

論外國人收容之相關法律問題 ——兼論入出國及移民法第38條 未來之修正*

許 義 寶**

要 目

- | | |
|-----------------------|---------------------------|
| 壹、前 言 | 一、外國人收容之司法審查問題 |
| 貳、外國人與收容之概念 | 二、外國人收容之救濟問題 |
| 一、外國人之概念 | 三、小 結 |
| 二、收容之概念 | 伍、未來入出國及移民法有關收容規
定之修正 |
| 三、小 結 | 一、大法官第708號解釋影響與移民
政策考量 |
| 參、外國人收容之法定要件問題 | 二、未來修正之重點 |
| 一、概 說 | 三、小 結 |
| 二、移民法之現行收容要件 | 陸、結 論 |
| 三、移民法之現行收容要件問題 | |
| 肆、外國人收容之司法審查與救濟
問題 | |

* 感謝匿名審查人對本文提供之卓見，以使本文得以進一步獲得修正，特表謝意。

** 中央警察大學國境警察學系副教授。



摘 要

外國人非法進入我國，主管機關為執行將該人民遣返，依目前一般作法必須將該人民收容，以利於遣返之執行。而無限期之收容方式，已嚴重侵害被收容人之人權，在法治國家中，須有審查與調查之機制。我國大法官第708號解釋，已對目前之移民法第38條收容之規定，宣告其違憲。並指出具體之二種情形，須經由法院之審查許可，始得為之。對此，本文擬對於有關外國人之意義、類別與其人身自由之基本權利受保護之理論？法院介入人身自由保護之審查機制？對外國人收容之正當程序、未來修法等為探討。

關鍵詞：外國人、收容、人身自由、合憲、遣返



壹、前言

民國102年2月大法官會議作出第708號解釋，認為現行入出國及移民法第38條有關外國人收容之規定，違反憲法第8條有關人身自由保護之意旨，應自解釋作成之日起，於2年內依解釋意旨加以檢討修正，逾期有關違憲之部分條文規定，失其效力。而依一般理論，外國人依國際法及憲法規定，並無進入我國之權利，主權國家對於非法入境之外國人，基於國家自衛、自我保護權力，得予逕行排除其之入國¹。

我國入出國及移民法（並簡稱：移民法）於民國88年制定施行，對於入出國境之事務管理，正式邁入法治化。近年我國又制定人權兩公約之施行法，期許及要求我國行政機關之各部門，須落實各項國際人權之保護。外國人因其語言、膚色、人種等原因，容易受到排斥與歧視，又因旅居他鄉人生地不熟，對於權利受到侵害，往往不知如何尋求救濟，因此，有加強保護之必要。「收容」為對人身自由之拘禁，其主要目的在於為遣送非法外國人出國。因對非法居留或入境之外國人，一個國家有權力將他驅逐出國，而為確保執行之可能與確實性，有必要暫時將其人拘束在特定處所，以免發生在事後無法通知其到場等之各種狀況，影響國家公權力之執行與國境管理。

法院為保護人民權利之國家機關，對於國家公權力之違法行為，人民得請求法院審查並加以糾正，以保護人民之基本權利。依

¹ 相關文獻，請參考笹原 桂輔，退去強制処分における收容部分の執行停止について——外国人收容者の人権（在日外国人——難民・流民），Liberty & justice34卷1期，日本弁護士連合会出版，1983年1月，54-63頁。



憲法第8條規定，人身自由之保護程序，有關人民之人身自由保護程序，司法警察機關非經法定程序，不得逮捕、拘禁人民；非經法院依法定程序，不得審問、處罰人民。對於違法之逮捕拘禁行為，受逮捕人民或其親友，得向法院請求提審，被申請之法院不得拒絕²。

人民基本權利受憲法保護，憲法典本身之定義，其作為「最高法規」，在一國的法律體系內，憲法典所導出的價值具體化過程概念，即在「理念上，制定一國憲法之際，應視為本來之『國民』，可以完全享受免除從外部而來的強制與內部的壓迫。必須開啓，此無限性決定之可能性。此想法，為最早憲法之著作，所提出須發展之事項³。」

外國人非法進入我國（台灣地區），或在我國有違法行為，被處以驅逐出國處分後，主管機關為執行將該人民遣返，依目前一般作法必須將該人民收容，以利於遣返之執行。而無限期之收容方式，已嚴重侵害被收容人之人權，在法治國家中，須有審查與調查之機制。我國大法官第708號解釋，已對目前之移民法第38條收容之規定，宣告其違憲。並指出具體之二種情形，須經由法院之審查許可，始得為之。其一為，被收容人不服收容處分之決定，得立即向法院

² 憲法第8條規定：「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（第一項）。人民因犯罪嫌疑被逮捕拘禁時，其逮捕拘禁機關應將逮捕拘禁原因，以書面告知本人及其本人指定之親友，並至遲於二十四小時內移送該管法院審問。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（第二項）。法院對於前項聲請，不得拒絕，並不得先令逮捕拘禁之機關查覆。逮捕拘禁之機關對於法院之提審，不得拒絕或遲延（第三項）。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（第四項）。」

³ 山元 一，憲法の射程，法律時報85卷5号，2013年5月，第7頁。



請救濟。其二為，雖被收容人對暫時收容之處分無異議，但其收容期間已超過15天，則須移送請法院許可延長收容⁴。

對此，本文擬對於有關外國人之意義、類別與其人身自由之基本權利受保護之理論？法院介入人身自由保護之審查機制？對外國人驅逐出國與收容之正當程序內涵等之探討，為本文主要之重點。

貳、外國人與收容之概念

一、外國人之概念

(一) 概說

外國人為不具有我國（中華民國）國籍者，但其並不包括大陸地區人民或台灣地區無戶籍國民；即此二種人民，均非外國人。有關其入出國境之規範，為依台灣地區與大陸地區人民關係條例，與入出國及移民法之專章規定⁵。另外國人包括無國籍人民，有關無國籍人民之入出我國，適用移民法與外國護照簽證條例之規定。

有關國民、外國人區別的相對化。傳統的國家觀認為，所謂國

⁴ 我國大法官第708號解釋，已對目前之移民法第38條收容之規定，宣告其違憲。並指出具體之二種情形。解釋文謂：中華民國九十六年十二月二十六日修正公布之入出國及移民法第三十八條第一項：「外國人有下列情形之一者，入出國及移民署得暫予收容……」（即一〇〇年十一月二十三日修正公布同條項：「外國人有下列情形之一，……入出國及移民署得暫予收容……」）之規定，其因遣送所需合理作業期間之暫時收容部分，未賦予受暫時收容人即時之司法救濟；又逾越上開暫時收容期間之收容部分，非由法院審查決定，均有違憲法第八條第一項保障人民身體自由之意旨，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿二年時，失其效力。」

⁵ 大法官第708號解釋之範圍，並不包括大陸地區人民或台灣地區無戶籍國民；即此二種人民，依目前之定義及歸類，均非外國人。



家，係由依據對人高權所劃定的持有國籍者，所組成的政治共同體，從而，本國國民與他國國民的區別，係國家與憲法典所重大關心的事。然而，國際上人與資訊的交流急速進展，國際機關亦努力於人權保障的實踐，人權保障在國際的擴展中被重新認識，本國國民與他國國民的區別，亦被相對化。不過，無論此種區別如何地被相對化，是否使不具本國國籍者入境，係委諸主權國家自由判斷之，外國人無「入境的自由」。外國人的基本權享有主體性，係針對既已進入主權國家的外國人而論的⁶。

關於外國人的「基本人權」享有主體性，不應一概皆以「外國人」看待，而是應對於既已入境我國的外國人，區分「永久居留外國人」、「長期居住外國人」、「難民」、「一般外國人」的類別，以論各種類別外國人的地位與本國國民地位的差異，以及得享有的基本權。外國人是否得成為日本憲法第三章所定「基本人權」的主體，對此，向來有肯定說與否定說的對立。然而，今日可謂已無純粹的否定說。蓋因對於以下三點，學說並無異論，即1.日本憲法第三章章名不具決定性的意義，2.尤其是在「基本人權」的國際化，以及明定國際協調主義的日本憲法下，不應強調國家主權的絕對性，3.在以尊重個人為基本理念的日本憲法下，本國人與外國人的差別待遇，應被解為有限度⁷。

他方面，即便是肯定說亦非全面肯定外國人得享有一切「基本人權」，以國家所屬性為基礎的權利，當然被排除在外，至於如何劃分外國人得享有的基本權種類，對此，學說間存有對立。

6 阿部照哉等編著，周宗憲譯，憲法(下)——基本人權篇，元照，2001年3月，第44-45頁。

7 阿部照哉等編著，周宗憲譯，憲法(下)——基本人權篇，元照，2001年3月，第45-46頁。



A說(文言基準說)認為,得以條文係規定「任何人」或「國民」,作為大致的區分基準,若為前者,即得享有之。雖然此說所主張的文言基準,並非絕對的,純粹祇是大致上的區分基準而已,但過於是執著於憲法典的文理。

B說(準用說)雖是以外國人對國家的關係,性質上不同於國民對國家的關係作為前提,但認為日本憲法基於國際協調主義加以修正的結果,與人生存的基本條件有關的基本權,得「準用」於外國人。然而「適用、準用、類推」之解釋技術上的用法觀之,此說雖屬正確,但其輕視在日本憲法下,由於「個人之尊重原則」,本國國民與外國人性質上的差異被相對化這點。

C說(通說),則是主張依照權利性質,肯定外國人得享有若干基本權(權利性質說)。對於所謂麥克琳事件,日本最高法院亦表示,「基本人權的保障,除依權利性質,係僅以日本國民為其對象者外,應解為同樣及於居住在我國的外國人」,採權利性質說,亦指出「若無特殊情事,憲法第十四條的旨趣,亦應類推適用於外國人」。基本上,權利性質說雖是妥當的學說,但對於以何種基準識別外國人得享有的基本權之性質這個最初的疑問,此說並未加以答覆⁸。

在本708號解釋中,提及有關人身自由之保護,不分本國人與外國人,一律受到憲法之保障。但在實質之本號解釋中,對外國人人身自由保障之程度,是否與本國人民達一致之程度,則不無疑問⁹。有關外國人基本權利之保護理論,有權利性質說、平等說、文義說與實質關係說等。目前之通說,為採權利性質說,分別為自由權、社會權、參政權。有關人身自由之保護,屬於精神自由權之性質,

⁸ 阿部照哉等編著,前揭周宗憲譯,憲法(下)—基本人權篇,第46-47頁。

⁹ 有關外國人人身自由保障之程度,是否與本國人民達一致之程度,則不無疑問。詳見708號大法官解釋,葉百修大法官之協同意見書。



理論上應與本國人民享有一致之程度，受到保障。

為保護國家之利益與管理移民秩序，防止非法外來人口之進入我國，國家必須採取一定之管制措施。如核准簽證之制度、加強查緝非法偷渡、開放特定之簽證種類、查核確實申請來我國外國人之目的等。對於不法進入我國之外國人，必須有處置與排除之制度。驅逐出國與執行收容，便是排除不法入國外國人之方法。而執行收容，更是能妥善完成驅逐出國之一種方法¹⁰。

（二）外國人之未成年子女

在國際人權公約上，凡適用於個人的國際人權規範當然也適用於兒童；不過兒童更有權獲得特別的照顧和幫助。正因如此，「公民與政治權利國際公約」第廿四條及「經濟、社會暨文化權利國際公約」第十條，均是以兒童權利為規範的主體；更早的「世界人權宣言」第廿五條並規定：無論婚生或非婚生的所有兒童均應享受同樣的社會保護。聯合國大會一九五九年十二月廿日通過的「兒童權利宣言」，更是廣泛揭示兒童的人權規範。不過顯然地，「宣言」的法律效力有待強化。因此，波蘭提議進一步制定公約。於是「聯合國人權委員會」遂自一九七九年開始研擬草案，最後經聯合國大會於一九八九年十一月廿日通過，是即「兒童權利公約」。該公約於一九九〇年九月二日，即第二十國存放批准或加入書之日起屆滿一個月後，開始生效；至二〇〇二年一月卅一日已有一百九十一個締約國¹¹。

¹⁰ 相關文獻，請參考葉南君，論無證移民的權利保障，政治大學法研所碩士論文，2011年1月。

¹¹ 俞寬賜，從國際人權法、國際人道法及國際刑法研究個人的國際法地位問題，國立編譯館，91年11月，第43頁。



締約國在兒童人權公約下，因兒童權利公約，顧名思義，即規定兒童的權利；換言之，即以兒童個人為權利之主體。相對於這種權利，兒童的所在地國即負有承認和保障這種權利之義務。例如兒童享有「生命」之固有權利，則國家有義務保證使其管轄範圍內的兒童獲得最大可能程度的存活與發展。國家在尊重和保障兒童在本公約下的權利時，並且不得有任何歧視行為。詳言之，無論兒童的父母或法定監護人的種族、膚色、性別、語言、宗教、政治見解、國籍、社會背景、財富、殘廢、出生或其他任何地位如何，國家對於男女兒童在本公約下的一切權利都有義務同樣予以尊重和保護。為履行此種尊重和保護之義務，國家並應積極採取各種適當措施——包括立法的、行政的和其他一切措施；也有義務尊重兒童的父母對兒童之責任、權利和義務；除依司法程序另有裁定外，國家有義務保證兒童不會被迫離開其父母；兒童或其父母為求家庭團聚而申請進入或離開本公約的某一締約國，該締約國有義務應以積極、符合人道及便利的方式處理這種申請案¹²。鑑於對兒童權利保護之必要，對於非法入國之兒童，不宜一律收容。或如有心要須收容，亦應兼顧予以必要之保護。

（三）屬於難民者

「難民」，即滯留國外的個人，因有可靠的理由相信：由於其本人之種族、宗教、特別社會團體的會員身分或政治見解等的緣故，而恐懼於返國後會遭到迫害，從而不能或因此種恐懼而不願接受國籍所屬國之保護者；或無國籍人，或已離開習慣住所地國之個人，不能或因上述恐懼而不願返回習慣住所地國者。換言之，難民係指

¹² 俞寬賜，前揭從國際人權法、國際人道法及國際刑法研究個人的國際法地位問題，第44-45頁。



已經離開國籍所屬國或習慣住所地國的個人，由於其本身的特殊原因，以致恐懼被迫害而不能或不願返回其本國或習慣住所地國者。這種個人流落異國，從而不僅其人權和自由失去保障，而且威脅國際和平與法律秩序。為保障難民的權利，一九五二年聯合國通過「難民地位公約」，且於一九六六年通過「難民地位公約議定書」進一步擴大適用難民之範圍。「難民地位公約」既賦予難民個人權利和自由，也課予難民個人以法律義務。換言之，「難民地位公約」以難民個人為條約義務和權利之主體。而相對於難民個人這種義務和權利，接納難民的公約締約國則享有一定的權利和承擔一定的義務。因此，在「難民地位公約」之下，締約國也是條約義務和權利的主體¹³。

有關受迫害之概念，對有充份之理由，恐於受到迫害的心理恐懼之認定，屬該當難民認定的核心事項，亦為難民構成要件之一。該「迫害」，為造成一般人無法忍受之苦痛的襲擊或脅迫，將予以危害其生命或身體的自由，或予壓迫之意。從國際難民法之立場，對於難民之認定，鑑於保護法益之重要性，國際難民高級專員公署及各外國所實施之作法，均採取較為廣義之認定¹⁴。

難民¹⁵在居留地國行政措施下應享之待遇：根據「難民地位公約」之規定，居留地國的行政部門應賦予境內難民廣泛的權利和自由。其中包括：1.由當地政府或相關國際機構給予行政援助；2.難民的遷徙自由；3.居留地國政府應頒授難民身分證明及旅遊證件；

¹³ 俞寬賜，前揭從國際人權法、國際人道法及國際刑法研究個人的國際法地位問題，第46-48頁。

¹⁴ 川真田嘉壽子，エチオピア難民認定事件——難民該當性，Jurist 1453號，2013年4月，第284頁。

¹⁵ 相關文獻，請參考山村 淳平，法務省に人生を破壊された難民——外国人収容所の非人間的な実態を問う，部落解放第586期，2007年8月，第100-107頁。



4.居留地國向難民徵收稅捐及規費，不得多於或高於向其本國國民徵收之種類和款額；5.允許難民搬移其財產，以便他在另一國定居；6.「難民地位公約」締約國對於從其生命及自由受到威脅地區之地直接來到該國之難民，不得因其係非法入境而予以懲罰；惟此項難民須儘速表明非法入境之原因；7.居留地國除有國家安全或公共秩序之理由外，不得將合法居留其境內之難民驅逐出境，亦不得以任何強迫手段將難民驅逐到其生命或自由受到威脅的領域邊境；此外，公約並要求締約國儘可能便利難民歸化，並加速辦理歸化手續，和儘可能減少因歸化程序所徵收之費款¹⁶。

我國目前尚未通過難民法，但對於事實上之難民，亦應有保護之制度。宜在移民法規定部分之授權條款，以有效及採裁量之方式，對難民加以保護。

二、收容之概念

收容之目的，並非處罰，而是為能順利執行遣返之準備方法與過程。收容之依據，為移民法第38條之規定，外國人遇有符合本條文所授權4種情形之一者¹⁷，主管機關即得逕予暫時收容¹⁸。

¹⁶ 俞寬賜，前揭從國際人權法、國際人道法及國際刑法研究個人的國際法地位問題，第50頁。

¹⁷ 目前有關移民收容之原因，依入出國及移民法第38條之規定，外國人遇有符合本條文所授權4種情形，得予收容。其條文內容：「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：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（第一項）。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，尙未能換發、補發或延期者，得延長收容至有效證件備齊後三十日止（第二項）。受收容人或其配偶、直系親屬、法定代理人、兄弟姐妹，得於七日內向入出國及移民



人身自由就是身體的行動自由，凡隨心所欲於任何時間前往任何地點，或任何時間不前往任何地點，都屬於身體的行動自由。對人身自由的侵犯即指以實力（直接強制）積極的使個人於一定時間內必須出現或停留在一定處所，或消極的使其不得於一定時間離開一定處所。一定時間包括短暫的限制行動自由到終身監禁，故對路上行人、公共場所之在場人實施盤查、臨檢時間雖短，也是對人身自由的限制；一定處所則不限於監獄、看守所等禁錮人犯的設施，即便是軟禁於家宅之內，同樣侵犯人身自由。因此，對人犯的逮捕及拘禁當然是典型限制人身自由的措施，強制證人到庭也是對人身自由的限制；依強制執行法對債務人所為的拘提及管收，依然是限制人身自由的一種強制手段，限制均應由法院依法定程序為之。由

署提出收容異議（第三項）。受收容人無法遣送或經認定無暫予收容之必要時，入出國及移民署得限定其住居所或附加其他條件後，廢止收容處分（第四項）。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（第五項）。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（第六項）。中華民國一百年十一月八日修正之條文施行前，外國人涉嫌犯罪，經法院判決有罪確定，於修正施行後尚未執行完畢者，其於修正施行前收容於第三十九條收容處所之日數，仍適用修正施行前折抵之規定（第七項）。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（第八項）。」

- 18 相關文獻，請參考林超駿，提審法、人身保護令狀與外國人驅逐出國程序之收容，收於憲法解釋之理論與實務，第七輯(下冊)，2010年12月，第519-575頁。



警察機關依行政執行法實施的即時強制，雖屬暫時留置性質，仍不失為拘禁¹⁹。

人身自由的保障，本項不僅宣示原則，而且對於限制人身自由的條件自行規定，故稱為憲法保留，釋字第三八四號解釋理由書亦稱：「凡限制人民身體自由之處置，在一定限度內為憲法保留範圍，不問是否屬於刑事被告身分，均受上開規定之保障」。而所謂「除現行犯之逮捕由法律另定外」，應解釋為現行犯的逮捕是憲法特設保留之例外，刑事訴訟法關於現行犯的規定就是實現上述例外的憲法要求²⁰。

收容涉及憲法之人身自由保護；有關憲法之具體化適用，該「具體化」活動的本質首先應該被重新釐清：如果肯認憲法規範的開放性、不確定性與不完備性，那麼憲法法院對該內容上不完整的憲法規範，透過「具體化」而使之完整、並可供適用的過程，一方面固然不再能被視為單純的涵攝；但另一方面，卻並不因此就必須立即被判定為「脫離法適用的本質」，因為該「具體化」正是在「法適用」傳統下，為了讓抽象法規範能被「適用」到具體個案，而被需求之進行「漏洞填補」的權限。因此，只要憲法法院的「具體化」活動仍然是依據「法適用」傳統所給定司法活動之規範來進行，那麼不論該「具體化」基於憲法規範的開放性與不確定性，而被賦予多大的形成空間，都將仍屬「法適用」的範疇，從而不應該被過度非難。現在問題在於：我們如何判斷憲法法院的「具體化」過程並非法官的主觀恣意，而是「站在憲法規範所給定的客觀解釋與適用基礎上」、「根據客觀法標準」來進行呢²¹？於此，如採取命令行為人自

¹⁹ 吳庚，憲法的解釋與適用，作者自印，92年9月修訂版，第191-192頁。

²⁰ 吳庚，前揭憲法的解釋與適用，第191頁。

²¹ 黃舒芃，憲法解釋的「法適用」性格，收於氏著，民主國家的憲法及其守護



行出國、責付、交保，亦為執行驅逐出國之一種型態，而其實施方式對行為人之人身自由等權利之限制較小。

入出國及移民署各專勤隊與國境事務大隊，如發現外國人有違反移民法第38條規定各款之一者，依法得予暫時收容。暫時收容為行政處分，由該執行之機關核發處分書，即可依處分書執行。如由警察機關所查獲之非法居留外國人案件，依管轄與程序規定，警察機關須將該外國人移由移民署為處置。

是否決定予以收容，除法律授權主管機關有權限為裁處外，另基於行政裁量權，亦得不予收容²²。如對無遣返必要之外國人，即不須加以收容。雖然依移民法第38條規定之原因有四，但其收容之核心目的，即在配合可以儘速遣返該外國人。因此，如無裁定強制驅逐出國之處分，則本處之收容，即失去其意義。

即對未經許可入國者、逾期居留停留者、受外國政府通緝者，

者，元照，2009年8月，第220-221頁。

22 有關對非法外國人是否予以收容，理論上除法律授權主管機關有權限為裁處外，另基於行政裁量權，亦得不予收容。另參見監察院，糾正案文謂：移民署於96年1月2日成立後，至於外國人主動投案且有意願自行出國者，是否得予收容，或以不收容為原則，移民署並無具體明確之規範，而原為警察機關外事警察移撥至移民署之人員，則援用上開臺北市政府警察局82年函文，亦未見移民署禁止。直至100年1月24日移民署始訂定上開「逾期居（停）留外國人主動投案且有意願自行出國作業程序」，依該規定逾期居（停）外國人符合得自行出國之要件者，移民署將不予以收容，於相關行政調查手續、作業辦理完畢後，由其本人及其在臺灣地區設有戶籍親屬、慈善團體或經該署同意之人士，共立切結書，或請求其本國駐華使領館或授權機構協助將人帶回。故逃逸外勞若符合上揭得暫不予收容或自行出國要件者，將交由其關係人或相關團體（機構）出具切結書代替收容。但主動投案者如護照或薪資遭雇主扣留，則得否不收容，未見具體明確之規範。請參見監察院，糾正案文，被糾正機關：內政部、內政部入出國及移民署、內政部警政署，101年1月31日。



均是接著被裁定強制驅逐出國處分，而後才有予以收容之必要。因此，「收容」為保全性之措施，以確保可以如期及儘速將該外國人遣返至其原來國家或地區。

三、小 結

主管機關為行政調查違法之執行，最長有24小時之時間，可以限制行為人之人身自由，並不得超過24小時之時限，此為配合與遵守憲法第8條之規定。此可見諸各種行政法規之授權執行機關之調查權限，均不得逾24小時而自明²³。而本708號大法官解釋提及「合理作業期間」，其為執行遣返之一般期程。依權力分立原則，立法權在於制定法律，司法權在於定紛止爭、審查行政不法，行政權在於執行。所謂合理作業期間，每一項行政過程與施政，皆有其作業期程或期間。

收容之執行權限，當然為主管機關之職權。但有關是否准予「收容」之權限，應劃分為司法權或授權給主管機關，則有待探討。本項之問題在於「准予收容，屬於行政權或法院」。對此，我國近年來有相當多號之大法官解釋，皆對於人身自由之限制法律，宣告為違

²³ 行政執行法授權執行機關之調查權限，均不得逾24小時。即依行政執行法第17條第6-8項：行政執行官訊問義務人後，認有下列各款情形之一，而有管收必要者，行政執行處應自拘提時起二十四小時內，聲請法院裁定管收之：一、顯有履行義務之可能，故不履行。二、顯有逃匿之虞。三、就應供強制執行之財產有隱匿或處分之情事。四、已發見之義務人財產不足清償其所負義務，於審酌義務人整體收入、財產狀況及工作能力，認有履行義務之可能，別無其他執行方法，而拒絕報告其財產狀況或為虛偽之報告（第六項）。義務人經通知或自行到場，經行政執行官訊問後，認有前項各款情形之一，而有聲請管收必要者，行政執行處得將義務人暫予留置；其訊問及暫予留置時間合計不得逾二十四小時（第七項）。拘提、管收之聲請，應向行政執行處所在地之地方法院為之（第八項）。



憲，而要求限期改由立法院之決定²⁴。

參、外國人收容之法定要件問題

一、概 說

有關移民法第38條之立法意旨：明定得暫予收容對象、期限、異議及解除收容條件。其內容，本條文共分六項：1.第一項：明定得暫予收容對象。2.第二項：規定收容期限以60日為限，必要時得延長。3.第三項：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7日內向入出國及移民署提出收容異議。4.第四項：規定解除收容之條件。5.第五項及第六項：為保障人權，納入折抵刑期之相關規定，增訂第五項及第六項。

在內容意義上：1.收容之目的在能儘速將被收容之外國人順利遣送出國，是一暫時性措施，爰於條文第1項序文規定「得暫予收容」文字。

2.有關本法收容之目的，係為確保能將外國人順利遣送出國，倘有暫予保護之必要，應視情況依行政執行法有關對人之管束規定為之，爰於條文第1項第4款規定「收容」之文字。

3.有關現行條文第2項規定每次收容期間為15日，而實際上大部分案例並無法於該期間內遣送出境，故參照外國法例訂定60日為上限，如仍無法於該期間內完成遣送出國者，基於收容目的之考量，得延長收容至遣送出國為止，爰於條文第2項規定。

4.收容為行政處分，並未進入刑事訴訟程序，是無所謂辯護人或保證人制度。

²⁴ 有關行政執行法之拘提與管收，皆屬對於人身自由之重大限制。請參見大法官588號解釋。



5.外國人無法遣送之情況，並不限於現行條文第1項第1款。另為配合「行政程序法」之規定，爰有條文第4項之規定²⁵。

6.100年11月23日之修正條文，在於考量依公民與政治權利國際公約第9條第1項「人人有權享有身體自由及人身安全。任何人不得無理予以逮捕或拘禁。非依法定理由及程序，不得剝奪任何人之自由。」之精神及審酌保障人權與公益間應符合比例原則，於保障人權外，亦應考量國家主權及國家自衛權之意涵，爰參考日本、南韓、新加坡等國之法制，由移民機關為驅逐出國或收容之決定。又因實務上，執行暫予收容有其立即性與急迫性之特性，宜由移民機關(入出國及移民署)為外國人收容之決定。

7.配合第1項序文之修正及為約制限令自行離境者，能依規定期限內出境，爰修正第1項第1款。

8.將現行條文第1項第2款「非法入國」修正為「未經許可入國」以茲明確；又「未經許可入國」與「逾期停留、居留」，乃不同事由，有分款規定之必要，爰增列第3款。現行第3款款次配合遞移為第4款²⁶。

外國人之人身自由受保護程度為何？其是否與本國人民同樣，依移民法第38條之規定，似有不同。而大法官708號解釋，對主管機關之合理作業期間的15天，如被收容人未主動要求法院審查，則執行機關可逕為收容合於合理作業期間15天。對此，法院之職權是否有被忽視之處。

人身自由之保護，為一切基本權利之基礎。如無人身自由，其他大多數之基本權利，可能頓時成為空談。本移民法第38條授權有

²⁵ 吳學燕，「入出國及移民法」逐條釋義，文笙書局，98年9月二版，第271-272頁。

²⁶ 吳學燕，前揭「入出國及移民法」逐條釋義，第272頁。



關主管機關得予收容違犯之外國人規定，其主要目的在於利於遣返之作業。而行政機關對於人民人身自由之限制，亦各有其正當之行政目的，如為公法上金錢給付義務執行之管收，警察之拘留違反社會秩序維護法之人民；其同樣有為國家財政目的與維護良好社會秩序之任務²⁷。但不能僅為一種合理或必要之目的，而犧牲人身自由保護之正當程序。

本708號解釋對於行政收容，訂下三個重點，其一為被收容人要求法院審查收容之合法性，即不服收容之決定時，該執行之移民署機關，即須即時向法院申請核准收容。其二，為超出合理作業期間之15天，為繼續延長收容時，亦須向法院請求核准。其三，為具有爭議之點，即如在一開始為行政收容之時，被收容人對收容之決定處分，並無異議，則執行機關可逕為收容合於合理作業期間15天。

有關「15天之合理作業期間」主要之考量，為被收容人本身並無異議，其二為單純為執行遣送之程序過程。站在國境管理為表示國家主權之權力象徵，外國人不能主張有進到我國之權利，及為節省行政與司法作業之經濟成本等考量，大法官之解釋，肯認在符合相關情節條件下，不必每件收容處分，皆須由法院裁定。

二、移民法之現行收容要件

法治國家之法律保留原則，在於對人民為處罰或限制其權利自由之措施等，須有法律之明確依據。收容為對於外國人為拘禁其人身自由之措施，其授權之依據為移民法第38條之規定。其中「未經

²⁷ 如警察之拘留違反社會秩序維護法之人民，須經法院之裁定。請參見社會秩序維護法第43-45條。該法第45條：第四十三條第一項所列各款以外之案件，警察機關於訊問後，應即移送該管簡易庭裁定（第一項）。前項警察機關移請裁定之案件，該管簡易庭認為不應處罰或以不處拘留、勒令歇業、停止營業為適當者，得逕為不罰或其他處罰之裁定（第二項）。



許可入國者」，主要為偷渡進入我國之外國人，包括假冒身分入國者。對於我國所開放適用免簽證及落地簽證之國家國民之進入我國，仍須接受入國查驗，始完成入國之合法手續²⁸。

憲法第八條第一項及第二項所稱的司法、警察機關及法院其確實意義為何？逮捕、拘禁、審問、處罰權限誰屬？以往爭論多時，依釋字第三九二號解釋，有塵埃落定的作用：第一項規定之司法機關「包括檢察機關在內之廣義司法機關而言」，第一項及第二項所稱之法院，「當指有審判權之法官所構成之獨任或合議之法院之謂」。逮捕、拘禁之檢察機關及警察機關雖有權限，但依同條第二項逮捕只是移送法院審問、處罰的過程及手續，拘禁則以不超過二十四小時為原則，而屬於拘禁者，不限於刑事訴訟法上的羈押、少年事件處理法之收容都包括在內。「審問」在釋字第三九二號解釋被界定為：「係指法院審理之訊問」，處罰應解釋為泛指限制人身自由的懲罰性措施，自由刑的科處、罰金易科為拘役及行政罰之拘留固屬處罰，感訓、管訓、感化、強制工作、強制治療名目繁多的保安處分，也是本條所稱的處罰。經過審理訊問的程序，如認定應負責任，僅法院有權處罰，檢警機關並無此項權力²⁹。

三、移民法之現行收容要件問題

憲法第八條為針對人身自由限制之正當程序保護，第一項為一般原則之宣示，二項前段為有關刑事程序之特別規定，第二項後段與第三項為提審制度之規定，第四項則為法院追究責任之規定，皆可謂為第一項之落實。司法院大法官於第三八四號解釋中，進一步

²⁸ 相關文獻，請參考廖元豪，人身自由「非刑事程序」限制之檢討——以移民法制「收容」制度為例，月旦釋讀文摘第13期，2011年11月，第12-16頁。

²⁹ 吳庚，前揭憲法的解釋與適用，第192-193頁。



認為從第一項尚可導出「實質正當法律程序」之原則，兼指實體法及程序法規定之內容，包括罪刑法定主義、自白須出於自由意志、依證據認定犯罪事實、一事不二罰、對質詰問權、審檢分離、審判公開、審級救濟等³⁰。

（一）人身自由保護

人的權利與自由，原則由自己處理與保護，但若受到不法侵害，而已身無法自行保護時，得請求有關司法與行政機關，加以保護。對於人身自由之保護，有刑法之妨害自由罪、民法之侵權行為及各別行政法之請求警察機關等為必要之保護。

有關人身自由之保護，我國憲法第8條有明文規定，並稱為憲法保留，其他之行政法律，不得違反憲法之規定，即拘束人身自由之執行，如未受法院核准，不得超過24小時。與人身自由相關之基本權利，有身體權、人格權、隱私權等。刑法並對於妨害自由之犯行，設有處罰之規定³¹。例如移民法中相關職權之規定，亦應受到基本權利保護之限制，而不得濫用權限或逾越法律之授權。如查證可疑為非法居留之外國人民，仍須遵守相關之正當程序，遇有依法為留置時，須遵守其最長時間之限制³²。此均為達公益目的之移民管理

³⁰ 法治斌、董保城，憲法新論，元照，2005年1月二版，第206頁。

³¹ 對於妨害自由之犯行，刑法並設有處罰之規定。請參見刑法第302條規定。

³² 主管機關人員為查證可疑非法居留之外國人民，仍須遵守相關之正當程序。依入出國及移民法第64條規定：入出國及移民署執行職務人員於入出國查驗時，有事實足認當事人有下列情形之一者，得暫時將其留置於勤務處所，進行調查：一、所持護照或其他入出國證件顯係無效、偽造或變造。二、拒絕接受查驗或嚴重妨礙查驗秩序。三、有第七十三條或第七十四條所定行為之虞。四、符合本法所定得禁止入出國之情形。五、因案經司法或軍法機關通知留置。六、其他依法得暫時留置(第一項)。依前項規定對當事人實施之暫時留置，應於目的達成或已無必要時，立即停止。實施暫時留置時間，對國



與外國人基本權利之權衡規定。

人的身體得自由活動，不被限制拘禁於狹小之空間範圍，如監禁於監獄、看守所、拘留所或收容之處所。行政機關為特定之目的，為背動之配合被收容人之提出，惟依比例原則對人身自由之限制，已屬過度侵害人權，在法治國家之制度設計上，須有一衡平之機關；於此最明顯者即為憲法第8條對於人身自由保護之規定。

對人身自由之保護，大法官於釋字第166、251、384、392、471、523、588、636等號解釋，均已闡明人身自由保護之意涵。凡對人民身體自由之拘禁，不僅是為刑事偵查之目的，須遵守憲法第8條之規定，另為其他目的之拘束人民身體自由，仍有憲法第8條之適用；如為公法上金錢給付義務之拘提、管收，亦須經法院之核准。

受外國政府通緝者之原因，屬於外國籍之逃犯或嫌疑人，為有關國際間之刑事司法互助事項。國家與國家之間，為共同合作打擊犯罪，常常訂有罪犯引渡條約，以作為執行之依據。因我國之邦交國有限，實際上我國與外國所訂之引渡條約亦少³³。及因我國之國際參與空間，亦相對受限制，因此我國亦非國際刑警組織之正式會員國。雖然有上述之現實問題，但實質上防止國際間之犯罪，是每個國家之責任。因此，雖非邦交國之請求，如實質上與我國有合作關係之國家，對被其國所通緝之外國人，依現行移民法亦得予以收容。有關本論文之議題，為收容之合法性與合憲性問題，對於相關

民不得逾二小時，對外國人、大陸地區人民、香港或澳門居民不得逾六小時（第二項）。

33 我國與外國所訂之司法互助條約，大多僅局部性之個案調查協助。例如〈美國在台協會與駐美國台北經濟文化代表處間之刑事司法互助協定〉（91.3生效）：美國在台協會與駐美國台北經濟文化代表處基於相互尊重、互惠與共同利益，藉由刑事事務之司法互助，以增進雙方所屬領土內執法機關有效之合作，同意訂立下列條款。



之授權依據之認定，大法官要求須改由由法院介入審查，將有避免執行認定濫權與保障人權之效果。

（二）實質正當法律程序

按實質正當法律程序之概念，乃源於英國大憲章第三十九條有關「陪審制」及「人身保護」令之規定，其後更由自然法發展出「自然正義」原則。所謂自然正義原則，主要指：一、任何人不得為自己事件之裁判官；二、任何判斷必須聽取雙方之陳述，未經聽取陳述，不得作對其不利之決定。依前者，法官如與該案之決定有法律上或金錢上之利害關係或有偏見，則不得為該事件之裁判者，即應迴避。依照後者，法官必須給當事人雙方相等之陳述意見機會。總結地說，依英國判例法所述，自然正義即等於「行為之公平」³⁴。

（三）並非提審法之適用對象

依實務之見解，請求法院提審之對象，限於「犯罪嫌疑人」，被相關機關逮捕拘禁之事件，而不及於其他行政目的類之案件。依此種方法切割，屬於較為保守之作法，而有如傳統之行政與司法二元制之想法；行政類之案件，由行政法院管轄，而犯罪嫌疑類之案件，由普通法院管轄³⁵。另大法官第690號解釋，亦肯認為防疫目的之強制隔離措施，不須經由法院核准，由衛生主管機關即得依傳染病防治法相關法律，而為執行。因此，不能一概而論凡是限制人身自由之措施，皆須由法院核准，或得向法院申請提審。

狹義解釋憲法第8條之人身自由保護範圍，屬於犯罪嫌疑之案

³⁴ 法治斌、董保城，前揭憲法新論，第206-207頁。

³⁵ 有關行政與司法二元制，即公法類之案件，由行政法院管轄，而犯罪嫌疑類之案件，由普通法院管轄。



件，較為具體與明確，且與普通刑事法院之管轄事務，較為相近。但如站在憲法保障人身自由之立場，人身自由之被拘禁人，並不會因為刑事目的，或是其他行政目的，而有所差別。

肆、外國人收容之司法審查與救濟問題

一、外國人收容之司法審查問題

（一）憲法規範與適用

人身自由受侵犯，有違憲法第8條之規定，相關法規即屬違憲審查之範圍³⁶。有關憲法規範「具體化」，真的已經不再是「解釋」了嗎？依德國「法適用」傳統下對於司法活動本質的理解與規範方式可以看出，「法適用」背景下的司法活動、包括憲法法院的憲法解釋，就其本質而言，毋寧具備以下的特徵：首先，司法活動既然旨在進行「法適用」，當然必須從對抽象法規範的解釋出發，透過解釋來將抽象法規範適用到具體個案。其次，既然法官是根據「法適用」來進行審判，司法活動於是必須預設一個供法官解釋、適用的客觀法依據，使法官可以站在這個客觀的法解釋基礎上、而非按照其主觀判斷，將抽象規範適用到具體個案。如此一來，「法適用」傳統所要求的「法官受法拘束」，方能獲得實現。就基本法背景下憲法法院的憲法解釋活動而言，法官無論如何必須遵循該「法適用」的法則，從而在進行憲法解釋與憲法審判的過程中，首先必須站在抽象憲法規範所給定的解釋依據上，從「對抽象憲法規範的解釋」出發，然後，再將其解釋結果「適用」到所欲解決的個案爭議上。在這樣的

³⁶ 相關文獻，請參考林超駿、陳長文，論待遣送外國人合憲收容要件——預防性拘禁觀點，政大法學評論，2012年2月，第125期，第193-286頁。



過程中，理想狀態當然是憲法規範本身已足以提供法官完整、足夠的解釋依據，使法官可以「單純透過解釋、適用的涵攝過程」達成解決個案的目的；但一再不容否認的卻是：憲法規範往往正是不具備這樣的完整性，從而法官活動也因此經常不可能如此「單純」。毋寧在憲法規範具備不確定性與開放性的前提下，法官的「解釋」往往享有非常廣大的認定與形成空間³⁷。

與本708號解釋有關之外國人收容案件，地方法院法官均拒絕依提審法受理聲請，而大法官708號解釋中，亦不予受理，顯然過度限縮憲法第8條及提審法之適用對象。

（二）事前經過法院核准

此即全面的要求主管機關收容外國人之前，一律須先經過法院之核准。如此須增加移送，與審理及裁定之程序。外國人之權利，與本國國民之自由權，是否有所差別，於此即可加以比較。在本708號解釋文及理由書中，並不採取此種要求。多位大法官提出之不同意見書，亦以此點為主要之代表³⁸。如依大法官588號解釋，行政執行署執行對義務人之拘提與管收，皆須經過法院之核准，始得為之。因人身自由之保護，屬於憲法保留之事項，法律層級之規定，不得與之牴觸。另依社會秩序維護法之規定，處罰種類中有拘留罰，其決定須經由法院之程序，始可為之；於此，警察機關只負責執行。

對移民之收容，我國行之有年，早期更以行政規則，即可對待遣返之外國人收容。於民國88年入出國及移民法制定後，始邁入法

³⁷ 黃舒芃，前揭憲法解釋的「法適用」性格，第219-220頁。

³⁸ 對違法外國人之收容事前，是否一律須經法院核准，在本708號解釋文及理由書中，並不採取此種要求。對此，多位大法官提出之不同意見書，亦以此點為主要之討論對象。詳請參見相關之協同意見與不同意見書。



治化時代，須符合法律授權之法律保留原則。但移民法第38條規定，以快速遣返之目的，可否正當化其收容之執行，未經過法院核准之問題。在本708號大法官解釋中，只解決了一半。即提供司法之即時救濟，如果被收容表示不服，此時即可向法院請求救濟；但如果被收容人對被收容之處分，並無異議，法院亦不主動介入。

如依前述之行政執行之拘提管收，與社會秩序維護法之拘留，皆須經過法院核准。較之對非法移民之15日暫時收容，其性質與受拘束之程度，應可比擬。且依目前我國行政訴訟制度，已有修正之新規定，對以往交通條例之聲明異議案件，由原來之普通法院刑事庭受理之規定，依其性質移由行政法院管轄，並在地方法院設行政訴訟庭，以審理此類之具行政救濟之案件³⁹。

對於收容之事前，須送由法院核准，此處涉及之問題，即法院有何之權限；應予即體討論與明定。本文認為法院此時，僅審查收容之合法性與適當性即可，不宜擴及驅逐出國處分之範圍。1.所謂合法性，即收容之法律依據及被收容人之行為與情況，是否符合法律所規定之要件。如未經許可入國、被外國政府通緝之要件，是否已構成。對各該要件之解釋，是否明確與符合原來目的等。對於不確定法律概念之解釋，主管機關之認定仍然須要接受法院之審查。

³⁹ 目前我國行政訴訟制度，已有修正之新規定，對以往交通條例之聲明異議案件，由原來之普通法院刑事庭受理之規定，移由普通法院之行政訴訟庭管轄。配合司法院規劃將行政訴訟由現行二級二審改為三級二審，於地方法院設立行政訴訟庭審理簡易訴訟程序及交通裁決等事件，立法院於100年11月1日及4日分別三讀通過行政訴訟法、行政訴訟法施行法、智慧財產案件審理法、智慧財產法院組織法、法院組織法、行政法院組織法及道路交通管理處罰條例等7項法律修正案。上開新修正之法案，以及100年5月25日總統公布之行政訴訟法增訂241條之1（通常訴訟程序事件上訴審強制代理）等規定，均預計於101年9月6日施行。參見-行政訴訟新制-<http://tpb.judicial.gov.tw/newsystem.htm-102.9.16>。



2.所謂適當性，即雖然被收容人之情形，符合被收容之要件，但依該行為人處境與有特別遭遇情況，基於人道、國際人權、人倫原因等之考量，應可採取其他之方式，例如限制住居、交保、責付等之方式。

（三）事後向法院請求救濟

本708號大法官解釋，認為移民法之規定，並未設有被收容人不服得向法院提出救濟之規定違憲，有限度保障外國人之人身自由。被裁處須強制驅逐出國之外國人，目前之作法原則予以收容，以確保該人之所在。另外亦有採取限令於7日之內自行出境之作法。依本號大法官之解釋，現行規定須於2年內修改法律，使符合本號大法官解釋之意旨。而在此2年修法前之時間，原現行規定仍然有效。

使被收容得向法院提出救濟，法院即可受理而為審查該「收容」是否為合法？包括所適用之要件是否適當與必要。有關行政處分與決定之適用，原則由主管機關先行解釋與適用，於遇有爭議時，而遇有爭議時，則須受司法審查。對於即時「收容」之人身侵害，被收容人得即向法院提出救濟，使法院檢視收容之各項要求。

本項制度之設計，為背動之配合被收容人之提出，而為移送法院。其主要之考量，在於思考司法之不告不理原則，或是有權利者可以放棄本身之權利。但移民署在為執行收容時，是否必須告知被收容人得向法院請求救濟，及其告知之方式，在何時、用何方式告知等，均會有所相關。而受理本項收容救濟之法院，其審查之範圍為何？亦值討論。單純者只為審查「本件收容之適法性」；另完整者，則會涉及本件之前階段，有關「驅逐出國」之依據與其處分之合法性。學者之間，各有不同之看法⁴⁰。本文認為以單純之審查「收容

⁴⁰ 陳新民大法官在本708號部分不同意見書中提及，本號解釋多數意見顯然忽



之適法性」，即可，而不及於屬於一般行政爭訟之驅逐出國處分。其原因為驅逐出國之行政處分，自有訴願法及行政訴訟法之相關規定可為處理，以免法院又須審查「收容處分」與驅逐出國處分，造成多頭馬車之結果。

二、外國人收容之救濟問題

（一）法院職權與外國人人身自由之保護

要求為行政收容之事前，須經過法院之核准，為我國歷年來釋憲實務對人身自由保護之基本原則⁴¹。其最明確之依據，在於憲法第8條之明文規定。即「非經法院，不得為審問處罰」之憲法條文。「收容」是否為處罰？即得以討論。依我國實務上對於提審之聲請案，亦狹義的僅限於受理有關犯罪嫌疑之案件，而不及於其他行政目的之收容⁴²。

本708號大法官解釋之協同與不同意見書中，多數即在於討論「行政收容」之前，是否須即送請法院核准？而在解釋文中，多數意見予以否決，僅保留被收容人如不服者，即須送請法院裁決。有

視了收容行為具有事實行為與執行行為的屬性，顯有不當。再則，多數意見將原因處分（驅逐處分）的合法性置於法院審查範圍之外，而對從屬性質的執行行為（吾人亦很難稱之為「執行處分」），列為受收容人可獲得法律救濟的主要對象。這種捨本逐末「只求果不求因」，吾人不妨舉一例以明其謬誤，例如：在民事訴訟中如涉及利息債務之法律關係，當被告爭執連本金債權存在都有疑慮時，法官卻不能審查之，而只能侷限於判斷利息存在否之問題，是否真能解決爭議？對當事人的權利能更有保障乎？

41 有關公法上金錢給付義務之拘提、管收義務人，亦須經法院之核准。請參考行政執行法第17條規定。

42 我國實務上對提審之聲請案，狹義的僅限於受理有關犯罪嫌疑之案件，而不及於其他行政目的之收容。此項侷限性解釋，亦形成本708號解釋中多位大法官，所無法認同之事項。



關人身自由保護之動向，之前之第690號有關傳染病防治法之強制隔離措施，是否須由法院核准之議題；其解釋文舉出因防疫之重點在於專業之判斷，而非法院之能力所及，因此，認為該隔離措施，不須經過法院核准，屬於憲法第8條人身自由保護之例外⁴³。

另有關提審法第一條規定是否違憲之問題，即提審法第一條規定：「人民被法院以外之任何機關非法逮捕拘禁時，其本人或他人得向逮捕拘禁地之地方法院或其所隸屬之高等法院聲請提審。」其是否違憲之爭論點在於聲請提審之要件：「非法逮捕拘禁」。按憲法第八條第二項，並未規定非法逮捕拘禁的要件，而提審法則在憲法之規定以外，另外附加了「非法」之要件，即產生是否違憲之爭議。關於此一問題，釋字第三九二號解釋中亦加解釋，認為提審法第一條規定屬於違憲之規定，其理由為：憲法第八條之規定，屬於憲法保留，法律之規定不得增加或變更憲法所詳細規定之制度內容。因為憲法並未以「非法逮捕拘禁」為聲請提審之前提要件，亦即憲法並不論是否有非法逮捕拘禁之客觀事實存在，即得向法院聲請提審，無合法與非法逮捕拘禁之分，況且未經法院審問，實無法認定

43 有關強制隔離之不須經過法院核准之第690號大法官解釋，為有關傳染病防治法之強制隔離措施規定。其解釋文提及：中華民國九十一年一月三十日修正公布之傳染病防治法第三十七條第一項規定：「曾與傳染病病人接觸或疑似被傳染者，得由該管主管機關予以留驗；必要時，得令遷入指定之處所檢查，或施行預防接種等必要之處置。」關於必要之處置應包含強制隔離在內之部分，對人身自由之限制，尚不違反法律明確性原則，亦未牴觸憲法第二十三條之比例原則，與憲法第八條依正當法律程序之意旨尚無違背。曾與傳染病病人接觸或疑似被傳染者，於受強制隔離處置時，人身自由即遭受剝奪，為使其受隔離之期間能合理而不過長，仍宜明確規範強制隔離應有合理之最長期限，及決定施行強制隔離處置相關之組織、程序等辦法以資依循，並建立受隔離者或其親屬不服得及時請求法院救濟，暨對前述受強制隔離者予以合理補償之機制，相關機關宜儘速通盤檢討傳染病防治法制。



該逮捕拘禁行為為合法或非法，故前揭解釋認為提審法第一條違憲⁴⁴。

此外，由於提審制度乃是從英美國家的人身保護令制度而來，而該制度之精神在於任何人於其自由受剝奪或遭監禁時，得由其律師向法院請求頒佈人身保護令，命為拘押之官吏，依該令之指示將所拘押之人移送法院，同時聲復逮捕拘禁之原因，由法官決定保釋或還押之制度，亦無區分是否合法，因此提審法第一條之規定與提審制度之基本精神亦不符合⁴⁵。

（二）收容之提起行政爭訟

有關行政救濟之程序，為依訴願法及行政訴訟法，又因外國人之入出境事項，排除行政程序法之適用，在移民法中又無明確詳細之程序規定，顯然對收容之外國人權利保障，有所不足。有關一般之行政救濟，會有緩不濟急之問題。即案件尚在審查之中，該被收容人已被執行遣返出國完畢，縱然事後行政救濟，可能勝訴，亦已失去其效益。

在一般行政訴訟中，有一停止執行之制度，如被收容人向訴願受理機關或行政法院提起「停止執行收容」之聲請，受理機關在依法審查之後，亦可能予以同意要求停止執行，但依行政處分之效力及行政執行，以不停止為原則，該聲請停止執行會被核准，仍屬少數或事後之救濟。且其得以聲請之要求，甚為嚴格，須符合，因執行會造成有重大難以回復之損害，且對公益無重大影響之要件，始

⁴⁴ 林明鏘，人身自由，收於月旦法學雜誌別冊—法學教室，公法學篇，2002年2月，第29頁。

⁴⁵ 林明鏘，前揭人身自由，第29-30頁。



得予核准⁴⁶；顯然有其難度。

伍、未來入出國及移民法有關收容規定之修正

一、大法官第708號解釋影響與移民政策考量

人身自由之保護，為重要之基本人權。本708號大法官解釋，開宗明義即宣告外國人人身自由，亦受本國憲法之保障。另移民法被大法官解釋宣告為違憲，須在限期2年內修改違憲之部分，逾期失其效力。

在權力分立上，權力分立之思想起源於英儒洛克及法儒孟德斯鳩，迄今已成為現代憲法上一根本原則。其意義簡要言之，即將國家權限區分為各種不同的功能，而由不同組織之國家機關個別行使。其目的在於經由不同國家功能相互間的監督與制衡，以避免國家權力過度集中，造成恣意與專制，並使國家行為有可預測性及可

⁴⁶ 有關因執行會造成有重大難以回復之損害，且對公益無重大影響之要件，得聲請停止執行。依行政訴訟法第116條規定：原處分或決定之執行，除法律另有規定外，不因提起行政訴訟而停止（第一項）。行政訴訟繫屬中，行政法院認為原處分或決定之執行，將發生難於回復之損害，且有急迫情事者，得依職權或依聲請裁定停止執行。但於公益有重大影響，或原告之訴在法律上顯無理由者，不得為之（第二項）。於行政訴訟起訴前，如原處分或決定之執行將發生難於回復之損害，且有急迫情事者，行政法院亦得依受處分人或訴願人之聲請，裁定停止執行（第三項）。但於公益有重大影響者，不在此限（第四項）。行政法院為前二項裁定前，應先徵詢當事人之意見。如原處分或決定機關已依職權或依聲請停止執行者，應為駁回聲請之裁定（第五項）。停止執行之裁定，得停止原處分或決定之效力、處分或決定之執行或程序之續行之全部或部份（第六項）。



控制性，人民權利也因此而獲得保障⁴⁷。

權力分立原則不僅要求國家各機關權限間的區分，更重要的毋寧是相互間的監督與制衡。惟在運作上應避免一權凌駕於他權之上，甚而侵及其核心領域。同時權力分立原則在憲法之適用上容有例外之情形，例如「行政立法」(即法規命令的制定)或總統之赦免權即屬適例，此際因另有其他憲法價值的考量，亦無損及他權之核心領域，故不能即謂違反權力分立原則。另由於憲法之抽象性與簡潔性，故其中關於權力分立之規定無法鉅細靡遺，在法條文義不明或甚至無法條時，於相關案例的思考上，則更須以權力分立原則為依據。大法官會議近年來在多號解釋中，或已就此原則為基本概念之闡釋(如釋三二八、三四二、三七一、三九二、四三六)，或已明確運用此一憲法原則，以解決實際爭議案件(如釋四一九、四六一)⁴⁸。

依三權分立理論，立法代表人民，具有多數決，為維護公共利益與保障人權，有其立法裁量範圍。原來之移民法，雖亦為法律及經立法院通過，但經本號大法官解釋為第38條之部分違憲，該規定即須在時限內修正，以符合憲政法制。

現行之移民法第38條被宣告違憲，並在2年內須修改現行之規定，屬於落日條款，超過2年如沒有限期修正，相關違憲之部分，將失其效力。司法原來在對抗多數決之民主，以免以多數決危害少數人權利，或制定出違憲之法律。但司法之角色，在於不告不理，不可過於主動介入個案或審查法案。因此，目前制度之設計，聲請釋憲須符合大法官審理案件法之相關要件規定，如無人民或行政機

⁴⁷ 吳信華，法治國家原則(二)——權力分立原則，月旦法學雜誌別冊—法學教室，公法學篇，2002年2月，第8頁。

⁴⁸ 吳信華，前揭法治國家原則(二)——權力分立原則，第8-9頁。



關、法官或立法委員連署，提出聲請解釋，大法官會議不得主動要求對現行法規作出解釋。

立法代表民主，得以制定國家所需要之法律。大多數法案由行政機關所提出，基於法律保留原則，有關國家機關組織，或與人民自由權利有重要相關之事項規範，皆須由法律規定，始得執行。另本708號大法官解釋，對於提審法之聲請，作出不受理之決定，亦引起多位大法官之提出不同意見書，認為應予受理且認為提審法之範圍，亦應及於非刑事之被告的人身自由保護⁴⁹。似乎表現出司法自制之一面，不願面對過度複雜或整個人身自由之議題，而只限於移民之被收容人，亦可提起救濟之個別管道。

二、未來修正之重點

（一）訂定正當法律程序與法院核准

1. 訂定正當法律程序

正當程序之要求，對於管制公權力之運作及保障人權，有其重要性。受英國法之影響，美國於一七九一年憲法增修條文第五條採用「正當法律程序」，適用於聯邦，明定任何人非依正當法律程序，聯邦不得剝奪其生命、自由及財產。一八六七年，經由憲法增修條文第十四條亦規定「無論何州，不得未經正當法律程序，即剝奪任何人之生命、自由或財產。」兩項條文合稱為「正當程序條款」。在

⁴⁹ 外國人被收容之提審問題，依本708號大法官解釋，對於提審法之聲請，作出不受理之決定，引起多位大法官之提出不同意見。依提審法第1條：「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。」第8條：「法院訊問被逮捕拘禁人後，認為不應逮捕拘禁者，應即釋放；認為有犯罪嫌疑者，應移付檢察官偵查。」因此，依第1條之文義，人民被非法拘禁，應皆有提審法之適用。



程序方面是指保障有公平之程序，在實體方面，則在於防止政府以實質上不公平、不合理之法律剝奪人民之生命、自由或財產。一九六八年，美國聯邦最高法院建立了「是否符合美國正義體系」之標準，將大部分權利章典內容藉由增修條文第十四條之正當法律程序條款涵攝至各州，並且擴大解釋「生命、自由或財產」之概念，將其推至「實體性正當法律程序」。自此，無論聯邦或州法一體受正當程序條款之拘束⁵⁰。因此，在移民收容上，應如何平衡國家權力與人權，有賴正當程序法制化之進一步落實與要求。

2. 法院核准

(1) 法院受理人身自由保護之救濟

收容之決定是否須經法院核准，是本件大法官解釋之重要焦點。依憲法第八條之人身自由保障規定，一般情形應由法院裁定；例外如有關傳染病防治之封閉特定住所，因涉緊急性與重大性等顧慮，所以690號大法官解釋認為可不經由法院之核准，但此決定仍受到許多之討論與批評⁵¹。

對未經許可入國之外國人，依移民法予以收容，一般並無緊急性或重大危險性，將其送由法院裁定並無特定困難，或對公共利益造成重大危害之顧慮；如果法院距離過遠，或情況特殊，在理論上應可以容許事後經法院核准之程序。例如刑事訴訟上之緊急搜索，事後呈報法院審查一樣。

我國對人身自由之保護，憲法第八條特別標示其正當程序與被逮捕拘禁人之權利，另我國各相關之行政與刑事法律，對於人身自由之保護，均遵守24小時內須移送法院之誡命。或有謂刑事目的之

⁵⁰ 法治斌、董保城，前揭憲法新論，第207頁。

⁵¹ 第690號大法官解釋認為強制隔離，可不經由法院核准，此規定仍受到許多之討論與批評。詳見第690號之相關不同意見書。



處罰與行政目的之執行，其性質並不相同，不可相互比擬。但如從國家對公權力之監督與對人民基本權利之保障而言，行為人受到拘禁對其權利之影響，應屬一致。

最主要之差別，在於國家主權與人權之議題，即外國人是否與本國國民受到同樣程度之保障。在708號大法官解釋之相關協同意見書中，可以見到提及許多先進之外國法律，並未規定收容違法外國人須一律送請法院核准之程序。與此相對應的，即如我國之行政程序法第三條有關排除適用之事項中，亦列出外國人入出境之事項⁵²。

(2)事前經法院核准之可能性

有關收容須經法院之核准，李震山大法官與葉百修大法官之部份不同意見書中，有精確之分析及論述：

李震山大法官：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

52 行政程序法第三條：行政機關為行政行為時，除法律另有規定外，應依本法規定為之。下列機關之行政行為，不適用本法之程序規定：一、各級民意機關。二、司法機關。三、監察機關。下列事項，不適用本法之程序規定：一、有關外交行為、軍事行為或國家安全保障事項之行為。二、外國人出、入境、難民認定及國籍變更之行為。三、刑事案件犯罪偵查程序。四、犯罪矯正機關或其他收容處所為達成收容目的所為之行為。五、有關私權爭執之行政裁決程序。六、學校或其他教育機構為達成教育目的之內部程序。七、對公務員所為之人事行政行為。八、考試院有關考選命題及評分之行為。



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，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)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。

其接著論及：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。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。至於經法官裁准應予收容者，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⁵³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。

葉百修大法官：吾人耳熟能詳的一句話：「不自由毋寧死」(Give me liberty or give me death)，道出在現代法治國家中，對於人民自由權利保障之重要性；其所謂自由，又以人民身體自由之保障為其最基本。遍觀史書，國家以事實上之強制權力剝奪或限制人民身體自由，無論係以何種名義或何種方式，實質上造成人民因失去身體自由所造成之權利侵害，不絕於冊。在英國法治發展過程中，於一二一五年頒佈的大憲章(*Magna Carta*)第三十九條及之後一二九七年移列二十九條規定：「除非經過由普通法官進行的法律審判，或是根據法律行事；否則任何自由的人，不應被拘留或囚禁、或被奪去財產、被放逐或被殺害。」自此樹立英美法上一重要之基本原則與法律制度，即所謂「人身保護令」(*Writ of Habeas Corpus*)，並進一步發展「正當程序」(*Due Process*)的概念，型塑西方國家立憲主義一個重要的基本原則。無論是一個國家的憲法或者區域及國際人權保障公約，均重申此一重要人民基本權利保障之意旨。本件解釋多數意見捨本逐末，於漠視憲法第八條所建構之人民身體自由保障之正當法律程序，僅以揣度行政機關作業難易之「善意」，迂迴地規避憲法第八條之意旨，創設獨為外國人暫時收容之決定與救濟途徑

⁵³ 難民認定過程，對於庇護申請人(*asylum-seekers*)之難民地位尚未確定階段，實務上收容(或替代性收容 *alternative detention*)有其必要，此一部份可參考聯合國難民署所發佈的收容準則 *UNHCR Guidelines on Detention (Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention)* Available at <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/503489533b8.html>>並在審議中的「難民法草案」中整體通盤研擬制定。感謝審查人提示上述之見解。



之制度，非但無益於外國人人身自由之保障，尚且作實逾越司法權界限之疑慮，增加原有行政處分與行政救濟制度之例外態樣，治絲益棼，實不足為訓。

並論及：本席認為，為貫徹憲法第八條保障人身自由之意旨，且為避免破壞法律制度適用之一貫性，系爭規定關於外國人驅逐出國，與為達成驅逐出國之目的所為之暫時收容，均因涉及外國人人身自由之限制與剝奪，兩者關係緊密，其既未明文規定得有法院介入審查驅逐出國與暫時收容之要件、行政機關所為暫時收容之時間限制，亦未提供一定的法律的、人道的及社會的協助，以及規定獲得相關協助之程序或時間限制等，則與憲法第八條之意旨不符，應屬違憲。關於系爭規定所為之暫時收容，無論其收容期間長短，或者有無合理作業期間之必要，均應於受驅逐出國處分之外國人，或因非法入國等其他事由而有暫時收容之情形，由移民署或相關機關於查獲或發現應予作成是否暫時收容時，於二十四小時內，將該外國人移送法院，由法官依正當程序作成是否暫時收容之決定，方符憲法第八條第一項保障人民身體自由之意旨。

本文之看法：憲法第8條之24小時規定，是一重要門檻，必須被徹底遵守；否則有關人身自由保護之原則與美意，將會被大打折扣；即會嚴重影響我國近年來大法官解釋與各項基本人權保護法制之進展。上述二位大法官之意見，表達出對堅持此原則之立場，是不得有所鬆動的。「法院」之功能，為客觀中立者之角色，在權力分立上，具有重要之任務。且本708號解釋文之第一段，即明示出對基本人權之保障，外國人亦應一體適用。為何到具體規定有關處理遣返之作業程序上，卻會出現合理化「有15天之合理作業期間」之條件讓步；此在邏輯思考上，前後二者並不相符。

從國家之境內與境外之觀點言，對尚未入境之外國人，得依國際法之立場，以國家主權為名，拒絕該外國人進入國內，而授權採



取逕行遣返之作為，而在程序上得採較為有效或更便捷之作法。但對如已在國內居留、生活之外國人，對拘束其人身自由之收容，應一律比照國民有關之規定。即如超過24小時之拘禁，即應馬上送請法院裁定，以符合憲法之要求。如不採取此作為原則性之明確區分標準，以後可能會有其他類型之拘禁人身自由權力，亦比照之，跳脫法院之審查救濟。此發展對憲法保障人權之嚴密性而言，應有其顧慮。

（二）明定收容之原因與程序

有關收容之決定機關，依本708號大法官解釋，仍然保留給予主管機關決定，並認為此屬行政處分之一種。拘束人身自由之行政處分，並不多見；而由行政機關自行決定者，只見在傳染病防治法中之強制隔離措施，可由主管機關決定，並不須經過法院核准。有關此之考量，可見大法官第690號解釋，而司法者對此人身自由之保護，並無任何積極之立場。此解釋一出，也受到多位大法官之批評⁵⁴。究其原因在於重大性、急迫性與專業性，此均須由主管機關決定，而法院之任務與角色，在此被認為不宜過度介入。

對於目前移民法之收容原因，本708號大法官解釋並無異議，而是對收容之救濟制度，宣告為違憲。目前之規定，被收容者並不得向法院提出人身自由保護之救濟，於此有違憲法第8條之規定。有關

⁵⁴ 大法官第690號解釋，司法者對人身自由之保護，並無任何積極之立場。此解釋一出，也受到多位大法官之批評。如大法官李震山、林子儀提出之部份不同意見書中，提及：本院歷來有關人身自由保障之解釋，舉凡涉及違反當事人意願而將之置於一定封閉處所之人身自由剝奪，大法官皆竭盡心智儘可能納入憲法第八條適用範圍，以求保障周延，奮力追趕國際人權保障潮流，尤其是在行政威權時期的人權保障上刻劃出動人的時代容顏，惜未受本件解釋之青睞。而本件解釋未來可能的負面影響，不容小覷，應正視之！



法院之職權，未來在受理被收容人之異議救濟案件後，自然須審理主管機關之收容決定，是否合法有效與適當。目前移民法第38條對收容原因之規定，已大略完備，但仍有修正之空間，例如對兒童及難民，就不應予以收容。或是在收容前之舉行聽證程序等，皆屬必要。

（三）其他代替收容之措施與方式

1. 交 保

交保是另一種替代收容之方法，以保證金之方式，要求違法原應被收容之外國人，繳交於主管機關之後，不予以拘束人身自由，但須擔負隨傳隨到之義務，如有經傳訊無故不到者，將沒入保證金，並予以強制拘提到場，並予以收容之制度。

日本之入管法中，亦規定有交保之制度。我國之刑事訴訟法，對於犯罪嫌疑人亦有交保之制度，並且廣為施行。強制遣返出國為重要之行政目的，防範不法外國之繼續於我國居住，對於維護治安及移民管理行政上，具有很大之效果。但該違法之外國人，違法之情節具有各種之情況，對於違反情節較輕微者、行為人本身之家庭、特殊遭遇等有特殊異常情形，主管機關亦可改由，利用交保方式，如此可以兼顧執行遣返之目的與保障行為人之人身自由。

判斷是否適合交保之情形，可以依法訂定各種特殊情況，由主管機關認定並選擇一定數量之保證金，命行為人繳納。或有意見認為，大多被遣返之外國人，為逃逸之外籍勞工，本身積蓄不多，幾乎連返國之機票費都沒有，如何有多餘之金錢繳交保證金之顧慮。並認為此規定，可能會多此一舉。

許多制度之選擇運用，應有多方之考量；對於如非外籍勞工之外國人，如經商或白領之外國人，涉及不法行為，構成收容之要件，如考量其工作與職業上之需求，亦可改以交保候傳之方式，以避免



制度之不足，無法加以運用。

有關暫時許可外國人進入國內之規定，依日本出入國管理及難民認定法第十三條：主任審查官依本章的規定，對於在進入國內的程序中，認為有特殊必要情形，在其程序結束前，對該當外國人得許可其暫時進入國內。

依前項給予許可的情形，主任審查官必須交付暫時許可進入國內的文書給該當外國人。

依第一項給予許可的情形，主任審查官對該當外國人，依照法務省令的規定範圍，得限制其住居與行動範圍、對其通知有到場的義務及附帶其他認為有必要的條件，而且，可要求其交付在不超過二百萬日圓範圍內，依法務省令所規定額度之我國有價證券的保證金或外國有價證券。

前項保證金，如該當外國人依第十條第七項或第十一條第四項規定，受到許可進入國內證明時，或依第十條第十項或第十一條第六項規定被命令從我國出國時，必須返還給該人。

主任審查官依法務省令所規定，對第一項受許可的外國人，依第三項規定所附加的條件如有違反的情形，即有逃亡或無正當理由不到場時，得對同項保證金為全部沒收或有其他情形時，沒收其一部分。

主任審查官對於第一項受許可的外國人，有充份相當可疑的理由，認為有逃亡之虞時，得發出收容執行書交給入國警備官，對該當外國人執行收容。

自第四十條到第四十二條第一項的規定，準用有關收容的前項規定。對此情形有，其範圍包括依第四十條之「前條第一項的收容令書」，及「第十三條第六項的收容令書」與「嫌疑人」，及「受許可暫時進入國內的外國人」與「嫌疑事實的要旨」及有「應該要收容的事由」與第四十一條第一項之「三十日內，但是主任審查官認



為有不得已的原因，得延長三十日。」，及「依第三章所規定在申請進入國內程序終結前，主任審查官認為必要的期間。」與同條第三項及第四十二條第一項之「嫌疑人」及「受到暫時許可進入國內的外國人」。

2. 責付

對於違法情節較輕微者，可以考量改以責付之方式辦理。以往對於違法涉及犯罪之外國人，檢察官常會將該外國人責付給警察或移民機關，此時即對該外國人以符合其他有必須收容或保護之原因，予以拘束其人身自由，拘禁於收容所。在未來之移民法修正中，並不得將此種情形予以解釋為收容之原因。其主要之考量，涉及犯罪行為嫌疑，應依刑事訴訟法之羈押或交保等處分辦理；另移民機關之收容，為行政處分，必須符合移民法之授權；以檢察機關之「責付」原因，應不符合收容之要件。

未來之「責付」制度，由移民機關決定，如對逃逸外勞，情節輕微者，可以責付給雇主；使在遣返出國前，可以暫時工作。或將違法之外國人，責付給在我國有親屬關係之其他人。

3. 限制住居

對違法得收容之外國人，除收容之外，亦可考量採取其他適當之措施，以兼顧人權及公共秩序。如行為人有固定之住所，及違反情節輕微，亦可命其遵守限制住居之規定。依目前移民署之作法，對於向移民機關自首非法居留之當事人，可以不為收容，在依相關程序辦理之後，可自行在特定時間出國即可⁵⁵。

⁵⁵ 有關非法居留之外國人，如向移民機關自首，可以不為收容，在依相關程序辦理之後，可自行在特定時間出國。實例上據報導，台北市一名三十二歲的越南籍船員，當年以船員名義入台，申請停留期間為九十天，如今已逾期達九年，獲悉越南母親病重，因心繫媽媽，二十五日主動向基市警方自首。警方表示，該名逃逸船員表示，自己是於民國九十二年十一月十一日左右，以



因目前移民法之規定，只授權對特定未經許可入國、逾期停居留之外國人等，得予暫時收容；並無其他相關之措施，如限制住居等之授權，因此實務上僅得收容與否作出決定，在一般情形下均採取收容之作法，此將不足以因應各種不同之情況。如命限制住居，並可配合要求行為人每日須定時向所在地之移民機關或警察機關報到，或報告其生活情況。

另日本出入國管理及難民認定法第十三條之二規定：特別審理官或主任審查官，依據第十條第十項或第十一條第六項的規定，作成驅逐出國命令的情形，該當外國人因船舶等航運班次無法配合，或有其他無法歸責的事由而認為無法立即從我國出國時，得依法務省令的規定，對該當外國人限於在指定期間內，許可其留置在出入國港口附近的指定設施中。

特別審理官及主任審查官，為前項的指定時，必須將前述決定通知該當外國人及其所搭乘船舶之船長等人或該航運事業的負責人。

三、小 結

主管機關對未來移民法第38條之修正，可參酌其他之規定，例如加入保證金及限住住居、保證人之方式，以因應不同之違法外國

船員名義申請入台停留，核定停留日只有九十天，但至今已逾期有九年之久，如今是因太想念家人，加上母親目前身染重病，所以才向警方自首，希望能夠趕緊回到越南探望重病在床的母親。最後警方在了解相關的情事後，依逾期居留偵辦，並帶同該名越南籍男子前往移民署銷案，再請他本人確實主動於一個月內自行離境。基市警方表示，依相關規定指出，對於有關逾期及逃逸的外籍人士，如向移民署或治安機關自行投案，得獲移民署核准而免予收容的逃逸外勞，可不需要以查獲方式解送移民署專勤隊，該外勞對員警協助銷案，一再表示感激之意。參見中華日報-2013.3.27報導。



人，可以採取之方式。有關本708號大法官解釋，對收容之救濟，因無設計由法院立即受理，因此宣告為違憲，此部分未來之修法，須立即加以補正。另外雖然被收容之外國人，雖未提出收容救濟，但如暫予收容之期間超過15天，仍未執行遣返，主管機關仍須將該案件送由法院裁定正式收容。

伍、結 論

移民收容之制度，與各國司法救濟制度，關係密切。移民如歸化為我國，即成為我國國民，或移民之原因為我國國民之配偶，亦即成為實質之國民，即以我國為其生活之中心，及在我國組成家庭。或在我國永久居留之外國人，已狹義的成為我國移民，其權利除了參政權之外，理論上應與我國國民享有一樣之程度。對一些在入境前即發現為偷渡或有具體違法行為，依國家主權須予即時遣返之外國人，應有個別授權之處理流程與權限。有關暫予收容之處理，應侷限於此特殊之外國人或未進入我國境內之外國人為限。

大法官第708號解釋相關之協同意見書，對於創設暫予收容之15日議題，討論極多。主要之疑慮為憲法第8條規定，明定逮捕拘禁之機關，須在24小時之內，將該嫌疑人解送審理，且該受逮捕拘禁之人，亦得立即聲請法院提審。而目前移民法第38條之規定，一般收容為60日，並得延長60天。有關人身自由之保護門檻，由24小時，延長為15日，未來對其他對象是否為比照辦理，將有疑慮。其討論中並以大法官第690號解釋，因涉及傳染病防治法之強制隔離、禁止進入等措施，因有急迫性、重大性與公共衛生危險性，故授權主管機關可以決定，且排除法院之審查。雖然有其正當性與必要性，但是在合憲性上仍待討論與補強。即應可事後或在三日內，移請法院裁定為宜。



一般較為單純為外籍勞工或來我國觀光停留之外國人，因逾期居留停留而遭查獲者，為作業方便及行為人在我國並無特定之親屬關係或關聯，因此，該案件即單純只是儘速執行遣返回其本籍國為主。

未來入出國及移民法第38條之修正，除須設立法院之立即救濟制度之外，另外延長收容之核准，亦須經由法院之審理程序。除收容外，另參考外國制度，亦可附加條件之方式，准予繳交保證金或限制住居、責付保證人之方式，依情節輕重而為決定。外國人目前居留於我國之目的原因及其型態，日漸多元，未來未必一有違法行為之外國人，即得一律予以收容，因目前法制之規定，未充份授權致使執行機關，只能選擇收容或不收容，又不收容之原因，法未明文授權，造成主管機關決定上會多有猶豫。

對移民之人權保障，在本708號大法官解釋中，已多所著墨；開創司法立即救濟之途徑。其中有一不明處，即與我國目前對人犯逮捕拘禁不得超過24小時之規定，有所落差。對於無須事先經法院許可，而主張採取不告不理之原則，創設出15日之合理作業期間，顯然不符憲法第8條之規定，而應改為須附加經法院之核准，較為合憲。



Imprisons foreigner' s related legal matter research —Our country immigration law 38th revision

Shiu, Yih-Bao

Abstract

If foreigner piggy back entry our country, administrative organ in order to carry out the above-mentioned person repatriates, Based on the present general method, must imprison the above-mentioned person, favors the execution which repatriates. If adopts the unlimited time imprisonment, already achieved the serious violation is imprisoned human's human rights, In the country under the rule of law, must have the examination and the investigation system. Our country's grand justice 708th explanation, Regarding the immigration law 38th imprisonment stipulation, the announcement was already the violation of the constitution. And pointed out the concrete two situations, must permit by way of the court examination, only then can carry out. Regarding this, this article draws up regarding the concerned foreigner's concept. Category and personal freedom, whether receives the basic right protection the theory? The court involves the personal freedom protection the examination procedure? The right procedure, the future imprisons which regarding the foreigner will repair the law and so on, will discuss.



Keywords: The foreigner, the imprisonment, the personal freedom, gather the constitution, repatriate

