

醫藥、科技與法律

The Journal of Science & Health Law

二十八卷一期

Volume 28 Issue 1

2023 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 蔡昌憲）

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：林昀嫻、莊弘鈺、張兆恬、梁志鳴（主編兼執行編輯）、

黃銘輝、賈文字、雷文玫、楊哲銘

學生編輯指導：李紀寬、廖宜寧

學生編輯：王韻慈、李宥德、紀守恩、許容禎、黃品涵、楊安平

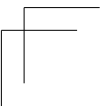
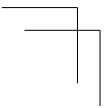
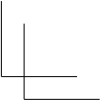
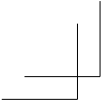
期刊助理：黃雅仙、游宗翰

（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



目 錄

研究論文

魏杏芳

由競爭法觀點談「藥品標示外使用」

——以歐盟 Avastin/Lucentis 案為中心

1

林欣柔

新冠肺炎流行期間國籍航空機師提審案件之分析

41

李柏翰、張竹苓

被偷走的人工流產自由：

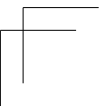
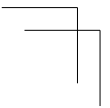
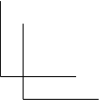
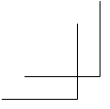
「多布斯訴傑克森女性健康組織案」之國際人權法律評析

93

陳勛

親自驗屍義務之歷史、現況與相關醫學檢查之發展

147



由競爭法觀點談「藥品標示外使用」 ——以歐盟 Avastin/Lucentis 案為中心

魏杏芳*

目次

壹、前言

貳、歐盟 Avastin/Lucentis 案的「藥品標示外使用」爭端

- 一、與 Avastin/Lucentis 案有關的「藥品標示外使用」概況
- 二、義大利競爭機關處分羅氏藥廠及諾華藥廠
- 三、歐盟法院對 Avastin/Lucentis 案適用競爭法的解釋
- 四、法國競爭機關處分羅氏藥廠及諾華藥廠
- 五、小結

參、歐盟 Avastin/Lucentis 案適用競爭法評析

- 一、「藥品標示外使用」與產品市場界定
- 二、「目的」限制競爭類型的建構
- 三、「集體」支配地位的認定

* 政治大學法學院兼任副教授、前公平交易委員會委員
本文所表示的意見皆為作者個人觀點，與作者任職的機關無涉，亦不能解釋為反映主管機關的政策或立場。作者聯絡資訊: hsinfangwei531@gmail.com

肆、歐盟 Avastin/Lucentis 案對我國的啟示——代結論

- 一、貶抑行為 (disparagement practices) 為藥廠常見的反競爭行為類型，值得關注
- 二、競爭機關與醫藥主管機關應充分合作暨藥品市場競爭倡議
- 三、競爭機關應提高對藥品市場的重視程度與執法力度

摘要

「藥品標示外使用」(off-label use) 意指醫師未依照已核准標示之藥品適應症而為處方用藥的行為，這在醫療實務上十分普遍，除了對患者可能造成健康風險之外，「藥品標示外使用」也引發是否違反競爭法的爭議。Avastin (癌思停) 原適用於特定腫瘤疾病的治療，羅氏藥廠擁有 Avastin 在歐盟從事商業利用的權利；Lucentis (樂舒晴) 的主要適應症則是「新生血管型老年性黃斑部病變」(AMD)，其在歐盟上市許可的權利人則是諾華集團。醫療實務發現，如果以 Avastin 治療 AMD，也會有正面效果，歐美多項臨床研究皆顯示，Avastin 作標示外使用與 Lucentis 效果是相同的，故此種用法被廣泛應用在眼科，使 Avastin 與 Lucentis 彼此有競爭關係。但在價格方面，用於眼科注射，在美國 Lucentis 的價格比 Avastin 貴 20 倍以上，在歐洲兩藥品也有極高的倍數價差，另外各國健保給付制度也會影響醫師開藥的選擇。

2014 年 2 月，義大利競爭機關認定羅氏與諾華兩大集團違反歐盟運作條約第 101 條，處以鉅額罰鍰。理由是兩事業在科學上仍不明確的情況下，共謀對醫藥界及患者散布 Avastin 用於眼科治療的風險訊息，目的在降低對 Avastin 的需求，以便從 Lucentis 的銷售中獲利。2018 年 1 月歐盟法院以「先決判決」作成法律解釋，認定羅氏與諾華兩事業散布誤導資訊的行為，其性質屬於歐盟運作條約第 101(1) 條所稱的「目的」限制競爭。就相同的基礎事實，法國競爭機關則是將諾華、羅氏及羅氏子公司 Genentech 三家藥廠視為單一主體，以其濫用「集體支配地位」違反歐盟運作條約第 102 條為由裁罰。

歐盟一向重視積極執行競爭法以促進藥品市場競爭，統計顯示，羅氏與諾華兩大藥廠 2020 年在我國的銷售金額高居首位及次位，為我國藥品市場的主要廠商，兩藥廠在我國是否也有散布貶抑競爭者資

訊的行為，值得公平交易委員會及醫藥主管機關正視，兩機關應密切合作，共同提升藥品市場的競爭法執法力度。

關鍵詞： 標示外使用、Avastin/Lucentis 案、「目的」限制競爭、集體支配地位、貶抑行為

Competition Law Perspectives on Off-Label Drug Use – The EU Avastin/Lucentis Case Study and Its Implications

*Wei, Hsin-Fang**

Abstract

An approved drug for an unapproved use, i.e. off-label drug use, is quite common in health and medical practices globally. Accepting off-label drug use and including those drugs into national health insurance system are highly controversy among interest parties including drug makers and pharmaceutical society, particularly when the off-label drugs are equal in terms of efficacy to the approved medicines for the approved indications whereas cost much less in price than the latter. The EU Avastin/Lucentis Case highlights the relevant substantial issues from the perspectives of competition law.

Avastin, whose commercial exploitation in the EU was entrusted to the Roche group, was authorized for the treatment of certain kind tumorous diseases since 2005. In 2007 the EU Commission granted a marketing authorization to Lucentis for the treatment of neovascular age-related macular degeneration (AMD) and the right holder for

* Adjunct Associate Professor, College of Law, National Chengchi University; Former Commissioner of the Taiwan Fair Trade Commission

Lucentis' commercialization in Europe was the Novartis group. The prescription of Avastin for the treatment of AMD, i.e., the off-label use of Avastin, was established among ophthalmologists and began to spread worldwide. Several large-scale empirical researches revealed that the unregistered use of Avastin has the equal efficacy as Lucentis used for its approved indication while there was a striking cost-difference between the two medicines.

In 2014 the Italian Competition Authority (ICA) imposed fine on Roche and Novartis respectively for their conduct contrary to Article 101 TFEU on the ground that those two pharmaceutical companies concluded an agreement to disseminate the information, in the context of scientific uncertainty, over the safety of the use of Avastin for the treatment of eye diseases and to create doubts among doctors and patients. In a preliminary ruling granted by the European Court of Justice on January 2018 for the matters referred to by the Italian court, the Court ruled that an arrangement between two undertakings marketing two competing medicinal products but disseminating misleading information relating to adverse reactions resulting from the off-label use of one of those products with a view to reducing the competitive pressure it exerts on the other product, constitutes a restriction of competition "by object". In September 2020, based on the similar background and facts as the Italian case but with different analytical approach, the French Competition Authority fined Novartis, Roche and Genentech for abusing their collective dominant position by implementing disparagement practices in the French market for the treatment of AMD and infringing Article 102 TFEU.

European Commission has used vigorous competition enforcement

as a tool for the fulfillment of EU policy, e.g., affordable drug price and incentives for innovation, in pharmaceutical sector. After studying the Avastin/Lucentis Case, reconsidering and reflecting the medicinal product market in Taiwan, the author suggests, given the fact that multinational pharma companies such as Roche and Novartis are competitive and important participants in our domestic market, the similar strategies and practices like the disparagement practices discussed in this article might be deployed in Taiwan and probably do harm to our industry and ultimately to consumers. The competent authorities, i.e., Taiwan Fair Trade Commission (TFTC) and Taiwan Food and Drug Administration (TFDA), should cooperate closely and comprehensively monitor this sector in order to upgrade the competition enforcement and therefore enhance the competition of pharmaceutical market in Taiwan.

Keywords: off-label use, Avastin/Lucentis Case, restriction of competition “by object”, collective dominance, disparagement practice

壹、前言

影響製藥產業競爭的因素複雜而多元，包括技術創新與智慧財產權保護、藥廠銷售與經銷合作、國家公衛政策與健保制度設計，甚至藥廠採行特定策略而影響醫師開藥行為，例如鼓勵或阻礙醫師「藥品標示外使用」(off-label use) 等，都是藥品市場競爭的相關因素。所謂「藥品標示外使用」通常被理解為醫師未依照主管機關核准標示之藥品適應症而為處方用藥的行為；換句話說就是「已核准的藥物被用在未經許可的用途」(an approved drug for an unapproved use)¹上。已核准的藥物必定經過醫藥主管機關依據藥商提供的臨床數據與資料，就使用該藥品的好處與風險，進行審慎仔細的評估，並且會有經核准的藥品標示 (labeling) (包括標籤及仿單)²，對醫師提供該核准藥品的適應症、用量用法、可能風險、應與患者溝通說明之事項等訊息，以確保用藥的安全性與有效性，因此原則上醫師會按仿單上記載的適應症開藥。不過一旦遇到患者的疾病或狀況尚無已核准的藥品上市，或在使用已核准藥品之後，未能有效治療疾病或改善症狀時，醫

¹ U.S Food and Drug Administration, *Understanding Unapproved Use of Approved Drugs "Off Label"*, <https://www.fda.gov/patients/learn-about-expanded-access-and-other-treatment-options/understanding-unapproved-use-approved-drugs-label> (last visited May 24, 2022).

² 有關藥物 (指藥品及醫療器材) 的「標籤」(label)，依我國藥事法第 25 條規定，「係指藥品或醫療器材之容器上或包裝上，用以記載文字、圖畫或記號之標示物。」藥事法施行細則第 8 條補充規定：「本法第二十五條所稱標籤，包括直接標示於醫療器材上之文字、圖畫或記號。」至於「仿單」(package inserts)，依我國藥事法第 26 條，「係指藥品或醫療器材附加之說明書。」因此從法釋義的角度，「標籤」與「仿單」二者並不相同，概念上前者屬於直接附著於藥品包裝或醫療器材之上的標示，後者則是外加的說明文件。不過依藥事法第 75 條，文字並列的「標籤」與「仿單」依核准應記載的事項卻完全相同，均包括廠商名稱及地址、品名及許可字號、批號、製造日期及有效期間或保存期限、主要成分含量、用量及用法、主治效能、性能或適應症、副作用、禁忌及其他注意事項，以及其他依規定應記載事項。因此本文所稱「藥品標示外使用」記載藥品核准內容的載體，除仿單之外也包括標籤在內。

師與患者可能會討論「藥品仿單外使用」的可行性³。此舉為標示外使用的藥品創造了新需求，同時也為仿單適應症藥品帶來競爭壓力，倘若綜合相關因素致影響藥品的價格或銷售數量，損害了特定藥廠利益，即有誘因促使藥廠採取措施阻礙「藥品標示外使用」，致有違反競爭法的疑慮。

事實上「藥品標示外使用」在醫療實務上是十分普遍的。以美國門診體系為例，有 21% 的處方是「藥品標示外使用」⁴，更有研究文獻指出在兒科及腫瘤科門診，「藥品標示外使用」的情形甚至高達 70%⁵，此外急診室也是「藥品標示外使用」甚為普遍的場域，因為急重症病人的病情經常不容許在證據的質與量方面，進行符合藥品仿單許可適應症要求的評估，而且重症病人通常面臨多重器官問題，而針對單一器官的研究無助於提供全面性、整體性的治療意見，諸多原因使急診室醫師有「藥品標示外使用」的慣例⁶。至於臺灣的「藥品標示外使用」狀況，目前尚無來自醫藥主管機關進行全面性調查的數

³ 「藥品仿單外使用」的意義，除了指將已核准的藥品用在未經許可的用途（例如核准以化療藥品治療某一種癌症，但醫師將之用在不同種類的癌症）之外，還包括不同的使用方法（例如核准藥品原為膠囊，但改為給以口服液劑）、不同的劑量（例如原核准藥品劑量為一天一錠（片），但醫師告知病人可一天兩錠）（U.S Food and Drug Administration, *supra* note 1），以及不同的患者族群（例如原核准為兒科用藥卻應用在其他年齡層）Christopher M. Wittich, Christopher M. Burkle, William L. Lanier, *Ten common questions (and their answers) about off-label drug use*, 87(10) MAYO CLIN PROC 982, 982 (2012).

⁴ David C. Radley, Stan N. Finkelstein and Randall S. Stafford, *Off-Label Prescribing Among Office-Based Physicians*, 166(9) ARCHIVES OF INTERNAL MEDICINE 1021, 1023 (2006).

⁵ Lin Liu, Hong-Yu Yang, Yan Lou, Jing Miao, Xiao-Yang Lu, Qing-Wei Zhao, Rong-Rong Wang, Sai-Ping Jiang, and Xing-Guo Zhang, *Off-label prescriptions in intensive care unit: the Chinese experience*, 14 THERAPEUTICS AND CLINICAL RISK MANAGEMENT 195, 195–96 (2018).

⁶ Ishaq Lat, Scott Micek, Jeffrey Janzen, Henry Cohen, Keith Olsen and Curtis Haas, “Off-label medication use in adult critical care patients”, 26(1) *Journal of Critical Care*, 89-94 (2011).

據，經常被引述的文獻多是數年前的學位論文⁷，但整體而言我國醫師也多有仿單外開藥的經驗⁸。

由前述對「藥品標示外使用」的概念說明可知，藥品被用來治療非經過許可的適應症，對患者的風險是極高的。以「藥品標示外使用」非常普遍的兒科為例，由於大部分藥品的安全性及有效性測試是針對成人而進行，醫師針對兒科患者開立仿單適應症外的處方時，就可能發生給藥劑量不足、過量，甚至造成無法預見的嚴重副作用⁹。急診室醫師所為的非適應症用藥，其可能的用藥無效或傷害¹⁰，更不待言，因此使「藥品標示外使用」在美國引發重大法律爭訟及天價法庭外和解的案件，時有所聞¹¹。國內對「藥品標示外使用」的法律爭議，主要集中在醫師的民事¹²、刑事責任¹³以及是否有藥害救濟相關規定

⁷ 陳俞德，臺北地區醫學中心醫師對藥品核准標示外使用的認知、態度與使用概況，臺灣大學衛生政策與管理研究所碩士論文（1999）；林恩萱，Carbamazepine 藥品核准標示外使用（Off-Label Use）之研究，陽明大學衛生福利研究所碩士論文（2005）。

⁸ 例如於 88 年以臺北地區 5 個醫學中心之家庭醫學科、小兒科、婦產科、皮膚科及血液腫瘤科之醫師為研究對象，發現約有 5 成的醫師有開立過標示外使用之處方，參陳俞德碩士論文，同上註。另外以 Carbamazepine（卡巴氮平）這款抗癲癇藥物的實證研究，利用 2002 年我國健保門診申報檔資料為基礎進行，發現約只有 38% 用於核准的適應症；參林恩萱碩士論文，同上註，頁 60。此外依醫師倫理規範第 12 條規定：「醫師應有專業自主權，對病人處方、治療或為其轉診，不應受到所屬醫療機構、藥廠、生物科技公司或保險制度等之影響。」可見在醫師的醫療處置上，「藥品標示外使用」原則上是被允許的。

⁹ 許杏如，藥品仿單標示外使用（Off-Label Use）之民事責任與藥害填補機制，成功大學科技法律研究所碩士論文，頁 23（2009）。

¹⁰ Lin Liu et al., *Off-label prescriptions in intensive care unit: the Chinese experience*, *supra* note 5, 196.

¹¹ Wittich, Burkle, & Lanier, *supra* note 3, 982.

¹² 參見臺灣臺中地方法院 106 年度醫字第 24 號民事判決、臺灣臺中地方法院 103 年度醫字第 27 號民事判決、臺灣臺中地方法院 98 年度簡上字第 108 號民事判決、臺灣臺北地方法院 9 年度訴字第 3406 號民事判決。

¹³ 參見臺灣雲林地方法院 100 年度醫訴字第 2 號刑事判決、臺灣新北地方法院 100 年度醫訴字第 2 號刑事判決。

的適用¹⁴，但對於「藥品標示外使用」與競爭法的關係，實務上既無執行案例，學術界也缺乏探討。但因為 Avastin 與 Lucentis 這兩款藥品的標示外使用問題，引起義大利及法國競爭主管機關先後介入執法，並且歐盟法院也就「藥品標示外使用」如何適用競爭法，作成「先決判決」(preliminary ruling) 提出具體的指引，可謂開風氣之先，再次以具體行動展現歐盟加強製藥產業競爭法的執法力道，對我國事業與相關政府部門都極具參考價值，值得加以介紹研究。

本文寫作的結構，除了前言之外，第貳節將介紹 Avastin/ Lucentis 案在歐盟發生的背景，以及各國主管機關決定與法院判決認事用法的要旨；第參節則是進一步就競爭法適用於 Avastin/Lucentis 案的法律適用問題加以評析，第肆節是在總結對歐盟 Avastin/Lucentis 案的研究之後，對我國藥品市場執行競爭法的借鑑意義，提出看法與建議以為結論。

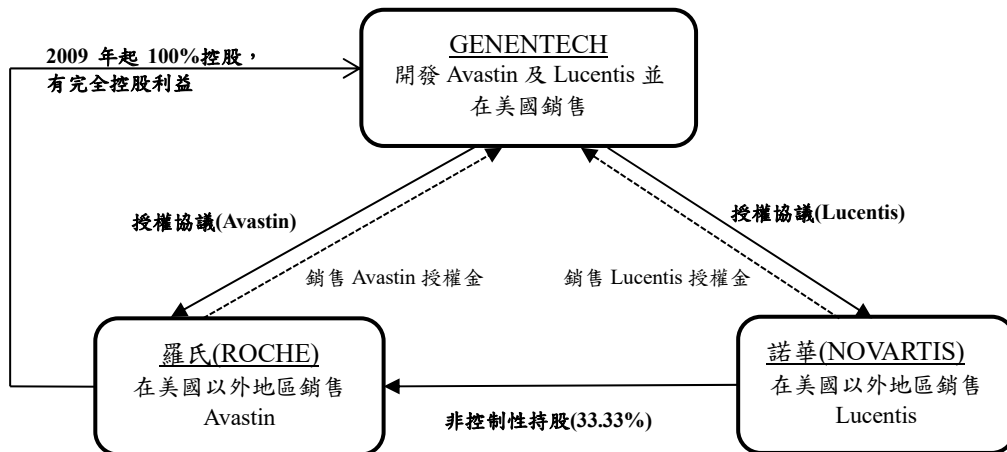
貳、 歐盟 Avastin/Lucentis 案的「藥品標示外使用」爭端

就 Avastin/Lucentis 案「藥品標示外使用」爭端，無論是案關藥廠、藥品及相關事實，在義大利及法國競爭機關的處分決定或歐盟法院判決，基本上是完全相同的，故本節先綜合義、法兩國的處分決定、新聞發布的內容，以及歐盟法院的先決判決，摘述本案的事實背景；次按事件發生及相關資料提出的時間先後，依序敘明義大利、歐盟法院以及法國就本案適用競爭法的決定及相關法律見解。

¹⁴ 參見臺北高等行政法院 100 年度訴字第 421 號判決、臺北高等行政法院 100 年度訴字第 464 號判決。

一、與 Avastin/Lucentis 案有關的「藥品標示外使用」概況

商品名分別為 Avastin 及 Lucentis 的二項藥品都是由美國生技藥廠 Genentech（該藥廠也只在美國境內有營業活動）開發而成，該公司也保有在美國商業化該兩項藥品的權利。Genentech 將 Avastin 在美國以外的商業開發利用，委託給其自身母公司羅氏藥廠（Roche），後者自 2009 年起已成為 Genentech 的 100% 資本控股母公司。此外由於羅氏藥廠並不專攻眼科領域，Genentech 在 2003 年透過締結協議方式，授權另一知名瑞士藥廠諾華（Novartis）集團，在美國以外從事 Lucentis 的商業開發，因此在本案所涉的歐盟地理區域內，羅氏藥廠與諾華集團分別就 Avastin 及 Lucentis，取得上市許可並有銷售推廣的權利。此外，諾華集團同時對羅氏藥廠有 33.33% 的非控制性持股。本案關於藥廠及藥品相互間的關係，得以下圖示之。



資料來源：作者綜合整理繪製

圖 1 諾華、羅氏及 Genentech 三藥廠關係圖

在我國名為「癌思停」的 Avastin（學名為 Bevacizumab）於 2005 年 1 月取得在歐盟的上市許可（a marketing authorization, “MA”），用於特定腫瘤疾病的治療，得合法在每個會員國國內市場上銷售，同年 9 月義大利藥物管理局(Agenzia Italiana del farmaco, AIFA)將 Avastin 納入國家健康體系完全給付的藥品清單中。至於在我國稱為「樂舒晴」的 Lucentis（學名為 Ranibizumab），主要應用在「新生血管型老年性黃斑部病變」（neovascular age-related macular degeneration, AMD），¹⁵2007 年 1 月該藥獲得眼科適應症的歐盟上市許可，同年 5 月義大利藥物管理局先將之列為非給付（non-reimbursable）藥品，但隨後在 2008 年 12 月 Lucentis 也改為可給付的項目¹⁶。

同樣由 Genentech 開發的 Avastin 及 Lucentis 都是所謂的重組擬人化單株抗體，二款生物製劑皆有抑制血管內皮生長因子（vascular endothelial growth factor, VEGF）的作用，可以阻斷血管生成（angiogenesis）。實證研究發現，當癌症患者同時也有 AMD 問題時，施以 Avastin 治療，會同時對眼部疾病有正面效果¹⁷。調查顯示，在 Lucentis 上市之前，有些醫師就開始用 Avastin 為其患者治療眼疾，也就是將 Avastin 作「藥品標示外使用」，這樣的用法逐漸擴展至世界各地¹⁸，即使在仿單適應症載為 AMD 的 Lucentis 上市之後，情形依

¹⁵ 世界衛生組織（WHO）的資料顯示，以全球觀察，簡稱為 AMD 的「新生血管型老年性黃斑部病變」是導致視力損害排名第三的主要原因，而且在高收入國家較為普遍。Blindness and vision impairment, WHO (Oct. 10, 2022), <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/blindness-and-visual-impairment>.

¹⁶ Case C-179/16 - F. Hoffmann-La Roche and Others v. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ECLI:EU:C:2018:25, at paras. 23-6, 29.

¹⁷ Marion Provost and Mélanie Thill-Tayara, *UK Life Sciences and Healthcare Newsletter: Life Sciences: What's new in France? Avastin/Lucentis case: French Competition Authority imposes record fine of 444 million euros on Novartis and Roche for alleged abuse of collective dominant position*, JDSUPRA (Jan. 28, 2021), <https://www.jdsupra.com/legalnews/uk-life-sciences-and-healthcare-1831196/>.

¹⁸ 這兩款藥品用於治療 AMD 的方法都是眼球玻璃體內注射（intravitreal injection），不過如果是注射 Avastin，必須先經過無菌調劑（sterile compounding）重新分裝以

舊¹⁹。據美國眼科醫學會的統計，在 2013 年至 2016 年間用來治療 AMD 的眼底注射，有 46% 使用 Avastin，只有 20% 使用 Lucentis²⁰，因此對美國許多醫學中心來說，Avastin「藥品標示外使用」算是眼科的常規處置²¹。在歐盟各成員國的情狀雖有差異，但也是廣泛以 Avastin 取代 Lucentis²²應用於 AMD 的治療。然而多項在美國及歐洲進行的臨床研究皆顯示，這兩項藥品用於改善因黃斑部病變的視覺敏銳度問題，在有效性與安全性方面，並無臨床上的相關差異性²³，因此從醫療專業的角度，Avastin 與 Lucentis 是相同的。

兩項藥品在歐美的價格與健保給付制度也是本案應注意的重要事實。以治療 AMD 為適應症的 Lucentis 相較於 Avastin 在眼科作「標示外使用」，價格高貴甚多。Lucentis 在美國的平均售價 (average sale price, ASP) 為每劑 1,717 美元，比每劑約 70 美元的 Avastin 貴 20 倍以上，在歐洲也有兩藥品極高倍數價差的類似統計²⁴。美國 Medicare 對 Avastin 用於新生血管型老年性黃斑部病變的支出給予給付²⁵，在歐盟則視各會員國自身的規定而有不同，其中義大利及法國的國家健

取得適當劑量，過程中可能有污染的風險，這是 Avastin「藥品標示外使用」實務上的其他問題。

¹⁹ Case C-179/16, *supra* note 16, at para. 27.

²⁰ Victor L. Van de Wiele et al., *Competition law and pricing among biologic drugs: the case of VEGF therapy for retinal diseases*, 9 (1) J. L. BIOSCI. 1, 9 (2022), <https://doi.org/10.1093/jlb/ljac001> (last visited Jun. 8, 2022).

²¹ *Id.*, at 3.

²² European Commission, Directorate-General for Health and Food Safety, *Study on off-label use of medicinal products in the European Union, Report*, Publications Office, 56-7 (2017). <http://doi.org/10.2875/464022> (last visited Jun. 21, 2022).

²³ Victor L. Van de Wiele et al., *supra* note 20, 2, 4; *Id.* at 56; American Academy of Ophthalmology, *Study Proves Long-Term Effectiveness of Avastin and Lucentis for Treating Major Cause of Blindness* (May 2, 2016), <https://www.aao.org/newsroom/news-releases/detail/avastin-lucentis-amd-five-year-catt-results>.

²⁴ Arlene Weintraub, *Roche, Novartis protest moves in EU to pay for off-label Avastin*, FIERCE PHARMA (July 28, 2014 9:20AM), <https://www.fiercepharma.com/regulatory/roche-novartis-protest-moves-eu-to-pay-for-off-label-avastin>.

²⁵ Wiele et al., *supra* note 20, 2, 5-6.

保制度目前都已將 Avastin「藥品標示外使用」列為可給付藥品²⁶。由於 Avastin 的價格相對低廉甚多，藥廠基於整體利潤考量，不僅降價的空間甚小，也會抗拒 Avastin 在眼科廣泛的治療應用，同時致力於銷售高價的 Lucentis。此外健保給付的多寡如果是與藥品的售價聯結（例如美國 Medicare 的給付規則是醫師處方藥平均價格外加 6%），在藥品療效相同的前提下，無疑增加了醫師開藥時選擇昂貴藥品的誘因，造成國家健保體系財務的持續惡化²⁷。

二、義大利競爭機關處分羅氏藥廠及諾華藥廠

經過一年的調查，義大利競爭機關於 2014 年 2 月 27 日決定對本案兩事業主體，即羅氏藥廠（暨其義大利子公司）與諾華藥廠（暨其義大利子公司）分別處以 9,060 萬歐元及 9,200 萬歐元罰鍰。理由是兩事業締結協議，透過操控對於 Avastin 應用於眼科治療的風險認知，人為地區別 Avastin 與 Lucentis 兩藥品的差異性，違反歐盟運作條約第 101 條。

依據義大利法律的規定，在沒有其他合法的治療選擇情況下，藥品作標示外使用是可以獲得給付的；Avastin 若用於眼科的治療，2007 年 5 月義大利藥物管理局已將之列為可給付藥品。但在 2008 年 12 月 Lucentis 這項眼科適應症用藥納入健保給付之後，義大利政府便逐漸排除對 Avastin 標示外使用的給付。至 2012 年 10 月在歐盟執委會修改了對 Avastin 的產品特性摘要之後，義大利藥品管理局便將

²⁶ Weintraub, *supra* note 24.

²⁷ Peter Whoriskey and Dan Keating, *An effective eye drug is available for \$50. But many doctors choose a \$2,000 alternative*, THE WASHINGTON POST (Dec. 7, 2013), https://www.washingtonpost.com/business/economy/an-effective-eye-drug-is-available-for-50-but-many-doctors-choose-a-2000-alternative/2013/12/07/1a96628e-55e7-11e3-8304-caf30787c0a9_story.html.

Avastin 用於非上市許可適應症的治療，正式移出可給付名單²⁸。

然而義大利競爭機關調查後發現，被處分的兩事業集團共謀對醫藥界及患者，散布 Avastin 用於眼科治療的高風險訊息，擴大兩項產品的差異性，以便更能從 Lucentis 的銷售中獲利。尤其是 2011 年 6 月間專有 Avastin 在歐洲開發利用權利的羅氏藥廠，還向歐盟藥物管理局 (European Medicines Agency, EMA) 提出修改有關 Avastin 的「產品特性摘要」 (Summary of Product Characteristics, SmPC) 的要求，希望增加 Avastin 在眼科上風險的文字²⁹。羅氏藥廠辯稱此舉是基於其所進行的藥品安全監視的發現，且依規定它有義務向藥物主管機關提出通知³⁰。但義大利競爭機關則認定該行為是利用其持有藥品上市許可的特權，作為與諾華藥廠違法勾結的一部分。這可由兩集團營運高層間往來電郵明白提到「差異化兩項藥品的行為」得到證實。其他內部的訊息也顯示，羅氏藥廠對前述藥品安全的疑慮其實並不確定，諾華集團也提到藉由資助研討會、科學文獻寫作以翻轉其他獨立研究

²⁸ Case C-179/16, *supra* note 16, at paras. 29-31.

²⁹ Luca Arnaudo, *The Strange Case of Dr. Lucentis and Mr. Avastin. The Italian Competition Authority Fines Roche and Novartis for Collusion*, 35(7) EUR. COMPET. LAW REV. 6-7 (2014), <https://ssrn.com/abstract=2428126> (last visited Jun. 21, 2022). 對於羅氏藥廠修改 Avastin 「產品特性摘要」的要求，事實上得到歐盟藥物管理局正面的回應，的確做出一些修改，但修改的方式與羅氏藥廠原先的訴求不同，並且歐盟藥物管理局不同意就此向醫療社群散布正式的警告。不過也正是因為歐盟藥物管理局的意見，歐盟執委會於 2012 年 8 月作成決定，修改 Avastin 的產品特性，指出該藥品在上市許可之外的眼科治療特定副作用，Case C-179/16, *supra* note 16, at para. 30.

³⁰ 依據歐盟指令的設計，各會員國應建立自身的藥品安全監視系統 (a pharmacovigilance system)，並且參與歐盟整體的藥品監視體系。此監視系統的功能在收集藥品對患者或公衛的風險資訊，特別是藥品在上市許可條件下以及在此條件之外使用，而引發的人體不良反應，同時及於與職業性暴露 (occupational exposure) 有關的負面反應資訊。一旦上市許可持有人準備就已許可藥品的使用，公開發布安全監視方面相關疑慮的訊息，上市許可持有人應在此之前或同時，通知各國主管機關、歐盟藥物管理局及歐盟執委會。上市許可持有人應確保所提供的資訊係屬客觀且無誤導。Directive 2001/83/EC, art. 106a, 2001 O.J.(L311) 67, as amended by Directive 2010/84/EU, 31.12.2010 O.J. (L348) 74.

的結論，並與病患群體合作，提高未經許可的治療方法有安全風險的聲量，達到製造並傳播 Avastin 有安全疑慮的目的。過程中兩製藥集團的義大利子公司經常參與會議，交換資訊，共同處理被它們稱之為國家緊急情況的事件——義大利政府暫時許可 Avastin 在眼科的標示外使用³¹！

在歐盟運作條約第 101 條第 1 項「目的」或限制競爭「效果」的構成要件方面，義大利競爭機關認定本案兩製藥集團的行為，是對在治療眼睛疾病所有方面都表現相當的 Avastin 與 Lucentis，成立「分配市場協議」（a market-sharing agreement），本質上就是以限制競爭為「目的」³²。至於對限制競爭「效果」的評估，由於 Avastin 在眼科已成為 Lucentis 的主要競爭者，而被處分事業的系爭行為，降低了 Avastin 在眼科標示外使用的需求與銷售，導致包括 Lucentis 在內的其他眼科適應症處方藥用量增加，進而加重國家健保體系的財務負擔，具體呈現本案競爭傷害之所在³³。

三、歐盟法院對 Avastin/Lucentis 案適用競爭法的解釋

兩藥廠遭義大利競爭主管機關處分之後，在司法救濟過程中，義大利法院就本案適用歐盟競爭法的若干問題，向歐盟法院提出「先決判決」（preliminary ruling）的請求³⁴。整理義大利法院所提問題的內

³¹ Luca Arnaudo, *supra* note 29, 7.

³² Case C-179/16, *supra* note 16, at para. 32.

³³ Case C-179/16, *supra* note 16, at para. 33.

³⁴ 「先決判決」制度主要的法源依據為歐盟運作條約第 267 條，該程序的目的是確保各會員國法院有效且一致地適用歐盟法規，避免解釋上的歧異。當會員國法院在審理案件時，如果遇有對歐盟法規解釋上或合法性方面的疑義，得向歐盟法院提出問題並請求澄清。歐盟法院在此程序下所表示的意見是以附理由判決（judgment）的形式作成，不僅拘束提出該問題的會員國法院，也拘束所有處理

容，涉及下述幾項要點：

第一，為解釋歐盟運作條約第 101 條的目的，競爭機關是否應將授權適用於特定適應症的藥品，與該適應症的標示外使用藥品，畫入同一相關市場？此時競爭主管機關是否應考量該等標示外使用是否符合歐盟藥品管理的相關規章？

第二，當事業只有在獲得授權情形下，始能在相關市場上營運時（如本案中諾華藥廠是因為 Genentech 的授權，始能在美國以外從事 Lucentis 的銷售），雙方事業彼此為互不競爭的約定（在本案中指雙方共同散布 Avastin 應用在眼科治療的負面消息），無論該約定是否於授權協議中明定，歐盟運作條約第 101 條將如何適用？

第三、事業間意圖在宣揚某藥品較不安全或效果較差的共同行為，即使欠缺可靠的科學證據支持，但同時也沒有足以完全排除其可能性的科學證據存在，則該共同行為是否可視為「目的」(by object) 限制競爭？

第四、倘前一問題的答案為肯定，則該行為是否有歐盟運作條約第 101(3)條有關個案豁免規定的適用？

歐盟法院就上述各問題所為的釋答，按題次摘述如下：

（一）為適用歐盟運作條約第 101(1)條所界定的相關市場，應由消費者觀點，就產品特性、價格或使用目的等各方面，將能被視為可互換、得替代的所有產品或服務包括在內；所謂的可互換或可替代性不能只從產品或服務的客觀特性來評估，市場上的競爭條件及供需結構也必須納入考量³⁵。

本案雙方皆同意 Avastin 在案關期間已依歐盟醫藥法規，合法取得執委會發給的上市許可，適用於幾種癌症的治療。但羅氏藥廠主

相同問題的會員國法院。COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION, https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/en/ (last visited Jun. 21, 2022).

³⁵ Case C-179/16, *supra* note 16, at paras. 49-51.

張，將 Avastin 用於治療眼疾的標示外使用，有事前未取得上市許可的違法疑慮。另外 Avastin 如果應用於眼科，必須經過重新包裝，這也有未取得製造許可的違法，並且是在開藥之前就已經出售給實施治療的醫師。但歐盟法院明白指出這是羅氏藥廠對法規的誤解，因為歐盟現行藥品相關規章既不禁止標示外使用，且只要在符合規定的前提下，也不禁止為了標示外使用而將藥品重新包裝³⁶。雖然會員國競爭機關並無自行適用藥品相關規章的義務，但是醫藥主管機關就適用藥品相關規章的結論，以及該結論對市場供給與需求造成的影響，則是競爭機關必須考量的³⁷。依據義大利競爭機關原決定的內容顯示，在處分當時，歐盟藥物管理局及執委會並沒有依據羅氏藥廠的要求，同意在 Avastin 藥品特性的「不良反應」(adverse reactions) 表列中，加入使用於眼球注射引起的特定「副作用」(side effects)，只是將之視為應提醒的「使用上特殊警語及注意事項」(Special warnings and precautions in use)³⁸。由於醫師開藥主要是以治療的適當性與藥品有效性為考量，因此為適用歐盟運作條約第 101(1)條的目的，原則上應用於相同病症治療的藥品，均得劃歸同一相關市場。且實務上 Avastin 一直被廣泛應用在不屬於其上市許可適應症範圍內的眼疾治療，此為本案兩家藥廠不爭執的事實，這顯示 Avastin 與 Lucentis 兩藥品具有一定的替代性，依據開藥處方即可精準估計 Avastin 在治療眼疾上的需求³⁹。

綜上理由，歐盟法院認為，若以治療上市許可所載適應症的藥品

³⁶ Case C-179/16, *supra* note 16, at paras. 56-59. 此外本案佐審官 (advocate general) 提出的意見也指出，就製藥產業的產品市場界定而言，藥品上市許可的內容不必然有決定性的效力，Opinion of Advocate General Saugmandsgaard Øe in the case C-179/16, *F. Hoffmann-La Roche and Others v Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, ECLI:EU:C:2017:714, at para. 187.

³⁷ Case C-179/16, *supra* note 16, at para. 61.

³⁸ Case C-179/16, *supra* note 16, at para. 63.

³⁹ Case C-179/16, *supra* note 16, at paras. 64-66.

為中心，其他藥品的上市許可雖未載明前述特定適應症但實際上與前述藥品有替代性者，競爭機關得將該其他藥品納入相關市場，因此義大利競爭機關可將 Avastin 與 Lucentis 劃歸同一相關市場；但在判斷兩項藥品之間的替代性時，應考量醫藥主管機關適用藥品相關規章的意見，以評估對市場供需的影響。

(二) 就第二項提問，其問題意識在於，事業間協議本身雖不違反歐盟運作條約第 101(1)條，但該協議中如果有涉及限制當事事業商業自主性的條款存在，則該條款的合法性如何？就此爭點，歐盟法院已有判決先例予以闡釋，法院指出：該等限制性條款如果客觀上為當事事業依協議進行營運或活動所必需，並且與該協議所欲達成的目的符合比例原則，則該等附屬性限制 (ancillary restriction) 不在禁止之列。由於事業間協議與其附屬性限制的關連性密切，應被視為不能分離脫勾，故二者必須合併檢視以決定其合法性。進一步言，二者的關係應該是一旦協議欠缺該附屬性限制，其效果將不僅是使該協議的實施或目的的實現較為困難或獲利較少而已，而是將導致原協議根本無從進行；換言之，該等限制性條款必須對協議的實施至關重要，始能稱之為附屬性限制⁴⁰。

依此概念回頭檢視本案。兩藥廠系爭行為是共謀對醫藥界及患者，散布 Avastin 用於眼疾治療風險增加的訊息，以擴大兩項產品的差異性，但這項協議並不是用來限制案關藥廠的商業自主性（按即依 Genentech 對諾華藥廠授權，由後者對 Lucentis 進行推廣銷售），而是以影響第三人特別是醫師的開藥行為為目的，這類限制實難視為實施該授權契約客觀上所必需；更何況系爭共同行為是在簽訂授權契約數年之後，兩藥廠才另行成立的合意，並未包括在原授權契約之內，因

⁴⁰ Case C-382/12 P, *MasterCard and Others v Commission*, ECLI: EU:C:2014:2201, at paras. 89-91.

此要以系爭行為具有附屬性限制的性質為理由，排除歐盟運作條約第 101(1)條的適用是不成立的⁴¹。

（三）兩藥廠被義大利競爭機關認定違反歐盟競爭法的系爭行為，是在科學上仍不確定的情形下，共謀對醫藥界及患者散布 Avastin 用於眼疾治療將會增加風險（不良藥物反應）的訊息，而該行為是否可定性為「目的」限制競爭？這應從幾個方面討論。首先，歐盟運作條約第 101(1)條所謂「目的」限制競爭應從嚴解釋，系爭行為造成的競爭傷害必須達到一定程度，至足以認為沒有再進行限制競爭效果檢視的必要，這就必須同時考量協議條款的內容、目的，及其所處的經濟與法律環境，也就是當事人協議所涉產品或服務的本質，及相關市場運作與結構的實際情況⁴²。由於本案涉及製藥產業的事業間合作，因此歐盟的藥品相關規章對藥品市場的影響，應給予特別關注。

依歐盟藥品相關規章的規定，在歐盟藥品安全監視系統之下，上市許可持有人（如本案羅氏藥廠取得在歐盟銷售 Avastin）倘握有與發給上市許可時不同的資料（包括藥品特性）而可能影響藥品的評估者，有義務立刻向歐盟各級醫藥主管機關提出，並且應為所提供文件及數據的正確性負責⁴³。此外在向醫藥專業人士及一般大眾傳播藥品相關資訊時，上市許可持有人應確保其資訊係正確而非誤導。違反上述義務者，將受到罰鍰的制裁，甚至會導致上市許可被撤銷的後果⁴⁴。

本案兩藥廠共同行為的目的是為了減輕 Avastin 標示外使用對 Lucentis 造成的銷售壓力，因此操縱對 Avastin 標示外使用的風險認知，人為地差異化這兩項在眼科相互競爭的藥品，並且試圖誇大使用風險，使歐盟藥物管理局修改藥品特性，並同意對外發送促請注意

⁴¹ Case C-179/16, *supra* note 16, at paras. 72-74.

⁴² Case C-179/16, *supra* note 16, at paras. 779, 80; Case C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires v European Commission*, ECLI:EU:C:2014:2204, at paras. 53, 58.

⁴³ Case C-179/16, *supra* note 16, at paras. 82-84.

⁴⁴ Case C-179/16, *supra* note 16, at paras. 86-88.

Avastin 標示外使用風險的信函。然而依歐盟藥品相關規章，無論是藥品資訊通報、資訊正確義務以及相關罰責，都是單方加諸於該藥品上市許可持有人義務的規定，而與握有他項藥品上市許可且銷售競爭藥品的其他廠商無關。因此依本案系爭行為的事實，兩家事業分別行銷相互競爭的藥品，卻共同傳播與其中一事業所銷售藥品的相關訊息，就足以證明該等資訊傳播的目的，與藥品安全監視制度沒有關聯⁴⁵。其次，依義大利競爭機關的說法，羅氏與諾華兩藥廠共謀協議的內容就是提出通知或提供資訊，但如果該等資訊不合法規要求的完整性與正確性，且其目的在造成包括歐盟藥物管理局在內的產業主管機關的混淆，使上市許可持有人可以利用人為誇大的風險認知，對醫師及大眾展開訊息溝通行動，且在尚無科學定論的情況下，特別去強調 Avastin 標示外使用的風險（上述事實是否存在應由提問的原審法院加以認定），則這樣的資訊就具誤導性質（misleading nature of the information），不僅減少標示外使用藥品的處方及需求量，也違反前述建構歐盟藥品安全監視系統的相關規章而有罰責⁴⁶。本案系爭行為傷害市場競爭的程度實已足夠，再去檢視該等行為對市場的效果並無實益，因此為適用歐盟運作條約第 101(1)條，本案系爭行為構成「目的」限制競爭。

（四）就構成「目的」限制競爭的本案系爭行為，是否能通過歐盟運作條約第 101(3)條個別豁免的檢驗？歐盟法院指出，該條項臚列的四項要件是累積適用的，缺一不可。而本案中涉及傳播藥品的誤導資訊，該等行為不能被視為是不可或缺的，已經不能滿足豁免要件中的一項，故本案系爭行為不能依歐盟運作條約第 101(3)條而豁免。

⁴⁵ Case C-179/16, *supra* note 16, at para. 91.

⁴⁶ Case C-179/16, *supra* note 16, at paras. 92-93.

四、法國競爭機關處分羅氏藥廠及諾華藥廠

在 2014 年義大利處分羅氏及諾華兩藥廠不久，同年法國競爭機關也主動對本案案關事實在法國的適法性問題展開調查⁴⁷，歷經逾五年的時間，2020 年 9 月法國競爭機關認定諾華、羅氏及羅氏子公司 Genentech 三家事業違法，開罰總額達 444,000,000 歐元。但與義大利處理本案大不相同之處在於，法國競爭機關是以三事業濫用「集體支配地位」(collective dominance)，違反歐盟運作條約第 102 條⁴⁸及法國商法第 L. 420-2 條(Article L. 420-2 of the French Commercial Code)為理由予以處分。

首先，法國競爭機關透過事業間的持股、控制權及授權契約等相互關係的分析，認定三事業在結構上與策略上有密切連結，足以構成「單一實體」(an united entity)⁴⁹。從「諾華、羅氏及 Genentech 關係圖」可知，Genentech 以簽定授權契約方式，分別授權羅氏及諾華在美國境外銷售 Avastin 及 Lucentis，而該授權契約不僅將三者聯結起來，並且在內部建立高度整合的回饋、討論平臺及共同管理機制。其次，三事業間實質交互持股，包括羅氏藥廠自 2009 已成為 Genentech 的單一持股人，以及諾華藥廠在羅氏控股集團中擁有

⁴⁷ Andrew Callus and Caroline Copley, *UPDATE 2-French antitrust watchdog probes Roche and Novartis over eye drug*, REUTERS (Apr. 10, 2014, 4:55PM), <https://www.reuters.com/article/roche-novartis-search-idUSL6N0N21LG20140410>.

⁴⁸ 歐盟運作條約第 102 條規定如下：

在內部市場或其主要部分，一個或數個事業濫用其支配地位，只要足以影響會員國間貿易，應認與內部市場不相容而被禁止。該等濫用特別包括下述行為：(a) 直接或間接要求不公平的價格或其他交易條件；(b) 限制生產、市場或技術發展，致損害消費者權益；(c) 對交易相對人為差別待遇，致其立於競爭上的不利地位；(d) 以交易相對人接受附帶義務為條件而締約，而該附帶義務之性質或其商業用途均與該契約無關。

⁴⁹ Autorité de la concurrence, *Treatment for AMD: the Autorité fines 3 laboratories for abusive practice* (Sept. 9, 2020), <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/en/press-release/treatment-amd-autorite-fines-3-laboratories-abusive-practices>.

33.33%的投票權。由於 Avastin（3040 歐元/次）與 Lucentis（1,161 歐元/次）的價差明顯，且每一瓶 Avastin 可分成數次使用於眼科注射，若大量使用 Avastin 在治療眼疾，勢必嚴重損及三家事業的整體收入，因此三家事業有極高的財務上誘因，將 Avastin 與 Lucentis 加以區隔。三家事業在結構上綿密交織，溝通並知悉彼此的行為與決策以確保方向一致，更何況羅氏藥廠完全控制 Genentech，羅氏藥廠自無可能採取傷害 Genentech 授權金收入的政策，結果使自己及諾華藥廠間接受害。雖然三家藥廠有獨立事業的外觀，但在本案情境下可視為單一實體。倘以治療 AMD 的藥品為本案產品市場，三家藥廠所形成的單一實體在銷售 Avastin 及 Lucentis 二藥品市場占有率已超過 90%，其（集體）支配地位已足堪認定⁵⁰。

法國競爭機關處分三家藥廠濫用支配地位的行為有兩大部分。第一，由諾華藥廠領導，有組織的進行全球溝通活動，針對眼科界的意見領袖、醫師、病友團體及社會大眾，偏頗地選擇特定資訊或研究結果，提供科學上尚不確定的資訊，目的在貶抑或質疑 Avastin 應用在眼科治療的安全性，使 Lucentis 持續成為醫師及患者的偏好，達到維持 Lucentis 高市占率及高價格的現狀⁵¹。其次，在 Genentech 協助與協調下（以 Genentech 與其他兩家藥廠往返的許多電子郵件為證），羅氏及諾華兩藥廠得以提出一致且以相同數據為基礎的訊息，共同向法國醫藥主管機關誇大 Avastin 的不良反應，以推遲主管機關實施

⁵⁰ *Id.*

⁵¹ 調查結果顯示，以 2009 年為例，在用以治療 AMD 所有藥品構成的相關產品市場上，僅 Lucentis 一項市占率即已高達 86%，幾乎可稱為「準獨占」地位（a quasi-monopolistic position），顯示在法國以 Avastin 標示外使用治療 AMD 的作法並非普遍，參 Autorité de la concurrence, *Décision n° 20-D-11 du 9 septembre 2020 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du traitement de la dégénérescence maculaire liée à l'âge (DMLA)*, 38 (2020) <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/en/decision/regarding-practices-implemented-treatment-age-related-macular-degeneration-amd-sector>.

Avastin 標示外使用計畫的進程，繼續惡化公衛健保支出，也阻礙調降藥價的可能⁵²。

本案罰鍰金額堪稱製藥界最高紀錄，且以處分諾華藥廠為主，是羅氏/Genentech 母子公司的六倍以上，以對應諾華藥廠在整體違法行為中的領導地位及與參與程度。

五、小結

以諾華、羅氏及羅氏子公司 Genentech 三家藥廠為主體的系爭行為，無論是在義大利或法國基本上是相同的，但兩國競爭機關在適用歐盟競爭法時，卻採取了不同的觀點與路徑，最終也影響了適用條文的選擇。推其原因，係因雖同為歐盟會員國，但作為案件背景的各國醫藥界實況仍有差異所致。

依義大利競爭機關調查的結果，無論是 AMD、糖尿病黃斑水腫、視網膜靜脈阻塞、深度近視引致黃斑病變以及新生血管性青光眼等眼疾，在 2007 年 Lucentis 上市之前，普遍都是以 Avastin 作標示外用進行治療；2012 年（原處分所包含的調查期間最後一個完整年度）Avastin 與 Lucentis 二藥在義大利的市場占有率分別為逾 40%及 50%⁵³。換言之，Avastin 標示外使用在義大利的盛行率極高，即使在 Lucentis 出現之後，二藥在市場上依舊平分秋色。在此情況下，欲認定單一藥廠在市場上具支配地位顯然不可行，加上涉案事業之間既然已有合作協議，觀察複數事業是否有共謀的聯合行為，認定其違法且裁罰的成功機會較高。當然採取此執法方向，仍必須面對如何滿足歐

⁵² Autorité de la concurrence, *supra* note 49; V. LE MAO, *The French Competition Authority fines 3 laboratories for abusive effort to segment the market*, COMPETITION FORUM – FRENCH INSIGHTS, 2022, n° 0032, <https://competition-forum.com> (last visited Oct. 8, 2022).

⁵³ Luca Arnaudo, *supra* note 29, 5.

盟運作條約第 101(1)條構成要件挑戰；除了產品市場界定的問題之外，還必須處理系爭共謀行為究竟是「目的」限制競爭，抑或仍有進行效果分析的必要，這也是頭痛的義大利法院向歐盟法院尋求釋答的原因。義大利終審法院（Council of State）在歐盟法院先決判決的指引下，最終維持了義大利競爭機關最初的裁罰決定，為藥品標示外使用爭議，建立了「目的」限制競爭類型的先例⁵⁴。

法國的醫藥環境與義大利則大不相同。在法國，不分 Lucentis 上市前、後，Avastin 標示外使用情形都遠較其他歐盟會員國來得少，其原因除了法國法規嚴格限制醫師採取藥品標示外使用之外，另一原因是 Avastin 在法國只能在醫院取得，而 AMD 的治療通常在醫院外的眼科診所進行⁵⁵，結果使 Avastin 及 Lucentis 的總市占率在 2008 年至 2013 年雖然都超過 90%，但實際上兩藥在法國治療 AMD 的個別市占率差距極大，因此要認定兩事業有勾結共謀的可能並不容易，再加上單以 Lucentis 一項，就足認諾華藥廠在相關市場上具有「準獨占」地位（a quasi-monopolistic position），故就本案在法國的整體事實而言，競爭機關選擇以歐盟運作條約第 102 條來處理本案，雖非沒有爭議，但其考量亦難謂全無理由。綜上，雖然義、法競爭機關在 Avastin/Lucentis 案中採取了不同的法律論述，但可以肯定的是，從歐盟競爭法的觀點，散布具有貶抑或質疑其他藥品效果的訊息

⁵⁴ Cleary Gottlieb, *The 2014 ICA decision that fined Novartis and Roche for an anticompetitive agreement aimed at creating an artificial differentiation between two allegedly equivalent medicinal products for the treatment of age-related macular degeneration, is upheld by a final ruling of the Council of State*, ITALIAN COMPETITION LAW NEWSLETTER (July 2019), <https://www.clearygottlieb.com/-/media/files/italian-competition-reports/italiancompetitionlawnewsletterjuly2019pd-pdf.pdf> (last visited Oct. 8, 2022).

⁵⁵ Marion Provost, Mélanie Thill-Tayara, *UK Life Sciences and Healthcare Newsletter: Life Sciences: What's new in France? Avastin/Lucentis case: French Competition Authority imposes record fine of 444 million euros on Novartis and Roche for alleged abuse of collective dominant position*, JDSUPRA (Jan. 28, 2021), <https://www.jdsupra.com/legalnews/uk-life-sciences-and-healthcare-1831196/>.

(disparagement practices)，這類行為在一定條件下，有違反歐盟競爭法的高度疑慮。

參、 歐盟 Avastin/Lucentis 案適用競爭法評析

就「藥品標示外使用」這個醫藥界普遍的行為，從競爭法的觀點該如何評價，Avastin/Lucentis 案提供了極佳的研究素材，本案也是歐盟法院對此議題表達看法的第一個案例，具有指標意義。綜合義、法競爭機關的處理意見以及歐盟法院先決判決要旨，進一步析論如下：

一、「藥品標示外使用」與產品市場界定

產品間的「可替代性」是競爭法上市場界定的根本原則，本案有關藥品間「可替代性」爭點，不是藥品的特性（例如兩藥在 ATC Classification 上的分類）或價格（兩藥價差甚大），而是聚焦在藥品的使用目的，也就是上市許可所記載的適應症。如果二項藥品的仿單適應症不同，形式上可能會被判定為彼此不可替代，從競爭法的觀點恐怕不能劃歸同一市場。然而歐盟先決判決明確否定了這樣的見解，拒絕採形式認定，反而認為考量製藥產業的特性與醫療現況，為正確適用歐盟競爭法，在市場界定时，藥品上市許可的內容不必然具有決定性；既然醫師開藥主要是考慮對病人治療的妥適性與有效性，因此凡是能用於治療相同疾病的所有藥品，原則上都有替代關係而得構成同一相關產品市場，顯示藥品市場界定仍依循「需求替代性」的基本原則來進行。這項結論對日後涉及「藥品標示外使用」案件的市場界定方法，提供了明確的指引。

不可否認製藥產業一向受到各國法規較高密度的監管，同時藥廠

的研發、製造及銷售等商業模式，也深受國家健保制度的影響，這些產業特性在競爭法個案中討論市場界定时，值得予以考量。以本案為例，為了使 Avastin 適合用於眼球注射，必須將 Avastin 由小瓶重新分裝為針劑，這樣的「重新包裝」(repackage) 行為是否需要取得製造許可?其合法性的認定，可能涉及歐盟與會員國不同層次醫藥法規的適用問題，其結果自然影響藥品的生產與行銷，進而關乎界定市場範圍的大小。由於本案與醫藥領域的專業性密切相關，歐盟法院也明確指出，在此情形下並非由競爭機關自行適用醫藥法規，應由醫藥相關主管機關負責檢視，但競爭機關在評估市場供需時，必須考量醫藥相關主管機關審查的結果。Avastin/Lucentis 案中醫藥與競爭法兩大專業領域的互動，呈現製業產業適用競爭法的複雜性，著實凸顯在與醫藥相關的個案處理過程中，產業與競爭主管機關密切合作的必要。

二、「目的」限制競爭類型的建構

適用歐盟運作條約第 101(1)條的違法協議有兩大類型，即「目的」限制競爭(restriction “by object”)與「效果」限制競爭(restriction “by effect”)。由歐盟司法判決與執行實踐的結論可知，違反歐盟運作條約第 101(1)條的協議，必定會對相關市場產生限制競爭的負面效果。惟，某些違反該條的行為造成市場競爭的傷害非常顯著，如果還要求競爭機關對該等行為進行效果分析，除了增加執法成本與負擔之外，並無其他實益，這類行為即被定性為「目的」限制競爭⁵⁶。依此法律邏輯的脈絡，遇到「目的」限制競爭的案件，競爭機關的舉證責任將

⁵⁶ 個案中系爭協議如已被認定為「目的」限制競爭，即勿庸再檢視協議的反競爭效果，參見 Case C-228/18 - *Budapest Bank and Others*, ECLI:EU:C:2020:265, para. 34; Case C-345/14 - *Maxima Latvija*, ECLI:EU:C:2015:784, at para. 17; Case C-373/14 P - *Toshiba Corporation v Commission*, ECLI:EU:C:2016:26, at para. 25; Case C-8/08, *T-Mobile Netherlands and Others*, ECLI: EU:C:2009:343, paras 28, 30.

減輕，法條的構成要件相對容易滿足，因此被指控違法的事業責任較容易成立，然而「目的」限制競爭的不確定概念如此空泛，如何類型化或建構「目的」限制競爭行為的態樣，不僅對事業及競爭機關都十分重要，也是歐盟運作條約第 101(1)條發揮規範功能的重要課題。

歐盟法院判決反覆宣示其見解認為，從事實面觀察，某些事業間共謀行為的本質 (by their very nature) 就具有傷害市場競爭的效能⁵⁷，其態樣包括極可能對商品或服務的價格、品質及數量有副面效果的事業間協議，例如固定價格的卡特爾，經驗顯示是類協議通常導致價格上升、產量減少、資源無效配置，最終傷害消費者利益⁵⁸。歐盟法院進一步指出，一項協議是否能定性為「目的」限制競爭應作限縮解釋⁵⁹，只適用於特定類型的共同行為，必須該協議本身就已經揭示了它損害競爭的程度，以致於再去論它的效果實屬多餘 (“an agreement reveals in itself a sufficient degree of harm to competition for it to be considered that it is not necessary to assess its effects...”) ⁶⁰，但這類協議尚無已窮盡列舉的清單⁶¹。一項事業間協議是否具有「目的」限制競爭的特性，通常不能一望即知或當下立判，以本文 Avastin/Lucentis 案所探討有關散布貶抑他藥訊息的行為即是如此，必須經過仔細的研析。歐盟法院在包括本案先決判決在內的司法裁決中已多次明示，為決定系爭行為是否「目的」限制競爭，在個案中競爭機關及法院必須注意條款的內容、協議的目的、協議所屬的經濟與法律環境、案關商

⁵⁷ Case C-32/11- *Allianz Hungária Biztosító and Others*, ECLI:EU:C:2013:160, at para. 35; Case C-8/08, *Id.* at para. 29.

⁵⁸ Case C-67/13 P, *supra* note 42, at para. 51; Case C-228/18, *supra* note 56, at para. 36; Case C-345/14, *supra* note 56, at para. 19.

⁵⁹ Case C-67/13 P, *supra* note 42, at para. 58; Case C-179/16, *supra* note 16, at para. 78; Case C-228/18, *supra* note 56, at para. 54.

⁶⁰ Case C-32/11, *supra* note 57, at paras. 34, 35; Case C-67/13 P, *supra* note 42, at paras. 51, 52; Case C-228/18, *supra* note 56, at para. 37.

⁶¹ Case C-67/13 P, *supra* note 42, at para. 58; Case C-228/18, *supra* note 56, at para. 54.

品或服務的性質，及現實的市場運作及結構等各種不同因素⁶²綜合判斷。

觀察歐盟法院在 Avastin/Lucentis 案的實踐，先決判決中詳細地檢視 Avastin 在歐盟藥品安全監視機制下的相關制度與法規，包括為取得上市許可而提供藥品資訊的主體及其義務，以及違反義務者的法律責任，特別是提供誤導的資訊可能構成嚴重的違規；另外就散布誤導資訊與可能影響藥品供需的因果關係論述，先決判決中也予以闡明，最後明確宣示本案系爭行為（人為誇大 Avastin 標示外使用的風險）屬於「目的」限制競爭類型，再進行對市場傷害的效果分析並無實益，並指示提問的法院在個案中應就相關事實予以釐清確認。本案先決判決的結論，為「目的」限制競爭的共同行為清單增列了一種新態樣，未來對事業或主管機關影響深遠，值得重視。

三、「集體」支配地位的認定

Avastin/Lucentis 案的法國版是以被處分的三家事業形成「集體」（collective）一支配地位（非個別（individual）支配地位），進而濫用該市場地位而違反歐盟競爭法，在法條選擇上與涉案事業間成立共同行為的情形不同。爬梳整理歐盟執委會及法院在有關支配力濫用⁶³及結合審查⁶⁴兩個領域的案例，可發現「集體」支配地位這個用語及

⁶² Case C-228/18, *supra* note 56, at para. 51; Case C-67/13 P, *supra* note 42, at para. 53; Case C-32/11, *supra* note 57, at para. 36.

⁶³ Case C-393/92 - *Gemeente Almelo and Others v Energiebedrijf IJsselmij*, ECLI:EU:C:1994:171; Joined Cases C-395/96 P and C-396/96 P - *Compagnie Maritime Belge Transports SA v. Commission*, ECLI:EU:C:2000:132; Joined cases T-68, 77, 78/89 - *Società Italiana Vetro SpA and others v. Commission*, ECLI:EU:T:1992:38.

⁶⁴ Case T-102/96 - *Gencor v Commission*, ECLI:EU:T:1999:65, Case T-342/99 DEP - *Airtours v Commission*, ECLI:EU:T:2002:146.

內涵，在歐盟運作條約本身及「歐盟結合審查規則」⁶⁵並未明文規定，是由多年的執行實務逐漸累積發展而成，並且在「非寡占」(non-oligopolistic)及「寡占」市場皆可適用⁶⁶。判決中指出，歐盟運作條約第 102 條的文字原本就規定「一家或一家以上事業」(one or more undertakings)可能濫用支配地位，因此原則上不能排除兩家或兩家以上獨立經濟體 (independent economic entities) 在市場上基於其經濟連結，使它們一起擁有支配地位⁶⁷，但其認定不以成立協議為必要，交叉持股、共同支配權以及外在的市場結構，都可能是形成集體支配的評估因素⁶⁸。其他應予考量的要點包括：被連結在一起的事業要能預測他事業的市場行為，並有默契地採取共同政策 (common policy)，同時預期競爭者或消費者的反應不會影響共同政策的效果⁶⁹。概念上必須特別澄清的是，「集體」支配地位已經存在是適用歐盟運作條約第 102 條的先決要件，之後始能進一步認定涉案事業是否有濫用支配地位的違法行為，這與結合審查情況不同。結合審查時競爭機關的任務，是預測結合之後是否會創造或強化結合事業的「集體」支配地位，進而可能對市場產生共同效果 (coordinated effects)，而決定是否禁止結合。面對這兩種不同的案件類型，競爭機關應調查取得的資料、舉證責任及研析的角度都不相同，不可不察。

基於上述的說明，法國競爭機關既然是以歐盟運作條約第 102 條為處罰依據，自當首先確認涉案三家藥廠已經具有「集體」支配地

⁶⁵ 現行規則為 Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation), 29.1.2004, OJ L 24, 1-22.

⁶⁶ ALISON JONES ET AL. EU COMPETITION LAW 692 (7th ed. 2019).

⁶⁷ Joined Cases C-395/96 P and C-396/96 P, *supra* note 63, at para. 36; Joined cases T-68, 77, 78/89, *supra* note 63, at paras. 357, 358.

⁶⁸ Joined Cases C-395/96 P and C-396/96 P, *supra* note 63, at paras. 45, 46.

⁶⁹ Case C-393/92, *supra* note 63, at paras. 42, 43; Case T-102/96, *supra* note 64, at paras. 276, 277; Case T-342/99 DEP, *supra* note 64, at paras. 61, 62.

位。由調查所得的事實可知，三家藥廠透過相互高比例持股、授權契約以及基於共同的經濟利益，足以使外觀獨立的三個事業彼此綿密連結，而得以單一實體視之。就這個部分，法國競爭機關的論述並未偏離歐盟判決先例的主軸。不過歐盟法院還一再強調，「集體」支配地位的成立應該是累積適用各種因素綜合判斷的結果，其中一項因素就是市場結構。就本案所涉的製藥產業而言，歐盟藥品市場的競爭堪稱激烈，實務上業者透過授權契約在研發、製造及銷售等不同產銷階段進行合作，更是普遍的現象⁷⁰。現在法國競爭機關於 Avastin/Lucentis 案中並未因為有授權契約存在，就以共謀的違法類型論處，而是史無前例地以濫用「集體」支配地位加以認定，而且實際實施濫用行為的事業，主要是其中之一的諾華藥廠。在此情況下欲認定三家藥廠有「集體」支配地位且違法濫用，法國競爭機關是否已經考量製藥產業的實務運作與市場競爭狀況，該裁罰決定中的論述並不明確，爾後藥廠即使只是簽訂標準的授權契約，並未直接在特定市場從事營業活動，都可能一同被認定為具有「集體」支配地位，如此一來恐怕無端增加製藥產業違法的風險，甚至有限縮藥廠營業行為與商業言論自由的疑慮⁷¹。本案決定目前還在巴黎上訴法院訴訟中，結果如何尚未可知，因此以歐盟運作條約第 102 條處理此類違法行為是否能夠成功，值得持續觀察。

⁷⁰ 魏杏芳，藥廠銷售合作、製藥產業競爭與公平交易法—歐盟產業調查的啟示，公平交易季刊，24 卷 2 期，頁 89-101 (2016)。

⁷¹ Marion Provost, Mélanie Thill-Tayara, *supra* note 55.

肆、歐盟 Avastin/Lucentis 案對我國的啟示 ——代結論

本文以微觀的角度，分析歐盟競爭法不同的條文如何適用在相同的 Avastin/Lucentis 案，但如果拉大視角觀察個案所處的背景環境，不難發現歐盟為實現政策目標，有對製藥產業加強競爭法執法的趨勢。這些現象對我國可能的借鑑意義，可由幾個方面觀察，茲分述如下以為結論。

一、貶抑行為 (disparagement practices) 為藥廠常見的反競爭行為類型，值得關注

為確實掌握藥品市場競爭狀況，歐盟執委會曾在 2009 年提出製藥產業調查報告 (EU Sector Inquiry Report)，作為日後加強執法的基礎，以實現「藥價可負擔」(access affordable medicines) 同時兼顧新藥創新的政策目標。由於藥品占各國健保體系支出的比例甚高，如何促進價格競爭以降低藥品價格，是歐盟產業調查之後會員國競爭機關的執法重點之一。實務上原廠為了維持專利藥價格，除採取締結「反向給付」協議 (Pay-for-delay agreements)、濫用醫藥管制法規，達到排斥或延緩學名藥上市的目的之外⁷²，散布不確實但足以貶抑或質疑競爭藥品的訊息，也是常見的作法。它通常是一套完整計劃的一部分⁷³，一如 Avastin/Lucentis 案事實所示，涉案藥廠相互協調 (coordination)⁷⁴，人為地膨脹藥價，以便獲得更多來自國家健保制

⁷² EUROPEAN COMMISSION, COMPETITION ENFORCEMENT IN THE PHARMACEUTICAL SECTOR (2009-2017), COM(2019) 17 FINAL, 24-26 (2019).

⁷³ *Id.*, at 29.

⁷⁴ *Id.*, at 33.

度的給付，而具有榨取式濫用的本質，同時也可能減少創新的誘因，致有限制競爭效果。Avastin/Lucentis 案反映出歐盟更重視以競爭法為工具，達到促進藥品市場競爭的目的。藥廠散布貶抑資訊致違反競爭法的案例，在歐洲並非少見，其中以法國競爭機關執法最為積極，已有許多案例可供參考⁷⁵；在歐盟層次，執委會也連續在 2021 年 3 月⁷⁶及 2022 年 6 月⁷⁷以散布貶抑競爭者資訊為由，對藥廠展開違反競爭法的調查，再再顯示這類違法類型是藥廠常見的手法，在我國是否有類似的情況，實在值得我國醫藥主管機關衛生福利部（以下稱「衛福部」）與競爭機關公平交易委員會（以下稱「公平會」）正視。

⁷⁵ *Id.* at 29.

⁷⁶ 2021 年 3 月歐盟執委會對以色列藥廠梯瓦(Teva)啟動濫用市場支配地位的調查，指控其疑似運用保護專利權的策略，以及散布對競爭藥品不實的貶抑資訊，阻擋或延遲學名藥或生物相似性藥品進入市場，以保護其自身以 glatiramer acetate 為活性成分，用以治療多發性硬化症的明星藥「克帕松」(Copaxone)。European Commission, *Antitrust: Commission opens formal investigation into possible anticompetitive conduct of Teva in relation to a blockbuster multiple sclerosis medicine*, (Mar. 4, 2021), https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_1022.

⁷⁷ 2022 年 6 月執委會第二次展開對藥廠散布貶抑資訊疑涉違反競爭法的調查。執委會指控瑞士藥廠 Vifor Pharma 為保護其用於高劑量靜脈鐵劑注射的明星藥 Ferinject，持續散布競爭對手丹麥藥廠 Pharmacosmos 的同類藥品 Monofer 的不實資訊。European Commission, *Antitrust: Commission opens investigation into possible anticompetitive disparagement by Vifor Pharma of iron medicine* (June 20, 2022) https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_3882.

二、競爭機關與醫藥主管機關應充分合作暨藥品市場競爭倡議

競爭與醫藥是完全不同的專業領域，卻在藥品市場競爭問題上密切交集。以 Avastin/Lucentis 案的貶抑行為為例，與特定藥品相關的資訊在科學上仍未確定但已被廣泛傳播，該等資訊的意義以及相關藥廠行為在醫藥法規下該如何評價及解釋（例如系爭藥品治療上的替代性、所散播的資訊是否有科學證據、所提供資料是否符合法規、系爭資訊是否具誤導作用等），並不適合由競爭機關單獨為之，有賴競爭機關與醫藥主管機關充分合作，競爭機關應在尊重醫藥主管機關專業意見的前提下，在競爭法體系下作出正確且合目的性的轉譯。這也是歐盟法院在 Avastin/Lucentis 案先決判決中宣示的要旨之一。

在機關間合作之外，藥品市場競爭倡議是本案之於我國現況的另一層啟示。公平會得基於對製藥產業與藥品市場的瞭解，本於倡議的精神，協助衛福部在國家健保給付制度中導入競爭機制，有助於改善並緩解健保財務的快速惡化。詳言之，我國與歐洲國家健保體系都設有藥品定價與給付機制（pricing and reimbursement rules），而定價機制原則上是在醫藥主管機關與藥廠協商的結果上展開，因此就治療上可替代的藥品（藥品的活性成分不同但適用於相同症狀的治療），倘規定只對價格最低的藥品為給付，將可實質提升藥品價格競爭的強度，此外在法規設計上倘能加入適當誘因，引導醫師的開藥行為，進而促進藥品的價格競爭，實為減輕健保財務壓力可思考的方向之一。事實上 Avastin/Lucentis 案發生的背景，就是醫藥主管機關採取措施，準備將治療上可替代的低價藥品納入給付體系的過程中，面臨價格競爭壓力的藥廠施以干擾，政府最終放棄或延遲納入低價藥，結果使藥價持續多年居高不下致損害健保財務。以法國為例，法國健康主管機關（ANSM）原擬先透過所謂的「暫時建議使用」（temporary

recommendation of use) 機制，為 Avastin 標示外使用的合法化預作準備，但因羅氏藥廠與諾華藥廠的貶抑行為而受阻遲延⁷⁸。

我國目前以抗血管新生因子治療 AMD 的藥品有 Avastin、Lucentis 以及采視明 (Eylea)⁷⁹三種，雖然三藥品都已納入全民健保藥物給付項目，但在其各自藥品許可證所載適應症的使用，都必須經事前審查核准，倘健保申請未通過皆需自費。而本文討論的藥品標示外使用議題，也就是將 Avastin 用於眼內注射，依現行「全民健康保險藥物給付項目及支付標準」第 12 條第 1 項第 4 款，「不符藥品許可證所載適應症及本標準藥品給付規定者」，不予給付；但同項款後段又規定，「惟特殊病例得以個案向保險人申請事前審查，並經核准後給付」。實務上醫學中心會在患者申請 Lucentis 或采視明未通過，或給付支數已用罄但仍需抗血管新生因子治療時，循此特殊管道申請給付。可見在現行全民健保體系下，Avastin 在眼科為標示外使用受是到嚴格限制的例外，制度上並不鼓勵，對醫師而言實無開藥的誘因。但從藥品的價格面觀察，以 Avastin 進行眼內注射的單位價格遠較 Lucentis 為低，是患者相對能夠負擔的藥品⁸⁰，且我國人口結構老化，眼疾治療的支出勢必增加，導致健保藥品支出比重逐年攀升，因此對具有相同治療功能的藥品，以競爭法替代性觀點，透過適當的法規設計，引導醫師的開藥行為，進而促進藥品價格競爭，是值得思考的方

⁷⁸ Marion Provost, Mélanie Thill-Tayara, *supra* note 55.

⁷⁹ 采視明 (Eylea aflibercept) 是由拜耳 (Bayer) 藥廠開發，治療老年性黃斑部退化病變的眼科藥品，成分及療效與 Lucentis 及 Avastin 有高度替代性，調查資料顯示，采視明 2013 年 11 月在法國上市時，三個月內即取得 36% 市場占有率，打破當時 Avastin 在法國市場準獨占的狀態。參見 Autorité de la concurrence, *Décision n° 20-D-11 du 9 Septembre 2020*, *supra* note 51, 38.

⁸⁰ 以全民健保給付價格為例，Lucentis 為 19,879 元/劑，以及采視明為 20,203 元/劑，若是自費價格自然更高。Avastin 用於眼內注射，由於每次用量甚少，通常是由瓶裝以針劑抽取，使用於不同患者並共同分攤價格，各家醫院收費標準不同，通常約在 8,000 元/劑，相較之下顯然 Avastin 標示外使用的價格更為親民。

向。公平會得以此議題為起點，加強對醫藥主管機關為競爭倡議，這是 Avastin/Lucentis 案反射的另一層意義。

三、競爭機關應提高對藥品市場的重視程度與執法力度

藥品的取得、品質及價格攸關全民健康，滿足這項民生基本需求是政府的重要任務。我國製藥產業長期呈現貿易逆差，最大宗進口品項就是西藥製劑，占我國製藥產業總進口值達 86.8%，生物藥品的進口值也持續成長⁸¹。另依統計資料，2020 年臺灣藥品市場前 20 大藥廠中有 17 家為外資廠商，其銷售金額占我國藥品銷售總額高達 60.7%，這顯示外國藥廠高度活躍於我國，是我國藥品市場的主要的業者，其中銷售金額高居首位及次位的藥廠，正是本文所討論 Avastin/Lucentis 案的兩大主角——諾華與羅氏(諾華尚且對羅氏持股 33.33%)，而 2020 年 Avastin 在我國的銷售額，更居前 10 大暢銷生物藥品的榜首⁸²。從這些市場基本結構面的觀察，再加上本文所介紹藥廠合作致違反競爭法的類型與次數，就應該足以引起我國競爭機關高度關注，積極瞭解實況並研判是否有進行個案執法的可能性或必要，以維護我國藥品市場的競爭。相較於歐盟以活躍的競爭法執行實踐落實其醫藥政策，反觀我國，或許因為機關職權分工的形式，公平會與衛福部的聯繫與實質合作並不密切，而公平會先天對醫藥相關知識相對欠缺，導致公平會對業者在市場上限制競爭行為或結合收購等動態，敏感度甚低而極少主動執法⁸³，他方面衛福部也因為競爭法意識

⁸¹ 經濟部，技術專案成果，2021 醫藥產業年鑑，頁 191-193 (2021)。

⁸² 同上註，頁 199-242。

⁸³ 公平會近十年內以公平法調查處分藥廠的案例而較受矚目者只有兩件，其一為因立法委員檢舉而來的臺灣東洋藥品與美時化學製藥間，以簽署獨家經銷契約方式，實際合意以金錢交換使競爭藥品不進入市場的違法聯合行為案（公平會公處字第

不足而少為檢舉或移送，因此欲期待公平會在促進我國藥品市場競爭方面有所貢獻，實在難以樂觀看待。吾人深知歐盟與我國製藥產業的結構大不相同，政策方向與實際措施當然不可能複製貼上，但競爭法與競爭機關的功能與任務在各國市場仍有其共通性，至盼公平會積極檢討如何在我國現有條件下，促進藥品市場競爭、發達製藥產業並保護消費者權益，而歐盟豐富的執法經驗是極有價值的參考對象。

110032 號)，另一案則為杏輝藥品限制下游事業就杏輝藥品專櫃商品之轉售價格案（公處字第 106024 號）。二案被處分的事業主要都是國內廠商，對於國際大型藥廠在我國市場的營業活動，除了不實廣告之外（例如荷商葛蘭素史克於電視刊播「舒酸定」品牌抗敏感牙膏廣虛偽不實及引人錯誤案（公處字第 103046 號）、美商惠氏藥廠就「S-26 金愛兒樂」配方奶之品質為虛偽不實及引人錯誤之表示（公處字第 095165 號），與濫用事業支配地位或其他態樣反競爭行為的調查，未曾聽聞。

參考資料

- 魏杏芳 (2016)。藥廠銷售合作、製藥產業競爭與公平交易法——歐盟產業調查的啟示。公平交易季刊，24(2)，81-111。
- Arnaudo, L. (2014). The Strange Case of Dr. Lucentis and Mr. Avastin. The Italian Competition Authority Fines Roche and Novartis for Collusion. *European Competition Law Review*, 35(7), 347-351. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2428126> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2428126>
- Gottlieb, C. (2019). The 2014 ICA decision that fined Novartis and Roche for an anticompetitive agreement aimed at creating an artificial differentiation between two allegedly equivalent medicinal products for the treatment of age-related macular degeneration, is upheld by a final ruling of the Council of State. *Italian Competition Law Newsletter*. Available at: <https://www.clearygottlieb.com/-/media/files/italian-comp-reports/italiancompetitionlawnewsletterjuly2019pdf.pdf>.
- Lat, I., Micek, S., Janzen, J., Cohen, H., Olsen, K. and Haas, C. (2011). Off-label medication use in adult critical care patients. *Journal of Critical Care*, 26(1), 89-94.
- Liu, L., Yang, H.Y., Lou, Y., Miao, J., Lu, X.Y., Zhao, Q.W., Wang, R.R., Jiang, S.P. and Zhang, X.G. (2018). Off-label prescriptions in intensive care unit: the Chinese experience. *Therapeutics and Clinical Risk Management*, 14, 195-202.
- MAO, V. LE. (2022). The French Competition Authority fines 3 laboratories for abusive effort to segment the market, Competition

Forum – French Insights, 2022, n° 0032. Available at: <https://competition-forum.com>.

Radley, D.C., Finkelstein, S.N. and Stafford, R.S. (2006). Off-Label Prescribing Among Office-Based Physicians. *Archives of Internal Medicine*, 166(9), 1021-1026.

Jones, Alison. Sufrin, Brenda. and Dunne, Niamh. (2019). *EU Competition Law* (7th ed.). Oxford University Press.

Wittich, C.M., Burkle, C.M. and Lanier, W.L. (2012). Ten common questions (and their answers) about off-label drug use. *Mayo Clinic Proceedings*, 87(10), 982-990.

新冠肺炎流行期間國籍航空機師 提審案件之分析*

林欣柔**

目次

- 壹、背景與動機
- 貳、新冠肺炎與入境檢疫法律
 - 一、檢疫之定義與態樣
 - 二、臺灣新冠肺炎入境檢疫管制沿革與法源
 - (一) 一般人民與國籍航空機組員之檢疫要求
 - (二) 法源
 - 三、入境檢疫與人身自由程序保障
- 參、國籍航空公司機組員提審案件
 - 一、案件搜尋流程
 - 二、裁定內容主要發現
 - (一) 案件時間分布

* 感謝兩位匿名審稿委員提供寶貴意見，讓本文更見充實完整。感謝撰寫期間兩位研究助理陳品蓉和趙芸協助蒐集整理法院裁定。本文為國科會三年期計畫「傳染病預防控制手段之權力與界限——傳染病防治法之解構與重建」(MOST 110-2410-H-182 -001 -MY3) 研究成果之一，感謝國科會的支持。

** 現職：長庚大學醫務管理學系副教授 (Associate Professor, Department of Health Care Management, Chang Gung University)。Email: shinrou@mail.cgu.edu.tw

(二) 聲請人主張被拘禁地點

(三) 裁定結果

(四) 聲請人與相對人主張

(五) 法院見解

三、分析與討論

(一) 「提審運動」時間分布之意涵

(二) 居「家」檢疫與「拘禁」之提審要件

(三) 提審法院應踐行之程序——開提審票與解交

(四) 誰是拘禁機關

(五) 提審法院之審查範圍

(六) 其他問題

肆、建議與結論

摘要

自 2020 年初新冠肺炎肆虐全球，臺灣在近三年時間內，限制數百萬人之人身自由。本文藉由查詢提審案件，發現自 2020 年 7 月起至 2022 年 7 月止，共有 92 件因防治新冠肺炎接受隔離或檢疫措施者，向地方法院聲請提審之案例，其中有 68 件由國籍航空公司的機師/副機師聲請之提審，占了所有案件的四分之三，其中有 4 件裁定釋放。分析 68 件法院裁定內容，法院有限縮拘禁定義及審理範圍、未遵守開提審票、訊問調查之提審程序要求之傾向；法院雖就檢疫處分進行實質審查，但未發現限制機師人身自由的法律運作實況是中央疫情流行指揮中心、疾病管制署、交通部民用航空局未遵守管轄法定與法律保留，使航空公司實質上享有支配機師人身自由的權力。在人身自由保障仍仰賴提審制度下，法院應強化行政機關舉證義務，充實實質審查內涵；傳染病防治法應增訂檢疫之定義及實體要件，並就因應一般法定傳染病及新興傳染病流行，分別提供保障程度不同之及時救濟程序，確保公衛權力與人身自由之平衡。

關鍵字：新冠肺炎、提審、人身自由、檢疫、傳染病防治法

An Analysis of Courts' Decisions on Petitions for Habeas Corpus by Quarantined National Airline Pilots

*Lin, Shin-Rou**

Abstract

The COVID-19 has ravaged the world since the beginning of 2020. Taiwan government has restricted the personal freedom of millions of people in the past three years. To find out if and how people seek relief for quarantine, courts decisions were collected in July 2022 through searches on the “Judicial Yuan Law and Regulations Retrieving System” to identify petitions involving Habeas Corpus by quarantined or isolated detainees. Ninety-two court decisions were found from July 2020 to July 2022. The Habeas Corpus petitioned by National Airline pilots accounted for three-quarters of all cases, of which 4 detainees were ruled to be released. Analysis of 68 court rulings showed that the court limited the definition of detention and the scope for review, and failed to comply with the requirements of issuing summons and interrogation under the Habeas Corpus Act. The courts conducted a substantive review of the quarantine orders without finding the reality of the practice is that the Central Epidemic Command Center, the Centers for Disease Control, and the

* Associate Professor, Department of Health Care Management, Chang Gung University. Ph.D., University of Washington School of Law.

Civil Aviation Administration of the Ministry of Communications violated the jurisdiction and authority granted to them by statute, allowing airlines employers to control the personal freedom of pilots. Since petitions for Habeas Corpus remains the only relief available for quarantined and isolated detainees, the courts should oblige the administrative agencies to provide evidence and enrich the connotation of substantive examination. To ensure the balance between public health and personal freedom, the Communicable Disease Control Act should add the definition and substantive conditions of quarantine, and provide timely procedural protections against quarantine measure in responding common infectious diseases and emerging infectious diseases, respectively.

Keywords: COVID-19, Habeas Corpus, Personal Freedom, Quarantine, Communicable Disease Control Act

壹、背景與動機

2020 年初新冠肺炎肆虐全球，臺灣採取嚴格邊境管制與入境檢疫，延緩了病毒進入全境，但這背後的代價是數百萬人人身自由受到限制，是臺灣前所未見、最大規模的人身自由限制措施¹。與 2003 年 SARS (severe acute respiratory syndrome, 以下簡稱「SARS」) 流行時欠缺及時救濟途徑相較，因提審法 2014 年修正施行後人民被法院以外機關逮捕拘禁時，已可請求法院釋放，因此新冠肺炎期間人民是否利用提審程序挑戰國家的檢疫手段，法院又如何審理這些案件，成為觀察公衛與人權如何被權衡、身負保障人身自由重任之提審制度又發揮何種功能的重要管道。

作者自 2022 年 4 月起，多次利用司法院法學資訊系統查詢提審案件，發現自 2020 年 7 月起至 2022 年 7 月止，共有 92 件因防治新冠肺炎接受隔離或檢疫措施者，向地方法院聲請提審之案例，經統計分析後發現聲請人被限制的態樣可分為：1. 國外入境旅館檢疫；2. 集中檢疫所檢疫；3. 醫院隔離治療；4. 居家隔離。其中最引人注意的是，從 2021 年 9 月至 2022 年 5 月共有 68 件由國籍航空公司的機師/副機師聲請之提審，占了所有案件的四分之三 (68/92, 74%)²。

入境檢疫對頻繁出入國境的航空公司機師影響巨大，但令人不

¹ 從 2020-2022 年間，自國外入境者須接受檢疫 (quarantine)，檢疫時間與地點從最 2020 年初 14 天居家檢疫加上 7 天自主健康管理，2021 年 6 月改為 14 天旅館或集中檢疫所檢疫加上 7 天自主健康管理，到 2022 年夏天仍需要 3 天居家檢疫加上 4 天自主健康管理。從桃園國際機場股份有限公司旅客運量查詢系統可以發現，2020 年至 2022 年 9 月，入境人數為 4,960,925 (3,709,803 + 427,944 + 823,178)，參見桃園國際機場股份有限公司客運量，<https://www.taoyuanairport.com.tw/passengervolume?lang=ch> (最後瀏覽日: 2023 年 7 月 13 日)。另外，作者與衛生福利部疾病管制署人員交流時得知，CDC 統計至 2022 年 9 月 15 日為止，居家隔離約 440 萬人，居家檢疫約 170 萬人。

² 這些案件的聲請人均是機師或副機師，無空服員，詳見本文「參」、「二」之內容。

解的是：輿論不是眾口一詞、指責機師因為享有較一般人民優惠的檢疫待遇（3 天居家檢疫加上 11 天自主健康管理）而成為防疫「破口」，導致 2021 年 5 月臺灣北部發生顯著一波流行嗎³？為何會出現臺灣罕見的具組織性、以近乎集體訴訟的方式聲請提審、挑戰入境檢疫措施？他們的處境究竟如何？人身自由受到何種限制？法院如何審理、對入境檢疫要求之見解又如何？基於以上動機，本文藉由整理、分析 68 件機師提審案回答以上問題。以下第貳部分先簡介檢疫手段之定義與類型，說明自新冠肺炎流行以來對國籍航空公司機組人員所實施的檢疫手段、法源及提審法如何保障人身自由。第參部分呈現判決書查詢結果，包括機師聲請提審案件時間分布、主張與法院見解，並就提審裁定內容進行分析。第肆部分討論機師提審案件對提審與檢疫制度之啟示與建議。

貳、新冠肺炎與入境檢疫法律

一、檢疫之定義與態樣

為控制傳染病傳播而限制人身自由，學理及世界衛生組織（World Health Organization, WHO）通過的國際衛生條例（International Health Regulation, IHR）⁴，是依照傳播風險不同，分

³ 立法院司法及法制委員會，「行政命令、一般處分之法定程式及法制監督機制——防疫措施法制爭議」公聽會報告，2021 年 10 月，<https://ppg.ly.gov.tw/ppg/SittingAttachment/download/2021092301/71209563130329922000.pdf>。

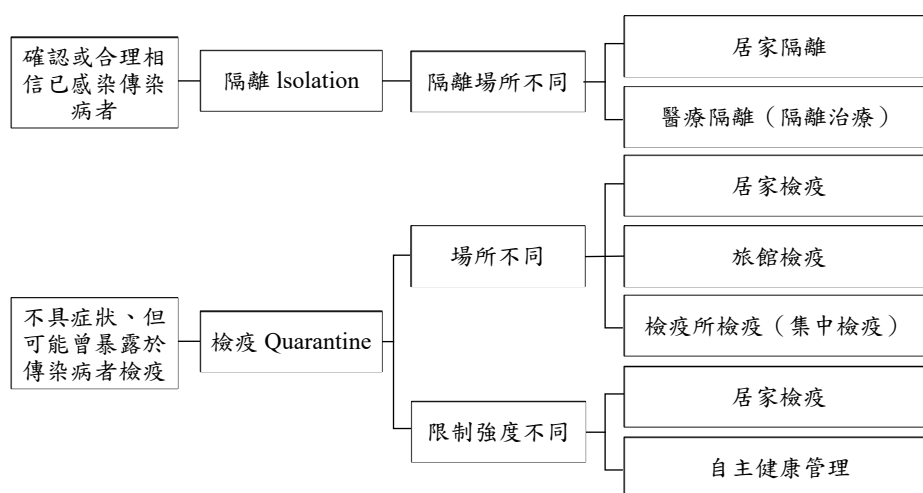
⁴ WHO 通過的國際衛生條例（International Health Regulation, IHR）第三十一條第二項規定，若有證據顯示存在危急的公共衛生危害，則締約國根據其國家法規並出於控制此危害的必要，可強制旅客接受預防或控制疾病傳播的其他常用的衛生措施，包括隔離（isolation）、檢疫（quarantine）或讓旅客接受公共衛生觀察（public health observation）。依據 IHR 第一條之定義規定，所謂隔離，係指將已生病或已感染之人或已遭污染之行李、貨櫃、交通工具、貨物或郵遞包裹與其他

為隔離 (isolation) 與檢疫 (quarantine) 兩種手段。前者針對已生病或已感染之人，後者針對尚未生病但疑似感染之人，也就是有暴露風險的健康人。區別隔離與檢疫並不僅僅具有文字上意義，更有公共衛生上的基礎。對於確定已染病之人與尚未出現症狀卻可能帶有病源、具有傳染力之人，國家均有將其與其他健康者分隔之利益，但對於這些人身自由被限制者，國家負有不同的義務。對於已染病之人，國家有義務提供必要治療，使其回復健康，對於尚未出現症狀但有潛在風險者，國家有義務提供必要之檢測與觀察，確定其是否受到感染，以決定給予治療或解除人身自由限制。明確化檢疫與隔離的定義與內涵是防疫管制的根本，因為這涉及行政機關運用檢疫或隔離手段之適用對象、地點、期間及違反效果，此等內容必須讓人民有高度可預見性，始符法治國原則。

2003 年 SARS 流行期間最受到矚目的台北市立和平醫院封院事件，最根本的決策錯誤在於沒有區別已染病者及已暴露但健康者，將所有人關在同一個空間，不但增加傷害風險，也無法落實提供治療或提供觀察之目的。此事件衍生的司法院釋字第 690 號解釋，引用當時的傳染病防治法（以下簡稱「傳防法」）第 37 條，稱和平醫院中的限制人身自由手段為「強制隔離」亦不盡正確；司法院釋字第 690 號解釋之聲請人是封院當時在院外的員工，台北市政府若要將這些沒有感染但有暴露風險的健康人與他人分離，依照上述分類屬於檢疫而非隔離。舊傳染病防治法（下稱傳防法）第 37 條在 SARS 後、傳防法全文修正時，調整為第 48 條，但同樣沒有區別檢疫與隔離。目前第 48 條第 1 項規定：「主管機關對於曾與傳染病病人接觸或疑似被傳染者，得予以留驗；必要時，並得令遷入指定之處所檢

人或物品分離，以防止感染或污染之擴散。所謂檢疫，係指對活動的限制及/或將尚未生病但疑似感染之人與其他人分離，或將行李、容器、貨物或商品與其他物品分離，以避免可能的感染或污染的散佈。

查、施行預防接種、投藥、指定特定區域實施管制或隔離等必要之處置。」本條項目的係在授權主管機關對有風險的健康人採取介入手段，但仍使用隔離的手段名稱。此次為防治新冠肺炎，主管機關雖知對接觸者的分離手段應稱為檢疫，但礙於法條用語為隔離，為有明確法源，仍然把對接觸者的分離手段稱為居家「隔離」。此外，雖然確診者的接觸者與國外入境者其實都是屬於有感染風險的健康人，但檢疫手段的要求內容卻未必相同，例如確診者的接觸者快篩陰性可出門，但入境者仍要求居家檢疫三天加上自主健康管理七天。理論上，若把所有入境者都視為確診者的接觸者（雖然實際上每個人入境者的情形均不相同），應可允許入境時快篩陰性免居家檢疫，若入境後核酸檢驗(PCR)陰性，當然更應與接觸者相同可免居家檢疫。總之，應以風險程度作為措施分類的標準，而不是以來自國外或國內作為差異化對待的理由，對同樣屬於因暴露感染源而有感染風險的入境者及接觸者採取差異對待，欠缺具說服力的證據支持。



資料來源：作者自製

圖 1 隔離、檢疫分類圖

隔離、檢疫雖各有其定義內涵，看似直接明瞭，但執行上會受到疾病特性（例如潛伏期、症狀、傳染力）、社會特徵（例如人民對此類手段接受度）與資源（例如醫療或藥物可近性）等條件限制，使決策者面臨兩難。隔離之實施對象為已知感染者，比起檢疫手段倫理爭議較小，因為這些人是確知有傳染性者，若國家在隔離同時提供醫療照護，隔離不但避免傷害他人，亦有利於被隔離者恢復健康，隔離之正當性更得到強化。但在新興傳染病來襲時若染病人數大增，國家未必能有適當資源執行隔離並提供治療。相對於隔離，檢疫對象是健康人，而且很多人根本不會得病，對個人自由的重大限制或剝奪倫理上唯一的正當理由——有效遏止傳播——往往做了才知道。例如有文獻指出在 2003 年 SARS 流行期間，臺灣有 131,132 人被檢疫，最後查知有 12 人可能罹患 SARS，最後確定罹病者僅兩人⁵。大規模限制人身自由必須有堅強的倫理正當性，亦即必須確保這樣的手段能保障公眾健康，但在做決定的當下，決策者的倫理困境在於沒有明確可信的證據，可以支持這樣的限制手段是不是真的能達到效果。從結果來看，有論者認為這樣耗費諸多人力物力的大規模檢疫，只發現兩個案例，顯示檢疫手段的有效性是有疑問的⁶，因為它對很多人造成了不必要的傷害，這是犧牲別人的自由，換取自己暫時的或是虛幻的安全感，而且最後證明 SARS 的防治重點在於將出現症狀者隔離、治療。但也有人主張從結果來看，在沒有疫苗也欠缺有效治療方法的情形下，SARS 的遏止確實是因為檢疫措施打斷了傳播鍊，證明檢疫手段是有效的。即便從結果來看檢疫遏止傳播，但代價頗鉅；SARS 期間各國執行檢疫，多有軍事或警察力量介

⁵ MARK A. ROTHSTEIN ET AL., INSTITUTE FOR BIOETHICS, HEALTH POLICY, AND LAW, UNIVERSITY OF LOUISVILLE, QUARANTINE AND ISOLATION: LESSONS LEARNED FROM SARS—A REPORT TO THE CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION (2003), <https://stacks.cdc.gov/view/cdc/11429>.

⁶ *Id.*

入，可能傷害大眾信任，也增加人民的恐懼、恐慌，形成反效果；激烈的檢疫措施使民眾畏於向公衛體系求援，恐懼檢疫、違反檢疫而逃離，反而增加疾病傳播。

在防治 SARS 及流感政策上，國際指引均強調運用居家檢疫（Home Quarantine）手段，因為它對個人權利自由造成之負擔較輕，社會上與政治上接受度較高，多數人不會介意為保護自己及家人健康，而待在家中一段時間。然而，居家檢疫有監督執行上的困難，特別是個人可能基於各種因素必須去工作、採買生活必需品、接送孩子上下學。居家檢疫的另一個缺點是，受檢人與家人同住一個空間內，可能對家人健康產生風險，特別是家中有特殊弱勢者時，例如老人、重病者、殘障者及兒童，衛生機關須確保他們得到適當的醫療照護、衣物及飲食。

除居家檢疫外，健康照護者因照顧病人而有暴露風險，為維持照護人力並保護醫療工作者，有所謂「工作檢疫」(Work Quarantine) 的模式，也就是健康照護者只能在住家與工作場所間移動，不能搭乘任何大眾運輸工具，在家時須與其他家人分離，與家人接觸時須戴口罩，也不能有任何訪客⁷。最受到關注的檢疫態樣是將受檢人集中在一定的機構或場所 (Institutional Quarantine)，或者更大範圍的區域檢疫 (Geographic Quarantine)。前者例如封鎖整棟公寓大廈、管制整個社區、指定特定醫院、軍事基地、體育館、健身房、旅館、宿舍等，將受檢人的行動自由限於該建築物內，後者例如在已感染區與非感染區之間畫下防疫封鎖線 (“cordon sanitaire” or quarantine line)，並有人員把守兩個區域的邊界，藉由明確的封鎖界線，限制人民進出封鎖區域之自由以避免傳播。將多數人集中於機構檢疫或以

⁷ Nola M. Ries, *Public Health Law and Ethics: Lessons from SARS and Quarantine*, 13(1) HEALTH LAW REV. 3, 3 (2004).

封鎖線劃定區域檢疫，對個人及社會的干擾程度巨大，也會面臨許多法律爭議：第一，眾多人之自由遭剝奪，但其中許多人可能對公眾健康並無危害；第二，將健康者與已感染者聚集在一起，可能造成疾病的快速蔓延；第三，大規模檢疫可能在執行上有所偏頗，將檢疫的負擔歸於某些少數族群或貧窮者身上；第四，如何決定誰應該被檢疫？有無合理可信的方法？第五，為了監督執行必須耗費非常多的資源，有無可行的方法，能確保實施檢疫區域內的每個人，都能獲得基本衛生條件的滿足，包括醫療照護、衣物、食物、水；最後，要落實保障眾多人民憲法上正當法律程序，需要相對應的完善制度與法院組織⁸。

為符合公衛倫理及法律上對較小侵害的要求，衛生機關應評估以自願性或非自願性方式實施隔離或檢疫。例如在美國華盛頓州，公衛人員要運用隔離或檢疫手段有三種選擇：第一，若公衛人員判斷相對人可以遵守要求，可採用自願性檢疫（Request for Voluntary Quarantine）；第二，若公衛人員沒有把握相對人能否自願性遵守要求，或認為給予正式的處分並由警察執行及處罰，是確保履行的較佳策略，或已無時間取得法院命令，則公衛人員得令相對人接受非自願性檢疫或隔離（Local Health Officer Order for Involuntary Isolation or Quarantine）；第三，若公衛人員對自願性或非自願性要求均無把握，認為需要以藐視法庭或更高罰鍰來確保履行，或作為非自願性檢疫或隔離處分的併行處分，則可以向法院提出聲請，由法院命令相對人接受非自願性檢疫或隔離（Court Order for Involuntary Isolation or Quarantine）⁹。SARS 流行期間許多國家傾向採取非自願性手段，更利用電話追蹤，或以網路攝影機及電子追蹤器執行具侵入性的監

⁸ LAWRENCE O. GOSTIN, PUBLIC HEALTH LAW: POWER, DUTY, RESTRAINT 423-25 (3rd ed. 2016).

⁹ WAC 246-100-040.

測。此次新冠肺炎流行，歐美國家對入境者多採取自願性的居家檢疫，而亞洲國家則多採用強制性檢疫，並利用電子設備落實執行，例如臺灣利用手機基地台訊號所建構電子圍籬，並由警察落實執行¹⁰。

二、臺灣新冠肺炎入境檢疫管制沿革與法源

(一) 一般人民與國籍航空機組員之檢疫要求

2003年SARS流行結束後，臺灣即未實施過入境檢疫，僅在2018年麻疹流行期間，就確診者及接觸者實施過居家隔離。但在2020年1月15日公告新增「嚴重特殊傳染性肺炎」為第五類傳染病後，邊境管制愈趨嚴格。2020年1月20日先依照傳防法第17條第1項規定中央流行疫情指揮中心（以下簡稱「指揮中心」）三級開設，同年2月23日武漢封城，指揮中心改為二級開設，2月27日行政院同意將指揮中心提升為一級開設。同一時期指揮中心要求自2020年2月6日起有中港澳旅遊史者入境需居家檢疫14天，後來指揮中心又宣布自2020年3月19日起除持居留證及特殊許可者外，非本國籍人士不得入境，所有入境者居家檢疫14天¹¹，開啟長達近三年的入境檢疫政策。

2021年6月因應Delta變異株於全球擴散，指揮中心要求自2021年6月27日起所有旅客皆須入住防疫旅宿（或自費集中檢疫所）。

¹⁰ Michelle M. Mello & C. Jason W, *Ethics and Governance for Digital Disease Surveillance: The Question is Not Whether to Use New Data Sources but How*, 368(6494) SCIENCE 951-54 (2020).

¹¹ 衛生福利部，建立邊境防線，阻絕病毒於境外，<https://covid19.mohw.gov.tw/ch/cp-4838-53625-205.html>（最後瀏覽日：2023年7月13日）；行政院院長蘇貞昌，國籍航空機組員隔離「3+11」決策過程專案報告，立法院第10屆第4會期，2021年9月17日，<https://www.ey.gov.tw/File/9640EABEEB7DE635>（最後瀏覽日：2023年7月13日）。

2021 年 12 月 14 日起實施春節檢疫方案，完整接種疫苗滿 14 天、自非重點高風險國家入境者可採 7 天居家檢疫（非自宅，需在防疫旅館或集中檢疫所），加上 7 天加強版自主健康管理及 7 天自主健康管理。2022 年 5 月 9 日起入境居家檢疫天數縮短為 7 天（可於自宅或旅館）接續自主健康管理 7 天；2022 年 6 月 15 日起入境檢疫再改為於同一檢疫地點完成 3 天居家檢疫及 4 天自主防疫，取消原 7 天自主健康管理¹²。

國籍航空機組員之檢疫要求一開始（2020 年 3 月 19 日起）是與一般入境者相同，須接受 14 天居家檢疫、不得外出。但僅實施 9 天即因航空公司人力調度困難，經指揮中心決議改為貨機機組員「3+11」、客機機組員「5+9」¹³。2020 年 12 月 20 日因發生紐西蘭籍機師境外移入確診，造成 2 名機師同事染疫，自 2021 年 1 月 1 日起，長程航班機組員採「7+7」管理模式（7 天居家檢疫，經 PCR 陰性，加上 7 天加強版自主健康管理）。三個月後因民航管理法規亦完成修正，對航空公司課予須落實執行防疫措施及善盡督導之責、機組員違反外站或機上防疫措施等，亦訂定罰責，指揮中心遂再調整為「5+9」管理模式，5 天居家檢疫後經 PCR 陰性，加上 9 天加強版自主健康管理。

至 2021 年 4 月，為鼓勵機組人員接種疫苗，長程航班機組員未接種 2 劑者須接受「3+11」，短程航班、未入境第三級地區者接受 14 天自主健康管理，接種 2 劑者則可免居家檢疫，僅接受 7 天自主健

¹² 衛生福利部（註 11）。

¹³ 行政院院長蘇貞昌（註 11）。新加坡亦對機組員與一般人民採取分離管制，自 2020 年 3 月起就將其排除在入境居家檢疫範圍，若值勤期間採取多種預防措施，包括未離開旅館，機組員入境時不會收到居家檢疫處分。Toh Ting Wei, *Coronavirus: Airline crew exempt from stay-home notices if precautions taken*, THE STRAIT TIMES (March 20, 2020, 4:39PM), <https://www.straitstimes.com/singapore/transport/coronavirus-airline-crew-exempt-from-stay-home-notices-if-precautions-taken> (last visited Jul. 13, 2023).

健康管理，短程航班、未入境第三級地區者甚至連自主健康管理都不需要。然而，自 2021 年 6 月起，因 Delta 變異病毒株流行，先是自重點高風險國家入境 14 天居「家」檢疫須至防疫旅館或公司宿舍執行，2021 年 8 月 28 日實施「機組員防疫精進措施」，長程航班入境之機組員居「家」檢疫改至防疫旅宿或公司宿舍執行，其中未完整接種疫苗者 7+7，完整接種疫苗達兩週且抗體檢測陽性者為 5+9¹⁴。直到 2022 年 3 月機組員檢疫修改為可在自宅一人一戶，2022 年 5 月再放寬為已接種疫苗追加劑滿 14 天者可在自宅一人一室。由前揭檢疫要求之演變可知，臺灣對國籍航空機組員之入境檢疫採取與一般人民差異化管制，但差異對待之基礎未全然是因為風險不同，而是因為航空公司之人力需求。

（二）法源

不論是一般人民或國籍航空機組員，入境檢疫通知書上記載處分機關為衛生福利部疾病管制署（Centers for Disease Control, 以下簡稱 CDC）¹⁵，入境旅客「應詳實填寫並配合居家檢疫及自主防疫措施。拒絕、規避妨礙或填寫不實者，處新臺幣 1 萬至 15 萬元罰鍰。違反居家檢疫規定者，處新臺幣 10 萬至 100 萬元罰鍰。」依此可知處分機關 CDC 是以傳防法第 58 條第 1 項第 2 款及第 4 款之規定「主管機關對入、出國（境）之人員，得施行下列檢疫或措施，並得徵收費用：…二、命依中央主管機關規定詳實申報傳染病書表，並

¹⁴ 民航局國籍航空公司實施機組人員防疫健康管控措施作業原則修訂沿革說明，2022 年 6 月 15 日。作者在搜尋「國籍航空公司實施機組人員健康管控強化措施作業原則」這個法源依據時，只能在民航局網站找到第 15 版，為了瞭解所有版本的內容，作者請研究助理寫信至交通部部長信箱請求提供。交通部在回信時附上了這個沿革說明，但這份文件在網路上是搜尋不到的。

¹⁵ 一般入境者使用表單為「防範嚴重特殊傳染性肺炎入境健康聲明暨居家檢疫通知書」，機組員使用表單為「國籍航空公司機組員入境健康聲明暨居家檢疫通知書」。

視需要提出健康證明或其他有關證件。…四、對自感染區入境、接觸或疑似接觸之人員、傳染病或疑似傳染病病人，採行居家檢疫、集中檢疫、隔離治療或其他必要措施。」為法源；通知書上並記載填寫不實將依傳防法第 69 條第 1 項第 1 款違反第 58 條第 3 項處罰鍰，違反居家檢疫規定者則將依嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例（以下簡稱「特別條例」）第 15 條第 2 項處以較重之罰鍰。

就管轄權而言，傳防法第 58 條第 1 項稱「主管機關」，但未言明是中央主管機關或地方主管機關，傳防法第 59 條第 3 項則規定第 58 條第 1 項檢疫方式、程序、管制措施、處置及其他應遵行事項等規則由中央主管機關定之。依此條項授權衛生福利部（以下簡稱「衛福部」）訂定「港埠檢疫規則」，該規則第 3 條明訂國際港埠之檢疫單位為衛生福利部疾病管制署。此外，衛福部於 2016 年依傳染病防治法施行細則第 16 條第 5 款規定，公告將傳防法第 58 條至第 60 條規定之國際及指定特殊港埠檢疫相關事項委任所屬 CDC 辦理¹⁶，故 CDC 為檢疫主管機關。

傳防法第 58 條第 1 項第 4 款允許主管機關得採行居家檢疫、集中檢疫、隔離治療等手段，但僅有授權，欠缺要件或原則內容，致使新冠肺炎流行期間被委任辦理的入境檢疫主管機關 CDC，是依組織法上地位有爭議與作用法上欠缺權限的指揮中心在記者會之宣布或其決議、新聞稿或公告，形成其行政處分之內容。傳防法對不同手段內涵欠缺定義，實體要件僅有**自感染區入境、接觸或疑似接觸之人員、傳染病或疑似傳染病病人**，亦即以不同相對人之罹病狀態為要件，而非以相對人對他人健康之具體風險為準，且就不同對象、手

¹⁶ 傳染病防治法施行細則第 16 條第 5 款：「中央主管機關為因應傳染病防治需要，得委任所屬疾病管制署辦理下列事項… 五、本法第五十八條至第六十條規定之國際及指定特殊港埠檢疫相關事項。」衛生福利部以中華民國一百零五年八月十日衛生福利部授疾字第 1050100804 號公告，將「傳防法」第五十八條至第六十條規定之國際及指定特殊港埠檢疫相關事項委任所屬疾病管制署辦理。

段、地點如何依照風險程度差異化實施檢疫、主管機關應踐行何種風險評估、檢疫期間與地點如何符合最小侵害手段、如何及時評估風險以便盡速解除檢疫、檢疫地點是否符合安全健康適於觀察等要求，均付之闕如。再者，傳防法第 59 條第 3 項規定既已授權中央主管機關就檢疫方式、程序、管制措施、處置及其他應遵行事項訂定法規命令，依司法院釋字第 524 號解釋，衛福部應依一定程序訂定法規命令以補充法律規定不足者，不得捨法規命令不用，而發布規範行政體系內部事項之行政規則為之替代，以免行政機關規避行政程序法對於法規命令訂定的程序要求以及立法院之事後監督。因此，衛福部理應在港埠檢疫規則中補充規定入境檢疫之要件、期間、地點等事項，卻捨此而由指揮中心發布行政規則，並由 CDC 引為規制人民自由權利之檢疫內容。指揮中心雖是依傳防法第 17 條第 1 項以及同條第 2 項授權訂定之「中央流行疫情指揮中心實施辦法」而成立，具有法定地位，因得以自己名義獨立對外行文而具有機關的特徵，但欠缺獨立預算，為首長制或合議制、何種層級，並不清楚，並不完全具備行政機關之要件¹⁷。因此，指揮中心既非三級機關 CDC 之內部單位，亦非 CDC 的上級機關，更非傳防法之中央主管機關。再者，就作用法上授權言，傳防法未授權指揮中心可發布規制入境檢疫之法規命令，特別條例第 7 條授權得採取必要處置之對象是指揮官而非指揮中心，CDC 未以立法者授權之港埠檢疫規則為據，而以僅具行政規則性質之指揮中心決議或公函作為行政處分之法源基礎，違反依法行政原則。

¹⁷ 林明鏞，中央疫情指揮中心組織與職權，月旦法學教室，238 期，頁 7-8 (2022)。

三、入境檢疫與人身自由程序保障

檢疫手段涉及將人民身體自由局限於一定空間以便與他人分離，依司法院釋字第 708 號解釋，即便「非因犯罪嫌疑」，依憲法第 8 條第一項實質正當法律程序之意旨，應賦予受拘束人有立即聲請法院審查決定之救濟機會。由於傳防法及因應新冠肺炎制定之特別條例未提供受檢疫處分人民及時救濟管道，司法院釋字第 690 號解釋十多年前所要求檢討之最長期限、定期審查等亦未見傳防法增訂，以致隔離及檢疫措施是諸多非刑事被告人身自由限制措施中，程序保障密度最低者，受隔離或檢疫者僅能仰賴提審以獲得及時救濟。過去司法實務對提審法之適用範圍限於因犯罪嫌疑而受逮捕拘禁者，致使提審法之適用機會受限，但在 2014 年提審法修正施行後，修正說明明確化不論是否「因犯罪嫌疑」而被逮捕或拘禁，均有提審法之適用。因此，依提審法第 1 條規定，人民被法院以外之任何機關以強制力拘束其身體自由，或其人身自由遭拘束而難於脫離一定空間，即有提審法之適用。

提審法課予實施逮捕、拘禁之機關告知、通知及解交義務。該法第 2 條要「人民被逮捕、拘禁時，逮捕、拘禁之機關應即將逮捕、拘禁之原因、時間、地點及得依本法聲請提審之意旨，以書面告知本人及其指定之親友，至遲不得逾二十四小時。」本人或其親友亦得請求為前揭之告知。受提審聲請之法院，原則上應於繫屬後二十四小時內簽發提審票（第 5 條第 1 項前段），任何地方法院均應受理提審案件，不得以無管轄權裁定駁回（第 5 條第 2 項）；逮捕、拘禁之機關，應於收受提審票後，二十四小時內將被逮捕、拘禁人解交（第 7 條第 1 項前段）；法院審查後，認為不應逮捕、拘禁者，應即裁定釋放，機關不得聲明不服（第 9 條第 1 項前段及第 2 項）；認為應予逮捕、拘禁者，以裁定駁回之，並將被逮捕、拘禁人解返原解交之機關（第

9 條第 1 項後段)。

就國籍航空機組員實施之檢疫措施，「國籍航空公司機組員入境健康聲明暨居家檢疫通知書」中要求「除執行飛航任務（限派飛長程航班）外，應留在居家檢疫地點，不得外出」，並以傳染病防治法第 58 條第 1 項規定為法源。雖然傳防法對「居家檢疫」未有定義，依文義解釋及書面行政處分記載內容可知相對人之移動自由受限，已達到人身自由遭拘束而難於脫離一定空間之程度，因此居家檢疫應有提審法之適用。然而，2014 年提審法修正施行後 CDC 於 2017 年 2 月公布「因應提審法修正施行傳染病防治工作 Q&A」中提到，「居家檢疫，依其文義觀之，如民眾在家可自由活動，考量其受限之可活動地點為自家而非公權力之處所，雖違反該規定會被處以罰鍰（為財產權的剝奪），如未遭受實質強制力之拘束，其程度自較人身自由之剝奪有別」¹⁸，此意見顯示 CDC 認為居「家」檢疫無提審法之適用，因此 2018 年麻疹流行期間實施居家隔離時，並未向受限制者進行提審告知，新冠肺炎流行初期延續此看法，僅有至集中檢疫所接受檢疫之通知書上有提審權利告知，在自宅、旅館、公司宿舍接受檢疫者均未曾受提審權利告知。

即便行政機關未踐行提審權利告知，並不妨礙受拘禁人民聲請提審，且此為受檢疫或隔離者可即時挑戰檢疫或隔離處分、恢復自由之身的唯一途徑。以下分析國籍航空機師提審聲請案，檢視聲請人與相對人之主張及法院審理過程，檢討對此族群差異管制之正當性基礎與法律爭議，以及現行提審法下對人身自由保障之落實情形。

¹⁸ 衛生福利部疾病管制署，因應提審法修正施行傳染病防治工作 Q&A，2017 年 2 月，<https://www.cdc.gov.tw/Uploads/45b50e37-5b3c-4850-8ec7-1e961f806869.pdf>。

參、國籍航空公司機組員提審案件

一、案件搜尋流程

傳防法或特別條例就隔離或檢疫措施，並未設置事前或事後法官保留審查程序，人民若對隔離或檢疫手段不服，聲請提審成為唯一的即時救濟管道。本文藉由搜尋司法院法學資訊系統查詢因防治新冠肺炎而人身自由受限者聲請提審之案件。搜尋過程分為幾個階段：

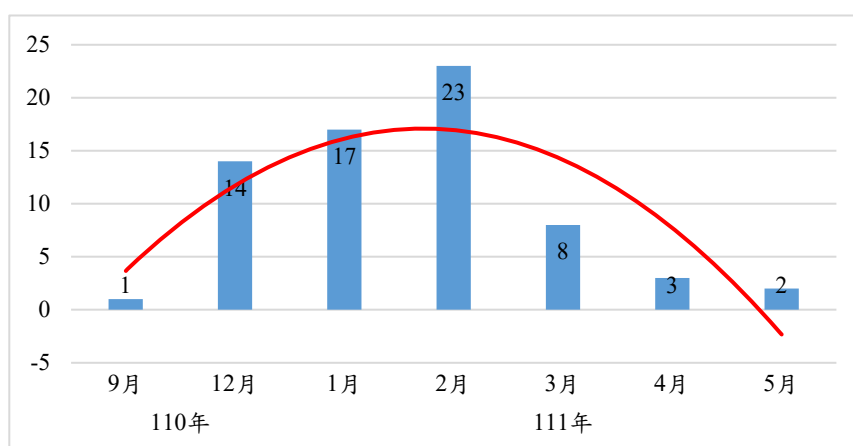
1. 於 2022 年 3 月 22 日進入司法院網站裁判書查詢，使用更多條件查詢，選擇 22 個地方法院，檢索詞為（檢疫＋隔離）&提審，使用此檢索詞的理由在於這樣可以搜尋所有因檢疫或隔離而聲請提審之案件。此搜尋結果獲得 78 筆資料，經逐筆閱讀，刪除非因新冠肺炎而被檢疫或隔離以及非提審之案件，最後獲得 74 筆資料。
2. 2022/04/23、2022/05/05、2022/05/12、2022/06/24 及 2022/07/03 再次依照上述流程查詢，分別獲得 80、84、86、95、99 筆資料，逐筆閱讀新增資料後刪除非因新冠肺炎而被檢疫或隔離以及非提審之案件，最後獲得 92 筆資料。

透過上述查詢所獲得 92 筆資料，經逐筆閱讀裁定書內容，依照年度、法院、案號、聲請日、裁定日、聲請人、逮捕拘禁機關、拘禁地點、申請人狀況、裁定結果、查詢結果歷審判決有無抗告紀錄等項目輸入統計軟體 EXCEL。統計結果共發現 92 件因防治新冠肺炎接受隔離或檢疫措施而向地方法院聲請提審，其中有 68 件聲請人是國籍航空公司的機師/副機師（68/92，74%）。以下呈現這 68 件聲請案描述性統計資料，以及聲請人、相對人主張與法院意見。

二、裁定內容主要發現

(一) 案件時間分布

在近半年期間，由機師提出之提審聲請案分布如圖 2。



資料來源：作者整理

圖 2 臺灣桃園地方法院機組人員聲請案件數
(110年9月~111年5月)

國籍航空公司機組員聲請提審者均為機師或副機師，無空服員。第一件聲請案始於臺灣桃園地方法院 110 年度行提字第 2 號（裁定日期為 110 年 9 月 9 日），2021 年共有 15 件機師聲請案。聲請案數量至 111 年 2 月達到高峰，111 年 1 月至 5 月有 53 件提審聲請案。

(二) 聲請人主張被拘禁地點

聲請人主張被拘禁的地點統計如表 1。

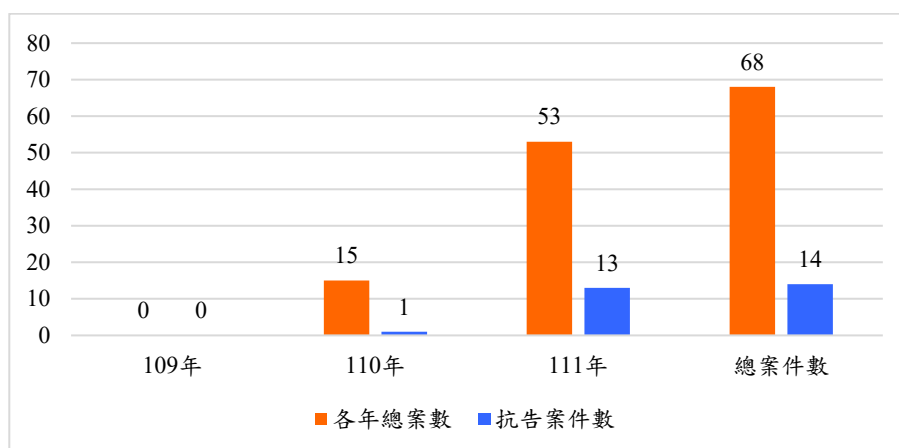
表 1 68 件機師提審聲請案件拘禁地點

主張之拘禁地點	案件量
旅館/飯店	64
航空公司宿舍	3
其他	1 ¹⁹

資料來源：作者整理

(三) 裁定結果

68 件聲請案中有 4 件裁定釋放（臺灣桃園地方法院 111 年度行提字第 47、48、49、50 號裁定；裁定日期均為 111 年 3 月 11 日），其餘裁定駁回。有 14 件抗告，均遭臺北高等行政法院駁回。



資料來源：作者整理

圖 2 機師聲請案件數及抗告數

¹⁹ 從裁定書中無法判斷檢疫處所是哪裡，裁定中稱：「查聲請人（本國籍機師）固於民國 111 年 2 月 16 日下午 4 時 59 分向本院聲請提審（見聲請狀之本院收文日期及時間戳印），惟查，聲請人已於 111 年 2 月 16 日晚間 24 時因檢疫期間期滿而離開檢疫處所……。」參見臺灣桃園地方法院 111 年度行提字第 36 號裁定。

(四) 聲請人與相對人主張

聲請人之主要理由為：入境後必須接受 5 天居家檢疫加上 9 天自主健康管理(或是 7 天居家檢疫加上 7 天自主健康管理)，居「家」檢疫不能回家，人身自由遭拘束在城市商旅、尊爵天際、諾富特等旅館或公司宿舍，但聲請人既已接種兩劑 AZ、抗體檢測為陽性(2022 年 4 月以後則有聲請人主張已接種第 3 劑莫德納疫苗)²⁰，且在外站受嚴格限制，與第一線醫護、國際港務人員相比風險較低，聲請人請求立即實施 PCR 檢測，如為陰性應立即釋放聲請人。此外，聲請人認為居家檢疫期間航空公司仍派飛，居家檢疫處分有行政行為與行政目的自相矛盾、恣意與濫權，為無效行政處分。相對人 CDC 則主張因有國籍機師返家檢疫造成家人感染，依入境地區別為 5+9 或 7+7，重點高風險國家是 14 天，入境健康聲明暨居家檢疫通知書已告知。

法院裁定釋放的 4 件聲請案與前揭主張不同的是，聲請人主張依照當時指揮中心規定，機師入境後若 PCR 檢測陰性可自宅一人一戶進行檢疫，但聲請人卻仍被送往旅館檢疫，「…民航局…違反指揮中心所宣布之前揭一般處分，令聲請人不得返家為一人一戶居家檢疫，嚴重剝奪機組員人身自由²¹。」CDC 主張「只要聲請人符合一家一戶作業原則及查核規定，則可返家以一人一戶方式居家檢疫，至機組員是否符合一人一戶，必須經由航空公司與民航局審核。」民航局則主張若航空公司可做到一人一戶的管理，即刻可實施一人一戶，但應由航空公司提供 PCR 檢測。

²⁰ 臺灣桃園地方法院 111 年度行提字第 8 號。

²¹ 臺灣桃園地方法院 111 年度行提字第 47 號。

（五）法院見解

法院之見解經歷幾個階段的變化。自 2021 年 9 月至 2021 年 12 月底為止，法院駁回提審的理由為：

1. 聲請人受拘禁隔離在防疫旅宿之原因、法律依據及程序均屬適法。法院引用之法源包括「傳防法」第 1 條、第 2 條、第 17 條、第 48 條、第 58 條、衛生福利部 109 年 1 月 15 日衛授疾字第 1090100030 號公告『嚴重特殊傳染性肺炎』為第五類傳染病、「傳防法」第 17 條第 2 項授權訂定之中央流行疫情指揮中心實施辦法第 3 條、指揮中心 110 年 8 月 25 日肺中指字第 1100033090 號函，及交通部民用航空局 110 年 8 月 25 日標準一字第 1100022866 號函發布公告自 110 年 8 月 28 日起，長程航班入境機組員居家檢疫改至防疫旅宿或公司宿舍執行等。
2. 針對風險較高者進行差異限制以維護公益，目的正當；居家檢疫改至防疫旅宿或公司宿舍執行，均屬必要與均衡，屬侵害最小之不得已方法，尚無違反平等原則及比例原則。
3. 聲請人爭執非高風險者及隔離檢疫地點不當，為行政處分實體事項，受拘禁於防疫旅館之行政處分尚未經撤銷前為合法有效，非屬提審得審究，聲請人應另循行政訴訟程序救濟。
4. 聲請人抱怨航空公司可以在檢疫期間派飛，導致聲請人長期被隔離無法返家，涉及聲請人是否接受派飛、航空公司如何協調聲請人休假與派飛，屬聲請人與航空公司私法契約，非提審所能審究。

至 2022 年 1 月，從 111 年 1 月 5 日做成的 111 年度行提字第 2 號裁定起，法院除上述理由外增加見解認為限制活動地點為防疫旅館，非公權力處所，雖違反該規定可能遭處罰鍰，但並未令聲請人受實質強制力拘束，無受逮捕、拘禁或自由受拘束之情形，依提審法第

5 條第 1 項 1 第 6 款無逮捕、拘禁之事實，法院得駁回聲請²²。對檢疫日數如有不服，或認為居家檢疫行政處分有無效或違法情形，因屬對行政處分實體事項爭執，應另循行政訴訟程序救濟。此外，「依一般經驗法則，在公司宿舍之隔離檢疫防疫處所內對於須隔離檢疫人員而言，不論係防疫及生活物資之提供或是人員之檢疫及管控，均較在家自主管理檢疫為優，且觀諸聲請人之居家檢疫措施已較一般民眾為短及寬鬆²³。」

至於 4 件釋放聲請人的裁定，法院認為「航空公司拒絕於聲請人入境日安排進行 PCR 檢驗，以便讓聲請人能有實施一人一戶居家檢疫之機會，顯係權力之濫用，且相對人等兩個防疫及航空之主管機關亦均未對於航空公司為何未於聲請人入境日安排進行 PCR 檢驗之原因為何加以監督及管理，亦有疏失，且在未查明聲請人是否不符合一人一戶之檢疫條件之情況下，相對人即逕行命聲請人須前往…諾富特飯店進行實質係拘禁之隔離檢疫，讓聲請人無法實施一人一戶之居家檢疫機會。故堪認相對人對於聲請人所為之拘禁之原因及程序不具合法性。」²⁴

²² 審理此案的黃漢權法官 110 年審理了 6 件機師提審案(110 年行提字第 6 號、110 年行提字第 19 號、110 年行提字第 20 號、110 年行提字第 24 號、110 年行提字第 25 號、110 年行提字第 26 號)，佔該年度機師提審案三分之一(6/18)，均以檢疫程序、原因合法為由駁回聲請。但法官在 111 年 1 月 5 日 111 年度行提字第 2 號裁定突然改變見解，認為到防疫旅館檢疫非屬拘禁，不符合提審要件。此見解與第一件因新冠肺炎被檢疫而聲請提審之法院意見相同(臺灣臺北地方法院 109 年提字第 50 號刑事裁定)。

²³ 臺灣桃園地方法院 111 年度行提字第 18、19、20、24 號裁定。

²⁴ 臺灣桃園地方法院 111 年度行提字第 47 號裁定。

三、分析與討論

(一)「提審運動」時間分布之意涵

自 2020 年初開始實施的入境檢疫管制，至 2020 年 8 月已有一般人民檢疫措施限制人身自由聲請提審²⁵，但出入境頻繁、長時間受檢疫限制影響的國籍航空機師，第一件提審聲請案卻直到 2021 年 9 月始出現，更在 2021 年 12 月至 2022 年 5 月近半年時間發起了「提審運動」²⁶。直到 2022 年 3 月檢疫放寬為可在自宅一人一戶，2022 年 5 月再放寬為已接種疫苗追加劑滿 14 天者可在自宅一人一室，提審運動才於 2022 年 5 月告終。

從公衛倫理面而言，機師提審運動始於接種兩劑疫苗（亦即完全接種）、也有治療藥物可得、卻要將檢疫地點由自宅改為旅館或宿舍時，又在檢疫地點改為自宅執行後結束，案件時間分布反映人民對國家運用非藥物介入手段（例如隔離、檢疫）與藥物介入措施（例如檢測、藥品和疫苗）的接受度，也透露檢疫地點是影響人民對檢疫措施接受度的重要因素。自 2021 年春天起機組員已在指揮中心的政策誘因下接種兩劑 AZ 新冠肺炎疫苗，而有疫苗及治療藥物可用，意味著決策者的兩難情境已逐漸消解，隔離與檢疫此種非藥物的管制措施應逐步退場，改採以藥物控制疫情的策略，因為這才是真正能達成公衛上終結疫情目標之方法，不斷仰賴隔離或檢疫，阻擋傳播

²⁵ 臺灣臺北地方法院 109 年提字第 50 號刑事裁定。

²⁶ 至於為何 2021 年 9 月出現第一例聲請案後直到 2021 年 12 月才又陸續有較多提審聲請，可能是因為 2021 年 9 月 6 日出現第一例機師提審聲請案 3 天後，2021 年 9 月 9 日指揮中心即與機組員團體協商，討論增加防護裝備、打第三劑、就醫等事項。即使如此，機組員檢疫措施在三個月後仍未放寬，尋求「體制外」的救濟（也就是放棄等待民航局、指揮中心、指揮官之決定），自然成為機組員的選項。參見謝政霖、鄭惟仁、鍾建剛，指揮中心與機組員團體協商 達成打第三劑疫苗等三共識，公視新聞網（2021 年 9 月 10 日），<https://news.pts.org.tw/article/544071>（最近瀏覽日：2022 年 10 月 11 日）。

之效益會逐漸下降，也會產生防疫疲乏，最終還是需要所有人在盡可能降低風險的情形下獲得抗體，也就是接種疫苗並感染，始能結束流行，這並非事後諸葛，因為許多國家正是在 2021 年夏天因過半數人民完整接種而取消入境檢疫或隔離。決策者未能在藥物介入手段可得後，調整非藥物介入手段之運用，反而變更檢疫地點，形成限制程度更高的檢疫措施，是引發人民抗拒檢疫措施之主因。

從法律面而言，機師提審案件時間分布透露臺灣可能過度仰賴非藥物介入手段控制傳播風險，檢疫要求與風險控制之目的未盡相符。臺灣在開始接種疫苗半年後，採取比沒有疫苗時更嚴格的檢疫，原因為何指揮中心未清楚說明。不論是擔憂最早接種疫苗的機師當時出現了突破性感染案例，或者憂心當時國際間流行的 Delta 病毒株輸入國內，國家要採取更嚴格的限制措施必須有堅強的風險證據支持，說明在機組人員已接種兩劑、亦有治療藥物可用之情形下，對公眾健康之風險不減反增，故而須採取更嚴格的管制。在欠缺證據下採行更嚴格的檢疫規範，違背必要性與最小侵害性之要求。

（二）居「家」檢疫與「拘禁」之提審要件

最早因新冠肺炎入境檢疫措施而聲請提審之案例是臺灣臺北地方法院 109 年度提字第 50 號刑事裁定及臺灣高等法院 109 年度抗字第 1425 號刑事裁定，當時法院認為旅館檢疫非屬拘禁，機師提審案件中法院也有類似見解，但透過聲請人提起抗告，臺北高等行政法院已提出不同意見。

依本文「貳」、「一」之說明以及圖一所示，檢疫是將有感染風險的健康人與其他人分離的手段，既然檢疫目的在觀察，檢疫地點應考量檢疫期間生活需求而非醫療需求，故而在自己家中的居家檢疫手段為侵害最小，也最容易被人民接受。傳防法第 58 條第 1 項第 4

款授權入境檢疫主管機關採取居家檢疫、集中檢疫、隔離治療或其他必要措施，並無旅館檢疫之類型，CDC 將在旅館或公司宿舍等地點執行、非集中檢疫所之檢疫全部歸類為居「家」檢疫，實已超出居「家」檢疫之文義。

法院對上述違背文義解釋之法律疑義略而不論，又認為檢疫旅館非公權力之處所，因此旅館檢疫不構成拘禁；即使違反者雖會被處以罰鍰，但聲請人未遭受實質強制力拘束，程度較人身自由之剝奪有別，是無受逮捕、拘禁或自由受拘束之情形，不符聲請提審要件。法院見解以是否為公權力場所作為拘禁之判斷要件，卻未就公權力場所內涵加以說明，法院認為罰鍰屬財產上不利益效果、未令人民遭受物理強制力拘束不構成拘禁，也隱含法院對拘禁的理解還停留在犯罪嫌疑人遭逮捕上手銬、有警察隨同在側拘束其自由、拘禁於鐵柵欄監獄牢房的畫面。事實上國家對各種非刑事被告所實施多樣化不同名稱的拘禁措施，包括收容、強制住院、安置、檢疫與隔離等措施，對人民的人身自由影響更加廣泛。

依照司法院第 392 號解釋理由書，拘禁是指拘束人身之自由使其難於脫離一定空間，故而檢疫手段是否構成拘禁，應考慮人民移動自由是否受限一定空間，至於此空間屬何人所有、如何管理，並非認定拘禁之標準。臺北高等行政法院 111 年行提抗字第 1 號裁定亦指出，只要人民無法依其意願離開一定空間，使其移動自由受限，就已符合拘禁定義；至於人身自由受限於一定空間是否為國家興建或管理的公共設施、私人場所或自宅在所不論，人民究竟是因為物理性因素或被處罰的心理強制，而無法依其意願離開受拘束空間亦非所論，只要符合違反人民意願、使其人身在非短暫的時間內受拘束於一定空間而無法依其意願離開，即屬拘禁²⁷。因此，不論檢疫地點

²⁷ 臺北高等行政法院 111 年行提抗字第 1 號裁定書第 4 頁參照。臺北高等行政法

是集中檢疫所、旅館或自家，是一人一室或一人一戶，人民的行動自由都被侷限在一定空間，無法依其意願離開，檢疫屬提審法中所稱之拘禁無疑²⁸。臺北高等行政法院此號裁定公布後，改變了 CDC 過去居家隔離或檢疫非屬拘禁、無須為提審權利告知的看法。CDC 於 111 年 4 月 21 日公布新版「嚴重特殊傳染性肺炎指定處所隔離通知書及提審權利告知」中，增加了附件一「嚴重特殊傳染性肺炎指定處所隔離通知書及提審權利告知送達證明」²⁹，入境檢疫使用的「防範嚴重特殊傳染性肺炎入境健康聲明暨居家檢疫通知書」，在 111 年 5 月 9 日第三十七版中，原本第三頁為居家檢疫者應遵守事項，修改為「居家檢疫者應遵守事項及權利告知」，增加了「七、您或您的親友有權利依照提審法的規定，向地方法院聲請提審。」³⁰至此，接受居家隔離或檢疫者始獲得提審權利告知。

法院除以居家檢疫非拘禁為由裁定駁回外，亦有以審理當時聲請人已結束檢疫、離開旅館為由，認為聲請人已回復自由、法院無從提審或釋放而裁定駁回者³¹。此處衍生出另一提審法制上之問題是：居家檢疫者一旦結束檢疫、恢復自由，是否即無提審法之適用？英美法實務上已將人身保護令擴張適用於無實體拘禁之情形，美國最

院 111 年行提抗字第 8 號及第 17 號裁定亦採此見解。

²⁸ 林超駿，提審之人身自由保障範圍——從實務之居家檢疫見解出發，台灣法律人，17 期，頁 59（2022 年 11 月）。本文從提審制度所仿效之英美人身保護令制度運作，論證居家檢疫屬於人身保護令意義下之拘禁，法院限縮解釋，可能與憲法第八條及提審法第一條偏向刑事案件之用語有關，例如逮捕。

²⁹ 衛生福利部疾病管制署，嚴重特殊傳染性肺炎指定處所隔離通知書及提審權利告知 <https://www.cdc.gov.tw/Uploads/c2368750-0c1c-411a-bfff-35c3ef2c6de7.pdf>（社區防疫表單-指定處所(居家)隔離通知書-111/04/21 版）最後瀏覽日：2023 年 7 月 13 日）。

³⁰ 衛生福利部疾病管制署，防範嚴重特殊傳染性肺炎入境健康聲明暨居家檢疫通知書（2022.5.9 第三十七版），<https://www.cdc.gov.tw/Uploads/902d0925-387e-4c85-9300-d710ee854521.pdf>（最後瀏覽日：2023 年 7 月 13 日）。2022.4.23 第三十六版尚未有提審告知內容。

³¹ 臺灣桃園地方法院 111 年度行提字第 1 號裁定。

高法院認為若聲請人恢復移動自由後受到一般人未受到之限制，依法仍有一般人所無之負擔，則仍有聲請人身保護令之適格。國籍航空機組員入境檢疫雖因航空公司派飛而可離開檢疫場所，但人身自由仍受到航空公司限制，並非全然恢復自由，且在值勤返航後仍要再接受檢疫，未來若要擴大提審制度功能，理應對於拘禁概念重新詮釋³²。

（三）提審法院應踐行之程序—開提審票與解交

或許是因為法院認定旅館檢疫非拘禁，因此沒有開提審票之必要，68 件裁定書均未明確記載法院是否開提審票，僅在臺北高等行政法院 111 年度行提抗字第 11 號裁定中提及原裁定法院桃園地方法院 111 年度行提字第 18 號曾開出提審票³³。理論上，裁定書應記載法院是否開提審票以及內容，並說明機關解交方式、如何進行調查等。

若法院開提審票的案件如鳳毛麟角，說明提審的重要核心機制並未被踐行。即便因傳染病流行、不宜解交至法院，法院仍可先開提審票，再依提審法第 7 條第 2 項以有聲音及影像相互傳送之設備訊問。從裁定意見中可發現，法官雖有意識到開提審票的要求，但認為已重複審理類似案件，故毋需開立提審票。例如 111 年度行提字第 2 號（裁定日期 111 年 1 月 5 日）敘及：

「況且本院自去年(110 年)9 月間已連續受理 2、30 件之國籍航空機師不服相對人實施居家檢疫防疫措施之聲請提審事件，均經本院審核認定相對人對於國籍航空機師實施居家檢疫之法律依據、原因及程序，均屬依法有據，並均裁定駁回其等之請求裁定釋放之聲請，

³² 林超駿（註 28），頁 60-70。

³³ 臺北高等行政法院 111 年度行提抗字第 11 號裁定。

且均已確定在案，此並有本院 110 年度行提字第 2 號至 26 號等聲請提審事件之行政訴訟裁定可查；另外，臺北高等行政法院 110 年度行提抗字第 1 號裁定亦認定相對人對於國籍航空機師實施居家檢疫之法律依據、原因及程序，均屬依法有據，並確定在案。足見，目前承審法院均已依提審法第 8 條第 1 項之規定，就相對人對於國籍航空機師實施居家檢疫之法律依據、原因及程序，予以審查，並均認定相對人之居家檢疫措施係屬依法有據，且亦係目前承審法院之確定見解，是本院為避免進行無實益之程序，即不開庭以避免一再重複審查相對人對於國籍航空機師實施居家檢疫之法律依據、原因及程序之合法性。故聲請人之聲請，為無理由，應予駁回³⁴。」

法院在幾天後的裁定中，再度說明提審法要求給予聲請人陳述意見機會，但「此係因『個案』之被逮捕、拘禁人，其被逮捕、拘禁之法律依據、原因及程序，均係不相同，因此必須由法院開庭並給予被逮捕、拘禁人及逮捕、拘禁之機關到場陳述意見之機會，法院始能知悉其被逮捕、拘禁之原因為何，以便法院能審查逮捕、拘禁之程序合法性。惟於『通案』之類似被拘禁人即如本件之聲請人經相對人實施居家檢疫隔離於防疫飯店內，因相對人係對於每位長程航班入境之國籍航空機師均「通案」的一律實施居家檢疫之防疫措施，並不會因不同之機師而為不同之防疫措施。換言之，相對人對於每位長程航班入境之國籍航空機師所實施之居家檢疫防疫措施之法律依據、原因及程序，均係相同。因此，每位長程航班入境之國籍航空機師雖係不同之人，但其等所實施之居家檢疫防疫措施均係屬相同，而非屬於個別不同原因之獨立居家檢疫案件，而係屬於通案之居家檢疫案件。…法院對於本件即後續之長程航班入境之國籍航

³⁴ 除了本件裁定，另兩號裁定中有同樣文字，分別為 111 年度行提字第 3 號（裁定日期 111 年 1 月 5 日）以及 111 年度行提字第 4 號（裁定日期 111 年 1 月 6 日），但之後的裁定這段文字又消失了。

空機師聲請提審事件，既已知悉並查明相對人所為通案之居家檢疫隔離防疫措施之法律依據、原因及程序，均係屬相同且係屬合法，則即無須依提審法第 8 條第 2 項規定再進行開庭程序，並通知聲請人及相對人到場陳述意見，而一再重複審查相對人所為通案之居家檢疫隔離防疫措施之法律依據、原因及程序之合法性之必要。況且於此際國際間嚴重特殊傳染性肺炎（COVID-19）疫情嚴峻，相對人係防疫主管機關，不僅須肩負全國繁重之防疫工作，若須一再派員出庭面對每位長程航班入境國籍航空機師幾乎以每日 1 件連續不斷之提審聲請，可能因此減損防疫工作人力，延誤國家防疫工作之執行。足見，本院若對於每位長程航班入境之國籍航空機師之通案居家檢疫之聲請提審案件，均一再連續地開庭，則不僅係進行無實益且浪費司法人力及物力資源之開庭程序，且可能因此減損防疫工作人力而延誤全國防疫工作之執行，實屬不當³⁵。」

法院以無實益、通案、擔心開提審票會增加行政機關負擔為由，免除自己踐行提審法程序之要求，不但欠缺法源基礎，更違背憲法對提審法院的託付。對此，臺北高等行政法院 111 年度行提抗字第 1 號裁定指出，「縱使相類提審事件繁多，原審法院審理工作負擔異常繁重，其辛勞可想而見，也令人敬重」³⁶，但法院怠於履行提供人民即時司法救濟的義務，「未依法核發提審票，未經實體開庭或利用聲音、影像遠距傳輸設備訊問，在不予抗告人及相對人接受原審法院訊問而陳述意見之機會的情形下，就逕而以原裁定駁回系爭提審聲請」³⁷，確有不當；法院應慮及「受類似系爭處分拘禁之人民，遭拘禁處分剝奪其人身自由，期待藉由提審制度，得以當面使法官聆聽其對

³⁵ 臺灣桃園地方法院 111 年度行提字第 9 號裁定，第 6 頁 16 行至第 7 頁 25 行。111 年度行提字第 10、11、12、13、14、15、16 號裁定，均有同樣一段文字。

³⁶ 臺北高等行政法院 111 年度行提抗字第 1 號裁定。

³⁷ 臺北高等行政法院 111 年度行提抗字第 1 號裁定。

拘禁處分不服之意見，進而獲得即時有效司法救濟的殷切期盼，更顯示人民對中立、客觀之法院扮演基本權保護者的信賴與寄望³⁸。」

地方法院與高等行政法院之見解說明，公衛機關在新興傳染病流行時採取大規模檢疫手段，將面臨如何提供眾多人民適當程序保障之挑戰。雖然在緊急公衛事件下，未必要如同其他剝奪人身自由事件般提供人民程序保障，但提審已是憲法要求的最低程度保障。因此，要解決法院欠缺足夠量能在短時間內審理眾多提審案件的問題，除了可考慮在程序上允許合併審理外，根本之道是要讓人民自願性遵守隔離或檢疫要求。提審案之時間分布已與本文「貳、一」之說明相呼應，居「家」檢疫是人民接受度最高的檢疫地點，此與國際指引強調傳染病流行時運用居家檢疫相符，行政機關欠缺證據、不透明亦不符合風險控制原理的檢疫要求，是導致人民尋求法院救濟的根本原因。因此法制設計上必須強化檢疫的實體要件要求，課與行政機關對檢疫具備控制重大風險之適當性、對期間、地點如何符合最小侵害手段負起說明、舉證義務。唯有決策過程透明化，始能說服人民為保護自己與他人而自願接受限制，同時應課與行政機關優先採用自願性手段之義務，唯有在自願性手段可能造成重大損害或因時間急迫自願性手段無法達成公衛目的下，始得採用強制性的限制手段。

（四）誰是拘禁機關

在肯認旅館檢疫屬拘禁下，法院即使僅就拘禁程序合法性進行審查，亦須明確化拘禁機關，以便決定提審票要開給誰、要向誰提來審。68 件機師提審聲請案均以 CDC 為相對人，但 4 件釋放裁定之

³⁸ 臺北高等行政法院 111 年度行提抗字第 1 號裁定。

相對人除了 CDC，尚有交通部民用航空局（以下簡稱民航局）³⁹，且此 4 件聲請案中出現「國籍航空公司實施機組人員健康管控強化措施作業原則」（以下簡稱「機組人員作業原則」）之法源依據。爬梳「機組人員作業原則」內容發現，其「作業依據」包括指揮中心訂定之原則、會議結論、審查會議結論、審查意見、指揮中心某年某月某日函辦等。法院裁定內容與法源透露，人民雖拿到一紙由 CDC 核發的檢疫通知書，但讓人民在一定期間、身體移動無法脫離一定空間的支配力量並非僅來自 CDC。

首先值得關注的是指揮中心。法院裁定中常見的法源之一是指揮中心宣布實施強化機組員返臺後防檢疫規定。法院稱：「**相對人為因應 Delta 變異株強化防疫管控機制，自 110 年 9 月 3 日起公布國籍航空機組員返臺防疫措施，…又…嚴重特殊傳染性肺炎…經…公告為第五類傳染病，而開立「入境居家檢疫申報憑證（機組人員）」、「國籍航空公司機組員入境健康聲明暨居家檢疫通知書」，…是就本件聲請人受拘禁隔離在…防疫旅宿之法律依據、原因及程序，已有上揭傳染病防治法第 48 條第 1 項、第 58 條第 1 項第 4 款之規定無訛**⁴⁰。」前揭國籍航空機組員返臺防疫措施，並非由相對人 CDC、而是由指揮中心公布⁴¹，指揮中心非 CDC 內部單位，但法院卻未區別兩者而相互替換使用⁴²。指揮中心在未有法律授權下訂定或公布之措

³⁹ 桃園地方法院行政訴訟庭 111 年行提字第 47、48、49、50 號裁定。

⁴⁰ 桃園地方法院 110 年行提字第 2 號裁定。

⁴¹ 衛生福利部疾病管制署，因應某國籍航空機師及家人群聚事件，指揮中心啟動疫調及應變作為，自即日起全面實施「強化機組員返臺後防檢疫規定」，2021 年 9 月 3 日，https://www.cdc.gov.tw/Bulletin/Detail/3gJzkU8v2X7ZT6KVVa6Q_Q?typeid=9（最後瀏覽日：2023 年 7 月 13 日）。

⁴² 指揮中心與指揮官在組織法地位上之疑問，實際上成為許多防疫措施管轄權歸屬及作用法法源疑義之來源。依照中央流行疫情指揮中心實施辦法第 4 條第 1 項規定「本中心指揮官統一指揮、督導及協調各級政府機關、公營事業、後備軍人組織、民間團體執行防疫工作…」，雖然可以依此將指揮中心或指揮官視為只是行政機關內部協調、研擬政策單位，記者會也只是宣達政策，真正作為要交由各

施，或經其審查同意之「機組人員作業原則」，性質上為行政規則，卻規制了國籍航空機組員在不同時間、不同條件下的入境檢疫期間、地點及解除條件，甚至包括機組員返臺後防疫措施「其檢疫期間自航機實際抵臺時間起算，1 日為 24 小時，至期滿當日晚間 24 時止」⁴³、執飛經指揮中心列為「重點高風險國家」航線航班之返臺機組員應在何處接受多久時間的檢疫、已接種疫苗或未接種疫苗者應在何處接受多久的檢疫，甚至有「返臺後居檢期間符合民航法規定得派飛者，限派飛長程航班（返臺後居檢期間應重新計算），且須於派飛前確認家用快篩或 PCR 檢驗陰性；自主健康管理期間可派飛長或短程航班，惟派飛短程航班返臺者，仍應完成自主健康管理之規定」等等⁴⁴。由此可知，指揮中心決定了機組員檢疫期間、地點及條件，其決定產生使聲請人無法依其意願離開一定場所的效果。

再者，4 件釋放聲請人之裁定主文二命「相對人應對於聲請人實施一人一戶之居家檢疫防疫措施」，因該裁定相對人有二，而法院未指出是哪一個相對人，法院顯認為 CDC 及民航局同樣是拘禁機關。民航局亦未主張自己不是拘禁機關，而是主張機師未納入社區防疫，非由民政或警察機關執行而屬「專案管理」，係由航空公司負責相關查核，再向民航局陳報。民航局所稱專案管理的法源依據即是前揭「機組人員作業原則」，追溯其由來與沿革，第一版日期為 109 年 3 月 19 日，作業依據開宗明義表示「依 109 年 3 月 18 日嚴重特殊傳染性肺炎中央流行疫情指揮中心第三次工作小組會議決議國籍航空

中央目的事業主管機關依其主管法令執行，但實際上其他機關及地方政府是將指揮中心的決議、政策、指揮官在記者會講的話當成法規依據來執行。衛福部、指揮中心、指揮官及 CDC 四位一體的法律運作實況，不但有違管轄法定，更不符依法行政原則。

⁴³ 此與一般人民入境檢疫期間之計算方式不同。

⁴⁴ 交通部民用航空局，國籍航空公司實施機組人員健康管控強化措施作業原則（第 15 版 1110615），頁 7-8，<https://www.caa.gov.tw/FileAtt.ashx?lang=1&id=28665>（最後瀏覽日：2023 年 7 月 13 日）。

公司可訂定機組人員（以下簡稱「機組員」）防疫健康管控措施據以實施，航空公司須負責執行機組員防疫健康管控措施，由交通部民用航空局監督管理」。至 111 年 6 月 15 日民航局公告更新機組人員作業原則時，內容說明此作業原則之依據為「航空器飛航作業管理規則」第 199 條、第 284 條。再追溯該規則之沿革，「航空器飛航作業管理規則」是民用航空法第 41 條之 1 第 2 項授權交通部訂定，該規則在 110 年 3 月 12 日新增第 199 條第 7、8 項及第 284 條第 7、8 項⁴⁵，規定「航空器使用人於中央流行疫情指揮中心成立期間，應依經該指揮中心核定並由民航局公告之國籍航空公司實施機組人員防疫健康管控措施作業原則訂定防疫管理措施⁴⁶。」之所以增訂上述法規，是為了回應 2020 年底一名紐西蘭籍長榮航空公司機師因確診後被指未在值勤時遵守防疫規定，中央目的事業主管機關能否依照特別條例第 16 條處罰之疑義⁴⁷。「航空器飛航作業管理規則」增訂航空

⁴⁵ 中華民國一百一十年三月十二日交通部交航字第 11050025721 號令修正發布第 199、284 條條文。參見全國法規資料庫，航空器飛航作業管理規則沿革，<https://law.moj.gov.tw/LawClass/LawHistory.aspx?pcode=K0090041>。

⁴⁶ 民用航空法第 41 條之 1 第 2 項規定：「航空器飛航作業、飛航準備、飛航時限規範、航空器性能操作限制、航空器儀表、裝備與文件、航空器通信與航行裝備、航空器維護、飛航組員作業、駕駛員資格限制、簽派員、手冊表格與紀錄、客艙組員、保安及其他應遵行事項之規則，由交通部定之。國際間通用之飛航標準，適於國內採用者，得經民航局核定後採用之。」依此條項授權規定，交通部訂定「航空器飛航作業管理規則」。上述民用航空法第 41 條之 1 第 2 項規定之內容，顯在規範航空器的安全，雖授權訂定航空器飛航作業管理規則，但在飛航作業管理規則中規範機組人員入境檢疫程序與實體要件，顯然已超出法律的授權目的與範圍。

⁴⁷ 2020 年 12 月一名紐西蘭籍長榮航空公司機師因確診後被指未在值勤時遵守防疫規定，交通部處罰長榮一百萬元罰鍰。交通部新聞稿指出，根據《嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困特別條例》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；第 16 條規定，若有違反相關應變處置措施之情形，由中央目的事業主管機關、直轄市、縣市政府處 5 萬元以上、100 萬元以下罰鍰。交通部檢送中央流行疫情指揮中心之《國籍航空公司實施機組人員防疫健康管控措施作業原則》，規定航空公司須負責執行組員防疫健康管控措施。由於交通部是航空業之中央目的事業主管機關，故由交通部對航空公司究責。參見行政院中部聯合服務中心，紐籍機師案 交通部重罰長榮 100 萬

公司須依該作業原則實施防疫管控之規定後，民航局在機組員違反檢疫要求時，得以航空器駕駛員及航空公司未依照機組人員作業原則所定防疫措施、採取有效之防疫管控作為及未善盡督導管理之責，分別依照民用航空法第 111 條第 2 項第 7 款及第 112 條第 2 項第 5 款規定處罰。

法規沿革顯示，包括入境檢疫在內的機組人員防疫規範，是以行政規則位階的「機組人員作業原則」為法源執行一年後，「航空器飛航作業管理規則」始新增前揭規定，而當時的「機組人員作業規則」已是修訂 8 版（110 年 3 月 12 日）。「機組人員作業原則」不但規定了國籍航空機組員之入境檢疫期間、地點、條件、解除，最遲從 110 年 3 月 12 日起，違反該作業規則更會產生由民航局處罰違規機師及航空公司的效果⁴⁸。此外，就在民航局預告並公告增訂「航空器飛航作業管理規則」同時，衛福部亦於 110 年 1 月 14 日公告委託交通部辦理執行國籍航空公司機組員入國境後之健康聲明、居家檢疫及自主健康管理事項之管控監督及違法裁罰。依此委託內容，若國籍航空公司機組員違反「國籍航空公司機組員入境健康聲明暨居家檢疫通知書」及「國籍航空公司機組員入境聲明暨自主健康管理通知書」所載規定事項，交通部得依傳防法第 69 條第 1 項第 1 款及特別條例第 15 條第 2 項規定執行裁罰。由於傳防法第 5 條第 3 項允許

元（109 年 12 月 25 日，資料來源交通部），<https://eycc.ey.gov.tw/Page/9FAC64F67005E355/2026353f-6fb5-4156-8995-c280a29ce2d8>（最後瀏覽日：2023 年 7 月 13 日）。從此新聞稿來看，交通部認為機組人員作業原則是中央流行疫情指揮中心指揮官依第 7 條規定實施之應變處置或措施，處罰並無窒礙，但問題是指揮官從未宣布、公告或以其他方式對外宣告引用特別條例第 7 條實施機組人員作業原則，機組人員作業原則自始由指揮中心訂定，引用特別條例第 16 條處罰恐生疑義。回到交通部主管法令、修正航空器飛航作業管理規則，能讓中央目的事業主管機關有更適當的處罰法源。

⁴⁸ 參見汪淑芬，國籍航空及機組員防疫違規 開罰累計 1034 萬元，中央通訊社（2022 年 3 月 2 日），<https://www.cna.com.tw/news/ahel/202203020258.aspx>（最後瀏覽日：2023 年 7 月 13 日）。

各級主管機關執行港埠之檢疫工作，得委託其他機關（構）或團體辦理，衛福部又已將國際及指定特殊港埠檢疫事項委任 CDC 辦理，港埠檢疫規則第 3 條亦明定國際港埠之檢疫單位為 CDC，故而國籍航空機組人員入境檢疫等事項之執行與裁罰，CDC 與民航局均有管轄權。藉由增訂「航空器飛航作業管理規則」及衛福部委託執行與裁罰，實際上使聲請人無法依其意願離開一定場所者，尚有實際監督執行以及有權決定處罰與否的民航局⁴⁹。

更值得探究的是航空公司在機師居家檢疫期間派飛之爭議。機師主張在居家檢疫期間仍會被航空公司派飛，因此行政處分有目的矛盾、恣意與濫權之違法，但裁定內容未見 CDC 與民航局對於機師於檢疫期間離開檢疫場所值勤、明顯違反檢疫要求之行為提出說明，法院裁定則稱派飛是航空公司與機師的契約關係，機師可以決定是否接受派飛，聲請人的抱怨非提審法院所能審理。法院見解有待商榷之處在於：第一，經指揮中心審查同意、民航局公告的「機組人員作業原則」允許在符合航空器飛航作業管理規則第 37 條飛航組員之飛航時間限度、給予適當休息的條件下，即使是在仍在檢疫期間，航空公司仍得派飛長程航線，返臺後居檢期間重新計算⁵⁰。此法源是行

⁴⁹ 前揭法規制定過程雖顯現行政機關遵守依法行政原則之意圖，但仍與依法行政原則有違，理由在於：第一，「航空器飛航作業管理規則」之授權來源為民用航空法第 41-1 條第 2 項，該條項內容為「航空器飛航作業、飛航準備、飛航時限規範、航空器性能操作限制、航空器儀表、裝備與文件、航空器通信與航行裝備、航空器維護、飛航組員作業、駕駛員資格限制、簽派員、手冊表格與紀錄、客艙組員、保安及其他應遵行事項之規則，由交通部定之。國際間通用之飛航標準，適於國內採用者，得經民航局核定後採用之。」法律授權之範圍顯係以航空器的安全為核心，在飛航作業管理規則中規範機組人員入境檢疫程序與實體要件，已超出民用航空法之授權目的與範圍。第二，即便認為民用航空法授權範圍包括機組人員入境檢疫規範，交通部應依法律授權訂定法規命令，但「航空器飛航作業管理規則」之內容卻又隱含轉授權指揮中心「核定」機組人員作業規則，並由民航局「公告」，捨訂定法規命令而不為，改發布僅能規範內部事項的行政規則，於法律保留原則尤屬有違。

⁵⁰ 參見「機組人員作業原則」中，「三、國籍航空公司及所屬機組員在 COVID-19

政規則位階，卻規制機組員之檢疫，已違反法律保留，授權檢疫期間可派飛，亦表示相對人之風險已低至無須進行檢疫，檢疫期間之規定顯然過長，不符比例原則。第二，為避免機組員因在檢疫期間被派飛而違反檢疫處分，CDC 在檢疫通知書上「檢疫起始及結束日」的欄位記載「**檢疫期間須執行飛航任務者，自搭乘公司專車/防疫車隊前往啟程地機場起，其居家檢疫行政處分即時廢止**⁵¹。」此記載意味著 CDC 在作成檢疫之侵益行政處分時，附加了航空公司派飛之解除條件，又或者可解釋為 CDC 在作成檢疫處分之同時，做了一個附停止條件的廢止行政處分意思表示，而條件成就與否視航空公司的值勤安排。不論如何，CDC 附附款之檢疫處分已構成裁量濫用之違法。依行政程序法第 93 條第 1 項規定，CDC 因就檢疫處分有依風險高低裁量時間長短之權而得附附款，但以航空公司派飛做為檢疫處分之解除條件或廢止行政處分的停止條件，與維護公眾健康之檢疫目的不符，且檢疫時間長短非由 CDC 來裁量，而是由航空公司依其營運需要來決定，更與檢疫處分欠缺正當合理關聯，違反行政程序法第 94 條之要求。

在前揭法規與行政處分附款授權下，航空公司之派飛決定具有廢止行政處分之效果，且被授權執行檢疫，航空公司已然立於受託

(新冠肺炎)第三級國際旅遊疫情建議等級疫區執行一般客貨機飛航任務入境、出境、返臺者適用之作業原則，以及執行國際緊急醫療專機(含醫療包機)接運國人返臺就醫或接運經指揮中心核准之外籍人士來臺就醫任務者適用之規範」。
⁵¹ 國籍航空公司機組員入境健康聲明暨居家檢疫通知書(2021.03.12 二版) https://www.cdc.gov.tw/File/Get/dA_qyYnguUD1eV8QMhvXhQ (最後瀏覽日：2023 年 7 月 13 日)。當中記載「居家檢疫期間須執行飛航任務者，自搭乘公司專車/防疫車隊前往啟程地機場起，其居家檢疫行政處分即時廢止。」另可參閱國籍航空公司機組員入境健康聲明暨居家檢疫通知書(3+4)·2022.08.05 十四版(電子版)，[https://www.chshb.gov.tw/sites/default/files/2022-08/國籍航空公司機組員入境健康聲明暨居家檢疫通知書_0805_十四版%20\(3%2B4\).pdf](https://www.chshb.gov.tw/sites/default/files/2022-08/國籍航空公司機組員入境健康聲明暨居家檢疫通知書_0805_十四版%20(3%2B4).pdf)(最後瀏覽日：2023 年 7 月 13 日)。當中記載「檢疫期間須執行飛航任務者，自前往啟程地機場起，其居家檢疫行政處分即時廢止。」。

行使公權力之地位。此由釋放裁定更得到明證，聲請人主張入境時指揮中心的規定是機師入境後若 PCR 檢測陰性可居家檢疫，而聲請人仍然被公司送往旅館檢疫，相對人 CDC 及民航局稱是航空公司要提供 PCR 檢測，不清楚為什麼航空公司沒有提供 PCR 檢測，CDC 與民航局顯然認為機師入境檢疫是由航空公司執行，航空公司不提供 PCR 檢測，機組員就要去旅館檢疫、不能回家，航空公司實際上擁有決定機師入境檢疫的地點、時間與條件的權力。航空公司並非僅以雇主的身分管理機師的工作，而是在法規與管轄機關授權下，實際上支配機師之人身自由。

綜上分析，CDC 以指揮中心決議、函、審查結論或經審查同意之「機組人員作業原則」等內容做為其作成機師入境檢疫行政處分之內容基礎，民航局亦以指揮中心同意的檢疫要求修正機組人員作業原則，規範機師應在何地接受幾天的檢疫，但若檢疫期間已符合派飛的安全條件，民航局允許派飛，CDC 的檢疫處分也會在航空公司決定派飛、機師踏上交通車時廢止，機師之人身自由實際上受到指揮中心、CDC、民航局與航空公司四方控制。但法院歷經數十件聲請案均以行政處分機關 CDC 為拘禁機關，未能發現 CDC 的入境檢疫通知書其實只是行禮如儀的一張紙。與其說是法院之審理不夠完備，不如說是法規與運作實況極其複雜，法院要在短時間內梳理相關法規、釐清法律爭議，著實不易。但若仔細推敲 CDC 在幾件聲請案中之主張，法院是有機會可以發現「運作中的法律」、發現拘禁機關之爭議。CDC 曾主張「聲請人機組員意見應該反映給航空公司及民航局等主管機關，由民航局整體檢視專案防疫措施及滾動研提配套方案，送指揮中心討論……⁵²。」「我們知道聲請人的狀況，疾

⁵² 臺灣桃園地方法院 110 年行提字第 20 號。臺灣桃園地方法院 110 年行提字第 24 號有類似主張。

管署也有多次發文請民航局就相關檢疫措施做滾動式檢討，並請民航局關切機組員等身心健康情形，並改善機組員的防疫措施，聲請人的建議就本署立場已有向民航局多次反應……⁵³。」依法有管轄權、享有傳防法第 58 條授權行使入境檢疫權力亦是處分機關的 CDC，為何主張自己無法解決爭議？因為國籍航空機組員入境檢疫之運作實況是：在疫情一開始的 2020 年 3 月，指揮中心決議將國籍航空機組員的入境檢疫管轄權移轉給民航局，並由民航局監督航空公司執行；原本衛福部應依傳防法授權將檢疫期間、地點與條件訂於港埠檢疫規則，但實際上卻是由指揮中心制定「機組人員作業原則」，之後又因增訂民用航空法授權之航空器飛航作業管理規則以及衛福部委託，使中央目的事業主管機關享有管制國籍航空機組員的入境檢疫事項之權限，也使航空公司被授權處於受託執行公權力之地位，CDC 的管轄權與檢疫權力實際上只剩下開立檢疫通知書。

支配機師人身自由的權力運作實況說明，比起擔憂行政機關借緊急之名行擴權之實，機師提審案顯現的是另一種法治危機，是組織失能、權責不符、公權力外包對人民自由權利形成壓迫。指揮中心、CDC 及民航局一方面必須回應社會對強化國籍航空機組員管制的輿論壓力，一方面又要避免自己成為眾矢之的，因此都努力地避免讓自己承擔最後的責任。指揮中心認為自己是協調各機關的角色，發布的新聞稿指是政策宣達，實際措施執行應回到各中央目的事業主管機關；再者，指揮官不以特別條例第 7 條為法源發布處置措施，以避免眾說紛紜的授權明確性爭議以及究竟是法規命令還是一般處分的困擾；航空業中央目的事業主管機關民航局在面臨機師違規事件的壓力後，雖修正法規命令位階的航空器飛航作業管理規則，以便讓包括機組員檢疫措施在內之「機組人員作業原則」，包裝在飛安

⁵³ 臺灣桃園地方法院 110 年行提字第 26 號。

管制規範內，使「機組人員作業原則」在文字意義上成為民用航空法授權訂定之法規命令的一部分，並取得處罰權限，但同時又將「機組人員作業原則」經指揮中心同意納入要件中；做成檢疫處分的 CDC 則稱處分內容是依照指揮中心決議及機組人員作業原則，且為了避免檢疫處分在機師被派飛時產生矛盾，檢疫處分以派飛作為廢止條件。表面上各機關的法制作業努力要符合管轄法定、法律保留，實際上是檢疫管轄權被任意移轉、切割後，共同管轄變成無人管轄；衛福部捨傳防法授權訂定法規命令不為，由指揮中心制定規制機組人員檢疫期間地點的「機組人員作業原則」，再由航空業中央目的事業主管機關修改法規命令，欲使「機組人員作業原則」取得法規命令地位，實則逾越母法授權範圍。更令人驚嘆的是，當外界以為國籍航空機組員管制已因延長天數、變更地點而強化時，實際上卻是不論檢疫規定的天數是 3+11、5+9 或 7+7，長程航班機組員是檢疫三天就要執勤，因為讓國籍航空機組員以最短的檢疫期間換取最大的飛航運輸效益，才是各機關的最終考量。

（五）提審法院之審查範圍

法院受理提審聲請後，應依提審法第 8 條第 1 項規定就逮捕、拘禁之法律依據、原因及程序進行檢視⁵⁴；已成為我國內國法之聯合國「公民與政治權利國際公約」第 9 條第四項亦規定，法院應迅速審查拘禁之合法性，並在認定拘禁違法時予以釋放。然而，新冠肺炎流行初期的提審案件已有法院認為審查範圍僅限程序合法性而不及於

⁵⁴ 本條項立法理由稱：「被逮捕、拘禁人經解交或迎提到法院後，法院為審查逮捕拘禁之合法性，判斷其是否應被逮捕、拘禁，自應就逮捕、拘禁之法律依據、原因及程序為之，爰訂定第一項。」立法院法律系統，提審法異動條文及理由，2013 年 12 月 24 日，<https://lis.ly.gov.tw/lglawc/lawsingle?000E3E375475000000000000014000000004000000^04554102122400^000000000000>（最後瀏覽日：2023 年 7 月 13 日）。

實質合法要件⁵⁵，法院雖就隔離或檢疫之行政處分是否以書面為之、書面內容是否符合行政程序法要求、是否送達、是否進行提審權利告知等事項進行審查，但有無拘禁必要、居家檢疫已足無須集中檢疫、集中檢疫場所髒亂不適用於檢疫等事項，法院認為屬於行政處分「適法性之實質審查事項以及行政執行事項，非提審法所定應審查事項」⁵⁶，該等行政處分尚未經撤銷之前仍屬合法有效，該等處分是否有...判斷瑕疵情事，聲請人「應循訴願程序救濟，非屬提審事件所得審究事項⁵⁷。」

在機師提審聲請案中，法院多次提及依提審法第 8 條之立法理由，「……法院審查逮捕、拘禁之合法性，僅在審查其逮捕、拘禁程序之合法性，非在認定被逮捕、拘禁人有無被逮捕、拘禁之本案實體原因及有無被逮捕、拘禁之必要性，故其採行之證據法則，僅以自由證明為已足。」法院將審查範圍限縮於逮捕、拘禁程序之合法性，非在認定被逮捕、拘禁人有無被逮捕、拘禁之本案實體原因，或有無被逮捕、拘禁之必要性。換言之，法院原則上不介入實體原因之審查，也因此其採行之證據法則，以自由證明為已足⁵⁸。故而「形式上……**觀察傳染病防治法第 48 條第 1 項及第 58 條第 1 項第 4 款等規定之內容並無違反法律明確性之情事，況且上開法律是否有違反法律明確性，亦非屬於提審事件所得審究事項⁵⁹。**」「聲請人對於僅限居住

⁵⁵ 臺灣臺北地方法院 109 年度提字第 50 號刑事裁定；臺灣高雄地方法院 109 年行提字第 2 號裁定；臺灣臺北地方法院 110 年度行提字第 2 號行政裁定；臺灣臺北地方法院 110 年度行提字第 1 號行政裁定。

⁵⁶ 臺灣高雄地方法院 109 年行提字第 2 號裁定。

⁵⁷ 臺灣臺北地方法院 110 年度行提字第 1 號行政裁定；臺灣臺北地方法院 110 年度行提字第 2 號行政裁定。

⁵⁸ 胡宜如，人權保障新篇章—談提審新制，司法新聲，112 期，頁 21 (2014)。

⁵⁹ 臺灣桃園地方法院 111 度行提字第 2、4、5、6、7、8、9、10、13、14、43 號行政裁定。

防疫旅宿、居家檢疫日數如有不服，或是認為相對人對聲請人所為之居家檢疫措施之行政處分係違法或無效等情，惟因均係屬於對於本件相對人對聲請人實施居家檢疫之防疫措施之行政處分之實體事項之爭執，應另循行政訴訟程序救濟之，惟在該等防疫措施之行政處分尚未經撤銷之前，自仍屬於合法有效，且亦非屬於提審事件所得審究事項⁶⁰。」與新冠肺炎流行初期提審案件相較，桃園地院雖未認為提審法院僅審查程序合法性，而應一併審查實體原因與拘禁必要性，卻又認為形式審查已足。至於法源依據是否違反法律明確性、行政處分是否違法或無效、檢疫措施之必要性等，是對行政處分合法性之爭執，應提訴願、行政訴訟救濟。

有關提審法院之審理範圍爭議，臺北高等行法院 111 年度行提抗字第 1 號裁定指出，立法理由僅具解釋、適用法律之參考價值，並非法律本身，不具拘束法院應如何依法裁判的效力。若提審法院僅就形式上逮捕、拘禁的執行行為，有無法律上的依據或類如執行名義的行政處分，作為其依據或原因，將無法發揮即時司法救濟功能。提審法院應在審理程序中，針對行政機關決定及實際執行剝奪人身自由措施之法律依據、原因與程序是否符合相關法規要求等問題，進行全面性審查，包括逮捕、拘禁執行行為前有基礎處分者，例如下命隔離拘禁，亦應就該基礎處分的合法性一併審查，否則將無從審認剝奪人身自由之「原因」是否屬法規許可之範圍。但因提審強調「即時」的司法救濟功能，審理程序有高度時間壓力，審查密度與一般行政訴訟本案訴訟程序不同，提審法院應在「即時」與「正確有效」之間，尋求適當之平衡，並以職權調查原則、逮捕、拘禁機關善盡其等協力義務等方式，落實逮捕、拘禁之法律依據、原因及程序等

⁶⁰ 臺灣桃園地方法院 111 度行提字第 2、3、4、5、6、7、8 號行政裁定。

之合法性全面性審查。⁶¹依此見解，提審法院就檢疫處分之法源依據是否符合法律保留、法律明確、比例原則、程序上正當程序等要求，均應予以實質審查。

從比較法上觀察，美國法院過去一百多年來審理涉及隔離或檢疫之人身保護令，並無法院僅審查程序合法性之限制。美國法院在此等案件上雖高度尊重行政機關的防疫權力，但在 1960 年前的案例已可看到法院要求衛生機關提出充分且有利的證據（sufficient and competent evidence）、證明相對人罹患傳染病且因此對於公眾健康構成威脅、確保拘禁場所安全、健康、符合基本居住條件等，若衛生機關關係針對特定種族或階級採取限制措施，亦須遵循憲法上平等權保障之要求，對其措施提供正當化基礎⁶²；至 1980 年更開始出現法院准予核發人身保護令的案例，法院允許被隔離或檢疫人民之人身保護令的理由，大致可分為兩類：一是違反正當程序，另一是國家未能提出正當化拘禁所要求的證據基礎⁶³。國內學界對新冠肺炎提審案件之討論則有認為依照憲法第 8 條體系解釋，居家檢疫並非單純的行政處分，提審法院拒絕實質審查是混淆事後救濟程序與剝奪人身自由之正當程序⁶⁴，亦有認為允許提審法院採取自由證明進行審查，並非允許法院限縮審查範圍於拘捕程序合法性，提審制度必須能對實體原因恣意或違法情形介入審查，否則無法達成人身自由救濟目的，

⁶¹ 臺北高等行政法院 111 年行提抗字第 1 號裁定書第 4 頁參照。臺北高等行政法院 111 年行提抗字第 8 號及第 17 號裁定亦採此見解。

⁶² David P. Fidler et al., *Through the Quarantine Looking Glass: Drug-Resistant Tuberculosis and Public Health Governance, Law, and Ethics*, 35 J. L. MED. & ETHICS 616, 622 (2007).

⁶³ See Christopher Ogolla, *Non-Criminal Habeas Corpus for Quarantine and Isolation Detainees: Serving the Private Right or Violating Public Policy?*, 14(1) DEPAUL JOURNAL OF HEALTH CARE LAW 135, 154 (2011).

⁶⁴ 陳陽升，隔離治療、居家檢疫與提審——以我國憲法上人身自由的保障體系為中心，*台灣法律人*，9 期，頁 67（2022）。

因此拘捕程序與實體合法性均應為提審法院之審查範圍⁶⁵。上述分析顯示，提審法院並無將審查範圍僅限於程序合法性之堅強立論基礎。

然而，誠如機師提審案所顯現的法律運作實況，法院要在即時裁定的時間壓力下審查、決定、回應諸多法律疑義，非屬易事。尤其目前傳防法中許多介入措施的法源依據僅有概括授權而無任何實質要件，檢疫地點與期間長短又易被視為公衛專業決定而適用判斷餘地理論，為避免實質審查流於空洞，除了傳防法必須明確化實體要件，包括相對人對公眾健康構成重大風險、已嘗試或為何不採用較小侵害手段、指定場所適於檢疫、針對特定族群具備正當性等之外，提審程序亦須強化行政機關之舉證義務，而非仰賴法院之職權調查。

在此須一提的是，提審法院實質審查後命釋放聲請人時，是否能如桃園地院之裁定主文，命「相對人應對於聲請人實施一人一戶之居家檢疫防疫措施」，亦即釋放相對人的同時，又命行政機關採取其他樣態之拘禁。法院如此裁定的原因可能是將居家檢疫視為行政處分，而在行政訴訟中原告之訴有理由時，法院得撤銷原處分並自為判決，故而法院因擔心釋放相對人的同時影響公共利益，命行政機關改實施家戶檢疫。但提審法第 9 條第 1 項前段規定「法院審查後，認為不應逮捕、拘禁者，應即裁定釋放」，並未允許提審法院為其他裁定，法院命釋放聲請人後，不應命行政機關以其他方式拘禁聲請人。

（六）其他問題

提審法就法院即時審理有諸多程序要求，包括 24 小時開提審票、直接審理等，提審法院應於裁定書中記載審理流程。實際上裁定書中無法得知者聲請人聲請的時間點，造成無法判斷繫屬時間起算

⁶⁵ 陳運財，強制檢疫隔離與人身自由之保障，月旦法學雜誌，323 期，頁 21(2022)。

點，僅有部分裁定提及法院在繫屬後 24 小時內連繫聲請人及相對人⁶⁶。又，提審法第 8 條第 2 項規定法院審查拘禁之法律依據、原因及程序時，前項審查，應予聲請人、被逮捕、拘禁人及逮捕、拘禁之機關到場陳述意見之機會；同法第 7 條第 2 項則允許法院在特殊情形以有聲音及影像相互傳送之設備訊問。新冠肺炎流行期間可認屬特殊情況，法院為訊問聲請人或相對人得以聲音及影像設備訊問，法條既謂「聲音及影像」，且見到法官是提審的核心目的，法院僅以電話訊問並不恰當，應以視訊方式訊問始符合要求。此外，法院是否進行調查，調查方式為何，並非每個裁定都有記載；即便有記載，也只能看出法院有調查，調查過程不明⁶⁷。為明確化法院是否遵守程序要求，裁定書應明確記載聲請人聲請時間，而非僅在裁定書中以 24 小時內有審理帶過，亦應記載調查方式、流程與內容。

此外，為使人民知悉救濟管道，提審法第 2 條要求逮捕拘禁機關負有向受逮捕拘禁人民履行提審權利告知之義務。由於 CDC 從一開始就不認為居家檢疫、旅館檢疫為拘禁，檢疫處分書上並未記載提審權利告知，在臺北高等行政法院對此表示不同意見後，聲請人亦就 CDC 怠於踐行此要求提出主張⁶⁸，但法院認為「**關於國籍航空公司機組員返臺後進行居家檢疫隔離之防疫措施，法律並未明文規定相對人須對於聲請人告知得為提審之聲請，況且本件聲請人已向本院為提審之聲請，縱使相對人未為告知，但對於聲請人之聲請提審之權利並無影響**⁶⁹。」按逮捕拘禁機關應依提審法第 2 條第 1 項向

⁶⁶ 桃園地方法院行政訴訟庭 111 年度行提字第 1 號裁定。

⁶⁷ 例如桃園地方法院行政訴訟庭 111 年度行提字第 47 號裁定第 3-4 頁：「…經疾管署命聲請人前往…進行居家檢疫，而聲請人已完整接種 3 劑疫苗滿 14 日且抗體檢測陽性等事實，業據聲請人於本院調查時陳明…。」但法院是如何調查，是視訊還是電話，抑或開提審票迎提，裁定書中未見說明。

⁶⁸ 臺灣桃園地方法院 111 年度行提字第 20 號地 6 頁第 4-5 行。

⁶⁹ 臺灣桃園地方法院 111 年度行提字第 20 號第 6 頁第 28-31 行、第 7 頁第 1 行。

人民為提審權利告知，無待其他法律明文；行政機關怠於為提審權利告知，更有提審法第 11 條第 1 項科新臺幣十萬元以下罰金之效果。法院以對聲請人權利無影響為由，未追究行政機關未踐行提審權利告知之責，有違提審法之要求。

肆、建議與結論

具有組織性的訴訟在臺灣難得一見，國籍航空公司機師在新冠肺炎流行期間近半年時間內，就入境檢疫措施連續提出 68 件提審聲請，為提審制度寫下歷史，深具法治意義。然而，法院裁定內容顯示提審制度距離發揮保障人身自由功能，尚有許多進步空間。法院不但有限縮拘禁定義及審理範圍、未遵守提審法所要求開提審票、訊問調查程序之傾向，甚至認為連續聲請已屬通案，可書面審查，機師們的提審運動妨礙防疫、浪費司法資源，法院的保守態度值得關注。雖然臺北高等行政法院已就部分爭議提出不同意見，包括認為居家檢疫、旅館檢疫符合拘禁定義，未來行政機關不論在什麼場所實施檢疫，均應踐行提審權利告知，提審法院應開提審票進行調查及訊問，且應進行全面性合法性審查，但上述看法能否成為主流見解，尚待觀察。但比較法上美國法院就隔離或檢疫之人身保護令，並無僅審查程序合法性之限制，且提審法院要求遭居家檢疫人民循訴願救濟，不但緩不濟急，亦不符憲法設置提審制度之本旨，人民必須保有透過提審，對隔離或檢疫措施合法性進行爭執的可能，否則行政機關剝奪人身自由之權力將難以獲得制衡。

然而，要達上述目的，仰賴法律明確化具體的實體要件。目前其他領域諸多非刑事被告之人身自由限制，在其作用法中均有具體的實體要件並提供救濟程序，例如入出國移民法中規定法院審理收容

異議、續予收容及延長收容裁定事件，現行精神衛生法就嚴重病人有自傷或傷人之虞採取緊急安置，經強制鑑定後始得向審查會申請強制住院許可，未來強制住院更須經法院裁定⁷⁰。然而，目前傳防法就檢疫手段欠缺定義，傳防法第 58 條第 1 項及第 3 項就檢疫權力僅有概括授權而無實體要件，致使此次新冠肺炎流行至第二年、在疫苗及有效藥物可得後，防治措施理應由非藥物的管制措施轉向藥物介入手段時，臺灣卻採取更嚴格的檢疫措施，將檢疫地點由自宅改為旅館或集中檢疫所，使國籍航空機組員陷入在旅館或公司宿舍檢疫不能回家，檢疫期間未滿又被派飛值勤，返國後重新起算檢疫期間也不能返家的無限迴圈。在法律欠缺檢疫之實體要件規範下，法院極易將檢疫期間、地點、環境條件視為公衛專業決定而屬行政機關判斷餘地，形成行政機關無須舉證風險程度足以正當化介入手段，反而是人民須自證無風險，讓實質審查流於形式。未來傳防法必須增訂檢疫定義，並要求主管機關採取檢疫手段應依最佳可得科學證據，證明檢疫手段、檢疫場所與期間，乃是防止具傳染性或可能具傳染性疾病傳播之最小限制手段；更須要求衛生機關定期監測受檢疫者之健康狀態，並且在沒有實質風險時立即釋放；檢疫期間應提供足夠生活所需、藥物與通訊方式，檢疫場所必須保持安全及衛生，不能因檢疫而讓人民受到進一步感染或傷害，同時盡可能滿足文化與宗教信仰的需求。唯有在法律中明確化檢疫手段之條件，才能讓法院在審理程序上要求行政機關對是否符合條件負起舉證義務，也才能讓法院之實質審查發揮保障人身自由功能。

此外，機師提審案提醒我們，人身自由既是憲法最重視的基本權利，為控制傳染病而實施之隔離或檢疫，此種屬於非刑事被告之逮捕拘禁應另闢蹊徑提供及時救濟程序，而非僅依賴提審制度。未

⁷⁰ 參見 2022 年 12 月 14 日修正精神衛生法第 59 條第 4 項。

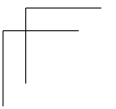
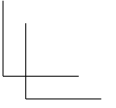
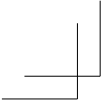
來傳防法中應就因應一般法定傳染病提供事前法官保留程序，若是面臨公共衛生緊急事件，事前法官保留可能影響防疫時效、造成巨大健康傷害，則可允許行政機關逕行實施隔離與檢疫，但應至少如精神衛生法中的緊急安置與強制住院程序，讓人民有隨時有向法院聲請停止的權利；對於行政機關逕行實施隔離與檢疫之最長期間應有所限制，例如十天，超過最長期間後之繼續實施隔離或檢疫，則應建立由法院定期審查制度，始能讓隔離或檢疫之權力適當受到節制。

新冠肺炎流行雖已受到控制，但未來可預期將會更頻繁發生新興傳染病流行。觀察人類對抗傳染病的歷史，防疫措施限制人民自由權利的最嚴重傷害，是傳染病會帶來政治上壓力，讓立法者或行政機關將社會的不滿歸咎於某一群人，這就是美國法院在著名的 *Jew Ho v. Williamson* 判決中所稱「邪惡之眼及不公之手」⁷¹。因此，越要追求集體安全，越需要法院保持警覺，謹慎判斷隔離及檢疫手段是否淪為偏見的打手，成為迫害特定族群的工具。我們需要法院對不同族群的差異化管制正當性多一些證據要求，因為我們已從機師提審案中經看到，在入境檢疫管轄權隨意移轉、切割，作用法權力亦無節制下，這個不公之手可延伸至勞動關係，形成以檢疫之名的勞動壓迫。法院需要先克服自己對新興傳染病流行的恐懼，才能不讓社會的恐懼勝過了科學理性，不讓法治在公衛危機中染疫，傳防法亦須強化實體要件規範與程序保障，促使檢疫權力之行使具備正當性。

⁷¹ *Jew Ho v. Williamson*, 103 F. 10 (C.C.N.D. Cal. 1900).

參考資料

- 林明鏘 (2022)。中央疫情指揮中心組織與職權。月旦法學教室，238，6-11。
- 林超駿 (2022)。提審之人身自由保障範圍——從實務之居家檢疫見解出發。台灣法律人，17，48-70。
- 胡宜如 (2014)。人權保障新篇章——談提審新制。司法新聲，112，9-23。
- 陳運財 (2022)。強制檢疫隔離與人身自由之保障。月旦法學雜誌，323，6-23。
- 陳陽升 (2022)。隔離治療、居家檢疫與提審——以我國憲法上人身自由的保障體系為中心。台灣法律人，9，57-69。
- Fidler, D. P., Gostin, L. O., & Markel, H. 2007. Through the quarantine looking glass: drug-resistant tuberculosis and public health governance, law, and ethics. *The Journal of law, medicine & ethics : a journal of the American Society of Law, Medicine & Ethics*, 35(4), 616-512.
- Gostin, L. O., & Wiley, L. F. 2016. *Public Health Law: Power, Duty, Restraint*. 3rd ed. University of California Press.
- Michelle M. Mello & C. Jason W. 2020. Ethics and Governance for Digital Disease Surveillance: The Question is Not Whether to Use New Data Sources but How. *Science*, 368(6494), 951-54.
- Ogolla, C. 2015. Non-Criminal Habeas Corpus for Quarantine and Isolation Detainees: Serving the Private Right or Violating Public Policy? *DePaul journal of health care law*, 14, 135.
- Ries N. M. 2004. Public health law and ethics: lessons from SARS and quarantine. *Health law review*, 13(1), 3-6.



被偷走的人工流產自由： 「多布斯訴傑克森女性健康組織 案」之國際人權法律評析*

李柏翰**、張竹苓***

目次

- 壹、前言
- 貳、種族、性別、宗教與階級交織的身體政治
- 參、從國際健康與性別人權視角檢視人工流產
- 肆、美國的國內與國際人權政治及其人權義務
- 伍、後羅時代中，那些被最高法院偷走的人生
- 陸、結論

* 感謝匿名審查人與編委會提供寶貴審查意見。本文初稿曾發表於「第二屆雙北法與醫藥生技論壇」，感謝與會者，尤其與談人翁燕菁副教授、張兆恬副教授、同場次發表人官曉薇副教授，以及該場次主持人賈文字副教授等人之評論與建議，對本文後續修改有實質且具體之幫助。

** 現職：國立臺灣大學健康政策與管理研究所助理教授。聯絡方式：pohanlee@ntu.edu.tw

*** 現職：國立臺灣大學全球衛生學程專案助理教授。聯絡方式：ritajhang@ntu.edu.tw

摘要

本文回顧從 1973 年的「羅訴韋德案」到 2022 年的「多布斯訴傑克森女性健康組織案」之發展，後者以所謂原旨主義論點否認了美國憲法已承認了近半世紀的人工流產自由及相關權利。在進步與保守勢力間的文化戰爭中，控制女人身體與生育的權力長期以來一直是與種族和性別不平等交織的問題。透過國際人權分析——尤其有鑑於不歧視、不倒退及所有人權相互關聯等原則——我們認為美國最高法院否認人工流產自由係不正當的，惟該不正當性是否構成違法性，取決於在條約及習慣國際人權法下美國所承擔的法律義務之理解與解釋。就此，我們亦觀察美國對「國際」人權制度之態度轉變與分歧，及其對國際和國內社會的影響。藉由「後羅時代」相對較短的時期內可獲得之所有證據，我們認為，美國最高法院剝奪了此項自由也負面影響了許多生活在美國境內外婦女和女童的人生，因此美國嚴重違反了國際人權法，更可能進一步推波助瀾當下襲捲全球的反性別運動及反人權運動。

關鍵詞：消除對婦女一切形式歧視公約、經濟社會文化權利國際公約、不歧視、不倒退、生育健康及權利、羅訴韋德案、人工流產

The Stolen Freedoms of Abortion: An International Human Rights Analysis of the *Dobbs* Case

Lee, Po-Han & Jhang, JhuCin Rita***

Abstract

This article begins by reviewing the development of *Roe v. Wade* in 1973 to *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* in 2022, which applied an originalist perspective to deny the freedom of abortion and the related right to entitlements that had existed and been recognised for nearly half a century in the US Constitution. In the culture war between progressive and conservative forces, the power to control women's bodies and reproduction has long been a problem of intersectional politics intertwined with racial and gender inequalities. Through an international human rights analysis – particularly in light of the principles of non-discrimination, non-regression, and the interrelatedness between all

* Assistant Professor
Institute of Health Policy and Management, College of Public Health, National Taiwan University
PhD, University of Sussex
ORCID: 0000-0001-7547-1235
pohanlee@ntu.edu.tw

** Project Assistant Professor
Global Health Program, College of Public Health, National Taiwan University
PhD, University of Texas at Austin
ORCID: 0000-0001-7068-379X
ritajhang@ntu.edu.tw

human rights – we consider illegitimate the US Supreme Court’s denial of abortion rights. However, whether such illegitimacy amounts to illegality depends on the understanding and interpretation of the legal obligations of the US under conventional and customary international human rights law. We thus elaborate on the changes and divisiveness regarding the US approach to the ‘international’ human rights regime and its impact on international and domestic planes. With all the evidence available in the relatively short period of the “post-Roe era”, we argue that the Supreme Court’s denial of abortion rights has also stolen the lives of many women and girls living in and beyond the US and, therefore, the US has seriously violated international human rights law, potentially fuelling the global anti-gender movement and anti-human rights movement.

Keywords: Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, non-discrimination; non-retrogression, reproductive health and rights, *Roe v. Wade*, abortion

太多次，一個女人的選擇、聲音和個人自由是由其他人為她決定的……我們過去生活在充滿不確定性和不安全感的時代，但是如此基本的權利被剝奪，而此裁判被推翻了，我擔心未來還會發生什麼事。

——雪萊·林恩·桑頓¹

壹、前言

2022 年美國聯邦最高法院針對「多布斯訴傑克森女性健康組織案」(Dobbs v. Jackson Women's Health Organization) 作出判決²。該案主要爭點出於密西西比州對 15 週胎齡後人工流產之禁令（僅容許少數例外）是否違憲？最高法院多數意見駁回了 1973 年的「羅訴韋德案」(Roe v. Wade)³ 及 1992 年的「計劃生育聯盟訴凱西案」(Planned Parenthood v. Casey)⁴，認為美國憲法並未承認人工流產的權利，規範人工流產的權力應交還人民及民意代表，由各州決

¹ Andrea Amiel, 'Daughter of 'Jane Roe' issues statement on Supreme Court's ruling', ABC NEWS (Jun. 27, 2022), <https://abcnews.go.com/US/live-updates/supreme-court-abortion/?id=85396940#85812533> ("Too many times has a woman's choice, voice, and individual freedom been decided for her by others... We have lived in times of uncertainty and insecurity before, but to have such a fundamental right taken away and this ruling be overturned concerns me of what lies ahead."). 雪萊·林恩·桑頓——1973 年「羅訴韋德案」背後的女人諾瑪·麥考維的親生女兒——通常被稱為「羅伊寶貝」。這些話來自桑頓於 2022 年 6 月 27 日星期一向 ABC 新聞發表的聲明，以回應美國最高法院推翻這一具有里程碑意義的案件。

² Thomas E. Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health, et al. v. Jackson Women's Health Organization, et al., 597 U.S. (2022).

³ Jane Roe, et al. v. Henry Wade, District Attorney of Dallas County, 410 U.S. 113 (1973).

⁴ Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania, et al. v. Robert P. Casey, et al., 505 U.S. 833 (1992).

定。2022 年的判決引起軒然大波，也吸引到聯合國人權機構與專家們的關注，唯恐此舉將大規模影響美國與其他社會中的女人與近半世紀好不容易取得的性別平權進程，也擔憂基於美國司法判決的影響力，本案將把各國進步與保守勢力間關於女人身體與生育自由的「文化戰爭」帶往遠離國際人權法發展的方向。

在此脈絡中，本研究以國際人權法為分析框架，尤以《消除對婦女一切形式歧視公約》及《經濟社會文化權利國際公約》等國際人權公約為基礎，檢視「多布斯訴傑克森女性健康組織案」判決之合法性，而這牽涉到美國自身對其國際人權法律義務之理解，故我們將美國自二戰後迄今對國際人權機制之態度轉變與分歧納入考量。就聯合國經濟社會及文化權利委員會（United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights，下稱「經社文權利委員會」）及消除對婦女歧視委員會針對健康權、生育自主、消弭性別歧視所發展之法理而言，該判決顯然違反了國際人權法。以下，本文將先介紹美國社會中種族、性別與階級交織之複雜的身體政治；再從國際人權法的視角來檢視人工流產自由的權利之發展，並探究美國國內人權政治如何影響國際人權法在美國的發展。最後，我們透過那些在「後羅時代」中被法院偷走的健康與人生作為證據，批判美國最高法院 2022 年之判決何其不負責任且極度危險。

貳、種族、性別、宗教與階級交織的身體政治

1969 年，年僅 21 歲的 Jane Roe（化名）想尋求人工流產，但她所居住的德州法律規定，只有在孕婦生命受到威脅時才能允許，其他狀況下人工流產一律違法。隔年，Roe 的律師 Sarah Weddington 及 Linda Coffee 代表她提告達拉斯郡地方檢察官 Henry Wade，主張

德州人工流產禁令違憲。德州北區地方法院判 Roe 勝訴後，檢方上訴最高法院。經三年審理，1973 年 1 月 22 日最高法院以美國憲法第十四條修正案中之「正當法律程序條款」(due process clause) 為女性提供基本隱私權為由，以 7 比 2 表決通過判決，宣告人工流產權為憲法保障之權利。此判決確立人工流產權為美國基本權利，也建立了「三孕期標準」：第一孕期（0-3 個月）孕婦能全權決定是否繼續懷孕；第二孕期（4-6 個月）各州得對人工流產加以規範，但不能禁止；第三孕期（7-9 個月）各州得對人工流產加以規範或禁止，除非繼續懷孕會傷害孕婦健康甚至死亡。此判決是美國婦權運動的重要里程碑。

美國自 20 世紀以來幾乎是全面禁止人工流產，雖然研究顯示至 1930 年止，美國各地的醫生還是每年執行了一百萬次的人工流產手術⁵，但當時人工流產鮮少被視為公眾議題，直到 1960-1970 年代婦女解放及性解放運動才引起生育權及人工流產自由的討論。當時有幾件重大事件，如 1962 年兒童節目主持人 Sherri Chessen 在未發現自己懷孕時服用了當時被用來治療多種病症、號稱非常安全不需處方即可獲得的新藥 Thalidomide，但很快德國發現多起服用 Thalidomide 的孕婦產下四肢畸形的嬰兒的案例⁶。Chessen 擔心自己的胚胎已受到影響故希望人工流產，但法規不允許，她只能飛到瑞典尋求人工流產手術⁷。另一個案件是 1964 年，Gerri Santoro 因接受非法流產而死亡的新聞震驚美國，同時美國各地也不斷傳出相同悲劇，因此有女性開始成立互助組織來因應人工流產的問題，例如

⁵ Paul S. Boyer, *The Oxford Companion to United States History* (2004).

⁶ James H. Kim and Anthony R. Scialli, *Thalidomide: The Tragedy of Birth Defects and the Effective Treatment of Disease*, 122(1) *TOXICOLOGICAL SCIENCES* 1 (2011).

⁷ Treva B. Lindsey, *A concise history of the US abortion debate*, *THE CONVERSATION* (June 10, 2019, 12:33PM), <https://theconversation.com/a-concise-history-of-the-us-abortion-debate-118157> (Jo Adetunji ed.).

Jane Collective。不過 1972 年，Jane Collective 被警察攻堅逮捕，其中七人被以協助人工流產罪起訴，每人面臨超過十年的有期徒刑，引發譁然⁸。

這些事件讓人工流產權逐漸成為全國公共討論的焦點，少數州也開始有限度放寬人工流產取得的權利，但其實直至 1973 年「羅訴韋德案」的判決讓人工流產成為憲法層次保障之基本權時，人工流產議題都不算是政治熱點，民主黨及共和黨在此議題上的意見並無明確差異，例如共和黨的加州州長雷根在 1967 年簽署了當時全國最高之人工流產保障⁹。「羅訴韋德案」判決出爐後，共和黨總統 Gerald Ford 持反對立場，但第一夫人 Betty Ford 卻是人工流產權的堅定支持者，而時任民主黨參議員的拜登則表達擔憂。芝加哥大學全國民意研究中心（National Opinion Research Center）所執行之「社會概況調查」（General Social Survey）1977 年的調查結果發現 39% 的共和黨人和 35% 民主黨人支持人工流產權，程度相當¹⁰。

然而，人工流產權的宗教和種族意涵則相對明顯，而教派間的消長與較量跟後來的政治分歧，與 2022 年「羅訴韋德案」被推翻有著決定性的關係。19 世紀中至 20 世紀初，美國當時主流的新教徒是反對人工流產的（尤其針對中產新教徒白人女性），因為他們擔心自己的人數被當時大量移入的天主教徒超過（當時愛爾蘭、義大利天主教移民在美國並不被視為白人）¹¹；但 1970 年代開始，天主

⁸ Kelly Suzanne O'Donnell, *Reproducing Jane: Abortion Stories and Women's Political Histories*, 43 SIGNS: J. OF WOMEN IN CULTURE AND SOCIETY (2017).

⁹ Merrie Monteagudo, *From the Archives: Reagan signed California law easing access to abortion 55 years ago*, THE SAN DIEGO UNION-TRIBUNE (June 28, 2022), <https://www.sandiegouniontribune.com/news/local-history/story/2022-06-28/from-the-archives-reagan-signed-california-law-easing-access-to-abortion-55-years-ago>.

¹⁰ Andy Sullivan, *Explainer: How abortion became a divisive issue in U.S. politics*, REUTERS (June 25, 2022), <https://www.reuters.com/world/us/how-abortion-became-divisive-issue-us-politics-2022-06-24/>.

¹¹ Nicola Beisel and Tamara Kay, *Abortion, Race, and Gender in Nineteenth-Century*

教派因教義解讀方式，成為反人工流產的主力，而新教教派為了抗拒與天主教派者同流，而不再反對人工流產¹²，例如全美最大的基督教新教教會美南浸信會（Southern Baptist Convention）在「羅訴韋德案」前的 1971 年及案後的 1974、1976 年，都明確表達對人工流產權的支持¹³。共和黨候選人尼克森在 1972 年競選總統時，為獲天主教徒和保守民眾支持，開始採取反人工流產的立場。尼克森當選後，共和黨延續此路線，並以反對人工流產來拉攏立場相近的教派。

同時，1970 年代出現許多重要社會轉變——反天主教的聲浪消退，愛爾蘭和義大利天主教移民已普遍被視為白人，而白人害怕自己的多數優勢被移民取代的憂慮轉向當時大量移入的拉丁美洲和亞洲移民。雖然美國社會對天主教徒的歧視明顯消退，保守的福音派還是反天主教派的主力，而天主教派趁 1960 年代風起雲湧的反戰、共產、無神論浪潮興起，將自己定位成新教徒同盟，一起對抗無神論，70 年代末期福音派順勢也站上反同性戀、反人工流產最前線¹⁴。此時，種族主義激進團體三 K 黨也成為反人工流產運動的一環。對三 K 黨而言，人工流產就是種族自殺（殺掉自己人），那麼反對人工流產的天主教就是種族主義盟友（白人越多越好），而非敵人。至此，反人工流產成為了保守教派跟白人至上種族主義武力

America, 69(4)AMERICAN SOCIOLOGICAL REVIEW 498(2004).

¹² Daniel K. Williams, *God's Own Party: The Making of the Christian Right* (Oxford: Oxford University Press, 2010).

¹³ Pipes Carol Pipes, *ACP: More churches reported; baptisms decline*, BAPTIST PRESS (Jun. 7, 2016), <https://www.baptistpress.com/resource-library/news/acp-more-churches-reported-baptisms-decline/>; Rund Abdelfatah, 'Throughline' Traces Evangelicals' History On The Abortion Issue, NATIONAL PUBLIC RADIO (Jun. 20, 2019), <https://www.npr.org/2019/06/20/734303135/throughline-traces-evangelicals-history-on-the-abortion-issue>.

¹⁴ Chip Berlet, *Introduction: The Roots of Reaction*, in TRUMPING DEMOCRACY: FROM REAGAN TO THE ALT-RIGHT (Chip Berlet ed. London: Routledge, 2019).

份子結合的契機¹⁵。

到了 1990 年，他們的結盟和壯大讓反人工流產運動越來越暴力，他們對於法律上缺乏人工流產限制感到不滿，因此將人工流產診所的醫護人員個人資料公開、跟蹤、攻擊、甚至謀殺這些醫護人員，人工流產診所遭受槍擊、縱火等，儼然成為了反人工流產恐怖主義¹⁶。反人工流產恐怖主義的種族歧視本質持續發酵，他們宣稱「人工流產殺死的胎兒比納粹時期的大屠殺還多、白人數量越來越少、次等族裔即將取代白人。」雖然共和黨主流並不贊同這樣的暴力做法，但保守價值觀隨著反人工流產立場，成為共和黨與民主黨決定性之差異。在社會概況調查和蓋洛普民意調查（Gallup Poll）中也清楚看到，1990 年代開始共和民主兩黨在人工流產權之支持上開始出現明顯分歧¹⁷。

1994 年的一個黑人女性主義會議中，創造出生育正義（reproductive justice）的概念，反對 1976 年的「海德修正案」（Hyde Amendment）中禁止聯邦資金用於補助任何人工流產的規定，強調人工流產必須是可負擔之醫療服務，因而將人工流產納入社會福利的討論中，為美國社會提供一個新視角來看人工流產議題，也使人工流產更加成為共和黨民主黨分界的重要指標¹⁸。由於生育正義的主張來自黑人女性主義者，反對人工流產的運動中，種族主義、父權主義極右派團體力道也越來越強烈¹⁹，共和民主兩黨

¹⁵ Karine Coen-Sanchez et al., Repercussions of overturning Roe v. Wade for women across systems and beyond borders, 191(1) REPRODUCTIVE HEALTH (2022).

¹⁶ Michele Wilson and John Lynxwiler, *Abortion clinic violence as terrorism*, 11(4) TERRORISM (Jan. 1, 1988).

¹⁷ Alex DiBranco, *The Long History of the Anti-Abortion Movement's Links to White Supremacists*, THE NATION (Feb. 3 2020), <https://www.thenation.com/article/politics/anti-abortion-white-supremacy/>.

¹⁸ Loretta J. Ross, *Reproductive Justice as Intersectional Feminist Activism*, 19(3) SOULS 286, 302(2017).

¹⁹ Pam Chamberlain and Jean V. Hardisty, *Reproducing Patriarchy: Reproductive Rights*

在人工流產、福利、種族等議題上之立場在選舉壓力的加速下，分歧走向極端²⁰。人工流產議題成為動員的有力工具，而保守組織的政治勢力持續在全美各地用不同方式推動反人工流產法案，最關鍵即係最高法院2022年關於「多布斯訴傑克森婦女健康組織案」之判決。

這裡需先談到川普在2015年加入共和黨總統候選人黨內初選，即便爭議不斷，但在策略性表態支持反人工流產後，原本反川普的福音派開始高調支持川普，爾後川普加碼承諾，若任期內有大法官職位空缺，他會任命反人工流產大法官以推翻「羅訴韋德案」²¹，福音派成為川普勝選的主因之一²²。川普當選後隨即於2017年任命 Neil Gorsuch 取代前一年過世的大法官 Antonin Scalia（此空缺原本應在歐巴馬總統任期最後一年任命，惟共和黨席次占多數之參議會阻擋其任命，直到他卸任），2018年任命 Brett Kavanaugh 接任退休大法官 Anthony Kennedy，2020年再任命 Amy Coney Barrett 接任過世大法官 Ruth Bader Ginsburg。至此，終生任命的九位最高法院大法官中有三位是川普任命，六位是保守派。

2018年密西西比州通過州法限制15週以上禁止人工流產，因此該州唯一人工流產診所傑克森婦女健康組織對州政府及其衛生署署長 Thomas Dobbs 提告。為何密西西比州該法備受爭議？1973年

Under Siege, THE PUBLIC EYE IX, 1 (2000).

²⁰ 在「羅訴韋德案」2022年被推翻前，皮尤研究中心（Pew Research Center）調查顯示民主黨支持人工流產比例為80%，共和黨只有38%。參見 PEW RESEARCH CENTER, *Public Opinion on Abortion* (May 17, 2022), <https://www.pewresearch.org/religion/fact-sheet/public-opinion-on-abortion/>.

²¹ Dan Mangan, *Trump: I'll appoint Supreme Court justices to overturn Roe v. Wade abortion case*, CNBC (Oct. 19, 2016), <https://www.cnbc.com/2016/10/19/trump-ill-appoint-supreme-court-justices-to-overturn-roe-v-wade-abortion-case.html>.

²² Trip Gabriel, *Donald Trump, Despite Impieties, Wins Hearts of Evangelical Voters*, NEW YORK TIMES (Feb. 27, 2016), <https://www.nytimes.com/2016/02/28/us/politics/donald-trump-despite-impieties-wins-hearts-of-evangelical-voters.html>.

的「羅訴韋德案」中，法院認為女性在懷孕前三個月之內享有不受法律干預而得自行選擇人工流產的憲法權利，此為憲法保障之隱私權的一部分。爾後於 1992 年的「計劃生育聯盟訴凱西案」中，法院雖然再次肯認了人工流產權，但不再使用妊娠期作為定性權利限制與否之框架，而改採胎兒在母體外存活能力 (viability) 為標準 (通常指懷孕 24 週後)，而在此之前之所有法律限制都構成了額外負擔 (undue burden)，侵害女性依憲法第十四條修正案所應享有之正當程序權，但當時法院亦提到該權利並非絕對，取決於科學技術進步、醫藥可近性等原因而影響胎兒存活之能力與時點。

因此「存活能力」變成一個充滿不確定性、搖搖欲墜的法律界線。自此之後，許多州開始通過「小於 24 週標準」之州法限制，以挑戰凱西案，而密西西比州的 15 週限制法案即為一例。傑克森婦女健康組織在聯邦地方法院提起訴訟，挑戰該法並請求緊急臨時限制令，地方法院批准了。隨後因州政府未證明胎兒在 15 週後即可離開母體後存活，地院判決婦女健康組織勝訴，禁止政府執行法律。州政府 2019 年上訴到第五巡迴法院，失敗後繼續上訴。最高法院在 2021 年 12 月進行辯論後不久，意見書草稿在 2022 年 5 月外流，主筆大法官 Samuel Alito 表示會判密西西比州政府勝訴，推翻他認為從一開始就錯誤的「羅訴韋德案」，表示人工流產的權利並未寫在美國憲法中 (亦不可能符合制憲者目的)，因此不是憲法保障的權利，也推翻了 1992 年的凱西案及其存活能力與額外負擔等論證²³。

在考慮是否推翻判例時，法院多數意見提到五大因素：法院錯誤之本質 (nature of the Court's error)、論證品質 (quality of the reasoning)、可行性 (workability)、對其他法律領域的影響 (effect

²³ Josh Gerstein and Alexander Ward, *Supreme Court has voted to overturn abortion rights, draft opinion shows*, *Politico*, POLITICO (May 2, 2022), <https://www.politico.com/news/2022/05/02/supreme-court-abortion-draft-opinion-00029473>.

on other areas of law)、信賴利益 (reliance interests)²⁴。針對法院錯誤，最高法院認為「羅訴韋德案」的判決並未嘗試說服眾多無法接受人工流產且不服其意見的美國人，亦無法代表1970年代當時的主流民意，反而逕自透過裁判關閉了民主討論的過程；這也影響其論證品質，以司法權取代立法工作，卻未舉出令人信服之歷史與科學證據，一來無法說明人工流產自由在制憲時之地位及其合憲性，二來無法提出醫學實證所支持之判斷門檻，因此使妊娠期（羅訴韋德案）及存活能力與額外負擔（凱西案）等標準顯得恣意、難以預見、不穩定而不可行 (unworkable)²⁵。

因此，最高法院認為過去兩案的判決導致許多重要但不直接相關的法律原則被扭曲，比如既判力原則 (res judicata principles)、解釋上盡可能使州法避免違憲之規則，因而使法院不再受制「先例拘束原則」(stare decisis)，而應可推翻「羅訴韋德案」。最後，法院認為否決兩案並不會影響具體的信賴利益——爭辯雙方雖就人工流產對婦女生命與胎兒狀況之影響進行激烈且矛盾的爭論，但法院認定權衡胎兒與母親利益相對重要性 (relative importance) 之推測，正好突顯了凱西案以「社會及經濟信念」(social and economic beliefs) 取代並背離了「原始憲法命題」(original constitutional proposition)²⁶。除在下一節將進一步分析判決結果如何且為何背離國際人權法下人工流產之規範解釋與發展，這裡將先針對最高法院多數意見之論點進行初步討論。

最高法院認為「羅訴韋德案」判決不符其所屬時代主流民意與多數州法規定，而有違民主原則，但美國憲法與國際人權法都曾強

²⁴ Thomas E. Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health, et al. v. Jackson Women's Health Organization, et al., 597 U.S. 5-8 (2022).

²⁵ *Id.* at 42-62.

²⁶ *Id.* at 62-69.

調多數決不等於民主，司法救濟應有抗多數困境（counter-majoritarian difficulty）的能力²⁷，以實現國家保護人民權利之義務。至 1992 年凱西案，美國並非仍無其他國際規範（如 1979 年通過之《消除對婦女一切形式歧視公約》）可參考，並用以檢視並補充憲法對人權保障不足之處。《世界人權宣言》中關於生命權之文本與談判歷史皆規定人權始於出生，後續其他國際和區域人權條約亦拒絕從受孕或出生前任何時點起算人權保障²⁸，故羅訴韋德案及凱西案所提供之標準（胎兒存活能力與利益）甚至不全然與人權規範相符²⁹。在全國甚至全球譁然中，最高法院於 2022 年 6 月 24 日公告判決，正式取消聯邦層級之人工流產權，讓各州自行決定人工流產法規。

²⁷ 如賓州中區聯邦法院 2005 年針對「奇茲米勒等人訴多佛學區等團體案」（Tammy Kitzmiller, et al. v. Dover Area School District, et al.）之判決，該案係關於在公立學校課程中聲明具宗教意涵之智慧設計（intelligent design）能夠替代演化論（evolution theory），以解釋物種起源的訴訟案件。Tammy Kitzmiller, et al. v. Dover Area School District, et al., 400 F. Supp. 2d 707 (2005).

²⁸ 如《歐洲人權公約》及《公民與政治權利國際公約》。參見 Rhonda Copelon, Christina Zampas, Elizabeth Brusie & Jacqueline deVore, *Human Rights Begin at Birth: International Law and the Claim of Fetal Rights*, 13:26 REPRODUCTIVE HEALTH MATTERS, 120-129 (Nov., 2005).

²⁹ 唯一例外係《美洲人權公約》，其設想生命權保障始於受孕，因此加拿大出於該條款潛在之反人工流產意涵，而始終未批准該條約。William A. Schabas, *Canadian Ratification of the American Convention on Human Rights*, 16(3) NETHERLANDS QUARTERLY OF HUMAN RIGHTS, 315-42(1998); Alvaro Paul, *Controversial Conceptions: The Unborn and the American Convention on Human Rights*, 9(2) LOYOLA UNIV. CHICAGO INT. LAW REV., 209-247 (2012); 李柏翰、安仰深，矯正錯誤：美洲區域中健康權利可訴訟性及司法化現象，台灣國際法學刊，19 卷 1 期，頁 199（2022 年）。亦參見 Douwe Korff, *The right to life: A guide to the implementation of Article 2 of the European Convention on Human Rights*, COUNCIL OF EUROPE-HUMAN RIGHTS HANDBOOKS NO. 8, Strasbourg: (2006).

參、從國際健康與性別人權視角檢視人工流產

美國聯邦最高法院雖透過原旨主義觀點否認了人工流產權利於美國聯邦憲法中之存在³⁰，但人工流產在國際人權法脈絡中其實也是略顯曖昧。國際人權公約幾乎不曾明文提及人工流產這個概念，僅係透過條約解釋將其視為實現生育權利（包括生育自由及生育健康）的重要手段之一，其他手段尚包括性教育、避孕措施、家庭計劃、孕產保健、產後照護。1994年9月國際人口與發展會議（International Conference on Population and Development, ICPD）通過之《人口與發展國際會議行動綱領》（Programme of Action of the ICPD）中第七、八章分別以「生育權利及生育健康」和「健康、發病率和死亡率」為標題，針對計劃生育、不安全流產等提出行動建議，這也是第一份定義生育權的國際文書³¹。

1995年9月召開第四次世界婦女大會通過《北京宣言暨行動綱領》（Beijing Declaration and Platform for Action）進一步肯認生育權保障對全面提升性別平等的重要性³²，其延續《人口與發展國際會議行動綱領》的主張，將不安全人工流產對婦女健康影響視為重大公共衛生議題，無論人工流產在一國內本身合法與否。³³然實際上

³⁰ 原旨主義係主張忠誠原初憲法之正當性以及文本原義之客觀性及可理解性，認為對憲法話語之解釋都應以立憲與制憲時之理解為基礎，如此憲法始能保持穩定；除非依法修憲，否則不應擴張或改變原義。其相對的是所謂「活的憲法」（living constitutionalism）。參見 LEE J. STRANG, ORIGINALISM'S PROMISE: A NATURAL LAW ACCOUNT OF THE AMERICAN CONSTITUTION, 9-42 (2019).

³¹ UNFPA, *Report of the International Conference on Population and Development* Cairo Sept. 5-13, 1994 (1995), A/CONF.171/13/Rev.1, paras. 7.2, 7.24, 7.44, 8.19.

³² U.N., *Beijing Declaration and Platform of Action*, adopted at the Fourth World Conference on Women (Oct. 27, 1995), paras. 95-96.

³³ *Id.* at para 106. 亦參見 Jonathan Mann and Sofia Gruskin, *Women's Health and Human Rights: Genesis of the Health and Human Rights Movement*, 14 HEALTH AND

未有國際人權公約定義生育權利（reproductive rights）一詞，其正式使用首見《身心障礙者權利公約》第 23 條第 1 項第 b 款規定之近用生育教育權（the right to access to reproductive education），國家負有義務提供必要措施使該權利得以實現。在區域層次，2005 生效的《非洲婦女權利的議定書》（又稱“Maputo Protocol”）第 14 條規定明確將婦女生育權視為人權，第 2 項第 c 款更明定「在性侵、強暴、亂倫，以及繼續懷孕將危及母親身心健康或母親或胎兒生命的情況下，（國家應）授權進行醫藥介入之人工流產。³⁴」

國際人權公約雖幾乎不曾在公約條文中直接連結「生育」與「權利」這兩個用語，但聯合國人權機構（包括依各公約建立之委員會）皆相當積極發展這項權利及相關國家義務範圍之詮釋³⁵，相關概念是否且如何及於尋求人工流產的權利，則攸關生育正義所包攝的範圍及其如何回應不同社群女人所遭受之多重邊緣化的情況³⁶。在國際人權法中，人工流產幾乎都在生育自由的脈絡中被討論，包括為行使該自由所需之安全且衛生的醫藥介入手段與相關保健服

HUMAN RIGHTS (1995).

³⁴ 條文原文：States Parties shall take all appropriate measures to protect the reproductive rights of women by authorising medical abortion in cases of sexual assault, rape, incest, and where the continued pregnancy endangers the mental and physical health of the mother or the life of the mother or the foetus.

³⁵ 聯合國人權機構包括條約所設立之機制（treaty-based mechanism，如主管各項公約的委員會）與憲章所設立之機制（charter-based mechanism，如人權理事會）及其轄下之特別程序（special procedures），如特定人權議題之特別報告員和獨立專家。見廖福特，聯合國人權委員會改革方案之分析，新世紀智庫論壇，32 期，頁 79-90（2005）。關於生育權在聯合國人權框架中之發展，參見 Tlaleng Mofokeng, *Report of the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health. Sexual and reproductive health rights: Challenges and opportunities during the COVID-19 pandemic*, UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY (July 16, 2021).

³⁶ Marge Berer, *Making Abortion a Woman's Right Worldwide*, 10(19) REPRODUCTIVE HEALTH MATTERS(2002); Jolly Jallicia, *On Forbidden Wombs and Transnational Reproductive Justice*, 15(1) MERIDIANS (2016).

務，始不會導致該項自由權利與健康、安全、生命等其他權利產生矛盾。³⁷《消除對婦女一切形式歧視公約》下列規定，經常被用來推論婦女權利之平等應包括選擇並近用人工流產服務的自由：³⁸

第 12 條第 1 項：

締約各國應採取一切適當措施以消除在保健方面對婦女的歧視，保證她們在男女平等的基礎上取得各種包括有關計劃生育的保健服務。

第 14 條第 2 項第 b 款：

締約各國應採取一切適當措施以消除對農村婦女的歧視，保證她們在男女平等的基礎上參與農村發展並受其益惠，尤其是保證她們有權利用充分的保健設施，包括計劃生育方面的知識、輔導和服務。

第 16 條第 1 項第 e 款：

締約各國應採取一切適當措施，消除在有關婚姻和家庭關係的一切事務上對婦女的歧視，並特別應保證婦女在男女平等的基礎上，有相同的權利自由負責地決定子女人數和生育間隔，並有機會使婦女獲得行使這種

³⁷ Michelle Murphy, *Seizing the Means of Reproduction: Entanglements of Feminism, Health, and Technoscience* (2012); Anna Williams Shavers, *Using Customary International Law to Improve Women's Lives, Reexamining Customary International Law* (Brian D. Lepard ed. 2017).

³⁸ Jallicia, *supra* note 36.

權利的知識、教育和方法。

消除對婦女歧視委員會將「拒絕只有婦女需要的醫療程序，如人工流產」視為性別歧視，因此國家欠缺對人工流產自由及保健服務保障之立法將可能構成健康權上之不平等³⁹。而第 16 條第 1 項第 e 款承認之婦女「自由負責地決定子女人數和生育間隔」的權利，雖未明文提及「人工流產」，但係最常被援引為合法人工流產的法律依據之條款，也因此許多國家特別對其提出條約保留，以不影響其國內家事法及其他相關法規為原則，進而免除它們放寬人工流產限制的條約義務（如大部分伊斯蘭國家）⁴⁰。消除對婦女歧視委員會於其第 19 號一般性建議，即建議各國應「確保婦女不致因缺乏適當節育服務，而被迫尋求不安全的醫療手術，例如非法人工流產」⁴¹。

針對「享受可能達到之最高健康標準的權利」（即健康權）最權威性之解釋為經社文權利委員會第 14 號一般性意見亦援引了 1994 年的《人口與發展國際會議行動綱領》及 1995 年的《北京宣言暨行動綱領》作為生育健康與婦女健康定義之法源依據⁴²。又健康權具有自由權（freedoms）及受益權（entitlements）兩大面向，前者包括性與生育自由，後者包括生育健康教育、資訊與照護⁴³。委員會亦認為《經濟社會文化權利國際公約》第 12 條第 2 項第 1 款之規定「設法減低死產率及嬰兒死亡率，並促進兒童之健康發育」

³⁹ Rebecca J. Cook and Bernard M. Dickens, *Human Rights Dynamics of Abortion Law Reform*, 25(1) HUMAN RIGHTS QUARTERLY (2003).

⁴⁰ 參見 *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, N. Y. 18 Dec. 1979, A/RES/34/180, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&clang=en.

⁴¹ CEDAW, CEDAW General Recommendation No. 19: Violence against women (1992), para. 24 (m).

⁴² CESCR, General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12 of the Covenant) (May 2, 2016), E/C.12/2000/4, footnote 3.

⁴³ *Id.* at paras. 8, 11.

應理解為政府「須採取措施，以改善……生育健康服務，包括獲得計畫生育服務……以及根據獲得的資訊採取行動所需之資源」，而生育健康係自由決定是否且何時生育的權利⁴⁴。

雖然經社文權利委員會在第14號一般性意見中並未使用人工流產一詞，但其在「關於性與生育健康權利」第22號一般性意見中表示，國家「拒絕提供流產服務往往導致孕產婦死亡和生病，將構成對生命權或人身安全權之侵害」，在某些情況下甚至可能構成「酷刑和其他殘忍、不人道或侮辱的處遇」⁴⁵。換言之，經社文權利委員會在健康權（尤其生育健康權）的脈絡中承認婦女享有人工流產之自由與權利，包括相關資訊、知情同意、介入措施之選擇及術後照護，因此也須受到可取得性（availability）、可近用性（accessibility）、可接受性（acceptability）及品質（quality）等四大基本要件之檢驗⁴⁶，而基於健康權實現之性別平等觀點，國家有義務鬆綁限制人工流產自由之法規與政策，減少不安全的人工流產，以實現對女人生育健康自主決定權利之尊重、保護及促進等三個層次的人權義務⁴⁷。

兒童權利委員會亦於其「關於青少年的健康和發展」之第4號一般性意見中提到，為確保對青少年健康及身心發展權之尊重，應考量會加劇青少年易受傷害的社會與行為因素，以避免「不安全人工流產」伴隨之重大健康風險、罹病率及死亡率⁴⁸。委員會又於

⁴⁴ Id. at para. 14, footnote 12.

⁴⁵ CESCR, General Comment No. 22 on the Right to sexual and reproductive health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) (2016), May 2, 2016, E/C.12/GC/22, para. 10.

⁴⁶ CESCR, General Comment No. 22, paras. 13, 18, 21. 亦參見 World Health Organization, *Safe Abortion: Technical and Policy Guidance for Health Systems* (2nd ed. Geneva: 2012).

⁴⁷ Id. paras. 28, 40-48.

⁴⁸ CRC, General comment No. 4: Adolescent Health and Development in the Context of the Convention on the Rights of the Child (1 July 2003), CRC/GC/2003/4, paras. 31,

「關於兒童享有可達到最高標準健康的權利」的第 15 號一般性意見中再強調《兒童權利公約》第 24 條第 2 項第 d 款之「確保母親得到適當的產前及產後健康照顧」及第 f 款之「發展預防保健、針對父母與家庭計畫教育及服務之指導方針」等兩項規定，皆包括獲得人工流產之資訊、安全的人工流產手術與術後保健服務等，不論其本身於該國內是否合法⁴⁹。人工流產的自由權不僅包括選擇相關手術的自主權，亦及於免於被迫人工流產的自由⁵⁰。

由上述可知，人工流產經常是被置於生育健康權的脈絡上被討論，故提供相關選擇應係健康權保障之重要指標（包括尊重、保護與促進等層次之義務），而對其施予任何限制則須受到嚴格檢視，而此類限制必須係為追求其他公益目的、法律保留原則及民主原則，且係透過侵害最小之手段為之，並且相關限制需經常受到審查與檢討。又根據當代國際人權規範，即 1993 年《維也納宣言及行動綱領》第 5 條所揭示「所有人權均為普遍、不可分割、相互依存且相互聯繫的」，而權利之行使及保障方式「固然須考慮民族特性和地域特徵的重要性，以及不同的歷史、文化和宗教背景，但各國，不論政治、經濟和文化體系如何，都有義務促進和保護一切人權和基本自由。」

換言之，人工流產作為一項人權，必然與其他人權相互有關，

37.

⁴⁹ CRC, General comment No. 15 (2013) on the right of the child to the enjoyment of the highest attainable standard of health (art. 24) (2013), 17 April 2013, CRC/C/GC/15, paras. 31, 54, 56, 70.

⁵⁰ 如身心障礙者權利委員會在「關於身心障礙婦女及女孩」的第 3 號一般性意見中提到，未經自由及知情同意的情況下進行任何醫療介入，包括人工流產，構成「暴力、剝削及虐待，而可被視為殘忍、不人道或有辱人格的待遇」，而身心障礙婦女應都須能行使其法律能力，在醫療方面自主做出決定——必要時，得在他人協助下做出相關決定，惟應以障礙婦女本人之最佳利益為核心。參見 CRPD, General Comment No. 3, Article 6: Women and girls with disabilities (Sept. 2016), CRPD/C/GC/3, paras. 32, 40, 44.

其實現取決於其他人權之保障，其保障與否亦會影響其他人權之實現情況。這亦符合自 1990 年代以降全球範圍內之健康與人權運動（Health and Human Rights Movement）之預設，即所有的衛生政策與方案都將對人權產生影響，實證上人權保障與健康促進之間亦為正相關之關係⁵¹。消除對婦女歧視委員會在「關於婦女和保健」的第 24 號一般性建議中即提到，國家應從婦女之需求及利益出發，設計、規劃並實施具性別敏感度之衛生政策，比如針對人工流產欠缺保密與隱私保障，將使「婦女不願尋求諮詢和治療，從而對其健康與福祉產生不利影響」，而這將潛在侵害了女人的自主、隱私、知情同意權及醫療保健服務之選擇權⁵²。

從《經濟社會文化權利國際公約》觀之，大部分的經社文權利（包括健康權），不僅要求國家做或不做的行為義務，其結果也需要定期受到檢視，以確保國家的作為是的確有效且正當的，而這裡就需要提兩項至關重要的人權原則——不歧視原則（non-discrimination）及不倒退原則（non-retrogression）。聯合國人權機構與專家在不同場域中皆重申，拒絕提供只有女人會需要的醫療服務（包括人工流產）是一項性別歧視，甚至構成基於性別之暴力（gender-based violence）、酷刑或有辱人格之待遇⁵³。在一國內若法

⁵¹ 參見 Sedef Akgungor et al., Correlation between human rights promotion and health protection: a cross country analysis, 13(1) INT. J. OF HUMAN RIGHTS IN HEALTHCARE (2020); Lynn P. Freedman, Reflections on Emerging Frameworks of Health and Human Rights, 1(4) HEALTH AND HUMAN RIGHTS (1995); Kristi Heather Kenyon, Lisa Forman, and Claire E. Brolan, Deepening the Relationship between Human Rights and the Social Determinants of Health: A Focus on Indivisibility and Power, 20(2) HEALTH HUM RIGHTS (Dec. 2018).

⁵² CEDAW, General Recommendation No. 24: Art. 12 of the Convention (Women and Health) (1999), A/54/38/Rev.1, chap. I, paras. 12(d), 14, 31(c).

⁵³ CEDAW, General Recommendation No. 35 on Gender-Based Violence Against Women, Updating General Recommendation No. 19 (July 26, 2017), CEDAW/C/GC/35, para. 18; UNHRC, Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment (Jan. 5 2016),

律規範與保障實踐不一致，婦女僅因居住在不同地區、屬於不同種族或族裔或擁有不同行動能力，導致其行使甚至擁有生育及人工流產自由承受差別待遇，則國家負有立即義務（immediate obligations）去消除多重歧視交織的狀況⁵⁴。

又《經濟社會文化權利國際公約》第2條第1項規定，「締約國承允，盡其資源能力所及，各自並藉國際協助與合作，特別在經濟與技術方面，採取種種步驟，務期以所有適當方法，尤其包括通過立法措施，逐漸使各種權利完全實現。⁵⁵」此規定要求各國依其自身能力與可用資源，盡力使各項權利之受益權被逐步實現（progressive realisation），國家雖毋須一步到位，但也不能恣意取

A/HRC/31/57, para. 44; United Nations OHCHR. 'Abortion', Information Series: Sexual and Reproductive Health and Rights (updated 2020), https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Women/WRGS/SexualHealth/INFO_Abortion_WEB.pdf.

⁵⁴ CEDAW, General Recommendation No. 34 on the rights of rural women (Mar. 7, 2016) CEDAW/C/GC/34, para. 38; CRC, General Comment No. 20 on the implementation of the rights of the child during adolescence (Dec. 6, 2016), CRC/C/GC/20, para. 60. 亦參見 CERD, General Recommendation XX on Article 5 of the Convention, A/51/18 (1996); General Recommendation no. 32, The meaning and scope of special measures in the International Convention on the Elimination of All Forms [of] Racial Discrimination (Sept. 24 2009), CERD/C/GC/32; 以及 CESCR, General Comment No. 16: The Equal Right of Men and Women to the Enjoyment of All Economic, Social and Cultural Rights (Art. 3 of the Covenant) (Aug. 11, 2005), E/C.12/2005/4; CESCR, General Comment No. 20: Non-discrimination in economic, social and cultural rights (art. 2, para. 2, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) (July 2, 2009), E/C.12/GC/20. 在美國，聯邦政府基於公共衛生服務法（Public Health Service Act）第10條所補助的「Title X 家庭生育計畫」長期以來都呈現高度健康不平等的現象。參見 Rebecca J. Kreitzer et al., Affordable but Inaccessible? Contraception Deserts in the US States, 46(2) J. OF HEALTH POLITICS, POLICY AND LAW (2021).

⁵⁵ 原文：“Each State Party to the present Covenant undertakes to take steps, individually and through international assistance and co-operation, especially economic and technical, to the maximum of its available resources, with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized in the present Covenant by all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures.”

消或減少保障，即所謂「不倒退原則」⁵⁶。經社文權利委員會曾多次提到倒退措施（retrogressive measures）原則上為公約所不允許，除非國家遇到難以抗拒之經濟動盪、天災人禍等政治社會危機，因而產生新的資源分配的需求，惟相關措施仍須以保障最多權利、對個人影響最小、行為與效果皆不歧視為條件⁵⁷。

然而，不倒退原則有其法律適用上難以解釋的問題，經社文權利委員會更是經常透過不同方式來描述倒退措施，因國家發展程度、採取手段、欲回應之危機情境差異，而難有一致之理解⁵⁸。委員會曾認為國家應承擔舉證責任，證明為何未採取任何步驟或採倒退步驟（實現相關權利）是「基於最仔細考量」並已「充分利用現有資源」，惟倒退措施若屬正當而可允許（permissible）之例外⁵⁹，如何判斷危機終止、終止後是否需立即恢復原狀，其實仍難認定。委員會對許多國家自 2011 年歐洲經濟危機後陸續採取擲節措施減少公共支出，影響經社文權利甚鉅，寫了一封公開信提醒各國不倒退原則之重要性，惟其用語與要件與其針對各國國家報告之結論性意

⁵⁶ CESCR, General Comment No. 3: The Nature of States Parties' Obligations (Art. 2, Para. 1, of the Covenant) (Dec. 14, 1990), E/1991/23. 亦參見 KATHARINE G. YOUNG, CONSTITUTING ECONOMIC AND SOCIAL RIGHTS (2012).

⁵⁷ CESCR, General Comment No. 13: The Right to Education (Art. 13 of the Covenant) (Dec. 8, 1999), E/C.12/1999/10, para 4; General Comment No. 14, paras. 32, 38; General Comment No. 15: The Right to Water (Arts. 11 and 12 of the Covenant) (20 Jan. 2003) E/C.12/2002/11, paras. 19, 42; General Comment No. 19: The right to social security (Art. 9 of the Covenant) (Feb. 4, 2008), E/C.12/GC/19, paras. 42, 64; CESCR, General Comment No. 18: The Right to Work (Art. 6 of the Covenant) (Feb. 6, 2006), E/C.12/GC/18, paras. 21, 34.

⁵⁸ Ben T. C. Warwick, Socio-economic rights during economic crises: A changed approach to non-retrogression, 65 THE INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW QUARTERLY 249(2016).

⁵⁹ CESCR, Statement: An evaluation of the obligation to take steps to the “maximum of available resources” under an Optional Protocol to the Covenant (38th sess: Geneva: Sept. 21, 2007), E/C.12/2007/1. Available from <https://digitallibrary.un.org/record/607726>.

見並不完全一致⁶⁰，可見該原則在操作上的確有可能出現普遍狀況與個案狀況之間的落差⁶¹。

另一例子係《身心障礙者權利公約》第 4 條第 2 項關於「逐步充分實現」障礙者經社文權利之規定。身心障礙者權利委員會亦有進一步應用不倒退原則，其在「關於融合教育」之第 4 號一般性意見指出，國家應重新分配教育預算、投資融合教育之發展，而「任何倒退措施只能是限於危機時期之臨時性措施，且須是必要、合乎比例且不歧視的」⁶²。又於「關於自立生活與融入社區」第 5 號一般性意見中表示，國家須針對為應對金融危機所採取倒退措施之適法性負舉證責任⁶³，但關於消除歧視之立即義務，包括因應障礙者之能力提供合理調整，不屬於逐步實現的範圍，因此不允許倒退。⁶⁴兒童權利委員會則尚未闡釋過此原則⁶⁵。

除人權保障不該倒退之外，誠然在國際人權法脈絡中，人工流產或許原本並未出現在約文中，而係透過修約解釋實踐積累而來，而顯得曖昧。惟國際人權法學界普遍認知到國際人權法本質上必然

⁶⁰ CESCR, Letter Dated 16 May 20 Addressed by the Chairperson of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights States Parties to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (May 16, 2012) Doc HRC/NONE/2012/76, UN ref. CESCR/48th/SP/MAB/SW. <https://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/Lettercescrtosp16.05.12.pdf>. 亦參見 CESCR, Statement by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights on Public debt, austerity measures and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (July 22, 2016), E/C.12/2016/1.

⁶¹ Ben T. C. Warwick, Unwinding Retrogression: Examining the Practice of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 19(3) HUMAN RIGHTS LAW REV. (2019).

⁶² CRPD, General Comment No. 4, Article 24: Right to inclusive education (2 Sept. 2, 2016), CRPD/C/GC/4, para. 40.

⁶³ CRPD, General Comment No. 5 on living independently and being included in the community (Oct. 27, 2017) CRPD/C/GC/5, paras. 43-45.

⁶⁴ Id. para. 46.

⁶⁵ Seamus Byrne, Reclaiming Progressive Realisation: A Children's Rights Analysis, 28(4) THE INT. J. OF CHILD. RIGHTS (2020).

係「活的文書」(living instrument)，比如歐洲人權法院 (European Court of Human Rights) 與消除種族歧視委員會針對種族歧視定義中之「民族本源」(national origin) 是否包括國籍 (nationality) 歧視一事，做出較寬鬆之解釋，以符合公約盡可能消除各種形式種族歧視之目的，但國際法院 (International Court of Justice) 卻仍傾向採拘泥於締約時文義與締約情境之解釋方法⁶⁶。在性別議題方面，美洲人權法院與許多人權公約所設立之委員會亦透過「活的文書」之方法，將一般不歧視條款中之性別 (sex) 詮釋為包括性傾向 (sexual orientation)⁶⁷。

可見若國家不提供生育健康服務 (包括近用安全、合法且有效之人工流產服務的權利) 即可能違反國際人權法中之不歧視原則，遑論撤回 (revoke) 自 1973 年「羅訴韋德案」後已保障了近半世紀的人工流產自由，不僅嚴重違反了不倒退原則，亦否定了人權概念之詮釋應為與時俱進、活的規範 (living norms)。面對「多布斯訴傑克森婦女健康組織案」之結果，前聯合國人權事務高級專員 (UN High Commissioner for Human Rights) Michelle Bachelet 隨即

⁶⁶ 參見 David Keane, Mapping the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination as a Living Instrument, 20(2) HUMAN RIGHTS LAW REV. (2020); Cathryn Costello and Michelle Foster, Race Discrimination Effaced at the International Court of Justice, 115 AJIL UNBOUND (2021). 相較委員會，國際法院「文旨主義」的傾向可見 2008 年「喬治亞訴俄羅斯案」的暫時性措施令 (Provisional Measures Order) 及同案 2011 年針對先決反對 (Preliminary Objections) 之判決、2017 年「烏克蘭訴俄羅斯案」的暫時性措施令及其 2019 年之先決反對判決、2018 年「卡達訴阿拉伯聯合大公國案」之暫時性措施令等。

⁶⁷ 參見 Olufemi Amao, Developments in the Inter-American Human Rights System 2011-12: Sexual Orientation, Gender Identity and Domestic Violence, 1(1) INT. HUMAN RIGHTS LAW REV. (2012); Jorge Contesse, Sexual Orientation and Gender Identity in Inter-American Human Rights Law, 44(2) N. C. J. INT. LAW (2018); 李柏翰，全球性／別平權運動與國際人權法：突破文義解釋的界限，台灣國際法季刊，14 卷 2 期，頁 39 (2017)。

發布聲明指出此判決係「令人遺憾之違反人權保障趨勢的作為」⁶⁸。眾多人權專家之聯合聲明更直指該判決為「將危及婦女健康與生命之人權保障嚴重倒退 (serious regression)」，批評最高法院無視美國在國際人權法下保護婦女生命與安全免受人工流產限制有害影響之法律義務⁶⁹。

肆、美國的國內與國際人權政治及其人權義務

在「多布斯訴傑克森婦女健康組織案」審理過程，共有 150 幾份法庭之友意見書 (amicus curiae)，可見其爭議與爭論之激烈，其

⁶⁸ Michelle Bachelet. *Statement on US ruling on Dobbs v Jackson Women's Health Organization*. UN NEWS (Jun. 24, 2022), <https://www.ohchr.org/en/statements/2022/06/bachelet-us-ruling-dobbs-v-jackson-womens-health-organization>.

⁶⁹ 此聯合聲明係由「婦女與女童歧視問題工作小組」之 Melissa Upreti (主席)、Dorothy Estrada Tanck (副主席)、Elizabeth Broderick、Ivana Radačić 及 Meskerem Geset Techane，以及健康權特別報告員 Tlaleng Mofokeng、暴力侵害婦女行為及其原因和後果問題特別報告員 Reem Alsalem 共同起草。OHCHR, *Joint web statement by UN Human rights experts on Supreme Court decision to strike down Roe v. Wade*. UN NEWS (June 24, 2022), <https://www.ohchr.org/en/statements/2022/06/joint-web-statement-un-human-rights-experts-supreme-court-decision-strike-down>. 相關新聞稿亦獲得以下特別程序任務負責人之認可，包括宗教或信仰自由問題特別報告員 Ahmed Shaheed、障礙者權利問題特別報告員 Gerard Quinn、文化權利領域特別報告員 Alexandra Xanthaki、人口販運尤其婦女與兒童問題特別報告員 Siobhán Mullally、當代種族主義、種族歧視、仇外及相關不容忍行為問題特別報告員 E. Tendayi Achiume 及隱私權問題特別報告員 Ana Brian Nougères。參見 OHCHR., *USA: UN experts denounce Supreme Court decision to strike down Roe v. Wade, urge action to mitigate consequences*, UN PRESS RELEASES (Jun. 24, 2022), <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2022/06/usa-un-experts-denounce-supreme-court-decision-strike-down-roe-v-wade-urge>. 事實上，在「多布斯訴傑克森婦女健康組織案」之前，美國許多州逐漸限縮人工流產權的規定亦在實證上引發逐漸升高之「妊娠相關死亡率」(pregnancy-related mortality)。Amanda Jean Stevenson, *The Pregnancy-Related Mortality Impact of a Total Abortion Ban in the United States: A Research Note on Increased Deaths Due to Remaining Pregnant*, 58(6) DEMOGRAPHY (2021).

中有三份意見書特別針對國際人權法進行討論，包括支持生育權包含人工流產自由之國際法與比較法分析，因此主張美國不應與全球範圍內「逐漸開放人工流產法規」(liberalization of abortion laws)的趨勢背道而馳，尤其相關權利之限縮甚至剝奪將進一步侵害美國管轄權下婦女與女童之健康權、自主權與平等權⁷⁰。但亦有國際法學者意見認為，無論依條約或習慣國際法，被承認為人權的都僅是生育健康，而並不及於人工流產之自由，遑論積極提供相關服務⁷¹。弔詭的是，同一份意見書竟主張未出生的胎兒係國際法下之權利人 (rights-holders)，而國家擁有保護其生存之主權權利，而顯然不符當代國際人權法之解釋實務。

第三份意見書係由聯合國人權任務負責人（即上述人權特別程序選任專家）提出，重申國際人權公約建構出對人工流產權之保障論述，包括消極不干預個人自主及積極確保相關措施之安全性與品質。再者，雖意見書未明說人工流產自由已成為習慣國際法的一部分，但透過過去幾十年間各國透過立法或司法方式逐漸鬆綁法律限制之國際實踐，以及相關實踐與各國對國際人權之尊重彰顯促進性

⁷⁰ Supreme Court of the United States of America, Thomas E. Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health, et al. v. Jackson Women's Health Organization, et al., Case No. 19-1392, Brief of international and comparative legal scholars as Amici Curiae in support of respondents, 20 September 2021. Available at: https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/19/19-1392/192929/20210920124903156_Brief%20of%20Intl%20and%20Comparative%20Legal%20Scholars%20as%20Amici%20Curiae%20in%20Support%20of%20Respondents.pdf [accessed 27 June 2022].

⁷¹ *Dobbs*, 19-1392, Brief of 141 International Legal Scholars As Amici Curiae in Support of Petitioners, 28 July 2021. Available at: https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/19/19-1392/185170/20210729071535904_19-1392%20Amicus%20Brief%20of%20141%20International%20Legal%20Scholars.pdf [accessed 1 November 2022]. 不過，實證研究的確顯示批准《消除對婦女一切形式歧視公約》與人工流產管制政策自由化之間係呈現正相關之關係的，參見 Kate Hunt and Mike Gruszczynski, *The Ratification of CEDAW and the Liberalization of Abortion Laws*, 15(4) POLITICS & GENDER (2019).

別平等的法之信念 (opinio juris)，國際人權專家似暗示人工流產管制自由化有形成習慣法的趨勢⁷²。無論如何，美國於 1970 年已批准《公民與政治權利國際公約》，其監督機關人權事務委員會於「關於生命權」第 36 號一般性意見中，透過長年累積對相關個人申訴案件之意見，強調「締約國應消除婦女和女童有效獲得安全且合法人工流產之既有障礙……並且不得再引入新的障礙」⁷³。

換言之，對聯合國人權專家而言，若美國推翻其對人工流產的既有之憲法保護，將與國際人權法嚴重抵觸——既否認人工流產為女人自主與平等所必需之權利，亦違反人權保障不得倒退之國際法原則。從歷史的角度來看，美國與聯合國國際人權系統之間確實存在複雜的愛恨糾葛，而這從聯合國人權任務負責人的法庭之友意見書可以觀察出，專家們難以直接援引大部分國際人權公約來申明美國聯邦最高法院所應考量之人權義務。美國已批准之人權條約包括上述之《公民與政治權利國際公約》及於 1992 和 1994 年批准之《消除一切形式種族歧視國際公約》與《禁止酷刑公約》。而美國簽署但未批准之條約包括《經濟社會文化權利國際公約》、《消除對婦女一切形式歧視公約》、《兒童權利公約》及《身心障礙者權利公約》。

然而，無論是將「不合理限制人工流產」視為歧視的《消除對婦女一切形式歧視公約》或認為生育權保障隱含「逐步鬆綁人工流產管制」之《經濟社會文化權利國際公約》，美國都只有簽署而未批准。美國卡特政府在聯合國起草《消除對婦女一切形式歧視公

⁷² *Dobbs*, 19-1392, Brief of U. N. mandate holders as amici curiae in support of respondents (Sep. 20, 2021). https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/19/19-1392/193045/20210920163400578_19-1392%20obsac%20United%20Nations%20Mandate%20Holders.pdf.

⁷³ HRC, General Comment no. 36, Article 6 (Right to Life) (Sept. 3, 2019), CCPR/C/GC/35, para. 8.

約》時發揮了重要的影響力，亦係 1980 年第一批簽署該公約的國家，然而參議院從未通過條約批准案。目前《消除對婦女一切形式歧視公約》擁有 189 個締約國，是唯一全面保護婦女人權且近乎普遍之條約⁷⁴，除美國外，世界上尚未加入該公約的國家為伊朗、帛琉、索馬利亞、蘇丹、東加和教廷，而最近一個於 2015 年 4 月 30 日加入公約的國家是南蘇丹。美國曾在 1988 年、1990 年、1994 年、2000 年和 2010 年多次嘗試批准，但均未成功取得參議院三分之二投票同意（共 100 席議員，故至少需 67 票）並建議總統批准條約。

儘管國內有強大反對力道，但亦有許多人支持美國批准《消除對婦女一切形式歧視公約》。每次參議院外交關係委員會審議公約批准案時，都有政治領導人、婦女團體、法界與學術圈廣泛支持，但反對者如前北卡羅來納州共和黨參議員 Jesse Helms 等人強烈主張該公約是基進女性主義者（radical feminists）的政治議程，企圖將反家庭價值（anti-family values）寫入國際條約，約束其締約國。諷刺的是，當時公約起草人之一為共和黨總統尼克森任命於聯合國婦女地位委員會（Commission on the Status of Women）的代表 Patricia Hutar，甚至說服數個共產國家批准公約⁷⁵。1995-2001 年擔任外交關係委員會主席的 Helms 拒絕舉行也不願參加聽證會⁷⁶，1994 年參

⁷⁴ 參見 CEDAW, *Statement on access to safe and legal abortion: Urgent call for United States to adhere to women's rights convention* (July 1, 2022). Available at: <https://www.ohchr.org/en/statements/2022/07/access-safe-and-legal-abortion-urgent-call-united-states-adhere-womens-rights>.

⁷⁵ Liane Schalatek, *CEDAW and the USA: When Belief in Exceptionalism Becomes Exemptionalism*. *The Green Political Foundation*. THE HEINRICH BÖLL FOUNDATION (Dec. 10 2019), <https://www.boell.de/en/2019/12/10/cedaw-and-usa-when-belief-exceptionalism-becomes-exemptionalism>.

⁷⁶ Christina Hoff Sommers, *The UN Women's Treaty: The Case against Ratification*, AEI SOCIAL AND CULTURAL STUDIES WORKING PAPER 2010-01 (2010), <https://www.aei.org/wp-content/uploads/2011/10/20100323-CEDAW-Sommers.pdf> (last visited Jul. 12,

議院辯論時，Helms 提出若要批准公約，須提出「本公約中任何內容均不得解釋為反映或創造任何人工流產之權利，並且在任何情況下都不應將人工流產作為計劃生育的一種方法」之聲明⁷⁷，惟後來來不及投票就休會了。

《消除對婦女一切形式歧視公約》的反對者自 1990 年代以來，便一直指控該公約將侵犯美國主權，無助提升美國利益，與美國社會的家庭價值觀背道而馳⁷⁸，甚至主張任意將批准公約視為解決國內社會性別不平等與多重歧視的解方是對國際法的錯誤期待，不僅無助於消解日常生活的父權壓迫，亦可能抵銷婦運的動能⁷⁹。2010 年參議院聽證會並非發生於外交關係委員會，而是缺乏審議條約管轄權之司法委員會（Committee on the Judiciary）的人權暨法律次級委員會。聽證會上，主席伊利諾州參議員 Richard Durbin 及多數專家證人皆主張美國身為世界女權領導者，批准公約不僅不會影響國內法，還能提升國際影響力與正當性⁸⁰。姑且不論該策略性話術的正確性，唯一持反對立場的證人係美國傳統基金會（The Heritage

2023).

⁷⁷ Luisa Blanchfield, *The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW): Congressional Issues*, 6, CRS REPORT FOR CONGRESS (2006).

⁷⁸ Janet Benshoof, *U.S. Ratification of CEDAW: An Opportunity to Radically Reframe the Right to Equality Accorded Women under the U.S. Constitution*, 35(1) N.Y.U. REV. OF LAW & SOCIAL CHANGE (2011). 關於歷次參議會審議及其前後社會動員的過程與分析，詳見 LISA BALDEZ, *DEFYING CONVENTION: US RESISTANCE TO THE UN TREATY ON WOMEN'S RIGHTS* (2014).

⁷⁹ 其他立場堅定且具政治社會影響力的反對者尚包括在家教育法律辯護協會（Home School Legal Defense Association）、婦女關懷美國協會（Concerned Women for America，福音派基督教非營利組織）等組織。亦參見 Ann M. Piccard, *U.S. Ratification of CEDAW: From Bad to Worse*, 28(1) MINN. J. OF L. & INEQ. (2010).

⁸⁰ US Government Publishing Office, *Women's Rights Are Human Rights: U.S. Ratification of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW)*, 111-1143 SENATE HEARING (Nov. 18, 2010), <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CHRG-111shrg71956/html/CHRG-111shrg71956.htm>.

Foundation) 之代表 Steven Groves，理由一如既往⁸¹：

就其他具爭議的法律和道德問題，消除對婦女歧視委員會提出不符美國現行法律與慣例之意見，包括使用性別配額實現事實平等 (de facto equality) 並指示政府放寬對人工流產之限制。……這些行動引發一個問題：為何美國要加入一個它將一直違反的條約？美國應該只批准那些會促進美國國家利益的條約，但……讓我們自己接受所謂性別專家的審查，該委員會一再提出與美國法律、社會與文化規範分歧的意見，並不會促進我們的利益。與其尋求加入公約……我認為國會和美國公民社會……更有能力進行這些（國內立法）的審查。

對支持者而言，一方面美國國務院指派全球婦女問題無任所大使（如 2010 聽證會上亦有發言的第一任大使 Melanne Verbeke），另一方面卻常被其他國家譏諷未批准「國際婦權憲章」，突顯了國際人權政策中「美國例外主義」（American exceptionalism）造成的悖論⁸²。自二戰結束以降，美國確實積極推進了國際人權規範與相關制度設計之發展，令外交層面上看似人權即美國價值，然卻經常抗

⁸¹ 同上註。因網頁無頁碼，故附上段落標題便於查閱：Statement of Steven Groves, Bernard and Barbara Lomas Fellow, Margret Thatcher Center for Freedom, The Heritage Foundation, Washington, DC.

⁸² 參見 Andrew Moravcsik, *The Paradox of U.S. Human Rights Policy*, in AMERICAN EXCEPTIONALISM AND HUMAN RIGHTS (Michael Ignatieff ed., 2005); Harold Hongju Koh, *On American Exceptionalism*, 55(5) STANFORD LAW REV. (2003).

拒在國內遵守國際人權標準，甚至在某些政權領導下強調美國價值優於國際人權，因而呈現出複雜且矛盾的人權圖景⁸³。甚而有論者認為「獨善其身」需要擁有足夠國際政治權力，始得自外／豁免於（exemptionalism）自己創造的治理結構⁸⁴。

類似的狀況也發生在《經濟社會文化權利國際公約》上。1946年美國前總統夫人 Eleanor Roosevelt 擔任聯合國人權委員會（Commission on Human Rights）主席起草《世界人權宣言》時，美國是納入經濟與社會權利的堅定支持者，當卡特總統簽署兩公約後，參議院卻遲遲無法同意批准，1992年《公民與政治權利國際公約》才獲許可，由布希政府完成批准。曾為經社文權利的擁護者，美國國內（尤其在州和城市層級）有許多立法實踐與公約意旨相去不遠，但美國曾一度否認經社文權利的規範地位，僅稱其為「政策指引」⁸⁵，1993年在世界人權大會上支持通過《維也納宣言及行動綱領》時又重新承認「有效行使」經社文權利係重要國際規範⁸⁶，然而今日美國仍未批准《經濟社會文化權利國際公約》。

不難發現，美國國內反對批准人權條約的論據幾乎都與冷戰脈絡有密切的關係，尤其後來對於經社文權利與社會主義思想之間幽微關係所生之矛盾情緒⁸⁷。然而，美國對於人權態度上的轉變不僅

⁸³ Michael Ignatieff, *Introduction*, in *AMERICAN EXCEPTIONALISM AND HUMAN RIGHTS* (Michael Ignatieff ed., 2005).

⁸⁴ John Gerard Ruggie, *American Exceptionalism, Exemptionalism, and Global Governance*, in *AMERICAN EXCEPTIONALISM AND HUMAN RIGHTS* (Michael Ignatieff ed., 2005).

⁸⁵ Gillian MacNaughton and Mariah McGill, *Economic and Social Rights in the United States: Implementation Without Ratification*, 4(2) *NORTHEAST. UNIV. LAW J.* (2012).

⁸⁶ Philip Alston, *Putting Economic, Social, and Cultural Rights Back on the Agenda of the United States*, in *THE FUTURE OF HUMAN RIGHTS: U.S. POLICY FOR A NEW ERA* (William F. Schulz ed., 2008).

⁸⁷ 周琪，美國對國際人權條約政策的變化及其緣由，美國研究，14 卷 1 期（2000），http://www.mgvj.com/american_studies/2000/first/first03.htm。

反映國際政治格局，亦反映美國國內政治——經典的例子為前俄亥俄州參議員 John Bricker 於 1950 年代初提出的美國憲法修正案。1940 年代後期至 1950 年代，杜魯門政府遭遇國際社會關注美國種族爭議及後來的黑人民權運動之壓力，國務院亦曾承認後二戰時代的外交事務已無法用絕對主權遮蔽國內政策與社會爭議⁸⁸。然而此趨勢引發「反世界政府陣營」積極防範美國政府簽訂或加入人權協定，認為支持聯合國「以人權為名」影響國家權力及利益者，並非愛國者。Bricker 於 1951 年 7 月 17 日提出參議院第 177 號決議（Senate Resolution 177）寫道⁸⁹：

1. 聯合國人權委員會（Commission on Human Rights）第七屆會議修訂之《國際人權公約草案》（Draft International Covenant on Human Rights），若作為條約獲得批准，將損害美國人民現在受美國憲法權利法案保護之權利；
2. 美國總統應告知聯合國，擬議中之《國際人權公約》（International Covenant on Human Rights）不為美國所接受；又
3. 美國總統應指示美國駐聯合國代表退出關於人權公約及所有其他旨在限制個人自由

⁸⁸ Christopher N. J. Roberts, *The Contentious History of the International Bill of Human Rights*, Cambridge Studies in Law and Society (2014).

⁸⁹ 決議原文引用於 Christopher N.J. Roberts, *Human Rights Lost: the (Re)making of an American Story*, 26(1) MINN. J. OF INT. LAW, 16-17 (2017).

之盟約、條約和公約進一步的談判，若此等公約獲國會通過成為國內法，將違憲。

簡言之，Bricker 的解決方案是敦促參議院向杜魯門政府施壓，使其停止參與人約公約起草工作，並反對聯合國未來所有關於人權的政策發展。儘管該等一系列的修憲提案從未通過，但對於美國政壇與公民社會對人權的看法造成深遠的影響。美國國內政治精英在二戰後積極創造的認識論，建構了「國際人權」與「美式民主自由」之間的矛盾，以回應並推進一系列在地的政治鬥爭⁹⁰。惟區隔「國際」人權與「國內」憲政秩序本身就是一個錯誤認識，而這種國際／國內二元對立的觀點僅是一個歷史上偶然的產物，而未看見人權其實穿越（traversing）了不同規範介面的認識論。此爭論在關於美國應否批准《消除對婦女一切形式歧視公約》的司法委員會聽證會上仍能聽見，就如第一任全球婦女問題無任所大使 Melanne Vermeer 與傳統基金會代表 Steven Groves 就「國際婦權」認識論上之根本差異。

該認識論差異亦反映在聯合國人權專家針對「多布斯訴傑克森婦女健康組織案」提出的法庭之友意見書裡，以及判決後聯合國人權事務高級專員 Michelle Bachelet 及發布聯合聲明的人權專家的「震驚」中。對他們而言，援引美國憲法解釋學理上之爭辯（採用原旨主義與否）合理化剝奪個人權利及性別平等之嚴重反挫（profound setback）是令人費解的⁹¹。原旨主義與美國憲法想像之

⁹⁰ Id.; Natalie Hevener Kaufman and David Whiteman, *Opposition to Human Rights Treaties in the United States Senate: The Legacy of the Bricker Amendment*, 10(3) HUMAN RIGHTS QUARTERLY (1988).

⁹¹ OHCHR, *Joint web statement by UN Human rights experts on Supreme Court decision to strike down Roe v. Wade*. UN NEWS (June 24, 2022), <https://www.ohchr.org/en/statements/2022/06/joint-web-statement-un-human-rights-experts-supreme-court->

民主有關，脫離歷史之詮釋有違人民主權的精神，而法律爭議應屬國會主權（parliamentary/legislative supremacy）的範疇，因此司法權必須謙抑（judicial restraint）⁹²，但國際人權法想像的民主卻是以人權保障之平等（不歧視）與進步（不倒退）為基礎⁹³，因此人權是否被承認（人工流產本身係一基本自由）且實現某項人權所需之措施（人工流產作為生育權一部分）滿足與否才是定義民主的條件之一。

誠然，終究美國尚未批准《經濟社會文化權利國際公約》與《消除對婦女一切形式歧視公約》，因此難以要求其積極且徹底履行條約義務。根據經社文權利委員會第 3 號一般性意見，若一國自願加入公約成為締約國（state party），負有兩個層次的法律義務——其一係加入公約後對國際社會負有的條約義務，包括力求尊重並促進公約所確認之各種權利、遵守依公約所承諾將採取之保障權利的必要步驟；另一為承諾促進條約目的之實現的一般人權法義務⁹⁴，即《經濟社會文化權利國際公約》前言所示，「鑑於《聯合國憲章》之規定，各國負有義務促進人權及自由之普遍尊重及遵守」。再從《消除對婦女一切形式歧視公約》前言觀之，欲締約者應確保男女平等享有兩公約（包括美國批准之《公民與政治權利國際公

decision-strike-down.

⁹² David S. Cohen, *The Promise and Peril of a Common Law Right to Abortion* Symposium on Anita Bernstein's *the Common Law Inside the Female Body: Essays*, 114 NORTHWEST. UNIV. LAW REV. ONLINE, 148 (2019).

⁹³ UNHRC, *Study on common challenges facing States in their efforts to secure democracy and the rule of law from a human rights perspective: Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights* (Dec. 17, 2012), A/HRC/22/29. 此觀點亦顯現在美洲人權體系尤其《美洲民主憲章》（Inter-American Democratic Charter）中，參見 Geneviève Lessard, *From Québec to Lima: Human rights, civil society and the Inter-American democratic charter*, 10(3) CAN. FOREIGN POLICY J. (2003).

⁹⁴ CESCR, *General Comment No. 3* (1990).

約》) 所承認之所有權利，且：

念及婦女對家庭福利和社會發展所作出之巨大貢獻迄今未充分受到公認……並理解到婦女不應因生育而受到歧視，因為養育子女係男女及整體社會的共同責任；

認識到為實現男女完全平等，需要同時改變男人和女人在社會與家庭中的傳統角色 (traditional role)。

雖然遲未批准，美國早已分別於 1977 年 10 月 5 日及 1980 年 7 月 17 日簽署了《經濟社會文化權利國際公約》及《消除對婦女一切形式歧視公約》⁹⁵。根據《維也納條約法公約》(Vienna Convention on the Law of Treaties) 第 18 條第 a 項規定，「一國在簽署條約後，有義務不採取有損條約目的及宗旨的行為，直至其明確表示其不加入條約的意圖。」也就是說，簽署一項條約雖不表示已自願同意受條約規定之拘束，但此種對公約意旨之認可表明了簽署國願意繼續締約之進程，因此應本於善意 (good faith) 接受其存在之正當性，不得影響條約目標之實現⁹⁶，並尊重其在國內法律架構中，包括立

⁹⁵ International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (adopted 16 Dec. 1966, opened for signature 10 Jan. 2000) (2001), https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtmsg_no=IV-3&chapter=4 ; Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, United Nations Treaty Collection (adopted 18 Dec. 1979, opened for signature 1 Mar. 1980), https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=IV-8&chapter=4&clang=en.

⁹⁶ Curtis A. Bradley, *Treaty Signature*, in THE OXFORD GUIDE TO TREATIES (Duncan B. Hollis ed., 2012).

法與司法場域，被審慎考量之關聯性（relevance），向國際社會其他簽署國與締約國展現誠意⁹⁷。

判斷簽署國「對公約意旨之認可」之程度應參酌其在條約起草與談判時所扮演的角色與態度⁹⁸，如先前提過的，在美國參議院審議這兩份公約前，美國一直是約文內容重要的貢獻者，甚至說服許多國家加入，故難認其不認可公約之目標。另外，於此值得說明的是，雖然美國於 1970 年 4 月 24 日簽署了《維也納條約法公約》，但這又是其遲未批准的另一份條約。然而，根據起草公約的聯合國國際法委員會（International Law Commission）之評析，第 18 條第 a 項之規定（原 1966 年草案第 15 條第 b 項）係一確立之習慣國際法，故對美國亦有拘束力⁹⁹。亦有論者主張構成習慣國際中之重要法律體系之一，英美的普通法（common law）法理中本就隱含了人工流產之自由¹⁰⁰，故除非立法者／制憲者明文排除或禁止該項權利，否則依原旨主義原則上應予以尊重並保障¹⁰¹。

⁹⁷ Paolo Palchetti, Article 18 of the 1969 Vienna Convention: A Vague and Ineffective Obligation or a Useful Means for Strengthening Legal Cooperation?, *THE LAW OF TREATIES BEYOND THE VIENNA CONVENTION* 25 (Enzo Cannizzaro ed., 2011).

⁹⁸ Martin A. Rogoff, The International Legal Obligations of Signatories to an Unratified Treaty, 32(1) *MAINE LAW REVIEW* (1980).

⁹⁹ ILC, *Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries*, *YEARBOOK OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION (VOL. II)* (International Law Commission ed., Geneva: United Nations, 1966); Rogoff, *supra* note 98.

¹⁰⁰ Anita Bernstein, *Common Law Fundamentals of the Right to Abortion*, 63(5) *BUFFALO LAW REV.* (2015).

¹⁰¹ Anita Bernstein, *The Common Law Inside the Female Body* (2018).

伍、後羅時代中，那些被最高法院偷走的人生

從國際人權法的角度來看，人工流產是（生育）健康權的一部分，而其保障與否至少有四個層次：法律承認權利之擁有，並令其實際上可行使；法律承認權利之擁有，但實際上不能或幾乎難以行使（因而係逐步實現權利之方向）；法律上承認某些人擁有該權利（因而構成不同女性群體之間之歧視）；法律上完全不承認該權利之存在（若為女性需求專屬之權利，則構成男女之間之歧視）¹⁰²。透過「多布斯訴傑克森婦女健康組織案」之判決，美國聯邦最高法院侵害了國家管轄權範圍內所有具生育能力之人的健康權，欠缺法所允許之理由而剝奪了自 1973 年來保障之自由，造成權利的實質倒退。在「羅訴韋德案」被推翻後，對人工流產的規範取決各州，目前已造成在美國不同州的女性，以及同州但不同種族、社經地位、年齡等差異之女性，遭受與懷孕與人工流產有關之歧視。

在所謂「後羅時代」（post-Roe era），目前各州的人工流產法皆在變化中，一個州內也可能有多項不同人工流產相關法規，每種目前的狀況不盡相同。有 13 個州有所謂「觸發法」（trigger law），在「羅訴韋德案」推翻後全面人工流產禁令立即生效，有些包含一週至一個月緩衝期，有些則需特定政府官員核定撤銷聯邦人工流產保護權後，始生效¹⁰³。有九個州在「羅訴韋德案」被推翻前即存在著

¹⁰² 參見《消除對婦女一切形式歧視公約》第 1 條之規定：「對婦女的歧視」一詞指基於性別而作的任何區別、排斥或限制，其影響或其目的均足以妨礙或否認婦女不論已婚未婚在男女平等的基礎上認識、享有或行使在政治、經濟、社會、文化、公民或任何其他方面的人權和基本自由。

¹⁰³ 包括密蘇里州（該州的觸發法係第一個生效的）、阿肯色州、肯塔基州、路易斯安那州、北達科達州、奧克拉荷馬州、南達科達州、猶他州、懷俄明州、密西西比州、愛達荷州、田納西州、德州。參見 Jasmine Mithani. *Here's when each trigger law banning abortion could go into effect*, THE 19TH (June 25, 2022, 2:21 AM), <https://19thnews.org/2022/06/timeline-state-trigger-laws-abortion-bans/>.

不同形式之人工流產限制¹⁰⁴，以及既有這些限制也有觸發法的阿肯色州、密西西比州、奧克拉荷馬州和德州；有四個州各有「15到20週後不能人工流產」的規定¹⁰⁵；有11個州的限制人工流產法被永久或暫時擋下，接下來發展有待關注¹⁰⁶。其他州則保障人工流產權，但這些州裡，大部分的州規定政府經費不能用於人工流產或有其他限制規定¹⁰⁷。

慶幸的是，在後羅時代，支持人工流產權的民間團體變得活躍，幾個保障人工流產權地方性公投也獲大多數選民同意，反對禁止人工流產。此類型第一個公投於2022年8月2日發生在較保守的堪薩斯州，創下該州此類型選舉投票人數新高（約過往6年平均的兩倍），以59%：41%比數反對「取消州憲法中對人工流產權的保護」公投案，為擁護人工流產權及女性自主權的一方帶來極大鼓舞¹⁰⁸。同年11月期中選舉，也有五個州舉行人工流產相關公投且投票結果都是保障人工流產權¹⁰⁹。自「羅訴韋德案」推翻至今，美國各州人工流產權之實踐已產生極大落差，在禁止人工流產的州內，受到最大影響的通常是低社經地位、少數族裔和未成年人等。例如一名俄亥俄州十歲女孩因遭強暴懷孕超過六週，但當時俄亥俄人工流產限制中，只要六週以上胚胎有心跳即禁止人工流產（俗稱「心跳

¹⁰⁴ 包括阿拉巴馬州、亞利桑那州、密西根州、西維吉尼亞州。

¹⁰⁵ 包括亞利桑那州及佛羅里達州15週、猶他州18週、北卡羅萊納州20週。

¹⁰⁶ 包括印第安納州、愛荷華州、北達科達州、密西根州、蒙大拿州、俄亥俄州、南卡羅萊納州、懷俄明州。

¹⁰⁷ 如科羅拉多州、達拉威爾州、堪薩斯州、內布拉斯加州、內華達州、新罕布夏州、羅德島州、賓州、維吉尼亞州、華盛頓特區規定稅金不能用於人工流產。參見 N. Y. Times, *Tracking the States Where Abortion Is Now Banned*. N. Y. TIMES (Nov. 9, 2022), <https://www.nytimes.com/interactive/2022/us/abortion-laws-roe-v-wade.html>.

¹⁰⁸ Alvin Chang, *Kansas abortion referendum drives record number of voters to polls*, THE GUARDIAN (Aug. 3, 2022), <https://www.theguardian.com/us-news/2022/aug/03/kansas-voter-turn-out-abortion-rights-election>.

¹⁰⁹ 包括肯德基州、佛蒙特州、密西根州、蒙大拿州、加州。

法案」)，未成年人也不例外，因此她需跨州到可人工流產的印第安納州接受手術¹¹⁰。

在最嚴格限制人工流產的幾個州（即使因強暴、亂倫而懷孕者，也不能人工流產），也是性教育最不足、未成年懷孕比例最高的州¹¹¹，經濟弱勢的青少年要跨州尋求人工流產協助的機會更渺茫。同樣弱勢的還有少數族裔女性，如非裔美人、原住民、移工、居住偏遠地區者、身心障礙者等¹¹²。2022 年 10 月 30 日統計資料顯示，6 月 24 日後兩個月中，約降低 6% 的手術。事實上，跨州取得人工流產手術的難度很高，且 1/4 女性住在離最近的人工流產診所 320 公里遠之處¹¹³。雖人工流產手術比例下降，但跨州及跨國購買人工流產藥的趨勢有顯著提升。然而在 2023 年 4 月初，於美國廣泛使用超過 20 年的人工流產藥物「RU-486 美服培酮」，被德州保守派法官裁決禁用，引起譁然；同月月底，美國最高法院同意「暫緩」下級法院的 RU-486 限制令，可預見接下來人工流產手術及藥物爭議會持續擴大。

在人工流產手術的限制最嚴格的州，唯一例外是若懷孕會危及

¹¹⁰ 新聞爆發後，俄亥俄州檢察總長質疑新聞的真實性，但後來各方資料證實為真，包含女孩媽媽的報案資料，以及後續嫌疑人的逮捕，但為 10 歲女孩提供手術的醫生 Caitlin Bernard 則收到許多威脅和騷擾。Sarah McCammon and Becky Sullivan, *Indiana doctor says she has been harassed for giving an abortion to a 10-year-old*, NPR (Jul. 26, 2022, 5:59 PM), <https://www.npr.org/2022/07/26/1113577718/indiana-doctor-abortion-ohio-10-year-old>.

¹¹¹ Kathrin F. Stanger-Hall and David W. Hall, *Abstinence-Only Education and Teen Pregnancy Rates: Why We Need Comprehensive Sex Education in the U.S.*, 6(10) PLOS ONE (2011).

¹¹² Katy Backes Kozhimannil, Asha Hassan, and Rachel R. Hardeman, *Abortion Access as a Racial Justice Issue*, 387(17) NEW ENGLAND JOURNAL OF MEDICINE (2022).

¹¹³ 這個數字是將人工流產非法的州少了共 10,000 次人工流產 (-10,000)，跟人工流產合法的州多了 5,000 次人工流產 (+5,000)，兩數字相加後，比四月份少了 6%。參見 Aatish Bhatia, Claire Cain Miller, and Margot Sanger-Katz. *A Surge of Overseas Abortion Pills Blunted the Effects of State Abortion Bans*, N.Y. TIMES (Nov. 1, 2022), <https://www.nytimes.com/2022/11/01/upshot/abortion-pills-mail-overseas.html>.

孕婦生命，但在不完全流產（incomplete miscarriage）狀況下，孕婦須等待至胚胎已停止心跳，或真的面臨生命危險時，才能進行人工流產手術¹¹⁴，導致一些婦女遭受極大且非必要的健康威脅。惟醫護人員也經常不敢貿然提供醫療介入，因為他們也會受到監禁以及撤銷執照等懲罰，法律上亦未針對「生命危險」提出明確定義，讓相關人員面臨許多困難¹¹⁵。

例如 2022 年 8 月，路易斯安納州一位孕婦的胚胎被發現有先天無顱畸形（acrania）之發育缺陷，但無顱畸形不是該州列出可例外人工流產的病狀，因此醫生無法為其提供人工流產。該州檢察總長 Jeff Landry 表示這是醫院自找麻煩，因為「假設真的確定是這個症狀，那把未出生的孩子移除就『不是人工流產』」，該法之共同發起人 Katrina Jackson 也表示這並非人工流產，而是為了「不能在子宮外存活之懷孕尋求醫療手續」；惟醫學會認為不應以意圖來區別人工流產與否，因為就醫療角度而言是一模一樣的手術。再回到上述 10 歲俄亥俄州女孩的事件，當時反人工流產組織「美國生命聯合會」（Americans United for Life）會長 Catherine Glenn Foster 在議會質詢時表示「此懷孕大概會影響她的生命，所以是符合例外的標準，所以這不算是人工流產」¹¹⁶。

這些試圖釐清「人工流產」（abortion）定義之言論，背後運作的是某種厭女邏輯，是為了懲罰「不道德」、「不檢點」、「不負責」的女人，惟道德標準是應由誰而定，此等性別人權長期以來檢討的

¹¹⁴ James P. Neilson et al., *Medical treatments for incomplete miscarriage (less than 24 weeks)*, THE COCHRANE DATABASE OF SYST. REV. (Jan. 20, 2010).

¹¹⁵ Rebecca B. Reingold, Lawrence O. Gostin, and Michele Bratcher Goodwin, *Legal Risks and Ethical Dilemmas for Clinicians in the Aftermath of Dobbs*, 328(17) JAMA (Nov. 1, 2022).

¹¹⁶ Maria Ramirez Uribe, *Abortions done under legal exceptions are still abortions*. POLITIFACT (Jul. 15, 2022), <https://www.politifact.com/factchecks/2022/jul/15/catherine-glenn-foster/abortions-done-under-legal-exceptions-are-still-ab/>.

問題，與健康人權之間又該是什麼關係，需要持續辯論。若以美國生命聯合會會長 Foster 之論述為例，以「懷孕」狀況是否會影響「懷孕者的生命」作為「允許人工流產」之正當例外事由，那麼自願選擇人工流產者是否都符合這個標準呢？過去有研究發現並主張人工流產易有心理健康問題（如憂鬱症、創傷後壓力症候群、酗酒和物質濫用），但相關研究通常都是使用不恰當的比較組（如就人工流產女性與自願選擇繼續懷孕並生產的女性進行比較），並使用回顧性研究卻忽略回憶偏差，故此等比較本質上係存在嚴重偏差與偏見的¹¹⁷。然而，人口學家 Diana Greene Foster 針對 1,000 名女性進行長達十年的追蹤研究“The Turnaway Study”，比較了順利人工流產的女性與被拒絕而被迫生產的女性，提出另一面向之重要證據¹¹⁸：

人工流產並不會讓婦女更不健康，反而是尋求人工流產但被拒絕（turned away）的女性在接下來至少四年內會比順利獲得人工流產醫療介入的女性來得貧窮，沒有錢支付基本生活開支，如食物、居住、交通，她們也更容易有較差的信用紀錄、容易破產並被驅逐出原本住處；她們更容易受到親密暴力、更容易到第五年只剩自己一人擔負扶養孩子的責任；她們的孩子發展較差，親子關係也較差；她們也更容易有威脅生命或嚴重影響健康的疾病，如妊娠毒血症、偏頭痛、妊娠高

¹¹⁷ 參見 ANSIRH, THE TURNAWAY STUDY, <https://www.ansirh.org/research/ongoing/turnaway-study> (last visited Nov. 18, 2022).

¹¹⁸ Diana Greene Foster, *The Turnaway Study: Ten Years, a Thousand Women, and the Consequences of Having—or Being Denied—an Abortion* (2020).

血壓，更容易有心理健康及物質濫用的問題。這些被拒絕人工流產的女性輟學的比例較高，也較少取得高等學歷。她們的工作、社會參與及性健康等，也都受到嚴重危害。

根據經社文權利委員會第22號一般性意見，上述狀況更突顯拒絕提供人工流產可能構成美國已批准之《禁止酷刑公約》中所稱之「不人道或有辱人格的待遇」¹¹⁹。又美國的反人工流產之宗教團體與政治人物的影響力遠超過其國界¹²⁰，如川普在2019年擴大1984年雷根推動的全球禁令（Global Gag Rule），禁止獲得美國資金援助之外國非政府組織提供人工流產服務或人工流產相關程序資訊。此禁令於2021年1月28日被拜登撤銷，但2022年「羅訴韋德案」被推翻後，世界各地的女性和人工流產權、生育權組織都擔心這波浪潮會如全球禁令般延燒至美國境外¹²¹，也擔心自己國家的政府用美國當作例子來限制人工流產自由¹²²。目前「羅訴韋德案」被推翻是否增強全球反人工流產法令有待觀察¹²³，但最高法院的這個判決，的確讓荷蘭醫生 Rebecca Gomperts 從1999年成立的 Women on

¹¹⁹ 亦參見 Alyson Zureick, (En)gendering Suffering: Denial of Abortion as a Form of Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment, 38(1) FORDHAM INT. LAW J.(2015).

¹²⁰ 關於美國國內機構（如美國國際開發署、總統防治愛滋病緊急救援計劃）與宗教組織如何形塑許多其他國家當代人口、生育、性教育與性健康政策，甚至聯合國機構（如聯合國人口基金、聯合國愛滋病規劃署）之資源分配和國際政策之發展，得參見 Rickie Solinger, REPRODUCTIVE POLITICS: WHAT EVERYONE NEEDS TO KNOW® (2013).

¹²¹ Coen-Sanchez, *supra* note 15.

¹²² Sarakshi Rai, *How the fall of Roe v. Wade could impact abortion access around the world*, THE HILL (Jul. 4, 2022, 2:22 PM), <https://thehill.com/policy/healthcare/3542593-how-the-fall-of-roe-v-wade-could-impact-abortion-access-around-the-world/>.

¹²³ Susheela Singh and Gilda Sedgh, *Global implications of overturning Roe v Wade*, 378 THE BMJ (Aug. 18, 2022).

Waves 的服務客戶中¹²⁴，多了非常多美國婦女尋求協助。

自 1948 年《世界人權宣言》到 1966 年《經濟社會文化權利國際公約》再到 1979 年的《消除對婦女一切形式歧視公約》，一開始國際社會在發展健康權平等保障時，亦可能並未設想孕產婦保健（maternal health）及生育健康（reproductive health）包括人工流產，後來始透過 1994 年《人口與發展國際會議行動綱領》、1995 年《北京宣言暨行動綱領》及諸多委員會權威性解釋及各國立法與司法實踐，逐漸拓展權利內涵和國家義務範圍，包括將人工流產自由及服務為實現生育權重要手段之一，以促進健康領域中之性別平等、性別領域中之健康平等等目標。惟從「多布斯訴傑克森婦女健康組織案」判決前後之趨勢來看，人工流產自由在美國從聯邦承認之權利，逐漸受到各州寬嚴不一之限制（影響權利行使之可能性），再變成有些州全然否認該項權利（構成男女間之歧視），迫使有需求者需要離家尋求協助（女性群體間之差別待遇），顯然有違國際人權法之重要原則。

陸、結論

本文一開始先梳理 1973 年「羅訴韋德案」到 2022 年「多布斯訴傑克森婦女健康組織案」之發展，後者透過原旨主義觀點否認了人工流產自由與相關權利在美國聯邦憲法中將近半世紀的存在。在美國宗教與兩黨政治共構的文化戰爭中，控制女性身體與生育功能的權力成為種族與性別議題交織的政治競逐目標¹²⁵。接著透過國際

¹²⁴ Women on Waves 是利用公海法律的規範，用船隻運送人工流產資源到沒有人工流產保護國家的女性的一個全球性服務。<https://www.womenonwaves.org/en/> (last visited Nov. 18, 2022).

¹²⁵ Mary Anne Case, *Seeing the Sex and Justice Landscape through the Vatican's Eyes*:

人權法中生育權與人工流產自由之發展，以及其不歧視、不倒退及「所有人權皆相互關聯」等原則來論證美國聯邦最高法院否認人工流產自由之不正當性（illegitimacy）。惟該等不正當性是否構成違法性（illegality），仍須回到條約與習慣國際法的規定來檢視美國國際法義務，故本文進一步討論國內人權政治與矛盾對其人權論述發展之影響，如國會如何議事各項人權公約，尤其與生育權相關之《消除對婦女一切形式歧視公約》及《經濟社會文化權利國際公約》。

如上所述，《維也納條約法公約》僅處理國與國之間的條約之傳統解釋方法，而出於尊重主權而有原旨主義之傾向，那些方法是否完全適用於國際人權條約亦不無疑慮。國際人權規範濫觴於二戰後即為約束國家對個人之作為與不作為，為提供人身安全、尊嚴與福祉最基本的保障，故本質上係一活的法律。因此，美國以締約時之態度，基於履約善意，美國不得違背公約宗旨，惟此仍須確認人工流產權利係屬消弭健康權保障上性別歧視之核心義務範圍之內。與時俱進之國際人權法亦要求美國慎重考慮國際人權保障之發展趨勢，遑論針對健康權保障之不倒退原則。倒退並非完全不行，惟國家負有舉證責任，證明其係為合法之正當目的，且倒退之措施與效果未構成直接或間接歧視，但「多布斯訴傑克森婦女健康組織案」中之論證全部欠缺該等要求之說明。

在全球化世代，這種文化戰爭總能快速蔓延，如國際婦權與生育權倡議組織都憂心「多布斯訴傑克森婦女健康組織案」將危及其他國家難得之平權進程，亦如當今席捲各地的反性別運動（anti-gender movement）更使同志平權、跨性別權利，甚至性別主流化等政治與社會運動被推上道德恐慌的火線，令各國極右派政黨與宗教

The War on Gender and the Seamless Garment of Sexual Rights, in THE WAR ON SEX (David M. Halperin and Trevor Hoppe eds. (2017).

保守團體結盟，進而挑戰並威脅長年推廣性別平權議程的國際組織之權威與正當性，包括歐盟、聯合國、消除對婦女歧視委員會及其他與性別人權議題有關之特別報告員和獨立專家¹²⁶。因此，本文最後藉由後羅時代短暫時間內所有可及之證據，主張最高法院偷走了美國許多女人的人生，更可能助燃一場厭女與反性別之戰。另一不樂見之發展是美國的反人權作為，可能被極權國家用國家特殊性作為反對人權普遍性的藉口，強化「你自己不也是」詭辯術（whataboutism），使人權倒退的問題如疫病般大流行，這也是人權自二戰後發展迄今最想預防也最難以接受的事了——如何守護脆弱的人權，持續是全世界倡議者之共同難題。

¹²⁶Elizabeth S. Corredor, Unpacking ‘Gender Ideology’ and the Global Right’s Anti-gender Countermovement, 44 (3)SIGNS: J. OF WOMEN IN CULTURE AND SOCIETY 613(2021); Lorena Sosa, Beyond gender equality? Anti-gender campaigns and the erosion of human rights and democracy, 39 (1) NETH. Q. HUM. RIGHTS, 3-10(2021).

參考文獻

- 李柏翰 (2017)。全球性／別平權運動與國際人權法：突破文義解釋的界限。台灣國際法季刊，14(2)，39-69。
- 李柏翰、安仰深 (2022)。矯正錯誤：美洲區域中健康權利可訴訟性及司法化現象。台灣國際法季刊，19(1)，199-239。
- 周琪 (2000)。美国对国际人权条约政策的变化及其缘由。美国研究，14(1)。http://www.mgyj.com/american_studies/2000/first/first03.htm。
- 廖福特 (2005)。聯合國人權委員會改革方案之分析。新世紀智庫論壇，32，79-90。
- Akgungor, S., Alaei, K., Chao, W.-F., Harrington, A. and Alaei, A. (2020). Correlation between human rights promotion and health protection: A cross country analysis. *International Journal of Human Rights in Healthcare*, 13(1), 72-92.
- Alston, P. (2008). Putting economic, social, and cultural rights back on the agenda of the United States. In W. F. Schulz (Ed.), *The future of human rights: U.S. policy for a new era* (pp. 120-138). Philadelphia: University of Pennsylvania Press.
- Amao, O. (2012). Developments in the Inter-American Human Rights System 2011-12: Sexual orientation, gender identity and domestic violence. *International Human Rights Law Review*, 1(1), 148-157.
- Baldez, L. (2014). *Defying convention: Us resistance to the UN Treaty on Women's Rights*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Beisel, N., & Kay, T. (2004). Abortion, race, and gender in nineteenth-century America. *American Sociological Review*, 69(4), 498-518.

- Benshoof, J. (2011). U.S. Ratification of CEDAW: An opportunity to radically reframe the right to equality accorded women under the U.S. Constitution. *N.Y.U. Review of Law & Social Change*, 35(1), 103-130.
- Berer, M. (2002). Making abortion a woman's right worldwide. *Reproductive Health Matters*, 10(19), 1-8.
- Berlet, C. (2019). *Trumping Democracy: From Reagan to the Alt-Right*. London: Routledge.
- Bernstein, A. (2015). Common law fundamentals of the right to abortion. *Buffalo Law Review*, 63(5), 1141-1210.
- Bernstein, A. (2018). *The common law inside the female body*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Blanchfield, L. (2006). *The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW): Congressional Issues*. Washington, DC: Congressional Research Service.
- Boyer, P. S. (2004). *The Oxford companion to United States History*. Oxford: Oxford University Press.
- Bradley, C. A. (2012). Treaty signature. In D. B. Hollis (Ed.), *The Oxford guide to treaties* (pp. 208-219). Oxford: Oxford University Press.
- Byrne, S. (2020). Reclaiming progressive realisation: A children's rights analysis. *The International Journal of Children's Rights*, 28(4), 748-777.
- Case, M. A. (2017). Seeing the sex and justice landscape through the Vatican's eyes: The war on gender and the seamless garment of sexual rights. In D. M. Halperin & T. Hoppe (Eds.), *The war on sex* (pp. 211-226). Durham: Duke University Press.
- Chamberlain, P., & Jean V. H. (2000). Reproducing patriarchy:

- Reproductive rights under siege. *The Public Eye*, IX(1), 1-24.
- Coen-Sanchez, K., Ebenso, B., El-Mowafi, I. M., Berghs, M., Idriss-Wheeler, D., & Yaya, S. (2022). Repercussions of overturning Roe V. Wade for women across systems and beyond borders. *Reproductive Health*, 19(1), 184.
- Cohen, D. S. (2019). The promise and peril of a common law right to abortion: Symposium on Anita Bernstein's the Common law inside the female body: Essays. *Northwestern University Law Review Online*, 114, 140-148.
- Contesse, J. (2018). Sexual orientation and gender identity in Inter-American Human Rights Law. *North Carolina Journal of International Law*, 44(2), [i]-386.
- Cook, R. J., & Bernard, M. D. (2003). Human rights dynamics of abortion law reform. *Human Rights Quarterly*, 25(1), 1-59.
- Copelon, R., Zampas, C., Brusie, E., & Devore, J. (2005). Human rights begin at birth: International law and the claim of fetal rights. *Reproductive Health Matters*, 13(26), 120-129.
- Corredor, E. S. (2019). Unpacking 'gender ideology' and the global right's anti-gender countermovement. *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, 44 (3), 613-638.
- Costello, C., & Foster, M. (2021). Race discrimination effaced at the International Court of Justice. *AJIL Unbound*, 115, 339-344.
- Foster, D. G. (2020). *The Turnaway Study: Ten years, a thousand women, and the consequences of having—or being denied—an abortion*. New York: Scribner.
- Freedman, L. P. (1995). Reflections on emerging frameworks of health and human rights. *Health and Human Rights*, 1(4), 314-48.

- Hunt, K., & Gruszczynski, M. (2019). The ratification of CEDAW and the liberalization of abortion laws. *Politics & Gender*, 15(4), 722-45.
- Ignatieff, M. (2005). *American exceptionalism and human rights*, Princeton: Princeton University Press.
- Jallicia, J. (2016). On forbidden wombs and transnational reproductive justice. *Meridians*, 15(1), 166-88.
- Kaufman, N. H., & Whiteman, D. (1988). Opposition to human rights treaties in the United States senate: The legacy of the Bricker Amendment. *Human Rights Quarterly*, 10(3), 309-37.
- Keane, D. (2020). Mapping the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination as a living instrument. *Human Rights Law Review*, 20(2), 236-68.
- Kenyon, K.H., Forman, L., Brolan, C.E. (2018). Deepening the relationship between human rights and the social determinants of health: A focus on indivisibility and power. *Health and Human Rights*, 20(2), 1-10.
- Kim, J. H., & Scialli, A. R. (2011). Thalidomide: The tragedy of birth defects and the effective treatment of disease. *Toxicological Sciences*, 122(1), 1-6.
- Koh, H. H. (2003). On American exceptionalism. *Stanford Law Review*, 55(5), 1479-527.
- Korff, D. (2006). *The right to life: A guide to the implementation of Article 2 of the European Convention on Human Rights (Human Rights Handbooks No. 8)*. Strasbourg: Council of Europe.
- Kozhimannil, K.B., Hassan, A., Hardeman, R.R. (2022). Abortion access as a racial justice issue. *New England Journal of Medicine*, 387(17), 1537-39.

- Kreitzer, R.J., Smith, C.W., Kane, K.A., Saunders, T.M. (2021). Affordable but inaccessible? Contraception deserts in the US States. *Journal of Health Politics, Policy and Law*, 46(2), 277-304.
- Lessard, G. (2003). From Québec to Lima: Human rights, civil society and the Inter-American Democratic Charter. *Canadian Foreign Policy Journal*, 10(3), 87-99.
- MacNaughton, G., & McGill, M. (2012). Economic and social rights in the United States: Implementation without ratification. *Northeastern University Law Journal*, 4(2), 365-406.
- Mann, J., & Gruskin, S. (1995). Women's health and human rights: Genesis of the health and human rights movement. *Health and Human Rights*, 1(4), 309-312.
- Moravcsik, A. (2005). The paradox of U.S. human rights policy. In M. Ignatieff (Ed.), *American exceptionalism and human rights* (pp. 147-197). Princeton: Princeton University Press.
- Murphy, M. (2012). *Seizing the means of reproduction: Entanglements of feminism, health, and technoscience*. London: Duke University Press.
- Neilson, J.P., Gyte, G.M., Hickey, M., Vazquez, J.C., Dou, L. (2010). Medical treatments for incomplete miscarriage (less than 24 weeks). *The Cochrane Database of Systematic Reviews*, 1, CD007223-CD23.
- O'Donnell, K. S. (2017). Reproducing Jane: Abortion stories and women's political histories. *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, 43(1), 77-96.
- Palchetti, P. (2011). Article 18 of the 1969 Vienna Convention: A vague and ineffective obligation or a useful means for strengthening legal

cooperation?. In *The Law of treaties beyond the Vienna Convention* (pp. 25-36). Oxford: Oxford University Press.

Paul, A. (2012). Controversial conceptions: The unborn and the American Convention on Human Rights, *Loyola University Chicago International Law Review*, 9(2), 209-247.

Pew Research Center. (2022). *Public opinion on abortion*. Available at <https://www.pewresearch.org/religion/fact-sheet/public-opinion-on-abortion/>.

Piccard, A. M. (2010). U.S. ratification of CEDAW: From bad to worse. *Minnesota Journal of Law & Inequality*, 28(1), 119-161.

Reingold, R. B., Gostin, L. O., & Goodwin, M. B. (2022). Legal risks and ethical dilemmas for clinicians in the aftermath of Dobbs.” *JAMA*, 328(17), 1695-1696.

Roberts, C. N. J. (2014). *The contentious history of the International Bill of Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press.

Roberts, C. N. J. (2017). Human rights lost: The (re)making of an American Story. *Minnesota Journal of International Law*, 26(1), 1-61.

Rogoff, M. A. (1980). The international legal obligations of signatories to an unratified treaty. *Maine Law Review*, 32(1), 263-99.

Ross, L. J. (2017). Reproductive justice as intersectional feminist activism. *Souls*, 19(3), 286-314.

Ruggie, J. G. (2005). American exceptionalism, exemptionalism, and global governance. In M. Ignatieff (Ed.), *American exceptionalism and human rights* (pp. 304-338). Princeton University Press.

Schabas, W. A. (1998). Canadian ratification of the American Convention on Human Rights. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 16(3),

315-342.

- Shavers, A. W. (2017). Using customary international law to improve women's lives. In B. D. Lepard (Ed.), *Reexamining customary international law* (pp. 266-306). Cambridge: Cambridge University Press.
- Singh, S., & Gilda, S. (2022). Global implications of overturning *Roe v. Wade*. *BMJ*, 378: o2025.
- Solinger, R. (2013). *Reproductive politics: What everyone needs to know*. New York: Oxford University Press.
- Sommers, C. H. (2010). *The UN women's treaty: The case against ratification (Aei Social and Cultural Studies Working Paper 2010-01)*. Washington, DC: American Enterprise Institute.
- Sosa, L. (2021). Beyond gender equality? Anti-gender campaigns and the erosion of human rights and democracy. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 39(1), 3–10.
- Stanger-Hall, K. F., & Hall, D. W. (2011). Abstinence-only education and teen pregnancy rates: Why we need comprehensive sex education in the U.S. *PLOS ONE*, 6(10), e24658.
- Stevenson, A. J. (2021). The pregnancy-related mortality impact of a total abortion ban in the United States: A research note on increased deaths due to remaining pregnant. *Demography*, 58(6), 2019-2028.
- Strang, L. J. (2019). *Originalism's promise: A natural law account of the American Constitution*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Warwick, B. T. C. (2016). Socio-economic rights during economic crises: A changed approach to non-retrogression. *The International and Comparative Law Quarterly*, 65(1), 249-265.
- Warwick, B. T. C. (2019). Unwinding retrogression: Examining the

practice of the committee on economic, social and cultural rights.

Human Rights Law Review, 19(3), 467-490.

Williams, D. K. (2010). *God's own party: The making of the Christian right*. Oxford: Oxford University Press.

Wilson, M., & Lynxwiler, J. (1988). Abortion clinic violence as terrorism. *Terrorism*, 11(4), 263-73.

Young, K. G. (2012). *Constituting economic and social rights*. Oxford: Oxford University Press.

Zureick, A. (2015). (En)gendering suffering: Denial of abortion as a form of cruel, inhuman, or degrading treatment. *Fordham International Law Journal*, 38(1), 99-140.

親自驗屍義務之歷史、現況與相關 醫學檢查之發展*

陳勛**

目次

- 壹、緒論
- 貳、親自驗屍義務之歷史與現況
 - 一、醫師親自驗屍
 - 二、法醫師、醫師或檢驗員相驗
 - 三、相驗義務之界定
- 參、死亡原因與相驗之區別
 - 一、非病死或疑為非病死者
 - 二、病死者
- 肆、相關函釋及判決之評析
 - 一、親自驗屍義務相關函釋
 - 二、親自驗屍義務相關判決
 - (一) 我國司法與臨床現況
 - (二) 醫療機構內死亡與行政相驗實務現況
 - (三) 司法相驗實務現況

* 感謝初審委員、複審委員及編輯委員之指教，各位委員之指點使本文更臻完善。

** 臺北醫學大學牙醫學士、國立政治大學法律學碩士。聯絡方式：
hsun_chen@hotmail.com。

伍、先進國家相關驗屍制度之介紹與比較

- 一、美國
- 二、英國
- 三、加拿大
- 四、澳大利亞

陸、結論與反思

- 一、我國法院對於親自驗屍義務，已然採用實質掌握原因之解釋，而不以當面驗屍為必要
- 二、死亡之判斷分為事實確認與原因判定
- 三、宜以具醫師資格之法醫師為司法相驗主力，屍體相驗回歸法醫師專業進行

摘要

本文探討驗屍、相驗及相關醫學檢查之發展。本文以醫師法第 11 條之 1 之規定作為開宗明義之論述，其次依醫師親自驗屍、法醫師、醫師或檢驗員相驗、相驗義務之界定等議題，分別探討親自驗屍義務之歷史與現況，接著依非病死或疑為非病死者、病死者相關問題，釐清死亡原因與相驗之區別，然後評析我國相關法規、衛福部函釋及法院判決，探討醫師親自驗屍方得開立死亡證明的相關議題，接著彙整美國、英國、加拿大及澳大利亞等先進國家相關的立法與執行方式做為我國改進之參考，最後提出我國法院對於親自驗屍義務已然採用實質掌握原因之解釋、死亡之判斷分為事實確認與原因判定及宜以具醫師資格之法醫師為司法相驗主力，屍體相驗回歸法醫師專業進行，而不以當面驗屍為必要之相關結論與反思。

關鍵詞：醫師、法醫師、檢驗屍體、相驗

Historical Development, Current Status, and Advancements in the Duty of Personal Autopsy: A Study on Forensic Pathology and Related Medical Examinations

Chen, Hsun *

Abstract

This paper delves into the history of legal aspects of autopsies, post-mortem examinations, and the progress made in related medical investigations. The discussion begins by establishing the context through the provisions of Article 11-1 of the Physicians Act. Subsequently, various topics such as the duty of personal autopsy, forensic pathologists, physician or examiner post-mortem examinations, and the obligations associated with these examinations are explored. The historical background and current state of the in-person autopsy mandate are discussed, followed by an examination of issues related to non-disease-related or suspected non-disease-related deaths, as well as those pertaining to deaths caused by illnesses. The aim is to distinguish between determining the cause of death and the need for post-mortem examinations. Furthermore, an analysis of relevant laws, regulations,

* D.D.S., Taipei Medical University, LL.M., National Chengchi University.

interpretations from the Ministry of Health and Welfare, and court judgments in Taiwan is conducted to discuss the pertinent issues concerning the issuance of death certificates post in-person autopsies by physicians. Additionally, legislative and operational practices in advanced countries such as the United States, the United Kingdom, Canada, and Australia are synthesized as references for potential improvements in Taiwan. Finally, this paper proposes that Taiwan's courts adopt an interpretation that emphasizes a thorough understanding of the actual cause of death, separating the determination of facts from the determination of cause, and assigning qualified forensic pathologists as the primary experts for judicial post-mortem examinations. Our study also suggest that post-mortem examinations be entrusted to forensic pathologists to ensure a professional approach. We also suggest that in-person as a mandate for autopsies may not be a necessity.

Keywords: Physician, Forensic Pathologist, Cadaver Examination, Post-mortem Examination.

壹、緒論

政府為保障人民生命安全及社會秩序，一旦人民死亡，其家屬必須取得死亡證明方能進行殮葬事宜。開立及取得死亡證明書之途徑依死亡情形有不同規定。依據醫師法第 11 條之 1 規定：「醫師非親自檢驗屍體，不得交付死亡證明書或死產證明書。」意即，醫師必須親自檢驗屍體，始得開立死亡證明書。然，所謂親自檢驗屍體，是否所指為當面親手執行解剖與屍體檢驗？檢驗屍體相關規定之目的以及意義為何？外國立法例是否有提供解答或供參考之處？前述及相關問題尚有待見解產生。本文之目的即為，除整理我國醫師親自驗屍義務之歷史與現況、法院判決及衛生福利部函釋等文獻並提出相關的評析意見之外，並釐清屍體之分類與相驗之區別，更進一步從其他先進國家不同的立法及規範方式觀之，以做為我國日後相關立法規範之參考。

貳、親自驗屍義務之歷史與現況

死亡的分類，依死因可分為自然死、自殺、他殺及意外死亡。「自然死」是指因年邁老衰或疾病末期而死亡，自殺、他殺及意外死亡則是在不自然的外因下死亡。死亡所牽涉之權利義務關係甚廣，為保障人民的生命安全及社會秩序，我國政府要求家屬必須提供「死亡證明書」，殯葬所才能進行殮葬事宜。依現行制度，我國臨床醫師得執行自然死之「行政相驗」，法醫師會同檢察官進行自殺、他殺及意外死亡之「司法相驗」¹。驗屍與相驗之義務探討如

¹ 季達，基層醫師「行政相驗」甘苦談，臺灣醫界，60 卷 12 期，頁 43（2017）。

下：

一、醫師親自驗屍

依據醫療法施行細則第 53 條第 1、2 項規定：「醫院、診所對其診治之病人死亡者，應掣給死亡證明書。」、「醫院、診所對於就診或轉診途中死亡者，應參考原診治醫院、診所之病歷記載內容，於檢驗屍體後，掣給死亡證明書。」；且醫師法第 11 條之 1 規定：「醫師非親自檢驗屍體，不得交付死亡證明書或死產證明書。」；以及醫師法第 17 條規定：「醫師如無法令規定之理由，不得拒絕診斷書、出生證明書、死亡證明書或死產證明書之交付。」

二、法醫師、醫師或檢驗員相驗

依據醫療法第 76 條第 3 項規定：「醫院、診所對於非病死或可疑為非病死者，應報請檢察機關依法相驗。」及醫師法第 16 條規定：「醫師檢驗屍體或死產兒，如為非病死或可疑為非病死者，應報請檢察機關依法相驗。」此規定，非病死或可疑為非病死者，應報請檢察機關依法相驗，檢察官得命檢察事務官或司法警察官會同法醫師、醫師或檢驗員進行驗屍。在查明死亡原因後，由地方檢察官開立「相驗屍體證明書」（司法相驗）²。惟為了舒緩檢察官的案件壓力，依據刑事訴訟法第 218 條第 2 項，檢察官得命檢察事務官會同法醫為相驗，甚至若無犯罪嫌疑，可調度司法警察會同法

² 刑事訴訟法第 218 條：「遇有非病死或可疑為非病死者，該管檢察官應速相驗。前項相驗，檢察官得命檢察事務官會同法醫師、醫師或檢驗員行之。但檢察官認顯無犯罪嫌疑者，得調度司法警察官會同法醫師、醫師或檢驗員行之。依前項規定相驗完畢後，應即將相關之卷證陳報檢察官。檢察官如發現有犯罪嫌疑時，應繼續為必要之勘驗及調查。」

醫、檢驗員等行之。

刑事訴訟法第 218 條僅規定檢察事務官或司法警察相驗時，應會同法醫師、醫師或檢驗員行之，然而，針對檢察官親自相驗則無明文「應會同法醫師、醫師或檢驗員行之」。雖無明文規定，但檢驗屍體為相驗程序中最重要之步驟，且刑事訴訟法第 216 條第 2 項亦規定檢驗屍體，應命醫師或檢驗員行之³。故檢察官親自相驗，應會同法醫師、醫師或檢驗員，應為當然之解釋。惟有文獻認為檢察署之檢察官對可疑非病死者案，由於檢察官並未具備醫學之專業知識，且多不願與同為檢察署同事之法醫為意見相左，因此往往是由法醫進行相驗死因，檢察官少有對死因判斷加以表示不同意見者。亦因如此，可能會生證物受污染、採證錯誤、遺漏或證據超越現有檢驗技術極限之謬誤⁴。可見，檢察官對於法醫學，有其熟習之必要，且必須與法醫研判的鑑定結果辯證⁵。

三、相驗義務之界定

非病逝於醫療機構，亦非在就診或轉診途中死亡者，無法取得死亡證明書者，可由所在地衛生所，或所在地直轄市或縣（市）主管機關指定之醫療機構檢驗屍體（行政相驗），掣給死亡證明書⁶。理論上行政相驗仍以病死為主，只是病死於家者，由死者家屬備齊相關文件（身分證明、醫學病史摘要等），向轄區衛生所（局）報

³ 刑事訴訟法第 216 條：「檢驗或解剖屍體，應先查明屍體有無錯誤。檢驗屍體，應命醫師或檢驗員行之。解剖屍體，應命醫師行之。」

⁴ 林宜民，依新修正刑事訴訟法論法庭活動：以鑑定為中心，25 輯 15 篇，司法研究年報，頁 4（2005）。

⁵ 蕭開平，法醫鑑定概論，萬國法律，137 期，頁 45（2004）。

⁶ 醫療法施行細則第 53 條第 3 項：「病人非前二項之情形死亡，無法取得死亡證明書者，由所在地衛生所或所在地直轄市或縣（市）主管機關指定之醫療機構檢驗屍體，掣給死亡證明書。」

案，商訂相驗時間。衛生機構或指定醫師於約定時間至停屍地點，檢視屍體後發給死亡證明書。如發現自殺、意外、車禍、外因致死（墜落、火災、溺水、中毒、外傷等），有可疑為非病死之情形，應即改報為司法相驗。

依據法律規定可開立死亡證明者，有醫療機構之醫師和衛生機關，於檢驗屍體後，掣給死亡證明書。所以只要病死於醫院中，醫院皆須開具死亡證明，而此死亡證明必然需由親自檢驗屍體的醫師為之。然若未於醫院中死亡，依據醫療法施行細則第 53 條第 3 項，須向當地衛生機關為檢驗病因，以此開具死亡證明，此即為一般實務運作所最常見的行政相驗。而衛生機關除非有非病死或疑為非病死，而請求檢察官為相驗的情況下，才得不開具死亡證明。非病死或疑為非病死，係指自然原因（病死）以外死亡之情形。因此類死亡，有可能係因過失而造成，故有追究原因之必要。此外，自殺雖非外力造成，但亦屬於非病死，仍應為相驗範圍，況在未為相驗時，有時也很難究明是自殺、還是他殺。

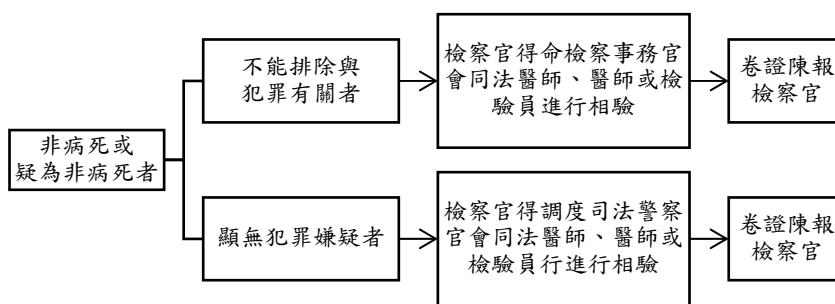
關於相驗的規定，雖見於刑事訴訟法第 218 條針對非病死者或疑為非病死者之檢驗，但現行實務運作之相驗概念，似乎不僅於此。針對病死體之檢驗亦以相驗名之，也因此為區別兩者，特將刑事訴訟法之規定稱為司法相驗，後者則稱為行政相驗。關於此二者的區分，到底有何差別，以下將探討屍體的分類和相驗的區別，以及親自驗屍義務之相關函釋與相關判決為例進行相關探討。

參、死亡原因與相驗之區別

相驗的界定若依死亡原因的區別分為非病死或可疑為非病死者、病死者，其驗屍之程序乃有所差異，茲論述如下：

一、非病死或疑為非病死者

依據刑事訴訟法第 218 條第 1 項⁷，若為非病死或疑為非病死，應報請檢察官為檢驗。依我國制度設計，凡是有可能非屬病死者，皆須經過檢察官的相驗程序，方能進入並完成相驗程序。流程如圖 1 所示。



資料來源：作者自製

圖 1 非病死或疑為非病死者司法相驗流程

然而，死因不明的死亡事件分散各地為數甚多，而檢察官人力不足執行所有相驗業務。為此，檢察官得命檢察事務官會同法醫為相驗，若無犯罪嫌疑，可調度司法警察會同法醫、檢驗員等行之⁸。相驗是死因鑑定之起始步驟，對於非病死或可疑為非病死之屍體，為確認死因，開啟相驗之程序，若該案件係屬刑事案件，檢察官即將該案簽分為偵字案件續行偵查；若為非刑事案件，則僅需完成相

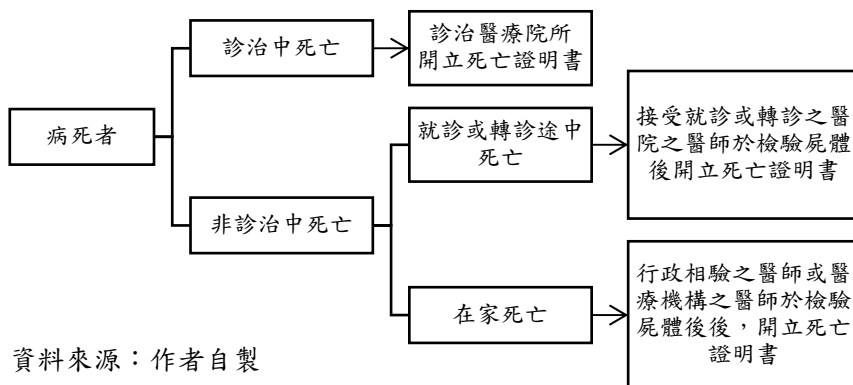
⁷ 刑事訴訟法第 218 條第 1 項：「遇有非病死或可疑為非病死者，該管檢察官應速相驗。」

⁸ 刑事訴訟法第 218 條第 2 項：「前項相驗，檢察官得命檢察事務官會同法醫師、醫師或檢驗員行之。但檢察官認顯無犯罪嫌疑者，得調度司法警察官會同法醫師、醫師或檢驗員行之。」

字案報告書即可簽結此案⁹。

二、病死者

若病死於醫院，依據醫療法第 76 條第 1 項¹⁰，由醫院開給死亡證明書。若到院前或轉診前死亡，依據醫療法施行細則第 53 條第 2 項¹¹，則由原診治醫院依據病歷及檢驗屍體後，開給死亡證明書。若非屬上述情況，如在家病死，則依據醫療法施行細則第 53 條第 3 項¹²，則由家屬向當地衛生局繳交一定規費後，申請檢驗屍體，並開給死亡證明書，此屬行政相驗。



資料來源：作者自製

圖 2 病死者行政相驗流程

⁹ 陳欣怡，論相驗與死因鑑定，國立中正大學法律所碩士論文，頁 15-35（2008）。

¹⁰ 醫療法第 76 條第 1 項：「醫院、診所如無法令規定之理由，對其診治之病人，不得拒絕開給出生證明書、診斷書、死亡證明書或死產證明書。開給各項診斷書時，應力求慎重，尤其是有關死亡之原因。」

¹¹ 醫療法施行細則第 53 條第 2 項：「醫院、診所對於就診或轉診途中死亡者，應參考原診治醫院、診所之病歷記載內容，於檢驗屍體後，掣給死亡證明書。」

¹² 醫療法施行細則第 53 條第 3 項：「病人非前二項之情形死亡，無法取得死亡證明書者，由所在地衛生所或所在地直轄市或縣（市）主管機關指定之醫療機構檢驗屍體，掣給死亡證明書。」

上揭之區分乃有必要性，因針對檢驗屍體時，所採取的手段不同，其法律規制也會不同，且國家所能行使的強制力範圍亦不同。惟於現實面，此二者恐是相互流動且模糊，因為並非每個屍體均能馬上判定其到底為非病死或疑為非病死及病死者，故上述之區分僅是理念類型，然其區分之實益乃在於國家機關對其進行檢驗之程序不同。

肆、相關函釋及判決之評析

本文將關於驗屍實務之相關函釋及判決見解臚列如下，並提出評析。

一、親自驗屍義務相關函釋

行政院衛生署於民國 87 年函釋主旨載明：「有關診所開業醫師開立死亡證明書，除里長證明書及公私立醫院診斷證明書外，是否要親自驗屍，才可開立。若屍體已蓋棺後，是否可僅憑里長證明書及公私立醫院診斷證明書，即可開立死亡證明書……」說明第二點載明：「依醫師法第 11 條之 1 及醫療法施行細則第 49 條規定，醫師應親自檢驗屍體後，始得交付死亡證明書，但如為非病死或可疑為非病死者，應報請檢察機關依法相驗。另檢驗屍體為醫師專業領域事項，依規定無需要求村里長出具證明¹³。」

由上揭函釋之文意推斷，檢驗屍體及其所延伸之死亡證明書開立一事，無關村里長出具證明。然醫師是否得以公私立醫院診斷證明，直接對蓋棺之屍體作出死者死亡與死因之判斷，並開立死亡證

¹³ 衛生署八十七年衛署醫字第八七〇一二〇七四號函。

明書？依據醫師法第 16 條規定：「醫師檢驗屍體或死產兒，如為非病死或可疑為非病死者，應報請檢察機關依法相驗。」換言之，醫師出具之死亡證明書應僅限於「病死」。如係「非病死或可疑為非病死者，應報請檢察機關依法相驗。」而刑事訴訟法第 216 條規定：「檢驗或解剖屍體，應先查明屍體有無錯誤。檢驗屍體，應命醫師或檢驗員行之。解剖屍體，應命醫師行之。」同法第 217 條規定：「因檢驗或解剖屍體，得將該屍體或其一部暫行留存，並得開棺及發掘墳墓。檢驗或解剖屍體及開棺發掘墳墓，應通知死者之配偶或其他同居或較近之親屬，許其在場。」同法第 218 條規定：「遇有非病死或可疑為非病死者，該管檢察官應速相驗。前項相驗，檢察官得命檢察事務官會同法醫師、醫師或檢驗員行之。但檢察官認顯無犯罪嫌疑者，得調度司法警察官會同法醫師、醫師或檢驗員行之。依前項規定相驗完畢後，應即將相關之卷證陳報檢察官。檢察官如發現有犯罪嫌疑時，應繼續為必要之勘驗及調查。」因此司法相驗係檢察官於其管轄區域內，人民遇有非病死或可疑為非病死者，由檢察官、檢察事務官或司法警察官督同法醫或檢驗員檢視屍體，以查有無犯罪嫌疑之過程。

二、親自驗屍義務相關判決

我國與親自驗屍義務有關之判決，有何雪卿案。臺灣士林地方法院認為，依醫院急診流程，未曾參與急救或是驗屍之行政主管醫師對在經值勤醫師開立之死亡證明書上簽章之作為，僅係核對該證明書上所載事項與病歷內容無訛即足；至於病患於急救當時之狀況、在場人有何、開立死亡證明書之醫師有無親自檢驗屍體等情，與行政主管醫師就其行政作業範圍所為審閱病歷、於死亡證明書上

覆核簽章之行為並無影響¹⁴。臺灣士林地方法院並認，病人於醫院死亡，與醫院間有醫病診治關係，故得依病歷記載據以判斷死亡原因，而無須檢驗屍體¹⁵；行政主管醫師縱未親自檢驗屍體而開立死亡證明書，係依據該院急診手冊規定之處理流程所為，仍須由主管醫師本於所負責之行政業務，於核對病歷後在上開死亡證明書上具名簽章，與相關法令及主管機關解釋並無不合；如果凡開立死亡證明書者均必親自驗屍，則在有醫病關係情況下，醫師於開立死亡證明書前仍必親自驗屍，其徒就屍體外觀而無病歷資料，並無法以肉眼或單就最後急救過程即可判斷出死因，勢必件件解剖始可得之，此實屬殊難想像¹⁶。

臺灣高等法院認為，醫師因負責行政業務，可依據該院急診手冊規定之處理流程，於查閱死亡患者之病歷資料後，比對病患死亡時之值勤醫師所開立之死亡證明書各欄無訛，即於其上簽章證明；此與醫師法第 11 條之 1 親自驗屍原則之立法規定無違¹⁷。臺灣高等法院並認為，醫師法第 11 條之 1 之立法意旨在於規範醫師應在能依醫學專業確定死亡之事實並臆斷死亡原因之條件下，如得交付死亡證書¹⁸。

基於上揭親自驗屍義務相關函釋及相關判決之探討後，本文擬依現行我國司法與臨床現況、醫療機構內死亡與行政相驗及司法相驗，就親自驗屍義務做進一步之分析如下：

¹⁴ 臺灣士林地方法院 89 年度自字第 223 號刑事判決。

¹⁵ 以本案中之臺北榮民總醫院為例，急診病患死亡之行政作業不一定會在病患死亡後立刻進行，例如當病患在夜間死亡，則死亡病患之行政作業通常會待至翌日白天，當相關之行政人員上班後始開始作業，此時方由翌日白天在急診該科之值勤醫師依照病歷開立死亡診斷書。

¹⁶ 臺灣士林地方法院 90 年度自字第 68 號刑事判決。

¹⁷ 臺灣高等法院 90 年度上訴字第 1837 號刑事判決。

¹⁸ 同前註。

（一）我國司法與臨床現況

由相關函釋與相關判決之探討得知，對於病患生命末期至死亡前沒有醫病關係之病患，醫師應經親自驗屍，方得開立死亡證明書，僅憑公私立醫院診斷證明書即開立死亡證明書，似有不足¹⁹。對於醫療機構內死亡之病患，病患與醫療機構間有醫病診治關係，且死亡於醫療機構發生者，醫師得依病歷記載據以判斷死亡原因，而無須本人執行檢驗屍體²⁰。如依醫師法第 11 條之 1 規定：「醫師非親自檢驗屍體，不得交付死亡證明書或死產證明書。」醫療法施行細項第 53 條第一項規定：「醫院、診所對其診治之病人死亡者，應掣給死亡證明書。」第二項規定：「醫院、診所對於就診或轉診途中死亡者，應參考原診治醫院、診所之病歷記載內容，於檢驗屍體後，掣給死亡證明書。」依據第二項規定之內容，就診或轉診途中死亡者，開立死亡證明書之醫師，除應參考醫療機構之病歷記載內容外，尚需檢驗屍體，方能開給死亡證明書。

然而，臺灣士林地方法院與臺灣高等法院均認為，病人於醫院死亡與醫院間有醫病診治關係，故得依病歷記載據以判斷死亡原因，而無須檢驗屍體，從字面觀察，似與醫師法第 11 條之 1 及醫療法施行細項第 53 條不盡相符之處。本文認為，我國臺灣士林地方法院與臺灣高等法院對於醫師法第 11 條之 1 醫師親自驗屍義務中之「親自」，似採雷同前述親自診察義務討論中之「掌握病人說」之見解。於親自診察義務，「掌握病人說」指「醫師實質有掌握病人，即符合親自診察原則」，據此應是「醫師實質有掌握病人死亡之狀態與原因，即符合親自驗屍義務之原則」。此外，醫療法施行細項第 53 條第 2 項亦規定：「醫院、診所對於就診或轉診途中死亡

¹⁹ 衛生署八十七年年衛署醫字第八七〇一二〇七四號函。

²⁰ 臺灣士林地方法院 90 年度自字第 68 號刑事判決。

者，應參考原診治醫院、診所之病歷記載內容，於檢驗屍體後，掣給死亡證明書。」

可見，我國臺灣士林地方法院與臺灣高等法院對其中之檢驗屍體，似採取廣義之解釋，採「掌握死亡之狀態與原因」之意。意即無論檢驗屍體是以臨床親手操刀解剖之方式，抑或採取調閱病歷紀錄並綜合判斷，只要蒐集足夠之資訊，得以確認病人之死亡並能合理之臆測其死因，即視為完成「檢驗屍體」。

（二）醫療機構內死亡與行政相驗實務現況

執行驗屍業務人員之資格限制，依我國現況應如何規定方為合乎需求與法理。依照我國制度，醫療機構內死亡之死者，僅具醫師資格者得執行驗屍業務並開立死亡證明書者²¹。觀察我國臨床及法律實務，無論行政相驗或是司法相驗，驗屍業務實有醫師、法醫師專業不足，人力亦不足之情形。

有衛生所醫師投書臺灣醫界如下：「依據台灣的現行法規，基本上每名臨床醫師都有權責行政相驗，然而為了避免法律糾紛，大家都視為畏途，避之唯恐不及，誠然，臨床醫師的專業在診治各系統疾病，並不在法醫學，即使是病人的長期主治醫師，在病人臨終時，該醫師因沒有全程參與過程，也不願遽下斷語……死亡原因的認定原是法醫學專業，找臨床醫師執行這項業務是不得已的權宜之計……如前所述，現階段的施行方法有許多缺陷，無法讓基層醫師安心的執行行政相驗，這些制度制定者是否應該重新檢視一下呢²²！」除人員專長不符、人力欠缺外，我國行政相驗制度欠缺監督與防弊制度之設計，因此行政相驗醫師檢驗屍體時草率疏忽，或操

²¹ 此處醫師系指醫師法所指之醫師，包含西醫師、牙醫師、中醫師。

²² 李達（註1），頁43。

守不良，受金錢誘惑，將非病死或非自然死亡開為「病死」之新聞，時有所聞²³。

可見，關於是否具醫師資格與操守對於死亡之正確判斷，尤其重要。至於關於死亡事實之判斷與死亡原因之判定，探討如下：

死亡事實之判斷，其意義在於確認生命之結束，並已經進入死亡之狀態。對於可能者，應盡量包含其死亡之時間。對此病患，任何企圖救治之措施處置已經不能期待其有使病患回復生命徵象之可能。此判斷有醫學、法律與社會上之意義：於醫療人員結束其對病患之救治義務，法律上結束病患之權利能力，並開始殯葬程序。而臨床上，被認為是瀕死、死亡之過程以及剛死亡之徵象有呼吸停止及心臟停搏²⁴；死亡後會產生之徵象有屍斑、屍冷、屍僵、腐爛等。而死亡原因之判斷，指分析並評估存在之疾病或創傷，並確定一人死亡的原因和方式。死亡原因之判斷有醫學、法律之意義：於醫學上，其可能揭示個別醫師或是主流醫學觀念之錯誤或極限，法律者，刑法上有確認傷害之程度或是殺人之事實之意義，民法上有確認健康權與生命權之結束時間與方式之意義；除此之外，並有確定死亡順序以確定繼承順序，確定死亡原因以確定保險之理賠項目等等之用途。

（三）司法相驗實務現況

我國司法相驗者，以法醫師與檢驗員為主。我國法醫訓練制度仍有待健全，且法醫師的社會地位與薪資缺乏誘因，因此刑事司法

²³ 徐養齡，龍巖勾庸醫，亂開死亡證明，10年撈千，一律寫心肌梗塞，蘋果日報，2013年5月1日，<https://tw.appledaily.com/headline/daily/20130501/34988010>（最後瀏覽日：2023年3月10日）

²⁴ 此指臨床上判斷之重點，但是因為法律以及醫學之發展，呼吸停止及心臟停搏已經不足以作為判斷死亡之標準；所謂死亡時點，應採為何，於後詳細討論。

實務未能吸引醫師從事法醫工作；為了因應法醫師人員缺乏的問題，我國自民國 84 年起開始擴大招考法醫師與檢驗員，然而法醫師應考者依然有限，無法補足缺額。最後連續五年擴大招考檢驗員，作為法醫師之代替人力。檢驗員制度之由來為，我國過去各地方法院地檢署因缺乏法醫師，因此招考不具醫師資格之人擔任檢驗員。檢驗員的醫學與病理知識未如醫師完善，且設置目的本來是為了輔佐或協助法醫師。然而目前的現狀卻是，解剖屍體由法醫師、外聘顧問醫師或榮譽法醫師進行，但各地檢署的相驗與檢驗屍體之工作，曾有一段時間百分之九十以上是由檢驗員執行²⁵。

我國於民國九十四年年末制定之法醫師法，為朝法醫師專業化邁進，規定僅法醫師或受託執行之執業法醫師得執行刑事訴訟法規定所為之檢驗或解剖屍體²⁶；同法並有日落條款，規定該法施行屆滿六年起，醫師不得執行刑事訴訟法規定之檢驗、解剖屍體業務²⁷；屆滿十二年起，檢驗員不得執行刑事訴訟法規定之檢驗屍體業務²⁸。立法理由載明：「為提昇鑑驗水準及落實人權保障，刑事訴訟法規定之檢驗及解剖屍體，應由法醫師或受託執行之執業法醫師為之；至於現行由醫師執行之屍體檢驗、解剖及檢驗員執行之屍體檢驗業務，另以第四十七條及第四十八條規定於本法施行一定期間後，不得再繼續執行該項業務，俾能提昇整體之鑑驗水準，刑事訴訟法相關規定將配合檢討、修正²⁹。」

由立法觀察，我國政府似有將法醫學專業化，並加強屍體檢驗

²⁵ 王崇儀，法醫師法論，宇河文化，頁 48（2009）。

²⁶ 法醫師法第 9 條：「依刑事訴訟法規定所為之檢驗或解剖屍體，非法醫師或受託執行之執業法醫師，不得為之。」（已停止適用）

²⁷ 法醫師法第 48 條：「醫師自本法施行屆滿六年起，不得執行刑事訴訟法規定之檢驗、解剖屍體業務。」（已停止適用）

²⁸ 法醫師法第 49 條：「檢驗員自本法施行屆滿十二年起，不得執行刑事訴訟法規定之檢驗屍體業務。」（已停止適用）

²⁹ 法醫師法第 9 條立法理由。

提昇整體之鑑驗水準之宏圖。豈知，我國未能培養充足法醫學人力³⁰，101年修法，將醫師執行檢驗、解剖屍體業務之日落期限延長為九年。104年更刪除檢驗員之日落條款³¹，一舉將檢驗員再度列入得執行檢驗屍體之人員³²。我國法醫師以及相關學科發展以及培養人才速度之慢，無可應付需求之情形完全顯見。

基於上述我國診治死亡者之醫師、實施行政相驗之醫師及司法相驗之法醫實務現況之探討，本文擬進一步探討外國驗屍及相驗之相關制度或立法，以做為我國改善驗屍及相驗制度之參考。

伍、先進國家相關驗屍制度之介紹與比較

一、美國

美國 (United States) 對於死亡相關規定中，以心死後器官捐贈對死亡者之規定為心肺功能之停止，不可能自行回復且不可能由醫療介入回覆者為主，且未明文規定何種醫療人員得確認死亡。美國國家醫學院 (Institute of Medicine, IoM) 建議以心電圖與動脈內血壓測量輔助觀察，並應觀察二至五分鐘³³；確認死亡之病患因倫理考量不應施予急救；腦死之判斷為缺乏意識之任何徵象、無自主

³⁰ 法醫師法第 48 條立法理由：「一、修正通過。二、針對短期二至三年內法醫人力青黃不接之際，為使法醫鑑定工作能夠順利執行，爰將原期限六年，延長三年修正為九年使開業醫師可以繼續執行法醫業務，以待新培育之法醫人力得以銜接。」（已停止適用）

³¹ 法醫師法第 49 條刪除，理由：「一、本條刪除。二、配合第九條第一項之修正，檢驗員得執行刑事訴訟法規定之檢驗屍體業務，主管機關並持續辦理在職訓練，以期持續增進法醫知能，提升相驗品質。」

³² 法醫師法第 9 條：「依刑事訴訟法規定所為之檢驗屍體，除本法另有規定外，由法醫師、檢驗員為之。解剖屍體，除本法另有規定外，由法醫師為之。」

³³ 今 National Academy of Medicine (NAM).

呼吸，且不期待其可回復者；所有醫師均可執行腦死之判斷，然，醫師應熟悉相關規定再在臨床執行；部分州要求兩次檢查³⁴。

美國對於何種醫療人員得判斷病患之死亡並開立死亡證明書沒有聯邦層級之規定，留有各州政府立法之空間。常見「得判斷死亡」或「判斷病患之死亡並開立死亡證明書」者有醫師、專科護理師、驗屍官等等。較詳盡者，有亞利桑那。亞利桑那州規定，法醫師（Medical Examiner）、醫師與專科護理師得開立死亡證明，並有詳細規定何類人員得於何情形開立死亡證明；以醫院之死亡為例，醫院內受專科護理師及醫師照護之病患，如可能，應由專科護理師或是主治醫師在死亡事實發生後七十二小時內開立；醫院內受一般護理師及醫師照護之病患，如可能，應由主治醫師在死亡事實發生後七十二小時內開立；前述人員無可開立時，由法醫師（Medical Examiner）開立；法律並規定在印地安保留地（Indian reservation）內，若無郡法醫師可驗屍，部落之執法單位得以調查之職權撰寫並簽署死亡證明³⁵。

二、英國

英國（United Kingdom）規定所有心肺功能衰竭死亡者，執行死亡確認者，應確認病人已經進入無可回復的心肺功能衰竭，且未明文規定何種醫療人員得確認死亡；死亡之觀察重點為呼吸停止、循環停止與無意識，在醫院可以心電圖、動脈輸液之脈動或是腦波圖做為輔助；在約五分鐘之觀察期後應檢查瞳孔反射、角膜反射與

³⁴ The President's Council on Bioethics, *Controversies in the Determination of Death: A White Paper* by the President's Council on Bioethics, 56-61 (2008).

³⁵ Arizona Revised Statute (A.R.S.) § 36-325 Death certificate registration; moving human remains; definition.

眶上壓力測試；確認死亡後不應執行可能回復腦部灌注之措施³⁶。腦死之診斷標準為腦幹受到傷害之方式與程度已經造成心、肺、意識功能之不可回復性喪失；執行判斷者須兩位，且均為應為登記執業五年以上之醫師，且必須具備充足之腦幹功能測試能力，兩位之中必須至少有一位為顧問級醫師（Consultant）³⁷；檢查應進行兩次，兩次檢查兩位醫師均必須在場。

英國醫學會（British Medical Association, BMA）於其死亡確認與授證指引（Confirmation and certification of death）中表示，英國法律不要求由醫師確認死亡的發生、不要求由醫師當場檢視屍體、不要求由醫師通報死亡之發生，但是在醫師照護下之病患死亡，醫師有義務開立死亡證明書³⁸。英國皇家護理學會（Royal College of Nursing）並立有護理師確認死亡之指引，其中提到護理師得確認病人死亡，然死亡證明書之開立僅限醫師執行，且臨床上是否應執行死亡之判斷，應依照所屬單位之政策與規定執行³⁹。

三、加拿大

加拿大（Canada）規定，死亡相關規定中以心死後器官捐贈為主者，死亡之事實應依照「可接受的醫療執業」之標準進行認定，死亡之確認須由兩位醫師進行，其中必須至少有一位持續觀察病患五分鐘，且為具相關技能與訓練之主治醫師級（Staff physician）醫師；在循環停止後，應持續觀察是否有可觸診及之脈搏、並持續監

³⁶ Academy of Medical Royal Colleges, *A Code of Practice for the Diagnosis and Confirmation of Death*, 17-21 (2008).

³⁷ 完成專科醫師訓練，具專科醫師資格，且登記執業項目為專科醫學者。

³⁸ British Medical Association, *Confirmation and Certification of Death*, 10, 12-13 (2018).

³⁹ Royal College of Nursing, *Confirmation or Verification of Death by Registered Nurses*, 18 (2018).

測血壓與呼吸，觀測應至少五分鐘，兩位醫師須共同記錄觀察之結果，方完成死亡之診斷；死亡後不應執行有可能促進腦部循環與灌注之措施；腦死之標準為不可逆之完全昏迷並合併所有腦幹功能之喪失，包含呼吸調節；執行判斷者須持有該地區有效醫師執照，且有足夠腦重傷與腦死相關知識與技能；執行判斷之兩位醫師應分別進行觀察與測試，但若兩位醫師同時在場，呼吸監測可以合併進行⁴⁰。

四、澳大利亞

澳大利亞 (Australia)，死亡相關規定中，以心死後器官捐贈為主者，規定以循環中止為宣布死亡之時間點，確認死亡者應以重症專長之醫師為佳，且不得為器官摘除、移植小組之醫師；臨床上，以不會移動、呼吸停止、皮膚血液循環停止、血液循環停止為標準，並應觀察二至五分鐘；徵象觀察以臨床觀測為主，以動脈內血壓監測為佳；在宣佈死亡後，器官摘除小組為避免肺臟之進一步傷害，可重新插管，並供應純氧；其他可能無意間促進腦部循環回復或心肌功能回復之措施，如心臟按摩或是呼吸器介入之使用應盡可能避免，直到器官摘除完成；腦死之標準為完全無反應之昏迷、缺乏腦幹反射、缺乏呼吸調節功能；腦死判斷則須由兩位醫療人員完成，人員資格詳細規定由各州地方政府規定，每個執行檢查之人員應分別獨立進行檢查⁴¹。

綜上可知，先進國家對於臨床上用於診斷死亡之方式、可判斷

⁴⁰ Dale Gardiner et al., *International perspective on the diagnosis of death*, 108 SUPPL 1 BR. J. ANAESTH. 14-28, 18 (2012).

⁴¹ Australian and New Zealand Intensive Care Society, *The Anzics Statement on Death and Organ Donation*, 39-47 (3rd ed. 2008).

死亡之人員與人員數、診斷死亡所應觀察之時間等等均有不同：由於器官移植技術之進步，死亡後捐贈器官越來越常見，各國對於心死後之器官捐贈相關問題開始重視，其中死亡之判斷，自然成為規範之重點。各國規範重點無外乎「藉由明文化要求醫師觀察、執行多項檢查」以強化死亡之確信。各國對於心死或腦死器官捐贈之相關規定與判斷標準，亦可被視為各國對於死亡之觀點之最精細描述。甫自醫學院校畢業取得醫師資格之醫師可能不具備足夠之知識與臨床經驗進行複雜之判定，部分國家要求醫師須有相關之訓練、資格、職級，方可進行死亡之判斷或開立死亡證明書。在非器官捐贈等等需要精細、高度專業化之死亡判斷技術時，亦或在非醫師醫療人員之照護下時，部分地區並不將判斷死亡或開立死亡證明書之業務限由醫師執行。死亡之判定，與死因之判斷，尤其牽涉解剖與高度法律效果者，其從業人員限制以有醫師資格者為宜。

我國法醫師訓練採雙軌制，並非全部法醫師均有醫師資格⁴²。然而，具非醫師者得解剖或判斷死因之部分國家，正在朝廢除相關制度進行改革，以建立由具醫師資格者為主力之法醫師制度。美、英、日等國之法醫師為具醫師資格者之進階訓練，所採為專科醫師模式⁴³。美國法醫師（Medical examiners）為醫師（Physicians）、病理科醫師（Pathologists）或是法醫病理科醫師（Forensic

⁴² 法醫師法第 4 條：「具有下列各款資格之一者，得應法醫師考試：一、公立或立案之私立大學、獨立學院或符合教育部採認規定之國外大學、獨立學院法醫學研究所畢業，並經實習期滿成績及格，領有畢業證書。二、公立或立案之私立大學、獨立學院或符合教育部採認規定之國外大學、獨立學院醫學、牙醫學、中醫學系、科畢業，經醫師、牙醫師、中醫師考試及格，領有醫師、牙醫師、中醫師證書，且修習法醫學程，並經法醫實習期滿成績及格，或經國內外法醫部門一年以上之法醫專業訓練，領有證明文件。前項第一款法醫學研究所應修課程，另以細則定之。」

⁴³ 潘至信、曾柏元、蕭開平，從世界各國法醫制度趨勢看我國法醫教考訓用制度，國家菁英，11 卷 2 期，頁 29-33（2015）。

pathologists)⁴⁴，驗屍官 (Coroner) 則是選舉或是派任之公務人員，其可能非醫師，甚至沒有任何醫學訓練；驗屍官之職權範圍通常為一個郡 (County)；自 1877 年以來，美國有許多廢除驗屍官制度並以法醫師制度代替之主張⁴⁵。國家科學院 (National Academy of Sciences) 發現驗屍官在死因鑑定之程序缺乏標準化，並提倡廢除驗屍官制度，並表示「已經明確的展現了其不能有效執行其慣例上應有之功能」。值得注意者，曾有判決特別提及麻薩諸塞州 (Massachusetts) 1877 年廢除驗屍官制度，紐約市 (New York City) 在 1915 年廢除驗屍官制度⁴⁶。阿拉巴馬 (Alabama) 則已通過三個郡廢除驗屍官制度並建立法醫師制度；威斯康辛州 (Wisconsin)，人口在五十萬人以上之郡全面廢除驗屍官制度，人口在五十萬人以下之郡則可選擇廢除與否，並允許兩個或更多郡共同建立法醫師系統。美國現今有十六個州以及華盛頓特區 (Washington, D.C.)，採用集中法醫師制度；六州採用郡或區為基礎之法醫師制度；十四州採用郡為基礎之法醫師與驗屍官並存制度；十四州使用郡、區或教區為基礎之驗屍官制度；二十五州使用州政府公設法醫師之制度。

⁴⁴ 美國制度之法醫病理科醫師與我國法醫師英譯同為 Forensic pathologists，然從制度、教育、執照種類觀察，應屬不同職類，不應混為一談。同理，美國制度之 Medical examiners，中譯為法醫師，為觀察制度及執照之結果，亦不應直接與中文所稱法醫師視為相同。

⁴⁵ WERNER U. SPITZ & DANIEL J. SPITZ, SPITZ AND FISHER'S MEDICOLEGAL INVESTIGATION OF DEATH: GUIDELINES FOR THE APPLICATION OF PATHOLOGY TO CRIME INVESTIGATION 378-415 (4th ed. 2006).

⁴⁶ Senior v. Boyle, 221 N.Y. 414 (N.Y. 1917).

陸、結論與反思

一、我國法院對於親自驗屍義務，已然採用實質掌握原因之解釋，而不以當面驗屍為必要

依照現行規範，我國醫師為驗屍義務之主體。驗屍義務之執行，法規上限親自執行，方可開立死亡證明書或死產證明。觀察判決，臺灣士林地方法院認為，依醫院急診流程，未曾參與急救或是驗屍之行政主管醫師對在經值勤醫師開立之死亡證明書上簽章之作為，僅係核對該證明書上所載事項與病歷內容無訛即足；臺灣高等法院並認為，醫師法第 11 條之 1 之立法意旨在於規範醫師應在能依醫學專業確定死亡之事實，並臆斷死亡原因之條件下，始得交付死亡證書⁴⁷。由判決觀察，我國法院對於親自驗屍義務，已然採用實質掌握原因之解釋，而不以當面驗屍為必要。惟法醫學將死亡分為自然死、自殺、他殺及意外死亡⁴⁸，因為死亡原因的判定是法醫師的專業領域，歐美先進國家只有法醫師能開立死診，然而，我國每年約有四萬件的案件則因法醫師的人數不足，無法負荷此大量業務，只好由臨床醫師來執行「自然死」之「行政相驗」，而自殺、他殺及意外死亡則由法醫師會同檢察官「司法相驗」，此為我國特殊的制度。

二、死亡之判斷分為事實確認與原因判定

如前述，本文認為死亡之判斷有兩部分，一為死亡事實之確

⁴⁷ 醫師法第 11 條之 1：「醫師非親自檢驗屍體，不得交付死亡證明書或死產證明書。」

⁴⁸ 季達（註 1），頁 43。

認，一為死亡原因之判定，不同情形，其所複雜進而困難之部分有所不同。以器官捐贈之病患而言，死亡事實之確認較為複雜，而死亡原因之判斷可能已為醫院與醫師所知。然死亡事實與時間之精確判斷方能確定器官之摘取不造成捐贈者之死亡。以有牽涉犯罪之可能，進而需要司法相驗者而言，死亡之事實已臻明確，而死亡原因之判斷為需要相驗專業之所在。若病患年事已高，有較高之機率會有多重器官衰竭之自然死亡，且發現病患死亡時已經有明確之死亡徵象等，則屬單純之情形。各種情形所需之專業，有所不同。

以目前國內的實務現況而言，在家猝死亦可能是因染疫身亡，在考量醫療專業與防護裝備下，自應由衛生局為相驗最為妥適。若發生猝死之情況就有疑為非病死的可能性，則應進行司法相驗。然而，對於猝死者，是否應一律由司法相驗，實有再加討論之餘地，此類問題使行政相驗與司法相驗之界限更加模糊。更甚者，以猝死之情形而言，若屬衛生機關所能掌握為各類疾病居家檢疫、隔離中猝死等情形，就應為行政相驗，非此情況下才再行司法相驗，方為合理。

三、宜以具醫師資格之法醫師為司法相驗主力，屍體相驗回歸法醫師專業進行

依我國的現行法規，每名臨床醫師皆有權責行政相驗，然而為避免法律糾紛，臨床醫師皆避之唯恐不及。誠然，臨床醫師的專業在診治各系統疾病，並不在法醫學，即使是病人的長期主治醫師，在病人臨終時，該醫師因沒有全程參與過程，也不願遽下斷語。倘若病人在送急診途中或急救之後死亡，急診醫師因為不熟悉該病人，就更不願意開立死診，因此各級醫院轉給衛生所來開立證書。

對於不同情形所造成之所需專業程度與項目不同，應如何規

定方為合理，外國之法醫制度可供我國參考。從美國法醫制度中可發現，美國時至今日已經大致已形成，負責死因調查程序由未必具醫學專業之人員執行，而進行解剖和其他醫學相關操作則由具備醫學專業人員執行，但美國各地法醫制度面對的最大障礙是預算和人力的不足。反觀我國的法醫制度雖仍有類似醫學專業與法醫學專業的爭論，但法醫制度採取一元化的規範，由國家法律《法醫師法》統一規定法醫師的資格，相較於美國各自為政的制度，我國似乎比較有利於公衛統計，而美國複雜多樣的法醫制度規範方式，卻造成了公共衛生部門準確統計死因的困難。據此觀之，我國法醫制度運作的情況較美國多數地區更加順暢。

本文認為，我國規定更可以延伸，使醫師得以專科護理師或急救技術員之判斷，透過通訊方式診斷死亡，或立法使專科護理師可以判斷死亡。本文見解，行政相驗者，如在長期照護機構或一般在宅中死亡，已死亡數日或死亡徵象明顯者，且無明顯複雜之死亡原因者，所需執行之行政相驗得由醫師或是專科護理師進行，若牽涉到可能為自殺等較為複雜之情形，則由法醫病理科專科醫師進行相驗或是解剖，方為妥善。本文認為，司法相驗應緊縮資格，限由具醫師資格之法醫師執行。因此，我國應維持法醫師法立法時之政策方向，以具醫師資格之法醫師為司法相驗之主力，讓屍體相驗回歸法醫師專業處理。⁴⁹

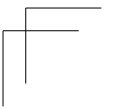
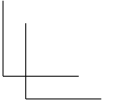
⁴⁹ 洪政武，台灣醫界對法醫師法立法之疑慮，臺灣醫界，5卷52期，頁10-12（2009）。

參考資料

- 王崇儀 (2009)。法醫師法論。宇河文化出版有限公司。
- 季達 (2017)。基層醫師「行政相驗」甘苦談。臺灣醫界，60(12)，43。
- 林宜民 (2005)。依新修正刑事訴訟法論法庭活動：以鑑定為中心。司法研究年報，25(15)，4。
- 洪政武 (2009)。臺灣醫界對法醫師法立法之疑慮。臺灣醫界，5(52)，10-12。
- 陳欣怡 (2008)。論相驗與死因鑑定。國立中正大學法律所。
- 潘至信、曾柏元、蕭開平 (2015)。從世界各國法醫制度趨勢看我國法醫教考訓用制度。國家菁英，11(2)，25-42。
- 蕭開平 (2004)。法醫鑑定概論。萬國法律，137，頁 45。
- Academy of Medical Royal Colleges. (2008). *A Code of Practice for the Diagnosis and Confirmation of Death*.
- Australian and New Zealand Intensive Care Society. (2008). *The Anzics Statement on Death and Organ Donation* (3rd ed.).
- British Medical Association. (2008). *Confirmation and Certification of Death*.
- Gardiner, D., Shemie, S., Manara, A., & Opdam, H. (2012). International perspective on the diagnosis of death. *Anaesth. British Journal of Anaesthesia*, 108 Suppl 1, 1-14.
- Royal College of Nursing. (2018). *Confirmation or Verification of Death by Registered Nurses*.
- The President's Council on Bioethics. (2008). *Controversies in the Determination of Death: A White Paper by the President's Council*

on Bioethics.

Spitz, W. U., Spitz, D. J., Clark, R., & Fisher, R. S. (2006). *Spitz and Fisher's Medicolegal Investigation of Death: Guidelines for the Application of Pathology to Crime Investigation* (4th ed.). Charles C Thomas Pub Ltd.



《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

2023 年 5 月 23 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. 來稿請附標題（中英文）、中英文關鍵詞（十個以下）、中文摘要（三百字左右）、英文摘要（五百字以下）、以及參考文獻。
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