司法院大法官解釋

（三十）

司　法　院　　印　行

中華民國一〇三年七月

司法院大法官解釋（三十）

目　　次

釋字第七０八號解釋：…… 1

【受驅逐出國外國人之收容案】

驅逐外國人前之暫時收容，未有即時司法救濟，違憲，2 年內失效；暫時收容上限為 15 日，屆滿倘有繼續或延長收容必要，應由法院依法審查決定

釋字第七０九號解釋：……143

【都市更新事業概要與計畫審核案】

都市更新條例有關 事業概要及計畫審核程序違憲，屆 1 年時失效；就概要應提高同意比率、設適當審議組織並確保陳述意見機會，就計畫應為送達及公開聽證

釋字第七一０號解釋：……461

【大陸地區人民之強制出境暨收容案】

臺灣地區與大陸地區人民關係條例強制大陸人民出境未予申辯機會，收容未定事由及期限，違憲；大陸地區人民及香港澳門居民強制出境處理辦法所定收容事由未經法律明確授權，亦違法律保留原則，均 2 年內失效

附錄：……599

司法院釋字第七０八號解釋至第七一０號解釋關係法令及關鍵詞檢索表

司法院釋字第七〇八號解釋

【受驅逐出國外國人之收容案】

中華民國102年2月6日

院台大二字第1020004004號

解　釋　文

中華民國九十六年十二月二十六日修正公布之入出國及移民法第三十八條第一項：「外國人有下列情形之一者，入出國及移民署得暫予收容……」（即一００年十一月二十三日修正公布同條項：「外國人有下列情形之一，……入出國及移民署得暫予收容……」）之規定，其因遣送所需合理作業期間之暫時收容部分，未賦予受暫時收容人即時之司法救濟；又逾越上開暫時收容期間之收容部分，非由法院審查決定，均有違憲法第八條第一項保障人民身體自由之意旨，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿二年時，失其效力。

解釋理由書

人民身體自由享有充分保障，乃行使其憲法上所保障其他自由權利之前提，為重要之基本人權。故憲法第八條第一項即明示：「人民身體之自由應予保障。除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁。非由法院依法定程序，不得審問處罰。非依法定程序之逮捕、拘禁、審問、處罰，得拒絕之。」是國家剝奪或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，尚應踐行必要之司法程序或其他正當法律程序，始符合上開憲法之意旨（本院釋字第五八八號、第六三六號解釋參照）。又人身自由係基本人權，為人類一切自由、權利之根本，任何人不分國籍均應受保障，此為現代法治國家共同之準則。故我國憲法第八條關於人身自由之保障亦應及於外國人，使與本國人同受保障。

九十六年十二月二十六日修正公布之入出國及移民法第三十八條第一項規定：「外國人有下列情形之一者，入出國及移民署得暫予

收容……」（即一００年十一月二十三日修正公布同條項：「外國人有下列情形之一，……入出國及移民署得暫予收容……」，下稱系爭規定）。據此規定，內政部入出國及移民署（下稱入出國及移民署）得以行政處分收容外國人。

系爭規定所稱之「收容」，雖與刑事羈押或處罰之性質不同，但仍係於一定期間拘束受收容外國人於一定處所，使其與外界隔離（入出國及移民法第三十八條第二項及「外國人收容管理規則」參照），亦屬剝奪人身自由之一種態樣，係嚴重干預人民身體自由之強制處分（本院釋字第三九二號解釋參照），依憲法第八條第一項規定意旨，自須踐行必要之司法程序或其他正當法律程序。惟刑事被告與非刑事被告之人身自由限制，在目的、方式與程度上畢竟有其差異，是其踐行之司法程序或其他正當法律程序，自非均須同一不可（本院釋字第五八八號解釋參照）。查外國人並無自由進入我國國境之權利，而入出國及移民署依系爭規定收容外國人之目的，在儘速將外國人遣送出國，非為逮捕拘禁犯罪嫌疑人，則在該外國人可立即於短期間內迅速遣送出國之情形下，入出國及移民署自須有合理之作業期間，以利執行遣送事宜，例如代為洽購機票、申辦護照及旅行文件、聯繫相關機構協助或其他應辦事項，乃遣送出國過程本質上所必要。因此，從整體法秩序為價值判斷，系爭規定賦予該署合理之遣送作業期間，且於此短暫期間內得處分暫時收容該外國人，以防範其脫逃，俾能迅速將該外國人遣送出國，當屬合理、必要，亦屬國家主權之行使，並不違反憲法第八條第一項保障人身自由之意旨，是此暫時收容之處分部分，尚無須經由法院為之。惟基於上述憲法意旨，為落實即時有效之保障功能，對上述處分仍應賦予受暫時收容之外國人有立即聲請法院審查決定之救濟機會，倘受收容人於暫時收容期間內，對於暫時收容處分表示不服，或要求由法院審查決定是否予以收容，入出國及移民署應即於二十四小時內將受收容人移送法院迅速裁定是否予以收容；且於處分或裁定收容之後，亦應即以受收容之外國人可理解之語言及書面，告知其處分收容之原因、法律依據及不服處分之司法救濟

途徑，並通知其指定之在臺親友或其原籍國駐華使領館或授權機關，俾受收容人善用上述救濟程序，得即時有效維護其權益，方符上開憲法保障人身自由之意旨。至於因執行遣送作業所需暫時收容之期間長短，則應由立法者斟酌行政作業所需時程及上述遣送前應行處理之事項等實際需要而以法律定之。惟考量暫時收容期間不宜過長，避免過度干預受暫時收容人之人身自由，並衡酌入出國及移民署現行作業實務，約百分之七十之受收容人可於十五日內遣送出國（入出國及移民署一０二年一月九日移署專一蓮字第一０二００一一四五七號函參照）等情，是得由該署處分暫時收容之期間，其上限不得超過十五日。

至受收容人於暫時收容期間內，未表示不服或要求由法院審查決定是否收容，且暫時收容期間將屆滿者，入出國及移民署倘認有繼續收容之必要，因事關人身自由之長期剝奪，基於上述憲法保障人身自由之正當法律程序之要求，系爭規定關於逾越前述暫時收容期間之收容部分，自應由公正、獨立審判之法院依法審查決定。故入出國及移民署應於暫時收容期間屆滿之前，將受暫時收容人移送法院聲請裁定收容，始能續予收容；嗣後如依法有延長收容之必要者，亦同。

綜上所述，系爭規定授權入出國及移民署對受驅逐出國之外國人得以行政處分暫予收容，其中就遣送所需合理作業期間之暫時收容部分，固非憲法所不許，惟對受收容人必要之保障，雖於一００年十一月二十三日已修正增訂入出國及移民法第三十八條第八項，規定收容之處分應以當事人理解之語文作成書面通知，附記處分理由及不服處分提起救濟之方法、期間、受理機關等相關規定，並聯繫當事人原籍國駐華使領館或授權機構，但仍未賦予受暫時收容人即時有效之司法救濟，難認已充分保障受收容人之基本人權，自與憲法第八條第一項正當法律程序有違；又逾越上開暫時收容期間之收容部分，系爭規定由入出國及移民署逕為處分，非由法院審查決定，亦牴觸上開憲法規定保障人身自由之意旨。

衡酌本案相關法律修正尚須經歷一定之時程，且須妥為研議完整之配套規定，例如是否增訂具保責付、法律扶助，以及如何建構法院

迅速審查及審級救濟等審理機制，並應規範收容場所設施及管理方法之合理性，以維護人性尊嚴，兼顧保障外國人之權利及確保國家安全；受收容人對於暫時收容處分表示不服，或要求由法院審查決定是否予以收容，而由法院裁定時，原暫時收容處分之效力為何，以及法院裁定得審查之範圍，有無必要就驅逐出國處分一併納入審查等整體規定，相關機關應自本解釋公布之日起二年內，依本解釋意旨檢討修正系爭規定及相關法律，屆期未完成修法者，系爭規定與憲法不符部分失其效力。

聲請人主張提審法第一條之拘禁應包括系爭規定之收容，無須因犯罪嫌疑受逮捕拘禁，亦得聲請提審，而分別指摘臺灣高等法院臺中分院九十九年度抗字第三００號及臺灣高等法院九十九年度抗字第五四三號刑事確定終局裁定之見解不當云云，係爭執確定終局裁定認事用法之當否，尚非具體指摘提審法第一條之規定客觀上有何牴觸憲法之處；又聲請人指摘九十六年十二月二十六日修正公布之入出國及移民法第三十八條第二項，與聲請人之一另指摘同條第三項，以及一００年十一月二十三日修正公布之同法第三十六條第二項至第五項、第三十八條第一項第四款，暨提審法第八條等規定違憲部分，因各該條項款未經該聲請人執以聲請之確定終局裁定所適用，自不得對之聲請解釋。上揭聲請部分核與司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定不合，依同條第三項規定，均應不受理。

大法官會議主席　大法官　賴浩敏

大法官　蘇永欽　林錫堯　池啟明　李震山
蔡清遊　黃茂榮　陳　敏　葉百修
陳春生　陳新民　陳碧玉　黃璽君
羅昌發　湯德宗

協同意見書　　大法官　蘇永欽

本件解釋審查的入出國及移民法有關受驅逐出國外國人暫時收容的規定，處理的是所有主權國家都存在的問題，在全球化時代更不會減少而只會不斷增加，每個國家因為不同的國情歷史，以及對外來人口的消納能力，會有不盡相同的處理方式，本院從憲法角度要決定的，是政治部門依民主程序建立的收容管制，是否逾越了憲法對人身自由保障所設的最低標準。

由於憲法就此並無任何具體的規定，憲法第八條第二項、第三項是對犯罪嫌疑人被逮捕拘禁的情形，其所設的程序規定並不及於行政收容，因此必須回到更高的原則。本院從釋字第三八四號解釋開始，即強調「人民身體自由享有充分保障，乃行使其憲法上所保障其他自由權利之前提，為重要之基本人權」，有鑑於此，憲法才以第八條詳為規定，其第一項有意對「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」，先作原則性的宣示，並「不問是否屬於刑事被告身分」，一律都受保障，因此凡不入於第二項、第三項者，還可以從第一項尋求保障的基礎。本件解釋最重要的意義，即在進一步宣示：「人身自由係基本人權，為人類一切自由、權利之根本，任何人不分國籍均應受保障，此為現代法治國家共同之準則。故我國憲法第八條關於人身自由之保障亦應及於外國人，使與本國人同受保障。」並即以第一項宣示的正當程序原則為基礎，延續之前有關剝奪（限制的最高程度）人身自由必須達到的程序要求各解釋，就驅逐出國前的收容為續造性的解釋，據以審查現行入出國及移民法第三十八條第一項的規定，最後認定未能符合正當程序原則，對推論方式及結論，本席都敬表贊同。

本解釋認定現行程序不足之處有二：第一，對於受暫時收容人，未明確賦予即時請求救濟之權，第二，對於逾越合理作業期間的收容，未規定由法院審查決定。二者都使法院在人身自由的保障上扮演核心的角色，而以辦理遣送所需的合理作業期間屆滿為其基準線，在此之前，法院的介入維持其被動性；在此之後，任何未經法官裁定的收容都不符合正當程序的要求。由於本件不僅涉及外國人的人權保

障，且為全球化風潮下的普世現象，在作憲法續造時，自應對國際處理相關事務所設定的人權標準多予參酌，較為允當。

和絕大多數國家比較，這樣的雙重司法保障都明顯較高。遠者如美國、加拿大、法國，近者如日本、韓國、新加坡，都沒有強制由法院作收容與否的決定（所謂「法官保留」），只強調必須提供即時、充分的司法救濟。唯一強制由法官裁定收容的，只有德國，原因是德國基本法第一百零四條就此已有明確規定，其他國家對於正當程序的建制，都因憲法未為特別指示而保有較大的立法空間，因此幾乎都使法官承擔傳統救濟者的角色，而非決定者。

另參公民與政治權利國際公約(International Covenant on Civil and Political Rights；下稱公政公約）第十三條：「本公約締約國境內合法居留之外國人，非經依法判定，不得驅逐出境，且除事關國家安全必須急速處分者外，應准其提出不服驅逐出境之理由，及聲請主管當局或主管當局特別指定之人員予以覆判，並為此目的委託代理人到場申訴。」其第十五號一般性意見：「公約所規定之外國人地位」(General Comment No. 15: The Position of Aliens Under the Covenant）中，第九點進一步指出，公政公約第十三條適用於旨在強制外國人離境的一切程序，若因此類程序導致逮捕，也可能要適用公約的第九條及第十條的保障條款（即非依法定理由及程序不得剝奪自由、應受合於人道及尊重其天賦人格尊嚴的待遇）。特別重視人身自由保障、代表歐洲國家共識的歐洲人權公約(The European Convention on Human Rights；全名為 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms），其第五條第三項特別針對第一項第三款有關犯罪嫌疑人的逮捕拘禁，規定應立即移送給法官或其他依法得行使司法權的官員，並在合理時間內接受審判或釋回候審。此一法官保留的規定不適用於其他情形，包括前引條項其他各款—其中第六款就是針對非法入境或被驅逐、引渡出境的外國人。有關第五條第一項第六款外國人的收容，歐洲人權法院作成歐洲人權公約第五條參考指引(Guide on Article 5 : Right To Liberty And Security Article 5 of The

Convention），其中第九十五點的說明是：「依該條剝奪外國人之自由僅於遣送或引渡程序持續進行之情形始得正當化，且程序之作業如未能盡其能事(with due diligence），該收容即不再容許。」由此可知，上述二者也都刻意不採法官保留。

法官在憲法上的核心功能為對應人民訴訟權的審判（憲法第八十條），審判權的行使則有個案、爭議、被動、中立、依法、事後等特性。從依爭訟的請求對特定法律事實作成合法性判斷，延伸到尚無爭訟即依法作成決定，當然只能屬於例外情形。我國憲法唯一以審判外必須由法官決定者即為第八條第二項的刑事羈押，其目的仍為訴訟利益的保全，即為審判而作準備，兼有防杜檢察官濫權的作用。逾此範圍若規定由法官承擔非審判功能，如非訟事件法，以不影響法官核心功能為限，固可由立法者自由裁量。但更進一步以其為憲法的要求（即所謂的「法官保留」），便已進入憲法續造的領域，本院非有堅強的憲法理由，不可輕易為之，把例外變成原則，而扭曲了憲法的基本分權。本院解釋實務以憲法第八條第一項為基礎認定應採或不應採法官保留的先例可整理如下：第一，依法處以剝奪自由性質的行政罰、保安處分或保護安置，如釋字第一六六號、第二五一號、第三八四號、第五二三號、第五六七號、第六三六號、第六六四號等解釋；第二，依法對公法債務人為行政管收，見於釋字第五八八號解釋；第三，因防治傳染病而採強制隔離，就此類型認定無需法官保留，見於釋字第六九〇號解釋，該解釋就此部分指出：「相關程序規範是否正當、合理，除考量憲法有無特別規定及所涉基本權之種類外，尚須視案件涉及之事物領域、侵害基本權之強度與範圍、所欲追求之公共利益、有無替代程序及各項可能程序之成本等因素，綜合判斷而為認定（本院釋字第六三九號解釋參照）。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，已如前述，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。強制隔離與其他防疫之決定，應由專業主管機關基於醫療與公共衛生之知識，通過嚴謹之組織程序，衡酌傳染病疫情之嚴重性及其他各種

情況，作成客觀之決定，以確保其正確性，與必須由中立、公正第三者之法院就是否拘禁加以審問作成決定之情形有別。」

綜合整理上述解釋先例，可以推知本院在此一重要的人權領域所為續造背後的主要考量，採法官保留的情形有以下三點共同特徵：第一、人身自由的限制已達剝奪的程度；第二、高度有賴於法官受到制度保障的中立、獨立身分地位；第三、其決定需要的權衡有相當難度（避免把法官當成橡皮圖章）。在衡酌是否採法官保留時有利的因素尚包括：一、剝奪人身自由的目的與方式（處罰與保安處分類型）；二、由國家檢察或行政部門決定難以擺脫角色衝突（刑事羈押與行政管收類型）。而有利於排除法官保留的因素則有：一、身體自由以外無涉或僅有限的減損其他人格權；二、自由的剝奪同時也有保護被剝奪者權益的考量（傳染病隔離類型兼具二者）。

本件系爭規定的「暫予收容」，與前此各種類型都不盡相同，是針對依法應驅逐出國的外國人，為儘速執行遣送出國的短暫措施，而於一定期間內，限制受收容人於一定處所，使其難以脫離。此等收容並非如前述因某種行為或義務的違反而受處罰，或基於矯治人格、教育目的所為的處置（人格權的減損相對較小），或間接強制履行公法債務（行政機關的角色衝突相對較小），而是為達成遣送目的必須完成一定作業（機票、證照、檢疫、清理在臺事物等），又防止受收容人再逃脫，損耗前述行政成本，其本質為彰顯國家主權運作所為遣返的配套手段。此一手段因涉及人身自由的剝奪，自應受到高度的正當程序保障，包括收容處遇在外觀上不致造成處罰的印象，在管理上應給予合理照護與尊重。但最重要者，即為不能超過準備遣送的合理期限，也就是前述歐洲人權公約第五條參考指引所稱，辦理遣送作業「盡其能事」所需的期限。逾越合理期限的收容，已非暫予收容，對於人身自由的剝奪在程度上雖仍不同於處罰或矯治，但已屬難以忍受。且此時已需考量個案複雜性的差異，審視有無加速遣返的方法，如何權衡即有賴高度中立的法官作成是否繼續收容的決定，參酌本院先例，應可認為已有採法官保留的必要。此所以本解釋決定以準備遣送合理

作業期限為基準線，逾此的收容始採法官保留，與前此各種類型都不盡相同。

又基於憲法第八條第四項有關人身自由遭到剝奪時得聲請法院於二十四小時內追究規定的意旨，並不以刑事拘禁為限，且參考前述歐洲人權公約的第五條第四項，也應使受逮捕拘禁者有權請求法院快速(speedily)對其拘禁為合法性的審查，本解釋對於在合理作業期間內暫時收容者也明確賦予快速受審權：「倘受收容人於暫時收容期間內，對於暫時收容處分表示不服，或要求由法院審查決定是否予以收容，入出國及移民署應即於二十四小時內將受收容人移送法院迅速裁定是否予以收容；且於處分或裁定收容之後，亦應即以受收容之外國人可理解之語言及書面，告知其處分收容之原因、法律依據及不服處分之司法救濟途徑，並通知其指定之在臺親友或其原籍國駐華使領館或授權機關，俾受收容人善用上述救濟程序，得即時有效維護其權益。」使受暫時收容人得在不服原行政處分與聲請法院為是否收容的裁定（其效力範圍自即不以合理作業期間的暫時收容處分為限）之間作一選擇。解釋並籲請立法者研議完整的配套規定，以符合「收容」的特殊性質，避免受到自由剝奪的外國人在人格權上有超過此一目的的任何減損，「以維護人性尊嚴，兼顧保障外國人之權利及確保國家安全」。

本席更期待立法者，對於因不同原因而非合法入境或停留的外國人，其處遇在法制上也做出明確的區隔，中華民國九十八年制定實施的人口販運防制法已針對人口販運被害人建制特別的安置保護措施，未來若能再針對因逃避政治迫害或環境災難而入境者，建制特別的安置措施，對於人身自由的保障，將更為周全。又本件解釋對於所謂合理作業期間，雖保留立法形成空間，仍於明知現行作業所費時程的情形下，基於保障人權考量，諭知不得逾越十五日的上限，期待執法部門能秉持「收容是為了儘快遣送回國」的解釋意旨，盡一切努力縮短收容時程，包括與相關國家協商，不宜再為等待機票匯款等技術性困難而延宕，則面對此一快速增加—民國一０一年已達一萬五千九

百八十一件—而極易惡化為人權黑洞的外國人收容事務領域，才算找到了可以永續的處理方向。

協同意見書　　大法官　蔡清遊

本號解釋認為中華民國九十六年十二月二十六日修正公布之入出國及移民法第三十八條第一項：「外國人有下列情形之一者，入出國及移民署得暫予收容……」（即一００年十一月二十三日修正公布同條項：「外國人有下列情形之一，……入出國及移民署得暫予收容……」）之規定，其因遣送所需合理作業期間之暫時收容部分，未賦予受暫時收容人即時之司法救濟；又逾越上開暫時收容期間之收容部分，非由法院審查決定，均有違憲法第八條第一項保障人民身體自由之意旨。本席敬表同意，惟就解釋理由之相關論述，本席認為尚有補充說明之必要，爰提出協同意見書。

一、本號解釋重要之論述

（一）本號解釋係以憲法第八條第一項為基礎，憲法第八條關於人身自由之保障亦應及於外國人，使與本國人同受保障。

本號解釋理由書第一段已說明，本號解釋係以憲法第八條第一項為基礎，並參照本院釋字第五八八號、第六三六號解釋，再次闡述國家剝奪或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，尚應踐行必要之司法程序或其他正當法律程序。惟因本號解釋所審查之系爭規定，其收容之對象為外國人，故解釋理由書第一段亦首次闡明，人身自由之基本人權，任何人不分國籍均應同受保障，我國憲法第八條關於人身自由之保障，亦應及於外國人，使與本國人同受保障，此所指我國憲法第八條，自係指第八條全部條項，而非僅指該條第一項。

（二）准許入出國及移民署於遣送所需合理作業期間得暫時收容（註一）外國人，但如該受收容人有異議者，則須於二十四小時內移由法院裁定是否收容。

本號解釋延續本院以往多次之解釋，認為入出國及移民署依系爭規定對外國人之收容，係屬剝奪人身自由之強制處分，即屬憲法第八條第一項所規定之拘禁。而凡屬剝奪人身自由之強制處分，依本院歷來之解釋，原則均應採法官保留，由法院依法定程序決定之（註二）。本號解釋，則准許入出國及移民署於遣送所需合理作業期間得依系爭規定暫時收容外國人，但另界定合理作業期間之上限為十五日；在該上限十五日內，合理作業期間之長短，則由立法裁量決定之。至超過合理作業期間之收容，則應移送由法院依法定程序決定之。又為配合入出國及移民署得暫時收容外國人，本號解釋另創設只要受收容人於暫時收容期間內，對於暫時收容處分不服，或要求由法院審查決定時，入出國及移民署應即於二十四小時內移送法院裁定是否予以收容之及時救濟制度，以保障受暫時收容人之人權。

二、何以准許入出國及移民署得暫時收容外國人，而不須參照憲法第八條第二項之規定，於拘束人身自由起二十四小時內移送法院裁定是否收容？

（一）確保能迅速順利將該外國人遣送出國，彰顯國家主權之行使。

依系爭規定之立法理由所載，系爭規定授權入出國及移民署得暫時收容外國人，其目的乃在確保能儘速將該被收容之外國人順利遣送出國，則在該外國人可立即於短期間內遣送出國之情形下，賦予入出國及移民署在合理作業期間內得暫時收容之權力，除可防範該外國人脫逃，甚至於可保護該外國人外，亦有彰顯國家主權行使之意涵。尤以在短短二、三日即可遣送該外國人出國之情形下，如要求須移送法院裁定是否收容，則往返法院及等待法院裁定時間，恐將延誤遣送出國時程，實無必要。

（二）立法例上之參考

世界各國之立法例上，應只有德國對所有剝奪人身自由之處分一律採法官保留之制度，蓋因德國基本法第一百零四

條第二項規定：「唯法官始得判決可否剝奪自由及剝奪之持續時間。此項剝奪如非根據法官之命令，須即時請求法官判決。」故德國並無不採法官保留之立法裁量空間。其他國家對於拘禁欲遣送出國之外國人，並未如此規定，即使歐洲人權公約第五條第四項（註三），及公民與政治權利國際公約第九條之四（註四），亦未採如此高之標準。另美國、加拿大、法國、日本、韓國、新加坡等國，其等對遣送出國之外國人均採由行政機關拘留（收容）之制度，均未採法官保留（註五）。與上述立法例相較，本號解釋所採之標準已屬高標，足以保障外國人之人權。

三、何以界定入出國及移民署合理作業期間上限為十五日？

多數意見在討論如何訂入出國及移民署合理作業期間之上限時，對期間不宜過長，以免過度侵害受暫時收容人之人權，有極高之共識，又考量如期間過短，將有礙入出國及移民署快速遣送出國作業目的之達成，不切實際，故不採七十二小時（僅能遣送約百分之七之外國人）或更短之期間，而採十五日（能遣送約百分之七十之外國人）（註六），而在十五日之上限內，究竟合理作業期間需多少日數，則由立法裁量決定，自不待言。

四、受收容人於暫時收容期間內，對於暫時收容處分不服，或要求由法院審查決定時，即應採法官保留，移由法院裁定是否收容。

由於入出國及移民署之暫時收容乃係行政處分，對於此項行政處分不服時，究應為如何之司法救濟？有以為由入出國及移民署移送法院為合法性之審查，亦即由法院審查入出國及移民署暫時收容之行政處分是否合法，如審查合法，即可繼續暫時收容，暫時收容期間屆滿，仍應移由法院裁定收容；如審查不合法，則應廢止收容。惟如採取此種救濟方式，因可能會有前後二次移由法院裁定之情形（註七），則可能發生法院前後二次裁定結果不一致。舉例而言，如受收容人於受收容後表示不

服，聲請法院審查，入出國及移民署將之移送法院審查，但法院在合理期間屆滿時仍未及時裁定，入出國及移民署因合理作業期間將屆，乃將之移送法院裁定是否收容，如二案分別由不同法官裁定（包括分別提起抗告），第一案法官裁定移民署之收容不合法，第二案法官裁定收容；或第一案裁定收容合法，第二案卻裁定不予收容，則將產生矛盾，要以何裁定為主？如第一案裁定認為收容不合法，對該收容人要如何補償？凡此均將產生困擾，實不如採取如受暫時收容人有異議時，即移送法院裁定是否收容，一次裁定較為單純。且此種一次性由法院裁定方式，亦較符合法官保留之精神。何況行政程序法第一百十一條第七款亦規定，行政處分有其他重大明顯之瑕疵者無效。故在理論上，原先入出國及移民署暫時收容之行政處分，可因嗣後法院為是否收容之裁定而視為無效。至於受收容人於法院裁定收容後，其在入出國及移民署受暫時收容之期間，是否併入計算其整體之法定收容期間，仍有待立法決定。兩相比較，多數意見乃採如受暫時收容人有異議者，即移送法院一次性審查決定之救濟方式。

註一：本號解釋所稱暫時收容，乃指入出國及移民署得以行政處分自行決定之收容；如入出國及移民署嗣後移送法院裁定之收容，則稱為收容。

註二：本院釋字第一六六號、第二五一號、第三八四號、第三九二號、第五六七號、第五八八號、第六三六號、第六六四號解釋參照。至釋字第六九０號解釋，雖認強制隔離，亦屬對人身自由之剝奪，但因強制隔離係以保障人民（包括受隔離人在內）之生命與身體健康為目的，與羈押、拘留、收容、留置、管收等帶有懲罰性質為目的者不同，故該號解釋認強制隔離無須由法官依法定程序決定之。

註三：歐洲人權公約第五條第四項規定：「由於逮捕或拘留而被剝奪自由的任何人應有權運用司法程序，法院應依照司法程序立即對他的拘留的合法性作出決定，並且如果拘留不是合法

的，則應命令將其釋放。」引自教育部人權教育諮詢暨資源中心網站。

註四：公民與政治權利國際公約第九條之四：「任何人因逮捕或拘禁而被剝奪自由時，有權聲請法院提審，以迅速決定其拘禁是否合法，如屬非法，應即令釋放。」法務部，兩公約總論講義，頁 198。

註五：有關上述各國之立法例，乃參照內政部入出國及移民署中華民國一００年一月五日移署專一蓮字第一０００００五八二三號函之附件。

註六：參照內政部入出國及移民署一０二年一月九日移署專一蓮字第一０二００一一四五七號函。

註七：第一次法院之裁定，乃審查暫時收容合不合法，而不直接決定是否由法院收容；第二次法院之裁定，乃直接決定是否由法院收容。不論一次性或二次性由法院審查，均有別於現行法制。

協同意見書　　大法官　黃茂榮

本號解釋認為：「中華民國九十六年十二月二十六日修正公布之入出國及移民法第三十八條第一項：『外國人有下列情形之一者，入出國及移民署得暫予收容……』（即一００年十一月二十三日修正公布同條項：『外國人有下列情形之一，……入出國及移民署得暫予收容……』）之規定，其因遣送所需合理作業期間之暫時收容部分，未賦予受暫時收容人即時之司法救濟；又逾越上開暫時收容期間之收容部分，非由法院審查決定，均有違憲法第八條第一項保障人民身體自由之意旨，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿二年時，失其效力。」本席敬表贊同。惟鑑於其相關論述尚有補充的必要，爰提出協同意見書如下，敬供參酌：

壹、收容之目的在保全強制驅逐出國之執行可能性

外國人除經許可者外，並無居留於我國境內之權利，所以當

外國人自始未經許可進入我國國境並居留，或者雖經許可居留，但逾期居留，或者其居留許可經廢止或撤銷時，此時即有儘速遣返之必要。在如何儘速遣返的考量下，入出國及移民署有在「限期自動出國」或「強制驅逐出國」間為裁量之可能，並為保全「強制驅逐出國」之執行可能性，而衍生出對外國人予以收容，施以干預身體自由之強制處分。在面對外國人之收容問題時，必須以「非予收容，顯難強制驅逐出國」為對外國人收容之前提要件，蓋收容之目的既在於驅逐出國，其收容自應限於為驅逐出國之保全所必要，否則即應斟酌有無替代收容之對於人身自由限制較低的方法，例如外國人是否有在命令之期間內，自動離境之可能；是否可在一定之前提下，利用限制居住替代收容等等。此外，尚必須盡一切可能，儘速將該外國人予以遣返。所謂儘速強制驅逐出國中之「儘速」，應指在最近一班交通工具強制驅逐出國。不得未盡儘速強制驅逐出國之努力，而為過久之收容。

貳、須有強制驅逐出國之障礙始可選擇收容

由於外國人收容事件，應以「非予收容，顯難強制驅逐出國」為其收容之前提要件，是以為儘速強制驅逐出國而選擇收容的情形，應僅限於強制驅逐出國時遭遇下述困難：該外國人不願配合提供人別及國別資料、無身分證件或欠缺必要之旅、運費。倘出現前二者情形時，因有遣返之困難，非收容不可；後一者，若我國政府代墊即無須收容。蓋前二者，其行政作業期間的長短，繫於該外國人所屬國家之相關機關的配合；後一者，只要有預算即可解決。

參、為強制驅逐出國而予以收容之制度規劃的選擇

假設因有前開遣返之困難，而必須予以收容時，在制度的設計上，就收容處分有下述規劃之可能性：1、採事前審查意義下之法官保留，由法院裁定收容。2、不採法官保留，而採事後審查意義下之立即的司法救濟。亦即由入出國及移民署為是否收容之行政處分，倘受收容人對前開收容處分不服，得循一般行政救

濟及司法救濟程序，聲請救濟。

將上述二者予以比較，其區別在：1、採法官保留之缺點為，入出國及移民署為進行是否收容之事前的司法審查，須自動將應受遣返之外國人移送至司法機關，此種方式將耗費較高之行政及司法成本；事前審查之優點為，可及時對外國人之人身自由提供保障，以符合憲法第八條第二項所定，於二十四小時內主動移送該管法院審問之意旨。2、不採法官保留，僅允許受收容人循一般行政及司法程序尋求救濟之缺點為，對於受收容人之人身自由的保障，緩不濟急，且與憲法第八條第二項所定應主動移送該管法院審問的意旨不符；事後審查之優點為，不告不理，所付出之行政及司法成本較低。

肆、正式收容前之留置或暫時收容處分

關於因刑事原因限制或剝奪人身自由，憲法第八條規定：「人民身體之自由應予保障，除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁。非由法院依法定程序，不得審問處罰。非依法定程序之逮捕、拘禁、審問、處罰得拒絕之（第一項）。人民因犯罪嫌疑被逮捕拘禁時，其逮捕拘禁機關應將逮捕拘禁原因，以書面告知本人及其本人指定之親友，並至遲於二十四小時內移送該管法院審問（第二項）。」偵查中經檢察官訊問後，認有羈押之必要者，應自拘提或逮捕之時起二十四小時內，敘明羈押之理由，聲請該管法院羈押之（刑事訴訟法第九十三條第二項參照）。上述為刑事逮捕拘禁之法官保留。又法院於受理羈押之聲請後，應即時訊問（刑事訴訟法第九十三條第五項）。其經准予羈押者，後來如果經判決有罪，羈押期間得折抵刑期（刑法第四十六條第一項）；後來如果因行為不罰或犯罪嫌疑不足而經不起訴處分或撤回起訴、受駁回起訴裁定或無罪之判決確定，而之前曾受羈押、鑑定留置或收容者，受害人得依刑事補償法第一條第一款，請求國家補償。

要之，因刑事原因限制或剝奪人身自由者，依憲法第八條所

定法官保留之規定，其程序上循序先逮捕拘禁被告或犯罪嫌疑人，而後再審理是否准予羈押。在該程序中，並不因就羈押採法官保留，而使其前置之逮捕拘禁當然違法。這在後來法院不准予羈押，而予釋放的情形，亦然。

正如刑事羈押，須先經逮捕拘禁，而後才視情形，因法院之裁定發展至羈押；在為保全強制驅逐出國而為的收容，其實也會有於收容前，對受強制驅逐出國處分之外國人所為的拘禁措施，現行實務傾向於將之稱為暫時收容。如果想讓暫時收容與收容間有較明確之區隔，可將前者稱為「留置」。本號解釋因將發生在前之留置稱為「暫時收容」，所以將後來之收容稱為「正式收容」。因此，應可將暫時收容定性為正式收容之前置行為。

由於在正式收容前階段之留置或暫時收容處分，亦會使外國人之人身自由受有限制或剝奪，從而，此種留置或暫時收容應由立法機關斟酌行政作業所需時程，以法律制定一定時間之上限，且縱然此種行政留置或暫時收容處分不是憲法第八條第二項規定之刑事逮捕拘禁行為，但仍應對被留置或受暫時收容之人提供實質上接近於憲法第八條第二項規定之保障。同理，嗣後受正式收容之外國人，較之被留置或受暫時收容處分者，其人身自由受拘束之時間更長，自亦應受有實質上接近於憲法第八條第二項規定之保障。

伍、如何給予受收容者接近法官保留之保障

本號解釋之解釋客體入出國及移民法第三十八條第一項規定，外國人有該條項各款所定情形之一者，入出國及移民署為保全強制驅逐出國處分之執行，得予收容。就該收容，受收容人除得事後依一般行政爭訟程序，在開始收容後請求行政或司法救濟外，是否有憲法第八條第二項所定應踐行法官保留之事前保障，相關法律並無明文規定，實務上亦未依憲法第八條第二項規定之意旨，在二十四小時內移送法院審問，給予受收容人法官保留的保障。惟如前所述，由於入出國及移民署之留置或收容處分，會

限制或剝奪受收容人之人身自由，原則上應賦予法官保留之保障。然而，如果考慮到，採取法官保留此種主動依職權移送法院審理之事前審查制度，會有過度耗費行政及司法成本之虞，則必須規劃以儘可能接近於法官保留之事後審查的手段，替代事前審查之法官保留，以提供兩相比較，無實質差異之人身自由的保障。

所謂接近法官保留之手段，其方法有二：1、將主動依職權移送法院審理之方式，改為被動因聲請而移送法院審理。申言之，於受收容人或法律所定之人或機關提出聲請後，至遲於二十四小時內，入出國及移民署即應將受收容人移送該管法院審問，以決定是否准予收容及其收容期間。如上開人等未為聲請，則入出國及移民署至遲應於法律所定暫時收容期間經過前，主動依職權將受收容人移送該管法院審問，以裁定是否准予收容及其收容期間。其收容期間之延長，亦同。或2、儘可能縮短收容處分之事後行政及司法救濟程序之啟動及審理所需的時程，使受收容者人身自由的保障，儘可能接近法官保留之事前審查程序，實質上成為一個與憲法第八條第二項意旨相符之選項。例如修正行政訴訟法，就有關收容之行政訴訟程序，簡化其司法救濟之啟動，例如免除提起行政訴訟之前置的（訴願等）行政程序，並縮短其開始及審理之時程，以使受收容者之人身自由的保障，實質上接近於法官保留之事前審查，同時，亦可將司法成本降低至與維持現制接近的水平。

陸、依聲請或依職權移送法院審理之方式

因為強制驅逐出國，需要一定之作業期間，以備齊身分證件及安排交通工具。因此，當入出國及移民署基於上開事由而為收容處分並予收容時，制度上如規定應採法官保留，由入出國及移民署依職權主動將該收容案件移送法院審查，則在為受收容者備齊身分證件及安排好交通工具前，法院除准予收容外，能為如何之不同的裁定？嗣後入出國及移民署如果仍不能在裁定所定期間內，順利為受收容者備齊身分證件及安排好交通工具，並將其

驅逐出國，則勢必每經過一定期間，便須再移送法院為延長收容之裁定。是以，倘自始採法官保留，要求入出國及移民署須主動依職權將受收容人移送法院審理，以符合正當法律程序的要求，事實上是否能產生更多保障人身自由的效果？換言之，如果自始採法官保留，將收容之決定權歸屬於法院，除能提供事前審查之救濟形式外，其實難有較佳之救濟的實質。其實，如果不為受收容者代墊旅、運費，即便給予受收容者司法救濟管道，不論是法官保留之事前審查，或行政訴訟之事後審查，其實都是口惠而實終難以至的。

鑑於因刑事與非刑事原因限制或剝奪人身自由之情事有別，再者，為處理強制驅逐出國相關事務，須視情形訂定一定之作業期間，是以，在為受收容者規劃符合憲法第八條之正當法律程序或其他司法程序之制度時，自應有不同之考量。舉例言之，入出國及移民署至遲應於二十四小時內將收容事件移送該管法院審問，該「二十四小時」期間的起算點，不適合規定自收容時起算，以免徒費入出國及移民署及法院之人力及相關資源。然為使受收容人有受憲法第八條第二項法官保留制度保障之可能，應讓受收容人有機會自己決定，是否立即移送法院，由法院裁定是否准予收容及其收容期間。因此，該「二十四小時」期間應規定自受收容人請求移送時起算。另恐受收容人怯於提出移送法院審問之請求，並應規定至遲在法定暫時收容期間屆滿前，入出國及移民署即應主動將收容事件移送法院，審查是否准予繼續收容，以使受收容人之人身自由的保障，實質上符合於憲法第八條第二項之規定意旨。

依前開意旨，入出國及移民署因外國人有入出國及移民法第三十八條第一項所定事由之一，而對其為收容之行政處分，並予收容時，除應於受收容人請求後二十四小時內，移送法院裁定，是否准予收容及其收容期間外，在受收容人未主動請求法院裁定時，入出國及移民署亦應於法律所定期間之末日前，主動移送法

院裁定，是否准予收容及其收容期間。在前開裁定之收容期間屆滿前，尚未能將受收容人遣送出國，而有續予收容之必要者，入出國及移民署至遲亦應在該裁定收容期間之末日前，主動向法院聲請延長收容，由法院裁定，是否准予繼續收容及延長收容期間。事後有再予延長收容之需要者，入出國移民署應在該延長收容裁定准予延長之期間屆滿前，再次向法院聲請准予繼續收容及其收容期間，以確保受收容人之人身自由的保障實質上接近於憲法第八條第二項規定之意旨。現行入出國及移民法相關規定，應予修正，以符前開意旨。

柒、政策工具間之選擇的經濟因素

蓋國家資源有限，必須節約使用。是以任何政策目標之達成，應考量經濟因素，選擇經濟有效的政策工具，不得拘泥於形式或成規。倘達到相同之政策目標的政策工具，如有二種以上功能相同時，則規範的規劃者，應選擇對於國家引起之財政負擔較低之政策工具。在驅逐外國人出國之收容事件上，為達到確實保障人民人身自由之規範目標，憲法第八條第二項固有應依職權限時移送法院審問之法官保留的規定，但仍不適合將該項規定之政策工具予以絕對化為：只有依職權而限時移送法院審問之法官保留，才符合該項規定之意旨，以避免徒有形式，而無實質保障，或因資源排擠，以致顧此失彼；而應在政策工具之功能相同時，容許以依聲請而限時移送法院審問之修正的法官保留替代之，以適應不同之具體情況，用較經濟實惠的方法，提供人民實質上相同或接近於法官保留的保障，而後再輔以拘束他人之人身自由超過一定期間者，應依職權限時移送法院審問，以防止因採依聲請而限時移送法院審問之修正的法官保留，而可能潛藏之弊端。

協同意見書　　大法官　葉百修

本件解釋聲請人之一為泰國籍之外國人，於民國九十七年四月間聲請居留證延期，因提供不實資料，於九十九年三月間遭內政部入出

國及移民署（下稱移民署）依據九十八年一月二十三日修正公布入出國及移民法第三十二條第一款規定，撤銷其居留許可，並註銷其外僑居留證，續依同法第三十六條第一項第九款規定予以強制驅逐出國處分，嗣於同年四月一日遭查獲後，並依同法第三十八條第一項第一款「受驅逐出國處分尚未辦妥出國手續」（註一）及第二款「非法入國或逾期停留、居留」（註二）規定暫予收容（下稱系爭規定），於收容二百四十日後予以遣返；聲請人之二為印尼籍之外國人，於九十七年八月間以受僱之外籍移工身分合法入境，嗣後於同年年底逃離原雇主處，經主管機關撤銷聘僱許可，合法居留期間於九十八年二月五日屆止後，於九十九年一月十一日遭查獲，經移民署以系爭規定暫予收容一百四十五日後予以遣返。

上開二聲請人於移民署收容期間，依據提審法第一條規定，分別向收容地之地方法院聲請提審，均經遭駁回確定後，向本院聲請解釋憲法，分別主張系爭規定牴觸憲法第八條第二項，以及提審法第一條、系爭規定及入出國及移民法第三十八條第二項及第三項之規定，牴觸憲法第八條、第十六條及第二十三條規定。本件解釋多數意見認系爭規定之聲請應予受理（註三），並認與憲法第八條保障人民身體自由之意旨不符之結論，本席敬表同意。然多數意見無視於憲法第八條規定所建構之正當法律程序之規範，就系爭規定所涉「外國人暫時收容處分」之決定與救濟程序另闢蹊徑，捨光明大道不行，非但未能確保外國人人身自由應予保障之憲法意旨，反而混淆了現行行政處分之救濟途徑與制度規範，並對憲法第八條保障人民身體自由之制度規範切割適用，不僅與本院歷來關於人民身體自由保障之相關解釋意旨嚴重悖離，亦破壞憲法第八條所建構之正當法律程序，本席無法贊同，爰提出協同意見如后。

一、本件解釋解釋標的之適用範圍未臻明確

按系爭規定以外國人有「受驅逐出國處分尚未辦妥出國手續」及「非法入國或逾期停留、居留」之情形，由移民署得暫時收容，「並得令其從事勞務」（註四）；同時暫時收容之原

因，入出國及移民法第三十八條第一項尚有「受外國政府通緝」及「其他在事實上認有暫予收容之必要」等二款事由；同條第二項並規定：「前項收容以六十日為限；必要時，入出國及移民署得延長至遣送出國為止。」（註五）雖然現行法關於該條規定有所修正，惟本件解釋之解釋標的，仍應以聲請解釋之原因案件所適用之法律為準。則本件解釋多數意見關於系爭規定認定牴觸憲法第八條規定之範圍，僅以該規定有關「暫予收容」部分，並包括一００年十一月二十三日修正公布之現行法相關「暫予收容」部分，即有以下之疑義：

（一）外國人與本國人憲法權利保障之類型與範圍形同實異

多數意見固然以憲法對於人民身體自由之保障，不分本國人或外國人，然對於受驅逐出國處分之外國人，依據系爭規定得暫時收容，其收容亦屬於一定期間、處所內拘束受收容之外國人而剝奪其人身自由之強制處分，應有憲法第八條第一項規定之適用。關於外國人與本國人於我國憲法上所保障權利之適用類型與範圍，學說上雖有權利性質說、文義界定說、國民限定說、一律平等說及人性尊嚴說等不同見解。多數意見以人身自由係基本人權，為「人類」一切自由、權利之根本，依據現代法治國家共同之準則，任何「人」不分國籍均應受保障，外國人人身自由是與本國人同受保障，顯係採人性尊嚴說。然一方面多數意見稱外國人並無自由進入我國國境之權利，二方面又以合理作業期間內，移民署得依據系爭規定暫時收容外國人，無須經由法院審查決定，與憲法第八條保障人身自由之意旨尚無牴觸。果爾，假如外國人與本國人同受憲法第八條第一項人身自由之保障，外國人得依據系爭規定如此「暫時收容」，則本國人所受之相同保障，豈非也承認，本國人若於相同情事下，也可以任由行政機關以合理作業期間，而「暫時」限制或剝奪本國人之人身自由？假如對於本國人如此暫時限制或剝奪其人身自由，無論是以

何種名義、何種目的，而不經法院審查決定，是本院關於保障人身自由歷來解釋意旨所不採，則多數意見於本件解釋中，又如何正當化系爭規定得以之對待外國人？抑或實際上多數意見係以「主權」為出發點，而對外國人人身自由之保障，與本國人間有「合理」之差別待遇？均不無疑問。

（二）外國人之範圍未區分年齡與難民身分

按國際間對於非本國籍之人非法進入各該國家境內，一般對於兒童（註六）及難民（註七）有例外適用之標準（註八），其所受人身自由之限制與相關處遇，與其他非法入國之外國人有所區分，國家主權所得行使之範圍，原則上也有不同。我國目前雖然並無針對難民之權利地位有法律明文予以規範，然實務上也曾處理過相關案件，目前相關法案也在立法機關審議中（註九）。誠然，於我國憲法研議制定之初，國際間交通尚未如今時發達，國際間人口移動亦不如今日如此頻繁而容易。然而，本件解釋多數意見逕以外國人泛稱，則系爭規定適用於兒童與難民時，多數意見是否仍認其情形可一體適用？亦值得斟酌。

（三）外國人之範圍與暫時收容事由間之關係

由於本件解釋多數意見未深入審查系爭規定所稱外國人之範圍，亦排除系爭規定就移民署得暫時收容之情形，例如非法入國或受外國政府通緝者，是否構成難民之地位，或非法入國者是否為兒童，均將影響判斷暫時收容是否具有正當性與必要性之標準。從系爭規定於現行法修正時，增加「非予收容，顯難強制驅逐出國者」之要件，亦足徵其適用範圍、暫時收容之事由及收容期間三者間相互關聯影響之重要性。

（四）收容期間之合憲性審查

又，多數意見僅就系爭規定關於「暫時收容」部分，區分合理作業期間之暫時收容處分，無須經由法院審查決定，然對於暫時收容期間內，受收容之外國人並未表示不服或未

要求法院審查決定是否收容，於暫時收容期間屆滿，移民署若以仍有收容之必要，則須由法院審查決定。實際上多數意見所擔心者，無非是移民署依據系爭規定暫時收容後，依據行為時入出國及移民法第三十八條第二項規定，收容期間以六十日為限，且必要時，得延長至遣送出國為止，對於第一次暫時收容期間過長，且延長收容毫無限制。因此，多數意見單就系爭規定「暫時收容」部分予以審查並判斷其合憲性，一方面未就收容之事由合併觀察，影響對於收容之必要與期間長短之判斷結果，二方面切割收容期間與延長收容期間無限制之審查，卻又認為凡於執行驅逐出國處分合理作業期間外之收容或延長收容，均應由法院審查決定，則於入出國及移民法第三十八條第二項規定未一併納入審查範圍，亦將影響其後關於收容期間長短，有無違反憲法第八條人身自由保障及第二十三條比例原則之疑義（註十）。

（五）從事勞務之合憲性審查

系爭規定所建構的暫時收容之規範中，多數意見尚且忽略一項重要的權利侵害類型，即依據系爭規定暫時收容後，得令受收容之外國人從事勞務（現行法已刪除此部分規定）。此項因素，亦將影響對於「暫時收容」行為性質之認定，以及如何適用憲法第八條第一項之規定。易言之，假如系爭規定之暫時收容之性質，多數意見界定為於合理作業期間之暫時收容，無須法院介入審查決定，則於暫時收容期間時令受收容之外國人從事勞務，其性質是否屬於一種「處罰」，抑或「強制勞動」？（註十一）有無可能因此影響判斷法院應於收容之初即應介入審查決定之必要性？亦值得斟酌。

二、對於憲法第八條人身自由之保障切割適用

承上所述，多數意見於本件解釋中，僅就移民署依據系爭規定所為「暫時收容」處分之合憲性加以審查，而就其他議題略而不論，一方面導致本件解釋解釋標的範圍不明確，二方面也因此

影響適用憲法第八條保障人身自由之範圍。

（一）憲法第八條第二項為第一項規定舉輕明重之例示

我國憲法第八條第一項前段規定：「人民身體之自由應予保障。除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁，非由法院依法定程序不得審問處罰。」此規定無疑是我國憲法關於人身自由保障之最核心意旨。本院最早於釋字第一六六號解釋中即已明白揭示：

「警察機關對於人民僅得依法定程序逮捕或拘禁，至有關人民身體自由之處罰，則屬於司法權，違警罰法所定由警察官署裁決之拘留、罰役，既係關於人民身體自由之處罰，即屬法院職權之範圍，自應由法院依法定程序為之。」

此項意旨，於釋字第二五一號解釋再度重申：

「所謂送交相當處所，施以矯正或令其學習生活技能，係附隨於違警罰之一種處分，同屬限制人民之身體自由。此種處分由警察官署逕為裁決，依前述解釋之同一理由，亦不符憲法第八條第一項之本旨，應與拘留、罰役之裁決程序，一併改由法院依法定程序為之。」

從上開二號解釋可知，憲法第八條第一項所稱人民身體自由之保障，不僅止於以剝奪或限制人民身體自由為刑事處罰手段者，亦包括非屬刑事處罰，只要是限制或剝奪人民身體自由者，依據憲法第八條第一項所稱之「法定程序」，即應由「法院」依法定程序為之。此項意旨，於釋字第三八四號解釋中再度明確闡釋：

「其所稱『依法定程序』，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，國家機關所依據之程序，須以法律規定，其內容更須實質正當，並符合憲法第二十三條所定相關之條件。」（註十二）

因此，對於本件解釋多數意見援引本院釋字第五八八號解釋，認：

「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。」

對於憲法第八條第一項保障人身自由之正當程序詮釋，開始區分刑事被告與非刑事被告，而脫離釋字第一六六號、第二五一號及第三八四號解釋以「行為」是否限制或剝奪人身自由，轉而以「人民」是否屬刑事被告之身分為判斷，或許是為解決適用憲法第八條第二項之規定，於非屬刑事處罰之管收部分，無須有二十四小時之限制，但釋字第五八八號解釋對於不具刑事被告身分之人所為之管收處分，仍認屬：

「於一定期間內拘束人民身體自由於一定之處所，亦屬憲法第八條第一項所規定之『拘禁』，其於決定管收之前，自應踐行必要之程序、即由中立、公正第三者之法院審問，並使法定義務人到場為程序之參與，除藉之以明管收之是否合乎法定要件暨有無管收之必要外，並使法定義務人得有防禦之機會，提出有利之相關抗辯以供法院調查，期以實現憲法對人身自由之保障。」

換言之，即便對非刑事被告身分之人所為之逮捕、拘禁、審問、處罰，其「法定程序」固然有所不同，但均須由「法院」為審查決定。因此，對於人民身體自由之保障，憲法第八條第一項為基本原則，而同條第二項則係為重視我國昔日對於人權之欠缺，以及原有刑事訴訟程序之不完備，乃特別「就此為較詳密之規定，亦足以補偏而救弊也（註十三）。」因此，對於「人民因犯罪嫌疑被逮捕拘禁時，其逮捕拘禁機關應將逮捕拘禁原因，以書面告知本人及其本人指定之親友，並至遲於二十四小時內移送該管法院審問。」僅屬一種例示規定，並非謂非因犯罪嫌疑而被逮捕拘禁時，即無該項之限制；反之，由於人民因犯罪嫌疑被逮捕拘禁，其因犯罪

偵查需要之重要公共利益，即須於二十四小時內移送法院審問，以及決定是否繼續拘禁，更何況其他非因犯罪嫌疑之人民，其因此被逮捕拘禁，其人身自由之保障，無理由比因犯罪嫌疑被逮捕拘禁者為輕。是以，本院於釋字第六三六號解釋方以：

「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。」

（二）憲法第八條第二項不應作為限制人民人身自由或排除法院介入審查之理由

換言之，本件解釋多數意見如此迂迴地從釋字第五八八號解釋以是否為刑事被告身分而區別其所應踐行之正當法律程序，同時拘泥於憲法第八條第二項所為之二十四小時之限制，凡於暫時收容之決定作成與否，均須於二十四小時內移送法院，由法院審查作成決定之情形下，「預期」移民署無法履行憲法保障人身自由之意旨，先創設所謂合理作業期間，卻又仍保留法院介入審查作成是否予以收容決定之可能性，造成對於執行驅逐出國處分而有暫時收容必要之情形，該暫時收容之決定出現雙軌制，而對現行法規範之適用造成複雜難解的後續問題。實際上若善體本院歷來解釋之意旨，並將憲法第八條第二項之規定視為同條第一項規定之例示，則便可知憲法第八條第二項規定，絕非因此排除非刑事被告身分之人與刑事被告間，其人身自由之限制或剝奪即可適用不同正當程序，其人身自由之保障即可打折扣（註十四）。

（三）憲法第八條第四項之功能應予重視

再者，憲法第八條對於人民身體自由之保障，是一整個完整的規範架構，本件解釋多數意見所稱受收容人於移民署為執行驅逐出國處分之合理作業期間內，有必要暫時收容，受收容人可立即要求由法院審查並作成是否收容之決定，實際上便是憲法第八條第四項規定之意旨。因此，從憲法第八條第一項揭示人身自由保障之核心概念，同條第二項針對犯罪嫌疑人予以例示規定，繼而於第三項揭示法院與行政機關不得拒絕，最後賦予人民主動於遭受任何機關非法逮捕拘禁時，其本人或他人得向法院聲請追究，法院不得拒絕，並應於二十四小時內向逮捕拘禁之機關追究。

（四）小結

綜上所述，本席認為，縱我國憲法未如德國基本法對於人身自由限制或剝奪均需由法院為之而有明文規定（註十五），惟從我國憲法第八條規定之整體架構，以及本院歷來解釋對於人身自由所建構之保障意旨，本件解釋系爭規定對於因執行驅逐出國處分之必要，有需要對外國人暫時收容者，仍應依循憲法第八條規定及本院歷來解釋之意旨，於二十四小時內移送法院審查，並對是否暫時收容作成決定；嗣後如依法有延長收容之必要者，自應依循相同正當程序為之。

或謂本院於釋字第六九０號解釋，對於主管機關得將曾與傳染病病人接觸或疑似被傳染者留置於指定之處所，使與外界隔離，並進而為必要之檢查、治療等處置，構成人身自由之剝奪，雖非由法院決定，與憲法第八條正當法律程序保障人民身體自由之意旨尚無違背；惟此項例外，應僅視為本院歷來解釋保障人身自由所建構之「法院作成決定」之憲法保留之外，依據憲法第二十三條比例原則所為之利益衡量之個案判斷，並非謂本件解釋或日後有關非刑事被告之人身自由之限制，即可不經個案判斷而比附援引。即便本件解釋多數意見認刑事被告與非刑事被告之人身自由限制，在目的、

方式與程度上有其差異，所踐行之司法程序或其他正當法律程序，即無須同一，然本件解釋多數意見並未就何以移民署依據系爭規定，得有合理作業期間內作成暫時處分之正當性，以及此項不經法院審查決定即可「暫時」限制或剝奪外國人人身自由，其有無牴觸憲法第二十三條之比例原則而判斷其所應適用之司法「程序」，未經法院是否「正當」等理由予以詳述，均加深其論理前後不一致之疑慮，同時也與本院歷來解釋之意旨不符。

三、所謂人身自由限制應予法官保留，例外給予合理期間之事由並不具正當性

承上所述，基於憲法第八條第一項對於人民身體自由保障之意旨，系爭規定所為暫時收容之處分，未經法院由法官決定，與憲法意旨不符，應屬違憲；然多數意見以系爭規定收容外國人之目的，在於執行驅逐出國處分，其間應有合理之作業期間，且防範受驅逐出國處分之外國人有脫逃等情事，而認屬該處分執行程序本質上之必要，無須由法院審查決定。多數意見僅以「整體法秩序之價值判斷」，進而推論所稱「合理作業期間」之必要性，本席認為此項推論過於簡陋，且不具正當性，一旦開此先例，將嚴重折損憲法對於人民身體自由念茲在茲之保障意旨；今日是受驅逐出國處分之外國人，難保明日不會是任何可能受到相同處遇的我國人民，不得不慎。

（一）合理期間之認定，未區分收容之事由

本件解釋多數意見將解釋標的限縮為系爭規定中有關暫時收容部分，忽略了有關移民署得為暫予收容處分之事由，係包括受驅逐出國處分尚未辦妥出國手續、非法入國或逾期停留、居留、受外國政府通緝以及其他在事實上認有暫予收容之必要者。多數意見認為因執行驅逐出國處分所必須之程序，而有合理作業期間，然而所稱作業期間之長短、有無必要、是否合理，其實是取決於有無收容之必要性。舉例而言，

於非法入國而遭移民署發現予以驅逐出國者，其所需作業期間，可能僅須予以原機遣返，並無所謂作業期間之可言，遑論合理與否；又如受外國政府通緝，有可能是尋求政治庇護者，其相關庇護程序，於我國目前尚無明文規範下，又當如何處理？況其他在事實上認有暫時收容之必要者，其範圍並不明確，如何以之認定或判斷所需之合理作業期間等等，均將影響對於移民署所為之暫時收容處分是否必要、合理之判斷。

此項處分亦將影響受收容人人身自由限制之程度，多數意見如此輕易即認定，凡移民署為執行驅逐出國處分所為之收容，均可於作業期間內有合理之裁量權，卻又警覺此項暫時處分可能流於恣意，例外以暮四朝三的方式，認為應賦予受暫時收容之外國人有立即聲請法院審查決定之機會，並將此審查決定之方式一分為二，可由受收容人直接針對暫時處分表示不服，或要求由法院決定是否予以暫時收容。惟無論是法院就移民署所為暫時處分之審查，或者逕由法院決定是否暫時收容，都將面臨其審查或判斷是否應予收容，標準仍繫之於收容之事由。

（二）收容期間與收容事由未具緊密關聯性

即便承認暫時收容之事由，係因為受驅逐出國處分人尚未辦妥出國手續，而期間又恐受處分之外國人逃脫，而有暫時收容之必要，其有無收容之必要與期間長短，亦應與收容之事由或目的有緊密之關聯性。例如歐洲人權法院歷來判決中，就歐洲人權公約第五條第一項第 f 款禁止「恣意」剝奪人身自由所樹立之要件中，一般有：1.所為限制或剝奪人身自由之行為，必須基於「善意」(in good faith)；2.該行為必須與避免非法入境之目的緊密關聯；3.拘禁或安置之處所與環境條件必須是適當的；4.拘禁或安置的時間不得逾越達成上開目的所需之合理時間等，即已明確揭示收容行為與收容目

的間應具有緊密關聯性（註十六）。此外，歐洲理事會(Council of Europe)大會於二０一０年一月二十八日通過有關「歐洲對聲請庇護與非經常性移民者所為拘留」之第一七０七號決議（註十七）中，對於聲請庇護與非經常性移民者所為拘留合法性判斷，亦提出十點指導原則，有：1.對於聲請庇護與非經常性移民者所為拘留必須是例外，且僅於其他替代方式予以初步衡量而無法達成與拘留相同之效果者，始得為之；2.對於聲請庇護與非經常性移民者所為拘留，兩者應有所區別；對於聲請庇護應保障其有免於因其非法入國或居留而受處罰之權利；3.拘留應於司法機關監督下，依法律規範之正當程序執行，並應有經常性的司法審查機制；4.拘留僅於為達成避免非法入國或為驅逐出國或遣返之特定目的者，始得為之；5.拘留不得恣意；6.拘留應具有必要性；7.拘留應符合比例原則；8.拘留之處所、條件與範圍應具有適當性；9.容易受傷者原則上不宜予以拘留，特別是無依幼童不得予以拘留；10.拘留應於可能之最短期間為之等，亦重申此項基本原則（註十八）。

反觀本件解釋多數意見對於系爭規定所為暫時收容處分之目的與期間是否構成合理與必要之判斷，非但未提出明確之審查標準，逕以移民署現行作業實務合理化其作業期間之妥適性與必要性，無異棄守此部分有無違反憲法第八條第一項保障人民身體自由以及第二十三條比例原則之意旨之審查。多數意見雖然以之訂定十五日之暫時收容期間之上限，亦即承認十五日為移民署凡執行驅逐出國處分程序之合理作業期間，與前述所論收容事由間兩相對照，其不當之處自明，非但未能達成其執行驅逐出國處分之目的，反而增加了移民署對於收容必要與期間長短之恣意可能性（註十九）。

（三）以合理期間准由移民署作成暫時收容之行政處分，則現行行政爭訟之救濟途徑，對於外國人人身自由之保障尚稱妥適

在不願意正面承認憲法第八條第一項對於人民身體自由保障之原則下，本件解釋多數意見一方面顧慮系爭規定所涉及之外國人受驅逐出國處分之執行，現實上有其困難，故而於執行前所為之暫時收容有其必要性，另一方面又疑慮移民署所為暫時收容之處分或有其恣意可能，且收容處分本身涉及人民身體自由保障之重要性，因而創設所謂執行驅逐出國處分之「合理期間」，並可由行政機關為「暫時處分」，以區別原系爭規定所為之「暫時收容」之處分，同時對該暫時處分，以「飛越救濟」的方式，由受收容人表示不服，或要求由法院審查決定是否予以收容，且移民署應即於二十四小時內將受收容人移送法院迅速裁定是否予以收容。多數意見上開解釋之理由，係以受收容人無法獲得即時有效之司法救濟，並未充分保障其基本人權。然而，多數意見如此瞻前顧後的迂迴解釋，不僅忽視現行行政訴訟制度所提供人民憲法權利司法救濟之規範，亦造成事權分散，而無助於外國人人身自由之保障。

依據系爭規定由移民署所為之暫時收容之處分，性質上屬於行政處分，受收容人若有不服，則依既有行政爭訟制度予以救濟，雖須經訴願程序，實際上造成在司法救濟上未能獲得即時有效之保障；暫時收容之行政處分，既然涉及外國人人身自由之限制或剝奪，其處分之性質即與一般行政處分不同，鑑於憲法第八條對於人身自由保障之意旨，以及本院歷來解釋所建構之標準，此項行政處分之司法救濟程序，即應有憲法第八條第四項規定之適用。換言之，受收容之外國人若有不服，則應准許其本人或他人得向法院聲請追究，法院不得拒絕，並應於二十四小時內向逮捕拘禁之機關追究，依法處理。我國現行法制對於交通裁決事件之訴訟程序，亦規定其訴訟之提起，應以原處分機關為被告，逕向管轄之地方法院行政訴訟庭為之（註二十）。此外，受收容處分之外

國人亦可於提起行政訴訟前，以原處分之執行，將對其人身自由發生難以回復之損害，且有急迫情事，向行政法院聲請停止該暫時收容處分之執行（註二十一）。於行政法院實務上，對於人民聲請行政處分之停止執行，亦均以慎重而迅速作成准駁裁定（註二十二）。因此，若承認移民署得於合理作業期間，以執行驅逐出國處分為必要而暫時收容外國人，既有司法救濟程序，雖未有如憲法第八條第四項規定之程序，然尚非全然未賦予受暫時收容處分之外國人即時有效之司法救濟；換言之，本件解釋多數意見所稱，應係系爭規定未賦予「憲法第八條第四項規定」之及時有效之司法救濟，而有牴觸該項與同條第一項規定之意旨，與憲法第八條規定之「正當程序」並不相當，而屬違憲。

（四）於合理期間外暫時收容仍移由法院為之，徒增法律適用上之困擾，顧此失彼

從以上說明可知，本件解釋多數意見詮釋憲法第八條第一項保障人身自由之意旨，所採之解釋方式，係以承認移民署就執行驅逐出國處分應有合理作業期間，於此期間內所為暫時收容之處分，得由移民署自行為之，或經正當法律程序告知相關救濟程序後，由受收容人自行決定是否表示不服，或者逕得向法院請求審查決定是否予以收容，移民署即應於二十四小時內將受收容人移送法院「迅速」裁定是否予以收容；若受收容人均無任何異議，則於合理作業期間屆滿而驅逐出國處分仍未執行完畢者，之後所為收容，則應由法院為之。此種作法，一方面係將憲法第八條人身自由之保障，委由人民自行決定是否要求法院作成收容決定，無疑是將人身自由之憲法權利，視為一種國家被動行使之保障義務，與憲法第八條所建構國家應積極、迅速、主動保障人民人身自由之規範意旨不符；二方面，若受收容人於移民署合理作業期間一開始所為之暫時收容處分表示不服，依照多數意見之解

釋，此部分之司法救濟途徑，似仍循現行行政爭訟程序為之，則經訴願始得提起行政訴訟之程序，於相關法律尚未修正前，此項暫時收容處分之救濟，並未能如前述交通裁決事件般，得逕向法院起訴。再者，若移民署於作成暫時收容處分前，受收容人即要求由法院審查決定，依據本件解釋多數意見，移民署應於二十四小時內將其移送法院迅速裁定，則無論法院如何迅速作成裁定，其間收容法律關係空窗期，受收容人之人身自由應如何予以保障？若於合理作業期間內法院均未作成是否收容之裁定，及至合理作業期間屆滿前，依據多數意見之見解，又須再度移送法院作成是否收容之裁定，則法院所為前後裁定間之關係、兩者之效力為何？收容准駁之裁定如何救濟？准駁裁定對事實上之收容行為所造成之違法性如何判斷？有無國家賠償制度之適用？仍有待斟酌。

即便得由移民署先作成暫時處分，經受收容人要求移送法院裁定，則暫時收容處分之效力，依據行政程序法第一百十條第三項規定，行政處分未經撤銷、廢止，或因其他事由而失效者，其效力繼續存在，在無法律明文規定前（註二十三），由多數意見創設此雙軌制下，法院是否收容之裁定，如何能影響或改變原暫時收容處分之效力？在無法律就所謂「其他事由」予以明文規定前（註二十四），本院解釋真能憑空改變行政處分之效力？

（五）小結

綜上所述，即便本席同意多數意見賦予移民署一合理作業期間，並得於此期間內「暫時」作成收容處分，惟多數意見既未就此「合理作業期間」於憲法人身自由保障構成例外之正當性與必要性，提出充分之說明，又恐投鼠忌器，創設收容處分之作成與救濟雙軌制度，徒生諸多疑慮，均事涉法律制度之修正與學理之妥適與否，本件解釋多數意見既然承認有此疑慮，卻又未能將外國人人身自由保障一舉到位，以

謀憲法保障人身自由之意旨，並兼顧現行法律規範制度之適用現狀，顧此失彼、因小失大，更開人身自由之限制或剝奪「合理期間」之惡例，期期不以為然。

四、結論：外國人驅逐出國及為達成該目的之收容，均應由法院為之，收容並應於查獲時起二十四小時內移送法院為准駁之裁定

吾人耳熟能詳的一句話：「不自由毋寧死」(Give me liberty or give me death)，道出在現代法治國家中，對於人民自由權利保障之重要性；其所謂自由，又以人民身體自由之保障為其最基本。遍觀史書，國家以事實上之強制權力剝奪或限制人民身體自由，無論係以何種名義或何種方式，實質上造成人民因失去身體自由所造成之權利侵害，不絕於冊。在英國法治發展過程中，於一二一五年頒布的大憲章(*Magna Carta*)第三十九條及之後一二九七年移列第二十九條規定：「除非經過由普通法官進行的法律審判，或是根據法律行事；否則任何自由的人，不應被拘留或囚禁、或被奪去財產、被放逐或被殺害。」（註二十五）自此樹立英美法上一重要之基本原則與法律制度，即所謂「人身保護令」(Writ of *Habeas Corpus*)，並進一步發展「正當程序」(Due Process)的概念，型塑西方國家立憲主義一個重要的基本原則。無論是一個國家的憲法（註二十六）或者區域（註二十七）及國際（註二十八）人權保障公約，均重申此一重要人民基本權利保障之意旨。

本件解釋多數意見捨本逐末，於漠視憲法第八條所建構之人民身體自由保障之正當法律程序，僅以揣度行政機關作業難易之「善意」，迂迴地規避憲法第八條之意旨，創設獨為外國人暫時收容之決定與救濟途徑之制度，非但無益於外國人人身自由之保障，尚且作實逾越司法權界限之疑慮，增加原有行政處分與行政救濟制度之例外態樣，治絲益棼，實不足為訓。

本席認為，為貫徹憲法第八條保障人身自由之意旨，且為避免破壞法律制度適用之一貫性，系爭規定關於外國人驅逐出國，與為達成驅逐出國之目的所為之暫時收容，均因涉及外國人人身

自由之限制與剝奪，兩者關係緊密，其既未明文規定得有法院介入審查驅逐出國與暫時收容之要件、行政機關所為暫時收容之時間限制，亦未提供一定的法律的、人道的及社會的協助（註二十九），以及規定獲得相關協助之程序或時間限制等（註三十），則與憲法第八條之意旨不符，應屬違憲。關於系爭規定所為之暫時收容，無論其收容期間長短，或者有無合理作業期間之必要，均應於受驅逐出國處分之外國人，或因非法入國等其他事由而有暫時收容之情形，由移民署或相關機關於查獲或發現應予作成是否暫時收容時，於二十四小時內，將該外國人移送法院，由法官依正當程序作成是否暫時收容之決定，方符憲法第八條第一項保障人民身體自由之意旨。

註一：100 年 10 月 23 日修正公布之現行法第 38 條第 1 項第 1 款規定為：「受驅逐出國處分或限令七日內出國仍未離境」。

註二：該款規定於現行法中則分別規定為第 38 條第 1 項第 2 款「未經許可入國」及第 3 款「逾期停留、居留」。

註三：關於聲請提審法第 1 條規定有違憲疑義之部分，多數意見則決議不予受理。

註四：現行法已刪除此部分規定。

註五：現行法規定為：「前項收容以六十日為限，收容期間屆滿，入出國及移民署在事實上認有繼續收容之必要，得延長收容六十日，以一次為限。但受收容人所持護照或旅行文件遺失或失效，尚未能換發、補發或延期者，得延長收容至有效證件備齊後三十日止。」

註六：兒童權利公約第 22 條規定參照。

註七：聯合國關於難民地位公約第 31 條至第 33 條規定參照。

註八：一般認為對於難民所為之逮捕拘禁，應即時由法院為之，且拘禁期間應有法院定期審查其行為之合法性，同時，所為拘禁之條件，不得與作為刑事處罰者相同，應對於其拘禁條件，例如場所與處遇、管理等，不應以內國刑事處罰之方式為之。

See e.g. Eleanor Acer & Jake Goodman, Reaffirming Rights: Human Rights Protections of Migrants, Asylum Seekers, and Refugees in Immigration Detention, 24 Geo. Immigr. L.J. 507, at 520-526 (2010).

註九：行政院提出之難民法草案，見立法院議案關係文書，院總第1374號，政府提案第13032號，民國101年2月29日印發。

註十：現行法該項規定已修正為：「前項收容以六十日為限，收容期間屆滿，入出國及移民署在事實上認有繼續收容之必要，得延長收容六十日，以一次為限。但受收容人所持護照或旅行文件遺失或失效，尚未能換發、補發或延期者，得延長收容至有效證件備齊後三十日止。」亦足見期間長短有其審查合憲性之必要。

註十一：本院釋字第四七一號解釋即明白宣示：「槍砲彈藥刀械管制條例第十九條第一項規定：『犯第七條、第八條、第十條、第十一條、第十二條第一項至第三項、第十三條第一項至第三項之罪，經判處有期徒刑者，應於刑之執行完畢或赦免後，令入勞動場所，強制工作，其期間為三年。』此項規定不問對行為人有無預防矯治其社會危險性之必要，一律宣付強制工作三年，限制其中不具社會危險性之受處分人之身體、自由部分，其所採措施與所欲達成預防矯治之目的及所需程度，不合憲法第二十三條所定之比例原則。」惟於釋字第五二八號解釋則以「組織犯罪防制條例第三條第三項乃設強制工作之規定，藉以補充刑罰之不足，協助其再社會化；此就一般預防之刑事政策目標言，並具有防制組織犯罪之功能，為維護社會秩序、保障人民權益所必要。」

註十二：本院釋字第五二三號解釋亦有相同之意旨。

註十三：林紀東，《中華民國憲法逐條釋義》，第一冊，修訂7版，1993年1月，頁132。

註十四：例如觀察勒戒處分執行條例第4條第1項明確規定：「少年法院（庭）對毒品危害防制條例第二十條第一項之少年，於付觀察、勒戒之裁定前，得先行收容於勒戒處所；該裁定應於收容後二十四小時內為之。收容期間，得折抵執行觀察、勒戒處分期間。」同條第2項規定：「少年法院（庭）為不付觀察、勒戒之裁定或逾期不為裁定者，收容之少年應即釋放。」第3項規定：「少年及其法定代理人、現在保護少年之人或輔佐人，對第一項裁定不服者，得提起抗告；並準用刑事訴訟法第四百零六條至第四百十四條之規定。但不得提起再抗告。」而對於受觀察、勒戒人收容處所及收容方式，同條例第5條第1項規定：「受觀察、勒戒人應收容於勒戒處所，執行觀察、勒戒處分。但對於少年得由少年法院（庭）另行指定適當處所執行。」第2項亦規定：「勒戒處所附設於看守所或少年觀護所者，應與其他被告或少年分別收容。受觀察、勒戒人為女性者，應與男性嚴為分界。」對於受收容之外國人，其暫予收容行為之作成，以及收容條件等，均足以參照。

又如少年事件處理法第26條第2款規定之收容，應由少年法院為之，並於同法第26條之1及第26條之2有相關收容書與收容期間之規定，相較之下，兒童及少年性交易防制條例第15條第1項規定：「法官、檢察官、司法警察官、司法警察、聯合稽查小組或第六條之任務編組查獲及救援從事性交易或有從事之虞之兒童或少年時，應立即通知主管機關指派專業人員陪同兒童或少年進行加害者之指認及必要之訊問，並於二十四小時內將該兒童或少年移送直轄市、縣（市）主管機關設置之緊急收容中心。」第2項規定：「第九條之人員或他人向主管機關報告或主管機關發現兒童或少年從事性交易或有從事之虞者，主管機關應將該兒童或少年暫時安置於其所設之緊急收容中心。」同條例第

16條第1項並規定：「直轄市、縣（市）主管機關所設之緊急收容中心應於安置起七十二小時內，提出報告，聲請法院裁定。」換言之，此七十二小時難道也是「合理作業期間」？有無牴觸憲法第八條保障兒童及少年人身自由之意旨？殊值斟酌。

註十五：德國基本法第104條規定參照。至於德國法上關於外國人收容之規範，詳見許文義，〈德國外國人收容法制之研究〉，《中央警察大學警學叢刊》，第32卷第1期，2001年7月，頁191至206。

註十六：See Saadi v. the United Kingdom (Grand Chamber), Applicationno. 13229/03, 29 January 2008 (final), at para. 74. 判決全文參見歐洲人權法院判決網站 HUDOC database：<http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/Decisions+and+judgments/HUDOC+database/>（最後造訪：2013年2月4日）。

註十七：Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Resolution 1707 (2010), Detention of asylum seekers and irregular migrants in Europe. 決議全文，參見歐洲理事會網站：<http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta10/ERES1707.htm>（最後造訪：2013年2月4日）。

註十八：聯合國大會於2009年3月17日亦曾作出類似決議，要求全體會員國終止對於移民/工恣意的逮捕或拘禁。See UN General Assembly, Protection of migrants : resolution / adopted by the General Assembly, 17 March 2009, A/RES/63/184, available at:
http://www.unhcr.org/refworld/docid/49d369550.html
[accessed 4 February 2013]

註十九：即便系爭規定修正後之現行法規定增加「顯難」之要件，仍然無法避免行政機關之恣意。

註二十：行政訴訟法第237條之3第1項規定參照。

註二十一：行政訴訟法第 116 條第 3 項規定參照。

註二十二：各級行政法院辦案期限規則（民國 89 年 7 月 4 日修正發布，同年 7 月 1 日實施；民國 101 年 6 月 19 日修正名稱為高等行政法院及最高行政法院辦案期限規則，同年 9 月 6 日實施）第 12 條第 3 項規定，聲請就原處分、決定為停止執行事件，準用第 1 項規定，應於調查或命補正後二日內辦理完畢。

註二十三：例如稽核公務員懲戒處分執行辦法（民國 77 年 2 月 15 日修正）第 6 條規定：「同一事件經主管長官已為處分後，復移送公務員懲戒委員會審議者，其原處分失其效力。」然此規定有以移送公務員懲戒委員會審議之「行為」，廢止原處分之意涵，且係由同一處分機關所為，與本件解釋多數意見所稱見解下，由法院裁定廢止原處分之效力不可相提並論。

註二十四：學者間多有限縮解釋本項其他事由之範圍，以維持行政處分效力之安定性。

註二十五：Magna Carta (1297), 1297 CHAPTER 9 25 Edw 1 cc 1 9 29, Section XXIX (Imprisonment, &c. contrary to Law. Administration of Justice.): “NO Freeman shall be taken or imprisoned, or be disseised of his Freehold, or Liberties, or free Customs, or be outlawed, or exiled, or any other wise destroyed; nor will We not pass upon him, nor condemn him, but by lawful judgment of his Peers, or by the Law of the Land. We will sell to no man, we will not deny or defer to any man either Justice or Right.” 參見網站：http://www.legislation.gov.uk/aep/Edw1cc1929/25/9/section/XXIX （最後造訪：2013 年 1 月 24 日）。

註二十六：例如美國聯邦憲法增修條文第 5 條規定。

註二十七：例如歐洲人權公約第 5 條第 1 項規定。

註二十八：例如公民與政治權利國際公約第 9 條及第 13 條規定。

註二十九：例如有無法律扶助法之適用，得否申請法律扶助基金會之法律扶助等。現行制度下所生之問題與受收容人之現狀與實際需求，可見南洋臺灣姊妹會北部辦公室，「移民/工人權要落實」：外國人收容制度政策對話論壇會議紀錄，2011 年 8 月 23 日，網站：<http://wgcp.wrp.org.tw/Uploads/%7B863EA6FC-F05D-49A3-963E-DACCA8AAA3AD%7D_823 外國人收容制度論壇會議紀錄.pdf>（最後造訪：2013 年 2 月 4 日）。

註三十：歐洲人權法院亦曾以之認法國外國人收容相關法律牴觸歐洲人權公約第 5 條第 1 項關於人身自由之保障。See Amuur v. France, Application no. 19776/92, 25 June 1996, at para. 53. 判決全文參見歐洲人權法院判決網站 HUDOC database：<http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/Decisions+and+judgments/HUDOC+database/>（最後造訪：2013 年 2 月 4 日）。

協同意見書　　大法官　湯德宗

本案兩位聲請人分別為泰國籍與印尼籍外國人。泰國籍聲請人於民國九十七年四月二日聲請居留證延期，因提供不實資料，經內政部入出國及移民署（下稱「移民署」）註銷其居留證，並作成強制出國處分；該署同時以聲請人有入出國及移民法（下稱「移民法」）第三十八條第一項（「外國人有下列情形之一，非予收容，顯難強制驅逐出國者，入出國及移民署得暫予收容」）第一款（「受驅逐出國處分或限令七日內出國仍未離境」）及第二款（「未經許可入國」）之情事，爰處分「暫予收容」。截至遣返前，聲請人計被收容二百四十日（自九十九年四月一日至同年十一月二十六日）；收容期間聲請人曾聲請法院「提審」，未獲救濟。（註一）

印尼籍聲請人原為受雇在臺工作之勞工，受雇期間不告而別，經主管機關撤銷聘僱許可；查獲時已逾期居留，移民署遂依前揭移民法第三十八條第一項第二款之規定，處分「暫予收容」。截至遣返前，聲請人計被收容一百四十五日（自九十九年二月一日至同年六月二十五日）；收容期間聲請人曾聲請法院「提審」，亦未獲救濟。（註二）

兩位聲請人於提審聲請遭駁回確定後，分別依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定，以確定終局裁定所適用之前揭法律規定有牴觸憲法之疑義，聲請本院解釋憲法。因兩件所涉解釋標的相同，爰併為本案之解釋。

本席贊同並協力形成本件可決之多數，宣告前揭移民法第三十八條第一項（下稱「系爭規定」）關於移民署於辦理遣送作業所需合理期間內之「暫時收容」部分，因未予受暫時收容人即時司法救濟；又，關於逾越「暫時收容」期間所為之「收容」部分，因非由法院審問裁處，均有違憲法第八條第一項保障人民身體自由之意旨，應至遲於本解釋公布之日起二年內失其效力。鑑於本號解釋意義重大，為落實人民「知的權利」（right to know），以促進公共思辨，並便利有關機關妥適修法，爰提出協同意見書如下。

壹、本件解釋之憲法意義

本號解釋突破「法官保留」的零和迷思，對「非因犯罪嫌疑」被逮捕拘禁之人民，提供了適切的正當程序保障。對於完善人身自由之憲法保障，具有重要意義。析言之：

一、本號解釋化解了釋字第六九０號解釋「法官保留」原則零和選擇的困境

我國憲法以簡約著稱，惟於關鍵性條文仍鉅細靡遺、不厭其詳。憲法第八條（人身自由保障）與第五十七條（行政、立法兩權相互關係）即為適例。有感於制憲者對於人身自由之重視，本院大法官歷來關於人身自由之解釋著力甚深，且多所創獲。舉其犖犖大端，釋字第三八四號解釋宣告檢肅流氓條例「強制到案」及「秘密證人」等規定違憲時，率先揭示：凡限制人

身自由之處置，不問是否因犯罪嫌疑，概有「正當法律程序」--含「實質上正當程序」(substantive due process)與「程序上正當程序」(procedural due process)（註三）之保障。謂：

「憲法第八條第一項規定：『人民身體之自由應予保障。除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁。非由法院依法定程序，不得審問處罰。非依法定程序之逮捕、拘禁、審問、處罰，得拒絕之。』其所稱『依法定程序』，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，國家機關所依據之程序，須以法律規定，其內容更須實質正當，並符合憲法第二十三條所定相關之條件。」

上開解釋就原本看似純屬立法裁量之「法定程序」(依其文義，法定程序者，法律所規定之程序也)，賦予了憲法精神—「法定程序」者不僅其程序須以法律規定（是即「法律保留」原則)，且法律規定之內容更須實質正當—因而正式開啟了大法官有關人身自由限制的違憲審查之門。(註四)

嗣釋字第三九二號解釋釋示憲法第八條第二項所謂(人民因犯罪嫌疑被逮捕拘禁時，其逮捕拘禁之機關應……至遲於二十四小時內移送該管法院審問）之「法院」，僅指「有審判權之法官所構成之獨任或合議之法院」，不含「代表國家從事『偵查』『訴追』『執行』之檢察機關」。並進一步闡明釋字第三八四號解釋所謂「限制人身自由之處置」的意涵，謂：

「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。」

釋字第三九二號解釋並具體說明，何以「因犯罪嫌疑」之拘禁（羈押）應審慎為之，並須由「法官保留」的道理：

「羈押之將人自家庭、社會、職業生活中隔離，『拘禁』於看守所、長期拘束其行動，此人身自由之喪失，非特予其心理上造成嚴重打擊，對其名譽、信用—人格權之影響亦甚重大，係干預人身自由最大之強制處分，自僅能以之為『保全程序之最後手段』，允宜慎重從事，其非確已具備法定條件且認有必要者，當不可率然為之。是為貫徹此一理念，關於此一手段之合法、必要與否，基於人身自由之保障，當以由獨立審判之機關依法定程序予以審查決定，始能謂係符合憲法第八條第二項規定之旨意。」

此下，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，不問其名義為何，本院大抵皆以「處罰」視之，要求須經法院審問，始得為之（註五）依此「法官保留」原則，司法或警察機關依法定程序所為「逮捕拘禁」，至多為二十四小時；逾二十四小時之人身自由限制（「處罰」）僅得由法官審查後決定。刑事訴訟法關於犯罪偵查期間對於犯罪嫌疑人之羈押，原由檢察官行使之規定，爰修正改由法官為之。（註六）

然，「非屬刑罰性質」或「非因犯罪嫌疑」之人身自由限制究應如何定性，本院解釋先例尚非明確。例如，釋字第五八八號解釋固釋示行政執行法第十七條之「管收」應「由中立、公正之第三者審問」，但卻將「管收」定性為「拘禁」，而非「處

罰」（註七）釋字第六六四號解釋亦將由少年法院對（經常逃學或逃家之）虞犯少年所為之「收容處置」或「感化教育處分」，定性為憲法第八條第一項之「拘禁」。最具爭議者當屬釋字第六九〇號解釋。該號解釋認為防疫之目的，而採取之「強制隔離」，性質上亦屬人身自由之剝奪；然強制隔離處分「並無如拘禁處分對受拘禁者人格權之重大影響」，乃「與必須由中立、公正第三者之法院就是否拘禁加以審問作成決定之情形有別」，無須適用「法官保留」原則。至此，憲法第八條第一項之「正當程序」（內容實質正當之「法定程序」），已在不覺中限縮（簡化）為憲法第八條第二項之「法官保留」原則。「因犯罪嫌疑被逮捕拘禁」之人民，固有「法官保留」原則之適用，而受法院之充分保護；至「非因犯罪嫌疑被逮捕拘禁」之人民，則可能因不適用「法官保留」原則，而未有即時司法救濟的機會。如此非楊即墨、截然二分的解釋方法，顯然不足以保障人民身體自由。

本來，釋字第三八四號解釋既已確立：凡限制人身自由之處置，不問是否因為犯罪嫌疑，概應踐行憲法第八條第一項之正當法律程序。釋字第三九二號解釋等復確立：凡屬「刑罰性質」或「因犯罪嫌疑」而為之人身自由限制，須經法院審問始得為之。則憲法第八條第二項之「法官保留」原則自應屬憲法第八條第一項「正當程序」保障之一種。奈何，釋字第六九〇號解釋的結果，使得「非屬刑罰性質」或「非因犯罪嫌疑」之人身自由限制（例如「防疫隔離」或「為遣送出國而為之外國人收容」），儼然面臨「法官保留」原則適用與否的零和選擇。（註八）

在前述背景下，本號解釋肯認法律得以提供「即時司法救濟」為前提，授權司法或警察機關於辦理遣送出國作業所需之合理期間內，以行政處分暫時收容外國人，實寓有深義。申言之，本號解釋一方面排除「法官保留」原則（事前的司法審查）

的適用，允許必要的「行政收容」（司法或警察機關得逕以行政處分，限制人身自由逾二十四小時）；他方面並要求提供「即時司法救濟」（迅速的、事後的司法審查）—逮捕拘禁機關應自受收容人請求司法救濟時起，二十四小時內移送法院審查，法院並應迅速決定「收容」是否合法與必要。如此一來，「事前的司法審查」（「法官保留」原則）與「事後的司法審查」（「即時司法救濟」），皆為限制人身自由所應踐行之「正當程序」。亦即，「法官保留」原則（事前的司法審查）乃關於「刑罰性質或因犯罪嫌疑」之人身自由限制的正當程序保障；「即時司法救濟」（事後的迅速司法審查）乃關於「非刑罰性質或非因犯罪嫌疑」之人身自由限制的正當程序保障。釋字第六九０號解釋以來的「法官保留」原則零和選擇（全有或全無司法審查）的迷思於焉化解！

二、以「即時司法救濟」作為「收容處分」合憲之要件，符合國際人權標準

本號解釋以提供「即時司法救濟」為前提，允許司法或警察機關為必要之「收容處分」，或為我國釋憲實務上參考國際人權公約規定，調整德國式「法官保留」思維之首例。

按我國憲法第八條並未如德國基本法第一０四條，對所有人身自由之「剝奪」，一概採取「法官保留」。（註九）從法條結構分析，憲法第八條第一項及第四項乃就各種限制（註十）人身自由之逮捕、拘禁、審問、處罰所為之一般性規定；同條第二、三兩項則係針對「因犯罪嫌疑」（刑事被告）之逮捕、拘禁、審問、處罰所為之特殊規定（含「法官保留」原則）。兩者固皆須踐行正當程序，以保障當事人之人身自由；然其所應踐行之內容則無須相同，第二、三項之規定（含「法官保留」原則）堪稱最嚴格之正當程序。雖然如此，我國釋憲實務（尤以前述釋字第六九０號解釋為代表）卻不自覺地陷入「法官保留」零和選擇（全有或全無）的困境。

本案解釋以「即時司法救濟」為前提，允許司法或警察機關為必要的「非刑罰性質」之「收容處分」，實為借鏡國際人權公約之結果。質言之，歐洲人權公約（European Convention on Human Rights, ECHR）第五條（人人享有自由和人身安全的權利）規定：（註十一）

1.任何人不得被剝奪其自由，但在下列情況，並依照法律規定之程序者除外：

(a)經有管轄權的法院的判罪對其人加以合法的拘禁；

(b)由於不遵守法院合法的命令，或為了確保法律規定義務之履行，而對其人加以合法的逮捕或拘禁；

(c)有理由懷疑某人已犯罪或合理地認為有必要防止其人犯罪或在犯罪後為防止其脫逃時，為將其送交有管轄權的司法當局而對其人加以合法的逮捕或拘禁；

(d)為實行教育性監督之目的，依合法命令拘禁未成年人或為將其送交有管轄權的法律當局，而予以合法的拘禁；

(e)為防止傳染病蔓延，而對其人加以合法的拘禁，以及對精神失常者、酗酒者、吸毒者或流氓加以合法的拘禁；

(f)為防止未經許可進入國境，或為對某人採取驅逐出境之行動，而加以合法的逮捕或拘禁；

2.對於被逮捕之人，應以其所能了解的語文，立即告以被捕理由及被控罪名。

3.依照本條第1項(c)款規定被逮捕拘禁之人，應立即移送（be brought promptly）法官或其它經法律授權行使司法權的官員，並應有權在合理的期間內受審或開釋候審。開釋得以擔保出庭候審為條件。

4.因逮捕或拘禁而被剝奪自由之人，應有權運用司法程序，俾法院得迅速就其拘禁之合法性作出決定（by which the lawfulness of his detention shall be decided speedily by a court），如拘禁非屬合法，並應命開釋。

5.因違反本條規定而受逮捕或拘禁之人，應有可執行之賠償權利。

上該規定明白區分「因犯罪嫌疑」與「非因犯罪嫌疑」之逮捕拘禁，給予不同之程序保障。關於為「防止未經入境」或「為採取驅逐出境行動」，而為之逮捕拘禁，該條第四項規定被逮捕拘禁之人，應享有即時司法救濟的權利—得要求法院迅速就其拘禁是否合法作成審查。準此，「非因犯罪嫌疑」之逮捕拘禁，無須適用「法官保留」原則（事前司法審查）。

次查聯合國公民暨政治權利國際公約(International Covenant on Civil and Political Rights, ICCPR)第九條（註十二）亦有類似規定：

1.人人有權享有身體自由及人身安全。任何人不得被無理逮捕或拘禁。非依法定理由及程序，不得剝奪任何人之自由。

2.任何人被逮捕時，應被當場告知其逮捕原因，並應迅速被告知所控事由。

3.因刑事指控而被逮捕拘禁之人，應迅即移送（be brought promptly）法官或依法執行司法權力之其他官員，並應於合理期間內審訊或釋放。候訊人通常不得加以羈押，但得令具保開釋，保證於審訊時、於司法程序之任何其他階段、及執行判決時，候傳到場。

4.任何人因逮捕或拘禁而被剝奪自由時，應有權運用司法程序，俾由法院迅速就其拘禁之合法性作出決定（in order that that *court may decide without delay on the lawfulness of his detention*），如拘禁非屬合法，並應命開釋。

5.任何人遭受非法逮捕拘禁者，有權要求可執行之損害賠償。

第八號一般性意見（General Comment No. 8）註釋：前揭第九條第四項規定乃為確保被逮捕拘禁之人得由法院審查，決定其拘禁是否合法之權利，以避免逮捕拘禁機關之恣意。

法國憲法委員會於一九九二年判決（註十三）:「立法固得授權行政機關收容非法入境之外國人，但立法者須適當提供法院介入之機會，俾法院得行使審查之權力」（註十四）；該案系爭條文（註十五）

既「未有法院得於收容之早期介入審查」之規定（註十六），故而違憲。嗣同案當事人上訴歐洲人權法院，該院於一九九六年作成判決（註十七），亦認為其時法國關於收容外國人之法律，「未有普通法院得介入審查收容條件及期間」之規定，「亦未有提供法律、人道及社會協助，及尋求此等協助之程序或途徑」之規定，不足以防止機關之恣意，維護歐洲人權公約第五條之人身自由及安全的權利。（註十八）綜上，「行政收容」應給予受收容人「即時司法救濟」（speedy review by the courts）之機會，堪稱當前通行之國際人權標準。

三、「即時司法救濟」之功能殆與「提審」相當

提審法第一條明定：「人民被法院以外之任何機關逮捕拘禁時，其本人或他人得向逮捕拘禁地之地方法院聲請提審」，並未限制因「犯罪嫌疑」而被逮捕拘禁者，始得聲請法院提審。大法官釋字第三九二號解釋並已對提審制度之立意，作了明確的說明：

> （憲法第八條）「第二項後段與第三項關於『提審』之規定，係仿自英美之『人身保護令狀』（Writ of Habeas Corpus），考之此一制度，唯有審判機關之法院方有提審權之可言，檢察機關之無此一權限……
>
> 又憲法第八條第二項僅規定：『人民因犯罪嫌疑被逮捕拘禁時，……本人或他人亦得聲請該管法院，於二十四小時內向逮捕之機關提審。』並未以『非法逮捕拘禁』為聲請提審之前提，亦即犯罪嫌疑人一遭法院以外之機關逮捕拘禁時，不問是否有『非法』逮捕拘禁之客觀事實，即得向該管法院聲請提審，無『合法』與『非法』逮捕拘禁之分；蓋未經該管法院之審問調查，實無從為合法與否之認定」。

然而，實務上卻始終限制僅「因犯罪嫌疑」而被逮捕拘禁

者始得聲請提審；如此不合時宜的作法，早該改革。令人不解的是，本案多數大法官竟決議不受理關於提審法第一條聲請解釋的部分。(註十九)所幸，本號解釋所確立的「即時司法救濟」原則—受暫時收容之外國人倘於暫時收容期間內，對於暫時收容處分表示不服者，移民署應即於二十四小時內將受收容人移送法院迅速裁定是否予以收容—核其功能已相當於「提審」。正所謂「山不轉，而路轉」；如後續修法得宜，本案解釋當可改正現行提審制度的操作偏差。此乃本號解釋之另一重要意義。

四、「即時司法救濟」乃為保障人身自由而設之超級「訴訟權」

或謂：本號解釋所謂「即時司法救濟」即是「訴訟權」。本席以為：是也，亦非也！就其乃法院於事後審查行政機關所為「收容處分」是否合法、適當，提供必要救濟而言，「即時司法救濟」固與一般所稱「訴訟權」無異；然「即時司法救濟」相較一般「訴訟權」概念（註二十）所內含之「有效接近使用法院」(effective access to the courts) 要件或「及時司法救濟之機會」(註二十一)，顯然更為即時、迅速。故精確地說，「即時司法救濟」乃專為保障人身自由而設之超級「訴訟權」！【圖一】顯示（憲法第八條第二項)「法官保留」、(本號解釋)「即時司法救濟」與（憲法第十六條)「訴訟權／及時司法救濟之機會」三者對於權利保護之強度。

貳、本件解釋美中不足處

本件解釋對於完善人身自由之憲法保障雖著有意義，然因合議過程中為辯明「法官保留」適用與否耗時過多，致整體論理猶未臻於理想。尤其，本件解釋「造法」性質濃厚，允宜以「併此指明」方式，儘量提示有關機關後續修法應行注意事項。姑不論有關作成「收容處分」應恪遵之正當程序散見於解釋理由書各處，解釋理由書第六段表達是否精確，本席以為至少尚需補充提示兩點。

一、無限期收容外國人，究非憲法所許

經本號解釋後，為驅逐外國人出國而為之收容，可分為幾個階段（參見【圖二】）：

1.移民署於辦理遣送作業所需合理期間（猶待立法裁量決定，惟至多不得逾十五日）內，得逕為「暫時收容」之處分，惟受收容人得隨時請求法院審查其收容是否適法、適當；

2.受收容人於「暫時收容」期間內聲請法院審查，或「暫時收容」期間屆滿前，移民署應移送法院，並經法院裁定「暫予收容」者，得收容至六十日屆滿；

3.「暫予收容」期滿，由移民署主動移送法院，並經法院裁定「延長收容」者，得再收容六十日。

4.然，「延長收容」期滿後，得否再經法院裁定（法官保留）而「無限期延長收容」，則不無疑問。（註二十二）

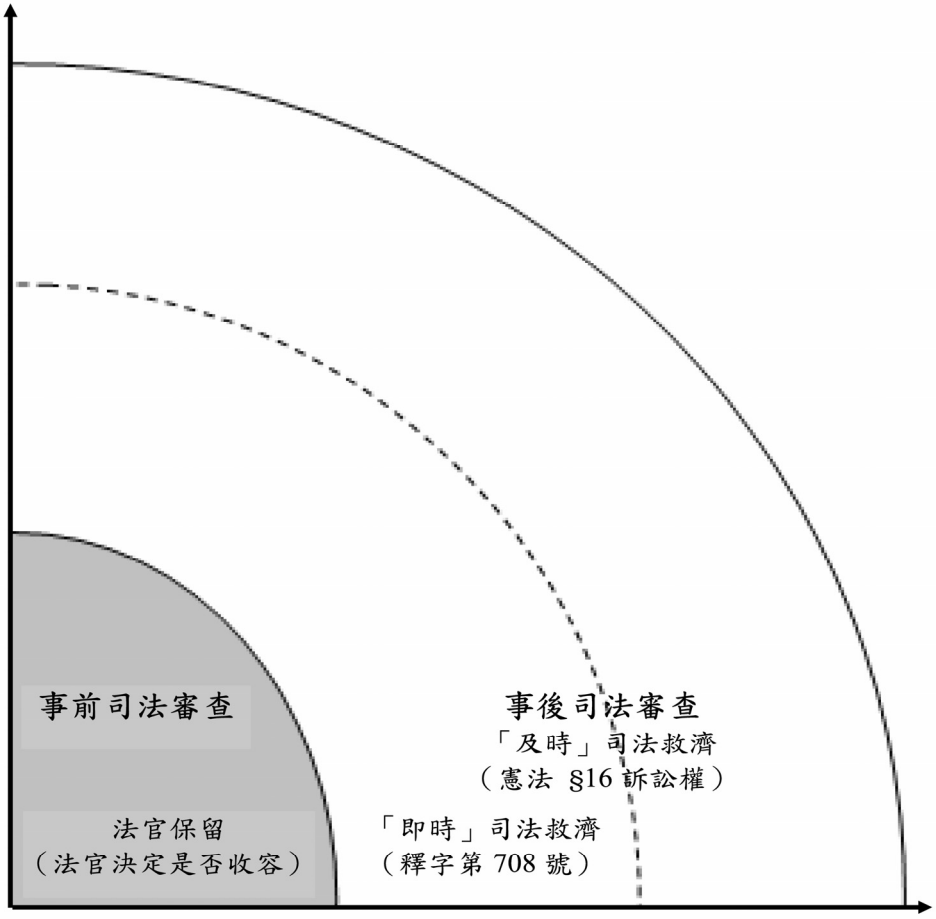
本席以為，解釋理由書第六段應併指明：相關機關依本號解釋意旨修正有關法令時，應參酌國際人權公約（註二十三）及各國立法例，明定「為驅逐外國人出國之收容」應僅限於為積極辦理遣送出國作業所需之合理期間，始得為之。故經「暫予收容」（六十日）及「延長收容」（六十日）後，仍未能遣送出國者（例如文件未能齊備，或無國家願意接收其入境等情），應改採其他措施，以免淪為無限期收容。（註二十四）

二、「即時司法救濟」應規定由行政法院為之

其次，為免發生裁判矛盾，並為訴訟經濟計，未來修法建構「即時司法救濟」制度時，應規定由同一法院體系審查「暫時收容」處分及「驅逐出國」處分之合法性。茲系爭「暫時收容」既定性為「行政處分」，「驅逐出國」處分為「行政處分」了無疑義，則理應由行政法院併為審查。

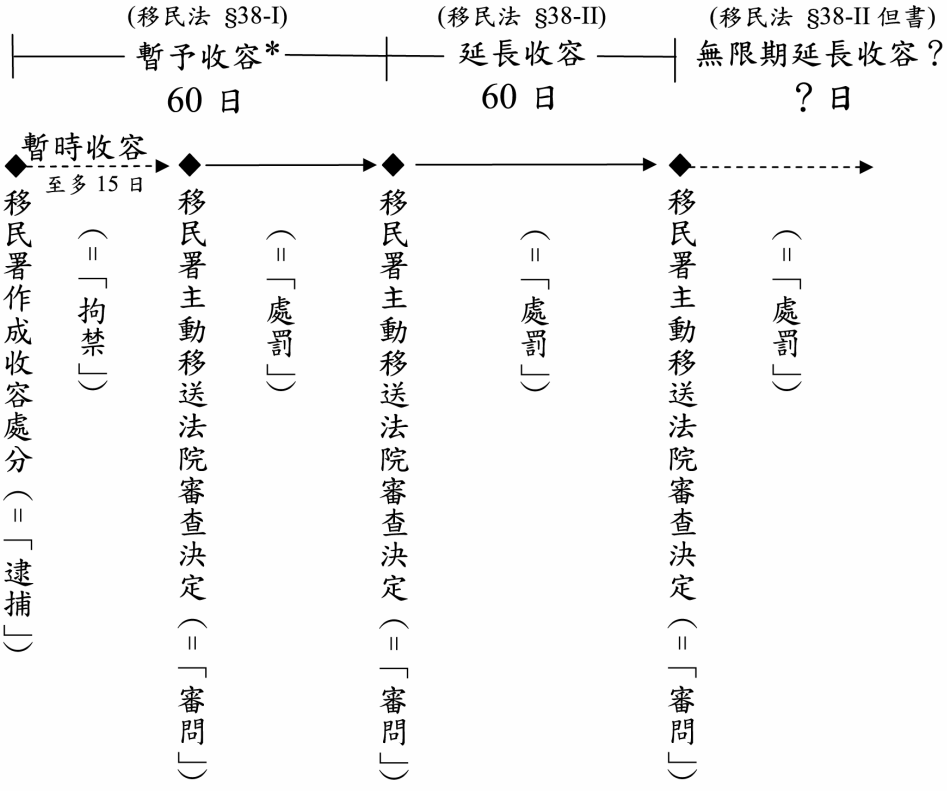
再過兩天，就過年了。盼本件解釋能夠作為除舊佈新，迎接癸巳年之節禮。

【圖一】法官保留、即時司法救濟、及時司法救濟



受收容人於「暫時收容」期間表示不服者，移民署應於 24 小時內移送法院，法院應迅速裁定是否「暫予收容」。

【圖二】為驅逐外國人出國之收容程序



* 受收容人於「暫時收容」期間內聲請法院審查，或「暫時收容」期間屆滿，由移民署移送法院審查，嗣經法院裁定「暫予收容」者，性質上即屬「處罰」。前此之「暫時收容」，性質上仍屬「拘禁」。

註一：參見臺灣南投地方法院九十九年度提字第一號刑事裁定（九十九年四月四日）（移民法第三十八條第一項規定之收容「並非提審法第一條所規定之『逮捕拘禁』，本件聲請與法未合」）；臺灣高等法院臺中分院九十九年度抗字第三００號刑事裁定（九十九年四月八日）（移民署「依入出國及移民法第三十八條第一項規定，對受收容人蘇乎星所為之收容處分……係強制驅除出國之前置作業，自非屬憲法第八條第二項規範所得聲請提審之範圍」）。

註二：參見臺灣板橋地方法院九十九年度提字第一號刑事裁定（九十九年四月二十九日）（「聲請人因逾期居留，經入出國及移民署為收容處分，顯與因涉有犯罪嫌疑，經法院以外之機關逮捕拘禁之情形有異。從而，聲請人聲請提審，為無理由，應予駁回」）。臺灣高等法院九十九年度抗字第五四三號刑事裁定（九十九年五月六日）（「提審法第一條所稱：人民被法院以外之任何機關逮捕拘禁，依沿革解釋，係指憲法第八條第二項所謂「因犯罪嫌疑被逮補拘禁」之情形……入出國及移民署係以聲請人逾期居留，而為收容處分，並非以抗告人因犯罪嫌疑被逮補拘禁，依上開說明，自不得據以聲請提審」）。

註三：關於「正當法律程序」之概念及其於我國憲法上之發展，詳見湯德宗，〈論憲法上的正當程序保障〉，輯於氏著《行政程序法論》，頁 167～209（增訂二版，2003 年 10 月）。

註四：此前，本院已作成釋字第一六六號解釋，認為「違警罰法所定由警察官署裁決之拘留、罰役，既係關於人民身體自由之處罰，即屬法院職權之範圍，自應由法院依法定程序為之」；及釋字第二五一號解釋，認為「違警罰法第二十八條……所謂送交相當處所，施以矯正或令其學習生活技能，係附隨於違警罰之一種處分，同屬限制人民之身體自由……應與拘留、罰役之裁決程序，一併改由法院依法定程序為之」。

註五：並參見第五六七號解釋（「戡亂時期預防匪諜再犯管教辦法第二條……對匪諜罪犯受徒刑或感化教育已執行期滿者，不予釋放而逕行拘束其身體自由於一定處所，不論其名義係強制工作或管訓處分，實與剝奪人民行動自由之刑罰無異，性質上均為嚴重侵害人民身體自由之處罰」）。

註六：參見刑事訴訟法（86/12/12 修正公布）第一０一條及第一０二條規定。

註七：參見釋字第五八八號解釋（「管收係於一定期間內拘束人民身體自由於一定之處所，亦屬憲法第八條第一項所規定之『拘禁』，其於決定管收之前，自應踐行必要之程序、即由中立、公正第三者之法院審問，並使法定義務人到場為程序之參與，除藉之以明管收之是否合乎法定要件暨有無管收之必要外，並使法定義務人得有防禦之機會，提出有利之相關抗辯以供法院調查，期以實現憲法對人身自由之保障」）。

註八：參見釋字第六九０號解釋許玉秀大法官不同意見書（「刑事追訴程序可能遭公權力濫用，醫療程序也可能遭公權力濫用……只要本席所耽憂的狀況，有發生的一點點可能，憲法第八條的法官保留模式，就必須適用」）；李震山大法官、林子儀大法官共同提出之部分不同意見書（「只要涉及人身自由之剝奪，皆需慎重考慮核心事項之「憲法保留」的「法官保留」」）。惟許宗力大法官部分不同意見書採取較具彈性的態度，謂：「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。」

註九：德國基本法 GG §104-II（”Über die Zulässigkeit und Fortdauer einer Freiheitsentziehung hat nur der Richter zu entscheiden. Bei jeder nicht auf richterlicher Anordnung beruhenden Freiheitsentziehung ist unverzüglich eine richterliche Entscheidung

herbeizuführen. Die Polizei darf aus eigener Machtvollkommenheit niemanden länger als bis zum Ende des Tages nach dem Ergreifen in eigenem Gewahrsam halten. Das Nähere ist gesetzlich zu regeln.”）。

關於「法官保留」，參見李震山，《針對大陸地區人民執行強制出境及收容相關法律問題之研究--以台灣地區與大陸地區人民關係條例第十八條為中心》，第129～130頁（行政院陸委會專案研究報告，2005年7月）；Hartmut Maurer著（吳信華譯），法治國家的訴訟法，收於《德國聯邦憲法法院五十周年紀念論文集》（下冊），頁501以下（第505頁）（2010年10月初版）。

註十：或因法條構造不同，我國大法官歷來解釋並未區分人身自由之「剝奪」(Entziehung, depriviation) 與「限制」(Beschränkung, restriction)。參見釋字第三八四號、第三九二號、第五八八號解釋。

註十一：*See* ECHR §5:

1. Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law:
   (a) the lawful detention of a person after conviction by a competent court;
   (b) the lawful arrest or detention of a person for noncompliance with the lawful order of a court or in order to secure the fulfilment of any obligation prescribed by law;
   (c) the lawful arrest or detention of a person effected for the purpose of bringing him before the competent legal authority *on reasonable suspicion of having committed*

an offence or when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence or fleeing after having done so;

(d) the detention of a minor by lawful order for the purpose of educational supervision or his lawful detention for the purpose of bringing him before the competent legal authority;

(e) the lawful detention of persons for the prevention of the spreading of infectious diseases, of persons of unsound mind, alcoholics or drug addicts or vagrants;

(f) *the lawful arrest or detention of a person to prevent his effecting an unauthorised entry into the country* or *of a person against whom action is being taken with a view to deportation or extradition.*

2. Everyone who is arrested shall be informed promptly, in a language which he understands, of the reasons for his arrest and of any charge against him.

3. Everyone arrested or detained in accordance with the provisions of paragraph 1 (c) of this Article *shall be brought promptly before a judge* or other officer authorised by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial. Release may be conditioned by guarantees to appear for trial.

4. Everyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings by which the lawfulness of his detention shall be decided speedily by a court and his release ordered if the detention is not lawful.

5. Everyone who has been the victim of arrest or detention in contravention of the provisions of this Article shall have an enforceable right to compensation.

註十二：*See* ICCPR §9:

1. Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be subjected to arbitrary arrest or detention. No one shall be deprived of his liberty except on such grounds and in accordance with such procedure as are established by law.
2. Anyone who is arrested shall be informed, at the time of arrest, of the reasons for his arrest and shall be promptly informed of any charges against him.
3. Anyone arrested or detained on a criminal charge *shall be brought promptly before a judge* or other officer authorized by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release. It shall not be the general rule that persons awaiting trial shall be detained in custody, but release may be subject to guarantees to appear for trial, at any other stage of the judicial proceedings, and, should occasion arise, for execution of the judgement.
4. Anyone who is deprived of his liberty by arrest or detention *shall be entitled to take proceedings before a court, in order that that court may decide without delay on the lawfulness of his detention* and order his release if the detention is not lawful.
5. Anyone who has been the victim of unlawful arrest or detention shall have an enforceable right to compensation.

註十三：The Constitutional Council's decision of 25 February 1992

(Decision 92-307 DC of 25 February 1992).

註十四：“while the power to decide on detention is conferred by the statute on an administrative authority, the legislature must provide appropriately for the intervention of the judicial authority so that it can exercise its review responsibility and power.”*See* paragraph 15.

註十五：Section 8 of The Law of 6 September 1991 amending the Ordinance of 2 November 1945.

註十六：*See* paragraph 17.

註十七：Eur. Court HR, Amuur v. France, no. 19776/92, 25 June 1996, Reports 1996-III.

註十八：*See* paragraphs 43, 50 & 53.

註十九：參見解釋理由書第七段。

註二十：訴訟權之意涵，參見湯德宗，〈憲法解釋與訴訟權保障—以公務員保障與懲戒為中心〉，《憲政時代》，第30卷3期，頁353～389(2005年1月)；ECHR §6(1)(“In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, *everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law*….”).

註二十一：參見釋字第六五三號解釋(「憲法第十六條保障人民訴訟權，係指人民於其權利遭受侵害時，有請求法院救濟之權利(本院釋字第四一八號解釋參照)。基於有權利即有救濟之原則，人民權利遭受侵害時，必須給予向法院提起訴訟，請求依正當法律程序公平審判，以獲及時有效救濟之機會，此乃訴訟權保障之核心內容」)。

註二十二：參見移民法(100/11/23)第三十八條第二項但書(「但受收容人所持護照或旅行文件遺失或失效，尚未能換發、補發或延期者，得延長收容至有效證件備齊後三十日

止」)。

註二十三：*See* ECHR, Guide on Article 5, paragraph 95 ("Any deprivation of liberty under the second limb of Article 5 §1(f) will *be justified only for as long as deportation or extradition proceedings are in progress*. If such proceedings are not prosecuted with due diligence, the detention will cease to be permissible under Article 5 §1(f) (A. and Others v. the United Kingdom [GC], § 164)").

註二十四：*See* Zadvydas v. Davis, 533 U.S. 678 (2001)（依驅逐出境之命令，拘禁外國人超過六個月者，政府機關應舉證仍有拘禁之必要，始得延長拘禁）。

部分協同部分不同意見書　　大法官　李震山

內政部入出國及移民署針對受驅逐出國處分等之外國人，於強制其出國前，依入出國及移民法第三十八條第一項（下稱系爭規定）共四款要件所為之「暫予收容」處分規定，（註一）因涉及人身自由之剝奪，自與憲法第八條「人民身體之自由應予保障」規定有關。惟依現行法制，或因狃於受收容者大多非屬犯罪嫌疑人或刑事被告之外國人，因此，僅肯認其得嗣後依法提起行政救濟之權，（註二）而未適用憲法第八條之即時救濟規定。針對此種情形，本件解釋認為：「倘受收容人於暫時收容期間內，對於暫時收容處分表示不服，或要求由法院審查決定是否予以收容，入出國及移民署應即於二十四小時內將受收容人移送法院迅速裁定」。本席認為，此與憲法第八條第一項及第四項規定，即應迅速、不可遲延地由「法官介入」之「法官保留」意旨相符，並且合於相關國際人權規範精神，（註三）就此部分，敬表贊同。

惟本件解釋續以造法方式，另就「未對暫時收容表示不服之受收容人」部分，賦予內政部入出國及移民署有因遣送作業所需「至長十五天」暫時收容的所謂「合理作業期間」，於該期間屆滿前，若仍無

法執行遣送出國完畢，應將受暫時收容人移送法院聲請裁定，始能「續予收容」；嗣後如依法有延長收容之必要者，亦同。就該「合理作業期間」部分，本席認為隱藏諸多可能紊亂憲法保障人身自由價值的問題，歉難贊同，爰提此意見書。

壹、本件解釋認為系爭規定之「暫予收容」應適用「法官保留」制度，忠於憲法第八條規定的精神與理念，殊值肯定

憲法第八條第一項揭櫫：「人民身體之自由應予保障。」並採憲法保留原則（或稱憲法直接保障主義）而明定「非由法院依法定程序，不得審問處罰。」其中，「由法院」一詞，即是剝奪人身自由應由法官介入的核心依據。而「依法定程序」之意涵，依本院歷來解釋：「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，國家機關所依據之程序，須以法律規定，其內容更須實質正當，並符合憲法第二十三條所定相關之條件。」據此，依系爭規定所收容之人，既為由具司法警察人員之身分者，於得配帶戒具或武器下執行公權力措施（註四）而所逮捕、拘禁之人，自屬依法定程序應保障的對象。再就剝奪人身自由之措施，本院歷來解釋並未以刑事措施為限，尚且及於諸多行政措施，例如針對違警人之「拘留」或「送交相當處所施以矯正」、對流氓之「留置」或「管訓處分」、對不履行公法上金錢給付義務者之「管收」、對虞犯少年之「收容」等措施，皆仍須遵守「法官保留」原則（本院釋字第一六六號、第二五一號、第三八四號、第五二三號、第五八八號、第六三六號、第六六四號等解釋參照）。綜上，「暫予收容」既係對外國人違反我國法令所為剝奪人身自由的措施，且依法得收容六十日，尚可延長至一百二十日甚至更長，收容之日數且得折抵刑期，（註五）自無排除憲法第八條第一項應由「法院」即時介入之「法官保留」原則適用的正當性。

憲法第八條就人身自由保障所設「法官保留」機制，既採「憲法保留」之規定方式，自不屬立法得自由形成之範圍。既是由憲

法「欽點」而要求法官擔負人身自由保障中之監督、制衡、把關的神聖使命，立法者當無規避空間，大法官更沒有立場以節約司法資源或考慮行政效能等化約式的理由，代替法官推三阻四而拒卻憲法義務。至於法官掌理事後審判之定紛止爭工作而立於不告不理的被動地位，何以憲法尚須賦予其於人身自由保障憲政秩序之維護上，從「事後」走到「事前」去預防行政不法之法院監控(gerichtliche Kontrolle)任務，應係著眼於若能借助中立第三者的法院，獨立、公正、迅速地介入以發揮權力分立制衡功能，始能彰顯人身自由受剝奪之不可回復與即時救濟需求的憲法特性。此種預設法官在重要人權保障上，較行政機關更客觀獨立而值得信賴，因而所設計的「法官保留」制度，並非憲法禁臠，立法者不乏依人權的性質及重要性，於憲法未明文強制要求下，與時俱進採行同樣設計。（註六）法官據此所行使的職權，雖非審判核心工作，但仍係憲法權力分立相互制衡藉以保障人權理念下的產物，自不能視之為司法旁務，而任意漠視之。（註七）法官若在憲法問題意識上認同與堅持憲法精神，於承擔人身自由把關工作時，就不致於有成為行政機關「橡皮圖章」的疑慮。

貳、本件解釋既同意適用「法官保留」制度，表示認同人身自由剝奪之救濟急迫性，卻又同時創設以十五日為上限的「合理作業期間」制度，除予人挑戰、鬆動而蛀蝕人身自由剝奪應由法院「立即、迅速或不可遲延」介入的「二十四小時」憲法核心理念的疑慮外，並無助於增進行政效能與減輕司法負擔，恐難逃畫蛇添足、治絲益棼之評價

以公權力所為剝奪人身自由的行政措施，往往是措施之決定與執行併行，而現有不服行政措施所設的修補或救濟制度，就人身自由剝奪事件權利受侵害的不可回復性與救濟急迫性觀點而言，大部分不是緩不濟急，就是亡羊補牢，至多僅為遲到的正義。例如：依行政程序法規定得宣告行政處分無效、撤銷、變更、廢止、失效或決定程序再開等；依訴願法或行政訴訟法提起行政爭

訟，包括聲請停止執行；或依國家賠償法、刑事補償法追究國家責任等，大多程序費時、爭訟冗長。因此，憲法方允許人民於事發初始即得由事件關係人先行主觀認定公權力所為之人身自由剝奪是否「依法定程序」，或是否「合法」，並賦予其有請求法院即時介入為明快制約處置之權。就人身自由保障而言，只有類似制度設計較能有效保障人權，避免嗣後爭訟浪費司法或其他國家資源，甚至可累積人民對國家信賴，是理性且人性化之規範。

憲法第八條第一項末句規定：「非依法定程序之逮捕、拘禁、審問、處罰，得拒絕之。」為確保「得拒絕」規定的踐履可能性，該條文分別以第二項與第三項規定之「主動移審」與「聲請提審」，以及第四項規定之「聲請追究」制度為配套，其前後規範之對象、實體與程序要件容有不同，但卻同聲一氣共三次提及「二十四小時」，三度提及「不得拒絕」，一處提及「不得遲延」，明白凸顯「法官保留」中法官介入時點的急迫性特質。因此，若將二十四小時比擬為災害的黃金救援時間，亦不為過。若將之從「法官保留」中抽離，將使「法官保留」淪為沒有魂魄的軀殼，只是人身自由保障的廉價裝飾品。因此，除尚須另經檢驗是否符合憲法規定意旨之法定障礙期間外，若未經修憲，應無由立法或司法機關造法變更「二十四小時」文義的空間。（註八）

本件解釋所稱「合理作業期間」，是為準備遣送出國而設，作業上或有其必要。但其與憲法將「二十四小時」定位為人身自由剝奪救濟的「急迫審查期間」，性質上是風馬牛不相及，自無互相取代的空間。僅以「整體法秩序為價值判斷」的模糊辭令，或以「暫時收容」與「暫予收容」用語的隻字之差，試圖將兩者混為一談，予人憲法所定二十四小時「並不合理」的聯想，而得到「並不違反憲法第八條第一項保障人身自由之意旨，是此暫時收容之處分部分，尚無須經由法院為之」的結論，恐有失釋憲者立場而難以服人。（註九）其刻意規避憲法第八條所明示之「二十四小時」誡命，自行創造的「合理作業期間」，（註十）保障程

度上甚至比某些立法還低，（註十一）堂而皇之將十五日寫入必須修憲或再次釋憲始可能變更的本院解釋之內，滯化未來法制進步的空間，確實令人不安。（註十二）

逾越二十四小時的「合理作業期間」例子一開，性質相近的大陸地區人民及香港澳門居民強制出國前的暫予收容，若法律無合憲而得以排除差別對待的特別規定，即應等同辦理。而其他行政性質之剝奪人身自由措施，有關規範應否皆須比照本件解釋而由大法官明確決定「合理作業期間」方具正當性？不無疑慮。就以本院不久前才作成的釋字第六九０號解釋為例，該號解釋明白指出所涉被「強制收容」情形不適用「法官保留」原則，若要再設定類似的「合理作業期間」，恐須變更該號解釋之見解？（註十三）此外，若將「合理作業期間」讓諸立法者以法律定之，其立法形成自由之有無，以及規定期間之長短等，則是另行衍生有無違反比例原則或平等原則的爭議，此或可從相關舊釋憲聲請案中，尋找出蛛絲馬跡。（註十四）至於「合理作業期間」實際執行後，是否有助於提昇行政效能或減輕司法負擔，還是可能如同打開潘朵拉的盒子，使合憲性問題之質疑接踵而至，則有待觀察。（註十五）綜上，憲法給公權力機關剝奪人身自由的「合理作業期間」，應該就只有二十四小時，本件解釋畫蛇添足自創為便於驅逐出國的合理作業期間，除予人挑戰、規避憲法的不良觀感外，若再經不當解讀與適用而異化憲法規定本旨，或被國際間斷章取義引為負面例證，將有害我國人權保障形象，弄巧成拙而得不償失。

叁、真誠面對憲法，方屬上策

若認真誠實地依憲法第八條第一項、第四項意旨，以及深切體悟本院於人權保障仍處於困頓時期，由前輩大法官所作成信守憲法責任倫理而廣獲好評的諸多人身自由保障解釋，就不致刻意、片面、且有選擇性地投入本院釋字第五八八號解釋所稱：「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」的羅網中，作繭自縛。殊不知，拘束人身自由的動機、目的或手段並不能改變身體自由被侵害的結果，具體而言，刑事被告與非刑事被告所被剝奪人身自由的本身，本質上並不可能有所不同。其若違反受收容人之意願而強制之，自與以「自我決定」為核心的人性尊嚴及一般人格權侵害有密切關係。再者，其必須踐行的正當程序係指「實質正當之法律程序，兼指實體法及程序法規定之內容」(本院釋字第三八四號解釋參照)。而由憲法所明定的「法官保留」及「二十四小時限制」要件，非刑事被告自無被排除在外或異其處理的堅強理由。因此，前揭釋字第五八八號解釋係「詮釋的前理解」(hermeneutisches Vorverständnis)並非精確而容有誤差，在此情形下，實難以刑事被告與非刑事被告的分類，作為合理差別待遇的正當性基礎。(註十六) 而該二分法正是使「非刑事被告」輕易與「法官保留」強行隔絕的始作俑者，導致與「法官保留」為一體兩面且互為表裡的「二十四小時限制」，順理成章地一併被棄而不顧，隱合「傾倒洗澡水時連同嬰兒一併倒掉」的外國俗諺，本院釋字第六九０號解釋的理路與結果，即屬未經深刻反思的適例。(註十七)

人身自由保障中之「法官保留」制度，缺了「二十四小時」的時間要素，將名存而實亡，縱然再強化其他正當法律程序，亦無法治癒其瑕疵。同樣的，源頭如果即以刑事或非刑事被告作為分類，異其應否適用「法官保留」及「二十四小時」，則不論下游法律制度再如何設計，憲法周延保障人身自由之意旨，落實之際均難免捉襟見肘。本件解釋既將「法官保留」找回，理應連「二十四小時」一併迎回，卻功虧一簣而為德不卒。因此，如果吾人能真誠面對憲法保障人身自由意旨的整全性，實無必要再僵化地單獨以憲法第八條第二項、第三項的文義為由，逕為認定只有「犯罪嫌疑人」才需要二十四小時保障，甚至越俎代庖地將憲法第八條第一項及第四項的「人民」，視原因案件的個案或以分類切割

的手法侷限於「犯罪嫌疑人或刑事被告」，而使「非犯罪嫌疑人或非刑事被告」人身自由被剝奪時，不必當然遵守憲法二十四小時的規定，且不得適用提審法，（註十八）形成人身自由保障的絕大漏洞，是對憲法的反噬。若不予以嚴正辨明，當此種說法一旦成為以維持現狀為職志，懼於根本改革的保守「反動修辭」(rhetoric of reaction)（註十九）後，就更容易使「非刑事被告」人身自由成為似是而非的「提昇行政效能」與「節約司法資源」貢桌上的祭品。

其實，內政部入出國及移民署針對受收容人為犯罪嫌疑人時，既應依憲法第八條第二項及第三項規定，由功能上的警察機關（內政部入出國及移民署）與檢察官共用二十四小時，依刑事訴訟法由檢察官決定是否向法院聲請羈押，或為具保、責付、限制住居、飭回，則殊無以收容作為替代措施，甚至創設名為司法機關「責付」予內政部入出國及移民署，實形同羈押之制度，使有犯罪嫌疑之外國人成為人身自由保障法制的化外之民。（註二十）至於針對其他收容事件，則一律由內政部入出國及移民署於二十四小時內移送法院裁定，就尊重受收容人意願下，或可再作如下區隔：若受收容人有主動要求移送法院者，可連人帶卷移送；若受收容人未表示請法院裁定者，除法院有特別要求者外，得僅將卷證移請法院書面審理即可。另有關「法院裁定得審查之範圍，有無必要就驅逐出國處分一併納入審查等整體規定」問題，則可連同究應移送地方法院簡易庭或行政訴訟庭審理，一併深入討論後決定之。至於經法官裁准應予收容者，應否一併決定收容期間？又收容多少期間後之「續行收容」須再由法官裁定？以及整個收容期間之上限與廢止收容等問題，皆可由立法者通盤檢討後定之。在此同時，相關之政治庇護、難民收容與保護等法制皆應整體通盤研擬制定，藉以使我國之外國人人權保障法制與實務，能在國際社會上獲得較優之評價。

德國公法法制與我國相近，其基本法有關人身自由保障規

定中有關「法官保留」之要件與我國憲法相較，寬嚴容有差別，但基於權力分立制衡以及近代歷史背景相近，（註二十一）而期收人身自由保障效果之精神則如出一轍。（註二十二）至於其有關外國人收容的規範，主要明定在通稱為「外國人法」的第六十二條，該條規定除貫徹基本法「法官保留」之意旨外，尚將收容一分為二。首先，在驅逐出國處分作成前之預備性收容(Vorbereitungshaft)，若經法官許可，原則上有六週收容期間。（註二十三）其次，於作成驅逐出國處分後之保全收容(Sicherungshaft)，若經法官許可，原則上有兩週收容期間，在特定要件下，尚有六個月與十二個月的收容期間規定。（註二十四）所有收容，包括緊急收容措施，（註二十五）皆須依基本法意旨取得法官指令(richterliche Anordnung)，在該前提下，收容持續的期間、可再延長的期間及是否須再經法官同意等實體、程序要件，皆有完整的立法配套規定。換言之，立法者於無條件遵守憲法之「法官保留」及「期間限制」原則後，才有形成自由去考量行政與司法的效能問題。除此之外，該國尚有「憲法保留」的政治庇護權詳細規定（基本法第十六條 a），及堪稱詳盡的難民庇護程序法(Asylverfahrensgesetz)，均值得我國參考。吾人若不真誠面對憲法問題解決之，就易陷入泥淖而無法中肯地化解後續行政執行與司法監督的立法問題，若欲進而建立完整而長治久安的「外國人法制」，恐尚有一段漫長的路要走。

肆、結語

本件解釋受限於解釋客體與範圍，未就非本國籍人士之身分再細分為難民、申請政治庇護者、外交人員、無國籍人士、大陸或港澳地區人民等，對此有區別實益而面臨的根本問題，有待後繼相關解釋的補遺。至於本件解釋並未以互惠原則之國際法觀點，或以國情、政治現實、文化價值差異等內國主權觀點，作為對外國人人身自由保障推辭或差別待遇的理由與前提，而稱：「我

國憲法第八條關於人身自由之保障亦應及於外國人，使與本國人同受保障。」似已意識到人身自由是具跨國普世性人權性質，有意對外國人人身自由保障一律採國民待遇(national treatment)，能有東晉陶淵明「此亦人子也，可善遇之」的寬容態度，符合憲政文明國家維護基本權利的價值理念，亦合於全球化下每個人皆有可能成為外國人的平權預設，應值得贊許。惟追求人權保障普世價值，應不是脫口而出的儀式性語言，而是一種需要以實踐去證明的原則！

於釋字第六九0號解釋刻意避開「法官保留」思考脈絡後不久，本號解釋即能幡然回歸正途，確有助於「非刑事被告」人身自由保障的良性循環，令人欣慰。但覺得惋惜的是，多數意見寧願為公權力的方便，甘冒以造法之名行修憲之實的大不韙，頗費周章地創設未必合憲的「合理作業期間」制度，然而卻吝於為人身自由保障，以釋憲的正途費心作補網詮釋工作。其網開一面後所可能形成的問題，是否會為多數意見念茲在茲的提昇行政效能與減輕司法負擔幫了倒忙，有待觀察。祈願「合理作業期間」一詞，莫成為日後有關「非刑事被告」人身自由剝奪的相關立法大開行政方便之門的令箭或擋箭牌。

六十餘年前所頒行的中華民國憲法第八條，堪稱是進步且超前的規定。但因實施非常態憲政體制持續逾四十年，使該規定長期沈睡，甚至形同具文，社會因此付出極大代價。所幸，在那頗多禁忌的年代裏，本院前輩大法官卻能屢屢抓住被動解釋的時機，作出合乎時代脈動的解釋，呈現出劃破暗夜的光芒，並以接力拼圖的方式，一塊一塊拼湊本已破碎的人身自由保障圖像，其忠於憲政信念，遵守憲法責任倫理，而誠實面對憲法的態度，以及與時俱進的戮力典型，令人肅然起敬。時序來到開放自由的時空環境內，後繼者在往事並未如煙的情況下，腳步不自覺放緩，有時還保守、迂迴、後退，難免令本席常興起今不如昔，而愧對前賢的感嘆！

註一：得「強制驅逐出國」之要件明定於入出國及移民法第 36 條第 1 項，現行法（100 年 11 月 23 日修正公布，下同）共分為 11 款情形。至於「暫予收容」之 4 款要件為：「一、受驅逐出國處分或限令七日內出國仍未離境。二、未經許可入國。三、逾期停留、居留。四、受外國政府通緝。」至本件解釋所審查之第 38 條第 1 項規定，於修正公布後，增加「非予收容，顯難強制驅逐出國」為共同要件，僅就未經法官介入而不符法官保留原則乙點，新舊法相同。

註二：入出國及移民法第 38 條第 3 項規定：「受收容人或其配偶、直系親屬、法定代理人、兄弟姊妹，得於七日內向入出國及移民署提出收容異議。」針對暫予收容之行政處分，自可依法提起訴願及行政訴訟。

註三：憲法第 8 條第 4 項規定：「人民遭受任何機關非法逮捕拘禁時，其本人或他人得向法院聲請追究，法院不得拒絕，並應於二十四小時內向逮捕拘禁之機關追究，依法處理。」公民與政治權利國際公約第 9 條第 4 項規定：「任何人因逮捕或拘禁而被奪自由時，有權聲請法院提審，以迅速決定其拘禁是否合法，如屬非法，應即令釋放。」歐洲人權公約第 5 條第 4 項規定：「因逮捕或拘禁而被剝奪人身自由的任何人，有權依司法程序，請法院立即對措施的合法性作出決定，措施若非合法，即應下令釋放。」該兩項國際公約皆賦予被剝奪人身自由者，不分本國人或外國人，不分刑事被告或非刑事被告，不論主動或被動提起，皆有隨時請求法院「立即」、「不可遲延」或「迅速」就措施合法性為決定之請求權。我國憲法規定意旨亦同，只不過進一步將該「急迫性」的上限，不論依「提審」或「追究」不同要件下，皆定為「二十四小時」。

註四：依入出國及移民法第 89 條規定：「入出國及移民署所屬辦理入出國及移民業務之薦任職或相當薦任職以上人員，於執行非法入出國及移民犯罪調查職務時，分別視同刑事訴訟法第

二百二十九條、第二百三十條之司法警察官。其委任職或相當委任職人員，視同刑事訴訟法第二百三十一條之司法警察。」另依同法第 72 條第 1 項規定：「入出國及移民署執行查察逾期停留、居留、非法入出國、收容或遣送職務之人員，得配帶戒具或武器。」

註五：依入出國及移民法第 38 條第 2 項規定：「前項收容以六十日為限，收容期間屆滿，入出國及移民署在事實上認有繼續收容之必要，得延長收容六十日，以一次為限。但受收容人所持護照或旅行文件遺失或失效，尚未能換發、補發或延期者，得延長收容至有效證件備齊後三十日止。」另依同條第 6 項規定：「有第一項各款情形之一之外國人涉及刑事案件，經司法機關責付而收容於第三十九條所定之收容處所，並經法院判決有罪確定者，其收容之日數，以一日折抵有期徒刑或拘役一日或刑法第四十二條第六項裁判所定之罰金額數。」

註六：例如：依刑事訴訟法第 128 條之 1「由法院核發搜索票」，依通訊保障及監察法第 5 條第 2 項「由法院核發通訊監察票」，皆屬以法律明定審判工作以外之法定「法官保留」(gesetzliche Richtervorbehalt)事項。就此，立法者擁有形成自由空間，空間之大小及其界限有爭議時，就有賴違憲審查定奪之。至於經憲法直接規定之「法官保留」，則完全拘束立法者不得以法律變更之。

註七：憲法第 80 條規定：「法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉。」並非謂法官只能從事審判工作，重點毋寧在於，要求法官從事審判工作時，應中立、依法、獨立。因此，法官只要不悖離被動、中立、獨立處理個案爭議的司法屬性與界限，而依非訟事件法、公證法、強制執行法，或其他法律特別規定而執行非核心審判職權，不致就與憲法第 80 條之精神有所扞格。

註八：本院釋字第 392 號解釋：「至於憲法第八條第二項所謂『至遲

於二十四小時內移送』之二十四小時，係指其客觀上確得為偵查之進行而言。本院釋字第一三０號之解釋固仍有其適用，其他若有符合憲法規定意旨之法定障礙事由者，自亦不應予以計入，併此指明。」又稱：「而此二十四小時究竟合乎現實之需要與否？應否如同其他部分之國家然，規定為四十八小時、甚或七十二小時，此則屬於修憲之問題。」至作成於民國 60 年 5 月 21 日的釋字第 130 號解釋，也考量到憲法第 8 條規定之「二十四小時」「時限至為嚴格」，並認為制憲本旨並非「不問任何情形」欲將「事實所不能」之時間一併計入，因而承認法定障礙期間的存在，但亦指出「不得有不必要之遲延」。以羈押制度為例，86 年 12 月 19 日增訂公布之現行刑事訴訟法第 93 條之 1 規定共有 8 款事由，其制定時間儘管遠晚於釋字第 130 號解釋，但其中例如第 3 款夜間不得詢問之時間不予計入，究係事實所不能，抑或係變相使人身自由受拘束者，必須在「同意夜間詢問」與「延長人身自由受拘束時間」之間取捨，是否與憲法保障人身自由意旨相符，有待檢證。又如第 6 款「等候通譯傳譯期間」，被告或犯罪嫌疑人係外國人時可能涉及，然法律亦僅規定至長不得逾 6 小時，6 小時後即續行計算 24 小時，以決定有無繼續拘束人身自由之必要；此期間並非作為本案訊問之用，明白至極，本件卻不顧憲法 24 小時之明文，硬解 15 日上限為行政機關辦理遣送出國之作業期間，何如在遵守憲法，以 24 小時加上尚須另經檢驗的法定障礙期間內踐行法官保留原則之後，再由立法通盤檢討決定多久始為合理作業期間？

註九：本件解釋稱：「入出國及移民署自須有合理之作業期間，以利執行遣送事宜，例如代為洽購機票、申辦護照及旅行文件、聯繫相關機構協助或其他應辦事項，乃遣送出國過程本質上所必要。因此，從整體法秩序為價值判斷，系爭規定賦予該署合理之遣送作業期間，且於此短暫期間內得處分暫時收容

該外國人，以防範其脫逃，俾能迅速將該外國人遣送出國，當屬合理、必要，亦屬國家主權之行使，並不違反憲法第八條第一項保障人身自由之意旨，是此暫時收容之處分部分，尚無須經由法院為之。」

註十：本件解釋合理作業期間的「十五日上限」，係參考主管機關所提供的局部統計數據，而在該等資料之完整性與正確性尚有待進一步求證前，即以之作為釋憲依據，恐有失審慎並存在著一定的風險。

註十一：例如：警察機關似乎已正視人身自由保障的積極意義，不再從「合理作業期間」觀點思考相關執法問題，主動提案，並已於100年11月4日經立法院三讀刪除社會秩序維護法第47條：「違反本法案件情節重大，有繼續調查必要，而嫌疑人身分不明或無固定之住、居所者，得令具保；其不能具保者，得暫予留置。但不得逾二十四小時。」其立法說明為：「留置屬限制人身自由行為，其要件及程序需實質正當並符合比例原則，僅因調查案件必要，即對於不能具保之嫌疑人留置二十四小時，容有未當，且近十年警察機關及地方法院均未援用本條規定，爰予刪除，以符合公民與政治權利國際公約第九條有關人身自由保障之意旨。」原本主管機關對於違反社會秩序維護法案件之處理，係以24小時為上限；行政執行處依行政執行法第17條第6項規定，就是否管收義務人，亦係須自拘提時起24小時內決定；本件解釋所自行創造的「合理作業期間」，對照上開原本之法律規定，以及警察機關正視國際公約之態度，本件解釋似是走在回頭路之上。

註十二：系爭規定於88年5月21日制定公布時原為第36條，收容期間於第2項規定為15日，必要時每次得延長15日。96年12月26日修正公布移列條次為第38條，第2項並將期間延長為60日，必要時得延長至遣送出國為止，修正之立法理由稱：「有

關原條文第二項規定每次收容期間為十五日，而實際上大部分案例並無法於該期間內遣送出境」。現行法第2項又將60日定為僅能延長1次，亦即至多120日。本件解釋以等同於憲法之效力，將期間定為15日。然而幾日始為「合理作業期間」，本難以一概而論；此期間規定，亦非本件解釋所審查之對象；以此替代憲法「二十四小時」之文義，更是魚目混珠，且滯化未來法制進步的空間。一個很簡單的疑問，如果未來因遣送出國事件之多寡或行政程序繁簡之不同，合理作業期間在本院未變更本件解釋前，立法者豈非不得任意修改法律？須於憲法明文之24小時內移請法官決定，與行政機關究需多久作業期間始為合理，兩者在層次上或意義上，均明顯不同。

註十三：釋字第690號解釋稱：「是對傳染病相關防治措施，自以主管機關較為專業，由專業之主管機關衡酌傳染病疫情之嚴重性及其他各種情況，決定施行必要之強制隔離處置，自較由法院決定能收迅速防治之功。另就法制面而言，該管主管機關作成前述處分時，亦應依行政程序法及其他法律所規定之相關程序而為之。受令遷入指定之處所強制隔離者如不服該管主管機關之處分，仍得依行政爭訟程序訴求救濟。是系爭規定之強制隔離處置雖非由法院決定，與憲法第八條正當法律程序保障人民身體自由之意旨尚無違背。」然而，哪一個行政機關於處理其職掌範圍之事務，不是比法院更為「專業」？又，允許以一般司法救濟取代憲法第8條法官得迅速介入之程序，易使人將「馮京」誤讀為「馬涼」，實不足為訓。針對釋字第690號解釋之評論意見，可參考兩篇從不同角度出發的論文：李建良，〈人身自由的憲法保障與強制隔離的違憲審查－釋字第690號解釋〉，《臺灣法學雜誌》，第186期，100年10月15日，頁60以下；林超駿，〈非刑事預防性拘禁之法官（院）保留－兼

評釋字第六九〇號解釋〉,《月旦法學雜誌》,第207期,101年8月,頁176以下。

註十四:曾有地方法院法官裁定停止訴訟程序,針對兒童及少年性交易防制條例第16條第1項規定聲請釋憲:「直轄市、縣(市)主管機關所設之緊急收容中心應於安置起七十二小時內,提出報告,聲請法院裁定。」本院釋字第590號解釋針對兒童及青少年安置於緊急收容中心72小時規定的合憲性雖未實體審理,而以下述理由作成不受理決定:「末按法官於審理案件時,對於應適用之法律,認為有牴觸憲法之疑義,依本院釋字第三七一號及第五七二號解釋,聲請本院大法官解釋者,應以聲請法官所審理之案件並未終結,仍在繫屬中為限,否則即不生具有違憲疑義之法律,其適用顯然於該案件之裁判結果有影響之先決問題。本件據以聲請之臺灣苗栗地方法院九十年度護字第三一號兒童保護安置事件,聲請法官已適用兒童及少年性交易防制條例第十六條第二項規定為本案之終局裁定,事件已脫離其繫屬,是其認所適用之該條規定及相關之同條例第九條及第十五條第二項,有牴觸憲法之疑義,依本院上開解釋聲請釋憲部分,核與各該解釋所示聲請釋憲之要件不符,應不予受理。」惟並不表示該規定必然合憲。若以該已遭違憲質疑的規定為「令箭」,意圖作為「合理作業期間」的正當性理由以說服外界,類比不倫,結果不啻緣木求魚。類似規定,尚有兒童及少年福利與權益保障法第57條第1項至第3項規定:「直轄市、縣(市)主管機關依前條規定緊急安置時,應即通報當地地方法院及警察機關,並通知兒童及少年之父母、監護人。但其無父母、監護人或通知顯有困難時,得不通知之。」「緊急安置不得超過七十二小時,非七十二小時以上之安置不足以保護兒童及少年者,得聲請法院裁定繼續安置。繼續安置以三個月為限;必要時,得聲請法院

裁定延長之，每次得聲請延長三個月。」「繼續安置之聲請，得以電訊傳真或其他科技設備為之。」姑不論前述「暫予留置」、「緊急安置」規定性質、規範對象與本件解釋不同，但本件解釋中逾越憲法明文「二十四小時」之「合理作業期間」部分，若成為前述規定應屬合憲的主張依據，負面影響的層面就相當可觀！

註十五：依入出國及移民法第38條第8項規定：「第二項收容、延長收容及第三十六條強制驅逐出國之處分，應以當事人理解之語文作成書面通知，附記處分理由及不服處分提起救濟之方法、期間、受理機關等相關規定；收容處分並應聯繫當事人原籍國駐華使領館或授權機構。」入出國移民署應即以書面告知受收容人，其有要求「由法院審查決定是否予以收容」之權，若大部分受收容人於被收容之初因資訊完整而即提出前述要求，所設之「合理作業期間」，即無太大實益，甚至形同具文。再者，受收容人於受收容後15天內皆可隨時提出前述要求，而主管機關在15天內欲順利將「未向法院表示不服的收容人」遣送出國，而免受司法監督之如意算盤，恐未必能夠完全實現。若收容15天屆滿，受收容人仍未向法院表示不服而又無法順利被遣送出國，入出國移民署應主動聲請法院裁定，方能「續予收容」，此種情形若不鮮見，就表示這「十五天上限」未必是「合理作業期間」，況且，該種情形與受收容人曾向法院聲明不服，經裁定應予收容，而15天內仍無法順利遣送出國者，結果又有何差別？最值顧慮者，若法院於審理「續予收容」案時，發現先前之收容係屬違法，恐生國家責任問題。可見「合理作業期間」除治絲益棼外，恐蒙上為儘快將外國人驅逐出國預留「黑箱作業期間」的塵垢。

註十六：本件解釋試圖緩頰而調整釋字第588號解釋用語為：「惟刑事被告與非刑事被告之人身自由限制，在目的、方式與程

度上畢竟有其差異，是其踐行之司法程序或其他正當法律程序，自非均須同一不可」。限制人身自由的「方式與程度」，終究仍無法調整剝奪人身自由的「本質」，何況正當的目的，並不當然能證立其手段或程序的正當性。

註十七：本院釋字第690號解釋指出：「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，已如前述，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。強制隔離與其他防疫之決定，應由專業主管機關基於醫療與公共衛生之知識，通過嚴謹之組織程序，衡酌傳染病疫情之嚴重性及其他各種情況，作成客觀之決定，以確保其正確性，與必須由中立、公正第三者之法院就是否拘禁加以審問作成決定之情形有別。且疫情之防治貴在迅速採行正確之措施，方得以克竟其功。」其中，「強制隔離」所形成的人身自由拘束，與「刑事處罰」所造成的身體自由侵害，本質上豈有差異存在？此外，對該號解釋論點的質疑，詳見本席與林子儀大法官共同提出的部分不同意見書。

註十八：與本件解釋系爭規定有重要關聯的提審法第1條、第8條及入出國及移民法第38條第2項規定，多數意見決議不予受理，本席未予贊同。緣於本院釋字第392號解釋作成後，提審法曾於88年12月15日修正公布第1條、第3條、第4條、第6條及第9條條文，惟為落實憲法第8條及公民與政治權利國際公約第9條人身自由保障之規定，就提審法關於提審對象之檢討與修正，實刻不容緩。至於入出國及移民法第38條第2項與本件系爭規定關係之密切，詳見本意見書以下的說明。

註十九：美國著名的德裔政經思想家Albert O. Hirschman(1915-2012)，有一本著作名為The Rhetoric of Reaction Perversity, Futility, Jeopardy(Harvard University Press, 1991)，係為有助於遏制

20世紀80年代新保守主義浪潮而寫。該書認為：為維持傳統及既有秩序、制度、價值與利益，而抗拒、反對根本改革的保守主義者，通常會以如書名所示的「悖謬論」、「無效論」與「危險論」命題，作為批判自由、改革思想的理論旗幟。該書對前述命題一一加以剖析、反思或駁斥，書中也沒忘了提醒自由主義者要超越「不妥協的修辭」(rhetoric of intransigence)，以免與保守主義者犯同樣的錯誤，發人深思。

註二十：入出國及移民法第38條第5項規定：「受收容人涉及刑事案件已進入司法程序者，入出國及移民署於收容前或執行強制驅逐出國十五日前，應通知司法機關；其係經司法機關責付者，並應經司法機關同意，始得執行強制驅逐出國。司法機關認為有羈押之必要者，應移請司法機關處理。」所謂「責付」，其實就是將有犯罪嫌疑之外國人，以強制力收容於入出國及移民署之處所，期間可達120日，與刑事訴訟法上之責付，係交由「得為被告輔佐人之人或該管區域內其他適當之人」(除得為被告輔佐人之人、被告委任之代理人外，一般即為「以居住該管區域內被告之尊長親友或其他有正當職業或有聲譽信用之人，而對被告具有拘束力、影響力者」)，被告原則上仍得自由活動，僅負經傳喚應到庭之義務，迥然不同，實形同羈押。因此，入出國及移民法第38條第6項即規定，若該外國人後經判決有罪，責付由入出國及移民署收容之日數，以1日折抵有期徒刑或拘役1日。若責付予入出國及移民署者為法院，尚可謂符合法官保留原則，但如為檢察官，豈非恍若檢察官羈押權之再現？而所設之15日期限，亦明顯牴觸憲法第8條第2項及第3項明文之24小時，並與本院釋字第392號解釋有所衝突，造成人身自由保障法制之紊亂。

註二十一：德國第三帝國納粹政權對人身自由漠示的歷史，與我國

軍事戒嚴動員戡亂時期，解嚴前的行政威權政治，皆共同有不堪回首的經驗，歷史的場景雖然有別，但人們的心靈不會因此受到時空限制，而對人身自由之需求無法共鳴，兩相比較，更可堅信憲法對人身自由保障的信念是超國界的，並非那個國家或區域特有的「教條」。

註二十二：人身自由被德國聯邦憲法法院稱為法益特別高的自由(ein besonders hohes Rechtsgut, vgl. BVerfGE 70, 297/307.)，而本件解釋稱：「人身自由係基本人權，為人類一切自由、權利之根本」。德國基本法第 2 條第 2 項第 2 句規定：「人身自由不受侵害。」與我國憲法第 8 條第 1 項第 1 句雷同。其第 104 條第 2 項規定：「人身自由剝奪之許可及期間，僅得由法官決定之。未經法官指令所為之人身自由剝奪，應即請求法官決定。」此與我國憲法第 8 條第 1 項第 2 句、第 3 句意旨接近，但其保障對象不僅限於「犯罪嫌疑人」，尚包括「非犯罪嫌疑人」在內。至於移送法院的期限，德國基本法規定，針對逮捕犯罪嫌疑人後，應由逮捕機關至遲於逮捕之次日(spätesten am Tage nach der Festnahme)，主動「將人移送」由法官審問 (Vernehmen) 並給予異議機會後由法院裁定之。至於其他由警察依其權力剝奪人身自由部分，則應由逮捕機關（廣義的警察機關）於措施翌日終了前(bis zum Ende des Tages nach dem Ergreifen)，將案件移送法院裁定，未明文規定須對人審問，若法院在上開時間內未為裁定，應即釋放。對此，我國憲法則係以「二十四小時」為基調。

註二十三：被通稱為「外國人法」(Ausländerrecht) 的正式全名是「德國境內外國人居留、就業與融合法」(Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet，簡稱 Aufenthaltsgesetz，最後修正日為 2012 年 6 月 1 日)。該法第 62 條第 2 項規定：

「就外國人驅逐出國無法立即為裁決，且若非先予收容，則驅逐出國將生重大困難或阻礙者，為驅逐外國人出國預作準備，須以法官之指令而為收容（預備收容）。預備性收容之期間不得逾六週。於驅逐出國決定收容期間內，收容無須再由法官裁定。」

註二十四：德國「外國人法」第 62 條第 3 項規定：「一、於有下列情形者，為保全外國人之驅逐出國，須以法官之指令而為收容（保全收容）：1.該外國人係因未受許可入國而負有可執行之出國義務者，1a.驅逐出國處分已依第五十八條之一作成，但該處分無法被直接執行者。2.出國期限屆滿，且該外國人變更其居留地，而未告知該管外事機關其可聯繫之住址者。3.該外國人因可歸責於己之事由，而未能就驅逐出國事宜，於外事機關通知時間內至所指定之處所者。4.該外國人以其他方式逃避驅逐出國者，或 5.有合理懷疑認該外國人欲逃避驅逐出國者。二、當出國期限屆滿且認定可執行驅逐出國時，得對該外國人施以至長兩週保全收容。當外國人以可信方式顯示其將不會逃避驅逐出國時，得例外地不依第一句第一款事由為保全收容之處分。當可確定因非可歸責於該外國人之事由，該驅逐出國無法於最近三個月內被執行者，該保全收容為不合法。當驅逐出國因可歸責於該外國人之事由而無法執行者，依第一句所為之處分於所訂期間屆滿止，不受影響。」同條第 4 項規定：「保全收容最長至六個月。於該外國人驅逐出國受阻礙時，該保全收容最長可延至十二個月。預備收容期間應計入保全收容之全部期間內。」

註二十五：德國「外國人法」第 62 條第 5 項、第 6 項規定：「有權為收容申請之機關得於下列情況，在無事先之法官指令前，逮捕外國人並暫時留置之：1.對於第三項第一句所

定情形之要件下，而有重大嫌疑者。2.無法事先取得法官對於保全收容之處分者，並且 3.存在合理懷疑，該外國人將逃避該保全收容之指令。」「應立即將該外國人提交法官，以作為保全收容指令之裁決。」

部分協同部分不同意見書　　大法官　陳春生

對於本號解釋，本席謹提出以下部分協同、部分不同意見書：

壹、協同意見

本席贊同多數意見認系爭規定違反憲法第八條第一項保障人民身體自由之意旨，而至遲應於二年內失其效力。其中尤值肯定者為：一、雖外國人無自由進入我國之權利，但憲法第八條第一項人身自由保障亦及於外國人；二、賦予受暫予收容之外國人有立即聲請法院審查暫予收容決定之權利，即若受收容人表示不服或要求由法院審查決定是否收容時，入出國及移民署應即於二十四小時內將受收容人移送法院，迅速裁定是否予以收容；三、解釋文特別援引一００年十一月二十三日修正公布之入出國及移民法第三十八條第八項教示之規定；以及四、理由書第六段檢討是否於上揭法律中增訂具保責付之制度等，本席敬表贊同。

本號解釋理由書指出，系爭規定未賦予受暫時收容人即時有效之司法救濟，難認已充分保障受收容人之基本人權，自與憲法第八條第一項正當法律程序有違。按源自於英美法系慣用之正當法律程序概念，主要指若未經由正當程序，不得對任何人剝奪其生命、自由或財產。從另一角度，正當法律程序乃在確保立法、司法與行政權之行使，必須公平與合理，即非基於恣意（註一）。本院除自釋字第三八四號解釋關於憲法第八條人身自由保障條款之法定程序，引進正當法律程序原則以來，更進一步適用於訴訟權（本院釋字第六六三號解釋參照）、財產權（本院釋字第四０九號及第四八八號解釋參照）、工作權（本院釋字第四六二號及第四九一號解釋參照）、講學自由（本院釋字第五六三號解釋

參照）、秘密通訊自由（本院釋字第六三一號解釋參照）等領域。姑不論本院逐步擴大正當法律程序之適用範圍，而未明示其憲法依據，其或隱含類推適用憲法第八條，或各該基本權利內含正當程序保障，或可適用第二十二條，惟本院解釋如同本號解釋，似已將正當法律程序定位為憲法原則，作為拘束國家公權力行使之依據。

而何謂程序正當？依本院釋字第六九０號解釋指出，人身自由為重要之基本人權，應受充分之保護，對人身自由之剝奪或限制尤應遵循正當法律程序之意旨，惟相關程序規範是否正當、合理，除考量憲法有無特別規定及所涉基本權之種類外，尚須視案件涉及之事物領域、侵害基本權之強度與範圍、所欲追求之公共利益、有無替代程序及各項可能程序之成本等因素，綜合判斷而為認定。

貳、不同意見

惟本號解釋創設「合理作業期間」之概念，並認為本號解釋合理作業期間為十五日，亦即，多數意見認為，暫時收容時間不宜過長，但只要不超過十五日，則被允許。換言之，系爭規定賦予入出國及移民署暫予收容受收容人可達六十日之期間，逾越上開十五日之合理作業期間，因此牴觸憲法保障人身自由之意旨云。

事實上，此舉（即創設「合理作業期間」）乃不必要也不適當。

一、不必要者為，依本院釋字第三八四號解釋意旨，憲法第八條第一項所稱「依法定程序」，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，國家機關所依據之程序，須以法律規定，其內容更須實質正當，並符合憲法第二十三條所定相關之條件。」；又本院釋字第六三六號解釋理由書指出：「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。」依上開解釋之意旨，即使被限制人身自由者非刑事被告，也應該與限制刑事被告人身自由所踐行之正當法律程序相類。本案若給予合理作業期間，毋須法官保留，是否與本院釋字第三八四號及第六三六號解釋牴觸？相反地，只要履行法官保留原則（事前或事後），則不論合理作業期間之長短，都有正當理由。而本號解釋不採法官保留之審查基準，代之以提審制精神之解決方式，亦即賦予受暫予收容之外國人有立即聲請法院審查暫予收容處分決定之權利，此時，入出國及移民署應即於二十四小時內將受收容人移送法院，迅速裁定是否予以收容，亦為合理之解決方法，等同事後之法官保留，與上述兩號解釋保障人身自由之精神亦可相一致。因此，不必創設合理作業期間以為主管機關為暫時收容處分之正當性基礎。

二、不適當者為，若依本號解釋意旨，因入出國及移民署依系爭規定，以行政處分暫予收容受收容人六十日，欠缺合憲之正當性，則同樣論理，即使創設「合理作業期間」之概念，賦予入出國及移民署得以處分暫時收容受收容人達十五日之久，同樣欠缺合憲之正當性。實際上，本解釋只要依憲法第八條第一項、第二項後段與第三項之提審制精神（即應賦予受暫予收容之外國人有立即聲請法院審查暫予收容處分決定之權利，此時，入出國及移民署應即於二十四小時內將受收容人移送法院，迅速裁定是否予以收容），即得以系爭規定欠缺相關正當程序規範而違反憲法第八條為由宣告違憲，並應檢討改進六十日期間是否適當即可，而不必畫蛇添足地創設具體的合理作業期間「十五天」。從憲法第八條規定與本院釋字第三八四號及第六三六號解釋意旨，本號解釋所創設之合理作業期間「十五天」，與系爭規定之收容六十日期間，兩者雖有五十步與百步

之不同，但同處於違憲之虞及不妥當之狀態，並無二致。

三、又從本院過去認為實質正當法律程序乃兼指實體法及程序法規定之內容（本院釋字第三八四號解釋參照）角度，本解釋似仍應審查系爭規定其立法之目的手段是否合比例，亦即將國家利益與外國人之人身自由保障之法益加以衡量。但本號解釋對此著墨較少，只以系爭規定之「目的」，乃基於外國人並無自由進入我國國境之權利，為防範其逃脫，俾能迅速將該外國人遣送出國，故「手段」上賦予入出國及移民署得處分暫時收容該外國人，當屬合理、必要云。揆諸外國如美國實務，對於程序是否「正當」，常須衡量受影響之私益、其（私益）因受錯誤剝奪之危險性與若賦予程序所具有之價值，以及因更嚴謹之程序所造成之國家負擔三者加以衡量（註二）。而本案惜未對所確保國家安全之公益與外國人人身自由保障之法益與踐行更嚴謹程序之成本負擔等加以衡量。

總之，本席不贊成為審查系爭規定是否違憲，而創設合理作業期間之概念。一方面，此不啻賜予立法機關一尚方寶劍，因而產生憲法第八條人身自由保障之精神可能被架空之危險。他方面，行政機關更可能心存此概念，輕易地以合理作業期間作為實質上限制人民人身自由保障之藉口。

參、非刑事被告人身自由保障之正當法律程序之建構

本號解釋如同本院釋字第六九０號解釋顯示，非刑事被告人身自由保障之正當法律程序建構之困難。憲法第八條僅就刑事被告為規定，除此之外，社會實際生活上，尚有許多民事上及行政上正當法律程序待建制。而行政上之正當法律程序之建制，又因行政法各論領域之多樣性、專業性與複雜性，其正當法律程序之要求亦有不同。過去如本院釋字第六九０號解釋，其所需踐行之正當程序即與傳統刑事被告不盡相同。本院釋字第六九０號解釋指出，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云，係人身自由限制之一特例（註三）。

又本號解釋原因案件關於提審部分，雖因聲請條件不符審理案件法之規定而不予受理，但解釋實質上已運用提審制之精神，是以本號解釋除突顯非刑事被告人身自由保障之正當法律程序建構之困難外，另一方面，亦顯示，憲法第八條所定提審制度對此一問題解套所具有之功能，提審制度於人身自由保障領域，其重要性可見一斑！

肆、結論

本號解釋對提審部分，雖未受理，但實質上已運用提審制之精神，且對於實務上只限於犯罪嫌疑人才適用提審制之見解，實際上加以打破，以此為契機，吾人應重視並檢討如何使提審制度發揮功能，以及建構與正當法律程序能相輔相成運用之制度，以落實憲法保障人民之人身自由之精神。

大法官職司憲法解釋，於如本案條件下，固有權限創設憲法上所無之概念、制度或原則，但亦應顧及向來本院相關解釋之意旨及其一貫性與傳承。大法官應避免本號解釋所創造之「合理作業期間」成為人身自由保障之「特洛伊城(Troy)的木馬」。事實上，只要貫徹本號解釋所宣示之實質上之提審制度精神，即「若受收容人表示不服或要求由法院審查決定是否收容時，入出國及移民署應即於二十四小時內將受收容人移送法院，迅速裁定是否予以收容」之意旨，同樣可以達到宣告系爭規定違憲之目的。

註一：參考法治斌/董保城，《憲法新論》，2010，頁 214。

註二：Mathews v. Eldridge, 424 U.S. 319(1976).

註三：為傳染病之防治目的而強制隔離當事人，拘束其人身自由，乃為避免社會中各個成員之生命身體等法益受到侵害，且為阻絕疫情蔓延，使疫情迅速獲得控制，不得已而經由公權力，限制曾與傳染病病人接觸或可能之被傳染者其人身自由，從社會集體之緊急避難角度，有其正當性。參考，陳春生，釋

字第 690 號解釋協同意見書。

部分協同部分不同意見書　　大法官　羅昌發

中華民國九十六年十二月二十六日及一００年十一月二十三日修正公布之入出國及移民法第三十八條第一項均規定，外國人有所列情形之一時，入出國及移民署得暫予收容（以下簡稱系爭規定；按新舊法仍有若干要件之差異，其中之一為在新法中增加「非予收容，顯難強制驅逐出國」之收容要件）。多數意見認「其因遣送所需合理作業期間之暫時收容部分，未賦予受暫時收容人即時之司法救濟；又逾越上開暫時收容期間之收容部分，非由法院審查決定，均有違憲法第八條第一項保障人民身體自由之意旨，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿二年時，失其效力」。本席對本號解釋賦予受收容人於任何階段之即時司法救濟機會，以及在正式收容部分應採法官保留部分，敬表同意。然本解釋所創「合理作業期間」之概念及其所定合理作業期間以十五日為上限之部分，涉及對受收容之外國人人身自由之不當剝奪，本席深有疑慮。本席對限期失效之二年期間內任由此種嚴重侵害人身自由之情形繼續存在，而未設暫時之保障機制，深感遺憾。且對提審法第一條及入出國及移民法第三十八條第二項規定不予受理之部分，亦無法贊同。爰提出本部分協同部分不同意見書。

壹、外國人人身自由保障之國際標準及其在我國憲法解釋之含意

一、由於本號解釋涉及外國人人身自由保障之重要課題，而國際條約及原則對外國人人身自由之保護已有諸多宣示，並形成國際共通標準，故在探討系爭問題時，自宜一併檢視國際條約及原則所設之保障標準。並且，我國已透過「公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法」，施行公民與政治權利國際公約(International Covenant on Civil and Political Rights；簡稱ICCPR)。雖該施行法在我國國內屬於法律位階，然在我國法律體系內納入並執行國際人權公約，亦可證明我國對於該等人權公約所承認之人權價值，有明確且直接之肯定。

我國雖非前揭公約之參與國，故無法直接引用該人權公約作為憲法解釋之依據，然此並不影響該國際文件所承認之各項人權及價值之普世性質，以及其得以作為解釋我國憲法基本權利內涵之重要考量依據。另歐洲人權公約(The European Convention on Human Rights；全名為Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms；簡稱ECHR)雖為區域性的人權文件，然其有關人身自由部分，相較於ICCPR，有更明確之闡釋。ECHR所揭示人民之自由權利之保障，自亦可作為我國憲法解釋之重要參考，以使我國憲法及憲政思想，得與人權發展之先進地區及國際人權趨勢，為有效之對話，並強化對人民之基本權利保障。本席曾於本院釋字第六九四號、第六九六號及第七０一號解釋所提出之意見書中亦已闡述上揭意旨。又聯合國一九八八年通過之「保護所有遭受任何形式拘禁或監禁者原則」(Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment；簡稱BPP)雖非正式公約，然其經由聯合國通過，屬舉世公認原則，故亦屬人身自由保障之重要指標。解釋我國憲法相關條文（特別是與本件有關之憲法第八條之規定），自亦應以此等原則作為重要之參考，使我國憲法有關人權之保障，與國際人權標準一致且相互呼應。

二、國際人權條約及原則所設之人身自由保護標準

（一）ICCPR所設之標準：該公約第九條第一項至第四項分別規定：「人人有權享有人身自由與安全。任何人皆不得遭任意逮捕或拘禁。除非依照法律所確定的根據與程序，任何人不得被剝奪自由。」「任何被逮捕之人，於遭逮捕時，應被告知逮捕之理由，並應被迅即告知對其提出之任何指控。」「任何因刑事指控而被逮捕或拘禁之人，應被迅即移送法官或其他經法律授權行使司法權之官員，並有權在合理的時間內受審判或被釋放。等候審判

之人受監禁不應作為一般規則；但可規定其於釋放時應保證在司法程序的任何其他階段出席審判，並在必要時報到聽候執行判決。」「任何因逮捕或拘禁而被剝奪自由之人，有資格向法院提起訴訟（按：類似我國之聲請提審制度），以便法庭能不拖延地決定其所遭拘禁是否合法以及如拘禁為不合法時命令予以釋放。」（註一）其所稱人人，包括在一國管轄領域下之任何人；不問相關國家之間有無任何協定或是否具對等關係，亦不問其是否為外國籍抑或為無國籍之人。該公約第二條第一項即規定:「本公約每一締約國承允尊重且保證在其領土內及受其管轄的一切個人，不分種族、膚色、性別、語言、宗教、政治或其他見解、國籍或社會出身、財產、出生或其他身分等任何差異，皆享有本公約所承認之權利。」（註二）

（二）ECHR所設之標準：該公約第五條第一項規定:「人人有權享有自由與人身安全之權利。除在下列情況並依法律規定之程序者外，任何人皆不得遭剝奪其自由：(a)經有管轄權之法院判決有罪而為之合法拘禁；(b)由於不遵守法院之合法命令或為確保法律所規定之任何義務之履行，而施以之合法逮捕或拘禁；(c)在合理懷疑某人犯罪或在合理認有必要防止其犯罪或在犯罪後防止其脫逃，為將其送交有管轄權之司法機關而對其所為之合法逮捕或拘禁；(d)為實行教育性質之監督目的而依合法命令所為之拘禁未成年人，或為將其送交有管轄權之機關而為之合法拘禁；(e)為防止傳染病蔓延而施加之合法拘禁以及對精神失常者、酗酒者或吸毒者或遊民施以之合法拘禁；(f)為防止正在實施未經許可之入境行為，或為正在採行驅逐出國或引渡之行動，而採行之合法逮捕或拘禁。」第五條第二項規定:「任何人被逮捕，均應被以其

所能了解之語文立即告知被捕之理由及被控之罪名。」第三項規定：「任何人依第一項第(c)款規定受逮捕或拘禁時，應立即被移送法官或其他經法律授權行使司法權之官員；其應有權在合理時間內受審或在等待審判時被釋放。釋放得以擔保出庭候審為條件。」第四項：「受逮捕或拘禁而被剝奪自由之任何人應有權利用司法程序，由法院迅速認定其拘禁之合法性；並於認定拘禁並非合法時，命將其釋放。」（註三）

（三）BPP所設之標準：BPP與本號解釋較有關者，包括原則一：「受任何形式之拘禁或監禁之人皆應享有人道及尊嚴之待遇。」（註四）原則四：「任何形式之拘禁或監禁，以及影響受拘禁或監禁者人權之措施，均應由法院或其他有權機關為之，且應受其有效規範。」（註五）原則五第一項：「此等原則適用於任何國家領域之內之一切個人，不分種族、膚色、性別、語言、宗教或信仰、政治或其他見解、國籍、族群或社會出身、財產、出生或其他身分之差異。」（註六）原則十：「任何被逮捕之人，於遭逮捕時，應被告知其遭逮捕之理由，並應被迅即告知對其提出之任何指控。」（註七）原則十一第一項：「任何人如未受由法院或其他機關有效言詞審理之機會，不得對其拘禁；受拘禁之人有權為自己辯護或依法請求律師協助其辯護。」（註八）原則十六第一項：「逮捕或移轉拘禁或監禁之處所時，受拘禁或監禁者有權受通知或要求由其家屬或其選定之人接受有關逮捕、拘禁或監禁或移轉以及拘禁處所之通知。」（註九）原則十六第二項：「受拘禁或監禁之外國人有權被告知其有權以適當方式聯繫其所屬國家之領事館或大使館；如為難民或受國際組織保護者，則為聯繫依國際法有權接受此項聯繫之國家之領事館或大使館。」（註十）

（四）歸納而言，以上三項國際人權規範所要求且與本解釋有直接關聯者，包括：

1.外國人有關人身自由與人身安全所應受之保護與本國人相同。例如外國人因犯罪嫌疑遭羈押，應享有與本國人相同之要求提審之權利。

2.任何形式之拘禁或監禁，以及影響受拘禁或監禁者人權之措施，均應由法院或其他有權機關為之。其規定雖不限於由法院為之，然本席以為，如非由法院為之，該其他機關宜為法定有權行使司法權之機關（參照ICCPR第九條第三項及ECHR第五條第三項之用語）；如係由一般行政機關為之，較易有違反人權標準之疑慮。

3.因逮捕或拘禁之原因不同，其司法救濟之要求亦有差異。任何因刑事指控被逮捕或拘禁之人，應被迅即移送法官或其他經法律授權行使司法權之官員，並有權在合理的時間內受審判或被釋放；此與我國憲法第八條第二項前段二十四小時移送之規定意旨相當。此外，任何人不論係因任何原因遭逮捕或拘禁而被剝奪自由，均有權向法院提起訴訟（按：即為我國之聲請提審制度），以便法庭能不拖延地決定其所遭拘禁是否合法以及如拘禁為不合法時命令予以釋放。此與我國憲法第八條第二項後段所規定之提審制度相當；其適用，並不限制逮捕拘禁之原因。

4.不論係受逮捕拘禁者聲請法院審查，抑或逮捕拘禁機關主動移送法院審查，法院均應儘速審理並作成決定。

5.如係為防止非法入境而拘禁，則該非法入境必須係正在進行(effecting an unauthorized entry)。如為採行驅逐出國而拘禁，則該驅逐出國之行動必須係正在辦理(action is being taken)；倘主管機關停滯或延遲辦理驅

逐出國之程序，則不符正在積極辦理之要件，其對外國人之拘禁自非合法。

6.受逮捕或拘禁者應受正當法律程序之保障；其正當法律程序之內涵，包括給予人道及尊嚴之待遇、以被逮捕之人所能了解之語文立即告知其被捕之理由及被控之罪名、使其有受法院或其他司法權之機關有效言詞審理之機會、使其有為自己辯護或依法請求律師協助其辯護之機會、使其有受通知或要求其家屬或其選定之人接受通知之權、使其有以適當方式聯繫其所屬國家之領事館或大使館之權等。

貳、以國際標準解釋我國憲法並檢視本號解釋所提供之標準

一、有關外國人人身自由之保障應與本國人相同部分

（一）憲法第二章「人民之權利義務」對該章所用之「人民」一詞並未定義。該章除第七條規定「中華民國人民」之外，其餘有關憲法上基本權利之保障，均係以「人民」作為享有之主體，而未限制其國籍條件（見憲法第八條至第十九條、第二十一條、第二十二條及第二十四條）。故憲法所規定之基本權利，除性質上不符（例如外國人在我國並未享有與我國人相同之工作權及選舉權）或屬國家福利措施或社會扶助之享有（例如釋字第五六0號解釋對受聘僱之外國人在國外之眷屬發生死亡事故不得請領喪葬給付，認不違反憲法規定）等事項外，原則上自應給予外國人相同之保障。

（二）憲法第八條第一項規定：「人民身體之自由應予保障。除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁。非由法院依法定程序，不得審問處罰。非依法定程序之逮捕、拘禁、審問、處罰，得拒絕之。」收容外國人，對其人身自由之限制之程度，相當於刑事之拘禁。法務部九十年十二月六日法檢字0

二九九九五號函亦認受依法收容之外國人，屬於刑法第一百六十一條依法拘禁之人。多數意見以人身自由係基本人權，為人類一切自由、權利之根本，任何人不分國籍均應受保障，此為現代法治國家共同之準則；故我國憲法第八條關於人身自由之保障亦應及於外國人（見解釋理由書第一段）。本席對此敬表同意；並認此部分為有關我國憲法之重要宣示；且符合國際公約所定保護外國人基本權利之標準。實際上，法務部早於民國九十年即曾草擬「人權保障基本法草案」。該草案第七條規定：「國家對於停留或居留本國境內之外國人或無國籍人，應依法及國際條約或慣例，保障其基本人權。」此項法案雖未曾通過立法，但由其規定可知，有關保護外國人基本人權之意旨，國人早有認知，且有相當高度的共識。

二、有關收容屬人身自由之剝奪，必須踐行必要之司法程序及其他正當法律程序部分：

（一）多數意見認系爭規定之收容，雖與刑事羈押與處罰之性質不同，然仍係拘束受收容外國人於一定處所，使其與外界隔離，故屬剝奪人身自由之一種態樣，屬嚴重干預人民身體自由之強制處分。依憲法第八條第一項規定意旨，自須踐行必要之司法程序或其他正當法律程序（見解釋理由書第三段）。其將收容之強制處分納入憲法第八條第一項有關「人民身體之自由應予保障」之規定，與前述國際公約及原則將「任何形式之拘禁或監禁」一體納入規範之意旨相同。本席敬表同意。

（二）多數意見另以刑事被告與非刑事被告所受人身自由之限制，在目的、方式與程度上容有差異，故認其踐行之司法程序或其他正當法律程序並非必須相同（見解釋理由書第三段）。本席同意刑事程序與其他法律程序之下限制人身自由目的或有差異，然以本件收容之情形而言，外

國人之人身自由亦係完全遭剝奪；其程度與刑事被告所受人身自由之限制，並無差異。故其踐行之司法程序及其他正當法律程序雖未必完全相同，但亦不應有過大差異（詳下述），以免不當侵害外國人之人身自由。

（三）多數意見認為，在十五日為上限之合理時間內，因入出國及移民署尚須代為辦理旅行文件及購買機票等事項，以便辦理遣送作業，故其所為「暫時」收容之處分，並不違反憲法第八條第一項保障人身自由之意旨，而無須由法院審查決定。本席對此歉難認同：

1.多數意見雖將此十五日期間定為將來為此修改法律時立法之「上限」；然本解釋不啻開立空白支票，使立法機關得以立法方式賦予行政機關自行決定限制外國人人身自由長達十五日之權，而無須由法院決定。多數意見雖以「暫時」收容稱之，然其限制人身自由之本質，與後續收容毫無不同，侵害外國人身自由甚為嚴重。

2.在現行法下，收容時間之上限，原則上為一百二十日（即第一次收容之六十日加上延長收容之六十日；旅行文件欠缺之情形，則另得更為延長；見入出國及移民法第三十八條第二項「前項收容以六十日為限，收容期間屆滿，入出國及移民署在事實上認有繼續收容之必要，得延長收容六十日，以一次為限。但受收容人所持護照或旅行文件遺失或失效，尚未能換發、補發或延期者，得延長收容至有效證件備齊後三十日止」之規定；原因案件所適用之九十六年十二月二十六日修正公布之同法第三十八條第二項規定內容則為「前項收容以六十日為限；必要時，入出國及移民署得延長至遣送出國為止」）。在本解釋之下，外國人受收容之時間之上限（包括本解釋所稱之十五日作業時間），

有可能反而延長為一百三十五日（即第一次收容之六十日期間加上延長收容之六十日之外，另加上本解釋所增加之十五日所謂「合理作業期間」）。換言之，如立法機關完全以本解釋所賦予之最大範圍作為立法基準，將反而導致外國人遭收容之最長期間，較現行最長收容時間更延長十五日之不利情形。以白話而言，可能導致「愈解釋對外國人愈不利」的結果。

3.將來立法不論將上限定為十五日或較少日數（如十日），該期間之性質亦將甚有疑義。假若立法機關將所謂「合理作業時間」定為十五日；在此期限內（甚至在正式收容之二個六十日期間內），主管機關不問有無積極進行遣送程序抑或完全停滯辦理驅逐出國之程序（例如行政機關藉由所謂「暫時」收容，方便檢察機關傳喚受收容人，使其以他案之證人身分應訊），均將不構成違反本號解釋所示原則。此與前述ECHR所要求為採行驅逐出國之目的而為拘禁之情形，必須該驅逐出國之行動「正在進行」之標準不符。

4.前述國際公約及原則雖僅要求刑事指控下之逮捕拘禁應被主動迅即移送法官或其他經法律授權行使司法權的官員，而未明確規定其他原因之拘禁亦應主動迅即移送法院或其他經授權行使司法權之官員；然本號解釋所創造之「暫時」收容概念，仍係完全剝奪外國人之人身自由；其允許可能長達十五日之「暫時」收容由入出國及移民署決定，而非由行使司法權之機關加以決定，即有違反國際人權標準之疑慮。且收容與否，涉及重要法律要件之判斷；如現行法第三十八條第一項所規定之「非予收容，顯難強制驅逐出國」之要件，即屬宜由司法機關判斷之重要法律要件。「暫時」收容顯然亦須符合此要件。如將此要件之符合與否委由

行政機關判斷，極易導致行政機關圖本身作業之方便，而完全忽視此一要件之精神及其嚴格性，形成恣意之情形。現行由行政機關決定是否收容之實務，即顯然未認真衡量此一重要之收容要件。

5.憲法第八條之明文並無類似此種以十五日為上限，賦予行政機關限制人身自由權限之內容；且無法由該條意旨推論得知有此種以十五日為上限得剝奪人身自由之意含。憲法第八條第二項前段規定：「人民因犯罪嫌疑被逮捕拘禁時，其逮捕拘禁機關應將逮捕拘禁原因，以書面告知本人及其本人指定之親友，並至遲於二十四小時內移送該管法院審問。」外國人收容之目的雖與因犯罪嫌疑而逮捕拘禁之目的不同，然就其完全剝奪人身自由之情形而論，兩者並無本質上差異。故驟然將二十四小時之嚴格標準，降為十五日之極寬鬆標準，已背離憲法第八條第二項保障人身自由之意旨。

6.解釋憲法應由憲法文字或其精神推衍，而非反而基於行政機關之實務作業為解釋基礎。多數意見創造此十五日之行政機關限制人身自由期間之上限，係以入出國及移民署一０二年一月九日移署專一蓮字第一０二００一一四五七號函所稱「十五日內可遣送約百分之七十之受收容人出國」為唯一依據。然該函係相關機關於現行法（六十日加六十日收容期限）前提下之平均作業時間。如職司保障人權之釋憲機關要求儘早由法院介入收容之決定（即收容之初即採法官保留），自將促使主管機關積極辦理遣送作業，則其平均作業時間是否仍須十五日，有待驗證。憲法解釋以行政部門之作業實務為基礎，而非要求作業實務必須以憲法保障人權之標準為基礎；此例一開，令人不安。

（四）多數意見賦予受收容人於暫時收容期間，要求入出國及移民署於二十四小時內移由法院審查是否予以收容（見解釋理由書第三段）。本席對此部分所揭示保障受收容人即時救濟機會之原則，敬表同意。多數意見雖未直接引用憲法第八條第二項後段「本人或他人亦得聲請該管法院，於二十四小時內向逮捕之機關提審」之規定作為解釋依據，其對人民身體自由保障之效果與提審對人民保障之效果並無實質差異。此亦與前述國際人權規範所要求「任何人不論係因任何原因遭逮捕或拘禁而被剝奪自由，均有權向法院提起訴訟（按：在我國法下即為向法院聲請提審），以便法庭能不拖延地決定其所遭拘禁是否合法」之標準相當。然多數意見如直接引用憲法第八條第二項後段有關提審之規定作為解釋依據，應更符合憲法意旨（詳後述）。

（五）多數意見有關以受收容人可理解之語言告知收容原因、不服之救濟、通知親友及使領館等論述（見解釋理由書第三段），本席敬表同意。此與前述國際人權標準原則上相符。然多數意見未明確提及正當法律程序之內涵，亦應包括要求主管機關於收容過程中及收容之後所應符合之人性尊嚴待遇；應有補充之必要。例如，現行作業下，收容過程係施以與犯罪嫌疑人、刑事被告或有罪判決確定之人相同之戒具；而現行收容設施係將受收容人置於鐵窗密織之牢籠內生活，且受收容人之間欠缺基本的隱私保護；凡此均有檢討餘地。

參、有關二年過渡期內之保障機制

一、多數意見以本件所涉及相關法律之修正及研擬完整配套措施（如是否增訂具保責付、法律扶助及建構法院迅速審查及救濟等審理機制及規範收容場所設施及管理方法之合理性等），須一定時程（見解釋理由書第六段），本席敬表同意。

二、然系爭規定對外國人之人身自由保障既有不足，而人身保障又係人民除生命權以外之最重要的基本權利。職司釋憲之機關實不應在二年之等待完成立法之期間內，任令嚴重侵害之情事繼續存在，視而不見。本院釋字第五三五號解釋曾針對當時違憲之警察臨檢規定，要求在法律未為完備之設計前，以該解釋創設法制空窗期間之暫時救濟機制，以減低違憲狀態持續所造成對人民自由權利之侵害。該號解釋理由載謂：「又對違法、逾越權限或濫用權力之臨檢行為，應於現行法律救濟機制內，提供訴訟救濟（包括賠償損害）之途徑：在法律未為完備之設計前，應許受臨檢人、利害關係人對執行臨檢之命令、方法、應遵守之程序或其他侵害利益情事，於臨檢程序終結前，向執行人員提出異議，認異議有理由者，在場執行人員中職位最高者應即為停止臨檢之決定，認其無理由者，得續行臨檢，經受臨檢人請求時，並應給予載明臨檢過程之書面。上開書面具有行政處分之性質，異議人得依法提起行政爭訟。」相較於釋字第五三五號解釋對人民所影響者為行動自由、財產權及隱私權，本件所影響者為更重大之人身自由。多數意見不願針對其所指出現行規範之違憲缺失及應有之配套措施，要求相關機關就得為立即改善者，為立即之改善，本席甚表遺憾。例如法律扶助法並未排除受收容之外國人申請扶助，且該法第二條亦規定基金會得決議該法所規定之法律扶助；本號解釋實應宣示對受收容人提供法律扶助之意旨，並要求相關機關立即為必要之處理。又例如，在現行制度下對外國人就收容處分所提出之不服，本號解釋實應宣示相關機關應以最迅速之方式審慎處理其不服。在審理本案時，大法官曾訪視收容場所，得悉內政部入出國及移民署對受收容之外國人待遇確有改善；然其場所設計仍以細密鐵絲網之牢籠囚禁受收容人，且其並未給予必要的隱私尊重，已如前述；本號解釋實應要求相關機關儘速改善其措施；

而非坐等二年，嗣立法機關立法之後再要求相關機關改善。

肆、提審法第一條及入出國及移民法第三十八條第二項不受理部分

一、多數意見以聲請人就提審法第一條之聲請解釋部分，並未具體指摘該條有何牴觸憲法之處；就聲請人針對入出國及移民法第三十八條第二項聲請解釋部分，認該條並未為確定終局判決所適用，故均不予受理。本席歉難認同。

二、提審法第一條部分

（一）提審法第一條規定：「人民被法院以外之任何機關逮捕拘禁時，其本人或他人得向逮捕拘禁地之地方法院聲請提審。」此條文義上並未限制適用提審之逮捕拘禁原因。換言之，依該條文義，不論因犯罪嫌疑或非犯罪嫌疑遭逮捕拘禁，應均有提審法之適用。然法院長期之見解均認提審法係依憲法第八條第二項之提審規定而來；而憲法該條項之提審規定，限於因犯罪嫌疑被逮捕拘禁之情形。

（二）本席認為，憲法第八條第二項前段「人民因犯罪嫌疑被逮捕拘禁時，其逮捕拘禁機關應將逮捕拘禁原因，以書面告知本人及其本人指定之親友，並至遲於二十四小時內移送該管法院審問」與後段「本人或他人亦得聲請該管法院，於二十四小時內向逮捕之機關提審」應分別解釋。前者文義上雖限於因犯罪嫌疑被逮捕拘禁，然後段在文義上，卻無此項限制。由保障人民基本權利角度而言，實無使「本人或他人亦得聲請該管法院，於二十四小時內向逮捕之機關提審」之規定，限於因犯罪嫌疑遭逮捕拘禁之剝奪人身自由之情形。更何況提審法並未明定其適用僅限於因犯罪嫌疑被逮捕拘禁之情形，法院實不應自行限縮提審法適用範圍。

（三）依現行制度，法院之見解固然不得作為解釋憲法之對象；然倘某一見解已經成為法院極普遍之見解，並已成為司法實務之確信，如釋憲者仍拘泥於其為一般法院見解問題，而

吝於為憲法上之宣示，將有悖於守護憲法之職責。（註十一）多數意見在實體上未能直接適用憲法第八條第二項後段明文規定之提審，而迂迴創造同條所無之「即時司法救濟」（已如前述）；又在程序不受理聲請人所提出提審之聲請解釋部分。均極有討論空間。其未能藉由確認憲法第八條第二項之提審規定可涵蓋因犯罪嫌疑以外之原因而使人身自由遭剝奪之情形，並宣告法院普遍性限縮提審法第一條之適用範圍係違反憲法第八條第二項後段規定，本席甚感遺憾。

三、入出國及移民法第三十八條第二項部分

（一）如前所引九十六年十二月二十六日修正公布之入出國及移民法第三十八條第二項規定：「前項收容以六十日為限；必要時，入出國及移民署得延長至遣送出國為止。」而現行之入出國及移民法第三十八條第二項則規定：「前項收容以六十日為限，收容期間屆滿，入出國及移民署在事實上認有繼續收容之必要，得延長收容六十日，以一次為限。但受收容人所持護照或旅行文件遺失或失效，尚未能換發、補發或延期者，得延長收容至有效證件備齊後三十日止。」新舊規定對於第一次六十日之收容、舊法之下之必要時之未定期限之延長收容、新法之下第二次之六十日收容、新法之下後續未定期限之延長收容，均未要求須由法院審查決定；明顯違反前揭憲法規範及國際人權標準。其「未定期限」之延長收容部分，效果上幾乎等於無期徒刑或「不定期徒刑」；亦顯有違憲法第二十三條所嚴格要求之必要要件。多數意見不願藉此機會為實質解釋，以較全面方式檢視收容體制違憲之處，殊為可惜。

（二）本席於本院釋字第七０七號解釋所提出之協同意見書曾表示，由於我國憲法解釋係採抽象法規違憲審查之制度，基於該制度之性質，本應容許本院擴大聲請人所主張之違憲

範圍，而審查與經聲請之標的相關聯之部分。以往本院解釋於擴大解釋對象時，係以「關聯性」及「必要性」為基準。如本院釋字第四四五號解釋即謂：「大法官依此規定（按即：司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定）所為解釋，固以該確定終局裁判所適用之法律或命令為標的，就人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利有無遭受不法侵害為審理對象。惟人民聲請憲法解釋之制度，除為保障當事人之基本權利外，亦有闡明憲法真義以維護憲政秩序之目的，故其解釋範圍自得及於該具體事件相關聯且必要之法條內容有無牴觸憲法情事而為審理。」本院釋字第七０七號解釋甚至不以關聯性及必要性作為擴大解釋範圍之標準，而由當事人聲請解釋對象之該案系爭辦法第二條之「附表」，擴大解釋對象至包括系爭辦法本身；且不以「關聯性」及「必要性」為擴大解釋對象之基準（見釋字第七０七號解釋理由書第三段）。

（三）本件情形，入出國及移民法第三十八條第二項雖未為法院所直接適用，然延長收容為整體收容外國人制度之極為關鍵之一環；且此條項確有過度剝奪外國人人身自由之重大疑慮，本院為闡明憲法真義以維護憲政秩序之目的，實應將解釋範圍及於該條項之規定，就其內容為有無牴觸憲法情事而為審理。

註一：ICCPR Article 9: “1. Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be subjected to arbitrary arrest or detention. No one shall be deprived of his liberty except on such grounds and in accordance with such procedure as are established by law.” “2. Anyone who is arrested shall be informed, at the time of arrest, of the reasons for his arrest and shall be promptly informed of any charges against him.” “3.

Anyone arrested or detained on a criminal charge shall be brought promptly before a judge or other officer authorized by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release. It shall not be the general rule that persons awaiting trial shall be detained in custody, but release may be subject to guarantees to appear for trial, at any other stage of the judicial proceedings, and, should occasion arise, for execution of the judgment." "4. Anyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings before a court, in order that that court may decide without delay on the lawfulness of his detention and order his release if the detention is not lawful."

註二：ICCPR Article 2, paragraph 1: "Each State Party to the present Covenant undertakes to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the present Covenant, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status."

註三：ECHR Article 5: "1. Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law:

(a)the lawful detention of a person after conviction by a competent court;

(b)the lawful arrest or detention of a person for non-compliance with the lawful order of a court or in order to secure the fulfilment of any obligation prescribed by law;

(c)the lawful arrest or detention of a person effected for the purpose of bringing him before the competent legal authority of reasonable suspicion of having committed and offence or when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence or fleeing after having done so;

(d)the detention of a minor by lawful order for the purpose of educational supervision or his lawful detention for the purpose of bringing him before the competent legal authority;

(e)the lawful detention of persons for the prevention of the spreading of infectious diseases, of persons of unsound mind, alcoholics or drug addicts, or vagrants;

(f)the lawful arrest or detention of a person to prevent his effecting an unauthorized entry into the country or of a person against whom action is being taken with a view to deportation or extradition."

"2.Everyone who is arrested shall be informed promptly, in a language which he understands, of the reasons for his arrest and the charge against him."

"3.Everyone arrested or detained in accordance with the provisions of paragraph 1(c) of this article shall be brought promptly before a judge or other officer authorized by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial. Release may be conditioned by guarantees to appear for trial."

"4.Everyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings by which the lawfulness of his detention shall be decided speedily by a court and his release ordered if the detention is not lawful."

註四：BPP Principle 1: “All persons under any form of detention or imprisonment shall be treated in a humane manner and with respect for the inherent dignity of the human person.”

註五：BPP Principle 4: “Any form of detention or imprisonment and all measures affecting the human rights of a person under any form of detention or imprisonment shall be ordered by, or be subject to the effective control of, a judicial or other authority.”

註六：BPP Principle 5: “1. These principles shall be applied to all persons within the territory of any given State, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion or religious belief, political or other opinion, national, ethnic or social origin, property, birth or other status.”

註七：BPP Principle 10: “Anyone who is arrested shall be informed at the time of his arrest of the reason for his arrest and shall be promptly informed of any charges against him.”

註八：BPP Principle 11: “A person shall not be kept in detention without being given an effective opportunity to be heard promptly by a judicial or other authority. A detained person shall have the right to defend himself or to be assisted by counsel as prescribed by law.”

註九：BPP Principle 16: “1. Promptly after arrest and after each transfer from one place of detention or imprisonment to another, a detained or imprisoned person shall be entitled to notify or to require the competent authority to notify members of his family or other appropriate persons of his choice of his arrest, detention or imprisonment or of the transfer and of the place where he is kept in custody.”

註十：BPP Principle 16: “2. If a detained or imprisoned person is a foreigner, he shall also be promptly informed of his right to

communicate by appropriate means with a consular post or the diplomatic mission of the State of which he is a national or which is otherwise entitled to receive such communication in accordance with international law or with the representative of the competent international organization, if he is a refugee or is otherwise under the protection of an intergovernmental organization.”

註十一：此處亦可參酌釋字第653號解釋之前例。該號解釋之解釋客體為羈押法第6條及其施行細則第14條第1項規定，其中羈押法第6條明定受羈押之刑事被告認看守所之處遇為不當者，得向法官、檢察官或視察人員提出申訴；雖未限制受羈押被告經向上開人員為申訴後，不得再向法院提起訴訟以為救濟，然實務見解長期受限於該條規定制定時之時空背景，而認受羈押被告並無進行司法審判尋求救濟之權利。該號解釋之多數意見最終係以羈押法第6條之立法背景及意旨出發，佐以長期司法實務之上述見解，而宣告該規定有關不得提起司法救濟之部分牴觸憲法第16條保障人民訴訟權之意旨，以打破法院見解不得成為釋憲客體之限制，頗值參酌與省思。

部分不同意見書　　大法官　陳新民

每一個人，不論他是哪一國人，他們首先是人，即是有理性、有愛心的生物。他們的（國別）稱呼，不是用來保護本國或是攻擊他國之用，而是為了在他被上帝所賦予短暫的塵世生命中，去完成作為一個人的使命。這個使命，只有一個、也非常的明確—應當去愛所有的人。

俄國大文學家・托爾斯泰・《讀書隨筆》

本席十分贊成本號解釋多數意見，認定外國人的人身自由應當與本國人民同等享受憲法第八條的規定。此一宣示，光明磊落、大氣磅

礴，真有擲地有聲之氣概。也不負我國近年來努力在人權法制上，與歐美主流之先進國家接軌的努力。

本號解釋多數意見本於此一立場導出的結論，認為對於依法應遣送出國的外國人，在其遣送出國前之強制收容期間，應當給予充分法律救濟的機會，從而認定目前的法制，例如依民國（下同）九十六年十二月二十六日修正公布之入出國及移民法第三十八條第一項規定（以下簡稱系爭規定），入出國及移民署（以下簡稱移民署）對於遣送回國者，可行使暫時收容之處分權，卻未予其有即時司法救濟之機會，已違反憲法第八條第一項正當法律程序之規定；同時對於逾越遣送合理作業期間，無庸透過法院許可，而可由移民署逕行決定之規定，亦違反憲法第八條人身自由保障之意旨。

此一見解之出發點，堪稱正確。然而卻沒有將保障外國人與本國人應有同一人身自由及訴訟權標準的意旨，發揮得淋漓盡致。質言之，本席認為本號解釋仍存在不少「意念盲點」，未能清楚地釐清目前遣送與收容救濟制度存在的缺憾。同時，多數意見僅將法官保留原則，有限度的運用在所謂的「合理作業期間內」，由移民署被動（依受收容人聲請才）移送法院審查收容處分，而非依據憲法第八條的主動移送審查制。同時，法官保留原則亦涉及法官審查範圍，是否及於受驅逐之處分？本號解釋多數意見皆未給予令人信服之闡述。另外，多數意見駁回了聲請人要求審查提審法之聲請，本席亦認為此一駁回頗為可議。

為了讓立法者在今後兩年修法期內，能有廣諮博議，構建一個更能護衛人性尊嚴與樹立國家人權形象的收容與救濟法律，甚至制定更為周詳之提審法制的機會，本席爰提出部分不同意見，以披陳其要義如下：

一、強制收容措施應經法院許可

（一）收容措施的定性與刑事羈押並無不同

本號解釋係以憲法第八條人身自由之規定，作為檢驗目前強制收容待遣送回國外國人制度的合憲性問題。多數意見

大致上肯認受收容人儘管不是屬於刑事被告，但是毫無疑問地，強制收容的制度已經和刑事羈押，不論是外觀上或實質上，完全沒有差異。此觀乎受收容人拘禁於監獄般的收容處所；收容所管理措施與監獄完全一致；移民署管理人員擁有司法警察（官）之身分；可行使戒具與警械；逃脫者必須擔負刑事逃脫罪名。故依據本院釋字第六三六號解釋之意旨，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，以及與限制刑事被告人身自由所應踐行之正當法律程序相類。該號解釋明顯援引「與刑罰無異的拘束人身自由」，便與刑罰的規定一樣應適用嚴格的法律明確性原則，與正當法律程序，包括了相關之二十四小時內移送法院之制度，以及法官保留原則。

既然收容措施具有一定的目的（遣送出國所為的保全措施），也如同刑事拘禁一樣（具有刑事羈押或處罰之目的），雖然性質與目的不同，但兩者所受到之最高度強制性剝奪人身自由，則完全一樣。更何況收容的「保全目的」，也和犯罪嫌疑人的羈押所要追求的「保全目的」（避免勾串證人、湮滅證物），沒有太大的差異。因此多數意見（在解釋理由書第三段）區分收容目的與刑事羈押目的之不同，從而導出為了收容目的，可以賦予行政機關擁有十五日之行政處分權，其理由並不充分。

收容措施既然已經屬於典型的拘禁行為，且與刑罰無異，即應適用憲法第八條關於人身自由保障，特別是第二項「法官保留原則」的適用。按我國大法官已經在多次的解釋中強調了憲法第八條保障的張力：例如不限於刑事被告（本院釋字第三八四號解釋）、警察與司法機關採廣義解釋，及於所有可行使逮捕與拘禁的公權力機關（本院釋字第五八八號解釋）。性質上只要是屬於刑事拘禁，大法官對實施「法官保留原則」的立場是十分堅定而不移的。

相形之下，如果沒有類似刑事處罰性質，而具有重大的公共利益，且兼有保護個人的利益時，則在符合比例原則的前提下，可以不必實施嚴格的法官保留，但應該另創有效迅速的救濟程序，最明顯的莫如隔離處分的問題（防治傳染疾病蔓延所作出的本院釋字第六九０號解釋），便是一例。

因此，本號解釋原因案件，理應遵循本院大法官近年來一貫的立場，對於屬於刑事性質，且外觀與實質完全與刑事拘禁的收容措施相類似事件，即應適用嚴格的法官保留原則不可。

（二）系爭規定忽視了法院作為保障人身安全的「保衛者」角色

本號解釋多數意見之所以拒絕法官保留原則的適用，而許可由行政機關（移民署）可以完全決定對外國人為逮捕與拘禁的措施，而冠以「暫時收容」的名稱，理由乃是：「有利遣返作業所需」。這是明顯地以「目的使手段合法」(Der Zweck heiligt die Mittel)!

正如同任何公權力對人身自由的侵害，都可能為了達到某一個目的之藉口。且這些侵犯都可能是違法與濫權，且情況可能極頻繁與嚴重，我國憲法才會在第八條中耗費許多的篇幅（共二一０字），構築出一個綿密的法網，以確保人民的人身自由。既然公權力不可假借某種公共利益及立法目的，侵犯一般國民之人身自由，對外國人民也不可以「執行遣返作業」為由，作為侵犯人身自由的藉口也。

因此我國憲法第八條（特別在第二項中），建立公權力機關應在二十四小時內，移送給法院審核公權力逮捕與拘禁是否合法的法官保留制度，顯示出我國制憲者乃沿襲英美法制，將法院視為人身自由之「保衛者」。

系爭規定排除逮捕拘禁機關對待遣返者應於二十四小時內移送法院之義務，似乎誤認為法院一旦介入審查此收容措施，將會阻擾遣返作業云云。按「救濟不影響執行」乃是

我國各種法律救濟的原則，唯有在急迫時才可例外的聲請法院為停止原處分之執行（行政訴訟法第一百十六條第三項）。故不能以法院擁有對公權力措施的審查權，便認為會干擾、影響原處分之執行也。

法官保留的原意在審核公權力之措施，是否具有合法性，以及是否有權力濫用之虞。一旦法院確認公權力之逮捕與拘禁乃合法且無權力濫用，即可肯認該公權力之合法性（註一）。因為法官正是法規範的最佳詮釋者，而非行政機關也。

在外國人遣返前的逮捕與拘禁，正是（行政法院）法官可以發揮其審查合法性的良機。按我國對外國人的入境乃採取嚴格的管制措施，任何外國人的入境與居留資料不僅完備，且已完全電腦化。移民署逮捕任何構成驅逐出國要件之外國人，自應能很快的移送至法院，證明符合收容的要件。此情形之易，比起警察機關向法院提出可信，且證明犯罪人有羈押必要之證據，相差不知凡幾。故實施法官保留制度何困難之有？而且一旦形成了定制後，例如仿效先進國家建立「移民法庭」或「移民法官」制度後，即可累積經驗，更可以加快審核的程序與精確度，這也是我國司法改革將朝向「專業法庭」的一個努力方向也。

（三）收容之理由—驅逐處分之合法性，亦應由法官一併審查

本號解釋多數意見既然肯認外國人民之人身自由，受到收容處分的嚴格侵害，故應當受到充分的法律救濟程序保護。但這種保護，僅限於可以聲請法官審查此收容處分之合法性，卻不及於審查原因處分—驅逐出國處分的合法性之上。此見諸解釋理由書第六段提及：「……受收容人對於暫時收容處分表示不服，或要求由法院審查決定是否予以收容，而由法院裁定時，原暫時收容處分之效力為何，以及法院裁定得審查之範圍，有無必要就驅逐出國處分一併納入審

查等整體規定，相關機關應自本解釋公布之日起二年內，依本解釋意旨檢討修正系爭規定及相關法律，屆期未完成修法者，系爭規定與憲法不符部分失其效力。」即可得知多數意見將此問題推給立法者考量，基本上並不認定法院應當依職權或依聲請，即應對原因處分進行審查。

這種典型「鋸箭法」的詮釋，也脫離了一般事理解釋之當然。移民署之所以要將外國人強行逮捕與囚禁於收容所，僅有一個簡單之目的—準備驅逐出國；而移民署此一公權力也必須完全依法行政—不僅需具備合法性，且沒有裁量與權力濫用之虞；同時，以受收容者的立場而言，其對強制收容措施的不服與賦予法律救濟之必要，難道僅是對暫時剝奪其人身自由之處分不服，而無對即將實施之驅逐出國的處分不服之可能性乎？可想像的情況，例如：爭執並沒有收容的必要。現行條文第三十八條在一００年十一月二十三日修正後，已增加「……非予收容，顯難強制驅逐出國者」的文字，俾符合比例原則。此即賦予了法官審查驅逐處分有無合法性與權力濫用之權限也。

支持法官無庸將原因處分（驅逐處分）一併納入法官審查的範圍，理由也基於：受收容人仍得依據目前行政救濟之管道，對於驅逐處分提起訴願與行政訴訟，顯然已足以保障受收容人之權利云云。

這種立論脫離現實太遠。試問：一般提起訴願後，至提起行政訴訟，起碼三個月至五個月（訴願法第八十五條）。此時，絕大多數的受收容人早已被遣送出國矣。現行制度毫無提供救濟之實益。此亦可以實際的資料予以驗證：自九十六年一月二日至一０一年九月三十日為止，總共提出四件訴願（其中三件訴願不受理，一件駁回），與提出兩件行政訴訟（一件上訴駁回，一件廢棄原判決）（註二）。對照近年來每一年受到強制收容之人數，平均約七千人之多（註三），

可見得提起訴願與行政訴訟，毫無實益，也早為受收容人所預知也。

至如同本院釋字第六九０號解釋已針對某些暫時性剝奪人身自由事件（隔離傳染病患）的救濟，必須另闢他方，以補救一般行政救濟之緩慢，以及更具備專業性（註四）。在本案的情形，也有相同的必要性。

同時，以行政法學而論，暫時收容的行為只不過是一個執行行為（乃為執行驅逐處分而採行之行為），亦屬於事實行為，而不一定非獨立成為一個行政處分不可。這個事實行為，猶如拖吊違規停車之汽車，屬於行政執行的問題。也因此執行之公權力可以使用警械及戒具等器具，如同警察在拖吊違規車輛可使用吊車、鎮暴警察於驅逐違法聚眾之集會可使用警械等用具一般，亦能對人身自由造成一定之侵犯。而此些行政強制行為，並不視為單獨存在的行政處分也（註五）。

本號解釋多數意見顯然忽視了收容行為具有事實行為與執行行為的屬性，顯有不當。再則，多數意見將原因處分（驅逐處分）的合法性置於法院審查範圍之外，而對從屬性質的執行行為（吾人亦很難稱之為「執行處分」），列為受收容人可獲得法律救濟的主要對象。這種捨本逐末「只求果不求因」，吾人不妨舉一例以明其謬誤，例如：在民事訴訟中如涉及利息債務之法律關係，當被告爭執連本金債權存在都有疑慮時，法官卻不能審查之，而只能侷限於判斷利息存在與否之問題，是否真能解決爭議？對當事人的權利能更有保障乎？

（四）延長收容期限仍須法官保留

本號解釋多數意見所設計的法官審查制度，除不審查原因處分已有缺憾外，另有一個盲點：多數意見對於法官能介入審查收容措施之時刻，只在合理作業期間的十五日之內。

在此期間內如有受收容人表示異議及要求審查，法官即可審查；如無表示異議，移民署亦應於十五日期限屆滿前，將受收容人移送法院，聲請裁定繼續收容獲准，方得續予收容（理由書第四段）。然而問題是：一旦法院認可此暫時收容之合法性，而後主管機關可繼續收容多久？依原因案件所適用之入出國及移民法第三十八條第二項（九十六年十二月二十六日公布）之規定，收容以六十日為限，但必要時得延長至遣送出國為止。易言之，可由移民署自行決定延長至遣送出國之日為止（該條文已經在一００年十一月二十三日修正為：「前項收容以六十日為限，收容期間屆滿，入出國及移民署在事實上認有繼續收容之必要，得延長收容六十日，以一次為限。但受收容人所持護照或旅行文件遺失或失效，尚未能換發、補發或延期者，得延長收容至有效證件備齊後三十日止」）。故依現行規定，受收容的期間可以延長甚久。

由於第三十八條第二項之規定，被多數意見認定為未經確定終局裁定所適用，故不予受理。即不在本號解釋審查範圍。

如此一來，必然導致了受收容人在暫時收容的十五日內，要求法院審查此收容處分是否合法，經法官認為乃合法收容後，剩餘的四十五日之時間，應否再經由法官審查？如依據解釋理由書第四段所敘「……故入出國及移民署應於暫時收容期間屆滿之前，將受暫時收容人移送法院聲請裁定收容，始能續予收容；嗣後如依法有延長收容之必要者，亦同」之意，此四十五日之收容仍須法官許可不可。

吾人便可以得到一個結論：

第一，如果受收容人在十五日內表示異議，法官必須作出第一次裁定；法官作出裁定後，其效力是否及於超過十五日後至六十日的收容？肯定說認為，法官可一次決定整個收容的理由是否存在。所以繼續收容期間的合法性即獲確認，

受收容人不得針對繼續收容的合法性提出異議。否定說認為，這是受收容人應受保障的訴訟權，自應以該十五日內的收容措施為審查對象。因此超過十五日以後的收容，必須有另提救濟之機會，此亦解釋理由書第五段所意涵—許可行政機關有權決定十五日強制收容的行政處分權，而以許可受收容人擁有異議與法官保留作為平衡之用意。從而逾越十五日期限後，如有繼續收容之必要時，移民署必須移送法官作第二次裁定。此兩種見解，當以否定說為正確。

這種情形便可能因受收容人較晚提出聲請或法官較晚作出裁定，可能造成第二次裁定比第一次裁定早作成的結果，自然也有兩個裁定互為矛盾之危險。

第二，如果十五日內受收容人未提出異議，移民署在十五日將屆滿前，應主動移請法官裁定。此時法官只有審查後續四十五日的收容是否合法，無庸審查已經過之十五日的收容是否合法之問題。此時只需作成一個裁定。此種情形自較為單純。

第三，一旦經過六十日之後，是否仍需法官保留？依解釋理由書第四段最末文字（……嗣後如依法有延長收容必要者，亦同）應採肯定解釋。然而以系爭規定第二項未被審查的結果，解釋上當繼續維持現制，無庸法官保留，遂形成了大法官只保障前六十天（嚴格而言是後段之四十五日）之收容是否合法問題。在六十天之後的更長收容期，則任諸行政機關之決定，而沒有法官保障的機制矣！故又與多數意見看法相牴觸，形成矛盾之結果矣。故必須倚賴日後修法時來消除之（「依法延長」）。

由上述分析可知，本號解釋應當援引「重要關聯性理論」，將系爭法規第二項納入本號解釋的審查範圍，從而六十日後的延長收容許可性，即可交由法官來決定。這也是比照對犯罪嫌疑人之羈押及延長羈押，必須由法官來審核其必

要性，以貫徹憲法重視人身自由的宏偉意旨。

如依本席淺見，一開始只要貫徹法官保留原則，移民署在逮捕拘禁待遣返者二十四小時之內，移送法院審理。法院可一併審查原因處分，一旦獲准，即可以收容最長達六十日。超過六十日後，立法者可以決定每次延長之期限（如三十日），必須獲得法官許可。如此，是否更為清晰與可行乎？

二、「合理作業時間」的不合目的性

本號解釋多數意見另一個盲點，乃是違反比例原則，以及牴觸權力分立原則。此表現在確認移民署能夠擁有「合理遣返作業期間」，作為執行驅逐出國的暫時收容之理由。誠然為了執行一個合法行政處分，都可能需要一定的時間。但在法治國家必須符合比例原則的前提下，如何使行政處分可達到立法目的，包括事實上需要多少時間，應由行政權力與立法者仔細斟酌各種事務的本質(Natur der Sache)來決定，而非釋憲者所可越俎代庖。特別在如何才能達到目的性(Zweckmäßigkeit)，亦即在各種不同情況，由行政機關採行何種對應措施，以及需耗費多少時間等等，以達到立法目的的問題，則必須完全尊重行政與立法的判斷，尤其是行政的判斷，方能夠貫徹「責任政治」與「依法行政」的原則。因此，在比例原則管控上，此對應措施如果超過目的性要求，而且達到過度侵犯人權之程度，才可以認為無必要，並援引「必要性原則」予以制止之。如果連達到目的都不夠，豈有過度之問題。

如今本號解釋多數意見雖認為：應由立法者斟酌行政作業所需時程，以及遣送前應處理之事項等實際需要，而由法律制定暫時收容期間長短在先，卻又「自創」出一個所謂的「合理作業期間的上限」—不得超過十五日—在後。此十五日作業期間的產生，乃是依移民署所提供的資料（內政部入出國及移民署一〇二年一月九日移署專一蓮字第一〇二〇〇一一四五七號函參照）。然而，該函明白提到此十五日，只能夠完成百分之七十的遣送事宜。令人不解的是，多數意見將此函的內容照錄（見解釋理由書

第三段）無疑地表示大法官已經明白知道：此十五日期限屆至時，尚有百分之三十之受收容者不能達到遣送之目的。

這種只能夠達到百分之七十結果的遣送作業日期，為何可以稱為「合理期限」？到底「合理」的立論何在？如果連目的性原則都不能滿足，便將「必要性原則」納入，作為避免期限過長的依據（解釋理由書第三段所稱：「……惟考量暫時收容期間不宜過長，避免過度干預受暫時收留人之人身自由，並衡酌入出國及移民署現行作業實務，約百分之七十之受收容人可於十五日內遣送出國（入出國及移民署一０二年一月九日移署專一蓮字第一０二００一一四五七號函參照）等情，是得由該署處分暫時收容之期間，其上限不得超過十五日」），顯然徒讓行政權力無法達成立法目的，也綁架了立法者的裁量空間，讓國會責任制度受到了戕害！釋憲權的運作是否越界矣？

因此本號解釋多數意見的合理期限，反成為「削足適履」，明明可預見行政執法能量只有七成的發揮。或有認為：這有「行政督促」的寓意焉—逼迫移民署努力提高遣送的效率，蓋訂定如此低的合理作業期間，可望移民署將效率提升一至兩成。

如果這種立論可以成立，則上述移民署提供本院的「效率函件」正確性，即有待商榷矣！如比照世界各國遣送實務，都鮮有如此短暫的期限者（註六）。因此吾人有理由相信：上述十五日之期限能夠遣送百分之七十之受收容人，已達到了移民署目前執法的最高能量。如無行政怠惰之虞，當顯難再苛求移民署提高效率矣，吾人何苦強移民署之難乎？當然，唯一可以給予此十五日合理性正面評價者，恐怕是利用此高度期許，課予立法者與行政院（及內政部）盡力在行政資源支援移民署，俾使其有提升效率的機會也。此涉及現實政治之運作，也非吾等釋憲機關所能置喙者也。

三、本號解釋的範圍應將提審法的相關規定納入

本號解釋多數意見另針對原因案件所聲請的要求審查提審

法第一條之拘禁應包括收容，而不限於刑事拘禁，以及第八條之規定：「法院訊問被逮捕拘禁人後，認為不應逮捕拘禁者，應即釋放；認為有犯罪嫌疑者，應移付檢察官偵查」，將人民請求法院提審的案件侷限於犯罪逮捕之情形，而非及於其他公權力逮捕行為，是否即有違反憲法第八條之規定，而聲請本院解釋。多數意見卻以「只是爭執法院認事用法，未具體指摘」及未經終局裁定所適用為由，而駁回其聲請。

本席不能贊同這種見解。該聲請所指稱之條文是否未具體指摘，以及未經終局裁定所適用？此問題只要詳閱針對聲請人之一的蘇０星之終局裁定（臺灣高等法院臺中分院九十九年度抗字第三００號刑事裁定），已經明白地援引提審法第一條、憲法第八條之意旨，並支持原審（臺灣南投地方法院九十九年度提字第一號刑事裁定）的見解：收容行為並非提審法第一條所稱的逮捕拘禁。聲請人歷經地方法院及高等法院之訴訟程序，都一再爭執此見解，均遭敗訴，且法院裁定之理由中皆已經明白地闡釋之。因此，此條文已為終局裁定所適用已無疑問。同樣情形，亦如第二位聲請人PUR００，其不僅在釋憲聲請書主張提審法第一條及第八條之規定違憲，且其於二審裁判中力陳提審制度之本義，卻為法院所不採，逕予駁回（臺灣高等法院九十九年度抗字第五四三號刑事裁定參照）。且本號解釋原因案件之發生，正是兩位釋憲聲請人分別向地方法院聲請提審所致，試問提審案件已歷經法院兩個審級審理程序，而有終局裁定，竟會不援用涉及提審要件的相關條文，以及沒有提出具體的理由，有誰會相信？

實則，此爭議的確捅到了傳統實務見解對提審要件僅限於犯罪逮捕的「蜜蜂窩」。依據三十七年的原版提審法第一條規定：「人民被法院以外之任何機關非法逮捕拘禁時，其本人或他人，得向逮捕拘禁地之地方法院，或其所隸屬之高等法院聲請提審。」

這條規定被視為憲法保障人身自由的利器。也將保護人身自由的重責大任託付給法院。這個條文雖然文字不多，但主要是貫

徹憲法第八條人身自由的意旨，也因此必須配合憲法第八條的詳細內容來運作。特別是法院接到提審的聲請後，有在二十四小時之內向逮捕拘禁機關提審受逮捕拘禁人的義務。而逮捕拘禁機關也有向法院遞送受逮捕拘禁人民的義務。樹立了法院對其他公權力機關享有「上命下從」的優越地位。

憲法第八條的詳細規定已足以取代法律的規定，是所謂的「憲法法律化」(Gesetzmäßigkeit der Verfassung)的寫照，代表了制憲者不信任立法者的立法形成權，毋寧自行規範具體、可操作的規範內容，也是「依照法律成形的憲法」(Verfassung nach Gesetz)。這代表了制憲者高度重視的法益保障，也使得憲法規定與個案行政及司法公權力運作之間，不會產生絲毫的落差（註七）。

因此在解釋這種法律與憲法的關係時，就必須體會制憲者的苦心意詣，而不應斤斤計較於日後可能已經簡化之法律用語細節（如提審法）。故憲法第八條所構建的保護人身自由之整體形象，吾人不難想像出制憲者的殷切期盼：在歷經軍閥與內亂的三分之一世紀後，實施憲政後憲法可以保障任何一個國民免受到任何公權力非法的侵犯人身自由。制憲者諸公皆目睹紅色與白色恐怖達數十年，難道不知逮捕人民的機關可能出自於軍、公、黨、特……機關，也無不自稱擁有法律或其他依據（以致於逮捕拘禁之理由，可能基於犯罪或其他羅致之理由）？而一定要賦予人民及其親屬有二十四小時向法院救濟的權利。吾人也可以試想：在六十年前的大陸，地區是如何的遼闊、交通是如何的不便、法院是如何的稀少與法院獨立性是如何地欠缺，但不妨害我國憲法第八條對法院提審制度以及法院保障人權的實效性所懷抱的高度信心！

但是法院提審實務上的「自我矮化」與「自我設限」，將提審的對象僅限於犯罪嫌疑的逮捕，而不及於其他實質上與拘禁無異的剝奪人身自由之措施。提審制度成為法院可有可無的職權之

一，致使制憲者的期待幾乎完全落空！這亦可由過去數十年戒嚴統治，法院的提審權完全無法發揮在審核軍法機關的逮捕是否具有合法性之上，得以見之矣。

提審法雖然在解除戒嚴後的八十八年十二月十五日進行首次的修正，第一條已修正為：「人民被法院以外之任何機關逮捕拘禁時，其本人或他人得向逮捕拘禁地之地方法院聲請提審。」如果比較五十年前的舊版本同條文，修正之處有二：

首先，聲請提審的理由，由主張的「法院以外之任何機關非法逮捕拘禁」，改為「法院以外之任何機關逮捕拘禁」。此將「非法」兩字刪除，用意至明：讓逮捕拘禁是否合法與非法的問題，提到法院去論究。法院不得逕行以「非非法逮捕拘禁」作為拒絕審理聲請之理由，恐亦係對戒嚴時代法院提審功能不彰所做的改進也。

其次，刪除了人民可向所轄高等法院聲請之規定。乃是我們幾乎各縣市都有地方法院，因此人民獲得地方法院提審救濟之機會已極方便，不似行憲初期並非各地都有地方法院可比也。

提審法的修正，以及大法官多次將人身自由保障的範圍擴大及於一切事實上及具有懲罰性質，與類似刑罰之以公權力剝奪人身自由處分之上，代表了我國應當致力維護人身自由的時代潮流。本號解釋也應當符合此趨勢，特別加重各級法院護衛人身自由的功能提昇。這也是基於我國制憲者普遍受到英國著名憲法學者戴雪(A.V.Dicey)所著的「英憲精義」(Introduction to the study of the law of the constitution)影響所致。這本由雷賓南所譯的鉅作，早在十九年即在上海商務印刷館出版，風行一時，成為影響制憲前我國學界憲政理論最重要的一本著作（註八），戴雪認為英國憲政最重要的一個制度便是保障人身自由，視為法治(Rule of Law)的一環。而此制度便靠著法院的「出庭狀」(Writ of Habeas Corpus)，可向任何逮捕之機關、任何人民團體與個人要求將受逮捕與拘禁之人遞交法院。值得重視的是戴雪在敘述英國此制度時

（第二篇第五章），特別強調任何剝奪人身自由的情形，對法院都是大事，且一百個案件中九十九件都是涉及極瑣碎的侵害行為，例如，惡少對他們飽以老拳、警察違規地逮捕或小學校長禁閉學生不許回家等，法院都一視同仁面對提審之聲請也。本書尤其為後人津津樂道的乃是戴雪援引過去名重一時的大文學家伏爾泰，在法國竟然會遭到貴族的毆打羞辱與拘禁而束手無策。反觀伏爾泰如在英國，即可訴請法院行使提審權，而免於貴族的侵犯也。這也顯示出提審之保障，也及於政府公權力外，其他存於社會上私權力所為之人身自由之侵犯也（註九）。

惜乎，本號解釋多數意見之誤認提審法規定未適用於確定終局裁定在先，復不願意援引重要關聯理論在後，一併解決提審制度未能提供受收容人足夠的法律救濟之弊（註十），平白喪失了督促立法者應該一併檢討提審法的制度完善性以及糾正提審實務對提審要件的不當限制之機會，實乃可惜之至。

四、結論—如何對待外國人正是檢驗一個國家法治文明程度，以及一個社會「精神雅量」最好的指標

本號解釋原因案件係大法官釋憲實務中，難得一見可以全面審視我國對於外國人入出境管制，以及不分本國人與外國人與否之維護人身自由攸關的提審法制之良機。如果能夠體會憲法保障人身自由的微言大義與平等對待外國人之國際潮流，本號解釋應當可作出更多促使我國立法者重新構建一個更理性與尊重人性尊嚴的收容制度。更何況，藉由檢討施之於外國人的收容制度，倘若亦可一併檢視我國保障國人人身自由的提審法制不足之處，更是「助人助己」的雙贏，本號解釋多數意見何不擴大審查範圍與視角乎？

不可諱言地，許多國人在論及外國人非法入境及遣返的問題時，直覺上都會興起：外國人沒有自由入出我國之權利，從而公權力當可採行一切辦法，以驅逐出國之。也想當然爾導出了無庸給予此違法外籍人士充分保障其人權救濟機會之必要，且冠以

「維護國家主權」的大帽子。

誠然，外國人當然沒有享有可以自由入出他國國境的權利，國家對外國人入境的管制本即主權的顯現，並無太深奧的理論。然而，國家公權力依法對外國人士遣返出國，也和國家公權力施於一般違法國民之上（例如逮捕、拘禁、處罰），同樣基於主權行使（蓋國民亦無權利可以為違法行為也）。從而遣返外國人的作為，與制裁國人非法行為之公權力，兩者都無差異，必須完全服膺法治國原則，這是至明不過之理！因此，動輒假藉維護國家主權，而刻意地對外國人的差別待遇，很容易陷入民粹式的「魔障」！

往昔本席在歐洲與美國就學時，經常聽到（特別是美國）我國的僑民述及當年離鄉背井來到異國謀生的滄桑。這些為了追求更好的生活，也可以稱為是「經濟難民者」，沒有合法的工作許可，只能在污濁黑暗的地下工廠、餐廳角落辛苦掙扎，賺來微薄的待遇求生。一旦聞知有移民官員來查，紛紛逃竄，宛如逃避獵犬追捕的獵物一般，令人聞之鼻酸。

今日臺灣已經幸運地由當年「經濟難民出口國」，搖身一變為「經濟難民進口國」，是否應當對這些弱勢的外國人，儘可能的網開一面，給予如同國人享有的人身自由與訴訟權利的保障乎？臺灣之所以偉大，恐怕就必須表現在對所有來到我們家園內的外國人士，特別是沒有在我國犯罪，真正憑勞力賺到辛苦錢的外籍勞工（儘管是非法入境或逾期居留），都給予符合人道的法律待遇，顯示出臺灣社會具有的「精神雅量」！

早在一百年前，俄國大文學家托爾斯泰在其著名的《讀書隨筆》中有一段闡揚世界大同與地球村的敘述：「每一個人，不論他是哪一國人，他們首先是人，即是有理性、有愛心的生物。他們的（國別）稱呼，不是用來保護本國或是攻擊他國之用，而是為了在他被上帝所賦予短暫的塵世生命中，去完成作為一個人的使命。這個使命，只有一個、也非常的明確—應當去愛所有的人」

（註十一）。

我國立法者在本號解釋作成後，已經負有重新構建遣送外國人的法律救濟制度之義務。本席由內心盼望，立法者務必「為善務盡」—敞開心胸、放遠眼界，全盤更新目前仍嫌落伍的收容及提審法制。尤其寄望經過兩年後的修法期，新法制重新面世後，可以讓所有遭到遣送回國的外國人士，日後一旦想起我國法制已經充分賦予其法律救濟之機會，以及維護人身自由的努力與尊重人性尊嚴的誠意時，在其心中都會興起一絲感念的甜蜜。那時，我國才真正地可以稱為傲視國際社會的一個偉大的法治國家！

註一：正如同本席在本院釋字第六九０號解釋所提出的協同意見書，對於隔離傳染病的措施，應由另行創設更合乎目的性的法律救濟途徑，避免公權力可能產生的濫權，而非交由對傳染病防治毫無專業素養的法官來審查，亦即「法官保留」應當等於「法官專業保留」，讓熟諳法規範的法官來審查公權力的行使有無符合該法規的規定。

註二：內政部入出國及移民署中華民國一０一年十一月十五日移署專一蓮字第一０一０一七八二二三號函。

註三：依據移民署統計，自民國九十六年至一０一年九月底，外國人（包含未有居留權之華人）受收容人數，分別為：九六三０人、五九七九人、七八六九人、八０四五人、七六０二人、七四四九人。

註四：為此，本席在本院釋字第六九０號解釋協同意見書中便建議，應當另行創設一套採行迅速的行政救濟程序，包括：異議程序與行政訴訟體系的簡化與專家參審。之所以必須捨棄冗長的一般訴願程序，改採迅速與簡易的異議程序，乃鑑於健康者如果處於被封閉的隔離區內，可能增加其感染風險。提起救濟便成為一種時間競賽，必須儘快處理此救濟事宜。為了使作出隔離處置決定更為慎重與權威性，各縣、市政府只能為暫時隔離處分，而須報由中央主管機關（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異議，中央主管機關即應儘速審查，並作出審查決定。同時，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，澈底解決法官欠缺醫療專業之弊病。另外也應當在程序方面，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。此外，訴訟程序可採簡化、合併審理，並應在最短時間內審結。

註五：這是國內行政法學界的主流見解，可參見：吳庚，《行政法之理論與實用》，民國八十八年增訂五版，第四一三頁；林錫堯，《行政法要義》，元照出版公司，二００六年三版，第四七九頁；吳志光，《行政法》，新學林出版公司，二００九年修訂三版，第二八五頁；陳新民，《行政法學總論》，民國九十四年修訂八版，第四七四頁。

註六：例如日本的收容期間以三十日為期，必要時可再延長三十日；韓國的收容期間一般為十日，必要時可再延長十日，特殊情況可再延長；德國分為預備拘留（六週）以及非暫時性的保全拘留（六個月，如果受收容人有阻礙出境時可長達十二個月）。

註七：Walter Leisner, Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung,1964, S.26.

註八：可參見陳新民，〈國家的法治主義〉，收錄於：《法治國家論》，學林文化事業有限公司，民國九十年，第四十五頁以下，有

對戴雪的理論作進一步的分析。

註九：參見戴雪著、雷賓南譯，《英憲精義》，北京中國法制出版社，二００一年重新編排翻印，第二五０頁以下。

註十：按提審法第一條規定，本人或他人都可以向法院聲請提審。然而入出國及移民法第三十八條第三項則將提起收容異議的權利人範圍限於收容人或其配偶、直系血親、法定代理人、兄弟姊妹。顯然已經限縮了聲請者的範圍，尤其是律師，即不能提起收容的異議。本號解釋多數意見似乎也沒有將提起救濟的聲請人問題加以解決。而收容異議的時間僅有七日，試問：此些受收容人的親屬，都遠在國外，音訊不便，何可能在七日內提起異議乎？故提審法將保障人身自由之功能可透過「有市民勇氣」(civil courage)的任何人—在目前社會更有賴公益團體與公益律師的積極參與—來護衛的立法美意，已經喪失泰半矣。同時，依據大法官釋憲實務，對於律師聲請提審，實務上亦認為逮捕所侵犯的人身自由之法益，並非辯護人之人身法益，因此不符合權利保障之必要性，而予以駁回。本院大法官第四三六三次全體審查會議（民國九十九年三月三十一日），可參見：陳新民，《憲法學釋論》，民國一００年九月，修正七版，第二三四頁。

註十一：托爾斯泰，《讀書隨筆》，王志耕/張福堂譯，上海三聯出版公司，一九九九年，第二四三頁。

抄蘇０星釋憲聲請書　　（99年4月11日）

主　旨：蘇０星遭臺中市專勤隊逮捕收容逾法定時效，未依法移送檢察官而聲請提審案，認為臺灣高等法院臺中分院 99 年度抗字第 300 號裁定，所適用之入出國及移民法第 38 條第 1 項，與憲法第 8 條第 2 項規範聲請提審要件有牴觸之疑義，聲請解釋案。

事實與理由

一、法律見解發生歧異之經過及涉及之法律條文：

（一）本人蘇Ｏ星於 99 年 4 月 1 日凌晨 1 點，於臺中市泰式按摩店遭臺中市專勤隊逮捕，後移送南投收容所，至今日 99 年 4 月 11 日，遭收容滿 240 小時（仍在收容中），尚未接受任何法官審問。只有臺中市專勤隊於 4 月 2 日 13 時 40 分—19 時，和 4 月 7 日 11 時—19 時 30 分，兩次押解至臺中市，分別訊問「假結婚」、「居留代辦仲介」相關情事。憲法第 8 條明定：人民因犯罪嫌疑被逮捕拘禁時，其逮捕拘禁機關應將逮捕拘禁原因，以書面告知本人及其本人指定之親友，並至遲於 24 小時內移送該管法院審問。臺中市專勤隊無視憲法規定之義務，完全剝奪本人在法律上受公平審判之機會，且不斷進行非法審問。面對法院調查時又宣稱，收容手段係強制驅逐出國之前置作業。事實是臺中市專勤隊不僅拒絕本人未婚夫王Ｏ年（身分證字號 U000000000，住：臺中市 00 區 00 街 00 號 00 樓之 0）提供返泰機票以加速遣返程序。專勤隊又於 99 年 4 月 2 日面對陳Ｏ志（王Ｏ年之堂哥，身分證字號 U000000000，住：花蓮縣 00 鄉 00 村 00 街 00 號）電話詢問時，宣稱本案尚待移送檢察官偵辦，待釐清相關案情後，始得由檢察官決定是否接受親友提供遣返機票。

（二）訴訟程序：本案於 99 年 4 月 4 日 19 時 10 分經陳Ｏ志向臺灣南投地方法院遞出提審狀（見附件 1），於 4 月 4 日 23 時 30 分臺灣南投地方法院裁定駁回（見附件 2）。陳Ｏ志以為地院駁回理由有明顯偏失謬誤，特指證該裁定之謬誤處，於 4 月 5 日 13 時 18 分依法再向臺灣南投地方法院提出提審抗告狀（見附件 3），後於 4 月 5 日 16 時法警告知臺灣南投地方法院已無管轄權，本案已移送臺灣高等法院臺中分院，陳Ｏ志於 4 月 5 日 20 時 45 分向臺灣高等法院臺中分院遞出提審狀（見附件 4）。本人於 4 月 7 日 20 時 30 分在南投收容所內以電話告知王Ｏ年，臺中市專勤隊於 4 月 7 日 11 時－19

時 30 分，再次進行非法審問。陳０志又於 4 月 8 日 8 時向臺灣高等法院臺中分院遞出補充提審狀（見附件 5），臺灣高等法院臺中分院於 4 月 8 日作出不受理裁定（見附件 6），全案不得再抗告，並於 4 月 9 日 15 時 30 分通知陳０志到院領取裁定。

（三）確定終局裁判所適用的法律名稱及內容，臺灣高等法院臺中分院 99 年度抗字第 300 號刑事裁定理由二之（二）項所述：內政部入出國及移民署依入出國及移民法第 38 條第 1 項規定，對受收容人蘇０星所為之收容處分，並非受收容人蘇０星因犯罪嫌疑被逮捕拘禁，而係強制驅逐出國之前置作業，自非屬憲法第 8 條第 2 項規範所得聲請提審之範圍。

（四）有關機關處理本案的主要文件及說明，如事實與理由一之（二）項所述（見附件 1~6）。

二、聲請解釋憲法的理由，以及聲請人對本案所主張的立場及見解：臺灣高等法院臺中分院裁定本人因無犯罪嫌疑，故不受提審法之保障，直接剝奪本人受公正審判之權利，明顯違背釋字第 523 號解釋：「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，國家機關所依據之程序，須依法律規定，其內容更須實質正當。」又，外國人涉嫌犯罪，經法院判決確定有罪者，其收容於收容處所之日數，以一日折抵有期徒刑或拘役一日。可證明「收容」之行政處分，法律上是同質於「有期徒刑」、「拘役」。而國家對個人之刑罰，屬不得已之強制手段，故必須於刑法上明文嚴格規定之司法終極手段。臺灣高等法院臺中分院豈可以配合行政作業流程為理由，而漠視行政單位長時間剝奪人民人身自由。茲將本案相關單位侵害本人人身自由之事實與見解，逐一條列如下：

（一）入出國及移民署部分：1.99 年 3 月 30 日以移署專二中市奕字第 0998095160 號處分書將本人強制驅逐出國。99 年 4 月 1 日再以移署中市霖字第 0998095171 號處分書逕行收容，期

間自 99 年 4 月 1 日起至 99 年 5 月 30 日止，屆時本人護照將逾時無效，其行政目的與行政手段明顯相違背。2.長時間收容外國人之行政處分，在法律程序上實質造成未審先判之事實，違背刑事訴訟上之無罪推定原則。3.移民署對外國人之現行收容程序，是左手申請、右手核准，收容日期無上限，一切視案情需要。4.移民署以合乎法定程序之收容程序，掩護非法之案件偵查、罪犯審訊。

（二）臺中市專勤隊部分：陳 0 志與王 0 年於 99 年 4 月 2 日上午 8 時起始，受本人委託查詢本人遭收容之原因，臺中市專勤隊起初謊稱，該單位無管道受理受委託人查詢遭逮捕原因，並要求家屬與親友向本人詢問即可知收容原由。事實是，逮捕機關就是臺中市專勤隊，卻至今仍遲遲未開出收容處分書交由受收容當事人，完全無視憲法第 8 條明定：人民因犯罪嫌疑被逮捕拘禁時，其逮捕拘禁機關應將逮捕拘禁原因，以書面告知本人及其本人指定之親友。而臺中市專勤隊業務單位接到受委託人之查詢電話，更斷然拒絕受理。4 月 2 日上午 11 時，由臺中市專勤隊某分隊長電話答覆受委託人陳 0 志：本單位對受收容人收容日期無上限，一切視案情需要，且本案承辦員楊 0 志今日出差，週一恰逢國定假日，亦無法受理任何申請與答覆。但臺中市專勤隊卻於 4 月 2 日下午 1 時 40 分—7 時，明知已逾越 24 小時法定時限，仍偷偷押解本人至臺中市專勤隊，進行錄音、錄影審問。該審問方式及內容，先後違反刑事訴訟法第 92 條、第 93 條、第 95 條、第 98 條。違反法令與違規事實如下：1.刑事訴訟法第 92 條：司法警察官、司法警察逮捕或接受現行犯者，應即解送檢察官。臺中市專勤隊將蘇 0 星收容逾 24 小時，仍遲遲未將嫌疑犯解送檢察官，並再次私自進行審問。該分隊長更透過業務單位電話，用專業權威身分，以「承辦人員出差」、「收容無上限，一切視案情須要」等謊言意圖欺瞞混淆受委託之查詢人。

又，專勤隊於 4 月 7 日 11 時—19 時 30 分，告知以「開庭」名義，再次非法提審本人，並已恐嚇、疲勞訊問手段對待。2.刑事訴訟法第 93 條：偵查中經檢察官訊問後，認有羈押之必要者，應自拘提或逮捕之時起 24 小時內，敘明羈押之理由，聲請該管法院羈押之。換言之，人民受政府機關逮捕後，至遲應享有 48 小時內接受獨立法官公平審判之權利。臺中市專勤隊卻無視刑事訴訟法第 92 條規定之「立即解送檢察官」義務，間接侵害、完全剝奪本人受審權益。3.刑事訴訟法第 95 條：訊問被告應先告知下列事項：得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述。得選任辯護人。但本人在接受臺中市專勤隊審訊時，並沒有被告知米蘭達法則應享有之權利與義務。以嫌疑犯身分應訊，不僅沒有公設辯護律師到場，也沒有選擇辯護人之權利，更無任何管道與正在積極尋求接觸的親友取得聯繫。4.刑事訴訟法第 98 條：訊問被告應出以懇切之態度，不得用強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問或其他不正之方法。臺中市專勤隊審訊人員於 4 月 2 日 13 時 40 分—19 時審訊後，對我說明：「妳上法院要照現在這樣子講，只要妳跟現在說的一樣，很快就可以出去了，不然要跑很多次法院，很麻煩，妳有男朋友，等出去就可以回泰國跟男朋友結婚，再回來臺灣也沒有問題。」專勤隊審訊人員明顯以利誘、詐欺之訊問手段，哄騙本人主動放棄憲法保障之司法人權。臺灣枉稱自由民主國家，臺中市專勤隊卻對孤立無援、無任何管道獲知司法救濟程序的外籍受收容人，刻意地提供扭曲、錯誤之法律訊息，此舉嚴重踐踏國家司法威信，傷害人民對民主法治之信賴。又，本人親友王０年、陳０志欲提供返泰機票加速遣返作業程序，卻遭臺中市專勤隊拒絕，宣稱本案尚待移送檢察官偵辦，待釐清相關案情後，始得由檢察官決定是否接受親友提供遣返機票。

（三）臺灣南投地方法院部分：該院 99 年度提字第 1 號刑事裁定

（見附件 2），理由三之（二）項說明：「內政部入出國及移民署援引入出國及移民法第 38 條第 1 項規定而處分受提審人蘇Ｏ星收容在南投收容所，並非提審法第 1 條所明文規定之「逮捕拘禁」，本件聲請於法未合。」（以上內容並標點符號全文引用）原裁定採用保守之司法見解，以為行政部門之「收容」手段與憲法第 8 條明定之「逮捕拘禁」手段明顯不符。承審法官怯於承認「收容」、「逮捕」、「拘禁」實質上同為提審法所保障人身自由之範圍。此「白馬非馬」之論，即荀子所謂「詭辯」三法之其三，以名亂實之辯是也，茲將原裁定見解駁斥如下：1.「收容」同質於「有期徒刑」或「拘役」。此為入出國及移民法明文所定。同時可證明受收容人，無秘密通訊自由、無行動自由等憲法明文保障之人身自由權。2.原裁定以為行政「收容」手段與提審法「逮捕拘禁」手段「名稱」不符，所以本案發動適法性不足備。但此法律見解也同時作出了雙重承認：(1)「收容」手段與「逮捕拘禁」手段「名稱」不符；(2)承認移民署「收容」手段實質程序與內容合法，並將本案始末詳敘於原裁定理由第二項。3.承上述兩點，按原裁定之見解，行政、立法、司法任何政府機關單位，得以自行訂定、創造、引用、解釋，凡非提審法所保障之「逮捕拘禁」手段以外之任何名詞，政府得逕行作出實質內容同質於「有期徒刑」或「拘役」之處分手段，不僅不受法院審判約束，且承審法官願意無條件為該處分背書負責。綜論上述 3 點，可證原裁定司法見解偏狹不周之處，不僅無視「有期徒刑」或「拘役」乃是刑法上必須明文嚴格制定之司法終極手段。更誤解國家根本大法憲法第 8 條有關人身自由明文制定之真正用意，竟然是在限縮人民受獨立公正審判之權利。同時曲解該條文賦予各級政府機關得以規避憲法約束之重大憲法漏洞，造成中華民國行憲以來重大民主法治危機，該見解之荒謬性、與不適用性得證。

（四）臺灣高等法院臺中分院部分：1.該院 99 年度抗字第 300 號刑事裁定（見附件 6），原裁定對外籍受收容人設定莫須有之憲法門檻，裁定本人因無犯罪嫌疑，故不受提審法保障，直接剝奪本人受公正審判之權利，明顯違背釋字第 523 號解釋：「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，國家機關所依據之程序，須依法律規定，其內容更須實質正當。」2.4 月 8 日經陳０志遞出補充提審狀（見附件 5），告知臺中市專勤隊仍持續進行非法審問後，臺灣高等法院臺中分院仍以不作為應對。

附件1.陳０志向臺灣南投地方法院聲請提審狀。

2.臺灣南投地方法院99年度提字第1號刑事裁定。

3.臺灣南投地方法院提審抗告狀，指出並證明原裁定確實偏失謬誤。

4.陳０志向臺灣高等法院臺中分院聲請提審狀。

5.陳０志向臺灣高等法院臺中分院遞補充提審狀。

6.臺灣高等法院臺中分院99年度抗字第300號刑事裁定。

綜上所陳，惠請協助，實為感德。

此　　致

司　法　院　公鑒

聲請人：蘇　０　星

中　華　民　國　　99　　年　　4　　月　　11　　日

（附件六）

臺灣高等法院臺中分院刑事裁定　　99 年度抗字第 300 號

抗　告　人

即　聲　請　人　陳　０　志

受　提　審　人　蘇　０　星　（泰國籍）

上列抗告人因聲請提審案件，不服臺灣南投地方法院民國 99 年 4 月 4 日裁定（99 年度提字第 1 號），提起抗告，本院裁定如下：

主　文

抗告駁回。

理　由

一、抗告意旨略以：（一）、原裁定採用保守之司法見解，以為行政部門之「收容」手段與憲法第 8 條明定之「逮捕拘禁」手段明顯不符。承審法官怯於承認「收容」、「逮捕」、「拘禁」實質上同為提審法所保障人身自由之範圍，茲將原裁定見解駁斥如下：1.「收容」同質於「有期徒刑」或「拘役」。此為入出國及移民法第 38 條明文所定，本觀念亦為本案承審法官所認可而引用於原裁定理由第一項。同時可證明受收容人，無秘密通訊自由、無行動自由等憲法明文保障之人身自由權。2.原裁定以為行政「收容」手段與提審法「逮捕拘禁」手段「名稱」不符，所以本案發動適法性不足備。但此法律見解也同時作出了雙重承認：(1)「收容」手段與「逮捕拘禁」手段「名稱」不符；(2)承認移民署「收容」手段實質程序與內容合法，並將本案始末詳敘於原裁定理由第二項。3.承上述兩點，按原裁定之見解，凡行政、立法、司法任何政府機關單位，得以自行訂定、創造、引用、解釋，凡非提審法所保障之「逮捕拘禁」手段以外之任何名詞，政府得逕行作出實質內容同質於「有期徒刑」或「拘役」之處分手段，不僅不受法院審判拘束，且承審法官願意無條件為該處分背書負責。綜論上述 3 點，可證原裁定司法見解偏狹不周之處，不僅無視「有期徒刑」或「拘役」乃是刑法上必須明文嚴格制定之司法終極手段。更誤解國家根本大法憲法第 8 條有關人身自由明文制定之真正用意，竟然是在限縮人民受獨立公正審判之權利，同時曲解該條文賦予各級政府機關得以規避憲法約束之重大憲法漏洞，該見解之荒謬性、與不適用性得證。為此，爰提起抗告，請求撤銷原裁定云云。

二、按人民因犯罪嫌疑被逮捕拘禁時，其逮捕拘禁機關應將逮捕拘禁原因，以書面告知本人及其本人指定之親友，並至遲於 24 小

時內移送該管法院審問；本人或他人亦得聲請該管法院，於 24 小時內向逮捕之機關提審，憲法第 8 條第 2 項定有明文，故適用提審之前提要件當係人民因「犯罪嫌疑」被逮捕拘禁時。次按人民被法院以外之任何機關逮捕拘禁時，其本人或他人得向逮捕拘禁地之地方法院聲請提審；法院接受提審之聲請書狀，依法律之規定，認為無理由者，應於 24 小時內以裁定駁回之，提審法第 1 條、第 4 條第 1 項定有明文。復按外國人有下列情形之一者，入出國及移民署得暫予收容，並得令其從事勞務：一、受驅逐出國處分尚未辦妥出國手續；二、非法入國或逾期停留、居留；三、受外國政府通緝；四、其他在事實上認有暫予收容之必要。前項收容以 60 日為限；必要時，入出國及移民署得延長至遣送出國為止。受收容人或其配偶、直系親屬、法定代理人、兄弟姊妹，得於 7 日內向入出國及移民署提出收容異議。入出國及移民法第 38 條第 1 項、第 2 項、第 3 項亦有明文。經查：

（一）受收容人蘇０星為泰國籍，於 97 年 4 月 2 日聲請居留證延期時（原有效期限為自 95 年 5 月 23 日起至 97 年 5 月 23 日止，聲請延期為自 97 年 5 月 23 日起至 99 年 5 月 23 日止），因有提供不實資料之情事，經內政部入出國及移民署於 99 年 3 月 24 日以移署服北縣竣字第 0998084018 號處分書註銷受收容人蘇０星所持之外僑居留證，並依入出國及移民法第 36 條第 1 項第 9 款（處分書誤載為第 1 款）之規定，於 99 年 3 月 30 日以移署專二中市奕字第 0998095160 號處分書，將受收容人蘇０星強制驅逐出國，又該署以受收容人有入出國及移民法第 38 條第 1 項第 1 款「受驅逐出國處分尚未辦妥出國手續」、第 2 款「非法入國或逾期停留、居留」之事由，因而對蘇０星為收容處分，將其收容在該署之南投收容所，期間自 99 年 4 月 1 日起至 99 年 5 月 30 日止，此亦有該署 99 年 4 月 1 日移署中市霖字第 0998095171 號處分書附卷可查。

（二）內政部入出國及移民署依入出國及移民法第 38 條第 1 項規定，

對受收容人蘇０星所為之收容處分，並非受收容人蘇０星因犯罪嫌疑被逮捕拘禁，而係強制驅除出國之前置作業，自非屬憲法第 8 條第 2 項規範所得聲請提審之範圍。又依入出國及移民法第 38 條第 3 項規定，若不服入出國及移民法第 38 條第 1 項規定之收容處分，受收容人或其配偶、直系親屬、法定代理人、兄弟姊妹、辯護人、保證人，得於 7 日內向入出國及移民署提出收容異議，此亦為內政部入出國及移民署 99 年 4 月 1 日移署中市霖字第 0998095171 號處分書所明確記載之救濟方式。是原裁定因認抗告人之聲請提審為無理由，而予以駁回，經核於法並無違誤。抗告意旨猶執前開陳詞，對原裁定聲明不服，請求撤銷原裁定，其抗告為無理由，應予駁回。

三、據上論斷，應依刑事訴訟法第 412 條，裁定如主文。

中　華　民　國　99　年　4　月　8　日

（本件聲請書其餘附件略）

抄PUR００釋憲聲請書　（99年8月31日）

茲依司法院大法官審理案件法第5條第1項第2款及第8條第1項之規定，聲請解釋憲法:

壹、聲請解釋憲法之目的

請求宣告：聲請人所受駁回請求提審之確定裁定，其適用之提審法第1條、第8條與入出國及移民法第38條，因違反憲法第8條所保障之人身自由權、憲法第16條之訴訟基本權，並有違憲法第23條比例原則之要求而應予變更或補充。

貳、疑義之性質與經過，及涉及之憲法條文

一、疑義之經過：聲請人為印尼國籍人，原係因合法來臺工作，後因工作繁重不堪負荷，又礙於法令限制、無法自由轉換雇主，是於97年逃離原合法雇主、四處違法打工致遭逮捕，且自99年2月1日起，遭無限期收容於移民署所屬臺北收容所，聲請人除不知所涉犯罪名，亦不知為何同遭逮捕之其他友人均已離

境，獨聲請人一人無由返鄉，迄99年5月13日檢察官首次偵訊為止，始知原係因97年逃離原雇主時，遭舉報涉犯竊盜，檢察官並當庭告知由於案件移轉管轄之故，始耽誤審理之日期，並迅速於隔天（99年5月14日）作出不起訴處分，聲請人始能於遭拘禁約莫4個月餘後離境。而日前聲請人認受逮捕拘禁，並未經法院之審理且准許，進而依據提審法請求法院提審遭駁回，抗告仍遭高等法院駁回而告確定；是聲請人認確定終局裁定所適用之提審法第1條、第8條，與入出國及移民法第38條，均有牴觸我國憲法第8條、第16條、第23條之疑義。

二、疑義之性質：

（一）本件因聲請人受逮捕拘禁請求法院提審遭駁回並確定，而依據確定終局裁定所認定，提審法第1條所謂「逮捕拘禁」之情況，並未含括同為「限制人身自由」之「收容處分」，是倘原確定終局裁定適用法規無誤，則聲請人認為提審法第1條，僅適用於「刑事犯罪之逮捕拘禁」，竟未含括同為「限制人身自由」之「收容處分」，已有牴觸憲法第8條與第16條之疑義。

（二）或倘認為提審法第1條亦得適用於「收容處分」（僅係原確定終局裁定適用法律不當），則聲請人亦認入出國及移民法第38條，於此限制人身自由之場合（第1次之收容處分或後續之延長收容處分，此等區分詳容後述），未賦予相類於提審法第1條法官保留之司法審查權，亦有牴觸憲法第8條、第16條、第23條之疑義。

（三）縱算一如原確定終局裁定所持之見解，入出國及移民法第38條所謂「暫予收容處分」，與憲法第8條及提審法第1條規定之「逮捕拘禁」有間，並無牴觸憲法第8條；「收容處分」亦非屬應予「法官保留」之事務；至少，所謂「暫予收容」竟得無限期延長，有牴觸憲法第23條之疑義。

（四）無論如何，入出國及移民法第38條之「暫予收容處分」，於第1次收容時無區分任何實質理由，均一律未予收容程序權之保障與規定，已有牴觸憲法第16條與第23條之疑義；後續之延長收容處分，亦未賦予受收容人陳述、答辯之程序機會，處分機關亦得未附任何理由即得繼續延長，均有牴觸憲法第16條暨第23條之疑義。

三、所涉及之憲法條文：第8條、第16條與第23條。

參、聲請解釋憲法之理由，以及聲請人對本案所持之立場與見解

一、提審法第1條未含括同為「限制人身自由」之「收容處分」，牴觸憲法第8條：

（一）按憲法第8條保障人民之身體自由，釋字第567號解釋理由書並闡其意旨：「關於限制人身自由之處罰，應以法律規定，並經審判程序，始得為之。立法機關於制定法律時，其內容更須合於實質正當，縱為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序、或增進公共利益之必要，仍不得逾越必要之限度，復為憲法第二十三條所明定。……人民身體自由享有充分保障，乃行使其憲法上所保障其他權利之前提，為重要之基本人權，縱於非常時期，對人民身體自由之處罰仍須合於憲法第八條及第二十三條之規定……」、「……不予釋放而逕行拘束其身體自由於一定處所，不論其名義係強制工作或管訓處分，實與剝奪人民行動自由之刑罰無異，性質上均為嚴重侵害人民身體自由之處罰，依憲法第八條之規定，應由法院依法定程序始得為之」。質言之，人民身體自由乃係重要之基本人權，無論何種限制，均須合乎憲法第8條及第23條之規定，並且，不論其名義為何，只要實際上係剝奪人民行動自由，性質上均為嚴重侵害人民身體自由之處罰。

（二）本案中，聲請人因受入出國及移民法第38條之「暫予收容處分」，自99年2月1日起，行動自由即遭限制，為客觀上

無法否認之事實；無論對聲請人行動自由限制之「名義」為何，性質上均為嚴重侵害人民身體自由之處罰，依憲法第8條所保障人民身體自由之意旨，自得依法請求法院提審。

（三）是故，提審法第1條、第8條竟未含括同為「限制人身自由」之「收容處分」，致使聲請人無由依據提審法之相關規定請求法院提審，明顯係牴觸了憲法第8條之規定，應予宣告違憲或命修正為是。

二、入出國及移民法第38條，未賦予法官保留之司法審查，牴觸憲法第8條與第16條：

（一）按憲法第8條與第16條分別為保障人民之身體自由與訴訟基本權而設，釋字第384號解釋理由書並闡其意旨：「人民身體自由享有充分保障，乃行使其憲法上所保障其他自由權利之前提，為重要之基本人權。故憲法第八條對人民身體自由之保障，特詳加規定。……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。」質言之，凡限制人民身體自由之處置，均為憲法保留之範圍，均須經法官保留之司法審查。

（二）本案中，入出國及移民法第38條明顯乃係針對人民身體自由之限制，於第3項固有「得於7日內向入出國及移民署提出收容異議」之救濟規定，然查：(a)入出國及移民署僅為行政機關，無經過憲法保留、法官保留，依法應不能作出限制人民身體自由之處分，入出國及移民法第38條至此已有違憲之虞；(b)針對人民身體自由之限制，既係為憲法保留與法官保留之事項，自應由法院依法定法官原則來審理關於人民身體自由限制是否合憲、合法等核心事項，其性質上並不適合向屬於行政權之入出國及移民署提出「異議」；是故，(c)所謂「收容異議」應解

為僅係針對受收容人對於人身自由依法「應」受限制，「嗣後」對於相關之細節性、技術性事務不服而提起之異議（例如：因故請求收容於臺北收容所卻遭收容於南投收容所之不服、受施用戒具不當之不服等），並不能涉應受憲法保留、或法官保留之「審認人民身體自由限制是否合憲、合法」等核心事項。

（三）是故，入出國及移民法第38條若非解為「缺漏」憲法所要求關於人民身體自由限制應有若干憲法保留、法官保留之規定而違憲；亦應解為該「異議」之程序規定，業已「越俎代庖」，因不當逾越行政權、僭侵司法權之核心而違憲；是縱算不予以宣告該條第3項關於「收容異議」之規定違憲，無論如何，亦僅應解釋為係人身自由「以外」，對於相關之細節性、技術性事務不服而提起之異議矣。

三、入出國及移民法第38條，雖謂「暫予」收容，然並無特定時程之規定，解釋與實務運作上均得無限期延長，有牴觸憲法第23條之疑義：

（一）按憲法第23條規定「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之」，釋字第669號解釋理由書並闡其意旨：「限制人身自由之刑罰，嚴重限制人民之基本權利，係屬不得已之最後手段。立法機關如為保護合乎憲法價值之特定重要法益，並認施以刑罰有助於目的之達成，又別無其他相同有效達成目的而侵害較小之手段可資運用，雖得以刑罰規範限制人民身體之自由，惟刑罰對人身自由之限制與其所欲維護之法益，仍須合乎比例之關係，尤其法定刑度之高低應與行為所生之危害、行為人責任之輕重相符，始符合罪刑相當原則，而與憲法第二十三條比例原則無違」（釋字第646

號、第551號、第544號、第476號解釋亦同此意旨）。是可知限制人身之自由乃嚴重限制人民之基本權利，係屬不得已之最後手段，故對人身自由之限制與其所欲維護之法益，仍須合乎比例之關係，始與憲法第23條比例原則無違。

（二）而查入出國及移民法第38條所欲維護之法益暨其所由設之目的，僅係為順利將外國人「遣送出國」前之「暫時」收容而已，第2項並規定以60日為限，第4項亦明文倘有事實上「無法遣送」之情況，入出國及移民署亦得「限定其住居所或附加其他條件後，廢止收容處分」；質言之，任何收容與否、對人身自由限制之考量，均應以「遣送出國所需時程」為核心，始符合手段有助於目的達成之適當性原則。並且，倘若於60日內無法遣送出國，則亦應添附具體理由說明無法遣送之原因、暨倘若再稍作延長即得遣返之理由，始能例外再予延長收容，否則，即應以限定住居所或附加其他條件，廢止收容之較小侵害性手段代之；換言之，尚不得以其他理由作為收容之目的（例如：受收容人尚有案件繫屬於檢、警、調、法院，附帶一提，此實為實務上之大宗），亦不得在無考量是否事實上果無任何遣送之方法，即率而續為收容，否則均有違反憲法第23條之要求。

（三）是故，聲請人認：(a)入出國及移民法第38條未根據收容人「遣送出國難易不同」之種類、情況、理由作出不同收容日期之區分，一律定以「60日為限」，業已失比例而違憲法第23條之要求；(b)縱算將「60日為限」解為立法者之形成自由，該條第2項漏無類如「倘於60日內無法遣送出國，則應添附具體理由說明無法遣送之原因、暨倘若再稍作延長即得遣返之理由，始能例外再予延長收容」之規定，亦有違反憲法第23條之處；況且，(c)縱算將「60

日為限、例外得延長」均解為立法形成自由，然而，未有任何延長之次數限制，導致在解釋與實務運作上均得無限期延長，均有違反憲法第23條比例原則之意旨。（附帶一提，舉重明輕，連涉嫌刑事重大犯罪之被告，均有刑事訴訟法第108條限制其人身自由期間與次數之限制了，更可突顯入出國及移民法第38條漏未有類此規定之重大違憲。）

四、入出國及移民法第38條之「收容處分」，第1次收容時均未賦予受收容人任何程序之保障，已牴觸憲法第8條、第16條與第23條之規定：

（一）按憲法第8條與第16條分別為保障人民之身體自由與訴訟基本權而設，釋字第384號解釋理由書並闡其意旨：「人民身體自由享有充分保障，乃行使其憲法上所保障其他自由權利之前提，為重要之基本人權。故憲法第八條對人民身體自由之保障，特詳加規定。……除現行犯之逮捕，由法律另定外，其他事項所定之程序，亦須以法律定之，且立法機關於制定法律時，其內容更須合於實質正當，並應符合憲法第二十三條所定之條件，此乃屬人身自由之制度性保障。舉凡憲法施行以來已存在之保障人身自由之各種建制及現代法治國家對於人身自由所普遍賦予之權利與保護，均包括在內，否則人身自由之保障，勢將徒託空言，而首開憲法規定，亦必無從貫徹。前述實質正當之法律程序，兼指實體法及程序法規定之內容，就實體法而言，如須遵守罪刑法定主義；就程序法而言，如犯罪嫌疑人除現行犯外，其逮捕應踐行必要之司法程序、被告自白須出於自由意志、犯罪事實應依證據認定、同一行為不得重覆處罰、當事人有與證人對質或詰問證人之權利、審判與檢察之分離、審判過程以公開為原則及對裁判不服提供審級救濟等為其要者。除

依法宣告戒嚴或國家、人民處於緊急危難之狀態，容許其有必要之例外情形外，各種法律之規定，倘與上述各項原則悖離，即應認為有違憲法上實質正當之法律程序。」

（二）本案中，入出國及移民署依據入出國及移民法第38條作出「收容處分」之前，完全無任何之「程序」，更遑論有任何「實體法」原則之考量與審酌。就實體法而言，該條第1項第4款所謂「其他在事實上認有暫予收容之必要」之要件，既無法使一般理性第三人於事前理解並預見，亦不利司法於事後之審查，有違法律明確性原則；就程序法而言，受收容人遭逮捕、拘禁僅由司法警察（即移民署之專勤隊）片面審核，並未踐行必要之司法程序（例如移民法庭法官之裁定）；僅「形式審查」受收容人居留是否逾期即一律予以收容，未能稍予實質審認證據，是否有遭剝削、凌辱、詐害、人口販運之情事；更遑論賦予受收容人任何與證人對質或詰問證人之權利、審判與檢察之分離（聲請收容與准予收容同為移民署之專勤隊，並無分離）、審判過程以公開為原則（查移民署專勤隊作成處分書並無任何他人之參與）及對裁判不服提供審級救濟等（至於對受收容之「異議」，聲請人主張僅係針對事務性、技術性之內容為之，已如前述）。

（三）是故，入出國及移民法第38條，第1次之「收容處分」於收容時均未賦予受收容人任何程序之保障，已牴觸憲法第8條、第16條與第23條。

五、入出國及移民法第38條之「收容處分」，後續之延長收容處分，未賦予受收容人陳述、答辯之程序機會，亦得未附具任何理由即繼續延長收容，均已牴觸憲法第8條、第16條與第23條之規定：

（一）按憲法第8條與第16條分別為保障人民之身體自由與訴訟

基本權而設，第23條比例原則之憲法精神並要求限制上揭之自由權不得逾越必要之程度，釋字第384號解釋理由書詳闡其意旨已如前述。

（二）縱算入出國及移民署依據入出國及移民法第38條作出「第1次之收容處分」有美其名為「國家安全」之急迫性而得為憲法低密度之審查，是得享法律之充分授權，非但毋庸（移民）法官保留之介入，亦毋庸進行較嚴格之證據調查程序，亦毋庸遂行聲請人與裁判者分離之權力分立措施等等任何程序。然而，無論如何，至少於「第2次以後」之繼續性收容處分時，該所謂之「急迫性」應已消失，憲法至少即應為中密度以上之審查，後續若果認有延長收容處分之必要，豈能完全未賦予受收容人陳述、答辯之程序機會？亦豈又得未附具任何理由即能繼續延長收容之決定？

（三）是故，入出國及移民法第38條，至少於「第2次以後」之繼續性收容處分時，已牴觸憲法第8條、第16條與第23條。

肆、聲請人之其他意見與建議

綜上所述，聲請人主張：(1)提審法第1條、第8條未包括同為限制人身自由之收容處分已有違憲；(2)入出國及移民法第38條於裁定收容前，即應有類如移民法官制度之法官保留暨司法審查；(3)入出國及移民法第38條第2項規定收容並無次數與固定時程之限度，解釋與實務運作上幾近於不定期刑已有失比例；(4)入出國及移民法第38條「第1次」收容處分時未賦予任何程序保障已有違憲；(5)而至少，無論如何，入出國及移民法第38條於「第2次以後」之收容處分時，未賦予任何程序保障已有違憲。

實則，外國人人權（於此尤指東南亞移工移民之人權）乃係制度性問題，從外國人初入我國時起，國家種種不合理之勞動、簽證、居留政策性管制，入國後人民之普遍性歧視、剝削甚或凌虐，均係造成外國人屢屢逾期居留之主要原因，而伴隨我國經濟

日漸成熟暨全球化，臺灣早已成為人口之輸入國，卻直至近期始漸漸意識到伴隨而來之社會衝擊，96年初設專責之入出國及移民署後，相關之法規難免尚有缺漏，侵害外國人人權甚鉅，在在均亟待　貴院釐清審度，是尚祈　貴院大法官能惠予受理並作出解釋為核。

伍、關係文件之名稱及件數

附件一、聲請人提出於臺灣板橋地方法院之聲請提審書狀。

附件二、臺灣板橋地方法院99年度提字第1號刑事裁定。

附件三、聲請人提出於臺灣高等法院之刑事抗告狀。

附件四、臺灣高等法院99年度抗字第543號刑事裁定。

附件五、委任狀正本乙紙。

附件六、複委任狀正本乙紙。

此　致

司　法　院

聲　請　人：PUR００

中　華　民　國　99　年　8　月　31　日

（附件四）

臺灣高等法院刑事裁定　99 年度抗字第 543 號

抗　告　人　PUR００

選任辯護人　高　榮　志　律師

上列抗告人因聲請提審案件，不服臺灣板橋地方法院中華民國 99 年 4 月 29 日裁定(99 年度提字第 1 號)，提起抗告，本院裁定如下：

主　文

抗告駁回。

理　由

一、原裁定意旨略以：入出國及移民署係以聲請人逾期居留，違反入出國及移民法第 38 條規定，而為收容處分，依入出國及移民法第 38 條第 3 項規定，受收容人對其收容處分不服者，應於 7

日內向入出國及移民署提出收容異議。聲請人因逾期居留，經入出國及移民署為收容處分，顯與因涉有犯罪嫌疑，經法院以外之機關逮捕拘禁之情形有異。從而，聲請人聲請提審，為無理由，應予駁回。

二、抗告意旨略以：抗告人並不爭執有逾期居留之事實，然而，縱算不服收容處分，但尚未提出收容異議，倘若仍符合提審法之要件，即不「當然排斥」提審法之適用，原裁定似認收容之處分，即當然排斥提審法之適用，尚嫌速斷云云。

三、按人民被法院以外之任何機關逮捕拘禁時，其本人或他人得向逮捕拘禁地之地方法院聲請提審；法院接受聲請書狀，依法律之規定，認為無理由者，應於 24 小時內以裁定駁回之，提審法第 1 條、第 4 條第 1 項分別定有明文。次按外國人非法入國或逾期停留、居留，或其他在事實上認有暫予收容之必要者，入出國及移民署得暫予收容，並得令其從事勞務；前項收容以 60 日為限，必要時，入出國及移民署得延長至遣送出國為止，則據入出國及移民法第 38 條第 1 項第 2 款、第 4 款、第 2 項分別規定甚明。又提審制度，係淵源於英國 1679 年之人身保護令(Writ of Habeas Corpus)制度，並為我國憲法所採用，而規定於憲法第 8 條第 2 項及第 3 項：「人民因犯罪嫌疑被逮捕拘禁時，其逮捕拘禁機關應將逮捕拘禁原因，以書面告知本人及其指定之親友，並至遲於 24 小時內移送該管法院審問，本人或他人亦得聲請該管法院，於 24 小時內向逮捕之機關提審。」及「法院對於前項聲請，不得拒絕，並不得先令逮捕拘禁之機關查覆。逮捕拘禁之機關，對於法院之提審，不得拒絕或遲延」，我國並據以制定提審法，以落實提審制度之保障。是以，提審法第 1 條所稱：人民被法院以外之任何機關逮捕拘禁，依沿革解釋，係指憲法第 8 條第 2 項所謂「因犯罪嫌疑被逮捕拘禁」之情形，如非因犯罪嫌疑被逮捕拘禁，依反面解釋，自無提審法第 1 條

之適用。否則，依其他行政法令得以收容之情形，均得聲請法院提審，應非提審法第 1 條之立法本旨。

四、抗告人 PUR００為印尼籍人士，於 97 年 8 月 12 日初次入境，受僱於張０明，聘僱日期原自 97 年 8 月 27 日至 99 年 8 月 12 日止，嗣於 98 年 2 月 13 日經以 98-0698761 號撤銷聘僱許可，居留效期至 98 年 2 月 5 日止，有法務部外勞查詢資料及內政部入出國及移民署外來人士收容入所申請表附卷可資佐證，是抗告人於 99 年 1 月 11 日為警查獲時，已屬逾期居留之外國人無疑。次依前揭申請表之記載，入出國及移民署係以聲請人逾期居留，而為收容處分，並非以抗告人因犯罪嫌疑被逮捕拘禁，依上開說明，自不得據以聲請提審。原審因而駁回本件聲請，並無違誤，抗告人仍執陳詞，請求准予提審，核無理由，應予駁回。

五、據上論結，應依刑事訴訟法第 412 條，裁定如主文。

中　華　民　國　99　年　5　月　6　日

（本件聲請書其餘附件略）

司法院釋字第七０九號解釋

【都市更新事業概要與計畫審核案】

中華民國102年4月26日

院台大二字第1020011078號

解　釋　文

中華民國八十七年十一月十一日制定公布之都市更新條例第十條第一項（於九十七年一月十六日僅為標點符號之修正）有關主管機關核准都市更新事業概要之程序規定，未設置適當組織以審議都市更新事業概要，且未確保利害關係人知悉相關資訊及適時陳述意見之機會，與憲法要求之正當行政程序不符。同條第二項（於九十七年一月十六日修正，同意比率部分相同）有關申請核准都市更新事業概要時應具備之同意比率之規定，不符憲法要求之正當行政程序。九十二年一月二十九日修正公布之都市更新條例第十九條第三項前段（該條於九十九年五月十二日修正公布將原第三項分列為第三項、第四項）規定，並未要求主管機關應將該計畫相關資訊，對更新單元內申請人以外之其他土地及合法建築物所有權人分別為送達，且未規定由主管機關以公開方式舉辦聽證，使利害關係人得到場以言詞為意見之陳述及論辯後，斟酌全部聽證紀錄，說明採納及不採納之理由作成核定，連同已核定之都市更新事業計畫，分別送達更新單元內各土地及合法建築物所有權人、他項權利人、囑託限制登記機關及預告登記請求權人，亦不符憲法要求之正當行政程序。上開規定均有違憲法保障人民財產權與居住自由之意旨。相關機關應依本解釋意旨就上開違憲部分，於本解釋公布之日起一年內檢討修正，逾期未完成者，該部分規定失其效力。

九十二年一月二十九日及九十七年一月十六日修正公布之都市更新條例第二十二條第一項有關申請核定都市更新事業計畫時應具備之同意比率之規定，與憲法上比例原則尚無牴觸，亦無違於憲法要求之正當行政程序。惟有關機關仍應考量實際實施情形、一般社會觀念與推動都市更新需要等因素，隨時檢討修正之。

九十二年一月二十九日修正公布之都市更新條例第二十二條之一（該條於九十四年六月二十二日為文字修正）之適用，以在直轄市、縣（市）主管機關業依同條例第七條第一項第一款規定因戰爭、地震、火災、水災、風災或其他重大事變遭受損壞而迅行劃定之更新地區內，申請辦理都市更新者為限；且係以不變更其他幢（或棟）建築物區分所有權人之區分所有權及其基地所有權應有部分為條件，在此範圍內，該條規定與憲法上比例原則尚無違背。

解釋理由書

查本件原因案件之確定終局判決（最高行政法院一００年度判字第一九０五號、第二００四號、第二０九二號判決及臺北高等行政法院九十八年度訴字第二四六七號判決）所適用之法律，包括八十七年十一月十一日制定公布之都市更新條例第十條第一項、第二項及九十二年一月二十九日修正公布之都市更新條例第二十二條第一項、增訂公布第二十二條之一（九十二年一月二十九日修正公布後都市更新條例下稱舊都市更新條例），以及九十七年一月十六日修正公布之都市更新條例第二十二條第一項（現行及舊都市更新條例合稱本條例），依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定，均為解釋之客體。又查最高行政法院一００年度判字第一九０五號確定終局判決所適用之舊都市更新條例第十九條第三項前段雖未經聲請人聲請釋憲，惟此係規定直轄市、縣（市）政府主管機關核定都市更新事業計畫前應遵行之程序，乃同條例第十條第一項直轄市、縣（市）主管機關核准都市更新事業概要之後續階段，都市更新事業概要是否核准為都市更新事業計畫是否核定之前提問題，足見舊都市更新條例第十九條第三項前段與第十條第一項之規範功能，具有重要關聯性，爰將舊都市更新條例第十九條第三項前段一併納入審查範圍，合先敘明。

憲法第十五條規定人民財產權應予保障，旨在確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或

第三人之侵害，俾能實現個人自由、發展人格及維護尊嚴（本院釋字第四００號解釋參照）。又憲法第十條規定人民有居住之自由，旨在保障人民有選擇其居住處所，營私人生活不受干預之自由（本院釋字第四四三號解釋參照）。然國家為增進公共利益之必要，於不違反憲法第二十三條比例原則之範圍內，非不得以法律對於人民之財產權或居住自由予以限制（本院釋字第五九六號、第四五四號解釋參照）。

都市更新為都市計畫之一環，乃用以促進都市土地有計畫之再開發利用，復甦都市機能，改善居住環境，增進公共利益。都市更新條例即為此目的而制定，除具有使人民得享有安全、和平與尊嚴之適足居住環境之意義（經濟社會文化權利國際公約第十一條第一項規定參照）外，並作為限制財產權與居住自由之法律依據。都市更新之實施涉及政治、經濟、社會、實質環境及居民權利等因素之考量，本質上係屬國家或地方自治團體之公共事務，故縱使基於事實上需要及引入民間活力之政策考量，而以法律規定人民在一定條件下得申請自行辦理，國家或地方自治團體仍須以公權力為必要之監督及審查決定。依本條例之規定，都市更新事業除由主管機關自行實施或委託都市更新事業機構、同意其他機關（構）實施外，亦得由土地及合法建築物所有權人在一定條件下經由法定程序向直轄市、縣（市）主管機關申請核准，自行組織更新團體或委託都市更新事業機構實施（本條例第九條、第十條、第十一條規定參照）。而於土地及合法建築物所有權人自行組織更新團體或委託都市更新事業機構實施之情形，主管機關對私人所擬具之都市更新事業概要（含劃定更新單元，以下同）所為之核准（本條例第十條第一項規定參照），以及對都市更新事業計畫所為之核定（本條例第十九條第一項規定參照），乃主管機關依法定程序就都市更新事業概要或都市更新事業計畫，賦予法律上拘束力之公權力行為，其法律性質均屬就具體事件對特定人所為之行政處分（行政程序法第九十二條第一項規定參照）。其中經由核准都市更新事業概要之行政處分，在更新地區內劃定可單獨實施都市更新事業之更新單元範圍，影響更新單元內所有居民之法律權益，居民如有不願被劃

入更新單元內者，得依法定救濟途徑謀求救濟。而主管機關核定都市更新事業計畫之行政處分，涉及建築物配置、費用負擔、拆遷安置、財務計畫等實施都市更新事業之規制措施。且於後續程序貫徹執行其核准或核定內容之結果，更可使土地或建築物所有權人或其他權利人，乃至更新單元以外之人之權利受到不同程度影響，甚至在一定情形下喪失其權利，並被強制遷離其居住處所（本條例第二十一條、第二十六條第一項、第三十一條第一項、第三十六條第一項等規定參照）。故上述核准或核定均屬限制人民財產權與居住自由之行政處分。

憲法上正當法律程序原則之內涵，應視所涉基本權之種類、限制之強度及範圍、所欲追求之公共利益、決定機關之功能合適性、有無替代程序或各項可能程序之成本等因素綜合考量，由立法者制定相應之法定程序（本院釋字第六八九號解釋參照）。都市更新之實施，不僅攸關重要公益之達成，且嚴重影響眾多更新單元及其週邊土地、建築物所有權人之財產權及居住自由，並因其利害關係複雜，容易產生紛爭。為使主管機關於核准都市更新事業概要、核定都市更新事業計畫時，能確實符合重要公益、比例原則及相關法律規定之要求，並促使人民積極參與，建立共識，以提高其接受度，本條例除應規定主管機關應設置公平、專業及多元之適當組織以行審議外，並應按主管機關之審查事項、處分之內容與效力、權利限制程度等之不同，規定應踐行之正當行政程序，包括應規定確保利害關係人知悉相關資訊之可能性，及許其適時向主管機關以言詞或書面陳述意見，以主張或維護其權利。而於都市更新事業計畫之核定，限制人民財產權及居住自由尤其直接、嚴重，本條例並應規定由主管機關以公開方式舉辦聽證，使利害關係人得到場以言詞為意見之陳述及論辯後，斟酌全部聽證紀錄，說明採納及不採納之理由作成核定，始無違於憲法保障人民財產權及居住自由之意旨。

舊都市更新條例第十條第一項規定：「經劃定應實施更新之地區，其土地及合法建築物所有權人得就主管機關劃定之更新單元，或依所定更新單元劃定基準自行劃定更新單元，舉辦公聽會，擬具事業

概要，連同公聽會紀錄申請當地直轄市、縣（市）主管機關核准，自行組織更新團體實施該地區之都市更新事業或委託都市更新事業機構為實施者實施之。」（於九十七年一月十六日僅為標點符號之修正）雖有申請人或實施者應舉辦公聽會之規定，惟尚不足以保障利害關係人適時向主管機關陳述意見，以主張或維護其權利。上開規定及其他相關規定並未要求主管機關應設置適當組織以審議都市更新事業概要，且未確保利害關係人知悉相關資訊可能性，與前述憲法要求之正當行政程序不符，有違憲法保障人民財產權與居住自由之意旨。

人民依法申請行政機關為特定行政行為時，行政機關須就其申請是否符合法定程序要件予以審查，於認為符合法定程序要件後，始據以作成行政處分，故人民申請之要件亦屬整體行政程序之一環，法律有關人民申請要件之規定，自亦應符合正當行政程序之要求。本條例既規定土地及合法建築物所有權人在一定條件下，得申請主管機關核准都市更新事業概要與核定都市更新事業計畫，則基於國家保護人民財產權與居住自由之憲法上義務，就提出申請時應具備之同意比率，亦應有適當之規定。舊都市更新條例第十條第二項規定：「前項之申請應經該更新單元範圍內土地及合法建築物所有權人均超過十分之一，並其所有土地總面積及合法建築物總樓地板面積均超過十分之一之同意。」（於九十七年一月十六日修正公布為：「前項之申請，應經該更新單元範圍內私有土地及私有合法建築物所有權人均超過十分之一，並其所有土地總面積及合法建築物總樓地板面積均超過十分之一之同意；……」）依其規定，申請核准都市更新事業概要之同意比率，不論土地或合法建築物所有權人，或其所有土地總面積或合法建築物總樓地板面積，僅均超過十分之一即得提出合法申請，其規定之同意比率太低，形成同一更新單元內少數人申請之情形，引發居民參與意願及代表性不足之質疑，且因提出申請前溝通協調之不足，易使居民顧慮其權利可能被侵害，而陷於價值對立與權利衝突，尤其於多數人不願參與都市更新之情形，僅因少數人之申請即應進行行政程序（行政程序法第三十四條但書規定參照），將使多數

人被迫參與都市更新程序，而面臨財產權與居住自由被侵害之危險。則此等同意比率太低之規定，尚難與尊重多數、擴大參與之民主精神相符，顯未盡國家保護人民財產權與居住自由之憲法上義務，即不符憲法要求之正當行政程序，亦有違於憲法保障人民財產權與居住自由之意旨。

舊都市更新條例第十九條第三項前段規定：「都市更新事業計畫擬定或變更後，送該管直轄市、縣（市）政府都市更新審議委員會審議前，應於各該直轄市、縣（市）政府或鄉（鎮、市）公所公開展覽三十日，並應將公開展覽日期及地點登報周知及舉行公聽會；任何人民或團體得於公開展覽期間內，以書面載明姓名或名稱及地址，向該管直轄市、縣（市）政府提出意見，由該管直轄市、縣（市）政府都市更新審議委員會予以參考審議。」（該條於九十九年五月十二日修正公布，將原第三項分列為第三項、第四項：「都市更新事業計畫擬訂或變更後，送各級主管機關審議前，應於各該直轄市、縣（市）政府或鄉（鎮、市）公所公開展覽三十日，並舉辦公聽會；實施者已取得更新單元內全體私有土地及私有合法建築物所有權人同意者，公開展覽期間得縮短為十五日。」「前二項公開展覽、公聽會之日期及地點，應登報周知，並通知更新單元範圍內土地、合法建築物所有權人、他項權利人、囑託限制登記機關及預告登記請求權人；任何人民或團體得於公開展覽期間內，以書面載明姓名或名稱及地址，向各級主管機關提出意見，由各級主管機關予以參考審議。……」）上開規定就都市更新事業計畫之核定雖已明文，送都市更新審議委員會審議前，應將都市更新事業計畫公開展覽，任何人民或團體得於公開展覽期間內提出意見，惟上開規定及其他相關規定並未要求主管機關應將該計畫相關資訊（含同意參與都市更新事業計畫之私有土地、私有合法建築物之所有權人清冊），對更新單元內申請人以外之其他土地及合法建築物所有權人分別為送達。且所規定之舉辦公聽會及由利害關係人向主管機關提出意見，亦僅供主管機關參考審議，並非由主管機關以公開方式舉辦聽證，使利害關係人得到場以言詞為意見之陳述及論辯

後，斟酌全部聽證紀錄，說明採納及不採納之理由作成核定，連同已核定之都市更新事業計畫，分別送達更新單元內各土地及合法建築物所有權人、他項權利人、囑託限制登記機關及預告登記請求權人。凡此均與前述憲法要求之正當行政程序不符，有違憲法保障人民財產權與居住自由之意旨。

上述各段論述違憲部分，相關機關應依本解釋意旨，於本解釋公布之日起一年內檢討修正，逾期未完成者，該部分規定失其效力。

舊都市更新條例第二十二條第一項規定：「實施者擬定或變更都市更新事業計畫報核時，其屬依第十條規定申請獲准實施都市更新事業者，除依第七條劃定之都市更新地區，應經更新單元範圍內土地及合法建築物所有權人均超過二分之一，並其所有土地總面積及合法建築物總樓地板面積均超過二分之一之同意外，應經更新單元範圍內土地及合法建築物所有權人均超過五分之三，並其所有土地總面積及合法建築物總樓地板面積均超過三分之二之同意；其屬依第十一條規定申請獲准實施都市更新事業者，應經更新單元範圍內土地及合法建築物所有權人均超過三分之二，並其所有土地總面積及合法建築物總樓地板面積均超過四分之三以上之同意。」該項規定於九十七年一月十六日修正公布為：「實施者擬定或變更都市更新事業計畫報核時，其屬依第十條規定申請獲准實施都市更新事業者，除依第七條劃定之都市更新地區，應經更新單元範圍內私有土地及私有合法建築物所有權人均超過二分之一，並其所有土地總面積及合法建築物總樓地板面積均超過二分之一之同意外，應經更新單元範圍內私有土地及私有合法建築物所有權人均超過五分之三，並其所有土地總面積及合法建築物總樓地板面積均超過三分之二之同意；其屬依第十一條規定申請獲准實施都市更新事業者，應經更新單元範圍內私有土地及私有合法建築物所有權人均超過三分之二，並其所有土地總面積及合法建築物總樓地板面積均超過四分之三之同意。……」考其立法目的，一方面係為落實推動都市更新，避免因少數人之不同考量而影響多數人改善居住環境、促進都市土地有計畫再開發利用之權益，因而規定達一定人數

及一定面積之同意比率，即得申請核定都市更新事業計畫；另一方面又為促使居民事先溝通協調，以減少抗爭，使都市更新事業計畫得以順利執行，同意比率亦不宜太低；復考量災區迅速重建之特殊需要，因而視更新單元是否在已劃定之更新地區內及是否屬迅行劃定之更新地區，而於上開條文分別就第七條、第十條或第十一條之情形為各種同意比率之規定（參考立法院公報第八十七卷第四期委員會紀錄第三０二頁至第三０三頁、第十二期委員會紀錄第二九一頁至第三０四頁、第四十二期院會紀錄第二八二頁至第二八三頁、第三三０頁至第三三一頁；第九十二卷第六期委員會紀錄第一０九頁至第一一０頁、第一四九頁至第一五０頁、第五期院會紀錄第七十七頁至第七十八頁、第八十四頁至第八十五頁）。其目的洵屬正當，且以一定比率之同意規定亦可達成上述立法目的。又查上開規定之同意比率均已過半，並無少數人申請之情形；而斟酌都市更新不僅涉及不願參加都市更新者之財產權與居住自由，亦涉及重要公益之實現、願意參與都市更新者之財產與適足居住環境之權益，以及更新單元周邊關係人之權利，立法者應有利益衡量空間；且有關同意之比率如非太低而違反憲法要求之正當行政程序，當屬立法形成之自由。立法者於斟酌實際實施情形、公益受影響之程度、社會情狀之需要及其他因素，而為上述同意比率之規定，核屬必要，且於相關利益之衡量上亦非顯失均衡，自未違反憲法上比例原則，亦無違於憲法要求之正當行政程序。惟有關機關仍應考量實際實施情形、一般社會觀念與推動都市更新需要等因素，隨時檢討修正之。又依本條例之規定，都市更新處理方式分為重建、整建、維護三種，其對土地及合法建築物所有權人權益影響之程度亦有重輕之別，則法律就相關申請之同意比率，允宜有不同之規定。另為使同意比率之計算基礎臻於確實，在同意都市更新事業計畫之徵詢時，是否應將權利變換內容納入同意之項目，以及在徵詢同意後，實施者就經同意之都市更新事業計畫之內容有變更者，是否應重新徵詢同意，亦應予檢討改進。

舊都市更新條例第二十二條之一規定：「依第七條劃定之都市更

新地區，於實施都市更新事業時，其同一建築基地上有數幢建築物，其中部分建築物毀損而辦理重建、整建或維護時，得在不變更其他幢建築物區分所有權人之區分所有權及其基地所有權應有部分之情形下，以各該幢受損建築物區分所有權人之人數、區分所有權及其基地所有權應有部分為計算基礎，分別計算其同意之比例。」（於九十四年六月二十二日修正公布，將「數幢」修正為「數幢或數棟」、「其他幢」修正為「其他幢或棟」、「各該幢」修正為「各該幢或棟」、「區分所有權人之人數、區分所有權」修正為「所有權人之人數、所有權」，其餘未修正）係參考九二一震災重建暫行條例第十七條之二規定而增訂，其目的係考量於同一建築基地內有多幢大樓，部分建築物因災害受損倒塌時，以該受損倒塌部分計算同意比率，較可迅速有效解決重建之困難問題（參考立法院公報第八十九卷第五十八期院會紀錄第三十八頁、第四十七頁至第四十八頁；第九十二卷第六期委員會紀錄第一０七頁及第一０九頁、第五期院會紀錄第七十五頁至第七十八頁、第八十五頁）。再者，既已因災害造成毀損，如能促使受損建築物迅速重建，自亦有避免危害擴散以維護公益之意義。準此以觀，該條規定之立法目的洵屬正當，且依其規定計算同意比率，當可迅速有效達成其立法目的。又綜觀上開規定之文義與立法目的，其適用既以在直轄市、縣（市）主管機關業依本條例第七條第一項第一款規定因戰爭、地震、火災、水災、風災或其他重大事變遭受損壞而迅行劃定之更新地區內，申請辦理都市更新者為限；且係以不變更其他幢（或棟）建築物區分所有權人之區分所有權及其基地所有權應有部分為條件，已兼顧其他幢（或棟）居民之權利。復考量受損倒塌之建築物已危及人民之生命、身體、財產與居住自由等權利，而有災後迅速重建、避免危害擴散之必要性與公益性，則上開規定以各該幢（或棟）受損建築物區分所有權人之人數、區分所有權及其基地所有權應有部分為同意比率之計算基礎，核屬必要，且於相關利益之衡量上亦非顯失均衡，自與憲法上比例原則無違。惟考量同一建築基地一體利用與同時更新在居民權利保障與公益實現上較具意義，且為避免因割裂更新而可能

產生之不良影響，如無窒礙難行之情形，宜儘可能使同一建築基地之其他幢（或棟）參與更新，故上開規定未設有受損建築物居民或其委託之實施者於都市更新事業計畫報核前，應先徵詢同一建築基地之其他幢（或棟）居民是否有參與更新意願之規定，亦有未周，允宜檢討改進。

聲請人之一據最高行政法院一００年度判字第一九０五號確定終局判決，指摘九十七年一月十六日增訂公布之都市更新條例第二十二條第三項中有關「所有權人不同意公開展覽之都市更新事業計畫者，得於公開展覽期滿前，撤銷其同意」之規定違憲乙節，經查該確定終局判決並未適用上開規定，自不得以之為聲請解釋之客體。至聲請人等指摘九十九年五月十二日修正公布之都市更新條例第三十六條第一項前段規定：「權利變換範圍內應行拆除遷移之土地改良物，由實施者公告之，並通知其所有權人、管理人或使用人，限期三十日內自行拆除或遷移；屆期不拆除或遷移者，實施者得予代為或請求當地直轄市、縣（市）主管機關代為之，直轄市、縣（市）主管機關有代為拆除或遷移之義務；……」（八十七年十一月十一日制定公布及九十七年一月十六日修正公布之同條例第三十六條第一項前段規定之意旨相同）中，有關授權實施者得代為或請求主管機關代為拆除或遷移，並課予主管機關代為拆除或遷移義務之規定違憲乙節，經查確定終局判決均未適用該項規定，自亦不得以之為聲請解釋之客體。綜上所述，上開聲請均核與司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定不合，依同條第三項規定，應不予受理，併此敘明。

大法官會議主席　大法官　賴浩敏

大法官　蘇永欽　林錫堯　池啟明　李震山
蔡清遊　黃茂榮　陳　敏　葉百修
陳春生　陳新民　陳碧玉　黃璽君
羅昌發　湯德宗

協同意見書　　大法官　林錫堯

本席贊同解釋文與解釋理由書所呈現之合憲與違憲解釋原則。惟解釋理由書中仍有立論或文義尚待釐清，尤其本件係就「憲法要求之正當行政程序」及其內涵作具體說明，並以之為相關規定違憲之論述依據，宜避免誤解，爰表示個人意見。

按本件之解釋客體，依司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款之規定，以及本件相關確定終局判決所適用之法律與聲請意旨指摘事項，依法應有一定範圍（如解釋文所示），不容任意逾越，故論述內容以主管機關依都市更新條例核准都市更新事業概要與核定都市更新事業計畫之程序為主軸，合先敘明。

壹、正當行政程序之憲法上依據

本解釋係以系爭規定（指都市更新條例第 10 條第 1 項、舊都市更新條例第 19 條第 3 項前段）違反「憲法上要求之正當行政程序」，有違憲法保障人民財產權與居住自由之意旨，故系爭規定違憲，為其論述主軸。解釋理由書又從「憲法上正當法律程序原則之內涵，應視所涉基本權之種類、限制之強度及範圍、所欲追求之公共利益、決定機關之功能合適性、有無替代程序或各項可能程序之成本等因素綜合考量，由立法者制定相應之法定程序（本院釋字第六八九號解釋參照）」出發，不免令人質疑，「憲法要求之正當行政程序」係出於「憲法上正當法律程序原則」？抑或係出於「各個基本權之客觀規範效力」？進而要問：「憲法上正當法律程序原則」如何而來？「憲法上正當法律程序原則之內涵」是否包括「正當行政程序」？除「由立法者制定相應之法定程序」外，尚有無基本要求？如依上述理路，能否導出「憲法要求之正當行政程序之內涵」？上開問題，仍有待釐清並建構理論。

於未釐清並建構理論前，宜從「各個基本權之客觀規範效力」出發，導出在何種情形下立法者應規定公權力行為必須踐行「憲法要求之正當行政程序」，進而就都市更新事項（本件解釋僅就都市更新程序中主管機關對私人所擬具之都市更新事業概要

（含劃定更新單元）所為之核准，及對私人所擬具之都市更新事業計畫所為之核定而言）何以應遵行「憲法要求之正當行政程序」作說明，進而說明「憲法要求之正當行政程序之內涵」為何。

詳言之，關於「憲法要求之正當行政程序」之立論，既係出於「各個基本權之客觀規範效力」，則本件都市更新事項之「憲法要求之正當行政程序」，應係出於憲法保障人民財產權或居住自由之意旨（註一）。從而，如以法律限制人民之財產權與居住自由者，不僅其限制必須基於重要公益與符合比例原則，相關法律並應明文規定係基於何種重要公益而為限制，且如法律規定內容具有高度抽象性與不確定性，因而於個案之解釋與適用上具有高度爭議性，為使行政機關依該法律作成行政行為時，能作成確實符合重要公益、比例原則與法律規定之判斷，法律不僅應設置能正確實現立法意旨之適當組織，以執行此等職務，並應規定可有效保障人民財產權與居住自由之正當行政程序，使行政機關於作成此類行政行為之前，有所遵行，始符合憲法保障人民財產權與居住自由之意旨。

附帶說明者，上述之憲法要求，包含適當組織與正當行政程序（本文簡稱為「憲法要求之正當行政程序」）。又何種公權力行為對何種基本權之侵害應符合「憲法要求之正當行政程序」？「憲法要求之正當行政程序之內涵」為何？尚難建立一般性標準，故本件解釋僅直接在都市更新事項上建立「憲法要求之正當行政程序」及其內涵。

貳、都市更新事項必須符合「憲法要求之正當行政程序」—因係公權力行為直接侵害人民之財產權與居住自由、且具有高度複雜性與爭議性

主管機關對私人所擬具之都市更新事業概要所為之核准，及對私人所擬具之都市更新事業計畫所為之核定，其行政程序之所以必須符合「憲法要求之正當行政程序」，其理由必須作具體說

明，且此之說明將影響後續有關「憲法要求之正當行政程序之內涵」。

本文認為，都市更新事項為何在憲法上要求法律應規定適當組織與正當行政程序？其理由在於，都市更新事業概要之核准與都市更新事業計畫之核定，均屬限制人民財產權與居住自由之行政處分，且其作成行政處分時所涉事實與法律問題及所應考量之因素，具有高度複雜性與爭議性，立法者應採行符合憲法要求之適當組織與正當行政程序，主管機關始能達成適當之結論。

詳言之，都市更新係都市發展至一定程度必然產生之需求，乃都市計畫之一環（都市計畫法第六章參照），本質上係屬國家或地方自治團體之公共事務，故縱使基於事實上需要，而以法律規定得委託民間團體或個人辦理或人民在一定條件下得申請自行辦理，國家或地方自治團體仍須負終局責任，公權力仍應為必要之介入及監督（或可稱此係國家之擔保責任）。而如解釋理由書所示，主管機關依都市更新條例核准都市更新事業概要與核定都市更新事業計畫之行為，均屬直接侵害人民財產權與居住自由之行政處分。則為符合前揭憲法保障人民財產權與居住自由之意旨，本條例一方面應當明文規定實施都市更新所應達成之重要公益種類（詳後述），另一方面應當考量，於都市更新個案，其實施都市更新之目的縱已符合法定重要公益，所採取之更新手段亦當符合法律規定與比例原則之各項內涵（行政程序法第 7 條參照），而由於相關法律規定仍不免使用高度抽象或不確定之法律概念，且於比例原則之適用上，涉及重要公益、願意參與都市更新者之財產與適足居住環境之權益、不願參加都市更新者之財產權與居住自由、更新單元周邊關係人權利等之利益衡量，顯然具有高度爭議性，故主管機關於作成行政處分前，必須先釐清複雜之事實與法律問題，始能作成正確之解釋、適用、衡量與判斷。因此，為使主管機關於核准都市更新事業概要或核定都市更新事業計畫時，能確實符合重要公益、比例原則及相關法律規定之要

求，並促使人民積極參與，建立共識，以提高其接受度，本條例有規定符合「憲法要求之正當行政程序」之必要。亦即本條例應就主管機關之處理程序，設有適當組織與正當行政程序之規定。

參、都市更新事項應符合之「憲法要求之正當行政程序之內涵」

憲法上，都市更新事項既有設適當組織與踐行正當行政程序之必要，「憲法要求之正當行政程序之內涵」為何？為避免造成誤解致不合釋憲原意，必須作具體說明。例如：以「給予人民陳述意見之機會」乙語為例，其達成之方式可能有下列幾種：(1)舉辦公聽會，(2)踐行行政程序法第 102 條以下有關陳述意見之程序，(3)不先依行政程序法第 104 條之規定先行通知與公告必要事項（可能因必要事項尚不明確），而僅單純聽取人民之意見作為決定之依據（例如於調查事實之程序，為釐清事實而通知人民陳述意見）。「憲法要求之正當行政程序之內涵」究應採何種達成方式始屬有效保障人權之必要手段？須視各種規範之事態而定。因此，倘若吾人認為都市更新事項應踐行如何之行政程序始符合「憲法要求之正當行政程序」，既已涉及具體事態，除非有意留給立法者形成之空間（此係另一種憲法要求），否則，本件就都市更新事項之「憲法要求之正當行政程序之內涵」，宜力求明確，以免誤解。如此作法，既出於憲法要求，當不生干預立法形成自由之問題。

本文認為，「憲法要求之正當行政程序之內涵」，可分設置適當組織與正當行政程序二大部分規定，其中正當行政程序部分又可分為：建立資訊公開機制與使權利可能受影響之人得於作成行政處分前向主管機關表達意見之程序二部分規定。詳述如下：

一、就適當組織而言：

應考量專業性、多元性與有效保障人民權益等因素，詳細規定此等組織成員之專業分類、選任資格及人數比例等事項，期使其所為之實體決定能適法、周延、公正、客觀。要之，當力求此種「適當組織」確能發揮應有之功能，避免流於形式。

二、就正當行政程序而言：

（一）建立資訊公開機制：

為免人民之疑慮，本條例自應設有合憲之資訊公開機制，規定主管機關應就申請相關文件資料詳細內容，對更新單元內申請人以外之其他居民分別為送達，亦應就行政處分及其附件（含核准之都市更新事業概要或核定之都市更新事業計畫）對更新單元內全部居民分別為送達，上開申請相關文件資料詳細內容、行政處分及其附件並應主動公開提供民眾閱覽，且公告閱覽時間與場所，使其他權利可能受影響之人亦得知悉，而均得以適時主張或維護其權利。

上述資訊公開機制，並非僅予「公告」即為已足，因為，公告之目的僅在使其他權利可能受影響之人亦得知悉而已。又上述要求都市更新條例應規定之內容，並非現行行政程序法有關規定所能涵蓋。

（二）規定向主管機關表達意見之程序：

除更新單元內之居民全體同意且公開閱覽期滿無人提出異議者外，本條例亦當設有使權利可能受影響之人（含更新單元內居民及其他權利可能受影響之人）得於作成核准或核定之行政處分前向主管機關表達意見之程序規定，惟有鑑於核准都市更新事業概要與核定都市更新事業計畫之審查事項、處分內容與效力、權利侵害程度等之不同，並考量核准都市更新事業概要時所需審查事項較少，對居民權利之影響較不具立即性與嚴重性等因素，此二種行政處分前所應踐行之程序亦得異其規定標準：(1)就核准都市更新事業概要前之程序而言，至少應由主管機關將權利可能受影響之人得於合理期間內以書面或口頭陳述意見之意旨及其他必要事項，通知更新單元內居民，並為公告，使其知悉程序上權利，且主管機關應斟酌其所陳述之意見，

於行政處分內說明可採納或不可採納之理由。(2)就核定都市更新事業計畫前之程序而言，則應踐行包含設置中立公正之主持人、預先通知並公告適當之聽證期日、場所與主要程序等必要事項、就相關法律與事實問題進行公開言詞辯論、依法作成聽證紀錄等內涵之聽證程序，使權利可能受影響之人均有參與聽證充分表達意見之機會，並要求主管機關應斟酌聽證紀錄作成行政處分，且說明參與聽證人員所陳述之意見可採納或不可採納之理由。

上述陳述意見之程序，並非僅舉辦「公聽會」（按舉辦公聽會亦屬一種陳述意見之機會）即為已足，當係指要求踐行行政程序法第102條以下有關陳述意見之規定，此一要求必須於都市更新條例明文，才能使核准都市更新事業概要之程序與行政程序法陳述意見之程序接軌。此外，行政程序法第104條第1項有關陳述意見之通知與公告之規定，於都市更新程序之實踐上亦有未足或不盡相同之處，宜另有更周延之規定（詳後述）。且當配合要求「主管機關應斟酌其所陳述之意見，於行政處分內說明其可採納或不可採納之理由」之規定（即課予主管機關斟酌與說理之義務），才能落實陳述意見之意義。

另就主管機關舉辦聽證而言，當係指應踐行行政程序法第54條以下之聽證程序而言。具體而言，都市更新條例應規定，主管機關核定都市更新事業計畫之前，應依行政程序法第一章第十節規定踐行聽證程序，如此規定，才能使核定都市更新事業計畫之程序與行政程序法之聽證程序接軌（行政程序法第54條參照），且亦當要求於都市更新條例特別規定要求「主管機關應斟酌聽證紀錄作成行政處分，且說明參與聽證人員所陳述之意見可採納或不可採納之理由」（即課予主管機關斟酌與說理之義務），以補充行政程序法一般性規定之不足（行政程序法第108條參照）。

此外，如前所述，吾人之所以要求主管機關於核准都市更新事業概要及核定都市更新事業計畫之前，應踐行表達意見程序，既係因此種行政處分係直接侵害更新單元內或周邊居民之財產權與居住自由等權利所致，故如更新單元內之居民全體同意且公開閱覽期滿無人提出異議，堪認主管機關此種行政處分已無直接侵害人民權利之可能時，自無要求主管機關於核准或核定前應踐行表達意見程序之必要。

肆、上述「憲法要求之正當行政程序之內涵」，應扣除行政程序法等現行法律已設有之規定，始屬都市更新條例應設之特別規定

於說明「憲法要求之正當行政程序之內涵」後，亦當考量這些內涵在行政程序法等現行法律已設有規定(如行政程序法第 54 條以下有關聽證程序、第 102 條以下有關陳述意見等規定)，不必要求都市更新條例重複規定，僅就現行法律未規定，或其適用上仍有疑義時，方要求都市更新條例應設有詳細規定，作為推動都市更新之依據與限制，始無違於憲法保障人民財產權與居住自由之意旨。

所宜注意，現行法律有某些規定，雖亦具有正當行政程序之意義或功能，但就都市更新事項而言，仍不足以取代或充足前述「憲法要求之正當行政程序」，例如：關於本條例自應設有資訊公開機制乙節，並非政府資訊公開法或行政程序法第 46 條有關閱覽卷宗之規定可取代或充足。另關於現行都市更新條例中有關公聽會之規定，亦不能取代或充足前述憲法要求之適當組織與各項正當行政程序乙節，詳後述。

抑有進者，憲法上要求之正當行政程序係基本權保障之重要事項，應以法律或法律明確授權之法規命令規定之，不能僅以施行細則規定之，施行細則規定僅能就執行法律規定之細節性、技術性事項為規定。因此，都市更新條例亦得就上述憲法上要求之適當組織與各項正當行政程序，明確授權以法規命令規定之，此際，基於法律保留原則，其授權應符合授權明確性原則，自不待

言。

伍、都市更新條例有關公聽會之規定，不論係於提出申請前由人民舉辦或提出申請後由主管機關舉辦，均不能取代或充足「憲法要求之正當行政程序之內涵」

本條例雖另規定申請人或實施者應於擬具都市更新事業概要或擬訂都市更新事業計畫期間，舉辦公聽會（本條例第 10 條第 1 項、第 19 條第 2 項參照），惟此類公聽會係於向主管機關提出申請前由人民舉辦，僅屬私人意見之交流與形成，與會人員所表達之意見僅供主管機關作成行政處分時之參考，並未賦予實質法律效力，尚不足取代或充足前述憲法要求之適當組織與各項正當行政程序。

按現行行政程序法或其他法律就公聽會程序本無一般性規定。行政程序法第 54 條以下有關聽證程序與第 102 條以下有關陳述意見程序之規定，均具有一定之功能與法治意義。而現行都市更新條例施行細則第 6 條雖規定：「依本條例第十條第一項、第十九條第二項及第三項規定舉辦公聽會時，應邀請有關機關、學者專家及當地居民代表參加，並通知更新單元內土地、合法建築物所有權人及其他權利關係人參加。（第一項）前項公聽會之日期及地點，於十日前刊登當地政府公報或新聞紙三日，並張貼於當地村（里）辦公處之公告牌。（第二項）」；第 7 條又規定：「公聽會程序之進行，應公開以言詞為之。」依其規定，無非是廣泛聽取意見而已，並未賦予該程序應有之效力，而得要求主管機關於作成處分前就相關陳述應予斟酌並說明可採或不可採之理由（即課予主管機關斟酌與說理之義務）。何況，申請人或實施者應於擬具都市更新事業概要或擬訂都市更新事業計畫期間舉辦之公聽會，其討論內容與提出申請之內容，未必一致。顯然此種公聽會程序尚不能取代或充足前述憲法要求之適當組織與各項正當行政程序。

再者，本條例第 19 條第 3 項雖另規定主管機關作成都市更

新事業計畫之核定前應舉辦公聽會，但其既未賦予該程序應有之效力（即課予主管機關斟酌與說理之義務），尤與聽證程序之功能與法治意義有極大差別，自亦不能取代或充足前述憲法要求之適當組織與各項正當行政程序。

陸、都市更新條例第 10 條第 1 項違憲之處，僅在於該項規定既授權主管機關得依人民申請核准都市更新事業概要，但卻欠缺符合「憲法要求之正當行政程序」之規定乙節

按都市更新條例第 10 條第 1 項（含舊都市更新條例第 10 條第 1 項與 97 年 1 月 16 日修正條文）既授權主管機關得依人民申請作成核准都市更新事業概要，劃定更新單元並准許實施更新事業，致限制人民財產權與居住自由之行政處分，依憲法要求之正當行政程序，本條例應設有一定內涵之適當組織與各項正當行政程序，始無違於憲法保障人民財產權與居住自由之意旨（已如前述），故本條例第 10 條第 1 項違憲之處，僅在其授權主管機關得依人民申請核准都市更新事業概要，但卻欠缺符合「憲法要求之正當行政程序」之規定乙節。未來有關機關研擬法案時當知所注意，不可一味為授權規定而忽視「憲法要求之正當行政程序」之規定，尤其於「憲法要求之正當行政程序之內涵」超越行政程序法規定內容之情形，更應注意在個別行政法律或其明確授權之法規命令內另設特別規定之必要性，否則恐有違憲之虞。蓋行政程序法係一般行政法，僅能從一般行政事項為原則性規定，各個行政法領域內基於憲法上理由或其他理由有特殊需要者，應由個別行政法律為特別規定。再者，個別行政法律之規定如欲排除行政程序法之原則性規定者（行政程序法第 3 條第 1 項參照），亦當注意行政程序法規定所根源之憲法規範或原則，而說明其排除行政程序法規定之合憲理由，不可恣意排除。

詳言之，關於都市更新條例第 10 條第 1 項違憲之理由，係因：本條例未規定應設置符合前述憲法要求而能有效審議都市更新事業概要之適當組織；而於核准都市更新事業概要前之行政程

序，既未設有符合前述憲法要求之資訊公開機制，亦未設有主管機關應將權利可能受影響之人得於合理期間內以書面或口頭陳述意見之意旨及其他必要事項，通知更新單元內居民，並為公告之規定；復未設有主管機關應斟酌其所陳述之意見，於行政處分內說明可採納或不可採納理由之規定，顯然不符前述憲法要求之適當組織與正當行政程序，自有違於憲法保障人民財產權與居住自由之意旨。

抑有進者，前述有關陳述意見之憲法上要求，並非僅要求主管機關應適用行政程序法第 102 條以下有關陳述意見之規定即可，而是要求於都市更新條例內設更詳細之特別規定，其未規定者，始應以行政程序法第 102 條以下有關規定補充之。其理由如下：

一、行政程序法第 104 條第 1 項僅規定：「行政機關依第一百零二條給予相對人陳述意見之機會時，應以書面記載下列事項通知相對人，必要時並公告之：……。」但在核准都市更新事業概要前之陳述意見程序，應通知之對象是「更新單元內居民」，不限於行政處分之「相對人」（按即申請人），且係應「並為公告」，而非「必要時並公告之」。又所應通知與公告之事項，亦當就核准都市更新事業概要之特殊情況明列規定，避免適用行政程序法第 104 條第 1 項（此係一般性規定）之疑義，例如：係就都市更新事業概要之申請陳述意見，而非就主管機關將為之行政處分陳述意見等。

二、另關於要求設有「主管機關應斟酌其所陳述之意見，於行政處分內充分說明可採納或不可採納理由之規定」部分：按行政程序法第 102 條以下有關陳述意見之規定中，並未明文規定如前述課予主管機關斟酌與說理之義務，現行行政程序法其他相關規定（如第 43 條有關為行政處分時應斟酌全部陳述與調查事實及證據之結果並附理由、第 96 條第 1 項第 2 款有關行政處分應附理由等規定）能否推論出相同見解，容有爭議，自以明

文規定課予主管機關斟酌與說理之義務為宜。

三、都市更新條例第 10 條第 1 項雖已另規定提出申請前應舉辦公聽會及申請時應一併提出公聽會紀錄之意旨，惟仍不足取代或充足前述憲法要求之陳述意見有關規定之功能與意義。

柒、舊都市更新條例第 19 條第 3 項前段（現行條文將原第 3 項修正為第 3 項、第 4 項）規定違憲之處，在於其規定較諸「憲法要求之正當行政程序之內涵」仍有未足

舊都市更新條例第 19 條第 3 項前段（現行條文將原第 3 項修正為第 3 項、第 4 項）規定固有考量正當行政程序，但其規定內容仍有不足，因而不符憲法要求之正當行政程序。

詳言之，關於都市更新審議委員會之組織，本條例第 16 條已另規定：「各級主管機關為審議都市更新事業計畫、權利變換計畫及處理有關爭議，應分別遴聘（派）學者、專家、熱心公益人士及相關機關代表，以合議制及公開方式辦理之；……」。惟就核定都市更新事業計畫前之程序而言，舊都市更新條例第 19 條第3項前段雖已設有都市更新審議委員會審議前應將都市更新事業計畫公開展覽、任何人民或團體得於公開展覽期間內提出意見之規定，仍未規定主管機關應就申請相關文件資料詳細內容，對更新單元內申請人以外之其他居民分別為送達；亦未規定應就行政處分及其附件（含核定之都市更新事業計畫）對更新單元內全部居民分別為送達，與前揭憲法要求之資訊公開機制仍有未合。且該項前段內容僅規定都市更新審議委員會審議前應舉行公聽會、人民所提出之意見僅供都市更新審議委員會參考審議，並非規定主管機關應踐行符合前述憲法要求之聽證程序；復未規定主管機關應斟酌聽證紀錄作成行政處分，且說明參與聽證人員所陳述之意見可採納或不可採納之理由。凡此均與前揭憲法要求之正當行政程序未合，自亦有違於憲法保障人民財產權與居住自由之意旨。

捌、都市更新條例明文規定實施都市更新所應達成之重要公益種類

之必要性

如前所述，為符合憲法保障人民財產權與居住自由之意旨，本條例自當明文規定實施都市更新所應達成之重要公益種類。

蓋主管機關核准都市更新事業概要或核定都市更新事業計畫，均屬以公權力行為直接侵害人民之財產權與居住自由之行政處分，甚至在一定情形下，可使土地或建築物原所有權人或其他權利人喪失其所有權或其他權利，並被強制遷離其居住處所（如前所述）。則法律授權行政機關作成此類行政處分，如非為實現比人民之財產權與居住自由更為重要之公益（簡稱為重要公益），於憲法上即難以獲得正當理由。再者，於都市更新個案，所採取之更新手段必須符合比例原則，此乃不待法律明文之憲法上要求，則於比例原則之審查時，不論是目的正當性、手段適合性、必要性或狹義比例性之審查（行政程序法第 7 條參照），均須先行確定該都市更新個案係為實現何種重要公益之目的而為；尤其於必要性之審查時，不免要考量該都市更新個案確實存在之重要公益，而於狹義比例性之審查時，更涉及重要公益、願意參與都市更新者之財產與適足居住環境之權益、不願參加都市更新者之財產權與居住自由、更新單元周邊關係人權利等利益衝突之具體衡量，凡此均顯示「重要公益」在更新手段合法性判斷與行政法院司法審查上之重要性。都市更新條例第 1 條第 1 項雖揭示其立法目的係為促進都市土地有計畫之再開發利用，復甦都市機能，改善居住環境，增進公共利益。但究尚非屬重要公益種類之規定，因此，都市更新條例有必要將實施都市更新所應達成之重要公益種類作列舉規定，作為辦理都市更新個案之依據與限制，此亦屬憲法上要求。然而，於都市更新事項上，究竟何謂重要公益，容有不同看法，允宜由立法者優先認定並明文規定之。

玖、關於依比例原則審查都市更新條例第 10 條第 2 項、第 22 條第 1 項、第 22 條之 1 之問題

聲請意旨指摘都市更新條例第 10 條第 2 項、第 22 條第 1 項、第 22 條之 1（下合稱系爭規定）違反比例原則。解釋意旨則以第 10 條第 2 項違反憲法要求之正當行政程序（因而不再論述其是否違反比例原則。又解釋理由書認定該項違反正當行政程序，係因其規定之同意比率太低，與前述之「憲法要求之正當行政程序之內涵」不同），以第 22 條第 1 項不違反比例原則與憲法要求之正當行政程序（其有關不違反比例原則之論述，旨在回應聲請意旨）但應檢討改進，以第 22 條之 1 不違反比例原則（亦旨在回應聲請意旨）但應檢討改進。

本文則認為，有關同意比率究應多少為妥之問題，並不等於比例原則之問題。蓋於法規是否違憲之審查上，比例原則之適用有一定範圍、基準與論述內容，不宜僅以空泛之詞逕行論斷某一法規違反比例原則，否則比例原則將無所不在，成為干預立法之理由，而失其應有之意義與功能。本件於系爭規定是否違反比例原則之審查上，首先當探究系爭規定是否涉及基本權之侵害？侵害何種基本權？如不涉基本權之侵害，則當不生比例原則之問題。其次，比例原則僅係禁止目的與手段間不得有不合比例之情形，僅具消極功能，並非積極要求達於一定範圍、程度或分寸，故原則上，主張違反比例原則者應負積極證明之義務，而並非由主張符合比例原則者負積極證明其如何符合比例原則之義務，因而於審查系爭規定之目的正當性、手段符合適合性後，關於手段必要性之審查，如尚無其他可達成相同效果之更溫和手段，則應認系爭規定不違反必要性原則（即屬侵害最少手段）；至於狹義比例性之審查，原則上，如受侵害之個人利益與欲保護之公益間尚無顯失均衡之情形，即應認不違反狹義比例性（註二）。

按都市更新條例第 10 條第 2 項、第 22 條第 1 項係分別規定申請核准都市更新事業概要或核定都市更新事業計畫時應具備之同意比率，屬申請之合法要件之一，乃立法形成自由之範圍，非謂一旦達至一定比率之同意，主管機關即應予以核准、核

定或受其主張之拘束，主管機關仍應本於依法行政原則決定是否核准或核定，尤應依憲法上要求，衡酌重要公益及比例原則等，而作成適法之行政處分，進而因該行政處分之效力始影響人民權利。是以，此兩項一定比率之規定，並未直接侵害人民權利，自不生依比例原則審查其是否違反必要性或狹義比例性之問題。

至於都市更新條例第 22 條之 1 是否違反比例原則之問題，按該條規定，既係針對人民申請自行實施都市更新時，必須具備之同意比率究應如何計算之問題，規定其計算基礎，則究其性質，當亦僅屬有關申請合法要件之規範，乃立法形成自由之範圍，並未直接侵害人民權利，自亦不生依比例原則審查其是否違反必要性或狹義比例性之問題。

拾、結論

一、關於「憲法要求之正當行政程序」之憲法上依據，究係出於「憲法上正當法律程序原則」？抑或出於「各個基本權之客觀規範效力」？仍有待繼續研討釐清，同時亦當發展其一般內涵或法則。又本件解釋僅論及主管機關依都市更新條例核准都市更新事業概要與核定都市更新事業計畫時，應設適當組織與踐行正當行政程序，未來類似事項乃至其他領域是否比照本件解釋？抑或另行建構「憲法要求之正當行政程序」？仍有待逐案進一步深入探討。

二、都市更新事項，一方面要考慮如何迅速達成都市更新之目的，另一方面應考量人權保障，相關公權力之行使仍不可忽視依法行政原則，尤其不容違反法律保留原則與法律強制或禁止之規定。至相關實體法規定是否已完備？亦當隨時檢討。

三、在個案適用都市更新條例等法規時，主管機關固享有某種行政裁量權或判斷空間，但不可忘記都市更新係為實現重要公益，且當妥善適用比例原則。

註一：關於從憲法保障財產權之客觀規範效力導出「組織與程序」之要求乙節，可參考下列文獻：Klaus Stern/Michael Sachs, Das

Staatsrecht Der Bundesrepublik Deutschland, BandⅢ/1, 1988, S. 974ff.; Klaus Stern/Michael Sachs/Johannes Dietlein, Das Staatsrecht Der Bundesrepublik Deutschland, BandⅣ/1, 2006, S. 2289ff.; Hans D. Jarass/Bodo Pieroth, Grundgesetz, 9. Aufl. 2007, Art. 14 Rn. 20.; Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, Grundrechte Staatsrecht Ⅱ, 24. neu bearbeitete Aufl. 2008, Rn. 917f.; Christian Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Band 1: Präambel, Artikel 1 bis 19, 2010, Rn. 93f.; Bruno Schmidt-Bleibtreu/Franz Klein, GG Kommentar zum Grundgesetz, 12. Aufl. 2011, Art. 1 Rn. 19.

註二：詳見司法院釋字第 699 號解釋本席協同意見書。

協同意見書　　大法官　李震山

在錯綜複雜的都市更新事務且涉及重要公私利益糾葛情況下，本件解釋選擇憲法「正當法律程序」原則作為規範審查的主要依據，宣告舊都市更新條例第十條及第十九條第三項前段規定違憲，除係肯認程序規範應落實公正、公開與民主精神的憲法意義外，尚可彰顯「程序權利」在我國憲法人民權利保障體系中兼具「基本權利」及「憲法原則」的雙重功能與地位，猶如「平等權」與「平等原則」般。能透過完備之程序規範直接或間接制約公權力，藉以達到保障基本權利目的之模式，確合於民主法治國追求程序正義的理念，本席敬表贊同。本件解釋就憲法正當法律程序原則在行政權領域下應有的內涵，已有相當的鋪陳，本意見書不擬再述，（註一）謹另提幾點補充意見藉供參考。

壹、都市更新條例之立法目的具濃厚開發與公益取向，易過度制約其他價值而欠缺包容，為都市更新事件埋下對立、不安與衝突的種子

承都市計畫法第六章「舊市區更新」脈絡的都市更新條例（下稱本條例），於第一條第一項所揭櫫之立法目的：「促進都市土地

有計畫之再開發利用，復甦都市機能，改善居住環境，增進公共利益」，其除呈現濃厚公益優先取向，且為開發主義者預留甚為寬廣的政策詮釋空間外，在經濟掛帥汲汲創造市場產值意欲的推波助瀾下，都市更新事件中應尊重自我決定、人性關懷與寬容等憲法保障基本權利原素，已遭嚴重的稀釋。質言之，一旦關係人間發生基本權利、價值對立衝突，或公共利益與私人權益保護優先順序抉擇時，在立法者所預設對都市更新「樂觀其成」的公共利益價值取向下，實已不易衡平、理性且有效地顧及不願參與都市更新者憲法所保障的基本權利。

在極其複雜的都市更新事務上，（註二）試圖以具抽象性與集體性的「公共利益」作為施政優先追求的目標，並以之作為限制人民基本權利的正當理由，在民智未開的保守年代裏，施政或可因而收執簡馭繁的效益，但用之於民主開放多元的社會裏，若未經細思，對爭議問題的解決恐只會產生大而化之、欲蓋彌彰的反效果。因為，憲法與法律上公共利益的概念，往往未經系統性研究與分類，且公益大多是由私益交互影響積累而成的狀況下，在缺乏衡量公私益孰重的客觀標準與機制，於未經論證而取得具說服力之共識前，（註三）主管機關挾其詮釋法律公益概念的話語權，想當然爾地「依法行政」，固然可短暫顧全形式法治國的面子，惟價值對立的激化使執法陷入空轉或民粹化之結果，卻腐蝕不易建立之實質法治國的裏子。尤有進者，都市更新中若涉及重建之重大爭議時，該現象就更為明顯。此時，採以對話取代對立，且對個人社會依存關係之公益議題價值立場較中立的正當法律程序原則，作為審查、把關調節之具體依據，使問題不流於立場之爭，應具有高度憲法與民主的意涵。

綜上，須當社會的強者或挾公共利益以自重的多數，願意真誠考量弱者或少數人的福祉，並將之落實於規範面上，公共利益的正當性才能獲得伸張，法律與正義才會有更緊密的關聯性，法律的和平性方能確保，尊重多數與保護少數的內在衝突方有調和

與緩解的可能性。而憲法正當法律程序原則對行政權的要求，即是在確保上述理念的制度化與實踐可能性。（註四）

貳、本條例允由私人參與都市更新任務，於該「公私協力」之行政中，形成國家、願意參與都市更新者及不願參與者間三面權益關係，而本件解釋所宣告違憲規定之程序內容，即因背離公正、公開、民主的正當法律程序原則，已使前揭三面關係失衡，而難確保不願參與都市更新者之基本權利

國家對都市更新範圍內人民所追求的更優質居住環境權益，若有念茲在茲的高度懸念，自可將本屬「計畫高權」(Planungshohheit)的都市更新施政之發動、實施與執行等，率由公權力獨占，而自行承擔施政成敗之法律與政治責任。然現代人民對於國家以限制或剝奪人民自由權利，作為促進人民福利的「大政府」責任思維與做法，記憶尚屬鮮明，甚至懷有戒懼。若以之作為都市更新中政府強力介入私人財產權、居住自由之支配性理念，極易於資訊欠缺公開透明、關係人缺乏理性參與管道之下，形成威權式藍圖規畫；（註五）伴隨而至的是強制徵收補償、大規模夷平式的拆屋而摧毀舊城市、未有妥適安置計畫而剷除底層生存空間後的流離失所，以致斲喪都市有機成長的多元風貌，切斷人民歷史、文化、生活的集體記憶，甚至因過度犧牲異議者之權益，引起階級對立或巨大激烈抗爭等可能性。凡此，在歷史與最近的生活經驗中，皆可找到適當的例子，而其未必符合包容多元價值、嚮往具人文關懷的文明溫暖社會與都市生活。

本條例雖有由主管機關本於職權自行實施或委託都市更新事業機構行使公權力，以及相關徵收補償、強制措施之規定，（註六）所幸，其尚非屬整體規範之重心。易言之，本條例在國家任務與功能極大化的「警察國家」，與國家任務功能侷限於消極保護人民生命、自由、財產而極小化的「夜警國家」兩極光譜之間，容納「公私協力」的模式，已有透過民主的共同參與，釋出國家對人民生存照顧的責任意願。但如何在既有的政治、經濟、社會、

文化框架與條件下執兩用中，確實面臨極大的挑戰。

一、「公私協力」下都市更新的三面權益關係，有失衡之虞

本條例一方面容許私有土地及私有合法建物所有權人在一定條件下得自組更新會，另一方面亦同意得由其他私人更新機構作為都市更新實施者，其除尊重人民於私領域自治、契約自由精神並有助於營造社區意識外，亦可適度舒解國家財政、人力資源及效率不足之壓力，並分擔給付行政一定責任與風險，惟仍須由政府介入管制與監督。其是現行合作行政國家(Der kooperative Verwaltungsstaat)理念中，經由私人踐履行政任務(Die Erfüllung von Verwaltungsaufgabe durch Private)之「公私協力」的一種型態。而於該行政領域中，迄今仍存在著公權力應否獨占及其界限何在、憲法原則在私經濟領域適用層面寬窄、何時應適用公法或私法原理與規定、如何避免國家遁入私法以退居第二線作為卸除「國家擔保責任」之理由，（註七）以及權利救濟途徑選擇等諸多待決的前提爭議問題。

本條例在行政法相關理論與實務尚處於學步蹀頓的不穩固基礎上，其歷年來之修正自不易掌握「公私混同」的行政特質與分寸，而自顧自地朝維護抽象公益方向挺進，且分別釋出容積獎勵、（註八）稅捐減免鼓勵，（註九）以及簡化作業程序與放寬實施都市更新事業要件（註十）的「胡蘿蔔」誘因，同時並未放鬆手握的監督、管制、干預、執行等「棒子」，此已成為創造市場產值為優先考量的實施者，甚至財團競逐龐大商業利潤的沃壤。該等實施者能在都市政策與法規強力背書與公益的張目中，順利依本條例而「借用公權力」以對他造為有力的干預與強制（例如由主管機關代拆建築物），致國家、願意與不願參與都市更新者三面權益關係，演變為國家與都市更新實施者攜手站在同一陣線去對付不願意參與都市更新者之傾斜局面，使「讓渡公權力」質變為「出

賣公權力」，予人「胡蘿蔔」大部分由參與都市更新者或其實施者享用，而「棒子」則揮向不願參與都市更新或權利交換者身上的刻板印象，影響國家執法中立形象與人民對政府的信賴，致本已欠缺積極有效衡平公私益機制更加失衡。該等實施者，在自由市場經濟的資本輪盤上，無法抗拒經濟利益掛帥的籌碼，自難顧及多元社會應有的人文關懷理念，（註十一）遑論對基本權利之均衡保護，使對立衝突轉為對話而和諧共生的都市更新可能性，益形渺茫。

二、贊成與反對自有土地或建物被劃入都市更新單元者，各涉基本權利之保護事項

茲以本條例第十條第一項規定為例，主管機關對自行組織更新團體或委託都市更新事業機構實施者所擬具都市更新事業概要（含劃定更新單元）之核准，是都市更新事件之初始階段，主管機關須於該階段作出「部分認可」、「先行決定」等具計畫擔保(Plangewährleistung)意義之非終局決定，而該等具行政處分性質的事業概要之核准行為，確已對眾多事件關係人之基本權利產生影響，必須慎於始，否則在互有因果關係的多階段行政程序中，所有關係人皆找得到理由，異口同聲地主張國家應落實責任政治，須確保居住正義，提升居住人權，互不相讓，欲求其善終者，戛戛乎難矣。以下僅以事件中不同意及同意參與都市更新者所涉權益為說明對象。

（一）不同意參與都市更新者所涉權益

已由主管機關核准都市更新事業概要，而不願讓其土地或合法建物被劃入更新單元者，其至少有如下的權益受到限制：首先，事業概要一經核准，關係人就必須捲入後續都市更新程序，因違反個人意願而必須成為行政程序當事人者，其自我決定的行為自由（本院釋字第六八九號解釋參照）及營私人生活不受干擾的自由（本院釋字第四四三號解釋參照），已受限制。其次，其財產

權存續狀況下自由使用、收益及處分之權能（本院釋字第四００號解釋參照），將受限制或剝奪，至為明顯。其三，就其居住自由形成如下各種限制與剝奪：實施者得依本條例進入其住所，並移除土地上之障礙物；（註十二）在無適當且具體替代方案或安置措施下，得拆除住屋而被迫遷移；（註十三）不履行本條例規定之義務者有相應處罰（本條例第五十八條、第五十九條）及強制執行（本條例第二十六條第一項）等規定。

此外，從我國憲法所列舉人民權利面向言，若受干預的是憲法所保障的財產權或居住自由，自屬關係人民得要求排除侵害與嗣後請求救濟的主觀公權利。若從憲法未列舉權利面向言，尚得因事件性質而分別涉及以下多項可能具憲法位階的人民權利干預：包括古蹟、遺址、歷史建築、聚落等保存，而涉及歷史記憶、文化多樣性與藝術價值等「文化面向」的權益；（註十四）弱勢族群因都市更新而成為無家可歸者的生存尊嚴等「社會面向」的權益；（註十五）前曾述及行為自由而屬「人格面向」的權益。最關鍵的是，作為本件解釋重心且逐漸主觀化與原則化的「程序面向」權益，（註十六）其已同時含括個人權利與集體權利。由上可知，基本權利保障並非冰冷的教條，而有其多元的人性關懷溫暖面向，然有部分論者，將少數堅決反對參與都市更新者，污名為只為金錢與利益的「釘子戶」，恐係見樹不見林以偏概全之見，並無助於問題之平和解決。

（二）同意參與都市更新者所涉權益

願將私有土地或建物劃入都市更新單元而贊成都市更新者，其基本權利之保障亦應受同等重視。其土地與建物若位於本條例第七條第一項第一款、第二款應迅行劃定更新地區中之「因戰爭、地震、火災、水災、風災

或其他重大事變遭受損壞」或「為避免重大災害之發生」，而涉及安全、和平與尊嚴居住環境者，應屬憲法居住自由保障範圍。至於若依意願重建而已拆除土地上建物，卻因糾紛無法順利開工及完工入住，若純屬私權爭執自與公權力無涉，其他，則仍須再衡酌「志願不構成侵害」(Volenti non fit injuria)法理及風險責任分擔等因素，方能正確評斷其財產權及居住自由受侵害的有無與程度。若贊成都市更新者，僅單純以「增益其財產價值」或「提升居住品質」等增益性權利為訴求，而與追求重要公益尚無正當合理關聯性，尤其當涉及實施重建時，是否就能直接主張憲法財產權與居住自由的防禦功能，不無疑問。至從基本權利客觀功能以觀，在課予國家給付義務時，尚須考量國家財政及整體資源之分配。不論如何，願意參與都市更新的所有權人仍可依具有國內法效力之經濟社會文化權利國際公約第十一條第一項規定：「本公約各締約國承認，人人有權為他自己及其家人獲得適當的生活水準，包括適當的糧食、衣著、及住屋，並能持續改善其生活條件。各締約國將採取適當步驟以保障此權利之實現，並承認為此而實施基於自願同意的國際合作之重要性。」中涉及「適當住屋水準及持續改善」之所謂「適當住屋權」(right to adequate housing)，（註十七）主張其權益，殆無疑義。

前述經內國化之國際人權公約，若其規定中，有與我國憲法明文列舉或經憲法解釋所概括保障之基本權利有相同內涵者，就該規定部分，當然具有憲法位階。若其規定與內國憲法有所扞格或出入（例如因主權、宗教、道德、所形成政治、經濟、社會、文化認知歧異），就其效力，則尚須另行論證。此外，其餘規定之位階與效力，一般皆承認其高於內國法令。因此，若不能證立前揭「適

當住屋權」具憲法位階，其所保障的權益是否即能與內國憲法所保障之居住自由等量齊觀，而皆列屬得直接透過司法請求之主觀公權利，恐應有所保留。當然，於未來釋憲實務上，並不排除以下之可能性：其一，引據憲法第二十二條概括保障之規定，將「適當住屋權」結合其他相關基本權利，經詳細論證後提升至憲法位階，從而使其與傳統居住自由併列於人權保障之清單中。其次，直接將之納屬憲法居住自由之保護範圍，至少使之具備基本權利客觀功能。本件解釋就此並未表示看法，有待公評。

三、本件解釋以正當法律程序原則作為調節機制，堪稱運用理性違憲審查工具

「公私協力」的行政模式，固不失為中庸且合乎潮流的立法選項，但若無公正、公開與民主的程序法制配套作為調節機制，難收允執厥中之效。就再以本條例第十條為例，該規定未分重建、整建或修護，在通過都市更新單元範圍內私有土地及私有合法建築物所有權人均超過十分之一，且其所有土地總面積及合法建築物總樓地板面積均超過十分之一之低同意門檻後，即一概允許得自行組織更新團體或委託都市更新事業機構，作為都市更新的實施者。本件解釋多數意見認為「低同意門檻」規定，不論是追求公益或私益事務上，參與者之代表性明顯不足，有違尊重多數及擴大參與的民主原則。又，所規定之公聽會係由私人實施者所舉辦，對照於公辦聽證會之程序，較為封閉、排他而欠缺公正嚴謹性。另又指摘依本條例第十九條第三項規定所舉辦之「公聽會」，並非由主管機關以公開方式所舉辦之「聽證會」，且「並未要求主管機關應將該計畫相關資訊，對更新單元內申請人以外之其他土地及合法建築物所有權人分別為送達」，皆未符合確切實踐資訊透明化、多方諮詢，以及高度參與等程序正義旨趣，認已構成對人民財產權及居住自由的侵害，乃對之一併作出有違正當

法律程序原則而違憲的評價。此除可避免本條例繼續朝向都市更新實施者傾斜，並避免國家於公私協力行政中之角色定位不清外，並已清楚釋出「透過程序確保基本權利」的正確訊息。

另值一提者，本件解釋並非審理贊成與反對都市更新者間基本權利競合、衝突之具體問題，而是就限制反對者基本權利之法律規定，進行合憲性之審查。其除以正當法律程序原則為依據外，並觸及國家保護基本權利不得低於必要標準之所謂「不足之禁止」(Untermassverbot)原則，（註十八）從而指出：「同意比率太低之規定，尚難與尊重多數、擴大參與之民主精神相符，顯未盡國家保護人民財產權與居住自由之憲法上義務，即不符都市更新正當行政程序之憲法上要求，亦有違於憲法保障人民財產權與居住自由之意旨。」能在國家任務與執行方法流變之中，積極地將具國家責任意識之「國家保護義務的下限」納入「正當法律程序」中一併考量，除證立相關規定的程序闕漏外，尚可避免國家遁入私法而卸責，就強化實質正當法律程序內涵以確保人民基本權利，應有相當助益。

參、結語

基於尊重人民對都市居住品質的多元需求，吾人自無一昧排斥都市更新事務的必要，反之，應理性看待之。惟於法有未明而理有不察下，若將本條例的施行逕引至「犧牲小我，完成大我」、「追求最大多數人之最大幸福」的團體主義或功利主義(utilitarianism)價值取向，致都市更新事件中不當擴大財產權的社會義務，（註十九）若再忽略程序正義與理性，並以居住自由為陪祭，除無法寬容而有效地調和所涉及各關係人間既對立又併呈的多元價值觀外，更遑論有餘裕能「為最不利的人帶來最大的利益」的理想而努力。主管機關在此種法制格局下，若仍只標榜「依法行政」而僵化任事，毋寧更凸顯相關規定的粗糙與短視面向；若消極的不作為，而任令價值對立的各方陷入好惡兩極分明的拉鋸中，亦非負責任政府應有的態度。若因而失去人民信賴，形成系統性的

風險且持續對立，社會自然就須付出沈重的代價。

本件解釋之多數意見，認為都市更新初始階段的法律規範即應審慎，避免複雜事務於多階段行政程序中易放難收，並以「透過程序確保基本權利」的憲法原理，強調尊重多數、擴大參與、資訊公開透明、知情後同意等要素，讓事件關係人有充分表達意見，進行理性溝通相互說服的機會，以防止相對弱勢者基本權利受過度限制與剝奪，尊重多數的同時亦達到保護少數之目的，並促主管機關正視其責任，應屬明智之決定。

註一：基本權利的保障應有相應且適當之組織、程序與制度以為配合，方有落實可能，惟該三要素應如何區辨或整合，本院歷來解釋並未究明。本件解釋稱：「有關主管機關核准都市更新事業概要之程序規定，未設置適當組織以審議都市更新事業概要，未確保利害關係人知悉相關資訊及適時陳述意見之機會，與憲法要求之正當行政程序不符。」係將組織納入程序之內。又本院釋字第 689 號解釋指出：「憲法上正當法律程序原則之內涵，應視所涉基本權之種類、限制之強度及範圍、所欲追求之公共利益、決定機關之功能合適性、有無替代程序或各項可能程序之成本等因素綜合考量，由立法者制定相應之法定程序。」所提及「決定機關之功能合適性」與組織有所關聯。再者，本院釋字第 491 號解釋認為：「對於公務人員之免職處分既係限制憲法保障人民服公職之權利，自應踐行正當法律程序，諸如作成處分應經機關內部組成立場公正之委員會決議，委員會之組成由機關首長指定者及由票選產生之人數比例應求相當，處分前應給予受處分人陳述及申辯之機會，處分書應附記理由，並表明救濟方法、期間及受理機關等，設立相關制度為妥善之保障。」係將組織與制度（以及教示等）皆納入程序之內。本意見書則將焦點集中於上述三個面向中之程序部分，合先敘明。

註二：本條例規定之內容甚為繁複，其至少分為都市更新之事業概

要、事業計畫、權利變換三個重要處理階段。於該多階段行政中，所面對的為市（鎮）、鄉街或特定區三種不同型態與規模的區域。其涉及得由主管機關「優先劃定更新地區」（依本條例第 6 條劃定者）或「迅行劃定更新地區」（依本條例第 7 條劃定者），以及未經劃定的「都市更新地區以外地區」三種不同輕重緩急情形。其可有重建、整建、修護三種選項，作為都市更新處理方式。更關鍵的是，本條例允許「公私協力」方式實施都市更新，而必然形成主管機關、願意參與都市更新者，以及不願參加都市更新者之三面權利義務關係。在都市更新此一集合概念下所包涵的諸多選項與變數排列組合之問題，其複雜程度實不難想像，若事件涉及重建，未有細緻的配套法制，爭議就更容易激化。

註三：若以有關公共利益的關鍵字，例如：國民健康、國家安全、社會秩序等，查尋本院歷來解釋，可獲約 70 筆。概觀其內容，大多未依規範或事件性質從憲法高度審慎論證，即承認解釋中所提及之公共利益保障的必要性，並逕以之作為限制人民基本權利的正當基礎。對此，本件解釋亦僅一筆帶過，未有所析論。

註四：行政程序法第 1 條規定：「為使行政行為遵循公正、公開與民主之程序，確保依法行政之原則，以保障人民權益，提高行政效能，增進人民對行政之信賴，特制定本法。」可為參照。

註五：行政程序法第 164 條規定：「行政計畫有關一定地區土地之特定利用或重大公共設施之設置，涉及多數不同利益之人及多數不同行政機關權限者，確定其計畫之裁決，應經公開及聽證程序，並得有集中事權之效果。（第 1 項）前項行政計畫之擬訂、確定、修訂及廢棄之程序，由行政院另定之。（第 2 項）」目的即是為避免政府威權式地片面決定，轉而強調資訊公開、程序透明及對話參與等理念，具體落實當有待進一步規範，因此上開第 2 項即授權行政院另訂定辦法，雖曾有「行

政計畫擬訂、確定、修訂及廢棄程序辦法」草案之提出，惟迄今尚未通過。

註六：本條例第 9 條規定：「經劃定應實施更新之地區，除本條例另有規定外、直轄市、縣（市）主管機關得自行實施或經公開評選程序委託都市更新事業機構、同意其他機關（構）為實施者，實施都市更新事業；其依第七條第一項劃定之都市更新地區，並得由直轄市、縣（市）主管機關合併數相鄰或不相鄰之更新單元實施之。（第 1 項）依第七條第二項規定由上級主管機關逕為劃定應實施更新之地區，其都市更新事業之實施，上級主管機關得準用前項規定辦理。（第 2 項）」同條例第 17 條規定：「各級主管機關應設專業人員辦理都市更新業務。（第 1 項）直轄市、縣（市）主管機關為實施都市更新事業得設置專責機構。（第 2 項）」又，同條例第 25 條第 1 項規定：「都市更新事業計畫範圍內重建區段之土地，以權利變換方式實施之。但由主管機關或其他機關辦理者，得以徵收、區段徵收或市地重劃方式實施之；其他法律另有規定或經全體土地及合法建築物所有權人同意者，得以協議合建或其他方式實施之。」

註七：基於行政效能與效率考量，行政運作上採公私合作方式固非必然可議，惟在過程中政府為擔保原先之給付與保護責任不致完全流失，且為避免過度弱化對一般人民之照料，由國家制定相關管制規範，賦予政府適當監督權，同時課予政府一定擔保責任降低風險而有「擔保行政」(Gewährleistungsverwaltung)之理論與實務，進而發展出「國家擔保責任」(Gewährleistungsverantwortung des Staates)。

註八：本條例第 44 條規定：「都市更新事業計畫範圍內之建築基地，得視都市更新事業需要，依下列原則給予適度之建築容積獎勵：一、實施容積管制前已興建完成之合法建築物，其原建築容積高於法定容積者，得依原建築容積建築。二、更新後

提供社區使用之公益設施，該公益設施之樓地板面積不予計算容積。經政府指定額外提供之公益設施，其產權無償登記為公有者，除不計入容積外，並得適度增加其建築容積。三、主管機關依第六條或第七條規定優先或迅行劃定之更新地區，在一定時程內申請實施更新者，給予適度之容積獎勵。四、其他為促進都市更新事業之辦理，經地方主管機關報中央主管機關核准者。五、前四款容積獎勵後，多數原土地及建築物所有權人分配之建築物樓地板面積仍低於當地居住樓地板面積平均水準者，得適度增加其建築容積。（第 1 項）依第七條第一項第一款規定劃定之更新地區，於實施都市更新事業時，其建築物高度，除因飛航安全管制外，不受建築法令及都市計畫法令之建築高度限制；其建蔽率得經直轄市、縣（市）主管機關審議通過，按原建蔽率建築。（第 2 項）第一項建築容積獎勵辦法，由中央主管機關定之。（第 3 項）」

註九：本條例第 46 條規定：「更新地區內之土地及建築物，依下列規定減免稅捐：一、更新期間土地無法使用者，免徵地價稅；其仍可繼續使用者，減半徵收。但未依計畫進度完成更新且可歸責於土地所有權人之情形者，依法課徵之。二、更新後地價稅及房屋稅減半徵收二年。三、依權利變換取得之土地及建築物，於更新後第一次移轉時，減徵土地增值稅及契稅百分之四十。四、不願參加權利變換而領取現金補償者，減徵土地增值稅百分之四十。五、實施權利變換應分配之土地未達最小分配面積單元，而改領現金者，免徵土地增值稅。六、實施權利變換，以土地及建築物抵付權利變換負擔者，免徵土地增值稅及契稅。」

註十：依學者陳立夫教授的分析整理，本條例從民國 87 年 11 月制定公布後，迭經修正，似不斷放寬實施都市更新事業之要件及簡化審議程序：「九十二年一月之修正；主要在於簡化都市更新事業計畫報核程序（增訂第十九條第四項），降低土地相

關權利人之同意門檻（第二十二條第一項）及放寬協議合建方式之實施要件（增訂第二十五條之一）等。九十四年六月，又再次放寬協議合建方式之實施要件及得讓售或標售公有土地予實施者（第二十五條之一、第二十七條第三項第五款）。九十五年五月，並進一步賦予協議合建方式都市更新事業之實施者對於公有土地之標售有優先承購權（第二十七條第三項第五款）。九十六年三月，不僅又放寬協議合建方式之實施要件，更賦予協議合建方式都市更新事業之實施者有申請徵收不同意更新事業土地所有權人土地之權利（第二十五條之一）。九十七年一月，除進一步大幅簡化都市更新事業計畫及權利變換計畫之報核程序外，並降低土地所有權人等之同意門檻、限制同意者撤回同意及放寬更新建物之建蔽率、高度限制等（第十條、第十九條、第十九條之一、第二十二條、第二十五條之一、第四十四條第二項等）。」見氏著，〈我國權利變換方式之都市更新事業制度〉，《全國律師》，第 12 卷第 9 期，97 年 9 月，頁 48。至於 99 年 5 月之修正，同樣係再次放寬要件與簡化程序，例如已得全體所有權人同意實施者得縮短公開閱覽期間、再次簡化都市更新事業計畫及權利變換計畫之變更程序，以及將實施者申請各項建築容積獎勵及容積移轉所代墊繳納之費用納入所有權人共同負擔項目等（第十九條、第十九條之一、第二十九條、第二十九條之一、第三十條、第三十二條、第三十六條）。又，實施者劃定更新單元（俗稱圈地），是以各主管機關自定「更新單元劃定基準」為依據，茲以依「臺北市都市更新自治條例」第 15 條第 4 項規定訂定之「臺北市未經劃定應實施更新之地區自行劃定更新單元建築物及地區環境評估標準」（98 年 1 月 8 日修正）為例，其係針對本條例第 6 條及第 7 條規定之再詮釋並具體化，惟該兩規定仍有過於概括而易引起爭議之內容，包括第 6 條第 1 項第 3 款：「建築物未符合都市應有之機能」，及第 4

款：「建築物未能與重大建設配合」，第 7 條第 1 項第 2 款：「為避免重大災害之發生」，以及第 3 款：「為配合中央或地方之重大建設」等。退一步言，該評估標準所列 14 項指標，是否能與本條例第 6 條及第 7 條規定之內容具有正當合理之關聯，或已有不當地向實施者的方便與利益傾斜，仍有待進一步探究之必要。

註十一：本條例第5條前段規定：「直轄市、縣（市）主管機關應就都市之發展狀況、居民意願、原有社會、經濟關係及人文特色，進行全面調查及評估，劃定更新地區，並視實際需要分別訂定都市更新計畫」，第6條第1項第5款規定：「有下列各款情形之一者，直轄市、縣（市）主管機關得優先劃定為更新地區：……五、具有歷史、文化、藝術、紀念價值，亟須辦理保存維護。」其中雖提及「居民意願、原有社會人文特色」，以及人民對都市居住環境與機能「懷舊念故」的內在文化、歷史、美學層次價值。惟該等規定只約束主管機關，若私人作為都市更新實施者，未必有能力遵守且不必然受「進行全面調查及評估」規定之拘束。

註十二：本條例第23條：「實施者為擬定都市更新事業計畫，得派員進入更新地區範圍內之公私有土地或建築物實施調查或測量；其進入土地或建築物，應先通知其所有權人、管理人或使用人。（第1項）依前項辦理調查或測量時，應先報請當地直轄市、縣（市）主管機關核准。但主管機關辦理者，不在此限。（第2項）依第一項辦理調查或測量時，如必須遷移或除去該土地上之障礙物，應先通知所有權人、管理人或使用人，所有權人、管理人或使用人因而遭受之損失，應予適當之補償；補償金額由雙方協議之，協議不成時，由當地直轄市、縣（市）主管機關核定之。（第3項）」

註十三：本條例第36條第1項前段：「權利變換範圍內應行拆除遷移之土地改良物，由實施者公告之，並通知其所有權人、管

理人或使用人，限期三十日內自行拆除或遷移；屆期不拆除或遷移者，實施者得予代為或請求當地直轄市、縣（市）主管機關代為之，直轄市、縣（市）主管機關有代為拆除或遷移之義務；直轄市、縣（市）主管機關並應訂定期限辦理強制拆除或遷移，期限以六個月為限。」

註十四：文化資產保存法第3條第1款至第3款規定：「本法所稱文化資產，指具有歷史、文化、藝術、科學等價值，並經指定或登錄之下列資產：一、古蹟、歷史建築、聚落：指人類為生活需要所營建之具有歷史、文化價值之建造物及附屬設施群。二、遺址：指蘊藏過去人類生活所遺留具歷史文化意義之遺物、遺跡及其所定著之空間。三、文化景觀：指神話、傳說、事蹟、歷史事件、社群生活或儀式行為所定著之空間及相關連之環境。」皆與居住空間之人文環境有關。

註十五：針對經濟社會文化權利國際公約第11條第1項規定，聯合國經濟社會文化權利委員會(CESCR)於其第4號(The right to adequate housing, 1991/12/13)與第7號(The right to adequate housing (Art.11.1): forced evictions, 1997/5/20)一般性意見中明確指出，在未提供適當替代住宅之前，應停止強制驅離住民，旨在避免使人民因被迫遷移而無家可歸，加劇社會階級對立與貧富差距。另，依我國兩公約施行法第2條規定：「兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力。」及第3條規定：「適用兩公約規定，應參照其立法意旨及兩公約人權事務委員會之解釋。」前述一般性意見，亦應具有一定之國內法地位。

註十六：李震山，〈程序基本權〉，收錄於氏著，《多元、寬容與人權保障》，元照，96年，頁263-269。

註十七：類似的國際人權規定，例如世界人權宣言第25條第1項規定：「人人有權享受為維持其本人及其家屬之健康及福利所

適當之生活水準，包括糧食、衣著、住房、醫療及必要的社會服務；在遭受失業、疾病、殘障、鰥寡、衰老或在其他不能控制的情況下喪失謀生能力時，有權享受保障。」又消除對婦女一切形式歧視公約第14條第2項規定：「締約國應採取一切必要措施，以消除對鄉村婦女之歧視，以在男女平等的基礎確保其參與並受益自鄉村發展，特別是應確保婦女以下權利：……；(h)享受適當生活條件，特別是關於住房、衛生、電力及供水、運輸及通訊。」對此公約我國已於100年6月批准。

註十八：針對基本權利功能中納入國家保護義務之必要性，願再重申本席於本院釋字第689號解釋所提部分不同意見書中的看法，即從基本權利功能理論觀點出發，憲法所保障的基本權利不僅建構出對抗國家的防禦權，同時也從基本權作為客觀價值決定或客觀法秩序，進而構成國家應積極保護基本權法益的義務，使之免於受到來自第三人的違法侵犯。此種關於立法者應如何履行國家保護義務的問題，在結合基本權利對第三人效力時，須特別強調國家之保護不得低於必要之標準而致違反所謂「不足之禁止」之憲法原則。至於國家保護如何才足夠，行政權與立法權保有很大預測及形成空間，因此，司法證立「保護不足」時，須審慎地從應受憲法保障權利之性質，其所生危害的程度與風險，相應組織、制度、程序之設計，以及所採取保護措施的有效性等為綜合判斷。本件解釋至少在「程序」層面，作出一定的貢獻。

註十九：德國基本法第14條第2項明定財產權之使用須有助於公共福祉(Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen)，該條款規定財產權負有所謂的「社會拘束」義務(Sozialbindung des Eigentums)或稱為財產權的「義務拘束性」(Pflichtbindung des Eigentums)。

然所謂公共福祉的正當性，須從憲法高度視所涉規範與事件，建立客觀標準而審慎證立之。

協同意見書　　大法官　黃茂榮

本號解釋認為：「中華民國八十七年十一月十一日制定公布之都市更新條例第十條第一項（於九十七年一月十六日僅為標點符號之修正）有關主管機關核准都市更新事業概要之程序規定，未設置適當組織以審議都市更新事業概要，且未確保利害關係人知悉相關資訊及適時陳述意見之機會，與憲法要求之正當行政程序不符。同條第二項（於九十七年一月十六日修正，同意比率部分相同）有關申請核准都市更新事業概要時應具備之同意比率之規定，不符憲法要求之正當行政程序。九十二年一月二十九日修正公布之都市更新條例第十九條第三項前段（該條於九十九年五月十二日修正公布將原第三項分列為第三項、第四項）規定，並未要求主管機關應將該計畫相關資訊，對更新單元內申請人以外之其他土地及合法建築物所有權人分別為送達，且未規定由主管機關以公開方式舉辦聽證，使利害關係人得到場以言詞為意見之陳述及論辯後，斟酌全部聽證紀錄，說明採納及不採納之理由作成核定，連同已核定之都市更新事業計畫，分別送達更新單元內各土地及合法建築物所有權人、他項權利人、囑託限制登記機關及預告登記請求權人，亦不符憲法要求之正當行政程序。上開規定均有違憲法保障人民財產權與居住自由之意旨。相關機關應依本解釋意旨就上開違憲部分，於本解釋公布之日起一年內檢討修正，逾期未完成者，該部分規定失其效力。

九十二年一月二十九日及九十七年一月十六日修正公布之都市更新條例第二十二條第一項有關申請核定都市更新事業計畫時應具備之同意比率之規定，與憲法上比例原則尚無牴觸，亦無違於憲法要求之正當行政程序。惟有關機關仍應考量實際實施情形、一般社會觀念與推動都市更新需要等因素，隨時檢討修正之。

九十二年一月二十九日修正公布之都市更新條例第二十二條之

一（該條於九十四年六月二十二日為文字修正）之適用，以在直轄市、縣（市）主管機關業依同條例第七條第一項第一款規定因戰爭、地震、火災、水災、風災或其他重大事變遭受損壞而迅行劃定之更新地區內，申請辦理都市更新者為限；且係以不變更其他幢（或棟）建築物區分所有權人之區分所有權及其基地所有權應有部分為條件，在此範圍內，該條規定與憲法上比例原則尚無違背。」

對上開解釋，本席基本上敬表贊同。惟鑑於其相關論述尚有補充的必要，爰提出協同意見書如下，敬供參酌：

壹、關於都市更新程序之啟動

一、都市更新程序的啟動方式：舊都市更新條例第十條

都市更新之需要，源自原來之都市計畫不能與後來之都市發展及生活需要相匹配。其表現為：公共設施保留地不足及建蔽率過高，以致公共設施不足，棟距過小，影響公共服務及居住環境之品質。所以，為促進都市土地有計畫之再開發利用，復甦都市機能，改善居住環境，增進公共利益，政府特制定都市更新條例（參照都市更新條例第一條）。

關於都市更新程序的啟動，舊都市更新條例第十條第一項及第二項規定，經劃定應實施更新之地區，其土地及合法建築物所有權人，得就主管機關劃定之更新單元，或依所定更新單元劃定基準自行劃定更新單元，「舉辦公聽會，擬具事業概要」，即得「連同公聽會紀錄，申請當地直轄市、縣（市）主管機關核准，自行組織更新團體實施該地區之都市更新事業，或委託都市更新事業機構為實施者實施之。」（於九十七年一月十六日僅為標點符號之修正）而該都市更新程序啟動，「應經該更新單元範圍內土地及合法建築物所有權人均超過十分之一，並其所有土地總面積及合法建築物總樓地板面積均超過十分之一之同意」（於九十七年一月十六日修正公布為：「前項之申請，應經該更新單元範圍內私有土地及私有合法建築物所有權人均超過十分之一，並其所有土

地總面積及合法建築物總樓地板面積均超過十分之一之同意；……」），即可提出合法申請。

二、舊都市更新條例第十條所存在的問題

（一）舊都市更新條例第十條第一項

舊都市更新條例第十條第一項規定，土地及合法建築物所有權人中之申請人於經「舉辦公聽會，擬具事業概要」，即得「連同公聽會紀錄，申請當地直轄市、縣（市）主管機關核准，自行組織更新團體實施該地區之都市更新事業，或委託都市更新事業機構為實施者實施之。」該項未規定，主管機關在核准前，應聽取申請人以外之土地及合法建築物所有權人及其他利害關係人之意見。相反的，主管機關僅單憑申請人自己舉辦之公聽會紀錄，即核准申請人擬具之都市更新事業概要，使申請人得自行組織更新團體實施該地區之都市更新事業，或委託都市更新事業機構為實施者實施都市更新計畫。此與憲法上所要求之正當程序經具體化於行政程序法第五十四條以下之聽證程序的要求有所不符。另行政程序法中既已有關於聽證的規定，都市更新條例不適合另有不同於「聽證」之「公聽」的規定，以免混淆。

（二）舊都市更新條例第十條第二項

舊都市更新條例第十條第二項規定，申請核准都市更新事業概要之同意比率，不論土地或合法建築物所有權人，或其所有土地總面積或合法建築物總樓地板面積，僅均超過十分之一即得提出合法申請。本項所涉問題為：以十分之一之同意比率為啟動都市更新程序所需之私有土地及私有合法建築物所有權人的同意參與比率，該比率是否過低？

三、本號解釋以舊都市更新條例第十條第一、二項規定違反「正當行政程序」之保障為違憲理由

有關主管機關核准都市更新事業概要之程序規定，本號解釋以舊都市更新條例第十條第一項，未規範主管機關應設置適當組織以審議都市更新事業概要、未確保利害關係人知悉相關資訊及適時陳述意見之機會，以及同條第二項所定應具備之同意比率太低，尚難與尊重多數、擴大參與之民主精神相符，故上開二項規定均不符憲法要求之正當行政程序為理由，宣告該二項規定違憲。

四、當從「私法自治原則」出發，可為較周全之論證

都市更新條例第十條為關於都市更新程序之啟動的要件規定。由於都市更新程序一旦啟動，不但對於舊都市更新條例第十條第一項申請人以外之土地或建築物所有權人的生活而言，可能備受干擾，並可能發生難以預測之危險（註一），而且申請人在經主管機關核准後之所為，特別是委託都市更新事業機構為實施者，實施都市更新事業概要，對於都市更新單元內全體土地及建築物所有權人而言，是否皆具備有權代理的效力，亦不無疑義。所以，都市更新程序之啟動不但至少應符合民主原則或私法自治原則，須有過半數以上之同意，而且為徵詢同意，尚不得僅提供「都市更新事業概要」之訊息內容為限。否則，即太過簡略。蓋正如意思表示在規範上要有意義，其內容必須「合法、可能及確定」，內容不夠確定或不夠充分之表示，不成其為意思表示，從而不足以充為達成協議之基礎，而只是有如要約誘引般係不能產生法律效力之一定意思，而非法效意思之表達。例如民法第一百五十三條第二項規定，必須當事人對於「必要之點」，意思一致，而對於非必要之點，未經表示意思者，始推定其契約為成立。在都市更新，不但都市更新事業計畫，而且權利變換之內容，皆可謂是都市更新事業計畫之實施者與權利人法律關係之主要權利義務的內容，而依舊都市更新條例第十條第一項規定，卻僅要求申請人提出都市更新事業概要，即可

徵詢其他權利人之同意，啟動都市更新程序。舊都市更新條例第十條第一項對不具備充分之確定內容的表示賦予拘束力，違反意思表示之建制的基礎原則。此為該規定之重要瑕疵。該瑕疵之填補要比正當行政程序之確保來的重要得多。其理由為：不具確定內容之表示，不能因為其表示符合正當行政程序，以行政機關之核准作為其支持，便成為一個有效之意思表示。這有違人民在都市更新對於主管機關之合理期待。人民在都市更新之合理期待應當是：鑑於在都市更新，其實施者與都市更新單元內之土地及建築物所有權人間有高度之資訊不對稱的情勢。該情勢所引起對於權利人不利之市場失效，亟需主管機關透過核准行為，一方面維護在都市更新所欲達成之公共利益，另一方面就實施者所提出，且經權利人基於受充分告知後，而達一定比率所同意之都市更新事業計畫及權利變換計畫，審查其是否公正。而不得逕以行政機關之核准替代事前之充分告知，以及替代基於充分告知下，符合私法自治原則之一定比率的同意。

像都市更新這種足以引起拆屋及降低所有權人之土地持分比例結果的大事，以正當行政程序論證該條例第十條規定內容之違憲，不無只要有主管機關之參與，即足以正當化都市更新之啟動，從而在私人財產之保障上，產生重程序而輕實質的缺憾。況由反面解釋析之，豈非只要符合正當行政程序，即得不顧土地及建築物所有權人的意思，強制私人接受都市更新程序？

假設從私法自治原則立論，當可比較周全的論述關於「契約之參與的自由」及「契約內容之決定的自由」。而後在該基礎上思考，在如何之要件下，多數人可議決涉及全體利益的事項：包含議決事項之內容的充分討論及告知，以及有拘束力之議決所需之同意比率。而不至於有如舊都市更新條例第十條第二項之想法：認為只需土地及合法建築物所有權人

之十分之一的比率，同意都市更新事業概要，主管機關即可核准聲請人啟動都市更新事業的程序。特別是申請人可委託都市更新事業機構為實施者，實施都市更新往後之程序，並由實施者擬訂都市更新事業計畫，送由當地直轄市、縣（市）主管機關審議通過後核定發布實施該計畫（都市更新條例第十九條第一項參照）。蓋基於私法自治原則，涉及二人以上之利益的私法自治事項，其法律關係的發生、變更或消滅有關之事項，原則上應由這些人共同決定。在所涉人數眾多不易獲得全體同意的情形，法律始適合規定以多數決的方式決議，並規定所應獲得之同意占全體的比率。然縱使法律得規定以多數決替代全體同意，法律規定之同意比率亦不適合小於二分之一。對於重要事項，並應規定大於二分之一的比率。至於應以如何之比率為妥，仍應視所涉利益之重要性而定，不能一概而論。

貳、關於都市更新事業計畫之審核

一、舊都市更新條例第二十二條第一項規定

為實施者報核其擬訂或變更之都市更新事業計畫，舊都市更新條例第二十二條第一項規定：「其屬依第十條規定申請獲准實施都市更新事業者，除依第七條劃定之都市更新地區，應經更新單元範圍內土地及合法建築物所有權人均超過二分之一，並其所有土地總面積及合法建築物總樓地板面積均超過二分之一之同意外，應經更新單元範圍內土地及合法建築物所有權人均超過五分之三，並其所有土地總面積及合法建築物總樓地板面積均超過三分之二之同意；其屬依第十一條規定申請獲准實施都市更新事業者，應經更新單元範圍內土地及合法建築物所有權人均超過三分之二，並其所有土地總面積及合法建築物總樓地板面積均超過四分之三之同意。」（該項規定於九十七年一月十六日修正公布為：「實施者擬定或變更都市更新事業計畫報核時，其屬依第十條規

定申請獲准實施都市更新事業者，除依第七條劃定之都市更新地區，應經更新單元範圍內私有土地及私有合法建築物所有權人均超過二分之一，並其所有土地總面積及合法建築物總樓地板面積均超過二分之一之同意外，應經更新單元範圍內私有土地及私有合法建築物所有權人均超過五分之三，並其所有土地總面積及合法建築物總樓地板面積均超過三分之二之同意；其屬依第十一條規定申請獲准實施都市更新事業者，應經更新單元範圍內私有土地及私有合法建築物所有權人均超過三分之二，並其所有土地總面積及合法建築物總樓地板面積均超過四分之三之同意。……」）該項規定固因同意比率已過半，而基本上較諸同條例第十條第二項之規定合理。然而，九十七年一月十六日修正公布之現行都市更新條例第十九條之一第二款規定：「都市更新事業計畫中，同條例第二十一條第七款至第十款所定事項之變更，經各級主管機關認定不影響原核定之都市更新事業計畫者，免舉辦公開展覽、公聽會及依第二十二條規定徵求同意，以簡化作業程序。」這又係以行政方式介入並替代土地及建築物所有權人所固有之參與決定的私法自治權利。

按同條例第二十一條第七款至第十款所定事項為：「七、區內公共設施興修或改善計畫，含配置之設計圖說。八、整建或維護區段內建築物改建、修建、維護或充實設備之標準及設計圖說。九、重建區段之土地使用計畫，含建築物配置及設計圖說。十、都市設計或景觀計畫。」其中第七款及第十款所涉事項或許還可說，雖與都市更新單元之居住環境及生活機能有關，但主要係基於公共利益之考量，所以只要有主管機關把關即可；但第八款及第九款所涉事項已及於私人利益，如何得規定，以「經各級主管機關認定不影響原核定之都市更新事業計畫」來替代「依第二十二條規定徵求同意」？在私法自治原則之實踐或市場機能之維護上，主管機

關雖得透過立法或行政，禁止或管制私人之一定的契約自由或市場行為，但不得越俎代庖，取私人而代之，要所有權人將其土地及建築物，交由主管機關核准之都市更新事業計畫之實施者進行重建、整建或維護。或謂政府也可以透過徵收進行都市更新。然這種情形，應無徵收土地供都市更新事業實施者，從事都市更新的餘地。倘若要走到這個地步，政府真正可以做的極限依然是：透過區段徵收取得公共設施保留地，再透過都市計畫之變更，改變市區土地之使用編定。至於對於區段徵收時之抵價地，其所有權人要如何運用，政府還是應遵守憲法第十五條對於財產權及由之引伸之私法自治原則的保障規定，不得超過必要的程度，為所欲為，以符憲法第二十三條所定之比例原則。

在同條例第十九條之一第二款規定之價值觀底下，進一步於九十七年一月十六日修正公布現行都市更新條例第二十二條第三項，規定：「各級主管機關對第一項同意比例之審核，除有民法第八十八條、第八十九條、第九十二條規定情事或雙方合意撤銷者外，以都市更新事業計畫公開展覽期滿時為準。所有權人不同意公開展覽之都市更新事業計畫者，得於公開展覽期滿前，撤銷其同意。但出具同意書與報核時之都市更新事業計畫權利義務相同者，不在此限。」依該項但書，都市更新事業計畫之權利義務於嗣後縱有變更，對原來之都市更新事業計畫權利義務曾表示同意者，如果不以該變更為理由，撤銷其同意，則各級主管機關對於第一項同意比率進行審核時，還是會將其計入同意比率中。

按所謂同意，指對於特定內容之意思表示為贊同之表示。該同意之表示只相對於該特定內容之意思表示有同意之效力，而不及於變更後之內容。這是法律行為法上的當然規定。此所以民法第一百六十條第二項規定：「將要約擴張、限制或為其他變更而承諾者，視為拒絕原要約而為新要約。」

以及債之內容的變更應以契約的方式為之的道理（民法第三百十九條、第三百二十條參照）。所以，現行都市更新條例第二十二條第三項但書之規定顯然違反意思表示有關之法規範，並不合理。鑑於該項但書反面解釋及第十九條之一第二款之規定所引起之上述疑義，有必要明文規定：經土地及建築物所有權人同意之都市更新事業計畫，倘嗣後有再為變更者，即應再徵詢渠等權利人之同意。

因為「權利變換」為都市更新事業之實施者與權利人間，以交換關係來互易之主要給付的內容。所以在依照都市更新條例第二十二條第一項徵詢權利人同意時，應將該權利變換計畫，併入都市更新事業計畫中，一併徵詢權利人同意，始屬合理。然現行都市更新條例第二十九條規定，以權利變換方式實施都市更新者，直到於都市更新事業計畫核定發布實施後，實施者始應擬具權利變換計畫，依第十九條規定程序辦理審議、公開展覽、核定及發布實施等事項；變更時，亦同。但必要時，權利變換計畫之擬訂報核，得與都市更新事業計畫一併辦理。易言之，在時程上，權利變換計畫之擬訂報核，僅於必要時，才與都市更新事業計畫一併辦理；關於權利人之參與，為依第十九條規定程序辦理審議、公開展覽、核定及發布實施，實施者並不需要就權利變換計畫之內容徵得權利人之同意。此外，也沒有藉助於公開透明之程序，確保應對全部權利人，平等變換其權利的規範要求。

二、舊都市更新條例第二十二條之一的規定

舊都市更新條例第二十二條之一規定：「依第七條劃定之都市更新地區，於實施都市更新事業時，其同一建築基地上有數幢建築物，其中部分建築物毀損而辦理重建、整建或維護時，得在不變更其他幢建築物區分所有權人之區分所有權及其基地所有權應有部分之情形下，以各該幢受損建築物區分所有權人之人數、區分所有權及其基地所有權應有部分

為計算基礎，分別計算其同意之比例。」（於九十四年六月二十二日修正公布，將「數幢」修正為「數幢或數棟」、「其他幢」修正為「其他幢或棟」、「各該幢」修正為「各該幢或棟」、「區分所有權人之人數、區分所有權」修正為「所有權人之人數、所有權」，其餘未修正）在同條例第二十二條第一項所定同意比率之計算上，本條規定為其分母之範圍的縮小規定。假設在同條例第二十二條之一所定之都市更新案件，沒有將基地按其上定著之建築物，以其狀態係受損或未受損而為分割，而繼續使其處於同一筆基地之分別共有狀態，則僅以受損部分之所有權人之人數、所有權及其基地所有權應有部分為計算基礎，計算同條例第二十二條第一項所定之同意比率，不可能不重大影響未受損之建築物之基地所有權人的利益。蓋即便僅就受損部分之建築物及其基地應有部分為都市更新，但因都市更新原則上會動用到增加容積的手段，所以會使同一筆基地中，建築物受損部分所分管之基地的使用強度因容積增加，而顯然大於建築物未受損部分所分管之基地的使用強度。因為一筆基地之容積率係以該筆基地之全部面積為其計算基礎，所以一筆基地之部分都市更新，除在將來可能影響建築物未受損部分所分管之基地，依相關土地及建築法規之用益權外；關於基地的用益，亦可能影響分別共有物不同強度之使用的分管關係。是故，在同條例第二十二條之一所規定的情形，如果真要依該條規定之意旨，核准其實施都市更新，應將該都市更新單元內之基地，按其上定著之建築物，以其狀態係受損或未受損而為分割，以結束其分別共有關係，並將建築物未受損部分之基地排除在該都市更新單元外。舊都市更新條例第二十二條之一規定僅以「不變更其他幢建築物區分所有權人之區分所有權及其基地所有權應有部分」為條件，繼續將建築物未受損部分之基地包含在該都市更新單元內，是否即已能足夠保障其利

益，並防止以後之紛爭，尚待事實驗證。

三、重行政程序而輕權利之保障的實質

綜上所述，關於同意比率的規定，舊都市更新條例第二十二條第一項，在形式上雖然較諸同條例第十條第二項之規定為合理，但究其徵詢同意之訊息的內容限於都市更新事業計畫，而不及於權利變換計畫，且依同條例第十九條之一第二款規定，即便權利人曾同意參與都市更新程序，但因主管機關嗣後尚可逕自變更同條例第二十一條第七款至第十款所定事項，以致權利人之同意空有形式，沒有可靠的實質保障。職是之故，舊都市更新條例第二十二條第一項規定所提供之保障只是程序性的保障，在實質上，仍過度膨脹行政權，不符合關於私法自治事項之規範的形成應遵守的法律原則：保障權利人得依私法自治原則，為同意之意思表示，以共同決定攸關其權利之事務的實質權利。

至於同條例第二十二條之一規定，實際上並未將實質利益可能受到影響之建築物未受損部分之基地所有權人的同意考慮在內。後來如真發生對其不利益之公私法上的結果，將如何善後，尚待觀察。

叁、市場失效與政府失效

當市場可能因資訊不對稱而失效時，政府可能使市場回復機能的方法，應在於採取積極的方法，消除資訊不對稱的情勢。切不可反而放大該不對稱之資訊缺口，使當事人之交易成本愈發升高。都市更新條例關於公聽會及公開閱覽之制度目的即在此。然資訊之提供的促進，是為權利人得於受充分告知後再為決意創造條件，而非限制受告知者之決意自由，或替代其決意。如果權利人參與決定的私法自治權受剝奪，則縱使對於土地及建築物所有權人提供與都市更新事業有關之資訊，亦無實益。

除了資訊不對稱足以影響市場機能外，不利的法規環境亦可能使參與締約的一方，因不能就交易條件按其市場價值，公平議

定其內容，而陷於困境。在有強制締約之規定時，關於其價金之約定，最能凸顯此種困境。例如電信事業之強制互連對接續費之議定的影響；又如有市場優勢地位之連鎖加盟超商對於民生用品之供應價格的決定權，皆為例證。都市更新條例應避免營造出使資訊及經濟弱勢的一方陷於不利的法規環境。

都市更新條例第二十五條第一項規定：「都市更新事業計畫範圍內重建區段之土地，以權利變換方式實施之。但……經全體土地及合法建築物所有權人同意者，得以協議合建……方式實施之。」依該規定，都市更新事業原則上以權利變換方式，例外在經全體土地及合法建築物所有權人同意時，始改以協議合建方式實施之。另依同條例第二十五條之一規定，為以協議合建方式實施都市更新事業，而未能依前條第一項取得全體土地及合法建築物所有權人同意者，「得經更新單元範圍內私有土地總面積及私有合法建築物總樓地板面積均超過五分之四之同意，就達成合建協議部分，以協議合建方式實施之。對於不願參與協議合建之土地及合法建築物，得以權利變換方式實施之，或由實施者協議價購；協議不成立者，得由實施者檢具協議合建及協議價購之條件、協議過程等相關文件，按徵收補償金額預繳承買價款，申請該管直轄市、縣（市）主管機關徵收後，讓售予實施者。」而所謂權利變換方式，論諸實際，是由實施者一方決定權利變換內容之強制合建的都更方式：亦即以土地持分交換都更後之建築物的區分所有權。由於都市更新係以權利變換方式為其實施原則，所以在合建方式之協議上，土地及建築物所有權人將處於不利的協商地位。該不利地位，於更新單元範圍內私有土地總面積及私有合法建築物總樓地板面積均超過五分之四之同意時，將達到極點：「對於不願參與協議合建之土地及合法建築物，得以權利變換方式實施之，或由實施者協議價購；協議不成立者，得由實施者檢具協議合建及協議價購之條件、協議過程等相關文件，按徵收補償金額預繳承買價款，申請該管直轄市、縣（市）主管機關

徵收後，讓售予實施者。」

其實，在都市更新，簡而言之，國家適合取得之公共利益主要在都市計畫之調整、建蔽率的縮小及公共設施保留地的增加。為公共設施保留地的新增，本來應透過徵收，並給付補償金。而若以都市更新的方式為之，可利用容積的提高（抵價容積）替代補償金的給付，其交換機制有若在土地的區段徵收，以抵價地折算抵付補償金。為在已蓋滿建築物之土地上進行都市更新，國家除必須為上述公共利益的達成付出以抵價容積表現之對價外，尚必須藉助於容積獎勵的提供，彌補建築物所有權人因拆建所發生之費用。若要使土地及建築物所有權人無償取得重建之建築物，上開增加之抵價及獎勵容積應支付給實施者，以抵充其營建費用。惟國家應將依法給予之抵價及獎勵容積透明化，不再逐案以行政裁量的方式決定，而改依法律明定的準則，依法核定。不因實施者之不同而異其容積獎勵，並將抵價及獎勵容積事先公開透明的告知都市更新單元內之土地及建築物所有權人，讓其得自由選擇：（一）無償取得重建之建築物；或（二）支付營建費用，有償取得重建之建築物，以享有該抵價及獎勵容積。較諸都市更新條例第二十五條及第二十五條之一所定上述權利變換實施原則，該選擇權之提供，可以因使人民之法律地位受到較確實的保障，而能將合建的機制，更真切的實現於都市更新，以提高其主動積極推動都市更新的意願。在這當中，因為都市更新單元內之每一個土地及建築物所有權人皆可平等的參與、分擔與分享都市更新的決定、費用與利益，當國家依公權力處理釘子戶問題時，亦比較容易取得民主正當性。不過，於此應另有公正、不以都市更新事業為業務之中立的第三方，協助監督合建之互易關係的公平性。

臺灣過去數十年之營建市場，主要以合建的方式推出住宅或商辦的新建築物，由地主與建商按約定比例，分屋或分配利潤。即便沒有公權力機關之介入，該合建方式依然能夠在國家規劃之

都市計畫的框架下，蓬勃發展。所以，如果能夠確實體現公平之合建的互易關係，或利用委建，讓實施者之角色限於營建，由土地及建築物所有權人自負營建費用，則都市更新事業的發展當不會遭遇如目前顯示之重大困難。然這當中需要有專業知識及良心之技師、建築師、會計師及律師的公正參與。

肆、正當行政程序與經濟實質保障

都市更新案件所涉主要問題有三：（一）都市更新程序之權利人的參與。此相當於契約自由原則中關於「是否締約之自由」。其在都市更新條例中之表現為：關於權利人對都市更新事業概要及都市更新計畫之同意，並以此啟動都市更新程序。（二）都市更新計畫之內容。此相當於契約自由原則中關於「締約內容之決定自由」，其在都市更新條例中之表現為：關於都市更新計畫及權利變換計畫之擬訂。（三）更根本的問題是，都市更新方式之「契約類型之選擇自由」。例如在委建、合建或都市更新條例意義下之權利變換、協議價購間為選擇。不宜在都市更新條例中規定以權利變換方式為實施原則。如此，始符私法自治原則的意旨。

都市更新固然有都市更新條例第一條所宣示，「促進都市土地有計畫之再開發利用，復甦都市機能，改善居住環境，增進公共利益」的意義。但論其手段，實質上為都市更新事業實施者與土地及建築物所有權人間之「強制合建」的互易關係，或由之蛻變出來的「權利變換」，並在權利變換之實施下，升高都市更新事業之實施的行政性格，淹沒其強制合建之本質。以致實施者以受申請人委託啟動都市更新程序開始，而後實際蛻變成為受主管機關委託而從事都市更新的機構。其結果導致相關規定，只重其行政程序，而忽略都市更新之經濟實質，糾紛也因此層出不窮。

本號解釋因緣於都市更新條例之既有思路，僅就部分審查標的以違反正當行政程序，不符憲法要求，予以論證，而未就相關規定之經濟實質保障的欠缺，予以檢討。爰特提出協同意見書，敬供參考。

註一：試想，依都市更新條例第二十九條第二項規定：「實施者為擬訂或變更權利變換計畫，須進入權利變換範圍內公、私有土地或建築物實施調查或測量時，即得準用第二十三條規定辦理」。而由同條例第二十三條規定：「實施者為擬定都市更新事業計畫，得派員進入更新地區範圍內之公私有土地或建築物實施調查或測量；其進入土地或建築物，應先通知其所有權人、管理人或使用人（第一項）。依前項辦理調查或測量時，應先報請當地直轄市、縣（市）主管機關核准。但主管機關辦理者，不在此限（第二項）。依第一項辦理調查或測量時，如必須遷移或除去該土地上之障礙物，應先通知所有權人、管理人或使用人，所有權人、管理人或使用人因而遭受之損失，應予適當之補償；補償金額由雙方協議之，協議不成時，由當地直轄市、縣（市）主管機關核定之（第三項）。」即可知，都市更新程序一旦啟動，對於申請人以外之其他土地或建築物所有權人的生活干擾之深。

協同意見書　　大法官　葉百修

本件解釋涉及憲法上正當法律程序原則許多重要概念以及規範內容，特別是適用於都市更新事件上，固然是近日來臺灣社會備受重視的重要議題。多數意見於推論都市更新條例有關劃定都市更新單元內土地及合法建築物所有權人及其所有土地總面積及合法建築物總樓地板面積超過十分之一之同意，得舉辦公聽會，擬具事業概要，申請主管機關核准（中華民國八十七年十一月十一日制定公布之都市更新條例第十條第一項及第二項規定參照）；都市更新事業計畫擬訂或變更而送該管都市更新審議委員會審議前，應予公開展覽及舉行公聽會，人民並得提出意見等規定（中華民國九十二年一月二十九日修正公布之都市更新條例第十九條第三項前段規定參照），因與憲法正當行政程序之要求不符，有違憲法保障人民財產權與居住自由意旨之結論，本席敬表贊同。惟多數意見就本件解釋所涉及憲法權利之認定、

審查之標準及作成違憲解釋之部分理由，本席均無法同意；爰就部分不同意理由，提出協同意見如后。

壹、多數意見對於憲法財產權保障與居住自由之關係語焉不詳

都市更新條例第一條揭示其立法目的，以都市更新具有促進都市土地有計畫之再開發利用，復甦都市機能，改善居住環境，增進公共利益；則都市更新既然在於增進公共利益，對於其中可能涉及人民私益者，例如財產權等，以公、私益衡量的結果，對於有增進公共利益之都市更新，限制特定或不特定私人財產權之行使。然而，多數意見從都市更新條例上開立法目的，延伸人民有「安全、和平與尊嚴之適足居住環境」（註一）之居住自由，並認定居住自由亦屬憲法上所保障之人民權利。實際上，居住自由到底在憲法上的性質是什麼，多數意見未置一語，僅憑都市更新條例之立法目的，就能導出居住自由在憲法上權利保障位階，更進一步延伸為享有適足居住環境之權利內涵，其論理跳躍令人不解。實際上，究竟本件解釋所涉及之都市更新條例相關系爭規定，究竟侵害人民憲法上何種權利，多數意見則毫無闡釋。

從都市更新條例以由國家或地方自治團體自行實施或委託都市更新事業實施外，亦得由土地及合法建築物所有權人，自行組織更新團體或委託都市更新事業機構實施，其本質上均涉及土地及合法建築物所有權人，其土地與建築物之財產權保障議題，而與憲法第十條所保障之居住遷徙自由並無直接關係。本院歷來針對憲法第十五條保障人民財產權之意旨闡釋甚詳，莫不以人民財產應獲得憲法之高度保障，確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害，俾能實現個人自由、發展人格及維護尊嚴。立法機關為確保人民財產權，並兼顧他人自由與公共利益之維護，得在符合憲法第二十三條比例原則之範圍內，制定法律或明確授權行政機關訂定法規命令，形成各種財產制度予以規範。本席於釋字第六五二號解釋部分協同意見書中，曾提出：

「憲法第十五條關於財產權之保障具有雙重功能，除具制度保障與個人保障外，並具存續保障與價值保障之功能。憲法保障財產權之主要目的，並不在於禁止對財產權之無補償的剝奪，而是在於確保財產權人能擁有其財產權，藉以對抗國家之違法侵害。因此，財產權保障原則上是一種存續保障，祇有在國家基於公益上需要，依法加以合法侵害（如公用徵收）時，財產權之存續保障，始由價值保障替代之。」

是本件解釋關於都市更新條例相關規定對於所涉土地或建築物所有權人之財產權，由於係以透過都市更新的手段，將原有土地或建築物之所有權重新分配，在此過程中，涉及的是原有土地與建築物所有權人之財產權的存續保障，如何能獲得更「有效的權利保障」。換言之，這種財產權的存續保障狀態的侵害，必須符合一定的正當法律程序以及憲法第二十三條規定之相關憲法原則，同時，並確保於都市更新過程中，原有土地及建築物所有權人之財產權存續保障，以及基於都市更新的公共利益需求，轉換成價值保障的替代程序，亦符合上述憲法基本原則之要求。

例如本院關於都市計畫所涉及人民財產權保障之釋字第四０六號、第四０九號、第五一三號解釋；涉及區域計畫之財產權保障之釋字第四四四號解釋；以及涉及建築物本身財產權保障之釋字第六００號解釋等，均係與人民土地或建築物，依其存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，與為達成公共利益間所形成之侵害，與憲法保障財產權之意旨有無牴觸之相關解釋，從中亦可發現，本件解釋所涉及之憲法基本權利保障，其本質上仍屬於憲法第十五條所保障之財產權範圍，多數意見將其延伸為憲法第十條所保障之居住自由，本席固不反對，惟其憲法依據究屬憲法第十五條保障人民財產權之使用範圍內之一種權利樣態，亦即都市更新單元內之土地或合法建築物所有權人，因為都市更新而被迫強制遷離，導致其對於土地或建築物之財產權的行使，因此遭受侵害？抑或是憲法第二十二條所推導出新型態之人民基

本權利，甚至是多數意見所稱之居住自由，是上開財產權保障範圍所延伸出而與居住自由有重疊之處？或者是單獨侵害都市更新單元內土地或建築物所有權人之居住自由？以及多數意見所謂「適足居住環境」，其意義與內涵為何？（註二）其憲法依據為何？本件解釋多數意見均未置一語，將導致其欲保障之憲法權利內涵空洞，甚或從消極防禦權之居住自由（註三），延伸為積極給付之居住權（註四），是否符合本件解釋所審查都市更新條例所涉及之憲法權利保障之對象？同時有無改變本院歷來關於財產權闡釋之意旨，本席對此均認容有再三斟酌之餘地。

按經濟社會文化權利國際公約（下稱經社文公約）第十一條第一項前段規定：「本公約締約國確認人人有權享受其本人及家屬所需之適當生活程度，包括適當之衣食住及不斷改善之生活環境。」是本席曾以之認為，該規定應等同於我國憲法第十五條所保障之生存權之具體表現。（註五）而於公民與政治權利國際公約第十七條第一項規定：「任何人之私生活、家庭、住宅或通信，不得無理或非法侵擾，其名譽及信用，亦不得非法破壞」，則屬於憲法第十條所保障之居住自由之概念，亦即本院釋字第四四三號解釋理由書中所稱「人民有選擇其居住處所，營私人生活不受干預之自由，且有得依個人意願自由遷徙或旅居各地之權利」，以及釋字第四五四號解釋所稱「自由設定住居所」之權利。因此，憲法第十條所保障之居住自由，亦屬於隱私權所涵蓋之範疇，同時也涉及人格自由發展之權利。此外，關於居住自由，同時也涉及因此而生之遷徙自由之保障。（註六）是以上開兩公約相關規定，對照我國憲法規定，則可以透過憲法第十條、第十五條及第二十二條加以保障。

對於多數意見單純以財產權與居住自由之保障，討論都市更新事業概要核准與計畫核定之行政處分所涉及之憲法權利，從以上討論，實可見有其不足。對照經濟社會文化權利委員會針對經社文公約第十一條第一項規定，於一九九一年第六屆會議提出之

第四號一般性意見，即著重於無家可歸與住房不足之重大問題，「確保所有人不論其收入或經濟來源如何都享有住房權利」，亦即一種「安全、和平和尊嚴地居住某處的權利」，並提出下列判斷因素：使用權的法律保障；服務、材料、設備和基礎設施的可提供性；可支付性；適居性；易取得性；地點；及文化的適當性等，並且要求應有一定法律救濟措施。

相較於都市更新所涉及人民關於更新單元內之土地或建築物所有權之保障，以及避免因都市更新計畫通過後被迫強制遷離其居住處所，則應與憲法財產權與居住遷徙自由保障較為密切相關，此亦與經濟社會文化權利委員會針對經社文公約第十一條第一項規定，於一九九七年第十六屆會議提出之第七號一般性意見中特別關注於「發展名義」下所為之「強制驅逐」議題，並提出應對「房屋和土地的居住者提供儘可能最大的使用保障」，以及「嚴格地規限在什麼情況下方允許遷移居住者」等議題提供有效的法律保護制度，而係本院應於本件解釋中予以妥適闡明之重要憲法權利之內涵；而其所涉之正當法律程序，於第七號一般性意見第十三點強調，「締約國還應保證在執行任何驅逐行動之前，特別是當這種驅逐行動牽涉到大批人的時候，首先必須同受影響的人商量，探討所有可行的替代方案，以便避免、或儘可能地減少使用強迫手段的必要。那些受到驅逐通知的人應當有可能援用法律救濟方法或程序。締約國也應保證所有有關的個人對他們本人和實際所受的財產的損失得到適當的賠償。」並於第十五點，則明確提出八點保障，包括：「(a)讓那些受影響的人有一個真正磋商的機會；(b)在預定的遷移日期之前給予所有受影響的人充分、合理的通知；(c)讓所有受影響的人有合理的時間預先得到關於擬議的遷移行動以及適當時關於所騰出的房、地以後的新用途的資訊；(d)特別是如果牽涉到一大批人，在遷移的時候必需有政府官員或其代表在場；(e)是誰負責執行遷移行動必需明確地認明；(f)除非得到受影響的人的同意，否則遷移不得在惡劣氣候或

在夜間進行；(g)提供法律的救濟行動；(h)儘可能地向那些有必要上法庭爭取救濟的人士提供法律扶助。」（註七）

綜合以上我國憲法與兩公約關於生存權、財產權與居住遷徙自由之保障，都市更新條例關於都市更新事業概要核准與計畫核定之行政處分作成程序，以及都市更新事業計畫公開展覽等相關規定，並不符合憲法對於人民財產權有效保障所要求之正當法律程序，與憲法保障人民生存權、財產權與居住遷徙自由之意旨有違。

貳、多數意見從本院過去解釋所建立之憲法正當法律程序，另創出憲法上正當行政程序，但其內涵與現行行政程序法之規定相混淆；將憲法上之正當行政程序視為一般憲法原則，該原則適用於所有國家機關之行政行為之結果，現行相關法律規範秩序將因而受到波及

本院自釋字第三八四號解釋，透過憲法第八條之規定，針對人民身體自由之保障，建立正當法律程序作為一種憲法原則適用的依據，自此之後，本院即在不同憲法權利之保障上，詮釋正當法律程序之內涵。如同多數意見所引，本院對於憲法上正當法律程序原則之適用，於不同憲法權利保障之種類、限制之強度與範圍，對於程序保障之要求不同，亦針對其所欲追求之公共利益、決定機關之功能合適性、有無替代程序或各項可能程序之成本等因素，透過比例原則之適用，審查憲法解釋之標的是否符合正當法律程序，例如關於訴訟權之保障，於釋字第三九六號解釋，即明白闡釋須「對被付懲戒人予以充分之程序保障，例如採取直接審理、言詞辯論、對審及辯護制度，並予以被付懲戒人最後陳述之機會等，以貫徹憲法第十六條保障人民訴訟權之本旨。」而對於人民身體自由之保障，因其「乃行使其憲法上所保障其他自由權利之前提，為重要之基本人權」，憲法正當法律程序於適用此類案件時，本院所為審查標準即較為嚴格，對於人民身體自由之正當法律程序之要求亦較其他憲法權利為高。

然而於本件解釋中，多數意見固然認為都市更新之實施，涉及都市更新單元及其鄰近土地、建築物之所有權人之財產權與居住自由，同時攸關重要公共利益，其言下之意，對於都市更新條例所涉及之相關規定，其內容亦應符合正當法律程序。如同本席前述對於本件解釋所涉及之憲法權利保障對象之認定，本席認為係涉及憲法對於都市更新單元內之土地及建築物所有權人之財產權之限制與侵害，因此，於財產權適用正當法律程序之要求下，固然應給予人民一定之程序保障。然而都市更新單元內之土地、建築物之所有權人，其財產權受侵害之程度，相較於國家依據公共利益之需求，對於人民之財產權為徵收時，其法律規範之正當法律程序，鑑於徵收之手段嚴重侵害人民之財產權，因此，對於其正當法律程序之要求，即於土地徵收條例中有詳細及明確之規範，同時確保受徵收處分之人民之財產權保障。

主管機關對於私人所擬具之都市更新事業概要之核准與事業計畫之核定，本質上均屬行政處分之一種，其行政處分之作成，原本依據憲法上正當法律程序之要求，自有行政程序法之相關程序規定之適用，以及對於行政處分不服者，依據行政爭訟尋求救濟，此亦為多數意見所揭示。然而多數意見對於都市更新事業概要核准與計畫核定之行政處分，其性質上究與其他行政處分有何不同，並未有令人信服之闡述。多數意見僅以事業概要核准處分「影響更新單元內所有居民之法律權益」，計畫核定處分涉及實施都市更新事業之規制措施，並「使土地或建築物所有權人或其他權利人乃至於更新單元以外之人之權利受到不同程度影響，甚至在一定情形下喪失其權利，並被強制遷離其居住處所」為由，認定該核准與核定之行政處分，其所應適用之正當法律程序應與其他行政處分之程序有所不同，因而現行舉辦公聽會之規定，尚不足以符合正當法律程序之要求，而有違憲法保障人民財產權與居住自由之意旨云云。然而所有行政處分均有涉及處分相對人與第三人權利保障之可能性，何以在都市更新事業概要之核

准與計畫之核定，多數意見要求其所應適用之法律程序於現行規範中有所不足？即便承認上開核准與核定處分之作成，有必要適用較為嚴格之法律程序，此亦為如何適用行政程序法之問題。換言之，對於行政程序法上規範之不同法律程序，上開核准與核定處分之作成，應適用行政程序法何種法律程序，即應視行政程序法具體規範而定。除非多數意見認定現行行政程序法對於上開核准及核定處分之程序漏未規定，或規定本身不符合憲法上正當法律程序之要求，否則因不符行政程序法上之正當法律程序，而認定牴觸憲法上正當法律程序，本席認為多數意見此舉實為混淆兩者間之位階與適用關係。

因此，都市更新條例關於都市更新事業概要之擬具程序中，僅規定舉辦公聽會，是否就無行政程序法相關陳述意見機會及相關資訊知悉之權利等程序保障規定之適用，以及事業計畫之核定，僅規定公開展覽及人民得提出意見，是否亦無行政程序法關於送達程序與應予舉行正式聽證、使人民陳述意見或言詞辯論等程序保障規定之適用，多數意見似乎均未有考量，逕以行政程序法之適用問題，認定即與憲法上正當法律程序原則有所違背，卻未有其憲法依據之說明，本席尚難贊同。

實際上，本件解釋若可直接認定係屬人民財產權之侵害，則適用本院歷來解釋對於財產權保障之意旨，以及限制或剝奪人民財產權之程序有無符合正當法律程序之標準，對於行政機關作成上開事業概要核准與計畫核定等行政處分之程序規範，因未能提供對於人民財產權「有效保障」之程序規範，而認定與憲法保障人民財產權之意旨有違，始不至對於憲法正當法律程序原則與行政程序法之適用，形成兩者間位階錯亂之情形。

叁、將人民之申請程序，一律視為行政程序一環，影響深遠

國家應執行之公共事務，原則上應由國家機關自行為之，僅於例外之情形下，始得以委託私人行使之方式為之。故都市更新條例規定，都市更新事業原則上由主管機關自行實施或委託都市

更新機構、同意其他機關（構）實施，亦得由土地或合法建築物所有權人於一定條件下，經由法定程序，自行組織更新團體或委託都市更新事業機構，向主管機關申請核准實施。此種情形下，可視為一種行政委託之行為類型。

都市更新因涉及都市更新單元內土地或合法建築物所有權人之權利保障，且可能因是否同意都市更新以及意見溝通協調之困難度，屬重要公共利益之事項；且私人申請都市更新，因具有行政委託之性質，將之視為行政程序之一環，應符合正當法律程序之要求，本席可以贊同。惟按行政處分之作成，本有依職權或依人民申請，而行政處分之作成，因涉及人民權利之創設變更，因此作成行政處分之程序，有憲法正當法律程序原則之適用，並依據行政程序法相關規定為之。多數意見認為都市更新事業概要之提出申請實應具備之同意比率過低，難與尊重多數、擴大參與之民主精神相符，而與憲法正當法律程序原則不符，侵害憲法保障人民之財產權與居住自由。實際上此項申請同意比率，並非謂人民提出申請都市更新事業概要，行政機關即應予以核准，關鍵仍在於提出申請後，行政機關作成核准之行政處分，其程序是否符合正當法律程序。其次，此項同意比率，本質上涉及都市更新單元內，土地或建築物所有權人其財產權與居住遷徙自由，是否因此被迫參與都市更新程序而受到侵害，其比率本身，更重要的是代表行政機關於作成行政處分時公益與私益衡量的過程與結果。

本席曾經多次強調，憲法關於公益與私益之衡量，並非量的判斷，而是質的認定。多數意見一方面將人民申請行政機關作成行政處分認定為行政程序之一環，亦有正當法律程序原則之適用，則將使得凡人民提出申請（例如人民基於私益，請求徵收殘餘土地、請求退稅、申請核發建造執照等），則行政機關均應踐行正當行政程序，則究應符合何種程度之正當行政程序，多數意見未有明確說明；另一方面，多數意見既稱尊重多數、擴大參與，

則其間公益與私益又應如何衡量？難道多數即代表公益？即可因此認定都市更新之正當性？此項提出申請，充其量僅屬行政機關作成行政處分之發動，並不因此影響行政機關作成行政處分與否之判斷。殊難想像之後凡人民申請行政機關作成行政處分，均屬行政程序之一環，應踐行正當行政程序，若僅涉及形式要件之審查，亦須由申請人陳述意見、甚而舉行公聽會或正式聽證，將使得行政機關單純因為私益而須踐行與公益相關者完全一致之程序，顯非憲法正當法律程序原則之本意。

是以多數意見認凡法律有關人民申請要件之規定，應符合正當行政程序之要求一節，究係屬一般憲法上之基本原則，抑或僅適用於都市更新特殊行政處分之類型上？是因都市更新性質上之必然，或者是不涉及第三人之人民申請行政機關作成行政處分者，均應賦予一定程度以上之正當行政程序？何種程度、何種比率始稱「正當」？人民向行政機關所為申請之程序，於未涉及任何公權力行使之情形下，難道亦有憲法權利之保障與憲法原則之適用？多數意見因事設制，完全忽略行政處分之制度面與現實面，實不無疑義。

註一：依據法務部出版經濟社會文化權利委員會通過之一般意見書正體中文版中，其中針對經濟社會文化權利國際公約第 4 號一般性意見：適當住房權（《公約》第 11 條第 1 項），係從該公約第 11 條第 1 項規定締約各國「確認人人有權享受其本人及家屬所需之適當生活程度，包括適當之衣食住及不斷改善之生活環境」，認為「適當的住房之人權由來於相當的生活水準之權利」，而解釋為一種「安全和平和尊嚴地居住某處的權利」。參見法務部編，公民與政治權利國際公約、經濟社會文化權利國際公約一般性意見，經濟社會文化權利委員會第 4 號一般性意見第 1 點及第 7 點，2012 年 12 月，頁 142-147，第 142 頁及第 143 頁。

註二：多數意見所謂「適足居住環境」，無疑脫胎自相關國際人權公

約之規定，諸如：世界人權宣言(The Universal Declaration of Human Rights)第 25 條第 1 項規定：「人人有權享受為維持他本人和家屬的健康和福利所需的生活水準，包括食物、衣著、住房、醫療和必要的社會服務；在遭到失業、疾病、殘廢、守寡、衰老或在其他不能控制的情況下喪失謀生能力時，有權享受保障。」(“Everyone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and of his family, including food, clothing, housing and medical care and necessary social services, and the right to security in the event of unemployment, sickness, disability, widowhood, old age or other lack of livelihood in circumstances beyond his control.”)；聯合國有關難民地位公約(Convention relating to the Status of Refugees)第 21 條規定：「締約各國對合法居留於其領土內的難民，就房屋問題方面，如果該問題是由法律或規章調整或者受公共當局管制，應給以儘可能優惠的待遇，無論如何，此項待遇不得低於一般外國人在同樣情況下所享有的待遇。」(“As regards housing, the Contracting States, in so far as the matter is regulated by laws or regulations or is subject to the control of public authorities, shall accord to refugees lawfully staying in their territory treatment as favourable as possible and, in any event, not less favourable than that accorded to aliens generally in the same circumstances.”)；消除一切形式種族歧視國際公約第 5 條規定：「締約國依本公約第二條所規定的基本義務承諾禁止並消除一切形式種族歧視，保證人人有不分種族、膚色或民族或人種在法律上一律平等的權利，尤得享受下列權利：……其他公民權利，其尤著者為：……在國境內自由遷徙及居住的權利……；……經濟、社會及文化權利，其尤著者為：……住宅權。」(“In compliance with the fundamental obligations laid down in article 2 of this Convention, States

Parties undertake to prohibit and to eliminate racial discrimination in all its forms and to guarantee the right of everyone, without distinction as to race, colour, or national or ethnic origin, to equality before the law, notably in the enjoyment of the following rights:……Other civil rights, in particular:……The right to freedom of movement and residence within the border of the State;……Economic, social and cultural rights, in particular:……The right to housing;……")；經濟社會文化權利國際公約(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)第 11 條第 1 項規定：「本公約締約各國承認人人有權為他自己和家庭獲得相當的生活水準，包括足夠的食物、衣著和住房，並能不斷改進生活條件。各締約國將採取適當的步驟保證實現這一權利，並承認為此而實行基於自願同意的國際合作的重要性。」("The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to an adequate standard of living for himself and his family, including adequate food, clothing and housing, and to the continuous improvement of living conditions. The States Parties will take appropriate steps to ensure the realization of this right, recognizing to this effect the essential importance of international co-operation based on free consent.")；公民與政治權利國際公約(International Covenant on Civil and Political Rights)第 17 條第 1 項規定：「任何人之私生活、家庭、住宅或通信，不得無理或非法侵擾，其名譽及信用，亦不得非法破壞。」("No one shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to unlawful attacks on his honour and reputation.")；消除對婦女一切歧視公約(Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women)第 14 條第 2 項規定：「締約各國應採取一切適當措施

以消除對農村婦女的歧視，保證她們在男女平等的基礎上參與農村發展並受其益惠，尤其是保證她們有權：……享受適當的生活條件，特別是在住房、衛生、水電供應、交通和通訊等方面。」(“States Parties shall take all appropriate measures to eliminate discrimination against women in rural areas in order to ensure, on a basis of equality of men and women, that they participate in and benefit from rural development and, in particular, shall ensure to such women the right:……To enjoy adequate living conditions, particularly in relation to housing, sanitation, electricity and water supply, transport and communications.”)；兒童權利公約(Convention on the Rights of the Child)第 27 條規定：「一、簽約國應承認所有兒童有為其身體、精神、道德以及社會之正常發展，獲得相當水準之生活之權利。二、父母或其他對兒童負有責任者，應在其能力與財力許可範圍內，保證兒童成長發展所必需之生活條件。三、簽約國應依照國內之條件，在財力許可範圍內，支援父母以及其他對兒童負有責任者，完成此項責任時所必需之適當措施。必要時，特別對營養、衣服以及住所，提供必要之物質援助與支援措施。四、簽約國為使父母以及其他對兒童負有財務責任者償還兒童之養育費，不管其居住在國內或國外，應採取一切適當之措施。對兒童負有財務責任者居住在與兒童不同國家時，簽約國尤須要透過參加並締結國際協定，或訂定其他適當之協議，使其償還養育費。」(“1. States Parties recognize the right of every child to a standard of living adequate for the child's physical, mental, spiritual, moral and social development. 2. The parent(s) or others responsible for the child have the primary responsibility to secure, within their abilities and financial capacities, the conditions of living necessary for the child's development. 3. States Parties, in

accordance with national conditions and within their means, shall take appropriate measures to assist parents and others responsible for the child to implement this right and shall in case of need provide material assistance and support programmes, particularly with regard to nutrition, clothing and housing. 4. States Parties shall take all appropriate measures to secure the recovery of maintenance for the child from the parents or other persons having financial responsibility for the child, both within the State Party and from abroad. In particular, where the person having financial responsibility for the child lives in a State different from that of the child, States Parties shall promote the accession to international agreements or the conclusion of such agreements, as well as the making of other appropriate arrangements.")；保護所有移徙工人權利及其家庭成員國際公約(Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families)第 43 條第 1 項規定：「遷徙工人在以下方面應享有與就業國國民同等的待遇：……享受住房、包括公共住宅計畫，以及在租金方面不受剝削的保障……。」("Migrant workers shall enjoy equality of treatment with nationals of the State of employment in relation to:……Access to housing, including social housing schemes, and protection against exploitation in respect of rents……")；聯合國身心障礙者權利公約(The Convention on the Rights of Persons with Disabilities)第 28 條第 1 項規定：「締約各國確認身心障礙者有權為自己及家人得到適足的生活水平，包括適足的食物、衣物、住房，並有權不斷改善生活條件；締約各國應採取適當步驟，基於無身心障礙的歧視下保障和促進這一權利的實現。」("States Parties recognize the right of persons with disabilities to an adequate standard of living for themselves

and their families, including adequate food, clothing and housing, and to the continuous improvement of living conditions, and shall take appropriate steps to safeguard and promote the realization of this right without discrimination on the basis of disability.”)等國際公約規定。

聯合國並於2001年6月19日大會決議通過「關於新千年中的城市和其他人類住區的宣言」(Declaration on Cities and Other Human Settlements in the New Millennium)，並成立專責機構「人類住區規劃署」(The United Nations Human Settlements Programme, UN-HABITAT)負責適當住房權之相關議題，參見其英文網站：http://www.unhabitat.org/categories.asp?catid=，以及聯合國與適足居住中文簡體網站：http://www.un.org/zh/development/housing/unsystem.shtml，最後檢索：2013年4月16日。

註三：國內一般學者對於憲法第 10 條保障之居住遷徙自由，有認為是一種行動自由的總稱，如李惠宗，《憲法要義》，第 5 版，2009 年 9 月，第 167 頁；惟多數學者仍係從隱私權與「住宅是最安全之避難所」(domus sua cuique esttutissimumn refugium)、「住宅為個人之城堡」(“One's house is his own castle.”)的概念，認為所謂居住自由，是避免國家權力不當介入侵害人民的居住場所與在其中經營私人生活之隱私，例如林紀東，《中華民國憲法逐條釋義（一）》，7 版，1993 年 1 月，頁 137 以下，第 145 頁；法治斌、董保城，《憲法新論》，第 3 版，2008 年 9 月，第 212 頁；吳信華，《憲法釋論》，初版，2011 年 9 月，第 271 頁。

註四：即便現行住宅法第 1 條規定，「使全體國民居住於適宜之住宅且享有尊嚴之居住環境」，而提供「住宅補貼」（該法第 8 條第 1 項前段規定：「為協助一定所得及財產以下家庭或個人獲得適居之住宅，政府得視財務狀況擬訂計畫，辦理補貼住宅之貸款利息、租金或修繕費用」，但仍得視政府財務狀況而

定，並非強制要求政府履行之法律義務）、「社會住宅」（該法第 14 條規定：「直轄市、縣（市）主管機關應評估社會住宅之需求總量、區位及興辦戶數，納入住宅計畫及財務計畫。」），並且保障「居住權利平等」（該法第 45 條規定：「居住為基本人權，任何人皆應享有公平之居住權利，不得有歧視待遇。」）；然而，能否因為住宅法規定，便導出憲法上關於「住宅權」之保障依據，多數意見完全沒有論述，憑空想像而視為理所當然，顯非解釋憲法之的論。

註五：本席於本院釋字第六九四號解釋提出之協同意見書參照。

註六：本院釋字第五四二號解釋參照。

註七：參見法務部編，其揭（註 1）書，第 172 頁。

協同意見書　　大法官　陳春生

前言：

本件乃就都市更新條例（以下簡稱都更條例）系爭規定合憲爭議問題所為之解釋。

本號解釋認為，系爭都更條例第十條第一項，有關於核准都市更新事業概要階段，未設置適當組織以審議都市更新事業概要，未確保利害關係人知悉相關資訊及適時陳述意見之機會；同條例第十九條第三項前段，關於申請都市更新事業計畫核定階段，未要求主管機關送達相關資訊予相關人民，且未規定聽證程序與附記理由等，以及同條例第十條第二項，有關申請核准都市更新事業概要時具備之同意比率規定，均不符憲法所要求之正當行政程序，亦有違於憲法保障人民財產權與居住自由之意旨等見解，本席敬表同意。

按都市更新之目的，乃為活化都市機能，改善居民環境，促進土地利用，增進公共利益等多元思考所為之制度，其建制應予肯定。惟其牽涉相對少數不願參與都更者之權益，如何兼顧私人權利與公共利益是值得吾人關注之問題。都更條例本有其規範制定之目的與理想，但為何實際上適用於諸如本案原因案件上引起許多爭議，無法達成或

完全達成立法目的？為探究此問題，首先都更條例所規範之都更程序其法律性質為何必須釐清。蓋都更程序屬都市計畫之一環，性質上為行政法學上行政計畫之行為形式。而行政計畫之規範構造與方式，採取與傳統上「若—則」之條件規定方式不同，係所謂「目的—手段」之規範方式，此種規範方式使主管機關必須於作成決定前，廣泛賦予其對公益與各種私益為比較衡量權限，因此行政機關之決定有較大的形成自由。但另一方面，對於行政計畫之控制，必須使計畫確定程序明確化，同時導入人民積極參與程序，以監督行政是否遵循計畫確定程序，此亦適用於都市更新之實施程序。本件重點即在於公權力如何監督都更程序之進行，同時踐行對人民所負基本權利保護之義務。

本號解釋之內容與潛在之問題包括：一、就我國都更法制，一方面肯定不願參與都更者受憲法保障之財產權與居住自由可能受影響，另一方面亦注意及欲實施都更者適足居住之權益。二、本號解釋所適用之違憲審查原則為正當法律程序概念下之正當行政程序（本院釋字第六六三號解釋理由書參照），亦即，法規範如都市更新條例，若欠缺一般行政程序所要求之聽證、陳述意見等之規定或雖有規範但其規範不足時，於如何條件下構成違憲？且如本解釋般以系爭規定未能通過正當行政程序之檢驗而違憲，其違憲基準為何？三、本號解釋實際與行政法學上所謂階段化行政程序之適用有關，而其內涵為何？四、本案亦與公私協力完成都更程序有所聯結，則其與私人基本權利衝突時該如何獲致公益與私益之平衡？

以下謹就上述問題與本號解釋所宣示之系爭規定所涉憲法保障人民財產權與居住自由（壹），以正當行政程序為審查原則，審查核准都市更新事業概要階段及核定都市更新事業計畫階段，認定相關程序規範不足而違反憲法上之正當行政程序之正當性（貳），都更程序與階段化行政程序關係（叁），以及都市更新之實施本質上屬國家或自治團體之公共事務，若基於引入民間活力之政策考量，國家仍須為必要之監督及負有保護人民自由、權利之憲法上義務（肆）等議題，提出個人協同意見如下。

壹、都更條例系爭規定牽涉憲法保障人民之基本權

系爭規定所牽涉之人民憲法上保障之基本權利可能有財產權、居住遷徙自由、一般行為自由與適足居住權幾項。

一、財產權

解釋理由書第二段指出：都更條例所規定之都市更新事業概要之核准或都市更新事業計畫之核定，均屬限制人民財產權與居住自由之行政處分。「憲法第十五條規定人民財產權應予保障，旨在確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害，俾能實現個人自由、發展人格及維護尊嚴（本院釋字第四００號解釋參照）。」（註一）惟本號解釋並未具體地指出，於實施都更過程中，當事人其財產權於存續狀態中，其使用、收益或處分權能，三者中究竟何者遭受侵害？

本案並非如同徵收土地般之財產權限制或剝奪，因都更乃不參加都更者「欲維持財產權現狀」，若依本號解釋理由書意旨，系爭都更條例規定乃對於不願參加者，其財產之存續狀態行使其自由使用、收益之權能，於都更完成前一定時段，「暫時」予以凍結，惟此暫時之期間，是否因毫無限制，以致於實質上可能構成存續狀態（如都更之實現遙遙無期）依社會觀念已不存在，而成為財產權之限制？長期以觀，依目前都更之實際情況觀察，若能完成都更，當事人之土地建物之價值，不僅未必減少，依現在社會一般觀念與實務，毋寧很可能增加，此亦為多數願意參與都更者之動機之一。因此，認為對不參加者之財產權有限制或剝奪之解釋未必中的。但本號解釋似已將財產保障，擴及於對財產於存續狀態中自由使用、收益之權能「暫時」予以凍結。或者本號解釋認為，因都更之實施而被要求增加公設比率，使每一土地所有權人之土地持分必然改變，則諸如土地所有權人因土地持分改變，結果等同於強制對其財產行使處分權？本號解釋中並不

清楚。

二、居住及遷徙自由

本院釋字第四五四號解釋：「憲法第十條規定人民有居住及遷徙之自由，旨在保障人民有自由設定住居所、遷徙、旅行，包括出境或入境之權利。對人民上述自由或權利加以限制，必須符合憲法第二十三條所定必要之程度，並以法律定之。」

系爭都更案件，「暫時」限制當事人居住及「不遷徙」之自由，而此一暫時，究竟持續多久時間以上，方能認為已不屬於「暫時」限制遷徙之自由，而違反憲法本條規定？本號解釋並未言明。

三、一般行為自由（註二）

本件原因案件之當事人乃「欲維持財產權現狀」，而不欲參與都更行為。此時似不須問其動機為何，此正如同釋字第六八九號解釋理由書所宣示：「基於人性尊嚴之理念，個人主體性及人格之自由發展，應受憲法保障（本院釋字第六０三號解釋參照）。為維護個人主體性及人格自由發展，除憲法已保障之各項自由外，於不妨害社會秩序公共利益之前提下，人民依其意志作為或不作為之一般行為自由，亦受憲法第二十二條所保障。」之意旨，亦類似德國法上之「人民依其意志有作為或不作為」(tun und lassen, was er will)之一般行為自由(BVerfGE 80, 137, 152f.)。換言之，本解釋另一思考方式為，以一般行為自由作為審查原則，因為更新單元內之所有權人本有權決定是否參加都更，而無須考慮其動機。惟因本案既已以財產權與居住自由為牽涉基本權，故一般行為自由自不必再強調（註三）。

四、適足居住權

本號解釋亦可能從經濟社會文化權利國際公約第十一條規定之「人人有權享受其本人及家屬所需之適當生活程度」，

以及聯合國經濟社會文化權利委員會於一九九七年所公布之第七號一般性意見：「適足居住權中，所有人均有免遭強迫驅逐之權」。惟基於公約在本院釋憲過程其地位是否得作為宣告審查客體違憲之根據，不無疑問。另一方面，經濟社會文化權利國際公約第十一條指出，人人有權享受不斷改善生活環境之權云，此似從主張都更者之權利出發，亦是都更條例所內涵之立法目的，而不適宜作為不願參加都更者之權利依據。

綜上所述，本號解釋多數固只以憲法保障人民財產權與居住自由為受侵害之基本權，本席認為，在中華民國憲法秩序下，於都更領域所牽涉之基本權利是否包含所謂「適足居住權」，基於目前學界與實務界對此之學理論述尚未成熟，本號解釋未加以納入，係以穩健的方式解釋憲法，應有所本。

貳、以正當行政程序作為違憲審查原則之意義

一、正當法律程序之意涵

本席前曾述及，本院對於憲法上正當法律程序之見解與適用，除自釋字第三八四號解釋關於憲法第八條人身自由保障條款之法定程序，引進正當法律程序原則外，更進一步適用於訴訟權（本院釋字第六六三號解釋參照）、財產權（本院釋字第四０九號、第四八八號解釋參照）、工作權（本院釋字第四六二號、第四九一號解釋參照）、講學自由（本院釋字第五六三號解釋參照）、秘密通訊自由（本院釋字第六三一號解釋參照）等領域。姑不論本院逐步擴大正當法律程序之適用範圍，而未明示其憲法依據，其或隱含類推適用憲法第八條、或各該基本權利內含正當程序保障，或可適用憲法第二十二條，惟本院解釋已將正當法律程序定位為憲法原則，作為拘束國家公權力行使之依據。而源自於英美法系慣用之正當法律程序概念，主要是指，若未經由正當程序，不得對任何人剝奪其生命、自由或財產。學者認為其乃為確保國家權力，包括立法、司法與行政之行為之公平、合理行使。其內涵包

括程序上正當程序與實質上正當程序（註四）。

二、以正當行政程序作為憲法解釋原則之依據

（一）雖然行政程序法對正當法律程序效力之定位，從同法第一百七十四條及第一百零八條第一項之規定觀察，似僅屬輔助行政作成實體決定之工具，但事實上不然。詳言之，行政程序法第一百七十四條本文規定：「當事人或利害關係人不服行政機關於行政程序中所為之決定或處置，僅得於對實體決定聲明不服時一併聲明之。」本條乃參考德國行政程序法第九十七條第二款（註五）與行政法院法第四十四a條之規定而制定，其立法目的乃為謀行政效率，避免因當事人或利害關係人動輒對行政機關之行政程序為聲明不服，而影響行政程序之進行，並減輕行政機關與法院之負擔（註六）。

又同法第一百零八條第一項規定：「行政機關作成經聽證之行政處分時，除依第四十三條之規定外，並應斟酌全部聽證之結果。但法規明定應依聽證紀錄作成處分者，從其規定。」（註七）從該條後段但書之規定為反面解釋，則除非「法規明定應依聽證紀錄作成處分」，否則行政機關未必均須作成與聽證結果相一致之處分，因此本條之「斟酌」規定，對處分之「結果」未必有拘束力。似乎行政程序法對行政程序之定性仍僅止於從屬於實體的決定，其本身並非目的（註八）。

惟行政機關若依行政程序法第一百零八條第一項規定，作成與聽證結果不一致之處分，所附記之理由必須有說服力，否則仍可能因違法而被撤銷。正如本號解釋指出，對於都更條例第十九條第三項前段，因未規定聽證程序與「附記理由」等而違反正當行政程序。同樣見解，亦見諸本院釋字第四九一號解釋，要求對受免職處分之當事人所為處分書，應「附記理由」。因此，表面上

行政程序法對行政程序之定性似僅止於從屬於實體的決定，但經由我國實務，特別是本院解釋，有些情況如本案，行政程序並非從屬於實體決定。

（二）違反行政程序可能違法亦違憲

1.本院過去相關解釋

違反正當行政程序之效力—違憲情況

本院釋字第六六三號解釋乃關於行政程序上之送達，其理由書第三段指出：「惟基於法治國家正當行政程序之要求，稅捐稽徵機關應依職權調查證據，以探求個案事實及查明處分相對人，並據以作成行政處分（行政程序法第三十六條參照），且應以送達或其他適當方法，使已查得之行政處分相對人知悉或可得知悉該項行政處分，俾得據以提起行政爭訟。」另釋字第四九一號解釋乃關於依公務人員考績法一次記二大過免職，其解釋理由書指出：「對於公務人員之免職處分既係限制憲法保障人民服公職之權利，自應踐行正當法律程序，諸如作成處分應經機關內部組成立場公正之委員會決議，委員會之組成由機關首長指定者及由票選產生之人數比例應求相當，處分前應給予受處分人陳述及申辯之機會，處分書應附記理由，並表明救濟方法、期間及受理機關等，設立相關制度為妥善之保障。」本號解釋就關於受憲法保障之基本權利之正當程序要求，相關程序之規範，若全未予規定或規範不足，顯然未達設立相關「制度」予以保障之要求而違憲。

（三）從正當法律程序至程序基本權之建構

所謂程序基本權，簡言之，即每個基本權利皆內含著程序之內容，而有程序保障之需求與功能，此乃從憲法保障個別基本權利之客觀功能面向中推導出，進而課予公權力應有踐行正當法律程序之義務（註九）。建構程

序基本權概念，可去除程序功能只是實體基本權利之附隨地位之迷思。

1.本院釋字第六一０號解釋理由書第一段指出：「憲法第十六條所定人民之訴訟權，乃人民於其權利遭受侵害時得請求司法救濟之程序性基本權，其具體內容，應由立法機關制定相關法律，始得實現。惟立法機關所制定有關訴訟救濟程序之法律，應合乎正當法律程序及憲法第七條平等保障之意旨，人民之程序基本權方得以充分實現。」

2.釋字第六六七號解釋理由書亦指出：「人民之訴願及訴訟權為憲法第十六條所保障。人民於其權利遭受公權力侵害時，有權循法定程序提起行政爭訟，俾其權利獲得適當之救濟。此項程序性基本權之具體內容，包括訴訟救濟應循之審級、程序及相關要件，須由立法機關衡酌訴訟案件之種類、性質、訴訟政策目的以及訴訟制度之功能等因素，制定合乎正當法律程序之相關法律，始得實現。」

上述本院兩號解釋中所揭櫫之程序基本權或程序性基本權之概念，雖主要指憲法第十六條之訴訟權，但亦聯結正當法律程序加以論述，由此可看出未來程序基本權之適用範圍，應不只限於我國憲法第十六條所保障之訴訟權。

（四）比較法上，德國學者Friedhelm Hufen認為有關違反行政上正當法律程序之法效果，若其程序瑕疵之結果，牽涉基本權利之設定或終結時(Unmittelbare Folgen des Verfahrenfehlers beim grundrechtskonstituierenden derbeendenden Vefahren)，則有可能違反憲法。亦即，當於某一行政程序過程中，如當事人程序上之權利，其核心亦屬於該當基本權利之保護內容時，則行政機關相應之行政程序瑕

疵，乃被視為對該基本權利之干涉（註十）。

（五）如同本院釋字第六六三號解釋理由書所示，有其憲法學理與實務之依據，即「基於法治國家正當行政程序之要求，稅捐稽徵機關應依職權調查證據，以探求個案事實及查明處分相對人，並據以作成行政處分（行政程序法第三十六條參照），且應以送達或其他適當方法，使已查得之行政處分相對人知悉或可得知悉該項行政處分，俾得據以提起行政爭訟。」

綜上所述，本號解釋以正當行政程序作為憲法解釋原則，有其憲法學理與實務之依據。

三、實務上政府機關常有從聽證逃向公聽會之傾向，應加以防止

（一）行政程序法第五十四條至第六十六條、第一百零二條至第一百零九條規定聽證與陳述意見。另行政程序法第一百零二條規定：「行政機關作成限制或剝奪人民自由或權利之行政處分前，除已依第三十九條規定，通知處分相對人陳述意見，或決定舉行聽證者外，應給予該處分相對人陳述意見之機會。但法規另有規定者，從其規定。」其立法目的係為避免行政機關恣意專斷，並確保相對人之權益。

（二）行政程序法中之聽證規定，值得探討者為，行政程序法自九十年實施十二年多來，行政機關真正依其規定舉行聽證者可說鳳毛麟爪（註十一）。而公聽會之概念並未有法令明確界定，有些法律如環境影響評估法，更將原來法律規定之「聽證(hearing)」改為「公聽會(public hearing)」（註十二），如此產生當環境影響評估法未規定者，是否有行政程序法第一百零二條適用之疑義？似有「從聽證逃向公聽」之虞（註十三）。事實上，行政機關落實行政程序法規定之聽證程序，並未有想像中之困難，因為原子能委員會於九十五年十一月七日基於放射性物料管理

法第八條第三項及第十七條第二項規定，依循行政程序法之規定，發布「放射性物料設施興建申請聽證程序要點」分別於九十六年與一０一年舉辦聽證會（註十四），結果證明依行政程序法規定而舉行聽證，並無任何窒礙難行之處，此值得充分肯定以及其他機關之效法。此同樣亦適用於都市更新之實施。

（三）吾人認為，行政程序法中之聽證應是一個上位概念，換言之，其包含行政程序法中所定之狹義概念之聽證，也包含一般所謂的公聽會。如此解釋之正面意義在於：一、行政程序法中之聽證乃相當於行政法總則規定，依此，相對於其他行政法各論中，無論其用的是聽證、公聽會、說明會等，若其關於聽證漏未規定或規範密度不足等，應有行政程序法之適用，尤其是第一百零二條：類似侵害保留之規定。二、避免公聽會概念不一致所引起解釋適用時之困擾。三、避免行政機關於行政法各領域「從聽證程序逃向公聽會程序」（註十五）。

參、都更程序與階段化（多階段）行政程序(gestuftes Verwaltungsverfahren)

又關於都更程序規範，基於所規範者為具複雜利益關係，因此採取類似所謂階段化行政程序（或稱多階段行政程序）（註十六）之方式。此與傳統之多階段行政處分為多機關所為單一行政處分者不同。於都更程序之實施，一般至少透過三至四個階段之行政決定，且各個階段之決定具有外部效力，當事人可對其決定加以救濟，例如都市更新地區單元劃定階段、都市更新事業概要核准階段、都市更新事業計畫核定階段、與權利變換等階段所為之決定。如此之分階段，對於複雜之行政決定有其正面功能與效益，比較法上德國之有關重大污染性設施之興建，運用此一許可程序，例如原子能法上核設施之設置與運轉許可程序（註十七）。而多階段行政程序之法性質為何，當事人於各階段若對行政機關

之決定不服，能否提起救濟？以下比較多階段行政處分之概念說明之。

一、多階段行政處分

多階段行政處分概念未必有統一之見解，但一般指多數階段(Mehrstufigkeit)之概念來確立，由其與一個行政處分之作成相聯結時，多數階段意指多數之行政機關，共同協力於一個行政處分之作成，原則上牽涉到許可機關、上級機關或監督機關。以建築許可為例，依德國聯邦建築法第三十六條第一項第三款及第三十五條第二項之建築許可，屬於此所謂多數階段之行政處分。上級機關之協同行為，基於減輕人民權利保護負擔之理由，並不具備外部效力，而只是行政內部之行為。由於多數階段性，已常在行政法總論被使用。其缺點在於：1、公開、透明之欠缺；2、複雜問題，如利益衡量、分配，無法細緻地決定；3、救濟管道不足。

二、階段化行政程序

（一）意義

以德國法上為例，在階段化原子能法許可程序之複雜決定過程，係分解成多數獨立之部分行為，這些部分行為均為行政處分整體之決定客體，由漸進或階段式地進行或者分配地、部分地來實現。階段化，指的是行政程序中決定客體之分割（分配），多階段之行政處分與階段化行政程序之區分在於：前者係指從行政機關層面之分配；後者則指決定複雜性之分配。

（二）採階段化行政程序之理由

為使複雜之行政決定可掌握，只有經由階段程序才可獲致。所有之階段程序係共同地在有關整體計畫有許可能力之終局許可給與前，對多數及詳細問題加以解明。

立法者將程序階段化之目的，在於其能克服複雜及不透明之決定客體，經由階段程序所獲致之複雜行政決

定之可掌握性，可減輕許可機關對建設計畫審查與判斷之負擔。

（三）階段化行政程序之特點

1.漸進具拘束力之前部分許可，原則上拘束後續程序。

2.計畫決定之特別處在於，從一計畫階段發展至另一階段，透過逐漸排除、選擇，然後內容上發展成為問題集中，最後形成計畫確定之決定。

3.每一部分許可，皆為有外部效力之行政處分，可對之提起救濟。

（四）階段化行政程序之重要性

法治國精神，要求法之安定性、明確性與可預見性，其中之一方式即為將複雜之決定程序階段化。經由對複雜之決定程序之明確細分後，使行政機關與當事人，可更明瞭其合乎法治國對程序上之要求，使程序更清楚與可掌握，亦使決定標準更明確與更可預估。

（五）階段化行政程序之缺點

但是，學者Schmidt-Aßmann亦警告，程序階段化亦有其危險，因為決定之階段行政處分作終結，為求法關係安定，所產生之選擇與異議分離，很容易造成程序不許變動及萎縮，如果各個程序階段及該階段之說明內容不能清楚確定與相互調適，則程序之進行將重複「克服一個不明瞭再迎向另一個不明瞭」（註十八）。同理，此點於都市更新之實施，從都市更新地區單元劃定階段開始，至歷經都市更新事業概要核准階段、都市更新事業計畫核定階段、與權利變換等程序階段所為之決定，亦可能產生同樣問題，應加以避免。

肆、人民申請自辦都更，國家仍須為必要之監督及對人民負有保護義務

公寓大廈管理條例中之重建規定與都更程序中之重建關係看都更程序之法律關係與公私協力於都更之實現—都市更新之實施，本質上屬國家或自治團體之公共事務，即使基於引入民間活力之政策考量，國家仍須為必要之監督及對人民負有保護義務。

如果吾人比較公寓大廈管理條例中之重建規定與都更程序中之重建關係看都更程序之法律關係與公私協力於都更之實現，則可發現兩件事，一是就建築物之重建，若依公寓大廈管理條例為之，則屬私法性質，原則上屬私法自治範疇，因此當事人間重建之合意，原則上須經全體所有權人之合意；相對地，依都更條例實施重建，則雖分三階段進行，但所需之土地與建築物所有權人之比例則相對較低，不須全體同意。二是都更條例規定之內容，應亦考慮市場經濟與活絡民間經濟或公私協力完成原屬計畫高權之都更實施，因此國家對於都更程序之進行與監督，除公辦都更外，即使是私辦都更，國家即應負有最終責任，對於參與都更與不願參加都更者，更負有保護之義務，不得推因私辦都更屬私法自治範圍，而對都更之爭議，認為事不關己而不尋求解決。依都更條例第十一條規定之自辦都更，相當程度限制原依公寓大廈管理條例之基於私法自治，與重建需經全體所有權人同意之限制給予放寬，而仰賴主管機關監督。

若比較公寓大廈管理條例與都更條例，公寓大廈管理條例第十三條對於重建亦有所規定，其本文規定為：「公寓大廈之重建，應經全體區分所有權人及基地所有權人、地上權人或典權人之同意。」另於但書有例外規定。其餘事項則由區分所有權人會議決議行之，依同條例第三十一條規定，應有區分所有權人三分之二以上及其區分所有權比例合計三分之二以上出席，以出席人數四分之三以上及其區分所有權比例占出席人數區分所有權四分之三以上之同意行之。這部分的規定比較偏向私法自治，除非有但書規定之例外情形，否則重建需要全體同意。但書共有三款，其

中第二款及第三款較無疑義，但第一款規定：「配合都市更新計畫而實施重建者」。換言之，只要是配合都市更新，則第十三條應得全體同意之規定，即不適用，而依都市更新條例規定決定。

依都更條例第六條規定優先劃定更新地區，及同條例第七條規定迅行劃定更新地區外，為活絡公私合作，或在民營化趨勢之下，同條例第十一條並規定：「未經劃定應實施更新之地區，土地及合法建築物所有權人為促進其土地再開發利用或改善居住環境，得依主管機關所定更新單元劃定基準，自行劃定更新單元」，而回到同條例第一條都市更新條例之制定目的為：「為促進都市土地有計畫之再開發利用，復甦都市機能，改善居住環境，增進公共利益」，對照同條例第十一條之文義，公寓大廈住戶如欲重建，只要為促進公寓社區之土地再開發利用，改善居住環境，即可提劃定更新地區之事業概要，進而實施。

就實際情形而言，都更條例或基於事實上需要而引入民間活力之政策考量，允許自辦都更。人民是否選擇不適用公寓大廈管理條例有關重建之規定，而選擇適用都更條例？人民固有選擇的權利，但主管機關必須盡其監督之義務。而關於民營化（包括功能民營化），德國學者有認為，民營化之動機主要是，利用及吸收私人專業、民間創意、私人的行政潛能及私人資金、另闢財源及撙節支出，以及加強取法私經濟部門的行動模式及成就策略。而德國學界經過長年論辯，已澄清者為，民營化的結果不必然是國家的完全退出。相反的，國家對於公共事務的責任仍然存在，在諸多領域中，國家對於任務的正常履行，至少負有擔保義務，此一義務於各該領域容有不同，通常須賴專門法律予以具體化（註十九）。

從此角度，即使是都市更新事業概要階段，所舉行之陳述意見或聽證，行政機關亦應有行政程序法相關規定之適用，以盡其對人民之保護義務。

伍、結論

本號解釋之特點，在於：

一、就我國都更法制，一方面肯定不願參與都更者受憲法保障之財產權與居住自由可能受影響，另一方面亦注意到欲實施都更者適足居住之權益。

二、憲法解釋原則為正當法律程序概念下之正當行政程序，並認為在都市更新事業概要階段，未設置適當組織以審議都市更新事業概要，未確保利害關係人知悉相關資訊及適時陳述意見之機會，以及於申請都市更新事業計畫核定階段，系爭規定未要求主管機關送達相關資訊予相關人民，且未規定聽證程序與附記理由等，因此違憲，建立以正當行政程序為違憲審查之原則。

三、都更程序除具有屬都市計畫一環，性質上為行政法學上之行政計畫之行為形式。同時基於所規範者為具複雜利益關係因此採取類似所謂階段化行政程序（或稱多階段行政程序）之方式。此與傳統之多階段行政處分為多機關所為單一行政處分者不同。而相對地，於都更之實施，透過至少三至四個階段之行政行為，且各個階段可能具外部效力，當事人常可對其決定加以救濟，例如都市更新地區單元劃定階段、都市更新事業概要核准階段、都市更新事業計畫核定階段、與權利變換等階段。如此之分階段，對於複雜之行政決定有其正面功能與效益。但此一程序之落實前提為每一階段皆能明確與可掌握，否則當事人權利反受侵害。

四、如果吾人比較公寓大廈管理條例中之重建規定與都更程序中之重建關係看都更程序之法律關係與公私協力於都更之實現，則可發現，一、就建築物之重建，若依公寓大廈管理條例為之，則屬私法性質，原則上屬私法自治範疇，因此當事人間重建之合意，原則上須全體所有權人之合意；相對地，依都更條例實施重建，則雖分三階段進行，但所需之土地與建築物所有權人之比例則相對較低，不須全體同意。二、都

更條例規定內容，應亦考慮市場經濟與活絡民間經濟或公私協力完成原屬計畫高權之都更實施，因此國家對於都更程序之進行與監督，除公辦都更外，即使是私辦都更，國家即應負有最終責任，對於參與都更與不願參加都更者，更負有保護之義務。

問題最終即在於公權力如何監督都更程序之進行與踐行對人民所負基本權利保護之義務。本號解釋從正當行政程序切入作為憲法解釋之原則，以審查系爭規定之合憲性，乃釜底抽薪，簡潔明快之解釋方法，值得肯定（註二十）！

註一：同樣見解參照本院釋字第五九六號解釋理由書：「憲法第十五條保障人民之財產權，使財產所有人得依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，以確保人民所賴以維繫個人生存及自由發展其人格之生活資源。惟為求資源之合理分配，國家自得於不違反憲法第二十三條比例原則之範圍內，以法律對於人民之財產權予以限制」；釋字第五八０號解釋理由書：「憲法第十五條保障人民之財產權，使財產所有人得依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，以確保人民所賴以維繫個人生存及自由發展其人格之生活資源」。

註二：本院關於一般行為自由，釋字第六八九號解釋已有引用，以憲法第二十二條為出發點，解釋理由書第四段論述：「基於人性尊嚴之理念，個人主體性及人格之自由發展，應受憲法保障……為維護個人主體性及人格自由發展，除憲法已保障之各項自由外，於不妨害社會秩序公共利益之前提下，人民依其意志作為或不作為之一般行為自由，亦受憲法第二十二條所保障」。德國基本法第二條第一項規定，任何人於不侵害他人權利，不違反合憲秩序及公序良俗者，其人格發展自由需受保障，亦同此意旨。

註三：德國基本法第二條第一項，在德國除如聯邦憲法法院所一再強調之屬於「補充其他特別基本權」。它保障構成獨立之人格保

護基本權，以及一般行為自由等未明文列舉之基本權利。

註四：參考陳春生，釋字第六七二號解釋不同意見書。

註五：本條文於一九九八年八月六日第二次行政程序法修正法時雖已被刪除，但因同樣意涵之行政法院法第四十四a條仍存在，故並不影響向來對行政程序之定性，即從屬於實體決定之性質。

註六：參考立法院第二屆第五會期第十三次會議議案關係文書，院總第一五八四號，八十四年四月一日，頁147。

註七：本條前段規定乃參考德國行政程序法第六十九條第一項，其立法理由在於行政機關對於應經聽證之行政處分，於作成處分時，應斟酌全部聽證程序之結果，不得恣意為之，否則將使聽證程序虛設。

註八：Vgl. Eyermann, Verwaltungsgerichtsordnung, 11., Aufl., 2000, § 44a, Rn. 1:[Verfahren ist kein Selbstzweck, sondern hat nur dienende Funktion im Hinblick auf das Ergebnis des Verwaltungsverfahrens.]（程序本身不是目的，而是具輔助行政程序結果之功能）。

註九：李震山，《多元、寬容與人權保障》，第六章，程序基本權，2007年，頁263、264。

註十：亦即，當該干預之結果，產生基本權利受保護領域被侵害時，則視為基本權利之干預。參考 Friedhelm Hufen, Fehler im Verwaltungsverfahren, 2. Aufl. 1991, Rn 510.

註十一：目前所已知者只有經濟部貿易調查委員會有關調查貨品進口救濟案件、紡織品進口救濟案件與反傾銷稅案件中關於為行政處分之聽證。另一者為國防部資源司訂定相關法規命令而依行政程序法第一百五十五條舉行聽證，不過兩個部會所舉行之聽證，仍有些問題待釐清。參考林秀蓮，行政程序法有關聽證制度之檢討，「聽證制度之理論與實務學術研討會」，九十三年二月七日，頁9以下。

註十二：參照黃光輝，〈環境影響評估法之聽證制度〉，收於《聽證制

度之理論與實務學術研討會》，九十三年二月七日，頁4以下。

註十三：詳言之，我國於八十三年制定之環境影響評估法其第十二條與環境影響評估法施行細則第二十五條至第二十七條有類似行政程序法中之聽證規定，但有些規定則為必與行政程序法中聽證之規定相一致，例如目的事業主管機關需於開發計畫必須進入第二階段環境影響評估，並已提出評估書初稿後，進行現場勘查並舉行「聽證會」。但並未有強制要求主持會議者對某些請求或質詢，須公開並立即承諾之規定。是以為避免環境影響評估法與行政程序法中聽證規定適用不一情況，九十二年一月八日，立法院修正環境影響評估法，將第十二條原規定之「聽證會」改成「公聽會」，相關地，於環境影響評估法第二十五條至第二十七條亦配合修正將「聽證會」為「公聽會」。

註十四：即九十六年八月十日（星期五），假台北國際會議中心，就台電「核一廠用過核子燃料乾式貯存設施」建造執照申請案；以及一０一年七月十七日（星期二），於台北國際會議中心，針對台電「核二廠用過核子燃料乾式貯存設施」建造執照申請案，舉行聽證。

註十五：陳春生，〈行政法上之參與及合作—行政程序法對此的回應與面臨的挑戰〉，收於《行政法之學理與體系（二）》，2007年，頁77以下。

註十六：參考李建良，〈論多階段行政處分與多階段行政程序之區辨—兼評最高行政法院96年度判字第1603號判決〉，《中研院法學期刊》，第9期，2011年，頁281以下。有翻譯為階段式行政程序，見傅玲靜，〈論環境影響評估審查與開發行為許可間之關係—由德國法暫時性整體判斷之觀點出發〉，《興大法學》第7期，2010年，頁245以下。

註十七：陳春生，〈原子能法領域之階段化行政程序〉，收於《核能利用與法之規制》，元照出版公司，1995年，頁97以下。

註十八：陳春生，〈原子能法領域之階段化行政程序〉，收於《核能利用與法之規制》，元照出版公司，1995年，頁101。

註十九：Hartmut Bauer著，〈民營化時代的行政法新趨勢〉，李建良譯，收於李建良主編，《2011行政管制與行政爭訟，民營化時代的行政法新趨勢》，中研院法律學研究所，2012年，頁90、97。

註二十：事實上，在行政法各論領域，正當法律程序及正當行政程序，對於公權力機關，無論是立法或司法都必須遵循，此乃法治國之前提。而都市更新實施程序所牽涉之法理問題，與傳統行政法學所面對之問題有很大不同，其中包括：計畫高權與計畫裁量、階段化行政程序與漸進拘束程序之整合、公私協力之行政，其當事人間之法律關係與行政程序之適用等，傳統行政法之學理未必能完全對應。此同時影響憲法上本應提供人民及時有效權利保護之機制，因而未能完全發揮其功能。可見探討傳統行政法學理應如何變革與對應，為當務之急！以本案為例，都更程序當事人（無論參與者或不欲參與者）之權利保護，從救濟角度，日本學界之「行政過程論」與德國之「法律關係理論」，可提供一定程度之解決。亦即，本件釋憲案，行政機關並非如傳統般單純地行使公權力，而其於都更程序各階段所為之決定，是否具有外部效力，未必容易判斷。此點無論依行政過程論或法律關係理論，其同屬行政法學之方法論，意圖重新認識行政法的內在體系，特別從法規範與法主體間關係之點上切入探討（法律關係理論），或提供對行政法體系有計畫地、理性地認識與描述過程（行政過程論），兩者所獲致之成果，相當可觀，依其思考方式所推導之結果，足可與本號解釋之結果相呼應！關於德國學界之「法律關係理論」與日本之「行政過程論」，請參考張錕盛，〈行政法學另一種典範之期待：法律關係理論〉，《月旦法學》，121期，2005年，頁54以下；程明修，《行

政法之行為與法律關係理論》，新學林（二版），2006年；陳春生，〈日本之行政過程論淺析〉，收於《行政法之學理與體系（二）》，元照出版，2007年，頁271以下。

協同意見書　　大法官　陳碧玉

本號解釋多數意見認主管機關就都更個案實施者提出之「都市更新事業概要」（下稱事業概要）及「都市更新事業計畫」（下稱事業計畫）所為核准（定）之行政處分，侵害人民之財產權與居住自由。為符合憲法第二十三條規定，都市更新條例（下稱都更條例）應明定主管機關就實施者提出之事業概要、事業計畫之申請為審究、准否之行政處分，所應踐行之正當法律程序，除應設置公平、專業及多元之適當組織以行審議、公開資訊、送達已知權利人及教示救濟程序外，並應使權利將受影響之人有陳述意見之機會。有關事業計畫之核定部分，則應另舉行聽證程序，主管機關並應說明採納及不採納之理由。又為尊重多數、擴大參與、符合民主精神，現行法有關申請要件之同意比率規定，其中內含更新單元劃定之「事業概要」部分太低，不符合國家盡其保護人民財產權及居住自由之憲法上義務；而對人民權利之限制更為直接、重大之「事業計畫」，除重大災區之重建外，以絕對多數之同意為要件，合乎比例原則。本席敬表同意，惟就解釋理由書其他相關論述，本席認為尚有補充說明之必要，爰提出協同意見書。

都市更新（下稱都更）為對於防震係數、水管、電路、衛生設備、消防系統、道路寬度、公共設施等有所不足之老舊社區能賦予新生命之都市計畫政策，其實施結果使都市土地得以再開發利用、復甦都市機能，人民亦得享有安全、和平與尊嚴之適足居住環境，具目的正當性。惟因都更之實施，對於更新單元內土地及合法建築物所有權人受憲法保障之居住自由與財產權，將受有限制乃至於侵害，是作為限制人民財產權與居住自由法律依據之都更條例規定，是否合乎憲法第二十三條比例原則及正當程序原則，乃為本案審究之課題。

憲法第十條規定人民有居住之自由，用以保障人民得自由選擇住

居處所，以營不受干預之私人生活；第十五條規定人民之財產權應予保障，使所有權人於法令限制範圍內，有自由使用、收益、處分其所有物並排除侵害之權能。公寓大廈之重建，除為配合都市更新計畫而實施重建者外，亦應取得建築物全體區分所有權人及基地所有權人、地上權人或典權人之同意，始得為之（民法第七百六十五條、公寓大廈管理條例第十三條規定參照）。都更個案之實施，不以所有權人全體同意為必要，侵害不願或不能參與都更者之財產權與居住自由權，是都更個案須以增進公共利益為目的，且依憲法要求之正當行政程序進行，始為憲法之所許。

基於政府人力、財力之不足，為落實或擴大都更政策之推行，都更條例以建築容積率之增加、建築容積移轉之許可，及稅捐之減免等獎勵措施，以增加都更案件完成實施之可能性，並規定都市更新事業除由主管機關自行實施或委託都市更新事業機構、同意其他機構實施（下稱公辦都更）外，土地及合法建築物所有權人在一定條件下，經主管機關核准，亦得自行組織更新團體或委託都市更新事業機構實施（下稱民辦都更）。

壹、公辦都更與民辦都更之本質不同

依據內政部營建署提供之資料，自中華民國九十四年起至一〇二年二月止，各直轄市、縣（市）政府核定發布實施之都市更新事業計畫（含重建、整建及維護）為二百八十二件，尚無以政府為實施者核定發布實施之案件（註一）。臺北市政府自八十九年起至一〇二年二月止，核定之都市更新事業計畫一百五十件，其中無政府擔任實施者之個案，而由政府委託民間實施者四件，同意機關辦理者二件（註二）。都更之實施係以民辦為主軸。

都更條例第十條第一項規定：「……，土地及合法建築物所有權人得就主管機關劃定之更新單元，或依所定更新單元劃定基準自行劃定更新單元，舉辦公聽會，擬具事業概要，連同公聽會紀錄，申請當地直轄市、縣（市）主管機關核准，自行組織更新團體實施該地區之都市更新事業，或委託都市更新事業機構為實

施者實施之。」準此，民辦都更之「實施者」，或為所有權人組成之更新團體法人，或為由土地及合法建築物所有權人所委託之都市更新事業機構。所有權人與該事業機構間為私法上之（委任）契約關係。事業機構因該私法上契約關係之成立而成為該都更個案之實施者，應依兩造合意之契約內容履行契約責任。此與公辦都更係主管機關為都市計畫政策之推行，由其自行或委託私人機構擔任實施者之都更個案，基於公權力之行使辦理公共事務，而與土地及建築物所有權人間之法律關係（註三），在本質上即有不同。都更條例賦予民辦都更實施者與公辦都更實施者相同之權能，使其法律地位凌駕於所有人之上（註四），與民辦都更所有人與實施者間為對等之契約關係之基本原則不符。

貳、所有權人對事業概要之同意比率應達相對多數，對事業計畫之同意比率應達絕對多數

民辦都更之個案，係由實施者申請、主管機關核准（定），再由實施者據以執行之多階段行為所組成。因主管機關就實施者依個案進度，依序提出之申請為核准（定）之行政行為，而使個案得以持續進行，主管機關於民辦都更個案之實施，應以公權力為必要之審查決定，而非僅立於監督或輔助之地位，且因該核准（定）行政行為，對於更新單元範圍內之土地及合法建築物所有權人、其他權利人，乃至更新單元外之人之財產權與居住自由發生不同程度之限制效力，此就具體事件對特定人所為賦予法律上拘束力之行政行為，核屬行政程序法第九十二條第一項規定之行政處分，應有行政程序法規定之適用。惟都更條例係特別為規範都更之實施所制定，屬特別規定。主管機關、所有權人及實施者於都更個案實施時，均應遵守其要件及程序規定，倘要件規定或程序規定本身與憲法第二十三條之要求尚有未合，即應為違憲之諭知。

如上所述，民辦都更個案係由實施者依個案進度，依法提出該當申請書，經主管機關審查為核准（定）處分後，實施者始得

據以執行。主管機關為審核行政行為之程序，既始於實施者之申請，並於審查申請合乎法定程序要件後，始為實體審查、作成行政處分，此申請要件屬整體行政程序之一環，因此申請人提出申請之要件規定，亦應符合正當行政程序之要求。實施者提出擬訂之事業概要或事業計畫之申請核准（定）時，應附具所有權人之人數與面積二者已達法定比率之同意書，既為法定必備程式要件之一，其比率規定即應符合正當行政程序之要求。

民辦都更單元不問其是否在業經政府劃定之實施都更地區範圍內（註五），均因該地區內一定比率之土地及合法建築物所有權人合意，委由實施者擬訂「事業概要」向主管機關就更新單元之劃定申請核准而開始。雖都更單元之劃定經主管機關核准之當時，尚無強制單元範圍內之土地及建物所有權人參與該都更個案之效力，然對於不願或因所有土地或合法建物面積過小而不能參與都更個案者，如該案得以持續進行終將被強制參與或遷離，使其受憲法保障之居住自由權及財產權受到侵害；如該案因欠缺可行性與必要性，致未能取得法定同意比率而無從提出事業計畫時，則有使所有權人間陷於價值對立與權利衝突之結果，是民辦都更之進行自開始起，其同意比率即應具足代表性，而有多數決原則(majority rule)之適用；而對於不願或不能參與都更之少數權利者之財產權及居住自由有直接、重大影響之「事業計畫」之申請，除因重大災難建物毀損之重建外，應有絕對多數之同意，以盡國家保護其等合法財產權與居住自由(minority rights)之憲法上義務。

叁、主管機關依職權核定之事業計畫，若變更部分屬核心內容時，實施者應再取得法定比率之所有權人同意後，始得繼續執行

民辦都更之土地、建築物所有權人與實施者為契約關係，所有權人就實施者所擬訂之事業概要、事業計畫內容所為同意之意思表示，為契約內容之一部分，當核心內容變更時，應再行協商取得契約雙方之合意，以符契約因當事人意思表示合致而成立之

基本原則。主管機關依實施者之申請核定事業計畫，固得基於行政裁量權變更事業計畫內容，於核定前無須再行取得所有權人與（或）實施者之同意，核定處分對於實施者及所有權人均發生拘束力，該都更個案如繼續執行，必須按核定內容為之。惟核定之內容與申請內容相異，倘若所有權人及實施者不願或不能再繼續執行，諸如主管機關對於容積率之高低於法定範圍內有裁量權，如裁量之結果，顯低於實施者擬訂、經法定比率所有權人同意之預定被容許之容積率，致增加所有權人自行負擔之更新費用提高、或將受分配之建築物面積減小不敷使用目的、實施者應獲利益顯然下降等，實施者與所有權人自得經由合意而停止該都更案之繼續進行，主管機關對於其核定之事業計畫並不當然得強制實施者據以實行（註六）。倘僅部分所有權人不同意該核定後事業計畫之實施，因所有權人原出具之同意書內容已有變更，除所有權人之不同意為權利濫用或違反誠信原則外，應再徵詢同意，達法定同意比率後，實施者才得繼續執行。實務上認實施者得逕依主管機關依職權核定之事業計畫內容實施，無須再取得所有權人之同意，違反民辦都更實施者與所有權人間為契約關係之本質。

肆、空白授權書非有效同意書

同意書為所有權人對於實施者擬訂之「事業概要」或「事業計畫」之內容所為同意之意思表示，以同意權人對於概要或計畫之內容知悉為要件(informed Consent)。以權利變換方式辦理民辦都更個案，權利變換計畫攸關所有權人於都更完成後新建物取得之位置、面積、價值、費用分擔等，為所有權人是否同意參與該都更個案之核心考量因素，事業計畫之提出應涵括此部分內容。都更條例規定，實施者於主管機關核定事業計畫後，再依核定內容擬具權利變換計畫，無須再取得所有權人之同意，則所有權人對於事業計畫內容所為之同意意思表示如同空白授權書，能有效乎（註七）？

伍、依都更條例第二十二條之一規定重建者，其重建範圍應限於回復

災難發生前之原狀

都更條例第二十二條之一有關所有權人之人數、面積同意比率及比例計算基礎均予降低之規定，係立法機關參酌九二一震災重建暫行條例第十七條之二規定，以適用範圍限於因戰爭、地震、火災、水災、風災或其他重大事變遭受損壞，經主管機關迅行劃定之更新地區內，又以不變更其他幢（或棟）建築物區分所有權人之區分所有權及其基地所有權應有部分為條件之規定，固具迅速有效解決重建之困難，避免危害擴散以維護公益之意義。然本條規定之立法目的是為重大災難發生後，使建物受毀損者能迅速回復災難發生前之生活秩序之需要而定，則其重建範圍自應限於回復原狀以符需要。系爭規定使重大災區建築物毀損之所有權人，無須取得同為土地共有人之其他幢（或棟）建築物之區分所有權人同意，即得依都更條例之規定重建，與共有人按其應有部分，對於共有物之全部，有使用收益之權，以及共有物之處分、變更及設定負擔，應得共有人全體之同意，其管理應以共有人過半數及其應有部分合計過半數之同意行之（民法第八百十八條、第八百十九條、第八百二十條第一項規定參照）之共有人行使共有權之基本原則不符。是類此例外之例外規定，自宜從嚴解釋，明定重建範圍限於回復災難發生前之原狀，以避免因都更容積率之擴大，至都更區與非都更區之共有人建物區分所有權之比例變更，造成實質權利之不公平。況依此規定辦理都更後，因都更區與非都更區之土地仍為共有關係，則於非都更區共有人於其等建築物有實施都更之必要時，依現行法規定，其同意比率之人數與面積計算基礎仍為全體共有人，又將因已都更區之所有權人之總人數增加而提高其困難度。

陸、結語

民辦都更單元之劃定並不以在經主管機關劃定為都更區為必要（註八），少數人受憲法保障之權利，又將因都更個案之實施而必須受到限制甚至侵害，因此主管機關就實施者提出之事業

概要、事業計畫為審議時，必須由適當之組織依正當行政程序為審查決定，確保該個案是為增進公共利益之目的而實施，所有權人出具之同意書係知悉事業概要、事業計畫之內容而為該意思表示。又參與民辦都更之土地、建物所有權人與實施者間為私法上之契約關係，於都更個案進行中，契約當事人對等原則應被遵守，現行都更條例未作區分，公辦、民辦都更均適用同一規定，至民辦都更個案發生多數所有權人與少數所有權人對立、所有權人與實施者對抗之紛擾層出不窮，造成社會問題，根本解決之道有賴立法機關就都更條例為全盤之考量、修正，依公辦、民辦都更法律性質之不同為完整之規定，使土地及合法建物之所有權人，對其應有權益之將獲得保障無疑慮而積極參與配合，實施者得據該規定公開、公正完成個案之規劃執行，獲取合理之報酬，為都更政策成敗之重要關鍵。

註一：內政部營建署於本院 102 年 3 月 7 日舉行之說明會所提供資料。

註二：臺北市都市更新處於本院 102 年 3 月 7 日舉行之說明會所提供資料。

註三：參照都更條例第 25 條第 1 項規定：「都市更新事業計畫範圍內重建區段之土地，以權利變換方式實施之。但由主管機關或其他機關辦理者，得以徵收、區段徵收或市地重劃方式實施之；其他法律另有規定或經全體土地及合法建築物所有權人同意者，得以協議合建或其他方式實施之。」

註四：參照都更條例第 25 條之 1 規定：「……對於不願參與協議合建之土地及合法建築物，得以權利變換方式實施之，或由實施者協議價購；協議不成立者，得由實施者檢具協議合建及協議價購之條件、協議過程等相關文件，按徵收補償金額預繳承買價款，申請該管直轄市、縣（市）主管機關徵收後，讓售予實施者。」第 26 條規定：「都市更新事業計畫經直轄市、縣（市）主管機關核定發布實施後，範圍內應行整建或

維護之建築物，其所有權人或管理人，應依實施進度辦理。逾期未辦理，經限期催告仍不辦理者，得由實施者辦理，其所需費用由實施者計算其數額，經直轄市、縣（市）主管機關核定後，通知建築物所有權人或管理人依限繳納；逾期未繳納者，得移送法院強制執行。（第 1 項）前項由實施者辦理時，其需申請建築執照者，以實施者名義為之，並免檢附土地權利證明文件。（第 2 項）」第 36 條規定：「權利變換範圍內應行拆除遷移之土地改良物，由實施者公告之，並通知其所有權人、管理人或使用人，限期三十日內自行拆除或遷移；屆期不拆除或遷移者，實施者得予代為或請求當地直轄市、縣（市）主管機關代為之，直轄市、縣（市）主管機關有代為拆除或遷移之義務；直轄市、縣（市）主管機關並應訂定期限辦理強制拆除或遷移，期限以六個月為限。其因情形特殊有正當理由者，得報經中央主管機關核准延長六個月，並以二次為限。但應拆除或遷移之土地改良物為政府代管或法院強制執行者，實施者應於拆除或遷移前，通知代管機關或執行法院為必要之處理。（第 1 項）前項因權利變換而拆除或遷移之土地改良物，應補償其價值或建築物之殘餘價值，其補償金額由實施者查定之，代為拆除或遷移費用在應領補償金額內扣回；對補償金額有異議時，由直轄市、縣（市）主管機關核定之。（第 2 項）」

註五：參照都更條例第 10 條規定：「經劃定應實施更新之地區，其土地及合法建築物所有權人得就主管機關劃定之更新單元，或依所定更新單元劃定基準自行劃定更新單元，舉辦公聽會，擬具事業概要，連同公聽會紀錄，申請當地直轄市、縣（市）主管機關核准，自行組織更新團體實施該地區之都市更新事業，或委託都市更新事業機構為實施者實施之。（第 1 項）前項之申請，應經該更新單元範圍內私有土地及私有合法建築物所有權人均超過十分之一，並其所有土地總面積及

合法建築物總樓地板面積均超過十分之一之同意；其同意比例已達第二十二條規定者，得免擬具都市更新事業概要，並依第十五條及第十九條規定，逕行擬具都市更新事業計畫辦理。（第 2 項）」第 11 條規定：「未經劃定應實施更新之地區，土地及合法建築物所有權人為促進其土地再開發利用或改善居住環境，得依主管機關所定更新單元劃定基準，自行劃定更新單元，依前條規定，申請實施該地區之都市更新事業。」

註六：參照都更條例第 32 條第 1 項、第 2 項規定：「權利變換計畫書核定發布實施後二個月內，土地所有權人對其權利價值有異議時，應以書面敘明理由，向各級主管機關提出，各級主管機關應於受理異議後三個月內審議核復。但因情形特殊，經各級主管機關認有委託專業團體或機構協助作技術性諮商之必要者，得延長審議核復期限三個月。當事人對審議核復結果不服者，得依法提請行政救濟。（第 1 項）前項異議處理或行政救濟期間，實施者非經主管機關核准，不得停止都市更新事業之進行。（第 2 項）」

註七：行政院之都更條例修正草案第 46 條第 1 項規定：「以權利變換方式實施都市更新時，實施者應於都市更新事業計畫擬訂報核時，併同經徵得第三十六條同意比率之權利變換計畫，依第三十二條規定程序辦理公聽會、審議、公開展覽、核定及發布實施等事項；變更時，亦同。」其立法意旨即謂：明定都市更新事業計畫與權利變換計畫應併同報核，俾所有權人於簽訂同意書時，能了解權利變換分配之內容，以解決現行權利變換計畫未徵求同意之爭議，俾保障民眾權益。

註八：同前揭註五。

部分協同部分不同意見書　　大法官　羅昌發

都市更新制度對於國家發展與社會進步，均有重要意義；其立法設計，納入民間主導及政府監督與協力之機制，實施迄今，確有成功

案例；然因制度欠周，致民間辦理都市更新產生爭議並受社會矚目之事例，亦屢見不鮮。此等爭議反映都市更新涉及人民可能遭驅離家園問題之重要性，亦相當程度顯示都市更新制度之立法設計仍有諸多憲法上疑義。

都市更新條例（以下不分新舊法時，簡稱本條例；如指中華民國八十七年十一月十一日制定公布、九十二年一月二十九日或九十七年一月十六日修正公布之條文，稱舊都市更新條例；如指九十九年五月十二日修正之現行規定，稱現行都市更新條例）有關民間自辦都市更新程序之規範，對所有權人及他項權利人之財產權、適足居住權均造成重大影響。多數意見認舊都市更新條例第十條第一項有關更新單元之核准程序規定未設置適當組織且未提供利害關係人適時陳述意見機會、同條第二項更新事業概要僅需有十分之一權利人同意之規定、舊都市更新條例第十九條第三項並未要求必要之公開程序及嚴謹之聽證程序，均違反憲法上正當程序要求，本席敬表同意。然多數意見認舊都市更新條例第二十二條第一項有關更新事業計畫同意比率門檻之規定，及第二十二條之一有關同一建築基地數幢建築分別計算同意比率門檻之規定，並未違反憲法比例原則，本席歉難同意。另本席對多數意見有關本件除涉及財產權之外，是否屬憲法第十條「居住自由」抑或應屬憲法第十五條生存權之下「適足居住權」之問題；本號解釋是否應區別不同之都更方式而設定不同之標準；以及有關正當程序之具體內涵是否應包括「衝擊評估報告」及「替代方案」之審查等，亦持相異見解。爰提出本部分協同部分不同意見書。

壹、本號解釋應表明其所列憲法原則，僅適用於「重建」及「改建」方式之都市更新

一、本條例第四條規定：「都市更新處理方式，分為下列三種：一、重建：係指拆除更新地區內原有建築物，重新建築，住戶安置，改進區內公共設施，並得變更土地使用性質或使用密度。二、整建：係指改建、修建更新地區內建築物或充實其設備，並改進區內公共設施。三、維護：係指加強更新地區內土地使

用及建築管理，改進區內公共設施，以保持其良好狀況。」如以對所有權人及他項權利人之財產權及適足居住權（有關「適足居住權」之概念，詳後討論）所造成之影響程度而言，此三者差異極大。該條第三款之「維護」部分，除所有權人須分擔費用及可增加其財產價值外，對財產權之影響甚為有限；對所有權人之適足居住權，更無實質影響。第二款之「整建」若僅涉及建築物及設備的「修建」（即建築物之基礎、樑柱、承重牆壁、樓地板、屋架及屋頂，其中任何一種有過半之修理或變更者；參見建築法第九條第四款有關修建之定義），對財產權及適足居住權影響雖較為顯著，但仍未產生實質之衝擊。然如涉及建築物之「改建」（亦即將建築物之一部拆除，並於原建築基地範圍內改造而不增高或擴大面積者；參見建築法第九條第三款有關改建之定義），甚或涉及第一款關於建築物之「重建」（將建築物全部拆除而重行建築），則對土地及合法建築物所有權人之財產權影響甚大，對其適足居住權亦易產生直接衝擊。

二、憲法就人民財產權及適足居住權之保障，適用於不同之都市更新方式，自應有不同程度之要求。如都市更新之方式僅涉及建築物之「維護」（例如建築物外牆之「拉皮」），在個案情形雖亦可能涉及「公益之達成」及「影響更新單元所有人之財產權」，然在多數情形，其對公益及對財產權影響均較為有限；且對居住自由之影響更微乎其微。多數意見既以都市更新「攸關重要公益之達成，且嚴重影響眾多更新單元及其週邊土地、建築物所有權人之財產權及居住自由」為理由（見本號解釋理由書第四段），顯見其論述人民財產權及居住自由之保障，以及分析前述本條例第十條第一項、第十條第二項、第十九條第三項、第二十二條第一項及第二十二條之一等規定是否有侵害財產權及居住自由之問題時（見本號解釋理由書第五段至第七段、第九段及第十段），係基於以「重建」（或包括「改建」）

方式實施之都市更新為前提。是本號解釋自應限縮範圍於「重建」(或包括「改建」)之情形，始符合解釋之意旨與邏輯。然多數意見未能將本解釋限定於「重建」(或包括「改建」)之情形，而僅於本號解釋理由書第九段針對申請都市更新事業計畫核定之同意門檻部分，認宜針對重建、整建、維護三種情形，有不同之規定。多數意見之論述顯易造成誤會，以為「維護」與「修建」亦「嚴重影響」眾多更新單元及其周邊土地、建築物所有人之財產權及居住自由，故亦應符合相同的憲法標準。例如以「維護」(例如將建築物外牆「拉皮」)為手段之都市更新，是否仍需遵守本號解釋針對本條例第十條第一項所要求之高標準之正當程序，顯有疑問。又例如以「維護」為手段之都市更新，是否應有本條例第二十二條所要求五分之三、三分之二或四分之三等高比率之同意門檻等，亦顯有討論空間。

貳、「更新單元」之劃定為都市更新程序之核心元素，實應納入解釋範圍

一、依本條例第三條第三款之規定，都市更新單元係指「更新地區內可單獨實施都市更新事業之分區」。更新單元劃定後，後續程序(包括事業概要及事業計畫之擬訂、主管機關核准與核定程序等)均係基於所劃定之更新單元為前提而進行。故更新單元為都市更新之核心元素。更新單元之劃定，影響被劃定於更新單元內或被排除於更新單元外之所有權人之權益，至為重大。

二、本條例第二章雖規定「更新地區」劃定之標準及考量因素，然「更新地區」為政府所劃定應實施都市更新之地區。其與「更新單元」為特定都市更新事業所涵蓋之土地與建築物範圍者不同；該章之規定並非劃定「更新單元」之準則。又本條例第五條第四款雖提及「更新單元」(其規定為：「直轄市、縣(市)主管機關應就都市之發展狀況、居民意願、原有社會、經濟關係及人文特色，進行全面調查及評估，劃定更新地區，並視實

際需要分別訂定都市更新計畫，表明下列事項，作為擬定都市更新事業計畫之指導：……四、劃定之更新單元或其劃定基準」)。然本條並未明定劃定「更新單元」時所應遵守之準則或應考量之事項。換言之，雖更新單元之劃定對所有權人影響極為重大，然本條例並未就劃定之標準或其基本原則設有明確之規範。

三、另本條例施行細則第五條雖規定：「更新單元之劃定，應考量原有社會、經濟關係及人文特色之維繫、整體再發展目標之促進、更新處理方式之一致性、公共設施負擔之公平性及土地權利整合之易行性等因素。」然此影響人民權益極為重大之事項，並非僅屬細節或技術層面之性質；僅以施行細則予以規定，授權尚有不足。且如後所述，都市更新所涉及者，不僅有關「社會、經濟關係及人文特色」及「整體再發展」之公益層面，更攸關所有權人財產權及適足居住權之保護。本條例施行細則第五條所規定更新單元之劃定標準，多在著重公益層面之因素，而完全忽略所有權人財產權及適足居住權保護之層面，顯亦有憲法上疑義。

四、再者，如後所述，更新事業概要與更新事業計畫，均應符合一定之程序（包括正當行政程序），使所有權人及他項權利人之相關權益，均受周延之保障。然不論本條例抑或其施行細則，對更新單元之劃定程序，僅於本條例第十條第一項規定由實施者自行舉辦公聽會。此項適用於更新單元劃定而舉辦公聽會之規定，並不滿足正當行政程序之要求（其理由同於本號解釋理由書第五段針對更新事業概要所論述公聽會不符正當行政程序之部分）。故本號解釋不僅應宣告本條例第十條第一項及第二項所規定更新事業概要之核准程序違背憲法意旨，實應一併宣告更新單元之劃定程序規範亦不符憲法上正當行政程序之要求。

五、本件聲請人雖未針對本條例施行細則第五條更新單元劃定規

定，提出釋憲聲請，然由於更新單元之劃定與更新事業概要及更新事業計畫有直接且密切之關係，而更新事業概要及更新事業計畫兩者既已為本院解釋之對象，本院自得以實質關聯之理由，將本條例施行細則第五條納入審查，並宣告其違憲。多數意見未將此核心問題之更新單元劃定規定納入審查範圍，尚有不足。

叁、都市更新所涉國際人權公約與憲法上權利之釐清：財產權與適足居住權

一、本件聲請涉及財產權之限制

（一）憲法第十五條規定，人民之財產權應予保障。其所稱財產權之範圍甚廣，包括私法上之物權與債權及若干公法所創設的智慧財產權，及人民所擁有具經濟價值之其他財富（參見本席於本院釋字第七０六號及第七０七號解釋所提之協同意見書）。人民此等財產權如因法律規範而受限制，自應依憲法所設之標準（包括後述之「程序上正當程序」及憲法第二十三條法律保留原則及必要性原則）予以檢視。

（二）財產權之限制或侵害，種類及程度不一。國家對人民財產之直接徵收，固然為財產權之侵害；國家縱未對人民財產予以直接徵收，然如法令規定或行政措施相當程度干涉人民財產權之行使(substantial interference with the use of property)，甚至嚴重影響其財產價值(property interests being seriously impaired or undermined)，亦均屬財產權之限制或侵害。

（三）多數意見認為本件涉及財產權之限制，本席敬表同意。蓋被劃入都市更新單元範圍內之所有權人，縱不同意以「重建」為手段之都市更新，其房屋最終仍可能遭拆除重建，並因而使其喪失原有房屋之所有權。如其不同意更新事業計畫及後續之權利變換條件者，則其土地及房屋有可

能遭「價購」。此可參見本條例第二十五條之一所規定：「以協議合建方式實施都市更新事業，未能依前條第一項取得全體土地及合法建築物所有權人同意者，得經更新單元範圍內私有土地總面積及私有合法建築物總樓地板面積均超過五分之四之同意，就達成合建協議部分，以協議合建方式實施之。對於不願參與協議合建之土地及合法建築物，得以權利變換方式實施之，或由實施者協議價購；協議不成立者，得由實施者檢具協議合建及協議價購之條件、協議過程等相關文件，按徵收補償金額預繳承買價款，申請該管直轄市、縣（市）主管機關徵收後，讓售予實施者。」此等規定已相當程度干涉人民房屋及土地財產權之行使，故為財產權之限制或侵害之情形，甚為顯然。其涉及憲法第十五條財產權之保障問題，並無疑問。

二、本件聲請涉及「適足居住權」之侵害

（一）如前所述，都市更新之方式有涉及重建或改建者，有僅涉及修建或維護者。不論何種方式，均有財產權限制之問題（惟修建與維護措施對財產權侵害較小，已如前述）。另就適足居住權而言，如僅涉及修建與維護，原則上與迫使所有權人遷離家園無關。但如涉及重建與改建，則最終將可能使不同意都市更新之所有權人，被迫（或非自願地）遷離家園；此種情形，在國際人權公約中，最直接密切相關者為適足居住權，甚至可包括家庭權不受侵犯之權。

（二）世界人權宣言第十二條規定：「任何人之私生活、家庭、住宅與通信不得任意干涉；其榮譽與名譽不得加以攻擊。人人有權享受法律保護，以免受此種干涉或攻擊。」(No one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to attacks upon his honour and reputation. Everyone has the right to

the protection of the law against such interference or attacks.)第二十五條第一項規定：「人人有權享受為維持其本人與家屬之健康與福利所需之生活水準，包括食物、衣著、住房、醫療與必要的社會服務；於失業、疾病、殘廢、守寡、衰老或於其他無法控制之情況下喪失謀生能力時，有權享受保障。」(Everyone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and of his family, including food, clothing, housing and medical care and necessary social services, and the right to security in the event of unemployment, sickness, disability, widowhood, old age or other lack of livelihood in circumstances beyond his control.)

（三）經濟社會文化權利國際公約 (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights；簡稱 ICESCR)第十一條第一項所規定適足生活條件之權(the right to adequate standard of living)中，包括適足居住權(the right to adequate standard of hosing)：「本公約締約各國承認人人有權為其自己與家庭獲得相當的生活水準，包括足夠的食物、衣著與住房，並能不斷改進生活條件。各締約國將採取適當之步驟保證實現此一權利，並承認為此而實行基於自願同意的國際合作的重要性。」(The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to an adequate standard of living for himself and his family, including adequate food, clothing and housing, and to the continuous improvement of living conditions. The States Parties will take appropriate steps to ensure the realization of this right, recognizing to this effect the essential importance of international co-operation based on free consent.)

（四）公民與政治權利國際公約(International Covenant on Civil and Political Rights；簡稱 ICCPR)第十七條第一項規定：「任何人之私生活、家庭、住宅或通信不得加以任意或非法干涉，其榮譽與名譽不得加以非法攻擊。」(No one shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to unlawful attacks on his honour and reputation.）

（五）聯合國經濟、社會、文化權利委員會針對 ICESCR 第十一條第一項所規定適足生活條件之權中之「適足居住權」所公布之第七號一般意見(General Comment 7)進一步闡釋涉及強制驅離家園之人權保障，重點如下：

1.所有人均應擁有一定程度的安全保障，以確保免遭強迫驅離、騷擾及其他威脅(all persons should possess a degree of security of tenure which guarantees legal protection against forced eviction, harassment and other threats)。

2.強迫驅離家園之行為，已經表面構成違反 ICESCR 之規定(forced evictions are *prima facie* incompatible with the requirements of the Covenant)，且為嚴重之問題（見該一般意見第 1 段與第 2 段）。

3.強迫驅離家園之情形不僅發生於武裝衝突 (international armed conflicts)、大批流亡或難民移動(mass exoduses and refugee movements)、國內動亂或種族衝突(internal strife and communal or ethnic violence)等情形（見該一般意見第 5 段至第 6 段），亦包括土地爭端、開發及基礎建設(conflict over land rights, development and infrastructure projects)等「發展」作為理由之驅離（見該一般意見第 7 段）。

4.國家針對強制驅離家園所應通過之立法保護措施，應

包括下列要素：「(a)對房屋與土地的居住者提供儘可能擴大的使用保障；(b)符合公約的規定；以及(c)嚴格規定執行驅離家園的條件」（見該一般意見第 9 段）(Such legislation should include measures which (a) provide the greatest possible security of tenure to occupiers of houses and land, (b) conform to the Covenant and (c) are designed to control strictly the circumstances under which evictions may be carried out)。

5. 適當的法律程序上保護與正當的法律程序為所有人權所不可或缺的要素；在強迫驅離問題上尤為重要；因為其涉及兩個國際人權公約所承認的一系列權利。故對強迫驅離所適用的法律程序保護，應包括：(a)使受影響者享有真正磋商之機會；(b)在預定驅離日期前，使受影響者享有充分、合理之通知；(c)使所有受影響之人均有合理的時間預先得到關於擬議的遷移行動，以及在適當時，關於所遷出之房屋及土地嗣後新用途的相關訊息；(d)於涉及大批居民遭驅離之情形，在遷移時必須有政府官員或其代表在場；(e)負責執行遷移行動者必須表明其身分；(f)除非得到受影響者同意，否則遷移行動不得在惡劣氣候或夜間進行；(g)應提供法律救濟機會；(h)儘可能對有需要者提供法律上協助（見該一般意見第 15 段：Appropriate procedural protection and due process are essential aspects of all human rights but are especially pertinent in relation to a matter such as forced evictions which directly invokes a large number of the rights recognized in both the International Covenants on Human Rights. The Committee considers that the procedural protections which should be applied in relation to forced evictions

include: (a) an opportunity for genuine consultation with those affected; (b) adequate and reasonable notice for all affected persons prior to the scheduled date of eviction; (c) information on the proposed evictions, and, where applicable, on the alternative purpose for which the land or housing is to be used, to be made available in reasonable time to all those affected; (d) especially where groups of people are involved, government officials or their representatives to be present during an eviction; (e) all persons carrying out the eviction to be properly identified; (f) evictions not to take place in particularly bad weather or at night unless the affected persons consent otherwise; (g) provision of legal remedies; and (h) provision, where possible, of legal aid to persons who are in need of it to seek redress from the courts.)

（六）聯合國所通過之「以發展為基礎所導致之驅離及遷離家園之基本原則與準則」(Basic Principles and Guidelines on Development-Based Evictions and Displacement；以下簡稱「聯合國驅離家園準則」)，亦確認國際人權條約下之適足居住權(the right to adequate housing)，屬於適足生活條件權(the right to an adequate standard of living)的重要元素。而適足居住權之內涵，最少應包含不受不當或違法侵犯隱私、家庭、家園之權以及居住於特定地點之權(the right to protection against arbitrary or unlawful interference with privacy, family, home, and to legal security of tenure)。

（七）以「重建」為手段之都市更新，如所有權人之土地及房屋遭「價購」或可能遭「價購」，原所有權人將喪失所有權（或有喪失所有權之虞），且最終將（或可能）遭到驅離其家園。其情形符合前揭國際公約及相關國際文件所

稱之以「發展」為理由或基礎所導致之驅離及遷離家園。其所涉及最核心的基本權利應為適足生活條件權之下的適足居住權。此在我國憲法體系下，應屬第十五條生存權範圍。然多數意見認此種情形係侵害人民受憲法第十條所保障的居住自由（見本號解釋理由書第二段）。本席認為有斟酌之餘地。

（八）蓋憲法第十條雖規定：「人民有居住及遷徙之自由。」然由於其規定係將「居住自由」與「遷徙自由」對應，故本條應係著重於人民居住地點的選擇；亦即包括選擇於某一地點居住以經營私人生活之居住自由，以及移居於他地之遷徙自由。本院釋字第四四三號解釋亦謂：「憲法第十條規定人民有居住及遷徙之自由，旨在保障人民有任意移居或旅行各地之權利。」故該條有關居住自由之部分，重點應係在於居住處所之選擇自由。被迫離開家園之情形，如涉及居住地點之選擇，自然有居住自由之問題；例如居民遭國家強迫遷村，即涉及居住自由之侵害。然本件情形，重點並非在人民因都市更新計畫而遭強迫遷往另一非自願選定之地點居住。本件重點毋寧為人民因都市計畫而無法繼續居住於其原有家園；而非被迫遷往他處。憲法第十條之居住自由之概念與範圍，實無法充分涵蓋此種人民被迫遷離家園之情形，自亦無法充分回應人民在此過程中將遭遇的問題；以憲法第十條作為本號解釋之論述基礎，人民基本權利之保障不無發生缺憾之虞。

（九）憲法第十五條規定，人民之生存權應予保障。以文義觀之，生存權之概念自應包括維持生存之適當生活條件；亦即包括前揭國際公約所稱適足生活條件之權(the right to an adequate standard of living)。而依前揭公約及相關文件之規定，適足居住權屬適足生活條件權之重要內涵。

故由國際公約之普遍見解及由我國憲法之體系而言，本院實應確認適足生活條件之權，屬憲法第十五條生存權之重要內涵；而適足居住權則為適足生活條件的要素。憲法第十條之居住自由既無法周延涵蓋適足居住之權，自應以憲法第十五條所規定之生存權保障作為本號解釋據以審查之基礎。

（十）我國已透過「公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法」，施行 ICCPR 及 ICESCR。雖該施行法在我國國內屬於法律位階，然在我國法律體系內納入並執行國際人權公約，亦可證明我國對於該等人權公約所承認之人權價值，有明確且直接之肯定。我國雖非前揭公約之參與國，故無法直接引用該人權公約作為憲法解釋之依據，然此並不影響該國際文件所承認之各項人權及價值之普世性質，以及其得以作為解釋我國憲法基本權利內涵之重要考量依據，使我國憲法及憲政思想，與國際人權趨勢，進行有效之對話，並強化對人民之基本權利保障。本席曾於本院釋字第六九四號、第六九六號、第七０一號及第七０八號解釋所提出之意見書中多次闡述此旨。本號解釋理由書第三段提及 ICESCR 第十一條第一項規定固屬重要之一步，然其未能釐清國際人權公約在我國憲法解釋之地位，且未能參照國際人權公約內涵，確認驅離家園規範所涉及生存權中之適足居住權之保障，殊為可惜。

肆、正當法律程序原則及權益衡量等問題

一、在我國憲法體系下，違憲審查之論理程序，首應確認有無憲法上之權利因系爭法律或行政命令之規定而遭侵害；如無憲法上權利因系爭法令規定而遭侵害，則該規定自無違憲可言。在有憲法上權利遭侵害之情形，另須考量該侵害是否違背正當法律程序；倘該侵害違背正當法律程序，本院可毋庸考量憲法第二

十三條之規定，而應直接宣告其規定違憲。蓋正當法律程序（特別是「程序上正當法律程序」）為法治國家保障人民自由權利之最低要求，屬於法治國家憲法的基本內涵，而不待憲法明文規定。惟於本院認為系爭法令違背正當法律程序的情形，亦得再進行憲法第二十三條之分析，以確認該條之必要原則是否同時遭到違背；此等分析，有益於立法機關在修改法律時，除得以依釋憲結論避免違背正當法律程序外，亦得避免違背憲法第二十三條所規定之原則，以臻全面。另倘某一法令符合正當法律程序原則，本院即應依憲法第二十三條所規定之要件，審查該法令是否符合必要性之要求，自不待言。

二、有關正當程序部分：

（一）按「正當法律程序」(due process of law)之理論上內涵，包括「實體上正當程序」(substantive due process)及「程序上正當程序」(procedural due process)。「實體上正當程序」係指立法權與行政權在制定規範及採行措施時，應有一定的實體界線；其目的在禁止國家透過立法行為或行政措施，侵害人民基本權利。司法機關則透過其司法功能，以確保立法權與行政權不至於逾越此一界線。其原則與本院解釋常引用作為違憲審查準則之比例原則（proportionality principle)相關。在我國憲法體系下，此等行政權與立法權是否不當侵害人民基本權之界線，屬於第二十三條規範之範圍。

（二）「程序上正當程序」則係在禁止國家以恣意的方式，並在未給予充分通知且在未賦予受影響之人民被聽取意見機會的情形下，剝奪其法律上保護的權利。故「程序上正當程序」之作用在確保相關的程序的公平性與公正性。此在我國憲法上雖無直接之明文規定作為基礎，然此要求為現代法治國家所應遵循之憲法上基本原則，並無疑問。就「程序上正當程序」而言，另有「司法之正當程序」(judicial due

process)、「立法之正當程序」(legislative due process)、「行政之正當程序」(administrative due process)之說。所謂「司法之正當程序」，指法院審判前，必須先有已經制定的程序規則以供適用；且此等規則必須公正公平。（註一）此等要求，在我國憲法體系，應屬第十六條人民訴訟權保障之範圍；蓋訴訟權之概念不僅限於接近利用司法救濟程序之權(access to judicial remedies)，且包括享受公平與公正之司法程序之權。而所謂「立法之正當程序」，指國會必須遵循憲法及法定之程序以制定法律；如有違反，釋憲機關得予宣告無效。（註二）本院釋字第三八一號及第四九九號解釋即曾針對憲法修正所必須遵守之原則予以解釋。其內涵，可認屬於「立法之正當程序」之一環。至「行政之正當程序」(administrative due process)則係指行政機關所應遵守之「程序上正當程序」。（註三）本號解釋即係涉及行政上正當程序。惟其所使用者為「正當行政程序」一詞（參見解釋理由書第四段對此之闡釋）。

（三）多數意見引憲法上正當法律程序原則，並認其內涵應視所涉及基本權之種類、限制之強度及範圍、所欲追求之公共利益、決定機關之功能合適性、有無替代程序及各項可能程序之成本等因素綜合考量；且認都市更新之實施，涉及重要公益之達成，且影響所有權人之財產權及居住自由等基本權利，故都市更新程序（包括更新事業概要及更新事業計畫之申請及核定）所應踐行之「正當行政程序」，應包括確保利害關係人知悉相關資訊之可能性，及許其適時向主管機關以言詞或書面陳述意見，以主張及維護其權利之機會；其在都市更新事業計畫核定之階段，更應進行嚴格之聽證程序（包括言詞辯論及主管機關說明採納與不採納之理由）（見本號解釋理由書第四段）。多數意見雖未說明「正當行政程序」（即本意見書所稱「行政上正當程序」）

與其所稱之「正當法律程序」之關係；然由相關文義可知，其所稱「正當行政程序」應為「程序上正當程序」之一環。多數意見有關正當行政程序要求之內涵，基本上著重於利害關係人被聽取意見之機會(the right to be heard)及在充分訊息下作成決定(informed decisions)之權。此亦屬前述第七號一般意見所要求使受影響者享有真正磋商之機會及給予受影響者充分、合理之通知等要求。本席對此敬表同意。然本席認為，除多數意見所列之正當程序內涵之外，本條例另應將前揭「聯合國驅離家園準則」中所規定之「衝擊評估」及「替代方案」兩項重要內涵，納入「正當程序」之論述中。

（四）有關「替代方案」部分：「聯合國驅離家園準則」第 32 段強調，國家應優先考量將遷離家園降至最低可能性之其他方案(State must give priority to exploring strategies that minimize displacement.)。第 38 段亦強調，國家應充分探究替代驅離家園之所有可能方案(States should explore fully all possible alternatives to evictions.)。我國釋憲機關對此等重要之正當法律程序內涵，不應視而不見。在正當法律程序之原則下，本條例應要求都市更新之實施者提出減少對不同意都市更新者產生影響之各種替代方案；並應規定此等替代方案應經充分揭露，且經充分辯論；主管機關於核定程序中，亦應對替代方案為周詳之審查與審慎且充分之考量，以減低對人民財產權及適足居住權之衝擊。

（五）有關「衝擊評估」部分：「聯合國驅離家園準則」第 32 段另強調，國家於發動任何可能造成驅離家園之計畫前，應進行完整且整體性的衝擊評估，以確保所有可能受影響之個人、團體或群體之人權，均受到保護(Comprehensive and holistic impact assessments should be carried out prior to the initiation of any project that could result in

development-based eviction and displacement, with a view to securing the human rights of all potentially affected persons, groups and communities……)。我國環境影響評估法第五條第一項第八款雖規定：「下列開發行為對環境有不良影響之虞者，應實施環境影響評估：……八、新市區建設及高樓建築或舊市區更新。」然該規定所要求評估之內容，並不包括對人民基本權利（包括對適足居住權）所產生之衝擊評估。故環境影響評估法無法替代「聯合國驅離家園準則」第 32 段所要求對人權之「衝擊評估」。本院自應將國際人權文件所要求之此項重要之正當法律程序內涵，納為憲法要求，並據以要求立法者及相關機關將都市更新對人權之衝擊評估納入本條例之規範與實際實施中。

三、權益衡量之部分：

（一）有關憲法第二十三條之適用，本席於釋字第六九二號、第六九三號、第六九六號、第六九七號、第六九九號及第七０二號解釋提出之意見書中曾闡明，任何限制或影響人民憲法權利的措施，應先確認有無為「防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益」之情形；如其情形非為此等目的之一，則顯然無法通過第二十三條的檢視。在通過此項檢視之後，則應進一步依第二十三條所規定「必要」之要件，進行檢視。故屬兩階段的檢視過程。而「必要」與否的認定，係一種衡量與平衡各種相關因素的過程(a process of weighing and balancing a series of factors)，包括某種規範「所欲防止妨礙的他人自由」、「所欲避免的緊急危難」、「所欲維持的社會秩序」或「所欲增進的公共利益」的相對重要性、該規範對於擬達成的目的可以提供的貢獻或功能，以及該規範對憲法上權利所造成限制或影響的程度。在權衡與平衡此等因素之後，憲法解

釋者應進一步考量客觀上是否存有「較不侵害憲法權利」的措施存在。

（二）本席認為，本件所涉及憲法第二十三條之較核心之要件應為「所欲增進的公共利益」及其相對重要性、本條例相關規定對人民憲法上權利所造成限制或影響的程度、有無「較不侵害憲法權利」的措施存在等。如僅以此等要件予以分析，實施都市更新所欲增進之公共利益，包括促進都市土地有計畫之再開發利用、復甦都市機能、改善居住環境（見本號解釋理由書第三段）。此等公共利益，確有相當之重要性。有關本條例相關規定對人民憲法上權利所造成限制或負面影響部分，主要係在於對不同意都市更新者之財產權及適宜居住權造成衝擊，已如前述；除此之外，都市更新之實施，對同意都市更新者之財產權之增進及其居住環境之改善，另有正面之影響。更重要者，本院在憲法第二十三條之下，應審酌有無「較不侵害憲法權利」的措施存在。而有效的審查及確認有無「較不侵害憲法權利」的措施存在，有賴都市更新之實施者提出各種替代方案、參與者充分辯論各種替代方案及審查者充分且審慎考量此等方案。惟本條例對於「較不侵害憲法權利」之替代方案漏未規範，論理上甚難通過憲法第二十三條之檢視。

伍、第十條第二項部分之協同意見部分

一、舊都市更新條例第十條第二項（以下簡稱第十條第二項）規定：「前項之申請應經該更新單元範圍內土地及合法建築物所權人均超過十分之一，並其所有土地總面積及合法建築物總樓地板面積均超過十分之一之同意。」（現行法將「土地及合法建築物所有權人」之要件改為「私有土地及私有合法建築物所有權人」）多數意見認此規定所要求十分之一之同意比率過低，形成「少數人」申請，而「多數人」被迫參與之結果；與「尊重多數、擴大參與之民主精神」不符，未盡國家保護

人民財產權與居住自由之憲法上義務（見本號解釋理由書第六段）。本席對於上述同意比率過低之意見，敬表同意。

二、按發動不同之法律程序，究應有如何比率之利害關係者申請，標準未必相同。其同意比率之高低，應以相關程序對當事人及利害關係人所產生之法律上(*de jure*)及事實上(*de facto*)效果之強弱，及對其權益影響之程度高低而定。如某法律程序對其他利害關係人法律上甚至憲法上權利產生之效果與影響有限，則法律所要求之同意比率，可寬鬆訂定；但如其影響明顯而直接，則同意比率之訂定應較嚴格。

三、第十條第二項雖僅規範更新事業概要及更新團體之核准要件，然更新事業概要確定之後，已產生相當之法律與事實上效力。法律上，主管機關之核准屬行政處分，在未廢止前，有法律上拘束力；不同意者非經訴願與行政訴訟程序，無法予以廢止。事實上，更新事業概要及更新團體核准之後，當事人及利害關係人已經形成利害與共的主體。更新單元及更新事業概要確認後，更新單元範圍內之土地與房屋所有權人已被框入既定架構。被納入更新單元而未同意申請之所有權人，如未採任何行動，將無法自動脫身；其將被迫參與相關後續程序，否則其權益可能受到重大且實質之影響。故本條項之規定，非僅屬一般影響有限之行政程序之申請門檻而已。由於此等法律上與事實上之明顯效力，同意發動法律程序之比率門檻，自不宜過低。多數意見以「多數人」及「少數人」為對比，隱指發動此項程序須有過半數之同意。此種半數同意比率之要求，對利害關係人權益提供較周延之保障，本席敬表贊同。

四、多數意見另提及「尊重多數、擴大參與之民主精神」作為推論必須採多數決之理由，本席則認為尚有斟酌餘地。倘某一法律程序之發動對其他利害關係人之權益甚為有限，如仍以「尊重多數、擴大參與之民主精神」而要求採過半數之決定，

可能過於嚴苛。換言之，「尊重多數」與「民主參與」固為決定公共事務之重要原則，然涉及他人重要法律上及憲法上權利時，此等原則不應作為唯一或重要的考量因素。

陸、第二十二條第一項之不同意見部分

一、舊都市更新條例第二十二條第一項（以下簡稱第二十二條第一項）規定：「實施者擬定或變更都市更新事業計畫報核時，其屬依第十條規定申請獲准實施都市更新事業者，除依第七條劃定之都市更新地區，應經更新單元範圍內土地及合法建築物所有權人均超過二分之一，並其所有土地總面積及合法建物總樓地板面積均超過二分之一之同意外，應經更新單元範圍內土地及合法建築物所有權人均超過五分之三，並其所有土地總面積及合法建築物總樓地板面積均超過三分之二之同意；其屬依第十一條規定申請獲准實施都市更新事業者，應經更新單元範圍內土地及合法建築物所有權人均超過三分之二，並其所有土地總面積及合法建築物總樓地板面積均超過四分之三以上之同意。」現行都市更新條例該條項之基本內容相同。多數意見認為，本條項同意比率並未過低，應屬立法形成之自由。就此本席歉難同意。

二、「聯合國驅離家園準則」第 6 段明確表示：「驅離家園必須符合法律，且僅得於相當例外之情形，並在充分符合國際人權及人道規範之情形下，予以執行。」(Evictions must be carried out lawfully, only in exceptional circumstances, and in full accordance with relevant provisions of international human rights and humanitarian law.)該準則第 21 段亦表示：「國家應確保驅離家園僅在相當例外之情形下發生。」(States shall ensure that evictions only occur in exceptional circumstances.)第二十二條第一項除就第七條之情形僅要求二分之一之同意比率門檻外，其餘情形雖分別要求五分之三、三分之二或四分之三以上之較高之同意比率門檻，然此等比率，是否符合「相當例外之情形」，

仍有斟酌餘地。且依民法第八百十九條第二項之規定，共有物之處分、變更及設定負擔，應得共有人全體之同意。其所遵守之法理甚為明確，亦即任何人原則上均不得將他人財產予以處分或變更。公寓大廈管理條例第十三條規定：「公寓大廈之重建，應經全體區分所有權人及基地所有權人、地上權人或典權人之同意。但有下列情形之一者，不在此限：一、配合都市更新計畫而實施重建者。……」在此規定之下，除少數情形（如都市更新）外，仍遵守任何人不得將他人財產予以處分或變更之基本原則。都市更新既為此基本原則之例外，其允許例外之條件自應嚴格限制。本席認為，在任何人不得將他人財產予以處分或變更之基本原則以及在「聯合國驅離家園準則」所要求相當例外之要件下，應限於極少數人不同意（例如僅有十分之一以下之人不同意）以重建為手段之都市更新之情形，始得在未獲全體同意的情形下，拆除他人家園，以進行都市更新。此亦應為前揭憲法第二十三條必要性要件下，所要求減低及平衡對人民憲法上權利（即財產權與適足居住權）所造成限制或影響程度之意旨。

三、另第二十二條第一項針對依本條例第七條劃定之都市更新地區之情形，規定僅須經更新單元範圍內土地及合法建築物所有權人均超過二分之一，並其所有土地總面積及合法建物總樓地板面積均超過二分之一之同意即符合同意門檻。然本條例第七條所規定之情形甚為廣泛，包括「因戰爭、地震、火災、水災、風災或其他重大事變遭受損壞」、「為避免重大災害之發生」、「為配合中央或地方之重大建設」等三種情形。其中「為配合中央或地方之重大建設」之情形範圍不但極廣，且無一定標準。本條項就其他情形所設之較高門檻（五分之三、三分之二或四分之三等）已有憲法上疑義（已如前述），而法律設此廣泛之例外，使其一律降低同意之比率門檻至二分之一，顯更有不當侵害財產權及適足居住權之重大疑慮。

柒、第二十二條之一之不同意見部分

一、舊都市更新條例第二十二條之一（以下簡稱第二十二條之一）規定：「依第七條劃定之都市更新地區，於實施都市更新事業時，其同一建築基地上有數幢建築物，其中部分建築物毀損而辦理重建、整建或維護時，得在不變更其他幢建築物區分所有權人之區分所有權及其基地所有權應有部分之情形下，以各該幢受損建築物區分所有權人之人數、區分所有權及其基地所有權應有部分為計算基礎，分別計算其同意之比例。」（現行本條規定將「幢」修正為「幢或棟」）其所稱「分別計算同意比例」，實際上等於受毀損建築物之區分所有權人毋庸徵詢其他幢建築物所有權人（其亦為基地共有人）之任何意見，即可進行以改建為手段之都市更新。多數意見認此規定並未違背必要性及比例原則。本席歉難同意。

二、蓋按同一基地有數幢或數棟建築之情形，基本上涉及建築物所有人對同一基地之共有權。本條所示之情形，遭毀損之某幢或某棟建築物所有權人，在共有之建築基地上，僅係部分之共有人。除此等共有人之外，尚有未毀損之其他幢或其他棟建築物之所有人，亦同屬基地之共有人。倘毀損之某幢或某棟建築物以重建方式辦理都市更新，而使未毀損之其他幢或其他棟建築物之所有人完全無置喙餘地，不啻表示部分基地共有人得於未徵詢同一基地其他共有人之情形下，為共有土地之變更或處分。其背離財產權保護之基本原則甚鉅。

三、縱不由其他幢或其他棟建築物之所有權人對建築基地之共有權而論，而由其財產利益而言，亦可確知某幢或某棟建築物之都市更新對同一基地之其他幢或其他棟建築物所有權人之重大影響。蓋因以重建為手段之都市更新，可能興建量體超出原建築甚多之大樓，其結果將增加許多住戶及居民，原來共有之公共設施之使用者人數與結構將有巨大改變。此顯然亦相當程度影響其他幢或其他棟建築物之所有權人對原來共

有之公共設施之使用。

四、第二十二條之一雖規定以「不變更其他幢建築物區分所有權人之區分所有權及其基地所有權應有部分」為條件，然此規定僅保護其共有權應有部分之比率；而非保障其他幢或其他棟建築物所有人之共有土地在未受徵詢之情形下，不受變更或處分之權利；亦未保障其他幢或其他棟建築物所有權人對共有設施之使用權益。

五、實際上，多數意見亦對此部分表示疑慮（見本號解釋理由書第十段，多數意見認此規定「未設有受損建築物居民或其委託之實施者於都市更新計畫報核前，應先徵詢同一建築基地之其他幢（或棟）居民是否有參與更新意願之規定，亦有未周」，並要求檢討改進）。可惜多數意見未能肯定此條規定對於同一建築基地其他共有人之重大影響，而宣告其違憲。

六、本席亦體認第二十二條之一所示情形對受毀損之幢或棟建築物所有權人所造成之困境。故本席並非主張必須由未受毀損之其他幢或其他棟建築物同意，始能進行都市更新。然如本席前揭說明，在正當法律程序原則及憲法第二十三條必要性原則下，本條例應要求都市更新之實施者提出減少對不同意都市更新者產生影響之各種替代方案；並要求充分揭露此等替代方案，且使利害關係人充分辯論；主管機關並應為周詳之審查與審慎且充分之考量。於同一基地多幢或多棟建築，其中之一因毀損而須進行都市更新之情形，自有多種可能之處理方式；在各種替代方案（包括同一基地未受毀損建築物是否納入都市更新、如何與同一基地未受毀損建築物所有權人合作、相關利益如何分配等不同之方案）均受完整檢視，且未受毀損之其他幢或其他棟建築物所有權人之權益亦受考量，並在必要之情形下，由受毀損之幢或棟個別進行都市更新，始無違正當法律程序原則及憲法第二十三條之必要性要件。

註一：Douglas S. Campbell, Free Press v. Fair Trial – Supreme Court Decisions since 1807, at 4 (1994).

註二：Michael Conant, The Constitution and Economic Regulation: Objective Theory and Critical Commentary, at 221 (2008).

註三：Marilyn J. Friedman, Discovery and Administrative Due Process: A Balance Between an Accusedš Right to Discovery and Administrative Efficiency, Hastings Constitutional Law Quarterly, Vol.8:645 (1981).

協同暨部分不同意見書　　大法官　湯德宗

本件聲請人陳０鶯等五十二人為新北市土城００公寓住戶。該公寓位於同一宗基地，持有同一使用執照，為前後兩排結構相連之冂型建物；前排四十戶，後排五十戶，合計九十戶。前排四十戶中之三十五戶因民國九十一年三三一地震受損，經新北市（時臺北縣，下同）政府依都市更新條例（下稱「都更條例」）第七條第一項（註一）劃定為「迅行劃定都市更新之地區」。嗣新北市政府協調全區合併一案辦理更新未果，前排四十戶乃於九十二年六月二十七日成立「土城市００里００路社區都市更新會」（下稱「００都更會」），並依同條例第十條第二項（註二）及第二十二條之一（註三）之規定，劃定前排四十戶為都市更新單元（下稱「都更單元」）（註四），擬具都市更新事業概要（下稱「事業概要」）（註五），報經新北市政府以九十二年三月二十八日北府城更字第０九二０二四一五九九號函核准。嗣００都更會擬具「臺北縣土城市００里００路社區都市更新事業計畫（下稱「事業計畫」）暨權利變換計畫」，依同條例第十九條第三項規定（註六）舉辦公聽會並公開展覽後，送經新北市政府依同條例第二十二條第一項（註七）及第二十二條之一規定（註八），於九十四年三月二十八日以北府城更字第０九四０一五三四七五一號公告，核定自九十四年四月十一日發布實施。聲請人不服（註九），經訴願（註十）、行政訴訟（註十一）未獲救濟，爰依司法院大法官審理案件法第五條第

一項第二款規定，聲請本院解釋憲法。另，王０樹等五人以臺北高等行政法院九十八年度訴字第二四六七號判決、最高行政法院一００年度判字第二０九二號判決及同院一００年度判字第二００四號判決適用九十七年一月十六日修正公布之都更條例第二十二條第一項規定（註十二）有違憲疑義，於一０一年五月二十五日聲請本院釋憲，因所涉法條意旨相同，爰併本案受理。

按都更條例，由私人採取權利變換方式，實施都市更新事業，大體應經三個階段：「事業概要」（註十三）、「事業計畫」（註十四）及「權利變換計畫」（註十五）。本號解釋計審查與前兩階段有關的五條文，分別作成三種宣告：

（一）「違憲」並「限期（一年）失效」者，三條文：

—第十條第一項（「事業概要」之核准程序）（註十六），

—第十條第二項（申請核准「事業概要」之同意比率）（註十七），

—第十九條第三項前段（「事業計畫」之核定程序）（註十八）；

（二）「合憲」並「檢討改進」者，一條文：

—第二十二條第一項（申請核定公告實施「事業計畫」之同意比率）（註十九）；

（三）「合憲」並「限縮適用」（即所謂「合憲性解釋」）者，一條文：

—第二十二條之一（受損建物改以幢為基礎，計算同意比率）（註二十）。

都更條例採取私人（以權利變換方式）主導實施都市更新的設計，各界不乏「縱容財團插旗圈地」、「少數壓制多數」及「反羅賓漢式的不正義制度(Robin Hood in reverse)」等質疑。（註二十一）本號解釋由憲法上「正當法律程序」原則立論，宣示「憲法要求之正當行政程序」，（註二十二）力求嚴謹都更程序，促進資訊對稱，強化對人民財產權與居住自由權的保護，本席深表贊同，並協力形成可決之多數。然，本席不認為由所謂「憲法要求之正當行政程序」，能獲致前述第十條第二項（申請核准「計畫概要」之同意比率）「違憲」的結

論；反之，本席認為都更條例對其中最為關鍵之「權利變換計畫」(註二十三）全然未設（類似第十條第二項及第二十二條第一項之）申請核定公告實施之「同意比率」規定，按「憲法上正當法律程序」，應屬「違憲」。爰提出協同暨部分不同意見書如后。

壹、申請核准「計畫概要」須有十分之一之同意，尚不違憲

一、「正當程序」＝「程序正當」＋「實質正當」

本院釋字第三八四號解釋釋示：憲法第八條第一項（註二十四）所謂「依法定程序」，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，其程序須以法律規定，內容更須實質正當，並符合憲法第二十三條所定相關之條件」。該號解釋不僅肯認我國憲法亦有「正當程序之保障」(due process guarantee)，（註二十五）並且宣示我國憲法上「正當程序保障」之內涵兼指「程序上正當程序」(procedural due process)與「實質上正當程序」(substantive due process)（註二十六）。「程序上正當程序」（下稱「程序正當」）要求凡剝奪人民生命、自由或財產之公權力（含立法、行政及司法等）行為，皆須踐行相應之公正、公平程序；是「程序正當」所審究者，乃系爭公權力之行使應經如何程序方為正當的問題。至於「實質上正當程序」（下稱「實質正當」）則在要求法律之內容須合乎「基本的公平正義」(fundamental fairness)；是「實質正當」所關切者，乃系爭法律之內容是否「合理」，從而能否發生法之拘束力的問題。「實質正當」使得司法（違憲審查）得以劃定立法權行使的界限，宣告「惡法非法」—縱由立法院之多數，循正當立法程序制定之「惡法」，亦不使發生法之拘束力，保護個人有免於國家（透過立法多數）支配的領域。「程序正當」與「實質正當」雖同屬「正當法律程序」(due process of law)，然兩者意涵不同，違憲審查之基準亦異。質言之，「程序正當」與否—系爭公權力之行使應經如何程序方為正當，乃一相對性問題，應權衡個案相關因素認定之，亦即採「利益衡量標準」(a balancing test)；（註

二十七）至於「實質正當」與否—系爭法律之內容是否「合理」，涉及敏感的立法與司法（違憲審查）兩權之權限劃分，鑑於美國憲政經驗，（註二十八）毋寧應以寬鬆之「合理審查基準」(rational basis test)為原則，俾適度尊重立法裁量，避免引起「法官治國」(judiciary government)之疑慮。（註二十九）

二、多數意見所稱「憲法要求之正當行政程序」係指「程序正當」；而「同意比率」之規定乃屬「實質正當」

前述本號解釋審查的五個條文，依其內容可分為兩類：（一）第十條第一項與第十九條第三項等兩條文皆涉及主管機關作成行政處分（核准事業概要或核定實施事業計畫）之程序；（二）第十條第二項、第二十二條第一項與第二十二條之一等三條文則皆涉及人民申請（主管機關核准事業概要或核定公告實施事業計畫）時應具備（徵得）之同意比率。第（一）類兩條文屬於「程序正當」範疇，為憲法要求行政機關作成行政處分（核准或核定）前，應踐行如何程序方為正當的問題；第（二）類三條文屬於「實質正當」範疇，乃系爭規定之內容（同意比率）是否合理（過低或過高）的問題。第（一）類兩條文既屬行政機關作成決策所應踐行之程序，本號解釋以「憲法要求之正當行政程序」概括，大體應值贊同；（註三十）然，第（二）類三條文乃「人民」申請之「要件」（同意比率）規定，無關「行政機關」作成決策所應踐行之「程序」，何能同以違反「憲法要求之正當行政程序」為由，宣告第十條第二項（申請核准「計畫概要」之同意比率）違憲？！（註三十一）如上失誤乃因未能分辨：所謂「憲法要求之正當行政程序」乃屬「程序正當」之範疇；而申請核准「計畫概要」之「同意比率」是否合理，則屬「實質正當」之範疇；並因而誤以相同的違憲審查基準作成判斷使然。

三、「實質正當」≒「比例原則」

殊不知，自本院釋字第三八四號解釋確認「正當法律程序」

保障以來，凡以「實質正當」為由，宣告系爭規定違憲者，殆皆以「系爭規定不問……，一律……，逾越必要程度，有違實質正當」之形式表述；（註三十二）並多於「有違實質正當」之後，緊接「與憲法第二十三條比例原則不符」等語。足見前輩大法官深知「實質正當」與「比例原則」兩者功能相當，幾可視為同義語（註三十三）—「逾越必要程度」（違反比例原則），即「有違實質正當」！今改以「比例原則」進行審查，立時照見本號解釋認定第十條第二項（申請核准「計畫概要」之同意比率）「違憲」乃適用「嚴格審查基準」(strict scrutiny)（註三十四）之結果！蓋按解釋理由書第六段所謂：上開「同意比率太低之規定……顯未盡國家保護人民財產權與居住自由之憲法上義務，即不符憲法要求之正當行政程序」，顯然在指摘系爭規定「涵蓋不足」(under-inclusive)（尚有漏網之魚，未盡全功），而非「涵蓋過廣」（一竿子打翻一船人，殃及無辜）。查法院在檢視系爭規定是否「逾越必要程度」而違憲時，一般僅檢視其是否（對某基本權）「限制過多」（或「涵蓋過廣」），而不論究是否「限制過少」（或「涵蓋不足」），以保留予立法者裁量之空間；唯於採取「嚴格審查基準」審查時，始壓縮立法裁量空間，併檢視系爭規定是否「限制過少」（或「涵蓋不足」）。惟，「財產權」原具濃厚之社會性，（註三十五）依本院歷來解釋，財產權所保障者乃「物」之「價值」享有不減，而非「占有」狀態不變；（註三十六）至於「免於強制搬遷」之「居住自由權」，尚非與「個人自主」(individual's autonomy)密不可分之「根本的基本權」(fundamental rights)（註三十七），故當以寬鬆之「合理審查基準」(rational basis test)，審查系爭「同意比率」（十分之一）之規定，與其所欲達成之目的—保障（反對都更者之）財產權與居住自由—間，是否具有「合理關聯」(rational relationship)。所有權人及所有權「十分之一」的「同意比率」也許不盡如人意，但不能否定其與達成「保障財產權與居住自

由權」之目的間，確有「合理」之關聯。

綜上，第十條第二項（申請核准「計畫概要」之同意比率）是否「合理」，乃屬「實質正當」或「比例原則」的問題，非「程序正當」問題。其次，因本案並未涉及「根本的基本權」，為尊重立法裁量，故應以寬鬆之「合理審查基準」進行審查。最後，系爭「同意比率」（十分之一）之規定既非恣意(arbitrary)，應屬「合憲」才是！

四、防禦權（自由權）*v.* 給付權（保護權）

另，自當代德國法學家Robert Alexy之「基本權理論」(Theorie der Grundrechte)（註三十八）亦可得出相同之結論—關於第十條第二項（申請核准「計畫概要」）之「同意比率」規定，應採較為寬鬆之違憲審查基準。蓋憲法上所保障之各種權利（基本權）因係「文義開放式規定」(open-textured provisions)（註三十九），性質上殆皆「原則」(principles)，而非「規則」(rules)。（註四十）憲法解釋旨在力求使彼此相關（含衝突）的各個原則，獲致最大程度之實現，（註四十一）而非「全有」或「全無」的零和選擇。欲使相關之各原則，獲致最大程度之實現，則須進行「利益衡量」（註四十二）。「比例原則」的核心即在衡量個案所涉各種權利。（註四十三）

解釋理由書第二段循例指明本案所涉憲法權利：「憲法第十五條規定人民財產權應予保障，旨在確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害，俾能實現個人自由、發展人格及維護尊嚴（本院釋字第四００號解釋參照）。又憲法第十條規定人民有居住之自由，旨在保障人民有選擇其居住處所，營私人生活不受干預之自由（本院釋字第四四三號解釋參照）。」據此，「財產權」與「居住自由權」乃要求免於國家侵害（或干涉）之「防禦權」(Abwehrrechte, defensive rights)，及由此衍生之要求國家保護免於他人侵害（或干涉）之「保護權」(Recht auf Schutz, right to

protection)。（註四十四）「防禦權」乃對相對人（國家）之「禁令」(Verbote, prohibitions)—要求國家消極地不干涉、不侵害或不破壞；「保護權」乃對相對人（國家）之「命令」(Gebote, commands)—要求國家積極地採取（法律上及／或事實上）措施，使免於遭受他人（第三人）之侵害、干涉，乃（廣義的）「請求權」(Leistungsrechte, entitlements)。要求「不作為」之「禁令」（至少在表面上）係禁止任何具干涉、侵害或破壞效力之行為；而要求「作為」之「命令」則僅要求採取某些具保護效力之措施。因於上述結構性的根本差異，權利相對人（國家）關於如何履行「命令」，應該享有較為寬廣之裁量空間；僅於國家全然未採取任何（法律上及／或事實上）保護措施時，憲法法院始得宣告國家之「不作為」為「違憲」。（註四十五）德國聯邦憲法法院（註四十六）肯認國家具有保護基本權之義務，並將如何履行保護義務主要（原則上）委由立法者決定，實有見地。反觀本號解釋以「規定之同意比率太低……顯未盡國家保護人民財產權與居住自由之憲法上義務」為由，逕自宣告都更條例第十條第二項「違憲」，實際上乃以多數大法官之價值判斷（政策選擇），取代了多數立法者的價值判斷（政策選擇），忽略了前述「自由權／防禦權」與「保護權／給付權」之根本差異。（註四十七）

五、財產權＆居住自由 *v.* 生存權（適當生活水準請求權）

其實，本號解釋倘能進一步釋示：憲法第十五條之「生存權」包含請求（國家採取積極作為，提供包含適足居住(adequate housing)在內之）「適當生活水準之權利」(right to an adequate standard of living)，（註四十八）當可展現本案所涉憲法權利之全貌：

（財產權＆居住自由） *v.* 生存權（適當生活水準請求權）

從而凸顯第十條第二項（申請核准「事業概要」之同意比率）的規範意義。多數意見認為「十分之一」之比率太低，應規定

「過半」始為合憲（合理），（註四十九）似未意識：「同意比率」（高低）之設定，不僅關係（反對都更者之）「財產權」及「居住自由權」之保障，抑且影響（倡議都更者之）「適當生活水準（適足居住）請求權」之保障。尤其，「事業概要」不同於「事業計畫」，僅在確定「都更單元」（可單獨實施都更事業之分區地域），俾便實施者開始擬具「事業計畫」，爭取認同。申請核准「事業概要」之同意比率設得越高，人民「適當生活水準（適足居住）請求權」越難行使。

綜上，無論由「實質正當」觀點，或「基本權理論」觀點（憲法解釋應力求相關之各基本權之最大化實現），不具民意基礎的大法官於欠缺憲法明文依據（指引）時，關於第十條第二項（申請核准「事業概要」之同意比率）規定是否「合理」一節，允宜尊重立法部門之判斷。

貳、申請核定實施「權利變換計畫」未有同意比率之規定，應認違憲

都更條例第二十九條第一項規定：「以權利變換方式實施都市更新時，實施者應於都市更新事業計畫核定發布實施後擬具權利變換計畫，依第十九條規定程序辦理審議、公開展覽、核定及發布實施等事項；變更時，亦同。但必要時，權利變換計畫之擬訂報核，得與都市更新事業計畫一併辦理。」惟遍查都更條例，未有「權利變換計畫」須經權利人「同意」始得報核之規定，遑論得「撤回（權利變換計畫）同意」之規定。因此，除「事業計畫」與「權利變換計畫」一併辦理之例外情形外，實務上係以第二十二條第一項（申請核定公告實施「事業計畫」）之「同意」，擬制其時通常尚不存在之「權利變換計畫」之「同意」。多數大法官明知上述「同意」不符合「知情同意」(informed consent)（註五十）的要求，但為免煩難，執意鋸箭療傷，拒不將第二十九條第一項納入審查，直接宣告第二十二條第一項「合憲」。（註五十一）此舉不僅論理矛盾，亦且暴露關於「實質正當」之認知錯誤。

前述第十九條第三項前段（「事業計畫」核定程序）原未經

聲請人釋憲，但多數大法官以其乃第十條第一項（「事業概要」核准程序）之後續階段，亦即「事業概要」之核准乃「事業計畫」核定之前提，兩者規範功能具有重要關聯性為由，將之一併納入審查；（註五十二）同理，第二十九條第一項之「權利變換計畫」乃第十九條第三項「事業計畫」之後續階段，「事業計畫」之核定實施為「權利變換計畫」核定實施之前提，兩者之規範功能亦具有重要關聯性。然，本號解釋何以拒絕將第二十九條第一項一併納入審查？！

其次，立法者固得裁量將「事業計畫」與「權利變換計畫」分為兩個階段，並規定其以為合宜之（報核）「同意比率」，然其對於至關緊要之「權利變換計畫」全然未設（報核）「同意比率」，而妄圖以第二十二條第一項（申請核定公告實施「事業計畫」）之「同意」，等同於在主管機關核定公告實施「事業計畫」後，始由實施者擬具之「權利變換計畫」之同意，此舉無異創造了都更怪獸—「全然不知情」之「同意」！似此「同意」之設計豈為「合理」，豈為「實質正當」？！對權利人影響最為直接的「權利變換計畫」卻無須徵求一定比率之同意，即可報請主管機關核定實施，試問如何保障人民財產權與居住自由？

叁、總結

本號解釋正式宣示「憲法要求之正當行政程序」（註五十三），諭知主管機關於核准「事業概要」階段應設置適當組織職司審議，並應使利害關係人充分獲悉相關資訊，適時「陳述意見」；在核定實施「事業計畫」階段，應更將相關資訊「送達」更新單元內申請人以外之其他土地及合法建築物所有權人，並於舉辦公開聽證後，斟酌全部聽證紀錄，說明採納及不採納之理由，作成核定，連同核定之「事業計畫」送達更新單元內各土地及合法建築物所有權人等等，使我國憲法上的正當程序保障，在「程序正當」部分又向前邁進了一步，應予肯定；（註五十四）至於「實質正當」部分，猶待悉心思辨，以臻至當。

註一：都市更新條例（八十七年十一月十一日制定公布）第七條第一項：「有下列各款情形之一時，直轄市、縣（市）主管機關應視實際情況，迅行劃定更新地區，並視實際需要訂定或變更都市更新計畫：

一、因戰爭、地震、火災、水災、風災或其他重大事變遭受損壞。

二、為避免重大災害之發生。

三、為配合中央或地方之重大建設。」

上開規定迄今未修正。

註二：都市更新條例（八十七年十一月十一日制定公布）第十條第二項：「前項之申請應經該更新單元範圍內土地及合法建築物所有權人均超過十分之一，並其所有土地總面積及合法建築物總樓地板面積均超過十分之一之同意」。

上開規定於九十七年一月十六日修正公布為：「前項之申請，應經該更新單元範圍內私有土地及私有合法建築物所有權人均超過十分之一，並其所有土地總面積及合法建築物總樓地板面積均超過十分之一之同意；……」。

註三：都市更新條例（九十二年一月二十九日修正公布）第二十二條之一：「依第七條劃定之都市更新地區，於實施都市更新事業時，同一建築基地上有數幢建築物，其中部分建築物毀損而辦理重建、整建或維護時，得在不變更其他幢建築物區分所有權人之區分所有權及其基地所有權應有部分之情形下，以各該幢受損建築物區分所有權人之人數、區分所有權及其基地所有權應有部分為計算基礎，分別計算其同意之比例」。

上開規定於九十四年六月二十二日修正公布，將「數幢」修正為「數幢或數棟」、「其他幢」修正為「其他幢或棟」、「各該幢」修正為「各該幢或棟」，其餘未修正。

註四：都更單元「係指更新地區內可單獨實施都市更新事業之分區」

（參見都更條例第三條第三款）。

註五：「事業概要」即「都市更新事業」之摘要性說明；都市更新事業「係指依本條例規定，在更新地區內實施重建、整建或維護事業」（參見都更條例第三條第二款）。

註六：都市更新條例（九十二年一月二十九日修正公布）第十九條第三項：「都市更新事業計畫擬定或變更後，送該管直轄市、縣（市）政府都市更新審議委員會審議前，應於各該直轄市、縣（市）政府或鄉（鎮、市）公所公開展覽三十日，並應將公開展覽日期及地點登報周知及舉行公聽會；任何人民或團體得於公開展覽期間內，以書面載明姓名或名稱及地址，向該管直轄市、縣（市）政府提出意見，由該管直轄市、縣（市）政府都市更新審議委員會予以參考審議。經直轄市、縣（市）政府都市更新審議委員會審議修正者，免再公開展覽」。

上開規定於九十九年五月十二日修正公布，將原第三項分列為第三項（「都市更新事業計畫擬訂或變更後，送各級主管機關審議前，應於各該直轄市、縣（市）政府或鄉（鎮、市）公所公開展覽三十日，並舉辦公聽會；實施者已取得更新單元內全體私有土地及私有合法建築物所有權人同意者，公開展覽期間得縮短為十五日」）及第四項（「前二項公開展覽、公聽會之日期及地點，應登報周知，並通知更新單元範圍內土地、合法建築物所有權人、他項權利人、囑託限制登記機關及預告登記請求權人；任何人民或團體得於公開展覽期間內，以書面載明姓名或名稱及地址，向各級主管機關提出意見，由各級主管機關予以參考審議。……」）。

註七：都市更新條例（九十二年一月二十九日修正公布）第二十二條第一項：「實施者擬定或變更都市更新事業計畫報核時，其屬依第十條規定申請獲准實施都市更新事業者，除依第七條劃定之都市更新地區，應經更新單元範圍內土地及合法建築物

所有權人均超過二分之一，並其所有土地總面積及合法建築物總樓地板面積均超過二分之一之同意外，應經更新單元範圍內土地及合法建築物所有權人均超過五分之三，並其所有土地總面積及合法建築物總樓地板面積均超過三分之二之同意；其屬依第十一條規定申請獲准實施都市更新事業者，應經更新單元範圍內土地及合法建築物所有權人均超過三分之二，並其所有土地總面積及合法建築物總樓地板面積均超過四分之三以上之同意」。

上開規定於九十七年一月十六日修正公布為：「實施者擬定或變更都市更新事業計畫報核時，其屬依第十條規定申請獲准實施都市更新事業者，除依第七條劃定之都市更新地區，應經更新單元範圍內私有土地及私有合法建築物所有權人均超過二分之一，並其所有土地總面積及合法建築物總樓地板面積均超過二分之一之同意外，應經更新單元範圍內私有土地及私有合法建築物所有權人均超過五分之三，並其所有土地總面積及合法建築物總樓地板面積均超過三分之二之同意；其屬依第十一條規定申請獲准實施都市更新事業者，應經更新單元範圍內私有土地及私有合法建築物所有權人均超過三分之二，並其所有土地總面積及合法建築物總樓地板面積均超過四分之三之同意。……」

註八：同前揭註二。

註九：本件聲請人（五十二人）部分為前排四十戶之住戶，因撤回「事業概要」之同意，或因不滿「權利變換計畫」內容，而提起訴願；部分為後排五十戶之住戶，因未能加入該都更單元，而提起訴願。聲請人一致請求撤銷新北市所為之核定（公告實施前揭「事業計畫暨權利變換計畫」之）處分。

註十：參見內政部台內訴字第０九四０００五０九三號訴願決定書（九十四年十月二十六日）。

註十一：參見臺北高等行政法院九十四年度訴字第三八八四號判決

（九十六年五月十日，無理由駁回撤銷之訴）；最高行政法院九十八年度判字第六九二號判決（九十八年六月二十五日，除因未上訴而確定者外，原判決廢棄發回）；臺北高等行政法院九十八年度訴更一字第八四號判決（九十九年十月二十八日，無理由駁回撤銷之訴）；最高行政法院一００年度判字第一九０五號判決（一００年十一月三日，無理由駁回上訴）。

註十二：同前揭註七。

註十三：參見都更條例第十條及第十一條等。

註十四：參見都更條例第十九條及第二十二條等。

註十五：參見都更條例第二十九條以下。

註十六：參見解釋文第一段第一句及解釋理由書第五段。

註十七：參見解釋文第一段第二句及解釋理由書第六段。

註十八：參見解釋文第一段第三句及解釋理由書第七段。

註十九：參見解釋文第二段及解釋理由書第九段。

註二十：參見解釋文第三段及解釋理由書第十段。

註二十一：參見廖義男，〈夏蟲語冰錄（五十四）—都市更新引發之思辨〉，《法令月刊》，第 63 卷第 7 期，頁 133-139（2012 年 7 月）；林明鏘，〈對「都更條例」之十點修法意見〉，《全國律師》，第 16 卷第 11 期，頁 36-50（2012 年 11 月）；林旺根，〈都市更新實務爭議問題〉，《全國律師》，第 12 卷第 9 期，頁 50-78（2008 年 9 月）；蔡宗珍，〈惡行抑或惡法？—文林苑都更爭議的省思—〉，《臺灣法學雜誌》，第 198 期，頁 1-4（2012 年 4 月 15 日）。

註二十二：民國九十年一月一日施行之「行政程序法」已明定行政機關作成行政行為時所應踐行之「正當行政程序」。參見湯德宗，〈論正當行政程序〉，收於氏著《行政程序法論—論正當行政程序》，頁 1 以下（2003 年 10 月，增訂二版）。

註二十三：權利變換「係指更新單元內重建區段之土地所有權人、

合法建築物所有權人、他項權利人或實施者，提供土地、建築物、他項權利或資金，參與或實施都市更新事業，於都市更新事業計畫實施完成後，按其更新前權利價值及提供資金比例，分配更新後建築物及其土地之應有部分或權利金」（參見都更條例第三條第五款）。

按同條例第二十九條第一項之規定，除「必要時」得一併辦理者外，實施者一般係於「事業計畫」核定發布實施後，始擬具「權利變換計畫」。是權利人於同意實施者所擬「事業計畫」之內容，而申請主管機關核定（發布實施）時，對「權利變換」之內容並無所悉，自不能認為已併同意「權利變換計畫」之內容。參見本案卷附本院大法官書記處一０二年四月十二日下午四時電詢內政部營建署電話紀錄（「人民於出具都市更新事業計畫同意書時，僅能得知都市更新事業未來係以權利變換方式實施，但對於都市更新權利變換實施辦法第三條所定權利變換計畫應表明事項，則無從得知」）。

並參見陳立夫，〈我國權利變換事業之都市更新事業制度〉，《全國律師》，第 12 卷第 9 期，頁 42 以下（2008 年 9 月）；林旺根，前揭（註二十一）文，頁 62 以下。

註二十四：憲法第八條第一項：「人民身體之自由應予保障。除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁。非由法院依法定程序，不得審問處罰。非依法定程序之逮捕、拘禁、審問、處罰得拒絕之」。

註二十五：除（憲法第八條）「人身自由」之剝奪，須依「法定程序」，而有憲法上「正當程序」之保障外，以後大法官並陸續釋示：國家限制人民之「訴訟權」（釋字第三九六號、第四一八號、第四四六號、第五七四號、第五八二號、第六五四號等解釋參見）、「財產權」（釋字第四０九號、第四八八號等解釋參見）、「工作權」（釋字第四六二號解

釋參見)、「服公職權」(釋字第四九一號、第七〇四號等解釋參見),亦須踐行相應之正當程序。大體而言,我國憲法上「正當程序保障」之適用範圍已與美國憲法增修條文第五條(及第十四條)相當—非經正當法律程序,不得剝奪人民之「生命、自由或財產」。此一發展過程,並參見湯德宗,〈論憲法上的正當程序保障〉,前揭(註二十二)書,頁 167 以下。

註二十六:"Substantive due process"(實質上正當程序)本身實為一「矛盾的用語」(a contradiction-in-terms),蓋「正當」("due")一詞所形容者乃「程序」("process")也,「程序」如何能解讀為包含「內容」在內?John Ely 教授以為,所謂"substantive due process"(實質上正當程序)如同說"green pastel redness"(綠色的粉紅)般地矛盾;而所謂"procedural due process"(程序上正當程序)一詞則顯得重複。See John Ely, Democracy and Distrust 18 (1980)。

雖然「實質上正當程序」乃美國聯邦最高法院判決之產物(首見於 Bloomer v. McQuewan 案, 55 U.S. 539 (1852)),且關於其適用向有爭議,然因美國憲法並無類似我國憲法第二十三條(比例原則)之一般性「人權限制條款」(limitations clause),其概念確有存在之必要。

註二十七:參見本院釋字第六八九號解釋(「憲法上正當法律程序原則之內涵,除要求人民權利受侵害或限制時,應有使其獲得救濟之機會與制度,亦要求立法者依據所涉基本權之種類、限制之強度及範圍、所欲追求之公共利益、決定機關之功能合適性、有無替代程序或各項可能程序成本等因素綜合考量,制定相應之法定程序」);釋字第六三九號解釋(「惟相關程序規範是否正當、合理,除考量憲法有無特別規定及所涉基本權之種類外,尚須視案件

涉及之事物領域、侵害基本權之強度與範圍、所欲追求之公共利益、有無替代程序及各項可能程序之成本等因素，綜合判斷而為個案認定」)。

美國聯邦最高法院亦認為「如何程序方為正當」，應斟酌案件性質、受到不利影響的私人利益、限制或剝奪私人利益之方式、限制或剝奪私人利益之理由、有無替代程序、限制或剝奪私人利益所欲追求之公共利益、以及公益與私益之衡量等因素，綜合認定之。See Ex parte Wall, 107 U.S. 265, 289 (1883); Joint Anti-Fascist Refugee Comm. v. McGrath, 341 U.S. 123, 163 (1951)(J. Frankfurter concurring)。

註二十八：美國聯邦最高法院前在所謂"the Lochner era"（約 1897～1937），曾以侵害憲法所保障之「締約自由」(liberty to contract)，違反「實質正當」為由，宣告各州限定最高工時、最低工資、童工使用等勞工保護立法違憲，遭致「司法者立法」("legislating from the bench")或「釋憲者奪權」之指責，致「實質正當」在該院判決中一度銷聲匿跡，至 1950 年後始告重現。此後美國聯邦最高法院對於「實質正當」之使用轉趨審慎：僅當系爭規定侵害人民於憲法上所保護之「根本基本權」(fundamental rights)時，該院始以「嚴格審查基準」(strict scrutiny)審查—系爭規定是否係為追求極重要（極優越）之公共利益，且為「量身剪裁」之必要（侵害）手段。其餘非關「根本基本權」之限制，則概以「合理審查基準」(rational basis test)審查—系爭規定與所欲達成之合法公共利益（目的）間，是否具有合理關聯。

註二十九：See Carl Schmitt, Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung, in Verfassungsrechtliche Aufsätze 63 (1958)。史密特認為：「抽象的規範審查」將使違憲審查機關變得如同制憲

機關一般，蓋「任何機關有權解決法律內容的疑義，就是負擔立法者的功能；任何機關有權解決憲法內容的疑義，就是負擔憲法制定的功能。」引自吳庚，〈純粹法學與違憲審查制度〉，收於《當代法學名家論文集》，頁 107 及 108(臺北：法學叢刊雜誌社，1996 年)；但凱爾生(Hans Kelsen)則以為：憲法法院宛如國會的第三院，行使消極立法權。參見吳庚，《憲法的解釋與適用》，三版，頁 348 及 349（2004 年 6 月）。

註三十：解釋理由書第四段僅論述「都市更新」各項行政處分所應踐行之正當程序。是嚴格言之，所謂「憲法要求之正當行政程序」乃指憲法關於都市更新之行政程序之「程序上正當程序」之要求。然一般通用之「憲法要求之正當行政程序」究何所指，雖是呼之欲出，終究未有說明。

註三十一：解釋理由書第六段，以「人民申請之要件亦屬整體行政程序之一環」為由，推論出「法律有關人民申請要件之規定，自亦應符合正當行政程序之要求」，不無魚目混珠之嫌。

註三十二：參見大法官釋字第三八四號解釋（「不問其是否在實施犯罪行為中，均以逮捕現行犯相同之方式……強制其到案，已逾越必要程度」；「不問個別案情，即限制法院對證人應依秘密證人方式個別訊問，並剝奪……對質或詰問」；「使受刑之宣告及執行之人，不問有無特別預防之必要，有再受感訓處分而喪失身體自由之危險……已逾越必要程度，有違實質正當」）；釋字第四七一號解釋（「不問對行為人有無預防矯治其社會危險性之必要，一律宣付強制工作三年……不合憲法第二十三條所定之比例原則」）；釋字第五二三號解釋（「不論被移送裁定之人是否有繼續嚴重破壞社會秩序之虞，或有逃亡、湮滅事證或對檢舉人、被害人或證人造成威脅等足以妨礙後續

審理之虞，均委由法院自行裁量，逕予裁定留置……已逾越必要程度，與憲法第八條、第二十三條及前揭本院解釋意旨不符」)；釋字第六三六號解釋(「未依個案情形考量採取其他限制較輕微之手段，是否仍然不足以保護證人之安全或擔保證人出於自由意志陳述意見，即得限制……對質、詰問權與閱卷權之規定，顯已對……訴訟上之防禦權，造成過度之限制，與憲法第二十三條比例原則之意旨不符，有違憲法第八條正當法律程序原則」)。

註三十三：嚴格言之，「實質正當」除「比例原則」外，尚包含兩項原則：

一、法律明確性原則—要求法律規定之內容其意須非難以理解，為受規範者所得預見，並可由司法審查加以確認（大法官釋字第七０二號、第六九七號、第六九０號、第六六九號、第六五九號、第六三六號、第六二三號等解釋參見）。其意相當於美國法所謂"vagueness doctrine"或"void for vagueness"（法院輒以系爭規定過於模糊，令人無所適從，宣告為違憲），See, e.g., Bell v. Arlington County, Va., 673 F. Supp. 767 (1987)（地方立法規定模糊，致令執法官員亦難分辨「按摩技師」(massage technician)與「按摩治療師」(message therapist)之不同－僅後者始得為異性施行按摩。似此規定應認過於含糊而違憲(unconstitutionally vague)）。

二、禁止個人性立法(bill of attainder)—法律須具有普遍適用性，不得針對特定個人立法（US Const. Art.1, Sec. 9）。我國憲法雖未有明文，理當亦如是解。

註三十四：違憲審查容有不同之審查基準（或稱「審查密度」），詳見湯德宗，〈違憲審查基準體系建構初探--「階層式比例原則」構想〉，輯於廖福特（主編），《憲法解釋之理論與

實務（第六輯）》，頁 581 以下（2009 年 7 月）。

註三十五：參見憲法第一百四十二條（「國民經濟應以民生主義為基本原則，實施平均地權，節制資本，以謀國計民生之均足」）、第一百四十三條第三項（「土地價值非因施以勞力資本而增加者，應由國家徵收土地增值稅，歸人民共享之」）、第一百四十五條第一項（「國家對於私人財富及私營事業，認為有妨害國計民生之平衡發展者，應以法律限制之」）；本院釋字第五六四號解釋理由書（「對人民依法取得之土地所有權，國家並非不得以法律為合理之限制……如手段對於目的而言尚屬適當，且限制對土地之利用至為輕微，則屬人民享受財產權同時所應負擔之社會義務」）；釋字第五七七號解釋（「於菸品容器上應為上述之一定標示，縱屬對菸品業者財產權有所限制，但該項標示因攸關國民健康，乃菸品財產權所具有之社會義務，且所受限制尚屬輕微，未逾越社會義務所應忍受之範圍，與憲法保障人民財產權之規定，並無違背」）。

並參見吳庚，前揭（註二十九）書，頁 255，註 209（「財產權的社會義務見諸威瑪憲法第一五三條第三項：『財產負有義務，其利用應同時為最佳公益服務』」）；李惠宗，《憲法要義》，四版，頁 260（2008 年 9 月）（「現今對財產權之保障並非肯認財產權自由的絕對性，國家基於公共利益對財產權之行使所加之義務，如果不至於過重，乃屬憲法所許可，並不需給予補償，此為財產權的社會義務性（Sozialgebundenheit）」）。

註三十六：參見本院釋字第六五二號解釋（「人民之財產權應予保障，故國家因公用或其他公益目的之必要，雖得依法徵收人民之財產，但應給予合理之補償」）；釋字第五七九號解釋（「國家因公用或其他公益目的之必要，得依法徵收人民之財產，對被徵收財產之權利人而言，係為公共

利益所受之特別犧牲，國家應給予合理之補償，且補償與損失必須相當」)；釋字第五三四號解釋(「土地徵收係國家因公共事業之需要，對人民受憲法保障之財產權，經由法定程序予以強制取得之謂，相關法律所規定之徵收要件及程序，應符合憲法第二十三條所定必要性之原則」)。並參見吳庚，前揭（註二十九）書，頁 251-252 (「所謂價值保障(Wertgarantie)是指財產所產生的財富價值(Vermögenswert)亦應予以保障而言，財產的存續狀況改變，例如被徵收或徵用，當然應給予相當價值的補償」)；李惠宗，前揭（註三十五）書，頁 268-269 (「國家為促進公共利益，得基於公益與私益協調者的角色，對私人財產利益予以限制，使其發揮更大的公共利益，此時乃屬國家合法侵害人民之財產權。但私人為公共利益如已超過忍受義務範圍，對私人而言乃形成特別犧牲，然則該私人並無任何過咎，卻必須忍受財產的被剝奪或限制，故應特別予以補償，否則即形成『無過咎，有責任』的現象，違反法治國家原則。此稱之為『特別犧牲理論』」)。

註三十七：所謂"fundamental rights"在美國最常用以指稱「那些『作為吾人一切公民暨政治制度基石的自由與正義基本原則』所隱含的權利」(the rights implicit in those "fundamental principles of liberty and justice that lie at the base of all our civil and political institutions")，或那些「秩序井然的自由概念所隱含的權利」(those rights "implicit in the concept of ordered liberty")。See Hebert v. Louisiana, 272 U.S. 312, at 316 (1962), Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319, at 325 (1937).

本席嘗試綜合美、德實務，歸納：「根本的基本權」乃指「維護人性尊嚴」、「尊重人格自由發展」所必要，

而屬「自由民主憲政秩序之核心價值」者。參見湯德宗，〈政府資訊公開請求權入憲之研究〉，收錄於湯德宗、廖福特主編，《憲法解釋之理論與實務（第五輯）》，頁 261 以下（頁 274-276）（2007 年 3 月）；湯德宗，《對話憲法・憲法對話（下冊）》，頁 474（2012 年 1 月）。

註三十八：Robert Alexy, Theorie der Grundrechte (Suhrkamp Verlag, 1994).

註三十九：人權條款規定相對簡約（概括）而文義開放，毋寧為早期制定之成文憲法共同之特徵，從而特別需要經由「解釋」，確定其意涵。

註四十：「規則」具有全有或全無的特性，僅存在適用或不被適用，而不可能僅部分適用，「原則」則在表達某種價值或目的，並要求這些價值與目的在個案中儘可能地被實現。參見王鵬翔，〈規則、原則與法律說理〉，《月旦法學教室》，第53期，頁75-76（2007年3月）。

註四十一：是即 Alexy 所謂「極大化要求」(Optimierungsgebot, optimization requirement)，Alexy,（見註三十八）, S 75ff.

註四十二：是即 Alexy 所謂「利益衡量要求」(Abwägungsgebot, balancing requirement)，Alexy,（見註三十八）, S 100ff.

註四十三：Alexy,（見註三十八）, S 66ff. 準此，所謂「國家對基本權是否『保障不足』（猶未克盡保護義務），與國家對基本權是否『限制過多』（逾越必要程度）性質不同，不能適用比例原則審查」，恐有誤解。

註四十四：釋字第四四三號解釋固僅謂居住自由乃「不受干預之自由」，而未如釋字第四００號解釋明言財產權乃「免於遭受公權力或第三人之侵害」之權利。惟，基本權應有「第三人效力」殆已成為通說，解釋上「居住自由」自亦包含「免於遭受第三人侵害」之自由。

註四十五：Alexy,（見註三十八）, S 420f.

註四十六：BVerfGE 39, 1 (42, 44); 46, 160 (164).

註四十七：試問：國家對基本權之「侵害／干涉過多」(逾越必要程度)，與國家對基本權之「保障不足」(未克盡保護義務)，其應受非難（譴責）之程度應為相同？又，多數意見是根據憲法哪一條推知：申請主管機關核准「計畫概要」時，須獲得（所有權人及所有權)「過半」之同意，始為合憲？

註四十八：其實，解釋理由書第三段有謂：「都市更新為都市計畫之一環，乃用以促進都市土地有計畫之再開發利用，復甦都市機能，改善居住環境，增進公共利益。都市更新條例即為此目的而制定，除具有使人民得享有安全、和平與尊嚴之適足居住環境之意義（經濟社會文化權利國際公約(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, ICESCR)第十一條第一項規定參照）外，並作為限制財產權與居住自由之法律依據」。距離肯認憲法上之「生存權」包含「適當生活環境請求權」，僅一步之遙，卻功虧一簣，殊為可惜。

See ICESCR §11(1)("The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to an adequate standard of living for himself and his family, including adequate food, clothing and housing, and to the continuous improvement of living conditions. The States Parties will take appropriate steps to ensure the realization of this right, recognizing to this effect the essential importance of international co-operation based on free consent."); see also CESCR General Comment 4 (right to adequate housing) (1991/12/13).

本來「經社文公約」所定各種權利殆皆「給付權」，其實施涉及國家財政資源之分配，除（憲法法院認定）

為絕對必要、不可或缺者外，一般不得訴請法院強制實現(not enforceable in any court)。惟我國既已制定「都更條例」，乃無「口惠而實不至」之疑慮，本號解釋大可堂而皇之地宣示：憲法第十五條「生存權」包含「適當生活水準請求權」，即人民有請求國家（尤其是制定法律）提供適當生活水準，包含適足居住環境，之憲法權利。

註四十九：參見解釋理由書第六段（第十條第二項「規定之同意比率太低，形成同一更新單元內少數人申請之情形……尤其於多數人不願參與都市更新之情形，僅因少數人之申請即應進行行政程序……將使多數人被迫參與都市更新程序，而面臨財產權與居住自由被侵害之危險」）。

註五十：關於「知情同意」之意涵，參見湯德宗，〈知情同意與基因資料庫〉，收於《四分溪論學集：慶祝李遠哲先生七十壽辰》下冊，頁985以下（2006年12月）。

註五十一：解釋理由書第九段僅就第二十二條第一項（申請核定公告實施「事業計畫」之「同意比率」）而論，謂：「上開規定之同意比率均已過半，並無少數人申請之情形；……同意之比率如非太低而違反憲法要求之正當行政程序，當屬立法形成之自由」，無視都更條例未設「權利變換計畫」報核「同意比率」規定的問題。

註五十二：解釋理由書第一段參見。

註五十三：本院前此解釋（例如釋字第四六二號、第四九一號、第五三五號）已多次釋示行政機關作成行政行為時所應踐行之正當程序。釋字第六六三號解釋理由書首次出現「正當行政程序」一語。本號解釋首次於解釋文稱「憲法要求之正當行政程序」。

註五十四：本號解釋宣示之「憲法要求之正當行政程序」能否落實，端視各級法院（尤其行政法院）能否善體本號解釋意旨，發展出較為嚴格之審查基準，督促行政機關切實「斟酌

全部聽證紀錄」，克盡說明理由義務（「說明採納及不採納之理由」）。行政程序與司法審查之關係，詳見湯德宗，〈論違反行政程序的法律效果〉，輯於氏著，前揭（註二十二）書，頁 85 以下（頁 118-121）。

一部不同意見書　　大法官　蘇永欽

本件解釋認定中華民國八十七年十一月十一日制定公布的都市更新條例第十條第一項、第二項及九十二年一月二十九日修正公布的第十九條第三項前段違反正當行政程序原則，九十二年一月二十九日及九十七年一月十六日修正公布的第二十二條第一項及九十二年一月二十九日修正公布的第二十二條之一對於財產權及居住自由的限制雖未違反比例原則，但仍應檢討改進。本席僅對第十條部分有所保留，惟鑑於理由書的多處論述未能釐清都更制度所涉及的國家促進都市發展政策與人民基本權保障之間的衝突，以及立法裁量的合理空間與不得逾越的界線，司法審查者的角色拿捏不夠精準，因此提出以下一部不同意見，試就相關法理略予補充。

一、都更限制了什麼基本權利

本件解釋以財產權與居住自由受到限制為主要的立論基礎，另外引據經濟社會文化權利國際公約第十一條第一項認定國家有義務「採取適當之措施，使人民得享有安全、和平與尊嚴之適足居住環境」。雖已把都市更新制度影響的人民權益在範圍上作了比較周延的標定，但正因都更牽涉到的國家管制與人民基本權之間的衝突有其特殊之處，解釋理由對各權利內涵仍僅以傳統的概略說明帶過，到後面認定基本權是否及受到如何限制，國家介入的空間可有多大時，即無法作比較清晰一貫的演繹，因此這裡有必要花一點篇幅作前提性的討論。

先說財產權。憲法除於第十五條宣示人民的財產權應予保障外，另於第一百四十三條第一項針對土地特別規定：「中華民國領土內之土地屬於國民全體，人民依法取得之土地所有權，應受

法律之保障與限制。私有土地應照價納稅，政府並得照價收買。」本院對於土地所有權的剝奪—以徵收為其典型，並不因此一「國民全體所有」的憲法定位，國家得「照價收買」以及人民私有須「依法取得」、「應受法律限制」所內涵的社會義務，而在保障上有不同於一般財產權的解釋，仍認為其為財產權的限制而需通過憲法第二十三條的審查。比如釋字第五三四號解釋便很清楚的說：「人民依法取得之土地所有權，應受法律之保障與限制，為憲法第一百四十三條第一項所明定。土地徵收係國家因公共事業之需要，對人民受憲法保障之財產權，經由法定程序予以強制取得之謂，相關法律所規定之徵收要件及程序，應符合憲法第二十三條所定必要性之原則。」早期土地法學者基於該規定認為我國土地屬雙層所有權，人民私有者恆以國家不行使其高層所有權為限，未為本院所採。

惟同屬防衛性基本權，財產權和一般自由權仍有一本質的不同，就該部分反而和受益權性質的訴訟權或參政權性質的選舉權較為類似，即其權利內涵需先以法律形成，或至少肯認，並非當然存在。換言之，財產權為規範的存在，與對抗國家的各種自由權，不以國家形成規範為存在的前提有異。故「形成」財產權的規範邏輯上即不屬於財產權的「限制」，惟何種規範為形成，何種為限制，尚難一概而論，有時並不容易判斷，從財產權系譜學上分析，現代憲法保障人民財產權真正的意旨實在於確保人民有合理的「私經濟活動空間」，因此符合此一意旨的基本財產規範，原則上都可認定為形成規範。具體而言，一般都會把普通法性質的民法典當成形成規範，而民法典之外的財產法規定如對某些既存的財產權不利，即可推定為限制規範。又立法者在創設或修改基本財產權規範時，所考量者如為單純私人間的對等公平，而無涉國家對人民行為的管制或引導，或資源的調整分配，即使從規範改變來看可能對某些既存財產權不利，也不能認為新規範屬於財產權的限制，最多只有禁止不利溯及的問題（需要過渡條款來

緩和）。足見國家對於財產權不僅有消極不侵犯的義務，還有積極形成、合理修改基本規範的義務，其性質應為財產權的制度性保障。憲法第一百四十三條規定人民的土地所有權應受法律的「保障與限制」，也有這一層意思。從這個角度來看，有關財產權的規定是否構成限制，在作進一步的審查之前，還有先審慎認定的必要。

都市更新涉及的是特定範圍內的土地和建築物，其本質上和其他各自獨立的所有權不同，簡言之，這些相鄰的不動產所有權，相互間在功能上有一定的依賴性，唯有通過協商安排才可能互惠共榮，但如完全依所有權絕對及契約自由的原則來運作，因其相互箝制(hold-up)會大幅增加交易成本，各財產權的權能反而不能充分實現，權利人也會欠缺改善利用的意願，對於所有相關財產權都不利。有鑑於此，在不動產財產關係的形成上，立法者從來即基於「共利性」考量而視情形設有一定的調合規範，比如針對緊密的共有關係，在民法有關共有物的管理，特別民法性質的公寓大廈管理條例有關區分所有物的管理，都規定以多數決而非契約（全體同意）方式來決定（民法第八百二十條，公寓大廈管理條例第十三條、第十四條、第三十一條等規定參照）；民法處理相鄰不動產間箝制性特別高的一些情境，也有種種法定地役權的規定（民法第七百七十四條至第七百九十八條參照）。凡此例外都還屬於財產權形成的範圍，不能輕易理解為財產權的限制。尤其近年民法物權編的修正，已加入法經濟學有關反公用(anti-commons)悲劇的思考(Michael A. Heller，1998)，避免權利間因協商成本過高而造成低度使用(underuse)的無效率。換言之，針對不動產的特質，立法者在財產權的形成上，有某些表面上看起來像是限制的規定，其本質實為使財產權主要權能更可實現的制度性保障，不能和基於公共利益而限制財產權的規定混為一談。與此必須嚴格區分的，是已無法從基本財產關係推導出來，為落實一定國家政策，才使社區土地、建物在一定情形下得

被強制或引導重劃、更新的情形（土地法第一百三十五條至第一百四十二條、都市計畫法第六十三條至第七十三條、都市更新條例第九條至第二十八條等），或因徵收而換地（土地徵收條例第三十四條至第五十六條等區段徵收部分），在這些情形，當然構成財產權的限制。從憲法的角度來看，單純不動產財產權調合的規定性質上雖也是一種強制，但應更偏向財產權衝突的調合，而非財產權與公共利益間的權衡，如土地徵收的情形，因此非如後者須通過比例原則的審查，而最多只要通過寬鬆的務實和諧原則(Grundsatz der praktischen Konkordanz)的審查，以求其財產利益的最大實現。但本件解釋所處理的都市更新問題，最特殊之處，即在其為有關人民推動的都市更新，細究規定的內容，實已兼有調合財產權與限制財產權的性質，使其審查雖應從財產權受到限制出發，但顯然與土地徵收的單純限制不盡相同，從而在審查方法上也有必要作較複雜的審酌，容於下節討論都市更新類型時再詳細論述。

都更影響到的基本權當然不以財產權為限，每次引起社會關注的都更爭議，爭點也都不只是財產利益的分配公平。問題是本件解釋以居住自由為受到限制的另一基本權，再輔以國家有「採取適當之措施，使人民得享有安全、和平與尊嚴之適足居住環境」的義務，卻並未進一步將此一國家的義務明確定性為人民的基本權，是否妥當，也還有仔細斟酌的餘地。

本院的解釋實務向來把憲法第十條規定的居住自由與遷徙自由並列（釋字第二六五號、第四四三號、第四五二號、第四五四號、第五四二號、第五五八號等解釋可參），僅於第四五二號解釋曾單獨闡明居住自由（「乃指人民有選擇其住所之自主權」）。從基本權內涵應合理窮盡的角度來看，所謂「保障人民有自由設定住居所、遷徙、旅行，包括入出國境之權利」（釋字第五五八號解釋），其實完全都在古典的遷徙自由直接射程範圍，其保護領域並當然及於消極的不遷徙，因此如釋字第五四二號解

釋所涉的強制遷村，構成的也是遷徙自由的限制，並不需要另有一個抗拒強制遷村的居住自由，從而把用「及」字與遷徙自由並列的居住自由重複壓縮於此一擇居自由的基本權內，實無必要，和憲法其他各條並列的基本權都走向各自探勘不同內涵的解釋方法，也大相逕庭。再比較人權公約及重要國家憲法所整理的古典人權清單，會發現另一種房舍使用一如古代城堡「不受侵犯」的自由可能更適合用於我國的居住自由，在現代社會可延伸至各種用途的建築，也可延伸至對通信科技無形侵入（竊聽）的排除等，但其內涵都重在「私密空間」的保護，而與擇居自由無關，比如世界人權宣言第十二條（遷徙自由在第十三條）、公民與政治權利國際公約第十七條（遷徙自由在第十二條）、歐洲人權公約第八條（遷徙自由在第二條）、德國基本法第十三條（遷徙自由在第十一條）、日本憲法第三十五條（遷徙自由在第二十二條）等。事實上在釋字第四四三號解釋首次合併闡明居住及遷徙自由時，還一度提及此一居住不受干預的內涵：「係指人民有選擇其居住處所，營私人生活不受干預之自由，且有得依個人意願自由遷徙或旅居各地之權利」，可惜後來的解釋未繼續朝此方向區隔。本件解釋處理的都市更新，在法定的三種更新方式—重建、整建、維護—中，僅重建涉及遷移問題，而與居住空間的不受干預則完全無關，因此即使要從強制遷移的角度認定另一基本權的受到限制，比較適合的也是遷徙而非居住自由。解釋引據釋字第四四三號解釋，卻未適時區隔居住與遷徙自由的保護領域，且仍以居住自由為審查都更條例的基礎，在方法上實在欠妥。

不過即使在以重建方式來作都更的情形，其遷移和強制遷村仍有不同，後者確實涉及生活空間的選擇，前者則是在改善整體社區環境的目的下，作暫時性的遷離，比較近於國防、消防演習，交通管制或因應風災、水災而遷離的情形，並未因此強制住民永久遷離，從都市更新的本質在於改善環境、復甦都市機能來看，即使重建戶經過權利變換或合建而導致住所具體位置的實質遷

移，基本上仍未改變其生活圈的選擇。因此德國學者在處理這類都市計畫行政下的暫時遷離，通說都否定已構成遷徙自由的限制，可供參考。我國的遷徙自由若要涵蓋這種暫時性的遷移，雖無不可，但解釋上應非遷徙自由的主要保護領域，特別在比例原則的審查上，即只宜採較寬鬆的標準。本案真正值得深思的，是另一個和居住有關的基本權，即經濟社會文化權利國際公約第十一條第一款所規定的適足居住權：「人人有權享受其本人及家屬所需之適當生活程度，包括適當之衣食住及不斷改善之生活環境。締約國將採取適當步驟確保此種權利之實現，同時確認在此方面基於自由同意之國際合作極為重要。」（進一步的闡明可參西元一九九一年第六屆會議發布的第四號一般意見、一九九七年第十六屆會議發布的第七號一般意見。）和前述重在人民生活行止在何處落腳的決定不受干預的遷徙自由相比，適足居住權在意的是各種居住需求的滿足，就其權利的性質而言，除了防衛國家為降低居住品質的干預的面向外，還有請求國家改善居住品質的受益權面向，而與遷徙自由屬於不同的基本權範疇。此一權利意識在臺灣的發展，特別是在國家推動都市計畫行政多年之後，已相當程度的普及，不僅表現於民間提出的居住權主張，從民國一百年公布實施的住宅法第四十五條已有「居住為基本人權」的宣示，也充分顯示我國公部門對此一理念的確信。尤其當我們肯定財產利益的增加，不當然等同於居住的適足，因此權衡都更涉及的公益和基本權，必須在財產權外找到真正有份量的基本權時，無論如何應該把此一適足居住權放在遷徙自由的前面—如果後者仍要納入考量的話，而不僅以其為國家的義務。本席認為，從合理窮盡列舉基本權的角度來看，把此一適足居住權放在憲法第十五條的生存權範疇，作為生存權的一種次類型，最為妥適，也完全符合其兼具防衛權與受益權內涵的本質，此處即不再贅論。

以財產權和適足居住權的保障作為審查都更制度的憲法基礎，剛好凸顯了這兩種基本權的雙面性，以及國家推動都更的兩

個視角。簡單的說，財產權有其對抗國家的一面，也有其課與國家作為義務的一面（提供合理財產權規範作為制度性保障），適足居住權有其防衛的一面—國家不得把不合其最適生存住居方式的更新事業強加於其身，也有其請求的一面—國家應積極改善或創設有利於人民改善居住環境的條件。而國家立法開放人民推動參與都更，既是為了履行保障人民財產權（排除不動產間相互箝制的困境）及給付人民適足居住的義務，也要避免人民的財產權、居住權受到過度的限制。比起土地徵收制度所涉的基本權限制為單純的兩方關係，都市更新制度必須同時考量基本權的調合、限制與滿足，近年社會矚目的都更爭議多牽涉多方衝突，即足以說明。本院的審查如果不能掌握此一公私關係的複雜性，所為的憲法認定不僅無法兼顧憲法的不同面向，對現行土地法制也會製造不當的餘波效應。這當然又和本件解釋處理的是人民所推動、參與的都更有關，因此還要再討論一下都更的模式選擇，和本院為憲法審查的基本立場。

二、保留都更的模式選擇空間

都市更新是都市發展的理想目標，其更新的方式、範圍與程度可大可小，涉及的財產權、居住權與公共利益也錯綜複雜，因此由誰來推動實施，最有動力與創意，又最能兼顧各方利益，當然不可一概而論。故若從推動實施的主體來分，至少就有私人為主的市場模式，公權力為主的高權模式，與公私混合三種模式。我國現行法制下，以區分所有關係為對象的公寓大廈管理條例，除了形成區分所有人間一般的財產關係外，也包含了以共利互惠為基本理念的小規模更新，可以說是典型的市場模式（依該條例第十三條和第三十一條可知，其整建和維護採四分之三的多數決，重建則原則上依契約原則，例外也採特別多數決）。相對的就是不需得到財產權人同意的土地徵收制度，其區段徵收即為達成大面積更新的強制手段，為高權模式的典型。至於民國八十七年公布的都市更新條例，則兼採高權模式（第九條、第二十三條

第二項、第二十五條、第二十七條、第二十八條等規定可參）與公私混合模式，實際上又以後者為主。

市場模式對財產權、居住權的限制最小，憲法的顧慮自然也最小。從排除不動產間的相互箝制來看，甚至可認為是對財產權、居住權的制度性保障，但協商成本極高，對於公共利益的增進往往也力有未逮，最多只能間接的實現（契約的外部效益）。高權模式協商成本最低，但對財產權、居住權的限制最大也最直接，其憲法基礎為憲法第一百四十三條，公共利益則必須為其最大的考量（土地徵收條例第三條），就都市更新而言，都更條例第一條所揭示的公共利益：「促進都市土地有計畫之再開發利用，復甦都市機能，改善居住環境，增進公共利益」實過於抽象，高權模式要成為憲法容許的選擇，應要求推動都更的機關在每個都更案具體說明其可預期實現的公共利益，並對特別犧牲的承擔者及時給予補償。不過從前面描述的都市更新所涉問題的複雜，即知都更條例會以公私混合模式為其主要制度，殊非偶然。

所謂公私混合，顧名思義就是在推動和實施上讓公權力和財產權人都扮演一定的角色，既使財產權人有機會主動追求其財產權能最大的實現，又可使主管機關的都市更新政策目標以最低成本得到落實，且能確保社區周邊居民的利益也得到照顧。在分工上，可依階段、功能有多種設計，主管機關的角色可以是推動者、實施者或單純把關者（通過事前、事中或事後的審查監督處罰）及引導者（通過政策誘因的給予），當然也可以開放多重選擇，就此立法者應該有高度裁量、並隨社會情況的改變不斷調整的空間，憲法的控制，則應視其混合方式而定，政府的角色越單純，越偏向市場模式者，財產權保障的需要應該越低。反之，政府的角色越重，越偏向高權模式者，財產權的考量也應該越重。違憲審查者既不宜限縮立法者作制度選擇的空間—包括大的模式選擇和公私混合模式內的類型選擇—，也不宜用同一把尺，去衡量不同的立法選擇。

如前所述，現行都更條例同時規定了高權模式和公私混合模式，就本案涉及的後者，依人民啟動都更的環節，該條例又規定了三種途徑，從公權力角色由重而輕分別為：A.在法定的特別情形政府應劃定更新地區（第七條），而得由人民依第十條擬具事業概要。B.就政府得劃定更新地區，由政府劃定更新單元或所有權人依劃定基準自行劃定更新單元，人民擬具事業概要（第十條第一項）。C.就未經政府劃定更新地區，由人民依劃定基準自行劃定更新單元，擬具事業概要（第十一條）。立法者顯然因為這裡公權力涉入的程度不一，在對於都更最關鍵的決定，也就是主管機關所為核定上，對於反映財產權人共同利益(common interest, CI)高低的同意比率，在和公共利益(public interest, PI)兩相權衡時，應有多少權重，便刻意作了不同的設計。第二十二條第一項就ABC三種情形分別規定了三種同意的比率：

A.所有權人超過1/2，所有權面積超過1/2

B.所有權人超過3/5，所有權面積超過2/3

C.所有權人超過2/3，所有權面積超過3/4

因為該條要求都市更新事業的實施者在擬定計畫向主管機關報核前，應先確認更新單元內土地和建物所有權人在人數和所有權面積上都達到一定比率的同意，從而未經同意根本不得報核，但若最終不被核定，同意也是枉然。其規範目的已很清楚：不符合共利(CI)的都更方案，即使有再高的公益(PI)，也無法通過（最多只能另循公權力發動而以徵收的方式實施的高權模式），以此確保財產權人的主導地位。但違反公益的都更方案，即使有百分百的共利，主管機關仍不應許可（財產權人仍得循市場模式進行都更，但此時即無容積率等獎勵），以此確保公共利益的優先考量。ABC三種情形所以會要求高低不同的比率，背後的想法也很清楚：公權力涉入的程度越高，公共利益的權重就應該越重，同意的最低比率（門檻）也可隨之調低。

階段的劃分，顯然也有其深意。誠如理由書中提到的，公私

混合模式的採用，是基於「事實上需要及引入民間活力之政策考量」，其精髓即在於善用人民自利的動機以及豐富的創意，由其主導更新可以溫和而低成本的方式落實都市計畫，國家則只需扮演指導者及監督者的角色。細讀都更條例即知，我國立法者建構的公私混合都更模式就是以「CI:PI」組合的理念去劃分四個階段：所有權人啟動計畫（劃定更新單元）→所有權人（或另委任實施者）在多數同意下擬定計畫→主管機關考量公共利益核定計畫→主管機關監督實施者執行計畫。其考量重點顯然是從CI向PI移動，從自助而他助，儘可能喚起最多所有權人共利互惠的意願，再從公共利益的觀點說服主管機關認可，即可合理期待在執行中獲取政策的獎勵。

本院對於這樣多種選擇並存的都更制度，沒有理由不予尊重，則進一步的憲法控制，也只能從此一理解中去建立審查的標準，本席曾把這樣先對標的規範的規範領域事實基礎有充分掌握，再回頭思考詮釋相關憲法規範內涵的方法，簡稱為「入法憲法解釋」，以與「合憲法律解釋」對應；在兩種解釋方法的表面矛盾，也就是體系與反體系之下，其實彰顯的正是兩種憲法的功能；合憲法律解釋是要法律去貼近憲法的「規範內涵」（憲法的壓抑功能）；入法憲法解釋則是要不經常修正的憲法去貼近與時而轉的法律背後的「事實基礎」（憲法的調適功能），吸納不斷變遷的社會現實，讓作為實存國家秩序與法律規範體系介面的憲法，恰如其分的引導民主法治的運作。其共同意義都不僅在表達第三權對民意的尊重，而更在於證明，監督多數決的司法者確已洞視多數決的精髓。合憲法律解釋既非曲意維護法律的效力，入法的憲法解釋，也只是要讓以憲法來「審判法令」的大法官和以法律來審判個案事實的其他司法者一樣，把規範和其規範對象間的詮釋循環作得更為細膩，只要掌握兩者的界線，入法的憲法解釋就和合憲的法律解釋一樣，會讓大法官的解釋和民主多數決得到更好的調合，不必擔心憲法的規範力因此流失。而本件解釋在

論理上的諸多不洽，可能即在沒有正確掌握法律的深層意義，這樣過於簡化的憲法審查，並不能呈現保障少數人權的細膩，反倒凸顯了司法者反多數決的粗暴。

三、正當行政程序要求的底線

本件解釋分別從限制基本權應符合正當行政程序及比例原則的角度去審查系爭規定，就前者最後得出都更條例第十條第一、二項及第十九條第三項前段都不符合該原則而違反財產權及居住自由的結論，並諭知違憲部分應自「解釋公布之日起一年內檢討修正，逾期未完成者，該部分規定失其效力。」就後者最後得出都更條例第二十二條第一項的同意比率尚未牴觸比例原則，第二十二條之一也以「合憲法律解釋」方法限縮其適用，得出「在此範圍內」尚不違背的結論，都只諭知作檢討改進。不很清楚的是，第十條第二項和第二十二條第一項同為有關所有權人（連同面積計算）同意比率的規定，一以更新事業概要為標的，一以更新事業計畫為標的，為什麼涉及後一階段的比率規定，須作比例原則的審查，前一階段的比率規定，卻只有正當程序的問題？就此容於下節討論比例原則時一起表示淺見，這裡先談正當程序原則。

我國憲法未如美國憲法直接宣示正當法律程序的一般原則，但本院早有多號解釋從程序的正當性進行審查（如釋字第二九四號解釋），自釋字第三八四號解釋開始才首次以憲法第八條第一項為基礎建構剝奪人身自由應遵循的正當法律程序原則，另於釋字第四三六號解釋以憲法第十六條的訴訟權為基礎建構訴訟的正當程序原則，釋字第四八八號解釋課與行政機關訂定必要行政程序規範的義務，釋字第六五二號解釋首次引進德國基本權程序保障功能的理論，建立一般的內涵於基本權的正當程序原則。一直到釋字第六八九號解釋才對此一原則作出概要的闡明：「憲法上正當法律程序原則之內涵，除要求人民權利受侵害或限制時，應有使其獲得救濟之機會與制度，亦要求立法者依據所涉

基本權之種類、限制之強度及範圍、所欲追求之公共利益、決定機關之功能合適性、有無替代程序或各項可能程序成本等因素綜合考量，制定相應之法定程序。」這段論述值得注意的是，第一，此一原則不僅要求立法者制定程序規範，而且指示應符合的最低要求。第二，正當程序不僅涵蓋了救濟程序，且及於各公權力涉及人民基本權時的運作程序。第三，本院釋字第三八四號解釋一度參考美國實務引進的、與比例原則內涵有相當重疊的廣義正當程序概念—所謂「實質正當法律程序」—已被限縮，凡涉及基本權與公共利益權衡的問題都回歸比例原則。第四，正當程序也包含決定機關本身的功能合適性（組織問題）。第五，正當程序的規範形式，尚無嚴格法律保留的要求，所稱有立法義務的「立法者」，應不排除由被授權的行政機關以法規命令訂定程序規範，通常施行細則也承擔主要的程序規範義務。

正當程序原則所生的程序立法義務，因為民國八十八年通過的、具有里程碑意義的行政程序法後，實際上已大幅降低，此一原則上可適用於各種行政程序的法典，依其第一條宣示的立法目的：「使行政行為遵循公正、公開與民主之程序，確保依法行政之原則，以保障人民權益，提高行政效能，增進人民對行政之信賴」，該法針對不同行政行為已經建構了相當細緻的標準程序，使立法者在制定不同行政領域的作用法（及行政部門訂定法規命令）時，只須再斟酌該領域行政的特殊情形，確認有無需要另定比此一標準程序更嚴格的特別規範，或在標準程序外創造更大的彈性，否則就可逕依該法典辦理，並善用行政程序法原已保留的因事制宜彈性去作領域的調適。至此仍不可避免的是執行面上所生的有無違反正當程序的爭議，但法制本身構成正當程序違反的情形，應該已不會太多。此所以在本院有關行政程序的解釋實務中，除涉及人身自由而不能不特別嚴格外（如釋字第五八八號、第七０八號解釋），以不符合正當程序為理由認定行政法規違憲的案例，寧屬非常特別的例外，如排除若干重要程序保障的真調

會條例（釋字第五八五號解釋參照）。對於本件解釋處理的土地法制，從正當行政程序原則切入而認定其規定已有所違背的情形，應屬首例，以相關法律的程序規定隱然已成一定模式看來（比如土地徵收條例第十條，新市鎮開發條例第五條，文化資產保護法第三十三條、第三十四條，產業創新條例第三十三條，農村再生條例第十六條，環境影響評估法第十二條、第十三條，土壤及地下水污染整治法第二十四條等參照），其餘波效應之大實不問可知。

基本權的保障本應與時俱進，在行政程序法制定之後，再從憲法角度繼續提升正當行政程序的要求，並無不可。重要的是，任何違憲審查標準的突破，釋憲者都有升高的闡明義務，本件解釋對於新標準的建立，有沒有盡到闡明的義務？換言之，系爭規定既未排除行政程序法所定的標準程序，只是針對人民推動的都更程序另外增訂規範，究竟有哪些環節少了什麼東西，嚴重到可以從憲法高度認定已不能符合正當行政程序的最低要求，而不只是政策上未盡妥適或技術上不夠精緻而已？套用釋字第六八九號解釋揭示的「正當」內涵加以涵攝，要問的就是：綜合考量系爭規定所涉及的財產權和居住自由（或本席所主張的適足居住權），以及其受到限制的強度及範圍（財產權有償的變動、居住環境的改變，乃至在重建情形暫時的遷離），期待限制所能換取的都市更新，主管其事的直轄市或縣（市）機關的功能合適性，有無替代程序或各項可能程序成本等因素，這些規定的哪一部分已達到不正當的程度？先就第十九條第三項前段的規定來看：「都市更新事業計畫擬定或變更後，送該管直轄市、縣（市）政府都市更新審議委員會審議前，應於各該直轄市、縣（市）政府或鄉（鎮、市）公所公開展覽三十日，並應將公開展覽日期及地點登報周知及舉行公聽會；任何人民或團體得於公開展覽期間內，以書面載明姓名或名稱及地址，向該管直轄市、縣（市）政府提出意見，由該管直轄市、縣（市）政府都市更新審議委員會

予以參考審議。」此部分的程序規定顯然並未排除行政程序法的任何規定，只是本於更新計畫須得到其他所有權人同意及主管機關核定的目的，比行政程序法的一般性規定更為具體而已。行政程序法第一百零二條到第一百零九條有關陳述意見及聽證的規定，全部都可以適用，即使其中有關聽證的舉行原因，第一百零七條本即以「法規明文規定應舉行聽證者」及「行政機關認為有舉行聽證之必要者」兩種情形為限，都更條例既未明文規定應舉行聽證，當然不排除主管機關認有必要而舉行聽證，從而也與行政程序法的規定並不相斥，至於應舉行的所謂公聽會，只是一種未經法律標準化的公開徵求意見程序，其細節可以簡化，當然也可以非常細緻，其用意無非在督促本得視個案情形裁量是否辦理標準化聽證程序的主管機關，「至少」應負舉辦規格較為彈性的公聽會的義務（轉譯為英文，應該都是public hearing）。那麼到底什麼部分，從都更程序的要求來看已可認為達到不正當的程度？

解釋理由書認定違憲的地方有三點，首先，「上開規定及其他相關規定並未要求主管機關應將該計畫相關資訊（含同意參與都市更新事業計畫之私有土地、私有合法建築物之所有權人清冊），對更新單元內申請人以外之其他土地及合法建築物所有權人分別為送達。」其次，「所規定之舉辦公聽會及由利害關係人向主管機關提出意見，亦僅供主管機關參考審議，並非由主管機關以公開方式舉辦聽證，使利害關係人得到場以言詞為意見之陳述及論辯後，斟酌全部聽證紀錄，說明採納及不採納之理由作成核定」，最後，也沒有要求主管機關核定後「連同已核定之都市更新事業計畫，分別送達更新單元內各土地及合法建築物所有權人、他項權利人、囑託限制登記機關及預告登記請求權人。」請注意這三點「未要求」和「並非」，其實都不意味主管機關依系爭規定「不得」，或實務上「均未」，而只是該條文以及依條例授權訂定的施行細則都未見明文要求而已（事實上細則第六、七條

已就公聽程序對該條作了重要補充)。理由書並未揭露如何依前揭各因素為綜合考量而可推論出憲法有如此強烈的立法強制(Gebot),以其潛在影響之大,當然值得特別留意。本席認為,正因為都市更新對於都市發展,和財產權、居住權的實現,都有深遠的影響,而對於少數人的財產權、居住權也可能造成重大的限制,本院要從實體的比例原則觀點去作一般性的指引或設限,輕重之間實在不易拿捏,才寧可在程序上去求全,期待通過更充分的告知參與,更周延的準備審議,更透明的決策論證以及更完整的紀錄課責,能使每個都更案的決定都能獲得更高的正當性。若從此一都更管制上的憲法價值取捨(揚程序而抑實體)來看,本席認為該條被認定正當程序的保障不足而已構成違憲,對於立法和行政裁量的雙重限縮—一律從「得」變成「應」,縱有些許過度,仍可勉予支持。

但這是就都更到了關鍵核定階段的程序而言,對於起始階段的程序,也就是系爭規定中的第十條第一、二項的規定,用同樣嚴苛的標準認定未達到憲法要求,本席就真的難以苟同了。本院對於都更的進行,要不要在主管機關決定前分設階段,分幾個階段,各有何種功能目的,本來就應該尊重立法者的裁量,憲法審查的重點,不能不放在主管機關作關鍵決定的環節,計畫提出前的程序是否合理有效,當然需要立法者通過實務的試誤不斷調整,但正因人民的基本權尚未受到實質的限制,司法者的違憲審查即只能限於有無明顯不當的瑕疵,否則即屬過度的干預,道理十分清楚。都更條例設計的公私混合模式,是為了引進民間活力,而按共利和公益的組合,分階段調整公私主體的角色功能,已如前述。從憲法觀點所做的程序管制,在以所有權人基於實現財產權、居住權的自利動機而尋求與其他所有權人的共利階段,何以也要和以國家高權為主軸做關鍵性決定的階段一樣的全面上綱上線,理由書完全語焉不詳,本席如果不在這裡表明反對的理由,以待大法官同仁未來用更嚴肅的態度來重新思考正當程序

原則的審查，其不當效應將如何擴散，即非愚之明所能逆睹了。

理由書就此倒不是全未意識到區隔處理的必要，因此才會指出「應按主管機關之審查事項、處分之內容與效力、權利限制程度等之不同，規定應踐行之正當行政程序」，但針對第十條由部分所有權人啟動都更程序到主管機關核准更新事業概要的起始階段，理由書實際使用的審查標準，絕對不是低度的要求。謂予不信，可以看看第十條第一項說了什麼：「經劃定應實施更新之地區，其土地及合法建築物所有權人得就主管機關劃定之更新單元，或依所定更新單元劃定基準自行劃定更新單元，舉辦公聽會，擬具事業概要，連同公聽會紀錄申請當地直轄市、縣（市）主管機關核准，自行組織更新團體實施該地區之都市更新事業或委託都市更新事業機構為實施者實施之。」就此另有施行細則的補充，包括第六條：「依本條例第十條第一項、第十九條第二項及第三項規定舉辦公聽會時，應邀請有關機關、學者專家及當地居民代表參加，並通知更新單元內土地、合法建築物所有權人及其他權利關係人參加。前項公聽會之日期及地點，於十日前刊登當地政府公報或新聞紙三日，並張貼於當地村（里）辦公處之公告牌。」及第七條：「公聽會程序之進行，應公開以言詞為之。」再看本件解釋認為第十條第一項違反正當程序的理由：「雖有申請人或實施者應舉辦公聽會之規定，惟尚不足以保障利害關係人適時向主管機關陳述意見，以主張或維護其權利。上開規定及其他相關規定並未要求主管機關應設置適當組織以審議都市更新事業概要，且未確保利害關係人知悉相關資訊可能性」。

如前所述，這個階段要做的，其實只是讓少數起心動念的所有權人，像任何想要展開交易的人一樣，可以通過更新單元的劃定，選定未來協商合作的對象，並通過公聽會的舉辦和事業概要的擬具，向主管機關表明推動都更的意願和可能性，主管機關即可據此作成第一道的把關決定：要不要放行。此一階段就到主管機關核准為止，核准，申請人即取得擬訂計畫之權，否准，此一

都更的構想就此打消，因此有初步篩選、避免計畫提出過於浮濫的功能。核准後確定的只有更新範圍和更新事業概要，具體的計畫才剛要開始擬定，同時以互惠共利進行說服。核准以前，具體的計畫既未成形，固然不對任何人發生任何計畫的效力，即使得到核准，作為一種單純賦權性質的處分，連申請人也不因此負有任何作為或不作為義務，被劃入更新單元的所有權人當然更不會受到任何拘束，或對未來的計畫有任何同意的義務，就和被要約的交易相對人在承諾前仍保有百分之百的締約自由一樣，申請人取得展開協商、擬定計畫內容的權利，只是比一般契約要約的提出多一道管制而已，預設的被協商者仍保有百分百的同意與否決定權（至於最後計畫的核定不需要像契約一樣得到每個所有人的同意，則是另一回事）。實施者要想達成更新的目的，仍需一票一票的尋求支持，此所以第十九條第二項、第三項，在計畫提送核定前，再度要求實施者先為計畫的擬定開公聽會，再為計畫的行銷公開展覽並辦公聽會，可說一而再、再而三的溝通。足見第十條規定的程序，就是提案管制程序，沒有任何多一點的功能或效力。民國九十七年一月十六日增訂的第十條第二項後段現行文字，其實已可充分說明此一階段在都更程序中的高度可替代性：「其同意比例已達第二十二條規定者，得免擬具都市更新事業概要，並依第十五條及第十九條規定，逕行擬具都市更新事業計畫辦理。」也就是說，在更新構想已經通過高比例的同意足以證明所有權人間確有高度共利時，此一前置的提案管制即完全多餘，而可直接跳到計畫擬定的下一階段。

對於這樣單純而有彈性的管制程序，都更條例要求申請人舉辦公聽會、擬具事業概要，施行細則還要求為應有的邀請和通知，並公開進行對話，到底還有什麼不夠正當之處？解釋理由書指摘的三點不足：第一，「尚不足以保障利害關係人適時向主管機關陳述意見，以主張或維護其權利」，第二，「未要求主管機關應設置適當組織以審議都市更新事業概要」，和第三，「未確保利

害關係人知悉相關資訊可能性」，在本席看來，都明顯誤解乃至扭曲了立法者設計此一階段的功能，以及核准管制的效力。第一，在這個階段還沒有任何人的財產權或居住權受到任何限制，非處分相對人的第三人並沒有可直接訴諸憲法的陳述意見權，至於及早讓主管機關聽到利害關係人的意見的期待，細則要求邀請「有關機關」參加的規定，已可滿足。第二，此一階段的管制，審查的標的只有申請人（意願和能力）、更新範圍及事業概要，計畫既未成形，有沒有必要在既有行政體系外另設置組織來審議，主要應考量的就是釋字第六八九號解釋特別指出的「功能適合性」和「程序成本」，但正因為還無涉困難的專業判斷或複雜的利害關係，這兩個問題當然應由立法者乃至行政部門自己作成決定，本院如果連這樣的細節都要強行介入，是否符合憲法的分權，本件解釋又想釋放什麼信號，正當程序原則的利劍還會揮到哪裡？第三，利害關係人的資訊取得，到底要確保到什麼程度，第十九條第三項前段把法律規定的發信主義（「通知」）從憲法觀點提高到到達主義（「送達」），本席已經認為對立法裁量有點干預過度，但該條處理的畢竟是都更案的關鍵決定。對於還不致影響其他所有權人利益的起始階段，這樣的強制絕對是明顯過度了。

提案人基於己利的付出，包括時間和金錢，若無法凝聚共利乃至創造公益時，只能自己承擔，只有當提出計畫並經核定後，可由利益共享的所有權利人來分攤實施的成本（都更條例第二十六條第一項、第三十條第一項規定參照），這種成本分配的方式已經可以起到節制浮濫的作用，本院又是根據什麼理論或實務，認定必須在此一階段作這樣的干預。以都市更新需求最高的臺北市而言，據臺北市都市更新處到本院所做說明，從民國八十九年到一０二年二月底為止，共核准事業概要五百六十一案，其中只有二百二十三案續送計畫，最後核定一百五十件。換言之，除了一定件數因合法性或可行性問題先已否准而不得進入擬訂計畫

階段外，在經核准進入擬訂計畫階段的案件中，還有一半以上因無法得到足夠認同而中止，在本席看來，這項統計已經可以說明不同階段的劃分尚未流於形式，至少不到可以合理化本院從憲法觀點強制行政、立法部門朝一定方向調整的程度。至於行政、立法部門基於實務認有進一步在某一環節加以調整的必要，比如行政院於一百零一年十二月七日提送立法院的修正草案第二十九條，把事業概要的審議也納入都市更新審議委員會的審議範圍，本院自當尊重，這也正是司法審查保留足夠決策及執行的試誤空間，可貴之處。如果只要立法者修法，本院就忙著跟進上修憲法的底線，反而會不當限縮了未來立法者放寬管制的裁量空間。

最後，本件解釋對於違反正當程序原則的條項都以定期失效的方式，宣告自「解釋公布之日起一年內檢討修正，逾期未完成者，該部分規定失其效力。」在解釋效力的宣示上恐怕也有不小的問題，簡言之，對於侵害基本權的規範，本以除去其效力為原則，只有在立即除去將嚴重危害法秩序，或造成規範漏洞（司法者無法越俎代庖）的情形，得以諭知修法而使違憲法律得於一定期限內為合憲的調整，期限屆滿，即自動失效。此一行之有年的制度其實隱含了違憲規範為侵害基本權規範的前提，故在解釋時的兩「害」相權下暫時保留其效力，等到期限屆滿，行政、立法部門仍遲延未排除其效力，不啻更增加了對憲政秩序的危害，故令其屆期失效，仍為合理的兩害相權取其輕。一旦涉及違憲的不是積極侵害基本權的規範，而是保護基本權的規範，或者在受益權的情形，碰到的是實現基本權的給付規範，其違憲不是如侵害規範的違反過度禁止(Übermaßverbot)，剛好相反，此時認定的是保護或給付的不足(Untermaßverbot)。在前一情形，違憲的標的就是侵害規範本身，在後一情形，真正違憲的不是提供不足保護或給付的規範，而是應增訂而未增訂填補不足規範的「不作為」本身，此時宣告該規範屆期失效，不但未消除違憲的狀態，反而是雪上加霜，使因不足而違憲的問題變得更嚴重，這種違憲宣告之

不可取，已十分清楚。

本院在釋字第七〇七號解釋實際上即面臨此一困境。本席在所提協同意見書已經指出，而特別籲請行政、立法部門「基於提昇我國民主憲政的共同理念，應該會在特別寬容的三年期限內完成法制的補強，不至於造成因空窗而無法給付，或行政部門被迫再度以行政命令補救的危急情境。」如果認知這種不作為的違憲，其實已觸及司法審查的制度極限，很難想像，如果立法院三年後仍未完成教師薪制的法律化時，行政部門除了再度甘冒違憲之責訂定發放薪資的命令外，還有何路可走。回頭看本件解釋涉及的正當程序原則，標的規範的性質為何，還不能一概而論，有屬於侵權規範者，如釋字第三九二號解釋認定偵查中的羈押應由法官決定而非檢察官，但大多情形應該都是保護規範，也就是認為相關法制未提供足夠的正當程序保護，因此真正違憲的不是既有的程序規範，而是不作為本身，比較適合的宣告方式，或者僅到認定違憲，而要求儘速檢討修正，或者進一步諭知應於一定期限內完成修正，而不作該規定屆期失效的宣告，使負有修正義務的行政、立法部門得受各界監督，但仍可保全該保護規範的效力。道理很簡單，真正違憲的本來就不是該規範。否則就像老師為了學生缺課，處罰到課的學生，寧有是理？

四、同意比率的比例原則審查

本件解釋另從比例原則，認定都市更新條例第二十二條第一項及第二十二條之一尚不違憲，兩者都和更新單元所有權人對事業計畫同意的比率有關。由於憲法第二十三條的比例原則是用來檢驗和權衡基本權所受的限制及其所要實現的公共利益，因此同意比率的規定是否限制了財產權和居住權，誰的財產權和居住權，便須先作釐清。從此延伸，可能還需要給個說法的是，如果確有基本權因同意比率的規定而受到限制，為什麼第十條第二項的同意比率規定又不受比例原則的審查，反而從正當程序原則去審查。如前所述，釋字第三八四號解釋以後，正當程序原則在本

院的解釋下已經不再涵蓋「實質正當」的內涵，以與比例原則區隔，本件解釋難道又要打破兩原則的楚河漢界？最後，同意比率到底要多高或多低，才符合比例原則，如何從憲法推導出這樣的最低比率？

市場模式的都市更新完全建立在契約的基礎上，也就是通過互惠共利的決定，完成都市更新，使每個所有權人的財產權和居住權都能依其意願得到落實，即使法律例外採特別多數決替代全體同意的契約，比如公寓大廈管理條例對於不到重建程度的更新—整建、維護—便是採四分之三決（第十三條、第三十一條參照），也因為有其財產權理論的依據，解釋上不能認為是對反對所有權人的財產權限制，而毋寧更像民法有關共有物管理的規定（第八百二十條），只是財產權的形成規範，已如上述。反之，以實現都市發展的公共利益為其主要目的的高權模式，因為是以公權力的意志強加於基本權人的身上，因此不論實際同意的有多少人，都構成相關財產權和居住權的限制，也很清楚。定性比較複雜的，是公私混合模式，因為公權力和私人都積極參與，自利的主觀動機，共利的客觀利益，再加上公權力的監督和獎勵引導，最後形成能同時實現公共利益的計畫，因此整個更新事業都具有雙面性，對於基本權而言，既是限制也是實現，任何單面的論述都很難在說理上前後一貫。在此一模式下，同意比率確實具有調合共利和公益的規範功能，也已經在前面第二節有所說明。至少就核定計畫的階段而言，同意比率的規定因為使公權力可以通過比契約（市場模式）更容易的方式推動都市更新，這部分公共利益的加權顯然是以壓抑少數人意志為代價，即使和單純公權力的決定（高權模式）比起來強制性要小很多，仍可構成基本權的限制，同意比率可高可低，其為限制則一。

至於構成基本權限制的同意比率規定，憲法上到底該用什麼原則審查，仍然要看同意比率規定的本質，究為單純程序規範，從而應受正當程序原則的審查，還是已涉實體的價值利益權衡，

而應受比例原則審查？其定性似乎又在兩者之間。和一般比例原則適用的情形相比，如釋字第五八四號解釋涉及的營業管制，同意比率尚未「直接」觸及基本權和公益間的衝突和權衡，但同意比率作為主管機關行使核准或核定管制權、開始行政程序的要件，其比率的高低間接反映了立法者讓公共利益納入考量的權重，因此已經不是單純的程序規範，一如凸顯參與、資訊、組織、公開等憲法重視的程序價值，而在實體評價上保持中性的程序規範—前面討論的第十條第一項和第十九條第三項前段，無疑都可歸類於此。同意比率的規定直接分配共利和公益在決策上的權重，間接也已對相關基本權和公共利益作了某種實體的價值判斷。從這個角度看，本件解釋用比例原則來審查第二十二條第一項與第二十二條之一，在方法上是合理的，但同樣屬於同意比率的第十條第二項，卻不附理由的只用正當程序原則來審查，就令人費解了。第十條第二項與第二十二條第一項的同意比率規定，是公私混合模式刻意區分的兩個階段的兩種管制，其階段功能固然有別，但如果同樣用來調合共利和公益，卻分別用兩種基本權保障原則去審查，恐怕就要給個說法了。

基於本席對這個制度的理解，第十條所規定的都更起始階段，以核准或否准為結束，其功能實為具有高度可替代性的提案管制，而與最終的針對更新事業計畫內容的管制不同，同意比率在計畫核定階段所反映的公益和少數反對者基本權的相抵(trade-off)，在提案管制階段確實還不存在—所有權人不積極同意申請人的劃入更新單元及其事業概要，還不代表對未來計畫內容的反對，在絕大多數的情況下，不積極同意應該只是對尚不具體的更新消極觀望。但即使如此，不表示第十條的同意比率規定不會構成任何基本權的限制。從都更條例的公私混合模式沿著自利→共利→公益的思維劃分階段來看，應可認為所有權人得從劃定更新單元和擬具事業概要啟動都更程序，正是對財產權的制度性保障，以及基於人民的適足居住權賦予所有權人對國家提出改善

居住環境的請求權。果如此，則法律要求提出申請或表示同意的人數只要超過一人，即屬財產權和適足居住權的限制，而有通過目的合理、手段必要、合目的以及合比例審查的必要。第十條第二項的規定：「前項之申請應經該更新單元範圍內土地及合法建築物所有權人均超過十分之一，並其所有土地總面積及合法建築物總樓地板面積均超過十分之一之同意。」目的顯然在引導推動者先完成初步的意見交換，避免過於浮濫的更新概要提案，一如公寓大廈管理條例第二十五條對於召開臨時區分所有權人會議的五分之一門檻，其限制的背後確實已有代表性、可行性，乃至程序經濟的公共利益考量。足見第十條和第二十二條規定的同意比率雖有明顯不同的階段功能，但都反映了基本權和公共利益的權衡，因此已經不是單純的程序規範，而必須受到比例原則的審查。本件解釋捨比例原則，而只用正當程序原則來審查第十條第二項規定的同意比率，即無法自圓其說。

但真正令人憂心忡忡的，還不是審查基礎的選擇在方法上的不一致，而在解釋理由書如何作出第十條第二項違反正當行政程序的認定：「依其規定，申請核准都市更新事業概要之同意比率，不論土地或合法建築物所有權人，或其所有土地總面積或合法建築物總樓地板面積，僅均超過十分之一即得提出合法申請，其規定之同意比率太低，形成同一更新單元內少數人申請之情形，引發居民參與意願及代表性不足之質疑，且因提出申請前溝通協調之不足，易使居民顧慮其權利可能被侵害，而陷於價值對立與權利衝突，尤其於多數人不願參與都市更新之情形，僅因少數人之申請即應進行行政程序（行政程序法第三十四條但書規定參照），將使多數人被迫參與都市更新程序，而面臨財產權與居住自由被侵害之危險。則此等同意比率太低之規定，尚難與尊重多數、擴大參與之民主精神相符，顯未盡國家保護人民財產權與居住自由之憲法上義務，即不符憲法要求之正當行政程序，亦有違於憲法保障人民財產權與居住自由之意旨。」

其中關於核准決定可能危害未參與者的財產權與居住自由的論證謬誤，前節在討論第十條第一項時已有說明，即不再贅述。至於以同意比率太低引發質疑、困惑、顧慮和衝突，描述該規定在實作上呈現的面貌，應該只是一種法事實的調查，還不足以作為認定違憲的理由，這個調查是否符合真實，固不得而知，至少從主管機關到本院的說明，及前揭行政院所提修正草案第二十條的說明理由來看，應該只反映了一部分的事實，修正草案考慮的面顯然更廣，才會在修正該條時先把提案的所有權人改成都市更新事業機構或都市更新會，再把同意比率從十分之一提高到十分之三，但如都市更新事業機構或更新單元內土地及合法建築物所有權人數未達七人時，就再提高到超過二分之一。行政部門從執行面觀察，顯然也認為此一門檻已有上修的必要，提高到十分之三的理由是「增加事業概要之代表性及可行性」，而非任何憲法的理由，更沒有任何落實多數決的念頭，代表性和可行性都是政策觀點的考量，反而印證了司法違憲審查必須保留決策空間的道理。那麼本院認定現行同意比率規定違憲的憲法理由究竟為何？因為從本段十分隱晦、間接的文字看來，即使提高到十分之三（另外有條件的提高到過半），似乎仍然構成「因少數人之申請即應進行行政程序」、「多數人被迫參與」而「面臨財產權與居住自由被侵害之危險」，同樣難逃「尚難與尊重多數、擴大參與之民主精神相符，顯未盡國家保護人民財產權與居住自由之憲法上義務，即不符憲法要求之正當行政程序，亦有違於憲法保障人民財產權與居住自由之意旨」的指責，解釋的意旨是否真的就是以超過二分之一為符合正當行政程序的底線，不說清楚，要行政、立法部門何去何從？

整個看起來，違憲的理由應該就是「尊重多數、擴大參與」這八個字，但容本席冒昧的說，這也是通篇解釋離題最遠的論斷，如不導正，後遺症難以收拾。乍看之下，把民主精神納入正當行政程序的內涵，似乎沒有什麼不妥，行政程序法第一條就特

別強調民主的程序原則。但在行政處分限制基本權的脈絡下談尊重多數的民主精神，至少有兩點不通。首先，在依法行政的核心原則之下，行政權民主正當性的建立基本上還是有賴於行政所依的法，換言之，立法決定必須符合多數、民意、分權、責任等要求，到了中下游的行政，所指的最多就是參與、審議、開放、尊重等等的民主「精神」了。行政行為中，以不特定多數人為對象的中游行政，包括行政命令、行政計畫等，這部分的要求又特別高。到了下游的行政處分、行政契約、行政指導等，主要的對象縮小為相對人和利害關係人，在絕大多數情形已經脫離「公共」的領域，連民主精神可以談的都非常有限了。其次，本解釋處理的第十條第二項，所涉程序固然屬於有高度公共利益外溢的行政處分，但處分的標的畢竟是特定人的主觀財產權、居住權，就這樣的決定如果也可以用尊重多數的民主精神來合理化，一不小心就會駛入當代（或已可限於二十世紀）最敏感的意識型態戰場。現在還認為國家對個別財產權的處分要遵守民主原則的，大概只剩社會主義一家了，但在市場經濟體制近於大一統的今天，這種「經濟民主」的談法也僅限縮於有一定社會意義的企業，也就是打破財產權原則的「勞資共決」(Mitbestimmung, co-determination)主張（馬克斯主義者主張的經濟民主本有三個層次，廠場層次的勞資共決問題從來不大，公部門決策的勞資共決，則已經乏人問津，因此主要的爭議即在企業層次的勞資共決）。本件解釋當然無關勞資共決，但「你我各自的財產，按多數決大家一起來決定才叫民主」，其觀念的突兀是一樣的。若說「尊重多數」不是這個意思，又要怎麼解釋？

本席所知有限，就限制財產權能想得到的民主多數決觀點，就只此一家了。如果不採此說，都更案的同意比率，不論在第十條的提出構想階段，還是第二十二條的決定計畫階段，都很難想像如何與民主多數決作任何連結。如前所述，高權模式的都更，完全不需要多數決，它的憲法正當性就建立於更高的公共利益與

特別犧牲的補償（包含補償金、抵價地等）上。反之，市場模式的都更，原則上應依所有權人全體同意的契約原則（只在有限範圍內基於財產權的理論例外允許特別多數決，但與公共事務的民主多數決全然無涉）。都更制度中的同意比率只見於介於前二者之間的公私混合模式，是以同意比率作為發動公權力的前提要件，其性質和高權模式一樣，對少數不同意者仍構成財產權和居住權的限制，因此憲法上的正當性，也和任何基本權的限制一樣，建立於公益和基本權的權衡上，這時當然只能用比例原則來審查，問的是憲法可容許的最低比率為何，而不是誰多誰少，少數必須尊重多數。最低比率如果是過半，不代表對多數的尊重；最低比率也可能低於半數仍符合比例，同樣不發生不尊重多數的問題。總之，在限制基本權的脈絡中去談民主原則，根本就是高度危險的理論錯亂。然而解釋理由書不僅在審查第十條第二項時據此觀點認定違憲，到了後面審查第二十二條第一項時，雖以比例原則為審查基礎，但在認定「其目的洵屬正當，且以一定比率之同意規定亦可達成上述立法目的」後，又特別指出「上開規定之同意比率均已過半，並無少數人申請之情形」，且在審查收尾時再帶上一筆：「自未違反憲法上比例原則，亦無違於憲法要求之正當行政程序」，民主和人權這兩個重要議題在觀念上的夾纏，看來是沒完沒了了。但依本席確信這應該只是面對複雜憲政議題偶然出現在解釋理由書中的無厘頭論述，除了遺忘，大概別無他法。

最後，比例原則的審查，關鍵在於標準的寬嚴。依本院實務累積的決定因素，至少應該包括涉及的基本權，其規範的領域，及其限制的強度。以第十條第二項而言，正因為還不到決定計畫的階段，沒有任何人的基本權會因為主管機關核准事業概要而受到限制，而其作為提案管制的程序，本來即有高度的可替代性，僅此即知其審查應採最寬鬆的標準，也就是除非同意比率的規定有明顯不必要、不合目的或不合比例的情形，否則就應該尊重立

法者的裁量。而且如前所述，此處同意比率限制的是申請人的財產權和居住權，比率越高，得以提出計畫的機會越小，因此限制反而越大，需要更多的公共利益來合理化，此所以行政院的修正草案從十分之一增加到十分之三，必須強調是為了提高事業概要的代表性和可行性，才比較能合理化。但即使沒有充分的理由，逕把同意比率拉高到過半，而使此一階段必須投入的成本已與第二階段無異，致其階段的分隔無太大意義，在本席看來，也只有立法政策或技術妥當性的問題，而還不到限制過度、違反比例原則的程度，因為這裡涉及的畢竟只是提案的管制，妥當與否，本應保留最大的立法裁量空間。

到了計畫決定階段，不論有關主管機關為核定前提的同意比率（第二十二條），或該同意比率在碰到重大災變時計算基礎的特別處理（第二十二條之一），憲法可容許的最低比率為何，同樣要從受限制的基本權與相關公共利益這兩項因素去建構。由於計畫的核定即可決定更新單元內所有權人和居住權人的命運，此時同意比率限制的即是不同意者的財產權和居住權，比率越低，公權力核定管制程序的開始越容易，限制當然越大，主管機關准否的考量也有越高納入公共利益的空間，但相對的，主管機關為核定時也負有越高證立公共利益的義務。比率越高，因不同意而受到強制的機會就越小，對主管機關而言，公共利益納入的空間變得較小，給付各種獎勵誘因的正當性也隨之降低，但證立公共利益的義務相對變輕，嗣後執行的阻力也會降低。足見對財產權人和追求都市更新政策目標達成的公部門而言，同意比率的高低都是利弊參半。對司法審查者而言，主要的問題還是：這樣介於市場模式和高權模式之間的公私混合模式，本來就有執兩用中，左右逢源的想法，憲法的審查究應保留多大的立法裁量、摸索試誤的空間？一方面因為涉及的不只是財產權，依本席淺見還要加上生存權性質的適足居住權，份量不可謂不重，且其處分對於基本權限制的強度甚高，審查的標準自然要比第十條為嚴，另一方

面，在基本權價值體系上畢竟和人身自由、言論自由、宗教自由等僅有低度可替代性（可補償性）者不同，因此比較適合的應該是中度標準，換言之，儘管循情度理，同意比率高低的設定決策者自會隨其利弊的顯現趨吉避凶，無須作過多的干預，但畢竟涉及重要基本權的高度限制，其調整彈性不能沒有一定的限度。因此本席較傾向於即以所有權人和所有權的半數為其底線，開放立法者在底線之上去作選擇，並應作合理的區分，包括現行法依更新事業計畫的形成公權力影響程度所做的區分（都更條例第二十二條第一項），及解釋理由書諭知檢討改進的、進一步因不同更新方式—重建、整建和維護—而設定不同的同意比率。以此來看系爭規定，應可得出合憲的結論，就此部分本席也對本件解釋敬表贊同。

都市更新是現代國家無可迴避的任務，依憲法第一百四十二條宣示的民生主義，應該也是憲法課予國家增進人民福利義務的一部分。臺灣都市的迅速老化，僅以首善之區的臺北市為例，一半以上的房屋屋齡都已超過三十年，因此推動都市更新更有一定的迫切性。但因為更新很難避免對人民的財產權、適足居住權造成重大的限制，政府又必須盡最大的可能，以不同的方式來逐步達成更新的目的，本院則在人民基本權的保障上責無旁貸。但正因這裡同時涉及基本權間的調合而形成複雜的多面關係，司法審查不僅要深入瞭解都更制度的精髓，更要保留足夠的立法裁量空間，使決策部門審時度勢，仍得不斷調整改進，並就其成敗負起應負的政治責任。司法者如果僅憑不成熟的法理即指東道西，名為保障人權，實際上只會扭曲憲法上的分權，堵塞改革之門。本席心所謂危，不能不提一部不同意見如上。

部分不同意見書　　大法官　陳新民

鄰人的自由意志就像他的呼吸與身體一樣，對我的自由意志是無關緊要的。雖然我們都是為彼此而生，但我們彼此的支配力量都有各

自的功能，否則鄰人的惡即會造成對我的傷害。這不是上帝的意願，因為上帝不會讓我因他們而遭到不幸。

羅馬帝國皇帝・馬可奧理略・《沈思錄》

本席唯一贊成本號解釋多數意見之處，在於宣告依據現行都市更新條例（以下簡稱本條例）第十條第二項，僅需更新單元範圍內土地及合法建築物所有權人，與土地及建築物面積均超過十分之一時，即可申請主管機關核准都市更新事業概要之規定，形成代表性不足，而會導致侵犯憲法正當法律與行政程序而無效。本席贊成此結論，但認為多數意見不應捨棄運用比例原則作為侵犯人民財產權、居住自由與安寧之依據，反而創設出「憲法正當行政程序」的概念，又未賦予其周詳的內涵，且操作上甚至將此概念與比例原則造成互斥的後果。這種立論將益使本號解釋的理論體系混亂不一，不免引起學界更多的爭議。

此外，多數意見對於本條例第二十二條第一項認定都市更新事業計畫同意的所有權人的比率，並不違反比例原則；以及本條例第二十二條之一，在同一建築基地上有數棟（幢）建築物，僅有部分毀損而辦理都更時，許可僅就該部分進行都更之規定，並不違憲。本席均歉難贊成。

由本號解釋已經呈現出我國現行的都更法制，不無倉促、粗糙立法之嫌。將本應由國家承擔的都更任務，開放由民間自行承擔，致使個別的部分住戶必須獨自與有計畫、有實力的營利機構周旋，容易致使部分個別住戶之居住自由與財產權遭到侵犯，國家理應承擔起確保這些社會弱勢族群權益的責任。

本席不贊同現行法制未區分三種都更的類型，對人民財產權與居住自由造成三種程度不一的侵犯，同時建築標的是否達到都更的必要性，也應當建立由公權力鑑定的分級制度，從而應有不同的同意門檻及程序之設計。因此應強調都更的個案性判斷，同時亦應引入例如「強制分割」等的最少侵害制度，方可符合憲法比例原則的要求。

鑒於我國不少都市建築乃興建於經濟起飛階段的三、四十年前，

都已達到了必須更新的階段。但這一棟棟看似老舊的樓房，一磚一瓦卻都是國民胼手胝足、節衣縮食累積下的心血。試問：誰人不想入住寬敞舒適的住宅？少數不願意都更者，恐非全係貪婪之釘子戶矣，抱持「居陋巷，回也不改其樂」的安貧思想者，諒亦有之。但最多的，恐係「不信任」矣！一個妥善的都更法制，便是一方面要平衡少數利己的本位主義者，另一方面也要抑制不肖人士，假借都更之名，來攫取弱勢族群的財產利益。

本號解釋既然暴露出現行法制的危機重重，當已觸動了我國必須通盤檢討都更法制的神經線。本席本於釋憲職責，亦不忍弱勢國民棲身之所可能遭到侵害，爰以一思之得，草成淺見於後，俾為我國日後修正都更法制之參考。

壹、法益保障的問題

本號解釋主要是涉及到人民財產權與居住自由是否遭到侵犯，也涉及到了都更法制有無滿足憲法的公共利益，從而可剝奪或限制人民財產與居住基本權之問題。應以憲法的高度來探究之。

一、財產權的侵犯

按憲法第十五條保障人民之財產權，乃保障人民對財產標的擁有自由的依其意志加以使用、處分之權利。這是憲法財產權「制度性保障」(針對立法者所為的財產立法應有的界限）之表現，即所有權人對財產標的擁有「私使用性」(Privatnützigkeit des Eigentums)（註一）原則。這個財產標的的保障，乃是一種所謂的「現狀保障」(Zustandsgarantie)，不論財產標的現狀的社會價值之高低、美學上的評價、左鄰右舍的觀感……，只要不違反重大公共利益，立法者便不具侵犯的憲法理由。

都更法制許可他人在滿足一定的法定要件下，藉著都更之名，強制其他財產權人「變更」財產權的現狀—由維修、整建及重建財產標的，甚至可以強制讓售其財產權，明顯的

已經侵犯了該財產權人的「現狀保障」，也屬於典型的財產權之侵犯行為。

故在法益的保障上，只有不願都更者的財產權不論是輕微的（維修）或是最嚴重的（重建及強制讓售）侵害都會造成財產權受到侵犯，應獲得憲法的重視；至於天平另一方主張都更者的財產權，則並無受到侵犯的問題。

由財產權有無受到強制拘束來看，此傾斜一方的法益衡量現象，應在斟酌都更法制是否合憲的判斷上，予以特別注意。

二、居住自由的侵犯

本案涉及的第二個人民法益乃是居住自由的法益是否受到侵犯的問題。憲法第十條規定人民擁有居住與遷徙之自由。此為古典的人權，既保障人民擁有選擇居住地之自由，也可衍生出人民擁有隱私權之自由（釋字第四四三號解釋）。故憲法的人民居住自由，可以包括了「居住安寧權」－保障人民可以享有一個安寧的居住空間、可以避免來自公權力或他人的干擾。

這個「居住安寧權」，雖然具有防衛權的色彩，不僅僅防衛了來自於公權力侵害，對於來自於私權力的侵犯－例如人民受到犯罪行為的侵擾，要求公權力來防衛之。私權力亦可能基於私法行為，例如基於契約而產生，即有可能援引憲法基本人權的「對第三者效力」理論，來制止之—例如房東可否在租賃契約上約定其有隨時進入租賃房舍的權利(註二)？

本席唯一贊成多數意見之處－認定依本條例第十條第一項，許可僅需十分之一住戶的同意，即可以進行都更計畫的啟動程序為違憲。雖云此程序的啟動，尚不至於立刻造成其他住戶財產權利更動的後果，但其他住戶對此涉及其財產狀況變動的程序，已經無法漠然視之。因為只要發動者遂行一定的程序：擬訂更新計畫、爭取到一定比例的住戶的支持、

獲得政府都市更新計畫的審議後，便可獲得政府的核定而實施。

在此程序啟動後，不願都更的住戶必須忍受計畫實施者可進入其土地或建築物內實施調查或測量之行為（本條例第二十九條第二項）、實施者持續的協商、遊說行為……，再再都是干擾到其原本安寧的居住生活。更無庸提及最終可能遭受到的強制讓售其財產，或遭到強制拆除其建築物之嚴重侵犯。

此和民法之他人之要約截然不同，如果本人不願意締約而置之不理時，他人無法經過一定程序後，主張該不作為可以產生拘束本人的契約義務。但在都更計畫啟動後，不同意者的漠視，最終卻會造成其權利的侵害。故都更計畫的發動已將全部住戶的利益綁在一起，難謂不至於對不願意都更者居住安寧權造成巨大的衝擊矣。

因此現行法制許可極少數人（十分之一），即可以強制絕大多數人參與都更程序，讓絕大多數人的居住安寧遭到侵害，已經侵犯了比例原則。且如果該都更標的尚未達到必須立刻進行都更的程度時（下文將仔細論及），更足使此項規定喪失公益性及合憲性也。

為此本號解釋多數意見（解釋理由書第六段），舉出了「民主精神原則」，認為：「……僅均超過十分之一即得提出合法申請，其規定之同意比率太低，形成同一更新單元內少數人申請之情形，引發居民參與意願及代表性不足之質疑，且因提出申請前溝通協調之不足，易使居民顧慮其權利可能被侵害，而陷於價值對立與權利衝突，尤其於多數人不願參與都市更新之情形，僅因少數人之申請即應進行行政程序（行政程序法第三十四條但書規定參照），將使多數人被迫參與都市更新程序，而面臨財產權與居住自由被侵害之危險。則此等同意比率太低之規定，尚難與尊重多數、擴大參與之民主

精神相符，顯未盡國家保護人民財產權與居住自由之憲法上義務，即不符憲法要求之正當行政程序，亦有違於憲法保障人民財產權與居住自由之意旨」。

本號解釋多數意見雖然提出了「同意比率太低」的質疑，但留下疑問：到底申請門檻為何？大法官雖然語焉不詳地留給立法者自行判斷。但本席認為，應當正本清源、一勞永逸地宣示（除非有急迫的都更必要時，詳見下文）至少要有過半數以上的住戶認有必要都更時，方可提出申請。此將一般都更視為公眾事務，原則上由多數住戶同意進行都更程序的「民主原則」，本席亦表支持。

三、傳統居住自由權與衍生居住權的角力

相對於不願都更者的居住自由受到都更程序可能的侵犯，而有憲法保障的問題。平衡都更合憲性的依據，則必須考量另一方面主張都更者的住戶，亦可主張居住自由的公益價值—優質、符合健康、衛生的居住自由。惟兩者的性質迥然不同。

後者是由傳統憲法保障的居住自由（現狀保障之居住自由）轉換到具有社會權性質的新型居住自由權。此新型自由可獲得國際人權公約的支持—按世界人權宣言第二十五條明白規定：「人人有權享受為維持他本人和家屬的健康與福利所需的生活水準，包括食物、衣著、住房、醫療和必要的社會服務。」這種可稱為「適足居住權」也呈現在一九七六年一月三日生效的「經濟社會文化權利國際公約」第十一條第一項：「本公約締約國確認人人有權享受其本人及家屬所需之適當之生活程度，包括適當之衣食住及不斷改善之生活環境。」此公約也隨著我國在二００九年四月二十二日制定公布施行法，並於同年十二月十日正式施行後，成為國內法之一（註三）。故此「不斷改善之生活環境」，成為人權法之一，亦可創設出類似社會權性質的新興人權（註四），將傳統居住自由

正式擴張出另一種新型性質的居住權也。

在都更的法制上，此時顯現出了兩種居住自由的角力：一方是傳統的居住自由vs. 另一方新型、衍生型的居住自由。究竟吾人要固守憲法原本便樹立的傳統居住自由權？還是捨舊求新乎？而在判斷時還不可忘掉固守傳統居住自由的一方，還需加碼憲法財產權保障的法益於其上。憲法的天平應向何方傾斜？其答案已經呼之欲出矣！

四、都更合憲性的依據—優勢公益的存在

唯一能將上述憲法天平移向贊成都更的一方，只有靠都更所追求的優勢公益。惜乎多數解釋並未對此優勢公益與私益間的糾葛，提出令人信服的闡釋。

公共利益是一個典型的不確定法律概念。公法學上對此問題早有許多深入探究的文獻（註五）。依據德國公法學界的探討，大致上已經獲得一種共通的結論：公共利益並不是單純的利益受益人的數量問題。這和一般所謂民主原則所指的少數服從多數（數人頭）並不全然一樣。所以公共利益概念具有內容不確定性及受益人不確定的特徵，公共利益也和規範法治國家政權與立法合法性依據的民主原則，並無絕對的關聯性。

既然公共利益不是單純的以較多數量的個別利益集合起來，作為判斷之唯一準據（註六）。這些較多個人的利益集合體，也只能夠劃定為較為低層次的公共利益，立法者僅能據此低度地限制或侵犯其他人民的權利。

至於能夠造成嚴重拘束甚至剝奪基本人權的公共利益，應當稱為中度或優勢的公共利益。我國憲法第二十三條許可侵犯人民的公共利益，沒有作此明白的澄清，則是將輕度、中度與優勢的公共利益，混為一談。此時唯有靠比例原則才能調和之。

屬於中度或優勢的公共利益，則是以「質量」取代了「數

量」來判斷。公共利益是質量的問題，亦即是將一種特定有價值判斷的利益與個人的利益比較起來，產生優勢的保護價值，這才可以導出公共利益超越私人利益的原則。如果公共利益是以數量來判斷，即不免會形成「以大凌小」的問題（註七）。以一棟住戶的公共利益而論，並不是單純以二分之一以上住戶的權益，即可侵犯其他少數人居住之權利。故此多數人之利益並不能列為中度或高度的公共利益（註八）。

最明顯的例子便是公益徵收。這裡可賦予公權力強制徵收個人的財產權，可以不顧被徵收者的意志，徵收的公益考量便屬於最優勢的公共利益。德國基本法稱之為「公共福祉」(Gemeinwohl)，以有別於一般限制財產權人的公共利益，便顯示出其兩者的公益質量差異。

由於財產權應當同時具有維護公共利益的義務，這也是公法學上所稱的「財產權的社會義務性」，立法者可以確定財產權人為了哪一些的公共利益（輕、中、高）而對人民權利分別為比例性的拘束或剝奪。本案所涉及的都更，是否屬於公共利益乎？依本條例第一條第一項規定答案應是肯定。下一步便是其如何配合比例原則，來加以規範或拘束個人基本權利的問題矣。

一般而言，這種為都市更新所為的立法，可否劃歸在一般財產權限制之範圍（註九）？國家為了提高都市化可以要求居住環境具有一定品質，例如都市計畫法或建築法規要求一定的綠化、容積率、水電接通等，都是屬於可以拘束人民財產權的公共利益。但是涉及到類似徵收的都更情形，亦即本條例所許可對於少數不願都更者，可以由實施者強制給予補償金後，讓售與實施者—就必須超越財產權的一般限制，而提升到徵收的公益要件。

但在都更的「強制讓售制度」，顯然的便是含有「少數服從多數」的意味，整個制度的實施卻不似於公益徵收。且被

徵收的財產標的並非提供公共利益之使用（例如公路、公園或學校等），而是讓售給實施者，則更接近於所謂的「有利私人之徵收」(Enteignung zugunsten Privat)。這是國家為了解決房荒，或為了提倡「人人有屋住」的社會政策，可以徵收私人土地，興建國民住宅讓售給低收入者。

此頗似「劫富濟貧」圖利低收入者的徵收，以犧牲個別土地所有權人（大地主）的財產權為代價，所作出的社會財富重分配，是否真正符合公益徵收的公共福祉？德國學界也頗爭論不休，但通說認為可在例外情形，例如戰後或國家財政艱困時為了解決大量難民的居住問題，偶然為之（註十）。

但這種圖利私人的徵收，也是由政府公權力所進行。公權力機關沒有受到徵收的任何利益可言，只是扮演著分配財產權支援的角色罷了。但是我國的都更制度與國外不同，主要是由人民自己進行。本號解釋理由書多數意見也坦承都市更新制度本質上悉屬於國家或地方自治團體之公共事務。本應由國家進行，惟在我國雖基於事實上的需要及欲引入民間活力之政策考量，而以法律規定在一定的條件下得由人民申請自行辦理，國家只負責為必要的監督及審查職責（解釋理由書第三段）。

因此都更在我國已經大異於他國：本應由國家獨攬完成的都更（和徵收一樣），轉變為由民間進行。在我國，由行政公權力進行的都更只達一成不到。由此一來，都更本來可以滿足純粹的公共利益，已經開始變質！由民間進行的都更主要由營利的建築公司來擔任實施者。「將本求利」當是其進行都更的主要考量。俗語稱：「殺頭生意有人做、賠本生意無人幹」，都更的實施者不會費心於公共利益的追求，當可肯定（註十一）。

故我國的民辦都更的公益色彩，不無褪色之嫌，且與私益混雜在一起。這和公辦都更—最明顯的莫過於為都更之目

的，而舉辦的區域徵收—已經截然不同。為了保障少數住戶的權利，我國這種民辦都更的法制，就必須要在防止「以眾凌弱」的防衛功能上盡最大的努力不可。本號解釋多數意見特別著重在程序方面，想要使國家扮演好「弱勢保護者」的角色，其心態值得肯定，只不過這種努力是否足夠達到此目的？恐怕也僅有「提醒注意」的警醒功能而已。

五、都更與比例原則—都更必要性的分級制度

誠然如同解釋理由書（第三、四段）所云：「都市更新為都市計畫之一環，乃用以促進都市土地有計畫之再開發利用，復甦都市機能，改善居住環境，增進公共利益……都市更新之實施，不僅攸關重要公益之達成，且嚴重影響眾多更新單元及其週邊土地、建築物所有權人之財產權及居住自由，並因其利害關係複雜，容易產生紛爭。」因此法治國家保障基本人權最重要的機制—比例原則，就必須特別重視。質言之，必須在最後手段，以及別無選擇情形之下，方可以強迫人民參與都更。

比例原則用在保護人民財產權與居住權免於遭受來自不法都更的侵害，主要應表現在三個層面的保護機制之上：第一針對不同的都更類型，應該創建不同程序與許可要件的都更法制；第二在於區分都更標的的「都更必要性」，此亦可和都更「公益程度」，相互配合；第三要保留存在最小侵害的可能性空間。

第一、應當區分三種不同都更型態，而異其許可與程序

都更的情形，以及對財產權人權利限制與侵害的程度、強度與範圍的大小，可以分為維護、整建及重建（本條例第四條參照）。以最嚴重的重建為例，便是拆除更新地區內的原有建築，重新建築新的建築物，並安置原住戶。對於不願意參與都更的原住戶，最終會被導致類似房屋土地被徵收的後果—給予補償費並

強制拆遷（本條例第二十一條、第二十六條第一項、第三十一條第一項、第三十六條第一項）。

故針對不同程度的財產權限制與剝奪，也直接衝擊了居住權的法益，因此立法必須對合憲的都更行為，以嚴格的比例原則來予檢視。既然都更可分成三種種類與侵犯人權程度各異的種類，就必須分別規範其許可要件。就以一般非有急速都更必要性的建築物而言，也就是自由地進行都更時，其要件應區分如下：

1.最輕微侵犯—維護更新：此種更新乃加強原土地使用與建築管理，以改善公共設施，並保持良好狀況（本條例第四條）。因對財產權與居住權的侵犯極為輕微，不會侵犯到所有權的喪失與否問題，只需較為寬鬆的公益需求即可。從而對於發動此類型的都更，以及同意此類型都更的門檻，僅以一般多數為已足。這也納入為一般性質的財產權與居住自由之限制，例如建築法規可以規定主管機關得以行政處分命一般建築物維持外表清潔，或是法律可規定建築物若干年限應進行外表的整修，以及經住戶一定比率的同意，即可進行整棟建築物的維修。

2.中度性質的侵犯－整建更新：此種更新乃改建、修建原有建築物，或充實其設備並改進公共設施。此種更新已經涉及到原有財產權標的之整體狀況，對於財產權的大小或範圍，已有了相當程度的影響。因此在公益的需求上應當要有更大的份量或急迫性。從而在住戶發動與同意的門檻上，應當提升到絕對多數。至於此絕對多數的比率，則可由立法者決定之。

3.最嚴重的侵犯－改建更新：已經達到了將原建築物拆除，重新建築。所有原住戶都必須重新安置；包

括同意都更的原住戶可分配到新的住房、不願都更的原住戶必須遷出以及由實施者處獲得住房的新住戶加入。原有的財產權狀態已經全然改變。對於不願都更的原住戶已經遭受到類似徵收的強制失去財產權之後果。既然這已經類似徵收之侵犯，則其許可之要件，就必須比擬於公益徵收的要件不可－最高優勢的公共利益（公共福祉）、嚴謹的徵收程序，以及公平的市價補償。除了因為建築物老舊而有妨礙公共安全之急迫時（見下述），一般建築物的重建，在其同意的門檻上，應當採取最高的標準，例如除非原房屋已有非更新不可的急迫必要性，否則應以九成以上甚至全部住戶的同意為必要，此亦為公寓大廈管理條例第十三條的立意。

第二、都更標的都更必要性的分級與認證

除了應當針對三種都更處理方式，在法制上應有不同的因應標準外，也應對標的是否具有都更的必要性，一併的建立嚴謹的分級與認證制度。

分級制度基本上可以依其急迫性－同時可以反應出其公益性是否具備絕對優勢，且是依循比例原則所揭櫫的「個案判斷」(ad hoc)原則，對於每一個欲行都更的老舊建築物，理應都可以區分為數級，例如紅、黃、綠等三個等級。

唯有列入到絕對非都更不可的「紅色等級」，發動與同意的門檻可以降低，例如立法者可以規定僅需少數的同意即可發動，普通多數便可進行重建。因為在此攸關重大公益的老舊建築物，國家本即可透過建築法規，行使拆除的權力（註十二），或以徵收的方式為區段徵收。

「黃色等級」則指建築物雖有都更的必要性，但

無急迫之虞，其發動門檻雖可以普通多數，但同意比率必須採高標之絕對多數。

至於屬於「綠色等級」的老舊建築物，都更的必要性與急迫性都極為薄弱，都更可有可無，此時對都更的發動，至少應採普通多數，但同意的門檻應採取最嚴格的標準，即類似公寓大廈管理條例的全數同意（第十三條）。

而對此都更標的之必要性，應當由主管機關執行評鑑之任務。易言之，不論是否被主管機關列入到更新地區（註十三），都可針對個別建築物申請都更，由主管機關以行政處分的方式准駁之。但本條例卻欠缺對個別建築物的都更必要性予以評鑑的制度，立法者雖然也體悟出有某些建築物的確有急迫進行更新的必要性，例如本條例第六條或第七條。但這是較大範圍的更新，不僅失之於籠統，且無對個別老舊建築物加以評鑑的特殊規定。

試觀之本條例第六條規定：「有下列各款情形之一者，直轄市、縣（市）主管機關得優先劃定為更新地區：一、建築物窳陋且非防火構造或鄰棟間隔不足，有妨害公共安全之虞。二、建築物因年代久遠有傾頹或朽壞之虞、建築物排列不良或道路彎曲狹小，足以妨害公共交通或公共安全。三、建築物未符合都市應有之機能。四、建築物未能與重大建設配合。五、具有歷史、文化、藝術、紀念價值，亟須辦理保存維護。六、居住環境惡劣，足以妨害公共衛生或社會治安。」第七條：「有下列各款情形之一時，直轄市、縣（市）主管機關應視實際情況，迅行劃定更新地區，並視實際需要訂定或變更都市更新計畫：一、因戰爭、地震、火災、水災、風災或其他重大事變遭受損

壞。二、為避免重大災害之發生。三、為配合中央或地方之重大建設。前項更新地區之劃定或都市更新計畫之擬定、變更，上級主管機關得指定該管直轄市、縣（市）主管機關限期為之，必要時並得逕為辦理。」

上述兩條文中，真正達到本席所謂的「紅色等級」之建築物者，恐怕僅有第六條第一、二、五及六款；第七條第一項第一、二款而已。至於其他款項之規定都只能達到「黃色」或「綠色」的等級。例如配合都市應有之機能或配合重大建設（第六條第三、四款及第七條第一項第三款），都十分空泛，最多也只是黃色等級，無論如何沒有達到紅色的強制程度也。

因此，主管機關應承擔現代國家規範建築物管理的任務，個案的評鑑老舊建築物是否達到絕對必須立即更新，以及屬於何種更新種類的程度。例如除前述涉及到公共安全，必須拆掉重建的評鑑外，亦可針對整棟建築物的設備是否已經老舊到非要強制整建不可？吾人試舉一例：如果一個老舊公寓，雖然仍然堅固，卻苦無電梯設備。鑒於樓中有不少老邁住戶，行動不便。主管機關便可以作出本棟建築物已經達到了「整建紅色程度」評鑑處分，以使得該建築物能迅速獲得裝置電梯的可能性。

同樣對於老舊建築物「具有歷史、文化、藝術、紀念價值，亟須辦理保存維護」，主管機關亦可以發布「維護紅色」的評鑑處分，以收可迅速獲得維護的機會。

第三、尋求「最小侵害」的可能性

除了區分都更的種類、評鑑建築物的都更必要性外，還要努力尋求有無「最小侵害」的可能。這也符合了一九九七年聯合國經濟社會文化權利國際公約

第七號一般性意見之立論，這亦符合比例原則，凡是在進行都更時，如果有更和緩的手段，就應當考慮之。例如透過維護可以達成目的時，即可不必以整建方式達成之；同樣的可透過整建，也不得用重建方式進行之。特別是在最嚴重的「重建」時，已經涉及到權利的重新分配（權利變換計畫），則應當適用「最後手段」。易言之，如果土地在都更時，仍有強制分割的可能性時，應許可分割而不必一同都更。例如土地面積共擁有四分之一的住戶反對都更，則應可將土地四分之一分割出來，交由該四分之一住戶自行決定如何重建或進行都更。法律必須尊重每個都更案件都是否有「強制分割」的可能性存在。這也是避免衝擊少數財產權人權利的法制設計。至於如果土地持分過小，而無法達到獨立建築時，立法者自可制定一定的強制分割之門檻－一定要達到若干建築面積方為請求強制分割的法定要件，以落實比例原則發揮「最後手段」的保衛功能。

為此，就必須保障個別財產權人與都更實施者有充分溝通的機會，以及主管機關必須確實地考慮有無實施最小侵害替代方案的可能性。質言之，主管機關必須、應當設身處地的注意之。

然而本號解釋多數意見顯然忽視比例原則的重要性，在解釋理由書中（第三段）強調行政機關對於都市更新事業概要與計畫的核定，具有行政處分的性質，以及強調必須踐行正當法律與行政程序，特別是指摘現行制度未有完善的聽證制度，始得以人民的言詞或意見未能有效的拘束主管機關為由，宣告現行規定的許可程序違憲。其論理過程雖一再強調都更程序涉及到人民財產權與居住自由等甚鉅，立法者應當要

考量追求公共利益、涉及基本權的種類與限制之強度與範圍……，核定都更計畫應符合重要公益與比例原則……，但卻未能發揮比例原則，尤其是必要性原則（最後手段）的防衛功能。同樣的矛盾，更在論及都更的同意門檻之比率時（解釋理由書第九段），多數意見一方面藉由立法過程觀察，肯認立法者之所以制定此同意門檻，除有避免少數人阻礙，並使更新計畫能順利進行，而有同意比率不宜太低的立法考量外，也受到九二一震災重建暫行條例（災區迅速重建）的立法例影響。因此認定立法者對於更新計畫的同意比率，享有利益衡量之空間。只要此門檻並非太低，即可屬於立法形成自由。多數意見提出了下述的結論：「立法者於斟酌實際實施情形、公益受影響之程度、社會情狀之需要及其他因素，而為上述同意比率之規定，核屬必要，且於相關利益之衡量上亦非顯失均衡，自未違反憲法上比例原則，亦無違於憲法要求之正當行政程序。」

多數意見這種立論認定系爭規定屬於立法者的形成自由，並不違反正當行政程序，即連比例原則也形同具文矣。但未料到多數意見至此筆鋒突然一轉，作出了下述檢討改進的結論：「惟有關機關仍應考量實際實施情形、一般社會觀念與推動都市更新需要等因素，隨時檢討修正之。又依本條例之規定，都市更新處理方式分為重建、整建、維護三種，其對土地及合法建築物所有權人權益影響之程度亦有重輕之別，則法律就相關申請之同意比率，允宜有不同之規定。」

按理說多數意見既然已經肯認現行法制－沒有針對三種不同的都更方式，分別制定不同的都更程序

與同意門檻，無疑承認此制度不至於對人民的財產權造成不合比例原則的侵犯－乃出自於立法者合憲的立法判斷，但隨後又質疑此判斷必須隨著實際實施情形、一般社會觀念與推動都市更新需要等因素隨時檢討改進。這種意見是否也察覺了有在個案運用比例原則必要性？

但是無論如何，以整體結論來看，多數意見仍然採用三種比例原則的檢驗方式，並仔細地一一加以論述其結論：目的性（其目的洵屬正當，且以一定比例之同意規定亦可達成上述目標）、必要性（立法者於斟酌實際實施情形、公益受影響之程度、社會情狀之需要及其他因素，而為上述同意比率之規定，核屬必要）以及均衡性（且於相關利益之衡量上亦非顯失均衡），而導出了現行法規並未違反比例原則的結論。因此多數意見對於不違反比例原則的立場，可說毫不含糊，頗為堅定。

所以，多數意見反而在後有「棄守」先前立場的轉變，而作出這種空泛、不痛不癢式的檢討改進意見，不知道多數意見究竟期待立法者應從何處改進？如何改進？立法者當何適何從？

其實，立法的錯誤其來有自。本規定係淵源於九二一震災的迅速重建理念，雖然在緊急時固然有其必要（本席在上文提到應對都更必要性作分級時，也一再強調這種屬於紅色等級都更標的之同意門檻可以降低，這也是本條例第二十二條第一項之規定：依第七條劃定之更新地區，只需過半數住戶同意即可進行都更。即是採納這種重大公益的低門檻立法模式），但這種緊急法制卻已登堂入室的成為我國都更平時法，顯然便有越界之嫌。

這種「暗渡陳倉」的緊急立法思維，多數意見於解釋理由書（第十段）顯然已經發現其弊病：就本條例第二十二條之一提到的都更可以在：「不變更其他幢建築物區分所有權人之區分所有權及其基地所有權」為條件，自行決定都更。多數意見認定本條款乃源於九二一震災重建暫行條例第十七條之二規定而來，目的使已倒塌或受損的建築物得以迅速重建，以維護公共安全。故可以不顧未受損的他幢居民的意見，而獨立進行都更。

按原來的九二一震災重建暫行條例，乃典型的措施法(Maßnahmengesetz)，以存在的事實為規範對象，事況緊急又極為明顯。而倒塌受損的標的則以回復舊觀為原則，不似重建之都更會改變舊有建築的結構與所有權狀況，兩者不可同日而語。

再而多數意見於解釋文第三段所提及之本條例第二十二條之一規定：「他幢建築物中，遭到毀損而需辦理都更時，其他未受損的建築物，可以在不變更其他棟建築物區分所有權人之區分所有權及其基地所有權應有部分下」，進行都更。如此一來，其他未受損的他幢建築物，就不可一併進行都更。多數意見雖然肯認此都更計畫未影響到其他未更新建築物所有權人之權益，作為合憲的依據。然而這個立法的保證—未影響其所有權—，卻不能充分地保證將來尚未都更者仍可以享受到同樣條件的都更待遇：不論是容積率的獎勵，甚至是建蔽率的範圍……，都可能受到極大的影響（註十四）。這也是本號解釋另一個原因案件聲請人所擔心的後果，而請求一併都更而未果。

本號解釋多數意見雖然肯認此條文合憲，但提出的檢討改進—應先徵詢他棟居民是否有參加都更之

意願，但也只是徵詢性質，沒有強制力，無濟於事也。重要的是，如此一來採取了「合憲限縮解釋」，明白限定此「分棟都更的合憲性」，僅限於本條例第七條第一項第一款：「因戰爭、地震、火災、水災、風災或其他重大事變遭受損壞」的建築物為限。至於同條文第二款及第三款：「二、為避免重大災害之發生。三、為配合中央或地方之重大建設。」則不適用之。明顯地察覺出本條文制定不無囫圇吞棗之嫌。既然已發覺不納入他棟之都更，會有割裂地基的不良影響，又加上此「限縮解釋」的立法適用，無疑宣告了本條文應重新立法，以消弭此立法的錯誤。

貳、正當行政程序的要求

本號解釋多數意見另一個最具特色的論點，乃是導入了所謂的「正當行政程序」之概念。誠然在憲法位階的人權理念，不應只論及實體法的人權問題，也要探究程序法的保障。因此，大法官甚早便引入了美國憲法增修條文第五條的「正當法律程序」(Due Process Clause)之概念（例如釋字第三八四號解釋）。立法者有限制人權之必要時，必須以正當的程序—包括公權力的發動、人民的權利救濟途徑、甚至法院的公正裁決—為其前提，方可符合憲法的要求。在此「正當」程序的制定過程，比例原則的考量也是不可或缺。因此正當法律程序也當符合比例原則。本號解釋多數意見在解釋理由書（第四段）已經明白地揭示了「正當法律程序與比例原則」融為一體的見解：「憲法上正當法律程序原則之內涵，應視所涉基本權之種類、限制之強度及範圍、所欲追求之公共利益、決定機關之功能合適性、有無替代程序或各項可能程序之成本等因素綜合考量，由立法者制定相應之法定程序（本院釋字第六八九號解釋參照）。」同時也提到了都更程序必須：「主管機關於核准都市更新事業概要、核定都市更新事業計畫時，能確實符合重要公益、比例原則及相關法律規

定之要求……應踐行之正當行政程序。」

本號解釋多數意見在此呈現出兩個特點：第一個特點係將比例原則與正當法律程序結合在一起。第二個特點係將正當法律程序與正當行政程序混為並用。似乎將正當行政程序視為正當法律程序之一環，如同正當司法程序一般（註十五）。

第一個特點乃符合大法官過去的解釋，也符合比例原則的憲法意旨。然而多數意見這種結合比例原則與正當法律程序的用意，卻在推論過程產生了變質。既云正當程序應當符合重要公益與比例原則在先（解釋理由書第四段），但在論及都市更新事業計畫的核准時，應要有土地與所有權人絕對多數（本條例第二十二條第一項規定），多數意見（解釋理由書第九段）竟認為已經超過半數，並無少數人聲請之情形。這種同意比率屬於立法者判斷，並不違反比例原則。而此正當法律程序的產生保障人民財產權與居住權的功能，卻是在純粹的行政程序方面，例如應當設置適當組織來審議都市更新事業計畫概要，更新計畫應有更完善的送達規定以讓全體住戶能夠知悉，主管機關應舉辦公開聽證會且對公聽意見有答覆的義務……，都未顯現出有比例原則存在的現象，反而與比例原則打對台！原來多數意見如持比例原則來檢驗該些爭議，則會獲得合憲的結論！只是在程序的規範方面，極不周延而達到有違憲的程度。這種見解是否已將比例原則與正當法律程序相互融合，破壞殆盡？

其次，本號解釋提出的正當行政程序概念為何？是否與正當法律程序混而合一（註十六）？似乎多數意見採取肯定見解。但本席並不十分贊同本號解釋驟然導入正當行政程序的用語，即在於擔心此概念會否日後產生更多的質變發展－法律要對任何一個可能導致侵犯人權且不論輕重，都要鉅細靡遺規定其程序，且無庸以嚴格的比例原則為檢驗標準，如此一來，將會造成立法的混淆。特別是今後立法者有任何限制人權的立法時，是否都要特設一個「審議組織」或是「聽證會」？本號解釋既認為都更事件

應另設一套審議組織與聽證程序，而後者又與行政程序法（第五十四條以下）的聽證程序頗為不同。是否此種見解也會衝擊到其他類似的案件之上，例如未全面規定聽證程序的徵收法制（註十七），是否也因此面臨違憲的後果？

比起大法官在過去的解釋，雖然也涉及到具體的行政程序，但仍然對使用正當行政程序用語之態度十分保留。最明顯的例子莫過於釋字第五三五號解釋，涉及到警察臨檢的程序時，僅明白提及：「法治國警察執勤之原則」作為指導原則，其中若干個別執勤事項應該遵守哪些原則，該號解釋雖加以說明，俾使立法者對相關法律（警察勤務條例及刑事訴訟法）的修正能有一定的方向。該號解釋不明白使用正當行政程序，而以法治國家對於警察權力行使應有的界限來作為宣告相關系爭規定違憲之依據。比較起來，該號解釋的用語與概念還是較為妥適與清晰。

更何況如果以「正當行政程序」的規範對象以觀，既然提及了「行政程序」，表明了是以行政權力的運作為規範對象。誠然原因案件所適用的都更程序並不全然由公權力發動，也有私人發動者，例如公聽會的舉辦，也有認為不宜將正當行政程序之原則規範在都更事件者（註十八）。但本號解釋無疑的儘量擴張公權力的運作範圍，才會依據正當行政程序，宣告現行制度違憲，也是針對公權力的運作存有「保護不足」的弊病：例如應當將私人舉辦的公聽會改為政府公辦之聽證會、都更資訊送達的完善性、行政機關對不願都更者在聽證會發言內容的答覆義務及應特設專業的審議機關……等，都可以看出多數意見將都更程序「行政程序化」的企圖。如此一來，為何我國還要獨異他國實施「私辦都更」，搞成這種「公私混辦之都更」？多數意見肯認都更本即是國家之任務。既然私辦都更會造成如此多的不公現象—多數意見僅指摘程序方面產生的不公正，尚無法論及個案中是否還隱藏更多的實質不正義—是否在根本上，吾人即應考慮要否摒棄採納私辦都更制度乎？所謂的引進民間都更活力，似乎也已經弊端叢

生乎？

綜上所論，儘管本號解釋多數意見強調了正當行政程序的重要性，也指出了多項缺失，作為日後立法改善的依據。但其出發點，卻無一強調在確實保障始終不願都更者能夠貫徹其拒絕都更的意志！其所訴求的正當行政程序，都是「有助於加入都更」。因此若論及對弱勢者的保護，正當法律或行政程序的最重要功能，當莫過於不願都更者的意見到底能否拘束行政機關作出有利於己的行政處分。但多數意見的結論卻是：尊重所謂的正當法律或行政程序之結果，也只是提供不願都更者適時說明其反對意見，及主管機關對此負有說明之義務罷了。從而整個正當程序形成都更實施者的推手與催生者而已。本席也不免懷疑此種程序的中立與客觀何在乎（註十九）？

參、公權力的角色

一、行政權—何不用「行政指導」的方式取代行政處分？

如上所述多數意見以違反正當行政程序為由，宣示現行都更制度未能善盡國家保障人民財產權與居住自由之意旨。而改進之方，乃是加大行政權力的運作範圍並完善其程序。多數意見也明白提到主管機關對於都更的計畫核定，具有行政處分的性質。且聲請都更的要件亦屬於整體行政程序之一環，應受正當行政程序原則之拘束。

然而行政權在作成行政處分時，所面對的當事人，只是聲請人而已，亦即是有意願推動都更的住戶（十分之一即可），而非不願都更者。而一般正當法律或行政程序之所以重要，即是要儘量保障其當事人的權利—聲請許可者的權利。而都更計畫核准，是有利聲請人的行政處分，也是一種標準的「涉及第三者之行政處分」(Drittbezogener Verwaltungsakt)，可以使第三人的權利產生影響，也稱為行政處分對第三者的效力(Drittwirkung des Verwaltungsakts)（註二十）。也因此本條例的公法色彩，便建立在不同意都更者對該行政處分，以及聲請都

更被否准者，可提起行政救濟之上，亦即只在消極的層面上防止公權力的「助紂為虐」而已！

所以正當法律程序在行政處分作成前，並沒有發揮保障少數住戶權益的功能。反而是在作成行政處分後，行政機關便成為都更的推手與同夥人。行政機關在審查都更計畫時，能否自行更易都更的計畫？由於人民茲茲在念者，當是自己在都更後獲得權益的大小，這些都是先由實施者在都市更新事業計畫及權利變換計畫先擬訂，報請行政機關核定。行政機關此負有審查的義務，到底能否更動其內容？尤其是涉及到住戶重建後可以獲得的權利大小，如果已經與實施者經過長期協商後所獲得的決議，行政機關可以更動時，無疑的會牽動整個協議的有效性。因此，行政機關的核定權似乎僅應有實質的審核而無形式妥當性的審核矣（註二十一）。雖然有認為核定包括修改權限，惟實務上似乎許可行政機關擁有實質變更的權限，主管機關甚至可以依職權，對都市更新事業計畫的內容進行修改或調整，而無須再徵求已同意者的意見（註二十二）。但察諸本條例相關規定，卻未能獲得法令上依據，故行政機關率不會逕自更動都市更新事業計畫也。

如此一來，不同意都更者在行政救濟過程中，與行政機關成為對造關係。而實際上由都更獲利的實施者，在訴訟過程中似乎反成為事不關己第三者（註二十三）。形同「護航」的行政公權力，豈非「為人作嫁」乎（註二十四）？

公權力作為弱勢的防衛者或為大多數的住戶利益起見，本即不應當作漠然、中立的第三者，故是否也當考量有無引進「多元都更計畫」的可行性？現行制度雖然沒有明白禁止一個都更計畫提出後，其他住戶再提第二個或第三個都更計畫的可能性。但在實務上卻一次只進行一個都更計畫的審議。唯有當該計畫不獲核定後，才會進行次一個都更計畫的審核。這種「先到先辦」，且僅限一案的作法，將其餘都更計畫無從獲得審核

的機會。此法制的設計讓住戶沒有多重選擇的機會，而必須被第一個都更計畫綁死。為何不能讓所有的住戶能夠一次同時參考多個都更計畫的內容，從中選擇最有利的都更方案？多元社會是否也表現在選擇與價值的多元之上？

因此吾人必須進一步思考：目前公權力站在支援主張都更者的一方、並以行政處分方式將自己立場與實施者綁在一起的制度要否改弦更張？是否運用行政指導的方式來取代行政處分，讓行政機關對於民間進行的都更意見只有建議性質，而沒有強制的效果，是否可以讓行政機關不會一頭栽入實施者的一邊？

故假若都更由公權力主辦，吾人可以贊同行政機關以行政處分方式，立於將來行政救濟之一造；反之，由民間主導的都更，行政機關寧可以中立的立場，作為公益的代表人監督都更的進行，且以行政指導的建議手段行使其客觀的監督任務（註二十五），豈非更佳的法制設計乎？

二、法院的介入權

由上文提到，行政機關如果在民辦都更的案件中，因為都更實施者本即獲有私利，實施者與全體住戶還存在民事的債權債務關係（承攬、買賣……），因此已不全然具備絕對的優勢公益，行政機關的角色也應當跳脫住戶與實施者之外，而成為中立的第三者。此時「衡平的角色」，就應當由法院來擔任之。

都更案件經常遭到少數者的杯葛。這些被稱為「釘子戶」往往染上負面形象者，如果真有構成所謂「權利濫用」情形時，例如面臨急迫都更必要（如本席所主張經官方列入紅色等級之建築物），該些住戶若基於貪婪等心態，執意杯葛都更的進行，即可依民法規定，來審議有無權利濫用之虞。

在少數住戶之財產權同樣負有維護公益「社會義務性」的前提下，即應由法院作為裁決者，來決定都更案件是否能夠造成強制少數不願都更者，強制忍受維護或整建建築物的都更行

為，甚至喪失財產權。易言之，現行法制將都更案的權利變更核定權交由行政機關決定，許可行政權決定財產權的拘束與喪失之權，應當移轉至法院之上，此亦為公寓大廈管理條例第十三條、第十四條之立法例（註二十六），也可以避免現行法制對維護少數不願都更者財產權的效力不彰之弊病（註二十七）。

肆、結論—都更法制的總體檢時刻已經到來

房屋是人民安身立命的必需品。現在的工商社會，廣大的受薪階級積一生的努力，節衣縮食才能購置棲身之所。因此國家對於房屋財產權應提供最大程度的保障，如同國民的身體與人身自由一般。

本號解釋乃是重新檢視我國都更法制的良好時機。都更制度在我國實施這些年來，尤其是在去年遭逢到各方矚目的「文林苑」事件，使得各地政府主管機關對都更事件的審議一緩再緩，媒體上卻充斥著各方對都更弊端的指責，彷彿不少都更案件都魍魎魑魅、黑幕重重。易言之，原本要振興都市功能，引進優質生活環境的都更制度，已經被嚴重的「污名化」。的確，現行法制的闕漏，當是造成此萬方所指的源頭（註二十八）。

試想，現行法制僅由十分之一的絕對少數住戶，便可以堂而皇之的啟動都更程序，由於都更計畫涉及到專業的設計與經費估算，既費錢又費時。啟動者在一開始就勢必要援引「外力」（營建公司）來參與其事，且只能成功不能失敗，否則將由啟動者負擔都更程序進行的花費（註二十九），對於絕大多數本無都更意願，對於都更程序也不熟悉的住戶（註三十），即可能開啟了一段紛擾不堪的都更過程！原本平靜相安無事的左鄰右舍，必須與「勢在必得」的外力周旋談判！如同水能載舟、亦能覆舟，都更制度會帶來大利，也會帶來大弊（註三十一），但無論如何已經破壞了住戶所享有的居住安寧，當可確定。

故本號解釋多數意見承認這種只有少數人便可以進行都更，挾持並逼迫多數住戶捲入都更爭議之中，認為違憲之舉，的

確令人振奮與雀躍。

既然一個理想的都更制度，可以符合優勢的公共利益。在法制的設計上，就必須防堵一方面來自本位主義與貪婪的「釘子戶」之阻擾，另一方面也制止多數住戶結合外力對少數住戶的欺壓。這個「安全閥」的角色，就必須由政府與法院承擔不可。在政府方面，職司都更計畫的核可，便代表公權力應當妥善的消弭上述兩端的弊害。本號解釋多數意見所指摘現行法制程序，違反「正當行政程序」，例如：應完善都更資訊的送達、應設立專門審議機構及欠缺有效的聽證程序等，都只是扮演枝節式、部分有效的「安全閥」角色。

真正根本解決之道，必須對於都更法制全盤的加以修正。首先要考慮將都更的任務交回給國家來處理為宜。特別是在侵犯人民住房財產權的重建部分，因和徵收的情況十分接近，就必須由毫無追求私利考量的公權力機關來進行。其次，應當針對個別不同建築物的現狀，是否具備「急迫都更必要性」的要件，分別規範寬嚴標準不同的都更程序及所有住戶不同程度的都更協力義務，以揭櫫憲法比例原則的拘束力（註三十二）。

最後吾人也必須要強調，每一件都更案件都要具有個案的特徵性，也必須個案考量其需進行都更的種類及其必要性。在此都更的精神—讓所有住戶都能確實的提升居住品質，不會被他人（都更實施者）所侵犯，這種精神乃符合了高度的公共利益，且此公共利益的要件滿足與否，不是靠多數住戶的利益所能決定，憲法保障其他少數比例住戶的財產與居住自由的法益，也具有決定此種公共利益份量的影響力。

本席因此反對現行法制對於所有都更標的，不分都更的急迫性，也不分都更的種類，一律硬性的適用相同的程序，乃違反比例原則的精神，且將公共利益簡化為「數人頭」的私益集合體！如此一來，憲法保障人民的財產權，本有濃厚的「對世效力」，如今透過都更程序，鄰人更動其財產權的意志，也無疑的產生了

更動了個人財產權效果，這豈是憲法所要界定正確的「群己關係」乎？

距今一千八百餘年前，羅馬有位博學好思的皇帝—馬可・奧里略(Marcus Aurelius)，曾經對鄰己關係有段令人深省的說明：

鄰人的自由意志就像他的呼吸與身體一樣，對我的自由意志是無關緊要的。雖然我們都是為彼此而生，但我們彼此的支配力量都有各自的功能，否則鄰人的惡即會造成對我的傷害。這不是上帝的意願，因為上帝不會讓我因他們而遭到不幸（註三十三）。

我國的都更制度是否便會造成少數不願都更者，遭到鄰人結合外力所帶來的不幸遭遇乎？我國的憲法，也當同上帝一樣，不能容忍這種現象的一再發生矣！

註一：陳新民，〈憲法財產權保障之體系與公益徵收之概念〉，收錄於：《憲法基本權利之基本理論（上）》，元照出版社，二００二年五版二刷，第三００頁以下。

註二：這在德國公法學界早已有討論，認為房東此種行為，已牴觸了憲法保障人民居住自由的原則。參見陳新民，《憲法學釋論》，第七版，民國一００年九月，第二四五頁註二處。

註三：參見一九九七年，公布之聯合國經濟社會文化權利國際公約第七號一般性意見（適當住房權），對於強制驅逐方面：要求各個締約國使用「所有適當方法」去滿足人民擁有適當住房的權利。這種國家負有保護的義務，便是要透過立法設立一項有效的保護制度，特別在進行都市更新方案、改造項目、籌備國際活動（例如奧林匹克運動會）及城市美化運動，都要保證人民不受遷移，或可以在鄰近重新安置。締約國應保證任何驅逐活動前，應當與受影響的人民商量，探討所有可行的替代方案，以避免或儘可能避免使用強制手段，受驅逐者應有法律救濟的方法與程序，應獲得適當的補償。委員會也特別強調人民應受到適當的法律程序之保障，以及遷移的目的必須具備「絕對必要與合理」。見《公民與政治權利國際

公約、經濟社會文化權利國際公約的一般性意見》，法務部編印，民國一０一年十二月，第一六九頁以下，特別是第一七一至一七三頁。

註四：早在德國一九一九年的威瑪憲法第一百五十五條即規定：每個家庭皆有獲得健康之住宅與生活空間之權利，故此住宅權的入憲表彰了國家應當負有實現「人人有其屋」的理想，也正是我國唐朝大詩人杜甫的名句：「安得廣廈千萬間，大庇天下寒士盡歡顏」所展現出的理想。但在自由主義的國家，不似社會主義國家能夠擁有社會全部的資源，因此能夠安排工作與住房予全民。住宅基本權形成了典型的社會權，而與自由權的防禦權性質形成對比。可參見，陳新民，〈論社會基本權利〉，收錄於：《憲法基本權利之基本理論（上）》，第一０三頁。

註五：W.Klein, Zum Begrriff des öffentlichen Interesses, Diss.Münster, 1969, SS.14ff.；Erwin Krüger, Die Lehre von “öffenltichen Interessen”in der Verwaltungsrechtswissenschaft,1932,S.29. 參見陳新民，〈公共利益的概念〉，收錄於：《憲法基本權利之基本理論（上）》，第一三四頁以下。

註六：德國法學家陸帕(Rupp)也認為：公共利益並不是一批受益人的「數學總和」。見 H.H Rupp, Wohl der Allgemeiheit und öffentiches Interessen － Bedeutung der Begriffe in Verwaltungsrecht, im: Wohl der Allgemeiheit und öffentiches Interessen,Hochschule Speyer,1968,S.117.參見陳新民，〈公益徵收的概念〉，收錄於：《憲法基本權利之基本理論（上）》，第三六七頁。

註七：例如多數人即可決議徵收某個人房屋或土地提供公用，即是「少數人為多數人犧牲乎」？參見陳新民，〈公共利益的概念〉，收錄於：《憲法基本權利之基本理論（上）》，第一二九頁以下。

註八：參見蔡宗珍，〈惡行亦或惡法？—文林苑都更爭議的省思〉，《臺灣法學雜誌》，第一九八期，二０一二年四月，第三頁。

註九：陳新民，〈憲法財產權保障之體系與公益徵收之概念〉，收錄於：《憲法基本權利之基本理論（上）》，第三００頁以下。

註十：例如德國著名的公法學者福斯多夫即認為這種屬於「過渡型的徵收」(transitorische Enteignung)不符合憲法的要求，政府應當採行「只租不售」的政策方可。否則無異是「以大暴易小暴也」(den Teufel mit Beelzebub austreiben－以魔王驅小鬼也)。見 E.Forsthoff,Zur Lage des verfassungsrechtlichen Eigentumsschutzes, in:Festschrift für T. Maunz, 1971,S.100。

註十一：參見陳立夫，〈我國權利變更方式之都市更新事業制度〉，《全國律師》，二００八年九月，第四十七頁，亦有相同的指責。

註十二：例如建築法第八十一條規定：「直轄市、縣（市）（局）主管建築機關對傾頹或朽壞而有危害公共安全之建築物，應通知所有人或占有人停止使用，並限期命所有人拆除；逾期未拆者，得強制拆除之。前項建築物所有人住址不明無法通知者，得逕予公告強制拆除。」及第八十二條規定：「因地震、水災、風災、火災或其他重大事變，致建築物發生危險不及通知其所有人或占有人予以拆除時，得由該管主管建築機關逕予強制拆除。」

註十三：本條例第十一條規定，即使未經劃定應實施之地區，土地及建築物所有權人，亦得依主管機關所定更新單元劃定基準，自行劃定更新單元，申請實施都市更新。

註十四：例如該建築基地得容納一定的容積率，其中之一棟建築物完成都更，使用樓板面積甚多，另外其他各棟日後想要進行都更時，可能只能有甚少的建築樓板面積也，因此可能好處全部由此「早起的鳥兒」啄食殆盡。

註十五：學界經常將正當法律程序原則，適用在司法程序之中，但

卻不明白創設出「正當司法程序」的用語。學界引述美國實務的見解，將正當法律程序區分為「程序上的正當程序」(procedural due process)及「實質上的正當程序」(substantive due process)，前者是指法定之程序，來規範公權力如何限制與剝奪人民之生命、財產與自由之程序；後者是指法院行使審查權時，如何斷定法定的程序規定符合抽象的「實質正當」而言。因此不論是前者與後者，都包括了規範與約束司法公權力的行使在內。故正當法律程序涵攝範圍本即是執行權，包括行政與司法權在內。可參見湯德宗，《行政程序法論》，民國九十年，第二九０頁以下。

註十六：至於正當法律程序的內容為何，學術界的討論十分分歧。不少認為所謂正當法律程序的內涵，大抵離不開聽證的格局。因此正當法律程序，也強調在周詳的聽證程序之制度設計上，且以司法審判的言詞辯論作為取法對象。例如易沒有拘束力的公聽會為較嚴謹的聽證會，聽證的內容有相當的拘束力；行政機關機關作出處分時，如不採納人民的意見，即負有說明的義務等等，亦為本號解釋多數意見所認定之正當行政程序的內容也。如此一來正當法律程序與正當行政程序之間的界限即趨向模糊矣。可參見葉俊榮，〈環境行政的正當法律程序〉，《臺灣大學法學叢書》，一九九七年，第八二頁以下。

註十七：依據土地徵收條例第十條第二項：「需用土地人於事業計畫報請目的事業主管機關許可前，應舉行公聽會，聽取土地所有權人及利害關係人之意見。但因舉辦具機密性之國防事業或已舉行公聽會或說明會者，不在此限。」第三項：「特定農業區經行政院核定為重大建設須辦理徵收者，若有爭議，應依行政程序法舉行聽證。」另外依據臺灣地區與大陸地區人民關係條例第九十五條之三的規定，處理兩岸人民往來有關事務，不適用行政程序法之規定。從而儘管涉

及到人身自由的剝奪等嚴重侵犯，也無庸適用正當法律程序之原則乎？本號解釋已將正當法律程序與正當行政程序提升到憲法位階的層次，是否也應當要檢討應否規範上述的「禁區」乎？

註十八：尤其是本號解釋認為都更事件透過行政機關對都更概要核定具有行政處分的性質，從而認定了都更事件具有公法色彩，也應適用行政程序法之規定。而都更事件中，主要涉及的是財產權的爭議以及財產重分配的問題。這仍具有私權爭議的色彩，是否仍然應列入公法爭議？恐怕有待斟酌也。依據行政程序法第三條第三項第五款之規定，有關私權爭執之行政裁決程序，不適用行政程序法之程序規定。這裡要特別注意的是雖然不適用行政程序法中的程序規定，但不排斥行政程序法所揭櫫的比例原則等原則性條款，類似私權爭執之行政裁決程序以及同項的各款規定，都可以由法律另定不同的程序規定。則更和多數意見所持的見解不同—並不肯認立法者在都更事件中可以享有廣泛的程序裁量權也。

至於都更事件產生的法律關係，尤其是內部關係為公法或私法事件？由於老舊建築物是否都更，涉及的是同棟樓房住戶之權利，也屬於私權爭議，與公權力無涉。惟都更的計畫概要及計畫核定涉及公權力之處分，才讓都更事件沾染公法色彩。而此公法性質也表現在不同意都更之住戶向主管機關提起行政救濟之上。而不同意都更者與都更實施者之間涉及的爭議—例如權利變動的範圍，則仍屬於私法事件。因此都更事件是否當然適用行政程序法的規定，不無可議。但並不妨礙立法者在都更事件中另行規範既能推動加速都更事件，又能妥善維護少數不同意住戶的權益之程序規定也。

註十九：現行法規中也不乏呈現出對都市更新實施者有利的條款，

例如依據本條例施行細則第十條之規定：「各級主管機關審議都市更新事業計畫、權利變換計畫或審議核復有關異議時，認有委託專業團體或機構協助作技術性諮商之必要者，於徵得實施者同意後，由其負擔技術性諮商之相關費用。」試問如果有實施者所提出的都市更新事業計畫或權利變換計畫，有利於己時，主管機關欲委託其他專業機構為技術性諮商時，不僅要獲得實施者的同意，且由其負擔必要的費用。實施者豈會同意花錢讓他人來找自己的麻煩、削減自己的利潤？

註二十：吳庚，《行政法之理論與實用》，三民書局，二０一二年，第三三三頁以下。

註二十一：這是否也類似對於擁有法定自治權的監督，主管機關只負責形式的合法性監督，不涉及實質的妥當性監督？都更的情形既然強調要引進民間的都更活力，國家放手讓都更實施者獲得一定的容積獎勵及都更後的利潤，來代替國家進行都更，因此理應對此屬於「契約自由」領域內的活動，公權力不宜太多的介入。行政機關的審核是否即只限於形式性的審核而已？由本條例並未明白賦予的實質介入與修改權限，應採此見解矣。也請參見前註十六處所提及行政程序法排除適用的「私權爭議」之行政裁決。

註二十二：這是本號解釋討論過程中（民國一０二年四月十二日）時，向主管機關（內政部營建署）電詢後，所得的結論。不過實務上是否真如此？本席不無懷疑。似乎實務上乃將審查意見交由實施者再行研議後提出。但主管機關審查的標準何在？卻無一定的規範。

註二十三：例如在本號解釋原因案件的確定終局判決中（最高行政法院一００年度判字第一九０五號判決），被告是新北市政府，而非都更的計畫實施者。爭議的標的則是新北市

政府都更審議委員會所核定的都市更新事業計畫暨權利變換計畫。

註二十四：參見林旺根，〈都市更新實務爭議問題〉，《全國律師》，二００八年九月，第六十頁以下參照；洪任遠，〈我國都市更新行政訴訟相關爭議與評析〉，《萬國法律雜誌》，第一八二期，二０一二年四月，第二十三頁。

註二十五：例如都更專家張金鶚教授便認為，為了避免人民對都更與政府的不信任，又要避免遭到沒良心建商的坑騙以及許多所謂的專業顧問都失去本該有的中立色彩，便期待政府支持非營利的顧問團隊來替人民提供中立與適當的建議。何況目前政府在都更制度中也扮演解惑者，以及當權利變換的分配方式，住戶與實施者出現紛爭時，也是由政府組成的都更審議委員會來負責仲裁。政府應扮演中立的角色，已經是不可推遲的任務。參見張金鶚，《都市更新九堂課》，方智出版社，二００一年十二月，第二四四頁及第一五三頁。本號解釋理由書第九段最後的敘述，也特別針對實施者就已經同意之都更計畫內容加以變更後，應否重新徵詢同意之事項，提醒立法者檢討改進，是否已發現都更實施者有可能「出爾反爾」的伎倆？

註二十六：公寓大廈管理條例第十三條規定：「公寓大廈之重建，應經全體區分所有權人及基地所有權人、地上權人或典權人之同意。但有下列情形之一者，不在此限：一、配合都市更新計畫而實施重建者。二、嚴重毀損、傾頹或朽壞，有危害公共安全之虞者。三、因地震、水災、風災、火災或其他重大事變，肇致危害公共安全者。」同法第十四條規定：「公寓大廈有前條第二款或第三款所定情形之一，經區分所有權人會議決議重建時，區分所有權人不同意決議又不出讓區分所有權或同意後不依決議履行其義務者，管理負責人或管理委員會得訴請法院命區分

所有權人出讓其區分所有權及其基地所有權應有部分。前項之受讓人視為同意重建。重建之建造執照之申請，其名義以區分所有權人會議之決議為之。」

註二十七：依現行制度其他不願都更者，僅得依訴願或行政訴訟程序提起救濟。由於都市更新條例對於主管機關的核准多半是程序面的規定，例如滿足一定比例的同意者門檻，遂行說明會或計畫公告的程序等，又無牴觸現行法規時，即可同意都更案進行。因此對於少數不願都更者之權利並無特別應斟酌的規定。而在行政訴訟的程序時，既然都更案乃透過專業的都市更新審議委員會通過，行政法院本於「司法自制」原則，泰半會尊重行政裁量之判斷。對於少數住戶的權益也難發揮維護的功能。

註二十八：可參見「都市更新與居住正義—從文林苑案談起」座談會會議紀錄中，有數位學者專家對我國都更制度所作的批評與建議。《月旦法學雜誌》，第二０六期，二０一二年七月，第二六八頁以下。

註二十九：就此而言，如果謂都更案是公共利益所需，如果該都更案確實有必要進行（例如真已殘破不堪而不應再續住下去），但卻未能通過最終的都更計畫的同意門檻時，則啟動人的行為既然係為公益所發，則其所付之費用是否即當視為「為公益之犧牲」？但現行法制無疑持「成王敗寇」之立場，都更案成功，則由援引的外力團隊來吸收所需的成本？若失敗，則由啟動人自行負責（一般情形則由外力團隊吸收）。如此一來，除非完全由啟動人自行進行都更，否則在稍有規模的都更案，都會有外力團隊的介入，且不論成敗都由其擔負成本。試問一個外力團隊已經參與了都更後豈會釋手？豈不會努力讓都更案成功？於是乎各種手段，都可以想像。

註三十：勿忘在徵求同意時，住戶尚不知其日後具體獲得的利益。

因為攸關其利益的權利變換計畫，需待都更計畫核定發布實施後才擬具（本條例第二十九條第一項）。而住戶在尚不知其具體權利變換前，就必須提出同意書，且此同意的撤回也有嚴格的限制（例如在公告期間方能撤回），豈不是陷阱重重？一般住戶不敢輕易簽下同意書的心態亦可想見。

註三十一：即連都更專家張金鶚教授，也在其著作再三提醒住戶們要瞭解都更過程有許多陷阱，住戶應當十分小心，例如「權利變換」與「合建都更」就大為不同，前者是估價後的價值分配，後者為都更實施者與地主按原有建坪加成等方式而為決定。實務上甚至經常發生帳面上與實質計算的落差，所謂的「假權變，真合建」，來獲得相關稅負的減免。試問：連都更專家都必須小心翼翼面對的複雜都更法制、陷阱重重，一般市民是否便很容易踏入地雷陣乎？參見，張金鶚的《都市更新九堂課》，第三二六頁以下。

註三十二：可參見廖義男，〈夏蟲語冰錄（五十四）—都市更新之思辨〉，《法令月刊》，第六十三卷，第七期，二0一二年七月，第一三九頁，也提出了「迅行或優先劃定更新地區」，基於救災、防災或公共安全的公益目的，以犧牲少數不同意之土地與建築物之所有權而領受補償金，來完成都更者，或許有其必要。但在其他的自行更新之地區，其更新偏向私益之增進，不符合重大公益性，而有侵犯比例原則之嫌。此見解確為的論！

註三十三：《沈思錄：羅馬哲學家皇帝省思經典》，盛世教育翻譯，2011 年，第 264 頁。

抄陳0鶯等五十二人釋憲聲請書

聲　請　人　陳0鶯、陳0泰、張0文、楊0玉、劉0獎、曾0平、陳0鋒、陳0華、陳0選、偕0雅、楊0秀、李0慶、

劉０呈、莊０宛、陳０章、王０業、黃０森、莊０娟、鄭０文、潘０玉、杜０山、許０鶴、周０枝、彭０錦、徐０土、李０祥、吳０華、楊０珠、吳０卿、楊０嫻、藍０良、張０梅、鍾０春、林０敏、周０亮、陳０雪、盧０琴、張０芬、龍０珍、侯０嵒、程０仁、童０鋒、康０齡、陳０利、陳０萍、陳０娟、陳０瑾、熊江０足、張０菊、蔡０、張０丕、陳０錫

上　52　人

共同代理人　鄭文龍　律師

主　旨：茲為都市更新事件，就最高行政法院民國（下同）100 年度判字第 1905 號判決書，有適用之法律牴觸憲法，致聲請人憲法上保障之財產權及自由處分權、居住自由權等權利受有不法侵害，遭「強取豪奪」聲請人所有之房屋及土地所有權，爰依司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款及第 8 條第 1 項之規定，聲請解釋憲法以維憲法保障人民基本權之旨意，將有關事項說明如下：

壹、聲請解釋憲法之目的

100年度判字第1905號判決書（附件一）所適用之都市更新條例各條項，形成「以眾凌寡」之「多數暴力」，並「強取豪奪」少數人賴以安身立命之土地及建物，猶如現代之圈地運動，不當侵害聲請人憲法上之財產權及居住自由權甚鉅，茲有違憲條文如下：

一、第22條第1項規定：「實施者擬定或變更都市更新事業計畫報核時……第七條劃定之都市更新地區，應經更新單元範圍內私有土地及私有合法建築物所有權人均超過二分之一，並其所有土地總面積及合法建築物總樓地板面積均超過二分之一之同意……」，賦予少數之相對多數人僅為私利而可強制徵收其私人房地，強取豪奪私產，顯然違憲。

上開規定以設定比例表決機制來強行進行都市更新，使

多數人擁有形同強制徵收之權利，少數人僅因欲維持財產現狀，不僅被視為阻撓都市更新的阻力、動輒被污名化為「釘子戶」，復因系爭法律欠缺平等抵抗權之設計機制（例如土地法第34條之1，設計有少數人之優先承買權），用以平等對抗多數人之武器平等機制，讓多數人不敢用低價強徵豪奪少數人。另一方面，以讓少數人有自我決定之機制。因此，使財產權遭受掏空之不當侵害。本項除有違反憲法第二十三條比例原則中有關最小侵害原則、狹義比例原則之要求外，亦不符合財產權保障之體系正義。

二、第36條第1項規定：「權利變換範圍內應行拆除遷移之土地改良物……屆期不拆除或遷移者……主管機關有代為拆除或遷移之義務……」，使私人得唆使公權力以強制力拆屋並徵收私地，假公益之名行侵害他人財產權、居住自由之實。

上開規定，使實施者得拆除或請求主管機關代為強制拆除他人之建築物，然行政機關兼有審核更新計畫及強制執行拆除之過大權限，而非由較中立客觀之司法權決定強制執行與否。行政機關掌控雙重權限，顯非合憲之制度設計。且依本項後段規定，縱不同意更新者具有正當理由，仍不免於延長期限後即遭強拆之命運，使實施者欠缺與不同意更新之所有權人積極溝通、協商、說服之動機，僅需伺機等待至多一年即可要求機關「代為拆除」，大幅侵蝕財產權保障及弱化少數人於補償協商之平等談判地位，致人民之居住自由受嚴重侵害，形同剝奪其生存權而違反憲法第23條比例原則。

三、第22條第3項規定：「……所有權人不同意公開展覽之都市更新事業計畫者，得於公開展覽期滿前，撤銷其同意。……」使簽下都更同意書猶如簽下賣身契之不平等條約，掏空財產權保障之內容。

該項規定限縮所有權人撤銷同意之時間及事由，不當限制所有權人就財產權之處分自由，導致一旦簽下更新同意書

猶如簽下賣身契之風險。惟事業計畫倘尚未發生法效，原依民法法理應得撤銷委任，僅需負可能之損害賠償。反觀都市更新條例所涉之不動產價值匪淺，且影響人民居住自由，倘遭實施者「低估權利價值」、「高估共同負擔費用」、「被分配到不利位置」等不利因素，依本項規定，仍被迫同意到底而無法撤回。此種窘境形同要求所有權人在冒未來不確定內容之一切風險而同意、或斷然拒絕而只能接受補償金，此二者中擇一了斷，顯然嚴重違背憲法上保護財產權之意旨。

四、第10條規定：「……自行劃定更新單元，舉辦公聽會，擬具事業概要……。前項之申請，應經該更新單元範圍內私有土地及私有合法建築物所有權人均超過十分之一，並其所有土地總面積及合法建築物總樓地板面積均超過十分之一之同意……」，使更新團體易遭少數有心人操縱，進而圖謀不當利益，且造成更新單元內部之分裂及對立。

上開規定授權，倘所有權人、土地、建物面積達1/10，即得自行劃定更新單元、組織更新團體、舉辦公聽會及擬具事業概要計畫。惟成立更新團體事涉重大，影響更新計畫成敗與否，倘遭有心人為圖謀私利而不當利用，對更新利益之分配自然難期公平；而私人自行劃定更新單元則影響該單元內不同意更新者可能遭受強制更新之風險。此兩者均係極端重要事項，竟可由未達半數之1/10即草率發動，顯然有違憲之情節。再者，本條未明定由機關舉辦周延嚴謹之聽證程序，僅由私人舉辦公聽會為之，嚴重違反財產權保障之正當法律程序。

五、第22條之1之規定，使同一基地建築物可能遭割裂更新，喪失經濟效益及增加建築上之風險。

上開規定，就同一建築基地之建築物毀損重建亦設有比例表決機制，同前之說明，除亦有前開財產權之不當侵害外，復未考量前因地震而受損即表明該地帶地震頻繁、地質

非屬穩固，同一基地復割裂更新益增加建築上之風險；且該土地原係共有關係，依民法規定本應由全體多數決行之，而割裂更新亦可能減損其經濟效益，嚴重侵害聲請人之財產權之處分自由。

前揭各條文，侵害聲請人憲法上財產權及居住自由之保障，違背比例原則、法律明確性原則、正當法律程序原則，且亦牴觸憲法保障人民平等享有財產權保障之意旨及財產權保障之體系正義，爰聲請　貴院大法官宣告系爭條文違憲，以維人權。

貳、疑義之性質與經過

一、聲請人等位於臺北縣土城市（改制後為新北市土城區００段００小段０號土地），建有 5 層樓集合住宅共 90 戶（即０００００），為民國 91 年 331 震災受損建築物，其中臺北縣土城市００路０段０至０號０至０樓計 35 戶及００路０段０巷０號計 5 戶(即前排 40 戶,40 戶及後排 50 戶乃結構體相連之建物，並非獨立之 40 戶，惟為方便行文，故簡稱 40 戶），經臺北縣政府（現為新北市政府）於 91 年 8 月 5 日公告，依都市更新條例第 5、7、8 條規定，自 91 年 8 月 15 日起，實施「臺北縣 331 地震迅行劃定都市更新地區及擬定更新計畫」，劃定前揭 35 戶及另案其他三處為「迅行劃定都市更新之地區」，並敘明「惟經判定拆除建築物若其毗鄰且位於同一街廓之老舊建築物土地及合法建築物所有權人同意，且經本縣都更會審議通過者，亦得一併辦理更新」。又因前揭 90 戶係坐落同一宗基地，持有同一使用執照，且最初建造時，即屬結構體相連之 90 戶，呈現冂字型之一體建築，宜併入同一更新地區範圍。惟當初之主導重建者蕭０遙心懷私心，明知無法主導 90 戶多數之意向，乃將無法掌控之 50 戶切剖，以其餘 40 戶為其可控制之對象，以前排 40 戶住戶之部分所有權人成立「土城００路公寓都市更新會籌備處」，依都市更新條例第 10 條及第 22 條之 1、第

22 條規定，以該 40 戶受損建築物為範圍，辦理都市更新重建，以「土城市００里００路社區都市更新事業計畫暨權利變換計畫」公開展覽，並於 92 年 11 月 17 日舉辦公聽會。嗣臺北縣政府召開臺北縣都市更新審議委員會第 3 次專案小組會議，仍無法協調全區合作合併一更新案，「土城００路公寓都市更新會籌備處」乃再要求儘速通過其前排 40 戶之更新案，經 93 年 10 月 8 日提都更會第 14 次會議審議通過後，以 94 年 3 月 28 日北府城更字第 09401534751 號公告自 94 年 4 月 11 日起發布實施系爭都市更新事業計畫暨權利變換計畫（附件二）。聲請人認０巷０號建物遭強行納入都市更新事業計畫暨權利變換計畫係屬違法，且聲請人中之曾０平、熊江０足、張０菊部分皆已撤回同意，原處分應予撤銷。

二、聲請人不服上開處分，循序提起訴願及行政訴訟，先遭行政院以 94 年 10 月 26 日院台內訴字第 0940005093 號決定駁回訴願申請（附件三）；後復提起行政訴訟，經臺北高等行政法院以 94 年度訴字第 3884 號判決駁回（附件四）。聲請人不服，提起上訴，經最高行政法院以 98 年度判字第 692 號判決（附件五）認同聲請人之主張，將原判決除確定部分外廢棄，發回臺北高等行政法院更為審理。然此期間，系爭建物遭「土城００路公寓都市更新會」及市府動用公權力強行違法拆除。臺北高等行政法院或認既然已拆除重建，即承認違法既成事實，故復經該院 98 年度訴更一字第 84 號判決駁回（附件六）。聲請人仍不服，再次提起上訴，經最高行政法院以 100 年度判字第 1905 號判決駁回（同附件一），全案乃告終局確定。

三、聲請人認為確定之最高行政法院 100 年度判字第 1905 號判決書所適用之都市更新條例第 22 條第 1 項、第 3 項、第 22 條之 1、第 10 條、第 27 條規定有違憲疑義，爰具狀向　貴院聲請解釋憲法。

叁、所涉及之憲法條文

一、聲請人所涉及之憲法條文：

（一）憲法第15條作為聲請人之憲法上權利

按憲法第十五條規定，人民之生存權、工作權及財產權，應予保障。人民財產權應受國家之保護，無法律之授權，不得任意剝奪，此乃現代民主法治國家所應遵守之重要憲法原則。「憲法第十五條關於人民財產權應予保障之規定，旨在確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害，俾能實現個人自由、發展人格及維護尊嚴。」等語，歷經　貴院釋字第400號、第671號等解釋在案。復參釋字第596號解釋補充財產權作為人民所賴以「維繫個人生存之生活資源」之意義。不動產之價值自古即存，人民基於此而得安身立命，實有憲法上之重要價值。準此，憲法第15條賦予聲請人享有憲法上財產權之保障。此憲法所保障人民財產之自由權，同時也是民主法治國家與共產黨等專制獨裁國家不尊重人民財產權及自由處分之重要差異。

（二）憲法第10條作為聲請人之憲法上權利

按憲法第10條規定：「人民有居住及遷徙之自由。」又憲法第23條規定：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」明白揭示人民享有選擇居住地之自由，並享有在居住所自由行動之權利，除有憲法第23條所列之事由且以法律為之外，國家不得限制人民選擇住居所之自由或對其課以不必要之負擔，以賦予人民行動自由，使其在自由選擇之住居所內安居並充分發展個人之經濟及生活領域。

二、都市更新條例第 22 條第 1 項、第 22 條之 1、第 10 條、第 22 條第 3 項、第 36 條第 1 項牴觸下列憲法上原則：

（一）憲法第15條人民財產權之保障。

（二）憲法第10條人民居住遷徙自由之保障。

（三）憲法第23條之比例原則及法律保留原則。

（四）正當法律程序。

（五）憲法第7條之平等原則及體系正義。

肆、聲請解釋憲法理由及聲請人對本案所持之立場與見解：

一、人民之自由權及財產權之保障為憲法原則，也是民主法治的立國基本精神，如有侵害之必要，必係例外，應受嚴格之公益原則檢驗，且應有合理之責任賠償機制為衡平及救濟。然而，在本案中，只看到私人性質之第三人「土城００路公寓都市更新會」之私利，及市府運用不當之行政裁量及公權力拆除聲請人之建物，並以極不合理之單方鑑價價格價購（形同私人以自己決定之低價徵收聲請人之土地及建物之所有權），將聲請人掃地出門，拆除聲請人房屋，並奪取聲請人土地及建物所有權。此可說明私人之「土城００路公寓都市更新會」夥同營造廠商、市府，聯手對聲請人等人「強取豪奪」，顯然違憲違法。

二、應採取較嚴格之違憲審查基準：

（一）人民之自由權或財產權等權利，雖受憲法保障，不受政府之權力或他人之侵犯。自由權及財產權之保障，有時難免遇到例外之狀況，而有退讓之必要。然而，此種人民自由權、財產權之限制，係權利保障原則之例外。設計上，必須非常謹慎及嚴格，以避免遭到濫用，反而失去憲法保障人民自由權、財產權等原意。故我國憲法在第23條設下例外的限制規定，但也嚴格其條件為「為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要者外」，方得以法律限制之。

（二）查本案中，所適用都市更新條例之上開規定，並不符合憲法第23條所列舉之例外規定事由，顯然是違憲。蓋系爭引用都更條例之都更案，並不涉及憲法第23條所指之前三種

情形，僅是否存有「增進公共利益所必要」之考慮。惟查本案拆除聲請人之房屋及剝奪房屋土地所有權僅為從事本案都更者三十二人之私利，及營造業者之私益而已，何來「增進公共利益」？

（三）可見，系爭本件之都更案，不符合公共利益，且非具有必要性。新北市政府竟然濫用行政處分之權限，並濫用警察之公權力，率然將本案申請人不願被列入更新單元時，濫行強迫列入更新單元，並進而拆除，已然違憲。

（四）又實施更新程序中，竟然違法解釋都更條例，在顯然已違憲之條文中，濫權解釋及適用，竟放任第三人更新會以私人將聲請人所絕對擁有之房屋，濫用警察公權力將之拆除。且放任私人之更新會，以違法違憲方式將聲請人等八人之房屋所有權，以低價價購徵收。造成市政府縱容更新會以三十二人之違法多數決，就「以大吃小」將聲請人之房地所有權「吃掉」，北市府放任更新會等私人「強取豪奪」聲請人八人之財產，難道臺灣沒有法治了嗎？想不到臺灣會淪落到放任私人可以「多數決」就「強取豪奪」私人財產之野蠻叢林？（附件七）

（五）從本案得知，既然所有權的保護，在不動產的所有權此一面向脈絡，結合財產權與居住自由權而形成生存權的危害，有其先驗於國家法律存在之特別重要性，「有土斯有財」此一格言，即體現此一價值。是故，不動產的所有權必須給予較一般財產權更高度之保護。故此，不動產所有權之存續保障，其強度應受較嚴格之合憲性檢驗，而非僅受寬鬆之合憲性審查。倘該法律之目的非基於重要之公共利益，或其手段與目的間未具有實質重要關聯性且符合比例原則者，則該侵害人民不動產所有權存續保障之法律規定，自屬違憲從而侵害人民憲法上之財產權，以上合先敘明。

三、以下分別就本案所涉及之都市更新條例之條文檢驗，各該違憲理由如下：

（一）第22條第1項之比例多數決機制

1.該項規定：「實施者擬定或變更都市更新事業計畫報核時，其屬依第十條規定申請獲准實施都市更新事業者，除依第七條劃定之都市更新地區，應經更新單元範圍內私有土地及私有合法建築物所有權人均超過二分之一，並其所有土地總面積及合法建築物總樓地板面積均超過二分之一之同意外，應經更新單元範圍內私有土地及私有合法建築物所有權人均超過五分之三，並其所有土地總面積及合法建築物總樓地板面積均超過三分之二之同意；其屬依第十一條規定申請獲准實施都市更新事業者，應經更新單元範圍內私有土地及私有合法建築物所有權人均超過三分之二，並其所有土地總面積及合法建築物總樓地板面積均超過四分之三之同意。但其私有土地及私有合法建築物所有權面積均超過五分之四同意者，其所有權人數不予計算。」

2.比例原則之檢驗：

(1)就「目的正當性」而言，都更條例第 22 條第 1 項採行多數決同意之目的，無非係要使珍貴稀少的土地資源有效利用，避免在都更劃定範圍內發生少數綁架多數，阻礙都更進行，延滯都市發展。是以，都更條例第 22 條第 1 項之立法目的所追求者，似屬高度之公益。惟按都更條例第 1 條第 1 項規定，其目的有四：第一，就「促進都市土地有計畫之再開發利用」而言，應係達成目的所採取之手段，而非屬目的；且就第二點之「復甦都市機能」而言，其客體為都市，與憲法第 23 條之「公共利益」無關，且該目的之法律明確性亦屬不足。故此，前二者均不得作為合憲而侵害人

民權利之正當目的。而第三之「改善居住環境」，解釋上應至少具於促進整體都市居民，其正當性始為足夠。而第四項之目的「增進公共利益」，即憲法第 23 條之「公共利益」之再宣示，正用以強調本法所追求之目的係不可分割之集體幸福。故此，都更條例第 22 條第 1 項之目的，應與都更條例第 1 條做連結，須於追求之目的係具有改善居住環境或增進公共不可分割之集體幸福，始具有其正當性。

(2)至於「手段有效性」，透過多數決同意之制度，劃定範圍內之少數自然難以綁架要脅多數，造成都更無法進行，故都更條例第 22 條第 1 項所採行之手段，應確實得以貫徹都更條例第 22 條第 1 項之立法目的，故其手段可認具有達成立法目的之有效性。

(3)然而，都更條例第 22 條第 1 項是否符合「最小侵害原則」，並非毫無疑義。按多數決同意的手段多有走向多數暴力的風險，並無法兼顧全體所有權人之利益。目前都更條例第 22 條第 1 項僅有多數決原則而無相關保護少數人之制度，如此對少數人甚為不利，實已違反最小侵害原則。

(4)退萬步言，縱認都更條例第 22 條第 1 項符合「最小侵害原則」，其在「狹義比例原則」上亦無法通過檢驗。蓋狹義比例原則所強調者，無非係所追求之目的與對基本權之侵害之間不得顯失均衡，而在都更條例第 22 條第 1 項中，都更條例第 22 條第 1 項所追求的「土地有效利用」的法益，是否真能高過人民在憲法上的「財產權」、「居住自由權」甚或「生存權」？況該條並未區分更新單元內土地、建築物與他人土地、建築物間之緊密程度。亦即，應區分例如：獨棟屋、連棟透天厝、集合住宅等對象，以作為是否納入比例

多數決方式之計算。其可能犧牲緊密程度較低之不動產所有權人之利益，而僅片面追求土地有效利用之利益，顯然不符狹義比例原則而違反憲法第 23 條人民權利保護之意旨。

3.平等原則與體系正義之檢驗

(1)民主國家，其與共產專制國家之不同點，更重要的在於財產權的絕對保障，此理念自 1789 年法國人權宣言第 17 條所揭櫫之：「所有權為神聖不可侵害之權利」可知其歷史悠久。我國司法院大法官釋字第 400 號解釋文亦謂：「憲法第十五條關於人民財產權應予保障之規定，旨在確保個人依其財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害，俾能實現個人自由、發展人格及維護尊嚴。」多數決在民主制度原僅適用於選舉與會議的表決，而所有權的保障，係屬絕對，絕不可用「多數決」即可「強取豪奪」。例外則如我國土地法第 34 條之 1 也在 64 年增訂此類條文，惟亦有配套措施以保障少數人之客觀利益。而且，土地法第 34 條之 1 之設計，無非也是因共有關係，係違反一物權一所有權人之原則而設之例外規定，使其回復原則狀態，合先敘明。

(2)按，共有物依民法第 819 條第 2 項及第 828 條第 2 項之規定，須經全體共有人同意始能處分、變更及設定負擔，上開係共有財產權行使之基本原則。目前都更條例第 22 條第 1 項僅有多數決原則而無相關保護少數人之制度，如此對少數人甚為不利。

復按，土地法第 34 條之 1 第 4 項（不動產共有人之間的）優先承買權，亦在規範不動產財產權相鄰緊密關係之爭議。為求不動產共有人之多數決合憲

性，故土地法第 34 條之 1 第 4 項設有優先承買權之設計。其設計之功能，不僅有遏止己身財產被低價賤賣之風險，亦具有賦予少數者防禦並主動攻擊之權力，使其可以憑少數之地位主導財產之處分，亦有增進整體社會民生之益處。故此，此種制度設計可謂緊密相鄰財產權上，為求不致因多數決之制度而犧牲少數人利益之體系正義規範。

(3)綜上，立法原則自應遵守此一制度設計，而系爭條文第 22 條第 1 項有關多數決之規定，事涉緊密關係之不動產所有權之制度設計，然並未謹慎所有權具有之絕對保障，且未設有少數人之武器平等機制，使少數人有價格保障機制及意願尊重機制等抵抗權，或法院介入裁量之制度設計。該規定既係犧牲少數人重要之不動產所有權之存續，自應於此設有相同規範，以防免少數人之利益受過度之侵害風險。緣此，其設計區分少數人與多數人間之不平等對待，卻缺乏差別對待之正當理由，且觀乎不動產相鄰財產權之體系正義而言，應認系爭條文第 22 條第 1 項違反平等原則及體系正義而違憲。

（二）第36條第1項之規定，使實施者得拆除或請求主管機關代為強制拆除。

1.該項規定：「權利變換範圍內應行拆除遷移之土地改良物，由實施者公告之，並通知其所有權人、管理人或使用人，限期三十日內自行拆除或遷移；屆期不拆除或遷移者，實施者得予代為或請求當地直轄市、縣（市）主管機關代為之，直轄市、縣（市）主管機關有代為拆除或遷移之義務；直轄市、縣（市）主管機關並應訂定期限辦理強制拆除或遷移，期限以六個月為限。其因情形特殊有正當理由者，得報經中央主管機關核准延長六個

月，並以二次為限。但應拆除或遷移之土地改良物為政府代管或法院強制執行者，實施者應於拆除或遷移前，通知代管機關或執行法院為必要之處理。」

2.所有權保障、所有權受保護，即使是少數人之所有權亦受保障，正是民主國家之象徵：實則，民主國家中，不論是多數人或少數人，在自己家中安身立命的人們，都受保障。因為沒有流離失所，保有自己的財產、生活空間、生活方式，乃天經地義的事情。我國於98年4月22日制定公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法，該法第2條將兩公約所揭示人權保障之規定，明定具有國內法律效力之效力，其中之經濟社會文化權利國際公約第11條第1項，亦明示保障人民居住權。但是在號稱民主的臺灣社會，因前開多數決規定及本項強制拆除之規定，使得搶奪別人土地和家園，竟然變成如此容易之事。都更條例變成建商或都更自行實施者，公然合法搶奪他人家園的工具和武器！比較之下，本項強制拆除之規定，當然較前開之多數決規定直接侵害人民之財產權及居住自由權更甚，嚴重違反比例原則而違憲。

3.本項性質為公法上的義務或私法上的義務？縱認本條有其合憲之限縮解釋空間，惟都更條例第36條中政府的「代拆義務」，應先釐清其法律性質究係公法上義務或私法上義務。都更條例第36條全文前後對照以及用語為「代拆」，且依前開（一）多數決之說明，其形同私人之徵收，自應屬於私法上的義務。既然是私法上義務，則不應由行政機關直接執行。縱　貴院大法官認劃入都更範圍的共有財產部分仍有適用多數決之餘地，而不宜全盤宣告此法條違憲，但應合憲性限縮解釋為不得由行政機關經請求即得代拆，而是必須透過法院裁判，採較

高密度的審查，再次檢驗、監督行政機關審核事業計畫之妥當性，始得由法院裁定而由行政機關強制執行。此解釋方式亦可大幅消除實施者消極與不同意更新者溝通、協商、說服之動機，強化都更過程中之正當性及合理性，以確保人民之財產權及居住自由不受過度侵害。

（三）第22條第3項，有關都更同意書於公開展覽期滿後即不得任意撤回之規定。

1.該項規定：「各級主管機關對第一項同意比例之審核，除有民法第八十八條、第八十九條、第九十二條規定情事或雙方合意撤銷者外，以都市更新事業計畫公開展覽期滿時為準。所有權人不同意公開展覽之都市更新事業計畫者，得於公開展覽期滿前，撤銷其同意。但出具同意書與報核時之都市更新事業計畫權利義務相同者，不在此限。」其立法理由略為：「考量更新案件操作實務……以維都市更新事業推動之安定性，爰增訂第三項。」

2.安定性之考量？抑或各該關係人之利益衡量？

本項規定致使所有權人於行使同意權，經過三十日之展覽期後，即不得於意思表示無錯誤或受詐欺、脅迫之情況下，要求撤回同意。按本項係於97年新增，其目的既以「都市更新事業推動之安定性」，則需更深究者，係破壞此所謂之安定性，對各方之利弊得失。從實施者來看，倘依民法之規定，此同意書之性質類似委任契約，則依民法委任契約法理，實施者倘因所有權人撤銷委任而無法進行都更工程，自得向其請求所受損害及所失利益之損害賠償，故縱使准許任意撤回同意，亦對實施者無正當權利之妨害。就其他同意更新者而言，既未支出更新事業之費用，其不動產亦未遭拆除，亦應無甚損失。且上兩類人所受影響，可能因少數人撤回同意後仍有足夠之同意門檻，而不影響更新程序之發動，根本

不生現實之變化。

3.對欲撤回者而言，撤回之限制違反比例原則：該限制對欲撤回同意者而言，係限制其不動產財產權之處分自由。然而倘大多數之已同意者皆欲撤回，表示該實施者之更新程序處理，顯然與多數人同意時所預期之利益不符，則謹守程序之安定性對多數所有權人缺乏意義，僅對建商或實施者有利。而現實上，出具同意書時可能根本尚未開始辦理「權利變換」，然而其後階段隱含建商或實施者「低估權利價值」、「建商高估共同負擔成本」、「被分配到惡劣位置」等風險，且難以在個案中一一被察覺並經行政機關及法院檢驗審認。故此，出具同意書即不得無條件撤回，可能使所有權人冒上開不確定之風險，猶如簽下賣身契般任令建商或實施者上下其手、圖謀私利。然而，倘同意後可無條件任意撤回，可使實施者時時關注於多數人之利益，貫徹原先同意時之事業計畫，以免失去多數人之同意。綜上而論，其安定性之維持之利益顯然小於所有權人得任意撤回之利益，系爭規定有違比例原則。

4.三十日之展覽期亦為過短：現行制度下，都更實施者多委任專業建商，其具有專業建築能力且熟稔相關法規。而個別同意者多數僅為依賴該不動產為居住生存之居民，不僅欠缺專業知識，政府亦未提供專業法律從業人士以供諮詢。上開規定僅予短短三十日之期限，不僅未考量雙方實力差距，且於本件聲請人中案例可知，經同意而未能及時受專業意見協助，可能將導致受詐欺而被迫「被分配到惡劣位置」，亦已於現行法下喪失救濟可能性。顯然該過短期限之規定，不符正當法律程序，更凸顯無法任意撤回之弊害。倘於第22條第3項由「公開展覽期滿前」放寬為「事業計畫核定前」，以免使簽訂

同意書者即如同簽下「賣身契」般完全喪失對己身重要價值不動產之處分權限，亦免滋生相關之爭議。

5.缺乏有效處理反對意見之機制：縱展覽期按都市更新條例第19條第4項規定：「……人民或團體得……提出意見，由各級主管機關予以參考審議。」由上開規定可知，少數人縱於公聽會提出不同意見，實務上如近期爭議浮現檯面之文林苑都更等案，行政法院亦認「並無任何拘束力……不因未參與該公聽會，對其權利產生損害或重大影響。」（附件八）。直接坦白地說，就是「你參不參加公聽會根本差別不大」。於此可知，公聽會根本不具實質保障功能，惟倘連程序保障亦非嚴謹，憲法財產權保障之意義及功能均屬空談。

（四）第10條有關得自行劃定及組織更新團體之過低門檻

1.該條規定：「經劃定應實施更新之地區，其土地及合法建築物所有權人得就主管機關劃定之更新單元，或依所定更新單元劃定基準自行劃定更新單元，舉辦公聽會，擬具事業概要，連同公聽會紀錄，申請當地直轄市、縣（市）主管機關核准，自行組織更新團體實施該地區之都市更新事業，或委託都市更新事業機構為實施者實施之。前項之申請，應經該更新單元範圍內私有土地及私有合法建築物所有權人均超過十分之一，並其所有土地總面積及合法建築物總樓地板面積均超過十分之一之同意；其同意比例已達第二十二條規定者，得免擬具都市更新事業概要，並依第十五條及第十九條規定，逕行擬具都市更新事業計畫辦理。」

2.更新團體之重要性：都更條例之設計容許由私人發動，透過多數決侵害人民的財產權已有違憲之嫌，然其私人發動之起點即成立更新團體以進行各項程序，實為更新計畫成敗之關鍵。本件聲請人即係因主導重建者蕭Ｏ遙

心懷私心，明知無法主導90戶多數之意向，乃將無法掌控之50戶切剖，以其餘40戶為其可控制之對象，以前排40戶住戶之部分所有權人成立「土城００路公寓都市更新會籌備處」，故開始一連串之紛爭。顯見本條僅以所有權人、土地、建物面積達1/10，即得組織更新團體，亦遭少數有心人操縱，進而造成更新單元內部之分裂、對立，以謀取個人私利，甚至使整體更新過程爭議不斷。

3.被迫劃進更新單元之風險：如前所述，過低之比例即得劃定更新單元，所受影響最大者，係原無意願更新而因他人圖謀容積獎勵，強行劃定納入更新單元，致使社會爭議不斷。倘更新單元不得由私人劃定，而係由行政機關職權進行，除可大幅遏止有人心以此牟利之動機，以得以行政法制嚴格監督機關劃定更新單元之妥當性。另外，被動面上，應使負有維持客觀行政秩序之主管機關，於事業計畫核定後、執行拆遷措施前，暫停執行並增設「主管機關仍得依職權將不願參與者的土地或建物劃出應實施更新的範圍。」之規定，以確保行政機關積極依職權審酌公益目的之合法性，始屬符合實質正當法律程序。

4.公聽會程序管控鬆散：按實質上之正當程序則旨在確保國家權力作用之實質平等，其功能殆與我國憲法第23條相當。而對於行政行為，無論其為法規命令、行政處分或其他行政行為，其內容應符合實質正當程序，其決定並應符合程序上之正當程序。本條僅要求進行公聽會程序，惟公聽會程序欠缺行政法上聽證程序之嚴格要求，就都市更新此一涉及人民不動產財產權之重大處分，不僅保護不足，且由私人舉辦公聽會更欠缺公正執行之動機。故此，本條應改由行政機關舉辦聽證程序，以昭嚴謹，始服正當法律程序。

（五）第22之1條關於同一建築基地可否分幢、甚或分棟以分別計算之爭議

1.修法之歷程：本條原規定：「依第七條劃定之都市更新地區，於實施都市更新事業時，其同一建築基地上有數幢建築物，其中部分建築物毀損而辦理重建、整建或維護時，得在不變更其他幢建築物區分所有權人之區分所有權及其基地所有權應有部分之情形下，以各該幢受損建築物區分所有權人之人數、區分所有權及其基地所有權應有部分為計算基礎，分別計算其同意之比例。」

嗣後於94年6月22日將本條文中「數幢」文字修正為「數幢或數棟」。其立法理由僅數字謂「酌作文字修正」。

2.本案中之違憲違法適用：本件最高行政法院於第一次判決發回意旨明白指摘，後排50戶大樓是否安全無虞？非不可調查究明，且攸關被上訴人核准前排40戶大樓可以適用都市更新條例第22條之1規定，單獨辦理重建之處分，是否有違誤（附件四，第37頁倒數第6行以下可參）。顯見同一建築基地內，分幢單獨辦理之合法性已有疑義。然本案發生後，本法另為修正為數棟亦可單獨辦理更新，惟此疑義更增。

3.本法修正前之立法理由係：「參考九二一震災重建暫行條例第12條規定增訂重大災害地區辦理都市更新重建之同意比例計算簡化方式。」而按九二一震災重建暫行條例第12條規定：「災區可供建築之共有土地位於整體開發範圍內者，除於開發前有共有人過半數及其應有部分合計過半數之反對外，視為同意參加整體開發。開發後之利益，仍按其應有部分分配或登記之。祭祀公業，其土地位於災區整體開發範圍內者，除於開發前有二分之一以上派下員反對外，視為同意參加整體開發。開發

後之利益，為祭祀公業所有，其利益屬不動產者，得以祭祀公業名義登記之。前項規定，於其他公同共有土地準用之。」

4.違反比例原則之檢驗：從上述之立法歷史考究可知，九二一震災重建暫行條例第12條並未慮及同一建築基地之安全性及經濟性之考量，惟本件系爭都市更新條例第22條之1以幢或棟為區別計算以增進都市更新之可能性，目的為促進因地震等因素而受損壞建築物之迅速更新。就其目的所能達成之利益來看，都更條例第22條第1項前段以「更新單元範圍內私有土地及私有合法建築物所有權人均超過二分之一，並其所有土地總面積及合法建築物總樓地板面積均超過二分之一之同意」之比例表決制，即可達成迅速更新之目的。故復以得割列為各幢、甚或各棟計算同意之比例，其增進之利益不大。然而，如本案係屬地震而受損之之建築物，其因處地震頻繁發生地，地質較為脆弱，割裂更新而僅得使用小部分之土地面積，其地基範圍縮小將導致建築上之風險增加。然系爭規定忽略建築基地同一下之安全性，甚為不妥。且既然建築物在同一建築基地上，其民法上之就土地之所有權原屬同一而區分所有。而同一建築基地上，將原本共有之土地比例劃分而許其分別建築，自有損於土地一體利用之經濟性。況原屬同一建築基地之數幢或數棟建築，分離而更新營造新建築物，就建築工法上之安全性亦增加其危險性。就此觀之，容許同一建築基地上之數幢或數棟建築割裂更新，所能提升之促進更新利益有限，卻導致割裂更新而新增建築之風險且喪失一體利用土地之利益，其追求之目的與侵害之利益相較之下顯失均衡，違反狹義之比例原則，而屬違憲侵害財產權。

謹　　狀

附件一：最高行政法院 100 年度判字第 1905 號判決書。

附件二：臺北縣政府北府城更字第 09401534751 號公告自 94 年 4 月 11 日起發布實施系爭都市更新事業計畫暨權利變換計畫。

附件三：行政院內政部 94 年 10 月 26 日院台內訴字第 0940005093 號訴願決定書。

附件四：臺北高等行政法院 94 年度訴字第 3884 號判決書。

附件五：最高行政法院 98 年度判字第 692 號判決書。

附件六：臺北高等行政法院 98 年度訴更一字第 84 號判決書。

附件七：101 年 3 月 29 日/自由時報「爭議三年/文林苑都更案-抗爭聲中士林王家拆了」新聞報導乙則。

附件八：節錄自臺北高等行政法院 98 年訴字第 2467 號判決，並經最高行政法院以 100 年裁字第 1582 號裁定上訴駁回，維持原判決。

附件九：委任狀正本乙份。

此　致

司　法　院　公鑒

聲請人：陳　0　鶯　等五十二人

代理人：鄭　文　龍　律師

中　華　民　國　1　0　1　年　4　月　1　7　日

（附件一）

最高行政法院判決　100 年度判字第 1905 號

上　訴　人　陳0鶯、陳0泰、張0文、楊0玉、劉0獎、曾0平、陳0鋒、陳0華、陳0選、偕0雅、楊0秀、李0慶、劉0呈、莊0宛、陳0章、王0業（原名：王0一）、黃0森、莊0娟、鄭0文、潘0玉、杜0山、許0鶴、周0枝、彭0錦、徐0土、李0祥、吳0華、楊0珠、吳0卿、楊0嫻、藍0良、張0梅、鍾0春、林0敏、周0亮、陳0雪、盧0琴、張0芬、龍0珍、侯0嵐、

程０仁、童０鋒、康０齡、陳０利、陳０萍、陳０娟、陳０瑾、熊江０足、張０菊、蔡０、張０丕、陳０錫

共同訴訟代理人　鄭　文　龍　律師

被　上　訴　人　新北市政府

代　　表　　人　朱　立　倫

參　　加　　人　土城區００里００路社區都市更新會

代　　表　　人　張　０　松

訴 訟 代 理 人　蔡　進　良　律師

上列當事人間都市更新事件，上訴人對於中華民國 99 年 10 月 28 日臺北高等行政法院 98 年度訴更一字第 84 號判決，提起上訴，本院判決如下：

一、位於臺北縣土城市（改制後為新北市土城區，下同）００段００小段００號土地，建有 5 層樓集合住宅共 90 戶（即０００００），為民國 91 年 331 震災受損建築物，其中臺北縣土城市００路０段０至０號０至０樓計 35 戶及００路０段０巷０號計 5 戶（即前排 40 戶），經被上訴人於 91 年 8 月 5 日公告，依都市更新條例第 5、7、8 條規定，自 91 年 8 月 15 日起，實施「臺北縣 331 地震迅行劃定都市更新地區及擬定更新計畫」，劃定前揭 35 戶及另案其他三處為「迅行劃定都市更新之地區」，並敘明「惟經判定拆除建築物若其毗鄰且位於同一街廓之老舊建築物土地及合法建築物所有權人同意，且經本縣都更會審議通過者，亦得一併辦理更新」。又因前揭 90 戶係坐落同一宗基地，持有同一使用執照，宜併入同一更新地區範圍，其間前排 40 戶住戶之部分所有權人成立「土城００路公寓都市更新會籌備處」（92 年 6 月 27 日獲准都市更新會立案登記，名稱為「土城市００里００路社區都市更新會」，即參加人），依都市更新條例第 10 條及第 22 條之 1 規定，以該 40 戶受損建築物為範圍，辦理都市更新重建。參加人依都市更新條例第 19 條規定，辦理「土城市００里００路社區都市更新事業計畫暨權利變換計畫」公開展覽，並於 92 年

11 月 17 日舉辦公聽會。嗣被上訴人召開臺北縣都市更新審議委員會（下稱都更會）第 3 次專案小組會議，仍無法協調全區合作合併一更新案，參加人乃再要求儘速通過前排 40 戶之更新案，經 93 年 10 月 8 日提都更會第 14 次會議審議通過後，以 94 年 3 月 28 日北府城更字第 09401534751 號（下稱原處分）公告自 94 年 4 月 11 日起發布實施系爭都市更新事業計畫暨權利變換計畫。上訴人及曾０滿、劉０明等人不服，循序提起行政訴訟（劉０明撤回起訴），經原審法院以 94 年度訴字第 3884 號判決駁回上訴人之訴，上訴人不服（曾０滿未提上訴），提起上訴，經本院將原判決除確定部分外廢棄，發回原審法院更為審理後，為原審判決駁回，上訴人仍不服，遂提起本件上訴。

二、上訴人起訴主張略以：(一)、參加人自行劃定的更新單元中關於００路０段０巷０號０至０樓 5 戶（下稱系爭 5 戶）部分，不在被上訴人 91 年 8 月 5 日公告迅行劃定更新地區內，系爭 5 戶未列為迅行劃定的更新地區，若一併辦理更新，必需經全體所有權人同意，並經都市更新審議委員會審議通過，否則即屬違法。本件都市更新委員會審議時，系爭 5 戶中之曾０平、熊江０足、張０菊皆已合法撤回同意，未符合「合法建築物所有人同意」、「且經本縣都市更新審議員會審議通過者」兩項要件，然被上訴人卻將該部分一併納入更新，顯然違法。(二)、又本件建物為「一幢」建物，不符合都市更新條例第 22 條之 1 規定「數幢」之前提要件，全體 90 戶依法不得分開更新，原處分卻准許前排 40 戶單獨辦理重建，顯有違法。再依內政部營建署函釋所載條件，數幢大樓一分為二之更新，應在「部分大樓全倒而部分大樓安全無虞」之前提下，始得適用都市更新條例第 22 條之 1 規定，本件後棟建物安全有虞，即無適用都市更新條例第 22 條之 1 規定之餘地。惟原處分卻僅以前排 40 戶大樓為計算基準，計算其同意之比例辦理重建，顯然違反都市更新條例第 22 條之 1。參加人擬定的都市更新事業計畫，不適用都市更新條例第 22 條之 1 之規定，

已然違法在先，自無理由主張符合都市更新條例第 22 條第 1 項之規定。參加人擬定的都市更新事業計畫，係整體不可分，自因曾０平、熊江０足、張０菊撤回同意而整體違法。(三)、被上訴人於 94 年 3 月 28 日作成原處分時，參加人並未提供「銀行承諾書」、「相關資金證明文件」，故本件重建經費之財務計畫，尚未確定可行。(四)、系爭「權利變換計畫」不但僅就前排 40 戶進行分配，又剝奪前排 8 名上訴人之房地所有權，嚴重侵害渠等權益，前排沒有參與更新的 8 名上訴人，在程序不透明、選配不公平、資訊不充足之情況下，自由選配之權利遭黑箱作業予以剝奪，因而在權利變換計畫公告前，該 8 名上訴人未及參與更新，致房地所有權遭受絕對剝奪。系爭「權利變換計畫」，既違反都市更新公開、公正及公平之原則，且違反都市更新條例第 22 條之 1、民法第 799 條、第 817 條、公寓大廈管理條例第 58 條第 2 項，及土地登記規則第 94 條之規定，應予撤銷等語，求為判決撤銷訴願決定及原處分。

三、被上訴人則以：(一)、被上訴人 91 年 8 月 5 日公告實施「臺北縣 331 地震迅行劃定都市更新地區及擬定更新計畫」，係劃定「土城市００路０段０號至０號所在之住宅社區及同一街廓」為都市更新地區，「００路０段０巷０號０至０樓」即系爭 5 戶當然在被上訴人 91 年 8 月 5 日公告迅行劃定更新地區內，無須再踐行計畫書「參、更新地區範圍」所載之程序，則無論曾０平、熊江０足、張０菊撤回同意，皆無影響。(二)、又本件應得以各該「棟」受損建築物區分所有權人之人數、區分所有權及其基地所有權應有部分為計算基礎，分別計算其同意之比例。再者，本件前排 40 戶房屋俱因震災嚴重毀損，與後排 50 戶房屋間已非可認定為一幢建築物，則本件應得以「前排 40 戶」計算實施者擬定都市更新事業計畫同意比例。後排 50 戶之安全性問題，應不影響本件以「前排 40 戶」計算同意比例之合法性。故本件自有都市更新條例第 22 條之 l 規定的適用，被上訴人依該條規定僅以因 91

年3月31日地震而遭受嚴重毀損之「前排40戶」計算同意比例，實無違誤。(三)、本件參加人係依都市更新條例第10條規定申請並經被上訴人92年3月28日獲准實施都市更新事業，於擬定或變更都市更新事業計畫報核時，已符合都市更新條例第22條第1項除「經更新單元範圍內土地及合法建築物所有權人均超過二分之一，並其所有土地總面積及合法建築物總樓地板面積均超過二分之一之同意」之規定，縱曾O平、熊江O足、張O菊撤回同意，對此亦毫無影響。(四)、本件參加人已依都市更新審議委員會決議補強財務計畫，且被上訴人亦已遵照該決議審核系爭財務計畫，判斷其屬可行。參加人財務計畫可行性之審查，屬於都市更新主管機關即被上訴人之行政判斷餘地，被上訴人既審認參加人財務健全，司法機關即應予尊重。(五)、而依行為時都市更新權利變換實施辦法第11條第1項規定，可知若「土地所有權人或權利變換關係人自行選擇」且「同一位置無二人以上申請分配」，自無須以公開抽籤方式辦理。本件前排40戶中不參與本件都市更新之8戶13人，既已表明不參與本件都市更新，自無從選擇「實施權利變換後應分配之土地及建築物位置」，實無權利再爭執「同一位置有二人以上申請分配，應以公開抽籤方式辦理」。故本件權利變換計畫符合都市更新權利變換實施辦法第11條規定，係屬合法等語，資為抗辯，求為判決駁回上訴人之訴。

四、參加人主張略以：參加人於94年12月23日開工重建系爭建物，並於98年12月25日完工；被上訴人已於99年3月26日核發使用執照。參加人申請經被上訴人准許辦理更新重建皆符合法律規定，參加人暨參加本件都市更新重建之32戶住戶之信賴利益應受法律保護，當予存續保障。上訴人既主張後排50戶建築物有立即危險，亦應拆除重建，復又無法與前排40戶協調合作，大可另行依都市更新條例之規定向被上訴人申請原地重建，詎渠等一再以法律上或事實上之動作阻擾參加人於更新重建之進展，諸般行徑係以損害參加人暨參加本件都市更新重建之32

戶住戶為主要目的，不合於誠實信用原則，原處分及訴願決定並無違誤等語，求為判決駁回上訴人之訴。

五、原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：(一)、查被上訴人91年8月5日公告實施之「臺北縣331地震迅行劃定都市更新地區及擬定都市更新計畫」，依上開公告關於更新地區範圍之規定，並參以該計畫係以協助受損「集合式住宅」早日完成重建為目的，而將受損「住宅社區」劃定為都市更新地區，足知，凡經被上訴人判定為需注意或危險、補強前禁止進入之建物，戶數超過20戶以上，且表達欲以都市更新方式辦理重建者，該等建物所在之住宅社區，即屬被上訴人公告列為迅行劃定之都市更新地區，並非侷限於經判定為需注意或危險、補強前禁止進入之各該建物始為公告劃定之都市更新地區。對照前揭計畫「陸、劃定之更新單元或其劃定基準」之訂定，原則上既應以該社區之原使用執照坐落基地範圍為最小更新單元，由此益徵無論係該社區前排40戶（包含系爭35戶及系爭5戶），或後排50戶（土城市００路０巷０號至０號０至０樓），均同在被上訴人91年8月5日公告迅行劃定之都市更新地區範圍內，應無疑義。(二)、又依前揭公告及其附件之記載，應係指原「００００」共90戶之住宅社區為被上訴人迅行劃定之都市更新地區，並非單指附件內所列載經判定為危險建物之系爭35戶而已。又系爭5戶既在被上訴人迅行劃定之都市更新地區範圍內，即無被上訴人91年8月5日公告計畫「參、更新地區範圍」需經全體所有權人同意，並經都市更新審議委員會審議通過規定之適用，故上訴人訴稱系爭5戶若欲一併辦理更新，必需經全體所有權人同意，並經都市更新審議委員會審議通過，因系爭5戶未具備上開要件，將之納入一併更新於法有違云云，亦無足取。則本件按都市更新條例第10條第2項僅規定「應經該更新單元範圍內土地及合法建築物所有權人均超過10分之1，並其所有土地總面積及合法建築物總樓地板面積均超過10分之1之同意」即可，故被上訴人核准參加人

所提都市更新事業概要，亦無不合。至系爭 5 戶自始即在被上訴人劃屬迅行更新地區範圍內，並無被上訴人 91 年 8 月 5 日公告計畫「參、更新地區範圍」後段規定之適用，業已詳述如前。參加人原係以其擬具之都市更新事業概要係經前排 40 戶全部所有權人同意而據以申請，故曾０平等 3 人事後表示不願參加或撤回原為之同意，並不影響同意者已逾法定 10 分之 1 比例，被上訴人核准參加人所提事業概要計畫，自不受渠等撤回同意之影響。（三）、經查，「０００００」集合住宅 90 戶係坐落同一宗基地，持有同一使用執照，原為一幢結構體相連之建築物，惟該幢建築物係由 10 戶共用 1 個共同出入口，其中前排 40 戶因 331 地震受損嚴重，先後經被上訴人公告為危險建物；後排 50 戶建物，經評估結果，００路０巷０號０樓、０號０樓列為「黃單」之需注意建築物，０巷０號及０號則為「綠單」之安全建物，嗣前開０號０樓及０號０樓 2 戶，經被上訴人工務局委請建築師複評，認定「後棟建築物可拆除地上層連接部分，即可繼續使用」、「地上層前棟和後棟僅部分相連，應可在拆除部分連接部分後，繼續使用」，判斷符合解除「黃單」之要件，可知後排 50 戶自始即未因震災而被評估列為危險建築物，且原列「黃單」之需注意建築物，亦已於 92 年間解除「黃單」。是前後排建物，在外觀及實際結構上已失去一幢建物之性質，且依該社區位置圖觀之，前排與後排建物使用機能亦獨立分開，故被上訴人依被上訴人所屬工務局會簽意見：「本案建築物原為一幢，如現況而言，似已難認定為一幢建築物，而得視為他幢建築物。」審認後排 50 戶與前排 40 戶非可認定為同一幢建築物，而為實質上之數幢建物，洵非無據。上訴人雖執臺灣省結構技師公會鑑定意見、臺灣板橋地方法院檢察署委託鑑定意見，主張後排 50 戶並非安全無虞。惟後排 50 戶建物依參加人之後再委託出具上訴人所提上開鑑定意見之同一鑑定單位臺灣省結構技師公會，就前排建物拆除前後及補強前後耐震能力評估暨前後棟拆除界面結構檢討評估而為鑑定，其鑑定

意見結論，足徵後排 50 戶應無安全上之顧慮，本件自有都市更新條例第 22 條之 1 規定的適用。被上訴人核准參加人以震災受損嚴重之前排 40 戶建物所在位置及其持分土地面積為範圍，自行劃定更新單元，就前排 40 戶單獨辦理重建，並依該條規定計算同意比例，並無違誤。若謂都市更新條例第 22 條之 1「他幢建築物」皆必須達到確無任何潛在危險或安全確無任何疑慮之情況下，毀損之建築物始得依該條規定之同意比例簡化方式辦理都市更新，顯非該條立法本意。本件無論係前排 40 戶或後排 50 戶，均在被上訴人依都市更新條例第 7 條劃定之都市更新地區範圍內，參加人在上開更新地區範圍內，自行劃定更新單元，就前排 40 戶單獨辦理重建，並檢具事業概要計畫併同公聽會紀錄，及超過法定 10 分之 1 以上比例所有權人出具之同意書，報經被上訴人核准，核與行為時都市更新條例第 10 條、第 22 條之 1 規定，以及臺北縣都市更新單元劃定基準第 2 條：「都市更新單元之劃定，在都市計畫或都市更新計畫中有規定者，依該規定辦理，自行劃定都市更新單元者，應……，為避免重大災害發生，或因戰爭與地震重大事變遭受損壞等情形，經本府核准者，得不受前項限制。」規定並無不合。（四）、又前排 40 戶既經核准自行劃定為一更新單元，辦理都市更新，則依都市更新條例第 22 條第 1 項及第 22 條之 1 規定，參加人擬定都市更新事業計畫報核時，應經該更新單元內土地及合法建物所有權人均超過 2 分之 1，並其所有土地總面積及合法建築物總樓地板面積均超過 2 分之 1 之同意，且以前排 40 戶受損建築物所有權人之人數、所有權及其基地所有權應有部分為計算基礎，分別計算其同意比例。查上開更新單元範圍及位置為前排 40 戶房屋所占位置及其持分土地面積 1464.78 平方公尺。該更新單元內之土地及合法建築物所有權人均為 44 人，同意參與都市更新事業計畫之土地及建築物所有權人均為 31 人，同意比例為 70.45%；更新單元內土地面積同意比例為 78.53%；建築面積同意比例為 78.97%等各節，已符合都

市更新條例第 22 條第 1 項所定 2 分之 1 同意比例，應屬至明。又揆諸上開同意所有權人清冊之記載，並未將前排 40 戶中不同意改建之曾０平等 3 人列入其內，故曾０平等 3 人撤回同意並無影響。參以更新權利變換計畫關於更新後分配面積亦係以 1,464.87 平方公尺計算，可見以前排 40 戶為更新單元，單獨辦理重建，並不影響後排 50 戶建物所有權人之區分所有權及其基地所有權之應有部分。(五)、按行為時都市更新條例第 21 條規定，並未就都市更新事業計畫所載之財務計畫內容應為如何之記載為任何規範，故此部分之記載是否妥適或是否可行，屬都市更新審議委員會審議判斷之餘地。由被上訴人都市更新審議委員會第 6 次、第 14 次專案小組會議歷程可知，被上訴人都市更新審議委員會已對實施者（參加人）就其針對專案小組會議決議要求事項所為之處理或說明進行實質審議，經審議後既認本件都市更新事業計畫之財務計畫書尚屬可行而審議通過，本院自應尊重其審議之判斷。況參加人於被上訴人公告發布實施權利變換計畫前，已說明系爭計畫重建費用共計新臺幣（下同）203,473,144 元，資金來源含參與戶自行出資 21,748,243 元、7 戶不參與戶共同負擔由承購者負擔 15,938,922 元、銀行融資 89,650,000 元及由更新會向同興營造工程有限公司（下稱同興公司）借貸 100,000,000 元共計 227,337,165 元。至 8 戶不參與戶補償金部分計 21,390,467 元，參加人已洽由第三人承購 7 戶不參與戶之更新後住宅單元，其補償金已存入更新會帳戶，至於００巷０號更新後住宅單元先由更新會承受（購），該戶補償金也由更新會洽第三人借得亦存入更新會帳戶；並參以本件參加人辦理之本件都市更新重建建物業已竣工，已取得被上訴人工務局核發之使用照在案，足徵本件都市更新事業計畫之財務計畫確屬可行。(六)、查參加人擬具報核之權利變換計畫關於公開抽籤作業方式，係通知更新單元內全體土地所有人及權利變換關係人，以書面向都市更新委員會申請分配更新後單元位置，並舉辦事業計畫暨權利變換

計畫公聽會、第 2 次會員大會，說明土地所有權人及相關權利人申請分配之結果並協調相關事項，並就公開抽籤方式予以說明。經核上開表明之事項，俱與法規相符，且該權利變換計畫業經公開展覽，並經被上訴人都市更新審議委員會審議通過，被上訴人以原處分核定並發布實施，於法並無不合。至於參加人有無確實給予住戶自由選配之機會，則屬計畫執行的問題，與上開權利變換計畫所應表明之各事項是否合法，該計畫可否核定實施之認定，尚屬無涉。又本件前排 40 戶中參與分配之 32 戶住戶均選擇住宅單元原位置分配，因住宅單元選配未重複，並無同一位置有二人以上申請分配之情，自無須以公開抽籤方式辦理，故僅就停車位重複選配者辦理停車位抽籤事宜，且前排 40 戶中不參與本件都市更新之 8 戶 13 人，並未表達參與分配之意願，所舉證據又不足以證明本件有同一位置有二人以上申請分配，參加人未依權利變換計畫揭示原則辦理之情，是上訴人主張本件權利變換計畫不合法，自非可採等語。因將原決定及原處分均予維持，駁回上訴人之訴。

六、本院查：按行為時都市更新條例第 5 條規定：「直轄市、縣（市）主管機關應就……進行全面調查及評估，劃定更新地區，並視實際需要分別訂定都市更新計畫，表明下列事項，作為擬定都市更新事業計畫之指導：一、更新地區範圍。……四、劃定之更新單元或其劃定基準。……」、第 7 條規定：「有下列各款情形之一時，直轄市、縣（市）主管機關應視實際情況，迅行劃定更新地區，並視實際需要訂定或變更都市更新計畫：一、因戰爭、地震、火災、水災、風災或其他重大事變遭受損壞。二、為避免重大災害之發生。三、為配合中央或地方之重大建設。前項更新地區之劃定或都市更新計畫之擬定、變更，上級主管機關得指定該管直轄市、縣（市）主管機關限期為之，必要時並得逕為辦理。」、第 10 條規定：「（第 1 項）經劃定應實施更新之地區，其土地及合法建築物所有權人得就主管機關劃定之更新單元，或依所定更

新單元劃定基準自行劃定更新單元，舉辦公聽會，擬具事業概要，連同公聽會紀錄申請當地直轄市、縣（市）主管機關核准，自行組織更新團體實施該地區之都市更新事業或委託都市更新事業機構為實施者實施之。（第 2 項）前項之申請應經該更新單元範圍內土地及合法建築物所有權人均超過十分之一，並其所有土地總面積及合法建築物總樓地板面積均超過十分之一之同意。」、第 22 條規定：「實施者擬定或變更都市更新事業計畫報核時，其屬依第十條規定申請獲准實施都市更新事業者，除依第七條劃定之都市更新地區，應經更新單元範圍內土地及合法建築物所有權人均超過二分之一，並其所有土地總面積及合法建築物總樓地板面積均超過二分之一之同意外，應經更新單元範圍內土地及合法建築物所有權人均超過五分之三，並其所有土地總面積及合法建築物總樓地板面積均超過三分之二之同意；其屬依第十一條規定申請獲准實施都市更新事業者，應經更新單元範圍內土地及合法建築物所有權人均超過三分之二，並其所有土地總面積及合法建築物總樓地板面積均超過四分之三以上之同意。前項人數與土地及建築物所有權比例之計算，準用第十二條之規定。」、第 22 條之 1 規定：「依第七條劃定之都市更新地區，於實施都市更新事業時，其同一建築基地上有數幢建築物，其中部分建築物毀損而辦理重建、整建或維護時，得在不變更其他幢建築物區分所有權人之區分所有權及其基地所有權應有部分之情形下，以各該幢受損建築物區分所有權人之人數、區分所有權及其基地所有權應有部分為計算基礎，分別計算其同意之比例。」，經查系爭土地，建有 5 層樓集合住宅共 90 戶，為 91 年 331 震災受損建築物，其中臺北縣土城市００路０段０至０號０至０樓計 35 戶及００路０段０巷０號計 5 戶（即前排 40 戶），經被上訴人於 91 年 8 月 5 日公告，依都市更新條例第 5、7、8 條規定，自 91 年 8 月 15 日起，實施「臺北縣 331 地震迅行劃定都市更新地區及擬定更新計畫」，劃定前揭 35 戶為「迅行劃定都市更新之地區」，

並敘明「惟經判定拆除建築物若其毗鄰且位於同一街廓之老舊建築物土地及合法建築物所有權人同意，且經本縣都更會審議通過者，亦得一併辦理更新」。其間前排 40 戶住戶之部分所有權人獲准為土城市００里００路社區都市更新會（即參加人），依都市更新條例第 10 條及第 22 條之 1 規定，以該 40 戶受損建築物為範圍，辦理都市更新重建。嗣參加人依都市更新條例第 19 條規定，辦理「土城市００里００路社區都市更新事業計畫暨權利變換計畫」公開展覽，及舉辦公聽會。經被上訴人審議通過後，發布實施系爭都市更新事業計畫暨權利變換計畫，依法尚無不合。（一）、而查被上訴人 91 年 8 月 5 日公告實施「臺北縣 331 地震迅行劃定都市更新地區及擬定都市更新計畫」，其計畫緣起係因三三一地震造成臺北縣多處住宅社區建築物受損，亟需重建、改建，被上訴人乃依都市更新條例第 7 條規定，訂定上開計畫，將受損住宅社區劃定為都市更新地區，期能協助受損集合式住宅早日完成重建，而該計畫「參、更新地區範圍」則揭示：「臺北縣政府依『331 地震臺北縣建築物緊急評估案件一覽表』判定為需注意或危險、補強前禁止進入之建物中，戶數超過 20 戶以上者，且表達欲以都市更新方式辦理重建之住宅社區，即列為迅行劃定都市更新之地區（共計 4 處）如附件，惟經判斷需拆除建築物，若其毗鄰且位於一街廓之老舊建築物土地及合法建築物所有權人同意，且經本縣都市更新審議委員會審議通過者，亦得一併辦理更新。」是依上開公告關於更新地區範圍之規定，並參以前所揭示該計畫係以協助受損「集合式住宅」早日完成重建為目的，而將受損「住宅社區」劃定為都市更新地區，足知，凡經被上訴人依「331 地震臺北縣建築物緊急評估案件一覽表」判定為需注意或危險、補強前禁止進入之建物，戶數超過 20 戶以上，且表達欲以都市更新方式辦理重建者，該等建物所在之住宅社區，即屬被上訴人 91 年 8 月 5 日公告列為迅行劃定之都市更新地區，再對照上開計畫「陸、劃定之更新單元或其劃定基準」所揭示：

「更新地區範圍內經評估判定需拆除重建之建築物，應以原使用執照坐落基地範圍為最小更新單元。但因更新面積過大或其他特殊因素難一次辦理者，應向臺北縣政府提出申請，並依都市更新條例第 5 條及第 8 條所定程序辦理」，亦可知在被上訴人 91 年 8 月 5 日公告迅行劃定之都市更新地區內，原則上係以經評估判定需拆除重建之建築物「原使用執照坐落基地範圍」為最小更新單元；並參以更新單元僅係更新地區內可單獨實施都市更新事業之分區（都市更新條例第 3 條第 3 款定義參照），為更新事業之最小基地範圍，則以該計畫所訂更新最小單元為「原使用執照坐落基地」觀之，迅行劃定之更新地區即至少應大於或等同於經判定需拆除重建之建物「原使用執照坐落基地範圍」，自不可能僅限於上開需拆除重建之各該門牌號碼建物而已。是以，被上訴人 91 年 8 月 5 日公告實施之「臺北縣 331 地震迅行劃定都市更新地區及擬定都市更新計畫」，其計畫「參、更新地區範圍」雖載有「……列為迅行劃定都市更新之地區（共計 4 處）如附件」，且附件即「臺北縣 331 地震迅行劃定都市更新地區範圍清冊」編號 4 所列建物亦僅為「土城市００路０段０至０號／地上 5 層／住宅、商店」，揆諸首揭說明，其意當非指被上訴人迅行劃定之都市更新地區僅以 91 年 4 月間先行公告列為危險建物之土城市００路０段０至０號０至０樓建物為限，而係表徵上開建物所在之原「００００」共 90 戶之住宅社區為迅行劃定之都市更新地區，此業據原判決敘明甚詳，上訴意旨主張系爭００路０段０巷０號０至０樓 5 戶不在被上訴人迅行劃定都市更新地區，該都市更新地區範圍內，原判決有認定與卷證不符之違法等云云，被上訴人顯有誤會。(二)、再查系爭 5 戶既在被上訴人迅行劃定之都市更新地區範圍內，即無被上訴人 91 年 8 月 5 日公告計畫「參、更新地區範圍」規定：「……惟經判斷需拆除建築物，若其毗鄰且位於一街廓之老舊建築物土地及合法建築物所有權人同意，且經本縣都市更新審議委員會審議通過者，亦得一併辦理更新」之

適用，故上訴人訴稱系爭 5 戶若欲一併辦理更新，必需經全體所有權人同意，並經都市更新審議委員會審議通過，即無足取。再關於都市更新事業概要部分，其目的係在透過事業概要的擬定以確定都市更新單元範圍、未來發展方向與原則，以提高更新事業計畫的可行性，因此部分僅屬初步之規劃，為都市更新事業推動的前置作業，讓政府部門與土地所有權人概略瞭解該地區辦理更新事業初步的可行性，故都市更新條例第 10 條第 2 項僅規定「應經該更新單元範圍內土地及合法建築物所有權人均超過 10 分之 1，並其所有土地總面積及合法建築物總樓地板面積均超過 10 分之 1 之同意」即可。本件參加人，在前開經劃定應實施更新地區內，以前排 40 戶受損建築物原所在位置及其持分土地面積為範圍，劃定更新單元，檢具事業概要計畫併同公聽會紀錄，並提出超過法定 10 分之 1 以上比例所有權人出具之同意書，依都市更新條例第 10 條、第 22 條之 1 規定，向被上訴人申請辦理上開地區之都市更新事業，於法即屬有據，被上訴人核准參加人所提都市更新事業概要，亦無不合。另參之參加人原係以其擬具之都市更新事業概要係經前排 40 戶全部所有權人同意而據以申請，已據參加人陳明在卷，並有申請書在卷可稽（原審前審卷（三）第 233、133 頁），故曾０平等 3 人事後表示不願參加或撤回原為之同意，並不影響同意者已逾法定 10 分之 1 比例，被上訴人核准參加人所提事業概要計畫，自不受渠等撤回同意之影響。另上開更新單元範圍及位置為前排 40 戶房屋所占位置及其持分土地面積 1464.78 平方公尺。該更新單元內之土地及合法建築物所有權人均為 44 人，同意參與都市更新事業計畫之土地及建築物所有權人均為 31 人，同意比例為 70.45%；更新單元內土地面積同意比例為 78.53%；建築面積同意比例為 78.97%等各節，已符合都市更新條例第 22 條第 1 項規定於都市更新事業計畫報核時所定 2 分之 1 同意比例。又揆諸上開同意所有權人清冊之記載，並未將前排 40 戶中不同意改建之曾０平等 3 人列入其內，故曾０平

等 3 人撤回同意並不影響被上訴人核准該都市更新事業計畫之合法性。(三)、另參酌行為時都市更新條例第 22 條之 1 其立法理由：「考量同一宗建築基地內，有多幢大樓，其中部分大樓全倒而部分大樓安全無虞之情況下，依現行法令，對於部分倒塌建築物之重建，增加重建之困難度，爰增訂在不變更其他建築物區分所有權人之區分所有權及其基地所有權應有部分之情形下，得以受損各該幢建築物區分所有權人之人數、區分所有權及其基地所有權應有部分為計算基礎，計算其應有之比例，辦理該幢建築物之整建、維護或修繕補強。」可知，都市更新條例第 22 條之 1 之適用，其對象必須係在迅行劃定更新地區實施之都市更新事業，且限於在同一建築基地上有多幢大樓，因重大災害所受損害不同，其中部分建築物毀損，但其他部分建築物並無安全上顧慮之情況下，始得以各該幢受損建築物區分所有權人之人數、區分所有權及其基地所有權應有部分為計算基礎，分別計算其同意之比例。而查「０００００」集合住宅 90 戶係坐落同一宗基地，持有同一使用執照，原為一幢結構體相連之建築物，為兩造所不爭執之事實，惟該幢建築物係由 10 戶共用 1 個共同出入口，並以無開口之防火牆與防火樓板區劃分開為 9 棟，其中前排 40 戶因地震受損嚴重，先後經被上訴人公告為危險建物，住戶並遭強制撤離；後排 50 戶建物，雖經被上訴人所屬工務局於 91 年 4 月 2 日及 4 日評估結果，００路０巷０號０樓、０號０樓列為「黃單」之需注意建築物，惟嗣前開 20 號 1 樓及 24 號 5 樓 2 戶，經被上訴人所屬工務局委請建築師於 92 年 11 月 26 日及 28 日複評結果，認定「建築物位於後棟，前後棟之地下室並無連接，前棟雖已嚴重損害（柱挫屈），但後棟影響較小，可拆除地上層連接部分，即可繼續使用」、「後棟地下室與前棟並不連接，地上層前棟和後棟僅部分相連，應可在拆除部分連接部分後，繼續使用」，判斷符合解除「黃單」之要件，可知後排 50 戶自始即未因震災而被評估列為危險建築物，且原列「黃單」之需注意建築物，亦

已於 92 年間解除「黃單」。是後排 50 戶建物，與經公告列為危險建築物且嚴重毀損無法居住之前排 40 戶建物，因災後情況迥異，二者縱有部分相連，但在外觀及實際結構上已失去一幢建物之性質，且依該社區位置圖觀之（原審卷 1 第 197 頁），該社區本係由 9 棟建物組成，有前、後排之別，前排與後排建物使用機能亦獨立分開，另參據建築主管機關即被上訴人所屬工務局 92 年 3 月 20 日會簽意見：「……依該定義，本案建築物原為一幢，現因地震損壞，致部分建物倒塌，現存後棟之建物於外觀及實際結構上（含地下層部分）均難謂與認定災損部分相連，且二者使用機能原即可獨立分開。準此，如現況而言，似已難認定為一幢建築物，而得視為他幢建築物。」（原審卷 1 第 203 頁），審認後排 50 戶與前排 40 戶非可認定為同一幢建築物，而為實質上之數幢建物，洵非無據，本件與行為時都市更新條例第 22 條之 1 規定「同一建築基地上有數幢建築物，其中部分建築物毀損而辦理重建」之要件尚屬相符。上訴意旨主張本件不符都市更新條例第 22 條之 1 規定數幢建物之要件，自不足採。（四）、再查系爭建物固經臺灣省結構技師公會鑑定意見「考慮鑑定標的物原為一體設計、施工，臨００路０巷之房屋目前所處危險程度等同於臨００路０段之房屋……本公會建議鑑定標的物宜全部拆除重建。」、臺灣板橋地方法院檢察署委託鑑定意見「鑑定標的物之耐震能力，前棟為 0.072g。後左棟為 0.089g，後右為 0.092g，皆低於考慮其剩餘壽命下之耐震能力需求 0.207g，故有立即安全上顧慮，應考慮立即由專業人士規劃補強或拆除重建，以免再度大地震來襲時造成生命財產之損失。」（參原審卷 1 第 301-305 頁），而認並非安全無虞，惟嗣後參加人再委託上開鑑定意見之同一鑑定單位—臺灣省結構技師公會，就前排建物拆除前後及補強前後耐震能力評估暨前後棟拆除界面結構檢討評估而為鑑定，其鑑定意見為「紅單 40 戶（指前排 40 戶）拆除後，剩餘未拆除之 50 戶因整體結構重量減少，地震力降低且結構較趨於對稱，故各樓

層之耐震能力 Ac 值均較現況提高，顯示拆除紅單 40 戶對標的物之現況耐震能力有正面之影響」、「當紅單 40 戶拆除後，剩餘 50 戶之耐震能力較現況未拆除前提高，顯示拆除紅單建物對整體結構安全性及耐震能力均有提升之功用。」（參原審卷 2 第 127-142 頁），且參加人並依其提供之建議「００路０巷０號與００路０段０巷０號間０至０樓共同壁設置 RC 牆之補強方案，可使未拆除之 50 戶其耐震能力進一步提升至現況之 1.016（5 樓）至 1.35（3 樓）倍（平均約為 1.275 倍）」，於拆除前排 40 戶建物之前，在鑑定意見所指位置進行共同壁 RC 牆之補強並設置 H 型鋼支撐（參原審卷 2 第 255-263 頁），足徵後排 50 戶應無安全上之顧慮，本件自有都市更新條例第 22 條之 1 規定之適用。被上訴人核准參加人以震災受損嚴重之前排 40 戶建物所在位置及其持分土地面積為範圍，自行劃定更新單元，就前排 40 戶單獨辦理重建，並依該條規定計算同意比例，並無上訴人所指後排 50 戶並非安全無虞，本件並無都市更新條例第 22 條之 1 規定的適用之情事。（五）、再按行為時都市更新條例第 21 條規定，並未就都市更新事業計畫所載之財務計畫內容應為如何之記載為任何規範，故此部分之記載是否妥適或是否可行，屬都市更新審議委員會審議判斷之餘地。由被上訴人都市更新審議委員會第 6 次、第 14 次專案小組會議歷程可知，被上訴人都市更新審議委員會已對實施者（參加人）就其針對專案小組會議決議要求事項所為之處理或說明進行實質審議，經審議後既認本件都市更新事業計畫之財務計畫書尚屬可行而審議通過，法院自應尊重其審議之判斷。再者參加人亦依前開第 6 次專案小組會議結論，向銀行融資 89,650,000 元（由華南銀行出具同意借款承諾書）及由更新會向同興公司借貸 100,000,000 元，有華南商業銀行貸款申請簡便答復單、同興公司借款承諾函等資料佐證（見更被證 23、24、更參證 5 至 7），足見本件都市更新事業計畫之財務計畫確屬可行，至上訴意旨主張華南票券金融股份有限公司未予核准同興公司申請保證發行

商業本票 1 億元乙節（參原審訴更卷 1 更證 18），惟此乃關係同興公司如何籌措資金貸與更新會，核與本件無涉，況本件都市更新重建建物業已竣工，更足徵本件都市更新事業計畫之財務計畫並無上訴人所稱之於原處分時尚未可行。（六）、至上訴人其餘所主張本件權利變換計畫執行過程不合法等，惟此不惟業經原判決詳予論駁外，且此部分無非係就原審證據認定及事實取捨之職權行使為理由，而非具體說明原判決有何違背法令，自無足採。綜上，上訴論旨，仍執前詞，指摘原判決違背法令，求予廢棄，為無理由，應予駁回。至本件參加人固稱本件原審 99 年 9 月 30 日言詞辯論時，系爭都市更新重建之建物已取得使用執照，是都市更新事業已經完成，亦即原處分已經執行完畢，顯無回復原狀之可能，上訴人請求撤銷原處分，而未轉換確認行政處分為違法之訴，自欠缺權利保護之必要，惟查都市更新計畫之完成，除建物建築完成，尚應含權利變換完成，參加人並未舉證證明本件於原審言詞辯論時，已完成都市更新之權利變換程序，自無其所稱之本件上訴人起訴請求撤銷原處分及訴願決定，無權利保護之必要，附此敘明。

七、據上論結，本件上訴為無理由。依行政訴訟法第 255 條第 1 項、第 98 條第 1 項前段、第 104 條、民事訴訟法第 85 條第 1 項前段，判決如主文。

中　華　民　國　100　年　11　月　3　日

（本件聲請書其餘附件略）

抄王０樹等五人釋憲聲請書

聲　請　人一　王　０　樹

　　王　０　泉

　　王　０　平

聲　請　人二　彭　０　三

聲　　請　　人三　陳　０　蘭
共 同 代 理 人 兼
送 達 代 收 人　詹　順　貴　律師
　　翁　國　彥　律師
　　李　明　芝　律師

茲依據司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款及第 8 條第 1 項等規定，聲請解釋憲法，並敘明聲請意旨暨相關事項如下：

壹、聲請解釋憲法之目的

請求解釋：都市更新條例第22條容許興辦都市更新事業時，只需經過更新單元範圍內一定財產權比例之多數決，即可由私人自行選擇一定單元範圍，並採取多數決方式決定單元範圍內所有權人之土地與房屋，是否應被劃入都市更新範圍內，進而導致不同意更新住戶之居住權、財產權利均完全遭到剝奪，出現不具公共利益即可限制人民權利之情事，應與憲法第10條、第15條及第23條之意旨有違。另都市更新條例第36條容許都市更新事業實施者對於權利變換範圍內所有權人不願配合拆除遷移的土地改良物，可限期所有權人自行拆除或遷移；逾期仍不拆遷時，即由實施者逕向地方主管機關申請代為拆遷。此等都更事業實施過程之規範模式，更牴觸憲法權力分立原則，且未給予土地改良物所有權人財產權、居住權被剝奪時之正當法律程序保障。針對以上法律爭議，謹請　鈞院作成違憲解釋，以維護憲法保障人民權利之精神。

貳、疑義之性質、經過及所涉之憲法條文

一、聲請人一等四人部分：（註：聲請書原件之聲請人一係列王０樹、王０泉、王０平等三人，惟其內文敘述均記載四人）

（一）緣臺北市政府依據都市更新條例（以下稱都更條例）第6條第2款規定，於民國（以下同）91年10月28日公告劃定臺北市士林區００附近為更新地區，並於96年5月1日核准

訴外人賴０興申請之「臺北市００區００段０小段００地號等21筆土地都市更新」事業概要（以下稱系爭都更案）。嗣後樂揚建設股份有限公司（以下稱樂揚公司）擬擔任系爭都更案之實施者，主張依據都更條例第19條及第29條第1項但書等規定，已於97年間取得更新單元內私有土地所有權人73.68%及其所有面積77.83%之同意，私有合法建築物所有權人72.34%及其總樓地板面積79.90%之同意，符合都更條例第22條之同意比例門檻後，擬具該等土地都市更新事業計畫及權利變換計畫案，報請臺北市政府核定。全案經提請臺北市都市更新及爭議處理審議會審查，決議修正後通過，臺北市政府即以98年6月16日府都新字第09830575302號函核定准予樂揚公司實施本案。

（二）聲請人一等四人所有之合法建物，均坐落於臺北市００區００段０小段０、０地號土地內，而此二筆土地亦均為聲請人所共有，與上開都更範圍內之其他權利人無涉。惟實施者樂揚公司未經聲請人同意，即強行將該等土地納入系爭都市更新事業計畫案之範圍內；臺北市政府未查明事實，復未給予聲請人應有之正當法律程序保障，即率予核定通過系爭都更事業計畫。聲請人等不服，循序提起訴願、行政訴訟後，先後經臺北高等行政法院以98年度訴字第2467號判決及最高行政法院以100年度裁字第1582號裁定（附件1）駁回確定在案。

（三）臺北市政府遂依據都更條例第36條、「臺北市政府受理都市更新權利變換實施者依都市更新條例第36條請求代為拆除或遷移土地改良物補充規定」等法令，以101年3月1日府都新字第10130390601號函限期聲請人於同年3月18日前自行完成拆遷，否則將於同年3月19日起代替實施者樂揚公司執行代為拆除作業。臺北市政府最後即於同年3月28日，以聲請人未於期限前自行完成拆遷為理由，強力動

員千餘名警力及工程人員執行拆除作業，聲請人等四人所有之合法建物即於當日化為殘磚碎瓦。惟臺北市政府上開拆除行為，隨即引發社會大眾及輿論之強烈批判，除抨擊臺北市政府動用爭議最大之都更條例第36條「強拆條款」，代替私人拆除民眾合法建物之蠻橫行徑外，都更條例中容許私人興辦都更事業時，可透過多數決方式強制將單元範圍內所有權人土地及房屋均納入都更計畫之規範模式，亦引起牴觸憲法居住權、財產權保障之重大爭議。

二、聲請人二部分：

（一）聲請人二部分所有座落於臺北市００區００段０小段土地及其上建築物位於臺北市００區００段０小段００地號等26筆土地都市更新事業計畫案（下稱系爭都市更新計畫案）範圍內。系爭都市計畫更新按前由實施者萬宇開發股份有限公司擬訂報經臺北市政府以94年府更新字第09405997900號公告核定實施在案。於計畫實施中，原實施者變更為森業開發股份有限公司（以下稱森業公司），旋於95年1月25日通知系爭都市更新計畫案各土地所有權人及權利變換關係人等，就是否參與更新後房地分配及分配位置提出申請，未於期限內提出者，以公開抽籤方式分配之。繼而森業公司於95年4月20日向臺北市政府申請變更都市更新事業計畫及擬訂權利變換計畫，於96年12月3日第88次委員會通過。森業公司於97年1月31日向臺北市政府申請變更都市更新事業計畫及擬訂權利變換計畫，後經臺北市政府審議同意修正內容，並以97年9月9日府都新字第09730119002號函通知森業公司第2次變更計畫及權利變換計畫經核准實施，並以府都新字第09730119000號公告第2次變更計畫及權利變換計畫案件書圖。

（二）惟聲請人二之土地座落於系爭都市更新計畫範圍內，本件都市更新計畫未經聲請人同意，卻因森業公司取得符合系

爭條例第22條規定之多數同意比例門檻，強行將其土地及建築物劃入本件都市更新計畫範圍內。另聲請人之程序參與未受到保障，不僅並未被通知參與審議會，即便到場，亦未能表達其意見，視所有權人之意見如無物。聲請人不服，循序提起訴願、行政訴訟後，先後經臺北高等行政法院以98年度訴字第1360號判決及最高行政法院以100年度判字第2092號判決（附件2）駁回確定在案。

（三）都市更新條例第22條規定同意比例門檻為土地所有權人數同意比例71.63%，土地面積同意比例83.71%，合法建築物所有權人數同意比例72.66%及其所有合法建築物總樓地板面積同意比例79.16%，經一定所有權人表明同意即可，無須得全體土地及合法建築物所有權之同意。如此，有牴觸憲法保障人民財產權與居住權之疑義。

三、聲請人三部分：

（一）聲請人三部分所有之土地座落於「臺北市００區００路００段０地號等62筆土地都市更新事業計畫及權利變換計畫案」（下稱系爭都市更新計畫案），為臺北市政府於93年5月13日以府都新字第09309753500號公告所劃定。由大方建設股份有限公司（以下稱大方建設）擬擔任系爭都市更新實施者。大方建設主張已於95年10月5日至95年11月4日期間，取得本案土地及合法建築物所有權人簽署同意書達都市更新條例第22條同意比例門檻後，擬具系爭都市更新計畫案。於96年9月7日報請臺北市政府核定，並經臺北市都市更新及爭議處理審議會審查決議修正後通過。臺北市政府於99年3月18日以府都新字第09831252702號處分核定大方建設實施系爭都市更新計畫案。

（二）聲請人主張系爭都市更新計畫案嚴重妨害周遭居民之防災與通行，並忽視文化保存老樹保養之重要都市資產，且於權利價值評定不符平等原則與比例原則。聲請人不服，循

序提起訴願、行政訴訟後，先後經臺北高等行政法院以99年度訴字第2552號判決及最高行政法院以100年度判字第2004號判決（附件3）駁回確定在案。

四、所涉及之憲法條文：憲法第10條居住權之保障、第15條財產權之保障及第23條比例原則等憲法基本精神。

參、聲請解釋憲法之理由，及聲請人對本案所持之立場與見解

一、上開案件確定終局裁判適用之都更條例第22條、第36條規定是否違憲，與裁判內容具有重要關聯性，應得作為憲法解釋之對象

（一）按「有左列情形之一者，得聲請解釋憲法：……二、人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者。」司法院大法官審理案件法第5條第1項第2款定有明文。上開案件聲請人一等四人、聲請人二、聲請人三所有之合法建物，均遭到臺北市政府強行劃入都市更新事業計畫案之範圍內，其中聲請人一等四人之建物嗣後更因臺北市政府執行強制拆除作業，而完全歸於滅失，核屬對聲請人等居住權及財產權之侵害。經依法提起行政救濟後，聲請人之請求均先後遭臺北高等行政法院及最高行政法院裁判駁回確定在案。聲請人認為臺北市政府核定准予實施系爭都更事業計畫案之處分（聲請人一、二、三等三案）、代替實施者強行拆除聲請人所有房屋之拆遷處分（聲請人一部分），以及上開確定終局裁判適用之都更條例第22條、第36條等規定，顯有牴觸憲法多項基本原則之疑義，且聲請人亦已無其他可保護權利之救濟管道，應可依據上開司法院大法官審理案件法之規定，聲請　貴院解釋憲法。

（二）次查，司法院大法官審理案件法第5條第1項第2款所稱「確定終局裁判所適用之法律……發生有牴觸憲法之疑義」，

係指「法令之違憲與否與該裁判有重要關聯性而言。以刑事判決為例，並不限於判決中據以論罪科刑之實體法及訴訟法之規定，包括作為判斷行為違法性依據之法令在內，均得為聲請釋憲之對象。」　貴院釋字第535號解釋理由書曾揭明在案。是以在該號解釋中，聲請人所涉之確定終局裁判係關於被告是否觸犯刑法侮辱公務員及公署罪，並以該受侮辱之公務員當時是否依法執行職務為前提；縱使聲請人在刑事審判期間，並未主張公務員依法執行職務所依據之「警察勤務條例」為違憲，但公務員是否依法執行職務既然繫諸於法律違憲與否之判斷，即應認定與確定終局裁判間具有重要關聯性，而得為聲請釋憲之客體。

（三）因此，雖然上開案件確定終局裁判未實質審酌依據現行都更條例第22條，一定財產權比例之「多數決」可將都市更新單元範圍內所有權人之土地與房屋劃入都更事業範圍之重大爭議，但觀諸確定終局裁判內引述之爭議事實經過，臺北市政府均認定系爭都更案之實施者已經取得更新單元內私有土地所有權人及其所有面積一定比例之同意，私有合法建築物所有權人及其總樓地板面積一定比例之同意，符合都更條例第22條之同意比例門檻，乃核定實施者擬具之都更事業計畫及權利變換計畫案，進而導致聲請人之合法建物遭強行劃入都市更新事業計畫案之範圍內，以及聲請人一等四人之合法建物遭強行拆除而滅失，居住權及財產權利完全被剝奪。是以自原處分機關至行政救濟機關，均認定系爭都更案業經更新單元範圍內之「多數決」同意，符合都更條例第22條規定，而屬合法妥適；反面而言，若都更條例第22條為違憲無效，原處分機關絕無可能再核定通過系爭都更事業計畫，行政救濟機關更不可能予以維持。同理，聲請人一等四人原有之合法建物，已因臺北市政府依據都更條例第36條強力執行代拆作業

而歸於滅失，不但該等財產權遭到完全剝奪，聲請人一更因此喪失世代久居之房屋，足見都更條例第36條之「強拆條款」，係伴隨系爭確定終局裁判而來之必然結果，並且是政府剝奪聲請人一行使財產權及居住權之主要公權力來源，自與確定終局裁判間存在重要關聯性。

（四）因此，都更條例第22條、第36條確實為聲請人居住權、財產權遭侵害之核心基礎，亦為近日國內都更法制是否違憲之爭議重心。都更條例系爭二條文既與確定終局裁判間存在重要關聯性，得作為違憲審查之客體，就此聲請人應具有聲請釋憲之權利保護必要，合先敘明。

二、按都市更新條例第22條第1項後段規定：「其屬依第十一條規定申請獲准實施都市更新事業者，應經更新單元範圍內私有土地及私有合法建築物所有權人均超過三分之二，並其所有土地總面積及合法建築物總樓地板面積均超過四分之三之同意。但其私有土地及私有合法建築物所有權面積均超過五分之四同意者，其所有權人數不予計算。」依據本條項規定，私人基於都市更新條例第11條興辦都市計畫時，只需符合更新單元範圍內之一定財產權比例：私有土地及私有合法建築物所有權人超過2/3，以及所有土地總面積及合法建築物總樓地板面積均超過3/4同意，即可申請實施都市更新，並容許私人興辦都市更新時，自行選擇一定單元範圍，透過「多數決」方式強制將單元範圍內所有權人之土地與房屋納入更新事業計畫內。在本次聲請人所涉之三案中，實施者刻意排除土地與房屋面積較大之不同意更新住戶後，即可鋪陳、劃定符合上開多數決比例之都市更新範圍，強行納入不同意參與都市更新、且為獨門獨戶之聲請人，藉以獲取較多容積獎勵。

都市更新條例第36條另規定：「權利變換範圍內應行拆除遷移之土地改良物，由實施者公告之，並通知其所有權人、管理人或使用人，限期三十日內自行拆除或遷移；屆期不拆除或

遷移者，實施者得予代為或請求當地直轄市、縣（市）主管機關代為之，直轄市、縣（市）主管機關有代為拆除或遷移之義務……」。該條規定在實務上之運作結果，即是都更案件進入權利變換程序之後，實施者會先公告並通知所有權人、限期自行拆除或遷移土地改良物。若所有權人屆時未自行拆遷，實施者與之進行協調又不成立者，即可直接向地方主管機關申請代為拆遷移土地改良物。

三、都市更新條例第22條違反憲法第23條之比例原則，並與憲法第15條之財產權保障有違

（一）我國憲法第15條明文保障人民有財產權，可以自由所有、使用收益和處分其合法取得之財產。由　貴院釋字第203號、第400號、第422號、第464號、第494號、第549號與第596號等解釋，皆突顯財產權與生存權之密切關連性，可謂財產權是人民生存之物質基礎。其中，所有權為財產權之核心，因為所有權是永久、全面、概括直接支配所有物之權利，決定物之全部權利歸屬。所有權意味所有權人能夠對其物擁有充分自由使用收益之權利，是以財產權尤為財產權保障之核心價值，不受國家與他人干涉，讓所有權人能投資勞力、時間和成本在所有物上，並享受其成果，作為其自我實現之一環。另誠如　貴院大法官在釋字第400號、第678號與第652號解釋葉百修大法官之部分協同意見書中所述意旨，財產權保障在於確保個人可以自由使用及處分財產，免於遭受公權力或第三人之侵害，確保財產權具體存續，俾能實現個人自由、發展人格及維護尊嚴。

（二）然而，財產權亦具有其社會性，而需要與其他利益衡量。貴院釋字第336號解釋理由書中指出，若公共設施用地造成人民財產價值之減損，以及當事人之不利益，即應給予不同程度之補償。其後，釋字第400號解釋提及若限制

已導致財產權人無從自由使用收益者，即構成特別犧牲，並進一步為特別犧牲提出初步判斷標準。釋字第440號解釋承襲釋字第400號解釋意旨，認為特別犧牲之判斷標準，在於財產權侵害之嚴重性是否妨礙其自由收益和安全。釋字第564號解釋則強調比例原則為衡量特別犧牲的主要判斷標準，佐以政府對於受侵害之財產權人有無提供不同形式之優惠，來判斷財產權侵害之輕重。因此，憲法保障人民之財產權，確保得以自由處分和使用收益，僅在符合憲法第23條比例原則之前提下，方得限制人民之財產權。

此外，依照釋字第409號解釋意旨，對於土地徵收此類嚴重剝奪人民財產權之規定，應採取嚴格審查標準。觀諸都更條例中不同意參與之少數人，其可能受到強制拆除或強制徵收等嚴重限制、剝奪財產權之後果，解釋上亦應採取嚴格審查標準予以檢視。

（三）在　貴院釋字第697號解釋中，羅昌發大法官之不同意見書所提供之判斷標準，較為符合我國憲法體制，且得依據客觀因素進行實質之價值判斷和利益衡量：「憲法第23條規定：『以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。』本條所規定限制自由權利之前提，為須以法律為之（某些情況下，亦得以法律明確授權之命令為之）。如非以法律為之，無論其理由如何正當，均無法通過憲法第23條之檢視。在確定有法律作為基礎之前提下，尚須進一步檢視本條所列舉『為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益』之要件，以及本條之『必要』的要件。針對必要性及所列舉之要件，本席認為，在憲法第23條之下，任何限制或影響憲法權利的措施，應先確認有無『為防止妨礙他人自由、避

免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益』之情形。如其情形非為此等目的之一，則顯然無法通過憲法第23條的檢視。在通過此項檢視之後，應再進一步依該條所規定『必要』之要件，予以審查。故憲法第23條屬兩階段的檢視審查過程。而『必要』與否的認定，係一種衡量與平衡各種相關因素的過程(a process of weighing and balancing a series of factors)，包括某種規範『所欲防止妨礙的他人自由」、『所欲避免的緊急危難』、『所欲維持的社會秩序』或『所欲增進的公共利益』的相對重要性，該規範對於所擬達成的目的可以提供的貢獻或功能，以及該規範對憲法上權利所造成限制或影響的程度等。在權衡與平衡此等因素之後，憲法解釋者應進一步考量客觀上是否存有『較不侵害憲法權利』的措施及方法存在。」

都市更新條例係以法律制定之，尚符合法律保留原則。且依照都市更新條例第1條規定：「為促進都市土地有計畫之再開發利用，復甦都市機能，改善居住環境，增進公共利益，特制定本條例。」可知此條例立法目的，雖為增進公共利益，以致人民財產權將因多數決而受到限制，惟條例全文規定，是否具備增進公共利益之要件，則顯有疑問。

（四）公共利益一則必須受到主體所承認之積極價值，二則是利益之形成及利益價值之認定，恆以社會當時客觀事實來判斷。因此，本案需從主觀面向與客觀社會事實來判斷，是否有公共利益之存在。主觀面向之判斷上，公共利益為植基於個人之人性尊嚴和基本權保障，透過一定之標準衡量，向不確定多數人開放之。倘若只是較小封閉範圍內特定多數人之決定，僅能屬於表達這一群確定且特定多數人之偏好，所呈現為特定群體乃至於階級之利益，與所謂公共利益之意義，尚屬有間。申言之，都

更條例第22條第1項後段採取「多數決」之方式，僅是反映特定群體或階級利益；以此方式所促成之都市更新，可能會造成不同意見之少數人意見遭到排除，隨之其財產權也受到限制，公共利益將蕩然無存。

另查，從都更條例立法與修法之歷史進程中，可探求系爭條文之「公共利益」是否客觀存在。都市更新制度早期在國外之實施，將老舊社區不斷剷平，造成社會底層流離失所，紛紛往其他地區移住，形成「社會排除」，遭到後人詬病為推土機式之都市更新。1998年都更條例立法時，亦有此一警覺，不以推土機式之都市更新為主要立法目的。然歷次修法過程之思維，僅著重在追求更新事業實施之迅速方便，提高建商投資之誘因，至於土地相關權利人之財產權與公共利益為何及相關影響，則迭遭忽略。是以，系爭條文不斷調降同意門檻，僅是一味防杜以少數阻止多數為目的而已；有關公共利益存否之探討，則完全缺席。故系爭規定與增進公共利益之實質關連性是否存在？洵堪質疑。

（五）《經濟社會文化權利國際公約》第11.1條，與第4號一般性意見書（附件4）第8點中，均提及住屋之文化適足性：「住房的建造形式、所用的建築材料和支持住房的政策必須能恰當地體現住房的文化特徵和多樣化。促進住房領域的發展和現代化的活動應保證不捨棄住房的文化面向，尤其應確保適當的現代技術設施。」蓋住屋乃都市之根本，本條公約之要求，表明相關締約國應注意住屋之多樣性，須保障其文化適足性。如是，對於都市之想像不執著於新型態之建築或高樓大廈，毋寧是立基於住民之多元性與差異性，建立多元包容之都市，在多元豐沛之住民參與中，形成全新之都市景觀和環境，由住民們共同追求公共利益之實現。是故，都市更新制度之設

計，應該從高樓大廈之現代都市印象中走出，站在社區住民之立場，維護住民實質利益與程序利益，構造一個多元之都市更新，公共利益之判斷與實現更應以此為基礎。然而，都市更新條例第22條規定，單獨以「多數決」為衡量標準，忽視個人房屋住居之財產權在都市中存在之多元價值，徒然追求最多之容積獎勵，以堆砌高樓大廈之現代性，完全忽視低屋平房之文化價值，已完全顯露在系爭規定之現實、客觀操作上。

（六）退而言之，縱使肯認「多數決」符合增進公共利益之目的，但而其手段是否為必要，亦不無疑問。依照憲法第15條規定，國家對於人民財產權有其保護義務，如同　貴院釋字第671號解釋所揭示：「憲法第十五條關於人民財產權應予保障之規定，旨在確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，不得因他人之法律行為而受侵害。」因此，國家若欲使他人之法律行為得以影響和限制財產權人之財產權時，亦應符合比例原則，始具備正當性。蓋財產權之自由處分，既屬於財產權內涵之核心，土地及房屋所有權人是否願意參與都市更新，也應屬於其財產權自由之範疇之一。以「多數決」限制財產權，於我國法律體系中，可見諸共同之團體法律關係。參與共有關係之所有權人或相關權利人，基於其所有物之性質，為能促進財貨流通，因而容許藉由多數決方式來處分所有物之歸屬（土地法第34條之1參照）。惟查，一則無論是都市更新地區土地與房屋之財產存續保障，抑或是都市更新條例所追求之目的，皆非為了促進都市更新實施地區範圍內之財貨流通；二則土地與房屋若為特定人獨自所有，居住於都市更新實施地區，難謂實施地區內部之土地與房屋皆成為共同所有物，因此本質上尚屬有別，而應回歸至個人財產權之判

斷為是。再者，都市更新之辦理，財產權人參與與否之意願，應尊重其私人利益與公共利益之衡量，除非因應公辦都市更新特定之目的，如都更條例第6條及第7條之狀況，否則在沒有特別公共利益之限制下，不區別私辦都市更新中其範圍內之個別土地或建築物之財產權係獨有或共有，而放任由都市更新實施者（可能是地主、也可能是都更條例第14條所定以營利為目的之股份有限公司）所刻意劃定之都市更新單元範圍內之財產權，一律透過多數決強制處分，只會造成少數財產權人受到嚴重限制與剝奪，卻未必能促成公共利益之實現。

（七）德國知名法律學者Radbruch曾言：「一項法規，如果只想替公共利益服務，卻拒絕為個人權益作任何辯護，那它就根本不配獲得『法』之稱號！」是以都市更新第1條所羅列者，為都市更新所企求之極重要公共利益，然而在私人興辦都市更新事業時，並未規定應符合這些極重要公共利益之外，其欲以「多數決」手段達到都市更新事業申請之門檻，就主觀面向僅滿足特定群體或階級之利益，就客觀面向經修法不斷降低多數決門檻，限制財產權人處分和使用收益之自由，變相為建商大開方便之門，無助於都市之多元面貌之存在，應認為系爭規定手段與目的欠缺直接關連性，無法通過比例原則之檢驗，而違反憲法第15條財產權保障之意旨。

四、都市更新條例第22條違反憲法第8條，以及《經濟社會文化權利公約》之程序基本權

（一）憲法第8條規定：「人民身體之自由應予保障。除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁。非由法院依法定程序，不得審問處罰。非依法定程序之逮捕、拘禁、審問、處罰，得拒絕之。」該條為人身自由保障條款，其中法定程序的內涵，

經過　貴院釋字第384號、第392號、第535號、第585號、第588號等解釋之闡明，引進正當法律程序之法理，逐漸確立程序基本權之保障。當保障基本權之程序規定尚不足以保障具體基本權之重要或本質內容時，或程序規定並非以人為目的，反之成為以國家為目的，進而使人成為國家或特定團體之工具時，程序基本權可作為主張之依據。是爾，類推適用憲法第8條，以確立各項基本權之程序保障。

貴院釋字第409號解釋已宣示財產權此一基本權之程序保障，倘若財產權之侵害越大，程序保障更應提高。釋字第579號解釋另指明：「國家因公用或其他公益目的之必要，得依法徵收人民之財產，對被徵收財產之權利人而言，係為公共利益所受之特別犧牲，國家應給予合理之補償，且補償與損失必需相當」，明確揭示徵收應具備之要件：比例原則、具有公用或公益目的、正當法定程序、合理補償等原則，來拘束國家權力對人民財產權之侵害，並宣示正當法律程序在財產權限制中的重要性。都市更新條例第22條第1項後段之要件中，以一定財產權比例多數決，得強制不同意參加都市更新者參加，其法律效果最嚴峻者，在於強制徵收或強制拆除，對於財產權之侵害為最鉅。故應以嚴格審查標準來判斷多數決之程序保障，是否合乎憲法第8條之正當法律程序精神。

（二）《經濟社會文化權利國際公約》第11.1條及第7號一般性意見（附件5）第1點指出：「所有人均應擁有一定程度的住房使用權保障，以保證得到法律保護，免遭強迫驅逐、騷擾和其他威脅。」《公民與政治權利國際公約》第17.1條亦補充說明，如果沒有得到充分的保護，任何人有權不受強迫驅逐。該條除其他外，承認任何人的住宅有權

享受保護，免受「任意或非法干涉」。值得注意者為，國家有義務確保這種權利受到尊重，不因資源多寡之考慮而改變。其中尤為重要者，在於《經濟社會文化權利國際公約》第7號一般性意見之第15點：「適當的法律程式上的保護和正當的法律手續是所有人權所必不可少的因素，在強迫驅逐等問題上尤為重要，因為它直接涉及兩個國際人權公約所承認的一系列的權利。委員會認為，對強迫驅逐所適用的法律程式保護包括：(a)讓那些受影響的人有一個真正磋商的機會；(b)在預定的遷移日期之前給予所有受影響的人充分、合理的通知；(c)讓所有受影響的人有合理的時間預先得到關於擬議的遷移行動以及適當時關於所騰出的房、地以後的新用途的情報；(d)特別是如果牽涉到一大批人，在遷移的時候必需有政府官員或其代表在場；(e)是誰負責執行遷移行動必需明確地認明；(f)除非得到受影響的人的同意，否則遷移不得在惡劣氣候或在夜間進行；(g)提供法律的補救行動；(h)儘可能地向那些有必要上法庭爭取補救的人士提供法律援助。」

因此，上述一般性意見中已指出對於人民住屋構成侵害，特別是會產生驅逐效果時，應該與會受影響之人協商之，探討所有可能之備選方法，避免或減少強迫手段，確立正當法律程序：有真正協商之機會、充分合理之通知、預先安置之資訊與計畫等。是以，都更條例系爭規定之「多數決」模式，法律效果會產生類似驅逐之效果：徵收或拆除，在手段之選擇上，應以財產權之程序基本保障作為出發，決定是否參與都市更新實施計畫。然而，「多數決」只以特定多數人之同意即為已足，少數不同意人不受到程序保障，只有強制參與一途，嚴重影響不同意者之程序基本權。

（三）不確定多數人之利益欲成為公共利益，需要經過民主原則來決定。都市更新所追求者為都市住居民之公共利益，藉由都市更新來保障住居民之生存與財產，建立多元包容的都市環境，促進人民的幸福。所謂公共利益(Public interest)不單具有實質面向，亦同時具備程序面向，公共(public)即代表開放人民可以參與及審議，與公部門共同協力尋求都市更新企求之利益。民主法治國家應敞開雙臂，積極邀請與重視人民參與行政程序，一同打造安居樂業之都市空間，如此都市計畫才具有民眾參與和討論之共識基礎，藉此住民方能夠信賴都市更新計畫，強化都市更新之可執行性。尤其，這項民主原則必需是經過立法程序為之，否則會喪失法律之可預見性。就現行法律觀之，以「多數決」為財產權限制與處分之法律，如民法分別共有等，其法律關係為所有權人得預先知之，進而自主選擇參與，受到多數決之拘束，自屬當然。然而，依據都更條例第22條第1項後段規定，原財產權人完全沒有事先可預見性，因為都市更新單元劃定之範圍有其變化空間，可以使得原本不同意參與都市更新之多數透過人為操作瞬間反而變成少數，全然喪失法律之可預見性。

（四）是故，都更條例第22條規定之「多數決」，與其目的並無必要性之存在，且未能保障憲法賦予財產權人之程序基本權，以及《經濟社會文化權利國際公約》所要求「反迫遷」之正當法律程序保障，強制都市更新單元範圍內不同意之住戶參與，違反憲法與公約之要求。

五、都市更新條例第22條侵害聲請人受憲法與《公民與政治權利國際公約》所保障之家庭權與隱私權

（一）除上述財產權與正當法律程序之侵害外，現行都更條例第22條多數決規定，亦侵害人民受憲法及《公民與政治

權利國際公約》所保障之隱私權與家庭權。查人民之隱私權應受憲法第23條保障，已為　貴院釋字第585號、第603號、第631號、第535號、第293等號解釋所肯認；而家庭權除受到憲法第23條之保障外，更為《公民與政治權利國際公約》第17條所明揭：「一、任何人之私生活、家庭、住宅或通信，不得無理或非法侵擾，其名譽及信用，亦不得非法破壞。對於此種侵擾或破壞，人人有受法律保護之權利。」

（二）又《公民與政治權利國際公約》之主管機關聯合國人權事務委員會，曾於1997年7月29日作成之*Hopu and Bessert v. France*案中明揭：「10.3委員會評述說，公約的目標是要求對家一詞予以廣泛的解釋，以便能包括在有關締約國社會中為人們所理解的組成家的所有成員。由此可見，在某個特定的情況下界定家一詞時，應考慮到文化傳統。從提交人的聲稱中，可以看出他們將與他們祖先的關係視為他們認特性的一個不可或缺的因素，而且這一關係在他們的家庭生活中起著重要作用」（附件6）。而人權事務委員會因此認定法國政府允許建商在該案原告祖先埋骨之地點建造飯店，無疑侵害原告等人受到《公民與政治權利國際公約》第17條所保障之家庭權與隱私權，進而判決法國政府敗訴。

（三）本件聲請人一之家族六代世居於系爭地點，依我國慎終追遠、飲水思源之淳厚民情，家家戶戶供奉祖先牌位，珍視祖厝與祖傳土地，可知系爭土地、房屋對於聲請人一與其家族成員而言，實係聯繫家族歷史記憶不可或缺，而構成聲請人之「家庭」不可分割之一部。現行都更條例第22條容許以多數決方式強制將聲請人所有之合法建物及土地等納入更新範圍，除強制拆除聲請人祖厝外，更迫遷聲請人之家族成員，使渠等於101年3月28日

早晨，手捧公媽祖先牌位自家中倉皇逃出，依據前述人權事務委員會於*Hopu and Bessert v. France*一案中揭示之標準，都更條例第22條規定已侵害聲請人之家庭權與隱私權，應屬無疑。

六、都市更新條例第36條違反正當法律程序原則

（一）按《公民與政治權利國際公約》第12條第1項、第3項分別規定：「在一國領土內合法居留之人，在該國領土內有遷徙往來之自由及擇居之自由。」、「上列權利不得限制，但法律所規定、保護國家安全、公共秩序、公共衛生或風化、或他人權利與自由所必要，且與本公約所確認之其他權利不牴觸之限制，不在此限。」對於該條規定的具體適用，聯合國人權事務委員會在1999年之「第27號一般性意見書：遷徙自由」中，明確指出：「(14)第12條第3款明確指出，限制僅僅有利於可允許的用途是不夠的，它們必須是為保護這些意圖而必不可少才行。限制性措施必須符合相稱原則；必須適合於實現保護功能；必須是可用來實現預期結果的諸種手段中侵犯性最小的一個；必須與要保護的利益相稱」（附件7）。我國立法院制定之兩公約施行法第3條已規定，不論行政或司法機關在適用兩公約時，都應參照其立法意旨及兩公約人權事務委員會之解釋。以上人權事務委員會透過一般性意見所揭示關於居住自由保護之意見，自然也在審查都更條例第36條違憲與否時，具有極高參考價值及拘束力。

（二）《經濟社會文化權利國際公約》第11條第1項規定：「本公約締約國確認人人有權享受其本人及家屬所需之適當生活程度，包括適當之食物、衣著及住房，並能不斷改善生活環境。締約國將採取適當步驟確保此種權利之實現，同時確認在此方面基於自由同意之國際合作極為重要」。對於該條規定之具體適用，聯合國經濟、社會、文

化權利委員會在1997年「第7號一般性意見書：住屋權及禁止迫遷」（附件5）中，更明確指出：

1.「(2)1988年，聯合國大會在其第43/181號決議中通過了《至2000年全球住房戰略(the Global Strategy for Shelter to the Year 2000)》，其中承認：「各國政府有基本義務去保護和改善、而不應損害或拆毀住房和住區」。《21世紀議程(Agenda 21)》聲稱：「人民應受到法律保護，不得不公平地從他們的家中或土地上被逐出」。在《人類住區議程(Habitat Agenda)》中，各國政府作出承諾,『保護所有人不受違法的強迫遷離，提供法律保護並對違法的強迫遷離採取補救措施，同時考慮到人權情況，如果不能避免遷離，則酌情確保提供其他適當的解決辦法』。人權委員會也確認,『強迫驅逐做法構成對人權、尤其是得到適足住房的權利的嚴重侵犯』。」

2.「(3)『強迫驅逐』一詞……的定義是：個人、家庭乃至社區在違背他們意願的情況下被長期或臨時驅逐出他們所居住的房屋或土地，而沒有得到、或不能援引適當的法律或其他形式的保護。」

3.「(4)強迫驅逐不但明顯地侵犯了《公約》所體現的權利，同時也違反了不少公民和政治權利，例如：生命權、人身安全權、私人生活、家庭和住宅不受干涉權、以及和平享用財產權等。」

4.「(14)如果驅逐被認為是合理的，在執行的時候也應嚴格遵從國際人權法的有關規定，符合合理和適當比例的一般原則。」

5.「(15)適當的法律程式上的保護和正當的法律手續是所有人權所必不可少的因素，在強迫驅逐等問題上尤為重要，因為它直接涉及兩個國際人權公約所承認的

一系列的權利。委員會認為，對強迫驅逐所適用的法律程式保護包括：(a)讓那些受影響的人有一個真正磋商的機會；(b)在預定的遷移日期之前給予所有受影響的人充分、合理的通知；(c)讓所有受影響的人有合理的時間預先得到關於擬議的遷移行動以及適當時關於所騰出的房、地以後的新用途的情報；(d)特別是如果牽涉到一大批人，在遷移的時候必需有政府官員或其代表在場；(e)是誰負責執行遷移行動必需明確地認明；(f)除非得到受影響的人的同意，否則遷移不得在惡劣氣候或在夜間進行；(g)提供法律的補救行動；(h)儘可能地向那些有必要上法庭爭取補救的人士提供法律援助。」

（三）以上分別由《公民與政治權利國際公約》第12條、《經濟社會文化權利國際公約》第11條揭示關於人民居住自由保護、不遭受強制遷移之權利，均承認國家在一定條件上，得對該等權利進行限制。但在限制或剝奪人民居住自由權利時，必然會形成強制遷移此等可能違反兩公約之狀況，此時觀諸公約及一般性意見之精神，國家負有義務予以落實者，應分別為「保障人民有權選擇並居住於適當的住所」，以及「反對不經法律程序保障」之強制遷移。對於後者，國家不得執行違反國內法律之強制遷移，其情形包括違反比例原則，強制遷移並非國家可選擇手段中侵犯性最小，或強制遷移手段與國家欲落實之目的不成比例。而即使在形式上國家依據法律辦理之狀況下，也必須提供人民適當之法律保護措施；其方式不僅包括給予適當、合理且即時之補償，正當法律程序之落實更顯重要。是以國家在執行拆遷前，應給予受影響民眾接受通知、表達不同意見、參與磋商、準備搬遷，以及不同意遷移之人有權利進行法律救濟。

（四）現行都更條例第36條容許都更案件進入權利變換程序後，實施者公告、通知所有權人限期自行拆遷移土地改良物，逾期不為自行拆遷、協調又不成立者，即可直接由地方主管機關介入代為執行拆遷。換言之，此一直接剝奪人民合法建物之財產權利，以及直接侵害人民居住權利、形成聯合國經濟、社會、文化權利委員會在第7號一般性意見書中所稱「嚴重侵犯到適足住房權利」之強制驅逐，現行法律給予被命遷移者之程序保障極為薄弱，不但所有權人針對拆遷通知提起之法律救濟請求，完全無法阻止地方主管機關執行拆遷作業，甚至地方主管機關毋需取得獨立、中立之法院同意，即可逕行拆除土地改良物。

（五）對照國外法制，包括在美國、日本及中國，現行法律均要求必須由主管機關提出聲請，經過法院審查、裁決並取得同意後，方得執行拆遷作業。而對照我國現行建築法制，在實務上最常見之違章建築拆除案件中，建築法授權主管機關可違背所有權人之意願，經通知限期拆除而不為拆除後，即逕行由政府代為拆除該違章建築。相較於違章建築，都更條例第36條所牽涉之爭議，卻是享有合法建物所有權人之權利保障，以及能否在違背其意願之狀況下，由政府剝奪其財產權及居住權利。然而，都更條例第36條卻將拆除合法建物之程序保障，壓低至等同於違章建築之拆除程序，允許實施者通知所有權人限期自行拆遷卻逾期未拆遷者，即可申請地方主管機關直接發動代為拆遷之強制力。若合法建物所有權人在憲法上之財產權保障密度，應該比違法建物所有權人之保障密度更強、更高且周全，基於剝奪人民任何權利前都必須踐履之正當法律程序保障原則，地方主管機關在發動都更條例第36條之強制代拆權力前，至少經過獨立、

中立之法院審查，並取得同意後，再進行拆遷，方能形成更綿密之程序保障。現行都更條例第36條允許地方主管機關只需完成通知、申請等行政程序後即可進行拆遷，強令擁有合法建物所有權之人民遷移，欠缺法院由第三者角度進行事前審查及監督，在限制人民財產權及居住權方面之程序保障，顯然不足。

（六）退步言之，即使不問地方主管機關為辦理都市更新而實施之強拆行為，是否應適用「法官保留」原則，但現行都更條例第36條提供予房屋所有權人之程序保障，仍嫌過於薄弱。如上所述，對於《經濟社會文化權利國際公約》第11條所宣示「確認人人有權享有適當住房」之締約國義務，聯合國經濟、社會、文化權利委員會在第7號一般性意見書中，要求國家若不得不採取強制遷移之手段，仍必須對人民提供適當法律程序保護，並循正當法律手續辦理，包括提供法律上之補救，以及提起訴訟時之法律援助。然而由本案爭議過程即可發現，地方主管機關一旦發動都更條例第36條之強制代拆權力，不同意參與都更之民眾即使對此代拆處分循序提起行政救濟，也無法阻止該處分之執行。換言之，在現行都更條例之強制代拆程序中，即使是合法建物所有權人，也無法獲得即時性之司法救濟，引入司法機關針對地方主管機關之代拆決定進行立即性之審查。觀諸都市強拆爭議同樣甚為激烈之中國，最近在修訂《城市房屋拆遷管理條例》時，專家學者普遍認為若無法修正為主管機關須取得法院同意後方得進行拆遷，至少也應規定房屋所有權人一旦對拆遷處分提起司法救濟，法院應在短時間內作出裁決，主管機關只有在法院維持處分時，方得開始進行拆遷。對比之下，我國現行都更條例第36條欠缺即時性之法律救濟途徑，地方主管機關違背房屋所有權人

意願進行拆遷時，所有權人未獲得合理、有效之法律補救，難認已符合上述第7號一般性意見書所揭示「適當的法律程序保護」。

（七）綜上，現行都更條例第36條允許地方主管機關只需完成通知、申請等行政程序，即可立即執行拆遷，強令擁有合法建物所有權之人民被迫遷移、被剝奪居住權及財產權利。對照《公民與政治權利國際公約》及《經濟社會文化權利國際公約》分別揭示對於人民選擇居所、擁有適當住所及不被強制遷移之權利保障，都更條例第36條對不同意遷移之民眾所提供之程序保障，顯然嚴重不足，民眾在居住權利遭到剝奪之過程中，也無法引入來自中立、客觀角度之法院審查，或獲得即時性之法律救濟，已導致法律有違反兩公約及一般性意見書解釋的狀況，應有必要透過憲法解釋機關釐清此等法律違憲爭議。

七、都市更新條例第36條牴觸權力分立原則

（一）按「權力分立」作為現代法治國家之憲政原則，基本精神為各種國家公權力應分散由不同機關行使，不得集中同一機關。我國憲法也採取相似之「五權分立」基本精神，將國家權力分由行政、立法、司法、監察及考試等五個不同機關行使。其中依據憲法第77條規定，司法權掌有民事、刑事、行政訴訟審判及公務員懲戒之權責。是以「審判」既為司法權之核心，具有中立、被動、依據客觀法律進行判斷之本質，行政機關自然不得行使此一審判權力。同理，在私人彼此間之民事爭議中，或在人民與政府間之公法爭議中，也只能由司法權行使仲裁者及審判者之角色，不得由行政機關直接對爭議作成具有拘束力及執行力之決定。行政權所能涵蓋的範圍，至多只能在事後負責執行司法機關所為之裁判，例如民事強制執行程序（此部分在我國目前由法院以「司法行政

權」的方式行使），或行政執行程序。

（二）循此原則可知，私人與私人間一旦發生私法上爭議，當事人若決定循司法途徑解決、同意由國家出面解決紛爭，此時在國家權力之功能分配上，將只能由法院作成最終裁決。行政機關既然不具備司法權性格，應不得在爭議中擔任仲裁者及審判者之角色，更不可在立場上偏向任何一方私人、代替某一方私人執行其在爭議中之立場，否則即可能牴觸權力分立原則。同理，在現行都更條例之架構下，因現代國家已無能力親自實施、執行都市更新事業，普遍委由私人建商擔任都更事業之實施者（都更條例第9條），一旦實施者欲拆除權利變換範圍內之土地改良物，房屋所有權人卻不願配合都更事業，在法律關係上即形成私人（建商、實施者）與私人（土地改良物所有權人）間之私法上爭議，行政機關應不得在此爭議中擔任仲裁者，遑論立於實施者之立場處理爭議，或純為實現實施者在此爭議中之利益。換言之，都更條例第二章（劃定更新地區）、第三章（實施都更事業）固然均為國家透過公權力之行使，以促進第1條所宣示之「公共利益」，性質上屬於公法事件，但都更條例第36條所涉之拆遷爭議，卻是源於實施者與房屋所有權人對於都更事業實施方式所持之立場不同，具有私法爭議性質。實施者面對房屋所有權人不願自行拆遷之私法爭議，應僅能透過司法機關行使「審判權」之憲法功能解決之，而非直接由行政機關以行使國家高權之方式介入。

（三）然而，都更事業實施者與房屋所有權人之間，一旦發生應否拆除權利變換範圍內之土地改良物爭議，現行都更條例第36條採取之解決模式，是實施者公告、通知所有權人限期自行拆遷而不拆遷時，即可申請由地方主管機關直接代為拆遷房屋。此等法律設計之爭議解決模式，

至少在以下三個面向上，都牴觸上述權力分立之憲法基本原則，並混淆行政機關、司法機關彼此在憲法權力方面之功能區隔：

1.都更條例第36條第1項前段規定：「權利變換範圍內應行拆除遷移之土地改良物，由實施者公告之，並通知其所有權人、管理人或使用人，限期30日內自行拆除或遷移；屆期不拆除或遷移者，實施者得予代為（拆除或遷移）……」。依據此一規定，對於因所有權人不願參與都更，導致在權利變換範圍內應行拆遷之房屋，實施者取得逕行拆除之權力。但如上所述，實施者與房屋所有權人間因房屋是否拆遷而發生私法上爭議，何以實施者可在爭議未經司法機關解決前，即直接取得拆除他人房屋之權力？都更條例第36條牽涉之強制拆遷權力，涉及對人民居住權及財產權利之剝奪；在現代法治國家中，此等剝奪人民權利之高權行為，已收回而只能由政府行使，都更條例第36條如何能授權由私人逕行行使？更有甚者，都更條例面對此等私法爭議，卻完全偏向實現實施者之利益，而非保障土地改良物所有權人之權利，法律採取之立場更屬偏頗，未平等兼顧人民權益。就此，都更條例授權作為私人之實施者，直接行使只有國家機關可實施之財產權及居住權剝奪行為，違反高權行為應回收單獨由國家行使之法治基本原則，自屬明顯違憲。

2.此外，都更條例第36條第1項對於權利變換範圍內所有權人不願自行拆遷房屋之狀況，原則上係由實施者進行拆遷，例外方由實施者申請地方主管機關代為執行拆遷。是以強行拆遷原則上應由實施者處理，若依此將強行拆遷定位為實施者與房屋所有權人間之私法爭議，依據權力分立原則，此時實施者既不得自己行使

代為拆遷之國家高權行為，若仍欲實現強行拆遷所代表之利益，實施者即應循司法途徑，由司法機關基於仲裁者之地位作成應否執行拆遷之決定、取得執行名義後，再由執行單位據以執行。然而，都更條例第36條允許實施者略過司法權進行審判之程序，直接讓行政機關介入代替實施者執行拆遷，不但有違「私法爭議應先由司法機關完成判斷後方得執行」之權力分立原則，形成「行政機關自己裁決、自己執行」之荒謬狀況，也破壞行政機關在私法爭議中原本之中立立場，直接立於實現實施者之利益執行拆遷，而非保護爭議另一方即房屋所有權人之利益。再對照在違章建築拆除案件，爭議存在於違章建築所有權人與政府之間，性質屬於公法上爭議，行政機關自得基於國家高權之立場直接作成行政處分、逕行拆除違章建築；但都更條例第36條所涉卻是實施者與合法建物所有權人間之私法爭議，若可不經司法機關為仲裁或審理後即直接交由行政機關執行，難道在一般民事糾紛中，均可由行政機關任意代替爭議之某一方執行、實現其利益？由此益見都更條例第36條所設計私法爭議解決模式之不合理，並因行政機關可以「自己作自己的法官」，而嚴重牴觸權力分立原則！

3.上述都市更新條例第36條設計之私法爭議解決模式，在實務上呈現之諸多瑕疵弊病，已在本件爭議中暴露無遺。詳言之，都更條例第36條要求實施者可申請地方主管機關代為拆遷，後者甚至負有義務代為拆遷，實際結果就是地方主管機關與實施者將處於立場高度一致之狀態，不可迴避地形成牢固之利益共同體。執行面上最大之弊病，在於都更條例第36條之強制拆遷權力是否即將發動，完全繫諸實施者是否提出申請。

但強制拆遷之決策過程既然完全單方面由實施者及地方主管機關作出，即導致爭議另一方之房屋所有權人被排除在決策過程外，自始就在行政程序中處於極端不利益之地位。另一方面，實施者取得強制拆遷權力之發動權，在行政程序中具備無比優越之地位，更導致都更條例第36條之國家高權行為被澈底商業化，發動、決策及實施等各個面向，完全取決於實施者之商業利潤甚至利益最大化之判斷。都更條例原本欲實現之公共利益因此遭到商業化，公共利益與商業利益之界線嚴重混淆，甚至遭到後者綁架。因此，現行都更條例第36條之制度設計模式，使地方主管機關無從落實同法第1條揭示之公共利益原則，並因授權行政機關可逾越權限，對強行拆遷權力享有完全之仲裁及執行權限，破壞權力分立原則，而牴觸憲法基本結構。

（四）綜上，都更條例第36條顯然仍採取實務上較常見之違章建築處理模式，允許地方主管機關立於高權地位，逕行實施強行拆除及遷移之權力。然而，違章建築案件在性質上屬於國家與所有權人間之公法上爭議，主管機關本享有自行作成處分、據以執行之權限。但都更條例第36條所牽涉者卻是私人與私人之私法爭議，實不得仍採取相同規範模式，否則將使地方主管機關對私法爭議取得「自己裁決、自己執行」之權限，破壞行政權與司法權之界限，並牴觸「私法爭議應先由司法機關完成判斷後方得執行」之權力分立原則。此外，都更條例第36條移動地方主管機關在強行拆遷爭議中之地位，直接與實施者之利益結合，並可排除、剝奪房屋所有權人之利益，更嚴重扭曲、破壞都市更新制度最初欲落實之公共利益原則。凡此，顯示都更條例第36條實有違憲疑義，應有必要透過憲法解釋機關釐清此等法律違憲爭議。

肆、結論

一、本案都市更新條例第22條容許興辦都市更新事業時，只需經過更新單元範圍內一定財產權比例之多數決，即可由私人自行選擇一定單元範圍，並採取多數決方式決定單元範圍內所有權人之土地與房屋，是否應被劃入都市更新範圍內，進而導致不同意更新住戶之居住權、財產權利均完全遭到剝奪，出現不具公共利益即可限制人民權利之情事，應與憲法第10條居住權保護、第15條財產權保護及第23條比例原則之意旨有違。此外，都更條例第22條建構之「多數決」架構，未能妥適保障憲法賦予財產權人之正當程序基本權，並在實際執行層面上，發生《經濟社會文化權利國際公約》第11.1條及《公民與政治權利國際公約》第17.1條所稱「強迫驅逐」且侵害家庭權與隱私權之狀況。在我國已簽署兩公約之今日，都更條例第22條另牴觸至少具備法律位階之兩公約權利條款，致生違反憲法之疑義。而都更條例第22條顯然與原處分機關核定都更事業計畫之處分，以及各確定終局裁判間存在重要關聯性，並對聲請人之居住及財產權利構成完全剝奪之重大限制，應有必要由鈞院進行憲法解釋，以保障聲請人之基本權利。

二、再查，在我國近年之都更爭議中，主管機關動輒使用放寬容積率限制作為對實施者之獎勵條件，導致建商在都更過程中，無不以追求「容積率最大化」為惟一、首要目標。此一錯誤政策所衍生之惡果，即為實施者利用都更條例進行恣意圈地，將不願配合遷移之居民住屋強行納入都更範圍內，形式上為「多數決」，實質上使用以小吃大之手段，逼迫居民放棄保有房屋之權利，最終導致拒絕配合都更政策之居民完全喪失說「不」之權利，只能成為都更惡法下之無辜犧牲者。惟查，居住權利涉及個人自由、人格、尊嚴之行使，豈是國家可以使用多數決之方式強令不同意見者遷移？而都市更新制度之本意，係社區住民形成更新該地區老舊房屋之共識後，所共同進行改善居住環

境之行為，是以都市更新之發動者應為當地居民，而非以追逐利益最大化為首要目標之實施者。但在我國現行制度下，實施者始終立於主導角色，地方主管機關非但不願協助保護居民之居住權利，亦未嘗試介入與實施者間之協調，反而竟與開發者配合無間，動輒搬出強硬之都更條例第36條「強拆條款」威脅拒絕搬遷之住戶，進而升高實施者為追逐私利而大舉圈地之企圖，並使實施者與居民間進行協調之可能性喪失殆盡。故本件聲請人所涉之系爭都更案實具有指標性意義，並將影響國內其他都更案件之執行進程，亟待鈞院正視，針對都更條例第22條、第36條是否違憲作成解釋，以釐清爭議。

三、綜上所述，本案確定終局判決適用之都更條例第22條、第36條規定，已牴觸憲法權力分立原則、第10條關於居住權保障、第15條關於財產權保障、第23條比例原則以及兩公約之相關規定，懇請　貴院惠予解釋宣告其違憲失效，以保障聲請人之基本權利，並維憲政根基。

此　　致

司　法　院

《所附關係文件之名稱及件數》

附件一：最高行政法院 100 年度裁字第 1582 號裁定影本乙份。

附件二：最高行政法院 100 年度判字第 2092 號判決影本乙份。

附件三：最高行政法院 100 年度判字第 2004 號判決影本乙份。

附件四：《經濟社會文化權利國際公約》第 4 號一般性意見書乙份。

附件五：《經濟社會文化權利國際公約》第 7 號一般性意見乙份。

附件六：聯合國人權事務委員會 1997 年 7 月 29 日(*Hopu and Bessert v. France*)案中譯本乙份。

附件七：《公民與政治權利國際公約》第 27 號一般性意見乙份。

聲請人一　王　０　樹
　　王　０　泉
　　王　０　平
聲請人二　彭　０　三
聲請人三　陳　０　蘭
共同代理人　詹　順　貴　律師
　　翁　國　彥　律師
　　李　明　芝　律師

中　華　民　國　101　年　5　月　25　日

（附件一之一）

最高行政法院裁定　100 年度裁字第 1582 號

上　訴　人　王　０　樹
　　王　０　泉
　　王　０　平
　　王　０　雄
共同訴訟代理人　蔡　志　揚　律師
被上訴人　臺北市政府
代　表　人　郝　龍　斌
參　加　人　樂揚建設股份有限公司
代　表　人　段　０　龍

上列當事人間都市更新事件，上訴人對於中華民國 99 年 5 月 26 日臺北高等行政法院 98 年度訴字第 2467 號判決，提起上訴，本院裁定如下：

主　文

上訴駁回。

上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

理　由

一、按對於高等行政法院判決之上訴，非以其違背法令為理由，不得為之，行政訴訟法第 242 條定有明文。依同法第 243 條第 1 項規定，判決不適用法規或適用不當者，為違背法令；而判決有同條第 2 項所列各款情形之一者，為當然違背法令。是當事人對於高等行政法院判決上訴，如依行政訴訟法第 243 條第 1 項規定，以高等行政法院判決有不適用法規或適用不當為理由時，其上訴狀或理由書應有具體之指摘，並揭示該法規之條項或其內容；若係成文法以外之法則，應揭示該法則之旨趣；倘為司法院解釋或本院之判例，則應揭示該判解之字號或其內容。如以行政訴訟法第 243 條第 2 項所列各款情形為理由時，其上訴狀或理由書，應揭示合於該條項各款之事實。上訴狀或理由書如未依此項方法表明，或其所表明者與上開法條規定不合時，即難認為已對高等行政法院判決之違背法令有具體之指摘，其上訴自難認為合法。

二、被上訴人於民國91年10月28日依都市更新條例第6條第2款規定，公告劃定「士林區００附近更新地區（捷運淡水線西側）」，並於96年5月1日核准訴外人賴０興申請之「臺北市士林區００段０小段００地號等21筆土地都市更新」事業概要。嗣參加人擬擔任實施者，於97年1月4日舉辦事業計畫及權利變換計畫公聽會，在取得更新單元內私有土地所有權人73.68%及其所有面積77.83%同意，私有合法建築物所有權人72.34%及其總樓地板面積79.90%同意，符合同意比例門檻後，報請被上訴人核定；被上訴人續辦理公開展覽30日，並舉辦公聽會，聽取民眾意見後，將全案提請臺北市都市更新及爭議處理審議會決議修正後通過，被上訴人核定准予實施者即參加人實施本案。上訴人等不願所有坐落臺北市士林區００段０小段００地號土地及地上建號００等合法建築物納入上開都市更新事業計畫案之範圍內，遂循序提起行政訴訟，為原審判決駁回，而提起本件上訴。

三、上訴人上訴主張略以：原判決認為都市更新條例所定公聽會之程序參與對於更新單元內之所有權人尚不產生損害或重大影響，認

為可比照股東會通知採發信主義，顯然漠視都市更新條例所定公聽會之程序功能，並且過分輕忽土地及合法建築物所有權人在都市更新案中之權益與地位，顯有不適用都市更新條例第10條第1項及第19條第2、3、4項法規或適用不當之違法。原判決就本件擬具事業概要前及擬定都市更新事業計畫期間之公聽會，實施者均未寄發開會通知予上訴人之事實，均略而不提，僅論就參加人就擬定都市更新事業計畫後、審議前之公聽會是否合法通知上訴人參與之適法性，顯有判決不備理由、判決不適用法規或適用不當之違法。又本件上訴人間縱有親屬或鄰居關係，惟非代表彼等均時有往來連絡，豈能因嗣後本件訴訟之協力行為，即認定紛爭發生前可將上訴人等一體視之，原判決之認定顯違反論理法則。況參加人之董事長曾經前來遭拒之事，與上訴人知否參加人嗣後所舉辦之公聽會乙事，實無因果關係，原判決之認定顯有矛盾，而原判決稱本件都市更新單元範圍內之鄰居均知此事，不知所由為何，顯有認定事實不憑證據之違法。另查本件都市更新單元範圍之劃定，北側相鄰土地００地號、南側相鄰土地００地號之土地上建築物屋齡均與上訴人之建物相去不遠，卻僅因參加人與其相關權利人溝通納入都市更新單元範圍事宜，鄰地所有權人表示不願意參加而未劃入。但本件上訴人一再表明不同意、不願意參加更新，參加人仍執意予以劃入，明顯違反平等原則，原判決未加指摘，顯有判決不適用法規之違法。再者，原判決所稱得自行改建之本件都市更新單元南側之有應公廟，惟該廟宇面積僅2.42坪，根本不可能自行改建，又原判決稱上訴人所有００地號土地所在位置並無面臨建築線，均未敘明理論根據，顯有認定事實不憑證據之違法。經核，原判決業已就本件按都市更新條例第19條第2項規定，應舉辦公聽會，其目的僅在於聽取民眾之意見，無論是更新單元範圍內之土地、建物所有權人等相關權利人或一般民眾，在都市更新事業計畫擬定後，尚得以書面提出意見；並審諸都市更新程序係採取多數決，公聽會程序既僅在於聽取民眾

意見，更新單元範圍內之所有權人尚不因未參與該公聽會，對其權利產生損害或重大影響。故關於公聽會期日及地點之通知，應採發信主義，只要按應受通知者之住所或居所寄發舉行公聽會之通知時，應認已生通知之效力，至於應受通知者實際有無收受該通知在所不問。而查，參加人於舉行公聽會前，已按上訴人之住居所寄發通知，即已發生送達之效力。況上訴人王０雄已收受該通知；另上訴人王０樹、王０泉、王０平等三人則均因可歸責於渠等自己之事由致招領逾期退回，而上訴人王０雄與上訴人王０樹、王０泉、王０平等3人不僅為鄰居，亦為堂兄弟之親屬關係，渠等4人並一同向被上訴人陳情及共同提起本件訴訟，且上訴人王０樹等3人於訴願及起訴狀所陳報之住所，亦為參加人前揭送達同地址。再者，上訴人亦自承參加人之董事長曾前來協商遭拒，上訴人等執詞渠等未接獲通知，主張參加人舉辦之公聽會程序不合法云云，並無足採。又按符合臺北市都市更新自治條例第12條第1項規定所列各款情形之一者，即可劃定為都市更新單元，並非應具備全部5款之要件，始得劃定之。本件屬被上訴人公告劃定更新單元，並擬具事業概要，申請實施都市更新事業，於事業概要階段已確定實施都市更新範圍。又本件更新單元範圍達1,923平方公尺，面積大於1,000平方公尺，街廓內相鄰土地計有13筆土地，小廟非屬本案相鄰土地，南側相鄰土地為91年3月25日始竣工之地上9層，地下2層之建築物，業已建築完成，確無法合併更新；另北側相鄰土地００地號及南側相鄰土地００地號，經參加人與其相關權利人溝通納入都市更新單元範圍事宜，鄰地所有權人表示不願參加，且該相鄰土地未納入，無礙於建築設計及市容觀瞻等情，符合臺北市都市更新自治條例第12條第1項第4款之規定，本件都市更新單元範圍之劃定，於法並無違誤。本件都市更新單元南側之郭元益糕餅博物館及廟宇等（名稱：有應公廟）均位於建築線上而得自行改建，此與上訴人所有上開００地號土地所在位置，並無面臨建築線，且為本件都市更新單元

東南側之００地號等土地包圍之情形而無法改建不同。再查本件於事業概要階段業已確定更新範圍，惟事業概要申請人賴０興在被上訴人劃定為應實施更新之地區自行劃定本件更新單元，雖符合臺北市都市更新自治條例第12條規定，但因可能造成街廓內相鄰土地無法劃定更新單元，申請人於舉辦事業概要公聽會時，一併通知相鄰土地及其合法建築物所有權人參加該公聽會，鄰地所有權人表示不願參加，自已符合臺北市都市更新自治條例第14條之規定。是以，依臺北市都市更新自治條例第14條為徵詢鄰地參與本更新案意見所進行之調查，自不包含更新單元範圍內之土地所有權人，上訴人指摘未對渠等進行訪談及徵詢意願，違反都市更新條例規定云云，亦無足取等情敘述甚詳。本件上訴人對於高等行政法院判決上訴，雖以該判決違背法令為由，惟核其上訴理由，無非係重述其於起訴已主張而為原審所不採之理由，並就原審取捨證據、認定事實之職權行使，指摘其為不當，且就原審已論斷者，泛言未論斷，或就原審所為論斷，泛言其論斷矛盾，而非具體表明合於不適用法規、適用法規不當或行政訴訟法第243條第2項所列各款之情形，難認對該判決之如何違背法令已有具體之指摘。依首開規定及說明，應認其上訴為不合法。而本件都市更新單元範圍之劃定，符合臺北市都市更新自治條例第12條第1項第4款之規定，已如上述，至未與系爭土地相鄰之有應公廟，究能否自行改建，則無礙於系爭土地建築設計及市容觀瞻，亦即與本件都市更新單元範圍之劃定無涉；另上訴人所有００地號土地所在位置並未面臨建築線，此業經原審依卷內地籍圖等資料而判斷（參原審卷第345頁、第372頁），並無上訴人所稱原判決有認定事實未依證據之違法；又本件都市更新單元範圍之劃定，北側相鄰土地００地號、南側相鄰土地００地號之土地，因均面臨建築線上，尚可自行建築，與本件上訴人所有之土地因未面臨建築線而不能改建，且已列入本件都市計畫更新單元範圍內情況不同，尚難相提併論而謂違反平等原則，附此敘明。

四、據上論結，本件上訴為不合法。依行政訴訟法第249條第1項前段、第104條、民事訴訟法第95條、第85條第1項前段、第78條，裁定如主文。

中　華　民　國　　100　　年　　6　　月　　30　　日

（附件一之二）

臺北高等行政法院判決　　98 年度訴字第 2467 號

99 年 5 月 5 日辯論終結

原　　告　王　0　樹
　　王　0　泉
　　王　0　平
　　王　0　雄

被　　告　臺北市政府

代　表　人　郝　龍　斌（市長）

訴訟代理人　簡　瑟　芳
　　黃　雅　芳
　　鄭　如　殷

參　加　人　樂揚建設股份有限公司

代　表　人　段　0　龍

訴訟代理人　許　獻　進　律師

上列當事人間都市更新事件，原告等不服內政部中華民國 98 年 10 月 27 日臺內訴字第 0980199551 號（案號：第 0980300026 號）、98 年 10 月 27 日臺內訴字第 0980199106 號(案號:第 0980140095 號)、98 年 10 月 28 日臺內訴字第 0980150276 號（案號：第 0980240096 號)、98 年 10 月 30 日臺內訴字第 0980199554 號(案號:第 0980230095 號）訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主　文

原告之訴駁回。

訴訟費用由原告負擔。

事實及理由

一、事實概要：

（一）被告於民國91年10月28日依都市更新條例第6條第2款規定，公告劃定「士林區００附近更新地區（捷運淡水線西側）」，並於96年5月1日核准訴外人賴０興申請之「臺北市士林區００段０小段００地號等21筆土地都市更新」事業概要。嗣參加人擬擔任實施者，依都市更新條例第19條及第29條第1項但書規定，於97年1月4日舉辦事業計畫及權利變換計畫公聽會，在取得更新單元內私有土地所有權人73.68%及其所有面積77.83%同意，私有合法建築物所有權人72.34%及其總樓地板面積79.90%同意，符合都市更新條例第22條規定同意比例門檻後，擬具「臺北市士林區００段０小段００地號等21筆土地都市更新事業計畫及權利變換計畫案」於97年6月11日報請被告核定；被告續於97年9月26日起至97年10月25日止辦理公開展覽30日，並於97年10月23日（展覽期間）假臺北市士林區公民會館舉辦公聽會，聽取民眾意見後，將全案提請臺北市都市更新及爭議處理審議會（下稱臺北市都更審議會）98年2月23日第12次及98年5月4日第16次會議審查結果，經決議修正後通過，被告於98年6月16日以府都新字第09830575302號函（即原處分）核定准予實施者即參加人實施本案。

（二）原告等不願所有坐落臺北市士林區００段０小段００地號土地及地上建號００等合法建築物納入上開都市更新事業計畫案之範圍內，遂提起訴願，經訴願決定駁回後，而提起本件撤銷訴訟。本院因認本件撤銷訴訟之結果，將影響參加人之權利或法律上之利益，爰依行政訴訟法第42條第1項規定，裁定命參加人獨立參加本件訴訟。

二、本件原告等主張：

（一）原處分之都市更新計畫案係由權利人賴０興發起，由參加人擔任實施者，該案屬民間申請辦理之都市更新案。按都市更新條例第10條第1項、同條例施行細則第6條第1項及臺北市都市更新自治條例第3條規定，且依主管機關即被告所訂頒「都市更新事業申請人（或實施者）辦理公聽會說明及注意事項」中規定，都市更新事業概要申請主管機關核准前，應舉辦公聽會，區分為三階段（第一階段為事業概要申請前，應舉辦「都市更新事業概要」公聽會；第二階段事業計畫報核前，應舉辦「都市更新計畫」公聽會；第三階段權利變換計畫報核前，應舉辦「都市更新權利變換計畫」公聽會），對人民財產、權益有絕對規定的保障。被告及參加人均無法提出證據，證明已將舉辦公聽會之通知合法送達原告，僅表示依法辦理，及提出規定程序後段相關卷證，如權利變換公文、不實的掛號通知信函等。惟行政機關應依法行政，未依法定程序作出之處分皆屬違法，尤以對人民財產、權益有深切影響者為是。倘行政機關未依法行政，任由民間團體（財團）操弄，曲解事實，則法律有何存在之目的。被告漠視法律規定、程序，疏於監督，違反上述規定，而參加人以握有龐大的民間機構資源以被告名義威嚇原告等配合，故原告等請求撤銷有理由。

（二）綜合被告所提各項書狀稱：(1)原告等地區於91年10月28日公告劃定為都更區域，但查臺北市政府網站該都更地區公告日期為89年6月26日，明顯不符。(2)南側區域００等為91年3月25日竣工完成，表示無法更新，惟依都市更新條例第24條規定，如依前項所述該建物合法性可疑。(3)另北側００及南側００表示不參加，既可不納入都更，同理比較原告權利何在。(4)指稱原告王０雄於96年12月21日收取通知，但事實上，該公聽會為「都市更新事業暨權利變換計畫」屬都更程序中最後階段，被告企圖扭轉公聽會名稱，掩蓋

前二次公聽會未通知之事實。(5)指稱被告於95年12月15日通知原告，惟事實是被告僅以名冊表示而無回執聯信函證明。如上所述被告意圖掩蓋不法之事實，不當解讀法令，撥弄行政規定，舉證不當文書影響判決。又參加人所舉證回執聯（原告王０泉、王０樹、王０平）印有大廈管理戳章，實則原告原址並無設置管理處。至參加人雖稱已於96年12月20日通知原告，惟事實是該名冊內容關於原告王０泉、王０樹、王０平之住址明顯錯誤（塗改），均足證明參加人所舉證文書有變造之嫌。

（三）因此由前事證所陳，被告明顯違反都更條例第10條，同條例施行細則第5條、第6條，臺北市都市更新自治條例第3條、第12條、第14條，臺北市政府所訂頒之「都市更新事業申請人（或實施者）辦理公聽會說明及注意事項」，行政程序法第4條、第5條、第6條、第7條、第8條、第9條，公務員服務法第5條、第6條、第7條，及刑法第213條規定。參加人明顯違反都市更新條例第10條，同條例施行細則第6條，臺北市都市更新自治條例第3條、第12條、第14條規定，臺北市政府所訂頒之「都市更新事業申請人（或實施者）辦理公聽會說明及注意事項」，民法第95條，刑法第214條、第215條、第216條、第217條規定等情。並聲明求為判決：訴願決定、原處分關於原告等位於臺北市士林區００里０鄰０街０巷０號列為都市更新案部分均撤銷。

三、被告則以：

（一）按臺北市都市更新自治條例第12條第1項規定，亦即僅需符合5款之一情形，即可劃定更新單元。查系爭計畫案係屬被告於91年10月28日公告劃定「士林區００街附近更新地區（捷運淡水線西側）」內，賴０興依上開自治條例第12條第1項第4款規定劃定更新單元，並擬具事業概要，申請實施都市更新事業，故系爭計畫案於事業概要階段已確定實施

範圍，參加人就前開範圍，依都市更新條例第19條規定，據以申請實施都市更新事業並無違誤。

（二）次查，系爭計畫案更新單元面積達1,923平方公尺，面積大於1,000平方公尺，街廓內相鄰土地計有13筆土地，且小廟非屬系爭計畫案相鄰土地，南側相鄰土地００為91年3月25日始竣工之地上9層，地下2層之建築物，業已建築完成，確無法合併更新。另北側相鄰土地００地號，及南側相鄰土地００地號，經參加人與其相關權利人溝通納入都市更新單元範圍事宜，鄰地所有權人表示不願參加。且相鄰土地未納入，亦無礙於建築設計及市容觀瞻，符合該自治條例第12條第4款規定，並無違誤。至原告等主張相鄰土地未納入，將礙於建築設計及市容觀瞻，按臺北市都市更新及爭議處理審議會設置要點第2點、第3點第1項規定，系爭計畫案業經都審會第12次、第16次會議審議，均無認為有礙於建築設計及市容觀瞻，原告等主張純屬個人主觀想法，尚無可採。

（三）復查，系爭計畫案於事業概要階段業已確定更新範圍，因事業概要申請人賴０興就主管機關劃定為應實施更新之地區自行劃定更新單元，雖符合上開自治條例第12條規定，但因可能造成街廓內相鄰土地無法劃定更新單元，故依同條例第14條規定，於95年12月15日舉辦事業概要公聽會時，通知相鄰土地及其合法建築物所有權人參加公聽會，後續經申請人賴君與其相關權利人溝通納入都市更新單元範圍事宜，鄰地所有權人表示不願參加，故申請人賴君以此範圍於96年3月9日向被告提出都市更新概要案申請，符合上開第14條之規定。被告所提書證12之訪查紀錄係依該自治條例第14條規定徵詢鄰地參與該更新案意見所進行之調查，故不包含更新範圍內之土地所有權人。又按都更條例第24條規定，即需經直轄市、縣（市）主管機關公告禁

止後，更新地區範圍內之建築物才不可進行建築物之改建、增建或新建及採取土石或變更地形等事項。查系爭計畫案並未有上開禁止公告，原告等主張南側鄰地違反上開規定，係錯誤解讀法令。

（四）另依都更條例第19條規定，參加人於申請事業計畫報核前，於97年1月4日召開公聽會，並於96年12月20日寄發相關通知，原告王０雄於96年12月21日收取通知；被告於97年9月26日起至97年10月25日止辦理公開展覽日；及97年10月23日舉辦公辦公聽會，亦寄送通知予原告等，其地址與本件訴訟狀內原告等所載地址係屬一致，經核查前述公聽會皆已發函通知原告等出席表示意見，渠等主張均未收到通知，與事實不符。再者，公聽會之目的，主要係聽取民眾意見，原告等雖主張並未收受通知，惟其對本更新案之意見業經行政救濟程序表達，主要仍係不同意參與本件都市更新，惟更新案依都更條例第22條規定係採多數決精神，系爭計畫案同意比例已符都市更新條例規定，且因原告等未出具同意書，故自始未計入同意比例內，原告等不同意參與之意見，對系爭計畫案符合同意比例認定不生影響。若僅因原告等未出席公聽會即撤銷核定處分，將有違比例原則，且本件更新案相關建物業已拆除，基於公益，亦應駁回原告等之訴。

（五）綜上所陳，都市更新係採多數決之模式，如達符合法令規定之同意比例門檻，即可報請審議，被告依法受理參加人申請之系爭計畫案，並依都市更新條例規定辦理公開展覽及舉辦公聽會，透過公平、公開之法定程序辦理審查作業，於第12次、第16次審議會審議通過，經被告核定實施，於法並無不合等語，資為抗辯。並聲明求為判決駁回原告等之訴。

四、參加人答辯主張：

（一）參加人僅以大宗掛號信函執據作為公聽會「通知」證明，未附上掛號回執，並無任何違誤：

1.舉凡法律上之各種「集會」或「開會」之通知，如股東會、董事會及區分所有權人會議之通知等，實務上係採發信主義，此觀諸最高法院83年度台上字第941號判決、95年度台上字第2611號判決甚明，今實施者以大宗掛號執據作為公聽會「通知」之證明，已比一般開會通知嚴格，故被告之處分自無違誤。況參加人自都市更新程序開始至今數年，不斷與原告等聯絡、商談，縱渠等稱僅在開始前，參加人之董事長曾與其談過而遭拒絕，惟整個都市更新程序，均有舉辦公開展覽、登報甚至里辦公室均有張貼公告，參加人甚至以掛號通知原告等多達4次，原告等為鄰居及堂兄弟關係而共同訴訟，在原告王0雄有收取該等通知，其等仍均稱不知都更程序之進行，而無從表示反對意見云云，顯屬無稽。且原告等於都市更新事業計畫核定後，無論參加人或更新處寄予原告等同地址之文件，原告等都有收受並參加會議，更可證明原告等故意不收受文件為事實。

2.次查，依92年2月7日內政部解釋令認公聽會之通知方式並無明文規定，可由都市更新處自行送達或交由郵政機關送達即可，且依都更條例第19條規定可知，公聽會之目的只是聽取民眾意見，且無最低出席人數之限制，並不若上述股東會等開會係為作成特定決議之目的重要，實務上對該等開會之通知尚僅採取發信主義，何獨認為都市更新之公聽會通知應採取到達主義？原告等援引行政程序法第68條第3項但書，主張該通知文書應以掛號送達至其本人云云，自無理由。況都更程序對原告等權利有重大影響者，實為都市更新前後「房地之權利價值變

換」問題，此在都更條例第32條第1項規定，故其等對於其所有建物土地之價值有爭議部分，已另有保障之規定，因此公聽會之通知，對原告等之權利義務顯無重大影響，自應與一般開會相同，採取發信主義。

3.依都更條例第22條第1項規定可知，更新程序係採取多數決，原告為本件拒絕更新而提出訴訟之少數人，參考多數決之相關立法例，如土地法第34條之1執行要點第8點第3項、第4項採取「以公告替代到達」之規定；都更條例施行細則第6條第2項亦規定將「通知」之送達，併採取公示送達之方式，可見基於多數決利益之目的，自應與土地法第34條之1規定相同，以公告即認為通知為合法，且司法實務上對於公示送達，亦僅以報紙公告為之。若認都市更新公聽會之通知對象未收受送達，需另以公示送達為之，不僅發生開會時間無法短時間確定及送達之困難，且與都更條例併採取公示送達及張貼公告等方法相較，顯有疊床架屋之嫌；若有人逾期收受郵件而退回，即可達到阻止都市更新之目的，故都市更新條例自應採取發信主義，以掛號通知即為合法，不以到達為通知合法之必要條件。

4.退萬步言，縱認公聽會之通知應採到達主義，亦請參考本件更新單元自96年起已進行數年，此該地區眾所周知之事實，原告等竟推諉不知，且其中三人拒收任何郵件，至計畫核定後，方出面主張無法經由任何管道表達反對之意見云云，自屬權利濫用，違反誠信原則甚明，且原告等援引求撤銷原處分之主張，對於進行數年之都市更新程序而言，亦違反比例原則，原告等自無主張未收受送達，而起訴主張撤銷整個都市更新程序之理由。

（二）本件都市更新符合臺北市都市更新自治條例第 12 條第 4 項規定：

1.查都市更新單元劃定基準應符合上開自治條例第12條之任一項即可，此觀該條文義自明，原告等主張本件都市更新單元劃定不符合該自治條例第12條第3項及第4項規定云云，顯與參加人係依據第4項規定申請劃定有違，合先敘明。又本件都市更新單元範圍1923平方公尺，符合第12條第4項面積在1000平方公尺以上之規定，原告等顯誤解該條法令，故無該項但書之適用。

2.依原告等所述之郭元益糕餅博物館及廟宇等均位於建築線上而得自行改建，此與原告等所在位置並無面臨建築線，且為本件都市更新單元東南側之００地號等土地包圍而無法改建者不同。此外，都市更新係循序漸進，非一次即可全部改善市容，依據上開自治條例第14條第2項規定，相鄰土地及其合法建築物所有權人表示不願加入更新，主管機關應予尊重。至於「市容觀瞻」部分，依該條例第8條及第16條規定，審議過程均有專家及學者以合議制及公開方式辦理審議，非原告等少數自己即得認定本件都市更新「有礙市容觀瞻」。反觀原告等若未加入本件都市更新案，依其所在位置並無面臨建築線，且基地深度皆不足15公尺之情形，依臺北市土地分區管制規則之規定，屬於畸零地，且因鄰地均已興建完成又未鄰接建築線，依法不可單獨興建，亦無法與他土地合併改建，此將使原告等之房地價值嚴重減損，且違反建築法之相關規定，故原告等主張其不願加入本件都市更新案云云，顯然損人不利己且違反法令，自屬違反誠信原則，原告等主張撤銷自無理由。

五、本件如事實概要（一）所述之事實，為兩造所不爭，並有被告公告劃定「士林區００附近更新地區（捷運淡水線西側）」計畫書、96 年 5 月 1 日府都新字第 09630209800 號函、參加人 96 年 12 月 21 日樂工(96)函字第 252 號公聽會開會通知單、97 年 6

月 10 日樂工(97)函字第 097 號函、被告 97 年 9 月 25 日府都新字第 09730595100 號公告、臺北市都市更新處 97 年 10 月 8 日北市都新事字第 09731067200 號公告、臺北市都更審議會第 12 次會議紀錄、第 16 次會議紀錄及原處分附本院卷第 274-292 頁可按，為可確認之事實。故本件之爭點，在於：

（一）參加人舉辦 97 年 1 月 4 日公聽會，是否已對原告等為合法之通知？

（二）本件都市更新單元之劃定，是否符合臺北市都市更新自治條例第 12 條之規定？

六、本院判斷如下：

（一）關於參加人舉辦公聽會，是否合法通知原告部分：

1.按都市更新條例第19條規定：「（第1項）都市更新事業計畫由實施者擬定，送由當地直轄市、縣（市）主管機關審議通過後核定發布實施；其屬依第7條第2項規定辦理之都市更新事業，得逕送中央主管機關審議通過後核定發布實施。並即公告30日及通知更新單元範圍內土地、合法建築物所有權人、他項權利人、囑託限制登記機關及預告登記請求權人；變更時，亦同。（第2項）擬定或變更都市更新事業計畫期間，應舉辦公聽會，聽取民眾意見。（第3項）都市更新事業計畫擬定或變更後，送各級主管機關審議前，應於各該直轄市、縣（市）政府或鄉（鎮、市）公所公開展覽30日，並舉辦公聽會。公開展覽、公聽會之日期及地點，應登報周知，並通知更新單元範圍內土地、合法建築物所有權人、他項權利人、囑託限制登記機關及預告登記請求權人；任何人民或團體得於公開展覽期間內，以書面載明姓名或名稱及地址，向各級主管機關提出意見，由各級主管機關予以參考審議。經各級主管機關審議修正者，免再公開展覽。……」第22條規定：「實施者擬定或變更都市更新事

業計畫報核時，其屬依第10條規定申請獲准實施都市更新事業者，除依第7條劃定之都市更新地區，應經更新單元範圍內私有土地及私有合法建築物所有權人均超過1/2，並其所有土地總面積及合法建築物總樓地板面積均超過1/2之同意外，應經更新單元範圍內私有土地及私有合法建築物所有權人均超過3/5，並其所有土地總面積及合法建築物總樓地板面積均超過2/3之同意；其屬依第11條規定申請獲准實施都市更新事業者，應經更新單元範圍內私有土地及私有合法建築物所有權人均超過2/3，並其所有土地總面積及合法建築物總樓地板面積均超過3/4之同意。但其私有土地及私有合法建築物所有權面積均超過4/5同意者，其所有權人數不予計算。前項人數與土地及建築物所有權比例之計算，準用第12條之規定。……」及同條例施行細則第6條規定：「依本條例第10條第1項、第19條第2項及第3項規定舉辦公聽會時，應邀請有關機關、學者專家及當地居民代表參加，並通知更新單元內土地、合法建築物所有權人及其他權利關係人參加。前項公聽會之日期及地點，於10日前刊登當地政府公報或新聞紙3日，並張貼於當地村（里）辦公處之公告牌。」

2.揆諸上引都市更新條例第19條第2項規定可知，實施者於擬定都市更新事業計畫期間，應舉辦公聽會，其目的僅在於聽取民眾之意見，作為擬定都市更新事業計畫之參考，並非作成任何決定或決議，對於實施者亦無拘束力，此徵諸同條例施行細則第6條規定，實施者舉辦公聽會時，除應邀請有關機關、學者專家及當地居民代表參加，及通知更新單元內土地、合法建築物所有權人及其他權利關係人參加外，並應將公聽會日期及地點刊登當地政府公報或新聞紙，及張貼於當地村（里）辦公處之公告

牌，即在使一般不特定民眾亦得參加該公聽會表示意見，以達集思廣益之旨；且依同條第3項規定，實施者擬定都市更新事業計畫後，於送請各級主管機關審議前，尚應於各該直轄市、縣（市）政府或鄉（鎮、市）公所公開展覽30日，並舉辦公聽會聽取民眾意見，任何人民或團體得於公開展覽期間內，以書面提出意見，由各級主管機關予以參考審議。足見無論是更新單元範圍內之土地、建物所有權人等相關權利人或一般民眾，在都市更新事業計畫擬定後，尚得透過上開公聽會表達意見或在公開展覽期間以書面提出意見；並審諸都市更新程序係採取多數決，依上述同條例第22條第1項規定，更新單元範圍內私有土地及私有合法建築物所有權人，並其所有土地總面積及合法建築物總樓地板面積分別均超過2/3、3/4之門檻，即得選定實施者擬定都市更新事業計畫申請報核等情，公聽會程序既僅在於聽取民眾意見，對於選定實施者或其如何擬定都市更新事業計畫並無任何拘束力，更新單元範圍內之所有權人尚不因未參與該公聽會，對其權利產生損害或重大影響；況該等所有權人除於公聽會程序外，仍得於日後公開展覽期間以書面提出意見，亦非無從表示意見，而都市更新程序龐雜繁瑣，公聽會為廣泛蒐集民眾意見，除刊登公報（或新聞紙）及張貼當地村（里）辦公處之公告牌，尚須邀請有關機關、學者專家及當地居民代表及通知更新單元內土地、合法建築物所有權人及其他權利關係人參加，因通知與會之人數眾多，倘採到達主義，而於公聽會舉行前仍須先確定開會通知已否全部到達全體應受通知者，則公聽會之舉辦將曠廢時日，而陷整個都市更新程序延宕至不能進行之窘境，顯失立法之原意，故關於公聽會期日及地點之通知，應採發信主義，只要按應受通知者之住所

或居所寄發舉行公聽會之通知時，應認已生通知之效力，至於應受通知者實際有無收受該通知在所不問。

3.而查，參加人於97年1月4日舉行公聽會前，已按原告等之住居所寄發通知，其中原告王０雄部分，已由其同居該處之兄長王０駿收受該通知；另原告王０樹、王０泉、王０平等兄弟三人均因招領逾期而退回，此有參加人交寄大宗掛號函件執據、招領逾期退回之掛號郵件信封、掛號郵件收件回執及戶籍謄本在卷可稽（見本院卷第343、416-419、528-532頁），揆諸前揭說明，參加人於舉辦97年1月4日公聽會前，既已按原告等之住居所以掛號郵件寄發上開公聽會舉行期日、地點通知，即已發生送達之效力。況原告王０雄已收受該通知；另原告王０樹、王０泉、王０平等三人則均因可歸責於渠等自己之事由致招領逾期退回，而原告王０雄與原告王０樹、王０泉、王０平等三人不僅為鄰居，亦為堂兄弟之親屬關係，渠等四人因不願上開房地併入本件都市更新案而一同向被告陳情及共同提起本件訴訟，則在原告王０雄已收受上開公聽會舉行通知之情形下，原告王０樹、王０泉、王０平等三人仍稱對上開公聽會毫無所悉，致無從表示反對意見云云，顯悖於一般生活經驗法則；更不論原告王０樹等三人於訴願及起訴狀所陳報之住所，亦為參加人前揭送達同地址「住臺北市士林區００里００街０巷０號」，渠等均有收受通知並到庭陳述（見本院卷第126-128頁），參加人質疑渠等係故意不收受通知文書，並非子虛。再者，本件都市更新案自申請人賴０興申請實施都市更新事業，迄參加人擬定都市更新事業計畫報核，期間長達數年，原告等亦自承參加人之董事長曾前來協商遭拒，且本件都市更新程序之進行，包括舉辦公聽會及公開展覽，均有登報及在里辦公室張貼公告，已如前述，

本件都市更新單元範圍內之鄰居均知此事，獨原告等未接獲通知，對整個都市更新案一無所知，迄接獲拆屋通知始知上情云云，衡情亦難採信。原告等執詞渠等未接獲通知，主張參加人舉辦之公聽會程序不合法云云，並無足採。

（二）關於劃定本件都市更新單元範圍部分：

1.按臺北市都市更新自治條例第12條第1項規定：「都市更新單元劃定基準，『應符合下列規定之一』：一、為完整之計畫街廓者。二、街廓內面積在二千平方公尺以上者。三、街廓內鄰接二條以上之計畫道路，面積大於該街廓四分之一，且在一千平方公尺以上者。四、街廓內相鄰土地業已建築完成，確無法合併更新，且無礙建築設計及市容觀瞻，其面積在一千平方公尺以上，並為一次更新完成者。但其面積在五百平方公尺以上，經敘明理由，提經審議委員會審議通過者。五、跨街廓更新單元之劃設，其中應至少有一街廓符合第一款至第四款規定之一，並採整體開發，且不影響各街廓內相鄰土地之開發者。」可知，凡符合上開條項所列各款情形之一者，即可劃定為都市更新單元，並非應具備全部5款之要件，始得劃定之。

2.查本案係屬被告於91年10月28日公告劃定「士林區００附近更新地區（捷運淡水線西側）」內，前經訴外人賴０興依上引自治條例第12條第1項第4款規定劃定更新單元，並擬具事業概要，申請實施都市更新事業，故本案於事業概要階段已確定實施都市更新範圍，參加人就前開範圍，依上引都市更新條例第19條規定，據以申請實施都市更新事業，洵無不合。又本件更新單元範圍達1,923平方公尺，面積大於1,000平方公尺，街廓內相鄰土地計有13筆土地，小廟非屬本案相鄰土地，南側相鄰土地０

０為91年3月25日始竣工之地上9層，地下2層之建築物，業已建築完成，確無法合併更新；另北側相鄰土地００地號及南側相鄰土地００地號，經參加人與其相關權利人溝通納入都市更新單元範圍事宜，鄰地所有權人表示不願參加，且該相鄰土地未納入，無礙於建築設計及市容觀瞻等情，此有本件都市更新單元之鄰地範圍示意圖、臺北市政府工務局91年5月2日核發之91使字第0151號使用執照存根、協調鄰地參與都市更新事業訪談紀錄及鄰地所有人回覆不願合併更新之存證信函在卷可證（見本院卷第383、305-308頁），揆諸上引自治條例第12條第1項第4款之規定，本件都市更新單元範圍之劃定，於法並無違誤。原告等以本件都市更新單元之劃定不符合上引自治條例第12條第1項第3款「街廓內鄰接二條以上之計畫道路」之要件，主張原處分核准本件都市更新案違法云云，顯係誤解該規定，即無足採。

3.原告等雖復主張上開相鄰土地未納入，將有礙於建築設計及市容觀瞻，即與上開自治條例第12條第1項第4款規定不符云云。惟按，都市更新條例第16條規定：「各級主管機關為審議都市更新事業計畫、權利變換計畫及處理有關爭議，應分別遴聘（派）學者、專家、熱心公益人士及相關機關代表，以合議制及公開方式辦理之；必要時，並得委託專業團體或機構協助作技術性之諮商。」被告依上開授權規定，訂定「臺北市都市更新及爭議處理審議會設置要點」，其中第3點第1項之規定，審議會之成員包括主管機關及有關機關代表（例如工務局、地政處、交通局、法規委員會、都市發展局等）；暨具有都市計畫、建築、景觀、社會、法律、交通、財經、土地開發、估價或地政等專門學識經驗之專家學者及熱心公益人士，乃經由不同屬性及專業之代表，透過合議制及公

開審議程序，獨立行使職權，共同作成決定，應認享有「判斷餘地」，而在「判斷餘地」範圍內，除非專業機關於判斷時，有「未遵守法定程序」、「基於錯誤之事實」、「未遵守一般有效之價值判斷原則」、「夾雜與事件無關之考慮因素」等顯然違法之情形外，其專業認定自應受法院之尊重。本件業經臺北市都更審議會進行第12次、第16次會議審議結果，均無認為有礙於建築設計及市容觀瞻之情形（見本院卷第283-290頁），經核該審議會於審議時，亦未見有基於錯誤之事實、未遵守法定程序及一般有效之價值判斷原則，或夾雜與都市更新因素無關之考量，揆諸前揭說明，本院就其審議結果，自應予尊重。況且，原告所述本件都市更新單元南側之郭元益糕餅博物館及廟宇等（名稱：有應公廟）均位於建築線上而得自行改建，此與原告等所有上開００地號土地所在位置，並無面臨建築線，且為本件都市更新單元東南側之００地號等土地包圍之情形而無法改建不同（見本院卷第372、345頁）；此外，原告等亦未指出上開相鄰土地未合併更新，如何有礙於建築設計及市容觀瞻之具體情事，徒憑個人主觀見解，指摘本件更新單元之劃定，不符上開自治條例第12條第1項第4款規定，委無憑採。

4.再按，臺北市都市更新自治條例第14條規定：「主管機關劃定為應實施更新之地區，其土地及合法建築物所有權人自行劃定更新單元者，除應符合第12條之規定外，並應以不造成街廓內相鄰土地無法劃定更新單元為原則。無法依前項原則辦理者，應於依都市更新條例第10條規定舉辦公聽會時，一併通知相鄰土地及其合法建築物所有權人前述情形並邀請其參加公聽會，徵詢參與更新之意願並協調後，依規定申請實施都市更新事業。前項協調不成時，土地及合法建築物所有權人得申請主管機關

協調。」查本案於事業概要階段業已確定更新範圍，已如前述，惟事業概要申請人賴０興在被告劃定為應實施更新之地區自行劃定本件更新單元，雖符合上引臺北市都市更新自治條例第12條規定，但因可能造成街廓內相鄰土地無法劃定更新單元，申請人於96年1月3日舉辦事業概要公聽會時，即依上述自治條例第14條規定，一併通知相鄰土地及其合法建築物所有權人參加該公聽會（見本院卷第384-390頁所示公聽會通知、交寄大宗掛號函件執據、收件回執），續經其與相關權利人溝通納入都市更新單元範圍事宜，鄰地所有權人表示不願參加，申請人即以此範圍於96年3月9日向被告提出都市更新概要案申請，亦有上述協調鄰地參與都市更新事業訪談紀錄及存證信函可稽（見本院卷第383、305-308頁），自已符合上開自治條例第14條之規定。是以，上述訪談紀錄係依上開自治條例第14條為徵詢鄰地參與本更新案意見所進行之調查，自不包含更新單元範圍內之土地所有權人，原告等援引指摘未對渠等進行訪談及徵詢意願，違反都市更新條例第5條規定云云，亦無足取。

5.又查，本件都市更新單元係位於91年10月28日被告公告劃定「士林區００附近更新地區（捷運淡水線西側）」內（見本院卷第275頁），已如前述，原告所稱89年6月26日經被告公告劃定「００附近更新地區」之範圍，應為士林區００段０小段００地號至００地號，與原告等所有坐落同小段之００地號土地無關（見本院卷第523頁），原告等主張本件都市更新單元應屬於「００附近更新地區」，顯係誤解，並無可採。至原告雖另質疑本件都市更新單元南側鄰地００地號等土地，為91年3月25日始竣工之建築物，違反都市更新條例第24條規定云云。惟按，都市更新條例第24條規定：「更新地區劃定後，直轄市、縣（市）主管機關得視實

際需要，公告禁止更新地區範圍內建築物之改建、增建或新建及採取土石或變更地形。但不影響都市更新事業之實施者，不在此限。……」經核該條文係規定主管機關「得」視實際需要，公告禁止改建等行為，亦即需經直轄市、縣（市）主管機關公告禁止後，更新地區範圍內之建築物才不可進行建築物之改建、增建或新建及採取土石或變更地形等事項，經查被告並未依上開規定公告禁止本件都市更新地區內建築物之改建、增建或新建，原告主張本件都市更新單元南側上開鄰地違反都市更新條例第24條規定，亦屬誤解法令與事實，亦無足採。

七、綜上所述，原告等之主張，均無足採。被告以原處分核定准予參加人實施本件「臺北市士林區００段０小段００地號等 21 筆土地都市更新事業計畫及權利變換計畫案」，於法並無違誤，訴願決定予以維持，亦無不合。原告等仍執前詞，訴請撤銷，為無理由，應予駁回。

八、據上論結，本件原告之訴為無理由，依行政訴訟法第 98 條第 1 項前段、第 104 條、民事訴訟法第 85 條第 1 項前段，判決如主文。

中　華　民　國　　99　　年　　5　　月　　26　　日

（附件二）

最高行政法院判決　　100 年度判字第 2092 號

上　　訴　　人　彭　０　淵
　　彭　０　亮
　　彭　０　仁
　　彭　胡　０　英
　　彭　０　燻
　　彭　０　三

林　０　水
簡　０　洋
簡　０　原
共同訴訟代理人　蔡　志　揚　律師
被　上　訴　人　臺北市政府
代　　表　　人　郝　龍　斌
參　　加　　人　森業營造股份有限公司
代　　表　　人　黃　０　琮
訴　訟　代　理　人　許　獻　進　律師

上列當事人間都市更新事件，上訴人對於中華民國 100 年 6 月 2 日臺北高等行政法院 98 年度訴字第 1360 號判決，提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

理　由

一、上訴人所有坐落臺北市信義區００段０小段００地號土地及其上建築物位於臺北市信義區００段０小段００地號等 26 筆土地都市更新事業計畫案（下稱系爭都市更新計畫案）範圍內。該都市更新計畫案前由實施者萬宇開發股份有限公司（下稱萬宇公司）擬定報經被上訴人以 94 年 2 月 16 日府都新字第 09405997900 號公告核定實施在案。於計畫實施中，原實施者變更為本件參加人森業開發股份有限公司（下稱參加人），參加人旋於 95 年 1 月 25 日以森建字第 0125056 號函通知系爭都市更新計畫案各土地所有權人及權利變換關係人等，於 95 年 1 月 25 日至 95 年 2 月 24 日期間，就是否參與更新後房地分配及分配位置提出申請，未於期限內提出者，以公開抽籤方式分配之。參加人繼於 95 年 4 月 20 日向被上訴人申請變更都市更新事業計畫及擬定權利變換計畫，經被上訴人以 95 年 10 月 23 日府都新字第 09530820000

號公告，自 95 年 10 月 25 日至 95 年 11 月 24 日止，展覽上開變更計畫及權利變換計畫案件書圖，並訂定於 95 年 11 月 20 日舉辦公聽會，復將上開變更計畫及權利變換計畫提請臺北市都市更新審議委員會（現更名為臺北市都市更新及爭議處理審議會，下稱審議會）召開數次委員會議及專案審查會議審議後，而於 96 年 12 月 3 日第 88 次委員會通過。參加人復於 97 年 1 月 31 日向被上訴人申請變更都市更新事業計畫及擬定權利變換計畫，經被上訴人審查發現其部分內容與被上訴人上開第 88 次委員會審議通過之計畫有異，乃於 97 年 2 月 25 日提交審議會第 91 次會議審議決議調整其完成時程為 100 年 5 月，並同意其餘修正內容。被上訴人即以 97 年 9 月 9 日府都新字第 09730119002 號函（下稱原處分）通知參加人第 2 次變更計畫及權利變換計畫經准核定實施，並以 97 年 9 月 9 日府都新字第 09730119000 號公告第 2 次變更計畫及權利變換計畫案件書圖。上訴人不服，提起訴願，經決定駁回，提起行政訴訟，亦遭駁回，提起本件上訴。

二、上訴人起訴主張：被上訴人 90 年 2 月 15 日核准萬宇公司實施都市更新事業時，已明示應自獲核准之日起 1 年內（即 91 年 2 月 15 日前）擬具都市更新事業計畫報核，逾期未報核者，被上訴人得撤銷核准更新。但萬宇公司遲至 93 年 12 月 23 日始申請報核，被上訴人卻未依法撤銷核准更新，顯有違誤。又依萬宇公司 94 年取得系爭都市更新計畫案核定實施，當時都市更新條例第 19 條、第 22 條皆未規定可變更實施者，臺北市都市更新自治條例第 27 條亦非可變更實施者之法律準據，且參加人未完全取得土地及合法建物所有權人之同意書，被上訴人核准系爭都市更新計畫案之實施者由萬宇公司變更為參加人，於法不合。另本件參加人形式上以權利變換實施都市更新，實際上卻以協議合建方式為之，與部分土地所有權人簽訂合作興建契約書，約定彼此分配之位置及條件，致參加人辦理地主選配申請作業時，並未提供全部實施權利變換後應分配之土地及建築物位置供地主選擇，違反

都市更新權利變換實施辦法第 11 條公開抽籤選配之規定。且依都市更新權利變換實施辦法第 20 條規定，參加人未如期發放或提存拆遷補償金，屬權利變換過程中之重大瑕疵。況都市更新事業之實施，具相當於土地徵收之效力，是以，實施者未依法發放或提存拆遷補償金，應類推適用土地徵收條例第 20 條第 3 項之規定，權利變換計畫失其效力。又審議會於 97 年 7 月 10 日召開本案第 2 次專案會議，會前並未通知上訴人與會，上訴人雖到場，但未能進入會場陳述意見，被上訴人竟偽造第 2 次專案小組回應表，且該會主席以警力將上訴人彭 0 三強押出會場，該會會議紀錄上卻記載彭 0 三書面陳情仍願意參與系爭都市更新計畫案，顯係偽造文書。該次專案會議於權利人未參與之情形下，作成原則上維持原評價基準日之決議，顯有違誤。又參加人所擬定之土地都市更新事業計畫書載稱，其已與台新國際商業銀行（下稱台新銀行）完成融資簽約事宜，並由安信建築經理股份有限公司（下稱安信公司）控管融資銀行之專款專戶收支。然參加人實際上並未與台新銀行合作，被上訴人竟未就此查證，其予以核定本件變更計畫，實構成違法。另本件都市更新計畫案之權利價值評價基準日，應適用都市更新權利變換實施辦法第 8 條但書，限於參加人 95 年 4 月 20 日一併報核都市更新事業計畫與權利變換計畫前 6 個月內，亦即應在 94 年 10 月 21 日至 95 年 4 月 20 日期間內，惟本件評價基準日仍訂定為 94 年 2 月 16 日，被上訴人作成核定之原處分，自屬違法。另內政部營建署於 95 年 9 月 11 日針對本案評價基準日召開個案輔導會議，雖決議本案仍應依都市更新權利變換實施辦法第 8 條前段規定，以都市更新事業計畫核定發布日為評價基準日，然經系爭都市更新計畫案土地所有權人蔡 0 吉等 15 人向內政部營建署陳情，被上訴人為此於 96 年 4 月 3 日以府都新字第 09602487000 號函復內政部營建署，建議本案依都市更新權利變換計畫實施辦法第 8 條規定，其鑑價日期限於權利變換計畫報核日前 6 個月內為宜。內政部營建署未表示意

見，函復被上訴人本於權責妥處，顯見內政部營建署係同意本案評價基準日限於權利變換計畫報核日前 6 個月內之見解。然被上訴人辯稱內政部營建署 95 年 9 月 11 日個案輔導會議決議事項對下級機關有拘束力，昧於上開事實，而於第 2 次專案小組會議同意本案維持原評價基準日，實有違誤。況評價基準日之訂定已有法律明文規範，並非審議會委員享有之判斷餘地。本案無論依文義、體系、論理或立法目的解釋，均不應將「變更都市更新事業計畫」逸脫於「都市更新事業計畫」之外，認為無庸依都市更新權利變換實施辦法第 8 條但書辦理，被上訴人仍予核定作成原處分，當有違誤云云。為此，求為判決撤銷訴願決定及原處分。

三、被上訴人則以：都市更新實施者為都市更新事業計畫應表明事項之一，都市更新條例第 21 條定有明文，次依 97 年 1 月 16 日新增之都市更新條例第 19 條之 1 規定及其立法理由，可知都市更新事業計畫第 21 條第 2 款實施者之變更，於修法前係依第 19 條規定重新辦理相關程序，本案實施者之變更，乃於法有據。又因系爭都市更新計畫案未取得全部土地及合法建築物所有權人同意，故採權利變換方式為之，且本案土地及建築物之選配方式及選配結果均已載明於權利變換計畫書內，並無不合。另依都市更新條例第 3 條第 5 款規定，參加人為權利變換關係人，其與其他土地所有權人簽訂之合作興建契約書，係屬私權關係，非為被上訴人得以干涉及審議之事項。又依都市更新權利變換實施辦法第 20 條第 2 項規定，實施者係「得」將拆遷補償費提存之，而非「應」提存之，況依該條規定，拆遷補償費係核定實施後方需發放，上訴人以核定後參加人之作為義務，主張被上訴人作成核定之原處分違法，實為不當連結。再者，本案已於審議會第 1 次專案小組會議由各陳情人充分發表意見，是第 2 次專案小組會議係就實施者依上開會議決議，各陳情人之意見回應討論，故並無通知陳情人，並就第 2 次專案小組會議決議，於第 3 次專案小組會議邀請陳情人與會，力求審慎。而第 88 次審議會，並無上訴人

所稱駐衛警以暴力相對之情事，至該次會議紀錄關於上訴人彭0三之記載，核屬審議會本於權責之認定，並無不當。又都市更新個案輔導會議之決議，係中央主管機關本於法定職權就相關規定予以闡釋，對下級機關具有拘束力。是內政部營建署於 95 年 9 月 11 日召開個案輔導會議，決議應依都市更新權利變換實施辦法第 8 條前段規定，以都市更新事業計畫核定發布日，為本件評價基準日，被上訴人依據該次會議決議認定評價基準日，並無違誤。且審議會係依據行為時都市更新審議委員會組織準則第 4 條規定，由主管機關及有關機關代表和都市計畫等專家學者所組成，其所為之審議決議具有高度屬人性、專業性、經驗性之專業判斷，屬於判斷餘地，應受司法尊重等語，資為抗辯。

四、參加人則以：都市更新實施者依都市更新條例第 21 條規定，為都市更新事業計畫應表明事項，又關於實施者變更時應踐行之程序，臺北市都市更新自治條例第 27 條雖係規範申請建築執照前，實施者變更應踐行之程序，然舉重以明輕，亦得為經該選定之多數建物及土地所有權人同意而變更實施者之法律原則。是系爭都市更新計畫案之實施者由萬宇公司變更為參加人，已踐行相關程序，並無違法。又本件係以權利變換方式實施都市更新，此由擬定權利變換計畫書之內容可證，而選配方式及選配結果均已載明於權利變換計畫書內，亦無違誤。又關於拆遷補償金，依都市更新權利變換實施辦法第 20 條第 1 項規定，本屬核定後實施者之作為義務，上訴人持此爭執原處分違法，實屬無據。又參加人原與台新銀行完成融資簽約事宜，並由安信公司控管融資銀行之專款專戶，嗣後因更新時程拖延等因素，故參加人依據變更都市更新計畫書內得由其他融資銀行或建築經理公司接續辦理之規定，另於 98 年 11 月 3 日與彰化商業銀行（下稱彰化銀行）簽立信託契約書及協議書，接續辦理本案融資事宜。再者，行為時都市更新權利變換實施辦法第 8 條已明文規定，權利價值評價基準日之訂定係以都市更新事業計畫之核定發布日為準，且 96 年

12 月 18 日之修正，對於修正施行前已核定發布實施之都市更新事業計畫，於修正施行後 6 個月內申請權利變換計畫報核者，仍以都市更新事業計畫核定發布之日為評價基準日，益證本件評價基準日之訂定並無違誤等語。

五、原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：（一）按 94 年間施行之都市更新條例第 21 條第 2 款及第 19 條第 1 項至第 3 項之相關規定，足見依當時都市更新條例之規定，實施者係屬都市更新事業計畫應表明事項之一，其有變更，非不得依同條例第 19 條之程序變更之。考諸 97 年 1 月 16 日都市更新條例增訂第 19 條之 1 之立法理由略謂，都市更新事業計畫，如無論變更幅度或範圍，均需依第 19 條規定重新辦理等語，可見在修正增訂該規定之前，變更實施者即為法所許，僅未特別規定其應適用之作業程序，而依同條例第 19 條之規定辦理。而原處分作成時之 97 年 1 月 16 日修正後都市更新條例第 19 條之 1 第 1 款及第 21 條第 2 款規定之作業程序，變更實施者僅須依都市更新條例第 22 條規定徵求同意，並經原實施者與新實施者辦理公證後，由各級主管機關逕予核定，並無須得全體土地及合法建築物所有權人之同意，則本件都市更新事業之實施者由萬宇公司變更為參加人，既取得符合都市更新條例第 22 條規定之一定比例之土地及合法建築物所有權人同意，並由變更前後之實施者就該變更事項召開變更實施者說明會，並舉辦公聽會，會中與會者就實施者變更之議案無意見通過，核已踐行法定程序，難謂有違法之處。上訴人徒以參加人未取得全部土地及合法建物所有權人之同意書，而否定其變更之效力，於法無據。至於萬宇公司未於被上訴人核准其實施都市更新事業之日起 1 年內擬具都市更新事業計畫報核，被上訴人未依法撤銷核准，乃其行使裁量權之結果，核與本件實施者變更有無違法之認定無涉，上訴人執為指摘原處分違法，容有謬誤。（二）按都市更新權利變換辦法第 11 條第 1 項規定，顯見依權利變換方式實施都市更新者，首由土地所有權人或權利變換關

係人自行選擇其應分配之土地及建築物之位置，僅於發生同一位置有 2 人以上申請分配之情況，始以公開抽籤方式定之。是以土地所有權人與權利變換關係人為避免皆選擇同一位置，須再抽籤決定之情形發生，而於行使選擇權之前，彼此約明各自選擇之位置，尚非法所不許。故本件參加人與部分地主先行約定彼此選配位置之原則，既僅生內部拘束力，並不妨礙其他土地所有權人或權利變換關係人就同一位置選配之權利。準此，上訴人僅因參加人及部分地主事先約定各自選配之位置，並依約定行之，而免經抽籤程序，即如願獲取選配之位置，或部分土地所有權人或權利變換關係人未能如願選配所屬意之位置，即指摘參加人有違反都市更新權利變換辦法第 11 條規定之情形，難謂允洽。次按都市更新權利變換實施辦法第 20 條之規定，顯認因權利變換而拆除或遷移之土地改良物之拆遷補償金額發放與否，原非被上訴人於核定權利變換計畫時，所得審查之事項，自無從憑以指摘原處分違法。另按行為時都市更新審議委員會組織準則第 9 條規定，足見審議委員會就有無邀請土地及建築物所有權人、權利關係人列席說明之必要，原有裁量餘地，要不能因其阻止未受邀請之人進入會場發言，即謂其審議會決議構成違法。是以審議會因審酌第 1 次專案小組會議已由包括上訴人在內之各陳情人與會陳述意見，而於第 2 次專案會議未再邀請其等到會，且阻止上訴人進入會場，不論相關工作人員之行為是否已構成犯罪，亦不問檢察官有無對之起訴，均核與原處分之效力不生任何關連。再按參加人於 94 年 10 月 4 日之前確已與台新銀行洽辦融資簽約事宜，且委由安信公司控管融資銀行之專款專戶之收支事宜，嗣因故未與台新銀行完成授信簽約，而改與彰化銀行簽訂授信契約，並已由彰化銀行會同上訴人與安信公司簽訂信託契約。是固可認參加人於計畫書報核時，其與台新銀行間就融資簽約事宜，因故未完成，而與計畫書所載確有出入，存有瑕疵，然辦理信託契約旨在擔保實施者之義務履行，且參加人已於土地都市更新事業計畫書第 11

項第 3 款載明如有特殊因素情況，得由其他融資銀行或建築經理公司接續辦理，是上開原存在之瑕疵，核其性質並非不能事後補正，則參加人事後既已辦竣融資及信託之締約事項，該瑕疵即發生治癒，自不構成原處分違法事由。（三）按 96 年 12 月 18 日修正施行前、後都市更新權利變換實施辦法第 8 條規定，可見新舊辦法就相同事項所規定之法律效果已有變更。再者，關於新舊法之法律效果是否有利當事人，係純依新舊法所規定之抽象內容為比較，並非就該個案情節觀察。查本件參加人係在舊法時向被上訴人報核變更都市更新事業計畫與權利變換計畫，而被上訴人則於新法施行後，始作成原處分。又評價基準日乃對於權利變換各宗土地及更新後建築物及其土地應有部分之權利價值為評定之特定日期，苟未實際比較不同日期之具體物價指數，新舊法之規定原不生何者對實施者有利與否之問題，是本件自應依中央法規標準法第 18 條前段規定，適用修正後都市更新權利變換實施辦法第 8 條規定，作為決定評價基準日之準據，並據以判斷原處分關於評價基準日認定之適法性。又系爭都市更新計畫案之都市更新事業計畫係在都市更新權利變換實施辦法 96 年 12 月 18 日修正施行前即已核定發布實施，而參加人亦在修正施行後 6 個月期限屆至之前，即已申請權利變換計畫報核，則系爭都市更新計畫案之評價基準日，自得以原都市更新事業計畫核定發布日即 94 年 2 月 16 日為準。是故被上訴人審認參加人報核之權利變換計畫以 94 年 2 月 16 日作為評價基準日，於法無違，而作成原處分予以核定，自屬適法。況本件都市更新事業計畫乃自被上訴人於 94 年 2 月 16 日核定實施後，即賡續進行，並不因實施者變更而使原核定之效力消滅。該計畫雖其間曾經參加人予以修正變更，但對照變更前後之計畫內容，雖有實施者變更、權屬及同意人數比例變更、各項申請獎勵額度變更調整、主體建築平面變更，及公益設施內容微調位置及面積變更、建築計畫變更、權利變換方式實施更新、財務計畫內之「重建總成本預估分析表」格式變更，

餘均無更動，而其土地及建物之所有權人雖有異動，但基地土地總面積、基地建築物總樓地板面積並無變動，足認參加人擬定之變更都市更新事業計畫係就原經被上訴人核定實施之都市更新事業計畫為局部調整，仍屬原計畫之延續。況且都市更新條例及都市更新權利變換實施辦法等相關法規，均未有都市更新事業計畫如有變更，其權利變換之評價基準日即應隨之變更之規定。是上訴人主張系爭都市更新計畫案之權利變換價值評價基準日應適用修正前權利變換實施辦法第 8 條但書之規定，委無可採等由，駁回上訴人原審之訴。

六、上訴意旨略謂：行為時都市更新條例並無任何實施者得予變更之規定，然臺北市都市更新自治條例第 27 條明文規定，新實施者應取得原土地及合法建築物所有權人之同意書，方得依法申請建築執照。故從前後法規體系解釋而言，主管機關於事業計畫階段核准實施者申請變更時，即應審查實施者是否檢具原土地及合法建築物所有權人之同意書，否則新實施者後續無法取得建築執照。原審判決妄加推認增訂前之都市更新條例容許變更實施者，顯有判決不適用法規之違法。又都市更新與土地徵收兩者同樣經由政府核定處分後始生效力，都市更新實施者申請核准實施事業計畫與土地徵收需用土地人申請核准事業計畫亦無差別，且補償費發給之期限均應為 15 日內，故都市更新條例雖未明文規定未依法發給補償費之法律效果，但本於兩者法律作用之性質及類推適用之法理，應認參加人未依都市更新權利變換實施辦法第 20 條規定於期限內發給拆遷補償金，本件權利變換計畫從此失其效力，原審判決不察，顯有判決不適用法規之違誤。另關於融資銀行締約事項，參加人於 98 年 11 月 3 日始與彰化銀行簽立信託契約書及協議書，係於原處分作成後之 1 年有餘，原審判決僅以瑕疵治癒一語帶過，而未說明瑕疵得以補正之法律依據，顯有判決不備理由之違背。再者，修正後之都市更新權利變換實施辦法第 8 條但書明確規定，對於修正施行前已核定發布實施之都市更新

事業計畫，權利價值之評價基準日得以都市更新事業計畫核定發布日為準，係指實施者於修正施行日起 6 個月內（即 96 年 12 月 18 日至 97 年 6 月 18 日）申請權利變換計畫報核者而言。復參照該條修正說明，明示但書適用對象係尚未申請權利變換計畫報核之都市更新案者，更見其但書規定之期間係指施行日起 6 個月內。惟原審判決卻將「修正施行日起 6 個月內」，逕自擴張解釋為「在修正施行日後 6 個月期限屆至之前」，亦即 97 年 6 月 18 日之前申請權利變換計畫報核者，均得以事業計畫核定發布日為評價基準日，其適用法規顯有錯誤。又法律條文乃屬抽象之文字規定，倘不具體適用於個案，如何能為中央法規標準法第 18 條所謂有利或不利之判斷。原審判決未實際比較不同日期之物價指數，遽認本件應依上開條文前段規定，適用修正後都市更新權利變換實施辦法第 8 條之規定，自屬判決違背法令。且本件參加人係於 95 年 4 月 20 日申請變更都市更新事業計畫，並將權利變換計畫一併報核，依修正前都市更新權利變換實施辦法第 8 條但書規定，評價基準日應限於權利變換計畫報核日前 6 個月內。惟本件評價基準日始終維持在 94 年 2 月 16 日，顯非在權利變換計畫報核日 95 年 4 月 20 日前 6 個月內，其不適法至明。又權利變換評價基準日調整之原因，在於日期之差距造成不動產價格波動，而與事業計畫變動之幅度無關。原審判決比較前後 2 事業計畫之變動內容幅度，認為變更都市更新事業計畫為原計畫之延續，故評價基準日無庸變更，顯嚴重誤解評價基準日之規範目的，而有適用法規不當及理由矛盾之違誤云云。

七、本院按：（一）按行為時之都市更新條例第 19 條第 1 項至第 3 項規定：「（第 1 項）都市更新事業計畫由實施者擬定，送由當地直轄市、縣（市）主管機關審議通過後核定發布實施；其屬依第 7 條第 2 項規定辦理之都市更新事業，得逕送中央主管機關審議通過後核定發布實施。並即公告 30 日及通知更新單元範圍內土地、合法建築物所有權人、他項權利人、囑託限制登記機關及預

告登記請求權人；變更時，亦同。（第 2 項）擬定或變更都市更新事業計畫期間，應舉辦公聽會，聽取民眾意見。（第 3 項）都市更新事業計畫擬定或變更後，送各級主管機關審議前，應於各該直轄市、縣（市）政府或鄉（鎮、市）公所公開展覽 30 日，並舉辦公聽會。公開展覽、公聽會之日期及地點，應登報周知，並通知更新單元範圍內土地、合法建築物所有權人、他項權利人、囑託限制登記機關及預告登記請求權人；任何人民或團體得於公開展覽期間內，以書面載明姓名或名稱及地址，向各級主管機關提出意見，由各級主管機關予以參考審議。經各級主管機關審議修正者，免再公開展覽。」第 19 條之 1 第 1 款規定：「都市更新事業計畫之變更，得採下列簡化作業程序辦理：一、第 21 條第 2 款所定之變更，於依第 22 條規定徵求同意，並經原實施者與新實施者辦理公證後，由各級主管機關逕予核定，免依前條規定辦理。」第 21 條第 2 款規定：「都市更新事業計畫應視其實際情形，表明下列事項：……二、實施者。」次按都市更新權利變換實施辦法第 8 條規定：「第 6 條及第 7 條之評價基準日，應由實施者定之，其日期限於權利變換計畫報核日前 6 個月內。但本辦法中華民國 96 年 12 月 18 日修正施行前已核定發布實施之都市更新事業計畫，實施者於修正施行日起 6 個月內申請權利變換計畫報核者，其評價基準日，得以都市更新事業計畫核定發布日為準。」第 20 條規定：「（第 1 項）因權利變換而拆除或遷移之土地改良物，其補償金額扣除預估本條例第 36 條第 2 項代為拆除或遷移費用之餘額，實施者應於權利變換計畫核定發布日起 15 日內發給之。（第 2 項）有下列情形之一者，實施者得將補償金額提存之：一、應受補償人拒絕受領或不能受領者。二、應受補償人所在地不明者。」（二）都市更新之實施者依都市更新條例第 21 條規定，為都市更新事業計畫應表明事項之一，屬都市更新事業計畫之一部，實施者若有變更，應依都市更新條例第 19 條之程序變更之。本件參加人森業公司重新取得符合都市更

新條例第 22 條規定之同意比例門檻（即土地所有權人數同意比例 71.63％，土地面積同意比例 83.71％，合法建築物所有權人數同意比例 72.66％及其所有合法建築物總樓地板面積同意比例 79.16％），經所有權人表明同意實施者由萬宇公司變更為參加人森業公司等情，為原審所確定之事實，則被上訴人准許將實施者由萬宇公司變更為參加人，即無不合。原審判決就本件實施者之變更，無須得全體土地及合法建築物所有權人之同意，於取得符合都市更新條例第 22 條規定之一定比例之土地及合法建築物所有權人同意，並進行法定程序即可等，業於判決理由內詳為論述，經核並無不合。上訴人主張本件未符臺北市都市更新自治條例第 27 條所規定應經土地及合法建築物所有權人同意云云，即無足採。(三)按行為時都市更新權利變換實施辦法第 8 條規定：「第 6 條及第 7 條之評價基準日，以都市更新事業計畫核定發布之日為準。但權利變換計畫與都市更新事業計畫一併報核者，應由實施者定之，其日期限於權利變換計畫報核日前六個月內。」經查，系爭都市更新案原實施者萬宇公司依都市更新條例第 19 條第 1 項、第 2 項規定，於 92 年 2 月 12 日擬具「臺北市信義區００段０小段００地號等 26 筆土地都市更新事業計畫」送被上訴人審議，經被上訴人再送審議會於 93 年 9 月 17 日審議通過，被上訴人乃於 94 年 2 月 16 日函准予核定實施，而原實施者萬宇公司於 92 年 2 月 12 日擬具系爭都市更新事業計畫送被上訴人審議，並未與權利變換計畫一併報核；又系爭都市更新計畫變更前後之內容差異為：1.實施者變更。2.權屬（因產權異動）及同意人數比例變更（同意比例增高）。3.各項申請獎勵額度變更調整，但總申請獎勵額度不變。4.主體建築平面變更，公益設施內容微調位置及面積變更。5.建築計畫變更（含配合相關土地所有權人分配需要各層平面變更、立面及造型變更、停車場出口變更、停車位配合變更、使用容積微調、各層樓地板面積變更、A 棟層數變更、建築物高度變更等）。6.權利變換方式實施更新。7.財務計

畫內之「重建總成本預估分析表」格式變更，餘均無更動，而其土地及建物之所有權人雖有異動，但基地土地總面積 3,945 平方公尺、基地建築物總樓地板面積 6,757.24 平方公尺並無變動，足認參加人擬定之變更都市更新事業計畫係就原經被上訴人核定實施之都市更新事業計畫為局部調整，與前經被上訴人准予核定實施之系爭都市更新事業計畫內容並無重大權利或本質上之變動，仍屬原計畫之延續等情，復經原審判決詳述，經核亦無不合。從而，本件評價基準日即應以都市更新事業計畫核定發布之日即 94 年 2 月 16 日為準，上訴人主張本件評價基準日應在 95 年 4 月 20 日前 6 個月內云云，仍不足採。（四）又都市更新權利變換實施辦法第 20 條乃係規定有關拆遷補償金領取事項，本屬核定實施後，實施者應依都市更新條例第 36 條規定辦理拆遷補償之事項，與變更都市更新事業計畫案業經核定實施之認定無涉，上訴意旨以權利變換計畫之拆遷補償相當於土地徵收之效力，實施者如未依法執行補償金之發放，應類推適用土地徵收條例第 20 條第 3 項規定，認權利變換計畫案失效云云，依法無據，自無足採。至於上訴人其餘主張，業經原審於判決理由內詳為論述，經核仍無不合。上訴人就原審所不採之事由再為爭執，亦不足採。（五）綜上所述，原審判決駁回上訴人之訴，洵無不合。上訴論旨，仍執前詞，指摘原判決違背法令，求予廢棄，為無理由，應予駁回。

八、據上論結，本件上訴為無理由。依行政訴訟法第 255 條第 1 項、第 98 條第 1 項前段、第 104 條、民事訴訟法第 85 條第 1 項前段，判決如主文。

中　華　民　國　　100　　年　　11　　月　　30　　日

（附件三）

最高行政法院判決　　100 年度判字第 2004 號

上　　訴　　人　（即陳0文之承受訴訟人）

陳　０　蘭
陳　０　玲
陳　０　韻
被　上　訴　人　臺北市政府
代　　表　　人　郝　龍　斌
訴　訟　代　理　人　張　天　欽　律師
張　雨　新　律師
參　　加　　人　大方建設股份有限公司
代　　表　　人　陳　０　地

上列當事人間都市更新事件，上訴人對於中華民國 100 年 5 月 5 日臺北高等行政法院 99 年度訴字第 2552 號判決，提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

理　由

一、緣「臺北市文山區００段０小段００地號等 62 筆土地都市更新事業計畫及權利變換計畫案」（下稱系爭都市更新計畫案）所示之土地，前經被上訴人以民國 93 年 5 月 13 日府都新字第 09309753500 號公告（下稱 93 年 5 月 13 日公告）劃定為更新單元，並於 94 年 6 月 3 日核准「臺北市文山區００段０小段００地號等 50 筆土地都市更新事業概要」，參加人依行為時都市更新條例第 19 條、第 29 條及都市更新條例施行細則第 6 條規定，於 96 年 5 月 10 日舉辦事業計畫及權利變換計畫公聽會，並依行為時都市更新權利變換實施辦法第 11 條規定，通知土地所有權人及權利變換關係人自 95 年 10 月 5 日至 95 年 11 月 4 日共計 30 日進行選配作業，於取得本案土地及合法建築物所有權人簽署同意書達都市更新條例第 22 條規定同意比例門檻後，擬具「擬定臺北市文山區００段０小段００地號等 62 筆土地都市更新事業

計畫及權利變換計畫案」，於 96 年 9 月 7 日報請被上訴人核定；被上訴人於 97 年 3 月 21 日起至 97 年 4 月 19 日止辦理公開展覽 30 日，並於 97 年 4 月 9 日（展覽期間）由臺北市都市更新處舉辦公聽會，嗣被上訴人將全案提請臺北市都市更新及爭議處理審議會（下稱審議會）98 年 4 月 6 日第 14 次及 98 年 6 月 15 日第 19 次審議會審查，經決議修正後通過，被上訴人乃以 99 年 3 月 18 日府都新字第 09831252702 號函（下稱原處分）核定准予參加人實施系爭都市更新計畫案。上訴人為系爭都市更新計畫案範圍內之土地及建物所有權人之一，不服原處分，提起訴願，經決定駁回，提起行政訴訟，亦遭駁回，遂提起本件上訴。

二、上訴人起訴主張：被上訴人核定系爭都市更新計畫案將現有既成巷道（即臺北市００路０段０巷，下稱系爭巷道）加以廢止，然廢止系爭巷道已妨害周遭居民之防災與通行，且依臺北市都市更新自治條例第 10 條之規定，現有巷道必須符合「現有巷道全部位於都市更新事業計畫範圍內」或「同一街廓內單向出口之現有巷道自底端逐步廢止者」兩種情形之一者，始得予以廢止，惟參加人自行曲解法條為「現有巷道『之一部分（末端部分）』全部位於都市更新事業計畫範圍內」，即可據以廢止，原處分就此未加詳查，顯有違法。另依都市更新條例第 31 條、都市更新權利變換實施辦法第 6 條及內政部營建署所訂頒之「都市更新作業手冊」之權利變換程序規定，需先決定評價基準日，始能評定權利價值，於評定權利價值後，始能據以申請分配位置。本件卻將權利價值評估日及權利分配日，訂定於權利價值評價基準日之前，違反上開規定，不符平等原則與比例原則。再者，系爭都市更新計畫案就文化保存、老樹保養等部分，皆未有周全之考量，顯見原處分確有違法之處云云。為此，求為判決原處分及訴願決定均撤銷。

三、被上訴人則以：系爭都市更新計畫案之審查，係由被上訴人依臺北市都市更新及爭議處理審議會設置要點第 2 點、第 3 點之規

定，由機關代表及專家組成審議會，並就都市更新事業計畫之規劃、設計為專業之判斷，屬審議會之判斷餘地，應受司法機關之尊重。系爭巷道之廢止，經 98 年 6 月 15 日第 19 次審議會審查，認為該巷道可通行寬度未達 2 公尺，且巷幅過小不利消防安全，遂於原處分要求參加人須於事業計畫中切結保持該巷道通暢以利消防車進出，故並無上訴人指稱之違法情事。另上訴人所提被列管之文化建築物土地公廟，因不符合臺北市舉辦公共工程對於合法建築物及農作改良物拆遷補償暨違章建築處理辦法第 3 條之規定，是被上訴人將其認定為違章建築物；至於老樹保養部分，亦因未達臺北市樹木保護自治條例第 2 條第 1 款至第 3 款受保護樹木之條件，故參加人將之納入規劃設計，亦無違誤等語，資為抗辯。

四、參加人則以：上訴人主張原處分違法之事項，均非都市更新條例第 32 條、第 38 條、第 39 條及第 41 條規定得提出異議及行政救濟之事項。上訴人不服之事項，非但未經被上訴人審議核復，亦未經訴願機關為訴願決定，故上訴人提起本件訴訟顯非合法。又上訴人主張原處分同意廢止系爭巷道係屬違法、系爭都市更新計畫案並未落實文化保存、老樹保養，且就相鄰之臺北市００路０段００號大樓等鄰房，未作安全維護與鑑定、系爭都市更新計畫案未將風力及風壓檢測列入討論等違法情事，惟上訴人並未具體主張違法事證云云。

五、原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：（一）按土地所有權人對於權利變換計畫書關於其「權利價值」不服時，依行為時都市更新條例第 32 條第 1 項規定，須於核定發布實施後 2 個月內提出異議，始得提起行政救濟，該異議程序自屬土地所有權人對於權利變換計畫書關於其「權利價值」不服時，提起行政救濟前之必要先行程序。次按行為時都市更新條例第 31 條第 1 項前段、行為時都市更新權利變換實施辦法第 6 條第 1 項規定，是評價基準日及選配時間點之決定，勢將影響土地所有權人權利價值

之評定，則上訴人主張原處分違反行為時都市更新條例第 31 條規定及內政部營建署所訂頒「都市更新作業手冊」之權利變換程序，自屬對於權利變換計畫關於其「權利價值」有所爭執，應先循異議程序未獲救濟，始得提起訴願及行政訴訟，且上訴人確已就與此相同之評價基準日與選配時間點順序之爭議，於 99 年 5 月 19 日向被上訴人提出異議，並經審議會 99 年 8 月 2 日第 45 次會議審議結果同意維持原核定之計畫內容，上訴人就該審議核復不服，復已依行為時都市更新條例第 32 條所設之救濟程序，於 99 年 10 月 20 日向內政部提起訴願審議中。準此，上訴人未經異議及訴願程序，即提起本件訴訟，顯非合法，又屬不能補正，應依行政訴訟法第 107 條第 1 項第 10 款裁定駁回。又按行為時臺北市都市更新權利變換審議核復作業要點第 2 點規定，針對主管機關所核定實施之都市更新計畫案不服，應先經異議程序，始得提起行政救濟者，僅限於行為時都市更新條例第 32 條、第 38 條、第 39 條及第 41 條所定有關權利變換價值之審議核復事項，至不服主管機關核定實施處分之其他違法事項，則仍得循一般行政爭訟程序請求救濟，自屬當然。是參加人所辯上訴人主張原處分之違法事項，均非屬行為時都市更新條例第 32 條、第 38 條、第 39 條及第 41 條所規定得提出異議及行政救濟之事項，且未經被上訴人為審議核復，亦未經受理訴願機關為訴願決定，自不得提起本件訴訟，顯有誤會。（二）按臺北市都市更新自治條例第 10 條規定，都市更新事業計畫範圍內非屬都市計畫道路之「現有巷道」，僅須符合「現有巷道全部位於都市更新事業計畫範圍內」或「同一街廓內單向出口之現有巷道自底端逐步廢止者」兩種情形之一，即得經審議會審議通過予以廢止。經查，上訴人所有臺北市００路０段０號建物雖位於系爭都市更新計畫基地範圍內，惟係面臨００路０段之計畫道路，與系爭巷道並未直接連通；又上訴人所有臺北市００路０段０號建物，並未位於系爭都市更新計畫基地範圍內，除可經由面對００路０段計畫道路之大

門出入外，另可由於房屋後方自行私設之後門由系爭巷道出入。是上訴人就系爭巷道之使用僅有反射利益，原處分同意廢止系爭巷道，亦不致損害上訴人之權利或法律上利益，上訴人自不得以原處分同意廢止系爭巷道，損害其權利或法律上利益為由，提起本件撤銷訴訟。又系爭巷道為非都市計畫道路之現有巷道，寬度自 1.49 公尺至 3.23 公尺不等，巷幅過於狹小，部分路段無法通行小客車以上車輛，根本無益於消防救災工作，且為單行道，巷道「禁止進入」之底端出口處與紅磚人行道垂直銜接，與可供通行之垂直道路路面有約 20 公分高低差，原本即非供小客車以上車輛通行之用，且汽機車禁止由巷道底端進入，實與「單向出口」之巷道無異。且系爭都市更新計畫範圍外鄰近計畫道路已開闢完成可供通行，居民多可利用００路、００路及００街出入，系爭都市更新計畫案分別規劃位於００路０段、００街及００路路邊，配合廣場空地留設 3 處位址，足供雲梯消防車救災活動空間，且其救災路線規劃圖，經審議會檢視後亦認定符合內政部 93 年 10 月 7 日所訂定「劃設消防車輛救災活動空間指導原則」之規範，並無上訴人所指有妨害消防救災之情形；另為避免廢止系爭巷道影響其他居民通行，審議會決議及原處分均已載明要求參加人於系爭都市更新事業計畫中切結保持該巷道通行，且留設通行之最小路寬應大於 2.5 公尺以上，並保持巷道入口通行順暢，以利消防車進出，且於住戶規約中載明不得變更使用用途，自不致發生如上訴人所稱對居民防災或通行有所妨礙之情形，亦不致損害上訴人之反射利益。是上訴人主張原處分同意廢止系爭巷道違反臺北市都市更新自治條例第 10 條之規定，洵不足採。

（三）依參加人檢送之建物登記簿謄本所示，臺北市文山區００段０小段０建號所有權人之一為陳０章，雖該建物現況為閒置，原所有權人或繼承人亦未辦理建物拆除或滅失登記，惟既屬合法建物，則依都市更新條例第 36 條第 1 項規定，系爭都市更新計畫案自應提列拆除或遷移所應補償之費用。至上訴人所稱陳０章

縱已死亡，惟其於系爭都市更新計畫案之權益仍不容忽略，且依都市更新權利變換實施辦法第 16 條規定，陳０章既仍為登記名義人，參加人自應依上開規定提列其補償費用。次依參加人檢送之建物登記謄本所載，００路０段０號建物為合法建物，屬訴外人林０瑩及葉０鑑所有，該建物雖亦為閒置狀態，惟於辦理拆除或滅失登記前，仍屬合法建物，依都市更新條例第 3 條第 5 款規定，該建物所有權人自得參與系爭都市更新計畫並領取拆遷補償費用，而與建物閒置時間之久暫無關。上訴人主張系爭都市更新計畫案將陳０章列入得支領建物拆遷補償費，復將００路０段０號廢置之建物列為合法建物土地改良拆遷補償戶，違反都市更新條例有關財務計畫之真實性，要無足採。另按都市更新條例第 21 條規定，都市更新事業計畫所應表明之各種事項，並未包括「風力檢測項目」及「鄰房安全鑑定」，該 2 項均為建築法及相關子法行政管制之項目，而非原處分所應審查之內容之一，故系爭都市更新計畫案未包括上開項目。上訴人以此為由主張原處分違法，自屬無據。再者，系爭土地公廟位於００路０段０巷０號建物旁，被上訴人所屬文化局雖依文化資產保存法第 12 條規定，將系爭土地公廟予以「列冊追蹤」。惟列冊追蹤為事實行為，對外並不發生法律效果，行政院文化建設委員會 95 年 6 月 23 日文中二字第 0952052990 號函釋亦同此意旨。故列冊追蹤之系爭土地公廟尚難與古蹟或歷史建築同視。且系爭土地公廟不符臺北市舉辦公共工程對合法建築及農作改良物拆遷補償暨違章建築處理辦法第 3 條所規定合法建築物之標準，故系爭都市更新計畫案將其認定為違章建築物，並計列相關補償費用，原處分據以核定實施，亦無違法。上訴人以此為由主張原處分違法，亦屬無據。又系爭都市更新計畫案範圍內之樹木，前經被上訴人所屬樹木保護權責機關文化局調查該區域內樹木資料，並審查參加人所送現場量測之樹木調查資料後，因皆未達臺北市樹木保護自治條例第 2 條第 1 項第 1 款至第 3 款受保護樹木之條件，故被上訴人所屬

文化局僅建議參加人將基地內樹木納入規劃設計，核無違誤。上訴人以此為由主張原處分違法，殊難憑採等由，駁回上訴人原審之訴。

六、上訴意旨略謂：（一）按都市更新條例第 3 條第 5 款、都市更新權利變換實施辦法第 6 條第 1 項、第 8 條前段、第 10 條規定，必先有評價基準日，始能核算更新基地各土地所有權人、合法建物所有權人更新前權利價值比例與更新後土地及建物之總權利價值，其後方能進行更新後土地與建物之分配。系爭都市計畫更新案權利變換計畫之評價基準日係 96 年 6 月 1 日，但選配作業竟為 95 年 11 月 6 日，在無評價基準日之情形下，實無法核算各權利人可受分配更新後土地建物之權利價值，亦無法分配更新後土地建物之面積、戶數及坐落位置，原處分顯有違背事理之謬誤。又按都市更新條例第 32 條規定之異議與審議核復程序，僅限原評定價值與異議處理或行政救濟之差額，由當事人以現金找補方式解決之，並不及於權利變換計畫之撤銷，至於分配更新後建物面積、戶數、坐落位置之爭議，因非以金錢找補所能解決，自應容許土地所有權人訴請撤銷權利變換計畫，俾重新進行分配作業。況被上訴人及內政部於他案審議核復及訴願程序中，曾認定評價基準日非屬都市更新條例第 32 條權利價值之爭議，自不能容任被上訴人違反行政自我拘束原則。原審判決誤認上訴人之主張係都市更新條例第 32 條權利價值之爭議，而裁定駁回上訴人此部分之訴，顯違背法令。退步言，縱令上訴人之爭議與權利價值有關，然上訴人經一般訴願程序，提起本件訴訟，仍於法無違，原審判決誤認上訴人僅得循都市更新條例第 32 條規定之程序提起行政救濟，不得依一般訴願程序請求撤銷原處分，逕予裁定駁回上訴人此部分之訴，亦有違誤。（二）又上訴人長期利用系爭巷道，一旦廢巷，上訴人所有臺北市００路０段０號房屋之後門出入口將無法通行，損及上訴人通行權益，原審判決竟認上

訴人對系爭巷道僅有反射利益，顯非適法允洽。又原審判決一方面謂系爭巷道之巷幅過小，無法通行小客車以上車輛，無益消防救災，故需廢巷，另一方面卻謂審議會決議及原處分均載明須「保持巷道入口通行通暢」，以利消防車進出。既要系爭巷道入口保持通暢，卻又認定廢巷，判決理由顯已矛盾。且臺北市都市更新自治條例第 10 條第 2 款所稱單向出口，係指死巷，亦即只有一個方向的出口，然系爭巷道為雙向出口，顯非該條款所稱「同一街廓內單向出口之現有巷道」甚明，此尚可依臺灣省建築管理規則或其他縣市建築管理自治條例之定義加以解釋。原審判決以臺北市都市更新自治條例第 10 條第 2 款並非建築法規，而排拒上訴人所舉其他相關法令解釋之理由，實非妥適。再者，依臺北市現有巷道廢止或改道申請辦法第 11 條第 4 款規定，辦理都市更新地區，除政府機關為興辦公共工程外，不得申請廢止現有巷道。系爭都市更新計畫案並非政府興辦之公共工程，依上開規定，自不得廢止系爭巷道。另被上訴人所屬文化局既將系爭土地公廟依文化資產保存法規定列冊追蹤，顯見該土地公廟具文化保存意義，若將之拆除，顯違文化保存之旨。次老樹之樹齡已超過 50 年以上，顯符合臺北市樹木保護自治條例第 2 條第 1 項第 4 款受保護樹木之規定，被上訴人所屬文化局既建議將老樹納入都市更新之規劃設計，但未見系爭都市更新計畫案將之納入規劃設計，顯與該局之意見相左，有違行政一體及行政自我拘束原則云云。

七、本院按：（一）陳０文於上訴後之 100 年 6 月 22 日，經臺灣臺北地方法院 100 年度監宣字第 38 號民事裁定為受監護宣告之人，並指定陳０蘭、陳０玲、陳０韻等 3 人為共同監護人，渠等 3 人聲明承受訴訟，經核並無不合，應予准許。（二）經查，「系爭都市更新計畫案」所示之土地，前經被上訴人以 93 年 5 月 13 日公告劃定為更新單元，並於 94 年 6 月 3 日核准「臺北市００區０

０段０小段００地號等 50 筆土地都市更新事業概要」，由參加人擔任實施者，嗣參加人依行為時都市更新條例第 19 條、第 29 條及都市更新條例施行細則第 6 條規定，於 96 年 5 月 10 日舉辦事業計畫及權利變換計畫公聽會，於取得本案土地及合法建築物所有權人簽署同意書達都市更新條例第 22 條規定同意比例門檻後，擬具「擬定系爭都市更新計畫案」，於 96 年 9 月 7 日報請被上訴人核定，經被上訴人以原處分核定准予參加人實施「系爭都市更新計畫案」等情，為原審所確定之事實。（三）依參加人所擬具之「擬定系爭都市更新計畫案」內容觀之，參加人係依都市更新條例第 29 條第 1 項但書規定，就都市更新事業計畫與權利變換計畫之擬定一併辦理，並於 96 年 9 月 7 日報請被上訴人核定，則依行為時都市更新權利變換實施辦法第 8 條：「第 6 條及第 7 條之評價基準日，以都市更新事業計畫核定發布日為準。但權利變換計畫與都市更新事業計畫一併報核者，應由實施者定之，其日期限於權利變換計畫報核日前 6 個月內。」之規定，「系爭都市更新計畫案」將評價基準日訂定於 96 年 6 月 1 日，於法尚無不合。至於參加人依行為時同辦法第 11 條規定，將申請分配時間訂定於評價基準日前之 95 年 10 月 5 日，程序固有未合，然此係涉及權利價值，而不影響原處分之效力，從而，原審判決以上訴人此部分之爭執，係屬都市更新條例第 32 條規定之權利價值之爭執，因上訴人未循該條規定之異議程序處理，逕提起訴願及行政訴訟，於法未合，駁回上訴人此部分之訴，尚無不合。上訴人主張參加人此程序之瑕疵，影響更新後建物面積、戶數、坐落位置，自得訴請撤銷權利變換計畫，俾重新進行分配作業云云，尚不足採。（四）又查，上訴人所有臺北市００路０段０號建物雖位於系爭更新計畫基地範圍內，惟係面臨００路０段之計畫道路，而與系爭既成巷道並未直接連通；又上訴人所有臺北市００路０段００號建物，並未位於系爭更新計畫基地範圍內，除

可經由面對００路０段計畫道路之大門出入外，另於房屋後方自行私設後門方便由系爭既成巷道出入等情，亦為原審所確定之事實，足見上訴人就系爭既成巷道之廢止，並無法律上之利害關係。況按臺北市都市更新自治條例第 10 條規定：「都市更新事業計畫範圍內非屬都市計畫道路之現有巷道，經整體規劃為可供建築用地，如鄰近計畫道路已開闢或自行開闢完成可供通行，且符合下列情形之一者，得併都市更新事業計畫送本市都市更新審議委員會審議通過後，予以廢止或改道，免依臺北市現有巷道廢止或改道有關規定辦理：一、現有巷道全部位於都市更新事業計畫範圍內。二、同一街廓內單向出口之現有巷道自底端逐步廢止者。」足見都市更新事業計畫範圍內非屬都市計畫道路之「現有巷道」，僅須符合「現有巷道全部位於都市更新事業計畫範圍內」或「同一街廓內單向出口之現有巷道自底端逐步廢止者」兩種情形之一，即得經審議會審議通過予以廢止。本件審議會於 98 年 6 月 15 日第 19 次會議，決議同意本案依臺北市都市更新自治條例第 10 條規定，辦理更新單元範圍內系爭既成巷道廢止事宜，免依臺北市現有巷道廢止或改道有關規定辦理；惟參加人須於系爭都市更新事業計畫中切結該巷道仍保持通行，且最小路寬應大於 2.5 公尺以上，以保持巷道入口通行順暢，並利消防車進出，此有該次會議紀錄附卷為憑。而系爭既成巷道之廢止，符合臺北市都市更新自治條例第 10 條第 2 款之規定，業經原審判決於理由內詳為論述，經核尚無不合。上訴人主張系爭都市更新計畫案並非政府興辦之公共工程，不得廢止系爭巷道云云，不足採信。至於上訴人其餘主張，係就原審判決所不採之事由再為爭執，經核亦不足採。（五）綜上所述，原審判決駁回上訴人之訴，洵無不合。上訴人仍執前詞，指摘原判決違背法令，求予廢棄，為無理由，應予駁回。

八、據上論結，本件上訴為無理由。依行政訴訟法第 255 條第 1 項、

第 98 條第 1 項前段、第 104 條、民事訴訟法第 85 條第 1 項前段，判決如主文。

中　華　民　國　100　年　11　月　17　日

（本件聲請書其餘附件略）

司法院釋字第七一0號解釋

【大陸地區人民之強制出境暨收容案】

中華民國102年7月5日

院台大二字第1020017821號

解　釋　文

中華民國九十二年十月二十九日修正公布之臺灣地區與大陸地區人民關係條例第十八條第一項規定：「進入臺灣地區之大陸地區人民，有下列情形之一者，治安機關得逕行強制出境。……」（該條於九十八年七月一日為文字修正）除因危害國家安全或社會秩序而須為急速處分之情形外，對於經許可合法入境之大陸地區人民，未予申辯之機會，即得逕行強制出境部分，有違憲法正當法律程序原則，不符憲法第十條保障遷徙自由之意旨。同條第二項規定：「前項大陸地區人民，於強制出境前，得暫予收容……」（即九十八年七月一日修正公布之同條例第十八條第三項），未能顯示應限於非暫予收容顯難強制出境者，始得暫予收容之意旨，亦未明定暫予收容之事由，有違法律明確性原則；於因執行遣送所需合理作業期間內之暫時收容部分，未予受暫時收容人即時之司法救濟；於逾越前開暫時收容期間之收容部分，未由法院審查決定，均有違憲法正當法律程序原則，不符憲法第八條保障人身自由之意旨。又同條例關於暫予收容未設期間限制，有導致受收容人身體自由遭受過度剝奪之虞，有違憲法第二十三條比例原則，亦不符憲法第八條保障人身自由之意旨。前揭第十八條第一項與本解釋意旨不符部分及第二項關於暫予收容之規定均應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿二年時失其效力。

臺灣地區與大陸地區人民關係條例施行細則第十五條規定：「本條例第十八條第一項第一款所定未經許可入境者，包括持偽造、變造之護照、旅行證或其他相類之證書、有事實足認係通謀虛偽結婚經撤銷或廢止其許可或以其他非法之方法入境者在內。」九十三年三月一日訂定發布之大陸地區人民申請進入臺灣地區面談管理辦法

第十條第三款規定：「大陸地區人民接受面談，有下列情形之一者，其申請案不予許可；已許可者，應撤銷或廢止其許可：……三、經面談後，申請人、依親對象無同居之事實或說詞有重大瑕疵。」（即九十八年八月二十日修正發布之同辦法第十四條第二款）及第十一條規定：「大陸地區人民抵達機場、港口或已入境，經通知面談，有前條各款情形之一者，其許可應予撤銷或廢止，並註銷其入出境許可證件，逕行強制出境或限令十日內出境。」（九十八年八月二十日修正發布之同辦法第十五條刪除「逕行強制出境或限令十日內出境」等字）均未逾越九十二年十月二十九日修正公布之臺灣地區與大陸地區人民關係條例第十八條第一項之規定，與法律保留原則尚無違背。

八十八年十月二十七日訂定發布之大陸地區人民及香港澳門居民強制出境處理辦法第五條規定：「強制出境前，有下列情形之一者，得暫予收容：一、前條第二項各款所定情形。二、因天災或航空器、船舶故障，不能依規定強制出境者。三、得逕行強制出境之大陸地區人民、香港或澳門居民，無大陸地區、香港、澳門或第三國家旅行證件者。四、其他因故不能立即強制出境者。」（九十九年三月二十四日修正發布移列為同辦法第六條：「執行大陸地區人民、香港或澳門居民強制出境前，有下列情形之一者，得暫予收容：一、因天災或航空器、船舶故障，不能依規定強制出境。二、得逕行強制出境之大陸地區人民、香港或澳門居民，無大陸地區、香港、澳門或第三國家旅行證件。三、其他因故不能立即強制出境。」）未經法律明確授權，違反法律保留原則，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿二年時失其效力。

解釋理由書

憲法第八條第一項規定：「人民身體之自由應予保障。除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁。非由法院依法定程序，不得審問處罰。非依法定程序之逮

捕、拘禁、審問、處罰，得拒絕之。」是國家剝奪或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，尚應踐行必要之司法程序或其他正當法律程序，始符合上開憲法之意旨（本院釋字第三八四號、第五八八號、第六三六號、第七〇八號解釋參照）。憲法上正當法律程序原則之內涵，應視所涉基本權之種類、限制之強度及範圍、所欲追求之公共利益、決定機關之功能合適性、有無替代程序或各項可能程序之成本等因素綜合考量，由立法者制定相應之適當程序（本院釋字第六八九號解釋參照）。又憲法第十條規定：「人民有居住及遷徙之自由」，係指人民有選擇其居住處所，營私人生活不受干預之自由，且有得依個人意願自由遷徙或旅居各地之權利（本院釋字第四四三號解釋參照）。

憲法增修條文前言明揭：「為因應國家統一前之需要，依照憲法第二十七條第一項第三款及第一百七十四條第一款之規定，增修本憲法條文如左：……」憲法增修條文第十一條明定：「自由地區與大陸地區間人民權利義務關係及其他事務之處理，得以法律為特別之規定。」臺灣地區與大陸地區人民關係條例（下稱兩岸關係條例）即為規範國家統一前，臺灣地區與大陸地區間人民權利義務及其他事務，所制定之特別立法（本院釋字第六一八號解釋參照）。兩岸關係條例第十條第一項規定：「大陸地區人民非經主管機關許可，不得進入臺灣地區。」是在兩岸分治之現況下，大陸地區人民入境臺灣地區之自由受有限制（本院釋字第四九七號、第五五八號解釋參照）。惟大陸地區人民形式上經主管機關許可，且已合法入境臺灣地區者，其遷徙之自由原則上即應受憲法保障（參酌聯合國公民與政治權利國際公約第十二條及第十五號一般性意見第六點）。除因危害國家安全或社會秩序而須為急速處分者外，強制經許可合法入境之大陸地區人民出境，應踐行相應之正當程序（參酌聯合國公民與政治權利國際公約第十三條、歐洲人權公約第七號議定書第一條）。尤其強制經許可合法入境之大陸配偶出境，影響人民之婚姻及家庭關係至鉅，更應審慎。九十二年十月二十九日修正公布之兩岸關係條

例第十八條第一項規定：「進入臺灣地區之大陸地區人民，有下列情形之一者，治安機關得逕行強制出境。但其所涉案件已進入司法程序者，應先經司法機關之同意：一、未經許可入境者。二、經許可入境，已逾停留、居留期限者。三、從事與許可目的不符之活動或工作者。四、有事實足認為有犯罪行為者。五、有事實足認為有危害國家安全或社會安定之虞者。」（本條於九十八年七月一日修正公布，第一項僅為文字修正）九十八年七月一日修正公布同條例第十八條第二項固增訂：「進入臺灣地區之大陸地區人民已取得居留許可而有前項第三款至第五款情形之一者，內政部入出國及移民署於強制其出境前，得召開審查會，並給予當事人陳述意見之機會。」惟上開第十八條第一項規定就因危害國家安全或社會秩序而須為急速處分以外之情形，於強制經許可合法入境之大陸地區人民出境前，並未明定治安機關應給予申辯之機會，有違憲法上正當法律程序原則，不符憲法第十條保障遷徙自由之意旨。此規定與本解釋意旨不符部分，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿二年時失其效力。

九十二年十月二十九日修正公布之兩岸關係條例第十八條第二項規定：「前項大陸地區人民，於強制出境前，得暫予收容……。」（即九十八年七月一日修正公布之同條例第十八條第三項）按暫予收容既拘束受收容人於一定處所，使與外界隔離（內政部發布之大陸地區人民及香港澳門居民收容處所設置及管理辦法參照），自屬對人民身體自由之剝奪。暫予收容之事由爰應以法律直接規定或法律具體明確授權之命令定之（本院釋字第四四三號、第五二三號解釋參照），始符合法律保留原則；法律規定之內容並應明確，始符合法律明確性原則（本院釋字第六三六號、第六九０號解釋參照）。前揭第十八條第二項僅規定大陸地區人民受強制出境處分者，於強制出境前得暫予收容，其文義過於寬泛，未能顯示應限於非暫予收容顯難強制出境者，始得暫予收容之意旨，亦未明定暫予收容之事由，與法律明確性原則不符。次按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，國家以法律明確規定限制人民之身體自

由者，須踐行正當法律程序，並須符合憲法第二十三條之比例原則，方為憲法所許（本院釋字第三八四號、第五八八號解釋參照）。鑑於刑事被告與非刑事被告之人身自由限制，在目的、方式與程序上均有差異，是兩者應踐行之司法程序或其他正當法律程序，自非均須相同（本院釋字第五八八號、第七０八號解釋參照）。為防範受強制出境之大陸地區人民脫逃，俾能迅速將之遣送出境，治安機關依前揭第十八條第二項規定暫時收容受強制出境之大陸地區人民，於合理之遣送作業期間內，尚屬合理、必要，此暫時收容之處分固無須經由法院為之，惟仍應予受收容人即時司法救濟之機會，始符合憲法第八條第一項正當法律程序之意旨。是治安機關依前揭兩岸關係條例第十八條第二項作成暫時收容之處分時，應以書面告知受收容人暫時收容之原因及不服之救濟方法，並通知其所指定在臺之親友或有關機關；受收容人一經表示不服，或要求由法院審查決定是否予以收容者，暫時收容機關應即於二十四小時內移送法院迅速裁定是否收容。至於暫時收容期間屆滿前，未能遣送出境者，暫時收容機關應將受暫時收容人移送法院聲請裁定收容，始能續予收容（本院釋字第七０八號解釋參照）。另兩岸關係條例關於暫予收容之期限未設有規定，不符合「迅速將受收容人強制出境」之目的，並有導致受收容人身體自由遭受過度剝奪之虞，有違憲法第二十三條比例原則，亦不符第八條保障人民身體自由之意旨。相關機關應自本解釋公布之日起二年內，依本解釋之意旨，審酌實際需要並避免過度干預人身自由，以法律或法律具體明確授權之命令規定得暫予收容之具體事由，並以法律規定執行遣送所需合理作業期間、合理之暫予收容期間及相應之正當法律程序。屆期未完成者，前揭兩岸關係條例第十八條第二項關於「得暫予收容」部分失其效力。

對人民自由權利之限制，應以法律或法律明確授權之命令為之（本院釋字第四四三號、第五五九號解釋參照）；至授權明確與否，則不應拘泥於法條所用之文字，而應由法律整體解釋認定，或依其整體規定所表明之關聯意義為判斷（本院釋字第六一二號、第六七

六號解釋參照）。兩岸關係條例第九十五條之四固僅概括授權行政院訂定施行細則，惟自該條例整體觀之，應認已授權行政院為有效執行法律、落實入出境管理，得以施行細則闡明九十二年十月二十九日修正公布之兩岸關係條例第十八條第一項第一款所稱「未經許可入境」之涵義。兩岸關係條例施行細則第十五條規定：「本條例第十八條第一項第一款所定未經許可入境者，包括持偽造、變造之護照、旅行證或其他相類之證書、有事實足認係通謀虛偽結婚經撤銷或廢止其許可或以其他非法之方法入境者在內」，旨在闡明「未經許可入境」乃指以自始非法之方法入境臺灣地區而言。核其內容並未逾越前揭兩岸關係條例第十八條第一項第一款之文義，與法律保留原則尚屬無違。

九十三年三月一日訂定發布之大陸地區人民申請進入臺灣地區面談管理辦法（下稱面談管理辦法）第十一條規定：「大陸地區人民抵達機場、港口或已入境，經通知面談，有前條各款情形之一者，其許可應予撤銷或廢止，並註銷其入出境許可證件，逕行強制出境或限令十日內出境。」（九十八年八月二十日修正發布之同辦法第十五條刪除「逕行強制出境或限令十日內出境」等字）同辦法第十條第三款規定：「大陸地區人民接受面談，有下列情形之一者，其申請案不予許可；已許可者，應撤銷或廢止其許可：……三、經面談後，申請人、依親對象無同居之事實或說詞有重大瑕疵。……」（即九十八年八月二十日修正發布之同辦法第十四條第二款）按兩岸關係條例第十條之一規定：「大陸地區人民申請進入臺灣地區團聚、居留或定居者，應接受面談、按捺指紋並建檔管理之；未接受面談、按捺指紋者，不予許可其團聚、居留或定居之申請。其管理辦法，由主管機關定之。」是面談為大陸地區人民申請進入臺灣地區團聚、居留或定居之法定程序。自該條例整體觀之，應認主管機關於面談時，發現有九十二年十月二十九日修正公布之兩岸關係條例第十八條第一項第一款所稱「未經許可入境」之情事，自得依法撤銷或廢止其入境許可。次按同條例第十七條第一項規定：「大陸地區人

民為臺灣地區人民配偶，得依法令申請進入臺灣地區團聚；有下列情形之一者，得申請在臺灣地區依親居留：一、結婚已滿二年者。二、已生產子女者。」（九十八年七月一日修正文字為「大陸地區人民為臺灣地區人民配偶，得依法令申請進入臺灣地區團聚，經許可入境後，得申請在臺灣地區依親居留。」）同條第七項並規定：「第一項人員經許可依親居留、長期居留或許可定居，有事實足認係通謀而為虛偽結婚者，撤銷其依親居留、長期居留、定居許可及戶籍登記，並強制出境。」（該條於九十八年七月一日為文字修正）足徵前揭面談管理辦法第十條第三款所稱「說詞有重大瑕疵」，係指有事實足認申請人與依親對象間，自始即為通謀虛偽結婚，惟治安機關一時未察，而核發入境許可者而言。面談管理辦法第十條第三款規定就此並未增加前揭兩岸關係條例第十八條第一項第一款所稱「未經許可入境」所無之限制，與法律保留原則尚無違背。

八十八年十月二十七日訂定發布之大陸地區人民及香港澳門居民強制出境處理辦法（下稱強制出境辦法）第五條規定：「強制出境前，有下列情形之一者，得暫予收容：一、前條第二項各款所定情形。二、因天災或航空器、船舶故障，不能依規定強制出境者。三、得逕行強制出境之大陸地區人民、香港或澳門居民，無大陸地區、香港、澳門或第三國家旅行證件者。四、其他因故不能立即強制出境者。」（九十九年三月二十四日修正移列為同辦法第六條：「執行大陸地區人民、香港或澳門居民強制出境前，有下列情形之一者，得暫予收容：一、因天災或航空器、船舶故障，不能依規定強制出境。二、得逕行強制出境之大陸地區人民、香港或澳門居民，無大陸地區、香港、澳門或第三國家旅行證件。三、其他因故不能立即強制出境。」）惟暫予收容乃剝奪人身自由之處分，其事由應以法律或法律具體明確授權之命令定之；如授權以命令定之，授權條款之明確程度應與所授權訂定之法規命令對人民權利之影響相稱（本院釋字第六八０號解釋參照）。九十二年十月二十九日修正公布之兩岸關係條例第十八條第六項（九十八年七月一日修正公布改

列第七項）僅授權內政部訂定強制出境辦法及收容處所之設置及管理辦法，並未明確授權主管機關以前揭強制出境辦法補充規定得暫予收容之事由。前揭強制出境辦法第五條（現行第六條）之規定未經法律明確授權，牴觸法律保留原則，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿二年時失其效力。

大法官會議主席　大法官　賴浩敏

大法官　蘇永欽　林錫堯　池啟明　李震山
蔡清遊　黃茂榮　陳　敏　葉百修
陳春生　陳新民　陳碧玉　黃璽君
羅昌發　湯德宗

部分協同意見書　　大法官　蔡清遊

本號解釋之解釋文第一段宣示「中華民國九十二年十月二十九日修正公布之臺灣地區與大陸地區人民關係條例第十八條第一項規定：『進入臺灣地區之大陸地區人民，有下列情形之一者，治安機關得逕行強制出境。……』（該條於九十八年七月一日為文字修正）除因危害國家安全或社會秩序而須為急速處分之情形外，對於經許可合法入境之大陸地區人民，未予申辯之機會，即得逕行強制出境部分，有違憲法正當法律程序原則，不符憲法第十條保障遷徙自由之意旨。同條第二項規定：『前項大陸地區人民，於強制出境前，得暫予收容……』（即九十八年七月一日修正公布之同條例第十八條第三項），未能顯示應限於非暫予收容顯難強制出境者，始得暫予收容之意旨，亦未明定暫予收容之事由，有違法律明確性原則；於因執行遣送所需合理作業期間內之暫時收容部分，未予受暫時收容人即時之司法救濟；於逾越前開暫時收容期間之收容部分，未由法院審查決定，均有違憲法正當法律程序原則，不符憲法第八條保障人身自由之意旨。又同條例關於暫予收容未設期間限制，有導致受收容人身體自由遭受過度剝奪之虞，有違憲法第二十三條比例原則，亦不

符憲法第八條保障人身自由之意旨。」本席敬表同意，惟對於解釋理由中，關於上開條例第十八條第一項部分，僅以未給予受強制出境者申辯之機會，作為違背憲法正當法律程序之理由，本席認為尚嫌不足，應連同以未組成適當之審查會審查受強制出境者有無符合法定得強制出境之事由，作為違憲之理由；另上開條例第十八條第二項，關於主管機關因執行遣送所需合理作業期間之暫時收容部分，未設定主管機關得暫時收容之期間上限，本席無法贊同，爰提出部分協同意見書。

壹、應連同以未組成適當之審查會審查有無法定強制出境之事由，作為上開條例第十八條第一項違反憲法正當法律程序之理由

一、憲法正當法律程序原則之意涵

憲法第八條第一項雖係就人身自由之保障而規定正當法律程序，惟自本院釋字第三八四號解釋闡述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，均受憲法第八條第一項之保障，除現行犯之逮捕由法律另定外，其他事項所定之程序，亦須以法律定之，且立法機關於制定法律時，其內容更須合於實質正當，此實質正當之法律程序，兼指實體法及程序法規定之內容。自該號解釋後，本院就憲法上之各種權利，已一再闡明應受憲法正當法律程序原則之保障，舉凡政府公權力行為牽涉人民身體自由或其他各種憲法保障之權利，政府機關均應依循正當之法定程序。而所謂正當之法定程序，除釋字第三八四號解釋所謂兼指實體上及程序上之規定之內容外，究應為如何之規定，始符合正當程序之要求，並無固定之準則內容，除應考量憲法有無特別規定及所涉基本權之種類外，尚須視案件涉及之事物領域、侵害基本權之強度與範圍、所欲追求之公共利益、有無替代程序及各種可能程序之成本等因素，綜合判斷而為認定（本院釋字第六三九號、第六九0號解釋參照）（註一）。

要之，凡法律上有此規定，即足以合理保障人民憲法上之權利；缺此規定，即顯不足保障人民憲法上之權利者，則此規定即符合憲法正當法律程序之要求；另一方面，法律規定之法定程序，如侵害人民憲法上之權利者，即不符憲法正當法律程序之要求。

二、組成適當之審查會審查受強制出境者有無符合法定得強制出境之事由，應屬憲法正當法律程序要求之內容

上開條例第十八條第一項本文前段規定，進入臺灣地區之大陸地區人民，有該項所列五款情形之一者，主管機關（條文雖規定治安機關，惟實務上主管機關為內政部入出國及移民署，並非警政署，故本意見書乃將治安機關改為主管機關）得逕行強制出境，此規定固係關涉憲法第十條所保障人民之遷徙自由，蓋大陸地區人民形式上經主管機關許可，已合法入境臺灣地區者，其遷徙之自由即應與臺灣地區人民同受憲法第十條之保障。惟因上開條例第十八條第二項另規定第一項大陸地區人民於強制出境前，得暫予收容，是受強制出境之大陸地區人民，極可能在出境前被收容，即又關涉其人身自由受拘束。故本院在審查上開條例第十八條第一項有無違背憲法正當法律程序原則時，應以較嚴格之審查標準審查之。茲形式上已合法進入臺灣地區之大陸地區人民究有無上開條例第十八條第一項所列五款得強制出境事由之一，如僅由主管機關相關承辦人員認定，難保無失之偏頗之情發生。尤其該大陸地區人民是否通謀虛偽結婚，或有無犯罪行為本應由司法機關加以認定，實不宜由主管機關相關承辦人員自行認定，且縱如於強制出境前已給予受強制出境者答辯之機會，萬一主管機關承辦人員過於主觀或不予重視申辯之內容，則申辯之作用將受限，恐淪為形式，對於受強制出境者之保護實有不周。如能在上開條例中明確規定除有危害國家安全而

有急迫情形須立即遣送出境外，應組成包含社會公正人士在內多元組成之審查會，審查該大陸地區人民有無符合上開條例第十八條第一項各款所列之事由，並審查該大陸地區人民之申辯有無理由，對於受強制出境者之保護自較周延。尤其強制經許可合法入境之大陸配偶出境，影響人民之婚姻及家庭關係至鉅，更應審慎。何況在法制上，入出國及移民法第三十六條第二項前段亦已規定，入出國及移民署依同條第一項規定強制驅逐已取得居留、永久居留許可外國人出國前，應組成審查會審查之，並給予當事人陳述意見之機會。而本院釋字第七０九號解釋，亦已指明主管機關核准都市更新事業概要之程序規定，未設置適當組織以審議都市更新事業概要，與憲法要求之正當行政程序不符。亦即，設置適當組織以審議都市更新事業概要，乃屬正當法律程序原則所要求之程序。解釋理由關於上開條例第十八條第一項關於因危害國家安全或社會秩序而須為急速處分以外之情形，僅以未給予經許可合法入境後受強制出境之大陸地區人民申辯之機會，作為違反憲法上正當法律程序原則之唯一理由，而未接受連同以未組成適當之審查會審查上述大陸地區人民有無法定強制出境事由，實有不足。

貳、上開條例第十八條第二項，關於主管機關因執行遣送所需合理作業期間之暫時收容部分，應設定主管機關得暫時收容之期間上限

本號解釋理由書第三段，關於上開條例第十八條第二項謂「為防範受強制出境之大陸地區人民脫逃，俾能迅速將之遣送出境，治安機關依前揭第十八條第二項規定暫時收容受強制出境之大陸地區人民，於合理之遣送作業期間內，尚屬合理、必要，此暫時收容之處分固無須經由法院為之，惟仍應予受收容人即時司法救濟之機會，始符合憲法第八條第一項正當法律程

序之意旨。是治安機關依前揭兩岸關係條例第十八條第二項作成暫時收容之處分時，應以書面告知受收容人暫時收容之原因及不服之救濟方法，並通知其所指定在臺之親友或有關機關；受收容人一經表示不服，或要求由法院審查決定是否予以收容者，暫時收容機關應即於二十四小時內移送法院迅速裁定是否收容。至於暫時收容期間屆滿前，未能遣送出境者，暫時收容機關應將受暫時收容人移送法院聲請裁定收容，始能續予收容」，關於上述暫時收容期間，未予受暫時收容人即時之司法救濟，及逾越暫時收容期間之收容部分，未由法院審查決定，違背憲法第八條第一項正當法律程序之論述，本席固表贊同，惟對於解釋理由書並未如釋字第七０八號解釋，設定主管機關得暫時收容之期間上限為十五日，則認尚有不足，其理由如下：

一、同樣均是由入出國及移民署暫時收容所欲遣送出境之人，本號解釋實不宜與釋字第七０八號解釋不一致

釋字第七０八號解釋，於解釋理由書第三段已明確指出因執行遣送作業所需暫時收容之期間長短，應由立法者斟酌行政作業所需時程及遣送前應行處理之事項等實際需要而以法律定之，惟考量暫時收容期間不宜過長，避免過度干預受暫時收容人之人身自由，並衡酌現行作業實務，乃設定入出國及移民署得暫時收容之期間，其上限為不得超過十五日。而本號解釋關於上開條例第十八條第二項違背憲法正當法律程序部分又已大部分參照釋字第七０八號解釋所載理由，唯獨未參照釋字第七０八號解釋之設定主管機關得暫時收容之期間上限為十五日。固然本號解釋要依現行作業實務，定暫時收容期間之上限，或有其困難，惟本席認為本號解釋與釋字第七０八號解釋既均是審查同一主管機關（入出國及移民署）暫予收容無自由進入中華民國臺灣地區而受強制出境處分者（一為外國人，一為大陸地區人民）之規定是否違反憲法第八條第一項之意旨，

又均認為立法機關制定主管機關得暫時收容之合理作業期間時，須避免過度干預人身自由，則本號解釋自仍應以考量暫時收容期間不宜過長，避免過度干預受暫時收容人之人身自由，並衡酌入出國及移民署對受強制驅逐出國之外國人處分暫時收容之期間上限，對受強制出境之大陸地區人民之暫時收容期間，亦以不得超過十五日為限，使本號解釋此部分與釋字第七０八號解釋一致，否則，恐將引起厚此薄彼之質疑。

二、本號解釋未設定主管機關得暫時收容期間之上限，可能造成主管機關未移送法院裁定而長期暫時收容大陸地區人民之不合理現象

本號解釋固指出主管機關作成暫時收容之處分，受收容人一經表示不服，或要求由法院審查決定是否予以收容者，暫時收容機關應即於二十四小時內移送法院迅速裁定是否收容。至於暫時收容期間屆滿前，未能遣送出境者，暫時收容機關應將受暫時收容人移送法院聲請裁定收容，始能續予收容。惟因未設主管機關暫時收容期間之上限，只要將來法律規定合理之作業期間，無論合理作業期間有多久（可能為數十日以上，端視立法制定），除非受暫時收容人已表示不服或要求移送法院審查，否則主管機關均得暫時予以收容，而不須移送法院審查，此除對人權之保障不周外，更造成同一主管機關，同樣得暫時收容，但得暫時收容之期間卻不相同之紊亂情形。

三、本號解釋如設定暫時收容期間之上限為十五日，並不會形成大法官已容許今後行政機關得不經法院審查而拘束人身自由最高可長達十五日之固定模式

無論釋字第七０八號解釋之針對外國人之遣送，或本號解釋之針對大陸地區人民之遣送，均以主管機關須有合理之作業期間，以辦理遣送事宜，為防範受強制出境者脫

逃，俾能迅速將之遣送出境，主管機關於合理之遣送作業期間內，暫時予以收容，乃屬合理必要，作為主管機關得暫時收容之論據，並輔以如受收容人有異見，主管機關須於二十四小時內移送法院裁定之即時司法救濟制度，即可合於憲法第八條第一項保障人身自由之意旨，參諸歐洲人權公約第五條第一項之(f)規定，為防止未經許可進入國境或為驅除出境或需引渡而採取合法之逮捕或拘禁，得剝奪人身自由。而同條第四項另規定，被剝奪人身自由者有權請求法院就其拘禁之合法性儘速決定，如決定其拘禁不合法，應儘速釋放，此並未如同條第三項對於刑事犯罪嫌疑人之逮捕或拘禁，採應迅速移送法官決定之事前法官保留制（註二）。本號解釋與釋字第七０八號解釋意旨，可謂與歐洲人權公約第五條規定相契合。惟縱然本號解釋設定主管機關暫時收容期間之上限為十五日，亦僅就強制大陸地區人民出境之收容有其適用，其他不同類型之拘束人身自由，當不得援引本號解釋或釋字第七０八號解釋，而主張亦得設定行政機關暫時拘束人民身體自由可高達十五日之規定。要之，並不會形成大法官已容許行政機關得暫時拘束人民身體自由可長達十五日之固定模式。

四、入出國及移民署現行作業實務並非設定該署得暫時收容期間上限為十五日之唯一依據

釋字第七０八號解釋固衡酌入出國及移民署現行作業實務，約百分之七十之受收容人可於十五日內遣送出國等情，而據以設定該署得暫時收容期間之上限。惟入出國及移民署之現行作業實務，並非釋字第七０八號解釋設定該署得暫時收容期間上限之唯一依據。上開解釋另一審酌之論據，乃考量暫時收容期間不宜過長，避免過度干預受暫時收容人之人身自由。本號解釋，多數意見認如依入出國及移民署現行作業實務，該署收容強制出境之大陸地區人

民平均日數約數倍於十五日（註三），實很難再設定入出國及移民署得暫時收容期間之上限為十五日。惟本席以為，為免混亂不一（如貳之二），及不致於使主管機關得暫時收容之期間過長，並參酌釋字第七０八號解釋理由書所考量暫時收容期間不宜過長，避免過度干預受暫時收容人之人身自由之理由，仍應設定主管機關得暫時收容期間之上限為十五日。尤其釋字第七０八號解釋公布迄今僅數月，本號解釋實不宜作出與該號解釋不太一致之內容。

註一：例如，釋字第三八四號解釋，所指在刑事實體法上，須遵守罪刑法定主義，在刑事程序法上，被告之自白須出於自由意志、犯罪事實應依證據認定、同一行為不得重複處罰、當事人有與證人對質或詰問證人之權利、審判與檢察之分離、審判過程以公開為原則及對裁判不服提供審級救濟等；釋字第六六三號解釋，所指稅捐稽徵法第十九條第三項規定，關於稅捐稽徵機關對公同共有人所為核定稅捐之處分，以對公同共有人中之一人為送達，即對全體公同共有人發生送達效力之部分，不符憲法正當法律程序之要求；釋字第六七七號解釋，所指監獄行刑法第八十三條第一項關於執行期滿者，應於其刑期終了之次日午前釋放之規定部分，使受刑人於刑事執行期滿後，未經法定程序仍受拘禁，上開規定未明確規範類似限制刑事被告人身自由所應踐行之正當法律程序，與憲法正當法律程序即屬有違；釋字第七０九號解釋，所指都市更新條例第十條第一項、第二項，有關主管機關核准都市更新事業概要之程序規定，未設置適當組織以審議都市更新事業；且未確保利害關係人知悉相關資訊及適時陳述意見之機會，九十九年五月十二日修正公布之同條例第十九條第三項規定，並未規定由主管機關以公開方式舉辦聽證等等，不符憲法要求之正當行政程序（按所謂正當行政程序亦屬正當法律程序之一環）。

註二：歐洲人權公約(European Convention on Human Rights)第五條英文全文：

ARTICLE 5

1. Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law:
   (a) the lawful detention of a person after conviction by a competent court;
   (b) the lawful arrest or detention of a person for non-compliance with the lawful order of a court or in order to secure the fulfilment of any obligation prescribed by law;
   (c) the lawful arrest or detention of a person effected for the purpose of bringing him before the competent legal authority of reasonable suspicion of having committed and offence or when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence or fleeing after having done so;
   (d) the detention of a minor by lawful order for the purpose of educational supervision or his lawful detention for the purpose of bringing him before the competent legal authority;
   (e) the lawful detention of persons for the prevention of the spreading of infectious diseases, of persons of unsound mind, alcoholics or drug addicts, or vagrants;
   (f) the lawful arrest or detention of a person to prevent his effecting an unauthorized entry into the country or of a person against whom action is being taken with a view to deportation or extradition.
2. Everyone who is arrested shall be informed promptly, in a

language which he understands, of the reasons for his arrest and the charge against him.

3. Everyone arrested or detained in accordance with the provisions of paragraph 1(c) of this article shall be brought promptly before a judge or other officer authorized by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial. Release may be conditioned by guarantees to appear for trial.
4. Everyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings by which the lawfulness of his detention shall be decided speedily by a court and his release ordered if the detention is not lawful.
5. Everyone who has been the victim of arrest or detention in contravention of the provisions of this article shall have an enforceable right to compensation.

資料出處：http://www.hrcr.org/docs/Eur_Convention/euroconv3.html

註三：依行政院大陸委員會提供本院書面意見所附之內政部入出國及移民署近十年收容大陸地區人民平均天數統計表，一０一年之平均日數為六五・五四日。

協同意見書　　大法官　湯德宗

本件聲請人梁玉為大陸地區人民，於中華民國九十二年三月與臺灣地區人民王一明結婚，並以「依親居留」（註一）名義申請來臺團聚，停留期滿後離境，（註二）旋再申請入境，累計已達三次；嗣於九十六年五月第四次以依親居留名義申請來臺，於獲准先行入境後，內政部入出國及移民署專勤事務第二大隊高雄縣專勤隊（下稱「專勤隊」）於同年九月十七日通知聲請人到隊進行「二度面談」（註三）時，以「聲請人與依親對象之說詞有重大瑕疵」為由，依

大陸地區人民申請進入臺灣地區面談管理辦法（下稱「面談管理辦法」）第十條第三款（註四）及第十一條（註五）規定，撤銷其入境許可，並註銷其入出境許可證件，同時依臺灣地區與大陸地區人民關係條例（下稱「兩岸關係條例」）第十八條第一項第一款（對「未經許可入境」之大陸地區人民，得逕行強制出境）（註六）及同條例施行細則（下稱「施行細則」）第十五條（闡釋「未經許可入境」之涵義）（註七），直接作成「強制出境」處分。同日專勤隊以本件聲請人涉有偽造文書罪嫌，將其移送臺灣高雄地方法院檢察署偵辦；嗣該地檢署於九十七年一月七日作成不起訴處分（註八）。與此同時，專勤隊依兩岸關係條例第十八條第二項（註九）（強制大陸地區人民出境前，得暫予收容）及大陸地區人民及香港澳門居民強制出境處理辦法（下稱「強制出境辦法」）第五條（註十）第四款（其他因故不能立即強制出境者，得暫予收容）之規定，自九十六年九月十七日註銷入出境許可證起，至九十七年一月二十一日強制出境止，計將聲請人暫予收容達126日。

聲請人於九十七年十二月十六日再次來臺，以前揭暫予收容違法拘禁其人身自由，並違法強制出境，致生（來回機票及不能工作之）損害為由，提起國家賠償訴訟。迭經臺灣高雄地方法院九十八年度國字第二二號民事判決及臺灣高等法院高雄分院九十九年度上國易字第二號民事判決（下稱確定終局判決）駁回在案。聲請人於九十九年十月以前揭確定終局判決所適用之各項法規，有牴觸法律保留原則、法律明確性原則、授權明確性原則、正當法律程序及比例原則等疑義，向本院聲請解釋憲法。聲請意旨略謂：

1. 兩岸關係條例第十八條第一項（治安機關「得逕行強制出境」之規定），違反法官保留原則（非由法官依法定程序不得為之）；其未給予受處分人答辯防禦之機會，並違反憲法上正當法律程序之要求。
2. 兩岸關係條例第十八條第二項（治安機關於強制大陸地區人民出境前，得「暫予收容」之規定），與法官保留原則（非由法官依

法定程序不得為之）不符；其未給予聲請人答辯防禦之機會，違反憲法上正當法律程序之要求；其未明定收容之事由，有違法律明確性原則；其未規定暫予收容之期限，並違反比例原則。

3. 施行細則第十五條未獲兩岸關係條例之具體授權，而定義兩岸關係條例第十八條第一項第一款所謂「未經許可入境」之涵義，違反授權明確性原則及法律保留原則。

4. 面談管理辦法第十條第三款（申請人與依親對象之說詞有重大瑕疵）及第十一條（有前條各款情形之一者，其許可應予撤銷或廢止，並註銷其入出境許可證件，逕行強制出境）未有兩岸關係條例之具體授權，而規範「強制出境」之事由，違反授權明確性原則及法律保留原則。

5. 強制出境辦法第五條未有兩岸關係條例之具體授權，而規範「暫予收容」之事由，違反授權明確性原則及法律保留原則。

本席贊同並協力形成本件可決之多數，通過解釋文及解釋理由書（即本號解釋之多數意見）。鑑於本號解釋意義重大，為促進公共思辨，並便利有關機關妥適修法，爰提出協同意見書如下。

一、本號解釋的意義

1.「經許可合法入境」之大陸地區人民遭受「強制出境」處分時，應有憲法上正當法律程序之保障

本院於釋字第七０八號解釋確立：對受驅逐出國處分之外國人為「暫時收容」之處分時，須給予「即時之司法救濟」，始符合憲法第八條第一項有關剝奪人身自由之正當法律程序要求（註十一）。本號解釋則參酌國際人權規範（註十二）更進一步確立：在兩岸分治之現況下，大陸地區人民雖無自由進入臺灣地區之權利，（註十三）然「經許可合法入境」（註十四）之大陸地區人民，其遷徙之自由原則上即應受憲法保障。亦即，除因危害國家安全或社會秩序而須為急速處分者外，強制「經許可合法入境之大陸地區人民」出境，仍應踐行相應之正當程序（註十五）。前揭兩岸關係條例第十八條第一項「得逕

行強制出境」之規定，對於「經許可合法入境」之大陸地區人民，未給予「申辯之機會」，即得逕行強制出境之部分，違反憲法正當法律程序原則，不符憲法第十條保障遷徙自由之意旨，爰被宣告定期失效（應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿二年時失其效力）。

2.強制大陸地區人民出境前，「得暫予收容」之規定，除應符合「程序正當」之要求外，並應具備「實質正當」

關於系爭兩岸關係條例第十八條第二項（對受強制出境處分之大陸地區人民，「得暫予收容」）之規定，本號解釋一方面賡續本院釋字第七０八號解釋所確立之「程序正當」要求，包括：治安機關為迅速將受強制出境之大陸地區人民遣送出境之目的，固得於合理之遣送作業期間內，作成暫時收容之處分（無法官保留原則之適用），但仍應以書面告知受收容人暫時收容之原因及不服之救濟方法，並通知其所指定在臺之親友或有關機關；受收容人一經表示不服，或要求由法院審查決定是否予以收容者，暫時收容機關應即於二十四小時內移送法院迅速裁定是否收容；暫時收容期間屆滿前，未能遣送出境者，暫時收容機關並應主動移送法院迅速裁定是否續予收容。他方面，本號解釋更進一步明確宣示系爭（得暫予收容）規定之內容更應符合「實質正當」要求，包括：暫予收容之事由須能顯示其應限於「非暫予收容顯難強制出境者，始得暫予收容」之意旨（法律明確性原則）；暫予收容之期間應予明定，以免導致受收容人身體自由遭受過度剝奪（比例原則）。系爭規定因不符「程序正當」與「實質正當」之要求，本解釋乃宣告：相關機關應自本解釋公布之日起二年內，依本解釋之意旨，以法律或法律具體明確授權之命令規定得暫予收容之具體事由，並以法律規定執行遣送所需合理作業期間、合理之暫予收容期間及相應之正當法律程序。屆期未完成者，前揭兩岸關係條例第十八條第二項關於「得暫予收容」部分失其效力。應自本解釋

公布之日起，至遲於屆滿二年時失其效力。

3.三件系爭子法實際皆被判定為違憲

面對兩岸關係條例廣泛之概括授權所衍生之「依命令行政」的現象，本號解釋針對系爭三件子法實質上均肯認聲請人之違憲主張，僅表述方式略有不同。析言之，為尊重行政機關之行政立法權，並為謀求大法官之最大共識，多數意見首先關於施行細則第十五條就兩岸關係條例第十八條第一項第一款所謂「未經許可入境」所為之闡釋，採取「限縮解釋」之方法—釋示所謂「未經許可入境」乃指「以自始非法之方法入境臺灣地區」而言；準此，本案聲請人自非所謂「未經許可入境」者。其次，關於「面談管理辦法」第十條第三款，多數意見亦採取限縮解釋方法—釋示所謂「說詞有重大瑕疵」乃指「有事實足認申請人與依親對象間，自始即為通謀虛偽結婚，惟治安機關一時未察，而核發入境許可者」而言；準此，本案聲請人偽造文書部分既經不起訴處分確定，除非另有其他證據，自不構成所謂「自始即為通謀虛偽結婚」之情形。是知上述限縮解釋，實際上乃宣告：前此實務上過度擴張之解釋已「部分違憲」。此一意旨由解釋理由書第四段與第五段所謂：前揭系爭規定「就此」而言，與法律保留原則尚無違背，不難窺知。

再次，關於「強制出境辦法」第五條因為沒有「限縮解釋」的空間，多數意見乃明確宣告其違憲：兩岸關係條例第十八條第六項（九十八年七月一日修正公布改列第七項）僅授權內政部訂定強制出境辦法及收容處所之設置及管理辦法，並未明確授權主管機關以強制出境辦法補充規定「得暫予收容之事由」。前揭強制出境辦法第五條之規定未經法律明確授權，牴觸法律保留原則，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿二年時失其效力。

二、本號解釋未竟之功

本號解釋固已確立：對「經許可合法入境」之大陸地區人民，

為「強制出境」處分前，應遵循憲法上之正當法律程序。惟，關於此一正當法律程序之內涵，多數意見僅同意給予擬受強制出境處分人「申辯之機會」，而未能進一步宣示：「擬受強制出境處分人並應有訴願之機會；且於訴願決定前，原強制出境處分原則上應暫時停止執行」，不無遺憾。蓋現制下，行政處分原則上並不因處分相對人提起訴願而暫停執行（註十六）；惟遷徙自由（屬廣義之人身自由（註十七））之剝奪往往產生難以回復之損害（註十八），且訴願決定作成前，擬受強制出境處分人通常已遭強制出境。是僅許「經許可合法入境」而受「強制出境」處分之大陸地區人民，得向原處分機關「申辯」，實務上恐難發揮保障人權之功能。尤其，強制經許可合法入境之大陸配偶出境，影響人民之婚姻及家庭關係至鉅，更應給予「提起訴願」且「暫停執行原（強制出境）處分」之保障才是。

其次，司法院大法官囿於現制僅得從事「抽象釋憲」—就確定終局判決所適用之「法規」本身是否合憲進行審查，而無從審查確定終局裁判關於系爭法規之解釋與適用是否違憲，致憲法解釋難以發揮個案救濟之功能。本件解釋針對系爭兩岸關係條例第十八條第一項（得逕行強制出境）及第二項（強制出境前，得暫予收容），以及強制出境辦法第五條（關於強制出境前，得暫予收容之事由規定），雖已勉力宣告違憲，並使限期失效，然無權進一步宣告本案確定終局裁判適用法規違憲，並廢棄之。本案聲請人能否依據本號解釋聲請再審，最終獲得救濟，誠屬難測。（註十九）然，法官當以保護人權為天職，一如軍人當以保家衛國為天職，本案聲請人既因違憲之法規，而遭「收容」（剝奪人身自由），並被迫拆散婚姻家庭達126 日，法官焉能（何忍）視若無睹？!本件解釋益見建立類似德國「憲法訴願制度」(Verfassungsbeschwerde)之必要。

末需一言者，相關機關依本號解釋意旨進行後續修法時，應特別注意本號解釋再三強調：「非暫予收容顯難強制出境」乃「暫予收容」之「實質正當」要件。切莫誤會以為只需規定移送法官裁定暫

予收容（即履行最高標準之「程序正當」要求），即無須明定得暫予收容之「事由」。（註二十）

本件解釋歷經三個多月審查，稿經十易始成，為本席到司法院服務以來所僅見。而今而後，衷心祈願：法官所思所見，首先是（且主要是）「人」，而後才是「什麼人」（臺灣人民、大陸人民、外國人民……）。

註一：大陸地區人民為臺灣地區人民配偶者，得申請入臺「團聚」。參見兩岸關係條例（92 年 10 月 29 日修正公布）第十七條第一項：「大陸地區人民為臺灣地區人民配偶，得依法令申請進入臺灣地區團聚；有下列情形之一者，得申請在臺灣地區依親居留：一、結婚已滿二年者。二、已生產子女者」。其停留許可分為「依親居留」、「長期居留」及「定居」等三個階段，權利內容各異，須待獲得「定居」許可後，始得辦理戶籍登記（入籍）。整個流程，略如【附件一】。

註二：大陸地區人民以團聚為由申請來臺，每次停留期間以六個月為限。參見大陸地區人民進入臺灣地區許可辦法（95 年 12 月 22 日修正發布）第二十條第一項第二款：「大陸地區人民申請進入臺灣地區停留期間規定如下：……二、團聚：停留期間不得逾六個月，必要時得申請延期，每次延期不得逾六個月，每次來臺總停留期間不得逾二年」（嗣 98 年 8 月 12 日修正發布，刪除申請延期及總停留期間之規定）。

註三：參見兩岸關係條例（92 年 10 月 29 日增訂公布）第十條之一（「大陸地區人民申請進入臺灣地區團聚、居留或定居者，應接受面談、按捺指紋並建檔管理之；未接受面談、按捺指紋者，不予許可其團聚、居留或定居之申請。其管理辦法，由主管機關定之」）；大陸地區人民申請進入臺灣地區面談管理辦法（93 年 3 月 1 日修正發布）第五條第一項（「境管局應依前條訪查及訪談結果，以面談通知書、電話、電子

郵件或其他方式通知大陸地區人民及其臺灣地區配偶依下列方式接受面談：一、申請人在海外地區者，至我駐外使領館、代表處、辦事處或其他外交部授權機構接受面談。二、申請人在香港或澳門者，至行政院於香港或澳門所設立或指定之機構或委託之民間團體接受面談。三、申請人在大陸地區者，至本條例第四條第一項所定之機構或依第二項規定受委託之民間團體在大陸地區分支機構面談。四、申請人在臺灣地區者，至境管局或各服務處(站)接受面談。」）及第二項（「大陸地區人民及其臺灣地區配偶或親屬無法依前項第一款至第三款規定於境外接受面談者，得先予核發入境許可，大陸地區人民應於入境時，至境管局設於機場、港口之服務站接受面談。其臺灣地區配偶或親屬應到場配合接受面談程序。」）；同辦法第六條（「大陸地區人民及其臺灣地區配偶或親屬依前條第二項規定接受面談後，境管局認案件複雜，非進一步查證，無法為即時之認定者，得同意該大陸地區人民經查驗後入境，並以書面通知其偕同臺灣地區配偶或親屬，於停留期間屆滿前，至指定處所接受二度面談。」）。

註四：面談管理辦法（93 年 3 月 1 日訂定發布）第十條：「大陸地區人民接受面談，有下列情形之一者，其申請案不予許可；已許可者，應撤銷或廢止其許可：

一、無正當理由拒絕接受面談。

二、其臺灣地區配偶未接受或未通過訪談。

三、經面談後，申請人、依親對象無同居之事實或說詞有重大瑕疵。

四、面談時發現疑似有串證之虞，不聽制止。

五、經面談及其他相關佐證資料，無積極事證足認其婚姻為真實。

六、經查有影響國家安全、社會安定之虞。」

上開規定於 98 年 8 月 20 日修正發布移列為第十四條：「大

陸地區人民有下列情形之一者，其申請案不予許可；已許可者，應撤銷或廢止其許可：

一、無正當理由拒絕接受或未通過面談。

二、申請人、依親對象無同居之事實或說詞有重大瑕疵。

三、面談時發現疑似有串證之虞，不聽制止。

四、無積極事證足認其婚姻為真實。

五、經查有影響國家安全、社會安定之虞。」

註五：面談管理辦法（93 年 3 月 1 日訂定發布）第十一條：「大陸地區人民抵達機場、港口或已入境，經通知面談，有前條各款情形之一者，其許可應予撤銷或廢止，並註銷其入出境許可證件，逕行強制出境或限令十日內出境。」

上開規定於 98 年 8 月 20 日修正發布移列為第十五條：「大陸地區人民抵達機場、港口或已入境，經通知面談，有前條各款情形之一者，其許可應予撤銷或廢止，並註銷其入出境許可證件。」

註六：兩岸關係條例（92 年 10 月 29 日修正公布，98 年 7 月 1 日為文字修正）第十八條第一項：「進入臺灣地區之大陸地區人民，有下列情形之一者，治安機關得逕行強制出境。但其所涉案件已進入司法程序者，應先經司法機關之同意：

一、未經許可入境者。

二、經許可入境，已逾停留、居留期限者。

三、從事與許可目的不符之活動或工作者。

四、有事實足認為有犯罪行為者。

五、有事實足認為有危害國家安全或社會安定之虞者。」

註七：兩岸關係條例施行細則（92 年 12 月 29 日修正公布，迄未再修正）第十五條：「本條例第十八條第一項第一款所定未經許可入境者，包括持偽造、變造之護照、旅行證或其他相類之證書、有事實足認係通謀虛偽結婚經撤銷或廢止其許可或以其他非法之方法入境者在內」。

註八：參見臺灣高雄地方法院檢察署九十六年度偵字第二九三００號不起訴處分書。

註九：兩岸關係條例（92 年 10 月 29 日修正公布）第十八條第二項：「前項大陸地區人民，於強制出境前，得暫予收容，並得令其從事勞務。」

上開規定於 98 年 7 月 1 日修正移列為同條第三項：「第一項大陸地區人民，於強制出境前，得暫予收容，並得令其從事勞務。」

註十：強制出境辦法（88 年 10 月 27 日訂定發布）第五條：「強制出境前，有下列情形之一者，得暫予收容。

一、前條第二項各款所定情形。

二、因天災或航空器、船舶故障，不能依規定強制出境者。

三、得逕行強制出境之大陸地區人民、香港或澳門居民，無大陸地區、香港、澳門或第三國家旅行證件者。

四、其他因故不能立即強制出境者。」

上開規定於 99 年 3 月 24 日修正移列為第六條：「執行大陸地區人民、香港或澳門居民強制出境前，有下列情形之一者，得暫予收容：

一、因天災或航空器、船舶故障，不能依規定強制出境。

二、得逕行強制出境之大陸地區人民、香港或澳門居民，無大陸地區、香港、澳門或第三國家旅行證件。

三、其他因故不能立即強制出境。」

註十一：關於確立「及時司法救濟」原則之意義，本席嘗於釋字第七０八號解釋之「協同意見書」中闡釋：「『法官保留』原則（事前的司法審查）乃關於『刑罰性質或因犯罪嫌疑』之人身自由限制的正當程序保障；而『即時司法救濟』（事後的立即司法審查）乃關於『非刑罰性質或非因犯罪嫌疑』之人身自由限制的正當程序保障。釋字第六九０號

解釋以來的『法官保留』原則之零和選擇（全有或全無司法審查）的迷思於焉化解！」

註十二：*See* International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), §12:

1. *Everyone lawfully within the territory of a State* shall, within that territory, have *the right to liberty of movement* and freedom to choose his residence.
2. Everyone shall be free to leave any country, including his own.
3. The above-mentioned rights shall not be subject to any restrictions except those which are *provided by law*, are *necessary* to protect *national security*, *public order* (ordre public), *public health* or *morals* or the *rights and freedoms of others*, and are consistent with the other rights recognized in the present Covenant.
4. No one shall be arbitrarily deprived of the right to enter his own country. (*emphasis added*)

See also ICCPR, General Comment No. 15(1986/04/11) §6:

Consent for entry may be given subject to conditions relating, for example, to movement, residence and employment. A State may also impose general conditions upon an alien who is in transit. However, *once aliens are allowed to enter the territory of a State party they are entitled to the rights set out in the Covenant*. (*emphasis added*)

註十三：參見本院釋字第四九七號解釋（「內政部依該（兩岸關係）條例第十條及第十七條之授權分別訂定「大陸地區人民進入臺灣地區許可辦法」及「大陸地區人民在臺灣地區定居

或居留許可辦法」，明文規定大陸地區人民進入臺灣地區之資格要件、許可程序及停留期限，係在確保臺灣地區安全與民眾福祉，符合該條例之立法意旨，尚未逾越母法之授權範圍，為維持社會秩序或增進公共利益所必要，與上揭憲法增修條文無違，於憲法第二十三條之規定亦無牴觸」）及釋字第五五八號解釋（「依現行憲法增修條文第十一條規定，自由地區與大陸地區間人民權利義務關係及其他事務之處理，得以法律為特別之規定，是法律就大陸地區人民進入臺灣地區設有限制，符合憲法上開意旨」）。

註十四：所謂「經許可合法入境」之大陸地區人民，係指：「形式上業經主管機關許可」且「事實上已合法入境臺灣地區」之大陸地區人民（本號解釋之解釋理由書第二段參照）。準此，典型的所謂「未經許可入境」（亦即其文義之核心內涵所指涉之情形），例如偷渡入境，一經逮捕，即得逕行強制出境，無須踐行本號解釋所揭示之正當法律程序（給予答辯之機會）。惟擴張之非典型的「未經許可入境」，例如本案聲請人（梁玉）曾經許可且合法入境，後因故遭「撤銷」入境許可，而溯及地變成「未經許可入境」的情形，則非屬所謂「未經許可入境」，必須踐行正當程序（給予答辯之機會）後，始得強制出境。質言之，本號解釋對於前此實務上關於兩岸關係條例第十八條第一項第一款所謂「未經許可入境」之解釋，採取合目的性之限縮解釋！

註十五：*See* ICCPR §13: "*An alien lawfully in the territory of a State* Party to the present Covenant may be expelled therefrom only in pursuance of a decision reached in accordance with law and shall, except where compelling reasons of national security otherwise require, *be allowed to submit the reasons against his expulsion* and to *have his case reviewed* by, and *be*

represented for the purpose before, *the competent authority* or a person or persons especially designated by the competent authority." (*emphasis added*)

See also European Convention on Human Rights (ECHR), Protocol 7, Article 1(Procedural safeguards relating to expulsion of aliens):

"1. *An alien lawfully resident* in the territory of a State shall not be expelled therefrom except in pursuance of a decision reached in accordance with law and shall be allowed:

(a) *to submit reasons against his expulsion*,

(b) *to have his case reviewed*, and

(c) *to be represented for* these purposes before *the competent authority* or a person or persons designated by that authority.

2.An *alien may be expelled before* the exercise of his rights under paragraph 1.a, b and c of this Article, *when such expulsion is necessary* in the interests of public order or is grounded on reasons of national security. *(emphasis added)*

註十六：參見訴願法第九十三條第一項：「原行政處分之執行，除法律另有規定外，不因提起訴願而停止。」

註十七：參見本席於釋字第六九九號解釋提出之部分協同暨部分不同意見書：「狹義的『人身自由』固指憲法第八條所規定的『人身自由』（即人民身體應有免於遭非法逮捕、拘禁、審問、處罰之自由）；廣義的『人身自由』則以『人身自由』為基礎，擴及於憲法第十條所規定的『居住及遷徙之自由』，再擴及於『在不妨害社會秩序公共利益之前提下，人民依其意志作為或不作為之一般行為自由』（屬於憲法第二十二條所保障的概括基本權）。三者的關係猶如同心圓般，乃由內（核心）而外（外沿），漸次開

展。」

註十八：參見訴願法第九十三條第二項：「原行政處分之合法性顯有疑義者，或原行政處分之執行將發生難以回復之損害，且有急迫情事，並非為維護重大公共利益所必要者，受理訴願機關或原行政處分機關得依職權或依申請，就原行政處分之全部或一部，停止執行。」

註十九：參見最高行政法院九十六年判字第六一五號判例（「須解釋文未另定違憲法令失效日者，對於聲請人據以聲請之案件方有溯及之效力。如經解釋確定終局裁判所適用之法規違憲，且該法規於一定期限內尚屬有效者，自無從對於聲請人據以聲請之案件發生溯及之效力」）。

註二十：並參見本院釋字第五二三號解釋（「同條例對於法院得裁定留置之要件並未明確規定，其中除第六條、第七條所定之事由足認其有逕行拘提之原因而得推論具備留置之正當理由外，不論被移送裁定之人是否有繼續嚴重破壞社會秩序之虞，或有逃亡、湮滅事證或對檢舉人、被害人或證人造成威脅等足以妨礙後續審理之虞，均委由法院自行裁量，逕予裁定留置被移送裁定之人，上開條例第十一條第一項之規定，就此而言已逾越必要程度，與憲法第八條、第二十三條及前揭本院解釋意旨不符，應於本解釋公布之日起一年內失其效力。於相關法律為適當修正前，法院為留置之裁定時，應依本解釋意旨妥為審酌，併予指明」）。

【附件一】

大陸配偶申請「團聚」入境流程

1.申請進入臺灣地區「團聚」（兩岸關係條例 §17-I）

2.面談（兩岸關係條例 §10 之 1）

2.1 境外面談（面談管理辦法 §5-I-③）或

2.2 國境面談（無法境外面談者，得先核發入境許可，於機場

→港口之指定處所面談）（面談管理辦法 §5-II）

2.3 二度面談（國境面談認案件複雜，不能即時認定婚姻真偽時，得先行入境，限期為二度面談）（面談管理辦法 §9／98.08.20 修正前原列 §6）

2.4 境內申請面談（面談管理辦法 §5-I-④）

3.面談結果

3.1 未通過

3.1.1 申請人、依親對象無同居事實或說詞有重大瑕疵 →不予許可或撤銷、廢止其許可（面談管理辦法 §14-②／98.08.20 修正前原列 §10-③）→

3.1.2 註銷入出境許可（面談管理辦法 §15／98.08.20 修正前原列 §11）→

3.1.3 逕行強制出境

註銷入出境許可≒「其他非法之方法入境」＝「未經許可入境」（施行細則 §15）→逕行強制出境（兩岸關係條例 §18-I）⇔

※ 面談管理辦法 原§11（「逕行強制出境或限令十日內出境」）

3.1.4 強制出境前，得暫予收容（兩岸關係條例 §18-III／98.07.01 修正前原列 §18-II）

「其他因故不能立即強制出境者」（強制出境辦法 §6-③／99.03.24 修正前原列 §5-④）

3.1.5 收容以 60 日為限，必要時得延長至遣送出境為止（收容管理辦法 98.12.18 修正發布，增訂 §4-III）

3.2 通過

得申請在臺依親居留（兩岸關係條例 §17-I）

4.依親居留

停留期間：每次不得逾 6 個月（入臺許可辦法 §20-I-②）

得申請長期居留：於臺依親居留滿 4 年，且每年於臺合法居留期

間逾 183 天者（兩岸關係條例 §17-III）

5.長期居留

居留期間：無限制

得申請定居：於臺合法居留連續 2 年，且每年居留逾 183 天，且符合其他法定要件者（兩岸關係條例 §17-V）

6.定居

經許可定居後，得辦理戶籍登記（居留許可辦法 §36）

7.入籍

入籍滿 10 年得擔任公教人員（兩岸關係條例 §21-I；釋字第 618 號解釋參照）

【簡稱對照】

兩岸關係條例

=臺灣地區與大陸地區人民關係條例（100.12.21 修正公布）

施行細則

=臺灣地區與大陸地區人民關係條例施行細則（92.12.29 修正發布）

面談管理辦法

=大陸地區人民申請進入臺灣地區面談管理辦法（98.08.20 修正發布）

強制出境辦法

=大陸地區人民及香港澳門居民強制出境處理辦法（99.03.24 修正發布）

收容管理辦法

=大陸地區人民及香港澳門居民收容處所設置及管理辦法（101.02.15 修正發布）

入臺許可辦法

=大陸地區人民進入臺灣地區許可辦法（101.12.28 修正發布）

居留許可辦法

=大陸地區人民在臺灣地區依親居留、長期居留或定居許可辦法（101.11.23 修正發布）

部分協同部分不同意見書　　大法官　黃茂榮

本號解釋認為：「中華民國九十二年十月二十九日修正公布之臺灣地區與大陸地區人民關係條例第十八條第一項規定：『進入臺灣地區之大陸地區人民，有下列情形之一者，治安機關得逕行強制出境。……』（該條於九十八年七月一日為文字修正）除因危害國家安全或社會秩序而須為急速處分之情形外，對於經許可合法入境之大陸地區人民，未予申辯之機會，即得逕行強制出境部分，有違憲法正當法律程序原則，不符憲法第十條保障遷徙自由之意旨。同條第二項規定：『前項大陸地區人民，於強制出境前，得暫予收容……』（即九十八年七月一日修正公布之同條例第十八條第三項），未能顯示應限於非暫予收容顯難強制出境者，始得暫予收容之意旨，亦未明定暫予收容之事由，有違法律明確性原則；於因執行遣送所需合理作業期間內之暫時收容部分，未予受暫時收容人即時之司法救濟；於逾越前開暫時收容期間之收容部分，未由法院審查決定，均有違憲法正當法律程序原則，不符憲法第八條保障人身自由之意旨。又同條例關於暫予收容未設期間限制，有導致受收容人身體自由遭受過度剝奪之虞，有違憲法第二十三條比例原則，亦不符憲法第八條保障人身自由之意旨。前揭第十八條第一項與本解釋意旨不符部分及第二項關於暫予收容之規定均應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿二年時失其效力。

臺灣地區與大陸地區人民關係條例施行細則第十五條規定：『本條例第十八條第一項第一款所定未經許可入境者，包括持偽造、變造之護照、旅行證或其他相類之證書、有事實足認係通謀虛偽結婚經撤銷或廢止其許可或以其他非法之方法入境者在內。』九十三年三月一日訂定發布之大陸地區人民申請進入臺灣地區面談管理辦法第十條第三款規定：『大陸地區人民接受面談，有下列情形之一者，

其申請案不予許可；已許可者，應撤銷或廢止其許可：……三、經面談後，申請人、依親對象無同居之事實或說詞有重大瑕疵。』（即九十八年八月二十日修正發布之同辦法第十四條第二款）及第十一條規定：『大陸地區人民抵達機場、港口或已入境，經通知面談，有前條各款情形之一者，其許可應予撤銷或廢止，並註銷其入出境許可證件，逕行強制出境或限令十日內出境。』（九十八年八月二十日修正發布之同辦法第十五條刪除『逕行強制出境或限令十日內出境』等字）均未逾越九十二年十月二十九日修正公布之臺灣地區與大陸地區人民關係條例第十八條第一項之規定，與法律保留原則尚無違背。

八十八年十月二十七日訂定發布之大陸地區人民及香港澳門居民強制出境處理辦法第五條規定：『強制出境前，有下列情形之一者，得暫予收容：一、前條第二項各款所定情形。二、因天災或航空器、船舶故障，不能依規定強制出境者。三、得逕行強制出境之大陸地區人民、香港或澳門居民，無大陸地區、香港、澳門或第三國家旅行證件者。四、其他因故不能立即強制出境者。』（九十九年三月二十四日修正發布移列為同辦法第六條：『執行大陸地區人民、香港或澳門居民強制出境前，有下列情形之一者，得暫予收容：一、因天災或航空器、船舶故障，不能依規定強制出境。二、得逕行強制出境之大陸地區人民、香港或澳門居民，無大陸地區、香港、澳門或第三國家旅行證件。三、其他因故不能立即強制出境。』）未經法律明確授權，違反法律保留原則，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿二年時失其效力。」

上開解釋關於臺灣地區與大陸地區人民關係條例（下稱兩岸關係條例）第十八條第一項有違憲法正當法律程序原則。第二項未明定暫予收容之事由，有違法律明確性原則；關於司法救濟，有違憲法正當法律程序原則，不符憲法第八條保障人身自由之意旨；暫予收容未設期間限制，有導致受收容人身體自由遭受過度剝奪之虞，與憲法第二十三條比例原則有違及大陸地區人民及香港澳門居民強

制出境處理辦法（下稱強制出境處理辦法）第五條（九十九年三月二十四日修正移列為同辦法第六條）關於得暫予收容之事由的規定，未經法律明確授權，違反法律保留原則等部分，本席雖敬表贊同，惟關於其論據略有差異。至其應自何時起失效，以及兩岸關係條例施行細則第十五條關於同條例第十八條第一項第一款所定未經許可入境之事實的擬制，大陸地區人民申請進入臺灣地區面談管理辦法（下稱面談管理辦法）第十條第三款、第十一條關於經面談後，申請人、依親對象無同居之事實或說詞有重大瑕疵者，其入境許可應予撤銷或廢止，並註銷其入出境許可證件，逕行強制出境等涉及強制出境事由之規定，本號解釋認為均未逾越九十二年十月二十九日修正公布之兩岸關係條例第十八條第一項之規定，與法律保留原則尚無違背。對以上不違反憲法規定之解釋部分，本席有不同看法，爰提出部分協同部分不同意見書如下，敬供參酌：

由於因大陸地區人民之強制出境處分，而暫予收容時，自大陸地區人民及香港澳門居民收容處所設置及管理辦法（下稱收容處所設置及管理辦法），特別是其第六條、第九條、第十條、第十二條、第十三條、第十五條、第十六條、第十七條、第十八條等規定內容觀之，行政收容對於人身自由之限制，與刑事羈押幾無差異。所以憲法第八條及第二十三條關於人身自由之憲法保障的規定，對於兩岸關係條例及其相關附屬行政命令所定之收容皆應有其適用。其中憲法第八條為關於人身自由之特別的保障規定，此即正當法律程序原則及法官保留原則。至於憲法第二十三條則為關於全部基本權利之限制的一般保障規定：基本權利之限制應有法律為其依據，其限制並以為達成該條所定防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要者為限。此即法律保留原則及比例原則。

歸納上開規定之規範事項，可要分為：關於強制出境事由及其事由之態樣、關於暫予收容之事由及其事由之態樣、關於上開強制出境處分或暫予收容處分之正當法律程序或司法救濟程序及法官保留原則之適用等問題。

壹、關於強制出境事由及其事由之態樣

一、入境應經許可

強制出境之規範的論理基礎源自一個主權者有權利拒絕非其國民入境、居留。當對於大陸地區人民，拒絕其入境、居留，該權利以兩岸分治之統治權的行使現實為依據。從而兩岸關係條例第十條規定：「大陸地區人民非經主管機關許可，不得進入臺灣地區（第一項）。經許可進入臺灣地區之大陸地區人民，不得從事與許可目的不符之活動（第二項）。前二項許可辦法，由有關主管機關擬訂，報請行政院核定之（第三項）。」本條除明定大陸地區人民之入境應事先經許可外，並就其許可辦法，授權由相關主管機關擬訂，報請行政院核定之。

當一個主權者有權利拒絕非其國民入境，則首先如前所述，非其國民應先取得入境及居留許可，始得入境、居留。入境、居留經許可者，其入境或居留許可經撤銷或廢止時，即得強制其出境。惟一旦許可入境或居留，其入境或居留許可之撤銷或廢止仍應有法律為其依據，以保障取得入境或居留許可而入境或居留者，因該授益處分取得之正當權益。

二、強制出境之事由

關於強制出境之事由，兩岸關係條例第十八條第一項規定：「進入臺灣地區之大陸地區人民，有下列情形之一者，治安機關得逕行強制出境。但其所涉案件已進入司法程序者，應先經司法機關之同意：一、未經許可入境。二、經許可入境，已逾停留、居留期限。三、從事與許可目的不符之活動或工作。四、有事實足認為有犯罪行為。五、有事實足認為有危害國家安全或社會安定之虞。」此為關於強制出境事由之法律規定。

然依兩岸關係條例第十條第三項訂定之大陸地區人民

進入臺灣地區許可辦法（下稱許可辦法）第十九條第一項規定：「大陸地區人民申請進入臺灣地區，有下列情形之一者，得不予許可；已許可者，得撤銷或廢止其許可，並註銷其入出境許可證：一、現擔任大陸地區黨務、軍事、行政或具政治性機關（構）、團體之職務或為成員。二、參加暴力或恐怖組織，或其活動。三、涉有內亂罪、外患罪重大嫌疑。四、在臺灣地區外涉嫌重大犯罪或有犯罪習慣。五、曾有本條例第十八條第一項各款情形。六、持用偽造、變造、無效或經撤銷之文書、相片申請。七、有事實足認係通謀而為虛偽結婚。八、曾在臺灣地區有行方不明紀錄二次或達二個月以上。九、有違反善良風俗之行為。十、患有重大傳染性疾病。十一、曾於依本辦法規定申請時，為虛偽之陳述或隱瞞重要事實。十二、原申請事由或目的消失，且無其他合法事由。十三、未通過面談或無正當理由不接受面談或不捺指紋。十四、同行親屬未依第三條第三項、第四項或第五條第六項、第七項規定同時入出臺灣地區。十五、違反其他法令規定。」

這當中有許可辦法規定之事項，是否業經明確授權的問題。特別是：其授權範圍是否含已經許可，並入境者之入境許可之撤銷或廢止的事由及其許可之撤銷或廢止。該疑問所以發生的理由為：已經入境後，入境者之利益狀態與入境前不同。入境前因大陸地區人民無請求入境的權利，所以是否許可入境，相關主管機關（許可辦法第二條：本辦法之主管機關為內政部）固有裁量權，但一旦許可入境，並已入境，基於信賴保護，應針對其入境之目的，給予符合法律保留及比例原則之保障。此外，更不應超出必要程度，限制其人身自由。

兩岸關係條例施行細則第七十二條規定，「基於維護國境安全及國家利益，對大陸地區人民所為之不予許可、撤

銷或廢止入境許可，得不附理由。」同理，該條關於撤銷或廢止入境許可，得不附理由之規定，亦有未妥。

兩岸關係條例第十八條第一項既已有關於撤銷或廢止許可之事由的規定，許可辦法第十九條第一項不適合再有超出前者之撤銷或廢止許可事由的規定，以免發生法規命令之規定超越授權規定的疑義。如認為前者所定之事由有欠缺，應透過修正兩岸關係條例之規定內容的方式解決，以整合之；而不適合在許可辦法中增加兩岸關係條例所無之得撤銷或廢止許可之事由。

三、未經許可而入境的情形

入境應經許可者，其入境如未經入境或居留許可在先，治安機關得逕行強制驅離，此為自明的規定。這泛指偷渡及持用偽造或變造之入境許可入境的情形。對此，上引兩岸關係條例第十八條第一項第一款規定，「未經許可入境」而進入臺灣地區之大陸地區人民，除所涉案件已進入司法程序者，應先經司法機關之同意外，得逕行強制出境。該款規定之文義本來可謂明確，並不含混。

強制出境處理辦法第二條規定：「在臺灣地區限制或禁止水域內，查獲未經許可入境之大陸地區人民、香港或澳門居民，治安機關得逕行強制驅離。」第三條規定：「在機場、港口查獲未經許可入境之大陸地區人民、香港或澳門居民，治安機關得責由原搭乘航空器、船舶之機（船）長或其所屬之代理人，安排當日或最近班次遣送離境。」歸納之，該二條規定，在臺灣地區限制或禁止水域內，或在機場、港口查獲未經許可入境之大陸地區人民、香港或澳門居民，得逕行強制驅離，或安排當日或最近班次遣送離境。至此，強制出境處理辦法上開就未經許可而入境情形之規定，尚維持在正軌上。

惟強制出境處理辦法第四條第一項規定，「未依前二條

規定強制驅離或遣送離境者，治安機關於查無犯罪事實後，檢附相關案卷資料，移請內政部入出國及移民署（以下簡稱入出國及移民署）收容或強制出境。」該項於查無犯罪事實後，還在強制出境之前，加上移請入出國及移民署收容之規定，則已逸出正軌。

然未經許可而入境的態樣，是否含雖經許可而入境，但其據以申請入境許可之原因事實或原因證件不實或被疑為不實的情形，尚有疑問。兩岸關係條例施行細則第十五條，將持偽造、變造之護照、旅行證或其他相類之證書、有事實足認係通謀虛偽結婚經撤銷或廢止其許可或以其他非法之方法入境者，包括在兩岸關係條例第十八條第一項第一款所定未經許可入境者之內。「持偽造、變造之護照、旅行證或其他相類之證書」入境者，其入境固未經許可，但「有事實足認係通謀虛偽結婚經撤銷或廢止其許可者」，其入境則有經許可。只是後來其許可，經入出國及移民署以「有事實足認係通謀虛偽結婚」為理由，撤銷或廢止而已。在這種情形，其入境許可得撤銷或僅得廢止，在法制規劃上，值得檢討。然兩岸關係條例施行細則第十五條顯然採得撤銷的觀點，並以此為基礎，在撤銷原則上有溯及效力的認識下，規定「有事實足認係通謀虛偽結婚經撤銷或廢止其許可者」，屬於兩岸關係條例第十八條第一項第一款所定未經許可入境的態樣之一。問題是：一方面入境時是否有經許可的狀態事實，能否以法定之撤銷的溯及效力予以否認，另一方面，事後檢察署或法院如認定，入出國及移民署所稱「有事實足認係通謀虛偽結婚」的情事並不實在時，是否應回復該經撤銷之入境許可的效力？如採肯定的見解，其入境是否又變成自始有經許可？由此可見，兩岸關係條例施行細則第十五條關於將「有事實足認係通謀虛偽結婚經撤銷或廢止其許可」的情形，規定為未經許

可入境的態樣之一，顯然過度。如果只從廢止入境許可出發，在不影響其原來之法律狀態的前提下，就入境或居留而論，入出國及移民署事後之廢止入境或居留處分，不論是否不近人情，在法制上比較不生矛盾。然其廢止之結果，極其量仍應僅限於強制出境，而不適合規定在其出境前，得「暫予收容」。蓋來者是客，待客之道，固可下逐客令，但如無刑事羈押原因，不得私設刑堂，將客人關起來！

此外，在施行細則之訂定的授權究竟授權了什麼？亦是法制上的重要問題。按其授權既是為施行之目的，則其授權事項應限於與施行程序有關的事項。至於與母法所定人民權利或義務有關之實體事項的規定，並不在授權範圍內。施行細則中如有關於人民權利或義務，或與其母法中之實體規定相關之行政解釋的規定，該規定之法律地位應屬於未經授權而訂定之行政規則。其效力與其他行政規則並無差異。在此意義下，兩岸關係條例施行細則第十五條僅係一種行政規則。所以其訂定沒有授權的問題，而只有其訂定之實體規定有無牴觸母法之規定的問題。此外，行政規則之規定內容尚必須僅是細節性或技術性之規定。否則，以行政規則替代須經立法機關授權始得訂定之法規命令規範實體事項，仍有母法規定不明確或子法牴觸法律保留原則的違憲問題。

另在規範規劃上，首先關於構成要件事實的規定，要避免利用該當事實之擬制的方法，例如廢止入境許可已能達到相同之規範目的時，就不要將有廢止事由之入境許可，擬制為自始未經許可入境，以避免關於事實之認定，養成公權力機關，以公權力指鹿為馬之不妥當的習慣。另關於法律效力的連結，要選擇對於受規範者干預最小的經濟手段。例如廢止行政處分已能達到相同目的時，就不要

規定為得撤銷，以避免不必要的限制人民之自由，或浪費國家及受規範者之經濟資源。

其實，在兩岸關係條例施行細則第十五條規定的情形，廢止系爭入境許可處分，已可達到得強制出境之目的。蓋廢止後，已可適用同條例第十八條第一項第二款，以居留期限已經過期為理由，強制出境，不需要透過同條例施行細則第十五條所定法律事實之擬制，以求得適用同條例第十八條第一項第一款之可能性。此外，削足適履，將同條例施行細則第十五條規定之情形，定性為同條例第十八條第一項第一款所定「未經許可入境」之情形，還可能連結到其他以同條例第十八條第一項第一款之違反為要件的規定。例如許可辦法第十九條第三項第一款規定：「有……本條例第十八條第一項第一款情形者，其不予許可期間為二年至五年。」

四、經許可並已入境的情形

入境者，如有入境或居留許可在先，且在其入境或居留許可之有效期間內，則應先撤銷或廢止其入境或居留許可，始得強制出境。在規範規劃上，兩岸關係條例第十八條第一項顯然略過入境或居留許可之撤銷或廢止的前置處分。

兩岸關係條例第十八條第一項第一款及第二款所定情形，固無還在有效期間內之入境或居留許可，尚待撤銷或廢止，但在第三款至第五款所定情形，則可能有。本條雖省略先撤銷或廢止其入境或居留許可，而後始得強制出境的規定，但該條第一項各款規定之情形，除第二款所定及該項未規定之偷渡入境情形外，其餘各款規定之情形，均具有入境或居留許可之撤銷或廢止事由的意義。在此理解下，解釋上應認為：該強制出境之處分內含有入境或居留許可之撤銷或廢止的處分。

有疑問者為：既已入境，其入境許可是否不適合撤銷，而只宜廢止？對於已入境者，規定入出國及移民署就入境或居留許可，得選擇性的為撤銷或廢止，並不合適。對於已入境者，應規定僅得為廢止，比較合適，以留下適合案情之迴旋餘地。

按撤銷或廢止之法律效力不同，如果其事由相同，而規定在個別案件，該管行政機關得依其裁量，將一個行政處分撤銷或廢止。這樣的規定是否妥當？有謂在有撤銷或廢止事由時，該管行政機關就是否撤銷或廢止，本有裁量權，所以在有同一事由時，自始規定該管行政機關得在撤銷或廢止，或不為撤銷或廢止之範圍間為裁量，並無裁量權過大的問題。然鑑於一個法律行為或行政處分有瑕疵時，究竟應自始無效，或由表意人，亦即原處分機關撤銷或廢止，屬於根本不同之法律效力的連結，應由立法機關以法律定之。此參諸民法第七十一條規定，「法律行為，違反強制或禁止之規定者，無效。但其規定並不以之為無效者，不在此限。」以及民法第七十六條以下關於有瑕疵之意思表示的效力規定，亦顯示其法律效力因與人民之權利義務有關，皆應以法律明確定之，以符法律保留（中央法規標準法第五條第二款）及法律明確性原則之要求。要之，不適合對同一要件，籠統連結得撤銷或廢止之法律效力，而應將該上位的要件進一步分類，以劃分為撤銷事由或廢止事由，而後分別連結得撤銷或廢止之法律效力。

五、入境後之面談與婚姻之保障

按婚姻保障之首要在不得強制夫妻分隔兩地。而兩岸關係條例及其相關規定，就兩岸人民間之婚姻，除沒有以其有婚姻關係為基礎，隨即給予永久居留權外，並在兩岸關係條例第十條之一規定，「大陸地區人民申請進入臺灣地區團聚、居留或定居者，應接受面談、按捺指紋並建檔管

理之；未接受面談、按捺指紋者，不予許可其團聚、居留或定居之申請。其管理辦法，由主管機關定之。」關於不予許可其團聚、居留或定居之申請的事由，該條僅規定「未接受面談、按捺指紋」二個事由。依該條之授權訂定之大陸地區人民申請進入臺灣地區面談管理辦法（下稱面談管理辦法）第十四條規定：「大陸地區人民有下列情形之一者，其申請案不予許可；已許可者，應撤銷或廢止其許可：一、無正當理由拒絕接受或未通過面談。二、申請人、依親對象無同居之事實或說詞有重大瑕疵。三、面談時發現疑似有串證之虞，不聽制止。四、無積極事證足認其婚姻為真實。五、經查有影響國家安全、社會安定之虞。」第十五條規定「大陸地區人民抵達機場、港口或已入境，經通知面談，有前條各款情形之一者，其許可應予撤銷或廢止，並註銷其入出境許可證件。」兩相比較，面談管理辦法所定之不予許可其團聚、居留或定居之申請的事由，或撤銷或廢止其許可的事由顯然多於其授權規定：兩岸關係條例第十條之一。面談管理辦法第十四條第一款後段所定未通過面談及第二款至第四款之事由，如要成其為應予撤銷或廢止其許可之事由，應規定於兩岸關係條例第十八條第一項，而不適合超過同條例第十條之一的授權範圍，規定於經其授權訂定之面談管理辦法中。

由於兩岸關係條例施行細則第十五條規定，「本條例第十八條第一項第一款所定未經許可入境者，包括持偽造、變造之護照、旅行證或其他相類之證書、有事實足認係通謀虛偽結婚經撤銷或廢止其許可或以其他非法之方法入境者在內。」使在面談時，經認定有面談管理辦法第十四條各款情形之一者，不論其入境已有多久，只要面談不通過，入出國及移民署即應撤銷或廢止其入境許可，並註銷其入出境許可證件。當其入境許可被撤銷，便從撤銷之溯

及效力的觀點，認定為該當於「本條例第十八條第一項第一款所定未經許可入境者」的要件。從而依本條例第十八條第一項第一款，除其所涉案件已進入司法程序，應先經司法機關之同意者外，治安機關得逕行強制出境。同條第三項甚至規定，「第一項大陸地區人民，於強制出境前，得暫予收容，並得令其從事勞務。」

九十三年二月二日訂定發布之面談管理辦法第十條第三款（相當於九十八年八月二十日修正發布之同辦法第十四條第二款）：「大陸地區人民有下列情形之一者，其申請案不予許可；已許可者，應撤銷或廢止其許可：……二、申請人、依親對象無同居之事實或說詞有重大瑕疵。……」按配偶雖有同居義務（民法第一千零一條），但除有不能同居之正當理由，得拒絕同居外，縱使當事人之一方於結婚時不能人道而不能治者，他方亦僅得在知悉其不能治之時起三年內向法院請求撤銷之（民法第九百九十五條）。所以，縱無同居之事實，亦必須經撤銷婚姻或訴請離婚，始能消滅該婚姻關係。至於主張系爭婚姻有無效原因者，鑑於婚姻大事，除雙方對於其無效皆無異議者外，應由當事人以確認之訴，釐清其疑義。至於第三人，即使在通謀而為虛偽意思表示的情形，依民法第八十七條第一項，第三人得主張者，僅為表意人與相對人不得以其無效，對抗善意第三人。是故，面談管理辦法以「申請人、依親對象無同居之事實」為得撤銷或廢止其許可的事由，與民法關於婚姻之效力的規定，顯不相符。至於以「說詞有重大瑕疵」為理由，否認婚姻關係之真正，更是遠遠超出親屬法關於婚姻之規定。

面談所涉許可事項含團聚、居留或定居之申請，以及入境許可。然「實施面談人員由入出國及移民署指定人員擔任，以二人一組為原則，其中一人應為委任四職等以上

人員。但指定薦任六職等以上人員者，得僅由一人實施」（同辦法第十二條第一項）。其權責機關的組織及人員之規定，顯然不夠慎重。是故，當事涉婚姻之真假，在已入境的情形，縱使懷疑其申請入境許可之原因事實或原因證件有不實的情形，為保障事實上可能存在之婚姻，其原因事實或證件縱有不實之疑問，最後仍應由法院循正當法律程序認定其真假，以定其法律效力。

貳、關於暫予收容事由及其態樣之構成要件的規範依據

關於得暫予收容，雖有兩岸關係條例第十八條第三項規定：「第一項大陸地區人民，於強制出境前，得暫予收容，並得令其從事勞務。」但該條例就得暫予收容之事由為何，並無明文規定。而在同條第七項規定：「第一項之強制出境處理辦法及第三項收容處所之設置及管理辦法，由內政部擬訂，報請行政院核定之。」依該項及香港澳門關係條例第十四條第四項，內政部訂定大陸地區人民及香港澳門居民強制出境處理辦法（下稱強制出境處理辦法）（本辦法第一條）。

而後才在八十八年十月二十七日訂定發布之強制出境處理辦法第五條規定：「強制出境前，有下列情形之一者，得暫予收容：一、前條第二項各款所定情形。二、因天災或航空器、船舶故障，不能依規定強制出境者。三、得逕行強制出境之大陸地區人民、香港或澳門居民，無大陸地區、香港、澳門或第三國家旅行證件者。四、其他因故不能立即強制出境者。」該條第一款所定情形為：「前項大陸地區人民、香港或澳門居民，有下列各款情事之一者，得由其本人及在臺灣地區設有戶籍之親屬共立切結書，於其原因消失後強制出境：一、懷胎五月以上或生產、流產後二月未滿者。二、罹患疾病而強制其出境有生命危險之虞者。」

該條後來於九十九年三月二十四日修正刪除第一款，並移列為同辦法第六條規定：「執行大陸地區人民、香港或澳門居民

強制出境前，有下列情形之一者，得暫予收容：一、因天災或航空器、船舶故障，不能依規定強制出境。二、得逕行強制出境之大陸地區人民、香港或澳門居民，無大陸地區、香港、澳門或第三國家旅行證件。三、其他因故不能立即強制出境。」此為對受強制出境處分者之得暫予收容事由的規定。

按強制出境處分，以使受處分人出境，而非以將其收容於一定處所，剝奪其人身自由為目的。所以，一個人受強制出境處分，並非其應受暫予收容處分之充分條件。在兩岸關係條例第十八條所定情形，雖有強制出境之必要，但在強制出境前不必然即有暫予收容之必要。蓋基於無居留權者無入境或居留的權利，而對其為強制出境之處分時，其執行應以儘速使其出境為執行目標。所以，除非有不能即時強制其出境的情事，不得以任何理由對其為收容之處分。否則，其收容即與強制出境之處分互相矛盾。如因受強制出境之處分者無旅費、無出境所必要之證件或其他個人因素，以致不能儘速使其出境，還應考量有無比收容緩和之方法，可確保在預定期間內強制其出境。而非只要得強制出境，即得暫予收容，以防止收容之濫用，發生不必要之暫予收容。這與一個人縱使犯罪嫌疑重大，亦非即得予以羈押的道理，是相同的。

為暫予收容之處分，尚應以法律規定「得暫予收容之事由」。如無法律，或經法律明確授權之法規命令，就得暫予收容之事由，加以明確規定，則關於限制或剝奪人身自由之暫予收容的實體要件規定，即與法律要件明確性之要求不符。

其疑問為：兩岸關係條例第十八條第七項之授權，是否含關於暫予收容事由之規定。此為法律保留原則之遵守的問題。另鑑於暫予收容有類似於羈押之限制人身自由的結果，所以該辦法第六條關於「其他因故不能立即強制出境」之收容事由的概括規定，猶如就羈押事由為概括規定，有關於人身自由之限制或剝奪的要件規定，是否因過度概括，而不夠明確，違反法

律明確性原則的問題。本號解釋明確宣告，前開暫予收容事由之規定，「未經法律明確授權，違反法律保留原則，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿二年時失其效力。」其意義為：關於涉及人民基本權利之實體事項，非經法律授權，不得以行政命令定之。如有此種違反情形，在法規的層次，該行政命令即已違反法律保留原則。此外，在實務的層次，因未經明確授權而訂定之行政命令，不具法規命令之效力。所以如有以之為依據之行政處分，該行政處分亦牴觸憲法第二十三條所定之法律保留原則：基本權利只能以法律限制之。

此外，大陸地區人民及香港澳門居民收容處所設置及管理辦法第五條規定：「依兩岸條例第十八條第三項及港澳條例第十四條第二項得暫予收容之大陸地區人民及香港澳門居民有下列情形之一者，得暫不予收容：一、心神喪失或罹患疾病，因收容將影響其治療或有危害其生命之虞。二、懷胎五個月以上或生產、流產未滿二個月。三、罹患傳染病防治法第三條所定傳染病且有引起群聚感染之虞。四、衰老或身心障礙致不能自理生活（第一項）。受收容人有前項各款情形之一者，得由其本人及其在臺灣地區設有戶籍之親屬、慈善團體或經入出國及移民署同意之人士共立切結書，暫時停止收容（第二項）。前項受收容人暫時停止收容之原因消滅後，除已辦妥出境手續者外，得再暫予收容（第三項）。」由上開關於得暫不予收容的規定，可見並非無替代暫予收容之確保強制出境處分之執行的方法。此外，兩岸關係條例第十八條未將責付、具保或限制居住與收容併列為確保強制遣返之可能的替代措施，以致主管機關在具體情形，雖然責付、具保或限制居住亦能替代收容，確保強制遣返之可能時，亦可能輕易而為暫予收容之處分。如有對於受強制出境之處分者權益損害較少之替代方法，而選擇對其權益損害較大之暫予收容的方法（行政程序法第七條第二款參照），其選擇即與憲法第二十三條所定之比例原則不符。

參、關於正當法律程序原則及法官保留原則之適用

由行政機關決定收容屬於行政收容。其事由雖與刑事羈押不同，但其對於被收容人之人身自由的拘束並無差異。是故，就行政收容，被收容人還是應有憲法第八條關於正當法律程序及法官保留原則之適用。

不同者為：強制出境處分的部分，因為具有非國民在邊境之入出境日常管制的性質，所以針對個案，其行政編制的層級及組織之人數不可能太高。然即使如此，仍應保留在受處分人聲明不符時之即時的行政救濟程序，不可墨守一般行政之常規，循一般之訴願或行政訴訟的程序處理。此外，當其涉及暫予收容之人身自由的直接限制時，更應按法官保留原則之精神，規劃合適於邊關入出境管理之作業需要的規定：縱使認為行政收容不須先經法院裁定，但只要被收容人對於暫予收容之處分表示不服，即至遲應在二十四小時內移送該管法院審問（憲法第八條第二項）。惟鑑於如有強制出境處理辦法第六條第一、二款所定因天災或航空器、船舶故障，不能依規定強制出境；或因得逕行強制出境之大陸地區人民、香港或澳門居民，無大陸地區、香港、澳門或第三國家旅行證件，以致事實上不能執行強制出境之處分，則縱使規定應在收容前，一概移送法院審理，可能也於事無補。是故，可規定有該二款事由之情形時，得暫不依職權移送法院審理。然在收容經過通常該二款規定之障礙事由可能消滅之期間時，入出國及移民署仍應依職權移送法院審理，以裁定是否准予收容，以防止因行政懈怠，不必要的延長收容期間。

要之，在受處分人聲明不服時，即應於二十四小時內；在其未聲明不服時，相關法律應規定，在經過法定之一定期間時，應依職權，移送法院審理，是否准許暫予收容，以避免因被收容人怯於聲請移送，而發生不必要之收容的情事。此外，關於暫予收容，猶如刑事羈押，應有最長期限的限制。而收容

處所設置及管理辦法第四條第三項卻規定：「第一項之收容以六十日為限；必要時，得延長至遣送出境為止。」該項沒有最長期間之限制。此外，關於暫予收容期間，以收容處所設置及管理辦法加以規定，亦與前述關於暫予收容事由，以強制出境處理辦法加以規定一樣，有未經法律明確授權，違反法律保留原則的情形。對此，本號解釋以該收容期間未設期間限制，宣告其與憲法第二十三條所定比例原則有違。

就此，本號解釋雖解釋因上開規定之欠缺，兩岸關係條例第十八條第一項有違憲法正當法律程序原則；另「於因執行遣送所需合理作業期間內之暫時收容部分，未予受暫時收容人即時之司法救濟；於逾越前開暫時收容期間之收容部分，未由法院審查決定，均有違憲法正當法律程序原則，不符憲法第八條保障人身自由之意旨。又同條例關於暫予收容未設期間限制，有導致受收容人身體自由遭受過度剝奪之虞，與憲法第二十三條比例原則有違，亦有違憲法第八條保障人身自由之意旨。」但其解釋內容，一方面未明確指出「應予受暫時收容人即時之司法救濟」的內容所指為何，以及關於「執行遣送所需合理作業期間」的論述，可能引起收容期間長短之合理性的爭議，以致不能有效避過爭議，規定在一定期間經過時，即應將暫予收容案件，導入法官保留原則之適用的正軌。

按法官保留原則之適用，在制度上為適合不同類型之應強制出境者的人身保障需要，並節省行政及司法資源，在實質上不減損對於人身自由之保障力度的前提下，可將法官保留原則之適用規劃為：因聲請而被動移送，以及因法定期間經過而應依職權主動移送該管法院審問。憲法第八條明文規定，受主動之法官保留原則適用的刑事拘禁，其拘禁人身自由之機關，至遲應於二十四小時內移送該管法院審問。其餘情形，雖應依該條之規範意旨，給予實質上同等之法官保留的憲法保障，但其保障機制，仍不妨針對個別類型之保障需要，規劃為因聲請而

為移送之被動的法官保留，但仍應輔以因法定期間經過而依職權移送之主動的法官保留。收容之合理法定期間的規定具有雙重意義：(1)規定限制自由之合理上限，超出該期限，收容機關應主動移送法院裁定得否繼續收容。(2)該合理期間之規定不排除被收容人在被收容之始，即得聲請移送法院裁定得否暫予收容，以及收容機關應努力儘速遣返。

肆、原因案件相關事實之發展經過

時　　間	事　　由
92.03.15	在大陸結婚。
92.05.23	以依親居留名義申請來臺。
92.11.23	離境回大陸。
93.02	以依親居留名義申請來臺。
94.02.16	因從事違法打工而遭強制出境。
95.03.26	以依親居留名義申請來臺，並於居留期滿離境。
96.05	再以依親居留名義申請來臺，雖經獲准入境。
96.09.17	通知經面談，認其與其夫有之說詞有重大瑕疵而對其為強制出境之處分，暫予收容，並以其涉犯偽造文書罪嫌。
96.11.29	將其移送高雄地檢署偵辦，並經高雄地檢署於同日責付於高雄縣專勤隊。
97.01.07	高雄地檢署為不起訴處分。
97.01.14	通知高雄縣專勤隊。
97.01.21	始將其強制出境。

伍、原因案件之發展經過所顯示關於強制出境及收容的問題

原因案件之發展經過顯示：自96.05間至96.09.17經過約四個月，始通知聲請人面談，並以其在面談中之說詞有重大瑕疵為理由，對其為強制出境及暫予收容之處分。收容後，至96.11.29高雄地檢署始將聲請人責付於高雄縣專勤隊。由此可推知，至該日，高雄縣專勤隊始將聲請人移送高雄地檢署偵辦其關於結婚之偽造文書罪。距其被收容日起算，已過74日。在這

74日間，既不遣返，亦不移送偵辦，其收容之目的為何？自96.11.29至97.01.07高雄地檢署為不起訴處分時止，又經過40天。這40天形同羈押。有相當於羈押事由之得予收容的事由嗎？自97.01.07不起訴處分後，至通知高雄縣專勤隊又經7天；自高雄縣專勤隊受通知後，至97.01.21將聲請人強制出境，又經過7天。另既以通謀虛偽意思表示而結婚為理由，撤銷其入境許可，並為強制出境及暫予收容之處分，則在經高雄地檢署為不起訴處分後，該強制出境之處分當因原因事實消滅，而應依職權撤銷（行政程序法第一百十七條：違法行政處分於法定救濟期間經過後，原處分機關得依職權為全部或一部之撤銷；其上級機關，亦得為之。），然為何還予執行強制出境之處分？另縱然還是要執行強制出境處分，自受不起訴處分之通知後，何以還需要7天的作業時間，始能為強制出境處分之執行？

回想司法院釋字第677號解釋：「監獄行刑法第八十三條第一項關於執行期滿者，應於其刑期終了之次日午前釋放之規定部分，使受刑人於刑期執行期滿後，未經法定程序仍受拘禁，侵害其人身自由，有違正當法律程序，且所採取限制受刑人身體自由之手段亦非必要，牴觸憲法第八條及第二十三條之規定，與本解釋意旨不符部分，應自中華民國九十九年六月一日起失其效力。有關機關應儘速依本解釋意旨，就受刑人釋放事宜予以妥善規範。相關規定修正前，受刑人應於其刑期終了當日之午前釋放。」在該號解釋中所斤斤力爭者為：受刑人十二小時之自由。而在上述聲請案之事實的發展經過呈現者是：由於暫予收容制度及其執行的偏差，使疑似利用假結婚入境之聲請人，冤受數月與羈押無異的牢獄之災。由於行政實務上沒有呈現，儘可能快執行強制出境處分之努力。所以，為減少類似於聲請案之不必要收容的發生，相關機關應儘速修正在本件解釋中經宣告為違憲的法令。切莫等到本號解釋公布之日起二年期限屆滿時，方始匆匆修正。

部分協同、部分不同意見書　　大法官　葉百修

本院接連於釋字第七０八號、第七０九號及本件解釋闡釋憲法上正當法律程序原則之意涵與其範圍，卻未有一貫之見解與解釋方法，尤其是本件解釋與釋字第七０八號解釋所涉及之憲法權利保障類型與爭議幾乎相同，均涉及憲法上人身自由之保障，僅因規範之對象為「大陸地區人民」及「外國人」之不同，而有不同論斷。然而，本件解釋多數意見既然沿襲釋字第七０八解釋之意旨，對於憲法第八條第一項保障之人身自由，對於國家剝奪或限制「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，尚應踐行必要之司法程序或其他正當法律程序，而「人民」身體自由之保障，亦包括憲法第十條保障之「人民」有選擇其居住處所，營私人生活不受干預，以及依個人意願自由遷徙或旅居各地之權利，其所稱「人民」，即已包括外國人及大陸地區人民。

於此基礎上，本件解釋與釋字第七０八號解釋本應有相同之保障範圍，然而本件解釋多數意見改變釋字第七０八號解釋之適用，限縮中華民國九十二年十月二十九日修正公布之臺灣地區與大陸地區人民關係條例（下稱「兩岸關係條例」）第十八條第一項規定（下稱「逕行強制出境規定」）所為對經合法許可入境之大陸地區人民予以逕行強制出境，所應適用之正當法律程序之內涵，以及同條第二項規定（下稱「暫予收容規定」）於強制出境前暫予收容之事由，逕由八十八年十月二十七日訂定發布之大陸地區人民及香港澳門居民強制出境處理辦法第五條加以規範，放寬憲法上法律保留原則之適用範圍與標準，非但與本院歷來有關正當法律程序原則及法律保留原則之解釋意旨嚴重背離，更加可能斲傷本院長期辛苦建立的法治國原則，爰提出部分協同、部分不同意見如后。

一、多數意見對於憲法人身自由保障與法官保留原則之適用略而不談

本件解釋顯然涉及憲法保障人身自由之限制或剝奪，依據本院歷來解釋所確立之原則，應採法官保留原則，本席業已於

本院釋字第七０八號解釋中，針對外國人收容之案件，以協同意見書表示此看法（註一）。本件解釋多數意見完全忽視此要求與本院歷來解釋之意旨，僅以正當法律程序作為本件解釋之審查原則，對於聲請人聲請本院解釋憲法之此部分關於有無適用法官保留原則之主張與論據，絲毫沒有論及，故意略而不談，對於本件解釋之理由，顯有不足。

二、多數意見於本件解釋所詮釋之正當法律程序，與釋字第七０八號解釋前後不一

本件解釋多數意見所確立之正當法律程序之內涵，本應與釋字第七０八號解釋所確立之內涵保持一致。本席業已於釋字第七０八號解釋所提出之協同意見書表達相關看法（註二）。有關暫予收容之處分，釋字第七０八號解釋固然認為尚無須經由法院為之，然而這種行政處分作成前之正當法律程序，本院既於釋字第七０九號解釋，以「除應規定主管機關應設置公平、專業及多元之適當組織以行審議外，並應按主管機關之審查事項、處分之內容與效力、權利限制程度等之不同，規定應踐行之正當行政程序，包括應規定確保利害關係人知悉相關資訊之可能性，及許其適時向主管機關以言詞或書面陳述意見，以主張或維護其權利。……並應規定由主管機關以公開方式舉辦聽證，使利害關係人得到場以言詞為意見之陳述及論辯後，斟酌全部聽證紀錄，說明採納及不採納之理由作成核定，始無違於憲法保障人民財產權及居住自由之意旨。」釋字第七０八號解釋於涉及人民財產權及居住自由，尚且有如此嚴謹之正當法律程序原則之適用，本件解釋多數意見於涉及「行使憲法所保障其他自由權利之前提」之人身自由保障，卻僅以逕行強制規定「未明定治安機關應給予申辯之機會」為由，即認與憲法上正當法律程序原則有違，兩相比較下，人身自由所謂行使憲法所保障其他自由權利之前提之重要性，豈非淪為空談？況該規定於九十八年七月一日修正公布兩岸關係條例第十八條第二

項之規定時，尚增訂內政部入出國及移民署於強制經合法許可入境之大陸地區人民出境前，「得召開審查會，並給予當事人陳述意見之機會」，本件解釋多數意見立於解釋憲法之高度，豈可僅止於「得」字與「應」字間一字之差而自滿？又豈能於現行法律規範尚可召開審查會並給予當事人陳述意見之機會，卻退縮至「應給予申辯之機會」，而大幅限縮正當法律程序適用於「經合法許可入境之大陸地區人民」之人身自由保障範圍？

三、正當法律程序所謂「正當」，有逐案判斷之必要

憲法上正當法律程序之適用，其所需踐行之內涵，如何構成所謂「正當」，應視個案情形而加以認定；於涉及人民受逕行強制出境處分後之正當法律程序原則之適用，則涉及國家安全或社會秩序與人身自由或其他憲法權利保障兩者間之利益衡量。因此，假設：

（一）自始非法入境或持有入境許可而事後遭撤銷者

自始非法入境（例如偷渡）或持有入境許可而事後遭撤銷者，不問其事後撤銷之原因為何，均因為欠缺信賴保護，而基於國家安全或社會秩序之考量，此時因事涉急迫，且危害國家安全或社會秩序之危險可能性較高，與對於此種情形下大陸地區人民之人身自由保障間兩相權衡，有關機關得逕行強制驅逐出境，尚無須踐行相關正當法律程序。為此種可能性之舉證，仍應視個案加以判斷，換言之，若上開情形有需要特別保護人身自由之必要，例如兒童或者尋求庇護者（註三），則應給予正當法律程序原則之保障。

（二）持有合法入境許可而事後遭廢止者

持有合法入境許可而事後遭廢止，由於當事人已具有合法在臺灣地區居住遷徙之權利，則不問其合法入境許可遭廢止之事由為何，其居住遷徙之自由應同等受憲法之保

障，參照本院釋字第七０八號解釋之意旨，則逕行強制出境規定未對此情形之大陸地區人民給予有效的權利保護，與憲法保障人民居住遷徙自由與正當法律程序之意旨即有不符。此時，對於持有合法入境許可而事後遭廢止者，其人身自由之限制或剝奪，則應踐行相關之正當法律程序。

四、僅以暫予收容作為防止脫逃之唯一手段，不符比例原則

系爭規定採用於強制出境前，得予以暫予收容作為確保強制出境之必要手段，然僅以暫予收容為防止待強制出境之人脫逃之唯一手段，而未設有其他侵害較小之手段，例如第三人書面保證、責付、繳交保證金或限制住居等，與憲法比例原則之意旨不符。

五、收容事由應屬絕對法律保留事項

本件解釋多數意見最值得重視的論點，則在於變更本院歷來解釋就法律保留原則於人身自由保障之適用。關於暫予收容規定，兩岸關係條例僅以「前項大陸地區人民，於強制出境前，得暫予收容，……。」而上開大陸地區人民及香港澳門居民強制出境處理辦法第五條逕行規定得暫予收容之事由，多數意見既然承認暫予收容屬對人民身體自由之剝奪，其事由卻可由法律直接規定或法律具體明確授權之命令定之，而對法律保留原則於人身自由之保障，放寬其適用標準，本席深感憂慮。

按本院於釋字第四四三號解釋理由書所謂「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：關於人民身體之自由，憲法第八條規定即較為詳盡，其中內容屬於憲法保留之事項者，縱令立法機關，亦不得制定法律加以限制（參照本院釋字第三九二號解釋理由書），而憲法第七條、第九條至第十八條、第二十一條及第二十二條之各種自由及權利，則於符合憲法第二十三條之條件下，得以法律限制之。至何種事項應以法律直接規範或得委由命令予以規定，與

所謂規範密度有關，應視規範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重而容許合理之差異：諸如剝奪人民生命或限制人民身體自由者，必須遵守罪刑法定主義，以制定法律之方式為之；涉及人民其他自由權利之限制者，亦應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則；若僅屬與執行法律之細節性、技術性次要事項，則得由主管機關發布命令為必要之規範，雖因而對人民產生不便或輕微影響，尚非憲法所不許。」是採用層級化之法律保留體系，已為本院歷來解釋之一貫見解。因此，對於剝奪人民生命或限制人民身體自由，所採取者係嚴格法律保留，尤以涉及刑事處罰，自然有罪刑法定主義之適用，而於單純剝奪或限制人民身體自由者，其仍應以制定法律之方式為之。由於本院歷來解釋對於憲法上人身自由保障之重視，一方面於形式上以絕對法律保留原則加以確保，另一方面，則透過正當法律程序原則於法律實體規範上加以保障，此兩項保障方式互為唇齒，一旦於形式上放寬，唇亡則齒寒，絕對法律保留原則一旦退守，則正當法律程序將無落實之可能。

本件解釋多數意見間接援引本院釋字第五二二號解釋，認「刑罰法規關係人民生命、自由及財產權益至鉅，自應依循罪刑法定主義，以制定法律之方式為之，如法律授權主管機關發布命令為補充規定時，須自授權之法律規定中得預見其行為之可罰，方符刑罰明確性原則。」然釋字第五二二號解釋之適用，係以刑事法規之處罰，其中不見得全然涉及人民生命、身體自由之保障，故而有可能於涉及人身自由以外之其他自由權或財產權為內容之處罰時，於原則上適用罪刑法定主義，應以制定法律之方式為之外，對於相關「補充規定」，方可由法律授權主管機關發布命令，且須自授權之法律規定中得預見其行為之可罰，方符刑罰明確性原則。亦即，於可由法律授權主管機關發布命令之情形，方有法律「本身」授權是否明確的問

題，此係法律明確性問題，而非涉及授權明確性問題。授權明確性原則之適用，僅於相對法律保留原則之適用情形下，始有討論的空間，於絕對法律保留事項，則遑論授權與否及是否明確之問題。

關於憲法上人身自由之保障，本院歷來解釋均認為應採絕對法律保留原則之適用，例如本院釋字第五五九號解釋即已明確闡釋：「基於法治國家之基本原則，凡涉及人身自由之限制事項，應以法律定之；涉及財產權者，則得依其限制之程度，以法律或法律明確授權之命令予以規範。惟法律本身若已就人身之處置為明文之規定者，應非不得以法律具體明確之授權委由主管機關執行之。至主管機關依法律概括授權所發布之命令若僅屬細節性、技術性之次要事項者，並非法所不許。」換言之，除非法律本身已有明文規定，而於此明文規定之「補充規定」，始得由法律以具體明確之授權委由主管機關執行之。然本件解釋多數意見就暫予收容事由規定，卻以釋字第五五九號解釋認可由法律具體明確授權之命令為之，其中不察，實為差之毫釐、失之千里。因此，縱然多數意見認兩岸關係條例中暫予收容事由規定，因「其文義過於寬泛，未能顯示應限於非暫予收容顯難強制出境者，始得暫予收容之意旨」，顯未就其收容事由應明確由法律明文定之而認暫予收容事由規定違憲，巧妙地解釋因「法律規定不夠明確」，而可能導致主管機關於大陸地區人民及香港澳門居民強制出境處理辦法第五條逕行規定得暫予收容之情形；然而，假如暫予收容事由屬絕對法律保留事項，則有何「委由治安機關自行裁量」，或者「未明確授權主管機關」以上開辦法補充規定得暫予收容事由之可能性？換言之，本件解釋多數意見認暫予收容事由規定牴觸法律明確性原則、上開辦法違反法律保留原則，然而上開辦法違反法律保留原則，是因為兩岸關係條例第十八條第六項對於上開辦法之授權不夠明確，導致其逾越該條例之授權範圍而牴觸法律保

留，而不是因為暫予收容事由規定牴觸法律保留原則，而導致上開辦法牴觸法律保留原則而違憲。

本件解釋多數意見對於收容事由之規範，輕易將其於法律規範中剔除，容忍可由具有明確授權之行政命令為之，無疑是法治國原則的倒退，甚至棄守。本席期期不以為然，爰提出部分協同及部分不同意見如上。

註一：參見本院釋字第七０八號解釋，本席提出之協同意見書。

註二：同上註。

註三：參見本院釋字第七０九號解釋，本席提出之協同意見書，註二。

部分協同暨部分不同意見書　　大法官　陳春生

本號解釋就臺灣地區與大陸地區人民關係條例（下稱兩岸關係條例）第十八條第一項有關大陸地區人民有各款列舉事由得強制出境之規定，未予其申辯之機會即得逕行強制出境部分，違反正當法律程序原則而侵害其憲法保障之遷徙自由；同條第二項關於大陸地區人民受強制出境處分者，於強制出境前得暫予收容，其文義過於寬泛，未能顯示應限於非暫予收容顯難強制出境者，始得暫予收容之意旨，亦未明定暫予收容之事由，有違法律明確性原則；以及大陸地區人民及香港澳門居民強制出境處理辦法（下稱強制出境處理辦法）第五條規定對大陸地區人民強制出境前，得暫予收容之事由，違反法律保留原則等意旨，本席敬表同意。惟本號解釋，仍如同釋字第七０八號解釋，使用「合理作業期間」一語，作為拘束受強制出境者人身自由之依據，本席無法贊同；另外本號解釋有關兩岸關係條例施行細則第十五條及大陸地區人民申請進入臺灣地區面談管理辦法第十條第三款並未違反法律明確性原則之見解，本席亦不表贊同。以下謹述個人部分協同與部分不同意見。

壹、部分協同意見

關於大陸地區人民自由、權利之保障與限制

首須探討者為：1、在中華民國憲法秩序下，大陸地區人民在我國法上定性為何？即大陸地區人民是否為外國人？或本國人？2、其入我國境內後，所受保護之自由、權利與外國人及臺灣地區人民有何異同？3、本案關於人身自由與遷徙自由之限制，是否應比照本國人或外國人？其所受正當法律程序之保障是否比照本國人民，還是基於憲法增修條文第十一條規定，因此可為特別限制？說明如下：

一、大陸地區人民之法地位較為特殊

大陸地區人民依憲法增修條文既非外國人、又非本國人（不具中華民國國籍）、亦非無國籍人，故其自由權利之保障與限制，無法立即與本國人或外國人一概而論。

二、大陸地區人民其自由、權利之保障與限制之法源不清楚

依本院釋字第七０八號解釋關於外國人收容事件之解釋，本院明白指出，人身自由為普世價值，亦適用於外國人。此見解亦應同樣適用於大陸地區人民？或者對於大陸地區人民之自由權利保障，直接援引中華民國憲法及增修條文規定即可，而與中華民國人民基本權利保障，同樣適用？本號解釋中並未明確言及。亦即，本號解釋對於大陸地區人民人身自由與遷徙自由保障之法源，究竟係基於釋字七０八號解釋意旨之人身自由為普世價值，既適用於外國人，亦適用於大陸地區人民。抑或基於國家統一前之中華民國憲法及增修條文，而當然直接適用於大陸地區人民？並不清楚。

進一步言之，本號解釋理由書指出，兩岸關係條例第十條第一項規定之大陸地區人民非經主管機關許可，不得進入臺灣之規定，推導出在兩岸分治之現況下，大陸地區人民入境臺灣地區之自由「受有限制」，而非如釋字第七０八號解釋指出，外國人無自由進入我國之權利。此明顯區隔大陸地區人民與外國人入境我國之自由權利本質之不

同。但是本號解釋理由書中關於大陸地區人民合法入境臺灣地區者，其遷徙自由受保障，以及強制經許可合法入境之大陸地區人民出境，應踐行相應之正當程序之意旨，卻是援引「參酌」聯合國公民與政治權利國際公約與歐洲人權公約之相關規定為依據，而非我國憲法及本院相關解釋之意旨，如釋字第七０九號解釋有關正當行政程序等之論述。故其法源是否直接來自中華民國憲法，或我國憲法未規定而補充適用外國公約，並不清楚。

三、對大陸地區人民其自由、權利保障與限制之立法並非毫無界限

從中華民國憲法增修條文及兩岸關係條例之立法目的探究，增修條文第十一條之特別規定，即「自由地區與大陸地區間人民權利義務關係及其他事務之處理，得以法律為特別之規定。」則兩岸關係條例係國家統一前規範臺灣地區與大陸地區間人民權利義務之特別立法。本院釋字第六一八號解釋就兩岸關係條例第二十一條第一項前段關於大陸地區人民非在臺灣地區設有戶籍滿十年，不得擔任公務人員部分，指出該規定之目的合理正當，因其乃鑒於「兩岸目前仍處於分治與對立之狀態，且政治、經濟與社會等體制具有重大之本質差異，為確保臺灣地區安全、民眾福祉暨維護自由民主之憲政秩序，所為之特別規定」所致。從此一解釋意旨，可見立法者關於兩岸關係，特別是對大陸地區人民自由、權利之限制與保障，有相當大之立法裁量權限。

本席認為，在中華民國憲法秩序下，對大陸地區人民之權利保護範圍與程度未必一定是比外國人寬或嚴，其委諸立法者於不同領域為適當之規範，例如人身自由、財產權及其他權利保護。但同時，立法者之立法考量也並非毫無限制，仍須受憲法及增修條文相關規定之制約。因為即

使是修憲，仍有其界限（本院釋字第四九九號解釋（註一）參照），更何況立法或修法。

貳、部分不同意見

本號解釋仍援用本院釋字第七０八號解釋「合理作業期間」之商榷

一、本號解釋不應繼續援用釋字第七０八號解釋所創造之「合理作業期間」用語

如同本席於該號解釋意見書中所述，釋字第七０八號解釋於外國人收容制度中創設「合理作業期間」，此乃不必要與不妥當之舉（註二）。因釋字第七０八號解釋即使不創造「合理作業期間」之名詞，同樣可以達到該號解釋之意旨與目的，為何要創造一個憲法上所無，且賦予立法者可以正當化限制或剝奪人身自由依據之合理作業期間之工具？至為不妥。

二、本號解釋與釋字第七０八號解釋，其各該系爭規定規範之構造與解釋客體不同

比較入出國及移民法與兩岸關係條例，關於暫予收容的事由，入出國及移民法第三十八條第一項列舉四種情形非予收容，顯難強制驅逐出國者（註三）。而現行強制出境處理辦法第六條規定得暫予收容事由如下：「因天災或航空器、船舶故障，不能依規定強制出境」、「得逕行強制出境之大陸地區人民、香港或澳門居民，無大陸地區、香港、澳門或第三國家旅行證件」、「其他因故不能立即強制出境」等三個事由，其中「其他因故不能立即強制出境」又是概括規定。雖然有上開強制出境處理辦法第六條規定，其收容的事由，卻無類似入出國及移民法的「非予收容，顯難強制驅逐出國」之規定（註四）。而同辦法第六條「其他因故不能立即強制出境」之規定，等於賦予主管機關相當大的裁量權限，且非規定於形式之法律，亦不妥當。

三、前已述及，大陸地區人民與外國人於中華民國憲法秩序下之法地位並不相同，於本號解釋更無必要繼續援用釋字第七０八號解釋所創「合理作業期間」之解釋工具。

四、如果自釋字第七０八號解釋後，本院仍持續強調如十五日之合理作業期間，則將來憲法第八條有關人身自由之保障，立法者是否可能逃避憲法第八條第二項明文規定拘束人身自由二十四小時之限制，而援引釋字第七０八號解釋，行使十五日之合理作業期間的立法權限？若容許立法者有此一權限，則很令人擔心將來「十五日之合理作業期間」實質上變成憲法第八條第一項之不成文規定，則大法官實質上已是憲法第八條之修憲者。

參、結語

大陸地區人民之法地位與其自由、權利之保障與限制之法源問題，值得學界與實務界再予深化探討。

本院今後應揚棄本號解釋所援用之來自釋字第七０八號解釋「合理作業期間」概念，以及諸如「十五日」合理作業期間用語，以避免大法官成為憲法第八條之修憲者。

註一：本院釋字第四九九號解釋文：「國民大會為憲法所設置之機關，其具有之職權亦為憲法所賦予，基於修憲職權所制定之憲法增修條文與未經修改之憲法條文雖處於同等位階，惟憲法中具有本質之重要性而為規範秩序存立之基礎者，如聽任修改條文予以變更，則憲法整體規範秩序將形同破毀，該修改之條文即失其應有之正當性。憲法條文中，諸如：第一條所樹立之民主共和國原則、第二條國民主權原則、第二章保障人民權利、以及有關權力分立與制衡之原則，具有本質之重要性，亦為憲法整體基本原則之所在。基於前述規定所形成之自由民主憲政秩序，乃現行憲法賴以存立之基礎，凡憲法設置之機關均有遵守之義務。」

註二：本院釋字第七０八號解釋，陳春生，部分協同部分不同意見

書參照。

註三：即：「驅逐出國處分或限令七日內出國仍未離境」、「未經許可入國」、「逾期停留、居留」、「受外國政府通緝」。

註四：兩岸關係條例第十八條修正草案目前已增列「非予收容顯難強制出境者」，但尚未立法通過前，「其他因故不能立即強制出境」是指在什麼樣的情況下，會暫予收容？仍不清楚。

部分協同部分不同意見書　　大法官　陳碧玉

本件聲請人為大陸地區女子，於中華民國九十二年三月十五日與臺灣地區人民結婚，先後於九十二年五月、九十三年二月、九十五年三月、九十六年五月，以依親居留名義來臺住居。九十六年九月十七日入出國及移民署高雄縣專勤隊與聲請人夫妻面談，因認說詞有重大瑕疵，於同日為「廢止」聲請人入境許可、強制出境及收容處分，並以聲請人涉有刑法偽造文書罪嫌，移送臺灣高雄地方法院檢察署偵辦，經該署於九十七年一月七日為不起訴處分，聲請人仍續被收容，至同年月二十一日以未經合法入境為由，依行為時臺灣地區與大陸地區人民關係條例（下稱兩岸關係條例）第十八條第一項第一款規定予以強制出境，總計收容日數一百二十六日。聲請人於九十七年十二月十六日再次以依親居留名義入境，並訴請國家賠償，經判決敗訴確定，認行為時兩岸關係條例第十八條第一項第一款、第二項，兩岸關係條例施行細則（下稱施行細則）第十五條，大陸地區人民申請進入臺灣地區面談管理辦法（下稱面談管理辦法）第十條、第十一條，大陸地區人民及香港澳門居民強制出境處理辦法（下稱強制出境處理辦法）第五條，違反憲法第二十三條規定，聲請解釋。

本案多數意見認兩岸關係條例第十八條第一項對經許可合法入境之大陸地區人民，除因危害國家安全或社會秩序而須為急速處分者外，未予申辯機會，即得逕行強制出境，同條第二項未能顯示應限於非暫予收容顯難強制出境者，始得暫予收容之意旨，又未規定

暫予收容之事由，對於受暫時收容人，於遣送所需合理作業期間內，未予即時司法救濟，於逾越合理作業期間，未由法院審查決定，未設期間限制，違反正當法律程序原則、法律明確性原則、比例原則；強制出境處理辦法第五條未經法律明確授權，違反法律保留原則等部分，本席敬表同意。惟對於多數意見認施行細則第十五條關於「有事實足認係通謀虛偽結婚經撤銷或廢止許可者」，屬「未經許可入境者」部分，未逾越兩岸關係條例第十八條第一項第一款規定，與法律保留原則尚無違背，歉難贊同，爰提此意見書。

一、對於經許可入境之大陸地區人民為強制出境處分，應有兩岸關係條例第十八條第一項所列具體事由。為強制出境處分時，是否踐行相應之法律程序，則因事由之不同及有無急速處分之必要而異，以保障經許可合法入境之大陸地區人民之遷徙自由權

在兩岸分治之現況下，依據憲法增修條文第十一條、兩岸關係條例第十條第一項規定，大陸地區人民非經主管機關許可，不得進入臺灣地區。經許可合法入境之大陸地區人民之居住、遷徙及人身自由，同受憲法保障，其限制應以法律或法律明確授權之命令規定具體事由及因事由之不同所應遵行之相應法律程序（註一）。多數意見認對於合法入境者，依據兩岸關係條例第十八條第一項明定之事由為強制出境處分時，除因危害國家安全或社會秩序須為急速處分者外，均應遵行正當法律程序。依此見解，適用上開規定列舉之第二款至第五款事由之大陸地區人民，因形式上已經主管機關許可，且合法入境，強制其出境，應踐行相應之正當程序，給予答辯機會，以符憲法第二十三條規定。至於適用第一款「未經許可入境」之事由者，因多數意見認此款規定僅適用於以自始非法之方法入境者，則是否給予答辯之機會，應以其形式上是否合法入境而定。至何謂「形式上合法入境」，詳述於後。

二、兩岸關係條例第十八條第一項第一款「未經許可入境」，係指「以自始非法之方法」入境臺灣地區者而言，則對於以團聚、

居留、定居申請入境之大陸地區人民，應限於未通過第一次之面談者，以確保其及依親對象之婚姻家庭權

婚姻與家庭為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障（本院釋字第三六二號、第五五二號、第五五四號解釋參照）。多數意見認兩岸關係條例第十八條第一項第一款「未經許可入境」，指「以自始非法之方法入境臺灣地區」，排除非自始以非法方法入境臺灣地區者，得適用此款規定為強制出境處分。

兩岸關係條例第十條之一規定：「大陸地區人民申請進入臺灣地區團聚、居留或定居者，應接受面談、……。」以依親為由所為團聚、居留或定居申請入境之大陸地區人民，除須取得入境許可外，並須通過面談。面談管理辦法第五條、第六條規定，面談分境外面談、國境面談與入境後之二次面談，若未通過境外面談，自不准許入境，並無強制出境問題。若未通過入境後之二次面談，因形式上已合法入境，亦非屬未經許可入境者，而無本款規定之適用。對於未通過國境面談者，是否有本款規定之適用，有探討之必要。

按兩岸關係條例第十七條第一項、第三項、第五項，大陸地區人民進入臺灣地區許可辦法第二十條第一項第一款第二目，大陸地區人民在臺灣地區依親居留長期居留或定居許可辦法（下稱居留許可辦法）第三十六條規定，大陸地區人民聲請入境經許可者，得在臺依親居留，每次不得逾六個月；依親居留滿四年，且每年合法居留逾一百八十三日者，可聲請長期居留；長期居留連續二年，且每年合法居留逾一百八十三日者，得申請定居，並聲請戶籍登記。是，聲請長期居留、定居之大陸地區人民乃已分別在臺灣地區合法居留逾四年、六年，在臺灣地區有配偶、親屬或子女，為有居留權之人，多次入出臺灣地區，於再度入境之國境面談未通過時，即難謂其為以自始非法方法入境者。至於在依法得申請長期居留、定居以前之非第一次入境臺灣地區之依親居留者，因法律規定於住滿六個月

前，即應出境才得再以同一事由申請入境，參酌與其是否得為長期居留、定居之申請之在臺居留期間之計算，採實際在臺住居時間併計之規定，則在其為辦理再度入境手續而未在臺期間，雖不能計算在臺住居之期間，然其依親居留之法律關係並不中斷，為在臺灣地區有居留權之人，縱其於再度入境之國境面談未獲通過，如非屬未通過第一次之國境面談者，亦難謂為自始以非法方法入境者，當無本款「未經許可入境」規定之適用。

三、涉及人身自由之暫予收容構成要件規定，應合乎法律保留原則

暫予收容，剝奪人民身體自由，其構成要件，諸如必要性與具體事由，應以法律或法律具體明確授權之命令定之，始符合法律保留原則。查主管機關依兩岸關係條例第十八條第六項規定之授權，於強制出境處理辦法第五條規定暫予收容之事由，除列舉因天災、船舶故障、無大陸地區、香港、澳門或第三國之旅行證件而不能立即強制出境等具體事由外，並於第四款為「其他因故不能立即強制出境」之概括規定，致使暫予收容之適用範圍過於廣泛，被暫予收容人欠缺預見可能性，有違法律保留原則。

四、施行細則第十五條關於有事實足認係通謀虛偽結婚經撤銷或廢止其許可者，為兩岸關係條例第十八條第一項第一款所指之「未經許可入境者」部分，違反法律保留原則

施行細則第十五條規定兩岸關係條例第十八條第一項第一款「未經許可入境者」，包括持偽造、變造之護照、旅行證或其他相類之證書、有事實足認係通謀虛偽結婚經撤銷或廢止其許可，或以其他非法之方法入境者（註二）在內。準此，「未經許可入境者」，即為「以非法之方法入境者」，而不含括以形式上合法之方法入境者。按入境為事實行為，合法入境(lawfully within the territory)，指於證件合法有效期間內，持該證件進入國境者言，因此未持證件之偷渡者或持偽造、變造之假證件入

境者，於入境當時既無合法證件，欠缺形式上合法性，為以非法之方法入境者，多數意見認其不受正當法律程序之保障，應無爭執。至於入境事實發生時，持有合法有效證件，而後經查明該合法證件之核發處分有應撤銷或廢止之情事，而經撤銷或廢止處分時，因其於入境時，係持形式上合法入境之證件，一旦有入境之事實行為，即不得認係以非法之方法入境，而得以本款規定作為強制出境之事由（註三）。施行細則第十五條規定既在闡明「未經許可入境」之涵義，其規定內容不得與母法之意旨不符（註四）。蓋許可入境之處分縱因撤銷而溯及失其效力，不得因此變更該大陸地區人民於入境當時，是以形式上合法方法入境之事實，況原則上並無溯及失效（註五）之廢止處分。

多數意見認施行細則第十五條關於有事實足認係通謀虛偽結婚經撤銷或廢止其許可者，乃指主管機關對於「持合法證件入境」之大陸地區人民，因入境後之查證，有事實足認該人民與依親對象間自始即為通謀虛偽結婚，而將其一時未查核發之入境許可撤銷或廢止之情形。然既持主管機關核發之形式上有效證件入境，自非未經許可入境者。上開以持主管機關核發之許可證件合法入境之大陸地區人民，經撤銷或廢止許可處分，即為未經許可入境者之規定，與兩岸關係條例第十八條第一項第一款意旨不符，違反法律保留原則。至於經撤銷或廢止入境許可後，該大陸地區人民是否屬同條項第二款規定之「經許可入境，已逾停留、居留期限者」而得令其強制出境，乃另一問題。

五、對於具有居留權之大陸地區人民為強制出境處分，應踐行之正當法律程序

多數意見認依兩岸關係條例第十八條第一項規定，對於經許可合法入境之大陸地區人民為強制出境處分時，除有危害國家安全或社會秩序而須為急速處分之情形者外，治安機關應給

予申辯之機會，以符憲法正當法律程序原則。而對於有居留權之大陸地區人民為強制出境處分，是否應由審查會審查部分，未論。

入出國及移民法第三十六條第二項規定：入出國及移民署依前項規定強制驅逐已取得居留、永久居留許可之外國人出國前，除經當事人以書面聲明放棄陳述意見或自願出國、經法院於裁判時併宣告驅逐出境、依其他法律應限令出國或有危害我國利益、公共安全、公共秩序、從事恐怖活動之虞，且情況急迫應即時處分等情形外，應組成審查會審查之，並給予當事人陳述意見之機會（註六）。此對於有居留權之外國人強制驅逐出國執行前之前置審查階段規定，在於保障其等之居留權益（註七），則對於已取得依親居留、長期居留、定居之大陸地區人民婚姻家庭權之維護，亦應由公正獨立之審查會為之。

六、身分關係爭議之認定為法院之職權；因定居而為戶籍登記之大陸地區人民，為中華民國國民，其於境內之居住與遷徙自由，為憲法所保障，主管機關不得驅逐國民出境

兩岸關係條例第五十二條、第五十三條、第五十七條規定，結婚之方式及其他要件，依行為地法。夫妻之一方為臺灣地區人民，一方為大陸地區人民者，其結婚或離婚之效力，依臺灣地區之法律。其與子女間之法律關係，依子女設籍地區之規定。民法第八十七條、第九百八十二條、第一千零六十一條規定，通謀虛偽意思表示者，其意思表示無效。結婚應以書面為之，有二人以上證人之簽名，並應由雙方當事人向戶政機關為結婚之登記。婚生子女者，謂由婚姻關係受胎而生之子女。夫妻婚姻關係是否自始不存在，所生子女是否為婚生子女，此身分關係之認定為法院之職權。

居留許可辦法第三十六條規定，大陸地區人民經許可定居者，持憑證至現住地之戶政事務所辦理戶籍登記，戶籍法第一條、第九條、第十五條第一項第三款、第五十七條規定，中華

民國人民依本法規定為戶籍登記。結婚，應為結婚登記。大陸地區人民，經核准定居者，應為初設戶籍登記，並申領中華民國國民身分證。

兩岸關係條例第十七條第七項規定，大陸地區人民為臺灣地區人民配偶，經許可依親居留、長期居留或定居，有事實足認係通謀而為虛偽結婚者，撤銷其依親居留、長期居留、定居許可及戶籍登記，並強制出境。固賦予主管機關於遵行正當法律程序，對於有事實足認係通謀而為虛偽結婚之大陸地區人士為撤銷其居留許可，並為強制出境處分。然此攸關夫妻及其所生子女身分之法律關係，其爭議之最終決定權為司法機關。又因定居而為戶籍登記之大陸地區人民，由主管機關核發中華民國國民身分證（註八），由外交部依其申請憑國民身分證核發中華民國護照（註九），為中華民國國民。既為設有戶籍之中華民國國民，其於境內之居住與遷徙自由，當為憲法所保障，主管機關不得將之強制出境（註十）。

七、結語

兩岸雖在分治狀態，然強制出境及暫予收容之處分，攸關經許可合法入境大陸地區人民之居住、遷徙、人身自由暨婚姻家庭等基本人權之保障。相關法令仍應回歸規範該事項之本旨。

註一：參照本院釋字第四四三號解釋理由書：「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：關於人民身體之自由，憲法第八條規定即較為詳盡，其中內容屬於憲法保留之事項者，縱令立法機關，亦不得制定法律加以限制（參照本院釋字第三九二號解釋理由書），而憲法第七條、第九條至第十八條、第二十一條及第二十二條之各種自由及權利，則於符合憲法第二十三條之條件下，得以法律限制之。至何種事項應以法律直接規範或得委由命令

予以規定，與所謂規範密度有關，應視規範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重而容許合理之差異：諸如剝奪人民生命或限制人民身體自由者，必須遵守罪刑法定主義，以制定法律之方式為之；涉及人民其他自由權利之限制者，亦應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則；若僅屬與執行法律之細節性、技術性次要事項，則得由主管機關發布命令為必要之規範，雖因而對人民產生不便或輕微影響，尚非憲法所不許。」

註二：依行政院大陸委員會於 102 年 5 月 23 日之函覆，「其他以非法入境者」，實務上仍以偷渡犯最為常見。

註三：行政院大陸委員會於本院 102 年 5 月 3 日舉行之說明會提出之資料指出，該會於 101 年擬具之兩岸關係條例第十八條第一項第二款，增訂因撤銷、廢止停留、居留、定居之大陸地區人民，內政部得強制出境，並於同法條第二項增訂於強制是類人士出境前，內政部應召開審查會，並給予陳述意見之機會。換言之，此類人士並非屬同條項第一款之未經許可入境者。

註四：參照本院釋字第四五六號解釋理由書：「依憲法第二十三條規定限制人民之自由權利，應以法律定之，且不得逾越必要之程度。法律概括授權行政機關訂定施行細則者，該管行政機關於符合立法意旨且未逾越母法規定之限度內，得就執行法律有關之細節性、技術性事項，以施行細則定之。惟其內容不得牴觸母法或對人民之自由權利增加法律所無之限制。」本院釋字第三六七號解釋理由書：「有關人民自由權利之限制應以法律定之且不得逾越必要之程度，憲法第二十三條定有明文。但法律之內容不能鉅細靡遺，立法機關自得授權行政機關發布命令為補充規定。如法律之授權涉及限制人民自由權利者，其授權之目的、範圍及內容符合具體明確

之條件時，亦為憲法之所許。本院釋字第三四五號解釋認稅捐稽徵法第二十四條第三項及關稅法第二十五條之一第三項授權訂立之限制欠稅人及欠稅營利事業負責人出境實施辦法與憲法尚無牴觸，釋字第三四六號解釋認國民教育法第十六條第一項第三款及財政收支劃分法第十八條第一項，關於徵收教育捐之授權規定係屬合憲，均係本此意旨。若法律僅概括授權行政機關訂定施行細則者，該管行政機關於符合立法意旨且未逾越母法規定之限度內，自亦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，惟其內容不能牴觸母法或對人民之自由權利增加法律所無之限制，行政機關在施行細則之外，為執行法律依職權發布之命令，尤應遵守上述原則。本院釋字第二六八號、第二七四號、第三一三號及第三六０號解釋分別闡釋甚明。」

註五：參照行政程序法第 125 條規定：「合法行政處分經廢止後，自廢止時或自廢止機關所指定之較後之日時起，失其效力。但受益人未履行負擔致行政處分受廢止者，得溯及既往失其效力。」

註六：該條文修正理由謂參照公民與政治權利國際公約第十三條規定：「本公約締約國境內合法居留之外國人，非經依法判定，不得驅逐出境，且除事關國家安全必須急速處分者外，應准其提出不服驅逐出境之理由，及聲請主管當局或主管當局特別指定之人員予以覆判，並為此目的委託代理人到場申訴」所修訂。

註七：同註三。

註八：參照戶籍法第五十一條第一項規定：「國民身分證用以辨識個人身分，其效用及於全國。」第五十七條第一項規定：「有戶籍國民年滿十四歲者，應申請初領國民身分證，未滿十四歲者，得申請發給。」

註九：參照護照條例第一條規定：「中華民國護照之申請、核發及

管理，依本條例辦理。本條例未規定者，適用其他法律之規定。」第九條規定：「普通護照之適用對象為具有中華民國國籍者。但具有大陸地區人民、香港居民、澳門居民身分或持有大陸地區所發護照者，非經主管機關許可，不適用之。」

註十：參照入出國及移民法第五條第一項本文規定：「居住臺灣地區設有戶籍國民入出國，不須申請許可。」；第十五條第一項規定：「臺灣地區無戶籍國民未經許可入國，或經許可入國已逾停留、居留或限令出國之期限者，入出國及移民署得逕行強制其出國，並得限制再入國。」第三十六條第一項明定對於「外國人」入出國及移民署得強制驅逐其出國。因此，強制出境之對象不及於有戶籍之中華民國國民。

See ECHR, Protocol 4, §3

1.No one shall be expelled, by means either of an individual or of a collective measure, from the territory of the State of which he is a national.

2.No one shall be deprived of the right to enter the territory of the State of which he is a national.

部分協同部分不同意見書　　大法官　羅昌發

兩岸分治現況下，對大陸地區人民強制出境、收容、面談等措施，涉及憲法增修條文對大陸地區人民之定位、大陸地區人民在憲法下所應享之人身自由保護、大陸地區人民與臺灣地區配偶之團聚與夫妻之隱私及尊嚴等問題，本號解釋有其重要性。多數意見雖對於大陸地區人民所應享之居住遷徙自由、人身自由及正當法律程序等基本權利，已有相當之釐清；惟本席認為，多數意見對大陸地區人民基本權利保護之宣示，尚有未周。

就強制大陸地區人民出境部分，多數意見認於強制經許可合法入境之大陸地區人民出境前，應給予申辯機會，本席敬表同意；惟

多數意見未要求在尚未完成初步救濟前應停止執行強制出境處分，本席認為與國際人權條約所要求之標準，尚有距離。

就收容大陸地區人民部分，多數意見認為暫予收容之事由應以法律直接規定或以法律明確授權之命令定之。本席認為，收容事由應採國會保留，而非得以法律授權之命令規定之事項。另多數意見賦予立法者裁量權，以決定執行遣送所需合理作業期間以暫時收容，而主管機關僅於受收容人表示不服或要求法院審查時，始應於二十四小時內移送法院，無須主動移送法院裁定是否收容，以致所謂「合理作業期間」長短實際上完全委諸主管機關決定。本席認為如此所形成之空白授權過於寬泛，有侵害大陸地區人民人身自由之重大疑慮。

就面談之部分，多數意見認為面談發現說詞重大瑕疵，係指有事實足認通謀虛偽結婚。本席認為，多數意見此項意見，將使侵害人權之面談方式正當化，對保障人民之婚姻、尊嚴與隱私，侵害甚大。爰提出本部分協同部分不同意見書。

壹、兩岸關係之憲法界定及大陸地區人民比照外國人之保障

一、大陸地區人民非外國人且非臺灣地區人民之特殊地位：我國憲法係基於固有疆域而制定。然兩岸分治之現況，使憲法及法律之適用，實際上無法及於大陸地區，而有對兩岸關係及相關事務另為法制上處理之必要。憲法增修條文（以下簡稱增修條文）即係為因應兩岸分治現況之需要，而增修憲法相關規定。增修條文第十一條規定：「自由地區與大陸地區間人民權利義務關係及其他事務之處理，得以法律為特別之規定。」在本條之下，為處理大陸地區人民之相關事務，自得以法律為有別於臺灣地區人民之規範。故在憲法與增修條文之架構下，大陸地區人民雖與擁有其他國籍之外國人不同，然其亦非屬得在我國法律下享受與臺灣地區人民完全相同待遇與保障之國民。是以其在憲法與法律上，與臺灣地區人民所得享有之待遇與保障，未必相同。例如臺灣地區人民享有

憲法第十條所保障之居住與遷徙之充分自由；然在增修條文第十一條及臺灣地區與大陸地區人民關係條例（下簡稱兩岸關係條例）之下，大陸地區人民在臺灣地區之居住（居留）與遷徙（入境）自由，則受相當的限制。

二、大陸地區人民在憲法上比照外國人之保護：為處理兩岸人民關係及其他相關事務，立法機關乃制定兩岸關係條例，以執行增修條文第十一條所授權並要求以「法律為特別之規定」之意旨。兩岸關係條例中對於大陸地區人民自由與權利所設之諸多限制，有增修條文為憲法之基礎；惟該等對大陸地區人民自由與權利之限制，仍應受憲法第二十三條必要要件之規範，自不待言。由於大陸地區人民在增修條文與兩岸關係條例之架構下，屬於境外人民，故在入出境事務層面，本質上較接近外國人；在憲法保障上，除符合憲法第二十三條之條件而有更進一步限制其基本權利之必要外，大陸地區人民原則上應享有不低於外國人之基本權利保障。

三、外國人及大陸地區人民之憲法上保障：憲法諸多基本權利之保障規定，並不限於我國人民。例如憲法第八條所規定人民身體之自由應予保障；除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁之規定；非由法院依法定程序，不得審問處罰；人民因犯罪嫌疑被逮捕拘禁時，至遲於二十四小時內移送該管法院審問等，均應適用於非我國主權所及之人民（包括外國人及增修條文所特別規定之大陸地區人民；本院釋字第七０八號解釋參照）。然憲法部分基本權利之條文，亦非完全適用於外國人。如後所述，基於國家主權，我國自得自行決定是否允許外國人進入國境；另由於增修條文之規定，大陸地區人民亦非當然得以自由進入臺灣地區境內。不過，一旦允許外國人及大陸地區人民進入國境，則在國境內之居住與遷徙自由，以及出境之自由，仍應受到相當的保障（詳後述）。

貳、有關大陸地區人民之居住與遷徙自由部分

一、大陸地區人民於臺灣地區無自由入境及居留之權：在國際法之下，國家基於主權，得決定是否允許外國人入境；換言之，外國人在未獲入境或居留許可之前，並無居住於或遷徙至我國之自由與權利。由於增修條文承認兩岸分治之架構及其所授權制定之兩岸關係條例第十條第一項所規定「大陸地區人民非經主管機關許可，不得進入臺灣地區」，大陸地區人民亦無自由入境我國臺灣地區之權利；其情形與外國人非經主管機關許可亦不得進入我國之情形類似。

二、大陸地區人民合法入境後有居住與遷徙之自由：

（一）本席曾於本院釋字第六九四號、第六九六號、第七０一號、第七０八號及第七０九號解釋所提出之意見書中多次闡述：我國已透過「公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法」，施行公民權利與政治權利國際公約(International Covenant on Civil and Political Rights；簡稱ICCPR)；雖該施行法在我國國內屬於法律位階，然在我國法律體系內納入並執行國際人權公約，亦可證明我國對於該等人權公約所承認之人權價值，有明確且直接之肯定。我國雖非前揭公約之參與國，故無法直接引用該人權公約作為憲法解釋之依據，然此並不影響該國際文件所承認之各項人權及價值之普世性質，以及其得以作為解釋我國憲法基本權利內涵之重要考量依據，使我國憲法及憲政思想，與國際人權趨勢，進行有效之對話，並強化對人民之基本權利保障。

（二）ICCPR第十二條第一項規定：「合法身處於一國領土內之每一個人，在該領土內有權享受遷徙自由與選擇住所之自由。」（註一）外國人及大陸地區人民獲得主管機關發給入境許可且已經入境者，自屬合法身處於我國領土及臺灣地區內之人；在ICCPR此條規定下，自應賦予在境

內居住與遷徙自由。由憲法而言，經合法入境之外國人及大陸地區人民，在我國境內，原則上應得享有憲法第十條所規定之居住及遷徙之自由。相關機關如擬將其強制出境，除有國家安全等必要情形外，自須遵守一定之正當法律程序。

三、對合法入境之大陸地區人民強制出境應遵守之正當法律程序：

（一）大陸地區人民因許可而合法入境，則其屬於「合法身處於」(lawfully within; lawfully in)臺灣地區之情形；在國際人權標準下，如擬強制其出境，須踐行一定之正當程序。在一國驅逐合法身處於該國境內之外國人時，國際公約對於正當法律程序有明確規範。ICCPR第十三條規定：「合法身處於本公約締約國領土內之外國人，僅得依照依法作出之決定始得被驅逐出境；且除有國家安全之重要原因外，應許其提出其不應遭驅逐出境之理由，並使其案件由主管機關或由主管機關特別指定之一人或數人為複審，且應使其得以委請代表進行複查程序。」（註二）另歐洲人權公約雖僅適用於歐洲，然其要求一國對外國人所應給予之待遇，對我國解釋憲法，亦有重要參考價值。該公約第七號議定書(Protocol 7)第1條規定：「合法居住於一國領域內之外國人，除非依據法律作成決定且被賦予行使下列權利，不得予以驅逐出境：a.使其得以提出其不應被驅逐出境之理由之機會；b.使其案件有被複審之機會；c.使其得以委託他人代理在主管機關或由主管機關指定之一人或數人為進行程序之權。」（註三）「國家於維護公共秩序所必要或基於國家安全之理由，得於外國人行使第1項第a款、第b款及第c款權利之前，將其驅逐出境。」（註四）綜合言之，一國如擬將合法身處於該國（亦即已經合法入境）之外國人驅逐出

境，基本上應符合四項要件，其一為驅逐出境必須依據法律作成決定；其二為於驅逐前，當事人應被允許提出不應被驅逐出國的理由之機會；其三為於驅逐前，該案應有受再次審查之機會；其四為該外國人有權被代表（包括由律師代理）進行相關之答辯與再次審查等程序。在有重要的國家安全理由之情形下，第二項至第四項之要件始能被排除。

（二）大陸人民雖非外國人，然如前所述，其在憲法上權利之保障，除有保護國家安全等必要而符合憲法第二十三條規定之情形外，不應低於外國人之保障。對國際人權標準就驅逐合法身處於國內之外國人，既要求符合四項條件；對於合法身處臺灣地區之大陸地區人民強制出境，自亦應符合此四項正當程序。

（三）中華民國九十二年十月二十九日修正公布之兩岸關係條例第十八條第一項規定：「進入臺灣地區之大陸地區人民，有下列情形之一者，治安機關得逕行強制出境。但其所涉案件已進入司法程序者，應先經司法機關之同意：一、未經許可入境者。二、經許可入境，已逾停留、居留期限者。三、從事與許可目的不符之活動或工作者。四、有事實足認為有犯罪行為者。五、有事實足認為有危害國家安全或社會安定之虞者。」多數意見認為，除因危害國家安全或社會秩序而須為急速處分以外之情形，該條於強制經許可合法入境之大陸地區人民出境前，並未明定治安機關應予申辯之機會，有違憲法上正當法律程序原則。關於此點，本席敬表同意。然多數意見並未要求強制合法入境之大陸地區人民出境所應遵守之其他正當法律程序（特別是在遣送之前應許其要求再次審查以及應使其得以委請律師進行法律程序等），本席認為有相當之缺憾。蓋大陸地區人民遭強制出境後，

人已不在境內，實際上不易再循一般行政救濟管道（訴願、行政訴訟）尋求救濟；縱使循此管道獲得救濟，亦為數月或數年之後之事，已經嚴重影響當事人原來合法活動之權益，甚至可能已拆散一樁婚姻或破壞一個家庭。國際人權公約要求一國在將外國人驅逐出境之前，使驅逐之案件均有受再次檢視之機會(to have case reviewed)，目的即在避免原來作成驅逐出境決定之官員武斷或濫權，且避免難以回復之損害發生。然在我國現行制度下，並無於實際執行驅逐之前，使案件均有受再次檢視之機會。訴願法第九十三條第二項雖有停止執行行政處分之規定，然其要件甚為嚴格。該條項規定：「原行政處分之合法性顯有疑義者，或原行政處分之執行將發生難以回復之損害，且有急迫情事，並非為維護重大公共利益所必要者，受理訴願機關或原行政處分機關得依職權或依申請，就原行政處分之全部或一部，停止執行。」其規定並無法滿足前述正當程序所要求在實際執行遣送之前均有使案件均受再次檢視之機會。立法者於修正相關規定時，實不應忽視此項國際人權標準所揭示之重要正當法律程序內涵；使合法入境之大陸地區人民在遭強制出境前，得以進行訴願程序，且在訴願決定前，均得依當事人之申請暫緩執行強制出境之決定；抑或以法律創設特殊之初步救濟程序，在執行強制出境之決定前，使當事人均得依申請而使該決定有受再次檢視之機會。

四、所謂「合法入境」(「合法身處於臺灣地區」）之大陸地區人民：

（一）前述ICCPR第十二條與第十三條所稱「合法身處於」(lawfully within; lawfully in)一國境內之概念與範圍，依聯合國人權委員會針對ICCPR所公布之第二十七號一般意

見(General Comment 27)所示，應由各國國內法定之。（註五）亦即一國立法者應有相當的立法裁量空間，以決定何種情形屬於合法身處於該國境內之情形。另針對ICCPR所公布之第十五號一般意見另規定：「一旦外國人被允許進入一國領域，渠等應得享有本公約所列之權利。」（註六）亦即，倘某外國人已經被允許進入一國領域，其應已經符合合法身處該國之要件。

（二）多數意見以大陸地區人民「形式上」經主管機關許可，且已合法入境臺灣地區，其遷徙自由原則上即應受憲法保障（見本號解釋理由書第二段）。其係以入境時形式上有無經主管機關許可進入臺灣地區，作為是否享有憲法遷徙自由保障之標準。亦即入境時形式上有獲入境許可，縱入境後該許可遭撤銷，其仍享有正當權利之保障。此項意旨對當事人保護較周，且較與第十五號一般意見所規定「一旦外國人被允許進入一國領域，渠等應得享有本公約所列之權利」之精神相符。本席敬表同意。

參、有關大陸地區人民之強制收容部分

一、強制收容事由之訂定應屬國會保留之事項：

（一）本件涉及強制收容大陸地區人民之條文有二：兩岸關係條例第十八條第二項規定：「前項大陸地區人民，於強制出境前，得暫予收容」。另八十八年十月二十七日訂定發布之大陸地區人民及香港澳門居民強制出境處理辦法（下稱強制出境辦法）第五條規定：「強制出境前，有下列情形之一者，得暫予收容：一、前條第二項各款所定情形。二、因天災或航空器、船舶故障，不能依規定強制出境者。三、得逕行強制出境之大陸地區人民、香港或澳門居民，無大陸地區、香港、澳門或第三國家旅行證件者。四、其他因故不能立即強制出境者。」（九十九

年三月二十四日修正發布移列為第六條：「執行大陸地區人民、香港或澳門居民強制出境前，有下列情形之一者，得暫予收容：一、因天災或航空器、船舶故障，不能依規定強制出境。二、得逕行強制出境之大陸地區人民、香港或澳門居民，無大陸地區、香港、澳門或第三國家旅行證件。三、其他因故不能立即強制出境。」）

（二）就兩岸關係條例第十八條第二項部分，多數意見認收容措施為對人民身體自由之剝奪，暫予收容之事由應以法律直接規定或以法律具體明確授權之命令定之（見本號解釋理由書第三段）。就強制出境辦法第五條（即修正後之現行第六條）部分，多數意見認為兩岸關係條例第十八條第六項僅授權主管機關內政部訂定強制出境辦法及收容處所之設置及管理辦法，而未明確授權主管機關以前揭強制出境辦法規定得暫予收容之事由，故牴觸法律保留原則（見本號解釋理由書第六段）。本席對多數意見認該等規定牴觸法律保留原則之結論，敬表同意。然暫予收容之事由，事關何種情形下大陸地區人民之人身自由將受剝奪，屬於極為重大之事項。多數意見認為得以法律明確授權之行政命令予以規範（廣義的法律保留），本席認有重大疑義，強制收容之事由實應採國會保留為是（狹義的法律保留）。

（三）蓋本院釋字第五五九號解釋針對涉及人身自由事項是否應有國會保留（亦即僅得以法律規定，而不得以法律授權之行政命令規定）之適用，曾揭示謂：「基於法治國家之基本原則，凡涉及人身自由之限制事項，應以法律定之；涉及財產權者，則得依其限制之程度，以法律或法律明確授權之命令予以規範。惟法律本身若已就人身之處置為明文之規定者，應非不得以法律具體明確之授權委由主管機關執行之。至主管機關依法律概括授權所發

布之命令若僅屬細節性、技術性之次要事項者，並非法所不許。」換言之，在涉及限制人身自由之事項，得以法律授權之行政命令定之者，僅有兩種情形：其一，僅係授權主管機關執行法律明文之處置規定者（但須有具體明確之法律授權）；其二，僅屬於細節性或技術性之次要事項者（此部分得以概括之方式授權）。由於收容本身為嚴重剝奪人身自由之國家行為，其在何種情形與條件下得以收容，絕非單純屬於執行法律所定處置規定之事項；且該等收容之事由，將決定大陸地區人民是否在一定期間內喪失人身自由，自更非細節性或技術性之次要事項。故收容之事由與條件，應無以法律授權行政機關以發布命令之方式訂定之餘地。本席對多數意見所認得以法律明確授權之行政命令，訂定收容之事由，未敢認同。

二、「合理遣送作業期間」之重大疑慮：

（一）本院釋字第七０八號解釋針對收容外國人以便遣送其出境之程序，曾創設十五日之遣送「合理作業期間」之概念（在此期間內，主管機關並不主動將收容案件移送法院裁定；但在該期間內，收容人仍得聲請法院審查收容之決定）（見該號解釋理由書第三段）。本席於該號解釋所提出之意見書表示「多數意見雖將此十五日期間定為將來為此修改法律時立法之『上限』；然本解釋不啻開立空白支票，使立法機關得以立法方式賦予行政機關自行決定限制外國人人身自由長達十五日之權，而無須由法院決定。多數意見雖以『暫時』收容稱之，然其限制人身自由之本質，與後續收容毫無不同，侵害外國人人身自由甚為嚴重。」「憲法解釋以行政部門之作業實務為基礎，而非要求作業實務必須以憲法保障人權之標準為基礎；此例一開，令人不安。」

（二）本號解釋多數意見不但並未放棄「合理遣送作業期間」之概念，甚至刻意不納入釋字第七０八號解釋所訂定之十五日上限（見本號解釋理由書第三段），完全任由立法者裁量該期間之長短。其不啻向立法者宣告，將來為遣送作業而暫時收容，得訂定較十五日更長之期間，由主管機關從容處理遣送作業，亦無須主動移由法院決定收容是否必要。其侵害受收容之大陸人民人身自由之疑慮，更甚於侵害受收容之外國人人身自由。本席對於合理作業期間內無須主動移送法院，以及所謂合理作業期間毫無時間上限之意見，實難同意。

肆、有關面談部分

一、以「說詞重大瑕疵」作為不予入境許可或撤銷許可理由之規定，欠缺法律明確授權：九十三年三月一日訂定發布之大陸地區人民申請進入臺灣地區面談管理辦法（下稱面談管理辦法）第十條第三款規定：「大陸地區人民接受面談，有下列情形之一者，其申請案不予許可；已許可者，應撤銷或廢止其許可：……三、經面談後，申請人、依親對象無同居之事實或說詞有重大瑕疵。」多數意見認為，說詞有重大瑕疵係指有事實足認申請人與依親對象間，自始即有兩岸關係條例第十七條第七項所規定通謀虛偽結婚而得撤銷居留許可並強制出境之情形而言（見本號解釋理由書第五段）。本席認為，「說詞有重大瑕疵」與有事實足認通謀虛偽結婚之間，並無絕對必然之關聯；面談時說詞發生重大瑕疵，可能受當事人教育程度、理解與表達能力、記憶、面談時緊張程度、面談官員問題之明確性及有無誤導性、面談官員之態度等影響甚大。法律邏輯及事理上，均甚難謂說詞之重大瑕疵即相當於兩岸關係條例所規定之通謀虛偽結婚而得撤銷居留許可及強制出境之情形；更甚難得出法律已經明確授權主管機關訂定面談管理辦法時，得以「說詞有重大瑕疵」作為認定受面談

人通謀虛偽結婚而強制出境之唯一理由。

二、以面談說詞之瑕疵作為不予入境許可或撤銷許可之理由，亦侵害夫妻與家庭之團聚權：兩岸關係條例第十七條第七項係以通謀虛偽結婚為得撤銷居留並強制出境之理由。然婚姻之是否合法締結及其有無通謀虛偽，對婚姻當事人係屬何等重大之事由，其認定過程自應極為審慎。面談僅為發現兩岸人民之婚姻是否為通謀虛偽結婚之輔助方式之一。說詞重大瑕疵，最多亦僅得作為認定通謀虛偽婚姻之輔助證據；法令上不應將其作為認定通謀虛偽結婚之唯一理由。否則合法結婚之兩岸夫妻因前述因素（如當事人教育程度、理解與表達能力等）導致說詞重大瑕疵，將無法團聚。該規定影響夫妻及家庭團聚之權甚為明確，且不符憲法第二十三條之必要原則。

三、以面談說詞瑕疵為由作為認定兩岸人民之婚姻是否為通謀虛偽結婚並得為強制出境之理由，亦造成執行官員侵害隱私與兩岸夫妻之尊嚴，且歧視兩岸婚姻：按面談所涉及的問題，多屬夫妻隱私部分；且對學歷低且表達能力不足者而言，為嚴酷的考驗；由於文化背景差異，亦可能產生扭捏或難以啟齒之情形，並可能因而導致被認定說詞有重大瑕疵。由於發現說詞瑕疵成為認定婚姻是否通謀虛偽之唯一或關鍵因素，執行者所提之問題即有可能極盡侵害尊嚴與隱私之能事。此規定，基本上係以懷疑及預設兩岸婚姻多為通謀虛偽為前提；屬於對兩岸婚姻的系統性歧視。本席認為，多數意見以面談說詞重大瑕疵係指有事實足認申請人與依親對象自始即為通謀虛偽結婚而言之意見，將使面談侵害人權之作為正當化，對保障兩岸人民之婚姻、尊嚴與隱私權侵害甚大。多數意見未能將「說詞重大瑕疵」作為不予入境許可或撤銷許可理由之規定宣告違憲，本席無法認同。

註一：“Everyone lawfully within the territory of a State shall, within

that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence."

註二："An alien lawfully in the territory of a State Party to the present Covenant may be expelled therefrom only in pursuance of a decision reached in accordance with law and shall, except where compelling reasons of national security otherwise require, be allowed to submit the reasons against his expulsion and to have his case reviewed by, and be represented for the purpose before, the competent authority or a person or persons especially designated by the competent authority."

註三："An alien lawfully resident in the territory of a State shall not be expelled therefrom except in pursuance of a decision reached in accordance with law and shall be allowed: a. to submit reasons against his expulsion, b. to have his case reviewed, and c. to be represented for these purposes before the competent authority or a person or persons designated by that authority."

註四："An alien may be expelled before the exercise of his rights under paragraph 1.a, b and c of this Article, when such expulsion is necessary in the interests of public order or is grounded on reasons of national security."

註五："The question whether an alien is "lawfully" within the territory of a State is a matter governed by domestic law."

註六："…once aliens are allowed to enter the territory of a State party they are entitled to the rights set out in the Covenant."

部分不同意見書　　大法官　李震山

本件解釋宣告臺灣地區與大陸地區人民關係條例第十八條第一項、第二項，以及大陸地區人民及香港澳門居民強制出境處理辦法第五條規定之部分內容，分別違反法律明確性原則、法律保留原

則、正當法律程序原則，以及比例原則，從而侵害憲法所保障之人身自由及居住遷徙自由而違憲，本席敬表同意。至於本件解釋仍賡續本院釋字第七０八號解釋為暫時收容而採「合理作業期間」制度，就此部分，礙難贊同。乃一本前於釋字第六九０號、第七０八號解釋意見書中的初衷與信念，不憚辭費再提本意見書，以策來茲。

壹、本件解釋與本院釋字第七０八號解釋為暫時收容所設「合理作業期間」，同中有異

本件解釋就主管機關執行強制出境處分而需採暫予收容措施者，其有關人身自由保障之理論依據，大致上係依循本院釋字第七０八號解釋之思維模式。首先，兩號解釋之對象同屬不具中華民國國籍之人，雖一為外國人，另一為大陸人民，然皆援引憲法第八條第四項之規定，作為不具刑事被告或犯罪嫌疑人身分，於不服暫予收容措施時之司法即時救濟依據，即：「人民遭受任何機關非法逮捕拘禁時，其本人或他人得向法院聲請追究，法院不得拒絕，並應於二十四小時內向逮捕拘禁之機關追究，依法處理。」其次，於受收容人有不服或要求由法院審查決定是否收容之表示前，皆設「合理遣返作業期間」，作為暫時阻絕「法院介入審查」的「時間防火牆」機制。雖然，多數意見「將錯就錯」地再度肯認，行政機關有權得不經法院許可而長時間剝奪非刑事被告之人身自由。

前揭兩號解釋有關「合理作業期間」內容上之主要差別在於，前者由釋憲者親自定有十五天的暫時收容期間上限，後者則改採尊重立法形成權，由國會斟酌實際需要以法律決定暫時收容期間，違憲審查者顯有意棄守憲法在此領域，依權力分立相互制衡原則所賦予的把關工作。此種走向，充分佐證本席於釋字第七０八號解釋意見書中所表示的隱憂，即：「祈願『合理作業期間』一詞，莫成為日後有關『非刑事被告』人身自由剝奪的相關立法大開行政方便之門的令箭或擋箭牌。」爾後，在

多數意見所定下「審酌實際需要並避免過度干預人身自由」的空泛要件下，立法者所擎起的「合理作業期間」這把火，恐會從外國人、大陸人民一路延燒到不具刑事被告身分之本國人身上。日後若不能戒慎恐懼採取有效的遏止方法，重現行政拘留、收容、留置、管收、管訓……等記憶猶新的不愉快歷史場景，並非完全不可想像。

貳、創設「合理作業期間」之制度，既不合憲法意旨，又未必有助於實務運作

憲法第八條第四項所指稱之「人民」、「非法逮捕拘禁」及「他人」等要件之內涵，經本院歷來相關解釋，已逐漸能撥雲霧見天日。就「人民」兩字而言，依本院釋字第七０八號解釋：「人身自由係基本人權，為人類一切自由、權利之根本，任何人不分國籍均應受保障，此為現代法治國家共同之準則。故我國憲法第八條關於人身自由之保障亦應及於外國人，使與本國人同受保障。」以之連結本院釋字第三八四號解釋：「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，國家機關所依據之程序，須以法律規定，其內容更須實質正當，並符合憲法第二十三條所定相關之條件。」人身自由保障之對象既不分本國人與外國人，亦不因其是否為刑事被告而有別。至就「非法逮捕拘禁」一詞，依本院釋字第三九二號解釋：「人民被法院以外之任何機關非法逮捕拘禁時，其本人或他人得向逮捕拘禁地之地方法院或其所隸屬之高等法院聲請提審。以『非法逮捕拘禁』為聲請提審之條件（按：指舊提審法第一條規定），與憲法前開之規定有所違背（按：指憲法第八條第二項）。」是故，憲法第八條所稱之逮捕拘禁，並無區別合法與非法之必要。至於「他人」所指涉者，若再以本院釋字第七０八號解釋為例，主管機關於處分或裁定收容之後，除應即通知本人外，仍應通知「指定之在臺親友或其原籍國駐華使領館或授權機關」，後者自亦屬得代「本人」向法院請求追究之「他

人」，順此，其他雖未被正式通知而素來關心人身自由保障之相關民間團體與個人，不違反「本人」意願下，自不能被排除於「他人」之外。

於前述要件下，當主管機關嚴格遵守正當程序明確告知並無語言障礙的被收容大陸人民，其得遂行的救濟權利，並通知依法應受通知者，加上範圍無限寬廣的「他人」，若因此形成每案皆向法院「聲請追究」，或於合理作業期間屆滿前之多數案件皆可能「隨時」向法院聲請追究的情形，並非不可想像。若果，法院與逮捕拘禁機關皆須遵守「二十四小時」的誡命，與實質「由逮捕、拘禁機關主動移審」之結果，相去並不遠，創設「合理作業期間」的必要性，所剩無幾。然釋憲者對於該等情形，並未抱持「功虧一簣」或「為德不卒」而應彌補缺漏的正向思考，反之，卻費盡心機而甘冒違憲大不韙地創設「合理作業期間」，除徒生魚目混珠、畫蛇添足之懷疑外，該刻意的時間區隔，究竟還會有多少提昇行政效能，減輕司法負擔之「實務」或「務實」實益，本席實難以索解。

參、憲法第八條固分為四項規定，各項規定間卻存在著不容切割的互通血脈

憲法第八條分為四項，各項的規範內容或重點有所不同，彼此間究係如環環緊密相扣的鏈條，或係得各自獨立的四個扣環，釋憲者對該項議題答案的確信程度，影響違憲審查之解釋原則的走向甚鉅。就前者而言，須取決於四項規定彼此之間是否有一以貫之的堅實共通信念，得作為憲法第八條追求的共善與義理之互通血脈，且經得起時間與空間向度的嚴格考驗。就此，「人身自由剝奪或限制之救濟或追究，應能由法院即時介入審查」的憲法核心意旨，能否當之無愧，值得從以下觀點審視之：首先，憲法第八條具有與其他基本權利保障有別的規範形式理性，極其明顯，並且在實質內容上更以「憲法保留」的高度，謹慎防免立法者依憲法第二十三條概括限制規定恣意侵害

人身自由本質內容(Wesensgehalt)可能之流弊，而採類似德國基本法保障基本權利「限制的限制」(Schranken - Schranken)之雙重管制去制約公權力，尤其是限縮立法形成的空間。而本院長年有關人身自由保障的釋憲成果，不論從法律保留、法律明確性、授權明確性原則等面向，皆亦步亦趨地責令法規範應體現人身自由保障的重要性與優位性（本院釋字第四四三號、第五二二號、第五二三號、第五五九號及第六三六號等解釋參照）。其次，人身自由受剝奪或限制有不可回復性，從而救濟或追究有其急迫性，為落實此常識性的問題，憲法第八條乃三次提及「二十四小時」，藉以框限應由法官介入的可容忍或合理期間，此方屬憲法本意的「合理作業期間」。其三，為落實前述憲法的規範意旨，法院被認為屬公權力中較能公正獨立行使職權者，其乃成為人身自由保障關係中制衡逮捕拘禁機關之不二人選，且憲法第八條共七次提及「法院」而指涉「法官保留」之本意，至為明顯。前述共通信念既符合權力分立相互制衡原理，又能充分彰顯主權在民原理及憲政理性，且其正當性已歷經時間與空間向度的嚴格考驗，為憲政文明國家所普遍接受，自不難成為憲法第八條各項間信念與邏輯內在一貫性的互通血脈，使該條具備整全性，是殊難想像憲法第八條各項能脫離前述血脈而分別獨立存在。

詎料，近年來釋憲實務，卻出現強調以違法逮捕拘禁與合法逮捕拘禁之別、以刑事被告與非刑事被告之分、以主動移審與因聲請而被動移審之差，甚至以本就有合憲性疑慮的「提審法」作為解釋憲法依據等異論，不斷挑戰前述信念與邏輯，試圖拉扯負荷力低的扣環連結處，一旦各環因而不再緊密聯結，有司就更有機會為維護行政作業方便與減輕司法負擔，將各環把玩於股掌之間，或依己意對各項規定咬文嚼字一番。「合理作業期間」正是在此種氛圍下的典型產物，馴致悖離憲法保障人身自由的主軸，豈能默爾而息。

肆、釋憲者詮釋憲法第八條不應一再製造「鐘擺效應」，而應扮演定分止爭的「司法天秤」角色

本院長年來有關人身自由的解釋，大都能基於權力分立相互制衡原理，盡力履行維護憲法第八條各項規定內在邏輯一貫性之義務，謹慎扮演司法天秤的角色，以收定分止爭之效。惟自釋字第五八八號解釋提出：「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。」直接衝擊且鬆動前曾述及：「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，國家機關所依據之程序，須以法律規定，其內容更須實質正當，並符合憲法第二十三條所定相關之條件」之歷來見解，預留「鐘擺效應」的伏筆，且具體地顯現在釋字第六九０號解釋，其幾乎擺向毫不設防的一端，致本院經年逐案辛苦所奠下保障非刑事被告人身自由的基礎嚴重鬆動。所幸，釋字第七０八號解釋以憲法第八條第四項規定，再讓鐘擺回向到憲法的軸線，但卻又另創「合理作業期間」，在「二十四小時」與「十五天」間，開啟擺盪可能空間。來到本件解釋，則又在「二十四小時」與「尊重立法形成自由」間另行預留更大幅度的鐘擺空間。此種搖擺不定且不易捉摸的立場，與違憲審查者在人身自由保障領域所樹立「我心如秤」的「手執天秤」嚴謹形象，實大相逕庭。

再退一步而言，若欲將憲法第八條「二十四小時」規定延長，就涉及嚴肅的修憲問題，不能以釋憲方式說變就變，不論是採「十五天」，或是採「委由立法者決定」模式的「合理作業期間」，皆將難逃「以釋憲之名，行修憲之實」的訾議。未來立法者於審酌不同情形後，所定之「合理作業期間」若被質疑過長，或各規範所定期間之標準與長短不一，必將滋生是否合乎比例原則或平等原則之問題。未來更難保，立法者不會以國家安全、社會秩序或公共利益為理由，將取捨失當、輕重倒置之

「合理作業期間」枷鎖，以一時政治多數決，由外國人、大陸人民接著再套在本國人民身上，對此，人民只能馨香禱祝，莫再歷史重演。

伍、結語

相對於憲法第八條的細密規定，憲法第二章有關人民權利之個別規定既單薄（第九條至第二十一條）又概括（第二十二條）。縱然如此，釋憲者對待後者猶如應呵護的樹苗，竭盡所能灌溉施肥，已有集樹成林欣欣向榮的森然景象，確值得欣慰。惟近年來卻獨對本已綠樹成蔭的憲法第八條，只為圖國家權力之方便，刻意裁剪分株而傷其根脈，若因而造成枯萎的結果，既辜負制憲者的苦心，且難以面對釋憲前賢的孤詣。基此，本席唯理據是從地重申，由釋憲者創設「合理作業期間」制度的誤謬，以及堅定維護「人身自由之剝奪應儘速由法院介入審查」核心意旨所貫串的憲法第八條整全性之立場。

部分不同意見書　　大法官　陳新民

為了夫婦團聚，愛的力量足以掙斷枷鎖，獲得自由。

德國大音樂家・貝多芬・《菲岱里奧》歌劇第二幕

本席贊同本號解釋多數意見宣示：逮捕、收容及強制出境涉及人身自由之保障，必須踐行必要的司法及正當法律程序。因此大陸地區人民形式上如已獲得主管機關許可，合法入境臺灣地區後，其遷徙自由即應受到保障，除非履行正當法律程序，方得限制之。大陸地區人民與臺灣地區人民關係條例（以下簡稱兩岸關係條例）第十八條第一項之規定（以下簡稱系爭規定）：「進入臺灣地區之大陸地區人民，有下列情形之一者，治安機關得逕行強制出境。但其所涉案件已進入司法程序者，應先經司法機關之同意：一、未經許可入境。二、經許可入境，已逾停留、居留期限。三、從事與許可目的不符之活動或工作。四、有事實足認為有犯罪行為。五、有事實足認為有危害國家安全或社會安定之虞者。」未對合法入境之大陸

人民於強制出境前，應遵守正當法律程序，而給予申辯之機會，本席贊成此尊重人身自由之見解，但仍嫌保護不足。

多數意見援引法律保留原則認定系爭規定第二項:「前項大陸地區人民，於強制出境前得暫予收容」之規定，以及據以訂定的大陸地區人民及香港澳門居民收容處所設置及管理辦法第六條規定三款要件，得於強制出境前強制收容。此三款要件，係應經法律明白規定或經法律明白授權，方得規定，現行規定過於寬泛，且未明示非暫予收容顯難強制出境者為限，此兩條文已牴觸法律保留原則而違憲。本席亦贊同此符合比例原則之見解。

本席認為歷史進步之潮流，一步應超越一步。大法官的解釋攸關人權保障與國家法治主義原則的維護。更應在強度與密度的保障上，一個解釋應超越一個解釋。故本號解釋至少在基本底線上應有「保本」—維繫住本院不久前關於外國人遣返事宜所作出的本院釋字第七０八號解釋之保障人權的水準。質言之，應就本案與該號解釋作一番比較性的檢視，以對照出我國法制對於外國人與大陸地區人民，是否有無一致的標準。

如果兩者確有存在著差別待遇，應探究有無具備說服性的理由。然而本號解釋卻未全面性的立於本院釋字第七０八號解釋的根基之上，將力使力，檢視我國目前驅逐大陸地區人民的法制有無符合本院釋字第七０八號解釋的標準。僅在片片斷斷的論證上，摭拾該號解釋的若干立論罷了。

至於在進步的功能上，本號解釋連堅持本院釋字第七０八號解釋的「保本水準」都不及外，遑論有能更上一層樓、毅然決然檢討該號解釋當時所未能深論、採擷更妥善的理念！本號解釋之功，本席雖斷然不敢否認之，但僅足以稱之「小功小善」矣！

大法官同仁對本號解釋之作成，已經深入討論達數週之久，誠意可嘉，本席亦表佩服。但以結果而論，本席尚不能贊同本號解釋多數意見的立論甚多，僅簡要臚列如下以明之：

1.本號解釋保護法益的重心顯然失焦，多數意見所著重者厥為

大陸地區人民入境後人身自由與遷徙自由。此由本號解釋名為「大陸地區人民之強制出境與收容？」，即可得知本號解釋並未斟酌原因案件聲請人乃為大陸配偶之身分，所侵犯之法益不僅是人身與遷徙自由，且涉及婚姻與家庭權之法益。本號解釋也因此未能發揮其保障功能於此領域，頗為可惜（註一）。

2.多數意見認為只要對已合法入境之大陸地區人民，給予申辯的機會，即可以不必召開審查會，而強制其出境，且可符合憲法上正當法律原則之要求。本席則認為憲法上正當法律原則，不應如此「低標準」。既然已合法入境，不論其是否屬於日後可撤銷之「未經許可入境」，都應當透過嚴謹、中立的審查委員會審查之，不能夠只給予申辯的機會為已足。且如向作出強制出境處分的機關為申辯，豈非有球員兼裁判之嫌，難獲公正之對待。

3.多數意見認為受強制收容之大陸地區人民，其暫時收容之處分得由行政機關決定，無需經由法院，但仍需給予即時司法救濟之機會。這是比照本院釋字第七０八號解釋的立論。此對強制收容乃嚴重侵犯人身自由與刑罰無異的處分，竟然拒絕實施「法官保留」，本席實難贊成（參見本席本院釋字第七０八號解釋不同意見書）。

4.本號解釋多數意見甚且認為治安機關為遣送大陸地區人民，得於合理之遣送作業期間內，暫時收容之。此合理作業期間，乃為必要之舉，惟應以法律規定即可。同樣是出現了「合理作業期間」，本院釋字第七０八號解釋言明為不得逾十五日，且以實務數據獲得此期限之立論依據。然本號解釋卻未對此期限定下任何日數限制，且為何不援引實務數據作為論證之依據？造成與本院釋字第七０八號解釋截然不同之結論，是否也牴觸體系正義？

5.對於子法有無凌越母法授權之問題，多數解釋既然認為子法（臺灣地區與大陸地區人民關係條例施行細則，以下簡稱施行細則）第十五條規定：「本條例第十八條第一項第一款所定未經許可入境者，包括持偽造、變造之護照、旅行證或其他相類之證書、有事實足認係通謀虛偽結婚經撤銷或廢止其許可或以其他非法之方法入

境者在內」，旨在闡明「未經許可入境」乃指「以自始非法之方法入境臺灣地區」而言，並不違反法律保留原則，這個「自始非法說」的判斷依據實無新意。按以行政法理區分，如果來臺者是以「非法方式」（例如偽造證件），則其來臺許可當以撤銷的方式註銷之；反之，如果並非以「非法方式」來臺，而日後藉其他理由註銷其來臺許可，則屬於廢止之處分。故以通謀虛偽結婚入臺者，唯有認定屬於非法方式取得來臺許可時，必須以撤銷處分之方式註銷其來臺許可。因此該細則規定必須刪除屬於廢止處分之部分。否則同時將廢止處分與撤銷處分列入，應該導致違憲的結論。本號解釋多數意見卻認為合憲，此將錯就錯的矛盾，顯難服人也。

6.本席亦不能贊成多數意見認定目前大陸地區人民申請進入臺灣地區面談管理辦法（下稱面談管理辦法）的合憲性，面談管理辦法第十條第三款所稱「說詞有重大瑕疵」，係指有事實足認申請人與依親對象間，自始即為通謀虛偽結婚，惟治安機關一時未察，而核發入境許可者而言。就此而言，與法律保留原則尚無違背。此見解明顯採行「限縮解釋」。按接受面談者的說詞，可能因為詢問的範圍多樣性，而有可能造成答案不一，而被判定為有重大瑕疵。但此瑕疵並不能當然導入到最嚴重「通謀虛偽結婚」的唯一結論。故造成雙方詢答「重大瑕疵」的理由甚多，多數意見將其僅限於最嚴重的一種「推論」，且視為合憲之解釋，顯然已經更易了條文的解釋，理應作出違憲論的決議。多數意見未明白宣示面談制度僅係行政機關調查事實的一種方式而已，對於當事人有利不利之資訊，應一體注意以避免行政濫權，且應予當事人有答辯機會。又藉著面談制度探詢人民婚姻生活之細節，以判斷有無虛偽婚姻之實，最易侵害人性尊嚴及隱私權。本號解釋多數意見未有一言提及之。此無異對現行面談制度的「合憲性」背書，本席歉難贊同也。

本席雖認同部分贊同本號解釋多數意見之見解，但不同意之處亦夥，本號解釋似應以下列憲法理論作為立論之架構，爰提出部分不同意見書於次，以盡言責：

壹、法益的保障重心及兩岸關係條例立法的「憲法委託」性質

一、大陸地區人民基本人權的保障與可限制性

本號解釋多數意見雖然暢言憲法第八條保障人身自由、正當法律程序以及遷徙自由的重要性（解釋理由書第一段），但卻強調了大陸地區人民入境臺灣的自由，可以受到法律的限制，並且援引憲法增修條文之前言及第十一條明文規定（解釋理由書第二段）。似乎將大陸地區人民入臺的權利以及其權利義務都可由立法者為特別之規定。

這種將大陸地區人民的基本人權，完全交由立法者來決定的見解，顯然將大陸地區人民的人權保障，繫乎立法者的決定－憲法在此乃採取「憲法授權」的立場，完全可由立法者審時度勢，賦予大陸地區人民基本人權的種類及其限度。

上述立論顯然忽視了憲法亦應當對大陸地區人民以及外國人民，都應當發揮「人權保障者」的功能。這正是文明與法治國家憲法的寫照。對本國人及非本國人，公權力不得為過度之濫用，更須維護人性尊嚴，甚至包含法治國家的基本原則，例如「禁止空白授權原則」、「權力分立原則」都不應排除適用，已是國際社會的基本原則。

儘管我國憲法增修條文第十一條已明文規定：「自由地區與大陸地區間人民權利義務關係及其他事務之處理，得以法律為特別之規定。」此規定僅係一個「價值中立」的「憲法委託」(Wertneutraler Verfassungsauftrag)。憲法增修條文授權立法者可為差別待遇，其目的僅僅是提供立法者在規範兩岸事務時，可以免除來自憲法第七條平等權的「立法障礙」—人民不應來自於地域之差別而有法律上之不同對待。縱然立法者在排除了牴觸平等權的疑慮外，並非表示立法者擁有完全的立法裁量權，可以不顧其他憲法與法治的基本原則。在法律規範的位階上，縱然此兩岸關係特別法律的授權，來自於憲法增修條文第十一條，儘管具有憲法位階，但修憲條文

本身也不能牴觸法治國原則的重要核心價值，包括基本人權價值的肯認（本院釋字第四九九號解釋已明白宣示斯旨）。

故大陸地區人民的基本人權，可以具有「可限制性」(Die Beschränkbarkeit)，如同臺灣地區人民的基本人權可受到法律限制，本質上無太大的差別。憲法增修條文對立法者規範兩岸事務的特別授權，應當稱為「憲法委託」，而非「憲法授權」，乃在於立法者應當服膺法治國家理論，同時這種期盼立法者持續的隨著社會發展，主動的立法與修法，讓憲法的理念「實踐與充實」在該領域內，是憲法之寄望於立法者的積極作為之上（註二）。

其次，兩岸關係之授權，乃一種「價值中立」的憲法委託，是因為憲法增修條文並未（亦不可）有任何歧視大陸地區或臺灣地區人民的立法授權。質言之，該增修條文規定並不可解讀為「歧視授權」，否則即會造成同一部憲法前後理念相互矛盾的結果，此亦本院釋字第四九九號解釋宣告若干憲法增修條文違憲的理由。立法者無疑負有斟酌社會主客觀環境之需要，且在具有正當性理由時，方可為差別待遇之規定。此時是否存有正當性理由以及手段是否合乎目的與比例原則，都將受合憲性的檢驗。

本院大法官在過去有若干解釋涉及到兩岸人民關係時，對於若干法治國的原則例如「授權明確性」、「法律保留原則」有採取較低的門檻（例如本院釋字第四九七號解釋）或是對於大陸地區人民來臺後的工作權限制，則採取最低的審查基準「立法有無明顯重大瑕疵」為已足（本院釋字第六一八號解釋）；反之對臺灣地區人民的工作權，如果涉及於職業自由客觀之限制時，即應當採行最嚴格之審查標準（本院釋字第六四九號解釋），這些案例都顯示本院大法官在承認立法者在兩岸事務差別待遇上，享有大幅度自由判斷之權限也。

本號解釋多數意見似乎不免仍延續此自由授權的想法，

最明顯的一例，莫過於承認行政機關擁有決定暫時收容的合憲性，包括「執行遣送所需合理作業期間」、「合理之暫予收容期間」等，僅需有法律或法律具體明確授權之命令規範者即可，無庸比照本院釋字第七０八號解釋中，對外國人執行遣送合理作業期間規定不得超過十五日。即可見大法官對概括立法授權之合憲性的容忍度甚大矣。

縱不論前揭多號解釋作成時，兩岸關係之和緩與今日已非可同日而語。但隨著兩公約（聯合國公民與政治權利國際公約、經濟社會文化權利國際公約）成為我國國內法後（兩公約之施行法於民國九十八年四月二十二日制定公布），上述容忍立法者自由裁量差別立法的態勢已遭到衝擊。對此，本號解釋理由書第二段也援引聯合國公民與政治權利國際公約第十三條規定，認定強制經合法入境之大陸地區人民出境，必須履行正當法律程序。說明了憲法對於立法者的自由裁量之授權，其容忍度應有日漸萎縮之趨勢！這是值得鼓勵的現象。

惟實體法上這種漠視或忽視法治國原則的授權，仍不乏其例。除了處處可見的「概括授權」，顯示出授權明確性原則幾乎無法在兩岸關係條例中獲得實踐外，最明顯的莫過於規範國家行政行為最重要的準據法—行政程序法，被兩岸關係條例第九十五條之三規定，明文排除適用之。此條文是在民國九十二年十月二十九日增訂公布，援引行政程序法第三條第三項第一款之規定：涉及「國家安全保障事項之行為」，立論是臺灣地區與大陸地區人民來往有關事務，不適用之。其立法理由為：「此種事項攸關國家安全與利益，故得排除行政程序法之程序規定。爰增訂本條，以資明確。」

按兩岸人民的關係，許多都是民事、刑事及行政法性質，豈能概括列入類似「軍事行動」或其他敵對性與潛在敵對性的行為領域？因此將兩岸關係事項全部列入「攸關國家

安全與利益」，而一概排除行政程序法之適用，是戒嚴心態的重現，嚴重違反法治國家之原則，顯然牴觸比例原則，也種下本號解釋許多矛盾的種因。

二、本案「法益重心失焦」—應重視的法益，厥為人民的婚姻與家庭基本權

本號解釋多數意見似乎也忽視了本號解釋乃涉及到人民婚姻與家庭的法益，並應作為指導、型塑本號解釋法益保障的重心所在。此「法益重心的失焦」現象，最具體明確的莫過於在本號解釋理由書第二段中，強調保障人民的人身自由，以及援引聯合國公民與政治權利國際公約第十三條，保障合法入境者應享有遷徙自由的立論，從而導出受憲法上之正當法律程序保障之結論。論述中援引本院過去作成的解釋，其中包括了本院釋字第七０八號解釋。就後者而言，本號解釋多數意見宣示應對暫時收容者賦予急速之司法救濟程序之見解，也源於該號解釋。顯然本號解釋多數意見肯認本案的法益，和該號解釋並無不同也。

上述見解似是而非！本院釋字第七０八號解釋乃遣送以一般理由非法入境與居留之外國人而言。本號解釋的對象雖然包括通案性質之可能性，但原因案件、及具體爭議的規範，卻都針對在來臺團聚，以及涉及所謂通謀虛偽婚姻之情形。其中牽涉到人身與遷徙自由，乃是一般性質的法益侵犯，但卻有兩種「加重程度」的法益侵害，則是本院釋字第七０八號解釋所未涉及的—家庭團聚與婚姻的法益。這是構成人倫秩序的重要法益，世界人權宣言之序言第一句指出:「鑒於對人類家庭所有成員的固有尊嚴及其平等的、不移的權利之承認，乃是世界自由、正義與和平的基礎。」該宣言第十六條也規定:「家庭是自然的與基本的社會單元，並應受社會和國家的保護。」即為其例！

在我國已成為國內法的公民與政治權利國際公約第二十

三條第一項及經濟社會文化權利國際公約第十條第一款，都有下述的規定:「家庭為社會之自然基本團體單位，應盡力廣予保護與協助。」故家庭團聚已成為國際社會承認的普世人權。

大法官早在本院釋字第四二二號解釋中，已將之列入憲法保障的領域。此更是當今歐美先進各國視為涉及人性尊嚴的重大法益。本號解釋僅僅提出了「強制經許可合法入境之大陸配偶出境，影響人民之婚姻及家庭關係至鉅，更應審慎」（解釋理由書第二段）的文字。但此敘述似乎僅有「訓示」的效果，且在此提出「更應審慎」的意見後，卻也對於此「影響人民之婚姻與家庭關係至鉅」的強制出境規定，只要求給予申辯的機會，即足以滿足憲法上的正當法律程序！

倘若大法官認為人民的婚姻與家庭關係的法益有極高的防衛價值，豈會僅僅賦予「申辯機會」即可達到防衛效果？吾人比較本院前一號解釋（本院釋字第七０九號解釋）涉及到人民財產及居住權利的都市更新程序，已經提出：為了保障人民財產及居住權的正當法律程序，不僅僅只是申辯的機會而已，還必須包括了：行政機關應當設置適當之組織以審議都市更新之申請、應舉辦聽證讓人民有陳述意見之機會及行政機關必須斟酌全部意見後，方得作出行政處分（註三）。

兩相比較之下，大法官對於人民居住與財產權利保障之周延，以及對所謂「憲法正當法律與行政程序」的內容與程序，顯然比人民家庭與婚姻法益，有截然不同的判斷標準也。

貳、正當法律程序的「羅生門」現象？

本號解釋雖然援引了正當法律程序的原則來保障經合法入境的大陸地區人民，應和獲得居留權之大陸地區人民一樣，於強制出境前擁有申辯的機會。同時宣示治安機關暫時收容大陸地區人民時，應以書面告知受收容人暫時收容原因及不服之救

濟方法；受收容人一經表示不服，或要求由法院審查時，暫時收容機關也應於二十四小時內，移送法院裁定是否收容(解釋理由書第三段)。雖然本席認為此見解對於改變現制，是有正面的價值，但此種低標準的改進，也僅是達到兩公約期盼的低標準，即屬於「小善」的目標而已。

本號解釋賡續本院釋字第七０八號解釋的立論，拒絕法官保留原則的適用，認為可由治安機關進行決定大陸地區人民之強制出境。已經否認讓法院作為保障人身自由的「保衛者」的角色。以本院大法官一貫之解釋觀之，只要涉及到人身自由的剝奪，已經嚴重到類似刑罰的程度時，不論是否屬於刑事被告，都應受到憲法第八條人身自由之保障（本院釋字第三八四號、第三九二號及第六三六號解釋）由於人身自由為普世人權，不分國籍皆應擁有，乃法治國家共同原則（本院釋字第七０八號解釋)，且鑒於人身自由已為普世人權，大法官於本院釋字第七０八號解釋亦承認此為不分國籍者皆應享受之人權，並乃法治國家之通則，本號解釋當應延續之。為了維繫本院大法官重視人身自由，以及實施法官保留的「體系正義」，對於剝奪外國人及大陸地區人民人身自由的決定，應當交由法官裁決，方符合憲法之規定矣。此外復以我國對外國人及大陸地區人民來臺資料已全部電腦化，復加法院遍布全國，實施法官保留的客觀條件幾乎沒有任何窒礙可言。本席在本院釋字第七０八號解釋不同意見書已經一再指陳之，然而本號解釋卻未對此缺憾重新檢討，以致有一誤再誤之憾！

又與本院釋字第七０八號解釋一樣，本號解釋也援引正當法律程序的原則，兩號解釋皆承認治安機關於強制收容待遣返之外國人與大陸地區人民後，需要一段「合理作業期間」。此合理作業期間無庸獲得法官許可，故可稱為是「行政特權」之裁決空間。惟兩號解釋在合理作業期間上，卻有不一致之情形。本院釋字第七０八號解釋導出了外國人遣送合理作業期間以十

五日為上限，即連立法者也不得延長之；對大陸地區人民遣送作業，本號解釋卻未設此上限，交由立法者決定。同樣地，對外國人暫時收容必要時可達六十日（入出國及移民法第三十八條第二項）；對大陸地區人民暫時收容作業則交由立法者自由決定。本號解釋雖然仍宣示，超過法定暫時收容期間後，仍須由法官決定是否繼續收容。但對外國人與大陸地區人民差別待遇之大，已極明顯矣！

既云正當法律程序，理當可由立法者依據事物本質以及事物不同特性，而容有在目的、方式與程式上的差異。但必須有一定的思維與判斷標準。對於類似的案例，如有異於前例時，理應負詳盡說明的義務。這也是立法與司法必須尊奉「體系正義」、避免恣意的「自我節制」。否則每一案都可你說我言、自認其是，將會嚴重的敗壞法律安定性的原則。

就以正當法律程序與剝奪人身自由的關係而言，本院大法官解釋過往對人身自由的剝奪採行嚴格的標準，並實行法官保留，已形成定律。誠然在不具有處罰性質而有保護個人利益性質之拘禁（如本院釋字第六六四號解釋對少年虞犯之預防性收容）；以及兼具私益與公益之防護性拘禁（如本院釋字第六九０號解釋對感染傳染病者之隔離處置），本院大法官縱使擺脫以往見解，而認為無庸實施法官保留。但此例外之見解亦不牴觸以往保障人身自由的嚴格標準。

然如今接連兩號涉及剝奪人身自由，且屬於類似刑罰性質的解釋，同樣援引保障人身自由與正當法律程序之原則，不但作出與以往類似案例不同的結論。除了不實施法官保留原則外，對於大陸地區人民被剝奪自由者，只要求主管機關給予申辯的機會而已。對比本院釋字第四九一號解釋賦予公務員，遭到免職處分時，應在處分作成前，給予申訴的機會，作為權利救濟第一步（其次還有立場公正之委員會決議、處分應附記理由及救濟程序之訓示等）。在此涉及人身自由之行政處分卻僅給

其採最低標準的人權保障之申訴一途，其保障密度甚低矣！

再仔細分析本號及本院釋字第七０八號解釋的理論架構與結論，也相互齟齬。如此一來，正當法律程序原則的闡釋與人身自由保障的功能，便形成「三頭馬車」，本席也不禁想起日本文學家芥川龍之介的名作「羅生門」—正當法律程序的概念，果真幻化為各說各話的「羅生門」乎？

特別是本號解釋多數意見仍將正當法律程序原則作為解釋的主軸，來捍衛大陸地區人民的人身與遷徙自由，也令人覺得有「明察秋毫、不見輿薪」之憾！前已論及，兩岸關係條例第九十五條之三，既已明白排除了行政程序法之適用，顯示出立法者不欲將確保依法行政與防止行政權濫用最重要的利器—行政程序法之規定，適用於兩岸事務上，從而剝奪了涉及兩岸人民權利事務獲得正當法律程序保障之機會。故在兩岸事務上防止行政機關可能濫權的規範，例如行政程序法第一百零二條以下關於作出限制或剝奪人民自由與權利處分前，應給予陳述意見的機會或舉行聽證；行政程序法第一百十七條以下有關行政處分的撤銷、廢止與信賴保護相關規定等，都不能適用在兩岸事務的行政處分之上。從而，行政程序法第四條至第十條，關於行政行為的一般原理原則，例如依法行政原則、內容明確性原則、平等原則、比例原則、誠信原則、對當事人有利不利情形應一律注意及裁量權的界限等，都應對兩岸事務之行政權行使有拘束力，但既然具體的程序已排除適用，上述原理原則便顯得空泛而無力。

本號解釋多數意見卻不論究行政程序法的「排除適用」，反而斤斤於個別事項（例如給予申辯機會）的法律正當程序之實踐，其效果當屬片面、微末矣。豈不知「皮之不存，毛將焉附」之道理乎？此在小枝節的努力，期盼兩岸事務都能實踐正當法律程序，豈非「緣木求魚」乎？

叁、「未經許可入境」究係何意？—將錯就錯的含混解釋

一、施行細則的內容分析

本案爭議的另一個重點為：施行細則第十五條之規定是否超越母法（兩岸關係條例）的限制。按母法（兩岸關係條例第十八條第一項第一款）規定：未經許可入境者，治安機關得逕行強制出境。為此，施行細則第十五條規定：「本條例第十八條第一項第一款所定未經許可入境者，包括持偽造、變造之護照、旅行證或其他相類之證書、有事實足認係通謀虛偽結婚經撤銷或廢止其許可或以其他非法之方法入境者在內。」

仔細分析可知，施行細則第十五條對「母法」的詮釋，包括三種情況都可列為「未經許可入境」：1. 持偽造、變造之護照、旅行證或其他相類之證書；2. 有事實足認係通謀虛偽結婚經撤銷或廢止其許可；3. 以其他非法之方法入境。

上述三種規定，1.及3.的情況比較單純，不生疑義。惟1.的情形，當專指「持用虛偽證件來臺」而言。至於聲請人使用其他偽造的證件，例如學歷或結婚證書，用以申請入境，獲得有關機關許可時，則不在此列。此種情形應劃入3.情形。故3.乃概括說明凡使用非法入境，例如偷渡雖為最常見之方式，但也包括使用偽造證件，獲得合法的入境許可在內。此為法條文義解釋之當然也。

依此解釋，上述2.要件顯然是多餘。但施行細則特別將之列出是否有「心中盤算」的用意？2.要件賦予了行政機關可以自行決定對於通謀虛偽結婚者，左手可以行使撤銷權，右手可以行使廢止權，似乎不必介意當時來臺許可是合法與否，可以由行政機關「以理由決定方法」。

這裡觸及到了行政法理最重要的一環：撤銷權與廢止權的基本原則。依行政法理，只有撤銷能夠產生溯及失效的效力，因為撤銷乃對違法行政處分而言(行政程序法第一百十八條)；而廢止則是針對合法行政處分，只能產生事後失效的效

力(行政程序法第一百二十五條)。兩者涇渭分明。如今施行細則將廢止與撤銷的行使皆能產生溯及失效，施行細則即是有「夾帶過關」之嫌疑！

此外，必須強調撤銷權的行使乃在解除「違法」行政處分的效力，且此違法處分是「自始即屬違法」，例如依據當事人提供虛偽的資訊、接受賄賂及行政機關依據錯誤的法規所作成。在許多情況是行政機關「一時不察」，而作出違法的決定，其違法導致撤銷的理由是「自始存在」為其特色。

反之，如果並未如上述自始即以虛偽資訊獲得來臺許可，而是來臺後產生其他違法事由而肇致來臺許可被註銷，此時唯有行使廢止權一途，但此廢止效力不及於之前已合法來臺之事實，故不能視為「自始非法入境」。

按所謂的虛偽結婚，其實都是「自始犯」(註四)，如果大陸配偶來臺團聚，是以提供偽造之結婚證件獲得來臺許可，行政機關可援引3.的要件行使撤銷權並無疑義，也是撤銷行政處分常態，可將來臺者視同「自始非法入境」。反之，大陸配偶雖有結婚之形式，以真實證件取得合法之來臺許可，事後果真被證明為虛偽婚姻，行政機關仍否可援引3.的要件行使撤銷權？亦或是直接由2.「有事實足認係通謀虛偽結婚經撤銷或廢止其許可」的要件行使撤銷或廢止權？以行政法理而言，此情形既然是虛偽婚姻，則其持之結婚文件，不論是真實文件或偽造，都是為不法之目的，應當成是虛偽文件，即可援引3.的要件行使撤銷權。

但顯然的，施行細則第十五條不循上述的撤銷權行使之理由，反而在通謀虛偽結婚之情形，為主管機關量身訂做，開創一個新的便宜處理方式—「左右開弓」：無庸區分撤銷或廢止處分的不同特性，也不分違法理由應有「自始」或「嗣後」之分，一律將之列為行政機關可以行使的選項，從而導出了行政機關視之為「自始非法入境」而予以遣返。

二、實務上的操作—問題「病灶」的來源

施行細則此種給予行政機關便宜行事的「尚方寶劍」，使得現行法規上也將此種撤銷權與廢止權混用，一律溯及產生失效的效果，視為平常。

這個問題產生的「病灶」，主要是1.兩岸關係條例制定於民國八十一年七月三十一日，當時國家剛剛終止動員戡亂時期臨時條款，才一年有餘，整體法治建設才剛上軌道，對於行政法理的認識仍極粗淺，當初行政法及行政訴訟制度對於廢止與撤銷權的理解仍極模糊，才會將兩種權力混用；2.行政程序法雖然在民國八十八年二月三日制定公布後，已經將行政處分廢止與撤銷概念嚴格區分，該法特別留有接近兩年的生效期，即欲使各相關法律有重新整理其條文，以配合行政程序法制定之初衷。但兩岸關係條例及相關法規，與行政程序法先進的理念不符之處甚多，有關機關不思努力重整其牴觸之處，反而採取「眼不見為淨」之「一刀割除」的措施：此即為民國九十二年十月二十九日增訂第九十五條之三，排除行政程序法適用的立法動因。

此病灶產生後，實務上如水銀瀉地，不可收拾，將「嗣後」產生的不法行為，也可造成溯及許可失效的後果。例如依據現行「大陸地區人民在臺灣地區依親居留長期居留或定居許可辦法」第十四條、第十五條都是關於大陸地區人民申請來臺依親居留不予許可的規定，以及已許可後可撤銷或廢止之情形。

例如有危害國家安全或社會安定之虞、喪失大陸地區人民身分（第十四條）；有犯罪或妨礙風化之行為、施用毒品、從事與申請原因不符之活動、曾有行方不明紀錄二次或一次達三個月以上……等（第十五條），都屬於合法入境臺灣後，「嗣後」才產生的事由，主管機關得行使撤銷或廢止居留許可之權限。

三、多數意見提出的「自始非法論」的功效何在？

對於施行細則第十五條規定，「特設」了一個認定為未經許可入境的要件—有事實足認係通謀虛偽結婚經撤銷或廢止其許可，而又混淆了撤銷與廢止的法理，是否違反了法律保留原則？多數意見採取否定立場。

按多數意見的立論（見解釋理由書第四段）認為，施行細則第十五條之規定旨在闡明「非經許可入境」，乃指自始以非法之方法入境臺灣地區而言。易言之，本號解釋多數意見立論乃採「自始非法論」。即被撤銷或廢止入境許可的原因，乃是自入境臺灣地區開始時即屬非法而言。

這個「自始非法論」是否有任何澄清疑慮的功能？本席甚表懷疑：1.所謂的「自始非法論」，當是以整個來臺的程序以觀，可推論到自始非法。而所謂的「自始非法」，正是撤銷權行使的對象，而非廢止權行使的對象，依行政程序法的規定，乃簡單至明之理。特別是虛偽婚姻都是自始犯，無庸強調是否自始非法也。故此「自始非法論」似乎了無新意。2.既然多數意見強調了自始非法，方足符合母法的授權而無逾越之嫌，即應勇敢的將「廢止權」的行使宣告為牴觸母法，然而多數意見反而贊同「廢止權」仍可併存於該施行細則之中，豈非矛盾之至？3.本爭議乃是就當時來臺時為合法入境，嗣後被行政機關於面談時判定為虛偽結婚，但依多數意見提出的自始非法論，這種來臺應當非屬於「自始無效」之入境，從而行政機關不得於判定為虛偽婚姻後，否認其合法來臺許可，故應給予申辯機會後，方能遣送出境乎？但結論剛好相反。因此，多數意見所提出的判斷標準無助於解決虛偽結婚所涉及的當初合法的入境許可如何轉變為自始非法的判斷過程！是否矛盾備至？

這就涉及到本號解釋多數意見提出的「自始非法論」，是否以「形式主義合法性」，亦或「實質主義合法性」來判斷的

問題？本席認為以撤銷權行使的法理當以後者為然，若觀諸本號解釋理由書第二段對於大陸地區人民來臺應享受遷徙自由的標準，以及同樣是論及系爭規定「經許可合法入境之大陸地區人民」，多數意見所採納的標準為「形式上經主管機關許可，且已合法入境者」，似乎對於入境許可的合法性判斷乃採「形式主義合法性」判斷。如此一來對於虛偽結婚入境之大陸配偶，其所獲得的入境許可既然是形式主義合法，自然不屬於日後可認定「自始非法」乎？本席已指出了多數意見所應導出的結論，但卻和實務操作恰恰相反矣－倘行政機關發覺其為虛偽結婚，仍可以行使撤銷權也，並視為「非法入境」，無庸給予申辯機會也。多數意見提出的判斷標準豈非白忙一場？本號解釋原因案件之聲請人的期望也白白落空！同一號解釋前後提出相互矛盾的判定標準，試問如何自圓其說？

這也可以看出多數意見（解釋理由書第二段）對於入境許可合法性雖然採行形式主義來認定，並沒有實質上的功能，最多只對一般理由合法入境者創設了申訴權而已；但對於合法入境之虛偽結婚者，卻無法產生自始至終皆合法的來臺效果—即不能創設「合法來臺」之合法性及導入行政機關日後必須行使廢止權，而非撤銷權的法理依據。故此所謂的形式主義合法認定說，創設了兩種效果：第一種：對一般人由形式合法性認定產生了申訴權；第二種：就虛偽結婚者，主管機關仍持實質合法性認定主義，可行使撤銷權也。故對兩種人產生不同的效果也！

因此本號解釋多數意見提出的「自始非法論」，正是重複肯定行政機關應行使撤銷權，而非廢止權的立論基礎。以虛偽婚姻方式來臺，既然使用了虛偽結婚證明文件，即使來臺許可為形式合法，亦不妨礙主管機關認定為「非法取得來臺許可」，而行使撤銷權。施行細則第十五條1.「使用偽造證

件」及3.「其他非法方式」都可以作為處置虛偽結婚來臺的依據。無庸再特別規定2.「撤銷與廢止通謀結婚」的要件也。

就以本號解釋原因案件而論，臺灣高等法院高雄分院在九十九年度上國易字第二號判決中，認為：主管機關經面談後，認有雙方說辭不一、重大瑕疵而註銷入境許可，即可援引「其他非法方式入境」之理由也。

茲再舉一例，多數意見解釋理由書第五段論及主管機關藉由面談發現通謀虛偽結婚的要件為：「自始即為通謀虛偽結婚，惟治安機關一時未察，而核發入境許可者而言。」

這個可為「自始非法論」作為輔助說明：「婚姻自始虛偽，而獲得合法入境許可」，卻是由主管機關「一時不察」，此豈非是撤銷行政處分最經常出現的案例—以提供不實的資訊所作出的違法處分？依據行政程序法第一百十九條規定，此種行政處分的受益人，其「信賴不值得保護」。本席之所以認為按照撤銷處分的法理即足以勝任處理虛偽結婚的事宜矣！其情況並不複雜，之所以令人產生「眼花撩亂」的爭議都是不願意回歸行政法之法理，反而因循舊制，以錯就錯也。故多數意見反而承認此規定的合憲，顯然左支右絀，不能自圓其說也。

追根究底，都是兩岸關係條例全盤排除行政程序法之適用，所造成的混亂情形，吾人是否還要容忍此亂象乎？

肆、危害人民隱私權的幽靈—「懷疑主義當道」的面談制度

本席實難同意多數意見另一個見解，對於最容易侵犯人民隱私權的面談制度，並未給予任何警惕訓示，以及對於藉由面談即可判斷人民有無虛偽結婚的制度，未予憲法與人權理論上的非議，從而隱含有為此制度背書之疑慮。

多數意見認定，面談管理辦法第十條第三款所稱：「說詞有重大瑕疵」係指「有事實足認申請人與依親對象間，自始即為通謀虛偽結婚，惟治安機關一時未察，而核發入境許可者而

言」。多數意見據而肯定與法律保留原則尚無違背(解釋理由書第五段)。

比較該面談管理辦法同條款的內容:「經面談後，申請人、依親對象無同居之事實或說詞有重大瑕疵。」試問多數意見對於該條款的解釋，除提出發現「自始」即通謀虛偽結婚外，並無新意。似仍沒有達到澄清的目的？由面談內容出現有「重大瑕疵」，多數意見馬上連結到「有事實足認自始為通謀虛偽結婚」，從而認定該條款並無違反法律保留原則。但是所謂的「重大瑕疵」，最多足以表明雙方對於結婚的事實，同居生活的點點滴滴（例如家中的擺設、聘禮的種類、婚禮的舉辦情形……）或是當事人的個人隱私或資訊（例如財產、身體特徵、衣著、生活習慣……)，都是實務上對雙方說詞不一是否有重大瑕疵之判斷方式。然這些「懷疑」許多都尚不足達到「有事實足認自始為通謀虛偽結婚」的嚴重程度！

多數意見將有許多可能結果的「雙方說詞不一」，直接導引出最嚴重之結論—足認為自始通謀虛偽結婚，當成該條款的當然解釋，這無疑是作出了「最限縮之解釋」。多數意見應明白宣示，雙方儘管說詞不一，存在重大瑕疵，仍有可能導出各種合法結論，例如確有真實結婚，但雙方卻在個別的問題上說法不一而已。若多數意見連這種可能性，都一律排除，且許可主管機關認定為通謀虛偽結婚。既侵犯了法律保留原則，又過度侵犯人民之權利。

多數意見反而承認該面談制度賦予主管機關逕以「高度懷疑」作為認定虛偽結婚的依據，未免過度失偏而開啟濫權之門（註五）！

因此，本席認為當事人的面談說詞，如有不一，足以引起主管機關懷疑婚姻的真實性時，應有讓當事人充分澄清與辯解的機會，此豈非正當法律程序所保障人民能對其不利之公權力處分，行使正當的防禦權利？且面談只是行政調查的手段之

一，目的在輔助行政機關作出最合乎法律目的之處分。面談只是發現真相的方式之一，而非唯一的方法。面談制度也不能變換成為行政裁量的授權制度！

為此本席認為：多數意見的推論顯然有自言自語之嫌，理應將面談制度的功能、主管機關執法的態度作一個原則性的闡釋，其文字大致應以下述的範圍為妥：

> 按面談乃行政調查的主要方式，對於當事人有利或不利之資訊應一體注意（行政程序法第九條）。如有事實不明或雙方說詞不一時，應許可雙方有澄清或說明之機會。主管機關經履行上述程序，並審酌其他相關之文件與資訊後，有確信當事人自始即通謀虛偽結婚，而一時未察，已核發入境許可（註六）。前揭面談管理辦法第十條第三款所稱「說詞有重大瑕疵」而認為自始為通謀虛偽結婚者，乃行政機關遵循上述面談程序而發覺之事實，方屬履行正當法律程序，且與法律保留原則無違。

多數意見顯然未重視面談制度在行政法上的地位，僅是輔助行政處分的「附屬制度」而已。其作為行政行為的一環，更應受到所有拘束行政行為之法治國家原則的適用，特別是比例原則與權力濫用禁止之原則矣(行政程序法第四條至第十條之適用)！

面談制度易引起權力的濫用，更容易侵犯人性尊嚴。而人性尊嚴更是法治國家所有公權力必須全力捍衛的最高法益，乃是「自由民主憲政秩序之核心價值」(本院釋字第六０三號解釋參照)。面談制度既然要藉由面談者的詢答中，查探有無婚姻存在的事實，即已涉及偵測夫妻生活最隱私與私密的領域(intime sphere)，正是憲法保障人民享有隱私權、發展其人格與維護人性尊嚴最關鍵之處（本院釋字第六八九號解釋參照)。相關法規授權行政機關藉由面談制度來「發現」是否有真正結婚、實行家庭生活，甚至有無同居共眠的「事實」，豈非光明正大授權行

政機關侵入人民婚姻與夫婦生活的最內層領域？讓人民的生活隱私曝光於面談官員之前（註七）？

本席相信主管機關當已有「儘量尊重隱私」的訓令（註八），俾使面談者不致遭受羞辱或難堪，但相關法規欲藉「面談發現虛偽結婚之事實」，便一定會造成侵犯人民人性尊嚴與隱私權的後果。再多的內部訓令，亦不足以為其違憲性辯護。

次按人民婚姻關係是否存在，乃典型的法律問題，應交由法院審理。惟相關法規卻許可行政機關只要一認定婚姻關係為虛偽結婚，即無庸給予申辯機會即可強制出境。當該婚姻被主管機關認定為虛偽，以「偽造文書」移送法辦，經檢察官認定無犯罪事實不起訴後，仍會遭主管機關強制出境（以本案聲請人情形便是如此），甚至對已經取得戶籍登記及合法身分的大陸配偶，都仍可由面談機關嗣後隨時以認定為「虛偽結婚」為由撤銷其戶籍，是否有違法律安定性原則？行政機關豈非以自己判斷，「凌越」檢察官的認定，甚至取代了法院的判斷乎（註九）？甚且，對已長年居留臺灣地區的大陸配偶，儘管已經取得身分及戶籍登記，仍可由面談機關嗣後隨時以認定為虛偽結婚為由，撤銷其戶籍登記，如此一來，如何能保障法律安定性原則？

為了正本清源，相關法律應當規範法院審理涉及虛偽婚姻的妥善規定。不僅應當立法設定「強制移送法院」審理的制度—主管機關發覺申請來臺依親團聚的配偶有虛偽結婚之情事者，應主動移送法院，視同有權起訴請求法院判決婚姻關係不存在的「原告適格」，避免依現行法制，若雙方當事人不願主動提起婚姻關係不存在之訴，且無其他利害關係人提起時，法院即無從審查婚姻關係的訴訟障礙。同時立法者也應建立迅速審理的制度，讓行政機關所引起的虛偽婚姻爭議，能夠儘快的由法院認定是非。並在法院判決確定前，應停止遣送作業之程序，讓尋求司法救濟者能獲得救濟之實益，避免更大損害之發

生。

而目前由主管機關以「偽造文書」方式，追究雙方是否虛偽結婚，很容易讓另一方為躲避刑責，而作出掩飾犯罪的偽證。採取刑事制裁的效果委實有限，何不循妥當的民事訴訟方式（家事事件法）來論定有無婚姻關係的法律爭議？這也是立法者必須重新思考的方向。

伍、結論－「賢妻孝媳」豈能不見容於國法乎？

超過半世紀以來的釋憲實務中，本院大法官很難有機會能在相當密集的時間內，兩度承審幾乎同一課題的案件。這也是一個難得的契機，讓大法官能夠敞開胸懷、暢所欲言的將該課題的立法與相關之憲政理念，發揮的淋漓盡致。但本號解釋卻不能夠與釋字第七０八號解釋相互輝映，造出「更上一層樓」的憲政貢獻，而最多只是仿效部分釋字第七０八號解釋之意旨，對合法入境者，應給予起碼的申訴機會。故對人權保障的改善僅踏出微小的一步。

但對於原因案件所引起的爭議：「合法入境但嗣後被誤判為虛偽結婚者，仍宣告為屬於自始非法入境。」仍與現制一樣，沒有往前踏進，仍視為「非法入境」，即無庸給予申辯機會。整號解釋未挑戰現行法制，無法給予聲請人任何助益矣。本號解釋欠缺大開大闔的氣概，針對此充滿戒嚴色彩與不正義的法制，尤其對構成入境許可的管制體系，仍容忍制度上混亂與缺憾，未能大力革除，以致於功敗垂成，本席不免扼腕！

本席在本院釋字第七０八號解釋部分不同意見書的結論中，提出了「如何對待外國人，正是檢驗一個國家法治文明程度，以及一個社會是否具有精神雅量的最好指標」。本席認為臺灣幸運的渡過經濟發展的黑暗期，應當將心比心的給予「經濟難民」最合乎人道的法律待遇，來顯示出我國已經成為一個可足以傲視國際社會的偉大法治國家。本席在審理本號解釋的過程中，這種期盼的意念，無時無刻不縈繫在心！

比起本院釋字第七０八號解釋的標的是外國人，吾人固然當援引身為國際社會一員應盡的國際法上之義務，以及人之所以為人所應具有的人性與人道價值，來重視外國人的人身自由與人性尊嚴。但本號解釋更進一步涉及到與我國國民權利有密切相關的大陸地區人民，其遭到強制收容與驅逐，除其人身自由權利外，也勢必影響到其個人與臺灣配偶的家庭與團聚權利。這也是本號解釋多數意見並未肯認在法益侵害上其與本院釋字第七０八號解釋有絕大相異之處，從而本號解釋未能在保護國民家庭與倫理法益上，提供更大的保障強度，顯為「法益失焦」的現象，實可惜之至！

夫婦之情為五倫之一乃國民道德與倫理的主要構成要件，也受到國家最高度的保護。其中跨國婚姻，固然有假借結婚作為我國從事不法行為之手段（例如從事性交易），但可由國家於取締後處罰或遣返，卻不可因此等不法者之行徑而因噎廢食，將防止假結婚的措施與執法心態，及於所有跨國婚姻者。以偏蓋全，正是裁量與權力濫用的典型範例！

近年來我國國民與大陸地區人民間的聯姻情形已經十分普遍。其中假結婚者固然有之，但真情真愛者，也不乏其例。倘若一切以防弊防盜之有色眼光來視之，即為有意歧視，必然會造成許多人倫悲劇。例如本案的原因案件即是典型的一例！聲請人先後四度來臺團聚。前三次中只有第二度來臺後不久，因違法打工而被強制出境。其他三次都沒有任何違規之行為。這位來臺依親之大陸配偶，只因「違法打工」即被遣返。這也是許多大陸配偶遭到遣返的主要理由。吾人試想：何人不想嫁入無憂衣食的好人家？會想打工者，無非是屬於經濟弱勢族群。這些飄洋過海來臺團聚之大陸配偶，不是來當闊太太、少奶奶、享受錦衣玉食，而是為了改善生活而打工。這種精神，難道不是發揮了我國國民「勤奮努力」的善良風俗與國民品格？甚至有些大陸配偶勤奮打工，獲得家屬的讚譽，但卻會被強制

遣送出境，且長達六年的管制，引起家屬的不捨與悲憤！當吾人在報章媒體上看到可被稱為「賢妻孝媳」的大陸配偶，卻殘酷的「不容於國法」，豈能漠然視之？

無獨有偶，本案在討論過程，恰巧報紙刊載一則新聞：「一位大陸配偶，兩年前來臺依親逾期居留，被查獲後遣返出境，管制六年不能來臺。該配偶忍不住分離之苦，在大陸花六千人民幣，破壞十根手指指紋，再經變臉手術與改名，企圖蒙混來臺，但仍被識破而遣返大陸（註十）。」

讀到這則消息當令人心中一慟，好一個「多情癡婦」！先前不忍分離而逾期居留者，而受到了無情國法的「伺候」—六年的不准來臺團聚。這種基於夫婦兒女之情的違規居留，是否有罪大惡極到如此嚴重的程度？顯然地相關規定嚴苛不仁，既可不容「賢妻孝媳」，也可不恤「癡夫烈婦」矣！

雖云我國的釋憲制度乃是抽象法規審查，不審及個案法律之曲直。但原因案件正是彰顯、暴露出相關法規範不論立法考量或實務執行上，是否已經侵犯人民基本權利與國家法治主義最好試金石。由審理本案及原因案件的審視，可知我國目前對於大陸同胞依親居留的法制仍顯現十足的威權心態。規範兩岸人民關係的準據法—兩岸關係條例，固然是制定於我國解除戒嚴之後的民國八十一年，但當時整個海峽關係的嚴峻，也使得該法籠罩著濃厚的「類威權」(Quasi-Authoritarian)色彩。不可諱言，該法經過多次的修改，但大結構仍然無法去除其根深蒂固的管制與防弊心態，充斥著概括授權與違法法律原則—全盤排除行政程序法的適用便是顯例。

但二十年過去了，兩岸關係如今的春江水暖，益使得此法已有「白雲蒼狗」之嘆！立法者是否應當豎起改革之大纛，全盤修整兩岸關係條例？吾等大法官既已明見了此老法立法的過時性，以及執法的淪於嚴苛與麻木，是否還應當容忍其繼續「逞其餘威」？本號解釋多數意見未趁此良機，向國人剖陳相

關規定之過時性、督促立法者從速刪改之，讓更多國民能夠享受家庭團聚與婚姻幸福之樂，卻自縛手腳，只作些枝節性的改進，身為大法官，本席實難容忍這種「國法」的繼續存在！

德國樂聖貝多芬生平唯一的一部歌劇《菲岱里奧》(Fidelio)第二幕中，有一段美麗的歌詞：「為了夫婦團聚，愛的力量足以掙斷枷鎖，獲得自由。(註十一)」的確，為了夫婦團聚的人倫價值，不僅是愛的力量，也是國家法律的力量，都應當發揮助力，而非阻力。當絕大多數的國民都能夠自由的享受夫婦團聚之樂，吾人是否也應當對那些仍期盼夫婦團聚的怨偶們，投以同情的眼光，並施以援助之手乎？

註一：此情形正類似本院大法官在本院釋字第六九六號解釋，忽視了聲請人乃分居配偶，理應在督促立法機關建立規範分居的法律關係，而非強調在聲請人已經不願履行的婚姻關係與家庭制度，可參見本席在該號解釋所提之不同意見書。

註二：參見陳新民，〈論「憲法委託」之理論〉，刊載於《憲法基本權利之基本理論（上冊)》，元照出版社，2002 年 5 版 2 刷，第 89 頁以下。

註三：參見本院釋字第七0九號解釋文：「……主管機關核准都市更新事業概要之程序規定，未設置適當組織以審議都市更新事業概要，且未確保利害關係人知悉相關資訊及適時陳述意見之機會，與憲法要求之正當行政程序不符。……第十九條第三項前段（該條於九十九年五月十二日修正公布將原第三項分列為第三項、第四項）規定，並未要求主管機關應將該計畫相關資訊，對更新單元內申請人以外之其他土地及合法建築物所有權人分別為送達，且未規定由主管機關以公開方式舉辦聽證，使利害關係人得到場以言詞為意見之陳述及論辯後，斟酌全部聽證紀錄，說明採納及不採納之理由作成核定，連同已核定之都市更新事業計畫，分別送達更新單元內各土地及合法建築物所有權人、他項權利人、囑託限制登記

機關及預告登記請求權人，亦不符憲法要求之正當行政程序。」

註四：當然吾人不能夠排除有些戲劇效果式的個案—假戲真做的可能性，這是類似刑事「中止犯」，乃本欲虛偽結婚以申請來臺，但日久生情，反而願意成為真夫妻，此時既然其當時結婚乃合法，即連法院都難宣判其婚姻不成立，何況主管機關乎？遇此情形，行政機關當不得逼迫其等遵守先前違法之承諾也。

註五：在面談實務上，似乎也瀰漫著主管機關先入為主的預設婚姻為虛偽之偏見，則更容易將懷疑轉換為認定為虛偽結婚之結論。故學界有認為應以「無罪推定」的精神，來實施面談矣。例如依現行面談管理辦法第十四條第四款規定：「無積極事證足認其婚姻為真實」亦可與同條第二款規定：「說詞有重大瑕疵」般，何不更改為：「有積極事證足證婚姻為虛偽」乎？面談人員一有懷疑，即可援引「無積極事證足認其婚姻為真實」而判定為虛偽結婚，豈非「懷疑主義」主宰而違憲？參見，蔡庭榕，〈論大陸地區人民申請進入臺灣地區面談規定〉，《警學叢刊》，第三十五卷第四期，民國 94 年 1 月，第 115 頁。本席亦認為，凡法治國家公權力運作，如有懷疑之處，應作出有利於人民之推論也，這也是拉丁法諺：「in dubio pro reo」的精神。參見陳新民，〈論人民基本權利的限制〉，刊載於：《憲法基本權利之基本理論（上冊）》，第 213 頁。

註六：依現行面談管理辦法，並未規定面談機關作出攸關人民婚姻與團聚權利甚鉅的處分前，需積極審酌其他資訊、並負有求證義務，易言之，對於避免行政裁量權之濫用，現行法制未作出任何防止的努力。

註七：過去大陸配偶的面談，常有問及隱私及令人難堪的問題。媒體曾嚴厲批評，例如《中時晚報》2004 年 2 月 24 日第 5

版；轉引自蔡庭榕，〈論主權與人權－以婚姻移民面談為例〉，《憲政時代》，第 32 卷，第 1 期，民國 95 年 7 月，第 20 頁，註 46 處。

註八：依面談管理辦法第十一條規定:「實施面談人員應服儀整齊、態度懇切、不得施以強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問或其他不正當之方法。」

註九：特別是本案原因案件，申請人已經第四度來臺依親，前三次來臺都經過面談，也通過主管機關「沒有虛偽結婚」檢驗，孰知，在第四次面談後，卻認定為「自始虛偽結婚」，嚴格而言對面談官員授權的範圍是否過大矣？

註十：參見今年 6 月 16 日聯合報及華視新聞等媒體均有報導。

註十一：原文為：Liebend sei es hoch besungen, Florestan ist wieder mein!Liebend is es mir gelungen, Dich aus Ketten zu befrein.

抄梁玉釋憲聲請書

主　旨：為臺灣高等法院高雄分院 99 年度上國易字第 2 號確定判決，所適用之民國 98 年 7 月 1 日修正公布之臺灣地區與大陸地區人民關係條例（下稱修正前兩岸人民關係條例）第 18 條第 1 項、第 2 項，臺灣地區與大陸地區人民關係條例施行細則（下稱兩岸人民關係條例施行細則）第 15 條，大陸地區人民及香港澳門居民強制出境處理辦法（下稱強制出境處理辦法）第 5 條第 4 款，及 93 年 3 月訂定發布之大陸地區人民申請進入臺灣地區面談管理辦法（下稱修正前面談管理辦法）第 11 條之規定，侵害聲請人受憲法保障之人身自由權，所為之收容及強制出境均違反憲法之法官保留原則、法律保留原則、法律明確性原則、比例原則及正當法律程序等憲法原則。爰依司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款之規定，聲請　貴院大法官

解釋。

說　明：茲依司法院大法官審理案件法第8條規定，將有關事項敘明如下：

壹、聲請解釋憲法之目的

一、修正前兩岸人民關係條例第18條第1項、第2項之規定，有關治安機關得將違反同條第1項各款情事者，逕行強制出境，強制出境前由治安機關予以收容之規定，有違法官保留、法律明確性原則、比例原則、正當法律程序等憲法基本原則。

二、修正前兩岸人民關係條例第18條第6項授權行政機關訂定之大陸地區人民及香港澳門居民強制出境處理辦法第5條之規定，及修正前兩岸人民關係條例第10條之1授權行政機關訂定之修正前大陸地區人民申請進入臺灣地區面談管理辦法第11條之規定，有違法律保留原則及授權明確性原則。

三、兩岸人民關係條例施行細則僅能就細節性及技術性之事項有所規定，然兩岸人民關係條例施行細則第15條，竟就構成強制出境事由之事項明文定之，顯已逾越法律保留及授權明確性原則。

四、收容及強制出境之行政措施，均涉及對人民人身自由權之限制，所為之行政措施均需依據法律；且作成之過程，亦應符合正當法律程序之要求，始符憲法保障人權之要求。惟內政部所屬移民署之高雄縣專勤隊人員為上開處分時，除未依據法律外，且未遵守正當法律程序之憲法要求。懇請　貴院予以宣示違憲，並恢復聲請人應享有之權益。

貳、爭議之性質與經過及涉及之憲法條文

一、爭議之經過與性質

（一）聲請人係大陸地區人民，於 92 年 3 月 15 日，與國人王一明結婚，並於同年 5 月 23 日以依親居留名義申請來臺，經獲准入境，至同年 11 月 23 日離境返回大陸。再於 93 年 2 月間，以相同名義申請來臺，於 94 年 2 月 16

日，因從事非法打工而遭強制出境，復於 95 年 3 月 26 日，以同樣名義申請來臺，並於居留期滿離境。嗣於 96 年 5 月間，再度以依親居留名義申請來臺，雖經獲准入境，然於 96 年 9 月 17 日，內政部入出國及移民署專勤事務第二大隊高雄縣專勤隊（下稱高雄縣專勤隊）通知聲請人到隊接受面談，面談後，即以聲請人與依親對象王一明之說詞有重大瑕疵為由，註銷聲請人之入出境許可證，而作成強制出境之處分。並於強制出境前，收容聲請人，惟收容前並未賦予聲請人陳述意見及答辯之機會，且收容時亦未交付任何書面文件，及告知救濟途徑、收容期間，於收容期間亦無給予聲請人提審請求救濟之權利，而將聲請人收容至 97 年 1 月 20 日，共計 126 日，並於強制出境處分作成後 126 日，即 97 年 1 月 21 日始將聲請人強制出境。強制出境後，聲請人即申請來臺依親，惟遭內政部所屬移民署高雄縣專勤隊拒絕，聲請人不死心，第二次申請來臺，始獲得入境許可，惟距強制出境已年餘。聲請人認內政部所屬高雄縣專勤隊所作成之強制出境及收容之處分，均屬違法，而提起國家賠償訴訟，嗣經臺灣高等法院高雄分院審理後，認為聲請人所請並無理由，而駁回聲請人之請求並確定在案。

（二）本案爭點：

1.收容及強制出境等行政措施，雖非屬刑事拘束人身自由之範疇，惟仍應受憲法第8條第1項之保障，立法機關制定之修正前兩岸人民關係條例第18條第1項、第2項之規定，由非法院之「治安機關」，作成拘束人民人身自由之處分，是否符合憲法第8條第1項由「法院」依「法定程序」為之之規定？

2.修正前兩岸人民關係條例第95條之4，僅概括授權行政院訂定施行細則，是以，行政院訂定之施行細則，自

僅就細節性及技術性之事項為規定。惟兩岸人民關係條例施行細則第15條竟就構成強制出境之事由另為規定，此是否已逾越法律保留及授權明確性原則？

3.修正前兩岸人民關係條例第18條第2項規定，「於強制出境前，得暫予收容」，惟收容之原因及期間為何？均未見法律明確規定，此有無違反法律明確性原則？

4.修正前兩岸人民關係條例第10條之1授權主管機關訂定面談管理辦法，僅有：「其管理辦法，由主管機關定之」，僅就面談之管理辦法授權主管機關訂之，並未明確授權主管機關訂定有關強制出境之相關規定。然主管機關於93年3月1日訂定之面談管理辦法第11條，卻載明：大陸地區人民有同辦法第10條各款所定情形之一者，除撤銷或廢止入境許可，並註銷其入出境許可證件外，並規定可將已入境之大陸地區人民逕行強制出境，顯然有違授權明確性原則？再者，以未具法律位階之面談管理辦法作為強制出境之依據，與法律保留原則亦有不符？

5.修正前兩岸人民關係條例第18條第6項規定，第1項之強制出境處理辦法及第2項收容處所之設置及管理辦法，由內政部擬訂，報請行政院核定之。顯未授權內政部訂定涉及強制出境及收容構成要件之法規，惟內政部卻依此條文，訂定大陸地區及香港澳門居民強制出境處理辦法，並於第5條載有強制出境前，得暫予收容之規定，該處理辦法之規定，是否有違法律保留原則及授權明確性原則之規定？

6.治安機關執行收容、強制出境之行政措施時，並未作成收容之書面文書交付受收容人，且未告知受收容人收容期間、及其救濟途徑、亦未給予受收容人陳述意見之機會，所為與憲法之正當法律程序要求是否有

違？

7.非刑事被告是否享有憲法第8條所規定之提審權利？若有，內政部所屬機關未賦予聲請人提審權利，與憲法第8條之規定是否有違？

二、涉及之憲法及大院大法官會議之解釋

茲將本案爭議問題所涉及之憲法條文及違憲之處，說明如下：

（一）憲法第 8 條之人身自由權

1.憲法第8條第1項明定：人民身體之自由應予保障。除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁。非由法院依法定程序，不得審問處罰。非依法定程序之逮捕、拘禁、審問、處罰，得拒絕之。所指就人身自由之保障而言，顯未限於「因犯罪嫌疑被逮捕拘禁」之刑事拘禁，此經　貴院大法官會議釋字第384號、第636號解釋闡釋甚明。從而，聲請人雖非犯罪嫌疑人，然因以面談有重大瑕疵，而遭註銷入境許可證件，並遭治安機關（即內政部）收容及強制出境，所受之拘禁逮捕，仍應受憲法第8條第1項之保障，合先敘明。

2.憲法第8條第1項「非經法院依法定程序，不得審問處罰」之意涵：

(1)憲法第 8 條第 1 項所稱由「法院審問處罰」，所稱之「法院」為何？

A.釋字第 166 號解釋、第 251 號解釋，認定「違警罰法」中，「警察官署裁決拘留」之措施違憲，而要求裁決拘留之行政爭措應「改由法院依法定程序為之」。亦即，確認即使是「行政罰」，一旦涉及人身自由之限制，也必須由法院為之。

B.據此，收容及強制出境等涉及人身自由限制之行政措施，仍須由法院依法定程序為之，非法院之治安機關所為之限制人民人身自由之行政措施，已違反憲法第 8 條第 1 項之規定，自屬無疑。

(2)憲法第 8 條第 1 項所稱由「法院依法定程序審問處罰」，所指「法定程序」為何？

A.釋字第 384 號解釋，解釋文載明：所稱「依法定程序」，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，國家機關所依據之程序，須以法律規定，其內容更須實質正當，並符合憲法第 23 條所定相關之條件.....。解釋理由書更進一步指出：前述實質正當之法律程序，兼指實體法及程序法規定之內容，就實體法而言，如須遵守罪刑法定主義；就程序法而言，如犯罪嫌疑人除現行犯外，其逮捕應踐行必要之司法程序、被告自白須出於自由意志、犯罪事實應依證據認定、同一行為不得重複處罰、當事人有與證人對質或詰問證人之權利、審判與檢察之分離、審判過程以公開為原則及對裁判不服提供審級救濟等為其要者。除依法宣告戒嚴國家、人民處於緊急危難之狀態，容許其有必要之例外情形外，各種法律之規定，倘與上述各項原則悖離，即應認為有違憲法上實質正當之法律程序。

B.足見憲法第 8 條第 1 項所指之「法定程序」，包含「實質正當法律程序」之概念。從而，人身自由之限制程序，自應受到形式上應符合法律保留及程序內容須符合「實質正當」之雙重約制。

3.非刑事被告人身自由所受之保障，與刑事被告所應踐行之正當程序「相類」

(1)釋字第 636 號解釋理由書指出：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。準此，凡限制人民人身自由之效果，在程度上與刑罰無異者，就必須踐行與刑事被告相似之正當法律程序。

(2)至所謂「相類」之要求，釋字第 636 號解釋亦有明示：惟欲保障被提報人之防禦權，必須賦予被提報人辯護之機會，除應保障其於受不利益之決定時，得以獲得事後之救濟外，更須於程序進行中使其享有陳述意見之權利。是故於審查委員會之流氓審查程序中，法律自應賦予被提報人陳述意見之機會，始符合正當法律程序原則。從而，有關限制人身自由之措施於作成前，自應賦予被限制者有辯護、陳述意見之機會。

4.限制人民人身自由之法律，須符合法律明確性及授權明確性原則

(1)釋字第 680 號解釋略以：立法機關以委任立法之方式，授權行政機關發布命令，以為法律之補充，雖為憲法所許，惟其授權之目的、內容及範圍應具體明確。至於授權條款之明確程度，則應與所授權訂定之法規命令對人民權利之影響相稱。刑罰法規關係人民生命、自由及財產權益至鉅，自應依循罪刑法定原則，以制定法律之方式規定之。法律授權主管機關發布命令為補充規定時，須自授權之法律規定中得預見其行為之可

罰，其授權始為明確，方符刑罰明確性原則（本院釋字第 522 號解釋參照）。

(2)收容及強制出境均屬對人身自由之限制，修正前兩岸人民關係條例第 10 條之 1，僅授權主管機關訂定管理辦法，至有關涉及人身自由限制之收容及強制出境等處分，自須使人民得以自授權母法中預見其行為有受收容及強制出境之可能性始可，否則即有違反法律明確性及授權明確性原則。

5.不定期拘禁係屬違憲：

(1)釋字第 636 號解釋，就檢肅流氓條例第 13 條第 2 項但書，有關法院毋庸諭知感訓期間之規定，大法官認為有導致受感訓處分人身體自由遭受過度剝奪之虞，而要求相關機關檢討修正。

(2)職是，收容此等同拘禁之限制人身自由之行政措施，收容機關若無諭知收容期間者，自屬違憲。

（二）綜上，依大法官之上開相關解釋觀之，有關對於收容、強制出境等非刑事被告人身自由之限制，應符合法官保留、法律保留、法律明確性、事前有效的程序參與權、相類於刑事訴訟被告之程序保障、比例原則、不可為不定期之拘禁等憲法要求。

叁、聲請解釋憲法理由及聲請人對本案所持之立場與見解

一、憲法第 8 條之身體自由保障，屬於普世適用的人權，非專屬於國民之「國民權」。而「正當程序」乃是最基本的人權保障標準，否則，將等同承認行政機關可以任意、恣意對待所有在臺之外人，而不受約制。是以，本件聲請人縱為大陸人民，其在臺期間仍應受到與本國人民相同之人身自由保障，合先敘明。

二、修正前兩岸人民關係條例第 18 條第 1 項規定：進入臺灣地區

之大陸地區人民，有下列情形之一者，治安機關得逕行強制出境，但其所涉案件已進入司法程序者，應先經司法機關之同意：一、未經許可入境。至何謂未經許可入境，則於同條例施行細則第 15 條另為補充規定，稱本條例第 18 條第 1 項第 1 款所定未經許可入境者，包括持偽造、變造之護照、旅行證或其他相類之證書、有事實足認係通謀虛偽結婚經撤銷或廢止其許可或以其他非法之方法入境者在內。惟強制出境涉及人身自由之限制，依憲法第 8 條第 1 項之規定，須由法院依法定程序，始得審問處罰，業經闡明如上，是上開條文規定由治安機關為之，自不符上開所述之法官保留原則，而屬違憲。

三、再者，強制出境涉及人民之人身自由，應符合法律保留原則之要求；若立法機關以法律授權行政機關發布命令為補充規定時，其授權之目的、內容、範圍應明確。若僅屬執行法律之細節性、技術性次要事項，始得由主管機關發布命令為必要之規範，惟其內容不得牴觸母法或增加法律所無之限制（本院釋字第 568 號、第 650 號、第 657 號解釋參照）。惟修正前兩岸人民關係條例第 95 條之 4 僅規定，本條例施行細則，由行政院定之，並未授權行政院訂定有關涉及強制出境構成要件之事項，兩岸人民關係條例施行細則第 15 條竟就修正前兩岸人民關係條例第 18 條第 1 項第 1 款之未經許可入境者另為規定，自已違法律保留原則及授權明確性原則甚明。

四、又修正前兩岸人民關係條例第 10 條之 1 就面談管理辦法授權主管機關定之，修正前同條例第 18 條第 6 項僅就強制出境處理辦法及收容處所之設置及管理辦法，授權由內政部擬訂，報請行政院核定之。顯未授權行政機關就強制出境及收容之事由，另於面談管理辦法中另為規定，是行政院於大陸地區人民申請進入臺灣地區面談管理辦法第 11 條中規定：「大陸地區人民抵達機場、港口或已入境，經通知面談，有前條各

款情形之一者，其許可應予撤銷或廢止，並註銷其入出境許可證件，逕行強制出境。」，並不符合法律保留原則及法律授權明確性原則之規定，自屬當然。

五、又修正前兩岸人民關係條例第 18 條第 2 項規定：第 1 項大陸地區人民，於強制出境前，得暫予收容，並得令其從事勞務。條文僅就符合同條第 1 項各款所定之事由者，授權行政機關，作成暫予收容之決定。惟收容之要件、期間等，則未予明定，顯有違法律明確性原則。且依同條第 1 項之規定，收容之行政措施，由治安機關為之，亦違反法官保留原則。

六、內政部在作成收容及強制出境行政措施之前，並未賦予聲請人陳述意見之機會，收容時亦未交付任何處分書。內政部並於收容聲請人 126 日後，將聲請人強制出境，所為均未給予聲請人強制出境及收容前之答辯防禦權，不符憲法正當法律程序之規定。

七、聲請人遭受收容之期間內，內政部除未告知收容之期間外，亦未賦予受收容人要求提審之救濟途徑，是本案亦有違反不定期拘禁之違憲及憲法第 8 條第 4 項對於受人身拘束者，有請求法院提審權利之規定。

八、綜上所陳，本案法院所適用之修正前兩岸人民關係條例第 18 條第 1 項、第 2 項、兩岸人民關係條例施行細則第 15 條、大陸地區人民及香港澳門居民強制出境處理辦法第 5 條及 93 年 3 月訂定之大陸地區人民申請進入臺灣地區面談管理辦法第 11 條之規定，與憲法第 8 條第 1 項、第 4 項及憲法之法律保留原則、法官保留原則、法律明確性原則、授權明確性原則及正當法律程序等有違。爰提出本件釋憲聲請，以維自身權益。懇請　貴院依聲請人所請作出違憲宣告，並責成相關主管機關通盤檢討相關法令，及作成否決民事法院錯誤判決之解釋，至感德便。

肆、關係文件之名稱及件數

一、內政部96年9月17日內授移專二高縣字第0960950018號處分書影本一份。

二、臺灣高雄地方法院98年度國字第22號民事判決書影本一份。

三、臺灣高等法院高雄分院99年度上國易字第2號民事判決書正本一份。

謹　請

司　法　院　公鑒

聲請人：梁玉

中　華　民　國　99　年　10　月　22　日

（附件三）

臺灣高等法院高雄分院民事判決　99 年度上國易字第 2 號

上　訴　人　梁　玉

訴訟代理人　蔡　長　佑律師

被 上 訴 人　內政部

法定代理人　江　宜　樺

訴訟代理人　林　石　猛律師

黃　致　穎律師

上列當事人間因國家賠償事件，對於民國 99 年 2 月 26 日臺灣高雄地方法院 98 年度國字第 22 號第一審判決提起上訴，並為訴之擴張，本院於 99 年 6 月 23 日辯論終結，茲判決如下：

主　文

上訴及擴張之聲明均駁回。

第二審及擴張部分訴訟費用由上訴人負擔。

事實及理由

一、按第二審訴之變更或追加，非經他造同意，不得為之，但擴張或減縮應受判決事項之聲明者，不在此限，民事訴訟法第 446 條第 1 項、第 255 條第 1 項第 3 款分別定有明文。本件上訴人於原審僅請求被上訴人給付本金部分，於本院增加請求被上訴人給付自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息 5%計算之法定遲延利息，乃屬擴張應受判決事項之聲明，揆諸上開規定，其擴張應予准許。

二、上訴人主張：伊為大陸女子，於民國 92 年 3 月 15 日與訴外人王一明結婚，於同年 5 月 23 日以依親居留名義申請來臺，經獲准入境後，至同年 11 月 23 日離境返回大陸，再於 93 年 2 月間以同樣名義申請來臺，於 94 年 2 月 16 日因從事非法打工而遭強制出境，復於 95 年 3 月 26 日以同樣名義申請來臺，並於居留期滿離境。嗣於 96 年 5 月間，伊再度以依親居留名義申請來臺，雖經獲准入境，然於 96 年 9 月 17 日，被上訴人所屬入出國及移民署專勤事務第二大隊高雄縣專勤隊（下稱高雄縣專勤隊）通知伊到隊接受面談，並於面談後，以伊與王一明之說詞有重大瑕疵為由，作成 96 年 9 月 17 日內授移專二高縣字第 0960950018 號處分書，內僅記載「註銷上訴人之入出境許可證並強制出境」，而未出具任何收容處分書，即違法將伊收容至 97 年 1 月 20 日，總計 126 日，遲至 97 年 1 月 21 日，始將伊強制出境。惟被上訴人所屬高雄縣專勤隊人員將伊收容後，以伊涉有刑法偽造文書罪嫌，將伊移送臺灣高雄地方法院檢察署（下稱高雄地檢署）偵辦，經該署檢察官查明後，認伊與王一明並無任何犯罪事實，而於 97 年 1 月 7 日以 96 年度偵字第 29300 號為不起訴處分，詎被上訴人未依不起訴處分書撤銷前開註銷伊入出境許可證及強制出境之行政處分，仍將伊強制出境。查人之記憶常有錯誤情形，且因時間之經過更容易出錯，伊與王一明之說詞雖有若干不符之處，然被上訴人所屬承辦人員僅因一次面談即認伊等說詞有重大瑕疵而將伊收容，實

屬違法。況面談說詞有重大瑕疵並未構成收容之事由，且並無當時 95 年 7 月修正公布之臺灣地區與大陸地區人民關係條例（下稱修正前兩岸人民關係條例）第 18 條第 1 項各款事由，被上訴人自不得將伊收容，是被上訴人之收容顯屬故意違法行為。伊因被上訴人之違法收容行為而遭拘束人身自由 126 日，所受損害賠償額之計算，應比照冤獄賠償法第 3 條第 1 項之規定，以每日新臺幣（下同）3,000 元計算，賠償伊精神慰藉金 378,000 元。又伊因遭違法強制出境後，再次於 97 年 12 月 16 日來臺，額外支出來回機票費 16,600 元，並因此受有 218,000 元之不能工作損失。爰本於國家賠償法第 2 條第 2 項之法律關係，求為命被上訴人應給付伊 612,600 元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息 5%計算利息之判決。

三、被上訴人則以：上訴人如主張系爭行政處分有違法之處，應先依行政救濟程序提出訴願、行政訴訟，上訴人未循此救濟途徑，應不得再依民事訴訟程序請求國家賠償。又上訴人與王一明就兩人結識、結婚及來臺生活過程之說詞有多處陳述不一，足認其等有通謀虛偽結婚之具體事證，伊經相當查證後始作成強制出境及收容之行政處分，並依兩岸人民關係條例施行細則第 15 條、修正前兩岸人民關係條例第 18 條第 1 項第 1 款、第 2 項之規定，作成該等行政處分，並無任何違法之處，且該收容處分之效力不因處分書之欠缺而受影響。再檢察官之不起訴處分書，並不拘束行政機關行政處分裁量權之行使，且伊作成該等行政處分係基於合理查證，並非恣意而為，自無故意或過失可言，而不應負國家賠償責任等語，資為抗辯。

四、原審判決駁回上訴人之訴，上訴人不服，提起上訴，並為訴之擴張，其上訴及擴張聲明：（一）原判決廢棄。（二）被上訴人應給付上訴人 612,600 元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息 5%計算之利息。被上訴人則答辯聲明：上訴及擴張部分均駁回。

五、兩造不爭執及爭執事項：

甲、不爭執事項：

（一）上訴人為大陸女子，於 92 年 3 月 15 日與王一明結婚。

（二）上訴人於 96 年 5 月間以依親居留名義申請來臺，雖經獲准入境，然於 96 年 9 月 17 日，被上訴人所屬高雄縣專勤隊發通知上訴人到隊接受面談，於面談後，以上訴人與王一明之說詞有重大瑕疵為由，作成廢止其入境許可，強制出境及收容之行政處分，並於是日起將上訴人收容至 97 年 1 月 20 日止，共計 126 日，於 97 年 1 月 21 日將上訴人強制出境。

（三）上訴人並未對上開行政處分提出行政救濟。

（四）被上訴人所屬高雄縣專勤隊於查知上訴人與依親對象說詞有重大瑕疵後，以上訴人涉犯偽造文書罪嫌，將上訴人移送高雄地檢署偵辦，經該署以 96 年度偵字第 29300 號認定上訴人與王一明確有結婚真意而為不起訴處分。

乙、爭執之事項：

（一）上訴人未循行政爭訟途徑救濟，可否逕行請求國家賠償？

（二）被上訴人作成強制出境及收容之行政處分，有無故意或過失？

（三）上訴人所受之損害為何？

（四）若被上訴人有故意或過失，且上訴人受有損害，兩者間有無相當因果關係？

六、上訴人未循行政爭訟途徑救濟，可否逕行請求國家賠償？

（一）按人民對於中央或地方機關之行政處分，認為違法或不當，致損害其權利或利益者，或因中央或地方機關對其依法申請之案件，於法定期間內應作為而不作為，認為損害其權利或利益者，得依訴願法提起訴願。前者經依訴願法提起訴願而不服其決定，或提起訴願逾 3 個月不為決定，

或延長訴願決定期間逾 2 個月不為決定者，得向高等行政法院提起撤銷訴訟。後者因中央或地方機關對其依法申請之案件，予以駁回，認為其權利或法律上利益受違法損害者，經依訴願程序後，得向高等行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容行政處分之訴訟（給付訴訟），訴願法第 1 條第 1 項、第 2 條，行政訴訟法第 4 條第 1 項、第 5 條第 2 項，分別定有明文。又公務員於執行職務行使公權力時，因故意或過失不法侵害人民自由或權利者，國家應負損害賠償責任。公務員怠於執行職務，致人民自由或權利遭受損害者亦同。為國家賠償法第 2 條第 2 項所明定。準此，人民對於公務員為（或不為）行政處分而執行職務、行使公權力時，認有違法不當者，除得依行政爭訟程序尋求救濟外，亦得依國家賠償法請求賠償，且二者併行不悖，應無先後次序之限制，始符法律保障人民權利之本旨。至於行政訴訟法第 12 條第 1、2 項規定：「民事或刑事訴訟之裁判，以行政處分是否無效或違法為據者，應依行政爭訟程序確定之。前項行政爭訟程序已經開始者，於其程序確定前，民事或刑事法院應停止其審判程序。」其立法目的係為防止對於同一基礎事實所衍生之民、刑事訴訟及行政訴訟，由於不同法院對事實認定歧異，致生裁判結果互相牴觸之情形而設，並非因此剝奪人民之民事或刑事訴訟權。故民事之裁判，如以行政處分是否無效或違法為據者，苟行政爭訟程序尚未開始，民事法院審判長即應依民事訴訟法第 199 條第 2 項規定行使闡明權，曉諭當事人就行政處分是否無效或違法，先依行政爭訟程序確定之。若當事人已表明不循行政爭訟程序請求救濟，或捨棄該行政程序救濟之途，而選擇逕行提起民事訴訟請求國家賠償者，民事法院固不能否認該行政處分之效力，然究非不得就公務員為該行政處分行使公權力時，有

無故意或過失不法侵害人民權利之情事，自行審查認定（最高法院 96 年度台上字第 1595 號裁判意旨可參）。

（二）經查，上訴人因已逾提起行政爭訟之法定期間而未對上開行政處分提起行政救濟，此經上訴人自陳在卷（原審卷第 102 頁），而本件兩造爭執者在於被上訴人所為之上開行政處分有無違法不當之處，依上開說明，縱上訴人未循行政爭訟程序以為救濟，其亦得逕行依國家賠償法請求賠償，故被上訴人抗辯上訴人主張其權利受侵害，應先依行政救濟程序提出訴願、行政訴訟，始得提起國家賠償訴訟云云，洵非可採。

七、被上訴人作成強制出境及收容之行政處分，有無故意或過失？

（一）按進入臺灣地區之大陸地區人民，未經許可入境者，治安機關得逕行強制出境；前項大陸地區人民，於強制出境前，得暫予收容，並得令其從事勞務；第 1 項之強制出境處理辦法及第 2 項收容處所之設置及管理辦法，由內政部擬訂，報請行政院核定之，修正前兩岸人民關係條例第 18 條第 1 項第 1 款、第 2 項、第 6 項分別定有明文。又上開條例第 18 條第 1 項第 1 款所定未經許可入境者，包括持偽造、變造之護照、旅行證或其他相類之證書、有事實足認係通謀虛偽結婚經撤銷或廢止其許可或以其他非法之方法入境者在內，兩岸人民關係條例施行細則第 15 條亦有明文。再強制出境前，其他因故不能立即強制出境者，得暫予收容，大陸地區人民及香港澳門居民強制出境處理辦法（下稱強制出境處理辦法）第 5 條第 4 款定有明文。另大陸地區人民接受面談，經面談後，申請人、依親對象無同居之事實或說詞有重大瑕疵，其申請案不予許可；已許可者，應撤銷或廢止其許可，並註銷其入出境許可證件，逕行強制出境或限令 10 日內出境，93 年 3 月訂定發布之大陸地區人民申請進入臺灣地區面談管理辦法（下稱修正前

面談管理辦法）第 10 條第 3 款、第 11 條分別定有明文。

（二）依上規定可知，大陸人民經主管機關所屬公務員面談後，查明其與依親對象無同居之事實或說詞有重大瑕疵者，主管機關得撤銷或廢止其入境許可，逕行強制出境，又該入境許可經撤銷或廢止後，即屬兩岸人民關係條例第 18 條第 1 項第 1 款所稱之未經許可入境，且主管機關於強制出境前，得暫予收容，故主管機關對大陸人民所為強制出境及收容之行政處分，係屬行政裁量權之行使，要無疑義。上訴人雖主張，修正前兩岸人民關係條例第 18 條第 1 項第 1 款規定之「未經許可入境」，係指兩岸人民關係條例施行細則第 15 條所規定「本條例第 18 條第 1 項第 1 款所定未經許可入境者，包括持偽造、變造之護照、旅行證或其他相類之證書、有事實足認係通謀虛偽結婚經撤銷或廢止其許可或以其他非法之方法入境者在內」，並不包括面談有重大瑕疵經註銷入境許可情形云云。惟上開兩岸人民關係條例施行細則第 15 條就未經許可入境者，既明定「或以其他非法之方法入境者在內」，即表示係例示規定，而非列舉規定，是入境許可經註銷者，自該當於「其他非法之方法入境」之要件，上訴人主張非屬修正前兩岸人民關係條例第 18 條第 1 項第 1 款規定之「未經許可入境」云云，尚不足取。

（三）查王一明之母王郭不纏於 96 年 9 月 14 日接受被上訴人所屬高雄縣專勤隊查訪時陳稱：王一明前妻為臺灣籍「阿美」，已離婚，目前單身，未曾迎娶大陸籍配偶等語（原審卷第 32 至 33 頁）；王一明於 96 年 9 月 17 日於高雄縣專勤隊陳稱：伊於 92 年初，在高雄市前鎮區某工廠工作時，同事秀仔稱可提供免費機票及食宿赴大陸旅遊，邀伊免費去大陸娶大陸新娘，經伊同意後，秀仔幫伊辦妥赴大陸結婚所需證件及購妥機票，於 92 年 2 月 22 日由秀仔偕同伊與

另 2 名臺灣人許武忠與福仔共 4 人由高雄搭機赴大陸，抵大陸時由 2、3 名大陸人至福建某機場接機，之後由大陸人安排食宿並帶伊等與大陸結婚對象會面，伊與許武忠、福仔約於 92 年 3 月 5 日各自與大陸女子結婚後，於 92 年 3 月 13 日返臺；伊母知悉伊娶大陸女子梁玉；伊在大陸及返臺後均未辦婚宴；赴大陸結婚時未與梁玉行房，俟梁玉來臺後即與伊同宿；梁玉首次來臺時，伊騎機車至小港機場接機後直接返回鳳山住處等語（原審卷第 82 至 83 頁）；上訴人於 96 年 9 月 17 日於高雄縣專勤隊陳稱：王一明至大陸結婚時曾告訴伊，他是去大陸玩，故未告訴家人結婚之事，伊來臺後住他家，王一明之母及其獨子王經偉始知此事；伊與王一明結婚時曾在福清之餐廳辦一桌酒席；伊與王一明結婚後約一週時，曾在大陸福清某旅社首次同宿；伊首次來臺係由阿龍一人開車至小港機場接機至王一明胞弟王明來大寮住處，當時阿龍向王明來租屋，王一明也住於該處，伊與王一明在大寮住約一週後，即與王一明搬回鳳山等語（原審卷第 84 至 85 頁）。依上開王郭不纏、王一明及上訴人 3 人所述相互勾稽，其 3 人對於王一明是否與上訴人完婚、是否曾辦理婚宴、在何處同宿、上訴人首次來臺係由何人接機及住宿地點等項，前後供述既有不一，則被上訴人憑此認定上訴人與依親對象說詞有重大瑕疵而撤銷或廢止上訴人入境之許可，並對上訴人為強制出境之行政處分，有內政部 96 年 9 月 17 日內授移專二高縣字第 0960950018 號處分書可稽（原審卷第 9 頁），核與前揭修正前面談管理辦法第 10 條第 3 款、第 11 條規定相符，是其依法行使行政裁量權，並非無據，亦無法外裁量情事，尚難謂其主觀上有何故意或過失不法之處。

（四）至上訴人主張，被上訴人依修正前面談管理辦法第 11 條規定，註銷上訴人入出境許可證件，未就「強制出境」或

「限令 10 日內出境」間，作出合義務性之裁量，而以強制手段將上訴人強制出境，顯有裁量濫用云云。惟被上訴人所屬高雄縣專勤隊因認上訴人另涉犯偽造文書罪嫌而移送高雄地檢署，此經本院調取高雄地檢署 96 年度偵字第 29300 號卷可稽，是自不宜「限令 10 日內出境」，故而，被上訴人作成強制出境之行政處分，並於強制出境前暫予收容，即屬合義務性之裁量，並無裁量濫用情事，上訴人上開主張尚不足取。上訴人又主張，修正前面談管理辦法第 11 條規定之「逕行強制出境或限令 10 日內出境」，於該辦法修正後已刪除，足見該規定並不合法云云。然被上訴人依據行為時之法令作成行政處分，乃為依法行政，自無故意過失侵害他人權利，且修正後面談管理辦法並無溯及既往之效力，上開行政處分自不因修法而受影響，自屬當然之理。

（五）次按國家依國家賠償法第 2 條第 2 項前段規定所負損害賠償責任，係就公務員職務上侵權行為所負之間接責任，必先有特定之公務員於執行職務行使公權力時，因故意或過失不法侵害人民之自由或權利，該特定公務員之行為已構成職務上之侵權行為時，國家始應對該受損害之人民負賠償之責任。又行政處分之當否，與承辦之公務員是否構成職務上之侵權行為，原屬兩事，行政處分縱令不當，其為此處分或執行此處分之公務員未必構成職務上之侵權行為（最高法院 92 年度台上字第 556 號裁判意旨可參）。查被上訴人所屬高雄縣專勤隊於查知上訴人與依親對象說詞有重大瑕疵後，以上訴人涉犯偽造文書罪嫌，將上訴人移送高雄地檢署偵辦，經以 96 年度偵字第 29300 號認定上訴人與王一明確有結婚真意而為不起訴處分，此固有該不起訴處分書附卷可稽（原審卷第 10 至 12 頁），惟被上訴人所屬公務員係因上訴人與依親對象就上訴人與王一明結婚相關

情節之說詞不一致，本於專業智識之行政裁量權而為強制出境及收容之行政處分，應為法所容許，縱其作成行政處分之基礎事實，與上開不起訴處分所認定者不同，亦不能據此認定其有故意或過失不法侵害上訴人自由或權利而構成職務上之侵權行為。又被上訴人作成註銷上訴人之入出境許可證並強制出境之行政處分，既未經上訴人提起訴願及行政訴訟請求撤銷而告確定，被上訴人未因上開不起訴處分結果而自行撤銷行政處分，並無不合。是上訴人據以執行強制出境之處分，乃依據上開行政處分而為執行，難謂有何故意或過失。

（六）又按進入臺灣地區之大陸地區人民，未經許可入境者，治安機關得逕行強制出境，但其所涉案件已進入司法程序者，應先經司法機關之同意，於強制出境前，得暫予收容，並得令其從事勞務，此為修正前兩岸人民關係條例第 18 條第 1 項、第 2 項所明定；又依強制出境處理辦法第 5 條第 4 款規定，強制出境前，其他因故不能立即強制出境者，得暫予收容。依此，被上訴人雖於 96 年 9 月 17 日作成強制出境之行政處分，惟因上訴人涉犯偽造文書罪嫌，經高雄地檢署以 96 年度偵字第 29300 號偵辦中，高雄地檢署並於 96 年 11 月 29 日將上訴人責付於高雄縣專勤隊，於 97 年 1 月 7 日始為不起訴處分，於同月 14 日通知高雄縣專勤隊，此有上開偵查卷可憑，是被上訴人因偵查之必要，且未經高雄地檢署之同意，不能立即強制出境，而暫予收容，於同月 21 日始遣返出境，與上開規定無違，是被上訴人於此段期間之收容於法有據，被上訴人所屬機關公務員依法處置，並無故意過失可言。至上訴人主張，強制出境處理辦法係依據修正前兩岸人民關係條例第 18 條第 6 項之授權訂定，該規定並未授權被上訴人訂定有關強制出境及收容之權限，是強制出境處理辦法第 5 條第 4 款規定

得暫予收容之規定，乃為違法之法規命令，被上訴人逕以限制上訴人之人身自由，於法未合云云。惟被上訴人同時依修正前兩岸人民關係條例第 18 條第 2 項之規定，對上訴人作成予以收容之處分，並非僅依同條第 6 項授權訂定之強制出境處理辦法第 5 條第 4 款之規定作成收容處分。且強制出境處理辦法第 5 條之規範目的在限縮修正前兩岸人民關係條例第 18 條第 2 項中「得暫予收容」之範圍，並非擴張該適用範圍，自無上訴人所主張逾越法律授權範圍情事，是上訴人之主張顯無足採。

（七）上訴人雖又主張，被上訴人之收容處分依憲法第 8 條第 2 項規定，應以書面為之云云。惟按人民身體之自由應予保障；除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁；人民因犯罪嫌疑被逮捕拘禁時，其逮捕拘禁機關應將逮捕拘禁原因，以書面告知本人及其本人指定之親友，固為憲法第 8 條第 1 項、第 2 項所明定。然本件被上訴人所屬高雄縣專勤隊對上訴人所為之強制出境及收容處分，係依修正前兩岸人民關係條例第 18 條第 2 項及強制出境處理辦法第 5 條第 4 款規定為之，並無未依法定程序情事，且係因上訴人未經許可入境而為強制出境及收容處分，並非因犯罪嫌疑被逮捕拘禁，自無憲法第 8 條第 2 項應以書面之適用。再參以依修正前後之兩岸人民關係條例第 95 條之 3 規定，明文將有關兩岸人民往來事務之處理，排除行政程序法規定之適用，其立法意旨係參酌行政程序法第 3 條第 3 項第 1 款「國家安全保障事項之行為」，不適用該法之程序規定，因有關大陸事務之行為具有高度機密性或必須急速因應，而直接以維護國家之生存、發展或免於威脅為目的，不宜適用行政程序法所定程序規定，是有關機關在作成行政處分時，無論有無製發處分書，均不影響其法律效力，此有行政院大陸委員會 93

年 10 月 12 日陸法字第 0930014716 號函可佐（原審卷第 34 頁）。準此，上訴人主張本件收容處分違反應以書面之要式規定，被上訴人所屬機關公務員應有故意過失云云，尚乏依據。

（八）至上訴人主張修正前兩岸人民關係條例第 18 條第 2 項規定，與憲法保障人身自由之意旨有違，是收容應由法院依法定程序為之，行政機關無決定權，被上訴人自無收容與否之權限云云。惟被上訴人係憑上訴人與依親對象說詞有重大瑕疵，而依修正前面談管理辦法第 10 條第 3 款、第 11 條之規定撤銷或廢止上訴人入境之許可，並對上訴人為強制出境之行政處分，復依修正前兩岸人民關係條例第 18 條第 2 項、強制出境處理辦法第 5 條第 4 款之規定暫予收容，乃依法行政，並無裁量濫用可言，至於上開規定有無違憲，自非被上訴人所屬機關公務員所得審查而拒絕適用，尚不得因其適用上開規定，遽認其行使公權力即有故意或過失，上訴人主張被上訴人所為之強制出境及收容處分均屬違法行為云云，自難採憑。

八、被上訴人所屬公務員對上訴人所為之強制出境及收容處分，既無故意、過失或不法之處，已如前述，則上訴人所受損害為何、及其所受損害與被上訴人所屬公務員之行為有無相當因果關係，本院自無庸再予審究，附此敘明。

九、綜上所述，被上訴人所屬公務員於執行職務行使公權力時，並無故意或過失不法侵害上訴人自由或權利之情事。從而，上訴人依國家賠償法第 2 條第 2 項之規定，請求被上訴人給付 612,600 元，並擴張自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息 5%計算之利息，均無理由，應予駁回。原審為上訴人敗訴之判決，並無不合。上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應予駁回，並駁回其擴張部分。又本件事證已

臻明確，兩造其餘之攻擊防禦方法及舉證，核與判決結果不生影響，爰不予論列，併予敘明。

據上論結，本件上訴及擴張部分均為無理由，依民事訴訟法第 449 條第 1 項、第 78 條，判決如主文。

中　華　民　國　99　年　6　月　29　日

（本件聲請書其餘附件略）

附錄：司法院釋字第七０八號解釋至第七一０號解釋關係法令及關鍵詞檢索表

解釋號次 公布日期	相　關　法　令	關　鍵　詞
708 102.2.6	憲法第 8 條第 1 項。 入出國及移民法第 38 條第 1 項、第 8 項。 司法院釋字第 392 號、第 588 號、第 636 號解釋。 外國人收容規則。	驅逐出國、外國人、收容、暫時收容、法官保留、人身自由之保障、正當法律程序。
709 102.4.26	憲法第 10 條、第 15 條、第 23 條。 司法院釋字第 400 號、第 443 號、第 454 號、第 596 號、第 689 號解釋。 經濟社會文化權利國際公約第 11 條第 1 項。 都市更新條例第 7 條第 1 項、第 10 條第 1 項、第 10 條第 2 項、第 11 條、第 26 條第 1 項、第 36 條第 1 項（87 年 11 月 11 日制定公布）。 都市更新條例第 3 條、第 9 條、第 19 條第 3 項、第 22 條第 1 項、第 22 條之 1（92 年 1 月 29 日修正公布）。 都市更新條例第 22 條之 1（94 年 6 月 22 日修正公布）。 都市更新條例第 10 條第 1	財產權、居住自由、適足居住、比例原則、正當行政程序、都市更新條例、更新單元、都市更新事業概要、都市更新事業計畫、權利變換、重要關聯性、適當組織、陳述意見、聽證、公聽會、同意比率、民主精神、立法形成、重要關聯性。

	項、第 10 條第 2 項、第 22 條第 1 項、第 21 條、第 22 條第 3 項、第 31 條第 1 項、第 36 條第 1 項（97 年 1 月 16 日修正公布）。 都市更新條例第 19 條第 3 項、第 19 條第 4 項、第 36 條第 1 項（99 年 5 月 12 日修正公布）。 行政程序法第 34 條、第 92 條第 1 項。	
710 102.7.5	憲法第 8 條、第 10 條、第 23 條。 憲法增修條文第 11 條。 司法院釋字第 384 號、第 443 號、第 497 號、第 523 號、第 558 號、第 559 號、第 588 號、第 612 號、第 618 號、第 636 號、第 676 號、第 680 號、第 689 號、第 690 號、第 708 號解釋。 臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 10 條第 1 項、第 10 條之 1、第 17 條、第 95 條之 4。 臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 18 條第 1 項（92 年 10 月 29 日修正公布，98 年 7 月 1 日修正公布，第 1	強制出境、大陸地區人民、收容、暫時收容、法官保留、人身自由之保障、居住及遷徙自由之保障、正當法律程序。

	項為文字修正)、第 2 項(92 年 10 月 29 日修正公布,98 年7月1日修正公布之同條例第 3 項)。 臺灣地區與大陸地區人民關係條例施行細則第 15 條。 大陸地區人民申請進入臺灣地區面談管理辦法第 10 條第 3 款(93 年 3 月 1 日訂定發布,98 年 8 月 20 日修正發布之同辦法第 14 條第 2 款)、第 11 條(93 年 3 月 1 日訂定發布,98 年 8 月 20 日修正發布之同辦法第 15 條)。 大陸地區人民及香港澳門居民強制出境處理辦法第五條(88 年 10 月 27 日訂定發布,99 年 3 月 24 日修正發布移列為同辦法第 6 條)。 聯合國公民與政治權利國際公約第 12 條、第 13 條。 聯合國公民與政治權利國際公約第 15 號一般性意見第 6 點。 歐洲人權公約第 7 號議定書第 1 條。	