

# 釋字第七〇八號解釋 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。<sup>1</sup>

印尼籍聲請人原為受雇在台工作之勞工，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

---

<sup>1</sup> 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三〇〇號刑事裁定（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」）。

請人曾聲請法院「提審」，亦未獲救濟。<sup>2</sup>

兩位聲請人於提審聲請遭駁回確定後，分別依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

---

<sup>2</sup> 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「因犯罪嫌疑被逮捕拘禁」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捕拘禁，依上開說明，自不得據以聲請提審」）。

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六九〇號解釋「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)<sup>3</sup>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。」

<sup>3</sup> 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）。

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。<sup>4</sup>

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

---

<sup>4</sup> 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」。

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。<sup>5</sup>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

<sup>5</sup> 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」）。

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。<sup>6</sup>

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」。<sup>7</sup>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

<sup>6</sup> 參見刑事訴訟法（86/12/12 修正公布）第一〇一條及第一〇二條規定。

<sup>7</sup> 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」）。

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。<sup>8</sup>

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

---

<sup>8</sup> 參見釋字第六九〇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。」

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。釋字第六九〇號解釋以來的「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一〇四條，對所有人身自由之「剝奪」，一概採取「法官保留」。<sup>9</sup>從法條結構

---

<sup>9</sup> 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)。



分析，憲法第八條第一項及第四項乃就各種限制<sup>10</sup>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（尤以前述釋字第六九〇號解釋為代表）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：<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> 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, deprivation）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。

<sup>11</sup> See ECHR §5 (*emphasis added*):

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;

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；

---

(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.

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<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> See ICCPR §9 (*emphasis added*):

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.

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。

---

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.

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<sup>13</sup>：「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」<sup>14</sup>；該案系爭條文<sup>15</sup>既「未有法院得於收容之早期介入審查」之規定<sup>16</sup>，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<sup>17</sup>，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。<sup>18</sup> 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

---

<sup>13</sup> The Constitutional Council's decision of 25 February 1992 (Decision 92-307 DC of 25 February 1992).

<sup>14</sup> "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.

<sup>15</sup> Section 8 of The Law of 6 September 1991 amending the Ordinance of 2 November 1945.

<sup>16</sup> See paragraph 17.

<sup>17</sup> Eur. Court HR, *Amuur v. France*, no. 19776/92, 25 June 1996, *Reports* 1996-III.

<sup>18</sup> See paragraphs 43, 50 & 53.

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。<sup>19</sup>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

---

<sup>19</sup> 參見解釋理由書第七段。

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<sup>20</sup>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」<sup>21</sup>，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

<sup>20</sup> 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.”）(emphasis added).

<sup>21</sup> 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」）。

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。<sup>22</sup>

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<sup>23</sup>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。<sup>24</sup>

## 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。

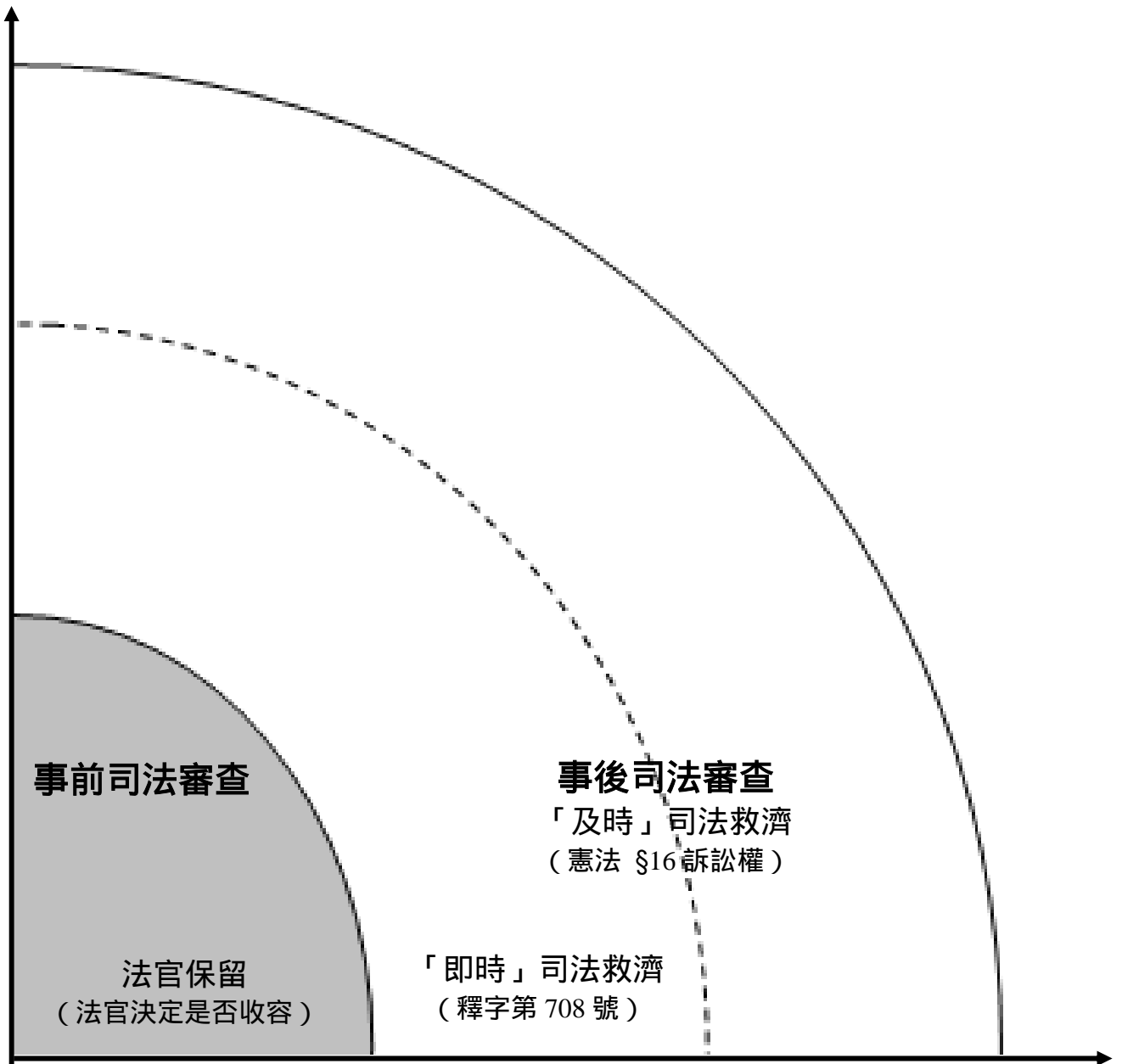
---

<sup>22</sup> 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」）。

<sup>23</sup> 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)”) (*emphasis added*).

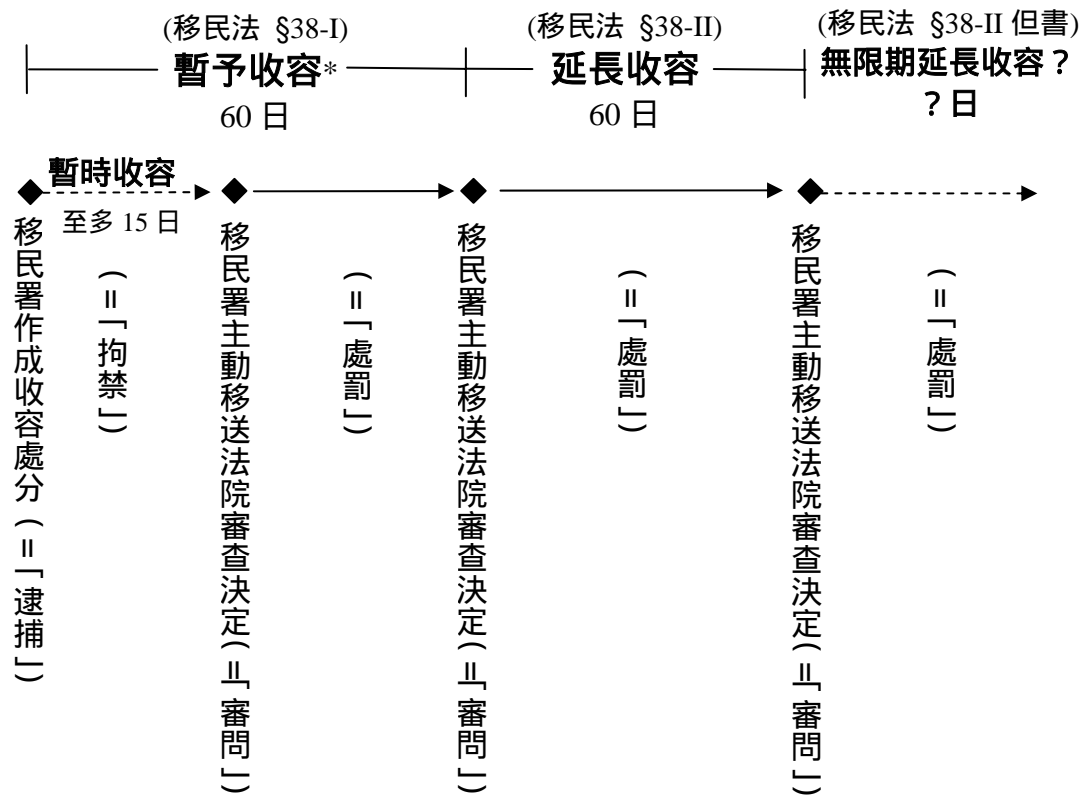
<sup>24</sup> See *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678 (2001)（依驅逐出境之命令，拘禁外國人超過六個月者，政府機關應舉證仍有拘禁之必要，始得延長拘禁）。

【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」。