

新冠肺炎對民主法治國之挑戰及其回應*

—— 以疫情緊急應變機制為觀察重心

李東穎**

摘 要

國家防疫體系能否以民主及法治的方式克服新冠肺炎疫情的考驗，被認為是民主與獨裁體系制度競爭的一環；新冠肺炎所引發的緊急事態，因此可認為是民主國與法治國的試金石。然而，新冠肺炎疫情自2020年初發生至今，我國環繞於中央流行疫情指揮中心而建立的防疫緊急因應體制，卻不斷遭受違憲與違法的質疑。行政部門在防疫期間曾作成之對人民基本權影響重大的防疫措施，主要以防疫措施概括條款為其規範基礎，該防疫措施概括條款亦被質疑違反法律明確性與法律保留原則。針對前述對我國防疫緊急應變體制合法性的疑問，本文將著眼於疫情例外狀態的憲法拘束、中央疫情指揮中心組織權限的合憲性檢驗，以及防疫措施概括條款相關法治疑問等防疫體系的結構性問題，進行分析與檢討。此外，本文將參考德國為因應新冠肺炎疫情而建構的特殊防疫模式，為我國防疫緊急應變體制提供改革建議。

關鍵詞：新冠病毒、緊急狀態、中央流行疫情指揮中心、防疫措施、概括條款、傳染病防治法、嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例。

* 本文曾刊載於臺北大學法學論叢，128期，頁1-87（2023年）。
〔責任校對：鄭竣能、楊子萱〕。

** 國立臺北大學法律學系助理教授。
穩定網址：<https://publication.iias.sinica.edu.tw/81015152.pdf>。



目次

壹、前言	一、德國在第三次「全國大流行狀態中之民眾保護法」制定前的防疫概況
貳、介於平時與緊急狀態間之防疫情境	二、傳染病防治在聯邦與各邦間之權限劃分
一、疫情初期行政部門之緊急應變作為	三、聯邦衛生部發布法規命令與作成指令之授權
二、例外狀態與憲法拘束	四、防疫措施概括條款
參、以中央指揮中心為核心之防疫應變機制	陸、我國傳染病緊急事態應變機制的修正建議
一、中央指揮中心之成立依據與組織特性	一、從比較法之觀點檢討我國傳染病緊急應變機制的改革方向
二、對中央指揮中心組織模式之合憲性質疑	二、中央指揮中心組織權限之調整
三、中央指揮中心之組織定位	三、調和地方差別化防疫需求與統一全國防疫策略之制度規劃
肆、防疫措施相關爭議	四、防疫措施概括條款之改革
一、概括條款作為防疫措施之法源及其違憲疑義	柒、結論
二、防疫措施法律定性之難題	
三、防疫措施授權條款之根本問題	
伍、他山之石——德國新冠肺炎防疫模式之突破與其法治疑問	

壹、前言

「嚴重急性呼吸道症候群冠狀病毒2型」(SARS-CoV-2, 以下簡稱新冠病毒)疫情自2020年初發生至今已三年有餘,我國政府的防疫經驗雖然一度備受國際關注,然論者對行政部門於此期間採行之防疫體制的正當性與合法性質疑,始終未曾間斷。其原因歸根究

抵，在於我國雖未動用中華民國憲法增修條文（以下簡稱憲法增修條文）第2條第3項的緊急命令因應疫情所造成的突發事態，但以「嚴重特殊傳染性肺炎中央流行疫情指揮中心」（以下簡稱中央指揮中心）為核心的防疫體系，實與「平時狀態」的國家施政結構有著重大差異：就中央指挥中心的組織任務而言，我國政府在2020年1月20日出現第一例本土新冠肺炎案例，而依傳染病防治法成立中央指挥中心，並在同年2月27日將其提升為一級開設後，臺灣的政治重心彷彿由平時狀態下的總統府、行政院及立法院移轉至該組織：中央指挥中心決策影響所及，不僅限於防疫與衛生事項，國家諸多重要政治決定，舉凡國境的開放與封閉、醫療資源與防疫物資的生產及分配、學校教育模式是否改變與如何進行、得否經營特定行業，甚至人民的一般社會生活，諸如參加文化、體育活動或宗教祭典，甚至從事社交活動的方式，無不建立在中央指挥中心的防疫政策之上。此外，就地方政府防疫政策的擬定與執行，中央指挥中心向來認為其有指揮監督之權，面對中央與地方之防疫政策無法取得共識的情境，中央指挥中心亦曾基於「全國標準一致，地方一體執行，以指挥中心發布之指引與標準貫徹執行¹」的準則，要求全國防疫措施一致化，甚至發生以衛生福利部（以下簡稱衛福部）之名義撤銷地方政府防疫措施之案例²。中央疫情指挥中心的設立與其運作方式，不免引起違反憲法第53條行政院為國家最高行政機關，以及凌駕憲法保障地方自治的質疑。

-
- 1 衛生福利部疾病管制署，因應本土疫情持續嚴峻，指挥中心自即日起至5月28日止提升全國疫情警戒至第三級，各地同步加嚴、加大防疫限制，嚴守社區防線，2021年5月19日，<https://www.cdc.gov.tw/Bulletin/Detail/abDtRS-xzztQeAchjX9fqw?typeId=9>（最後瀏覽日：2023年1月27日）。
 - 2 衛生福利部疾病管制署，經多次溝通未果，衛福部依法撤銷金門縣政府110年5月23日公告，2021年5月24日，https://www.cdc.gov.tw/Bulletin/Detail/vArl0v_hBYnHkry8Er2p6A?typeid=9（最後瀏覽日：2022年7月8日）。該新聞稿同時重申，中央指挥中心指挥官再三強調中央與地方應「標準一致、說法一致、腳步一致」的防疫原則。

再者，從法律授權行政部門採取防疫措施的模式觀察，其亦充滿賦予行政部門廣泛的行為權限，並放寬其規範拘束的例外色彩：在平時狀態下，行政機關行使公權力須滿足法律保留、法律明確性等憲法原則的要求，行政行為除應以法定方式使民眾知悉其規範依據外，其得限制人民之自由與權利的範圍亦受到法律的嚴格拘束。然而，立法院為因應新冠肺炎而特別制定的「嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例」（以下簡稱特別條例）第7條³，卻授權中央指揮中心指揮官為防治控制疫情需要，得實施所有必要的應變處置或措施。該條文之構成要件不僅甚為簡略，防疫措施的方式與種類，亦顯得無邊無際，以致於該條文自公布施行以來，屢遭違反法律保留或法律明確性原則的質疑。有疑問者不僅是特別條例第7條，作為中央與地方衛生機關實施防疫政策重要法律基礎的傳染病防治法第37條第1項第6款，其授權「地方主管機關」得採行「其他經各級政府機關公告之防疫措施」，然而，中央部會據此公告的各種防疫措施其法律性質究屬法規命令、一般處分、行政指導，或其他性質的行政行為，學理與實務意見莫衷一是，影響所及者不僅是人民得否對之提起救濟，中央與地方相關機關如何執行公告之防疫措施，更是防疫政策能否合法、有效落實的核心關鍵。

以中央疫情指揮中心為核心的防疫體系雖存在上開合憲性、合法性疑慮，不可否認的是，為對抗新冠病毒對人民之生命與身體可能造成的嚴重危害，國家不僅在政治上有實施強力防疫措施的正當性，基於其上開基本權的保護義務，其甚至具備採取有效防護措施的規範上理由。如前所述，現行防疫體系根本性的矛盾存在於，

3 特別條例係於2020年2月25日制定公布，原定施行至2021年6月30日止，惟因該條例第19條第2項規定其施行期間屆滿得經立法院同意延長之，立法院遂於2021年5月31日及2022年5月27日分別決議延長該條例及其特別預算施行期間1年。以制定專法模式對抗新冠肺炎疫情者，法國法的立法例甚值關注；就此參照王必芳教授對法國法制完整的介紹：王必芳，初探法國COVID-19防疫的法制特點，收於：李建良編，研之得法——中央研究院法律學研究所成立十週年文集，頁503-548（2021年）。

一方面總統未透過緊急命令開啟憲法上的例外（緊急）狀態，另一方面又須突破平時狀態下法律對行政部門的重重限制，以創造迅速、有效且富有彈性的行政空間。上述規範困境，乃是其他未動用憲法上的例外（緊急）狀態制度因應新冠疫情的法治國家（如德國），共同必須面臨的問題。中央指揮中心自2020年1月成立時起至2023年5月1日解編，其防疫政策衍生的諸多法律議題甚值關注，惟鑑於在規範體系上能立足的防疫體制，是所有有效防疫政策的前提條件，本文因此將討論的重點集中在，我國面對新冠肺炎疫情啟動的防疫緊急應變體制的結構性問題。如前文所述，此緊急防疫體制的基本構造為，其並未以憲法上的例外（緊急）狀態機制為其規範基礎，而是透過法律層次之規範，形成以中央指揮中心為核心的防疫行政結構。其特徵則一方面顯現在透過相關組織法的規劃，由中央指揮中心統一中央與地方的防疫事權，另一方面則是以特別條例第7條與傳染病防治法第37條第1項第6款，概括性地授予中央與地方機關形成法律未規範之防疫措施之權限（防疫措施概括條款）。此緊急應變體系與德國修訂聯邦法律集中防疫事權，並廣泛運用防疫措施概括條款，作為其防疫應變機制主軸，具有類似的結構與思維。然而，在我國法體系的脈絡下，防疫緊急應變體制涉及的結構性問題首先是，防疫緊急應變機制的規範定位，似乎擺盪於憲法上的平時與例外（緊急）法制狀態之間，其在規範上的正當化首先必須面對其是否仍受憲法拘束的問題。如是，則是否容許考量疫情緊急事態放寬憲法的拘束程度？其次，中央指揮中心藉由統一事權強化防疫效率的組織模式，是否符合憲法關於國家機關的組織規範，以及中央與地方的分權架構？中央指挥中心的設置是否如論者所言，僭越行政院長職權，或破壞地方自治體制？再者，特別條例第7條與傳染病防治法第37條第1項第6款概括授權行政部門實施防疫措施的模式，是否違反法律保留或法律明確性原則？相關防疫措施在法律上應如何定性？如何執行？本文以為，我國對抗新冠肺炎疫情所累積的法治經驗，實提供了往後面對類似的疫情緊急事態，如

何形塑兼顧效率、彈性與合法性之應變機制的寶貴實例，因此，本文除將檢討現行防疫體系的規範缺失外，亦將參考德國防疫法制經驗，提出傳染病防治法關於疫情緊急應變機制的改革建議。

貳、介於平時與緊急狀態間之防疫情境

一、疫情初期行政部門之緊急應變作為

新冠病毒傳播初期，行政部門欠缺有效防疫法律手段的困境是顯而易見的。在行政部門採取的諸多防疫措施中，高中以下教職員工生的出國禁令受到公法學界諸多關注與討論。為避免新冠病毒由境外傳至境內，中央指揮中心曾在2020年3月16日宣布，禁止全國高中職以下教職員工生出國至該學期結束。教育部旋即在3月20日公告：根據中央指揮中心決議，並依特別條例第7條、傳染病防治法第7條及災害防救法第31條第1項第11款之規定，公私立高級中等以下學校、外國僑民學校、實驗教育機構、團體及教保服務機構之教職員工生，非經專案許可，暫時停止出國（境）⁴。然而，即使特別條例第7條已授權中央指揮中心指揮官，為防治控制疫情需要，得實施必要之應變處置或措施，論者仍批評該條有「空白授權」之嫌，不足以作為出國禁令此等嚴重侵害人民遷徙自由之行政措施的規範依據⁵。合法性引起質疑的防疫措施尚有：在疫情發生

4 行政院公報資訊網，<https://gazette.nat.gov.tw/egFront/detail.do?metaid=114251&log=detailLog>（最後瀏覽日：2023年1月27日）。

5 吳景欽，禁出國缺授權 總統不宣布緊急命令嗎？，ETtoday新聞雲，2020年3月18日，<https://forum.ettoday.net/news/1670366#ixzz76tz9W5Ux>（最後瀏覽日：2023年1月27日）；葉慶元，禁出國有違憲疑慮 總統怎不發佈緊急命令？，財團法人國家政策研究基金會，2020年3月26日，<https://www.npf.org.tw/1/22532>（最後瀏覽日：2023年1月27日）；廖元豪，蔡英文陳時中都不是帝王，修法才是王道，財團法人國家政策研究基金會，2020年3月26日，<https://www.npf.org.tw/1/22537>（最後瀏覽日：2023年1月27日）。

初期，諸多防疫物資準備不及，中央指揮中心因此實施以健保卡實名制購買口罩的政策，以控制口罩供給；然因口罩配售並非「醫療使用目的」，亦非「本保險醫療服務」，而被質疑違反全民健康保險法第16條第1項但書的規定⁶。此外，傳染病的控制高度仰賴疾病監測系統的資料蒐集，但對新冠肺炎疫情之監測，除透過一般法定傳染病通報制度外（醫事人員及醫療機構的強制通報、對急診室就醫者特徵的監測、檢測機構或實驗室的通報系統等），中央指揮中心進一步採取諸多合法性遊走於灰色地帶的監測措施：例如，為追蹤病毒之傳播鏈與匡列可能之感染者，或監控居家隔離者是否擅離隔離處所，而由行政機關調閱道路之監視錄影影像、民眾之電信通聯紀錄，或向電信業者調取民眾手機之基地台定位資訊，或採取所謂「電子圍籬」等作為，被質疑分別違反傳染病防治法、警察職權行使法、通訊保障及監察法或個人資料保護法⁷。上述中央指揮中心採行的防疫措施，共同之特徵有二：首先，相較於一般行政措施以特定（多數）相對人為規範對象，受防疫措施規制者通常為不特定之多數人，其範圍甚至可能廣及全國民眾。其次，防疫措施有違法疑慮者甚多，諸多措施或被質疑違反憲法要求，或與法律層次之規範相悖。

鑑於中央指揮中心決議的諸多防疫措施存有法律授權不明確之疑義，且傳染病防治法、災害防救法或特別條例提供的法律手段，被質疑不足以因應變化快速的疫情發展，論者曾於疫情發展初期建

6 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56（2020年）。

7 參見林欣柔，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71-72（2020年）；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26-27（2020年）；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95-96（2020年）；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治問題，法官協會雜誌，22期，頁136-139（2020年）；張文貞，COVID-19與國際人權，月旦法學雜誌，312期，頁17-18（2021年）。

議總統依憲法增修條文第2條第3項所定之程序發布緊急命令⁸；藉其得暫時替代法律或變更法律之效果（參見司法院釋字第543號解釋），彈性地滿足多樣化的防疫需求。就此，總統府則以特別條例及傳染病防治法已提供相關防疫措施充分的法律基礎，足以因應當前防疫需要為由，拒絕此項提議⁹。藉由緊急命令之發布與執行（暫時性地）克服新冠肺炎疫情的挑戰，既因總統之政治決定排除於選項之外，學界關於防疫措施合法性控制的討論重心，遂移轉至特別條例第7條的合憲性檢驗。觀察學界相關討論可以發現，即使總統並未發布緊急命令，但疫情引發的緊急事態，仍關鍵性地影響學界對於特別條例第7條是否合憲的態度（下詳）。然而，寬鬆地認定特別條例第7條合憲的結果，卻造成中央指揮中心取得實施法律未明確規定，且可能嚴重影響人民基本權之防疫手段的權限，其毋寧相當接近於總統發布緊急命令始得產生之替代法律的效果。若一併考量中央指揮中心藉其集中防疫事權之權力，實際上亦得影響公共衛生以外有關經濟、教育、社會、文化等領域的重要決策，圍繞於中央指揮中心的緊急應變模式，似乎形成了一個類似緊急命令，但在此機制下形成之防疫作為反而無須立法者追認的弔詭狀態。

若將中央指揮中心對疫情控制視為一種國家權力行使的態樣，憲法學理上即須追問：上述介於憲法上平時與例外（緊急）狀態間的特殊規範情境，究應受到何種程度的憲法拘束？就此，首應釐清例外（緊急）狀態在概念上如何理解，以及憲法就平時與例外（緊急）狀態之區分有何規範。

8 吳景欽（註5）；葉慶元（註5）；廖元豪（註5）。

9 歐陽夢萍，府：現有法律足因應防疫 暫無緊急命令需求，中央廣播電臺，2020年3月18日，<https://www.rti.org.tw/news/view/id/2055995>（最後瀏覽日：2023年1月27日）。

二、例外狀態與憲法拘束

關於如何運用例外狀態理論評價與分析由中央指揮中心主導的防疫緊急應變機制，邱文聰教授有較為完整的說明。邱教授首先從「緊急即無誠命」、「必要性中沒有法」的法諺出發，指出各國憲政體制中皆存在之緊急法制的共通特徵：「一方面，非常時期必須解除既有法律對執政者的種種束縛；另一方面，非常時期執政者的行動不再需要事先取得法律之授權。唯有讓『法』處於一個例外空間的狀態，『才能讓執政官擁有最大的權力，專注於拯救國家免於危難』」。邱教授援引當代重要的例外狀態理論家Giorgio Agamben的意見認為，緊急狀態下的國家行為欠缺法律依據並非問題之癥結所在；如何避免法治原則與權利保障被凍結的例外狀態常態化，才是面對緊急法制最需要克服的關鍵挑戰。至於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，一方面作為主權者將會在緊急狀態消失後回復常態的政治承諾（以避免無限期處於例外狀態），另一方面也避免在邊界不清中游移的主權者，以常態法之名，偷渡例外狀態下『必要性中沒有法』的思維而污染常態法制之純淨（以避免常態法秩序的緊急化¹⁰）」。

邱教授另指出，原本規範於憲法本文第43條，後經憲法增修條文第2條第3項取代的總統緊急命令權，既有暫時性替代或變更法律之效力，而不受法律保留原則之限制（參司法院釋字第543號解釋），無疑正是總統懸置常態法律的權力。影響平時或緊急狀態應受之法律拘束的關鍵，在於邱教授認為：憲法增修條文第2條第3項刪除原本存在於憲法第43條之「立法院休會期間」之限制，其真正的意旨，不在於緊急命令之發布須限於國會不及立法之情形，而在

10 邱文聰（註7），頁142-143。

「阻斷『常態法之立法者』使用『懸置常態法治』的手段排除緊急危難的可能性」。採取此立場之目的另一方面在於確保憲法保留予總統專屬的緊急命令權，另一方面則在於維持「常態法治的純淨性」。延續此嚴格區分例外狀態與平時狀態的基調，邱教授認為，就「特別條例」第7條之解釋不應使其成為中央指揮中心得以懸置常態法治的權限，該條所謂「實施必要之應變處置或措施」應限於常態法治下既有之法制工具。此外，司法院釋字第543號解釋既要求緊急命令以不待補充即可逕予執行為原則，僅就「細節性、技術性之事項」得授權執行機關以命令補充之。因此，若容許特別條例第7條空白授權中央指揮中心指揮官採取任何「必要之應變處置或措施」，且無須在發布相關防疫措施後送立法院追認，其較之總統之緊急命令權毋寧更不受拘束¹¹。

邱教授上述意見，正好可以作為本文討論例外狀態理論與憲法之間關係的出發點：首先，儘管例外狀態理論有不同理解的可能性，惟由著名理論家Carl Schmitt及Giorgio Agamben所發展之例外狀態理論的共同特徵為，（如同邱教授所強調的）皆主張在例外狀態中應免除主權者所有法律拘束，使其得以全力克服國家面臨的緊急危難。有疑問者為，如此理解的例外狀態理論所描述者究竟係一種事實或規範狀態，並不清晰。若係前者，其如何能產生不受現行（憲法）規範拘束的效力¹²？若係後者，則其與憲法所規範的緊急狀態制度間關係為何？就緊急狀態制度，我國憲法僅區分國家以軍

11 邱文聰（註7），頁143-144。

12 關於例外狀態理論在法理論上的根本難題：Jens Kersten, *Ausnahmestand?*, JuS 2016, S. 193 (194). 對在防疫期間援引例外狀態理論的批評：Jens Kersten/Stephan Rixen, *Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise*, 2. Aufl., 2021, S. 39 ff.; Anna-Bettina Kaiser, *Demokratie perdu? Fünf verfassungsrechtliche Anmerkungen zur gegenwärtigen Corona-Krise*, RuP 57 (2021), S. 7 (7 f.). 此外，亦可參見 Anika Klafki 對緊急狀態無可規範性的批評：Anika Klafki, *Differenzierte Rechtsgrundlagen als Gebot effektiver Krisenbewältigung*, NJW 2023, S. 1340 (1340 ff.).

事武力維持社會秩序與行使國家統治權之戒嚴¹³（憲法第39條），與因應「緊急危難或應付財政經濟上重大變故」（憲法增修條文第2條）的緊急命令；與新冠肺炎疫情之緊急事態有關者，應係後者。例外狀態理論之目的既然在於創造主權者不受法律拘束之空間，無法藉此理論解釋憲法上的緊急命令制度即不言可喻。蓋在憲法緊急命令制度的架構下，即使總統發布緊急命令亦未能「解除既有法律對執政者的種種束縛」；緊急命令並無凍結憲法的效力，總統之行政權不但仍受到（大部分）憲法原則之拘束，人民之基本權亦持續限制國家權力的行使¹⁴。大法官於司法院釋字第543號解釋指出，「憲法就發布緊急命令之要件、程序及監督機制定有明確規範，以避免國家機關濫用權力，期以保障人民權益，並維護自由民主基本秩序」；「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」，即本於此理。換言之，在我國憲法的框架下，即使在緊急狀態中，國家權力仍受到憲法規範的拘束。

其次，就憲法之拘束程度而言，在平時或緊急狀態中國家權力受到憲法拘束的密度迥然有異，非此即彼，不容模糊；兩者之區分則取決於總統的政治決斷——是否發布緊急命令。因此，即使國家面臨突發之重大事變或災害，只要總統未發布緊急命令，國家為排除緊急危難而行使之公權力即應無保留地受到憲法（特別是民主國原則、法治國原則、基本權等重要憲法原則）全面性的拘束¹⁵。嚴格區分平時與例外狀態的立場，有助於釐清國家權力行使應受憲法

¹³ 參見陳新民，憲法學釋論，增訂9版，頁367（2018年）。

¹⁴ 因此，在概念上宜區分理論性的例外狀態概念，與憲法緊急命令所指涉的緊急狀態。就此，參見張嘉尹，瘟疫蔓延時的法秩序：自由與生命的共舞，思想坦克，2020年4月16日，<https://voicetank.org/single-post/2020/04/16/041601>（最後瀏覽日：2023年1月27日）。

¹⁵ 相同意見：賈文宇（註6），頁53-54。同樣強調憲法上嚴格區分平時與緊急狀態的立場：Kersten/Rixen (Fn. 12), S. 45.

拘束的程度，因此，不但是作為防疫緊急應變機制結構基礎之，中央指揮中心的組織權限及防疫措施概括條款應受到憲法的檢驗，行政部門實施具體的防疫措施同樣受到基本權與憲法原則毫無保留的拘束，甚至立法機關亦應於防疫期間致力履行憲法所賦予的任務。

基於上述嚴格區分平時與緊急狀態的立場，本文並不建議將我國的防疫緊急應變體制描述為「平時狀態的緊急狀態化」，蓋在平時與緊急狀態中，國家權力之行使是否違憲的判斷模式既然有異，未以緊急命令為基礎的防疫緊急應變體系若有違憲法要求，即屬單純違憲問題，而與是否將平時狀態緊急狀態化無關。其次，使用此概念亦容易造成，在此緊急應變體制下，國家所採取之防疫作為的合法性皆有疑義的印象¹⁶，但緊急應變體制是否違反憲法相關規範，仍須具體分析與檢視。此外，本文亦不贊成對於緊急應變體制進行合憲性審查時，考量例外狀態理論的論述模式¹⁷，其理由在於此舉同樣會混淆平時與緊急狀態間，截然不同的憲法拘束程度。

參、以中央指揮中心為核心之防疫應變機制

一、中央指揮中心之成立依據與組織特性

在傳染病防治法的框架下，以指揮中心是否成立為準，履行傳染病防治任務的主導機關與防疫體系的運作機制，有明顯的區分。

16 邱文聰（註7），頁144-145。類似的質疑，例如賈文宇教授即指出，防疫期間由中央指揮中心之指揮官，而非足以承擔責任政治與民主政治的行政院長與總統決定防疫政策，復以「必定違反法律明確性、授權明確性乃至權力分立」原則的特別條例，授予指揮官不受內部協力制約與外部監督的權限，有違憲法區分平時與緊急狀態的制度設計：賈文宇（註6），頁53-54、58-59。

17 例如，黃源浩教授認為，我國雖未啟動緊急命令制度因應新冠肺炎疫情，惟得在新冠肺炎合憲性審查脈絡考量例外狀態理論：黃源浩，公共衛生緊急狀態與行政法上的例外法制，月旦醫事法報告，54期，頁58（2021年）。

質言之，在平常時期，傳染病防治法如同諸多行政專法，分別係由中央目的事業主管機關（衛福部）與直轄市或縣（市）政府，作為該法之中央及地方主管機關（傳染病防治法第2條），並由其履行「杜絕傳染病之發生、傳染及蔓延」之任務（傳染病防治法第1條）。此外，由於傳染病防治非僅涉及衛福部管轄事項，其他中央部會若未配合防疫政策，往往無法有效防堵疫情之發生與擴散。因此，傳染病防治法特別規定其他中央部會「配合及協助」辦理傳染病防治工作之義務，以及其具體範圍¹⁸（同法第6條）。有關中央與地方主管機關之權責劃分，則具體規範於該法第5條：傳染病防治政策與計畫之擬定，原則上係屬中央之任務範圍，地方主管機關則負責據此研擬執行計畫並付諸實施。除此原則性的權限劃分規則外，該法並進一步規定，在轄區發生流行疫情或有發生之虞時，地方主管機關之防疫措施「應依中央主管機關之指示辦理」；後者並得邀集相關機關召開流行疫情處理協調會報，協調各級政府相關人員及資源、設備，並監督及協助地方主管機關採行防治措施（同法第16條第2項及第4項）。

然而，相對於上述未發生傳染病，或其流行程度尚屬輕微之情形，中央主管機關如認疫情嚴重程度已達有統籌各種設備及整合相關人員之必要，即得報請行政院成立中央指揮中心，並由其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、後備軍人組織、民間團體執行防疫工作（同法第17條第1項）。中央指揮中心的應變機制係於傳染病防治法2004年修正時所增訂，其設立目的已明示於該法第17條之立法理由：「當傳染性疾病之特性，係經由空氣傳染、病原體具高致死率、目前尚無特效藥可治療、欠缺有效接種之疫苗或為某種新感染症而全民均無抗體，且地方主管

¹⁸ 例如由內政主管機關負責入出國（境）管制、協助督導地方政府辦理居家隔離民眾之服務；教育主管機關負責學生及教職員工之宣導教育及傳染病監控防治；經濟主管機關則負責防護裝備供應、工業專用港之管制等。

機關亦無法獨力因應處理時，為強化中央主管機關之實施作為，爰參照『災害防救法』第十三條及第二十九條規定，增訂修正條文第一項，明定中央主管機關報經行政院同意指定指揮官並成立中央指揮中心，辦理指揮、督導及協調任務，以利發揮疫情指揮事權統一之效」。據此，設置中央指揮中心之功能顯然意在，突破中央各目的事業主管機關間，以及中央與地方之間的管轄分界，由中央指揮中心統一運用、調度各級政府之人力與資源，以使防疫措施之效果極大化。該法如何透過組織結構的形塑，達成此「統一指揮之效果」，在本文的脈絡下，極具觀察價值。以下具體說明之：

傳染病防治法首先一般性地規定，中央指揮中心成立期間，由其「統一指揮、督導及協調各級政府機關……執行防疫工作；必要時，得協調國軍支援」（第17條第1項）。同法第37條第3項則特別規定，中央指揮中心對地方主管機關採行防疫措施具有指揮權（第37條第3項）。此外，各級政府機關尚須依中央指揮中心指揮官之指示，或優先使用傳播媒體與通訊設備，或徵用、調用公、私立醫療院所、民間土地、建築物，或徵用及配銷防疫物資（傳染病防治法第52條至第56條）。綜觀上述條文可知，傳染病防治法第17條第1項所謂的「各級政府機關」，不僅包含中央各部會，亦包含傳染病防治法之地方主管機關；中央指揮中心之指揮權因此涉及水平與垂直的層面。至於中央指揮中心究竟透過如何之組織結構，水平地指揮、監督、協調中央各部會的防疫工作，則僅在「中央流行疫情指揮中心實施辦法¹⁹」（以下簡稱指揮中心實施辦法）第8條第1項空泛地規定，中央指揮中心得依流行疫情狀況通知有關機關，依指定時間派員進駐本中心；詳細的運作規範則付之闕如。值得注意的是，為對抗新冠肺炎疫情，行政部門除依傳染病防治法成立中央指揮中心外，尚依災害防救法成立「生物病原中央災害應變中心²⁰」

19 本辦法係傳染病防治法第17條第2項授權訂定。

20 中央指揮中心與生物病原災害應變中心目前係結合在國家衛生指揮中心

(該法第13條)；在災害應變中心的組織框架下，中央部會如何達成橫向的聯繫與溝通，則有較為清楚的規劃²¹。至於中央指揮中心如何在組織之層面上協調地方政府履行防疫任務，傳染病防治法與其下位階之法律並未形成特殊規範，實務上則是透過中央指揮中心召開「全國防疫會議」，並要求各縣市副首長層級以上的人員參與，以統一全國防疫步調²²。由上述說明可知，中央指揮中心為發揮其防疫事權統一之效果，其對中央各部會及地方主管機關的指揮／指示權，顯然具有關鍵性的作用。

(National Health Command Center, NHCC) 下運作，論者因此建議以後者取代大眾媒體上慣稱的中央指揮中心，作為本次對抗新冠肺炎疫情的核心行政組織（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45（2020年））。但應留意的是，國家衛生指揮中心並非相關法規所使用的正式名稱，其實乃指揮中心實際運作之處所。就此請參見：衛生福利部疾病管制署網站，<https://www.cdc.gov.tw/Category/MPage/6CJ7RCriP1wF4BmtgAhKuA>（最後瀏覽日：2023年1月27日）。

21 具體而言，中央災害防救業務主管機關首長（本次新冠肺炎疫情即為衛福部部長）在成立應變中心並決定其層級後，應立即報告中央災害防救會報召集人（即行政院長），並由召集人指定指揮官（即中央災害防救業務主管機關之首長）（中央災害應變中心作業要點第6點、第7點第1款，以下簡稱「應變中心作業要點」）。應變中心作業要點不僅規範不同災害應變中心開設的時機、分級要件及應進駐之機關（同要點第10點），各中央部會於應變中心開設期間應負責之任務，亦在規範之列（應變中心作業要點第13點）。若應變中心二級以上開設，組編部會即應指派專責人員進駐應變中心，統籌處理各該部會防災緊急應變及相關協調事宜（應變中心作業要點第7點）。機關派員進駐應變中心後，指揮官的任務主要在於召開工作會報，瞭解相關單位緊急應變處置情形及有關災情，並指示相關應變措施（應變中心作業要點第15點第2項）。除機關進駐應變中心之人員，應接受應變中心指揮官之指揮、協調及整合外（應變中心作業要點第21點第1項），各機關開設之緊急應變小組，亦應配合執行應變中心之災害應變措施，持續運作至災害狀況解除為止（應變中心作業要點第20點第2項）。透過上述災害應變指揮中心——各部會進駐人員——各機關緊急應變小組之傳輸機制，災害應變中心指揮官即可將其災害應變指示傳遞至各中央各部會，各部會再依其任務分配執行防災指示，以達災害防救事權統一與統整各部會救災資源之效果。

22 以2021年三級警戒期間為例，有關「全國防疫會議」之召開可參見：衛生福利部疾病管制署，5月24日全國防疫會議後記者會報告，2021年5月24日，<https://www.cdc.gov.tw/Bulletin/Detail/94PqMil5V-gZP9F0rZ7UuQ?typeid=9>（最後瀏覽日：2023年1月27日）。

二、對中央指揮中心組織模式之合憲性質疑

針對行政部門透過中央指揮中心結合生物病原中央災害應變中心，統一中央與地方防疫措施指揮權的實務運作，學理上並非毫無質疑。就此，應區分中央指揮中心與中央部會間之權限分配關係，以及其與地方自治團體間之權責劃分，具體說明之。

(一) 中央指揮中心與中央部會之權限分配關係

1. 中央指揮中心之組織設計僭越行政院長之職權？

就中央指揮中心與中央部會在權限分配上的疑義，吳秦雯教授指出，我國救災行政常見之「指揮中心」的組織型態或「指揮官」之職務，通常屬於「任務編組」，然根據指揮中心實施辦法第10條：「本中心得以本中心或指揮官之名義對外行文」之規定，指揮中心顯然因此取得法定地位；配合同辦法第4條，授權指揮指揮官統一指揮、督導及協調各級政府機關之規定，其「幾乎負擔最高行政機關所應負擔之權限」。吳教授以2020年4月13日衛福部依中央指揮中心同年3月31日第19次會議決議而公告之，「居家隔離及居家檢疫對象應遵守及注意事項」為例指出，作為上開措施法律基礎之傳染病防治法第48條及第58條，其授權對象皆為該法之主管機關，在該法未將主管權限移轉予中央指揮中心的情形下，中央指揮中心如何「變身」為主管機關，在規範上並不明確。中央指揮中心實務上運作之結果，對其他中央主管機關實具有下令之權，前者「幾乎已經具有同等於行政院之地位」²³。同樣是基於中央指揮中心可能僭越行政院院長權限之觀察，賈文宇教授認為，作為中央指

23 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106-109（2020年）。吳教授最後建議修正傳染病防治法，仿造災害防救法第2章關於災害防救組織之模式，明確規定行政院於傳染病防治體系之統籌地位，並得委任指揮中心行使其權限。

揮中心之權力來源之全國最高行政機關行政院不應隱身其後；行政院之施政應得到立法院之信任以獲取民主正當性，並實現總統（作為任命權人）之付託。在傳染病防治法未修正的前提下，該法分配予指揮官之任務固可由中央指揮中心主導，但其他防疫措施，仍應由行政院負責統整、決策、執行，並依責任政治原則貫徹民主原則的課責機制²⁴。

就上開論者對中央指揮中心組織合憲性的質疑，本文以為下列問題仍有待釐清：首先，論者指摘中央指揮中心之組織模式僭越行政院長之職權並有違責任政治之要求，其憲法上的具體依據何在？其次，傳染病防治法第17條第1項與指揮中心實施辦法第10條，賦予中央指揮中心「統一指揮、督導及協調」各級政府機關之職權，應如何解釋？由於本條將「指揮」、「督導」及「協調」之權限並列，以致產生行政院各部會是否應遵從中央指揮中心之決議或指揮官之指示，或其僅為建議性質之疑問。

2. 憲法對行政院內部權力分配秩序之規範

儘管依憲法學理一般性之見解，我國政府體制在2004年憲法第7次修正後，雖已從憲法本文的「修正內閣制」轉向憲法增修條文的「修正式雙首長制」，然行政院院長對國會（而非總統）負責的機制並未改變²⁵（憲法第57條及增修條文第3條第2項）。行政院長作為全國最高行政機關首長既須對行政院之整體施政負責，在組織設計上即須擁有對內閣首長之任命權（憲法第56條），以及對各部會某種程度的指示與監督之權限。後者在我國憲法上之規範基礎雖不甚明確，大法官在司法院釋字第613號解釋仍基於行政一體性之原則指出：「憲法第五十三條明定行政院為國家最高行政機關，其

24 賈文宇（註6），頁63-64。相似意見：蔡震榮，防疫措施與人權保障，玄奘法律學報，35期，頁16（2021年）。

25 陳新民（註13），頁416。

目的在於維護行政一體，使所有國家之行政事務，除憲法別有規定外，均納入以行政院為金字塔頂端之層級式行政體制掌理，經由層級節制，最終並均歸由位階最高之行政院之指揮監督。民主政治以責任政治為重要內涵……。根據憲法增修條文第三條第二項規定，行政院應對立法院負責，此乃我國憲法基於責任政治原理所為之制度性設計。是憲法第五十三條所揭示之行政一體，其意旨亦在使所有行政院掌理之行政事務，因接受行政院院長之指揮監督，而得經由行政院對立法院負責之途徑，落實對人民負責之憲法要求」。根據上開解釋意旨，行政院長對內閣首長的指揮監督權，實為為落實基於民主原則而來之責任政治原則的核心手段。此外，由憲法第58條行政院設行政院會議，且各部會首長須將應行提出於立法院之法律案、預算案、戒嚴案等重要事項，或涉及各部會共同關係之事項，提出於行政院會議議決²⁶之規定可知，內閣首長之施政若未能獲得行政院長的認可，極難有施政空間；部會間之意見若有齟齬，行政院院長據此亦有協調、整合，甚至作成最終決定的責任。

從憲法第53條及第58條除可推導出行政院長對內閣首長的指揮監督權，及其對「涉及各部會共同關係之事項」的主導權限外，論者另基於憲法第58條之反面解釋，認為行政院各部會首長對於本部之事物，在不涉及其他部會權限的前提下，具有可自主、獨立作成決定的權力²⁷。依此見解，即使我國憲法未如德國基本法第65條第2句明確規定，各聯邦部會首長以獨立並自我負責的方式領導其業務領域，行政院各部會首長就其領導部會亦有「部會原則」(Ressortprinzip)之適用。根據此項原則，行政院長不僅不得「過度」涉入各部會之業務領域，各部會首長在不違反行政院長之方針決定的前提下，亦得就其業務領域之所有事務自主作成決定。屬於

26 憲法第58條雖未規定行政院會議應以何種方式進行，但實務上向來係採首長制。參見陳新民(註13)，頁425。

27 陳新民(註13)，頁426。

部會首長事務決定權限者，在解釋上尚包含內部組織權、人事決定權與具體之指示權等，在功能上確保其得以自我負責之方式領導部會的輔助權限²⁸。論者從憲法第58條推導出內閣部會首長對其部會事務自主決定權之主張，應可贊同，蓋各部會首長就其施政對行政院長負責的前提在於，其對各部會管轄之事物領域某種程度的自主決定空間，而非單純行政院長貫徹政治意志的工具。

3. 中央指揮中心對中央部會指揮權之解釋

根據前開說明，行政院各部會首長就其部會管轄事務在憲法上既有自主決定之權，並僅受行政院長有限度的指揮監督，中央指揮中心指揮官有關防疫措施之指示若有拘束行政院各部會之效力，即有破壞憲法第53條及第58條所形成的權限分配秩序之疑慮。然而，關鍵的問題是，傳染病防治法第17條第1項賦予中央指揮中心指揮官「統一指揮、督導及協調」各級政府機關執行防疫工作之權限，應如何解釋？其是否為帶有強制命令性質之行政行為，因此帶有貫徹行政一體性原則的指示監督成分？或是「指揮、督導及協調」僅係指稱中央指揮中心指揮官得以不具拘束力之方式，統合各部會防疫作為的同義詞？

就此問題之解答，首應注意，中央指揮中心的主要任務在於跨部會整合防疫措施與資源，此種防疫政策須配合行政院各部會之管轄權限始能有效落實的現象，實源自於傳染病防治任務之本質，此觀諸傳染病防治法第6條，中央衛生主管機關以外之部會應配合辦理傳染病防治事務之一般性規定，即可印證。傳染病防治法第17條第1項在指揮中心成立期間，特別賦予指揮官「統一指導、督導及協調」各級政府之職權，雖不排除有突破職務協助規範之限制，授予指揮官對中央部會之指令更強之拘束力的意旨。惟採此解釋方

²⁸ Vgl. *Martin Oldiges/Ralf Brinktrine*, in: *Sachs (Hrsg.), GG Kommentar*, 9. Aufl., 2021, § 65 Rn. 19-23.

法，除非將上開條文理解為移轉行政院長指揮監督中央部會權限之管轄權移轉規範，否則即有前述違憲疑義。據此以論，本文以為，僅有透過合憲性解釋之方法將指揮官「指揮、督導、協調」之權限，限制在以不具拘束力之方式建議與整合中央部會之防疫作為的範圍，該條文在規範上始有存在的空間。依此觀點解釋傳染病防治法第17條第1項，則中央指揮中心指揮官雖得協調各部會意見作成原則性的防疫政策決定，惟防疫措施涉及行政院各部會權限者，仍應由該管部會以自己之名義作成；此解釋上之結論，亦與防疫實務通常係循中央指揮中心作成防疫政策之決議後，相關部會再於其管轄範圍內以各自名義配合執行的運作模式若合符節²⁹。依此原則，若發生部會首長與指揮官之意見相左，而無法統合之情形，對行政院各部會有指揮、監督權限之行政院長，固然仍有協調並做成最後決定之責³⁰，並未因中央指揮中心之設立而受影響³¹。

29 例如，大陸委員會於2020年2月11日針對中國大陸人士發布之入境管制措施，即強調係「經相關機關會商並提報中央流行疫情指揮中心決定」（中華民國大陸委員會，本會重新修正有關於原本長期居住臺灣，目前因故滯留中國大陸之陸配子女入境管制政策之說明，2020年2月11日，https://www.mac.gov.tw/News_Content.aspx?n=B383123AEADAEE52&sms=2B7F1AE4AC63A181&s=CE14B96738D4DFD6（最後瀏覽日：2023年1月27日））。教育部2020年3月20日禁止高中以下學校教職員工生出國之公告（教育部（109）年臺教授國部字第1090032762號函，https://gazette2.nat.gov.tw/EG_FileManager/eguploadpub/eg026052/ch05/type3/gov40/num41/Eg.htm（最後瀏覽日：2023年1月27日）），係依中央流行疫情指揮中心第16次決議辦理。前述衛福部於2020年4月13日公告之「居家隔離及居家檢疫對象應遵守及注意事項」亦屬適例。中央指揮中心在2021年5月15日宣布臺北市及新北市進入三級警戒狀態，並公布諸如停止室內5人以上、室外10人以上之家庭聚會和社交聚會、關閉休閒娛樂場所（歌廳、舞廳、夜總會）、外出時全程配戴口罩等防疫政策後，則由衛福部公告執行。參見：衛生福利部（110）年衛授疾字第1100200495號，<https://www.cdc.gov.tw/Uploads/archives/9f054c94-924f-418a-a5f4-6facdf25456.pdf>（最後瀏覽日：2023年11月20日）。

30 行政院院長對中央指揮中心與各部會就防疫政策之指揮與監督，通常係藉由每週於行政院召開之「擴大防疫會議」進行。例如，行政院長於2020年6月7日在擴大防疫會議裁示全國三級警戒延長兩週。參見：行政院新聞傳播處，政院擴大防疫會議 蘇揆裁示三級警戒管制再延長兩週，行政院，2021年6月7日，<https://www.ey.gov.tw/Page/9277F759E41CCD91/0f5513e7-6a2e-4524-b341-40239>

應注意的是，上開中央指揮中心附有較為和緩之集中指揮功能的組織設計並未違憲的結論，在立法者透過特別條例第7條，授予中央指揮中心指揮官得實施必要之應變處置或措施之權限後，即應有不同的論斷。相較於在傳染病防治法之架構下，中央指揮中心議決之防疫政策，仍應以行政院各部會之名義對外作成有拘束力的行政行為，在特別條例第7條生效後，即使防疫措施涉及行政院各部會之職權，指揮官在解釋上仍得以自己之名義直接對外採取必要之防疫措施，如此一來，顯與憲法第58條所揭示之「部會原則」有違³²。

(二) 中央指揮中心與地方防疫主管機關間之權責劃分

1. 自治事項與委辦事項之區分標準

新冠肺炎防疫期間，中央指揮中心與地方防疫主管機關間關於防疫措施決策權限之衝突與齟齬，亦引發中央指揮中心「全國標準一致，地方一體執行」之防疫準則，是否違反憲法對於地方自治之保障的討論。就此，除連江縣、澎湖縣與金門縣政府於2021年全國三級警戒期間，公告進入各該縣領域之旅客須接受新冠病毒抗原快

d499fdb (最後瀏覽日：2023年1月27日)。於2020年8月2日則指示研議鬆綁相關防疫管制措施：朱怡玟，政院召開擴大防疫會議 蘇揆：研議8/10後進一步鬆綁管制措施，台視新聞網，2021年8月2日，<https://news.ttv.com.tw/news/11008020001400W> (最後瀏覽日：2023年1月27日)。

31 基於上述理由，應變中心作業要點有關各機關進駐之人員應接受指揮官之指揮、協調及整合，以及各機關開設之緊急應變小組應配合執行應變中心之災害應變措施的規定，亦應作相同之解釋。

32 依本文之觀察，除於新冠肺炎疫情發生初期，中央指揮中心（指揮官）曾零星依特別條例第7條之規定，以自己之名義對外作成有法律效力之應變處置外（例如中央指揮中心2020年3月17日以肺中指字第1093800250號函，限制於醫院服務之醫事及社工人員出國、2021年5月19日以肺中指字第1103600193號函，放寬入國移工健檢期限），防疫期間之防疫措施多由中央部會依傳染病防治法第37條第1項第6款之規定公告實施。林明鏞教授則認為中央指揮中心已具備行政機關的構成要素，並將其定位為「功能性之行政機關」：林明鏞，中央疫情指揮中心組織與職權，月旦法學教室，238期，頁8（2022年）。

篩被撤銷事件受到較多關注外，就「疫情調查與通報」、「傳統果菜市場防疫措施」、「餐廳是否開放內用」等防疫措施，中央與地方亦曾發生步調不同之情事³³。由於在以金門縣政府為代表的案例中，中央指揮中心曾採取明確之法律處置，以下即以該案例為主要討論對象：

本案中，中央指揮中心認為該公告違反傳染病防治法第17條第1項與第37條第3項，而由「衛福部」依行政程序法第117條撤銷該公告³⁴。疾管署就本案所發布之新聞稿³⁵則詳述該公告違法之理由：「指揮中心指出，指揮中心前於今（110）年5月17日函請各地方政府，於嚴重特殊傳染性肺炎中央流行疫情指揮中心成立期間，務請遵循傳染病防治法相關規定程序公布防疫措施，若有需依『傳染病防治法』第37條第1項規定採行相關防疫措施，仍請地方政府遵循『傳染病防治法』第37條第3項規定，應依指揮官指示辦理，以利整體防疫業務之執行。又檢疫政策之決定依『傳染病防治法』第5條第1項第1款第1目之規定，是屬中央主管機關權責，地方政府應依中央主管機關之決策，始得據以執行，而指揮官近日也公開宣示：『中央決策、地方執行』，此乃權限分際的原則問題」。然而，有疑問者為，在本案發揮關鍵作用之中央指揮中心指揮官對地方防疫機關之指示權，既屬於一種中央對地方自治團體的監督措施，其對於地方自治團體究能發揮何等之拘束力，仍取決於防疫措施之決定究屬自治事項或委辦事項而定³⁶，蓋其將決定中央得對地方實施

33 吳明孝，傳染病防治法與地方自治體權限分配及問題初探——以COVID-19為例，月旦醫事法報告，60期，頁10（2021年）。

34 有關行政程序法第117條是否適合作為本案衛福部撤銷地方政府公告之依據，參見：吳明孝（註33），頁11。

35 參見衛生福利部疾病管制署，衛福部依法撤銷110年5月31日連江縣及6月1日澎湖縣、金門縣政府之公告，2021年6月1日，<https://www.cdc.gov.tw/Bulletin/Detail/YTxcU07Y6rbbKELiJk7LCw?typeid=9>（最後瀏覽日：2022年7月22日）。

36 關於傳染病防治法第37條第3項應如何理解，理論上固然可能跳脫自治事項與委辦事項之思考脈絡，而借用學理上「機關借用」的概念，說明中央指揮中心

之監督措施的密度高低³⁷。就本案而言，防疫措施之決定若屬中央事項，地方主管機關另為防疫措施的空間即被壓縮，指揮官透過其指示權亦得深入監督防疫措施之執行。

在我國法制框架下，釐清一事務究屬中央或地方誠非易事。此一方面歸因於憲法有關中央與地方權限劃分之規範，往往並非以事務的種類，而係以地域管轄範圍為劃分標準。以傳染病防治為例，憲法第108條第1項第18款一方面規定中央就「公共衛生」事務自為立法並執行，或交由省縣執行；同法第110條第1項第1款又賦予縣就「縣衛生」立法並執行之權限。憲法於涉及委辦事項（第108條）與自治事項（第110條）之條文重複規定同一事務種類，並無助於界定傳染病防治究屬中央或地方任務。此外，地方制度法第18條至第20條雖分別詳細規定直轄市、縣（市）及鄉（鎮、市）自治事項，但因其所列項目過於廣泛，且誤將諸多應屬委辦事項者修改為自治事項，導致區分自治與委辦事項更加困難³⁸。

鑑於憲法關於中央與地方權限劃分之規範，經常未能提供區分委辦事項與自治事項的明確標準，論者因此建議，在憲法第111條揭示之均權原則的基礎上，藉由探究「事務本質」之方法，解釋特定事務是否具有「全國一致之性質」，或僅具有「一地之性質」³⁹。另有學者參照德國地方自治法學理，指出原則上應以事務性質是否為秩序行政之標準區分委辦與自治事項；質言之，行政目的若主要係在防止危害發生，原則即歸屬於委辦事項，反之，若屬給付行政

與傳染病地方主管機關間之關係。然而，國內學界向來認為此德國法上之特殊制度在我國法制下應謹慎援用之，參見黃錦堂，地方制度法論，增訂3版，頁145-146（2020年），本文亦同此立場。

37 陳愛娥，自治事項與委辦事項的劃分，收於：陳清秀、蔡志方編，地方自治法，頁59（2017年）。

38 黃錦堂（註36），頁146。

39 陳愛娥（註37），頁80-81。

屬性，則歸類於地方自治⁴⁰。儘管學界就區分自治事項與委辦事項的標準有歧異，論者普遍承認立法者對於事務是否有「全國一致」或「地方特殊」之性質具有評估特權，並得透過法律賦予地方自治團體自治權限（憲法第110條第1項第11款，地方制度法第2條第2款）；據此，立法者亦得就同一事物領域的不同事項分別依其性質劃歸中央或地方⁴¹。由於透過所謂「事物本質」之方法判斷一事究屬中央或地方，容易流於主觀，觀察立法者是否有意透過法律授權地方自治團體自治任務，毋寧才是後者取得自治權限更為可靠的來源⁴²。

相較於德國法制通常由邦法直接規定特定事務為自治或委辦事項，在我國法的脈絡下，欲確定法律是否有賦予地方自治團體自治任務之意旨，往往相當迂迴：首先，在法律解釋上是否能透過中央立法者制式的權限分配條款：本法之主管機關，在中央為○○○，在直轄市為直轄市政府，在縣（市）為縣（市）政府（即所謂的「層級管轄條款」），判斷行政事務的歸屬層級，學理與實務上皆存在諸多爭議；此界定難題亦存在於傳染病防治法。關於「層級管轄條款」究應解釋為將地方行政機關權作中央下級機關之「機關借用」規定，或應將其理解為賦予地方自治團體（非直轄市或縣（市）政府）自治或委辦權限的「團體管轄」（Verbandskompetenz）規定的爭議⁴³，在最高行政法院作成103年2月份第1次庭長法官聯

40 林明昕，地方自治事項與委辦事項之委任及委託：以臺北市府組織自治條例第二條第二項及第三項之爭議為中心，臺大法學論叢，39卷4期，頁228-232（2010年）；黃錦堂（註36），頁122-125。

41 陳愛娥（註37），頁70-71；黃錦堂（註36），頁116。

42 參見詹鎮榮，地方自治立法權之保障與救濟，地方自治法制學術研討會，社團法人桃園律師公會主辦（2022年6月10日）。

43 相關討論參見：林明昕（註40），頁260-266；詹鎮榮，論地方行政機關之權限委任——以「授權法規」之位階與性質為中心，收於：行政法總論之變遷與續造，頁138-141（2015年）。關於防疫期間違反防疫措施之裁罰管轄權爭議參閱：蔡震榮，特殊傳染性肺炎疫情下有關口罩取締與裁罰管轄權之爭議，月旦醫事法報告，60期，頁64-68（2021年）。

席會議決議⁴⁴後，多數意見已傾向採取後一見解⁴⁵。其次，地方政府透過層級管轄條款一般性地取得自治或委辦事項的團體管轄權限後，仍須檢視立法者於該行政專法中就事務分配所形成的細部規劃，始得確定特定事務之管轄權限究屬中央或地方⁴⁶。例如，傳染病防治法第5條授權中央主管機關「訂定傳染病防治政策及計畫，包括預防接種、傳染病預防、流行疫情監視、通報、調查、檢驗、處理、檢疫、演習、分級動員、訓練及儲備防疫藥品、器材、防護裝備等措施」，並「監督、指揮、輔導及考核地方主管機關執行傳染病防治工作有關事項」；相對於此，地方主管機關則負責「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，擬定執行計畫付諸實施，並報中央主管機關備查」，以及「執行轄區各項傳染病防治工作，包括預防接種、傳染病預防、流行疫情監視、通報、調查、檢驗、處理、演習、分級動員、訓練、防疫藥品、器材、防護裝備之儲備及居家隔離民眾之服務等事項」。此權限分配規定，依本文之見即符合地方制度法第2條第3款⁴⁷關於委辦

44 茲錄決議文如下：「建築師法第3條規定『本法所稱主管機關：在中央為內政部；在直轄市為直轄市政府；在縣（市）為縣（市）政府。』之『地方主管機關條款』係我國立法上以最高行政機關代替行政主體之習慣，故其規範意義應解為『直轄市』與『縣（市）』公法人本身，僅在表明相關地方自治團體有其管轄權限，而不應認其係限定直轄市政府或縣（市）政府為主管機關，故無論是自治事項的確認或委辦事項的規定，其均屬『地方自治團體之權限』，從而取得團體權限之地方自治團體，得基於自主組織權，決定其內部執行機關。高雄市既依上開規定取得建築師懲戒之團體權限，並依該市政府組織自治條例將此權限劃歸所屬工務局辦理，則甲不服該停業處分，自應以高雄市政府工務局為被告」。

45 詹鎮榮，「地方主管機關」規定意涵之裁判見解更迭，台灣法律人，1期，頁90-91（2021年）。另請一併參照該文所述晚近行政法院實務之發展。

46 此中央與地方權限劃分的判斷模式，亦有大法官釋憲實務的支持。質言之，儘管食品安全衛生管理法第2條定有層級管轄之規定，憲法法庭111年度憲判字第6號判決仍依事件性質，認為該法第15條第2項（殘留農藥或動物用藥含量超過安全容許量標準）、第15條之1（可供食品使用之原料品項及其限制事項）、第18條第1項（食品添加物之品名、規格及其使用範圍、限量標準）、第21條第2項（食品所含之基因改造食品原料）屬於中央立法事項。

47 依該條規定，委辦事項係指：「地方自治團體依法律、上級法規或規章規定，

事項之定義，因此，至少於條文明定之預防接種、傳染病預防、流行疫情監視、通報、調查、檢驗等之事項範圍內，應將其視為「委辦事項」。

2. 中央指揮中心防疫措施指示權之解釋

依照前文所述中央與地方權限劃分的判斷方法，以下即著眼於「防疫措施之決定」，檢視中央指揮中心主張之「全國標準一致，地方一體執行」的分工模式，是否具有規範上之基礎？關於防疫措施之決定，傳染病防治法首先於第二章「防治體系」中抽象地規定，地方主管機關在傳染病發生或有發生之虞時，應立即於轄區動員所屬各相關機關及人員採行必要之措施，並將結果彙報中央主管機關；採行此等防治措施時，並應依中央主管機關之指示辦理。中央主管機關於必要時，並得邀集相關機關召開流行疫情處理協調會報，協調各級政府相關機關（構）人員及資源、設備，並監督及協助地方主管機關採行防治措施（同法第16條第1項、第3項及第4項）。此外，傳染病防治法另於第四章「防疫措施」中具體規定，在傳染病發生或有發生之虞時，地方主管機關應視實際需要，採行諸如「管制上課、集會、宴會或其他團體活動」、「管制特定場所之出入及容納人數」等防疫措施（同法第37條第1項），其中所謂「經各級政府機關公告之防疫措施」，解釋上應包含中央主管機關基於跨直轄市、縣（市）領域，或全國一致性之防疫需求而公告的具體防疫作為。觀察上述規範可知，傳染病防治法雖將地方主管機關視為防疫措施第一線的實施主體，惟鑑於中央主管機關仍得透過「公告」一般性地規範各直轄市與縣（市）政府的防疫措施，並藉由指示權（跨區域地）約束並監督地方自治團體的防疫作為，以建立所

在上級政府指揮監督下，執行上級政府交付辦理之非屬該團體事務，而負其行政執行責任之事項」。

謂的「垂直指揮模式⁴⁸」。此種超越地域團體領域範圍的管制需求，本為立法者得將特定事項界定為委辦事項的正當化事由⁴⁹。基於上述理由，本文傾向於將「防疫措施之採取」界定為委辦事項⁵⁰。

循前述見解，中央主管機關就地方自治團體採取防疫措施的監督範圍，即可不限於（就自治事項僅得進行之）合法性監督，而得擴張至合目的性監督（或稱專業監督，Fachaufsicht）。學理上一般認為，由監督機關為落實合目的性監督而行使的「指示權」（Weisungsrecht），不僅得就委辦機關個案之事實認定或法律解釋作成指示，對於執行委辦事項的可能方案，亦得指示其採取最便捷、經濟，甚至最不致造成公眾反感的選項。委辦機關違反監督機關的指令，後者即可考慮採取更為強力法律監督手段（諸如撤銷、廢止

48 參見傳染病防治法第5條第2項第4款於2004年增訂時之立法理由。

49 以受規範之事物領域是否有跨地方自治團體管轄區域規制之需求，作為區分自治與委辦事項的輔助判斷標準，亦為大法官裁判實務所採。具體而言，憲法法庭111年度憲判字第6號判決即以自治條例之規範效果或適用結果，對於轄區外之居民或事物是否會產生直接、密切之實質影響，作為為判斷自治條例規範界限的標準，並指出「已超出一縣（市）或一直轄市之轄區範圍，而應屬跨地方轄區甚至全國性質之事項，自不應完全交由各地方自治團體自行立法並執行」。

50 林昱梅教授雖然並未明確指出，傳染病防治法是否將「防疫措施之決定」界定為委辦事項，但其亦認為「在防疫措施上，於中央指揮中心成立期間，地方主管機關少有因地制宜的可能性」。林教授主要是基於傳染病防治法對於上課集會等團體活動、特定場所之出入容納人數、特定區域交通、搭乘大眾運輸工具之管制，以及撤離人員等防疫措施，規定應依中央指揮中心指揮官辦理，為其論述基礎（林昱梅，臺灣傳染病防治之政府組織改造與法制變革——從SARS到COVID-19，收於：下山憲治、李惠宗編，新冠肺炎流行期間的法制對策，頁87-88（2022年））。此外，林明鏞教授則是認為：「傳染病防治法第36條及第37條第1項第6款即已明文授權地方自治團體得採取『其他防疫措施』，即無庸再由中央疫情指揮中心以委任方式授權『管轄權限』，蓋不論傳染病防治法第2條或地方制度法第18條、第19條第9款之其他『防疫措施』及『衛生管理』權限，並未受肺炎特殊條例或傳染病防治法加以剝奪，故防疫措施應屬『中央與地方共同辦理事項』（即中央與地方共同權限），而非專屬中央管轄事項」（林明鏞，加嚴的地方防疫規定違法無效？——疫情下的地方事務管轄權限為何？，月旦法學教室，243期，頁7（2023年））。但此所謂「中央與地方共同辦理事項」不但難以在憲法中尋找其規範根據，其法律效果為何亦不明朗。

委辦機關之行政處分，甚至「代行處理⁵¹」)。防疫措施之決定既被本文界定為委辦事項，傳染病防治法第16條所定中央對地方主管機關的指示權，即應本於上開說明而為解釋。應注意的是，依本文之見，中央主管機關既得依前述條文對地方自治團體之防疫措施進行深入的監督，並撤銷或廢止其認為不合法或不適當之防疫作為，在中央指揮中心成立期間，由中央指揮中心指揮官行使傳染病防治法中央主管機關的監督權限，即可能違反管轄權移轉的法定要求，蓋依行政程序法第15條之規定，法定權限之移轉僅以法規明文容許者為限⁵²；傳染病防治法第37條第3項無法被理解為移轉衛福部對地方自治團體監督權的規範，甚為顯然。

三、中央指揮中心之組織定位

總結而言，在中央指揮中心成立期間，中央指揮中心被賦予「統一指揮、督導及協調各級政府機關」執行防疫工作的權限，藉此發揮疫情事權統一之功能。然而，考量憲法上行政院長指揮、監督行政院各部會之權限，以及各部會首長在其管轄範圍內以自我負責之方式履行任務之責任，本文以為中央指揮中心上開權限應限制在協調、建議與整合各部會之管轄權與資源之範圍。因此，由中央指揮中心決議防疫政策，並由行政院各部會以自己之名義公告防疫措施的實務運作，仍在憲法就行政院內部之權力分配所劃定的框架範圍內。應注意的是，為因應新冠肺炎疫情的緊急事態，立法者雖有意透過制定特別條例第7條，授權中央指揮中心指揮官對外作成必要之防疫措施或處置，以突破傳染病防治法第37條第1項，由地方防疫主管機關依「其他經各級政府機關公告」採行防疫措施的限制

51 黃錦堂（註36），頁258、269。另參照地方制度法第75條及第76條。

52 行政程序法第15條第2項關於委託之規定，究應理解為「權限移轉」或「權限代理」向來有所爭論；然而，論者間無異議的是，依照管轄法定原則，法定權限之移轉以（與授予機關管轄權之規定同位階之）法規明文授權為前提。就此，參照詹鎮榮，論行政機關管轄權之移轉——以其對行政作用法及行政爭訟法之影響為中心，收於：行政法總論之變遷與續造，頁71-74（2015年）。

制，然而此條文將產生違反憲法第58條之「部會原則」的疑慮。在總統未頒布緊急命令，行政機關仍應受所有憲法原則拘束的法律狀態下，立法者無法僅因新冠肺炎所造成之緊急事態而突破此憲法原則之拘束。

就中央疫情指揮中心援引傳染病防治法第17條與第37條第3項，提出防疫政策由其決定，地方防疫主管機關則應遵守「全國標準一致，地方一體執行」準則之主張，本文以為，此涉及地方自治團體得否就防疫措施主張自治權限的問題。綜合觀察傳染病防治法第5條與第37條，本文得出「防疫措施之決定」應屬委辦事項之結論；據此，衛福部甚至在未成立中央指揮中心的狀態下，即可透過其指示權（同法第16條第2項）就地方政府採行之防疫措施進行合法性與合目的性之監督。據此而論，在相關法律未明文容許移轉衛福部監督權限的情況下，傳染病防治法第37條第3項所定指揮官之指示權，應同樣被解釋為協調與整合中央與地方防疫政策與措施的權限。

綜合上述，本文以為應將中央指揮中心理解為中介於中央各部會與地方防疫主管機關間的防疫政策整合平台。

肆、防疫措施相關爭議

一、概括條款作為防疫措施之法源及其違憲疑義

（一）概括條款之功能及其在實務上之運用

在對抗新冠肺炎疫情的過程中，有效的防疫措施決定性地影響了防疫策略的成效。鑑於新冠病毒強大的傳染能力，世界各國均發展出諸多有別於傳統防疫手段的防疫措施。在疫情爆發初期，由於傳染病防治法之法定防疫措施未能充分因應新冠肺炎引起的防疫需

求，部分防疫措施因此須援引相關「概括條款」作為其法源基礎，以致於概括條款之功能及其適用上的界限被公法學界投以大量關注。相關媒體或法學文獻的討論，通常雖以特別條例第7條作為防疫措施概括條款的代表，然而，觀察行政部門運用概括條款的實務，除本條外，傳染病防治法第37條第1項第6款與災害防救法第30條第1項第11款⁵³，亦曾被援引為行政機關防疫措施的法源依據。在援引頻率較高的特別條例第7條與傳染病防治法第37條第1項第6款之間，雖有論者認為前者應屬後者之特別規定，在適用上應以前者優先⁵⁴，但因特別條例第7條之授權主體為中央疫情指揮中心指揮官，作為中央層級防疫主要機關的衛福部毋寧更常援引傳染病防治法第37條第1項作為其行為法上之依據⁵⁵。

53 本條規定：「各級政府成立災害應變中心後，指揮官於災害應變範圍內，依其權責分別實施下列事項，並以指揮官指定執行之各該機關名義為之：……十一、其他必要之應變處置」。

54 林明昕，2020年行政法發展回顧：權力分立觀點下之實務評釋，臺大法學叢，50卷特刊，頁1402（2021年）；邱文聰（註7），頁135。

55 由於傳染病防治法第37條，係授權「地方主管機關」採行防疫措施，實務上通常係由衛福部依照中央指揮中心之決議公告具體措施後，責成地方主管機關執行。因本條授權對象之限制，行政院除衛福部以外之部會為配合中央指揮中心之防疫政策而須對外作成公權力行為時，通常須另尋授權基礎；就此，除非部會主管之法規本已具備可資援用的規範（例如行政院大陸委員會於2020年2月10日與2月11日，分別針對中國大陸與港澳人士發布之入境管制措施，即以臺灣地區與大陸地區人民關係條例第10條及香港澳門關係條例第11條，列為上開入境管制措施的法律依據（參照衛生福利部疾病管制署網站，<https://www.cdc.gov.tw/Category/Page/KD1A9YeAPI4LNUWfZ0xwZA?fbclid=IwAR3J66xPFXSsBirGnH0UD74oeDaQBuuFEPi1fiTib6gOuhNgimTPU8pWnh4>（最後瀏覽日：2023年1月27日）），防疫實務上通常援引特別條例第7條：例如，勞動部要求雇主或私立就業服務機構以外之第三人，辦理從事有關海洋漁撈工作、家庭幫傭等工作之外國人自主健康應遵守事項（參見勞動部（110）年勞動發管字第11005035971號函，<https://gazette.nat.gov.tw/egFront/detail.do?metaid=122998&log=detailLog>（最後瀏覽日：2023年1月27日））；金融監督管理委員會關於2021年全國三級警戒期間，停止公開發行公司召開股東會之公告（金融監督管理委員會（110）年金管證交字第11003621371號函）。惟因特別條例第7條之授權對象為中央指揮中心「指揮官」，行政院各部會以本作為其公權力行為的規範基礎，合法性顯有疑慮。

傳染病防治法第37條第1項第6款在防疫期間承擔了特殊的任務：具體而言，該法作為行政部門預防傳染病發生並防止其擴散的主要法律依據，雖在第37條第1項授權地方主管機關在傳染病發生或有發生之虞時，視實際需要，採行諸如「管制上課、集會、宴會或其他團體活動」⁵⁶、「管制特定場所之出入及容納人數」⁵⁷、「管制特定區域之交通」、「撤離特定場所或區域之人員」，或「限制或禁止傳染病或疑似傳染病病人搭乘大眾運輸工具或出入特定場所」等防疫措施；同法第44條至第48條，以及第58條至第60條，則分別規範隔離與檢疫措施之內容與方法。惟面對具強烈傳染力的新冠肺炎病毒，僅採取上開防疫措施被認為無法有效控制病毒的擴散，衛福部為因應新冠疫情公布之諸如穿戴口罩之義務、進入特定場所實施實聯制及量測體溫、禁止於營業場所內飲食⁵⁸，以及禁止醫護人員出國等手段，即非上開法定「標準措施」(Standardmaßnahme)所能涵蓋，傳染病防治法第37條第1項第6款作為面對疫情的不確定性，補充「標準措施」不足之處的「補遺」功能因此得以彰顯。

(二) 對防疫措施概括條款之批評

行政部門動輒以「概括條款」作為前述涉及人數甚廣，且嚴重影響人民自由之防疫措施的法律基礎，論者並非毫無質疑。批評首先集中在：特別條例第7條與傳染病防治法第37條第1項第6款不僅在構成要件上甚為簡略，據此得作成之防疫措施的內容與範圍亦高度不確定，實有違反法律保留原則與法律明確性原則要求的疑慮。

⁵⁶ 例如，衛福部於2021年三級警戒期間公告之禁止室內5人以上，室外10人以上之聚會、禁止婚禮宴客與喪禮公祭、禁止宗教集會活動等防疫措施。參見：衛福部(110)年衛授疾字第1100200495號函。

⁵⁷ 例如，衛福部於2021年三級警戒期間公告之禁止宗教場所開放民眾進入、禁止特定營業場所營業、關閉觀展觀賽場所及教育學習場域等防疫措施。參見：衛福部(110)年衛授疾字第1100200495號函。

⁵⁸ 以上皆為衛福部於2021年三級警戒期間公告實施之防疫措施。參見：衛福部(110)年衛授疾字第1100200495號函。

就此疑問的解答，學界不僅在審查標準的選擇上已出現分歧；即使適用相同標準，亦可能得出不同結論⁵⁹。

關於特別條例第7條與傳染病防治法第37條第1項第6款（若未特別說明，以下合稱「系爭條文」）之合憲性，究應依法律保留、法律明確性或授權明確性原則審查之疑問，本文以為，上開憲法原則在個案中雖可能有所交錯，但個別側重的規範面向仍有不同。具體而言，法律保留原則要求影響人民基本權或具有政治上重要性的國家行為，須有國會法律的授權；法律明確性原則則著眼於法律規範本身的明確程度，應使受規範者具體認識其受法律規制的狀態及其法律地位，俾得以據此決定其行為準則，規劃其生活；授權明確性原則涉及的是，若立法者以法律授權行政機關訂定行政命令層次之規範，其授權規範應達到之具體程度。就系爭條文的違憲審查標準，考量其作為概括條款之功能本在兩部法律所規範之標準措施不足以因應疫情發展之際，作為行政機關對外行使公權力之補充性的法律依據；因此，在對抗新冠肺炎疫情的過程中，行政機關援引系爭條文採取標準措施以外的防疫舉措，主要涉及受規範者得否預見系爭條文規範內容的疑問；因此，本文以為主要應以法律明確性原則審查系爭條文的合憲性。至於部分論者主張，特別條例第7條所規範之「必要之應變處置或措施」，包含授權中央指揮中心指揮官

⁵⁹ 吳景欽教授、廖元豪教授即認為特別條例第7條違反法律保留原則，參見吳景欽（註5）；廖元豪（註5）；陳仲麟教授雖亦主張以法律保留原則審查，但肯定該條的合憲性。參見陳仲麟，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9-11、31（2020年）。林明昕教授與黃源浩教授則主張應依授權明確性原則審查，並認為特別條例第7條並未違反該原則。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60-61（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35-36（2020年）。林三欽教授與吳秦雯教授雖皆以法律明確原則為審查標準，但就特別條例第7條是否合憲則得出相反的結論（前者肯定，後者否定）；參照：林三欽（註20），頁49-50；吳秦雯（註23），頁110-111。

得作成所有（包含「法規命令」在內）的行政措施⁶⁰，仍非全然無據，蓋法律是否有授權行政機關訂定法規命令之意旨，有時無法從條文文義直接認識，而須解釋授權條文整體規範內容以決，例如立法實務上時有以「公告」之文字指涉授權意旨之例⁶¹。據此而論，若肯定系爭條文皆有授權行政機關以法規命令形成防疫措施之意旨，其規範方式是否符合授權明確性原則，仍應加以檢驗。

（三）防疫措施概括條款是否符合法律明確性及法律保留原則？

1. 法律明確性原則之檢驗

關於法律明確性之審查，大法官釋憲實務已發展出相當穩定的審查基準：「法律明確性之要求，非僅指法律文義具體詳盡之體例而言，立法者於制定法律時，仍得衡酌法律所規範生活事實之複雜性及適用於個案之妥當性，從立法上適當運用不確定法律概念而為相應之規定。如法律規定之意義，自立法目的與法體系整體關聯性觀點非難以理解，且個案事實是否屬於法律所欲規範之對象，為一般受規範者所得預見，並可經由司法審查加以認定及判斷者，即無違反法律明確性原則」（參照司法院釋字第799號、第794號、第690號及第432號解釋）。據此，大法官認為法律明確性原則所著重者，並非規範文字是否精確、清晰，其肯定立法者得基於規範事實的特性，運用抽象、不確定的概念，對於法律明確性原則的審查，其毋寧更強調受規範者就個案事實是否得涵攝於特定條文的預見可能性。依大法官之意見，法律明確性原則既可能因規範情境之不同而有寬嚴不一的要求，應依據何種標準決定該原則在個案中對立法者

⁶⁰ 林明昕（註59），頁58。

⁶¹ 例如：社會秩序維護法第63條第1項：「有左列各款行為之一者，處三日以下拘留或新臺幣三萬元以下罰鍰：……八、製造、運輸、販賣、攜帶或公然陳列經主管機關公告查禁之器械者」；消防法第12條第1項：「經中央主管機關公告應實施認可之消防機具、器材及設備，非經中央主管機關所登錄機構之認可，並附加認可標示者，不得銷售、陳列或設置使用」。

的拘束程度，即有進一步具體化的必要。就此，論者建議考量基本權侵害嚴重程度、規範對象特質、法律規範技術等因素，調整法律保留原則的審查密度⁶²。此原則性的建議亦可在大法官釋憲實務中獲得證實，例如與本文脈絡密切相關之司法院釋字第690號解釋，針對舊傳染病防治法第37條第1項⁶³有關隔離之規定是否符合法律明確性原則之要求，即曾表示以下看法：「憲法第八條之規定，國家公權力對人民身體自由之限制，若涉及嚴重拘束人民身體自由而與刑罰無異之法律規定，其法定要件是否符合法律明確性原則，固應受較為嚴格之審查（本院釋字第636號解釋參照），惟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（粗體為本文所加）」。⁶⁴論者即以此為據，認為既可因「保障人民生命安全與身體健康」與「事涉醫療及公共衛生專業」，降低限制（憲法嚴格保障之）人身自由之法律的明確性要求，基於相同行政目的且對人民基本權影響較輕微之系爭條文，即使其運用概括條款之立法技術亦與此憲法原則無違⁶⁴。然而，針對此支持系爭條款未違反法律明確性原則的論述有疑義者為，觀諸舊傳染病防治法第37條第1項僅以「曾與傳染病病人接觸或疑似被傳染者」為隔離措施的實施對象，相較於系爭條文以在我國境內（可能與具傳染力之人未有任何接觸）之所有人為潛在規範客體，恐無法相提並論。此條文規範範圍間之差異，是否不致影響審查密度的選擇？

62 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254-257（2002年）。

63 該條規定：「曾與傳染病病人接觸或疑似被傳染者，得由該管主管機關予以留驗；必要時，得令遷入指定之處所檢查，或施行預防接種等必要之處置」。

64 林三欽（註20），頁49；陳信安、賴秉詳，因防疫而限制入出境之憲法爭議評析，自由時報，2020年3月19日，<https://talk.ltn.com.tw/article/breakingnews/3105086>（最後瀏覽日：2023年1月27日）。

欲解答前述問題，梳理系爭條文與典型之概括條款間之差異，應有助於釐清問題本質。概括條款之典型來自於警察法領域⁶⁵，警察職權行使法第28條第1項即規定：「警察為制止或排除現行危害公共安全、公共秩序或個人生命、身體、自由、名譽或財產之行為或事實狀況，得行使本法規定之職權或採取其他必要之措施」。由於個案中對警察法保護之法益可能產生危害的情況極其多元，非立法者事先所能完全預見，概括條款之功能即在於針對其尚未規範之非典型的危害行為或情境，一般性地授予警察採取危害防止行為的權限。針對警察法上之概括條款，學理雖未質疑其違反法律明確性原則⁶⁶，但是否可將此憲法評價直接移植於系爭條文之上，顯然不無可疑。就此，Ralf Poscher指出，警察法上的概括條款所欲防止者乃具體的危險，亦即以「特定案件事實若不受阻礙地發展將有充分的產生損害的可能性」為前提；傳染病防治法作為廣義警察法的一環，其概括條款首先應作相同的解釋。然而，在面對具有高度及隱藏之傳染力，且可能產生嚴重健康危害的傳染疾病，單純的人與人之間的接觸，在個案中雖可能不致立即產生傳染的危險（抽象的危險，例如接觸者皆曾染疫並已康復），但亦可認為已產生具體的危害，而可根據傳染病防治概括條款採取防疫措施。換言之，依Poscher之見，在嚴重傳染病之情形，具體與抽象危險的區分將會相互趨近⁶⁷。就警察法與傳染病防治法概括條款的區別，Jens Kersten及Stephan Rixen亦指出，應注意兩個法領域在立法目的、形式、廣度與深度上的差異：首先，傳染病防治之目的在於預防傳染病發生，並儘早識別傳染源及阻止其傳播；相較於警察法上的一般條款，其目的並非在回應個案或典型的危害，而在於防止及對抗集體、動態的傳染過程。其次，

65 在德國法，其原型即為1794年普魯士一般邦法典第10條第2項第17款之安全法制上的概括條款。Vgl. Kersten/Rixen (Fn. 12), S. 81.

66 Friedrich Schoch, Polizei- und Ordnungsrecht, in: Schoch (Hrsg.), Besonders Verwaltungsrecht, 15. Aufl., 2013, 2. Kap. Rn. 106.

67 Ralf Poscher, Das Infektionsschutzgesetz als Gefahrenabwehrrecht, in: Huster/Kingreen (Hrsg.), Handbuch Infektionsschutzrecht, 2021, 4. Kap. Rn. 43.

相較於警察法，傳染病防治措施通常並非點狀或可相互分離的個別行政行為，為有效防止傳染，其通常須結合典型與非典型防疫作為。有效之傳染病防治措施的重點因此較不在於個案危害的防止，而在於一般性的風險預防，蓋傳染病之傳播自然含有不確定的因素，其過程通常無法確知，特別是無法個案性地預測。以傳染病防治法為規範基礎的行政行為經常係在不確定的情境中作成，何等防疫措施可以獨立，或須綜合性地進行，事先既無法完全預見，亦無法精準確定。再者，防止傳染病傳播之措施並非僅針對侵擾者（*Störer*，例如病患、疑似病患、疑似染疫者或帶原者），尚未被傳染或根本不會被感染之民眾（非侵擾者，*Nichtstörer*），亦在受規範之列。此項特點，亦呈現與警察法上之危害防止措施的重大區別，質言之，傳染病防治之目的本在避免健康之民眾感染，疫情中民眾通常亦不知其是否已經染疫，因此，純就數量而言，傳染病防治措施反而係以非侵擾者為主要的規範對象。最後，傳染病防治概括條款影響人民基本權的層面非常廣泛，幾乎所有基本權（一般行動自由、遷徙自由、集會自由、宗教自由、藝術自由、財產權、身體不受侵害之自由等）皆可能受到概括條款之影響⁶⁸。由上述學理說明應可發現，相較於概括條款在警察法上之典型，傳染病防治概括條款最重要的特徵即在於，其可同時作為防衛具體與抽象危險的規範基礎。

基於上開說明，可進一步反思前述支持系爭條文符合法律明確性要求的意見：本文以為，綜合考量系爭條文規範對象的範圍，及其影響人民基本權之廣度與深度，系爭條文的規範密度顯然有所不足。論者雖援引司法院釋字第690號解釋認為其尚未違反法律明確性原則，但該號解釋一方面係針對以侵擾者為規範客體之條文所為，影響層面未如系爭條文廣泛，另一方面，防疫措施之立法目的係在

68 Vgl. *Kersten/Rixen* (Fn. 12), S. 83-85; *Stephan Rixen*, *Gesundheitsschutz in der Coronavirus-Krise - Die (Neu-)Regelungen des Infektionsschutzgesetzes*, NJW 2020, S. 1970 (1099 ff.).

「保障人民生命安全與身體健康」，並不足以改變其侵害人民基本權利行為之本質，此立法目的是否足以降低法律明確性的要求，尚須與規範影響人民基本權之程度綜合判斷，未可單純基於此立法理由，即一般性地降低違憲審查之密度。此外，以大法官就法律明確性原則審查所強調的，人民就個案事實涵攝於特定法條之預見可能性為標準，本文亦不認為系爭條文符合此項要求，蓋特別係在疫情發生初期，國家就新冠病毒之特性、傳播方式與對人體之影響尚無法確知的情況下，其本身即難以認識何種措施始能有效阻止病毒傳播，又如何期待人民對系爭條文得包含之防疫措施有所預見？

然而，應留意的是，對抗新冠肺炎疫情係一流動的過程，法律明確性原則的要求既受諸多參數影響，就系爭條文是否符合該原則的判斷即無法一成不變。在疫情發生初期，因醫學對新冠病毒的認識尚屬有限，國家對新冠病毒的致病原、傳染途徑、潛伏期、可傳染期、臨床表現，以及對人體影響之嚴重程度均未能有效掌握，在此時期，因立法者對於待規範之事物本即欠缺規範能力，即不應苛求立法者形成明確之規範，規範密度甚低之系爭條文尚可作為高強度防疫措施在此過渡期間的法律基礎⁶⁹。然而，隨著學界對新冠病毒的認識愈趨全面，以及行政部門實施防疫措施經驗的累積，立法者對新冠肺炎疫情的規範能力亦隨之增強，在過渡期間經過後，立法者基於民主國原則、法治國原則與基本權保障的要求，即有義務就防疫措施的授權基礎——對應其侵害基本權的嚴重程度——形成更為縝密的規範⁷⁰。有疑義僅在於，對於過渡期間的經過是否存在

69 此亦為新冠肺炎防疫期間，部分德國司法裁判實務就該國傳染病防護法第28條第1項第1句所定之防疫措施概括條款，是否符合法律明確性原則的立場：Vgl. *Kersten/Rixen* (Fn. 12), S. 86 ff. 法國憲法委員會關於新冠肺炎防疫措施之法律合憲性審查中類似的考量參照：黃源浩（註59），頁41-42。

70 明確強調此項要求者：林三欽（註20），頁49-50；林明昕（註59），頁67。另參照林昱梅教授就特別條例第7條是否符合法律明確性原則的說明：「若欲強化法律明確性，讓人民有所預見，在邊做邊學的過程中，應由主管機關經醫療專業

客觀的判斷標準？就此，學理上雖有意見認為，立法者何時認為其對新冠肺炎已有充分的認識，因此得就防疫措施之授權規定形成更為具體之規範的時間點，有原則性的評估餘地⁷¹。惟本文以為，至遲在中央指揮中心於疫情發生近一年後公布「疫情警戒標準及因應事項」時，應可認定國家對病毒之特性及傳播途徑等已有一定程度可靠的認識，蓋此時中央指揮中心對於何種情況應提升防疫等級，對應防疫等級應採取何種防疫措施（已有具體的構想；立法者此時若尚未能提供行政部門充分的授權基礎，即難以避免違反法律明確性原則之指摘）。

2. 授權明確性原則之檢驗

就系爭條文是否符合授權明確性原則之要求，部分論者首先強調法律保留及授權明確性原則與權力分立原則間的密切相關，並進一步援引「功能最適」之觀點為行政權與立法權間權限劃分提供判準：相較於以各個國家功能的核心領域是否受到侵害，判斷國家的制度安排是否違反權力分立原則的核心理論，功能法的立場更積極地強調國家權力之區分，應由在組織、制度與功能等各方面均較適當之國家機關擔當履行，以使國家決定更能有效達到正確之境地（參照司法院釋字第613號解釋）。就立法者以概括條款大幅授權行政部門作成法律未明確規定的防疫措施，是否有違權力分立之問題，論者即基於功能最適的觀點指出，行政權之特色在於迅速、專業；立法部門基於結構、功能與決定程序等各面向之特徵，面對天災地變等緊急狀態，或變遷迅速而須快速反應之事務，在作成最佳決定上，相較於立法部門即處於劣勢。另因新冠肺炎的防治涉及高度醫療專業知識，在其引發之緊急情況尚處於快速發展的階段，防疫政策的成效建立在國家是否充分掌握專業知識與發展現狀，與是

之判斷，將可具體化的措施，適時修法納入傳染病防治法中，明定所有可能的防疫措施」。參照：林昱梅（註50），頁85。

71 Kersten/Rixen (Fn. 12), S. 87.

否及時、快速地作出反應，就此功能之發揮，立法部門相較於行政權顯然瞠乎其後。據此而言，以概括條款作為行政部門對抗變遷快速之新冠疫情的主要法律手段，並未違反法律保留原則與授權明確性原則⁷²。

惟本文以為，以功能最適之論據劃定行政權與立法權就形成防疫措施之權限分配允宜謹慎。面對快速變化的疫情，立法者授權行政部門以行政命令形成具體的防疫措施雖有其正當性基礎，然不足以成為防疫屬於「行政時刻」⁷³（*die Stunde der Exekutive*）的理由，蓋基於法律保留原則的要求，立法者對嚴重影響人民基本權與社會生活之防疫措施的重要內涵，仍應作成根本性的決定。授權明確性原則因此要求法律對於授權之目的、內容與範圍形成明確的規範；換言之，受規範者從法律條文即可認識立法者對於授權事項的整體規劃。儘管大法官於多號解釋中強調，行政機關於母法概括授權下所發布之行政命令，是否超越法律授權，不應拘泥於法條所用之文字，而應就該法律本身之立法目的，及整體規定之關聯意義為綜合判斷（參照司法院釋字第612號、第651號、第676號、第734號及第753號解釋）；然觀察系爭條文，不但無從得知立法者對於防疫措施的內容與範圍形成如何的限制，就行政機關如何實施對全國人民皆有效，且可能重大影響人民營業、宗教、與一般行動自由等基本權的防疫措施，立法者亦未形成任何框架性的規劃；就此而言，行政部門的專業能力與快速反應的優勢，亦不足以成為立法者滿足於透過系爭條文抽象且大量授予行政部門處理危機權限的理由⁷⁴。

⁷² 林明昕（註59），頁62；陳仲嶼（註59），頁21-24、31-34。

⁷³ 對抗新冠肺炎屬於行政時刻的主張，主要係認為在危機出現時，基於時間上的緊迫性與行動上實用主義的考量，國會的決定結構顯然過於緩慢、繁複與冗長，其終將對行政部門危機處理之效率造成阻礙。Siehe *Tristan Barczak, Die „Stunde der Exekutive“*, RuP 56 (2020), S. 458 (459). Vgl. *Klaus Ferdinand Gärditz/Maryam Kamil Abdulsalam, Rechtsverordnungen als Instrument der Epidemie-Bekämpfung*, GSZ 2020, S. 108 (110).

⁷⁴ 就德國面對新冠肺炎的危機處理模式，Tristan Barczak語重心長地指出：「新冠

二、防疫措施法律定性之難題

(一) 爭議概況與法律定性實益

另一與防疫措施有關的重大法律爭議則是顯現在，中央部會不論是依據特別條例第7條或傳染病防治法第37條第1項第6款公告之「必要應變處置或措施」或「防疫措施」，其法律性質究竟為何？相關法律定性之疑義族繁不及備載，以下僅舉數例說明爭議概況：

在前文已提及之教育部公告公私立高級中等以下學校等教育機構之教職員工生，非經專案許可，暫時停止出國之禁令，教育部明確將該禁令之性質界定為「一般處分」（行政程序法第92條第2項）。論者有贊成其意見⁷⁵，但同時指出此舉已將一般處分之概念擴張到極限者；亦有持反對意見，認為應將該公告定性為行政指導⁷⁶。此外，疫情發展初期，中央疫情指揮中心以自己之名義發函限制「於醫院服務之醫事人員及社工人員」，於一定期間（2020年2月23日至同年6月30日）之期間，非經報准不得出國前往特定區域之命令⁷⁷，論者則將其界定為法規命令⁷⁸或一般處分⁷⁹。

病毒對生命危害（表面上）的不可預測性、得反應具體情況之措施的需求、對緊急與效率的呼籲，以及對集中國家權力的要求，不應成為反對國會保留、法的一般性、國家行為之法的拘束與可預測性，以及人民自由的保障與憲法國家權力分立秩序的藉口」。Hierzu Barczak (Fn. 73), S. 459 f.

⁷⁵ 林三欽（註20），頁45。

⁷⁶ 錢建榮，行政指導可行，何需緊急命令，ETtoday新聞雲，2020年3月20日，<https://www.ettoday.net/news/20200320/1672368.htm>（最後瀏覽日：2023年1月27日）。

⁷⁷ 參見中央指揮中心109年6月19日肺中指字第1093800250號函，<https://covid19.mohw.gov.tw/ch/cp-4847-54552-205.html>（最後瀏覽日：2022年7月26日）。

⁷⁸ 參見洪國華，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）。

⁷⁹ 黃儉華，淺論限制醫事及社工人員出國措施之合法性，軍法專刊，68卷3期，頁134-135（2022年）；林明鏘教授似亦傾向採一般處分之見解：林明鏘（註32），頁7。

相較於上開針對特定族群限制其為特定行為之防疫措施，衛福部於2021年二級及三級警戒期間依中央指揮中心決議公告之「疫情警戒標準及防疫措施裁罰規定」，其適用範圍不僅廣及「我國境內之全體民眾」，防疫措施之種類亦甚為多元（包含要求民眾遵守外出時配戴口罩、配合實聯制、及關閉部分類型場所場域、有條件開放部分類型場所、落實維持社交距離、體溫量測及加強環境清消等），防疫措施實施期間甚至未有明確終期⁸⁰。儘管在上述公告中均明確載有：「不服本處分者，得自本處分送達翌日30日內，繕具訴願書逕送本部，並由本部函轉行政院提起訴願」之救濟教示文字，惟實務上對該公告是否確屬「行政處分」之性質，顯然存有不同意見；例如行政院訴願會2021年11月25日院臺訴字第1100193746號訴願決定書，即基於系爭公告適用對象為我國境內全體民眾，所要求之防疫作為非屬一次性之管制措施，其具有抽象性及一般性效力等理由，認為系爭公告非屬得提起訴願之行政處分⁸¹。

就上開防疫措施法律定性之爭議，首先應指出者為，儘管從系爭條文文義出發，所謂「必要之應變處置或措施」或「經各級政府機關公告之防疫措施」並未限於正式之行政行為；非正式之行政行為，甚至事實行為亦可包含在上開條文文義射程範圍內。行政機關為落實系爭條文之規範目的，原則上亦有行為形式的選擇自由。但因防疫措施具有強制性的規範效力，質言之，其或者附有制裁手

⁸⁰ 參見衛福部（110）年衛授疾字第1100201023號函及衛福部（110）年衛授疾字第1100200495號函。上開二公告皆援引傳染病防治法第36條、第37條第1項第1款、第2款及第6款為其法源依據。

⁸¹ 茲節錄該公告部分文字：「該公告第4項雖載有不服本處分得提起訴願之教示，惟系爭公告之對象係於我國境內之全體民眾（含本國及外國之自然人、法人及非法人團體），其規範效力係及於多數不特定人，且非屬依一般性特徵可得特定其相對人範圍之一般處分；系爭公告及其附件之內容係因應嚴重特殊傳染性肺炎（COVID-19）疫情，於公告期間內要求民眾遵守外出時配戴口罩……等防疫措施及裁罰規定，具反覆實施之特徵，非僅一次性規範之管制措施，系爭公告係具有抽象及一般性拘束力之規範，並非就具體事件所為之決定，非屬訴願法上所稱之行政處分」。

段，或者得予強制執行；因此，就此等防疫措施之法律性質而言，首先應排除行政指導之選項，蓋行政指導僅得以不具法律上強制力的方法為之（行政程序法第165條），上開防疫手段顯然與行政指導之定義不符。但由於前述防疫措施皆以不特定多數人為規範對象，就其法律性質僅可能為一般處分或法規命令。

其次，探究防疫措施之法律定性非僅出於學術研究的趣味，其毋寧具有法釋義學上的重要實益：區分一般處分與法規命令，不僅具有釐清兩者適用情境與實現規制內容方法的功能，對於權利救濟管道的選擇而言，亦具有決定性的作用。詳言之，系爭防疫措施授權條款之功能在防止危害發生，惟以危害發生之可能性為標準，仍可區分為「具體」或「抽象」之危險。若行政機關以行政處分落實系爭條文之立法目的，須以規範情境存在「充分的傳染可能性」（具體的危險）為前提；反之，若規範情境包含所謂的「非典型情況」，則僅能以法規命令規範之，蓋法規命令的規範內容本即可包含具體及抽象的危險⁸²。以禁止戶外10人以上群聚為例，因其中可能存在不具感染風險或感染風險甚低之人（即所謂的「非典型情況」），以其作為行政處分或一般處分之內容，即有可能違反行政處分之本質；但若以法規命令之形式規範之，則無此問題。其次，著眼於防疫措施內容的落實，以一般處分形式作成的防疫措施，因其性質仍屬行政處分，故僅得以行政執行法所規範的執行方法執行之；反之，若係由法規命令形成者，原則上須透過中介之行政行為（行政處分、事實行為、罰鍰等）落實防疫措施之內容；此外，因該法規命令已成為「公共秩序」之一部，違反命令之行為亦得依警察職權行使法第28條第1項之規定，採取「必要措施」以防止或排

82 *Poscher* (Fn. 67), 4. Kap. Rn. 82 ff. 惟Poscher強調具體與抽象的危險並非處於互斥的關係，抽象的危險仍以具體的危險為前提，只是抽象的危險得以典型的危險特徵為基礎，但可不顧慮非典型（亦即在個案中不致產生危害）的狀況。有關警察法上具體與抽象危險之區分，以及法規命令原則上不得直接用以防止具體危險，參見：*Gärditz/Abdulsalam* (Fn. 73), S. 112.

除其危害⁸³。最後，人民之權利因防疫措施而受有損害者，針對一般處分，即可透過訴願與行政訴訟之方式救濟其權利；惟就法規命令，因行政訴訟法目前尚乏一般性的救濟管道，當事人僅能在對個別防疫措施提起行政訴訟時，一併請求法院審查各該法規命令是否合法。

（二）一般處分與法規命令之界分標準

就前述防疫措施應界定為一般處分或法規命令的疑問，應回歸行政程序法就兩者之區分所形成的標準。有關行政處分與行政命令之區分，行政程序法主要取向於行政行為欲規制之事件的性質究屬具體或抽象，以及其規範對象是否特定兩項特徵。具體、個別之行政行為以行政處分為典型，具抽象、一般性質者，則以行政命令為代表；一般處分則介於兩者之間⁸⁴。一般處分與法規命令界分之困難並非新冠肺炎疫情期間獨有，自行政程序法踵繼德國聯邦行政程序法承認一般處分概念以來，兩者之關係始終糾結難明。僅以與防疫措施相關之「屬人之一般處分」為例，相較於典型的行政處分，其規範對象並無須特定，只須依一般性特徵可得確定其範圍已足（行政程序法第92條第2項）；但考察一般處分概念的發展史即可得知，此種規範對象只須「可得特定」之特徵，並不限於一般處分發布時，即使在其發布後亦有適用。然而，放寬一般處分相對人範圍的結果，實際上卻使行政處分與法規命令喪失穩固的區分標準，兩者之區別不再取決於處分生效時規範對象是否特定（或可得特定），而僅能訴諸規範事件之性質是否「具體」⁸⁵。儘管一般處分與法規命令因行政程序法第92條第2項規定而有先天的界分困難，

⁸³ Vgl. Poscher (Fn. 67), 4. Kap. Rn. 83 f.

⁸⁴ 陳敏，行政法總論，增訂10版，頁326-329（2019年）。

⁸⁵ 參照許宗力，行政處分，收於：翁岳生編，行政法（上冊），4版，頁629-630（2020年）。許教授甚至認為，「屬物之一般處分」與「公物之一般使用」本質上皆屬一般、抽象之規則。

學理與實務上仍不斷嘗試明確化判斷事件究屬具體或抽象的標準；就此，除原則上應以行政行為之規範效力是否為一次性，或具有反覆實施之性質為度外，亦可參酌行政行為「持續期間長短」、「空間上的適用範圍」、「事件是否特定」等因素的重要性，綜合判斷行政行為之屬性⁸⁶。

不可否認的是，即使存在前述劃分準則，欲在個案中區分一般處分與法規命令仍非易事。以德國實際發生之案例為例；在德國新冠肺炎發生初期，諸多城市或鄉鎮，甚至是邦的層級，依據舊德國傳染病防護法第28條第1項第1句的授權，針對各該行政領域之居民以一般處分的形式發布了諸如禁止接觸、禁止進入特定區域、外出禁令、禁止集會、禁止營業等防疫措施。巴伐利亞邦健康與照護部即曾於疫情期間發布一項一般處分，命令該邦居民無正當理由於兩週期間內不得離開居住地點；就此，論者有認為該行政行為係以該邦領域內之所有人為規範對象，無從依一般性特徵界定其範圍；此外，即使該行政行為附有二週有效期間的限制，惟在有效期間內其仍不間斷地適用於該邦領域，而非指涉具體的生活事實，該規制內容因此應以法規命令規範之，以一般處分作為該防疫措施之行為形式係屬違法⁸⁷。反之，部分行政法院實務則將「實際新冠肺炎疫情局勢」視為一般處分具有具體事件關聯性的基礎⁸⁸；部分論者亦認為若是基於規制個別事件的「目的」或「動機」發布防疫措施，則不論防疫措施的內涵為何，皆應將其界定為一般處分⁸⁹。由本案例

86 *Ulrich Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz*, 10. Aufl., 2023, § 35 Rn. 283.

87 *Anika Klafki*, *Verwaltungsrechtliche Anwendungsfälle im Kontext der Covid-19-Pandemie*, *JuS* 2020, S. 511 (512).

88 *VG Saarlouis BeckRS* 2020, 4980 Rn. 9; *VG Dresden, BeckRS* 2020, 4780. Vgl. auch *Thorsten Siegel*, *Verwaltungsrecht im Krisenmodus*, *NVwZ* 2020, S. 577 (580 ff.); *Rixen (Fn. 68)*, S. 1101.

89 *Uta Hildebrandt*, *Die Allgemeinverfügung als zulässiges Steuerungsinstrument in der Coronakrise*, in: *Frevel/Heinicke (Hrsg.), Managing Corona*, 2021, S. 23 (33 ff.).

即可說明，事實關係的具體性究應取決於行政行為的持續時間、適用地域範圍，或規範情境的特殊性，並不存在統一的判斷標準，而須結合多元因素整體判斷；一般處分與法規命令之區分因此只能是程度上的差別，且只能以逐案決疑（*kasuistisch*）的方式個案認定之⁹⁰。針對此等判斷因素權重之難題，本文以為或可參考Paul Stelkens/Heinz Joachim Bonk/Michael Sachs之建議，考量學理與實務上容許以一般處分規制的案例類型，適度降低界分的困難。據此，受規制之情境若屬尚未到來之，時間與空間上受到限制的單一案件事實（例如預防性的集會禁止），或是透過公告要求特定的一群人從事一次性的行為，可以一般處分為之。此外，學理與實務多數意見容許以一般處分在一定的期間內要求不特定人從事特定的作為或不作為（就特定比賽場次要求某足球隊球迷不得離開城市的一定區域、在G8高峰會期間禁止在特定地區集會）。至於較富爭議之基於具體的事件課予一群人持續性的作為或不作為義務的案例類型，則可考量系爭行政行為係為防止具體或抽象之危險，以一般處分或法規命令規範之；前者例如為避免因食用特定種類之沙拉而致病，公告禁止在有關縣（市）內販賣該種沙拉，後者例如要求相關廠商只有在在使用避免兒童誤食之包裝，始得在市面上販售藥品的命令⁹¹。

關於前述我國曾實際實施之防疫措施，本文以為，限制教育人員及醫事人員與社工出國之禁令，雖以我國全境為其空間上之適用範圍，而有法規命令之特徵，但考量其仍可透過一般性特徵（公私立高級中等以下學校等教育機構之教職員工生、於醫院服務之醫事人員及社工人員）確定規範對象範圍，所要求者亦屬一定時間範圍內的同種類作為（禁止出國），是以應有以一般處分規範的空間。有疑問者僅在於，禁止相關人員出國所欲防止者，並非立即可能發生的傳染病傳播危險，其是否仍得以一般處分規範之？就此，

⁹⁰ Poscher (Fn. 67), 4. Kap. Rn. 80.

⁹¹ Stelkens (Fn. 86), § 35 Rn. 284 ff.

Poscher建議，在傳染病防治領域判斷屬於危害防止概括條款要件之一的「危害發生可能性」時，區分「可認識」或「不可認識」的傳染力兩種類型。在疾病的傳染力無法從外觀事前認識的情形，根據疾病的傳播程度、傳染力高低、治療的可能性，以及染疫後的嚴重程度，高傳染性的疾病可能只要人群聚集即會產生具體危險。據此，為防範具高度傳染力，且在疫情發生初期尚未有疫苗及特效藥，而容易造成高致死率的新冠肺炎傳播致國內，禁止相關人員出國的禁令，應可被視為仍為係防衛具體危險，而容許以一般處分的形式為之。至於衛福部所公布的「疫情警戒標準及防疫措施裁罰規定」，不僅在規範對象方面完全無法透過一般性特徵劃分特定規範群體，而廣及全國民眾，其課予人民之作為與不作為義務的內容亦相當多元且具反覆實施之性質，復考量該規定所欲防範者皆屬抽象之傳染病傳播風險，此等規範內容應僅得以法規命令作成之。

三、防疫措施授權條款之根本問題

在前文的基礎上，可進一步檢討特別條例第7條與傳染病防治法第37條作為防疫措施概括條款在制度上的根本問題。就此，首先應指出的是，立法者藉由特別條例第7條之制定雖有考量新冠肺炎緊急事態，欲跨越傳染病防治法之常態法制框架，授權中央指揮中心指揮官作成防疫必要應變處置之意，惟本文以為，該條不僅侵害中央主管機關就其管轄事務自我決定之權限，其就防疫措施的規範密度亦無法滿足法律明確性與法律保留原則之要求；本條在實務上適用頻率尚低，實有其規範上的理由。

至於支撐新冠肺炎整體防疫政策的核心條文——傳染病防治法第37條第1項，則有以下疑問：首先就條文結構而言，該條係授權「地方主管機關」採取防疫措施；依制度設計原意，地方政府既為防疫措施主要執行主體，其自可依傳染病在其管轄地域範圍的發展情況，決定採取何種防疫措施；就此，依照前文說明，地方政府具

有行政行為形式的選擇自由。然而，面對類似新冠肺炎此種傳播範圍非限於特定區域，毋寧可能影響全國的嚴重傳染疾病，中央存在某種程度統一全國防疫措施之必要性。就此，新冠肺炎防疫實務上，中央部會通常係透過同條第1項第6款公告防疫措施，並配合同條第3項中央疫情指揮中心指揮官之指示權，責令地方主管機關配合執行之方式，達到此統一全國防疫策略的目的。唯有疑義的是，中央部會（特別是衛福部）公告之防疫措施，依其內容雖得以一般處分或法規命令的形式作成，但如其選擇前者，則該一般處分既為公告機關所為，理應由其依行政執行法相關規定自行執行；中央與地方既屬於不同法人，由前者作成之處分卻由後者執行，在現行法中尚乏依據。中央部會如欲避免各地防疫措施不一致影響防疫政策之效率，即應以法規命令之形式統一全國防疫政策，蓋依本文之見「防疫措施之決定」屬委辦事項，地方主管機關依傳染病防治法第37條第1項雖有作成防疫措施之權限，惟其仍不得違反中央依法律授權訂定之法規（地方制度法第75條第3項及第5項）。然而，依此邏輯，有疑問的即是：傳染病防治法第37條第1項作為地方主管機關「採行」防疫措施之規定，可否透過該項第6款「其他經各級政府機關公告之防疫措施」，解釋為其有授權中央行政機關就防疫措施「訂定法規命令」之意⁹²？實務上或基於新冠病毒擴散對人民生命與身體可能產生重大危害，從盡可能授予行政部門有效防疫手段的角度，以寬鬆之標準解釋本款包含訂定法規命令之授權，惟本文認為，新冠肺炎防疫經驗顯示，防疫措施對人民自由與權利之影響可能甚為廣泛且深入，為遵守法律明確性、法律保留與授權明確性原則之要求，傳染病防治法第37條不僅有明訂授權意旨之必要，就主管機關得實施之防疫措施之類型亦應強化其規範密度；傳染病防治法第37條第1項第6款之概括授權，僅有在新冠肺炎疫情發生之

⁹² 相同質疑：程明修，嚴重特殊傳染性肺炎疫情下「一般處分」之復興？——從法制度淵流出發（上），公法研究，創刊號，頁155（2022年）。

初，法治倉皇不備的過渡時期，始有作為對全國民眾皆有效，且嚴重侵害人民基本權之防疫措施之授權基礎的正當性。

伍、他山之石——德國新冠肺炎防疫模式之突破與其法治疑問

一、德國在第三次「全國大流行狀態中之民眾保護法」制定前的防疫概況

德國第一起新冠肺炎案例可追溯回2020年1月27日一位與中國有生意往來的商人，但相較於我國政府對疫情的及早警覺，德國在此後一段時間仍維持未設有防疫限制的正常生活（嘉年華會與職業足球賽照常舉行）。然而，在2020年3月初從奧地利結束假期的旅客返德後，德國新冠肺炎通報案例即急遽成長，自此，所有的政治層級（聯邦、邦及地方）無可避免地展開一次前所未見之規範上的危機處理計畫。此後約莫兩週的時間，新冠肺炎疫情主要是透過各邦政府根據傳染病防護法（*Infektionsschutzgesetz*）的授權所作成的緊急措施，或地方層級之「衛生機關」（*Gesundheitsamt*）的個案決定予以控制；第一個以一般處分形式作成的「外出限制」（*Ausgangsbeschränkung*）即出現在地方層級（2020年3月18日在Tirschenreuth）。接續於此，鑑於新感染人數的急遽攀升與明顯的跨區域感染現象，德國開始了由聯邦總理、聯邦政府閣員與各邦總理以非正式方式組成之「聯邦與各邦協調機制」（*Bund-Länder-Koordination*），形成防疫政策的階段。在此協調平台的框架下，聯邦與各邦首次在2020年3月22日達成協議，由各邦以法規命令的形式，發布適用範圍廣泛且對人民基本權影響重大的防疫措施：諸如外出限制，限制不必要的社交接觸、非同住者間1.5公尺的社交距離、醫院與照護中心禁止探訪、關閉教育、文化與其他非日常生活必要之機構、停止幾乎所有的商業或服務行為、關閉運動、遊戲場

所、禁止宗教集會等。在新冠肺炎防疫期間，隨著疫情的起伏與防疫措施之寬嚴變化，聯邦與各邦協調機制的運用範圍亦隨之縮減或擴大；然此機制在實務上的運作並非始終順遂，因各邦間疫情發展的重大差異，或部分邦未完全遵守協議而提前採取鬆綁措施（Lockerungsmaßnahmen），該機制甚至一度停止運作⁹³（2020年5月初至2020年10月中）。

除了各邦與地方層級政府作為防疫措施第一線的實施者，而承擔重要的防疫責任外，聯邦依據基本法有關聯邦與邦的權限分配規範，主要在三個方面對防止疫情擴散作出貢獻：首先，在政治層面上參與各邦防疫措施的協調過程；其次，透過其固有的行政權限執行防疫政策⁹⁴（例如邊界的控制，疫情爆發時協助德國民眾返國）；再者，作為聯邦層級的立法者，自2020年3月中起，聯邦亦制定、修正了無數與對抗疫情有關的法律與法規命令；由於新冠肺炎疫情的影響廣及社會各個層面，此等法律與法規命令幾乎包含所有的法律領域⁹⁵（特別是勞動法、社會法、財政法與租稅法）。著眼於防止疫情擴散，立法重點當屬四次的「全國大流行狀態中之民眾保護法⁹⁶」（Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite，以下簡稱民眾保護法）。

⁹³ Vgl. hierzu *Christoph Brüning/Frederik Thomsen*, Not kennt ein Gebot: Gewaltenteilung in Zeiten einer Pandemie, NVwZ 2021, S. 1183 (1183 ff.); *Thorsten Kingreen*, Grundlagen des deutschen Infektionsschutzrechts, in: Huster/Kingreen (Hrsg.), Handbuch Infektionsschutzrecht, 2021, 1. Kap. Rn. 19 ff. (以下簡稱：*Kingreen*, Grundlagen des deutschen Infektionsschutzrechts)；*Thorsten Kingreen*, Der demokratische Rechtsstaat in der Corona-Pandemie, NJW 2021, S. 2766 (2766).

⁹⁴ 儘管傳染病防護法並未賦予聯邦自主行政的權限，但若干聯邦機關或機構對於履行傳染病防治任務仍具有重要功能。例如具有銜接生物醫學研究與政治決定功能的 Robert-Koch 研究所即主要負責與傳染病有關的知識管理行政；在新冠肺炎防疫期間，其甚至被賦予協調各邦之間以及各邦與聯邦之間的合作工作。此外，聯邦內政部透過其轄下的聯邦警察負責執行與防疫有關的入境限制與邊境管制。Dazu vgl. *Poscher* (Fn. 67), 4. Kap. Rn. 20 ff., 37 ff.

⁹⁵ *Kingreen*, Grundlagen des deutschen Infektionsschutzrechts (Fn. 93), 1. Kap. Rn. 24 ff.

⁹⁶ 第一次民眾保護法係於2020年3月27日通過。該法第1條對德國傳染病防護法進

德國基於其聯邦國體制所形成之傳染病防治體系，自與我國單一國家行政體制有諸多差異。應注意的是，德國並未如我國傳染病防治法，以法律針對嚴重傳染病設置暫時性的行政組織，以統一防疫事權。儘管在基本法的緊急事態（Notstand）規範體系下，不無動用緊急權限的空間⁹⁷，然而德國政府面對新冠肺炎疫情所創造的緊急事態，其防疫制度的特色毋寧表現在聯邦層次的法律調適：授權聯邦衛生部（Bundesministerium für Gesundheit）得發布法規命令突破現行法律，以及就新冠肺炎防疫期間行政部門得採取之重大影響人民權利的防疫措施，形成特殊的授權規範。德國公法學界因新

行了重大修正；特別是透過修正傳染病防護法第5條，授權聯邦衛生部在「全國流行病狀態」（eine epidemische Lage von nationaler Tragweite）下得發布（突破現行法律規範的）法規命令（同條第2項）；確認及取消「全國流行病狀態」則屬聯邦眾議院之權限（同條第1項）。於2020年5月23日生效之第二次民眾保護法則再次修正傳染病防護法第5條。於2020年11月20日生效的第三次民眾保護法則是增訂傳染病防護法第28條之1（避免2019年新冠病毒疫情擴散之必要防疫措施），回應法律學界與實務界關於諸多重大影響人民權利的防疫措施欠缺法律授權的批評。第四次民眾保護法（2021年4月23日生效）的重要任務則是在傳染病防護法引進所謂的「聯邦緊急煞車機制」（Bundesnotbremse）（傳染病防護法第28條之1及第28條之2）。透過第三次民眾保護法增訂之德國傳染病防護法第28條之1，其作為行政機關形成防疫措施的主要法律依據，隨著疫情在德國的發展，後續又經歷了七次修正（分別於2021年3月31日、2021年9月15日、2021年11月24日、2021年12月12日、2022年3月19日、2022年9月17日、2022年10月1日生效）。德國傳染病防護法第28條之1既係在2020年11月20日生效的版本奠定其主要的結構，後續修正已不致影響本文對於德國新冠肺炎防疫緊急應變體系的觀察。蓋此版本之條文，係為因應新冠肺炎疫情在德國傳播最為嚴重之時期而制定，疫情後續發展雖有起伏，但行政機關形成防疫措施的法律基礎，大致不脫離此版本所形成的規範框架。學理上對於該國防疫措施授權條款之討論，主要亦建立在此本版條文之上。因此，本文並未以現行德國傳染病防護法第28條之1作為論述之基礎，特此說明。

97 基本法對於緊急事態的規範共有：第115條之1以下的「防衛情況」（Verteidigungsfall）、第80條之1第1項的「緊急情況」（Spannungsfall）、第80條之1第3項的「同盟情況」（Bündnisfall）、第91條的「國家緊急事態」（Staatsnotstand），以及第35條第2項及第3項的「災害情況」（Katastrophenfall）。論者指出，針對新冠肺炎疫情德國政府得考慮動用基本法就「災害情況」所規範的權限，蓋學界多數見解認為，「大規模傳染病」（Massenerkrankung）亦得涵攝於基本法第35條第2項及第3項「天然災害」的概念之下。Hierzu Jörn Ipsen, Notstandsverfassung und Corona-Virus - Rückblick und Ausblick, RuP 56 (2020), S. 118 (122) mwN.

冠肺炎疫情所引發之，同樣是前所未見的對單一法律事件的討論密度，主要亦集中於此。下文將在簡要說明德國傳染病防治任務在聯邦與各邦間的權限分配後，分別說明與討論此二議題。由於聯邦層次的立法者就冠肺炎疫情所形成的特殊防疫機制，係在透過第三次民眾保護法修正傳染病防護法後完成其主要的規範體系，因此，本文將以此時期的傳染病防護法作為討論的基礎，除非行文必要，該法此後的修正則不在討論之列。

二、傳染病防治在聯邦與各邦間之權限劃分

在德國法的脈絡下，有關傳染病防治事務在聯邦與各邦間的權限劃分，應區分立法權與行政權以觀。首先就立法權限而言，基本法原則上係規定，各邦只有在該法未將特定事務以「專屬立法權」(die ausschließliche und die konkurrierende Gesetzgebung) 或「競合立法權」(die konkurrierende Gesetzgebung) 的方式劃歸聯邦的前提下，取得該事務的立法權限(基本法第70條)。對於傳染病防治事務，德國基本法則遵循該國法制傳統，將「對人與動物有危害或有傳染性之疾病的防治措施」的立法權限分配予聯邦(基本法第74條第1項第19款)，聯邦因此取得傳染病防護法的立法權限。基本法此一權限分配決定，對傳染病防治規範階層結構的建立具有重大影響，蓋若聯邦立法者在傳染病防治法作成終局的規定，其將對於邦法產生截堵的效果(Sperrwirkung)，據此，邦立法者則即無法形成與之有違之規定⁹⁸。

至於執行聯邦法律的權限，除非基本法另有規定，例如聯邦自主行政領域(基本法第87條第1項)，或聯邦法律自行設置獨立的聯邦高級機關、直屬聯邦之公法人或營造物，並由其直接執行聯邦法律(基本法第87條第3項)，否則依基本法第83條之規定，聯邦法律

⁹⁸ Anna-Lena Hollo, in: Kießling (Hrsg.), Infektionsschutzgesetz Kommentar, 2. Aufl., 2021, § 5 Rn. 13 ff.; Poscher (Fn. 67), 4. Kap. Rn. 14 f.

的執行權限原則上屬於各邦。傳染病防護法即屬後一情形，各邦政府因此係以執行傳染病防護法為其本身之事務。傳染病防護法雖未賦予聯邦執行法律的權限，但為因應新冠肺炎所引發的公衛緊急情事，聯邦立法者在第一次的民眾保護法中修正傳染病防護法第5條，賦予聯邦衛生部發布法規命令與指令之權限（傳染病防護法第5條第2項），此授權規定所引發的違憲爭議，下文將有詳細說明。

由前述說明可知，傳染病防護法係在基本法所形成之行政聯邦主義（*Verwaltungsföderalismus*）的架構下，由各邦自行負法律執行之責；就此，聯邦不僅得形成法律框架，其亦可透過法規命令之授權，賦予各邦政府在授權範圍內依照各邦傳染病發展情況，形成傳染病防治規範的權力。依據上述權限分配規則，在新冠肺炎防疫期間，諸如傳染病防護法第29條至第31條所規範的標準措施（觀察、隔離與執業行為之禁止），或根據防疫措施概括條款（同法第28條第1項第1句），甚至同法第28條之1第1項實施的全面性且影響人民權利重大的防疫措施，主要皆由地方政府層級的管轄機關（*die zuständige Behörde*）以行政處分或一般處分方式形成。惟若疫情已有跨地區散播的現象，邦政府亦得根據傳染病防護法第32條之規定，以法規命令統一全邦的防疫措施；在此範圍內，邦政府之法規命令對於管轄機關的行政處分亦可發生截堵的效果。

三、聯邦衛生部發布法規命令與作成指令之授權

（一）重要規範內容

在德國國會因應新冠肺炎疫情所形成的特殊防疫機制中，傳染病防護法第5條的修正具有重要意義；該條的立法理由在於使聯邦政府在新冠肺炎大流行的實際狀態中，能夠藉由保障公眾健康的措施快速反應，以避免始終處於動態發展的疫情狀態危急整體醫療體

系⁹⁹。為達此目的，傳染病防護法第5條授權聯邦衛生部得以法規命令形成有關醫療用品供給與強化醫療人力的措施，甚至突破（*Abweichung*）現行有關醫療專業領域執業規則的法律。例如，傳染病防護法第5條第2項第4款即規定，聯邦衛生部得不經聯邦參議院之同意，以法規命令形成有關確保包含藥品、麻醉用品、醫療產品、輔助用品、個人防護設備，預防感染用品等醫療產品供給的措施，並允許藥品法、麻醉用品法、社會法典第五冊、輸血法、治療用品廣告法與基於該法的法規命令，以及與職業安全有關之規範個人防護設備之製造、標示、許可、醫學測試、使用、提供、進出口、責任之條文的例外（同款第1目）。同法第5條第2項第7款則授權聯邦衛生部，為維持門診、藥局、醫院、實驗室、照護及復健機構的健康服務，得不經聯邦參議院同意，以法規命令形成突破現行法律的措施。為確保上開以法規命令形成之突破現行法律的例外措施得以落實，傳染病防治法第5條第2項第6款甚至直接賦予聯邦衛生部作成執行此等措施之指令的權限。

為使前述具有緊急處置性質之法規命令授權受到必要的規範拘束，德國聯邦立法者在傳染病防護法第5條預設了兩個主要的控制機制：首先，只有在聯邦眾議院確認存在「全國流行病狀態」的前提下，聯邦衛生部始取得發布法規命令與作成指令的權限。學理上一般認為，聯邦眾議院雖就確認「全國流行病狀態」是否存在具有裁量權限，但於滿足傳染病防護法第5條第1項第6句所定條件之情形，質言之，世界衛生組織已宣告國際公共衛生緊急事件，且具威脅性的傳染病有傳入德國之虞，或具威脅性之傳染病已在德國數邦傳染或有傳染之虞時，聯邦眾議院的裁量權原則上限縮至零。反之，若此條件不復存在，聯邦眾議院則須取消「全國流行病狀態」¹⁰⁰。此外，聯邦眾議院確認存在「全球流行病狀態」後三個月內須再行確

⁹⁹ *Hollo* (Fn. 98), § 5 Rn. 1.

¹⁰⁰ *Hollo* (Fn. 98), § 5 Rn. 7.

認該狀態繼續存在，否則視為取消該狀態；「狀態持續的確認」則視為「全球流行狀態」的確認，並適用相同的規則（第5條第1項第2句）。其次，聯邦衛生部根據傳染病防護法第5條授權發布之法規命令或指令，定有原則性的存續期間，亦即除本條第4項另有規定外，原則上於取消「全國流行病狀態」時失其效力。由前述說明可知，傳染病防護法第5條授予聯邦衛生部者，並非僅係一個協調或建議性質的權限，其毋寧涉及可干涉民眾與企業的基本權，並得介入地方設施、醫院與照護機構營運的實質權力¹⁰¹。

（二）學界之批評意見

該條在經第一次民眾保護法的修正後，在將近一年的時間內，復歷經三次修正，足見本條蘊含諸多爭議。德國學界對傳染病防護法第5條之批評主要集中在聯邦衛生部之授權命令與指令權的合憲性，以下分別說明之：

1. 授權命令是否合憲？

相較於法律授權行政部門訂定法規命令的一般情形，傳染病防護法第5條第2項授權規定的特色一方面顯現在，聯邦眾議院參與法規命令的訂定程序（確定存在全國流性病狀態），另一方面則係授權聯邦衛生部以法規命令的形式排除法律層級規範的適用。就前者而言，Poscher指出，聯邦眾議院基於其憲法所賦予之立法權，本得自行決定是否授予行政部門訂定法規命令之權限，因此，若國會認有進一步確保行政機關如何行使其委任立法權限的必要，自得參與法規命令訂定之程序，而無違反基本法第80條規定之疑慮；蓋本條

¹⁰¹ 依據立法理由的說明（BT-Drs. 19/18111, S. 1.），傳染病防治法第5條之修正係基於下述假設：由各邦自行執行傳染病防護法的原則性規定不適合運用在，跨國界的傳染病爆發而對全德國民眾健康產生嚴重危害的情形。換言之，傳染病防治法第5條背後的事理邏輯在於，避免任由地方政府分散地實施防疫政策而減損防疫效率。

所欲保護者乃立法權本身，而非行政權¹⁰²。惟Poscher另指出，傳染病防護法第5條所定聯邦眾議院的參與方式，與基本法為因應「防衛情況」或「緊急情況」所形成的例外規定，頗為相近¹⁰³。此外，傳染病防護法第5條第2項訂定法規命令之授權亦具有緊急狀態之性質，蓋其目的非進一步地形塑或具體化法律規範的內容，而係授予聯邦衛生部訂定一種緊急命令的權限，其容許創造——僅以例示方式框列其範圍之——諸多法律重要規範的例外，並使其在「全國流性病狀態」持續期間喪失效力。此種法規命令授權模式復與基本法第115條之11第1項¹⁰⁴就防衛狀況所為之規定極為雷同。面對新冠肺炎引發之突如其來的緊急狀況，雖可理解行政部門希望在法律上取得廣泛的行為授權，亦即，在緊急情況無須等待聯邦國會修正相關法律即可採取應變措施，以避免醫療及健康照護系統的超載甚至崩潰，但仍無法忽視基本法並未就「傳染病緊急事態」形成例外規範的事實。因此，傳染病防護法第5條第2項援引基本法第80條第2項¹⁰⁵之規定，一般性地排除聯邦參議院對法規命令的同意權，即被批評違反基本法第80條之意旨，蓋本條是制憲者基於憲法史上國會在緊急狀態下對行政部門廣泛授權的負面經驗而制定，其目的正好是用來防止（非補充）取代法律之行政命令的授權¹⁰⁶。

此外，傳染病防護法第5條第2項之授權規定為人詬病之處在於，其與基本法第80條第1項授權明確性要求間之差距。基本法第

102 Poscher (Fn. 67), 4. Kap. Rn. 24 ff.

103 Poscher (Fn. 67), 4. Kap. Rn. 27; ähnlich Hollo (Fn. 98), § 5 Rn. 2.

104 基本法第115條之11第1項規定：「於依第115條之3、第115條之5及第115條之7所制定之法律，與依該等法律所訂定之命令之適用期間，與之抵觸之法規失其效力。但依第115條之3、第115條之5及第115條之7所制定之前法，不在此限」。

105 在傳染病防護法之情形，因各邦係以執行聯邦法作為自己之事項，非但各邦之利益因此而受影響，各邦亦須就其執行負責；聯邦參議院依基本法第80條第2項規定，就傳染病防護法授權訂定之法規命令因此原則上應有同意權。

106 Poscher (Fn. 67), 4. Kap. Rn. 27.

80條第1項規定，法律授權訂定命令之內容、目的及範圍，應以法律規定之；聯邦憲法法院則是在三個面向上開展本條蘊含的授權明確性原則：首先，國會必須保留自行決定授權規範之目的及其界限的權力（國會的自我決定保留，*Selbstentscheidungsvorbehalt des Parlaments*）。其次，立法者亦須以法律設定被授權之行政機關透過授權命令應實現的計畫（立法者的計畫設定義務，*Programmfestsetzungspflicht*）。最後，必須從授權條款即可認識其在何種情況得被使用，以及授權命令可得包含之內涵為何，以便人民得據此調整其行止¹⁰⁷（預見可能性的要求，*Vorhersehbarkeitsgebot*）。部分論者以傳染病防護法第5條第2項第4款為例，主張該條文既已規定授權目的（為確保醫療產品與防護配備之提供），並劃定法規命令得規範之範圍（確保特定類型產品之供給），應已滿足授權明確性之要求；因此，具有相同授權規範結構之條文（例如同條第2項第4款與第10款），不應遭受違憲之指摘。然而，進一步觀察即可發現，傳染病防護法第5條第2項第4款並未明確規定，授權之法規命令得就哪些法律訂定例外規定，其毋寧僅例示數部法律，其餘則是以「與職業安全有關之條文」概括之。此外，就法規命令得規範之標的而言，該條亦未列舉，僅是例示說明。類此的違憲疑慮，存在於傳染病防護法第5條第2項諸多授權規定中。傳染病防護法第5條第2項的授權條款既無法使人民清楚預見法規命令可能包含的內容，亦無法從條文明確得知立法者對該法規命令的規劃方案，自無法滿足聯邦憲法法院基於基本法第80條第1項對授權明確性原則所提出的要求¹⁰⁸。

107 BVerfGE 78, 249 (273 f.) 有關授權命令的立法者規劃責任（*Programmverantwortung*）另可參照 BVerfG, NJW 1998, S. 669 (670)；有關聯邦憲法法院對授權明確性原則的具體化：BVerfGE 29, 198 (210 f.)；55, 207 (226 f.)；56, 1 (12 f.)；118, 168 (188 f.)；120, 274 (316 f.)；133, 277 (356 f.)。

108 Kingreen, Grundlagen des deutschen Infektionsschutzrechts (Fn. 93), 1. Kap. Rn. 110; Poscher (Fn. 67), 4. Kap. Rn. 28.

對於傳染病防護法第5條第2項容許以法規命令形成法律層次規範之例外的立法模式，聯邦憲法法院亦設有嚴格的容許條件。聯邦憲法法院原則上雖不禁止立法者以賦予法律相對於特定位階較低之國家意思表示補充性地位的方式，限制法律的適用範圍（即所謂的取代法律的法規命令，*gesetzesvertretende Verordnung*）。然而，此項立法技術的運用並非毫無限制，立法者僅能於不致造成「立法權與行政權在國家結構中重心偏移」的界限內為之¹⁰⁹；換言之，法律優位性原則不得完全被排除。聯邦憲法法院前述意見雖承認法規命令具有使法律具體化、彈性化，以及在細節上適應已發生變動之（事實上或規範上的）框架條件的功能；就此，其甚至得對有別於法律所預設之通常情況的特殊案件，形成例外規定。惟在基本法第80條的框架下，授權命令之運用仍不容許導致法律與法規命令關係的倒轉¹¹⁰；以法規命令形成法律之例外僅有在特殊狀況始具合憲性，且法律效力的限制須由法律自行規範¹¹¹。迄今為止，聯邦憲法法院亦僅在法律自行指定容許以命令創造例外之具體法律條文的情形，承認取代法律之法規命令的合憲性¹¹²。若以上開標準檢視傳染病防護法第5條第2項之規定，諸多學者即認為其已產生「立法權與行政權間重心移轉」的結果：以同項第4款為例，姑不論其容許以法規命令創造「藥品法、麻醉用品法、社會法典第五冊、輸血法、治療用品廣告法與基於該等法律之法規命令」的例外，涉及數以千計的法律條文，該條文雖以議題的方式（製造、標示、許可、醫學測試、使用、提供、進出口、責任之條文）劃定得就有關職業安全之條文設定例外的範圍，但對於哪些條文容許以法規命令形成例外，則僅能從該條文的立法理由：「確保危機情形中醫藥產品與防

109 BVerfGE 8, 155 (171 f.); BVerfG, NJW 1998, S. 669 (670 f.).

110 Poscher (Fn. 67), 4. Kap. Rn. 29.

111 Horst Dreier, Rechtsstaat, Föderalismus und Demokratie in der Corona-Pandemie, DÖV 2021, S. 229 (236).

112 BVerfGE 8, 155 (171 f.).

護配備之供給」得出模糊的範圍。此外，傳染病防護法第5條第2項對於形成法律規範之「突破」或「例外」的前提條件，或者全未（第7款、第8款及第10款），或者僅有相當模糊的規範，以致於在何種情形及條件下，聯邦衛生部得啟動形成法律例外規定的權限，難以辨識¹¹³。論者即直言，植基於傳染病防護法第5條第2項，不僅是單部法律，而是衛生與健康照護領域的整體法秩序皆產生重心位移的結果，該領域的法秩序只有在聯邦衛福部基於其政治性裁量訂定之法規命令的容許下，始得發揮效力。鑑於上述因傳染病防護法第5條第2項所造成之，形成（對基本權而言）重要決定之權限移轉至（未受法律清楚指引的）行政部門的效果，德國學理多數見解皆認為該條文與基本法第80條第1項的要求不符¹¹⁴。

2. 違反聯邦與邦之權限分配秩序之疑慮

聯邦衛生部依傳染病防護法第5條第2項第1句第5款及第6款作成之指令，涉及的是在個案中執行法律或依據本項授權發布之法規命令的具體規制，因此，學理上一般將其界定為行政處分或一般處分¹¹⁵。此二授權規定引起質疑者，乃聯邦與各邦執行傳染病防護法之行政權限區分的問題，蓋依基本法第83條之規定，若未有其他規定，各邦以執行聯邦法律作為自己之事務，換言之，聯邦法律之執

113 Kingreen, Grundlagen des deutschen Infektionsschutzrechts (Fn. 93), 1. Kap. Rn. 113.

114 Thomas Mayen, Der verordnete Ausnahmezustand Zur Verfassungsmäßigkeit der Befugnisse des Bundesministeriums für Gesundheit nach § 5 IfSG, NVwZ 2020, S. 828 (834); Christoph Möllers, Parlamentarische Selbstentmächtigung im Zeichen des Virus, VerfassungBlog, 26.03.2020, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/parlamentarische-selbstentmaechtigung-im-zeichen-des-virus/> (Letzter Abruf: 24.11.2023); Dreier (Fn. 111), S. 236; Gärditz/Abdulsalam (Fn. 73), S. 115; Kingreen, Grundlagen des deutschen Infektionsschutzrechts, (Fn. 93), 1. Kap. Rn. 113; Poscher (Fn. 67), 4. Kap. Rn. 29. Kersten/Rixen則是較為謹慎地指出，傳染病防護法第5條第2項之授權條款必須極度限縮地解釋，以避免違憲的嫌疑：Kersten/Rixen (Fn. 12), S. 247.

115 Hollo (Fn. 98), § 5 Rn. 2.

行權原則上在於各邦；據此權限分配規則，各邦應擁有作成上開指令之權限。就本條規定之內涵，聯邦眾議院法制局（*Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages*）雖一方面認為，聯邦衛生部的指令權並不影響各邦的權限：「無論各邦的立法與執行權係基於本法或其他規定而來，其與（傳染病防護法第5條第2項的）指示權共存並立。在此範圍內，各邦之規範不得違反聯邦之規範。各邦執行基於本項規定所發布之指令或規則的權限，亦不受影響」¹¹⁶。但另一方面，法制局亦承認此聯邦衛生部的指令權在立法技術上是前所未見的¹¹⁷。姑不論聯邦衛生部的指令權究係排擠各邦的行政權限，抑或與之並立，諸多學者均指出，傳染病防護法第5條第2項以聯邦法律形成之聯邦行政權限的轉移，並不符合基本法第83條之要求，且違反聯邦國原則：雖然基本法第87條第3項第1句就聯邦擁有立法權之事項，另容許聯邦以聯邦法設立獨立之聯邦高級機關（*Bundesoberbehörden*）及直屬聯邦之公法團體與機構，並由聯邦自行執行聯邦法。然而，傳染病防護法並未創設此等聯邦高級機關，或公法團體與機構；授權聯邦衛生部直接以指令執行其依傳染病防護法第5條第2項授權訂定之法規命令，除不符合基本法第87條第3項第1句要求外，亦侵害各邦的行政權限¹¹⁸。此外，論者亦拒絕透過「事物本質」的釋義學結構，正當化聯邦衛生部的指令授權。質言之，聯邦憲法法院曾於基本法第83條的脈絡下，在其早年的裁判中指出，在立法目的完全無法由各邦的行政行為達成時，基本法可能默示移轉行政權限；然而，單純僅因聯邦執行「較適合」達成行政目的，仍不足以證立依據事物本質默示移轉行政權限¹¹⁹。針對新冠肺炎疫情，Poscher即指出，並無法看出為何傳染病防護法的防疫

116 *Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages*, WD 3-3000-081/20, S. 4.

117 *Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages*, WD 3-3000-081/20, S. 5.

118 *Dreier* (Fn. 111), S. 236; *Kersten/Rixen* (Fn. 12), S. 247 ff.; *Poscher* (Fn. 67), 4. Kap. Rn. 34.

119 *BVerfGE* 11, 6 (17 f.); 22, 180 (216 f.).

措施不能由各邦作成的理由；基本法的行政聯邦主義（*Verwaltungsföderalismus*）不僅容許各邦依疫情的區域發展差異作出反應，各邦採行相異的防疫策略，亦可豐富傳染病防治工具。儘管存在整合與協調各邦防疫政策的需求，基本法的權限分配秩序亦不反對聯邦衛生部在政治上承擔協調者的角色；基本法就傳染病防治事務所作成之拒絕集中化的決定，即使在疫情期間亦不容許透過聯邦法破壞之¹²⁰。Poscher據此主張，傳染病防護法第5條第2項第6款之規定是違憲的。

四、防疫措施概括條款

（一）傳統防疫措施概括條款在新冠肺炎疫情期間面臨之困境

德國傳染病防護法與我國傳染病防治法類似，為達防止傳染病發生或擴散之目的，在立法體例上皆區分傳染病預防（*Verhütung*）與傳染病防治（*Bekämpfung*）措施。就後者而言，傳染病防護法追隨德國一般危害防止法制的傳統，在第28條規範防疫措施概括條款，接續於此，第29條至第31條則規範標準防疫措施；第32條則另定有法規命令之授權¹²¹，據此，若符合第28條至第31條規範的條件，邦政府亦得以法規命令的形式形成防疫措施。如前文所述，面對新冠肺炎疫情發生初期的諸多不確定，概括條款對於防止疫情擴散具有關鍵性的作用，德國立法者就對抗新冠肺炎疫情在規範上所作的努力，因此亦顯現在改革概括條款，使其適應新冠肺炎的特殊

120 Poscher (Fn. 67), 4. Kap. Rn. 35; auch Kersten/Rixen (Fn. 12), S. 249 f. Gärditz/Abdusalam亦指出，在規範上容許地方層級政府有自行決定防疫措施的空間，不僅較能針對地方的疫情差異作出反應，亦有助於測試（可能對人民權利影響較為輕微之）不同防疫策略的有效性。Siehe Gärditz/Abdusalam (Fn. 73), S. 110. Vgl. auch Oliver Lepsius, Vom Niedergang grundrechtlicher Denkkategorien in der Corona-Pandemie, VerfassungBlog, 04.04.2020, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/vom-niedergang-grundrechtlicher-denkkategorien-in-der-corona-pandemie/> (Letzter Abruf: 24.11.2023).

121 Poscher (Fn. 67), 4. Kap. Rn. 73.

規範情境。就此，透過四次的民眾保護法，立法者除修正原本即存在的防疫措施概括條款（第28條），亦增訂第28條之1（防止新冠肺炎擴散的特殊防治措施）、第28條之2（特殊感染情境中，為防止新冠肺炎擴散之聯邦統一的防治措施，即所謂的聯邦緊急煞車機制），以及第28條之3（授權聯邦政府就已接種疫苗、已經檢測或其他類似人員之特殊規範，訂定法規命令）等補充概括條款之規定。其中具關鍵作用者，毋寧為傳染病防護法第28條之1，以下說明即集中於此。

作為新冠肺炎疫情發生前已存在的防疫措施概括條款，傳染病防護法第28條第1項在2020年初新冠肺炎疫情發生初期，立即成為行政部門大規模防疫措施的主要法源。然而，德國學界多數意見認為，概括條款不足以支撐範圍如此廣泛，且對於基本權造成重大影響之防疫措施；其只能在過渡時期作為防疫措施（包含規範防疫措施的法規命令）的法律基礎¹²²。論者的質疑其來有自，蓋在德國危害防止法制傳統底下，傳染病防護法的防疫措施概括條款（包含標準措施）皆遵循點狀的、防衛具體傳染危險（*Infektionsgefahr*）的

122 針對德國各邦長期以傳染病防護法第28條第1項作為外出禁止、一般性的居家隔離、關閉學校、營業場所等大規模且對民眾權益侵害嚴重之防疫措施的規範基礎，學界不乏對其合憲性的質疑；就此，參見：*Lars Brocker*, *Exekutive versus parlamentarische Normsetzung in der Corona-Pandemie*, *NVwZ* 2020, S. 1485 (1485 ff.); *Thorsten Kingreen*, *Whatever it Takes?: Der demokratische Rechtsstaat in Zeiten von Corona*, *VerfassungBlog*, 20.03.2020, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/whatever-it-takes/> (Letzter Abruf: 23.01.2023); *Andrea Kießling*, *Ausgangssperren wegen Corona nun auch in Deutschland (?)*, *Junge Wissenschaft im Öffentlichen Recht*, 19.03.2020, abrufbar unter <https://www.juwiss.de/29-2020/> (Letzter Abruf: 23.01.2023); *Anika Klafki*, *Corona-Pandemie: Ausgangssperre bald auch in Deutschland?*, *Junge Wissenschaft im Öffentlichen Recht*, 18.03.2020, abrufbar unter <https://www.juwiss.de/27-2020/> (Letzter Abruf: 23.01.2023); *Anika Klafki*, *Mehr Parlament wagen? - Die Entdeckung des Art. 80 IV GG in der Corona-Pandemie*, *NVwZ* 2020, S. 1718 (1722); *Uwe Volkmann*, *Heraus aus dem Verordnungsregime*, *NJW* 2020, S. 3153 (3156); *Rixen* (Fn. 68), S. 1099. 則對傳染病防護法第28條第1項是否符合法律明確性原則採取較為寬容的看法。

觀點¹²³（例如，隔離被感染或有具體感染危險之人，關閉有傳染危險的機構等）；但在傳染病大流行時期，防疫措施要對抗者乃是複雜的傳染風險（*Infektionsrisiko*），因此，在傳統危害防止法制中，適用概括條款的前提條件：危害情況與受規範者間（即所謂的侵擾者）的具體、個別的關聯，在此已不復存在。在構成要件甚為簡約之概括條款的基礎上，以一般處分甚至法規命令形成對所有民眾皆有效，且內容極為多元的防疫措施，其實已透支概括條款所能承載的規範能力¹²⁴。

防疫措施的合憲性與合法性疑慮，在聯邦立法者透過第三次民眾保護法增訂傳染病防護法第28條之1後始得以緩解；在新冠肺炎防疫期間，其亦成為德國各邦（結合同法第32條）對一般民眾以法規命令發布重大影響其基本權之防疫措施的法源基礎；原本的防疫措施概括條款則主要適用在，管轄機關以行政處分（包含一般處分）防止具體危害的情形，質言之，在範圍較小之區域內防止有具體傳染危險之人（群）散布傳染病的情境¹²⁵。

（二）傳染病防護法第28條之1的特殊規範模式

傳染病防護法第28條之1作為聯邦立法者特別針對新冠肺炎疫情制定的行為法授權，在條文體系上被定位為防疫措施概括條款（同法第28條第1項第1句）的具體化¹²⁶。值得注意的是，立法者並

123 適用傳染病防護法第28條第1項第1句的前提為存在傳染病防治上的具體危險，質言之，從傳染病學專業觀點，事實上存在發生傳染的充分可能性。本條條文雖規定：「若病患、疑似病患、疑似感染或帶原者被確認……」，但在解釋上，基於概括條款作成之防疫措施其適用範圍並非僅限於此等人員，毋寧亦包含所謂的第三人（非干擾者）；換言之，上開條文文字的主要功能在於描述傳染病防護法所欲防衛的具體危險情境。Vgl. vor allem *Andrea Kießling*, in: *Kießling (Hrsg.), Infektionsschutzgesetz Kommentar*, 2. Aufl., 2021, § 28 Rn. 10; *Poscher* (Fn. 67), Kap. 4. Rn. 87 ff., 98 ff.

124 Vgl. vor allem *Kießling* (Fn. 123), § 28 Rn. 10.

125 *Poscher* (Fn. 67), 4. Kap. Rn. 85.

126 *Kießling* (Fn. 123), § 28 Rn. 10.

未採取部分論者所持修正傳染防治法標準措施的建議¹²⁷，反而原則上維持了概括條款結合法規命令授權（第32條）的規範模式，換言之，第28條之1並非獨立之防疫措施或法規命令的授權規範，其毋寧係在下述六個面向修正或補充現行之規定¹²⁸：

1. 傳染病防護法第28條之1第1項明確規定，第28條第1項第1句所謂為防止新冠肺炎擴散之必要的防疫措施，僅得於聯邦眾議院確認存在全國流行病狀態期間始得作成。就此而言，傳染病防護法第28條之1具有限制第28條的功能；質言之，若聯邦眾議院尚未確認或已取消全國流行病狀態，傳染病防護法第28條之1所規定之（對基本權侵害較為嚴重的）防疫措施，不得以防疫概括條款為其法源依據¹²⁹。
2. 第28條之1參考新冠肺炎防疫期間的實際經驗，以例示之方式規範了諸多可能的、針對新冠肺炎疫情的特殊防疫措施，諸如：保持距離的要求、穿戴口罩之義務、接觸資料的加工與處理、禁止或限制休閒、文化、體育、旅遊、餐飲或飲酒的活動、禁止集會、遊行、聚集、會議或宗教集會，或對其附加限制、關閉或限制營業、大型商場、教育機構、禁止或限制進入或探訪健康或社會機構。此等防疫措施多為在本條制定之前，由各邦政府為對抗新冠肺炎疫情，在概括條款的基礎上以法規命令形成的防疫措施；由此亦可得知，聯邦立法者藉由本條之制定，有意整理當時實務上已經出現的防疫措施類型。此外，本條雖未禁止行政部門在全國流行狀態期

127 Siehe *Andrea Kießling/Christoph Möllers/Uwe Volkmann, Zum Reformbedarf der Eingriffsbefugnisse im Infektionsschutzgesetz*, 22.10.2020 abrufbar unter <https://fragdenstaat.de/anfrage/antrag-auf-auskunft-nach-dem-informationsfreiheitsgesetz-ifg-zu-einem-rechtsgutachten-zum-infektionsschutzgesetz/585769/anhang/zum-reformbedarf-der-eingriffsbefugnisse-im-infektionsschutzgesetz.pdf> (Letzter Abruf: 23.01.2023).

128 以下說明若未特別註明主要參考：*Kersten/Rixen* (Fn. 12), S. 89 ff.

129 *Kießling* (Fn. 123), § 28a Rn. 12.

間，另依據防疫概括條款實施本條未規範的防疫措施，但為維持本條限制概括條款適用範圍之目的，在作成對不特定多數人有效的防疫措施時，仍應遵守本條為此類防疫措施設定的特殊條件：遵守本條第3項第1句所定之目的、將所欲採取之防疫措施納入整體的防疫構想（第28條之1第5項），以及防疫措施應附理由及期限¹³⁰。

3. 所有針對新冠肺炎疫情的防護措施，皆須取向於「維護民眾的生命與健康」，以及「衛生醫療體系的運作可能性」（第28條之1第3項第1句）。透過明確化防疫措施之目的，可在審查相關防疫措施是否逾越比例原則時，減輕法院的負擔。
4. 聯邦立法者以特定的管制門檻（Schwellenwerte）調控行政部門選擇防疫措施，以及防疫措施在各邦之內或全國範圍的相互協調。立法者的原則決定是，在發布對抗新冠肺炎的防疫措施時，應遵守「區分」與「漸進」的要求¹³¹（所謂的階層體系，Stufensystem）：防護措施的採取原則上應由地方政府，取向於地區（縣、區〔Bezirke〕或非縣轄之市）的感染情況與管制門檻為之¹³²。就後者而言，7日內每10萬人中通報新增的感染人數（所謂的7日指標值，7-Tage-Inzidenz）具有重要意義：質言之，指標值超過50應採取「全面性的」（umfassend），介於35至50應採取廣泛的（breit angelegt），低於35則應實施有助於（unterstützend）控制疫情的防疫措施。此外，指標值超越50，則應謀求各邦之內，甚至全國防疫措施的一致化¹³³。

130 Kießling (Fn. 123), § 28 Rn. 55. 另應注意的是，傳染病防護法第29條至第31條所規範的標準防疫措施，對基於防疫概括條款所作成之防疫措施亦會產生所謂的截堵效果（Sperrwirkung）；就此，參照：Poscher (Fn. 67), 4. Kap. Rn. 103 ff.

131 BT-Drs. 19/23944, S. 31.

132 Holger Greve, Infektionsschutzrecht in der Pandemielage – Der neue § 28a IfSG, NVwZ 2020, S. 1786 (1786).

133 Poscher (Fn. 67), 4. Kap. Rn. 106c. 所謂的「有助於」疫情控制的措施係指，原

5. 邦政府依傳染病防護法第32條授權訂定之，有關本條所定防疫措施的法規命令，負有一般性的說明義務（第28條之1第5項）。根據立法理由的說明，此一般性的說明義務並不要求全面釐清防疫措施在經驗上的有效性，而係旨在說明特定傳染病防治整體構想下，防疫措施應發揮何等功能¹³⁴。據此，邦政府就法規命令之訂定負有「形成整體構想的義務」（Konzeptpflicht），其作用則在於透過程序的理性化提高防疫措施決定的透明度與正當性，並實現自主控制與外部控制的功能¹³⁵。此外，法規命令亦須附期限，其原則上不得超過四週；換言之，邦政府至遲應在四週內檢討防疫政策的整體構想。
6. 立法者透過5個衡量原則體系化比例原則對防疫措施的拘束：（1）只有在必要的情形，始得以累加的方式實施防疫措施（第28條之1第6項第1句）。（2）防疫措施之決定應考慮其對個人與全體在社群、社會與經濟層面的影響（第28條之1第6項第2句）。（3）對一般民眾有重要意義的社會或經濟領域，若非基於防止新冠病毒傳播之必要，得排除於防疫措施適用範圍之外（第28條之1第6項第3句）。（4）禁止基於宗教或世界觀之理由舉行的集會、外出限制，以及禁止探訪照護或醫療機構，僅在考量所有其他已實施之防疫措施，仍可能嚴重危害防止新冠病毒散播之效果時，始得實施（第28條之1第2項第1句）。（5）新冠病毒防疫措施不得導致個人或個別

則上不得全面性地運用所有於傳染病防護法第28條之1規定的防疫措施；此外，應優先採用「保持距離」、「穿戴口罩」、「蒐集接觸資料」等侵害較輕微的防疫措施。「廣泛的」防疫措施的重點在於，除了限制性與附帶性的防疫措施外，亦可考量禁止性的防疫措施；此等防疫措施的目標在於避免7日指標值超過50。指標值超過50後，邦政府即可採比「廣泛的」防疫措施更為嚴格的防疫策略；決策的指標在於防疫措施的有效性，而非其數量。Hierzu vgl. *Kießling* (Fn. 129), § 28a Rn. 6 f.

¹³⁴ BT-Drs. 19/24334, S. 81.

¹³⁵ *Greve* (Fn. 132), S. 1786 f.

群體的完全孤立，並應保障最低限度的社會接觸（第28條之1第2項第2句）¹³⁶。

（三）評價

德國學者對於聯邦立法者為因應新冠肺炎病毒前所未有的傳染力，而就防疫措施特別制定的傳染病防護法第28條之1，大多持正面態度¹³⁷，蓋其就防疫措施在程序與實體面向上的規制，不僅大幅提高防疫政策的透明度，亦有效減輕以概括條款作為防疫措施法源基礎而造成之法律狀態的不確定性。至於法院裁判實務，則多數認為上開條文並無明顯的違憲疑慮¹³⁸。然而，儘管存在前述肯定的立場，仍無法掩飾傳染病防護法第28條之1存在諸多法律解釋上的難題，以及在立法政策上為數眾多的優化空間。舉其大者：由於傳染病防護法第28條之1所設定之指標值大幅取決於醫療檢測能量與民眾的檢測行為，就防疫措施的選擇而言，採取檢測陽性率或綜合不同流行病學指標是否更為合適，即引起諸多討論¹³⁹。再者，在疫情

136 Vgl. *Holger Schmitz/Carl-Wendelin Neubert*, Praktische Konkordanz in der Covid-Krise Vorübergehende Zulässigkeit schwerster Grundrechtseingriffe zum Schutz kollidierenden Verfassungsrechts am Beispiel von Covid-19-Schutzmaßnahmen, NVwZ 2020, S. 666 (666 ff.).

137 Vgl. nur *Kersten/Rixen* (Fn. 12), S. 91; *Poscher* (Fn. 67), 4. Kap. Rn. 106 e.; *Kießling* (Fn. 123), § 28a Rn. 4 ff.; *Andrea Kießling*, Die Feststellung der „epidemischen Lage“ als Voraussetzung der Maskenpflicht?, NVwZ 2021, S. 1245 (1248); *Andrea Kießling*, Corona-Maßnahmen in Herbst und Winter 2021/22 nach Ende der „epidemischen Lage“, NVwZ 2021, S. 1801 (1808); *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 (1784 ff.).

138 Vgl. *Bayern.Recht*, VGH München Beschl. v 8.12.2020, abrufbar unter <https://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/Y-300-Z-BECKRS-B-2020-N-34824?hl=true> (Letzter Abruf: 25.12.2023).

139 *Kießling* (Fn. 123), § 28a Rn. 119. Poscher指出，立法者在設定指標值時顯然傾向於實務上的操作可能性；指標值亦非硬性的構成要件，而係參考標準。此外，藉由防疫措施的層級化除可排除不必要的防疫措施，亦可分配說明義務的負擔。例如，在指標值較低的情形，即不可實施全面的接觸禁止措施；如

動態的發展過程中，行政部門若以法規命令形成防疫措施，其就整體防疫構想應說明至如何詳盡之程度始符合規範要求，在實務上亦存有疑問¹⁴⁰。再者，就比例原則的運用，行政部門在傳染病防護法第28條之1第1項規定之防疫措施外，尚須實施哪些防疫措施，始得正當化其採行禁止宗教集會、外出限制，或禁止探訪等防疫手段？比例原則就此等最為嚴重的防疫措施又應產生如何的拘束力？從條文的規範體系觀察，亦未能得出清楚的解答¹⁴¹。此外，傳染病防治法第28條之1的根本問題仍在於，本條未能徹底反應行政部門在實施對一般民眾皆有效，且影響範圍廣泛的防疫措施時，其已非在防止具體的感染危險，而係預防感染風險的規範情境。就此問題的解決，學者建議，一方面應就個別影響範圍廣泛的防疫措施，詳細地規定其特殊的構成要件，並就不同的防疫措施具體化其法律效果；單純的例示防疫措施以具體化概括條款的內容，並無法滿足此項要求。另一方面則需考量，傳染病大流行期間為有效控制疫情通常須結合不同的防疫措施，防疫措施的相互協調因此極具意義。為達成此目的通常須課予行政部門提出整體防疫構想的義務¹⁴²。

陸、我國傳染病緊急事態應變機制的修正建議

一、從比較法之觀點檢討我國傳染病緊急應變機制的改革方向

綜合前文說明可發現，我國與德國對抗新冠肺炎疫情所運用的緊急應變機制，儘管存在若干差異，但仍具有相當程度的共通性。該國防疫法治經驗諸多值得我國借鏡與反省之處，以下分別說明：

於中間值欲實施最強的限制措施，則應強化附理由義務的要求。Poscher (Fn. 67), 4. Kap. Rn. 106c.

¹⁴⁰ Kießling (Fn. 123), § 28a Rn. 157 ff.

¹⁴¹ Kersten/Rixen (Fn. 12), S. 92.

¹⁴² Kießling (Fn. 123), § 28a Rn. 6 f.

首先，我國與德國皆未啟動憲法上的緊急狀態制度因應新冠肺炎疫情¹⁴³，因此國家機關所有的防疫作為仍須受到常態法制狀態下之憲法規範的拘束。此亦導致兩國若干為防止疫情擴散，而擴大防疫機關組織權限與彈性化防疫措施法律拘束的作為，其合憲性遭受質疑。

其次，面對具強烈傳染力且在疫情發生初期無有效疫苗的新冠病毒，防疫行政效率的提升成為影響防疫成敗的關鍵因素。從德國與我國防疫經驗可以觀察，防疫效率的提升不僅有賴中央（聯邦）各部會間，以及中央（聯邦）與地方（邦、鄉鎮）之間在防疫權責上的協調與整合，在疫情發生跨區域，甚至全國性散播的情形，全國防疫政策的統一更是兩國防疫應變機制共同追求的目標。就此而言，德國雖係以平時狀態的防疫行政結構作為其施政基礎，但為在聯邦國體制下謀求全國防疫政策的一致性，非正式的「聯邦與各邦協調機制」顯然未能取得預期的成效，以致必須透過修正傳染病防護法，授權聯邦衛生部長以指令執行聯邦命令之權限，強化聯邦層級法規命令的執行效率，甚至藉由引進「聯邦緊急煞車」機制，統一全國防疫策略。此外，藉由傳染病防護法授權聯邦衛生部長訂定取代法律之法規命令之權限，以排除法律對於行政部門防疫作為的限制，亦為德國防疫緊急應變機制的重要特色。然而，在常態憲法規範之下，聯邦衛生部長執行聯邦命令的指示權，立即遭受侵害各邦執行聯邦法律權限的質疑；聯邦衛生部發布取代法律之法規命令的權限，亦被質疑違反基本法第80條的授權明確性原則。相對於德國的制度，我國則是透過法律層次之規範，形成以中央指揮中心為核心的防疫行政結構，統一中央與地方的防疫事權。承前文所述，

¹⁴³ 葉俊榮教授指出，臺灣於2003年面對SARS疫情，以及在2020年面對新冠肺炎疫情，皆未考慮啟動憲法上的緊急事態機制，可能與臺灣戒嚴時期的經驗有關；此種不透過緊急憲法因應危機的模式，須以政府與人民間的相互信任為前提。參照：葉俊榮，論公民憲政主義下的臺灣防疫模式，臺大法學論叢，51卷4期，頁1561-1562（2022年）。

本文以為仍可透過合憲性解釋的方法，為現行以中央指揮中心為主的緊急應變體制尋找其合憲性基礎；就此而言，我國單一國之體制在統一全國防疫政策的面向上，相較於德國的聯邦國體制確實具有一定程度的優勢。惟在此應一併留意的是，從德國防疫經驗可獲得的重要啟發：容許地方防疫機關依照疫情在當地的發展一定程度形成其防疫措施，不僅具有測試不同防疫措施有效性的優點，亦應有助於緩和防疫措施對於人民之自由與權利的影響，蓋此舉可避免在疫情較不嚴重的地區強制實施嚴格的防疫措施。

再者，從德國與我國的防疫經驗皆可觀察，面對未知的新冠肺炎病毒，防疫措施概括條款就防止疫情擴散、降低病毒對於人民之生命與健康的危害，承擔了極為重要的功能。但相較於我國防疫實務長期運用條文結構相當簡約的傳染病防治法第37條第1項第6款，作為防疫措施概括條款的規範依據，德國立法者則是透過第三次民眾保護法增訂傳染病防護法第28條之1，就防疫措施概括條款的規範明確性、基本權保護、程序控制，以及國會監督，進行大幅度的強化。面對傳染病防治法第37條第1項第6款違反法律保留與法律明確性原則的質疑，德國傳染病防護法第28條之1的立法例，應可成為我國完善防疫措施規範體系的重要參考。

綜合上述我國與德國的防疫法治經驗，在提出本文有關傳染病防治緊急應變機制的改革建議前，應說明本文改革建議的基本構想：防疫緊急事態並非必要以憲法上的緊急命令制度因應，以常態法制面對疫情緊急事態更能符合民主國與法治國的要求¹⁴⁴。但以常態法制克服疫情的挑戰，必須遵守常態憲法規範的拘束，因此，防

¹⁴⁴ 類似意見：魏培軒，緊急事態與權力分立——從行政權限的擴張現象論起，收於：下山憲治、李惠宗編，新冠肺炎流行期間的法制對策，頁175-176（2022年）；關於以常態法制因應緊急情況可能引發之問題：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266-268（2022年）。

疫緊急應變體系仍應建構在平常時期的防疫行政結構之上，換言之，傳染病防治法以地方主管機關作為防疫措施主要實施者的構想，即使在嚴重傳染病流行時期仍應維持；地方主管機關仍應有其依據傳染病在地方的發展情況，實施不同防疫措施的空間。緊急應變機制的功能則應著重在協調與分配防疫資源、強化地方政府的防疫能量，並在傳染病出現跨區域或全國性傳染的情形，協調、整合甚至統一中央與地方的防疫政策與措施。就上開目標的達成，憲法雖不禁止透過法律建置類似中央指揮中心的組織，但法律對其組織任務的規劃，仍應遵守憲法就行政院內部與中央與地方間的權限分配秩序。基於上述構想，本文認為傳染病防治法的防疫緊急應變機制應在下列三個面向上進行改革：調整中央指揮中心的組織權限、調和地方差異化防疫需求與統一全國防疫策略的制度規劃，以及防疫措施概括條款的革新。

二、中央指揮中心組職權限之調整

觀察我國與德國的防疫經驗即可得知，面對類似新冠肺炎此種傳染力甚強，且對人體可能產生嚴重危害的傳染疾病，防疫體系皆表現出某種程度集中防疫事權的規範需求。然而，如前文所述，在我國憲法的框架下，就防疫措施的實施，若賦予中央指揮中心有拘束力地統一指示中央部會與地方防疫主管機關防疫作為的權限，即可能產生合憲性的疑慮；因此，中央指揮中心的組織地位，依本文之見，只能是介於中央各部會與各地方防疫主管機關間，以不具法律上拘束力的方式協調、統合防疫政策的平台。

根據前述中央指揮中心之定位，傳染病防治法首先應刪除，相關容易引發中央指揮中心（指揮官）對中央各部會或地方防疫主管機關，得作成有拘束力指示之誤解的條文文字¹⁴⁵。此外，考量面對

¹⁴⁵ 例如傳染病防治法第17條第1項之「統一指揮」；同法第37條第3項之「應依指揮官之指示辦理」。

嚴重的傳染疾病，依具體的傳染狀況，跨區域甚至全國性地統一防疫措施仍有其必要，因此，地方主管機關實施之防疫措施若有違中央的防疫策略或規範，中央政府仍應有監督與改正地方防疫作為的可能。就此，或可考慮參照災害防救法，於生物病原災害發生時由衛福部長擔任中央應變中心指揮官的組織設計¹⁴⁶，直接由行政院長指定其承擔中央指揮中心指揮官一職¹⁴⁷。蓋依本文之見，防疫措施之決定既屬委辦事項，作為中央指揮中心指揮官之衛福部長，即可透過衛福部行使其對地方主管機關執行防疫措施之指示權限（傳染病防治法第16條第2項）；如此，應可避免現行法尚須透過中央指揮中心（其指揮官非必然由衛福部長擔任）與衛福部協調之較為迂迴的作法。

三、調和地方差別化防疫需求與統一全國防疫策略之制度規劃

銜接前述中央指揮中心與地方主管機關功能分配的構想，傳染病防治法緊急應變機制的改革重要項目之一即在於，相應其功能，使二者配備適當的組織權限。就此，本文認為應注意下列二個關鍵面向：

首先，地方主管機關作為第一線的防疫措施實施者，傳染病防治法第四章（第35條以下）所規範的防疫措施，為其控制與防止傳染病散播的主要行為法上依據。然而弔詭的是，依現行傳染病防治法第37條第1項之規定，地方防疫主管機關除同項第1款至第5款的標準措施外，僅在中央部會公告「其他防疫措施」後始有採取其他

146 參照災害防救法第3條第1項：「各種災害之預防、應變及復原重建，以下列機關為中央災害防救業務主管機關：……生物病原災害：衛生福利部」；中央災害應變中心作業要點第7點：「應變中心指揮官、協同指揮官及副指揮官規定如下：（一）指揮官：1. 指揮官一人，由會報召集人指定該次災害之中央災害防救業務主管機關首長擔任指揮官，綜理應變中心災害應變事宜」。

147 換言之，現行傳染病防治法由中央指揮中心指揮官直接指揮地方防疫主管機關實施防疫措施（傳染病防治法第37條第3項），即與衛福部對於地方政府的監督權有所衝突。

防疫作為的權限，換言之，其本身並無作成防疫措施之概括授權。惟如前文所述，不論是一般性的傳染疾病或類如新冠肺炎之嚴重傳染疾病，地方防疫主管機關作為防疫措施的第一線實施者，皆有在個案中針對具體的傳染危險採取標準措施以外之防疫措施的必要。觀察德國防疫經驗亦可得知，傳染病防護法的防疫措施概括條款，在防止（疫情發生初期傳染途徑不明的）新冠肺炎疫情散播確實發揮重要的功能，蓋地方層級的管轄機關為防止疫情擴散，得據此以行政處分或一般處分，實施立法者未曾預想的防疫手段（例如外出限制等）。授予地方防疫主管機關概括的防疫措施實施權，乃建構完整之防疫規範體系的重要條件。

其次，面對新冠肺炎此類具有高度傳播能力的傳染疾病，在防疫機制上本即存在形成區域性，甚至全國統一的防疫策略，並因應傳染病發展情勢及時、機動調整防疫措施的行政管制需求¹⁴⁸；現行傳染病防治法係以授權地方防疫主管機關採行「經各級政府機關公告之防疫措施」，並配合中央指揮中心指揮官對地方防疫主管機關指示權之機制，達成統一全國防疫政策與彈性調整防疫措施之目的。前文已提及，中央主管機關對於地方主管機關採行防疫措施雖具有合法性與合目的性監督之權力，但考量防疫措施影響人民自由及權利的廣度與深度，中央政府若欲形成具有拘束全國人民效力的防疫措施，僅能以法律或法律授權之命令為之。然而，現行傳染病防治法第35條以下關於防疫措施之規定，其主要涉及地方主管機關就具體個案採取防疫措施的授權，對於中央政府是否得就防疫措施發布適用全國的法規命令，該法欠缺清楚的授權規範；上開說明亦適用於傳染病防治法第37條第1項第6款關於防疫措施概括條款的規

¹⁴⁸ 林昱梅教授在我國防治SARS與COVID-19疫情的經驗上，除建議參照「全球衛生安全綱領」的「防疫一體」(One Health)策略，建立跨部會合作的防疫體系外，亦基於中央對於全國性事務的立法權，以及統合全國資源與防疫策略的考量，建議維持目前傳染病防治法由中央擬定政策，並由地方執行的傳染病防治體系。參見林昱梅（註50），頁90。

定。作為改革之道，本文建議，參考德國傳染病防護法第32條之規定，於我國傳染病防治法第四章增訂，授權中央主管機關就該章所定之防疫措施訂定法規命令之條文。其主要考量有二：首先，正式之行政行為形式有其創造法安定性的功能，直接由法律將公告之防疫措施定性為法規命令不僅可釐清其效力範圍，透過遵循訂定法規命令之正當法律程序（行政程序法第154條至第157條），亦有穩定規範效力的功能¹⁴⁹。其次，現行傳染病防治法第37條第1項第6款授權「各級政府公告防疫措施」，在授權對象方面過於概括。考量行政傳統與專業能力，本文建議增訂之防疫措施法規命令的訂定權宜單獨授予衛福部；至於在防疫措施涉及中央其他部會管轄領域（例如學校是否停課、營業場所是否開放）之情形，則可透過與相關部會會同訂定之方式¹⁵⁰，避免影響其他部會首長自主決定該部事務之權限。

四、防疫措施概括條款之改革

如前文所述，傳染病防治法第37條第1項第6款作為我國對抗新冠肺炎疫情之防疫措施的主要法源，早已無法滿足法律明確性、法律保留與授權明確性原則的要求。就防疫措施概括條款的改革，本文有如下建議：

首先，相較於一般危害防止法制，傳染病防治概括條款的特色在於，其雖主要承擔防止具體傳染危險發生的功能，但亦可作為預防抽象危險發生之防疫措施的法源。然而，在面對類如新冠肺炎的

149 例如，避免新冠肺炎防疫實務曾出現之頻繁更新防疫措施公告，以致民眾無法明確掌握現行有效之防疫措施之情事。當然，行政程序法作為普通法，若其所定之法規命令訂定程序若未能完全滿足若干防疫緊急情況須快速反應的需求，立法者在符合相關法律原則的前提下，自得於傳染病防治法規定較為簡化之程序，固不待言。

150 有關數機關會同訂定法規命令之規定可參見：行政程序法第154條第1項第1款、第157條第2項。

嚴重傳染病，行政部門如有實施對全國民眾皆有適用，且影響範圍廣泛之防疫措施的必要，基於法律明確性與法律保留原則的要求，仍應形成更為具體之授權條款。就此，德國前述立法例即有參考價值：該國立法者就新冠肺炎防疫需要，並未一般性地修正傳染病防護法之標準措施，而係增訂傳染病防護法第28條之1作為防疫概括條款的補充規定，並在本條例示實務上曾實施的重大防疫措施，以增加民眾對行政部門根據概括條款可能實施之防疫措施的可預見性。本文以為，此種在同一部法律中增訂概括條款補充條文，以提升其規範明確性的立法策略，實可成為我國具體化防疫概括條款之立法模式的參考。其理由有二：首先，相較於將為防治新冠肺炎疫情所實施之，對人民基本權影響特別嚴重的防疫手段轉化為標準措施的立法建議，上開立法策略可避免其成為行政部門日後面對所有傳染病皆可實施的防疫手段。其次，德國學理意見指出，概括條款原則上應專注於防衛具體危險，預防抽象危險的防疫措施應另以條文明確規範其構成要件及法律效果，雖有其學理上的立論根據，但前述德國立法模式，除應已滿足法律明確性與法律保留原則之要求，而無明顯的違憲疑慮外，面對尚處於動態發展，且在醫學上對病毒之特性尚無法充分掌握的傳染病情境，透過程序與實體面向之規範，限制防疫概括條款適用範圍的立法模式，顯然較能符合行政部門彈性因應疫情發展的防疫需求；貿然地將實務上運用的防疫手段轉化為傳染病防治法中的標準措施，不但可能使防疫措施過度的法律化，進而造成條文在適用上的僵化，有時甚至無法動態地實現國家對人民之生命與健康的保護義務¹⁵¹。

其次，鑑於重大防疫措施對人民基本權可能產生的嚴重限制，立法者形成其授權條款時應使其受到憲法基本原則的拘束。就防疫措施概括條款的改革，前述德國傳染病防護法第28條之1的立法

151 Greve (Fn. 132), S. 1792; Poscher (Fn. 67), 4. Kap. Rn. 106e.

例，有如下值得參考之處：鑑於行政部門的快速反應與專業知識，乃建構有「韌性」(Resilienz)之防疫體制的必要成分，法律就對抗嚴重傳染病的防疫措施授權條款，勢必無法形成過於細緻的規範，以保留給行政部門充分的彈性空間¹⁵²。然為彌補防疫緊急應變體系的民主國與法治國赤字，首先可考慮比照憲法所規範的緊急事態機制（在我國即憲法增修條文第2條第3項），使防疫緊急應變體系的存續期間，及行政部門在此時期始得行使的重大防疫措施權限，取決於國會對於疫情存續狀態的確認，以避免法治例外狀態的持續仰賴行政機關的政治裁量。其次，面對法律對於防疫措施概括條款實體面向控制密度的降低，立法者一方面可考慮明確化重大防疫措施的公益目的，另一方面則可課予行政部門作成相關防疫措施時，說明其「整體防疫構想」的義務。藉此程序性規範的強化，除可促進行政部門防疫決定的理性化與透明度，亦可協助法院更明確地審查行政機關採行重大防疫措施，是否符合比例原則的要求。

柒、結論

國家防疫體系能否以民主及法治的方式克服新冠肺炎疫情的考驗，被認為是民主與獨裁體系制度競爭的一環；新冠肺炎所引發的緊急事態，因此可認為是民主國與法治國的試金石¹⁵³。我國面對新冠肺炎疫情啟動的緊急防疫體制，其特徵一方面表現在未開啟憲法上的緊急命令機制，另一方面則是透過法律層次之規範，形成以中央指揮中心為核心的防疫行政結構，統一防疫事權。面對中央指揮

¹⁵² Rixen指出，克服對社會各層面皆有影響的新冠肺炎疫情，必須承認行政廣泛的功能保留；情況愈無法概觀、愈處於變動的狀態，或是已知／未知的變動可能性愈高，保留給行政部門的空間即愈廣：Stephan Rixen, *Verwaltungsrecht der vulnerablen Gesellschaft*, in: VVDStRL 80, 2021, S. 37 (57 f.).

¹⁵³ Udo Di Fabio, *Corona Bilanz*, 2021, S. 19 ff.

中心指揮官對各級政府機關的指揮權，可能僭越行政院長權限與破壞地方自治保障的批評，本文以為若將前述指揮權限縮在以不具法律拘束力的方式，協調、統合各級政府機關防疫政策與資源的範圍，則其尚不致遭受違憲之議。然而，以特別條例第7條與傳染病防治法第37條第1項第6款之概括條款，作為新冠肺炎防疫期間防疫措施的主要法源，本文則以為在疫情初期過渡期間經過後，已無法滿足法律明確性、法律保留與授權明確性原則的要求。

新冠肺炎防疫經驗，係公法學思考如何以常規法制克服緊急事態的絕佳契機。針對我國新冠肺炎緊急因應機制的改革，本文首先建議調整中央指揮中心之組織任務，將其定位為介於中央各部會與各地方防疫主管機關間，以不具法律上拘束力的方式協調、統合防疫政策的平台。就嚴重傳染病衍生之統一全國防疫措施的需求，則建議於傳染病防治法明確授權衛福部得以法規命令之形式，規範得適用於全國的防疫措施。至於新冠肺炎防疫期間，行政部門諸多對全國人民皆有效且嚴重影響人民基本權之防疫措施，主要以防疫概括條款為其規範依據的現象，本文則建議參照德國傳染病防護法第28條之1之立法例，於傳染病防治法增訂補充防疫概括條款的規範，並使該條文的適用期間取決於與國會對於疫情存續狀態的確認，以避免法治例外狀態的持續單純仰賴行政機關的政治裁量。

參考文獻

1. 中文部分

- 王必芳（2021），初探法國COVID-19防疫的法制特點，收於：李建良編，研之得法——中央研究院法律學研究所成立十週年論文集，頁503-548，臺北：中央研究院法律學研究所。
- 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。
- 吳明孝（2021），傳染病防治法與地方自治體權限分配及問題初探——以COVID-19為例，月旦醫事法報告，60期，頁7-24。
- 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。
- 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。
- 林明昕（2010），地方自治事項與委辦事項之委任及委託：以臺北市政府組織自治條例第二條第二項及第三項之爭議為中心，臺大法學論叢，39卷4期，頁213-297。
- （2021），2020年行政法發展回顧：權力分立觀點下之實務評釋，臺大法學論叢，50卷特刊，頁1397-1422。
- （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。
- 林明鏘（2022），中央疫情指揮中心組織與職權，月旦法學教室，238期，頁6-11。

- (2023), 加嚴的地方防疫規定違法無效? —— 疫情下的地方事務管轄權限為何?, 月旦法學教室, 243期, 頁6-9。
- 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。
- 林昱梅 (2022), 臺灣傳染病防治之政府組織改造與法制變革——從SARS到COVID-19, 收於: 下山憲治、李惠宗編, 新冠肺炎流行期間的法制對策, 頁55-92, 臺北: 元照。
- 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治問題, 法官協會雜誌, 22期, 頁128-145。
- 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。
- 張文貞 (2021), COVID-19與國際人權, 月旦法學雜誌, 312期, 頁8-22。
- 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。
- 許宗力 (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。
- 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。
- 陳敏 (2019), 行政法總論, 增訂10版, 臺北: 自版。
- 陳新民 (2018), 憲法學釋論, 增訂9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。
- (2017) 自治事項與委辦事項的劃分, 收於: 陳清秀、蔡志方編, 地方自治法, 頁59-83, 臺北: 信孚文化事業有限公司 & Airiti Press。

- 程明修（2022），嚴重特殊傳染性肺炎疫情下「一般處分」之復興？——從法制度淵流出發（上），公法研究，創刊號，頁153-190。
- 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。
- （2021），公共衛生緊急狀態與行政法上的例外法制，月旦醫事法報告，54期，頁49-59。
- 黃儉華（2022），淺論限制醫事及社工人員出國措施之合法性，軍法專刊，68卷3期，頁127-144。
- 黃錦堂（2020），地方制度法論，增訂3版，臺北：元照。
- 葉俊榮（2022），論公民憲政主義下的臺灣防疫模式，臺大法學論叢，51卷4期，頁1543-1596。
- 賈文宇（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。
- 詹鎮榮（2015），論行政機關管轄權之移轉——以其對行政作用法及行政爭訟法之影響為中心，收於：行政法總論之變遷與續造，頁57-122，臺北：元照。
- （2015），論地方行政機關之權限委任——以「授權法規」之位階與性質為中心，收於：行政法總論之變遷與續造，頁123-164，臺北：元照。
- （2021），「地方主管機關」規定意涵之裁判見解更迭，台灣法律人，1期，頁83-96。
- （2022），地方自治立法權之保障與救濟，地方自治法制學術研討會，社團法人桃園律師公會主辦，2022年6月10日。
- 蔡震榮（2021），防疫措施與人權保障，玄奘法律學報，35期，頁1-30。
- （2021），特殊傳染性肺炎疫情下有關口罩取締與裁罰管轄權之爭議，月旦醫事法報告，60期，頁59-70。

魏培軒 (2022), 緊急事態與權力分立——從行政權限的擴張現象論起, 收於: 下山憲治、李惠宗編, 新冠肺炎流行期間的法制對策, 頁163-196, 臺北: 元照。

2. 外文部分

Barczak, Tristan (2020), Die „Stunde der Exekutive“, RuP 56, S. 458-468.

Brocker, Lars (2020), Exekutive versus parlamentarische Normsetzung in der Corona-Pandemie, NVwZ, S. 1485-1488.

Brüning, Christoph/Thomsen, Frederik (2021), Not kennt ein Gebot: Gewaltenteilung in Zeiten einer Pandemie, NVwZ, S. 1183-1187.

Di Fabio, Udo (2021), Corona Bilanz, München: C. H. Beck.

Dreier, Horst (2021), Rechtsstaat, Föderalismus und Demokratie in der Corona-Pandemie, DÖV, S. 229-242.

Gärditz, Klaus Ferdinand/Abdulsalam, Maryam Kamil (2020), Rechtsverordnungen als Instrument der Epidemie-Bekämpfung, GSZ, S. 108-115.

Greve, Holger (2020), Infektionsschutzrecht in der Pandemielage – Der neue § 28a IfSG, NVwZ, S. 1786-1792.

Hildebrandt, Uta (2021), Die Allgemeinverfügung als zulässiges Steuerungsinstrument in der Coronakrise, in: Frevel/Heinicke (Hrsg.), Managing Corona, Baden-Baden: Nomos, S. 23-36.

Hollo, Anna-Lena (2021), in: Kießling (Hrsg.), Infektionsschutzgesetz Kommentar, 2. Aufl., München: C. H. Beck, § 5.

Ipsen, Jörn (2020), Notstandsverfassung und Corona-Virus - Rückblick und Ausblick, RuP 56, S. 118-132.

Kaiser, Anna-Bettina (2021), Demokratie perdu? Fünf verfassungsrechtliche Anmerkungen zur gegenwärtigen Corona-Krise, RuP 57, S. 7-15.

- Kersten, Jens (2016), Ausnahmezustand?, JuS, S. 193-202.
- Kersten, Jens/Rixen, Stephan (2021), Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 2. Aufl., München: C. H. Beck.
- Kießling, Andrea (2021), Corona-Maßnahmen in Herbst und Winter 2021/22 nach Ende der „epidemischen Lage“, NVwZ, S. 1801-1808.
- (2021), Die Feststellung der „epidemischen Lage“ als Voraussetzung der Maskenpflicht?, NVwZ, S. 1245-1248.
- (2021), in: Kießling (Hrsg.), Infektionsschutzgesetz Kommentar, 2. Aufl., München: C. H. Beck, § 28, 28a.
- Kingreen, Thorsten (2021), Der demokratische Rechtsstaat in der Corona-Pandemie, NJW, S. 2766-2771.
- (2021), Grundlagen des deutschen Infektionsschutzrechts, in: Huster/Kingreen (Hrsg.), Handbuch Infektionsschutzrecht, München: C. H. Beck, S. 3-64.
- Klafki, Anika (2020), Mehr Parlament wagen? - Die Entdeckung des Art. 80 IV GG in der Corona-Pandemie, NVwZ, S. 1718-1722.
- (2020), Verwaltungsrechtliche Anwendungsfälle im Kontext der Covid-19-Pandemie, JuS, S. 511-515.
- (2023), Differenzierte Rechtsgrundlagen als Gebot effektiver Krisenbewältigung, NJW, S. 1340-1344.
- Mayen, Thomas (2020), Der verordnete Ausnahmezustand Zur Verfassungsmäßigkeit der Befugnisse des Bundesministeriums für Gesundheit nach § 5 IfSG, NVwZ, S. 828-834.
- Oldiges, Martin/Brinktrine, Ralf (2021), in: Sachs (Hrsg.), GG Kommentar, 9. Aufl., München: C. H. Beck, § 65.
- Poscher, Ralf (2021), Das Infektionsschutzgesetz als Gefahrenabwehrrecht, in: Huster/Kingreen (Hrsg.), Handbuch Infektionsschutzrecht, München: C. H. Beck, S. 117-170.

- Rixen, Stephan (2020), Gesundheitsschutz in der Coronavirus-Krise - Die (Neu-)Regelungen des Infektionsschutzgesetzes, NJW, S. 1097-1103.
- (2021), Verwaltungsrecht der vulnerablen Gesellschaft, in: VVDStRL 80, Berlin: De Gruyter, S. 37-67.
- 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.
- Schmitz, Holger/Neubert, Carl-Wendelin (2020), Praktische Konkordanz in der Covid-Krise Vorübergehende Zulässigkeit schwerster Grundrechtseingriffe zum Schutz kollidierenden Verfassungsrechts am Beispiel von Covid-19-Schutzmaßnahmen, NVwZ, S. 666-671.
- Schoch, Friedrich (2013), Polizei- und Ordnungsrecht, in: Schoch (Hrsg.), Besonders Verwaltungsrecht, 15. Aufl., Berlin: De Gruyter, S. 125-308.
- Siegel, Thorsten (2020), Verwaltungsrecht im Krisenmodus, NVwZ, S. 577-583.
- Stelkens, Ulrich (2023), in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 10. Aufl., München: C. H. Beck, § 35.
- Volkman, Uwe (2020), Heraus aus dem Verordnungsregime, NJW, S. 3153-3160.

Challenges of COVID-19 to Democracy and the Rule of Law:

Focusing on Normative Regulation of Emergency

*Tung-Ying Lee**

Abstract

Whether the national epidemic prevention system can overcome the test of the COVID-19 pandemic in a democratic and legal way is considered part of the competition between democracy and dictatorial systems; the emergency caused by the COVID-19 pandemic can therefore be regarded as a touchstone for democracy and the rule of law. However, since the outbreak of the COVID-19 pandemic in early 2020, Taiwan's epidemic prevention emergency response system, established around the Central Epidemic Command Center (CECC), has been continuously questioned as unconstitutional and illegal. During the epidemic prevention period, the administrative department implemented anti-epidemic measures that applied to the entire population and had a significant impact on people's basic rights. The main normative basis was the general clause on epidemic prevention measures. This clause has also been questioned for violating the clarity of the law and the principle of legal reservation. In response to the aforementioned doubts about the legitimacy of Taiwan's epidemic prevention and emergency response system, this article focuses on the constitutional constraints of the epidemic exception state, the constitutionality test of the organizational authority of the CECC, and the legal issues related to the general provisions of epidemic prevention measures. It also analyzes and reviews the structural problems inherent in the current epidemic prevention system. In addition, this article draws upon Germany's

* Assistant Professor, Department of Law, National Taipei University.

specialized epidemic prevention model in response to the COVID-19 pandemic and offers recommendations for the reform of Taiwan's epidemic prevention and emergency response system.

KEYWORDS: COVID-19, state of emergency, Central Epidemic Command Center, epidemic prevention measures, general clause, Communicable Disease Control Act, Special Act for Prevention, Relief and Revitalization Measures for Severe Pneumonia with Novel Pathogens.