

醫藥、科技與法律

The Journal of Science & Health Law

二十七卷二期

Volume 27 Issue 2

2022 年 10 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：王曉丹、林昀嫻（2022.08 繼任）、洪德欽、梁志鳴（主編）、
陳仲嶙（2022.07 卸任）、黃銘輝、楊哲銘、賈文字（執行
編輯）、雷文玫、謝銘洋

學生編輯指導：李紀寬、廖宜寧

學生編輯：王瑋君、李昱恆、李宥德、高成翰、
陳佳瑜、游宗翰、楊安平

期刊助理：黃雅仙

（名單均依姓名筆劃排序）

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

期刊電子郵件：jshlaw2021@gmail.com

定價：每冊新臺幣 250 元

目 錄

研究論文

林欣柔

用法律強制人勇敢？

論新興傳染病大流行下健康照護者之救治義務 1

李崇菱、黃競文

疫情中的健康權：以台灣為例 47

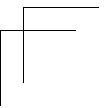
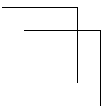
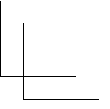
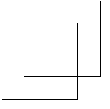
呂嘉穎、徐正戎

從公共利益的觀點論中火減煤爭議 79

文獻評述

鄭如君

不當誘因或合理補償？淺談受試費的倫理疑慮與給付原則 121



用法律強制人勇敢？論新興傳染病 大流行下健康照護者之救治義務*

林欣柔**

目次

壹、背景與動機

貳、救治義務之倫理基礎與挑戰

一、救治義務之性質—特殊的積極義務

二、支持救治義務之理由及應用於傳染病大流行下的挑戰

三、傳染病大流行下的救治義務

（一）動態風險下的義務界限

（二）多層次的促進義務履行策略

參、救治義務的法律規範架構

一、醫師法、醫療法下對危急病人的照護義務

二、醫師法下「遵從指揮義務」

三、傳染病防治法下的規範架構

（一）傳染病防治醫療網架構下及設立檢疫隔離場所時之
人力徵調

投稿日期：2021/10/06；接受刊登日期：2022/07/12

* 感謝初審委員、複審委員及編輯委員的指教與建議，讓本文更為充實完整。

** 現職：長庚大學醫務管理學系副教授，華盛頓大學法學博士。

聯絡方式：shinrou@mail.cgu.edu.tw

(二) 人力徵調之規範疑義

(三) 徵調健康照護工作者的合憲性

肆、建構合理可行的人力準備法制架構

一、建立自願性支援名冊及提供訓練

二、建立公平的補償機制

三、增訂免除責任規定

伍、結論

摘要

對抗 SARS 及 COVID-19 大流行的經驗顯示，有效應對新興傳染病仰賴健康照護者有高度意願持續提供病人照護。但在公衛危機下照顧染病者及有暴露風險者，健康照護人員必須承受資訊不足下被感染的風險，還要面臨對家人、未感染的病人、已感染的病人及保護自己的義務衝突。雖然健康照護專業倫理向來承認救治義務（duty to treat），但面對重大傷害或死亡風險時，這個義務有無界限？社會又要如何在公衛危機時確保照護人力？為回答上述問題，本文先討論救治義務之倫理起源與理論基礎，分析當前臺灣法律上對救治義務的規範架構，並提出規範策略上之建議。本文認為傳染病大流行下健康照護者的倫理上救治義務，將依照風險高低、依賴照護程度及個人意願而變動，如何促進自願性的義務履行始為規範關鍵。醫師法第 24 條及傳染病防治法及子法雖提供傳染病大流行下徵調醫事人力的法源依據，但有課與健康照護者不明確法律義務的缺陷與執行上困難，長遠而言更將傷害專業利他精神，不利社會確保與期待健康照護者在公衛危機下履行專業義務。建議法律規範重心應先確立自願性提供照護之原則，並透過多層次促進義務履行的策略，包括專業倫理義務之討論、機構制定有助義務履行的政策及法律上的支持性措施，才能長久維繫可靠的醫療人力。

關鍵字：救治義務、緊急公共衛生事件、徵調、新興傳染病

Can being brave be enforced by law? Health Care Providers' Duty to Treat in Pandemics

Lin, Shin-Rou *

Abstract

Experience in the fight against the SARS and COVID-19 pandemics shows that effective responses to emerging infectious diseases depend on health care providers' high willingness to continue providing patient care. However, when caring for the infected and those at risk of exposure in a public health crisis, health care workers have to risk being infected with insufficient information. They also face the conflict of obligations to protect their family members, uninfected patients, infected patients, and themselves. Although the professional ethics of health care has consistently recognized the duty to treat, is there any limit to this duty in the face of the risk of significant injury or death? How can society ensure a care workforce during a public health crisis? To answer these questions, this paper first discusses the ethical origin and theoretical basis of the duty to treat, analyzes the current legal framework of the duty to treat in Taiwan, and provides suggestions

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

on the regulatory strategy. This paper argues that the ethical duty to treat during a pandemic will vary according to the level of risk, the degree of care dependence, and personal wishes. Although Article 24 of the Physician Law and the Law on the Prevention and Control of Infectious Diseases and its sub-laws provide the legal basis for deploying medical personnel when emerging infectious diseases strike, there are shortcomings in the lack of clear legal obligations and the difficulty in implementation, which in the long run will harm professional altruism and detrimental society to ensure and expect health care providers to fulfill their professional obligations in a public health crisis. To maintain a reliable health care workforce in the long run, it is preferred to encourage the voluntary provision of care. Multi-level strategies may be adopted to promote the duty to treat, including setting ethical expectations, crafting institutional policies, and providing legal support and protective measures.

Keywords: Duty to Treat, Public Health Emergencies, Requisition, Emerging Infectious Diseases

壹、背景與動機

健康照護專業倫理向來承認對病人負有倫理上救治義務（duty to treat），應優先顧念病人的最佳利益，勝於考慮自己的利益。然而，從四十年前愛滋病流行以來，此倫理義務開始受到挑戰：健康照護工作者追求病人福祉的義務有無界限？健康照護者，特別是醫師，是否可正當地拒絕治療愛滋病人？¹ 過去二十年間各種新興傳染病的威脅，包括 SARS、Ebola 及 COVID-19，又將上述問題延伸至更困難的情境中，因為新興傳染病迅速傳播的特性，會讓醫療體系承受巨大壓力甚至崩潰，這是愛滋病不曾產生的情形，多年來也沒有健康照護工作者因救治愛滋病人而遭感染死亡。但 2003 年 SARS 流行期間，臺灣死亡確定案例 346 人中，有 103 人（29.8%）是醫護相關人員；2014 年 Ebola 流行中，也有 507 位健

¹ 美國早在 1998 年即已由最高法院引用美國身心障礙者法（Americans with Disabilities Act, ADA）明確肯定醫師對愛滋感染者負有照護義務（Bragdon v. Abbott, 524 U.S. 624 (1998)）。ADA 提供了身體及心理有殘疾者廣泛的保護，該法規定任何人不得因殘疾而受到歧視，應有充分、平等的權利享受任何公共場域的商品、服務、設施、特殊待遇、好處或便利設施，法院也傾向依據此法，認為愛滋感染者的主要生活活動受到疾病的影響而構成殘疾，因此醫師有義務治療愛滋感染者。臺灣雖也有身心障礙者權利保障法，但該法第 5 條規定：「本法所稱身心障礙者，指下列各款身體系統構造或功能，有損傷或不全導致顯著偏離或喪失，影響其活動與參與社會生活，經醫事、社會工作、特殊教育與職業輔導評量等相關專業人員組成之專業團隊鑑定及評估，領有身心障礙證明者……。」愛滋感染者並非該條所稱的身心障礙者，因此無法適用同法第 16 條：「身心障礙者之人格及合法權益，應受尊重及保障，對其接受教育、應考、進用、就業、居住、遷徙、醫療等權益，不得有歧視之對待。」臺灣目前對保護愛滋感染者免於歧視，係依據人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例第 4 條第 1 項：「感染者之人格與合法權益應受尊重及保障，不得予以歧視，拒絕其就學、就醫、就業、安養、居住或予其他不公平之待遇，相關權益保障辦法，由中央主管機關會商中央各目的事業主管機關訂定之。」，以及「人類免疫缺乏病毒感染者權益保障辦法」，提供感染者遭遇歧視時的申訴管道。

康照護工作者死亡。² 因此，健康照護者的救治義務已不僅僅是醫師有沒有義務為愛滋感染者進行椎間盤突出手術的問題，更涉及傳染病大流行時，健康照護工作者有沒有冒染疫、生病、甚至死亡的風險救治病人的義務。

在專業倫理上擁有悠久歷史的救治義務，在當代國家建立醫療照護體系、健康保險、緊急救護體系等確保病人醫療可近性的制度下，受到法律管制的程度相對輕微，也無重大爭議。例如目前臺灣醫師法及醫療法僅要求醫師、醫院診所在遇有「危急病人」時負有救治義務。然而，面對越來越頻繁的自然及人為的公共衛生危機，例如地震、海嘯、生物恐怖攻擊、傳染病大流行等，國家高度需要大量、持續、有意願的健康照護人力來回應此類威脅，單純仰賴健康照護專業對個別病人的救治義務或危急情況下的救治義務來確保人民獲得照護已然不足，因此公衛緊急事件下健康照護工作者的法律上救治義務，成為更重要的問題。一方面若法律課與健康照護工作者嚴格的義務，例如要求聽從指揮、不得拒絕工作，強制他們必須冒染病甚至死亡的風險來照顧病人，會不會使得其他也需要照護的病人無法得到救治？是否與健康照護專業對自身倫理義務之看法相符？³ 若違反法律上義務，效果又如何？被雇主開除？被懲戒、撤銷執照？被課罰鍰甚至入獄嗎？什麼樣強度的法律上義務能通過合憲性檢驗？另一方面，若法律課與健康照護者過於寬鬆的義務，例如可依其意願決定是否提供照護，在需求大量照護人力的危機

² 衛生福利部疾病管制署，嚴重急性呼吸道症候群核心教材，2013年7月19日，<https://www.cdc.gov.tw/File/Get/InG8jagjxjffXBDW1UexnrA>（最後瀏覽日：2022年8月30日）；Naomi F Walker & Christopher JM Whitty, *Tackling Emerging Infections: Clinical and Public Health Lessons from the West African Ebola Virus Disease Outbreak, 2014–2015*, 15 CLIN. MED. 457, 457 (2015).

³ David Orentlicher, *The Physician's Duty to Treat During Pandemics*, 108 AM. J. PUBLIC HEALTH 1459, 1459 (2018).

中，是否又會讓許多需要照護的病人被拋棄？又會讓社會面臨什麼樣的傷害與混亂？無論是哪種情形都會產生嚴重後果，因此社會需要討論健康照護工作者在新興傳染病流行下，是否以及在何種範圍內對有致命性、高度傳染性疾病的病人負救治義務。

上述問題，目前臺灣相關法律規範包括醫師法第 24 條要求醫師對於天災、事變及法定傳染病之預防事項，有遵從主管機關指揮之義務；醫療法第 27 條規定，醫療機構於重大災害發生時應遵從主管機關指揮、派遣，提供醫療服務及協助辦理公共衛生。⁴ 另外，傳染病防治法（以下稱「傳防法」）在 SARS 後增訂了傳染病大流行時的應變措施法令，授權中央主管機關建構傳染病防治醫療網區，制定應變醫院啟動及支援人力計畫，允許指揮官或地方主管機關在設立檢疫或隔離場所時徵調醫事人員工作。這些法令創設了健康照護者在新情境下的救治義務，也就是除了平時「遇有危急病人」健康照護者負有法律上救治義務外，在傳染病流行時，法律也課予健康照護工作者概括的、全面的、廣泛的法律上救治義務。

可以預見在新興傳染病發生頻率越來越高的情形下，社會當然無法僅仰賴專業倫理上的救治義務來確保照護人力，而需要務實地規劃、甚至透過國家權力介入管制。然而，立法者與政策制定者在建構規範框架時必須先承認的現實是，傳染病流行下存在各種妨礙健康工作者持續提供照護的障礙因素，其中最重要的是健康照護工作者對自己、對其他病人、對同儕以及對家人的義務衝突。如果國家忽略健康照護工作者面臨的倫理兩難，把超越專業倫理義務的要求與期待，以直接管制、課與法律上義務方式強加於健康照護工作者身上，這樣的法律規範是否具有執行可能性、實現可能性？此

⁴ 違反醫師法第 24 條者，依照醫師法第 29 條處新臺幣二萬元以上十萬元以下罰鍰；違反醫療法第 27 條者，依醫療法第 102 條第 1 項規定處新臺幣一萬元以上五萬元以下罰鍰，並令限期改善；屆期未改善者，按次連續處罰。

外，立法者與政策制定者還需要了解，健康照護的本質是苦他人所苦，傳染病流行下健康照護工作者要冒險持續提供服務所需要的勇敢與關心（care）無法用法律強制，強制徵調固然可能確保危機當下的工作人數多寡，但社會需要更長遠的、有高度照護意願的專業人力。

為了探究新興傳染病大流行下健康照護專業的救治義務界線，以便建構能適當回應公衛危機需求的規範框架，本文先討論救治義務之倫理起源與理論基礎，並探討適用於傳染病大流行情境下可能產生的困難，接著分析當前醫師法、醫療法及傳防法對救治義務的法律上規範架構，包括平時對危急病人的救治義務及傳染病大流行下接受指揮、接受徵調的工作義務，並探究目前的規範框架可能存在之爭議及限制，最後以促進利他及自願服務的多層次促進義務履行策略觀點，就傳染病防治法及其子法提出建議。⁵

⁵ 就本文的分析架構需要補充說明的是，本文在審查階段有兩位審查人指出，國家的徵調權力不一定要以救治義務的存在為前提，公衛危機下的人力徵調應更適合以基本權保護理論框架加以回答。作者對於審查人的意見敬表尊重，也感謝審查人的質問。因為這讓作者反思：如果要檢討國家對健康照護專業的徵調權力，固然可以從公法觀點，以徵調法令的合憲性為主題，從法律保留、法律明確性、比例原則等憲法要求檢討這些徵調法令，這也確實是值得論述的問題。但若本文的核心關切是如何建構適當的規範框架、回應新興傳染病流行下的照護人力需求，這是否為最適切的論述架構？作者反覆思量，基於幾個理由仍認為從醫病關係出發、從倫理上的救治義務切入，能更適切凸顯本文的論點與主張。第一，健康照護者救治病人的義務早已存在專業倫理數千年，起源來自醫病關係而非法律義務，法律介入醫病關係是晚近一百年的發展，健康照護專業的行為規範主要仰賴倫理而非法律。若法律要介入專業管制，希望這群人遵循法律的要求，就不能忽略該健康照護專業的倫理上行為規範。更務實地說，如果專業倫理就能解決問題，根本不需要法律管制，即便需要法律管制，也要考慮專業倫理對該義務的要求內涵、程度以及執行可能性，才能衡量法律介入管制的方法與強度。第二，以醫病關係而非國家權力出發的救治義務，能將目前醫療相關法規範中涉及健康專業照護義務的內容體系化（參見本文圖1），換言之，醫師法、醫療法及傳防法中與救治義務、工作義務或服務義務等相關規範內涵，可以透過救治義務做為類型化的核心概念，這是基本權保障的分析可能無法呈現的。

貳、救治義務之倫理基礎與挑戰

一、救治義務之性質——特殊的積極義務

人有道德義務幫助有需要的人，這是被普遍接受的道德觀，至少在只需要冒最小風險時，人應該負有這樣的行為義務。例如向溺水的人扔擲一個救生圈，或遇到有人遭歹徒襲擊時打電話報警。此種義務要求人做某些事，可稱為積極義務。⁶相反的，人也有消極義務，例如不要去做傷害他人的事。幫助他人的積極義務普遍存在每個人身上，不以助人者與受助者間有何關係為前提，相對的，助人者與受助者基於角色關係，助人者會負有特殊的積極義務，例如救生員與泳客、父母與子女之間。此種特殊積極義務的顯著特徵是，可以要求助人者承擔比一般積極義務更大的風險。⁷例如一個值班的救生員有義務冒險在大浪中救助溺水者，但其他在海邊的遊客則沒有這樣的義務。雖然救生員有義務承擔較大的風險救助他人，但並不當然代表他有義務承擔任何程度的風險，例如救生員沒有義務游到大白鯊的嘴邊救人。又例如緊急救護員，他們有義務救助危難者，但沒有義務進入瀕臨倒塌的建築物裡救人，他們甚至有義務不去做這樣的事，因為如果緊急救護員去幫助他人卻造成自己死亡或受重傷，就無法繼續幫助更多人，這種義務衝突類似於大規模傷亡下的檢傷分類原理，可以解釋緊急救護員的義務是有界限的。同理，健康照護工作者的救治義務也是因角色關係而來，它特殊的積極義務性質使得健康照護工作者有義務去承擔比一般積極義

⁶ Heidi Malm et al., *Ethics, Pandemics, and the Duty to Treat*, 8 AM. J. BIOETH. 4, 6 (2008).

⁷ *Id.* at 6-7.

務更大的風險。然而，要事前抽象地特定風險的上限實有困難，需要視該義務的來源及義務衝突存否來決定。⁸

二、支持救治義務之理由及應用於傳染病大流行下的挑戰

有許多理由支持健康照護者負有救治義務，但這些倫理主張也都存在論辯空間。首先明示同意下的契約雖可能是最堅強的理由，但什麼情形下這個明示同意可以被認為是充分知情且自願？例如一位感染科醫師可能會同意救治有潛在傳染病的病人，但這個明示同意會是基於其他前提，例如契約約定若因此需要延長工作時間，甚至是必須被隔離或檢疫時的補償，又或者因此與個人其他義務衝突時可以獲得支持，例如小孩可以獲得托育中心照顧等。換言之，若要以明示同意做為健康照護者救治義務的基礎，某些重要的前提要件應該被滿足，包括額外的工作津貼、適當的訓練與支持系統等，這些條件在目前健康照護體系中並沒有完全被實現。許多健康照護者是在沒有新興傳染病流行、工作內容也沒有明確指出會有嚴重風險時接受工作的，而在新興傳染病來襲時，他們往往要去執行未經約定的任務，例如專科醫師要處理全科別的病人。因此，雖然明示同意具高度正當性，但實際上很少健康照護者就新興傳染病流行下的救治義務給過明示同意。⁹

支持救治義務者對上述明示同意的討論可能提出的反對論點是，同意不一定要明示，也可以是默示，既然同意做為一名健康照護工作者，就是默示同意承擔救治義務，就如同接受了消防員的工

⁸ *Id.* at 7.

⁹ *Id.* at 7-8.

作就是同意承擔救火風險一樣。雖然默示同意比起明示同意可以在更多情形下具體化救治義務的存在，但弱點更多。救治義務經常出現在健康照護者的工作中，並不代表一個人接受健康照護的工作就是默示同意承擔救治義務。相對的，更合理的論點應該是，救治義務必須是健康照護工作中正當的、不可分割的重要組成部分，而不僅僅是一部分；既然治療病人明顯的是健康照護正當的重要部分，救治義務似乎可以滿足這樣的要求。然而，現實面的情形是健康照護已經高度專科化，並非所有的健康照護工作者面臨的風險都一樣，比如皮膚科、眼科、病理科相對風險較低，這些領域的醫護人員可以合理主張他們並沒有同意冒生命危險治療致命的傳染病。默示同意更困難的挑戰是，有很多醫護人員根本不知道他們負有所謂的救治義務，更不知道如果不提出異議，有可能被推定同意負有救治義務，甚至於是在工作條件、任務及風險與平時並不相同時，¹⁰在此情形下更無法正當化醫護人員有接受救治義務的默示同意。

第三個支持理由是將救治義務建立在健康照護專業接受的特殊訓練上，也就是特殊訓練增加了他們救助他人的義務，因為訓練不僅提供救助需要的能力，還提供了降低風險的能力。¹¹ 健康照護者比起一般人，不但更知道如何有效地幫助他人，也更知道如何利用有限資源提供幫助，他們還比一般人更了解如何避免傷害、如何使用重要的保護設備，因此他們的專業知識與能力使得他們承擔較高的義務提供援助。此一主張可能面臨的挑戰是，如果特殊的救助義務是基於能力而來，那麼有此類能力的人並不限於現職的健康照護者，例如退休的醫護人員或因為操守原因而被撤銷執照的健康照護人員也同樣具備能力；如果是因為特殊訓練而讓健康照護者有能力

¹⁰ *Id.* at 8-9.

¹¹ Samuel J. Huber & Matthew K. Wynia, *When Pestilence Prevails...Physician Responsibilities in Epidemics*, 4 AM. J. BIOETH. 5, 5 (2004).

做更多、且能避免過於冒險傷害自己，那麼這僅能說明具有不同能力的人會被期待採取不同的措施來達成一般救助義務的要求，例如同樣不會游泳但身高較高的人，會被認為比起矮個子的人更有能力涉水救助溺水的兒童。再者，僅因有特殊能力就要負擔特殊的救助義務，會不會產生反誘因，讓大家不要努力去擁有特殊能力？¹²

相對於以能力為基礎的理由，如果擁有特殊能力是因為國家或雇主所提供的特殊訓練而來，又或者擁有特殊能力會讓人擁有特殊的權利或待遇，那麼互惠原則（或稱「社會契約」）是不是支持救治義務更好的理由？有人主張健康照護者，特別是醫師，大多因為大量的公眾資助而獲得獎學金、訓練、研究等實質利益，執業執照的排他性也讓醫療專業工作者擁有較高的社會地位與收入，再加上健康照護工作者較容易取得保護設備，都使得他們因為獲得了這些好處而有義務冒比一般人更大的風險救助他人。¹³ 依照互惠原則的主張，享受越多好處的人義務越強，但不同健康照護工作者間，所享利益差異巨大，例如醫師、護理師、醫事放射師、醫事檢驗師、公衛工作者，要如何決定誰實際上負有何種程度的義務？

最後一個支持救治義務理由並非基於健康照護專業人員所受利益，而是他們發誓遵守的倫理準則。這種誓言類似於明示同意，但不同的地方是，明示同意的接受對象不是雇主就是有忠誠義務關係的病人，發誓的對象則比較像是對全人類。再者，入行時的誓詞比起契約或醫病關係中的具體義務，象徵意義較大，聽起來更崇高，像是利他主義的承諾；正因為誓詞的內容較為模糊，以專業倫理守則作為救治義務來源，比起明示同意會更具挑戰。¹⁴ 例如美國醫學會醫學倫理原則中提到醫師在提供適當病人照護上，除緊急狀況

¹² Malm et al., *supra* note 6, at 9-10.

¹³ Malm et al., *supra* note 6, at 10-11.

¹⁴ Malm et al., *supra* note 6, at 12.

外，可自由選擇要提供誰、與誰建立關係以及在什麼環境下提供醫療照護。¹⁵ 此原則中的緊急情況，應該可以包含急性的（acute）緊急情況，像是醫師搭公車上遇到車禍，司機大腿動脈出血，此時傷害明確又嚴重，急需即時救治，醫師有能力處理又不能期待有其他人可即時救援下，依照上述原則可認為醫師此時沒有選擇病人的自由。但若是有人得了流感，相較上述情形這並不會構成急性的緊急情況，病人的情形並非沒有立即照護就無法挽救，緊急的感覺其實是來自感染人數多、害怕疾病的傳播等。換言之，很多人同時需要醫療照護並不當然就構成上述原則中的緊急，醫療機構負荷超載或即將超出承載能力也並非就是緊急，上述倫理原則中講的緊急其實較傾向指醫師自主的例外情形。因此，如果我們要把新興傳染病大流行看成緊急，需要對緊急的定義及適用範圍給予更明確的規範，至少要让健康照護者可以預見什麼時候會負有救治義務，¹⁶ 否則社會在面臨重大風險時，恐怕無法僅僅仰賴崇高但內容模糊的誓言，社會需要更務實的方法，明確化對健康照護工作者的期待。此外，若專業團體的倫理守則根本沒有提及救治義務，例如中華民國醫師全國聯合會通過的醫師倫理規範，並沒有救治義務的履行要件或界限的內容，¹⁷ 又或者健康照護者參與專業團體的人數不多，專業團

¹⁵ American Medical Association, *AMA Principles of Medical Ethics*, PUBLICATIONS & NEWSLETTERS, <https://www.ama-assn.org/about/publications-newsletters/ama-principles-medical-ethics> (last visited Aug. 30, 2022).

¹⁶ 中華民國護理師護士公會全國聯合會所通過的「我國護理倫理規範」也可能會有類似的適用爭議，該規範第 14 點規定：「負起照護責任，提供合乎專業標準的照顧，定期檢討並致力改進。」；第 23 點則規定：「當同事或自身健康及安全面臨危險，且將影響專業活動水準和照護品質時，必須採取行動，並適時向上呈報。」隱含了護理人員在一般的風險下應承擔照護義務，面臨危險則應採取行動，但應採取之行動內涵不明，條文內容更像是在強調向上級的報告義務。

¹⁷ 中華民國醫師公會全國聯合會，醫師倫理規範，2013 年 5 月 26 日，https://www.tma.tw/ethical/files_pdf/%E7%AC%AC10%E5%B1%86%E7%AC%A1%E6%9C%83%E5%93%A1%E5%A4%A7%E8%A1%A8%E5%

體成員也未將倫理守則視為行為準則而僅其視為象徵性的存在，那麼要主張健康照護者依專業倫理守則負有救治義務，就更為薄弱了。

雖然上述五個支持理由無法提出完全令人信服的主張，但並不代表傳染病大流行下健康照護專業的救治義務無法被建立。相反的，專業倫理守則可以更明確化，互惠原則的觀點也可以透過執業資格的管制加以採納，或者可以綜合各個論點提出更有說服力的主張。然而，必須同時謹慎思考的是，直接課與健康照護者救治義務固然可能解決實際困難，但也會帶來負面影響，甚至產生更大問題。目前護理人員已經因為工作條件不佳而人力短缺，且護理工作多半由女性擔任，女性同時又被期待對家庭負有重要義務，在新興傳染病大流行時女性護理工作人員需要延長工時，甚至要與家人分離，都會與家庭義務產生巨大衝突，特別是單親家庭。¹⁸ 因此，不論是透過專業守則或發給執照時附加條件，或透過默示同意而認為從事健康照護工作必然伴隨在傳染病流行時的救治義務，置健康照護者對家庭的義務與需求於不顧，將可能讓人更不願意從事健康照護工作。新興傳染病流行時的護理人力絕對是需求孔急，因為他們是隨時、及時提供病人照護的第一線人員，若課與救治義務會惡化人力短缺問題，那將適得其反。因此，如何建構適當的救治義務內涵、要件或界限，維持傳染病大流行下的照護人力，還需要更多關注與討論。

A4%A7%E6%9C%83%E6%B1%BA%E8%AD%B0%E4%BF%AE%E6%AD%A3
%E9%80%9A%E9%81%8E%E9%86%AB%E5%B8%AB%E5%80%AB%E7%90%
86%E8%A6%8F%E7%AF%84.pdf (最後瀏覽日：2022年8月30日)。

¹⁸ Malm et al., *supra* note 6, at 16.

三、傳染病大流行下的救治義務

在沒有公衛危機時，健康照護者的工作原本就面臨一定程度的風險，在其他制度的支持下，例如緊急醫療系統提供急症救護，救治義務在平時很容易被忽略。但新興傳染病的出現提醒我們思考，健康照護者在突發的、緊急的公衛事件下負有何種救治義務？又是誰負有此種義務？義務內涵應該越明確越好，或者應該不要那麼明確以便可以被當作值得追求的崇高理想？公共衛生政策與法律上要如何回應上述問題？

要討論傳染病大流行下的救治義務，社會必須先認清一個現實是，各種自然及人為的公共衛生危機，例如地震、海嘯、生物恐怖攻擊、傳染病大流行等，會妨礙個人或機構堅守崗位、履行原本應負義務。對紐約市 47 個醫療機構、6000 多位健康照護者的調查發現，發生大規模災難事件時，影響他（她）們到職的現實困難因素包括交通、兒童、老人及寵物的照顧，影響到職意願的因素最主要是恐懼、對家庭及自己的顧慮以及個人的健康問題。¹⁹ 對 40 篇有關健康照護者面臨疾病流行及生物恐怖攻擊事件時履行照護義務意願的論文回顧研究發現，促進健康照護工作者到職履行義務的因素包括個人防護設備（PPE）、疫苗的可近性、訓練水準、專業倫理、家庭及個人安全以及勞工的支持系統；妨礙健康照護者到職的因素則包括對風險的擔憂及認知、人際因素、工作因素及疾病流行特徵。²⁰ 從這些調查可以知道，我們必須先承認任何義務的存在是因為有反義務履行的因素存在，健康照護者在公衛危機中所暴露的

¹⁹ Qureshi K. et al., *Health Care Workers' Ability and Willingness to Report to Duty During Catastrophic Disasters*, 82 J. URBAN HEALTH. 378, 378 (2005).

²⁰ Eleanor J Murray et al., *Factors Influencing Health Care Workers' Willingness to Respond to Duty during Infectious Disease Outbreaks and Bioterrorist Events: An Integrative Review*, 36 PREHOSP DISASTER MED. 321, 321 (2021).

風險是巨大且真實的。在存有義務衝突與現實障礙下，究竟在什麼樣的範圍內，健康照護工作者有冒險的義務，在傳染病大流行下提供病人照護？

（一）動態風險下的義務界限

健康照護工作因涉及照顧生病的人，照護者面臨的工作風險本質上就可能比一般工作來得高。某些健康照護工作者，還可能承擔比一般健康照護者更高的風險，例如緊急救護員。因此健康照護者在投身工作時，都知道照顧病人會帶來比其他工作的平均風險更高的風險，例如她（他）們可能感染結核菌或感冒病毒，也知道她（他）們有義務去照顧這些可能對自己產生某些小風險的病人。即便如此，提供照護所帶來的風險有時並非明顯可見，所涉及風險也有高低差別，倫理上雖然有正當性要求健康照護者承擔常態性且無法避免的風險，但例外的、巨大的風險卻會產生疑問，因為我們沒有權力要求別人當英雄或天使。因此，健康照護者的救治義務並非絕對，在面臨致命、高傳染性的新興傳染病下的救治義務，必須設定合理的上限及下限。

然而，傳染病大流行下醫療風險的不確定性和波動性，比起平時更具挑戰性，例如疾病的傳染性高低、死亡率、防護設備多寡、病人人數等，要事前劃定具體義務範圍實有困難。有倫理學家主張依照以下三個非量化的因素來劃定義務界限。這三個因素分別為：(1)醫護人員接續照護其他病人的必要性；(2)對醫護人員的依賴程度；(3)醫護人員願意承擔的風險程度。²¹ 首先，因為健康照護者通常面臨照顧多數病人，在照顧某一個病人時必須顧慮其他病人也需

²¹ Matthew K Wynia, *Ethics and Public Health Emergencies: Encouraging Responsibility*, 7 AM. J. BIOETH. 1, 2 (2007).

要（她）他們，如果照顧特定病人會導致健康照護者後續無法再照顧其他人，在這種風險高於利益的情形下，應被視為救治義務的上限。這個要件其實就是反對英雄式或烈士的行為。例如美國醫學會的倫理意見提到「國家、地區及地方應對流行病、恐怖攻擊及其他災難的措施需要醫師的廣泛參與。由於醫師致力於照顧病人及傷者，個別醫生有義務在災難期間提供緊急醫療服務，即使這帶來比平時對自身安全、健康或生命更大的風險。但醫師的勞動力並非無限資源。因此，在參與救災工作時，醫師應該在為個別病人提供即時利益的同時，還要有能力照顧將來的病人。」²²

雖然當照顧病人帶來的死亡風險急遽增加時，上述理由可被用來正當化拒絕照顧病人，但為了避免被濫用，還需要以依賴程度作為義務的下限。²³ 當風險愈高時，醫護人員的救治義務就變得愈弱；同時，醫護人員愈受他人依賴，救治義務又變得愈強。因此，個人或機構若具有更獨特的知識、更高的醫療可近性、擁有更多醫療資源，或擁有特殊處理問題的技術，便會有更高的倫理上義務提供照護。在其他人無法提供照護或提供同樣品質的照護，或是其他人因為沒有足夠充足的技術及訓練可以提供保護、導致他們會承擔更高的風險時，有能力的人就會有更強烈的倫理義務去採取行動及提供照護。²⁴

以上述兩個條件所劃定的救治義務上下限之間，仍存在極大的空間，從務實觀點看，實際執行可能還是要由健康照護者個人考量諸多因素後做出決定，包括義務衝突（例如對家庭的義務）及個人

²² American Medical Association, *Physicians' Responsibilities in Disaster Response & Preparedness*, ETHICS, <https://www.ama-assn.org/delivering-care/ethics/physicians-responsibilities-disaster-response-preparedness> (last visited Aug. 30, 2022).

²³ Wynia, *supra* note 21, at 2.

²⁴ Wynia, *supra* note 21, at 2.

特質（例如接受過特殊訓練、對風險的認知與接受程度）。理論上，若事前越清楚界定義務範圍，而且行為人也同意，那麼行為人就會負擔更高的履行義務。²⁵ 這代表並非每個專業人員都負擔同樣程度的義務，選擇較高風險工作或同意在危機時承擔特殊義務者，會有較強烈的履行義務；同樣的，對健康照護專業增加訓練，以及專業團體更加強調救治義務、使得對專業的救治義務期待更加明確，也可能會提高救治義務的下限。²⁶

（二）多層次的促進義務履行策略

在動態風險的前提下，上述三個考量因素仍然無法提供救治義務絕對的、精確的準則，最終救治義務的確切輪廓與界限仍然仰賴個人決定。如果社會希望健康照護者在面臨高度風險下仍履行義務，在一個強調自由及個人享有選擇的社會中，在重視尊重自主價值的專業團體裡，最佳策略是盡可能鼓勵個人自願性履行其倫理義務。

如同在倫理基礎的討論中提到的，同意、特殊訓練、互惠及專業倫理守則，都是建構救治義務的重要論點，在鼓勵的策略上，也可以透過強化這幾個面向來落實。首先，倫理規範可促進實踐倫理義務，若在醫師、護理師的專業倫理準則中對救治義務有所界定，該義務雖無法如同法律義務般被強制履行，或者被課與罰鍰或其他形式的懲罰，但違反該義務時仍然會產生某些懲罰性的效果，例如喪失他人的尊敬或來自社會或該專業的責難與批評。如果將救治義務定位為可以由法律來強制的義務，此義務顯然只能設定較低但明確的期待，對於鼓勵履行義務可能並無太大專業上啟發或鼓舞作

²⁵ Wynia, *supra* note 21, at 2.

²⁶ Wynia, *supra* note 21, at 3.

用。利用倫理規範產生促進履行效果，可以稱為是一種軟強制的策略，優點是可以設定較高的倫理期待。²⁷ 其次，醫療機構若能制定政策，促進及支持專業義務的履行，也可以強化該義務，例如機構可以提供訓練並指定特定人執行高風險任務，提供休假、薪資補償等。在前揭支持救治義務的理由中，最堅強的論點是明示同意，因此與其要求所有人負有救治義務，不如盡可能利用明示同意讓更多健康照護者了解在公衛危機下的義務，讓他們明確地、自願地，而且通常也會獲得補償地接受此義務。

最後，當需要救助者高度仰賴醫護的救治時，即使風險很高，或許也可能透過法律來落實救治義務。但所謂以法律來落實並非就是直接課與履行義務，而是透過法律就公衛危機進行準備，以促進義務履行。例如提供訓練以及討論救治義務的高低或界限，可以促進專業反思及個人對救治義務的認知與承諾；個人對風險高低的認知，會影響其履行救治義務與否；要求醫療機構或主管機關提供訓練將可以使人更了解實際風險，而不是讓無知製造恐懼。²⁸ 另一方面，訓練過程可以讓健康照護專業人員了解如何正確使用個人防護裝備，而不是拒絕使用保護措施、主張履行義務過於危險而拒絕承擔義務。一旦我們把對健康照護者的期待更加明確化，我們就有更強的正當性對因履行義務而受傷或死亡的健康照護者或其家屬，提供相對應的危險加給、傷病死亡撫卹或其他補償，或者指定特別小組來執行有特殊風險的工作。²⁹ 再者，因為健康照護者比起一般人承擔了特別的或額外的風險，依照互惠原則也能支持健康照護者有優先獲得防護、藥品或疫苗的權利；唯有他們獲得保護，才能持續面對或降低公眾健康風險，因此給予健康照護者心理上支持也很重

²⁷ Wynia, *supra* note 21, at 3.

²⁸ Wynia, *supra* note 21, at 3.

²⁹ Wynia, *supra* note 21, at 3.

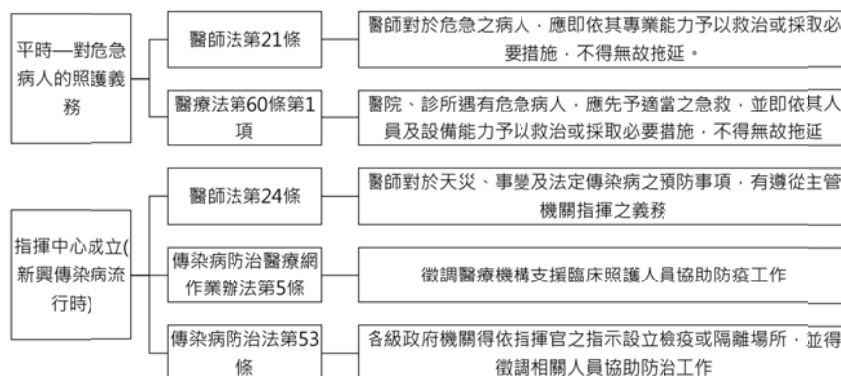
要。另外，促進義務履行須排除某些法律上責任可能產生的障礙，在緊急公共衛生事件中，健康照護者需要跨區執業，也可能面臨資源或人力不足下提供救治，法律上對於這種情形下的照護義務標準，應予以放寬或減輕，甚至提供健康照護者免責保護，以鼓勵、促進利他精神的實踐。³⁰

參、救治義務的法律規範架構

在一般情形下，醫師對病人的照護義務來自醫病關係，醫病關係之有無，則以雙方契約成立與否為判斷基準，因為在自由社會每個人有權利依其自願，決定要不要承擔某個義務、提供某個服務，亦即契約自由原則。目前臺灣的法律體系亦以契約關係（委任契約）來定性醫病關係，作為醫師照護義務之來源，換言之絕大多數病人獲得健康照護是基於契約關係而非法律規定而來。然而，隨著健康照護複雜化、機構化，契約自由可能產生醫療人球（patient dumping）的問題，國家需要藉由專業管制，確保「危急病人」的醫療可近性，也需要透過專業管制，滿足公衛危機時的照護需求。

臺灣因為有諸多公衛制度的支持，特別是全民健保消除了人民的就醫障礙，病人獲得醫療照護顯得理所當然，故而醫療照護專業在法律上的救治義務，很容易被忽略。爬梳目前的醫事法律與傳染病防治法，醫師及其他醫事人員的法律上救治義務，可依平時與中央疫情流行指揮中心成立時（亦即新興傳染病發生時）而有不同法源（參見圖 1）。本文以下依照此架構，就要件、適用情境與規範疑義進行分析。

³⁰ Wynia, *supra* note 21, at 3.



資料來源：作者自製

圖 1 目前法規範對救治義務的規範架構

一、醫師法、醫療法下對危急病人的照護義務

在沒有像新興傳染病大流行的公衛危機時，醫師或其他醫事人員是否有法律上義務救治病人，醫師法及醫療法提供了主要的法律規範架構。醫師法第 21 條規定：「醫師對於危急之病人，應即依其專業能力予以救治或採取必要措施，不得無故拖延。」醫療法第 60 條第 1 項規定：「醫院、診所遇有危急病人，應先予適當之急救，並即依其人員及設備能力予以救治或採取必要措施，不得無故拖延。」³¹ 上述條文的性質與適用，有學者認為是醫師、醫院對求診病人的強制締約義務，違反時有行政法上的罰鍰及民法上的損害

³¹ 護理人員法第 26 條也規定：「護理人員執行業務時，遇有病人危急，應立即聯絡醫師。但必要時，得先行給予緊急救護處理。」但此條文的目的並不在課與護理人員救治義務，而是緊急情況下可不受執業範圍限制，構成醫師法第 28 條非法執行醫療業務罪的阻卻違法事由。

賠償責任；³² 若醫師認為危急病人非其專業科別所能治療，並不當然可以拒絕病人，而是依其能力採取必要措施，例如先使病人穩定並協助轉診；若醫院認為已無適當設備提供救治，亦不能以設備不足作為抗辯事由，而是要依其可得設備採取必要措施。然若收治有高度傳染風險的病人而無適當方式隔離，會造成院內其他病人感染時，可能符合緊急避難的要件，構成醫師或醫療機構拒絕救治危急病人的正當抗辯。³³

在傳染病大流行時若要以上述醫師法及醫療法規定作為要求健康照護者提供照護的依據，以確保病人獲得照護，可能產生困難。首先，醫師或醫院的急救義務適用前提是病人的情形危急，但當個別的染疫或可能染疫的病人出現在診所或醫院時，並不一定構成危急，至少不像股動脈斷裂那麼危急。其次，就開業醫師而言，休診停止工作能避免遇到危急病人或被招請，也就無從強制締約。最後，染疫或可能染疫病人最可能湧入醫院，此時醫院的主要挑戰是短時間內有許多病人同時需要照護，也因此需要大量健康照護者去做原本不屬於其工作範圍的事，例如平常照護癌症病人或負責癌症篩檢的護理人員要去照顧染疫病人，此時除非醫院曾與員工約定要照顧具高度傳染性疾病的病人，否則健康照護者並沒有契約上義務提供照護。此外，即便部分員工可能負有契約上義務照顧傳染病病人，例如急診或感染科人員，若這些健康照護者寧願違約也不願提供照護，那麼醫院可能面臨人力短缺到連對危急病人的基本急救都做不到，更不用說當病人湧入，而醫院已無適當防護或隔離設施時，在負荷過重而要避免傷害院內病人及員工的義務衝突情形下，將能更正當以緊急避難為由停止收治病人。上述分析顯示，在傳染

³² 楊秀儀，法定急救義務？強制締約義務？醫師法第二一條、醫療法第四三條性質解析，台灣本土法學雜誌，49期，頁119-120（2003）。

³³ 楊秀儀（註32），頁120-121。

病大流行下醫師法及醫療法的急救義務不足以作為要求健康照護人員工作的依據；在醫療需求急遽增加下，醫院急診不堪負荷而關閉也可能是被允許的。

二、醫師法下「遵從指揮義務」

臺灣歷經 SARS 疫情時的院內感染封院、拒收病人問題後，並沒有對新興傳染病流行下健康照護工作者的救治義務內涵與界限問題進行深入討論，倒是此次為防治 COVID-19，衛福部在疫情之初斷然採取限制醫事人員出國措施，在輿論質疑其法源基礎時，主張以醫師法第 24 條規定為依據，使得這個從未被注意的條文，頓時成為衛福部的尚方寶劍。³⁴ 醫師法第 24 條規定「醫師對於天災、事變及法定傳染病之預防事項，有遵從主管機關指揮之義務」，文義上確實有課與醫師工作義務的空間，³⁵ 但每個構成要件的明確性都存在疑問。

³⁴ 衛福部先是在 2020 年 2 月 23 日在未引用任何法源依據下，發布新聞將「訂出指引適度限制醫事人員出國」，參見衛生福利部，衛福部因應疫情發展醫事人員出國規定，2020 年 2 月 23 日，<https://www.mohw.gov.tw/cp-16-51640-1.html>（最後瀏覽日：2021 年 3 月 25 日）。幾天後同樣是在未引用任何法源依據下，發布新聞「擬定醫事人員出國規定，自 2 月 23 日起至 6 月 30 日止，所有醫院之醫事人員及社工人員，除會議、公務或有特殊原因，經報准同意者外，不得前往中央流行疫情指揮中心公布之旅遊疫情警告、警示及注意地區；對於因配合該項政策，所導致之預繳費用之損失，將依規定予以全額補助或補償。參見衛生福利部，防疫期間醫院醫事人員及社工出國與相關補償規定自 2 月 23 日適用，2020 年 2 月 27 日，<https://www.mohw.gov.tw/cp-4635-51720-1.html>（最後瀏覽日：2021 年 3 月 25 日）。面對前揭措施欠缺法源依據之質疑，醫事司司長則說明是「依據醫師法，醫師對天災、事變及法定傳染病的預防事項，有遵從主管機關指揮的義務；醫療法也規定，於重大災害發生時，醫療機構應遵從主管機關指揮、派遣，提供醫療服務及協助辦理公共衛生，不得規避、妨礙或拒絕。」參見戴光育，醫院醫事人員禁赴中港澳 其他旅遊地須報准，中央通訊社，2020 年 02 月 23 日，<https://www.cna.com.tw/news/firstnews/202002230161.aspx>（最後瀏覽日：2021 年 3 月 25 日）。

³⁵ 醫師法第 24 條自民國 32 年公布醫師法以來就一直存在。民國 32 年所公布醫

對上述條文的解構顯示，以此條文的明確程度，實無法想像具體執行方式，主管機關亦從未針對發生天災事變或對法定傳染病預防事項將如何指揮，制定更詳細的規範。醫師法第 24 條存在近 80 年，過去實務上曾發生的例子是 SARS 流行時台北市政府要求和平醫院人員返院隔離，在周經凱醫師提起的行政訴訟中台北市政府主張返院命令是依據醫師法第 24 條。然而，不論是周經凱醫師事件或此次限制出國措施，主管機關都不是一開始就以此條文為法源基礎「指揮」醫師，³⁷ 而是先做出要求返院或禁止出國處分後，為了給一個法源依據而引用此條文。由此更可以看出，這樣的概括條文不但無法成為確保傳染病大流行下醫療人力的法源基礎，更將使醫師陷入負擔不明確義務的困境，面臨主管機關專斷的罰鍰及專業懲戒的懲罰風險。

三、傳染病防治法下的規範架構

受到 SARS 流行時院內感染導致封院、大規模檢疫、照護人力不足等問題影響，傳染病防治法及其子法已就新興傳染病流行時的醫療需求，提供強化照護可近性的規範架構，這些規範對於在傳染

³⁷ 此事件起源於台北市政府主張台北市立和平醫院周經凱醫師在 SARS 疫情期間，因未遵守行政院衛生署疾病管制局公開發布之命令及臺北市政府衛生局之公告、通知，未依規定於 2003 年 4 月 27 日前返院報到進行隔離，被認為違反醫師法第 24 條「醫師對於天災、事變及法定傳染病之預防事項，有遵從主管機關指揮之義務」，構成醫師法第 25 條第 4 款執行業務違背醫學倫理，由臺北市政府衛生局依同法第 25 條之 1 第 1 項第 3 款規定，決議停業 3 個月，周醫師就此處分提起覆審，經覆審決議駁回後提起行政訴訟，經台北高等行政法院以 93 年度訴字第 01708 號判決撤銷原處分及覆審決議後，台北市政府衛生局不服而提起上訴，最高行政法院以 95 年判字第 2054 號判決廢棄原判決並駁回周醫師第一審之訴。醫師法第 24 條成為主管機關指揮醫師的尚方寶劍，不但可以命醫師返院照顧病人（即便周醫師已經沒有住院病人要照顧），也可以做為命醫師返院隔離的法源。

病大流行時，國家究竟可以對醫師或其他醫事人員做出何種要求，提供什麼解答？

（一）傳染病防治醫療網架構下及設立檢疫隔離場所時之人力徵調

在 SARS 爆發前的 2002 年，中央主管機關為強化建置感染症防治醫療網，以及指定專責醫院集中收治高傳染性或致死性新興傳染病病人，已依當時傳防法第 15 條第 4 項授權，訂有「傳染病隔離治療醫院指定辦法」，指定傳染病隔離治療醫院，設置隔離病房及收治病人，作為因應急性傳染病或新興傳染病爆發時隔離病人處所。傳染病防治法於 2007 年 7 月全文修正後，將「感染症防治醫療網」更名為「傳染病防治醫療網」（下稱醫療網），並於 2008 年 5 月將原稱為「傳染病隔離治療醫院指定辦法」改為「傳染病防治醫療網作業辦法」。該辦法將全國分為六個傳染病防治醫療網區，設置區指揮官，該辦法第 5 條規定：

「中央流行疫情指揮中心成立期間，區指揮官應依中心指揮官指示統籌指揮……轄區醫院、病床、人力之指定、徵用、徵調及各項調度。」

在法規命令位階的「傳染病防治醫療網作業辦法」之外，疾管署另訂有行政規則位階「傳染病防治醫療網區應變醫院啟動及支援人力運作原則（以下簡稱『運作原則』）」。³⁸此一運作原則區分平

³⁸ 衛生福利部疾病管制署，傳染病防治醫療網區應變醫院啟動及支援人力運作原則，106 年 2 月 7 日，<https://www.cdc.gov.tw/File/Get/y5dWKTRcu8Rream1kF3U4w>（最後瀏覽日：2022 年 10 月 13 日）。此一運作原則也被放在 111 年版傳染病防治醫療網推動計畫，參見衛生福利部疾病管制署，傳染病防治醫療網推動計畫（111 年 7 月 4 日奉核）附錄二_傳染病防治醫療網應變醫院收治、啟動及支援人力運作原則附件 4，<https://www.cdc.gov.tw/File/Get/eCviLEPT4i0xxYkiNSum0g>（最後瀏覽日：2022 年 10 月 13 日）。

時及變時，規範傳染病病人收治原則、人力調度及徵用事宜。舉其要者，包括：

1. 在變時區指揮官為因應疫情可以「啟動網區應變醫院以清空樓層 / 區塊或全院清空等策略收治病人或啟動隔離醫院分流收治病患收治傳染病病人」。
2. 應變 / 隔離醫院人力調度項下規定「應變 / 隔離醫院啟動後，該院傳染病緊急應變計畫指揮官須就各種危害衝擊、資源不利的情形下，投入該醫院現有人員（含正式編制、約聘僱、院聘、臨時及外包人員），並機動調撥人員、調整業務及作業流程。另人員派班規劃依勞動基準法相關規定辦理。」
3. 「現有照護人力不敷調度時，應由轄區衛生主管機關轉知該醫療網區（醫療網區指揮官及本署區管制中心），經醫療網區瞭解、評估確有徵調人員協助防治工作之必要，應報經指揮官同意，由醫療網區指揮官指揮地方主管機關依據作業辦法及衛生主管機關建置之醫療機構支援臨床照護人員名冊徵調人員協助防疫工作。」
4. 支援人員的類別包含：西醫師、護產人員（含護理師、護士、助產士）、呼吸治療師、臨床（諮商）心理師、醫事放射師（士）、藥師（藥劑生）等，或依網區應變醫院撰擬之傳染病緊急應變計畫中所需支援之醫事人員類別。
5. 各醫療網區依應變醫院執業人員數量 30% 計算轄區各縣市衛生局應提報之支援人數，縣市衛生局依網區計算支援人數編配轄內醫療機構支援人數，醫療機構須依縣市衛生局配置之支援人數向所在地衛生局提報支援人力名冊。地方主管機關平時應建置醫療機構支援臨床照護人員名冊，並每半年更新該名冊，同時應告知醫療支援人員徵調進駐之相關權利及義務。
除傳染病防治醫療網下的人力徵調規定外，因應新興傳染病流

行時有設立隔離或檢疫場所之需求，傳防法第 53 條第 2 項規定：中央流行疫情指揮中心成立期間，

「各級政府機關得依指揮官之指示，指定或徵用公、私立醫療機構或公共場所，設立檢疫或隔離場所，並得徵調相關人員協助防治工作；必要時，得協調國防部指定國軍醫院支援。對於因指定、徵用、徵調或接受隔離檢疫者所受之損失，給予相當之補償。」

傳防法第 53 條第 3 項亦授權中央主管機關訂定「指定徵用設立檢疫隔離場所及徵調相關人員作業程序與補償辦法」（以下簡稱「徵調作業辦法」）。³⁹ 依該辦法第 3 條第 2 項及第 4 條第 2 項規定：

「地方主管機關平時應建置醫療機構或公共場所及防治工作人員名冊，並依傳染病特性、醫療機構之醫療品質、公共場所之適用性及醫事人員傳染病防治專長等，予以分類規劃、造冊後並送請中央主管機關備查。每半年更新一次資料時，亦同。」

「設立機關應依指揮官指示就所建立之人員名冊徵調，必要時得徵調其他相關人員協助防治工作。」

（二）人力徵調之規範疑義

不論是基於傳染病防治醫療網所建構支援應變醫院人員徵調計畫，或以傳防法第 53 條第 2 項為法源、為設立隔離檢疫場所需求

³⁹ 此一法規命令的前身是在民國 89 年發布的「傳染病流行時徵用私立醫院或公共場所暨徵調民間醫事人員作業程序及補償辦法」，民國 93 年時修正發布名稱及全文十六條。2021 年 2 月武漢包機回台是 SARS 後首次依照此辦法徵調醫護人員進駐檢疫所，參見王芊凌，武漢肺炎 / 專機返台隔離，指揮中心：SARS 後首度徵調醫護人員！，Heho 健康，2020 年 2 月 3 日，<https://heho.com.tw/archives/66352>（最後瀏覽日：2021 年 4 月 6 日）。

所進行之人員徵調，都賦予各級主管機關及（或）指揮官徵調人力的權力。但誰有權徵調誰、徵調的程序及效果為何，存在諸多疑問：

1. 誰有徵調權力？

依傳染法第 53 條第 2 項，各級政府機關得依指揮官之指示……設立檢疫或隔離場所，並得徵調相關人員。有權設立場所及徵調人員者是各級政府機關還是指揮官？如果沒有指揮官指示，各級政府機關能否設立場所或徵調人員？若指揮官指示了，各級政府機關一定要設立或徵調嗎？又，依照徵調作業辦法第 4 條第 2 項「設立機關應依指揮官指示就所建立之人員名冊徵調」，有權徵調人員者是設立機關還是指揮官？依照「運作原則」所規劃的人力準備計畫，應變及隔離醫院人力不足時，醫療網區指揮官得指揮地方主管機關依照支援人員名冊徵調人員，此時有權徵調者是區指揮官？還是地方主管機關？理論上，徵調權力是在回應公衛危機下的照護人力需求，平時醫事人力管理雖主要由地方主管機關處理，但公衛危機時既有統一事權及統合人力與資源之需求，將權限明確劃歸指揮官，由指揮官行使徵調權力似乎較能達成目的。

2. 被徵調的對象為何？

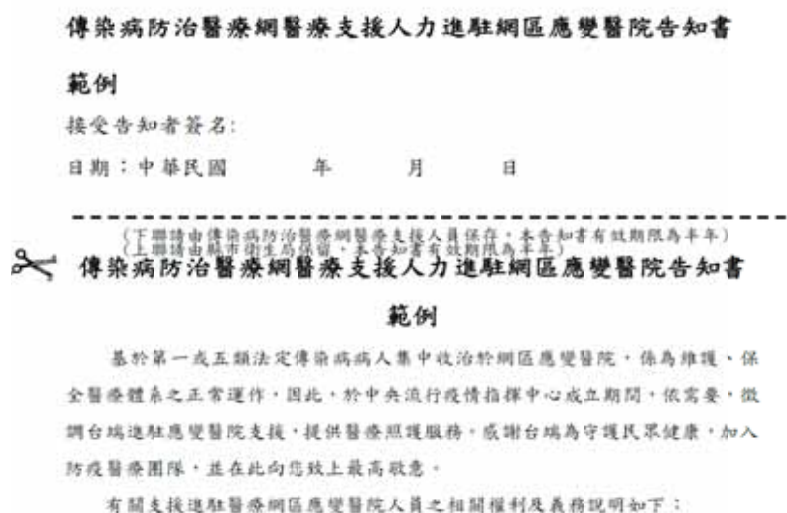
「徵調作業辦法」要求先徵調名冊上人員，但建置名冊究竟是自願者名單收集抑或是地方主管機關指定？必要時得徵調其他相關人員協助防治工作，所謂相關人員的範圍是什麼？「運作原則」所建立的支援人力規範架構則是由醫療機構「提報」人力名冊，這是自願參加者的名單收集還是醫療機構有指定權？⁴⁰

⁴⁰ 有關人力徵調的運作實況，作者曾有機會詢問被徵調至集中檢疫所支援的醫事人員其所經歷的流程。醫院提出人力需求後，被要求的科室會「自行協調」人員，「被協調到的人」要簽同意書。這樣的程序透露出支援人力並非自願，而是用較為隱諱不明的方式分配工作，這與醫療體系、公衛體系經常出現半強制的狀況如出一轍，亦即類似以同意之名行壓迫之實，當事人並非自願。

3. 被徵調的效果為何？

依照運作原則附件五（參見圖 2）所提供的「傳染病防治醫療網醫療支援人力進駐網區應變醫院告知書」範例，當中記載「依需要，徵調台端進駐應變醫院支援，提供醫療照護服務」，運作原則附件六的「徵調醫療支援人力通知書（範本）」，注意事項欄位記載「不服本處分得繕具訴願書」，因此所謂徵調，應是指行政機關單方行政行為使人民負擔行政法上義務，性質上行政處分。依告知書之記載，被徵調人的義務包括參加訓練、進駐應變醫院提供照護。⁴¹

附件 5



資料來源：衛生福利部疾病管制署，傳染病防治醫療網區應變醫院啟動及支援人力運作原則（106年2月7日奉核）。

圖 2 傳染病防治醫療網區應變醫院啟動及支援人力運作原則附件 5

⁴¹ 告知書中同意記載被徵調人有接受訓練、獲得裝備及補償的權利，但若行政機關未提供訓練、未提供裝備，是否會影響行政處分效力？從要求被徵調人冒險、倫理上及法律上國家應附相對義務而言，提供訓練及裝備應被解釋為行政處分的停止條件，藉以平衡國家徵調的巨大權力。

附件 6 徵調醫療支援人力通知書(範本)

被徵調人姓名		性別	出生年月日	身分證統一編號	
地址			聯絡電話	(公)	(宅)
				(行動)	
現任職機關			擔任職務		
徵調事由					
為因應傳染病疫情防治之需要，特徵調台端依規定報到之時間及地點，前往協助及支援醫療/防疫事務。					
報到時間		年 月 日 時 分	徵調支援地點		
徵調期限		自報到日期起至以書面通知結束	報到地點	請向 (單位) (接待人員) 報到	
處分法條依據		依傳染病防治法第五十三條規定辦理。	承辦人員	承辦人員	(公) 聯絡方式 (行動)
注意事項					
一、有關被徵調人員薪資及津貼補償之項目及基準，依據「指定徵用設立檢疫隔離場所及徵調相關人員作業程序與補償辦法」辦理。 二、被徵調人如不服本處分，得備具訴願書，於本處分書送達之次日起三十日內，依訴願法規定遞送本(機關)轉陳訴願管轄機關。 三、被徵調人或利害關係人為提起訴願，請注意訴願法規定並依有關程序辦理，以免權益受損。 四、被徵調人應於指定時間內至徵調報到地點完成報到手續。 五、被徵調人如無正當理由不到者，依傳染病防治法第六十七條，除逕行強制處分外，並得處新台幣六萬元以上三十萬元以下罰鍰。					

(○○機關)首長○○○

資料來源：衛生福利部疾病管制署，傳染病防治醫療網區應變醫院啟動及支援人力運作原則（106 年 2 月 7 日奉核）。

圖 3 傳染病防治醫療網區應變醫院啟動及支援人力運作原則附件六

3. 不遵從徵調的效果為何？

從上圖 3 附件六「徵調醫療支援人力通知書(範本)」之注意事項記載「被徵調人如無正當理由不到者，依傳染病防治法第 67 條，除逕行強制處分外，並得處新台幣六萬元以上三十萬元以下罰鍰。」依此記載，被徵調人無正當理由不報到者，依傳染法第 67 條處罰鍰，但傳染法第 67 條與人員徵調相關的處罰是第 1 項第 5 款「拒絕、規避或妨礙各級政府機關依第五十二條、第五十三條第二項或第五十四條第一項所為之優先使用、徵調、徵用或調用」，而這些法條涉及人員徵調的是第 53 條第 2 項前段「前項期間，各級政府機關得依指揮官之指示，指定或徵用公、私立醫療機構或公共場所，設立檢疫或隔離場所，並得徵調相關人員協助防治工

作。」圖 3 通知書中之記載顯然是將拒絕運作原則中的徵調，當作違反第 53 條第 2 項的徵調，而要依第 67 條處罰，但顯已超出法律允許處罰的範圍。又所謂「逕行強制處分」，是指依行政執行法第 27 條第 1 項有關行為或不行為義務之執行，以間接強制（代履行或處怠金）或直接強制（抓人）方法執行嗎？另一方面，若先是由醫療機構「提報」人力名冊再從中徵調，理論上醫院可以透過勞動契約，與健康照護工作者約定擔任支援人力，但相對應的權利義務關係為何？提報後若拒絕徵調，醫院可以解除勞動契約？

（三）徵調健康照護工作者的合憲性

上述規範疑義顯示，不論是傳染病防治醫療網人力支援或隔離檢疫場所的人員徵調規範，已有法律保留及明確性的疑義，更根本的問題是，若徵調指的是國家依其單方意思即可課與健康照護者工作義務，此徵調權力能否通過合憲性檢驗？從違反上述徵調法令的效果觀察，徵調的意義是課與健康照護者提供服務之義務，但現行對人民課予強制服務義務之法令，除憲法第 20 條人民有依法律服兵役之義務外，均存在刑法領域。例如組織犯罪防制條例第 3 條第 3 項規定「應於刑之執行前，令入勞動場所，強制工作，其期間為三年」，以及刑法 90 條第 1 項規定：「有犯罪之習慣或因遊蕩或懶惰成習而犯罪者，於刑之執行前，令入勞動場所，強制工作。」

在比較法上，美國在 911 後委託學者草擬的「州緊急健康權力模範法」(Model State Emergency Health Powers Act, MSEHPA) 中，第 608 條授權公衛官員得令該州內健康照護工作者協助對任何人進行疫苗接種、治療、檢驗或檢測，並以此為發給執照、允許執業或繼續在該州執行健康照護工作的條件。⁴² 目前美國南卡羅來納

⁴² See The Center for Law and the Public's Health at Georgetown and John Hopkins

及馬里蘭州已採納了模範法的條文，馬里蘭州的法律甚至比模範法更加嚴格，允許對違反工作令的健康工作者處以罰鍰或入獄監禁。但這樣的法律引發許多批評及對強制服務義務的合憲性檢討，實際上也尚未被真正引用或執行。美國憲法增修條文第 13 條禁止奴隸制和強制勞役，除非是經過正當程序定罪後當作處罰，但歷來法院並不認為此規定禁止國家要求人民對國家盡某些義務，例如服兵役或擔任陪審員，特別是在戰爭時，國家應得要求人民為捍衛國家權利與榮譽而奉獻。但除此之外，國家有無令人民強制公共服務的權力？曾經發生過的案例包括強制男性無償提供勞務服務修路建橋，以及公立學校令學生提供社區服務。在這些案例中，法院仰賴情境的分析方法，考量工作本質、工作量及其目的來決定，例如要求公立學校高中生社區服務之服務期間合理、具有教育目的，且學生可以就讀私立學校以避免強制服務（亦即有避免強制服務的其他選擇，雖然其他的選項可能有其他不便）。⁴³ 然而，要求健康照護工作者在傳染病流行時或其他公衛危機時工作，與上述案例並不相同。首先，健康照護工作者的工作涉及生命危險，除了軍事上服兵役外，沒有其他的強制服務會涉及這種程度的危險。再者，違反強制服務的法律效果若是處罰鍰或入獄，健康照護工作者若想避免處罰，能不能選擇放棄執照？⁴⁴ 雖然在公衛危機下要求一定期間的服

Universities for the CDC, *The Model State Emergency Health Powers Act*, <https://www.aapsonline.org/legis/msehpa.pdf> (last visited Apr. 8, 2022).

⁴³ See Carl H. Coleman & Andreas Reis, *Potential Penalties for Health Care Professionals Who Refuse to Work During a Pandemic*, 299 JAMA 1471, 1471 (2008); Ariel R. Schwartz, *Doubtful Duty: Physicians' Legal Obligation to Treat during an Epidemic*, 60 STAN. L. REV. 657, 684-85 (2007).

⁴⁴ Carl H. Coleman, *Beyond the Call of Duty: Compelling Health Care Professionals to Work During an Influenza Pandemic*, 94 IOWA L. REV. 1, 36-37 (2008). 文中提到美國法院對於其他選擇的要件很寬鬆，只要有其他選擇，即便其他的選項對當事人不利也是選項。例如法律強制律師提供公益服務（pro bono）並不構成強制勞役，因為律師也可以選擇放棄執業。

務，在程度上不一定就會構成強制勞役，但並非完全沒有憲法上爭議。如果一位未受雇的護士必須選擇在第一線照顧病人幾個禮拜或者入獄，這種情形下的強制工作是可能構成強制勞役而違憲的。⁴⁵

以過去大法官在司法院釋字第 690 號解釋中就新興傳染病流行下防疫措施之審查標準，徵調醫事人員的比例原則審查可能只需要通過最寬鬆的合理性審查，而立法者實際上也有合理基礎相信強制健康照護者提供服務可以增加人力。但如同第 690 號解釋文最後的立法指導，應以法律明確化限制人民自由權利之範圍，也要遵守正當程序要求。目前的醫事人力徵調法令高度不明確，許多重要內容也付之闕如，例如徵調的合理最長期限、決定徵調的組織及程序、救濟管道及合理補償機制等，將無法適當節制行政機關（或指揮官）在傳染病大流行下徵調健康照護者之特殊權力。此外，這種類似於「強制性志願服務」的法律上救治義務，也有執行上困難，更可能削弱醫療專業的利他主義精神。例如在 2003 年 SARS 流行時的和平醫院事件中我們看到，當風險高到無法承受時，強制性措施對健康照護者構成巨大傷害，甚至無法期待處罰緩或依行政執行法處怠金的方式，能產生足夠的心理上壓力而使之遵從，此時國家要採取直接抓人的強制方式或課予刑責嗎？

綜合上述分析，傳染病防治醫療網架構下及設立檢疫隔離場所時之人力徵調法規，雖初步建構出傳染病大流行時的人力準備法律架構，卻與倫理上救治義務的利他精神存在扞格，也有合憲性疑慮及執行上困難，新興傳染病來臨時的健康照護人力準備法規架構，應更細緻地思考如何採取多元化的促進義務履行手段，將具有壓迫性的強制工作視為最後手段。

⁴⁵ *Id.* at 37.

肆、建構合理可行的人力準備法制架構

從 SARS 後建構醫療人力徵調法規可知，主管機關就傳染病大流行時的照護人力準備已有意識，但 2020 年至今回應 COVID-19 流行，衛生福利部卻是先限制醫事人員出國，⁴⁶ 讓醫事人員就地待命，⁴⁷ 再徵調醫事人員至集中檢疫所或防疫旅館工作，2021 年 5 月感染人數快速增加時，更要求醫學中心開設急性一般病床十分之一的專責病房，否則撤銷醫學中心資格，⁴⁸ 種種課予個人或機構義務的措施，不但顯示現有法令不足，帶來法源依據、法律明確性及比例原則的合憲性疑慮，⁴⁹ 也顯示新興傳染病大流行下健康照護人力準備的法律規範框架，有待深究與改進。

⁴⁶ 嚴重特殊傳染性肺炎中央流行疫情指揮中心，肺中指字第 1093800250 號，2020 年 3 月 17 日，<https://www.mohw.gov.tw/dl-60402-f008654a-3513-4389-8b54-185bc9697cd6.html>（最後瀏覽日：2021 年 3 月 25 日）。這個出國禁令的執行，並不是如禁止役男出國或欠稅者限制出境採取機場攔截的管制方法，而是透過衛福部事前審查、雇主事前同意的方式管制。問題是：衛福部及醫院如何決定同意或不同意？事實上是不是就是全部不同意？違反的效果並不是醫院可以解雇醫事人員，而是依照特別條例第 16 條第 3 款：「違反中央流行疫情指揮中心指揮官依第七條規定實施之應變處置或措施，由中央目的事業主管機關、直轄市、縣（市）政府處新臺幣五萬元以上一百萬元以下罰鍰處罰鍰。」這是否形成雇主不同意勞工休假活動，而勞工違反時，由衛福部替醫院處罰勞工？又是否代表醫療機構同意或不同意出國變成行政處分？醫療機構是受委託行使公權力？這樣的管制介入了醫事人員與醫療機構間的勞動關係，且干預了勞工休假時可以進行的活動。勞僱固然可以透過協商安排特休假期，但雇主沒有權力審查、決定勞工休假做什麼事？

⁴⁷ 衛福部認為限制出境措施是因為「防疫如同作戰，而醫療人員是最重要的戰士，目前的防疫成績，是所有醫療人員共同努力的成果，國人有目共睹，但未來疫情發展難料，必須盡可能保全人員安全，以維持醫療量能不受疫情衝擊……。」衛生福利部，衛福部因應疫情發展醫事人員出國規定，2020 年 2 月 23 日，<https://www.mohw.gov.tw/cp-16-51640-1.html>（最後瀏覽日：2021 年 3 月 25 日）。

⁴⁸ 張原紘，專責病房原則「2 人 1 室」收治病人數列評鑑指標，華視新聞網，2021 年 5 月 30 日，<https://news.cts.com.tw/cts/life/202105/202105302044233.html>（最後瀏覽日：2022 年 2 月 14 日）。

⁴⁹ 邱文聰，在例外與常態間失落的法治原則——論臺灣模式防疫的法制問題，法

本文前揭倫理分析已說明，健康照護者的救治義務並非絕對，面對傳染病大流行下的照護人力需求，仰賴促進義務履行的手段來達成目的。法律面上就人力的準備，必須正視健康照護者對自身倫理義務的看法與實踐意願，更要重視義務履行的障礙因素，特別是義務衝突。臺灣採取直接課予法律上照護義務的強制工作手段，現行法制僅有服兵役可相比擬，而服兵役的義務是憲法所明定，也有兵役法作為徵集的實體及程序規範基礎，是否能仰賴徵調制度來確保人力，此種徵調處分又要如何強制執行，充滿疑問。因此，新興傳染病來臨時的醫療照護人力準備法規架構，應更細緻地思考如何將倫理上多層次的促進義務履行手段納入、落實與執行，包括事前準備提供訓練、討論及強化對風險的認識及保護能力以減少恐懼，並相對地提供危險加給、傷害撫卹等經濟上補償，給予物資上及心理上支持以及法律上免責保護。本文以下就傳防法及相關子法提出法律準備之建議。

一、建立自願性支援名冊及提供訓練

傳防法及其子法雖有事先準備人員名冊的機制，但簽署同意書並不代表就是自願，實際執行上比較像是「被同意」。從促進義務履行的觀點，法律應先確立支援人力是以自願性為基礎。例如美國在 2002 年透過立法建置以各州為單位的全國性健康照護專業者志

官協會雜誌，22 期，頁 128-145 (2021)。對因應 COVID-19 的介入措施及特別條例的討論，常聚焦於常態法律、例外或緊急狀態的二分體系差異，但新興傳染病來臨並不當然變成國家的緊急狀態或公衛危機。就此次新冠肺炎疫情而言，臺灣確實一度面臨疫情擴散的風險，但是否達到常態法律無法處理的程度？或許這是受到防疫如作戰的思維影響，使我們一面臨新興傳染病時就落入戰爭動員的思考或應變，但新興傳染病威脅與國家進入緊急狀態或進入緊急法制的界分，需要更精緻的討論，這樣的討論也對於如何結束這個所謂的緊急狀態或緊急法制極具意義。

願者緊急預先註冊系統 (The Emergency System for Advance Registration of Volunteer Health Professionals, ESAR-VHP)，健康照護者藉由註冊各州參與這個系統的計畫，志願者的身份、執照、證書、資格證書及醫院執業特權可以公衛緊急情況發生前就獲得驗證，⁵⁰ 以便在發生公衛或醫療緊急狀況時，健康照護者可以更容易以志願者身分參與救災，無須受到執業地區的限制。臺灣也可採取自願性登記，建立傳染病大流行時的工作人力名冊，並由醫院提供訓練及薪給上特別待遇，衛生福利部則可以透過給予醫院補助鼓勵機構建立自願性的人力基礎。以事前曾承諾承擔照護義務作為提供服務的基礎，將有更高的正當性要求履行，也可以明確化醫事人員承擔特殊義務時與醫院的法律關係。⁵¹

二、建立公平的補償機制

目前就防治新興傳染病工作法規訂有類似危險加給之津貼及致傷病時的補償規範，但補償規範並未適當反映承擔義務的風險程

⁵⁰ U.S. Department of Health and Human Services, *The Emergency System for Advance Registration of Volunteer Health Professionals*, PUBLIC HEALTH EMERGENCY <https://www.phe.gov/esarvhp/Pages/faqs.aspx> (last visited Apr. 6, 2021). 目前有 19 個州採納 *The Uniform Emergency Volunteer Health Practitioners Act*, UNIFORM LAW COMMISSION, <https://www.uniformlaws.org/committees/community-home?CommunityKey=565933ce-965f-4d3c-9c90-b00246f30f2d> (last visited Apr. 7, 2021).

⁵¹ 本文複審人在審查意見中自願投入防疫工作者與國家間的法律關係是否為行政契約？若自願防疫人力不足、國家仍須以行政處分強制徵調人力時，一部分人力來自行政契約，一部分來自行政處分，在薪資、保險及撫卹上有無不同？作者感謝複審人提問，但也認為此問題涉及更細緻的人力規劃，需要留待未來有更深入的討論，因此僅在此提出初步想法。作者認為自願投入防疫者若是依照行政機關（而非醫療機構）之指揮而提供照護，與行政機關之法律關係屬行政契約；是否因提供照護的法律關係不同（基於行政契約或行政處分）而在薪資、保險及撫卹上就給予不同待遇，應視其所執行的工作風險程度是否不同而定。換言之，若要差別對待，理由應是風險不同而非法律關係不同。

度，且相互間的適用關係如何，同一事實基礎是否能重複受領補償並不清楚，有公平性的疑慮。依照傳防法第 53 條第 3 項訂定的「指定徵用設立檢疫隔離場所及徵調相關人員作業程序與補償辦法」（以下稱檢疫隔離場所徵調補償辦法）第 8 條及第 9 條，訂有徵調人員的津貼及傷害或死亡補償基準。這些面臨比平時工作更高風險的醫事人員，享有危險加給及傷病補償固無問題，但在 SARS 之後傳防法也增訂第 74 條，規定「因執行第五類傳染病防治工作」，致傷病、身心障礙或死亡者，主管機關得酌予補助各項給付或其子女教育費用，中央主管機關依此授權訂定「執行第五類傳染病防治工作致傷病或死亡補助辦法」（以下稱「執行第五類傳染病防治工作補償辦法」）。得適用該辦法請求傷病死亡給付者，依該辦法第 2 條第 1 項規定，包括「公、私立醫療機構、警察或消防機關與其他相關機關（構）、學校、法人、團體之人員或受委託之自然人，因執行第五類傳染病防治工作，致感染第五類傳染病造成傷病、身心障礙或死亡者」。該辦法的適用對象十分廣泛，且要件僅謂「執行第五類傳染病防治工作」，若依文義解釋，將使得幾乎只要參與防疫，例如非直接照顧染疫病人但因院內感染而染疫之醫事人員或清潔人員，甚至是學校量體溫志工、防疫計程車司機、大學設立檢疫宿舍工作人員等，都是執行第五類傳染病防治工作，可適用該辦法請求補償，⁵² 如此一來似乎失之過寬，並未適當反映補償相對人特別犧牲之立法目的。

⁵² 執行第五類傳染病防治工作致傷病或死亡補助辦法在民國 110 年 03 月 19 日修正第 4 條第 1 項感染第五類傳染病致傷病者之補助上限金額，由新台幣三十五萬提高到新台幣一百萬元。同辦法第 12 條規定 110 年 03 月 19 日修正發布條文回溯自 109 年 1 月 15 日施行。雖然法律所溯及的事項有利於人民者，通常憲法不禁止，但給付行政措施仍符合比例原則以及由此而衍生之給付禁止過多原則，亦即與事物本質無關之恣意給付，或過多之給付係屬裁量之濫用，且同時違反平等原則。

理論上，在應變醫院及隔離醫院或其他隔離或檢疫場所照顧確認感染或有感染可能病人的健康照護者，面臨最大的生命威脅風險，除平時給予訓練及應變時給予危險加給外，因照顧病人而致傷病或死亡，國家應予補償。若因人力短缺而由支援名冊中的人員參與照顧，這些人也應與上述人員同樣獲得適當經濟上補償及傷害補償。但「執行第五類法定傳染病防治工作者」，在產生傷病而未達身心障礙程度時，可請求最高一百萬元的補償，而檢疫隔離場所徵調人員僅有健保外醫療支出的補償。此補償金額的落差顯示傳防法及相關子法所提供的津貼或傷病補償，並沒有在要件及金額上適當反映承擔不同風險工作所應獲得的相對補償。

表 1 檢疫隔離場所徵調補償辦法與執行第五類傳染病防治工作補償辦法補償範圍比較

檢疫隔離場所徵調補償辦法	執行第五類傳染病防治工作補償辦法
<p>第 9 條第 1 項</p> <p>一、醫療費：扣除全民健康保險支付者外，核實補償。</p> <p>二、身心障礙者補償費：</p> <p>（一）重度或極重度身心障礙者，最高給付新臺幣一千萬元。</p> <p>（二）中度身心障礙者，最高給付新臺幣五百萬元。</p> <p>（三）輕度身心障礙者，最高給付新臺幣二百六十五萬元。</p> <p>三、喪葬費：新臺幣三十萬元，一次給付。</p> <p>四、撫卹金：新臺幣一千萬元，</p>	<p>第 4 條第 1 項</p> <p>前條第 1 款至第 3 款之補助上限如下：</p> <p>一、感染第五類傳染病致傷病者：新臺幣一百萬元。</p> <p>二、感染第五類傳染病致身心障礙者：</p> <p>（一）重度或極重度身心障礙：新臺幣一千萬元。</p> <p>（二）中度身心障礙：新臺幣五百萬元。</p> <p>（三）輕度身心障礙：新臺幣二百六十五萬元。</p> <p>三、感染第五類傳染病致死亡者：新臺幣一千萬元。</p>

<p>一次給付。 五、非財產上損害之慰助金：最高以新臺幣三百萬元為限，一次給付。</p>	
<p>第 9 條第 3 項 請求第 1 項補償費者，如已受有其他法令規定事實相當之給付，應減除之。</p>	<p>第 11 條第 2 項 第 4 條第 1 項之補助屬補償性質，不須抵充……。</p>

資料來源：作者自製

此外，若被徵調去執行隔離檢疫工作而染病者，檢疫隔離場所徵調補償辦法第 9 條第 3 項規定「如已受有其他法令規定事實相當之給付」，其所得請領的補償金應減除之，但「執行第五類傳染病防治工作致傷病或死亡補助辦法」第 11 條第 2 項規定補償金「不須抵充」，其他給付是否應減除或抵充，影響補償金額之計算，理論上若立法者有意讓執行第五類傳染病防治工作者可以同時受領公務人員撫卹（具公務人員資格者），或職業災害保險（不具公務人員資格者），那麼所謂執行第五類法定傳染病防治工作的風險，應該要比被徵調去執行檢疫更高，甚至應該比公務人員退休資遣撫卹法第 53 條第 2 項所列具的因公死亡撫卹要件事實的風險更高、更危險，⁵³ 所以補償金無需扣除其他給付，以彰顯冒險犯難、執行超出期待之行為。但執行第五類傳染病防治工作補償辦法的適用對象及要件不明確，無法說明執行防治工作者如何承擔了超出義務範圍的風險。

⁵³ 該條項規定：「前項所稱因公死亡，指現職公務人員係因下列情事之一死亡，且其死亡與該情事具有相當因果關係者：一、執行搶救災害（難）或逮捕罪犯等艱困任務，或執行與戰爭有關任務時，面對存有高度死亡可能性之危害事故，仍然不顧生死，奮勇執行任務，以致死亡。二、於辦公場所，或奉派公差（出）執行前款以外之任務時，發生意外或危險事故，或遭受暴力事件，或罹患疾病，以致死亡。三、於辦公場所，或奉派公差（出）執行前二款任務時，猝發疾病，以致死亡。」

最後，特別條例第 2 條又規定中央衛生主管機關應補助或發津貼給公、私立醫療（事）機構執行防治、醫療、照護之醫事人員及其他從事防治相關工作人員；因執行本條例防治工作，感染嚴重特殊傳染性肺炎致傷病、身心障礙或死亡者，中央衛生主管機關應予補償、補助各項給付或其子女教育費用。這些津貼或補償與上述辦法間之適用關係又如何？國家提供健康照護者在新興傳染病大流行下傷病補償不但是倫理上互惠原則所肯認，具有鼓勵健康照護者利他精神的作用，在法律上也符合特別犧牲應獲補償的法理，但目前的補償法令紊亂，有違反平等原則與恣意給付、裁量濫用的風險。

三、增訂免除責任規定

平時健康照護者固然應提供符合專業上可接受水準的服務，但在傳染病大流行下可能面臨與平時相較人力及設備資源不足的情形，此時健康照護者之注意義務標準應予放寬，例如除有重大過失或故意外，健康照護者基於契約或基於國家指揮而提供照護對造成任何個人的死亡，傷害或財產損失不負民刑事責任。⁵⁴

伍、結論

健康照護者在倫理上應顧念病人的利益，對所有病人負有照護義務，但新興傳染病來襲時醫療人力會迅速承壓，健康照護者面臨

⁵⁴ 緊急救護法中有類似為鼓勵提供幫助而免責的規定。緊急救護法第 14-2 條規定救護人員於非值勤期間或救護人員以外之人，為免除他人生命之急迫危險，使用緊急救護設備或施予急救措施者，適用民法、刑法緊急避難免責之規定。這個規定與本文討論之不同在：本條適用對象是非救護人員或救護人員非值勤期間，但本文討論的適用對象是健康照護者，再者，本條之適用仍然須檢驗緊急避難要件，但本文建議的效果是直接以主觀要件作為免責要件。

義務衝突（例如家人生病、工作對家人的風險、照顧子女的義務），必須承受超過平時風險程度、甚至有性命之虞的壓力，也可能有很多現實障礙妨礙其履行義務，例如大眾運輸停擺、托兒所及學校關閉而無從將孩子托育，導致他們無法提供照護。公共衛生政策制定者應承認這些現實面的義務履行障礙，了解確保照護人力取決於諸多因素，法律上逕行採取最具壓迫性的強制工作手段並非最明智的做法。

SARS 的經驗告訴我們，不明確的法律要件易使主管機關對健康照護者做出不合理的要求；SARS 的經驗也告訴我們，傳染病大流行時的照護人力仰賴的不是把醫護人員禁足於醫院內、用法律強制他們要勇敢、去冒險，而是充足的訓練及裝備與專業利他精神，⁵⁵ 使健康照護者在面對巨大安全風險的情形下，仍然願意照顧病人。面對新興傳染病流行的照護人力需求，倫理上我們沒有權力要求別人當烈士，所以法律上採取壓迫性策略並不適當，危機下社會需要的勇敢與照護無法用法律強制。相反的，要度過危機，社會需要有充足的、受過訓練的、有高度意願的健康照護人力。作為公共衛生準備重要的一環，⁵⁶ 法律介入手段不是只有直接管制、立法課予健康照護者照護義務一途，法律可透過排除義務履行障礙、降低風險、提供保護設備因應風險的策略，促進自願性服務的實踐，

⁵⁵ 林進修，回首 SARS，歐巴尼基金會（2008）。

⁵⁶ 20 世紀末及 21 世紀以來的自然或人為公衛危機，包括生物恐怖攻擊及愛滋病、SARS、H1N1、H5N1 禽流感、伊波拉病毒和目前的 COVID-19 等新興傳染病，使得各國的公衛體系重新意識到公共衛生準備（public health preparedness）的重要性。在公共衛生準備的關鍵要素中第三點就提到各部門、各級政府中所有人的角色與義務必須給予明確定義、分配及測試，確保每個群體的融合。See Christopher Nelson et al., *Conceptualizing and Defining Public Health Emergency Preparedness*, 97 AM. J. PUBLIC HEALTH S9, S10 (2007). (Roles and responsibilities. Clearly define, assign, and test responsibilities in all sectors, at all levels of government, and with all individuals and ensure each group's integration.).

甚至可以減少服務者對民事及刑事責任的擔憂。健康照護專業團體及醫療機構也可以討論及建立鼓勵自願性服務的規範及政策。除了增加人力上的數字，促進利他及自願服務可以產生更有建設性、更積極性的人力團隊。比起接受一個因為怕被處罰而被迫工作的人的照顧，病人應該更希望得到自願選擇工作者的照顧。

參考資料

- 林進修（2008），回首 SARS，臺北市：歐巴尼基金會。
- 邱文聰（2020），在例外與常態間失落的法治原則——論臺灣模式防疫的法制問題，*法官協會雜誌*，22 期，頁 128-145。
- 楊秀儀（2003），法定急救義務？強制締約義務？醫師法第二一條、醫療法第四三條性質解析，*台灣本土法學雜誌*，49 期，頁 119-120。
- Coleman, C. H. (2008). Beyond the Call of Duty: Compelling Health Care Professionals to Work During an Influenza Pandemic. *Iowa Law Review*, 94(1): 1-47.
- Coleman, C. H., Reis, A. (2008). Potential Penalties for Health Care Professionals Who Refuse to Work During a Pandemic. *JAMA*, 299(12): 1471-1473. doi:10.1001/jama.299.12.1471.
- Huber, S. J., Wynia, M. K. (2004). When Pestilence Prevails... Physician Responsibilities in Epidemics. *The American Journal of Bioethics*, 4(1): W5-11. doi: 10.1162/152651604773067497.
- Malm, H., May, T., Francis, L. P., Omer, S. B., Salmon, D. A., Hood, R. (2008). Ethics, Pandemics, and the Duty to Treat. *The American Journal of Bioethics*, 8(8): 4-19. doi: 10.1080/15265160802317974.
- Murray, E. J., Mason, M., Sparke, V., Zimmerman, P. P. (2021). Factors Influencing Health Care Workers' Willingness to Respond to Duty during Infectious Disease Outbreaks and Bioterrorist Events: An Integrative Review. *Prehospital and Disaster Medicine*, 36(3): 321-337. doi: 10.1017/S1049023X21000248.

- Nelson, C., Lurie, N., Wasserman, J., Zakowski, S. (2007). Conceptualizing and Defining Public Health Emergency Preparedness, *American Journal of Public Health*, 97(Suppl 1): S9-11. doi: 10.2105/AJPH.2007.114496.
- Orentlicher, D. (2018). The Physician's Duty to Treat During Pandemics. *American Journal of Public Health*, 108(11): 1459-1461. doi: 10.2105/AJPH.2018.304582.
- Qureshi, K., Gershon, R. R. M., Sherman, M. F., Straub, T., Gebbie, E., McCollum, M., Erwin, M.J., Morse, S. S. (2005). Health Care Workers' Ability and Willingness to Report to Duty During Catastrophic Disasters. *Journal of Urban Health*, 82(3): 378-388. doi: 10.1093/jurban/jti086.
- Schwartz, A. R. (2007). Doubtful Duty: Physicians' Legal Obligation to Treat during an Epidemic. *Stanford Law Review*, 60(2): 657-694.
- Walker, N. F., Whitt, C. J. (2015). Tackling Emerging Infections: Clinical and Public Health Lessons from the West African Ebola Virus Disease Outbreak. *Clinical Medicine*, 15(5): 457-60. doi: 10.7861/clinmedicine.15-5-457.
- Wynia, M. K. (2007). Ethics and Public Health Emergencies: Encouraging Responsibility. *The American Journal of Bioethics*, 7(4): 1-4. doi: 10.1080/15265160701307613.

疫情中的健康權：以台灣為例

李崇菱*、黃競文**

目次

- 壹、前言
- 貳、疫情下的技術官僚主義
- 參、國際人權公約下的健康權與台灣防疫
 - 一、台灣與國際健康人權
 - 二、公民權利與政治權利國際公約下的生命權
 - 三、經濟、社會及文化權利國際公約下的健康權
 - 四、從國際公約的健康權角度檢視我國防疫
- 肆、結語

投稿日期：2021/08/30；接受刊登日期：2022/03/23

* 現職：臺北醫學大學醫療暨生物科技法律研究所副教授

聯絡方式：tl265265@tmu.edu.tw

** 現職：國立臺灣大學法律研究所刑法組三年級研究生

聯絡方式：r07a21057@ntu.edu.tw

摘要

2020 年世界各國陸續爆發 COVID-19，為了及時拯救染疫人民及避免疫情持續擴散，各國需要在急迫的時間內做出各種因應，然而這些手段對於人民基本權的侵害仍不能忽視。與其由功利主義抑或自由主義的角度出發探討政策優劣，本文提出以健康權視角描繪出一個可能的替代治理模式。有鑒於台灣目前健康權概念尚嫌模糊，本文以經濟、社會和文化權利委員會第 14 號一般性意見作為基礎，從國際公約中的健康權角度來檢視現今我國防疫政策，可以看見在我國政府政策下，雖然大部分人口能免於染疫，然而仍有許多不平等潛藏在之中。在官方制定疫苗施打順序時，更明顯有資訊權不夠周全保障，而使得資訊不對等，激化了人民與官方間的衝突。由健康權角度思考，將使政府在制定政策時，不但考量人民生理上的保護，亦同時能重視心理上的健全。

關鍵字：國際人權法、健康權、生命權、新冠肺炎、經濟社會及文化權利國際公約、公民權利和政治權利國際公約

The Right to Health in the Pandemic: The Case of Taiwan

Lee, Tsung-Ling^{*} & *Huang, Jing-Wun*^{**}

Abstract

As the COVID-19 pandemic erupted in 2022, governments worldwide have taken various public health measures that often infringe on human rights. Instead of focusing on the utilitarian or libertarian approaches that underpin Taiwan's pandemic response, the Article examines Taiwan's public health measures through the lens of the right to health: as currently, the jurisprudence on the right to health is underdeveloped. The Article refers to General Comment 14 as a starting point to investigate ways in which public health measures can help mitigate health inequalities as well as ensure the meaningful realization of the right to health – both mentally and psychologically.

Keywords: international human rights law, right to health, right to life, COVID-19, ICCPR, ICESCR

* Associate Professor in Graduate Institute of Health and Biotechnology Law at Taipei Medical University

** College of Law, National Taiwan University

壹、前言

2020 年 COVID-19 在全世界各地陸續爆發，為了控制傳染病持續的擴散蔓延，且基於傳染病特性需要專業、快速的判斷，各國紛紛採用技術官僚（technocracy）因應疫情¹。隨著疫情的持續不斷發展，技術官僚主義亦日益膨脹，逐漸成為世界各國的主流。然而技術官僚主義究竟帶給民主憲政體系什麼樣的影響，仍然不能斷下定論。

美國總統拜登在上任第一天即任命了以技術官僚為主的內閣，其在疫情下的決策大多透過技術官僚內閣所作成，避免了共和黨和民主黨僵持不下所造成的延滯²。世界衛生組織頒布了多項技術指南（technical guidance），內容從 COVID-19 的檢測、臨床治療、預防及控制、口罩等醫療用具使用方式，到疫苗的施打及分配皆有包含，即便世界衛生組織頒布的指南並不具有法律拘束力，然而藉由其專業公信力，技術指南依然發揮了極大的影響力，許多國家皆參照其內容來頒布國家防疫政策。

從疫情開始，各國政府所採取手段也引發了大量的學術討論。簡而言之，學者們多以功利主義（utilitarianism）和自由主義（libertarianism）兩種不同視角來觀察疫情下的技術官僚主義。本文將以台灣在疫情下的技術官僚主義作為對象，試圖在分析過程中提出一個以人權取徑的方法。即便功利主義和自由主義看似對立且

¹ E.g., Tsung-Ling Lee, *The Rise of Technocracy and the Covid-19 Pandemic in Taiwan: Courts, Human Rights and the Protection of the Vulnerable Populations*, 22 GER. LAW J. 1115, 1122-1125 (2021).

² Aditya Singh, "The Technocrats": *What to Expect from the Biden Administration*, CROSSFIRE KM, (Jan. 28, 2021), <https://www.crossfirekm.org/articles/the-technocrats-what-to-expect-from-the-biden-administration>.

兩者存在緊張關係，但透過健康權切入也許能使個人和群體皆得到最大福祉。

COVID-19 大流行激盪出熱烈的討論，但基於字數限制，本文無法全面探討所有相關議題。本文旨在透過點出大流行期間健康權內涵的變動，以促進討論，並期待有更多學者加入探討此議題³。

貳、疫情下的技術官僚主義

截至 2021 年 8 月 29 日止，2019 新型冠狀病毒肺炎（以下簡稱 COVID-19）已傳播至全球 214 個國家與地區，估計至少 2.16 億人確診，並造成 450 萬人死亡⁴。此次疫情規模與重大傷亡顯示其較中東呼吸症候群冠狀病毒（MERS-CoV）或嚴重急性呼吸道症候群病毒（SARS）更具傳染力，更能輕易跨越國境⁵。外界原先預期擁有 2 千 3 百多萬居民的島國台灣將成為疫情重災區之一，然而至前述日期當下，台灣僅有極低的病例總數（15,852 例）⁶。台灣

³ 相關討論可見：張文貞，COVID-19 與國際人權，月旦法學雜誌，312 期，頁 8-22（2021）；李建良，遊走在疫情熱點與人權紅線的數位足跡，臺灣人工智慧行動網，2021 年 3 月 10 日，<https://covid19.ascdc.tw/essay/148>（最後瀏覽日：2022 年 5 月 23 日）；李建良，在瘟疫中思索自由，人文與社會科學簡訊，22 卷 1 期，頁 30-33（2020）；張兆恬，COVID-19 疫情之性別影響及法律與政策因應，人文與社會科學簡訊，22 卷 2 期，頁 77-83（2021）；賈文字，防疫還要談憲政主義嗎？，法律與生命科學，9 卷，頁 39-65（2020）；何建志，COVID-19 疫情期間防疫與隱私之平衡：相關法律議題分析與社會正義觀點，台灣法學雜誌，387 期，頁 23-32（2020）。

⁴ COVID-19 Coronavirus Pandemic, WORLD METER, <https://www.worldometers.info/coronavirus/> (last visited Aug. 29, 2021).

⁵ Eskild Petersen et al., *Comparing SARS-CoV-2 with SARS-CoV and Influenza Pandemics*, 20 LANCET INFECT. DIS. 238, 238-244 (2020).

⁶ CECC Confirms 1 more Imported COVID-19 Case; Man Found to have COVID-19 After Returning to Taiwan from India, TAIWAN CENTERS FOR DISEASE CONTROL (Oct. 31, 2020), <https://www.cdc.gov.tw/En/Bulletin/Detail/PcuJ2Zhuqsxq8MfLNOfFIA?typeid=158>.

在防疫上的成功已廣受國際媒體報導，而其目前防疫政策上以技術官僚主義（technocracy）主導的作法。

簡言之，雖然迄今技術官僚主義在遏止傳染病上已被證明極為成功，仍然引起侵犯人權的疑慮；相對而言，由於此百年一遇的疾病以一種人類無法想像的方式影響並形塑集體經驗，加上大流行疾病對不同群體造成不同衝擊，雖然技術官僚主義提供有效且即時之管制框架，但也不可忽視人權在未知之疫病影響中，也同樣提供了有用之濾鏡以探索各種弱勢團體所受到之衝擊，包括因疫病之快速蔓延而深陷結構不平等中。司法院大法官就 2003 年 SARS 疫情對公民自由限制做出司法院釋字第 690 號解釋後，技術官僚主義、人權與公共衛生緊急事件間之衝突關係便逐漸浮上檯面，司法解釋一方面為技術官僚主義做為公共衛生對於疫情之回應措施提供了正當性基礎⁷，但另一方面卻也強調以人權為核心之疫病回應根本價值，期待能以人權為核心引導防疫政策處理不同形式的結構性弱勢，而這兩者在疫病防治之手段上卻可能出現差距，從而使疫病防治之急迫性成為政府藉口而限制人權保障之藉口。

技術官僚主義也展現了功利主義（utilitarianism）的想法，簡單地說，在追求最大的善時，犧牲少數人是被允許的，倘若這些犧

⁷ 司法院釋字第 690 號解釋：「強制隔離與其他防疫之決定，應由專業主管機關基於醫療與公共衛生之知識，通過嚴謹之組織程序，衡酌傳染病疫情之嚴重性及其他各種情況，作成客觀之決定，以確保其正確性，與必須由中立、公正第三者之法院就是否拘禁加以審問作成決定之情形有別。且疫情之防治貴在迅速採行正確之措施，方得以克竟其功。傳染病防治之中央主管機關須訂定傳染病防治政策及計畫，包括預防接種、傳染病預防、疫情監視、通報、調查、檢驗、處理及訓練等措施；地方主管機關須依據中央主管機關訂定之傳染病防治政策、計畫及轄區特殊防疫需要，擬訂執行計畫，並付諸實施（舊傳染病防治法第四條第一項第一款第一目、第二款第一目規定參照）。是對傳染病相關防治措施，自以主管機關較為專業，由專業之主管機關衡酌傳染病疫情之嚴重性及其他各種情況，決定施行必要之強制隔離處置，自較由法院決定能收迅速防治之功。」

性並不是太劇烈，這也許實現理想社會的最佳途徑⁸。

舉例來說，台灣政府為了保護醫療資源，在疫情爆發初期即宣布醫護人員禁止出國，避免台灣醫療人力短缺⁹；且為了防止境外移入案例造成疫情在島內擴散，實施邊境管制：禁止外籍人士入境¹⁰、入境者需篩檢且實施居家隔離¹¹、禁止轉機¹²等。再加上為世界所樂道的口罩政策，要求在特定場所必須配戴口罩，並且保障所有人都能用合理的價格購買到口罩¹³，台灣在 2020 年全球爆發疫情時的確做了絕佳的防疫典範，維持極少的本土病例數。2021 年 5 月台灣本土爆發社區感染，台灣政府即在本土病例破百時宣布進入三級警戒：諸多營業場所關閉、限制社交聚會人數、強制要求外出攜帶口罩、學校改為線上課程¹⁴，並且如此強烈的管制讓台灣在兩

⁸ Gerard Delanty, *Six Political Philosophies in Search of a Virus: Critical Perspectives on the Coronavirus Pandemic*, 156 LEQS PAPER 1, 3-4 (2020).

⁹ 衛生福利部，衛生福利部因應疫情發展醫事人員出國規定，衛生福利部網站，2020 年 2 月 24 日，<https://www.mohw.gov.tw/cp-16-51640-1.html>（最後瀏覽日：2022 年 5 月 23 日）。

¹⁰ 外交部領事事務局，因應「武漢肺炎(COVID-19)」疫情 外籍人士入境管制措施專區，外交部領事事務局網站，2022 年 5 月 11 日，<https://www.boca.gov.tw/cp-56-5078-41ac3-1.html>（最後瀏覽日：2022 年 5 月 23 日）。

¹¹ 衛生福利部疾病管制署，外來人士逐步開放入境，旅客應於登機前出示 COVID-19 陰性檢驗報告，並配合入境後居家檢疫 14 天，衛生福利部疾病管制署網站，2020 年 6 月 24 日，<https://www.cdc.gov.tw/Category/ListContent/EmXemht4IT-IRAPrAnyG9A?uaid=izG6u7nlQeGUtx46uSVhAw>（最後瀏覽日：2022 年 5 月 23 日）。

¹² 衛生福利部疾病管制署，3 月 24 日至 4 月 7 日，我國全面禁止旅客登機來台轉機，衛生福利部網站，2020 年 3 月 22 日，<https://www.mohw.gov.tw/cp-16-52313-1.html>（最後瀏覽日：2022 年 5 月 23 日）。

¹³ 衛生福利部疾病管制署，「口罩實名制 2.0」3 月 12 日起試營運線上預購，衛生福利部網站，2020 年 3 月 10 日，<https://www.mohw.gov.tw/cp-4634-51888-1.html>（最後瀏覽日：2022 年 5 月 23 日）。

¹⁴ 衛生福利部疾病管制署，因應社區傳播有擴大趨勢，指揮中心自即日起至 5 月 28 日提升雙北地區疫情警戒至第三級，加嚴、加大全國相關限制措施，嚴守社區防線，衛生福利部網站，2021 年 5 月 15 日，<https://www.mohw.gov.tw/cp-5016-60685-1.html>（最後瀏覽日：2022 年 5 月 23 日）。

個月內成功將單日病例數降至個位數¹⁵。

上述種種政策雖然展現了優良的成效，有效遏止了疫情擴散並降低病例數，然而為了因應疫情快速變化，政策皆由疫情指揮中心單方面宣布，而未經過立法院協商、同意，使得這些政策可能未嚴謹討論、評估其對於人民權利造成的限制。縱使政策讓病例數得到掌控，卻無法同時掌握民心，正是因為政府快速的決斷並非完全以人權的角度出發。

在三級警戒後，許多場所被迫關閉而無法營業或營業方式被迫改變，進而使餐飲業、健身業、電影業等從業人員受到波及，縱使政府以紓困貸款作為彌補，仍對其工作權造成侵害¹⁶。為了有效疫調，政府要求人民出入場所必須進行「實聯制」登記，雖其宣稱資訊僅供疫調使用，並且會於 28 日內刪除，仍然有侵害人民隱私權之疑慮¹⁷，已有論者指出檢警單位使用實聯制簡訊來追蹤犯罪嫌疑人足跡，此舉更證實人民資訊已在未經同意的情況下遭到不當使用¹⁸。

另一方面，從自由主義（libertarianism）的角度而言，政府對抗疫情所採取的措施已嚴重侵犯個人自由，雖然台灣尚未做出封鎖城市的防疫措施，然而社交距離的限制、集會遊行的禁止亦造成不

¹⁵ 林惠琴，本土疫情又回個位數！ 新增 4 例、死亡 1 例，自由時報，2021 年 8 月 12 日，<https://news.ltn.com.tw/news/life/breakingnews/3636201>（最後瀏覽日：2022 年 5 月 23 日）。

¹⁶ 曾雪蓓，疫情重創台中產業 企業紓困核貸數卻掛零！市府挨批政策「畫餅充飢」，蘋果新聞網，2021 年 8 月 3 日，<https://tw.appledaily.com/politics/20210803/PBYTZGWRCCBBWTHG6D4W4CPIRHA/>（最後瀏覽日：2022 年 5 月 23 日）。

¹⁷ 蕭雪白、彭慧明，數位資本主義／疫調變監控！空白授權模式 誰來把關，經濟日報，2021 年 8 月 20 日，<https://money.udn.com/money/story/122334/5686225>（最後瀏覽日：2022 年 5 月 23 日）。

¹⁸ 王宏舜，實聯制侵害人權／法官：隱私權除外規定 不是寫了算，聯合新聞網，2021 年 7 月 7 日，<https://udn.com/news/story/7321/5583172>（最後瀏覽日：2022 年 5 月 23 日）。

小的影響。這些措施看似過去僅會在獨裁國家中實施，卻在疫情蔓延過程中成為民主國家的常態，對病毒的恐懼可能一步步造就獨裁政府的形成¹⁹。

以國外為例，法國政府要求人民進入公共場所必須出示健康通行證始能獲准通行，此舉引發法國民眾不滿，多達 20 萬名法國人民走上街頭抗議²⁰。抗議民眾表示重視人權的國度採取這種措施令人難以置信，其自由正遭受威脅。澳洲的「反封城示威」也讓上千名澳洲人民因反對居家令及旅行、集會禁令而走上街頭²¹；希臘則因反對醫護人員強制接種疫苗而走上街頭抗議²²。在營業禁令下許多餐廳及商家受到嚴重影響，奧地利和義大利民眾也以示威遊行方式要求政府正視經濟狀況，鬆綁對企業與店家的限制²³。各國對於防疫政策強烈的反彈，大多源自於自由受到威脅的恐懼，擔心政府以防疫之名行人權迫害之實。

本文必須要強調，技術官僚主義與人權保障並非擇一關係，如何凸顯技術官僚手段之人權意涵並強調在公共論述中鑲嵌人權語言之必要性，應為社會面對公共衛生危機時所應有之態度與價值。再者，台灣回應疫病大流行之範例對自由民主體制來說是重要的，因

¹⁹ Delanty, *supra* note 8, at 6-7.

²⁰ *Protests Against COVID-19 Health Pass Held Across France for 4th Consecutive Week*, EURONEWS (July 8, 2021), <https://www.euronews.com/2021/08/07/protests-against-covid-19-health-pass-held-across-france-for-4th-consecutive-week>.

²¹ *Thousands of People Protest Coronavirus Lockdowns in Australia*, NPR, (Jan. 24, 2021), <https://www.npr.org/2021/07/24/1020158692/australia-covid-lockdown-protests-sydney-arrests-coronavirus>.

²² Elena Becatoros, *Greek Health Care Workers Protest Against Mandatory Vaccines*, AP NEWS (Aug. 26, 2021), <https://apnews.com/article/europe-business-health-coronavirus-pandemic-62c084d0fa59fa730bf8f54632d2097e>.

²³ Jamie Dettmer, *Lockdown Protests Snowball as Europe's Libertarians Fret About Freedom*, VOA (Apr. 9, 2021, 5:29 PM), <https://www.voanews.com/covid-19-pandemic/lockdown-protests-snowball-europes-libertarians-fret-about-freedom>.

為它證明了即使是成功遏止疫病蔓延的國家，也需要採用基於人權的做法來應付疫情，而這樣的做法可以視為是對於技術官僚主義框架的補強；同樣的，以人權為核心之疫病防治制度將有助於將公共論述從個人主義式的權利框架中移開，並且透過塑造共享認同的制度化過程來拓展社會團結（solidarity）的空間。

參、國際人權公約下的健康權與台灣防疫

人民之健康權，為憲法第 22 條所保障之基本權利（司法院釋字第 753 號及第 77 號解釋參照）。憲法所保障之健康權，旨在保障人民生理及心理機能之完整性，不受任意侵害，且國家對人民身心健康亦負一定照顧義務。國家於涉及健康權之法律制度形成上，負有最低限度之保護義務，於形成相關法律制度時，應符合對相關人民健康權最低限度之保護要求。凡屬涉及健康權之事項，其相關法制設計不符健康權最低限度之保護要求者，即為憲法所不許。

1946 年世界衛生組織憲章定義之「健康」，範圍則是指身心靈的圓滿狀態²⁴，遠比司法院釋字第 785 號解釋所指涉的「生理及心理機能不受侵害的完整性」更廣泛。雖然司法院釋字第 785 號解釋正面表述健康權之內涵，仍受學者質疑在定義上太過模糊導致無法有實際上的運作可能²⁵，然而相較於「身心靈的圓滿狀態」可能因內涵無所不包而產生溢流效應，甚至因潰堤而失去作為權力或義務所應具備的界定範疇要素²⁶，目前司法院釋字第 785 號解釋下的健

²⁴ 原文：Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity.

²⁵ 林佳和，服公職權與健康權的迷霧？——司法院釋字第 785 號解釋，裁判時報，101 期，頁 26-34（2020）。

²⁶ 李建良，氣候變遷、基本人權與憲法訴訟——2021 年德國氣候訴訟裁判釋論，台灣法律人，2 期，頁 1-20（2021）。

康權在界定權利義務範圍上仍有操作可能性。

然而在大流行期間，在人民健康權遭受侵害前國家即應有所作為來防範此事發生，故本文著重之健康權並非以人民能否以之為請求作為出發角度，而是以健康權角度來檢視國家作為是否符合國際要求標準，在此合先敘明。

2020年4月6日，聯合國經濟社會文化權利委員會（CESCR）發表《關於 COVID-19 大流行與經濟社會文化權利宣言》。委員會注意到 COVID-19 對於最弱勢群體的健康權產生嚴重的負面影響，強調各國必須清楚認識到國家有義務「在人權框架下」採取措施以減輕 COVID-19 所帶來的負面影響²⁷。

許多國家在疫情爆發後，透過緊急措施防堵疫情同時也限縮人權保障，為此人權事務高專辦公室（Office of the High Commissioner for Human Rights）發布疫情期間緊急措施指引，提供各國人權保障參考；縱使在疫情期間，緊急防疫措施仍應符合合法性、必要性、比例原則、不歧視原則等法律原則，且權利之限制應採嚴格解

²⁷ U.N. Economic and Social Council, Statement on the Coronavirus Disease (COVID-19) Pandemic and Economic, Social, and Cultural Rights, (Apr. 17, 2020), <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmlBEDzFEovLCuW1AVC1NkPsgUedPIF1vfPMKXidSV%2FGyVFSAvr6nizxSIX6zd%2Bu5KD26NraabiJKaWMnkFhhMb4MahybE51%2FoU5sQSh6PCbcepqzl0iCYklyq>, (“*The pandemic has profoundly negative impacts on the enjoyment of economic, social and cultural rights, especially the right to health of the most vulnerable groups in society. As explained below, States parties are under an obligation to take measures to prevent, or at least to mitigate, these impacts. Nevertheless, if States do not act within a human rights framework, there exists a clear risk that the measures taken might violate economic, social and cultural rights and increase the suffering of the most marginalized groups. No one should be left behind as a result of the measures it is necessary to take to combat this pandemic. These circumstances have led the Committee to issue the present statement to highlight the most important impacts of this pandemic on economic, social and cultural rights and to make some recommendations to States parties to combat the COVID-19 pandemic in a manner consistent with their obligations under the Covenant.*”).

釋，不得恣意解釋，締約國負有說明其限制正當性之舉證責任²⁸。此外，緊急措施應有嚴格的時間限制，採最小侵害的手段，並且透過如夕陽條款或是審查制度，確保緊急情況結束後得以回歸正常法制²⁹。

同時，經濟社會文化權利委員會也指出 COVID-19 大流行爆發時，公共衛生系統和社會規劃也正因數十年來投入不足而被不斷削弱，進而限制了各國有效應對疫情的能力³⁰。要如何在下一波疫情來臨之前，彌補公共衛生系統的不足，使國家能有充足的能量得以同時兼顧防疫以及人權保障，正是從此刻開始各國必須面對的問題。

我們認為 COVID-19 是必須採取緊急公共衛生應對的公衛問題，但僅是這樣的認知不足以應對疫情的大流行，而是必須在「權利」的基礎上去作出有效的分析與對策，如此才是真正能保護公眾健康的方法。而如何去劃分政府在疫情中應所扮演的角色，從健康權的角度去評論可以獲得新的視野。申言之，如何去劃分政府在疫情中應所扮演的角色，我們認為從健康權的角度去評論可以更進一

²⁸ *Office of the U.N. High Commissioner for Human Rights, COVID-19 Guidance: OHCHR and COVID-19*, U.N. <https://www.ohchr.org/en/covid-19/covid-19-guidance> (lasted visited May. 23, 2022), (“Governments have to take difficult decisions in response to COVID-19. International law allows emergency measures in response to significant threats – but measures that restrict human rights should be proportionate to the evaluated risk, necessary and applied in a non-discriminatory way. This means having a specific focus and duration, and taking the least intrusive approach possible to protect public health.”).

²⁹ *Id.*, (“Governments should inform the affected population of what the emergency measures are, where they apply and for how long they are intended to remain in effect, and should update this information regularly and make it widely available.”).

³⁰ United Nations Economic and Social Council, *supra* note 29, (“Health-care systems and social programmes have been weakened by decades of underinvestment in public health services and other social programmes, accelerated by the global financial crisis of 2007–2008. Consequently, they are ill equipped to respond effectively and expeditiously to cope with the intensity of the current pandemic.”).

步地細膩的區分。本文先從國際人權法下的健康權試圖繪出一個可能的替代或補充技術官僚治理模型的不足。

一、台灣與國際健康人權

聯合國大會於 1966 年所通過「公民與政治權利國際公約」與「經濟社會與文化權利國際公約」，台灣雖非聯合國成員，亦已於 2009 年批准通過並實施「公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法」（簡稱「兩公約施行法」）。透過「兩公約施行法」將兩公約內容融入台灣的國內法中，亦即藉由「兩公約施行法」第 2 條規定兩公約所揭示保障人權之規定具有國內法律之效力，而使健康權具有拘束台灣法律與行政措施之效力。健康權的展現在憲法的層次大法官尚未清楚定義健康權內涵，而是從其他權利解釋健康權的內涵。我們也可以參考作為兩公約高度權威解釋的社經文權利委員會第 14 號一般性意見（general comments），並以其定義之健康權內涵來檢視我國防疫政策；而行政、立法、司法與其他政府機關因此得以援引並受其約束，政府遂不能夠再迴避其尊重健康權之責任及健康權之實踐。

相同的，廣義的健康權即是公共衛生法的規範基礎。本文採用 Professor Lawrence Gostin 的公共衛生法的定義³¹。

公共衛生法關注國家與其合作對象（例如：醫療照護、企業、社群、媒體以及學術界）權力與義務的狀態，以確保人民的健康條件（查明、預防、減少民眾健康風險）；以及在國家為了追求公共利益而限制個人自主權、隱私、自由、財產或其他法律保障的權利

³¹ Lawrence O. Gostin, *A Theory and Definition of Public Health Law*, 10 J. HEALTH CARE L. & POL'Y 1, 1-12 (2007).

時，能夠監督並限制其權力。公共衛生法的核心目標是在符合社會正義的價值上，追求人類可達到的最高水準的身心靈狀態³²。

二、公民權利與政治權利國際公約下的生命權

世界人權宣言第 3 條和公民權利與政治權利國際公約第 6 條所規定之生命權 (the right to life)，係政府應對 COVID-19 的核心³³。保護生命權可能會成為減損其他人權的理由。第 36 號一般性意見表示：「依法保護生命權的義務還包括締約國有義務通過任何適當法律或其他措施，以保護生命免受一切合理可預見的威脅。」這種威脅包括了危及生命的傳染病，締約國應該採取適當措施來應對這些可能妨礙「個人享有尊嚴的生命權」的威脅³⁴。誠如

³² Lawrence O. Gostin, *supra* note 31, at 1.

³³ General Comment 36 require States to provide a minimal degree of access to health care in order to fulfill the right to life.

³⁴ General Comment 36:

26. The duty to protect life also implies that States parties should take appropriate measures to address the general conditions in society that may give rise to direct threats to life or prevent individuals from enjoying their right to life with dignity. These general conditions may include high levels of criminal and gun violence, pervasive traffic and industrial accidents, degradation of the environment (see also para. 62 below), deprivation of indigenous peoples' land, territories and resources, the prevalence of life-threatening diseases, such as AIDS, tuberculosis and malaria, extensive substance abuse, widespread hunger and malnutrition and extreme poverty and homelessness. The measures called for to address adequate conditions for protecting the right to life include, where necessary, measures designed to ensure access without delay by individuals to essential goods and services such as food, water, shelter, health care, electricity and sanitation, and other measures designed to promote and facilitate adequate general conditions, such as the bolstering of effective emergency health services, emergency response operations (including firefighters, ambulance services and police forces) and social housing programmes. States parties should also develop strategic plans for advancing the enjoyment of the right to life, which may comprise measures to fight the stigmatization associated with disabilities and diseases, including sexually transmitted diseases, which hamper

上述，技術官僚主義可能是作為疫情階段保護生命權最好的方法，給予行政機關裁量權以利其作出及時且有效的決策。

三、經濟、社會及文化權利國際公約下的健康權

世界人權宣言第 25 條第 1 項規定：「人人有權享受為維持他本人和家屬的健康和福利所需的生活水準，包括食物、衣著、住房、醫療和必要的社會服務」宣示了健康權（the right to health）的保障；而經濟社會文化權利國際公約在健康權上規定了國際人權法最全面的條款。根據公約第 12 條第 1 項規定，締約國必須保障「人人有權享受可能達到之最高標準之身體與精神健康」（the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health），第 12 條第 2 項又進一步列舉了為了達到此目標締約國所需遵守的步驟：包括締約國必須設法減低死產率及嬰兒死亡率，並促進兒童之健康發育；改良環境及工業衛生之所有方面；預防、療治及撲滅各種傳染病、風土病、職業病及其他疾病；創造環境，確保人人患病時均能享受醫藥服務與醫藥護理。

第 14 號一般性意見中指出，享有健康權，不應理解為身體健康的權利³⁵。健康權既包括自由，也包括權利。該自由包括掌握自己健康和身體的權利，包括性和生育上的自由，以及不受干擾的權

access to medical care; detailed plans to promote education for non-violence; and campaigns for raising awareness of gender-based violence and harmful practices, and for improving access to medical examinations and treatments designed to reduce maternal and infant mortality. Furthermore, States parties should also develop, when necessary, contingency plans and disaster management plans designed to increase preparedness and address natural and man-made disasters that may adversely affect enjoyment of the right to life, such as hurricanes, tsunamis, earthquakes, radioactive accidents and massive cyberattacks resulting in disruption of essential services.

³⁵ General Comment 14:

8. *The right to health is not to be understood as a right to be healthy.*

利，如免於酷刑、不得未經同意強行治療和試驗的權利。相對的，應享有的權利則包括參加健康保護制度的權利，該套制度能夠為人民提供平等的機會，以享有可能達到最高水準的健康。故，第 14 號一般性意見中指出健康權並不是「健康」的權利，而是能夠擁有一個運作良好的健康保護系統以及享有所有必需的設施、商品、服務、條件以實現其所能及的最高健康標準。委員會對健康權的解釋，根據第 12 條第 1 項的規定，是一項涵蓋性的權利，不僅包括及時和適當的健康照護，而且也包括決定健康的基本要素，如使用安全和潔淨的飲水和享有適當的衛生條件、充足的安全食物、營養和住房供應、符合健康的職業和環境條件，和獲得健康相關的教育和資訊，包括性和生育健康的教育和資訊³⁶。另一個重要方面，是人民能夠在社群、國家和國際層次上參與所有健康相關的決策³⁷。

雖然健康權的完整實現需要階段性努力，然而公約規定各國即刻承擔「立即性義務」以確保最基本的權利實現：透過立法、司法、行政等方式建立保障健康權的措施；禁止一切削減現行已保障之健康權的倒退手段，這將被視為健康權的侵害；所有人都有權利

³⁶ General Comment 14:

The right to health contains both freedoms and entitlements. The freedoms include the right to control one's health and body, including sexual and reproductive freedom, and the right to be free from interference, such as the right to be free from torture, non-consensual medical treatment and experimentation. By contrast, the entitlements include the right to a system of health protection which provides equality of opportunity for people to enjoy the highest attainable level of health.

³⁷ General Comment 14:

11. The Committee interprets the right to health, as defined in article 12.1, as an inclusive right extending not only to timely and appropriate health care but also to the underlying determinants of health, such as access to safe and potable water and adequate sanitation, an adequate supply of safe food, nutrition and housing, healthy occupational and environmental conditions, and access to health-related education and information, including on sexual and reproductive health. A further important aspect is the participation of the population in all health-related decision-making at the community, national and international levels.

享有基於健康權所提供的保障，不容任何方面的歧視，同時也禁止基於健康狀態而對人的污衊；立即履行醫療服務、設施、商品的最小必要程度供給（例如住房、水、食物），同時這也是健康權最低核心義務³⁸。

四、從國際公約的健康權角度檢視我國防疫

在 COVID-19 期間，我們用公共衛生法的角度來觀察我國防疫政策是否有在核心目標的方向上，利用經濟、社會和文化權利委員

³⁸ General Comment 14:

Core Obligation

43. In general comment No. 3, the Committee confirms that States parties have a core obligation to ensure the satisfaction of, at the very least, minimum essential levels of each of the rights enunciated in the Covenant, including essential primary health care. Read in conjunction with more contemporary instruments, such as the Programme of Action of the International Conference on Population and Development,²⁸ the Alma-Ata Declaration provides compelling guidance on the core obligations arising from article 12. Accordingly, in the Committee's view, these core obligations include at least the following obligations:

- (a) To ensure the right of access to health facilities, goods and services on a non-discriminatory basis, especially for vulnerable or marginalized groups;
- (b) To ensure access to the minimum essential food which is nutritionally adequate and safe, to ensure freedom from hunger to everyone;
- (c) To ensure access to basic shelter, housing and sanitation, and an adequate supply of safe and potable water;
- (d) To provide essential drugs, as from time to time defined under the WHO Action Programme on Essential Drugs;
- (e) To ensure equitable distribution of all health facilities, goods and services;
- (f) To adopt and implement a national public health strategy and plan of action, on the basis of epidemiological evidence, addressing the health concerns of the whole population; the strategy and plan of action shall be devised, and periodically reviewed, on the basis of a participatory and transparent process; they shall include methods, such as right to health indicators and benchmarks, by which progress can be closely monitored; the process by which the strategy and plan of action are devised, as well as their content, shall give particular attention to all vulnerable or marginalized groups.

會的第 14 號一般性意見作為參考，評估我國因健康權承擔的核心義務：（一）保證在不歧視的基礎上有權取得健康設施、物資和服務，特別是弱勢或邊緣化族群確保人民在獲得衛生設施、商品、服務的權利不受歧視；（二）保證能夠取得最基本的、有充足營養和安全的食物，保證所有人免於饑餓；（三）保證能夠取得基本庇護、住房和衛生條件，及保證充分供應安全和潔淨的飲水；（四）根據世界衛生組織隨時修訂的必要藥品行動綱領，提供必要藥品；（五）保證公平地分配一切健康設施、物資和服務；（六）根據流行病學科學證據，採取和實施國家公共衛生策略和行動計畫，解決整個人口的健康關注；該項策略和行動計畫應透過參與和透明的程序制定，並定期審查；該策略和計畫應包括一些方法，如健康權的指標和基準，用以隨時監督其進展；制定策略和行動計畫的過程及其內容，都應特別注意各種弱勢或邊緣化族群。

（一）保證在不歧視的基礎上有權取得健康設施、物資和服務，特別是弱勢或邊緣化族群

1. 口罩實名制

賦予疾病管制署廣泛的裁量權，意味著政府能對於當時剛起源於中國武漢的神秘肺炎採取果斷的行動。舉例而言，政府的準備措施包括建立口罩實名制，此制度確保民眾能憑著健保卡在地方健保特約藥局購買價格合理的口罩³⁹；也因為這項政策將口罩的經濟價值脫勾而不受市場機制影響，得以確保疫病初期個人能夠平等且不受經濟障礙（economic barriers）地近用（access）防疫物資之權利

³⁹ *Prevention and Control of COVID-19 in Taiwan*, TAIWAN CENTERS FOR DISEASE CONTROL, (July. 9, 2020), https://www.cdc.gov.tw/en/category/page/0vq8rsAob_9HCi5GQ5jH1Q.

受到保障，而政府在當時利用廣泛的裁量權迅速地遂行徵收口罩並採實名制配給之政策，也得以避免重蹈 2003 年 SARS 爆發導致口罩價格暴衝的覆轍。口罩實名制也創造了國家團結感並確保公平性：多餘的口罩被分配給 12 歲以下的孩童，也為幼兒訂製特殊尺寸的口罩。當口罩實名制剛推出時，民間還自行發展出一種口罩供需資訊平台以顯示地方藥局的口罩數量⁴⁰。

2. 醫療資源

台灣感染 COVID-19 之患者，不論屬本國籍或外國籍，相關隔離治療費用皆由政府支付。COVID-19 是傳染性疾病，被列為第五類法定傳染病，若患者沒有受到良好治療，反倒引發其他傳染讓疫情擴大，甚至危及國內社區，讓他們接受治療，也是在保護國人。且台灣長照及產業大多人力來自於移工，保障其健康權除了人權之實踐外，同時也保障我國產業發展。

2021 年台灣政府在取得疫苗後陸續開放人民自費、公費接種，然而由於疫苗供貨量無法立即開放給所有人民接種，故按職業類別、染疫風險、染疫後病情預測、年紀等作為依序開放的標準。除了符合標準的本國人得以接種外，同步開放在台持有居留證之外國人、合法移工可接種疫苗，開放順序比照本國人。勞動部製作多國語言之疫苗預約教學，在台之外國人能輕鬆明瞭如何上網預約⁴¹。

基本上台灣在 COVID-19 防疫上並沒有對於本國人及外國人做出區分，給予相同的醫療服務以及防疫保護。然而美中不足之處，

⁴⁰ Jaron Lanier & E. Glen Weyl, *How Civic Technology can Help Stop a Pandemic: Taiwan's Initial Success is a Model for the Rest of the World*, FOREIGN AFF, (2020).

⁴¹ 陳清芳，移工也可登記疫苗 勞動部製作多語操作懶人包，中央通訊社，2021 年 7 月 14 日，<https://www.cna.com.tw/news/firstnews/202107140263.aspx>（最後瀏覽日：2022 年 5 月 29 日）。

在於疫苗開放僅限於持有居留證之外國人士，台灣許多非法移工將被隔絕在此一服務外⁴²。

此外，6 月初苗栗縣爆發電子工廠群聚傳染事件，電子工廠大量聘僱移工以降低生產成本，然而卻未提供相當水平的居住環境，移工宿舍居住密度過高、生活環境擁擠，導致初期確診移工在症狀尚未出現時已傳染給其他同事且數量難以掌握。苗栗縣政府在 6 月 7 日自行頒布移工禁止外出令，認為移工不外出就沒有再傳染給他人之風險⁴³，惟政策嚴重侵害移工人身自由，中央流行疫情指揮中心亦回應此一政策有違反平等原則之疑慮，且違反就業服務法相關規定⁴⁴。

(二) 保證能夠取得最基本的、有充足營養和安全的食物，保證所有人免於饑餓

2021 年 5 月 15 日台灣宣布三級警戒，爆發了一波民生物品搶購潮，其中包括食品。然而台灣三級警戒並無禁止人民外出，餐飲業及農業從業人員仍可工作、營業。在民眾因疫情減少外出時，仍可使用外送平台點餐取得餐點，政府亦安排外送員優先施打疫苗，保護外送員之健康同時也讓人民能安心使用外送平台。

⁴² 翁瑞宏，非法移工也該接種疫苗：勞動力供不應求的台灣，更該保護疫情社會中的弱勢移工，關鍵評論，2021 年 7 月 20 日，<https://www.thenewslens.com/article/153863>（最後瀏覽日：2022 年 5 月 22 日）。

⁴³ 張銘坤，苗栗外籍移工禁足令 徐耀昌：29 日起解封，中央通訊社，2021 年 7 月 20 日，https://www.cna.com.tw/news/ahel/202106280088.aspx?fbclid=IwAR0_SCsEKevl-F9IBCNVO7cZh1MxGQ9jAj1ctrsSn5JWrD0H8C-mx1NI1y0（最後瀏覽日：2022 年 5 月 22 日）。

⁴⁴ 台灣人權促進會，指揮中心認證：苗栗移工禁令 無法律拘束力，台灣人權促進會，2021 年 8 月 6 日，https://www.tahr.org.tw/news/3009?fbclid=IwAR1kK2Y_rP_DWmBTQ9B7ShOlu9TEWttdH7M6YN-VOm1Dv6nqSwMXWKZ2SzQ（最後瀏覽日：2022 年 5 月 29 日）。

地方政府宣導減少上菜市場避免群聚感染，和地方農民合作推出防疫蔬菜箱⁴⁵，使民眾在家也能取得料理食材，也避免農民在疫情影響下受到太大的損失。除了政府主動推行外，許多攤商也自主發起外送服務。在疫情期間，台灣民眾可輕易獲得最低限度生存所需的食物。

在萬華社區感染爆發後，新北接連出現社區感染且許多疫調足跡分布於傳統市場，部分官員及學者紛紛呼籲人民減少前往傳統市場之次數及停留時間。新北市政府在部分疫情嚴重之行政區採行身分證尾數分流控管，以緩解市場人潮，並配合攤販範圍內縮使道路拓寬，期能在菜市場買菜時維持安全社交距離。

(三) 根據流行病學科學證據，採取和實施國家公共衛生策略和行動計畫，解決整個人口的健康關注

COVID-19 疫情剛在中國爆發時，台灣政府即留意此事，並在 2020 年 1 月 15 日將之列為第五類傳染病，在 1 月 23 日即將疫情等級升至第二級。為了避免境外移入案例造成本土疫情蔓延，政府於 3 月 20 日宣布無論從何地入境皆須實施 14 日居家檢疫並隔離。在政府及時應對疫情的情況下，台灣在全球疫情嚴峻的情況下，維持長達一年極低本土病例數，並控制境外移入案例不進入社區。

2021 年 5 月台灣社區爆發社區感染，中央流行疫情指揮中心於 5 月 15 日宣布雙北進入第三級警戒，隨後 5 月 19 日全國進入第三級警戒。關閉休閒娛樂場所，暫停進香遶境等宗教活動，要求民眾在外全程配戴口罩，禁止餐廳提供內用服務，禁止室內 5 人以

⁴⁵ 郭一，地方政府搶推防疫蔬菜箱！「後疫情宅食」讓名產突破地域限制，城市學，2021 年 7 月 1 日，<https://city.gvm.com.tw/article/80632>（最後瀏覽日：2022 年 5 月 29 日）。

上、室外 10 人以上之社交聚會。全國學校停止實體授課，轉為線上課程。部分公司為因應疫情採取分流上班、居家辦公等形式，減少民眾外出染疫風險。

在爆發社區感染之地區，中央及地方及時派快篩隊進駐進行大規模篩檢以找出其中潛在無症狀感染者；有確診者足跡之地區亦關閉消毒後始重新開放。新北市進行將近兩個月的大規模篩檢，在各地設立快篩站，鼓勵人民前往篩檢以找出無症狀或症狀輕微之感染者，成功將病例數由單日上百減少至單日個位數⁴⁶。

台灣政府第三級警戒實施後，民眾非必要之接觸大為降低，加上國際疫苗陸續到貨及國外疫苗贈與，疫苗覆蓋率逐漸上升，在 7 月時疫情趨緩，並於 7 月 27 日全國降級為二級警戒⁴⁷。

目前台灣疫苗施打來到第四輪（8 月 12 日），開放年齡層為 38 歲以上之民眾，意即 38 歲以下之民眾大多迄今未能接種到 COVID-19 疫苗，雖然我國目前疫情狀況趨緩，然而疫苗之到貨率及覆蓋率仍然有長足的進步空間。

衛福部透過各式各樣宣導品來宣導正確防疫觀念，包括戴口罩、勤洗手，且為了使在台灣之外國人也能接收防疫資訊，移民署製作多國語言懶人包⁴⁸。在民眾恐懼疫苗副作用而不願施打特定廠牌疫苗時，為了使人民正確認知到疫苗為減少疫情之根本之道，政

⁴⁶ 蘇春瑛，新北首度零確診 侯友宜鼓勵民眾篩檢，YAHOO 新聞，2021 年 8 月 13 日，<https://tw.news.yahoo.com/%E6%96%B0%E5%8C%97%E9%A6%96%E5%BA%A6%E9%9B%B6%E7%A2%BA%E8%A8%BA-%E4%BE%AF%E5%8F%8B%E5%AE%9C%E9%BC%93%E5%8B%B5%E6%B0%91%E7%9C%BE%E7%AF%A9%E6%AA%A2-135251678.html>（最後瀏覽日：2022 年 5 月 29 日）。

⁴⁷ 盧逸峰，全台 727 降至二級警戒 指揮中心最新防疫指引一次看，風傳媒，2021 年 7 月 23 日，<https://www.storm.mg/article/3833238>（最後瀏覽日：2022 年 5 月 29 日）。

⁴⁸ 葉書宏，嚴防移工成為防疫破口 多國語言宣導防疫措施，中時新聞網，2021 年 6 月 11 日，<https://www.chinatimes.com/realtimenews/20210611002482-260405?chdtv>（最後瀏覽日：2022 年 5 月 29 日）。

府及各級首長皆不斷在社群網路、新聞提倡施打疫苗、不挑疫苗廠牌等觀念⁴⁹。

除此之外，政府依據傳染病防治法第 63 條及社會秩序維護法第 63 條第 5 款禁止人民散布不實資訊，避免造成無謂的恐慌並打擊人民對政府疫情控制之信心。然而此一手段箝制人民言論自由，與政府意見相左之言論可能遭到刑事處罰，因此受到批評⁵⁰。

（四）醫療人員之負荷

我國對於醫療人員培訓及我國醫療人員之專業素養係無庸質疑，然而我國各地醫療資源分配以及醫療人員平均負荷工作量卻是個危機。

台灣本次疫情首先在台北爆發，恰巧是全台醫療資源最多之城市，然而其每位醫生平均服務人數仍高達 277.36 人⁵¹，且在疫情最為嚴峻時多次傳出醫療量能不足之危機，負壓病房之病床數一度只剩下 51 張⁵²。在疫情爆發期間，除了 COVID-19 以外，仍然有其他症狀的病人需要接受醫療服務，多家醫院之醫療人員在急診爆量的情況下，皆表示無法負荷，不知道自己還能撐多久⁵³。

⁴⁹ 高雄市政府新聞局，感謝斯洛伐克捐贈疫苗 陳其邁呼籲不挑廠牌、盡速施打給市民朋友最好服務，高雄市政府，2021 年 7 月 16 日，https://www.kcg.gov.tw/2019nCoV/News_Content.aspx?n=5AFC4D64B1494D67&sms=6918B81A74923DCB&s=B415EEB75A721EFD（最後瀏覽日：2022 年 5 月 29 日）。

⁵⁰ 衛生福利部疾病管制署，立法院會三讀通過，未來散播疫情謠言或不實訊息最高可罰 300 萬元，衛生福利部，2019 年 5 月 24 日，<https://www.mohw.gov.tw/cp-4257-47728-1.html>（最後瀏覽日：2022 年 5 月 29 日）。

⁵¹ 李佳勳，看病路遙遙-淺談台灣醫療資源不均問題，用數據看台灣，<https://www.taiwanstat.com/statistics/medical-resources/>（最後瀏覽日：2022 年 5 月 29 日）。

⁵² 邱芷柔，雙北醫療量能吃緊！指揮中心：台北區負壓病床剩 51 床，自由時報，2021 年 5 月 16 日，<https://news.ltn.com.tw/news/life/breakingnews/3534491>（最後瀏覽日：2022 年 5 月 29 日）。

⁵³ 廖振輝，疫情升溫 護理師籲減少醫療負荷：不知還能撐多久！，自由健康

縱使是全台醫療資源最多、能乘載最大醫療量能的台北，也在五月下旬時不得不採行了北病南送政策。衛福部為了安置雙北確診病患，調動了全台 400 床隔離病床以及多家檢疫所，希望能讓所有病患接受良好的治療同時減少雙北醫療負荷⁵⁴。然而此一政策更彰顯了我國醫療資源不足之現象，倘若今天首先爆發的是其他城市，殊難想像要如何應對疫情嚴重爆發的狀況。

(五) 官僚體制下疫情中資訊權 (right to information) 爭議

在這一節，本文首先聚焦於大流行期間疫苗接種工作，藉此來強調健康權的另一面向——政府與人民間信賴與互助。如同健康權所建構之內涵，各國必須採取措施預防或至少減輕大流行的散布，且此一措施有科學證據以證明是保護公眾健康之最佳措施⁵⁵。在大流行期間，大規模接種疫苗是能確保生活恢復正常的關鍵公共衛生介入手段，但由於疫苗（BNT、Moderna、AZ、高端）皆是透過緊急授權（EUA）而批准使用的，這意味著政府不能強制人民接種，只能仰賴人民自主意願和持續進行對話溝通來增加疫苗接種的人口覆蓋率。

進一步，本文觀察我國官僚主義下之疫情政策，大抵符合健康權所設定之標準，且能迅速應對疫情的即時變動。疫情指揮中心每日公布確診者人數、死亡人數，並適時澄清錯誤資訊、更新疫情資訊，看似亦已符合健康權下資訊權之標準。

網，2021 年 5 月 17 日，<https://health.ltn.com.tw/article/breakingnews/3535583>（最後瀏覽日：2022 年 5 月 29 日）。

⁵⁴ 曾雪蓓，獨家 | 衛福部拍板！今起「北病南送」 中部已收治逾 4 百人，蘋果新聞網，2021 年 5 月 16 日，<https://tw.appledaily.com/life/20210526/OCXIBGZLGVFPTY32P46N52XRM/>（最後瀏覽日：2022 年 5 月 29 日）。

⁵⁵ United Nations, *supra* note 29.

惟，官僚主義運作特色係由政府挑選之專業人士進行內部討論並做出判斷，此一情形下有大多決策並未經過公開討論，便直接由政府公布並執行。在疫情肆虐且對控制之日無法預期的狀況下，人民的不安及恐懼更容易在這種不透明的決策過程中被激化。

由於疫苗的使用順序同時也是風險管理的問題，特別是在疫苗短缺的情形下，基於公共衛生的原理將疫苗優先分配給哪個年齡層是十分關鍵的。在大流行的第二年，最佳化有限疫苗的使用來實現對於人口最大的保護，是各國政府共同的目標。不同群體面臨不同程度的暴露風險，而在個人條件層面，年齡、潛在醫療條件、職業都與暴露風險息息相關。另一方面，政府也必須考慮如何將社會和經濟傷害降到最低，同時維繫基礎必要的醫療服務，這也正當化了部分優先順位的合理性。世界衛生組織強調了疫苗接種計劃的四大目標：一、最小化死亡、重症及總體疾病的負擔；二、減少對醫療系統的影響；三、全面社會經濟活動的復甦；四、降低新變種帶來的風險⁵⁶。同樣地，美國疾病控制中心亦認知到疫苗接種政策的公開透明是指導政府決策的重要關鍵⁵⁷。

在台灣，排定接種順序要考慮病毒特性、群體接觸與感染風險高低，係屬高度專業且複雜之領域，原係由衛福部傳染病防治諮詢會預防接種組決定，然而疾管署網站公開的會議紀錄中，預防接種組最後一次召開大會係於 2021 年 3 月 19 日討論 AZ 疫苗血栓爭議，此後對於疫苗接種順序之討論未見有召開大會討論之跡象。疫情指揮中心表示，為因應緊急疫情須快速制定疫苗政策，故先行採

⁵⁶ *Strategy to Achieve Global Covid-19 Vaccination by mid-2022*, WORLD HEALTH ORGANIZATION, (Oct. 6, 2021), <https://www.who.int/publications/m/item/strategy-to-achieve-global-covid-19-vaccination-by-mid-2022>.

⁵⁷ *How CDC is Making COVID-19 Vaccine Recommendations*, CENTERS OF DISEASE CONTROL AND PREVENTION, (Nov. 15, 2021), <https://www.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/vaccines/recommendations-process.html>.

納「COVID-19 疫苗小組」之建議，事後再將決議提報預防接種組追認。然而在幾次接種順序版本修訂過程中，都可見優先名單之對象日益擴編，使得遲遲未能接種到疫苗的民眾日漸恐慌，而無公開之討論紀錄一事，讓民眾質疑政府安排是否有黑箱疑慮⁵⁸。

台灣疫情指揮中心於 2021 年 6 月 20 日公布十大接種順序名單⁵⁹，如同大部分國家安排，主要以年齡作為排序依據，並將醫療、防疫相關人員作為施打優先人選。雖有立委於議會中對於施打順序提出建議⁶⁰，然而最終仍由疫情指揮中心決定，而無民意置喙之餘地。

其中更有許多定義曖昧不清的分類，例如第 2 類「中央及地方政府防疫人員」、或第 7 類「國家關鍵設施必要工作人員」，符合資格與否仍然交由指揮中心認定，且認定又過於廣泛，未能符合世界衛生組織所提出之指引「政府首長納優先接種，必須被狹義地定義」⁶¹。在台灣疫苗短缺之時期又爆發診所偷打疫苗事件⁶²，似乎只要能「關係」便能擠進優先分類中，更加深人民對政府之不信任；中央把部分分類解釋權交由地方政府自行分配，導致同性質的

⁵⁸ 黃天如，疫苗接種改排序先斬後奏？官員順位提前、65 至 74 歲推遲決策又沒會議紀錄，新新聞，2021 年 6 月 21 日，<https://new7.storm.mg/article/3763482>（最後瀏覽日：2022 年 5 月 29 日）。

⁵⁹ 李樹人，最新接種對象順位出爐了！你在第幾順位？，UDN 元氣網，2021 年 6 月 21 日，<https://health.udn.com/health/story/121833/5547184>（最後瀏覽日：2022 年 5 月 29 日）。

⁶⁰ 建請衛生福利部疾病管制署應儘速將殯葬、媒體、交通業、保全、義消、義警、義交等從業人員納入疫苗優先施打名單，立法院公報，110 卷 71 期，頁 387-388（2021）。

⁶¹ World Health Organization, *WHO SAGE values framework for the allocation and prioritization of COVID-19 vaccination*, (Sep. 13, 2020), <https://www.who.int/publications/i/item/who-sage-values-framework-for-the-allocation-and-prioritization-of-covid-19-vaccination>.

⁶² 胡瑞玲、修瑞瑩，好心肝診所違規打疫苗 重罰 200 萬，聯合新聞網，2021 年 6 月 10 日，<https://udn.com/news/story/122190/5522023>（最後瀏覽日：2022 年 5 月 29 日）。

工作卻因工作縣市不同而影響是否能優先施打疫苗⁶³，亦使得人民不理解政府的安排。

除此之外，第九類分類直接沿用流感疫苗接種分類也造成爭議，有許多第九類民眾可能不是 COVID-19 之高風險對象。對此，指揮中心卻表示為避免修訂造成爭議，便直接沿用⁶⁴。又使人懷疑疫情指揮中心安排是否過於草率。

而在 BNT 疫苗開放施打後，接種順序又出現一波變化，先由高中生（15 歲到 18 歲）、國中生（12 歲到 15 歲），然後再由大學生（18 歲到 22 歲民眾）接種，而 23 歲到 50 歲青中壯人口接種順位只能往後遞延。許多青中壯年人口屬於家庭經濟支柱，於疫情期間不得不出門上班維持生計，卻在疫苗接種順序上不斷被延後，心生怨懟⁶⁵。

根據「台灣民意基金會」所作之民調顯示，25 歲到 34 歲年輕公民，高達 45%認為不公平，而這個群體成員基本上都尚未施打疫苗；此外，35 歲到 44 歲有 36%覺得不公平、45 歲到 54 歲中有 39%認為不公平，55 歲到 64 歲有 41%認為不公平⁶⁶。可見台灣疫

⁶³ 宋珮文、方志成，疫苗接種順序惹爭議 網諷黃偉哲「耶魯西瓜」，TVBS 新聞網，2021 年 7 月 6 日，<https://tw.news.yahoo.com/%E9%9B%99%E5%8C%97%E4%B8%8D%E6%96%B7%E5%A2%9E-%E7%AC%AC%E4%B8%83%E9%A1%9E%E6%96%BD%E6%89%93%E5%B0%8D%E8%B1%A1-%E9%99%B3%E5%85%B6%E9%82%81-%E5%B0%8A%E9%87%8D%E9%85%8D%E5%90%88%E4%B8%AD%E5%A4%AE-103759597.html>（最後瀏覽日：2022 年 5 月 29 日）。

⁶⁴ 許政榆、謝承恩、陳雨鑫，疫苗順序不公？陳時中：第九類是行之有年，聯合新聞網，2021 年 7 月 10 日，<https://udn.com/news/story/122190/5592370>（最後瀏覽日：2022 年 5 月 30 日）。

⁶⁵ 林庭瑤，「三明治世代」為何排不到疫苗？解讀政府疫苗插隊策略背後小心機，新新聞，2021 年 9 月 9 日，<https://new7.storm.mg/article/3928011>（最後瀏覽日：2022 年 5 月 30 日）。

⁶⁶ 台灣民意基金會，疫苗偏好、分配正義與台灣政局，2021 年 8 月，<https://www.tpof.org/%e7%b2%be%e9%81%b8%e6%96%87%e7%ab%a0/2021%e5%b9%b48%e6%9c%88%e3%80%8c%e7%96%ab%e8%8b%97%e5%81%8f%e5%a5%bd%e3%80%81%e5%88%86%e9%85%8d%e6%ad%a3%e7%be%a9%e8%88%8>

苗接種順序名單造成高度民怨，接種順序安排的「滾動式調整」及不公開透明的決策過程，使民眾無從理解政府之安排，也無法參與任何決策過程的討論，意見似乎只被視為抱怨而不被採納。

在與人民高度切身相關、影響人民感受之政策上，本文認為縱使無法使人民直接參與決策討論，然而專業團隊的決策過程亦應全程紀錄並公開予民眾知悉，以維繫民主國家之價值。疫情之下的健康權在「知」的方面不應侷限於疫情發展，所有關乎疫情的決策皆應有管道使人民知悉，而非政府公告什麼決策，人民就得配合。台灣得以維持如此低的確診率，除了仰賴官僚體系的運作外，更大一部分是來自人民的高度配合，人民之所以願意配合不外乎係基於對於政府的信任，此一信任之維繫是努力溝通的結果，若人民不理解政府政策安排，便失去信任的基礎。如今，各國逐步開放邊境，對於疫情的態度也以「流感化」面對，台灣持續堅持嚴格邊境管制已開始有反對聲浪，未來台灣的邊境政策應如何調整，也仰賴政府與人民間的信任與對話。

在我國已在釋字明文提及健康權的情況下，國家對於個人遭受其無法以己力克服的健康障礙，對於國家機關應有請求權。且健康權的保護包括人民可以清楚了解其周遭可能造成健康傷害的訊息，以避免健康受到莫名侵害，故基於此一功能，人民應有權利請求國家機關或私人公布可能影響個人健康的訊息⁶⁷。縱使並非以直接保護健康為目的，仍是在「避免個人健康受到傷害」。

7%e5%8f%b0%e7%81%a3%e6%94%bf%e5%b1%80%e3%80%8d/ (最後瀏覽日：2022年5月30日)。

⁶⁷ 李惠宗，從國家保護義務談監獄受刑人的健康權——談前總統陳水扁保外就醫事件，月旦法學教室，152期，頁60-61（2015年）。

肆、結語

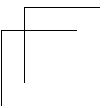
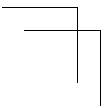
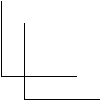
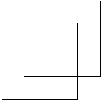
健康權為審視台灣因應 COVID-19 流行提供了十分有參考價值的觀點。正如我們所述，台灣在實現國際人權法中的健康權義務，目前結果是優劣參半。值得嘉許的是，政府因應疫情的反應迅速，保障了大多數人的生命權；然而由技術官僚為核心來快速訂定疫情政策，決策過程中忽略了公共衛生政策對人民產生不平等的影響。透過健康權的觀點，我們劃出政府在公共衛生危機時的權力範圍，並強調對於政府的權力與制衡；相對於文獻中慣常使用的功利主義與自由主義比較，我們以健康權描繪出一個可能的替代治理模型。

誠如前述，健康權的範圍不只是生理機能，亦涵蓋至心理層面，然而在大流行初期，生理機能的嚴重影響為首要關注，心理層面之影響尚非甚鉅，且國家於初期因應階段亦著重於防免擴散、降低病症生理層面之影響。在疫情已經走向中後期階段，大多數人已完整施打疫苗，且多數國家已開放邊境，逐步放鬆防疫政策，對於疫情造成的心理層面影響則需要眾人共同關注，無論是確診者遭到排擠之恐懼、照護者之疲憊，甚至是全球性對於黃種人之歧視，都有待未來更多關注及討論。

參考資料

- 何建志 (2020), COVID-19 疫情期間防疫與隱私之平衡：相關法律議題分析與社會正義觀點, 台灣法學雜誌, 387 期, 頁 23-32。
- 李建良 (2020), 在瘟疫中思索自由, 人文與社會科學簡訊, 22 卷 1 期, 頁 30-33。
- 李建良 (2021), 氣候變遷、基本人權與憲法訴訟——2021 年德國氣候訴訟裁判釋論, 台灣法律人, 2 期, 頁 1-20。
- 李惠宗 (2015), 從國家保護義務談監獄受刑人的健康權——談前總統陳水扁保外就醫事, 月旦法學教室, 152 期, 頁 60-61。
- 張文貞 (2021), COVID-19 與國際人權, 月旦法學雜誌, 312 期, 頁 8-22。
- 張兆恬 (2021), COVID-19 疫情之性別影響及法律與政策因應, 人文與社會科學簡訊, 22 卷 2 期, 頁 77-83。
- 賈文宇 (2020), 防疫還要談憲政主義嗎?, 法律與生命科學, 9 卷, 頁 39-65。
- Delanty G. 2020. Six Political Philosophies in Search of a Virus: Critical Perspectives on the Coronavirus Pandemic. *LSE Europe in Question Discussion Paper Series* 156:3-4.
- Eskild P., Koopmans M., Go U., Hamer H. D., Petrosillo N., Castelli F., Storgaard M., Khalili. A. S. , Simonsen L. 2020. Comparing SARS-CoV-2 with SARS-CoV and influenza pandemics. *The Lancet Infectious Diseases* 20:238-244.

Gostin O. L. 2007. A Theory and Definition of Public Health Law.
Journal of Health Care Law and Policy 10:1-12.



從公共利益的觀點論中火減煤爭議*

呂嘉穎**、徐正戎***

目次

- 壹、前言：簡述台中火力發電廠減煤之爭議
- 貳、文獻回顧與問題意識
- 參、我國法律規範下的公共利益
 - 一、由憲法與司法院大法官解釋觀之
 - 二、從相關行政裁定做思考
 - 三、從國外文獻對公共利益的觀點談起
 - 四、小結
- 肆、中火減煤：難以平衡的議題？
 - 一、能源的使用與生存的權利
 - 二、誰的公共利益？
 - 三、從後代子孫的角度做思考
- 伍、結語

投稿日期：2021/06/21；接受刊登日期：2022/07/12

* 本文初稿發表於第六屆「地方公共治理與發展」學術研討會，會中感謝國立臺北大學公共行政暨政策學系邢瑜助理教授對本文的建議。以及審查委員們所給予學術方面的意見，文中已隨之做出適當改寫、修正，然全文文責仍由作者自負。

** 現職：國立中山大學社會科學院兼任助理教授、國立中山大學中國亞太區域研究所博士

聯絡方式：m0227118@gmail.com

*** 現職：國立中山大學中國與亞太區域研究所教授、法國巴黎第二大學法律學博士

聯絡方式：shyuwu@mail.nsysu.edu.tw

摘要

本文試圖以台中火力發電廠減煤之爭議為研究主軸，探討公共利益在憲法框架下，雖為一個較為模糊的概念，但仍應於特定考量範圍中，形塑出可供依循的定義。其次，由於中火議題涉及到能源使用與生存權之間的競合，本文認為應以生存權為優先思考，再論能源使用的替代性及效益，縱使人民短期生活可能因此帶來不便，但從長遠性的環境生存權益觀之，此類利益取捨應屬不得不為之的方式。

關鍵字：台中火力發電廠、公共利益、生存權、空氣汙染

The Discussion on the Dispute of the Coal Reduction in the Thermal Power Plant in Taichung City from the Perspective of the Public Interest

Lyu, Jia-Ying * & *Shyu, Jenq-Rong* **

Abstract

This study focused on the dispute over the coal reduction at the Taichung Power Plant to discuss public interests under a constitutional framework. Although this was a relatively vague concept, within a specific scope for consideration, a definition that could be followed should be shaped. Next, because the topic of the Taichung Power Plant involved the competition between energy use and the right to minimum livelihood, this study believed that the right to minimum livelihood should be prioritized. Next, the possibility of replacing coal with other energy resources and interests were secondly discussed. People may face short-term inconveniences in their life; however, from the long-

* Adjunct Assistant Professor, College of Social Sciences, National Sun Yat-sen University

** Professor, Institute of China and Asia-Pacific Studies National Sun Yat-sen University

term perspective of environmental survival rights, the change of prioritization which should be necessary cost may reach a different result.

Keywords: Taichung Power Plant, Public Interest, Right to Existence, Air pollution

壹、前言：簡述台中火力發電廠減煤之爭議

近年來，空氣汙染的議題逐漸受到人們的重視，¹不論是以國際間的巴黎協定（Paris Agreement）觀之，或是我國空汙法的歷次修正，都能看出世界公民對於環境保護的愈發關注。對吾輩而言，生存環境的維持，並非僅為了延續（或增加）現在的個人利益，而是希望能替下一代子孫，留下一個能永續發展的空間。另一個可供思考的問題在於，假設在這一世代中，便已然將可用的資源使用殆盡，或造成無法挽回的破壞，對後續的人類而言，是否屬於真正的「公平」？對民眾來說，能源與科技發展之間，確實有著難以分割的關聯性。但也是因為如此，吾輩並無法以此作為破壞環境的藉口。

無論是公共利益或是生存權，或多或少都有不確定法律概念的爭議存在，舉例來說，如司法院釋字第 709 號解釋中所提到的「質」與「量」的問題；又或者是李念祖於其文內，以《藥害救濟法》系爭規定使用的不確定法律概念與法律明確性原則等論述，所引用湯德宗大法官對規定「明確」的標準，亦即「得理解、得預見、得確認」等判斷。²如將分析本文所探討的台中火力發電廠減煤之爭議，卻也能發現這種「得理解、得預見、得確認」，並不是如報導或你我所想的如此「明確」。³也因為如此，當公共利益沒有

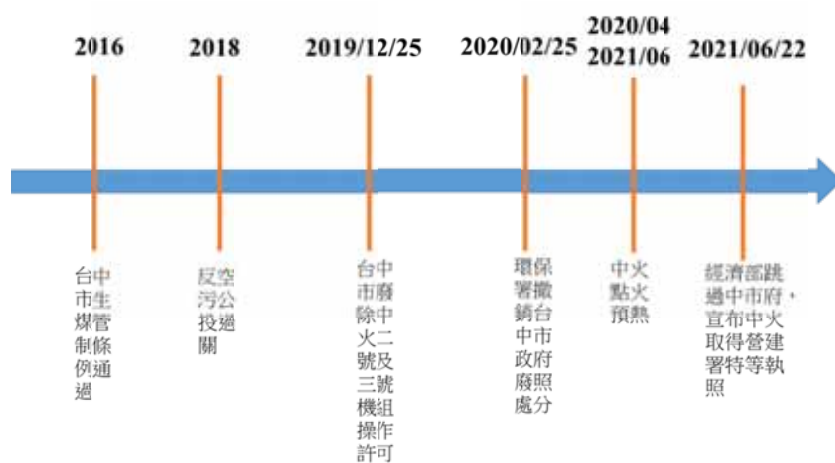
¹ Kathleen McAfee, *Selling Nature to Save it? Biodiversity and Green Developmentalism*, 17(2) ENVIRONMENT & PLANNING D: SOCIETY & SPACE 133, 133-45 (1999).

² 李念祖，誰的不確定法律概念？誰的釐清責任？——論釋字 767 號解釋中知情同意原則的質變，月旦司律評雜誌，0 期，頁 80-87（2018）。

³ 許多文章都能說明，針對生存權、健康權於大法官之間，亦有所爭論而未能有所明確的共識存在。賈文字，以程序補強明確性？——論司法院釋字第 767 號之於藥害救濟及其擴散效應，中原財經法學，42 期，頁 178-182（2019）。最高行政法院 83 年判字第 1881 號判決。

一個較為肯定的定義時，則需要更多不同的切入視角，將公共利益、生存權、能源使用、環境保護等重新整理、論述，並試圖將我國所特有的生態、社會、能源使用方式加以梳理。⁴ 如此一來，或許仍有更多的觀點可供討論，但針對公共利益、生存權與能源使用等，亦能形成一種層次性的適用順序。

回顧近年來，台中火力發電廠（下稱「中火」）所造成的爭議，並非僅限於中央與地方垂直分權的問題。而是更多領域（如環境、病理、生態、法規）的彼此交錯，而讓人們需要從更高的層次，去思考因中火形成的相關汙染，是否屬於公共利益的範疇？或是與公共利益相悖？在確定此一概念之後，才能對於爭議進行較為完整的討論和分析。於此，先將中火爭議的時間點整理如圖 1，而有關中火減煤的爭議，如圖 2 所示。

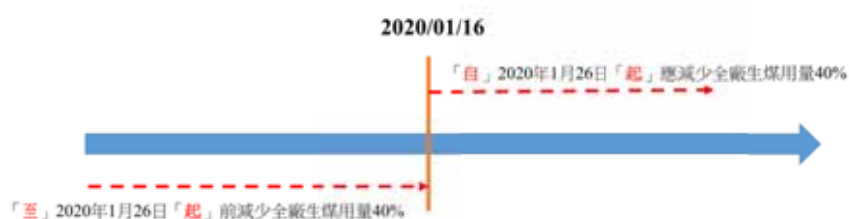


資料來源：作者彙整後自繪。

圖 1 中火爭議時間軸⁵

⁴ 不同國家之間，對於生存權的定義也略有差異。蔡維音，社會基本權之釋義學重構，成大法學，41 期，頁 10-15（2021）。

⁵ 林湘芸，台中市府重罰中火 2 千萬 經濟部：廢照無效重啟不違法，台視新聞網，2021 年 4 月 07 日，<https://news.ttv.com.tw/news/11004070024400N>（最後



資料來源：作者自繪。

圖 2 中火廢照公文文字爭議表示圖

相關爭議的起因，源自台中市政府環保局，在數次稽查台中火力發電廠後予以裁罰，並宣布廢止台中火力發電廠 2 部機組證照。其主要法源依據則是 2016 年通過並生效的台中市生煤管制條例，依台中市政府所稱，在規定的總量限額以外，中火已多次超標運轉，同時亦因裁罰多次後仍未見改善，因此才予以重罰並廢止其操作許可證。⁶

而對於中火（台電）來說，如無相關的操作許可證，則代表了運作中的機組將因此無法繼續使用，因而「降載」的結果似乎無可避免。⁷ 雖然如此，台電仍認為台中市政府之裁罰行為違法，特別是在相關期程的部分，原核發之許可證載明「自」2020 年「起」減煤 4 成，然卻以公文來函告知此應為「誤繕」，實際情形應為

瀏覽日：2022 年 8 月 7 日)。邱琮皓，環保署撤銷中火廢證處分 2、3 號機可重啟使用：廢照無效重啟不違法，工商時報，2020 年 2 月 26 日，<https://ctee.com.tw/news/policy/226037.html> (最後瀏覽日：2022 年 8 月 7 日)。中央社網站，愛家公投全通過 反空污反核食以核養綠也過了，中央通訊社，2018 年 11 月 24 日，<https://www.cna.com.tw/news/firstnews/201811245017.aspx> (最後瀏覽日：2022 年 8 月 7 日)。

⁶ 蔡淑媛，中火減煤爭議 中市議會綠營槓上盧秀燕，自由時報，2019 年 12 月 6 日，<https://news.ltn.com.tw/news/politics/breakingnews/3000711> (最後瀏覽日：2022 年 8 月 7 日)。

⁷ 廖禹揚，中火 14 日起不准用生煤 台電：要穩定供電有難度，中央通訊社，2019 年 12 月 13 日，<https://www.cna.com.tw/news/firstnews/201912130130.aspx> (最後瀏覽日：2022 年 8 月 7 日)。

「至」2020 年「前」減煤 4 成（如圖 2 所示）。⁸如此一來，以台電立場來說，規範條件的驟變，確實使其難以在短時間之內有其他的替代方案，也因為如此，台電認為台中市政府違反了信賴保護、平等原則、誠信原則等。後行政院亦發函至台中市政府，認為台中市生煤管制條例部分條文，牴觸空污法、固定污染源逸散性粒狀污染物空氣污染防治設施管理辦法應屬無效。⁹

從圖 1 與圖 2 來看，確實能夠發現中央和地方因中火爭議，產生了對簿公堂的結果，相關行政裁定結果，後文將一併論述之。雖然從結果來看，中市府對於中火的廢照行為，並未產生太大作用，但如果從空污及人民的「生存權¹⁰」觀之，卻也能發現廢照對於減排的「結果」，在「數量」與「時間」的即時性，確實遠較經濟部的觀點來的迅速且確實。然從另一個角度作思考，卻也能發現台中市府以「公文誤繕」的方式，要求中火改善的行為及理由，確實略顯牽強，而無以為市府依法行政的後盾。但台中市市民對於空污的

⁸ 行政院環境保護署空保處，環保署函請臺中市環保局依法行政乃維護法規秩序，行政院環境保護署環保新聞專區，2020 年 2 月 19 日，<https://enews.epa.gov.tw/Page/3B3C62C78849F32F/919d7bae-259b-4a04-b4d0-259c290c6d38>（最後瀏覽日：2022 年 8 月 7 日）。

⁹ 劉世怡，中火發電爭議》管制生煤條例部分無效 中市聲請停止執行遭駁回，中央通訊社，2021 年 1 月 26 日，<https://www.cna.com.tw/news/firstnews/202012010294.aspx>（最後瀏覽日：2022 年 8 月 7 日）。

¹⁰ 從不同的文獻中亦能看出生存權確實是人們與生俱來的自然權利。但不同領域對於生存權的討論，也有著邏輯判斷上的差異，本文亦採相同解釋，特此優先述明之。相關生存權之文章請參：王琪、宋逢欣、顧乃平、陳金彌，畸胎兒生存權的倫理決策，榮總護理，29 卷 4 期，頁 358-360（2012）。高穎，社會救助法上「擬制收入條款」之問題及其調整建議——以「生存權」與「補充性」理念衝突為中心，法令月刊，69 卷 1 期，頁 93-94（2018）。謝宛庭，漫談環境生存權——基礎建設與生態保育的權衡，在野法潮，47 期，頁 62-67（2020）。孫迺翊，社會給付權利之憲法保障與社會政策之形成空間：以德國聯邦憲法法院關於年金財產權保障及最低生存權保障之判決為中心，臺大法學論叢，41 卷 2 期，頁 483-490（2012）。許育典，不同於憲法緊急狀態的法治國防疫措施——以法治國的國家保護義務為核心，月旦法學雜誌，314 期，頁 184-185（2021）。

反感，與針對健康的要求，卻也是長期性不滿情緒的累積。而因此希望地方政府能夠有魄力解決相關問題，並保護其生存的權利。¹¹故本段僅點出相關問題主要的爭點，衍生性的爭議探討，則留待後文接續論述。

貳、文獻回顧與問題意識

回顧有關中火減煤與環境污染的相關研究，迄今確實並不多見。但從下列文獻中，也能看出經濟發展（或科學技術），似乎始終存在著「剪不斷、理還亂」的爭議。如陳炳煌認為，中火在相關環評的考量，應納入汙染、生態、氣候與健康等風險評估。但在該文末段，卻也說明了這類的問題，確實仍待更為全面的分析與跨領域研究者的交流，並且認為後代子孫對於環境所共有的利益，都需要予以考量在其中，¹²此一觀點作者亦深感認同；而李信、楊逸亞、吳榮華、黃韻勳等人所撰其文，亦能發現我國民眾對於能源議

¹¹ 相關爭議確實引發了國內公法學者不同意見的討論，如廖義銘主張行政院宣告本自治條例部分無效之舉，是合法、合憲的，然紀和均卻認為環保署越過台中市府撤銷行政處分並不合法；且在實務界中，同樣也有著不同聲音的論述，如黃國鐘和徐偉超等文，都類似前述學者投書，從不同的角度進行判斷及思考，這也顯示出中火爭議在法律中的難解之處。廖義銘，〈中火爭議〉廖義銘：欣見不分藍綠的依法行政，自由時報，2020年3月15日，<https://ec.ltn.com.tw/article/breakingnews/3100552>（最後瀏覽日：2022年8月7日）。紀和均，〈紀和均觀點：天黑黑 VS. 不來電——環保署有權撤銷臺中市的處分嗎？〉，新新聞，2020年3月5日，<https://www.storm.mg/article/2363431?page=2>（最後瀏覽日：2022年8月7日）。黃國鐘，【專家之眼】同中存異？中火特照的法理之爭，聯合新聞網，2021年7月2日，<https://udn.com/news/story/121823/5573355>（最後瀏覽日：2022年8月7日）。徐偉超，〈中火減煤〉徐偉超：改善空污立意佳 但應依法行政，自由時報，2020年2月24日，<https://ec.ltn.com.tw/article/breakingnews/3077747>（最後瀏覽日：2022年8月7日）。

¹² 陳炳煌，〈台中火力發電廠第四期開發案環評初探〉，生態臺灣，29期，頁26-29（2010）。

題普遍陌生。且從其結論觀之，亦能得出如若透過公投限制火力發電，則對於電力穩定必然造成影響的結果；¹³ 林春利、程萬里、張家豪、白珏玲則以實驗的方式，說明中火因煙囪高度、特殊季節季風等因素影響，可以使得汙染範圍擴增到雲嘉南，但在 1999 年裝設排煙脫硫設備後 SO_x 的排放量確實隨之降低；¹⁴ 謝瑞豪、李睿桓、詹長權認為中南部空氣品質不良的主要原因，是本土汙染源加上境外的雙重影響，特別是細懸浮微粒所造成的品質不良，需要政府管制高排放的工業大戶，才能從源頭做出主要改善，¹⁵ 持類似觀點的亦有 Min-Der Lin & Yung-Chang Lin 等。¹⁶

另一個主要的關鍵問題，為中央與地方在空氣治理制度權限分配之爭議，如吳明孝亦是從垂直權力分立原則與制度性保障兩個角度出發，去探討國家與地方自治團體就空氣汙染治理的最適功能分配。就其論點可知，對於現行空污法而言，確實需要回到地方自治團體在治理上的自主性與能動性，讓住民基於切身利益進而參與決策的民主原則予以落實；¹⁷ 而王毓正亦持類似觀點從憲法保障自治意旨，與地方制度法和行政程序法進行探討；¹⁸ 類似文獻如蘇永

-
- ¹³ 李信、楊逸亞、吳榮華、黃韻勳，我國能源轉型政策對電力供給規劃之影響，*鑛冶：中國鑛冶工程學會會刊*，64 卷 3 期，頁 20（2020）。
- ¹⁴ 林春利、程萬里、張家豪、白珏玲，台中火力發電廠排煙脫硫設備(FGD)對中部地區空品之探討，*環境保護*，25 卷 1 期，頁 70-78（2002）。
- ¹⁵ 謝瑞豪、李睿桓、詹長權，台灣大氣中 PM (2.5) 汙染濃度和汙染源的時空分布，*台灣醫學*，20 卷 4 期，頁 375（2016）。
- ¹⁶ Min-Der Lin & Yung-Chang Lin, *The Application of GIS to Air Quality Analysis in Taichung City, Taiwan, ROC*, 17(1) ENVIRONMENTAL MODELLING & SOFTWARE 11, 16-18 (2002).
- ¹⁷ 吳明孝，國家與地方自治體間關於空氣治理制度權限分配之研究——兼評 2018 年修正之空氣汙染防治法與子法之若干規定，*台灣法學雜誌*，405 期，頁 99-122（2020）。
- ¹⁸ 王毓正，從中火操作許可證廢止案論地方制度法與行政程序法之適用關係——兼論氣候變遷時代下環境治理之垂直權力分立的變遷，*台灣法學雜誌*，405 期，頁 83-97（2020）。

欽、林錫堯、林輝煌、李念祖、黃錦堂、陳清秀、周宇修等人，認為就台中市政府對火力發電廠之管制裁處與自治權權衡視之，能夠發現現行法制並不完備，因其所涉及的規範涵括了空污法與自治條例等。也是因為如此，造成了中央權限與地方自治的齟齬，確實仍待後續修法進行修正。¹⁹ 作者對於前述學者專家的觀點亦深表認同，確實，中火減煤延伸出的中央權限與地方自治的垂直權力爭議，理應以較為結構性的法律論證方式進行分析。但作者認為，除了中央和地方的權責歸屬確實屬於法律上應解決的問題以外，亦能從另一個角度對中火爭議進行思考。也就是本文所探討的主旨：如何從公共利益的角度，去解構中火之於空汙或能源議題及延伸的爭議。在此前提下，作者並不欲延續前述學者專家的邏輯推演，²⁰ 而是希望透過公共利益的觀點，重新思考現行法律規範中，對公共利益的理解，以及將之適用於中火爭議可能性分析。

除前所述之文獻外，有關中火議題的分析，多存在於新聞報導與中火、台中市政府等聲明稿中，相關的爭議將於後文一併探討，於此並不多做贅述。在研究方法的使用上，本文除採文獻回顧的方式，盡可能爬梳學術專文，另就相關裁定進行整理、分析。再者，由於公共利益與憲法、司法院大法官解釋仍有強烈的關聯，故於次段亦將作詳細的彙整與討論。參段則為全文主旨，試圖在本文貳段對公共利益進行定義後，將之套用至中火爭議，並且探討公共利益於此適用上，所可能產生的問題與矛盾。末段則為全文結語。

¹⁹ 蘇永欽、林錫堯、林輝煌、李念祖、黃錦堂、陳清秀、周宇修，中央主管機關監督地方自治團體之界限，月旦裁判時報，95期，頁93-104（2020）。

²⁰ 於此述明，作者回顧相關文獻後，發現對於中央和地方權限的思考，確實已臻完善，特別是本文所欲探討的中火議題，學界、實務界專家對該爭議有著更為全面的分析，故於此僅將文獻出處與概略論點提出，並不在現有法律結構上延伸討論，而是希望聚焦於公共利益的議題之上。

申言之，如前所述，中火爭議確實難以從單一面向進行論斷，無論是從能源的角度或是空氣污染的看法做分析，似乎都有立論基礎支撐相關觀點。也是因為如此，本文由公共利益的視角論證中火減煤所產生的爭議，確實能夠得出政府應以人民的生存權利，以及後代子孫的健康及環境使用權為優先考量。期許藉由此文之探討，提供不同於以往的文獻分析方式，並能讓更多不同領域的研究者，共同替吾輩所生活之環境，在兼具能源與生存權的情況下，找到更好的解決方法。

參、我國法律規範下的公共利益

一、由憲法與司法院大法官解釋觀之

在論述中火爭議之前，必須先從公共利益之詞加以判斷。也因為如此，本文試圖由法律位階最高的憲法條文及司法院大法官解釋談起。表 1 為我國憲法上有關公共利益之條文，其中對於憲法第 22 條與第 23 條之分析，學者專家多從比例原則為切入觀點，進行延伸性的探討。舉例來說，如陳宗憶認為，實務上在涉及有關憲法第 23 條的釋憲過程中，則是透過違憲審查在低度、中度或高度的標準，來判斷是否符合公共利益及構成合理關聯、實質關聯或直接即絕對必要關聯，以此進行審查憲法第 22 條、第 23 條要件；²¹ 而許國賢對於公共利益的定義則是，就長期而言，讓社會成員（含未來的成員）能普遍蒙受益處的共同利益或福祉，除此之外，其中提到對於公共利益的思考模式，不外乎出於兩種，其中一種為公共利

²¹ 陳宗憶，憲法第 22 條之詮釋——以司法院釋字第 748 號解釋為例，法令月刊，69 卷 4 期，頁 91（2018）。

益是每個人感知的私利或個人利益的交集或集合，亦即除個人利益之外，並沒有公共利益可言；其次則是公共利益雖然反映了社群的整體或長期利益，但也可能對於特定社會成員利益造成損害，又或者是透過部分成員的克制或犧牲得到的代價；²² 又或如吳信華於其文中，針對職業自由相關審查基準的判斷，認為職業自由的主觀條件限制，所呈現者亦先僅就該限制的法律具備重要之公共利益，且法律規定手段與目的達成均衡（檢視比例原則）等論述，其實仍不脫前述所提，對於手段、目的之間的關聯性思考。²³

表 1 我國憲法上有關公共利益之條文

條號	內容
第 22 條	凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障。
第 23 條	以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。
第 109 條 第 11 項	左列事項，由省立法並執行之，或交由縣執行之：省慈善及公益事項。
第 110 條 第 9 項	左列事項，由縣立法並執行之：縣慈善及公益事項。

資料來源：作者整理。

然而，雖然學者專家對於公共利益所做出的闡述，多強調比例原則與違憲審查之間的關聯性，但對於何者屬於公共利益？如何定義公共利益？卻並沒有過多的論述，亦如上述表 1 所呈現的，我國

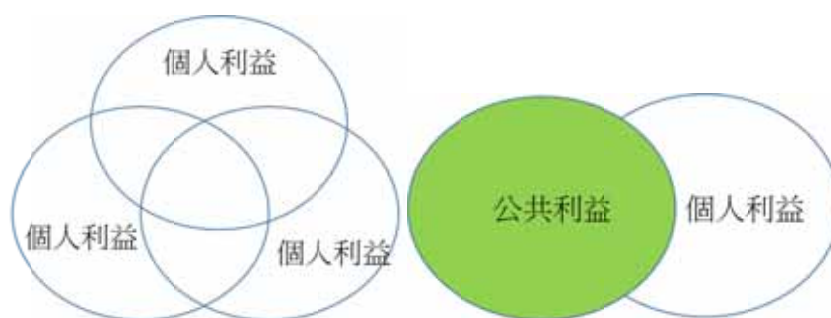
²² 許國賢，民主生活與公共利益：一個預備性的考察，行政暨政策學報，53 期，頁 5（2011）。

²³ 吳信華，「比例原則」下「實質關聯」的論證——釋字第 749 號解釋評析，月旦裁判時報，103 期，頁 12（2021）。

憲法規範中，公共利益在本文中確實出現在不同地方，但如以法律體系解釋的方式觀之，甚至是以條文文義的方式作思考，卻也未能對該名詞進行有效的定義。因此，如從我國學者專家文獻中作探討，趙宏所定義的公共利益，強調憲法的直接限制，且同樣讓立法者因而受限，但也因為這樣的解釋過於抽象難辨，確實被認為是公法之中最具抽象性的概念。²⁴ 因此，如圖 3 所示，除許國賢提出了兩種不同模式的思考方式，亦即以公共（私人）利益的交（差）集的論述進行分析，並說明了現行對於公共利益的論述，其實並不脫於個人利益的疊加或公共利益與私人利益之間的衝突兩大部分。然而，但凡從憲法條文之中，難以看出所謂的公共利益究竟為何物？特別是憲法所列示之基本權外，在第 22 條、第 23 條之中所表述的公共利益，在範圍上確實極其模糊且過於主觀。²⁵ 當無法準確地替公共利益的構成要件定義時，則也顯示了這類概念的確實可能產生更多爭論而難以解決，詳細的討論，待後文續作探討。

²⁴ 趙宏，從基本權限制條款看憲法規範的形式理性及其價值，中研院法學期刊，12 期，頁 216-217（2013）。

²⁵ 許恒達在其文中亦提到了對於審查標準的三種類型（嚴格、中度、合理），這也代表了如若採用較為嚴格的審查方式，則立法目的便須為追求重要公益。然而怎樣的事件才算是重大公益？在相關大法官理由書中，卻並未有較為明確的構成要件說明，縱然在文中提到，幾位大法官的意見與推論，皆認為通姦罪的刑罰規範所干預的基本權利較高，必須調高其審查標準，因此規範目的的重要性門檻也應該隨之提高。然而，不同時期的思想、文化，甚至是風土民情，都不見得對同一事件有著相同的看法（如同性婚姻合法化等），在這種變動的概念底下，又該如何準確的定義「重大公益」？如果無法精準的定義重大公益，那麼在立法目的的探究上，正當性是否欠缺等思考，又將成為更為模糊的概念，而難以解釋。許恒達，行為規範、保護法益與通姦罪的違憲審查——評釋字第 791 號解釋，月旦法學雜誌，305 期，頁 27-29（2020）。



資料來源：作者整理後自繪。

圖 3 公共利益的兩種表現方式²⁶

表 2 近年司法院大法官解釋中有關公共利益之論述（摘錄）

司法院大法官解釋	含有公共利益之詞之段落摘錄	所涉及公共利益的內容
第 806 號	關於人民選擇職業應具備之主觀條件，即從事特定職業之個人本身所應具備之專業能力或資格，例如知識、學位、體能等，立法者若欲加以規範，其目的須為追求重要公共利益，且其手段與目的之達成間具有實質關聯，始符比例原則之要求。 又街頭藝人從事藝文活動，縱然因技藝不足，而未獲觀眾青睞，實亦不傷大雅，對公益並無傷害。	憲法保障下的職業自由與藝術表現自由，以及集會自由等。管制目的應為追求合法之公共利益，但不得夾帶意圖壓抑表意內容之隱藏目的。手段至多僅得對表意內容造成附帶之適度限制，且應留給表意人有足以表意之其他替代途徑，始符比例原則之要求。

²⁶ 許國賢（註 22），頁 5。

<p>第 803 號</p>	<p>鑑於原住民從事狩獵活動之文化權利與野生動物之保護，皆屬憲法所保障之重要價值，是相關限制是否合憲，本院爰適用中度標準予以審查，如其目的係為追求重要公共利益，且所採限制手段與其目的之達成間具實質關聯，而並未過當，即與憲法第 23 條比例原則無違。</p>	<p>從尊重原住民傳統文化的角度出發，並落實保障原住民從事狩獵活動之文化權利。 保育野生動物、維護物種多元性與自然生態之平衡。</p>
<p>第 799 號</p>	<p>現行規定即有因社會大眾安全需求之公共利益與受治療者所承受之人身自由遭受限制兩者間嚴重失衡，致使有違反比例原則之損益相稱性要求而牴觸憲法之疑慮。</p>	<p>確保（性犯罪者）治療之有效實施，並避免其於治療期間發生再犯之行為，乃係基於防衛社會安全之考慮，其目的係為維護社會大眾人身安全、性自主權及人格權等特別重要公共利益。</p>
<p>第 748 號</p>	<p>是以性傾向作為分類標準所為之差別待遇，應適用較為嚴格之審查標準，以判斷其合憲性，除其目的須為追求重要公共利益外，其手段與目的之達成間並須具有實質關聯，始符合憲法第 7 條保障平等權之意旨。</p>	<p>維護基本倫理秩序，如結婚年齡、單一配偶、近親禁婚、忠貞義務及扶養義務等。</p>
<p>第 702 號</p>	<p>對職業自由之限制，因內容之差異，在憲法上有寬嚴不同之容許標準，若所限制者為從事一定職業所應具備之主觀條件，則需所欲實現者為重要之公共利益，且其手段屬必要時，方得為適當之限制，始符合憲法第 23 條比例原則之要求</p>	<p>因行為不檢而剝奪教職，原因在於保學生良好之受教權及實現憲法規定之教育目的。 原禁止終身再任教職之規定，對人民工作權之限制實已逾越必要之程度。</p>

第 476 號	其中關於死刑、無期徒刑之法定刑規定，係本於特別法嚴禁毒害之目的而為之處罰，乃維護國家安全、社會秩序及增進公共利益所必要，無違憲法第 23 條之規定，與憲法第 15 條亦無牴觸。	毒品造成之危害，並不僅限於部分群眾，而是侵害了社會及國家安全等法益，為害之鉅，當非個人一己之生命、身體法益所可比擬。
---------	------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------

資料來源：作者整理。

如果說，憲法依其特性論之，本就是具有較為抽象且彈性的概念，²⁷ 或許能夠解釋相關條文對於公共利益並沒有過於明確的定義。但從表 2 所摘錄的司法院大法官解釋中，卻發現公共利益一詞，常出現相關解釋文、理由書中，然而，從涉及公共利益的內容來看，誠然能夠了解，公共利益所涉及的面向極為廣泛，也因為如此，公共利益在法律上的概念，則是會取決於可能觸及的議題，與憲法價值是否相悖，甚至會產生如司法院釋字第 476 號解釋中，就個人生命及身體法益和國家安全法益權衡的情形。但也因為如此，從表 2 中觀之，在司法院大法官解釋中，亦未見較為完整的定義，且反倒可能產生後續法規是否類推適用的爭議。²⁸ 或許吾輩能從法律變遷的層面做思考，由於不同時代背景下，對於憲法保障的價值

²⁷ 呂炳寬、項程華、楊智傑，中華民國憲法精義，五南，六版，頁 6-7 (2018)。

²⁸ 例如，在通姦罪違憲審查的理由書中，對刑罰制裁的違法行為，應以侵害公益、具有反社會性之行為為限，但蔡聖偉亦表示，此類論述是否會普遍適用於所有刑法規範的違憲審查，其亦無法給出較為確切的答案，更無法從解釋文中獲得更多論證。據此，作者認為，或許所謂的反社會人格較能從病理、心理、醫學上做出定義，然而所謂的公益乙詞，從表列的憲法與司法院大法官解釋中，卻能發現其包含的領域、範圍極為廣泛，但除作者於表 2 中整理的司法院大法官解釋之外，諸多解釋文都有論及公共利益（或公益）。然據作者所查找的解釋文中，對於公共利益而言，確實沒有一個較為統一的解釋。蔡聖偉，通姦罪的違憲審查——兼評司法院釋字第 554 號及第 791 號解釋，興大法學，29 期，頁 36 (2021)。

有著不同的解讀方式，或是社會整體發展的態樣，導致人們開始重視特定議題，這樣的論述的確反應了社會價值觀修正的樣貌，但也因為如此，所謂的公共利益又該被如何定義，反倒成了一個需考量「特定時間」、「議題」的抽象性概念。²⁹

舉例來說，如司法院釋字第 803 號解釋中，詹森林大法官在其意見書所提到的解釋產出過程，亦說明了此號解釋對於諸位大法官而言，意見非常的分歧，甚至到了癱瘓解釋的情形。倘若循此脈絡進行思考，當大法官們所認為憲法應保障的價值並不一致，是否能夠等同證明了公共利益確實需要以個案思考的方式予以論述，然而在個案討論的過程中，也能發現不同時空背景，社會價值的差異，如司法院釋字第 748 號解釋在歷經了司法院釋字第 365 號及第 554 號解釋後，反倒呈現了司法院大法官解釋結果隨著時代改變的情狀，倘若憲法保障的價值本就應隨著社會、時間而有所修正，那麼對於公共利益而言，不也是應該從個案的角度進行思考，而非以通論的方式加以定義？

職是如此，作者仍肯定大法官在理由書中，針對不同價值進行說明與辯證，此一舉措對於後續法律的制定來說，在階層性的思考下，憲法（或司法院大法官解釋）所呈現較為彈性的抽象性論述，也給了下級法院在審判時，能考量更多元化觀點的空間。雖然如前

²⁹ 誠然，如審查委員及編審委員會提供的意見中，也能發現比例原則在公共利益議題上，常被提及或成為論述重點的情形，且從表 2 中內文未提及的司法院釋字第 806 號、第 799 號及第 702 號等解釋作思考，其實都涉及到「利益」的比較態樣，如性犯罪者與社會安全、平等權、自由權等。但不可避免之處在於，相關爭議的產生，本就是利益之間的相對性思考，而非唯一性思考，故要產生一個能適用於所有標準的公共利益框架，其實非常困難（甚至是本就無法達成）的統一概念。但這樣的問題則會建立在所涉及到的群眾數量、立即或可見之利益減損，和如何證明延伸的利益減損關聯性等狀況上。也因為如此，作者希望透過本文之撰寫，強調社會對於公共利益的考量，應將未來可能影響的情況一併考慮進去，但如何考量、考量的範圍為何，卻需要跨領域研究且針對個案獨立思考，而非以通論的方式進行判斷。

所述，公共利益甚難形成統一性的概念，但相對性的思考，或能成為後續探討公共利益的判斷方式，假設如司法院釋字第 476 號解釋般，發生個案在侵犯法益與保障法益，在影響數量或延伸涵蓋層面有著「明顯」之差異時，理應有著較可被人接受的價值判斷方式。但這樣的思維卻可能產生如本文所探討的主題般，如若汙染所造成的影響是向後發生（或非立即性）的情事時，在因果關係的判斷上，就需要更多的實證方式予以證明；又或者相關法益的價值難以權衡（評估），如司法院釋字第 803 號解釋中，所提及的動物保育、文化權和人類生存權等考量，確實難有較肯定的明顯差異存在。故後段從相關行政裁定進行思考，接續探討中火減煤爭議與公共利益之間的關聯。

二、從相關行政裁定做思考

如前所述，當環保署發函至台中市政府，認為台中市生煤管制條例抵觸相關法律規範而無效後，台中市政府亦對行政院之命令向法院聲請停止執行，後經臺北高等行政法院 109 年度停字第 62 號行政裁定、臺北高等行政法院 109 年度停字第 70 號行政裁定、最高行政法院 109 年度裁字第 1958 號行政裁定，台中市政府所提之理由皆被駁回。雖其中仍有極多的法律爭議可供探討，但細觀其紋理亦能發現，如表 3 所列，這幾份裁定中，皆提到的公益與私益等字眼，似乎是雙方在法律攻防之外的另一爭執點，然而，公益與私益之間，本就有著甚難擊劃清楚的界限。如欲使用此類字眼做裁定依據，則相對地應能清楚劃分出公、私益之間的區別，但從裁定書狀做思考，卻也未能看見承審法官較為細緻的描述，而僅略以數行文字帶過，從研究者的角度觀之，確實極其可惜而未能使該裁定作為後續類似爭議之借鑒。

表 3 與此案相關之高等（含最高）行政法院裁定整理

裁定	內文中有關公益、私益之彙整
<p>臺北高等行政法院 109 年度停字第 62 號行政裁定</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. 再者，行政訴訟法第 116 條之規定，聲請人聲請裁定停止原處分之執行，係為其日後提起撤銷訴訟之權利保護目的，所指原處分之執行將發生難於回復之損害，屬私益之損害而非公益之損害，殊不得以原處分之執行將發生公益上難於回復之損害為由，聲請停止執行。 2. 按「行政訴訟繫屬中，行政法院認為原處分或決定之執行，將發生難於回復之損害，且有急迫情事者，得依職權或依聲請，裁定停止執行。但於公益有重大影響，或原告之訴在法律上顯無理由者，不得為之。」、「停止執行之裁定，得停止原處分或決定之效力、處分或決定之執行或程序之續行之全部或部分。」行政訴訟法第 116 條第 3 項及第 5 項分別定有明文。 3 若系爭函告停止執行，使聲請人所屬環保局繼續依系爭規定意旨，變更臺中電廠已取得固定污染源生煤使用許可證或操作許可證的規制效力，甚至進一步廢止許可者，將使臺中電廠供電能量大幅降低，即使國家能源轉型政策執行減煤策略，推動以燃氣機組發電而主動持續減少用煤量，並配合空氣品質監測預報降載減排，但系爭規定限制臺中電廠使用生煤發電的管制，使該電廠內各機組間運作與停機維護調度彈性受限，仍足以影響全國電力穩定供電的備轉容量率等情，業據經濟部以 109 年 8 月 28 日函呈請行政院回復本院說明甚詳，並有臺中電廠簡介、臺電公司電廠電網分布圖、電網供電資訊等在卷可佐。由此可見，系爭函告停止執行者，不僅是臺中電廠營業自由受到限制，更使全國供電的穩定性與合理調度都受衝擊影響，對公益有重大影響，其程度更甚於本案爭訟期間，系爭函告不停止執行者，臺中市管制生煤、石油焦等使用之環境保護自治權限受到干預的不利影響。

<p>臺北高等 行政法院 109 年度停 字第 70 號 行政裁定</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. 因國內外研究指出燃燒生煤、石油焦為 PM 2.5 主要來源，影響空氣品質，並對民眾健康造成危害，聲請人基於環境保護及維護市民健康之公益，制定系爭自治條例，符合憲法及環境基本法的規範精神，相對人應予尊重。 2. 系爭函告若予停止執行，將使聲請人有更多或全面廢止臺中電廠發電機組許可證照的權限，影響全國電力備轉容量率的基本要求，破壞供電的穩定性，提升限電風險，破壞臺中電廠各機組運作與維護的調度彈性，衝擊全國電力網，對公益有重大影響。 3. 系爭函告的停止執行對公益有重大影響：……由此可見，系爭函告停止執行者，不僅是臺中電廠營業自由受到限制，更使全國供電的穩定性與合理調度都受衝擊影響，對公益有重大影響，其程度更甚於本案爭訟期間，系爭函告不停止執行者，臺中市管制生煤、石油焦等使用之環境保護自治權限受到干預的不利影響，參照行政訴訟法第 116 條第 3 項但書規定，本件停止執行的聲請更難認有理由。
<p>最高行政 法院 109 度裁字第 1958 號行 政裁定</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. 然縱依抗告人之主張，系爭 4 號函、4A 號函果係行政處分，則其依行政訴訟法第 116 條之規定，聲請停止系爭 4 號函、4A 號函之執行，亦必須系爭 4 號函、4A 號函的執行，抗告人將發生難於回復的損害，且有急迫情事者，而於公益無重大影響時，始得准予停止執行。 2. 如果聲請人的本案訴訟並無顯會勝訴或敗訴的情形，則應審查原處分的執行是否會發生難於回復的損害，而且有急迫情事，以及停止執行對公益有無重大影響等要件，再加以決定。 3. 系爭 4 號函及 4A 號函之執行與造成臺中市民、全國人民之生命身體健康損害，其間之直接因果關連性，尚待釋明。抗告人僅泛稱系爭 4 號函及 4A 號函之執行將造成臺中市甚至全國之空氣污染，致生難於回復之損害，顯未盡釋明責任，抗告人既未能釋明系爭 4 號函及 4A 號函之執行，將致其受有難於回復之損害，更難謂有何急迫之情。抗告人於原審所為停止執行之聲請，自不應准許。

資料來源：司法院，作者自行彙整。

從表 3 中亦能看出，臺北高等行政法院 109 年度停字第 62 號行政裁定認為，台中電廠供電能量降低所影響全國電力穩定供電的備轉容量率，所造成的公益重大影響程度，相對環境保護自治權而言，則有過之而無不及。但這樣的思考，卻仍回到本文前段所述，雖然以現況論之，缺電所帶來的公共利益影響確實是「明顯」可見的，但從影響延伸的層面來看，卻又能發現生態保育可能帶來向後發生的爭議。如若將其作比較，現行缺電所影響的利益，應是缺電所帶來的不便（或經濟損失），但環境生態及憲法保障下的生存權、健康權等，似乎無法置放於同一天平進行權衡。再者，雖臺北高等行政法院 109 年度停字第 70 號行政裁定中，點出了用電與廢止使用執照所帶來的爭點，亦即本文以下所欲探討的，究竟是電力供應為公益？或是降低空氣污染是公益？但細究最高行政法院 109 年度裁字第 1958 號行政裁定，亦未能針對公共利益有著更完整的說明（或定義），而僅針對污染與身體健康間，直接因果關係的說明未盡完善，如從反面角度做思考，也能發現如若抗告人（臺中市政府環境保護局）能提出有力證據證明污染造成身體健康之關聯，或許相關裁定可能因此而有著不同的結果。是故，前述爭點究竟何者屬於公益範疇？又以何項標準認定屬於公益之範疇？承前文所述，應就本案所可能涉及到的「價值」進行考量，並試圖從跨領域的觀點，分析、討論相關的公共利益範圍，故後文將延續此一脈絡，探討當公共利益之詞難以被定義的情況下，法律規範應考量的內容、範圍及是否應連帶思考向後發生「非立即可見」之影響。

三、從國外文獻對公共利益的觀點談起

在回顧我國憲法條文、大法官解釋、有關中火議題的行政裁定後，都能發現公共利益在法律規範及相關延伸的判決、裁定中，都

呈現較為模糊、難以解釋的樣貌。縱使這樣的思考，如前所述，以憲法的彈性、抽象性概念作解釋，在邏輯上確實會呈現這樣的情形，但這卻讓吾輩的思緒延伸出了另一個問題，亦即這樣抽象性的解釋方式，是否僅為我國憲法（含司法院大法官解釋）所特有？又或許能從外國的文獻中，得到較為完整的定義？職是如此，本段便從外國文獻中予以回顧，試圖梳理相關脈絡，以供後文探討中火減煤時，能有較為完整的論述基礎。

Walton H. Hamilton 認為公共利益屬於一個較為籠統的術語，代表著法律共同關心的事務；³⁰ 如果從文化財產的角度論公共利益，則 John Henry Merryman 所撰其文，確實能從公眾的角度去思考，相關文化財產（包含藝術、文化）等，確實對人類的發展，存在著可供探詢的價值，也是因為這種價值的存在，故對於公眾而言，的確有其利益可言；³¹ Alan Dignam 則從 AI 製造的角度，去探討相關公共利益與私人利益之間的「抉擇」，對於人們而言，或許公共利益因其概念的模糊性而難以被量化，但對於 AI 人工智慧來說，公共與私人利益之間，或許彼此的界線是能被定義的，無論是以「人」為主要的利益獲得者，或是將其量化思考，都仍待未來的技術予以分析；³² John Burns & Stephen Jollands 則從會計行業的角度，去探討所謂的平等與公平在公共利益原則下，更應注重弱勢族群的權益，並且實現公共利益的價值。³³ 對於弱勢族群的支持，本文是認同的，但所謂的公共利益是否僅強調對弱勢族群的協助？

³⁰ Walton H. Hamilton, *Affection with Public Interest*, 39(8) YALE L.J. 1089, 1092 (1930).

³¹ John Henry Merryman, *The Public Interest in Cultural Property*, 77(2) CALIF. L.REV. 339, 342-345 (1989).

³² Alan Dignam, *Artificial Intelligence, Tech Corporate Governance and the Public Interest Regulatory Response*, 13(1) CAMBRIDGE J. REG. ECON. SOC. 37, 44-46 (2020).

³³ John Burns & Stephen Jollands, *Acting in the Public Interest: Accounting for the Vulnerable*, 50(5) ACCT. & BUS. RSCH. 507, 514-20 (2020).

這又是另一個需要探討的方向。如以前述觀點視之，所謂的公共利益應該是不分彼此、不分有錢或貧困，但如若以此作為思考，則可能造成社會階級的更加不平等。Stefano Moroni 則從憲法的角度，做出對於公共利益而言，較為明確的定義。其認為如要評估某一件事是否符合公共利益時，重點是是否可能涉及「全體」的利益，但所謂的「全體」卻可能屬於群體中「隨機抽取」的一部，亦可稱之為隨機的個人利益總和。然而，更重要的一點是，Stefano Moroni 提出了對於「後代」利益的考量架構，而不僅限於當代的所有人。³⁴ 然而，公共利益的模糊性確實仍存在於法院判決之中，正也是因為如此，M. Devon Moore 認為，法院在審判時，需權衡公共利益與當事人的身分、直接與間接的影響、訴訟的原因與請求救濟的範圍，雖然這樣的考量確實也是為司法裁量權保留了彈性，但實際上對於公共利益的分析來說，卻需要更多的例證去說明，公共利益的範圍及使用的界線。³⁵

四、小結

從國內、外的文獻、法院判決以及相關大法官解釋，都能看出公共利益一詞，確實存在著較為模糊且抽象的概念，縱有學者專家對其做出定義，但詳觀其內容，確實也是在我群（ingroup）與他群（outgroup）之利益做出抉擇（或取捨）。當然，公共利益確實涵蓋了個人利益於其中，只是如若討論單一議題的框架，則勢必得從「得利益者」與「利益受損」者，將其在利益的得到與損失之

³⁴ Stefano Moroni, *Constitutional and Post-Constitutional Problems: Reconsidering the Issues of Public Interest, Agonistic Pluralism and Private Property in Planning*, 18(1) PLAN. THEORY 5, 10-13 (2019).

³⁵ M. Devon Moore, *The Preliminary Injunction Standard: Understanding the Public Interest Factor*, 117 MICH. L.REV. 939, 961 (2018).

間，加以權衡比較。如若無法達成雙贏的結果，也只能在不得不的情況下，選擇一個得利益者的「利益」在「質」與「量」上，皆遠大於利益受損者之受損利益的結果，而成為類似圖 3 右側，公共利益侵害個人利益的思考。後段將以此為基礎，論述中火減煤在公共利益的觀點下，該如何處理才較為接近本文的定義。

肆、中火減煤：難以平衡的議題？

一、能源的使用與生存的權利

如果從中火減煤的爭議來看，除前述中央與地方權限問題外，另一個需要探討的焦點，則是能源使用與生存權利的問題。前述探討權限的文獻已有眾多學者進行分析，但卻少見以公共利益的角度探討中火爭議的著作。在進行後續討論之前，須先針對能源與生存權利是否涵蓋於公共利益範圍作一簡單說明。事實上，身處於現代化科技社會的吾輩，生活中的食、衣、住、行，都脫離不了能源的使用。但在現有能源不是有使用數量上的天然限制，就是衍伸的污染問題難以解決等情況下，能源確實成為了公共利益涵蓋範圍的其中一個項目。然而，在前述污染問題可能對於現代人（或未來子孫）健康造成難以挽回的後果時，人們開始反思無論是環境保護或是生存權，如將其和能源使用同樣置於公共利益的天平兩側，最終的考量又將偏向何方？

雖然如前文所述，本就難以定義公共利益的概念，³⁶ 然仍能確定之處在於，無論是能源使用或是生存權利，都屬於公共利益所需

³⁶ 如將公共利益視為價值的對話，但何謂價值，誰的價值才算是價值，此一論述又將本就模糊性的公共利益詞語更加模糊化了。謝俊義，「定位」與「定向」——公共行政的大問題，中國行政評論，10 卷 4 期，頁 195（2001）。

保護的對象。但也是因為如此，中火爭議才產生了兩派支持者（或論為中央與地方）的論戰。雖然各自之立場都有其立論基礎，也都是為了所謂的公共利益著想，但對於民眾而言，確實可能形成「我者損失之利益」大於「他者得到之利益」的矛盾現象。³⁷也因為如此，本段將從能源之使用與生存權作為討論的主軸。

如將探討的層級拉高到國際協議觀之，近來最受注目的焦點，則是聯合國永續發展目標（Sustainable Development Goals, SDGs）。³⁸ 其中的 17 項目標便包含了確保健康及促進各年齡的福祉（目標 3）、確保所有人都能取得可負擔、可靠且永續、現代的能源（目標 7）、永續利用相關資源（目標 14、15）。從前述目標中也能看到，對於能源議題以及健康的維護，確實具有相同的重要價值。而我國憲法以及憲法增修條文，亦有針對能源和生存權的相關論述，如表 4 所示。

表 4 我國憲法與憲法增修條文中，有關能源和生存權的規範

條號	內容
憲法	
第 15 條	人民之生存權，工作權及財產權，應予保障。
第 146 條	國家應運用科學技術，以興修水利，增進地力，改善農業環境，規劃土地利用，開發農業資源，促成農業之工業化。
第 157 條	國家為增進民族健康，應普遍推行衛生保健事業及公醫制度。

³⁷ 類似的情況，近來在 COVID-19 的影響下也逐漸受到重視。舉例來說，如疫苗的接種和國家購買疫苗數量和保護義務之間的思辨，或許也能解釋國家對於人民健康權具有最低限度保障義務的思考。蕭文生，接種疫苗——主觀公權利、國家保護義務，月旦法學教室，229 期，頁 6-9（2021）。

³⁸ DESA Sustainable Development, *The 17 Goals*, UNITED NATIONS, <https://sdgs.un.org/goals> (last visited Aug. 11, 2022).

憲法增修條文	
第 10 條 第 1 項	國家應獎勵科學技術發展及投資，促進產業升級，推動農漁業現代化，重視水資源之開發利用，加強國際經濟合作。
第 10 條 第 2 項	經濟及科學技術發展，應與環境及生態保護兼籌並顧。
第 10 條 第 5 項	國家應推行全民健康保險，並促進現代和傳統醫藥之研究發展。
第 10 條 第 8 項	國家應重視社會救助、福利服務、國民就業、社會保險及醫療保健等社會福利工作，對於社會救助和國民就業等救濟性支出應優先編列。
第 10 條 第 10 項	教育、科學、文化之經費，尤其國民教育之經費應優先編列，不受憲法第一百六十四條規定之限制。

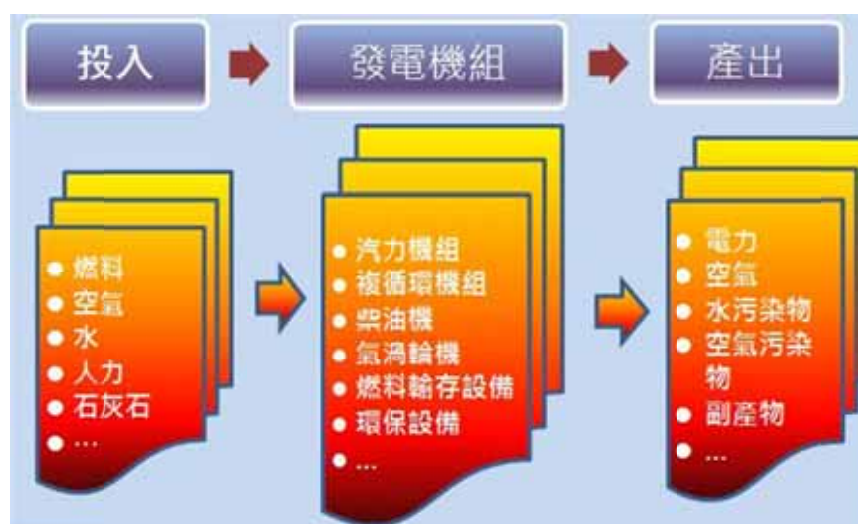
資料來源：作者整理。

從表 4 中可以看到，無論是憲法或是憲法增修條文，都對於能源（或科技發展）與生存權（或相關醫療）有著詳細的敘述。如以此作為公共利益考量的標準，兩者屬於其範疇應為確定之事。且無論是中央或是地方政府都須以民眾的生存權、能源發展作為優先思考的目標，以達憲法規範的意義及目的，此自不待言。但從中火爭議來看，卻能發現所謂的生存權，是可能受到能源發展的因素，而導致相關權利受到損失。舉例來說，縱使發電所帶來的利益屬於全國人民，但大台中地區的空汙問題，卻也對當地居民造成了長期性的影響。更白話的說，如若以政府官員的言論做思考，³⁹卻也能發

³⁹ 如時任經濟部長王美花認為，大潭電廠與三接案若無法順利通過，則可能影響台中火力發電廠降載的預期性目標。若將相關言論作反思，也能得知台中火力發電廠在現今藻礁公投沸沸揚揚的情況下，預期性的降載目標確實可能隨之修正，但對大台中居民而言，己身的空汙問題卻與他地電廠興建綑綁式的思考，確實極難說服當地居民，更遑論同黨立委蔡其昌所提案的中火燃煤除役，與中央主管機關之間的思維，又有所扞格而更民眾無所適從。郝雪卿，蔡其昌提中火燃煤除役主決議 中市府要求燃煤退，中央通訊社，2021 年 1 月 26 日，

現能源議題勢必會有所犧牲，只是犧牲的對象是誰？又以何種方式作犧牲？卻是極其複雜難解的爭議。

從圖 4 中可知，火力發電的主要過程中，產出物除了可供人類日常生活所使用的電力之外，仍有水污染物、空氣污染物等，對人體有害的物質。然而為了維持電力運轉的整體規劃，台中火力發電廠確實成為中台灣電力產能的重中之重。



資料來源：相關報導⁴⁰

圖 4 火力發電的主要過程

<https://www.cna.com.tw/news/firstnews/202101260191.aspx> (最後瀏覽日：2022 年 8 月 11 日)。鍾泓良，三接計畫若生變 王美花：中火燃煤機組減少降載量，經濟日報，2021 年 3 月 3 日，<https://ptthito.com/gossiping/m-1614744703-acd7/> (最後瀏覽日：2022 年 8 月 11 日)。

⁴⁰ 台灣電力公司，火力發電簡介，火力營運現況與績效，2021 年 5 月 28 日，<https://www.taipower.com.tw/tc/page.aspx?mid=202&cid=128&cchk=6e716039-2bcd-40e9-9fd3-d0163c19ec70> (最後瀏覽日：2022 年 8 月 11 日)。

從概念上來看，短期內中火機組要完全除役確實不太可能，在其他替代性能源方案尚未有更進一步的規劃時，中火僅能繼續運轉來維持一定程度的發電量。雖然仍有論點指出，台中地區的空气污染，中火並非單一污染的製造來源，而是可能因相關的風場、交通，或是境外移入的空氣污染源，加上中火所產生的空氣污染物，所導致「紫爆」（空氣污染指標）的結果。⁴¹ 但不可避免之處在於，中火確實是污染來源的其中之一，在無法避免境外污染物移入且又須考量民眾生存權益的情況下，中央與地方確實需要共同攜手面對，而非把能源不足或健康問題歸咎於其中一方。因為無論是台中市民的健康或是全國民眾的能源使用，都是我國國民的權益，如能達到雙贏的局面，那是再恰當不過的結果。

本文確實認為台中市政府必須思考如何將除中火之外的污染源，做更為有效且妥善的應對，使其對大台中地區的空气污染降到最低。但回過頭來思考，中火所提供的電力，並非僅提供大台中地區人民使用，⁴² 但所造成的污染卻直接性的影響了大台中地區的居民。對當地民眾而言，除須面臨本就存在的境外移入與交通、風場造成的污染物堆積，又需加上中火所產生的空氣污染物，倘若全速運轉之下，其造成的空氣品質下降，確實將對台中市民眾的健康受到損害。

但從另一個角度做思考，卻也能發現電力對人們生活同樣有著極強的影響性，食衣住行皆離不開電力。那麼吾輩是否能依此推論，因多數人對於電力的需求利益遠大於受空汙影響的群眾數量，

⁴¹ 主筆室，風評：台中紫爆所以中火無關空汙？談基本邏輯問題，風傳媒，2020年1月8日，<https://www.storm.mg/article/2153882>（最後瀏覽日：2022年8月11日）。

⁴² 陳文姿，全台電力調度大解析 從「中電北送」到「99%用電時間靠外援」說起，環境資訊中心，2019年4月24日，<https://e-info.org.tw/node/217418>（最後瀏覽日：2022年8月11日）。

故在公益的考量之下，犧牲少數人的利益是能夠被接受的？此一問題於此先擱下不提，留待後文續做討論。但此處提出的爭點在於，當電力供應來源之配套措施尚未完善時，便積極要求中火（或核電）退役（或退場），是否過於武斷且未能完整的考量國家整體能源政策之規劃？對於用電者而言，電力的持續屬於日常生活的主要需求之一，但衍生的空氣污染物，卻僅由以基載為主的燃煤電廠所在鄰近區域居民承擔，或許對居民的生存權益過於輕忽。再者，從使用電力的層面觀之，除工業用電與家庭用電、尖峰與離峰時刻有價格上的區分之外，在使用態樣上並不會有所區別。但從空氣污染的影響區域做思考，卻能發現影響區域仍以燃煤火力電廠所在地，為主要的影響範圍。也就是說，對中火所在鄰近縣市而言，一方面確實享受運轉所帶來的電力能源，二方面也同樣受其空氣污染物的累積，⁴³ 而產生了長期影響健康之疑慮。

由於空氣污染所造成的影響，並非是即時可見的，且從因果關係的角度來看，並無法將後續身體健康的影響，全然歸咎於火力發電之中。相關癌症、肺部疾病的產生原因，確實和空氣污染有著連帶性的影響機率，但從醫療的角度做思考，罹病原因與中火污染是否為等價性的若 P 則 Q 思考，確實仍待醫學專業研究假以論證。⁴⁴ 但為了保障人民的生存權，政府在有能力的情況下，理應盡量的減少可能患病的影響因子。如以此類方式做思考，中火的空氣污染，在有辦法解決的情況下，應該逐步的降載、停止營運，甚至思考如何讓類似的燃煤火力發電，有著更好的退場機制。畢竟，如將公益

⁴³ 林春利、程萬里、張家豪、白珏玲（註 14），頁 70-78。

⁴⁴ 但從不少文獻中，都能看出空氣污染確實會影響身體健康。紀妙青、謝依倫、王玉純，台灣空氣污染與呼吸道疾病健康風險，長庚科技學刊，13 期，頁 1-9（2010）。徐世達，空氣污染與細懸浮微粒（PM2.5）對健康影響，台灣氣喘衛教學會會刊，38 期，頁 3-5（2015）。

與生存權作統整性的論述與分析，能夠發現生存的權利相較用電利益而言，來的更加珍貴且難以回復。⁴⁵

試想，當科技業缺少電力時，產線所因此產生的損耗，確實可以藉由後續電力回復、增加產能的方式，讓企業損失降低，但人體健康卻甚難完整的回復，相較之下，視生存權為公益的一環，與用電利益間的比較，孰是孰非，應有個較為明確的答案。然而，仍有另一個問題須加以思考，亦即在降載（或停止營運）到能源政策成功轉型的過渡期中，相關的能源缺少情形又該如何考量？又或者是在符合空污排放標準的情況下，人民的健康仍因其受損的權衡應該如何評斷？

本文認為，在生存權為優先考量的情況下，政府本就有責任對於政策修正所造成的損失予以補貼，或循其他方式維持相關產業的營運。舉例來說，如在燃氣發電未能完全取代燃煤發電的情況下，或能思考核能發電退場時程的延後。畢竟將兩者的風險因子做比較，燃煤發電所造成的汙染，是與境外汙染物及本土（汽機車等）汙染互相疊加的。但在核四封存不運轉的情況下，讓現有核電電廠於符合安全檢測的前提，暫時性的讓其替代運轉，或許是更為恰當的選項。當然，這樣的思考同時也須加快相關燃氣發電的配比，並逐年調降發電所佔比例。另一方面，縱使中火符合相關空氣污染排放標準，但從長遠的角度做思考，逐步降載並以燃氣發電替代，同時也是執政黨與在野黨（或論為中央和地方）的共識。⁴⁶

⁴⁵ 葛應欽，台灣空氣汙染與社區居民健康效應，高雄醫學科學雜誌，12 卷 12 期，頁 666（1996）。

⁴⁶ 陳淑芬，蔡英文親上火線面對中火爭議 盧秀燕：歡迎以一換二，中時新聞網，2021 年 3 月 20 日，<https://www.chinatimes.com/realtimenews/20210320002803-260407?chdtv>（最後瀏覽日：2022 年 8 月 11 日）。

退萬步言，如需將電力使用與生存權益作是否為公益的區分時，通念上理應都承認人民的生存，確實相較電力使用來的迫切且實際，缺乏電力對人類而言，所造成的生活不便，並不致完全影響生存的權利，但人類如缺乏生命，縱使有再多的電力，都無法為人類所運用。

二、誰的公共利益？

事實上，當生存權與能源使用都為公共利益的範疇時，另一個需要思考的問題則是，為什麼作者會認為生存權會大於中火降載所造成的能源（經濟）利益損失？在討論這個問題之前，或許先跳脫原有的思考模式，去看待所謂 51%與 49%之間的爭議，再去分析生存權與中火減煤的爭議，似乎較為恰當。

從概念上來看，如一國國民對某一可能改變現有利益的政策，有 51%的人支持、49%的人反對，那麼以少數服從多數的概念，似乎公共利益的天平應朝向 51%移動。但這樣的論述，或許對於 49%的國民而言，似乎有可供置喙的空間存在。也因為如此，從數量上對公共利益做思考，確實可能產生以上爭議。再者，實際的影響受眾（或不受影響的受眾）如何計數、如何評估？相關的利益損失又該如何比較？確實對於本就較為抽象的公共利益而言，顯得更為難以掂量。

是故，本文認為，生存權遠大於中火減煤損失利益的原因可分為以下幾點作分析。首先，對於人類生命來說，並沒有任何一個學者專家能精準的計算出所具備的「價值」，也是因為如此，在「生命本無價」的情況下，任何人都無法剝奪其生存的權利，類似概念的法律規範，亦常見於國際社會的共識之中（如兩公約、禁止種族清洗或滅絕等）；其次，當中部地區無法阻卻境外污染物，以及除

中火外的本土性空氣汙染時，中火以燃煤發電造成的汙染，確實只會讓本就不佳的空氣品質雪上加霜；⁴⁷ 第三，對於任何能以金錢衡量的物質或科技發展而言，只要後續規劃得宜，事實上都能以最快的速度，將能源轉型期間的損失補足，並且提供永續且較為健康的發展態樣。第四，在生存權為優先的情況下，吾輩生活的環境才能永續發展，縱然將中火對於身體健康的影響排除，但整體地球因燃煤所造成的地球暖化現象，確實讓氣候變遷更為劇烈。⁴⁸ 因此，讓生存環境永續發展亦為國際之間的共識，如若我國能以此作為轉型的目標，並且加快汰換能源設備的進程，對地球環境而言，公共利益所涵蓋的範圍將更為廣泛。

三、從後代子孫的角度做思考

空氣汙染所造成的身體侵害，確實是持續且長存於人體及後代子孫的生存環境之中。⁴⁹或許從現代人的角度來看，能源的缺少確實會帶來生活上的不便。但從另一個角度觀之，如果現今的社會已然將生態系統破壞殆盡，甚至威脅到生存的權益時，那麼能源的使用與生存之利益，絕大多數的民眾理應會希望以維持生存作為優先考量。

⁴⁷ 其實亦有研究指出，我國現有的空氣汙染來源，將近七成都是本土製造，剩下的則為中國大陸的沙塵暴。許欣欣，環環相扣的空氣汙染問題，生態臺灣，51期，頁 27-29 (2016)。

⁴⁸ 中央社，全球 8 成新建燃煤電廠都在亞洲 5 國 違背抗暖化目標，中央廣播電臺，2021 年 6 月 30 日，<https://www.rti.org.tw/news/view/id/2104191> (最後瀏覽日：2022 年 8 月 11 日)。Abby Huang，全球暖化還在蓋煤電場，《金融時報》：聯合國氣候峰會不讓日、韓首長發表演講，The News Lens 關鍵評論，2019 年 9 月 18 日，<https://www.thenewslens.com/article/124894> (最後瀏覽日：2022 年 8 月 11 日)。

⁴⁹ Regina Rückerl et al., *Health Effects of Particulate Air Pollution: A Review of Epidemiological Evidence*, 23(10) INHALATION TOXICOLOGY 555, 555-560 (2011).

其次，然若從下一代的觀點作分析，當汙染是以累進且難以消除的方式存在於地球生態之中，現今對於環境的任何破壞，都只是剝奪了未來人類生存的權利。假設後代子孫於其生存年代要求現今的我們，替其損失的公共利益予以「補償」，那時的我們，不知該如何思考？且損害已然造成，環境亦難回復，後代的生存權亦隨之受損，或許基於此項理由，吾輩才更應該從公共利益中的生存權出發，去探討如何降低對於現有環境的破壞。

因此，中火減煤、能源轉型，本就是我國在環境及能源政策上所應優先思考的主軸，或許台中市政府的開罰行為並不合法，但其行使行政行為的基礎，卻是基於當地（及鄰近都市）的生存權益。也因為如此，本文認為先前學者專家討論中央與地方權限的論點，對於法律、社會等層面而言，確實屬於必須且具價值性的研究。但從生存權的角度來看，或許中央政府能夠考量到台中市市民（及鄰近城市），在中火燃煤汙染物難以排除，且又遭受境外沙塵暴、本土製造的其他汙染的多重打擊下，能與地方政府共同攜手，共同解決空氣汙染的問題。畢竟，台中市市民亦為我國國民，在我國國境內使用能源的也是我國國民。因此考量到民眾的生存權，適時的以政策補貼方式，提供產業因能源轉型造成的損失，或許帶來的公共利益，並不僅限於生活於當代你我，而是可能讓後續子孫共享永續發展的「公共利益」。

伍、結語

於提出本文結論之前，首先須回答前述提出的兩個問題。第一，本文認為公共利益確實難以定義，但在其涵蓋範圍下，仍有優先適用的順序，如生存權大於因能源轉型造成的利益損失。第二，

中火爭議涉及的法律議題甚廣，無論是從垂直權力分立問題做論述，或是從替代能源等議題之效益加以分析，都為學術研究的價值所在。然本文試圖論證之處在於，公共利益下的生存權，基於難以回復及代際正義（intergenerational justice）的特性，理應優先於能源發展。因此，中火減煤（甚至是能源替代）本就屬於勢在必行的政策規劃目標，中央與地方應當共同合作，讓中部民眾能盡早擺脫因燃煤發電汙染，因而降低對身體健康的危害可能。

從實際層面作思考，也能發現中火爭議所涵蓋的領域、層面，確實極為複雜且難以產生「最適解」。也因為如此，本文試圖從公共利益的觀點，從憲法層級的法律規範、司法院大法官解釋、相關裁定、國內外學者文獻進行整理、分析，希望能提供後續研究者，另一種除了環境保護、能源議題以外的研究方向。也期盼未來能有更多跨領域的學者專家，共同針對中火、能源、健康、法律等議題進行整合研究。對於生活方式而言，能源的使用本就已然成為生活中的常態；但對於身處中火附近的民眾來說，卻是希望政府能夠提出相對應的解決方法，進而使其身體健康與生存權得以受到保障。

誠然，公共利益下的生存權，依本文所述，基於「難以回復」及「代際正義」的特性，理應優先於能源發展。此一概念近似於環境法概念下的預防原則（precautionary principle），⁵⁰ 如若存在不可

⁵⁰ 亦如審查委員提供的建議，本文主要論述在於生存權與能源發展之間的拉扯，此一概念近似於環境法中的預防原則，但對於預防原則來說，當吾輩聚焦在避免特定風險(A)產生時，則可能忽略其他未被注意到的風險(B)，或是採取措施可能伴隨而來的其他風險(C)；對於權衡 A、B、C 之間孰重孰輕時，是否有著必然 A 大於 B 和 C 的結果，確實也是需要審慎評估的情形。然而，亦如內文所述，在生存權逐漸受到重視的情況下，針對環境的保育或是對後代子孫的影響，其實能夠從許多的公約（如鹿特丹公約、京都議定書）或聯合國永續發展目標(SDGs)等，都能看出現行國際社會對於環境、生存權利的重視程度逐漸增加。再者，從 Cass R. Sunstein 對於風險的思考中亦能看出，期望值、損失和成本等層面，對於預防原則而言，都被視為一個安全邊際的假設存在，特別是可能涉及健康的議題來說，科學的論證基礎，可能隨著研究技術、統計方式的差

回復損害的可能性，政府不應以「缺乏證明損害會發生的科學證據」當成不作為的藉口。但以風險發生的機率做思考，也能看出任何行為（措施）都存在一定的風險，在此情況下，發生的機率、所造成之損害，及可能被犧牲（或實現特定目的）的成本，都將成為衡量的邏輯判斷依據。作者認為，對人類而言，生存權本就屬於一直以來法律所欲保障的基本價值，而此一概念並不會因為時代變遷而有所改變；但對於能源使用（或論為科技發展）來說，強調降低污染的方向仍是現今世界主流觀點，吾輩並不可能因科技發展而在環境保護等議題走回頭路。是故，如何保育自然資源、維護後代子孫的生存權利，亦是通念上被認為政府應該妥善思考的政策規劃目的。

再者，對於未來的科學技術而言，強調能源利用的效益及降低環境污染的願景，本就為發展技術的目標與主要思考。因此，從本文所探討的主題觀之，能夠發現雖然能源使用確實可能面臨缺乏的問題，但對於能源使用效益提升後的結果來說，卻也能看到這樣的思維，是「短期」且「必定會有解決之道」的情形。然而，從生存權的角度來看，不論環境污染程度為何，都將造成「長期」且「不可控」的環境風險。兩相對照之下，從「影響時間的長短」與「可回復性」來看，公共利益下的生存權，或許遠較政府認為仍有其他

異，而呈現不同的結果。也因為如此，本文認為，火力發電對於人體健康的危害，確實是已知的事實，雖然影響層面與因果關係的鏈結，仍需長期性的觀測與追蹤，但不得不承認之處在於，當已確認有另一項可替代能源可取代火力發電時，對於人體健康的影響風險，隨之降低的效益也是可被預期的。雖然會有反面的思考認為，以現有的技術來說，火力發電確實對於能源使用更有效率，但從風險評估的情形討論之，亦能發現科技對於增進能源循環使用的發展方向，也是未來產業研發的主軸，當未來發電的效益可被提高，但反觀健康受到影響的損失卻無法回復的狀況，風險 A（生存權）大於風險 B（火力發電）（或其他風險 C）的權衡結果，卻也不言自明。有關預防原則的文章，請參考：CASS R. SUNSTEIN, THE COST-BENEFIT REVOLUTION 173-187 (2018); Cass R. Sunstein, *Maximin*, 37(3) YALE J.REG. 940, 950-976 (2020).

替代能源可用的火力發電來的更為重要，在考量上也須優於其他項目。

第三，中央與地方政府之間產生的爭執，更凸顯了此議題在公共利益層面上的衝突，不論是全體國民或是特定地方的民眾，都是中央（地方）政府所要提供實質保障的群體。在這種思考之下，如作出利益上的排序，或許可能產生公共利益探討上，常被提及 49% 與 51% 的爭論。也因為如此，本文認為針對法院後續裁判，或能參酌前述預防原則的概念進行思考，從正反雙方在影響時間的層面（長期或短期）、⁵¹ 是否具有替代方案著手。但不得不承認之處在於，當特定議題影響的層面過於廣泛時，何為公共利益、何為私人利益，似乎亦然呈現「剪不斷、理還亂」的情形，期能藉此文之探討，成為其他研究者論述之引子，而使我國公共利益產生最大化的可能。

⁵¹ 於此，學者牛惠之提出了一個較為明確的判斷準則，然本文主要探討的角度並非從預防原則出發，故僅於註腳中，就該文進行概要陳述。牛惠之認為，預防原則除以「謹慎第一、科學次之」為上位概念外，亦需考量採取預防原則之風險門檻（包含舉證責任）、進行風險管理、及執行預防性措施所須遵循之要件等三大項目。再者，該文中所提到的確保預防性措施的「暫時性、必要性、適當性、合理性與時效性」，及「定期檢討」和「檢視科技發展情形」等文字，其實與內文中所提到的需考慮公共利益中，時間影響的長短有著極其近似的概念。牛惠之，預防原則之研究——國際環境法處理欠缺科學證據之環境風險議題之努力與爭議，臺大法學論叢，34 卷 3 期，頁 45-54（2005）。

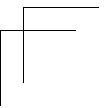
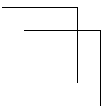
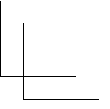
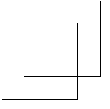
參考資料

- 王毓正（2020），從中火操作許可證廢止案論地方制度法與行政程序法之適用關係——兼論氣候變遷時代下環境治理之垂直權力分立的變遷，*台灣法學雜誌*，405 期，頁 83-97。
- 王琪、宋逢欣、顧乃平、陳金彌（2012），畸胎兒生存權的倫理決策，*榮總護理*，29 卷 4 期，頁 358-364。
- 牛惠之（2005），預防原則之研究——國際環境法處理欠缺科學證據之環境風險議題之努力與爭議，*臺大法學論叢*，34 卷 3 期，頁 1-71。
- 呂炳寬、項程華、楊智傑（2018），*中華民國憲法精義*，6 版，臺北：五南。
- 李信、楊逸亞、吳榮華、黃韻勳（2020），我國能源轉型政策對電力供給規劃之影響，*中國鑛冶工程學會會刊*，64 卷 3 期，頁 9-21。
- 李念祖（2018），誰的不確定法律概念？誰的釐清責任？——論釋字 767 號解釋中知情同意原則的質變，*月旦司律評雜誌*，創刊號，頁 48-61。
- 吳信華（2021），「比例原則」下「實質關聯」的論證——釋字第 749 號解釋評析，*月旦裁判時報*，103 期，頁 5-15。
- 吳明孝（2020），國家與地方自治體間關於空氣治理制度權限分配之研究——兼評 2018 年修正之空氣污染防治法與子法之若干規定，*台灣法學雜誌*，405 期，頁 99-122。
- 林春利、程萬里、張家豪、白珣玲（2002），台中火力發電廠排煙脫硫設備（FGD）對中部地區空品之探討，*環境保護*，25 卷 1

- 期，頁 54-81。
- 紀妙青、謝依倫、王玉純（2010），台灣空氣污染與呼吸道疾病健康風險，長庚科技學刊，13 期，頁 1-16。
- 高稹（2018），社會救助法上「擬制收入條款」之問題及其調整建議——以「生存權」與「補充性」理念衝突為中心，法令月刊，69 卷 1 期，頁 90-116。
- 孫迺翊（2012），社會給付權利之憲法保障與社會政策之形成空間：以德國聯邦憲法法院關於年金財產權保障及最低生存權保障之判決為中心，臺大法學論叢，41 卷 2 期，頁 445-516。
- 徐世達（2015），空氣汙染與細懸浮微粒（PM2.5）對健康影響，台灣氣喘衛教學會會刊，38 期，頁 3-8。
- 陳炳煌（2010），台中火力發電廠第四期開發案環評初探，生態臺灣，29 期，頁 26-29。
- 陳宗憶（2018），憲法第 22 條之詮釋——以司法院釋字第 748 號解釋為例，法令月刊，69 卷 4 期，頁 84-98。
- 許國賢（2011），民主生活與公共利益：一個預備性的考察，行政暨政策學報，53 期，頁 1-24。
- 許恒達（2020），行為規範、保護法益與通姦罪的違憲審查——評釋字第 791 號解釋，月旦法學雜誌，305 期，頁 15-32。
- 許欣欣（2016），環環相扣的空氣汙染問題，生態臺灣，51 期，頁 26-29。
- 許育典（2021），不同於憲法緊急狀態的法治國防疫措施——以法治國的國家保護義務為核心，月旦法學雜誌，314 期，頁 182-190。
- 葛應欽（1996），台灣空氣污染與社區居民健康效應，高雄醫學科學雜誌，12 卷 12 期，頁 657-699。
- 賈文字（2019），以程序補強明確性？——論司法院釋字第 767 號之

- 於藥害救濟及其擴散效應，中原財經法學，42 期，頁 159-198(2019)。
- 趙宏（2013），從基本權限制條款看憲法規範的形式理性及其價值，中研院法學期刊，12 期，頁 203-261。
- 蔡聖偉（2021），通姦罪的違憲審查——兼評司法院釋字第 554 號及第 791 號解釋，興大法學，29 期，頁 1-44。
- 蔡維音（2021），社會基本權之釋義學重構，成大法學，41 期，頁 1-51。
- 蕭文生（2021），接種疫苗——主觀公權利、國家保護義務，月旦法學教室，229 期，頁 6-9。
- 謝俊義（2001），「定位」與「定向」——公共行政的大問題，中國行政評論，10 卷 4 期，頁 177-207。
- 謝瑞豪、李睿桓、詹長權（2016），台灣大氣中 PM_{2.5} 污染濃度和汙染源的時空分布，台灣醫學，20 卷 4 期，頁 367-376。
- 謝宛庭（2020），漫談環境生存權——基礎建設與生態保育的權衡，在野法潮，47 期，頁 62-67。
- 蘇永欽、林錫堯、林輝煌、李念祖、黃錦堂、陳清秀、周宇修（2020），中央主管機關監督地方自治團體之界限，月旦裁判時報，95 期，頁 80-124。
- Dignam, Alan. 2020. Artificial Intelligence, tech corporate governance and the Public Interest Regulatory response. *Cambridge Journal of Regions, Economy and Society* 13(1):37-54.
- Sunstein, Cass R. 2018. The Cost-Benefit Revolution. *Cambridge, MA :MIT Press* 1:173-187.
- Sunstein, Cass R. 2020. Maximin. *Yale Journal on Regulation* 37:940-979.
- Burns, John., and Jollands, Stephen. 2020. Acting in the Public Interest:

- Accounting for the Vulnerable. *Accounting And Business Research*, 50(5):507-534.
- Merryman, John Henry. 1989. The Public Interest in Cultural Property. *California Law Review* 77(2):339-364.
- McAfee, Kathleen. 1999. Selling Nature to Save It? Biodiversity and Green Developmentalism. *Environment and Planning D: Society and Space* 17(2):133-154.
- Moore, M. Devon. 2018. The Preliminary Injunction Standard: Understanding the Public Interest Factor. *Michigan Law Review* 117(5):939-962.
- Lin, Min-Der., and Lin, Yung-Chang. 2002. The Application of GIS to Air Quality Analysis in Taichung City, Taiwan, ROC. *Environmental Modelling & Software* 17(1):11-19.
- Rückerl, Regina., Schneider, Alexandra., Breitner, Susanne., Cyrus, Josef., and Peters, Anette. 2011. Health Effects of Particulate Air Pollution: A Review of Epidemiological Evidence. *Inhalation Toxicology* 23(10):555-592.
- Moroni, Stefano. 2019. Constitutional and Post-Constitutional Problems: Reconsidering the Issues of Public Interest, Agonistic Pluralism and Private Property in Planning. *Planning Theory* 18(1):5-23.
- Hamilton, Walton H. 1930. Affection with Public Interest. *The Yale Law Journal* 39(8):1089-1112.



不當誘因或合理補償？ 淺談受試費的倫理疑慮與給付原則

鄭如君*

目次

- 壹、前言
- 貳、激勵措施與受試給付所衍生的倫理疑慮
- 參、激勵措施與受試給付的相同與相異
- 肆、給付模式與相應的受試費揭露原則
- 伍、結論
 - 一、釐清激勵措施與受試給付的差異性
 - 二、從給付理由與給付模式考量受試費的揭露原則

投稿日期：2021/07/09；接受刊登日期：2022/03/23

* 本文僅代表個人觀點。

現職：國立清華大學研究倫理辦公室執行秘書，賓州州立大學藝術教育博士。

聯絡方式：juchun@mx.nthu.edu.tw

摘要

本文從研究倫理與計畫執行兩個層面，來探討研究者用來提升研究參與者回應率的激勵措施與其衍生的倫理疑慮。由於激勵措施有鼓勵或影響潛在研究參與者參加研究之目的，而研究者所提供的受試費經常被視為是影響研究參與者自主權的激勵措施，因此，究竟應如何告知、何時告知，以及以什麼形式給付潛在的研究參與者才符合倫理的正當性，一直是研究倫理審查的關注重點。本文首先以英國劍橋大學研究倫理審查委員會的倫理指引，說明有關受試費的資訊揭露，如何隨著研究參與者的社經地位不同而改變其本質，並引用學者們對於及早或延遲向研究參與者揭露受試費資訊的正反觀點，來說明各方意見背後的倫理考量，同時點出「受試費」如何在不同研究情境的應用下衍生出複雜的目的性，它可能是用以鼓勵研究參與者參加研究的誘因、有時是對研究參與者的合理補償、或補貼其相對等勞力付出的工資形式等。最後，基於受試費在使用目的上的多元性，筆者認為應回歸實務應用面來評估受試費的揭露時機與使用原則，故援引 Dick & Grady 所整理的給付模式與給付理由，主張應從使用的目的、理由與方法來檢視倫理之正當性，才能建立一個綜合性的倫理評估架構。

關鍵字：激勵措施、參與者、補貼、補償、不當影響、交換價值、給付模式

Undue influence or reasonable compensation? A discussion of the practice of paying research participants and models of payment

Cheng, Ju-Chun *

Abstract

This article examines the ethical issues of using incentives in research involving human subjects based on the ethical dimensions of offering payment to research participants and the process of implementing the protocol. Since the purpose of “incentives” is to encourage or increase potential research participants’ responses to take part in research, offering payment to them is often viewed as a form of incentive that may interfere with voluntariness and the autonomy of their consent. Therefore, when to disclose offering payments and their amounts to participants in order to meet ethical standards has been the Institutional Review Board’s (IRB’s) focus for ethical review.

This article uses the perspective of “Payments and Incentives in Research” from the Best Practice Guidance of the Central University Research Ethics Committee to explain how the meaning of offering

* Executive Secretary, Office of Research Ethics, National Tsing Hua University. Ph.D, The Pennsylvania State University

payment to potential research participants changes from time to time according to their socioeconomic states. It has been argued by different scholars as to which practice can avoid making a tempting offer and thus having an undue influence on potential research participants' engagement. Would it be better to reveal payment amounts in recruitment materials, or to be done later through the informed consent process. However, my point is not to promote which practice is better, rather to elaborate on the positive and negative sides of both in order to represent their ethical considerations and how the purpose of "offering payment to participants" derives its diversity according to different research contexts. Payment could be an "incentive" to encourage participants to take part in research and some payments are used as a reasonable reimbursement because the participants may have travel expenses (out-of-pocket expenses) to get to the location to take part in the researcher's interview. However, some payments are used to express gratitude to participants because they may have to take a day off (a loss time and money) in order to take part in the research, and some payments can be viewed as wages because researchers ask participants to do some specific tasks (the concept is like hiring someone to do a part-time job as they may need to do a lot of work).

Due to the diversity of issues, I argue that we should evaluate the principles of offering payment and the timing of disclosing the payment amounts based on the practical situations and characteristics of different research contexts. Therefore, I cite the conceptualizing payment model of Dick and Grady to explain different payment models and reasons to pay research participants in order to build a multiple ethical frame to

assistant researchers in examining the purpose, reason, and model of offering payment to participants and meet their ethical justification.

Keywords: incentives, research participants, compensation, exchange value, undue influence, models of payment

壹、前言

在研究倫理審查的實務中，其中一項經常被討論、且不易有共識的議題就是研究者是否可以在招募廣告揭露參加研究的受試金額？以及哪些資訊該提早揭露給潛在的研究參與者？哪些應該在後續知情同意的說明過程中才予揭露？這些都是研究者所關注的議題，主張不應於招募廣告就提早揭露受試費的學者，認為這樣會致使研究參與者只在意參加研究所獲取之金錢報酬，而低估參加研究所可能帶來的潛在風險，進而做出不利於自己的判斷，導致身體、心理或其權益受到傷害。反之，認為應及早於招募廣告就揭露受試費的學者，則認為不應否定及早揭露金額、可提高研究回應率，讓研究計畫及早達成收案率的優點，且研究者仍可在後續與參與者進行情同意的說明過程中，再次確認參與者的納入條件、對資訊是否充分理解以及其自主意願。有關上述議題之正反意見皆有其倫理考量，本文之目的並非在論證哪一種作法才是標準答案，而是嘗試提出一種倫理評估的參考原則，試圖從研究者用來提升研究回應率的激勵措施（incentives¹）、受試費的給付理由與其給付模式等面向，來提供研究者在規畫研究招募與受試費的給付方法時的參考。

貳、激勵措施與受試給付所衍生的倫理疑慮

研究者在招募階段使用激勵措施，可能是金錢、物品、專業知識或服務等形式來鼓勵潛在的參與者來參加研究是常見的，但研究

¹ 文中所有提及之「激勵措施」與「誘因」等用詞，皆翻譯自英文文獻當中的 Incentives 一詞，考量文章閱讀之流暢性，文中有時使用「激勵措施」、有時使用「誘因」，兩者皆有間接影響或鼓勵參與者參加研究之涵義。

者所使用的激勵措施如果足以左右或影響參與者的判斷能力與自主意願時，就容易衍生倫理上的疑慮，誠如英國劍橋大學研究倫理審查委員會（*The Central University Research Ethics Committee*，簡稱 CUREC）在其倫理指引文件所提到的例子，研究者針對參與者所付出的時間與勞力給予相對應的受試費，對社經地位較不利的弱勢族群而言，可視為是一種經由勞力所換取之報酬，給予參與者相對的尊重與自尊，這樣的誘因雖然可以提高參與者的回應率與加速完成研究的收案速度，卻也不免令人質疑這樣的激勵方式可能會干預參與者的自主意願，讓參與者同意他們原本可能不太會參加的研究，尤其對經濟弱勢或資源匱乏的族群而言，這樣的效應會特別明顯，由於擔心失去賺取金錢的機會，他們寧可自行承擔不合理的風險，同時也可能讓研究者鎖定這類低收入、低社經地位的族群來進行招募²。

提早在招募階段就揭露受試金額，則可能會影響研究參與者對研究風險的評估，也就是所謂的「不當的影響」（*undue influence*），另一個風險則是可能讓研究參與者對研究者有所欺瞞，好讓自己符合研究的納入條件³，危及研究的科學性與有效性。但，真是如此嗎？主要的爭議還是揭露受試金額的時機是要在招募階段就提早揭露？或是在納入研究參與者之後，在進行知情同意的過程中，再行告知？提早揭露受試費，可能會讓人們以欺瞞的手段來符合納入的條件，但沒有任何的揭露，卻也可能無法引起人們參加研究的動機。

² Central University Research Ethics Committee, *Payments and Incentives in Research*, U. OF OXFORD, (June. 2, 2020), <https://researchsupport.admin.ox.ac.uk/files/bpg05paymentsandincentivesinresearchv10pdf>

³ Luke Gelinas et al., *Truth in Advertising: Disclosure of Participant Payment in Research Recruitment Materials*, 52 TIRS 1, 4 (2018).

持相反意見的學者則認為我們不應否認及早揭露金額的優點，Gelinas & Lynch (2018) 等人認為，及早於招募文宣的內容、向潛在的參與者揭露受試費，可讓符合研究納入條件的參與者有較高的回應率，對某些參與者而言，如果不知道參加研究的受試金額，就沒有參與的動機，對於臨床試驗研究，鼓勵並加速達成收案率是重要的，不足的收案率會阻礙新的診斷與治療等知識的發展，若能在招募階段提早揭露受試費用，將有助提升研究的參與率，使研究招募更有效率⁴，而且，一開始就揭露受試金額，也可讓研究計畫具透明度，也是一種對潛在參與者的尊重⁵。若 Institutional Review Board (簡稱 IRB) 考量受試費的及早揭露可能讓研究參與者低估研究風險，這樣的倫理疑慮，其實可以在研究者後續進行知情同意的說明過程中，來進一步把關，不是所有研究計畫都有義務在招募廣告當中揭露金額，但不能否認的是，符合研究納入條件的潛在對象，金錢可能不是他們參加研究的唯一動機，但卻可能具決定性因素⁶。

上述正反意見各有其倫理考量，持續辯論下去，只會讓研究者陷入非黑即白的選擇困境，筆者認為，當我們在評估研究者所使用的激勵措施是否符合正當性，以及所規劃的受試給付模式與揭露時機是否合理時，應該先檢視一個研究計畫在受試費的給付理由，對應其給付模式是否合理，並釐清在研究設計中、有哪些是研究者用來鼓勵參加研究的激勵措施，對研究參與者所產生的不當影響與風險是否在可接受的範圍內，且為避免導果為因，不應先將受試費的提前揭露無限放大為唯一的不當影響。在接下來的章節中，筆者從文獻當中所歸納的給付模式與給付目的為基礎，進一步釐清研究招

⁴ *Id.* at 3.

⁵ *Id.* at 4.

⁶ *Id.* at 4.

募過程中，研究者所使用的激勵措施、誘因，以及受試費的給付理由與給付模式等概念，來檢視研究倫理所關注的重點，發展一種倫理評估原則與角度供研究者做倫理規劃的參考。

參、激勵措施與受試給付的相同與相異

Grant & Sugarman (2004) 認為，雖然參與者出於自願且無償參與的研究較不易有倫理疑慮，但我們無法全部仰賴這些有利他精神的參與者來完成研究，我們還是需要一些方法來鼓勵人們參加研究，這種鼓勵的誘因不一定是貨幣形式⁷。在生醫研究較常被討論的鼓勵元素包含激勵措施（incentives）、補償（compensation）、代墊請款（reimbursement）和工資（wages）。補償是指參與者因為參加研究而造成財務上的損失，像是因為無法上班而造成收入減損，因此研究者給予研究參與者一個等值的金額或服務來補償其損失；代墊請款則是研究者補貼研究參與者因參加研究所付出的額外花費，如車馬費；工資則是考量參與者為研究所付出的時間與勞力，而給予等值的工資，上述三種型式，都可依參與者的損失或勞力來給予合理的補貼，但鼓勵研究參與者參加研究的誘因本身不是補償的概念，所以實務上，很難定義什麼是合理的激勵措施⁸。

Grant & Sugarman (2004) 認為，研究者使用各種激勵措施來鼓勵人們參加研究，招募本身是無害的，但是當研究涉及「研究者與研究參與者有從屬關係、研究本身風險特別高、研究活動有辱人格、讓人有強烈的反感與厭惡感，以及只有當誘因具一定程度的吸

⁷ Ruth W. Grant & Jeremy Sugarman, *Ethics in Human Subjects Research: Do Incentives Matter?*, 29 J. MED. PHILOS. 717, 732 (2004).

⁸ *Id.* at 719-20.

引力才足以讓參與者同意參加研究」⁹等狀況時，這些用來激勵人們參加研究的方法就會衍生倫理疑慮，例如，當研究者本身是某個領域的知識權威，或是在身分與經濟地位上有較大影響力，就可能在招募過程中影響研究參與者對風險的判斷，又或者，當研究者與研究參與者之間有從屬關係，例如教授招募學生當研究參與者時，課堂成績就可能成為影響學生自主意願的不當因素¹⁰。換言之，我們將激勵措施看成是一種影響參與者判斷研究風險與參加意願的元素，而研究倫理所關注的重點就是這些會干擾參與者自主意願的元素是否有其正當性。

筆者認為研究倫理旨在保護參與者權益，最重視的是研究參與者是否會因為研究團隊的鼓勵而參加原本不太會同意參加的研究、承擔不合理的風險，這類的研究類型，通常代表研究參與者需要付出較大的心力、或承受高於一般日常生活所遭遇的風險，包含身體或心理的不適、隱私侵犯、個資外洩等風險，由於鼓勵研究參與者承擔可能被傷害的風險是不倫理的，也因此，倫理審查特別關切研究者用來激勵人們參加研究的誘因與方法是否具有正當性。然而，當我們要評估什麼是合理的激勵措施時，我們真的清楚哪些是研究者所使用的激勵措施嗎？哪些是研究者對參與者應有的合理補貼與尊重嗎？誠如 Grant & Sugarman 所言，人們很常將鼓勵參加研究的激勵措施跟報酬（reward）、動機（motivation）視為同義字，讓激勵措施跟市場機制與薪資等形式聯想在一起，將其視為是一種刺激人們的外在動機，而非人們的內在動機¹¹。

換言之，只要有任何向研究參與者揭露價值、金額或有對價關係的研究設計，經常被大家歸類為研究者所使用的激勵措施，但筆

⁹ Grant & Sugarman, *supra* note 7, at 732.

¹⁰ Grant & Sugarman, *supra* note 7, at 722-23.

¹¹ Grant & Sugarman, *supra* note 7, at 719.

者認為，有些用來補貼或補償參與者的受試費只是附帶有鼓勵效果，不能將其視為研究者所刻意使用的誘因或不當影響，如同 CUREC (The Central University Research Ethics Committee) 所強調的：研究者在做研究設計與規劃時，應釐清各種給付模式與鼓勵人們參加研究的誘因、補貼與補償或報酬之間的差異性¹²，筆者認為因為這涉及我們要用什麼樣的標準來判斷什麼是合理的受試給付，以及什麼是較合理的激勵措施。接下來，筆者嘗試從受試費的給付理由來釐清受試給付與激勵措施的差異性。

Grady (2016) 指出給付研究參與者受試費的理由包含：(1)讓研究者可招募到潛在的研究參與者、(2)讓參與研究有合理的回饋、(3)對研究參與者所耗費的時間與風險有所補償、(4)降低剝削的可能性，以及(5)表達對研究參與者的尊重與感謝之意¹³。因此，筆者建議在進行倫理評估時，可以將鼓勵參與研究的激勵措施與具補償與補貼概念的給付模式分開看待，先檢視給付模式與給付理由兩者是否在合理範圍內，再來看哪些元素可視為被研究者所使用的鼓勵措施，其誘因是否高於一般合理之社會期待，上述元素皆納入考量後，再評估激勵措施與研究參與者所承擔的風險比例是否合宜。例如，一個研究計畫規劃邀請以中文及英文為母語的參與者進行一次性約 2 小時的語言測驗，研究團隊規劃在打工版的社群網站張貼廣告來招募研究參與者，其活動本身就預期招募抱持打工心態的一般成年人參加，研究團隊基於對參與者所耗費的時間有所補償、以及降低剝削的可能性，決定採取基本工資的時薪給付來補貼研究參與

¹² Central University Research Ethics Committee, *supra* note 2, at 1.

¹³ Christine Grady, *Why do we Offer Payment to Research Participants, and what are the Regulatory Parameters? Models of Conceptualizing Payment*, Dec. 9, 2016, <https://www.slideshare.net/petrieflom/christine-grady-why-do-we-offer-payment-to-research-participants-and-what-are-the-regulatory-parameters>.

者，雖然工資在此可被視為一種吸引參與者的誘因，但筆者認為這是附帶效果，對照其給付理由以及參與者所承擔的風險比例，它仍是較偏向補償與補貼的概念，這類的研究活動，在招募文宣提前揭露給活動內容與給付範圍，對這類有意願的潛在參與者反而是尊重，同時這也是這類對象在瀏覽招募文宣時，會特別關注的資訊。

相反地，若研究性質本身屬於高度敏感議題且參與者本身屬易受傷害族群，參與研究與否所可能涉及的誘因就會更趨複雜，例如，當從事社工領域的研究者想要邀請一群長期遭受家暴的族群來作研究參與者，對這群對象而言，激勵他或她參與的因素，不見得是透過研究者所使用的外在因素，而可能是來自參與者的內在動機，希望藉由說出自己的經歷而幫助他人獲得資源或改善現狀，屬於無法以對價關係來衡量的動機，因此，研究者的給付模式與理由，大多在補償參與者因參加研究而造成的財務與時間損失，像是交通費補貼、以及表達對研究參與者的感謝之意，這類的給付一般也不會將其視為是激勵措施或報酬。

由於鼓勵參加研究的誘因與受試給付在某些程度上都是一種給付的概念，所以經常被混淆，但筆者認為最大的差異應該是其目的性，研究倫理所關注的是目的之正當性，以下筆者整理前文所引用之觀點，嘗試將誘因、激勵措施與受試給付的概念整理如下表 1，提供研究者在規劃研究設計時，思考自己用來鼓勵受試者參與研究的方法與誘因，是否符合其相對應的給付理由及給付模式。

表 1 誘因、激勵措施與受試給付的概念整理表

	誘因、激勵措施 incentives	受試給付
目的	用來提高研究回應率以及鼓勵符合條件之參與者參加研究。	用來補貼或補償參與者因參加研究所造成的損失，以及對參與者的尊重。
概念	是動機、是鼓勵、是誘因（是研究者所使用的外在誘因，也可能是參與者自身的內在誘因），並非補償與補貼。	是補償、是補貼，有時也會被大眾視為一種外在誘因。
形式	貨幣、服務、知識、學分、證書……等	貨幣、營養劑、禮物卷、服務、知識、資源...等
倫理關注層面	<ul style="list-style-type: none"> • 其吸引力不應大到足以干擾參與者對參加研究的風險判斷能力以及參與意願的自主性，特別是當參與者為易受傷害族群或社經地位處於弱勢，或與研究者有權利關係時，其自主性較容易受到影響。 • 避免聯想報酬與商業化 	<ul style="list-style-type: none"> • 多少給付金額才算合理？ • 受試金額的揭露時機？
使用原則	Grant & Sugarman 建議研究者可檢視自己的研究設計本身是否符合行善、尊重他人與公平正義原則，研究當中用來鼓勵人們參與研究的激勵措施，是否會改變上述的倫理判斷價值？ ¹⁴ 。	合乎一般行情、社會常理

¹⁴ Grant & Sugarman, *supra* note 7, at 726.

肆、給付模式與相應的受試費揭露原則

如前文所述，有些研究在執行過程中需請研究參與者付出一定的時間、心力或勞力，研究者對此給予參與者相對應的參與費作為補貼是常見的，當研究者判斷應對研究參與者給予合理的補貼或補償時，接下來的問題便是什麼樣的給付標準才是合理、以及何時需要對有意願的潛在對象揭露什麼樣的相關資訊。如前文所述，有關受試給付的合理性與其資訊揭露時機，研究倫理的評估重點會放在資訊揭露的時機是否會對研究參與者的權益產生影響、是否會影響研究參與者做出較好判斷之能力。

以下表 2 為筆者整理與發展自 Dick & Grady 與 Grady (2016) 所提出的給付模式、給付理由（正當性）與優缺點，嘗試從給付模式、給付理由與給付方法等面向，來評估受試費的揭露時機與原則，呈現不同受試給付模式背後所涉及的各种概念，提供研究者在規畫招募與受試費之參考。

表 2 不同的受試給付模式的各種概念表

不同的受試給付模式				
	市場 (Market)	工資 (Wage Payment)	代墊請款 (Reimbursement)	感謝 (Appreciation)
方法	提高受試費來達到招募門檻	類似工資的給付模式	代墊費請款 ¹⁵ (Reimbursement of out-of-pocket expenses)	非對價關係之回饋
給付理由與優點	<ul style="list-style-type: none"> • 促進招募之激勵措施 (Incentives to facilitate recruitment) • 增加回應率 • 減少參與者的財務損失，實際上，大多是讓參與者有所收益 	<ul style="list-style-type: none"> • 針對參與者所付出之時間、心力與不適給予補償 (Compensation for time, effort, uncomfortable procedures) • 提供各學科領域一個給付標準 • 秉持給付正義原則，針對相似參與貢獻，給予同樣的給付標準 • 降低對參與者可能的不當影響或誘因 • 減少參與者額外的支出 	<ul style="list-style-type: none"> • 一般性收入之受試費 (Participation should be revenue neutral) • 減少參與者財務的損失 • 不偏袒特定群體 • 不易對研究資訊有所隱瞞與誤解 • 降低金錢對參與者所產生的不當影響與誘因 	<ul style="list-style-type: none"> • 對有價值的貢獻給予回報 • 表達感謝而不致損害參與者的志願付出 • 增加招募機會
缺點	<ul style="list-style-type: none"> • 可能造成參與者對資訊沒有充分理 	<ul style="list-style-type: none"> • 對研究招募的回應率較沒有實質幫助 	<ul style="list-style-type: none"> • 對促進研究招募回應率的效果不大 	<ul style="list-style-type: none"> • 可能影響研究的招募 • 仍需要參與者

¹⁵ 補貼參與者因參加研究而自掏腰包所付出之額外花費，如車馬費。

	解或誤解 • 可能對參與者自主權有過當的影響 • 可能造成排擠或相互競爭	• 對低收入族群較具吸引力，對於較富裕的族群則造成財務上的損失。	• 對參與者所耗費的時間較無補償效果 • 對象容易鎖定低收入族群	財務上的犧牲 • 沒有一個獎勵的標準
受試給付的資訊揭露原則				
風險	高於一般日常生活之遭遇與例行性醫療處置致	不高於一般日常生活之遭遇與例行性醫療處置	不高於一般日常生活之遭遇與例行性醫療處置	不高於一般日常生活之遭遇與例行性醫療處置
時機	知情同意階段揭露	招募階段揭露	招募階段揭露	招募階段揭露
倫理考量	參與者所承擔的風險較大，如人體試驗案，研究者應確保參與者能充分理解相關資訊、與風險權益，避免參與者受到受試金額的影響。	請參與者完成任務或分享經驗的研究活動類型，風險不高，參與者通常對其付出之時間與勞力有期待的合理回饋。	對參與者因參加研究而額外付出的費用（如交通費）給予補貼，提前揭露是基於對參與者的尊重。	大多屬志願等無償性質，參與者要付出較多，參加的誘因較有部分是出自內在動機，而仰賴非外在誘因。

資料來源：Grady C. (n.d.), *Ethical and Practical Considerations of Paying Research Participants*, https://www.niehs.nih.gov/research/resources/assets/docs/ethical_and_practical_considerations_of_paying_research_participants_508.pdf 及 Grady C., *Why Do We Offer Payment to Research Participants, and What Are the Regulatory Parameters? Models of conceptualizing payment* (December. 9, 2016), <https://www.slideshare.net/petrieflom/christine-grady-why-do-we-offer-payment-to-research-participants-and-what-are-the-regulatory-parameters>.

從上述的表格來看，其受試給付的模式可依其理由與方法，將其分為市場基礎、薪資給付與代墊請款與感謝等，因應不同給付理由就會有相對應的給付方法。筆者認為，將上述模式放在研究倫理審查實務來看，若是屬於重要的藥物開發研究，可能就會以採用市場基礎的模式來給付，其給付金額與研究風險應有一定的關聯性與市場行情做為基礎；非市場型態，像是社會科學類的研究，有些研究會要求研究參與者付出一定的時間與心力來完成活動，因此研究者會以時薪計算方式來給付，針對參與者所付出的時間與勞動力給予等值的補償；人體生物資料庫的研究，這類參與者以捐贈方式來捐出檢體、對科學研究做出貢獻，屬於禮物餽贈，這類研究就不適合強調報酬，避免這類行為被商業化，給付模式會偏向中立收入與感謝模式，以給予營養劑或車馬費的型式來補貼研究參與者。

我們從上述的給付模式來看招募廣告是否應揭露受試費，可從中得出不同層次的判斷原則。例如，當研究是採用市場基礎的給付，其受試金額也會與研究的風險高低有關，例如屬於高風險的臨床試驗研究，會對研究參與者的身體有直接或重大影響的研究，在受試者的招募原則上就會受到「臨床試驗受試者招募原則」¹⁶的嚴謹規範，其招募廣告內容也需要人體試驗委員會的核准後始得刊登；有些採取標準薪資給付概念的社會科學研究，其招募本身就預期吸引那些抱持打工心態來參加的一般參與者，類似對價關係，有些研究者就會主張有揭露受試金額之必要性，因為沒有事先揭露完整資訊反而影響研究參與者的權益；如果是強調餽贈概念的研究，著重的是中立收入的補貼概念，就不適合在招募廣告過度強調金額，讓人們誤以為是報酬，但仍說明參加研究會有合理補貼。原則

¹⁶ 讀者可參閱由行政院衛生署公告之「臨床試驗受試者招募原則」，其內容對於招募廣告之內容與文字有明確規範。

上，由於各學術領域的研究屬性有其差異性，因此，筆者認為應該回到各學術領域、研究個案的風險，以及其給付模式來做進一步的討論。

伍、結論

研究者在招募階段使用誘因激勵措施（可能是金錢、物品或服務的交換或其他）來鼓勵人們參加研究所引發的倫理疑慮，從各方的討論中，筆者歸納出下列研究倫理審查所關注的重點：一、干擾或影響研究參與者做出較好判斷之能力：IRB 擔心研究參與者因為欲換取受試費、物品或服務等交換價值，而低估研究活動的風險，甚至因此隱瞞某些事實而使自己符合納入條件，特別是在臨床試驗這類屬於高風險的研究類別，刻意隱瞞某些病史可能對參與者的身體造成直接的傷害，因此，這些可能左右參與者判斷能力的激勵措施（例如較高的受試金額或其他較偏向報酬之回饋形式）就容易有倫理疑慮；二、將研究者與參與者的關係予以商業化：對於社會地位與經濟狀況不佳的弱勢族群而言，上述「不當影響」在這類族群身上會更明顯，再者，一旦研究被人們冠上商業化的關係，研究成果被社會大眾所接受的可信度就會大幅削減。

雖然前述倫理疑慮確實存在某些研究計畫，但筆者建議，我們在做研究倫理評估的時候，不應先將受試費的給付與不當影響劃上等號，而是應該先從一個研究計畫的活動風險與其對應的給付理由、給付模式、研究參與者族群，來綜合考量研究者所使用的激勵措施是否具正當性，綜合判斷之後，再來評估給付資訊與受試金額的揭露時機，以及究竟要給付的相關資訊在不同階段，要揭露到什

麼程度才算合理。以下，筆者就前文所談論之倫理面向，歸結兩個評估重點如下。

一、釐清激勵措施與受試給付的差異性

筆者認為，以研究者的立場，鼓勵潛在的研究參與者來參加研究、提高研究回應率並沒有錯，只要研究者在研究設計與招募階段的操作，能充份考量倫理要件與研究參與者的權益，就可大幅降低倫理疑慮。再者，在我們評估研究者所使用的激勵措施是否具有正當性時，我們應留意不要將其與給付受試者的補貼或補償混為一談，研究倫理審查主要關注的是研究者所使用的激勵措施是否具有正當性，這個誘因可能來自研究者所給付的受試費、提供的服務或專業知識與其他益處。從前文所述的受試給付模式來看，筆者認為採市場機制的給付模式、屬於風險性較高的研究類型，較容易在誘因上對參與者有倫理上的疑慮與影響力，也因此，受試費的揭露時機與相關內容，就必須在有研究人員充分說明與確認參與者自主意願的狀況下才予揭露，以便將不當的影響降到最低，至於其他屬於工資、代墊請款與感謝模式的給付模式，筆者認為只要其研究活動風險不高於一般日常生活之遭遇或例行性醫療之處置，提早於招募階段就予揭露受試金額與給付資訊，不致對參與者的判斷能力與自主意願有不當影響，不過前提是研究參與者具有足夠的自我保護能力，以及研究參與者與研究者之間不具利害關係。

如同 Grant & Sugarman (2004) 的觀點，如果我們將參加研究的誘因看作是一種用來影響參與者決定與判斷的工具，可以將其理解為一種「價值交換模式」(an offer of something of value)，因此，交易與協商的過程就必須要出於自願性、滿足倫理要件，並且對雙

方都是屬於正面的結果¹⁷。也就是說，對研究者跟參與者而言，不論研究者以什麼樣的誘因來鼓勵人們參加研究，參與者出於什麼動機或誘因而參加研究，研究的參與，對雙方而言都要是正面的。

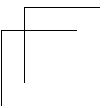
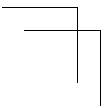
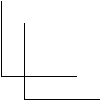
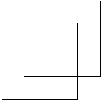
二、從給付理由與給付模式考量受試費的揭露原則

如果我們僅以「可能對研究參與者造成不當影響」與「可能干擾研究參與者自主性」來評估所有研究類型是不夠的，因為一個研究所使用的激勵措施、受試費的給付與其揭露時機是否合宜，會因為研究的性質、研究參與者的差異、所使用的給付模式與理由而有不同的考量。最後，筆者要強調的是，只要涉及倫理評估，本來就很難有單一標準，而是折衷不同做法與其優缺點之後所做出的最佳選擇，任何的原則判斷都需要建立在不同層次的綜合考量。

¹⁷ Grant & Sugarman, *supra* note 7, at 721.

參考資料

- Central University Research Ethics Committee. (2020). *Payments and incentives in research*. Retrieved June 25, 2021, from the World Wide Web:
- Grady, C. *Ethical and practical considerations of paying research participants*. (n.d.) Retrieved June 25, 2021, from the World Wide Web: <https://www.slideshare.net/petrieflom/christine-grady-why-do-we-offer-payment-to-research-participants-and-what-are-the-regulatory-parameters>
- Grady, C. *Why do we payment to research participants, and what are the regulatory parameters? Models of conceptualizing payment*. Retrieved September 22, 2021, from the World Wide Web: <https://www.slideshare.net/petrieflom/christine-grady-why-do-we-offer-payment-to-research-participants-and-what-are-the-regulatory-parameters>
- Gelinas, L., Lynch, H. F., Largent E. A., Shachar, C., Cohen, G., & Bierer, B. E. (2018). Truth in Advertising: Disclosure of Participant Payment in Research Recruitment Materials. *Therapeutic Innovation & Regulatory Science*, 52(3): 1-7.
- Grant, R.W. & Sugarman, J. (2004). Ethics in -Human Subjects Research: Do Incentives Matter? *Journal of Medicine and Philosophy*, 29(6): 717-738.



撰稿凡例

2021.04.版

1. 檔案與文字格式

電子檔案請使用與 Microsoft_Word 相容之程式繕打。

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

字型大小：本文 12 點，註解 10 點。

標點符號：使用全形符號。

註釋：同頁腳註（footnote）。註釋號碼置於句點、逗點等標點符號之後。

圖表：圖、表分別依序計數。

→圖-1 歷年健保虧損金額（單位：千元/新臺幣）

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

2. 法源（法條、行政命令、司法裁判、函釋等）引用方式

於正文及註釋中首次引用法源時請完整寫明。

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

引用已失效之法源應明確標示。

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

法源得於首次引用時說明後續簡稱，但不得以前註方式引用。

→憲法增修條文（以下簡稱增修條文）第 2 條 3 項但書

3. 註釋

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

3.1. 中文文獻資料一般規則

有版次者應註明版次；尚未改版者，初版無須註明。

引用全書或全文者，不註明頁碼。

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

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

文獻資料已於前文出現者，以作者（註釋號），頁碼。簡引之。

→楊哲銘（註 12），頁 3。

3.2. 學術期刊論文

以 作者，論文標題，期刊，卷期數，頁數（出刊年）。依序標明。

雷文政，人類胚胎的法律地位：為何人類胚胎不應該是權利主

體，人文及社會科學集刊，19卷1期，頁62（2007）。

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

3.3. 專書

以 作者，書名，出版社，版次（二版以上），頁數（出版年）。依序標明。

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

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

3.4. 個別作者論文集

以 作者，論文標題，收於：論文集名，出版社，頁數（出版年）。依序標明。

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

3.5. 多作者論文集

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

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

3.6. 研討會論文

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

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

3.7. 學位論文

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

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

3.8. 新聞、報導、評論、專欄

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

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

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

3.9. 網站資料

以 資訊主題，資訊項目分類（若必要），網站架設單位，資料日

期（若有），原始網址。依序標明。

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

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

3.10. 中譯文獻資料

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

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

3.11. 網路先期出版資料

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

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

3.12. 附則

以上未列舉者，應以提供清楚足以溯源查證之資訊為目的，適用性質最接近之規定。

4. 參考文獻

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

《醫藥、科技與法律》徵稿啟事

2021年4月13日通過

2022年4月25日修訂

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

本刊刊登以下五類中文稿件：

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

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

形式審查：

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

來稿請寄至：JSHLaw2021@gmail.com