

醫藥、科技與法律

The Journal of Science & Health Law

二十七卷一期

Volume 27 Issue 1

2022 年 4 月

國際標準期刊號：ISSN 1995-6517

聯合出版單位：

國立清華大學科技法律研究所（所長 陳仲嶙）

臺灣醫事法律學會（理事長 張朝凱）

臺北醫學大學醫療暨生物科技法律研究所（所長 梁志鳴）

編輯委員：王曉丹、洪德欽、梁志鳴（主編）、陳仲嶙、黃銘輝、
楊哲銘、賈文宇（執行編輯）、雷文玫、謝銘洋

學生編輯指導：李紀寬、廖宜寧

學生編輯：王瑋君、李昱恆、李宥德、高成翰、
陳佳瑜、游宗翰、楊安平

期刊助理：黃雅仙

（名單均依姓名筆劃排序）

期刊官方網頁：<https://jshlaw.wordpress.com/>

期刊電子郵件：jshlaw2021@gmail.com

定價：每冊新臺幣 250 元

發刊詞

學術期刊的經營，對於學術社群的發展，具有重要的火車頭效應，而在我國現有的法學期刊環境下，TSSCI 期刊的地位，又是期刊之學術聲望、以及能否永續經營的重要指標。在這一點上，醫療法與科技法作為需要廣泛進行跨領域知識對話的研究社群，雖然在過去二十年間已日益受到我國法學界的重視，也不乏成立學術期刊的可敬嘗試，但持續未能發展出具有代表性的 TSSCI 期刊，一定程度侷限了這兩個研究領域的發展空間。

為了進一步推動我國醫療法與科技法研究社群的發展，國立清華大學科技法律研究所、臺北醫學大學醫療暨生物科技法律研究所、以及臺灣醫事法律學會合作，將原本各自經營之《法律與生命科學》及《醫事法學》合併，以納入 TSSCI 收錄名單為發展目標，以《醫藥、科技與法律》為名稱，自 2022 年 4 月起以一年兩期（4 月、10 月）之方式重新出發。並為表示尊重《醫事法學》之成就與傳統，新期刊延續其卷期，以 27 卷 1 期作為創刊期號。

《醫藥、科技與法律》的合併宗旨，是希望結合醫療法與科技法的研究社群，創造一個能持續成長、並即時回應社會新興議題的跨領域法學研究平台。醫療法與科技法過往常被理解為不同的議題範疇，然而不論是醫藥管制或科技治理，究其本質，都與現代社會作為風險社會息息相關。為了回應健康與科技領域各種層出不窮的新興風險，現代民主國家需要肩負起各種涉及高度專業的管制/治理任務。這些任務不僅常超越既有法學訓練所能駕馭的範圍，也需要即時且可行的回應，構成對當代法學的嚴峻挑戰。

為了面對這些挑戰，《醫藥、科技與法律》的徵稿範圍涵蓋「醫療法」及「科技法」聯集範圍中所有的法律與政策議題，從醫

療法領域的醫藥、公衛、生技、護理、醫療管理、倫理，到科技法領域的資訊、大數據、人工智慧、能源、食品、環境等多元議題。而為爭取討論新興議題之時效性，《醫藥、科技與法律》也仿效國際學術期刊，提供已完成審查之稿件於期刊正式出刊前，先行於網頁提供搜尋下載，為相關法律與政策論辯帶來新的觀點與刺激。

經過兩年的籌備，《醫藥、科技與法律》創刊號預計刊登四篇醫療科技法領域之優秀著作，包括兩篇期刊邀稿與兩篇研究論文。第一篇邀稿為臺北醫學大學醫療暨生物科技法律研究所何建志教授之〈政府與雇主強制接種疫苗及使用疫苗接種資訊法律問題〉，討論臺灣社會面對 Omicron 變種病毒的來襲，正在熱烈討論的強制接種新冠疫苗議題。第二篇則為臺北醫學大學醫療暨生物科技法律研究所李崇僖教授之〈恩慈療法在我國與國際之法制比較〉一文，以本次疫情對細胞治療之使用為背景，說明不同國家恩慈療法運作的措施與政策建議。

而在研究論文部分，本期則登載嶺東科技大學財經法律研究所張婷副教授之〈論醫療協助死亡—以美國新墨西哥州為例〉，以及臺北醫學大學醫療暨生物科技法律研究所碩士生游宗翰之〈傳染 HIV 罪的公衛倫理與共同責任〉。前者透過比較法的研究方法，探討美國新墨西哥州「生命末期選擇法」之醫療協助死亡立法經驗，並與臺灣病人自主相關法制之發展進行比較。後者則參考國際衛生領域之發展經驗，主張我國目前對 HIV 傳染刑事制裁之法學討論，應加入性健康權的思維，正視感染者的性權益。

本期之四篇文章，在議題領域上均可歸類為廣義的醫療法研究，展望未來，本刊也誠摯邀請科技法領域的先進加入這個充滿活力的新興學術論壇。而在研究取徑上，本刊除了歡迎傳統的釋義法學分析，也鼓勵研究者從「法律作為政府管制與治理的政策工具」以及「法律作為被社會科學方法檢視的社會現象」等視角切入，多



發刊詞

元探討醫療科技法領域的新興法學議題，藉此擴大我國法學研究之思考面向，並拓展法學研究所可能發揮之社會影響。希望認同本刊經營理念與研究取徑之法學先進踴躍賜稿。

主編 梁志鳴

目 錄

發刊詞

邀稿論文

何建志

政府與雇主強制接種疫苗及使用疫苗接種資訊法律問題 1

李崇僖

恩慈療法在我國與國際之法制比較 43

研究論文

張婷

論醫療協助死亡

——以美國新墨西哥州為例 63

游宗翰

傳染 HIV 罪的公衛倫理與共同責任 95

政府與雇主強制接種疫苗 及使用疫苗接種資訊法律問題*

何建志**

目次

- 壹、前言：COVID-19 疫苗與科學、法律不確定性
- 貳、政府施打疫苗法律問題
 - 一、現行法未授權政府直接強制施打疫苗
 - 二、政府以其他行政命令間接強制接種
 - 三、政府強制接種疫苗與比例原則
 - 四、政府公費疫苗發生疫苗不良反應法律後果
 - (一) 國家賠償
 - (二) 行政補償
- 五、政府使用疫苗接種資訊法律問題
 - (一) 疫苗接種資訊屬於「醫療個人資料」
 - (二) 疫情未失控時政府不宜強制使用疫苗接種資訊作為通行證

投稿日期：2021/08/03；接受刊登日期：2021/11/24

* 感謝匿名審查人提供寶貴審查意見，以及台灣疫苗接種安全監督協會提供參考資料。

** 現職：臺北醫學大學醫療暨生物科技法律研究所教授。
聯絡方式：hojenji@gmail.com

參、職場接種疫苗法律問題

- 一、雇主可依法推行勞工自願接種疫苗政策
- 二、在臺灣原則上未接種疫苗勞工有權進入職場工作
- 三、勞工未接種疫苗是否對客戶或其他勞工成立侵權行為？
- 四、勞工發生疫苗不良反應法律後果
 - (一) 職業災害補償
 - (二) 雇主賠償責任
- 五、雇主使用勞工疫苗接種資訊法律問題
 - (一) 原則上雇主不得蒐集現職勞工疫苗接種資訊
 - (二) 原則上雇主不得蒐集求職者疫苗接種資訊
 - (三) 雇主履行防疫法定義務必要範圍可蒐集勞工、求職人疫苗接種資訊
- 六、勞資雙方簽署疫苗接種協議化解爭議

肆、結論

摘要

為控制 COVID-19 疫情，各國政府陸續核發緊急使用授權（EUA），讓一些新疫苗及早上市使用。這些新疫苗研發時間短，在真實世界使用經驗有限，關於疫苗安全仍有某些科學不確定性，以致某些民眾不願接種疫苗。當政府與企業雇主為維護公共衛生、恢復經濟活動，可否強制命令人民、勞工接種疫苗？雇主可否要求員工接種疫苗才能回職場工作？可否為了公共衛生、人力資源管理目的而蒐集個人接種疫苗資訊？

本文調查研究各國及臺灣法令政策，提出以下主要發現或意見：一、強制全民接種疫苗屬於國際少數特例，各國強制接種政策主要適用於醫護人員或政府公務員；二、傳染病防治法未授權政府以直接人身強制方式接種疫苗；三、臺灣政府可用其他間接方法（如營業許可、行政監督考核）使勞工接種疫苗；四、疫情未失控時政府不宜強制使用疫苗接種資訊（疫苗護照）作為國內公共場所通行證；五、除政府法令要求特定產業勞工強制接種，雇主無權禁止未接種疫苗勞工進入職場工作；六、如果沒有法令明確規定，原則上雇主不得蒐集、使用受僱人、求職者疫苗接種資訊，也不得根據疫苗接種資訊從事就業歧視行為；七、政府與雇主以獎勵方式取代強制接種比較符合比例原則，更有助於維持社會及勞資關係和諧。

關鍵字：2019 新型冠狀病毒疾病、疫苗、強制接種、科學不確定性、公共衛生、職業安全衛生法、個人資料保護法、傳染病防治法

Legal Issues of Government and Employers' Mandatory Vaccination and the Use of Vaccination Information

Ho, Jen-Ji *

Abstract

From 2020, many countries have issued emergency use authorization (EUA) to allow new vaccines to be used. The development time and real-world use experiences of these new vaccines are relatively short. Some people are reluctant to be vaccinated because of the scientific uncertainty about vaccine safety. Can government and employers ask people and workers to be vaccinated or use personal vaccination information?

This article investigates the laws and policies in Taiwan and various countries and provides some findings and legal opinions: 1. Mandatory universal vaccination is a rare exception in the world, and compulsory vaccination policies in most countries are limited to medical staff and government employees; 2. In Taiwan, the

* Professor
Graduate Institute of Health and Biotechnology Law, Taipei Medical University
Ph.D., College of Law, National Taiwan University
hojenji@gmail.com

Communicable Disease Control Act does not authorize the government to vaccinate people physically; 3. The Taiwan government can use some indirect methods (such as business permits, administrative supervision) to vaccinate workers; 4. The government should not force the use of vaccination information or vaccine passport in domestic traffic when the pandemic is not out of control; 5. Except for governmental mandatory vaccination in specific industries, employers have no legal right to prohibit unvaccinated workers from entering the workplace in Taiwan; 6. If there is no legal requirement, employers are not allowed to collect and use vaccination information for employees and job applicants, and employers should not discriminate against workers based on vaccination information; 7. For maintaining the harmony of society and labor-management relations, the government and employers can use incentives to encourage people and workers to be vaccinated, replacing compulsory vaccination.

Keywords: COVID-19, vaccine, mandatory vaccination, scientific uncertainty, public health, Occupational Safety and Health Act, Personal Data Protection Act, Communicable Disease Control Act

壹、前言：COVID-19 疫苗與科學、法律不確定性

2019 新型冠狀病毒疾病 (COVID-19) 於 2019 年 12 月出現於中國湖北省武漢市，而在 2020 年蔓延到世界各國。截至 2021 年 9 月，COVID-19 全球感染者超過 2 億 3 千萬人，死亡人數超過 475 萬人，確診者死亡率約 2%，¹雖然致死率不高但感染力強，而公認有效治療藥物尚未問世。為了控制 COVID-19 疫情，2020 年起各國政府陸續下令停止上班上課、管制社交活動，導致商業經濟萎縮、勞工²減薪或失業，從而 COVID-19 不僅僅是公共衛生危機，也是一種社會經濟危機！

根據現代西方主流醫學，接種疫苗是預防傳染病的重要手段。自 2020 年 12 月起，歐美政府根據藥物緊急使用授權 (Emergency Use Authorization, EUA)³規定，已經核准了幾款 COVID-19 疫苗上市銷售與接種，用以激發接種者對新型冠狀病毒 (SARS-CoV-2) 產生免疫力。例如 AZ 疫苗 (腺病毒疫苗，英國 AstraZeneca 公司與牛津大學共同研發)、輝瑞-BNT 疫苗 (mRNA 疫苗，美國 Pfizer 公司與德國 BioNTech 公司共同研發) 與莫德納疫苗

¹ 根據世界衛生組織 2021 年 9 月 28 日公布資料，全球確診人數 232,075,351 人，死亡 4,752,988 人，死亡率約 2%。資料來源：World Health Organization, *WHO Coronavirus (COVID-19) Dashboard*, <https://covid19.who.int/>。

² 本文所指稱「勞工」是「廣義勞工」，意義等同民法「受僱人」，不僅限於參加勞工保險或適用勞動基準法之「狹義勞工」。同理，本文所指稱「雇主」也是「廣義雇主」，包含民法「僱用人」及勞動基準法之雇主。

³ 當社會出現公共衛生緊急事件 (public health emergency) 急需新藥品上市時，如果必須等待主管機關依照標準上市前審查程序核准新藥品使用，可能緩不濟急造成等待期間人命傷亡擴大。以美國為例，聯邦食品藥物化妝品法第 564 條 (section 564 of the Federal Food, Drug, and Cosmetic Act) 允許主管機關對未上市藥品、醫療器材核發緊急使用授權 (Emergency Use Authorization, EUA)。在臺灣藥事法第 48 條之 2 也有類似規定，其法定用語是「專案核准」。

(mRNA 疫苗，美國 Moderna 公司研發) 等。當世界各國開始大量施打 COVID-19 疫苗之後，一方面確診人數及死亡人數下降，但是另一方面也傳出某些少見疫苗不良反應，例如歐洲藥品管理局 (European Medicines Agency) 在 2021 年 3 月公告 AZ 疫苗可能引發血栓，⁴在 2021 年 9 月 8 日公告 AZ 疫苗可能引發急性多發性神經炎，又名格林巴利症候群 (Guillain-Barre syndrome, GBS)。⁵美國疾病管制局 (Centers for Disease Control and Prevention) 發現 mRNA 疫苗引發心肌炎 (Myocarditis) 與心包膜炎 (pericarditis)。⁶

以往人類研發疫苗動輒需要十年時間。但在 2021 年，前述三種廠牌 COVID-19 疫苗研發時間不到一年，就獲得各國政府許可上市使用。一方面，世界衛生組織 (WHO)、各國政府、藥廠積極合作、投入大量資源而縮短研發疫苗時間。另一方面，各國政府為解疫情燃眉之急，根據廠商第三期臨床試驗期中報告初步確認疫苗安全性、有效性，便給予緊急使用授權 (EUA)。截至 2021 年 9 月為止，只有輝瑞-BNT 疫苗 (商品名 Comirnaty) 在美國得到正式上市許可，⁷其餘歐美國家所研發疫苗仍處於緊急使用授權階段。

⁴ European Medicines Agency, *COVID-19 Vaccine AstraZeneca: Benefits still Outweigh the Risks Despite Possible Link to Rare Blood Clots with Low Blood Platelets* (Mar. 18, 2021), <https://www.ema.europa.eu/en/news/covid-19-vaccine-astrazeneca-benefits-still-outweigh-risks-despite-possible-link-rare-blood-clots>. 關於 AZ 疫苗引發血栓及血小板減少症臨床特徵，見新英格蘭醫學期刊：Sue Pavord et al., *Clinical Features of Vaccine-Induced Immune Thrombocytopenia and Thrombosis*, 385 N ENGL J MED. 1680 (2021).

⁵ European Medicines Agency, *COVID-19 vaccine safety update: VAXZEVRIA AstraZeneca AB* (Sep. 8, 2021), https://www.ema.europa.eu/en/documents/covid-19-vaccine-safety-update/covid-19-vaccine-safety-update-vaxzevria-previously-covid-19-vaccine-astrazeneca-8-september-2021_en.pdf.

⁶ 根據美國疾病管制局 (CDC) 資料，在 12-39 歲接種者當中，心肌炎與心包膜炎 (pericarditis) 發生率大約是百萬分之 12.6。見 Biykem Bozkurt et al., *Myocarditis with COVID-19 mRNA Vaccines*, 144 CIRCULATION 471, 471 (2021), <https://www.ahajournals.org/doi/epub/10.1161/CIRCULATIONAHA.121.056135>.

⁷ 美國食品藥物管理局 (U.S. Food and Drug Administration, FDA) 已經在 2021

目前多數 COVID-19 疫苗尚未正式通過完整三期臨床試驗，關於接種疫苗會引發哪些不良反應、副作用？現有科學評估資料可能累積不夠完整。例如，即便疫苗廠商在全球招募 3 萬名受試者，但不易發現百萬分之 10 或機率更低的副作用。此外，臨床試驗追蹤觀察時間有限也不易發現疫苗長期副作用。例如根據美國 FDA 公開訊息，輝瑞-BNT 疫苗臨床試驗一半受試者的追蹤觀察期間是滿 4 個月，有 1 萬 2 千名受試者的追蹤觀察期間是滿 6 個月。⁸當然，目前各國施打疫苗經驗顯示，染病確診人數隨著施打疫苗而減少。但是 COVID-19 疫苗人類接種史不到一年，使用於真實世界的歷史經驗相對短暫，加上各種已證實、未證實的疫苗傷害事件在網路及大眾媒體上傳播，因此依然有一些人士對於 COVID-19 疫苗安全性有所疑慮。

或許等到幾年後，科學界可以累積更多資料數據，對於各廠牌 COVID-19 疫苗安全性做出更完整的評估研究。但是就目前而言，何種技術所生產疫苗較為安全？（病毒載體疫苗？mRNA 疫苗？次單位蛋白質疫苗？）何種疫苗比較適合特定族群？（老人？兒童？青少年？孕婦？哺乳婦女？各種慢性病人？）疫苗可能會引發哪些常見、不常見不良反應？會有哪些輕微、嚴重傷害？以上這些科學問題，目前並未有足夠明確的定論。這種科學不確定性（scientific uncertainty）對於公共衛生政策及法律帶來了困難挑戰，尤其是如何評估疫苗利益與風險？以及如何平衡個人自由與公共衛生之間各種潛在、實際衝突？

年 8 月 23 日對輝瑞-BNT 疫苗核發正式許可，可用於滿 16 歲人，但不滿 16 歲者仍屬於緊急使用授權。見 FDA, *FDA Approves First COVID-19 Vaccine* (Aug. 23, 2021), <https://www.fda.gov/news-events/press-announcements/fda-approves-first-covid-19-vaccine>.

⁸ FDA（註 7）。

為了早日恢復正常經濟活動挽救國家財政與企業生計，避免勞工因為疫情停班、減薪、失業衍生社會問題，各國政府與企業雇主自然期待民眾、勞工及早普及接種 COVID-19 疫苗。不過本文發現，目前有些重要法律爭議問題需要解決：如果人民、勞工因為疫苗安全疑慮而不願接種時，政府或雇主可否使用強制方式命令人民、勞工接種疫苗？雇主可以要求員工接種疫苗才能回職場上班嗎？或是為了公共衛生、人力資源管理目的而蒐集個人接種疫苗資訊？本文將在以下相關段落分析、解答以上這些問題。

COVID-19 是近百年史上首見普及全球新興特殊嚴重傳染病，而某些 COVID-19 疫苗則是採用全新 mRNA 技術生產（例如輝瑞-BNT 疫苗、莫德納疫苗）。這些新疫情、新疫苗引發了前所未見的現象與法律問題，世界各國多缺乏明確法律規定，相關法學研究文獻不多，對各種人權議題尚未有國際共識或法學通說。為了回答本文所討論 COVID-19 新疫苗衍生新興法律問題，必須結合生物科技、公共衛生、醫學倫理、勞動法、個人資料保護法，進行科際整合研究。在相關法律規範不明確，法學參考文獻不足時，為因應新疫情及新疫苗所帶來急迫社會問題，本文嘗試釐清政府、雇主施打疫苗及使用疫苗接種資訊相關法律問題，提出學術建議。由於議題本身變動性、複雜性、價值取捨困難性，COVID-19 新疫苗相關科學研究及各國法令政策正在不斷更新當中，不易在短期間內形成法律通說或定論。本文屬於公共衛生法學、勞動法學拋磚引玉之作，如有某些不足之處亦在所難免，期盼在民主多元社會中能發揮學術言論自由善盡社會責任，帶動各界深度溝通討論，以促進社會和諧及勞資合作。

貳、政府施打疫苗法律問題

一、現行法未授權政府直接強制施打疫苗

在法理上，強制執行的前提是人民違反法律義務而不履行。如果人民沒有法律義務，公權力機關自然無權強制執行。根據臺灣現行傳染病防治法，關於接種政府公費疫苗，原則是人民的權利而非義務。不過，傳染病防治法第 36 條規定：「民眾於傳染病發生或有發生之虞時，應配合接受主管機關之檢查、治療、預防接種或其他防疫、檢疫措施。」換言之，只有在主管機關下令強制接種時，人民方才有接種義務。

然而，如果人民不履行傳染病防治法第 36 條接種義務時，傳染病防治法第 70 條第 1 項第 2 款的罰則卻出現法律漏洞，只處罰拒絕、規避或妨礙「檢查、治療或其他防疫、檢疫措施」，遺漏處罰「拒絕、規避或妨礙預防接種」。關於現行傳染病防治法第 70 條第 1 項第 2 款究竟是立法者「有意省略」⁹或「過失省略」？在立法史上不易查考歷史真相。鑑於課與人民義務法律應當嚴守文義解釋原則，¹⁰立法者意思表示錯誤的風險不應由人民負擔。既然傳染病防治法第 70 條第 1 項第 2 款沒有明文處罰「拒絕、規避或妨礙

⁹ 關於「省略規定之事項應認為有意省略」(Causus omissus pro omissis habendus est) 以及「明示規定其一者應認為排除其他」(expressio unius est exclusio alterius) 之拉丁法諺，司法院大法官釋字第 3 號解釋認為：「如法律條文顯有關漏或有關係尚尚解釋之餘地時，則此項法諺，即不復適用。」

¹⁰ 司法院大法官釋字第 247 號解釋楊建華大法官不同意見書：「中華民國憲法對於人民自由權利，係採直接保障主義，對於自由權利之限制或課人民以義務，則應以法律定之，此就憲法第二章各條規定自明。關於賦與人民權利事項，固不妨在法律文義許可範圍內從寬作有利於人民之解釋；其關於限制人民自由權利或處罰人民、課人民以義務之相關事項，則應以較嚴謹之方法即文理解釋為先，否則，憲法上所保障之人民自由權利，或限制以法律始得處罰人民、課人民義務之規定將因不當之解釋而喪失。」

預防接種」，政府就不能處罰拒絕接種人民。從而傳染病防治法第 36 條強制預防接種的規定只是「訓示規定」，而不是有實際效力的「取締規定」。

至於世界各國，在 2021 年 COVID-19 疫情期間，要求全民強制接種疫苗屬於國際少數作法，例如土庫曼（Turkmenistan）與沙烏地阿拉伯（Saudi Arabia）；其他國家的強制接種命令原則上僅限於醫療機構與長期照顧機構人員，例如 2021 年 7 月中旬法國與希臘政府下令全國醫護人員強制接種，¹¹以及 2021 年 7 月 26 日美國退伍軍人事務部（Department of Veterans Affairs）下令所屬醫護人員強制接種疫苗。¹²之後，為了因應新型變種病毒威脅，到了 2021 年 8、9 月間，各國強制接種人員有擴大趨勢。例如 2021 年 8 月 13 日加拿大政府宣布，聯邦政府雇員從 9 月開始強制接種疫苗，而聯邦政府所管理陸、海、空大眾運輸人員應在 10 月底前完成接種。¹³美國總統拜登（Joseph R. Biden Jr.）於 2021 年 9 月 9 日公告行政命令要求全體聯邦政府雇員接種疫苗。¹⁴至於中國中央政府則是依然採取自願接種政策，2021 年 4 月 11 日國務院聯防聯控機制表示：「在工作中將堅持『應接盡接』和自願原則相結合，在充分

¹¹ Jacqui Wise, *Covid-19: France and Greece Make Vaccination Mandatory for Healthcare Workers*, 374 *BMJ* 1797, 1797 (2021).

¹² United States Department of Veterans Affairs, *VA Mandates COVID-19 Vaccines among its Medical Employees Including VHA Facilities Staff* (Jul. 26, 2021, 2:19 PM), <https://www.va.gov/opa/pressrel/pressrelease.cfm?id=5696>.

¹³ Government of Canada, *Government of Canada to Require Vaccination of Federal Workforce and Federally Regulated Transportation Sector* (Aug. 13, 2021), <https://www.canada.ca/en/treasury-board-secretariat/news/2021/08/government-of-canada-to-require-vaccination-of-federal-workforce-and-federally-regulated-transportation-sector.html>.

¹⁴ The White House, *Executive Order on Requiring Coronavirus Disease 2019 Vaccination for Federal Employees* (Sep. 9, 2021), <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/09/09/executive-order-on-requiring-coronavirus-disease-2019-vaccination-for-federal-employees/>.

告知的基礎上，引導並鼓勵群眾積極接種、主動接種，力爭實現『應接盡接』，切實提高人民群眾的獲得感、幸福感、安全感。」¹⁵

在臺灣地區，臺北市長於 5 月 20 日下令表示北市醫護人員強制接種疫苗，而新北市則是鼓勵醫護人員接種而不強制。¹⁶高雄市政府 2021 年 6 月 9 日高市府衛疾管字第 11035589000 號公告表示，各醫院及衛生局（所）所有人員應於 6 月 20 日前完成預防接種，屆時未施打者依傳染病防治法第 36 條、第 70 條第 1 項第 2 款裁罰。至於臺灣中央政府則尚未下令全國醫護人員強制接種。

根據本文先前分析，傳染病防治法對於不履行接種義務者沒有罰則規定，所以臺北市、高雄市醫護人員違背強制接種命令者，不適用傳染病防治法第 70 條第 1 項第 2 款罰則。不過即便如此，地方政府的強制接種命令仍有實質上壓迫力，因為政府仍可使用其他人事獎懲、行政考績方式，對抗命醫護人員給予不利待遇。更進一步說，即便日後立法院修改傳染病防治法，將「拒絕、規避或妨礙預防接種」列入傳染病防治法第 70 條第 1 項第 2 款罰則規定，只能採用罰鍰「間接強制」方式命令相對人限期改善，政府不能針對拒絕接種者執行「直接強制」或「人身強制」。¹⁷

¹⁵ 中國國務院聯防聯控機制新聞發布會文字實錄，中國政府網，2021 年 4 月 11 日，<http://www.gov.cn/xinwen/gwylflkjz154/index.htm>。

¹⁶ 吳亮儀、鄭名翔、周湘芸、李欣芳，北市醫護強制施打疫苗，自由時報，2021 年 5 月 21 日，<https://news.ltn.com.tw/news/life/paper/1449896>。

¹⁷ 根據憲法第 8 條對人身自由之保障以及憲法第 23 條法律保留原則可知，直接人身強制處分應以法律明文規定者為限，例如拘提管收（行政執行法第 17 條）、強制隔離治療（傳染病防治法第 44 條）等。由於傳染病防治法第 36 條及第 70 條只授權主管機關得針對拒絕者課予罰鍰處分，並未明文授權實施直接人身強制處分，因此屬於「間接強制」制度。根據司法院大法官釋字第 112 號解釋意旨，當法律未明文授權直接強制處分時，即使人民違反公法義務，主管機關只能對違反義務者課予罰鍰等間接強制處分，尚不得違反個人意願逕行直接強制處分。見何建志，公費疫苗法制解析與重構——科學不確定性下自主與公衛之平衡，元照，頁 21-22（2018）。

二、政府以其他行政命令間接強制接種

在臺灣法制，除了根據傳染病防治法以行政命令或行政處分課予強制接種義務之外，政府也可採用「營業許可」方式間接推行強制接種政策。2020 年嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例第 7 條規定：「中央流行疫情指揮中心指揮官為防治控制疫情需要，得實施必要之應變處置或措施。」在特別條例廣泛授權之下，政府也可運用各種手段間接達成強制接種效果。

根據衛生福利部 2021 年 7 月 14 日訂定「衛生福利機構（社區型）因應 COVID-19 防疫管理指引」，社區式長期照顧機構（例如日間照顧中心）整體工作人員應有 80%以上之工作人員完成疫苗第一劑接種，方可提供服務；未接種疫苗者應配合於疫情警戒為第三級（含）以上期間，每週進行一次自費抗原快篩或 PCR 檢驗。這種規定方式屬於採用「營業許可」作為間接強制接種的方法。雖然政府行政命令沒有強制要求特定人接種，但是機構接種人數不足者實質上被剝奪營業權。而本指引雖然開放機構 20%個人得不施打疫苗，但要求每週進行 1 次自費抗原快篩或 PCR 檢驗，由於每週一次快篩費用至少達數百元且頻率很高，實質上是以經濟負擔與不便對未接種者施加壓力。

自 2021 年 7 月 27 日起臺灣疫情警戒調降為二級，中央流行疫情指揮中心許可補習班、課後照顧服務中心（安親班）的營業條件是機構未接種疫苗員工必須每 3-7 日定期快篩；至於幼兒園、托嬰中心，許可營業條件也是未接種疫苗員工必須每 3-7 日定期快篩，而且另要求教師及工作人員疫苗施打率達 80%。¹⁸

¹⁸ 中央流行疫情指揮中心，疫情警戒調降二級-各行業別管制作為 2，2021 年 7 月 3 日，<https://www.facebook.com/TWCDC/photos/pcb.10159232604493407/10159232602478407>。

三、政府強制接種疫苗與比例原則

關於政府強制要求人民或企業員工接種疫苗是否合法、適當？首先應注意行為與目的是否符合「比例原則」？行政程序法第 7 條規定：「行政行為，應依下列原則為之：一、採取之方法應有助於目的之達成。二、有多種同樣能達成目的之方法時，應選擇對人民權益損害最少者。三、採取之方法所造成之損害不得與欲達成目的之利益顯失均衡。」

在當前時局，各國政府控制疫情必須兼顧公共衛生與經濟政策重要目標。一方面，政府為活絡經濟必須適度開放社交與工商活動，但另一方面必須嚴防放鬆管制引發疫情擴散。為解決公衛與經濟之間的矛盾，即便當前新疫苗長期安全性仍有不確定性，但施打疫苗是各國政府可以使用的少數有效選項之一。當前科學證據顯示，雖然疫苗防護力並非 100%，但疫苗可以降低接種者重症及死亡機率。¹⁹從這觀點而言，目前臺灣政府以各種方式強制特定產業員工接種疫苗，可以符合比例原則之合目的性要求。

不過，關於強制接種疫苗目的與損害是否均衡？則有進一步商榷餘地。事實上，目前各廠牌 COVID-19 疫苗保護力均未達到 100%，接種疫苗者仍可能感染疾病，或者出現無症狀感染（asymptomatic infections）。以美國及以色列為例，這二國在 2021 年都大量施打輝瑞疫苗（BNT162b2），施打速度及施打率屬於世界領先國家之列。這二國也都在事後針對醫護人員接種 BNT162b2 疫苗後感染 COVID-19 進行調查。美國研究團隊在 2021 年 5 月發表調查報告指出，在醫療機構「接種者」員工 3052 人當中，事後出

¹⁹ Eli S. Rosenberg et al., *New COVID-19 Cases and Hospitalizations Among Adults, by Vaccination Status - New York, May 3-July 25, 2021*, 70(34) MMWR MORB. MORTAL. WEEKLY REP. 1150, 1150 (2021).

現 51 名感染者（含 29 名無症狀感染者），在醫療機構「未接種者」員工 2165 人當中，事後出現 185 名感染者（含 79 名無症狀感染者）。²⁰而以色列研究團隊在 2021 年 6 月發表調查報告指出，在醫療機構「接種者」員工當中出現有症狀感染者的發生率是十萬分之 4.7，「未接種者」出現有症狀感染者的發生率是十萬分之 149.8；「接種者」中出現無症狀感染者的發生率是十萬分之 11.3，而「未接種者」當中出現無症狀感染者的發生率是十萬分之 67。²¹

以上美國及以色列研究都指出，雖然接種者感染 COVID-19 的機率低於未接種者，但接種者仍可能感染 COVID-19，或成為無症狀感染者。另一方面，醫院內感染 COVID-19 風險原本高於其他場所，在醫院內工作人員即便未接種，大部分未接種者也不會感染 COVID-19，如果是在其他場所，未接種者感染 COVID-19 機率應該更低。此外，隨著新型冠狀病毒傳播繁衍，在各國已經陸續出現各種新型變種病毒，導致各廠牌疫苗保護力進一步下降。由此可見，即便全國人民 100% 接種疫苗，單憑疫苗仍無法完全阻擋 COVID-19 疫情傳播，必須配合邊境管制、社交距離、戴口罩、洗手、場所消毒等防疫手段，才能完善控制疫情。

更重要的是，雖然 COVID-19 疫苗引發血栓、急性多發性神經炎、心肌炎等嚴重副作用機率很低，但隨著施打人數增加，可預見將會出現某些個案。當政府違反人民意願強制接種後，某些接種者出現重症或死亡結果，等同是被政府強迫參加俄羅斯輪盤（Russian Roulette）死亡遊戲！當然，以 2021 年世界某些國家 COVID-19 確診人數眾多為例，當社會疫情嚴峻時，或許強制接種

²⁰ Li Tang et al., *Asymptomatic and Symptomatic SARS-CoV-2 Infections After BNT162b2 Vaccination in a Routinely Screened Workforce*, 325(24) JAMA. 2500, 2500 (2021).

²¹ Yoel Angel et al., *Association Between Vaccination with BNT162b2 and Incidence of Symptomatic and Asymptomatic SARS-CoV-2 Infections Among Health Care Workers*, 325(24) JAMA. 2457, 2461 (2021).

疫苗可被認為屬於必要之惡，而得以通過比例原則審查。但是在臺灣社會 2021 年 9 月以後實際情況，每日本土確診 COVID-19 人數經常少於 10 人。²²當社會疫情控制相對穩定時，如果政府要求企業勞工必須 100% 接種疫苗，一方面勞師動眾社會成本過高，另一方面防疫效果無法 100% 完美，且可能引發某些人疫苗傷害，則有違反比例原則嫌疑。

在 2021 年 7 月，臺灣政府針對社區型長照機構、幼兒園、托嬰中心要求 80% 接種率方可營業，政府規定的接種率是否合理？以美國政府重要顧問專家 Anthony Fauci 在 2021 年 12 月 15 日受訪表示意見為例，他認為需要 85% 疫苗接種率以達到群體免疫（herd immunity）控制 COVID-19 疫情。²³但是世界衛生組織（WHO）2020 年 12 月 31 日文件表示，達成 COVID-19 群體免疫所需的疫苗接種率仍屬未知。²⁴而頂尖科學期刊 Nature 在 2021 年 3 月 25 日所刊登報導指出，多數科學家認為 COVID-19 群體免疫接種門檻是 60-70%，但新型變種病毒可能影響群體免疫所需人口比例。²⁵根據以上各種專業意見可知，關於 COVID-19 疫苗適當接種率究竟多高並無國際共識，仍有一定程度科學不確定性。

²² 參閱衛生福利部疾病管制署，台灣疫情報告，https://covid-19.nchc.org.tw/dt_005-covidTable_taiwan.php。

²³ Dylan Scott, *Fauci: 85 Percent of the US Needs to Get the Covid-19 Vaccine for "True Herd Immunity"*, VOX, (Dec. 15, 2020, 1:50 PM), <https://www.vox.com/coronavirus-covid19/2020/12/15/22176555/anthony-fauci-covid-19-vaccine-herd-immunity-goal>. 感謝匿名審查人提供這一份專業資料。

²⁴ World Health Organization, *Coronavirus Disease (COVID-19): Herd Immunity, Lockdowns and COVID-19* (Dec. 31, 2020), https://www.who.int/news-room/q-a-detail/herd-immunity-lockdowns-and-covid-19?gclid=CjwKCAjwndCKBhAkEiwAgSDKQUID4LDdaWz4OqFXVzFhQzS7KZj26wIYIHg8K0YtusEwxlaCihOehoCw94QAvD_BwE.

²⁵ Christie Aschwanden, *Five Reasons why COVID Herd Immunity is Probably Impossible*, 591 NATURE 520, 520 (2021).

一方面而言，臺灣政府要求特定產業勞工 80%接種率作為許可營業條件，接近於美國政府專家 Anthony Fauci 建議標準，因此這項政策並非毫無根據。但另一方面，鑑於臺灣目前疫情控制相對穩定，目前規定的 80%接種率便有檢討餘地，可能對於小型機構而言過於嚴苛而涉嫌違反比例原則。以員工四人小型機構為例，為符合政府要求 80%接種率，事實上等於要全部員工都接種才能營業，只要這種小型機構有一名員工體質不適合接種疫苗，就會導致整個機構接種率只有 75%而無法營業。如果員工個人體質不適合接種疫苗，將可能在小型事業單位沒有容身之地！政府為了公共衛生要求職場最低接種率，在特定情況下可能不當侵害人民工作權。本文建議，政府對於特定產業固然可以要求一定程度員工接種率，但是一概要求社區型長照機構、幼兒園、托嬰中心 80%員工接種率方可營業，則有強制接種率不當過高嫌疑。建議政府能根據當時疫情現況，針對各種規模人數之機構，分級調降員工強制接種率要求，例如小型機構員工接種率為 60%或 70%，以兼顧公共衛生與人民工作權。

為避免強制接種引發侵害人權疑慮，以美國為例，各州紛紛提供獎金、獎品、彩券鼓勵人民接種，例如州政府給予政府雇員 100 美元接種獎金，或對一般民眾提供 50 或 100 美元禮券等。²⁶相較於強制手段，政府以柔性鼓勵方式推行疫苗接種更能符合比例原則。因此本文建議臺灣政府疫苗政策不宜過度偏重強制接種方式，也可考慮採用獎勵方式適度替代強制接種。

²⁶ 關於美國各州實施的接種誘因作法，見 National Governors Association, *COVID-19 Vaccine Incentives* (Oct. 19, 2021), <https://www.nga.org/center/publications/covid-19-vaccine-incentives/>.

四、政府公費疫苗發生疫苗不良反應法律後果

(一) 國家賠償

根據臺灣司法判決意見，政府為維護公共衛生採購疫苗免費提供人民接種，無論是否行使強制公權力，都屬於國家賠償法「行使公權力」範圍。²⁷目前臺灣政府推行公費疫苗是依賴政府衛生所體系及民間合約醫療機構體系雙軌並行。衛生所醫護人員屬於公務員，而合約醫療機構施打公費疫苗屬於受委託執行公權力（行政程序法第 2 條第 3 項、國家賠償法第 4 條參照），因此衛生所或合約醫療機構人員施打公費疫苗如有故意或過失不法侵害人民權利者，受害人得向主管機關請求國家賠償。

由於政府推行疫苗都是大規模人數接種，難免會發生某些不良反應事件。如果疫苗受害者眾並集結向廠商、政府或醫療機構提起訴訟，可能會影響廠商研發、製造疫苗誘因，也可能使公務員、醫護人員執行接種政策承受訴訟壓力。為提升國家因應緊急疫情能力，美國於 2005 年制定了公共緊急應變法（Public Readiness and Emergency Preparedness Act of 2005，簡稱 PREPA），授權衛生服務部長得發布公共衛生緊急公告（declaration public health emergency），針對反制疫病用品（countermeasures）所涉及之設計、研發、試驗、生產、標示、配送、配方、包裝、行銷、銷售、購買、捐贈、調劑、處方、施打而引發死傷損失，提供法律免責保障豁免聯邦法及州法法律責任，但故意及重大過失行為（willful misconduct）不得免責。因此，舉凡聯邦政府、各州政府、規劃執行單位、生產者、配送者、醫師、藥師、護理人員等均可適用免責保障規定。²⁸

²⁷ 最高法院 80 年度台上字第 525 號民事判決，臺灣臺北地方法院 103 年度國字第 25 號民事判決。

²⁸ 42 U.S.C. § 247d-6d (2011).

COVID-19 是新興傳染病，廠商在短期間內研發出新疫苗固然可以救一時之急，然而一旦疫苗在真實世界中大量施打，可能出現廠商在臨床試驗階段無法預見的傷害。各大 COVID-19 疫苗廠商為避免訴訟賠償責任，在各國疫苗採購契約中常要求政府承諾廠商免責條款，否則疫苗廠商不願供貨。由於美國早已有疫苗廠商免責法律，而歐洲國家並無這類免責法律，因此美國在 2020 年間簽訂採購疫苗契約進展速度快於歐洲國家。²⁹至於在臺灣，現行法律並未對公共衛生疫苗提供免責規定。在 2020-2021 年間臺灣向國際廠商採購 COVID-19 疫苗進展速度慢，其中因素之一可能與臺灣法律沒有疫苗免責規定有關。雖然立法給予疫苗廠商法律免責保護有助於政府儘速採購所需疫苗，但如此一來將會剝奪疫苗受害人訴訟權及損害賠償請求權，在立法政策上仍有研究討論空間。為提升政府採購緊急公共衛生疫苗效能，本文作者建議，可根據傳染病嚴重性、風險及科學不確定性類型、疫苗科學實證安全性等因素，有條件給予疫苗廠商法律免責保護。如立法機關考量給予疫苗廠商免責保護利多於弊，可修改傳染病防治法，增訂緊急疫情藥品免責規定，豁免疫苗廠商、防疫機關、接種人員過失法律責任，以提升國家社會防疫應變效能。³⁰

（二）行政補償

臺灣目前所施打 COVID-19 疫苗，都是政府根據藥事法第 48 條之 2「專案核准」輸入。受害人要能舉證接種人員或政府有故意

²⁹ Lucy Parsons, *COVID-19 Vaccine Deals with the EU Hindered by Strict Liability Rules*, PMLIVE, (Aug. 26, 2020), http://www.pmlive.com/pharma_news/covid-19_vaccine_deals_with_the_eu_hindered_by_strict_liability_rules_1347365.

³⁰ 關於在傳染病防治法中新增緊急疫情藥品免責規定，其修法考量與條文草案內容，可參閱：何建志（註 17），頁 118-119；123-124。

過失及因果關係，才能起訴請求國家賠償。為給予人道補償及減少訴訟，世界上已有 25 個國家設有疫苗受害補償制度。³¹臺灣疫苗傷害補償制度自 1988 年施行，至今已經 33 年。根據傳染病防治法授權，預防接種受害救濟基金徵收及審議辦法規定，可以發給最高上限新臺幣 600 萬元救濟金（死亡或極重度身心障礙）。以行政程序請求疫苗受害補償，受害人只要能證明因果關係就可獲得補償，不需要證明行為人有故意過失，比國家賠償途徑更加便利。

不過，衛生福利部「預防接種受害救濟審議小組」歷年來常被詬病因果關係認定標準嚴格。³²在 2017 年最高行政法院 106 年度判字第 355 號判決，法院將因果關係舉證責任轉換由被告衛生福利部承擔，而衛生福利部敗訴確定之後在 2018 年修改預防接種受害救濟基金徵收及審議辦法第 13 條，改採更嚴格的因果關係標準，導致疫苗受害人更難舉證因果關係。新的因果判定標準高度依賴實證醫學證據，常見疫苗不良反應很容易在實證醫學文獻中報導，但是某些少見、特殊疫苗不良反應則需要長期追蹤大量接種案例才能發現相關性或因果關係，導致某些新疫苗受害人或少數特殊個案不容易舉證因果關係。

事實上，實證醫學難免有「偽陰性」、「偽陽性」問題。當某些少數特殊個案因為疫苗導致傷害，然而在實證醫學下卻被判定沒有因果關係，這就會產生「偽陰性」問題。而在政府強制接種疫苗情形，萬一接種者出現少見、嚴重不良反應導致死亡或重度身心障

³¹ Randy Mungwira et al., *Global Landscape Analysis of No-fault Compensation Programmes for Vaccine Injuries: A Review and Survey of Implementing Countries*, 15(5) PLoS ONE e0233334, 4 (2020).

³² 何建志，台灣 H1N1 疫苗接種後不良反應事件之因果關係：科學不確定性與法律舉證責任，法律與生命科學，4 卷 1 期，頁 1-22（2010）；邱政惠，由美、日經驗檢討我國預防接種救濟制度：從 H1N1 新型流感疫苗談起，臺大法學論叢，40 卷 2 期，頁 629-705（2011）。

礙，但是在當時科學知識下不被政府承認疫苗傷害因果關係，也無法獲得補償，將會引發嚴重民怨及人權傷害，這也是本文建議臺灣政府儘量少用強制接種的考量因素之一。為落實人道補償、鼓勵接種、減少訴訟等目的，本文建議臺灣預防接種受害救濟法令可以適度放寬因果關係標準，以免真正受害人無法得到補償。換言之，從人道與正義角度而言，寧可增加補償制度「偽陽性」，不宜放任補償制度「偽陰性」過多。

五、政府使用疫苗接種資訊法律問題

（一）疫苗接種資訊屬於「醫療個人資料」

以臺灣政府提供公費 COVID-19 疫苗接種程序為例，人民必須攜帶全民健康保險保險憑證（以下稱健保卡）供醫事人員查核身分及接種資格，並藉由健保卡將接種紀錄登記在健保資料庫。因接種疫苗屬於預防醫學，由醫師或護理人員執行，因此屬於個人資料保護法第 6 條「醫療個人資料」，³³除非有本條規定六種例外情形，原則上不得蒐集、處理或利用。可合法蒐集、處理、利用人民疫苗接種資訊的情形舉例如下：

首先，醫療機構根據醫療法必須製作病歷及公費疫苗接種紀錄，因此適用個人資料保護法第 6 條第 1 項第 1 款「法律明文規定」，可蒐集、處理或利用個人疫苗接種資訊。

其次，主管機關依據傳染病防治法有權處理預防接種事宜，因此適用個人資料保護法第 6 條第 1 項第 2 款「公務機關執行法定職

³³ 個人資料保護法施行細則第 4 條第 2 項：「本法第二條第一款所稱醫療之個人資料，指病歷及其他由醫師或其他之醫事人員，以治療、矯正、預防人體疾病、傷害、殘缺為目的，或其他醫學上之正當理由，所為之診察及治療；或基於以上之診察結果，所為處方、用藥、施術或處置所產生之個人資料。」

務」，可蒐集、處理或利用個人疫苗接種資訊。

第三，為研究防治傳染病、改善公共衛生政策，主管機關或健保署握有全國人民公費疫苗接種資料，適用個人資料保護法第 6 條第 1 項第 4 款「基於醫療、衛生或犯罪預防之目的，為統計或學術研究而有必要，且資料經過提供者處理後或經蒐集者依其揭露方式無從識別特定之當事人」，得自行或委託學術機構研究全國人民接種資訊。

（二）疫情未失控時政府不宜強制使用疫苗接種資訊作為通行證

當 2020 年 COVID-19 疫情蔓延全球，而尚未有疫苗上市的階段，許多國家政府為控制疫情實施封城、禁足等嚴厲手段。而在 2021 年已有 COVID-19 疫苗上市階段，疫苗施打率高的國家陸續開放社交活動與工商營業活動。不過，為避免疫情復發，政府可否限制未接種者進入公共場所或從事社交活動與工商營業活動？換句話說，政府可否根據「疫苗接種證明」或所謂「疫苗護照」³⁴選擇性管制或開放人群行動？

以中國 2021 年作法為例，雖然中央政府採取自願接種原則，沒有禁止未接種者進入公共場所，但是部分地方政府下令禁止未接種者進入公共場所，例如超市、醫院、車站等。³⁵至於美國，美國白宮防疫協調官齊安茲（Jeffrey Zients）在 2021 年 4 月 14 日表示：私人與非營利部門有在考慮使用疫苗接種證明作為管制出入工

³⁴ 一般俗稱疫苗護照（vaccine passport）本質上是疫苗接種證明，原本使用於國際旅遊目的，使已接種疫苗旅客入境時可以免除一段時間的隔離或居家檢疫負擔。不過在大眾媒體上，目前疫苗護照概念也可延伸到作為國內通行證。

³⁵ 劉光博，新冠病毒疫苗“自願接種”原則不可廢，澎湃新聞，2021 年 7 月 13 日，<https://news.sina.com.cn/c/2021-07-13/doc-ikqcfnc6633095.shtml>。

具，但為保護美國人隱私與權利，避免系統不公平使用，美國不會建置聯邦疫苗資料庫，不會有聯邦命令要求每個人攜帶疫苗接種證明³⁶。美國許多州為了尊重隱私、禁止歧視，紛紛使用立法或行政命令禁止疫苗護照。大多數州禁止疫苗護照規定只適用於政府機關，不適用於民間企業。不過，也有少數州的疫苗護照禁令適用於政府機關與民間企業，如羅里達州、阿拉巴馬州、德州³⁷等。

根據疫苗接種資訊或疫苗護照作為通行證，等於是把人群分為已接種者與未接種者二類，前者擁有完整通行權，但後者的通行權受到剝奪。如果政府強制在國內推行疫苗護照作為通行證，為免於不當侵害平等權，本文建議應搭配適當條件（例如僅限於特定場所），或允許某些豁免事由，例如個人體質不適合接種者仍應享有平等通行權利。如果政府根據疫苗護照禁止未接種者出入公共場所或政府機關洽公，可能涉嫌過度侵害人身自由及平等權。此外，弱勢族群或社會邊緣人也可能是最沒有機會接種疫苗的人（疫苗孤兒），一旦政府強制執行疫苗護照作為公共場所通行證，或使用行動裝置連結電子化疫苗護照，弱勢族群、邊緣人士、少數人種將可能受到不公平待遇。³⁸

其次，疫苗接種資訊本質上是敏感性個人資料，使用疫苗護照作為通行證自然也涉及隱私權爭議。事實上，接種疫苗的目的是使

³⁶ The White House Briefing Room, *Press Briefing by White House COVID-19 Response Team and Public Health Officials* (April. 14, 2021, 11:12 AM), <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/press-briefings/2021/04/14/press-briefing-by-white-house-covid-19-response-team-and-public-health-officials-28/>.

³⁷ Elliott Davis, *These States Have Banned Vaccine Passports*, U.S. NEWS & WORLD REPORT (June 1, 2021), <https://www.usnews.com/news/best-states/articles/which-states-have-banned-vaccine-passports>.

³⁸ Ignacio Cofone, *Immunity Passports and Contact Tracing Surveillance*, 24 STAN. TECH. L. REV. 176, 222-223 (2021); Lawrence O Gostin et al., *Digital Health Passes in the Age of COVID-19: Are “Vaccine Passports” Lawful and Ethical?*, 325 JAMA. 1933, 1934 (2021).

未感染者產生抗體，除了接種疫苗者之外，曾經感染 COVID-19 者也會有抗體。所以一旦政府執行疫苗護照作為通行證，必須允許曾經感染者與接種疫苗者有相同待遇才能符合科學。所以為了執行疫苗護照政策符合科學及公平，曾經感染 COVID-19 人士有權利也有義務揭露自身曾經感染病歷事實，但如此一來可能過度侵害感染者隱私權。此外，如果執行電子化疫苗護照，也可能衍生各種個人資料保護及隱私問題，例如資料正確性、追蹤足跡、資料外洩等。

根據本文以上分析可知，雖然疫苗護照可以藉由選擇性管制人群流動達成防疫目的，但是另一方面卻會衍生諸多平等、隱私問題，為了解決平等、隱私問題反而需要耗費大量行政資源，乃至於衍生社會爭議或抗爭。一方面，就個別私人產業而言，疫苗護照作為通行證或許具有經濟效益。另一方面，只有疫情極端嚴峻時在國內強制使用疫苗通行證才有效益且合乎比例原則，否則政府在公共空間或大眾運輸強制推動疫苗通行證，在經濟效益及人權考量方面不一定是最佳作法。

參、職場接種疫苗法律問題

一、雇主可依法推行勞工自願接種疫苗政策

在臺灣，勞資關係與勞工衛生安全事項的準據法，主要是勞動基準法與職業安全衛生法、勞工健康保護規則，而這些法律、命令並沒有直接、具體授權雇主可以命令要求勞工接種疫苗。不過，根據現行法某些預防職業災害規定，雇主推行勞工自願接種疫苗屬於合法行為。

首先，如果勞工因執行職務而接觸特定或不特定感染者，從而感染 COVID-19 者，根據職業安全衛生法施行細則第 6 條：「指隨作業活動所衍生，於勞動上一切必要行為及其附隨行為而具有相當因果關係者」，可以認為勞工值勤感染 COVID-19 屬於職業災害。由於法律規定的職業災害定義，是採取勞動行為相當因果關係標準，而不是採取身分標準，因此認定感染疾病屬於職業災害不限於醫事人員，其他職業、身分勞工也可適用。

其次，勞動基準法第 8 條前段規定：「雇主對於僱用之勞工，應預防職業上災害，建立適當之工作環境及福利設施。」而職業安全衛生法第 6 條第 1 項第 12 款規定：「雇主對下列事項應有符合規定之必要安全衛生設備及措施：十二、防止動物、植物或微生物³⁹等引起之危害。」因此，雇主為保護勞工免於染疫職業災害，推行勞工接種疫苗政策屬於合法「必要安全衛生措施」。甚至在特定勞動領域（如醫療保健服務業），勞工值勤接觸感染者風險機率高於一般人，勞工有權請求雇主提供疫苗接種，⁴⁰如勞工因未接種疫苗而感染疾病，可認定雇主有過失，但雇主有正當理由者（如疫苗缺貨、政府法令政策限制、勞工拒絕接種……等）可免除過失責任。⁴¹

³⁹ COVID-19 的病原體是新型冠狀病毒（SARS-CoV-2）。至於「病毒」是否屬於「生物」或「微生物」？在科學上有不同意見。由於病毒必需依賴宿主才能表現生物活動與繁衍，無法獨立表現生物性質與繁衍，從這個觀點而言「病毒」不屬於「生物」或「微生物」。不過，本文建議職業安全衛生法「微生物」定義採取廣義解釋而可以包含病毒，因此新型冠狀病毒屬於職業安全衛生法所規定之「微生物」。由於立法文字常用簡潔方式定義，而絕大多數立法委員並非專業生物學家，因此認為立法者根據「一般人理解方式」使用「微生物」名詞包含細菌、真菌、病毒等，應該是合理的文意解釋。

⁴⁰ 職業安全衛生設施規則第 297 條之 1 第 2 項：「前項預防措施於醫療保健服務業，應增列勞工工作前預防感染之預防注射等事項。」

⁴¹ 民法第 184 條第 2 項：「違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負賠償責任。但能證明其行為無過失者，不在此限。」

二、在臺灣原則上未接種疫苗勞工有權進入職場工作

基於憲法第 8 條人身自由權，以及法律沒有授與雇主強制接種公權力，當然企業雇主無權強制勞工接種疫苗。不過，雇主可否禁止未接種疫苗勞工進入職場工作，然後以勞工「曠職」、「曠工」、「違反勞動契約或工作規則」等理由懲處勞工或解僱勞工？

以美國法律為例，美國公平就業機會委員會（Equal Employment Opportunity Commission, EEOC）2021 年 9 月 9 日公告準則 K 認為，根據美國 1964 年民權法第七章（Title VII of the Civil Rights Act of 1964），以及 1990 年美國身心障礙者法（Americans with Disabilities Act of 1990），如果雇主遵守合理調整（reasonable accommodation）規定避免就業歧視，則可以要求勞工必須接種疫苗才能進入職場工作。而未接種受僱人基於身心障礙或宗教信仰，可要求雇主提供合理調整，例如以戴口罩、保持距離、調整輪班、定期篩檢、遠距工作（telework）等方式替代接種疫苗。如果欠缺正當理由，雇主接種要求對身心障礙、族群、膚色、宗教、性別、出生國、年齡、基因資訊產生差別待遇則不合法。⁴²

雖然美國法律一方面有條件允許雇主要求勞工接種疫苗，但是另一方面也課予雇主合理調整義務，也必須避免勞工興訟主張就業歧視。因此美國雇主強迫勞工接種疫苗有其法令遵循負擔與風險，不一定是最佳人力資源政策，相較之下使用疫苗假、接種獎金鼓勵等柔性方式可能是比較好作法。例如，在美國某些人士基於宗教理由反對接種疫苗，如果雇主推行接種疫苗政策抵觸勞工宗教信仰便

⁴² U.S. Equal Employment Opportunity Commission, *What You Should Know About COVID-19 and the ADA, the Rehabilitation Act, and Other EEO Laws* (Dec. 14, 2021), <https://www.eeoc.gov/wysk/what-you-should-know-about-covid-19-and-ada-rehabilitation-act-and-other-eeo-laws>.

可能構成違法。為減輕雇主接種政策法律負擔，便有論者提議應放寬美國就業平等相關法律解釋標準，免除雇主提供宗教合理調整義務，以便雇主維護職場安全衛生。⁴³

在 2021 年 7 月下旬，鑑於 COVID-19 Delta 變種病毒造成美國確診人數上升，美國一些大型高科技公司也開始要求員工返回辦公室前必須接種疫苗，例如 Google 與 Facebook。⁴⁴不過 Google 執行長 Sundar Pichai 表示，對於不願接種疫苗員工，會給予在家工作（Work From Home, WFH）選項直到 2021 年底。⁴⁵不過另一方面，2020 年各國企業因應疫情普遍推行在家工作，有越來越多勞工在家工作但並未減少企業生產力。而在家工作有助於員工兼顧工作與家庭生活，或者有利於員工可以遷住郊區降低購屋、租屋成本而提升生活品質。當資訊網路科技更加發達，在家工作成為職場重要趨勢後，企業要求員工到職場提供勞務的客觀需求正在縮減，因此企業強制勞工施打疫苗進入職場是否有合理性、必要性？應取決產業、公司營業性質個別判斷，不宜一概預設有合理性、必要性。

而在臺灣，現行勞工法律並未明文規定勞工必須接種疫苗，或勞工拒絕接種疫苗屬於「對於所擔任之工作確不能勝任」（勞動基準法第 11 條第 5 款）或「違反勞動契約或工作規則」（勞動基準法第 12 條第 1 項第 4 款），而法律並未授權雇主可以拒絕未接種勞工

⁴³ Mary-Lauren Miller, *Inoculating Title VII: The “Undue Hardship” Standard and Employer-Mandated Vaccination Policies*, 89(5) FORDHAM L. REV. 2305, 2336.(2021).

⁴⁴ Heather Kelly & Gerrit De Vynck, *Google and Facebook to Require Vaccinations for In-Office Employees, Paving the Way for Rivals to Follow*, THE WASHINGTON POST (Jul. 28, 2021, 7:46 PM), <https://www.washingtonpost.com/technology/2021/07/28/google-office-vaccinate/>.

⁴⁵ Sundar Pichai, *Vaccines and Our Return-to-Office Plans* (Jul. 28, 2021), <https://www.blog.google/inside-google/company-announcements/vaccines-and-our-return-to-office-plans>.

進入職場工作。如本文先前所述，目前僅臺北市、高雄市強制要求醫療機構人員接種，而臺灣中央政府僅針對社區型長照機構、幼兒園、托嬰中心等特定產業要求員工疫苗接種率 80%，此外其他產業並未受政府法令要求員工接種疫苗。除以上特定產業之外，為促進勞資和諧，當雇主有意在企業內推動勞工接種疫苗政策，對於個人因素不願接種疫苗勞工，不宜給予人事懲處、違反勞工意願調動工作、終止契約，或給予其他不利待遇等。而勞動部則在 2021 年 7 月 23 日表示：「如指揮中心未對特定行業之從業人員明定須接種疫苗者，雇主即不得強迫勞工施打疫苗，亦不得因勞工未配合施打而拒絕其提供勞務。」⁴⁶

此外，就業服務法第 5 條第 1 項規定：「為保障國民就業機會平等，雇主對求職人或所僱用員工，不得以種族、階級、語言、思想、宗教、黨派、籍貫、出生地、性別、性傾向、年齡、婚姻、容貌、五官、身心障礙、星座、血型或以往工會會員身分為由，予以歧視；其他法律有明文規定者，從其規定。」如果勞工基於宗教理由拒絕接種疫苗而遭受雇主不利差別待遇，雇主是否成立宗教歧視？本文認為，如果在個案中，拒絕接種疫苗屬於勞工所屬宗教的重要價值觀，即便雇主沒有直接針對勞工宗教信仰本身給予不利差別待遇，但接種疫苗將導致勞工宗教信仰衝突及精神痛苦者，雇主強求勞工接種疫苗可能成立宗教就業歧視。當然，因世界各宗教教義差異甚大，判斷宗教就業歧視是否成立應根據個案而定。而勞工主張雇主有宗教歧視行為時，因宗教屬於個人內心精神活動，原則上應由勞工負舉證責任，證明其宗教信仰之真實性。

⁴⁶ 雇主得否要求勞工接種疫苗後，始得提供勞務？，勞動部勞動條件及就業平等司，2021 年 7 月 23 日，https://www.mol.gov.tw/topic/44761/45003/45004/48252/51852/?fbclid=IwAR0dA_6DN_gYxdd3kLzjdSiNln6ucUVcV4zeGiblcDorHOZLwaC5EjJlgdo。

最後值得研究者，雇主為提升所屬勞工疫苗接種率，可否提供獎金、獎品或其他經濟利益作為誘因？原則上，針對接種疫苗勞工給予獎金或經濟利益不涉及強迫者，並未侵害勞工權利而屬於合法。不過，如果雇主對於配合接種疫苗勞工給予獎金，不配合接種疫苗勞工沒有獎金，而獎金數額過高，有無領取接種獎金實質上屬於不當薪資差別待遇，則可能違反就業服務法第 5 條第 1 項而構成就業歧視。

三、勞工未接種疫苗是否對客戶或其他勞工成立侵權行為？

雖然勞工擁有身體自主權，可拒絕政府或雇主提供接種疫苗機會，不過如果勞工因為沒有接種疫苗而感染疾病，並進一步導致客戶、同事感染疾病，未接種者是否應負擔侵權行為責任？是否會連累雇主負擔民法第 188 條僱用人連帶責任？在職場上雇主會擔憂，當勞工未接種疫苗，除了勞工染疫請假增加人事成本之外，萬一染疫勞工傳染疾病給其他勞工或客戶，受感染者向雇主請求賠償，可能使雇主蒙受重大損失。以上雇主的責任擔憂是否可能實現？根據負面思考的法律解讀方式，勞工個人未接種疫苗會導致其他勞工或客戶染疫向雇主索賠，這種不配合接種政策的勞工，可能被雇主視為企業內部害群之馬。不過根據嚴謹法律推理思考，本文認為這種雇主擔憂並不合理。

在法理上，雇主負擔民法第 188 條僱用人連帶責任的前提，是受僱人的行為成立侵權行為。但是未接種疫苗者傳染疾病給予他人，在本質上並非當然成立不法侵權行為。未接種疫苗者在未染病時是健康人，健康人本身就享有憲法第 8 條人身自由權，任何人不得干涉健康人從事合法行為。至於健康人感染疾病之後，如果確實

造成他人感染疾病，其實原則上不易成立侵權行為，只有少數例外有限情況下才可能構成侵權行為。

首先，病人故意傳染細菌或病毒於他人，確實構成犯罪行為。例如刑法第 192 條第 2 項「以他法散布病菌，致生公共危險者」；或是傳染病防治法第 62 條：「明知自己罹患第一類傳染病、第五類傳染病或第二類多重抗藥性傳染病，不遵行各級主管機關指示，致傳染於人者，處三年以下有期徒刑、拘役或新臺幣五十萬元以下罰金。」（COVID-19 屬於第五類傳染病）⁴⁷但是在一般職場環境，正常勞工幾乎不可能故意傳播疫情。如果有客戶或勞工企圖指控某勞工「明知」、「故意」傳播疫情，在法律訴訟上很難成功舉證被告從事故意侵權行為，雇主也不至於因此負擔僱用人連帶責任。

其次，如果有客戶或勞工企圖指控某勞工「過失」傳播疫情，在法律上也不易成功舉證被告有過失侵權行為。例如，受感染者如何證明有客觀因果關係？事實上，人類得到傳染病的管道相當多元，除了在營業場所之外，在大眾交通、公共空間甚至個人住家都可能接觸細菌、病毒。況且以 COVID-19 為例，根據既有的接種歷史可以發現，接種疫苗者也可能染病，接種疫苗者染病至發病期間內屬於「無症狀感染者」。除非政府疫情調查能排除其他感染源，染疫者要證明特定未接種疫苗者就是傳染疾病管道，在客觀因果關係上不易成功舉證。此外，在主觀層面「過失」要件而言，如果未接種疫苗者已經遵守防疫機關各項政令指示及職場相關安全衛生規定，例如洗手、戴口罩、消毒營業場所器材、定期篩檢或健康檢查等，則可認為行為人已經盡到相當注意義務，原告也不易舉證行為人違反法定注意義務或成立過失。因此，既然不易舉證未接種疫苗

⁴⁷ 衛生福利部中華民國 109 年 1 月 15 日衛授疾字第 1090100030 號公告，新增「嚴重特殊傳染性肺炎」為第五類法定傳染病。

勞工在客觀因果及主觀過失上傳播疫情，雇主負擔僱用人連帶責任的機率不高。

總而言之，人民因為疫情被迫改變生活工作型態承受種種不便，乃至於社會經濟活動萎縮造成個人財務短缺壓力，這些生活不便與壓力容易促發大眾對於接種疫苗賦予高度期望，並將不安、憤怒投射到未接種者。但事實上，接種疫苗不能百分之百絕對避免感染，接種疫苗者不一定能對變種病毒免疫，接種疫苗者可能成為無症狀感染者，社會大眾與雇主不宜將未接種者妖魔化。

四、勞工發生疫苗不良反應法律後果

為控制 COVID-19 疫情，當今世界各國政府積極採購 COVID-19 疫苗免費供應國民接種。凡是符合政府接種計畫資格國民，都有權利接種政府公費疫苗。鑑於勞工在私人住家、社交場所也可能感染疾病，如果勞工為避免私生活染疫風險，自主配合政府政策主動接種疫苗，並非應雇主要求或因職業需要而接種疫苗，一旦發生疫苗不良反應傷害，因為這是勞工私生活上的個人自我決定與雇主無關，所以雇主不用負擔補償或賠償責任。不過，如果勞工本人原本無意接種疫苗，是因雇主要求或基於職業需要而接種疫苗，當勞工接種疫苗後發生不良反應傷害，則雇主應負補償義務，或依情形負損害賠償責任。

（一）職業災害補償

如前所述，勞工因值勤而染疫屬於「職業災害」。根據職業安全衛生法施行細則第 6 條：「指隨作業活動所衍生，於勞動上一切必要行為及其附隨行為而具有相當因果關係者」，都屬於職業災

害。當勞工因雇主要求或基於職業需要而接種疫苗，一旦發生接種疫苗不良反應導致「死亡、失能、傷害或疾病」，也應認為屬於「職業災害」，雇主應依照勞動基準法相關規定，對受害勞工給予補償。

由於提供職業災害補償對於企業構成一定財務負擔，雇主一旦決心命令所屬勞工接種疫苗，除了預期正常營業收益之外，也應當事前有心理準備，將勞工疫苗傷害相關職業災害補償費用列入營運成本考量。由成本效益觀點計算，當雇主要求勞工接種疫苗的利益高於成本，便屬於有效率的人力資源管理決策；反之，如果雇主推動勞工接種疫苗政策的成本高於利益，就不是有效率的決策。事實上，職場不推行疫苗接種政策時，雇主可能因勞工染疫而支付職業災害補償，或因群聚感染導致停工停業損失；反之，在職場推行疫苗接種政策時，雇主可能因勞工疫苗傷害而支付職業災害補償，但可因正常營業獲得收入。雇主可以精算哪一方面成本比較低或效益比較高，選擇對企業與全體勞工最有利措施。

（二）雇主賠償責任

以世界各國與臺灣對抗 COVID-19 疫情為例，政府積極採購疫苗免費供應人民接種，如果接種者因為公費疫苗品質不良受到傷害，原則上應由政府或疫苗廠商負擔損害賠償責任，但國家立法有免責規定者，政府、廠商可不用負擔賠償責任。此外，施打疫苗屬於醫療行為或醫療輔助行為，必須由醫師或護理人員⁴⁸執行。一般雇主並非醫療機構，所屬勞工有接種疫苗需求者，可以由勞工個人

⁴⁸ 傳染病防治法第 28 條第 1 項：「主管機關規定之各項預防接種業務、因應疫情防治實施之特定疫苗管理、使用及接種措施，得由受過訓練且經認可之護理人員施行之，不受醫師法第二十八條、藥事法第三十七條及藥師法第二十四條規定之限制。」

到醫療機構或政府指定場所接種，或由雇主安排醫護人員到企業內為勞工接種。根據以上分析可知，臺灣勞工因接種政府公費疫苗受害時，疫苗品質不良責任應由政府承擔，而不當施打疫苗行為的責任應由醫事人員、醫療機構或防疫主管機關承擔。⁴⁹雇主配合政府公共衛生防疫計畫，原則上是依法令之行為（刑法第 21 條第 1 項參照）且不具有過失，不必承擔疫苗所引發賠償責任。

不過，如果勞工原本體質不適合接種疫苗，但屈服於雇主不當逼迫而接種疫苗，一旦勞工接種後發生疫苗傷害時，本文認為雇主視情況可能成立過失侵權行為責任。以 COVID-19 疫苗為例，施打疫苗前應先由醫師進行接種評估，⁵⁰當發現個人不適合接種則不應施打疫苗。如果醫師因過失未善盡評估義務，或者醫護人員施打疫苗劑量錯誤，⁵¹導致疫苗接種者受害，首先應由醫護人員負擔過失侵權行為責任，或由政府承擔國家賠償責任。但雇主可否將責任完全轉嫁醫護人員？可否主張如果醫護人員善盡注意義務則不會發生疫苗傷害，因此雇主要求勞工接種疫苗與傷害之間沒有相當因果關係，也不具有過失？

事實上，COVID-19 疫苗是人類醫學史上全新產品，甚至某些廠商使用突破性新技術生產疫苗，全世界醫师生平第一次使用這些新疫苗，對於疫苗接種前評估及使用後果尚未累積充分經驗。由 2021 年臺灣接種 COVID-19 疫苗實務可知，醫護人員必須在短期

⁴⁹ 何建志（註 17），頁 84-96。

⁵⁰ 衛生福利部疾病管制署，阿斯特捷利康 COVID-19 疫苗接種須知，2021 年 6 月 12 日，<https://www.cdc.gov.tw/Uploads/f8fe00d4-c8e3-409c-9b43-522fcf0d1176.pdf>；衛生福利部疾病管制署，莫德納 COVID-19 疫苗接種須知，2021 年 6 月 12 日，<https://www.cdc.gov.tw/File/Get/HD0j-ebNKoLHto1MwabGDw>。

⁵¹ 例如 2021 年 9 月 27 日，新北市三峽恩主公醫院人員於鶯歌區接種站施打輝瑞-BNT 疫苗時，涉及醫療作業疏失，導致 25 位民眾施打「未經稀釋的疫苗原液」。見曾佳俊，驚！新北 25 人注射「BNT 未稀釋原液」恩主公醫院暫停施打一周接受調查，蘋果日報，<https://tw.appledaily.com/local/20210928/RSJSCL6SEZFB3MZ7IK5EXFZ54Y/>。

內為大量人口施打疫苗，因此本文認為不一定能期待所有醫師有充分時間、能力為每一位民眾詳盡檢查及評估接種適應性。⁵²而各種廠牌疫苗注射方式不同，特定新疫苗操作施打程序相當複雜，醫護人員在忙碌之餘也可能出現施打錯誤。如果勞工體質不適合接種疫苗，或勞工對當時可選擇接種疫苗之安全性有疑慮，且已經告知雇主，但因雇主不當逼迫而勉強前往接種，而雇主不當命令導致風險增加，在法律上應認為與疫苗傷害結果之間成立因果關係⁵³且具有過失。當勞工奉雇主強迫命令接種疫苗，因醫師接種評估不嚴謹或醫護人員施打程序錯誤，使疫苗結合勞工體質產生傷害，雇主與醫護人員有可能成立過失共同侵權行為，對疫苗傷害負擔連帶賠償責任。⁵⁴若雇主因不當要求勞工接種成立侵權行為時，受害者可請求雇主給付侵權行為損害賠償與職業災害補償。⁵⁵

⁵² 例如在 2021 年夏季，臺灣某些地方政府為追求接種績效而興建大型施打站，引發某些醫師憂慮：「大型接種站講求效率下，除可能影響醫院的醫療量能，耗費成本與人力，民眾預約到大型接種站，無論接種者或家屬，都有勉強接種的壓力，人都到現場了，身體不舒服，能不打嗎？」。見楊竣傑，疫苗施打成地方政府「軍備競賽」醫師憂心風險評估被低估，聯合報，2021 年 7 月 19 日，<https://vip.udn.com/vip/story/122171/5611765>。

⁵³ 關於行為人製造對法益威脅風險與因果關係，可參考最高法院 108 年度台上字第 1808 號刑事判決：「至於『客觀歸責理論』所謂製造法所不容許之危險，係指行為人之行為製造對法益威脅之風險而言，倘行為人之行為係屬降低風險（即行為客體所處之狀況因行為人之介入而改善，使其風險因之降低）、未製造法律上具有重要性之風險（即行為並未逾越社會所容許之界限，而屬日常生活之行為）或製造法律所容許之風險（即行為雖已製造法律上具有重要性之風險，但該危險被評價為適法之活動，例如：行為人遵守交通規則而駕車之行為）等情形，始在排除之列。」

⁵⁴ 最高法院 67 年台上字第 1737 號判例：「民事上之共同侵權行為（狹義的共同侵權行為，即加害行為）與刑事上之共同正犯，其構成要件並不完全相同，共同侵權行為人間不以有意思聯絡為必要，數人因過失不法侵害他人之權利，苟各行為人之過失行為，均為其所生損害之共同原因，即所謂行為關連共同，亦足成立共同侵權行為，依民法第一百八十五條第一項前段之規定，各過失行為人對於被害人應負全部損害之連帶賠償責任。」

⁵⁵ 徐婉寧，職災補償與損害賠償——以台日職業災害之雇主責任為中心，中原財經法學，34 期，169-223 頁（2015）。

五、雇主使用勞工疫苗接種資訊法律問題

(一) 原則上雇主不得蒐集現職勞工疫苗接種資訊

目前臺灣勞動法令，例如勞動基準法、職業安全衛生法、勞工健康保護規則，並沒有明文規定雇主可以蒐集勞工疫苗接種資訊。此外，本文先前指出，疫苗接種資訊屬於「醫療個人資料」，原則上只能在有限法定條件下，由醫療機構、主管機關蒐集、處理或利用。但是一般企業雇主並非醫療機構或政府主管機關，因此雇主原則上無權要求勞工提供疫苗接種資訊。

(二) 原則上雇主不得蒐集求職者疫苗接種資訊

當雇主為了追求企業內高度接種率，在招募新聘員工時，可否只聘用已接種者？而雇主為了判斷新聘勞工有無接種疫苗，在招募程序中可否命令求職者提供接種證明？以美國為例，達美航空（Delta Air Lines）在 2021 年 5 月 17 日開始要求新聘勞工原則上必須接種疫苗，但既有勞工不必強迫接種疫苗。⁵⁶關於雇主在法律上能否向求職人要求提供特殊健康資訊？2008 年美國基因資訊無歧視法（The Genetic Information Nondiscrimination Act of 2008）明文禁止雇主蒐集求職人基因資訊，但由於接種資訊並非基因資訊，因此不在本法禁止之列。

至於在臺灣，就業服務法第 5 條第 2 項規定：「雇主招募或僱用員工，不得有下列情事：二、違反求職人或員工之意思，留置其國民身分證、工作憑證或其他證明文件，或要求提供非屬就業所需

⁵⁶ Staff Writer, *Delta to Require New Hires in the U.S. to be Vaccinated against COVID-19*, DELTA NEWS HUB, (May. 14, 2021, 11:00 AM), <https://news.delta.com/delta-require-new-hires-us-be-vaccinated-against-covid-19>.

之隱私資料。」在法律文義解釋上，雇主規定求職者提供接種疫苗資訊，是否屬於「要求提供非屬就業所需之隱私資料」？本文認為，除非政府法令明文要求特定產業、事業勞工接種疫苗，如醫療機構或長照機構人員，否則雇主不能規定求職者提供接種疫苗資訊。

（三）雇主履行防疫法定義務必要範圍可蒐集勞工、求職人疫苗接種資訊

根據傳染病防治法、嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例等法律授權，主管機關在疫情期間可以針對各行業發布管理命令，例如禁止營業或許可營業條件等，受管制事業雇主負有法定義務遵守主管機關防疫命令。以長期照顧產業為例，根據 2021 年 7 月 14 日衛生福利部「衛生福利機構（社區型）因應 COVID-19 防疫管理指引」，機構提供服務條件第 1 點規定整體工作人員疫苗施打率達 80%，方可提供服務。因此，社區式服務類長期照顧機構為合法營業提供服務，必須維持整體勞工疫苗施打率達 80%。雇主為統計勞工接種人數，可適用個人資料保護法第 6 條第 1 項第 2 款「非公務機關履行法定義務必要範圍」，可合法蒐集、處理或利用勞工或求職人疫苗接種資訊。

一旦雇主決定蒐集勞工疫苗接種資訊，不論是雇主依法蒐集勞工接種資訊，或勞工自願主動提供，根據個人資料保護法第 27 條第 1 項規定，雇主對於所蒐集疫苗接種資訊負有安全保存義務，雇主違反規定且未改正者，按次處新臺幣二萬元以上二十萬元以下罰鍰（個人資料保護法第 48 條第 4 款參照）。此外，勞工疫苗接種資訊遭不法蒐集、處理、利用或其他侵害當事人權利者，個人資料保護法第 29 條第 1 項推定雇主應負擔過失損害賠償責任，除非雇主能證明無故意或過失者才可以免責。根據以上法律規定可知，雇主

不宜輕率決定蒐集勞工疫苗接種資訊，否則一旦發生資訊安全或隱私保護缺失，可能遭到主管機關裁罰或受害人起訴索賠。

六、勞資雙方簽署疫苗接種協議化解爭議

2020-2021 年間 COVID-19 疫情衝擊各國經濟，因為疫情新穎性、變動性，加上疫苗安全具有某程度科學不確定性，各國政府接種疫苗法令政策經常需要因應情勢進行滾動式修正。在此複雜情形下，勞資雙方應當共體時艱一起面對環境、醫藥與法令各種議題，而非相互猜忌鬥爭。本文建議，勞資雙方可以針對職場接種疫苗議題進行協議，重點如下：

（一）對於願意配合接種疫苗勞工，雇主可以承諾給予有薪假期，便利員工如發生可預期疫苗不良反應（發燒、疲倦、肌肉酸痛等）可以安心休養；為員工購買「疫苗保險」，萬一員工發生重大疫苗傷害時可以迅速獲得一定經濟保障；雇主承諾如勞工發生重大疫苗傷害時迅速給予職業災害補償；勞資雙方可以約定合理條件下，勞工不行使或有限度行使損害賠償請求權及訴訟權，以換取雇主提供迅速職業災害補償以及有薪假期、疫苗保險乃至於接種獎金等福利。

（二）對於不願接種疫苗勞工，雇主宜採取包容性、調整性措施，例如提供在家工作選項，或雙方合意調動工作內容、職位、地點等，不宜單純根據勞工有無接種疫苗進行不當差別待遇或就業歧視。至於勞工拒絕接種疫苗的可能原因眾多，例如個人體質不適合接種疫苗（遺傳因素、正在服用特定藥物）、宗教原因、不信任疫苗安全性……等。對於這些勞工拒絕接種疫苗理由，雇主不宜視為無理取鬧。例如，經政府核准使用的疫苗，即便具有相對上安全性，但無法保證具有百分之百絕對安全性，當雇主要求勞工接種疫

苗，如果勞工發生疫苗不良反應導致死傷，試問雇主是否必須負責？當然，如果勞工堅持不願接種疫苗，雇主為保護其他勞工、客戶，也可在協議書中要求未接種疫苗勞工負擔相對義務及責任，例如勞工保證遵守其他政府防疫法令，當勞工染疫導致其他勞工、客戶權益受損向雇主流償時，勞工保證分擔雇主賠償責任等。在當代多元社會中，雇主宜包容、尊重勞工個人價值觀，而勞工也不宜堅持己見盲目抗爭，勞資雙方和諧商議面對各種風險，才是因應困難疫情最佳方案！

肆、結論

2019 新型冠狀病毒疾病（COVID-19）於 2020 年起造成全球疫情，而各國政府陸續核發緊急使用授權（EUA），讓一些新疫苗及早上市使用。由於這些新疫苗研發時間短，在真實世界使用經驗有限，關於疫苗安全仍有某些科學不確定性，以致某些民眾不願接種疫苗。而這些科學不確定性對於公共衛生政策及法律帶來了困難的挑戰。在公共衛生法及勞動法領域，目前有些重要法律爭議問題需要解決：如果人民、勞工因為疫苗安全疑慮而不願接種時，政府或雇主可否使用強制方式命令人民、勞工接種疫苗？雇主可以要求員工接種疫苗才能回職場上班嗎？或是為了公共衛生、人力資源管理目的而蒐集個人接種疫苗資訊？

COVID-19 是近百年史上首見普及全球新興特殊嚴重傳染病，而某些 COVID-19 疫苗則是採用全新 mRNA 技術生產。這些新疫情、新疫苗引發了前所未見的現象與法律問題，世界各國多缺乏明確法律規定，相關法學研究文獻不多，對各種人權議題尚未有國際共識或法學通說。本文調查研究當前各國及臺灣法令政策，提出以

下主要發現或意見：一、政府強制全民接種疫苗屬於國際少數特例，各國政府強制接種疫苗政策原則上僅適用於醫護人員或政府公務員；二、現行傳染病防治法並未授權政府以直接人身強制方式接種疫苗；三、臺灣政府可使用其他間接方法（如營業許可、行政監督考核）強制勞工接種疫苗；四、疫情未失控時政府不宜強制使用疫苗接種資訊（疫苗護照）作為國內公共場所通行證；五、除政府法令要求特定產業勞工強制接種，一般雇主無權禁止未接種疫苗勞工進入職場工作；六、如果沒有法令明確規定，原則上雇主不得蒐集、使用受僱人、求職者疫苗接種資訊，也不得根據疫苗接種資訊從事就業歧視行為；七、政府與雇主以獎勵方式取代強制接種比較符合比例原則，更有助於維持社會及勞資關係和諧。

為了回答本文所討論 COVID-19 新疫苗衍生新興法律問題，必須結合生物科技、公共衛生、醫學倫理、勞動法、個人資料保護法，進行科際整合研究。在相關法律規範不明確、法學參考文獻不足時，為因應新疫情及新疫苗所帶來急迫社會問題，本文嘗試釐清政府、雇主強制施打疫苗及使用疫苗接種資訊相關法律問題，提出學術建議。由於 COVID-19 疫情、新疫苗相關科學研究及各國法令政策正在不斷更新當中，不易在短期間內形成法律通說或定論。本文屬於公共衛生法學、勞動法學拋磚引玉之作，如有某些不足之處亦在所難免，期盼在民主多元社會中能發揮學術言論自由善盡社會責任，帶動各界深度溝通討論，以促進社會和諧及勞資合作。此外，當前世界在生態環境、醫藥衛生、政治經濟各領域充滿變動性、複雜性、不確定性，傳統學術教育分科難以因應時代變化。藉本次 COVID-19 疫情，本文也呼籲法學界重視多元價值與法律科際整合教育，使法律人能迅速回應國家社會重要議題，維護當代人民自由權利！

參考文獻

- 何建志 (2010)，台灣 H1N1 疫苗接種後不良反應事件之因果關係：科學不確定性與法律舉證責任，*法律與生命科學*，4 卷 1 期，頁 1-22。
- 何建志 (2018)，公費疫苗法制解析與重構——科學不確定性下自主與公衛之平衡，臺北：元照。
- 邱玫惠 (2011)，由美、日經驗檢討我國預防接種救濟制度：從 H1N1 新型流感疫苗談起，*臺大法學論叢*，40 卷 2 期，頁 629-705。
- 徐婉寧 (2015)，職災補償與損害賠償——以台日職業災害之雇主責任為中心，*中原財經法學*，34 期，頁 169-223。
- Angel Y., Spitzer A., Henig O., Saiag E., Sprecher E., Padova H., & Ben-Ami R. (2021). Association Between Vaccination with BNT162b2 and Incidence of Symptomatic and Asymptomatic SARS-CoV-2 Infections Among Health Care Workers. *The Journal of the American Medical Association*, 325:2457-2468.
- Aschwanden, C. (2021). Five Reasons why COVID Herd Immunity is Probably Impossible. *Nature*, 591:520-522.
- Bozkurt, B., Kamat, I., & Hotez, P.J. (2021). Myocarditis with COVID-19 mRNA Vaccines. *Circulation*, 144:471-484.
- Cofone, I. (2021). Immunity Passports and Contact Tracing Surveillance. *Stanford Technology Law Review*, 24:176-236.
- Gostin, L.O., Cohen, G., & Shaw, J. (2021). Digital Health Passes in the Age of COVID-19: Are “Vaccine Passports” Lawful and Ethical? *The Journal of the American Medical Association*, 325:1933-1934.
- Miller, M.L. (2021). Inoculating Title VII: The “Undue Hardship”

Standard and Employer-Mandated Vaccination Policies. *Fordham Law Review*, 89:2305-2337.

Mungwira, R.G., Guillard, C., Saldaña, A., Okabe, N., Petousis-Harris, H., Agbenu, E., Rodewald, L., & Zuber, P.L.F. (2020). Global Landscape Analysis of No-fault Compensation Programmes for Vaccine Injuries: A Review and Survey of Implementing Countries, *PLoS One*, 15: e0233334.

Pavord, S., Scully, M., Hunt, B.J., Lester, W., Bagot, C., Craven, B., Rampotas, A., Ambler, G., & Makris, M. (2021). Clinical Features of Vaccine-Induced Immune Thrombocytopenia and Thrombosis. *New England Journal of Medicine*, 385: 1680-1689.

Rosenberg, E.S., Holtgrave, D.R., Dorabawila, V., Conroy, M., Greene, D., Lutterloh, E., Backenson, B., Hofer, D., Morne, J., Bauer, U., & Zucker, H.A. 2021. New COVID-19 Cases and Hospitalizations Among Adults, by Vaccination Status - New York, May 3-July 25, (2021). *Morbidity and Mortality Weekly Report*, 70:1150-1155.

Tang, L., Hijano, D.R., Gaur, A.H., Geiger, T.L. Neufeld, E.J., Hoffman, J.M., & Haydn, R.T. (2021). Asymptomatic and Symptomatic SARS-CoV-2 Infections After BNT162b2 Vaccination in a Routinely Screened Workforce. *The Journal of the American Medical Association*, 325:2500-2502.

Wise, J. (2021). Covid-19: France and Greece Make Vaccination Mandatory for Healthcare Workers. *British Medical Journal*, 374:1797.

恩慈療法在我國與國際之法制比較

李崇信*

目次

- 壹、議題背景
- 貳、我國相關法規與適用競合
- 參、恩慈療法之外國法制
 - 一、美國制度
 - 二、歐盟制度
 - 三、日本制度
- 肆、法政策考量因素與建議

投稿日期：2021/10/12；接受刊登日期：2021/11/24

* 現職：臺北醫學大學醫療暨生物科技法律研究所教授，衛生福利政策研究中心副主任。

聯絡方式：lee2013@tmu.edu.tw

摘要

自 2020 年以來，COVID19 疫情蔓延全球，不僅造成百萬人死亡，確診病患人數更是難以估計。截至 2021 年前半尚無有效可治療確診病患之藥物，因此藉由細胞治療此一新療法來治療 COVID19 病患乃成值得研究之議題。

關於細胞治療用於恩慈療法或緊急授權使用之議題，涉及我國多項法規，至少包括如下：

1. 醫療法第 78、79 條的人體試驗規範
2. 醫療法授權訂定之人體試驗管理辦法上有關恩慈療法規範
3. 醫療法第 62 條第 2 項授權訂定特管辦法上之細胞治療申請核准
4. 藥事法第 48-2 條之緊急重大醫療需求可申請藥品專案進口

恩慈療法並非在世界各國有長久歷史之制度，除了美國從 1987 年開始有制度化的管道外，歐盟及日本都是近年來才加以法制化。另一方面，細胞治療亦是新興醫療技術中具高度治理困難之議題，各國制度皆尚在摸索中。

本文擬對恩慈療法（compassionate use）之主題，分別簡述美國、歐盟、日本目前之制度化模式。提供我國規範應考量之三個面向，主要是恩慈療法之適用範圍與條件、細胞治療之技術特性與管制模式、緊急醫療需求之因應方式。分別說明應考量之問題點，並同時納入台灣特殊治理情境之考量，建議相關法規修訂之政策方向。

關鍵字：恩慈療法、細胞治療、緊急授權使用、人體試驗、醫療法、藥事法、特管辦法

Comparative Study on Compassionate Treatment

Lee, Chung-Hsi *

Abstract

The main concerns of this article came from the COVID19 pandemic, in which many patients needed cell therapy to repair their damaged lungs. For the cell therapy is lack of sufficient clinical evidence, these treatments are considered experimental treatments. However, Taiwan's medical law is quite unclear about the pathway of applying expanded access to drug or treatment. This article analyzed the related laws and regulations, including Medical law, Pharmaceutical Law, Human Subject Experiment Regulation, etc., and proposed how to clarify the regulatory pathway in order to counter the pandemic or other emergency.

Keywords: Compassionate use, cellular therapy, Emergency Use Authorization, Emergency Use Authorization, Medical Care Act, Pharmaceutical Affairs Act

* Ph.D in Law of National Taiwan University, Professor in Graduate Institute of Health and Biotechnology Law at Taipei Medical University, Deputy director of TMU Research Center of Health and Welfare Policy

壹、議題背景

自 2020 年以來，COVID19 疫情蔓延全球，不僅造成百萬人死亡，確診病患人數更是難以估計。截至 2021 年前半尚無有效可治療確診病患之藥物，因此藉由細胞治療此一新療法來治療 COVID19 病患乃成值得研究之議題。在國際上已有上百家業者進行將細胞治療應用於 COVID19 病患治療之試驗案，其主要分為兩類，一是以幹細胞於人體中可分泌大量細胞生長因子、血管生成素-1、前列腺素 E2 和其他營養細胞因子用以調節肺內皮細胞通透性、促進內皮修復及減少發炎反應，可以用來減輕肺部急性呼吸窘迫症候群（Acute Respiratory Distress Syndrome, ARDS）患者的身體傷害；另一是以經基因修飾之免疫細胞，主要是為嵌合抗原受體（Chimeric Antigen Receptor T cell, CAR）T 細胞或自然殺手（Natural Killer cell, NK 細胞），透過功能更強大的基因修飾之免疫細胞一舉消滅於體內的病毒¹。在台灣同樣有多家醫院已經與細胞治療產品公司合作，申請此一特殊之治療方式²。根據報載多稱此為 COVID19 病患之細胞治療恩慈療法，然而恩慈療法依法應以附屬計畫形式申請，因此必須先有進行中之人體試驗計畫案才有附屬計畫。以幹細胞治療 COVID19 病患通常不會先有人體試驗計畫存在，因為疫情是突發性的，不在相關業者原本規劃之申請中。另

¹ 王意婷，全球細胞治療產業於 COVID-19 治療發展現況，經濟部技術處網站，2021 年 8 月 25 日，https://www.moea.gov.tw/MNS/doi/industrytech/IndustryTech.aspx?menu_id=13545&it_id=378。

² 因應此次疫情之醫藥品緊急開發需求，醫藥品查驗中心於 2020 年 4 月成立了「CDE can Help：COVID-19 專案法規科學輔導計畫」，協助解決業者之法規阻礙，加入能因應疫情的新醫藥品提供使用。詳見葉嘉欣等，CDE can Help：新形態法規科學輔導與評估，財團法人醫藥品查驗中心網站，2021 年 6 月 10 日，https://www.cde.org.tw/news/news_more?id=254。

方面亦有業者呼籲政府應考慮比照檢測試劑、疫苗等產品採取緊急授權（類似美國 EUA）方式核准使用，然而我國緊急授權法制乃是規定於藥事法，該制度是否合適用於細胞治療此種兼具新療法與新產品性質的審核，亦非無疑問。因此從法規角度言，此事件衍生出我國的恩慈療法制度、細胞治療管理、緊急狀況因應等多面向的制度檢討必要，乃做此法規面之盤點分析，以利後續制度建議。

貳、我國相關法規與適用競合

關於細胞治療用於恩慈療法或緊急授權使用之議題，涉及我國多項法規，至少包括如下：

1. 醫療法第 78、79 條的人體試驗規範³。
2. 醫療法授權訂定之人體試驗管理辦法上有關恩慈療法規範⁴。

³ 醫療法第 78 條：「為提高國內醫療技術水準或預防疾病上之需要，教學醫院擬定計畫，報請中央主管機關核准，或經中央主管機關委託者，得施行人體試驗。但學名藥生體可用率、生體相等性之人體試驗研究得免經中央主管機關之核准。

非教學醫院不得施行人體試驗。但醫療機構有特殊專長，經中央主管機關同意者，得準用前項規定。

醫療機構施行人體試驗應先將人體試驗計畫，提經醫療科技人員、法律專家及社會公正人士或民間團體代表，且任一性別不得低於三分之一之人員會同審查通過。審查人員並應遵守利益迴避原則。

人體試驗計畫內容變更時，應依前三項規定經審查及核准或同意後，始得施行。」

醫療法第 79 條第 1 項：「醫療機構施行人體試驗時，應善盡醫療上必要之注意，並應先取得接受試驗者之書面同意；接受試驗者以有意思能力之成年人為限。但顯有益於特定人口群或特殊疾病罹患者健康權益之試驗，不在此限。」

⁴ 醫療法第 79 條之 1：「除本法另有規定者外，前二條有關人體試驗之申請程序、審查作業基準及利益迴避原則、資訊揭露、監督管理、查核、其他告知內容等事項，由中央主管機關定之。」

人體試驗管理辦法第 3 條之 1 第 1、2 項：「醫療機構為治療危及生命或嚴重失能，且國內尚無具有療效之藥品、醫療器材或醫療技術可資適用之特定病人，得就經中央主管機關核准，且累積相當安全數據之人類細胞治療人體試驗，擬

3. 醫療法第 62 條第 2 項授權訂定特管辦法上之細胞治療申請核准⁵。
4. 藥事法第 48 條之 2 之緊急重大醫療需求可申請藥品專案進口⁶。

以下分別說明這幾項法規之規範競合關係以及其在此次 COVID 病患治療上之可能影響：

現行恩慈療法規定於人體試驗管理辦法，而該管理辦法又是依據醫療法上人體試驗之規定而訂定，所以恩慈療法變成與人體試驗必然結合。沒有人體試驗就沒有恩慈療法申請空間，此乃基於該辦法規定恩慈療法必須以附屬計畫方式為之。此外，該辦法所定義之恩慈療法僅限於細胞治療相關治療，因此若不涉細胞治療之恩慈療法，亦即在臨床試驗中的新藥想讓收案對象外的病患使用該新藥，就不是該管理辦法中之恩慈療法所能適用。此點與國外所謂恩慈療法明顯不同，國外主要針對試驗中新藥的例外提供收案對象外使用。依據我國目前相關法律，此種情形較可能適用藥事法第 48 條之 2 第 1 項第 1 款的緊急專案進口。由此可見，這裡有兩個與恩慈

訂附屬計畫，連同已核准之原人體試驗計畫影本，依本法第七十八條第三項規定審查通過後，向中央主管機關申請核准使用於符合相當適應症而未能符合原人體試驗受試者資格者。

醫療機構得向前項特定病人收取費用，不適用第十一條規定。但其收取之費額，以足資處理、製造、取得、運送或貯存該特定病人施行人類細胞治療所需藥品、醫療器材或醫療技術之費用為限。」

⁵ 醫療法第 62 條第 2 項：「為提升醫療服務品質，中央主管機關得訂定辦法，就特定醫療技術、檢查、檢驗或醫療儀器，規定其適應症、操作人員資格、條件及其他應遵行事項。」

⁶ 藥事法第 48 條之 2 第 1 項：「有下列情形之一者，中央衛生主管機關得專案核准特定藥物之製造或輸入，不受第三十九條及第四十條之限制：

一、為預防、診治危及生命或嚴重失能之疾病，且國內尚無適當藥物或合適替代療法。

二、因應緊急公共衛生情事之需要。」

類似規定在醫療器材之專案製造或輸入亦規定於醫療器材管理法第 35 條。

療法有關之途徑，一是人體試驗案的管理架構衍生的恩慈療法，其僅開放細胞治療之恩慈療法；另一是未有人體試驗案，以專案申請進口方式，不限細胞治療，且通常為一般藥品醫材之專案進口。

恩慈療法在美國主要是針對試驗中新藥的例外提供，而藥品之管理機關食品藥物管理局（Food and Drug Administration，以下簡稱 FDA）有直接管理權限，故 compassionate use 是 FDA 管理範圍（詳如後述）。而我國是從醫療法上的人體試驗規範衍生，且所開放之恩慈療法限於細胞治療。細胞治療之技術特性涉及產品與療法的整體計畫，不是單純的產品，因此管理架構明顯不同於一般藥品或醫療器材。而且我國衛福部所訂定之「特定醫療技術檢查檢驗醫療儀器施行或使用管理辦法」（以下簡稱特管辦法），已於 2018 年將細胞治療列入，亦即形成細胞治療被列管之狀況，理論上沒經過特管辦法核准者不得施行細胞治療，如此一來特管辦法與人體試驗管理辦法亦會產生適用競合問題。依據特管辦法第 3 條規定：「醫療機構施行非人體試驗之細胞治療技術，應檢具下列文件、資料，向中央主管機關申請核准後，經直轄市、縣（市）主管機關登記，始得為之……」，因此特管辦法已明確區隔人體試驗與非人體試驗目的之細胞治療操作，前者屬於醫療法其相關人體試驗管理範疇，後者才屬於特管辦法之管理範疇。因此若有業者想要將細胞治療與相關產品進行人體試驗案之申請，可以循人體試驗規範申請正式試驗案，不須按照特管辦法之管道申請核准。此又區分為醫療法上之新療法試驗，或是藥事法上之細胞製劑臨床試驗⁷，但兩者都是受人體試驗管理辦法規範，因此都可衍生出細胞治療的附屬計畫申請。如果沒有申請細胞治療人體試驗案，就不會有衍生恩慈療法機

⁷ 食藥署訂有「人類細胞治療製劑臨床試驗申請作業及審查基準」，此基準於 2013 年訂定，於 2020 年最新修訂。

會，而且細胞治療又是特管辦法管制對象，因此也不能任意施行之。

此次 COVID19 病患之細胞治療，有些是以申請主管機關核准，並取得醫院倫理審查與病患同意之方式為之，因此在法律路徑上應是一種人體試驗案（不是附屬計畫，而是試驗案本身）。但人體試驗案理論上應有較嚴格之審查規範，且試驗案必須備齊計畫書與收案標準、試驗之預期效果等（醫療法第 79 條），而如 COVID19 此種緊急狀態需求下的申請使用較難能完全按照臨床試驗案審查的科學標準進行要求。此次的核准通過應視為一種例外，完全是基於緊急需求在別無其他治療手段下而予以核准。此次案例之審查主要考量不是一般試驗案的科學標準，而是緊急重大醫療需求，無其他有效療法之下的例外使用。而基於緊急需求而使用的醫療手段，在現行法制上僅有藥事法第 48 條之 2 的專案申請進口管道，但細胞治療之特性未必能透過專案進口藥品解決。在 2015 年發生的八仙樂園塵爆事件，確實有緊急專案進口日本公司提供之皮膚細胞產品修復燒燙傷患者⁸，但若是運用自體免疫細胞治療，或是我國業者所培養之幹細胞，就無法適用專案進口管道。

由上述可知，相關法律之適用範圍各有其侷限性，為整體建構我國恩慈療法、緊急醫療需求制度，並將細胞治療之管理納入前述制度中，有必要全面檢討我國恩慈療法、細胞治療、緊急醫療需求這三者的法律適用關係並進行修訂。以下先從外國與恩慈療法相關之法制進行分析，再歸納我國立法政策上應有之考量與對現行法制提出建議。

⁸ 黃美月、劉韋博，國際醫療合作促進國人健康——以八仙塵爆為例，臺灣醫界雜誌，61 卷 1 期，頁 34-37（2018）。

參、恩慈療法之外國法制

恩慈療法並非在世界各國有長久歷史之制度，除了美國從 1987 年開始有制度化的管道外，歐盟及日本都是近年來才加以法制化。另一方面，細胞治療亦是新興醫療技術中具高度治理困難之議題，各國制度皆尚在摸索中。基於此，我國相關法制有前述混亂亦在所難免。有關各國之細胞治療管理制度目前已有不少論文加以探討引介，於此不予贅述。本文擬對恩慈療法（compassionate use）此一較少被引介之主題，分別簡述美國、歐盟、日本目前之制度化模式。

一、美國制度

關於提供試驗中新藥給予重大且無合適藥物之病患使用，在美國稱為「擴增使用途徑」（Expanded Access Program，簡稱 EA），至於恩慈使用（compassionate use）則是別稱，並非法規上正式用語。美國 FDA 在 1987 年正式將此途徑列入規定，取得制度化地位⁹。FDA 對於循此管道申請使用藥品醫材之案例的核准率高達 99%，在 2010 年以來的五年間核准了 9000 件申請案，可見 FDA 對於此制度相當支持，且該制度所能適用之情形亦較為廣泛¹⁰。

EA 之精神就是尚未獲得許可證的醫藥品可以例外給予使用，前提是罹患重大危及生命疾病（life-threatening disease）的病患，在既有的醫藥品已無法給予有效治療時，此制度可適用於藥品或醫療器材。在藥品方面又可分為三種情形，分別是單一病患需用、少數病患需用、廣泛的例外使用。在單一病患需用之情形就是典型的恩慈

⁹ FDA, EXPANDED ACCESS PROGRAM REPORT 2 (2018).

¹⁰ *Id.* at 2.

使用，須由其主治醫師提出使用計畫（protocol）之申請，若是情形緊急則可用電話向 FDA 申請，並在核准後 15 日內補書面申請¹¹。至於少數病患（intermediate-sized）的申請利用情形，則是針對有時某些臨床試驗中的藥品，因商業考量而停止開發了，此時可例外申請 EA 模式以使用該藥。廣泛的例外使用則不是基於恩慈使用，而主要是對既有的臨床試驗案要增加新的適應症所進行的變更¹²。

值得注意的是，以上制度無論個人使用或少數病患同時申請，藥廠都無義務要提供藥品，尤其是藥廠可能會擔心臨床試驗中的藥品提供給試驗對象以外之人使用，若出現不良反應或療效不佳，在缺乏有效比較統計基礎下，可能對其進行中之試驗產生負面影響。再則，已經停止研發計畫的藥品，藥廠也未必有存貨可以提供 EA 管道核准下的病患使用。為此，美國國會在 2018 年又制定了「嘗試權法」（Right to Try Law），以強化病患取得臨床試驗中藥品的機會（在此之前美國已經有許多州通過該州的嘗試權法）。依據該法律，申請臨床試驗中的藥品使用將不需要經過 FDA 的審核，也就是成為一種法律上的權利。但藥廠是否願意提供此藥品，則不是該法律所能強制。換言之，美國目前的恩慈藥品使用有兩個管道，一是經向 FDA 申請並獲核准的「擴增使用途徑」，另一是依據嘗試權法可在一定條件下主張使用臨床試驗中的藥品，而 FDA 在此途徑中僅扮演提供資訊與協助的角色，並不進行審核。

二、歐盟制度

歐盟的醫藥品審核機關為歐洲醫藥局（European Medicine

¹¹ *Id.* at 6.

¹² 第三類屬於“used for widespread treatment use or to bridge the gap between the completion of clinical trials and marketing of the product”。*Id.* at 7.

Agency，簡稱 EMA)，但關於醫藥品之恩慈使用並非由 EMA 審核決定，而是由各會員國的主管機關核准。此乃因醫藥品審核屬於 EMA 統一職權，但醫療臨床行為則是各國主管機關所管轄，而恩慈使用比較屬於臨床上之治療需求，不是醫藥品審核程序之一環，故由各會員國決定亦屬合理。在 2001 年制定的歐盟指令中¹³，第 6 條規定各會員國必須依據 EMA 之審核來管理醫藥品之上市使用，而第 5 條則針對恩慈使用之例外加以定義，因此這是賦予各會員國的權限。即使如此，在 2004 年頒佈的規則中¹⁴，第 83 條則進一步規範恩慈使用之核准條件。2004 年歐盟規則主要適用於已經在臨床試驗中或申請中的新藥品或醫材，並且適用對象為一群病患（group of patients）而非單一病患，此稱為 Cohort programme。至於針對單一病患給予恩慈使用的方式，則是前述 2001 年歐盟指令第 5 條所賦予各會員國自行規範之事項，因為比較偏向臨床醫療決策¹⁵。

在此次 COVID19 疫情期間，歐盟核准瑞德西韋（Remdesivir）用於治療確診病患，就是由各會員國依據 2004 年規則所核發的例外使用¹⁶。依據該規則雖然訂有核准要件，但實際使用核准還是由各會員國主管機關為之。該規則僅規定各會員國針對此種多數病患的恩慈藥品使用，應先諮詢 EMA 所設的「人類使用醫藥品委員會」（Committee for Medical Products for Human Use，簡稱 CMPH），以期 CMPH 可促成整體歐盟在恩慈藥品使用上之原則一致。

¹³ Directive 2001/83/EC.

¹⁴ Regulation (EC) No 726/2004.

¹⁵ Directive 2001/83/EC, Article 5: [A Member State may, in accordance with legislation in force and to fulfil special needs, exclude from the provisions of this Directive [requirement for a marketing authorisation] medicinal products supplied in response to a bona fide unsolicited order, formulated in accordance with the specifications of an authorized health-care professional and for use by an individual patient under his direct personal responsibility].

¹⁶ European Medicines Agency, <https://www.ema.europa.eu/en/human-regulatory/research-development/compassionate-use> (last visited Dec. 29, 2021).

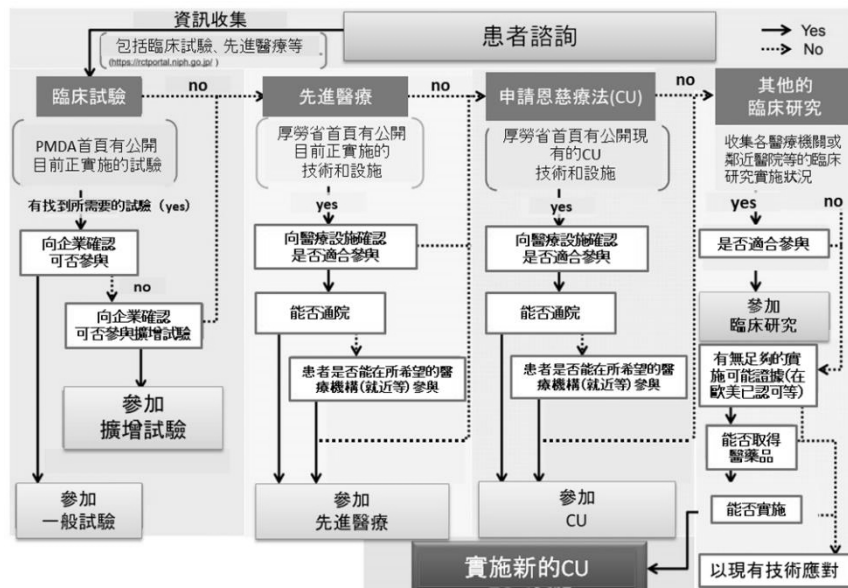
三、日本制度

日本的醫藥品恩慈使用制度是規定於 2016 年的「醫藥品臨床試驗審查基準」修訂中¹⁷，其規定要件與前述歐美之情形類似。比較值得注意者，日本在此之前即有「擴增試驗」、「先進醫療」等制度管道可提供病患嘗試新療法之機會，因此理解日本相關制度不能只看 2016 年的恩慈療法制度，同時也要看其他相關制度。所謂「擴增試驗」仍是醫藥品臨床試驗的一部分，只是在原本試驗收案範圍之外，透過主治醫師的申請與主管機關核准，可允許病患加入此試驗，並受到試驗主管單位 Pharmaceuticals and Medical Devices Agency（以下簡稱 PMDA）的監管。相對的，所謂恩慈使用則是針對無法加入擴增試驗的病患（例如確實其病情與該試驗之收案標準不符）。另一方面日本為了鼓勵醫療技術發展，乃以先進醫療之名義，作為檢討該醫療技術是否療效足以納入健保給付範圍之研究，因此在 2006 年修定健康保險法，納入先進醫療制度¹⁸。先進醫療區分為 A 與 B 兩類，A 類是使用已查驗登記的醫藥品進行治療，或者雖非合法醫藥品但風險性小；B 類則是使用未經查驗登記且風險較大之醫藥品。應注意者，日本很強調醫師有臨床自由診療空間，故法令原則上對醫療技術之發展並未干預。先進醫療制度之設計目的主要在銜接新醫療技術與健康保險給付之關係，是一種比較接近健康科技評估（Health Technology Assessment，簡稱 HTA）目的之制度，並非管制新醫療技術是否可施行，因此精神上與我國的特管辦法並不相同。

¹⁷ 此修訂時間與我國人體試驗管理辦法增訂第 3 條之 1 納入細胞治療附屬計畫途徑的時間相同，兩者是否有相關性值得進一步研究。但主要差別是，我國僅開放細胞治療可透過附屬計畫施行，日本則是針對一般醫藥品的恩慈使用。

¹⁸ 厚生勞動省網站，https://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunitsuite/bunya/kenkou_iryuo/iryohoken/sensiniryoy/index.html。

在多種制度的適用順序上，日本厚生勞動省之政策為應先申請納入擴增試驗，若無法納入既有的試驗案，則看是否有已經政府公告的先進醫療試驗計畫可參加，若亦無相關先進醫療計畫在執行，或者病患所在之醫院無法執行該項先進醫療，才適用已經核准施行的恩慈療法管道使用特定醫藥品。若亦無經核准的恩慈療法可申請使用，日本尚有一種臨床研究管道可參加，此部分屬於新醫療技術之試驗。假設並無適合之臨床研究可參加，則進一步評估是否有國外的其他醫藥品是可引進的，進而考慮申請新案的醫藥品恩慈使用。此制度適用關係相當複雜，以下透過圖示加以呈現：



資料來源：厚生勞動省，「保險外併用療養制度について」¹⁹

¹⁹ 厚生勞動省網站，<https://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-12400000-Hokenkyoku/0000118805.pdf>。

肆、法政策考量因素與建議

前述分析比較美國、歐盟及日本關於恩慈療法之制度規範，而我國之規範則應考量三個面向，主要是恩慈療法之適用範圍與條件、細胞治療之技術特性與管制模式、緊急醫療需求之因應方式。以下分別說明應考量之問題點，並同時納入台灣特殊治理情境之考量。

恩慈療法管道：恩慈療法之主要意義在於臨床試驗中新藥由於收案標準所限，可能阻礙其他急迫用藥需求病人之機會，因此可例外申請使用，醫師開立此藥物不會違反藥事法。因此恩慈療法主要應在藥事法架構下規範，至於核准機關應是食藥署或衛福部醫事司則是較次要問題，例如歐盟就是由各會員國從醫療臨床需求角度審核，而非給藥證主管機關 EMA 審核。我國在開放恩慈療法時，可能基於細胞治療在當時缺乏管理機制，因此用恩慈療法管道來例外開放細胞治療施行，但細胞治療既是療法也有產品，因此就產生恩慈療法是對醫療技術管理之印象，且在人體試驗管理辦法下規定就使其適用管道受限，必須以附屬計畫申請。以附屬計畫行之固然是外國恩慈療法常見之規範，但結合了僅適用細胞治療此點就顯得格格不入。細胞治療之臨床試驗案成本高，業者申請難度高，因而使該條文之適用變得困難。另一方面亦應回復到恩慈療法之本質，是提供尚未合法上市之藥品或醫材使用機會，不需與細胞治療混為一談，至於是否應限定附屬計畫形式，則應考量台灣特殊情境，詳見下述。

細胞治療管制：細胞治療無論自體細胞或異體細胞，都需要外部商業公司實驗室進行培養提供，因此有產品管理層面；而細胞治療是一種新療法，其適用對象與療程設計都還在摸索試驗中，因此

也應作為新醫療技術加以管理，此種管制上的雙重性是目前歐美國家在細胞治療管理上的難題，亦即藥政主管機關（美國 FDA，歐盟 EMA）是否有權力管理審核醫療院所施行細胞治療（醫療臨床行為），成為重大法律議題²⁰。我國由於醫療法第 62 條第 2 項有廣泛授權衛福部可對特定醫療技術訂定管理辦法，因此衛福部在 2018 年即以修訂特管辦法方式將細胞治療加以列管，此後必須經過核准的醫院與醫師才可施行此療法。特管辦法授權衛福部可管制特定醫療技術，固然讓衛福部免除歐美國家在細胞治療管理上之法制難題，但衍生之問題就是會限縮臨床專業裁量空間，當出現新型態的治療需求，不在已經特管辦法核准的操作規範適用範圍時，醫療團隊就必須以人體試驗案進行申請核准，但應歸類為醫療法上的人體試驗，或是藥事法（或將來的再生醫療製劑管理條例）途徑下的細胞治療產品臨床試驗，則需要再釐清。

緊急醫療需求：當面臨像 COVID19 這樣緊急狀況之醫療需求時，固然有藥事法上的專案進口管道，但並非所有緊急醫療需求都可透過專案進口解決，除了可能無法在國際疫情下搶得物資進口外，細胞治療的特性就未必能以進口方式解決。而專案進口僅限於藥品或醫材可進口，若是新醫療技術則不是進口問題，而是核准施行問題，就要回歸前述恩慈療法與試驗性醫療等管道。另一方面，由於全民健保之藥價給付低於國際水準，因此有些新藥並不急於在台灣申請上市，或者相關臨床試驗案較晚來台申請²¹。在此情形下，即使我國的恩慈療法規定修改為不限於細胞治療之施行，而是如外國主要針對試驗中藥品醫材之例外使用，也會因恩慈療法必須

²⁰ 何建志，細胞治療研發到產品：法律問題與管理制度研究，法律與生命科學，6 卷 1 期，頁 1-19（2017）。

²¹ 林貞岑，健保調降藥價、原廠藥退出台灣，我吃的藥會受影響嗎？，康健雜誌網站，2019 年 3 月 26 日，<https://www.commonhealth.com.tw/article/79175>。

以附屬計畫申請，在缺乏該新藥之臨床試驗案情形下即無從申請附屬計畫恩慈療法。此種情形下將會擴大藥事法緊急專案進口條文之適用必要，亦即藥事法上的緊急專案進口將實質上是台灣的恩慈療法管道。目前我國已經有此實務趨勢，亦即主管機關動用藥事法該條文來專案進口外國藥廠沒有在台銷售之藥物，已成為常見模式。但此種管道與國外之恩慈療法又有不同，所申請者未必是試驗中新藥，常是在國外已取得藥品許可證者。至於在此次 COVID19 案例中，由於所使用之幹細胞並不是從國外進口，因此亦無法適用藥事法該條規定，但仍值得全面檢討以專案核准進口模式作為恩慈療法管道之妥當性問題。

綜上所述，台灣目前在關於細胞治療與恩慈療法、緊急醫藥需求等不同面向之制度因應上，存有法制混淆與糾葛之處，茲以下列表格說明之：

	恩慈療法	藥品醫材專案進口	細胞治療技術列管
法律依據	醫療法第 79 條之 1 授權人體試驗管理辦法	藥事法第 48 條之 2 第 1 項第 1 款	醫療法第 62 條授權特管辦法
適用範圍	細胞治療人體試驗之附屬計畫	醫療重大需求且無適當藥物	經核准之醫院才可施行細胞治療
面臨緊急重大醫療之侷限性	細胞治療試驗案有限，亦無法適用於藥品醫材	僅能以進口方式解決緊急需求，適用情形有限	通案性審查，不適用於緊急重大醫療特例

本表為筆者自製

與恩慈療法有關之各項法規目前呈現複雜的競合關係，且在有緊急醫療需求情形下仍有缺少法律依據之問題存在，故有必要修訂

相關法規，讓各制度回歸其原本宗旨，並配合台灣實際狀況以利施行。以下有幾點建議：

- 一、關於細胞治療之試驗性醫療應建立周延之審查基準，以補充特管辦法規範之不足。試驗醫療之目的在於為特定病患需要而實施非常規醫療，同時又以試驗計畫案加以規範，以確保不被濫用。而以特管辦法列管細胞治療同樣有不希望細胞治療被濫用，並且在列管下透過案例累積而能驗證細胞治療效果之目的。兩者都是既有治療目的又有試驗目的，差別是特管辦法之核准較嚴格，人體試驗案則是基於試驗目的由醫界主動發起較易獲准。然而細胞治療由於背後並非大藥廠，多半難以立即投入成本高昂的臨床試驗申請，因此臨床試驗案較少，故會產生當有緊急醫療需求時，既非特管辦法核准之施行範圍，又沒有臨床試驗案存在，僅能以醫療法第 78 條之試驗性醫療方式申請，而面臨有限臨床證據下該如何審核此試驗案之難題。
- 二、關於尚未獲得許可證藥品醫材之使用，應釐清恩慈療法與藥事法專案進口之關係。在人體試驗管理辦法上之恩慈療法是否必要限縮在細胞治療項目，其他藥品醫材之使用為何不能搭配藥品醫材臨床試驗案而以附屬計畫方式申請？反之，藥事法上專案進口之申請，其主要意義應針對未在我國申請臨床試驗之產品，在緊急需求下可申請進口使用，兩者意義不同。雖然都是針對醫療上使用需要的藥事法上例外（沒有許可證），但適用條件不同，前者是已經有臨床試驗案者，後者是未在我國進行臨床試驗案者。
- 三、基於前述，建議修訂人體試驗管理辦法中有關恩慈療法之規定，納入藥品醫材之使用以放寬適用範圍，並建議修訂特管辦法以明確允許緊急情形下可例外申請施行，如此一來可讓

例外使用藥品醫材獲得管道，並可讓細胞治療既能在需要時派上用場，又受到主管機關之把關。此方式既能維持恩慈療法必須為附屬計畫形式（需有臨床試驗案存在），又能兼顧細胞治療之臨床試驗申請困難之事實，不必以恩慈療法行之，直接納入特管辦法架構下管理即可。

參考文獻

- 王志嘉（2020），人體研究、人體試驗、臨床試驗的定義與內涵——兼談細胞治療的現況與展望，臺灣醫界雜誌，63 卷 2 期，頁 27-32。
- 何建志（2017），細胞治療研發到產品：法律問題與管理制度研究，法律與生命科學，6 卷 1 期，頁 1-19。
- 何建志（2017），細胞治療法規鬆綁或更嚴厲管制？—評論臺灣 2017 年「細胞及基因治療產品管理法草案」，法律與生命科學，6 卷 2 期，頁 1-20。
- 林志六（2018），特定細胞治療技術法規簡介，月旦醫事法報告，25 期，頁 7-19。
- 林欣柔、鄒孟珍（2016），成全病人的最後一線生機？擴大近用試驗中藥品之倫理考量及法律挑戰，萬國法律雜誌，209 期，頁 55-63。
- 高尚志、林致凡、劉雅芳（2020），台灣特管辦法通過之免疫細胞治療，臺灣醫界雜誌，63 卷 4 期，頁 26-36。
- 黃美月、劉韋博（2018），國際醫療合作促進國人健康——以八仙塵爆為例，臺灣醫界雜誌，61 卷 1 期，頁 34-37。
- 施雅薰（2020），《特定醫療技術檢查檢驗醫療儀器施行或使用管理辦法》實際運作相關問題評析，科技法律透析，32 卷 2 期，頁 48-72。
- 陳淵銓、李慧芳（2018），細胞及基因治療產品的發展，科技政策觀點半年刊，6 期，頁 98-105。

FDA. 2021. Expanded Access Program Report. Retrieved from FDA Web site:<https://www.fda.gov/news-events/public-health-focus/expanded-access>.

Jarow, J.P., Lemery, S., Bugin, K., Khozin, S., & Moscicki, R. (2016). Expanded Access of Investigational Drugs: The Experience of the Center of Drug Evaluation and Research Over a 10-Year Period, *The Innovative Regulatory Science* 50(6):705-709.

論醫療協助死亡

——以美國新墨西哥州為例

張婷*

目次

前言

壹、美國醫療協助死亡發展背景

一、美國新墨西哥州發展緣起

二、美國新墨西哥州發展現況

三、美國新墨西哥州發展展望

貳、美國新墨西哥州法制

一、醫療協助死亡—病人啟動

二、醫療協助死亡—醫方審查

三、醫療協助死亡—其他機制

參、美國新墨西哥州案例

一、案例一：Hospice of N.M., LLC v. Sebelius (2010)

二、案例二：Zia Hospice, Inc. v. Sebelius (2011)

三、案例三：Morris v. Bradenburg (2016)

投稿日期：2021/09/22；接受刊登日期：2022/03/23

* 現職：嶺東科技大學財經法律研究所副教授。

聯絡方式：tingchang@teamail.ltu.edu.tw

肆、臺灣與美國經驗比較

一、相同點

二、相異處

三、臺灣與美國發展特色

伍、結論

摘要

本文宗旨在於探討美國新墨西哥州醫療協助死亡法制與案例，並與臺灣進行比較。美國新墨西哥州於 2021 年 6 月 18 日實施「生命末期選擇法」，本文分別從病人啟動、醫方審查與其他機制進行探討。大抵而言，相較於其他已實施醫療協助死亡的法域，美國新墨西哥州針對可開立藥物處方的主體予以擴大、選擇醫療協助死亡的流程設計予以簡化並縮短且賦予護理師角色多元化定位。在臺灣，病人自主意識方興未艾，不僅共識範圍仍在持續溝通，醫病關係亦藉由互動模式的摸索尋求認知一致最大化，醫療場域也在積累經驗以實踐病人善終目標。聚焦美國新墨西哥州與臺灣，雖分屬不同病人積極或消極死亡自主方式選擇，護理人員賦能認知、醫療保險制度設計與思維標準亦不同，但觀察在病人自主重視程度、死亡識能培養決心與醫病共決之溝通方式方面皆呈現相似性。冀望藉由比較法制與案例研究，可對臺灣病人自主深耕發展有所裨益。

關鍵字：病人自主、醫療協助死亡、「生命末期選擇法」、死亡識能、賦能

A Research of Medical Aid in Dying

-An Example of New Mexio State, USA

Chang, Ting *

Abstract

The theme of this article is to discuss legal system and cases related to medical aid in dying in New Mexio State, USA and compares with Taiwan. The “End-of-Life Options Act” is implemented on 18th June, 2021 in New Mexio State, USA. This article discusses it through patient activation, medical review, and other mechanisms perspectives. In general, compared with other jurisdictions that have implemented medical aid in dying, medication prescription subjects are expanded, the process designd for choosing medical aid in dying is simplified and shortened, and diversified nurses’ roles are empowered in New Mexio State, USA. In Taiwan, patient autonomy awareness is booming and the scope of consensus is still communicating. The physician-patient relationship seeks to maximize cognitive consistency through exploring interactive models. And, medical fields are accumulating experiences to implement the goal of patient good death. Focusing on New Mexio State, USA and Taiwan, although positive or negative patient death

* Associate Professor, Graduate Institute of Financial and Economic Law, Ling Tung University, tingchang@teamail.ltu.edu.tw

autonomy way choice, empowerment cognition of nurses, and medical insurance's system design and thinking standard are different. There are similarities in observing the importance degree of patient autonomy, cultivation determination of death literacy, and physician-patient co-determination communication methods. Through comparative legal research and case study, it is hoped to become beneficial to deep cultivation and development of patient autonomy in Taiwan.

Keywords: Patient Autonomy, Medical Aid in Dying, “End-of-Life Options Act”, Death Literacy, Empowerment

前言

美國新墨西哥州已於 2021 年 6 月 18 日開始實施醫療協助死亡（medical aid in dying）制度，成為美國自 1997 年奧勒岡州率先實施醫療協助死亡以來的第 10 個州（第 11 個法域）¹。醫療協助死亡係病人積極死亡自主方式選擇之一種，與安樂死（euthanasia）並列²。隨著臺灣自 2000 年來，「安寧緩和醫療條例」³、「病人自主權利法」⁴已歷經立法與修法，是否除提供病人消極死亡自主方式選擇外，須設計病人積極死亡自主方式選擇供臺灣社會多元選擇，以充分拓展病人自主選擇空間，此為目前立法院審議之「尊嚴善終法（草案）」⁵所追求之目標。本文針對美國最新新墨西哥州醫療協助死亡法制進行分析，以供國內立法與社會共識凝聚之參考。

壹、美國醫療協助死亡發展背景

一、美國新墨西哥州發展緣起

本文執筆之際，正逢全球經歷新型冠狀病毒（COVID-19）變異肆虐之際，美國於 2021 年 7 月，尚出現自 2003 年以來首例猴痘

1 張婷，法律與倫理的對話——臺美善終法制探析，元照，頁 227（2020）。

2 張婷（註 1），頁 9。

3 「安寧緩和醫療條例」係於 2000 年 6 月 7 日公布施行，迄今已歷經 4 次修正，分別為 2002 年 12 月 11 日、2011 年 1 月 26 日、2013 年 1 月 9 日與 2021 年 1 月 20 日。

4 「病人自主權利法」係於 2016 年 1 月 6 日公布，公布後 3 年施行，迄今已歷經 2 次修正，分別為 2019 年 6 月 12 日與 2021 年 1 月 20 日。

5 目前，「尊嚴善終法（草案）」在立法院共計 3 版本進行審議。最初「尊嚴善終法（草案）」版本，已於第 9 屆第 8 會期第 7 會次交付審查，另 2 版本亦分別於第 10 屆第 1 會期第 2 會次、第 10 屆第 1 會期第 4 會次交付審查。

病毒人畜共患病例⁶。值此人類生命安全面臨高度不確定之際，美國新墨西哥州因應之道，在傳染病防治方面，除善用高科技輔助防疫，如：美國新墨西哥州提供轄下學校數臺配備 C 類紫外線（UV-C）燈的自主消毒機器人（UVD Robots），藉由機器人完全自主的移動，以增加消毒持續時間，如同醫院一般的消毒能力，確保師生安全無虞外⁷；在避免毒品影響人民身心健康方面，美國新墨西哥州亦從大麻管制加強查緝力道，如：在美國新墨西哥州原住民保留地上，正進行漢麻（hemp）種植，被質疑營業牌照不合法，且涉嫌將大麻（marijuana）流入黑市，引發當地居民抗議，且被檢察官起訴，聯邦部門亦介入調查⁸。可見，在美國新墨西哥州，觀察自主消毒機器人的推廣與審慎對待漢麻種植的態度，對待生命、看待死亡，似係採取科技開放與審慎預防並進之態度與作為。遙望近四分之一世紀前，美國開始實施醫療協助死亡制度以來，隨著時空環境不斷推移前行的大背景下，新墨西哥州作為實施醫療協助死亡的第 11 個法域，且正逢人類抗疫之嚴峻時刻，其對於生命存否與價值的體會，可為新墨西哥州此時開始實施醫療協助死亡制度，劃下人類在特殊難以取代之歷史時期中，看待生命議題之省思契機。

二、美國新墨西哥州發展現況

善終權作為彰顯人格尊嚴表徵之一，屬人權範疇，已為國際共

⁶ 朱月紅，類似天花，時隔近 20 年美國再現這一病毒，新浪新聞，2021 年 7 月 17 日，<https://news.sina.com.tw/article/20210717/39243258.html>。

⁷ 王百佑，美國新墨西哥州在學區部署迄今規模首屈一指的自主消毒機器人，蕃薯藤，2021 年 4 月 4 日，<https://n.yam.com/Article/20210404535779>。

⁸ 世界新聞網，新墨西哥州華人種大麻 20 執法部門突襲，2020 年 11 月 16 日，<https://www.worldjournal.com/wj/story/121359/5018793>；世界新聞網，近千華人赴新墨州種漢麻 印地安原住民抗議，2020 年 9 月 28 日，<https://www.worldjournal.com/wj/story/121360/4894244>。

識，如：「里斯本病人權利宣言」(WMA Declaration of Lisbon on the Rights of the Patient) 中所揭示之尊嚴的權利 (right to dignity) 等⁹。在此浪潮的大背景下，經過多年不懈的努力，終於美國新墨西哥州州長 (governor) 米歇爾·盧揚·格里沙姆 (Michelle Lujan Grisham) 於 2021 年 4 月 8 日簽署了法案 (州眾議院為 HB47；州參議院為 SB308)，自 2021 年 6 月 18 日開始，美國新墨西哥州開始實施「伊麗莎白·懷特菲爾德生命末期選擇法」，簡稱「生命末期選擇法」(“Elizabeth Whitefield End-of-Life Options Act”，簡稱“End-of-Life Options Act”)，自此美國新墨西哥州成為美國實施醫療協助死亡的第 11 個法域¹⁰。伊麗莎白·懷特菲爾德為美國新墨西哥州於 2018 年因罹癌症已過世之法官 (judge)，以她的名字命名此法，係表彰她多年來對於促進醫療協助死亡立法之努力¹¹。

三、美國新墨西哥州發展展望

回顧美國新墨西哥州「生命末期選擇法」的立法經驗，與其他州類似皆係經歷反對與贊成的思辯過程。反對者不外乎著重於醫療隨時有出現奇蹟的可能、生命無價、痛苦亦為人生一部分、擔心資

⁹ 張婷，醫事法律問題研究 (三) 權益保障與經驗借鏡，元照，頁 81 (2018)。

¹⁰ *New Mexico*, PATIENTSRIGHT COUNCIL.ORG, <http://www.patientsrightscouncil.org/site/new-mexico/>; *New Mexico*, DEATHWITHDIGNITY.ORG, <https://www.deathwithdignity.org/states/new-mexico/>; Carol A. Clark, *End-Of-Life Options Act Passes New Mexico Senate*, LOS ALAMOS DAILY POST, (Mar. 15, 2021, 7:27 PM), <https://ladailypost.com/end-of-life-options-act-passes-new-mexico-senate/>; Emily Guerra, “Elizabeth Whitefield End-of-Life Options Act” Now in Effect, KRWG (June 17, 2021, 11:46 AM), <https://www.krwg.org/post/elizabeth-whitefield-end-life-options-act-now-effect>.

¹¹ *New Mexico*, COMPASSION&CHOICES.ORG, <https://compassionandchoices.org/in-your-state/new-mexico/>; Robert Nott, *New Mexico bill to allow medical aid in dying clears first committee*, NM POLITICAL REPORT (Jan. 30, 2021), <https://nmpoliticalreport.com/2021/01/30/new-mexico-bill-to-allow-medical-aid-in-dying-clears-first-committee/>.

源弱勢者易受不公平對待等角度切入；贊成者除主張尊重自主、人道關懷、生命品質與生命長短等價外，主張借鏡美國奧勒岡州的經驗，大約三分之一未執行致命處方，原因包含：一些人在認為須執行致命處方前即已死亡、一些人知道有執行致命處方致死之途徑即已獲滿足，可舒緩痛苦、帶來心靈平靜與改善生活品質¹²。易言之，在美國新墨西哥州，「生命末期選擇法」獲得立法通過，被視為「安心法」(a peace of mind law)，即有該法不一定要用該法，表示多數認為病人獲得致命處方並自己執行該處方係屬提供控制與無法估量和平之措施(a measure of control and immeasurable peace)，此為人類基本人權(basic human rights)，醫療協助死亡乃為安全與有效的醫療實踐(medical aid in dying is a safe and effective medical practice)¹³。綜上，醫療協助死亡乃賦予病人有合法選擇(legitimate choice)之權利，是否作此選擇乃自主權之展現，此不僅為公民權利(civil right)，亦為一生重大決定之一，人類須被賦予一定之主控權，人類有此安心選擇機會，即可確保人生最後一哩的生命品質與安寧平靜¹⁴。

¹² Dolores Huerta, *New Mexico needs end-of-life care options now*, ALBUQUERQUE JOURNAL (Feb. 27, 2021, 12:02 AM), <https://www.abqjournal.com/2363910/new-mexico-needs-endoflife-care-options-now.html>; Cedar Attanasio, *New Mexico latest state to adopt medically assisted suicide*, AP NEWS (Apr. 9, 2021), <https://apnews.com/article/legislature-michelle-lujan-grisham-legislation-assisted-suicide-new-mexico-62bfb8e52a96ba46c23f6ae35cabdb5a>.

¹³ *The End-Of-Life Options Act*, ENDOFLIFEOPTIONS.NM.ORG, <https://endoflifeoptionsnm.org/advocacy/end-of-life-options-act/>; Robert Nott, *A life and death debate on aid-in-dying bill in New Mexico*, SANTAFENEWMEXICAN.COM (Jan. 30, 2021), https://www.santafenewmexican.com/news/legislature/a-life-and-death-debate-on-aid-in-dying-bill-in-new-mexico/article_6bbe7b60-5ff8-11eb-a4de-6331076eb283.html; Office of Rep. Debbie Armstrong, *Rep., Daughter Share Emotional Story in Support of End-of-Life Options*, KRWG.ORG (Feb. 14, 2021, 7:46 AM), <https://www.krwg.org/post/rep-daughter-share-emotional-story-support-end-life-options>.

¹⁴ Michael Benanav, *Last rights: Legalizing the decision to end one's life*, CARLSBADCURRENTARGUS.COM. (Feb. 11, 2021, 12:39 PM), <https://www.currentargus.com>.

貳、美國新墨西哥州法制

一、醫療協助死亡——病人啟動

美國新墨西哥州「生命末期選擇法」，內容共 11 條¹⁵。該法全名為「伊麗莎白·懷特菲爾德生命末期選擇法」¹⁶。當病人欲啟動醫療協助死亡，須符合資格、程序、條件等規定。首先，資格要求為：病人須為成年人（adult）即 18 歲以上之美國新墨西哥州居民（resident）、病程為末期（terminal illness），即不可治癒且病程不可逆（incurable and irreversible），並預期 6 個月內死亡而言、具了解健康照護選項（health care options），並經告知（informed）後，可溝通與作出健康照護決定（health care decision）的能力（capacity）¹⁷。其次，程序要求為：病人須填寫法定書面文件，即「用藥物以和平方式結束我的生命之請求」（“REQUEST FOR MEDICATION TO END MY LIFE IN A PEACEFUL MANNER”），並經 2 位證人簽名作證¹⁸。再者，條件要求為：個案判斷，彼此無條件關係，即每位病人皆為獨立個體，不因某位病人適用「生命末

com/story/news/local/2021/02/11/last-rights-legalizing-decision-end-of-life-options-new-mexico/6722977002/; Roz Brown, 'End-of-Life Options Act' Heads to New Mexico Senate, PUBLICNEWSERVICE.ORG (Mar. 1, 2021), <https://www.publicnews-service.org/2021-03-01/health/end-of-life-options-act-heads-to-new-mexico-senate/a73350-1>.

¹⁵ *New Mexico House Bill 47*, LEGISCAN.COM, <https://legiscan.com/NM/text/HB47/2021>.

¹⁶ *Id.* at Section 1. SHORT TITLE.

¹⁷ *Id.* at Section 2. DEFINITIONS.

¹⁸ Jessica Gillespie, *New Mexico's Elizabeth Whitefield End of Life Options Act, A new death with dignity law allows terminally ill patients to request aid in dying under certain conditions*, NOLO.COM (Feb. 1, 2022), <https://www.nolo.com/legal-encyclopedia/death-with-dignity-new-mexico.html>.

期選擇法」無效，而影響其他病人適用「生命末期選擇法」之有效性¹⁹。

二、醫療協助死亡——醫方審查

依據美國新墨西哥州「生命末期選擇法」規定，所謂醫方依不同分工，區分為可開立藥物處方之健康照護提供者（health care provider）、審查病人是否具備上述能力之心理健康專家（mental health professional）與提供藥物之藥劑師（pharmacist）。首先，健康照護提供者包含有：醫師（physician）、整骨醫師（osteopathic physician）、進階執業護理師（nurse in advanced practice）、醫師助理（physician assistant），共 4 種身分。其審查內容包含有：確認病人具資格，且確認病人係自願地（voluntarily）提出醫療協助死亡，並有能力親自執行（self-administer）藥物處方、已按醫療照護標準（medical standards of care）提供病人醫療照護、與病人討論後，決定病人所作為告知決定（informed decision）、決定病人提出醫療協助死亡非來自於其他人之強迫（coercion）或不當影響（undue influence）、在病人病歷（health record）中註記病人符合醫療協助死亡要求之決定、在病人病歷中確認至少已經 1 位醫師或整骨醫師進行適當檢查（appropriate examination），檢查項目為病人具上述能力（capacity），病程為末期，且病人有能力親自執行藥物處方、確認病人已註冊（enrolled）臨終關懷計畫（hospice program）或已經開立藥物處方之健康照護提供者（prescribing health care provider）轉介（referred）給健康照護提供者諮詢（consulting）後，符合醫療協助死亡之資格（eligible）、已實質地

¹⁹ *New Mexico House Bill 47, supra* note 15, at Section 11. SEVERABILITY.

(substantially) 提供「用藥物以和平方式結束我的生命之請求」給病人並放入病人病歷中²⁰。其次，心理健康專家包含有：心理醫師 (psychiatrist)、心理學家 (psychologist)、主要社會工作者 (master social worker)、精神科專科護理師 (psychiatric nurse practitioner)、專業臨床心理健康顧問 (professional clinical mental health counselor)，共 5 種身分。當健康照護提供者轉介病人給心理健康專家時，其須與病人進行 1 次以上之拜訪 (visits)，藉此評估 (evaluation) 決定病人係具上述能力者。再者，按「用藥物以和平方式結束我的生命之請求」，由病人授權 (authorize) 健康照護提供者，聯繫 (contact) 有意願 (willing) 之藥劑師，提供藥物給病人。

三、醫療協助死亡——其他機制

依據美國新墨西哥州「生命末期選擇法」規定，為增加機制之安全與嚴謹，並確保醫病雙方無後顧之憂，特規定其他機制如下。首先，機制一，在病人端，按「用藥物以和平方式結束我的生命之請求」，病人具隨時 (at any time) 撤銷 (rescind) 醫療協助死亡要求之權利 (right)，即充分彰顯病人自由選擇之自主性。另外，與病人有血緣 (relative by blood)、婚姻 (marriage) 或收養 (adoption) 關係之證人不能超過 1 位，以避免病人行使自主權時受到干擾。且設計等待期 (waiting period)，即健康照護提供者開立藥物處方至允許 (allowable) 可取得藥物，原則上中間須相隔 48 小時 (除非經開立藥物處方之健康照護提供者確認病人會在 48 小時內死亡)，作為病人最後是否落實自主權之等待緩衝，可藉此

²⁰ *Id.* at Section 3. MEDICAL AID IN DYING-PRESCRIBING HEALTH.

舒緩焦慮與恐懼，進行最後地理性抉擇與臨終託付，以周延地確保病人意志獲得彰顯，避免遺憾²¹。其次，機制二，在醫方端，按「用藥物以和平方式結束我的生命之請求」，2位證人皆不可為病人之健康照護提供者，即避免醫方陷入多重身分之角色衝突，杜絕道德困境之發生可能性。健康照護提供者應告知（inform）末期病人與臨終照護（end-of-life care）有關之所有合理選項（reasonable options），以確保病人知情權（right to know）獲得滿足²²。另外，為確定係屬良心決定（conscience-based decisions），在任何情況下（under any circumstance），健康照護提供者無論選擇在場（being present）、參與（participating）或不參與（refusing to participate）醫療協助死亡，皆無刑事責任（criminal liability）、執照制裁（licensing sanctions）、專業紀律處分（professional disciplinary action）或其他懲罰（penalty）的顧慮。若健康照護提供者選擇不參與醫療協助死亡，僅須告知與轉介病人即可，如此可賦予醫方充分選擇自由，使醫病雙方兩相安，間接確保機制穩定運作²³。再者，機制三，在政府端，宣示醫療協助死亡非由醫師等注射致命藥劑（lethal injection）、仁慈殺害（mercy killing）、安樂死（euthanasia），亦非自殺（suicide）、輔助自殺（assisted suicide）、殺人（homicide）或成人虐待（adult abuse）²⁴。除宣示立場與將醫

²¹ *Id.* Section 5. WAITING PERIOD.; SILVER CITY DAILY PRESS, New end-of-life options law discussed (13 July 2021), <https://www.scdailypress.com/2021/07/13/new-end-life-options-law-discussed/>.

²² *New Mexico House Bill 47*, *supra* note 15, at Section 6. MEDICAL AID IN DYING-RIGHT TO KNOW.

²³ *Id.* Section 7. IMMUNITIES-CONSCIENCE-BASED DECISIONS.; Roxanne Nelson, 'Groundbreaking' Law Erases Some Barriers to Medical Aid to Dying, MEDSCAPE.COM (July 16, 2021), <https://www.medscape.com/viewarticle/954916>.

²⁴ *New Mexico House Bill 47*, *supra* note 15, at Section 8. PROHIBITED ACTS.; *Id.* Section 10.

療協助死亡定性外，要求開立藥物處方之健康照護提供者必須向政府提供報告（report），其中必須揭露去除個人識別性之健康訊息（individually identifiable health information），如：病人之死亡年齡（age at death）、種族（race and ethnicity）、性別（gender）、死亡時有無註冊臨終關懷（enrolled in hospice at the time of death）、醫療狀況（medical condition）、病人親自執行（self-administered）藥物處方之日期（date），以便政府公布（promulgate）年度統計報告（annual statistical report），包含開立藥物處方總數與開立藥物處方之健康照護提供者總數，以充分揭示美國新墨西哥州實施醫療協助死亡之全州現況²⁵。

參、美國新墨西哥州案例

一、案例一：Hospice of N.M., LLC v. Sebelius (2010)²⁶

本文探討之三案例，發生時間皆在美國新墨西哥州開始實施「生命末期選擇法」之前。案例一事實為：於 2009 年，原告為 1 家美國新墨西哥州公司（名為 Hospice of New Mexico），被告 1 位名為 Kathleen Sebelius，係美國衛生與公共服務部部長（Secretary of the United States Department of Health and Human Services）。原告自 2004 年起，即已開始提供臨終關懷服務，起訴主張被告違反法令（statute）²⁷，被告任職於聯邦機構（federal agency），其所制定

²⁵ *Id.* Section 9.

²⁶ Hospice of N.M., LLC v. Sebelius, 691 F. Supp. 2d 1275, 2010 U.S. Dist. LEXIS 26444, 2010 WL 773229 (2010).

²⁷ 42 U.S.C.S. § 1395f(i)(2)©.

並依循之規定 (regulation) ²⁸ 為無效 (invalid)，因與國會 (Congress) 起草法令時之意圖 (intent) 有違。於 1982 年，國會修正「醫療保險法」(“Medicare Act”)，使臨終關懷服務 (hospice care) 納入保險範疇。原告主張當臨終關懷服務提供者 (hospice care providers) 向醫療保險受益人 (Medicare beneficiaries) 提供臨終關懷服務時，其計算醫療保險報銷 (Medicare reimbursements) 之年度法定上限 (annual statutory cap) 應符合國會的法定授權 (statutory mandate)，即應使用分數方法 (fractional method) 加以計算。被告計算醫療保險報銷之年度法定上限，係於該財政年度 (fiscal year) 內，每位醫療保險受益人的年度法定上限 (per patient cap) 乘以選擇臨終關懷服務之醫療保險受益人的數量 (number of beneficiaries)。原告主張當醫療保險受益人獲得臨終關懷服務不到一年時，計算醫療保險報銷之年度法定上限時，醫療保險受益人的數量須按比例減少 (proportionally reduced)。雙方爭點在於計算醫療保險受益人的數量之合適方法 (proper method)。於 2010 年，地方法院 (District Court) 認為國會所制定之法令係屬明確無誤 (clear and unambiguous)，原告所主張的分數方法符合 (complies with) 國會的法定授權，被告所制定並依循之規定，未以個人為基礎 (an individual basis)，直接違反 (directly contravenes) 國會的意圖。故，針對有效性 (validity)，地方法院認為規定無效，禁止依據該規定計算醫療保險報銷之年度法定上限。可見，自 1982 年開始，距今近 40 年以來，臨終關懷服務已納入醫療保險範圍。至於醫療協助死亡是否亦納入醫療保險範圍，涉及「醫療保險法」之修正，屬聯邦層級須思索的問題。案例一發生於「生命末期選擇法」實施前，其代表性在於凸顯病人選擇臨終關

²⁸ 42 C.F.R. § 418.309(b)(1).

懷服務與納入醫療保險與否之關聯性。鑒於「生命末期選擇法」方才實施，是否推進「醫療保險法」之修正，使醫療保險範圍涵蓋醫療協助死亡，涉及病人選擇醫療協助死亡制度之意願是否與選擇臨終關懷服務相同，須以醫療保險作為探討範圍之一。本文亦著眼於上述「生命末期選擇法」法制中三種其他機制之政府端，認為若案例一發生在「生命末期選擇法」實施後，隨著增加美國新墨西哥州成為美國實施醫療協助死亡制度的第 11 個法域，醫療協助死亡之定性與報告日益明確與完備，恐影響日後「醫療保險法」之修正方向與節奏。

二、案例二：Zia Hospice, Inc. v. Sebelius (2011)²⁹

案例二事實為：於 2009 年，原告為 1 家美國新墨西哥州公司（名為 Zia Hospice），被告 1 位名為 Kathleen Sebelius，係美國衛生與公共服務部部長（Secretary of the United States Department of Health and Human Services）。原告起訴主張被告違反法令（statute）³⁰，被告任職於聯邦機構（federal agency），其所制定並依循之規定（regulation）³¹為無效（invalid），因規定不符合（comport with）國會法令（Congressional statute）。原告提供醫療保險（Medicare）範圍之臨終關懷服務（hospice care），主張依據規定，計算醫療保險報銷之年度法定上限時，僅計算臨終關懷服務接受者（hospice care recipients）接受大部分臨終關懷服務（received the bulk of their hospice care）的那一年，非按實際比例

²⁹ Zia Hospice, Inc. v. Sebelius, 793 F. Supp. 2d 1289, 2011 U.S. Dist. LEXIS 70293, 2011 WL 2516944 (2011).

³⁰ 42 U.S.C.S. § 1395(i)(2).

³¹ 42 C.F.R. § 418.309(b)(1).

分配 (proportional allocation) 計算，此舉與國會法令意旨不一致 (inconsistent)。於 1982 年，國會頒布 (enacted) 「稅收公平與財政責任法」 (“Tax Equity and Fiscal Responsibility Act”) 第 122 節 (Section 122)，擴張 (extended) 醫療保險範圍可及於臨終關懷服務 (hospice care)。本案針對規定之有效性 (validity)，地方法院 (District Court) 於 2011 年，認為規定無效 (invalid)，且不能對原告強制執行 (could not be enforced against plaintiff)。可見，新墨西哥州不止一次針對規定與聯邦法令的規範衝突進行釐清。醫療協助死亡是否亦納入醫療保險範圍，除聯邦「醫療保險法」之修正外，尚包含「稅收公平與財政責任法」的一併檢視。案例二發生於「生命末期選擇法」實施前，其代表性在於再次提醒若日後醫療保險範圍須涵蓋醫療協助死亡，「醫療保險法」之修正須與「稅收公平與財政責任法」進行連動思考。本文亦著眼於上述「生命末期選擇法」法制中三種其他機制之醫方端，認為若案例二發生在「生命末期選擇法」實施後，隨著增加美國新墨西哥州成為美國實施醫療協助死亡制度的第 11 個法域，醫療協助死亡之累積經驗日益豐富，包含：避免醫方陷入角色衝突、醫方熟悉告知臨終照護選項、免除醫方懲罰顧慮與充分賦予醫方執行醫療協助死亡之選擇自由等，恐亦影響日後「稅收公平與財政責任法」之修正與否。

三、案例三：Morris v. Brandenburg (2016)³²

案例三事實為：於 2012 年，原告共 3 位 (Katherine Morris、Aroop Mangalik、Aja Riggs)，被告共 2 位 (Kari Brandenburg、Gary King)，原告分別為在美國新墨西哥州執業之腫瘤外科醫師

³² Morris v. Brandenburg, 2016-NMSC-027, 376 P.3d 836, 2016 N.M. LEXIS 151 (2016).

(surgical oncologist)、臨床主任 (clinical director) 與他們罹患子宮癌 (uterine cancer) 的病人，被告分別為美國新墨西哥州地區檢察官 (District Attorney) 與總檢察長 (Attorney General)。3 位原告皆欲實施當時尚未立法之醫療協助死亡，故以司法起訴方式，冀望引起社會高度重視與廣泛討論。原告主張醫療協助死亡為醫療實踐 (medical practice)，當病人獲得致命藥物處方時，實係提供一個選擇的機會，如此可獲得內心的平靜 (peace of mind)，因可在家平靜死亡 (peaceful death)，並有親友環繞，非所害怕的痛苦 (agonizing)、不愉快的 (unpleasant) 與孤獨的 (lonely) 死亡。即醫療協助死亡可為病人帶來平靜感受 (feeling of peace)，並減輕因失去對身體之控制所造成之痛苦。本案於 2014 年，在地方法院 (District Court) 階段時，地方法院認為應准許醫療協助死亡，否則與美國新墨西哥州憲法 (New Mexico Constitution) 所揭櫫，保證保障生命、自由與尋求、獲得幸福 (guarantee to protect life, liberty, and seeking and obtaining happiness) 與實質性正當程序保護 (substantive due process protections) 之宗旨有違。後來，於 2015 年，上訴法院 (Court of Appeals) 推翻地方法院見解，其認為醫療協助死亡與美國新墨西哥州憲法無涉，因主張醫療協助死亡非基本的自由利益 (fundamental liberty interest)，非美國新墨西哥州憲法所保障之權利。最終，於 2016 年，本案經美國新墨西哥州最高法院 (Supreme Court of New Mexico) 認為，本案徵結在於具備一定資格之病人，究竟有無憲法上權利 (a constitutional right) 可以實施醫療協助死亡，即任何人皆可適用 (available to everyone)。雖然於 1993 年，美國新墨西哥州率先採用「統一健康照護決定法」 (“The Uniform Health-Care Decisions Act”)，允許醫師依據病人指示撤回或不施予維持生命治療或人工營養與流體餵養 (withdraw or withhold life-sustaining treatment and withdraw or withhold artificial

nutrition and hydration)。美國新墨西哥州有提供積極保護 (positive protections)，以確保末期病人之臨終決定，此一合法權益 (legitimate interest) 係被告知的 (informed)、獨立的 (independent) 與符合程序安全的 (procedurally safe)。但依據立法機關的意圖 (Legislature's intent)，無論係考量醫療專業 (medical profession) 或保護弱勢群體 (vulnerable groups)，醫療協助死亡非在允許範圍內。美國新墨西哥州最高法院認為實施醫療協助死亡，非基本的自由利益 (fundamental liberty interest)，不受正當程序條款 (Due Process Clause) 保障。即拒絕醫療協助死亡成為絕對的 (absolute) 與基本的 (fundamental) 憲法上權利，拒絕認定實施醫療協助死亡非違憲。可見，美國新墨西哥州最高法院認為醫療協助死亡非正當程序條款所保障之基本的自由利益，非美國新墨西哥州憲法所保障之基本的或重要的權利 (fundamental or important right)，除非美國新墨西哥州州政府之立法、行政部門 (legislative and executive branches of the state government) 明確保障，否則司法法院無從置喙³³。案例三發生於「生命末期選擇法」實施前，其代表性在於明確美國新墨西哥州司法權與立法權之界線，也間接催生「生命末期選擇法」之誕生。本文亦著眼於上述「生命末期選擇法」法制中三種其他機制之病人端，認為隨著增加美國新墨西哥州成為美國實施醫療協助死亡制度的第 11 個法域，醫療協助死亡之累積經驗日益豐富，包含：病人可隨時撤銷醫療協助死亡之要求、避免病人自主權遭受干擾與貫徹等待期等，藉由案例三司法起訴喚起社會重視進而立法之方式，恐待日後社會若認為有進一步實施安樂死必要性，方有機會再現。

³³ Cody Hook, *Will New Mexico lawmakers grant the right to die?*, TAOSNEWS.COM (Feb. 20, 2019), https://www.taosnews.com/news/will-new-mexico-lawmakers-grant-the-right-to-die/article_c343c8f3-909f-5ace-8e6a-d6177984e008.html.

肆、臺灣與美國經驗比較

一、相同點

本文歸納臺灣與美國新墨西哥州，看待醫療協助死亡此一病人積極死亡自主方式選擇與病人消極死亡自主方式選擇，分析相同經驗為以下 3 點：首先，病人自主重視程度相同。無論臺灣已合法之病人消極死亡自主方式選擇（如：「安寧緩和醫療條例」、「病人自主權利法」），或正在立法階段之「尊嚴善終法（草案）」，與美國新墨西哥州相同，皆高度重視病人自主的權益保障，以充分落實全人照護（holistic health care）與賦能（empowerment）精神，視人為一人，有尊嚴地直到生命最後一刻，並同步貫徹國際趨勢³⁴。其次，死亡識能（death literacy）培養決心相同。隨著生死教育與政策法制逐步落實，醫事人員與病人家屬在勇於面對死亡的社會氛圍下，無論臺灣或美國新墨西哥州，死亡識能素養之培養皆獲得正視³⁵。再者，醫病溝通共決方式相同。醫療有其高度隱私、專業、不可逆等特色，所謂尊重病人自主係奠基在資訊透明、醫病溝通對話順暢的前提下方可落實³⁶。故，相關輔助醫病溝通以做出選擇之工具與

³⁴ 王志中，全人照護暨其教育的再省思：強化病人的自主照護能力，醫療品質雜誌，15 卷 1 期，頁 96-97（2021）；黃耀德等，病人自主權利法今上路：淺談善終權，台灣醫學人文學刊，20 卷 1、2 期，頁 54-73（2019）。

³⁵ 張婷（2021 年 2 月），大學法學教育自主意識教學創新初探研究——以生命教育為例，嶺東通識教育研究學刊，9 卷 1 期，頁 41-57；黃曉蓓、張秋芬、廖俊裕、吳芝儀，病人自主權利法下之臨終諮商面面觀，諮商與輔導，411 期，頁 22-27、8（2020）。

³⁶ 蔡恩霖等，門診病人就醫隱私感受之研究——重視度與達成度之落差，中華職業醫學雜誌，27 卷 4 期，頁 267-280（2020）；陳再晉、鐘珮純、陳冠文、蕭允強，植入性醫材登錄監視制度與病人權益保障，台灣公共衛生雜誌，39 卷 3 期，頁 235-239（2020）；梁珮芸、蘇淑女，病人自主可以凌駕醫護人權嗎？，彰化護理，27 卷 2 期，頁 17-19（2020）；健康世界編輯部，衛福部研擬重處

方式亦不斷推陳出新，如：觀察臺灣目前僅規範病人消極死亡自主方式選擇之「病人自主權利法」所揭示，由醫療服務提供者參與溝通之預立醫療照護諮商、美國新墨西哥州「生命末期選擇法」所要求，心理健康專家與病人進行 1 次以上之拜訪等³⁷。綜上所述，臺灣與美國新墨西哥州推動病人自主相關舉措之相同點可歸納為：皆提倡病人自主精神、扎根死亡識能意識與踐行醫病共決原則。

二、相異處

本文歸納臺灣與美國新墨西哥州，看待醫療協助死亡此一病人積極死亡自主方式選擇與病人消極死亡自主方式選擇，分析相異經驗為以下 3 點：首先，目前視病人積極或消極死亡自主方式選擇是否等值的價值取捨不同。在臺灣，病人積極死亡自主方式選擇仍視為違法，即社會共識視病人積極或消極死亡自主方式選擇為「不等價」³⁸；在美國新墨西哥州，亦僅醫療協助死亡與病人消極死亡自主方式選擇被視為等價而合法，安樂死仍未取得社會共識，即病人積極或消極死亡自主方式選擇為「有條件等價」。其次，目前護理人員是否被充分賦能認知不同。在臺灣，依據「護理人員法」第 24 條，規定護理人員之業務職掌，不包含開立藥物處方；在美國新墨西哥州，相較於其他法域，擴大健康照護提供者的範圍，包含進階執業護理師，亦屬護理人員被賦能的創新突破。再者，目前醫療保險制度設計與思維標準不同。在臺灣，依據「全民健康保險

理單次醫材作業指引確保病人權益，健康世界，520 期，頁 18-19 (2020)。

³⁷ 王淑貞，【終點站的省思】談末期病人之護理照護經驗與啟發，志為護理，19 卷 1 期，頁 14-22 (2020)；譚家偉等，從病人的觀點探討醫病共同決策的價值，醫療品質雜誌，14 卷 1 期，頁 36-41 (2020)。

³⁸ 釋照量，從佛教的觀點談病人自主權，應用倫理評論，68 期，頁 77-100 (2020)。

法」第 1 條，全民健康保險為強制性之社會保險，部分病人消極死亡自主方式選擇已可獲得保險給付，診療項目包含有：安寧住院照護費（每日）、臨終病患訪視費、病患自控式止痛處置及材料費等，全臺灣各地一體適用，標準齊一³⁹；在美國新墨西哥州，承前述，隨著聯邦「醫療保險法」等法令逐漸將臨終關懷服務納入醫療保險範疇，已有司法案件針對執行面，主張規定應屬無效。可見，美國新墨西哥州與聯邦，在美國新墨西哥州實施「生命末期選擇法」前，針對病人消極死亡自主方式選擇的執行面已出現思維歧異。若隨著實施醫療協助死亡的法域逐漸增加，聯邦「醫療保險法」考慮將醫療協助死亡亦納入醫療保險範圍，執行面恐考驗美國新墨西哥州與聯邦在標準認定上是否趨於一致。綜上所述，臺灣與美國新墨西哥州推動病人自主相關舉措之相異處可歸納為：價值取舍差異、醫師與護理人員執掌分野呈現認知差距與醫療保險制度設計與標準適用出現歧異。

三、臺灣與美國發展特色

本文依序歸納臺灣與美國新墨西哥州病人自主之發展特色。首先，在臺灣，第一，病人自主意識已在近年來法制與社會不間斷地推動、溝通之下，共識範圍與程度仍持續挺進中⁴⁰。易言之，臺灣

³⁹ 安寧療護（住院、居家、共照）網路查詢服務，衛生福利部中央健康保險署，https://www.nhi.gov.tw/Content_List.aspx?n=D8386FD9AD1B49D3&topn=5FE8C9FEAE863B46。

⁴⁰ 林冠蓁等，《尊嚴善終法》草案下失智病人自主權之臨床困境，澄清醫護管理雜誌，16 卷 4 期，頁 4-10（2020）；胡伊婷、許名雅、薛光傑、陳如意，淺談病人自主權利法與安寧緩和醫療條例之差異，家庭醫學與基層醫療，35 卷 9 期，頁 256-262（2020）；陳偉熹等，病人自主權利法架構、分析和影響，安寧療護雜誌，24 卷 3 期，頁 225-239（2020）；黃三榮，安寧緩和醫療的新展開——從病人自主權利法的觀察，萬國法律，232 期，頁 54-68（2020）。

病人自主不僅帶動人才培育觀念進展，亦逐步走向符合臺灣風土民情與社會需求之臺灣特色方向努力⁴¹，如：討論融入家屬相互依存角色之關係自主⁴²或稱關係式自律（relational autonomy）⁴³等。第二，醫病之間不斷在摸索互動模式及彼此磨合以減少決策認知差距⁴⁴。隨著醫療科技進展迅速⁴⁵，為落實病人自主與促進醫病溝通順暢，各種輔具在臨床上被學習使用⁴⁶，如：預測脫離呼吸器最佳時機之系統⁴⁷、借重病人困擾溫度計（distress thermometer）以精準對焦需求⁴⁸、重症病人病況惡化早期警示系統（early warning system）⁴⁹、維生醫療決策輔助工具⁵⁰、病安事件通報機制⁵¹、病人

41 王翠雲等，提升呼吸器依賴病人接受安寧緩和醫療諮詢比率，呼吸治療，20 卷 1 期，頁 13-24（2021）；吳佳穎、陳端容、黃心慈，住院病患家屬對病人自主權利法的認知、態度及預立醫療決定的行為意向，台灣公共衛生雜誌，39 卷 3 期，頁 342-349（2020）；鄭適芬，以靈性照護為基礎協助癌症末期病人善終，彰化護理，27 卷 2 期，頁 6-10（2020）；黃黛縈，謝謝那些病人及家屬用生命教導我的事，奇美醫訊，128 期，頁 12-14（2020）。

42 孫效智，病人自主權利法修法芻議，生命教育研究，12 卷 1 期，頁 1-44（2020）。

43 李瑞全，從臨終死亡的概念與儒家親子關係反省病人自主權利法之意涵，應用倫理評論，68 期，頁 1-29（2020）。

44 張基生，醫師、護理、病人三向合作——提供病人合適的治療選擇，奇美醫訊，129 期，頁 8-9（2020）；蕭玉霜，病人自主權——從善終論生命自主的困境與出路，應用倫理評論，68 期，頁 51-75（2020）。

45 黃鈺焮，細胞治療的病人權益保障，消費者報導雜誌，470 期，頁 2-3（2020）。

46 李俞生，奇美中醫師走入偏鄉醫療——讓病人揪甘心，奇美醫訊，129 期，頁 12-13（2020）；匡勝捷、郝宏恕，住院病人與照護主治醫師對於醫病溝通認知差異之研究，醫學與健康期刊，9 卷 1 期，頁 61-72（2020）。

47 宋美儀、柯獻欽，利用人工智慧（AI）幫助病人早日脫離呼吸器，奇美醫訊，130 期，頁 30-31（2020）。

48 莊淑婷，從生命史實踐全人照護：癌症病人的自殺防治反思，自殺防治網通訊，15 卷 3 期，頁 26（2020）。

49 劉慧玲，重症病人病況惡化的早期警示系統，護理雜誌，67 卷 1 期，頁 19-24（2020）；李茹萍，守護病人生命的早期警示系統，護理雜誌，67 卷 1 期，頁 4-5（2020）。

50 葉書秀等，運用醫病共享決策提升東部某加護病房末期病人不予維生醫療同意書簽署率，安寧療護雜誌，24 卷 1 期，頁 17-33（2020）。

自主矛盾警示機制⁵²、緩和療護身體活動功能評估量表（palliative performance scale）⁵³與設置善終百寶箱⁵⁴等。第三，醫療場域不斷充實與完善預立醫療照護諮商等溝通經驗⁵⁵，使國內外理論與實務相互借鏡與輝映⁵⁶，以確保病人安全與精進醫療品質⁵⁷。作為簽署預立醫療決定前之必經過程，參與人員累積個案處理過程時，亦同時在反思善終意義⁵⁸，影響看待死亡的心境與態度，推動病人自主文化不斷前進⁵⁹。綜上所述，臺灣推動病人自主之發展特色為：不

-
- 51 簡守信，换位思考建立病人安全文化，志為護理，19 卷 2 期，頁 8-9（2020）。
- 52 汪秀玲等，臺灣病人自主新時代下的醫病關係，萬國法律，230 期，頁 91-106（2020）。
- 53 陳淮羽、吳秀春，運用醫病共享決策輔助策略提升癌症病人不施行心肺復甦術簽署率，安寧療護雜誌，24 卷 2 期，頁 137-152（2020）。
- 54 鄭玉伶等，提升內科病房生命末期病人善終準備完整率，長庚護理，31 卷 3 期，頁 382-394（2020）。
- 55 劉靜女等，從 COVID-19 全球大流行時看臺灣病人自主權利法的推動，北市醫學雜誌，18 卷 2 期，頁 140-148（2021）；張沐晨、曾煥棠，護理人員對病人善終醫療自主權認知及在職教育的需求，健康科技期刊，7 卷 2 期，頁 1-12（2021）；葉艾芸等，末期癌症病人與飛行安全之安寧療護經驗：一個案報告，安寧療護雜誌，24 卷 3 期，頁 252-261（2020）；楊秀儀，評論：實踐中的病人自主權利法，台灣公共衛生雜誌，39 卷 3 期，頁 350-351（2020）。
- 56 吳宛育，病人自主權利法與預立醫療照護諮商，人醫心傳——慈濟醫療人文月刊，196 期，頁 31-33（2020）；林承霽、彭仁奎，病人自主與預立醫療照護計畫：英國經驗，長期照護雜誌，23 卷 3 期，頁 169-176（2019）。
- 57 林宏榮、陳志金，住院醫師值班負荷面面觀——從醫療品質與病人安全角度思考住院醫師工時及勞動權益保障制度，醫療品質雜誌，14 卷 6 期，頁 4-8（2020）。
- 58 陳仁亮等，醫護人員對病人自主權利法之認知與態度——以中部某區域醫院為例，澄清醫護管理雜誌，17 卷 2 期，頁 37-46（2021）。
- 59 林育志、陳偉權，病人為中心思維之診間醫病關係——以多元文化為觀點，台灣醫學人文學刊，21 卷 1、2 期（2020），頁 47-67；劉雅安、張曉婷、林明慧、陳曾基，病人自主權利法與預立醫療照護諮商簡介，臨床醫學月刊，86 卷 4 期，頁 598-600（2020）；王郁婷，保持對病人的關愛態度，志為護理，19 卷 5 期，頁 46-47（2020）；梅慧敏，加護病房如何運用靈性照顧～實現病人願望走向心靈安適，彰化護理，27 卷 2 期，頁 11-13（2020）；陳振威，疫情下急重症醫患溝通，台灣擬真醫學教育期刊，7 卷 1 期，頁 45-51（2020）；陳綵珍，我與病人家庭的生命交融，志為護理，19 卷 1 期，頁 52-53（2020）；釋

斷因應社會需求滾動調整病人自主內涵、大量借助多元輔具以實質地促進醫病關係正向發展、持續充實知能與反饋並累積多元個案經驗。

其次，在美國新墨西哥州，第一，擴大可開立藥物處方的主體。相較於美國其他已實施醫療協助死亡的法域，美國新墨西哥州可謂迄今可開立藥物處方主體最寬者。至於放寬可開立藥物處方的主體資格，是否影響病人選擇醫療協助死亡的意願，仍待觀察。第二，簡化並縮短選擇醫療協助死亡的流程設計。相較於美國其他已實施醫療協助死亡的法域，僅保留填寫法定書面文件（口頭要求非法定要件），且時程仍維持等待期 48 小時（但已無間隔期間的要求），即病人選擇醫療協助死亡的病人自主意識具體化，相對而言易於實現。第三，多元化護理師角色定位。依據「生命末期選擇法」，在美國新墨西哥州，若為進階執業護理師可選擇擔任健康照護提供者；若為精神科專科護理師可選擇擔任心理健康專家。易言之，護理師在美國新墨西哥州被充分賦能，扮演共同實踐病人自主的關鍵角色，可謂美國新墨西哥州的重要創舉。綜上所述，美國新墨西哥州推動病人自主之發展特色為：放寬可開立藥物處方之主體資格、簡化醫療協助死亡的執行程序與彰顯護理師可扮演實踐病人自主多重角色的潛力發揮。

德晟，善終，給自己最好的祝福——認識《病人自主權利法》，弘誓雙月刊，163 期，頁 21-42（2020）；黃少甫等，建置病人自主權利法之預立醫療照護諮商決策輔助工具，北市醫學雜誌，17 卷附冊，頁 66-77（2020）；黃卓尹等，精神病人預立醫療照護諮商之探討，北市醫學雜誌，17 卷附冊，頁 21-32（2020）；陳詩佩等，尊重生命的選擇～淺談病人自主權利法，長庚護理，30 卷 4 期，頁 466-473（2019）。

伍、結論

本文依序探討美國新墨西哥州醫療協助死亡發展背景、「生命末期選擇法」法制內容、司法案例，且與臺灣進行病人自主經驗之比較分析，並歸納臺灣與美國新墨西哥州的發展特色。自 1994 年，美國奧勒岡州率先完成「尊嚴死法」(Death with Dignity Act)，迄今已近 30 年，觀察美國新墨西哥州「生命末期選擇法」的內容，無論流程設計、參與主體、自願決定(病人有權利隨時撤銷、醫方基於良心決定具充分選擇自由)，似有朝向「快速、多元、靈活」的意味。此走勢是否與新型冠狀病毒(COVID-19)肆虐美國有直接關係，尚待後續探討。此立法特色對美國其他正在進行醫療協助死亡立法的州，是否產生影響，亦待後續觀察。本文藉由探討美國最新實施醫療協助死亡之美國新墨西哥州「生命末期選擇法」內容，了解其病人自主之發展現況與緣起展望。冀望對於臺灣不止歇地探索病人自主精神與價值有些許借鏡意義或參考作用，如：臺灣「尊嚴善終法(草案)」若欲將病人積極死亡自主方式選擇合法化，此舉與既存之病人消極死亡自主方式選擇，無論在法制適用、程序整併、人力配置等層面皆須進行通盤思索。借鏡美國新墨西哥州「生命末期選擇法」之實施經驗，前提雖係奠基與臺灣相異之文化價值、角色認知與制度設計等，本文作為前期探索，盼藉由比較美國新墨西哥州之發展特色，可供臺灣社會未來法制走向之參考。

參考文獻

一、中文

- 張婷（2018），醫事法律問題研究（三）權益保障與經驗借鏡，臺北：元照。
- 張婷（2020），法律與倫理的對話——臺美善終法制探析，臺北：元照。
- 張婷（2021），大學法學教育自主意識教學創新初探研究——以生命教育為例，嶺東通識教育研究學刊，9卷1期，頁41-57。
- 王志中（2021），全人照護暨其教育的再省思：強化病人的自主照護能力，醫療品質雜誌，15卷1期，頁96-97。
- 王郁婷（2020），保持對病人的關愛態度，志為護理，19卷5期，頁46-47。
- 王淑貞（2020），【終點站的省思】談末期病人之護理照護經驗與啟發，志為護理，19卷1期，頁14-22。
- 王翠雲、彭玉如、劉瑞雲、陳玟綺、蘇家慧、陳煒君（2021），提升呼吸器依賴病人接受安寧緩和醫療諮詢比率，呼吸治療，20卷1期，頁13-24。
- 匡勝捷、郝宏恕（2020），住院病人與照護主治醫師對於醫病溝通認知差異之研究，醫學與健康期刊，9卷1期，頁61-72。
- 吳佳穎、陳端容、黃心慈（2020），住院病患家屬對病人自主權利的認知、態度及預立醫療決定的行為意向，台灣公共衛生雜誌，39卷3期，頁342-349。
- 吳宛育（2020），病人自主權利法與預立醫療照護諮商，人醫心傳

- 慈濟醫療人文月刊，196 期，頁 31-33。
- 宋美儀、柯獻欽（2020），利用人工智慧（AI）幫助病人早日脫離呼吸器，奇美醫訊，130 期，頁 30-31。
- 李俞生（2020），奇美中醫師走入偏鄉醫療——讓病人揪甘心，奇美醫訊，129 期，頁 12-13。
- 李茹萍（2020），守護病人生命的早期警示系統，護理雜誌，67 卷 1 期，頁 4-5。
- 李瑞全（2020），從臨終死亡的概念與儒家親子關係反省病人自主權利法之意涵，應用倫理評論，68 期，頁 1-29。
- 汪秀玲、馮明珠、謝明彥、楊淵韓、陳芳銘、黃炫迪、陳彥旭、關皚麗（2020），臺灣病人自主新時代下的醫病關係，萬國法律，230 期，頁 91-106。
- 林宏榮、陳志金（2020），住院醫師值班負荷面面觀——從醫療品質與病人安全角度思考住院醫師工時及勞動權益保障制度，醫療品質雜誌，14 卷 6 期，頁 4-8。
- 林育志、陳偉權（2020），病人為中心思維之診間醫病關係——以多元文化為觀點，台灣醫學人文學刊，21 卷 1、2 期，頁 47-67。
- 林承霽、彭仁奎（2019），病人自主與預立醫療照護計畫：英國經驗，長期照護雜誌，23 卷 3 期，頁 169-176。
- 林冠羣、廖若帆、鄭閔中、何建志、陳建宇（2020），《尊嚴善終法》草案下失智病人自主權之臨床困境，澄清醫護管理雜誌，16 卷 4 期，頁 4-10。
- 胡伊婷、許名雅、薛光傑、陳如意（2020），淺談病人自主權利法與安寧緩和醫療條例之差異，家庭醫學與基層醫療，35 卷 9 期，頁 256-262。
- 孫效智（2020），病人自主權利法修法芻議，生命教育研究，12 卷

1 期，頁 1-44。

健康世界編輯部（2020），衛福部研擬重處理單次醫材作業指引確保病人權益，健康世界，520 期，頁 18-19。

張基生（2020），醫師、護理、病人三向合作——提供病人合適的治療選擇，奇美醫訊期，129 期，頁 8-9。

梁珮芸、蘇淑女（2020），病人自主可以凌駕醫護人權嗎？，彰化護理，27 卷 2 期，頁 17-19。

梅慧敏（2020），加護病房如何運用靈性照顧～實現病人願望走向心靈安適，彰化護理，27 卷 2 期，頁 11-13。

莊淑婷（2020），從生命史實踐全人照護：癌症病人的自殺防治反思，自殺防治網通訊，15 卷 3 期，頁 26。

陳仁亮、王志誠、林佩儀、陳呈旭、張美幸、葉德豐（2021），醫護人員對病人自主權利法之認知與態度——以中部某區域醫院為例，澄清醫護管理雜誌，17 卷 2 期，頁 37-46。

陳再晉、鐘珮純、陳冠文、蕭允強（2020），植入性醫材登錄監視制度與病人權益保障，台灣公共衛生雜誌，39 卷 3 期，頁 235-239。

陳振威（2020），疫情下急重症醫患溝通，台灣擬真醫學教育期刊，7 卷 1 期，頁 45-51。

陳偉熹、曾斐琳、陳穎詩、陳潔宜、尹莘玲（2020），病人自主權利法架構、分析和影響，安寧療護雜誌，24 卷 3 期，頁 225-239。

陳淮羽、吳秀春（2020），運用醫病共享決策輔助策略提升癌症病人不施行心肺復甦術簽署率，安寧療護雜誌，24 卷 2 期，頁 137-152。

陳詩佩、曾斐琳、黃琨祥、施君穎、周嫚君、江明珠（2019），尊重生命的選擇～淺談病人自主權利法，長庚護理，30 卷 4

- 期，頁 466-473。
- 陳綵珍（2020），我與病人家庭的生命交融，志為護理，19 卷 1 期，頁 52-53。
- 黃三榮（2020），安寧緩和醫療的新展開——從病人自主權利法的觀察，萬國法律，232 期，頁 54-68。
- 黃少甫、葉依琳、徐愨萱、楊啟正、曾意婷、黃遵誠（2020），建置病人自主權利法之預立醫療照護諮商決策輔助工具，北市醫學雜誌，17 卷附冊，頁 66-77。
- 黃卓尹、林佳宜、黃鳳嬌、郭千哲、簡瑩佩、吳孟璋、劉興政（2020），精神病人預立醫療照護諮商之探討，北市醫學雜誌，17 卷附冊，頁 21-32。
- 黃鈺嫻（2020），細胞治療的病人權益保障，消費者報導雜誌，470 期，頁 2-3。
- 黃曉蓓、張秋芬、廖俊裕、吳芝儀（2020），病人自主權利法下之臨終諮商面面觀，諮商與輔導，411 期，頁 22-27+8。
- 黃黛縈（2020），謝謝那些病人及家屬用生命教導我的事，奇美醫訊，128 期，頁 12-14。
- 黃耀德、方偉任、謝伯璋、怡霖、林宸瑀、陳麗雲（2019），病人自主權利法今上路：淺談善終權，台灣醫學人文學刊，20 卷 1、2 期，頁 54-73。
- 楊秀儀（2020），評論：實踐中的病人自主權利法，台灣公共衛生雜誌，39 卷 3 期，頁 350-351。
- 葉艾芸、張亦慧、陳虹錚、李純瑩、吳建誼（2020），末期癌症病人與飛行安全之安寧療護經驗：一個案報告，安寧療護雜誌，24 卷 3 期，頁 252-261。
- 葉書秀、林佩璇、蘇乃絹、黃琬庭、鄭婉如、蕭嘉瑩、蘇珉一、馬瑞菊（2020），運用醫病共享決策提升東部某加護病房末期病

人不予維生醫療同意書簽署率，*安寧療護雜誌*，24 卷 1 期，頁 17-33。

劉雅安、張曉婷、林明慧、陳曾基（2020），病人自主權利法與預立醫療照護諮商簡介，*臨床醫學月刊*，86 卷 4 期，頁 598-600。

劉慧玲（2020），重症病人病況惡化的早期警示系統，*護理雜誌*，67 卷 1 期，頁 19-24。

劉靜女、楊君宜、黃遵誠、賴怡蓁、周原均、鍾文君、陳香岑、邱筱芸、林怡杏、黃勝堅（2021），從 COVID-19 全球大流行時看臺灣病人自主權利法的推動，*北市醫學雜誌*，18 卷 2 期，頁 140-148。

蔡恩霖、李佳芹、劉紘志、張育嘉、楊鎮嘉、葉德豐（2020），門診病人就醫隱私感受之研究——重視度與達成度之落差，*中華職業醫學雜誌*，27 卷 4 期，頁 267-280。

鄭玉伶、施宥亘、林淑麗、林怡君、吳徐慧（2020），提升內科病房生命末期病人善終準備完整率，*長庚護理*，31 卷 3 期，頁 382-394。

鄭適芬（2020），以靈性照護為基礎協助癌症末期病人善終，*彰化護理*，27 卷 2 期，頁 6-10。

蕭玉霜（2020），病人自主權——從善終論生命自主的困境與出路，*應用倫理評論*，68 期，頁 51-75。

簡守信（2020），換位思考建立病人安全文化，*志為護理*，19 卷 2 期，頁 8-9。

譚家偉、陳可欣、張秀如、黃珮玲、鄭思敏、李佳穗、陳作孝、劉秋芬、周昀昀、薛曉筑、李惠蘭、賈淑麗、王英偉（2020），從病人的觀點探討醫病共同決策的價值，*醫療品質雜誌*，14 卷 1 期，頁 36-41。

釋照量 (2020), 從佛教的觀點談病人自主權, 應用倫理評論, 68 期, 頁 77-100。

釋德晟 (2020), 善終, 給自己最好的祝福——認識《病人自主權利法》, 弘誓雙月刊, 163 期, 頁 21-42。

二、英文

Benanav M. (2021, February 11). *Last rights: Legalizing the decision to end one's life*. Carlsbad Current Argus. <https://www.currentargus.com/story/news/local/2021/02/11/last-rights-legalizing-decision-end-of-life-options-new-mexico/6722977002/>

Huerta D. (2021, February 27). *New Mexico needs end-of-life care options now*. Albuquerque Journal. <https://www.abqjournal.com/2363910/new-mexico-needs-endoflife-care-options-now.html>

Nelson R. (2021, July 16). *'Groundbreaking' Law Erases Some Barriers to Medical Aid to Dying*. Medscape. <https://www.medscape.com/viewarticle/954916>

Nott R. (2021, January 30). *A life and death debate on aid-in-dying bill in New Mexico*. Santa Fe New Mexican. https://www.santafenewmexican.com/news/legislature/a-life-and-death-debate-on-aid-in-dying-bill-in-new-exico/article_6bbe7b60-5ff8-11eb-a4de-6331076eb283.html

傳染 HIV 罪的公衛倫理與共同責任

游宗翰*

目次

壹、前言

貳、性健康與公共衛生倫理

一、性健康的價值衝突

二、公共衛生倫理與干預的限制

三、小結

參、傳染 HIV 罪的倫理檢驗與共同責任的建立

一、公共衛生模式與倫理正當性檢驗

二、共同責任與法制的建立

三、小結

肆、結論

投稿日期：2021/06/27；接受刊登日期：2021/11/24

* 現職：臺北醫學大學醫療暨生物科技法律研究所碩士生。

聯絡方式：yup20051003@gmail.com

摘要

性健康權指陳人人有權享有最高標準之性健康與生殖健康，不僅是免於疾病或虛弱，更是獲得性愉悅與安全的性經驗之可能。然而在忌性與歧視的文化下，公共衛生藉以不傷害原則與父權主義之名而防治 HIV，甚以刑事制裁感染者的性活動、忽視感染者的性愉悅、強調感染者的個人防治責任。此經國際組織批評，刑事制裁沒有達到公共衛生目的，並且呼籲共同責任之觀念。我國愛滋防治政策未見有對條例第 21 條的公開論證與道德理由，實有改善空間。本文認為，傳染 HIV 罪未能通過倫理檢驗則應刪除，並應反思忌性文化下的公衛模式的謬誤、正視個人與社群的性慾與性文化、強化人民共同責任的意識。

關鍵字：HIV/AIDS、公共衛生倫理、共同責任、性健康、性愉悅、性權、人類免疫缺乏病毒防治及感染者權益保障條例

The Public Ethics and Shared Responsibility of Criminal Transmission of HIV

Yu, Tsung-Han *

Abstract

The right to sexual health states that everyone is entitled to the highest standard of sexual and reproductive health, not only from disease or infirmity, but also from the possibility of sexual pleasure and safe sexual experiences. However, in a culture of sexual taboo and discrimination, public health uses the principle of non-maleficence and patriarchy to prevent and treat HIV in the name of criminal sanctions against sexual activity, neglect of sexual pleasure, and emphasis on the personal responsibility of the infected person. This has been criticized by international organizations as a criminal sanction that fails to achieve public health objectives and calls for the concept of shared responsibility. There is no public justification or moral justification for Article 21 in our country's HIV prevention and treatment policy, so there is room for improvement. This paper argues that the crime of HIV transmission should be removed if it fails to pass the ethical test, and

* Graduate Student in Graduate Institute of Health and Biotechnology Law, Taipei Medical University

that it should reflect on the fallacy of the public health model under the taboo culture, address the sexual desire and culture of individuals and communities, and strengthen people's sense of shared responsibility.

Keywords: HIV/AIDS, public ethics, shared responsibility, sexual health, sexual pleasure, sexual rights, HIV Infection Control and Patient Rights Protection Act

壹、前言

2020 年 5 月，公共政策網路參與平台有一提案：「人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例第 21 條，應修正符合法源與科學實證」¹，使得 HIV 相關議題重新受人矚目。該提案人主張 HIV 感染者於規律服藥後，其病毒量已檢測不到且穩定達六個月以上，則能 100% 預防性行為傳播，即 U = U (undetectable = untransmittable，測不到等於不具傳染力)。²因此，人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例第 21 條³（下稱條例第 21 條）仍刑罰不戴套之性行為，是對 U = U 之 HIV 感染者並不公平，並且愛滋工作者、醫界、公衛專家與法律學者皆呼籲刪除之。

衛福部於同年 9 月回應，其結果令人大失所望。衛福部仍主張在實證統計上，U = U 者以性行為傳染率極小但並非零，且穩定達六個月以上測不到則因個案而異，又縱使 U = U 者仍得以其他途徑傳染；而法律層面上，伴侶間傳染案例多元，對於蓄意傳染無法治癒之 HIV，仍應讓個人伸張權利，國家應予以保護之。衛福部卻也並非否定 U = U，相反地已經對司法人員宣導以俾案件上斟酌，且

¹ 人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例第 21 條，應修正符合法源與科學實證，公共政策網路參與平台，2020 年 9 月 2 日，<https://join.gov.tw/idea/detail/d420795c-8a76-49bd-8cdc-b24de0a8337c>。

² 杜漢祥、陳郁慧、湯宏仁，談 U = U 及愛滋感染管制，*感染控制雜誌*，28 卷 1 期，頁 41-43 (2018)。

³ 人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例第 21 條：「(第一項)明知自己為感染者，隱瞞而與他人進行危險性行為或有共用針具、稀釋液或容器等之施打行為，致傳染於人者，處五年以上十二年以下有期徒刑。(第二項)明知自己為感染者，而供血或以器官、組織、體液或細胞提供移植或他人使用，致傳染於人者，亦同。但第十一條第二項但書所定情形，不罰。(第三項)前二項之未遂犯罰之。(第四項)危險性行為之範圍，由中央主管機關參照世界衛生組織相關規定訂之。」

研議將危險性行為之定義，納入 U=U 之參考因素。⁴另實務上，亦有檢察官本於 U=U 而不起訴之先例。⁵

衛福部之回應避重就輕，無非是不斷強調有在宣傳 U=U、致力於友善感染者之環境、提供免費藥物而鼓勵篩檢與治療，卻未真正回應提案者之主張。衛福部既言須讓個人伸張權利，然而蓄意傳染 HIV 並非僅有刑罰一途，受害人亦得以民事法請求賠償。衛福部並未說明，為何必須有刑罰之存在。更荒謬者是，衛福部認為傳染案例樣貌多元仍不乏有蓄意之情況，然而樣貌多元為何均須受刑罰制裁？條例第 21 條之刑罰，不僅不利於公衛防治，亦淪落為個人之間的恐嚇與籌碼。

傳染 HIV 罪去刑化之議題，聯合國愛滋病聯合規劃署（Joint United Nations Programme on HIV and AIDS, UNAIDS）早已有所呼籲不應就傳染 HIV 為特別立法，反而僅在蓄意且有實際傳染的案例上適用一般刑法。⁶在《專家共識聲明：刑法脈絡下的愛滋相關科學》（下稱《專家共識聲明》）中也針對因傳染 HIV 之案例中，認為一些傳播可能性極低或不可能之行為，在刑事訴訟上必須謹慎。⁷而國內亦有學者批評條例第 21 條撰文⁸，但為何在 U=U 議題

⁴ 舊危險性行為之範圍標準第 2 條：「危險性行為之範圍，指未經隔絕器官黏膜或體液而直接接觸，醫學上評估可能造成人類免疫缺乏病毒感染之性行為。」110 年 7 月衛福部為回應公政平台提案而修正危險性行為之定義與範圍，即「危險性行為之範圍，指未經隔絕器官黏膜或體液而直接接觸，且經醫學評估有重大傳染風險造成人類免疫缺乏病毒感染之性行為。」

⁵ 王立柔，當法律落後科學時，HIV 條例「傳染愛滋罰款」究竟保護了誰，報導者 THE REPORTER，2018 年 11 月 12 日，<https://www.twreporter.org/a/hiv-infected-patient-rights>。

⁶ UNAIDS, LEGAL AND POLICY TRENDS: IMPACTING PEOPLE LIVING WITH HIV AND KEY POPULATIONS IN ASIA AND THE PACIFIC 2014–2019 (2021).

⁷ Salim S Abdool Karim 等著，愛滋感染者權益促進會等譯，專家共識聲明：刑法脈絡下的愛滋相關科學，頁 1-2 (2019)。

⁸ 參見王皇玉，德國法上關於愛滋病傳染病問題之刑法評價，月旦法學雜誌，73 期，頁 172-181 (2001)；謝煜偉，愛滋病毒蓄意傳染條款的法律問題—危險性

上仍難以去刑化？本文認為癥結在於民眾因認為 HIV/AIDS 對免疫系統傷害過大，而高估 HIV 的傳染風險；因此無論證實 U=U 傳染機率是零到可忽略，民眾仍因對疾病的恐慌、歧視與忌性文化下，而仍仰賴條例第 21 條所給予的安全感。這也隱含了公共衛生法之難題：為何公共衛生須介入私人行為？以法律強制向性伴侶揭露感染事實且須戴套性行為，而無視該感染者個人追求性愉悅的意願，其正當化理由何在？這自然涉及到自由主義者對公共衛生法擴大干預範圍的批判，以及疾病防治中個人責任與公共責任之劃分。

因此，對此議題本文並不單就條例第 21 條之各個要件為批論，而是基於公共衛生法或公共衛生倫理，分析疾病防治中的個人與公共責任並以之檢視條例第 21 條，提供另一層次之論述。條例第 21 條雖規範傳染 HIV 之行為有三，惟考量共用針頭、因人體組織移植而傳染之型態，涉及毒藥癮與器官移植之議題，有著與性行為傳染型態顯著不同之背景脈絡；且自 100 年至 103 年感染危險因子，以男男間性行為與異性間性行為合計 75%，注射藥癮者為 23.8%，接受輸血者僅 0.1%，可見愛滋感染疫情目前以不安全性行為為主。⁹因此，本文僅就性行為傳染 HIV 先為研析範疇。在本文第一部分，將探尋性健康之價值為何，而於性行為傳染 HIV 之例中面臨如何的價值衝突；因而公共衛生基於何種理由，干預或介入感染者之性活動，所涉及之權利為何。第二部分討論公共衛生模式與刑事制裁，是否符合公共衛生的倫理檢視；並援引國際指引倡議的「共同責任」(shared responsibility) 論述防治 HIV/AIDS 的核心問題，以及條例第 21 條之不當與修法方向。

行為的行為危險性，愛之關懷季刊，97 期，頁 15-24 (2016)；林欣柔，從地方法院判決初探傳播愛滋罪之妥適性，法律與生命科學，7 卷 2 期，頁 27-39 (2018)；鄧傑，測不到病毒可以無罪嗎？—談 U=U 與蓄意傳染 HIV 罪，愛之關懷季刊，110 期，頁 16-28 (2020)。

⁹ 衛生福利部，愛滋防治政策第六期五年計畫，頁 8-9、16 (2016)。

貳、性健康與公共衛生倫理

健康的價值幾何，值得我們不惜以法律追求與維持之？當健康權被認同為權利與自由時，是否允許個人犧牲自身健康而換取更高的利益？如為求繁衍而與人性交，仍需承擔因性交所衍生之健康風險。惟這般「自傷」行為看似個人的自由，卻經常受制於深層的社會、經濟與文化的結構。此時公共衛生干預的正當理由與限制為何，如何應合人權公約的保障，即是本章重點。

一、性健康的價值衝突

（一）性健康之定義

《世界衛生組織憲章（World Health Organization Constitution）》序言定義健康為：「身體、心理與社會之完全健康狀態，不僅是疾病或羸弱之消除。」《經濟、社會及文化權利公約（The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, ICESCR）》所謂之最高標準的健康則並不限於《世界衛生組織憲章》之定義，而包含多元社會經濟因素，促進使人民能享有健康生活的條件，例如：住房、工作條件與環境等。

性健康的定義則首見於 1975 年 WHO 的技術報告中，而 1994 年《國際人口與發展會議行動綱領（Programme of Action）》更是確立了生殖健康與性健康的重要性。但性健康的理解，仍是置於生殖健康的脈絡下：「生殖健康是指，於有關生殖系統及其功能、過程的事物上，處於身體、心理與社會幸福的狀態，而不僅僅沒有疾病或虛弱。……生殖健康也包含了性健康，其目的是改善生活與人

際關係，而不侷限在有關生殖與性傳染病的諮詢及照顧。」¹⁰在性傳染病與 HIV 防治的問題上，《行動綱領》強調為防治性傳染病與 HIV，國家政策應奠基在負責任的人的性慾與當時性行為的現況。¹¹

在 WHO《性健康、人權與法律》指引中則單獨就性健康定義，為與性相關之身體、情感、心理和社會幸福的狀態；不僅是沒有疾病、功能障礙或身體虛弱。此外，性健康更包含從中獲取愉悅與安全的性經歷。性是人類一生中的重要面向，同時也受到生物學、心理、社會、經濟、政治、文化、法律、歷史、宗教和精神因素的相互作用的影響。¹²

（二）性健康權與性權

本於健康為首重的價值，健康權的概念也隨之而生。《世界人權宣言（Universal Declaration of Human Rights）》第 25 條第 1 項：「人人有權享受為維持本人和家屬的健康和福利所需的生活水準，包括食物、衣著、住房、醫療和必要的社會服務。」而 ICESCR 第 12 條亦規定：「本公約締約國確認人人有權享受可能達到之最高標準之身體與精神健康。」ICESCR 第 14 號一般意見更指明，健康權與其他人權密切相關又相互依賴、密不可分。¹³

雖然在 ICESCR 第 14 號一般性意見中已經提及性健康與生育健康權（Right to Sexual and Reproductive）亦屬於健康權之範疇，然 ICESCR 第 22 號一般性意見更具體說明之，並引用了《行動綱

¹⁰ UN, INTERNATIONAL CONFERENCE ON POPULATION AND DEVELOPMENT PROGRAMME OF ACTION 59 (2014).

¹¹ *Id.* at 73.

¹² WHO, SEX HEALTH, HUMAN RIGHT AND THE LAW 5 (2015).

¹³ 法務部法制司，公民與政治權利國際公約經濟社會文化權利國際公約一般性意見，2 版，頁 222（2018）。

領》與 WHO 的定義。¹⁴第 22 號一般性意見認為，性健康與生育健康權，更包含了性健康與生育健康的基本要素。¹⁵因此，性健康與生育健康權被理解為，人人有權享有最高標準的性健康與生育健康。健康權的基本要素：可使用性、可取得性、可接受性與品質，亦適用在性健康與生育健康權。第 22 號一般性意見更強調不歧視與平等的議題，其中屬於特定群體的個人可能在性健康和生育健康方面不成比例地受到交叉歧視的影響，¹⁶例如：HIV 感染者與 AIDS 患者。國家除尊重、保護與實現性健康權外，亦不得直接或間接干涉之，更有核心義務確保性健康權的滿足至少到最低的必要水準。¹⁷2014 年世界性健康協會（World Association for Sexual Health, WAS）公布《性權宣言（Declaration of Sexual Rights）》共 16 項，¹⁸內容可以說是總結《行動綱領》、WHO 與 ICESCR 第 22 號一般性意見。WAS 在性健康與生殖健康權之上，創建了更高層次概念的性權。於 2019 年《性愉悅宣言（Declaration of Sexual Pleasure）》更直指性愉悅為共享或單獨的性愛經歷（包括思想，幻想，夢想，情感和感覺）所帶來的生心理上的滿足和享受。同時強調應於性權利的範圍內行使性愉悅，特別是享有平等和不歧視、自

¹⁴ 法務部法制司（註 13），頁 344。

¹⁵ 法務部法制司（註 13），頁 345。

¹⁶ 法務部法制司（註 13），頁 350。

¹⁷ 法務部法制司（註 13），頁 354。

¹⁸ 1. 平等與不歧視權。2. 個人生命權、自由權與安全保障權。3. 自主與身體的完整權。4. 免於折磨與殘害、免於非人道或有辱人格的虐待或懲罰權。5. 免於暴力與免於強制權。6. 性隱私權。7. 包括性健康在內的最高標準之健康權：盡可能的性愉悅、性滿足和安全的性體驗權。8. 科技進步與成果運用權。9. 性資訊權。10. 受教育權與全面性教育權。11. 進入、締結與離異婚姻以及基於平等與完全自主同意的其它類似關係權。12. 決定生養孩子、生養數量和生養間隔權，以及養育與決定生養的知識資訊權。13. 自由思想、自由表達觀點與自由表述權。14. 結社與和平集會的自由權。15. 參與公共與政治事務權。16. 訴諸法律、獲得補償與賠償權。

主權和人身完整權。《性愉悅宣言》特別指出，性愉悅亦是性權的基本因素，並敦促政府應將法律或政策中的性愉悅，當作性權之一部而予以尊重和保障。

自 2009 年我國公布公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法（下稱兩公約施行法）後，兩公約正式具有國內法律位階之效力，以及施行法第 3 條要求適用上參酌人權事務委員會之解釋。然而，立法者似乎誤解人權事務委員會之執掌，蓋欲知悉兩公約的權利內涵，應參考經社文權利委員會對各國報告之審查意見與一般性意見，而人權事務委員會除審查意見與一般性意見外，亦應參酌其對個人申訴之決定。¹⁹第 3 條卻獨漏經社文權利委員會，致適用兩公約上產生跛腳情形，立法院法制局亦建議修正之。²⁰國際人權公約內國法化後，若其所保障之自由與權利是憲法未明文者，藉由憲法第 141 條「尊重條約及聯合國憲章」之規定，以及國際法上禁反言之原則，得取得效力高於國內一般法令之國際人權規定；如經大法官釋憲而援用，則提升到準憲法位階。²¹因此，就體系與目的性解釋，ICESCR 第 22 號一般性意見應有國內適用之效力，《行動綱領》與 WHO 指引所定義之性健康權，為我國保障人權之一環。

又許志雄大法官於司法院釋字第 767 號解釋之意見書中，提醒我們國際人權與國內人權有本質上與實踐上之差異，國內憲法基於司法救濟之配套而人權種類與內容相形之下少寡，如何架橋兩者不

¹⁹ 廖福特，兩公約之歷史發展及台灣參與，收於：廖福特編，聯合國人權兩公約：公民與政治權利國際公約、經濟社會文化權利國際公約，頁 18-19（2014）。

²⁰ 翁栢萱，聯合國兩公約之國內實踐——以兩公約施行法為中心，立法院，2016 年 9 月 1 日，<https://www.ly.gov.tw/Pages/Detail.aspx?nodeid=6586&pid=85233>。

²¹ 李震山，憲法未列舉之「健康權」入憲論理——以司法院釋字第 785 號解釋為中心，月旦實務選評，1 卷 1 期，頁 134（2021）。

得不慎。李震山教授也認為，司法院釋字第 785 號固採健康權的消極面向，而如何朝向積極與開放，是艱鉅挑戰；而不妨將最高標準置於積極追求目標，而從保障下限開始做起。²²誠然一個國家的健康最高水準，視其經濟資源與人民權利意識所定，然而當我們在建構一個人權的內容時，亦能參酌多元的價值與描述，以建立全面性體系；《性權宣言》與《性愉悅宣言》雖非國際法源，但 WAS 自 1978 年以來關注性健康與權利，由各地不同學門的性專家組成員會與特別工作小組，進行了討論、審查並凝聚共識，這兩個宣言是我們探究性自主基本權內容的重要資料，有助於我們瞭解傳染 HIV 罪所限制或剝奪的權益為何。縱然這些價值與權利內涵尚未被發掘或接受，但仍是真實地發生在人民生活中。

（三）HIV 感染者的性健康權

綜上所述，我們可以得出：性權作為人權，為最高上位概念，包含各種與性相關的權利。性健康權與生殖自由是性權的一種，而性愉悅與安全性體驗也是性健康權中的重要因素。是以 HIV 感染者的性健康權不得忽視，第 22 號一般性意見書也特此注重他們所受到的交叉歧視。感染者除有權利接受適宜的治療外，其性活動中所獲得的生心理滿足，也更是攸關其人格完整、自我實現之重要因素；然而另一方面，非感染者能獲得安全的性體驗，也是性健康權所保障之一環。或相對而言，感染者也應享有安全的性體驗，而非感染者也能冒險獲取性愉悅。因此，在管制因性行為而傳染 HIV 上，將會面臨同為性健康權之價值衝突。

公共衛生如何回應這種價值衝突，我們可以先釐清公共衛生法的首要目的：秉持社會正義價值觀，追求最高水平的群體的身心健

²² 李震山（註 21），頁 135。

康，亦即政府有追求人民最高標準之健康的義務，而應該做到哪些事項且其權力應如何受限制。²³如此，當一個社會中所有人都面臨的風險得到管制時，每個生活其中的個體都將從中受益；社會成員必須犧牲自主的權益，尤其是對整體有害的行為，以換取社會整體之健康。²⁴ 如此之下，公共衛生給予我們一個初步的判斷，即為維持群體健康，個人自主的空間有時需要某程度的退縮。無論是否為生殖目的，亦不區分性傾向與角色，只要從事性活動（包含多人性行為、BDSM 等）均會面臨以性行為為傳染途徑的疾病（如：淋病、梅毒、HIV、HPV 等），這些是人類共同面臨的健康風險。以管制其風險時，受益者不僅是非感染者，同時也能減少感染者共病其他性病。因此我們能夠率先判斷安全的性體驗應是優先考量的性健康權，何況《性權宣言》與《性愉悅宣言》也是要求在性權利的範圍內，達到「盡可能」的性愉悅，而並非無所邊際。如此，我們對於這般初步的價值取捨，該探求合理之正當理由，以及干預手段該有何種相對應之限制。

二、公共衛生倫理與干預的限制

（一）公共衛生倫理與正當理由

公共衛生倫理中常含有個人與個人、或個人與社會之間的利益或權利相衝突的道德兩難，這種衝突並非多由當事人有意引發，而是公共衛生健康的要求的特質或內部結構所必然產生。²⁵為維持集

²³ Lawrence O. Gostin & Lindsay F. Wiley 著，蘇玉菊等譯，公共衛生法——權力·責任·限制，頁 4（2019）。

²⁴ Lawrence O. Gostin & Lindsay F. Wiley（註 23），頁 6。

²⁵ 李瑞全，新冠病毒疫情的倫理反思與公共衛生倫理學的建構，應用倫理評論，70 期，頁 211-212（2021）。

體的健康，將同時限制個人對身體健康的自主，因而當代健康威脅作為公共問題或私人問題來對待則是一大問哉。²⁶亦有論者認為，問題不在於公共與私人間的拉鋸，而是在公衛措施應採取行為模式或社會生態模式，即前者在個人自負其責的理念上，認為生活模式所致疾病不受法律管制；後者則認為公共衛生是社會性問題，而其措施自應回歸適用在社會上。²⁷另常見於公共衛生倫理分析之理論，得分為有結果論、義務論與社群主義。²⁸Childress 等人亦述，從倫理的角度，公衛措施常被理解為目的論與結果論，公眾的健康是主要目標以及是否成功的指標。²⁹

為求簡潔與礙於篇幅，本文暫且不詳論各種公衛倫理所運用的理論，³⁰而以 Gostin 所述公共衛生規範的一般性正當理由：防止對他人的傷害、對欠缺自我保護能力者以及父權主義；³¹Childress 等人所提出的五個可證成條件 (justificatory conditions)：有效性、比例性、必要性、最小傷害、公開論證等等，論證傳染 HIV 罪的公衛措施是否有正當理由介入私人行為，以及其干預手段是否符合人權公約與五項指標。

1. 不傷害原則與保護無自衛能力者

防止對他人的傷害或稱不傷害原則，是基於自由主義的政治哲

²⁶ JOHN COGGON, WHAT MAKES HEALTH PUBLIC? 9-96 (1st ed. 2012).

²⁷ Lawrence O. Gostin & Lindsay F. Wiley (註 23)，頁 38-39。關於公共衛生模式之描述，詳見下章。

²⁸ MJ Roberts & MR Reich, *Ethical Analysis in Public Health*, 359(9311) LANCET 1055, 1055-1059 (2002).

²⁹ James F Childress et al., *Public Health Ethics: Mapping the Terrain*, 30 J. L. MED. ETHICS. 170, 170 (2002).

³⁰ Lisa M. Lee 彙整 1996 年至 2010 年之公共衛生倫理框架，得參見 Lisa M. Lee, *Public Health Ethics Theory: Review and Path to Convergence*, 40(1) J. LAW MED. ETHICS. 85, 89-90 (2012).

³¹ Lawrence O. Gostin & Lindsay F. Wiley (註 23)，頁 43。

學，認為不應對身心健全之成年人施予自由限制，除非其行為對他人或財產存在危害；因此，如果個人行為會帶來嚴重傳染性疾病傳播的風險，則無論行為出於無意或蓄意，均能正當化國家行使強制力。³²然而 Childress 等人也予以提醒，必須證明社會文化因素使個人行為實質上出於非自願，以至於需要外界的干預與保護；也必須證明對他人的不利影響，重大到需要限制個人自由。³³第二個廣為接受的正當理由即對缺乏自我保護能力者的保護，個人行為或決定出於不完整的知情同意，或沒有能力、管道與資源以理解其行為或決定的意義與效果，則有保護他們的正當性。³⁴

《性健康、人權與法律》指出性並不是能完全出於個人意志，而是受到生物、心理、社會、經濟、文化等諸多因子交互作用；而感染 HIV 之婦女之所以不揭露，是出於擔心揭露之後的暴力、遺棄與其他負面對待。³⁵縱然 HIV 是通過個人行為傳播的，但這是受個人所在的社會關係結構所影響及制約。³⁶面對非感染者的性伴侶要求不戴套性行為，感染者將陷於是否告知的兩難：若不告知，擔心會傳染 HIV 給性伴侶；而若告知，又擔心性伴侶會遺棄自己，或遭四處宣揚，或遭報復性暴力與法律問責。³⁷感染者若沒有資源或管道，正確認識 HIV/AIDS 與自己身體狀況，恐怕為一時情急而錯判傳染風險。亦有學者依據傷害原則與弱勢原則，感染者有強烈的道德義務去保護現實或將來發生性關係的相對人，若其隱瞞而繼續發生不安全性行為，則有高度的倫理上可非難性。³⁸

³² Lawrence O. Gostin & Lindsay F. Wiley (註 23)，頁 46-47。

³³ Childress et al., *supra* note 29, at 176.

³⁴ Lawrence O. Gostin & Lindsay F. Wiley (註 23)，頁 47。

³⁵ WHO, *supra* note 12, at 22.

³⁶ Douglas D. Heckathorn et al., *AIDS and Social Networks: HIV Prevention through Network Mobilization*, 32(2) SOCIOLOGICAL FOCUS 159, 159-179 (1997).

³⁷ 王立柔 (註 5)。

³⁸ 林欣柔，伴侶風險告知侵害感染者隱私？論愛滋接觸者追蹤與公衛人員之保密

感染者未揭露或未戴套性行為的決定，看似能自主決定但多數時候仍箝制於諸多因素。因而為避免感染者與非感染者，在不知情或未能正確認識之下，作出不利自己與他人之決定，公共衛生確實能本於不傷害原則與保護無能力者的兩個正當理由，在性愉悅與安全性體驗的價值衝突間擇取後者為優先考量。然正因為諸多因素交互影響感染者與非感染者間的互動，公衛措施也須相應地謹慎作為。縱感染者有強烈道德義務不讓自己傷害別人，也不應當在感染者違背道德時而一味高度非難。實際在一夜情的場合中，我們真的會一五一十地告知性病史嗎（無論是 HIV 或生殖器疣，無論是否治癒或檢測不到）？³⁹這當然不是為感染者開脫其責任，而是當我們以不傷害原則課予感染者道德義務時，是否衷心將其作為道德主體看待？又或是包藏厭惡感染者與易感族群、忌諱與反感他們的性慾望？

2. 父權主義

相對於前二正當理由，父權主義乃因限制身心健全的成年人之自由，其爭議不斷。父權主義即保護能力健全者免受自身行為的傷害，而不考慮其自身的偏好。⁴⁰自由主義者便批判，個人行為乃出於本身需求及理性選擇，自傷亦是如此，故不足以構成干預的正當理由。然而支持者認為，個人的理性受限於認知偏誤，而易陷於不常被認為是上癮的行為，例如：糖或熱量的過度攝取。社會與文化因素所導致的健康問題，也不能全然歸咎於個人選擇。

義務，疫情報導，30 卷 23 期，頁 483-484（2014）。

³⁹ 「她實在無法想像怎麼跟一夜情的炮友談這些，而如果是發生在一段關係中的話，她才不想說哩，因為要是說了，對方就會離開她，因此她更不可能坦白自身的慾望。」參見 Amber Hollibaugh、黃道明等，與荷安珀對談愛滋政治，收於：黃道明編，當慾望碰上公衛：愛滋防治的解放政治，頁 32（2016）。

⁴⁰ Lawrence O. Gostin & Lindsay F. Wiley（註 23），頁 43。

若以自願與否（具有能力？充分知情？不受控制或影響？）和行為不利益落於自己或他人為象限劃分（表一），則對於非自願自利行為（象限 2、3、4）的社會干預被認為是軟性父權主義，而得合理地以任何方式減少風險；相對地，對自願自利行為（象限 1）的干預行為被認為是硬性父權主義，即縱使行為沒有傷害他人仍無視其自願，在民主多元社會中這種干預是難以被正當化的。⁴¹

		個人行為的不利影響 Adverse Effects of Individuals' Actions	
		自己承擔 self-regarding	他人承擔 other-regarding
個人行為的自願性 Voluntariness of Individuals' Actions	自願 Voluntary	1	2
	非自願 Non-voluntary	3	4

表一：自主／不利影響所劃分出的父權主義

是以，在象限 2、3、4 中以軟性父權主義干預感染者與非感染者間性活動，我們仍得以不傷害原則與保護無自衛能力者之理由，為正當化其干預。然而感染者為 U=U 狀態或從事傳染率極低之性活動，且非感染者是出於自願與知情，強性父權主義之干預是否仍具有正當性，則不無疑問。荷安珀（Amber Hollibaugh）在研討會中道，當 HIV/AIDS 橫空出世時公衛部門幾無能力處理人際間的性、個人與社群緊密相關的性，反而在恐性文化中繼續扮演中立客觀的科學家。⁴²裴新（Cindy Patton）亦述說在 AIDS 爆發之時，出

⁴¹ Childress et al., *supra* note 29, at 175-176.

⁴² Amber Hollibaugh、Cindy Patton、黃道明、呂昶賢，愛滋防治的解放政治：當慾望碰上公衛，收於：黃道明編，當慾望碰上公衛：愛滋防治的解放政治，頁 108-109（2016）。

現了對 1970 年代淫亂狂歡、不顧個人行為後果而致 AIDS 疫情的言論，這般輿論恰恰給予政府高壓強制和公衛政策的正當性。⁴³ 荷安珀更直言道，徹底減少傳染 HIV 的風險若是價值所在，我們應該在性的領域中，教育每個人如何保護自己而非道德說教；若一開始就認為感染者與易感族群所做的事情是不對的，反而給予非常好的立法藉口以懲罰他們。⁴⁴ 裴新與荷安珀所言不假，對於知之甚少的 HIV/AIDS，公衛部門僅能運用其熟悉的防治性病工具為應付，公共宣傳運動（public information campaign）更希望改變人們的行為，主張更安全的性行為及更少的性伴侶；⁴⁵ 更因缺乏有效治療而僅能採取篩檢、性伴侶通知等其他干預措施，甚至將傳染 HIV 定為犯罪；⁴⁶ 至 2011 年《愛滋病政治宣言》依然主張禁慾、忠誠⁴⁷ 與始終正確使用保險套得為防疫政策，以減少冒險行為、鼓勵負責任的性行為。

由此可知，由於對 HIV/AIDS 的無知，又在恐性、忌性的文化下不難想像輿論會將疫病謬誤歸因到性解放運動，而使公衛政策道德化與立法禁止特定性活動。即使現在對於 HIV/AIDS 有長足的認識，治療與藥物預防不斷精進與研發，然而我們有勇氣去正視最核心的問題——性慾嗎？若我們只是淺層地反歧視與懷柔羈縻，則深層中對性與慾望的忌諱與非難，只會使父權主義悄然隱身卻伺機而動，我們不得不惕。公共衛生所既探求的是整體社群健康或不健康的成因，則成員的自傷行為有可能涉及到整體社群的健康，此時父

⁴³ Amber Hollibaugh、Cindy Patton、黃道明、呂昶賢（註 42），頁 103。

⁴⁴ Amber Hollibaugh、黃道明（註 39），頁 31。

⁴⁵ Lawrence O. Gostin 著，翟宏麗等譯，全球衛生法，頁 377（2017）。

⁴⁶ Lawrence O. Gostin & Lindsay F. Wiley（註 23），頁 457-458。

⁴⁷ 陳鵬元即批指，提倡性愛合一、忠誠等固然有助於降低風險暴露，但此等傳統價值不應作為唯一的健康防線。陳鵬元，愛滋防治減害基礎初探——以人權保障為皈依，醫事法學，21 卷 1 期，頁 40（2014）。

權主義的干預雖有其正當性與吸引力，但我們仍要有所留意與審視之。陳鵬元更指出在快樂與道德牽引中，父權思維將制式地劃分不同評價，而使快樂分為優劣、道德分為對錯，並借助刑罰以確立價值的極化，因而催生快樂位階與族群分化之隱性斥力，尤當弱勢族群受犧牲時更是如此。⁴⁸

1983 年《丹佛原則 (the Denver Principals)》強調愛滋患者和人人一樣，有權享有全面且令人滿足的性生活及情感生活，能提醒我們在選擇安全的性體驗為優先價值時，仍應顧及感染者亦有此項權益，而非以偏概全。道德義務若是由他人強制賦予，而不顧及作為其主體的感染者與易感族群的意見與參與，也不過是尋一高尚藉口以迴避社群中每一成員看待自身慾望的差異性。

(二) 國際人權法對干預的限制

《世界人權宣言》第 29 條：「人人在行使他的權利和自由時，只受法律所確定的限制，確定此種限制的唯一目的在於保證對旁人的權利和自由給予應有的承認和尊重，並在一個民主的社會中適應道德、公共秩序和普遍福利的正當需要。」第 30 條亦規定，本宣言不得解釋為個人有權破壞他人權利與自由，而 ICCPR 第 5 條與 ICRSCR 第 5 條亦有相同規定，皆為不傷害原則的展現，可作為干預手段之規範依據。ICCPR 允許在威脅國家生存的緊急狀態限制人民權利，⁴⁹而《錫拉庫薩原則》更指出，公共衛生僅在為了處理「對健康的嚴重威脅」而得以作為限制個人的事由。⁵⁰

⁴⁸ 陳鵬元 (註 47)，頁 33。

⁴⁹ ICCPR 第 4 條第 1 項：「如經當局正式宣布緊急狀態，危及國本，本公約締約國得在此種危急情勢絕對必要之限度內，採取措施，減免履行其依本公約所負之義務，但此種措施不得抵觸其依國際法所負之其他義務，亦不得引起純粹以種族、膚色、性別、語言、宗教或社會階級為根據之歧視。」

⁵⁰ Lawrence O. Gostin (註 45)，頁 293。

相較於 ICCPR 規定，ICESCR 之要件更為嚴苛。⁵¹亦即只有為了公眾健康所需要採取必要措施情況下，才能對健康權進行法定限制。⁵²第 14 號一般性意見書也述及，以國家安全或維護公共秩序為藉口，限制 HIV 感染者或 AIDS 患者的行動自由，其必須對第 4 條中提出的每項內容說明此種嚴重措施的理由。即使以保護公共健康為理由這種限制基本上是允許的，這些措施也應是短時的，並需加以審查。⁵³

三、小結

性健康權指陳人人有權享有最高標準之性健康與生殖健康，國家應逐步創造人民能完整實現性健康權的條件，並有尊重、保護與履行義務。而性健康的內涵，不僅是免於疾病或虛弱，更是與性相關的身體、情感、心理與社會的幸福狀態。對性與性關係持積極與尊重態度，並有獲得愉悅與安全的性經驗之可能。其中性愉悅亦被強調，屬於性權的基本要素。

性傳染病（如：淋病、梅毒、HIV、HPV 等）是人類共同面臨的健康風險，憑藉個人努力並不能有效阻止疾病的蔓延，尤其當性傳染病與社會、文化因子有著難以察覺的關係時。如此之下，公共衛生給予我們一個初步的判斷，即為維持群體健康，個人自主的空間有時需要某程度的退縮。因此在性愉悅與安全的性經驗間的價值衝突，基於公共衛生而擇取後者為優先考量；然而公共衛生的干

⁵¹ ICESCR 第 4 條規定：「本公約締約國確認人民享受國家遵照本公約規定所賦予之權利時，國家對此類權利僅得加以法律明定之限制，又其所定限制以與此類權利之性質不相抵觸為準，且加以限制之唯一目的應在增進民主社會之公共福利。」

⁵² Lawrence O. Gostin（註 45），頁 293。

⁵³ 法務部法制司（註 13），頁 230。

預，我們仍應以 Gostin 所述之一般正當理由為檢視，即不傷害原則、對無自衛能力者的保護，以及父權主義。

本於不傷害原則與對無自衛能力者的保護，感染者的性活動若對於他人有嚴重威脅，或因不知情、未能正確認識而作出不利自己與他人之決定，確實能正當化公衛干預措施。然而 HIV 並不容易從一個人傳播至另一個人，至少需要滿足三條件方得傳染⁵⁴；且諸多因素交互影響感染者與非感染者間的互動，公衛措施也須相應地謹慎作為。對於出於自願且有利不利均個人承擔的行為，縱使其行為不會傷害他人仍受政府強制干預，這種硬性父權主義的干預在多元民主的社會中難以正當化。然而鑑於 HIV/AIDS 的流行病史，社會的恐性文化、民眾的恐慌輿論與公衛部門的無能，助長了公衛政策道德化與立法禁止特定性行為，即使我們對 HIV/AIDS 有更正確的認識與有效的療法，若對於人們的性慾忌諱非難，仍將使父權主義有伺機而動的機會。在性愉悅與安全的性體驗間的價值衝突中，擇取後者為優先價值雖有正當理由，然而勿忘感染者也有權享有全面且令人滿意的性生活，而不能僅以父權主義等為由而抹煞其權益，再以維護公益當幌子。

國際人權法中雖體現人權仍有不傷害原則的適用，但就以公共衛生為理由的干預措施，《錫拉庫薩原則》仍限於有對健康的嚴重威脅時方得限制人權；ICESCR 更加嚴格，僅在採取必要措施情況下，才能對健康權有法定限制。第 14 號一般性意見書也述及，若以公益為由而限制 HIV 感染者或 AIDS 患者的行動自由，其必須對 ICESCR 第 4 條中提出的每項內容說明此種嚴重措施的理由。

⁵⁴ 1. 特定體液（即血液、精液、射精前體液、直腸分泌液、陰道分泌液，或乳汁）中必須存在充足的病毒；2. 份量充足的上述體液（至少一種）必須直接接觸到愛滋病毒陰性者身體上能造成感染的部位，這些部位通常是黏膜、受損組織，或正在發炎的潰瘍，但非完好的皮膚；3. 病毒必須克服該宿主的先天免疫抵抗，感染才能完成並擴散。Salim S Abdool Karim 等著（註 7），頁 5。

參、傳染 HIV 罪的倫理檢驗與共同責任的建立

在上一章我們說明了性健康權的定義與價值衝突，當個人追求性愉悅與安全的性體驗有相衝突時，此時公共衛生仍得秉於維持群體健康而得干預感染者之性活動，惟其手段必須合於 ICESCR 的要求，不能因為追求公共衛生而無限上綱。然而，將傳染 HIV 定為犯罪的法律政策是否合理？在保護公共衛生與侵害感染者的性健康權間，是否失衡？本章將以 Childress 等人所提出的公衛倫理檢視我國條例第 21 條與實務運作，並援引國際指引所提倡之「共同責任」，試論公共衛生模式與法律責任之重塑。

一、公共衛生模式與倫理正當性檢驗

（一）防治 HIV 之公共衛生模式

公共衛生自瘴氣模式，經病源模式、行為模式，至今以社會—生態模式為解決問題。⁵⁵然而當未能有效治療疾病時，行為模式與社會—生態模式的干預措施就顯得重要，即使往後研發出有效治療，預防也優於治療。⁵⁶這般從病源模式到行為、社會—生態模式的轉移，恰好在 HIV/AIDS 的防治得到印證。在 HIV 流傳早期由於缺乏有效治療與疫苗，對其病毒知之甚少，公衛政策僅能從人們

⁵⁵ 最初瘴氣模式源自於腐爛有機物與壞空氣是致病原因的理論，因此致力於改善貧民區的物理環境；而當人們發現病因是來自於細菌、病毒與有毒物質時，便以病源模式為主，針對個人採取干預措施；當慢性病與非傳染性疾病成為主要死因時，人們發現病因與行為有關，諸如：偏食、運動、菸酒藥物等，便以行為模式為主；當硬性與柔性手段干預個人行為沒有成效時，人們發現行為選擇與社會、經濟、環境因素有關，因此以系統性不利因素為研究的社會生態模式誕生。參見 Lawrence O. Gostin & Lindsay F. Wiley (註 23)，頁 23-27。

⁵⁶ Lawrence O. Gostin & Lindsay F. Wiley (註 23)，頁 466。

的行為著手。鑑於觀察出性濫交與注射吸毒同樣與梅毒、HIV 等傳染性疾病有關，而使人們轉向行為模式。⁵⁷

早期公衛部門無能治療 HIV/AIDS 時，只能以要求個人禁慾、忠誠與使用保險套，甚至將傳染 HIV 定為犯罪。美國 HIV 流行總統委員會（The Presidential Commission on the HIV Epidemic）指出，將傳染 HIV 定為犯罪是符合刑法所關切的，即對實施損害行為的行為人進行懲罰，感染者如故意從事對他人產生重大傳染風險之行為，必須為其行為負責，進而阻止感染者從事高風險行為與保護社會免受疾病的危害。⁵⁸此外，國際間也禁止感染者入境，對高風險群強制篩檢⁵⁹等。但正如前章所述，以不傷害原則、保護無自衛能力者以及父權主義為由的公衛干預措施，有刻意忽略個人性慾的實現以及剝奪感染者與易感族群作為道德主體的資格。從此，開啟了感染者、男同性戀者、性工作者、注射藥癮者與第三世界居民遭受歧視的惡夢。HIV 以男性間性行為（men who have sex with men, MSM）為傳染途徑，更使人們以道德批判 MSM 者與男同性戀，認為 AIDS 是這些人的報應。⁶⁰

隨時間遞移而我們對 HIV/AIDS 有充足理解與有效治療的問世，傳染 HIV 罪所造成的歧視與感染者黑數，反而阻礙公共衛生達其目標。因而除公衛專家對去污名化達成共識外，國際組織也開

⁵⁷ Lawrence O. Gostin & Lindsay F. Wiley（註 23），頁 24。

⁵⁸ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. REPORT OF THE PRESIDENTIAL COMMISSION ON THE HUMAN IMMUNODEFICIENCY VIRUS EPIDEMIC, 130 (1988). 該份報告雖鼓勵各州面對 HIV/AIDS 探索刑法的適用可能，但也警告這種刑事制裁必須建立在科學基礎上，並強調其謙抑性，即所有公共衛生與民事訴訟不能使其負責時才能刑事制裁，刑事制裁不能代替公共衛生措施來預防疾病傳染。

⁵⁹ 參見林欣柔，非真正強制？不完全自主？台灣愛滋篩檢法制之實證檢討與改革，臺大法學論叢，47 卷 4 期，頁 1995-2063（2018）。

⁶⁰ 參見蘇珊·桑格塔著，刁筱華譯，疾病的隱喻（2000）。

始響應並重新檢視防治政策。⁶¹因此在行為模式與傳染 HIV 罪不合時宜之下，公共衛生轉向研究個人行為與社會、經濟、文化、環境的相關性，因此社會生態模式並不聚焦在個人行為，而應當將個人行為置於社會脈絡中，為系統性、結構性的研究⁶²。因此，企以刑事處罰為導正感染者行為備受質疑，而應強調公共衛生與人權間的協作，以達二者的目的。

我國愛滋防治第五期五年計畫（101-105），即依據公共衛生三段五級防治理念，以個案預防、個案發現及個案管理與照護為主要架構，積極推展全方位之防治工作。⁶³陳鵬元指出我國防治模式偏屬醫療化減害模式，雖其政策碰觸性與道德議題，然而專業人員得以中立立場，協助病患取得醫療資源，卻對病患人權之落實趨於保守。⁶⁴而愛滋防治第六期五年計畫（105-110）呼應 WHO 提出 90-90-90 之策略，著重篩檢、連結醫療體系及早治療，同時強化感染

⁶¹ 全球愛滋病毒及法律委員會（Global Commission on HIV and the Law, GCHL）強調保障感染者的人權，消除法律與政策中的歧視。Global Commission on HIV and the Law, *HIV and the Law: Risks, Right & Health*, 9 (2018). 2011 年《愛滋病政治宣言（the Political Declaration on HIV and AIDS）》也指出，各國 HIV 疫情不一，在感染原因、易感程度、加重原因與受影響人權等方面都有特殊性，因此必須酌情考量各種情境，量身定制應對措施。2016 年《愛滋病政治宣言（Political Declaration on HIV and AIDS）》更要求，視需要審查和改革可能構成障礙或強化污名化和歧視的立法，例如：法定同意年齡法，不揭露、造成接觸和傳播愛滋病毒的有關法律。

⁶² 在 20 世紀末，公共衛生模式再次擴展到不僅包含致病或致傷因子以及個人行為因素，而且包含致病因子與個人因素相互作用的社會與物理環境。參見 Lawrence O. Gostin & Lindsay F. Wiley 著（註 23），頁 25-27。

⁶³ 衛生福利部，愛滋防治第五期五年計畫，頁 5（2014）。

⁶⁴ 陳鵬元（註 47），頁 25。醫療化模式是將社會或犯罪文題醫療化，由專業人員從醫療或公共衛生角度切入以構築的減害模式。參見 Brian A. Ford, *From Mountains to Molehills: A Comparative Analysis of Drug Policy*, 19(1) ANN. SURV. INT'L & COMP. L. 197, 216 (2013). Joanna N. Erdman, *Access to Information on Safe Abortion: A Harm Reduction and Human Rights Approach*, 34 HARV. J.L. & GENDER 413, 451-452 (2011). 關於人權化模式、去醫療化模式得參閱陳鵬元一文，為求本文簡潔不再引述之。

者規則服藥降低體內愛滋病毒量，並強調以法律確保人權，消除歧視為整體計畫主軸。⁶⁵第六期計畫除延續第五期之措施外，開始強調反歧視、去污名化的全民教育宣導，積極推動全民預防策略。

本文肯認衛福部積極推動愛滋衛教宣導，然而我們在該計畫中未見有去刑化的推動，縱使衛福部認為條例已經保障感染者就學、就業與安養等，卻仍未回應感染者與其性伴侶面對性慾時該如何自處。又查該計畫的安全性行為、使用保險套之宣傳，將針對不同易感族群，依其不同特性與價值取向為相應的策略，加強愛滋感染風險觀念與澄清錯誤觀念。衛福部能主動針對不同價值取向者而有相應規劃，本文予以肯定外卻仍不得不再呼籲，衛福部在針對不同價值取向者時，是否一開始就將其不認同的價值予以排除？縱然衛福部本於接納感染者與易感族群的初衷，但不去真心理解為何不安全性行為難以消除（或理解不安全性行為有其存在的必要），則無論以教條式規勸或「深耕及推動同儕團體及同志健康社區服務中心，運用領袖介入模式，培植意見領袖，透過其領袖魅力及同儕號召力，協助推動各項介入措施」⁶⁶皆效果有限，而後者甚至有分化感染者與易感族群之嫌，依舊沒有將他們作為道德主體來看待。

正如黃道明教授所說，以愛滋倡議及關懷教育的言說模式，言下之意是這樣「他們」才敢走出來做篩檢、接受治療，否則只會在黑暗中到處散播愛滋、威脅正常人的健康。⁶⁷李柏翰教授亦指出，個人行為之動機與選擇因素涵蓋多重社會決定因素以及來自生活環

⁶⁵ 衛生福利部（註9），頁2。

⁶⁶ 衛生福利部（註9），頁53。

⁶⁷ 黃道明教授更直批，愛滋汙名與「忌性反毒」的主流道德價值緊密相連，一方面使愛滋篩檢道德化而淪為檢驗私德的工具，另一方面將安全性行為狹義地理解為全程戴套，以歸咎「性」交誼情境中的冒險探索，而無視各種情境中可能採行的避險措施。黃道明，面對慾望、面對知識、面對實踐（代序），收於：黃道明編，當慾望碰上公衛：愛滋放置的解放政治，頁iii-v（2016）。

境的考慮，公衛政策上應考量無法化約的不安全性行為。⁶⁸因此，當社會一生態公衛模式興起並與人權相互協作之時，我國的愛滋防治政策仍躊躇不前，緩步到令人質疑其究竟是否真心促進感染者權益。

(二) 傳染 HIV 罪的倫理檢驗

早期對 HIV/AIDS 束手無策下，以行為模式為干預感染者性活動之策略中，傳染 HIV 罪成為一項誘人的利器，以宣洩公眾的恐慌。今時不同以往，各種有效治療 HIV/AIDS 的藥物逐一問世，我們不得不檢視傳染 HIV 罪的公衛倫理。公衛倫理學者 Childress 等人提出公衛政策方案必須符合一般道德考量 (general moral considerations)，⁶⁹並以五個可證成條件 (justificatory conditions) 處理倫理考量之間的衝突。⁷⁰在性愉悅與安全的性體驗之間的價值衝突，本文以該五條件為檢驗：有效性 (effectiveness)、比例性 (proportionality)、必要性 (necessity)、最小傷害性 (least infringement) 以及公開證成 (public justification)。⁷¹

1. 有效性：公共衛生政策侵犯一般道德考量，卻幾乎沒有實現其目標的可能性，這是不合理的。亦即任何保護公共安全的政策

⁶⁸ 李柏翰，無法化約的互動困局：從社會學理解感染「性」，愛之關懷季刊，113 期，頁 3-4 (2020)。李柏翰教授認為之所以仍有不戴套性行為，恐因為受到性的壓迫氛圍；性別（氣質）歧視下的保險套斡旋 (condom negotiation) 能力各人不一；醫衛專家與關照 LGBT 團體在性的態度上不同而提供的健康資訊則有差異，致生男同志的困擾並增加社群內的道德恐慌。

⁶⁹ 公共衛生中的一般道德考量，即有：產生效益；避免、預防和除去傷害；達成利益與傷害和其他成本之間的最大平衡；公平分配利益和負擔並確保公眾參與，包括受影響方的參與；尊重自主選擇和行動，包括行動自由；保護隱私和保密；信守承諾；揭露資訊以及誠實透明；建立和維護信任。

⁷⁰ 葉明叡、吳建昌，男性間性行為者捐血禁令之公共衛生倫理分析，台灣公共衛生雜誌，36 卷 3 期，頁 222 (2017)。

⁷¹ Childress et al., *supra* note 29, at 173.

或行動必須是有效的。⁷²

2. 比例性：潛藏的公共衛生利益必須超過被侵犯的一般道德考量，所有積極的利益必須能平衡消極的影響。
3. 必要性：有效且合比例的政策，對於實現公衛目標而言並非均屬必要；若公衛政策需要侵犯一般道德考量，則有必要去尋求替代策略。
4. 最小傷害性：縱然政策有效、合乎比例且有必要，公共衛生部門也應該盡量減少對一般道德考量的侵犯；而最小傷害性可以合理地解釋為必要性的必然結果。
5. 公開證成：當公共衛生部門認為其一項行為、措施或政策侵犯一般道德考量時，他們有責任向關係人解釋與證明此項行為、措施或政策；這種透明度程度上是源於平等對待與尊重公民的要求，為違反一般道德考量的政策提供公民原則上能接受的道德理由。亦即，所採取的保護公共安全的行動是公眾認可的，是可以公開坦誠地與公眾討論和取得支持。⁷³

也因為對 HIV/AIDS 逐漸深入理解，對傳染 HIV 罪的反思與去刑化之倡議喧囂塵上。美國 HIV 流行總統委員會雖鼓勵在防治 HIV 中嘗試使用刑事制裁，但也警告其制裁必須基於科學基礎以及最後手段性，並指出傳染 HIV 之定罪會有些反作用。⁷⁴Gostin 亦指出將 HIV 感染者或 AIDS 患者的性行為視為犯罪，由此卻潛在地

⁷² 李瑞全（註 25），頁 216。

⁷³ 李瑞全（註 25），頁 220。

⁷⁴ 如擔心刑事制裁反而轉移對教育、檢測、諮詢和伴侶通知等有效預防政策的注意力和資源，並阻止人們尋求檢測，從而破壞公共衛生目標；亦有些人認為刑事制裁主要是懲罰性的而非預防性的，因此不能有效地阻止感染者從事可能傳播病毒的行為；並且害怕對私人性活動的侵入性監管以及選擇性起訴和濫用刑法來騷擾不受歡迎的群體的危險。U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *supra* note 58, at 130.

導致了傳染性疾病的隱密流行。⁷⁵規定同性戀或者是 HIV 傳播是犯罪行為的那些法律，可能阻礙與同性發生性行為的人接受檢測或是接受必要的衛生保健。⁷⁶國際組織亦多所呼籲傳染 HIV 罪是不能促成安全性行為，反而導致更大的風險；⁷⁷入罪化阻止人們尋求 HIV 醫療服務，並增加感染者的污名，⁷⁸更不足以用刑事制裁。⁷⁹WHO 更直指沒有證據表明將刑法廣泛運用於 HIV 防治可以同時實現刑事司法目的與公共衛生目的，反而助長污名、歧視與恐懼，令人們不願接受 HIV 篩檢。⁸⁰

而以刑事制裁隱瞞感染事實，是忽略揭露感染事實乃受許多因素影響的個人決定，包含衡量信任、害怕被拒絕以及暴力威脅⁸¹；這種強加要求公開 HIV 感染狀態的刑事責任是不適當且不公平的，無論其性行為的性質與情況。⁸²因預設感染者不是主動揭露就是不發生性行為，否則祭予刑事制裁，這樣的觀念是歧視的，也無法適當評價親密關係中不揭露的主觀原因。⁸³UNAIDS 明白指出，強制公開的刑法可能會給人這樣的印象，即性伴侶可以依賴該資訊，並導致人們對安全感的錯誤認識，進而可能導致更多的危險行為。⁸⁴

⁷⁵ LAWRENCE O. GOSTIN, *THE AIDS PANDEMIC: COMPLACENCY, INJUSTICE, AND UNFULFILLED EXPECTATIONS* (2004).

⁷⁶ Lawrence O. Gostin & Lindsay F. Wiley (註 23)，頁 255。

⁷⁷ Global Commission on HIV and the Law, *supra* note 61, at 27.

⁷⁸ UNAIDS, *TOGETHER WE WILL END AIDS*, 68 (2012).

⁷⁹ UNAIDS, *supra* note 6, at 16.

⁸⁰ WHO, *supra* note 12, at 22.

⁸¹ UNAIDS, *Criminalisation of HIV Non-Disclosure, Exposure and Transmission: Scientific, Medical, Legal and Human Rights Issues*, 25 (2012).

⁸² UNAIDS, *Ending Overly Broad Criminalization of HIV Non-Disclosure, Exposure and Transmission: Critical Scientific, Medical and Legal Considerations*, 28 (2013).

⁸³ UNAIDS, *supra* note 81, at 25.

⁸⁴ UNAIDS, *supra* note 82, at 28.

綜上所述，傳染 HIV 罪無法有效達成公共衛生目的，並不具有有效性；同時其加深疾病的污名化、對感染者的歧視，以及阻礙感染者尋求醫療服務，更使非感染者陷於對安全感的錯覺，故不具有比例性，更遑論必要性與最小侵害性。縱然相較於禁慾、單一性伴侶的要求，使用保險套為典型之傷害最小化方法，⁸⁵然而以刑事責任強制使用保險套不過是讓維護性健康的共同責任由感染者一人承擔。而在忌性文化下，何以公開證成或凝聚對性慾的理解。在性與逐樂行為本身皆為人之為人的構成要素時，構思防治政策則不得不思考積極禁止的極限。⁸⁶政府雖然大力宣傳安全性行為，也不見得政府有能力提出讓感染者足以信服的道德理由，以說服感染者只有安全性行為才能被評價為配合的、陽光的帕斯提。⁸⁷

二、共同責任與法制的建立

（一）共同責任的建立

1. 共同責任與團結

2001 年《愛滋病承諾宣言 (Declaration of Commitment on HIV/AIDS)》即已呼籲「共同責任」(shared responsibility)，即促進男女共同分擔責任以確保安全的性行為。UNAIDS 也強調：「這引起了對性健康的『共同責任』的概念，該概念凸顯出，非愛滋病毒感染者也有責任採取措施保護自己的健康……公共衛生和政策干

⁸⁵ Lawrence O. Gostin (註 45)，頁 380。

⁸⁶ 陳鵬元 (註 47)，頁 33。

⁸⁷ 帕斯提即是期待感染者在確診後，重新調整生活的步調、學習全面防護的知識、順從醫囑、善盡陽性預防之責、以積極、向陽的態度面對感染後的人生。參見為何愛滋感染者又稱為帕斯提 Positive，台灣露德協會，<https://www.lourdes.org.tw/Download.aspx?tid=175>。

預措施應繼續鼓勵在性伴侶的愛滋病毒狀況不明的情況下作更安全的性行為，而不是依賴於因刑事訴訟而強制揭露的愛滋病毒狀態。」⁸⁸

Schulman 以加拿大 HIV 入罪化與其法院判決為例，說明入罪化讓非感染者的責任完全被忽略而聚焦在感染者的主動告知上，使非感染者自認是受害者而輕易規避溝通；政府不但沒有鼓勵愛侶間更坦率地溝通，反而以政府權力取代人們自我解決問題的學習機會。⁸⁹對於以共同責任為由批評 HIV 入罪化，Race 認為這引發了 HIV 防治責任公平分配的倫理議題，更操演出非感染者無須為 HIV 傳播負責，反而誤信責任框架而無法獲得保護；Race 進一步認為刑法為一種生產愛滋效應的責任框架，其操演方式可能不經意對公共健康造成傷害。⁹⁰

為響應 2020 年世界愛滋病日「全球團結、責任共擔」，我國藉由公私部門的合作，推動 PrEP、定點照護診斷（Point of care）、愛滋自我篩檢計畫等等，並提供感染者與高風險行為族群愛滋衛教與醫療照護。⁹¹再參以第六期五年計畫，我們可以發現衛福部雖意識到共同責任為國際主流，卻只要求感染者與易感族群應承擔防治責任，並培植該族群的意見領袖來鞏固「因為我是高風險行為族群，所以該更加理解與防治 HIV/AIDS」的風氣與觀念，何況所謂高風險族群不過是 HIV 或性病感染者、同性戀、性工作者、非主流性文化者的替代名詞；反而對於主流性文化的非感染者，只消極地推

⁸⁸ UNAIDS, *supra* note 82, at 28.

⁸⁹ Sarah Schulman, 衝突不等於傷害：加拿大 HIV 入罪與焦慮效應，收於：黃道明編，當慾望碰上公衛：愛滋防治的解放政治，頁 201、203（2016）。

⁹⁰ Kane Race, 責任追究的思考框架：HIV、生物醫學與法律操演性，收於：黃道明編，愛滋防治、法律與愉悅的政治，頁 9-10、12（2014）。

⁹¹ 邱美玉，2020 世界愛滋病日——全球團結、責任共擔，疫情報導，36 卷 23 期，頁 380（2020）。

動反歧視、去污名，以接納感染者與易感族群。此不當地將共同責任限縮在感染者與易感族群，以馴化並使群體內自糾不揭露、不戴套的成員，這不僅是 Schulman 所說的「過度強調傷害」，⁹²更印證黃道明教授所批判的。⁹³

然而共同責任的概念卻在新冠疫情中復辟而備受矚目。楊秀儀教授以我國在新冠疫情中，一展前所未有的團結意識而提出「防疫共同體 (Solidarity against pandemic)」的概念，即欲建立並強化以人權和法治為中心的防疫共同體，並確保這不是「強凌弱、眾暴寡」。⁹⁴雷文攻教授以公衛倫理中常被提起的團結為論，認為團結若是建立在民眾的認同是，不但不與個人自主相悖，更會保障弱勢者與全體國人共度危機，因此除確保公權力的民主正當性外，公平補償與有形無形的正面回饋亦能促成團結，並且雷教授更認為團結也應該具有規範意義。⁹⁵

2. 防治責任的不當分配

具體而言防治責任如何不當被分配，得以德國聯邦最高法院在 1988 年之裁判 (BGH 1 StR 262/88) ⁹⁶為觀察。該判決認為

⁹² Schulman 認為衝突來自於差異，而新自由主義社會過度強調傷害，使人們相信衝突就是傷害，感染者即因與其他人的差異而被懲處。參見 Sarah Schulman (註 89)，頁 198。因此，衛福部培植意見領袖以分而馴之，我們可以認為政府是在感染者與易感族群中塑造「陽光帕斯提、配合的同性戀」的形象，以扯出群體間的差異進而強調衝突即傷害。

⁹³ 參見黃道明 (註 67)。

⁹⁴ 楊秀儀，防疫共同體的法制整備企劃引言，月旦法學雜誌，312 期，頁 6 (2021)。

⁹⁵ 雷文攻，防疫共同體的物資準備——從我國口罩光榮動員經驗看下一波超前部署所需要的法制整備，月旦法學雜誌，312 期，頁 24-26 (2021)。

⁹⁶ BGHSt 36, 1. 本件被告因口交未使用保險套、肛交中途才使用保險套，被判以危及身體傷害罪 (StGB § 224)，聯邦最高法院審酌被告已被醫師告誡 HIV/AIDS 的傳染途徑、危險性與保險套使用的必要性，而認定被告具有附條件故意，縱然其行為的傳染機率統計上可忽略，但並非不存在，被害人實際上仍承擔全部的感染風險。中譯詳見月旦醫事法報告編輯部，1988 年德國聯邦最

HIV/AIDS 並非尋常空氣傳染的感冒，不是人類共同生活中無從阻絕的，復又對人體有致命危險，而不具社會相當性（die Sozialadäquanz），固不得以容許風險為抗辯；判決更直指無論被害人粗心與否，被告既已知自己被感染且受醫師告誡應使用保險套，則擁有比被害人卓越的事實認識與知識，如此嚴重危險的傳染責任不應轉嫁到處於危險之中的無知被害人，而非知悉且造成該危險的被告，故無被害人自負其責的原則適用。此外，鑑於同性戀與妓女等高風險群體成員，對 HIV/AIDS 有相當高且廣泛的敏感性（即願意接受預防訊息），因而被害人通常可以相信，明知自己感染仍隱瞞者，是不會跟他發生不戴套的性行為。

為不使本文篇幅過長，姑且不論容許風險與被害人自我負責的學理。單就性交中 HIV 的防治責任分配上，聯邦最高法院僅因被告具有相關認識與知識，而讓防治責任全由其負責，無疑是讓非感染者產生不為自己不安全性行為負責的錯覺。又同性戀與妓女等高風險群體對 HIV 有高度敏感性，承前裴新與荷安珀所言，當時公衛部門束手無策下，同性戀群體只能自己研究 HIV 並告訴成員們該如何自我保護，怎能因此判定防治責任只在他們身上，被害人怎能因信任該成員具相關智識而免除其固有的防治責任。如今 HIV 能因藥物而得以控制、PrEP 與 PEP 的發明，顯見我們對 HIV/AIDS 有長足的認識，防治觀念也從同性戀群體中，往社會每一成員方向拓展；在成員都有 HIV/AIDS 的基礎認識，也能辨識伴

高法院傳染愛滋病毒案，月旦醫事法報告，62 期，頁 114-121（2021）。有趣的是，最高法院 110 年度台上字第 55 號刑事判決也對統計上可忽略的意義，有相似的思維，其謂：「又原判決已說明上開文件僅係針對各國關於愛滋病防治計畫參考之重要依據，而每位愛滋病患者之具體病況不一而足，自難單憑該文件之概括統計抽象內容作為被告所為是否屬於危險性行為之具體判斷依據。」二則判決均認為統計上雖然可忽略其傳染風險，但在實際個案上不能一概而論。如此，我國即使修正危險性行為之定義，若僅以統計文件證明非危險性行為，似不足以說服法院。

隨各種性探索的風險高低以及相應的避險措施，此時即不應再由感染者獨擔防治責任。此一聯邦最高法院判決所持理由，其實已不合時宜。

然而最高法院 105 年度台上字第 894 號刑事判決，似乎具有與聯邦最高法院雷同的思維。該判決謂：「又所謂『信賴原則』，係指行為人於行為時有權假設（信賴）其他社會參與者會盡其規範上之義務，並在此一信賴基礎上為行為之反應，如果基於此一信賴所為之行為，導致利益侵害之結果發生，行為人之行為即不具有違法性可言。上訴人既具有將『HIV』傳染給他人之不確定故意，復隱瞞自己感染『HIV』之事實，而與被害人多人為危險性行為，顯與前述適用信賴原則之前提不合，要無援引『信賴原則』免除其刑責之餘地。」因此最高法院仍認為被告行為必須不違法，方得主張信賴原則。比較德國與我國的兩個判決，雖秉持與論述之法律原則不同，然而都隱含了感染者應負全部之防治責任。然而承前述，這樣是不能通過公衛倫理的檢驗。蓋無論是信賴原則、容許風險或被害人自負其責，旨在處理分配風險之問題，若我們肯認共同責任的建立，以衡平感染者與非感染者各別的性權與防治責任，則上開我國判決之見解，容有變更之必要。

綜上所述，我國愛滋防治政策並未真正落實共同責任，而學者們因新冠疫情而強調防疫共同體的團結原則。誠如雷文攻教授以 Prainsack 與 Buyx 的觀點，而認為團結與個人自主是否衝突，取決於個人與自主如何被看待。因此社會是否有足夠誘因動機使個人自主成立團結關係，或個人的認同、利益與偏好透過與他人互動而相互影響繼而團結。進而在刑事責任上，可於信賴原則、容許風險⁹⁷

⁹⁷ 謝煜偉教授也持相同看法，謂法院未同醫學實證研究（如《專家共識聲明》），就危險性行為劃定「容許風險的界線」。謝教授認為危險性行為不在於戴套與否，而是更精準認定行為時體內 HIV 量是否超過傳染風險值，空有危險外觀而

或被害人自負其責的法律原則中，審酌被害人也應承擔的固有防治責任。然而如何形塑感染者與非感染者各自承擔的責任內容，仍有待我們去觀察人們如何在性愛上互動。本文認為，其癥結仍在於我們如何自處性慾、如何看待彼此間性的差異，如何對待社群間性文化的不同。若我們仍迴避這個問題，不了解這般的差異與差異的源由；感染者與易感族群以及非感染者間的性的衝突，將無法調和而達到團結。

（二）刪除條例第 21 條與後續法律適用

民國 79 年制定舊條例第 15 條，其立法理由謂傳染 HIV 於他人危害公衛與個人法益甚鉅並參酌刑法第 285 條，故為利於防治工作而予以刑罰。嗣後民國 86 年增訂未遂犯，理由僅稱「以求周延」，根本沒有詳實敘明；民國 96 年全文修正為第 21 條，稱傳染 HIV 於他人已構成刑法重傷害罪，故提高至相同刑度。條例第 21 條的立法更為後世首開傳染病之刑罰。⁹⁸ 是以，傳染 HIV 罪的適用範圍與刑度有逐漸加重加廣的趨勢，然而同一時期愛滋感染變成可控制的慢性病，各種預防措施有長足的進步，如血液感染與共用針頭等傳染途徑已不常見，且感染者穩定服藥也能忽略其傳染 HIV 的風險，則何以更嚴苛的刑罰為制裁。⁹⁹

沒有實質風險，都不該當危險性行為。謝煜偉（註 8），頁 22。此一見解本文贊同，而在危險性行為之定義修正後，也期待法院能正視性行為之容許風險，詳見下述。

⁹⁸ 嚴重急性呼吸道症候群防治及紓困暫行條例第 18 條即參酌傳染 HIV 罪而定；傳染病防治法於民國 93 年參照暫行條例第 18 條，制定第 61 條（現第 62 條）；嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困條例亦參酌傳染病法第 62 條與暫行條例第 18 條而制定第 13 條。

⁹⁹ 林欣柔（註 8），頁 30-31。

1. 實務見解與學者批評

實務判決也是爭議不斷¹⁰⁰，在危險性行為的認定（未修正前）上直接將未經隔絕之性行為，等同具有傳染風險，而不顧感染者病毒量多寡，其行為的傳染風險高低¹⁰¹；有趣的是，證人均證述當感染者檢測不出病毒量時，可認定感染力趨近於零，有判決仍認為客觀上終非無傳染力¹⁰²，亦有少數見解則持相反意見¹⁰³。條例第 21 條之主觀要件更有三種實務見解：有認為縱使感染者檢測不到病毒而無傳染力，但其所受衛教已知悉有交叉感染風險，不可辯稱不能預見¹⁰⁴；有認為所謂明知自己為感染者乃是直接故意，對危險性行為與致人感染的結果則無論直接或間接¹⁰⁵；或有認為明知僅能解釋

¹⁰⁰ 得詳見林欣柔教授統整地方法院判決之結果（註 8）。

¹⁰¹ 最高法院 107 年台上字 3428 刑事判決：「感染者本身愛滋病毒量之多寡，以及其感染可能性高低，均不影響是否屬危險性行為範圍之認定，此乃基於維護潛在不特定大眾身體健康之公共利益考量，並衡量愛滋感染者之個人性自主權，以要求「戴保險套從事性行為」之最小限制方式，進行愛滋病防治。」

¹⁰² 臺北地方法院 102 年訴字第 221 號刑事判決：「然此終非完全無傳染力，客觀上仍有傳染予未感染者之可能。何況被告若係與另名愛滋感染者為危險性行為，更有可能會有交叉感染的情形，產生抗藥性之變種病毒株，此為被告知悉之事項。」

¹⁰³ 臺灣桃園地方法院 106 年聲判字第 85 號裁定：「縱被告與告訴人為性行為時未使用保險套，被告體內病毒量客觀上既已無感染力，自尚難認即屬系爭條例第 21 條第 1 項所稱之危險性行為。」

¹⁰⁴ 臺灣高等法院 106 年上訴字第 458 號判決：「查被告於每半年定期抽血檢查時，均有接受性行為衛教及服藥順從性衛教……足認被告確已經由衛教知悉其抽血結果雖測不到病毒量，仍不能排除有交叉感染、病毒株變異等感染可能性。……被告主觀上如認其感染愛滋病毒已無傳染力，確信將愛滋病毒傳染於人之結果不會發生，當可坦白告知告訴人此一狀況，被告卻於告訴人詢問時佯稱未感染愛滋，足認被告主觀上明知其與告訴人進行未戴保險套之性行為屬危險性行為，且對於此等危險性行為可能導致將愛滋病毒傳染他人之結果，亦有所認識，卻仍隱瞞告訴人而進行危險性行為。」

¹⁰⁵ 臺灣桃園地方法院 106 年聲判字第 85 號裁定認為：「本罪主觀上係以行為人對於『明知』自己為感染者，亦即對此一構成要件主體有直接故意，並對於自身『隱瞞而與他人進行危險性行為，致傳染於人』之構成要件行為及結果有所預見（不論係直接故意或間接故意），始該當本罪之構成要件。」

為直接故意，行為人必須知其為感染者，且預見其行為會致人感染而有意促其發生。¹⁰⁶又關於條例第 21 條是否為危險犯，近期高等法院挑戰傳統見解，認為本條處罰未遂犯的評價重心在於「有傳染危險」，屬於危險犯概念，因此未經隔絕的性行為尚須醫學上評估，方為危險性行為；然而最高法院卻駁回，認為危險性行為屬於空白構成要件，尚非刑法上的危險犯概念，不能因有危險二字而逕自連結概念，原審以具體危險犯為審查，乃適用法則不當之違誤。¹⁰⁷

學者們則大力抨擊條例第 21 條之不當，認為未遂犯處罰反而易使人入罪，又病毒定序同株根本不能證明傳染方向與先後次序。鄧傑律師除提供其為感染者辯護之經驗外，亦批評最高法院不應將未經隔絕之性行為直接等同醫學上評估有可能傳染，且批評最高法院在審查隱瞞要件時，根本沒有考慮個資隱私覆水難收的特性，也未審酌疾病污名化的問題。¹⁰⁸謝煜偉教授認為未遂犯處罰根本變相為危險犯立法，本因難證明「致傳染他人」卻因增訂未遂犯而擴大處罰範疇，更批評這是恐慌性立法。¹⁰⁹林欣柔教授除肯認謝煜偉教授的觀點，更質疑 WHO 向來反對以特別刑法處罰傳染 HIV，立法者何以要求主管機關「參照」WHO 指引以定義危險性行為？更遑論以病毒同株證明因果關係，反而讓人認為先被驗出 HIV 的人易有刑事責任風險，不驗不知道或晚一點被驗出反而安全。¹¹⁰蔡聖偉老師卻採不同立場，認為因 HIV 檢測有空窗期而難以證成因果關

¹⁰⁶ 臺灣高等法院高雄分院 99 年度上訴字第 1304 號刑事判決：「所謂明知，在主觀上須已明知有該事實，仍執意為之，亦即指直接故意而言，若為間接故意或過失，均難繩以該罪，有最高法院 46 年台上字第 377 號、69 年台上字第 595 號判例足資參照。」

¹⁰⁷ 參見臺灣高等法院 109 年度上訴字第 212 號刑事判決、最高法院 110 年度台上字第 55 號刑事判決。

¹⁰⁸ 鄧傑（註 8），頁 20、23。

¹⁰⁹ 謝煜偉（註 8），頁 17-19。

¹¹⁰ 林欣柔（註 8），頁 31、38。

係，因此條例第 21 條應採用抽象危險犯之立法模式，而不能規定為結果犯。¹¹¹

2. 條例第 21 條之不當

國際組織既指出傳染 HIV 罪乃不公平且不適當，亦經我們檢視不符合公衛倫理、共同責任與人權的要求，據上述我國學者對條例第 21 條與實務判決的批評，似應刪除條例第 21 條，對此本文持肯定態度。至於侵權行為法亦是促進公眾健康的有效方法，¹¹²美國亦有數起侵權行為的判決關乎感染者何時揭露、非感染者何時承擔保護自己的責任。¹¹³但為不使本文篇幅過長，關於傳染病刑事政策與民事侵權責任的議題，¹¹⁴以及法律框定責任所造成的風險補償現象，¹¹⁵將另撰文以詳細剖析之。不過我們可依先就不安全性行為、隱瞞不揭露等兩要件為論，簡要探究條例第 21 條之不合理。

(1) 不安全性行為的容許性

我們必須承認自我的出生，是源於父母的不戴套性行為，然而

¹¹¹ 蔡聖偉，2019 年傷害罪章修法評釋（二），月旦裁判時報，101 期，頁 84-85（2020）。

¹¹² Lawrence O. Gostin & Lindsay F. Wiley（註 23），頁 35。

¹¹³ John B. v. Superior Court, 38 Cal.4th 1177,(2006).

¹¹⁴ 本文以傳染 HIV 罪為討論主軸，關乎其法益為何、立法比較、實害犯或危險犯等問題，將簡要探究，至於民事責任則不多談。不過可以預想共同責任的精神也許能表現在與有過失上，即被害人能否儘早履行其防治義務，或是能有機會預見結果而能儘早防避，例如是否多加詢問對方性病史、自己是否也願意冒險從事不安全性行為；另本文暫無查獲有傳染 HIV 之民事判決，也許是多數案例未遂而無身體的實際損害，縱然主張性自主權受侵害，也面臨舉證上的困難，即是否告知 HIV 陽性則不會發生性行為。如此以侵權行為難以咎責，對原告而言僅刑事一途，恐怕有損條例第 21 條之刑罰謙抑性。諸如問題以及私人間的性行為能否以契約衡平的精神看待，礙於本文篇幅與主軸則有待撰文研析。

¹¹⁵ 即安全法規或保護措施的介入，是否令個人自發地調整行為，進而有不可預期的減損保護措施的效果。參見陳鵬元（註 47），頁 34-37。陳鵬元亦強調風險補償行為是個人自主判斷後而從事，因此若其行為的後果不理想或致損害於他人，個人仍須承擔與賠償之。

依實務見解此生殖目的之不戴套性行為，難道合該受刑事制裁？性行為必伴著某程度之疾病傳染風險，若因可忽略的風險而禁止所有性行為，不免過猶不及。因此，問題不是制裁不安全性行為，¹¹⁶而是我們能容許到不安全性行為到何種程度。《專家共識聲明》分別就單次口交、陰道交與肛交等感染者與非感染間性行為，排列出低可能性、可忽略的可能性、無可能性，¹¹⁷本文彙整如下表：¹¹⁸

口交	感染者是低病毒量／或正確使用保險套／或非感染者正在服用 PrEP	無傳染可能
	感染者非低病毒量／未使用保險套	依不同情境，傳染可能性介於無到可忽略
陰道交	感染者是低病毒量／或正確使用保險套／或非感染者正在服用 PrEP	依不同情境，傳染可能性介於無到可忽略
	感染者非低病毒量且未使用保險套	若無體內射精，則傳染可能性會更下降 低可能性
肛交	感染者是低病毒量／或正確使用保險套／或非感染者正在服用 PrEP	依不同情境，傳染可能性介於無到可忽略
	感染者非低病毒量且未使用保險套	若無體內射精，則傳染可能性會更下降／若感染者為接受方，則傳染可能性會更低 低可能性

表二：侵入性性交織 HIV 傳染可能性

《專家共識聲明》得出結論，即全程正確使用保險套與測不到病毒量，均無傳染可能性；又口交的傳染可能性低到給不出合理的

¹¹⁶ 何況根絕未經隔絕之性行為尚屬不可能，參見陳鵬元（註 47），頁 24。

¹¹⁷ 低可能性指，單次行為下有可能傳染，但是機率低；可忽略的可能性指，單次行為下的傳染機率是罕見、微乎其微的；無可能性指，單次行為下的傳染機率是不具生物合理性，或是實際上為零。Salim S. Abdool Karim 等合著（註 7），頁 4。

¹¹⁸ Salim S. Abdool Karim 等合著（註 7），頁 9-12。

估計值，因此對希望享受親密性行為的 HIV 狀態相異之伴侶，口交被提倡為更安全的性行為選項。¹¹⁹因此，我們至少可以說口交或 U=U 之感染者的性行為，是能容許的且不應被刑事制裁。臺高院 109 年度上訴 212 判決亦在感染者與非感染者間的口交性行為之案件上，也認為口交的傳染風險極低而不應被處罰。然而因處罰未遂犯使感染者的任一不戴套性行為皆受刑罰，該判決則另以具體危險犯為論證，適為被告無罪宣告。謝煜偉教授則認為，真正棘手在於本條的不能未遂之態樣，既然性行為之抽象危險設定以醫學評估為準，則個案上應實質認定而非放任法院以社會分析式的因果推論傳染風險。¹²⁰

110 年 7 月 2 日衛福部修正危險性行為之定義，即「危險性行為之範圍，指未經隔絕器官黏膜或體液而直接接觸，且經醫學評估有重大傳染風險造成人類免疫缺乏病毒感染之性行為。」此將 U=U 感染者之性行為排除，更要求法院在判定危險性行為上，必須有醫學評估為「重大傳染風險」。¹²¹本文肯定此次修正，至少能限縮條例第 21 條之適用範疇；這也代表著不安全性行為是有容許空間的。然而，本案最高法院卻認為概括抽象的統計資料，不能為被告

¹¹⁹ Salim S. Abdool Karim 等合著（註 7），頁 10、12。

¹²⁰ 謝煜偉（註 8），頁 21。

¹²¹ 修正理由謂：「『危險性行為之範圍標準』（以下簡稱本標準）係依人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例第二十一條第四項規定授權，於九十七年一月十日訂定發布施行。有鑑於科學與醫學證據已顯示，人類免疫缺乏病毒感染者穩定服藥且維持病毒量受良好控制，無透過性行為傳染人類免疫缺乏病毒予其伴侶之案例發生；又依據聯合國愛滋病規劃署（The Joint United Nations Programme on HIV and AIDS；UNAIDS）指引，對未造成實際傳染仍要課予刑事責任，應僅限於涉及重大傳染風險之行為，而是否構成重大傳染風險，應依照最佳可得之科學及醫學證據綜合判定。爰修正本標準第二條，將經醫學評估有重大傳染風險納入危險性行為範圍判斷要件之一。」然而本文認為此次修正仍有瑕疵，條例第 21 條第 4 項授權衛福部參照 WHO 相關規定，而非 UNAIDS 之指引。若條例第 21 條不修正或刪除，恐怕仍有問題。

行為是否屬於危險性為之具體判斷標準，而應向衛福部查明或送鑑定程序。惟鑑定報告大多不會斷言完全沒有可能性，則法院是否據此故態復萌，而認定被告行為仍存有傳染可能性，亦未可知。

至於危險犯與否，本案嗣後經最高法院駁回，認為條例第 21 條非具體危險犯之規定。最高法院見解固有道理，蓋本罪仍以「致傳染於人」為實害要件；然而審酌危險性行為時，即有評斷傳染風險之高低，又因未遂犯之處罰而不必有實害結果，我們可以認定本罪實質上乃危險犯。退步言，危險性行為之定義已修正，要求醫學評估至少有重大傳染風險，則適用上並非如抽象危險犯凡一有該行為即成立犯罪，因此至多為具體危險犯。蔡聖偉教授認為應以抽象危險犯為規範，在危險性行為定義修正後，已失所附麗而需再議。

整體而言，我們應對不安全性行為有一定的容許性，無論其為生殖目的或追求性愉悅；而危險性行為之定義修正本文予以肯定，然而仍須思考我們不容許的不安全性行為是否應被刑罰，又應以實害犯或具體危險犯為規範。此涉及構成要件之整體安排，且與 HIV 同屬第三類法定傳染性疾病之梅毒、淋病與生殖器疣等，在花柳病罪刪除而回歸適用普通傷害罪後，HIV 有何等理由不與之相同處理。

(2) 明知自己為感染者而仍隱瞞

誠如國際指引與學者之批評，這種預設感染者會自動揭露的立法無法適當評價隱瞞的複雜原因，也使感染者不願篩檢而脫免刑事責任，反而造成隱形傳播鍊。王皇玉教授也本於德國實務與學者見解，認為適用刑法的範疇應以感染者有意識地不採取保護措施，或有意識地以愛滋病作為犯罪手段。¹²²另外此要件的源頭：刑法第 285 條也於 108 年刪除，蔡聖偉教授即說明立法者當初制定花柳病

¹²² 王皇玉（註 8），頁 179。

罪，乃因對傷害罪非定式犯罪的本質欠缺認知；¹²³ 因此本要件是否仍有實益，則不無疑問。

首先，U=U 感染者之性行為是無傳染可能性，這種時候何以要求其揭露曾感染之事實；相較之下，遲遲不願篩檢的感染者卻免於強制揭露的刑事責任，甚至是已知悉前性伴侶感染 HIV，而仍拒絕篩檢且繼續為不安全性行為。這時僅罰及 U=U 感染者，而不及惡性較大之後者，毋寧是不符比例原則。其次，明知要件被法院依判例解讀為直接故意，然而該判例乃針對刑法第 213 條，何以援用在不同法益、不同罪章的條例第 21 條。本文認為這裡的明知必須連同隱瞞為解讀，即行為人既要隱瞞感染事實則必須知悉之，故而「明知」應為強調或明確「隱瞞」的客觀構成要件。至於主觀構成要件上，條例第 21 條之主觀要件仍包含直接或間接。¹²⁴

再者，在共同責任下非感染者也應承擔一定的自我保護義務，即正確認識各種不安全性行為的傳染可能性，以及當冒險從事高風險性行為時可以有何其他保護措施（如服用 PrEP 或 PEP 等）；我們鼓勵每個人對於自我性慾的探索，也希望在與他人性互動中能夠表明立場與主動詢問，誠然感染事實仰賴感染者的揭露，但以刑事責任為強制揭露反而剝奪學習自我保護的機會，也不利於公共衛生的推展。再者，感染事實與性生活都屬於敏感性個資，所受之言論自由與隱私權的保障要與他種資訊來得高，在強制揭露的刑事制裁上更需要相應的正當理由。

¹²³ 蔡聖偉（註 111），頁 84。

¹²⁴ 鄧傑律師指出實務上故意的判斷，會因為不同案件與被告而有極大的認定差異，亦有被告積極治療、測不到病毒為抗辯，法院卻以其他問題推認被告仍具有故意。鄧傑（註 8），頁 24-25。

3. 傳染 HIV 罪的立法困境

綜上所述，由於性活動具有私密性且內容變化多端，故當判斷傳染風險、因果關係時，常陷於事實難以證明的處境，如究竟有無全程戴套？中途拔套是否默示同意？是否體內射精？這些問題恐怕連被害人都無從記憶。因此若貿然以不安全性行為與隱瞞為由而予以刑罰，反而過猶不及；其次，遲遲不願篩檢或明知自己有被感染可能而不篩檢者，仍未在條例第 21 條之處罰範疇內。本文基於公衛倫理之檢驗、感染者性權保障以及條例第 21 條反增防治 HIV 之困難，肯認應刪除條例第 21 條，然而更進一步思考刪除如何適用法律，將發現其立法的困境。以下就刪除後適用各法律之途徑，分項論述：

(1) 適用刑法第 192 條第 2 項散布病菌罪

王皇玉教授雖認為若保護不特定人之健康以避免傳染病危害，則涉及防疫與公共衛生政策，以特別法較刑法規範來得妥當。¹²⁵或有適用刑法第 192 條第 2 項，就「以他法散布病菌，致生公共危險」為兼具非定式犯罪與具體危險犯，得由法院具體審查其行為之危險性，較因應個案中複雜多樣的傳染情境。然而若保護公共衛生等社會法益，則怎樣的行為態樣與犯罪情狀是足夠對公共衛生有危險；《專家共識聲明》所統計之傳染可能性均以「單次性行為」為計，則感染者若與多人頻繁為不戴套性行為，是否即對公衛有所危害，又是否規定多少性交人次才算危險，恐怕很難言明。如若抽象概括的統計不能適用在具體個案上，則是否代表可以用在判斷公共衛生等抽象層次之法益上，亦有待商榷。此外，若為保護公共衛生

¹²⁵ 王皇玉，2012 年至 2019 年刑法修正之回顧—以 2019 年修正為重心，月旦法學雜誌，300 期，頁 151 (2020)。

卻因被害人不得捨棄社會法益，則強制揭露或告知後同意都無法使感染者阻卻違法，怎能期待其主動告知以獲取同意。

(2) 適用傳染病防治法第 62 條

當條例第 21 條刪除後，是否應回歸疾疫之普通法，即傳染病防治法第 62 條，仍似有難處。蓋該法第 62 條雖參酌 SARS 暫行條例第 18 條而立法，但僅適用在「第一類、第五類以及第二類多重抗藥性之傳染病」，而第三類之 HIV 當時適用條例第 21 條，同為第三類之梅毒、淋病等則適用舊刑法第 285 條。若修法將第三類傳染病列入該法第 62 條，則牽一髮動全身。梅毒、淋病等花柳病經立法者指示適用刑法第 277 條，何以在適用該法第 62 條，且同為第三類之日本腦炎、結核病、德國麻疹、百日咳、退伍軍人病、破傷風、漢生病、急性病毒性肝炎等，每一疾病傳染途徑、病程與嚴重程度不同，更不能僅以第 62 條劃一而論。

又若單以 HIV 列入該法第 62 條，則感染 HIV 已為慢性疾病之當今，其可能帶來的傷害也不應與其他重要的性傳染病（如：B 肝、C 肝）視為不同。¹²⁶因此，僅以 HIV 列入該法第 62 條之立法，恐怕忽略與其有相同傳染途徑、傷害性相似之其它性傳染病，而有違平等原則之嫌。更何況該法第 62 條之犯罪性質、保護法益、與傷害罪、散布病菌罪之關係為何，仍有待建構與討論。如與修正該法第 62 條以適用傳染 HIV 之案例上，實治絲益焚。

(3) 適用刑法第 277 條

在保護特定人健康法益上，我們應有共識就故意以傳染 HIV 為犯罪手段是刑法可以介入之範圍。此時，傳染 HIV 罪與傳染花

¹²⁶ 顧文瑋，有關愛滋病毒傳播入罪化最新醫學趨勢與實證研究，愛之關懷，97 期，頁 6 (2016)。

柳病罪兩者均面臨是空窗期、感染與否、因果關係上的證明難度¹²⁷，而既然後者已適用傷害罪處理，則作為補充花柳病的 HIV 傳染罪理應能相同處理¹²⁸。在非定式犯罪上，行為人是否明知受感染而隱瞞，得在「傷害行為」的構成要件中審酌與評價、判斷是否企圖使被害人陷於風險評估的錯誤，而非作為構成要件以避免過度侵害被告隱私；若行為人得預見自己高度暴露在 HIV 感染中卻不為篩檢，亦能試論間接故意或以過失論處第 284 條。

然而少數發生實害結果之案件，適用上仍面臨因果關係之舉證，不免面臨前述學者所批評，實務上慣用的病毒株親緣鑑定無法辨識傳染方向；又以花柳病罪回歸適用第 277 條為理由，則忽略 HIV 與梅毒、淋病或菜花本質上不同，蓋 HIV 雖得藥物控制，然而被害人必須終身規律服藥，而後者雖有藥物可以治癒，然而復發率也相當高，對被害人而言也是一大折磨，因此難以斷定這二者是否性質相同而一併適用第 277 條。實際上，成功傳染 HIV 並非易事，多數案例仍屬未遂，故而第 277 條或第 284 條均不能處罰。第 278 條雖處以重傷未遂，但 HIV 的治療方式使其成為慢性病，恐難

¹²⁷ 傳染花柳病罪之實務判例鮮少，本文暫臚列一則判決。臺灣新北地方法院 96 年聲判字第 57 號刑事裁定：「據此本已難認被告於上揭時地與告訴人發生性行為時染有人類乳突病毒感染 66 型之疾病，參酌上開疾病除經由性接觸傳染外，亦可由公共場所如公廁、游泳池、三溫暖等傳染……自不得僅因告訴人染有人類乳突病毒感染 66 型即認必係因與告訴人發生性行為所致；況且，縱認被告性器官確實感染人類乳突病毒，惟上開病毒遭感染後之潛伏期自 3 週至 8 個月不等，且初期亦有肉眼無法發覺之部分，以電燒治療需約 2 星期始可痊癒……堪認被告縱有感染上開疾病，亦僅係處於潛伏期中，而未於性器官等處出現明顯可見之症狀，自難認被告主觀上知悉其患有上開性病，並不顧傳染之風險，仍與告訴人發生性行為，而有具有傳染花柳病（或傷害）之故意。」足見在傳染花柳病罪上，仍面臨被害人得病是否由被告所致之因果問題，以及在空窗期或潛伏期中，怎麼證明被告明知感染的事實。

¹²⁸ 相同見解得參見郭怡菁、簡婕，把感染者關起來就天下太平了？—論人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例第 21 條之去刑化，月旦醫事法報告，62 期，頁 34-46（2021）。

論證重傷。因此若行為人蓄意以傳染 HIV 傷害被害人而未遂時，恐無法論處。如此，是否增列第 277 條處罰未遂，將撼動我國刑法體系而不能輕易斷言。

(4) 修正條例第 21 條

若考量前述倫理檢驗、立法困境，而改以修正條例第 21 條之未遂犯、降低其刑度，依然有因果關係之證明、強制揭露的問題。或得修正為「故意傳染 HIV 致他人感染」，刪除明知而隱瞞要件、兼具非定式犯罪，由法院具體審酌被告是否企圖使被害人陷於風險評估的錯誤、共同責任下容許的風險為何、被害人是否該自負其責；或再增「意圖使人感染 HIV」之要件，以明確限縮在以傳染 HIV 為犯罪手段，這似乎不失為折衷辦法。不過這樣的修正是否至少無礙公衛目的與共同責任觀念推動，對於 U=U 感染者處境、感染者從事未戴套的口交、感染者與服用 PrEP/PEP 非感染者陰道交或口交等這些傳染可能零或可忽略之案例能有較佳的評斷，本文仍持保留態度。

三、小結

由於早期由於缺乏對 HIV 的有效治療與疫苗，對其病毒知之甚少，公衛政策僅能從人們的行為著手，故鑑於性濫交與 HIV 有關而使防治政策行為模式為主，要求個人禁慾、忠誠與使用保險套，甚至將傳染 HIV 定為犯罪。然而這種在忌性文化下 HIV 防治政策，無視個人的性慾和各種情境中能採取的避險措施，然而當我們逐漸理解 HIV/AIDS 並且有效治療藥物問世，意識到個人行為有時受限於當下的脈絡，而促成社會—生態的公衛模式。公衛專家有去污名化的共識，國際組織也指明傳染 HIV 罪不但沒有嚇阻效

果，亦無法達成公共衛生目的，反而加深疾病污名化、對感染者的歧視，以及阻礙感染者尋求醫療服務與篩檢，更使非感染者陷於對安全感的錯覺。因此，這種刑事制裁是沒有公衛倫理的可證成條件。

ICESCR 第 22 號一般性意見也指出，社會普遍存在削弱性健康與生殖健康的自主權、平等與不受歧視的權利之法律，締約國應對相類法律進行改革，即如不揭露 HIV 患者身分、接觸和感染 HIV、強制 HIV 檢測等。¹²⁹近期的關鍵研究涵括 HIV 感染狀態相異的異性戀及男男伴侶，其分析指出，沒有任何人經由性行為被病毒量測不到的感染者傳染 HIV。¹³⁰若依據《錫拉庫薩原則》，公共衛生僅在為了處理「對健康的嚴重威脅」而得以作為限制個人的事由。U=U 之感染者實際上並無嚴重威脅公共衛生，則此時仍以刑罰限制其滿足性愉悅與生殖目的，是不合理限制 U=U 感染者的性健康權。ICESCR 更是對國家干預行為更為敏感，只有為了公眾健康所需要採取必要措施情況下，才能對健康權進行法定限制。如此，僅僅限制 U=U 感染者，除與共同責任的概念背道而馳，也並非是為了公眾健康的必要措施。

我國愛滋防治政策秉於三段五期的防治理念，著重在鼓勵篩檢、個管師與通報制度、及早治療與規律服藥等預防與醫療服務的建置與強化，卻相對冷落感染者的人權落實。雖然第六期五年計畫有去污名、反歧視之規劃，卻未見有對條例第 21 條的公開論證與道德理由。在安全性行為的宣導教育上，甚至培植意見領袖以用其魅力與號召力，並強調帕斯提精神以令有無戴套、有無篩檢成為非難譴責之工具，為分而馴化感染者與易感族群。誠如李柏翰教授所

¹²⁹ 法務部法制司（註 13），頁 351、352、353。

¹³⁰ Salim S. Abdool Karim 等合著（註 8），頁 7。

述，我們對「性」與發生性行為的「現場」認識鮮少，因此化約特定群體為高危險者，而相較之下性健康的資訊不夠普及或有說服力。¹³¹是以，我國愛滋防治政策仍有改善空間，並應反思忌性文化下的謬誤、正視個人與社群的性慾與性文化，否則減少不安全性行為永遠是達不到的目標。

WHO 與 UNAIDS 均表明立場，認為一個人決定進行怎樣的性活動，自然要承擔怎樣的的健康風險，沒理由將感染結果全部歸咎給感染者一方。性健康是「共同責任」，縱使是非 HIV 感染者也需要保護自己，而並非一味強加 HIV 感染者的個人責任。因為強調感染者的個人防治責任，將加深對感染者的歧視與傷害，也會讓非感染者陷入假象而自恃。本文認為在 HIV/AIDS 防治責任的分配上，癥結仍在於我們如何自處性慾、如何看待彼此間性的差異，如何對待社群間性文化的不同。若我們仍迴避這個問題，不了解這般的差異與差異的源由；感染者與易感族群以及非感染者間的性的衝突，將無法調和進而能達到團結，屆時共同責任的概念依然無法普行。共同責任並不是全然讓感染者脫免法律責任，而是當我們在擬定防治政策時不過度側重感染者的預防與治療，而仍應衡平在個人間的性的互動中，非感染者應該要履行什麼樣的防治或自衛義務。非感染者若能體認自己的防治責任，而面對感染者有意或無意使其錯誤評估風險時，能有戒慎意識而能保護自己。法院在審酌防治責任之分配時，也應能考量被害人的固有防治責任，於信賴原則、容許風險或被害人自負其責之原則中體現共同責任之精神。

¹³¹ 從性社會學 (sociology of sexualities) 的角度來說，性健康 (sexual health) 或社會健康 (social health) 研究者應可試圖探討人們在某個時點 (或特定情境) 中作出去什麼場所「尋歡」、如何回應性訊息，以及為何戴或不戴套等決定，及其背後所涉及的結構因素與幽微政治 (micropolitics)，以進一步評估或預測性行為。參見李柏翰 (註 68)，頁 8。

國際組織既指出傳染 HIV 罪乃不公平且不適當，亦經我們檢視不符合公衛倫理、共同責任與人權的要求，據上述我國學者對條例第 21 條與實務判決的批評，本文認為條例第 21 條應刪除。惟刪除後是否適用刑法第 192 條第 2 項、傳染病防治法第 62 條，仍面臨相關的競合與修法問題；修正條例第 21 條或為可行方向，但其對公衛目的、共同責任與感染者處境是否有所幫助或至少不會阻礙，恐需再三研析與審慎；最終以刑法第 277 條為適用，似為目前可行之方法。至於多數案件是傳染未遂，我們應思考被害人真正被傷害的是什麼，如是自主決定是否及何人發生性行為之性自主權，反而該思考刑法是否適宜介入。

在團結原則與共同責任下，個人與自主如何被看待將連帶團結與個人衝突與否。因此當我們否定感染者的性權益，不理解在防治 HIV 上自己亦有責任時，條例第 21 條則成為衝突的引爆點；若我們正視性對自我實現的重要、性的愉悅感與其風險，進而有所共識與團結，則在傳染責任上何時是民事侵權或刑事處罰、何時是對公共衛生、身體健康或性自主的侵害，將有定分止爭之效。

肆、結論

在同為性健康的性愉悅與安全的性經驗間，其價值衝突基於公共衛生而擇取後者為優先考量；然而公共衛生的干預，我們仍應以 Gostin 所述之一般正當理由為檢視，即不傷害原則、對無自衛能力者的保護，以及父權主義。然而 HIV 並不容易從一個人傳播至另一個人；且諸多因素交互影響感染者與非感染者間的互動，公衛措施也須相應地謹慎作為。對於出於自願且有利不利均個人承擔的行為，縱使其行為不會傷害他人仍受政府強制干預，這種硬性父權主

義的干預在多元民主的社會中難以正當化。即使我們對 HIV/AIDS 有更正確的認識與有效的療法，若對於人們的性慾忌諱非難，仍將使父權主義有伺機而動的機會。

在忌性文化下 HIV 防治政策，無視個人的性慾和各種情境中能採取的避險措施，然而當我們逐漸理解 HIV/AIDS 並且有效治療藥物問世，意識到個人行為有時受限於當下的脈絡，而促成社會—生態的公衛模式。國際組織也指明傳染 HIV 罪不但沒有嚇阻效果，亦無法達成公共衛生目的，反而加深疾病污名化、對感染者的歧視，以及阻礙感染者尋求醫療服務與篩檢，更使非感染者陷於對安全感的錯覺。因此，這種刑事制裁是沒有公衛倫理的可證成條件。

我國愛滋防治第六期五年計畫有去污名、反歧視之規劃，卻未見有對條例第 21 條的公開論證與道德理由。在安全性行為的宣導教育上，甚至培植意見領袖以用其魅力與號召力，並強調帕斯提精神以令有無戴套、有無篩檢成為非難譴責之工具，為分而馴化感染者與易感族群。是以，我國愛滋防治政策仍有改善空間，並應反思忌性文化下的謬誤、正視個人與社群的性慾與性文化，否則減少不安全性行為永遠是達不到的目標。

WHO 與 UNAIDS 均表明立場維護性健康是「共同責任」，這並不是全然讓感染者脫免法律責任，而是當我們在擬定防治政策時不過度側重感染者的預防與治療，而仍應衡平在個人間的性的互動中，非感染者應該要履行什麼樣的防治或自衛義務；準此，在論述性行為中的容許風險、被害人自我負責或信賴原則中，應審酌共同責任。因此，本文認為在 HIV/AIDS 防治責任的分配上，癥結仍在於我們如何自處性慾、如何看待彼此間性的差異，如何對待社群間性文化的不同；本文亦基於倫理檢驗、國際呼籲與我國學者的批判，認為條例第 21 條應刪除並適用傷害罪，或至少修正條例第 21 條。若欲普行共同責任與團結，認識與談論自我性慾、性資訊與知

識的取得是重要的，相關措施不應僅以感染者、性工作者、注射藥癮者或男同性戀者為受眾，而是每一個人均應能獲得。

HIV 感染者與 AIDS 患者飽受歧視已久，人們向來以道德批判的方式，宣稱 HIV 是對那些「高危險群」的懲罰。黃道明教授亦在文章¹³²中指出，愛滋個管師計畫的關懷，不過就是監控感染者的行為，防止其又從事高風險性活動。露德協會提出的「帕斯提精神」，提倡順從醫囑、善盡陽性預防責任。焉知這些計畫與提倡，是馴化感染者與易感族群以換取社會大眾的認可，卻無法提升「共同責任」的意識。雖然修改條例第 21 條的提案被衛福部四兩撥千斤，但衛福部依然提倡每個人至少一生中要做性病篩檢¹³³，也願意修正危險性行為之定義。由此可知，政府開始有意識到 HIV 防治責任並不能再由感染者一方承擔。常與 HIV 一同提起的「藥愛」，民間團體也一反過往戒命禁止的勸導方式，而教育醫藥護理、社會工作者在面對成癮者時，除傳達藥愛之傷害性外，也教育使用者如何減少因注射而感染 C 肝與 HIV 的風險，並鼓勵「一套二藥三疫苗」的自我防護方式。¹³⁴在醫護臨床上，逐漸體悟到性在人格實現上的重要意義，而引導民眾如何認識與保護自己、評估以及控制性活動所伴隨的感染風險；則法律層次上，我們是否也能跟上腳步，正視感染者的性權益。平反歧視 HIV 感染者之路途漫漫，希望藉由本文可以喚起讀者重視感染者與非感染者的性權。

¹³² 黃道明，列管制度下的醫療治理：「人類缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例」與新道德權威，收於：黃道明編，愛滋防治、法律與愉悅的政治，頁 115-179 (2014)。

¹³³ 衛生福利部疾病管制署，一生一次，篩檢你我健康，「在家愛滋自我篩檢計畫」開跑，2018 年 12 月 18 日。

¹³⁴ 所謂「藥愛」，即性行為之前或當下，施用成癮物質以輔助性行為，通常是以靜脈注射安非他命 (Slamming，實務上人們常用 SL、51 為暗語)；一套二藥三疫苗即指保險套、PrEP 與 PEP、HPV 疫苗三劑，新滋識手冊亦強調定期篩檢、抗 HIV 藥物治療與 U=U。參見社團法人台灣新滋識同盟，新滋識藥愛復元與減害技巧手冊，頁 6、9 (2021)。

參考資料

- 王皇玉 (2001), 德國法上關於愛滋病傳染病問題之刑法評價, 月旦法學, 73 期, 頁 172-181。
- 王皇玉 (2020), 2012 年至 2019 年刑法修正之回顧——以 2019 年修正為重心, 月旦法學, 300 期, 頁 142-156。
- 杜漢祥、陳郁慧、湯宏仁 (2018), 談 U=U 及愛滋感染管制, 感染控制雜誌, 28 卷 1 期, 頁 41-43。
- 李柏翰 (2020), 無法化約的互動困局: 從社會學理解感染「性」, 愛之關懷, 113 期, 頁 3-11。
- 李震山 (2021), 憲法未列舉之「健康權」入憲論理, 月旦實務選評, 1 卷 1 期, 頁 119-135。
- 李瑞全 (2021), 新冠病毒疫情的倫理反思與公共衛生倫理學的建構, 應用倫理評論, 70 期, 頁 195-239。
- 林欣柔 (2014), 伴侶風險告知侵害感染者隱私? 論愛滋接觸者追蹤與公衛人員之保密義務, 疫情報導, 30 卷 23 期, 頁 480-488。
- 林欣柔 (2018), 非真正強制? 不完全自主? 台灣愛滋篩檢法制之實證檢討與改革, 臺大法學論叢, 47 卷 4 期, 頁 1995-2063。
- 林欣柔 (2018), 從地方法院判決初探傳播愛滋罪之妥適性, 法律與生命科學, 79 卷 2 期, 頁 27-39。
- 邱美玉 (2020), 2020 世界愛滋病日——全球團結、責任共擔, 疫情報導, 36 卷 23 期, 頁 380。
- 陳鵬元 (2014), 愛滋防治減害基礎初探——以人權保障為皈依, 醫事法學, 21 卷 1 期, 頁 15-46。

- 郭怡菁、簡婕（2021），把感染者關起來就天下太平了？——論人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例第 21 條之去刑化，月旦醫事法報告，62 期，頁 34-46。
- 葉明叡、吳建昌（2017），男性間性行為者捐血禁令之公共衛生倫理分析，台灣公共衛生雜誌，35 卷 3 期，頁 215-228。
- 楊秀儀（2021），防疫共同體的法制整備企劃引言，月旦法學雜誌，312 期，頁 6-7。
- 雷文玫（2021），防疫共同體的物資準備——從我國口罩光榮動員經驗看下一波超前部署所需要的法制整備，月旦法學雜誌，312 期，頁 23-45。
- 廖福特（2018），兩公約之歷史發展及台灣參與，收於：廖福特編，聯合國人權兩公約：公民與政治權利國際公約、經濟社會文化權利國際公約，頁 18-19，台北市：台灣聯合國研究中心。
- 蔡聖偉（2020），2019 年傷害罪章修法評釋（二），月旦裁判時報，101 期，頁 79-92。
- 月旦醫事法報告編輯部（2021），1988 年德國聯邦最高法院傳染愛滋病毒案，月旦醫事法報告，62 期，頁 114-121。
- 鄧傑（2020），測不到病毒可以無罪嗎？——談 U=U 與蓄意傳染 HIV 罪，愛之關懷，110 期，頁 16-28。
- 謝煜偉（2016），愛滋病毒蓄意傳染條款的法律問題——危險性行為的行為危險性，愛之關懷，97 期，頁 15-24。
- 顧文璋（2016），有關愛滋病毒傳播入罪化最新醫學趨勢與實證研究，愛之關懷，97 期，頁 5-14。
- 黃道明（2014），列管制度下的醫療治理：「人類缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例」與新道德權威，收於：黃道明編，愛滋防治、法律與愉悅的政治，頁 115-179，桃園市：中央大學

性／別研究室。

黃道明（2016），面對慾望、面對知識、面對實踐（代序），收於：
黃道明編，當慾望碰上公衛：愛滋防治的解放政治，頁 iii-v，
桃園市：國立中央大學性／別研究室。

社團法人台灣新滋識同盟（2021），新滋識藥愛復元與減害技巧手冊，2021年11月6日，取自：https://knowhiv.org/news/view/_fabu-gonggao-_yao-ai-fuyuan-yu-jian-hai-jichiao-shoutse-slamming-_harm-reduction-sin-zih-shih-jhongwun-2021-ban。

Amber Hollibaugh、黃道明（2016），與荷安珀對談愛滋政治，收於：
黃道明編，當慾望碰上公衛：愛滋防治的解放政治，頁 21-43，
桃園市：國立中央大學性／別研究室。

Amber Hollibaugh、Cindy Patton、黃道明、呂昶賢（2016），愛滋防治的解放政治：當慾望碰上公衛，收於：
黃道明編，當慾望碰上公衛：愛滋防治的解放政治，頁 101-127，
桃園市：國立中央大學性／別研究室。

Kane Race（2014），責任追究的思考框架：HIV、生物醫學與法律操演性，收於：
黃道明編，愛滋防治、法律與愉悅的政治，頁 1-40，
桃園市：國立中央大學性／別研究室。

Sarah Schulman（2016），衝突不等於傷害：加拿大 HIV 入罪與焦慮效應，收於：
黃道明編，當慾望碰上公衛：愛滋防治的解放政治，頁 197-203，
桃園市：國立中央大學性／別研究室。

法務部法制司（2018），公民與政治權利國際公約經濟社會文化權利國際公約一般性意見，二版，臺北：自版。

Lawrence O. Gostin & Lindsay F. Wiley 著，蘇玉菊、劉碧波、穆冠群譯（2019），公共衛生法——權力·責任·限制，臺北：元照。
[Gostin, L. O., & Wiley, L. F. 2016. *Public Health Law Power, Duty, Restraint*. 3rd, US: University of California Press.]

- Lawrence O. Gostin 著，翟宏麗、張立新、張和軍、歐小琪、雷敏譯（2018），*全球衛生法*，臺北：元照。[Gostin, L. O. 2014. *Global Health Law*. 1st, US: Harvard University Press.]
- Françoise Barré-Sinoussi, Salim S Abdool Karim, Jan Albert, Linda-Gail Bekker, Chris Beyrer, Pedro Cahn, Alexandra Calmy, Beatriz Grinsztejn, Andrew Grulich, Adeeba Kamarulzaman, Nagalingeswaran Kumarasamy, Mona R Loutfy, Kamal M El Filali, Souleymane Mboup, Julio Sg Montaner, Paula Munderi, Vadim Pokrovsky, Anne-Mieke Vandamme, Benjamin Young, Peter Godfrey-Faussett 著，葉房蒲、Tommy、James 譯（2018），*專家共識聲明：刑法脈絡下的愛滋相關科學*，2019 年 7 月 24 日，取自：https://praatw.org/sites/default/files/zhuan_jia_gong_shi_sheng_ming_xing_fa_mo_luo_xia_de_ai_zi_xiang_guan_ke_xue_-quan_cu_hui_fan_yi_wen_jian__0.pdf。[Barré-Sinoussi, F., Karim, S. S. A., Albert, J., Bekker L-G., Beyrer, C., Chan, P., Calmy, A., Grinsztejn, B., Grulich, A., Kamarulzaman, A., Kumarasamy, N., Loutfy, M. R., Filali, K. M. E., Mboup, S., Montaner, J. S., Munderi, P., Pokrovsky, V., Vandamme, A-M., Young, B., Godfrey-Faussett, P. 2018. Expert consensus statement on the science of HIV in the context of criminal law Available at <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1002/jia2.25161>.]
- Susan Sontag 著，刁筱華譯（2000），*疾病的隱喻*，臺北：大田。[Sontag, S. 1978. *Illness As Metaphor* Hardcover. 1st, US: Farrar, Straus and Giroux.]
- Ford, B. A. (2013). From Mountains to molehills: A comparative analysis of drug policy. *Annual Survey of International & Comparative Law*, 19(1):197-231.

- Heckathorn, D. D. (1997). AIDS and social networks: HIV prevention through network mobilization. *Sociological Focus*, 32(2):159-179.
- Childress, J. F., Faden, R. R., Gaare, R. D., Gostin, L. O., Kahn, J., Bonnie, R. J., Kass, N. E., Mastroianni, A. C., Moreno, J. D., & Nieburg, P. (2002). Public health ethics: Mapping the terrain. *The Journal of Law Medicine and Ethics*, 30(2):170-178.
- Erdman, J. N. (2011). Access to information on safe abortion: A harm reduction and human rights approach. *Harvard Journal of Law & Gender*, 34:413-462.
- Lee, L. M. (2012). Public health ethics theory: Review and path to convergence. *The Journal of Law Medicine and Ethics*, 40(1):85-98.
- Roberts, M. J., & Reich, M. R. (2002). Ethical analysis in public health. *Lancet*, 359(9311):1055-1059.
- Gostin, L. O. (2004). *The AIDS pandemic: Complacency, injustice, and unfulfilled expectations*. NC: University of North Carolina Press.
- Coggon, J. (2012). *What makes health public?*. UK: Cambridge University Press.
- Global Commission on HIV and the Law. HIV and the Law: Risks, Right & Health. Available at <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/HIV-and-the-Law-supplement-FINAL.pdf>
- UN. International conference on population and development programme of action. Available at https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/programme_of_action_Web%20ENGLISH.pdf
- UNAIDS. Criminalisation of HIV non-disclosure, exposure and transmission: Scientific, medical, legal and human rights issues.

Available at https://files.unaids.org/en/media/unaids/contentassets/documents/document/2012/KeyScientificMedicalLegalIssuesCriminalisationHIV_final.pdf

UNAIDS. Together we will end AIDS. Available at https://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/JC2296_together-we-will-end-AIDS_en.pdf

UNAIDS. Ending overly broad criminalization of HIV non-disclosure, exposure and transmission: Critical scientific, medical and legal considerations. Available at https://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/20130530_Guidance_Ending_Criminalisation_0.pdf

UNAIDS. Legal and policy trends: Impacting people living with HIV and key populations in Asia and the Pacific 2014–2019. Available at https://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/legal-and-policy-trends-asia-pacific_en.pdf

WHO. Sex health, human right and the law. Available at http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/175556/9789241564984_eng.pdf;jsessionid=630316EDC947E56BA4D45EFE25E2BF68?sequence=1

撰稿凡例

2021.04.版

1. 檔案與文字格式

電子檔案請使用與 Microsoft_Word 相容之程式繕打。

字體：中文使用新細明體；逐字引用文獻或法條使用「標楷體」。拉丁字母與阿拉伯數字使用 Times New Roman。其他依該語言文字法學期刊慣用者。強調之文句可使用「粗體」。

字型大小：本文 12 點，註解 10 點。

標點符號：使用全形符號。

註釋：同頁腳註（footnote）。註釋號碼置於句點、逗點等標點符號之後。

圖表：圖、表分別依序計數。

→圖-1 歷年健保虧損金額（單位：千元/新臺幣）

小標題之階層：以「壹」、「一」、「(一)」、「1.」、「(1)」、「A.」順序使用。作者無須變換字體字型大小，亦無須加粗體。

2. 法源（法條、行政命令、司法裁判、函釋等）引用方式

於正文及註釋中首次引用法源時請完整寫明。

→憲法第 27 條 1 項 1 款、憲法增修條文第 2 條 3 項但書、民法第 184 條 1 項前段、民法第 796 條之 1；司法院釋字第 445 號解釋；最高法院 94 年台上字第 4929 號刑事判例；最高法院 99 年度台上字第 1230 號民事判決；最高行政法院 95 年度判字第 1651 號判決；臺灣高等法院 107 年度醫上字第 13 號民事判決；臺灣臺北地方法院 100 年度訴字第 500 號刑事判決。

引用已失效之法源應明確標示。

→行政院勞工委員會七十七年四月十四日台七七勞保二字第六五三〇號函（已停止適用）。

法源得於首次引用時說明後續簡稱，但不得以前註方式引用。

→憲法增修條文（以下簡稱增修條文）第 2 條 3 項但書

3. 註釋

引用中文文獻資料者請依「3.1.」以降為準；英文文獻，使用美國 Bluebook 格式為主。其他語言文獻，以文獻出版國法學期刊慣用之格式為主（例如引用德文文獻，使用德國法學期刊慣用之格式。）

3.1. 中文文獻資料一般規則

有版次者應註明版次；尚未改版者，初版無須註明。

引用全書或全文者，不註明頁碼。

作者群、譯者群或編者群有五人以上時，得在第一人姓名後以「等」省略第二人以後作者/譯者/編者。

投稿作者應遵守初稿、研討會論文、學位論文等非正式出版品之作者對引用方式之限制。

文獻資料已於前文出現者，以作者（註釋號），頁碼。簡引之。

→楊哲銘（註 12），頁 3。

3.2. 學術期刊論文

以 作者，論文標題，期刊，卷期數，頁數（出刊年）。依序標明。

雷文政，人類胚胎的法律地位：為何人類胚胎不應該是權利主

體，人文及社會科學集刊，19卷1期，頁62（2007）。

梁志鳴、張兆恬，論當代司法對行政監督的管制挑戰：從全民健康保險藥價不實申報之管制切入，國立臺灣大學法學論叢，47卷2期，頁524（2018）。

3.3. 專書

以 作者，書名，出版社，版次（二版以上），頁數（出版年）。依序標明。

何建志，公費疫苗法制解析與重構：科學不確定性下自主與公衛之平衡，元照，頁47（2018）。

林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞，憲法——權力分立，新學林，三版，頁121（2017）。

3.4. 個別作者論文集

以 作者，論文標題，收於：論文集名，出版社，頁數（出版年）。依序標明。

謝銘洋，論人格權之經濟利益，作者自版，收於：智慧財產權基本問題研究，頁43（2002）。

3.5. 多作者論文集

以 作者，論文標題，收於編者編，論文集名，出版社，頁數（出版年）。依序標明。

陳仲嶙，美國法下人體組織研究法律關係之權利基礎：以 Moore 案法院意見之澄清與駁斥為起點，收於洪德欽編，歐盟與美國生物科技政策，中研院-歐美研究所，頁401（2011）。

3.6. 研討會論文

以 作者，論文標題，發表於：研討會名稱，研討會主辦單位，研討會舉辦地，頁數（研討會舉辦全部期間）。依序標明。

黃銘輝，初探法庭攝影（直播）的憲法基礎——美國法制經驗的啟示，發表於：司法改革的憲政意含-II，國立政治大學法學院公法學研究中心、中華民國憲法學會，台北市，頁 5（2018 年 4 月 28 日）。

3.7. 學位論文

以 作者，論文標題，授予學位學校與系所學程學/碩/博士論文，頁數（出版年）。依序標明。

王蕙茹，美國健康宣稱規範對我國食品標示與廣告法制之借鏡，國立清華大學科技法律研究所碩士論文，頁 72（2019）。

3.8. 新聞、報導、評論、專欄

以 記者/報導單位/評論作者，標題，媒體平台，日期，原始網址（若有）。依序標明。

張茗喧，健保費率 110 年漲至 5.17% 受僱者平均多繳 63 元，中央社，2020 年 12 月 31 日，<https://www.cna.com.tw/news/firstnews/202012315007.aspx>。

李崇僖，罰 10 億！歐盟《人工智慧管理法草案》八類高風險技術，台灣業者別踩雷，未來城市，2021 年 4 月 26 日，https://futurecity.cw.com.tw/article/1973?fbclid=IwAR2P86ohETxKpUvBhg18RZhvI_oDxXUXk2kpKehHF2skwo8jPHhg_TENHbs。

3.9. 網站資料

以 資訊主題，資訊項目分類（若必要），網站架設單位，資料日

期（若有），原始網址。依序標明。

醫療器材商管理新制上路、提醒業者要注意，衛生福利部食藥署，2021年4月27日，<https://www.fda.gov.tw/TC/newsContent.aspx?cid=4&id=t600288>。

110年第1季政府資訊公開案件統計總表，政府資訊公開，行政院衛生福利部，2021年4月21日，<https://www.mohw.gov.tw/lp-4116-1.html>。

3.10. 中譯文獻資料

上述各項中文文獻資料為外文翻譯者，以 Author 著，譯者譯 取代作者欄，並將該文獻重要資訊及年份在括號內以原文呈現（例如論文標題）。其他依文獻資料性質適用前述規則。

Ulrich Beck 著，汪浩譯，風險社會——通往另一現代的路上（Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Moderne, 1986），頁 9-24（2004）。

3.11. 網路先期出版資料

上述各項中文文獻資料於正式出版前於網路先期出版者，應標明出版網址及預計出版之時間。

謝碩駿，論全自動作成之行政處分，先期出版於：<http://publication.iias.sinica.edu.tw/92015091.pdf>，頁 21-23（將收於：黃丞儀編，2017 行政管制與行政爭訟（2021 年））。

3.12. 附則

以上未列舉者，應以提供清楚足以溯源查證之資訊為目的，適用性質最接近之規定。

4. 參考文獻

1. 僅須列出學術性文獻（無須列出法源、新聞報導、評論……等）。
2. 採先中文、後外文之順序。不同外文應分語文種類，但無指定順序。
3. 以投稿時最新版 APA 格式為準，不足之處建議參考《中研院法學期刊》之「撰稿凡例」所載「參考文獻」項以下資訊。

《醫藥、科技與法律》徵稿啟事

2021年4月13日通過

2022年4月25日修訂

《醫藥、科技與法律》，以納入 TSSCI 收錄名單為發展目標，由國立清華大學科技法律研究所、臺灣醫事法律學會、以及臺北醫學大學醫療暨生物科技法律研究所等單位合作，自 2022 年 4 月起以一年兩期（4 月、10 月）發刊。本刊徵稿範圍涵蓋「醫療法」及「科技法」聯集範圍中所有的法律與政策議題，從醫療法領域的醫藥、公衛、生技、護理、醫療管理、倫理，到科技法領域的資訊、大數據、人工智慧、能源、食品、環境等多元議題。本刊歡迎傳統釋義學規範分析、管制工具與治理政策、結合社會科學之社會現象研究等觀點之各類研究。

本刊刊登以下五類中文稿件：

1. 研究論文 (research article)：以議題研究為取向之原創論文，經匿名同儕審查通過後刊登。來稿篇幅以全文三萬字以下為原則（含註腳）。
2. 活水論文 (student note)：作者投稿時具大學或研究所學籍，或以學位論文改寫，以議題研究為取向之原創論文，經匿名同儕審查通過後刊登。同一作者僅得於本刊刊登一篇活水論文。來稿篇幅以全文三萬字以下為原則（含註腳）。
3. 文獻綜論 (review article)：針對特定主題之多篇重要文獻，進行系統性蒐集、分析之回顧論文，經匿名同儕審查通過後刊登。來稿篇幅以全文二萬字以下為原則（含註腳）。

4. 邀稿論文 (invited article)：由本刊邀請特定作者，針對特定主題的原創論文，經匿名同儕審查通過後刊登。來稿篇幅以全文二萬字以下為原則 (含註腳)。
5. 論文評述 (commentary)：由本刊邀請，以本刊 (將) 出版之論文為對象評論之論文，經匿名同儕審查通過後刊登。來稿篇幅以全文二萬字以下為原則 (含註腳)。

形式審查：

1. 來稿應註明稿件類別，本刊得視性質變更。來稿篇幅不符字數規定者，得附理由說明，但執行編輯得要求作者調整或分期刊登。
2. 來稿應提供中、英文摘要及目錄。
3. 引註格式：來稿時應循法學期刊之常見格式，提供清楚足以溯源查證之資訊；確定刊登後，應依本刊「撰稿凡例」修改。

來稿請寄至：JSHLaw2021@gmail.com