

## 釋字第六九〇號解釋協同意見書

任何人的死亡，對我都是一個損失。因為我與所有人都休戚與共。所以千萬不要去探聽喪鐘是為誰而敲；每一聲喪鐘都是為你而鳴。

美國作家·海明威《戰地鐘聲》·卷首語

大法官 陳新民

本號解釋多數意見確認：傳染病防治法（舊法）第三十七條第一項規定：「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。」（以下簡稱系爭規定），並未違憲之見解，本席敬表贊同。惟究竟主管機關對於感染危險者，施予之強制隔離，應否適用憲法第八條的嚴格法官保留？當是本號解釋最易引起仁智互見之處。也甚涉及到憲法人身自由保障之範圍與審查標準的重要議題。

本席淺見以為我國憲法第八條的人身自由條款，迭經釋憲的擴張其適用範疇，已產生「良性質變」的發展。但在攸關全民健康安全的公權力措施、防止傳染病之強制隔離處置，過去一貫認為保障人身自由條款應實行的嚴格法官保留原則，並不應該僵硬地強套在此處置之上！

本號解釋應當宣示這種新型式限制、甚或暫時剝奪人身自由的隔離措施，並非有任何懲罰或貶視人格與人性尊嚴之意味，乃為公共利益所必要之舉。本號解釋應繼本院釋字第五八八號解釋之後續，承認此種侵犯人身自由之公權力措施，可有不同的法定程序及授權明確性的審查標準。且防疫任務乃典型高度專業之事務，尤不應置法官於醫療專業的決定之上。嚴格且僵硬地法官保留原則，即不得一味盲目的適用之。

另外，本號解釋多數意見為了調適不採用嚴格法官保留

原則可能帶來公權力恣意行使強制隔離權力，本席亦贊成多數意見之建議，立法者應從速建立一套可行的救濟及補償法制。但其具體內容，雖尚待立法者決定，然本席亦認為應有若干可採行之處，以兼顧國家履行防疫責任與人身自由保障的雙重利益，爰提出協同意見於次：

## 一、系爭規定所侵犯之基本權利種類—人身自由保障範圍與審查標準

### (一) 隔離處置的多樣性

本號解釋檢驗系爭規定對於與傳染病病人接觸或疑似被傳染者，由主管機關所施予的留驗、令遷入指定處所檢查及施行預防接種等措施，是否合憲之爭議，這些都被本號解釋概括地認定包括在隔離措施之內。實則，此單純的隔離措施之制度，雖未在系爭規定（第三十七條）明確許可主管機關實施，但同法第三十五條第一項已明白規定：「各級主管機關對於傳染病病人之處置，應採行下列措施：一 第一類、第二類甲種傳染病病人，應強制移送指定醫院施行隔離治療；第二類乙種傳染病病人，應勸告其住院，必要時並得強制其住院。二 第三類、第四類傳染病病人，應視其病況採取適當之防治措施。必要時，得比照第一類傳染病病人處置。」（新法改列於第四十四條）。

故隔離措施及附帶的公權力防疫措施，皆應當整體視為醫療公權力所可為之強制措施—隔離處置，而成為本號解釋檢驗之對象。

由該隔離處置所可能涉及的多樣性—主要是主管機關為了防疫目的，所採行的各種措施，即可能侵犯人民的各種基本人權，之所以必須理解其可能侵犯哪些基本權利，並非只是純粹學理探究的價值，而涉及到「檢驗標準」的問題。質言之，如果牽涉到剝奪人身自由的程度，原則應適用嚴格的審查標準；反之，如僅牽涉到遷徙自由，則僅是一般法律

保留，而適用一般審查標準<sup>1</sup>。至於行動自由，則可能視其受侵害的程度結果，而有不同的審查標準。故要挑戰系爭規定的合憲性，首先要決定其是否納入憲法第八條的保障範圍之內為前提。

隔離處置的多樣性，可以表現在：

a. **處置的法律手段多樣性**：主管機關對於採行隔離的公權力處置，可能作成行政處分、或一般處分或是頒佈行政命令的方式。採行行政處分者，主要是針對具體的感染病人或是疑似感染或高危險群者。這種對於個人所施予的公權力處分，是對個人產生最大、且最具體明確之拘束；採行一般處分者，則是對不特定，但可以確定的相對人所為之規範（行政程序法第九十二條第二項）。這在隔離處置上經常可見，例如：主管機關宣布某一地區為疫區，不准人民自由出入。則在疫區內人民，固然不得離開疫區。外人亦不得進入，此即為一般處分之隔離措施。反之，對少數染病者或感染之虞者，所為之隔離於一定處所之處分，即為行政處分。而主管機關同時宣布該一定處所為隔離區，即宣示不特定其他人民皆不可進入該隔離區，即具有一般處分之性質。

而在行政命令方面，主管機關可制訂各種辦法，例如對有關地區農漁、畜牧、游泳或飲用水發佈限制或禁止使用之命令（同法第二十五條）；對於進入隔離區或在隔離區周遭，實施一定的防疫措施。例如為撲滅由動物傳染之病菌，規定隔離區所在整個行政區禁止飼養該種動物……；如病菌由空氣傳染時，可規定隔離區外禁止公眾集會（同法第二十四

---

<sup>1</sup> 我國憲法第十條對於人民居住及遷徙自由，沒有訂定特別的限制條款。而不似德國基本法第十一條採取所謂的「限制中的限制」(Schranken- Schranken)，明白規定人民的遷徙自由權，雖可依法律來予以限制，但卻明白指明：只有下列五種情形，方得予以限制：因為生活條件不足，而會給公益帶來特別的重擔；為避免國家及各邦自由民主體制遭到重大危害；防止癘疫、天然災害及重大災害；為了保障青少年權益或預防犯罪所必須等公共利益所必要者為限。故德國的遷徙自由不是一般法律保留，而可以劃歸到「加重保留」(Qualifizierter Vorbehalt)，見Epping, Grundrechte, 3. Aufl., Rdnr.666.

條)，都是具有行政命令的性質。

b. **侵犯權利的多樣性**：由上述隔離處置可以侵犯甚多的人權。以隔離處分受拘束者而言，涉及人身自由與行動自由。憲法第八條所規定之人身自由權，固然包括了傳統意義的不受到任意逮捕、拘禁的身體自由權，同時，也包括了得以自由前往他處的行動自由<sup>2</sup>。而在前述的身體自由權方面，尚且包括了身體不受干擾、非法侵入的權利。這也是所謂的「身體完整權」(Körperliche Integrität)<sup>3</sup>，例如不得強迫注射、抽血或施以醫療或強制灌食等侵入身體的行為。系爭規定等明白地許可主管機關實施預防接種或其他必要之醫療行為，顯然許可侵入病人的身體，已侵犯了其人身完整權。而受隔離者既然喪失了行動自由，則其意欲遷居他處，即不可能，喪失遷徙自由即不在話下。

而在屬於一般處分的隔離措施時，受拘束者之權利—例如任何管制區外之他人，只有行動自由受到限制（否准其能自由進入該管制地區之權利）。如果受隔離地區不是一個小地區（如醫院），而是一個較大的地區，如村莊或城市時，則受限制之人權，可能由單純的行動自由，增加到遷徙自由與住居自由（不許可他人遷居該處）。

至若屬於行政命令的層次者，則該侵犯之種類，因為人數更多與抽象，而變得更多樣，例如工作權及財產權等……，都可能包括在內。

由上述隔離處置的公權力法律屬性不同，所侵犯的權利

---

<sup>2</sup> 但在本院釋字第六八九號解釋則認為：人民隨時任意前往他方或停留一定處所之行動自由，自在一般行為自由保障範圍內。易言之，行動自由列為人民依其意志作為或不作為之一般行為自由，受到憲法第二十二條之保障。這種見解，無疑將人民行動自由不源於憲法第八條之規定，從而不能享受憲法第八條較嚴格的憲法保留，而是第二十二條的一般保留。另外，行動自由也可能與遷徙自由產生重疊，但無論如何，其與遷徙自由之關連也高過憲法第二十二條之關連。若論我國憲法制憲者於制憲之初，未曾想到人民擁有行動自由，而需依賴憲法第二十二條日後增納之，恐怕不可思議也！參見陳新民，憲法學釋論，第七版，民國一〇〇年九月，第二四二頁。

<sup>3</sup> W. Haller, Menschenwürde, Recht auf Leben und persönliche Freiheit, in: Merten/Papier(Hg.), Handbuch der Grundrechte Bd.VII/2, 2007, Rdnr.25. zum §209.

可隨受規範者的不同，而異其權利種類。如果光以權利保障之角度而論，任何人的各種權利一旦受到公權力侵犯，都可以訴請法院救濟時，則法院勢必面對來自各方不同權利受損的訴訟。隔離處置所引發的權利救濟之複雜性，可見一斑。

幸而本號解釋僅針對所有隔離處置中，所涉及人數最少的一群，也就是受隔離處分者的權利受損問題，其所受到的侵犯的人權種類，也可集中到人身安全、行動自由之上。

## （二）人身自由的剝奪與限制之區別

將人民隔離於一定的處所，固然限制其人身自由權為最明顯之特徵。然而，仔細分析隔離的措施，又可以分為三種情形：

第一種最嚴重的隔離：這是類似刑罰性質（拘禁）的隔離措施。例如對於已經感染傳染病之病人，必須將其隔絕在一定密閉之空間，禁止其與外界接觸，這便是類同監獄之處置。此類的隔離處分，已不再屬於人身自由的限制，而係進一步地屬於人身自由的剝奪（Entziehung；Entzug）。德國基本法第一百零四條第二項所實施的法官保留制度，即針對這種人身自由的剝奪而為之特別規定。為此，德國「家事事事件及法院非訟事件程序法」（Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit）第一百四十五條第二項，對於這種屬於特別保障的「人身自由之剝奪」，即規定為：係指當違反個人意志或處於無意識狀態，特別是將之置於封閉之設施之中，例如監禁空間或是醫院封閉部分，而喪失其自由權之謂。

為此，德國「人類傳染病預防及對抗法」（Infektionsschutzgesetz）第三十條第一項雖規定主管機關對於傳染病患得安置適當醫院，來隔離之。第二項規定這些受隔離者只要在醫院封閉場所者，則應適用上述德國家事

事件及法院非訟事件程序法第一百四十五條第二項之規定。

這類的隔離病患，受到類似拘禁的效果，其違憲審查之基準採取如此嚴格的標準，如德國法制，吾人可以理解。但也令人納悶，有無必要採行如德國如此般的嚴重對待，必須交由法官在二十四小時內決定是否應當接受隔離治療？恐怕有待商榷<sup>4</sup>。德國這種即連傳染病的隔離處分都要交由醫療專業外行的法官予以審查，是德國基於慘痛的納粹恐怖統治的特殊經驗所致，這也是「一朝被蛇咬，十年怕草繩」的過度反應也！而在法官判斷的時效而論：任何病菌的培養與檢驗，往往需要兩天或三天時間。一天內即要法官作出有無隔離治療必要之判斷，未免失諸急切，且法官豈可能有正確之判斷乎？

第二種為有限度的自由：在隔離區內，除了明白發病被認定為具有散播病菌者外，被隔離者仍享有相當程度的行動自由。在隔離區內可能仍可維持一定的活動。如在更大的隔離區內，例如市區，日常生活仍照常進行。就以本號解釋原因案件為例，聲請人在醫院內仍可自由行動，與外界聯繫。而在同一隔離的醫院內，還有整個醫療團隊入駐，研究疫苗並協助醫療人員進行救助<sup>5</sup>。

這種有限度的自由，可能完全沒有對於人身自由進行束縛式之拘束（即無物理上的限制），也沒有類似拘禁式的拘束在封閉式的病房內，故可稱為是屬於人身自由的限制<sup>6</sup>。

---

<sup>4</sup> 就以前註3所提及的「身體完整權」為論，如果對人民強迫注射傳染病疫苗，是屬於對身體完整權的侵犯，也屬於侵入人身自由。但這種侵犯是否只要遵守法律保留為已足，或是必須認為已屬剝奪人身自由而需獲得法官之許可？顯然世界各國一即連德國，都為採此嚴格之法官保留制度。故可劃歸在人身自由自由的限制方面。

<sup>5</sup> 例如當時SARS專家中研院研究員林美香博士也進駐在隔離區內，率領團隊進行疫苗之效用研究，因此其被限制者，恐怕僅有自由出入隔離區的權利。至於其言論、通訊自由……，都未受到任何限制。見：陳愛娥，疾病控制的憲法問題—以我國政府在SARS事件中的應變措施作為反省基礎，月旦法學，第一〇五期，元照出版公司，二〇〇四年二月，第三十三頁以下。李建良，從正當法律程序觀點透析SARS防疫相關措施，臺灣本土法學雜誌，第四十九期，二〇〇三年八月，第八十八頁以下。

<sup>6</sup> 瑞士學界也認為，如果人民被指定暫時居住在一定的空間內，不能自由出入（須事先獲得許可），只能夠算是行動自由的限制，算不上剝奪人身自由的程度。例如軍人必須住宿營區，或某

故人身自由的限制與行動自由之限制，可能產生競合的狀態。但無論如何，這種行動自由之限制在一定空間內實施，如果該空間甚小，形同「軟禁」，即可能造成類似上述第一種剝奪人身自由的後果，此時即應採取嚴格的審查標準。

第三種則為最寬鬆的隔離：這是指隔離管制區夠大，則人民權利所受到的侵犯僅是行動自由與遷徙自由的限制時，不能屬於人身自由受剝奪的案例，而是人身自由的限制。該立法許可的審查標準，即可由一般標準予以認定。

然而，如何界定上述第二種與第三種情形？特別是如何由限制人身（行動）自由晉升到剝奪人身自由的層次？瑞士法院所採之標準可提供吾人參考：端視「程度論」而定。亦即由：「限制人民行動自由種類、時間長短以及效果」，來判斷這種對人民行動自由是否已經嚴重的侵擾到人民「日常生活」(Normaler Alltag)的狀況而論<sup>7</sup>。

這種較為彈性、且依被拘束者受限制的侵權嚴重性來予以判斷，堪稱允當，這也是我國釋憲實務對人身自由保障與限制的發展趨勢一致。本號解釋理由書（第一段）所提到：「……則應按其實際剝奪人身自由之方式、目的與造成之影響，而在審查上定相當之標準……」，便是採行這種見解。

由本案原因案件可知，隔離區為一中型醫院。聲請人雖未被隔離於病房內，而在隔離區內仍有相當程度的行動自由，但此活動空間顯然過於狹小，當然不符合其一般工作與生活之自由程度，而幾乎可達剝奪的效果。本席亦贊成由保障其人身自由之角度來予以檢驗其合憲性。

然而，即使吾人承認隔離措施已達剝奪人身自由之程

---

些訓練採取封閉式居住的管理模式，都屬於此例。見：W. Haller, aaO., Rdnr.31.

<sup>7</sup> W. Haller, aaO., Rdnr.31 zum §209.

度，立法雖可許可此制度，且應採取嚴格檢驗標準，則唯有在「立法公益的優勢性」確實存在，及符合比例原則，方可獲得合憲性，即「立法從嚴」也！從而其合憲審查的密度也趨嚴格也！

### （三）憲法人身自由條款的良性質變過程

按憲法第八條保障人身自由之條款，原本只是針對刑事犯罪之逮捕事宜所為的規定，但此較為狹義的制憲意旨，已迭經數則釋憲而擴張其適用之範圍。此一「質變過程」效果就人權保障的周延度而言，堪值讚許。此一良性發展軌跡，俾使我國憲法條文成為一個「活的憲法」。在此使舊條文「活化」過程，也應當勇敢面對新的情勢挑戰，毅然作出不同決定，以因應此種前所未見的新型案例。亦即：憲法第八條條文以及所適用的嚴格法官保留原則，並不應當適用在維護重大公益的傳染病隔離措施之上。

首先，在論及憲法第八條解釋產生質變之過程，尤其是擴張其適用範圍的過程，可由分述如下：

1. **公權力的種類**：按憲法第八條的原本制度設計，乃是防止刑事公權力濫用，恣意、非法的將人民視為犯罪嫌疑人，予以逮捕拘禁。綜觀該條文所提到的現行犯之逮捕、法官的審問與處罰合法性……，都強調了法院的任務與職權。但這種執行刑事公權力的適用範疇，已經不足以保障國家除執行刑事公權力以外，仍有其他事實上及法律上都可能侵犯人身自由的公權力。這個發展的軌跡如下：

a. 本院釋字第三八四號解釋：已經將憲法第八條之適用範圍，明白指明「不限於刑事被告」（「…係指凡限制人民身體自由之處置，在一定限度內為憲法保留之範圍，不問是否屬於刑事被告身分，均受上開規定之保障。」…）。

b. 釋字第三九二號解釋：該號解釋理由書則進一步認為，任何實際剝奪「人身（行動）自由」皆屬於憲法第八

條適用範圍（「所謂「逮捕」，係指以強制力將人之身體自由予以拘束之意；而「拘禁」則指拘束人身之自由使其難於脫離一定空間之謂，均屬剝奪人身自由態樣之一種。至於刑事訴訟法上所規定之「拘提」云者，乃於一定期間內拘束被告（犯罪嫌疑人）之自由，強制其到場之處分；而「羈押」則係以確保訴訟程序順利進行為目的之一種保全措置，即拘束被告（犯罪嫌疑人）身體自由之強制處分，並將之收押於一定之處所（看守所）。故就剝奪人身之自由言，拘提與逮捕無殊，羈押與拘禁無異；且拘提與羈押亦僅目的、方法、時間之久暫有所不同而已，其他所謂「拘留」「收容」「留置」「管收」等亦無礙於其為「拘禁」之一種，當應就其實際剝奪人身（行動）自由之如何予以觀察，未可以辭害意）。

c. 釋字第六三六號解釋：對於任何涉及人民身體自由之限制，如達一定之限度而與刑罰無異，即應適用嚴格的法律明確性原則（「……考其意旨，係指國家行使公權力限制人民身體自由，必須遵循法定程序，在一定限度內為憲法保留之範圍。所謂法定程序，依本院歷來之解釋，凡拘束人民身體自由於特定處所，而與剝奪人民身體自由之刑罰無異者，不問其限制人民身體自由出於何種名義，除須有法律之依據外，尚須分別踐行正當法律程序，且所踐行之程序，應與限制刑事被告人身自由所踐行之正當法律程序相類。……」）。

2. 行使公權力的機關：行使逮捕與拘禁的公權力機關，依憲法第八條之規定，僅許可司法或警察機關。但釋字第五八八號解釋，已將此公權力採行廣義解釋，任何可行使強制性公權力之機關，皆屬之（「……憲法第八條第一項所稱「非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕、拘禁」之「警察機關」，並非僅指組織法上之形式「警察」之意，凡法律規定，以維持社會秩序或增進公共利益為目的，賦予其機關或

人員得使用干預、取締之手段者均屬之，是以行政執行法第十九條第一項關於拘提、管收交由行政執行處派執行員執行之規定，核與憲法前開規定之意旨尚無違背。」)。

#### (四) 人身自由保障擴張趨勢的「新發展」—「不同基準論」

憲法第八條人身自由保障之範圍的一再擴充，對人權進步的助力無庸置疑。然而是否一切對於人身自由限制，是否皆要實施如此嚴格法官保留不可，以及完全依循憲法第八條的程序，方屬「合憲與正當」之法律程序<sup>8</sup>？如此一來，是否大幅度簡化了國家公權力所要面對不同社會秩序的種類與複雜性？大法官在釋字第五八八號解釋已經預見這種謬誤，而提出了「不同基準論」：

「……人身自由乃人民行使其憲法上各項自由權利所不可或缺之前提，憲法第八條第一項規定所稱「法定程序」，係指凡限制人民身體自由之處置，不問其是否屬於刑事被告之身分，除須有法律之依據外，尚須分別踐行必要之司法程序或其他正當法律程序，始得為之。此項程序固屬憲法保留之範疇，縱係立法機關亦不得制定法律而遽予剝奪；惟刑事被告與非刑事被告之人身自由限制，畢竟有其本質上之差異，是其必須踐行之司法程序或其他正當法律程序，自非均須同一不可。……」

上開本院釋字第五八八號解釋實已開啟了人身自由保障機制「新發展」的另一扇門。誠然，由大法官擴充憲法第八條規定的適用範圍，都是環繞在刑事司法、治安行政或是公法債務的管收。這些公權力之所以侵犯人身自由的屬性，主要具有濃厚的制裁性質，也是完全為了維護公共利益，而不在維護被侵犯者的利益。

至於例外的照顧到被人身自由拘束者利益的案例，可見

---

<sup>8</sup> 可參見前註 4 之強制注射疫苗之例。

諸於本院釋字第六六四號解釋。

該號解釋針對於少年事件處理法對於經常逃學或逃家之少年，依其性格、成長環境而有觸犯刑罰法律之虞者，可由少年法院依法處理。該號解釋認為該法乃是保障少年人格權正常發展之法律，即使有侵犯少年虞犯人身自由部分，只要不違反比例原則，即不違憲。該號解釋也明白指出，對少年虞犯強制收容於少年觀護所，屬於憲法第八條的「拘禁」，其限制應符合憲法第二十三條之規定，而以嚴格標準審查之。故對於少年事件處理法「就限制經常逃學或逃家虞犯少年人身自由部分，不符憲法第二十三條之比例原則，亦與憲法第二十二條保障少年人格權，國家應以其最佳利益採取必要保護措施，使其身心健全發展之意旨有違」。

釋字第六六四號解釋所涉及的，對少年虞犯之強制收容，即屬於「預防性收容」，乃避免少年虞犯會有觸犯刑罰之危險產生。是屬於既對少年的權利、也有助於公共利益的維護。這種預防性的限制人身措施，以及兼顧私益與公益的立法目的，與本號解釋原因案件之「預防感染與散播傳染病」所為之隔離處分，都有極大的類似性。然而，本院釋字第六六四號解釋，仍是將決定收容權限交付予少年法院決定，所以仍屬於法官保留。

此外，釋字第六六四號解釋雖強調少年虞犯的強制收容措施，屬於憲法第八條的拘禁，應以嚴格的比例原則予以審查，但並不一定需要完全遵循第八條程序不可。由該號解釋所宣示部分合憲與部分違憲的兩種結果可知，造成違憲後果的主因，並非嚴格法律程序的欠缺所致，而係種因於比例原則的審查未能過關，特別是不合乎目的性—「使經常逃學或逃家而未觸犯刑罰法律之虞犯少年，收容於司法執行機構或受司法矯治之感化教育，與保護少年最佳利益之意旨已有未符」；以及並非為最後手段—「同條第二款雖明定收容處置

須為不能責付或責付顯不適當者之最後手段，惟縱須對不能責付或責付顯不適當之經常逃學逃家少年為拘束人身自由之強制處置，亦尚有其他可資選擇之手段，如命交付安置於適當之福利或教養機構，使少年人身自由之拘束，維持在保護少年人身安全，並使法官調查審理得以進行之必要範圍內，實更能提供少年必要之教育輔導及相關福利措施，以維少年之身心健全發展」。

雖然都是預防性強制措施，但本號解釋原因案件與本院釋字第六六四號解釋最大不同之處，乃是強制公權力的出發點不同。釋字第六六四號解釋雖然兼具保護公益與私益的功能，但剝奪人身自由之公權力措施，乃出於懲罰性質，對剝奪人身自由者有價值貶抑的負面評判，則和過去幾號解釋所涉及人身自由之剝奪無異！

但本號解釋對於有受傳染病之虞者，加以隔離處置之出發點，並沒有上述各種剝奪人身自由公權力的制裁或懲罰因素在內。此種情形，頗類似於行政執行法第三十七條關於「及時強制」中的「對人管束」。特別是該條文第一項第一款之出於瘋狂或酗酒泥醉，而為救護其生命、身體之危險及預防他人生命、身體之危險；以及第二款為防止意圖自殺者，警察管束其身體，以維護其生命及身體之安全。都是出於保護私人，而無任何懲罰性質在內的拘束人身自由之案例。

本號解釋實則創設一個人身自由遭到剝奪的新審查基準，也是一個具有里程碑的案例。在行憲超過六十年的釋憲實務中，大法官對於憲法第八條的意義擴張，都是「一路開綠燈」，而現已到了應檢討的分岔口。過去釋憲盡力防護人身自由，避免被剝奪之案例，都反應了憲法第八條之本意：「在維護人民的人性尊嚴為最高指標」。從而產生出的法官保留、正當法律程序、嚴格審查基準、嚴格比例原則……，都意使人性尊嚴獲得實踐。但本號解釋原因案件正是未侵犯

被剝奪自由者之人性尊嚴。反而藉著對其自由的剝奪與限制，使其本人及更多國人的人性尊嚴獲得實踐。因此，本案具有「領頭羊」的指標價值<sup>9</sup>。

不過，釋字第六六四號解釋將拘束人身自由之公權力措施是否違憲，繫於比例原則之上，應同樣在強制隔離的公權力上適用之。是釋字第六六四號解釋可成為本號解釋立論的依據。

### （五）強制隔離措施之審查實效性—淪為「橡皮章化」的法官保留

誠然，法官保留原則對於維護人權的積極功能，是不容否認者。然而此一原則之實施，更有待於法官護衛人權功能的「實質實現」，而非「形式實現」。憲法第八條原本將保障人身自由的對象，針對刑事司法事務之逮捕與拘禁，而必定要交由法官予以裁決，即主因於事涉法官的職務範圍之內，且更重要的是「為法官嫻熟之事務」。故於專業知識方面，法官具有足以勝任審查公權力是否濫權、人民是否被冤枉的判斷能力。法官保留即代表了法官「專業保留」，不僅僅能夠形式上、更具關鍵意義的，能在實質上判斷每一個公權力處分的合法性。

本院過去在所有涉及人身自由剝奪的案例，以及釋字第六六四號解釋所涉及的審查少年的強制收容措施，雖然都是公權力之專業，並不逸出法院的判斷能力範圍之外。至於本號解釋所涉及的強制隔離，係高度專業的醫療衛生行政。如依本院釋字第五八八號解釋，自應當可以另定一個正當法律程序，不必一定依循釋字第六六四號解釋的意旨，特別是法官保留的原則。

在遏止傳染病的公權力措施上，法官絕對處於外行的地

---

<sup>9</sup> W. Haller, aaO., Rdnr. 28. zum § 209.

位。傳染病的主管機關，對於這種高度專業的醫療行政，本應即有權威的判斷力，在行政法上，這種專業裁量權，正是司法審查應當「退縮」（或稱為「司法自制」）的領域。對一般已知的嚴重的傳染病的醫療裁量權如此，對於來勢洶洶的不明傳染病，更是應當尊重主管機關的專業判斷、權威處置，讓主管機關能夠盡快想出遏止疫情傳播，以及撲滅傳染病的辦法<sup>10</sup>。

如果這種「目的性」的優先性不被重視時，可由完全外行的法官來審查與限制主管機關的裁量處置，無異使法官成為衛生行政機關的指導者，試問：行政法院法官能承擔此一重責乎？而以法律專業領導醫療專業，豈非典型的「外行領導內行」？

其次，對於醫療行為必要性的審查方面，儘管比例原則要求必須為最後手段，否則難逃違憲宣告之後果。但這種司法審查一個公權力措施是否絕對符合必要性，也必須能判斷同樣領域的公權力所採行之手段能否真正達成目的。而審查者必須具備專業能力方可，前述本院釋字第六四四號解釋違憲宣告便是一例。法院（包括司法院大法官）能否審查一個隔離措施是否絕對必要？法院能否決定醫療行政機關決定隔離的對象、範圍是否絕對必要，而沒有「錯關一人」？須知：傳染病只要有帶原者一人，即可散佈而成為幾何式的倍數發展。「錯放一人，可能使整個防疫戰役毀於一旦」，恐是任何防疫機關的心頭標語。為保險起見，寧可擴大防疫區域、增列可能感染的源頭、推定更多的潛在帶原者……，這

---

<sup>10</sup> 類似的思考也可見諸德國聯邦憲法法院在一九七八年作出的「快滋生反應器核電廠」案判決，這也是著名的Kalkar電廠判決，德國聯邦憲法法院認為：對於快滋生反應器核電廠的設置與否，涉及到極為專業的核能科技。究竟能夠給國家帶來實益或是損害，只有待日後未來才能證明，故一個必然受制於不確定的情況下，則首先應由立法者與政府所擔負的責任政治，分別在其範圍內承擔起責任來作出目的性考量之判斷。而非屬於法院的任務，來取代政府與立法者的責任政治之角色。見：蔡宗珍譯，德國聯邦憲法法院選輯（八），民國八十八年六月，第五七〇頁以下參照。

些屬於對抗傳染疾病之公權力機關「專業推斷與預測」，也可能是屬於他們所認定的「必要之舉」(醫學之比例原則)，但能否一定通得過法律人由司法實務與公法學理所灌輸較為傳統的「法學式之比例原則」—寧可錯放百人，也不要冤枉一人—的檢驗乎？恐怕答案並不樂觀也！

況且，如果非要實施法官保留制度不可，則每當惡性傳染病侵襲時，往往造成社會驚弓之鳥般的恐慌。民眾要求對少數帶菌者及高危險群者，必須採行最嚴苛的隔離措施之聲浪，一定不會薄弱。面對此一波濤洶湧的民意，法官豈可能逆勢操作，而不贊同主管機關所提出之措施<sup>11</sup>？且如果法官自覺對醫療行政外行，而對主管機關之決定一律配合，則法官的審查功能形成「橡皮章化」，法官保留原則僅剩下形式意義，而喪失其實質護衛人權之功能矣！實施此制度又有何功效？

堅持一定要將法官保留原則付諸實踐者，恐將造成國家防疫制度的崩潰。這種危險性是以犧牲成千上百國人生命為代價，是否也連帶地宣告了法官保留原則成為「幫兇」乎？

本席認為本號解釋的重要價值之一，不在於消極地宣示法官保留原則在審查隔離處分事件的「不適格性」，而係積極地督促立法者要評估此種醫療專業事件之特性，以及法官審查專業能力的嚴重不足，而必須重新設置一個以「目的導向」為主的醫療處分審查與救濟機制。這不是一種浪漫或單一面向的理想主義之選項，也不是盲目樂觀地將法官保留原則作為同時可抗疫與保障人權的靈藥仙丹。而係將保障廣大大多數人民的生命與健康置於首位（目的性之優先），法律救

---

<sup>11</sup> 猶記得當SARS在臺灣流行時，社會人人自危，甚至中研院某位研究員違反居家隔離的禁令時，不僅引來社會大加撻伐，甚至社會地位崇高者如中研院院長，也指稱該高級知識份子，乃「學位高級，人品不一定高級」。這可以說明社會人心普遍都處於不一定絕對理性的氛圍之中。參見：顏厥安，疫情法域，收錄於氏著：鼠肝與蟲臂的管制—法理學與生命倫理論文集，二〇〇九年九月，元照出版公司，第二一六頁，註五處。

濟只不過具有「善後式」補救性質，且必須退居第二順序之地位。

## 二、法律明確性的可行性與幻覺？

本號解釋的聲請釋憲意旨之一，亦指摘系爭規定違反了法律明確性原則—未明白規定可對曾與傳染病病人接觸或疑似被感染者，實施強制隔離之措施。同時也未就強制隔離的期間予以規範。

對於上述兩項法律不明確的指摘，對於前者（措施種類不明確方面），本號解釋多數意見的立論，兵分三途：第一，仍依循本院過去相關解釋的成例（例如本院解釋釋字第四三二號、第五二一號、第五九四號及第六〇二號解釋），認定系爭規定之必要處置，如為法律所欲規範之對象，自法條文義與立法目的，即可憑社會通念予以判斷，且得經司法審查予以確認。這種因應強制措施的欠缺法律明確規定之質疑，認為只要經由整體法條的文義架構與一般社會通念，即可推論出行政機關可能採取的措施，即可符合法律明確性的要求。

第二，也援引本院釋字第六三六號解釋之「不同基準論」，降低審查的標準：此觀諸本號解釋理由書（第三段）認為如果公權力對人民身體自由之限制已達到嚴重程度，而與刑罰無異時，其法定要件是否符合法律明確性，應採嚴格的審查標準。但隨即又提及強制隔離之拘束處分：「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」。

第三，援引一則行政機關事後的解釋令<sup>12</sup>，證明系爭規

---

<sup>12</sup> 行政院衛生署於民國九十二年五月所發布之公告：「政府所為嚴重急性呼吸道症候群措施之法源依據」中，所明定系爭規定所謂必要處置之防疫措施，尚包括集中隔離。作為佐證系爭規定的明確性規定。

定在解釋上許可採行此種措施。

這三種立論，第一點尚佳外，第二、第三點則可有可無。正如同本席在上文第一段（一、（一）處）已指明系爭規定雖未提到主管機關可施行的隔離措施，但同法第三十五條對已感染之病人即已明定應實施隔離措施。故此一隔離措施，即為主管機關處置染病者的應行步驟，且法條緊接在系爭規定之前，故有感染傳染疾病之虞者，當可預測出主管機關將採行此種防疫措施。此即典型的不違反「可預見性原則」之實例！

因此根本不必捨近求遠，只要綜觀系爭規定的前三條條文，即可整體判斷出此一措施的合憲性也。本席認為儘管對法律明確性審查採取嚴格標準，系爭規定也能通過此一審查門檻，而無違憲之虞。至於「不同基準論」，亦可以用在排斥嚴格法官保留的論理之上也。

但對次一個隔離期限未規定之質疑，本號解釋多數意見（見理由書第六段）雖未認為系爭規定違憲，但也沒有提及其合憲的立論。反而認為立法者應明定「合理而不過長」的強制隔離期限，似乎即肯認釋憲有理，只是其程度未達到違憲之程度，而作出此「修法建議」的輕度檢討改進而已。

在此本席認為這種修法建議頗有強人所難之憾！上述修法建議乃要求立法者能夠事先對於重大、惡性之法定傳染病的隔離措施，能事先在法律上明定主管機關的實行隔離措施的合法期限，以實踐法律的明確性<sup>13</sup>。

醫療主管機關對於法定傳染病所採行的隔離措施，一定是針對不同傳染病種類。而應考慮的因素，包括傳染的範圍、途徑、時間、醫療資源的足夠與否……，而有不同的應變措施。對於已知的傳染病，醫療主管機關所要考量之處，

---

<sup>13</sup> 類似的法律明確性原則案例，例如：釋字第六六四號解釋所涉及少年的感化教育的六個月至三年期限。

已甚為複雜，更何況面對不知名的疫疾時，不論是採行對抗的方式或是期限，一切都屬「未知數」之列。立法者事先所規定的法定隔離期限，恐怕將淪為「紙上期限」，沒有實質上的功能—當也無助於防止醫療主管機關的可能濫權—。這種期待立法者扮演「事前諸葛亮角色」來滿足法律明確性之要求，立法者果真神人乎？豈不是一種對法律明確性的重要性寄予厚望的幻覺乎？

無怪乎面臨國家遭受到癘疫的襲擊，尤其是不明且嚴重的傳染病襲擊時，國家承平時代的法制總有措手不及之可能，此時唯有「目的取向」為對策。這也是我國憲法授予總統行使緊急權制度的主因（憲法第四十三條之要件）也。傳染病的神秘面紗、病毒的千變萬化，都是一個最殘忍、最多變的敵人，來挑戰國家醫療水準與醫療主管機關之智識與效率！

### 三、檢討改進的斟酌—「捆仙索」或是「有以待之」的抗疫法制？

對付惡性傳染病的確是一個棘手的任務，充滿了高度不確定性，很難事先用數個僵硬的法條勾勒出衛生主管機關可以實施撲滅傳染病的權限空間。這種「捆仙索」式「防範」的法律，唯一的好處，只是滿足若干國人心理上對國家可能造成濫權的安全感。

#### （一）假藉隔離，以行濫行拘捕異己的危險性？—杞人憂天的過慮

誠然，外國曾出現不少專制政權，將異議人士指控為精神障礙，而將之囚禁的案例。但利用傳染病而由而拘禁異議人士者，恐乏其例。吾人應當可以很放心的認為：在我國日後可預見的民主政治體制下，幾乎不可能需擔心政府會利用傳染病流行之際，濫權將個別或一群異議人士予以隔絕，以實施白色恐怖、整肅異己。這種危險性，幾乎無存在的可能

性！

而國家必須對國民實施隔離後，須知此時國家已經承擔起極沈重的救助義務。對於已經罹患傳染病患者，同法第三十五條第二項（新法改列為第四十四條第三項）已經特別提及國家對於受隔離措施之病人，應給予必要之治療，其費用由中央主管機關編列預算支應之。對於尚未感染者，本條文雖未提及可適用，但未感染前，也無此規定之必要，因為一旦在隔離狀態中感染，自然成為此條文的規範對象矣！

因此，國家實施隔離政策，反而是一個重擔，隔離越多人民，表示其承擔對病患之救治任務的範圍擴大，所必須耗費的醫療人力、資源及預算也隨之加重。國家豈會給自己增加沒有必要的重擔乎？

另外，莫忽視輿論媒體之力量！大凡傳染病蔓延之時，泰半關於抗疫的措施，皆成為輿論關注的焦點！對真有無必要隔離而遭隔離者、沒有積極成效的防疫措施……，無不可能遭到媒體的抨擊。此時，相關機關斷然不會漠視之。這也是國家實施民主政治與責任政治之體制，行政與民意機關可以承擔起政治責任的良好機制也<sup>14</sup>。

本席因此相信，對抗傳染病所採取的公權力措施，客觀上不會造成政府濫權，以隔離之名、行拘捕之實，侵犯國民憲法上所保障之自由。有持懷疑論者，毋乃過於杞人憂天乎？如果偶而有過失性處置，相信透過輿論媒體的發揮監督力量，即可以有效制止之。此時若還要寄望法官保留原則，期待法官來充作「安心劑」，未免淪為空想矣！

本席雖贊成本號解釋多數意見之修法建議，立法者應建立一套新的防疫救濟與補償法制。其具體立法方向仍有待立法者行使形成權，本席認為可朝下列幾個方向著手：

---

<sup>14</sup> 參見前註 10 德國聯邦憲法法院在Kalkar電廠判決中所闡釋之見解。

## (二) 建立全新、合乎抗疫需要的救濟體制

這種新的傳染病措施之救濟法制，必須打破現有救濟法制的思維，從新出發。多數意見在理由書（第五段）已經提及主管機關作出防疫措施後，被限制者仍得依行政爭訟程序聲請救濟。縱不論此承平時代理實施的行政救濟是否時間過長，而喪失儘速救濟之實益<sup>15</sup>。但更重要的致命傷，這種救濟模式，除了訴願程序外，在訴訟階段，仍然是操之在對醫學外行的行政法院法官手中，呈現出本席一再抨擊的「外行領導內行」之法官保留原則之弊害。

跨出一個全新救濟體制的大腳步，就必須有魄力的實現下面數點的改革：

**a. 迅速的行政救濟程序：**救濟的程序應當捨棄冗長的一般訴願程序，改採迅速與簡易的異議程序。因為健康者如果處於被封閉的隔離區內，可能增加感染風險。提起救濟成為一種時間競賽，必須盡快處理此救濟事宜。

本席以為：任何隔離處置必須提高作出決定機關的層次，不得由現行的縣、市政府即可作出隔離決定（新法第二條之規定）。但實際上，地方政府的衛生局即可以作出實質的判斷。

為了使作出隔離處置決定更為慎重與權威性，縣、市政府只能為暫時隔離處分，而需由報由中央主管機關（衛生署）儘速，例如三日內作成正式決定，方可繼續實施隔離。

對於上述隔離處分不服之救濟，應向中央主管機關聲明不服，中央主管機關即應儘速審查，並作出審查決定。

**b. 建立專家參審的審判體制：**為補強法官專業不足之憾，應建立醫療專家參審，以及一審級的行政訴訟體制。對衛生署審查決定不服，應向最高行政法院所成立的特別審查

---

<sup>15</sup> 依訴願法第八十五條之規定，訴願自收受訴願書三個月內之，延長以一次為限，最長不得於兩個月。故光是訴願程序即可能長達五個月之久。

庭起訴。該特別庭法官應當召開由衛生署、相關衛生醫療專家學者等專業人士組成之聽證會，聽取其建議。但最好是建立專家參審的新型法院組織體系，由承審法官組成的合議庭中增列半數以上為具有醫療背景人士充任，徹底解決法官欠缺醫療專業之弊病。

c. **建立一套迅速可行的訴訟程序**：由於傳染病的疑似帶原者，可能不宜接觸公眾，因此訴訟程序必要時不必舉行言詞辯論，採行書面審理即可<sup>16</sup>。此外，訴訟程序可採簡化、合併審理，並應在最短時間內審結。

d. **隔離時間是否應有一定的「合理期限」**？本號解釋多數意見雖期盼能立法規定合理期限。此立意雖佳，但可能成為無實益的修法建議，本席雖予以批評，如果真要落實此一「書面文字上的正義」理念，最多也只能訂立「週期審查制」。立法者可規定：中央主管機關每次作成隔離處分期限，最長不得逾二月，如有延長之必要，應主動向前述建議修法成立之最高行政法院特別法庭聲請延長之。當然立法政策上也可以彈性決定週期：例如第一次隔離處分期限不能逾三月；之後每次延長以一月為限。皆可由立法機關決定之。

### （三）建立合理的補償法制

這是本號解釋最值得重視之建議。對於未感染傳染病者，僅因其具有高度危險性，而被預防式的隔離而喪失其人身自由者，這種損失是為公共利益所為之「特別犧牲」（Sonderopfer），理應給予一定的補償。我國大法官已於釋字第607號解釋中明白承認：此乃超過人民一般容忍程度之特別犧牲，即使不造成財產損失，而係人身自由之損失，也應給予適當之補償。

對於上述未染病而被隔離者，舊法本未有任何補償之規

---

<sup>16</sup> 例如德國家事事件及法院非訟事件程序法第五百二十條第二項，即規定對遭受傳染病之當事人，得不必舉行聽證。

定。但事後立法院通過的「嚴重急性呼吸道症候群防治及紓困暫行條例」（民國九十三年十二月三十一日廢止）第八條第三項已明文規定：「接受強制隔離者，經診斷證實未感染嚴重急性呼吸道症候群，政府得給予合理之補償」。隨著該條例於九十三年十二月三十一日廢止後，傳染病防治法遂將此條文精神，於九十六年七月十八日修正時列入該法第五十三條第二項規定，對於接受隔離檢疫者所受之損失，應給予相當之補償。而衛生署隨後於九十七年一月二十七日修正之「指定徵用檢疫隔離場所及徵調相關人員作業程序與補償辦法」第十條便規定，該隔離者自隔離日起至結束為止，每日補償薪資損失新台幣六百元。但衛生署又於九十九年二月三日修正該補償辦法，將第十條對隔離者補償規定刪除，其理由為：依本法（第四十四條第三項）對於未在隔離中染病者，國家雖未負起醫療照顧責任，但也會支付膳食費，國家並非未有任何支出。故對於幸運而未染病者，不應給予補償，以維護公平。

顯而易見者，這種對於喪失人身自由者，先前僅給象徵性、以最低工資為補償基準的補償費，已顯然過低，根本不能符合合理、適當補償的基本原則；而在隔離期間，雖然獲得三餐的膳食供給，但比起受隔離人被剝奪自由的利益相較，顯然更不合比例：試問，如以受刑人三餐的牢飯價值，可否抵得起一天的自由價值乎？這種所謂的「公平論」似乎應當被時代所淘汰。

本席以為：任何在隔離前未有感染傳染病徵兆，而在隔離後之後，方被證實感染者，和在隔離後始終皆未感染者，都應當被視為「為公益犧牲者」，都應當列入全額補償的對象。本席以為至少應當比照冤獄賠償標準，才符合法治國家對人身自由與平等權，提供最大保障的基本精神。

#### 四、結論：永恆的天敵與喪鐘的啟示

戰爭、天災及癘疫，是威脅人類生存的三大殺手。其中癘疫，也就是聖經啟示錄中提到「騎著灰馬的騎士」，更是對人類永恆的夢魘。

惡性傳染病來來去去，人類往往以血淚迎接這種宿命的抗爭。來時可悲，去時也不足以喜。一九五七年諾貝爾文學獎得主的法國卡繆，曾在著名的「黑死病」一書的結語中提到：當整個城市隔離數月後，黑死病終於被撲滅後，全城騰歡。作者語重心長地說出了：

「興奮若狂的群眾，並不知道一個事實，但卻應當從書本中瞭解到：黑死病的桿狀菌永遠不會完全消失或死亡，它們能夠躺著冬眠，在未來的許多、許多年之中，它們隱藏在臥室、地窖、衣箱或書架上，等候它的時機來到。而說不一定哪一天，當人類的毒性又啟發了，黑死病便會再度以老鼠為先驅，而降臨在一個快樂和平的都市之中」<sup>17</sup>。

的確，人類永恆地天敵—癘疫，如本號解釋的原因案件所涉及的 SARS 疫疾風波，正是「來無影，去無蹤」。可想而知今後一定還會有許多知名與不知名的惡性傳染病侵襲臺灣。而我國在法制上如何能提供最有效的方法，來對抗此一來勢洶洶的天敵？可能唯有事先建立一套可行、有效的防疫應變法制—一個「有以待之」的先進法制，才是最理智的決定。

但更重要的是全民的「抗疫心態」：此「有以待之」的抗疫法制，必須將其可行與有效性，置於最重要的地位。萬事莫急如遏止疫情擴染，以及為國家醫療單位爭取寶貴時間以籌研出對策。全國上下應衷心肯認隔離處置係一種對於可能散播傳染疾病之國民，所為不得已之人權限制。政府為此決

---

<sup>17</sup> 卡繆的黑死病，諾貝爾文學編譯委員會，環華館出版，二〇〇二年，第三五二頁。

定時，也不能為維護個人之「小益」而畏首畏尾，這也是任何一個負責任的政府，應當「義無反顧」作出維護「大義」的時刻！當然，國家應從速對這些為抗疫政策而犧牲自由者，制訂一個公平的補償法制，也是顯現實踐「大義」的表現。

本席願再次強調：臺灣是一個封閉的島嶼，地小人稠，人口密度之大，居世界前茅。加上長年氣候溫暖濕熱，多重因素都適合細菌滋長及傳染病蔓延。國家對於惡性傳染疾病的防制，無疑的是具有最大的公共利益。在此「抗疫與防疫第一」的時刻，吾人似乎更不應該盲目迷信絕對的法官保留原則，並將此原則削足適履地移植到我國，並作為對抗惡性傳染病戰役的萬靈丹！

既然所有國人都同坐一條船上，呼吸同樣的空氣，每個人不應當堅決抗拒個人的犧牲與不便。同樣也是諾貝爾文學獎得主美國文學家海明威，曾在著名的小說「戰地鐘聲」(For whom the bell tolls) 卷首語提到令人省思的詩句：

任何人的死亡，對我都是一個損失。因為我與所有人都休戚與共。所以千萬不要去探聽喪鐘是為誰而敲；每一聲喪鐘都是為你而鳴。

的確，對於我們全體國人而言，在惡性傳染病肆虐的時刻，教堂每一聲喪鐘，豈不是為你我而敲起的警鐘與喪鐘乎？