

防疫與人權之兩難

從比例原則論德國防疫措施
之作為、可行與爭議*

彭睿仁**

收稿日期：2022 年 3 月 24 日

接受日期：2023 年 5 月 24 日

* DOI:10.6164/JNDS.202306_22(2).0001

** 佛光大學公共事務學系助理教授、德國科隆大學經濟暨社會科學博士。

E-mail: juijen@mail.fgu.edu.tw

摘 要

爲了讓民眾回歸社會生活，德國聯邦近期提出 3G 規則 (3G-Regel) 作爲民眾個人進入室內空間之條件，讓已接種疫苗者 (Geimpft)、染疫已痊癒者 (Genesen) 與接受檢測且陰性結果者 (Getestet) 出示有效證明後，得以免戴口罩不受限的出入特定公共場所、參與文化或休閒活動。其中，又以接種疫苗更爲行動自由權不受限的關鍵。而在部分的邦，則採用更嚴格之 2G 規則 (2G-Regel)，只有接種過疫苗或染疫後痊癒之國民，才能不受出入行動的限制，連持有 24 小時內 PCR 檢測陰性結果證明，亦不得進入室內空間。在德國，民眾並無接種新冠疫苗的法定義務，儘管接種新冠疫苗是目前控制疫情擴散之最佳策略，但不論是採用 3G、2G 或 2G+ 規則，在無法律作爲強制要求接種的法源依據下，若以疫苗接種、染疫痊癒作爲自由出入的要件，則必然有國家過度介入個人基本權利的疑慮，因此有必要在比例原則理論之檢視架構下，檢驗 3G 及 2G 規則之合憲性。

關鍵詞：新冠疫苗、比例原則、3G 與 2G 規則、生命權及健康權、行動自由權

壹、研究背景與問題意識

從 2020 年底起至今，歐洲多數國家開始分批並逐步大量推動新冠疫苗施打，雖然歐盟核准使用的疫苗有 BNT、Moderna、AstraZeneca 及 Johnson & Johnson，且有不同變種病毒株出現的威脅，但仍有不少民眾對於疫苗施打保持觀望態度，甚至抗拒。為了讓民眾盡早回歸正常社會生活，包括德國在內的許多歐洲國家近期提出所謂的 3G 規則（3G-Regel）作為民眾個人進入室內空間之條件，已接種疫苗者（Geimpft）、染疫已痊癒者（Genesen）與接受檢驗且陰性結果者（Getestet）出示有效證明後，得以免戴口罩不受限的出入特定公共場所、參與文化或休閒活動。其中，又以接種疫苗更為行動自由權不受限的關鍵。而在德國部分的邦，則採用更嚴格的 2G 規則（2G-Regel），連 48 小時內 PCR 檢測及 24 小時內的抗原快篩陰性結果證明，亦不符合進入室內空間的標準，只有接種過疫苗或染疫後痊癒之國民，才能不受出入行動的限制（Wissenschaftliche Dienste, 2021a）。

德國聯邦政府大力推動接種疫苗，並呼籲大眾理解提高疫苗覆蓋率，對於防治新冠病毒變種株之急迫性，以及對解封、回復正常生活的重要性。雖然德國的兩劑完整接種比例已超過 60%（Rober Koch Institut [RKI], 2021a），但基於疫苗接種率未如預期，且未接種者若感染也會造成已接種疫苗者的突破性感染，因此相關建議認為，除了應將疫苗接種視為國民義務，應立法強制國民接種外，為了維護大多數人憲法所保障之生命權及身體健康權，同時兼顧社會與公共利益，故應以接種疫苗與否作為國家機關是否介入個人行動自由的評估標準。而染疫痊癒者因在特定期間內具有抗體，與已接種者類似，故也納入不受限制之範圍（Wissenschaftliche Dienste, 2021a, 2021b, 2021c）。

然而接種疫苗屬於侵入個人身體之醫療行為，因此是否能以個人生命權、身體健康權及公眾健康利益為強制之依據，不無爭議。對此，

歐洲人權法院 (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte [EGMR]) 針對捷克一對父母不讓其子女接種疫苗遭到罰鍰，且被幼兒園拒絕入學之爭訟案，於今年 4 月 8 日之判決中認定捷克政府的相關措施是合理可接受的 (Legal Tribune Online, 2021a)。¹ 法院見解認為，在捷克，為了防止麻疹、風疹及腮腺炎等傳染病，父母若違反子女接種疫苗義務被處罰鍰且子女不得入學幼兒園或托育機構的措施，並未牴觸《歐洲人權公約》第 8 條關於尊重私人及家庭生活權利之規定。² 合議庭對於 6 個類似之案例亦做出相同的判決，換句話說，歐洲人權法院認定疫苗接種義務雖然係屬對個人私領域生活之介入，但強制接種仍為適當之措施，因為國家必須考量孩童的健康風險，並保護他們不受傳染病之傷害，故捷克當地的措施符合孩童個人身體健康之最佳利益 (Legal Tribune Online, 2021a)。

從歐洲人權法院本次的判決見解可發現，國家為保護孩童身體健康可採取強制接種疫苗的作為，故若就此延伸及推論可知，在面臨不同變種新冠病毒威脅的情況下，為保障人民的身體健康權及生命權，國家機關似可依法律授權要求民眾接種疫苗，即使基於行動自由乃憲法保障之人權，不宜直接課予法定接種義務，但在保障公眾生命及健康利益的前提下，似可將疫苗接種代替採檢，作為部分社會參與的條件，因為即使是持特定時間內完成之 PCR 陰性檢測結果者，並非毫無染疫風險，所以在德國部分邦所轄之鄉鎮仍不得自由進出特定場所。然而德國民眾並無接種新冠疫苗的法定義務，目前亦無立法的規劃，由此可知，施打新冠疫苗雖是目前控制疫情擴散的最佳策略，但不論是採用 2G、2G+ 與 3G 規則，在無法律課予民眾接種義務的前提下，若直接以疫苗接種、染疫痊癒做為出入自由的要件，甚至連陰性

¹ Urt. v. 08.04.2021, Az. 47621/13 u.a.

² Art. 8 EMRK.

採檢證明都可能被排除於外，則必然有國家過度介入個人基本權利的疑慮（Wissenschaftliche Dienste, 2021a）。

對此，本文將採用文獻分析法，單以德國防疫法制與相關措施為重點分析對象，蒐集德國聯邦眾議院、參議院之立法文件，聯邦政府政策文件，以及民間團體、專家學者對是否另訂法律疫苗接種義務之相關見解，在比例原則理論之檢視架構下，分析並探討 2G、2G+ 與 3G 規則，以及為解除強制措施，進而推動疫苗強制接種義務涉及之主要人權議題、可能之爭議及權利間之衡量；比例原則對 3G 及 2G 規則之檢驗結果、疑慮及可能之替代或修正方式。因本文係以德國為個案分析對象，故後續分析之範圍亦僅限於德國自 2020 年 3 月以來歷經四次條款立法修正之防疫相關法典條文，以及行政機關經法律授權發布防疫規則施行高強度防疫措施之相關規範。

貳、德國聯邦與各邦主要防疫措施之相關規定³

一、德國聯邦與各邦主要防疫措施之相關規定

德國聯邦政府與各邦政府係於 2021 年 8 月 10 日經過協議後，達成共識，藉此要求各邦強化管制措施，同時並鼓勵民眾施打疫苗。另

³ 本文撰寫時間為 2021 年全球新冠疫情嚴峻時期，包括德國在內之歐洲各國多採用出入管制或行動自由限制性較高之防疫措施。自 2022 年起隨著國際新冠疫情趨緩，德國各邦與新冠疫情相關的強制性防疫措施及特定法規，除醫療院所等特定場所外，大多已逐步解除，雖仍持續鼓勵民眾接種新冠疫苗，但各地不再以是否完整接種疫苗或是否確診已痊癒（例如本文中行政機關制定之 2G 與 3G 規則）作為出入營業場所的標準。本文主要係研究、分析與探討從 2020 年 3 月起新冠疫情擴散且尚未趨緩時期的疫苗相關防疫措施等法律規範造成的爭議，以及近期至 2023 年 3 月德國聯邦政府主要防疫措施調整與部分法規的修正，故相關問題分析與討論將聚焦於新冠疫情嚴重且各類高強度防疫措施與法規尚未全面廢除，以及隨疫情變化調整之時期。

外，各類行業開始適用 3G 規則，聯邦眾議院和參議院並修法通過了《傳染病防治法》的修正案和其他相關法律，於 2021 年 11 月 24 日生效（Die Bundesregierung, 2021a）。在修法通過後，「全國範圍流行病」之緊急狀態就不會繼續延長，將於 2021 年 11 月 25 日結束，原有依照快速條款立法授權之規定即必須廢止，但根據新修定之《傳染病防治法》，可以採取一系列之保護措施，實行期限至 2022 年 3 月 19 日，但仍可再以國會之決議，延長三個月期限（Die Bundesregierung, 2021b）。因此，疫情雖然嚴峻，但隨著疫情進入常態化階段，德國已經不再以緊急狀態規範與約束人民行動自由等基本權利，而開始基於保障人民生命、健康與生存權之目的，開始實施新形態之防疫強制措施。依據德國聯邦政府與各邦政府在 11 月 18 日的疫情高峰會議結果，加強防疫管制措施依照不同情況，可有不同強度措施之適用，聯邦政府之判斷依據主要是以 7 日發病率及住院率為科學之認定標準（Die Bundesregierung, 2021b），主要之規則如下：

(一) 當 7 日發病率達到每 10 萬人中有 35 人染疫

適用 3G 規則規定，除了接種疫苗者和曾接受治療並康復之痊癒者外，亦允許檢測陰性者取得各類服務。意即所有尚未完全接種疫苗（Fully Vaccinated）或未有染疫的人都必須進行抗原快篩或 PCR 檢測。根據聯邦政府與各邦協議，3G 規則已經於 2021 年 8 月 23 日在全國生效。另外曾有部分邦政府實行 3G Plus 規則，要求未接種疫苗或未染病的民眾出入封閉公共場所、大型活動必須持有之陰性檢測報告必須是 PCR 測試結果，不得為快篩陰性證明（Die Bundesregierung, 2021b）。

(二) 當 7 日住院率達到每 10 萬人中有 3 人住院

適用 2G 規則規定，不再接受 PCR 陰性檢測報告，只有具備免疫能力者（完全接種疫苗者或從疫情中康復者）才能進入室內空間活動。

到目前為止，2G 規則已應用於多數聯邦州，各邦規定皆稍有不同（詳見表 1），然而基本上參加室內活動都需要持有接種疫苗，或染疫痊癒之證明文件（Die Bundesregierung, 2021b）。

(三) 當 7 日住院率達到每 10 萬人中有 6 人住院

此即表示疫情在部分地區擴散相當嚴重，因此必須實行更嚴格之 2G+ 規則。依照聯邦政府公布之指引，僅針對特定場所實行 2G+，意即具備免疫能力者同時必須提供最新的快篩結果才可前往例如酒吧、夜店等人群容易聚集、感染風險特別高的場所，然而部分邦政府或依其邦級法規制定更嚴苛之規定，或者仍在全國法規制定完成後之過渡期，因此有部分增加 2G+ 之涵蓋範圍、並得限制或禁止部分商家營業之規範（Die Bundesregierung, 2021b）。

(四) 當 7 日住院率達到每 10 萬人中有 9 人住院

聯邦政府即開放授權交予邦政府，由各邦政府之衛生單位自行宣布與管理各邦之活動與產業，包括封城、宵禁、禁止營業、關閉學校等措施，均可依各邦實際疫情嚴重程度調整其強度（Die Bundesregierung, 2021b）。至於在工作場所，3G 規則同時適用於員工和僱主，只有接種過新冠疫苗者、染疫康復者或經過檢測並持陰性結果者，才能進入工作場所。3G 規則下，前述之證明必須攜帶或存放在僱主處。僱主有檢查、監督和記錄的義務。所有受影響的僱主都可以蒐集員工的疫苗接種狀況。僱主有義務提供員工在家工作的機會。由於巴士、電車、遠程列車、渡輪和飛機等大眾交通運輸難以追蹤曾接觸確診者之旅客，尤其是在發病率較高的地區。因此，德國除了強制戴口罩的要求外，依據新通過的《傳染病防治法》修正案中，3G 規則必須適用公共交通運輸體系，如果乘客未接種疫苗或尚未康復，則在搭乘交通運輸工具時必須隨身攜帶快篩陰性證明，且該證明之測試應於搭乘交通工具前 24

小時內爲之。

在聯邦政府宣布「全國範圍流行病」之緊急狀態廢止後，防疫工作將原則上重新歸屬於各邦自行決定之範疇，聯邦僅能就重要的事項在原則上做出規範，而因此除了上述的疫情指標外，聯邦政府更考量人民的工作權與移動自由權，分別在勞動領域與大眾交通運輸做出規定，要求各邦政府與雇主不得要求人民在辦公處所與公共交通工具實施 2G 規則 (Die Bundesregierung, 2021b)。聯邦政府認爲，有接種疫苗，康復或測試的人皆能進入工作場所，亦可以選擇是否要在家辦公，雇主不得加以限制 (Die Bundesregierung, 2021b)。前往辦公處所上班者必須攜帶 3G 證明，或存放在僱主處以供查驗。雇主同時有檢查、監督和記錄的義務。並且，所有受影響的雇主都可以蒐集員工的疫苗接種狀況等資訊；由於巴士、電車、火車、渡輪和飛機等大眾交通運輸難以追蹤感染者的接觸者，尤其是在發病率較高的地區。因此，除了強制戴口罩的要求外，3G 規則適用於公共交通運輸體系 (Die Bundesregierung, 2021b)，如果乘客未接種疫苗或尚未康復，則在搭乘交通運輸工具時必須隨身攜帶快篩陰性證明，且該證明之測試應於搭乘交通工具前 24 小時內爲之。

由此可知，聯邦政府雖授權各邦依據自身疫情防治情形加以規範，但仍然在原則性的規定中，確保聯邦對於疫情管制應符合一定程度標準的要求，以符合法治國原則的精神，但是在疫情嚴峻的今日，各邦政府不能制定比聯邦寬鬆的規定其實已經無庸置疑，不過是否能夠進一步比聯邦嚴苛？而且能夠嚴格到甚麼程度？尚有爭議，各邦政府在避免疫情擴散並且希望維持自身執政利益的情形下，多有偏向嚴加管制的趨勢，因此聯邦政府也有必要就人民基本權利保護的面向做出部分規範，從而能夠確保民主自由的社會現狀不被疫情改變。

下表 1 顯示德國各邦不同之防疫措施，其中對於 2G、2G+ 及 3G 規則的要件寬嚴不一，雖與各邦因應各地疫情狀況有關，也避免全國

防疫與人權之兩難：
從比例原則論德國防疫措施之作為、可行與爭議

表 1 各邦適用 2G、2G+ 及 3G 規則之行業、場所及其他附加相關規定

聯邦州	疫情警戒等級	適用 3G 規則之行業及場所	適用 2G 規則之行業及場所	適用 2G+ 規則之行業及場所	區域限制出入標準
巴登符騰堡 (Baden-Württemberg) 住院率：6.4	二級警報(住院發生率為 6.0 以上或 COVID-19 患者佔用超過 450 張重症加護病床。)	髮廊、公司和協會的會議活動、商務住宿、餐廳、批發和零售場所	有身體接觸之服務(不包括髮廊)、商業會議展覽、住宿、文化休閒設施、交通設施、18 歲以上之教育	聖誕市集、文化活動、休閒旅遊、體育賽事活動、情色場所	七日發病率連續兩天超過 500 人之地區實施熱點封鎖，將非屬基本服務之零售業納入 2G 規則管理
巴伐利亞 (Bayern) 住院率：8.1	醫療警示燈號為紅燈 (COVID-19 患者佔用超過 600 張重症加護病床)	餐廳、批發和零售、醫療護理服務、學校與考試	有身體接觸之服務 (包括髮廊)、住宿、18 歲以上之教育、圖書館和檔案館、政治活動以及物理上必須接近客人之服務	文化活動、休閒旅遊、體育賽事活動、商業會議展覽、非私人場所的私人 and 公共活動	七日發病率超過 1,000 人以上之地區實施熱點封鎖，所有 2G 及 2G+ 之活動一律禁止
柏林 (Berlin) 住院率：3.9	依聯邦政府標準	交通運輸、醫療護理服務、工作場所、宗教及政治活動、大學、職業培訓	所有超過 20 人的活動、聖誕市集、文化活動、休閒旅遊、體育賽事活動、有身體接觸之服務 (包括髮廊師)、成人教育、批發和零售、餐廳、文化休閒設施、餐廳、批發和零售、住宿、性服務	尚未實施	尚未實施
布蘭登堡 (Brandenburg) 住院率：4.5	依聯邦政府標準	商務住宿、工作場所、大學、職業培訓	零售、有身體接觸之服務 (包括髮廊)、住宿、文化活動、休閒旅遊、體育賽事活動、性服務	夜店、酒吧與俱樂部、節日活動	七日發病率連續三天超過 750 人以上且重症住院佔醫療量能 10% 以上之地區實施熱點封鎖，對未具免疫力者實施宵禁，且關閉夜店、酒吧與俱樂部等夜間娛樂設施
布萊梅 (Bremen) 住院率：6.6	二級警報(住院發生率為 3.0 以上未滿 6.0)	交通運輸、工作場所	所有室內活動、餐廳、文化機構、體育設施	尚未實施	尚未實施
漢堡 (Hamburg) 住院率：1.2	依聯邦政府標準	髮廊、醫療護理、零售、駕訓班、宗教活動	所有室內活動、有身體接觸之服務 (不含髮廊)、飲食、文化機構、體育設施、住宿旅遊、節日活動、性服務	部分機構自行規定	尚未實施

聯邦州	疫情警戒等級	適用 3G 規則之行業及場所	適用 2G 規則之行業及場所	適用 2G+ 規則之行業及場所	區域限制出入標準
黑森 (Hessen) 住院率：4.2	依聯邦政府標準	髮廊、醫療護理、商務住宿、課外教育和培訓、工作場所、交通運輸	一般住宿、有身體接觸之服務(不包括髮廊)	文化活動、宗教活動、體育活動、文化機構、體育設施、夜店、酒吧與俱樂部	尚未實施
梅克倫堡－西波美拉尼亞 (Mecklenburg-Vorpommern) 住院率：8.6	紅燈(住院發生率為 9.0 以上)，授權地方政府依照感染率、住院率、重症病床數發布更嚴格規定	交通運輸、工作場所	所有零售店，但提供基本服務的零售商除外	所有室內活動、旅遊服務、職業教育和培訓、節日活動、體育和其他戶外活動	尚未實施
下薩克森 (Niedersachsen) 住院率：6.4	二級警告(住院發生率為 3.0 以上未滿 6.0)	交通運輸、工作場所	所有室外活動、醫療護理、髮廊	所有室內活動、聖誕市集、餐廳、有身體接觸之服務(不包括髮廊)、住宿、休閒娛樂	尚未實施
北萊茵－威斯特法倫 (Nordrhein-Westfalen) 住院率：4.1	依聯邦政府標準	非關休閒之設施和活動，交通運輸、大學、職業教育、商業會議、市政公務會議、婚葬活動，髮廊、商務住宿	文化、體育和休閒活動和設施、聖誕市集、節日活動、有身體接觸之服務(不包括髮廊)	夜店、酒吧、俱樂部、舞蹈活動、狂歡節慶祝活動 (Karneval) 和類似的傳統活動	尚未實施
萊茵蘭－普法爾茨 (Rheinland-Pfalz) 住院率：4.3	依聯邦政府標準	工作場所、交通運輸、大學	文化、體育、休閒活動和設施，城市旅遊、有身體接觸之服務(包括髮廊)、性服務	尚未實施	尚未實施
薩爾蘭 (Saarland) 住院率：4.7	依聯邦政府標準	所有室外活動	所有室內活動	夜店、酒吧、俱樂部、參觀療養院、醫院和診所	尚未實施
薩克森 (Sachsen) 住院率：5.3	依聯邦政府標準	工作場所、大學、體育賽事、市政公務會議、宗教活動	飲食、文化和旅遊、零售、貿易和實體服務	尚未實施	七日發病率超過 1,000 以上之地區實施熱點封鎖，對未具免疫力者自晚間十時至翌日凌晨 6 時實施宵禁
薩克森－安哈特 (Sachsen-Anhalt) 住院率：10.5	依聯邦政府標準	工作場所、大學、聖誕市集、交易、商會展覽、交通運輸與有身體接觸之服務(包括髮廊)	餐飲、體育活動、文化設施、住宿、休閒設施和娛樂場所、節日活動、城市旅遊	夜店、酒吧、俱樂部、樂團排練	尚未實施

防疫與人權之兩難：
從比例原則論德國防疫措施之作為、可行與爭議

聯邦州	疫情警戒等級	適用 3G 規則之行業及場所	適用 2G 規則之行業及場所	適用 2G+ 規則之行業及場所	區域限制出入標準
石勒蘇益格－霍爾斯坦 (Schleswig-Holstein) 住院率：3.7	依聯邦政府標準	商務住宿、專業活動、職業培訓	室內休閒設施、餐廳、有身體接觸之服務（不包括髮廊）、聖誕市集、酒吧、住宿、課外教育、體育運動	室內休閒設施和餐廳區域、有身體接觸之服務（不包括髮廊）	尚未實施
圖林根 (Thüringen) 住院率：21.6	依聯邦政府標準	商務住宿、交通運輸、醫療護理服務、職業訓練、駕訓班、大學、市政公務會議、宗教活動、政治活動	室內公共活動(50 人以下)、餐飲、零售、住宿、有身體接觸之服務(不包括髮廊)、露天休閒活動等	賭場、投注商店、樂團排練、室內健身、舞蹈教室	尚未實施

資料來源：Die Bundesregierung (2021c)，表格由作者自行整理製作。

性的統一規範一旦過鬆，則疫情嚴峻地區的人民身體健康權益遭受損害；一旦過嚴，則疫情較和緩地區的人民自主權與自由權遭到漠視。以疫情嚴峻的巴伐利亞邦為例，巴伐利亞邦在過去已經累積超過 75,000 確診個案，且每 10 萬人之 7 日確診率高達 589.3、住院率 8.1，這表示一週平均每 10 萬人有將近 600 人確診、逾 8 人住院 (RKI, 2021b)。故任何體育賽事、文化節慶及旅遊活動等均適用 2G+ 規則，甚至非生活必需之零售業亦納入限制出入之範圍。另在疫情比較和緩之漢堡市，統計當日之確診總數約 3,700 人，每 10 萬人 7 日平均確診率達 204.2、住院率為 1.19 (RKI, 2021b)，故漢堡市之防疫規定相對寬鬆，室內人群聚集之活動雖適用 2G，但由業者自行決定是否適用 2G+ 規則。若採用 2G+，即可免除配戴口罩義務。此等規定，防疫措施在比例原則的檢視上，特別是在不違背合目的性、適當性及必要性原則後，是否與合宜性原則一致，則需考量各邦的疫情發展最新狀況，就其對生活影響最低的情況下，以最低之強度執行 2G+ 規則，而非以一致之高度限制標準做統一性之規定。

二、最新聯邦範圍之防疫規則

隨著德國疫情明顯趨緩，故聯邦政府依據《傳染病防治法》第 28b 條規定，⁴ 自 2022 年 10 月 1 日起至 2023 年 4 月 7 日，⁵ 在全聯邦範圍之特定區域內，將施行特殊保護措施，以保護易受感染之群體，相關措施如下（Die Bundesregierung, 2023）：

1. 進入醫療院所及療養機構者，仍適用配戴 FFP2 等級口罩及出示採檢結果證明之規定，此項法定義務亦適用於醫療與療養機構之急救人員與從事相同業務之人員。
2. 醫院、診所、洗腎中心及其他公共衛生機構之病患、探病家屬與親友等人，均有配戴 FFP2 等級口罩之義務。

自 2023 年 3 月 1 日起，持續廢止防疫保護措施，從 2023 年 2 月初，搭乘短程列車及巴士已中止強制配戴口罩義務。目前防疫措施調整及廢止可區分為以下兩個等級（Die Bundesregierung, 2023）：

（一）第一等級：各邦仍得施行防疫措施

《傳染病防治法》規定，各邦仍可自行訂定防疫相關法規，用以確保公共衛生體系及其他關鍵基礎設施之運作能力。其中又可分為配戴口罩及採檢義務兩個部分。

1. 配戴口罩義務之場所：
 - 大眾交通工具。
 - 在公開可進入之室內空間。適用之範圍包括文化、運動及旅遊業等領域。但已攜有採檢證明者，得視為例外而排除適用。各邦也可自行擴張例外排除適用範圍至已接種疫苗追加劑或

⁴ §28b IfSG.

⁵ 聯邦範圍相關防疫措施已於 2023 年 4 月 7 日起因逾期失效。

確診已痊癒者。

- 在學校或各類職訓機構之員工，以及 5 年級以上之學生（若此等學生必須出席法定實體課程）。
- 2. 具有採檢義務之場所：學校、托育場所及其他機構如申請政治庇護者安置處、遊民安置場所及監護安置場所等，但相關規定依據各邦發布之法規。

(二) 第二等級：在健康狀態出現具體危險時之相關措施

若邦議會確認全聯邦或特定地區之公共衛生體系或關鍵基礎設施，有失去運作功能之具體危險時，得下令採取以下之因應措施。

1. 在戶外活動場所，若人與人之間無法保持 1.5 公尺社交距離時，負有配戴 FFP2 等級或醫療等級口罩之配戴義務。
2. 在公眾可進入之室內場所強制保持社交距離與設定人員上限。
3. 大型與零售商，以及營業場所、各類機構與辦公室，還有休閒、體育及文化活動籌備者，應負建立公共衛生計畫之義務。

目前接種新冠疫苗的狀況：自 2022 年 10 月 1 日起，任何接種完成 3 劑新冠疫苗者，均視為已符合法定完整接種規定。但依照新冠病毒的感染狀況，得例外承認接種兩劑疫苗為符合法規之完整接種 (Die Bundesregierung, 2023)：(1)當接種第 1 劑前，經抗體檢測證明已曾感染；(2)當接種第 2 劑前，經 PCR 檢測證明已感染；(3)當接種第 2 劑後，經 PCR 檢測證明已感染，且該檢測結果已經過 28 日。

目前疫苗接種狀態不再被視為防疫保護措施之一，從 2021 年底起，疫苗接種已非進入營業場所如餐廳或大型活動之標準。但為能形成最佳的保護，第 3 劑仍有其必要性。但未來個人是否有必要接種疫苗，將取決於個人決定。

參、「比例原則」(Verhältnismäßigkeitsgrundsatz) 之理論與判斷標準

防疫期間，雖然保護國民生命與健康是防疫主管官署的首要任務，但各機關發布的防疫措施多為行政命令或行政處分，即使有德國《傳染病防治法》第 28a 條、第 28b 條及第 28c 條等相關條文授權，⁶但仍需符合「比例原則」(Verhältnismäßigkeitsgrundsatz) 之檢驗，以免行政擴權，侵害國民基本人權。該項為法治國原則的一部分，亦為德國《基本法》保障人權的重要原則之一。比例原則係指國家機關相對於人民，必須在真實之緊急的情況下，才能使用權力進行處分。但國家不得過度執行其權力，必須在必要之範圍內 (Klatt, 2014)。因此比例原則又稱之為「過度禁止」(Übermaßverbot) 原則，其比例原則的法律基礎、存在理由，係從個人自由權與社會參與者個人間之比例推導而來，所以比例原則是一種「衡量」(Abwägung) 的工具 (Heintzen & Krieger, 2015; Jura Individuell, 2020)。比例原則既然是法治國原則的一部分，所以適用於所有國家之高權行為的檢視，換句話說，所有的「法律」(Gesetze)、「行政行為」(Verwaltungsakte)、「法規」(Satzungen) 及「條例」(Verordnungen) 的制定，都必須受到比例原則的檢驗。但如同許多現行生效之法律，比例原則並不適用於國家機關之間的關係，例如聯邦政府部會間或行政機關與國會間，而只適用於國家機關與人民之間的衡量。比例原則的檢驗有四項標準，分別是「合法目的 / 合目的性」(legitimer Zweck)、「適當性」(geeignet)、「必要性」(erforderlich) 及「合宜性」(angemessen)，符合以上四項衡量標準，方能認定防疫主管機關所採行之行政措施，與防疫目的之間的關係符合比例 (Klatt, 2014; Heintzen & Krieger, 2015; Jura Individuell, 2020)。

⁶ §§28a, 28b, 28c IfSG.

首先，在「合法目的 / 合目的性」(legitimer Zweck) 方面，應從廣義面來解釋，其中包括合法目的與「合法方式」(legitimes Mittel)，所謂之合法目的(合目的性)指的是各類公眾的利益，也就是社會法益，而國家機關採取行為的合法目的，不得涉及憲法所保留的基本權利，這些權利是受憲法保障的重要法益。此外，還包括德國《基本法》第 11 條第 2 項、第 13 條第 2 項與第 7 項規定之「法律保留」(Gesetzesvorbehalte)；「目的限制」(Zweckbeschränkungen)，⁷ 以及《基本法》第 12 條職業自由之「三階段理論」(Drei-Stufen-Theorie) 等重要憲法原則、⁸ 延伸之憲法理論與合憲性解釋。假如國家機關有許多行政措施所欲達成之目的，則每一項目的都應該經過合法目的原則的檢視，每一種國家機關欲達成目的的實際手段與目的間，若存有過度的介入程度，則具有適當性之爭議。至於在合法方式方面雖然爭議相對較小，但仍需考量方法(措施)是否合法，例如《基本法》第 5 條第 1 項第 3 款關於審查(Zensur)⁹ 及第 102 條死刑禁止(Michael & Morlok, 2019; Heintzen & Krieger, 2015; Jura Individuell, 2020) 之規定。¹⁰

其次，在「適當性原則」(Geeignetheit) 的檢視方面，當國家機關的措施對於合法目的之達成在因果關係上具有相關且有效，或至少促進目的之達成，則此一方法(措施)具有適當性。例如，為了避免群眾聚集造成病毒感染擴散，行政機關禁止群眾暫時出入公共場所、關閉學校及娛樂場所，則其手段係為達成防疫目的，故有正當性。但若是長期將民眾關閉於家中或檢疫所，且派警察看守，則手段過度，不符適當性原則。接著在「必要性原則」(Erforderlichkeit) 檢視，當沒有其他具有相同效果或效果更佳，但方法強度卻較溫和、輕微，對

⁷ Art. 11 Abs. 2, Art. 13 Abs. 2, Art. 13 Abs. 7 GG.

⁸ Art. 12 GG.

⁹ Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG.

¹⁰ Art. 102 GG.

相關人或群體造成之負擔也較輕，但同樣得以達成既定合法目的，則國家機關所採之手段與措施具必要性 (Klatt, 2014; Heintzen & Krieger, 2015; Jura Individuell, 2020)。

再者，則為「合宜性」原則之檢驗，該原則又稱為「狹義比例原則」(Angemessenheit, Verhältnismäßigkeit i.e.S.)，其所要檢視者為基本權利被國家機關以各類措施介入的程度，以及所欲達成合法目的之間的權重衡量。詳細來說，當一項措施發生效用時可能產生缺失，但並非無達成合法目的之優點，則就需要將此一措施的缺點與優點共同加以權衡。其中最需要考量的，則是受到介入之人權價值。例如為了避免病毒自境外移入，故封鎖邊境不允許國人自由回國，或回國後必須強制隔離檢疫等，涉及個人居住遷徙與行動自由之人權價值，必須與防疫措施保障的國民生命與健康權共同權衡其比重。此一原則在於檢驗國家機關措施對人權的限制是否過度或苛求，故又稱之為「可要求性原則」(Zumutbarkeit) (Klatt, 2014; Michael & Morlok, 2019; Heintzen & Krieger, 2015; Jura Individuell, 2020)。

附帶一提者為狹義必要性原則，又稱之為「過度禁止原則」(Übermaßverbot, Erforderlichkeit im engeren Sinne)，此一原則原與國會立法內容之要求有關，因此「過度禁止原則」在現今的法律學概念中，一般被用於衡量國家作為適當性之比例，特別是在國家機關之介入權、權衡及裁量決定之判斷，其中也包括理想化之利益滿足與維護自由權可能性之最大化 (Lerche, 1961; Michael & Morlok, 2019; Heintzen & Krieger, 2015; Jura Individuell, 2020)。將此一原則對應 3G、2G 或 2G+ 規則可知，雖然生命權及健康權是不可侵害的人權價值，但在疫苗普及率超過 70% 的情況下，雖仍有感染風險，但重症住院的機率已大幅下降，因此是否仍需以疫苗接種、染疫痊癒或近期採檢陰性作為行動自由限制與否之標準，則不無行政措施過當，違反「過度禁止原則」之疑慮，而其中各邦疫情發展狀態，亦應納入比例原則檢視之範

圍。從 2022 年起，德國各邦依其疫情減緩狀態，陸續決定廢止 2G、2G+ 及 3G 規則，另如首都柏林市在 2022 年 2 月 15 日起於不同生活領域、營業場所、大眾交通工具等處，取消 2G 規則，改以營業、交易人員配戴 FFP2 規格（等同台灣 N95 等級）口罩，作為替代防疫措施，減少對個人行動自由、產業營業與職業自由的限制（Deutsche Presse Agentur [DPA], 2022）。

同樣在德國全國範圍內 2G 規則亦採三階段分批廢止，其中規範零售商的檢查義務也陸續廢止，消費者出入零售商店也不再需要出示相關證明文件（Schwalger, 2022）。然而 2G、2G+ 及 3G 規則之廢止要件取決於疫苗施打比例、Omicron 致死率降低及輕症患者居多等要件，並非直接以比例原則與各該措施之施行期間為考量，故不能認定廢止前的措施違反比例原則的各項審視要件。時至今日，德國大多數的邦已廢止高強度之防疫規定，雖然從現在的角度來看這些高強度防疫措施似乎與比例原則有違，但在疫苗覆蓋率尚未普及，以及疫苗並未被立法課予強制義務的情況下，2G、2G+ 及 3G 規則雖有侵害行動自由等基本權之虞，但不能直接認定其違反比例原則而無效，而係應從疫情時期保障個人生命、健康、身體完整基本權之合目的性與措施之適當性加以檢視及考量。此外，雖然接種疫苗仍會遭到突破性感染，以及配合物理性防疫措施如 2G 及 3G 規則等仍被感染確診者並非佔確診者之多數，且此等確診者是否與後續擴散之疫情間有因果關係，實難以純從醫學研究數據判斷，故相關措施仍具有保障大多數人生命、健康及身體完整不受侵害之效用，不宜據此就認定後續防疫措施不符合比例原則之合目的性及適當性。

肆、比例原則對3G規則之檢驗

一、3G規則應受合憲性檢視的理由

所謂之3G規則明確規定，只有已接種疫苗者（包括歐盟、WHO或特定國家承認之疫苗）、曾經確診治療但痊癒者得以自由出入室內空間，包括公共場所、藝文活動場所或其他休閒設施、旅館及餐廳等。但尚未完成疫苗接種者若想要進入特定室內空間，必須先出示證明，其於24小時或至少48小時內，曾做過快篩或PCR檢測陰性。¹¹此一證明義務是一種限制進入特定空間的條件，並為行政機關介入未接種疫苗者在德國《基本法》第2條第1項所保障行動自由之具體措施，¹²而德國《基本法》對於行動自由的保障，自也包括文化及社會生活的參與（Wissenschaftliche Dienste, 2021a）。

綜觀德國國內各醫療院所及照護機構的現況可知，目前這些場所都受到防疫主管官署以各類防疫措施介入其拜訪、出入人數及時間，藉以減少接觸感染。但此類措施雖為法律授權之行政處分，但其限制者，多為德國《基本法》第6條第1項保障之配偶與家庭成員健康權、¹³《基本法》第2條第1項與第1條第1項保護之一般人格權，¹⁴因此不無是否侵害人權，尤其是自由權的疑慮。另針對出入文化場館、展演活動，以及旅宿場所之限制而言，同樣也涉及德國《基本法》第12條第1項所保障之職業自由權，¹⁵因為旅宿業者受到經營限制，無疑也是對其行使「職業自由權」的過度干預（Wissenschaftliche Dienste, 2021a）。

¹¹ 但採檢陰性證明為2G規則所排除。

¹² Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz.

¹³ Art. 6 Abs. 1 Grundgesetz.

¹⁴ Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz.

¹⁵ Art. 12 Abs. 1 Grundgesetz.

包括防疫介入措施在內之所有對基本權利的介入，必須具有符合憲法保障規定之正當性。所有對自由權的介入只有符合比例原則的情況下，才具有限制人民基本權的正當性（Starck, 2018）。當行政機關採行的介入措施，確實符合「適當性」、「必要性」及「合宜性」的要求，才能視為符合《基本法》中的比例原則（Verhältnismäßigkeit）（Grzeszick, 2021; Wissenschaftliche Dienste, 2021a）。

二、「合法目的 / 合目的性」(Legitimer Zweck) 之檢視

3G 規則雖為聯邦政府決議並發布之行政措施，但為《傳染病防治法》所授權，然其施行將造成民眾出入特定場所之行動自由受到限制，因此在合憲性檢視上第一個條件，就是必須具有「合法目的 / 合目的性」。3G 規則施行係為了防止新冠病毒擴散，以及病毒造成的各種重症或死亡案例，減輕醫療體系的負擔，用以確保人民的生命權及身體健康不受損害之權，故可認為符合「合法目的」之要求（Wissenschaftliche Dienste, 2021a）。在目前疫情尚未明確趨緩的情況下，國家機關提供並保障民眾得以施打新冠疫苗，但不能因此認為疫苗接種及推廣有傷害身體健康權的疑慮。儘管如此，仍有單一見解認為，國家雖受到憲法付託保障人民生命、健康權，惟一旦國家對單一個人的保護係採取強制或強迫方式加以落實，則國家失去保護生命權、健康權之正當性（Wissenschaftliche Dienste, 2021a）。

所以就國家推廣疫苗接種的措施來看，目前除了少部分因免疫系統較弱、特殊敏感體質、慢性病或其他醫師不建議接種等無法接種之例外，對民眾而言，無疑仍是一種強制性的自我保護。因此該論點認為，當國家已經具有充足的疫苗，且所有人都有機會施打疫苗時，則各類限制出入行動的防疫措施應加以廢止（Volkman, 2021; Wissenschaftliche Dienste, 2021a）。面對此類反對意見，亦有不同見解認為，基於健康的理由，並非所有民眾都能接種疫苗，而這些民眾相對於其他已接種疫苗

者，有更高感染新冠病毒的風險。像是 12 歲以下的孩童，並無任何疫苗可以合法施打，而 12 歲以下孩童的感染風險較低的相關見解，目前並無充分之醫療結果或長期之追蹤證據可茲證明 (RKI, 2021c, 2021d)。

前述爭論因疫情消長持續至今，儘管疫苗施打已在進行中，而且施打年年齡層向下大幅延伸，但相關不良副作用是否疫苗造成，以及疫苗是否會對身體產生長久不可逆的傷害，都還沒有百分之百的醫療檢驗報告 (RKI, 2021e)，所以在仍有不少民眾持觀望心態不願接種疫苗的情況下，行政機關（尤其是防疫主管官署），反而獲得更多評估與判斷的裁量空間，以及較廣泛的處分權限 (Grzeszick, 2021; Wissenschaftliche Dienste, 2021a)。

三、「適當性原則」(Geeignetheit) 之檢驗

比例原則判斷標準之「適當性原則」於此處之意涵，可認為是各種《傳染病防治法》上之流行病防治措施，若確屬能達成防疫合法目的之手段，則具有適當性。即使此類防疫措施不能完全達成《傳染病防治法》規範的合法目的，但至少要能促進此一目的之達成，例如提供民眾接受防疫措施的意願與信任感等 (Grzeszick, 2021)。未接種疫苗者不單比已接種者更容易感染病毒、散布病毒，而且產生重症住院的機率更高，就目前對新冠病毒的科學研究所知，在確診者出現發病的症狀時起，已達到最高的傳染力，其中還有部分確診者在明確的發病症狀出現前，已具有相當的傳染力 (Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung, 2020)。

在疫情時期，基於發病前後出現症狀的高度感染力，其接觸感染之後果，對於社會大眾具有相當明確且具體的危險，譬如在室內空間，如果確診者因咳嗽、噴嚏或交談產生沾有新冠病毒的「氣溶膠」，而且聚集之密度又高，則周遭人員感染病毒的機率高，幾乎難以倖免 (RKI, 2021d)。目前肆虐最嚴重的 Omicron 變異病毒株，不但是目前新增案

例的主要來源，而且其傳染率及散播速度遠高於其他病毒株 (RKI, 2021f)。由此可知，透過出入特地空間或場所之管制，例如只有證明本身是已經接種疫苗者、染疫痊癒者或 PCR 檢測陰性結果才能進入，可有效阻止具感染力之確診者與群眾接觸，因為前述的三類民眾再次確診或帶原的機率相對較低，而此類措施在具體落實下，雖不能直接防止疫情出現，但可在最大範圍內保護民眾健康，並避免醫療體系因過多重症住院治療，而面臨量能不足或快速崩潰的危機，因此可認為符合適當性原則之檢驗 (Wissenschaftliche Dienste, 2021a)。

四、「必要性原則」(Erforderlichkeit)之檢驗

在「必要性原則」方面，對於未接種疫苗者進入特定空間或場所，要求提供 PCR 的陰性檢測結果證明的防疫措施，必須具備比例原則中的「必要性」。因此行政機關若要採行限制特定人進入前必須出示證明的措施，則必須是達成合法目的所有最適當、具有相同效果的方法中，最輕微，且對相對人法律權益損害最小者 (Grzeszick, 2021; Wissenschaftliche Dienste, 2021a)。在 3G 規則中，唯一涉及是否可選擇較溫和、輕微，且能達成至少相同效果之措施者，為 PCR 採檢與快篩檢測，而在進行必要之採檢前，各類物理性的防疫措施，反而都是有效、侵入性較小，且最溫和之方法。而 PCR 與快篩都有侵入性，其成本、檢測時間與準確度均有差異，在物理防疫措施確實無法得到預定之合法目的時，應採取何種檢測方法較能符合必要性原則要求之較溫和、輕微措施標準，將於以下進一步探討。

(一)「健康保護與公共衛生計畫作為較輕微方法」(Schutz- und Hygienekonzepte als milderes Mittel)之特定要求

相對於 PCR 及快篩檢測對人體侵入性造成的不適與後續檢驗的高成本，在還未到必須進行採檢前，應考慮介入行動自由最小之個人公

衛與健康保護方式，作為對未接種疫苗者進入特定空間或場所的最輕微手段，例如出入全程配戴口罩、保持社交距離、場所訪客人數上限及空氣濾淨裝置等。不論前述的這些個人保護措施，是否足以確保與限制出入相同適當的方法，具有相同的效果，以及是否確能減輕醫療系統的負擔，仍須取決於發布相關防疫措施時的實際疫情狀態而定（Wissenschaftliche Dienste, 2021a）。用來評估、確認流行病疫情狀況的標準，則是所謂的「7日發病率」（7-Tages-Inzidenz）（Wissenschaftliche Dienste, 2021b），其比例高低關係至目前為止或新發現之變種病毒株，以及病毒大範圍感染爆發的機率。從觀察近期的「7日發病率」後可知，病毒因附著於「氣溶膠」而在空氣中流動，因此在封閉空間中，因吸入或接觸「氣溶膠」都難以避免被感染，即使尚未被感染，但也會有極高染疫的危險，而原因就在於 Omicron 變種病毒株之傳染力更強（Wissenschaftliche Dienste, 2021a）。

將 7 日發病率當作指標來看可知，目前 Omicron 在各個地區並非以相同的比例擴散，而是在不同的地區，呈現不同輻射狀的擴散，所以就目前對疫情趨勢狀態及病毒特性之認識程度來判斷，以行政措施之命令方式，強制維持大規模之地區性圍堵，可能已不符合比例原則，現階段則應以具有目標性且針對特定空間之限制性措施替代以往的作法（Wissenschaftliche Dienste, 2021a, 2021c）。目前德國國內如 Lüneburg 高等行政法院判決顯示，¹⁶ 目前疫苗接種計畫的推動，若僅依據「7日發病率」作為標準，已不充分。因此必須納入重症狀態、醫療系統能量（例如急診滿載及舒緩），以及新冠病毒確診者住院率的狀況後，從整體加以考量並衡量（Wissenschaftliche Dienste, 2021d）。「羅伯特科赫研究所」（Robert Koch-Institut）在其風險評估中，也確認了目前不斷趨於嚴重的狀況。快速變化的病毒對於德國境內尚未接種疫苗或僅接種

¹⁶ OVG Lüneburg, Beschluss vom 3. August 2021 – 13 MN 352/21.

一劑者之健康，具有高度威脅，而且感染與產生重症的比例仍不斷上修中；相較於完整接種兩劑之國民，病毒的威脅較低，且出現重症之比例明顯下降（RKI, 2021g; Wissenschaftliche Dienste, 2021a）。

染疫後的重症及死亡機率隨著年齡層上升而增加，如有慢性病或其他病史者的機率同樣居高不下，目前雖有針對病毒的影響程度，進行長期追蹤及觀察，但至目前為止，尚無具體的醫學研究可說明新冠病毒在身體內會產生何種程度的影響，亦無研究結果可說明，確診者身體受到病毒影響的時間及程度為何，因此難以估計各種醫療方式的實際效果，以及接受治療者的帶原狀況亦難以判斷。其中，青少年及兒童雖然重症及死亡案例較少，但因此二類族群僅少數能施打疫苗，故也難以判斷醫療及預防效果（RKI, 2021f; Wissenschaftliche Dienste, 2021a）。疫苗接種者人數在各個已採用物理防疫措施的地區，則是一項有意義的評估指標，在疫苗推動政策下，較能推論因隨著疫苗接種者增多，未接種者被感染或出現重症的風險也會下降。透過疫苗的保護，確診者與重症者將逐漸減少，醫療量能自然得以舒緩，避免醫療院所因隔離病房過載而導致崩潰（Deutscher Ethikrat, 2021）。

「德國聯邦衛生部」（Bundesgesundheitsministerium）認為，雖然疫苗在 12 至 59 歲年齡層大量施打後，仍然有新一波變種病毒株的感染潮，但因 60 歲以上的民眾已有高比例接種疫苗，故產生重症的危險性及快速感染的程度確實開始下降（Bundesgesundheitsministerium, 2021）。就目前的確診數之中，大約有 15% 超過 60 歲以上之高危險年齡層民眾並未完整接種兩劑，而全體國民中，則還有約 40% 尚未完成第二劑接種（RKI, 2021d; Der Tagesspiegel, 2021）。但即便是完整接種之民眾當中，仍有部分檢測確診，這表示疫苗的預防效力並非百分之百，對完整接種者仍有突破性感染風險，只是機率較低，而且目前僅能確認各種疫苗效力持續期間不定，但其具體期限仍未確定（RKI, 2021d, 2021h）。

至於其他預防與公衛措施在沒有強制 PCR 檢測義務的前提下，是否能視為必要之措施，仍需按照實際的個案來決定，不能僅以抽象或通盤的觀察就下定論。基於新冠病毒在醫學研究結果的不確定感，德國立法者也承認政府在防疫措施上有其更多之估計與判斷空間（Grzeszick, 2021），同時也認為，如果防疫主管官署對疫情擴散之判斷只依據 7 日發病率，則新冠病毒突破性感染及疫苗防護效期的疑慮將無法消除（Wissenschaftliche Dienste, 2021a）。

（二）抗原快篩試劑（Antigen-Schnelltest）作為代替法定義務 PCR 檢測的溫和防疫措施

依據德國於 2021 年 8 月 10 日的「各邦邦長會議」（Ministerpräsidentenkonferenz）之決議，48 小時內之 PCR 檢測陰性結果及 24 小時內的抗原快篩陰性結果，可被承認為允許出入特定空間的證明（Die Bundesregierung, 2021a）。但仍有部分的邦，例如「巴登符騰堡」（Baden-Württemberg），¹⁷ 採取更嚴格的措施，當地規定只有 48 小時內的 PCR 檢測陰性證明，才能做為出入特定場所，例如俱樂部及迪斯科舞廳等空間之唯一證明文件。在這些地區性管制措施的案例中，快篩陰性檢測結果作為進出特定場所的條件，相對於 PCR 檢驗結果證明，確實較為便利，且對個人行動自由權的損害較輕微（Wissenschaftliche Dienste, 2021a）。

同時，就平等權的角度而言，PCR 檢測負擔成本高，對經濟弱勢階層不利，但快篩則更簡單、快速且成本較低廉，因為快篩試劑可由一般人在家裡自行使用檢測，不若 PCR 採檢須由專業檢驗人員在實驗室內進行測試，而且快篩對於被檢測者來說，採檢的部位只有鼻腔前部的範圍，對身體的侵入程度比 PCR 更低。但不論 PCR 侵入式的檢

¹⁷ §14 Abs. 3 Corona-Verordnung – CoronaVO vom 14. August 2021.

測方式對於個人身體健康權之影響程度如何，仍是比快篩更具有準確性、具高度可信賴性之新冠病毒檢測工具，快篩結果則仍會有比 PCR 檢測更高的誤判機率（Information der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung, 2021a, 2021b）。因此，就兩者之比較來說，並無法直接認定抗原快篩或 PCR 檢測具有更佳、更具信任度，自然也無法認定兩者是否具有等同之必要性（Wissenschaftliche Dienste, 2021a）。

（三）免費之快篩試劑作為溫和的出入限制條件

雖然快篩與 PCR 檢測各有優缺點，不能直接判斷何者為符合比例原則下的適當性原則，但原本免費提供的快篩從 2021 年 10 月 11 日起，快篩必須付費，因此對於經濟弱勢者，此一措施是否能顧及其健康權並減少行動自由之限制，不無疑慮（Information der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung, 2021b）。但改為付費制的主要原因在於，目前德國國內的疫苗數量已足以供應所有國民，因此較無長期由聯邦及納稅人承擔所有檢測成本之急迫性，且檢測成本甚高，不利既有資源分配（Wissenschaftliche Dienste, 2021a, 2021c, 2021d）。

然而快篩需要的成本，目前還無法確定，故作為溫和防疫措施的快篩若要採用收費制，則很有可能排擠部分國民出入特定場所之平等權（Berliner Morgenpost, 2021）。因此，是否應該針對不同經濟階層設定收費標準或提供免費快篩，應從保障基本權利之決定加以衡量，不應全盤一律適用。所以從比例原則的適用而言，快篩是否能真正當作較為溫和的行動自由限制條件，端視是否會造成第三人、公眾或特定群體的過度負擔而定。此外，即使是由聯邦政府繼續負擔所有快篩之費用成本，但會造成聯邦預算負擔，形成財政壓力（Jarass, 2020），因此抗原快篩並不能直接就當作較為溫和之防疫措施，亦非可行之出入特定公共場所門檻與限制條件，故其措施之必要性似仍不足（Wissenschaftliche Dienste, 2021a, 2021c, 2021d）。

五、合宜性原則 (Angemessenheit) 之檢視

合宜性原則又稱「狹義比例原則」，在此原則之檢視方面，未接種者之採檢義務及相關措施也必須具有合宜性。這表示，防疫主管官署採取的措施不能僅爲了達成防疫政策之目標，而逾越比例原則。合宜性原則的規範要求措施與實際應用之間，以及措施與採行該措施造成損害之間，都必須加以權衡 (Grzeszick, 2021)。在整體衡量的架構下，所有涉及各方利害關係人之利益與防疫介入措施之間的比例，亦須加以考量 (Klatt, 2014; Wissenschaftliche Dienste, 2021a)。對於公眾的生命及健康保護面臨更高的保護門檻及價值判斷，國家對此負有憲法要求保護人民的義務，特別是國民個人生命及健康的保護，更應採取積極及有效的措施，以落實憲法課予之義務。目前法院對於傳染病防治法措施的相關判例顯示，爲了保護最高價值的法益，即便採取較爲嚴格的防疫措施，也視爲具有正當性。¹⁸ 但在另一方面，除了生命權及健康權外，未接種疫苗者的一般行動自由權，確實受到德國《基本法》第 2 條第 2 項之保障 (Wissenschaftliche Dienste, 2021a)。¹⁹

就法理而言，當防疫主管官署的介入措施強度愈高，則該措施的有效範圍愈大，所以當限制進入特定空間及公共場所的條件愈嚴格(強度愈高)，則受到影響的民眾(效力範圍)就愈多，也因此對於未接種疫苗者的權益有不利之影響，尤其是社會與文化生活的參與，將被防疫措施嚴重限制。在秋天及冬天時期，離重要節日與假期更近，因此社會與文化活動較其他季節爲多，且因天氣之故，多爲室內，但室外可由

¹⁸ BayVG, Beschl. v. 6. 7. 2021 – 25 NE 21.1647 –; Beschl. v. 5. 7. 2021 – 25 NE 21.1719 –; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 11. Mai 2021 – OVG 11 S 41/21 –; Thüringer OVG, Beschl. v. 14. 4. 2021 – 3 EN 195/21 –; BVerfG Beschl. v. 21.11.2020 – 1 BvQ 135/20, NVwZ 2021, 141.

¹⁹ Art. 2 Abs. 1 GG.

民眾自由參與的活動則愈來愈少，所以未接種疫苗者若無法進入室內，則其社會生活範圍亦將在冬季受到更大限制（Wissenschaftliche Dienste, 2021a, 2021b, 2021c, 2021d）。另外，因嚴格之防疫措施，導致家庭成員及朋友赴醫療院所及照護機構探訪都受到人數及進入條件限制，故也涉及《基本法》第 6 條第 1 項對家庭之保護、第 2 條第 1 項與第 1 條第 1 項保障之一般人格權，²⁰ 就 2020 年的封城與高強度限制措施的執行經驗可知，過度的社會隔離將造成民眾的心理健康受到影響，甚至產生傷害（Deutschlandfunk Kultur, 2020; Haas, 2020）。就此，必須要考慮的是，目前推行的 3G 規則是否與禁止拜訪、禁止出入特定場所空間及封城措施的性質與強度不同。聯邦政府認為 3G 規則不是被動被限制，而是民眾主動創造自由行動的條件（Wissenschaftliche Dienste, 2021a）。

與前述提到較為溫和的快篩相比發現，3G 規則對於人體較無侵入性防疫措施造成的不適，而且屬於短期性。但不論是快篩還是 PCR 檢測，如果長期施行，都會對人體及心理造成長期的健康損害。而採檢義務的介入強度取決於採檢的成本、消耗的人力資源，以及採用此種措施與所欲達成目的之間的比例，換句話說，當人力與金錢成本消耗愈多，則對於以採檢作為取得進入特定場所、活動及空間的接受度就會更低。特別是當採檢成本超過預期防疫效能過多之時，抑或當民眾衡量防疫措施介入程度，遠高於遵守措施所得到之利益時（例如自由出入特定營業空間及場所），則其配合意願降低，而此類防疫措施也會被認定為不必要之手段（Wissenschaftliche Dienste, 2021a）。

至於防疫措施對於場所業者、休閒及文化活動承辦人之職業自由介入程度，則取決於此類限制措施對於場所或活動營業之影響狀況而定，例如顧客人流的減少數量、經營範圍的縮減，及營收的下降等因

²⁰ Art. 6 Abs. 1 GG bzw. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.

素。在疫苗覆蓋率過低時，採檢及限制進入、禁止群聚活動是必要且急迫的措施，因為生命及健康權高於個人隱私、行動自由等權利。但目前接種兩劑疫苗之覆蓋率已接近全國 70%，加上也有較多之染疫痊癒者，故此時以快篩或 PCR 採檢陰性為未接種者進入特定場所之條件，可能影響範圍較以往為小。所以若 3G 規則在各邦施行，受到限制之群眾較少，其介入程度反而就相對輕微 (Wissenschaftliche Dienste, 2021a)。針對合宜性原則的評估，將依據特定防疫措施是否有其施行期限而定。法院判例曾指出，當限制之期間持續愈久、對自由權的干預愈激烈，則對比例原則的要求也愈高，²¹ 因此不論是聯邦政府及各邦之防疫主管官署，都應依照 2021 年 8 月 10 日「各邦邦長會議」之決議，對於各地嚴重程度不一的疫情，從符合地區需求之合宜性措施加以考量，避免各類行政處分過於強烈或嚴苛 (Wissenschaftliche Dienste, 2021a)。

在「各邦邦長會議」後，各邦紛紛自行制定地方防疫法規，而 3G 規則是主要之防疫規定，但隨著各個鄉鎮「7 日發病率」趨於穩定下降，例如每 10 萬居民中僅 35 新確診案例，或者邦指標系統（例如重症送醫比例等）反映出相對趨緩之感染狀態，以及暫停防疫法規後，確診案例數不會增加是可期待者等，3G 規則部分會依實際狀況調整。因此 3G 規則是否符合合宜性原則的衡量標準並非不變，在保護居民生命及健康權的前提下，仍須視實際疫情控制程度而定，若疫情處於可控且明確走向趨緩，則 3G 規則必須因應具體疫情變化，對於未接種疫苗者，有必要降低規則效力之強度，放寬進入場所條件，方才符目的與手段間之合宜性（狹義比例原則）衡量標準 (Bundesregierung, 2021; Wissenschaftliche Dienste, 2021a, 2021c, 2021d)。

²¹ OVG Saarlouis v. 22. 4. 2020 – 2 B 130/20, Rn. 25 u. Rn. 31.

伍、比例原則對 2G 規則之檢驗

一、2G 規則進行合憲性檢視的理由

除了聯邦採行的 3G 規則外，部分邦政府基於疫情在特定城市與地區擴散的狀況，則採用更為嚴格的 2G 規則 (2G-Regel)，這表示只有已接種疫苗者 (Geimpfte) 及染疫已痊癒者 (Genese)，才能不受限制，進入特定室內公共空間或參與社會文化活動。而未接種疫苗者即使自願接受 PCR 採檢或快篩，仍不得進入已接種疫苗者及染疫已痊癒者允許進入之室內場所 (Wissenschaftliche Dienste, 2021a, 2021b, 2021c)。受 2G 規則無法進入室內公共空間影響最大的群體，則是不願接種疫苗者，這些群眾因為並無抗體，亦無自體免疫力，如果感染除了有較高重症送醫機率外，也可能會對其他已接種者造成突破性感染的風險。儘管 48 小時內的 PCR 陰性，及 24 小時內的快篩陰性結果可作為暫時確認有無染疫之標準，但新冠病毒的檢測結果常常在短時間內出現轉變，甚至採檢部位及採檢病毒量亦有關聯，所以 2G 規則限制未接種者進入室內公共空間，可保障大多數已接種或已痊癒之民眾，不致受到突破性感染的威脅，仍可視為具有「合法目的」，且符合「適當性原則」(Wissenschaftliche Dienste, 2021a, 2021b, 2021c)，但是否符合「必要性」及「合宜性」原則，仍需分別加以判斷。

二、必要性原則檢視

2G 規則在必要性原則之檢驗，則須考慮為了防止持續不斷的重複感染，是否有必要採取較嚴格之防疫措施，而此類措施對個人人格權、自由權造成的侵害是否具有必要性。其中主要之判斷標準與 3G 規則類似，但重要的是，此類措施是否為確保大部分民眾健康、降低醫療體系負擔，達成防疫目的所必要 (Grzeszick, 2021)。雖然 2G 透過比

3G 規則更爲嚴格的社會參與條件，更能降低因未接種者感染後，造成其他已接種者及已痊癒者的突破性感染風險，但同時也會犧牲未接種者之行動自由，而且未接種者無法透過 PCR 或快篩檢測，作爲進入公共空間的替代條件，對於不願接種者，及身體因素無法接種者，將產生難以克服之限制性門檻。另外，2G 規則之防疫效果亦無相關研究確認比 3G 規則更爲有效，故防疫主管官署應考慮能否以更溫和之作爲加以替代，而非以最高強度予以規範，其必要性仍有待商榷。對此，德國立法者仍保有評估與判斷空間，以及檢視之權限（Grzeszick, 2021; Wissenschaftliche Dienste, 2021a, 2021b, 2021c）。

相對於完全排除未接種者之社會參與，採檢措施反而是較爲溫和之防疫工具，特別是 PCR 檢測規定，雖然仍有所不便，但至少是可以讓未接種者可在特定時間內，取得進入社會生活的條件，所以可視爲較爲溫和且適當的措施（Information der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung, 2021a）。而且，除非疫苗真能達到完全的防護效果，否則 PCR 檢測仍是依據目前科學狀態，較能信任之新冠病毒識別工具。但不可否認的是，PCR 檢測的高成本及檢驗時間，仍有其無法全面近用的限制，但相對於快篩可能出現錯誤的機率，PCR 檢測與快篩仍須依照不同的個案狀況加以判斷，才能確認此一措施是否具有必要性（RKI, 2021i; Stober, 2021）。

但歸根究柢，不論採用哪種檢測方式，都只有暫時性的作用，一定時間後即無法確保其檢測陰性結果是否符合當下身體狀況，若有感染也未必能在短時間（例如兩三日內）及時百分之百的驗出，所以接種疫苗或痊癒者才能免除感染或重症住院，但未接種者則完全無防護力，病毒造成的感染與被感染後之擴散危險更高於已接種者，就連接種者被感染後，雖然較不會出現重症，但仍會感染他人，故檢測措施對於未接種者回到社會參與，具有關鍵性及根本性的作用，其必要性應予以肯定（RKI, 2021j; Wissenschaftliche Dienste, 2021a）。

三、合宜性原則檢視

在比例原則中之合宜性原則考量方面，任何限制性防疫措施，若欲排除未接種群眾進入公共空間之社會參與可能性，必須具有合宜性。在整體衡量的架構下，各方利害關係人之利益權重，及措施介入人權之深度，都必須進行比例衡量（Klatt, 2014）。無疑的，國民的生命與健康保護，是最重要之衡量價值，因此國家必須應採取強制性措施，以符合憲法保障人民之精神。但相對者，未接種疫苗者的生命與健康雖然也獲得保障，但未接種者卻必須犧牲行動自由權。²² 而且在 2G 規則下，未接種者不論是否自願不接種疫苗，其行動自由將受到行政處分的嚴重介入與干預，包括一般日常之社會參與、文化活動及休閒娛樂，都必須在顧全他人的前提下受高度限制，無任何替代可能性，因此是否具有合宜性，不無爭議（Wissenschaftliche Dienste, 2021a）。

如前段所述，若防疫之行政措施或處分的干預程度愈高，則此一措施的效力範圍也就愈為廣泛。假若每種大型文化活動、旅宿業及餐飲業都是在 2G 規則的效力範圍內，則未接種者無社會參與權利，且其自由將在超越防疫目標及比例的手段下，受到最大的箝制。尤其是在冬季氣候狀態，幾乎很少有戶外社會文化活動，未接種者根本無法參與任何室內活動，無異形成不平等及不公平對待，自然與未接種者有關之家人及處於類似狀態的群眾很難有認同感，接受度與配合度隨之降低，反而不利於防疫措施執行（Wissenschaftliche Dienste, 2021a）。對未接種者行動自由的過度介入，同時也會影響與其行動有關之行業營業與職業自由，例如各類活動承辦廠商及旅宿、餐飲等行業，若因

²² BayVGh, Beschl. v. 6. Juli 2021 – 25 NE 21.1647 – sowie Beschl. v. 5. Juli 2021 – 25 NE 21.1719 –, beides juris; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 11. Mai 2021 – OVG 11 S 41/21 –, juris; Thüringer OVG, Beschl. v. 14. April 2021 – 3 EN 195/21 –, juris; BVerfG Beschl. v. 21.11.2020 – 1 BvQ 135/20, NVwZ 2021, 141.

這些場所在疫情與出入限制下出現全面的關閉狀況，雖然有市場機制與流行病疫情造成影響的因素，但不能排除過於嚴格的 2G 規則造成的反效果。同時，即使發布 2G 規則當下有此必要性，但仍應有施行期限，而非賦予行政機關無限期自由決定 2G 規則之有效時間。²³ 若市場經濟無法正常運作，對於已接種者及痊癒者參與或重回社會生活之權利，也形成與未接種者類似的限制（Wissenschaftliche Dienste, 2021a, 2021c, 2021d）。

雖然疫情嚴重狀態各地不一，但 2G 規則若在多數的邦執行，將造成連動之影響。2G 規則的影響程度較 3G 規則更廣，因此在比例原則判斷時，仍需依照地區、人口密度、疫情散布狀況、醫療體系負擔、公共衛生資源、7 日發病率及病毒對人體產生重症實害的危險程度等指標，加以共同衡量，而非僅以大多數人受到保護，就犧牲特定未接種者之行動自由權。因此 2G 規則在疫情變化趨緩或逐漸獲得控制的情況下，應該適時依照具體狀況調整，抑或轉換為 3G 規則，減少過度箝制未接種者之行動範圍。現行法律並無強制接種之規定，因此接種疫苗並非法定義務，故對於未接種者以行政處分限制原本屬於憲法保障之自由權，除非具有更高價值之生命權面對立即危害，否則難以成為具備合宜性條件之事由（Wissenschaftliche Dienste, 2021a, 2021c, 2021d）。

四、對非自願性（身體及醫療因素）未接種者之限制

至於不願接種疫苗者與因身體健康因素不能接種者的情況不同，對於部分對疫苗過敏、有嚴重不良反應，有不適合接種疫苗之病史及懷孕者，醫師並不推薦施打疫苗，而 12 歲以下之兒童亦不能接種疫苗（RKI, 2021h; DPA, 2021）。這些不能接種疫苗的民眾受到 2G 介入的程度更深，因為他們不能以接種疫苗或採檢取得參與社會的資格。因

²³ OVG Saarlouis Beschl. V. 22. April 2020 – 2 B 130/20, Rn. 25 u. Rn. 31.

此，對於非自願性不施打疫苗的國民，若一視同仁要求遵守 2G 規則，則此類規則對他們而言，並不符合比例原則，且有違法違憲之虞，故應增訂例外條款，適用前述身體因素無法接種疫苗的國民 (RKI, 2021h; DPA, 2021)。但對於不願施打疫苗者，則因其尚有自主決定是否接種疫苗的選擇及意志，因此 2G 對其行動自由的限制與要求雖較 3G 規則為強，但仍有調適空間，然而是否符合比例原則，仍須依照個案之實際狀況而定，不能直接一概適用非自願性不接種疫苗之衡量標準 (Wissenschaftliche Dienste, 2021e; Wissenschaftliche Dienste, 2021a, 2021b, 2021c)。

陸、德國防疫措施之合憲性判斷

一、聯邦憲法法院對於防疫措施合憲性之認定

當德國各邦行政機關分別開始採用 2G、2G+ 及 3G 規則進行高強度之管制時，則表示行政機關已經由法律授權以防疫措施介入大眾日常生活，甚至干預個人之行動自由與企業團體之職業自由（因為防疫必須結束營業或簡短營業時間）。尤其 2G、2G+ 及 3G 規則雖各邦適用寬嚴程度在所差異，但除了確診後痊癒及 PCR 檢測陰性作為放寬行動之條件外，是否完成疫苗接種已成為恢復行動自由、消除執業限制的主要標準。這表示，個人在實質上，可能被間接強制（非法定義務）接種疫苗才能從事一般社交活動 (Knieps, 2020)。對此，德國聯邦憲法法院合議庭於 2021 年 11 月 30 日，就當年 4 月的「聯邦緊急剎車措施－關閉學校」(Bundesnotbremse II) 及「聯邦緊急剎車措施－出入與接觸限制」(Bundesnotbremse I) 作出裁定，²⁴ 認為當時聯邦政府發布的關

²⁴ BVerfG, 19.11.2021 - 1 BvR 781, 798, 805, 820, 854, 860, 889/21.

閉中小學，以及限制出入特定場所與接觸之相關防疫措施與憲法規範一致。限制出入特定場所與接觸，的確在明顯的程度下，介入國民個人不同的基本人權，但是在新冠疫情擴散的危險狀態下，並未違反憲法保障人權之意旨，故聯邦憲法法院之見解亦認為現階段尚符合比例原則檢驗。

除此之外，行政機關的出入限制明顯介入《德國基本法》第 2 條第 2 項第 2 款，及第 104 條第 1 項對於自由權之保障。²⁵ 而前述之條文，係為在有效之共同法律規範架構下，保護人民不受國家對其身體行動自由之限制。此一基本權保障並非自始賦予個人不受任何限制、四處行動之自由，所以行動自由權在客觀之前提下，尚須符合特定條件，方能讓個人得以在事實上及法律上主張其自由權。至於在主觀上，則個人需有自由行動之主觀意志。在此之中，德國《基本法》第 2 條第 2 項第 2 款，及第 104 條第 1 項之規定，²⁶ 不單只是防止國家機關對人身體行動限制之直接效果，而國家機關之措施若具有心理上強制個人作為與不作為之間接作用，且此一作用產生之效果與物理性措施相同，則亦可視為對基本權之介入（Bundesverfassungsgericht, 2021）。

而出入限制規定同時也介入《德國基本法》第 6 條第 1 項之家庭權及婚姻自由權，以及第 2 條第 1 項規定之人格權，²⁷ 因為出入限制措施造成個人與他人接觸連帶受到侷限，以至於無法自由的主張其家庭生活與舉辦婚禮之權利。而這些限制性規則雖然會影響個人自由的程度，但其形式與實體法規內容仍然符合憲法，而且出入限制措施之制訂與公布，屬於聯邦權限，因此聯邦政府有權力發布，至於違反相關規則的罰鍰，是為了確保這些規則之要求確實被遵守，並未

²⁵ Art. 2 Abs. 2 S.2 und Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG.

²⁶ Art. 2 Abs. 2 S.2 und Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG.

²⁷ Art. 6 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG.

逾越法律，故法律授權行政機關以防疫措施介入個人行動自由範圍，並未違反德國《基本法》第 2 條第 2 項第 2 款及第 104 條第 1 項規定之意旨（Bundesverfassungsgericht, 2021）。²⁸

再者，行政機關所發布的限制性防疫措施，在具體的狀況（例如疫情擴散）下，可視為符合比例原則。這些措施適用於保護生命及健康，故符合憲法保障個人生命及身體健康之合法目的，而且為了達成保障生命與健康的目的所採用的強制性物理防疫措施具備比例原則之適當性、必要性及合宜性，若不採用可能造成新冠病毒快速擴散及重症住院率增加，且已無更輕微之方法，而此措施又是達成防疫有效的手段，故符合比例原則之檢視（Bundesverfassungsgericht, 2021）。但聯邦憲法法院也認為，大範圍的出入限制只能實施於最明顯之危險狀況，而經由國會立法授權所制定卻遭到輿論批評之介入措施，係在新冠大流行的狀態下，經由第三方專家確認對防疫有效之專業知識所制定，在防疫過程中有利於保護個人生命與健康，因此合議庭宣布符合憲法規定（Bundesverfassungsgericht, 2021）。

另因聯邦緊急措施還會介入個人不同的生活領域，故若於 2021 年 4 月底前的 7 日發病率連續多日超過 100 以上，則必須將此類措施實施於全國範圍，而關於此類向聯邦憲法法院提出的訴訟或緊急請求之案件超過 300 件以上，但緊急請求加以處分之案件在 2021 年夏季多已被聯邦憲法法院駁回。較為特殊者在於，聯邦憲法法院認為關閉學校之措施雖未達違憲標準，²⁹ 但仍肯定兒童及青少年接受學校教育之基本權利，國家機關不能以過度防疫措施加以侵害，並且在關閉期間另提供適當之替代教學方式，持續保障學童之受教育權（Legal Tribune Online, 2021b）。雖然現行措施並未違反比例原則，但各邦行政機關如

²⁸ Art. 2 Abs. 2 S.2 und Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG.

²⁹ BVerfG, 19.11.2021 - 1 BvR 971, 1069/21.

何在普遍以施行之 2G 或 2G+ 規則下，適時開放中、小學，或採用足以替代之教學措施，例如遠距數位教學等，將是重大挑戰，因為目前 18 歲以下之青少年及兒童並未全面接種疫苗，尤其是 12 歲以下之學童，接種疫苗之覆蓋率遠低於成年人。在 2G 規則實施下，這些學童或可適用 2G 規則中之例外條款，進入學校等室內公共空間，但卻難以避免在室內空間群聚感染的風險。

二、近期疫情發展狀態與疫苗接種進度涉及之合憲性衡量

若欲選擇對一般行動自由介入最小，且又能兼顧職業自由、集會結社自由及受教育權之保障，則鼓勵民眾接種新冠疫苗，同時配合部分低強度物理性防疫措施，例如室內場所配戴口罩及保持社交距離等，將是較符合比例原則之政策選擇。從下表 2 可看出，若比較每個月 1 日之新增確診案例數據發現，2022 年 2 月 1 日與 3 月 1 日間，德國全國疫苗完整接種者（指接種兩劑）之施打率已超過 70% 以上，而接種第三劑強化保護力之民眾也已達將近 60%，雖然仍有每日超過 10 萬以上之 Omicron 確診案例，但是新增死亡個案之比例，明顯低於疫苗全面施打前之狀況，德國各邦已逐步開放或廢止 2G、3G 規則，因為疫苗雖然不能絕對防止感染，但卻可減少重症發生及降低致死率，例如 2021 年 6 月 1 日及 12 月 1 日的致死率分別為 8% 及 0.6%，但 2022 年 6 月 1 日及 12 月 1 日則分別為 0.2% 與 0.5%，相對於 2021 年 6 月 1 日兩劑完整接種比例只有約 19% 的狀況，新冠疫苗面對從 Delta 變種為 Omicron 的疫情變化，雖不能大幅減少感染，但確實在 Omicron 傳染力高，但多為輕症的發展下，以戴口罩等輕度物理性防疫措施搭配疫苗的預防作用，有減少重症與致死案例之實際效果。

表 2 德國 2021/06 至 2022/12/01 之確診、死亡案例及各劑次疫苗接種概況

日期	新增確診案例	新增死亡案例	新增接種者	不分劑數接種者	已接種 2 劑者	完整接種比例 (%)	接種第 3 劑者	接種第 3 劑比例 (%)
2021/06/01	1,785	153	1,027,848	37,040,536	15,779,572	18.93	251	0
2021/07/01	892	63	955,045	47,545,439	31,801,386	38.14	6,157	0.01
2021/08/01	2,097	1	105,091	52,372,080	43,861,732	52.61	13,808	0.02
2021/09/01	13,531	23	326,124	55,393,419	50,640,866	60.74	62,979	0.08
2021/10/01	10,118	73	127,010	57,569,377	53,612,668	64.31	876,722	1.05
2021/11/01	9,658	23	61,263	58,670,834	55,359,390	66.40	2,284,965	2.74
2021/12/01	67,186	446	1,275,689	60,688,485	57,038,284	68.42	12,667,320	15.19
2022/01/01	26,392	184	28,687	62,727,930	59,133,268	70.93	34,352,514	41.20
2022/02/01	162,613	188	293,009	64,013,194	61,589,776	73.88	46,050,216	55.24
2022/03/01	122,111	235	162,641	64,379,948	62,683,779	75.19	49,618,616	59.52
2022/04/02	196,456	292	34,908	64,568,853	63,092,243	75.68	52,994,778	63.57
2022/05/01	4,032	0	4,388	64,638,114	63,229,413	75.84	54,942,252	65.90
2022/06/01	48,502	131	49,814	64,680,004	63,313,838	75.94	56,289,969	67.52
2022/07/01	98,669	103	35,708	64,712,373	63,368,018	76.01	57,175,500	68.58
2022/08/01	102,698	171	19,509	64,740,052	63,408,814	76.06	58,154,793	69.76
2022/09/01	33,930	148	32,098	64,763,631	63,441,639	76.10	58,883,722	70.63
2022/10/04	128	128	62,098	64,784,300	63,471,468	76.13	59,965,566	71.93
2022/11/01	29,961	120	44,172	64,806,456	63,493,362	76.16	61,963,092	74.32
2022/12/01	30,420	166	65,365	64,824,014	63,510,394	76.18	63,719,233	76.43
2022/12/09	29,605	120	36,395	64,826,799	63,513,609	76.18	63,985,560	76.75

資料來源：Mathieu et al. (2021)，表格為作者自行整理製表。

另從下圖 1 可觀察出每日新增確診、死亡個案及新增接種者間比較後之趨勢，同樣比較每個月 1 日之數據後發現，2021 年 12 月 1 日的新增接種人數達到高峰，確診人數僅有略增，在 2022 年 2 月 1 日之新接種人數及確診人數均有增加，但自同年 3 月 1 日之後，每日接種人數僅有緩增，不再有大幅增加，但確診人數在 2022 年 4 月 1 日、7 月 1 日及 8 月 1 日則僅有略增，然而重症致死個案就趨勢而言，在新冠疫苗開始廣泛接種後，呈現平緩走向並無過於顯著之波動。由此可知，第一、二劑疫苗已有減輕 Delta 病毒株症狀並降低致死率的效果，而到 Omicron 出現後，雖然疫苗預防感染的效果降低，但仍有預防重症的效果。從圖 1 的 2022 年 10 月 1 日到 12 月 1 日的趨勢即可發現，在超過 70% 的疫苗覆蓋率下，新增確診、死亡案例均呈現低度之平緩走向，疫情開始流感化，故 2G 與 3G 措施已無施行必要，在部分

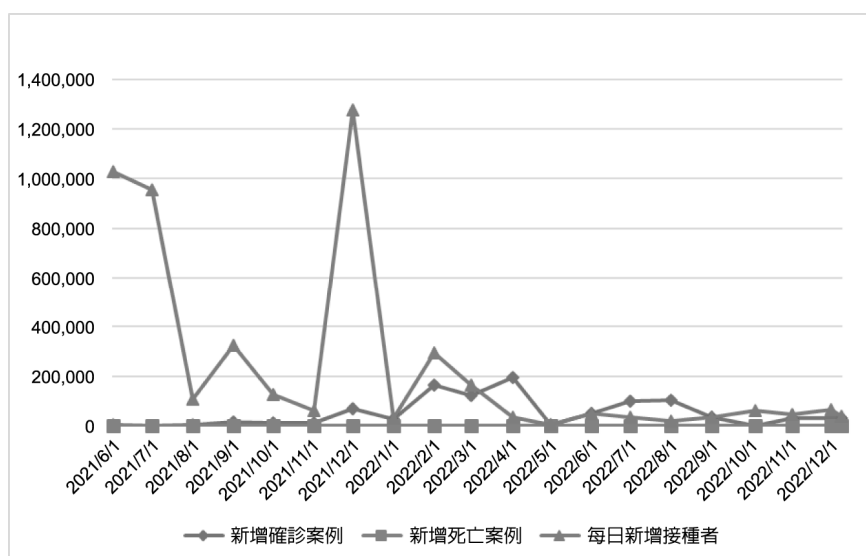


圖 1 德國 2021/6 至 2022/12/1 之新增確診、死亡及新增接種者間之比較

資料來源：Mathieu et al. (2021)，圖片為作者自製。

人多聚集之室內場合，及大眾交通運輸工作上，只需改以口罩義務，即有強化防疫的效果。

從上表 2 及圖 1 呈現之整體趨勢而言，就防疫措施保護公眾利益之角度，為使群體免疫程度增高，民眾接種疫苗比例及覆蓋率亦需同時提升，否則未接種疫苗確診的風險就愈大。然而在疫苗施打進度無法加速的情況下，高強度之防疫措施或行政之強制介入，就會被認定符合比例原則，而且是具有合宜性之手段 (Knieps, 2020; Pierik, 2020)。在《傳染病防治法》授權下，國家具有實施強制性作為，用以維護基本人權中的生命權與健康權之價值，³⁰ 但爭議的問題在於，國家是否單以法律授權，即得課予民眾強制接種義務，並令其自行承擔疫苗副作用之風險。故立法者若欲以法律課予大眾強制接種新冠疫苗之義務，在致死或嚴重不良副作用無法確實排除的現況下，國家必須先釐清，接種疫苗後產生之副作用與生命危害及身體健康間是否有因果關係，以及少數人之生命、健康等權利是否與不特定公眾之生命、健康，以及行動自由、職業自由等權利等價，且不得予以衡量 (Knieps, 2020)。對此，聯邦憲法法院 2021 年判決認為，生命權、健康權及身體完整不受傷害等權利具有高度優先性及最高之價值，故不得與其他基本權利衡量其比例或輕重，而且生命權亦不得以數量（例如被犧牲之群眾人數）作為價值判斷標準 (Knieps, 2020)。³¹ 然而，不特定多數人在無強制接種疫苗義務下亦可能遭到侵害（例如遭到未接種之確診者突破性感染），且行動、職業自由受限之民眾範圍亦涉及公眾利益，因此是否全然不得衡量，仍有討論餘地，且若 2G、3G 等規則在疫苗覆蓋率逐漸普及的情況下，未來在比例原則檢視中，預期再通過合目的性及適當性檢驗之機率亦然降低，若如預期時間廢止，而又有特定群眾不

³⁰ BVerfG, 19.11.2021 - 1 BvR 781, 798, 805, 820, 854, 860, 889/21.

³¹ BVerfG, 15.02.2006 - 1 BvR 357/05.

願接種疫苗，則對已接種者受突破性感染而造成重症的風險大增，其生命、健康權亦因少數人非醫療健康因素不願接種疫苗，反而受到侵害。

最後在憲法保障之平等原則判斷方面，從柏林－布蘭登堡邦高等法院於 2021 年的判決可知，疫苗接種係屬侵入式之醫療行為，因此是否能以個人生命權、身體健康權及公眾健康利益，作為以 2G 或 2G+ 規則介入行動自由、職業自由、集會結社自由、隱私、資訊自主與平等權等之依據，不無疑問。而且為了執行 2G 規則，不能僅依賴警察人員進行稽查，仍需透過公私部門間之協力，故各邦發布之法規命令，若涉及限制個人出入行動之 2G 及 3G 等防疫措施，則多會課予旅宿、餐飲及零售業者檢查顧客身分證件、接種或痊癒證明之義務。這表示，只要不是行政規則豁免適用 2G 規則之零售商及餐飲業者，都必須依法要求來店之消費者出示 2G 數位身分證明與身分證，而業者不但需忍受顧客被要求出示數位證明的情緒反應、離去不消費之營利損失，而且還有遭到顧客暴力攻擊的風險。所以不單是零售業者之職業自由遭到侵害，顧客不消費的損失也關乎其財產權，相對於可享有豁免適用的購物中心、建材商場等，故只有零售相關業者必須適用 2G 規則，亦有侵害個人平等權之爭議。³²

三、聯邦憲法法院對於防疫措施合憲性之相關判決

關於聯邦範圍之限制性防疫措施，以及特定職業之強制接種疫苗義務之規定，德國聯邦憲法法院於 2021 年就「聯邦緊急剎車措施－出入與接觸限制」，³³ 也就是全國性特定場所禁止出入及禁止人群接觸防疫措施作出裁定。法院之見解認為，此等防疫措施係對國家機關個人

³² OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 30.12.2021 - 11 S 109/21. Rn. 17ff., 46, 57.

³³ BVerfG, Beschl. v. 19. 11. 2021, 1 BvR 781/21, Rn. 1-306.

行動自由、集會結社自由，以及日常生活的介入，防疫措施強制介入之規模與程度，不得違反比例原則對合目的性、適當性、必要性及合宜性之要求。對此，聯邦憲法法院認為目前防疫法律符合比例原則，因此在無其他行政處分或法規命令配合下，直接介入個人遷徙自由與行動自由，只須符合《基本法》第 2 條第 2 項第 3 句，³⁴ 以及第 104 條第 1 項第 1 句相關保護要件，³⁵ 但逾越此限制門檻之更嚴格出入限制措施，須在事實上，有明顯、立即之高風險狀態或即刻性之危險出現時，方能依法施行。其次，聯邦憲法法院於 2021 年還另對聯邦範圍之「聯邦緊急剎車措施－關閉學校」作出類似之裁定。³⁶ 若各邦政府因疫情擴散，為避免學生因在課堂群聚感染，故須長期暫停學校實體課程，則依德國《基本法》第 7 條第 1 項規定，³⁷ 為維護兒童及青少年人格完整成長，負有提供學生必要、符合最低標準學校教育之義務，故須採取遠距授課等替代教學措施。由此可知，行政機關採取之介入措施施行時間愈長，則此一措施必須經過聯邦憲法法院，或由國會以立法裁量衡量其合目的性。

至於在特定職業從業人員的新冠疫苗強制接種義務方面，聯邦憲法法院第一合議庭 2022 年裁定駁回「機（關）構與企業法定新冠疫苗接種義務」憲法訴願案。依德國《傳染病防治法》第 20a 條、第 22a 條、第 73 條第 1a 項第 7e 款至第 7h 款規定，³⁸ 特定之醫療、公衛及照護機構及相關廠商之從業人員，包括醫師、護理師、各類治療人員、技術人員、輔助人員及清潔人員等，於出入時必須出示已接種新冠疫苗、

³⁴ Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG.

³⁵ Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG.

³⁶ BVerfG, Beschl. 19. 11. 2021, 1 BvR 971/21, Rn. 1-222.

³⁷ Art. 7 Abs. 1 GG.

³⁸ § 20a, § 22a und § 73 Abs. 1a Nr. 7e bis 7h IfSG. BVerfG, Beschl. v. 27. 4. 2022, 1 BvR 2649/21.

已確診新冠肺炎但已痊癒，或因健康因素不宜接種疫苗之證明（現多為數位證明），訴願人認為以上之規定違反《基本法》保障之職業自由權。但聯邦憲法法院於裁定中認定，上述《傳染病防治法》條文與《基本法》第 2 條第 2 句規定之法律保留原則及第 12 條保障之職業自由等基本權利相符，³⁹ 故以《傳染病防治法》為授權依據之介入措施並未侵害訴願人前述之基本權利，亦未違反比例原則。此外，聯邦憲法法院亦指出，國會在《基本法》賦予立法權之裁量範圍下，已透過修正《傳染病防治法》，在課予個人出示接種證明之義務（例如護理人員）用以保護大眾健康之利益，與個人可能受侵害之職業自由間，已在比例原則考量下予以衡平。儘管德國逐漸廢止高強度限制措施，但對於出入特定場所（例如醫療、照護院所）、特定人員（例如醫護人員）的 2G、2G+ 或 3G 規則義務仍然有效，故依照聯邦憲法法院的判決可知，相關防疫措施雖須依照疫情狀態逐漸開放，但對特定人、地區及場所維持現制性防疫措施，符合比例原則之合目的與適當性，而持續採用 2G、2G+ 或 3G 規則亦未違反合宜性之要求。

四、少數權益之損害與特別犧牲

為降低上述不特定多數已接種疫苗者可能遭到生命與身體侵害的風險，德國一般法院認為，疫苗強制接種造成之剩餘風險符合《基本法》14 條第 3 項「特別犧牲」（Sonderopfer）的要件。⁴⁰ 所謂的特別犧牲，係指國家機關因重要基礎建設（例如道路拓寬、橋樑與學校建設）

³⁹ Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG. Art. 12 Abs. 1 GG.

⁴⁰ Art. 14 GG (3) Eine Enteignung ist nur zum Wohle der Allgemeinheit zulässig. Sie darf nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes erfolgen, das Art und Ausmaß der Entschädigung regelt. Die Entschädigung ist unter gerechter Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und der Beteiligten zu bestimmen. Wegen der Höhe der Entschädigung steht im Streitfalle der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten offen.

等公共利益之需要，而徵用個人土地等財產，而個人並無容忍義務且損失逾越一般可容忍之範圍，故可視為一種個人為公益特別犧牲的狀態，被徵收人得依法向國家要求補償。另因國家係為公眾利益徵收私人土地造成個人損害，非因違反保護義務造成個人損害，故此處為補償金，而非賠償（Albers, 2020; Bethge & Dombert, 2020; Deutscher Bundestag, 2020）。特別犧牲的概念在《基本法》第 14 條第 3 項⁴¹ 中明文規定，補償之請求僅適用於個人財產損害，但經由多年以來的判決累積，逐漸延伸至財產權以外之其他權利（Bethge & Dombert, 2020; Deutscher Bundestag, 2020）。例如德國聯邦最高法院（Bundesgerichtshof [BGH]）於 1953 年判決中即援引《基本法》第 2 條之規定，⁴² 肯定特別犧牲得適用於兒童強制接種法定傳染病預防疫苗，因為國家鼓勵、推動預防接種雖屬於介入行為，但此等法律規定（例如自 2020 年起陸續修正的德國《傳染病防治法》第 28 條等條文）涉及對個人生命、健康及身體完整不受侵犯之基本權利，故國家機關應將財產權以外之權利，例如個人生命、健康及行動自由等，納入特別犧牲及相關法律原則之適用範圍，用以建立國家機關採用 2G、3G 或強制接種疫苗之重要依據，並使相關防疫措施符合法治國原則、法律明確性原則及比例原則。

柒、結論

目前在德國境內的疫情狀況雖然仍有消長，但原本防疫措施的強度在疫苗覆蓋率全國平均超過 70%（RKI, 2021a），故聯邦及各邦均已放寬防疫規定，且多廢除高強度的 2G、2G+ 及 3G 規定，甚至除公車、

⁴¹ Art. 14 Abs. 3 GG.

⁴² BGH, 19.02.1953 - III ZR 208/51. Art. 2 GG.

道路電車及各類長短程列車必須強制戴口罩外，在特定公共場所亦不再強制要求配戴口罩。大多數民眾持有接種證明（或數位接種證明，此即綠色護照），即可自由出入多數回復正常開放的公共場所，其中包括政府機關大樓、博物館、大型展場、旅館、餐廳及休閒場所等，甚至在部分邊境開放。由此可知，各類防疫限制措施的開放前提及關鍵，在於完整接種之疫苗覆蓋率，以及國民群體免疫的狀況。爲了讓大多數民眾儘快回復正常社會生活，減少因防疫限制措施造成後續的社會與經濟問題，則在全球疫情尚未明確趨緩，仍有大量境外移入或無症狀感染者的情況下，爲了保護已完整接種者或已痊癒者不受變異新冠病毒的突破性感染，對於具有感染高風險之自願性不接種者，仍有採取符合比例原則之限制性防疫措施之需要。對此，德國及法國等國採取 3G 規則，德國有些邦施行更嚴格的 2G 規則，而法國則是兒童從滿 12 歲起，亦適用 3G 規則（Deutsches Ärzteblatt, 2021）。此類規則的主要目的，係爲優先保障已接種疫苗者及曾染疫但康復者避免再次感染，導致出現難以預防的不同變種病毒株。

但就保障基本人權的角度而言，人民的生命權及健康權是最高、不可替代的人權價值，但行動自由、居住遷徙自由及集會結社自由同樣爲憲法保障之重要基本權利，而且還關係民主原則下的政治參與（集會結社自由）及各類平等權，所以國家機關不能僅就單純的比重來衡量，反而應依疫情實際狀態調整比例，並盡量以兼顧兩者的方式研議防疫措施。對此，3G 措施中，雖然讓自願性不接種疫苗者受到更多行動自由限制，但至少可選擇較爲輕微之限制措施，例如 PCR 檢測或抗原快篩陰性證明，作爲暫時允許進入特定室內公共空間的條件，而且同時在對已接種者造成突破性感染風險相對較低的前提下進行社會參與，維護個人行動自由。但 2G 規則完全排除此類暫時性社會參與的可能性，只有已接種者及痊癒者得以自由出入公共空間，雖然優先保障已接種疫苗者的生命權及健康權，但同時也犧牲不願意接種疫苗者

之自由權，特別是行動與集會的自由，幾乎在未接種疫苗前，難以回復到平時。況且疫苗接種並非法定義務，除了健康因素不能接種者外，民眾個人有權決定是否接種，然在 2G 規則下，不願意接種將被限制進出公共空間之權利，因此 2G 規則是否確實符合比例原則之檢視，仍有爭議，故行政機關仍必須視疫情變化狀況進行調整。若疫情有明顯趨緩的走向，則可從嚴格的 2G 規則改成 3G 規則，降低對行動自由權的負面影響。

在未來，新冠病毒疫情將持續多久尚不可知，但如何與病毒共存將是更重要的議題。然而要與病毒共存的前提，在於疫苗的實際效用與普及度，只有在盡量廣泛的覆蓋率下，才能減少重症、降低死亡率，並將新冠病毒流感化。但不論是 3G 或 2G 規則，若在國際疫情嚴峻程度居高不下，且國內仍有民眾非因健康因素堅持不願接種疫苗的情況下，則已接種者被突破性感染及未接種者重症住院之風險將無法管控，新冠疫情走向輕症化及流感化的時間就會拖長，不利於群體免疫目標的達成。因此是否應該採取立法或修法，並在兼顧人權價值的前題下課予民眾接種疫苗義務，應為未來需要審慎考慮並討論的焦點。目前歐洲各國大多已逐漸廢除 2G、3G 等高強度之防疫措施，採取與病毒共存之長期策略。除了入出境無任何防疫措施之限制外，在大多數室內、外場所及集會，已無強制戴口罩之規定。惟反觀我國，現時雖然防疫成果良好，本土感染個案均獲得控制，但我國仍堅持對邊境出入及隔離檢疫的嚴格管制。但若要儘快降低疫情對國內經濟及社會的衝擊，並與國際社會接軌，解除邊境出入封鎖必是未來的政策趨勢。目前我國從 2022 年 4 月起已有嚴重疫情爆發，且疫苗接種普及率也近 80%，故我國有必要借鏡於德國等歐洲國家，除了應該逐步廢止限制行動之防疫措施外，同時以透明化之政策對話、說明與積極鼓勵之措施，讓更多原本不信任疫苗的國民，提高其信任度並願意接種疫苗。而是否立專法或修法課予民眾接種新冠疫苗義務，除了取決於完整接

種疫苗覆蓋率的進度，以及國際疫情發展狀態外，政府亦應提前研議並徵詢各界意見，在開放邊境、廢除過度防疫措施的前提下，同時為即時因應多變疫情及幫助人民恢復疫前正常生活，預做準備。

此外，我國《傳染病防治法》第 37 條第 1 項各款賦予地方機關會同有關機關管制人員出入特定場所、區域或搭乘大眾交通工具之權限，其中特別是第 6 款規定之「其他經各級政府機關公告之防疫措施」，直接空白授權地方行政機關採行必要之防疫措施，這表示地方行政機關只要會同有關機關，但不必另經地方議會或中央防疫主管機關追認，即可制定、宣告高強度防疫措施，故此一空白授權是否違反法律明確性原則及比例原則中之合目的性、適當性及合宜性原則，不無疑問。另，《嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例》（簡稱《防疫條例》）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。」則直接空白授權中央疫情指揮中心指揮官以行政命令或行政處分採取必要防疫措施之權限，雖然在 2020 年至 2021 年疫情擴散快速，及疫苗接種覆蓋率不足的情況下，空白授權在短期內法規制定不及之時，有其必要性，亦可視為符合狹義比例原則，但 2022 年疫情於國內大量爆發後，確診案例短時間大幅增加，故既有防疫措施（例如限制特定場所出入及入出境人數限制等）已無實際防治效果，隨著大量民眾確診痊癒、疫苗接種比例上升，群體免疫已出現，此時空白授權是否還有必要，實有再次檢視此類空白授權，以及地方與中央機關所採行之防疫介入措施，是否符合狹義必要性原則，也就是此類空白授權及據此採行的防疫措施是否有「過度禁止」原則之適用（Lerche, 1961; Michael & Morlok, 2019; Heintzen & Krieger, 2015; Jura Individuell, 2020）。

基本上，相較於比例原則對德國 2G、3G 規則之檢視而言，生命、健康及身體完整不受侵害等重要之人權價值，的確為防疫措施所保障之客體，但在我國疫苗覆蓋率在 2022 年第四季平均超過 70% 的情況

下，雖無法排除突破性感染風險，但重症住院與死亡率之案例已明顯減低，因此若仍維持需完整接種、染疫痊癒或近期採檢陰性作為出入特定室內或戶外場域之標準，則逾越「過度禁止」原則之規範標準。雖然台灣並非施行如同德國的 2G、2G+ 及 3G 規則，但 2022 年第一季因疫情爆發，以致中央疫情指揮中心發布旅行社出團團員持有三劑疫苗接種證明，已產生違反比例原則之爭議，甚至超過一般行動自由與生命、健康權之比例衡平狀態。隨著全球新冠疫情舒緩，且各民主國家多已開放，為避免日後有任何類似疫情出現，再次形成行政機關以空白授權進行高強度防疫措施的狀況，對個人基本權利造成侵害，我國應參考德國國會以快速立法方式、完整之法源依據及高密度之法律保留模式，例如德國《傳染病防治法》第 28a 條至第 28c 條各項授權相關規定，詳細修正防疫相關法律（例如我國《傳染病防治法》），或廢止不必要之空白授權條款，及早賦予因應之授權法源依據，使其符合法律明確性原則及比例原則之精神。

相較於德國為防止疫情擴散，在法治國原則下，歷經多次立、修法，以法律授權行政機關採取防疫措施避免行政機關過度專斷之作法，台灣從 2020 年防疫之初為區辨病患是否自疫區返國，而將入出境資料庫資料介接健保資料庫，以便醫療院所在病患求診時，特別是有新冠病毒感染症狀者，得以快速隔離，後因新冠疫情在全球擴散迅速，幾乎已無是否疫區之差異，因此已無篩選是否疫區返國之必要。後續科技防疫措施則多應用於進入特定場所實名制、社交安全 App 與居家隔離行動監控（電子圍籬），但此等措施雖然於近期疫情趨緩，陸續廢止，但在施行之時，相關措施一直有是否具法源依據，或僅有空白授權之爭議。因為干預個人行動自由、職業自由、資訊自主與資訊隱私權之介入措施，必須有法律授權，但前述涉及行政機關介入的防疫措施，許多並非以法律列舉事項加以授權，故並不符合法律明確性原則及法律保留原則。

例如，《嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例》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」；同法第 8 條第 1 項規定，「於防疫期間，受隔離或檢疫而有違反隔離或檢疫命令或有違反之虞者，中央流行疫情指揮中心指揮官得指示對其實施錄影、攝影、公布其個人資料或為其他必要之防治控制措施或處置。」及同條第 3 項規定，「前二項個人資料，於疫情結束應依個人資料保護相關法規處理。」由此可知，我國防疫主管機關只需要依據《防疫條例》第 7 條規定之空白授權，亦即基於防治控制疫情需要，可發布具有高介入程度之防疫措施，只要此類措施具有必要性，即無違法之虞。但何謂「防疫需要」與「必要之應變處置或措施」並非法律定義，且無列舉事項作為法定要件，純然交由防疫主管機關自行認定，有違反法律明確性原則之疑義。而《防疫條例》第 8 條第 1 項由防疫主管機關對違反隔離或檢疫命令或有違反之虞者，直接對其採取錄影、攝影及公布個資等措施或處置，不但符合法律保留原則，且直接介入個人隱私，應有《個人資料保護法》之明確授權，而非僅於《防疫條例》第 8 條第 3 項，以排除條款將前述侵害個人隱私之介入措施遞延至疫情結束後，才以個資保護法規處理。特別是該項規定之疫情結束與否，仍為防疫主管機關之認定，何時才視為疫情結束，社會大眾無法預期，不確定性過高，對基本人權介入的程度與範圍恐難以估計。

此外，對於居家隔離者之監控，亦即電子圍籬的利用，不單涉及人身自由，而且設備傳輸個人行動資料的特性，又與個資保護有關，自需有《個人資料保護法》之授權，但是在《傳染病防治法》第 48 條第 1 項及第 2 項除對接觸或疑似感染者得以強制留驗、預防接種、投藥及特定區域強制隔離，以及防疫主管機關得就高風險群體與特定對象採取防疫措施，且應遵行事項之辦法由主管機關訂定外，並無任何行動個資同意授權之規定，亦無強制授權之要件。而與此相關者還有

《傳染病防治法》第 58 條第 1 項第 4 款之規定，其授權防疫主管機關得對自疫區入境、接觸或疑似接觸者、傳染病或疑似傳染者，採行居家、集中檢疫，或隔離治療等必要措施。但包括《傳染病防治法》第 48 條及第 58 條在內，都只有空白授權，屬於不確定之法律概念，皆未明確授權防疫主管機關採行電子監控措施。故其中防疫主管機關蒐集個人行動資料之行爲，亦有違反《個人資料保護法》之爭議。台灣從 2020 年以來的防疫措施雖然曾有效阻擋病毒自境外移入，但爲數不少由防疫主管機關發布之措施，係依據《防疫條例》，與德國採條款式立法全面性修法的方式有明顯落差，德國之防疫法制在相對健全的前提下已難以完全排除爭議，而我國防疫主管機關所採用之介入措施，若非基於民眾對疫情的恐懼，以致大多忽略其中個人權利遭到侵害的事實，加上防疫法規亦有裁罰規定，且已有實際裁罰案例，必然也會出現民意反彈或防疫法規違憲的狀況。現疫情已漸趨緩和，我國政府應參酌國外防疫法制調整趨勢，檢討各項防疫措施於法源依據之不足，盡速修正、增補或廢止，以符合法治國與民主運作機制之基本憲政原則。

參考文獻

- Albers, G. (2020, May 11). *Sonderopfer für die Volksgesundheit: Freiheitsbeschränkungen zum Lebensschutz in der Coronakrise*. VerBlog: <https://verfassungsblog.de/sonderopfer-fuer-die-volksgesundheit/>.
- Bethge, J., & Dombert, M. (2020). Entschädigungsansprüche für Öffnungsverbote im Rahmen der Corona-Bekämpfung. *NordÖR*, 7-8: 329-334.
- Bundesgesundheitsministerium. (2021). *Sicher durch Herbst und Winter – jetzt die Vorbereitungen treffen*. https://www.welt.de/bin/BMG_bn-232935997.pdf.
- Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung. (2023). *Ansteckung und Übertragung*. <https://www.infektionsschutz.de/coronavirus/fragen-und-antworten/ansteckung-und-uebertragung/#:~:text=Wann%20entwickelt%20man%20Krankheitszeichen%20und,anstecken%2C%20bevor%20sie%20Krankheitszeichen%20entwickeln>.
- Berliner Morgenpost. (2021, October 11). *Wie teuer Corona-Tests sind und ab wann sie Geld kosten*. <https://www.morgenpost.de/vermischtes/article233016803/corona-test-kosten-neue-regel-pcr-anti-gen.html>.
- Bundesverfassungsgericht. (2021, November 19). *Verfassungsbeschwerden betreffend Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen im Vierten Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite („Bundesnotbremse“) erfolglos*. <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2021/bvg21-101.html>.
- Der Tagesspiegel. (2021). *Wie viele Deutsche sind wirklich schon geimpft?* <https://www.tagesspiegel.de/politik/selbst-das-rki-sieht-eine-gewisse-unsicherheit-4269178.html>.
- Deutsche Presse Agentur. (2021, August 11). *Gesundheitsbehörde CDC rät: Schwangere in Amerika sollen sich gegen Corona impfen lassen*. Frankfurter Allgemeine Zeitung: <https://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/gesund-heit/coronavirus/us-gesundheitsbehoerde-cdc-raet-schwangeren-zur-corona-impfung-17481381.html>.
- Deutsche Presse Agentur. (2022, February 15). *Ab Freitag: 2G-Regel entfällt in mehreren Bereichen*. BerlinOnline Stadtportal: <https://www.berlin.de/aktuelles/7315886-958090-ab-freitag-2gregel-entfaellt-in-mehreren.html?>

fbclid=IwAR0TjF4LeWsjtC6IoauCRcGlrMrV5Dx_9wcgAKglRBV7A1406jOG3RoEdw.

- Deutscher Bundestag. (2020). *Anspruchsgrundlagen für Entschädigungen für Corona-bedingte Vermögensschäden von Betrieben*. <https://www.bundestag.de/resource/blob/696520/d9175d67a1dad5e87b424f10d2eb2363/WD-3-117-20-pdf-data.pdf>
- Deutscher Ethikrat. (2021, February 4). *Besondere Regelungen für Geimpfte?* <https://www.ethikrat.org/mitteilungen/mitteilungen/2021/besondere-regelungen-fuer-geimpfte/>.
- Deutsches Ärzteblatt. (2021, September 30). *3G-Regeln gelten in Frankreich ab sofort auch für Kinder ab 12 Jahren*. <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/127752/3G-Regeln-gelten-in-Frankreich-ab-sofort-auch-fuer-Kinder-ab-12-Jahren>.
- Die Bundesregierung. (2021a). *Videoschaltkonferenz der Bundeskanzlerin mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder am 10. August 2021*. <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/974430/1949532/d3f1da493b643492b6313e8e6ac64966/2021-08-10-mpk-data.pdf?download=1>.
- Die Bundesregierung. (2021b). *Videoschaltkonferenz der Bundeskanzlerin mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder am 18. November 2021*. <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/974430/1982598/defbdf47daf5f177586a5d34e8677e8/2021-11-18-mpk-data.pdf?download=1>.
- Die Bundesregierung. (2021c). *Regeln in den Bundesländern*. <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/corona-bundeslaender-1745198>.
- Die Bundesregierung. (2023, April 8). *Corona-Schutzmaßnahmen sind ausgelaufen*. <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/infektionsschutzgesetz-2068856>.
- Deutschlandfunk Kultur. (2020, August 12). *Pflegeheime in Coronazeiten – Gravierende Folgen der Isolation*. https://www.deutschlandfunkkultur.de/pflegeheime-in-coronazeiten-gravierende-folgen-der-isolation.1008.de.html?dram:article_id=482248.
- Grzeszick, B. (2021). Art. 20. In T. Maunz, & G. Dürig (Eds.), *Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 94* (Rn. 1-132). C. H. Beck.
- Haas, V. K. (2020, October 27). *Abriegeln macht die Leute krank*. *Süddeutsche Zeitung*: <https://www.sueddeutsche.de/muenchen/starnberg/krailling-pflege->

heime-coronavirus-besuchsverbot-1.5094614.

Heintzen, M., & Krieger, H. (2015). *Gliederung: Die Verhältnismäßigkeitsprüfung in der Fallbearbeitung*. https://www.jura.fu-berlin.de/studium/lehrplan/projekte/hauptstadtfaelle/tipps/Uebersicht_-Die-Verhaeltnismaessigkeitspruefung-in-der-Fallbearbeitung/index.htm.

Information der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung. (2021a). *PCR-Test: Goldstandard unter den Corona-Tests*. <https://www.infektionsschutz.de/coronavirus/tests-auf-sars-cov-2/pcr-test/>.

Information der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung. (2021b). *Antigen-Schnelltest: Test durch geschulte Personen vor Ort*. <https://www.infektionsschutz.de/coronavirus/tests-auf-sars-cov-2/antigen-schnelltest.html#c14951>.

Jarass, H. D. (2020). Art. 20. In H. D. Jarass, & B. Pieroth (Eds.), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 16. Auflage* (pp. 526-588). C. H. Beck.

Jura Individuell. (2020, November 10). *Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*. <https://www.juraindividuell.de/pruefungsschemata/der-verhaeltnismaessigkeitsgrundsatz/>.

Klatt, M. (2014). Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. *Jus Juristische Schulung* 3: 193-199.

Knieps, F. (2020). Die Corona-Pandemie und das Grundgesetz---Anmerkungen nicht nur zu Rechtsfragen. *Gesundheits- und Sozialpolitik* 74(3): 6-10.

Legal Tribune Online. (2021a, October 7). *Beschwerde aus Frankreich: Corona-Impfpflicht landet vor dem EGMR*. https://www.lto.de/persistent/a_id/46234.

Legal Tribune Online. (2021b, November 30). *BverfG. Kern der "Bundesnotbremse" verfassungskonform*. <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bverfg-1bvr78121-1bvr97121-bundesnotbremse-coronavirus-covid19-corona-verfassung-sbeschwerden-ausgangssperre-schulschliessungen-grundrechte/>.

Lerche, P. (1961). *Übermaß und Verfassungsrecht: Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit*. Carl Heymanns Verlag.

Mathieu, E., Ritchie, H., Ortiz-Ospina, E., Roser, M., Hasell, J., Appel, C., Giattino, C., & Rodés-Guirao, L. (2021). *A global database of COVID-19 vaccinations*. https://ourworldindata.org/covid-vaccinations?country=OWID_WRL.

- Michael, L., & Morlok, M. (2019). *Grundrechte. 7. Auflage*. Nomos Verlag.
- Pierik, R. (2020). Vaccination Policies: Between Best and Basic Interests of the Child, Between Precaution and Proportionality. *Public Health Ethics* 13(2): 201-214.
- Rober Koch Institut. (2021a). *Digitales Impfquotenmonitoring zur COVID-19-Impfung*. https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Daten/Impfquoten-Tab.html.
- Rober Koch Institut. (2021b). *Täglicher Lagebericht des RKI zur Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19)*. https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Dez_2021/2021-12-01-de.pdf?__blob=publicationFile.
- Rober Koch Institut. (2021c). *Wirksamkeit (Stand: 2.11.2021)*. https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/COVID-Impfen/FAQ_Liste_Wirksamkeit.html.
- Rober Koch Institut. (2021d). *Wöchentlicher Lagebericht des RKI zur Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19)*. https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Wochenbericht/Wochenbericht_2021-08-26.pdf?__blob=publicationFile.
- Rober Koch Institut. (2021e). *Können auch Kinder und Jugendliche Long COVID entwickeln?* https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/NCOV2019/FAQ_Liste_Gesundheitliche_Langzeitfolgen.html.
- Rober Koch Institut. (2021f). *Infektionsschutzmaßnahmen, Welche Rolle spielen Aerosole bei der Übertragung von SARS-CoV-2?* https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/NCOV2019/FAQ_Liste_Infektionsschutz.html#:~:text=Welche%20Rolle%20spielen%20Aerosole%20bei,den%20beiden%20Formen%20flie%C3%9Fend%20ist.
- Rober Koch Institut. (2021g) *COVID-19 (Coronavirus SARS-CoV-2)*. https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/nCoV.html.
- Rober Koch Institut. (2021h). *Wie wirksam sind die mRNA-COVID-19-Impfstoffe?* <https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/COVID-Impfen/gesamt.html;jsessionid=E4FB055ADDC60D49B7E553DADC0D2483.internet112>.
- Rober Koch Institut. (2021h, August 16). *Mitteilung der STIKO zur Aktualisierung der COVID-19-Impfempfehlung für Kinder und Jugendliche (16.8.2021)*. https://www.rki.de/DE/Content/Kommissionen/STIKO/Empfehlungen/PM_2021-08-16.html.

- Rober Koch Institut. (2021i). *Nationale Teststrategie SARS-CoV-2*. https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Teststrategie/Nat-Teststrat.html.
- Rober Koch Institut. (2021j). *Wirksamkeit*. https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/COVID-Impfen/FAQ_Liste_Wirksamkeit.html.
- Schwalger, P. (2022, February 16). *2G-Regel im Einzelhandel wird bundesweit abgeschafft*. Onlinehändler News: <https://www.onlinehaendler-news.de/e-recht/gesetze/136014-2g-einzelhandel-bundesweit-abgeschafft>.
- Starck, C. (2018). Art. 1. In H. V. Mangoldt, C. Starck, P. M. Huber, F. Klein, & A. Vosskuhle (Eds), *Grundgesetz: Kommentar* (Rn. 1-332.). C. H. Beck.
- Stober, V. A. (2021, January 27). *Wenn Schnelltests falsch liegen*. Apotheken Umschau: <https://www.apotheken-umschau.de/krankheiten-symptome/infektionskrankheiten/wenn-schnelltests-falsch-liegen-781045>.
- Volkman, U. (2021, June 9). *Corona-Maßnahmen - Wann hört es auf?*. <https://www.zeit.de/politik/deutschland/2021-06/corona-massnahmen-staat-pandemiebekaempfung-grundsaeetze-demokratie>.
- Wissenschaftliche Dienste. (2021a). *Verfassungsrechtliche Bewertung der Beschränkungen Ungeimpfter durch die sogenannten 3G- und 2G-Regeln*. <https://www.bundestag.de/resource/blob/863844/70947388a152d82f48ed6013fe3f1d7a/WD-3-149-21-pdf-data.pdf>.
- Wissenschaftliche Dienste. (2021b). *Zum Inzidenzwert als Grundlage für Maßnahmen zur Abwehr der Corona-Pandemie*. <https://www.bundestag.de/resource/blob/834082/d575985d6480571bdda1c2d4ba86a3f2/WD-3-046-21-pdf-data.pdf>.
- Wissenschaftliche Dienste. (2021c). *Verfassungsrechtliche Bewertung der neuen Infektionsschutzgesetzgebung*. <https://www.bundestag.de/resource/blob/835178/823674061cb1fcc753675daf5feb93ba/WD-3-083-21-pdf-data.pdf>.
- Wissenschaftliche Dienste. (2021d). *Zum Inzidenzwert als Grundlage für Maßnahmen zur Abwehr der Corona-Pandemie*. <https://www.bundestag.de/resource/blob/834082/d575985d6480571bdda1c2d4ba86a3f2/WD-3-046-21-pdf-data.pdf>.
- Wissenschaftliche Dienste. (2021e). *Verfassungsmäßigkeit von Lockerungen der Maßnahmen zum Infektionsschutz für geimpfte Personen*. <https://www.bundestag.de/resource/blob/836418/ade8a787775e027df0b7fef9e9e7a072/WD-3-015-21-pdf-data.pdf>.

The Conundrum of Epidemic Prevention and Human Rights: Feasibility and Controversy of Epidemic Prevention Measures in Germany

*Jui-Jen Peng**

Abstract

The Federal Republic of Germany and state governments enacted 3G-Regel as a requirement for everyone entering indoor spaces in 2021 so that the general public could resume their current social life as quickly as possible. Allowing those who have been vaccinated (Geimpft), those who have recovered from COVID-19 (Genesen), and those who have been tested with a negative result (Getestet) to enter and exit public spaces and participate in cultural or recreational activities without wearing a mask upon presenting valid proof. Particularly, vaccination is crucial to the unrestricted right to freedom of movement. Some states have adopted the stricter 2G-Regel, which exempts from entry and exit restrictions only citizens who have received the COVID-19 vaccination or who have recovered from COVID-19. Even if they have proof of a negative result from a PCR test taken within 24 hours, they are prohibited from entering indoor spaces. In Germany, there is no legal requirement for COVID-19 vaccination, despite the fact that vaccination is currently the most effective method for preventing the spread of COVID-19. Regardless of whether 3G-Regel, 2G-Regel, or 2G+-Regel are in effect, COVID-19

* Assistant Professor, Department of Public Affairs, Fo Guang University; Ph.D. in Economic and Social Sciences, University of Cologne, Germany.
E-mail: juijen@mail.fgu.edu.tw

vaccination without the relevant laws such as the Communicable Disease Control Act as the legal basis for mandatory vaccination, and using vaccination and recovery from COVID-19 as requirements for freely entering and exiting places will raise questions about excessive state interference with the fundamental rights of individuals. Therefore, it is necessary to examine the constitutionality of the 3G-Regel and 2G-Regel under the inspection architecture of the principle of proportionality.

Keywords: COVID-19 Vaccines, Principle of Proportionality, 3G-Regel and 2G-Regel, Right to Life and Right to Health, Right to Freedom of Movement