

居住權在司法上的可能性

講者：溫麗園律師（畢業於美國新罕布夏大學法學院）

整理：楊宜靜（華光社區訪調小組成員）

居住權主要有兩個根據的法源，一個是憲法第十條——人民有居住及遷徙的自由，是基本權利，任何人被非法強制驅逐時，都應該主張抵抗權，防止政府繼續侵害他受損的居住自由。另一個是「兩公約」之一的《經濟、社會與文化權利國際公約》（按：以下簡稱經社文公約）第十一條規定締約國必須採取適當步驟，確保適當的居住權。

今天我們會把重點擺在兩公約。並不是憲法不重要，憲法非常重要，一些國外判例都是同時引用本國憲法與兩公約作為法源，只是憲法必須考慮個案背後的事實和脈絡，去分析每個當事人的基本權利有沒有受到侵害。而兩公約提供了一個比較清楚的輪廓和論述，讓我們比較容易了解什麼是適當的居住權。（按：《公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法》於2009年通過，兩公約內國法化之後，針對適當居住權新增的法案也將成為法源。）

在我們談兩公約之前，我先引用一個南非的判例：

「憲法適當住房權不是唯一相關於是否國家的作為合理且符合憲法的法律，人類尊嚴、平等和自由也一樣重要且互相關聯，人類尊嚴即是評估國家行為的合理性須考慮的。」（南非，Grootboom）

在強制驅逐的情況下，南非的大法官認為除居住權外，憲法還有其他條文實質上是與居住權相關的，像是人類自由、人類尊嚴自由平等的條款，因為「強制」驅逐表示驅逐違反個人意願，並且沒有經過真誠的磋商就驅逐個人，要個人離開住所，所以和個人的人類尊嚴是相關的。（按：根據經社文公約一般性意見第七號，「強制驅逐」的定義是：個人、家庭乃至社區在違背他們意願的情況下被長期或臨時驅逐出他們所居住的房屋或土地，而沒有得到、或不能援引適當的法律或其他形式的保護。）

居住權的主要概念

居住權主要有四個概念：**保有權的法律保障**（Legal Security of Tenure）、**避免強制驅逐**（必須採取磋商、通知、安置、賠償等措施）、**給予弱勢及非正規住區特別的關注**，以及**立法並逐步實現**。

除了兩公約條文，我們將引用「人權事務委員會」以及「人權理事會」所採用的三個文件來說明居住權的主要概念。第一個文件是「經社文公約一般性意見」，已由「人權事務委員會」所採用；第二個文件是「人權理事會」所委任的居住權專家2012年所出版的「**專家報告**」；第三個文件是「**基本原則和準則**」（Guidelines），在2007年「專家報告」的附件，是根據發展目的造成的遷移所提出的基本準則。這三個文件都是「人權事務委員會」或「人權理事會」採用的官方解釋，我們就用這三個文件來說明。

保有權的法律保障 (Legal Security of Tenure)

第一個概念是保有權。保有權在「專家報告」中是：確保擁有可靠的住所並使人能夠在安全、和平與尊嚴中生活的土地和/或住房保有權。（按：根據經社文公約一般性意見第四號，不應狹隘或限制性地解釋住房權利，譬如，把它視為僅是頭上有一遮瓦的住處或把住所完全視為一商品而已，而應該把它視為安全、和平和尊嚴地居住某處的權利。）

法務部採用中譯	原文	原文中譯
<p>使用權的法律保障。使用權的形式包羅萬象，包括租用(公共和私人)住宿設施、合作住房、租賃、房主自住住房、應急住房和非正規住區，包括占有土地和財產。不論使用的形式屬何種，所有人都應有一定程序的使用保障，以保證得到法律保護，免遭強制驅逐、騷擾和其他威脅。締約國則應立即採取措施，與受影響的個人和團體進行真誠的磋商，以便給予目前缺少此類保護的個人與家庭使用權的法律保護。</p>	<p><i>Legal security of tenure. Tenure</i> takes a variety of forms, including rental (public and private) accommodation, cooperative housing, lease, owner-occupation, emergency housing and informal settlements, including occupation of land or property. Notwithstanding the type of tenure, all persons should possess a degree of security of tenure which guarantees legal protection against forced eviction, harassment and other threats. States parties should consequently take immediate measures aimed at conferring legal security of tenure upon those persons and households currently lacking such protection, in genuine consultation with affected persons and groups;</p>	<p>保有權的法律保障。保有權的形式包羅萬象，包括租用(公共和私人)住宿設施、合作住房、租賃、房主自住住房、應急住房和非正規住區，包括占有土地和財產。不論保有的形式屬何種，所有人應享有法律保障之保有權至其能避免遭到強制驅逐、騷擾和其他威脅的程度。締約國因此應立即採取措施，與受影響的個人和團體進行真誠的磋商，以給予目前缺少此類法律保護的個人與家庭保有權的法律保障。</p>

保有權的原文是Tenure，這個字常用在說明教授的終生職，它其實是從英文的holding這個字來的，意思是「保有我們從土地可以拿到的各種權利」，包括取用或使用權——取用或使用土地及附連在土地上的一些東西，或享有從土地上長出來的東西，像是果樹；把長出來的東西拿去賣，就是收益權；也包括防止別人來使用的排外權利；或者將這些權利移轉的權利。其中，所有權和使用權，就是保有權最常被提到的種類。一般性意見第四號提到：保有權形式包羅萬象，包括了非正規住區，不論保有權的形式為何種，所有人應享有至少一定程度的保有權保障，就是能避免遭到強制驅逐。

我們看一下原文，「至少一定程度的保有權保障」的原文是什麼？a degree of security of tenure，剛剛胡老師提到中文翻譯常有很多錯誤，法務部採用的翻譯將tenure翻成「使用權」，將「一定程度」翻成「一定程序」，程序和程度兩個用詞本質上

是不同的，程序會讓人誤解為在執行強制驅逐的時候，只要不是在晚上，不是在下雨天，有提早通知，就至少符合一定的程序，但是原文的「一定程度」是指要有最低的保障。

避免強制驅逐

一般性意見第七號提到，委員會認為強制驅逐的事例是推定與公約的要求不相容的，只有在最特別例外的情況下，且依照國際法的有關原則才是正當的。

法務部採用中譯	原文	原文中譯
在這方面，委員會認為，強制驅逐的事例 顯然是與《公約》的要求格格不入的 。只有按照國際法的有關原則，在 某些特別例外 的條件下才是 允許的 。	In this regard, the Committee considers that instances of forced eviction are prima facie incompatible with the requirements of the Covenant and can only be justified in the most exceptional circumstances , and in accordance with the relevant principles of international law.	在這方面，委員會認為，強制驅逐的事例是 推定與《公約》的要求不相容的 ，只有在 最特別例外 的情況下且按照國際法的有關原則，才是 正當的 。

這裡重要的原文是"prima facie"這個字，是法律上常用的拉丁文，意思是「推定」，**代表舉證責任會移轉給執行強制驅逐的政府機關**，政府機關必須舉證為什麼它的強制驅逐是符合公約規定的。但法務部採用的中文翻譯翻成「顯然是與公約格格不入的」，就沒有了舉證責任的概念，沒有推定的概念，而且也把「最特別例外的情況」翻成「某些特別例外的條件下」。

等一下我們會討論什麼是「最特別例外的情況」，一般性意見並沒有直接列出什麼是最特別例外的情況，參考專家報告以及基本原則和準則，一些例子像是安全、衛生，例如建築物毀損，很危險，居民生命受到威脅，例如區域性的流行病，政府機關覺得是不衛生的，希望居民可以離開，另一些例外的情況包括公共利益，最常見的例子是牽涉到都市計畫或經濟發展。

法務部採用中譯	原文	原文中譯
驅逐不應使人變得無家可歸，或易受其他人權的侵犯。如果受影響的人無法自給，締約國必需 採取一切適當的措施，用盡他所有的資源酌情 提供新的住房、新的住區或新的有生產能力的土地。	Evictions should not result in individuals being rendered homeless or vulnerable to the violation of other human rights. Where those affected are unable to provide for themselves, the State party must take all appropriate measures, to the maximum of its available resources, to ensure that adequate alternative housing, resettlement or access to	驅逐不應使人無家可歸，或易受其他人權的侵害。如果受影響的人無法自給，締約國必需 用盡最大可用的資源去採取一切適當的措施，依據個案情況確保 ：適當的替代住宅、安置至新住所、或使用有生產能力之土地得

	productive land, <u>as the case may be</u> , is available.	以提供。
《公約》締約國在禁止強制驅逐方面的義務基本上是以第十一條第一項的規定為根據，同時也配合其他的有關的規定。特別是第二條第一項要求締約國使用「所有適當方法」去促進適當住房的權利。但是，由於強制驅逐做法本身的性質， <u>根據現有的資源去逐漸實現第二條第一項的規定是很困難的。</u>	In essence, the obligations of States parties to the Covenant in relation to forced evictions are based on article 11.1, read in conjunction with other relevant provisions. In particular, article 2.1 obliges States to use “all appropriate means” to promote the right to adequate housing. However, in view of the nature of the practice of forced evictions, <u>the reference in article 2.1 to progressive achievement based on the availability of resources will rarely be relevant.</u>	《公約》締約國在強制驅逐方面的義務基本上是以第十一條第一項的規定為根據，同時也配合其他的有關的規定。特別是第二條第一項要求締約國使用「所有適當方法」去促進適當住房的權利。但是，由於強制驅逐做法本身的性質，引述第二條第一項因而「 <u>根據可用資源逐漸實現各種權利</u> 」之作法， <u>是不適用、幾無相關的。</u>

針對強制驅逐，一般性意見第七號提到：引述經社文公約第二條第一項因而「根據可用資源逐漸實現各種權利之作法」，是不適用、幾無相關的。這點尤其重要，政府是否可根據「可用資源原則」逐步去實現權利是律師們在引用兩公約時常面臨的挑戰，如果政府可以根據它的可用資源去逐步實現，政府就容易藉口資源不足、只要逐步緩慢實現居住權就好，無法要求政府立刻有所作為或不作為。

一般性意見第七號特別強調，因為「強制驅逐本身的性質」，這個原則在這裡是不適用的。這是一個很關鍵的釐清，原文是will rarely be relevant，而法務部採用的翻譯則翻成「是很困難的」。法務部採用的中文翻譯並不是法務部自己翻的，而是從聯合國的網站下載簡體中文翻譯，再邀集國內學者專家校正簡體與繁體中文用語不同處。聯合國網站已註明，只有英文版的一般性意見是官方版本，其它語言都只是參考。既然法務部邀集的學者專家修改了一些中文用語，其中有些修改顯示他們有回去對照英文原文，他們是否看到了一些關鍵的翻譯錯誤，卻沒有去修正，就不得而知。

（補充：一般性意見第七號也提到：驅逐如果使受影響的人無法自給，締約國必須用盡最大可用的資源去採取一切適當的措施，依據個案情況確保：適當的替代住宅、安置至新住所、或使用有生產能力之土地得以提供。這裡，「依據個案情況確保」的原文是"as the case may be"，意思是：依據個案情況提供三者之一。而法務部採用的翻譯翻成「酌情提供」，易讓人誤解為：可根據情況決定是否提供。）

法務部採用中譯	原文	原文中譯
國家不但本身要避免強制驅逐居民，而且要	The State itself must refrain from forced evictions and ensure that the	國家必須避免強制驅逐且確保法律防止國

<p>確保對那些實行強制驅逐的代理人或第三方執行法律(按照以上第3段所下的定義)。這方針還得到《公民與政治權利國際公約》第十七條第一項的補充，該條加重說明，如果沒有得到充分的保護，任何人有權不受強制驅逐。該條尤其承認任何人的住宅有權享受保護，免受「無理或非法侵擾」。值得注意的是，國家有義務確保這種權利受到尊重，不由於資源多寡的考慮而改變。</p>	<p><u>law is enforced against</u> its agents or third parties who carry out forced evictions (as defined in paragraph 3 above). Moreover, this approach is reinforced by article 17.1 of the International Covenant on Civil and Political Rights which complements the right not to be forcefully evicted without adequate protection. That provision recognizes, inter alia, <u>the right to be protected against “arbitrary or unlawful interference” with one’s home</u>. It is to be noted that <u>the State’s obligation to ensure respect for that right is not qualified by considerations relating to its available resources</u>.</p>	<p>家代理人執行強制驅逐(按照以上第3段所下的定義)。在《公民與政治權利國際公約》第17條第1項的補充下，此作法強調了「未受適當保護不受強制驅逐」之權利，尤其確認了「不受非法侵害個人居所」之權利。值得注意的是，國家有義務確保這種權利受到尊重，不受其可用資源多寡而有所保留。</p>
--	---	---

接著，一般性意見第七號提到「國家必須避免強制驅逐」，而且要「確保法律防止國家代理人執行強制驅逐」，法務部採用的中文翻譯翻成「國家必須要確保對那些執行強制驅逐的代理人執行法律」，這兩者的差異很大。根據原文，法律是要防止強制驅逐的，所以在立法上應該去規範，除非是一些最特殊的情況，不然不能執行強制驅逐，而不是確保執行法律也執行強制驅逐。

這一段最後又強調，未受適當保護的強制驅逐是非法侵害個人居所，國家有義務確保關於個人居所的權利受到尊重，不受政府可用資源多寡而有所保留。非法侵害的原文是"arbitrary or unlawful interference"。arbitrary是國際法常用的字，或者標準，就是任意、沒有充分理由，或者沒有適當地考慮所有的條件或情況，就去做出的一個決定。基本上是一個標準，去檢視這個強制驅逐的合法性和合理性。

前面提到，在最特殊的情況之下，強制驅逐是允許發生的，但是必須要有哪些程序及實質要件，則應該符合公約的規定。

磋商、通知、安置、賠償

第一個要件是真誠的磋商，磋商包含：探討所有可行的替代方案，進行公聽，提出重新安置計畫（參見Guidelines、一般性意見）。在作出決定開始搬遷時，政府當局必須表明搬遷不可避免。而且所有的最後決定應該經過行政和司法審查。這裡的司法審查並不是所有權的認定，而是審查這個搬遷的決定是不是合法、可允許的；如果必須要搬遷，受到強制搬遷的所有人都有權獲得及時的補救。適當的補救包括公正聽審、獲得律師、法律援助、返回、歸還、重新安置、復原和賠償（參見Guidelines）。其中，政府和負責提供公正賠償和充分的替代住處或在可能的情況下復歸的其他有關方面，均必須在住戶搬遷後立即這樣做（參見Guidelines）。

除了賠償之外，是要搬回去，所謂的返回，還是重新安置，雖然各方必須優先重視「返回」的權利，但有些情況(包括促進總體福祉，或者為了安全、健康或享有人權的緣故而需要這樣做時)，可能必須對某些個人、群體和社區的出於發展目的的搬遷進行「重新安置」(參見Guidelines)。提議和/或實施重新安置的行為者，通常是政府機關，應根據法律支付所有相關費用，包括所有「重新安置」費用(參見Guidelines)。

居住權在兩公約裡是一種基本人權的概念，與所有權是分離的，**所有被遷出者，不管是否擁有產權，均應有權就損失得到賠償**，並且應該**考慮每個個案的情況應允許對涉及非正式財產，如貧民窟住房的損失做出補償**(參見Guidelines，此點基本原則與準則中文翻譯有誤)。

如果以下的損失和費用沒有被包括在「重新安置」援助的範圍之內，那麼，對「**經濟損失**」的評估就應該考慮進這些損失和費用，例如：土地和房屋結構、內部物品、基礎結構、房產抵押或其他債務款、臨時住房、行政手續費和法律事務費、**替代住房、工資和收入損失**、教育機會損失、保健和醫療、**重新安置**和交通費(特別是如果重新安置的地方遠離謀生之地)。如果房屋和土地也是被搬遷的住戶的一種謀生來源，那麼影響和損失評估必須考慮**商業損失**、設備/存貨、牲畜、土地、樹/作物、工資/收入的損失/減少等的價值(參見Guidelines)。

強制驅逐的要件除了磋商、安置、賠償，還必須有「搬遷通知」。「搬遷通知」除了說明搬遷是不可避免的，還應詳細說明決定的理由，包括：(1) 沒有其他合理選擇；(2) 提議的備選方案的完整細節；(3) 如果沒有備選方案，則為了最低限度地減少搬遷的不利影響而採取和設想的所有措施(參見Guidelines)。「搬遷通知」也應該允許並幫助受搬遷者編制**財產清單**，以評估他們的財產、投資和可能受損的其他物資的價值。受到拆遷的人還應有機會評估並記錄應受賠償的**非貨幣損失**(參見Guidelines)，包括存貨、固定資產、無形資產這些東西。

非正規住區

前面我們在講居住權的幾個概念，包括保有權時，一直提到「非正規住區」，為什麼一直提到非正規住區？因為這些居民沒有所有權，很容易被政府部門和私人行為者認為住區及其中的居民完全「不合法」，從而有充分理由實施強行驅逐或剝奪其權利。專家報告中的基本原則和準則裡特別提到：國家除了應確保搬遷只發生在例外情況下，還應該提供保護給所有弱勢者和受影響的群體，不管他們是否根據國內法持有房屋和財產所有權(參見Guidelines)。其中，「非正規住區」具有「模稜兩可」或「混合」的保有權地位。它們包括在公共、私有或習慣土地上以合法化或非合法化的方式使用和占用土地和/或住房，非法分割合法擁有的土地或住房，各種形式的租用安排，無論是否以某種方式正規化(參見專家報告)。專家報告更強調：各國必須特別保障低收入群體、「非正規定居者」和少數群體等弱勢和邊緣群體的「保有權」(參見專家報告)。

立法

最後一個重要的概念是立法，對受到強制驅逐威脅的居民來說，立法是最有效

的保障。一般性意見第七號揭示：防止強制驅逐的立法被視為建立有效保護制度的根本。這樣的立法措施應(a)對房屋和土地的居住者提供儘可能最大的保有權保障；(b)符合《公約》的規定；以及(c)能嚴格地規限在什麼情況下方允許遷移居住者（參見一般性意見）。

這裡我們舉南非憲法的例子作說明。1996年的南非憲法第26條就提到適當居住權，提到國家必須採取合理的立法和其它措施，在可用資源下，逐步地實現權利，如果法院在考量所有的情況後沒有准許驅逐命令，任何人都不能被驅逐。

南非憲法條文相較於我們剛剛整理的兩公約居住權有兩個很根本的差別，第一，兩公約保有權的最低程度保障是不被強制驅逐，只有在最特別例外的情況下，且依照國際法的有關原則的驅逐才是正當的，而南非1996年憲法是在沒有考量所有的情況下，任何人都不能被驅逐；第二，兩公約因為強制驅逐本身特別的性質，「根據可用資源逐漸實現權利的作法」是不適用的，而南非於1996年公布的憲法則認為，國家須在可用資源下逐步實現權利。兩者之間的差異可能是因為我們前面引述的專家報告以及基本原則和準則等，對於兩公約居住權的官方解釋是1996年之後才陸續出現的。

即便有這兩個差異，南非1998年的「防止非法強制驅逐及非法土地占有基本法」（Prevention of Illegal Eviction from and Unlawful Occupation of Land Act）已將哪些是「法院必須考量的所有情況」做了更明確的規範。法案將「強制驅逐」分成三種情況：第一種，如果一個非法占有者占有土地小於六個月，法院在准許驅逐命令前，必須作成此強制驅逐是公平正義的意見，且必須要考量所有的情況，包括考量「老弱婦孺」這些弱勢的權利和需求。第二種，如果一個非法占有者占有土地超過六個月，法院在准許驅逐命令前，必須作成此強制驅逐是公平正義的意見，且必須考量所有的情況，除了考量「老弱婦孺」這些弱勢的權利和需求，還須要考量是否有替代土地供安置，所以如果占有六個月以上，法院在准許驅逐命令前的，考量替代土地安置就變成要件。

第三種，如果強制驅逐的管轄權在政府，譬如建築物的起建必須經過政府的同意，或者是基於公共利益，那麼政府就有管轄權，而法院在准許驅逐命令前，也必須作成這樣的強制驅逐是公平正義的意見。法案還有提到公共利益包括健康和安安全，沒有提到經濟發展，這個公共利益的範圍是比較侷限的。那什麼樣的情況是公平正義的？法案列舉了三個要考慮的因素：占有的情況、占有的時間，以及是不是有替代住宅。

伊莉莎白港市的判例 (South Africa - Port Elizabeth Municipality)

接下來我們以伊莉莎白港市的判例作為例子，來看法院怎麼考慮這三個因素。伊莉莎白港（Port Elizabeth），是一個港口城市，判例中的非法居民占有了一塊已被市政府規劃徵收蓋住宅的私有土地，占有者表示只要有適當的通知並提供合適的替代土地讓他們得以遷離，他們願意離開。但是他們拒絕市政府所提出的方案——讓他們遷徙到另一個犯罪叢生、令人厭惡的、過於擁擠的區域，他們擔心會因此失去工作而必須再次遷移。市政府表示，他們是非法占有，如果提供替代土地給占有者，將會變成實際上的插隊，擾亂已建立的住宅方案，以及強迫市政府給予他們優惠。

因為南非有很多住宅方案（類似社會住宅的概念），很多人在排隊，市政府認為這些人等於是插隊，強迫市政府給他們優惠。

在判決書裡，探討是否准許驅逐命令時，法院認為在公平正義的條件下，必須考慮所有相關的情況，包含我們剛剛提到的三個因素，第一是占有生成的類型，第二是持續期間，第三是適當替代住所或土地的可取得性。法院在第一點就回應了市政府認為給予優惠的論點，法院認為對於那些懷有似乎被允許在那裡居住的想法而占有土地的人，相較於那些故意侵占土地去擾亂住宅方案並使他們得以插隊的人，應該被區分開來，前者可以被給予較大的同情，法院認為占有者實際上並非插隊者，與後者試圖插隊的人是不一樣的。第二點是持續時間，法院認為對於驅逐已定居且與地方緊密相連的家庭，比起那些才剛搬到土地上建立避難所的人，應該有所區別，一個法院必須更加注意且極小心看待前者。第三點是替代住所，法院認為雖然地方政府並沒有被賦予無限制的憲法義務，去確保除非有替代住所或土地，否則一個家庭的住所不能被摧毀，但是，一個法院必須十分不情願地准許驅逐相對上已經定居的占有者，除非已經提供一個合理的替代方案，即使是一個在正式住房方案中，永久住房仍未決的暫時措施。

此案法院更認為：即使有已存在的住房方案，設計在最短的期間內以最有效率的方式，提供最大數量住房給無家可歸的人，雖然這樣的方案的存在非常有助於達成一個確保被規劃的驅逐是公平正義的情況，卻不足以當作在一個特殊的案件中，決定是否作成一個實際的驅逐命令的條件。

此外，在驅逐程序牽涉到利益衝突的特殊性質的前提下，根據「防止非法強制驅逐及非法土地占有」法案的第六條，如果沒有嘗試適當的討論以及適當的調解，驅逐的命令在缺乏特殊的情形下，通常是不公平正義的。因此，法院作成結論認為此案的情況，驅逐占有者的命令並非公平正義的，並作成必須執行調解的命令。

此案南非法院的結論回應我們前面提到的要件，驅逐必須有真誠的磋商，必須嘗試適當的討論，包括討論是否有替代住所，才可以被認為是公平正義的。

南非Grootboom的判例

接下來我們來看南非的Grootboom判例，這是一個比較關鍵且引起許多討論的案子，其中最值得關注的是憲法法院對於「合理性」的探討。在這個案子裡，以Grootboom太太和她妹妹的家庭為例，兩個家庭擠在W社區（Wallacedene）一個20平方米（約六坪）的簡陋小木屋裡。W社區是一個非正規住區，這個住區裡有1/4的人沒有收入，2/3的人月收入只有美金70元，一半的人口是孩童，而且全部都居住在簡陋的小木屋裡。大家可以上網去搜尋相關的圖片，跟剛剛華光的照片差不多，更簡陋的木屋，沒有汙水排放，沒有垃圾清理，只有百分之五的小木屋有電，而且整個區域有很多地方淹水。很多居民都有申請市政府補助的低價住宅且在後補名單內，可是候補者可能要等上七年。

因為W區的環境實在太讓人難以忍受，許多居民在1998年9月開始離開W社區，她們把小木屋移到鄰近的一塊叫作New Rust的私有空地，因為這一塊空地已經被政府規劃用來蓋低價住宅，所以1998年12月地方法院作出了收回不動產的判決，要求

清空，可是到判決要求的清空日之後居民都拒絕離開，因為她們在W社區的占地也被別人占走了，沒辦法回去，幾個月後(1999年3月)驅逐程序再啓，公設辯護人參與協商，卻得到要求占有者離開New Rust的判決令。1999年5月19日警察將拆除所有建物，雖然地方法院要求市政府與居民調解，另找土地給New Rust居民作永久或暫時居所，在驅逐前並沒有任何調解，居民在又冷、風大、又下雨的冬天被強制驅逐，居民的家被推倒、燒毀，財產也被摧毀，不在現場的居民甚至無法搶救個人物品。

驅逐後，居民前往W社區運動場作為暫時的避難所，一個禮拜之內開始下大雨，居民簡陋的塑膠布不足以遮蔽雨水，律師寫信給市政府表達這令人無法忍受的情況，並要求市政府履行其憲法義務提供暫時住所給居民，並上訴到高等法院。

高等法院認為，政府因資源，預算有限，大量缺乏可提供之住宅，且已有一個以最大化可用資源補償住宅不足的方案，因此不能說市政府在其可用資源下沒有採取合理的立法或措施來達成適當住房權，也就是說，政府沒有至少須提供避難所的義務，案子繼續上訴到了憲法法院。

憲法法院的大法官認為，雖然社經權包括居住權，也無可避免地涉及預算限制的意涵，但並非就會變成可受審判的障礙，最低限度，社經權必須消極地防止不適當的侵害，須以個案來審判社經權的實行。若有顯著數量的個人被奪走其基本的避難住所，可推定違反公約義務，政府必須證明已用所有資源，且用盡每個努力來滿足最低基本權利，但是一般性意見並沒有明確指出最低基本權利為何。針對南非大法官認為一般性意見並沒有明確指出最低基本權利為何的情況，依據目前版本的一般性意見，我們剛剛已經提到，兩公約保有權的最低程度保障是不被強制驅逐，只有在最特別例外的情況下，且依照國際法的有關原則的驅逐才是正當的。

接著南非憲法法院的大法官根據南非憲法，將以下三個因素分開考量國家是否符合其義務：(1) 合理的立法和其他措施，(2) 逐步實現的權利，(3) 在可用資源內。

針對第一點，本案政府提出立法和其它已採取的措施，包括13個住房基金、7個住房部門、超過20個補助金系統，以及超過60個國家及區域性以種族為基礎的政府代理機構。法院認為，住房法案並沒有明文促進對於沒有土地使用權、沒有屋頂遮蔽、居住在無可忍受的條件中，以及遭逢天然災害者的暫時性救濟。然而，對於這些迫切需求者，立即的短期救濟可符合住房發展法案的持久性、居住性、穩定性的要求。

因此，法院必須決定是否全國性的住房方案已經足夠彈性去回應所有有急迫需求的人，並提供立即、短期的需求。法院認為，本案主要關注Cape Metro區域的住房缺乏問題，研究顯示市政府是「非正規簡陋住所最關鍵的地方權責機構」，每年約有22000房屋建造在Western Cape，但是需求每年增加20000個，因此每年只提供2000個房屋，住房的問題是很危急的，惡化失業率與貧窮。

針對合理性，法院也提出了四個考量的因素：

第一，國家級的住房方案在合理的短時間內造成大多數人可負擔住房；（按：在大多數發生強制驅逐的國家，第一點不大可能滿足。）

第二，一個住房方案忽略對於危難中的人立即環境的改善；（按：針對那些有

緊急危難的人，住房方案至少要對他們環境有立即改善，要有照顧的行為。)

第三，合理的國家級預算投入；

第四，憲法的人類尊嚴、平等和自由。(按：因為強制驅逐是違反個人意願的。)

在措施上，法院認為要考量住房問題在社會、經濟、歷史上的脈絡，以及執行方案的機構的能力，方案必須是平衡的、彈性的、關注住房危機的短、中、長期需求。排除社會上重大或有意義的一部分的方案不會是合理的。此外，實現權利的措施絕不能忽略那些有最迫切需求的人，因此僅是在統計上能達到逐步實現的領先指標的措施並不能符合合理性的檢視，更有甚者，憲法要求每個人都受到關照，僅是統計數字上的成功，卻無法回應最弱勢需求的措施不能通過合理性檢視。

法院更強調，憲法承認國家並沒有超越其可用資源或立即實現權利的義務，可是憲法要求國家去實現它，在Cape Metro實行的方案不符合憲法的要求，因為沒有提供一種救濟形式給那些迫切需要住房使用權的人。因此，方案必須包括合理的措施，例如「加速被管理土地和解方案」，去提供救濟給沒有土地使用權，沒有屋頂遮蔽，和住在難以忍受條件或危難情況的人。具體而言，為危難中的家庭快速釋出土地與逐步提供服務，包含鑑定及購買土地，規劃，確認受益者，鄉鎮核准，基礎建設服務，重新安置，轉讓土地予受益者。

最後，法院認為此案的住房方案並沒有通過合理性的檢視。

各國立法——非正規住區

看了兩個南非判例，我們再來看其它各國立法，立法才是真正把兩公約的精神實踐的根本保護機制。

首先，巴西在2001年6月對非正規住區的聯邦都市法案(Brazil: Statute of the City, Law No. 10-257 (June 2001))，是提供非正規住區正式化、合法化的程序。根據法案第九條，如果個人占有小於250平方米(約75坪)的土地，五年不中斷，其占有目的是居住，且占有者不同時擁有其他資產，就可以建立正式、合法的所有權(establish their dominion)，這樣的權利每個占有者只能被准許一次。這是個人的情況，如果是一塊區域，例如都市區域，根據法案第十條，如果這個區域大於250平方米(約75坪)，且居民是低收入戶，在五年內不間斷地占有這個區域，占有者不同時擁有其他資產，就可以獲得時效取得的權利，法官會將區域分成等份給每個占有者。

巴西這個聯邦都市法案的施行法(Brazil - Statute of the City, Provisional Measure No. 2.220 (4 September 2001))第五條，則提出五個情況下，政府必須負責安置，包括一般人平常使用的區域、都市發展計畫、國防及環境保育地區，保育區的附連建地，還有交通要道，都必須要做安置。

再來是印度的立法——貧民區居民保護基本法(Madhya Pradesh Act No. 15 (1984), Slum Dwellers Protection Act)。Madhya是一個州，印度有很多州立法，這個法案第三條規定，在1984年4月10號這天，如果沒有土地的占有者已經占有了一塊都市區域的土地，就視為已經在該地定居，享有租用權，可以租用小於50平方米(約15坪)的土地；因為這些被占有的地方大都是都市裡的貧民窟，如果占有者願意到

其他區域，就可以租用大於15坪的土地，但是不能轉租。

接下來是祕魯，也是國家級的立法——Peruvian Law for the Promotion of Access to Formal Property. Legislative Decree No. 803（1997），法案第二條特別要求國家必須成立專責委員會，負責執行非正規資產的正規化。1997年祕魯以專責委員會的方式去執行方案是一個成功的範例，祕魯政府向世界銀行貸款了3千8百萬美金，而政府提出了2千4百萬美金的五年計畫，五年內超過一百萬個權狀註冊，帶來了經濟改善和再投資，主要是因為安置後又再投入工作、再投資生產，因此帶動了整個經濟的發展（詳細情況可以參考這個網站 http://www.habitat.org/lc/theforum/english/goals/Facilitating_access.aspx）。

各國立法——防止強制驅逐

前面幾個我們提到的非正規住區立法主要是中南美洲和非洲的例子，居住權在歐美各國也有許多法案。接下來我們舉幾個防止強制驅逐的各國立法，譬如德國 Brandenburg 這個省，在省的憲法第四十七條中提到，驅逐就必須提供替代住宅。

另外，蘇丹是個非常多內戰的國家，1990年的法案（Decree 941（May 1990））寫得很明確：強制驅逐必須有適當的通知與替代住宅，我猜測這可能是在聯合國的壓力下制定出來的，即使在今天，蘇丹仍然有許多內戰，人們持續遭受強制驅逐。

法國的法案（Law 90/449 of 31 May 1990（visant a la mise en oeuvre du droit au logement [Loi Besson], France））第四條，強調必須優先考慮住宅方案予無住宅者，或受驅逐威脅的人，或是貧窮人，怎麼區分這些類別？政府必須分析申請者的需求、薪水、以及居住人數。

最後一個例子是菲律賓的法案——「都市發展與住居基本法」（The Urban Development and Housing Act of 1992（Republic Act No. 7279）），第二十八條寫得很明確，執行驅逐無家可歸者及貧窮的人必須有安置協商，以及提供無論永久或暫時的適當安置；如果安置不可能，必須提供六十天最低工資的財務補助。

非政府組織的角色

至於非政府組織在強制驅逐事例中可扮演的角色，我們舉多明尼加的例子來說明。1990年，至少有兩個非政府組織向經社文委員會提出報告，其中一個組織是國際居住聯盟（Habitat International Coalition），該聯盟出了一個報告，指出五年內多明尼加政府在首都聖地牙哥已經驅逐了15000個家庭。為什麼各案例的強制驅逐都發生在首都？許多人當初因為歷史原因或戰亂原因流離到首都，認為首都比較安全或者較容易謀生，卻沒有能力取得土地所有權，導致後來強制驅逐發生。

根據一般性意見，委員會有權要求各締約國政府提供資料說明強制驅逐的情形。多明尼加被驅逐的人數很多，而且不斷發生，所以委員會依據一般性意見要求多明尼加政府提供資料。該國政府一開始不提供，委員會因此推定收到的NGO報告是真實的。當時多明尼加有兩個法案係為了發展目的，作為驅逐的法源，委員會要求聯合國秘書長，致函該國政府，要求該國總統撤銷驅逐法案，並且立即停止強制驅逐，強調必須提供替代住房。

後來在聯合國的壓力下，終致法案撤銷，即將進行的、已規畫好的強制驅逐也暫停。爲什麼能形成壓力？我個人推測因爲這些國家都有來自世界銀行的貸款，所以可以產生一些壓力，但是否真的能完全停止強制驅逐？沒有，至今多明尼加還是有強制驅逐，所以目前還是被委員會特別監督的國家。

台灣政府的《各機關經管國有公用不動產被占用處理原則》

最後我們來比較台灣的《各機關經管國有公用不動產被占用處理原則》（按：《國有非公用不動產被占用處理要點》是針對國產署所經管之國有非公用不動產的被占用情況如何處理，財政部亦針對其他機關經管之不動產，另外訂有《各機關經管國有公用被占用不動產處理原則》，華光土地原爲法務部公務用土地，故是根據後者進行強制驅逐），兩公約提到要與受強制驅逐者進行真誠的磋商，但是這個原則特別將「以民事訴訟排除」作爲排除占用之適當處理方式之一。

我們複習一下兩公約，兩公約居住權有幾個要件，首先是保障不能被強制驅逐，有最低程度的「保有權」，只有在最特別例外的情況下，且依照國際法的有關原則的驅逐才是正當的，所以立法是最有效的保障，包括安全、衛生等特別例外的情況才允許強制驅逐，如果以發展目的作爲公共利益下的驅逐，必須要提供安置。

若是以民事訴訟排除，在實際執行時，基本上是「促進」強制驅逐的，可以在很短的時間內解決，很快就執行。而兩公約要求立法必須要防止強制驅逐，而且必須提出在哪些嚴格條件下才可以做強制驅逐，所以「以民事訴訟排除」的處理方式有最大的爭議。另外是「協調占用者騰空返還」，目前爲止各級政府對華光社區的安置計畫主要是針對弱勢，一開始華光社區小組的簡報提到，政府並沒有針對非正規住區這個概念去做特別的安置，只有安置低收入戶，立法也完全沒有考慮到非正規住區有其歷史脈絡，需要被特別關注。

【Q&A】

台灣政府的《各機關經管國有公用被占用不動產處理原則》與華光個案 華光訪調小組成員補充：

關於最後一頁，《各機關經管國有公用被占用不動產處理原則》最近一次修改的時間是2014年6月17日，也就是不到半年前，但處理華光社區所依照的處理原則大概是民國95年的版本，比這個版本早了一些時間。現在大家看到加入一些東西基本上是華光社區的抗議結果，雖然不是我們希望的版本，因爲首先它的特殊處理對象只包含很嚴格的弱勢戶，第二是這個處理原則的規範對象是中央政府的土地經管機關，可是它把安置責任或賠償責任，也就是社會福利的輔助政策，讓經管機關（也就是負責清理的機關）去向地方政府的社福機關要求。

那這就很有趣，因爲處理原則它的規範對象是中央的土地經管機關，但在華光社區的處理實務上，因爲剛好坐落在台北市，所以法務部就把全部的人丟給台北市政府，說我要請你們提供住宅、社會福利的補貼，但市政府認爲，拆遷是法務部造成的，爲什麼安置的責任會落在市政府頭上？就算中央法令（按：指《各機關經管國有公用被占用不動產處理原則》）這樣寫，也並非規範地方政府，而是請經管機

關去想辦法，有點類似原來舊版本的「適當處理方式」。

不過，在法律沒有明確規定誰有責任做這件事的狀況下，其實並不會有任何——不管是中央或地方——官員會去履行兩公約賦予的安置或賠償義務，因為他們都會認為，如果讓居民優先入住社會住宅、優先發給他們特殊的住宅津貼，或是在中央土地上蓋住宅安置，這些方式都於法無據。儘管有所謂「適當處理方式」，在沒有地方法規與中央法規明確授權的狀況下，雖然你一直叫我用適當的處理方式，或者中央法規要中央機關協調地方機關提供各種安置或福利津貼，但是不會有公務員作出決策，因為他們會認為這會涉及圖利。

溫律師回應：

我們前面提到的南非Grootboom案例，判決書裡提到，在南非，中央與地方在實現居住權的權責是分開的，針對驅逐後必須提供安置，是由地方政府負責，針對非正規住區的處理方式，地方政府也是具有最大權限的政府機關，而中央政府主要是在編列國家級的預算，提供住房方案的經費，尤其是社會住宅。

除了南非，許多發生嚴重強制驅逐的地區都在中南美洲和非洲。剛剛也提到，因為聯合國的壓力，有些國家雖然已經立法，強制驅逐還是不斷發生。在每個不斷發生強制驅逐事例的國家，非政府組織經由不斷的監督都發生非常大的迴響和作用。此外，如果政府機關不願採納人權理事會或者經社文委員會對於兩公約的官方解釋或結論性建議，最後還是要在司法程序裡向法官說明，盡可能提供資訊，讓法官了解兩公約。

在華光這個案子，法務部甚至提供了一個power point在它自己的網站上，說明華光社區的處理是符合兩公約規定。但是法務部根據的是我們一開始說明的錯誤翻譯，才會認為只需要做到程序上的通知，認為兩公約只有要求在合理的原則下處理非法占有，但光是「合理性」的認定就是很複雜的爭點或議題，例如在南非的判例裡就是要考量整體的住房方案是否完整，以及對於有迫切需要的人是否已提供緊急措施和緊急補助，而且法務部還認為自己已經在「可用資源」的原則下適當處理了華光個案，並沒有注意到兩公約因為強制驅逐本身的特殊性質，已將「可用資源」原則排除在外。

中文翻譯的問題我已經反映給人權理事會的專家，他們已經轉達人權事務委員會的秘書處，能得到理事會和委員會什麼樣的協助，就靜待回覆。既然「一般性意見」已經被人權事務委員會採用且唯一的官方版本是英文，政府機關和法院還是有責任去理解原文。至於「專家報告」和「基本原則和準則」還沒被國內的律師或法院重視，可能因為之前只有英文版，中文版今年才出來，中文版仍然有些翻譯錯誤需要特別注意。

「專家報告」和「基本原則和準則」的法律位階在國內也尚不如「一般性意見」明確，日前人權理事會的專家已告知這兩份文件應被視為官方解釋（"opinio juris"（authoritative interpretation）），要求國內政府機關和法院根據兩公約施行法採用這些官方解釋也是我們還在努力的目標。在這些官方解釋裡，對於安置作為發展目的下搬遷的要件，以及針對強制驅逐的賠償，都解釋得很清楚。

其中，「基本原則和準則」要求至少要有暫時性的安置，並進一步說明，在某些特殊的情況下就一定要有替代住所或重新安置，包括都市發展計畫、非正規住區等等，這些情況都應受到特別的關注。對於已經居住在當地已久、跟這個城市發生緊密關聯的占有者（按：不只有針對弱勢），所提出的驅逐命令是不是合理合法的，也都應該受到檢視。像華光社區的迫遷是根本沒有被准許的驅逐命令，而是以民法針對所有權的判決來強制執行，也就是沒有從兩公約以及憲法的角度去檢視驅逐本身是不是合理的、是不是合法的。所以目前居住權的實現與兩公約的要求其實還有很大的落差，除了看兩公約條文本身，建議大家參考「一般性意見」，若能再參考「專家報告」和「基本原則和準則」，對各要件就可以大致理解了，期盼政府機關和法院也願意理解和認定這些要件。

私人進行驅逐也需符合兩公約規範

聽眾A提問：

據我所知，目前有一些例子，是占公有地，那現在政府有一種比較聰明的方式，是用定期標售來處理那塊土地，占用人可以參與招標，但是那些人可能沒有辦法跟財閥、建商一樣去投標、競爭，那就變成是政府逃避掉這個責任，它反而是直接用標售的方式，由建商高價標到那塊土地，然後再由建商去執行民法第767條或其他相關的民事訴訟，把當地的居民排除。對這種狀況，有什麼建議？另外，標售會有一個期限，譬如說十日內或是三十日內開標，這樣的話行政訴訟根本就很不積極，也就是可能還來不及做出判決，居民就被強制驅逐了，這種狀況有什麼辦法可以比較積極回應？

溫律師回答：

標售還是在所有權的概念上進行處理，也就是這塊土地是屬於誰的，便由他全權決定要怎麼處理。兩公約基本上是不談所有權的，居住權和所有權是不同的概念，居住權是基本人權，每一個人都有權享有，兩公約下的最低保有權保障是只有在最特殊的情況下才能進行驅逐。不曉得這個案子牽涉到什麼「最特殊的情況」，可能還是都市發展？

聽眾A補充說明：

就是現在的中央政府會糾正各地方的政府，對於這些被占用的土地要去處理。冠上活化資產的美名。

溫律師回答：

所謂「最特殊的情況」至少要牽涉到公共利益——我們前面有提到像是安全和衛生——但是像這種以活化資產、都市更新作為公共利益的強制驅逐，就是必須提供安置。這跟標售行為是分開的，標售是所有權的處理、轉移，政府機關在決定要怎麼處理國家資產，屬於所有權的範疇；若是驅逐居民，就要與居民真誠的協商，提供安置、賠償。

聽眾B提問：

有沒有私人（而非政府）提出驅逐的狀況？人民也要符合兩公約規定嗎？

溫律師回答：

兩公約要求的是政府、國家有什麼義務去做哪些事情，像華光社區是國有土地，政府機關就拿了一個所有權的判決去做強制執行。如果是私人要執行強制驅逐，應該會透過警察來拆，會有行政處分。此外，我們前面提到，在南非，就算是私人的土地，也會有國家擁有管轄權的情況，即使是私人執行強制驅逐，也應對私人和國家同時提出符合公平正義的要求。

時效取得地上權與居住權的關係

聽眾C提問：

剛剛有人提到，當公有地被標售以後，原本占有的土地就變成私人的，會用民事排除，但如果占有者是和平公然進去占有滿十年，是不是可以就提出時效取得地上權，來對抗強制拆除？

周老師補充：

占有的狀況，如果要主張地上權，必須要當成我自己是所有人，需要有意思表示，搞不好會需要的證據是，占有人曾經寫封信給那個地主說我要占有。

溫律師回答：

地上權是民法裡的概念，時效取得以美國為例子，條件很嚴格，要求的占有期間各州不一，有些長達25年，而且要公然惡意地占據，告訴所有者或社會大眾，我占有這塊土地，例如加一些障礙物在路邊，讓別人不能進來，最好有驅逐侵入者的事例。

聽眾C補充：

可是地上權說的是在他人的土地上有建築物或是有工作物在使用。

溫律師回答：

對，但是不代表你有時效取得的權利，為了時效取得，占有人必須有「表示占有」的意思表示。像華光社區的情形，居民比較像在南非的判例，他們從大陸遷移來台的時候認為自己是被允許在華光社區居住的，這塊地不是他的，但是他被允許居留，因為從大陸逃難過來，不知道還會不會遷徙到其他地方，也可能是暫時的住所，總之他認為政府允許他居住在這裡。可是在司法的判定下，這種情況缺少了意思表示的要素。

聽眾C補充：

我之前有看過一篇文章提到時效取得概念是來自羅馬法，用意是要保障一些狀況，像是原本可能有買賣程序但不完備，但後來可能因為說你占有很久了，就形成一個法律的秩序了，所以才有這個時效取得的制度，然後很多國家有沿用。那不曉得說，世界上除了台灣以外還有沒有其他國家有這樣的制度？

溫律師回答：

美國也有。

聽眾C補充：

時效有可能是取得所有權，可是也有可能取得它項權益。

溫律師回答：

對，但是除了兩公約要求防止強制驅逐的居住權立法，幾乎全世界的民法都只規範所有權，台灣除了憲法第十條也還沒有規範居住權。居住權和所有權是不一樣的概念，兩公約並不是要給予占有者所有權，我們一開始提的，「保有權」是一個混合性的權利，當非法占有之後，若政府要進行強制驅逐時，必須要提供一個合理的理由，也必須提供替代方案或者賠償。

剛剛提到的各國立法，時效取得要求的占有期間都沒有那麼長，因為他們針對的是非正規住區，這些地方的形成是具有歷史成因、歷史脈絡的。所以有些發展中國家像是巴西、印度，這些國家都是訂出一個日期，只要在這一天占有者已在某個都市區域居住，或到這天為止占有者已經住滿六個月，就擁有租用的權利。