

釋字第七〇九號解釋 協同暨部分不同意見書

大法官 湯德宗 提出

本件聲請人陳○鶯等五十二人為新北市土城○○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門型建物；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¹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「土城市延和里金城路社區都市更新會」（下稱「金城都更會」），並依同條例第十條第二項²及第二十二條之一³

¹ 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。

² 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；……」。

³ 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區分所有權及基地所有權應有部分為計算基礎，分別計算其同意之比例」。

之規定，劃定前排四十戶為都市更新單元（下稱「都更單元」）⁴，擬具都市更新事業概要（下稱「事業概要」）⁵，報經新北市政府以九十二年三月二十八日北府城更字第〇九二〇二四一五九九號函核准。嗣金城都更會擬具「台北縣土城市延和里金城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⁶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⁷及第二十二條之一規定⁸，於九

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。

⁴ 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）。

⁵ 「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）。

⁶ 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。……」）。

⁷ 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

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⁹，經訴願¹⁰、行政訴訟¹¹未獲救濟，爰依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○樹等五人以臺北高

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。……」

⁸ 同前揭註2。

⁹ 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。

¹⁰ 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）。

¹¹ 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）；最高行政法院一〇〇年度判字第一九〇五號判決（一〇〇年十一月三日，無理由駁回上訴）。

等行政法院九十八年度訴字第二四六七號判決、最高行政法院一〇〇年度判字第二〇九二號判決及同院一〇〇年度判字第二〇〇四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¹²有違憲疑義，於一〇一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」¹³、「事業計畫」¹⁴及「權利變換計畫」¹⁵。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）¹⁶，

--第十條第二項（申請核准「事業概要」之同意比率）¹⁷，

--第十九條第三項前段（「事業計畫」之核定程序）¹⁸；

（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）¹⁹

（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

¹² 同前揭註7。

¹³ 參見都更條例第十條及第十一條等。

¹⁴ 參見都更條例第十九條及第二十二條等。

¹⁵ 參見都更條例第二十九條以下。

¹⁶ 參見解釋文第一段第一句及解釋理由書第五段。

¹⁷ 參見解釋文第一段第二句及解釋理由書第六段。

¹⁸ 參見解釋文第一段第三句及解釋理由書第七段。

¹⁹ 參見解釋文第二段及解釋理由書第九段。

率)²⁰。

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。²¹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」,²²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」²³全然未設(類似第十條第二項及第二十二條第一項

²⁰ 參見解釋文第三段及解釋理由書第十段。

²¹ 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);林明鏞,〈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--〉,《台灣法學雜誌》,第198期,頁1-4(2012年4月15日)。

²² 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」,是為「法律要求之正當行政程序」。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)。

²³ 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)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²⁴所謂「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),²⁵並且宣

之內容。參見本案卷附本院大法官書記處一〇二年四月十二日下午四時電詢內政部營建署電話記錄(「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21)文,頁62以下。

²⁴ 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」。

²⁵ 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」(釋字第四〇九號、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22)書,頁

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)²⁶。「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)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

167 以下。

²⁶ “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」如何能解讀為包含實體「內容」在內?是 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。

量標準」(a balancing test);²⁷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,²⁸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。²⁹

²⁷ 參見大法官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)。

²⁸ 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;至其餘非關「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。

²⁹ 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

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」，兩者不應混為一談

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)所有權人並其所有總面積之同意比率。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；³⁰然，第(二)類三條文乃「人民」申請主管機關核准或核定時應具備之「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

擔憲法制定之功能。」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(台北：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)。

³⁰ 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。

二項(申請核准「計畫概要」之同意比率)違憲?!³¹如上失誤實因未能分辨：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」之功能殆與「比例原則」相當

本院自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；³²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」

³¹ 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。

³² 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」)。

³³與「比例原則」兩者功能相當，幾可視為同義語--「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)³⁴之結果！

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(立法形成)之空間；唯於

³³ 嚴格言之，「實質正當」除「比例原則」外，至少尚包含兩項原則：
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70二號、第六九七號、第六九〇號、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，致令法官官員亦難分辨「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禁止，按權力分立原則亦當如是解。
³⁴ 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)。

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，³⁵依本院歷來解釋，財產權所保障者乃對「物」之「價值」之享有不減，而非「占有」狀態之不變；³⁶至於「免

³⁵ 參見憲法第一四二條(「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」、第一四三條第三項(「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」、第一四五條第一項(「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，縱屬對於菸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29)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)」)。

³⁶ 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29)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35)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

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)³⁷，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)。所有權人並其所有面積「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！

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』)。

³⁷ 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）。

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)³⁸亦可得出相同之結論，即關於第十條第二項(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。由於憲法上所保障之各種權利(基本權)係「文義開放式規定」(open-textured provisions)³⁹，性質上殆皆屬「原則」(principles)，而非為「規則」(rules)。⁴⁰憲法解釋應在盡力使彼此相關(甚或衝突)的各個原則，獲致最大程度之實現，⁴¹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」⁴²。「比例原則」的核心即在衡量個案所涉各種權利。⁴³

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

³⁸ Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte* (Suhrkamp Verlag, 1994).

³⁹ 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(權利保護範圍)。

⁴⁰ 「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盡可能地被實現。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）。

⁴¹ 是即 Alexy 所謂「極大化要求」(Optimierungsgebot, optimization requirement), *Alexy*, (見註38), S 75ff.

⁴² 是即 Alexy 所謂「利益衡量要求」(Abwägungsgebot, balancing requirement), *Alexy*, (見註38), S 100ff.

⁴³ *Alexy*, (見註38), 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。

人之侵害，俾能實現個人自由、發展人格及維護尊嚴（本院釋字第四〇〇號解釋參照）。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)。⁴⁴「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」(或稱「誡命」)(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，權利之相對人(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」。⁴⁵德國聯邦憲法法院⁴⁶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

⁴⁴ 釋字第四四三號解釋固僅謂居住自由乃「不受干預之自由」，而未如釋字第四〇〇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。

⁴⁵ Alexy, (見註38), S 420f.

⁴⁶ BVerfGE 39, 1 (42, 44); 46, 160 (164).

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」，實際上係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。

⁴⁷

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)，⁴⁸當可展現本案所涉憲法權利之全貌：

⁴⁷ 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？

⁴⁸ 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

(財產權&居住自由) v. 生存權 (適當生活水準請求權)
反對都更者 申請都更者

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),⁴⁹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。

importance of international co-operation based on free consent.")[emphasis added]; 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。

⁴⁹ 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」)。

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)⁵⁰的要求,但為免煩難,竟執意鋸箭療傷,拒絕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」。⁵¹此舉不僅論理矛盾,亦暴露關於「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」

⁵⁰ 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)。

⁵¹ 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。」

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；⁵²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？！

其實，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，此一擬制無異創造了一頭都更怪獸--「全然不知情」之「同意」！似此「同意」之設計豈為「合理」，豈符「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財產權人之同意，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？

參、結語

本號解釋正式宣示「憲法要求之正當行政程序」⁵³，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

⁵² 解釋理由書第一段參見。

⁵³ 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」。

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；⁵⁴至於「實質正當」部分，則猶待悉心思辨，以臻至當。

⁵⁴ 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22）書，頁85以下（頁118-121）。