

# 數位健康證明之 法律基礎與法律風險

輔仁大學法律學系

吳志光教授



## 何以數位健康證明的法律保留密度可能有別於 之前的疫情防治措施

數位健康證明一旦作為出入一定場所要求的條件時，除了一般行為自由的限制外，更可能影響工作權，甚或因此產生接種疫苗義務的法律效果。更遑論其適用對象的廣泛進而大量收集處理健康資料所形成監控個人資料，以及網路安全的風險。而這中引發的效應不僅是法律規範將一部分的公民排除在公共空間之外，諸如餐廳、大眾運輸、營業場所或其他開放空間而已；尤有進者，純粹私人間的互動，可否亦援引數位健康證明作為依據，諸如雇主對員工的要求等，使得其放射效力有無限上綱的可能性。而疫苗通行證的出現，亦代表之前那些管制措施，都將進一步常態化。



# 德國經驗之一

## 一、高密度的法律規範

- 德國聯邦傳染病防治法，原本僅在第28條授權主管機關可以採取防止傳染病散布的必要行為，其規範密度與我國傳染病防治法第37條的規範相當。但由於新冠疫情帶來的持續與廣泛影響，已超出這部法律當時的預期情況，本於法治國家對於重大措施更需具有民主正當性的考量，德國聯邦傳染病防治法陸續增訂第28a條、第28b條及第28c條。



# 德國經驗之一

## 一、高密度的法律規範

其中第28a條第1項明確地舉出18種例示措施（諸如在公共空間的社交距離、口罩義務、私人與公共空間之外出或接觸限制、疫調、旅遊限制等，其中包括嗣後修法新增「出示疫苗接種、康復或陰性檢驗證明」的義務（Verpflichtung zur Vorlage eines Impf-, Genesenen- oder Testnachweises）



# 德國經驗之一

## 一、高密度的法律規範

第28b條則進一步規範德國境內的縣市只要連續三天滿足“平均每十萬人七日累計新增確診人數超100”的條件，就將實施強化防疫措施，並為鉅細靡遺式地規範。第28c條則是授權聯邦政府針對免疫或持有陰性證明者，制定免除或減緩防疫限制的法規命令，並要求須經聯邦眾議院及參議院的同意。



# 德國經驗之一

## 一、高密度的法律規範

而觀察德國聯邦傳染病防治法之文字架構則不難發現，其規範密度相當嚴謹，其中尤以第5章具體防治傳染病之相關條文。個別條文之架構中即包括啟動干預措施之時點、受干預之對象、干預措施之態樣及受干預之基本權等要素，足令一般人民得自條文文字預見其權益將可能受到何種程度之影響，合乎法律明確性之要求。同時授予實際執行機關（即各邦政府）訂定法規命令將管制措施予以具體化之權限。



## 德國經驗之二

### 二、高密度規範的困境

觀察德國經驗，姑不論實際防疫成效如何，惟以其嗣後德國所遭遇之規範困境觀之（即不斷地需求增修條文），毋寧係規範文字之設計過於嚴密，以致喪失應有之彈性來面對疫情發展有關。



## 德國經驗之二

### 二、高密度規範的困境

例如德國聯邦傳染病防治法第28條第1項原規定主管機關得限制之集會類型明文限定為「其他相當人數之聚會」（sonstige Ansammlungen einer größeren Anzahl von Menschen），但在德國在封城時的管制措施，在於接觸禁令部分，凡超過2人以上之聚會即遭禁止，可謂對集會自由產生最大限度之干涉，使公共場所之集會已無可能。殊難想像僅只3人之聚會可符合所謂「相當人數」之範疇。故德國聯邦傳染病防治法第28條第1項遂修法直接將「相當人數」之予以刪除，而改為「其他人員之聚會」（sonstige Ansammlungen von Menschen），試圖淡化文字框架強度，提升規範詮釋上之彈性。



## 德國經驗之二

### 二、高密度規範的困境

- 觀察德國經驗，姑不論實際防疫成效如何，惟以其嗣後德國所遭遇之規範困境觀之（即不斷地需求增修條文），毋寧係規範文字之設計過於嚴密，以致喪失應有之彈性來面對疫情發展有關。例如德國聯邦傳染病防治法第28條第1項原規定主管機關得限制之集會類型明文限定為「其他相當人數之聚會」（sonstige Ansammlungen einer größeren Anzahl von Menschen），但在德國

## 德國經驗之二

### 二、高密度規範的困境

第28條第1項得否導出普遍性之限制外出命令。縱使擬取徑第28條第1項第1句之「必要保護措施」（notwendige Schutzmaßnahme）為推導，然而單由立法理由無法探求出立法者有意於此文字上給予如此廣泛之權限，且由規範體系來看，若認第1句之概括條款範圍廣泛至可發布普遍性限制外出命令，則於第2句又追加得禁止公眾集會之文字，毋寧係無意義之多餘規定；況且普遍性限制外出命令實屬對人身自由之嚴重干預，基於重要性理論自應由立法者為更詳細之規定，何以得由「必要保護措施」如此簡略之文字即得施行此類高強度干預手段，這自然最後只能訴諸於德國聯邦傳染病防治法第28a條的增修。



## 德國經驗之三

### 三、數位健康證明的挑戰

在德國聯邦傳染病防治法增訂第28a條時，即已新增「出示疫苗接種、康復或陰性檢驗證明」的義務，而第28c條則是授權聯邦政府針對免疫或持有陰性證明者，制定免除或減緩防疫限制的法規命令。嗣後在歐盟為數位健康證明（其稱為綠色通行證）的規章中，規範得為綠色通行證所證明之內容，除疫苗接種，亦包括檢測結果，以及業已康復之證明，但歐盟同時強調，證明所得提供的利益（鬆綁程度），歐盟交由成員國自行訂定，各國之間容略有差異，惟仍可確定者為，對於持有陰性篩檢報告、完整接種及康復證明者，除有特殊情形，入境他國時將不必受到包含隔離在內的其他限制。



## 德國經驗之三

### 三、數位健康證明的挑戰

但歐盟的綠色通行證制度旨在促進歐盟內部人員的遷徙自由，就德國國內具體的規範而言，主要係依德國聯邦傳染病防治法第28c條授權訂定的法規命令（COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung，簡稱SchAusnahmV）。



## 德國經驗之三

### 三、數位健康證明的挑戰

其首先在第2條定義何謂完成接種及康復：諸如完成接種須接種後14天起算；康復為持有6個月以內、28日以上之核酸檢測陽性結果。並要求兩者皆不得有COVID-19之典型症狀，如呼吸困難、咳嗽、發燒、喪失味覺或嗅覺；持有持有陰性篩檢報告係指24小時內抗原快速檢測陰性證明，或48小時內PCR檢測陰性證明者。



## 德國經驗之三

### 三、數位健康證明的挑戰

而在第3條以下規劃例外放寬之措施，諸如完成接種與已康復之人得免於受迄今仍有效之接觸禁令（Kontaktbeschränkungen）的限制；完成接種與已康復之人不受禁足令（Ausgangssperre）之限制；疫苗接種與康復證明之效力等於陰性篩檢結果，完成接種或已康復之人將毋需再接受篩檢；除有特殊情形，如從變種病毒盛行的地區入境，否則完成接種與已康復之人將不必再接受隔離；完成接種或已康復之教師或學生，將得出席實體課程。



# 德國經驗之三

## 三、數位健康證明的挑戰

而尤為重要的是，第11條則依聯邦傳染病防治法第28c條規定，授權各邦政府另定更為嚴格或寬鬆的規範，而各邦政府亦得再授權地方政府。由於已接種疫苗（geimpfte）、已康復（genesene）及已篩檢（getestete），均已G開頭，故形成較為嚴格的2G規定（即指已接種及已康復），或較為寬鬆的3G規定（即指已接種、已康復及已篩檢）兩種模式。而依據德國之聲的2021年11月24日的報導，為因應疫情發展，德國各邦的最新防疫措施普遍比聯邦更加嚴格。

## 數位健康證明的法律保留密度

一般而言，對基本權利之干涉或影響越重大，對公眾影響之效果越大，在社會中之爭議越多，越須立法者詳為規定。因此對於重要事項，應由立法者自行為完整規定，不得再授權行政機關制定法規命令（即所謂「國會保留」）；重要性較少之事項，立法者得於立法中授權行政機關制定法規命令（即可授權之法律保留）；不具重要性之事項，則無法律保留原則之適用，行政權即得自行以命令決定。



# 數位健康證明的法律保留密度

以數位健康證明為例，審酌「對基本權利之干涉或影響越重大，對公眾影響之效果越大，在社會中之爭議越多，越須立法者詳為規定」，何種事項應由立法者規範，最起碼有以下四者：

# 數位健康證明的法律保留密度

- 一、何者可以擁有數位健康證明
- 其中已完整接種疫苗者固毋庸論，但是否包括已康復者及已篩檢者，則恐有爭議，依其重要性而言，自應由立法者規範。畢竟我國COVID-19病例數有限，是否將已康復者納入擁有數位健康證明之範圍，似可採保留態度；至於是否納入所謂已篩檢者，應考量之因素甚多，涉及時效（多久時間有效）、篩檢方式（除PCR之外，亦接受快篩乎？）及篩檢費用負擔等複雜議題，立法者在此恐亦僅能為原則性規範，即是否包括已篩檢者，其餘事項應授權主管機關另行規範。

# 數位健康證明的法律保留密度

## ■二、擁有數位健康證明的法律效果

擁有數位健康證明最重要的法律效果是免除出入特定場所或使用大眾運輸工具的管制措施。由於出入特定場所或使用大眾運輸工具的管制措施在相關防疫規範，均係由相關防疫法規自行規範或授權主管機關另定之，故數位健康證明的立法，主要是規範擁有數位健康證明可以免除何種管制措施。此對受規範對象的基本權利之干涉或影響自屬重大，對公眾影響之效果亦重大，在社會中之爭議亦多，自須立法者予以規範。



# 數位健康證明的法律保留密度

## ■三、是否有因地制宜的必要

地方倘於不牴觸中央法規之範圍內，就自治事項以自治條例為因地制宜之規範，均為憲法有關中央與地方權限劃分之規範所許。數位健康證明的適用範圍中央法律之規範，是否為保留地方因地制宜空間所設之「最低標準」，而未禁止直轄市、縣（市）以自治法規另為規範。故至少就傳染病防治法的架構而言，其尚有因地制宜的空間，惟有鑑於數位健康證明對人民權利影響的程度，其是否須為全國一致之性質，而無因地制宜之可能性，似應於中央立法明定之。



# 數位健康證明的法律保留密度

## 四、數位健康證明作為防疫措施的正常態化？

- 就此點而言，攸關數位健康證明的制度設計，究應正常態化地納入傳染病防治法規範，還是作為例外狀態在紓困條例中規範，自亦應由立法者抉擇。而無論由COVID-19疫情發展或未來因應傳染病應有的防疫措施觀之，容有在傳染病防治法詳予規範之必要。

## 數位健康證明與法律明確性

- 數位健康證明制度設計與明確性原則有關者，不外乎是持有數位健康證明的範圍，以及其法律效果的可預見性。就前者而言，立法者應可明確規範除完整接種疫苗者外，是否尚有其他對象。畢竟我國COVID-19病例數有限，是否將已康復者納入擁有數位健康證明之範圍，狀況應較為單純。至於是否納入所謂已篩檢者，亦係立法及防疫政策的考量範圍。不若德國因染疫者眾，是否將已康復者納入擁有數位健康證明之範圍，德國聯邦傳染病防治法第28c條僅謂免除管制措施係「免疫者」（Immunisierung）及篩檢為陰性者，免疫者是否包括已康復者並未明確表達。

## 數位健康證明與法律明確性

- 惟德國立法體例與我國不同者在於其條文必有「標題」，以彰顯其立法意旨，此在我國反倒成為編輯六法全書者的工作。故德國聯邦傳染病防治法第28c條的標題即為「授權訂定關於已接種者、已篩檢者及相類人員之特別規定」（Verordnungsermächtigung für besondere Regelungen für Geimpfte, Getestete und vergleichbare Personen），其中清楚標明已接種者，其自屬免疫者，但由於有相類人員乙語，若謂包括已康復者，依其文義及該法之立法目的解釋，並非一般人難以理解，且為受規範者所得預見，自無違明確性原則的要求。

## 數位健康證明與法律明確性

- 而數位健康證明最重要的法律效果是免除管制措施，目前有關疫情的管制措施主要係傳染病防治法第37條第1項規定之「一、管制上課、集會、宴會或其他團體活動。二、管制特定場所之出入及容納人數。三、管制特定區域之交通。四、撤離特定場所或區域之人員。五、限制或禁止傳染病或疑似傳染病人搭乘大眾運輸工具或出入特定場所。六、其他經各級政府機關公告之防疫措施」，以及紓困條例第7條所規定：「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」。其中與明確性原則有關者自屬「其他經各級政府機關公告之防疫措施」及「必要之應變處置或措施」。



# 數位健康證明與法律明確性

換言之，數位健康證明的制度設計，若其法律效果主要是免除既有的管制措施，則明確性原則的檢視自涉及現行之立法規範。而現行立法規範所使用的「其他經各級政府機關公告之防疫措施」及「必要之應變處置或措施」等概念，尚為一般習見的立法技術，且由實際防疫措施頒布後的「事後諸葛」觀之，應不至於認其為一般人所難以理解，且為受規範者所無法預見。畢竟大法官曾於司法院釋字第702號解釋中，就教師法第14條關於「行為不檢有損師道」之要件是否符合明確性作出解釋，認為如果在個案中能經由適當組成、立場公正之機構進行判斷，且教師在養成過程中也能夠透過諸多個案的累積知悉何種行為符合「行為不檢有損師道」，即能夠符合明確性。綜上所述，在此較有爭議的其實是授權明確性的問題。



# 數位健康證明與授權明確性

授權明確性主要是指涉法規命令須具體明確授權，即授權之目的、範圍及內容必須符合具體明確之條件，始具合法性。大法官解釋係援引自德國基本法第80條精神詮釋之，至於如何辨識內容、目的及範圍，依據德國聯邦憲法法院之見解：「係就授權條款與該項法律其他條文之關聯性，以及從制定過程中所表現之整體追求目的，運用通常法律學解釋原則所得知授權條款之內容、目的及範圍。」（參見司法院釋字第394號、第480號、第506號解釋）。**又，授權條款之明確程度應與所授權訂定之法規命令對人民權利之影響相稱**（參見司法院釋字第710號），故其亦有層級化的審查標準。





# 數位健康證明與授權明確性

大法官解釋相對嚴格之審查基準：例如涉及刑罰規定者，原則上應適用絕對法律保留原則，無授權條款訂定之空間，然就構成要件為必要之補充事項，仍得為必要之授權條款（參見司法院釋字第522號解釋；例如毒品危害防制條例第2條第3項），此時對授權明確性之審查自然從嚴。司法院釋字第522號解釋理由書即稱：「立法機關得以委任立法之方式，授權行政機關發布命令，以為法律之補充，雖為憲法之所許，惟其授權之目的、內容及範圍應具體明確，始符憲法第23條之意旨，迭經本院解釋在案。至於授權條款之明確程度，則應與所授權訂定之法規命令對人民權利之影響相稱。刑罰法規關係人民生命、自由及財產權益至鉅，自應依循罪刑法定主義，以制定法律之方式為之，如法律授權主管機關發布命令為補充規定時，須自授權之法律規定中得預見其行為之可罰，方符刑罰明確性原則。」



# 數位健康證明與授權明確性

大法官解釋相對嚴格之審查基準：

而上述「自授權之法律規定中得預見其行為之可罰」之標準到了司法院釋字第680號解釋又進一步放寬為「其由授權之母法整體觀察，已足使人民預見行為有受處罰之可能，即與得預見行為可罰之意旨無違，不以確信其行為之可罰為必要」。惟對於在「授權之目的、內容及範圍應具體明確」的授權明確性原則之外，是否還須要求所謂「可預見性標準」，以及其內涵為何，則頗有爭議。



# 數位健康證明與授權明確性

至於在行政罰部分，大法官曾採取嚴格之審查基準（參見司法院釋字第394號、第402號解釋），授權條款就其授權目的、範圍及內容都要有較高的可預見性，以司法院釋字第638號解釋為例：「如違反同一行政法上義務者有多數人時，其歸責方式，以按其行為情節之輕重分別處罰為原則（行政罰法第14條第1項規定參照），若就其是否應負各平均分擔責任等歸責方式，有為不同於上開原則規定之必要者，涉及人民權利限制之程度，亦應另以法律或法律具體明確授權之法規命令為特別規定，始符合憲法第23條之法律保留原則。」雖無需達到司法院釋字第522號解釋為刑罰所定的「自授權之法律規定中得預見其行為之可罰」，至少也要顯示立法者已有一定的規範意圖，使被規範者可以有所警惕。



# 數位健康證明與授權明確性

相對寬鬆之審查基準：至於涉及人民其他自由權利者，適用一般法律保留原則，對授權明確性之審查則較寬，亦即以「意義關聯解釋」之方式，加以從寬認定，諸如「**此項授權條款雖未就授權之內容與範圍為規定，惟依法律整體解釋，應可推知立法者有意授權主管機關，就某特定事項，依其行政專業之考量，訂定法規命令，以資規範**」，形式上其實頗有將概括授權解釋為具體授權之意（參見司法院釋字第538號解釋）。



## 數位健康證明與授權明確性

數位健康證明除前述絕對法律保留事項外，其進一步的規範，自有授權主管機關制定法規命令之必要。而以德國聯邦傳染病防治法第28c條規定為例，擁有數位健康證明其得以免除的管制措施，係指依德國聯邦傳染病防治法第五章的管制措施。惟該章的管制措施一如前述，可謂是高密度的規範，故「自授權之法律規定中得預見其行為之禁止或許可」，已毋庸論。

## 數位健康證明與授權明確性

- 而我國現行傳染病防治法第37條第1項各款及紓困條例第7條的管制措施，恐未達「自授權之法律規定中得預見其行為之禁止或許可」之程度，尤其現行傳染病防治法第37條第1項第6款「其他經各級政府機關公告之防疫措施」，以及紓困條例第7條「必要之應變處置或措施」，形式上雖尚屬「授權條款雖未就授權之內容與範圍為規定，惟依法律整體解釋，應可推知立法者有意授權主管機關，就某特定事項，依其行政專業之考量，訂定法規命令，以資規範」。亦可謂其「由授權之母法整體觀察，已足使人民預見行為有受限制之可能，不以確信其行為之受限制為必要」。

# 數位健康證明與授權明確性

- 但就數位健康證明所涉及上之權利影響而言，目前依法律整體解釋授權條款之明確程度，尚與所授權訂定之法規命令對人民權利之影響不相稱，均難謂符合授權明確性。實須自「授權之法律規定中得預見其行為之禁止」，方符授權明確性原則。尤有進者，亦可借此提升管制措施法律保留的規範密度。

## 結論

本文參考德國經驗及我國大法官解釋的精神，針對數位健康證明制度應有的法律保留密度，即何種事項需要由立法者決定，而不得授權主管機關另以命令規範之，以及法律明確性、法律命令授權明確性等議題，提出個人看法。其實也無甚高論，其毋寧是法治國家常態，只是在COVID-19疫情期間，管制措施與正常法制程序有相當落差，而為論者所批評。數位健康證明制度既涉及人民權利重大事項，立法者及主管機關實有必要按部就班回歸法制設計的「應然面」，而非遷就過去經驗的「實然面」。



謝謝各位的聆聽

