

釋字第090號解釋一部不同意見書

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，即無法做比較清晰一貫的演繹，因此這裡有必要花一點篇幅做前提性的討論。

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—「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，在做進一步的審查之前，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（民法第八二〇條，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，也有種種法定役權的規定（民法第七七四條至第七九八條參照）。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。此一權利意識在台灣的發展，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一四三條，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，盡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做得更為細膩，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抵觸比例原則，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294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做出概要的闡明：「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，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、第七〇八號解釋），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。行政程序法第一〇二條到第一〇九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，第一〇七條本即以「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，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做了重要補充）。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網上線，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之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？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，從民國八十九年到一〇二年二月底為止，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定計畫階段外，在經核准進入擬定計畫階段的案件中，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）。在上一情形，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 0 七號解釋實際上即面臨此一困境。本席在所提協同意見已經指出，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制訂發放薪資的命令外，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，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，而在理由書如何做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），將使多數人被追參與都市更新程序，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人改成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，但如更新事業機構或更新單元內土地及建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의 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，主管機關為核定时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，無須做過多的干預，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，應該也是憲法課與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。