

釋字第七〇九號解釋部分不同意見書

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》

大法官陳新民

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，與土地與建築物面積均超過十分之一時，即可申請主管機關核准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更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。本席均歎難贊成。

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，對人民財產權與住居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。

一、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

標的擁有自由依其意志自由的使用、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)¹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,藉者都更之名,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) 住居自由的侵犯

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。

¹ 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,二〇〇二年五版二刷,第三〇頁以下。

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²？

本席唯一贊成多數意見之處 - 認定依本條例第十條一項，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：擬定更新計畫、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，便得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（本法第二十九條二項）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住居生活。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住居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，讓絕大多數人的住居安寧遭到侵

² 這在德國公法學界早已有討論，認為房東此種行為，已抵觸了憲法保障人民住居自由的原則。參見陳新民，憲法學釋論，第七版，民國一〇一年九月，第二四五頁註二處。

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（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，導致該都市更新是否具必要性與可行性之困惑，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。則此等同意比例太低之規定，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」。

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）傳統住居自由權與衍生住居權的角力

相對於不願都更者的住居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，亦可主張住居自由的公益價值—優質、符合健康、衛生的住居自由。惟兩者的性質迥

然不同。

後者是由傳統憲法保障的住居自由（現狀保障之住居自由）轉換到具有社會權性質的新型住居自由權。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「適足住居權」也呈現在一九七六年一月三日公布的「經濟社會文化國際公約」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。」此公約也隨者我國在二〇一九年四月二十二日公布制訂實施法，並於同年十二月十日正式實行後，成為國內法之一³。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⁴，將傳統住居自由正式擴張出另一種新型性質的住居權也。

在都更的法制上，此時顯現出了兩種住居自由的角力：一方是傳統的住居自由 VS 另一方新型、衍生型的住居自由。究竟吾人要固守憲法原本便樹立的傳統住居自由權？還是捨舊求新乎？而在判斷時還不可忘掉固守傳統住居自由的一方，還需加碼憲法財產權保障的法益於其上。憲法的天秤

³ 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，以避免或盡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，民國一〇一年十二月，第一六九頁以下，特別是第一七一至一七三頁。

⁴ 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—三頁。

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秤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⁵。依據德國公法界的探討，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，並無絕對的關連性。

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⁶。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，沒有做此明白的澄清，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

⁵ W.Klein, Zum Begriff des öffentlichen Interesses, Diss.Münster, 1969, SS.14ff. ; Erwin Krüger, Die Lehre von " öffentlichen 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。

⁶ 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 Allgemeinheit und öffentliches Interessen - Bedeutung der Begriffe in Verwaltungsrecht, im: Wohl der Allgemeinheit und öffentliches 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。

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⁷。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住居之權利。故此多數人之利益並不能列為中度或高度的公共利益⁸。

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？以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⁹？國家為了提高都市化可以要求住居環境具有一定品質，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，讓售與實施者一就必須超越財產權的一般限制，而提升到徵收的公益要件。

⁷ 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

⁸ 參見蔡宗珍，惡行亦或惡法？一文林苑都更爭議的省思，臺灣法學雜誌，第一九八期，二〇一二年四月，第三頁。

⁹ 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），第三〇三頁以下

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住居問題，偶然為之¹⁰。

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，只是扮演者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

¹⁰ 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

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¹¹。

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。

¹¹ 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，二〇〇八年九月，第四十七頁，亦有相同的指責。

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。對於不願易參與都更的原住戶，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，也直接衝擊了住居權的法益，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個異的種類，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住居自由之限制，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，以及經住戶一定的比率的同意，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的住戶的同意為必要，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諸的「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，行使拆除的權利¹²，

¹² 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，應通知所有權人或占有人停止使用，並限期命所有人拆除；逾期未拆者，得

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¹³，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：「有以下各款情形之一者，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侵頹或朽壞之虞、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者，直轄市、縣（市）主管

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。」

¹³ 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。

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、電更，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、四款及第七項第一項第三款），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。例如除前述到涉及到公共安全，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。鑑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，立法者自可訂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，在理由書中（第三段）強調行政機關對於都更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，始得人民的言詞或意見未能有效的拘束主管機關為由，宣布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住居自由等甚鉅，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（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訂此同意門檻，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，作出了下述了檢討改進的結論：「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，分別訂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行情形、一般社會觀念及推動更新的要素隨時檢討改進。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做分級時，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，在多數理由書（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（Masnahmengesetz），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¹⁴。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訂不無囫圇吞棗之嫌。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」

¹⁴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，例外其他各棟日後想要欲進行都更時，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。

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。

二、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，不應只應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法的「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」程序的制訂過程，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¹⁵。

¹⁵ 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)即「實質上正當程序」(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

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原則相互融合，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一¹⁶？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

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，第二九頁以下。

¹⁶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。

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公聽程序，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¹⁷，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。此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係爭規定違憲之依據。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¹⁸。但本號解釋無疑

¹⁷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。」另外依據兩岸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到的「禁區」乎？

¹⁸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？恐怕有帶斟酌也。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

的盡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。既然私辦都更既然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做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

法所揭諸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，不無可疑。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

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¹⁹？

三、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住居自由之意旨。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，即是要盡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)²⁰。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

¹⁹ 現行法規中也不乏呈現出對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？

²⁰ 吳庚，行政法之理論與實用，三民書局，二一二年，第三三三頁以下。

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更事業計畫書及權利變換計畫先擬定，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²¹。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，對都更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²²。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²³。形同「護航」的行政公權力，豈非「為人作嫁」乎²⁴？

公權力作為弱勢的防衛者或為大多數的住戶利益起

²¹ 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。

²² 這是本號解釋討論過程中（民國一二年四月十二日）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。

²³ 例如在本號解釋原因案件的確定終局判決中（最高法院一二年判字第一九五號），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更事業計畫暨權利變換計畫。

²⁴ 參見林旺根，都市更新實務爭議問題，全國律師，二〇〇八年九月，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，二〇一二年四月，第二十三頁。

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理行政處分，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，做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²⁵，豈非更佳的法制設計乎？

（二）法院的介入權

²⁵ 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，二〇一一年十二月，第二四四頁及一五三頁。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？

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，即應由法院做為裁決者，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²⁶，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²⁷。

四、結論—都更法制的總體檢時刻已經到來

²⁶公寓大廈管理條例第十三條：「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：「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。」

²⁷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。由於都更法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，又無抵觸現行法規時，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。

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。

本號解釋乃是從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，媒體上卻充斥者各方對都更弊端的指責，彷彿不少都更案件都魑魍魎、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²⁸。

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²⁹，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³⁰，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、

²⁸ 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做的批評與建議。月旦法學雜誌，第二一六期，二〇一二年七月，第二六八頁以下。

²⁹ 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，且不論成敗都有其擔負成本。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。

³⁰ 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佈實施後才擬具（本條例第二十九條一項）。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。

亦能覆舟，都更制度會帶來大利，也會帶來大弊³¹，但無論如何已經破壞了住戶的享有的居住安寧，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，以揭諸憲法比例原則的拘束力³²。

³¹ 即連都更專家張金鶚教授，也在其著作再三提醒住戶門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地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。

³² 可參見廖義男，都市更新之思辯，夏蟲語冰錄（五十四），法令月刊，第六十三卷，第七期，二〇一二年七月，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！

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住居品質，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³³。

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！

³³ 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。