

# 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

邱文聰\*



壹、序論：民主與威權專制的壓力測試  
競賽

貳、臺灣模式之防疫措施之展開

一、資訊缺口下的疫情風險評估

二、未宣布緊急狀態的緊急疫情風險  
管理

參、臺灣防疫措施與例外狀態法制的  
糾葛

一、臺灣模式的法制特徵

二、緊急即無誠命與例外狀態常態化  
的危機

三、臺灣模式法制與憲法緊急命令的  
齟齬

肆、結 論

### 壹、序論：民主與威權專制的 壓力測試競賽

2020年COVID-19疫情，標誌著人類百年一遇的物種浩劫，也測試著過去一百年來人類社會歷經戰亂與承平時後，嘗試建立現代憲政民主與法律體制及其所標舉之人權價值的韌性與真正意涵。截至2020年11月底，全球染疫人數超過6,210萬，當中超過145萬人死亡。相較發生於1918年至1919年間曾導致全

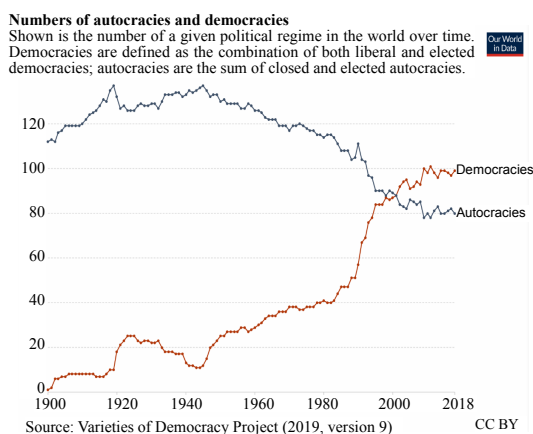
球約三分之一人口（5億人）感染，2千萬至5千萬人死亡的「西班牙流感」，COVID-19疫情迄今在帳面上雖未若其嚴峻，但對憲政民主法治與自由體制的衝擊卻是前者所未見。

根據牛津大學的統計，1918年全球145個政體中，僅有10個屬於民主體制，其餘135個皆為專制政權。歷經百年的演變，2018年全球179個政體當中已有超過半數的99個為民主體制（見圖一）。<sup>1</sup>在此背景下，2020年的COVID-

\* 中央研究院法律學研究所研究員兼資訊法中心主任。

<sup>1</sup> MICHAEL COPPEDGE ET AL., VARIETIES OF DEMOCRACY (V-DEM) PROJECT, V-DEM CODEBOOK v9, at 254, <https://doi.org/10.23696/vdemcy19> (2019) (last visit Jan. 20, 2021).

19疫情可說是人類歷史上，民主與專制體制首次進行的一場全面壓力測試競賽。這場壓力測試競賽的開端，一般認為以中國武漢為始，而中國政府起初隱匿疫情資訊的作為，包括指控疫情吹哨人李文亮醫師在網路上散布不實言論並予訓誡，稍後又在武漢、湖北與中國少數其他幾個城市採取大規模強制封城措施，2月間傳出9萬多人感染、4,700多人死亡的嚴重疫情，在在被認為印證了經濟學家與哲學家Amartya Sen在1981年提出的觀點：欠缺言論與新聞自由的威權政體，易導致包括飢荒在內的權利分配不均問題。<sup>2</sup>



圖一 民主與專制政體在二十世紀的發展趨勢  
來源：Varieties of Democracy (V-Dem) Project

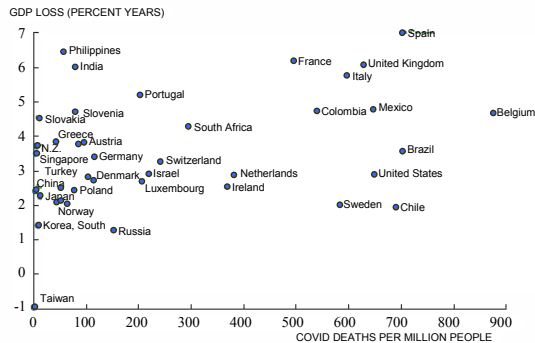
不過，民主政體在疫情控制上必然優於專制的信念，未經多時即面臨挑戰。包括英、美、法、比利時、瑞典、

西班牙、義大利等老牌或晚近民主國家後來居上且更形嚴重的疫情發展，說明疫情輕重並不遵循民主與專制的簡單二分。美國「國家經濟研究局」(National Bureau of Economic Research) 2020年10月發布的初步報告更進一步指出，民主國家在疫情控制上的表現也存在相當大的內部差異(見圖二)。這份報告的研究者依照經濟影響程度(GDP損失)與死亡率兩項指標，評估各國因疫情對社會活動的管制程度與其相對應之成效，結果發現：德國、挪威與丹麥的COVID-19經濟影響與死亡率兩項指標均低；西班牙、比利時、英國、義大利的兩項指標卻偏高；瑞典與美國則呈現經濟影響相對較小，但卻有較高死亡率的結果。<sup>3</sup>而另一方面，中國雖是典型的威權專制國家，但其疫情在4月份後大體已獲得控制，其總體經濟影響(GDP減少2.5%)與死亡率(3%)比諸許多民主國家，似乎不算太差；政治體制上偏向專制，也無完整新聞自由的越南，迄今確診總人數1,343人、死亡35人，加上2.4% GDP年成長率的經濟表現，更領先絕大多數的民主國家。顯然決定疫情控制成效與其對社會與經濟影響的是政治體制以外的其他因素；民主制度本身並不必然蘊含較專制政體更能有效應對疫情的特性。<sup>4</sup>事實上，由於威權或專制政體的正當性多半繫於統治菁英的治理「結果」，而不是民主政體所在意的

<sup>2</sup> AMARTYA SEN, *POVERTY AND FAMINE: AN ESSAY ON ENTITLEMENT AND DEPRIVATION* (Oxford University Press, 1981).

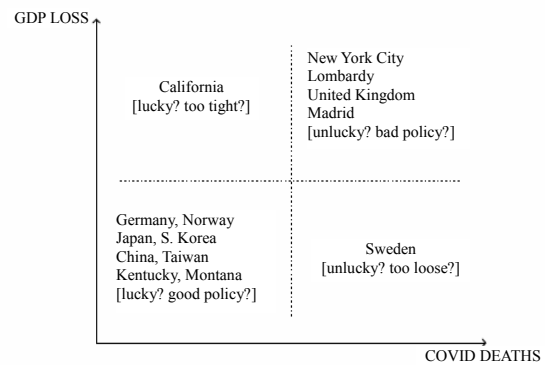
<sup>3</sup> JESÚS FERNÁNDEZ-VILLAVARDE & CHARLES I. JONES, NATIONAL BUREAU OF ECONOMIC RESEARCH, *MACROECONOMIC OUTCOMES AND COVID-19: A PROGRESS REPORT 12* (Working Paper No. 1080) (Oct. 2020).

<sup>4</sup> Eugénie Mérieau, *COVID-19, Authoritarianism Vs. Democracy: What the Epidemic Reveals about the Orientalism of Our Categories of Thought*, SCIENCESPO (Aug. 28, 2020).



Note: "GDP Loss" is the cumulative loss in GDP since the start of 2020 and is annualized. For example, a value of 6 means the loss since the start of 2020 is as if the economy lost six percent of its annual GDP.

圖二 各國受疫情影響分布



圖三 生命與經濟利益間的交換

「正當程序」，<sup>5</sup>因此威權專制政體或可不受制於繁複的民主與法治程序，而能更有效地應對處理危機，以避免在結果上呈現治理無能而動搖其統治正當性。<sup>6</sup>反之，民主體制向來要求的正當程序與人權保障，反可能成為民主國家防疫不利的罪魁禍首。民主與專制在COVID-19疫情治理表現上的倒反，不僅使Francis Fukuyama在上個世紀80年代宣稱「人類政治經濟與社會體制的演化之爭已終結於民主」的大膽主張，<sup>7</sup>顯得困窘，也使當今全球以美歐—中俄對抗為核心的地緣政治之戰，出現了意識形態逆轉的危機。此刻，臺灣作為一個民主政體，得以在全球疫情肆虐之際

獨樹一幟地維持低確診與高度經濟活動，不僅是世界各國效法與讚揚的表率，也成為民主陣營抗衡威權專制體制時，用以證成民主仍能有效控制疫情的關鍵例證！

臺灣，這個在1918年至1919年西班牙流感爆發期間，<sup>8</sup>正值日本以「特別統治主義」在臺甫完成初步「文明化」的殖民地，歷經百年政治動盪後的2020年初，則已順利完成民主化後的第七次總統直選。截至2020年11月底，全臺灣一共有651個確診病例，累計7人死亡。相較起全球6千多萬人染疫、1百多萬人死亡，這樣的低數據不僅令外人納悶，「臺灣模式」<sup>9</sup>的成功究竟是出於有效的

<sup>5</sup> See, e.g., RONALD WINTROBE, *THE POLITICAL ECONOMY OF DICTATORSHIP* (Cambridge Univ. Press, 1998); JENNIFER GANDHI, *POLITICAL INSTITUTIONS UNDER DICTATORSHIP* (Cambridge Univ. Press, 2008).

<sup>6</sup> Mérieau, *supra* note 4.

<sup>7</sup> Francis Fukuyama, *The End of History?*, 16 *THE NATIONAL INTEREST* 1, 1-18 (1989).

<sup>8</sup> 當時全臺有77萬9千餘人染疫，奪走23,556條人命。蔡承豪，*流感疫病下的地域社會景況與公衛因應：以1918年台南廳為例*，成大歷史學報，42號，頁175、218（2012年）。

<sup>9</sup> 包括臺灣政府自己的對外宣傳，以及國際上讚揚臺灣抗疫表現的報導中，經常以Taiwan Model來稱呼臺灣在疫情中的因應作法。Ministry of Foreign Affairs, *The Taiwan Model for Combating Covid-19*, <https://www.mofa.gov.tw/en/theme.aspx?n=B13D460AE0B33449&s=9C13959F19F93B2F&sms=BCDE19B435833080> (last visit Nov. 30, 2020); Paula Hancocks, *Taiwan Led the World in Closing Down for Covid-19, Now It Wants to Do the Same with Opening Back Up*, CNN, Sep. 22, 2020, CNN, <https://edition.cnn.com/2020/09/21/>

防疫政策與措施，或純粹運氣使然（見圖三）。不過，對臺灣內部而言，我們也必須認真追問，在強健的醫療體系、敏捷的官僚行動能力與及早作出的防疫決策等防疫成功國家均具備的共通特徵之外，<sup>10</sup>臺灣究竟是個在抗疫過程中既能採取有效防疫措施，也貨真價實地遵守法治原則（rule of law）的民主典範，還是，臺灣成功抗疫的背後其實暗地進行了一個以法治原則為代價的浮士德交易？

本文以下將先回顧「臺灣模式」之中的四種關鍵防疫措施，同時說明政府如何構築該等防疫措施的法制基礎，接著分析臺灣模式之法制基礎的特徵，指出這些特徵的共同目的，即在於企圖在未宣布緊急命令下實質懸置凍結常態法治。最後，本文透過例外狀態與憲法中緊急命令法制的分析，論證立法與行政為臺灣防疫模式共同打造的這個法制基礎，不僅已陷入違背憲法關於緊急命令規定的風險，也將臺灣推向「例外狀態常態化」與「常態法秩序緊急化」的懸崖。

## 貳、臺灣模式之防疫措施的展開

### 一、資訊缺口下的疫情風險評估

臺灣對COVID-19的防疫作為，始

於疾病管制署一名官員於2019年12月31日清晨，自網站得知中國武漢市發生至少七例「非典型肺炎」，乃於當天上午向中國疾病控制中心確認疫情，隨即於當天依標準作業程序，啟動對武漢直航入境班機的登機檢疫，並以電郵方式通報世界衛生組織（WHO）之「國際衛生條例IHR」聯繫窗口，尋求進一步資訊。WHO雖於2020年1月4日對外指出中國所通報之非典型肺炎群聚尚無死亡案例，但仍無法判別感染源及染病途徑。臺灣疾管署乃於2020年1月6日向中方提出派專家直接前往武漢實地瞭解疫情的請求，以期掌握完整資訊，但直至1月11日始獲中方回應，同意我方與港澳專家一同前往。疾管署兩名專家於1月12日啟程赴武漢進行2天實地訪視，至回臺前雖僅取得有限的資料，但從未能順利訪查取證的可能阻礙予以綜合研判後，即在尚未有真正充分的科學證據支持下，判定此次疫病應有高度人傳人可能性。<sup>11</sup>衛福部也旋即於1月15日在COVID-19根本尚未被WHO正式命名之前，就依據《傳染病防治法》第3條第1項第5款規定，將「嚴重特殊傳染性肺炎」列為第五類法定傳染病，<sup>12</sup>正式開啟臺灣的一連串防疫作為。中央流行疫情指揮中心也於1月20日以三級開設，1

asia/taiwan-model-coronavirus-hnk-intl/index.html (last visit Jan. 20, 2021); Linda Hsieh & John Child, *What Coronavirus Success of Taiwan and Iceland Has in Common*, THE CONVERSATION, June 29, 2020, <https://theconversation.com/what-coronavirus-success-of-taiwan-and-iceland-has-in-common-140455> (last visit Jan. 20, 2021).

<sup>10</sup> Charles Hankla, *How Disorderly Democracies Taiwan led the world in closing down for Covid-19, now it wants to do the same with opening back up Outperform Efficient Autocracies in Tackling Coronavirus*, THE CONVERSATION, May 7, 2020, <https://theconversation.com/how-disorderly-democracies-can-outperform-efficient-autocracies-in-tackling-coronavirus-136924> (last visit Jan. 20, 2021).

<sup>11</sup> 據作者訪談不具名之前防疫醫師，當時研判群聚肺炎的另一個待排除的染病原因是中毒。

<sup>12</sup> 衛生福利部，109年1月15日，衛授疾字第1090100030號公告。

月23日提升為二級，並於2月27日提升至最高的一級。

相較於WHO一直到越南於1月24日出現沒有武漢旅遊史的感染者，才證實病毒可人傳人，至1月30日始正式宣布COVID-19疫情為「國際公共衛生緊急事件」(Public Health Emergency of International Concern, PHEIC)，臺灣及早作出的疫情判斷，使臺灣雖緊鄰全球第一波疫情重災區的中國，仍能在疫情於3月11日演變為WHO認定的「全球大流行(pandemic)」之前，<sup>13</sup>早已完成各項防堵疫情的超前部署，<sup>14</sup>應該是臺灣後續得以成功防疫的關鍵原因。<sup>15</sup>

## 二、未宣布緊急狀態的緊急疫情風險管理

回顧從2020年1月中至11月底的各項防疫措施，其中最具「臺灣模式」特色，但其正當性高度仰賴適當之法制基礎者，大體包括邊境管制、電子監控輔

助的隔離檢疫、大數據的疫調、口罩實名分配與強制配戴政策等四項。<sup>16</sup>

### (一)概括授權下的邊境管制

有鑑於兩岸間人員往來頻繁，每年平均約有260萬人次的中國訪客來臺，而臺灣每年亦約有400萬人前往中國，更有約40萬人長期居住或工作，因此自從武漢爆發COVID-19疫情後，如何防堵病毒透過人員往來從中國傳入，即成為初期防疫的重點。繼2020年12月31日疾管署開始對來自武漢的班機進行入境登機檢疫，1月23日臺灣國籍航空的武漢直航班機全數停飛，衛福部公告禁止居住於武漢而無臺灣(戶)籍之人士入境；<sup>17</sup>當天中國政府宣布武漢封城。1月25日與之後的數天，指揮中心陸續決議將禁止入境的範圍擴及湖北省、廣東省<sup>18</sup>與溫州市<sup>19</sup>，及至2月7日全面禁止曾於14日內入境或居住中港澳之所有非本國籍人士入境。<sup>20</sup>除了防堵來自中國的

<sup>13</sup> WHO, COVID-19 AS A PUBLIC HEALTH EMERGENCY OF INTERNATIONAL CONCERN (PHEIC) UNDER THE IHR, ADDENDUM TO FACT SHEET 15 ON NATIONAL IMPLEMENTATION MEASURES FOR THE INTERNATIONAL HEALTH REGULATIONS 2005 (IHR), Fact Sheet 15A (May 2020).

<sup>14</sup> 此時臺灣累計確診病例數為48，全球累計則已達117,934。見衛生福利部，COVID-19防疫關鍵決策網，<https://covid19.mohw.gov.tw/ch/sp-timeline0-205.html> (最後瀏覽日期：2020年11月30日)。

<sup>15</sup> 相同觀點請參見Ching-Fu Lin, Chien-Huei Wu & Chuan-Feng Wu, *Reimagining the Administrative State in Times of Global Health Crisis: An Anatomy of Taiwan's Regulatory Actions in Response to the COVID-19 Pandemic*, 11 EUROPEAN JOURNAL OF RISK REGULATION 256-72 (2020).

<sup>16</sup> 衛生福利部在對外政策溝通上，則自行列出八個「成功防疫因素」，包括：SARS經驗、中央疫情指揮中心、資訊公開透明、良好的資源分配、及時邊境管制、智慧社區防疫、先進的醫療科技、優質國民等。衛生福利部，COVID-19防疫關鍵決策網，成功防疫因素，<https://covid19.mohw.gov.tw/ch/np-4823-205.html> (最後瀏覽日期：2020年11月30日)。

<sup>17</sup> <https://covid19.mohw.gov.tw/ch/cp-4822-53481-205.html> (last visit Jan. 20, 2021).

<sup>18</sup> [https://www.cdc.gov.tw/Bulletin/Detail/s43g1w\\_POKRH67ffmCHdwA?typeid=9](https://www.cdc.gov.tw/Bulletin/Detail/s43g1w_POKRH67ffmCHdwA?typeid=9) (last visit Jan. 20, 2021).

<sup>19</sup> [https://www.cdc.gov.tw/Bulletin/Detail/E9iQwdg9OLu8I9II8s\\_uQ?typeid=9](https://www.cdc.gov.tw/Bulletin/Detail/E9iQwdg9OLu8I9II8s_uQ?typeid=9) (last visit Jan. 20, 2021).

<sup>20</sup> 「因應武漢肺炎疫情持續擴大，為確保國內公衛安全，強化人流入境控管，我國政府針對外籍人士來臺將採取以下措施：一、自本(109)年2月7日起，針對14日內(自1月24日以後)曾經入境或居住於中國大陸的一般外籍人士，將禁止入境我國(含享有免簽證待遇、落地簽證及電子簽證待遇及持有效簽證的

疫情之外，為因應疫情稍後擴散至歐洲、美洲並進入全球大流行，指揮中心也於3月19日公告全面禁止所有無居留證之外籍旅客來臺（經特殊許可者除外）。

上述關閉邊境的措施，其法源基礎雖未由指揮中心或主管出入境管制的內政部對外公開說明，但依合理推斷可能係分別依據《傳染病防治法》第58條第1項第6款：「主管機關對入、出國（境）之人員，得施行下列檢疫或措施，並得徵收費用：六、商請相關機關停止發給特定國家或地區人員之入國（境）許可或提供其他協助。」以及《入出國及移民法》第18條授權移民署禁止外國人入國事由中的第8款規定：「患有足以妨害公共衛生或社會安寧之傳染病、精神疾病或其他疾病」、《大陸地區人民進入臺灣地區許可辦法》第12條授權內政部不許可無我國戶籍之中港澳人士入境事由中的第10款規定：「患有重大傳染性疾病」。然而，來自COVID-19疫區之非本國籍人士，並不必然皆已「患有傳染病」，因此，除非《傳染病防治法》第58條第1項第6款由衛福部「商請」內政部移民署停發入境許可的措施，本身即可單獨成為移民署禁止外人入境之行政行為的基礎，否則一個更可能被主張的授權依據會是《入出國及移民法》第18條第13款「有危害我國利益、公共安全或公共秩序之虞」《大陸地區人民進入臺灣地區許可辦法》第12條第14款「經主管機關或中央目的事業主管機關認定，對臺灣地區政

治、社會、經濟有不利影響」的事由；後者作為主權國家對外進行邊境管制的霸王條款，即使未明白授權移民署禁止任何來自疫區之外人入境，一般認為立法者透各該款的概括授權，確實意在給予移民署一個即使是在常態時期也依然擁有的廣泛裁量空間，以進行國土邊界的進出管控。

將可能染疫的外國人（或無臺灣籍人士）阻擋於國門之外，最終沒有引發太多法制爭議，然而為了保全防疫能量與避免國人出國旅遊再次入境時將國外疫情引入國內，對特定身分人士實施的限制出境措施，卻引起不小爭議。衛福部於2月23日宣布，為「避免醫療需求暴增」以及「降低醫療人員耗損，特別是專業醫療人員培養不易，人力難以於短時間提升或及時遞補，因此，應盡可能避免醫療人員於防護不足下，因接觸感染個案而染病或需要居家隔離，或因旅遊史而需要居家檢疫的情形發生，進而影響醫療人力之調度，甚至衝擊醫療服務量能緊縮」，嚴格限制醫院第一線醫事人員前往中港澳地區，其他旅遊警示地區則僅限會議公務或特殊原因經醫院首長同意後始得前往。<sup>21</sup>

依照時任衛福部醫事司司長的說明，禁止醫事人員出境的法律依據係《醫師法》第24條「醫師對於天災、事變及法定傳染病之預防事項，有遵從主管機關指揮之義務。」及《醫療法》第27條「於重大災害發生時，醫療機構應遵從主管機關指揮、派遣，提供醫療服務及協助辦理公共衛生，不得規避、妨

外籍人士)。」

<sup>21</sup> 衛生福利部，衛福部因應疫情發展醫事人員出國規定，2020年2月23日，<https://www.mohw.gov.tw/cp-4635-51640-1.html>（最後瀏覽日期：2021年1月20日）。

礙或拒絕。」<sup>22</sup>不過，《醫師法》規範之對象並不及於醫師以外包括護理師、藥師等其他醫事人員及醫院社工，而《醫療法》係以「醫療機構」為規範對象，也無法作為直接規範醫事人員與醫院社工之依據。對於指揮中心在欠缺明確法律授權依據下，直接限制《憲法》第10條所保障之人民居住遷徙自由的作法，隨即引發各界批評。<sup>23</sup>但就在醫護旅遊禁令宣布的兩天後，立法院三讀通過了《嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例》（下稱「特別條例」）。其中第7條規定「中央流行疫情指揮中心指揮官為防治控制疫情需要，得實施必要之應變處置或措施」，該條並溯及自COVID-19被公告列為第五類法定傳染病的1月15日起施行。指揮中心也於3月17日重新發布「醫院因應嚴重特殊傳染性肺炎（COVID-19）人員出國規定」，改依「特別條例」第7條所謂的「必要之應變處置或措

施」，作為限制醫護出國之依據。<sup>24</sup>

約莫在同一時間，教育部也援引「特別條例」第7條、《傳染病防治法》第7條<sup>25</sup>及《災害防救法》第31條第1項第11款<sup>26</sup>等規定，作為實體作用法依據，於行政院公報上以「公私立高級中等以下學校之教職員工生」為對象，公告暫時停止出國之「一般處分」。<sup>27</sup>教育部就此並以新聞稿說明，其係依據「中央流行疫情指揮中心第16次會議決議，指示教育部依行政程序法第92條第2項前段規定作成一般處分，並依同法第100條第2項規定公告之。」<sup>28</sup>

只不過，形式上作成暫停出國之一般處分的機關為教育部，其行政行為卻援引屬於「中央流行疫情指揮中心指揮官」（特別條例第7條）與「衛生福利部」（《傳染病防治法》第7條）的權限作為依據，似有處分機關與處分權限不相符的問題。教育部雖於新聞稿中解釋係依疫情指揮中心會議決議之「指

<sup>22</sup> 簡浩正，非禁全球！禁醫護出國有法源 「想去夏威夷還是可以」，聯合報，2020年2月24日。

<sup>23</sup> 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54-57（2020年）。

<sup>24</sup> 嚴重特殊傳染性肺炎中央流行疫情指揮中心，109年3月17日，肺中指字第1093800250號函。其後衛福部更於3月24日以衛部醫字第1091661886號函發布「因應嚴重特殊傳染性肺炎醫院醫事人員及社工人員配合防疫取消出國之損失補助作業須知」。

<sup>25</sup> 《傳染病防治法》第7條：「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。」

<sup>26</sup> 《災害防救法》第31條第1項第11款：「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，並以各級政府名義為之：十一、其他必要之應變處置。」

<sup>27</sup> 教育部，109年3月20日，臺教授國部字第1090032762號函公告，行政院公報，第026卷第052期，[https://gazette.nat.gov.tw/EG\\_FileManager/eguploadpub/eg026052/ch05/type3/gov40/num41/Eg.pdf](https://gazette.nat.gov.tw/EG_FileManager/eguploadpub/eg026052/ch05/type3/gov40/num41/Eg.pdf)（最後瀏覽日期：2021年1月20日）。

<sup>28</sup> 此外，教育部也於3月18日，以臺教高通字第1090041277號通函各公私立大專校院，要求其教職員工生避免非必要或非急迫之出國，並課予校長針對前往第二級警示或第一級注意地區之出國案，應審慎從嚴審核，非必要或非急迫者，應不予同意，已核准者應重新審核的義務。不過該函並未引述任何法令依據，亦未說明違反之法律效果，其用語雖提及「校長應……」，但究其實際性質，當屬不具法律上強制力之行政指導。

示」而為，也另援引《災害防救法》第31條第1項第11款「應變中心指揮官實施其他必要之應變處置，並以各級政府名義為之」的規定為據，但倘若COVID-19之疫情原即屬《災害防救法》所規範之「生物病原災害」而得以適用該法第31條第1項第11款規定，使「疫情指揮中心指揮官」擁有實施「其他必要之應變處置」之權限，則「特別條例」第7條再次賦予指揮官「得實施必要之應變處置或措施」的立法，即顯得多餘。無論如何，在「特別條例」已行立法的情況下，「特別條例」就COVID-19疫情的防救，理當是《災害防救法》的特別法而應優先適用，<sup>29</sup>並無再借道《災害防救法》之理，也因此教育部暫停出國的一般出處分，仍不無可能面臨《行政程序法》第111條第6款所稱，行政處分「未經授權而違背法規有關專屬管轄之規定或缺乏事務權限」而屬無效的爭議。

然而更關鍵的爭議在於，「特別條例」第7條（或《災害防救法》第31條第1項第11款）當中「必要之應變處置或措施」文字，是否能作為政府限制人民遷徙自由的適當依據？

就此，吳秦雯教授認為醫事人員之出國禁令有儲備防疫能量之正當考量，且設有期限，因此僅係國家災難期間特殊的「短期非常措施」，可認為該等限制尚屬正當合理。反之，學校教職員工

生的出國禁令，並無明確的公益目的，甚至將全國各級學校之師生視為可任由上級（教育部）之內部命令進行管制、不受法律保留原則保障之對象，恐為特別權力關係之復辟；加之一般人難以從「特別條例」第7條「必要之應變處置或措施」文字，即能預見其包含限制教職員工生出國之意旨，也不易憑社會通念加以判斷得知，是此等出國禁令若以此為據，既不符合明確性原則，也不符合限制基本權所應遵循的正當法律程序。<sup>30</sup>

相對地，陳仲嶙教授則先從「法律明確性原則」之規範意旨出發，認為該原則既然在確保「受規範者能預見所受規範之內容及效果」，則「特別條例」第7條的直接受規範者為「中央流行疫情指揮中心指揮官」而非一般人民，因此「憂慮〔指揮官〕難以預見其行為之後果而受損害之考量，即大幅下降」。<sup>31</sup>此外，針對立法者對行政權的行使是否提供足夠控制的「法律授權明確性原則」問題上，陳仲嶙則認為應站在功能最適觀點，考量疫情變化及如何處置均難以事先預期，防疫即有彈性應變之需要，而具備醫療及公衛專業的行政權相較於立法者更有能力作出適當判斷與決策，因此出國禁令雖未必為立法者在立法當時已預見之手段，但仍應是該條立法意圖所包含的措施，蓋立法者有意透過不具體描述得運用手段態樣的方式，

<sup>29</sup> 關於傳染病防治法的疫情指揮體系與災害防救法的災害應變體系二者間的關係，請參見蕭慶瞬、林育如、池宜倩、周淑玫、楊靖慧，我國生物病原災害應變體系之探討，疫情報導，第32卷第3期，頁52-61（2016年）。

<sup>30</sup> 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，第9卷第1期，頁110-112（2020年）。

<sup>31</sup> 陳仲嶙，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，第9卷第1期，頁10（2020年）。



給予指揮官廣泛授權。依據上述論證理路，陳仲嶙認為「特別條例」第7條授權指揮官為防疫之目的「得實施必要之應變處置或措施」，並不違反「法律授權明確性原則」；而以「特別條例」第7條作為出國禁令之授權基礎，也因此不違背「法律保留原則」。<sup>32</sup>

禁止出國的邊境控制在多大程度上有利於臺灣在 COVID-19 疫情下的防疫，由於欠缺實證的資料而難予估計。但以「特別條例」第7條的空白授權作為 COVID-19 疫情期間限制憲法基本權利的基礎，是否真的符合憲法的要求，仍有進一步探求的必要。本文將於參、再回到這個問題。

## (二)電子圍籬中的隔離檢疫

在邊境控制之外，將境內的已知感染者，在其有傳染力之期間與他人分離以防疾病擴散（確診者及症狀符合疑似病例定義者之隔離），並將曾暴露於疾病風險之無症狀者，在「症狀潛伏期間」限制其活動，以免在症狀潛伏期間

已有傳染力的無症狀者將疾病傳染他人（接觸者、疫區入境者之檢疫），此二者均是欠缺藥物性防疫手段下重要的防疫措施。臺灣歷經 SARS 期間因強制隔離引發爭議的經驗，此次 COVID-19 疫情期間除部分入境者係接受集中檢疫外，<sup>33</sup>從2月6日起，大多數情形均被要求於家中進行14天的居家隔離或居家檢疫。而最引人注目者，當是搭配居家隔離檢疫所採取的手機定位追蹤，用以落實居家隔離檢疫之執行。

衛福部在「特別條例」通過前的2月6日，先依據《傳染病防治法》第17條（中央流行疫情指揮中心成立依據）、第58條<sup>34</sup>、第69條第1項（罰則）以及《中央流行疫情指揮中心實施辦法》第4條第1項等規定，公告有中港澳旅遊史者的「居家檢疫」措施。<sup>35</sup>「特別條例」通過後，復於4月3日以《傳染病防治法》第48條<sup>36</sup>、第58條及「特別條例」第15條（加重罰則）為基礎，公告「居家隔離及居家檢疫對象應遵守及注意事項」。<sup>37</sup>前後兩則居家措施的公

<sup>32</sup> 陳仲嶙（註31），頁28-32。

<sup>33</sup> 包括2月3日第一批（247人）及3月11日第二批（361人）自武漢返臺之臺商包機，3月29日第一班（153人）及3月30日第二班（214人）定點返臺專案航班，以及8月12日起自菲律賓入境之所有旅客，採行集中檢疫。衛生福利部，COVID-19防疫關鍵決策網，COVID-19防疫關鍵決策時間軸，<https://covid19.mohw.gov.tw/ch/sp-timeline0-205.html>（最後瀏覽日期：2020年11月30日）。

<sup>34</sup> 《傳染病防治法》第58條：「(I)主管機關對入、出國（境）之人員，得施行下列檢疫或措施，並得徵收費用：四、對自感染區入境、接觸或疑似接觸之人員、傳染病或疑似傳染病人，採行居家檢疫、集中檢疫、隔離治療或其他必要措施。(III)入、出國（境）之人員，對主管機關施行第一項檢疫或措施，不得拒絕、規避或妨礙。」

<sup>35</sup> 衛生福利部，109年2月6日，衛授疾字第1090100221號公告，<https://www.mohw.gov.tw/dl-59232-f12a2abc-c0f4-4bb9-a656-13768c134e90.html>（最後瀏覽日期：2021年1月20日）。

<sup>36</sup> 《傳染病防治法》第48條：「主管機關對於曾與傳染病人接觸或疑似被傳染者，得予以留驗；必要時，並得令遷入指定之處所檢查、施行預防接種、投藥、指定特定區域實施管制或隔離等必要之處置。」

<sup>37</sup> 衛生福利部，109年4月13日，衛授疾字第1090200293號公告，<https://www.cdc.gov.tw/File/Get/XbSv8u0dg-k1oCFCVTli8Q>（最後瀏覽日期：2021年1月20日）。

告中，分別提及居家檢疫或隔離對象「應提供詳實之聯絡資料及配合必要之關懷追蹤機制」、「並配合提供手機號碼、回復雙向簡訊健康情形等必要之關懷追蹤機制」等文字，當係指手機定位追蹤或一般所稱之「電子圍籬」措施。<sup>38</sup>

論者對於藉由手機定位形成電子圍籬，以確保居家檢疫隔離義務切實履行的防疫手段，有認為可減輕防疫中心之工作負擔、提升防疫效果，即使可能影響人民受憲法保障之隱私權，仍是「特別條例」第7條授權「實施必要之應變處置或措施」的範圍，符合法律保留與比例原則。<sup>39</sup>但質疑者如李榮耕教授則認為，藉由手機定位形成電子圍籬，即使不符合通訊監察之目的而不受《通訊保障及監察法》之規範，<sup>40</sup>但《傳染病防治法》第35條至第60條的防檢疫措施規定，均未提及手機定位監控作為防檢疫手段，而無論是《傳染病防治法》第7條的防疫任務概括規定，或「特別條例」第7條的「必要之應變處置或措施」條文，也均欠缺明確性而不能作為24小時不間斷電子監控方式的適當規範

基礎。<sup>41</sup>不過，《傳染病防治法》中的各該規定，是否符合法律明確性要求而可作為電子圍籬措施的法律基礎，與大法官釋字第690號解釋以「一般審查標準」，對91年版《傳染病防治法》第37條（相對應於現行法第48條）進行「法律明確性」審查後，認為該條所稱「必要之處置」即使包含「強制隔離」也不違背法律明確性原則之解釋意旨及其所產生之問題有關。就此同樣將於本文參、進一步分析。

### (三)天羅地網的接觸者追蹤

上述邊境管制與隔離檢疫均屬病毒防堵的防疫策略。不過，一旦病毒防堵策略失敗，使漏網之魚進入境內，為防止其進一步擴散，就必須先透過接觸者追蹤（contact tracing）進行疫情調查，以匡列曾與感染者接觸而有被傳染風險的「接觸者」，始能開啟後續的隔離措施，阻斷疾病的擴散。傳統接觸者追蹤一般係透過防疫醫師訪談感染者並調查相關事證的方式為之，但此次COVID-19疫情中臺灣模式的特色之一，即是政

<sup>38</sup> 依據台灣人權促進會向中央流行疫情指揮中心申請政府資訊公開所得之資料顯示，在2020年2月28日至4月9日這段期間，一共有84,903人在電子圍籬下接受居家檢疫或居家隔離。嚴重特殊傳染性肺炎中央流行疫情指揮中心，109年9月9日，肺中指令第1090000237號函。

<sup>39</sup> 例如廖緯民，積極用智慧監控對抗疫情，聯合報，2020年2月17日；何建志，COVID-19疫情期間防疫與隱私之平衡，台灣法學雜誌，第387期，頁26-27（2020年）。不過何建志似乎錯引「特別條例」第8條作為依據，蓋第8條係針對已違反或有違反隔離或檢疫命令之虞者的資訊隱私限制。與手機定位追蹤手段係針對所有接受居家隔離或檢疫者，均無差別地限制其資訊隱私權，二者並不相同。其他支持該措施合法性之見解如林明鏞，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，第388期，頁5-6（2020年）。但事實上，依照中央流行疫情指揮中心提供給立法委員的資料，指揮中心指揮官從未曾援引「特別條例」第7條或第8條作為實施「電子圍籬」的作用法依據。

<sup>40</sup> 雖然手機定位的電子圍籬也使用基地台訊號位置資訊進行監控，與《通訊保障及監察法》所規範之「通信紀錄」監察相仿，但手機定位追蹤所需的「即時」位置資訊與通保法所允許調取的電信服務使用「後」產生之用戶位置資訊，仍不相同。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，第42期，頁95-96（2020年）。

<sup>41</sup> 李榮耕（註40），頁96-100。

府官員口中運用大數據進行的科技防疫，並廣為外人所稱頌。<sup>42</sup>

不過，大數據的接觸者追蹤究竟如何操作，政府原未有任何正式之公開說明。直到5月間一篇以政府官員為首掛名作者而公開發表的學術期刊文章，以發生於1月底及2月初的鑽石公主號遊輪為例，說明大數據防疫的各項措施之後，<sup>43</sup>始得以一窺其面貌。

鑽石公主號遊輪於2020年1月20日疫情方興未艾之際從日本橫濱出發，於1月31日途經臺灣停泊基隆港。船上3千餘名乘客及船員下船於北臺灣各地遊覽，當天晚上再從基隆港出發前往日本沖繩。就在遊輪停靠沖繩期間，一名乘客發燒，經COVID-19檢測出現陽性反應。但遊輪乘客當中可能已有人染疫的消息，一直要到鑽石公主號回到日本橫濱港進行檢疫出現多人陽性反應，始於2月5日經媒體披露。消息傳回臺灣，立即引發恐慌，擔心六天前造訪臺灣的感染者，恐在其旅遊途中已將病毒傳染給與之接觸者，並透過接觸傳染擴散至全臺各地。

對此，中央流行疫情指揮中心於2月6日成立專案小組，提出六種途徑，嘗試克服遊輪乘客已離境，無法僅藉由旅遊行程表重建詳細之傳染路徑的困難：遊覽車上的GPS、信用卡交易紀錄、各處的路口監視攝影機、車輛上

eTag資訊、手機位置資訊。由於前四種途徑均具有某些侷限性，因此指揮中心所標榜的大數據防疫措施，即是以手機基地台的位置資訊為主，輔以其他四種作為交叉比對之用。指揮中心首先向基隆港附近的基地台，調取鑽石公主號於1月31日停泊期間，曾向基地台發出登錄請求的3千餘筆手機門號資訊，指揮中心據此推論具為鑽石公主號之乘客或船組員所有。雖依論文所稱，基地台顯示的手機位置與實際位置可能存在150公尺的誤差，但依照這些手機門號在當天的不同時間、於不同基地台登錄的資訊，仍可刻劃出每一支門號的大體移動軌跡。接著指揮中心再向電信公司請求提供所有在鑽石公主號乘客組員移動軌跡周邊500公尺範圍內，與之有達5分鐘以上時間與空間重疊者的門號，藉此共匡列627,386位可能的「接觸者」。之後指揮中心一方面向60餘萬名可能「接觸者」發出細胞簡訊，告知其可能曾暴露於染疫風險，應進行自主健康管理；另一方面則在此60多萬名可能「接觸者」的健保資料頁面進行註記，以便醫事人員於「接觸者」出現症狀就診時能提高警覺提供病毒檢驗，同時也從過去幾天的健保資料庫中比對「接觸者」是否曾因肺炎就醫，並透過健保資料持續追蹤「接觸者」至3月10日為止。<sup>44</sup>不過，在大費周章的大數據疫調後，卻未發現任

<sup>42</sup> See, e.g., FERNÁNDEZ-VILLAVARDE & JONES, *supra* note 3, at 3; Robert H. Brook, C. Jason Wang & Chun Y. Ng, *Response to COVID-19 in Taiwan: Big Data Analytics, New Technology, and Proactive Testing*, 323(14) JAMA 1341-42 (2020); Michelle M. Mello & C. Jason Wang, *Ethics and Governance for Digital Disease Surveillance*, SCIENCE 10.1126/science.abb9045, at 1 (2020).

<sup>43</sup> Chi-Mai Chen et al., *Containing COVID-19 Among 627,386 Persons in Contact With the Diamond Princess Cruise Ship Passengers Who Disembarked in Taiwan: Big Data Analytics*, 22(5):e19540 J. MED. INTERNET RESEARCH 1 (2020).

<sup>44</sup> *Id.* at 2-4.

何一名感染者。所有出現症狀者的病毒檢測結果均為陰性。

依據該篇論文的敘述，疫情指揮中心認為2007年修正後的《傳染病防治法》已使主管機關可以不須取得授權或同意，即蒐集此次大數據疫調所使用的通信紀錄、健保資料、信用卡交易紀錄、公路收費紀錄、路口影像等個人資料。不過，論文並未引述究竟係依據該法的哪一個條文。推測指揮中心在「特別條例」尚未通過的情況下，可能引用的條文若非是《傳染病防治法》第7條的防疫任務概括條款，就應該是《傳染病防治法》第43條賦予地方主管機關對疫情進行「檢驗診斷」與「調查傳染病來源」的權限。<sup>45</sup>不過，對疑似傳染病人進行檢驗診斷以確定是否為確診病例，以及針對已知之確診病例「向前追溯」其染病來源雖是《傳染病防治法》第43條對主管機關的授權，但針對可能傳染源，大規模調動公、私部門的資料庫進行交叉比對、註記，以「向後追蹤」其可能被傳染對象，卻與該條之文義存在相當的落差。欲以之作為利用大數據分析進行接觸者追蹤的法源依據，恐怕必須在「法律明確性原則」上作出重大妥協，方可能達成。<sup>46</sup>此外，《傳染病防治法》第43條本身是否可作為電信公司提供手機用戶之通信紀錄資料予地方主管機關或中央流行疫情指揮中心的依據，並非無疑。指揮中心在回復台

灣人權促進會的政府資訊公開申請時，則提及電信業者為配合「居家檢疫、居家隔離」措施執行，而提供手機門號及位置資訊予指揮中心做目的外利用，係依據《個人資料保護法》第20條第1項第2款「為增進公共利益所必要」與第4款「為防止他人權益之重大危害」的規定。依此推論，指揮中心對於電信業者更大規模地（電子圍籬人數約8萬5千人，鑽石公主號的接觸者追蹤則超過62萬人）配合「接觸者追蹤」而提供門號與位置資訊做目的外利用，理應也會作出相同的主張。

#### (四)以社會規範為基底的口罩強制配戴措施

在欠缺藥物性防疫手段的情況下，除了前述邊境管制、隔離檢疫與接觸者追蹤等防疫手段外，口罩也是臺灣在此次COVID-19疫情中得以避免社區感染的重要防疫工具。指揮中心對於口罩配戴政策，卻非始終如一。

疫情自2020年1月初爆發以來，國內口罩立即出現供不應求現象。政府於1月22日釋出儲備口罩200萬片，並於1月24日宣布限制醫療用及N95口罩出口。1月28日起開始實施零售每人限購3片的措施，1月31日起全面徵用國內生產之一般醫用及外科手術口罩，由指揮中心統籌分配。不過或許為了減緩搶購的態勢，此時指揮中心仍呼籲健康民眾

<sup>45</sup> 《傳染病防治法》第43條：「(I)地方主管機關接獲傳染病或疑似傳染病之報告或通知時，應迅速檢驗診斷，調查傳染病來源或採行其他必要之措施，並報告中央主管機關。(II)傳染病或疑似傳染病人及相關人員對於前項之檢驗診斷、調查及處置，不得拒絕、規避或妨礙。」

<sup>46</sup> 例如陳仲嶼即認為，立法者恐怕很難事先預想到，傳統疫調採取的訪問調查方法，在因應此次大規模而時間緊迫的接觸者追蹤需求下會遭遇困境，而必須轉而運用移動位置資料之大數據分析。陳仲嶼據此即認為，應放寬法律明確性原則在傳染病防治相關法制上對立法者與行政權的束縛。陳仲嶼（註31），頁32-35。

不需配戴口罩，2月6日起更以健保卡實施口罩限量販售實名制，以壓抑口罩的需求。另一方面，口罩的生產在口罩國家隊的努力下，3月底口罩產能已由原先每日2百萬片，提升至每日1千2百萬片。

就在口罩產量提升後，指揮中心的口罩配戴政策也「恰好」作出調整。指揮中心於清明連假前的4月3日，透過記者會宣布搭乘大眾運輸工具應全程配戴口罩，勸導不聽者依《傳染病防治法》第70條規定可處3千元以上1萬5千元以下罰鍰。依此推論，指揮中心的強制配戴口罩措施，當係依據《傳染病防治法》第36條所稱「民眾於傳染病發生或有發生之虞時，應配合接受主管機關之檢查、治療、預防接種或其他防疫、檢疫措施」而為。強制配戴口罩措施推行後雖偶有拒絕配戴而生糾紛的新聞事件，但大體而言，強制口罩措施在臺灣並未遭到太多的適法性質疑。這一方面可能是因為相較起其他更嚴厲或新穎的防疫手段，戴口罩此種相當古老的一般防疫工具，多半被認為落入《傳染病防治法》第36條立法時的預想範圍。但更重要的原因應在於，臺灣社會多數人於平常時期即已將配戴口罩視為是個人在生病時表現出的「克己復禮之舉」，又或是更實際地將配戴口罩當作因應過敏體質、空氣品質不佳而採取的「自我保護」手段。因此，在臺灣推行強制配戴口罩不僅少了負面社會烙印的阻礙，將戴口罩視為禮節的此等社會規範（social norm），使得社會對於「應戴口罩卻不配戴者」自然形成的他者壓力，才是促成臺灣口罩實際配戴率相較其他西方國家為高的真正原因。

## 參、臺灣防疫措施與例外狀態法制的糾葛

### 一、臺灣模式的法制特徵

由上述回顧分析可以發現，為人稱道的「臺灣防疫模式」固然在諸多措施上獲得多數國人的配合與支持，但以法治國原則為基準點所為的分析觀察，卻可發現上述四類防疫措施在各機關（包括指揮中心）所援引的法制基礎上有以下幾個特徵：

第一，高度仰賴法律中的概括條款：除了「特別條例」第7條「實施必要之應變處置或措施」以及《災害防救法》第31條第1項第11款「實施其他必要之應變處置」的條文，均曾被用以作為實施醫院醫事人員及學校教職員工生出國禁令的法源基礎外，《入出國及移民法》第18條第13款「有危害我國利益、公共安全或公共秩序之虞」以及《大陸地區人民進入臺灣地區許可辦法》第12條第14款「經主管機關或中央目的事業主管機關認定，對臺灣地區政治、社會、經濟有不利影響」，也可能被隱然用以對來自疫區之外人實施禁止入境的邊境管制。而《個人資料保護法》第20條第1項第2款「為增進公共利益所必要」的目的外利用概括規定，則被用以作為實施電子圍籬，以及大規模的接觸者追蹤時，電信業者提供大量手機用戶門號及位置資訊等通信紀錄予指揮中心的依據。此外，《傳染病防治法》第7條「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。」的條文，原係對傳染病

主管機關「概括課予防疫任務」的規定，在「特別條例」立法通過前，也曾被明確援引作為限制學校教職員工生出國的依據。

第二，大幅弱化法律明確性原則使既有法律條文得以被擴大解釋：包括將《傳染病防治法》第48條針對接觸者與疑似被傳染者的「隔離處置」及第58條對入境者的「居家檢疫」條文，解釋為可直接作為強制採行手機定位追蹤措施以形成電子圍籬的依據。此外，《傳染病防治法》第43條的一般疫調規定，也可能被解釋為可以包含為了「接觸者追蹤」而大規模調取用戶手機位置資訊、健保紀錄、信用卡交易紀錄、路口監視器影像、車牌辨識、eTag紀錄等的依據。

第三，寬鬆的比例原則自我審查：例如，禁止醫事人員及學校教職員工生出國將影響其受《憲法》第10條保障之遷徙自由，原應受到較嚴格之比例原則的審查，但相應於禁止出國所欲追求之目的，指揮中心實施的禁止出國措施似乎並非最小侵害手段，至多僅能通過寬鬆的合理性審查。同樣地，無論是以前述手機定位追蹤建立電子圍籬以作為居家隔離與檢疫的輔助，或者大規模個資蒐集以進行接觸者追蹤，都影響個人受《憲法》保障之資訊隱私權，依釋字第603號解釋所建立的中度審查標準，原本至少應滿足「手段與重大公益目的之達成，必須具有密切之必要性與關聯」的要求，但在防疫需求與人力成本考量下，比例原則的要求必須被放寬到合理性標準，才能容許採行強制的手機定位

追蹤手段。

上述的法制基礎特徵，反映出面對緊急事故時普遍出現的一種心理狀態：在疫情期間，希望藉由將法律保留原則對行政行為的拘束加以稀釋的方法，在最大限度內為負擔防疫重任的指揮官移除法制的掣肘，以期儘速解除疫情對人民生命、健康及財產的威脅。例如，陳仲嶙教授即認為，面對疫情應從功能最適的角度，放鬆法律保留原則的拘束，讓最有能力進行防疫的指揮官取得最大的權限；倘若繼續堅持原有法治原則的要求，則此等「出於保障人民權利初衷的對法律依據的堅持，事實上會對人民權利帶來什麼樣的結果呢？」依其所信，即使「暫時地、看似守護了一部分的〔權利〕」，之後卻可能必須付出更多「人民生命與健康的損害與風險……人民遷徙、人身、集會遊行、營業等自由受到更嚴重的斷傷」的代價；且即使嚴格要求在形式上符合法律保留原則，而迫使行政與立法部門必須在疫情期間快速協力完成立法，「在一夕數變的疫情下」，其所造成的延宕不僅可能犧牲更多生命，且就算最後完成立法，對疫情的控制可能也為時已晚。<sup>47</sup>

事實上，「疫情之防治貴在迅速採行正確之措施」<sup>48</sup>，因此應從原有法治原則上退守的想法，也確實曾得到大法官的加持。SARS期間和平醫院封院，大法官針對當時傳染病防治法第37條第1項（現行第48條前身）可否作為北市府召回醫院醫護人員進行強制隔離的合憲依據，作成釋字第690號解釋。該號解釋認為，人身自由的剝奪原本雖應受

<sup>47</sup> 陳仲嶙（註31），頁32-34。

<sup>48</sup> 大法官釋字第690號解釋理由書（第5段）（2011年）。

法官保留的保障，並以嚴格審查標準進行比例原則檢驗，但出於「保護人民生命安全與身體健康」之目的，在醫療及公共衛生專業判斷下的人身自由限制或剝奪，法律明確性審查可以只採一般（寬鬆）審查標準，且只要對人格權無重大影響，並具備重大公共利益之價值，也可通過比例原則的審查。釋字第690號解釋將原本為了確認「接觸者」或「疑似被傳染者」是否感染而「留驗」或「令遷入指定處所進行檢查」的規定，藉由「等必要之處置」的操作，解釋為也包含不是為了檢查、預防接種目的而實施的「強制隔離」，基本上開啟了整部《傳染病防治法》的條文不受嚴格的法律明確性原則拘束而可被擴大解釋的潘朵拉盒子。COVID-19疫情期間，即見證了此一趨勢。

不過，「重大危機時凍結部分或全部法制以排除危機」的思維，是否真能證成當前臺灣防疫模式所賴以維繫的法制基礎，牽涉到緊急法制在憲法中如何被規範問題，有必要進一步加以檢驗。

## 二、緊急即無誠命與例外狀態常態化的危機

中世紀「緊急即無誠命」或「必要性中沒有法」（*Necessitas non habet legem*）的法諺，是當代憲法所承認之緊急法制的濫觴。但其實更早的羅馬共和國時代，在面臨重大危機時，即由元老院決議授權執政官／獨裁官不受限地採取任何必要手段，以捍衛國家政體免受傷害，同樣是將原有束縛執政與行政官員職權的各種法律，暫時予以擱置。

此一古老而悠久的緊急法制傳統有著以下的共通特徵：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的授權依據。唯有讓「法」處於一個空缺的狀態，「才能讓執政官擁有最大的權力，專注於拯救國家免於危難」！

當代各個憲政民主體制之中也普遍存在緊急法制的規範設計。德國威瑪時期的憲法，賦予帝國總統在德國境內公共秩序與安全遭嚴重擾亂與威脅時，得採取恢復秩序與安全的必要措施，並凍結憲法保障個人的基本權利；法國總統在共和國制度、國家獨立、領土完整、國際法義務履行或憲政機關運作遭受嚴重而立即威脅時，得採取一切必要措施；<sup>49</sup>即使美國憲法本身並未明文宣告緊急狀態之權力，林肯也在1861年間為了南北戰事，以三軍統帥之名懸置了人民在《憲法》第1條中享有「人身保護令」的保障。<sup>50</sup>

不過，凍結常規的「例外狀態」雖總是以應對非常時期威脅為理由而存在，且決斷何時進入「例外狀態」之人，即是一個政體真正掌握最終大權之人。但緊急狀態下「沒有法」的本質，也潛藏兩種相互牽連的危機：第一，緊急狀態授予掌權者不受節制的暴力因而孕育獨裁；元老院懸置法律的決議成就了凱撒，威瑪憲法允許凍結個人自由的緊急命令打造了希特勒。第二，緊急狀態下人類追求安全自保的恆常慾望，使緊急狀態凍結法治與權利保障所形成的例外，經常輕易地轉變為日常；臺灣過

<sup>49</sup> 阿岡本，例外狀態，頁76-80（2003年）（薛熙平譯，2010年）。

<sup>50</sup> 阿岡本（註49），頁87-93。

去經歷動員戡亂，長期凍結憲法基本權保障的「例外狀態常態化」，正是廣泛出現在當代政治治理技術的典範。也因此，在緊急狀態下國家行為欠缺法律依據，顯然不是問題的癥結之所在（例外狀態的一切正是要擺脫法的束縛）。如何避免實質上宣布「例外狀態」而掌握暴力的掌權者，在緊急狀態下無度地使用暴力，如何避免法治原則與權利保障被凍結的例外狀態，在溫水煮青蛙的過程中常態化，才是面對緊急法制最需要克服的關鍵挑戰。然而，例外狀態之本質既然在於它是一個欠缺法的空間，一個在其中所有的法律決定都失去效力的狀態，則似乎任何想要將「例外狀態」納入法律秩序予以規範的嘗試，可能都會面臨失敗。<sup>51</sup>從而，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，<sup>52</sup>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治之純淨（以避免常態法秩序的緊急化）。

### 三、臺灣模式法制與憲法緊急命令的齟齬

我國《憲法》本文第43條原即有緊急命令制度之設計，<sup>53</sup>1991年《憲法》增修條文第7條，則將緊急命令權的行使，調整成為現行增修條文第2條第3項相同內容之規定。<sup>54</sup>這個由憲法賦予總統宣告例外狀態並採行具體措施以排除危難的權力，依大法官釋字第543號解釋的闡釋，具有暫時替代法律、變更法律效力之功能，而不受法律保留原則之限制。同時，此一權力的行使雖仍受到包括比例原則及平等原則在內之其他憲政主義原則的拘束，但僅需符合寬鬆的合理審查標準即可的。<sup>55</sup>總統的緊急命令權無疑正是懸置常態法治的權力。

那麼前述臺灣防疫模式中，透過立法（「特別條例」第7條）及行政機關之法律解釋（擴大解釋現行法），為中央流行疫情指揮中心指揮官打造出相當於「實質上凍結常態法治」之緊急法制基礎的作為，在憲法已賦予總統懸置法治權力的憲政框架下，究竟應如何予以評價？

首先，《憲法》本文與增修條文對緊急命令的規定存在一個重要的區別：《憲法》本文原將總統的緊急命令權限於「立法院休會期間」始得發布，而增

<sup>51</sup> 阿岡本（註49），頁153-155。

<sup>52</sup> 過往與例外狀態之宣告相連結的常見儀式包括嘉年華、國殤。阿岡本（註49），頁185-204。

<sup>53</sup> 憲法第43條：「國家遇有天然災害、癘疫，或國家財政經濟上有重大變故，須為急速處分時，總統於立法院休會期間，得經行政院會議之決議，依緊急命令法，發布緊急命令，為必要之處置。但須於發布命令後一個月內提交立法院追認。如立法院不同意時，該緊急命令立即失效。」

<sup>54</sup> 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。」

<sup>55</sup> 參見大法官釋字第571號解釋中林子儀大法官協同意見書。



修條文則刪除了「立法院休會期間」的限制。從放寬提出緊急命令期間的角度而言，增修條文似乎僅是鬆綁了總統行使緊急命令權的時間限制。然而，若從緊急命令之目的是為了藉由「懸置常態法治」以排除大規模緊急危難的角度思考，則為了維持常態法治的純淨性，就有必要阻斷「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。亦即大法官釋字第543號解釋中所謂緊急命令之發布係「依現有法制不足以排除危難或應付重大變故」，其意義必須被更嚴謹地理解為「依常態法治不足以排除危難或應付重大變故」。亦即，緊急命令的必要性，必須是建立在「需要暫時懸置常態法治，危難才有辦法排除」的條件之上。從而，增修條文刪除「立法院休會期間」的真正意義，不僅在於總統緊急命令權的發動並非因為國會「不及立法」之故，而應被理解為係限制立法者自行或授權總統以外之人，藉由立法實質行使緊急命令權。依此觀點，緊急命令權應被視為由憲法專屬保留予總統的權限；一旦有需要藉由懸置常態法治來排除危難，就只能由總統發布緊急命令的方式為之。<sup>56</sup>

「特別條例」第7條若賦予中央流行疫情指揮中心指揮官有實質上懸置常態法治之權限，即與上述緊急命令法制之意旨不符。反之，若「特別條例」第7條所稱之「實施必要之應變處置或措施」，僅謂指揮官可動用所有在常態法治下既有之法制工具，雖不致違背懸置

常態法治之權限應專屬總統之制度設計，但如此一來，「特別條例」第7條將僅有裝飾性的功能，而不能作為當前臺灣防疫模式下諸多防疫措施之法律依據。

其次，總統雖獨占緊急命令權，但並不意味立法者全無置喙餘地。立法者除了依照憲法對總統發布之緊急命令進行事後追認審查外，大法官釋字第543號解釋也要求緊急命令以不待其他補充即可逕予執行為原則，因此其內容必須具體明確，力求詳盡而周延。只有在「事起倉促，一時之間不能就相關細節性、技術性事項鉅細靡遺悉加規範，而有待執行機關以命令補充」時，才能另「於緊急命令中明文規定其意旨，並於立法院完成追認程序後，由執行機關再行發布」，且應依行政命令之審查程序再送交立法院審查。換言之，總統雖可以依緊急情勢之發展狀況，彈性選擇任何適切之處置應變作為，但總統之緊急命令卻不得以概括條款或空白授權之方式為之。就此，「特別條例」第7條「實施必要之應變處置或措施」若非僅宣示性地昭告指揮官可動用所有在常態法治下既有之法制工具，而是立法者（可能基於「功能最適觀點」）刻意給予指揮官空白授權，使之擁有彈性應變之權力，<sup>57</sup>則顯然指揮官所擁有的實質緊急命令權因無需於內容具體化後每每再經立法者事後追認，較之總統所擁有之權力更不受拘束。

第三，由於受大法官釋字第690號

<sup>56</sup> 至於立法者是否能透過立法來節制總統緊急命令權的行使，則是另一問題。關於透過立法節制總統緊急命令權，請參見李建良，論緊急命令法之制訂問題，收於：李建良著，憲法理論與實踐(二)，頁547-585（2007年）。

<sup>57</sup> 即如陳仲嶼所主張，見陳仲嶼（註31），頁30。

解釋之影響，法律明確性原則在《傳染病防治法》的法律解釋上恐遭弱化，使諸多防疫措施或可藉由對該法相關規定的擴大解釋，而找到法律規範的依據。然而，在欠缺儀式性宣告作為界分例外與常態的情況下，大法官釋字第690號解釋逕自以呼之欲出的「必要性中沒有法」的思維，強調疫情防治貴在迅速，因此應放寬常態法對擁有醫療與公共衛生知識（因此也是功能最適）之「專業主管機關」的法治束縛，使得《傳染病防治法》這部常態法對執法者的常態性授權，與緊急命令下才應有的例外權限，二者之別已漸模糊不清難以區分。<sup>58</sup> 究竟「電子圍籬」、「大規模通信位置資訊蒐集」及「不同機關間資料交換比對」等措施，是緊急狀態下才被允許的例外，還是原已常態地內含於《傳染病防治法》關於「居家隔離、檢疫」及「疫情調查」的規定當中？大法官釋字第690號解釋無疑是開啟「例外狀態常態化」及「常態法秩序緊急化」的關鍵破口，也破壞了長久以來欲將實質緊急命令的精靈封鎖在由總統專屬保管之瓶中的憲政努力。

## 肆、結 論

本文最初提問：在民主與威權專制的這場壓力測試競賽中，臺灣成功的防疫模式究竟是一個謹守法治原則而值得稱頌的民主典範，或者只是一個放棄人權與法治而換取防疫成效的例子？經過

上述分析，或許這樣的提問根本錯置了應該關注的重點。因為民主也好，威權專制也好，所有在COVID-19疫情中努力求生的各國，大概都在嘗試突破其體制原有的諸種限制，改以更有效率的方式動員人力與物資進行抗疫。最後成功的案例必然是其中能最有效率地進行動員的國家。

臺灣在疾病風險知識仍存在缺口的情况下，依自身的經驗判斷，大膽地開啟防疫的超前部署，再透過懸置常態法治的方式，實施包括邊境管制、電子圍籬落實居家隔離檢疫的防疫措施，也利用通信紀錄與大數據的交叉比對進行接觸者追蹤，並借助原已存在的口罩社會規範，達成了控制疫情的目標。然而，在欠缺總統宣告緊急狀態的儀式作為界分例外與常態的情況下，立法者即直接賦予疫情指揮中心指揮官懸置常態法治之權力，不僅僭越了憲法保留予總統的特權，也迴避掉原本應透過事後追認來控制緊急命令具體內容的監督。另一方面，欠缺儀式性的宣告作為例外與常態界分的結果，也使「必要性中沒有法」的例外狀態思維容易被偷渡到常態法治當中，大幅增加「例外狀態常態化」與「常態法秩序緊急化」的風險。

或許民主與威權專制在這場壓力測試競賽中的勝負，並不在於疫情中誰仍然在形式上維持了法治。真正的勝負在於，「萬一」疫情的緊急狀態一旦結束，過去民主自由與人權充分受保障的常態生活，還回得去嗎？

<sup>58</sup> 賈文宇教授亦持常態憲法與緊急憲法應予二分的觀點，擔心在未進入緊急狀態下，若又未能維持憲法的常態規範標準，可能會侵蝕對抗疫情所需的信任與社會資本。賈文宇，防疫還要談憲政主義嗎？，法律與生命科學，第9卷第1期，頁48-50、53-54（2020年）。對大法官釋字第690號解釋的其他批評請見吳秦雯（註30），頁98-100、105-106；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，第186期，頁60-79（2011年）。