

司法院釋字第七一〇號解釋

部分協同、部分不同意見書

大法官 葉百修

本院接連於釋字第七〇八號、第七〇九號及本件解釋闡釋憲法上正當法律程序原則之意涵與其範圍，卻未有一貫之見解與解釋方法，尤其是本件解釋與釋字第七〇八號解釋所涉及之憲法權利保障類型與爭議幾乎相同，均涉及憲法上人身自由之保障，僅因規範之對象為「大陸地區人民」及「外國人」之不同，而有不同論斷。然而，本件解釋多數意見既然沿襲釋字第七〇八號解釋之意旨，對於憲法第八條第一項保障之人身自由，對於國家剝奪或限制「人民」身體自由之處置，不問其是否屬於刑事被告之身分，除須有法律之依據外，尚應踐行必要之司法程序或其他正當法律程序，而「人民」身體自由之保障，亦包括憲法第十條保障之「人民」有選擇其居住處所，營私人生活不受干預，以及依個人意願自由遷徙或旅居各地之權利，其所稱「人民」，即已包括外國人及大陸地區人民。

於此基礎上，本件解釋與釋字第七〇八號解釋本應有相同之保障範圍，然而本件解釋多數意見改變釋字第七〇八號解釋之適用，限縮中華民國九十二年十月二十九日修正公布之臺灣地區與大陸地區人民關係條例（下稱「兩岸關係條例」）第十八條第一項規定（下稱「逕行強制出境規定」）所為對經合法許可入境之大陸地區人民予以逕行強制出境，所

應適用之正當法律程序之內涵，以及同條第二項規定（下稱「暫予收容規定」）於強制出境前暫予收容之事由，逕由八十八年十月二十七日訂定發布之大陸地區人民及香港澳門居民強制出境處理辦法第五條加以規範，放寬憲法上法律保留原則之適用範圍與標準，非但與本院歷來有關正當法律程序原則及法律保留原則之解釋意旨嚴重背離，更加可能斷傷本院長期辛苦建立的法治國原則，爰提出部分協同、部分不同意見如后。

一、多數意見對於憲法人身自由保障與法官保留原則之適用略而不談

本件解釋顯然涉及憲法保障人身自由之限制或剝奪，依據本院歷來解釋所確立之原則，應採法官保留原則，本席業已於本院釋字第七〇八號解釋中，針對外國人收容之案件，以協同意見書表示此看法¹。本件解釋多數意見完全忽視此要求與本院歷來解釋之意旨，僅以正當法律程序作為本件解釋之審查原則，對於聲請人聲請本院解釋憲法之此部分關於有無適用法官保留原則之主張與論據，絲毫沒有論及，故意略而不談，對於本件解釋之理由，顯有不足。

二、多數意見於本件解釋所詮釋之正當法律程序，與釋字第七〇八號解釋前後不一

本件解釋多數意見所確立之正當法律程序之內涵，本應與釋字第七〇八號解釋所確立之內涵保持一致。本席業已於釋字第七〇八號解釋所提出之協同意見書表達相關看法²。

¹ 參見本院釋字第七〇八號解釋，本席提出之協同意見書。

² 同上註。

有關暫予收容之處分，釋字第七〇八號解釋固然認為尚無須經由法院為之，然而這種行政處分作成前之正當法律程序，本院既於釋字第七〇九號解釋，以「除應規定主管機關應設置公平、專業及多元之適當組織以行審議外，並應按主管機關之審查事項、處分之內容與效力、權利限制程度等之不同，規定應踐行之正當行政程序，包括應規定確保利害關係人知悉相關資訊之可能性，及許其適時向主管機關以言詞或書面陳述意見，以主張或維護其權利。並應規定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，始無違於憲法保障人民財產權及居住自由之意旨。」釋字第七〇八號解釋於涉及人民財產權及居住自由，尚且有如此嚴謹之正當法律程序原則之適用，本件解釋多數意見於涉及「行使憲法所保障其他自由權利之前提」之人身自由保障，卻僅以逕行強制規定「未明定治安機關應給予申辯之機會」為由，即認與憲法上正當法律程序原則有違，兩相比較下，人身自由所謂行使憲法所保障其他自由權利之前提之重要性，豈非淪為空談？況該規定於九十八年七月一日修正公布兩岸關係條例第十八條第二項之規定時，尚增訂內政部入出國及移民署於強制經合法許可入境之大陸地區人民出境前，「得召開審查會，並給予當事人陳述意見之機會」，本件解釋多數意見立於解釋憲法之高度，豈可僅止於「得」字與「應」字間一字之差而自滿？又豈能於現行法律規範尚可召開審查會並給予當事人陳述意見之機會，卻退縮至「應給予申辯之機會」，而大幅限縮正當法律程序適用於「經合法許可入境之大陸地區人民」之人身自由保障範

圍？

三、正當法律程序所謂「正當」，有逐案判斷之必要

憲法上正當法律程序之適用，其所需踐行之內涵，如何構成所謂「正當」，應視個案情形而加以認定；於涉及人民受逕行強制出境處分後之正當法律程序原則之適用，則涉及國家安全或社會秩序與人身自由或其他憲法權利保障兩者間之利益衡量。因此，假設：

（一）自始非法入境或持有入境許可而事後遭撤銷者

自始非法入境（例如偷渡）或持有入境許可而事後遭撤銷者，不問其事後撤銷之原因為何，均因為欠缺信賴保護，而基於國家安全或社會秩序之考量，此時因事涉急迫，且危害國家安全或社會秩序之危險可能性較高，與對於此種情形下大陸地區人民之人身自由保障間兩相權衡，有關機關得逕行強制驅逐出境，尚無須踐行相關正當法律程序。為此種可能性之舉證，仍應視個案加以判斷，換言之，若上開情形有需要特別保護人身自由之必要，例如兒童或者尋求庇護者³，則應給予正當法律程序原則之保障。

（二）持有合法入境許可而事後遭廢止者

持有合法入境許可而事後遭廢止，由於當事人已具有合法在臺灣地區居住遷徙之權利，則不問其合法入境許可遭廢止之事由為何，其居住遷徙之自由應同等受憲法之保障，參照本院釋字第七〇八號解釋之意旨，則逕行強制出境規定未對此情形之大陸地區人民給予有效的權利保護，與憲法保障

³ 參見本院釋字第七〇九號解釋，本席提出之協同意見書，註2。

人民居住遷徙自由與正當法律程序之意旨即有不符。此時，對於持有合法入境許可而事後遭廢止者，其人身自由之限制或剝奪，則應踐行相關之正當法律程序。

四、僅以暫予收容作為防止脫逃之唯一手段，不符比例原則

系爭規定採用於強制出境前，得予以暫予收容作為確保強制出境之必要手段，然僅以暫予收容為防止待驅逐出境之人脫逃之唯一手段，而未設有其他侵害較小之手段，例如第三人書面保證、責付、繳交保證金或限制住居等，與憲法比例原則之意旨不符。

五、收容事由應屬絕對法律保留事項

本件解釋多數意見最值得重視的論點，則在於變更本院歷來解釋就法律保留原則於人身自由保障之適用。關於暫予收容規定，兩岸關係條例僅以「前項大陸地區人民，於強制出境前，得暫予收容， 。」而上開大陸地區人民及香港澳門居民強制出境處理辦法第五條逕行規定得暫予收容之事由，多數意見既然承認暫予收容屬對人民身體自由之剝奪，其事由卻可由法律直接規定或法律具體明確授權之命令定之，而對法律保留原則於人身自由之保障，放寬其適用標準，本席深感憂慮。

按本院於釋字第四四三號解釋理由書所謂「憲法所定人民之自由及權利範圍甚廣，凡不妨害社會秩序公共利益者，均受保障。惟並非一切自由及權利均無分軒輊受憲法毫無差別之保障：關於人民身體之自由，憲法第八條規定即較為詳盡，其中內容屬於憲法保留之事項者，縱令立法機關，亦不

得制定法律加以限制（參照本院釋字第三九二號解釋理由書），而憲法第七條、第九條至第十八條、第二十一條及第二十二條之各種自由及權利，則於符合憲法第二十三條之條件下，得以法律限制之。至何種事項應以法律直接規範或得委由命令予以規定，與所謂規範密度有關，應視規範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重而容許合理之差異：諸如剝奪人民生命或限制人民身體自由者，必須遵守罪刑法定主義，以制定法律之方式為之；涉及人民其他自由權利之限制者，亦應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則；若僅屬與執行法律之細節性、技術性次要事項，則得由主管機關發布命令為必要之規範，雖因而對人民產生不便或輕微影響，尚非憲法所不許。」是採用層級化之法律保留體系，已為本院歷來解釋之一貫見解。因此，對於剝奪人民生命或限制人民身體自由，所採取者係嚴格法律保留，尤以涉及刑事處罰，自然有罪刑法定主義之適用，而於單純剝奪或限制人民身體自由者，其仍應以制定法律之方式為之。由於本院歷來解釋對於憲法上人身自由保障之重視，一方面於形式上以絕對法律保留原則加以確保，另一方面，則透過正當法律程序原則於法律實體規範上加以保障，此兩項保障方式互為唇齒，一旦於形式上放寬，唇亡則齒寒，絕對法律保留原則一旦退守，則正當法律程序將無落實之可能。

本件解釋多數意見間接援引本院釋字第五二二號解釋，認「刑罰法規關係人民生命、自由及財產權益至鉅，自應依循罪刑法定主義，以制定法律之方式為之，如法律授權主管機關發布命令為補充規定時，須自授權之法律規定中得預見

其行為之可罰，方符刑罰明確性原則。」然釋字第五二二號解釋之適用，係以刑事法規之處罰，其中不見得全然涉及人民生命、身體自由之保障，故而有可能於涉及人身自由以外之其他自由權或財產權為內容之處罰時，於原則上適用罪刑法定主義，應以制定法律之方式為之外，對於相關「補充規定」，方可由法律授權主管機關發布命令，且須自授權之法律規定中得預見其行為之可罰，方符刑罰明確性原則。亦即，於可由法律授權主管機關發布命令之情形，方有法律「本身」授權是否明確的問題，此係法律明確性問題，而非涉及授權明確性問題。授權明確性原則之適用，僅於相對法律保留原則之適用情形下，始有討論的空間，於絕對法律保留事項，則遑論授權與否及是否明確之問題。

關於憲法上人身自由之保障，本院歷來解釋均認為應採絕對法律保留原則之適用，例如本院釋字第五五九號解釋即已明確闡釋：「基於法治國家之基本原則，凡涉及人身自由之限制事項，應以法律定之；涉及財產權者，則得依其限制之程度，以法律或法律明確授權之命令予以規範。惟法律本身若已就人身之處置為明文之規定者，應非不得以法律具體明確之授權委由主管機關執行之。至主管機關依法律概括授權所發布之命令若僅屬細節性、技術性之次要事項者，並非法所不許。」換言之，除非法律本身已有明文規定，而於此明文規定之「補充規定」，始得由法律以具體明確之授權委由主管機關執行之。然本件解釋多數意見就暫予收容事由規定，卻以釋字第五五九號解釋認可由法律具體明確授權之命令為之，其中不察，實為差之毫釐、失之千里。因此，縱然多數意見認兩岸關係條例中暫予收容事由規定，因「其文義

過於寬泛，未能顯示應限於非暫予收容顯難強制出境者，始得暫予收容之意旨」，顯未就其收容事由應明確由法律明文定之而認暫予收容事由規定違憲，巧妙地解釋因「法律規定不夠明確」，而可能導致主管機關於大陸地區人民及香港澳門居民強制出境處理辦法第五條逕行規定得暫予收容之情形；然而，假如暫予收容事由屬絕對法律保留事項，則有何「委由治安機關自行裁量」，或者「未明確授權主管機關」以上開辦法補充規定得暫予收容事由之可能性？換言之，本件解釋多數意見認暫予收容事由規定牴觸法律明確性原則、上開辦法違反法律保留原則，然而上開辦法違反法律保留原則，是因為兩岸關係條例第十八條第六項對於上開辦法之授權不夠明確，導致其逾越該條例之授權範圍而牴觸法律保留，而不是因為暫予收容事由規定牴觸法律保留原則，而導致上開辦法牴觸法律保留原則而違憲。

本件解釋多數意見對於收容事由之規範，輕易將其於法律規範中剔除，容忍可由具有明確授權之行政命令為之，無疑是法治國原則的倒退，甚至棄守。本席期期不以為然，爰提出部分協同及部分不同意見如上。