

刑法與公共衛生的對話

~如何以刑罰防制疾病傳染？~

傳染病防治與法律實務

台大法律學院 謝煜偉副教授

2018-11-16



現行涉及疾病傳染相關之刑罰規範

- 第一類：過失致死、致傷
- 第二類：具傳染危險性之行為＋致傳染他人
- 第三類：傳染危險犯（刑法 § 192）
- 第四類：與防疫相關之秩序妨礙犯
（傳染病防治法 § 61 & 63）



涉及疾病傳染相關之刑罰規範(一)

■ 致死、致傷

- 第 276 條 過失致死罪
- 第 277 條 故意傷害罪
- 第 278 條 故意重傷罪
- 第 284 條 過失重傷罪



隱匿SARS疫情 前仁濟醫院院長判刑6個月



2010-07-30

〔記者項程鎮、林相美／綜合報導〕最高法院昨天審結台北市仁濟醫院隱匿SARS疫情案，合議庭認為院長廖正雄、內科主任林俊彥，二〇〇三年SARS流行期間，未即時通報疫情，造成五位病患及醫護人員死亡，依業務過失致死罪，各判刑六月、五月確定，皆可易科罰金。

內科主任林俊彥判刑五月

台北市仁濟醫院表示，前院長廖正雄已經離職，林俊彥目前擔任該院一般內科主任，記者透過院方聯絡，院方表示，林俊彥未開機。

二〇〇三年四月間，罹患SARS的李姓婦人到仁濟醫院就診，出現發燒和肺炎等症狀，仁濟醫院未啟動防護機制，繼續讓李婦待在一般病房治療，後來轉往加護病房，使得照顧李姓婦人的多名醫護人員受到感染，最後造成五人身亡。



涉及疾病傳染相關之刑罰規範(一)

■ 重傷之定義

刑法第10條第4項：

稱重傷者，謂下列傷害：

- 一、毀敗或嚴重減損一目或二目之視能。
- 二、毀敗或嚴重減損一耳或二耳之聽能。
- 三、毀敗或嚴重減損語能、味能或嗅能。
- 四、毀敗或嚴重減損一肢以上之機能。
- 五、毀敗或嚴重減損生殖之機能。
- 六、其他於身體或健康，有重大不治或難治之傷害。

- 感染病毒而未發病→是否等同於健康受損害？
- 感染HIV病毒是否等同於是重傷害？



涉及疾病傳染相關之刑罰規範(四)

■ 傳染病防治法

■ 第61條 (囤積特定防疫物資或哄抬物價之處罰)

中央流行疫情指揮中心成立期間，對主管機關已開始徵用之防疫物資，有囤積居奇或哄抬物價之行為且情節重大者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣五百萬元以下罰金。

■ 第63條 (散布疫情謠言或傳播不實疫情消息之處罰)

散布有關傳染病流行疫情之謠言或傳播不實之流行疫情消息，足以生損害於公眾或他人者，科新臺幣五十萬元以下罰金。

→嚴格而論，與本次講題所要討論的議題無直接關係，與維持社會秩序、民眾安全感有關，間接也會與防疫成效有關連。



涉及疾病傳染相關之刑罰規範(二)

■「明知＋危險行為＋致傳染於人」型

■ 刑法第285條 傳染花柳病罪

- 明知自己有花柳病，隱瞞而與他人為猥褻之行為或姦淫，致傳染於人者，處一年以下有期徒刑、拘役或十萬元以下罰金。
→原條文還有包括「痲瘋」，2014年修法刪除。理由：用語已不符時宜，且漢生病並無法透過猥褻或性交行為傳染。

■ 傳染病防治法第 62 條

- 明知自己罹患第一類傳染病、第五類傳染病或第二類多重抗藥性傳染病，不遵行各級主管機關指示，致傳染於人者，處三年以下有期徒刑、拘役或新臺幣五十萬元以下罰金。



涉及疾病傳染相關之刑罰規範(二)

■ 人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例

■ 第 21 條

I 明知自己為感染者，隱瞞而與他人進行危險性行為或有共用針具、稀釋液或容器等之施打行為，致傳染於人者，處五年以上十二年以下有期徒刑。

II 明知自己為感染者，而供血或以器官、組織、體液或細胞提供移植或他人使用，致傳染於人者，亦同。

III 前二項之未遂犯罰之。

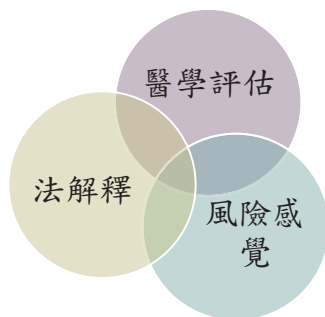
■ 第 3 條

本條例所稱人類免疫缺乏病毒感染(以下簡稱感染者)，指受該病毒感染之後天免疫缺乏症候群患者及感染病毒而未發病者。



涉及疾病傳染相關之刑罰規範(二)

- 人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例
- 危險性行為之認定
 - 「危險性行為之範圍，由中央主管機關參照世界衛生組織相關規定訂之。」
 - →《危險性行為之範圍標準》第2條：「**危險性行為之範圍，指未經隔絕器官黏膜或體液而直接接觸，醫學上評估可能造成人類免疫缺乏病毒感染之性行為。**」
舊法之「無其他安全防護措施」修改成「醫學上評估可能造成感染」



愛滋條例§21之修正歷程

民國 96 年 07 月 11 日修正

- 第 21 條 明知自己為感染者，隱瞞而與他人進行危險性行為或有共用針具、稀釋液或容器等之施打行為，致傳染於人者，處五年以上十二年以下有期徒刑。
明知自己為感染者，而供血或以器官、組織、體液或細胞提供移植或他人使用，致傳染於人者，亦同。
前二項之未遂犯罰之。
危險性行為之範圍，由中央主管機關參照世界衛生組織相關規定訂之。

立法理由：「另考量此係對於健康之重大不治或難治傷害，爰予提升刑度，使與刑法重傷害罪相平衡。」

民國 86 年 12 月 30 日修正

- 第 15 條 明知自己感染人類免疫缺乏病毒，隱瞞而與他人進行危險性行為或共用針器施打，致傳染於人者，處七年以下有期徒刑。
明知自己感染人類免疫缺乏病毒，而供血或以器官、組織、體液或細胞提供移植或他人使用，致傳染於人者，亦同。
前二項之未遂犯罰之。
危險性行為之範圍，應由主管機關參照世界衛生組織相關規定訂之。

民國 79 年 12 月 17 日訂定

- 第 15 條 明知自己感染人類免疫缺乏病毒，應隱瞞而與他人為猥褻之行為或姦淫，致傳染於人者，處七年以下有期徒刑。
明知自己感染人類免疫缺乏病毒，而供血或以器官、組織、體液或細胞提供移植或他人使用，致傳染於人者，亦同。

涉及疾病傳染相關之刑罰規範(二) 「明知＋危險行為＋致傳染於人」型

- 花柳病罪、愛滋條例21條這兩類犯罪的特色是，只要不「隱瞞」對方，就不會該當於違法構成要件。因此，保護法益在於保護個人的生命、重大身體健康，而非著眼於防止疫情擴散或增進公共健康。
但問題在於，**傳染、感染是否能直接等同於發病(重大健康減損＝實害)？或者僅能算是健康減損的前階段？**



類似的恐慌式立法

- 刑法 § 187-3
 - I 無正當理由**使用放射線，致傷害人之身體或健康者**，處三年以上十年以下有期徒刑。
 - II 因而致人於死者，處無期徒刑或十年以上有期徒刑；**致重傷者，處五年以上有期徒刑。**
 - III 第一項之**未遂犯**罰之。
- ←致傷害於人：若解為特殊手段的傷害罪，則刑度完全失衡，完全顯示出立法者(及公眾)**對於放射線濫用的恐慌狀態**，因此高出來的刑度相當於是對於放射線合理使用的危機感。
- 「傷害」＝在一定劑量之暴露下而生之多重器官衰竭、不孕、白內障等身體病變。
致死致重傷→因上述疾病所導致的死亡或重傷結果。癌症或白血病等病變在因果關係上往往難以證明。



涉及疾病傳染相關之刑罰規範(二)

■ 愛滋條例 § 21之解釋

1. 危險性行為？
 1. 接受最新治療法，體內已驗不到HIV病毒之狀態下為性行為＝危險性行為？
 2. 口交接受者感染愛滋機率約0.01%，屬非常低風險或低風險，是否仍屬危險性行為？
 3. 未隔絕下手淫(皮膚有傷口)、以身體其他部位進入性器或肛門？
2. 其他具傳染風險之行為的致病風險高低差異
 1. 共用針具、容器之施打行為：有可能為低風險
 2. 捐血、捐器官供人使用之行為：高風險
3. 致傳染於人＝「致使人感染人類免疫缺乏病毒」
 1. 因果關係證明難題
 2. 對象同為染病者是否屬於傳染不能之情形(不能未遂)



涉及疾病傳染相關之刑罰規範(二)

- 無套口交＝危險性行為？
- 臺灣高等法院臺中分院103年度上訴字第1567號判決：
 - 雖依台北市立聯合醫院函稱：若將口交與男女無套性交相比，則無套口交之感染愛滋風險約為男女無套性交行為之十分之一，依據2013澳洲衛生部對愛滋病毒傳染風險的分級方式，甲感染機率約0.01%，屬低風險等情，惟仍有被愛滋病毒傳染之風險，而非屬無風險行為，依上開行政院衛生署函釋，被告上開行為仍屬危險性行為，辯護人辯稱：縱使A男與被告口交，惟依台北市立聯合醫院函覆可知，A男即口交接受者感染愛滋機率約0.01%，屬非常低風險或低風險，應非屬危險性交行為，應不構成人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例第21條第3項、第1項之「危險性行為」之構成要件云云，並不足採信。



涉及疾病傳染相關之刑罰規範(二)

- 雙方都是感染者，無套性交行為是否屬危險性行為？
- 最高法院104年台上字第15號判決（維持一審有罪判決2年8個月）
 - （原判決已詳述）上訴人所為告訴人在與上訴人性交之前，早已染有後天免疫缺乏病毒，雖然上訴人亦同罹此病，未告知、也沒戴保險套，就發生性行為，告訴人仍不致再染病，可見上（維持一審有罪判決2年8個月）上訴人縱然行為不當，祇屬不罰之不能未遂，而非普通未遂之辯解，如何為飾卸之詞，不足採信，業據卷內訴訟資料詳加指駁、說明。並指出：據此病之專家醫生莊萃、林錫勳到庭一致供證謂明知自己罹患後天免疫缺乏症（愛滋病）之人，竟不坦白告知，即和他人進行危險（未戴保險套）之性交行為，仍有另外交叉感染不同毒株之危險。
 - →雖對方亦同罹此病，仍有另外交叉感染不同毒株之危險。
HIV交叉傳染機率：5%～20%
服藥之後除非對方病毒有抗藥性，否則顯難發生交叉傳染。即使交叉傳染了能重組出更強的病毒也相當罕見。
 - 重點在於：**造成治療上的困難可否等同「額外的健康減損」**？
 - ←但若病毒株亦相同時，是否即應認為無「致傳染」之可能？



涉及疾病傳染相關之刑罰規範(二)

- 共用針具行為是否必然成立本罪？
- 臺灣高等法院高雄分院99年度上訴字第1304號判決
 - 愛滋病毒存在於人體的體液中，例如：血液、精液及陰道液，因其相當脆弱，幾乎無法在人體外之環境中存活，尤其在存有病毒的體液若已乾涸，其傳染性幾乎微乎其微乙節，有行政院衛生署疾病管制局函1 紙在卷可考。苟被告確曾使用證人乙○○之注射針筒施用海洛因，則證人乙○○**顯需於相當密接之時間內，於該注射針筒尚未乾涸之際，即再持該注射針筒施用，才有可能遭傳染愛滋病毒，否則愛滋病毒既無法存活於人體外之環境，自更無可能在乾涸之針筒上存活。**
- 可否於個案中推翻立法者所認定之危險性？
 - 形式說
 - 實質說：若個案中不存在所想定的危險性，則構成要件不該當



涉及疾病傳染相關之刑罰規範(二)

- 最高法院 105 年台上字第 894 號判決：
危險性行為之範圍標準第二條規定：「危險性行為之範圍，指未經隔絕器官黏膜或體液而直接接觸，醫學上評估可能造成人類免疫缺乏病毒感染之性行為。」。即上開規定所謂「危險性行為」，係指未經隔絕器官黏膜或體液而直接接觸，且該接觸方式經醫學上評估可能造成人類免疫缺乏病毒感染之性行為。是以，祇要感染者未經隔絕器官黏膜而直接與他人接觸，經醫學上評估可能造成上述病毒感染之性行為，即屬上開規定所稱之「危險性行為」，至於感染者本身人類免疫缺乏病毒量之多寡，以及其感染可能性高低，並不影響是否屬危險性行為範圍之認定。……暨專家證人莊萃、林錫勳證述各節，據以論斷上訴人雖於一〇一年六月間將病毒量控制在「測不到」等級，在愛滋病防治研究上傳染給未感染者的機率趨近於0，然此終非完全無傳染力，客觀上仍有傳染予未感染者之可能。



涉及疾病傳染相關之刑罰規範(二)

- 若體內「驗不到病毒」，所為之無套性交行為＝危險性行為？
- 著名的馮姓教師案：
- 綜合證人莊萃、林錫勳2 人上開證詞，並參酌卷附萬芳醫院函覆之被告病歷資料，可認被告於知悉感染HIV後，確有依照醫師診斷結果接受雞尾酒療法，且該藥物對於被告屬有效之治療，被告於101 年6 月間已將病毒量控制在測不到等級，在愛滋病防治研究上傳染給未感染者的機率趨近於0，然此終非完全無傳染力，客觀上仍有傳染予未感染者之可能。何況被告若係與另名HIV感染者為危險性行為，更有可能會有交叉感染的情形，產生抗藥性之變種病毒株……。



涉及疾病傳染相關之刑罰規範(二)

- 本判決完全把醫學上以病毒量多寡認定感染危險性的判準踩在腳底，HIV 病毒量究竟要低於多少程度才能算是沒有傳染性，必須根據最新的醫學實證研究加以界定。
- 文獻上有以病毒量 1500 copies/mL 作為危險性的門檻。至於本案是 40 以下(測不到病毒)。
- 鑑定人：「如果病毒量控制在測不到的狀況，傳染給他人的機率趨近於 0，這部分有研究報告顯示，在病毒量控制在測不到的狀況，傳染給別人的機率趨近 0，但是在科學上我們不會說是百分之百」。
- 不排除＝有？



It's a fact
U=U

Undetectable equals untransmittable



社團法人台灣露德協會
TAIWAN LOURDES ASSOCIATION

GO POSITIVE 共創健康可能



prevention
access
campaign

Taiwan Lourdes Association is proud to support the **#UequalsU** consensus statement of the Prevention Access Campaign

露德協會非常榮幸地成為全球連署**U=U**倡議的成員之一
(Undetectable = Untransmittable，測不到＝不具傳染力)



現行規範的綜合檢討

1. 愛滋條例 § 21中有關行為危險性的實務認定，未完全以生物醫學上之統計機率作為認定標準，而是兼以社會分析式的因果推論為輔助。
←即使醫學上認定感染機率極低，只要不能百分之百避免，現行司法實務即認定該行為具有傳染之危險性。
2. 統計機率之因果關連性判斷，不在既遂犯中的因果關係（致死、致重傷、致傳染）發揮作用，而成為行為危險性、具體危險狀態的判斷指標。
 - 生物醫學上對於疾病傳染認識與防治的進展？
 - 司法機關對於預防疾病傳染風險的認知是否能夠與時俱進？



刑法作為HIV防疫手段？

- 法院對於愛滋條例21條未遂犯傳染危險性的想像，始終還停留在上個世紀末。一勞永逸的作法是將21條刪除，回歸傳染病防治法的規範框架，然而刑事處罰作為事後處理的法律手段，其刑事立法的正當性必須建立在下述四點：
 - 1. 國家介入管制的正當性
 - J. Feinberg：「侵害原理、冒犯原理、家父長主義、法律道德主義」
←但刑法的世界中，侵害原理才是重點
 - 2. 刑事制裁的必要性
 - 需檢驗：採取「入罪化」一途是否為達成管制目的的有效手段？



刑法作為HIV防疫手段？

- 3. 整體利益衡量
 - 刑事司法資源的有限性
 - 社會成本：犯罪標籤、有益行為萎縮、阻礙技術革新等反效果、擴大階級差距、削弱社會連帶關係、促進排他意識
 - 道德成本：價值對立、緊張關係下的優位宣示
 - 與既存法規之間的矛盾
 - 因入罪化之後所創出的特權：美國「禁酒法」、選擇性執法、經濟刑法的領域
- 4. 刑罰法規施行後之檢證
 - 文義漏洞？非意欲性結果？意在言外的立法意旨？
 - 一旦入罪化之後，要廢止處罰（除罪化、去刑化）是極為困難的，且可能會傳達錯誤資訊（「可以作某行為」）
 - 國民因應法規制訂後的調整，將影響社會成本或道德成本的内容



刑法作為HIV防疫手段？

- 法律（特別是刑事法律）的增定或廢除，無法消除社會上對於特定特徵的歧視與偏見，其內容同時更反映出社會上的現實。
- 刪除愛滋條例 § 21 後才是問題的開始
 - 恐慌立法下的愛滋條例 § 21 應刪除，但留下的空白不能藉由調整重傷害的認定標準來填補。
 - 需進一步確認「傳染」、「接受治療」、「發病」→與傷害結果、重傷害結果間的對應關係
- 現行推動「二法合一」所遭遇到的層層阻礙
 - 台灣刑事罰的特色：**入罪容易除罪難**
 - **以刑罰維繫安全感**的深層文化



涉及疾病傳染相關之刑罰規範 (三)

- 刑法第 192 條
 - I 違背關於預防傳染病所公布之**檢查或進口之法令**者，處二年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金。
 - II 暴露有傳染病菌之屍體，或以他法散布病菌，**致生公共危險**者，亦同。
→留意一、二項的刑罰發動門檻之差異
- **動物傳染病**防治條例第42條1, 2項
 - I 有下列情形之一者，處新臺幣五萬元以上二十萬元以下罰鍰：一、動物所有人或管理人違反第十九條第一項規定，擅自將動物移出場外。二、違反第三十四條之一第三項規定，未經許可而進出或將檢疫物攜出入動物隔離場所。
 - II 有前項二款所定行為**致疫情蔓延或散播**者，處三年以下有期徒刑或拘役，得併科新臺幣一百萬元以下罰金。



涉及疾病傳染相關之刑罰規範 (三)

- 關於預防傳染病所公布之**檢查或進口之法令**
 - 例：傳染病危險群及特定對象檢查辦法、港埠檢疫規則等
 - 實務見解(臺灣高等法院 96 年度上易字第 226 號 刑事判決)
 - 「法令」不包括行政處分(如SARS流行時，關於和平醫院隔離之處分)
- 傳染病分類與相對應的管制強度
 - (一) 第一類傳染病應立即報告並強制隔離治療。
 - (二) 第二類傳染病區分為甲、乙二種，甲種應限期通報並強制隔離治療，乙種應勸導住院。
 - (三) 第三類傳染病無須強制收容於醫療院所，並依其報告時限區分為甲、乙二種，並視實際情況及時報告並採行必要之防治措施。



涉及疾病傳染相關之刑罰規範 (三)

● 行政刑法的三種立法型態

- **獨立型**:雖然置於行政刑法的體系中,但具有獨立且完整的不法構成要件內涵,可以依照內在法規範的規範目的來進行法益關連性的和目的性解釋。
例:藥事法第82條:「製造或輸入偽藥或禁藥者,處十年以下有期徒刑,得併科新臺幣一千萬元以下罰金。II犯前項之罪,因而致人於死者,處無期徒刑或十年以上有期徒刑,致重傷者,處七年以上有期徒刑。III因過失犯第一項之罪者,處三年以下有期徒刑、拘役或科新臺幣五十萬元以下罰金。IV第一項之未遂犯罰之。」
*森林法53條「放火燒毀他人之森林」、54條「毀棄、損壞保安林,足以生損害於公眾或他人者」
- **絕對行政從屬型**:徹底的義務違反犯,但行政法上之眾多義務中未必與保護法益皆有相當程度之關連性,而僅具有行政規制實效性之考量。
例如:違反申報義務、接受定期檢查義務等等。日本法立法上針對此種類型,仍大量使用刑事罰,但我國則多採行政罰。
- **相對行政從屬型**:「違反義務」+「行為描述」←存有獨立解釋構成要件之空間,某程度而言可擺脫義務違反性的束縛,而容有強化法益關連性的空間。我國法目前大量使用此種立法體例,但仍欠缺對法益關連性之思考。



對比:日本的感染症預防新法

- 1998年:傳染病預防法、性病預防法、愛滋預防法,三法合一
- 1999年:再將「結核病預防法」整併進來
- 另保留「狂犬病預防法」、「家畜傳染病預防法」的管制途徑
- 法定感染症、指定感染症
 - 根據傳染力、罹病症狀輕重,考量其危險性高低,分類:1~5類
 - 愛滋病、病毒型(BCD型)肝炎、梅毒、麻疹等為第五類感染症
 - 與第五類感染症有關的主要有通報、接受調查、指定醫療院所、守秘義務
- 新法的刑事罰
 - 散布一二類病原體致生公共危險罪、違反病原體管制措施諸罪、業務上洩密罪……都是集中在對醫療業者、實驗者的管制措施
 - 沒有針對感染者的傳染行為做規制



對比：日本的花柳病、性病預防法

- 花柳病預防法(昭和2年法律第48号)
- 第一條 於本法所稱花柳病，謂梅毒、淋病及軟性下疳。
- 第五條
知罹患有傳染之虞之花柳病而賣淫者，處三月以下懲役。
知或應知其罹患有傳染之虞之花柳病而媒介或容留賣淫者，處六月以下懲役或五百日圓以下罰金。
於前二項之情形，已採取相當方式以防止傳染者，減輕之。
- 性病預防法(昭和23年7月15日法律第167号)



對比：日本的愛滋預防法

- 後天性免疫不全症候群預防法(愛滋預防法)1988年制定，1999年廢止，整併到新的感染症預防法。
- 第一條
本法以藉由制定有關預防愛滋病所必要之措施，以防止愛滋病之蔓延，增進公共衛生為目的。
- 第六條(感染者的遵守事項)
感染者不得為具顯著使人感染愛滋病毒之虞之行為。
- 感染者除前項規定外，尚應遵守前條之醫師之指示。
→違反者並無相對應的罰則



重點在於法條以外的東西…

- 使疾病獲得意義—以疾病去象徵最深處的恐懼—並使其蒙受恥辱的那個過程，相沿已久，似乎不可遏抑，但挑戰它總還是值得。
對於愛滋病這種帶來如此之多的犯罪感和羞恥感的疾病來說，使其從意義、從隱喻中剝離出來，似乎特別具有解放作用，甚至是撫慰作用。不過要擺脫這些隱喻，不能僅靠迴避它們。它們必須被揭露、批判、細究和窮盡。
 - ~蘇珊 桑塔格(Susan Sontag)《疾病的隱喻》~
- 法律不可能消除這世間對於HIV感染者的歧視與污名，但我們不能反過來將這些歧視及對於傳染風險的恐慌式想像，透過法律的解釋適用予以正當化。
- 身為法解釋與法適用者，唯有不斷的揭露、批判與挑戰這些藏在「以防治傳染之名」背後的隱喻，而非視而不見，才有可能創造出一條從隱喻中剝離開來的裂縫，讓人們獲得重新省思的機會。



感謝聆聽

