

即時司法救濟、正當程序與 移民人身自由保障*

林超駿**

摘要

司法院釋字第708號解釋所提出即時司法救濟見解，對於移民人身自由保障有其重大貢獻，仍有其不足。本文以為，從正當程序保障之觀點，尚須從以下三方面著手：第一，應從職司遣送機關分權開始，藉由機關內部之制衡，以確保非單一機關獨占移民事務，從而以落實移民人身自由正當程序保障。第二，有關移民人身自由保障之關鍵，其實是在於本案之遣送程序，若參酌國際法以及比較法經驗，應從移民精緻分類著手，建構以遣送程序為核心之體系正當程序保障。第三，即便將重點僅置於收容程序，現行法將收容與遣送程序本末倒置規定方式，必須予以調整；此外，收容前程序以及即時司法救濟外其他收容正當程序正當要素，亦皆必須予以正視；最後，在強化移民收容司法救濟之際，亦必須考慮法院組織相應配套之問題。

關鍵詞：人身自由、正當程序、遣送程序、憲法第8條第1項、司法院釋字第708號解釋。

* 投稿日：2017年6月19日；接受刊登日：2017年11月8日。〔責任校對：林庭伊〕。

** 國立臺北大學法律學院教授。

穩定網址：<http://publication.ias.sinica.edu.tw/51807181.pdf>。



目次

- 壹、前言
- 貳、即時司法救濟見解之提出與未決問題
 - 一、在司法院釋字第708號解釋前大法官有關人身自由解釋之見解
 - 二、司法院釋字第708號解釋之重點與相關修法
 - 三、忽視問題複雜性之即時司法救濟見解
- 參、移民人身自由保障，應從合憲機關建構著手
 - 一、正視合憲司法或警察機關設計之重要性
 - 二、改革方向：機關分權
 - 三、美國相關法制參考
 - 四、我國法的改進方向
- 肆、以遣送為體系之正當程序建構，是移民人身自由保障重點
 - 一、遣送程序方為影響移民人身自由之關鍵，但制度設計卻被忽視
 - 二、問題更重要者，在於以移民分類為中心之遣送體系正當程序建構
 - 三、比較法上所顯示移民分類下之遣送程序體系建構
 - 四、我國法改革方向（一）：移民進一步分類之兩項關鍵
 - 五、我國法改革方向（二）：「通常」遣送程序設計應更為完整
 - 六、小結
- 伍、即時司法救濟外，收容本身之體系正當程序建構
 - 一、問題再認識：所謂法官保留概念之可能不足
 - 二、移民收容程序之保障，應區分遣送處分作成前後而有別
 - 三、即時司法救濟外收容階段應具備之正當程序要素
 - 四、職司收容之法官人數與類型
 - 五、小結
- 陸、結論

壹、前言

有關人身自由之保障，是司法院大法官歷來解釋重點之一，信手捻來，重要之解釋如數家珍¹。其中，已受學界高度重視討論²之司法院釋字第708號解釋，無論從法制發展或實證規範之角度看，皆有特為討論之必要。基本上，有關移民人身自由保障早為我國法界關心經年，文獻中有專注於我國法制而為討論者³，亦有以引介外國相關法制為主者⁴，故本號解釋之出現，是解決多年未竟之重大問題，有其相當貢獻。

然從法律史之觀點看，司法院釋字第708號解釋之重要性還在於，因本號解釋出現之前不過兩年，與人身自由保障攸關之司法院

-
- 1 諸如司法院釋字第166號、第251號以及第384號等解釋，請詳本文貳、一之介紹與分析。
 - 2 司法院釋字第708號解釋出現後，對本號解釋探討之文獻不少，至少有以下相關文章之出現：陳英鈺，被收容外國人之提審權，*台灣法學雜誌*，219期，頁155-160（2013年）；廖元豪，此亦人子也，可善遇之——釋字第七〇八號解釋評釋，*月旦裁判時報*，22期，頁5-17（2013年）；許義寶，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，*中央警察大學國土安全與國境管理學報*，20期，頁151-196（2013年）；廖元豪，「外人」的人身自由與正當程序——析論大法官釋字第七〇八號與第七一〇號解釋，*月旦法學雜誌*，228期，頁244-262（2014年）；許義寶，論台灣外國人收容之法制與其問題，*台灣國際法季刊*，11卷3期，頁27-47（2014年）。
 - 3 比如說：李震山，論移民制度與外國人基本權利，*台灣法學雜誌*，48期，頁51-65（2003年）；李建良，外國人權利保障的理念與實務，*台灣法學雜誌*，48期，頁92-107（2003年）；高榮志，新移民的法律困境與收容制度／淺析我國法院實務使用提審法之現況——以外國人收容為核心，*全國律師*，14卷9期，頁67-74（2010年）；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，*全國律師*，14卷9期，頁50-66（2010年）；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：黃舒芃編，*憲法解釋之理論與實務（七）*（下冊），頁519-575（2010年）；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*，125期，頁193-286（2012年）；陳鏡華、陳育晏，外國人收容之法律研究，*警大法學論集*，20期，頁47-88（2011年）。
 - 4 王寬宏、柯雨瑞，「美國1996年移民及國籍法」收容、遣返及司法審查制度介紹，*警學叢刊*，30卷5期，頁75-120（2000年）。

釋字第690號解釋中，大法官以為由行政機關所為之檢疫隔離處分，基於專業因素以及既存的行政爭訟管道，故並不違憲，由於此一見解在大法官內部備受批判⁵，同時亦受到學界之檢討⁶，故針對移民收容所為之司法院釋字第708號解釋之結果，便備受期待。而就結果論，本號解釋也的確未令人失望，除一定程度終結長期有關移民人身自由保障之辯論外，亦因提出賦予被收容移民即時司法救濟之見解，釐清因先前司法院釋字第690號解釋所引發之疑問，且因此一見解為半年後所出現的司法院釋字第710號解釋所發揚⁷，故從法律史之角度看，司法院釋字第708號解釋有其相當之重要地位。

而司法院釋字第708號解釋之重要性，倒並不僅是法制史發展上之地位而已，更重要之貢獻或許是在於實證規範之確立上。按在司法院釋字第708號解釋出現之前，國內法學界在從事有關人身自由討論時，法官保留是常見之語彙，而在此脈絡下法官保留之意義，因所指稱者係事前之法官保留，故相關討論，每每係著眼於事前法官保留之全有或全無⁸。以此而言，司法院釋字第708號解釋強調對於被收容之移民，至少應賦予其尋求即時司法救濟之機會，此一見解從學理上看，便有重要意義，關鍵在於突破傳統非楊即墨之窠臼，為非刑事被告人身自由保障之管道，提供了第三種可能性，有別於過往，是屬新猷。此外，以即時司法救濟見解為基礎，在司法院釋字第708號解釋出現之後，不僅入出國及移民法中之相當數

5 司法院釋字第690號解釋林子儀、李震山大法官等不同意見參看。

6 比如說：李建良，人身自由的憲法保障與強制隔離的違憲審查——釋字第690號解釋，台灣法學雜誌，186期，頁60-79（2011年）；林超駿，非刑事預防性拘禁之法官（院）保留——兼評釋字第六九〇號解釋，月旦法學雜誌，207期，頁176-200（2012年）。

7 司法院釋字第710號解釋解釋文第1段參看。

8 比如說，「移民／工人權要落實」外國人收容制度政策對話論壇會議紀錄，2011年8月23日，頁14，2.(2)有關收容處分是否應由法官為之部分，內政部移民署官員之報告。

量條文經修改，另提審法亦經修法⁹，因而即時司法救濟見解之出現，確實對我國法有關人身自由保障產生重要之貢獻，因而受到學界相當的注目與肯定¹⁰，與先前部分解釋受到嚴肅批判之場景¹¹，不可同日而語。

雖然如此，如從正當程序觀點，此一即時司法救濟見解對於移民人身自由保障言，恐仍有所不足。為何如是說？此因，之所以要賦予法院審查行政機關所為之拘禁，不僅是在保障人權（人身自由），更寓有權力分立制衡之功能，無論是英美法之人身保護令狀法制，抑或是德國法之法官保留原則，其立意大率如此¹²。但問題是，有關移民人身自由之正當法律程序保障，除法官保留意旨之實踐外，恐還需要其他制度設計作為依傍。申言之，從正當程序觀點，若欲對移民人身自由給予更完整之保障，便不能僅侷限於司法審查（法官保留），而必須及於其它相關制度設計，具體而言，而這可從三方面予以說明。

其一，無論是司法院釋字第708號解釋本身，抑或是日後之修法，皆忽略了作為保障移民人身自由之機制，無論是從憲法學理或文本依據之角度，應是從職司相關事務機關之設計著手，此特別是當我國法僅由內政部移民署職司移民之收容暨遣送事務時，尤然。按即時司法救濟固是提供對移民人身自由保障之機會，但畢竟是在人身自由已然發生限制之情況下，故相關制度設計若能從頭開始，即確保移民之人身自由得獲致應有正當程序保障，這或許是吾人應先予以思考者。以現狀言，我國內政部移民署以單一機關職司收容、遣送事務，除有球員兼裁判之疑慮外，以移民收容暨遣送事務

9 此部分詳如本文貳、二、(三)之分析。

10 註2所引文獻參看。

11 如司法院釋字第690號解釋，註6所引文獻參看。

12 美國最高法院於*Boumediene v. Bush*乙案中，便提及此。請參看：*Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723, 767 (2008).

之複雜性，以及案件數量等角度看，單一機關何能承擔此一大任？是以，如何從收容暨遣送程序發動一刻起，便透過制度上之縝密設計，以避免可能之人身自由侵害，應屬極其重要之事，應予以重視！

其二，收容即時司法救濟見解以及相關修法所凸顯之第二項問題是，忽略了以遣送程序為中心之整體正當程序建構，方是影響移民人身自由之關鍵，且現行法制對於所有移民一律賦予即時司法救濟之待遇，更不免造成過猶不及之結果。而其中問題之關鍵，似在於無論是法官或是現行法制均未能對移民作適切的分類¹³。按無論從學理分析，抑或是從國際法與比較法之觀察，吾人會發現，其實並非所有移民於收容程序均受到相同保障！亦即，於絕大多數內國法制以及國際法體系，係區別移民類型而決定是否賦予特定移民於收容程序司法救濟¹⁴，而之所以如此，復又與遣送程序有著密切關係。更精確的說，移民之分類係為對不同移民施予不同之遣送程序處遇，在不同遣送程序之設計下，復有不同之收容機制。是故，從正當程序觀點，真正重要之問題是收容暨遣送之體系正當程序建構，即收容與遣送程序二者是無法完全切割者¹⁵！而非常可惜的是，無論是司法院釋字第708號解釋，抑或是後來入出國及移民法之修法，均將此一問題忽略了！

其三，即便是將有關移民人身自由保障之制度設計重點置於收容程序本身，即時法救濟見解以及隨後之修法，除忽略所謂法官僅

13 此部分詳如本文肆、二、(二)之分析。

14 此部分詳如本文肆、三所要介紹之歐盟及美國法制之分析。

15 揆諸近來討論移民正當程序保障之外國文獻，亦不免將二者一起談，可參見：Ingrid V. Eagly & Steven Shaffer, *A National Study of Access to Counsel in Immigration Court*, 164 U PA. L. REV. 1 (2015); Won Kidane, *Procedural Due Process in the Expulsion of Aliens under International, United States, and European Union Law: A Comparative Analysis*, 27 EMORY INT'L L. REV. 285 (2013); Travis Silva, *Towards a Constitutional Theory of Immigration Detention*, 31 YALE L. & POL'Y REV. 227 (2012). David Cole, *In Aid of Removal: Due Process Limits on Immigration Detention*, 51 EMORY L.J. 1003, 1022-24 (2002).

是正當程序要素之一環外，更可能有以下三方面之不足。第一，或許是由於強調收容即時司法救濟之故，修正後之入出國及移民法，不僅對於遣送程序之設計未予以檢討，更將遣送處分之做成作為收容要件之一部，整體制度設計有本末倒置之虞！第二，即便對移民人身自由保障，於收容程序採事後即時救濟即可，但問題是，難道無需其他正當程序之要素？比如說，於移民進入收容程序前，究竟是以何種機制限制其人身自由？再就收容程序本身言，除即時司法救濟外，難道毋需要求任何其他正當程序要素？比如說，內政部移民署的舉證義務，以及收容程序進行之方式等問題。第三，在強化對移民人身自由之司法救濟後，難道不需考慮相應之法院組織配套？比如說，法官人數以及法官類型等等問題。

綜上所述，即時司法救濟見解對於移民人身自由保障，是有其重大貢獻，但從正當程序之角度看，此一見解以及之後的相關修法仍有其不足，甚至有過猶不及之慮，即一方面將重點僅置於收容程序之司法救濟，且賦予所有被收容移民聲請即時審查之權利，而未區別移民類型；但另一方面則忽視收容以外其他與移民人身自由保障有關之機制，特別是完全忽視以遣送程序為中心之正當法律程序設計，此種制度設計上之失衡，揆諸主要法域之相關法制，確屬罕見者。因而，探討如何從不同層次之制度設計，以強化移民人身自由保障，是為本文之宗旨。當然，這絕不意味著否定司法院釋字第708號解釋其他之重要貢獻，特別是該號解釋以為超過十五日期間之收容，須由法院審查之見解¹⁶。

以此為背景，本文相關論述重點與架構如下：首先，將於本文貳，對於司法院釋字第708號解釋即時司法救濟見解出現之脈絡作

¹⁶ 美國最高法院至本年仍否定受收容人於延長收容 (prolonged detention) 期間內，有定期接受法院審查之權利，請參見：Jennings v. Rodriguez, 138 S. Ct. 830 (2018)。相關檢討可參見：Carrie Rosenbaum, *Immigration Law's Due Process Deficit and the Persistence of Plenary Power*, 28 BERKELEY LA RAZA L.J. 119 (2018)。

析述，闡釋此一見解之突破性與貢獻，並分析此一見解與後續修法之未決問題。其次，則於本文參強調，欲保障移民人身自由，整體遣送移民法制之設計應予以調整，其中將特別強調應從職司遣送機關之分權開始，藉由機關內部之制衡，以確保移民人身自由保障。復次，於本文肆強調，有關移民人身自由保障之關鍵，其實是在遣送程序，因而以遣送為中心之整體正當程序設計，應為問題之重點，故應遵循國際法以及比較法之經驗，從移民精緻分類著手，以強化對移民人身自由正當程序保障。最後，於本文伍回到收容程序，在強化對於移民收容之即時司法救濟機會外，對於現行法制下收容與遣送程序本末倒置之關係必須予以調整；另外對於收容程序本身除即時司法救濟外之其他正當法律程序要素，亦必須予以正視；同時在強化移民於收容司法救濟之際，亦必須考慮到法院組織是否有相應配合之問題。

貳、即時司法救濟見解之提出與未決問題

如本文開頭所言，司法院釋字第708號解釋所提出之即時司法救濟見解，是屬創舉，在大法官過往二十多年來已處理過十多號與人身自由有關解釋之情況下，尤有其重要意義。而亦如前所言，在本號解釋出現後，入出國及移民法暨提審法亦經修法，因而本號解釋影響層面之深與廣，當非一般解釋所可比擬。當然，亦承上之分析，雖然有即時司法救濟見解之提出，有關移民人身自由保障仍有諸多必須精進之處。是故，對於本號解釋之所從來，有必要從法律史之觀點予以剖析。以下便從對歷來大法官有關人身自由解釋之歸納談起，進而分析司法院釋字第708號解釋之特色與重點，同時並引介相關之修法要點，最後再扼要論述有關整體移民人身自由保障尚有未足之處，以作為開啟本文以下三層次討論之楔子。

一、在司法院釋字第708號解釋前大法官有關人身自由解釋之見解

大法官在司法院釋字第708號解釋出現之前，與憲法人身自由保障有關之解釋，不僅為數不少，且相當豐富，司法院釋字第708號解釋固有創新之處，但一定程度上仍未逾越過往司法院大法官有關人身自由解釋之脈絡。基此，在對該號解釋作介紹之前，有必要對先前幾號與人身自由保障有關之解釋，作一概要之回顧。如以個案釋憲標的作區分，特別是從是否賦予當事人司法救濟（法官保留）之角度看，大法官有關人身自由之解釋，約略可區分為以下四種：

（一）強調事前法官保留之解釋

如從司法救濟或所謂法官保留之角度看，對於人身自由保障最為完整者，應屬事前的司法救濟（審查）或事前的法官保留，而綜觀歷來大法官解釋，有數號解釋係以該號解釋系爭法律未要求事前的司法審查，而宣告相關法律屬違憲者。而大法官最早以此作為違憲宣告之依據者，是兩號與違警罰法有關之解釋，即司法院釋字第166號及第251號解釋。先是於司法院釋字第166號解釋中，大法官強調違警罰法中之拘留、罰役等規定，本質上是屬處罰，故依據憲法第8條第1項規定應經法院為之，也就是必須經事前之法官介入審查¹⁷；於司法院釋字第251號解釋中，則以為同法命於相當處所矯正或學習生活技能之處分，亦屬人身自由限制之一種，應由法院事前為之¹⁸。之後，大法官於司法院釋字第392號解釋中，強調憲法第8條第2項之法院意義，係指狹義之法院，也就是僅指法官而不包括檢察官，從而刑事訴訟法中之羈押強制處分便僅限於法院所得為之¹⁹，亦屬是一種事前法官保留之強調。

17 司法院釋字第166號解釋解釋文。

18 司法院釋字第251號解釋解釋文第2段。

19 司法院釋字第392號解釋解釋文第2段。

(二) 已有法官保留外，但爭執正當程序保障之解釋

另外，大法官有數號解釋，係處理有關有法官保留後，但相關程序保障不足之問題。其中，司法院釋字第384號以及釋字第588號解釋，應屬其中代表。先是在司法院釋字第384號解釋中，大法官在處理有關檢肅流氓條例相關規定違憲時，強調憲法第8條有關人身自由保障及於非刑事被告，並又立論該條第1項之法定程序係指實質正當法律程序而言，而這正當程序之要素包括了受律師協助權利、與作不利陳述證人對質詰問之權利以及上訴之權利等等²⁰。至於司法院釋字第588號解釋，雖強調刑事與非刑事被告之正當程序保障不必相同，但仍以為當時之管收程序未給予法定義務人到場以及防禦等機會，有違憲法正當程序保障²¹。之後的司法院釋字第636號等解釋重點之一，亦是在於法官保留以外之正當程序保障問題²²。總之，上述三號解釋共通點，是在於雖然法律已規定事前的司法審查機制，但大法官仍以為其它程序之設計有所不足，違反了憲法應有的程序保障。

(三) 已有法官保留下，實體要件違憲之解釋

另外，尚有部分大法官解釋，係以已採法官保留為前提下，強調人身自由限制之實體要件合憲性問題。比如說，上述司法院釋字第588號解釋中亦指陳到，部分管收事由已逾越必要程序，故屬違憲²³。類似地，於司法院釋字第664號解釋中，以為有關少年虞犯要件有涵蓋過廣或不夠明確之問題，故屬違憲²⁴。

20 司法院釋字第384號解釋解釋理由書第2段。

21 司法院釋字第588號解釋解釋文第3段。

22 司法院釋字第636號解釋解釋文第2及第3段。

23 司法院釋字第588號解釋解釋文第1及第2段。

24 司法院釋字第664號解釋解釋文後段。

(四) 以為一般行政爭訟機制即屬符合憲法第8條程序保障之解釋

最後，尚有部分大法官解釋以為，於特定場合之人身自由限制，如傳染病防治法中之檢疫隔離處分，基於專業因素故得由行政機關為之，此外，亦因尚有行政爭訟程序可以保障其權利²⁵，故於此情況下，系爭之人身自由限制毋需給予任何形式之司法救濟。

二、司法院釋字第708號解釋之重點與相關修法

由以上簡要介紹可知，在司法院釋字第708號解釋出現前，有關人身自由各號解釋之重點與論述方式，涉及人身自由保障之不同層面，其實有一定之差異，但基本上未提出類似即時司法救濟之概念者，也就是事後司法救濟或事後法官保留，以此而言，司法院釋字第708號解釋有一定之特殊性，故以下便對該解釋作一介紹。

(一) 事實背景

司法院釋字第708號解釋係因兩位外國人，分別是泰國籍與印尼籍，於至被遣返日時，分別已被收容90日與145日，二人於被遣返前分別向法院聲請提審，但同遭法院以有違當時提審法第1條規定而拒絕受理，故向司法院大法官聲請釋憲²⁶。

(二) 解釋重點

依據司法院釋字第708號解釋的解釋理由書，相關重點約略如下：第一，移民收容雖與刑事羈押或處罰有所不同，但仍屬剝奪人身自由之一種，係屬干預人身自由之強制處分，因而必須踐行必要之司法或其他正當程序保障²⁷。第二，惟移民收容之目的係為遣送

²⁵ 司法院釋字第690號解釋解釋理由書第5段。

²⁶ 事實摘要請參見：司法院釋字第708號受驅逐出國外國人之收容案，司法院，http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01.asp?expno=708（最後瀏覽日：2018年8月8日）。

²⁷ 司法院釋字第708號解釋解釋理由書第3段。

出國，即因遣送外國人本質上需要適當之作業期間，因擔心該外國人可能逃脫，故必須予以收容，因而此一暫時收容之處分毋須先經法院為之²⁸。第三，然為落實憲法保障人身自由之意旨，倘收容人對於收容處分不服或要求法院予以審查時，入出國及移民署必須於24小時內移送法院裁定²⁹。第四，考量暫予收容期間不宜過長，故其上限為15日，對於超過期間之續予收容，應由法院為之³⁰。第五，收容處分應以當事人所理解之語言做成書面通知，並增訂具保責付以及法律扶助等制度之協助³¹。

進一步言，若從本文寫作之宗旨看，即有關本號解釋即時司法救濟見解之探討，則重點在以下所引文字，即：

查外國人並無自由進入我國國境之權利，而入出國及移民署依系爭規定收容外國人之目的，在儘速將外國人遣送出國，非為逮捕拘禁犯罪嫌疑人……系爭規定賦予該署合理之遣送作業期間，且於此短暫期間內得處分暫時收容該外國人……當屬合理、必要，亦屬國家主權之行使，並不違反憲法第8條第1項保障人身自由之意旨，是此暫時收容之處分部分，尚無須經由法院為之。惟基於上述憲法意旨，為落實即時有效之保障功能，對上述處分仍應賦予受暫時收容之外國人有立即聲請法院審查決定之救濟機會……³²。

由本段之論述可知，大法官主要係從基於遣送外國人需要一定之作業期間，為使遣送作業順利進行，則移民署於本段時間內有限制待遣送移民人身自由之權力，且強調此屬國家主權之行使。但可

28 同前註。

29 同前註。

30 司法院釋字第708號解釋解釋理由書第4段。

31 司法院釋字第708號解釋解釋理由書第6段。

32 司法院釋字第708號解釋解釋文。

惜的是，至於為何僅賦予移民即時聲請法院審查之權利即可？相關理論基礎為何？以及為何無須論及其他可能之正當程序要素？大法官便未明言。但無論如何，此賦予移民對收容處分進行即時司法救濟之機會，當屬本號解釋的最大貢獻，且在此一解釋帶動下，回應大法官之見解，入出國及移民法隨後亦經修法，增加了有關收容異議之程序規定及增所謂續予收容之規定（詳下述）；此外，提審法亦在此一脈絡下，進行修法，雖然修法重點與入出國及移民法略有不同（亦詳下述）。是故，司法院釋字第708號解釋提出即時司法救濟之概念，是有其貢獻與新意³³。

（三）司法院釋字第708號解釋後之修法重點

就後續之立法言，在司法院釋字第708號解釋即時救濟見解影響下，可從兩方面看。一方面，就入出國及移民法言，為呼應即時司法救濟之見解，就移民收容程序新增十多條之規定，同時行政訴訟法亦新增數條相應之收容異議程序規定；而在另一方面，提審法亦經修法。總而言之，修法重點在賦予移民即時司法救濟之機會，以下便對此三部法律分別介紹之。

1. 入出國及移民法

如從移民人身自由保障之角度看，此次有關遣送收容法制之修法，主要是在新增移民即時司法救濟之機制，而以此為核心，至少可歸納出以下六項重點：

³³ 當然，這並不是司法院釋字第708號解釋僅有之特色。按本文研究重點在於司法院大法官的解釋文或解釋理由書本身，原則上不及於各個大法官所撰之精彩的協同意見書或不同意見書，因而即便各個協同意見書或不同意見書所突顯之特色，如司法院釋字第708號解釋中諸多大法官，諸如蘇永欽大法官、葉百修大法官、湯德宗大法官、李震山大法官以及羅昌發大法官等，在各自所協同意見書或不同意見書中，因提及國際人權法所展現內國憲法法院與國際法之對話風格，當然亦屬本號解釋重要特色，然因與本文寫作宗旨有一段距離，只能暫且割愛而不論。

第一，將移民收容要件予以簡化（第38條第1項）。第二，強化對外國人之程序保障（第38條之2）。第三，落實收容外之替代處分（第38條第2項）。第四，新增續予收容及延長收容法制（第38條之4）。第五，同時新增程序進行之細節規定（第38條之3）。第六，增加應使用外國人得理解之語言規定（第38條之6）。亦即，除落實司法院釋字第708號解釋有關即時司法救濟以及定期審查之精神，故新設對於暫予收容異議24小時救濟，以及新設續予及延長收容程序，以分別對移民最初以及不定期人身自由憲制予以救濟外，尚有諸多超越該號解釋之制度設計，諸如必須使用外國人得理解之語言以為處分等事。

2. 行政訴訟法

為配合上述入出國及移民法之修法，行政訴訟法亦增加收容程序專章，規定在行政訴訟法第237條之10至第237條之17條³⁴，增加了多達8條之規定，以處理對移民暫予收容以及續予收容等處分之救濟問題。

3. 提審法

另在司法院釋字第708號解釋影響下，提審法亦經修法³⁵，此可從該法第1條之修法理由上見之。此因，該法之修法理由開宗明義就言，該法此次之修法，係因司法院釋字第708號解釋中提出即時司法救濟見解之故³⁶。

34 有關新增訂法制之介紹，可參見：李建良，外國人收容之法官保留與司法救濟——2014年行政訴訟法修正評介，台灣法學雜誌，252期，頁3-6（2014年）。另可參見：廖元豪，「即時司法救濟」的具體化——行政訴訟法與提審法新修規定之評析，月旦法學教室，147期，頁72-76（2015年）。

35 提審法本次修法簡介，可參見：胡宜如，人權保障新篇章——談提審新制，司法新聲，112期，頁9-23（2014年）。

36 有關提審法修法之重點，可參考：提審新制，司法院，<http://www.judicial.gov.tw/work/work15.asp>（最後瀏覽日：2018年8月8日）。

三、忽視問題複雜性之即時司法救濟見解

綜上所言，在大法官以賦予移民即時司法救濟即符合正當程序保障要求之見解下，此舉不僅突破過往討論架構，亦掀起後續之修法，無論是入出國及移民法與提審法，對移民人身自由保障皆有相當之提升。基本上，即時司法救濟此一概念之提出確屬突破過往之窠臼，屬對有關人身自由保障之事另闢蹊徑，不再拘泥於過往幾近零和式之制度設計，也就是如非賦予人民事先司法審查（法官保留）之機會，便是全無聲請法院介入審查之可能，就此而言，即時司法救濟概念之提出，確有其新意。然可惜的是，司法院釋字第708號解釋所提出之即時司法救濟見解不免有其不足，例如就即時司法救濟此一概念言，大法官之論述恐就有過猶不及之嫌，此可特別是可從與國際人權法與特定外國法制之比較上看。

先就國際人權法言，揆諸主要國際人權公約規定，吾人會發現一有趣之現象：即在收容場合之底線，雖然僅強調賦予移民事後之司法救濟機會，而形式上看，大法官亦與國際人權法之要求契合，即公民與政治權利國際公約（International Covenant on Civil and Political Rights，以下簡稱公政公約）³⁷及歐洲人權公約（European Convention on Human Rights）³⁸之要求相符。亦即，國際人權公約係以是否屬刑事或非刑事人身自由作分野，如果是在刑事人身自由限制之場合，兩個人權公約皆要求必須主動移送法官審查³⁹，但在其他場合，則僅要求如上述之事後賦予向法院尋求即時救濟機會即可。以此而言，司法院釋字第708號解釋之意旨，是與主要國際人權公約之規範相符，但問題是，國際人權公約同時亦視移民之不同，區分移民類型，在遣送暨收容程序上施予不同之處遇。簡言

37 公政公約第9條第4項參看。

38 歐洲人權公約第5條第4項參看。

39 公政公約第9條第3項以及歐洲人權公約第5條第3項參看。

之，即便是在收容程序上，並非所有移民實際上均受到即時司法救濟之處遇⁴⁰。

美國法則提供另一種對照。該國法基於自19世紀末期以來的全權理論（plenary power doctrine），美國法基本上係以為有關移民遣送收容等事務，並非當然需要賦予移民受司法審查救濟之理論。此因，美國立國之最初一世紀左右，係由各州政府負責移民事務⁴¹，聯邦政府則遲至1882年方立法處理移民事務⁴²，而在所謂全權理論之支配下，向來美國法上之移民事務，是歸屬於行政與立法二權負責，司法權所扮演之角色受到限縮，這主要是因一系列重要案件諸如：*Chae Chan Ping v. United States*乙案、*Nishmura Eiku v. United States*⁴³乙案，以及*Fong Yue Ting v. United States*⁴⁴乙案，等所立下之見解⁴⁵。是以，美國法雖亦提供移民所謂即時司法救濟，但係從人身保護令狀（Habeas Corpus）之程序⁴⁶，也就是我國所稱之提審法進行救濟。此外，近代美國法制，與上述歐洲人權法有異曲同工之妙，即亦是透過對移民分類而予以不同處理，亦非所有移民皆受即時司法救濟之機會⁴⁷。

是以，從以上對歐洲人權法以及美國法之扼要介紹以觀，司法院釋字第708號解釋所提出看似理所當然之即時司法救濟概念，其實在論述上是充滿挑戰者，基本上，該號解釋如與國際人權法相關規定相較，恐有過猶不及之嫌！關鍵可能在於該項見解恐忽視制度

40 請參考本文肆、三、（一）之分析。

41 DANIEL KANSTROOM, DEPORTATION NATION: OUTSIDERS IN AMERICAN HISTORY 92 (2007).

42 *Id.* at 94.

43 See *Nishmura Eiku v. United States*, 142 U.S. 651 (1892).

44 See *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. 698 (1893).

45 Hiroshi Motomura, *Immigration Law after a Century of Plenary Power: Phantom Constitutional Norms and Statutory Interpretation*, 100 YALE L.J. 545, 547 (1990).

46 DANIEL WILSHER, IMMIGRATION DETENTION: LAW, HISTORY, POLITICS 9 (2012).

47 請參考本文肆、三、（二）之分析。

設計之複雜性，因而更艱鉅之挑戰或許是在於，從正當程序保障觀點看，除即時司法救濟外，難道無其他與移民人身自由保障有關之重要機制，必須一併予以論述處理？對此，本文以為至少有以下三項而相關問題必須討論，一是職司移民事務機關之合憲建構、二是以遣送程序為中心之體系正當程序建構、三是收容程序本身之正當程序建構，請詳以下之分析！

參、移民人身自由保障，應從合憲機關建構著手

當下有關移民人身自由之保障言，抑或是任何非刑事人身自由限制時，一個重要但常被忽略之問題是，對於職司相關事務之機關，究竟應如何設計？這一問題討論之必要性，不僅有憲法第8條第1項之支撐，更有學理上之要求，但在現階段的相關討論上，似乎是被忽略了。按即便賦予移民對於收容即時司法救濟之機會，畢竟是在其人身自由已然受限制的情況下，是故，如能自程序發動之一刻起，便能以較為嚴謹之機制或程序予以控管，或許才是避免移民人身自由被侵害之最好方法。而為達此一目的，職司移民事務機關之合憲性設計，應為討論之重點！而就當下我國法制言，無論是有關收容或是遣送程序之制度設計，皆將相關權力委由內政部移民署擁有，也就是由單一行政機關獨占全部移民遣送收容事務之權力。對於此種制度設計，無論是從學理上看，也就是相對於一般行政事務，移民事務之複雜性以及移民人身自由限制之重要性；或是從與其他國家法制比較之觀點，如美國，我國現行有關職掌移民事務機關之設計，恐有相當之不足。而具體之改革方向，便是從移民事務機關之分權著手。接下來便以四點，對於此一問題，作進一步申論！

一、正視合憲司法或警察機關設計之重要性

如上所言，如欲徹底對移民人身自由進行保障，應從相關程序發動之時起，因為職司移民事務機關之權限與設計，是與人身自由保障息息相關者，以下便從兩方面對問題作進一步闡釋！

(一) 實務運作角度

首先，如借用刑事訴訟制度所謂「案重初供」的話，則從實務運作觀點，職掌移民事務相關組織設計之重要性，可能並不亞於程序設計之重要性，此因到底是否屬應遣送之外國人？以及特定外國人到底是基於何種事由予以遣返？以及相關程序應該何時發動？這些都是職司移民事務機關之權責，也是移民人身自由限制開始之關鍵，而移民機關對於這些事務皆享有相當大之裁量權限⁴⁸，且相關決定皆是無法透過司法院釋字第708號解釋所稱之即時司法救濟機制，所能予以解決者⁴⁹。是故，如對於收容前程序等相關制度設計完全置之不問，很難想像移民人身自由能獲得確保，基此，對於職司移民事務機關之合憲性設計，便有探討之必要。在移民事務上，特別是在移民遣送收容事務上，其中之特為重要問題，是有關究竟應由何種態樣之組織作為警察機關？這應是非常值得討論之問題，但似卻受到忽略！

再者，如將移民人身保障之重點僅放在收容程序，勢必不足之理由還在於，即便賦予移民於收容程序即時司法救濟之機會，但問題是在相關機關移送該移民至法院之前，該移民至少已喪失人身自由近24小時，因而最先由誰決定以及如何進行該移民最初之人身自

48 這也是美國近來有關移民問題討論重點之一，相關文獻可參見：Adam B. Cox & Christina M. Rodriguez, *The President and Immigration Law Redux*, 125 YALE L.J. 104 (2015).

49 所以，近來美國學者有強調移民事務執行之衡平性者，請參見：Jason A. Cade, *Enforcing Immigration Equity*, 84 FORDHAM L. REV. 661 (2015).

由限制，應是關切之重點，但似乎未見任何相關討論，如與刑事訴訟相對照，是有所不足的。依據現行刑事訴訟法規定，除現行犯外，在最初人身自由限制作為之發動，對於犯罪嫌疑人以及被告等之拘票，僅由檢察官或法官核發⁵⁰，司法警察（官）僅能從事拘捕之行為；類似地，在通緝犯逮捕場合，通緝書係由法院院長或檢察長具名發布⁵¹，具逮捕權人甚至僅限於檢察官及司法警察（官）⁵²，由此可知，刑事訴訟對於人身自由之保障，係從限制人身自由作為發動之一刻起，便有所規範，但這卻不是我國現行入出國及移民法中有所之情形。

總之，從正當程序角度看，移民人身自由正當程序之保障，有必要提前至最初之人身自由限制作為發動一刻起，予以落實。而這樣之論述，不僅從實務操作上可得到如上之結論，從憲法文本與學理之角度看，亦然。

（二）憲法文本與學理角度

移民人身自由保障之時點必須提前，除實務操作之因素外，更是在於憲法學理與文本之依據，以下先從憲法第8條第1項之文本依據談起。

按憲法第8條第1項開宗明義謂：除現行犯外，僅司法機關與警察機關得進行逮捕拘禁之人身自由限制作為，對於此處所稱司法與警察機關之意義，前者在司法院釋字第392號解釋中闡釋得甚為明確，即包括法院與檢察署等機關⁵³，但對於後者，司法院釋字第588號解釋中曾有觸及，但可惜的是，僅簡單帶過，強調憲法第8條

50 刑事訴訟法第71條第4項參看。

51 刑事訴訟法第85條第3項參看。

52 刑事訴訟法第87條第1項參看。

53 司法院釋字第392號解釋解釋文第1段參看。

第1項所稱之警察機關不以狹義之司法警察為限⁵⁴，也就是不以一般所理解之警政署、調查局以及憲兵隊為限。如此論述基本上並無大誤，但問題是，對於不同程序之司法警察制度合憲性建構要求，是否應有所區別？而處理移民事務之行政機關設計，恰巧地，或許最可以凸顯此一問題之重要性！

先從所侵害基本權利之類型看，職司收容與遣送之機關組織，因涉及人身自由之侵害，故於學理上是否應有別於一般機關組織之設計？比如說，是否應有別於一般僅負責財產權處分之機關建構？其中，因憲法第8條第1項提及警察機關，以此為基礎，若對於事涉人身自由行政機關之合憲設計採取較為嚴格之標準，是除學理外，亦有憲法文本之支撐者！再者，對於同樣是屬非刑事人身自由限制之場合，如果說相對於其他人身自由限制情形，因移民事務有其特殊性，故於收容程序上僅賦予移民即時司法救濟之機會即可，則同樣是基於移民事務之特殊性，就職司移民事務機關之設計，是否應有別於其他機關者？亦即，對於同樣涉及非刑事人身自由限制之各類機關，如職司行政執行管收、職檢疫隔離以及移民事務之等機關，是否應有不同程度之合憲性要求？

簡單說，憲法第8條第1項的司法或警察機關之意義是屬正當程序建構之一部，則於任何人身自由限制之場合，司法或警察機關之建構亦應有合憲與否之問題！從另一角度看，套用司法院釋字第384號解釋中之用語，如果說憲法第8條第1項所稱之法定程序，並非僅只有法律規定為基礎之程序而已，尚必須實質正當的話，則從學理上看，該項所稱司法或警察機關之意義，無論是從組織或程序之角度看，當亦要求必須實質正當，而非僅形式上有法定機關存在即屬足已。是故，警察機關本身亦有合憲性建構之問題！而此一問題於移民人身自由保障之事上，尤有重要性！

54 司法院釋字第588號解釋解釋文第4段參看。

二、改革方向：機關分權

如上之分析，如移民人身自由保障應從程序發動一刻起予以落實的話，則具體改革方向又應如何？如前已提及者，由於我國現行制度下係以單一之內政部入出國及移民署職掌移民遣送暨收容事務，無論是從移民事務之複雜性，以及移民事務相關之案件量以觀，已屬不宜。故於此有關改革之建議，便以職司移民事務之機關分權，作為改革之目標。而為闡述此點，以下便從再次援引刑事訴訟法之例開始，再輔以近來憲法學理上所稱之機關分權理論，以為說明。

（一）問題闡釋：以刑事訴訟制度為例

在當代舉世所採之刑事訴訟制度下，其中一項共通之制度設計，是有關案件之偵辦，並非僅賦予單一機關從事，而是複數機關。所謂複數機關，係指在偵查階段，無論檢察官是否同時兼攝有偵查主體與公訴人雙重身分⁵⁵，司法警察是必定存在之另一機制，且同時可能存在複數司法警察機關（如我國之內政部警政署與法務部調查局等單位），各機關分工合作從事刑事案件偵辦。舉例言，於我國現行刑事訴訟制度下，檢察官所核發之拘票，每每係由司法警察持以從事人身自由限制之工作，而非由檢察官親自為之。抑有進者，於我國現行實務操作上，更將檢察官區分為偵查檢察官與公訴檢察官，因而犯罪偵辦不僅是檢警之分工而已，檢察事務本身更有分職，因而於我國現行法制下，有稱檢察官雙面控制功能者⁵⁶。這是因檢察官所扮演者，係一雙面制衡之角色，即一方面制衡司法警察，另一方面制衡法官。

⁵⁵ 從比較法之角度看，各國檢察官制度有所不同，並非完全皆具備偵查主體與公訴人雙重身份者。歐盟各國法制之介紹與比較可參見：KATALIN LIGETI ED., TOWARD A PROSECUTOR FOR THE EUROPEAN UNION VOLUME 1: A COMPARATIVE ANALYSIS (2013).

⁵⁶ 林鈺雄，刑事訴訟法（上），7版，頁131（2013年）。

進一步言，如果說有人類文明即有犯罪的話，則從功能主義看，刑事訴訟制度早存在於人類社會多時，但當代檢察官制度不過是1789年法國大革命後所建立之制度，存在迄今不過兩百多年。其設立基調，很顯然的，是對傳統刑事訴訟參與者分權（法官及司法警察），且藉由分權避免單一機關獨斷，強化對刑事被告權利之保障，事實上，我國大法官於司法院釋字第384號解釋中，亦強調審判與檢察分離，係屬正當程序要素之一⁵⁷。是故，檢察官制度之設立，從今日強調內部權力分立之觀點，亦可證立是項制度之正當性。

以上述分析為背景，就本文所處理遣送移民收容場合之問題言，由於亦牽涉人身自由之限制，雖然本質上與刑事案件仍有所不同，但所牽涉問題遠較一般行政拘禁案件為複雜，是以，於遣送移民人身自由保障場合，固未必需要建構類似檢察官於刑事程序上之監督司法警察機制，但如仍委由單一機關掌握全部權力，亦有不妥。對此，本文以為相關法制之變革，至少應師刑事訴訟程序設計檢察官制度之意，將移民事務朝向委由兩個以上機關協力從事之目標邁進。而這樣之主張，其實亦有下述學理上之支持。

（二）憲法學理之機關分權依據

近來在美國學界，或是依據對實務之觀察，或是從學理而為分析，提出所謂機關分權理論。首先，就學者觀察到之部分言，有關機關間協力從事規範（行政命令）制定的現象，學者稱之為共同執掌（overlapping jurisdiction）⁵⁸模式，而此一模式在美國法上至少存在三種次類型，一是所謂機關間諮詢（interagency consultation）⁵⁹，

57 司法院釋字第384號解釋理由書第2段。

58 See Jody Freeman & Jim Rossi, *Agency Coordination in Shared Regulatory Space*, 125 HARV. L. REV. 1131 (2012).

59 *Id.* at 1157-61.

另一是機關間協議（interagency agreement）⁶⁰，最後則是政策共同制定（joint policymaking）⁶¹等三種。另外，有學者則是觀察到機關間分權，可能產生制衡之效果，故有稱之為內部權力分立（internal separation of powers）⁶²者，也就是強調行政機關間具有互相制衡之功能者。近來則有學者專注在所謂機關間協力救濟（coordinated interagency adjudication）⁶³者，研究由他機關作為本機關行政處分等決定救濟機關場合之問題。

上述美國學者有關機關分權間之學理歸納，不免有美國法之背景，而係為我國法所無者，但並不表示並無參酌價值。舉例言，在所謂機關間協力救濟之場合，美國早就委由屬獨立機關之國家運輸安全委員會（National Transportation Safety Board，簡稱NTSB）作為該國交通部下之民航署所為與證照有關行政處分之救濟（訴願）機構⁶⁴。此種制度設計，如與我國現行以上級機關作為訴願審議機構之法制相較，孰優熟劣？應是可以討論者，並無因相關法制係源自於他國，便當然做出無可採之結論。問題之關鍵在於，傳統憲法學上所稱之制衡，係存在於不同權力機關之間，惟學者從實務觀察或是學理上推論，其實從行政機關間之分權，亦可達到一定程度限縮權力之效果。

總之，對於上述各類不同之機關分權模式作更進一步之論述，不免超出本文之範圍，此處所要強調的是，雖然複數機關掌理相同

⁶⁰ *Id.* at 1161-65.

⁶¹ *Id.* at 1165-73.

⁶² See Neal Kumar Katayal, *Internal Separation of Powers: Checking Today's Most Dangerous Branch from Within*, 115 YALE L.J. 2314 (2006). 另可參見：Gillian E. Metzger, *The Interdependent Relationship Between Internal and External Separation of Powers*, 59 EMORY L.J. 423 (2009).

⁶³ See Bijal Shah, *Uncovering Coordinated Interagency Adjudication*, 128 HARV. L. REV. 805 (2015).

⁶⁴ *Administrative Law Judges*, NATIONAL TRANSPORTATION SAFETY BOARD, <https://www.nts.gov/legal/alj/Pages/default.aspx> (last visited Aug. 8, 2018).

事務可能造成人力、物力等之浪費⁶⁵，同時可能有權責不分之弊病⁶⁶，且可能因目的不同而影響政府效率⁶⁷，但若能在不同之機關間有足夠之協調，則複數機關一起掌理相同事務，反有其優點，其中之一就是透過相互之監督，避免對人權之侵害，而此可藉由美國法上有關職掌移民事務機關分權之設計，再做申論。

三、美國相關法制參考

如果說，為強化對移民之人身自由保障，應從對職司移民事務機關之分權著手，但究竟應如何從事？或為問題之難者⁶⁸。有幸的是，美國主管遣送移民事務機關，當下是屬分權者，以下便以此一法制的演變做介紹，同時作為上述學理之呼應！

(一) 美國主管遣送移民事務機關之分權經過

就美國移民遣送程序人身自由保障之相關機制中，首先必須從法律史檢視的，是美國主管遣送移民事務機關之演變，而這又可約略區分為二者：一是負責整體移民事務機關之演變，另一則是負責移民遣送與救濟機關之演變。之所以必需作如此區分，係因所謂負責整體移民事務之機關，係指職司遣送程序發動之機關；至於負責移民遣送與救濟之機關，則是指對個案遣送之決定有全權之機關而言。由於此兩項機關在美國法上於1983年前系隸屬於同一機關（如我國法現行之內政部移民署），而於1983年漸次分離，迄今甚至分屬於不同之部會（其意義請詳本文肆、三之分析），故有分開介紹之必要。

65 Freeman & Rossi, *supra* note 58, at 1182-84.

66 *Id.* at 1189-91.

67 Rachel E. Barkow, *Insulating Agencies: Avoiding Capture Through Institutional Design*, 89 TEX. L. REV. 15, 53 (2010).

68 事實上，定義上哪些機關係與移民事務有關，恐就是難題，不同學者間有不同之定義者，請參見：Jill E. Family, *The Executive Power of Process in Immigration Law*, 91 CHI.-KENT. L. REV. 59 (2016).

1. 負責移民事務之機關演變

於19世紀末葉美國聯邦政府統一所有全國各州移民事務之後，最初負責移民事務之機關，是聯邦政府中之財政部，但財政部還是必須依賴各州州長所任命之官員進行執法，在國會深感此種權力分割之情況下無法有效執法，故在1891年於財政部之中設立了移民督導官（Superintendent of Immigration），接收原由各州官員負責之移民事務，之後幾經演變，於1924年分設獨立的移民局（Bureau of Immigration）與歸化局（Bureau of Naturalization）於新設立之勞工部（Department of Labor）之中⁶⁹。

然在1933年此兩機構又再度合併，成為日後著名之美國移民暨歸化局（Immigration and Naturalization Service，簡稱INS），而於1940年在強調國家安全之情況下，以行政命令方式將INS移到司法部，移民事務便改由司法部部長負責。而於1952年，所制定之移民與國籍法（Immigration and Nationality Act，簡稱INA）便反映此種制度上之設計，同時司法部部長往往透過發布命令方式將INA賦予其之權力，大部分移轉至INS⁷⁰。而這樣之架構，一直維持到911事件之後，於2002年配合新設立之國土安全部，原設立在司法部內之INS被廢止，相關權力移轉至國土安全部下之移民暨海關執法局（Immigration and Custom Enforcement，簡稱ICE）。所以，於今日之法律架構之下，主要負責執行美國移民事務之單位，為國土安全部⁷¹。

⁶⁹ THOMAS ALEXANDER ALEINIKOFF ET AL., IMMIGRATION AND CITIZENSHIP: PROCESS AND POLICY 269 (6th ed. 2008).

⁷⁰ *Id.*

⁷¹ 學者有強調，國土安全部中共有三個單位分掌不同移民事務者，請參見：Family, *supra* note 68, at 62.

2. 負責移民遣送、收容與救濟機關之演變

至於最初負責移民遣送救濟之機關，基本上在1983年之前，亦隸屬上述迭經演變之機關。故有關1983年之前負責移民遣送、收容之司法救濟機關之演變，便不再析述。以下將從兩方面，即負責遣送移民事務權力之移民法官一職之演變，以及移民法官所隸屬單位之轉變分別做論述。

基本上，於美國法上驅逐外國人之決定，唯有所謂移民法官（immigration judges）方能作成。在早期，移民法官向來是由行政官兼任，且與其他移民事務輪流交換承擔，在1996年之前移民法官被稱為special inquiry officer⁷²。而這樣混合之角色，於1950年之 *Wong Yang Sung v. McGrath* 乙案⁷³中，受到挑戰。該案背景是，待遣送之 Wong Yang Sung 主張當時負責移民遣送程序之官員，不若於1947年開始施行之行政程序法中之官員來得獨立公正，故主張職司移民遣送之機制違反美國政府經施行之行政程序法⁷⁴。雖然，最後最高法院以為係違反行政程序法（Administrative Procedure Act，簡稱APA）之規定，但有趣的是，之後，國會立法明文遣送程序得有不同於一般行政程序之作法⁷⁵。不過，仍是受到此案之影響，INS 於1956年後起要求擔任移民法官者必須具有法學學歷⁷⁶。

而更重要之改變發生在1983年，司法部主動將移民法官自INS 中移出，在司法部下成立一新單位稱為移民審查行政官（Executive Officer for Immigration Review，簡稱EOIR），此單位直接向司法部副部長（Deputy Attorney General）或是司法部次長（Associate Attorney General）負責。自此以後，移民法官便毋須對INS負責，

72 KANSTROOM, *supra* note 41, at 171.

73 See *Wong Yang Sung v. McGrath*, 339 U.S. 33 (1950).

74 *Id.*

75 KANSTROOM, *supra* note 41, at 173.

76 ALEINIKOFF ET AL., *supra* note 69, at 278.

而此舉也強化了移民法官之中立性與獨立性⁷⁷。另外，具有審查移民法官所作驅逐出國決定之單位稱移民訴願救濟委員會（Board of Immigration Appeals，簡稱BIA），此一單位原係隸屬於勞工部，亦是於1940年移轉至司法部。此一單位之設立並無法律依據，而是由司法部部長之命令所設立，原係直接對司法部部長負責，但於1983年後，亦隸屬於上述之EOIR之中。BIA原係以合議方式審理，但於2002年之改變後，以獨任審理為原則⁷⁸。

由上述扼要之析述可知，美國最終負責個案遣送與收容決定之移民法官，不僅在專業之要求上有所轉變，而移民法官是隸屬於司法部下之機關（1983年之前屬INS之一部）。在該移民法官所隸屬單位上，亦歷經重要轉折，其專業性與獨立性亦趨於強化，雖亦不乏批判⁷⁹，但制度設計朝向較為正面之發展，應屬無疑。

（二）重點歸納：先從機關內部分權，再到不同機關間分權

由以上對美國職掌移民事務機關演變之介紹可知，美國現制下有關職掌移民事務機關之分權模式，是與我國現制下由內政部移民署單一機關掌管全部移民事務者，有著非常大之差異。該國移民事務自1983年起，便開始分由不同機關職掌，雖然最初僅是在單一部會下分權，目前則是進一步在不同部會間分權：即負責對發動程序機關INS決定進行審查之移民法官，早自1983年起，雖同隸於司法部之內，但已不相隸屬，為該部下各自獨立之單位；抑有進者，隨著911事件後美國與國安有關機構之重整，在INS此一機關廢掉之後，原有INS之職權，移轉至新設之國土安全部之中，此時就移民遣送之運作言，係改由隸屬於國土安全部之移民暨海關執法局

⁷⁷ *Id.* at 279.

⁷⁸ *Id.* at 281.

⁷⁹ See Stephen H. Legomsky, *Restructuring Immigration Adjudication*, 59 DUKE L.J. 1635 (2010).

(ICE) 執行，再由仍隸屬於司法部之移民法官進行審查與覆核。於此制度設計下，移民法官雖非真正之法官，但因與發動機關分離，故也不是純然球員兼裁判之行政官員，有其一定監督與制衡功能⁸⁰。亦即，於美國移民法制上，特定外國人究竟是否應被驅逐出國，國土安全部之ICE僅是提出發動機關，最後決定之全權，是在司法部之移民法官。

此外，如僅就收容乙事上言，雖然ICE可逕為決定是否應收容特定外國人，但此被收容人除可對此處分向移民法官提起訴願外，由移民法官所負責本案之驅逐出國處分之作成，亦會影響收容之合法性。就此而言，美國有關遣送移民收容程序之運作，是由眾機關間協力完成，與我國由內政部移民署單一機關負責全部遣送移民收容事務者，可謂是大異其趣。

四、我國法的改進方向

綜上所述，移民事務由不同機關間共同執掌，不僅有學理上之支撐，同時亦有外國法之借鏡。相對於此，我國現行之外國人驅逐出國程序，無論是就外國人收容抑或是就遣送程序部分，基本上即僅由內政部移民署單一機關從事，這與上述美國係分由國土安全部發動程序，以及由司法部下之移民法官等負責審查，是有一段差距的。此外，美國法此種複數機關負責遣送移民收容事務之情形，係透過行政權內部制衡方式以達到人身自由保障目的，符合學理上所稱內部權力分立之理論，應是較我國目前由內政部移民署幾近球員兼裁判之制度，來得進步，有其可取之處。當然，吾人當然毋需對美國法亦步亦趨，毋需採用完全相同之模式，但美國法至少可提供以下有關制度設計之原則性思考，以下僅就兩點予以進一步申論：

⁸⁰ See Jeniffer Nou, *Intra-Agency Coordination*, 129 HARV. L. REV. 421 (2015).

（一）發動遣送暨收容之機關，應與做決定之機關分離

美國法制所提供之第一項原則性思考是，發動遣送與收容之機關，必不能同時兼有作出收容與遣送之權力。於我國現行制度設計下，如以刑事訴訟制度作為對照，內政部移民署等同於同時兼具司法警察、檢察官以及法官之角色，於此種情況下，移民之人權保障當然可能不足。參酌美國上述法制之精神，移民署應頂多只能擁有發動遣送與收容程序之權力，至於最後特定移民究竟是否應被收容，甚至被遣送，該等處分權力應歸另一機關享有，也就是這應為移民機關分權關鍵之所在，甚至是如以上於美國制度為例，此兩機關將不僅是隸屬同一部會下之不同單位，更應進一步改為分別隸屬於不同部會。如以此為然，則有關移民收容與遣送處分之做成機關，雖得繼續隸屬於內政部，而負責審查收容及遣送處分之機關，則應移出於內政部之外，比如說得隸屬於法務部之下，或是逕隸屬於行政院下⁸¹。

於此必須補充說明的是，論者可能提出兩項問題質疑，一是上述之建議，究竟是屬憲法層次？抑或僅是政策上之建議？二是如此之見解，也就是主管移民事務機關分權，是否有違司法院釋字第613號解釋所強調之行政一體原則？對於這兩項可能之疑問，謹進一步回答如下：

先就第一項問題言，也就是此處所強調之機關分權，究竟是屬哪一層次之問題？對此，如上所言，由於此一主張係有憲法文本與學理之支撐，也就是憲法第8條第1項有明文規定從事人身自由憲制的司法與警察機關，如能從此兩機關意義之耙疏（司法院釋字第588號解釋已從事過）著手，應可詮釋出移民事務機關應予以分權的結果，故此一見解有其憲法文本依據；再從憲法理論言，職司侵

81 比如說，目前行政院飛航安全調查委員會之地位。

害人身自由之行政機關設計，應得與僅從事對其他權利限制之機關有所不同，加以釋字第384號解釋所強調之實質正當法律程序概念，意味著制度設計不能僅看形式！故從強化人身自由保障之角度看，以複數機關職掌移民事務，應有更佳之效果，故亦有其憲法學理上之依據。

再就第二項問題看，也就是上述主張是否有違行政一體原則？按如前段之分析，此處只是主張現今移民署部分權力應向外移出，改由或是在內政部下另設之平行適當單位主管，或是在行政院所屬其他部會下另設之機制職掌所移出事務，於此情況下，內政部移民署仍保有相當處理其他移民事務之權限。基此，由於此時無論於上述何種情形，所有單位仍隸屬行政院下之部會，故不影響行政院作為憲法上之最高行政機關，同時便無違反司法院釋字第613號解釋所強調之行政一體原則，也就是分權後，兩機關仍歸行政院管轄。

(二) 負責審查收容即遣送處分之做成機關，應具備一定獨立性

另一須強調之重點是，此一負責審查收容及遣送處分作成之機關，必須具備一定獨立性，不能為所隸屬之上級部會所控制，故必須為某種層級之獨立機關，上述美國法上有關NTSB法制之設計，可為參酌！而在機關獨立性外之重要問題或許是，在慮及不能使巧婦難為無米之炊下，必須有設計完善之程序俾供此一機關據以從事收容及遣送之決定，以保障移民之人身自由。

五、小結

總之，有關移民人身自由之保障，必須從機關之分權著手，特別是必須使職司審查收容與遣送決定之機關自內政部移民署移出，且使此一機關之獨立性強化，俾以利於移民之人身自由保障。當然，為使此一獨立性能獲得實踐，還有賴於其他相應之程序設計與

實務作為⁸²，由於問題複雜，只能留待日後再為討論。而以此機關分權為基礎，以下一段將針對遣送暨收容之整體正當程序設計，進行探討。

肆、以遣送為體系之正當程序建構，是移民人身自由保障重點

上述有關職司移民事務機關就分權之立論，不過是實踐整體移民人身自由保障之開端而已，而更重要的制度設計，應在於以遣送程序為中心之體系正當程序制度設計。此因，收容係為實踐遣送之定暫時狀態程序，即為落實本案遣送程序而存在，故如遣送程序不應發動卻發動，或是遣送程序相關設計不夠完整，即便於收容程序賦予移民即時救濟之機制，移民人身自由保障仍無法獲得確保，故影響移民人身自由之關鍵實在於遣送程序，然很可惜的是，無論司法院釋字第708號解釋，或是之後的相關修法，對於遣送程序的重要性，皆未重視。舉例言之，為實踐司法院釋字第708號解釋所提出之即時司法救濟理念，之後入出國及移民法固然予以修法，但對於作為本案之遣送程序則幾乎毫無修正，而自正當程序觀點，不僅作為本案之遣送程序設計不如修正後之收容程序，甚至以此粗略程序所做成之驅逐出國處分竟得作為收容要件，措置上之輕重失衡，不免令人遺憾！

再者，之所以強調遣送程序對於移民人身自由保障之重要性，並非是主張相關程序保障係採單一標準，而是強調須進一步藉由對

⁸² 比如說美國學界近來不乏強調移民機關之作為，應貼近憲法意旨或行政法之原理原則者，請參閱：Alina Das, *Administrative Constitutionalism in Immigration Law*, 98 B.U. L. REV. 485 (2018); Jill E. Family, *Immigration Law Allies and Administrative Law Adversaries*, 32 GEO. IMMIGR. L.J. 99 (2017).

移民分類，進而建構以遣送為中心之體系正當程序保障，即對於不同移民人身自由施予相應其情況之正當程序保障。基本上，我國現行法制對於移民人身自由保障是在一種過猶不及的情況，上述對於遣送程序全然忽視，是屬不及的情形；而在另一方面，復對所有移民施予幾近相同之人身自由處遇（詳下述），則是屬太過之情況，從比較法之角度看，是屬罕見者。而為使對移民保障重其所重，輕其所輕，一個必要之做法，應是從對移民進行更為精緻之分類開始，對於一般移民之遣送暨收容施予較為完整正當程序保障，反之對於其他特殊移民，則得施予較為簡化之程序保障處遇，這也是本段標題為何強調體系正當程序建構之理由所在。

一、遣送程序方為影響移民人身自由之關鍵，但制度設計卻被忽視

如上所言，當下在探討移民人身自由保障問題之際，對於遣送程序之重要性不免忽略，然從正當程序建構之角度看，此方為問題之所在；而這樣之忽略，更可從現行法制上有關遣送程序之設計見之。以下，便先從進一步申論為何遣送程序之設計與移民人身自由保障有密切關係開始，再進而剖析我國現行遣送程序設計之問題所在。

或許是受向來人身自由保障強調法官保留概念影響，過往文獻在討論移民人身自由保障時，遂僅著重於收容程序司法審查，這或許也可以解釋為何司法院釋字第708號解釋，強調於收容程序中賦予移民即時司法救濟重要性，但就相當程度言，這不過僅解決了移民人身自由保障之一部問題，更重要之關鍵，是在於作為本案之遣送程序，而之所以如是說，是基於以下三項理由：

第一，從實務運作角度看，就機關言，移民之所以被收容，並非為收容而收容，而是為實踐遣送目的而為收容；亦即，移民收容目的，係為了實踐最後遣送工作。類似地，對於移民言，收容固是

對其人身自由之重要侵害，但問題是，如何避免最終被遣送，方是移民之終極目的！是故，制度設計上縱使對移民收容程序有其一定要求，但若是對遣送程序設計反而輕忽的話，也就是移民反可輕易地被遣送的話，便不免屬制度設計上的本末倒置！

事實上，當下有關一般遣送程序設計之基本問題是，特別是在新修法後，相對於新增對收容異議等綿密繁複之程序規定，但對於驅逐出國程序卻僅以寥寥數語為之，從法律規定之密度上看，輕重間之失衡，可謂是甚為灼然！按即便是為了呼應司法院釋字第708號解釋即時司法救濟之要求，遂於入出國及移民法之修法中，增列十多條有關收容程序之規定，但卻對遣送程序幾未予以任何變動，本案程序之重要性完全被忽略，實令人莫知其所由！再者，從法律規定質之角度看，現行入出國及移民法中，基本上並未對職司遣送之機制作任何規定，因而理論上便回歸一般之行政處分作成之模式，但問題是，當收容處分有如此細緻且新穎之規定時，遣送程序之設計，難道不需有更創造性之思考？更重要的是，既是作為涉及人身自由限制的行政處分，相關程序設計難道不必與處理一般財產權者有所區別？抑有進者，入出國及移民法第38條第1項規定，甚至逕將驅逐出國處分作為收容之必要條件，姑不論學理上所隱含之本末倒置意涵，更顯然的問題是，以一程序保障不足之遣送程序所做成的處分作為收容要件，豈能與本次修法強調對移民程序保障之宗旨相契合？此部分問題之進一步分析，請詳如本文肆、二、(一)。

第二，再者，為何移民人身自由保障之關鍵是在於遣送程序？係因收容不過是學理上所稱之定暫時狀態程序而已，從正當程序保障之角度看，作為本案遣送程序重要性，因影響最後之結果，當更自不在話下。故如制度設計上，將有關正當程序保障之要求僅置於定暫時狀態收容程序，而對本案遣送程序有所忽略，自屬一種輕重失衡的制度設計！很遺憾的是，我國現行法制，便有此種舉措失序的情形。

第三，最後，論者或會舉司法院釋字第710號解釋見解之例⁸³，強調遣送移民程序未必會涉及人身自由問題，因而有關移民人身自由保障，為何必須從遣送程序談起不可？對此，可從以下兩點予以回應。其一，所謂遣送，原則上係於特定移民不願返回其所來自國家時所發動，為強制遣送該移民，很難想像此時不需進行一定期間之人身自由限制，也就是收容處分，這也就是為何談移民人身自由保障，必須及於遣送程序之關鍵。精確而言，即便遣送程序與遷徙自由有涉，此處頂多是遷徙自由與人身自由保障之發生競合，而如以位階順序言，應仍以人身自由保障為要。其二，同樣是在司法院釋字第710號解釋，該號解釋亦觸及為進行遣送之收容問題⁸⁴，雖然相關意旨與本文之論述不完全相同，但此處所突顯之問題是，移民收容問題不能孤立看，還必須與遣送程序之設計整體觀察，即遣送程序設計所涉及者，特別是遣送與收容體系性之設計所牽涉者，絕非僅是遷徙自由問題，更是涉及人身自由問題，而這正是本文論述之重點（本節及下文伍）！

總之，遣送程序對於移民人身自由保障有相當之影響，重要性應在收容程序之上，但現行法制下卻嚴重地忽視了。不過，之所以強調遣送程序對於移民人身自由保障之重要性，倒不僅只是遣送程序本身而已，更重要的是要建構以遣送為中心之體系正當程序保障。

二、問題更重要者，在於以移民分類為中心之遣送體系正當程序建構

如上所述，有關移民人身自由保障必須及於遣送程序，但更重要之問題或許是，這是指對遣送與收容體系正當程序之建構，係以對移民之分類為基礎，進而給予不同移民相異之遣送暨收容程序保

83 明文指出遣送程序設計不足，違反憲法有關遷徙自由之保障，司法院釋字第710號解釋解釋文第1段參看。

84 司法院釋字第710號解釋理由書第3段。

障，對此，以下亦分從理論基礎以及當下制度不足之處等兩點，予以進一步闡釋。

（一）以遣送為中心體系正當程序建構之重要性

為何並非所有移民皆應施予相同之程序保障，而是應予以分類，針對不同移民而給予相異之處遇？對此，可再藉由刑事程序予以說明。簡單說，在刑事程序之場合，因犯罪類型之多樣以及被告本身之複雜態樣，故不可能以單一程序解決所有問題，故有通常審理程序與簡易程序等之區別，以客觀不同罪名或被告主觀上之差異為基礎，進而給予相應之程序處遇⁸⁵。移民遣送之問題雖不若刑事訴訟被告情形為複雜，但亦比其他非刑事被告情形遠為多樣，因而亦有從對移民為精緻分類著手，進而為不同遣送程序設計之必要性，對於應保障其權利之移民予以較為完整之程序處遇，反之對於身分或地位較為可疑之移民，則給予較為粗略之處遇，此是為對移民人身自由保障之體系正當程序建構。

然必須強調的是，以遣送為中心體系正當程序建構，並非僅侷限於遣送程序本身而已，更應及於收容程序，此可再藉由本案與定暫時狀態程序之概念，予以分析。按作為定暫時狀態之收容程序，既是附屬於本案之遣送程序，則其程序設計所應具備之正當要素，便不免因不同之本案遣送程序而有所異，理論上不宜也不應以單一標準或機制進行所有移民之收容。以此為基礎，於制度設計上，收容程序固有屬於其獨有之問題（如本文陸之分析），但更有與遣送程序相關聯之問題，二者是難以分開討論的！舉例言，刑事羈押事由中之所謂重罪羈押，其中之重罪，便是就本案而言，故一旦以重

⁸⁵ 如我國刑事訴訟法第273條之1的規定，簡式審判程序僅適用於非屬死刑、無期徒刑及最輕本刑3年以上有期徒刑之輕罪。這種區分罪名而為不同程序設計的情況，並非我國所獨有，歐洲主要國家整體法制情形，可參見：JÖRG-MARTIN JEHLÉ & MARIANNE WADE, *COPING WITH OVERLOADED CRIMINAL JUSTICE SYSTEM: THE RISE OF PROSECUTORIAL POWER ACROSS EUROPE* (2006).

罪作為定暫時狀態（羈押）之要件，其實便一定程度上已聯結到本案程序。相對簡單的移民遣送收容事務，亦復如是⁸⁶，故任何收容程序既與本案之遣送程序間有不可切割關係的話，則自有必要以不同之遣送事由為基礎，決定遣送暨收容整體制度設計差別待遇，俾以重其所重、輕其所輕⁸⁷。

是以，對於移民人身自由保障必須輕其所輕，重其所重，因而遣送暨收容整體正當程序之建構，便屬重要之事。然非常可惜的是，現行入出國及移民法此方面之規定有所不足，以下便作進一步之闡述。

（二）當下法制不足之處

嚴格言之，入出國及移民法在最近一次的修法中，已嘗試對移民作分類而予以不同之遣送程序保障，但仍有所不足，具體而言，此處蘊含了以下三層次的問題：

其一，暫且不論修改後之入出國及移民法規定，先就司法院釋字第708號解釋言，本號解釋所提出之即時司法救濟見解之適用範圍，是不區分移民類型的，凡被收容之移民，依據該號解釋意旨，皆有聲請法院介入審查收容之權利者。然無論從實務與學理之角度看，是否應賦予所有移民皆有即時司法救濟之機會？其實恐是有疑的⁸⁸！

86 若審視迄今各號大法官解釋，不乏討論所謂合憲訴訟救濟建構之解釋，但卻罕見有關純行政正當程序討論之解釋，嚴格言之，似僅有司法院釋字第708號之後的司法院釋字第709號解釋，在處理到都更議題之過程中，觸及到行政正當程序設計之問題。因而，一般行政正當程序探討之不受重視，並非僅是發生於移民遣送程序而已，而是屬整體之問題。

87 必須一提的是，有關移民收容之體系性問題，在有些國家，尚得區分為是否屬難民收容之問題，相關問題分析可參見：GALINA CORNELISSE, IMMIGRATION DETENTION AND HUMAN RIGHTS: RETHINKING TERRITORIAL SOVEREIGNTY 261-64 (2010).

88 如本文以下肆、四、（一）類型之移民，便不當然需要賦予其對收容即時司法救濟之機會。

其二，如上之述，現今入出國及移民法中，首次依據移民類型之不同，而於遣送程序予以不同程度之保障，亦即，在第36條第1項列舉未經查驗入國以及未經許可臨時入國兩項，於遣送程序上作與基於其它事由遣送移民不同之處理，但問題是，除如此之分類竟未及於收容程序外⁸⁹，二者程序保障究竟有何不同？實難以看出！依據同條第2項以及第4項之規定，二者於法律規定上⁹⁰之差別似只有二：第一，於依據上述兩項以外事由遣送之場合，移民署得不先逕行強制驅逐出國，而是得給予該等移民10天之期間，由渠等自行出國；第二，對於具有永久住民身分之移民，則應賦予其向所謂審查會陳述意見之權利。但如此規定，亦有過猶不及之問題。

之所以說不及，係因現行法以未經查驗入國與未經許可入國者作為分類基礎，而有三種不同程序設計，即除上述兩種以外之移民於遣送程序上有陳述意見之權利，有居留權或永久居留權之人甚至必須召開審查會。但除基本上不公開外，移民到底得如何陳述，以及舉證責任如何歸屬等⁹¹，皆未有所規範，其可更為精進之處，應可概見。而之所以說過，係因我國法仍對法理上尚未入境之移民等⁹²，給予渠等正當程序保障，也就是此等移民仍具備聲請即時司法救濟之權，是屬現行法制下過之部分。

其三，亦如前所述，即在收容程序未有區別之規定，這或許可視為現行法之規定中可能輕重失衡之另一象徵。亦即，現行入出國及移民法是對遣送程序作了上述區別，但對於收容程序部分則似乎根本無此細緻分類。依據入出國及移民法第38條以下之規定，似乎只要進入收容程序，便予以一體處理，並不區分移民之類型。比如說，移民之收容要件，僅繫於是否有驅逐出國處分之作成，以及是

89 亦即，在現行法下，所有移民所面臨之收容程序是相同者。

90 此兩種程序皆依據第36條第5項規定以命令行之。

91 此部分詳如本文以下伍、三、(一)之分析。

92 此部分詳如本文以下肆、四、(一)、1之分析。

否有第38條第1項各款情形的存在，對於移民主觀上之差異，基本上未予以探討；又比如說，新增之收容異議程序，係對所有被收容移民皆有適用，亦不從移民之主觀上予以分類⁹³。這樣之規定，是否係受前述司法院釋字第708號解釋不區別之影響？不得而知，但可以確定的是，此與當前主要法制（如下述的歐盟及美國）基於不同遣送事由而對移民所為分類之作法，有所齟齬。

是故，我國現行有關移民遣送暨收容之規定，在新法嘗試藉由對移民分類以建構不同之遣送程序後，是屬較舊法為佳之法制，不過，從精益求精之角度看，仍有進步空間。重點應在於，部分類型移民遣送暨收容之程序保障應更為嚴謹，反之，部分移民的情況則應更為簡易。問題關鍵應在於當下對於移民分類仍不夠精緻，以下便藉由對歐盟以及美國法制之介紹，作為我國法制變革之借鏡。

三、比較法上所顯示移民分類下之遣送程序體系建構

由以上之分析可知，我國現行有關移民之遣送暨收容法制，恐不夠細緻，從移民人身自由保障角度以觀，恐過猶不及；加以前述以遣送處分之作成作為收容要件，而遣送程序本身復有如此不足，整體而言，現行制度對於移民人身自由保障是有所不足的，究應如何改革？相關國際法及外國法制之經驗，應可為借鏡。以下便分別以可用以說明各國遣送法制共通性規範的EU Directive on Common Standards of Return（以下簡稱為歐盟遣送指令）⁹⁴，以及美國相關法制為借鏡，以為分析。又於此必須先說明的是，無論是歐盟或美國法，移民之遣送暨收容等問題，有時會與難民（refugees）尋求政治庇護（asylum）的問題有關，然以我國現尚無難民法，故兩國法制中與難民相關之問題，只能先略而不談⁹⁵。

⁹³ 此部分詳如本文以下肆、四、(二)之分析。

⁹⁴ 全名是：Directive 2008/115 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals.

⁹⁵ 比如說，有關難民之收容問題分析可參見：CORNELISSE, *supra* note 87, at 11-15.

（一）歐盟指令

歐盟於2008年公佈的歐盟遣送指令，係規範有關一般非會員國移民遣送作業之情形，對於其他法域或國家在處理移民遣送問題時，是可提供相當之借鏡⁹⁶。依據一般說法，此一歐盟遣送指令之立法依據，係原歐盟公約第63條第3項b款，也就是當今歐盟運作條約（Treaty on the Functioning of the European Union，簡稱TFEU）第79條之規定⁹⁷。而從法制史角度看，歐盟早於1999年便開始面對制定明確法律依據以處理非常態移民（irregular immigrants）⁹⁸之問題，歷經數年正式或非正式各方熱烈討論之後⁹⁹，甚至包括來自非歐盟會員國之拉美國家意見¹⁰⁰，歐盟執行委員會（Commission）於2005年9月1日方提出草案，復又經過三年，方於2008年12月16日經歐盟理事會（Council）及歐洲議會（Parliament）同意通過¹⁰¹，最後定案之版本，共計五章23個條文¹⁰²。

此一歐盟遣送指令所蘊涵之議題豐富，且其立意崇高¹⁰³，可以從諸多不同角度予以切入討論，上述法制史的研究，便屬其一；而

96 相關介紹可參見：CATHRYN COSTELLO, *THE HUMAN RIGHTS OF MIGRANTS AND REFUGEES IN EUROPEAN LAW* 95-99 (2016); Martin Schieffer, *Chapter V. Termination of Residence: Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals*, in *EU IMMIGRATION AND ASYLUM LAW: COMMENTARY ON EU REGULATIONS AND DIRECTIVES* 1489 (Kay Hailbronner ed., 2010); Anneliese Baldaccini, *The Return and Removal of Irregular Migrants under Eu Law: An Analysis of the Returns Directive*, 11 *EUR. J. MIGRATION & L.* 1 (2009).

97 STEVE PEERS ET AL., *EU IMMIGRATION AND ASYLUM LAW (TEXT AND COMMENTARY) VOLUME 2: EU IMMIGRATION LAW* 483 (2d. rev. ed. 2012).

98 為避免受到是屬犯罪的聯想，歐盟是有意用非常態（irregular）而不用非法（illegal）乙詞，相關討論可參見：*id.* at 484.

99 相關討論可參見：*id.* at 484-89.

100 COSTELLO, *supra* note 96, at 95.

101 PEERS ET AL., *supra* note 97, at 483.

102 但是部分重要關聯議題並未同時予以規範，相關討論可參見Schieffer, *supra* note 96, at 1507.

103 又學者對此指令歸納出六項重要特色，相關討論可參見：*id.*

其中最為一般法界所注目者，當屬有關具體收容個案之操作問題，特別是當歐盟法院已有數起案件出現後，迄今已有一定有關收容各項議題之討論文獻¹⁰⁴。然觀諸多數文獻研究重點，並非如本文係置於遣送程序設計之重要性討論，而是著重於不同收容個案所呈現之問題，諸如遣送前收容與遣送後收容之區別、收容要件以及收容期限等問題，特別是當無法遣送時，移民究竟應如何處理等之問題¹⁰⁵；加以遣送指令施行迄今已有數年，歐盟法院所下相關判決亦有數起¹⁰⁶，有關各類移民收容問題之探討自有其不容否認之重要性，然這畢竟與本文此處論述重點有間，故只能暫且割愛不論，留待他日再為文探討。

是故，由於本文此處係立論有關移民人身自由保障，遣送程序設計本身之重要性並不亞於收容程序本身，故本文以下有關歐盟遣送指令之闡釋，係僅針對幾項與本文論述有關之點而發。具體而言，從本文強調必須從移民類型化著手以建構遣送暨收容之正當程序法制角度看，將提出以下四點以為探討：

1. 以指令位階規範規定遣送事務之意義

歐盟對會員國所發布之規範，從抽象到具體，或是從賦予內國政府裁量範圍大小之角度來看，共有三種：分別是directives、regulations以及decisions三者¹⁰⁷。而指令（directives）是三者中最為

104 比如說：COSTELLO, *supra* note 96, at 279-314; Valsamis Mitsilegas, *Immigration Detention, Risk and Human Rights in the Law of the European Union. Lessons from the Returns Directive*, in IMMIGRATION DETENTION, RISK AND HUMAN RIGHTS 25 (Maria João Guia et al. eds., 2016); Marie-Laure Basilien-Gainche, *Immigration Detention under the Return Directive: the CJEU Shadowed Lights*, 17 EUR. J. MIGRATION & L. 107 (2015).

105 比如說，Mitsilegas, *supra* note 104.

106 舉例言，2016年出版之著作，便指出歐盟法院已作出11件與遣送前收容（pre-removal or pre-deportation detention）有關之案例，請參見：COSTELLO, *supra* note 96, at 299.

107 有關於此三種規範意義之扼要說明，請參見：*Difference between a Regulation*,

抽象與概括者。而當有關移民遣送及收容等事務之規定，歐盟竟未用其他規範（特別是指regulations而言）而是使用指令，其中問題之困難度與複雜性可想而知，故賦予各會員國一定之揮灑空間。因而，此指令所宣示者應只是最低程度之規範，各內國政府當可對於待遣送移民為更精緻之保障，此合先敘明。又既然是較為抽象之規範，則歐盟法院之解釋則不可避免，然因歐洲人權公約中亦有相關規範，因而在有些個案人身自由之保障，必須由兩個法院協力完成¹⁰⁸。

2. 適用對象

歐盟指令相關規定內容另一值得提出討論之點是，指令第二條明文規定本指令適用之範圍。依據該條規定，本指令所規定遣送適用對象，係非法居留於歐盟會員國之第三國人民，但內國政府得¹⁰⁹不適用至以下兩種類型之移民：一是被拒絕入境或在海關被攔截（intercepted）或被逮捕（arrested）之第三國移民¹¹⁰，二是因依據內國刑法予以處罰而被遣送或是因而被引渡之第三國移民¹¹¹。據此，此兩類例外之移民並不當然適用本指令所規定之遣送程序¹¹²，

Directive and Decision, UNITED STATES MISSION TO THE EUROPEAN UNION, <http://www.usda-eu.org/eu-basics-questions/difference-between-a-regulation-directive-and-decision/> (last visited Aug. 8, 2018).

108 COSTELLO, *supra* note 96, at 323-24. 有關歐盟法院與歐洲人權法院關係之討論，自超出本文之範圍，希望日後有機會能予以處理。

109 英文的原文係用「may」字。

110 有關此一適用範圍討論文獻，可參見 COSTELLO, *supra* note 96, at 3-5. 對於此一適用範圍規定，當然有採不同意見者，有強調對於此一範圍移民仍應賦予一定程序保障者，相關文獻可參見：Daniel Kanstroom & Jessica Chicco, *The Forgotten Deported: A Declaration on the Rights of Expelled and Deported Persons*, 47 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 537 (2015).

111 此處係指凡有前科之第三國待遣送移民，無本遣送指令之適用，並非係針對非法入境者是否屬刑事犯罪行為之問題。又此一規定並未見於執行委員會最初所提出之版本，而是於理事會日後所加入，詳細分析可參見：Schieffer, *supra* note 96, at 1507.

112 進一步分析請參考本節以下四、(一)之分析。

因而此指令所顯示者，係對移民類型化而建構合理之遣送程序¹¹³。此外，對於非法入境且從未取得內國政府合法准許停留之移民，內國政府得僅給予其較為簡易的救濟程序，即遣送處分（*return decisions*）得以例稿方式做成¹¹⁴。另歐盟指令更在第5條明文規定所謂不遣返（*non-refoulement*）原則，強調遣送程序之進行必須考量兒童最佳利益、家庭生活以及該移民的身體健康狀況¹¹⁵。

3. 一般遣送程序制度設計

相對於我國現行遣送程序，歐盟指令所建構之法制，遠比我國現制為複雜，至少有以下幾項特色值得提出介紹：第一，於歐盟指令，將遣送處分的作成分為三階段（或三部分），一是該指定所稱之*return decision*（第7條第1項），二是*removal order*（第8條第3項），三是針對*return decision*之覆議程序（第13條第1項），且每一階段有其特殊規定，架構頗為複雜，非傳統行政爭訟程序所能概括¹¹⁶。進一步言之，於做成*return decision*階段，各內國政府原則上必須給予該移民7至30天自動出境期間，必要時於考慮到移民之小孩、家庭及社會聯繫等因素時，得延長此期間（同條第2款），當然，各內國政府必須利用交保等手段防止該移民逃亡（同條第3款），如果證據顯示該移民確有逃亡之虞，內國政府得不給予或是給予少於七日的自動出境期間（同條第4款）。

其次，當移民申請而未獲自動離境之許可，或已屆自動離境期間而未離境時，內國政府方得使用強制手段將該移民驅逐出國（第

113 依據同條第3項規定，另有當然適用之對象，係指規定在Article 2 (5) Schengen Border Code的情形，指在歐盟法下原即享有遷徙自由之第三國合法居留者。

114 第12條第3款參看。

115 *Non-refoulement*原則係指避免移民於遣送後會遭致內國政府之迫害，相關討論可參見：Aoife Duffy, *Expulsion to Face Torture? Non-refoulement in International Law*, 20 INT'L J. REFUGEE L. 373 (2008)。中文資料可參見：翁燕菁，國門前的難民——不遣返原則與難民法，月旦法學雜誌，250期，頁158-170（2016年）。

116 相關分析可參見：Schieffer, *supra* note 96, at 1524-28, 1537-39。

8條第1項及第2項)，該指令並准許內國政府此時另發removal order（第8條第3項）。依據學者見解，此原則上給予移民之主動離境機會，只有當該移民不自動離境時方進行遣送，是為遣送指令重要特色之一¹¹⁷，這應該也是遣送指令區分return order與removal order原因之一¹¹⁸。

最後，指令要求return decisions及decisions of removal必須以書面為之，且必須給予事實及法律上理由，並告知救濟管道（第12條第1款）。對此，指令同時要求各會員國必須提供移民針對return decisions等向行政機關或法院有效的救濟管道（第13條第1項）。此外，指令並要求，此一負責救濟之機制，必須由公正獨立之人士所組成（第13條第1項），且此一機制除具有得審查return decisions之權力外，當內國法律未賦予移民申請或聲請（因各國做成決定之機制有行政機關者但亦有法院者）中止遣送程序之進行時，得依職權暫時中止遣送之進行（第13條第2項）。此外，移民於此程序上得獲致法律意見及語言等之協助。

4. 收容機制

遣送指令對於收容機制亦有所規定。除宣示應先採用較不強迫之手段外，指令規定只有當逃亡之虞或可能阻礙遣送程序進行時，方能收容該特定移民（第15條第1項）。此外，指令並強調收容得由行政機關或法院為之，但當收容係由行政機關做成時，必須賦予移民立即自動司法審查機制，或是賦予移民立即尋求司法審查之機制（第15條第2項），此外應由移民聲（申）請或依職權定期審查（第15條第3項），又當經過相當期間遣送基於事實或法律上理由無法完成時，該移民應立即釋放（第15條第4項）。

¹¹⁷ *Id.* at 1507.

¹¹⁸ 相關分析可參見：PEERS ET AL., *supra* note 97, at 494-97.

(二) 美國法

類似上述歐盟指令，美國法規制亦係區別移民之不同，而施予不同之遣送暨收容程序保障，以下便從歷史角度開始，對於美國相關法制作一介紹。

1. 美國遣送程序法制演變

在1961年之前，美國法並無任何相關法律賦予移民就驅逐出國程序之決定，或其他相關行政處分之司法救濟機會。在這之前，當法律未明文規定救濟程序下之可能管道時，是依據1946年所通過之行政程序法，對於任何行政處分得向聯邦地方法院請求救濟之規定，提起救濟；而在1952年Immigration and Nationality Act施行後，人身自由未被限制之待遣送外國人，亦可依據此法提起declaratory and injunctive relief¹¹⁹。然由於驅逐出國程序多半會將該特定外國人予以人身自由限制，也就是進行收容，因此美國聯邦法院體系便准許進行人身保護令狀程序以為救濟，最高法院於1953年時便曾強調，待遣送之外國人若欲援引人身保護令狀程序以為保障，必須人身自由確受到限制為前提¹²⁰。

1961年是美國移民司法救濟法制發展之重要分水嶺，在將驅逐出國類型區分為exclusion與deportation二種程序之架構下，司法救濟程序亦有所不同¹²¹。於exclusion程序下，係循既有之人身保護令狀程序向聯邦地方法院提起救濟，如果不服一審判決，可再向最高法院聲請許可上訴(writ of certiorari)。至於deportation程序，在用盡一般行政救濟程序之後，則可逕向聯邦上訴法院提起救濟，如果不成功，得再向最高法院聲請許可上訴¹²²；亦即，以移民是否於法

119 ALENIKOFF ET AL., *supra* note 69, at 1150.

120 *Id.* at 1149.

121 *Id.* at 1151.

122 *Id.*

律意義上合法入境，區分為exclusion（針對未合法入境者）與deportation（針對已合法入境者）兩種程序，不但遣送本身程序設計有別，救濟程序亦有所不同¹²³。

上述之遣送程序以及相關司法救濟架構，在施行三十多年後，於1996年面臨重大之調整。在新的法律規定下，廢止原有exclusion與deportation之區別，形式上僅採取單一之遣送聽證程序（removal process hearing）¹²⁴，但卻同時承認三種特殊之遣送程序，即針對剛入境未持合法文件（inadmissible）之移民施予簡化遣送程序（expedited process of removal）¹²⁵、針對特定重罪移民所進行之行政遣送程序（administrative process of removal）¹²⁶以及對於先前曾被驅逐出國者之拒絕再入境¹²⁷等三種特殊遣送程序，而於此三種特殊遣送程序中，特別是前兩者，每每與所謂強制收容（mandatory detention）之作為併行，故為本文關切重點，將於下一段再作討論，此處將對美國法於一般遣送程序之司法救濟管道限縮問題，稍作探討。

簡單說，在1996年後之新美國移民法制，在三方面大幅限縮司法救濟程序之範圍與功能：第一，剝奪多數驅逐出國程序中之移民，提起司法救濟程序之機會；第二，亦禁止其他驅逐出國決定以外多數行政處分之司法救濟；第三，將司法救濟之時點延後至驅逐出國處分已經作成之情況¹²⁸。此一嚴格限制待遣送移民司法救濟之法制，之後受到挑戰，最高法院於2001年著名之*INS v. St. Cyr*乙案

123 不過，對於至這種以是否合法入境作為移民差別性待遇之準據，並非無檢討之聲，批評之見解，可參見：Allison Wexler, *The Murky Depths of the Entry Fiction Doctrine: The Plight of Inadmissible Aliens Post-Zadvydas*, 25 CARDOZO L. REV. 2029 (2004).

124 INA 240.

125 INA 235 (b).

126 INA 238.

127 INA 241 (a)(5).

128 ALEINIKOFF ET AL., *supra* note 69, at 1151.

中表示，1996年新法並未限制當事人循人身保護令狀程序，至少得對純法律問題提起救濟之機會。基此，國會遂於2005年再度修法，一方面又適度開放一般司法救濟程序，但另一方面又明文禁止當事人於移民遣送程序中，以提起人身保護令狀程序方式對個案實體爭議提出救濟，頂多只能對人身自由限制本身以人身保護令狀程序提起爭執¹²⁹。

總之，當代美國法制對於遣送移民之正當程序保障，係屬不斷限縮者，然真正值得吾人注意者，恐是在於以下所要進一步討論，有關特殊遣送程序所伴隨之強制收容法制。

2. 美國當下特殊遣送程序之強制收容法制

嚴格而言，美國近代移民收容問題早起於1980年代初期，因大量來自古巴非法入境移民所衍生之問題，由於受1951年最高法院於 *Mezei*¹³⁰ 乙案中，以是否合法入境決定是否得被不定期拘禁見解之支配，該等非法入境移民便面臨長期且不定期收容之問題¹³¹，故形成重要挑戰。

而當下美國遣送移民收容之問題，主要在1980年代末期發生重要轉變，在於所謂強制收容制度之出現，這也是當下諸多美國文獻討論之重點¹³²。之所以於移民程序上設立強制收容制度，目的一方面在節省勞費，另一方面在於維護美國社會之安全¹³³。依據美國當下法制，共有五種移民類型，可能面臨強制收容之處遇，他們是：

129 *Id.* at 1180.

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

131 David A. Martin, *Graduated Application of Constitutional Protections for Aliens: The Real Meaning of Zadvydas v. Davis*, 2001 SUP. CT. REV. 47, 56 (2001).

132 *See* Philip L. Torrey, *Rethinking Immigration's Mandatory Detention Regime: Politics, Profit, and the Meaning of "Custody"*, 48 U. MICH. J.L. REFORM 879 (2015).

133 Stephen H. Legomsky, *The Detention of Aliens: Theories, Rules, and Discretion*, 30 U. MIAMI INTER-AM. L. REV. 531, 544-46 (1999).

尚未入境之移民、須受expedited removal的移民、犯特定重罪之移民（甚至是具備永久住民身分者）、被懷疑是恐怖分子的移民以及驅逐出國處分作成後之移民¹³⁴。其中，如上所言，問題最嚴重者為因刑事犯罪而被遣送之情形，相關法制雖然備受批判¹³⁵，且於十多年前便有學者之批評¹³⁶，但最高法院於2003年*Demore v. Kim*乙案中，以五比四之票數，以為本案系爭強制收容規定合憲¹³⁷。

對美國強制收容法制進一步討論，將超出本文範圍，以下所要強調的是，美國法之此種強制收容制度並非孤立者，而是如上所言，是往往與特殊遣送一併執行者。亦即，當特定移民被歸類為某種類型時，此時除不能享有一般遣送程序之保障外，同時亦是面臨所謂強制收容之處遇，就此點而言，其實與上述歐盟法制之意旨類似，而與我國現行法有所不同。當然，美國此種法制，特別是作為認定移民分類之程序，即所謂Joseph Hearing¹³⁸，由於於此程序中係由移民先負舉證責任以及移民並不享有強制訴訟代理之權利¹³⁹，而備受批判，但所爭執者，並非此類移民之人身自由保障必須與一般移民相同，而是在此類移民是否需要再為細緻分類，對於其中所謂永久住民（legal permanent resident，簡稱LPR）之移民於收容程

134 Faiza W. Sayed, *Challenging Detention: Why Immigrant Detainees Receive Less Process Than “Enemy Combatants” and Why They Deserve More*, 111 COLUM. L. REV. 1833, 1850-51 (2011).

135 請參見：Rebecca Sharpless, “Immigrants Are Not Criminals”: Respectability, Immigration Reform, and Hyperincarceration, 53 HOUS. L. REV. 691 (2016); Mary D. Fan, *The Case for Crimmigration Reform*, 92 N.C. L. REV. 75 (2013); Alina Das, *The Immigration Penalties of Criminal Convictions: Resurrecting Categorical Analysis in Immigration Law*, 86 N.Y.U. L. REV. 1669 (2011); Juliet P. Stumpf, *Doing Time: Crimmigration Law and the Perils of Haste*, 58 UCLA L. REV. 1705 (2011).

136 See Cole, *supra* note 15.

137 See *Demore v. Kim*, 538 U.S. 510 (2003). 本案之多數意見，主要是從與以下所要介紹之*Zadvydas v. Davis*乙案作區別，進而宣告本案系爭法律規定合憲。

138 Sayed, *supra* note 134, at 1850.

139 *Id.* at 1852-56.

序上給予較為完整之程序保障¹⁴⁰，此部分將留待於以下第伍再作討論。

四、我國法改革方向（一）：移民進一步分類之兩項關鍵

由以上對歐盟以及美國法制的介紹可知，兩國法制看似雖有差異，但卻顯現相當之共通性，如與我國現行移民遣送暨收容機制相較，至少提供以下三方面之重要借鏡：一是兩法制有關移民分類皆較我國法為精緻，透過移民分類，以為不同之程序保障；二是皆建構複雜機制以處理移民之遣送收容問題，非傳統之行政處分模式所能概括；三則是將遣送與收容一起建構，關鍵在一般遣送程序之場合，除並未如我國法之規定二者主客異位外，收容事由等規定，亦較為完整。

以此而言，我國現行相關法制實嫌於簡略，因而如僅賦予移民於收容程序即時司法救濟機會，不過是解決其中部分問題，雖然是屬對於人權保障之突破，但畢竟從對移民人身自由保障觀點，是有所不足。欲徹底強化對移民人身自由保障，必須正視以遣送為中心法制建構之重要性，而參酌上述兩法制，本文以為，一方面應從以下兩點進行移民分類，對於部分移民類型給予較為簡化之程序保障；而同時在另一方面，須承認必須給予更為完整程序保障之移民類型：

（一）重新審視得施予特殊處遇之移民類型

當下有關遣送暨收容體系正當程序建構之首要問題，或許是在於應對於得施予特殊處遇之移民類型，重新進行分類。依據入出國及移民法第36條第1項之規定，我國現行法制僅對未經查驗入國以及未經許可臨時入國兩種情形之移民，施予特殊之遣送程序處遇。

140 *Id.* at 1865-77.

此種分類如與上述歐盟法以及美國法相較，是有相當差異的！本文以為，上述歐盟法以及美國法有關得施予特殊移民待遇之類型，是有參酌的必要性！對此，謹以下列兩點說明¹⁴¹：

1. 應承認法理上未入境之移民分類

如大法官於司法院釋字第708號解釋中所提到的，因移民並無當然進入我國之權利，故現行法係以移民是否係屬合法入境作為分類準據，遂對未經查驗入國以及未經許可臨時入國兩種情形之移民，予以特殊待遇。此一規定表面上看係有理，但恐忽略了上述歐盟法以及美國法所承認之法理上尚未入境之分類，亦即，外國人雖已形式上進入我國，但在移民署官員正式蓋章准許入境前，法理上並不算是已入境，故得在遣送暨收容程序上給予較劣之處遇，不須給予類同一般待遣送移民之正當程序保障¹⁴²。此種法理上未入境之移民，純從表面上看，似與我國現行法所規定之未經查驗入國以及未經許可臨時入國兩種情形之移民，相當類似，但若究其實質，其實頗有不同！此可從兩方面予以說明：

第一，關鍵在於是否已入境，而非是否合法。按所謂法理上尚未入境之移民，係指身體已在我國，但尚未經合法查驗入境，此時因未入境，也就是美國法上所稱arriving aliens，故現實上可以很清楚地不僅一方面與本國國民作區別，同時亦得與其他已進入我國（無論合法與否）之移民作區別，是一簡單且明確之判斷準據¹⁴³；第二，關鍵為何不在於是否經合法查驗？除因是否合法可能有爭議性，須經判斷外，更在於無論是未經查驗入國以及未經許可臨時入

141 至於此等特殊移民究應受到何種程序保障？則屬另外一問題。由於篇幅所限，所以於此便暫且割愛不論！

142 易言之，內國政府能立即強制遣送，毋需採用對移民之程序保障。但問題是，如無法順利遣返時，所面臨之問題或將更為嚴峻，相關問題分析可參見：Martin, *supra* note 131.

143 如前所述，對此有不同意見。See Wexler, *supra* note 123.

國兩類移民，由於既已入境，在我國社會可能有一定之關係或聯繫，此時難以與法理上尚未入境之移民同視¹⁴⁴！雖然，部分美國學者質疑為何此類法理上未入境之移民於遣送暨收容程序上受到較劣之待遇¹⁴⁵，歐盟遣送指令也僅是作最低層次之規範，會員國可對移民作更佳之保障¹⁴⁶，但畢竟主要法制上仍採取此一分類，故對於我國言，仍有其相當之參考價值，應有採擇之必要！

2. 應承認具有特定刑事前科背景之移民分類

其次，則應是承認在我國境內曾犯特定刑事犯罪之移民類型，得被施予較為簡單之遣送程序。無論是在上述歐盟指令，抑或是在美國法之規定中，曾犯特定刑事犯罪之人，於遣送程序上所受之處遇有別於其他移民¹⁴⁷，然此卻為我國入出國及移民法中未有之規定¹⁴⁸，所以有思考是否引進之必要性，當然應承認之犯罪罪名到底應包括哪些？有深入與周延討論之必要性！

144 Martin, *supra* note 131, at 93-95.

145 See Kanstroom & Chicco, *supra* note 110.

146 若究問題癥結，恐還是在於歐盟為何在有關移民遣送暨遣送等事務上，係採用指令之規範模式？如上所言，歐盟規範位階區分為Directive、Regulation 及 Decision三種，視事件之性質，歐盟使用不同位階之規範，進而賦予各會員國不同之自主權限。其中，指令即Directive，本就是給予各會員國較大之權限，因而於移民事務上使用指令？是否一方面意味著各會員國間之歧異不易克服？同時另一方面亦意味著移民事務之整體性質，難以切割而為處理？所以給予內國法較大之裁量空間？

147 於美國法之相關規定，see Sayed, *supra* note 134, at 1837-38.

148 按純從實務操作結果看，因入出國及移民法第36條第4項第2款規定：「經法院於裁判時併宣告驅逐出境確定。」故如移民因法院依據刑法第95條宣告驅逐出國者，便無法享有最完整之遣送程序保障。然此種規定恐有過猶不及之虞：此因刑法第95條係以宣告有期徒刑之刑之宣告為前提，即便是故意犯，其它較輕之有罪判決諸如宣告緩刑者，則無適用；反之，雖是過失犯，僅因獲得有期徒刑宣告，便有本條適用之可能性。以此而言，現行移民分類是有不足之處。

(二) 應同時承認特殊移民分類之例外：應受到更完整保障之移民類型

然對移民可能之分類尚不僅止於此，如果說法理上未入境之移民屬於光譜上較毋需受到保障之移民，則光譜之另一端，是否有應受到更完整保障之移民？這個問題，至少可從兩方面予以分析：第一，就合法入境者言，至少便得再為區分為具有長期（永久）居留權利與僅能暫時停留者，此因依據學理，對於已獲得永久居民權利之移民言，基於我國已建立一定聯繫之角度看，必須予以較為完整之保障¹⁴⁹，是故，我國現行法是對於已取得永久住民資格者，於遣送程序給予較完整之程序保障¹⁵⁰！但此時尚蘊涵一重要問題，即若另一方面承認前述得對具特定刑事犯罪前科者予以特殊待遇的話，則問題之難者在於，對於具永久住民身分但卻犯特定罪名時，應如何處理¹⁵¹？

另外，對於合法入境但非永久住民之移民，但於我國境內已有有家人，特別是如有未成年子女者等因素，於遣送暨收容程序上，是否應特為處理？這或許是應另特為考慮之因素¹⁵²！

五、我國法改革方向（二）：「通常」遣送程序設計應更為完整

此外，既如上所言，作為本案之遣送程序才是影響人身自由關鍵，則在對移民分類後有關體系正當程序建構重點之一，便是在於所謂一般或是通常遣送正當程序之建構，相關問題之重點，主要有二。

149 Martin, *supra* note 131, at 93-95.

150 入出國及移民法第36條第4項參看。

151 See Juliet P. Stumpf, *The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power*, 56 AM. U. L. REV. 367 (2006); Stephen H. Legomsky, *The New Path of Immigration Law: Asymmetric Incorporation of Criminal Justice Norms*, 64 WASH. & LEE L. REV. 469 (2007).

152 See Elizabeth M. Frankel, *Detention and Deportation with Inadequate Due Process: The Devastating Consequences of Juvenile Involvement with Law Enforcement for Immigrant Youth*, 3 DUKE F. L. & SOC. CHANGE 63 (2011).

如先前之分析，我國現行法制嘗試基於移民分類而施予不同之遣送程序處分，但究其實質，施予一般移民之遣送程序保障實與特殊程序所採行者，二者差異不大。按入出國及民法第36條第1項所列舉兩項事由以外之情形，所設計出之遣送程序，姑且稱之為通常遣送程序，似過於簡單，不僅未針對遣送程序本身之特殊性而為制度設計，且與一般行政處分之做成似無太大差異¹⁵³。再者，現行通常遣送程序與收容程序間之體系設計，無論兩程序於發動上之聯繫，或兩程序於時點上之關係，皆有所不足（本文伍、二、（一）之分析），因而對於學理上得享有較佳程序保障之此群移民言，於現制下對其人身自由侵害之最大來源，並非來自於收容程序，而是來自於驅逐出國程序，即現有以本案遣送程序為中心之制度設計，是有所不足的。

面對此種程序保障之不足，究應如何著手？上述兩種法制皆有其可採之處，其基調應是設計出有別於一般行政處分作成之機制，而如從過往大法官解釋之見解上看，是有堅強理論基礎得為依據的。簡單說，如依據大法官向來所以為合憲訴訟救濟建構之見解，也就是特定程序救濟建構是否合憲之準據，大法官向來係以為依據訴訟程序之性質、種類以及侵害權利性質等作為判斷準據的話¹⁵⁴，則遣送收容程序僅以其係侵害人身自由，故本質上應有別於一般與財產權有涉之行政爭訟程序。同時亦如上所言，即於本節一、（二）所述，由於遣送移民事務相對於其他非刑事人身自由事件之複雜性，制度設計上當然必須別出心裁，跳出既有藩籬，而為相應之法制設計。事實上，精神衛生法即採用不同於一般的機制設計，非循一般行政處分之故智¹⁵⁵。申言之，針對人身自由之行政處分，其所應採取相應之程序設計，自有採取較高正當程序要求之必要

153 且無行政程序法之適用，行政程序法第3條第3項第2款參看。

154 司法院釋字第639號解釋解釋理由書第3段。

155 精神衛生法第41條、第42條及第44條參看。

性，否則勢將難以實現對人身自由之保障；此外，如更輔以本文參所言有關機關分權主張的話，對於一般遣送暨收容程序之設計，是可以更為精緻者¹⁵⁶！

六、小結

總之，有關移民人身自由保障相關問題之探討，不能只看收容程序，還必須及於遣送程序；或精確地說，係以遣送程序為中心之法制建構，也就是先對移民精緻分類，再進而決定特定移民所應受到之遣送暨收容程序保障，重其所重，輕其所輕，所以未來有關移民人身自由保障，應從強化以遣送為中心之正當程序建構做起。不過，這並不是說收容程序對於移民人身自由保障便無重要性，事實上在即時司法救濟概念提出後之修法，從人身自由保障之角度看，收容程序本身呈現了其他三項重要問題，而這正是以下一段所要探討者。

伍、即時司法救濟外，收容本身之體系正當程序建構

最後，即使不論職掌移民遣送收容之機關分權，以及遣送暨收容整體法制度之相關問題，將焦點僅集中於收容程序，欲落實移民人身自由保障，即時司法救濟仍有不足。從人身自由保障觀點，收容機制當然是最直接影響移民人身自由保障者¹⁵⁷，但問題是，於此一程序除即時司法救濟外，究竟應具備何種正當程序要素？反過來

156 對於此一合憲訴訟救濟程序建構之討論，可參見：林起駿，論合憲訴訟救濟制度之建構——從釋字第665號解釋出發，臺北大學法學論叢，82期，頁1-93（2012年）。

157 See Emily Ryo, *Detained: A Study of Immigration Bond Hearings*, 50 LAW & SOC'Y REV. 117 (2016).

說，僅是強調即時司法救濟或法官保留，是否有何不足？也就是有關收容程序本身之正當程序要素為何？當然必須予以探討。具體而言，這至少是涉及三層次之問題，不過，在討論此三項問題之前，必須先對一重要問題做釐清，也就是有關人身自由議題之討論乙事上，光只是談法官保留，究竟有何不足？

一、問題再認識：所謂法官保留概念之可能不足

或許是由於過往諸多非刑事被告人身自由限制之情形，由於法制上並未賦予當事人司法救濟之機會，且為凸顯議題重要性，所以向來在有關強化人身自由保障之主張時，司法救濟或法官保留，往往是訴求的重點，但問題是，如仔細思考，法官保留畢竟僅是正當程序要素之一，雖然是極其重要之因素，但其他相應之程序要素為何？比如說是否應採對審？是否應有受律師協助之權利？以及前述之舉證責任應由誰負責等事，在在都是難題，是否應一併注意？但可惜的是，迄今似乎尚未見到文獻上有深入之探討。以下便以法國預審法官制度以及我國過往之檢肅流氓條例為例，闡釋為何僅是賦予移民即時司法救濟機會，無法滿足對移民人身自由之正當法律程序保障談起。

(一) 有法官保留不等同於便有完善程序保障：法國預審法官制度

在有關特定司法救濟程序設計合憲與否之討論中，之所以不宜也不應只限縮在有關是否採法官保留乙事上，主要理由是在於，在欠缺適當配套下，即便是由法官行決定人身自由是否限制之情形下，或是由於法官集大權於一身，或是由於法官不再僅是扮演中立第三人之角色，此時即便符合形式上法官保留之要求，實質上恐亦有所不足。一個最足以說明上述情況之事例，便是源自法國刑事訴訟程序，且為許多國家所繼受之預審（或偵查法官）法官制度。

預審法官是法國刑事訴訟制度下得發動偵查程序，進行證據蒐集等事之法官¹⁵⁸，雖然現制下只有在重罪案件時是強制性，其他案件（主要是輕罪案件）是選擇性¹⁵⁹，但只該程序發動，依據法律規定，預審法官得從事任何與真實發現有利之調查舉措¹⁶⁰，是以，在這樣之制度下，由於法官之地位係屬積極性得主動出擊，與傳統英美法系法官之消極被動性有別¹⁶¹，故此時強調偵查程序中強制處分之發動或各類令狀之核發，係專屬法官之權力，已無太大意義。亦即，法國制度形式上符合法官保留之要件無疑，但問題是，預審法官並非僅是消極被動地從事令狀核發工作，而是得主動地進行案件偵辦工作，是屬學理上所稱偵查主體¹⁶²，此時雖有法官保留外觀，但實與法官保留之宗旨大異其趣。是故，此項制度近來遭遇相當之挑戰。在法國以外之主要國家，已於二戰之後，分別於不同時點，如日本¹⁶³、德國¹⁶⁴與義大利¹⁶⁵等，廢除是項制度。又法國本身雖未廢除是項制度，但已增設負責於偵查程序中審查人身自由限制之法官¹⁶⁶，以分預審法官之權。

158 Juliette Tricot, *France, in TOWARD A PROSECUTOR FOR THE EUROPEAN UNION VOLUME 1: A COMPARATIVE ANALYSIS* 222, 227 (Katalin Ligeti ed., 2013).

159 *Id.* 另可參見：Valérie Dervieux, *The French System, in European Criminal Procedures* 218, 239-40 (Mireille Delmas-Marty & J. R. Spencer eds., 2002).

160 Richard S. Frase, *France, in CRIMINAL PROCEDURE: A WORLDWIDE STUDY* 201, 208 (Craig M. Bradley ed., 2d ed. 2007).

161 JACQUELINE HODGSON, *FRENCH CRIMINAL JUSTICE: A COMPARATIVE ACCOUNT OF THE INVESTIGATION AND PROSECUTION OF CRIME IN FRANCE* 70-71 (2005).

162 相關內涵描述，可參見：Tricot, *supra* note 158, at 227-28.

163 日本戰後法制演變可參見：David T. Johnson, *Japan's Prosecution System*, 41 *CRIME & JUSTICE* 35, 39-40 (2012).

164 德國學者便強調，當今德國法官於偵查程序中所扮演之角色，是被動消極之地位。請參見Thomas Weigend, *Germany, in TOWARD A PROSECUTOR FOR THE EUROPEAN UNION VOLUME 1: A COMPARATIVE ANALYSIS* 264, 267 (Katalin Ligeti ed., 2013).

165 以義大利為例，可參見：Antoinette Perrodet, *The Italian System, in EUROPEAN CRIMINAL PROCEDURES* 348, 361 (Mireille Delmas-Marty & J. R. Spencer eds., 2002).

166 Dervieux, *supra* note 159, at 222-23.

上述是以預審法官為例，是在說明如於偵查程序中，法官所扮演之角色如果是典型之消極、被動之角色，比如說，等待檢警前來聲請令狀，這時是一種制衡之角色，故此時強調法官保留，有其重要價值；反之，若似法國預審法官擁有決定偵查發動之權限，具積極主動性格，若無其他監督之機制，此時即便是純然之法官保留，也失其意義。由此可知，僅強調特定程序應由法官從事，這是有所不足者，還必須強調法官以扮演公正中立第三者為前提，否則即便有關參與審查（這當然包含人身自由限制的案件），勢將無法滿足正當程序保障之要求。因此，如僅於特定程序中強調法官保留，而忽略法官於該程序中所擁有之權限與扮演之角色，欲落實人身自由保障，仍不免有其侷限，甚至可能是緣木求魚！

（二）即便有法官保留，還需有其他要素配合：檢肅流氓條例之例

其實，光只是談法官保留之所以可能有所不足之另一主因，是在於程序之運作上固然已是由法官所主導，但在欠缺其他可能配套情形之下，亦可能有所不足，一個可能之適例，便是已被廢止之檢肅流氓條例中之相關規定。簡單說，已被廢止檢肅流氓條例中，基本上是遵循上述法官保留原則之要求，由法官進行對情節重大流氓之認定，進行審查決定是否施予感訓處分。然該法雖遵循法官保留原則，但其他程序上設計之不足，諸如秘密證人制度等問題¹⁶⁷，仍不免面臨使該法因無法滿足其他正當法律程序之要求，因而部分規定被宣告抵觸憲法，甚至部分規定於修法後，仍被大法官宣告違憲¹⁶⁸。

167 司法院釋字第384號解釋解釋文參看。

168 比如說司法院釋字第636號解釋，即對修法後之秘密證人制度再度宣告違憲，司法院釋字第636號解釋解釋文第3段參看。

由此可知，對於特定程序設計是否合憲之討論，光只是著重於是否採取法官保留一點，毋寧有所不足。法官保留只是整體正當法律程序建構要素之一環，任何一種正當法律程序制度之設計，必須首尾兼顧，不宜也不能只看其中一點。司法院釋字第708號解釋即時司法救濟見解之首要問題，是在於相關見解或法制可能忽略了，司法救濟只是收容正當程序設計之一部，故即便強化對移民司法救濟之部分，是否即能使收容程序通過憲法正當程序之要求，恐還需作其他考慮。而以下便從正當法律程序保障之角度看，從三個角度探討當下移民收容程序可能之不足！

二、移民收容程序之保障，應區分遣送處分作成前後而有別

從正當程序保障之角度看，當前我國收容程序重要問題之一，是在於未區別收容與遣送程序之關係。除如前一段所言，當前法制對於通常遣送程序之設計顯有不足，遣送程序之設計竟比修法後之收容程序來得簡陋；另一同樣重要之問題或許是，現行法竟以驅逐出國處分之作成，作為收容之要件，如此制度設計不僅不符合收容屬一種定暫時狀態之作為，同時更因遣送決定之輕易做成且作為收容要件，實務操作後便不免對移民人身自由造成侵害，此時便賦予移民對收容即時司法救濟之機會，亦恐於事無補，以下謹分為兩點，予以進一步之闡釋。

（一）遣送與收容程序本末倒置設計，所引發對人身自由之雙面侵害

於司法院釋字第708號解釋後對於入出國及移民法之修法中，一個或屬於治絲益棼的制度設計，是於第38條第1項中竟規定，收容之開宗明義要件，竟是以驅逐出國處分之做成為前提。對此，至少有以下幾項重要問題必須提出探討：

首先，如前之分析，收容與驅逐出國處分間之關係，應屬學理上之本案與定暫時狀態關係，亦即收容程序應是為實踐本案程序而設，然現行法之規定，即入出國及移民法第38條第1項之規定，卻將兩者翻轉，竟將本案處分之作成，作為定暫時狀態之基礎。對於這樣本末倒置之規定，顯現者除係制度設計上之輕重失衡外，更重要的問題是，更顯現出當下對於遣送移民收容法制整體設計概念之付諸闕如，因而對本案與定暫時狀態程序間之關係，並未予以細緻處理。抑有進者，如果驅逐出國程序本身之設計有所不足，則以一有疑之遣送程序所為處分作為收容要件，不啻是對移民權利（人身自由）雙重侵害。而這應是當下移民人身自由保障之關鍵！如參酌部分學者見解，如以為驅逐出國本身具有懲罰性質的話¹⁶⁹，問題將是更為嚴峻¹⁷⁰！

其次，從實務操作之角度看，依據入出國及移民法第38條第1項規定立法理由，之所以有此新的規定，似乎是因絕大多數移民於初到移民署之後，便被作出驅逐出國處分之決定，因而新的立法不過是反映過往之現實而已¹⁷¹。然若深究之，此一向來之現實不啻意味著，過往有關移民驅逐出國處分之作成，幾乎可說是「隨到隨審」，在此情形下移民根本無準備之答辯機會，對於其權利保障根本不足，相較於大法官強調收容程序應賦予即時司法救濟之機會者，其輕重間嚴重失衡，應屬灼然甚明。然更重要之問題是，在現行規定下收容程序即便有採法官保留，但問題是，由於發動與作成

169 美國學者便有以為遣送具有懲罰性質（punitive），請參看：Gabriel J. Chin, *Illegal Entry as Crime, Deportation as Punishment: Immigration Status and the Criminal Process*, 58 UCLAL. REV. 1417 (2011). 另有強調移民收容係懲罰性質者，請參見：César Cuauhtémoc García Hernández, *Immigration Detention as Punishment*, 61 UCLAL. REV. 1346 (2014).

170 即若如美國法有學者以為移民收容非預防性（preventive）而是懲罰性（punitive），而懲罰性可能屬行政罰亦可能屬刑罰，但無論是何者，從正當程序觀點，懲罰性收容人所享有之正當程序保障，應較預防性收容為強。

171 入出國及移民法第38條立法理由第2項參看。

驅逐出國處分之機關相同，則一旦該機關作出驅逐出國處分後，很難想像此時還有不予以收容之可能。因而，在現行之法制下，司法院釋字第708號解釋之有關即時司法救濟之見解，恐淪為只是秀才人情，實際上可能毫無作用！

最後，這樣制度設計之問題，於遣送事由相對複雜之場合，特別是有特定事實待認定時¹⁷²，因需時間進行審查或給移民答辯之機會時，尤然。問題之關鍵在於，當遣送之正當程序設計不足卻用以解決複雜移民事務，復又以此處分作為收容要件，其正當性自屬可疑！

（二）體系改進方向

對於我國現行移民收容制度之體系性問題有認識之後，以下便以兩點闡釋本文以為應有之改進方向：

1. 問題關鍵：原則上收容與遣送處分之作成，應有一定時間之間隔

首先，必須先對問題關鍵再做釐清，此因論者恐會以美國法¹⁷³或歐盟法¹⁷⁴為對照，主張該兩法域下，皆有以遣送處分之作成作為移民收容之規定者。對於這樣之論述，基於以下兩項理由，實不免有「失之毫釐，差以千里」之嘆，有必要先予以釐清！

第一，如上所言，無論是美國或歐盟，絕大多數案件係先經過所謂遣送前（pre-removal 或pre-deportation）收容，再為遣送處分之作成，此與我國現行法先為遣送處分之作成，再據之為收容者事由者，可謂是大異其趣，迥不相同！第二，如移民於遣送處分作成

172 如入出國及移民法第36條第2項第3款、第4款、第5款規定。

173 Sayed, *supra* note 134, at 1841.

174 遣送指令第15條第1項參照。

前並未被收容，而於遣送處分完成後，因擔心該移民可能逃亡而不利於遣送，此時以遣送處分作成作為收容之事由，相對下比較屬可以被接受之事，但仍有其爭議¹⁷⁵。是故，問題關鍵便是前述已提及者，收容與遣送處分間原則上必須有一定時間上之間隔，否則如我國現行制度之設計，真的是本末倒置了！是故，以下一段所要討論之遣送處分作成前收容法制之體系設計問題，便屬重點中之重點。

2. 遣送處分作成前收容之具體改革方向

至於遣送處分作成前收容法制之具體改革方向，這涉及到兩項互相關聯之重要問題：

第一，如果收容與遣送處分之作成，必須有一定之間距，則這涉及到收容與遣送程序發動時點之問題，第二，如果遣送處分作成前之收容與遣送處分作成是屬二事，則具體收容事由為何？便是問題重點。就第一項言，原則上應採取刑事訴訟法中羈押與本案審理程序間之關係，按刑事訴訟法羈押之目的係為被告日後之審理程序做準備，並非因被告已受判決後，再予以人身自由限制¹⁷⁶。故為落實收容係為從事遣送之宗旨，以及收容是一種定暫時狀態處分，將收容程序之時點放在遣送之前，同時如本文肆所言，強化對於遣送之正當程序設計。此外，可以參酌美國法之規定，於第一次收容之後，此時遣送程序必須於48小時（24小時）內發動¹⁷⁷，以避免收容之被行政機關濫用，進而保障移民之人身自由。

175 相關問題分析可參見：PEERS ET AL., *supra* note 97, at 500.

176 定罪後羈押是另一問題，這也是目前國內法界討論重要議題之一，為防止被告宣判後棄保潛逃，法務部提出立法建議，請參見：陳志賢，防逃機制：法務部建議判刑3年以上者當庭羈押，中時電子報，2016年6月22日，<http://www.chinatimes.com/realtimenews/20160622005750-260402>（最後瀏覽日：2018年8月8日）。

177 ALEINIKOFF ET AL., *supra* note 69, at 1028. 這是本書編者對 8 C.F.R. §287.3(d)規定之詮釋而來。

就第二項問題言，一旦收容程序之發動在遣送程序之前，則移民收容與否便必須具備其他之獨立事由，即在目前第38條第1項的三款事由以外，是否必須增加其他事由作為移民收容之要件，以保障移民之人身自由¹⁷⁸？這就是必須妥為思考之問題。同時必須強調的是，在上述的主張下，也就是收容機制之進行在遣送程序之前，且收容本身有獨立之認定事由，一旦此種制度架構確立，如果移民最初在收容程序中並未被收容，而最後也確實做成驅逐出國處分，此時法律如規定以遣送處分做成作為收容要件，則是可以被接受者。總之，移民收容與否，應有其獨立事由，而非與遣送程序連結。

三、即時司法救濟外收容階段應具備之正當程序要素

當下有關收容程序設計之問題，除上述與遣送程序關係之體系問題外，即應區分移民於遣送處分做成前後之程序保障外，另一重要問題是，則除即時司法救濟要素外，收容程序還應具備其他何種正當程序要素？本文以為，這必須從收容前程序以及收容程序本身為分析：

（一）收容前程序

具體而言，即時司法救濟不足以實踐對移民人身自由保障之第1項理由，係因相關討論完全忽略了移民人身自由發動之機制，亦即，特定移民究竟是依據何種程序進入了收容階段？我國現行法制上，根本並無規定，但這卻是一項重要問題。申言之，在內政部移民署依據入出國及移民法第38條以下之規定進行收容程序前，特定移民之人身自由即已被限制，但究竟是如何為之？現行法完全無任何規定。除非移民係自願隨同官員同行，否則只要移民拒絕之情況

¹⁷⁸ 比如說，刑事訴訟法第101條第1項有關羈押之要件規定，除該項所列三項事由外，在該項序文中強調必須犯罪嫌疑重大，且如不羈押顯難進行追訴、審判或執行者。

下，移民署官員其實就是行類似刑事訴訟程序中的逮捕或拘提強制處分行為，此時究竟是以何種規範為依據強迫移民進入收容及遣送程序？這至少應該是法律保留之領域，故法律必須予以規定。

依據目前入出國及移民法第36條第5項之規定，有關強制驅逐出國之處理方式、程序及管理的事項，僅由行政機關頒佈命令即可，但問題是，當移民署進行類似刑事訴訟法拘提之作為時，已經限制了人身自由，此時依據法律保留原則，難道不需法律規定作為依據？是以，即便一般程序進行規定得授權行政機關自行訂定命令，但就人身自由限制這一部分，是否當然得如此？恐就需要為更精緻之思考。為杜絕爭議並保障人權，應明定具核發類似刑事訴訟法拘票權限之機關，且應規定簽發類似拘票文件之要件¹⁷⁹。

其實，這一問題在我國法下，可能不僅是法律保留之問題，更是屬憲法保留之領域，這可從憲法第8條予以闡釋。先從憲法第8條第1項之規定看，如上所言，雖然大法官在司法院釋字第588號解釋中對於憲法第8條第1項前段之警察機關意義作了部分釐清，但對於該項前段所言之逮捕乙詞意義，並未有所闡釋。從憲法第8條第1項前段之適用角度看，待遣送移民之人身自由被限制，即應有該段之適用。此時所涉及之問題是該段所提及逮捕合憲意義之內涵問題，也就是有關最初人身自由限制如何規定，如何對於移民進行拘提或逮捕¹⁸⁰方屬合憲之問題。基本上，這不僅是入出國及移民法有所欠缺之問題，而是絕大多數非刑事人身自由限制場合所忽略之問題。然因移民遣送之事由有多樣，且每每涉及實質之判斷，如不清楚地規範此一部分程序，相關問題於移民場合將特為凸顯！

179 相關問題其實稍有複雜性，在美國法甚至討論到是否有Miranda Warning之適用，請參見：ALENIKOFF ET AL., *supra* note 69, at 976-77.

180 憲法第8條的出現用語為逮捕與拘禁，與一般法律之用語，如刑事訴訟法所採者，並未完全涵括或是並不完全一致，故相關用語之詮釋，必須從功能之角度看。而從體系上看，逮捕好似針對最初人身自由限制的作為，故應包含刑事訴訟法所稱之拘提與逮捕兩種強制處分作為。

憲法第8條所凸顯之問題，尚不只在於該條第1項前段，同時亦在於著名的同條第2項之24小時規定。按現行入出國及移民法第38條之2以下之即時收容救濟，相關24小時等規定（該條第2項）係以收容處分作成後作為計算基準，但問題是，如本段所強調者，在進行收容裁定前，移民已被人身自由限制，但修正後的法律對這一部分卻完全無規定！一個想像得到的最壞情況是，移民在收容處分作前，可能已被人身自由限制長達超過24小時以上，無論是大法官解釋抑或是修正後的入出國及移民法，對於此一問題，是完全地忽略了！

（二）收容程序本身之正當程序要素

即便不談現行法於收容前程序所蘊含之問題，從正當程序保障觀點，現行法制亦有所不足！即姑不論是否應採取上述歐盟法與美國法對於未享有通常遣送程序待遇之移民，亦得對其施予較劣之收容處遇，如上述美國法之強制收容制度，僅就一般之收容程序言，現行法恐有所不足！即依據入出國及移民法第38條第1項規定，於暫予收容場合，應給予移民陳述之機會，這是我國現行法中對於被收容移民僅有之程序保障，而如此規定是否符合正當法律程序之要求？這是應該討論的！而如再輔以行政訴訟法中第237條之10以迄第237條之17等條規定，則問題不少數。以下便分從行政程序以及司法救濟之收容聲請程序二者，分三層次提出討論：

就收容作成之行政程序言，有兩點必須檢討：第一，雖然入出國及移民法第38條第1項規定，應給予當事人陳述意見之機會，但問題是，並未同時要求入出國及移民署本身必須派員出席程序，此時，就待遣送之移民言，至少有親耳獲悉政府機關陳述之機會¹⁸¹。第二，接續前者，由於現行制度下係移民署本身決定是否收容，問

181 美國或許是由immigration judges負責決定是否准許收容，故該國收容程序定性為對審程序（adversary procedure），請參見：Alina Das, *Immigration Detention: Information Gaps and Institutional Barriers to Reform*, 80 U. CHI. L. REV. 137 (2013).

題重點可能不是在收容決定程序中移民得否獲得事證之問題，反而是涉及行政機關中由誰負責收容決定之問題，基本原則應該是要避免球員兼裁判之現象，所以現行美國法制藉由上述之機關分權制度設計，也就是由位於司法部之移民法官負責相關事務，應該是比較好的制度設計，如果我國現狀無法實現此一目標，至少應在移民署外另設機制負責是否收容之審查。

至於就移民提出異議後之收容聲請程序言，亦有以下兩項問題必須探討：第一，由於行政訴訟法第237條之12規定移民署應派員出庭陳述，看似採對審制（adversary procedure），但對於移民是否得檢視移民署所掌握之事證，則未規定。如暫予收容性質因係為使遣送程序順利進行，則有類於刑事訴訟法之羈押程序，此時如參酌2016年出現之司法院釋字第737號解釋見解，在既有之司法審查（法官保留）架構下，大法官尚要求於程序上必須賦予被告閱覽檢方聲押事證之機會¹⁸²，則同理，在移民收容程序上，移民是否亦應擁有類似之權利？特別是賦予移民知悉官方決定收容所依據具體事證之權利，應被認真思考者！第二，於聲請收容程序中移民署固然必須出庭，但一個同樣重要之問題是，此時國家究竟應負何種舉證責任¹⁸³？如果政府不負所謂之證據提出責任，亦不負或僅負很低之說服責任的話¹⁸⁴，則即便法律規定移民署必須派員到場，其實益仍屬有限！

最後，至於無論是收容處分作成之行政程序，抑或是因移民等提出異議所進行之聲請收容程序，二者有一共同問題是，移民得否享有律師強制代理之權利。按由於絕大多數被遣送之移民，恐皆屬所謂無資力之階層，因而無法於收容程序（遣送程序亦然）中委任

182 司法院釋字第737號解釋文參看。

183 舉證責任是當下美國學界關切之重點，Sayed, *supra* note 134, at 1852.

184 有關舉證責任與說服責任之中文文獻說明，可參見：王兆鵬，*刑事訴訟法講義*，5版，頁675-678（2010年）。

律師代理，而如前所述移民相關事務往往極其複雜，對於未能委任律師代理之移民言，其無法切實受到正當程序保障，應可以概見！因而，移民於整體收容程序中是否有當然受律師代理之權利¹⁸⁵？應屬必須討論之問題！

四、職司收容之法官人數與類型

當下之聲請收容程序仍有不足之處，已如上一段之分析。然即便將焦點限縮於即時司法救濟概念，亦仍有重要問題必須提出討論，這主要是涉及法院組織之問題。即從司法組織之觀點，當擴大對人身自由保障之司法救濟機會後，是否必須一定考慮現有法官負擔加重，現有法官人力是否得以應付之問題？而這至少涉及兩個層次之問題：第一，這與法官人數多寡有關；第二，這還可能涉及法官是否應再為分類之問題。

（一）欲落實法官保留，還需考慮法院組織與法官人數之問題

談法官保留，還需有一重要之法院組織配套，也就是法官之人數必須足夠。所謂巧婦難為無米之炊，當法官人數本身有所不足之時，將如何落實法官保留概念？這看似容易解決之問題，其實涉及各國司法組織、法院架構之深層問題，也就是與各國對法官定位與法院組織之態度有關。

舉例言，美國之司法制度係聯邦與州法院並存之雙元體系，加以多數案件係聯邦與各州法院有競合管轄權（concurrent jurisdiction）¹⁸⁶之情況下，聯邦法院系統所需之人數就屬有限，以

185 在遣送暨收容程序中，移民是否享有當然受律師強制代理之權利，是當下美國法學界另一辯論之重點，相關文獻甚夥，可參見：Eagly & Shaffer, *supra* note 15.

186 美國法競合管轄歷史源起的討論，可參見：JAMES E. PFANDER, ONE SUPREME COURT: SUPREMACY, INFERIORITY, AND THE JUDICIAL DEPARTMENT OF THE UNITED STATES 18-23 (2009).

目前情況而言，自美國最高法院以下之各級聯邦法院中之一般所謂憲法第3條法官¹⁸⁷，人數不過八百多人出頭（不含資深法官人數）¹⁸⁸，以一個人口數超過三億之國國家言，這樣之法官人數，可謂是甚為低的。而就另一方面言，本文所處理之移民收容問題，由於是屬少數由聯邦政府專屬管轄事務¹⁸⁹，故州政府法院體系即使欲對聯邦法院之工作分勞解憂，亦有所不能。是以，有關移民遣送程序中之收容問題，僅為聯邦法院本身能置喙，因而移民案件若增多，聯邦法官負擔亦隨之加重，故當下美國有關移民法修法之相關問題討論，每每不能忽視聯邦法院案件負荷量之問題！

對於美國法這樣一個現象，可以用德國法之情形做一對照。德國8300多萬之人口，約略為美國之四分之一，但卻有多達二萬名以上之法官¹⁹⁰。故在法官人力如此充沛之情況下，主張於移民收容程序上進行法官保留，相對之下，困難與阻力自相對較少！

而相對於德國，我國2,300萬人口，法官1,800多人，人口數與法官之比例毋寧過低，以此法官員額相對較少之情況，若欲實踐法官保留之原則，毋寧有所不足。是故，欲在遣送移民收容等程序上落實法官保留原則，就法院組織法之角度看，如適當增進法官人數，應屬其中關鍵之一。很可惜的是，向來在強調應強化法官保留之際，多數文獻對於法院組織上法官人數相應之配套問題，往往是被忽視的。

187 美國法尚有所謂憲法第1條法官之不同，請參考：ERWIN CHEMERINSKY, FEDERAL JURISDICTION 225-75 (6th ed. 2011).

188 目前共有9名最高法院大法官，167名地區上訴法院法官，12名聯邦專業上訴法官以及663名地方法院法官以及9名國際貿易法官，共計860名憲法第3條聯邦法官，相關資料可參見：AUTHORIZED JUDGESHIPS, <http://www.uscourts.gov/sites/default/files/allauth.pdf> (last visited Aug. 8, 2018).

189 這主要是基於28 U.S.C. §§ 1337-1338之規定。

190 EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE, EUROPEAN JUDICIAL SYSTEMS 108 (2008).

（二）法官本身是否應該再分類？

從法院組織上思考到底應由哪種型態之法院、法庭審理移民遣送、移民收容等案件，最終將不免觸及一個基本問題：審理移民案件之法官，是否應有別於一般法官？負責審理移民案件之移民法官，其選任程序與任期等事，是否可以有別於一般法官？也就是如果一方面傳統制度下之法官工作量大，但另一方面基於種種因素又不欲增加法官人數，此時可否增加不同法官之類型？

借用先前所提到之本案程序與定暫時狀態程序之區別，從案件之複雜度以觀，當然是本案程序應遠較定暫時狀態程序為複雜，因而用以職司本案與定暫時狀態法官之種類是否可以不同？應該是個可以討論的問題！抑且，從案件之性質看，即便是屬於本案性質之驅逐出國處分，是否在多數情況下皆屬於複雜且充滿法理爭議，恐亦未必！所以，一方面為實踐對移民人身自由保障，同時另一方面為兼顧組織上人力之限制與編制問題，如增加現有法官人力有其困難，另一可思考之組織調整方向，應是朝向將法官分類之方向前進。基本上，從人身自由保障之角度，只要能由公正、中立之第三者從事人身自由限制的審查即可，而這個公正中立第三者，未必需要法官保留；再者，非刑事拘禁之類型多樣，其中多數類型與刑事訴訟程序最大不同之處，在於所涉及法律問題之難度較低，因而在非刑事拘禁之情形，實毋須一味強調法官保留，可從法院組織上予以適度地調整，進行本文所稱之法院保留。

國際人權法中亦僅要求移民於收容之場合，無論是在公政公約體系¹⁹¹，或歐洲人權公約體系¹⁹²，均僅要求賦予移民得向司法官員（a judicial officer）請求即可，其中是有尊重各國法制差異之意涵，但這也意味著主要國際人權法體系對於移民收容之救濟，並不

191 公政公約第9條第4項參看。

192 歐洲人權公約第5條第4項參看。

要求需由一般法官職司其職；另外，美國最高法院在有關敵方戰鬥人員（enemy combatants）審理之場合時，亦曾做相同之主張¹⁹³。事實上，憲法第8條第1項後段於本案審理之場合，也僅強調非經「法院」不得審問處罰，故對於屬定暫時狀態之移民收容，以及其他非刑事拘禁之場合，由組織法上地位較一般法官為低之人士從事審查，只要能維持中立、獨立與公正性，未必是不能採用的制度。

五、小結

如上分析可知，即便將移民人身自由保障之重點，僅著重於收容程序本身，從正當程序保障角度看，尚有諸多問題必須予以一併討論，諸如收容前之拘捕程序、收容階段之其他正當程序要素以及法官人數與分類等問題。如能將此些相關問題一起解決，相信更能強化對移民之人身自由保障。

陸、結論

無論從法制發展或是個人權利保障之角度以觀，司法院釋字第708號解釋提出即時司法救濟見解，是屬一號具有重要里程碑意義之解釋，須予以高度之肯定。而本文之所以就此即時司法救濟見解作為討論對象，無非是著眼於未來法制之續造，以及問題解決之一致性與完整性，故從不同角度切入，進而為問題之討論。基本上，從憲法觀點正當程序制度設計下，除對移民收容乙事進行法官保留外，另有三層次之重要之制度設計問題：一是負責移民事務機關是否分權，二是遣送程序本身之重要性，並不小於移民收容之法官保留，三是即便是在收容程序，除法官保留外，尚有其他重要要素。

193 See *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004).

也就是本文以為在即時司法救濟概念提出之後，至少應從三個方向著手，精進對移民人身自由正當程序之保障。

第一，有關移民人身自由保障，必須從思考職司移民事務機關之合憲性設計著手。按即時司法救濟固能強化對移民人身自由之保障，但畢竟是人身自由限制已然發生之情況，是故，後續移民人身自由保障法制建構之關鍵，是在於如何防患對於移民人身自由之侵害於未然。其中，制度設計重點之一，應是在於職司移民相關事務機關之權限分配。於我國現行制度下，從遣送程序之發動、移民身份之認定以迄最後遣送程序之完成，皆屬內政部移民署之權責，以如此複雜且牽涉移民本身及其家屬權利既深且廣之法制，竟僅以單一機關職司全部移民事務，毋寧有所不足，故應從分權角度從事。其實，如從即時司法救濟憲法文本之依據看，也就是憲法第8條第1項，作為收容發動與執行之警察機關意義，當然亦有探討之必要。對此，本文以為，將職司移民事務之機關分權，透過機關間之制衡，將可於一定程度上防止不必要之移民人身自由侵害。

第二，有關移民人身自由保障，同時必須從整體移民遣送暨收容法制之建構著手。按移民之所以被收容，並非是為收容而收容而已，而是為將其驅逐出國，因而遣送處分之如何做成以及是否已做成？對於移民人身自由保障有深遠影響！事實上，從憲法文本以及學理依據等角度看，討論移民收容亦不能忽略遣送程序，但可惜的是，對於遣送之正當程序設計以及其與收容之關係，於我國法上向來未受到重視，從本次入出國及移民法之修法，即可見其一斑！而更重要的是，之所以強調遣送程序於移民人身自由保障之重要性，並非泛指對所有移民施予相同正當程序待遇，而是從學理基礎出發，並參酌國際法及比較法，將移民予以適度分類，進而視不同類型移民予以不同遣送暨收容之處遇！唯有能建構精緻之移民分類與完整遣送暨收容之正當程序建構，有關移民人身自由保障之事，方能更為徹底與妥適。

最後，即便將問題僅限縮於收容程序，從正當程序保障之觀點，僅是強調即時司法救濟，對於移民人身自由保障仍有不足。按從收容正當程序建構之角度看，於該程序賦予移民即時司法救濟之權利，不過是實現該程序所應具備正當法律程序要素之一而已，雖然是極其重要之要素。是故，改進方向至少在於以下三層次：第一，現行法所規定只收容與遣送程序關係必須予以調整，特別是現行法將驅逐出國處分作為收容要件之規定，屬本末倒置之作法，必須廢止。第二，就收容程序本身言，無論是在行政程序抑或是在收容聲請程序，除移民獲得資訊之權利並未予以明文規定外，亦未賦予律師強制代理之權利，同時政府機關之舉證責任亦未規定，是有不足！第三，即便是將問題討論限縮於即時司法救濟，為落實司法救濟之美意，法院組織亦應有相應調整，這包括了法官人數以及法官分類等重要問題，必須予以一併思考。

總之，有關移民人身自由保障之事經緯萬端，大法官解釋及相關修法將重點置於收容程序的即時司法救濟，固有其重要貢獻，但不免仍有其不足！本文嘗試從三個層面對於此一問題作進一步申論，希望能對移民人身自由保障有些許的促進，進而為更完整之移民正當程序法制建構！而更精緻與全面的論述，自有待於法界先進的參與！

參考文獻

1. 中文部分

- 王兆鵬（2010），刑事訴訟法講義，5版，臺北：元照。
- 王寬宏、柯雨瑞（2000），「美國1996年移民及國籍法」收容、遣返及司法審查制度介紹，警學叢刊，30卷5期，頁75-120。
- 李建良（2003），外國人權保障的理念與實務，台灣法學雜誌，48期，頁92-107。
- （2011），人身自由的憲法保障與強制隔離的違憲審查——釋字第690號解釋，台灣法學雜誌，186期，頁60-79。
- （2014），外國人收容之法官保留與司法救濟——2014年行政訴訟法修正評介，台灣法學雜誌，252期，頁1-10。
- 李震山（2003），論移民制度與外國人基本權利，台灣法學雜誌，48期，頁51-65。
- 林超駿（2010），提審法、人身保護令狀與外國人驅逐出國程序之收容，收於：黃舒芃編，憲法解釋之理論與實務（七）（下冊），頁519-575，臺北：中央研究院法律學研究所籌備處。
- （2012），論合憲訴訟救濟制度之建構——從釋字第665號解釋出發，臺北大學法學論叢，82期，頁1-93。
- （2012），非刑事預防性拘禁之法官（院）保留——兼評釋字第690號解釋，月旦法學雜誌，207期，頁176-200。
- 林超駿、陳長文（2012），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，125期，頁193-286。
- 林鈺雄（2013），刑事訴訟法（上），7版，臺北：元照。
- 胡宜如（2014），人權保障新篇章——談提審新制，司法新聲，112期，頁9-23。
- 翁燕菁（2016），國門前的難民——不遣返原則與難民法，月旦法

學雜誌，250期，頁158-170。

高榮志（2010），新移民的法律困境與收容制度／淺析我國法院實務使用提審法之現況——以外國人收容為核心，全國律師，14卷9期，頁67-74。

許義寶（2013），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，中央警察大學國土安全與國境管理學報，20期，頁151-196。

——（2014），論台灣外國人收容之法制與其問題，台灣國際法季刊，11卷3期，頁27-47。

陳英鈴（2013），被收容外國人之提審權，台灣法學雜誌，219期，頁155-160。

陳鏡華、陳育晏（2011），外國人收容之法律研究，警大法學論集，20期，頁47-88。

廖元豪（2010），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，全國律師，14卷9期，頁50-66。

——（2013），此亦人子也，可善遇之——釋字第708號解釋評釋，月旦裁判時報，22期，頁5-17。

——（2014），「外人」的人身自由與正當程序——析論大法官釋字第708號與第七一〇號解釋，月旦法學雜誌，228期，頁244-262。

——（2015），「即時司法救濟」的具體化——行政訴訟法與提審法新修規定之評析，月旦法學教室，147期，頁64-76。

2. 外文部分

Aleinikoff, Thomas Alexander, David A. Martin, and Hiroshi Motomura. 2008. *Immigration and Citizenship: Process and Policy*. 6th ed. Eagan, MN: Thomson West.

Baldaccini, Anneliese. 2009. *The Return and Removal of Irregular Migrants under Eu Law: An Analysis of the Returns Directive*.

- European Journal of Migration and Law* 11:1-17.
- Barkow, Rachel E. 2010. Insulating Agencies: Avoiding Capture Through Institutional Design. *Texas Law Review* 89:15-79.
- Basilien-Gainche, Marie-Laure. 2015. Immigration Detention under the Return Directive: the CJEU Shadowed Lights. *European Journal of Migration and Law* 17:107-129.
- Cade, Jason A. 2015. Enforcing Immigration Equity. *Fordham Law Review* 84:661-724.
- Chemerinsky, Erwin. 2011. *Federal Jurisdiction*. 6th ed. New York, NY: Aspen Publishers.
- Chin, Gabriel J. 2011. Illegal Entry as Crime, Deportation as Punishment: Immigration Status and the Criminal Process. *UCLA Law Review* 58:1417-1459.
- Cole, David. 2002. In Aid of Removal: Due Process Limits on Immigration Detention. *Emory Law Journal* 51:1003-1039.
- Cornelisse, Galina. 2010. *Immigration Detention and Human Rights: Rethinking Territorial Sovereignty*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.
- Costello, Cathryn. 2016. *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Cox, Adam B., and Christina M. Rodriguez. 2015. The President and Immigration Law Redux. *Yale Law Journal* 125:104-225.
- Das, Alina. 2011. The Immigration Penalties of Criminal Convictions: Resurrecting Categorical Analysis in Immigration Law. *New York University Law Review* 86:1669-1760.
- . 2013. Immigration Detention: Information Gaps and Institutional Barriers to Reform. *University of Chicago Law Review* 80:137-164.
- . 2018. Administrative Constitutionalism in Immigration Law.

- Boston University Law Review* 98: 485-539.
- Dervieux, Valérie. 2002. The French System. Pp. 218-291 in *European Criminal Procedures*, edited by Mireille Delmas-Marty and J. R. Spencer. Cambridge: Cambridge University Press.
- Duffy, Aoife. 2008. Expulsion to Face Torture? Non-refoulement in International Law. *International Journal of Refugee Law* 20:373-390.
- Eagly, Ingrid V., and Steven Shaffer. 2015. A National Study of Access to Counsel in Immigration Court. *University of Pennsylvania Law Review* 164:1-91.
- European Commission for the Efficiency of Justice. 2008. *European Judicial Systems*. Strasbourg: Council of Europe Publishing.
- Family, Jill E. 2016. The Executive Power of Process in Immigration Law. *Chicago-Kent Law Review* 91:59-89.
- . 2017. Immigration Law Allies and Administrative Law Adversaries. *Georgetown Immigration Law Journal* 32:99-127.
- Fan, Mary D. 2013. The Case for Crimmigration Reform. *North Carolina Law Review* 92:75-148.
- Frankel, Elizabeth M. 2011. Detention and Deportation with Inadequate Due Process: The Devastating Consequences of Juvenile Involvement with Law Enforcement for Immigrant Youth. *Duke Forum for Law and Social Change* 3:63-107.
- Frase, Richard S. 2007. France. Pp. 201-242 in *Criminal Procedure: A Worldwide Study*, edited by Craig M. Bradley. Durham, NC: Carolina Academic Press.
- Freeman, Jody, and Jim Rossi. 2012. Agency Coordination in Shared Regulatory Space. *Harvard Law Review* 125:1131-1211.
- Hernández, César Cuauhtémoc García. 2014. Immigration Detention as Punishment. *UCLA Law Review* 61:1346-1414.

- Hodgson, Jacqueline. 2005. *French Criminal Justice: A Comparative Account of the Investigation and Prosecution of Crime in France*. Oxford: Hart Publishing.
- Jehle, Jörg-Martin, and Marianne Wade. 2006. *Coping with Overloaded Criminal Justice System: The Rise of Prosecutorial Power Across Europe*. Berlin/Heidelberg/New York: Springer.
- Johnson, David T. 2012. Japan's Prosecution System. *Crime and Justice* 41:35-74.
- Kanstroom, Daniel 2007. *Deportation Nation: Outsiders in American History*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Kanstroom, Daniel, and Jessica Chicco. 2015. The Forgotten Deported: A Declaration on the Rights of Expelled and Deported Persons. *New York University Journal of International Law and Policy* 47:537-592.
- Katayal, Neal Kumar. 2006. Internal Separation of Powers: Checking Today's Most Dangerous Branch from Within. *Yale Law Journal* 115:2314-2349.
- Kidane, Won. 2013. Procedural Due Process in the Expulsion of Aliens under International, United States, and European Union Law: A Comparative Analysis. *Emory International Law Review* 27: 285-346.
- Legomsky, Stephen H. 1999. The Detention of Aliens: Theories, Rules, and Discretion. *University of Miami Inter-American Law Review* 30:531-549.
- . 2007. The New Path of Immigration Law: Asymmetric Incorporation of Criminal Justice Norms. *Washington and Lee Law Review* 64:469-528.
- . 2010. Restructuring Immigration Adjudication. *Duke Law Journal* 59:1635-1721.

- Ligeti, Katalin, ed. 2013. *Toward a Prosecutor for the European Union Vol. 1: A Comparative Analysis*. Oxford: Hart Publishing.
- Martin, David A. 2001. Graduated Application of Constitutional Protections for Aliens: The Real Meaning of *Zadvydas v. Davis*. *Supreme Court Review* 2001:47-137.
- Metzger, Gillian E. 2009. The Interdependent Relationship Between Internal and External Separation of Powers. *Emory Law Journal* 59:423- 457.
- Mitsilegas, Valsamis. 2016. Immigration Detention, Risk and Human Rights in the Law of the European Union. Lessons from the Returns Directive. Pp. 25-45 in *Immigration Detention, Risk and Human Rights*, edited by Maria João Guia, Robert Koulish, and Valsamis Mitsilegas. Basel: Springer International Publishing.
- Motomura, Hiroshi. 1990. Immigration Law after a Century of Plenary Power: Phantom Constitutional Norms and Statutory Interpretation. *Yale Law Journal* 100:545-613.
- Nou, Jeniffer. 2015. Intra-Agency Coordination. *Harvard Law Review* 129:421-490.
- Peers, Steve, Elspeth Guild, Diego Acosta Arcaza, Kees Groenendijk, and Violeta Moreno-Lax. 2012. *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary) Vol. 2: EU Immigration Law*. 2d. Revised ed. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.
- Perrodet, Antoinette. 2002. The Italian System. Pp. 348-412 in *European Criminal Procedures*, edited by Mireille Delmas-Marty and J. R. Spencer. Cambridge: Cambridge University Press.
- Pfander, James E. 2009. *One Supreme Court: Supremacy, Inferiority, and the Judicial Department of the United States*. Oxford: Oxford University Press.
- Rosenbaum, Carrie. 2018. Immigration Law's Due Process Deficit and

- the Persistence of Plenary Power. *Berkeley LA Raza Law Journal* 28:119-156.
- Ryo, Emily. 2016. Detained: A Study of Immigration Bond Hearings. *Law and Society Review* 50:117-153.
- Sayed, Faiza W. 2011. Challenging Detention: Why Immigrant Detainees Receive Less Process Than “Enemy Combatants” and Why They Deserve More. *Columbia Law Review* 111:1833-1877.
- Schieffer, Martin. 2010. Chapter V. Termination of Residence: Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals. Pp. 1489-1552 in *EU Immigration and Asylum Law: Commentary on EU Regulations and Directives*, edited by Kay Hailbronner. München: Verlag C. H. Beck oHG.
- Shah, Bijal. 2015. Uncovering Coordinated Interagency Adjudication. *Harvard Law Review* 128:805-905.
- Sharpless, Rebecca. 2016. “Immigrants Are Not Criminals”: Respectability, Immigration Reform, and Hyperincarceration. *Houston Law Review* 53:691-765.
- Silva, Travis. 2012. Towards a Constitutional Theory of Immigration Detention. *Yale Law & Policy Review* 31:227-273.
- Stumpf, Juliet P. 2006. The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power. *American University Law Review* 56:367-419.
- . 2011. Doing Time: Crimmigration Law and the Perils of Haste. *UCLA Law Review* 58:1705-1748.
- Torrey, Philip L. 2015. Rethinking Immigration’s Mandatory Detention Regime: Politics, Profit, and the Meaning of “Custody”. *University of Michigan Journal of Law Reform* 48:879-913.

- Tricot, Juliette. 2013. France. Pp. 222-263 in *Toward a Prosecutor for the European Union Vol. 1: A Comparative Analysis*, edited by Katalin Ligeti. Oxford: Hart Publishing.
- Weigend, Thomas. 2013. Germany. Pp. 264-306 in *Toward a Prosecutor for the European Union Vol. 1: A Comparative Analysis*, edited by Katalin Ligeti. Oxford: Hart Publishing.
- Wexler, Allison. 2004. The Murky Depths of the Entry Fiction Doctrine: The Plight of Inadmissible Aliens Post-Zadvydas. *Cardozo Law Review* 25:2029-2078.
- Wilsher, Daniel. 2012. *Immigration Detention: Law, History, Politics*. Cambridge: Cambridge University Press.

Prompt Judicial Relief, Due Process Protection, and Immigration Detention

*Chao-Chun Lin**

Abstract

In Interpretation No. 708, the Grand Justices of the Judicial Yuan held that an immigrant is entitled to seek judicial review promptly after being detained. Although this interpretation has been widely acclaimed in legal circles, this paper argues that to carry out the protection of personal liberty of immigrants more thoroughly, more measures have to be taken. First of all, borrowing the concepts of the so-called internal separation of powers, this paper argues that to protect the immigrant detainees from the very beginning, we should divide immigration institutions into different parts. Secondly, to give immigration detainees more thorough protection, this paper argues that due process protection for detained immigrants can only be carried out through establishing a framework based on categorizing removal procedures. Thirdly, even if focusing on the detention procedure itself, since prompt judicial review is only one of the essential elements of due process protection for immigration detainees, we should pay attention to other due process elements, too.

KEYWORDS: personal liberty, due process, removal process, Article 8 Paragraph I of ROC Constitution, J.Y. Interpretation No. 708.

* Professor of Law, College of Law, National Taipei University.