

釋字第 690 號解釋部分不同意見書

大法官 許宗力

本件解釋以傳染病防治法第三十七條第一項對剝奪人民身體自由之規定，未違反明確性原則與比例原則，本席敬表贊同，但就認定未違反憲法第八條保障人身自由之正當程序部分，則認過於輕忽對人身自由之保障，未敢苟同，爰提部分不同意見書如下：

人身自由是最基本的人權，沒有人身自由，其他基本權的保障都將徒託空言，所以涉及人身自由的剝奪，是否符合正當程序，都應嚴格審查。本院過去曾就涉及刑事程序與非刑事處罰的人身自由剝奪，作成要求法官保留的解釋（釋字第 392、166、251、567 號解釋），對名義上與處罰無涉，但仍具實質處罰色彩的管收，同樣要求法官保留（釋字第 588 號解釋）。其目的無非在彰顯人身自由的重要性，要求行政機關作成剝奪人身自由的決定前，就應得到中立、客觀法官之同意，圖藉由法官的及時介入，以防止行政機關可能的濫權，將不法剝奪人身自由的風險儘可能減至最低。

系爭傳染病防治法規定所涉對曾與傳染病病人接觸或

疑似被傳染者人身自由之剝奪，與本院過去解釋涉及人身自由剝奪不同之處，在於不具處罰性，而係以保護人民生命安全與身體健康為目的，因此一般將之歸類為所謂的「照護性人身自由的剝奪」(fürsorgerliche Freiheitsentziehung)類型。精神病患之人身自由的剝奪，亦同此類型。這類型人身自由之剝奪，是否因不具處罰性質，就可以不要求法官保留？這是本件主要爭點所在。

本號解釋多數意見採否定見解，認為系爭規定所涉人身自由的剝奪毋須法官保留。蓋「強制隔離既以保障人民生命與身體健康為目的，而與刑事處罰之本質不同，故其所須踐行之正當法律程序，自毋須與刑事處罰之限制被告人身自由所須踐行之程序相類。」多數意見並進一步鋪陳具體理由大致如下：1. 疫情防制貴在迅速，法官保留恐緩不濟急。2. 傳染病防治措施，有賴主管機關基於其專業知識，通過嚴謹之組織程序，作成客觀之決定，以確保其正確性，基於功能最適，自不宜由非專業之法官作決定。3. 且主管機關作成強制隔離處分時，本就應遵循行政程序法所規定之相關程序，受隔離者如不服主管機關之決定者，仍有依行政爭訟程序尋求救濟之機會，故即使不採法官保留，與正當程序保障人民身體自由之意旨尚無違背。

本席同意，系爭照護型人身自由之剝奪確實與處罰型人身自由之剝奪有別，尤其沒有犯罪嫌疑或違法的烙印加諸身上，原則上不會額外對被隔離者的名譽、人格產生傷害，但畢竟還是人身自由之剝奪！如果人身自由確屬其他自由權保障的基本前提，具無比重要性，而法官保留具有透明、公開、客觀、迅速介入等特性，有防止行政可能濫權的作用，讓人身自由被不法剝奪之機率減至最低，則本席看不出照護型人身自由之剝奪有不適用法官保留的正當理由，除非我們天真認為照護型人身自由之剝奪絕不可能濫權。

當然，如前述，多數意見詳列了若干不採法官保留之理由，以捍衛系爭規定之合憲性。但這些理由，本席認為沒有一項站得住腳，簡單說明如下：

就第一點而言，本席絕不否認疫情防制貴在迅速的真實性。問題是，法官保留與迅速並不必然矛盾，因法官保留有事前、事中（也可說是事後）之分，遇急迫情事，主管機關仍非不得先實施隔離處分，合理時間內再尋求法官的同意即可，故所謂法官保留可能緩不濟急的說法，並不正確。

其次是專業或功能最適的理由。這一點乍視之下似具說服力，但也經不起檢驗。首先指出者，法官保留並不是要求以法官的非專業認知取代主管機關的專業決定，毋寧，法官保留主要功能在於使事件透明化，使行政機關對剝奪人身自由的理由，不得不必須作詳盡說理，公開接受反方的質疑與檢驗，再由未預設立場，居於客觀、公正第三者立場的法官作成決定，法官即使不具專業知識，也非不能藉助其他專家的第二專業意見，審查剝奪人身自由之必要性。而無論法制上允許法官採何種審查密度，比起不採法官保留，而完全任諸行政機關的專業決斷，總較能防杜行政濫權剝奪人身自由的弊端發生。總之，專業絕不是阻擋法官保留的理由，值得進一步討論者只是法官的審查密度，該不該，可不可以由法官審查，根本就不應該是問題，否則一遇專業就只能束手，法院很多業務都要閉門歇業了。

專業有無可能濫權，當然也是我們考察的重點。歷史經驗顯示，當權者以罹患精神病為藉口，以達整肅政治異己目的之事例，屢見不鮮。不談前蘇聯格別烏惡名昭彰之例，即使在當代二十一世紀不同角落的人類社會，也發生過，或正發生同志或異於主流的特定宗教信徒被惡意以精神病患處置的不名譽事例，他們都有一個共通點：是否罹患精神病

患，都是由專家參與決定。或許論者認為傳染病疫情防治與精神病有別，不能相提並論。但既然有罹患精神病為名，行整肅異己之實的事例，本席就不得不對涉及傳染病的強制隔離決定同樣生起警戒之心。況文獻另有記載，美國上世紀初的「傷寒瑪麗」(Typhoid Mary)，因疑似傷寒帶原，終其一生前後被強制隔離拘禁達二十六年，且從未經過法院審查。學者的研究認為，傷寒瑪麗所受待遇，與因其低下階層愛爾蘭裔移民的出身背景致遭歧視不無關係¹。

論者可能認為過去或現在發生在國外的前揭事例，在當代如此先進的台灣社會，應已無發生的可能，無須杞人憂天。但請小心，台灣進入自由民主國家之林，還只是十多年前的事，而「好客」的台灣人民果真沒有絲毫種族偏見或歧視（例如對外籍新娘或外勞），也無須本席多費筆墨推闡。即使我們對台灣自由民主法治的永續發展，以及台灣人的寬容、人權素養有信心，認為在當代台灣社會，我們所顧慮的應已不可能發生，但我們仍不能冒這個險，法官保留，就在儘可能防杜即使小到千萬分之一機會才會發生的濫權可能性。何況當代憲政主義不就是建立在對權力悲觀、對權力不信任的哲學基礎上？是針對如此具前提性、重要性的人身自

¹ Gregory P. Campbell, *The Global H1N1 Pandemic, Quarantine Law, And The Due Process Conflict*, 12 San Diego Int'l L.J.497, at 508 (2011) .

由，只要有遭行政濫權剝奪的可能或紀錄，就應未雨綢繆，或記取歷史教訓，多一道制衡程序，「以小人之心」，予以防堵，或防止再犯。

至於多數意見所持最後一點補充理由，本席則認為最弱、最不具說服力，委實說根本就不應提出。多數意見之所以認為系爭規定不違反正當程序原則，如前述，理由是何況主管機關作成強制隔離處分時，本就應遵循行政程序法所規定之相關程序，且不服主管機關之決定者，仍有依行政爭訟程序尋求救濟之機會。然則，遵循行政程序法之相關程序規定，以及給予尋求司法救濟的機會這兩者，本就是任何基本權的限制所應一體遵循、適用的最低限度程序，而自從本院在釋字第 384 號解釋揭示人身自由「乃行使憲法上所保障其他自由權利之前提，為重要之基本權」的立場以來，剝奪人身自由本就應比限制其他自由權利適用更嚴格的程序，即使不適用最嚴格意義的法官保留，至少也不至於僅僅適用與限制其他自由權利相同的低標程序。今多數意見竟大辣辣以已適用最基本、最起碼程序作為系爭規定與正當程序並不違背的理由，不禁令人搖頭太息。

當然，多數意見也明白指出，強制隔離所須踐行之正當

程序，毋須與剝奪刑事被告人身自由之程序相類，而是由主管機關依其專業知識，「通過嚴謹之組織程序」，衡酌疫情之嚴重性及其他狀況，作成客觀之決定。據此，似乎多數意見也認為強制隔離應踐行比一般程序嚴格一點的「嚴謹之組織程序」。所稱「嚴謹之組織程序」為何，多數意見固未多所著墨，但可推測應係指組成多元專家委員會之類的組織程序。姑不論這類委員會之組織程序尚未能提供與法官保留相同的透明、公開、客觀、公正、迅速介入等功能，即使根據這種相對較為寬鬆的標準審查，系爭規定其實亦難滿足其要求。因再怎麼將傳染病防治法從頭讀到尾，根本找不到任何針對強制隔離決定所量身裁製，特別設計之「嚴謹組織程序」規定。多數意見對傳染病防治法這項缺陷其實亦瞭然於心，所以才會在文末另籲請主管關宜明確規範決定施行強制隔離相關之組織、程序等辦法，以資依循。但多數意見既然主張強制隔離之實施應通過「嚴謹之組織程序」，才符合正當程序，就應邏輯一貫地勇敢宣告系爭規定因未設有「嚴謹之組織程序規定」而違憲。不料卻仍捨此不為，寧願對系爭規定之合憲性百般呵護，以籲請主管機關檢討改進為滿足。本席不敢預測主管機關以後會否回報多數意見的真心與多情，但多數意見的曲意與怯懦已充分顯露無餘，對釋憲威信不能說沒有造成打擊。

本席固然主張法官保留，但也絕不是一個法官保留的教條主義者，事實上，本席可以接受刑事被告與非刑事被告之人身自由限制，所須踐行之司法程序或其他正當法律程序，「非均須同一不可」的立場，換言之，只要能有一個可以讓法官及時介入審查的機會，以減少濫權，即使與依職權事前移送法官審查、事後適當合理時間內移送法院追認的嚴格意義法官保留有別，本席也認為可以勉強通過正當程序原則的嚴格審查。例如參酌瑞士憲法第 31 條規定之精神，讓遭強制隔離的人民本身，或其親屬，有隨時（包括在自由被剝奪的當下）請求法官救濟之可能，而法官有義務在最快時間內（so rasch wie möglich）就剝奪人身自由的適法性作成決定²。可惜多數意見連這種溫和、折衷的程序亦不願採納，頂多只同意納為籲請主管機關宜儘速通盤檢討的政策選項，實令人扼腕。

最後，本席對本件多數意見最感到不解的是，即既已提出強制隔離應遵循「嚴謹（行政）組織程序」，才符合正當程序要求，則對未能滿足此一程序要求的系爭規定，為何未作任何理由交代，就任其輕騎過關，而只敢籲請主管機關朝

² 瑞士所適用之程序，參照陳英鈴，SARS防治與人權保障---隔離與疫情發佈的憲法界限，憲政時代，29 卷 3 期，頁 415。

此方向檢討修法？又如果認定系爭法律合憲，又如何能指示「建立受隔離者或其親屬不服得及時請求法院救濟」此一更高標的修法方向？合憲之餘的進一步法律修改，難道不屬政策形成範疇，而須歸政治部門掌理嗎？司法者在此說三道四，難道不會遭致越俎代庖、逾越權限的質疑？本席擔任釋憲工作八年，即將卸任，對本院向來運用自如的「籲請檢討改進」宣告藝術，很遺憾，仍未能掌握其精髓，對其「博大精深」，只能感到嘆服。走筆至此，想到本文是本席八年任內最後一篇意見書，卻只能以不同意見登場，不免感到遺憾，也帶點小感傷。就以這點小小感傷為這篇小短文劃下句點吧！