

論待遣送外國人合憲收容要件 ——預防性拘禁觀點*

林超駿** 陳長文***

要 目

壹、前 言	一、驅逐出國程序人身自由限制之 必要性
一、為何研究待遣送外國人收容實 體要件	二、入出國及移民法之演變
二、本文架構	(一)從命令到法律
三、研究範圍	(二)二〇〇七年入出國及移民法之 修法：實體要件係其中一環
四、用語說明	三、現行入出國及移民法中收容要 件之基本問題
貳、驅逐出國程序收容實體要件演變 與現狀：過於概括且欠缺明確性 之規定	(一)未針對不同階段性質而為實體 要件規定：以刑訴為對照

* 本文初稿曾於二〇一〇年七月二十四日，發表在台灣法學會與內政部入出國及移民署所合辦之「外國人收容法律問題研討會」中，或許是由於本文之淺見有可採之處，其中所討論入出國及移民法第三十八條第一項收容一般要件以及第二項延長收容要件之規定，已於二〇一一年十二月九日，經立法院修法以及總統簽署公告後施行。雖然相關條文有新的規定，但一方面由於本文早已定稿準備付梓，另一方面由於相關修法反印證本文論述或有可取之處，故本文對此未做變動，保留對修法前規定之檢討架構。唯恐讀者不察，特此先為說明。至新法規定是否仍有不足，亦留待他日再為文予以檢討。

** 臺北大學法律學系副教授，美國西北大學法學博士。

*** 政治大學法律學系兼任教授，美國哈佛大學法學博士。

投稿日期：九十九年十二月二十一日；接受刊登日期：一〇〇年三月二十二日

責任校對：林容嫻

<p>(二)部分要件與驅逐出國目的無涉或過於概括：第三十八條第三款、第四款規定檢討</p> <p>(三)以「六十天」為單位收容期間之問題</p> <p>(四)延長收容要件僅以「必要時」</p> <p>(五)收容外國人分類關鍵在於是否合法入境</p> <p>四、小結：幾點反省</p> <p>參、強化收容實體要件第一步：認識實體要件為正當法律程序一部</p> <p>一、大法官對人身自由實體要件問題，其實已作過解釋</p> <p>二、人身自由限制要件屬實體正當法律程序理論所欲處理問題之一</p> <p>三、實體要件內涵與程序要件間之互動</p> <p>四、小結</p> <p>肆、人身自由類型化與待遣送收容實體要件(一)：預防性拘禁類型之承認</p> <p>一、人身自由限制態樣分類必要性：以言論自由分類為例</p> <p>二、傳統人身自由分類：刑事被告v.非刑事被告與定期v.不定期</p> <p>三、預防性與懲罰性拘禁概念承認之必要性</p> <p>(一)預防性與懲罰性拘禁之意義</p> <p>(二)預防、懲罰性拘禁概念可補傳統分類之不足</p>	<p>(三)收容之定性</p> <p>四、預防性拘禁概念對收容要件建構之貢獻</p> <p>(一)收容要件與制度設計不應具備懲罰性質</p> <p>(二)區別收容與其他預防性拘禁人身自由限制之不同：預防目的為其中關鍵</p> <p>(三)能適切地說明不定期收容要件</p> <p>五、小結</p> <p>伍、人身自由類型化為強化待遣送收容實體要件關鍵(二)：外國人主觀分類必要性</p> <p>一、外國人分類之必要性：從預防性人身自由角度</p> <p>二、美國法借鏡</p> <p>(一)以是否已入境作為區別準據：一九五二年以後deportation與exclusion之分類</p> <p>(二)一九八〇年代末期新增重罪作為判準</p> <p>(三)以合法入境與犯重罪作為主要區別準據：一九九六年移民法架構上重大變革</p> <p>三、外國人分類三項重要準據：是否合法入境</p> <p>(一)是否曾具有永久住民資格</p> <p>(二)合法入境或非法入境</p> <p>(三)是否犯刑事重罪</p>
--	--

<p>(四)是否已入境</p> <p>四、小 結</p> <p>陸、待遣送第一階段定期收容實體要件檢討：收容理由與期間</p> <p>一、收容要件必須符合預防性目的：第三十八條第一項其四款規定檢視</p> <p>(一)第三十八條第一項第三款、第四款之不足</p> <p>(二)從預防性拘禁觀點，驅逐出國處分做成本身得作為收容事由</p> <p>二、驅逐出國處分作為收容事由之過猶不及</p> <p>(一)現行規定初步檢討</p> <p>(二)是否強制收容特定類型外國人之考慮</p> <p>(三)美國法強制收容制度經驗</p> <p>(四)我國法進一步類型化可能性：驅逐出國事由稍微概括</p> <p>(五)部分類型外國人之強制收容，必須有更強程序保障</p> <p>三、驅逐出國處分做成後，待遣送收容合理期間之弔詭</p> <p>(一)為遣送做準備需一定期間</p> <p>(二)抉擇：由完整程序決定初步長期且定期合理期間，抑或是由行政機關決定短單位不定期收容期間</p> <p>(三)本文看法：問題關鍵在不定期收容要件</p>	<p>四、小 結</p> <p>柒、待遣送第二階段不定期收容要件：以美國最高法院Zadvydas v. Davis乙案為借鏡</p> <p>一、問題之再分析：不可避免之不定期人身自由限制正當性基礎</p> <p>(一)當前客觀要件過於簡單、欠缺明確性</p> <p>(二)不定期收容要件與刑事犯罪</p> <p>(三)原始收容理由已不足以作為不定期收容基礎</p> <p>(四)問題關鍵：預防性收容是否當然准許長期且不定期人身自由限制</p> <p>二、Zadvydas v. Davis乙案系爭不定期收容規定</p> <p>三、Zadvydas v. Davis乙案對不定期收容看法</p> <p>(一)本案事實</p> <p>(二)多數意見論述</p> <p>(三)Scalia以及Thomas少數意見</p> <p>(四)Kennedy少數意見</p> <p>四、小結：不定期收容之關鍵</p> <p>(一)預防性拘禁要件：對社會有危險之虞是否得作為預防性不定期收容之唯一理由</p> <p>(二)前提問題：外國人種類是否要區分</p> <p>(三)當遣送已不可能時之替代方案可能性</p>
---	--

捌、強化預防且不定期收容實體要件
機制：與其他人身自由限制情形
預防性功能比較

一、美國最高法院理由建構分析

二、不定期收容要件應先從主觀上
予以區別：對象應不及於所有
待遣送之外國人

三、當前不定期收容要件基本問
題：單一概括要件

四、「必要時」作為不定期收容要
件之不足：與刑事羈押制度比
較

(一)美國刑事預防性羈押Salerno乙
案有關人身自由限制要件見解

(二)Salerno與Zadvydas兩案相關法
制比較

(三)與我國現行羈押法制比較亦然

五、複數事由作為不定期收容基礎
之必要性：與精神病患強制住
院比較

(一)美國法民事拘禁（精神病患強
制住院）實體要件演變

(二)不定期收容要件強化之必要性

六、不定期收容面臨無法遣送時之
替代方案

(一)採取定期審查制度

(二)改為不真正不定期收容

(三)強化程序保障

七、小 結

玖、結 論

摘 要

現行入出國及移民法中有關待遣送外國人收容要件之規定，基本上是有所不足者，不僅要件寬鬆，而且未針對外國人驅逐出國程序不同階段，而為細緻之規定。而此不足原因在於，現行入出國及移民法收容要件概括，是忽略了人身自由受限實體要件為整體正當法律程序建構之一環；另外，收容要件之粗略，是忽視了人身自由需更為精緻分類之必要性，也就是從客觀上承認預防性人身自由限制之類型，以及從主觀上區分外國人種類之重要性。從當下實證法規定之角度看，現行有關待遣送外國人收容要件之規範，於待遣送外國人第一階段定期收容之部分，問題主要在於要件、與期間規定均不夠細緻，皆有過猶不及之憾；而六十天收容規定，則有稍短之嫌，不僅可能與遣送所需作業時間有違，且易形成不定期收容。至於就第二階段不定期收容期間言，除以「必要時」作為要件過於寬鬆外，最嚴重問題在於，於現行外國人收容制度下可能形成真正不定期人身自由限制，然此種結果，往往是由於不可歸責於當事人之事由，也就是因遣送作業無法順利達成之故。對此，本文參酌美國最高法院於*Zadvysas v. Davis*等案之見解，建議予以改善。

關鍵詞：待遣送外國人之收容、人身自由、正當法律程序、不定期拘禁、司法違憲審查

壹、前言

我國有關憲法人身自由之保障，近十多年來，可謂有長足之進步。以司法院大法官解釋憲法第八條之貢獻為例，於刑事訴訟法之領域上，在大法官釋字第三九二號解釋¹出現後，我國刑事訴訟制度之巨幅發展，當屬有目共睹。類似地，於所謂非刑事被告人身自由保障之領域，於釋字第三八四號解釋²、釋字第五八八號解釋³以及晚近釋字第六六四號解釋⁴等大法官解釋之推波助瀾下，皆有異於過往之發展。綜觀整體進展，其具體之表徵者，當屬正當法律程序等與人身自由密切之概念，成為法界人士朗朗上口之詞彙。

而於有關非刑事被告人身自由保障之領域內，近來受到關切焦點之一，應屬有關外國人於驅逐出國程序中人身自由限制之問題，也就是入出國及移民法中所稱之收容制度。當國際交流日趨密切，而於我國有大量外國人來訪或定居之今日，各界關切外國人收容之問題，毋寧是極其正面之現象。學界與實務界諸多先進，分從移民法制⁵、正當法律程序⁶與提審法⁷等之觀點，對於外國人收容問

1 司法院大法官釋字第392號解釋，係處理檢察官是否享有刑事羈押權之問題。

2 司法院大法官釋字第384號解釋，係處理檢肅流氓條例中相關條文是否合憲之問題。

3 司法院大法官釋字第588號解釋，係處理有關行政執行法中管收制度部分規定是否合憲之問題。

4 司法院大法官釋字第664號解釋，係處理有關少年事件法中所謂虞犯之人身自由保障問題。

5 諸多學者已對我國收容制度有所批評，例如：李建良，外國人權保障的理念與實務，台灣本土法學雜誌，48期，頁92以下，2003年7月。李震山，論移民制度與外國人基本權利，台灣本土法學雜誌，48期，頁51以下，2003年7月。

6 近例如廖元豪，人身自由「非刑事程序」限制之檢討——以移民法制「收容」為例，全國律師，14卷9期，頁50以下，2010年9月。

7 李建良教授於論及大陸地區人民之人身自由保障時，曾提及提審法，請參

題，予以深入論述，對於整體法制之發展貢獻良多，是屬令人鼓舞之現象。⁸然綜觀當前有關驅逐出國程序中外國人收容之問題，其中似相對較未受到討論到的，是有關驅逐出國程序中收容實體要件問題，而其中人身自由限制問題之嚴重者，似又以待遣送外國人收容情形莫屬。

按外國人收容之相關問題，並非我國所獨有，特別是在國際交往愈趨頻繁之今日，各國境內皆有大量之外國人民，故因違反各類不一而足之法律規定而必須遣送之情形，自然是屬常見之事。而外國人遣返如果是不可避免，則與之相關收容問題自是應運而生。因此，或許可以說，於當代國際交流密切情況下，外國人面臨驅逐出國處分而人身自由受到限制之情形，應屬常態。而就各國之法制言，很難想像於外國人遣返之場合，不准許對該外國人進行人身自由限制者。是故，類似我國入出國及移民法中所設計之收容制度，基本上是受到普世所肯認者。但問題重點應在於，於何種條件下驅逐外國人出國程序中之收容，方有其正當性？

一、為何研究待遣送外國人收容實體要件

基此，本文之宗旨，將檢討現行入出國及移民法中，有關外國人驅逐出國程序中人身自由限制實體要件之問題；並且，本文將焦

見：李建良，大陸地區人民之人身自由權，台灣本土法學雜誌，11期，頁131以下，2000年6月。近例如林超駿，提審法、人身保護令狀與外國人驅逐出國程序之收容，載：憲法解釋之理論與實務第七輯，頁519-575，2011年12月。

⁸ 另碩博士論文亦有探討此一相關議題者，其中，邱曉華檢察官與許義寶教授之大作，應屬其中之代表。請參見：邱曉華，論外籍人民強制收容之適法性與其行政救濟程序，臺灣大學法律學研究所碩士論文，2007年1月。許義寶，外國人入出國與居留之研究——以我國法制為探討中心，中正大學法律學系博士論文，2007年7月。

點限縮在有關待遣送外國人人身自由限制之最後一段，也就是驅逐出國處分做成後（post-removal period）收容要件問題，也就是待遣送外國人實體要件限制之問題，具體理由，有以下幾點：

其一，就實證法之規定言，我國入出國及移民法中有關外國人收容要件之規範，僅規定在第三十八條第一項、第二項，相對於如此複雜之驅逐出國程序言，兩項人身自由限制要件規定，毋寧過於簡單，其中所蘊含之問題為何？實有研究之必要！

其二，從理論上看，任何人身自由限制之類型，無論是刑事被告或各類之非刑事被告，相關正當法律程序（due process of law）之建構，其實是程序要件與實體要件間有著不可分之關係，因此，從建構外國人驅逐出國正當法律程序整體法制之角度，收容要件必須一談。也就是實體要件本身之不足，是可能影響整體正當法律程序之建構！

其三，退一步言，即便有再如何完善之驅逐出國審理程序，於做成驅逐出國之決定後，自會面對不可避免收容問題，故從人身自由保障觀點，收容實體要件相關問題之討論，自有其相當重要性。舉例言，到底依據何種要件可以收容外國人？可以收容多久？都是值得討論之對象！

其四，最後，但或許是最重要的，於外國人驅逐出國程序之場合，人身自由被侵害最為嚴峻之場景，似非以待遣送外國人所面臨者莫屬，此因渠等之人身自由限制係由定期轉為不定期，不僅是其他人身自由受限之場合所罕見，渠等所遭受人權之侵害，更屬少有。此時，究竟應以何種要件作為不定期收容基礎，使此人身自由限制方具備正當性，有其研究重要性！

綜上所述，待遣送外國人收容要件之研究，不僅有其重要性，更有其必要性。當然，這絕不是外國人驅逐出國程序中僅有之

收容問題，⁹不過，以議題關聯性及篇幅所限，以下便僅討論待遣送外國人收容實體要件問題！

二、本文架構

為處理上述問題，本文架構約略如下：於第貳段將析述我國當前入出國及移民法中有關外國人收容要件之規定，也就是該法第三十八條第一與第二項規定架構下之問題，關鍵在於現行法未區分外國人驅逐出國之不同階段，而一體適用相同要件，同時不定期人身自由限制要件過於寬鬆。於此段對於我國現行制度分析，將作為以下討論之基礎。以下於第參段至第伍段，是強調我國現行外國人收容體系設計，係反映出對於正當法律體系整體建構以及人身自由分類之忽視；第陸至第捌段，則是針對現行外國人驅逐出國程序收容要件實證規定，區分為兩階段，予以析述。

於第參段，將從一般法律、憲法以及理論之角度，立論研究待遣送外國人收容實體要件之必要性，強調實體要件為整體正當法律程序法制建構不可分離之一部；於第肆段，則立論現行收容要件之規定欲有所改善，關鍵在於對人身自由限制必須作進一步分類，而其中關鍵在於預防性拘禁觀念之接受；於第伍段則是強調，如欲建立具正當性之收容要件體系，對於待遣送外國人主觀上亦須分類；於第陸段，則討論外國人驅逐出國程序第一階段定期收容要件之問

⁹ 比如說，我國現行收容制度之另一問題，在於忽視執行收容設施之要件問題。亦即，收容之設施是否要有別於其他人身自由受限之場所？抑且，如果待遣送外國人之人身自由之長期且不定期限制有時是不可避免，是否應有何機制配套，以減低對於人身自由限制之影響？對於此種長期且不定期之收容，是否應准許司法機關介入判斷其要件？如果理論上以為應該，應以何種程序？又如果准許司法機關介入判斷，是否會影響到政治部門於遣送作業上與外國政府之談判？

題，關鍵在於要件規定之過猶不及，以及收容期間之短長；於第柒段及第捌段，則是討論本文之重點，也就是不定期收容實體要件之正當性基礎，先於第柒段將透過介紹美國最高法院 *Zadvydas v. Davis* 乙案¹⁰，分析不定期收容合憲實體要件之關鍵，再於第捌段，立論不定期收容要件改善之重點；最後於第玖段，則是以上述分析為基礎之幾點反省，作為本文結論。

三、研究範圍

於進入正文論述之前，必須於對本文之研究範圍，稍做一界定。首先，本文所處理待遣送外國人收容問題，僅限於入出國及移民法中之規定，而不及於其他類似法律規定，如外籍人民工作法等。¹¹其次，如前所述，本文所要處理者為決定驅逐出國後之外國人收容合憲性之問題，故驅除出國處分做成前收容合憲性問題，諸如作為驅逐出國處分之事由以及驅逐出國程序如何設計方屬正當者，不在討論之列。

另外，本文所討論之收容對象，將僅限外國人，本國人及於港澳、大陸地區人民之強制離開臺灣地區之問題，雖有相當關聯，亦不再討論之列。依據我國相關法律規定，得被驅逐出國者，並不限於外國人，於臺灣地區無戶籍之國民，依據入出國及移民法第十四及第十五條之規定，亦得被驅逐出國；至港澳及大陸地區人民，則分別依據香港、澳門關係條例第十四條及臺灣地區與大陸地區人民

¹⁰ *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678 (2001).

¹¹ 我國有關驅逐外國人之法律規範，包含本文所要探討之收容制度，主要是規定在1999年方施行之入出國及移民法中，另外在其他法律中（如就業服務法第68條第4項），亦有類似規定。由於為討論方便，且避免因特定案件類型而影響論述之主旨，以下之討論將只限縮於入出國移民法中之收容規定做討論。

關係條例第十八條之規定，亦是可被強制驅逐出境。基此，於我國現行法制下，從得被驅逐出國當事人分類角度看，可以區分為四種情形。雖然，此四者從驅逐出國之結果看，雖相類似，但若深究上述各項驅逐出國之要件卻不盡相同，且更重要的是，此四類人士於我國憲法下所享有之待遇亦有所歧異之情況下，¹²若欲將上述四種驅除出國程序放在單篇文章共同處理，反有可能使讀者忽略各類驅除出國程序特有之問題與重點。基此，本文於此仍只針對外國人驅除出國程序之要件，做檢討與研究。

又本文題旨既針對外國人收容合憲要件，重點在驅逐出國合憲事由之依據，因而一般所熟悉之問題，比如說現行入出國及移民法中，賦予移民署官員便得作出驅逐外國人出國之決定，是否有違我國憲法第八條第一、第二項之規定，特別是是否有違法官保留之原則，是屬驅除出國程序之程序機制上重要問題，但一方面因與本文題旨在於處理收容實體要件之問題，二者無直接關係，另一方面因本文篇幅所限，於此便予以割愛不論，留待他日為文再予以處理，未盡之處，還請讀者見諒！

四、用語說明

幾個與本文用語有關之問題，必須於此先作說明。首先，本文所謂收容實體要件，是指有關用以限制人身自由之理由是否充分，或甚至是是否正當之問題，至於此要件到底規定在程序法中、實體法中，或規定在如入出國及移民法之混合法律，在所不問，也就是對人身自由限制之正當性基礎，做一研究。為求行文方便，本文每每將實體要件簡稱為要件，於人身自由受限之程序中，若用實體要

¹² 僅就本國人得否被驅除出國乙事論，從憲法角度看，便具有相當可供討論之議題，不僅涉及到國籍與戶籍意義之問題，亦涉及到平等權等問題。

件一語，更能凸顯問題之癥結。又本文將遣送與遣返等用語互用，亦於此先予以說明。又本文將拘禁乙詞與收容、人身自由限制互用，是用以指稱人身自由受到限制之情形。

貳、驅逐出國程序收容實體要件演變與現狀：過於概括且欠缺明確性之規定

從人身自由保障觀點，當下入出國及移民法中有關外國人收容要件規定，毋寧是極其不足者，其首要問題當在於用一籠統概括之規定，而欲涵蓋驅逐外國人程序中所有可能發生之收容問題，不僅忽視驅逐出國程序進行各個階段之不同需求，且無視於收容於各不同階段之功能；再者，現行法部分規定不僅不夠明確，且給予行政機關過大裁量空間因而有違人權保障；最後，於現行法之架構下，於發生不定期收容情形，其法律規定要件明顯有其不足，有強化之必要。為闡釋上述問題，茲從驅逐出國程序中人身自由限制不可避免性談起。

一、驅逐出國程序人身自由限制之必要性

外國人驅逐出國程序進行中，對於人身自由限制，基本上是不可避免者。¹³簡單說，依據法律規定，當事人既必須被遣返，除非是自願出境，否則在準備從事強制驅逐出國之前，如不對當事人進行類似刑事訴訟法之拘提或逮捕之人身自由限制，則很難想像日後應如何進行驅逐出國之程序。也就是於驅逐處分做成後，如該外國人不自動出國，除可能有相當不配合遣送之動機，甚至有逃亡之打

¹³ 驅逐出國處分本身，便是一種對人身自由之設限，此可從我國入出國及移民法第36條之法條用語還加上「強制」二字上見之。

算，此時如不能將該外國人予以一定程度之人身自由限制，整個驅逐出國程序勢必前功盡棄，因而待遣送外國人之人身自由限制，就實現驅逐出國目的之角度看，應屬事理之必然。

是故，於驅逐外國人程序發動後，到該外國人被順利遣送回國前，對於該外國人進行一定程度之人身自由限制，是屬不可避免，故完整程序保障應屬必要之事。¹⁴因此，於入出國及移民法中，理應對驅逐出國收容要件有完整體系規定，然可惜的是，這並不是現行法律規定之情形。現行有關外國人驅逐出國之相關規範，主要是規定在現行入出國及移民法（以下簡稱「本法」）第三十六條至第三十九條，只有寥寥之四條規定。第三十六條是有關強制驅逐出國事由以及審查會、程序之規定，第三十七條則是有關其他機關協助之問題，第三十八及第三十九條則是有關驅除出國程序中人身自由限制要件，也就是本法所稱收容之問題。雖然，歷次修法中，整體外國人驅逐出國法制已有所改進，但就實體要件部分言，恐還有相當改進之空間！以下便先從入出國及移民法本身之修法談起。

二、入出國及移民法之演變

從法制史發展之角度，我國入出國及移民法本身整體發展言，於過往十多年間，是有長足之進步，除規範位階從命令提升至法律外，更重要且與本文有關的是，有關外國人收容要件規定，是有所改善，雖然其中部分規定還有未盡如人意之處。以下便以幾點做扼要析述我國入出國及移民法制近十多年來之發展：

¹⁴ 有關美國法上對外國人驅除出國程序整體法制討論，近作可參見：Stephen H. Legomsky, *Restructuring Immigration Adjudication*, 59 DUKE L.J. 1635 (2010).

(一)從命令到法律

有關外國人驅逐出國之事宜，於入出國及移民法施行前，主要是以行政命令為規範，¹⁵故從此角度以觀，入出國及移民法之制訂，就我國境內外國人之人權保障言，應屬重要之里程碑。不過，或許是由於內外情況之變化，對於人權保障要求日愈高漲，施行不超過十年，即於二〇〇七年修法，且是相當幅度之修正。¹⁶就本文所關切有關待驅逐出國外國人收容之問題，在現行法之規定中，是有較舊法規定進步之處。然若從精益求精之角度看，還是有可以再改進之地方。

(二)二〇〇七年入出國及移民法之修法：實體要件係其中一環

二〇〇七年開始施行的新入出國及移民法中，雖然針對當時各方批判之收容規定，做了一些修改，但還是保留許多舊法規定。¹⁷然基於先前各界之批判，亦做了相當程度之改革，若與二〇〇七年前之舊法相較，現行制度有以下幾點值得說明：

1. 驅逐出國處分做成程序之強化

相較於舊法第三十四條僅規定了強制驅逐外國人之事由，新法之第三十六條，除於第一項列舉十款（較舊法多一款）之事由外，

¹⁵ 為入出國及移民法所取代之原行政命令名稱為「臺灣地區入出境管理作業規定」。

¹⁶ 之後雖於2009年曾再作修正，不過此次只是微幅而已。

¹⁷ 以2007年之修法為據，新舊法的收容如規定相同者，主要是以下幾者：第38條第1項驅逐出國之事由，除增加1款外，其餘基本上相同。第37條之其他行政機關協助與協力義務，亦基本上與舊法之第35條規定同。第38條第1項4款之收容事由，亦與舊法第36條第1項所規定者，基本上相同。另外，收容處分之救濟程序，依據第38條第3項之規定，被收容人及其一定之親屬，於7日內得向入出國及移民署提出異議，亦與舊法同，雖然於舊法時期規定已備受各方之批判，但新法仍維持原狀。

新法之第三十六條第二、第三、第四項，增列了對於已取得居留與永久居留許可之外國人，基於特定事由被驅逐出國時（本條第一項第二、第六、第七、第九與第十款）之程序保障規定。從驅逐出國處分之做成程序著手，以強化對人身自由之保障，當然是可被讚許者。¹⁸

2. 外國人收容期間不確定性縮減

新法另一於收容制度上之重要變革，是於第三十八條第二項規定上，將收容之期間改為以六十日為限，但必要時得延長至遣送出國為止。雖然據此規定，待遣返外國人其人身自由之限制，還是可能不定期且長期者，但顯已較舊法之第三十六條第二項收容以十五日為限，但卻可不斷以十五日為單位而延長者，有所不同。

3. 廢止收容及替代收容處分事由之擴大

另外，值得提出說明的是，新法第三十八條第四項規定，凡是被收容者如無法被遣送時，皆可被廢止收容，並施以替代處分（限制住居或其他條件）。與舊法第三十六條第三項規定，僅限於受驅除出國處分者得被廢止收容處分之規定，二者顯不可同日而語。是故，新法第三十八條第四項規定，應屬對人權保障之重要里程碑。

由以上之分析可知，近年入出國及移民法之修法重點，是在於程序層面，當然有其一定貢獻，不過，於本文所要研究之收容要件，則似乎非修法重點。然若仔細分析，我國收容實體要件相關問題實有相當改進空間，有待吾人予以認真研究。

¹⁸ 此外由於本文所關切者為已經決定（於我國情形為行政處分做成）驅逐出國之外國人其人身自由限制之問題，故有關此程序所適用之外國人、決定（行政處分）做成之組織、程序等規定，本文將不予以討論。

三、現行入出國及移民法中收容要件之基本問題

就目前有關待遣送外國人收容要件規定之本身言，現行法制主要是規定在入出國及移民法第三十八條第一與第二項之中。其中，第三十八條第一項共有四款，是所謂外國人驅逐出國程序中之收容規定；至於第二項之規定，則是規範收容以六十日為限，但「必要時」得延長至遣送出國為止。綜觀此兩項規定，當前外國人收容要件基本問題，是在於要件過於概括，而這所謂要件過於概括實際上包括五個層次問題，第一是體系上之概括；第二是文字之概括；第三是收容期間之概括；第四是不定期收容要件概括；最後則是外國人分類之概括，茲析述如下：

(一)未針對不同階段性質而為實體要件規定：以刑訴為對照

現行外國人驅逐出國程序中之收容要件規定，僅見於入出國及移民法第三十八條第一項與第二項中，以此簡單實體要件規定，而欲處理驅除出國程序中各類不一而足之情況，從人權保障觀點，實有不足，這基本上是忽視驅逐出國程序不同階段性質與功能之結果。

從外國人之人身自由限制觀點，驅除出國程序從發動到結束，基本上有三階段，如果再加上最後可能發生之不定期收容部分，其實還可能區分為四階段，亦即第一階段是強制外國人進入驅逐出國程序，其次則是驅逐出國處分做成前之收容，接著則是處分做成後最初之六十天收容，以及當最初之六十天後結束無法遣送時之不定期收容。然可惜的是，入出國及移民法第三十八條第一項規定之四款事由，至少從形式上看，是未區別不同階段而一體適用者。第一階段之強制外國人到案，有類於刑事訴訟上之拘捕作為；第二階段之做成處分前之收容，有類刑事訴訟上之羈押；第三階段驅逐出國處分做成後之收容，則近似刑訴判決確定後刑之執行；至於第四階

段所形成之不定期收容，則於刑訴上較難找到類比，勉強欲援引比附的話，則無期徒刑差可比擬，但二者本質仍有不同。¹⁹

如果以上與刑訴之比較大致不差的話，則以刑訴為例，若從最初之拘捕、之後羈押到最後判決確定之執行，各三階段人身自由限制性質若是顯有不同者，則於入出國及移民法中有關收容要件之規定，何能不做此區別？現行的規範架構會有何問題？這是必須重視的！此外，於驅逐出國處分做成後，依據第三十八條第一款之規定，本身得作為收容事由，此時同條項第二款、第三款及第四款與本款間之關係為何？亦未見法條有所處理！抑有進者，各階段之性質與功能不同，因而收容必要性也有所不同，舉例言，待驅逐出國處分做成後之收容，從避免逃亡以及使遣送作業運作順遂觀點，是否應改規定為強制性？這些都是值得思考之問題！

總之，從收容實體要件之觀點，現行法未區別最初收容事由與待遣返收容於性質上差異，進而未從實體要件上予以差別之規定，是恐有不妥者。

(二)部分要件與驅逐出國目的無涉或過於概括：第三十八條第三款、第四款規定檢討

當前收容制度實證規定之第二個可能問題是，部分要件規定不是與收容目的無關，便是嫌於過於概括。首先，第三十八條第一項第三款「受外國政府通緝」之規定，此一規定至少有二問題：第一，受外國政府通緝之外國人，可能是合法入境者，甚至於我國已取得永久居留資格者，此時僅因受外國政府通緝便予以收容，實有不妥；第二，此項規定與收容之目的有違，而且易造成以收容為手

¹⁹ 無期徒刑是判決宣告時被告即知，但是否會形成不定期收容，要執行後方知曉。

段而行刑事案件偵查、審理之實，倘果真如此，便更有疑義。其次，同條項第四款之規定過於概括。第四款規定：「其他在事實上認有暫予收容之必要」，以此種如此概括且不明確之規定，竟要作為人身自由受限之自由，就當代強調人權保障之今日看，實殊難想像。

(三)以「六十天」為單位收容期間之問題

現行收容實證規定另一得探討問題，是在於第三十八條第二項以六十天為單位收容期間。參酌前述分析，此以六十天為單位之收容期間，至少有以下幾點問題：第一，此收容期間是從人身自由限制一刻起便有適用，也就是於驅逐出國處分做成前，便是以六十天為單位作計算，而且可以不斷延長，如此作法（以必要時為要件之問題，如下一段之分析），被收容之外國人可能於驅逐出國處分做成前，便淪為長期收容。第二，此六十天為單位收容期間，從驅逐出國處分做成後觀點看，也就是為進行遣送作業角度看，是否足夠？可能不足之作業期間，再輔以下列之「必要時」延長要件，恐將對人身自由形成更嚴峻之侵害。是故，此六十天為單位收容期間，或有再為檢討之必要！

(四)延長收容要件僅以「必要時」

當下有關收容要件之最嚴峻問題，不是在於定期收容，而是在於驅逐出國程序中可能形成之不定期收容（indefinite detention）。如上一段所述，依據第三十八條第二項之規定中，只要是「必要時」，人身自由之限制便可以六十天為單位不斷延長，而形成所謂不定期收容。此種簡單之現行法規定，除忽視不可避免不定期收容問題外，更未正視延長收容期間對於人身自由侵害之嚴厲性。

事實上，如與其他各類人身自由限制之情形相較，於外國人驅

逐出國程序中收容之最大特色，或許是不定期之收容，雖然並非於個案皆會發生，但似不可避免，且於部分之案例中，是長期且不定期之收容。而外國人之所以不易被遣送，關鍵常在於無法控制之因素，比如說該人之母國拒絕接受該人時，此時對於此長期且不定期收容之評價，可能便要與其他因素所形成之長期不定期之收容有別，此時是否需要更強之因素以證立此不定期人身自由限制？先不問其他，現行法僅以「必要時」作為不定期收容之要件，便是非常值得探討之問題。

此種待遣送外國人所可能面臨不定期人身自由限制之嚴重性，從與刑事訴訟之羈押制度作一比較便可知曉。刑事訴訟法中於偵查階段，羈押期限為兩個月，且只得延長一次；至於審理階段中之羈押，原無羈押期間限制，但於刑事妥速審判法出現後，速審法第五條第二項有重罪羈押次數限制之規定（原本依據刑事訴訟法第一〇八條第五項之規定，此類犯罪無羈押次數限制），另同條第三項規定審判期間羈押期間之上限為八年。²⁰由此可知，於刑事訴訟之偵查、審理程序中，被告之人身自由限制都有期間保障，而於外國人驅逐出國之情形，一個非刑事被告反而無人身自由限制之期間保障，二者相較，可見外國人驅逐出國程序中侵害人身自由問題之嚴重性！

(五)收容外國人分類關鍵在於是否合法入境

當前收容要件之另一問題，是在於對於外國人分類亦稍嫌簡單。嚴格言之，當前基於外國人而於收容要件上僅有之區分，應是第三十八條第一項第二款之「非法入國或逾期停留、居留」乙項，

²⁰ 刑事妥速審判法另有審理期間之規定，上限亦是8年，請參見刑事妥速審判法第7條之規定。

雖未受驅逐出國處分（第一款未辦妥驅逐出國手續之前提），移民署仍得予以收容。以外國人是否合法入境作為收容分類之準據，當然可以，也有其必要性，但問題是，於外國人驅逐出國程序上，特別是從人身自由是否可以限制之觀點，對於外國人可作之分類，不是只有是否合法入境者。比如說，是否原為永久住民、是否犯刑事重罪以及是否已表示自願離境等等，在驅逐出國程序上是有其重要意義的。再者，即便是非法入境之外國人，是否當得收容且得做不定期之收容？應該是問題之難者！而這也是本文第陸段、第柒段所欲討論者。

進一步言，此不定期收容規定之問題，在於忽視驅逐出國外國人處分之多樣性與複雜性。一個非法入境而面臨驅逐出國者，與原具有永久居留權者而必須被遣送出境者，當二者同樣面臨長期不定期人身自由被剝奪之情形，其合憲性判斷之準據、要件是否應該相同？還是可以有別？即便暫且撇開待驅逐出國外國人背景之不同不談，長期不定期收容是否是當然不被允許？是否有實體上正當理由，以准許特殊情況下待遣返外國人之長期且不定期人身自由限制？這些都是值得思考之問題！

四、小結：幾點反省

由以上之初步檢討可知，現行法有關外國人收容要件之規定，實屬過於簡單，而其所映者，除係現行外國人驅逐出國程序各階段收容要件之實證規定有所不足，故有必要予以深入檢討外（本文第陸段至第捌段之分析），從人身自由保障理論與體系上看，更是意味著以下三項實證法規定之上位問題必須討論：第一，現行收容規定之不足，是否意味著入出國及移民法有關外國人驅逐出國程序之建構，忽略了實體要件為正當法律程序建構之一部；第二，就體系架構言，如此實證法規定，是否屬忽略了驅逐出國程序不同階段性

質與功能之不同，以及對人身自由作進一步分類必要性；第三，如此實證規範之內涵，是否亦顯示此等規定忽略了待遣送外國人之多樣性，而予以幾近一視同仁之對待。

此三項問題皆值得且有必要做進一步論述，以下便先從當前實體收容要件之癥結談起：欠缺實體要件為建構正當法律程序不可或缺要素之認識。

參、強化收容實體要件第一步：認識實體要件為正當法律程序一部

由上段分析可知，入出國及移民法中有關外國人收容要件之規定，無論是在架構上，抑或是在文義上，多少是有所不足者。倘若再觀之文獻上對於人身自由限制要件討論，相對於程序要件上之檢討，似是較為少的，其中理由何在？便值得思考！而從反面言之，此一現象，是否意味著吾人應如何從理論上著手，以促使各界重視人身自由受限要件檢討？本文以為，其中問題之關鍵，或應在於過往忽略了實體要件實為整體正當法律程序法制之一部，故唯有認識到人身自由受限實體要件為正當法律程序之部分，方能走出強化收容實體要件之第一步。對此，於本段中，本文將強調以下三事：

第一，就內國憲法學之角度言，司法院大法官其實已於數號解釋中，論述到人身自由實體要件之合憲性問題，只是未用實體要件一語而已；第二，從美國憲法學理之角度看，有關正當法律程序之建構，本就包含程序正當法律程序（procedural due process）與實體正當法律程序（substantive due process）兩大部分，基此，有關收容實體要件，自屬外國人驅逐出國程序中不可分割之一部；第三，更重要的或許是，實體正當法律程序與程序正當法律程序二者間有密切互動，簡單說，對於愈嚴厲人身自由限制，除對其受限基

礎正當性要求將愈為嚴格外，對於程序保障之要求，亦同樣會趨於嚴格。茲以下列三點做更進一步申論：

一、大法官對人身自由實體要件問題，其實已作過解釋

或許是由於憲法第八條之規定之體例，過往在談論人身自由之限制時，往往係將重點放在程序要件是否正當，而未觸及實體要件之問題，洵至本屬人身自由限制實體要件問題，但未從此一概念予以闡釋。不過，若深究之，在其他人身自由限制場合，大法官早於幾號解釋中，是確確實實討論過人身自由限制實體要件相關問題，只是於各解釋中，大法官並未運用本文所稱之「人身自由受限要件」或「實體要件」等語。

綜觀歷號大法官解釋，其中所處理之案由係與人身自由受限實體要件有關者，至少有五號，分別是：釋字第三八四號解釋、釋字第五八八號、釋字第六三六號、釋字第六六四號、以及釋字第六六五號解釋。其中，釋字第三八四號解釋理由書中強調，正當法律程序包括實體法中之規定，如罪刑法定原則，應屬對實體要件討論最明確之闡釋，²¹雖然，並未用實體要件一語。又釋字第五八八號解釋是處理行政執行法拘提管收之問題，以該號解釋之解釋文為例，解釋文之第一與第二段用相當篇幅所處理有關管收與拘提之事由，²²其實便是本文所言人身自由受限之實體要件。至於釋字第六三六號解釋中，其解釋文第一段所處理之流氓認定要件²³，釋字第六六四號解釋所處理少年事件處理法之逃家與逃學之虞犯問題，²⁴

21 司法院大法官解釋(四)，頁226。

22 司法院大法官解釋續編(六)，頁1。

23 司法院大法官解釋(四)，頁1。

24 司法院大法官解釋(四)，頁17。

以及釋字第六六五號解釋第二部分所處理之所謂重罪羈押問題²⁵等，皆是有關人身自由限制要件之問題。足見，有關人身自由限制之問題，除一般所熟悉之正當法律程序概念外，大法官早已關切實體要件之問題。

綜據上述，至少有兩點思考必須於此提出：第一，大法官雖實際上處理者係人身自由受限實體要件問題，但於用語上或概念上並未強調實體要件之結果，其所反映出之情況是，數號解釋所處理者其實是相類或相同之問題，本可先從通案理論架構上予以論述（如從各號解釋中人身自由限制性質與期限之比較），再談個案法律規定，從而建立一套完整人身自由保障體系。然由大法官忽視諸號解釋就此一問題有其共通性之結果看，除人身自由保障不免有所不足外，亦無從認識到實體要件作為正當法律程序建構不可分割之一部。

第二，由於忽略以實體要件作為各號解釋共通之部分，因而於處理個案系爭法律規定是否合憲之際，往往只遷就本案法律規定，如往往以是否欠缺法律明確性為準據（釋字第六三六號解釋），或與憲法第二十三條規定相符或不符等理由為據，而宣告各個案件中系爭法律規定合憲或違憲。如此處理方式便不免是見樹而不見林，將原本相關各個案件以割裂、不隸屬方式處理，如此之結果，便會造成原本重要抽象原理原則被忽略，從而於處理其他非刑事被告人身自由受限之情形，如本文所欲處理收容問題，亦恐不免獨立處理，此時對實體要件作為正當法律程序法制不可分割一部之認識，可謂是相去更遠了。

是故，有關人身自由限制實體要件之問題，以本文所處理外國人收容問題為例，便有再深入探討之必要。而可幸的是，相對於人

²⁵ 司法院大法官解釋(四)，頁63。

身自由實體要件問題於我國未獲正視，美國法上之實體正當法律程序概念，便有其相當之參考價值。

二、人身自由限制要件屬實體正當法律程序理論所欲處理問題之一

為進一步闡述是項議題，則參考其他國家憲法學理論尋求奧援，便是不可避免之選擇，就此而言，美國法上之實體正當法律程序概念，或是可以作為說明與解決合憲收容要件之困難。

按美國法之所謂實體正當法律程序，其內涵實相當複雜，有該國憲法學發展之特殊背景因素在。若參考一般學界主流教科書之歸納，所謂實體正當法律程序所包括之範圍，可以涵蓋下列幾個領域：第一，以美國憲法學上著名（或惡名昭彰）案件Lochner乙案所發展出經濟性權利限制之問題²⁶；第二，則是涉及最有名也可能是最困難之憲法上基本權利或非列舉權利（fundamental rights、unenumerated rights）之問題²⁷；第三，則是為一般所忽略，但卻與實體正當法律程序有著密切關係，即基本權利清單透過第十四增修條文適用至各州之問題²⁸；第四，則是與美國憲法中兩個條文，即契約條款（contract clause）與徵收條款（taking clause）有關之實體正當法律程序問題。²⁹

不過，上述有關實體正當法律程序之分類，只是大概而已，如同哈佛大學著名教授Richard Fallon所言，美憲正當法律程序法制是

²⁶ KATHLEEN M. SULLIVAN & GERALD GUNTHER, CONSTITUTIONAL LAW 375-98 (17th ed. 2010).

²⁷ JOHN E. NOWAK & RONALD D. ROTUNDA, CONSTITUTIONAL LAW 467-74 (7th ed. 2004).

²⁸ *Id.* at 462-67.

²⁹ SULLIVAN & GUNTHER, *supra* note 26, at 398-427.

不斷開展領域，就實體正當法律程序法制言，僅就哪些政府行為應受規範以及應採用何種審查標準予以審查之問題看，便欠缺確定答案，³⁰甚至會出現令人困惑之處。³¹以本文所關切之收容要件問題言，由於人身自由限制本就是正當法律程序所要保障之標的，³²甚至是正當法律程序最原始所欲保障之客體（*prohibiting arbitrary arrest*），³³此時有關人身自由實體要件限制討論之重點，與墮胎權等非列舉權利等問題不同之處理，關鍵不在於是否應承認是項權利，而是在於該要件是否正當，³⁴也就是用實體正當法律程序理論以解決人身自由受限關鍵，是在於討論用什麼理由作為限制基礎。抑有進者，由於人身自由限制之特殊性，也就是程序要件之不可欠缺，在決定人身自由限制實體要件之同時，程序要件之確定亦屬不可避免，這正是下一段所欲探討者。而美國最高法院相關判例中，最能闡釋此一上述問題輪廓者，應屬*United States v. Salerno*乙案。³⁵

於一九八〇年代初期，為處理當時與日俱增的犯罪，美國國會遂於一九八四年制訂了保釋法（*Bail Reform Act 1984*），其中規定了如果政府可以以證據明確之標準，證明待審之被告如不被釋放「可合理地確保他人以及社區之安全」（*ill reasonably assure...the safety of any other person and community...*）的話，則法院可以羈押

³⁰ Richard Fallon, *Some Confusions about Due Process, Judicial Review and Constitutional Remedies*, 93 COLUM. L. REV. 309, 312-13 (1993).

³¹ *Id.* at 315.

³² NOWAK & ROTUNDA, *supra* note 27, at 600.

³³ BERNARD SCHWARTZ, *THE GREAT RIGHTS OF MANKIND: A HISTORY OF AMERICAN BILL OF RIGHTS* 6 (1992).

³⁴ Peter Rubin, *Square Pegs and Round Holes: Substantive Due Process, Procedural Due Process, and the Bill of Rights*, 103 COLUM. L. REV. 833, 841 (2003).

³⁵ 這是USC 3142(e)中之規定。

該被告。³⁶被告Salerno以羈押對此以未來犯罪可能性或危險性為由之羈押要件，以顯有違憲之虞提出挑戰。為討論此刑事預防性拘禁制度是否合憲，最高法院做了以下該案大前提之論述：

“This Court has held that the Due Process Clause protects individuals against two types of government actions. So-called ‘substantive due process’ prevents the government from engaging in conduct that ‘shocks the conscience’..., or interferes with rights ‘implicit in the concept of ordered liberty’... When government action depriving a person life, liberty, or property survives substantive due process, it must still be implemented in a fair manner... This requirement has traditionally been referred to as ‘procedural’ due process.”³⁷

以上有關正當法律程序法制之闡釋，不但對於實體正當法律程序之內涵做了清晰之論述，同時亦對實體正當法律程序與程序正當法律程序間之關係，特別是從以人身自由保障之觀點，做了完整之說明，對於本文所欲處理之外國人收容要件問題言，很是有參考價值，可以具體歸納為以下兩點：第一，實體正當法律程序不僅為整體正當法律程序法制必要之一部，同時在個案問題合憲性之判斷上，必須先於程序正當法律程序一部。第二，就有關釐清政府限制人身自由之判斷主要有二：一是系爭法律規定或政府作為有無造成良知驚恐（shocks the conscience）；二是否侵害人民基本權利（fundamental rights），又就前者言，有學者參酌本案出現後他案之見解，以為等同於系爭法律或政府作為是否恣意（arbitrary）。³⁸

³⁶ United States v. Salerno, 481 U.S. 739, 749 (1987).

³⁷ *Id.* at 747.

³⁸ Rubin, *supra* note 34, at 841.

總之，實體正當法律程序之內容實甚廣泛，³⁹雖所處理議題之內涵甚為複雜，甚至被學者以為是充滿著疑問的（problematic），⁴⁰但對於解決我國現階段所面臨之諸多問題言，⁴¹包括本文所處理之收容議題，皆有一定參考價值。事實上，從實體正當法律程序概念下手以解決人身自由限制問題，**Salerno**乙案當然不是美國最高法院所曾做過之唯一案件，特別是在處理其他非刑事被告人身自由限制之場合，最高法院已曾運用到。若以歐洲人權公約中所列舉三種非刑事被告人身自由限制之情形為例，也就是第五條第一項(c)、(d)、(e)等三款為例，(c)款之青少年保護收容問題，美國最高法院於一九八二年之**Schall v. Martin**⁴²乙案中，曾予以處理；至於(d)款之精神病患強制住院問題，美國最高法院早於一九七三年之**O'Connor v. Donaldson**⁴³乙案便處理，另於一九九七年之**Kansas v. Hendricks**⁴⁴乙案，再次對此一問題表示意見。至於與本文有關(e)款之外國收容問題，最高法院則於二〇〇一年之**Zadvydas v. Davis**⁴⁵乙案，表示意見。

³⁹ 就此一意義而言，其實，有關生命、身體自由與財產之剝奪，皆有實體要件是否正當之問題，美國法之許多著名案例，從墮胎可否被罰、同性戀性行為可否被處罰，皆是其中之著例。亦即，有關憲法明文列舉以外之權利受限合憲性問題，相當程度皆與實體正當法律程序有關。

⁴⁰ Fallon, *supra* note 30, at 314.

⁴¹ 舉例言，國內各界先前在討論於普通刑法或特別刑法中，犯部分罪名之行為必須論處為唯一死刑，以及在討論死刑制度是否合憲等議題，另刑訴中所謂重罪羈押是否合憲之問題，其實皆是屬於對於生命、自由等權剝奪實體條件是否正當問題之討論。

⁴² *Schall v. Martin*, 467 U.S. 253 (1984).

⁴³ *O'Connor v. Donaldson*, 422 U.S. 563 (1975).

⁴⁴ *Kansas v. Hendricks*, 521 U.S. 346 (1997).

⁴⁵ *Davis*, 533 U.S. at 678.

整體而言，相對於其他基本權利保障之問題（如人身自由），美國最高法院對於各類人身自由限制要件合憲性問題，雖於晚近始表示看法，其中固有憲法本身規定，⁴⁶以及新法制之情形，如青少年與預防性收容制度之出現，但一樣重要之理由或許是在於向來於刑事被告以外人身自由限制之情形，是較未受到重視者。不過，一旦開啟此一扇門後，將實體正當法律程序與非刑事被告人身自由限制之情形連結，相關問題之出現，似正方興未艾！⁴⁷而這也正是為何雖然收容要件問題研究困難，但仍必須正視之原因！

三、實體要件內涵與程序要件間之互動

人身自由實體要件為正當法律程序建構不可分割一部之另一表徵，是在於人身自由限制要件實與人身自由受限程序間，二者有密切之關係。實體要件既需視各類人身自由限制之目的而定，則整個程序目的自亦會影響該程序之要件，於此情況下合憲之實體要件與程序要件間，自有不可分離之關係；從結果看，當人身自由遭遇到愈嚴格之限制時，其實體要件便愈須具備正當性，而其所採用之程序便須更為完整，⁴⁸而美國最高法院在判斷何種程序為正當（What process is due?）之著名Mathews v. Eldridge⁴⁹乙案中，所提出利益

⁴⁶ 與我國憲法規定相較，美憲之基本權利規定部分有一顯著之不同，也就是憲法第1到第8條增修條文所謂權利清單中，並無類似我國憲法第8條之人身自由規定。但是，美憲第4至第6條增修條文中，有相當完備之一般所謂程序基本權之規定。也就是一方面無明文列舉實體人身自由規定，但另一方面有充足之程序保障規定，所以這可能是美國最高法院處理各類非刑事被告人身自由限制要件之問題，是最近二、三十年之事的原因之一。

⁴⁷ 美國最高法院之新案United States v. Comstock再次處理到此一問題。

⁴⁸ 我國刑事訴訟法中對於部分重罪案件之強制辯護或強制上訴規定，便是明證。

⁴⁹ Mathews v. Eldridge, 424 U.S. 319 (1976).

衡量 (balancing test) 見解，⁵⁰ 應屬此種看法之註腳。此外，於美國憲法學界具有南辰北斗地位之 Laurence Tribe 便曾強調，於正當法律程序之判斷上，實體要素與程序要素間，是很難分開的。⁵¹ 此外，更有學者強調實體與程序要件不可分離之關係，另一知名學者 Lawrence Alexander 之看法即是。⁵²

是故，實體要件既與程序間有密切關係，則決定人身自由受限實體要件之重要一步，應是釐清特定程序之性質。如果不同人身自由受限程序有其不同性質的話，則用以決定人身自由受限之條件，當然也就有所不同。基此，有關驅逐外國人程序中收容要件研究，在決定哪些理由得作為驅逐外國人出國收容基礎之前，還須先從確認收容性質著手。而若要決定收容性質，則便必須對人身自由限制類型做進一步分類，而這正是以下第肆大段所要討論者。

四、小 結

綜據上述，無論是從國際法、憲法與理論之觀點，對於外國人收容實體要件之研究，不僅本身有其重要性，實體要件本身更是整

⁵⁰ 原文如下：First, the private interest that will be affected by the official action; second, the risk of an erroneous deprivation of such of interest through the procedures used, and the probable value, if any, of additional or substitute procedural safeguards; and finally, the Government's interest's, including the function involved and the fiscal and administrative burdens that the additional or substitute procedural requisites would entail. *Id.* at 335.

⁵¹ LAURENCE TRIBE, CONSTITUTIONAL LAW 712 (2d ed. 1989).

⁵² Alexander 甚至說：...the process "due" whenever the deprivation of those interests is at issue is the process that those substantive constitutional values entails... (大意是實體憲法價值決定了何種程序為正當)。Lawrence Alexander, *The Relationship Between Procedural Due Process and Substantive Constitutional Rights*, 39 U. FLA. L. REV. 323, 324 (1987).

體正當法律程序之環節，因此必須作為研究之重點。而若人身自由實體要件建立，係與程序間息息相關的話，則當下研究收容實體要件重要下一步，便是從區分收容不同階段性質著手，以立論外國人驅逐出國各階段應有之收容要件。

肆、人身自由類型化與待遣送收容實體要件(一)：預防性拘禁類型之承認

明乎人身自由實體要件為整體正當法律程序建構不可切割之一部後，有關收容實體要件強化之下一步，便是從人身自由類型化著手，以確定外國人驅逐出國程序中收容之性質。本文所指之人身自由類型化，係指針對人身自由限制之性質或目的，甚至是以被人身自由限制人士主觀上之不同而予以分類，即不是將各類不同之人身自由限制視為同一，如此方能有利於進一步為各類不同之人身自由限制之要件尋找基礎。

亦即，除非以為人身自由受限情形係千篇一律，否則於研究收容實體要件之際，自需從收容本身於整體人身自由受限體系上之地位著手，進而以闡釋收容實體要件。再者，如第貳大段中之分析，屬於收容性質判斷之特殊問題是，由於外國人驅逐出國程序可區分為數階段，故此時亦需視收容之不同階段性質，而論其要件。然欲從人身自由分類以說明個案人身自由限制之正當基礎，說難不難，說易不易，之所以不難，係因如果人身自由受限類型譜系確已建立，則任何類型人身自由限制要件，原則上可透過演繹方式予以解決；而之所以困難，則是因個案人身自由類型分類定性，有時並不是件容易之事。因此，欲強化待遣送收容實體要件之建構，非有精確之人身自由分類不可。

而本文以為，於處理外國人收容場合，除傳統之刑事被告與非刑事被告、定期與不定期之分類外，更必須接受預防性與懲罰性之分類，如此方能對各階段收容要件做精確之闡釋；而在下一大段（第伍段），則將進一步談待遣送外國人之主觀分類，也就是以該外國人是否已入境之分類。不過，在對此做進一步分析前，先從人身自由分類之必要性談起。

一、人身自由限制態樣分類必要性：以言論自由分類為例

人身自由限制之態樣應該區別，或應該類型化，大法官早有強調，在釋字第三八四號、第五八八號等號解釋中，強調了有關非刑事被告人身自由之限制，故受正當程序保障，但不必與刑事被告完全相同。不過可惜的是，大法官並未進一步闡釋不同類型非刑事被告正當法律程序之異同，而這樣之欠缺，正可從外國人驅逐出國之要件上見之。

外國人驅逐出國收容制度首要問題，是在於未認清收容本身之特性，其次則是忽略不同階段收容之性質，未正視必須針對不同階段人身自由限制類型而為要件規定。基本上，現行收容要件卻是以不變應萬變，以第三十八條第一項四款之簡單規定，欲解決驅逐出國程序中各階段不同性質之收容問題。本段所要強調的是：其一，人身自由限制之類型，不僅非單一，而且各式各樣，因而有關人身自由限制實體要件之規定，必須針對各個類型而定；其二，如上所述，驅逐出國程序可區分為四階段，則此處所隱含的問題或許是，外國人收容之要件之決定，或許須先從各階段收容性質之認識談起。

進一步言，其實，在其他許多重要之基本權利保障上，或是基於理論之緣故，或是基於區別之實益，往往會將個別基本權利予以類型化，其中，大家最耳熟能詳者，應該是有關言論自由保障規

定。以美國法為例，所謂言論自由保障，在最高法院相關判決之帶頭下，如以一九一九年 *Schenck* 乙案⁵³ 作為起點，美國法上有關言論自由之理論，已較一九一九年之前豐富與完備不知凡幾，而其中發展之重點，便是將言論自由類型化。舉其大家所熟知者，比如說高價值與低價值言論之區別、針對言論形式與言論內容之區別、表意性行為、商業性言論、猥褻性言論，以及仇恨性與挑釁性言論等概念等等，皆是言論自由保障類型化之結果。⁵⁴ 基本權利類型化再加上與審查標準理論結合後，不但可避免個案利益衡量所帶來之弊病，同時可避免單一理論過猶不及之弊病。⁵⁵ 當然言論自由不是美國憲法學上唯一類型化之基本權利保障，另外同樣著名之議題如平等權，⁵⁶ 一定程度上亦是如此。所以，當隨著社會日趨多元，憲法學發展愈趨於精緻，基本權利之類型化勢乃不可避免。⁵⁷

比較有趣的是，雖然部分之國際人權法，如歐洲人權公約中，已直接將人身自由的保障類型化於人身自由保障之乙事上，但美國法似未做到類似其他基本權利之精緻類型化，至少不是如其他基本權利般之體系性分類多樣，原因或可能出在美國憲法第四至第六增修條文，已對程序基本權之規定頗為完備，或以為不必再從人身自由類型化下功夫。雖然如此，還是可以看出美國法對人身自由分類之蛛絲馬跡，雖然類型有限，但卻影響深遠，如以下所要談之民事

⁵³ *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919).

⁵⁴ 有關言論自由類型以及與審查標準理論間關係之詳盡介紹，請參見：林子儀，*言論自由導論*，載：臺灣憲法之縱剖橫切，頁103以下，2002年12月。

⁵⁵ 有關司法違憲審查制度審查標準多元性論述之代表著作，請參見：黃昭元，*憲法權利限制的司法審查標準：美國類型化多元標準模式的比較分析*，國立臺灣大學法學論叢，33卷3期，頁1以下，2004年5月。

⁵⁶ 比如說美國法上之嫌疑分類或準嫌疑分類等。

⁵⁷ 有些國際人權公約或內國憲法是直接於條文中將基本權利類型化規定，比如說上述歐洲人權公約第5條之規定即是。

拘禁（civil commitment）以及預防性拘禁（preventive detention）等兩項概念。

是故，無論是從國內憲法學理，或是從國際人權公約之角度看，人身自由保障類型化，不僅是實然，亦是應然，亦唯有如此，透過對人身自由限制類型化，方能解決或合理說明本文所處理收容實體要件之問題。

二、傳統人身自由分類：刑事被告v.非刑事被告與定期v.不定期

有關人身自由限制之要件，究竟應如何分類？⁵⁸參酌相關憲法學理，人身自由之類型化至少是平面的，縱軸是刑事被告與非刑事被告，橫軸是定期與不定期；另外，若再加上參酌外國學理所常見懲罰性與預防性人身自由限制區分，則甚至亦是立體的。是故，有關人身自由之多樣性，相較於言論自由而言，實不遑多讓。為說明方便，同時是為闡釋預防性人身自由限制之重要性，本段便先從國內法學界所熟悉之刑事被告與非刑事被告人身自由限制，以及定期與不定期人身自由限制之分類談起，至於懲罰性與預防性人身自由之分類，則留待於下一段再做分析。

人身自由限制類型之所以會從刑事被告與非刑事被告予以區別，一定程度上或與傳統觀念上認為人身自由限制之大宗，係與刑

⁵⁸ 若再以言論自由之分類為例，一個最常見的判準是政治性言論與非政治性言論，但如此分類尚有不足，因此還有內容與非內容之限制以及低價值與高價值言論、表意性行為等幾個重要判準。是故，言論自由之類型化其實是非常複雜者，絕對不是一條線，甚至不是一個平面（只有縱軸與橫軸），而可能至少是立體的。而於人身自由之場合亦然。以美國最高法院處理有關仇恨性言論之著名案例R.A.V. v. City of St. Paul以及Virginia v. Black等案為例，該判決理由中之論述，至少涉及表意性行為、言論內容之限制以及價值言論等概念。

事制裁有關，因此將人身自由之限制區分為刑事被告與非刑事被告二者。⁵⁹事實上，若從憲法第八條規定之架構看，我國制憲者從制憲之初，亦認識到有關人身自由之限制，並不僅限於刑事程序。⁶⁰就區別之實益上看，由於刑事訴訟程序向來係被認為係對正當法律程序要求最嚴格之一種程序，故以是否屬刑事被告作為人身自由限制之分野，是有一定之意義。也就是區別刑事被告與非刑事被告對於正當法律程序要求之不同，是有一定重要性的。

再者，從人身自由限制之結果看，另一重要之分類是定期人身自由限制與不定期人身自由限制。一般可能以為人身自由以定期限制為原則，其實由於不同事例之需要，各類預防性收容類型（詳以下所述）之被承認，於當今社會上不定期人身自由限制乃屬不可避免。就懲罰性之人身自由限制言，刑法之無期徒刑當屬著例，至於預防性人身自由限制之情形，本文所討論之外國人收容問題以及精

⁵⁹ 湯德宗教授曾分析人身自由保障類型之複雜性，請參見：湯德宗，具體違憲審查與正當法律程序——大法官釋字第五三五號解釋的續構與改造，載：權力分立新論（卷二：違憲審查與動態平衡），頁299-301，2005年4月。

⁶⁰ 具體而言，憲法第8條於第2項、第3項與第4項之規定，是顯現了對刑事犯罪嫌疑人與非刑事被告人身自由限制程序差異之所在。其中，第2與第3項必須一起看，因第3項有「前項」乙詞，因而此兩項之規定自僅針對第2項開頭之所言「因犯罪嫌疑被逮捕拘禁」者，也就是僅適用於刑事犯罪嫌疑人。而依據此兩項之規定，與其他包括非刑事被告在內之人身自由限制程序於憲法規定上之差異，主要是在於第2項除要求被逮捕拘禁者必須於24小時內移送於法院外，並同時規定本人得聲請法院於24小時內提審，第3項則是針對因犯罪嫌疑聲請提審時，法院之作為義務。

反觀第4項有關非刑事被告提審之規定，則簡單得多，只是強調，當其他機關對包括非刑事被告在內之人，若進行非法逮捕拘禁之情形，便得聲請法院提審時，且法院須於24小時內追究之規定。與第2項提審之主要差別，或許可以說是第2項是要求法院於人身自由受限24小時內提審，反之，本項之規定應是規定於聲請追究後，法院於24小時內依法必須追究。

神病患之強制住院等類型，皆屬之。

此種傳統分類，一定程度上有助於吾人處理有關收容實體要件之問題，特別是就第一階段定期收容，以及之後所產生不定期收容結果言，是豐富了吾人對外國人驅逐出國程序中收容制度之認識。但是，若要更深入剖析各類人身自由受限實體要件關鍵，還需以下之一項區別，也就是懲罰性（punitive）與預防性（preventive）拘禁之人身自由限制分類。

三、預防性與懲罰性拘禁概念承認之必要性

從人身自由限制之性質上看，一個必要之區分或許是懲罰性與預防性之人身自由分類。辨別懲罰性與預防性人身自由限制之所以重要，不僅是因為這一分類超越了個別法律規定（刑事或非刑事），更重要或許是，必須增加這一分類之後，方能闡釋部分類型人身自由受限要件之關鍵，而於外國人驅逐出國程序場合中收容問題，正是如此。亦即，欲將收容要件相關問題說得清楚，便需對人身自由限制作進一步之分類，而此進一步分類，便是預防性與懲罰性拘禁之區別。⁶¹以下便分析區分預防性與懲罰性概念必要性，以及是項分類如何可補充傳統人身自由分類不足：

(一)預防性與懲罰性拘禁之意義

所謂懲罰性之人身自由限制，係針對過往已發生之行為，係為制裁當事人過去曾經做了何事，如以刑法之有期徒刑為例，即係為了懲罰已發生之刑事犯罪行為，故其本質上係強調應報，也就是是否應予以被告人身自由限制，關鍵在於過去曾否犯罪，或是所犯行

⁶¹ 在有關刑事訴訟中之羈押討論中，有特別強調其預防性人身自由限制者，惟對於其他人身自由限制之情形，似乎預防性字眼很少被提到。

為之是否具有非難性，因此有罪責是否相當之問題。⁶²反之，於預防性拘禁之意義雖有學者強調係欠缺一致性標準者，⁶³但綜觀多數實務與學界之說法，預防性之人身自由限制，係著眼於未來之危險性，行為人未來是否可能對社會、他人發生危害。⁶⁴而這基於避免危害發生之考慮，可能是為進行審判（如刑事訴訟之審理）、可能是為進行矯治（如精神病患之強制住院治療）、少年保護事件之收容或可能是為進行本文研究宗旨的遣返程序等，無論是何者，所從事之人身自由限制皆是為制裁以外之其他目的。⁶⁵

就我國法言，於刑事訴訟程序上，早有學者對有關所謂預防性羈押⁶⁶或重罪羈押⁶⁷之問題，進行深入討論，對於解決刑事人權保

⁶² 懲罰性人身自由限制意義之詳盡分析，請參考：Marc Miller & Martin Guggenheim, *Pretrial Detention and Punishment*, 75 MINN. L. REV. 335, 364-73 (1990).

⁶³ Stella Burch Elias, *Rethinking "Preventive Detention" from a Comparative Perspective: Three Frameworks for Detaining Terrorist Suspects*, 41 COLUM HUM. RTS. L. REV. 99, 110-13 (2009).

⁶⁴ 預防性拘禁功能之重點係在防止危險發生，雖然對之有質疑之聲音，但似乎已是當下美國實務界與學界多數之見解，有關於危險性預測作為預防性拘禁功能之討論，請參見Christopher Slobogin, *A Jurisprudence of Dangerousness*, 98 NW. U. L. REV. 1 (2003). 不過，於先前仍有相當學者對於以危險預測作為預防性拘禁功能有所質疑，比如說Miller & Guggenheim, *supra* note 62, at 373-88. 另可參見：Jeffrey Fagan & Martin Guggenheim, *Preventive Detention and the Judicial Prediction of Dangerousness for Juveniles: A Natural Experiment*, 86 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 415 (1995).

⁶⁵ 以美國法為例，各類預防性拘禁之扼要介紹，可參見：David Cole, *Out of the Shadows: Preventive Detention, Suspected Terrorists, and War*, 98 CAL. L. REV. 683, 700-03 (2009).

⁶⁶ 國內有關預防性羈押研究之文獻，可參見：李佳玟，預防性羈押：刑事程序中的風險管理，月旦法學教室，36期，頁57以下，2005年10月。

⁶⁷ 國內有關重罪羈押之參考文獻，請參見：邱忠義，重罪羈押與審判中羈押聲請及抗告釋憲案之評析，法學新論，10期，頁1以下，2009年5月。

障問題，有相當之貢獻。然於刑事程序以外之場合，具體之人身自由限制事例，到底是屬懲罰性抑或是屬預防性，有時很難判定，釋字第五八八號解釋便屬適例，⁶⁸如對管收之性質有不同看法，或有不同結果。⁶⁹此外，相對於懲罰性之人身自由限制言，預防性之人身自由限制遠較為多樣，因而在人身自由限制實體要件乙事上，預防性人身自由要件之決定，有時也相對得較難，這也正是本文以及任何有關預防性拘禁研究所面臨之挑戰。⁷⁰

(二)預防、懲罰性拘禁概念可補傳統分類之不足

總之，傳統有關人身自由限制之刑事被告與非刑事被告以及定期與不定期兩種類型區別，有一定之意義，而之所以還須承認預防與懲罰性分類，本文以為，至少是基於以下五點理由：

⁶⁸ 以我國法為例，在實際上曾經論及人身自由限制基礎之釋字第588號解釋中，在論述行政執行法管收制度合憲之問題時，廖義男等4位大法官所撰寫的部分協同與部分不同意見書中，開宗明義便說了，渠等以為，不應以人身自由限制作為達到行政執行之手段，而這樣的看法，就是說國家不得以欠繳稅款為由限制人身自由。對照於本號解釋中，協同意見書與不同意見書曾提及他國之經驗，如美國視欠稅為犯罪，於審理後再施以刑罰之討論可知，廖大法官等顯然是將行政執行法中之管收，視為預防性拘禁。是故，4位大法官之意見，其實就是在強調預防性拘禁正當性基礎為何，而與美國法制之懲罰性拘禁見解頗有差異。

⁶⁹ 簡言之，這裡沒討論到的是，假如行政執行收容之性質被以為是懲罰性拘禁，釋字第588號解釋中4位大法官是否會以為此時人身自由限制作為行政執行之手段（兼目的），應是被准許者？本文基本上以為管收應具備懲罰性質，因此，就類似釋字第588號之解釋言，其實應先解決者應是個案人身自由限制性質，到底是懲罰性或預防性，唯有先對個案人身自由限制性質先做定性，以下之論述方得開展得出來。

⁷⁰ 有學者便以精神病患強制住院為例，論述是項制度之正當性者，請參見：Stephen J. Morse, *Blame and Danger: An Essay on Preventive Detention*, 76 B. U. L. REV. 113 (1996).

其一，可說明為何同屬刑事或非刑事人身自由限制，但卻有不同之處遇。簡單說，不是所有刑事程序中之人身自由限制性質上皆相同，如有期徒刑即屬懲罰性質，然於刑事訴訟程序中之羈押，便可能具有預防性質；相反地，於非刑事程序中，亦有類似刑事有期徒刑性質之懲罰性（制裁性）人身自由限制，如社會秩序維護法中之拘留處罰即是。⁷¹是故，刑事被告與非刑事被告之區別是有其道理，但若欲更進一步理解人身自由限制之本質，還必須有更進一步類型化之區別（也就是預防性與懲罰型人身自由限制類型之區別）。

其二，類似地，亦必須有懲罰性與預防性拘禁之分類，方能闡釋定期與不定期人身自由限制所各自擁有之次類型。比如說，有關不定期人身自由限制，還可區分為真正不定期與不真正不定期人身自由限制，前者是指人身自由形式上無限制之期限，可能無止境之延續，外國人收容與精神病患強制住院即是；另外有一種類型人身自由受限雖實質上不定期，但有形式上之最終期限，如兒少性交易防治條例中雛妓之安置即是。而之所以會有此區分，亦與預防性人身自由限制概念有關。

其三，從程序保障觀點，於刑事與懲罰性人身自由限制，不管是真正之不定期限制（無期徒刑），或是不真正不定期人身自由之限制（兒少性交易防制條例中之安置），是於審理程序中便決定。然於其他類型人身自由限制之情形（如本文所處理之收容），此類貨真價實之不定期人身自由之限制，往往是事後方能確定。因此，此不定期收容理由是否有足夠之正當性以及程序之保障是否完整，便是問題關鍵。

⁷¹ 感訓處分是否屬純懲罰性質，恐有不同意見，但從檢肅流氓條例之立法目的看，恐兼具懲罰性與預防性人身自由限制二者之性質。

其四，類似地，傳統分類無法說明非刑事被告之次類型，從而亦無法說明預防性人身自由限制本身進一步區別之實益。簡單說，由於各個預防性人身自由限制功能不同，以及有是否依附於刑事案件（懲罰性人身自由限制）之考慮，基本上是必須再作細分的。以與刑法有關之預防性人身自由限制為例，刑法中之部分保安處分類型即是。⁷²至於屬基本上與刑罰無關之預防性處分，就是本文所談之外國人收容以及精神病患住院等。至於為何必須談功能，此因預防性人身自由限制功能之不同，會影響到要件。

其五，亦類似地，唯有承認此區分，方能說明部分刑事被告或非刑事被告人身自由限制之類型，可能兼具懲罰性與預防性人身自由限制性質之緣由。依據我國現行法制，於一般強制執行程序與行政執行程序中之收容，以及兒少性交易防治條例中之安置措施等，已被廢止之檢肅流氓條例中之感訓處分，究其實質，多少亦具備人身自由限制之雙重性質。此外，這些可能兼具懲罰與預防性之人身自由限制，往往又同時為不真正不定期之人身自由限制，足見分類之必要性，與問題之複雜性。

（三）收容之定性

於上述分類之架構下，驅逐出國程序之外國人收容，到底應如何被歸類？特別是本文研究重點待遣送外國人收容，究竟具備哪些特性？

首先，待遣送外國人之收容，雖部分待遣送之人士可能係因先前所犯刑事案件而被遣返，但無論是就驅逐出國程序之性質或收容本身言，皆與刑事案件無涉，此時當然是所謂之非刑事被告人身自由限制之類型。其次，遣送程序對於外國人之收容，目的在避免待

⁷² 感化教育處分、監護處分、禁戒處分與強制治療處分等，皆應屬之。

遣送外國人逃亡或繼續危害我國社會，從而以利於遣送作業之實現，其本質非處罰外國人，故應屬學理上所謂的預防性人身自由限制。最後，稍微複雜的是，於驅逐出國處分作成後，為進行遣送程序所從事之收容，視其為第一階段或第二階段而有所不同，所謂第一階段，是指最初之定期收容期間（這包括於驅逐出國處分作成前，依據第三十八條第一項第二至四款所進行之收容），目前我國法之規定是六十天；至於第二階段，則是指得視必要時，以每次六十天為單位之延長收容期間，此時便是學理上所稱之不定期人身自由限制。由於並非每個外國人之遣送皆是順順利利者，因此，外國人收容淪為不定期收容之情況，或應非屬少見。

是故，於我國現行外國人驅逐出國程序之架構下，待遣送外國人之收容性質必須區分為二階段：第一階段是非刑事被告預防性之定期收容（六十天），第二階段則是非刑事被告預防性之不定期收容。而此兩類收容之性質以及與其他各類人身自由限制類型之關係，可從以下表一中見之：

表一 預防性拘禁概念下之人身自由分類

	懲罰性	預防性
刑事不定期人身自由限制	無期徒刑	審理期間羈押
刑事定期人身自由限制	有期徒刑	保安處分 審前羈押？
非刑事不定期人身自由限制	感訓處分？ 雛妓安置？	少年事件虞犯 審理期間羈押（速審法前） 驅逐出國處分做成後收容 感訓處分？ 雛妓安置？
非刑事定期人身自由限制	社會秩序維護法 拘留	初步收容

四、預防性拘禁概念對收容要件建構之貢獻

依據如上之分析可知，收容既屬預防性人身自由限制，則下一個問題是：將收容定性為預防性拘禁，到底對於吾人解決收容實體要件之問題，有何重要貢獻？基本上，至少有以下三點必須闡釋：

(一)收容要件與制度設計不應具備懲罰性質

收容係屬所謂預防性拘禁之類型，其所告訴吾人之首要重點，或許是有關收容要件之設計，不應具備懲罰性質。這點看似當然之理，但並非相關制度設計皆曾遵循此一原則。⁷³對此，美國當代著名刑事法學者Paul Robinson在反省美國當代刑事司法體系中，過度使用預防性拘禁作為防止犯罪發生手段時之一番立論，⁷⁴頗值得於此處提出供參考。⁷⁵

Robinson教授基本立論大致是，於刑事司法體系原本係以懲罰犯罪行為為宗旨，如果刑事司法體系採取大量之預防性拘禁機制作為打擊犯罪之機制，正義反將受到扭曲、不得實現。⁷⁶Robinson教授所關切刑事司法體系中採取預防性拘禁之手段，不是只限於一般所熟悉之所謂預防性羈押制度而已，更重要的是美國當代刑罰體系上，所採取諸多科刑制度與系爭犯罪行為無關，反而是與犯罪行為人之（未來）危險性有關，比如說美國刑法中之「三振」規定，意

⁷³ 美國於十九世紀末葉對於待遣送之外國人，曾施予懲罰性人身自由限制，著名之Wong Wing v. United States便是與此一議題有關。請參見：Wong Wing v. United States, 163 U.S. 228 (1896).

⁷⁴ Paul Robinson, *Punishing Dangerousness: Cloaking Preventive Detention as Criminal Justice*, 114 HARV. L. REV. 1429 (2001).

⁷⁵ 另有關刑法採用預防性措施之一般性討論，請參見Carol S. Steiker, *Forward: The Limits of Preventive State*, 88 J. CRIM. & CRIMINOLOGY 771 (1998).

⁷⁶ Robinson, *supra* note 74, at 1432.

指於某些罪名之慣犯，只要犯三次以上此罪，便會受到一般刑罰之制裁，Robinson教授以為，此種處罰，雖名為刑罰，實為預防性拘禁，因屬避免未來危險之發生。⁷⁷或許更重要的是，刑罰與預防性拘禁二者之間會發生出衝突，因而Robinson教授主張即便在刑事司法體系中，亦應有單獨之程序以處理預防性拘禁之問題。⁷⁸

在做上述之論證時，Robinson教授曾提到，刑罰或懲罰性人身自由限制與預防性拘禁間，有下列四項差異：第一，預防性拘禁理由是以當事人有危險之可能性為要件，而是否有危險是要不斷審核，故就會形成不定期拘禁；第二，預防性拘禁之場所與一般刑罰不同；第三，既是要避免危險發生，預防性拘禁之限制必須是最低程度者；第四，當事人得主張一定之其他待遇，如治療等。類似看法，於學者在分析民事拘禁之實體合憲要件時，亦有提及。⁷⁹

如上述Robinson教授以為刑事司法體系上不宜懲罰性與預防性手段並存之主張，有其一定之說服力的話，則此番說理亦可用於收容之場合。簡單說，作為預防性拘禁之收容實體要件，不能具備懲罰性質，同時收容之相關措施亦必須與刑罰有別，否則收容便不能謂收容，應稱之為徒刑或是其他刑罰類型之稱謂，一旦如此，便需要更完整之程序以為保障。基此，於外國人驅逐出國程序之發動開始，到最後驅逐處分做成，甚至將該外國人之收容延長為不定期拘禁時，應以從實踐預防性拘禁之宗旨著眼，而不應將具懲罰性質之因素或機制滲入。

⁷⁷ *Id.* at 1435.

⁷⁸ *Id.* at 1454-56.

⁷⁹ *Id.* at 1446-47.

(二)區別收容與其他預防性拘禁人身自由限制之不同：預防目的為其中關鍵

收容既須與懲罰性人身自由限制有別，則此時如何說明決定收容要件之關鍵？收容要件係如何與其他預防性人身自由限制有所區別？基本上，這當然是與任何預防性拘禁之目的有關。⁸⁰對於此一問題，可以用美國法上對民事拘禁（civil commitment），也就是精神病患之強制住院要件為例做說明。

依據學者研究，美國法上所謂民事拘禁制度，也就是政府得對精神病患限制人身自由之制度，雖兩百多年來認為是有正當性基礎的，但其間雖對拘禁程序以及其實體要件之要求，時鬆時緊，⁸¹從理論基礎看，民事拘禁實體要件之理論基礎，主要可能有兩項，一是父母權，一是警察權，而從民事拘禁實體要件要素之角度看，這兩項理論是有區別實益的。依據學者看法，這兩項理論差別之一，是在於實體要件上是否以賦予被拘禁之精神病患受治療之權利（the right to treatment）。⁸²約略來說，於父母權的架構下，可導出精神病患受治療為拘禁條件之一，⁸³反之於警察權上，便無法當然推論出精神病患有受治療之權利。⁸⁴此一事例是在說明，預防性人身自由之限制基礎與限制之功能間有密切關係，同樣是精神病患

⁸⁰ 也就是個別程序人身自由限制之目的，決定了該人身自由限制所需之要件。

⁸¹ 有關民事拘禁法制史演變，請參閱：JUDITH LYNN FAILER, WHO QUALIFIES FOR RIGHTS? HOMELESS, MENTAL ILLNESS, AND CIVIL COMMITMENT 68-91 (2002). 另請參閱：BRUCE A. ARRIGO, PUNISHING THE MENTALLY ILL 6-10 (2002).

⁸² 就相當程度言，此涉及民事拘禁合憲性要件之問題，請參見：Douglas G. Smith, *The Constitutionality of Civil Commitment and the Requirement of Adequate Treatment*, 49 B. C. L. REV. 1383 (2008).

⁸³ Eric S. Janus & Wayne Logan, *Substantive Due Process and the Involuntary Confinement of Sexually Violent Predators*, 35 CONN. L. REV. 319, 342-45 (2003).

⁸⁴ *Id.* at 345-59.

強制住院，於不同理論基礎下，要件便有所不同。⁸⁵

是故，於外國人驅逐出國程序中收容，其目的既是為實現遣送外國人，因而作為收容實體要件亦必須與實現遣送外國人之目的有關，唯有如此，該收容方具正當性。

(三)能適切地說明不定期收容要件

接續前者，於外國人驅逐出國程序中問題之難者，應是在一旦遣送外國人有困難而淪為不定期收容時，此時要件應如何決定？簡單說，就不定期收容之要件言，當遣送已無可能時，必須有更堅強之理由，同時用以審查此項理由是否具備之程序本身，自必須更為完整。此種針對不同人身自由受限理由而施予不同程序保障之想法，基本上已落實在刑事訴訟制度中。舉例言，刑事訴訟之通常審理程序與簡易程序之區別，便是反映此種思維，同時刑事訴訟中於特定重罪之強制上訴制度，亦屬此一思維下之產物。至於本文所要討論收容問題，唯有認識到其屬預防性拘禁，方能說明不定期收容到底應否繼續，以及應如何繼續（要件規定），從而以避免對人身自由所產生之危害。⁸⁶

五、小 結

上述人身自由類型化，即承認預防性拘禁之概念，基本上係就客觀拘禁態樣而為分類，對於解決收容實體要件建構問題，已有很大助益。但為解決收容實體要件問題，另外一個或許同樣重要之分類，也就是從人身自由受限之當事人主觀角度而為分類，或應一併

⁸⁵ 更詳盡之分析，請參見：BRUCE J. WINICK, CIVIL COMMITMENT: A THERAPEUTIC JURISPRUDENCE MODEL 99-138 (2005).

⁸⁶ 有學者便立論應如何對預防性拘禁作出限制，Rinat Kitai-Sangero, *The Limits of Preventive Detention*, 40 MCGEORGE L. REV. 903, 925-32 (2009).

討論。基本上，唯有對於被收容人主觀條件上做更精緻之分類，收容實體要件相關問題方能分析得更為透澈。亦即，收容作為預防性拘禁目的，既係防止當事人潛逃，或是避免於等待遣返作業完成期間恐對我國社會發生危害，此時是否應再從待遣送外國人情形予以分類？而這正是以下一段所欲討論者。

伍、人身自由類型化為強化待遣送收容實體要件

關鍵(二)：外國人主觀分類必要性

由前一段說明可知，從精進人權保障觀點，人身自由有進一步類型化之必要，而於外國人收容之場合，除傳統刑事被告與非刑事被告、定期與非定期之分類外，一個值得引進之分類為懲罰性與預防性人身自由限制。如果吾人可以稱上述分類為人身自由限制客觀態樣之分類，則為說明待遣送收容實體要件問題，還需從待遣送外國人主觀上分類下手，相關問題方能說得清楚。此處所言之主觀分類，係指針對各個待遣送之外國人，是否屬合法入境或具有合法居留權，再做之區分。以下便先自預防性人身自由分類角度闡釋此一問題，再扼要介紹美國法制之演變，之後強調對於待遣送外國人之三種重要分類。

一、外國人分類之必要性：從預防性人身自由角度

人身自由限制要件視受限人主觀上之不同而予以區別，是向來之作法，比如說，於刑罰之場合，犯罪人是否具備責任能力自會影響其刑責。當然，刑責未必是自由刑，但若所宣告之刑為自由刑時，同樣犯罪行為因有無責任能力，其刑期輕重自有不同，甚至不必受任何人身自由限制。這是說明了，人身自由被限制之個人，其主觀上之差異，將會影響其結果者。類似地，於待遣送外國人之場

合，亦有區別該外國人主觀上異同，進而決定其收容實體要件或期間之實益。

由以上簡單分析，即可知其中問題之複雜性。按待遣送之外國人中，有合法入境者亦有非法入境者，以及被禁止入境者。而合法入境而須被遣返之外國人中，又可區分為具備我國永久住民身分、具長期居留資格以及只能短期停留等三者；而於非法入境者中，又可區分為經海關入境與偷渡入境者。簡單之區分，待遣送之外國人便有六種之多（詳表二）！對於此六種外國人，收容要件難道皆一律相同？足見其中相關問題之複雜性！由以上初步說明可知，從決定收容實體要件觀點，對待遣送之外國人，似有做進一步分類必要性。但究應如何分類？美國法制或有其參考價值。

表二 待遣送外國人主觀分類

	是否需強制預防性定期收容？	是否可預防性不定期收容？
合法入境(一)：永久居留	視有無犯重罪？	否
合法入境(二)：其他得居留情形	視有無犯重罪？	視有無犯重罪？
合法入境(三)：一般短期停留	可？	可
非法入境(一)：自海關入境	可	可
非法入境(二)：偷渡入境	可	可
未入境：於海關處被禁止入境或屬stop at the border情形	可	可

二、美國法借鏡

美國有關待遣送外國人之分類，係一漸進過程，其中分類標準幾經變動，其演變之經過，是可以提供吾人相當參考資訊。具體而言，待遣送外國人之分類，不僅與實體要件、收容期間短長有不可

分離關係，同時亦與程序保障間有密切關係。更重要的是，對於待遣送外國人之分類，為包含收容法制在內之驅逐出國正當法律程序建構不可或缺一部。

(一)以是否已入境作為區別準據：一九五二年以後deportation與exclusion之分類

美國法制於一九五〇年代至一九九六年之前，有關外國人收容法制之基準，基本上是將外國人區分為是否已入境，或是視是否為在邊界阻止（stop at the border）或是被海關禁止入境者，而異其處遇，也就是著名的exclusion與deportation之區別。⁸⁷對於屬法律概念上未入境者，此時係進行所謂exclusion程序，於此程序下外國人不僅程序上受到極少之保障，於本文所關切收容期間乙事上，基本上可被無限期拘禁者。⁸⁸至於屬法律概念上已入境外國人，此時係進行deportation之程序，於此程序中之外國人，不僅受到較佳之程序保障，同時收容期間僅限於六個月。⁸⁹二者受保障層度之不同，可謂是天差地別。而最能彰顯此一特色者，便是著名的Mezei乙案，⁹⁰以及美國法上獨具之假設入境（entry fiction）概念。⁹¹

Mezei係具有永久住民身分之外國人，但卻在離開美國兩年後欲返回該國入境時，被海關拒絕入國，由於渠於法理上尚未進入美國，所以便被美國移民署進行不定期收容，而最高法院竟於Mezei

⁸⁷ David A. Martin, *Graduated Application of Constitutional Protections for Aliens: The Real Meaning of Zadvydas v. Davis*, 2001 SUP. CT. REV. 47, 52 (2001).

⁸⁸ *Id.*

⁸⁹ *Id.*

⁹⁰ *Shaughnessy v. United States ex rel Mezei*, 345 U.S. 206 (1953).

⁹¹ Martin, *supra* note 87, at 57.

乙案中以為此舉是屬合憲，關鍵便在於Mezei尚未入境。⁹²此例所凸顯當時美國法制之特色是，只要被海關拒絕入境，此時即便當事人具有永久住民身分，亦屬枉然，足見是否入境乙事，於當時美國移民法制上之重要性。至於假設入境之概念，則與上例恰好可做對比。此觀念係指同屬因非法入境而被移民署拘禁之外國人，除應被遣送回國與可被不定期收容外，若之後被交保釋放（*paroled*）而入境美國的話，雖然法律意義上並未入境，且必須定期接受移民署之審查，但實際上只要不再發生其他遣送事由，該等原屬非法入境之外國人是可於美國領土內繼續居住。⁹³將二者做一比較，美國當時移民法制區別外國人之關鍵，實可見其端倪。

(二)一九八〇年代末期新增重罪作為判準

而美國上述法制一九八〇年代末期開始，受到調整。不過，基本上有關*exclusion*與*deportation*之區別架構基本上存在，主要之變革是在於增加了犯特定重罪作為區別準據，亦即即便是合法入境，只要是犯了特定重罪，當事人便不再享有原*deportation*程序下所得享有之利益，而主要改變有以下二點：第一，因犯重罪當事人於進入外國人驅逐出國程序後，即使處分尚未做成，仍須被強制收容（*mandatory detention*），雖然仍提供其個別審查程序之保障（*individualized reviews*）⁹⁴；第二，因犯特定重罪而被令驅逐出國者，即便是合法入境，亦可被不定期收容，不再享有最多六個月收容期間之保障，⁹⁵雖然，此一規定一度於一九九一年之修法中有所

⁹² *United States ex rel Mezei*, 345 U.S., at 214.

⁹³ Martin, *supra* note 87, at 57.

⁹⁴ Martin, *supra* note 87, at 61.

⁹⁵ *Id.*

變更，准許此種情況下被收容之外國人得被釋放，⁹⁶但於以下所要介紹一九九六年之修法中，不但又回到一九八八年法律規定之情形，且更擴大了此法有關犯罪類型之適用範圍（增加重罪類型）。

(三)以合法入境與犯重罪作為主要區別準據：一九九六年移民法架構上重大變革

就制度變革之意義言，一九八八年之修法實為一九九六年兩部移民法相關法制之序曲，就變動之幅度言，一九九六年兩部法律所修改者，可謂是既廣且深。此兩部與移民法制變動有關法律，這分別是AEDPA與IIRIRA，於此兩部法律所建構新移民法制，主要有以下五點特色：第一，是以上已提及者，將原有exclusion與deportation之區別，合一為所謂的removal process外⁹⁷；第二，是將自一九六一年以來，賦予在驅逐出國程序中之外國人依據美國行政程序法（APA）司法救濟之機會予以限縮適用⁹⁸；第三，增加因犯重罪而得被驅逐出國之類型，同時因犯罪而必須被驅逐出境之外國人，完全被剝奪其司法救濟之機會⁹⁹；第四，於驅逐出國處分做成後，相當部分待遣送外國人必須被強制拘禁（mandatory detention）¹⁰⁰；第五，最初收容期間為九十天，如需延長時，若屬非法

⁹⁶ Martin, *supra* note 87, at 62.

⁹⁷ THOMAS ALEXANDER ALEINIKOFF ET AL., IMMIGRATION AND CITIZENSHIP: PROCESS AND CITIZENSHIP 1027 (2008).

⁹⁸ Hiroshi Motomura, *Immigration Law and Federal Court Jurisdiction Through the Lens of Habeas Corpus*, 91 CORNELL L. REV. 459, 463-64 (2006).

⁹⁹ *Id.* 也因為如此，人身保護令狀程序可否適用至外國人驅逐出國程序中之收容場合，於1990年代末期成為辯論焦點，而2001年出現之St. Cyr乙案，則係為解決此一問題而來！

¹⁰⁰ ALEINIKOFF ET AL., *supra* note 97, at 1116.

入國或因犯重罪者等類型之外國人，得被繼續不定期收容。¹⁰¹

由以上分析可知，美國有關待遣送外國人之分類，從最初強調僅是否已入境，漸進改變為是否於境內犯重罪，同時亦提升合法入境者於此判準下之重要性，其中可供參考之處甚多，是一具有相當借鏡價值之法制演變。

三、外國人分類三項重要準據：是否合法入境

上述美國法之經驗固有其價值，而吾人對於此經驗當然不必亦步亦趨，不過此一經驗，到底提供了吾人對於外國人驅逐程序中，特別是有關收容法制上，作為如何進一步區別外國人研究起點。本文以為，從待遣送外國人人權保障之角度看，在處理與收容有關之議題上，至少以下四點必須斟酌：

(一)是否曾具有永久住民資格

首先，對於是否合法入境之外國人，應做區別，另於我國享永久居留與長期僑外居留資格者，亦應有別於一般合法入境者。¹⁰²

(二)合法入境或非法入境

美國法原以是否入境，而不問是否採取合法方式作為區別準據，這當然有其道理。不過，除美國法本身已變動外，從遏阻非法移民、偷渡等觀點，以是否屬合法入境而非單純是否入境作為區別外國人之準據，應是較佳之作法。

¹⁰¹ ALEINIKOFF ET AL., *supra* note 97, at 1101.

¹⁰² 從與內國關係之角度看，由於具永久住民身分之外國人與我國之特殊關係，對於合法入境外國人之遣送要件再做區別，或應屬合理之事。

(三)是否犯刑事重罪

區別是否犯刑事重罪主要意義在於，配合以合法入境作為區別準據，將因犯小錯以及違反社會治安與犯重罪的情況作不同處理，進而決定各不同類型之應適用之收容要件與收容期間。基此，從驅逐外國人觀點，哪些罪名屬值得非難之重罪？便是須細細考慮之事！

(四)是否已入境

是否入境雖不再是區別外國人主要準據，但就我國法而言，一個被忽視之問題是，對於在上述所謂邊界、海關被禁止入境者，我國法並未將其與其他非法入境者做區別。

四、小 結

從人身自由保障理論上看，客觀與主觀人身自由分類，當有助於對外國人收容法制做進一步設計。以下三段便以上述分析為基礎，嘗試對驅逐出國處分做成後之兩階段收容要件，也就是待遣送定期收容與待遣送不定期收容二者之要件分別做析述。

陸、待遣送第一階段定期收容實體要件檢討：收容理由與期間

第一階段之定期收容看似問題較為簡單，然若仔細檢討，問題還是存在相當之複雜性。如果說收容屬預防性拘禁，且待遣送外國人主觀條件上亦應有所區別，則於第一階段預防性且定期收容要件之討論上，究竟應注意何事？本文以為至少有三個問題必須提出探討。第一，於驅逐出國程序之收容要件是否正當，是否必須以能達成預防性目的（如避免逃亡、危害社會）為前提，不宜將與遣送作

業無關之事由作為收容基礎；第二，外國人主觀上差異既可能影響收容要件之寬嚴，則於驅逐出國命令做成後，是否反應對特定類型外國人進行強制收容；第三，待遣送外國人收容既是為實現遣送目的而出之不得不手段，則此定期收容期間到底多少方屬合理？現行以六十天為單位之期間，是否必須調整？亦必須探討。

一、收容要件必須符合預防性目的：第三十八條第一項其四款規定檢視

外國人收容屬於預防性拘禁，即是預防於遣返作業過程中，所可能發生之問題。具體而言，依據美國知名移民法學者Legomsky說法，外國人驅逐出國程序收容理論基礎主要有三：一是防止逃亡；二是維護公共安全；三是遏止移民違法行為。¹⁰³如果此種看法大致不差的話，現行入出國及移民法第三十八條第一項之四款事由中，第二項以「非法入國或逾期停留、居留」作為收容之理由，係符合此預防性拘禁目的，此因，非法入國或逾期、居留之外國人，既自始無入境我國權利，或事後已無停留、居留我國權利，除屬非法移民外，更較一般待遣送外國人有逃亡之動機，故以此作為收容理由，或無不妥。至於同條項其他三款之事由，則或有再為討論之必要。

(一)第三十八條第一項第三款、第四款之不足

現行入出國及移民法第三十八條第一項四款收容事由中，看似與收容目的最無關係者，應是前已提及第三款以「受外國政府通緝」為由而收容之規定。簡單說，理由除前已提及受外國政府通緝

¹⁰³ Stephen H. Legomsky, *The Detention of Aliens: Theories, Rules and Discretion*, 30 U. INTER-AM. L. REV. 532, 537-40 (1999).

外國人之態樣眾多外，從收容目的之角度看，更重要的理由或許是，若收容係欲將該被外國政府通緝之外國人引渡，則此時應循引渡程序，而非循一般入出國及移民法規定¹⁰⁴；再者，當特定外國政府與我國無簽署引渡條約或協定時，此時根本無法以受外國政府通緝為由而將該外國人收容，若真將之收容，此時對人身自由之侵害真不知將伊於胡底？

類似地，如前已提及者，第四款「其他在事實上認有暫予收容必要」之規定，由於用語不夠明確，除有違反法律明確性原則之虞外，如欲維持是項規定以備不時之需，此時至少應從預防性收容角度著眼，將文字更予以明確化！

(二)從預防性拘禁觀點，驅逐出國處分做成本身得作為收容事由

從預防性收容觀點，現行入出國及移民法第三十八條第一項四款規定中，比較有討論實益之規定，應是第一款「驅逐出國處分做成後出國手續辦妥前」得予以收容之規定。問題關鍵在於，依據現行法規定，除依據同條項其他款之事由於驅逐出國處分做成前便已被收容者外，¹⁰⁵以驅逐出國處分做成本身作為待遣送外國人收容事由，是否合理？本文以為基本上應無不妥，理由主要有以下二者：

第一，如上述美國知名移民法學者Legomsky看法，收容理由主要有三者，而不同之外國人，是基於上述不同理由之一而予以收容。然於驅逐出國處分做成後，外國人之身分丕變，¹⁰⁶待遣送之

¹⁰⁴ 也就是此時應該屬類似法條競合的情況，若我國與特定國家間有簽署引渡條約或協定，原則上應優先於入出國及移民法之適用。

¹⁰⁵ 如前所述，由於本文主旨係在討論驅逐出國處分後之收容，故於此不擬討論此種情形收容之合憲性問題。

¹⁰⁶ 這也是下述Zadvydas乙案中Scalia大法官，於其所撰少數意見之論述重點。

外國人此時已無居留於我國之權利，便不免有逃亡之虞，故除得基於第二與第三類理由得予以收容外國人，不得不又加上第一項理由，也就是防止逃亡，是故，由於此時收容之理由特為堅強，以驅逐出國處分做成作為收容之理由，應有一定正當性。

再者，驅逐出國本身，便是屬一種人身自由之限制，甚至是一種實質上之處罰，特別是對於永久住民言，渠可能已於我國建立一定職業、社會上之關係，此時無論是否因細故而被驅逐出境，應具有一定懲罰之性質，¹⁰⁷雖然，不乏學者強調驅逐出國處分本身不屬處罰者。¹⁰⁸退一步言，對於非永久住民甚至是非法入境之外國人言，強制出境之舉措，亦一樣是具備懲罰性，除一樣是被迫切斷與我國社會之關係外，回到其母國，更可能受到各類不同之制裁。因此，待遣送收容之目的，實係為實踐具有懲罰性質之處分，亦即驅逐出國處分做成後該外國人便必須離開我國，此時形同刑事有罪判決之宣判，故該遣送外國人之逃亡動機，恐遠較審理程序中之刑事被告為甚，因而此時人身自由限制正當性之基礎，如與刑事訴訟羈押制度相較，恐更有其正當性！是故，以驅逐出國處分做成作為外國人收容之要件，便有其必要性！

二、驅逐出國處分作為收容事由之過猶不及

接續前者，必須提出討論之問題是，如果驅逐出國處分本身得作為收容事由，則更進一步之問題或許是，驅逐出國處分本身可否作為強制收容（*mandatory detention*）之事由。之所以會提出此一

¹⁰⁷ 對於驅逐出國處分之做成是否具備懲罰性質，各方有不同看法，請參考：
ALENIKOFF ET AL., *supra* note 97, at 709-10.

¹⁰⁸ 如知名移民法學者Legomsky便是持此種看法，請參考：Stephen H. Legomsky, *The New Path of Immigration Law: Asymmetric Incorporation of Criminal Justice Norms*, 64 WASH. & LEE L. REV. 469, 511 (2007).

問題，主要是從美國法制反省而來，而美國最高法院於二〇〇三年重要之 *Demore v. Kim*¹⁰⁹ 乙案，亦對此一問題表示過見解。基此，以下便先扼要分析強制收容必要性，以及介紹美國相關法制與該國最高法院見解。

(一) 現行規定初步檢討

依據入出國及移民法第三十八條第一項之規定，即便是符合該項四款要件，是否收容是「得」而非「應」，然從收容預防性質角度看，這樣的規定恐有過猶不及之嫌。試想：驅逐出國處分既已做成，絕大多數待遣送之外國人豈有不逃之理？從預防性拘禁之角度看，此時對特定類型待遣送外國人言，法條是否應規定「應強制」收容？¹¹⁰ 反之，如果是自願到案具永久居留資格外國人，雖驅逐出國處分已做成，此時卻予以收容是否合理？¹¹¹ 於現行制度下，如性質、功能不同之收容卻有相同要件，豈非給予裁量者過大空間？是故，視不同情況之收容性質與功能，是否應賦予執法人員較大或較小之裁量空間，這是必須思考之問題，否則便不免淪於學理上涵蓋過廣或規範不足窘境。

(二) 是否強制收容特定類型外國人之考慮

首先，是否得對部分待遣送外國人強制收容，涉及到利益衡量之問題。所謂強制收容，即指一有驅逐出國處分做成，便應對該待遣送外國人進行人身自由限制，無須再進行是否需做人身自由限制

¹⁰⁹ *Demore v. Kim*, 538 U.S. 510 (2003).

¹¹⁰ 若與刑事訴訟類似問題比較，此時有點類似曾經為國內學界所熱烈討論，以及司法院大法官釋字第665號解釋，所曾處理之有關重罪羈押制度是否合憲之問題。

¹¹¹ 若亦與刑訴類似問題比較，有類羈押權之行使，是否採拘捕前置為原則之問題。

之審查，此種制度之好處是，可節省審查程序所需之勞費、避免縱放等理由。¹¹²反之，此種制度之壞處是，強制一律收容不免傷及無辜，將無逃亡或無危害社會安全之虞的外國人予以收容，如此不免違反基本人權保障之要求。其次，是否得對部分待遣送外國人強制收容，還需從遣送作業順利與否之角度看，收容與遣送作業之順利與否間，某種程度上，是有互為因果之關係的（如為遣送作業所進行之外交談判作業等）。而這又至少牽涉到兩個層面問題：一是定期收容期間之短長，愈短的定期收容期間似乎愈能證立強制收容之正當性，反之，愈長的定期收容期間，則似需有較強理由以證立強制收容必要性。最後，強制收容可能會影響外交談判以及日後遣送作業，當待遣送外國人確定為我國政府所掌握，外交談判相對地可能容易，反之則否。

(三)美國法強制收容制度經驗

驅逐出國處分做成後對部分待遣返外國人強制收容制度，就美國法而言，是自一九八〇年代末期以來近二十多年之產物，不是向來皆准許如此作為。¹¹³現階段之作法是，屬於非法入境、犯重罪者（甚至是具備永久住民身分者），皆可被強制收容。¹¹⁴這樣的作法或法制規定，於九一一事件後，似更為不可動搖，對於驅逐出國處分做成後，部分待遣送外國人強制收容制度，似已成為美國移民法制一部分。再者，雖對此強制收容制度並非無來自學者之批評，¹¹⁵但最高法院於二〇〇三年 *Demore v. Kim* 乙案中，以五比四

¹¹² Legomsky, *supra* note 103, at 544-46.

¹¹³ Martin, *supra* note 87, at 61.

¹¹⁴ 請參考 INA 236(c)之規定。

¹¹⁵ David Cole, *In Aid of Removal: Due Process Limits on Immigration Detention*, 51 EMORY L.J. 1003, 1022-24 (2002).

之票數，以為本案系爭強制收容規定合憲。¹¹⁶

④我國法進一步類型化可能性：驅逐出國事由稍微概括

就以上美國法之經驗言，有可以參酌部分，主要是從現實面避免逃亡以及進一步犯罪危害社會觀點，部分待遣送之外國人，是可以被強制收容；然若要承認強制收容之結果，則前程序之保障必須更為完整。

按驅逐出國處分之做成，主要是第三十六條第一項與第二項所列驅逐出國事由規定，而該等事由如細究之，其實不外是以下四種類型：第一種類型是大家所最熟知者，未經查驗便進入我國者，也就是一般所謂偷渡之情形。第二類型，雖經查驗後入國，但入國之要件上有瑕疵，因而應被強制驅逐出國者。本法第三十七條第一項第二（有禁止入國事由）、第三（未獲許可入國要件）以及第四款（臨時入國要件不符）之規定，基本上便是屬於此類。第三類型，則是合法入境後，因形式要件規定之違反，而得作為強制驅逐出國之事由者，第五（擅離夜宿之住所）、第六（從事與申請停留等不符之活動或工作）、第七（違反對外國人之特別限制）以及第八（逾期居留或停留之情形）等款所規定之內容，皆屬此一類型。第四類型，則是因被撤銷、廢止居留許可，並同時註銷外僑居留證，而得被驅逐出國之情形，這是本法第三十二條第一至第三款，以及第三十三條第一至第三款之情形。¹¹⁷以上得被遣送外國人之類型，基本上可謂是涵蓋甚廣，各外國人可能逃亡，或是對我國社會公安發生危害之可能性，可說是大不相同，然現行法卻一律只是

¹¹⁶ 本案之多數意見，主要是從與以下所要介紹之Zadvydas v. Davis乙案做區別，進而宣告本案系爭法律規定合憲。

¹¹⁷ 相關問題還有待做進一步研究，比如說此2條第1與第2款之情形，同時與第2類驅逐出國之事由類似。

「得」收容，過猶不及之處甚為顯然。

由以上簡單分析可知，我國法之外國人驅逐出國事由，可謂是甚為廣泛，因而若欲區別類型，將特定待遣送外國人予以強制收容，應非不可被接受之事。比如說，上述第一與第二類型之情形，因該外國人本就不得入境，或是具有不得入境之事由，只是此事由於入境前未獲悉，從收容之功能與目的之角度上看，此兩類待遣送之外國人或有強制收容之需要，但即使如此，對此兩類外國人還是可能有再為細分之必要性。¹¹⁸

(五)部分類型外國人之強制收容，必須有更強程序保障

如若准許部分類型之強制收容，此時程序保障之強化恐有必要。依據第三十六條第二項規定，僅有有限類型之外國人，於驅逐出國程序上有陳述之機會。如於驅逐出國處分做成程序中，當事人已無適當機會為己辯護，此時又引進強制收容制度，毋寧是對人身自由嚴厲之侵害。¹¹⁹

申言之，在當下司法審查機會有限，而行政處分之做成又原則上不予以外國人陳述機會，如再引進強制收容制度，其不當之處理由主要有二：第一，特定外國人到底基於哪些事由被認定須被強制出國，從而應被強制收容乙事，於程序上賦予當事人較多陳述之機會，應屬合理之事；第二，退一步言，如前述，即便是已被認定應驅逐出國，但該外國人之驅逐事由可能有多種，且是否能順利遂行遣送作業還在未定之天，有形成以下所要討論不定期收容可能性，因此，給予當事人就強制收容乙事判定較多程序保障，亦應屬合理

¹¹⁸ 以第36條第1項第2款之規定為例，該款係以第18條禁止入國事由為據，然該條禁止入國事由有多種，是否可一概而論？便是個問題！

¹¹⁹ 當然，這涉及到整體外國人驅逐出國程序法制應如何設計之問題，相關問題討論請參考：Legomsky, *supra* note 103乙文。

之事。

職是之故，如欲引進對特定外國人強制收容制度，如無法從處分程序上強化程序保障，至少應賦予當事人更佳之救濟機會，也就是於外國人驅逐出國程序司法審查機制應予以優化，否則是否應引進強制收容法制，應再妥為思考！

三、驅逐出國處分做成後，待遣送收容合理期間之弔詭

再者，於定期收容程序中，一個較受忽視但有其相當重要性之問題，便是準備遣送之期間。如前所述，此處問題之關鍵，是在於一個兩難，一方面需要一定期間以做遣送外國人準備，但另一方面遣送作業未必皆會順順利利，因此，此定期期間之長短，便會與不定期收容之形成有著密切之互動。此時，吾人究竟應規範一個較短期間但卻容易形成不定期收容制度較佳？抑或是採較長期間但卻不易形成不定期收容之規範？這便是一個有待正視之問題。

(一)為遣送做準備需一定期間

待遣送之收容，既是為實踐驅逐出國之目的，則自必有一定期間以做遣送作業之準備，此類似於刑事羈押合理期間討論之情形。¹²⁰然此處之情形亦與刑事訴訟羈押問題有所不同，主要差別是在於是否得遣送關鍵不僅在於我國政府，亦在於他國政府，故一個合理遣送作業期間，便為問題重點之一。再者，第一階段收容期間之長短，亦與可能出現第二階段不定期收容期間有密切關係，從人權保障之觀點，到底是縮短第一階段定期收容期間，然後再視情

¹²⁰ 有關刑事羈押期間討論之近作，請參見：楊雲驊，二十年臺灣刑事訴訟程序羈押制度之檢討與建議（下），月旦法學雜誌，181期，頁194-195，2010年6月。

況延長為不定期收容較佳？抑或是延長第一階段收容期間，以避免絕大多數案件淪為不定期收容？這便是一個困難之問題！

(二)抉擇：由完整程序決定初步長期且定期合理期間，抑或是由行政機關決定短單位不定期收容期間

由比較法以觀，有關驅逐出國程序中第一階段之定期人身自由限制，從立法政策上看，可能至少有兩種選擇，一是如美國法，係以較長之定期收容期間（九十天），但於延長為不定期收容時要件予以嚴格化（以下所介紹Zadvydas乙案之見解）；另一則是類似我國現行法制，定期收容期間較短，但延長為不定期收容之要件遠較為寬鬆。再者，二者除有要件寬嚴之差異外，問題還在於美國制度下，定期人身自由限制之期間雖長，但於驅逐出國處分做成程序時當事人已確知；而於我國現行制度下，六十天之短期間，對當事人而言是短，但對政府機關而言亦短，不定期收容便較為形成！

(三)本文看法：問題關鍵在不定期收容要件

總之，收容期間之基本規定，不但與待遣送收容第一階段定期收容之要件有密切關係，亦與不定期收容之要件有不可分離之關係。再者，不論此定期收容之期間多長，皆有形成不定期收容之可能。因此，追根究底，到底於何種條件下得進行不定期收容？便是問題之焦點！

四、小 結

由以上分析可知，待遣送收容第一階段定期收容之問題，其實頗為複雜。一方面，涉及到驅逐出國處分做成後收容，或精確說強制收容必要性問題；另一方面則涉及到此定期收容期間短長之問題。然問題之更難者，恐在於由此定期收容所衍生出不可避免之不

定期收容！

柒、待遣送第二階段不定期收容要件：以美國最高法院 *Zadvydas v. Davis* 乙案為借鏡

就有關外國人驅逐出國程序不同階段之收容言，問題之難者，也就是真正之挑戰，應是在於最後階段之不定期收容。純從憲法學理之角度看，任何不定期人身自由限制之問題，從人權保障觀點，當為大家所關心，這也是為何於*Zadvydas*乙案出現前，美國學界頻頻攻擊當時外國人不定期收容制度之原因所在。¹²¹然而，任何不定期人身自由限制之場合，多少皆有其不得不然之由，因而有關不定期人身自由限制要件之研究，便有其一定挑戰性，以本文所研究外國人驅逐出國程序中之不定期收容，便屬此種適例。具體問題至少有四：第一，此預防性不定期收容要件究應如何設計，方有其正當性？第二，從預防性拘禁觀點，此不定期收容之期間，果否可以無限制？第三，若因已無法遣送，因屬不可歸責當事人事由，此時究應是否當然釋放？其條件為何？抑或是應有哪些替代措施？第四，不定期收容之要件，是否亦應視待遣送外國人之類型而異其適用？

由於有關不定期收容之實體要件，國內似尚未有足夠之文獻予以探討，故以下之討論，本段將先從檢討我國法現行規定之問題談起，接著重點將放在介紹美國最高法院著名之*Zadvydas v. Davis*乙案，之後再於下一段（第捌段）中，分析我國法現行要件規定以及

¹²¹ 比如說，就在*Zadvydas*乙案出現前不久，文獻還在攻擊美國移民法之不定期收容制度，請參見：Note, *Life in Prison Without a Trial: The Indefinite Detention of Immigrants in the United States*, 79 TEX. L. REV. 769 (2000).

應有修改方向。

一、問題之再分析：不可避免之不定期人身自由限制正當性基礎

如在第貳段已論述者，我國現行有關待遣送外國人不定期收容要件之規定，僅在於入出國及移民法第三十八條第二項之「必要時」規定，也就是外國人收容是否得延長至遣送出國為止之關鍵，端視移民署視有無必要性。對此，先不論僅以此「必要時」作為不定期人身自由限制之基礎，是否欠缺合憲性，僅從與第三十八條第一項規定之關係架構上看，至少便有以下三個問題必須做進一步析述：

(一)當前客觀要件過於簡單、欠缺明確性

以「必要時」作為不定期人身自由限制要件，問題自有其嚴重性，具體問題至少有三：第一，第三十八條第二項之必要時規定，是否根本不符合大法官向來有關法律明確性之要求，¹²²因而有違憲之虞？第二，即便不談明確性問題，從法條架構上看有一問題必須提出，按第三十八條第一項四款事由是否一樣皆可以連接第二項，也就是第一項之四款情形是否皆可以有「必要時」，而做不定期收容？還是僅有其中之部分規定可以做連結？僅以此兩點而言，入出國及移民法第三十八條第二項之「必要時」規定，便恐欠缺正當性者。不過，問題之難者，恐在於第三點，此「必要時」規定，

¹²² 有關司法院大法官對人身自由保障與法律明確性原則二者間關係之見解，可參考釋字第636號解釋，本號解釋係處理有關已廢止之檢肅流氓條例相關條文合憲性之問題。相關討論可參見：林超駿，人身自由保障新猷：釋字第636號解釋與檢肅流氓條例，台灣本土法學雜誌，105期，頁219-237，2008年4月。

是否可持續作為不定期人身自由限制之理由，使外國人受到真正不定期人身自由限制之情形。如果與刑事訴訟之羈押制度做比較，人身自由限制時間越久羈押之正當性便更可疑的話，被長期收容待遣送外國人之情形，亦應屬如此。

(二)不定期收容要件與刑事犯罪

部分待遣返之外國人每每與刑事案件有關，不容否認，部分具刑事前科背景之待遣送外國人，是較有可能再對我國社會與人民發生危害，此時如不進行收容，¹²³似無法對我國國民做交代；但反過來說，只因有危害之可能，便一味地做不定期收容，又屬對該外國人人身自由之嚴厲侵害。於此兩難情況下，外國人驅逐出國程序中之人身自由限制到底界限為何？便有予以正視與討論之必要。

(三)原始收容理由已不足以作為不定期收容基礎

有關待遣送外國人不定期收容之另一問題，是在於現行法律規定架構下，基本上還須以一般收容理由作為基礎，也就是第三十八條第一項四款規定。至第二項「必要時」，是以具備第一款四項事由之一為前提，然於不定期收容情形，其實已非最初收容事由所可涵蓋。如本文所一再強調者，不定期收容之所以發生，往往是由於待遣送外國人母國拒絕配合，或根本是無法確定何國為被遣送國，此時該待遣送外國人固還有逃亡之虞，但由於遣送作業已停滯，此時絕非僅以符合最初收容事由便可繼續予以人身自由限制。是故，從人身自由保障理論角度看，將不定期收容要件予以更明確化，便屬有必要之事。

¹²³ 必須再強調一次，因是犯刑事案件而待遣送外國人之收容，此收容仍屬非刑事性質，此因犯刑事案件只是遣送出國之理由，不因此使得收容具備刑事性質，畢竟外國人驅除出國程序本身為獨立之程序。

④問題關鍵：預防性收容是否當然准許長期且不定期人身自由限制

接續者，在外國人驅逐出國程序中收容問題之關鍵，是在於收容係屬預防性拘禁，係為達驅逐出國目的所採取之手段，然如驅逐出國日程因不可歸責當事人之事由而遙遙無期時，此時該外國人之人身自由限制基礎，究應如何設計方具有一定正當性，便是項難題！特別是當基於種種因素，不定期收容是難以避免者，此時，如何為此具預防性質之人身自由限制訂定出合憲性要件，便是其中最艱鉅之挑戰。

總之，現行第三十八條第二項僅以一語「必要時」之規定，便欲從事不定期人身自由限制，其不妥之處，應屬甚為顯然，從當代人權保障之觀點言，如此簡單之規定毋嫌於疏漏，有必要予以改進。以下便介紹美國相關法制，看看可提供我國何種借鏡之處。

二、Zadvydas v. Davis乙案系爭不定期收容規定

不定期收容要件固有其判斷上之困難性，所幸的是，於驅逐出國程序之外國人所可能面臨不定期收容問題，基本上是各國皆會遭遇者，但各國處理與面對之方式不盡相同。是故，參酌外國法制相關經驗，雖可能是解決我國當下所面臨問題之取徑，但最終必須面臨困難之繼受或取捨過程。而綜觀外國相關法制，其中，美國以其作為移民國家之傳統，兩百多年來來自各國的移民至此所謂新大陸，類似問題之存在自不在話下。¹²⁴也因此，美國遇到移民遣返之問題，相較於其他國家而言，應該是較久、較多、也較為頻繁。有幸的是，就本文所探討待遣返外國人長期且不定期收容之問題，美國最高法院於二〇〇一年之Zadvydas v. Davis乙案中，便曾

¹²⁴ 有關美國移民法制演變，可參看：DANIEL KANSTROOM, DEPORTATION NATION: OUTSIDERS IN AMERICAN HISTORY (2007).

表示過意見。

於Zadvydas v. Davis乙案中系爭法律是USC 1231 (a)(6)，該條款項之規定如下：“An alien ordered removed [1] who is inadmissible...[2] [or] removable [as a result of violations of status requirements or entry conditions, violation of criminal law, or reasons of security or foreign policy] or [3] who has been determined by the Attorney General to be a risk to the community or unlikely to comply with the order of removal, may be detained beyond the removal period and, if released, shall be subject to [certain] terms of supervision...”¹²⁵

依據此規定，有三種類型外國人可能面臨不定期收容情況：一是不應准許入境者，二是違反入境規定、入境後違反特定刑法罪名或是基於安全外交政策理由，三則是被司法部部長認定可能對社區產生危害或不可能遵守遣送命令者，皆可做不定期收容，而即便釋放，是須附條件者。由此可知，於Zadvydas v. Davis乙案繫屬時之美國法律，是准許不定期收容者，而如此規定是否得當？對於這幾類外國人，是否果可以進行無限期收容？這正是該案所要處理者。

三、Zadvydas v. Davis乙案對不定期收容看法

美國憲法學與移民法重鎮學者Alexander Aleinikoff曾言，Zadvydas v. Davis乙案係屬美國移民法發展上之重要里程碑案件（landmark decision），¹²⁶若以本案多數意見最後對不定期收容限縮解釋結果以觀，的確如此，對人權保障有極大貢獻。然本案之價

¹²⁵ 因法條全文過長，故轉引Zadvydas v. Davis乙案中Breyer大法官之摘要版本，Zadvydas v. Davis, 533 U.S. 678, 683 (2001).

¹²⁶ Thomas Alexander Aleinikoff, *Detaining Plenary Power: The Meaning and Impact of Zadvydas v. Davis*, 16 GEO. IMMIGR. L.J. 365, 369 (2002).

值，尚不僅止於其結果，由於其論述過程中，對於先前各類人身自由限制類型多所分析評述，僅就判決理由之論述上看，亦頗有可觀之處。以下便先從本案之事實介紹起，再進而析述本案多數與少數意見。

(一) 本案事實

本案實際上是兩個相類案件併案審理而來。第一個案件是名為 *Kestutis Zadvydas* 之人，*Zadvydas* 父母之國籍為立陶宛，於一九四八年出生在位於德國之流亡集中營（*displaced persons camp*），並於八歲的時候，與其父母及他家人移民至美國，後因犯重罪被命驅逐出國，¹²⁷但德國、立陶宛與多明尼加（*Zadvydas* 太太的國籍國）皆拒絕接受，而 INS 於法定收容期間滿後繼續收容 *Zadvydas*。¹²⁸ 第二位則是名為 *Kim Ho Ma* 之人，*Ma* 於一九七七年出生在柬埔寨，於二歲時與其家人離開柬埔寨，先後在泰國與菲律賓之集中營待過，最後來到美國，之後亦因犯刑事重罪，¹²⁹而被命驅逐出國，於法定收容期間過後，*Ma* 繼續被限制人身自由。¹³⁰

由以上事實介紹可知，*Zadvydas* 與 *Ma* 二人皆屬 USC 1236 (a)(6) 中之第二類人士中曾經犯特定重罪者，因此依據該條規定，是可以被不定期收容者。*Zadvydas* 以 INS 之收容舉措等同於永久之人身自由限制，應屬違憲，依據美國人身保護令狀程序（*Habeas*

¹²⁷ *Zadvydas* 之犯罪前與本案有關之犯行，係因持有及意欲販售古柯鹼而被判刑 16 年，服刑兩年後被交保釋放後旋移交予美國移民總署（INS）收容（*custody*），於 1994 年被命驅逐出國（*deportation*）。

¹²⁸ *Davis*, 533 U.S. at 685-86.

¹²⁹ *Ma* 於 1995 年 17 歲時因參與幫派槍戰，以犯 *manslaughter* 罪被判 38 個月之有期徒刑，服刑兩年後移送 INS 收容，並因犯加重重罪（*aggravated felony*）被命遣返。

¹³⁰ *Davis*, 533 U.S. at 686-87.

Corpus) 提起訴訟，但第五上訴法院予以駁回。¹³¹Ma亦依據人身保護令狀程序提起訴訟，主張憲法禁止過期之待遣返收容 (post-removal-period detention)，而第九上訴法院以為Ma之主張有理由。¹³²由於上述情形，顯然係兩個上訴法院間對於同一問題有不同見解，美國最高法院遂受理此案。¹³³

(二)多數意見論述

對於上述問題，多數意見先以扼要之篇幅處理人身保護令狀程序可適用至審查post-removal-period detention之問題後，¹³⁴接著進入實體問題討論。嚴格而言，多數意見此處並未做憲法解釋，而是從事類似我國法之合憲性解釋 (constitutional avoidance)，因此，雖未宣告系爭法律規定 (USC 1236 (a)(6)) 違憲，但對於本案系爭法律規定做了相當程度之補充。

首先，多數意見以為，為達驅逐出國目的而進行之收容，其本身並非刑事之制裁或處罰手段，因而依據最高法院向來有關非刑事被告人身自由受限場合之見解，此時必須有特別理由 (special justification)，而對於本案系爭之法律規定，政府主張有兩項特殊之理由，用以證立對於待驅逐出國外國人進行不定期收容之必要性，第一項是避免外國人逃亡而無法進行遣返，第二項理由則是避免待遣返之外國人因被釋放，而對社會造成危害。¹³⁵對於政府之主張，多數意見就第一項所謂之特殊理由言，因為本案之外國人幾已

¹³¹ *Id.* at 685-86.

¹³² *Id.* at 687.

¹³³ 不同上訴法院如對相同法律問題有不同見解時，此係符合美國最高法院移審 (certiorari) 第7條之規定，美國最高法院基本上是會予以受理的。

¹³⁴ *Davis*, 533 U.S. at 688-89.

¹³⁵ *Id.* at 691-92.

無被遣返之可能，故收容係為遣返而做準備之說法，便失其附麗；至於第二項理由，多數意見則以為，類似本案收容之預防性人身自由限制，最高法院向來以為除以當事人之危險性為理由外，還需有其他之因素方可。¹³⁶再者，本案不定期收容所適用之對象可及於單純簽證違反之小案，且決定外國人是否具有危險性之程序為行政而非司法性質，皆有其不足之處。¹³⁷

其次，對此，多數意見以為，此處所審理之案件與前已提及之Mezei乙案（第伍、二、(一)處）有明顯之區別，關鍵在於美國法觀點上本案之當事人已入境，而於Mezei該案之當事人則於法律之意義上，尚未入境美國，由於美國移民法制向來以外國人是否已入境而作差別待遇，因而於Mezei乙案中，因當事人未入境而被不定期收容，於本案則因當事人已入境，故得被不定期收容，此種區別是有其道理者。¹³⁸復次，政府主張如果准許法院審查收容本身是否有疑，不啻形同將原本政治部門於移民事務上所享有之完全權力（plenary power）予以破功。對此，多數意見以為，最高法院雖向來以為法院應尊重政治部門之plenary power，但從未以為此項權力是不受憲法節制者，而且本案也與政治部門控制外國人之入出境乙事無關；多數意見以為，本案之系爭法律規定並非在外國人之收容與釋放間做選擇，而是在收容與監視的釋放（supervised release）做選擇，而問題不是如此嚴重。¹³⁹

基此，比較其他類似案件，多數意見便作出罕見之造法，以為當六個月期間經過後，如果外國人能提出充分證據證明遣返之不可

¹³⁶ *Id.* at 692.

¹³⁷ *Id.*

¹³⁸ *Id.* at 694.

¹³⁹ *Id.* at 696-97.

能性，政府又未能提出相反之證據時，此外國人必須予以釋放。¹⁴⁰

(三)Scalia以及Thomas少數意見

本件案有兩篇少數意見，分別Kennedy與Scalia大法官所撰寫，以篇幅言，Kennedy大法官所撰寫者觸及之問題較深亦較廣，但Scalia所撰寫者，觸及到本案一重要問題，也就是驅逐出國處分做成後該特定外國人既被認定為必須離境，此時是否可引伸為該外國人即可被不定期收容？對於此一問題，Scalia基本上是呼應美國政府立場，於參酌上述所提Mezei等案，以為驅逐出國處分做成後，該特定外國人既已無定居於我國之權利，此時即等同於未能入境外國人，將之予以繼續收容，應無不妥！¹⁴¹

(四)Kennedy少數意見

Kennedy大法官所撰寫之少數意見，主要可區分為兩部分，第一部分主要是在攻擊多數意見解釋方法問題；第二部分則是在闡述美國當時制度本身正當性，以及強調對於待遣返外國人之收容可進行司法審查，多數意見亦用錯的標準，茲析述如下。

在第一部分對多數意見解釋方法之攻擊中，與本文較有關係的是，Kennedy提醒多數意見以下四點：第一，多數意見忽略實證法之體系規定，也就是多數意見所採用合理期間（reasonable time）乙詞，在其他條文中曾出現過相同文字，而在本案系爭條文中未採用之，足見立法者係有意做區分，因而多數意見不應該再將其意旨解釋入本案系爭之法條中。¹⁴²第二，多數意見做如上解釋所依據

¹⁴⁰ *Id.* at 702.

¹⁴¹ *Id.* at 704-06.

¹⁴² *Id.* at 708-13.

案例，與本案之情況有所出入，不應作為援引之準據。¹⁴³第三，由於待遣返之外國人可能留在美國領土之內，反會造成有義務接受之國家故意拒絕其進入，或是應被遣返之外國人故意不配合以使其不能被遣返。¹⁴⁴第四，若依據多數意見，最壞之結果反而是概念上未入境者或是犯重罪者，最後可被釋放進入美國社會。¹⁴⁵

至於第二部分，Kennedy大法官則是強調，因逃亡或對社會危害算是實體法上正當理由，故問題之重點在於有無完整程序保障？而於現行制度下，待遣返之外國人已先經過完整之程序保障，雖然此程序為行政性質；如果依多數意見一定要有司法審查機制，此時不免對為進行遣送作業所從事之外交談判發生不利影響。¹⁴⁶

四、小結：不定期收容之關鍵

Zadvydas v. Davis乙案提供吾人解決不定期收容問題線索不少，以下便根據以上多數與少數意見論辯之重點，嘗試做以下幾點重要問題之歸納：

(一)預防性拘禁要件：對社會有危險之虞是否得作為預防性不定期收容之唯一理由

本案之最主要爭點，是在於是否得僅以有違害社會安全之虞，便得做預防性不定期收容。多數意見之理由係以當事人既已無法被遣送，則必須有其他理由與對社會有危險之虞，方能繼續做不定期收容。就此論點而言，少數意見僅強調如依據多數意見，恐有縱虎歸山之可能，造成社會危害。亦即，最高法院大法官於收容法制上

¹⁴³ *Id.* at 713-14.

¹⁴⁴ *Id.* at 714-71.

¹⁴⁵ *Id.* at 717-18.

¹⁴⁶ *Id.* at 724-26.

歧見，主要是在於從國家安全與社會安定角度，是否應禁止長期且不定期之收容。

(二)前提問題：外國人種類是否要區分

本案其次之重點，是在於有關預防性不定期收容要件，是否應視外國人種類而做區別。美國政府於本案強調系爭法律規定具正當性理由之一，是主張一旦做成驅逐出國處分後，便意味著該外國人欠缺居留於我國之理由，此時即便是因遣送作業問題而形成不定期收容，亦屬正當，這亦是Scalia大法官於其不同意見書中所採之見解。對於此點，多數意見其實並無正面回應，僅強調本案與Mezei乙案有所不同，這應是可以討論之問題。其次，一個或許更重要之問題是，即便不採受驅逐出國外國人等同於未入境之見解，待遣送外國人本身是否應做區別？或應做如何之區別？這皆有待做進一步之討論。

(三)當遣送已不可能時之替代方案可能性

本案對人身自由保障之最大貢獻，應是最高法院自創六個月期間，作為當遣送已無可能時外國人最長收容期間，而這應是非常值得參考的！

捌、強化預防且不定期收容實體要件機制：與其他人 身自由限制情形預防性功能比較

上述美國最高法院於Zadvydas乙案中多數與少數之論辯，其中可供參考之處很多。雖然，兩國部分法制頗有差異，但由於Zadvydas乙案中系爭法律規定與本文所欲處理之入出國及移民法第三十八條第二項規定，皆可能形成不確定人身自由限制，因此

Zadvydas乙案中多數與少數論述理由，皆有一定可供借鏡之處。特別是論辯雙方是從待遣送外國人收容之性質而為討論，也就是從認定待遣送外國人之收容屬預防且不定期拘禁（preventive and indefinite detention）角度，進而討論此預防且不定期收容之實體要件為何。基此，美國法對於收容問題之討論，是有相當部分可供參考者。以下便先從對美國最高法院判決見解之扼要分析出發，進而為待遣送收容實體要件討論。

一、美國最高法院理由建構分析

美國最高法院為處理待遣送收容合憲性問題，於Zadvydas乙案中之論述方式，主要是從將本案系爭法律規定與先前相類個案所處理法律規定下手。也就是對於預防性拘禁要件判斷，基本上係遵循過往判例見解之脈絡而來。其中，作為比較對象者，主要是二者，一是為國內各界所熟悉之刑訴審前羈押制度；另一則是美國法上所稱民事拘禁（civil commitment），也就是精神病患強制住院法制。最高法院即透過對於不同種類預防性拘禁類型比較，進而闡述各類預防性拘禁要件之不同，而對於最高法院此種立論模式，雖從結果看恐還有不足，¹⁴⁷但基本上為重量級學者所接受。¹⁴⁸

這樣一個論述方式，基本上是符合普通法國家法官造法之模式，亦屬遵循判決先例拘束原則之形式。然未能從基本人身自由原理原則推論之結果，整體論述架構便不免有其侷限性。舉例言，類

¹⁴⁷ 主要批評在於前述擬制入境（fiction entry）外國人保障之可能不足，請參見：Note, *Indefinite Detention of Immigrant Parolees: An Unconstitutional Condition?*, 116 HARV. L. REV. 1868 (2003). Joshua W. Gardner, *Halfway There: Zadvydas v. Davis Reins in Indefinite Detentions, but Leaves Much Unanswered*, 36 CORNELL INT'L L.J. 177 (2003).

¹⁴⁸ Aleinikoff, *supra* note 126, at 369-73.

似我國先前並未處理過精神病患強制住院合憲性問題之國家，¹⁴⁹於論述外國人收容實體要件合憲性問題之際，是否能將美國法經驗亦步亦趨仿效，可能便是嚴重挑戰！反過來說，美國最高法院對於外國人不定期收容合憲性要件之分析，不從一般人身自由限制原理原則予以論述，而係植基在先前之案例上，其實也意味著此一問題處理上之困難，以及現今相關憲法學理之侷限。因此，從解決問題角度看，以先前類似人身自由受限案例作為論述基礎，毋寧是較為便利者。

對此，我國入出國及移民法第三十八條第一、第二項有關外國人不定期收容要件合憲性問題，究竟應如何分析？美國法到底提供了吾人何種借鏡？本文以為基本上有以下四個層次問題可以思考：

第一，不定期收容要件是否應先從主觀上予以區別，亦即無論收容實體要件如何規定，是否應先區別外國人類型？是否對於特定外國人根本不應做不定期收容？第二，從純學理上分析，外國人不定期收容實體要件為何方屬正當？如與刑事羈押制度做比較，現行待遣送收容實體要件之最嚴重問題為何？第三，如當遣送作業已無可能，是否當然會影響至不定期收容正當性？如與精神病患強制住院合憲要件做比較，外國人收容實體要件是否如Zadvydas乙案中多數意見之看法，除危險要件外尚需有其他理由？第四，如果必須有雙重理由方為正當，此時如僅有單一理由（人身自由被限制者危險性），此時是否有替代方案？此時如與刑事羈押審查制度比較，雖形式上為定期人身自由限制，雖亦可延長，但重點是，每次刑事羈押延長必須開審理庭，故於外國人驅逐出國程序中之類似問題是，

¹⁴⁹ 不過，我國精神衛生法近年來亦修法，強化對於精神病患強制住院程序之保障。如依據精神衛生法第42條第3項之規定，經緊急安置或強制住院之嚴重病人或其保護人，得向法院聲請裁定停止緊急安置或強制住院。

是否於每次延長收容之際，亦有開庭審理必要？

二、不定期收容要件應先從主觀上予以區別：對象應不及於所有待遣送之外國人

就當前不定期收容要件法制討論之第一項問題，應是到底哪些外國人可做不定期收容？從另一角度說，無論收容要件為何，是否何種類型待遣送外國人不應被不定期收容？以上述美國法為例，不是全部待遣送外國人皆會面臨不定期收容之困境，雖然實際上獲益之人不多，¹⁵⁰但這到底顯示了從待遣送外國人主觀上要件區別，而決定是否適用不定期收容之企圖心。

就我國現行法言，對於外國人之分類實有過猶不及之處，一方面未真正區別是否已入境者，¹⁵¹另一方面將犯輕罪原具有永久住民資格者，亦以為當然可被真正不定期收容。就前者言，上述 *Mezei* 乙案中美國最高法院之意見可供參酌，也就是法律上未入境者，基本上如被施予較劣之待遇，理論上並非不可能之事；就後者言，僅因犯輕罪而被剝奪永久住民資格者，¹⁵²若因遣送作業不順利便可予以不定期收容，便未免有所超過。其實，從預防性人身自由限制之觀點，收容既係為達成遣送之目的，一旦遣送作業有完成之困難，收容正當性遂隨之而降低，因而從預防性人身自由限制觀點，是否可導出部分待遣送之外國人，由於其非難性低，且其與我

¹⁵⁰ 依據學者研究，於美國法制下，只有3%待遣送外國人，不會有被不定期收容之可能性，請參考：Martin, *supra* note 87, at 67.

¹⁵¹ 綜觀我國現行法制，似未採取類似美國法之 *stop at the border* 作法，即將部分實際上已在我國土地上之外國人法理上視為尚未入境。

¹⁵² 依據入出國及移民法第33條第3款規定，只要判決有期徒刑1年以上確定者，便可被撤銷或廢止永久住民許可，進而依據第36條第1項第10款驅逐出國。於此判決有期徒刑1年之要件規定下，基本上只要犯輕罪便有可能被驅逐出國。

國社會間有種種聯繫，或是原具備永久住民身分，或是已於此地安身立命，故根本不宜進行收容者。據此，對待遣送外國人進行必要分類，或屬必要之事。¹⁵³

雖然，如何分類並不是一個很容易回答之問題！但現行法對於任何待遣送外國人皆准許被不定期收容之作法，即便法條用語只是「得」，但依然是屬對人身自由、人權保障之重大侵害。因此，吾人必須予以重視，有必要於決定待遣送外國人收容實體要件之前，先對該等外國人進行分類。然而，即使待遣送外國人可從分類上決定哪類型得被不定期收容，但終究有可被不定期人身自由限制之外國人，因此，或許更為困難的問題是，究應如何規定此不定期收容之要件？

三、當前不定期收容要件基本問題：單一概括要件

如美國最高法院於Zadvydas乙案所言，任何不定期人身自由限制之場合，是屬對人權最嚴重之侵害。職是之故，對於任何不定期人身自由要件之研究與設計，便有其無可倫比之重要性。然由於各類人身自由限制之性質與目的有所不同，因而有關各類不定期人身自由限制情形要件之規定，到底以如何方式與內容規範方屬妥當？便非易事。以下便以Zadvydas乙案見解及刑事羈押要件比較分析起：

我國現行法係以必要時作為不定期收容之要件，美國雖未明文規定延長收容要件，但依據Zadvydas乙案見解，不定期預防性人身自由限制基礎，除拘禁、收容之人本身危險性外，還必須具備其他理由，或是應有所謂特殊理由之情形方能做不定期人身自由限

¹⁵³ 而於本案出現4年後，最高法院復於Clark v. Martinez乙案中，對於美國法上所稱交保移民（parolees）之外國人收容問題表示意見。

制。¹⁵⁴因此，相對於我國現行規定言，美國最高法院此種複數要件見解，也就是除被收容人本身對於社會、公安可能產生危險之要件外，尚須有其他實體要件存在方能予以不定期收容之見解，應是可以被接受者。主因在於，特定人雖可能於社會發生危害，但這畢竟危害結果尚未發生，只是依據過往資料預測未來發生事件之可能，因而美國最高法院要求必須有複數要件存在方能進行不定期收容，毋寧是兼顧公益與個人權利保障之合理結果。

而依據美國最高法院見解，於外國人驅逐出國之情形，在遣送作業有可能實現時，為避免此特定外國人逃亡，是可以作為不定期收容之第二項理由。也就是在一般情形下，只要遣送有可能，此時便得以避免逃亡為由，對於可能危害內國社會與人民之外國人進行不定期收容，因為此時至少具備兩個不定期收容之事由。如果此種看法被接受的話，我國當前僅以必要時便得進行不定期收容之作法，便顯得有所不足。不足之點主要有二：一是此處僅有單一理由，二是即便是此單一理由之本身亦有所不足，即何謂必要時？是否與可能對社會發生之危害有關？或是否與避免逃亡有關？諸多問題皆不免使人懷疑是項規定之正當性！¹⁵⁵

不過，在進一步分析複數事由作為不定期收容要件之前，一個可以凸顯當前不定期收容要件不夠之現象，應是從同屬預防性拘禁之刑事審前羈押要件做比較！問題之關鍵在於，如果定期預防性拘禁要件都比不定期者為嚴的話，易見當前不定期收容要件規範之不足！

¹⁵⁴ 早在20多年前，學者在論述刑事預防性羈押要件合憲性時，談及其複數要件，請參見Albert W. Alschuler, *Preventive Pre-Trial Detention and the Failure of Interest-Balancing Approaches to Due Process*, 85 MICH. L. REV. 510, 533 (1987).

¹⁵⁵ 如在懲罰性人身自由限制之情形，特別是在刑事懲罰性人身自由限制之情形如無期徒刑，因係以過往犯行為基礎，故在審理當下，便須決定被告之犯行是否有足夠之非難性以判決其無期徒刑。

四、「必要時」作為不定期收容要件之不足：與刑事羈押制度比較

一個可以說明現行不定期收容要件不足之方法是，便是與刑事羈押之要件比較。簡單說，收容係不定期，而羈押基本上可說是定期（特別是在偵查階段），¹⁵⁶如不定期收容要件規定還劣於羈押之實體要件的話，適足以初步地說明了當前收容要件之問題。以下便以美國最高法院一九八七年著名United States v. Salerno乙案中之見解，作為析述之開始。

(一)美國刑事預防性羈押Salerno乙案有關人身自由限制要件見解

如於第參、二段中之分析，Salerno乙案中強調，就有關釐清政府限制人身自由之判準主要有二：一是系爭法律規定或政府作為有無造成良知驚恐，或是否侵害人民基本權利。就此二項判準言，於Salerno乙案中之多數意見，到底是如何運用？

基本上，最高法院於論述本案系爭法律規定不違憲時，係植基於以下幾點理由：首先，強調「政府對於社區安全之規範利益本身，於適當之情況下，是優於人身自由之保障」（...the Government's regulatory interest in community safety can, in appropriate circumstances, outweigh an individual's liberty interest...），因此，以當事人（被告）有危險為由而予以羈押，並不當然違憲¹⁵⁷；而且與先前有關少年犯預防性羈押之Shall乙案比較，本案之系爭法律規定已大幅限縮羈押之範圍，僅限於因犯特定重罪被告始有本要件之適用¹⁵⁸；並同時強調，於此決定是否羈押被告之程序中，負責承

¹⁵⁶ 如上所述，於刑事妥速審判法施行後，由於必須於一定期間內結案，故連帶使得審理之羈押期間乙事，亦實際上成為定期。

¹⁵⁷ Salerno, 481 U.S. at 750.

¹⁵⁸ Id. at 751.

審之人為司法官員（*judicial officer*），於審查程序中，被告得委任律師，且不僅得有證人出庭作證，還可對於證人進行交互詰問¹⁵⁹；最後，並強調政府必須就被告之行為是否符合此要件，證明至所謂之證據明確（*clear and convincing evidence*）之程度¹⁶⁰等理由。同時，於本案第一部分最後立論，「衡諸本案系爭法律規定目的之正當性與優越性，加以提供上述之程序保障」（*Given the legitimate and compelling regulatory purpose of the Act and the procedural protections it offers...*），故以為本案系爭法律規定不違憲。¹⁶¹

由以上之論述情形來看，最高法院之著眼點是在整體預防性羈押制度，除實體要件本身要符合正當性（*legitimate*）與優越性（*compelling*）之要求外，同時要有適當程序以給予當事人爭執之機會！而這樣子的看法，便反映在*Zadvydas*乙案中多數意見對兩案系爭法制之比較！

（二）*Salerno*與*Zadvydas*兩案相關法制比較

於*Zadvydas*乙案中，美國最高法院未從*Salerno*乙案中人身自由限制要件之兩個判準而為論述，而是從兩案所處理相關法制之比較而為立論。基本上，最高法院透過對兩案相關法制之比較，做了三點闡釋：第一，*Salerno*乙案中，刑事預防性羈押之所以得僅以被告具危險性為由而予以人身自由之限制，係因此時人身自由限制是定期者。¹⁶²因此，吾人或許可以說，於定期人身自由限制之情形若要件寬鬆，其對人身自由之侵害較小；反之，於不定期收容情形，要件便必須遠較為嚴格，始屬妥當。

¹⁵⁹ *Id.* at 752.

¹⁶⁰ *Id.* at 753

¹⁶¹ *Id.*

¹⁶² *Davis*, 533 U.S. at 692.

第二，於Zadvydas乙案中系爭法律規定所適用之待遣送外國人，如上所述，並無分類，然於Salerno乙案中之系爭法規，只適用於少數重罪案件之刑事犯。¹⁶³就此而言，對於得被不定期收容之外國人做進一步分類，便須思考其必要性。特別是於不定期收容實體要件強化之情形下，此時對待遣送外國人做進一步分類，便屬必要之事。

第三，同樣重要的是，於Salerno乙案中決定人身自由限制所適用之程序，遠比驅逐出國程序所採者來得完整。¹⁶⁴比如說，刑事羈押之決定程序是完整之當事人進行主義程序、原告（國家、檢察官）所負證明義務程度須至證據明確性程度之要求、此外有受律師協助等保障。是故，雖同為預防性人身自由限制，但由於驅逐出國程序中之人身自由限制是不定期，所以必須至少有如刑事羈押程序一般，強化其程序保障。亦即，當對於人身自由限制越嚴，當事人所應有之正當法律程序保障，也更應趨於嚴格，所以相關程序強化有其必要性。

（三）與我國現行羈押法制比較亦然

上述Salerno乙案中有關人身自由實體要件兩個判準，以及Zadvydas乙案中有關兩案法制比較之見解，於我國現行法制體系下能否適用？本文以為，基本上應該是沒有問題，理由亦有下列三點：第一，我國之刑事預防性羈押制度係規定在刑事訴訟法第一〇一條之一，該條適用對象是有所限制的，不是所有被告皆可能受到預防性羈押之處分。第二，依據刑事訴訟法第一〇八條第一項與第五項之規定，凡是偵查中之羈押，不論是預防性與否，皆有期間限

¹⁶³ *Id.*

¹⁶⁴ *Id.*

制。第三，我國刑事預防性羈押之程序雖不如美國法制完整，但到底遠比入出國及移民法之決定收容程序，特別是較決定不定期之收容程序來得完整，因該程序是需經法官訊問後方能做決定者。因此，Zadvydas乙案中有關二者比較之見解，於我國法制下有其參考價值。

不過，更嚴重之問題或許是，還是在於現行法實體要件本身之問題。刑訴中預防性羈押第一〇一條之一的規定中，至少還要求必須被告「犯罪嫌疑重大，有事實足認有反覆實施同一犯罪之虞」，但入出國及移民法中則連這些用語都省略了，僅用「必要時」一語，是屬過於簡略。對此，一個規範嚴格之要件僅能做定期人身自由限制（指刑訴之規定言），而一個要件寬鬆規定竟能做不定期人身自由之限制，豈能謂事理之平？是故，現行入出國及移民法中有關收容實體要件之規定，實必須有所檢討！再者，羈押每延長一次，無論是於偵查或是審理階段，皆須再開一次審查庭，而於收容之場合根本無此保障，因此，現行入出國及移民法中所規定之收容要件，其不妥之處甚為顯然。是故，現行外國人收容實體要件是有不足之慮！

五、複數事由作為不定期收容基礎之必要性：與精神病患強制住院比較

由上述之分析，即便不談不定期收容要件是否應以複數事由作為基礎，僅以與刑事羈押要件相較，亦可知當前外國人收容法制之不足。不過，退一步言，刑事羈押制度畢竟有其特殊性，如不與羈押制度相較，是否有充分理由足以闡釋當前外國人收容法制之問題？特別是Zadvydas乙案中所強調複數事由作為不定期收容基礎者，是否有其採納之必要性？問題之難者在於，假使遣送作業不順利，此時是否仍可繼續收容？遣送作業本身之問題，是否會降低對

該外國人收容正當性基礎？如先前已強調者，依據美國最高法院於Zadvydas乙案中之見解，除有特殊理由（special justification）外，¹⁶⁵此時不定期收容必須停止。亦即，若採不定期人身自由限制必須以有複數事由為要件，則一旦遣送作業已不可行，勢將使其其中理由之一失其附麗，則自然影響不定期人身自由限制之正當性基礎。

由於對於此一問題之分析，美國最高法院是從對民事拘禁，也就是精神病患強制住院要件之比較著手，以下便從美國最高法院有關民事拘禁相關判決之介紹談起。

（一）美國法民事拘禁（精神病患強制住院）實體要件演變

民事拘禁，也就是精神病患強制住院，既是為治癒患者之精神上疾病，自不具懲罰性質，是屬預防性人身自由限制；而正如同任何疾病之治療，精神病患之治療亦不可預先確定於何一時間得到治癒結果，因而有關精神病患之強制住院，自屬不定期人身自由限制。純從學理上看，精神病患之強制住院與外國人遣送收容二者間，是有許多相似之處，這也是美國最高法院於Zadvydas乙案中花費了相當篇幅分析、比較二者之異同。

到底應具備哪些實體要件，精神病患始能被強制住院？採複數事由作為精神病患強制住院之要件，似乎已是美國最高法院之定見。於一九七五年之O'Connor v. Donaldson乙案中，最高法院首先處理到單純精神上之疾病（mentally ill），是否可被強制住院？最高法院以為如此尚有不足，還必須該精神病患具有可能傷害自己或他人之要件，也就是必須有所謂之危險性。¹⁶⁶自此，精神病患強

¹⁶⁵ Davis, 533 U.S. at 678.

¹⁶⁶ Donaldson, 422 U.S. at 563.

制住院之人身自由限制要件，便基本上以同時具備兩項要件，也就是精神上疾病以及危險性為要求。是故，於 *Foucha v. Louisiana* 乙案中，最高法院便表示，法律如果欲對被宣告無罪之性侵害被告進行民事拘禁，必須同時證明該被告具備精神疾病，不能僅以該人具危險性為由而從事強制住院之舉措。¹⁶⁷ 類似地，於 *Kansas v. Hendricks* 乙案中，最高法院則強調，被告雖有精神上之問題而可能從事違反性自主之犯罪，但光只是有危險之可能性尚有未足，還必須證明該人確有精神上之疾病方可。¹⁶⁸

據此，有關精神病患強制住院之要件，最高法院顯係以為必須同時具備精神上之疾病與危險性兩項要件，如欠缺其一，便不得對被告進行民事拘禁之不定期人身自由限制，而這也正是美國最高法院據以用來分析外國人收容合憲性要件基礎。

(二)不定期收容要件強化之必要性

如果說單純危險性不足以作為精神病患強制住院之基礎，還必須有精神病之箇疾為要件，則類似地，對於因無法遣送而必須從事不定期收容之外國人言，僅有驅逐出國處分亦不足以作為收容理由，此因，如美國最高法院所言，既已無法遣送，避免當事人逃亡理由已失其附麗，此時必須有其他理由方可作為收容基礎，加以並非每位待遣送外國人皆會對社會形成危害，由此以觀，現行入出國及移民法第三十八條第二項之必要時要件，確屬有所不足。

其次，如仍用必要時作為要件俾以無止境地延長外國人收容期間，此時於進入一定階段後之不定期收容，其對人身自由侵害，勢必遠較精神病患強制住院者為嚴重。亦如本文先前已分析者，美國

¹⁶⁷ *Foucha v. Louisiana*, 504 U.S. 71 (1992).

¹⁶⁸ *Hendricks*, 521 U.S. at 346.

法上有關精神病患強制住院要件之辯論中，是否以治療（癒）作為人身自由限制要素之一部，迄今仍是辯論重點。¹⁶⁹此一辯論所凸顯的問題是，精神病患之不定期收容，基本上係以醫療為目的，故有是否須以治癒為鵠的之辯論，因而有主張如以治癒為住院目的，未治癒前便得繼續予精神病患不定期人身自由限制。如以為此種論述大致不差，則類似地，於外國人驅逐出國程序場合，倘使以為完成遣送係收容最重要目的，則一旦遣送作業無法達成，此時因目的無法實現，收容之功能某種程度上便已喪失，故除非有其他理由（如美國最高法院所言之special justifications），繼續收容便屬有疑。抑且，類似在刑事審理階段羈押之討論，羈押期間愈長，該羈押正當性愈屬可疑，此時如已無遣返之可能性，將該外國人釋放，應屬合理之舉措。

是故，即便以為現行法第三十八條第二項必要時之要件無疑，但是於外國人已無被遣送可能性之場合，此時收容目的既難以達成，原有避免逃亡而予以收容之理由便失其附麗，故此時如將被收容人釋放，應屬合理之事。綜此，從人權保障觀點，於外國人驅逐程序中之不定期收容，美國最高法院強調必須有除當事人危險性以外之其他事由存在，方能對該外國人進行不定期收容之立論，應屬可以接受之看法。

六、不定期收容面臨無法遣送時之替代方案

最後，如果說當無遣送可能性時應將被收容人釋放，但問題是，此程序該如何進行？對於此一問題，本文以為美國法制應有其價值，至少有以下三點可提出討論：

¹⁶⁹ 請參照本文第肆、四、(二)段處之分析。

(一)採取定期審查制度

第一項可以提出討論者，應該是採取定期審查制度，也就是負責收容行政事務之移民署，應定期對已處於不定期收容狀態之外國人，審查渠等是否有遣送之可能性！

(二)改為不真正不定期收容

與定期審查配套者，應是採取類似美國最高法院六個月待遣送期間之造法，也就是除非有具體正當理由（有危害社會安全以及其他特殊理由），是不得對外國人繼續進行不定期收容，此時外國人驅逐出國程序中之收容，實已從真正之不定期收容，轉為不真正（不）定期收容。而這樣的見解，如與精神病患強制住院之情形比較，基於以下兩項理由，亦應可以得到類似之結論：

其一，外國人收容之理由與目的，與其他不定期人身自由限制情形者不同。如前所述，精神病患不定期住院主要理由是為治療，然外國人不定期收容則是為遣送，故一旦遣送無法達成係屬確切時，此時將不可歸責於當事人事由轉為對其優惠之待遇，應無不可。因此，美國最高法院之轉為定期收容造法，應屬值得贊同之事。

其二，外國人不定期收容決定之時點，與其他人身自由限制情形者不同。於外國人驅逐出國程序中，之所以轉為定期收容或甚至是釋放該外國人是屬正當者，關鍵在於現行制度下，外國人不定期收容是未經過嚴格司法審查者，¹⁷⁰除非是如下所言強化程序保障，否則於驅逐出國程序中之不定期收容，其正當性是非常可疑

¹⁷⁰ 於現行移民法制下，外國人只有當驅逐出國處分做成後，方得提出行政爭訟；或是於被收容後，依據入出國及移民法第38條第3項規定，對收容提出異議。

的！事實上，美國最高法院便同時強調，於精神病患強制住院之場合，用以審查實體要件之程序，與驅逐出國程序中所採用者遠為不同，不僅有法官負責審理且較為完整。¹⁷¹是故，在欠缺足夠程序保障下，將不定期收容轉為定期收容，應屬必要之舉措！

(三)強化程序保障

如前所述，於外國驅逐出國程序之場合，其實未真正賦予相關外國人就不定期人身自由限制要件爭執之機會，因此，依據現行法規規定，不定期拘禁之形成，是於最初六十天期滿後而尚未辦妥遣送手續所致之。是故，當最初未賦予當事人足夠程序保障之可能時，就人權保障之底線言，於類似美國最高法院所創造之六個月期限屆至時，至少應賦予該等外國人程序保障之機會，就是否符合不定期收容要件，或就是否有遣送可能性等事，有爭執之機會。¹⁷²

七、小 結

從人權保障觀點，於外國人驅逐出國程序中之收容，實不應無條件地延長成為真正不定期人身自由限制，因此，現行入出國及移民法中之規定是有所不足，而美國最高法院Zadvydas乙案中之見解，便極具有參考價值，本文參酌該案之見解而做如上分析，希望能對我國現行外國人收容問題之改善，有所貢獻。不過，於此必須提出的是，上述之建議當然較現行法制有所進步，不過問題在於，誠如美國學者已提及者，特定外國人遣送作業是否可能，仍係委諸

¹⁷¹ Zadvydas v. Davis, 150 L. Ed. 2d. 653, 668 (2001).

¹⁷² 類似說法請參見：Kimere Jane Kimball, *A Right to be Heard: Non-Citizens' Due Process Right to In-Person Hearing to Justify Their Detentions Pursuant to Removal*, 5 STAN. J. C.R. & C.L. 159 (2009).

於權責行政機關判定，¹⁷³因而收容人權保障解決之關鍵，到頭來還是繫於行政機關本身（在我國便是移民署）。¹⁷⁴不過，話雖如此，只要立法與司法機關，分從立法與解釋強化對外國人收容實體要件保障，相信定能促使行政機關正視外國人收容所涉及之人權問題。¹⁷⁵

玖、結 論

從憲法觀點，有關外國人驅逐出國程序收容之問題，有許多部分是具有相當意義者，比如說，驅除出國程序到底具備何種要素始得謂符合正當法律程序之要求；此外，如外國人驅逐出國程序之規定尚有所不足，則源自於英、美人身保護令狀制度之提審法，是否可以運用以及如何運用，應皆是值得做進一步深入討論之問題。而本文所選擇有關待遣送外國人收容要件問題，當然有其重要性，是建構完善外國人驅逐出國法制不可或缺之一環。

本文以為，現行入出國及移民法中有關待遣送外國人收容要件之規定，基本上是有所不足者，不僅要件寬鬆，而且未針對外國人驅逐出國程序不同階段，而為細緻之規定，從人權保障角度看，是必須改善者。而此不足原因若深究之，可分從理論、架構上以及實證法規定上談。就人身自由保障理論上看，現行入出國及移民法收容要件概括，是忽略了人身自由受限實體要件為整體正當法律程序

¹⁷³ Myrna Pages, *Indefinite Detention: Tipping the Scale Toward the Liberty Interest of Freedom after Zadvydas v. Davis*, 66 ALB. L. REV. 1213, 1229 (2003).

¹⁷⁴ 因此，有學者將移民相關問題之探討，著重於行政機關究竟應將主力放在外國人入國前之審查，或是在入國後相關問題之解決，請參見：Adam B. Cox & Eric Posner, *The Second-Order Structure of Immigration Law*, 59 STAN. L. REV. 809 (2006).

¹⁷⁵ 美國最高法院在 *Zadvydas v. Davis* 乙案中之表現，應就是司法權於移民事務上可以有卓越貢獻之明證。

建構之一環；另外，收容要件之粗略，是忽視了人身自由更精緻分類之必要性，也就是從客觀上承認預防性人身自由限制之類型，以及從主觀上區分外國人種類，也就是是否合法入境、是否具有永久居留資格等類型之必要性。

而從當下實證法規定之角度看，現行入出國及移民法中有關待遣送外國人收容要件之規定，必須從區分外國人驅逐出國階段著手，於待遣送外國人第一階段之收容，也就是驅逐出國處分做成後之定期收容，主要問題在於要件與期間之規定皆不夠細緻，皆有過猶不及之憾；就收容要件言，因為區別外國人種類，因而對於可能應施予強制收容者，反而未規定；而六十天收容規定，則過短，不僅可能與遣送所需作業時間有違，且亦形成不定期收容。至於就第二階段不定期收容期間言，除以「必要時」作為要件過於寬鬆外，最嚴重問題在於，於現行外國人收容制度下可能形成真正不定期人身自由限制，然此種結果，往往是由於不可歸責於當事人之事由，也就是因遣送作業無法順利達成之故。對此，本文參酌美國最高法院於*Zadvysas v. Davis*等案之見解，建議予以改善。而參酌此案之見解，本文以為現行收容要件有十足予以強化之必要，特別是應參考*Zadvydas*乙案中對不定期收容複數事由之要求，將現行法制予以改革。

外國人收容實體要件問題，看似只是憲法學脈絡上之旁枝，但若深究之，其實不然，總的來說，外國人收容要件問題所反應者，是當前對於人身自由受限實體要件問題之忽視，以及對人身自由相關學理（如對人身自由限制之分類）之未正視。從強化對人身自由保障之角度看，有關外國人收容要件之研究，正提供了吾人對於整體人身自由法制建構思考之起點，希冀藉由本文之拋磚引玉，使得有關人身自由保障之相關議題，有更多法學界先進之投入，從而促進相關制度設計之重要變革。

參考文獻

一、中 文

1. 李建良，大陸地區人民之人身自由權，台灣本土法學雜誌，11期，頁131-137，2000。
Li, Chine-Lang, The Protection of Personal Liberty of Mainland Chinese, Taiwan Law Journal, no. 11, pp. 131-137, 2000.
2. 李建良，外國人權利保障的理念與實務，台灣本土法學雜誌，48期，頁92-107，2003。
Li, Chine-Lang, The Theory and Practice of Foreigners' Rights, Taiwan Law Journal, no. 48, pp. 92-107, 2003.
3. 李佳玟，預防性羈押：刑事程序中的風險管理，月旦法學教室，36期，頁57-68，2005。
Li, Jia-Wen, Preventive Detention: The Risk Control in the Criminal Procedure, Taiwan Jurist, no. 36, pp. 57-68, 2005.
4. 李震山，論移民制度與外國人基本權利，台灣本土法學雜誌，48期，頁51-65，2003。
Li, Jen-Shen, The Immigration System and the Rights of Foreigners, Taiwan Law Journal, no. 48, pp. 51-65, 2003.
5. 林子儀，言論自由導論，載：臺灣憲法之縱剖橫切，頁103-179，2002。
Lin, Zu-Yi, An Introduction of Freedom of Speech, in Different Sides of Taiwan's Constitution, pp. 103-179, 2002.
6. 林超駿，人身自由保障新猷：釋字第六三六號解釋與檢肅流氓條例，台灣本土法學雜誌，105期，頁219-237，2008。
Lin, Chao-Chun, A New Contribution to the Protection of Personal Liberty, Taiwan Law Journal, no. 105, pp. 219-237, 2008.
7. 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，載：憲法解釋之理論與實務第七輯，頁519-575，2011。
Lin, Chao-Chun, Habeas Corpus and Detention Removal Proceedings, in Constitu-

- tional Interpretation: Theory and Practice, vol. 7, pp. 519-575, 2011.
8. 邱忠義、重罪羈押與審判中羈押聲請及抗告釋憲案之評析，法學新論，10期，頁1-17，2009。
Chiu, Chung-Yi, The Detention of Felony Criminals and Appeals on the Detention During the Trial, *Journal of New Perspectives on Law*, no. 10, pp. 1-17, 2009.
 9. 邱曉華，論外籍人民強制收容之適法性與其行政救濟程序，臺灣大學法律學研究所碩士論文，2007。
Chiu, Hsiao-Hua, The Legality of the Detention of Foreigners and its Administrative Process, Master's Thesis, Department of Law, National Taiwan University, 2007.
 10. 許義寶，外國人入出國與居留之研究——以我國法制為探討中心，中正大學法律學系博士論文，2007。
Hsu, Yi-Bau, A Study of Arrival and Leaving of Foreigners and Detention-Based on Taiwanese Law, *Taiwanese Law*, Ph. D. Thesis, National Chung Cheng University, 2007.
 11. 湯德宗，具體違憲審查與正當法律程序——大法官釋字第五三五號解釋的續構與改造，載：權力分立新論（卷二：違憲審查與動態平衡），頁261-303，2005。
Tang, Te-Chung, Concrete Judicial Review and Due Process: The Construction and Development of Interpretation No. 535, in *A New Theory of Separation of Powers: Judicial Review and Moving Balancing*, pp. 261-303, 2005.
 12. 黃昭元，憲法權利限制的司法審查標準：美國類型化多元標準模式的比較分析，國立臺灣大學法學論叢，33卷3期，頁1-104，2004。
Huang, Jaw-Yuan, Judicial Criteria of Limiting Constitutional Rights, *National Taiwan University Law Review*, vol. 3, no. 3, pp. 1-104, 2004.
 13. 楊雲驊，二十年臺灣刑事訴訟程序羈押制度之檢討與建議（下），月旦法學雜誌，181期，頁188-201，2010。
Yang, Yun-Hua, A Review of the System of Criminal Detention in Taiwan in the Past Twenty Years (II), *Taiwan Law Review*, no. 181, pp. 188-201, 2010.

14. 廖元豪，人身自由「非刑事程序」限制之檢討——以移民法制「收容」為例，全國律師，14卷9期，頁50-66，2010。

Liao, Yuan-Hao, Bruce, A Review of Non-Criminals' Detention: An Example of Immigrants' Detention, Taiwan Bar Journal, vol. 14, no. 9, pp. 50-66, 2010.

二、英 文

1. Aleinikoff, Thomas Alexander, *Detaining Plenary Power: The Meaning and Impact of Zadvydas v. Davis*, 16 GEO. IMMIGR. L.J. 365 (2002).
2. ALEINIKOFF, THOMAS ALEXANDER ET AL., IMMIGRATION AND CITIZENSHIP: PROCESS AND CITIZENSHIP (2008).
3. Alexander, Lawrence, *The Relationship Between Procedural Due Process and Substantive Constitutional Rights*, 39 U. FLA. L. REV. 323 (1987).
4. Alschuler, Albert W., *Preventive Pre-Trial Detention and the Failure of Interest-Balancing Approaches to Due Process*, 85 MICH L. REV. 510 (1987).
5. ARRIGO, BRUCE A., PUNISHING THE MENTALLY ILL (2002).
6. Cole, David, *In Aid of Removal: Due Process Limits on Immigration Detention*, 51 EMORY L.J. 1003 (2002).
7. Cole, David, *Out of the Shadows: Preventive Detention, Suspected Terrorist, and War*, 98 CAL. L. REV. 683 (2009).
8. Cox, Adam B. & Eric, Posner, *The Second-Order Structure of Immigration Law*, 59 STAN. L. REV. 809 (2006).
9. Elias, Stella Burch, *Rethinking "Preventive Detention" from a Comparative Perspective: Three Frameworks for Detaining Terrorist Suspects*, 41 COLUM HUM. RTS. L. REV. 99 (2009).
10. Fagan, Jeffrey & Guggenheim, Martin, *Preventive Detention and the Judicial Prediction of Dangerousness for Juveniles: A Natural Experiment*, 86 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 415 (1995).
11. FAILER, JUDITH LYNN, WHO QUALIFIES FOR RIGHTS? HOMELESS, MENTAL ILLNESS AND CIVIL COMMITMENT (2002).

12. Fallon, Richard, *Some Confusions about Due Process, Judicial Review and Constitutional Remedies*, 93 COLUM. L. REV. 309 (1993).
13. Gardner, Joshua W., *Halfway There: Zadvydas v. Davis Reins in Indefinite Detentions, but Leaves Much Unanswered*, 36 CORNELL INT'L L.J. 177 (2003).
14. Janus, Eric S. & Logan, Wayne, *Substantive Due Process and the Involuntary Confinement of Sexually Violent Predators*, 35 CONN. L. REV. 319 (2003).
15. KANSTROOM, DANIEL, *DEPORTATION NATION: OUTSIDERS IN AMERICAN HISTORY* (2007).
16. Kimball, Kimere Jane, *A Right to be Heard: Non-Citizens' Due Process Right to In-Person Hearing to Justify Their Detentions Pursuant to Removal*, 5 STAN. J. C. R. & C.L. 159 (2009).
17. Kitai-Sangero, Rinat, *The Limits of Preventive Detention*, 40 MCGEORGE L. REV. 903 (2009).
18. Legomsky, Stephen H., *The Detention of Aliens: Theories, Rules and Discretion*, 30 U. INTER-AM. L. REV. 532 (1999).
19. Legomsky, Stephen H., *The New Path of Immigration Law: Asymmetric Incorporation of Criminal Justice Norms*, 64 WASH. & LEE L. REV. 469 (2007).
20. Legomsky, Stephen H., *Restructuring Immigration Adjudication*, 59 DUKE L.J. 1635 (2010).
21. Martin, David A., *Graduated Application of Constitutional Protections for Aliens: The Real Meaning of Zadvydas v. Davis*, 2001 SUP. CT. REV. 47 (2001).
22. Morse, Stephen J., *Blame and Danger: An Essay on Preventive Detention*, 76 B. U. L. REV. 113 (1996).
23. Miller, Marc & Guggenheim, Martin, *Pretrial Detention and Punishment*, 75 MINN. L. REV. 335 (1990).
24. Motomura, Hiroshi, *Immigration Law and Federal Court Jurisdiction Through the Lens of Habeas Corpus*, 91 CORNELL L. REV. 459 (2006).
25. Note, *Indefinite Detention of Immigrant Parolees: An Unconstitutional Condition?*, 116 HARV. L. REV. 1868 (2003).

26. Note, *Life in Prison Without a Trial: The Indefinite Detention of Immigrants in the United States*, 79 TEX. L. REV. 769 (2000).
27. NOWAK, JOHN E. & ROTUNDA, RONALD D., CONSTITUTIONAL LAW (7th ed. 2004).
28. Pages, Myrna, *Indefinite Detention: Tipping the Scale Toward the Liberty Interest of Freedom after Zadvydas v. Davis*, 66 ALB. L. REV. 1213 (2003).
29. Robinson, Paul, *Punishing Dangerousness: Cloaking Preventive Detention as Criminal Justice*, 114 HARV. L. REV. 1429 (2001).
30. Rubin, Peter, *Square Pegs and Round Holes: Substantive Due Process, Procedural Due Process, and the Bill of Rights*, 103 COLUM. L. REV. 833 (2003).
31. SCHWARTZ, BERNARD, THE GREAT RIGHTS OF MANKIND: A HISTORY OF AMERICAN BILL OF RIGHTS (1992).
32. Slobogin, Christopher, *A Jurisprudence of Dangerousness*, 98 NW. U. L. REV. 1 (2003).
33. Smith, Douglas G., *The Constitutionality of Civil Commitment and the Requirement of Adequate Treatment*, 49 B. C. L. REV. 1383 (2008).
34. Steiker, Carol S., *Forward: the Limits of Preventive State*, 88 J. CRIM. & CRIMINOLOGY 771 (1998).
35. SULLIVAN, KATHLEEN M. & GUNTHER, GERLAD, CONSTITUTIONAL LAW (17th ed. 2010).
36. TRIBE, LAURENCE, CONSTITUTIONAL LAW (2d ed. 1989).
37. WINICK, BRUCE J., CIVIL COMMITMENT: A THERAPEUTIC JURISPRUDENCE MODEL (2005).

The Constitutional Grounds for Detention in Removal Proceedings

Chao-Chun Lin* Charng-Ven Chen**

Abstract

The current system of removing foreigners in Taiwan has serious defects in terms of substantive due process jurisprudence. On the one hand, the criteria that are used to determine whether foreigners should be removed are neither specific nor clear. Therefore, foreigners put on a list for removal are forced to confront extreme uncertainty. On the other hand, foreigners awaiting removal face a possibility of indefinite detention and are put in a very difficult situation. This paper stresses the fact that, in borrowing from the experience of US law, we should divide the removal process into different phases. In the first stage, we should not only make the criteria much clearer but also reduce the length of the detention period. In the second stage, more justification should be required for indefinite detention, and a system of regular review of the situation of indefinite detention of foreigners should be established.

* Associate Professor of Law, National Taipei University; SJD Northwestern University School of Law.

** Adjunct Professor of Law, National Chengchi University; SJD Harvard Law School.

Received: December 21, 2010; accepted: March 22, 2011

Keywords: Detention in the Removal Process, Personal Liberty, Due Process of Law, Indefinite Detention, Judicial Review