

裁判字號：臺灣高等法院 臺中分院 103 年醫上字第 6 號民事判決

裁判日期：民國 103 年 08 月 13 日

裁判案由：損害賠償

臺灣高等法院臺中分院民事判決 103年度醫上字第6號

上訴人 ○○○

訴訟代理人 賴思達律師

被上訴人 秀傳醫療財團法人彰濱秀傳紀念醫院

法定代理人 葉永祥

被上訴人 林坤沂

張德鵬

上三人共同

訴訟代理人 葉玲秀律師

顏郁均

上列當事人間請求損害賠償事件，上訴人對於民國103年3月18日臺灣彰化地方法院99年度醫字第3號第一審判決提起上訴，本院於民國103年7月30日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

上訴駁回。

第二審訴訟費用由上訴人負擔。

事實及理由

一、上訴人主張：上訴人於民國98年3月5日至被上訴人秀傳醫療財團法人彰濱秀傳紀念醫院（下稱上訴人醫院）處接受被上訴人醫院醫師林坤沂檢查，由其確認懷孕並陸續進行產前檢查，於98年5月15日安排自費唐氏症血清檢查後，同年月20日接獲被上訴人醫院護理人員通知該檢查結果指數有異常，須回診檢查胎兒是否為畸形兒，於同年月21日回診，經被上訴人林坤沂表示檢查報告結果無異常，並一再向上訴人表示、確認胎兒無問題，因上訴人考量當時已00歲，且該血清檢查報告指數偏高，故詢問被上訴人林坤沂是否須做羊膜穿刺檢查，經其否認，也未向上訴人解釋該血清檢查報告中，指數到底高出標準值多少？有多少機率產下畸形兒？僅應上訴人之要求，安排上訴人於98年6月24日接受被上訴人張德鵬醫師進行22周的自費高層次超音波檢查（下稱系爭超音波檢查），因依男嬰○○○出生時水腦與脊柱裂之嚴重程度與明顯外觀，如進行高層次超音波檢查時有就脊椎部位進行檢查，則系爭脊柱裂之情況即應於該次檢查中發現，惟被上訴人張德鵬竟疏未於該次檢查中發現胎兒異常且更於脊椎（Spine）一欄中勾選已檢查，其檢查過程顯有疏失，並與上訴人產下脊柱裂之男嬰○○○間有因果關係。另被上訴人林坤沂於系爭超音波檢查後，在AFP值過高之情況下，並未

就神經管缺損異常持續密切追蹤及安排羊水穿刺檢查，顯與醫療常規不符，反向上訴人表示檢查結果無問題，而有疏失，致上訴人相信腹中胎兒健康且發育健全。嗣98年10月22日上訴人在被上訴人醫院產下男嬰○○○後，始發現男嬰脊椎尾端有一明顯破裂傷口，經檢查診斷為先天性脊柱裂合併水腦症、左右側下肢功能障礙動作發展遲緩，被上訴人林坤沂於上訴人詢問為何不做羊膜穿刺篩檢時，表示羊膜穿刺篩檢無法檢出先天性脊裂柱。本件被上訴人林坤沂、張德鵬根本未意識到胎兒係神經管缺損之高危險群，被上訴人張德鵬於進行高層次超音波檢查時未就胎兒脊椎部位進行詳細檢查，被上訴人林坤沂誤判血清檢查報告、高層次超音波檢查結果，難謂已盡善良管理人之注意義務，並致上訴人夫妻無從自由選擇施行人工流產，生下患有上述疾病之男嬰，造成上訴人無可補救之損害，自有侵害上訴人生育自由決定權及違反優生保健法第9條規定之情形。上訴人與被上訴人醫院間有醫療契約關係，被上訴人醫院應依民法第227條規定負不完全給付損害賠償責任。本件因被上訴人醫院僱用之被上訴人林坤沂、張德鵬，共同侵害上訴人夫妻之生育自由決定權，上訴人另得依優生保健法第9條第1項、第11條第2項、同法施行細則第12條、民法第184條、第185條、第188條規定，請求被上訴人三人負連帶損害賠償責任，賠償將來醫療費用新臺幣（下同）2,928,000元（計算式：120000×24.4【49年霍夫曼係數】=0000000。上訴人原起訴請求將來醫藥費3,876,595元，上訴後減縮請求金額為2,928,000元）、人力照顧費用6,544,615元、精神慰撫金400萬元，共計12,102,318元（上訴人原起訴請求金額為14,421,210元，上訴後減縮請求金額為12,102,318元）。爰求為命被上訴人三人連帶給付12,102,318元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止按年息百分之5計算之利息，暨供擔保宣告假執行之判決（原審判決駁回上訴人之訴，上訴人就其中12,102,318元本息部分提起上訴，餘未提起上訴部分，已告確定）。

二、被上訴人則以：

- (一)、1.上訴人係00年0月00日生，於98年5月21日回診檢查或於98年6月24日接受高層次超音波檢查之際未滿00歲，尚非我國醫界或國人所慣常稱之「高齡產婦」。本件因上訴人唐氏症血清檢查結果中之AFP數值高於標準值，被上訴人醫院通知上訴人提前回診，上訴人因而提前於98年5月21日回診接受被上訴人林坤沂醫師診察，被上訴人林坤沂醫師即向上訴人解釋唐氏症血清檢查結果中之AFP數值高於標準值所可能潛在之風險，並建議上訴人進一步接受高層次超音波檢查（LEVEL ARRANGE LEVEL II），經上訴人同意後排定於同年6月24日接受被上訴人張德鵬進行高層次超音波檢查。再當孕婦之血清檢查報告顯示異常時，建議先進行非侵入性之高層次超音波檢查，超音波檢查報告若有畸形，再抽取羊水檢測染色

體，已是國內通用醫療準則，此係因抽取羊水檢測有感染、早產、胎死腹中、孕婦敗血症等高風險。且抽取羊水中之AFP數值，僅能知悉AFP數值是否高於標準值，無法知悉胎兒有無先天性脊柱裂。被上訴人林坤沂僅為上訴人施行產檢，並未投任何藥物或施以任何手術，被上訴人林坤沂、張德鵬均基於婦產科醫師職責盡力做好產前照顧，且過程中所為處置均符合目前婦產科臨床處置之醫療常規，並無疏失，上訴人產下○○○患有先天性脊柱裂，與被上訴人林坤沂之診斷行為無因果關係。又該先天性脊柱裂於妊娠中不可能治療，被上訴人林坤沂亦無消極不作為致○○○脊柱裂未及時治療之傷害情事。

2.再按侵權行為之被害客體為權利或利益，所謂「權利」係指既存法律體系所明認之權利，「利益」則指規律社會生活之公序良俗及保護個人法益之法規所包括之一切法益，自由權之保障係指自己身體及精神上自由活動不受他人干涉而言，並不包含「墮胎自由權」或「生育決定權」。刑法第288條有關墮胎罪規定，其保護之客體為母體內之胎兒，故墮胎罪保護之法益為胎兒之生命，而非婦女之身體與健康，胎兒係生命體，為一種具有人格之重要法益，依現行刑法規定，婦女墮胎即屬犯罪，應無「墮胎自由權」及「生育決定權」。況侵權行為須有損害之發生，嬰兒不論是否為父母計劃出生，其出生均無視為「損害」，不得主張對子女支付扶養費是一種「損害」。本件男嬰○○○之「先天性脊柱裂」與被上訴人之產檢行為並無因果關係，縱認上訴人因產下○○○受有損害，亦非被上訴人之醫療行為所造成，二者間無因果關係，核與侵權行為之構成要件不符，上訴人依侵權行為請求被上訴人林坤沂、張德鵬負連帶損害賠償責任，顯屬無據。再被上訴人醫院之受僱人被上訴人林坤沂、張德鵬均已採取符合醫療常規之醫療處置，且被上訴人醫院就本件債務之履行無故意或過失，亦無可歸責之事由，上訴人依侵權行為、債務不履行規定，請求被上訴人醫院連帶負損害賠償責任，亦無理由等語，資為抗辯。

三、原審判決上訴人敗訴，上訴人不服，提起上訴，兩造聲明如下：

(一)、上訴人方面：1.原判決關於駁回後開第二項之訴部分，及訴訟費用之裁判均廢棄。2.被上訴人應連帶給付上訴人12,102,318元，及自起訴狀繕本送達被上訴人之翌日起至清償日止，按年息百分之5計算之利息。3.願供擔保，請准宣告假執行。

(二)、被上訴人方面：上訴駁回。

四、兩造就下列事實不爭執，堪信為真，並得採為判決基礎：

(一)、上訴人於98年3月5日開始至被上訴人醫院處，接受被上訴人林坤沂醫師診察確認懷孕並陸續進行產前檢查，於同年5月15日安排自費唐氏症血清檢查後，同年5月20日接獲被上訴人

醫院通知該檢查結果指數有異常，須回診檢查。

- (二)、上訴人於同年月21日回診，復於同年6月24日接受被上訴人張德鵬醫師所施予之系爭超音波檢查，上訴人嗣於同年10月22日在被上訴人醫院產下男嬰○○○，其出生時脊椎尾端有傷口，同年月23日經核磁共振造影檢查後診斷為先天性脊柱裂，並於98年10月23日轉診至台中榮民總醫院繼續診治。
 - (三)、98年5月15日檢驗母體血清甲型胎兒蛋白（AFP）為3.59MOM（190.49ng/ml），98年6月9日例行性產檢呈現羊水量增多現象，顯示胎兒屬神經管缺損先天異常之高危險群。
 - (四)、被上訴人張德鵬於系爭檢查結果所作『胎兒超音波篩檢照會報告單』，其中於AFP欄位空白，未記載AFP數值；在頭部欄位記載「F/U」；並註記「小腦看不清」，於「suggestions」欄位未為任何記載。
- 五、上訴人主張因被上訴人醫院醫師誤判血清檢查報告、高層次超音波檢查結果，根本未意識到上訴人胎兒係神經管缺損之高危險群，而未對神經管缺損最常見之腰椎及尾椎作詳細之拍攝檢查，難謂已盡善良管理人之注意義務，致上訴人無從自由選擇施行人工流產，已侵害被上訴人生育自由決定權，並違反優生保健法第9條規定，被上訴人醫院為雇主，除應依民法第227條規定負不完全給付損害賠償責任外，另應與被上訴人林坤沂、張德鵬二人連帶負侵權行為損害賠償責任等語，則為被上訴人否認，並以前詞抗辯，是本件爭點為上訴人請求被上訴人連帶負損害賠償責任，是否有理由：
- (一)、按所謂過失，指行為人雖非故意，但按其情節應注意，並能注意，而不注意。過失之有無，應以行為人是否怠於善良管理人之注意義務為斷（最高法院19年上字第2746號判例意旨參照）。此所謂善良管理人之注意義務，指一般具有相當知識經驗且勤勉負責之人，在相同之情況下是否能預見並避免或防止損害結果之發生為準，其注意之程度應視行為人之職業性質、社會交易習慣及法令規定等情形而定，以醫師從事醫療行為而言，其注意程度應視該醫療行為是否合乎當時之醫療常規、水準定之。次按醫療給付之提供，有於醫學科技上所存在不能加以克服之限制，而具有科技上之有限性及醫療結果之不確定性，是醫療提供者是否已依債務本旨提出給付，尚不得僅依結果論斷之。苟醫療提供者就病患之情形，已依醫療法第63條、第81條之規定，就可能發生之併發症、危險及不良反應，已於事前盡告知及說明之義務，並已提出符合當代一般合理醫學科技水準之給付，雖因無法克服之科技限制，致正面療效不如預期，或造成負面損害之結果，而該結果之發生，依當時醫療科技之水準，乃無可避免者，自應認該醫療提供者已盡善良管理人之注意義務，合先敘明。本件上訴人主張受僱於被上訴人醫院之醫師林坤沂、張德鵬未盡善良管理人之注意義務，致侵害上訴人生育自由決定權一節，業經被上訴人否認，上訴人自應舉證證明之。

- (二)、上訴人主張被上訴人林坤沂未盡告知上訴人其胎兒屬神經管缺損高危險群之義務：上訴人主張被上訴人林坤沂未向上訴人解釋98年5月15日唐氏症血清檢查報告一節，為被上訴人所否認，上訴人自舉證證明之。經查，本件上訴人於同年月20日接獲被上訴人醫院通知前開檢查結果指數有異常，須回診檢查，遂於同年月21日回診，並於同年6月24日接受被上訴人張德鵬所施予之高層次超音波檢查等事實，為兩造所不爭，參酌上訴人於同年月21日回診之門診病歷表記載：「理學：EXPLAIN AND ARRANGE LEVEL II」等語（見原審卷一第68頁），互核相符，堪認被上訴人林坤沂已就前開檢查結果向上訴人為相關說明及告知，始會安排後續之高層次超音波檢查，上訴人主張被上訴人林坤沂未盡前開告知義務，自無可採。
- (三)、被上訴人張德鵬關於超音波照片之拍攝、檢查單之記載是否有過失？被上訴人林坤沂對於胎兒之脊椎及小腦追蹤檢查之部分是否有過失？
- 1.上訴人主張被上訴人張德鵬未對胎兒之腰椎及尾椎作局部多切面之檢查拍攝且所拍攝之脊椎照片，因拍攝技術不良致難以辨識，另未於超音波檢查單記載AFP數值，亦未記載應就神經管缺損先天異常做持續追蹤檢查而有過失等語，為被上訴人否認。經查：
 - (1)上訴人主張被上訴人張德鵬應針對胎兒之腰椎及尾椎作局部作之橫切面、矢狀切面、冠狀切面之檢查拍攝，係以其提出之相關文獻為據（見原審卷一第72頁）。然查，前開文獻內容主要係說明在一般情況下超音波診斷脊柱裂之要點，為學術見解，僅能供為通案式之參考，具體個案是否有過失情形，仍應依具體證據判斷，難據上開文獻為本件具體個案有無過失之判斷標準。再本件經原審委託醫事審議委員會鑑定結果，該醫事審議委員會102年5月29日之鑑定書載明：「(二)(1)前述照片影像之拍攝角度良好，雖有模糊之狀況，惟此應為超音波照片紙為感應紙，熱感應紙時間久會有變白之狀況，而造成目前照片影像解析度不佳之狀況。(3)前述照片目前雖有模糊之狀況，惟此應為熱感應紙時間久會有變白之狀況，非張德鵬醫師施行超音波檢查技術上之疏失或缺失所致，因此並無違反醫療常規。．．。(三)胎兒若為神經管缺損先天異常之高危險群，有脊椎之縱切面照片已足夠作為胎兒神經管缺損之篩檢；張德鵬醫師施行檢查脊椎「縱切面」及拍攝上述3張照片之方式，符合醫療常規。」等語（見原審卷三第134頁正反面）。另參以上訴人簽名同意接受檢查之系爭檢查同意書上業已載明：「．．此項檢查由於相當耗時，因此不得限量以保障檢查品質。．．」等語，堪認被上訴人張德鵬在醫療資源有限之情況下，經上訴人同意後，以高層次超音波拍攝胎兒脊椎部位之縱切面照片，業已符合當時一般合理醫學科技水準之給付，且本件拍攝之照片角度良好，雖

有模糊之狀況，然非被上訴人張德鵬施行超音波檢查技術上之疏失或缺失所致，自難認被上訴人張德鵬有違反善良管理人注意義務情形。此外，上訴人復未舉證證明被上訴人張德鵬有其主張之過失行為，上訴人前開主張，自不足取。

- (2)被上訴人張德鵬在檢視系爭檢查照片後，於胎兒超音波篩檢照會報告單內Sonar finding所在項目記載各項檢查結果一節，有「胎兒超音波篩檢照會報告單」1份附在上訴人之病歷資料一冊可憑（該冊病歷資料放在卷外）。本院參以醫事審議委員會101年4月2日之鑑定意見：「十(一)(1)AFP欄記載APF數值，可能有助於進行超音波產檢之參考，惟本案5、月21日之產檢病歷已註明高血清甲型胎兒蛋白：3.59M OM(HIGH AFP)及解釋並安排高層次超音波（EXPLAIN AND ARRANGE LEVEL II），應有助於醫師執行胎兒高層次超音波產檢時之參考。(2)雖然施行超音波檢查之醫師未於6月24日胎兒超音波篩檢會診報告單之suggestions內記載建議事項，惟該報告單內超音波檢查（Sonar finding）發現之頭部項目（Head）已註明F/U（為follow up追蹤之意）及備註欄（Remarks）中註明小腦看不清，應足以提醒產檢醫師注意及追蹤。」（見原審卷三第29頁反面），足認被上訴人張德鵬上開記載，已足以提醒產檢醫師注意及追蹤，核並無違反善良管理人之注意義務。上訴人未能提出其他積極事證證明被上訴人張德鵬有其主張之過失行為，此部分主張，亦無足採。
- 2.上訴人主張被上訴人林坤沂對於胎兒之脊椎及小腦未為持續追蹤檢查，而有過失一節，業經被上訴人否認。經查，依系爭檢查當時之醫療科技水準，高層次超音波檢查之準確度尚無法達到百分之百一節，為上訴人所明知並同意進行系爭檢查，被上訴人林坤沂檢視系爭檢查照片結果，未發現胎兒之脊椎部分有先天性脊柱裂之情形，其檢查行為核並無違反醫療常規，難認有違反善良管理人之注意義務等情，已如前述。參以醫事審議委員會102年5月29日之鑑定意見亦認：「(五)(2)由於高層次超音波檢查結果並未發現脊柱有問題，就醫療常規而言，並不會對脊柱作超音波追蹤檢查。」等語，益認被上訴人林坤沂未持續追蹤胎兒脊椎部分，並未違反醫療常規，自無違反善良管理人注意義務之可言。末查，依前開鑑定意見記載：「(五)(1)依病歷紀錄，林坤沂醫師多次產檢皆有註明胎兒預估體重（98年8月20日預估1460克、98年9月4日預估2400克、98年10月2日預估3000克），而胎兒體重須由胎頭之兩側頂骨直徑予以估算；因此尋找胎兒兩側頂骨直徑之影像時，會看到胎兒小腦部位。故雖未留下追蹤之小腦超音波檢查之照片，然尚難調林醫師皆無追蹤胎兒小腦部位。」等語（見原審卷三第135頁），亦堪認被上訴人林坤沂於後續產檢時，有伴隨對胎兒之小腦為追蹤之行為，上訴人就其主張被上訴人林坤沂對胎兒小腦未為追蹤檢查一節，未能舉證以實其說，此部分主張，自難採信。

(四)、上訴人主張被上訴人張德鵬、林坤沂檢視系爭檢查照片，未看出胎兒患有先天性脊柱裂，而有過失：上訴人主張被上訴人張德鵬、林坤沂檢視系爭檢查第10張即10:06:23所拍攝之脊椎照片（見原審卷三第93頁第1張照片），未發現脊椎末端有疑似脊柱裂之跡象（即脊椎末端之黑色部分），與一般正常脊椎之高層次超音波照片顯然有異，自有過失等情，業經被上訴人否認。經查，由前開照片中並無法看出胎兒脊椎末端有何不正常現象，再本件經原審將該張照片送請行政院衛生署（現為衛生福利部）醫事審議委員會（下稱醫事審議委員會）鑑定，其鑑定結果亦認為：「依上述第10張照片影像，無法看出有或疑為胎兒脊柱裂。」一節，有該委員會102年5月29日以衛署醫字第0000000000號函文檢送相關鑑定書附卷可參（見原審卷三第134頁）。參以前開鑑定意見：「(四)(1)胎兒高層次超音波檢查，並無法診斷所有神經管缺損異常，其目的在於篩檢。依文獻報告（Br J Obstet Gynecol 1995；102(5)：370-6），脊柱裂無法完全由胎兒高層次超音波篩檢得知。----。(六)(1)由於胎兒會生長，先天缺陷亦會因週數變大而明顯。本案實施高層次超音波檢查時之預估22週時體重為616克，而嗣後出生體重為3040克，雖本案胎兒出生時有直徑4、5公分之圓型膨出，而於第22週執行高層次超音波檢查時，可能僅小於1公分之胎兒脊椎缺口及膨出，故極有可能難以由超音波檢查結果得知」等語（見原審卷三第134頁反面、第135頁），該委員會於100年3月10日另以衛署醫字第0000000000號函檢送之鑑定意見：「(二)根據美國RADIUS研究及比利時之研究，脊柱裂被超音波篩檢出之敏感度（sensitivity），分別為80%及30~40%，所以部分脊柱裂，並無法由產前超音波看出。．．．」等語（見原審卷二第16頁），並審酌上訴人簽名同意之系爭檢查同意書載明：「3. 因為高層次超音波為一種篩檢方式，而非最後之診斷方式，所以檢查之敏感度及專一性有其限制，一般而言，最高僅可80%，絕非百分之百。其因可歸諸於：．．．超音波的解析度：微小的缺陷無法由超音波辨識出。胎兒不同的發育階段：由於胎兒與正常出生後的嬰兒，是一直持續發生長的過程，因此早期的篩檢，並不能保證到出生時仍然正常。．．．事實上，現代醫學對胎兒生理與疾病的瞭解，仍在萌芽階段，有待未來的醫學發展，因此現階段有許多胎兒疾病尚難在產前診斷出來。．．．」等語，有系爭檢查同意書影本1份附在上訴人之病歷資料可參（共一冊，放卷外）。綜合前述，堪認高層次超音波檢查並無法百分之百檢測出胎兒患有脊柱裂及神經管缺損，可能有影響其準確度之變因等情，既經被上訴人醫院在檢查前告知並向上訴人說明，並經上訴人在同意書上簽名確認後，始由被上訴人張德鵬依當時被上訴人醫院內醫療科技設備實施高層次超音波檢查，而當時可能因小於1公分之胎兒脊裂柱缺口及膨出，難以由超音波檢查結

果得知胎兒有脊裂柱情形，被上訴人張德鵬、林坤沂未自超音波照片發現異常，並無違反善良管理人注意義務而有過失，上訴人此部分主張，並無可採。

- (五)、上訴人主張被上訴人林坤沂未安排羊膜穿刺檢查及未輔以施作相關檢測，自有過失部分：上訴人主張依婦產科醫學常規檢查次序，孕婦於產前血清篩檢如有異常，應即做羊膜穿刺檢查，於檢查證實染色體正常後，再做高層次超音波檢查，又應輔以施作血清甲型胎兒球蛋白(AFP)之連續檢測、羊水甲型胎兒球蛋白(AFP)、乙醯膽鹼酯酶(AchE)檢測及磁共振造影，以確定或排除神經管缺損等先天異常之可能性，本件被上訴人林坤沂未依上述順序進行檢查，顯有疏失等語，業經被上訴人林坤沂否認，並抗辯孕婦之血清檢查報告顯示異常時，宜先進行非侵入性之高層次超音波檢查，超音波檢查報告若有畸形，再抽取羊水檢測染色體，已是國內通用醫療準則，此係因抽取羊水檢測有感染、早產、胎死腹中、孕婦敗血症等風險等語。經查：

1. 依謝豐舟主編之周產期醫學有關孕婦血清 α -胎兒蛋白濃度過高的臨床意義，其內容略為： α -胎兒蛋白(α -fetoprotein, AFP)是一種在妊娠早期由胚胎的卵黃囊及妊娠晚期由胎兒腸胃道和肝臟所合成的醣蛋白。．．．檢測母血中之 α -胎兒蛋白濃度值可以篩檢胎兒之神經管缺損及腹壁缺損(過高)，以及唐氏症(過低)．．．懷有正常胎兒與神經管缺損胎兒的母血 α -胎兒蛋白(maternal serum α -fetoprotein; MSAFP)測定值的分佈圖有一部份彼此重疊。．．．目前我們以大於或等於2.5MoM來作為過高的陽性標準。．．．MSAFP過高的孕婦，應接受高層次的超音波檢查。在MSAFP大於或等於2.5MoM並接受高層次超音波檢查的孕婦中，100%的無腦兒及大於90%的脊柱裂病例可以得到正確的產前診斷。如果因為胎兒姿勢或孕婦肥胖等因素無法在超音波下得到清楚的診斷，則可建議抽取羊水做羊水的AFP和乙醯膽鹼酯酶(acetylcholinesterase; AChE)的分析來確認。．．．報告顯示：若是MSAFP過高，且超音波檢查結果正常，則可不做羊膜穿刺；．．．當MSAFP大於或等於2.5MoM，必須做高層次超音波檢查以排除神經管缺損及其他胎兒先天異常的存在等情，此有被上訴人於所提供之謝豐舟主編之「周產期醫學」在卷足參(見原審卷一第70、71、76頁)。又兩造在原審合意就上開爭點函請醫事審議委員會進行鑑定(見原審卷一第97頁反面筆錄)，經醫事審議委員會於100年3月1日以衛署醫字第0000000000號函文檢送相關鑑定書認為：「十(一)「98年5月15日孕婦之抽血檢驗中，AFP為3.59MOM(190.49ng/ml)較高，故依醫療常規，是安排高層次超音波檢查，以檢查胎兒有無神經管缺損(neural-tubedefects)：包括無腦症(anencephaly)、脊柱裂(spina bifida)等先天異常；如超音波檢查發現有脊柱裂，才須進一步安排羊膜穿刺檢查

，以視有無合併染色體異常，並非直接就安排進行羊膜穿刺檢查」（見原審卷二第15、16頁），嗣於101年4月2日再以衛署醫字第0000000000號函文檢送相關鑑定書認為：「十(三)本案未必需併行重覆母體血清AFP檢測、羊膜穿刺或磁振造影檢查以確定或排除胎兒有神經管缺損之可能。其理由如下：(1)由於本案母體血清AFP為3.59MOM，已大於3.5MOM，確為胎兒神經管缺損異常之高危險群，因此不需重複檢測(Williams Obstetrics, 22nd Ed, 2005, pp320)。(2)若母體血清AFP升高，惟高層次超音波檢查未發現異常，一般常規無須施作羊膜穿刺，以檢查羊水之AFP及乙醯膽鹼酯(Williams Obstetrics, 22nd Ed, 2005, pp332)或檢查染色體(Thiagarajah S, et al. Am J Obstet Gynecol 1995; 173: 388-91)。(3)因母體血清AFP升高案例中約僅1/16至1/33之胎兒有神經管缺損異常(Williams Obstetrics, 22nd Ed, 2005, pp320)，故若母體血清AFP升高，惟超音波檢查無發現異常者，一般常規並不會施作磁振造影檢查以進行篩檢。」等語（見原審卷三第30頁正面）。綜觀上開文獻資料及鑑定意見，足認於婦產科醫學常規檢查中，如孕婦之MSAFP過高，原則上應接受高層次的超音波檢查，例外始須抽取羊水做羊水的AFP和AChE的分析；若是MSAFP過高，且超音波檢查結果正常，則可不作羊膜穿刺及磁振造影檢查以進行篩檢，且前開醫療常規，在本案情形亦可適用。

2. 上訴人雖提出相關文獻，主張被上訴人林坤沂應進行羊膜穿刺，再輔以施作AFP之連續檢測、羊水AFP、AChE檢測及磁振造影等措施（見原審卷二第142至150頁）。然查，前開文獻內容主要係在說明於產前檢查一般所得採取之措施及其利弊，並無法據為本件具體個案有無過失責任之判斷證據。再本件上訴人於98年5月21日、同年6月24日時均未滿00足歲（見上訴人病歷資料、原審卷一第19頁、卷二第98、100、103、105頁），亦無其他證據顯示其當時有應進行羊膜穿刺及磁振造影情形（見原審卷二第147頁），既無應進行羊膜穿刺之情狀，上訴人即無進行羊水甲型胎兒球蛋白（AFP）、乙醯膽鹼酯酶（AChE）檢測之可言。又前開檢驗程序，均無法保證百分之百可檢驗出胎兒具有神經管缺損等先天異常（見原審卷二第98頁），且羊膜穿刺術仍具有一定程度之感染、破水、出血、流產或使胎兒被針刺傷之可能性（見原審卷一第22頁、卷二第99、101、103頁），若無需要，自無進行該項檢查，是本件被上訴人林坤沂於上訴人之AFP檢驗報告為3.59MoM超過2.5MoM之個案情況下，安排上訴人接受系爭檢查，因檢查未發現異常，且上訴人並無具有應進行羊膜穿刺及磁振造影之特殊情狀，致未同時安排進行羊膜穿刺檢查，且未輔以施作血清甲型胎兒球蛋白（AFP）之連續檢測、羊水甲型胎兒球蛋白（AFP）、乙醯膽鹼酯酶（AChE）檢測及磁振造影之處置流程，核並無違反前開醫學文獻及醫療

常規所定之程序，而符合目前一般合理醫學科技水準之給付，應認被上訴人林坤沂已盡其應有之注意義務，並無過失，上訴人此部分主張，自無可採。

- 3.再本院依上訴人聲請，向衛生福利部函詢胎身罹患先天性脊裂柱之機率結果，經該部函覆略以：「．．□經查罹患先天性脊裂柱發生之機率為千分之一至千分之七。．．」，有該部103年6月6日衛部醫字第0000000000號函1份在本院卷為佐（見本院卷第42頁），僅能證明胎兒罹患先天性脊裂柱之機率為千分之一至千分之七，不能為被上訴人林坤沂、張德鵬有過失之有利證據。再本件業經兩造在原審合意聲請送前開鑑定機關鑑定，上訴人再於本院聲請送臺大醫院謝豐舟鑑定（見本院卷第29頁反面），核無必要，併予敘明。

(六)、上訴人主張被上訴人醫院與上訴人間有醫療契約關係存在，應負不完全給付之損害賠償責任，並依侵權行為及優生保健法規定，與被上訴人林坤沂、張德鵬連帶負損害賠償責任：

- 1.按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，為民法224條所明定。次按醫療契約係受有報酬之勞務契約，其性質類似有償之委任關係，依民法第535條後段規定，醫院既應負善良管理人之注意義務，自應依當時醫療水準，對病患履行診斷或治療之義務。而以醫學原理為基礎發展之臨床醫學，其安全性、成功率或準確度仍有其限制，故醫療提供者對於正面療效及負面損害的掌控，應限定在當代醫療科技水準所能統攝之範圍內，倘醫療給付者或其履行輔助者之醫師或其他醫護人員未違背具有一般知識、經驗及技能之醫師合理採取之步驟與程序，而以符合當時臨床醫療水準之方法而為給付，雖該給付之安全性或療效囿於醫學科技之有限性，不能精準滿足病患之期望，仍應認醫療提供者已為善良管理人注意義務，並依債務本旨提供給付，尚難遽認被上訴人未盡善良管理人之注意義務，而應負債務不履行之損害賠償責任。經查，上訴人於98年3月5日開始至被上訴人醫院，接受被上訴人醫院之醫師被上訴人林坤沂及張德鵬產前診察之事實，為兩造所不爭，再被上訴人林坤沂及張德鵬對上訴人產檢之相關醫療行為，尚符合當代醫學水準及醫療常規，並未違反善良管理人之注意義務，已詳如前述。揆諸前開說明，被上訴人上開給付因受限於當代醫學科技之有限性，而不能完全滿足上訴人之主觀期望，惟仍應認被上訴人醫院已依債務本旨提供給付，難認被上訴人醫院未盡善良管理人之注意義務，應負債務不履行之損害賠償責任。
- 2.上訴人另依優生保健法第9條第1項第4款、第11條第2項規定，以其有「選擇除去腹中胎兒之權利」，被上訴人違反優生保健法第11條第2項規定，侵害其自由決定生育權，核屬侵權行為，應負損害賠償責任等語。惟查，優生保健法第9條第1項第4款、第11條第2項規定：「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：四、有醫學上理由，足以認定胎兒有畸型發育之虞者。懷孕婦女施行產前檢查，醫師如發現有施行人工流產之必要者，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。」。上開規定係於「醫師發現有施行人工流產之必要者」，應將實情告知本人或配偶、並規勸懷孕婦女施行人工流產，旨在規範醫師發現胎兒有不正常現象後之告知義務，而非規範醫師在實施產檢時當然必須發現胎兒之不正常現象，此觀法條文義即明，是該條規定係適用於依當代醫療水準檢查後發現胎兒有畸型發育之虞，且夫妻完成各項醫學上會診後，仍然表示要進行人工流產時，始有「選擇權」之發生。惟查，本件上訴人至被上訴人醫院接受前開醫師之系爭產前檢查後，並未發現上訴人腹中胎兒有畸型發育之虞，且被上訴人林坤沂、張德鵬二人在系爭檢查及後續檢查，亦均無法發現胎兒有畸型發育之虞，且其檢查符合當時之醫療常規，並無疏失等情，已詳前述。被上訴人等既均無法發現上訴人有施行人工流產之必要，前開法條規定應告知上訴人之義務自尚未產生，被上訴人之選擇權亦未發生，是被上訴人未告知上訴人，並未違反前開規定，自無上訴人主張有侵害其權利之情事。

3.再按侵權行為，須以故意或過失不法侵害他人之權利，且其行為與請求人所受損害間存在相當因果關係，為成立要件之一；所謂共同侵權行為，須共同行為人皆已具備侵權行為之要件始能成立（最高法院17年上字第35號、22年上字第3437號判例意旨參照）。經查，本件被上訴人林坤沂、張德鵬所為之相關醫療行為均無違反善良管理人之注意義務而無過失，亦未違反優生保健法之規定而有侵害上訴人等之權利，均如前述，被上訴人林坤沂、張德鵬自無成立共同侵權行為可言，被上訴人醫院亦毋庸負僱用人之賠償責任，上訴人此部分主張，即屬無據。

七、綜上所述，上訴人主張被上訴人於產前檢查誤判血清檢查報告、高層次超音波檢查結果，且根本未意識到胎兒係神經管缺損之高危險群，而未對神經管缺損最常見之腰椎及尾椎作詳細之拍攝檢查，難謂已盡善良管理人之注意義務，致上訴人產下患有先天性脊柱裂合併水腦症、左右側下肢功能障礙動作發展遲緩疾病下之男嬰謝志程，造成上訴人無可補救之損害，被上訴人應連帶損害賠償12,102,318元本息，核屬無據，不應准許，業如前述。原審因而為上訴人敗訴判決，核無不合。上訴論旨仍執陳詞，指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應予駁回。

八、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及舉證，經本院審酌後，認不影響本件判決之結果，爰不予逐一論述，併此敘明。

據上論結，本件上訴為無理由，依民事訴訟法第449條第1項、第

78條，判決如主文。

中 華 民 國 103 年 8 月 13 日
民事第六庭 審判長法官 袁再興
法官 盧江陽
法官 陳賢慧

以上正本係照原本作成。

如對本判決上訴，須於收受判決送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院提出上訴理由書（須按他造人數附具繕本）。

上訴時應提出委任律師為訴訟代理人之委任狀。具有民事訴訟法第466條之1第1項但書或第2項之情形為訴訟代理人者，另應附具律師及格證書及釋明委任人與受任人有該條項所定關係之釋明文書影本。如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

書記官 郭蕙瑜
中 華 民 國 103 年 8 月 14 日

資料來源：司法院法學資料檢索系統