

疫情時刻的法治國健檢* —— 從憲法觀點反思我國在COVID-19疫情中的 防疫舉措

陳陽升**

摘要

COVID-19自2019年末爆發以來，已在全球造成大規模傳染與龐大的死亡人數，臺灣的確診人數也大幅超越2003年爆發的SARS，可謂百年大疫。本文的關懷重點置於我國作為一個民主法治國家，相對於威權專制國家，究是如何一面防疫，一面兼顧來自COVID-19疫情對憲法上諸如基本權保障、權力分立及法律明確性等原則之要求所形成的挑戰。就此，本文先釐清不同防疫模式之訴求，換言之，是要求凍結、推移抑或維持常態憲法秩序下的誠命。蓋若非如此，則不能確定我國選擇不發布緊急命令，而以常態法制應對疫情之意義。再者，在我國未發布緊急命令以懸置法治國憲法誠命的前提下，其等應仍為防疫措施合憲性之界線，因此本文將分就立法、行政、司法面向，揀擇出若干與法治國憲法誠命產生相抵觸嫌疑的防疫措施以為反思事例，再嘗試提出對於防疫舉措之具體改進建議。

關鍵詞：例外狀態、法律明確性、法規命令、一般處分、比例原則。

* 投稿日：2021年11月30日；接受刊登日：2022年7月6日。〔責任校對：盧又瑄、蕭惟文〕。

本文蒙匿名審稿人及本刊編輯委員會惠賜諸多寶貴意見，令筆者獲益良多，於此謹致謝忱。

** 國立臺灣大學進修推廣學院事業經營法務碩士在職學位學程助理教授。

穩定網址：<https://publication.iias.sinica.edu.tw/13518032.pdf>。



目次

壹、序說	三、授權依據與作成形式均成疑的疫苗接種對象及優先順序規定
貳、防疫模式	伍、司法：迴避實質合法性審查的提審裁定
一、例外狀態	一、從二則防疫時的提審裁定談起
二、緊急憲法	二、我國憲法上人身自由之保障體系概述
三、常態法制	三、重新理解疫情時刻下的提審制度
參、立法：晦暗不明的明確性原則	陸、對我國防疫舉措的具體改進建議
一、圍繞COVID-19特別條例第7條所生之問題	一、敏於自我修正與協力的立法與行政
二、明確性原則之憲法基礎及其具體要求	二、疫情時刻的司法審查如何可能
三、COVID-19特別條例第7條是否符合法律明確性之要求	三、提出建議之標準：終將回歸之常態法制
肆、行政：欠缺意識的行政行為形式選擇	柒、結論
一、疫情警戒標準及因應事項：一般處分抑或法規範？	
二、法源有欠、行政行為形式不明的防疫規制集合	

壹、序說

根據衛生福利部疾病管制署（下稱衛福部疾管署）所提供之資訊，嚴重特殊傳染性肺炎（下稱COVID-19）自2019年末爆發以來，在全球範圍內迄今（2021年11月上旬）已有近2億5千萬人染疫，並有超過5百萬人因而死亡；在臺灣亦有1萬6千餘人確診、約850人死亡，無論確診或死亡人數均大幅超越2003年爆發的嚴重急

性呼吸道症候群（下稱SARS），謂其為百年大疫並非言過其實¹。COVID-19不僅對人類的健康與生命帶來嚴重威脅，也對社會、經濟、文化、教育、政治等領域產生強烈的影響²。如何回應疫情帶來的衝擊與挑戰，特別是對於民主法治國家，其相對於威權專制國家來說，如何一面防疫，一面兼籌並顧來自憲法上諸如基本權保障、權力分立及明確性等原則（Bestimmtheitsgebot）之要求，更在克服COVID-19疫情之外，形成另一種「挑戰」。

就此，邱文聰教授援引美國國家經濟研究局（National Bureau of Economic Research, NBER）於2020年10月所發布的報告指出，在憲政體制上屬民主法治之國家間在防疫上的表現也存在相當差距，可見決定防疫成效良窳，及其對社經影響在憲政體制外尚有其他因素，民主法治（相較於威權專制）並不蘊含更能有效應對疫情的特性³。相對於此，賈文宇教授則是引用John Ferejohn與Pasquale Pasquino的觀察指出，即使憲法中有明文規定（或透過詮釋）承認，國家對緊急事態具有有別於承平時憲政秩序下之處置權力，但多數民主國家可能基於避免濫權的考量，或在科技進步下已能以平時作法因應，因此並不輕易動用憲法所賦予之緊急權力，反更傾向以常態立法、臨時授權的方式處理緊急事態；適以我國為例，無論是面對SARS或COVID-19疫情之時，也如同上述觀察一般，是以立法創設應變機制之方式，亦即制定嚴重急性呼吸道症候群防治及紓困暫行條例（下稱SARS暫行條例）與嚴重特殊傳染性肺炎防治及

- 1 參見張谷銘，臺灣COVID-19防疫紀錄，收於：康豹、陳熙遠編，研下知疫：COVID-19的人文社會省思，頁240（2021年）。
- 2 賴清德副總統為「2021天下城市線上論壇」之致詞，參見副總統：打造臺灣成為韌性、安全、可信賴的智慧國家，中華民國總統府網站，2021年9月1日，<https://www.president.gov.tw/NEWS/26179>（最後瀏覽日：2021年9月17日）。Ähnlich: Angela Merkel, Neujahrsansprache 2021, Die Bundesregierung, 01.01.2021, <https://www.bundesregierung.de/breg-de/service/bulletin/neujahrsansprache-2021-1834002> (zul. besucht am 17.09.2021).
- 3 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，法官協會雜誌，22卷，頁129（2021年）。

紓困振興特別條例（下稱COVID-19特別條例）加以應對，而未選擇依憲法增修條文第2條第3項：「總統為避免國家或人民遭遇緊急危難或應付財政經濟上重大變故，得經行政院會議之決議發布緊急命令，為必要之處置，不受憲法第四十三條之限制。但須於發布命令後十日內提交立法院追認，如立法院不同意時，該緊急命令立即失效」之規定發布緊急命令⁴。對此，須特別指出者為，前述未依憲法增修條文第2條第3項的授權發布緊急命令，而選擇循常態法制回應COVID-19疫情之本身有其意義。蓋除事實面上有2003年為防治SARS疫情而制定暫行條例可為前例參考的因素外，若在規範面上選擇以常態法制作為應對疫情的前提，即意味國家須在憲法與一般法律的框架之下應對疫情，換句話說，常態的憲法秩序既未被「暫停」，則法治國的憲法誠命似應繼續為防疫舉措的合憲性樹立標準並劃下界線⁵。

然自疫情爆發以來，即不乏有標誌出例外與常態的對立後，遂以「例外狀態」（Ausnahmezustand）作為討論防疫相關問題的辯證理論素材者⁶，甚至當代對Carl Schmitt的例外狀態理論重為詮釋的哲學家Giorgio Agamben亦撰文表示，擔憂嚴重限制自由的防疫措施

4 賈文宇，防疫還要談憲政主義嗎？，法律與生命科學，9卷1期，頁50-53（2020年）。

5 有學者指出，「防疫舉措」非國內常見用語。本文選擇使用「舉措」而非「措施」一詞之主要考量在於，措施於國內多為德文Maßnahme之逐譯，而Maßnahme在法律中尤指行政處分，惟本文所欲探討之對象不限於行政處分，尚包含其他行政行為形式，乃至立法、司法之作為在內，於此選擇使用較不易令人對行政處分產生直接聯想之「舉措」一詞，實有表示更廣泛之各類國家行為皆可包含在內之意。

6 邱文聰（註3），頁142-143；吳全峰，COVID-19與生命倫理例外狀態，2021衛生法律與政策年度研討會，陽明交通大學科技法律學院TPP與跨國法律研究中心主辦，頁63（2021年9月2日）；梁志鳴，論法院作為法治例外狀態的守門人——以Covid-19防疫措施下的司法審查為中心，中原財經法學，49期，頁243-250（2022年）。Vgl. auch Uwe Volkmann, Der Ausnahmezustand, Verfassungsblog, 20.03.2020, <https://verfassungsblog.de/der-ausnahmezustand/>. DOI: 10.17176/20200320-122803-0.

將造成「例外狀態常態化」之後果⁷；與此同時，亦有以調整常態憲政秩序下法治標準之「緊急法治」或「緊急憲法」(Notverfassung)作為問題意識之一來探討防疫法制課題者⁸。此外，除採前述二元區分之架構者外，也有將防疫模式分為「法外模式」、「憲政緊急權」與「法治模式」以思辨其競合關係者⁹，然無論是採取如何的區分方式，都顯示出在面對COVID-19疫情所帶來的危機與挑戰時，法制上容有不同的應對選擇空間。

在此脈絡之下，前揭論者各自是在何意義下援用不同的危機處理模式，又其所謂不同的防疫模式是否訴求凍結常態憲法秩序，抑或推移（又或者堅持）法治國的憲法誠命，應為下文首要釐清者（貳）。蓋若不能先確定不同防疫模式在規範上對憲法秩序發生何影響，以及其與我國選擇不發布緊急命令，而以常態法制應對疫情有何異同，則我國所採取作法的意義將不甚明朗，且所謂在應對疫情上法制面容有選擇空間也將無異於空言。再者，本文的論題既是從憲法觀點反思我國在COVID-19疫情中所採取的應變舉措，且在我國未發布緊急命令以懸置法治國的憲法誠命的前提下，其等仍應為防疫措施合憲性之界線，從而儘管防疫措施千頭萬緒，作為檢討對象實難逐一列舉，不過藉由構成法治國諸要素之一的權力劃分（Gewaltengliederung）角度¹⁰，仍可在立法（參）、行政（肆）、司法（伍），以取向於法治國憲法誠命的方式，揀擇出若干有與之相

7 Giorgio Agamben, Nach Corona: Wir sind nurmehr das nackte Leben, NZZ, 18.03.2020, <https://www.nzz.ch/feuilleton/giorgio-agamben-ueber-das-coronavirus-wie-es-unsere-gesellschaft-veraendert-ld.1547093> (zul. besucht am 19.09.2021).

8 林春元，COVID-19防疫與緊急法治相對化的憲政意義——台紐經驗比較，2021衛生法律與政策年度研討會，陽明交通大學科技法律學院TPP與跨國法律研究中心主辦，頁28（2021年9月2日）；賈文字（註4），頁48-50。

9 薛熙平，防疫緊急狀態的法理思辨：法外模式、法治模式與憲政緊急權的競合，說疫講法工作坊（六），科技部整合計畫：新冠肺炎影響之人文社會反思與治理主辦，2021年3月25日，<https://ai.iias.sinica.edu.tw/legality-in-a-time-of-emergency/>（最後瀏覽日：2021年9月19日）。

10 Vgl. Christoph Möllers, Dogmatik der grundgesetzlichen Gewaltengliederung, AöR 132 (2007), S. 493 (496-497, 502-503).

抵觸嫌疑的防疫措施作為反思之事例，並嘗試提出對於防疫舉措之具體改進建議（陸）；最後則為結論（柒）。

貳、防疫模式

在討論「例外狀態」或「緊急憲法」是否可能作為我國應對 COVID-19 疫情的防疫模式選項之前，本文擬先爬梳學界是在如何的脈絡下使用上述概念，又是否以之作為應對疫情的框架，並於整理出初步的討論成果後，指出我國當前採取的模式以為反省防疫應對措施之前提¹¹。

一、例外狀態

在前文提及援引例外狀態作為反省防疫措施的理论素材者中，吳全峰教授認為：公共衛生危機之內涵對是否構成生命倫理原則之應用例外有重大意義，是其一方面將公共衛生危機與生命倫理例外狀態等同，由透明性、利益衝突、專家治理等面向反思並建構公共衛生危機之內涵，旨在疫病流行時，能跳脫傳統理解下的生命倫理內涵，並勾勒出生命倫理例外狀態的概念框架；另一方面則以此框架檢視生命倫理例外狀態下仍不得減損之生命倫理核心價值¹²。質言之，吳全峰教授是在事實層面上，而非規範層面上探討例外狀態的存否，以及找尋例外狀態之界線。

11 在方法上以此類型學 (Typologie) 之方式為推進，一方面或可避免概念上之疏漏，另一方面亦顯示筆者並非先行給定防疫模式之內涵，而是在觀察到概念使用上容有歧義空間的前提下，以梳理在前、歸結在後之方式，嘗試推敲出法學上允宜採取之檢視標準。Vgl. Jens Kersten/Stephan Rixen, *Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise*, 2. Aufl., 2021, S. 39-56; Julia Schwanholz, *Die Corona-Pandemie 2020: Befindet sich Deutschland im Ausnahmezustand?*, in: Florack/Korte/Schwanholz (Hrsg.), *Coronakratie: Demokratisches Regieren in Ausnahmezeiten*, 2021, S. 61 (63-64).

12 吳全峰 (註6)，頁63-34。

相對於此，梁志鳴教授在處理防疫措施之司法審查問題時，不僅將例外狀態與緊急狀態置於常態法制的對立面，更同時指出，例外／緊急狀態與常態的區分可能日趨模糊，從而緊急權力遁入常態法制的風險難透過緊急狀態層次的規範防止，反須仰賴常態法制的既有監督機制——特別是司法作為法治國的「守門人」。惟梁教授也觀察到，由於法院受制於例外／緊急狀態的各種侷限，可能會表現出較之一般風險管制更高的司法順從，甚至會發展出迴避實質合法性的審查模式¹³。由此可見，梁教授似乎並不嚴格區分「無法」的例外狀態與仍保有規範框架的緊急憲法概念，甚至可以說，其雖以「法院作為法治例外狀態的守門人」為論題，但司法如何審查因應危機的緊急權力仍是其關懷的核心所在。

此外，邱文聰教授則在援引|Agamben例外狀態理論的脈絡下指出，例外狀態的本質是「一個欠缺法的空間」，所有在其中的法律決定都將失去效力的狀態，繼而在相同的脈絡下認為，「克服例外狀態常態化的可能途徑，或許只能仰賴某種（誇張的）儀式性宣告，使決斷『例外狀態』的主權者在進入此一缺法空間時，能同時在社會心理上創造出一條平時／非常之界線」，以為主權者日後宣告回復常態的政治承諾¹⁴。質言之，邱教授雖正確地點出例外狀態具有規範從缺的特性，但其所提出之解決之道：呼籲舉行儀式性的宣告以界分（社會心理上）的例外與常態，從而避免例外狀態思維偷渡到法治當中¹⁵，似乎反令人不易理解其所欲檢討的對象究竟是防疫例外狀態所生之規範面問題，抑或是心理層面的問題。

就前述學界對「例外狀態」作為防疫模式的討論，本文認為除了有與其他可能的防疫模式夾雜不清的問題外，主要還是論者未能清晰地界定，其是在事實、心理或規範層面使用所謂的「例外狀

13 梁志鳴（註6），頁272-280。

14 邱文聰（註3），頁143。

15 邱文聰（註3），頁145。

態」。若回到Schmitt於20世紀前期提出例外狀態理論的原初脈絡，「例外狀態」是作為界定「誰」是主權者之概念而出現，也就是Schmitt在《政治神學》一書中所提出的著名定義：「主權者即例外狀態之決定者」¹⁶。對於「例外狀態」，Schmitt在該書中的闡釋為：其「未能為有效的法規所規範，最多只能透過危及國家存續之極端事態或其他相類但無法條列構成要件的方式予以說明。正是此等事態的出現，始令主權者究為何人的問題變得至為迫切」¹⁷。然而，由於「緊急事態會於何時出現，不僅無法藉由涵攝表明清楚，就極端緊急事態中所生情事，以及如何排除之，亦不容在內容上一一列舉。如權限內容等前提要件於此必也無從加以限制，是就法治國而言，亦無可謂有任何權限存在。蓋憲法至多僅得規定，遇此事態應由誰採取行動，但假若行動不受任何監督，則情況已不若法治國之憲法實踐，將行動分配予不同且相互制衡的部門，因此誰是主權者實已昭然若揭。它不僅決定極端緊急事態的存否，亦決定應如何排除之。它既立於常態有效的法規範之外，卻又仍處於其中，蓋因其有權做此決定：是否全然地懸置憲法。¹⁸」要言之，主權者對「例外狀態」的決定權包含了「例外狀態存否」及「如何排除例外狀態」，且其藉例外狀態的宣告，懸置並自外於法秩序¹⁹。

因此，儘管COVID-19疫情爆發後，「例外狀態」一詞一時蔚為風潮，常見諸（不以法學為限之）各大小分析評論中，惟Schmitt例

16 *Carl Schmitt*, *Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, 11. Aufl., 2021, S. 13. 對Schmitt主權理論的分析，參見薛熙平，主權——例外狀態的弔詭：從阿岡本重返施密特，政治與社會哲學評論，72期，頁226-241（2020年）。

17 *Schmitt* (Fn. 16), S. 13-14.

18 *Schmitt* (Fn. 16), S. 14. Schmitt以「例外狀態」將主權者推至概念的域界極限（Begriff der äußersten Sphäre），造成例外狀態與主權者在概念上形成彼此交織、互為表裏的結果，亦即例外狀態的存否一方面由主權者決定，但另一方面唯一能定義主權者是誰，卻又是例外狀態本身。

19 Vgl. *Giorgio Agamben*, *Homo sacer. Die souveräne Macht und das nackte Leben*, 11. Aufl., 2016, S. 25-26; 薛熙平（註16），頁202-203、226-227。

外狀態理論在規範上的意義毋寧是明確的，亦即決定例外狀態的是先於法、超越於法，且不受法規限制之權力²⁰。就此而言，以「例外狀態」作為一種防疫模式，其對民主法治國家實不可想像，亦非可欲的選項。蓋正是例外狀態理論對威瑪憲法第48條第2項：「帝國總統得於德國之公共安全與秩序受嚴重干擾或妨礙時，採取恢復公共安全與秩序之緊急措施，必要時亦得使用武力。為達此目的，其得暫時令第114（人身自由）、115（住居不可侵犯）、117（秘密通訊保障）、118（言論自由）、123（集會自由）、124（結社自由）及153（財產權保障）條所規定之基本權利，全部或一部失效。」（引號內非標楷體部分為作者為加）全無節制的註解，為希特勒（Adolf Hitler）通向獨裁鋪平了道路²¹。

20 Kersten/Rixen (Fn. 11), S. 14.

21 Giorgio Agamben, *Ausnahmezustand*, 2004, S. 22-24; Kersten/Rixen (Fn. 11), S. 40. 中譯請見：Giorgio Agamben著，薛熙平譯，*例外狀態*，頁77-80（2010年）。事實上，若從Schmitt對「例外狀態」的理解出發，將得見Schmitt除在界定主權者外，亦刻劃了威瑪憲法中帝國總統緊急命令權之理解，質言之，在Schmitt理論中，作為憲法守護者的帝國總統為克服公共安全與秩序受嚴重干擾或妨礙之情勢，既得以「主權者」之姿同時立於法之內外，則含憲法在內之法規範實已無法真正節制帝國總統的緊急處分權。然而，如是詮釋下的威瑪憲法第48條並非該條唯一的解釋可能，由此亦可見「例外狀態」是作為一種超越於法，並用以特殊克服緊急事態之模式，其仍有與「緊急憲法」區分之必要與實益。於此或宜附帶指出者為，學理上對於依Schmitt之見，威瑪憲法第48條賦予帝國總統者，究屬主權獨裁抑或委任獨裁有不同主張，如有認Schmitt縱使承認了例外狀態下帝國總統之擴權，但此等非常權限之界限，以及對抗濫權之機制仍握於國會之手，故帝國總統所有者仍屬委任獨裁，見楊尚儒，*施米特思想中的主權、委任獨裁與主權獨裁*，*政治思想史*，2017年第1期，頁157-162（2017年）；相對地，依蔡宗珍大法官之分析，Schmitt認為主權是得否進入例外狀態之關鍵決定，非由法規所授權，亦不能由任何既存之法規範加以限制，其不從屬於法規，反而是法規之終極根源。循此，威瑪憲法第48條有關帝國總統之緊急處分權，實為具有主權性質之委任獨裁，此等主權之存在與行使不仰賴於法律，亦不受法律之拘束，見蔡宗珍，*導論*，收於：Carl Schmitt著，蘇慧婕譯，*論法學思維的三種模式*，頁7-8（2007年）。本文以為，在Schmitt晚期意見不無轉折，亦即認為應付經濟危機，帝國總統得於頒布緊急處分外，亦享發布緊急命令之特別立法權，復又凸顯帝國總統基於直接民選、解散議會、提起公投等權力所具有的直接民主特質的情況下，此種在以二元劃分主權獨裁與委任獨裁之方式外，以辯證的方式貼近Schmitt意見轉折的詮釋，殊值留意。

即使面臨世紀大疫，實際上不僅民主法治國家中似未見有採「例外狀態」防疫模式，繼而凍結憲法並懸置法治國所保障之基本權利者，相對地，國家的防疫舉措仍處處受憲法節制。此與「例外狀態」防疫模式本身所隱含的預設：民主法治之憲政秩序無法應對COVID-19疫情，無異方枘圓鑿，格格不入²²。事實上，以「例外狀態」為題而就疫情中的法律問題開展論述者，亦非試圖在法秩序之外找尋防疫之道，如梁志鳴教授實是意在就司法審查的「概念工具進行反省與重構，試圖縮減法院與行政機關的專業落差，並確保法治主義與政府防疫任務之間的合理平衡」²³；邱文聰教授則是藉由指出我國當前防疫模式與憲法緊急命令權間之齟齬，期能找回常態法制下的「常態性授權」與緊急命令下「例外授權」已漸模糊之分野²⁴。質言之，其等仍是在法治的框架內進行論證，甚至是明白地以憲法增修條文第2條第3項賦予總統的緊急命令權為探討對象，換句話說，重點並不在於憲法是否因「例外狀態」而被懸置，毋寧是防疫時刻的法治標準是否應相對於常態法制有所調整。這不啻與「緊急憲法」模式下探討的問題重疊，也是本文緊接著所要討論的另一防疫模式。

二、緊急憲法

COVID-19雖對全球造成嚴重衝擊，並在各層面形成嚴峻挑戰，但其尚未將民主法治國家逼入外於法秩序的「例外狀態」已如

22 Vgl. Kersten/Rixen (Fn. 11), S. 14, 43. 此外，尚有學者指出，Schmitt理論意義下之「例外狀態」對討論緊急事態之助益有限。蓋此一概念一方面與Schmitt個人強烈之色彩難以切割，從而有令討論陷入兩極化之傾向，另一方面，其理論之核心要素實與「主權(者)」之理解密接，或已偏離法治國家在緊急事態中所關心之焦點，而逾越上述範圍之「例外狀態」理論又流於抽象，甚或為現實法制中未曾得見之「奇美拉」(Chimaera，希臘神話中異種混合之怪物)，故未見其規範上之重要性。此不啻與本文相同，認為「例外狀態」模式應非適於民主法治之憲政秩序下回應緊急事態的討論架構。Siehe Jasper Finke, Krisen. Ein Erklärungsversuch dynamischer Rechtsentwicklungen in Krisenzeiten, 2020, S. 2-3.

23 梁志鳴(註6)，頁299-300。

24 邱文聰(註3)，頁143-145。

前述，惟就規範層面的因應之道，各國中或有宣布進入緊急狀態或頒布緊急命令，以放寬對防疫之節制者，或有選擇以既有法制或（暫時性的）特別立法來推展防疫工作者²⁵。雖然我國未就COVID-19之防疫發布緊急命令已如前述，但自疫情爆發後，無分朝野皆有籲請總統發布緊急命令之聲，且其確實不失為在憲法秩序中用以應對急難的一項制度上選擇。因此，以下將先簡介我國緊急憲法的制度設計，再就其規範上之效果予以說明。

我國憲法第43條原仿效威瑪憲法第48條第2項定有總統之緊急權力²⁶，至動員戡亂時期結束後，1991年之修憲將總統之緊急命令權修正為與現行憲法增修條文第2條第3項相同之文字。兩者間之差異主要在於，憲法第43條將總統之緊急權力界定為議院休會時的權宜之舉，故限「總統於立法院休會期間」始得發布，而憲法增修條文第2條第3項則未設此限制²⁷；此外，發布事由也調整得較憲法第43條之規定更為抽象概括²⁸。不過自1980年代末臺灣民主化之後，總統的緊急命令權僅有因1999年的九二一大地震動用過一次，此後無論是遭遇2003年的SARS疫情，或因2009年莫拉克颱風所導致的八八風災，緊急命令權皆未再被使用。

針對為因應九二一大地震後的救災與重建所發布之緊急命令，司法院大法官（下稱大法官）曾作成司法院釋字第543號及第571號解釋，其中司法院釋字第543號解釋認為，緊急命令之適用「僅限

25 林春元（註8），頁28；賈文宇（註4），頁51-53。

26 陳新民，憲法學釋論，9版，頁385-386（2018年）。威瑪憲法第48條第2項之規定則是脫胎於俾斯麥憲法第68條授予皇帝於德國之公共安全受威脅時，得宣布部分地域進入戰爭狀態（Kriegszustand）之規定，Siehe *Agamben* (Fn. 21), S. 22. 中譯請見：Agamben著，薛熙平譯（註21），頁77。Vgl. auch *Kersten/Rixen* (Fn. 11), S. 45.

27 董保城、法治斌，憲法新論，8版，頁498（2021年）。邱文聰教授認為，刪除「立法院休會期間」之限制是為了維護「常態法治的純淨性」，避免常態法之立法者使用「懸置常態法治」的手段以排除緊急危難，見邱文聰（註3），頁144。

28 董保城、法治斌（註27），頁500。

於處置一定期間或地點發生之緊急事故，具有暫時替代法律、變更法律效力之功能。故緊急命令乃對立法部門代表國民制定法律、行政部門負責執行法律之憲法原則特設之例外，以不得再授權為補充規定即可逕予執行為原則，其內容應力求詳盡而周延。……緊急命令之發布，雖不受憲法第二十三條所揭示法律保留原則之限制，惟仍應遵守比例原則。」簡言之，緊急命令雖不受法律保留原則之限制，但仍受憲法位階之法律原則所拘束²⁹，就此司法院釋字第571號解釋針對平等原則所為之闡釋亦是同理，且誠如林子儀大法官就司法院釋字第571號解釋所提之協同意見書所述，在「須啟動緊急命令之此一特殊之權力分立機制」之情況下，「本院應採取較為寬鬆的合理審查標準，盡可能尊重政治部門之……決策」，而就所謂寬鬆之合理審查標準，林子儀大法官復進一步闡明其是指：「對於系爭政府措施之要求，僅止於『恣意之禁止』。而評估系爭政府措施之目的是否正當、對人民造成之負擔是否恣意、手段之於目的是否合理，皆儘量接受政治部門自身的判斷。人民欲挑戰政府措施之合憲性，必需負擔舉證責任，證明系爭政府措施之目的不正當、手段恣意，且手段與目的之達成缺乏合理關連性。」

儘管藉由上述說明可知，以發布緊急命令應變國家緊急危難或財經上之重大變故，從發布條件到事後所可能面臨之違憲審查上均有一定程度之放寬，不過在疫情之應對上，發布緊急命令終未成現實。此決策背後可能存在許多考量³⁰，不過就規範面之評估，蔡英

29 參見許育典，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188（2021年）；陳新民（註26），頁391；賈文宇（註4），頁52。至於緊急命令得否凍結憲法之（部分）條文則屬另一問題，就此有持肯定見解者，亦有認須待憲法明文，見李建良，淺析緊急命令之憲法爭議——從「九二五緊急命令」談起，台灣本土法學雜誌，6期，頁99（2000年）；董保城、法治斌（註27），頁499。

30 林春元教授認為，緊急命令之發布與否取決於決策當下的政治與制度條件，而我國毋寧是顧慮到過去動員戡亂的經驗、SARS後的制度整備，以及總統與國會多數席次屬同一政黨，因此選擇由國會通過特別立法應對疫情，見林春元

文總統於2020年3月19日之談話已有清楚表示：「在SARS後所修訂的《傳染病防治法》，以及這一次立法院因應疫情，快速反應的特別立法，已經對於防疫期間政府所需要的授權，提供了足夠的法律基礎。以現階段的疫情狀況來看，我們法律和政策工具，目前看起來是足夠的。³¹」就此，相應於總統談話的規範意義為：既然是是否藉發布緊急命令，令憲法秩序由常態進入緊急之中是由總統（與行政院會議）決定，則對照前揭二號司法院解釋，落於大法官所未竟言之處者，恐同樣關鍵，亦即在未選擇進入緊急憲法，而是欲以常態法制應對急難的前提下，即不宜逕以急難正當化防疫作為³²。這也顯示出，儘管法諺有云：「緊急不識法律」（*necessitas non habet legem*; *Not kennt kein Gebot*），但其於今日民主法治國的憲政秩序中，已不復有舉足輕重的地位，甚至已不得見於憲法條文之中³³。

從而邱文聰教授所謂，在欠缺宣告進入緊急狀態之儀式下，即由立法者直接賦予中央流行疫情指揮中心（下稱指揮中心）指揮官懸置常態法治的權力，不僅僭越了總統之緊急命令權，也迴避了事後就緊急命令具體內容所為之監督³⁴，恐非的論。蓋以特別立法之方式應對疫情，仍不排除防疫措施之合法性事後須受法院檢視，因此謂指揮官握有「懸置常態法治之權」，似有混淆應然與實然之嫌。只不過若選擇以整備既有法制及特別立法作為應變，則規範上餘下的問題為：應如何安置緊急危難的考量？在回應此問題前，本文欲先將焦點轉回我國選擇以常態法制因應疫情的背景之上。

（註8），頁28。同指出總統是因緊急命令帶有威權色彩，若情勢未達難以控制之程度，則先不予考慮，見許育典（註29），頁190。

31 未來14天防疫關鍵期 總統：政府會確保民生物資穩定供給 籲國人全力配合指揮中心，中華民國總統府網站，2020年3月19日，<https://www.president.gov.tw/NEWS/25259>（最後瀏覽日：2021年9月24日）。

32 同此：賈文宇（註4），頁53。另參見陳愛娥，疾病控制的憲法問題——以我國政府在SARS事件中的應變措施作為反省基礎，月旦法學雜誌，105期，頁42（2004年）。

33 *Kersten/Rixen* (Fn. 11), S. 19.

34 邱文聰（註3），頁145。

三、常態法制

依2020年2月時任副總統的陳建仁接受日本媒體專訪時之見，我國在COVID-19防疫初期的成功，與歷經SARS疫情，以及其後傳染病防治法之修訂有密切關聯³⁵。蓋SARS於2003年3月的爆發暴露了——1999年全文修正，2002年小幅修訂2條的——舊傳染病防治法之不足，包含爭議最大的採行居家隔離、於指定處所集中隔離或強制移送指定醫院隔離治療等措施的法源是否失之不明的問題。為此，立法院於2003年5月制定全文共19條之SARS暫行條例，明定各級政府機關得指定特定防疫區域實施管制；必要時，並得強制隔離、撤離居民或實施各項防疫措施、得徵用防疫物資或醫療機構，以及主管機關得要求新聞媒體更正未經查證的錯誤報導等事項，以為傳染病防治法的補充³⁶。

由於「收效良好」，SARS疫情過後，政府乃以各級政府機關防治權責的橫向／垂直整合、建構疫情防治指揮架構、加強港埠檢疫功能、確保民眾獲得正確資訊等方向為主軸，整併傳染病防治法與SARS暫行條例³⁷。此外，由於SARS疫情時，我國並無跨中央各部會，乃至地方政府之整合平台，全賴SARS暫行條例第2條規定設置委員會，始得有臨時統籌指揮調度之中心，因此傳染病防治法於2004年修法——將原僅有47條之傳染病防治法修正為共75條——時規定，若疫情發生而有統籌各項資源、設備及整合相關機關（構）

35 陳建仁，日媒專訪副總統陳建仁談防疫：我們這次會做得比較好，其實是從SARS時就有經驗，康健雜誌，2020年2月27日，<https://www.commonhealth.com.tw/article/81070>（最後瀏覽日：2021年9月26日）。

36 衛生福利部疾病管制署，SARS 10年：生聚與教訓，頁30（2013年）。

37 衛生福利部疾病管制署（註36），頁30。另可參見吳秦雯，從SARS到COVID-19：司法院釋字第690號解釋架構下之傳染病防治法制與基本權限制，法律與生命科學，9卷1期，頁101-102（2020年）。宜補充說明者為，此處為衛福部疾管署由官方視角，於前揭書中還原SARS暫行條例整併入傳染病防治法之說明，所謂「收效良好」亦為衛福部疾管署之評價。就此，筆者贊成有學者認為，SARS疫情時期的防疫與因應作為，尚有諸多不足之處。

人員之必要時，行政院衛生署得報請行政院同意成立指揮中心，並指定人員擔任指揮官，統一指揮、督導及協調各級政府機關、公營事業及民間組織執行防疫工作；必要時，尚得協調國軍支援（傳染病防治法第17條參照），俾求指揮體系效率極大化，集合人力及資源共同應戰³⁸。

前述對抗SARS的防疫經驗，及傳染病防治法成功「整併」SARS暫行條例等背景，也成為臺灣在面對COVID-19疫情時得以「超前部署」——如早在2020年1月20日即以三級開設之方式成立指揮中心（指揮官為衛福部疾管署署長），又旋於同年2月25日制定公布COVID-19特別條例，且溯及自同年1月15日開始施行（第12至16條除外）——並維持常態法制抗疫的關鍵³⁹。事實上，恰因COVID-19疫情突發之時，立法院多數席次與總統屬同一政黨，是從立法院於2月25日下午1時56分三讀通過COVID-19特別條例，至總統於同日傍晚5時30分公布該條例止，歷時尚未滿4小時來看，若得特定條件配合，以常態法制應對急難的效能未必遜於發布後尚須得國會追認之緊急命令⁴⁰。如是，則誠如李建良教授所言，若反向思考司法院釋字第543號解釋的意旨，應可得出，如非必要，應對風險之緊急法制的建構與運行，仍應循「立法部門代表國民制定法律、行政部門負責執行法律之憲法原則」⁴¹。這也是說，當常態立法程序尚可應對不到極度嚴峻程度之災變，而選擇不啟動緊急命令此一特殊

38 衛生福利部疾病管制署（註36），頁6。

39 Chien-Liang Lee, *Taiwan's Proactive Prevention of COVID-19 under Constitutionalism*, VERFASSUNGSBLOG (Apr. 22, 2020), <https://verfassungsblog.de/taiwans-proactive-prevention-of-covid-19-under-constitutionalism/>.

40 李建良，緊急命令或立法的法治思維，臺灣人工智慧行動網，2020年4月9日，<https://ai.iias.sinica.edu.tw/emergency-order-comment-2/>（最後瀏覽日：2021年9月27日）。林明鏞教授亦稱，COVID-19特別條例是以史無前例的速度通過，見林明鏞，治傳染性肺炎用重典？——以「居家隔離」與「居家檢疫」管制措施為中心，*台灣法學雜誌*，388期，頁10（2020年）。

41 參見李建良（註40）。

權力分立機制時，問題就不再是持何標準「一次性」地審查政治部門的決定⁴²，反是在常態的權力劃分下，不同的國家權力應如何「持續性」地應對疫情⁴³，這也令問題關鍵再回到如何在規範面安置緊急危難的考量上。就此，在過去近一年的時間內，已有不少論者分就個別防疫手段之合憲性進行探討，例如就立法者以COVID-19特別條例第7條賦予指揮中心指揮官（下稱指揮官）得為控制疫情所需，而實施必要處置之權限，即有針對其是否違反明確性原則者加以討論者⁴⁴；就具體防疫措施言，亦有以四級疫情警戒標準及因應事項⁴⁵、「電子圍籬」作為落實居家檢疫或隔離之輔助手段⁴⁶，以及暫停醫事人員、社工人員與高中以下學校之教職員工生出國的一般處分等措施的合法性為檢討對象者⁴⁷；此外，尚有注意到防疫行政組織於架構上之疑義者⁴⁸。

42 參見林子儀大法官就司法院釋字第571號解釋所提之協同意見書。

43 類此：李建良（註40）。

44 參見林明昕，再論嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例第7條之合憲性爭議，台灣法學雜誌，407期，頁53-68（2021年）；林明鏘，「防治紓困條例」之必要處置與措施——概括授權條款（§7）之合憲性與合理性評估，法治評論空中論壇（第一堂），社團法人台灣行政法學會主辦，頁8-10（2020年6月12日），<https://drive.google.com/file/d/1Asg9hQZWIgBPNUINdm3ggLTtmMGHlT/view>；林家暘，電子圍籬作為居家隔離（檢疫）之輔助手段——合法性的探討，台灣法學雜誌，413期，頁90-94（2021年）；黃源浩，嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例與授權明確：與法國法的比較，月旦法學雜誌，303期，頁27-44（2020年）。

45 參見許育典（註29），頁182-190。

46 參見李榮耕，居家電子監控於防疫期間之運用及其法源疑義，月旦醫事法報告，42期，頁93-102（2020年）；林明鏘（註40），頁5-6；邱文聰（註3），頁136-137；林家暘（註44），頁75-96。

47 參見林三欽，我國防疫措施法制之合憲性爭議——以限制高中以下師生出國禁令為例，月旦法學教室，212期，頁44-51（2020年）；邱文聰（註3），頁133-136；吳秦雯（註37），頁110-112；洪國華，從醫事人員限制出境禁令論紓困條例的憲法爭議，月旦醫事法報告，44期，頁53-63（2020年）；陳仲嶸，從防疫出國禁令爭議再訪法律保留的疆界，法律與生命科學，9卷1期，頁1-37（2020年）。

48 林工凱、謝碧珠，嚴重特殊傳染性肺炎疫情下應變處置措施之探討，臺灣醫界雜誌，63卷8期，頁50-51（2020年）；吳秦雯（註37），頁106-109。

然而，上述就個別法律問題之探討，一方面不僅結論大相逕庭，難謂有共識可言，就以——作為數則具有合法性爭議之防疫措施授權基礎的——COVID-19特別條例第7條是否符合明確性之要求為例，即使是同以——繼受自德國基本法第80條規定⁴⁹，而自司法院釋字第313號解釋以降，為司法院釋字第346、390、394、402、426、522、524、538、559、658、680、734、753、765號等解釋所穩定運用，亦即司法院釋字第313號解釋所首次揭示：「若法律就其構成要件，授權以命令為補充規定者，授權之內容及範圍應具體明確」，及至司法院釋字第346號解釋確立之——授權目的是否特定、內容是否具體，以及範圍是否明確等為判準，作為審查該條例第7條之檢驗標準，竟也可以得出南轅北轍的結果⁵⁰；另一方面似乎也未見到從權力分立角度拉開討論縱深，體系性地思考各別國家權力就防疫應有如何不同的安排或考量⁵¹。惟邱文聰教授於整理我國採取的個別防疫措施——諸如概括授權下的入出國管制、「電子圍籬」中的隔離檢疫等——之後，所指出的臺灣防疫模式三項特徵，包含：被弱化的明確性原則、受高度仰賴的概括條款，以及寬鬆的比例原則審查⁵²，則無一不是緊貼國家權力運作的相互關係而論，不僅與本文早前所擬採取從權力劃分的角度切入，以為反思之框架不謀而合，更在紛雜的防疫舉措中，提示了揀擇值得進一步檢視標的之標準。以下本文將循邱文聰教授所揭示之我國防疫模式的三項

49 林明昕（註44），頁59；陳新民，行政法學總論，10版，頁259（2020年）；黃源浩（註44），頁30-31。

50 如林明鏞教授認為，COVID-19特別條例第7條使用高度抽象不確定之概念，若無法透過違憲審查宣告其違反法律明確性原則，將助長輕率立法，也潛藏過度剝奪人民自由之可能，見林明鏞（註44），頁9-10；相對地，林明昕教授則認為，若顧及法秩序的一體性，即難斷言COVID-19特別條例第7條不明確，見林明昕（註44），頁59。

51 不過亦有從公共衛生的防疫目標探求其與個人自由間之平衡點者，見林欣柔，新冠肺炎流行下的公衛權力與界限，法律與生命科學，9卷1期，頁67-89（2020年）。

52 邱文聰（註3），頁140-141。

特徵，分從立法、行政、司法之角度評析國家權力於各自領域中的防疫舉措，是否符合常態憲法秩序下的誠命。

惟在個別討論開展之前，宜澄清者為，如本文上揭分析所示，即使Schmitt理論意義下懸置法秩序之例外狀態非民主國家之可欲選項，但實際上仍不乏有於法秩序內嘗試使用「例外狀態」以探討防疫與法治之問題者，此足見「例外狀態」一詞本身具有歧義性，換言之，除非返回Schmitt之例外狀態，否則一時間恐仍無法完全避免談及「例外狀態」時所可能出現之言人人殊現象。惟若是從偏離平時憲法秩序之角度以觀，則不妨借用Günter Frankenberg涵蓋較廣之說明，而將此等事態理解為，本應維繫規範架構之體制或制度已然停擺或瓦解，以致於與常態的聯繫產生斷裂，是以其一方面固可作為災害應對的方案，惟另一方面鑑於其具有服務於獨裁之潛力，而其修辭適於欺瞞或帶有目的地顛覆法秩序，故僅能逐案地確定其意義⁵³。是從法學的角度而言，本身尚有歧義空間之「例外狀態」恐不適合作為討論之框架，反允宜與之保持適當距離，並避免「危機診斷通膨下之危險」(die Gefahren inflationärer Krisendiagnosen)⁵⁴。與此相對，在我國選擇以常態法制為防疫模式的前提下，此選擇本身即應被嚴肅看待，由於所謂常態法制之防疫模式本身即為一應然標準，也就是以既有憲法秩序下的誠命為其標準，且正因既有之應然標準仍屬明確，即要無所謂難以辨識或識破緊急狀態遁入常態法制之問題。不過亦應同時強調者為，此非謂常態法制欠缺彈性或不允許變遷，事實上依我國過去及外國之經驗，法規確實需要配合疫情而有所調整，原本趨於穩定之法律解釋與適用也可能因疫情而延展出一定之空間。

⁵³ Günter Frankenberg, Im Ausnahmezustand, KJ 50 (2017), S. 3 (6).

⁵⁴ Kersten/Rixen (Fn. 11), S. 40; Fabian Michl, Der demokratische Rechtsstaat in Krisenzeiten, JuS 2020, S. 507 (507-508). Vgl. auch Martin Florack, Die Krise als Normalzustand des Regierens: Semantik und Funktionalität, in: Florack/Korte/Schwanholz (Hrsg.), Coronakratie: Demokratisches Regieren in Ausnahmezeiten, 2021, S. 51 (56-58).

參、立法：晦暗不明的明確性原則

一、圍繞COVID-19特別條例第7條所生之問題

在面對充滿不確定性之疫情，國家要能採取得防止傳染病蔓延之有效舉措，又同時須符合法治國下法律保留原則的要求，就立法權之面向而言，以概括條款（Generalklausel）授權行政機關為適當之處置，無疑是最具彈性且可兼顧二者的手段。然在臺灣亮眼的防疫成績背後，立法院於2020年2月25日三讀通過，並由總統於同日公布之COVID-19特別條例，特別是該條例第7條：「中央流行疫情指揮中心指揮官為防治控制疫情需要，得實施必要之應變處置或措施」對於人權的衝擊，仍引發諸多爭論⁵⁵。

若依據衛福部疾管署統計並公布於其官方網站上之「防疫之應變處置或措施」一覽表所示，含指揮中心在內之各部會以COVID-19特別條例第7條作為防疫措施之法律基礎者，僅得8次，計有⁵⁶：(1)教育部暫停高中以下學校之教職員工生出國；(2)指揮中心暫停於醫院服務之醫事人員及社工人員出國；勞動部就(3)移工之管理先後作成延長移工定期健檢期限與在臺工作年限、命雇主申請移工工作許可時，應檢附移工入境辦理居家檢疫計畫書，及實施強制接機等6項措施；復就(4)雇主或私立就業服務機構以外之第三人，於疫情期間辦理就業服務法第46條第1項第8款至第10款之外國人自主健康管理頒布應遵守事項；(5)經濟部要求離岸風力發電公司遵循其所公告之防疫措施；(6)金融監督管理委員會（下稱金管會）要求公開

⁵⁵ 相同的問題意識：林明昕（註44），頁54-55。

⁵⁶ 衛生福利部疾病管制署，防疫之應變處置或措施，2021年10月5日版，<https://www.cdc.gov.tw/Category/Page/KD1A9YeAPI4LNUWfZ0xwZA>（最後瀏覽日：2021年10月7日）。另可參見：教育部臺教授國部字第1090032762號文；指揮中心肺中指字第1093800250號文；勞動部勞動發管字第11005035971號文；經濟部經能字第10904605340號文；金管會金管證交字第11003621371號文；農委會農輔字第1100023454號文及農授漁字第1101326226號文。

發行公司暫停召開股東會；農業委員會（下稱農委會）分就(7)休閒農場及(8)娛樂漁業漁船頒布防疫管理措施。然而，這與不少觀察有所落差，蓋包含指揮中心頒布之「疫情警戒標準及因應事項」、以行動電話監控居家檢疫與居家隔離者的具體所在位置，以及要求使用健保卡購買實名制口罩等措施，均被論者認為在欠缺其他明確法源的情形下，或只能援引COVID-19特別條例第7條（勉強）作為形式上的依據⁵⁷，簡言之，存在若干防疫措施之法律依據模糊之情形。甚至，即使先不論何以COVID-19特別條例第7條僅授予指揮官為防疫所需，得採取必要應變處置之權，但教育部、勞動部、經濟部、金管會及農委會等部會卻皆曾依據COVID-19特別條例第7條作成所謂防疫措施⁵⁸，單就COVID-19特別條例第7條本身是否足以提供被賦予管制權能之指揮官清楚的指示，以及其對受規制之一般民眾是否能作為行動上之指引，皆顯得十分可疑。

就此，吳秦雯教授即以暫停高中以下學校之教職員工生出國為例，指出該管制措施以COVID-19特別條例第7條為據，不僅超出一般人所得預見之範圍，也不易藉由社會通念判斷，恐不符明確性原則⁵⁹。此外，林明昕教授也指出，COVID-19特別條例第7條的問題在於該條用語簡略，條件限定甚少，從而引發違反憲法上明確性原則的疑慮⁶⁰。至此已不難看出，立法在防疫上所遭遇的難題實環繞在，其為因應COVID-19疫情而制定之概括條款，是否符合憲法上明確性原則之要求？

57 李榮耕（註46），頁95-101；許育典（註29），頁186；賈文宇（註4），頁56。惟許育典教授強調，依COVID-19特別條例第7條頒布疫情警戒標準及因應措施屬積極落實國家保護義務的表現。

58 類此質疑：邱文聰（註3），頁134。

59 吳秦雯（註37），頁111-112。

60 林明昕（註44），頁57-58。相仿的看法：林明鏘（註44），頁9。

二、明確性原則之憲法基礎及其具體要求

按我國憲法中雖無關於明確性原則之明文，但此無礙於明確性原則作為法治國之憲法誠命，蓋若人民無法藉由立法者所制定之法律預見其行止是否牴觸規範，或違反的效果何如，則不僅民無所措其手足，行政將無從履行其執行法律之任務，更甚者為，司法勢必也將無以為斷。換句話說，明確性原則除凸顯行政與司法均受法律之拘束外，立法、行政與司法之劃分也從此具有意義，因此學理上咸認明確性原則可由法治國原則中推導而出⁶¹。是以明確性原則在我國雖不若在德國，是為避免重蹈威瑪憲法破毀之覆轍，而於基本法第80條第1項第2句明定：「授權之內容、目的及範圍應以法律定之」作為其憲法上之基礎外，並同時以基本法第103條第2項之規定：「行為之處罰，以行為前法律規定得處罰者為限」為其明文依據⁶²，不過此皆無礙大法官自司法院釋字第313號及第432號解釋，分別援引作為明確性原則之子原則的「命令之授權明確性」（Bestimmtheitsgebot für gesetzliche Verordnungsermächtigungen）與「法律明確性」（Bestimmtheit der Rechtsnormen）以為違憲審查準據後，明確性原則即在我國釋憲實務中穩定地作為審查標準而被適用⁶³。其中，命令之授權明確性無論是依較早期之司法院釋字第

61 參見吳庚、陳淳文，憲法理論與政府體制，7版，頁148-149（2021年）；陳慈陽，憲法學，3版，頁335（2016年）；Peter Badura, Staatsrecht: Systematische Erläuterung des Grundgesetzes, 7. Aufl., 2018, F Rn. 18; Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1999, Rn. 276; Hartmut Maurer, Staatsrecht I: Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen, 6. Aufl., 2010, § 8 Rn. 47; Helge Sodan, in: Sodan/Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht: Staats- und Verwaltungsrecht, 4. Aufl., 2010, § 7 Rn. 35.

62 Kersten/Rixen (Fn. 11), S. 79; Hans-Jürgen Papier/Johannes Möller, Das Bestimmtheitsgebot und seine Durchsetzung, AöR 122 (1997), S. 177 (178); Sodan (Fn. 61), § 7 Rn. 35.

63 參見吳庚、陳淳文（註61），頁149；許宗力，論法律明確性之審查：從司法院大法官相關解釋談起，臺大法學論叢，41卷4期，頁1688（2012年）；陳新民（註26），頁125；賈文宇，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163-164（2019年）；董保城、法治斌（註27），頁83。

394號解釋理由書第1段所謂：「法律授權訂定命令者，如涉及限制人民之自由權利時，其授權之目的、範圍及內容須符合具體明確之要件」，或是依晚近之司法院釋字第734號解釋理由書第1段所謂：「人民基本權利之限制，原則上應以法律為之，依其情形，固非不得由立法機關授權主管機關發布命令為補充規定……。惟其授權之目的、內容及範圍均應具體明確。主管機關據以發布之命令，亦不得逾越授權之範圍，始為憲法之所許」，均是指法律對法規命令的授權，應讓法規命令適用對象對授權目的、法規內容乃至於適用範圍都能有清楚預見，換言之，行政機關雖承擔更詳盡制定規範之責，但立法者仍須藉授權的法律令受規範者得預判規範的效力範圍，如此方符明確性的要求；是以在法律與法規命令的功能應有區分——涉及人民權利的重要事項仍須保留在立法者手中，而法規命令則是扮演完善法律執行的角色——之前提下⁶⁴，鑑於COVID-19特別條例第7條僅是賦予指揮官得實施必要之具體應變處置或措施，並非授權指揮官制定法規命令，是以下討論將聚焦於涉及規範本身明確與否之法律明確性之要求。

依許宗力大法官之分析，大法官於司法院釋字第432號解釋首先提出以三項要件作為法律明確性原則之審查標準，亦即要求法律規定之內容須「意義非難以理解」、「為受規範者所得預見」及「可經由司法審查加以確認」，爾後並為司法院釋字第491、521、545、573、585、594、602、617、623、633、636、659、665、689、690、702、760、761、767、768、777、794、799等多號解釋所採取，主要用以審查法律用語明確與否，或指示規定（*Verweisungsvorschriften*），也就是指示適用其他法規之規定本身是否已足夠明確⁶⁵。其中，首次對判斷標準有較清楚闡述者，當推司法院釋字第

64 吳庚、陳淳文（註61），頁151；陳新民（註49），頁255；Arnd Uhle, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, 48. Ed., Stand: 15.08.2021, Art. 80 Rn. 18-19.

65 許宗力（註63），頁1691。

636號解釋，其於解釋理由書第2段謂：「基於法治國原則，以法律限制人民權利，其構成要件應符合法律明確性原則，使受規範者可能預見其行為之法律效果，以確保法律預先告知之功能，並使執法之準據明確，以保障規範目的之實現。依本院歷來解釋，法律規定所使用之概念，其意義依法條文義及立法目的，如非受規範者難以理解，並可經由司法審查加以確認，即與法律明確性原則無違」。由此可知，大法官與學理所持意見相同，均認為法律明確性作為憲法上原則之根源在於法治國原則⁶⁶，且要求法律明確性之目的在於：即使在制定法規範上，不確定法律概念或概括條款之使用不可避免，亦有其必要，但藉由法律明確性原則確保國民對行政行為在一定範圍內的可預測性、認識其權利義務的內容，以及保有司法審查之可能，即仍能避免恣意執法並維持法安定性⁶⁷。如是看法也與德國聯邦憲法法院的見解高度相仿，後者認為：「規範明確性與明晰性的要求應使受到影響之人能在法規範的基礎上認識法律關係，並得以相應採取行動。此外，明確性之要求也有助於約束行政，且在內容、目的及範圍上限制其行為，而就其保護他人的行為而言，更仔細地具體化了保護任務。此等要求從而為權衡之決定提供了足夠清楚的標準」⁶⁸。就此，法律明確性之要求應可簡潔地歸納為，受規範者的可預見性，以及司法審查的可能性⁶⁹。

66 同此：許宗力（註63），頁1690。

67 參見同前註；陳愛娥，如何明確適用「法律明確性原則」？——評司法院大法官釋字第五四五號解釋，月旦法學雜誌，88期，頁251（2002年）；Stefan Huster/Johannes Rux, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, 48. Ed., Stand: 15.08.2021, Art. 20 Rn. 182.

68 BVerfGE 114, 1 (53). Vgl. auch BVerfGE 83, 130 (145); 108, 52 (75); 110, 33 (54).

69 Marco Buschmann, Die rechtsstaatlichen Schwächen des neuen § 28a Infektionsschutzgesetz als zentrale Eingriffsnorm zur Bekämpfung von Covid-19, RuP 7 (2021), S. 120 (123); Hans D. Jarass, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 15. Aufl., 2018, Art. 20 Rn. 83; Michael Sachs, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 8. Aufl., 2018, Art. 20 Rn. 126-130.

如此一來，法律明確性原則雖無法具體要求法規應明確至何程度，但其至少可要求法規應依所欲規範的生活事實之特徵及規範目的，儘可能地作成明確的規定。然而，由於為規範目的所涵蓋的生活事實實屬多樣，無法在語言上全然明白確定，因此只要概括條款及不確定法律概念能藉法律解釋方法加以具體化，其等使用即尚在允許之範疇內⁷⁰。不過一般而言，若此時法律效果對個人影響愈是重大，則會同等要求法規本身應愈加明確⁷¹。

三、COVID-19特別條例第7條是否符合法律明確性之要求

當以上述標準來檢驗COVID-19特別條例第7條之規定時，不難發現該條規定實過於抽象，受到規範之一般國民不僅無法透過其規定之內容預見任何一項防疫措施⁷²，從司法審查的角度而言，該條本身也不足以成為提供法院據以審查行政行為的依據⁷³。若要避免COVID-19特別條例第7條淪於違憲，或可從防疫的角度，將之視為就傳染病防治法之延伸，申言之，COVID-19特別條例第7條之規定一方面是要令指揮官得於瞬息萬變的疫情中，藉其補傳染病防治法既有防疫措施之不足，而發揮一定之補遺功能（*Auffangfunktion*），另一方面也要求指揮官依其所採取之防疫措施，仍須與傳染病防治法所規範的既有措施有所牽連，以達一定收束的作用，以免濫權。蓋概括條款為立法者有意之規定，意在特定情形下授予行政更大的彈性與續造法律的空間，令法律保有因應新局而作出調適的能力，因此學理上稱其具有授權（*Delegations-*）、法律續造（*Rechtsfortbildungs-*）及維持彈性等功能（*Flexibilitätsfunktion*），甚至認為其為規範規劃上的刻意留白⁷⁴。復從行政的角度言，概括條款的意

70 *Michl* (Fn. 54), S. 508. Vgl. auch *Helmuth Schulze-Fielitz*, in: *Dreier* (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, Bd. II, 3. Aufl., 2015, Art. 20 Rn. 133.

71 *Buschmann* (Fn. 69), S. 123; *Schulze-Fielitz* (Fn. 70), Art. 20 Rn. 135.

72 參見許宗力（註63），頁1701-1704。

73 類此：林明鏘（註44），頁9。

74 *Thomas M. J. Möllers*, *Juristische Methodenlehre*, 3. Aufl., 2020, § 7 Rn. 9-10; *Bernd*

義在於相較於既有賦予特定職權（*Befugnisse*）之規定，其能指向於待履行之任務（*Aufgaben*），為行政行為的多樣可能性在法律之內保留餘地⁷⁵，要言之，作為一項補遺條款而存在。

然而，即使將COVID-19特別條例第7條視為傳染病防治法本有諸多防疫措施之延伸，企圖在得採取防疫措施之例示規定外，以此概括條款作為補充仍會面臨兩項解釋上的困難：一者，傳染病防治法中原已存在防疫措施之概括條款，也就是傳染病防治法第7條之規定：「主管機關應實施各項調查及有效預防措施，以防止傳染病發生；傳染病已發生或流行時，應儘速控制，防止其蔓延。」因此，不僅教育部在作成暫停高中以下學校教職員工生出國之決定時，除援引COVID-19特別條例第7條外，也同時援引傳染病防治法第7條作為前開一般處分之法律依據；金管會於暫停公開發行公司之股東會召開時，以及農委會就休閒農場與娛樂漁業漁船頒行防疫管理措施時，亦在援引COVID-19特別條例第7條外，復以傳染病防治法第37條第1項第6款及第3項作為其防疫措施之依據。如此不但不能透過個案法律適用逐步具體化COVID-19特別條例第7條的內容，增加理解之可能，更凸顯該條的處境尷尬。

二者，概括條款的解釋往往需參照其他例外規定，或該領域中的重要案型以便澄清其適用範圍⁷⁶，惟若細觀傳染病防治法其他防疫措施之規定，包括：檢查、治療、預防接種（傳染病防治法第36條參照）；管制特定活動、場所之出入與人數及區域之交通、人員（傳染病防治法第37條參照）；病人之隔離治療（傳染病防治法第44、45條參照）；與病人接觸與疑似被傳染者之留驗、令遷入指定

Rüthers/Christian Fischer/Axel Birk, *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*, 10. Aufl., 2018, Rn. 836.

⁷⁵ *Franz Reimer*, *Juristische Methodenlehre*, 2. Aufl., 2020, Rn. 264.

⁷⁶ 參見李榮耕（註46），頁100；林明昕（註44），頁61-62；*Rolf Wank*, *Die Auslegung von Gesetzen: Eine Einführung*, 2. Aufl., 2001, S. 58-59；*Reinhold Zippelius*, *Juristische Methodenlehre*, 12. Aufl., 2021, S. 62.

處所檢查、施行預防接種、投藥或指定特定區域實施管制、隔離（傳染病防治法第48條參照）；病房或住居所之消毒（傳染病防治法第49條參照）；屍體之必要處置（傳染病防治法第50條參照）等，不僅欠缺與以行動電話24小時監控受檢疫或隔離之人位置⁷⁷，以及與以全國為範圍，而就營業、集會、教育，乃至一般民眾得出入之公共場域發布「疫情警戒標準及因應事項」進行管制得互為參照的案型，亦乏突破全民健康保險法第16條第1項但書及全民健康保險保險憑證製發及存取資料管理辦法第2條但書之明文規定：健保卡「不得存放非供醫療使用目的及與保險對象接受本保險醫療服務無關之內容」，而令國民於購買實名制口罩時，得比照慢性病處方簽，至健保特約藥局使用健保卡插卡購買的相關規範。

這也是說，若由前述大法官審查明確性之要件，及德國聯邦憲法法院之穩定見解所歸結出法律明確性之要求：受規範者的可預見性、司法審查的可能性為參考座標，則僅在形式上滿足了最低門檻之法律保留的COVID-19特別條例第7條，不僅無法提供履行防疫任務之指示、不能作為人民配合政府防疫的行動準則，更未提供裁判必要的審查基準。因此，無論從受規範者到司法救濟的角度言，法律明確性所必須提供清楚的利益衡量標準皆付之闕如。質言之，COVID-19特別條例第7條可能對人民將構成如何干預，實無法藉法律解釋從單一條文，乃至於傳染病防治法的體系中抽繹而出。如是，立法者之意志實已稀薄至無從辨識，即使從所謂法秩序一體性的面向予以考察，不違反法律明確性的可能也已在全權讓渡與空白授權（Blankovollmacht）之中消逝⁷⁸。

77 同此：李榮耕（註46），頁100-101。

78 對COVID-19特別條例第7條的明確性問題持較寬容態度之林明昕教授亦認為，隨著時間推演，是否能長期推定該條合憲，不無疑問，蓋作此評價之正當性將在點滴間逐漸流逝，從而由合憲轉為違憲，見林明昕（註44），頁67。此外，或宜補充者為，就司法院釋字第690號解釋所揭示之法律明確性審查密度，即「強制隔離雖拘束人身自由於一定處所，因其乃以保護人民生命安全與身體健

肆、行政：欠缺意識的行政行為形式選擇

一、疫情警戒標準及因應事項：一般處分抑或法規範？

自2020年1月20日衛福部依傳染病防治法第17條第1項規定報請行政院核准成立以三級開設之指揮中心（三日後提升為二級），並至同年2月27日再度提升至最高等級之一級開設後，無論指揮中心及原本作為傳染病防治法中央主管機關之衛福部，乃至於其他各部會均依COVID-19特別條例或傳染病防治法頒行了若干防疫措施；其中，（可能）以COVID-19特別條例第7條為法律依據而作成者，已如前述。在這些防疫措施之中，以我國（或直轄市）境內全體民眾（含本國及外國之自然人、法人與非法人團體）為對象進行規制者，當屬指揮中心首先於2021年1月21日發布，嗣後復於同年5月11日之公告中確立為四個等級之「疫情警戒標準及因應事項」。在2021年5月疫情突然轉趨嚴重之時，衛福部即於同年5月16日分別以全國民眾及臺北市與新北市之全體市民為對象，以衛授疾字第1100200449號文及衛授疾字第1100200449A號文前後作成兩次公

康為目的，與刑事處罰之本質不同，且事涉醫療及公共衛生專業，其明確性之審查自得採一般之標準，毋須如刑事處罰拘束人民身體自由之採嚴格審查標準」得否援作審查COVID-19特別條例第7條是否合乎法律明確性時參考之問題。本文以為，作為該號解釋審查標的之舊傳染病防治法第37條第1項規定中既有「遷入指定處所」之文字，則「強制隔離」尚在其文義所能及之範圍，似非受規範者所全然不能預見，且該號解釋所採取之審查密度，乃是針對涉及限制人身自由之法律明確性審查所設，與COVID-19特別條例第7條牽涉諸多不同防疫舉措之情形有別。再者，立於適當區分審查標準與審查密度之前提，倘可以明確地列「受規範者所得預見」及「可經由司法審查加以確認」為法律明確性之審查標準，則從事違憲審查時是否仍有必要一律指明審查密度為何，即尚有斟酌餘地。因為不僅發展出審查密度「三階理論」(Drei-Stufen-Lehre)之德國聯邦憲法法院並未穩定地援用此一理論，甚至嘗於BVerfGE 88, 203 (Schwangerschaftsabbruch II)一案中指出，毋需對三項互異之審查密度予以深究，蓋違憲審查無論如何均會涉及立法者是否已就事實為充分考慮，以及是否有以合理方式運用其評估餘地 (Vgl. BVerfGE 88, 203 [262])。相對地，依筆者之觀察，德國聯邦憲法法院於審查時，毋寧更加著重於審查標準與事實間之關聯。

告，內容略為前者應遵守第二級「疫情警戒標準及防疫措施裁罰規定」，而後者應遵守第三級「疫情警戒標準及防疫措施裁罰規定」，並分別自5月11日及同月15日起實施，至同月28日又再以衛授疾字第1100200495號文公告全體民眾均須遵守修正之第三級「疫情警戒標準及防疫措施裁罰規定」，包含：外出應全程配戴口罩並配合實聯制之施行；停止室內5人、室外10人以上之聚會；婚禮不得宴客、喪禮不得公祭；令宮廟、教堂（會）及其他宗教場所停止辦理禮拜、祈福等宗教集會活動、禁止民眾進入宗教場所，並全面停止進香與繞境之相關活動；持續關閉休閒娛樂場所、觀展觀賽場所與教育學習場域；持續停止全國中、小學對外開放等措施。

就此，雖然指揮中心與衛福部均未曾指出前述防疫措施究屬何種行政手段（*Verwaltungsinstrument*），惟此等整體為「疫情警戒標準及防疫措施裁罰規定」所涵蓋，而由衛福部單方發布，對人民普遍發生直接法律效果的措施，或可定性為行政程序法第92條第2項所規定之一般處分（*Allgemeinverfügung*），也就是行政機關就具體事件所為決定或措施之相對人雖非特定，惟依一般性特徵（*allgemeine Merkmale*）可得確定其範圍者，適用行政程序法有關行政處分之規定。

一般處分作為行政處分之變體出現，乃是為因應行政機關行使公權力之實際需求而生，蓋除有必要對特定、個別（*individuell*）之人從事規制外，在例如欲阻止市民進入將有坍塌危險之建物，或欲禁止民眾參與預定於某日舉行之示威遊行等情形⁷⁹，行政機關即有必要對可得確定範圍之多數人進行規制。換句話說，一般處分之相對人雖於其發布時尚未特定，且向未來保有開放性，惟只要事後可得確定相對人之範圍即為已足⁸⁰。對此，許宗力大法官即指出，

79 陳敏，行政法總論，10版，頁327（2019年）。

80 吳庚、盛子龍，行政法之理論與實用，16版，頁301-302（2020年）；*Katharina von Schlieffen/Stefanie Haaf*, Grundkurs Verwaltungsrecht, 2019, S. 157.

若就特定人為規制的特徵不再具有作為區分行政處分與法規命令判斷的意義，則兩者之重要界分將僅剩「是否就具體事件為規制」一項，而此也為必須固守之判準⁸¹。許宗力大法官的前項見解殊值贊同，蓋若將就抽象事實關係而對特定人所為之規制——如命私有水庫所有人於其水庫水位達一定高度時，即應洩洪，以防決堤成災⁸²；或冷凍庫之經營者應清除因冷凍庫冷氣外洩所造成之結冰，以免危險等情形⁸³——也納入考量，並認為在行為義務內容已然具體明確的情況下，縱使其具有反覆性質，依然認為此規制屬行政處分之另一變體⁸⁴，則不難發現，正因將前述逸脫於行政處分——就具體事件及特定人進行規制之——典型特徵的行政行為，依舊分別界定為行政處分與一般處分，從而後者與行政機關在法律授權下，對抽象事實關係及不特定之一般人所為之規制（*abstrakt-generelle Regelung*）即仍有必要予以區隔，否則行政機關無異可藉由對「可得確定相對人之範圍」採取寬泛理解的方式，於法律未授權訂定法規命令的情況，取得實際上制定法規範之權限，不再僅是得就具體事件進行規制而已。

就四級「疫情警戒標準及因應事項」所包括的諸防疫措施而言，無論是前述衛福部於2021年5月16日分別對我國境內全體民眾與臺北市、新北市二直轄市市民公告推行第二級與第三級「疫情警戒標準及防疫措施裁罰規定」，或同年月28日作成要求全國民眾遵守修正之第三級「疫情警戒標準及防疫措施裁罰規定」之公告，乃至同年7月29日再度將全國民眾應遵循之「疫情警戒標準及防疫措

81 許宗力，行政處分，收於：翁岳生編，*行政法*（上冊），4版，頁629（2020年）。

82 參見陳敏（註79），頁328。

83 參見吳庚、盛子龍（註80），頁288；許宗力（註81），頁633；OVG NRW OVG 16, 289.

84 *Stefan Korte*, in: *Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht I*, 13. Aufl., 2017, § 45 Rn. 79; *Hartmut Maurer/Christian Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht*, 20. Aufl., 2020, § 9 Rn. 21.

施裁罰規定」調降為修正第二級之公告，均為就多個得反覆發生的抽象事實關係所為的規制，且幾乎皆是以全國為範圍（最小者也是以兩個總人口超過660萬人之直轄市為範圍）來界定可能被涵蓋的相對人。

對此，若前文所述不宜以寬泛的方式理解所謂的「可得確定」可採，則採取較狹義之方式理解，亦即相對人之範圍應可藉所規制之事件加以具體化的角度觀之⁸⁵，無論是「外出時應全程配戴口罩」或「停止室內5人、室外10人以上聚會」等措施，均無法將所規制的相對人進一步具體化至「可得確定」之程度，相對人之範圍反倒更是隨時保持在開放狀態；相對地，由能否防止COVID-19疫情蔓延此一原因事件的角度，將防治疫情視作一具體事件，從而令四級「疫情警戒標準及因應事項」下所含的各個防疫措施皆可被論為一般處分，同樣讓人懷疑。蓋疫情固為採取防疫措施的原因（Anlass），但受規制的標的（Gegenstand der Regelung）卻始終是外出時配戴口罩或一定人數以上停止聚會等行止，而非疫情本身，是相關規制應屬對不特定且反覆發生的「外出配戴口罩」及「停止聚會」等事實關係所為之抽象規制（abstrakte Regelung），而非具體一般之規制（konkret-generelle Regelung）⁸⁶。質言之，「疫情警戒標準及防疫措施裁罰規定」應屬當由立法者制定或授權行政機關訂定之一般、抽象之法規範（Rechtsnorm）。如此一來，不論其法律基礎究屬衛福部於前揭公告中所引據之傳染病防治法第37條第1項，或是依論者之見應為COVID-19特別條例第7條，在此二規定均未授

85 Vgl. Hans Peter Bull/Veith Mehde, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 9. Aufl., 2015, Rn. 701; Maurer/Waldhoff (Fn. 84), § 9 Rn. 18.

86 Ähnlich: Maurer/Waldhoff (Fn. 84), § 9 Rn. 18. 1952/53年德國Baden-Württemberg邦發生多起因食用菊苣沙拉而罹患傷寒之病例，該邦隨即禁止發生病例地區的盤商與零售業者繼續出售菊苣沙拉，此項措施嗣後為德國聯邦行政法院界定為一般處分，不過此舉卻引發來自學界的質疑，蓋不僅相對人之範圍因向將來開放而難以確定，勉強將多處的多起傷寒病例視作被規制之單一事件更顯斧鑿，Siehe BVerwGE 12, 87 (89); Bull/Mehde (Fn. 85), Rn. 701.

權衛福部或指揮官對多數不特定人民就抽象事項訂定對外發生效力之法規命令的前提下，四級「疫情警戒標準及因應事項」之訂定不啻與行政機關訂定法規命令應基於法律授權，且須明列其法律授權之依據有所矛盾（行政程序法第150條參照）。

二、法源有欠、行政行為形式不明的防疫規制集合

類似的問題也出現於前已述及，由包含經濟部、勞動部、農委會等在內之各部會依COVID-19特別條例第7條所發布之各項「防疫管理措施」或「應遵守事項」，例如經濟部於2020年10月29日以經能字第10904605340號文公告離岸風力發電公司應於指揮中心成立期間遵循一定之防疫措施，是對不特定多數人員之檢疫、運輸、輪休、離境等作業所為之通案要求；勞動部於2021年3月30日以勞動發管字第11005035971號文公告於指揮中心成立期間不特定多數之雇主或私立就業服務機構以外之第三人就辦理從事就業服務法第46條第1項第8款至第10款工作之外國人於自主健康管理期間事項所應遵守的規定，以及農委會於2021年7月12日及同年8月6日分以農輔字第1100023454號文與農授漁字第1101326226號文公告之「休閒農場防疫管理措施」及「娛樂漁業漁船防疫管理措施」，分別對休閒農場工作人員與遊客之健康管理、人流管制與農場各區之清潔防護等措施，以及對娛樂漁業漁船之登船人員在航行、飲食、營運、環境消毒等事項，皆為在指揮中心成立期間所為之一般、抽象的規制。從法規範與一般處分應予區分的角度言，作為一般處分要件的「相對人可得確定」，正如前述，應以狹義方式理解，否則法律或法規命令就所適用之相對人範圍進行的抽象描述，同樣也會被認為屬「可得確定」；因此，其至少應是得以（在時間上）被劃定出來的一次性生活情境予以具體化始可⁸⁷，從而各部會上揭就防疫所為之各項一般、抽象的規制，實應以法規命令訂定。

87 *Bull/Mehde* (Fn. 85), Rn. 701.

然而，一方面因COVID-19特別條例第7條僅賦予指揮官作成應變處置之權，另一方面該條亦未授權指揮官與其他部會訂定法規命令，因此各部會在法律未有授權，也未顧及自身是否具有防疫事務之管轄權限的情況下⁸⁸，即逕依COVID-19特別條例第7條作成性質不甚明朗，亦即恐無法界定為一般處分，但又不具備訂定法規命令之規範上前提的行政行為，不僅令此等防疫規制的合法性成疑，更顯示無論是在一級開設下的指揮中心或是其他各部會，皆對究應如何選擇適法的行政行為形式未有充分的意識⁸⁹。

三、授權依據與作成形式均成疑的疫苗接種對象及優先順序規定

在同樣對行政行為形式之選擇一事上未能有充分認知的情形，可能尚可以指揮中心於2021年2月所訂定的「COVID-19疫苗接種計畫」（下稱「疫苗接種計畫」），以及同年6月為修訂前揭計畫中有關疫苗接種之優先順序而訂定之新版「COVID-19公費疫苗接種對象」（下稱「公費疫苗接種對象」）為例⁹⁰。在「疫苗接種計畫」中指揮中心指出：「疫苗接種是最具效益之傳染病預防介入措施，亦是我國後續針對COVID-19防治及保護國人健康至為迫切且必要的防治策略之一。為建立民眾對COVID-19的群體免疫力，以涵蓋全人口65%之接種需求量為採購目標」，不過指揮中心也同時坦承，在疫苗接種計畫實施初期，疫苗供應量受到限制，因此將暫依2020年7月6日召開的衛福部傳染病防治諮詢會預防接種組會議所建議之接

88 邱文聰（註3），頁134；陳清秀、詹鎮榮，行政法的法源，收於：翁岳生編，行政法（上冊），4版，頁148（2020年）。

89 關於行政依據不同任務所需，得自由選擇其行為形式，請參見林明鏘，論型式化之行政行為與未型式化之行政行為，收於：翁岳生教授祝壽論文集編輯委員會編，當代公法理論：翁岳生教授六秩誕辰祝壽論文集，頁355-356（1993年）。

90 就COVID-19之公費疫苗接種對象與優先順序規制之定性，可參見陳陽升，COVID-19疫苗公費接種對象與優先順序規定之定性，台灣法律人，3期，頁19-31（2021年）。

種對象優先順序來實施，並視國內疫情趨勢、疫苗供應量及運用情形加以彈性調整，原則上以高傳播族群為優先⁹¹。在該計畫第三章「疫苗接種作業」第二節「疫苗接種策略」中，指揮中心將疫苗接種分為三階段，並按接種之優先順序區分10類人員，計畫在疫苗數量有限的前提下逐步施打；就「疫苗接種計畫」所列接種之優先順序，指揮中心復於2021年6月21日，也就是衛福部傳染病防治諮詢會預防接種組第三次臨時會召開後之隔日，單獨以表格呈現之方式於衛福部疾管署網頁上公布了經調整之「公費疫苗接種對象」⁹²。

無論是由「疫苗接種計畫」或「公費疫苗接種對象」所規定之疫苗接種之優先順序內容以觀，其不僅為對不特定多數人、反覆發生之抽象事實關係所定之規制，事實上也成為直轄市、縣市政府就是否有所謂「違規」插隊私打疫苗，從而依傳染病防治法第29條第1項連結同法第65條第3款作成30萬至200萬不等之裁罰的標準；輔以COVID-19疫苗接種與國民之健康高度相關，且施打疫苗的優先順序也攸關平等問題，是以若行政機關欲就此事項作成一定安排，理論上即應選擇訂定得對外發生法律效果之法規命令。然由指揮中心作成，並藉衛福部疾管署網站發布之前二項規制，不僅作成之機關未曾表明其究屬何種行政手段，在規制內容中亦未明列其法律授權之依據（行政程序法第150條第2項參照），更未刊登於政府公報或新聞紙（行政程序法第157條第3項參照）⁹³，實與衛福部向來有

91 指揮中心，110年COVID-19疫苗接種計畫，2021年2月版，頁1、22，<https://www.cdc.gov.tw/Uploads/2886097d-be8a-4496-8382-710e4fd70219.pdf>（最後瀏覽日：2021年10月28日）。

92 衛生福利部疾病管制署，COVID-19疫苗公費接種對象，2021年6月21日版，<http://at.cdc.tw/448HLF>（最後瀏覽日：2021年10月28日）。

93 法規命令未依法踐行發布程序，而僅於網站上公告，其效力依最高行政法院104年度4月份第1次庭長法官聯席會議（一）決議為未生效力。該決議要旨為：「各機關基於法律授權訂定之命令應發布，且依90年1月1日起施行之行政程序法第157條第3項規定，法規命令之發布，應刊登政府公報或新聞紙，此為法規命令之生效要件。政府公報或新聞紙，係屬文書（紙本）。網際網路並非文書（紙本），自非屬政府公報或新聞紙。行政院公共工程委員會92年11月6日工程

序地將其新訂或修正之法規命令，登載於政府公報，並公告於其官方網站上的作法有異⁹⁴。由此不但反映指揮中心或衛福部可能並未意識到，其就公費疫苗接種對象及優先順序之規制，也就是相關辦法之訂定，至少應以尚能符合法律保留要求的法規命令方式為之，甚至不清楚自己所為的行政行為究是以何種形式作成，更令傳染病防治法——特別是該法第5條第1項第1款第1目或第28條——是否確有授權中央主管機關就疫苗接種之優先順序訂定法規命令此一問題，未能進一步得到檢討⁹⁵，乃至促成相應修法。

企字第09200438750號函，將機關辦理採購，發現廠商有[政府採購]法第50條第1項第5款『不同投標廠商間之投標文件內容有重大異常關聯者』情形，……認定該等廠商有影響採購公正之違反法令行為，僅在網站上公告，未刊登政府公報或新聞紙，不能認已踐行發布程序，欠缺法規命令之生效要件，尚未發生效力。」

94 衛福部自2020年COVID-19於我國出現確診者以來，迄今已陸續頒布數項因應疫情之法規命令，茲以2020年3月10日以衛授疾字第1090100459號令訂之「嚴重特殊傳染性肺炎防疫物資之生產設備與原物料徵用調用作業程序及補償辦法」、同年月日與財政部共同以衛授疾字第1090100465號令及台財稅字第10904530540號令訂之「嚴重特殊傳染性肺炎員工防疫隔離假薪資費用加倍減除辦法」（以上皆刊登於行政院公報，26卷44期（2020年）），以及2020年3月12日以衛部醫字第1091661451號令訂定之「衛生福利部對受嚴重特殊傳染性肺炎影響醫療（事）機構住宿式機構藥商補償紓困辦法」（刊登於行政院公報，26卷46期（2020年），後修正名稱為「衛生福利部對受嚴重特殊傳染性肺炎影響醫療（事）機構事業產業補償紓困辦法」）為例，其等不僅分別刊登於行政院公報，26卷44期（2020年）及同卷46期（2020年），亦得於衛福部網站上之衛生福利法規查詢系統中搜尋到，後續修正亦是如此。

95 傳染病防治法於1999年6月4日修正新增第4條（相當於現行傳染病防治法第5條）時，立法理由僅表示，增訂該條之目的是為釐清中央與地方主管機關防疫權責，且現行第5條第1項第1款第1目之規定方式與傳染病防治法中其他授權中央主管機關訂定法規命令之規定方式，亦即明確以「……其他應遵行事項之辦法，由中央主管機關定之」或「……實施辦法，由中央主管機關定之」等語為授權之表示有所不同；又現行傳染病防治法第28條原為該法於2006年5月23日修正時所新增之第4條第3項規定，依當時立法理由所載，新增該項規定是為避免偏遠地區衛生所欠缺醫師編制，無法執行傳染病預防接種工作，且在護理人員長期以來是該項業務之實際執行者之情形下，「為避免護理人員執行疫苗接種業務時[，]有違反醫師法相關規定之虞，特增加本條第三項，明定護理人員得依中央主管機關所定辦法執行預防接種業務，不受醫師法第二十八條規定之限制」。此項規定嗣後又隨2007年6月14日傳染病防治法之修正移列該法第28條，換言之，傳染病防治法第28條第2項之規定純粹是為排除醫師法第28條、

伍、司法：迴避實質合法性審查的提審裁定

一、從二則防疫時的提審裁定談起

前已述及，梁志鳴教授觀察到，在疫情期間例外／緊急狀態與常態之區分不但可能會趨於模糊，並且司法審查也可能會囿於例外／緊急狀態的侷限，進而迴避對防疫措施之實質合法性為審查⁹⁶。如是觀察於我國亦可得到印證，例如自COVID-19疫情發生以來，雖本土確診數於2020年中間曾有一度攀高，但整體情勢仍尚稱平穩，因此就防疫措施所提起之司法救濟，主要是針對不服因違反居家檢疫規定而遭罰，以及對隔離治療或居家檢疫之提審聲請而來⁹⁷。就此，從顯露出司法審查在疫情期間之順從性的角度言，由於前者事證一般較為明確，似也較無爭執空間，但在後者之情形則有所不同，以目前為數不多的提審案件為例，在臺灣臺北地方法院110年度行提字第1號裁定中，接受隔離治療中之受拘禁人以其受隔離已屆30日，按現今之科學證據，亦即世界衛生組織、新加坡、美國採用隔離10日至21日與無症狀作為解除隔離條件，加以新科學證據證實反轉錄聚合酶連鎖反應（Reverse Transcriptase PCR）陽性不代表具有傳染力，因此在傳染力應已極低，且無科學證據顯示患者有傳染力的前提下，認為不應繼續限制其人身自由。對此，法院以隔離治療之行政處分於尚未經撤銷前自屬合法有效；至於該等處分關於採檢COVID-19陽性具有傳染力是否具有判斷瑕疵情事，聲請人如有不服，要係應循行政爭訟程序救濟，非屬提審事件所得審究事項。最末，法院以隔離治療之法律依據、原因及程序，經審查後認於法

藥事法第37條及藥師法第24條等限制預防接種施行條件之規定而制定，並非意在授權中央主管機關得就預防接種之對象及其優先順序訂定法規命令，見陳陽升（註90），頁22-23。

96 梁志鳴（註6），頁272-280。

97 參見李建良，COVID-19行政法裁判精選，月旦實務選評，1卷3期，頁25-47（2021年）。

並無違誤，以無理由駁回受拘禁人之提審聲請，而未就其所提出不應續行人身自由剝奪（*Freiheitsentziehung*）之理由為實質審究。

類似的情況也出現在臺灣臺北地方法院110年度行提字第2號裁定，在該案中被命居家檢疫之聲請人以其業於法國接受兩劑輝瑞疫苗，亦能提供PCR陰性證明，並舉法國巴斯德研究院（*Institut Pasteur*）發布的研究報告指出，未接種疫苗者傳染他人機會多出12倍，因此14天居家檢疫的隔離政策，應是針對未接種疫苗者等為由聲請提審。惟法院僅以聲請人受拘禁隔離於防疫旅宿之原因、法律依據及程序均屬適法，不能因聲請人業已接種兩劑輝瑞疫苗即可不適用14日隔離之規定；至關聲請人已接種兩劑疫苗仍予以在防疫旅宿檢疫14日之判斷有無瑕疵，法院則認為，聲請人如有不服，應循行政爭訟程序救濟，非屬提審事件所得審究事項。換言之，同樣是未對聲請人所提出之主張進行實質判斷，即駁回聲請。由此，上揭二則關於隔離治療及居家檢疫之提審裁定所反映出來的問題即在於，若僅以行政爭訟程序作為拘束人身自由之合法性控制機制，而未賦予受拘禁人即時救濟管道，是否將導致人身自由之保障產生難以實現的疑慮⁹⁸。

二、我國憲法上人身自由之保障體系概述

按所謂人身自由是指，人民有不受國家非法干預的身體活動自由。就此，我國憲法第8條對人身自由之保障有相當仔細的規範，由該條第1項至第3項規定可推知，對人民因涉嫌犯罪而遭逮捕、拘禁等屬於刑事追訴程序所採取的剝奪人身自由措施，應由司法或警察機關依法定程序為之，非法院依法定程序不得審問、處罰；且人

⁹⁸ 參見林超駿，非刑事預防性拘禁之法官（院）保留——兼評釋字第六九〇號解釋，*月旦法學雜誌*，207期，頁195-200（2012年）；陳靜慧，防疫強制隔離措施之正當法律程序與司法審查——以歐洲人權法院相關裁判為中心兼評釋字第690號解釋，*憲政時代*，39卷1期，頁140（2013年）。

民得聲請法院於24小時內向逮捕之機關提審，法院不得拒絕。至其他人民遭受任何機關就非因涉嫌犯罪而遭逮捕、拘禁之情形，則依同條第4項規定，得向法院聲請追究。此等從憲法第8條之文義與原意言，原主要集中於刑事追訴程序中的人身自由剝奪之保障嗣後卻經司法院解釋逐步擴充而擴大保障之範圍⁹⁹。例如，就憲法第8條第1項所稱之「法定程序」，司法院釋字第384號及第523號解釋皆強調：凡限制人民身體自由之處置，不問其是否屬於刑事被告，國家機關所依據之程序，須依法律規定，內容更須實質正當，方符憲法第8條保障人身自由之意旨¹⁰⁰；另就同條項所稱之「司法或警察機關」，則有司法院釋字第392號及第588號解釋分別認為應涵蓋檢察機關及實質意義，也就是任務廣含維護公共秩序、防禦危險，預防風險的警察機關在內。質言之，由釋憲實務中所抽繹出憲法保障人身自由之一般性決定似不限於憲法第8條第2項所稱「因犯罪嫌疑被逮捕拘禁」，任何行政機關對人身自由所為之剝奪，皆有憲法第8條之適用¹⁰¹。

不過，就人身自由之剝奪是否應一律採取嚴格的法官保留（*Richtervorbehalt*），亦即得否剝奪人身自由及其得否續行，均須以交由法官決定為原則之問題，大法官於作成司法院釋字第588號解釋時已於解釋文第3段指出，管收是於一定期間內拘束人民身體自由於一定之處所，亦屬憲法第8條第1項所規定之「拘禁」，「惟刑事被告與非刑事被告之人身自由限制，畢竟有其本質上之差異，是其必須踐行之司法程序或其他正當法律程序，自非均須同一不可」；在司法院釋字第664號解釋理由書第6段，大法官亦表示：於一定期

99 參見林明昕，論剝奪人身自由之正當法律程序：以「法官介入審查」機制為中心，*臺大法學論叢*，46卷1期，頁36-39（2017年）；陳英鈞，SARS防治與人權保障——隔離與疫情發佈的憲法界限，*憲政時代*，29卷3期，頁409-412（2004年）。

100 參見司法院釋字第384號解釋文第1段；司法院釋字第523號解釋理由書第1段。

101 陳愛娥，正當法律程序與人權之保障——以我國法為中心，*憲政時代*，29卷3期，頁376（2004年）；陳靜慧（註98），頁125。

間內拘束虞犯少年之人身自由於一定處所，屬憲法第8條所稱之「拘禁」，此種「預防性收容」雖應符合法官保留之要求，但程序未必全與憲法第8條之法定程序相同。此皆顯示大法官已有偏離過往釋憲實務就人身自由之剝奪不區分案件類型，而一體適用憲法第8條的跡象¹⁰²。

馴至司法院釋字第690號解釋，大法官復於審查SARS疫情期間隔離措施相關法律之合憲性時進一步表示：(1)剝奪人身自由之程序是否正當，須視所涉事物領域、干預強度與範圍、所欲追求之公共利益、有無替代程序及各項可能之成本等因素綜合判斷；(2)依傳染病防治法所為之隔離以保障人民生命身體健康為目的，與刑事處罰本質不同，其所須踐行之正當法律程序，毋須與刑事處罰限制被告人身自由所須踐行之程序相類；(3)專業主管機關所為隔離或其他防疫之決定，得不適用法官保留，惟如有不服主管機關之處分，仍可循行政爭訟程序尋求救濟¹⁰³。要言之，剝奪人身自由的程序保障以司法院釋字第690號解釋作為轉折點，就此走上了分殊化一途¹⁰⁴。除此之外，司法院釋字第690號解釋也對立法者一併作成如下呼籲：「受強制隔離處置時，人身自由即遭受剝奪，為使其受隔離之期間能合理而不過長，仍宜明確規範強制隔離應有合理之最長期限，及決定施行強制隔離處置相關之組織、程序等辦法以資依循，並建立受隔離者或其親屬不服得及時請求法院救濟，暨對前述受強制隔離者予以合理補償之機制，相關機關宜儘速通盤檢討傳染病防治法制。」及至司法院釋字第708號及第710號解釋此二針對外國人或大陸地區人民之暫時收容問題所為之解釋，前述呼籲便已成為大法官決定法律違憲與否之憲法誠命¹⁰⁵。換言之，大法官於此二號解

102 林明昕(註99)，頁36-37；陳新民(註26)，頁173。

103 參見司法院釋字第690號解釋理由書第5段。

104 蔡宗珍，2011年憲法發展回顧，臺大法學論叢，41卷特刊，頁1393(2012年)。類此：陳新民(註26)，頁173-174。

105 林明昕(註99)，頁38。

釋中所謂：因執行遣送所需合理作業期間內之暫時收容部分，未予受暫時收容人即時之司法救濟；於逾越前開暫時收容期間之收容部分，未由法院審查決定，均有違憲法第8條保障人身自由之意旨¹⁰⁶，實已形成兩項具體要求：(1)應有即時之司法救濟；(2)逾越合理期間的人身自由剝奪，應有法院之介入審查¹⁰⁷。

事實上，大法官這套自司法院釋字第690號解釋以降，以人身自由之剝奪是否涉及刑事或其他處罰案型為斷所開展出的模式，在比較法制的觀察上亦可獲得支持。蓋在刑事追訴程序之外，由於剝奪非刑事被告人身自由之型態多樣，規範上似有必要就不同之剝奪人身自由原因類型探討所應適用的程序，特別是有無法官保留之適用，或是法院介入審查的時點¹⁰⁸。如是的規範規劃也確實見諸於如歐洲人權公約第5條及聯合國公民與政治權利國際公約（下稱公政公約）第9條之規定。以歐洲人權公約第5條之規定為例，該條第1項規定：「人人皆有權享有人身自由與安全。除有下列情形，且依法定程序外，不得剝奪……」，該項第c款與第e款復針對不同的情況分別作成如下規定：「合理懷疑某人犯罪，或有理由足認有防止其犯罪或犯罪後逃亡之必要，為將其移送有管轄權之司法機關，而為之合法逮捕或拘禁」；「為防止傳染病蔓延，或對精神失常、酗酒、吸食毒品成癮及流浪之人所為之合法拘禁」。就第c款所定情形，同條第3項則規定：「任何人依本條第1項第c款規定被逮捕或拘禁，應即移送法官或其他經法律授權得行使法官職務之人；其並得請求於適當時間內受審問，或於審理程序中獲釋」，至就第c款以外的其他各款，同條第4項則規定：「任何被逮捕或剝奪自由之人，有權請求法院於短時間內就其人身自由遭剝奪之合法性作成決定，若

106 參見司法院釋字第708號解釋理由書第3段；司法院釋字第710號解釋理由書第1段。

107 同此：林明昕（註99），頁39。

108 參見陳靜慧（註98），頁124。

人身自由之剝奪不合法，應即釋放」。透過上述規定可知，為防疫而剝奪人身自由，歐洲人權公約並不要求必須有法官保留，但仍要求賦予當事人請求法院即時對其合法性為介入審查。同樣地，在公政公約第9條第3項前段及第4項之規定也顯示出與歐洲人權公約第5條第3項及第4項相仿的規範結構，這是由於前者是仿效後者而制定，差別僅在前者未如後者有詳列得剝奪人身自由之六項理由¹⁰⁹。

就此，在考量我國釋憲實務於司法院釋字第690號解釋後的轉折及比較法上可資參考的法例後，似可認為由憲法第8條所構成的人身自由保障體系，得先就剝奪人身自由之案件區分為其原因是否為刑事追訴，而須嚴格遵守憲法第8條第1項至第3項所要求之程序；若非因刑事追訴而遭剝奪人身自由，則須再判斷其究屬懲罰性，亦即著重於過去行為之非難的案型（如司法院釋字第166、251號解釋中依違警罰法所為之拘禁），抑或是預防性，也就是不具懲罰性質，是以保護人民生命、身體健康為目的所為之照護性人身自由之剝奪（fürsorgerische Freiheitsentziehung）¹¹⁰，若屬後者，因著眼於未來危險之評估，此非法院所長，從而關於最初人身自由剝奪之決定得不適用法官保留¹¹¹。申言之，此種情形適用憲法第8條第4項之結果為，人身自由被剝奪之初或毋須於24小時內移送法院審問，惟仍須保有法院即時介入之機制，亦即當事人或特定之他人得請求法院適時審查剝奪人身自由措施之合理性，且不排除得當庭獲釋¹¹²。以2022年12月14日修正前之舊精神衛生法第42條第1項及第2項分別就罹患嚴重精神疾病者之緊急安置與強制住院定以5日與（每次）60日為剝奪人身自由之上限為例，同條第3項即賦予人身自由被剝奪之病情嚴重病患或其保護人聲請裁定停止緊急安置或強制住院之權¹¹³。

109 林明昕（註99），頁18-20。

110 參見許宗力大法官就司法院釋字第690號解釋所提之部分不同意見書，頁2。

111 林超駿（註98），頁189-190、193-194、198；陳靜慧（註98），頁139-140。

112 參見許宗力大法官就司法院釋字第690號解釋所提之部分不同意見書，頁8。

113 實務上曾有裁定認為精神衛生法中有關強制住院之規定因牴觸——2014年透

司法院亦基於提審法第4條之授權於2014年6月25日發布了法院受理提審聲請之事務分配辦法，將現行法制中所見公權力剝奪人身自由之類型，依性質之不同而分交民事、刑事、少年及家事，及行政法院負責提審聲請之審理作成整理¹¹⁴。此皆顯示了程序上對於前揭所謂法院適時介入之正當程序，於規範上容有不同設計之空間。

三、重新理解疫情時刻下的提審制度

是依前述對憲法第8條人身自由保障體系之梳理可知，臺灣臺北地方法院110年度行提字第1號及第2號二則裁定不僅認為當事人針對不應續行隔離治療或居家檢疫所提之主張，非屬提審事件所得審究之事項，更教示當事人應循行政爭訟程序提起救濟，實有混淆作為剝奪人身自由措施之「正當程序」與作成該措施後的「救濟程序」之虞¹¹⁵。事實上，以提審制度作為人身自由被剝奪後法院得以適時介入審查之機制，乃是為確保保障人身自由的「程序防火牆」不被突破¹¹⁶。因此，斟酌前文對憲法第8條第4項的理解，實宜避免將隔離治療或居家檢疫單純論為一般的行政處分，以致人民若有不服，尚須另循訴願、行政訴訟之途徑始能獲得救濟；否則，即使聲請暫時停止行政處分之效力（訴願法第93條、行政訴訟法第116條參照），在不停止執行原則之前，恐亦緩不濟急¹¹⁷。

疫情初現時，我國法院固如前述，多認包含居家檢疫、隔離治療等在內之人身自由限制應循行政爭訟途徑救濟，幸隨時間推移，司法實務亦逐步調整其見解，其中特別值得提出者為臺北高等行政

過身心障礙者權利公約施行法而內國法化之——聯合國2006年身心障礙者權利公約而應劣後適用，從而准予停止強制住院，見臺灣桃園地方法院106年度衛字第4號民事裁定。

114 參見林明昕（註99），頁26-30。

115 參見李建良，人身自由的憲法保障與強制隔離的違憲審查——釋字第690號解釋，台灣法學雜誌，186期，頁78（2011年）。

116 蔡宗珍（註104），頁1391。

117 陳英鈺（註99），頁417。類此：陳靜慧（註98），頁140。

法院於2022年1月21日作成之111年度行提抗字第1號裁定，法院於該裁定中指出：「……只要法院以外其他機關經由公權力措施，違反人民之意願，使其人身在非短暫的時間內，受拘束於一定侷限的空間，無從依其意願離開受拘束的空間，致其人身向各方移動的自由均受限制，達於人身自由遭剝奪的程度，均屬之……。至於該侷限空間是否為國家興建或管理的公共設施，抑或私營甚至人民自己適於住居的處所；又違反其意願使其人身自由受剝奪的強制措施，究竟是施以有形物理性的拘束，抑或經由處罰制裁之心理強制，使其受迫放棄人身自由之行使，均在所不論，皆構成剝奪人身自由的拘禁」。除此之外，其更進一步就提審之審查範圍作成有別於其他司法實務見解之界定：「……提審法賦予任何人得為人民之人身自由遭剝奪情事得以聲請提審的權利，既在使人身自由遭法院以外其他機關不法剝奪者，能獲即時之司法救濟，以落實憲法第8條……所定提審制度對人身自由此一重要基本權利的保障，其功能的發揮，有賴提審法院對逮捕、拘禁等剝奪人身自由措施的合法性審查，即不能僅侷限於表面形式上，逮捕、拘禁的執行行為，有無法律上的依據或類如執行名義的行政處分，作為其依據或原因。相對地，提審法院應在審理程序中，針對行政機關決定及實際執行剝奪人身自由措施之法律依據、原因與程序是否符合相關法規要求等問題，進行全面性審查，包括逮捕、拘禁執行行為前有基礎處分者，例如下命隔離拘禁，也應就該基礎處分的合法性一併審查。否則，忽略基礎處分合法與否之審查，無從審認剝奪人身自由之『原因』是否屬法規許可之範圍，也不能實質發揮即時有效司法救濟的功能……」。質言之，臺北高等行政法院之上揭裁定認為，提審之審查範圍不應限於剝奪人身自由之程序合法性，而應為全面審查¹¹⁸。

118 學理上就提審審查範圍之討論，詳見林明昕，檢視COVID-19疫情下我國的提審實務，公法研究，1期，頁84-88（2022年）；陳陽升，無效之行政處分與提審裁定——台灣台北地方法院111年度行提字第2號及第3號裁定評析，台灣法律人，14期，頁80-81（2022年）。

陸、對我國防疫舉措的具體改進建議

按前文已由權力劃分之角度探討我國在COVID-19疫情中所採取的防疫舉措可能存在如何法治缺失。簡言之，COVID-19特別條例第7條因過度簡略，不僅國民無從預見相關規制，法院亦難以之作為審查依據，從而顯與法律明確性之要求偏離；與此同時，檢討防疫舉措後，亦得見行政機關對應以何行政行為形式從事防疫作為始為合法欠缺認識；復次，法院尚出現囿於疫情而迴避實質合法性審查之現象。由此似可推知，在面對COVID-19疫情時，我國雖選擇以常態法制應對來自新型傳染病的挑戰，惟徒常態法制不足以自行，各國家權力有意識地踐行法治國的要求仍屬必要。對此，以下將循前文脈絡，分就疫情時刻立法與行政間之關係，以及司法審查之問題嘗試提出具體建議。

一、敏於自我修正與協力的立法與行政

我國立法權在應對COVID-19疫情之問題，主要圍繞在概括條款所引發的爭議，亦即COVID-19特別條例第7條僅以極為抽象、簡略之方式授予指揮官採取必要措施之權，不僅未提供行政機關明確的任務指示及相應的手段（如訂定法規命令），亦無從作為受規制對象之人民的行動指引，已如前述。以同樣選擇以常態法制應對疫情之德國為例，授予各邦發布防疫措施之法律依據為德國傳染病防治法（Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen, IfSG）第28條第1項所定之概括條款。惟自疫情於2020年3月於德國爆發之後，德國傳染病防治法第28條第1項之概括條款即受到諸多批評，如學理上即有從防治COVID-19之角度，認其明確性顯有不足者¹¹⁹。由此可見，德國於COVID-19疫情

119 Siehe nur *Stephan Rixen*, Gesundheitsschutz in der Coronavirus-Krise – Die (Neu-)Regelungen des Infektionsschutzgesetzes, NJW 2020, S. 1097 (1098).

爆發之初，與我國相同，皆面臨在既有法律中，無論就具體處置手段或訂定命令之授權上有所欠缺的窘境。然對此，聯邦議會已分別於2020年3月及11月作成兩次修正，更針對COVID-19之防治單獨於同法第28a條增訂一條規定，其中為防治COVID-19所得採取之具體作為集中規定於第1、2項，內容為¹²⁰：

(1)於德國聯邦議會依本法第5條第1項第1句確認有全國性傳染病之期間，為防止新冠肺炎(COVID-19)蔓延，依本法第28條第1項第1句及第2句所得採取之必要防疫措施特指下列手段：

1. 於公共場所保持距離之命令。
2. 配戴口罩之義務。
- 2a. 出示疫苗接種、已康復或篩檢證明之義務。
3. 私人或公共場所之外出或接觸限制。
4. 營業場所、設施或其他向公眾開放場所之衛生觀念教示義務。
5. 休閒娛樂活動或相類活動之限制或禁止。
6. 休閒娛樂設施之營業限制或禁止。
7. 文化活動或文化設施營業之限制或禁止。
8. 體育活動或體育設施營業之限制或禁止。
9. 禁止於特定公共場所或公眾得往來設施全面或於特定時段提供或消費含酒精飲料。
10. 禁止活動、聚會、集會、遊行及宗教或世界觀之集會，或訂定其等舉行條件。
11. 旅行，尤指觀光旅遊之限制或禁止。

¹²⁰ 德國法上就此之討論：Siehe *Holger Greve*, *Infektionsschutzrecht in der Pandemielage – Der neue § 28a IfSG*, NVwZ 2020, S. 1786 (1788); *André Sangs*, *Das Dritte Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite und Gesetzgebung während der Pandemie*, NVwZ 2020, S. 1780 (1783-1785).

12. 住宿之限制或禁止。
13. 餐飲設施營業之限制或禁止。
14. 企業經營、手工業、零售或批發之限制或停止。
15. 進入或拜訪衛生或社會服務設施之限制或禁止。
16. 關閉本法第33條所定之社區設施、高等教育機構、成人校外進修機構或其他相類機構，或訂定其繼續營運之條件。
17. 於發生SARS-CoV-2冠狀病毒感染後，為追蹤與截斷可能之傳染鏈，而命處理客戶或活動參與者之聯絡訊息。

(2)依前項及本法第28條第1項之規定所採取之下列防疫措施，僅於考量過迄今為止所採取之防疫措施，皆不能有明顯有效的防止新冠肺炎蔓延，始得為之：

1. 禁止基本法第8條所定之集會、遊行，以及依前項第10款禁止宗教或世界觀之集會。
2. 前項第3款之外出限制若是對私人住居區域所為，僅於符合特定目的，並於特定時段內，始得為之。
3. 有親屬於前項第15款所定之設施，如老人院、照護機構、身心障礙福利機構、婦產護理機構或醫療機構接受治療、護理或照顧者，禁止其進入或拜訪前揭機構。

依前項第15款所為之防疫措施不得令個人或群體完全孤立，須保證其具最低限度之社會接觸。

此外，德國傳染病防治法第32條尚以同法第28條及第28a條作為授權各邦就防疫事項訂定法規命令之前提要件，其規定略為：「於符合採取本法第28、28a及29至31條所定措施之條件，各邦政府得以法規命令訂定相應的令行與禁止規定，以為傳染病之防治。各邦政府得以法規命令將授權再授權予其他行政機關……。」要言之，無論行政機關欲對具體事件或是抽象反覆發生之事實關係進行

規制，其皆有相應適當之手段可資選擇，甚至可將訂定法規命令之職權（Befugnis）移轉予其他可能更為適當之機關，同時不至出現如臺灣一般，諸多部會非為COVID-19特別條例第7條所授權採取必要措施之對象，卻皆以該條之名作成一般、抽象之規制的混亂情形。是無論我國是循SARS防疫的前例，以制定專法之方式為防疫架構規範，並提供有助於防疫之手段，前述德國在立法上對傳染病防治之修補作為，包含詳列防疫措施之內容，以及明確授權行政得以防疫措施為基礎訂定法規命令，甚至再授權條款的制定，皆有可供我國立法者參考之處。

從行政的面向而言，如同我國行政權在面對疫情此種充斥高度未知因素且形勢變化快速的事例，德國各邦於COVID-19疫情爆發之初，亦有少數邦，如Bayern、Saarland及Sachsen以發布一般處分的方式為防疫規制¹²¹，然很快地便遭受得否以邦之全境為範圍，發布此種抽象規制之質疑¹²²；甚至有法院進一步指出，即使以一般處分作成之規制援引授予行政機關為防疫措施之概括條款作為依據，若該概括條款之規範過於模糊而不足以明確支持規制時，系爭規制仍屬違法¹²³。換句話說，概括條款是否足以支持行政作成一定的防疫規制，以及立法是否已提供充足的法制配備予行政，不僅為立法單方面之責，行政亦應敏於其作為是否合法；若來自規範面之支援尚有不盡合乎憲法上法治國誠命時，行政即有必要提案促成修法。

再者，相對於前文指出，我國COVID-19疫苗接種對象之優先順序規定在法律定性上妾身未明，也就是以何種行政行為形式作成始終不明之情形，德國也曾於接種初期面臨疫苗短缺的情況，是聯

121 Siehe Thorsten Siegel, *Verwaltungsrecht im Krisenmodus*, NVwZ 2020, S. 577 (579).

122 Hans Michael Heinig/Thorsten Kingreen/Oliver Lepsius/Christoph Möllers/Uwe Volkmann/Hinnerk Wißmann, *Why Constitution Matters – Verfassungsrechtswissenschaft in Zeiten der Corona-Krise*, JZ 2020, S. 861 (869).

123 VG München, BeckRS 2020, 6126.

邦衛生部在疫苗接種工作於2020年12月27日正式展開前，即於同月18日訂定新型冠狀病毒預防接種規則（Verordnung zum Anspruch auf Schutzimpfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2，下稱預防接種規則）之法規命令，並設定疫苗接種對象之優先順序與相關作業準則。然而，鑑於於隔年1月份由聯邦議會衛生委員會所召開之聽證會上，有學者對前揭規則的授權基礎是否包含行政機關訂定關於疫苗接種之優先順序提出質疑¹²⁴，聯邦議會乃於同年3月29日完成德國傳染病防治法第5條第2項第1句第4款第f目，以及德國社會法典第5篇（Fünftes Buch Sozialgesetzbuch; SGB V）第20i條第3項第2句第2款之修正，明確授權行政機關得訂定關於疫苗接種優先順序之法規命令；完成前述修法後，聯邦衛生部也旋於同月31日發布新修正之預防接種規則，重新明列授權訂定法規命令之法律依據。由於德國預防接種規則之訂定在背景上與我國「疫苗接種計畫」及「公費疫苗接種對象」之訂定頗有相仿之處，亦即兩者皆是在疫苗供應量尚未充足，且法律未有明確授權行政機關得就接種對象與優先順序訂定法規命令的情況下，主管機關未防治疫情所逕自作成的安排，是德國聯邦議會與聯邦衛生部不迴避問題，反於短時間內完成法律及法規命令修正以填補授權依據闕漏的作法，似可作為我國參考¹²⁵。

124 *Andrea Kießling*, Stellungnahme als geladene Einzelsachverständige für die öffentliche Anhörung im Gesundheitsausschuss des Deutschen Bundestages am 13.1.2021, S. 4-7, online verfügbar unter https://www.bundestag.de/resource/blob/816300/284afb8aec1a0af82510ce260e1cf47b/19_14_0263-5-_ESV-Dr-Andrea-Kiesling_Impfstrategie-data.pdf; *Anna Leisner-Egensperger*, Schriftliche Stellungnahme: Öffentliche Anhörung des Ausschusses für Gesundheit des Deutschen Bundestages zum Gesetzentwurf der FDP: Entwurf eines Gesetzes zur Priorisierung bei der Schutzimpfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 und zum Antrag der Fraktion DIE LINKE für eine gute nationale und internationale Strategie bei Corona-Impfstoffen am 13. Januar 2021, S. 3-7, online verfügbar unter https://www.bundestag.de/resource/blob/815956/34df43897a9cee75891804dfc747b039/19_14_0263-1-_ESV-Prof-Dr-Anna-Leisner-Egensperger_Impfstrategie-data.pdf.

125 詳見陳陽升（註90），頁28-30。

二、疫情時刻的司法審查如何可能

面對學者所謂疫情時刻司法所可能表現出較之一般風險管制更高的司法順從，亦即面對有違法之虞的行政作為僅為寬鬆之審查，甚至迴避實質合法性審查的情形。然防疫非屬司法之任務，其成敗亦非司法於審查防疫措施時所應考慮者，從而面對上述現象，需要進一步克服的課題即在於，對於防疫措施的司法審查如何可能？以前文提及關於隔離治療與居家檢疫的二則提審裁定為例，就應否續行人身自由之剝奪一事而言，有待判斷之對象分別為：行政處分就已屆30日之隔離治療，若因受拘禁人之COVID-19篩檢結果仍為陽性，而認其具傳染力並續行隔離治療有否判斷上之瑕疵；已接種兩劑疫苗仍予以在防疫旅館中檢疫14日之判斷有無瑕疵。而就因防疫措施與自由權所生衝突之權衡——於此為剝奪人身自由合法性的判斷——之審查標準仍是比例原則¹²⁶，且作為實質審查之前提，法院一方面須對新冠病毒之科學研究成果有一定之掌握，否則法院無以依比例原則進行權衡；但與此同時，也須慮及疫情防治具有高度不確定與動態發展的特性，是立法與行政就防疫之風險預測決定應享有一定之預測及形塑空間，從而法院應將不同面向下之考量所形成的「張力」，反映於比例原則的審查之中¹²⁷。依此，法院於審查前揭二則提審裁定時，就隔離治療或居家檢疫之決定，原則上應以衛福部或指揮中心的科學認知與判斷為基礎，此亦為傳染病防治法第2條及第16條所賦予衛福部作為傳染病防治之中央主管機關，以及指揮中心負有統籌指揮、調集所屬相關機關（構）人員及設備權責等特殊地位的意義，然此並非意味衛福部或指揮中心之科學認知與判斷不可推翻；相對地，針對具體事件，法院仍得藉特定領域之專家學者或學術機構之研究成果，再次確認前者的科學認知與判斷是

126 陳靜慧（註98），頁141。Vgl. auch Kersten/Rixen (Fn. 11), S. 95; Siegel (Fn. 121), S. 580.

127 Vgl. Kersten/Rixen (Fn. 11), S. 71-73.

否有重大瑕疵，並以此為基礎考慮聲請人所提出的主張是否合理。這也表示，藉由上述程序，法院仍可在疫情時刻中掌握科學研究的發展，並在規範上保有評價防疫舉措合法性的可能¹²⁸。

復次，在審查密度的面向應指出者為，由於防疫舉措須在保護生命、身體健康與自由權之間求取平衡，因此或可立於預防的角度而認為，若不採取避免損害的措施，則可能發生嚴重或不可挽回之後果，從而即使科學上尚未有定論，也就是存在不確定性時，仍無礙於具體防免措施之正當性¹²⁹。要言之，一方面鑑於司法之角色在於事後審查，而不在自為預測與決策¹³⁰，另一方面鑑於面對情勢可能快速變化之疫情，立法與行政無可避免地會作成諸多帶有預測評估性質之決定，是基於事務領域的特性，及政治部門之決定於此涉及保護義務的落實¹³¹，因此上述見解雖可能導致法院於人身自由初次遭受剝奪時放寬審查密度，並傾向於尊重專業主管機關之判斷，然隨著剝奪人身自由時間的延長，法院於事中為審查時，其所採取之審查密度自然也應相應有所調整¹³²。

三、提出建議之標準：終將回歸之常態法制

對於上揭以常態法制為前提之具體建議，或有論者憂慮，假使我國立法者現實上不具備迅速制定出符合法治國最低限度要求之立法能量，是否即會發生所謂「緊急偷渡進入常態法制」之現象，若此時繼續以常態法制作為檢視防疫舉措的範疇，會否淪為某種自我催眠。對此，本文以為宜強調者為，應對快速發展與變化的疫情，

128 Vgl. Kersten/Rixen (Fn. 11), S. 74.

129 參見陳靜慧（註98），頁136-137。

130 Kersten/Rixen (Fn. 11), S. 72. Vgl. auch Andreas Voßkuhle, Die Zumutungen der Prognose, in: Kortmann/Schulze (Hrsg.), Jenseits von Corona: Unsere Welt nach der Pandemie – Perspektiven aus der Wissenschaft, 2020, S. 205 (209-210).

131 參見李建良，論立法裁量之憲法基礎理論，臺北大學法學論叢，47期，頁232-234（2000年）。

132 參見陳靜慧（註98），頁142。

往往需要諸多細膩的調控，此不僅仰賴法律授權，更涉及行政程序上之要求，諸如相關居家檢疫與隔離治療之規整、疫苗接種對象與優先順序之安排、行政機關或法院之運作，乃至於規制何等營業或活動應先暫停，又何者（如醫療院所、藥房、市場等）屬不可或缺而應予維持等均屬之，而此不啻是常態法制之擅場。與此相對，誠如前已述及之司法院釋字第543號解釋所揭示，總統要無可能長期就變化快速的疫情屢次發布得逕予執行之緊急命令，且在發布另待行政機關補充之緊急命令，尚須得立法院追認之前提下，選擇以常態法制未必不利防疫，甚至可謂，即使總統嘗發布緊急命令以為暫時之替代法律，惟就防疫而言，其終將回歸到常態法制之下。因此，現實的挑戰恐非所謂表面上維持法治，但實際運作卻逸脫常態法制，以致於以常態法制的標準可能無法識破政治權力以脫法行為所為之規避或偽裝，而是即使確如論者所擔心，在疫情中難以完全避免某種實質的權力擴張或權利保護弱化，但如能如常地確認憲法秩序下的應然標準，則自然能據以評價實然上背離規範之問題。

柒、結論

依據本文上述分析，從憲法觀點反思我國在COVID-19疫情中之舉措後，可得出以下結論：

- 一、我國基於2003年對抗SARS疫情並制定SARS暫行條例之經驗，在面對COVID-19的防疫模式上，未選擇懸置法秩序，進而創設出一欠缺「法」的例外狀態以回應疫情，同時亦未循憲法增修條文第2條第3項之規定發布緊急命令，亦即緊急憲法之模式，而是快速地制定COVID-19特別條例以為對應，質言之，未選擇啟動緊急命令此一特殊權力分立機制，而欲以常態法制克服疫情帶來的挑戰。因此，規範上的問題即不在於應如何一

次性地審查政治部門之決定，而為如何在常態法秩序中安置緊急危難的考量。

- 二、由於COVID-19特別條例第7條中僅有概括授權指揮官為必要之應變處置或措施，從而分別在立法、行政與司法的面向衍生出作為多項防疫舉措依據之COVID-19特別條例第7條，其本身是否符合明確性原則之問題，及在殊為概括之授權下，行政是否仍得有意識地選擇適當之行為形式，乃至於司法是否發揮法治守門人的功能，抑或實際上迴避進行實質合法性之審查。
- 三、就立法而言，藉由對釋憲實務所採取穩定見解之分析，可得出是否符合法律明確性要求之判準為：「受規範者的可預見性」及「司法的審查可能性」。若以此標準檢視COVID-19特別條例第7條，則該條規定因過於抽象簡略，受到規範的國民不僅無法預見具體的防疫措施，該條規定亦未提供司法據以審查行政行為的依據。即使將之視作傳染病防治法的延伸，也無法透過與傳染病防治法所具體授權之其他防疫措施相互參照，而澄清該條的適用範圍。質言之，COVID-19特別條例第7條不僅無法提供履行防疫任務之指示，不能作為人民於疫情時刻之行動準則，更未提示裁判必要的審查基準，從而當立法者之意志無法由此全權讓渡般的概括授權中加以辨識，則其不違反法律明確性的可能亦隨之消逝。
- 四、就行政而言，指揮中心發布之「疫情警戒標準及因應事項」是對不特定多數人，就多個得反覆發生之抽象事實關係所為之規制，從而不得以一般處分為之，故上述規制至少應以法規命令之形式作成；類此情形尚有，多個部會雖非COVID-19特別條例第7條之授權對象，惟仍依該條發布形式上可疑之規定，質言之，其等屬一般而抽象之規制，卻未以訂定法規命令之方式為之。此外，指揮中心於訂定攸關國民健康與接種優先順序公

平性的「疫苗接種計畫」及「公費疫苗接種對象」時，亦非以合乎法律保留之法規命令為之，然各直轄市、縣市卻發生以違反上述接種標準而作成裁罰之情形。由此可見，行政機關似未充分意識到其防疫作為究應以何行政行為形式作成始為合法，從而也無法在法律授權有所不足的情況，進一步予以檢討，並促成立法者儘速補正。

五、就司法而言，學者所謂司法可能囿於疫情，而出現迴避實質合法性審查之現象，亦可於我國司法實務得到印證。如臺灣臺北地方法院的二則提審裁定即認為，命隔離治療或居家檢疫處分之作成有無瑕疵，非屬提審所得審究，更教示當事人若有不服，應循行政爭訟程序救濟。然即使上揭處分是出於保護人民生命、身體健康之目的而屬照護性之人身自由剝奪，毋須如出於刑事追訴或以懲罰為目的之人身自由剝奪一般，應嚴格遵守憲法第8條第1項至第3項之程序要求，上述二則裁定之見解，恐仍有混淆憲法第8條之正當程序與審查行政處分合法性之救濟程序之虞，從而致法院未能適時就人身自由之剝奪為介入審查。

六、鑑於我國在COVID-19疫情下所可能存在前述法治缺失，本文嘗試提出以下具體建議：(1)就立法與行政之關係，由於我國立法權於對應疫情之問題，主要圍繞在概括條款所引發之爭議上，亦即其未能給予行政機關明確之指示並提供相應的手段，且過於抽象的規範也無以作為人民的行動指引。是為避免行政混亂，立法實有必要依不同事項詳列防疫措施之內容，並進一步賦予行政機關得以其可採取之防疫措施範圍為基礎，訂定法規命令，甚至再為授權之權；同時行政亦有必要適時檢視法律是否足以支持其作成一定之防疫規制，並有意識地選擇適法的行政行為形式。若規範上之支援尚有未盡合乎法治國誠命之情形，行政即有必要提案以促成相應之修法。(2)就疫情時刻之司

法審查如何可能，本文以為，司法一方面須對疫情發展與科學研究有所掌握，另一方面亦須顧及防疫具有高度不確定與動態發展之特性，因此初步而言，應尊重被授予權限之專業主管機關之認知與判斷，惟其仍有藉學術單位之研究成果推翻具有重大瑕疵之決定可能。此外，立於預防之角度，即使科學上尚未有定論，但為避免發生不可挽回之後果，司法審查不宜以自身之預測評估取代主管機關之決定，然審查之密度當隨時間推演而有相應調整。

最後，作為結語或許值得補充者為，Hans Michael Heinig等六位德國公法學者在合著文章中指出，面對呈指數成長的疫情，無論民主國家或獨裁國家無不竭力防止醫療崩潰，並程度不一地令高度複雜化的社會系統陷於癱瘓，儘管如是作法在最初數週或數月內得到了大多數媒體與民眾的認可，且與此同時，從哲學到社會學、從政治學到神學，幾乎所有的批判科學均對此沉默以對。唯有法學，特別是憲法學，在第一時刻即藉由各種管道提出質問；此舉並非是要荒誕地否定事態危殆，或是站在科學的反面，而是相較於其他學門，憲法學須在結構上有更強的能力來回應危機，這是因為自由的憲政國家不保證自身長存，其存在反可能在危機的論辯中成疑。因此，從一開始即有必要對舉措的正當性提出證立要求、進行權衡，乃至於為危機處置設下界線，如此一來，政治、公眾與司法始才有可能知道何事利害攸關¹³³。當我們回看臺灣的防疫舉措時，或可試著思索在規範討論上所見之風景，是否也與其他民主國家相仿。

133 Heinig/Kingreen/Lepsius/Möllers/Volkman/Wißmann (Fn. 122), S. 861.

參考文獻

1. 中文部分

- Giorgio Agamben著，薛熙平譯（2010），例外狀態，臺北：麥田。
[作者按：譯本所參考的版本如下，Agamben, Giorgio (2003), *Stato di Eccezione. Homo Sacer*, II, 1, Torino: Bollati Boringhieri; Agamben, Giorgio (2003), *E'tat d'exception, Homo Sacer*, II, 1. Trad. Fr. Par Joël gayraud, Paris: Le Seuil; Agamben, Giorgio. 2005. *State of Exception*, translated by Kevin Attell. Chicago, Ill.: University of Chicago Press.]
- 吳全峰（2021），COVID-19與生命倫理例外狀態，2021衛生法律與政策年度研討會，陽明交通大學科技法律學院TPP與跨國法律研究中心主辦，2021年9月2日。
- 吳庚、盛子龍（2020），行政法之理論與實用，16版，臺北：三民。
- 吳庚、陳淳文（2021），憲法理論與政府體制，7版，臺北：自版。
- 吳秦雯（2020），從SARS到COVID-19：司法院釋字第690號解釋架構下之傳染病防治法制與基本權限制，法律與生命科學，9卷1期，頁91-112。
- 李建良（2000），淺析緊急命令之憲法爭議——從「九二五緊急命令」談起，台灣本土法學雜誌，6期，頁97-102。
- （2000），論立法裁量之憲法基礎理論，臺北大學法學論叢，47期，頁151-241。
- （2011），人身自由的憲法保障與強制隔離的違憲審查——釋字第690號解釋，台灣法學雜誌，186期，頁60-79。
- （2020），緊急命令或立法的法治思維，臺灣人工智慧行動網，2020年4月9日，<https://ai.iias.sinica.edu.tw/emergency-order-comment-2/>。

- (2021), COVID-19行政法裁判精選, 月旦實務選評, 1卷3期, 頁25-47。
- 李榮耕 (2020), 居家電子監控於防疫期間之運用及其法源疑義, 月旦醫事法報告, 42期, 頁93-102。
- 邱文聰 (2021), 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卷, 頁128-145。
- 林三欽 (2020), 我國防疫措施法制之合憲性爭議——以限制高中以下師生出國禁令為例, 月旦法學教室, 212期, 頁44-51。
- 林工凱、謝碧珠 (2020), 嚴重特殊傳染性肺炎疫情下應變處置措施之探討, 臺灣醫界雜誌, 63卷8期, 頁49-58。
- 林欣柔 (2020), 新冠肺炎流行下的公衛權力與界限, 法律與生命科學, 9卷1期, 頁67-89。
- 林明昕 (2017), 論剝奪人身自由之正當法律程序：以「法官介入審查」機制為中心, 臺大法學論叢, 46卷1期, 頁1-86。
- (2021), 再論嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例第7條之合憲性爭議, 台灣法學雜誌, 407期, 頁53-68。
- (2022), 檢視COVID-19疫情下我國的提審實務, 公法研究, 1期, 頁71-94。
- 林明鏘 (1993), 論型式化之行政行為與未型式化之行政行為, 收於：翁岳生教授祝壽論文集編輯委員會編, 當代公法理論：翁岳生教授六秩誕辰祝壽論文集, 頁337-361, 臺北：月旦。
- (2020), 治傳染性肺炎用重典？——以「居家隔離」與「居家檢疫」管制措施為中心, 台灣法學雜誌, 388期, 頁1-11。
- (2020), 「防治紓困條例」之必要處置與措施——概括授權條款 (§ 7) 之合憲性與合理性評估, 法治評論空中論壇 (第一堂), 社團法人台灣行政法學會主辦, 2020年6月12日。
- 林春元 (2021), COVID-19防疫與緊急法治相對化的憲政意義——台紐經驗比較, 2021衛生法律與政策年度研討會, 陽明交通大

- 學科技法律學院TPP與跨國法律研究中心主辦，2021年9月2日。
- 林家暘（2021），電子圍籬作為居家隔離（檢疫）之輔助手段——合法性的探討，台灣法學雜誌，413期，頁75-96。
- 林超駿（2012），非刑事預防性拘禁之法官（院）保留——兼評釋字第六九〇號解釋，月旦法學雜誌，207期，頁176-200。
- 洪國華（2020），從醫事人員限制出境禁令論紓困條例的憲法爭議，月旦醫事法報告，44期，頁53-63。
- 張谷銘（2021），臺灣COVID-19防疫紀錄，收於：康豹、陳熙遠編，研下知疫：COVID-19的人文社會省思，頁239-259，臺北：中央研究院出版中心。
- 陳仲嶙（2020），從防疫出國禁令爭議再訪法律保留的疆界，法律與生命科學，9卷1期，頁1-37。
- 陳英鈴（2004），SARS防治與人權保障——隔離與疫情發佈的憲法界限，憲政時代，29卷3期，頁391-443。
- 陳清秀、詹鎮榮（2020），行政法的法源，收於：翁岳生編，行政法（上冊），4版，頁135-195，臺北：元照。
- 陳敏（2019），行政法總論，10版，臺北：自版。
- 陳陽升（2021），COVID-19疫苗公費接種對象與優先順序規定之定性，台灣法律人，3期，頁19-31。
- （2022），無效之行政處分與提審裁定——台灣台北地方法院111年度行提字第2號及第3號裁定評析，台灣法律人，14期，頁71-83。
- 陳新民（2018），憲法學釋論，9版，臺北：自版。
- （2020），行政法學總論，10版，臺北：自版。
- 陳愛娥（2002），如何明確適用「法律明確性原則」？——評司法院大法官釋字第五四五號解釋，月旦法學雜誌，88期，頁249-258。

- (2004)，正當法律程序與人權之保障——以我國法為中心，憲政時代，29卷3期，頁359-389。
- (2004)，疾病控制的憲法問題——以我國政府在SARS事件中的應變措施作為反省基礎，月旦法學雜誌，105期，頁31-47。
- 陳慈陽 (2016)，憲法學，3版，臺北：自版。
- 陳靜慧 (2013)，防疫強制隔離措施之正當法律程序與司法審查——以歐洲人權法院相關裁判為中心兼評釋字第690號解釋，憲政時代，39卷1期，頁121-146。
- 梁志鳴 (2022)，論法院作為法治例外狀態的守門人——以Covid-19防疫措施下的司法審查為中心，中原財經法學，49期，頁235-306。
- 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。
- 許宗力 (2012)，論法律明確性之審查：從司法院大法官相關解釋談起，臺大法學論叢，41卷4期，頁1685-1742。
- (2020)，行政處分，收於：翁岳生編，行政法（上冊），4版，頁599-700，臺北：元照。
- 黃源浩 (2020)，嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例與授權明確：與法國法的比較，月旦法學雜誌，303期，頁27-44。
- 楊尚儒 (2017)，施米特思想中的主權、委任獨裁與主權獨裁，政治思想史，2017年第1期，頁143-170。
- 董保城、法治斌 (2021)，憲法新論，8版，臺北：元照。
- 賈文宇 (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。
- (2020)，防疫還要談憲政主義嗎？，法律與生命科學，9卷1期，頁39-65。

- 蔡宗珍(2007), 導論, 收於: Carl Schmitt著, 蘇慧婕譯, 論法學思維的三種模式, 頁5-42, 臺北: 左岸文化。
- (2012), 2011年憲法發展回顧, 臺大法學論叢, 41卷特刊, 頁1373-1403。
- 衛生福利部疾病管制署(2013), SARS 10年: 生聚與教訓, 臺北: 衛生福利部疾病管制署。
- 薛熙平(2020), 主權——例外狀態的弔詭: 從阿岡本重返施密特, 政治與社會哲學評論, 72期, 頁199-271。
- (2021), 防疫緊急狀態的法理思辨: 法外模式、法治模式與憲政緊急權的競合, 說疫講法工作坊(六), 科技部整合計畫: 新冠肺炎影響之人文社會反思與治理主辦, 2021年3月25日。

2. 外文部分

- Agamben, Giorgio (2004), *Ausnahmezustand*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- (2016), *Homo sacer. Die souveräne Macht und das nackte Leben* (2002), 11. Aufl., Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- (2020), *Nach Corona: Wir sind nurmehr das nackte Leben*, NZZ, <https://www.nzz.ch/feuilleton/giorgio-agamben-ueber-das-corona-virus-wie-es-unsere-gesellschaft-veraendert-ld.1547093>.
- Badura, Peter (2018), *Staatsrecht: Systematische Erläuterung des Grundgesetzes* (1986), 7. Aufl., München: C. H. Beck.
- Bull, Hans Peter/Mehde, Veith (2015), *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre*, 9. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller.
- Buschmann, Marco (2021), *Die rechtsstaatlichen Schwächen des neuen § 28a Infektionsschutzgesetz als zentrale Eingriffsnorm zur Bekämpfung von Covid-19*, RuP 7, S. 120-128.
- Finke, Jasper (2020), *Krisen. Ein Erklärungsversuch dynamischer Rechtsentwicklungen in Krisenzeiten*, Tübingen: Mohr Siebeck.

- Florack, Martin (2021), Die Krise als Normalzustand des Regierens: Semantik und Funktionalität, in: Florack/Korte/Schwanholz (Hrsg.), Coronakratie: Demokratisches Regieren in Ausnahmezeiten, Frankfurt a.M.: Campus, S. 51-59.
- Frankenberg, Günter (2017), Im Ausnahmezustand, KJ 50, S. 3-18.
- Greve, Holger (2020), Infektionsschutzrecht in der Pandemielage – Der neue § 28a IfSG, NVwZ, S. 1786-1792.
- Heinig, Hans Michael/Kingreen, Thorsten/Lepsius, Oliver/Möllers, Christoph/Volkman, Uwe/Wißmann, Hinnerk (2020), Why Constitution Matters – Verfassungsrechtswissenschaft in Zeiten der Corona-Krise, JZ, S. 861-872.
- Hesse, Konrad (1999), Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland (1967), 20. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller.
- Huster, Stefan/Rux, Johannes (2021), in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, 48. Ed., Stand: 15.08.2021, München: C. H. Beck, Art. 20.
- Jarass, Hans D. (2018), in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 15. Aufl., München: C. H. Beck, Art. 20.
- Kersten, Jens/Rixen, Stephan (2021), Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise (2020), 2. Aufl., München: C. H. Beck.
- Kießling, Andrea (2021), Stellungnahme als geladene Einzelsachverständige für die öffentliche Anhörung im Gesundheitsausschuss des Deutschen Bundestages am 13.1.2021, online verfügbar unter https://www.bundestag.de/resource/blob/816300/284afb8aec1a0af82510ce260e1cf47b/19_14_0263-5-_ESV-Dr-Andrea-Kiessling-_Impfstrategie-data.pdf.

- Korte, Stefan (2017), in: Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht I, 13. Aufl., München: C. H. Beck, § 45.
- Lee, Chien-Liang. 2020. Taiwan's Proactive Prevention of COVID-19 under Constitutionalism. In *Verfassungsblog*, <https://verfassungsblog.de/taiwans-proactive-prevention-of-covid-19-under-constitutionalism/>.
- Leisner-Egensperger, Anna (2021), Schriftliche Stellungnahme: Öffentliche Anhörung des Ausschusses für Gesundheit des Deutschen Bundestages zum Gesetzentwurf der FDP: Entwurf eines Gesetzes zur Priorisierung bei der Schutzimpfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 und zum Antrag der Fraktion DIE LINKE für eine gute nationale und internationale Strategie bei Corona-Impfstoffen am 13. Januar 2021, online verfügbar unter https://www.bundestag.de/resource/blob/815956/34df43897a9cee75891804dfc747b039/19_14_0263-1-_ESV-Prof-Dr-Anna-Leisner-Egensperger_Impfstrategie-data.pdf.
- Maurer, Hartmut (2010), Staatsrecht I: Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen (1999), 6. Aufl., München: C. H. Beck.
- Maurer, Hartmut/Waldhoff, Christian (2020), Allgemeines Verwaltungsrecht (1980), 20. Aufl., München: C. H. Beck.
- Michl, Fabian (2020), Der demokratische Rechtsstaat in Krisenzeiten, JuS, S. 507-510; 643-647.
- Möllers, Christoph (2007), Dogmatik der grundgesetzlichen Gewaltengliederung, AöR 132, S. 493-538.
- Möllers, Thomas M. J. (2020), Juristische Methodenlehre (2017), 3. Aufl., München: C. H. Beck.
- Papier, Hans-Jürgen/Möller, Johannes (1997), Das Bestimmtheitsgebot und seine Durchsetzung, AöR 122, S. 177-211.
- Reimer, Franz (2020), Juristische Methodenlehre (2016), 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos.

- Rixen, Stephan (2020), Gesundheitsschutz in der Coronavirus-Krise – Die (Neu-)Regelungen des Infektionsschutzgesetzes, NJW, S. 1097-1103.
- Rüthers, Bernd/Fischer, Christian/Birk, Axel (2018), Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 10. Aufl., München: C. H. Beck.
- Sachs, Michael (2018), in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 8. Aufl., München: C. H. Beck, Art. 20.
- Sangs, André (2020), Das Dritte Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite und Gesetzgebung während der Pandemie, NVwZ, S. 1780-1785.
- von Schlieffen, Katharina/Haaß, Stefanie (2019), Grundkurs Verwaltungsrecht, Paderborn: Ferdinand Schöningh.
- Schmitt, Carl (2021), Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität (1922), 11. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot.
- Schulze-Fielitz, Helmuth (2015), in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. II, 3. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck, Art. 20.
- Schwanholz, Julia (2021), Die Corona-Pandemie 2020: Befindet sich Deutschland im Ausnahmezustand?, in: Florack/Korte/Schwanholz (Hrsg.), Coronakratie: Demokratisches Regieren in Ausnahmezeiten, Frankfurt a.M.: Campus, S. 61-69.
- Siegel, Thorsten (2020), Verwaltungsrecht im Krisenmodus, NVwZ, S. 577-584.
- Sodan, Helge (2010), in: Sodan/Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht: Staats- und Verwaltungsrecht (2004), 4. Aufl., München: C. H. Beck, § 7.
- Uhle, Arnd (2021), in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, 48. Ed., Stand: 15.08.2021, München: C. H. Beck, Art. 80.

- Volkman, Uwe (2020), Der Ausnahmezustand, Verfassungsblog, <https://verfassungsblog.de/der-ausnahmezustand/>. DOI: 10.17176/20200320-122803-0.
- Voßkuhle, Andreas (2020), Die Zumutungen der Prognose, in: Kortmann/Schulze (Hrsg.), *Jenseits von Corona: Unsere Welt nach der Pandemie – Perspektiven aus der Wissenschaft*, Bielefeld: Transcript, S. 205-211.
- Wank, Rolf (2001), *Die Auslegung von Gesetzen: Eine Einführung* (1997), 2. Aufl., Köln u.a.: Carl Heymanns.
- Zippelius, Reinhold (2021), *Juristische Methodenlehre*, 12. Aufl., München: C. H. Beck.

Rule of Law in a Time of Pandemic: Reflecting on Taiwan's Response Measures to the COVID-19 Pandemic from a Constitutional Perspective

*Yang-Sheng Chen**

Abstract

Since the outbreak at the end of 2019, COVID-19 has caused a massive number of infections and deaths worldwide. The number of confirmed cases in Taiwan has surpassed the 2003 SARS outbreak and Covid-19 has now become “The Pandemic of the Century”. The focus of this article is on how Taiwan, as a democratic state governed by the rule of law, could have controlled the pandemic while at the same time addressing the challenges posed to constitutional principles such as the protection of fundamental rights, separation of powers, and legal certainty. This article first clarifies whether the different models of counter-pandemic strategies call for freezing, adjusting, or maintaining the principles of constitutional law. This move is essential in determining the significance of the government's decision to respond to the COVID-19 under the normal legal order instead of an emergency decree. Further, this article analyzes a series of case-studies on the pandemic preventive measures from the perspective of the division of powers. This article argues that those measures were in conflict with principles of the rule of law from the legislative, executive, and judicial perspectives. This article proposes specific suggestions for those pandemic control measures accordingly.

* Assistant Professor, Professional Master's Program of Law in Business Administration, School of Professional Education and Continuing Studies, National Taiwan University.

KEYWORDS: state of exception, legal certainty, statutory instrument, general decree, principle of proportionality.