

從防疫出國禁令爭議 再訪法律保留的疆界*

陳仲嶙**

摘要

嚴重特殊傳染性肺炎疫情自 2019 年 12 月於武漢爆發以來，數月之間席捲全球，造成人類社會極大衝擊。各國隨著疫情不斷升高，陸續採取了各樣而逐漸激烈的管制措施，這些措施的合法性與合憲性也引發許多討論。我國於 3 月 20 日發布對高中以下學校師生的出國禁令即屬一例，許多論者質疑該項禁令之法律依據不足，有違反法律保留原則的疑義。本文之目的，即在從法律保留原則的理論基礎出發，檢視該原則在系爭出國禁令上的適用，並藉此反思法律保留原則操作之脈絡與調控間的關係。

本文認為，從功能最適觀點所導出的，決定法律保留範圍的消極衡量標準，尚未受既有釋憲實務足夠的重視；而新冠肺炎及其反制措施，正可作為省思的試金石。針對系爭禁令，在新冠肺炎所引發的緊急且重大威脅以及需求高度專業性與快速應變的背景下，不應以嚴格的標準要求法律的明確授權；即令法律未清楚點出對出國或旅行之限制，但在可看出立法者有意給予彈性權限，而系爭禁令可被涵蓋在該廣泛意圖之範圍內的情況下，應認定與法律保留原則不相違背。

目次

- | | |
|-------------|-----------------|
| 壹、前言 | 肆、法律保留原則及其適用之省察 |
| 貳、出國禁令爭議 | 一、理論基礎 |
| 一、事件發展 | 二、釋憲實務 |
| 二、憲法爭議 | 三、出國禁令爭議觸動的反省 |
| 三、爭點釐清 | 伍、結論 |
| 參、疫情發展與因應 | |
| 一、快速變遷的疫情發展 | |
| 二、推陳出新的因應措施 | |

關鍵字：法律保留原則、授權明確性原則、功能最適觀點、嚴重特殊傳染性肺炎、新冠肺炎、出國禁令

* 投稿日：2020年5月26日；接受刊登日：2020年7月15日。

** 國立清華大學科技法律研究所教授兼所長。作者感謝研究助理陳郁潔、林軒在資料蒐集與整理上之協助。

壹、前言

嚴重特殊傳染性肺炎（COVID-19、2019-nCoV，俗稱武漢肺炎、新冠肺炎，以下簡稱新冠肺炎）疫情自 2019 年 12 月於武漢爆發以來，數月之間席捲全球，造成人類社會極大衝擊。各國隨著疫情不斷升高，陸續採取了各樣而逐漸激烈的管制措施。我國因在第一時間即謹慎應對，超前部署，反制靈活機敏，因而疫情控制表現亮眼，在國際間顯得一枝獨秀，亦獲得國人高度肯定。但在取得好評的同時，並不代表政府舉措均無爭議。許多法律人也加入社會輿論的論辯，開展相關爭議的法律探索¹。在諸多議題中，對高中以下學校師生的出國禁令，引來特別多法界批評的聲音；特別是認為該項禁令之法律依據不足，有違反法律保留原則的疑義。

本文之目的，即在從法律保留原則的理論基礎出發，檢視該原則在系爭出國禁令上的適用，並藉此反思法律保留原則操作之脈絡與調控間的關係。本文認為，從功能最適觀點所導出的，決定法律保留範圍的消極衡量標準，尚未受既有釋憲實務足夠的重視；而新冠肺炎及反制疫病的出國禁令等措施，正可作為省思的試金石。針對系爭禁令，在新冠肺炎所引發的緊急且重大威脅以及需求高度專業性與快速應變的背景，不應以嚴格的標準要求法律的明確授權；即令法律未清楚點出對出國

1 例如何建志，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，第 387 期，頁 23-32（2020 年）；楊哲銘，傳染病防治與隱私權保護的競合，台灣法學雜誌，第 387 期，頁 33-38（2020 年）；李崇僖，在瘟疫蔓延中檢視個資保護法制，台灣法學雜誌，第 387 期，頁 39-43（2020 年）；林欣柔，防疫？妨疫？疾病監測、接觸者追蹤與個人資訊隱私之平衡，台灣法學雜誌，第 387 期，頁 45-52（2020 年）；林欣柔，一切必要？重新檢視隔離及檢疫手段之公權力與界線，月旦醫事法報告，第 43 期，頁 52-70（2020 年）。

或旅行之限制，但在可看出立法者有意給予彈性權限，而系爭禁令可被涵蓋在該廣泛意圖之範圍內的情況下，應認定與法律保留原則不相違背。

以下本文將分三部分論證上述觀點。首先第貳章鋪述系爭禁令爭議事件，包括禁令的緣由與演變、引發之憲法爭議，以及本文對相關見解提出的爭點釐清。第參章則從更大的視角，呈現新冠肺炎之疫情發展與各國因應舉措，以作為後續分析的背景基礎。第肆章則開展對法律保留原則的理解及在系爭脈絡下之操作，從法律保留原則的理論基礎及我國大法官解釋建立的審查判準談起，繼而針對系爭禁令上的適用提出看法，並反思我國既往釋憲實務見解的不足之處。

貳、出國禁令爭議

一、事件發展

高中以下學校師生禁止出國之措施，首先係由地方政府推出。在3月15日新增一名高中生確診個案出現國內首例班級停課後，次日多個縣市政府便宣示了對轄區內學校的出國禁令。例如媒體報導，台北市表示各級學校師生7月14日前除出國比賽等例外，原則上不得出國，學生未准假出國者依校規處理，教師則依教師考核辦法處理；基隆市、新北市、台中市、嘉義市等縣市亦宣示類似禁令²。

而此一限制措施，亦在同日旋即被宣布為全國性之政策。

2 雙北不准高中以下師生出國 其他縣市各有做法，中央通訊社，2020年3月16日，<https://www.cna.com.tw/news/firstnews/202003165007.aspx>（最後瀏覽日：2020/4/6）。

中央流行疫情指揮中心於3月16日宣布，經指揮中心建議而行政院已同意，禁止全國高中職以下師生出國至本學期結束；細節則仍待與教育部討論³。接著，教育部便於3月20日公告：「公私立高級中等以下學校之教職員工生，自公告日起至109年7月15日止，非經專案許可，應暫時停止出國（境）。」⁴

教育部並於公告同時說明了該措施之法源、性質與效果等事項。其明確指出此項公告之依據，為中央流行疫情指揮中心指揮官3月16日宣布實施之「高級中等以下學校教職員工生停止出國至本學期上課日結束止」之必要應變處置；而中央流行疫情指揮中心指揮官該項必要應變處置之法源，則為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⁵、傳染病防治法第7條⁶及災害防救法第31條第1項第11款⁷規定。同時教育部亦指出此項公告之措施的法律性質，乃是行政程序法第92條第2項前段規定之一般處分。另外在違反之法律效果部分，教育部強調，「如有教職員工生未依公告專案向各該主管教育行政機關申請許可即逕行出國者，依嚴重特殊傳

3 防疫最新！全國高中以下師生本學期禁止出國，中央廣播電台，2020年3月16日，<https://www.rti.org.tw/news/view/id/2055654>（最後瀏覽日：2020/4/6）。

4 教育部，教育部依據中央流行疫情指揮中心決議公告高級中等以下學校教職員工生自即日起暫時停止出國（境），2020年3月20日，https://www.edu.tw/News_Content.aspx?n=9E7AC85F1954DDA8&s=788E82A87C8A2F2E（最後瀏覽日：2020/4/6）。

5 嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例第7條：「中央流行疫情指揮中心指揮官為防治控制疫情需要，得實施必要之應變處置或措施。」

6 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。」

7 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。」

染性肺炎防治及紓困振興特別條例第 16 條第 3 款規定處新臺幣 5 萬元以上 100 萬元以下罰鍰。」⁸

在中央政府明確採行限制師生出國之措施，並闡明其依據及效果後，管制的重心很顯然從地方政府移至中央。在此背景下，以下的分析將主要聚焦在中央所頒佈之出國禁令。

二、憲法爭議

在此禁止出國政策發布後，陸續有多位法學者評論其合法性。其中多有從法律依據之欠缺或不明確加以批判或質疑者，但亦有肯認其合於法律保留與法律明確性者。

在批判或質疑之一方，許多論者均認為，此項禁令在法律保留原則之遵循上存有疑慮。系爭禁令限制了人民的居住遷徙自由，依憲法第 23 條，須有法律或法律明確授權之行政命令作為依據。雖然特別條例第 7 條授予中央流行疫情指揮中心指揮官實施必要之應變處置或措施之權，但該條文完全未提及出國之限制，此一高度概括空洞的「空白授權」，僅能規範技術性、細節性之事項，不足以作為限制人民權利之依據；因而出國禁

8 教育部，教育部依據中央流行疫情指揮中心決議公告高級中等以下學校教職員工生自即日起暫時停止出國（境），2020 年 3 月 20 日，https://www.edu.tw/News_Content.aspx?n=9E7AC85F1954DDA8&s=788E82A87C8A2F2E（最後瀏覽日：2020/4/6）。

令恐有違法律保留原則之要求⁹。

在此同時，亦有認為依特別條例第 7 條限制人員入出境，可通過法律保留原則與法律明確性原則之檢驗。首先，從特別條例的立法目的與第 7 條之文義觀之，該條可作為限制人員入出境之法律依據並無疑義，至於該條規定是否明確則屬另一議題；基此，系爭措施並不違反法律保留原則。其次，在審究法律明確性方面，須由立法目的與法體系整體關聯性進行判斷，而非僅由法條中是否提及入出境限制為準，而釋字第 690 號解釋亦已在類似的脈絡下，基於「事涉醫療及公共衛生專業」將明確性之審查降至採取一般標準；基此，在此次疫情相關背景下，為防疫之「必要之應變處置或措施」可以理解為包含入出境限制，而不違反法律明確性原則¹⁰。

-
- 9 廖元豪，蔡英文陳時中都不是帝王，修法才是王道，奔騰思潮，2020 年 3 月 23 日，<https://www.lepenseur.com.tw/article/307>（最後瀏覽日：2020/4/8）。並參照林欣柔，禁止出國事關重大，不容模糊，蘋果新聞網，2020 年 3 月 20 日，<https://tw.appledaily.com/headline/20200320/ZZMKUZSAODH7NQSD773WB4PWII/>（最後瀏覽日：2020/4/8）；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>（最後瀏覽日：2020/4/8）。其他批評或質疑之見解，另參照嚴文廷，真的假的？特別法、緊急命令，不是狀況「緊急」就可以頒？，報導者，2020 年 3 月 23 日，<https://www.twreporter.org/a/mini-reporter-special-law-and-emergency-order-hierarchy>（最後瀏覽日：2020/4/8）。
- 10 陳信安、賴秉詳，因防疫而限制入出境之憲法爭議評析，自由評論網，2020 年 3 月 19 日，<https://talk.ltn.com.tw/article/breakingnews/3105086>（最後瀏覽日：2020/4/8）。其他相關見解，另參照行政院拍板禁止師生出國學者：禁止命令應更細緻，聯合新聞網，2020 年 3 月 17 日，<https://udn.com/news/story/120940/4422475>（最後瀏覽日：2020/4/8）；高中以下師生限制出國違憲？前大法官孫森焱這樣說，優傳媒，2020 年 3 月 19 日，https://www.umedia.world/news_details.php?n=202003191419132318（最後瀏覽日：2020/4/8）。

另外，有論者原建議將出國禁令解讀為行政指導，因不具強制性，在立法所給予指揮官之概括授權下，並無觸發違憲之疑慮¹¹；惟後因考量禁令明確連結至特別條例第 16 條之處罰效果，轉而將系爭禁令定性為行政處分，在此前提下，認為相關立法授權密度嚴重不足，而有不符法明確性與授權明確性之違憲問題¹²。

三、爭點釐清

首先，系爭禁令應屬一般處分之性質。雖然在前述爭議中曾有解為行政指導的見解出現過，但中央流行疫情指揮中心與教育部均明確將之界定為一般處分¹³，且此一界定亦符合其行為本質。蓋此一措施加諸受規範對象於一定期間內不得出國之不作為義務，違反者將受特別條例第 16 條罰鍰之法律效果，顯已改變受規範者法律狀態，故此一行為具法效性，而非僅屬具事實上影響力之行政指導。而該措施加諸之義務雖可能符合具體性之要件，但該措施之相對人，也就是公私立高級中等以下學校之教職員工生，在該措施對外發布之時點並未完全確定，

11 錢建榮，行政指導可行，何須緊急命令，蘋果新聞網，2020年3月20日，<https://tw.news.appledaily.com/headline/20200320/NFPNLPTMP7AXLGYOWLZVYIJW6Y/>（最後瀏覽日：2020/4/8）。

12 錢建榮，張上淳的兒子說得對不對——以出國禁令當作行政處分的疑問，上報，2020年3月24日，https://www.upmedia.mg/news_info.php?SerialNo=83795（最後瀏覽日：2020/4/8）。

13 依教育部之說明，其公告之來源係「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」。教育部，教育部依據中央流行疫情指揮中心決議公告高級中等以下學校教職員工生自即日起暫時停止出國（境），2020年3月20日，https://www.edu.tw/News_Content.aspx?n=9E7AC85F1954DDA8&s=788E82A87C8A2F2E（最後瀏覽日：2020/4/6）。

其範圍仍有變動之可能，故不符合傳統典型行政處分之概念定義¹⁴；惟其相對人藉由「公私立高級中等以下學校之教職員工生」此一一般性特徵之描述，得以確定其範圍，因而認定落入行政程序法第 92 條第 2 項當中對人之一般處分的範疇，應確屬適切之理解。基此，相對人公私立高級中等以下學校之教職員工生若對該措施不服，可直接以其為標的提起行政爭訟，無須等待因違背禁令而受處罰。也因為該措施為具法效性、改變人民權利義務狀態之行為，將產生合憲性之議題。

在前引法界之憲法論辯中，法律保留原則與法律明確性原則均被提及，二者在本案中的關聯性，有待進一步釐清。二者在本案中的潛在關聯性，可分別描述為：系爭出國禁令是否有適切的法律依據而符合法律保留原則（簡稱議題一），以及特別條例作為法律依據其規定是否足夠明確而符合法律明確性原則（簡稱議題二）。而饒富興味的是，細究法界前揭論辯觀點，一方聚焦於議題一，主張相關立法的空白授權，依向來大法官對於法律使用概括授權方式授權訂定行政命令之見解，不足以作為系爭禁令限制人民遷徙自由之依據；另一方則主張系爭禁令確實有特別條例第 7 條等立法作為基礎，並非欠缺法律依據，雖然特別條例第 7 條之規定內容抽象概括，但該條文本身是否有違法律明確性則屬另一議題，因而轉向議題二之討論。究竟是議題一法律保留原則，還是議題二法律明確性原則，才應該是本案的主戰場呢？

本文淺見以為，答案應為前者。首先，雖然對於特別條例

¹⁴ 相對人是否「特定」之判斷，係以行政行為發布時為基準點；特定係指發布時相對人之範圍具有封閉性，不再有擴增之可能的情形。許宗力，行政處分，收錄於翁岳生編，行政法（上），頁 497，2006 年 10 月 3 版。

第7條「空白授權」的批評，植基於大法官解釋中對於行政命令是否符合法律之授權，所建立的判斷標準（依概括授權所訂定之行政命令，僅能就執行母法之細節性及技術性事項加以規定），而本案所涉之行政行為乃行政處分，並非行政命令；但是，此一用以對行政命令進行審查之法則，係由法律保留原則所派生，當認定行政命令欠缺具體明確授權而對人民自由權利增加法律所無限制時，大法官將作成違反法律保留原則之結論¹⁵。而法律保留原則，本來就涵蓋對所有行政行為之拘束，其背後涉及的是立法部門與行政部門的權力分立。即使系爭措施為行政處分，與行政命令一樣，若事涉法律保留事項，須有法律的明確依據；而大法官在行政命令脈絡下發展之判準，至少可作為類比或思考的起點。

其次，雖然所有法律均應遵循法律明確性原則，但該原則主要之目的，在使受規範者能預見所受規範之內容及效果¹⁶。而引發法律明確性疑義之多數案例，法律係以人民為受規範對象；法律明確性原則係在保障人民，免於因無法預見其行為之法律效果而遭致不可預期的損害。而在法律係以行政機關為規範對象一如同本案特別條例第7條之情形一時，憂慮受規範者難以預見其行為之後果而受損害之考量，即大幅下降。這使得法律明確性原則即使不是完全不適用，也因為無須嚴格審查而成為

15 我國釋憲實務相關發展參照後文第肆章第二節。

16 參照例如釋字第432號解釋：「專門職業人員違背其職業上應遵守之義務，而依法應受懲戒處分者，必須使其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為何，方符法律明確性原則。」釋字第636號解釋理由書：「基於法治國原則，以法律限制人民權利，其構成要件應符合法律明確性原則，使受規範者可能預見其行為之法律效果，以確保法律預先告知之功能，並使執法之準據明確，以保障規範目的之實現。」

相對不重要的爭點。雖然當行政機關在籠統寬泛之權限賦予下行動，人民可能成為間接之受害者，但此一問題來自於行政欠缺足夠之立法控制（而非來自立法本身對人民的侵害），而這正是法律保留原則之所以存在所扮演的角色。承繼此一理解值得進一步指出的是，釋憲實務在法律授權訂定行政命令的脈絡下發展出來的，由法律保留原則所派生之法律授權明確性原則，更具有相關性¹⁷。法律授權明確性原則與法律明確性原則類似地強調立法的「明確性」要求，但前者著重授予行政部門權力上的指示明確，更切合本案的脈絡。

綜上所述，既然爭議的關鍵落在行政部門應受到如何程度之來自立法部門之拘束，分析的焦點應該是在法律保留原則的操作。在此釐清後，後文將聚焦於法律保留原則的適用與反思。更具體地說，便是探問系爭行政行為若涉入法律保留事項，是否有足夠的法律基礎作為依據？授權作成系爭行政行為的法律基礎，是否給予足夠明確的指引？惟在進入法律保留原則的討論之前，先回頭從更宏觀的視角檢視系爭事件所身處的背景，將有助於提供更貼近現實的理論思索。

參、疫情發展與因應

對於出國禁令此一防疫措施及其引發爭議事件的理解與評論，不能抽離於其所身處的疫情發展與因應的整體脈絡中。因此，本章將就此背景略作回顧；特別是，從快速變遷的疫情發展與推陳出新的因應措施二項視角進行觀察，提供後文論述的事實基礎。

17 我國釋憲實務相關發展參照後文第肆章第二節。

一、快速變遷的疫情發展

新冠肺炎自 2019 年 12 月於武漢發源後，所在地中國首先爆發大量感染與死亡案例。以 2020 年 2 月 26 日為時點來說，世界衛生組織報告顯示總計已有 78,191 名確診案例與 2718 人死亡¹⁸。因此可以說，中國是疫情第一階段的核心。

然而在此日，中國以外之新確診案例數首度超越中國之新確診案例數，代表中國以外之疫情已逐漸升溫至可觀程度；舉其要者包括南韓累計確診數達 1261 例、新增確診數 284 例，日本累計確診數 164 例、新增確診數 7 例，義大利累計確診數 322 例、新增確診數 93 例，伊朗累計確診數 95 例、新增確診數 34 例¹⁹。

伴隨地緣因素許多亞洲國家在疫情發展之初首當其衝，但接下來出乎意料地，稍有時間應變而在衛生醫療上較先進的歐美國家，成為最嚴重的災區。2020 年 3 月 13 日，世界衛生組織表示歐洲已成為大流行之震央，3 月 14 日的資料顯示累計確診數超過 1,000 例者包括義大利 17,660 例、西班牙 4,231 例、法國 3,640 例、德國 3,062 例、瑞士 1,125 例。在此同時，美國累計確診數亦來到 1,678 例、新增 414 例²⁰。其後疫情更大幅攀升延燒不止，5 月 2 日，歐洲累計 1,492,024 例確診，140,586 人

18 WHO, Coronavirus disease 2019 (COVID-19) Situation Report – 37 (Feb. 26, 2020), https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200226-sitrep-37-covid-19.pdf?sfvrsn=2146841e_2 (last visited: May 2, 2020).

19 Id.

20 WHO, Coronavirus disease 2019 (COVID-19) Situation Report – 54 (March 14, 2020), https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200314-sitrep-54-covid-19.pdf?sfvrsn=dcd46351_8 (last visited: May 2, 2020).

死亡，其中前五名為西班牙確診數 215,216、死亡數 24,824，義大利確診數 207,428、死亡數 28,236，英國確診數 177,458、死亡數 27,510，德國確診數 161,703、死亡數 6,575，法國確診數 128,722、死亡數 24,560；在此同時，美國則累計達 1,067,127 例確診，57,406 死亡人死亡²¹。截至 5 月 20 日，歐洲累計已達 1,928,799 例確診，169,033 人死亡，其中前五名為俄羅斯確診數 308,705、死亡數 2,972，英國確診數 248,822、死亡數 35,341，西班牙確診數 232,037、死亡數 27,778，義大利確診數 226,699、死亡數 32,169，德國確診數 176,007、死亡數 8,090；在此同時，美國則累計已達 1,477,459 例確診，89,271 死亡人死亡²²。雖然並非先進國家災情必然較其他國家慘重，但已顯現出在醫療、公衛與相關法制層面理當較為健全的國家，於新冠肺炎之前仍完全無招架之力。

綜上觀察，新冠肺炎於短時間內不僅勢如野火跨地域快速蔓延，且在各國多產生爆炸性擴散，即使已見採取積極甚至嚴格的管制措施，疫情仍失控性地倍數增長。這當中之發展多有難於預見、出人意料之處。難於預見之處導致即便歐美先進國家，亦防阻失當而遭受嚴重傷害；而先進國家疫情之慘重本身亦出人意料，進而造成其他國家在跨境阻絕政策設定上失準的風險。

21 WHO, Coronavirus disease 2019 (COVID-19) Situation Report – 103 (May 2, 2020), https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200502-covid-19-sitrep-103.pdf?sfvrsn=d95e76d8_4 (last visited: May 3, 2020).

22 WHO, Coronavirus disease 2019 (COVID-19) Situation Report – 121 (May 20, 2020), https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200520-covid-19-sitrep-121.pdf?sfvrsn=c4be2ec6_2 (last visited: May 21, 2020).

二、推陳出新的因應措施

雖然從 2003 年 SARS 戰疫的慘痛教訓中所獲得的寶貴經驗，幫助我國政府與國民更警覺且適切地因應新冠肺炎，但稍加比較也會發現，此次政府應用的治理工具，遠遠超越以往。由於疾病特徵的顯著差異，過去仰賴的制度工具，不論在各國都捉襟見肘，不堪因應，前所未見的管制開始浮上檯面。同時，新的科技與社會條件，也使得新穎的治理策略與方法一一出現。

以我國來說，根據學者整理，早在疫情浮現初期的 1 月 20 日到 2 月 24 日，中央流行疫情指揮中心便採行了至少 124 項行動；包括海空邊境管制、個案篩檢、居家隔離與檢疫、疫調、評估與管理量能之資源配置、公眾教育、反制假訊息、國際協調、各級學校防疫政策形塑、商業紓困等²³。其中，邊境管制、篩檢、疫調與隔離和檢疫發揮重大作用，透過旅遊史來辨識高風險個案，並連結居家隔離與檢疫措施及其他相應處置。而許多措施利用了新科技與資料系統，例如透過健保卡整合旅遊史資料，並讓醫療院所得以藉此辨識病患風險高低；透過手機建置「電子圍籬智慧監控系統」協助執行居家隔離與檢疫措施等²⁴；使用移動位置資料之智慧接觸者追蹤方法，搭配自動警示簡訊提醒進行自主健康管理等措施，來應對鑽石公主號旅客造訪的潛在風險²⁵。同時，透明化的資訊傳達、系統性的公眾教育、

23 C. Jason Wang et al., Response to COVID-19 in Taiwan: Big Data Analytics, New Technology, and Proactive Testing, *JAMA*, 323(14), 1341, 1341 (2020).

24 *Id.* at 1341-42.

25 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, *J. Med. Internet Res.*, 22(5): e19540, p.1 (2020).

快速動員的口罩等防疫物資之生產與分配等，亦屬亮點，且當中也絕佳地運用了現代科技²⁶。

隨著疫情的快速演變、對該疾病理解的增加及對其他國家處置之借鏡，應對措施也不斷增加、改變。例如自 2 月 23 日起始（至 6 月 30 日），原則上禁止醫院之醫事人員及社工人員前往旅遊疫情警告、警示及注意地區²⁷；3 月 20 日建議國人應避免所有非必要之出國旅遊²⁸；4 月 1 日訂定社交距離注意事項，提出室內應保持 1.5 公尺、室外保持 1 公尺等柔性指引，並預告第二階段採取強制處分的可能性（但無實施期程）²⁹；口罩實名制上路後不斷改進，從 1.0 版演進至 3.0 版³⁰。另如通報採檢之定義，亦隨著專家對疾病的理解與疫情的發展而歷經超過十次以

26 Wang et al, *supra* note 23, at 1342.

27 衛生福利部，防疫期間醫院醫事人員及社工出國與相關補償規定自 2 月 23 日適用，2020 年 2 月 27 日，<https://www.mohw.gov.tw/cp-16-51720-1.html>（最後瀏覽日：2020/5/10）。

28 衛生福利部疾病管制署，全球旅遊疫情升至第三級警告，國人應避免所有非必要之出國旅遊，2020 年 3 月 20 日，<https://www.cdc.gov.tw/Category/ListContent/EmXemht4IT-IRAPrAnyG9A?uaid=bYT2npF18R-hGXNmOwCcMA>（最後瀏覽日：2020/5/7）。

29 衛生福利部疾病管制署，「COVID-19(武漢肺炎)」因應指引：社交距離注意事項，<https://www.cdc.gov.tw/File/Get/LtS8RsN4j2kCcgziZzfGmA>（最後瀏覽日：2020/5/10）。

30 衛生福利部中央健康保險署，口罩相關資訊查詢頁面，https://www.nhi.gov.tw/Content_List.aspx?n=395F52D193F3B5C7（最後瀏覽日：2020/5/10）。

上之不斷改變、擴大³¹。此外在法律制定方面，特別條例經行政院各機關檢視既有機制與所面臨之需要，由衛福部擬具草案，於2月20日行政院會通過並函請立法院審議³²，立法院於2月25日三讀通過³³；內容共19條，處理醫事人員之補助或津貼、隔離或檢疫者及照顧者之勞動權益保障與補償、營利事業給付依法請假員工薪資之租稅優惠、徵用或調用防疫物資及其補償、授權採行必要之應變處置或措施、授權對特定人實施錄影、攝影、公布其個人資料等防治控制措施或處置、對產業之紓困、補貼、振興措施及對其員工之協助、配合播放防疫資訊之廣電媒體的廣告時間放寬、預算編列等事項。接者各部會訂定針對防治、紓困，以及防疫人員之補助、津貼、獎勵及補償等面向之相關子法，包括執行嚴重特殊傳染性肺炎醫療照護及防治發

-
- 31 通報定義「進化圓圈圖」曝光！張上淳：沒看過這麼複雜的，三立新聞網，2020年4月18日，<https://www.setn.com/News.aspx?NewsID=727978&From=Search&Key=%E8%B6%85%E5%89%8D%E5%B8%83%E7%BD%B2%20%E6%8C%87%E6%8F%AE%E4%B8%AD%E5%BF%83%E6%9B%9D%E3%80%8C%E9%A9%9A%E4%BA%BA%E5%9C%93%E5%9C%88%E5%9C%96%E3%80%8D>（最後瀏覽日：2020/5/10）；林慧貞，COVID-19 襲台 83 天，台灣防疫政策有哪些改變和轉向——完整呈現疫情中心說明及專家解析，報導者，2020年4月11日，<https://www.twreporter.org/a/covid-19-taiwan-epidemic-prevention-policies-change>（最後瀏覽日：2020/5/10）。4月16日版的通報採檢定義，參見衛生福利部疾病管制署，嚴重特殊傳染性肺炎病例定義暨採檢送驗注意事項，2020年4月16日，<https://www.cdc.gov.tw/File/Get/AyHd8990mKy62q9Ld0brqA>（最後瀏覽日：2020/5/10）。
- 32 行政院，行政院會通過「嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例」草案，2020年2月20日，<https://www.ey.gov.tw/Page/9277F759E41CCD91/8cbe04f2-7a43-4876-a132-8f1f7025105c>（最後瀏覽日：2020/5/11）。
- 33 立法院，《嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例》於今日 13：56 三讀通過，2020年2月25日，<https://www.ly.gov.tw/Pages/Detail.aspx?nodeid=5255&pid=191972>（最後瀏覽日：2020/5/11）。

給補助津貼及獎勵要點等至少 16 項行政命令³⁴。

若將視野放到全球，值得特別關注者，當屬相較我國所採諸般措施，範圍更加廣泛而干預更加強烈的居家令（stay-at-home order）或封鎖（lockdown）。以美國來說，最早動用此類措施者為加州³⁵。加州州長於 2020 年 3 月 19 日為因應新冠肺炎在極短期間內之快速蔓延，依政府法典（Government Code）8567、8627、8665 等條之概括授權發布了影響人身自由重大的居家令。其中要求所有居住於加州之人，除為了維持聯邦重要基礎設施部門之運作所需，或為取得例如食物、藥品與醫療照護等之民生必需品等原因之外，必須留在其住居所；而當因必要而離開住居所時，應踐行保持社交距離。違反者，法律效果包括構成輕罪而得處以罰金或拘禁。該命令立即生效且將持續至發布新的通知為止³⁶。值得附帶一提的是，前開居家令及其他數州的類似措施，已引來了許多合憲性的訴訟，後續結果值得觀察。其中在加州的 *Givens v. Newsom* 一案，緣起於原告的集會遊行申請因居家令而遭拒絕，提起訴訟主張其言論、集會與請願之權受到違憲侵害。聯邦地方法院於 5 月 8 日針對暫時禁制令部分作成裁決，認為原告之實體主張不太可能成立，其暫時禁制令之聲請因而遭到駁回³⁷。

34 衛生福利部疾病管制署，嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例及其相關規定，https://www.cdc.gov.tw/Category/MPage/H92bBjt_fGQFL0zmjpEemA（最後瀏覽日：2020/5/11）。

35 Jennifer Kates et al., *Stay-At-Home Orders to Fight COVID-19 in the United States: The Risks of a Scattershot Approach*, Kaiser Family Foundation (Apr. 5, 2020), <https://www.kff.org/coronavirus-policy-watch/stay-at-home-orders-to-fight-covid19/> (last visited: May 17, 2020).

36 Executive Order N-33-20.

37 *Givens v. Newsom*, 2020 BL 174086, E.D. Cal., No. 2:20-cv-00852, May 8, 2020.

另在英國，英格蘭自 3 月 26 日起始依衛生部長發布之「健康保護（冠狀病毒，禁制）（英格蘭）行政命令 2020」，進入了所謂「封鎖」狀態；威爾斯與蘇格蘭自 3 月 26 日、北愛爾蘭自 3 月 28 日開始，亦分別依針對各該地區的同等行政命令進入封鎖狀態³⁸。前引行政命令要求關閉銷售供場所內飲食的商業場所、電影院、劇院、夜店、音樂廳、博物館、藝廊、理髮店、健身房、體育館、游泳池、休閒中心、遊戲場、運動場、市場……等許多場所³⁹。同時，其亦規定「無人得在欠缺合理理由下離開其居住處所」；所謂合理理由，包括為獲得生活必須物之所需等 12 種事由⁴⁰。另外，其亦規定除四種例外情形外，禁止超過二人以上之公共場所群聚⁴¹。違反前述各項規定者構成犯罪，但得簽發定額罰款通知書，給予藉由繳付定額罰款而免除罪責之機會⁴²。此一行政命令效期六個月，而部長應至少每 21 天重新檢視所列限制之需求⁴³。值得附帶一提的是，此一行政命令雖明白表示依據 1984 年公共衛生法所訂定，但是否符合授權，引發

38 Tom Hickman et al., *Coronavirus and Civil Liberties in the UK* (Apr. 6, 2020), <https://coronavirus.blackstonechambers.com/coronavirus-and-civil-liberties-uk/> (last visited: May 13, 2020).

39 The Health Protection (Coronavirus, Restrictions) (England) Regulations 2020, art. 4, ¶¶ 1, 4.

40 Id. art. 6, ¶¶ 1-2.

41 Id. art. 7.

42 Id. art. 10, ¶¶ 1-2.

43 Id. art. 3, ¶ 2, art. 12, ¶ 1.

爭議⁴⁴。在該命令發布的前一日，即3月25日，英國國會通過了2020年冠狀病毒法；該法在3月19日由衛生及社會照護部提出於國會，國會僅經短短6天便火速通過這份長達348頁的立法⁴⁵。然而，即便完成內容如此廣泛龐雜的新立法，亦並未對封鎖措施提供法律授權。

44 See Hannah Noyce, *Is the Lockdown Lawful? An Overview of the Debate* (Apr. 20, 2020), <https://ukhumanrightsblog.com/2020/04/20/is-the-lockdown-lawful-an-overview-of-the-debate/> (last visited: May 14, 2020); Lord Sandhurst & Anthony Speaight, *Pardonable in the Heat of a Crisis – Building a Solid Foundation for Action* (Apr. 8, 2020), https://e1a359c7-7583-4e55-8088-a1c763d8c9d1.usrfiles.com/ugd/e1a359_017552492cac41868ee7eed2a53fe99d.pdf (last visited: May 14, 2020); Duncan Fairgrieve, *The U.K. Races to Catch Up on COVID-19* (Apr. 30, 2020), <https://www.theregview.org/2020/04/30/fairgrieve-uk-races-to-catch-covid-19/> (last visited: May 15, 2020); Jennifer Brown, *Coronavirus: The Lockdown Laws 12-13* (May 15, 2020), <https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/CBP-8875/CBP-8875.pdf> (last visited: May 15, 2020); David Anderson, *Can We Be Forced to Stay at Home?* (March 26, 2020), <https://www.daqc.co.uk/2020/03/26/can-we-be-forced-to-stay-at-home/> (last visited: May 14, 2020); Hickman et al., *supra* note 38; Robert Craig, *Lockdown: A Response to Professor King* (Apr. 6, 2020), <https://ukhumanrightsblog.com/2020/04/06/lockdown-a-response-to-professor-king-robert-craig/> (last visited: May 14, 2020); Jeff King, *The Lockdown is Lawful* (Apr. 1, 2020), <https://ukconstitutionallaw.org/2020/04/01/jeff-king-the-lockdown-is-lawful/> (last visited: May 14, 2020).

45 UK Parliament, *Coronavirus Act 2020*, <https://services.parliament.uk/Bills/2019-21/coronavirus.html> (last visited: May 14, 2020); UK Parliament, *Bill documents – Coronavirus Act 2020*, <https://services.parliament.uk/Bills/2019-21/coronavirus/documents.html> (last visited: May 14, 2020); Sandhurst & Speaight, *supra* note 44, at 1.

肆、法律保留原則及其適用之省察

一、理論基礎

法律保留原則的理論基礎，傳統上建立在民主原則與法治國原則，晚近則有功能最適觀點之興起，而其中又以最後者之見解最具說服力。而依此項理論推導，法律保留事項的疆界，並不僅以對憲法權利之限制或事務重要性為判斷標準，因行政部門相對於立法部門之決策優勢而產生的考量，亦成為劃界的準據。

民主原則與法治國原則雖可能被援引支持法律保留原則之存立，惟作為法律保留的理論基礎，均存在缺陷。首先，在民主原則下，傳統見解認為基於議會為人民之代表所組成，具有更直接之民主正當性，因而應被賦予較優越之決策權能。其次，在法治國原則下，傳統見解認為法律具有一般性、公開性與預先性，得以確保法安定性之達成，故法律保留原則要求以法律為行政行為基礎，得發揮保障人權之作用⁴⁶。然而，前述民主原則之論證建立在內閣制之政府體制下，於行政部門同樣具有直接民主正當性之總統制下即無法成立⁴⁷。而我國雖非採典型總統制，但中央政府體制同樣屬於行政與立法擁有各自民主正當性之「雙元民主」結構⁴⁸，因而以民主原則證立法律保留原則，難

46 許宗力，論法律保留原則，收錄於氏著，法與國家權力，頁131-132，134-135，1993年增訂2版。並參照陳敏，行政法總論，頁162-163，2009年9月6版。

47 許宗力，前揭註46，頁134。

48 黃舒芃，再論「二分」與「三分」之爭：從憲法觀點檢討職權命令的存廢問題，收錄於氏著，框架秩序下的國家權力—公法學術論文集，頁243，2013年。

竟其功。又前述法治國原則之論理同樣遭逢困境，蓋行政命令同樣具備一般性、公開性與預先性之性質，因而同樣可以達致確保法定性而促成人權保障之作用⁴⁹。因而，建立法律保留原則之基礎，有必要另尋他途。

功能最適觀點或功能結構取向的解釋方法，原為德國學說，自 1984 年飛彈部署判決始，為德國聯邦憲法法院所採納，作為理解權力分立與分析相關案件的思維基礎⁵⁰。該觀點在國內學界亦具高度影響力，並多次於大法官解釋之協同或不同意見書中被援引⁵¹，亦曾於釋字第 613 號解釋躍入多數意見對權力分立之

49 許宗力，前揭註 46，頁 135。

50 許宗力，權力分力與機關忠誠：以德國聯邦憲法法院裁判為中心，收錄於氏著，法與國家權力（二），頁 303，2006 年。

51 例如釋字第 578 號解釋許宗力大法官協同意見書、釋字第 584 號解釋許宗力大法官協同意見書、釋字第 585 號解釋許宗力大法官部分不同意見書、釋字第 596 號解釋許宗力大法官、許玉秀大法官不同意見書、第 613 號解釋許宗力大法官協同意見書、釋字第 680 號解釋許宗力大法官、謝在全大法官協同意見書、釋字第 689 號解釋陳新民大法官協同意見書、李震山大法官部分不同意見書、釋字第 690 號解釋許宗力大法官部分不同意見書、釋字第 691 號解釋陳新民大法官協同意見書、釋字第 692 號解釋湯德宗大法官不同意見書、釋字第 693 號解釋蘇永欽大法官協同意見書、釋字第 696 號解釋蘇永欽大法官部分不同意見書、釋字第 702 號解釋蘇永欽大法官部分協同部分不同意見書、釋字第 725 號解釋蘇永欽大法官協同意見書、釋字第 726 號解釋蘇永欽大法官一部不同一部協同意見書、釋字第 728 號解釋湯德宗大法官協同意見書、釋字第 729 號解釋蘇永欽大法官協同意見書。

闡述中⁵²。所謂功能最適觀點，係要求考察國家機關之內部結構、組成方式、功能與決定程序等各面向之特徵，而將國家事務分配由具備最佳條件之國家機關來擔當作成⁵³。雖然德國學說實務上發展之功能最適觀點，強調以促成國家決定達到「盡可能正確」為目的⁵⁴，而引發與其他憲法價值—特別是權力制衡、保障人權—之追求間可能發生衝突的疑問⁵⁵；但事實上，吾人只要將功能最適的目標，由看似較狹隘的「正確決定」概念解放出來，使其廣及於人民權利與福祉之實現與追求，前述潛在衝突，便消弭無形。換句話說，應將權限分配予在促成最佳之結果上具備最佳條件之國家機關；而所謂最佳，則由人民權利與福祉之實現與追求來加以界定。前開功能最適觀點雖源於德國，但與美國學者提出的比較制度分析（comparative institutional analysis）觀點有共通之處，而美國釋憲實務雙重審查標準結構背後的代議強化理論，亦帶有此種進行國家機關比較以決定權限分配之觀點的色彩⁵⁶。故其理論之說服力，應可獲得跨越國界

52 該號解釋雖未明確提及「功能最適」一詞，但理由書中對權力分立追求目標之闡釋，顯然包含了功能最適之觀點：「作為憲法基本原則之一之權力分立原則，其意義不僅在於權力之區分，將所有國家事務分配由組織、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，要亦在於權力之制衡，即權力之相互牽制與抑制，以避免權力因無限制之濫用，而致侵害人民自由權利。」（底線為本文所加。）

53 許宗力，前揭註46，頁139；許宗力，前揭註50，頁303,310,312。

54 許宗力，前揭註46，頁139；許宗力，前揭註50，頁303,310,312。

55 例如在釋字第690號解釋，李震山與林子儀二位大法官提出的部分不同意見書中便認為，若依多數意見基於防疫急迫性便可免除法官保留的論理，在有急迫性之搜索措施情形，亦可能主張「檢察官應較法院更為專業，由其決定應合乎功能最適原則，滿足所謂急迫之需求」，但事實上從憲法觀點，吾人並不會因此在如此重要基本權利上完全放棄法官保留。

56 陳仲嶙，環境影響評估事件之司法審查密度：比較制度分析的觀點，中研院法學期刊，第14期，頁130-133（2014年）。

的接受。

從功能最適的觀點出發，依學者見解，法律保留範圍之決定標準，包括基本權重要性、公共事務重要性等積極衡量標準，也應納入緊急事故與規範不能之事務等消極衡量標準。在積極衡量標準方面，所謂基本權重要性，在以對基本權之實現是否重要作為判別準據；所謂公共事務重要性，則可由受規範人範圍之大小、影響作用之久暫、財政影響之大小、公共爭議性之強弱、現狀變革幅度之大小、與現行法之比較等參考因素來協助劃定⁵⁷。這些積極衡量標準，主要建立在立法程序較為嚴謹、公開，討論較為多元、深入等，故較為重要之事務，應交由立法程序來決定⁵⁸。

然而，僅著眼於前述立法相對於行政的優勢，而忽略行政也有相對於立法的強項，只從事了單一制度分析；而單一制度分析是有缺陷的分析。比較制度分析的洞見已告訴我們，應該平行地檢視被比較的決策者，以決定由誰決定，才符合理性的選擇⁵⁹。此一洞見很自然地導出，考量行政也存在相對於立法的制度優勢—像是專業、分工體系、無所不在與持續不間斷、程序簡便、得以彈性、快速與靈活地作出回應—，將某些事務交付予行政部門決定，是獲得對人民權利與福祉最佳結果的選擇。

57 許宗力，前揭註46，頁183-192。

58 許宗力，前揭註46，頁180-183。

59 Neil Komesar, *The Essence of Economics: Law, Participation and Institutional Choice (Two Ways)*, in *Alternative Institutional Structures: Evolution and Impact* 165, 167-68 (Sandra S. Batie & Nicholas Mercurio eds., 2008); Neil K. Komesar, *Reflections on the Essence of Economics, the Character of Courts, the Role of Ideology, and the Reform of Legal Education*, 29 *L. & Soc. Inquiry* 291, 292-93 (2004); Neil K. Komesar, *Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics, and Public Policy* 6 (1994).

而將功能最適觀點運用於法律保留原則的學說，實際上也與此相呼應地主張：透過積極衡量標準判定為重要者，固原則上落入法律保留範疇，但若屬緊急事故或規範不能之事務等符合消極衡量標準者，則仍可能因行政部門在功能結構上的相對優勢，而排除在法律保留的範圍之外⁶⁰。消極衡量標準中之緊急事故，如突發性天災或經濟危機等，吾人容易理解；所謂規範不能之事務，則是指變遷迅速而須不斷相應因應之事務，除了設定抽象的目標或機制外，立法難以規範之情形⁶¹。

綜上所述，法律保留原則理論基礎的訪查，提供了如何為法律保留範疇劃界的指引。其中，除了仰賴「重要性」概念的理解及其進一步判準的建立外，同時也應納入緊急事故或規範不能之事務等消極衡量因素的考量；而後者因在釋憲實務中尚未被明確發展，更值得投以關注。由新冠肺炎疫情所觸發的許多管制措施，也正可作為檢視在遭遇緊急與快速變遷事務之法律保留界線的試金石。

二、釋憲實務

歷來許多大法官解釋已為法律保留原則的實務操作，建立起基本的框架。以下簡述之。

首先在體系構築上，最為人所知者，即大法官於釋字第 443 號解釋提出了學者稱為「層級化的保留體系」⁶²。該號解釋在「憲法所定人民之自由及權利範圍甚廣，凡不妨害社會秩序公共利

60 許宗力，前揭註 46，頁 180-181, 192-193。

61 許宗力，前揭註 46，頁 192-193。

62 吳庚，憲法的解釋與適用，頁 58-60，2004 年 6 月 3 版；吳庚，行政法之理論與實用，頁 103-104，2012 年 9 月增訂 12 版。

益者，均受保障。惟並非一切自由及權利均無分軒輊受憲法毫無差別之保障」的立論基礎上，建立了 1. 以憲法第 8 條為例的，已保留給憲法規範，即令立法者亦無法限制的「憲法保留」；2. 以罪刑法定主義為例的，必須由法律直接規範的「絕對法律保留」；3. 應由法律或法律授權之命令規範之的「相對法律保留」；以及 4. 不落入前三類型之其他情形的「非屬法律保留範圍」等四個層級類型⁶³。其中，後二個層級為多數國家事務歸屬的類型，且二者之間，正涉及法律保留與非法律保留的界線問題。

在法律保留與非法律保留的劃界上，釋字第 443 號解釋是以限制人民自由權利限制者，以及給付行政措施涉及公共利益之重大事項者，作為判定法律保留的標準；可看出在採取干預保留的同時，對於給付行政部分也納入重要性理論的考量。不過，在後續的見解發展上，因為面對多個不易在干預行政與給付行政間歸類的案件，例如釋字第 658 號解釋（公務員退休金年資採計）、釋字第 707 號解釋（教師待遇）、釋字第 743 號解釋（公用徵收後移轉予第三人）、釋字第 753 號解釋（全民健保特約內容），新的語彙—實現人民基本權利之保障或涉及公共利益之重大事項—開始浮現。亦即，限制人民基本權利之情形，落入法律保留範疇並無疑問；而在並非限制人民基本權利之情形，若屬實現人民基本權利之保障或涉及公共利益之重大事項，仍會被判定為法律保留之事項。

由法律保留原則衍生而來的法律授權明確性原則以及符合

63 大法官釋字第 443 號解釋。憲法保留等四個層級概念稱謂，參見吳庚，憲法的解釋與適用，頁 58-60，2004 年 6 月 3 版；吳庚，行政法之理論與實用，頁 103-104，2012 年 9 月增訂 12 版。

法律授權之要求，亦值得進一步說明⁶⁴。法律授權明確性原則係對立法者之拘束，對於不符合「授權之目的、內容及範圍應具體明確」要求之授權法律，認定為違憲；此類案件為數不多，具體例子如釋字第 522、680 等號解釋。相對地，符合法律授權之要求則運用於對行政命令之審查，在法律保留原則之下，主要在要求行政命令僅得於符合法律具體明確授權的情況下，得對人民自由權利加以限制或對其他法律保留事項加以規範；而於法律採取概括授權方式時，僅「得就執行法律有關之細節性、技術性之事項以施行細則定之，惟其內容不能抵觸母法或對人民之自由權利增加法律所無之限制」⁶⁵。此類案件不勝枚舉。例如在釋字第 394 號解釋中，大法官指出「涉及人民權利之限制，其處罰之構成要件與法律效果，應由法律定之；法律若授權行政機關訂定法規命令予以規範，亦須為具體明確之規定，始符憲法第二十三條法律保留原則之意旨」；對建築法第 15 條第 2 項「營造業之管理規則，由內政部定之」授權下訂定之營造業管理規則第 31 條第 1 項第 9 款之規定，大法官認定「未經法律具體明確授權，而逕行訂定對營造業者裁罰性行政處分之構成要件及法律效果」而違憲。

判定行政命令違憲的解釋固然不少，判定為合憲的解釋亦不乏其例。例如釋字第 538 號解釋，與釋字第 394 號解釋涉及完全相同的建築法第 15 條第 2 項「營造業之管理規則，由內政部定之」的概括授權，結論上卻相反地認定在此授權下之營造

64 個別大法官解釋通常僅涉此二爭點之一，惟有少數案例同時處理此二爭點，例如大法官釋字第 734 號解釋；該案中大法官認定廢棄物清理法第 27 條第 11 款規定符合法律授權明確性原則，但臺南市政府系爭公告「已逾越母法授權之範圍，與法律保留原則尚有未符」。

65 大法官釋字第 367 號解釋。

業管理規則第 7 至 9 條及第 16 條規定合憲。大法官雖承認系爭管理規則規定乃「對人民營業自由之限制」，但接著闡述表示「因營造業需具專門技術與工作機具，直接影響人民生命、身體與財產之安全，主管機關乃依建築法第十五條第二項規定之授權，本其行政專業之考量，就營造業之分級登記及其考核管理等事項而為規定，以提高營造業技術水準，確保營繕工程之專業技能及施工品質，尚符憲法第二十三條規定之意旨，與憲法有關人民權利應予保障之規定，亦無違背」⁶⁶。

值得注意的是，不論是授權是否符合具體明確之要求，或行政命令是否符合授權的探討，都涉及到法律授權意旨的理解與詮釋；而在此二種脈絡下對授權意旨的理解與詮釋，大法官都指出「應就該授權法律整體所表現之關聯意義為判斷，非拘泥於特定法條之文字」⁶⁷。在授權是否具體明確之脈絡，例如釋字第 753 號解釋，大法官針對相當概括的 83 年全民健康保險法第 55 條第 2 項規定：「前項保險醫事服務機構之特約及管理辦法，由主管機關定之。」在前開法律整體關聯意義的判斷下，參酌全民健康保險法第 31 條第 1 項、第 42 條、第 52 條、第 55 條第 1 項、第 62 條，認定「經由上開健保法規定，立法者業已就特管辦法之內容，提供主管機關可資遵循之具體方針。」而無違反法律授權明確性原則。在行政命令是否符合授權的脈絡下，案例眾多，以前曾引述之釋字第 394 號解釋為例，雖最後

66 不過，在認定合憲的同時，本號解釋的最後似乎又有些矛盾地呼籲：「惟營造業之分級條件及其得承攬工程之限額等，涉及人民營業自由之重大限制，諸如營造業之分級條件、專業人員之設置、公會之設立及營造業之分級條件或其他改進等重要事項如何由有學識經驗之專家、營造業人士參與諮詢等，為促進營造業之健全發展並貫徹憲法關於人民權利之保障，仍應由法律或依法律明確授權之法規命令規定為妥。」

67 釋字第 753 號解釋。

判定違憲，但大法官亦在法律整體關聯意義的判斷下，從建築法第 15 條第 2 項「營造業之管理規則，由內政部定之」如此欠缺指示的語句中，詮釋出許多弦外之音：「依法律整體解釋，應可推知立法者有意授權主管機關，就營造業登記之要件、營造業及其從業人員之行為準則、主管機關之考核管理等事項，依其行政專業之考量，訂定法規命令，以資規範。」

雖然法律保留原則衍生而來的法律授權明確性原則以及符合法律授權之要求，在我國大法官解釋的發展中，主要出現在授權訂定行政命令的脈絡下，但前述大法官所發展出來的原則與標準，其作用應有延伸於其他行政行為的可能。蓋歷來大法官解釋以行政命令為對象，應該是來自於我國抽象規範審查的釋憲制度，使解釋案件通常不會以行政命令以外之其他屬具體屬性的行政行為作為標的。然而如前已論及的，法律保留原則建立在立法部門與行政部門的權力分立上，本來就涵蓋對所有行政行為之拘束。而且，法律授權之規定，亦不排除對授權之行政行為類型保持開放；例如本文所涉及的特別條例第 7 條，概括地以「處置或措施」稱之，應可涵蓋各種行政行為型態。倘若行政機關在此種授權下訂定行政命令規範法律保留事項，須具有法律具體明確授權；在同一授權下作成一般處分規制法律保留事項，亦應以法律具體明確授予該項規制權力為前提。上述理解，提供了系爭出國禁令合憲性問題的分析基礎。

三、出國禁令爭議觸動的反省

系爭出國禁令是否符合法律保留原則，具體言之，須視特別條例第 7 條是否符合法律授權明確性，以及系爭禁令是否在該條授權範圍內。雖然依現行釋憲實務見解，系爭禁令很可能

被認為在欠缺法律具體明確授權下對人民自由權利增加法律所無之限制；但此一事件正提供了絕佳的機會，供反思過去大法官解釋尚未關注到法律保留消極衡量因素的缺漏。

依照前節所示大法官解釋所構築的標準，系爭出國禁令確實面臨著違憲的疑慮。首先，憲法第 10 條之遷徙自由保障人民移居與旅行之自由⁶⁸；而系爭禁令於特定期間禁止高中以下師生出國，顯已限制了人民的遷徙自由，依法律保留原則，須有法律或法律授權之行政命令為依據。以特別條例第 7 條作為法律依據，則運用 / 類推向來大法官解釋在授權訂定行政命令脈絡下的見解，即要求該條法律已對作成系爭禁令給予具體明確之授權。然而，特別條例第 7 條完全未對出國或遷徙之限制有所著墨，應會被判定為並未提供針對該等事項之具體明確授權。

另一種可能的詮釋路徑，是從特別條例第 7 條之授權不符合法律授權明確性原則而違憲出發，亦將導致系爭禁令欠缺法律基礎之結果。不過，此一詮釋路徑不僅影響系爭禁令之存立，也將讓授權法律喪失效力而連帶影響其他依該法律作成之處置或措施。在過往大法官解釋中，似主要僅運用於否定刑事處罰構成要件的空白授權；其背景係考量刑罰之法律效果對人民生命、自由及財產權之重大影響，與罪刑法定主義、刑罰明確性等原則相連結⁶⁹。因此，本案情形似較不可能被判定為特別條例第 7 條本身因違反法律授權明確性而無效。不過，不管是透過系爭禁令欠缺法律具體明確授權，或特別條例授權明確性不足的路徑，重點是在，依過往大法官對於侵入法律保留範疇的行

68 吳庚，憲法的解釋與適用，頁 203-204，2004 年 6 月 3 版；陳新民，憲法學釋論，頁 243-244, 249-250，2011 年 9 月修正 7 版；法治斌、董保城，憲法新論，頁 212, 214，2006 年 3 月 3 版 2 刷。

69 釋字第 522、680 等號解釋。

政作為之審查態度，行政部門如欲禁止人民出國，應該要能看出法律上對該等事項一定程度的指示。

前開欠缺授權依據限制人民權利而違憲之認定，固然是現行釋憲見解下最可能的判斷結果，但並非唯一可能的結局。進一步的反思或許可以從下述之探問開始：倘若特別條例第 7 條中所謂「為防治控制疫情」所「必要之應變處置或措施」，由於沒有明白描述出任何限制人民自由權利的具體手段，因而僅能受限於未限制自由權利之事項的話，則該條還剩下多少作用？這是否真的是立法者制定該條所欲之結果？立法者額外增定該條卻僅允許行政部門在原有權限下行事，恐有違常理。再從立法理由提及「一、考量防治控制疫情須視疫情狀況採取適切之應變處置作為，賦予中央流行疫情指揮中心指揮官相關彈性權限實有必要，爰為本條規定。二、又指揮官依本條所為之應變處置命令或措施不得逾越必要範圍，並應與防疫目的具有正當合理關聯，自屬當然。」⁷⁰ 配合條文未加限制之文句觀之，立法者似乎考量疫情變化及如何處置難以事先預期，但又有彈性應變之需要⁷¹，而決定廣泛授權而不具體描述得運用手段的態樣。基此，系爭禁令雖未必為立法者立法當時已預見之手段，但似乎確實是該條立法意圖所包含的措施。也就是說，依循大法官對法律授權意旨「應就該授權法律整體所表現之關聯意義為判斷」之精神，特別條例第 7 條與系爭禁令之間，未必不能被鏈結起來，讓系爭禁令成為符合法律授權意旨之行政行為。而此一與前開一依向來大法官解釋見解導出的一增加法律所無之限制而違憲之結論不相符合的論證結果，本質上必須建立在允許

70 行政院第 3690 次會議，2020 年 2 月 20 日，<https://www.ey.gov.tw/File/8E5AEFA9C812E8E5?A=C>（最後瀏覽日：2020/4/29）。

71 而疫情變化及如何處置之難以預見，第貳章之觀察分析已加以印證。

行政部門於立法者採取高度空泛授權的情況下，跨入現行實務上被認為屬於法律保留的範疇。

因此，接下來浮現之關鍵問題便是：法律保留原則是否應該容許，在特別條例第 7 條如此空泛賦予行政部門權力的語句下，得以因防疫發布某種限度內之禁止出國禁令？本文認為從功能最適觀點出發，此一問題的答案應該是肯定的。如本章第 1 節所提及的，涉及緊急事故或變遷迅速而須不斷相應因應之事務，即便符合基本權重要性、公共事務重要性等積極衡量標準，仍可能因消極衡量因素的考量而排除於法律保留範圍之外。這是因為在面對天災地變等緊急狀態，或變遷迅速而須不斷相應因應的事務，立法部門基於其結構、功能與決定程序等各面向之特徵，在作成追求人民權利與福祉之最佳決定上，相較於行政部門處於劣勢。而新冠肺炎所引發的不僅屬於嚴重威脅人民生命與健康之緊急狀態，且該緊急狀態涉及高度專業性與發展中之知識，以及複雜而快速變化的社會環境情狀，劇烈地將立法與行政的因應能力之差距拉開。即便防疫決策並非單純科學問題，而係綜合考量下的決定，但妥適決定的產出，勢必須建立在對專業知識與發展現狀的充分掌握與分析，且以迅速及時為前提。在此背景下，行政部門固然未必能夠妥適處置，但立法部門明顯更欠缺應對之能耐。在此情形，本文認為，立法之授權明確程度得以降低，亦即司法應僅以較低密度之標準進行審查；即令法律未清楚點出對出國或旅行之限制，但在可看出立法者有意給予彈性權限而系爭禁令可被涵蓋在該廣泛意圖的

範圍內時，即認定與法律保留原則不相違背⁷²。

此次疫情的發展及其治理，鮮明地例證了前述功能最適觀點提供吾人的洞察。前文第參章已呈現，疫情的變化有許多出人意料之處，同時，行政部門所採取之諸般措施，絕大部分恐怕都非立法者所能事先預見者。例如，能否事先預知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的困境，而允許運用移動位置資料之大數據分析？能否預知有採取出國禁令的需要？能否預見社交距離此種措施可能被提出，而預先為其執行賦予規範？能否預見其他已被他國採用的新科技方法如澳洲的接觸者手機應用程式⁷³，可能值得納入我國治理措施之一？期望立法者迅速通過明確而細膩的立法，涵蓋種類繁多而性質各異的因應作為，恐屬緣木求魚。從美、英等國的例子中也可看到，其法律規範亦類似地概括廣泛，或未能充分地提供所採措施之明確授權。事實上，他們採取的全面性的封鎖措施，遠超出過去既有的抗疫手段，各國在此前

72 值得附帶一提的是，非本案情形，因而本文未充分處理的其他情境，尚包括例如被爭執的防疫措施無法被涵蓋在立法意圖之範圍內（情境1），或者立法意旨是不欲給予廣泛授權，而僅允許行政部門採取未限制人民自由權利之事項（情境2）時。美國聯邦最高法院 *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952) 一案 Jackson 大法官之協同意見，在區分「總統根據國會明示或暗示之授權而行動」、「總統之行動欠缺國會授予權限，但也不存在國會對該權限之否定」、「總統採取之措施和國會明示或暗示之意旨不相容」等三種情形下開展分析，*id.*, at 635-38。借鏡此類型化，前述情境1和2即分別落入此類型化的後二種類型；而在此後二種類型，系爭禁令的合憲性分析即未必與在本案情形相同，而有待未來更深入的探究。

73 Australian Government Department of Health, COVIDSafe app (May 13, 2020), <https://www.health.gov.au/resources/apps-and-tools/covidsafe-app> (last visited: May 19, 2020).

恐怕都從未想像到有採取此等措施的一天⁷⁴，其立法者自難事先提供明確規範，以致是否存在充分的法律授權爭議迭起。

讓我們假設，系爭出國禁令，以及在我國其他亦曾受質疑或具潛在爭議的措施如醫護人員出國禁令、居家隔離與檢疫者之電子監控、健保卡串聯旅遊史、使用移動位置資料之智慧接觸者追蹤方法等，被認定為欠缺立法足夠明確之授權而違反法律保留原則；此一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？或許暫時地、看似守護了一部分的旅行自由與資訊隱私，但多數國家疫情失控後的景況，也展示了緊接著的可能發展：眾多人民生命與健康的損害與風險，以及在不得不採取更激進的管制措施如居家令以減緩急遽升高的疫情下，人民遷徙、人身、集會遊行、營業等自由受到更嚴重的斷傷。論者或許會主張，該等措施在現行法下固應基於欠缺存立基礎而受否定，但並非本質上不能採取，只要行政與立法部門努力將該等措施納入立法，即迴避掉違反法律保留原則的質疑。那麼讓我們再姑且假設，存在有利的外在條件幫助政府判斷潛在的管制手段，行政與立法部門也無齟齬地協力，成功完成預定採取措施之立法；但即使是如此理想的結果，時日的延宕仍不可避免，而在一夕數變的疫情下，時間因素不可小覷。例如假設，政府從其他國家採取居家令或封鎖措施的作法得到借鏡，讓我們在面臨類似該等國家的嚴重疫情時，得以相對迅速而有方向地完成居家令的立法授權；但是，以英國通過 2020 年冠狀病毒法的經驗來說，從於國會提案到通過雖僅 6 日，但在這期間已新增 536 例死亡，確診數部分僅英

74 例如英國的封鎖被稱為史上對自由所加諸最嚴重的限制，甚至超越兩次世界大戰所採管制措施。Hickman et al, *supra* note 38.

格蘭即已新增 9618 例⁷⁵；而且，從後續持續惡化的疫情來看，即使採取如此強硬的措施，時間點恐怕也已經太晚。明確法律授權的堅持原為維護人民權利而存在，但在特定脈絡下，結果反而不利人民權利獲得保障。這突顯出法律保留原則不能僅建立在防弊的思維上，而有必要從探詢誰能在實現人民權利福祉上促成最佳結果的觀點，予以重構。

但這絕不是說，行政的濫權無須擔憂。在其他國家，確實可看到利用防疫遂行政治算計或鞏固威權的例子；在我國，也並非所有政府舉措均屬適當而無可質疑之處。只是在特別條例第 7 條隱含著立法者有意的廣泛授權，且系爭出國禁令尚屬理性衡量而適度限縮—即使未必完美—之處置的情況下，以欠缺法律明確授權加以否定，似乎讓法律保留原則成為形式化的限制⁷⁶。在肯定系爭脈絡下放鬆法律保留之要求，是更有助於實現人民權利福祉之安排的前提下，對於行政潛在濫權的約束，恐應轉而仰賴其他機制，像是司法的實體審查（即便僅可能僅適用寬鬆審查，但仍可排除未經合理考量的行政行為）、立法的

75 3 月 19 日英國累計死亡數 158，3 月 25 日英國累計死亡數已達 694。3 月 19 日英格蘭累計確診數 5,747，3 月 25 日英格蘭累計確診數已達 15,365（英國政府官方網站上，歷史資料部分僅有英格蘭的確診數，無全英國的確診數）。GOV.UK, Coronavirus (COVID-19) in the UK, <https://coronavirus.data.gov.uk/> (last visited: May 25, 2020).

76 See Wen-Chen Chang, Taiwan's Fight against COVID-19: Constitutionalism, Laws, and the Global Pandemic, *VerfBlog*, 2020/3/21, <https://verfassungsblog.de/taiwans-fight-against-covid-19-constitutionalism-laws-andthe-global-pandemic/> (last visited: May 19, 2020).

事後監督（例如建立送置義務及立法否決之機制⁷⁷）、加諸更明確的行政透明性要求（例如建立事先與事後之資訊揭露要求⁷⁸）等。這些機制的操作、建構與強化，都值得進一步探索。同時，本文也認為在保留一定彈性的前提下，立法者嘗試細緻化、具體化立法授權規範，將常態法制中不確定法律概念適用上的模糊地帶以及未能充分考量防疫特殊情狀的不周之處，在特別法中釐清與重新建構，是應當努力以赴的任務。

77 行政命令之送置義務與立法否決規定，已出現在中央法規標準法第 7 條：「各機關依其法定職權或基於法律授權訂定之命令，應視其性質分別下達或發布，並即送立法院。」及立法院職權行使法第 62 條第 1 項：「行政命令經審查後，發現有違反、變更或牴觸法律者，或應以法律規定事項而以命令定之者，應提報院會，經議決後，通知原訂頒之機關更正或廢止之。」第 3 項：「第一項經通知更正或廢止之命令，原訂頒機關應於二個月內更正或廢止；逾期未為更正或廢止者，該命令失效。」惟若立法並未有訂定行政命令之指示而行政機關未採訂定行政命令之行為方式，前開現行法即無用武之地。此外，立法否決在特定情形是否逾越憲法界線，向有爭議，其所受憲法拘束自有待深究。相關討論參照許宗力，論國會對行政命令之監督，收錄於氏著，法與國家權力，頁 269 以下，1993 年增訂 2 版；湯德宗，三權憲法、四權政府與立法否決權 -- 美國聯邦最高法院 *INS v. Chadha* 案評釋，收錄於氏著，憲法結構與動態平衡：權力分立新論（卷一），頁 431 以下。

78 一個可作為思考起點的案例：台灣人權促進會於 4 月 9 日針對電子監控措施提出政府資訊公開之請求。參見台灣人權促進會，台權會加入全球逾 100 個組織的聯合聲明：防疫不該成為美化電子監控的理由，<https://www.tahr.org.tw/news/2635>（最後瀏覽日：2020/5/20）；台灣人權促進會，有關貴中心為防範 COVID-19 所採行之電子監控措施，本會申請政府資訊公開如說明，請查照見復，https://www.tahr.org.tw/sites/default/files/u87/2020409_yi_qing_zhi_hui_zhong_xin_.pdf（最後瀏覽日：2020/5/20）。

伍、結論

新冠肺炎的大流行，已對人類世界的許多面向帶來重大改變，在法律的層面，也產生新的衝擊與挑戰。以本文探討的議題為例，在希望阻截疫病於境外，避免在國內造成難以控制的社區感染，同時又應確保國民返回家園之權利的考量下，盡可能減少國人出國的策略於焉浮現；並透過比較群體特質以決定規制對象，具體成形為對高中以下師生的出國禁令。此一措施在追求重要的政府利益，但同時也對眾多人民的遷徙自由造成限制，依向來大法官解釋所採取的憲法原則，應有法律作為依據。然而，特別條例等被援引作為基礎之法律依據，並未明確指出得以採取限制出國或旅行之措施，使得系爭禁令是否符合法律保留原則，遭遇嚴重質疑。究竟是中央流行疫情指揮中心應被評價為不諳法治原則、逾越權限濫用權力，或是吾等法律人應重新檢視過去擁抱之法則的真正目的、為其開展更符合時代的面貌？

既往的釋憲實務對法律保留原則的理解，著重於對行政的立法約束，所建構的法律保留範疇判準，聚焦在對基本權是否具重要性之指標上；從功能最適的觀點來看，有所缺陷。功能最適觀點，比起其他理論，更有說服力地說明法律保留原則的基礎、實現權力分立的價值。而其觀點導出，立法相對於行政在決策上的劣勢，或反面來說，行政相對於立法在決策上的優勢，同樣應當受到關注；因此，緊急事故與變遷迅速而須不斷相應因應之事務，也應被納入為決定法律保留疆界的考量因素。

新冠肺炎提供了絕佳的經驗，供我們驗證上述的學理。人類對此一新興疾病的陌生，使得全球疫情發展出人意料，也令政府在應對上必須面對高度的科學上未知與不確定性。適切地

因應疫情，需要醫學與公衛專業，以及不受時間限制的動能以跟上發展中的知識與外在環境發展，甚至需求連結政府既有的多面向功能與不斷演進的新治理工具，以發揮最大的反制效能。而該疾病的大流行所帶來的，是對全民生命與健康的緊急威脅。這意味著，良好治理之需求不僅迫切，且決策的效能影響重大。在這樣的背景下，仰賴立法者對於因應措施給予具體明確的指引，明顯地不切實際，而且可能造成難以挽回的後果；因而新冠肺炎大流行之事故，為功能最適觀點下法律保留消極衡量標準的重要性，提供了鮮明的例證。

針對系爭禁令，特別條例作為其法律依據，雖未清楚點出對出國或旅行之限制，但不應被認定為與法律保留原則有違。蓋在前述背景下，司法者對於授權明確程度之要求應僅以寬鬆之標準進行審查；在特別條例可看出立法者有意給予彈性權限，而系爭禁令可被涵蓋在該廣泛意圖的範圍內之情況下，應認為中央流行疫情指揮中心指揮官得有作成該禁令之決策權限。當然，過於空泛的法律授權仍引人憂慮。展望未來，藉由此次疫情經驗，讓我國的傳染病防治法制更有能量應對危急疫情，但同時確保足夠的法律拘束防免行政的濫權，仍是必須努力投入的目標。

