

# 釋字第七〇八號解釋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，<sup>1</sup>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，<sup>2</sup>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，<sup>3</sup>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

<sup>1</sup> 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。

<sup>2</sup> 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。

<sup>3</sup> 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」。

受收容人」部分，賦予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，歎難贊同，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<sup>4</sup>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

<sup>4</sup> 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。」

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,<sup>5</sup>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,並非憲法禁巒,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。<sup>6</sup>法官據此所行使的職權,雖非審判核心工作,但

<sup>5</sup> 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。」

<sup>6</sup> 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。

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。<sup>7</sup>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。

---

<sup>7</sup> 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。

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。<sup>8</sup>

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

<sup>8</sup> 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。本院釋字第一三〇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？

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，尚無須經由法院審查決定」的結論，恐有失釋憲者立場而難以服人。<sup>9</sup>其刻意規避憲法第八條所明示之「二十四小時」誠命，自行創造的「合理作業期間」，<sup>10</sup>保障程度上甚至比某些立法還低，<sup>11</sup>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。<sup>12</sup>

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境前的暫予收容，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

<sup>9</sup> 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。」

<sup>10</sup> 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。

<sup>11</sup> 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，得令覓保；其不能覓保者，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。

<sup>12</sup> 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。

以本院不久前才作成的釋字第六九〇號解釋為例，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？<sup>13</sup>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。<sup>14</sup>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朶拉的盒子，使合憲性問題之質疑接踵而至，則有待觀察。<sup>15</sup>綜上，憲法給公權力機

<sup>13</sup> 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〉，《台灣法學雜誌》，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。

<sup>14</sup> 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，認為有抵觸憲法之疑義，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，有抵觸憲法之疑義，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！

<sup>15</sup> 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

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。

### 參、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

---

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」除治絲益禁外，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。



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。<sup>16</sup>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690號解釋的理路與結果，即屬未經深刻反思的適例。<sup>17</sup>

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

<sup>16</sup> 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。

<sup>17</sup> 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。

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，<sup>18</sup>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)<sup>19</sup>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，入出國及移民署針對被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（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。<sup>20</sup>至於針對其他收容事件，則一律由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

<sup>18</sup> 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。

<sup>19</sup> 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。

<sup>20</sup> 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，亦明顯抵觸憲法第 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。

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庭審理，一併深入討論後決定之。至於經法官核准應予收容者，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，<sup>21</sup>而期收人身自由保障效果之精神則如出一轍。<sup>22</sup>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

<sup>21</sup> 德國第三帝國納粹政權對人身自由漠視的歷史，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」。

<sup>22</sup> 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。

則上有六週收容期間。<sup>23</sup>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。<sup>24</sup>所有收容，包括緊急收容措施，<sup>25</sup>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

---

<sup>23</sup> 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。」

<sup>24</sup> 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。」

<sup>25</sup> 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。」

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！

於釋字第六九〇號解釋刻意避開「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，而愧對前賢的感歎！