痛或出血現象，其至被告診所求診無非在確定其是否懷孕而已。觀以檢察官至被告診所查扣之被害人診療記錄單及手術志願書，在診療記錄單正面有：被害人姓名、未婚、十八歲、學生、住址及電話等資料之記載。而志願書中「保證人」「保證人與病人關係」及「病人最近親友」欄下分係記載：「陳X洋」、「男朋友」、「楊X菁」等字樣，則上訴人對黃X婷為未婚之未成年人應極瞭然，且黃X婷之父黃X景亦稱：「墮胎前未經我同意」。傅X真稱：「係積欠二千五百元之意」。陳X洋稱：「手術費是四千元，我已付一千五百元，尚欠二千五百元」，顯有圖利之意思。

而以上訴人所辯：依專業判斷，黃X婷有不完全流產之現象，因其有先天性心臟病，會有生命危險，所以我建議黃女立即做子宮搔扒術，我以為黃X婷係陳X洋之配偶，所以未通知黃X婷家人，我亦未收黃X婷之錢，志願書係護士傅X真辦理，我未注意等語，不足採信。上訴人請求傳訊朱X鳳，亦屬事後和解串證，無傳證之必要。如黃X婷有先天性心臟病，亦無需急於一時，不待其父母同意，於門診後即刻為其施作墮胎手術，及手術後即出院無需住院觀察。顯見被害人當日之狀況甚佳並無任何病，業據原判決在理由詳予說明，認定上訴人意圖營利加工墮胎之事實。原判決對基本資料卡，與陳X洋、傅X真、楊X菁前開上訴人所指述之證言，漏未說明其取捨之意見，不無理由不備，但在被害人診療記錄單及志願書中已記明「未婚」顯然於上訴人論罪之判決無影響，依刑事訴訟法第三百八十條規定，尚難據為適法之第三審上訴理由，上訴意旨否認犯罪，要屬事實上之爭執，不涉及原判決違背法令之問題，核與首揭法定要件不符，其上訴違背法律上之程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十五條前段，判決如主文。

中 華 民 國 八 十 五 年 十 一 月 二 十 七 日

最高法院刑事第四庭

審判長法官 莊 來 成

法官 王 德 雲

法官 謝 俊 雄

法官 林 永 茂

法官 白 文 漳

右正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 八 十 五 年 十 二 月 三 日

一葉知秋,由此案可知,目前依82年度80 檢二字第 1121 號臺灣台北地方法院

檢察署座談會全文討論「未婚之未成年婦女懷孕而有優生保健法第九條第一項所定之六款情事之一者，醫師為其施行人工流產時，如未經得其法定代理人同意，是否仍應負加工墮胎罪責？」法律問題研究最後的決議還是「依優生保健法第九條第二項規定，未婚之未成年或禁治產人，依前項規定施行人工流產，應得法定代理人之同意，如未得法定代理人之同意，該法並無另作處罰規定，是縱合乎第一項六款情事，仍應取得法定代理人之同意，否則仍應負墮胎刑責。」。

針對此決議個人仍有下列諸多疑點,例如:

1. 優生保健法第9 條第二項規定應得法定代理人同意僅係對於監護權之注意規定，其法益之保護，顯較優生保健為低，衡諸本法制定宗旨，仍應認醫師無庸負墮胎刑責。
 2. 未成年未得法定代理人之同意,婦產科醫師只是違反優生保健法第九條第二項規定而已,違反該項並無任何罰則, 依刑法第二十二條「業務上的正當行為」阻卻違法,依優生保健法的立法旨意, 醫師墮胎正是合乎國家人口政策的正當行為;且亦不違反第一項所定人工流產情事之認定,依刑法「罪刑法定主義」根本不應該羅織入罪。今若依民法第七十八條「限制行為能力人未得法定代理人之允許,所為之單獨行為,無效。」來說,未得父母同意逕行必要之手術,最多是違反醫療法第四十六條「醫院實施手術時,應取得病人或其配偶、親屬或關係人之同意,簽具手術同意書及麻醉同意書」之規定,依同法第七十七條處五千元以上五萬元以下之罰鍰足矣。
 3. 行為能力與刑事責任:我國民法第12條雖規定以20 歲為成年,有行為能力, 民法第 13 條:「未滿七歲之未成年人,無行為能力。滿七歲以上之未成年人,有限制行為能力。未成年人已結婚者,有行為能力。」。但關於刑事責任,則是以18 歲為界限:未滿18 歲的人犯罪時「得減輕其刑」,如果是未滿14歲時就不罰(刑法第18 條),且依少年事件處理法,對滿12歲以上但未滿18歲者設有少年法庭,予以管訓,其亦以18 歲為界。
 4. 只有16 歲以下青少年「無性自主權」應受強制保護,16~18 歲之間至少有「限制的性自主權」。
- 問題是個人微言輕疑者自疑,法學者不以為然之外,司法官依法審判,優生保健醫

師照常被判有期徒刑,甚者還被衛生主管單位依「不正當醫療行為」給予停業半年的行政處分。有期徒刑雖可緩刑,但停業半年大概也只有失業退休一途了。

近四年來只有三名醫師因RU486違反藥事法判刑

今天RU486開放給藥局鋪藥已是勢在必行,最令優生保健醫師引為隱憂的只是未成年少女懷孕問題依然存在,我們優生保健醫師也仍依然無能為力,愛莫能助,結這些少女最後仍是得求助藥局去買RU486自行DIY,然後血崩發炎,和健康打賭和生命搏鬥。不管政府有多少美意,這些走頭無路的少女不會一夜之間就浪女回頭,也不可能會回到母親懷抱懺悔,再由法定代理人帶去生保健醫師處去合法施行人工流產。可笑的是多年來人人皆知,大陸進口的RU486偽藥是近來各大藥房均售,但四年來全國地方及高等法院因使用RU486而被依「違反藥事法」起訴者只有三位醫師,而竟然沒有一家藥房或藥師因販賣RU486偽藥而被查獲,這種統計結果是相當諷刺性的。三名倒霉醫師的判決字號如下,茲舉第一例判決原文,免死狐悲以為大家今後繼續警惕。[使今天RU486已經合法上市,之前使用大陸偽藥而被查獲者,仍沒有辦法依刑法「最新最輕原則」而躲過判刑,合法上市後若有醫師一時失察,仍延用過去大陸進口的RU486偽藥,依然要受「違反藥事法」起訴,刑法侍候。

1. 八十九年度上訴字第五五六號傅醫師上訴駁回緩刑伍年(臺灣高等法院刑事判決,八十九年

右上訴人即被告 傅XX醫師因違反藥事法案件，不服台灣台北地方法院八十八年度訴字第

主 文:上訴駁回。傅XX緩刑伍年。

事 實

- 一、傅XX自民國八十四年十二月十二日起，由設於台北市中山北路美X婦產科之實際負責人
- 二、案經桃園縣警察局報請台灣桃園地方法院檢察署呈請台灣高等法院檢察署核轉台X灣台

理 由

- 一、訊據上訴人即被告傅XX，矢口否認有違反藥事法之犯行，辯稱：伊僅租醫師執X照給伊
- 二、經查：

(一)被告傅XX自八十四年十二月十二日起擔任美X婦產科之駐診醫師，業據其於八十七年

「我到職時（按指八十六年九月初），就都由被告看診。」等語在卷（第

一審卷第一一三頁反面），另證人即台北市中山區衛生所查核人員王X真於原 審八十八年

(二)次查，扣案之五袋藥包內藥品，經送行政院衛生署藥物食品檢驗局檢驗結果，其各藥

(三)又查，扣案之藥包五袋，係於台北市中山北路美X婦產科內之保險箱中所查獲，且該

(四)再查，證人姜X妮於八十七年八月二十六日警訊中證稱：「（扣案之R U四八六）是

(五)末查，證人傅X嬌於原審八十八年三月二十九日調查中證稱：「（問：買藥後再賣出

(六)綜上所述，被告前揭所辯，為卸責之詞，不足採信。本案事證明確，被告之犯行，洵

三、按藥事法所稱禁藥，依據該法第二十二條第二款之規定，除旅客或隨交通工具服務人員

四、原審以被告罪證明確，適用藥事法第八十三條第一項、刑法第十一條前段、第二十八條

五、另台灣台北地方法院檢察署移送併案審理之八十九年度偵字第一八四四號違反藥事法案

據上論斷，應依刑事訴訟法第三百六十八條，刑法第七十四條第一款，判決如主文。

中 華 民 國 八 十 九 年 六 月 二 十 七 日

臺灣高等法院刑事第七庭

審判長法官 吳 啟 民

法 官 蘇 隆 惠

法 官 洪 曉 能

右正本證明與原本無異。

如不服本判決應於收受送達後十日內向本院提出上訴書狀，其未敘述上訴之理由者並

得於提起上訴後十日內向本院補提理由書（均須按他造當事人之人數附繕本）。

書記官 丁 淑 蘭

中 華 民 國 八 十 九 年 六 月 二 十 八 日

附錄：本案論罪科刑法條全文

藥事法第八十三條第一項：明知為偽藥或禁藥，而販賣、供應、調劑、運送、寄藏、牙保、

2. 八十八年度訴字第四二八號杜醫師連續明知為禁藥而供應，處有期徒刑伍月。緩刑參年

3. 八十九年度自字第一九四號被告因業務過失傷害案件，經自訴人提起自訴蔣醫師無罪。

優生保健法的修法建議----針對第九條第二項的修法

我國自民國七十四年一月一日施行的優生保健法,其主旨為「實施優生保健,提高人口素質,保護母體健康及增進家庭幸福」,至此人工流產始以法律列舉之事由為限(適應規制型立法),成為婦女之權利。該法第九條第一項有條件承認婦女的墮胎權,但有否自主權呢?依優生保健法第九條第二項有規定:「未婚之未成年人或禁治人,依前項規定施行人工流產,應得法定代理人之同意」為「父母同意條款」及「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」是為「配偶同意條款」。相對於配偶同意條款只限第六款一款,未成年少女懷孕依第九條六款情事中都須父母同意才能進行,可知我國的「父母同意條款」較美國還要嚴苛。尤其甚者我國地方法院檢察官認為未成年少女人工流產如違反「父母同意條款」,就直接對手術醫師逕行引用刑法第一百八十八以下的墮胎罪普通法判刑而不再適用優生保健法「特別法」,不但全盤否認婦女的墮胎權,還剝奪她接受合法醫師墮胎的自主權,簡直是顛倒法治是非開民主倒車。

查我國優生保健法立法研意,衛生署許子秋署長在民國七十四年就說過「已婚婦女墮胎比例高達百分之二.三,而當時人口成長率高達千分之十八,目標必須要降到千分之十二.五」,對優生保健法的急迫性說了很詳盡的說明;同時揭示優生保健法也是要針對未成年少女懷孕的問題合法解決,因為許署長說:「未婚媽媽70年統計百分之一.四(五七六五人),墮胎約十五~二十萬,約佔出生的一半,如果沒有一個適當的辦法,此數目一定還會增加,這是對現有法律的挑戰,且因合法的婦產科及大醫師怕犯法而不做人工流產,使須要流產的婦女,不論已婚未婚都會去找未經訓練的醫師,在設備不全,不合理的情形下,為他們墮胎,這是個很嚴重的社會問題,對個人、家庭都是很嚴重的挑戰。」。當年施放揚法務部次長也說:「刑法第二十四章墮胎罪共五條,是規定各種墮胎罪之構成要件及處罰制度,優生保健法規定要件要由合法的醫師,施行人工流產及結紮手術,在法律上即可阻卻違法,不加以處罰,(如刑法第二百八十九條第一項及第二項);所以優生保健法可以說是刑法墮胎罪的特別規定,可以排除刑法墮胎罪一部份的適用。但刑法墮胎罪與本法規定之內容及範圍並不完全相同,故即使優生保健法通過,刑法的墮胎罪仍是存在的,二者並不互相排除,如刑法第二百九十一條未得孕婦之同意,使之墮胎罪或第二百九十二條的介紹墮胎,將來恐怕還是要處罰,本法通過後,刑法有關墮胎罪的部份也要配合修正,使優生保健法與刑法二者間的處罰能互相配合平衡。」,73年4月20日立法院第十七次院會紀錄,討論優生保健法時,鍾榮吉委員也強調:「刑法規定的墮胎罪,由於當年立法的精神及當時的社會結構與現在有絕大的不同,因此我們不能認定當年刑法規定的墮胎罪目前仍是正確的。」,問題是如今十五年過去了,刑法依舊墨守成規,墮胎罪我行我素,不願優先適用優生保健法。

71年10月14日立法院第二次聯席會議記錄中針對未成年少女懷孕,台北醫學院謝孟雄院長說明:「一九六五年在美國賓夕法尼亞州進修時,當時美國人工流產尚合法化,少女懷孕要施行人工流產,必須幾位精神科醫師會診並簽字方可施行人流產。」;饒穎奇委員也贊成未成年少女墮胎合法化:「今日台灣的未婚媽媽很多,據社會專家調查,未婚而懷孕對於未婚媽媽的心理會造成很大的打擊,所以墮胎應予合法化。」這些當年審查優生保健法的立委高見,在該法已公告實施十四年後的今天,問題仍在,當初立法最要保護的對象就是未成年的少女,到如今仍然還最不能受到保護的一群弱勢團體。茲針對優生保健法列出個人建議修法方向

建議修法內容如下

原條文

第九條第二項

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。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。

建議條文第一案

第九條第二項

未婚之未滿十六歲人或禁治產人, 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。

建議條文第二案--針對一般父母或社會的接受衝擊度,可以循序漸進,自十八歲開始開放。

第九條第二項

未婚之未滿十八歲人或禁治產人, 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。

修法的理由如下:

一. 醫學上的理由

文獻報告初經年齡12.3歲乳房自10.4歲開始發育,10 歲有0.8%來一次月經,小學畢業前有11.8%已來月經。英國統計少女初經年齡為13歲。

二. 憲法人權上的理由

1.主要是為少女的最大利益著眼。十六歲以上應有墮胎自主權,否則每年有二萬二

千至二萬四千名,不滿二十歲少女懷孕因得不到優生保健法的保護,必須求助密

醫或私下購藥自行墮胎,有失優生保健立法旨意。

2.違反憲法基本人權的法律、命令是無效的

中央法規標準法第5條:「左列事項應以法律定之:一.憲法或法律有明文規定,應以法律定之者。二.關於人民之權利、義務者。三.關於國家各機關之組織者。四.其他重要事項之應以法律定之者。」第6條:「應以法律規定之事項,不得以命令定之。」。如果說未成年少女懷孕,因親子關係不好無法溝通、受虐或得不到諒解而無法得法定代理人之同意,則不但失去「婦女墮胎自主權」,而且得不到國家優生保健法的保護,必須去找密醫或自行去藥局購買不合法的RU486偽藥,以不合乎當代醫療水準的手段之下冒險墮胎,而將己身於健康權及生命權之危機之中,則優生保健法第九條第二項前段所言「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,因事關其維護健康及生命的基本人權,又沒有1. 為防止妨礙他人自由(2). 避免緊急危難(3). 維持社會秩序(4). 增進公共利益四種必要用法律加以限制的狀況,則因違反了必須是為了防止、避免、維持或增進,有其必要始可用法律限制之

「必要性原則」。違反憲法的結果這些法律、命令是無效的(憲法第171條),所以優生保健法此項法律規定應該是無效的。

三. 刑法上的理由

1. 一般刑法上刑事責任能力為十八歲。所以十八歲以上即有承擔刑法第二八八條自行墮胎罪,的刑事責任能力。
2. 民國八十八年立法院通過刑法修正案,刑法第222條對十四歲以下之男女犯之者為「加重強制性交罪」.刑法第227條對未滿十六歲以下未成年人都特別保護,為性交者即使非強制性交,都處以七年以下有期徒刑。刑法第241條對和誘未滿十六歲之男女,以略誘論(第三項)。明顯的都是以保護十六歲以下少女身心為主。表示十六歲以下無性自主權,但十六歲以上至少有限制的性自主權。
3. 附屬刑法中少年福利法第1條「為增進少年福利,健全少年身心發展,提高父母及監護人對少年之責任感,特制定本法。」第2條「本法所稱少年,亦係指十二歲以上未滿十八歲之人。」
4. 刑法墮胎罪的阻卻違法:刑法第288條第三項:「因疾病或其他防止生命上危險之必要,而犯前二項之罪者,免除其刑。」,真的有墮胎罪嫌被訴,醫師亦可舉証有醫學上的理由,胎兒,理由等而免除其刑。
5. 剩下只有用動之以情,希望作母親的不要去控訴男方「強制性交罪」、「加重強制性交罪」或「和誘罪」,而連帶也把優生保健醫師和自己女兒捲入池魚之殃。但即使自己親身女兒因也觸犯刑法第288條的自行墮胎罪,可能因此被處判刑而有前科記錄,但仍有不少父母親仍堅持要告那個男的,結果三敗俱傷。本來親子關係已夠不好了,更因此又形惡化下去,最後的贏家只是拿到不少遮羞費的監護人而已。

四. 民法上的理由

1. 民法.第78條:「限制行為能力人未得法定代理人之允許,所為之單獨行為,無效。」,但又依第77條:「限制行為能力人為意思表示及受意思表示,應得法定代理人之允許。但純獲法律上之利益,或依其年齡及身份、日常生活所必需者,不在此限。」:

- 甲、若將依優生保健而使限制行為能力人因而不致「因懷孕或生產將影響其心理健康或家庭生活者」解釋為「純獲法律上之利益」,是否也可不必「應得法定代理人之允許」?
- 乙、在美國未成年女子的墮胎權,也還需要先徵求父母中一人同意(父母同意條款),或取得法院的裁示,証明其成熟度足以為告知後同意的意思表示或証明墮胎對該未成年女子來說是她的最大利益,是為其司法上的補救措施。
- 丙、英國上院曾立下未成年少女執行流產手術準則,即醫師替十六歲以下少女墮胎時若能符合以下事實即使沒有得到其父母的同意,甚至沒有會知父母,醫師流產手術也是正當的:1.該女孩能了解醫師有關流產手術的忠告2.醫師無法勸導該女孩使之將此事告知其父母,或容許醫師告知其父母這件事3.該女孩以後仍很可能繼續他人性交4.除非她接受流產手術,否則該女孩子的身體及心理健康將受損 5.為了她的最大利益.醫師需要在未得她父母的同意時,就進行流產手術。溯及十六歲以下少女,以她的最大

利益著眼,是英國在婦女墮胎權上最進步的特色。

2. 民法第 980 條「男未滿十八歲者,女未滿十六歲者,不得結婚。」至少表
女滿十六歲已是適婚年齡,雖然第981 條規定「未成年人結婚,應得法定
理人之同意」,但依第990 條「結婚違反第九百八十一條之規定者,法定
理人得向法院請求撤銷之。但自知悉其事實之日起,已逾六個月,或結婚後
逾一年,或已懷胎者,不得請求撤銷」,一方面法律亦承認即使未達適婚年
(十六歲以下),只要祕密結婚一年以上或法定代理人自知悉其結婚事實之日
,已逾六個月者,即可以算是合法結婚。間接表示十八歲以上未成年少女應
較高的「性自主權」,是否可以因此承認她的「墮胎自主權」而阻卻違法?

3. 民法第 83 條:「限制行為能力人用詐術使人信其為有行為能力人或已得法定
代理人之允許者。」,事實上常碰到拿別人的身分來證明她已成年或偷拿父母
的印章來蓋,或拿真的身分證由別人假冒父母欺瞞,「用詐術使人信其為有行
為能力人或已得法定代理人之允許者」,其法律行為為有效而可以阻卻違法?

4. 法定代理人事後之承認,仍生同意效力

民法第79 條:「限制行為能力人未得法定代理人之允許,所訂立之契約,須
經法定代理人之承認,始生效力。」,事實上若監護人只是為了要告男生和誘
罪,優生保健醫師只是池魚之殃,可否於事後請父母補簽名,因為「經法定代理人
之承認,始生效力」,而阻卻違法?或是因事發時,少女已成年,依第 81 條:「限
制行為能力人於限制原因消滅後,承認其所訂立之契約者,其承認與法定代理
人之承認,有同一效力。前條規定,於前項情形準用之。」.其限制原因既已
消滅,則「承認其所訂立之契約者,其承認與法定代理人之承認,有同一效力。」,
因而可以阻卻違法。

因為醫師並非男友和誘罪或加重強制性交罪的共犯,醫師若事後能取得家長的諒解,因為
醫師對當事人已盡說明義務,基本上也得到病人的承諾,只因未得法定代理人之同意,在刑法
上無法阻卻違法,但因為法定代理人之同意可以事後追認,若父母同意,補簽同意書,則一方面
少女本身因為是進行合法的優生保健手術,可以阻卻她自行墮胎罪的違法,一方面優生保健醫
師也因而符合第九條第二項的同意,依法令而行而阻卻違法。此時醫師更可以協助父母作証,
控告這個男生始亂終棄。否則醫師勢必要為自己的墮胎罪解套否認,反而因其墮胎罪不成立
而無法達到制裁男友或向男友求償的機會。

不過有關「法定代理人事後之承認，仍生同意效力」一節，會後再和政大

刑法權威許至玉秀教授請教，結論還是行不通，因為刑法處罰的是「行為當時」，也就是說當因醫師施行人工流產手術本身已該當墮胎罪的構成要件，因不符合優生保健法第九條第二項，法定代理人同意時，是未依法令而行不能阻卻違法，所以成立墮胎罪，不能事後一個月或一年、二年再說因父母事後同意或再得被害人有效承諾就又不成立了，舉一個較極端的例子來說，就像若因重傷罪而被公訴，加害人不能事後說因已得被害人承諾同意自願挨打，就因此不成立重傷罪了。因此優生保健醫師的最一線希望又幻滅了。

5. 少女的身體、健康及生命權

依民法第148條第一項規定，權利之行使不得違反公共利益或以損害他人為主要目的，以此規定反面解釋，權利之行使若不違反公共利益或以破壞他人利益為主要目的者，縱加損害於他人，亦不負侵權行為損害賠償責任。唯若權利之行使以損害他人權益為目的，即屬「權利之濫用」，亦屬不法之行為，如父母依民法1085條固有懲戒子女之權，但若超過必要範圍，損害子女之身體或健康，亦屬不法之行為，仍負侵權行為責任。

據此解釋，對未成年少女之懷孕，父母若有嚴加懲罰或恐嚇之意，兒女必須尋求不法途徑之墮胎手術，而因此侵害子女之身體、生命及健康權，依民法第195(侵害身體、健康、名譽或自由之非財產上損失賠償)是否亦屬不法之侵權行為？優生保健醫師協助無助[未成年少女]作人工流產，只因沒有得到監護人之同意，國家就發動刑罰權對手術醫師論處墮胎罪刑責，國家濫用懲罰權的結果，以致當今沒有一位合法的優生保健醫師願意協助少女作人工流產，任其自生自滅，得不到良好的正統醫療照護，是否亦涉及侵害未成年少女的身體、健康及生命權？

第三機制管道與配合修法

座談會與會討論時，潘維剛立法委員對優生保健法建議條文第二案「自十八歲開始開放」有正面的回應，她亦贊同針對一般父母或社會的接受衝擊度，可以循序漸進，所以贊自十八歲開始開放，另外潘委員提出的心理諮詢制度的構想，晏教授倡言的第三機制的諮商，來自衛生署保健處翁瑞亨處長官方肯定英國的「社工或兩名優生保健醫師評估制度」以及李主任社工諮商的輔導都是很令人興奮的突破構想。

問題是司法官是依法審判，事關人民權利義務一定要以法律定之，第三機制若沒有法律依據支持，最後還是美夢成空。即使行政單位授權社工出面同意簽署人工流產同意書，假設今天未成年少女拿了一份心理醫師或社工人員的同意書來診所要求墮胎，優生保健醫師就冒然作了人工流產手術，因為並無明文規定社工人員可以作為或取代少女的法定代理人地位，法律上醫師照樣是「不依法令而行」不能阻卻違法，結果仍是不符合優生保健法第九條第二項規定，所以仍是該當刑法墮胎罪。司法審判獨立，司法官是不可能隨便一紙行政命令所拘束，結果只是多扯上一名第三者，社工人員或心理醫師可能因而該當刑法第一百九十二條的介紹墮胎罪，那才冤枉呢。所以若要能成立同意權的第三機制能，仍要再修改優生保健法法才能符合「法律保留原則」。所以建議修法第三案條文如下

原條文

第九條第二項

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。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。

第三項：

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。

建議修正條文第三案

第九條第二項：

未婚之未成年人或禁治產人，依前項規定施行人工流產，應得法定代理人或法定諮詢機關之同意。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。」

第三項：

第一項所定人工流產情事與第二項法定諮詢機關之認定，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。」

結論：親子關係的社會觀：

1. 未成年少女懷孕是優生保健棄兒

總之最後的結論是「未成年少女懷孕的非法墮胎」，涉案被舉發的醫師根本沒有解套的方法，也就是說檢察官都一致採用了上述「只要是未婚之未成年婦女懷孕，即使有優生保健法第九條第一項所定之六款情事之一者如未得法定代理人之同意仍應負墮胎刑責」結論，而且因為並非概括之犯意，還要一罪一罪計算，萬一第一案加工墮胎罪判五個月緩刑二年，可能因第二案墮胎罪又案發判了刑，而必須撤銷緩刑入獄執行，兩刑加起來十個月，案發多了還可能成了常業犯，或連續犯，加重其刑至二分之一，醫師同仁不可不慎。

為什麼未成年少女之墮胎是優生保健「不保護」的棄兒呢？查優生保健法的主旨為「實施優生保健，提高人口素質，保護母體健康及增進家庭幸福」。唐律疏議記載「胎落而子未成形者，無墮胎之罪」，其有毆打致流產者「皆須以母定罪，不據子作尊卑」，母親比胎兒重要性大多了，可見古代的人對女性生命權之尊重，比起今日對未成年少女健康權的保護，似乎還要來得週到呢。

2. 惡化的親子關係由醫師承擔後果？

為人父母，要反省，「假如有一天我的女兒懷孕了，她會不會來找我幫忙，解決問題？還是自行到藥房去買RU486來吃？」，RU486將是今後為人父母者家教不成功，親子關係好不好，有沒有問題的試金石。即使自己親身女兒也可能因自己執意控告小男生，而觸犯刑法第288條的自行墮胎罪被判刑而有前科記錄，但仍有不少父母親仍堅持要告那個男的，結果三敗俱傷。本來親子關係已夠不好了，更因此惡化下去，雖然拿到一筆遮羞費但失去了一個女兒，身為監護人的父母也未必是最後的贏家。

3. 未婚懷孕的少女更是精神上的受虐兒，社工為什麼不願伸出援手？

刑法教授許玉秀亦認為一般肉體受虐兒都有社工人員出來輔導,為什麼當懷孕少女走頭無路,連自己的父母都沒有辦法去求助,甚至有可能被打死之顧慮,事實上她們不也是一種精神上的受虐兒嗎?為什麼社工不能出面來為親子關係不好的家庭伸出援手呢?為什麼醫師不能主動檢舉?任事情爆發之後,或禁錮少女的自由,或冷面,甚至毒打一頓,其父母非理性的報復或為遮羞彌補面子的舉止,往往不但加深親子關係裂痕,女兒精神上及肉體所受的虐待更是不容忽視的創傷,這種受虐兒為什麼反而得不到社會的關注和援助?

4. 自憲法立場,民法的立場,優生保健法的立場修法是,一個管道,但成立第三機制同意權的制度應是目前最急迫的補救措施,在德國婦女要作人工流手術之前,都要先經過心理醫師一套完整煩瑣的心理諮商過程,我們的婦女事前大都是偷偷摸摸,事後又大都只能用祭祀嬰靈的方式懺悔來解除自己的良心不安,來替代心理治療,這是相當可悲的。

最後醫療糾紛委員會再三提醒各位會員們注意,優生保健法未能如願修法前,未成年少女的墮胎還是有刑責的,一定要三思而後行,最好是明哲保身,敬而遠之。法律規定是死板板的,現在有人以為用患者陰道出血、腹痛來脫身也是祖上有德,碰上慈悲為懷的法曹,法外開恩。因為依法論法,法律規定已無厘頭到即使今天未成年少女真的是符合刑法第228條第三項所規定的「因疾病或其他防止生命上危險之必要,而犯前二項之罪者,免除其刑。」(即除刑法第228條第一項「懷胎婦女服藥或以他法墮胎者,處六月以下有期徒刑、拘役或一百元以下罰金。」及第二項「懷胎婦女聽從他人墮胎者,亦同。」),也是說少女可以免除其刑,但在救人一命勝造七層浮屠的醫師來說,所犯刑法第289條加工墮胎罪中「受懷胎婦女之囑託或得其承諾,而使之墮胎者,處二以下有期徒刑。因而致婦女於死者,處六月以上五年以下有期徒刑。致重傷者,處三年以上有期徒刑。」及第290條圖利加工墮胎罪中「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。

因而致婦女於死者,處三年以上十年以下有期徒刑,得併科五百元以下罰金,致重傷者,處一年以上七年以下有期徒刑,得併科五百元以下罰金。」,兩條條文中都無此「免除其刑」之但書,也就是說即使合乎優生保健法第9條第一項第三款「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」,少女真的「因疾病或其他防止生命上危險之必要」,醫師即使見義勇為,視病如親,除非真的能夠證明是「緊急避難」(沒有人會相信您的!),最後也只有少女可以免除其刑,但抱歉醫師照常依刑法判刑處六月以上五年以下有期徒刑,如果是常業犯,當然更是萬惡不赦,必定囹圄入獄,我們醫療糾紛委員會的委員們也只有去探監慰問的份了。

參考文獻

1. 立法院公告第七十一輯優生保健法案 71年10月13日審查
2. 郭正典 未成年少女墮胎須雙親同意書的爭議 中國時報時論廣場87年1月14日