

邁向群體免疫？ 新冠肺炎疫苗接種義務的 憲法餘地與界線

Toward Herd Immunity?
The Constitutional Scope and Boundaries of the
Obligation of the Vaccination against COVID-19

Volker Boehme-Neßler* 著 詹朝欽 Chao-Chin Chan** 編譯



摘要

對抗新冠肺炎的疫苗施打正在進行，疫苗施打率也日益升高。防疫政策的目標是：在秋天^φ應該要達到群體免疫（Herdenimmunität）。與此同時，許多質疑

*德國奧登堡大學（Carl von Ossietzky Universität Oldenburg）公法、歐洲法、法理論、資訊與通訊傳播法教授。

**德國哥廷根大學法學博士候選人（Juris Doctoral Candidate, Georg-August-University Göttingen）、政治大學法學博士候選人（Ph.D. Candidate, Chengchi University）；德國哥廷根大學法學碩士、政治大學法學碩士（LL.M., Georg-August-University Göttingen and Chengchi University）。

φ譯按：原文出刊時為2021年7月15日，德國聯邦政府仍致力於在該年秋天群體免疫的目標，最終在入秋時完成近乎70%的疫苗覆蓋率，但離達至群體免疫之目標仍有一段距離，因而引發秋冬之際的第四波爆發。

關鍵詞：比例原則（principle of proportionality）、法律保留（principle of legal reservation）、基本權（basic rights）、普遍的疫苗接種義務（general obligation of the vaccination）、群體免疫（herd immunity）

DOI：10.53106/241553062022090071006

也於焉而生：如果沒有普遍的疫苗施打義務，這個目標是否真的能夠達至。就憲法而言，疫苗接種義務（*Impfpflicht*）並未被排除，但門檻卻相當地高；基本法對此設下了許多嚴格的前提條件。

The vaccination against COVID-19 is on going and the rate of it is increasing. The goal of anti-pandemic is that the herd immunity should be achieved in (the last) fall. Meanwhile, many questions have arisen as to whether this goal can really be achieved without vaccinating generally. In respect of Constitution, the obligation of vaccination is not excluded, but the threshold is quite high. German Basic Law sets many strict prerequisites for it.

壹、流行病、群體免疫、疫苗接種義務

我們已不再認真考慮要徹底根除新冠肺炎病毒，毋寧必須學習與之共存。接下來幾年的防疫政策目的將在於如何控制病毒；過去幾個月以來已經有所成就——在不同的國家有不同程度的完善。其手段固然或多或少地是限制接觸的區別策略。以封鎖（*Lockdowns*）、口罩配戴義務（*Maskenpflichten*）、接觸禁令（*Kontaktverbot*）及其他類似的措施，病毒尚且得到控制。傳染病防治法（*Infektionsschutzgesetz*, *InfSchG*）第28條呈現了一切可以用來限制病毒傳播的手段¹。然而，並非所有的國家措施都一定符合憲法規定。

自從有了足夠的疫苗，可以考慮的手段範圍也就隨之擴大；疫苗接種可以達成群體免疫——此即今日滿懷希望之所

¹ 強力批判觀點，參見：Boehme-Neßler, DÖV 2021, 243 (246 ff.)。關於防疫措施之藥理與非藥理的廣泛概述，參見：Grote et al., Bundesgesundheitsblatt 2021 (4), 435, 436 ff.

知。群體免疫²是一個流行病學上的現象：當有足夠人數接種了疫苗，病毒的傳播就會隨之止步。由確診病患所傳播出去的病毒會碰到接種過疫苗的其他人，他們不會生病而病毒便不會再次傳播出去，傳染鏈便因此中斷，病毒的循環也就隨之消除。結果便是：疫情劃下句點³。那些沒有或不想接種疫苗的人們也就得到保護。

要多少人接種疫苗，才能達成群體免疫，固然隨病毒之不同而有所差異。就新冠肺炎病毒而言，目前的理解是要明顯多於85%的人接種過疫苗才行⁴。德國目前的防疫政策目標便是達到這個數字。如此，病毒才會得到控制，而無須以嚴厲的封鎖措施進行侵害，還會有大規模的政治、經濟與社會副作用。

然而，如果自願的疫苗接種無法達到這個必要的疫苗覆蓋率，會怎麼樣？那麼是否可以採行普遍的國家⁵疫苗接種義務？或者，我們不得不放棄群體免疫的目標？政壇上固然已經開始在討論這些，但政治行為必須受制於憲法。那麼，新冠肺炎疫苗接種義務的憲法上決定因子會是什麼呢？

貳、疫苗接種義務作為基本權之侵害

具法律效果的疫苗接種義務無疑是對不同基本權利的侵害，最重要的莫過於基本法第2條第2項、第6條第2項與第4條

2 就此之詳細說明，請見：Fine et al., *Clinical Infectious Diseases* 2011, 911.

3 傳染病也因此得以終結；就此參見：Fine et al., *Clinical Infectious Diseases* 2011, 911 (912).

4 數學模式的詳細說明，請見：Wichmann et al., *Epidemiologisches Bulletin* 27 (2021), 3, 4.

5 就疫苗施打義務於勞動法上的關聯，參見：Naber/Schulte, *NZA* 2021, 81 (82 ff.); Benkert, *NJW-Special* 2021, 50 (50 f.).