

數位健康證明之法律基礎與法律風險

吳志光

(輔仁大學法律學系教授、110 學年度蔡明忠(富邦)法學講座教授)

壹、前言

自從嚴重特殊傳染性肺炎（本文以下以世界衛生組織所用之 COVID-19 稱之）之疫情開始在我國爆發後，在既有的傳染病防治法之外，我國於 2020 年 2 月 25 日正式通過了「嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例」（下稱紓困條例），用以對疫情的擴散進行有效管制。基於 COVID-19 防治的需要，主管機關依據傳染病防治法及紓困條例之授權，頒布了一連串涉及限制人民基本權利的法令，其範圍不一而足。但隨之而來的亦為來自法學界不絕如縷的檢討之聲，其主要集中在法律保留的要求、立法授權的明確性、乃至於規範本身是否符合比例原則等。而隨著疫情防治的需求，防疫手段也有不同程度的發展，從原先的隔離、各種強度不同的封城措施，到疫苗逐漸普及、供應不虞匱乏時，出入一定場所要求的數位健康證明遂逐漸成為若干國家防疫政策的重要措施。惟其爭議較原有的封城措施，可謂是有過之而無不及。按數位健康證明（更確切的說是「疫苗護照」）作為國際移動之前提時，不只是涉及個人遷徙自由而言，更可能突顯取得疫苗的機會不平等，造成國家之間與國家內部的分歧，有些國家有足夠供全國人口施打的疫苗，有些國家只有部分疫苗，但也有很多國家目前仍缺乏完整疫苗規劃。但這涉及主權國家之間外交事務，尚非本文所探討的對象。

惟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¹，使得其放

¹ 筆者居住的社區公告即出現里長舉行自強活動，報名時須出示接種疫苗證明的要求。

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。故其在法律保留原則的密度及相關問題，應有別於之前的疫情防治措施，亦為本文的旨趣所在。

貳、由他山之石的經驗談起

毋庸置疑的是，數位健康證明的法律基礎涉及目前關於 COVID-19 防治的法律保留及具體授權的密度，這也是過去防疫措施聚訟爭議之處。而以國內頗多論者介紹的德國為例，總結其法制實施經驗，可歸納為以下三點：

一、高密度的法律規範

德國聯邦傳染病防治法 (*Infektionsschutzgesetz*)，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²。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，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* ））；第 28a 條第 2 項為保護較為重要的基本權利（如集會遊行、離開私人處所、探視醫院或養老院的近親），要求影響這些權利的防疫措施，僅能在考量其他所有既存措施仍顯然不足阻止疫情散布時，始得

² 其第 1 項規定略謂：當確認有患者、患者、疑似染病者、疑似感染者或帶原者，抑或死者發現有染病、疑似染病或帶原時，主管機關得基於防範疫情擴散之需要，特別係第 29 至 31 條所稱之情形，而採取必要之保護措施，。於第 1 句前提下，主管機關得限制或禁止集會或其他相當人數之聚會，以及全部或部分關閉浴場或第 33 條所稱之社會公用設施；主管機關得命人至必要保護措施施行完畢前，停留於所在地、不得離開或禁止進入特定處所。無法強制命人接受治療。個人之一般行動自由（基本法第 2 條第 2 項第 2 句）、集會自由（基本法第 8 條）、遷徙自由（基本法第 11 條第 1 項）及住宅不受侵害權（基本法第 13 條第 1 項）將受限制。

為之；第 28a 條第 3 項揭示立法目的在於保護生命、健康及醫療體系的功能，要求注意更具傳染力與更嚴重影響醫療體系的變種病毒對疫情帶來的可預期變化，並根據「過去 7 日每 10 萬人確診人數」（Inzidenz）的每 35 人以下、超過 35 人、超過 50 人的門檻，指示行政機關採取不同強度的防疫措施，以符合比例原則的要求。第 28b 條則追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³。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。

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（Normenklarheit）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，使各邦政府得視當下疫情蔓延之情形，採取合於規範文字框架內之管制手段，以達到傳染病防治之目的（傳染病防治法第 32 條）。惟德國聯邦傳染病防治法備受爭議者，乃德國傳染病防治法第 28 條第 1

³ 這些強化措施主要包括：1.每個家庭接待訪客最多不超過一人，包括在室內及戶外，14 歲及以下兒童不計入其中。2.每晚 22 時至次日凌晨 5 時實施宵禁，無必要理由（工作、緊急送醫、幫助需要照顧的人、照顧動物除外）不得外出。單人外出運動（跑步或散步，不包括開車或乘坐公交）不得晚於 24 時。3.只允許無接觸的體育運動，除單獨進行外，只允許兩人一起或和家庭成員一起。4.關閉近距離接觸的服務業，關閉尚在營業的戶外餐廳，只允許外帶和外送，關閉博物館及其它設施，但理發店可以繼續營業。5.一旦平均每十萬人七日累計新增確診人數突破 150，目前在零售業實施的需出示新冠檢測陰性證明的預約式購物將被叫停，只允許網上/電話訂貨及取貨。但食品零售、藥店、書店、日用品雜貨店將允許繼續開放。市民也被允許在出示新冠檢測陰性證明的情況下參觀動物園室外部分以及植物園。6.到校上課必須每周進行兩次檢測。上述指數突破 100 時，將分組交替到校。指數突破 165 時，中小學將改為遠程授課。以上規定也適用於職業學校、大學和成人教育學校。7.不能或不願居家辦公必須說明理由。雇主必須為在辦公室工作及從事類似工作的員工提供在家辦公的可能性，除非是提出令人信服的運營理由。雇員在無特殊理由——比如居住條件擁擠、受第三方打攪以及技術設備不足——的情況下必須接受在家辦公。

項之解釋問題。目前德國既有的管制措施泰半係由各邦政府依傳染病防治法第 32 條聯結第 28 條第 1 項規定，頒布規範具體管制措施之法規命令。

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，以便因應較複雜之態勢演變，以確保其具體執行上之彈性。而除此類顯見之文字侷限外，另廣受爭論者乃第 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⁴，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。當然儘管德國國會以議事效率高與立法品質精確著稱，但真正令德國行政權力運作有效率的還是立法授權法規命令的訂定。COVID-19 疫情發展至今，德國僅就聯邦層次即已發布 57 個法規命令。

⁴ 參見蔡麒亞，我國因應武漢肺炎疫情相關法制之檢討與建議—以德國處理經驗為借鏡，

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。

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）。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。

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。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⁵，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。例如在人口最多的 Nordrhein-Westfalen 邦，未接種疫苗者不被允許進入電影院、酒館、餐館、音樂廳、聖誕市場、足球場、大型集會等休閒娛樂場所。舞廳、夜總會、狂歡節甚至還要執行更為嚴格的 2Gplus 規定，即便是已接種或者已原康復者，也必須持有最新的檢測陰性證明。Baden-Württemberg 邦對休閒娛樂場所的規定也同 Nordrhein-Westfalen 邦類似。此外，在該邦疫情特別嚴重的地區，未接種疫苗者將不被允許離開家門，只有前往超市購買食品、前往藥房等少數情況例外。疫情尤為嚴重的 Bayern 邦的規定更加嚴格：除了超市外，幾乎所有公共場所都實行 2G 防疫規定，休閒娛樂場所實行 2Gplus 規定，酒吧和夜總會必須關門，餐館營業時間不得晚於 22 點。未接種疫苗者將被限制聚集人數。文化體育活動的觀眾人數不得超過座席數量的 25%。在每 10 萬人過去 7 天新增感染病例數突破 1000 的疫情嚴重地區，餐館、旅店、文化體育場所必須關門。Rheinland-Pfalz、Niedersachsen 及 Sachsen-Anhalt 邦也執行全面 2G 規定。Brandenburg 邦則對除食品及日用品超市外的零售業也實行 2G 規定，聖誕市場也被關閉，未接種疫苗者的聚集人數被限制；此外，該邦也取消了中小學生必須前往學校上課的規定，並且將聖誕假期提前三天開始。

尤有進者，即使在目前並無明確法律依據的情況下，德國已有部分企業實施 3G 或 2G 規定。例如：化工集團 Bayer 實驗室或部分生產部門的員工，可自願採取 2G 規定，出示疫苗接種或康復證明，便可在無需保持距離或戴口罩下召開會議。而軟體供應商 SAP 自今年 10 月初起，也採行 3G 規定，僅允許接種過疫苗、已康復或檢測結果呈陰性者，才能進入公司。

按數位健康證明主要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，甚或因此間接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。故其間涉及之人權議題頗為廣泛，參酌德國的法制經驗，以及我國法律保留原則深受德國制度影響的背景，數位健康證明法制設計，不外乎有以下三個層次的議題需要探討：首先是法律保留的密度，即何種事項需要由立法者決

⁵ 參見 <https://www.dw.com>2021 年 11 月 24 日報導。

定，而不得授權主管機關另以命令規範之，亦即屬於絕對法律保留事項；再者，法律規範恐無法避免使用不確定法律概念，此自亦涉及法律明確性的要求；最後，數位健康證明的所有事項當不至於均屬絕對法律保留事項，其在何種範圍內，得授權主管機關另以命令規範之，其授權之具體明確性應如何要求。

參、法律保留密度

按所謂法律保留密度的問題，主要是指涉我國大法官解釋對法律保留原則所建構的層級化法律保留原則，亦即司法院釋字第 443 號解釋所稱「憲法保障之人民各項權利，除屬於憲法保留之事項者外，於符合憲法第 23 條之條件下，得以法律限制之。至何種事項應以法律直接規範或得委由命令予以規定，與規範密度有關，應視規範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重而容許合理之差異。如剝奪人民生命或限制人民身體自由者，必須遵守罪刑法定主義，以制定法律之方式為之。至涉及人民其他自由權利之限制者，亦應由法律加以規定；如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則。若僅屬執行法律之細節性、技術性事項，始得由主管機關發布命令為必要之規範」。該解釋並進一步認為關於給付行政，認為其受法律規範密度較限制人民權益者寬鬆，倘涉及公共利益之重大事項，則應有法律或法律授權之命令⁶。此一原則即來自德國學說配合聯邦憲法法院

⁶ 按防疫措施涉及給付行政者（諸如各種補貼措施），亦在所多有，且未必均有紓困條例的授權依據。依照傳統理論，原則上給付行政事項並不受法律保留原則之限制。而行政機關所為之給付措施，往往透過對私人所為之經濟補助行為，只要有預算案上之依據即可作成合法之行為。惟預算案得否視為法律保留所要求之正式法律依據，則有疑問。蓋各年度之預算案，係國家內部之法律，而非規範國家與人民關係，具有對外效力之外部法，故法律案與預算案並不相同，從預算中並無法得知給付之內容、要件、基準、種類等，應不符法律保留原則之要求。況且對特定人之給付，實際上對其他人而言，則為負擔，而經濟補助往往有多數之競爭者，行政機關之決定與機會均等原則相關，故給付行政亦應有法律保留原則之適用，惟其規範密度，應參照重要性理論。諸如給付金額龐大、對象眾多，亦即涉及公共利益或實現人民基本權利之保障等重大事項者，原則上仍應有法律或法律明確之授權為依據。惟在此類法律制定施行前，主管機關逕行訂定相關規定為合理之規範以供遵循者，因其內容非限制人民之自由權利，尚難調與憲法第 23 條規定之法律保留原則有違（參見司法院釋字第 614 號解釋）。再者，給付行政措施，相對於干涉行政，應屬低密度法律保留，是以給付行政措施應對何一群體、何種事項為給付，給付之種類、項目為何，應由行政機關基於其行政之積極性、公益性，酌量當時之社會經濟狀況，財政收支情形，除非涉

之判決，發展出所謂「重要性理論」(Wesentlichkeitstheorie)，認為有關公眾及個人之基本及重要之決定，應由立法者為之，並由立法者負責。在此尚涉及規範密度之問題。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」，Parlamentsvorbehalt)；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⁷。

尤其是在干涉行政的領域，尤應恪遵法律保留原則，其中以下事項即係大法官解釋強調須適用國會保留原則：剝奪人民生命或限制人民身體自由⁸、公務員為一次記二大過免職處分之標準⁹、警察臨檢之要件、程序及救濟¹⁰、消滅時效制度¹¹(釋474、723)。除此之外，諸如行政罰¹²、特別公課¹³等對於自由權利之其他限制方式，大法官解釋得以法律授權主管機關發布法規命令為補充規定，惟其授權應符合具體明確之原則¹⁴。

及公共利益之重大事項，應有法律或法律授權之命令為依據之必要外，自應有行政機關整體性考量之自由形成空間(參見最高行政法院 99 年度判字第 963 號判決、103 年度判字第 151 號判決)。準此，直轄市政府若逕以訂定行政規則方式，就地震救助金之發放等災後復原重建事項加以規範，因未涉及剝奪人民生命或限制人民身體自由等重大事項，縱無法律或其授權之法規命令為依據，或未以訂立自治條例方式為之，亦難認為與法律保留原則有違(參見高雄高等行政法院 105 年度訴字第 590 號判決)。

⁷ 參見吳庚/盛子龍，行政法，第 77 頁、第 78 頁註 22。

⁸ 參見司法院釋字第 443 號解釋理由書。

⁹ 參見司法院釋字第 491 號解釋。

¹⁰ 參見司法院釋字第 535 號解釋。

¹¹ 參見司法院釋字第 474 號及第 723 號解釋。

¹² 參見司法院釋字第 313 號、第 402 號解釋。

¹³ 參見司法院釋字第 426 號解釋。

¹⁴ 在此值得注意的是關於憲法第 19 條租稅法律主義，昔日大法官解釋要求諸如納稅主體、稅目、稅率、納稅方法、納稅期間、租稅減免及優惠等要件，應以法律定之，係採取國會保留原則(參見司法院釋字第 217 號、第 496 號解釋)。惟近年來大法官解釋已強調「人民依法律納稅之義務，係指國家課人民以繳納稅捐之義務或給予人民減免稅捐之優惠時，應就租稅主體、租稅客體、稅

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：

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。

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。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。而該章的管制措施一如前述，可謂是高密度的規範，自難以期待立法者在規範可以預見免除管制措施之範圍，而有授權主管機關另行規範之必要。

基、稅率等租稅構成要件，以法律或法律明確授權之命令定之；如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則；若僅屬執行法律之細節性、技術性次要事項，始得由主管機關發布命令為必要之規範」，顯已改採相對法律保留原則（參見司法院釋字第 650 號、第 651 號及第 657 號解釋）。

三、是否有因地制宜的必要

按傳染病防治等衛生事項本係地方自治事項（參見憲法第 109 條第 1 項第 1 款、第 110 條第 1 項第 1 款；地方制度法第 18 條第 9 款第 1 目、第 20 條第 9 款第 1 目），參酌大法官解釋之意旨，由於現代國家事務多元複雜，有時不易就個別領域為明確劃分，亦不乏基於國家整體施政之需要而立法課予地方協力義務之事項（參見司法院釋字第 550 號解釋）。若中央就傳染病防治事項立法賦予或課予地方執行權責（一如現行的傳染病防治法及紓困條例），或地方就相關自治事項自行制定自治法規，其具體分工如有不明時亦均應本於前開均權原則而為判斷，俾使中央與地方自治團體在垂直分權之基礎上，仍得就特定事務相互合作，形成共同協力之關係，以收因地制宜之效，始符憲法設置地方自治制度之本旨（參見司法院釋字第 498 號解釋）。

準此，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¹⁵。即是否一如德國立法例，聯邦傳染病防治法第 28c 條規定，聯邦政府依該條授權訂定法規命令時，聯邦政府得於法規命令中授權各邦政府另定更為嚴格或寬鬆的規範。使得如本文前述，聯邦傳染病防治法第 28c 條規定係保留地方因地制宜空間所設之「最低標準」，德國各邦相較聯邦立法較為寬鬆的 3G 規定（即指已接種、已康復及已篩檢），多已普遍採取較為嚴格的 2G 規定（即指已接種及已康復），甚或在特定條件下，

¹⁵ 就所謂自治法規另為規範，其若係中央法律或法規命令授權，地方自治團體自得以自治規則為之。但若無中央法律或法規命令授權，而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。又自治法規除不得違反中央與地方權限劃分外，若涉人民基本權之限制，仍應符合憲法第 23 條之法律保留原則。就此，憲法第 118 條直轄市之自治，委由立法者以法律定之；嗣憲法增修條文第九條亦明定省、縣地方制度以法律定之。地方制度法乃以第 25 條規定：「直轄市、縣（市）、鄉（鎮、市）得就其自治事項或依法律及上級法規之授權，制定自治法規。」第 28 條第 2 款規定：「下列事項以自治條例定之：……二、創設、剝奪或限制地方自治團體居民之權利義務者。」基此，地方自治團體倘就其自治事項或依法律及上級法規之授權，於合理範圍內以自治條例限制居民之基本權，與憲法第 23 條所規定之法律保留原則亦尚無牴觸（參見司法院釋字第 738 號解釋）。

採取更為嚴格的 2Gplus 規定（或即便是已接種或者已原康復者，也必須持有最新的檢測陰性證明）。凡此種種，即最低標準亦或全國一致，均應在中央立法中予以明確規範。畢竟現行的防疫措施多係依傳染病防治法第 37 條規定為之，而非紓困條例第 7 條¹⁶。而紓困條例第 7 條係規定，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。但傳染病防治法第 37 條規定不同，其本係地方政府職掌，其第 1 項規定地方主管機關於傳染病發生或有發生之虞時，應視實際需要，會同有關機關（構），採行下列措施：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。但重要的是第 3 項規定，第 1 項地方主管機關應採行之措施，於中央流行疫情指揮中心成立期間，應依指揮官之指示辦理。準此，指揮官之指示係全國一致，亦或宜地制宜，應有裁量空間。故至少就傳染病防治法的架構而言，其尚有宜地制宜的空間，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。

四、數位健康證明作為防疫措施的常態化？

就此點而言，攸關數位健康證明的制度設計，究應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。

¹⁶ 衛福部次長石崇良於 2021 年 9 月 30 日表示，疫情爆發至今紓困條例第 7 條僅引用 8 次，包括相關人員出國限制、延長移工在台工作時間等；其餘大部分還是依據傳染病防治法第 37 條規定處理。參見 <https://news.ltn.com.tw/news/politics/breakingnews/3688759>（2021 年 11 月 22 日拜訪）。

肆、法律明確性原則

紓困條例第 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」。惟「防治控制疫情需要」、「必要之應變處置或措施」均屬於典型之不確定法律概念，其法律明確性曾引發不少爭議。數位健康證明的制度設計，亦應注意此一問題。

一、大法官解釋對明確性原則的要求

按明確性原則係由憲法上法治國原則導出，其主要功能及作用如司法院釋字第 432 號解釋所稱立法者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，使用不確定法律概念或概括條款而為相應之規定者，符合下列情形者，即與明確性原則無違：(1)其意義非難以理解；(2)受規範者所能預見其何種作為或不作為構成義務之違反及所應受之懲戒；(3)可由司法審查加以確認。惟大法官解釋對法律明確性原則的內涵及判準亦有所變遷。司法院釋字第 594 號解釋所提出之審查標準，其內容文字即與釋字第 432 號解釋有所不同。依該號解釋：「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。」即該號解釋要求在判斷時，應「自立法目的與法體系整體關聯性觀點」加以判斷。是如詳究釋字第 594 號解釋就系爭法律規定是否符合法律明確性原則所提出的判斷標準，已與釋字第 432 號解釋，以常人常理為判斷標準者，有所不同。到了司法院釋字第 623 號解釋則提出以下之審查標準：系爭法律規定所使用評價性之不確定法律概念，「其意義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，並可經由司法審查加以確認」，即與法律明確性原則無違。是其標準又與先前各號解釋所提者，並不完全相同。

對此，在司法院釋字第 636 號解釋中提出部分協同意見書的林子儀及許宗力大法官則有詳盡的論述，其指出如何審查系爭法律規定是否符合法律明確性原則，大法官歷來解釋之見解並不完全一致。究其原因，應在個別解釋對先例所提

審查標準之內容或要件，有不同理解所致。而審查法律規定是否符合法律明確性原則之核心應在受規範之一般人民是否能理解系爭法律規定之意義，而如何判斷系爭法律規定內容之意義是否難以理解。至於如何判斷系爭法律規定之意義，是否可為受規範之一般人民所能理解，則應依當時社會之一般人民之文字語言習慣或日常生活經驗，對系爭法律規定的文本予以合理之解釋，能否因此理解該法律規定所要規範之行為態樣，予以判斷之。一般人民或雖不能依文字語言習慣或日常生活經驗，對法律規定之文本予以合理解釋，而理解系爭法律規定之意義，惟如經執法機關或法院探究立法過程或立法理由，而能明確該法律規定之意義，或因其對系爭法律規定之反覆解釋適用，已形成明確內容，並經依法公布或其它公示方法，而為受規範之一般人民所習知者，亦可認該系爭規定之內容為受規範之一般人民所理解，並因此能預見其行為是否受該法律所規範，而與法律明確性原則無違。

而在司法院釋字第 702 號解釋中，對於法律概括條款當中的法律明確性原則，就其功能，部分大法官有進一步的看法。例如李震山大法官在本號解釋部分不同意見書中，即針對概括條款，指出概括條款於人民與行政機關發生爭執時，自始因詮釋權不利、制度設計潛藏公權力恣意等因素，利於不利地位，若再加上判斷涉及專業，基於「判斷餘地」理論受到法院尊重，從而降低審查密度，往往尋求法院救濟亦徒勞無功，最後只餘求助於釋憲者一途，因此違憲審查應避免流於形式。如果多數人（甚至不少法律人）對該法律抽象概念之意義幾乎「難以理解」，該概念當無明確性可言。至於「所得預見」之重點是，該不確定法律概念是否足夠明確，而非任令立法怠惰、行政權自行詮釋定奪的「可預見性」。其並認為，為正當化「受規範者可預見性」，立法者應踐行「先具體後概括」之職權，先將可規範之事實類型化、列舉、例示、或轉引後，若仍有某些暫時無法規範之可能闕漏，方輔以不確定法律概念為構成要件之法律條款，以濟立法之窮。次外，對於「受規範者」之分類應作更細緻化的分類，一體適用不確定法律概念易生羅織之弊。而陳新民大法官在司法院釋字第 702 號解釋部分不同意見書中則指出，德國對個案不確定法律概念之涵攝，法院得獨立且全面審查，也降低行政濫權可能，與我國不同，而且兩國違憲審查標的範圍亦

不相同（一具體一抽象）。葉百修大法官在在司法院釋字第 702 號解釋部分不同意見書中亦指出，如果面對法律有不加以精細規定的概括條款，使法律的適用範圍可寬可鬆，而可供參考、加強確信度的案例亦不足，事後的司法審查流於形式，而無法具體個案的闡揚個案正義時，則當事人儘管可以由相關法規及闡釋，獲得一個預知（有風險性）的規範，但此預知仍是充滿模糊與不定性。這種預知仍停留在哲學式，而非科學式的確定。只是給當事人抱有懷疑、高度不確定及可射倖的預測範圍也。

二、數位健康證明制度與明確性原則的要求

綜上所述，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。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¹⁷。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。

而數位健康證明最重要的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

¹⁷ 甚至發生過六法全書不同編輯者，對條文意旨詮釋南轅北轍，行政程序法第 174-1 條即為著例。

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」。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。

伍、授權明確性

一、授權明確性的憲法解釋

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¹⁸：

¹⁸ 參見彭鳳至、徐璧湖大法官於司法院釋字第 612 號解釋所提之協同意見書。

1.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。」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」¹⁹。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²⁰。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

¹⁹ 例如遭司法院釋字第 680 號解釋宣告違憲的懲治走私條例第 2 條第 1 項規定有科處刑罰，惟有關管制物品之項目及數額等犯罪構成要件內容，同條第 3 項則全部委由行政院公告之，既未規定為何種目的而為管制，亦未指明於公告管制物品項目及數額時應考量之因素，且授權之母法亦乏其他可據以推論相關事項之規定可稽，必須從行政院訂定公告之「管制物品項目及其數額」（現已更名為「管制物品管制品項及管制方式」）中，始能知悉可罰行為之內容，另縱由懲治走私條例整體觀察，亦無從預見私運何種物品達何等數額將因公告而有受處罰之可能，自屬授權不明確。

²⁰ 參見賴英照、林子儀大法官於司法院釋字第 680 號解釋所提之兩人聯名之兩份協同意見書，對「可預見性標準」之質疑，以及許宗力、謝在全大法官於司法院釋字第 680 號解釋所提協同意見書對「可預見性標準」之辯護。

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²¹。

(2) 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）。

二、數位健康證明制度與授權明確性

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。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

²¹ 參見蘇永欽大法官於司法院釋字第 730 號解釋所提之部分協同、部分不同意見書。惟就大法官審查基準之浮動，司法院釋字第 612 號解釋即為適例，誠如學者所觀察：大法官原本欲以「裁罰性行政處分」一詞涵蓋如撤銷（實為廢止）登記證書之不利處分（參見司法院釋字第 394 號解釋），但於司法院釋字第 612 號解釋中似又有放棄之傾向。而觀察大法官歷來解釋之脈絡，其創設「裁罰性行政處分」，旨在將罰鍰以外之若干不利處分類比為「行政罰」，希冀透過「處罰法定主義」之橋樑，證立系爭規定違反法律保留原則（特別是授權明確性原則）之結論。惟一方面大法官始終未就裁罰性行政處分之概念作成明確之界定，另一方面隨著大法官對於法律保留原則之運用日臻成熟，甚至建立起所謂「層級化之法律保留」，「裁罰性行政處分」此一概念之重要性遂「功成身退」，司法院釋字第 612 號解釋的態度可為例證。換言之，當大法官試圖限縮裁罰性行政處分（即行政罰）之範圍，其授權明確性原則應採何種審查基準，也就「存而不論」了。參見李建良，行政罰法中「裁罰性之不利處分」的概念意涵及法適用上之若干基本問題——「制裁性不利處分」概念之提出，月旦法學雜誌，第 181 期，2010 年 6 月，第 133 頁至 163 頁（第 136 頁、第 138 頁）；廖義男、王和雄及許玉秀大法官於司法院釋字第 612 號解釋所提之不同意見書。

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」。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。

陸、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」。