



元照出版提供 請勿公開散布。

# 開放國家及其憲法解釋

林 依 仁\*

## 要 目

### 壹、問題意識

- 一、憲法與國家的雙重開放性
  - 二、國際人權法之影響
  - 三、釋憲者的任務變遷
- 貳、憲法尊重條約原則
- 一、尊重條約原則之融合功能
  - 二、德國友善國際法原則之參照
  - 三、三種融合形式
  - 四、繼受決定之法
    - (一)是否繼受之保留
    - (二)如何繼受之保留
  - 五、繼受結果之法
    - (一)人權公約特性之認識
    - (二)適用規則之調整
    - (三)違憲審查基準之確認

### 參、尊重條約原則與憲法解釋

- 一、尊重條約作為意義變遷之媒介
  - 二、尊重前之確認
  - 三、作為解釋輔助之尊重方法
    - (一)法認識論意義的解釋輔助
    - (二)作為基本權之解釋輔助
    - (三)作為憲法原則之解釋輔助
- 肆、尊重條約原則與法令違憲審查
- 一、違反公約之法律違憲審查
  - 二、授權明確性之審查
- 伍、尊重條約原則與法令適用違憲審查
- 一、法拘束性審查之意義
  - (一)違反公約之規範適用審查
  - (二)適用公約見解歧義之統一解釋
  - (三)參照公約義務與其範圍

DOI : 10.53106/102398202021120167002

\* 銘傳大學法律學系副教授，德國耶拿大學法學博士。

投稿日期：一〇九年三月二十三日；接受刊登日期：一一〇年六月十日

責任校對：蘇淑君

元照出版提供 請勿公開散布。

二、是否參照之審查

- (一)存有法律競合狀態
- (二)無恣意適用公約之審查
- (三)規範衝突規則之調整

三、如何參照之審查

(一)立法意旨究明之審查

- (二)調和解釋之審查
- (三)法律續造之審查
- (四)憲法原則間之衝突

陸、結論：憲法國際化與公約憲法化



本文探討公約適用與內國法間關係的憲法爭議。按國際公約經施行法轉換後，肇致二以上法規範同在、產生規範衝突。釋憲者即應處理規範位階之定序工作、現有法令與公約內容衝突，與適用複數法規之疑義。

我國憲法為規範國家在國際交往活動，特於第141條預設融合條款。此一憲法尊重條約原則，蘊含類似德國友善條約原則，體現出憲法之固定與開放性。公約施行法為一特殊的繼受決定，表徵接納國際人權秩序，經此規範增補衍生之適用爭議，亦屬憲法法庭的闡明任務。本文從訴訟類型著手，析論公約相涉之基本權解釋問題，復涉因法定參照義務，而生是否與如何參照的法令適用憲法爭議。前者應側重有無依循憲法尊重原則而未恣意。至於後者，特別是體系解釋與法律續造兩種情況，應調和憲法尊重原則與依法審判與依法行政原則間關係。為此試舉三例分析。最後對我國釋憲權之行使提出若干觀點，俾兼顧公約遵守與維護主權。

關鍵詞：國家開放性、尊重條約原則、友善國際法原則、克減規則、體系解釋



元照出版提供 請勿公開散布。

## 壹、問題意識

### 一、憲法與國家的雙重開放性

國家除從國民立場而擬制為一法律主體外，亦得自國際性觀點掌握。國民與國家間的主權歸屬與統治關係、國家與國際的交往關係，均受憲法規範。然從憲法源流、規範對象與發展過程以觀，二者未必同步。大致上，憲法肇建的國家以凝聚國民認同意識為起點，如建國初期以五族共和、民族平等作為想像共同體因素；自憲法史觀察十八世紀後發展，以民族自決與生存空間的心理認同，建構一團結內聚性的民族國家。<sup>1</sup>

國際關係雖為政治學研究對象，處理國際現勢、組織與政治等議題；但國家在國際關係中之立場與行動，仍為國家統治權之作用，要屬法秩序——國際公法與憲法——共同規範之客體。將內政外交事項等分別規範，毋乃現代憲法之常態。我國就外交權決定明確規範於多項條款中，自國家權限分配事項如締結條約與宣戰媾和之決定<sup>2</sup>、特定政策權之目的與內涵<sup>3</sup>、國家任務<sup>4</sup>等三項，特別是將國家置於國際與世界（憲法第141條，增修第10條第1項）的脈絡之中。可知憲法期許與定位國家為「開放的憲法國」（offene Verfassungsgstaat）<sup>5</sup>、安全與和平等三項發展目標。如將憲法第1條

<sup>1</sup> 憲法前言，第1條、第3條、第4條、第5條、第156條、第157條、第158條、第168條參照。

<sup>2</sup> 憲法第38條總統之締結條約權與宣戰媾和權、第58條行政院會議就宣戰、媾和與條約等案之議決權、第63條立法院就行政院會議提出之宣戰、媾和與條約等案之議決權、第107條第1項第11款國際貿易政策。

<sup>3</sup> 憲法第137條國防之安全與和平目的、第141條外交權之原則、權限與目的。

<sup>4</sup> 憲法第145條第3項國家對國民對外貿易之促進任務。

<sup>5</sup> Tomuschat, § 226 Staatsrechtliche Entscheidung für die internationale Offenheit,

 元照出版提供 請勿公開散布。

所稱「民主共和國」與第141條「尊重條約與聯合國憲章」併列以觀，當非指二種截然不同法秩序之對立，而是憲法已預設國際法秩序亦屬其規範內涵，不再僅限於國內事務。傳統上除國家存立為規範取向外，存有另一種不以全體國民作為民主正當性要素，而以國家自身作為制定聯合國憲章的主體。<sup>6</sup>

我國憲法開放國家之意旨<sup>7</sup>，乃促使國家有積極參與各項世界

Rn. 2; *di Fabio*, Das Recht offener Staaten, 1998, S. 122ff.; *Wahl*, JuS 2003, S. 1145ff.; *Vogel*, Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für die internationale Zusammenarbeit, 1964.

<sup>6</sup> 比對我國憲法第141條與德國基本法第24條，均提及「第二個制憲者」。

*Kaiser*, Österr. Z. öff. Recht 10 (1960), 413 (416).

<sup>7</sup> 審查人之一以「不知本文為何使用『開放的憲法國』這個概念？……，為什麼不稱為國際性？」又稱「此一主題極寬泛而空洞」相責。茲說明如下：術語學（Terminologie）旨在為學術用語命名或正名，以便更好的進行分析與研究工作，為學術界的基礎工作之一。術語的提出為命名原則的權衡結果。之所以「開放」而非「國際」，本即從一國與其憲法的立場出發。開放性一詞為社會學科基本概念，亦為法律學關鍵性概念之一，常用於若干對立辯證的詮釋活動，例如形式與實質、應然與實然之分。開放乃相對於閉鎖。開放的憲法國茲有二義，規範與主體的開放性。憲法規範開放性為解釋憲法所應注意的基本原理，係注意到實證憲法規定的有限性、修改困難性，須合理解釋方能期待「永矢咸尊」（憲法前言）。（參見陳慈陽，憲法學，頁74以下，2005年11月，2版；林佳和，時間、現實與規範性：憲法變遷，月旦法學雜誌，218期，頁28-43，2013年6月）。

國家開放性則須從制憲史的發展觀點理解。立憲主義的追求與其成果，原不真正處理本國與國際社會的關係。以欽定憲法大綱與臨時約法為例，僅規定「宣戰、講和、訂立條約」權限規定，各國歷史經驗亦然。我國及至抗戰勝利後，歷經衝突磨難與合作互助的寶貴經驗，以具體條文律定開放要件與交往原則（詳見頁9），自有崇高價值奠基作用。與各國制憲經驗相較，乃誠命國家主權須擇其善而固執之，無比殊勝。至其用語雖引註德文資料，僅從法知識論註明出處，純粹取經於比較法必要性、豐富論述所需，無涉於特定國家觀點而有其普遍意義。本文旨在從憲法第141條處理我國面對國際社會與主權行使、憲法解釋與法律適用間疑義，如以國際性一詞不僅昧於憲法立場，



性活動依據，舉凡經貿往來、社會關懷、運動競技、氣候變遷、高教訪學等多項舉措，以促進雙方與多邊交流競爭與國際參與，且構成國家永續發展條件之一。惟開放性為一程度概念，開放程度繫於法律上（如主權讓與）與事實上因素（資源豐瘠、政經環境與鄰接各國情勢）。對於公法學之研究而言，增添因開放所連帶影響法益衡酌與法制定之取捨，凡此均促吾人省思相關憲法規範意旨之探求。<sup>8</sup>

## 二、國際人權法之影響

縱觀國際關係發展軌跡，人權公約之締結乃歷經二次大戰浩劫後產物。只有以共同信守之自由與民主價值的約束下，才能自始防止對個人侵害而避免逐步肇致國內獨裁與國際戰爭。國際人權公約之文件，始於聯合國一九四八年通過之世界人權宣言，其範疇涵蓋政治、經濟、社會權等方面。其後，一九六六年通過、一九七六年生效「公民與政治權利國際公約」（下稱「公政公約」）與經濟社會文化權利國際公約，三者構成國際人權法典的美譽，對於其他人權公約發揮提綱與指導之作用。至於在區域人權公約方面，首推一九五〇年簽訂之歐洲人權公約、一九六九年的美洲人權公約、一九八六年之非洲人權公約等與前者相互補充。

綜觀公政公約和歐洲人權公約與其他一般國際條約相較，從締

---

且爭議重點盡失。盼讀者留心。

Karl Popper在《開放社會及其敵人》一書中主張理想的社會，應是一個建立在自由討論和理性批評之上，勿以專制敵視異見與伴隨暴力的烏托邦。國際社會，乃至於學術社群中自處與相處之道，亦同。概念界定本為研究自主性之作為，術語採擇常有先建構後爭論、終確定的論辯過程。虛心接受同道匡正，也是開放學術社群的良好論辯風氣，自屬當然。

<sup>8</sup> *Vesting*, VVDStRL 63 (2004), S. 41 (61).

元照出版提供 請勿公開散布。

約國數量眾多和內含之價值取向以觀，顯具廣泛共識與基本性，確立人權保障標準。公政公約之定性，非單純從締約國自身利益出發而議定之「契約條約」（Treaties of Contract），更兼具追求人權保障之客觀法秩序的造法條約（Law-making Treaties）。<sup>9</sup>申言之，公政公約課予所有締約國共同追求義務，以發揮其對世性之特殊作用。公約規範內容非各國間關係、而是國家與人民間關係；另輔以訴訟程序與司法審查方式解決人權爭端。在權利救濟之制定設計上，不僅課予各國應遞交報告、更賦予個人得控訴本國之訴訟權。對於傳統國際法制度實屬全新之制度設計。<sup>10</sup>

我國雖非聯合國或區域國際組織成員，欠缺會員國移轉部分主權之作為，不存在轉換國際組織指令於本國、與政府決策與法制定受其拘束等類似歐盟法與會員國間爭議。但基於全球或地區人權公約、執行機關實務與相關著述大量產生，逐漸引導國內人民與國家機關對基本權利之重新理解，國內外之體認有同步化之增長情形。<sup>11</sup>就基本權利規定代入國際人權思潮之主張，非僅止於單純之政經社會變遷的事實上影響。而是經由法律上繼受決定，使得人權保障兼顧公約保障之法律效力。

### 三、釋憲者的任務變遷

本於憲法維護者之地位，釋憲者就維護憲政體系、健全違憲審查制度與促進法治建設等職責自當忠實信守、殫精竭慮。<sup>12</sup>若求真

<sup>9</sup> EGMR Irland/UK, 18. 1. 1978, A 25 = EuGRZ 1979, 159. *Herdegen, Völkerrecht*, 18. Aufl., 2018, § 15 Rn. 7; *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl., 2016, S. 4.

<sup>10</sup> 歐洲人權法院於1959年所設立，賦予個人有向其請求救濟之訴訟權。

<sup>11</sup> Hesse, JZ 1996, 265 (270).

<sup>12</sup> 翁岳生，憲法之維護者，載：憲法解釋之理論與實務（第六輯）（上冊），



元照出版提供 請勿公開散布。

正發揮制度功能，除須依法釋憲外，尚須把握政治發展與社會變化特性。隨著本國落實人權國際化的進程，漸生憲法解釋、法律制定與適用可觀的挑戰。如何在護持國家主權獨立與回應國際保障標準，自為學界與實務共同關懷的話題。其爭議特殊性為相關憲法原則的再解釋與重心轉變。<sup>13</sup>

依作者之見，國際法內國法化後，對於憲法解釋的挑戰有下述三點：

第一、從形式面觀察規範間關係：條約一經內國法化，與內國法律間形成規範衝突之關係。就位階效力與適用規則上，有待釋憲權適當安排。

第二、從實質面觀察人權多層次保障：關於同類基本權保障之規範與見解的差異性。包括基本權定義與範圍、法治國家原則的理解和基本權衝突的調和。

第三、審查對象、範圍與標準的界定：法律與公約不一致時、機關與法院適用公約能否作為違憲審查之對象、或公約得否作為違憲審查之標準，亟待提出解決方案。

因此國際法之存在與交流，影響憲法解釋方法的運用。憲法解釋方法除納入傳統解釋法律方法外，又得合理增添擴大解釋觀點（Auslegungskanon），包括經驗先例或比較法學。Starck稱憲法解釋有極大化傾向。<sup>14</sup>惟須注意者，解釋觀點之存在意義與其增減，足以發揮解釋引導的功能，並不意味著解釋結果之正誤。我國憲法第141條規範外交權行使，而外交權正為國家主權之體現。憲法解

---

<sup>13</sup> 頁5，2009年7月。

<sup>13</sup> 翁岳生，大法官功能演變之探討，國立臺灣大學法學論叢，23卷1期，頁25-50，1993年12月。

<sup>14</sup> Starck, § 271 Maximen der Verfassungsauslegung, Rn. 27.



釋自然必須納入主權獨立與尊重條約間關係之觀點。然是否得以國際人權觀作為憲法規範之合理界定，觸及憲法解釋權之行使正確性爭議。過往即有釋憲理由引用外國學說與見解予以更新或支持之。此一變遷在何等條件下得以採納作為憲法意義之變遷，即為本文關注之重點，是作者擬探索下列數項課題：

——我國憲法尊重條約原則與德國友善國際法原則之意義同一性比較。

——繼受公約決定之後續法探討。繼受公約產生三項重大影響：公約與憲法既有基本權利章節，構成複數人權秩序的態樣若何，此其一。繼受公約對於法制定的影響：是否僅有公約施行法之制定，立法義務即已告終，此其二。適用公約所生之憲法爭議，在憲法訴訟法施行後是否倍增與其因應之道，此其三。

——在人民聲請裁判憲法審查、法院聲請法規範審查與統一解釋法律等三種訴訟類型。均有可能因國內法與公約間衝突、法院援引公約解釋法律間歧異見解而增加案件，自有提出若干建議之必要。

## 貳、憲法尊重條約原則

憲法第141條從實體層面規範外交權之行使，課予國家應為尊重條約之意旨，決定本國與各國交往之權限與應循秩序。其形式包含法制度與其價值理念的融合決定（下述一至三）。憲法自須就此等特殊繼受決定適當規範（下述四與五），規範方式與範圍又取決於繼受決定之內容，包含：一、是否與如何繼受一公約於本國法律體系；二、繼受所生規範競合應如何調和之課題。

 元照出版提供

請勿公開散布。

## 一、尊重條約原則之融合功能

憲法存立之功能，在於透過規範國家法律秩序之制定與適用活動，樹立國家、社會與國民間的合理關係，務求國家權力行使理性客觀、人民權利有效行使與最終獲得保障。憲法由是不僅僅承載有組建國家機關、規律國家統治權、賦予人民權利、促進各類公共利益等事項，更須從憲法一體性進行交互融合。<sup>15</sup>憲法融合作用對象，得因國內外關係而為社會融合與國際社會之融合。與題旨相涉者為我國在國際社會中交往活動之規範。憲法第141條就國家權力之分配原則與行使方式設有明確之規範，其意義從交往關係與權力本質分別觀察，可以窺知憲法面對條約之態度與立場。

面對國際社會究竟應抱持積極參與或消極退避之立場與方式，憲法採取中庸之融合性要件。融合（或稱「整合」）作為一形式概念，係指二法律上主體全面或部分相互交融而能彼此在若干觀點達成一致，實現共享與協同之過程與結果，可涵蓋族群間、個人與社會等層面。在國際交往活動上，從經貿協定、區域整合（如歐盟）到國際組織之成立，均為融合動因與其表現形式，本為憲法秩序所關懷與規範對象。憲法就此互涉關係之事項須能發揮其規範效力，從憲法一體性原則妥適安排。憲法第141條堪稱國際融合之授權規範<sup>16</sup>，雖僅一條條文，但其重要性為憲法開放性與國際化之依據。

<sup>15</sup> 法治斌、董保城，憲法新論，頁5，2014年9月，6版；陳慈陽，同註7，頁63以下。

<sup>16</sup> 如德國基本法第23條第1項規定：「德意志共和國為實現歐洲之整合，參與歐洲聯盟之發展，而歐洲聯盟係以民主、法治國、社會與聯邦原則以及補充性原則為其義務，且提供與本基本法相當之基本權利保障。聯邦對此得依據須經聯邦參議院同意之法律託付主權。歐洲聯盟之成立以及其條約依據與相當規定之修改，而本基本法依該規定之內容應予修改或補充，或可能修改或補充者，本基本法第七十九條第二項及第三項之規定准用之。」可資參酌。



既規範本國外交權之行使（有稱外交憲法）目的與權限，復設有參與國際社會之前提。就其規範形式以觀，乃要求國家之國際融合「應本獨立自主之精神，平等互惠之原則」，以「敦睦邦交，尊重條約及聯合國憲章」之行為，實現「保護僑民權益，促進國際合作，提倡國際正義，確保世界和平」之四項目標。就此觀之，制憲者一方面預設本國省察面對國際法秩序之基本立場，堪稱體制維護條款（Struktursicherungsklausel），另一方面為預留探索國內外法價值觀的同質性（Homogenitätsklausel）條款。<sup>17</sup>作者以為，憲法就融合要件詳訂為：

- (一)當本國與國際正義觀及世界和平之價值認同達成共識時；
- (二)為消除國際合作障礙與創設國際合作條件時；
- (三)保護僑民之需求發生時。

就此觀之，憲法第141條之規範功能為規範外交政策、作成融合決定之啟閉規範（Schlüsselnorm）<sup>18</sup>；決定結果回返作用於整體憲法之憲政秩序。是以在要件層次，尊重原則旨在確認價值融合；效力層次則為規範融合與適用融合。

## 二、德國友善國際法原則之參照

惟融合非指二主體間形成統一、再無自我的情況；而是在求同共識的基礎上，又能兼顧各主體間之主張，可稱為起碼而無異議之基本價值觀。<sup>19</sup>憲法就外交權行使之規範，命其須出於獨立自主之精神與平等互惠原則，尊重條約及聯合國憲章可知，「尊重原則」為國際整合之基礎與界限。逾越界限的情況可為毫無限制地向特定

<sup>17</sup> Pernice, VVDStRL 60 (2001), S. 186.

<sup>18</sup> Wahl, FS Hollerbach, S. 193ff.

<sup>19</sup> Württenberger, Zur Legitimität des Verfassungsrichterrechts, S. 57ff.



國際組織移轉本不應移轉之權限；毫無限制的接納本不應繼受的法秩序。故「獨立自主之精神」條款應解釋為本國憲法認同（*Verfassungsidentität*）所在<sup>20</sup>，亦即憲法之價值取向為憲法所保障之客體，從而具有抗融合性（*integrationsfest*）。舉凡基於同質性的歷史淵源、語言文化所生之價值共識之外，尚指本國憲法所堅持之基本權利意義、本國憲法承認之社會認同價值、本國憲法堅持之政治經濟秩序。適例為釋字第499號解釋所稱「憲法中具有本質之重要性而為規範秩序存立之基礎者」。

參酌德國里斯本判決所揭示兩項要點：第一、民主原則不容歐洲整合所碰觸侵犯，民主機制為國家認同之提供型塑基礎；第二、特定事務領域只能有限度整合的兩項原則<sup>21</sup>以觀，主權捍衛需要釋憲者在整合過程中合理控制與維繫。<sup>22</sup>是憲法第141條尊重條約原則，雖指示國家機關須注意有國際法之存在與合理適用之憲法上義務。惟其所拘束活動空間如何界定，應以何等方式尊重，憲法解釋如何以「尊重條約」原則作為審查基準等疑問。不僅理論界少見說明，釋憲實務也從未針對性解釋，此處借用德國實務發展出「友善條約之解釋」原則說明。

按法律體系中如有規範衝突時，得經由上下位階之定序或制定衝突規則以資解決。但在修正二元論下，立法權行使之結果，自有可能制定與條約不相一致的規定。此時為保證國際法上義務履行，又要維護憲法最高性之地位，就公約與內國法間衝突與適用有無憲法疑義時，自應適當把握憲政維護者之角色。從德國聯邦憲法法院自從一九五二年以來在將近二十件判決理由書中，一再使用「友善國際法」

<sup>20</sup> Kirchof, § 21 Die Identität der Verfassung, Rn. 1.

<sup>21</sup> Pernice, WHI-Paper 06/2011, S. 18.

<sup>22</sup> Wolff, DÖV 2010, S. 49ff.

元照出版提供 請勿公開散布

之用語。從一九五七年「帝國協定案」（Reichskonkordat）<sup>23</sup>審理下薩克森州學校法是否違反「德國與梵蒂岡協定」（Reichskonkordat）<sup>24</sup>中相關學校事務規定時，指出「與基本法第25條<sup>25</sup>所表示之友善國際法一致」以來，隨後在其他判決指出憲法要求「合乎國際法之內國法解釋」（völkerechtskonforme Auslegung）<sup>26</sup>或「友善國際法之內國法解釋」（völkerrechtsfreundlicher Auslegung）<sup>27</sup>或者稱「內國法須與德國之國際法上義務合致地解釋與適用」。<sup>28</sup>縱觀德國歷來釋憲案之內容，可獲致如下要點<sup>29</sup>：

(一)釋憲者賦予國家機關應注意另一法律體系與其觀點：此與國際法上不干涉原則恰好形成鮮明對比，乃是要求本國賦予注意其他秩序之義務。故所謂友善或尊重，消極面要求不得有忽略或蔑視國際法規範之不作為義務。

(二)在國家機關職權行使之範圍內，須就內國法與國際法的規範同位性上建立起協同關係。包括：1. 從法律適用的解釋活動；2. 目的取向的法律制定；3. 素正違背國際法之行為；4. 以高權行為輔助

<sup>23</sup> BVerfGE 6, 309 (319).

<sup>24</sup> 1933年7月20日德意志帝國與梵蒂岡簽署規範國家與教會關係的協定，約定德國政府承認天主教教會與機構在德國法律地位與獨立性、教廷承諾對德國政策保持沉默。

<sup>25</sup> 基本法第25條規定：「國際法之一般規則構成聯邦法律之一部分。其效力在法律之上，對聯邦領土內居民直接發生權利義務。」

<sup>26</sup> BVerfGE 64, 1 (20); 111, 307 (325).

<sup>27</sup> *Tomuschat, aaO. (Fn. 5), Rn. 27.* 中文介紹參見陳靜慧，化干戈為玉帛之「有利於國際法的解釋方式」——以德國聯邦憲法法院卡洛琳公主案等判決為例，法令月刊，63卷12期，頁23，2012年12月。

<sup>28</sup> BVerfGE 74, 358 (370); 75, 1 (18f.); Bleckmann, DÖV 1996, S. 140.

<sup>29</sup> Schorkopf, Völkerrechtsfreundlichkeit und Völkerrechtsskepsis in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, S. 150.



執行國際法上義務。憲法解釋所面對者是國際法與內國法律平行存在、規範差異存在的結構性障礙。

(三)國際法之規範與現勢在憲法解釋上，影響解釋者之觀點與標準，但釋憲者須在維護憲法核心成分之前提下進行解釋活動。

準此，友善國際法原則具有法律原則與解釋規則之雙重意義。原則意義是指稱整體法規範與解釋均應以友善國際法作為目的達成為行動取向，造成一種無矛盾衝突的和諧狀態。就解釋規則，則指涉一般法律或基本法應採取避免與國際法產生衝突之解釋方法。<sup>30</sup>當內國法律與國際法發生衝突矛盾時，應盡其可能避免造成本國違背公約之狀態。與其說是法律解釋方法之一，不如說是衝突避免規則。<sup>31</sup>故應選擇者，乃不影響與實現公約權利「有效保障」之解釋結果。<sup>32</sup>

友善國際法原則在憲法之依據，作者以為可從憲法規範中予以推導：第一、依據憲法前言第38條、第63條、第141條等規定之體系解釋與目的解釋，亦能獲得友善國際法與條約之解釋原則。憲法第141條「尊重條約與聯合國憲章」即表示不否認和不敵視的立場，從而保證國際法在內國法領域中的存立。第141條可解釋為採取執行論——執行國際習慣法與國際法一般規則之依據，構成應予適用的客觀法秩序之一部分。降低國會可能以批准與否、轉換與否的結構性障礙，自然得認定友善國際法之條款。第二、憲法第38條、第58條、第63條等條約締約權規定：締約權本包括不行使之保留決定，但一國既已決定締結與其批准，即顯示開放趨近國際法之立場。惟友善程度又隨著執行論或轉換論呈現高低有別之程度：轉

<sup>30</sup> BVerfGE 112, 1 (25).

<sup>31</sup> Grabenwarter, JZ 2010, S. 861.

<sup>32</sup> Tomuschat, aaO. (Fn. 5), Rn. 27.



換模式下，國會之批准衍生之生效、解釋和退出等決定取決於本國法。反之，執行模式則無須國會下達法適用令而更較為友善。<sup>33</sup>第三、我國釋憲實務上雖未明確作成宣示，但在理由書欄以援引方式體現。

如將我國憲法尊重原則結合德國友善國際法原則，進行憲法解釋具有若干特質值得掌握：

——正視現實存有之公約與其價值精神：所有國家權力之行使須注意有與其本國認同相關之人權公約與其規範意旨。注意方法為作為憲法解釋之解釋輔助、法制定權的修訂與作為法適用之授權依據。融合條款因此兼具轉介條款（Verweisungsklausel）之功能，指示法制定與法適用須注意國際法上秩序內涵。

——解釋憲法與衝突規則之關聯性：友善國際法原則與衝突規則條款相同<sup>34</sup>，均在於解決二規範或二法律體系間矛盾，用以解決兩法律體系在內容上矛盾時的法適用規則。但衝突規則條款多為下命規定，表示其中之一的法規範始終具有優先性。本原則旨在課予適用者排除法規間矛盾之義務。

——具有「規範維持」（normerhaltende Auslegung）之特性：不否定任何衝突中之法規範。屬於體系解釋方法之分支，類似合憲解釋與第三人效力理論之關係。

### 三、三種融合形式

因國際共識與國家主權行使之雙重因素影響，尊重條約原則所應達成之融合狀態，潛藏特殊之法規競合形式。其特殊性為：複數人權規範秩序之共存、匯流與衝突，堪認尊重作為之裁量範圍。茲

<sup>33</sup> Payandeh, JöR 57 (2009), S. 474.

<sup>34</sup> 例如中央法規標準法第四章「法規之適用」和國際私法上準據法之規定。



元照出版提供 請勿公開散布。

說明如下：

——人權秩序之共存（Koexistenz）：規範間競合得以平行併列形式，而容許規範歧異（Normdivergenz）之狀態。規範歧異性非真正之衝突狀態，例如法規範得制定最低標準而允許一定偏離但更有利於人民、更高標準。<sup>35</sup>「有利原則」各國得本於主權行使避免法規範間衝突。<sup>36</sup>

——人權秩序之匯流（Konvergernz）：尊重原則表明人權議題之價值趨同，使國內外在人權保障層面交互影響與調適。與歐盟及其成員國關係不同，我國與聯合國間並未存在組織上關係，應視為單邊調適作用。調適之法可為選擇性或義務性之調適。選擇性調適乃視人權公約作為解釋憲法基本權之參考。義務性調適則因法制定之要求而有注意公約存在之法律事實，即我國法律明定之參照義務。

——人權秩序之衝突（Kollision）：人權秩序之衝突非指基本權主體間相互行使之衝突，而係複數人權秩序之禁止作為與要求作為（或允許）效力間之衝突。衝突之解決方案得由法制定與法適用分別處理。立法者得制定優先性規定或調適性規定（公約施行法之參照規定）。法治國家原則就規範衝突之一般法律垂直與水平關係區分：垂直間法規範衝突如憲法與一般法律間，得以效力序列與適用序列排定，即效力優先性與適用優先性。<sup>37</sup>除此之外，如繼受決

<sup>35</sup> 公政公約第5條即規定：「本公約任何部分不得解釋為隱示任何國家……對本公約所承認之任何權利和自由加以較本公約所定範圍更廣的限制活動或行為」。

<sup>36</sup> Grabenwarter, § 169 Nationale Grundrechte und Rechte der EMRK, Rn. 24. 相同之例，如歐洲人權公約第53條規定。

<sup>37</sup> Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 3 ff.



定時能藉由位階定序事先排除適用上疑難，固然最為理想。然其事涉立法者形成自由，設若未有給定序列，機關與法院仍須在「無位階規定」下合理適用公約。適用序列得按時間性、特別性與法律解釋方法行之，特別是調和解釋。

#### 四、繼受決定之法

一國與國際秩序融合決定之形式可為參與和繼受。參與為主動積極加入特定組織或活動（國際組織、運動賽事、派兵或援外）。繼受（Rezeption, reception）則指時序上在後承認與接納一外在既有秩序，使其對本國固有制度與運作發生影響（有稱內國法化）<sup>38</sup>，

<sup>38</sup> 審查人謂「討論繼受決定之法，其中參與及繼受兩個概念之區別非常奇怪，不符合國際法之理念」，為「不尋常的表達方式，與一般理解有別」。

查法律知識體系博大精深、浩瀚無涯，事關基本立場，謹說明如次；但偏重規範，組織不論：此處爭議非關術語選擇，或知識分化漸使特定法系獨占某一概念所致。加入或接受本為（國際）社會現象之一，自應以法秩序掌握特性與合理規範。本文旨在從憲法對國家統治權之規範著眼，處理國際法內國法化的法律上爭議，分析主權透過外交權、條約締結乃至於適用之權限秩序。內國法化有法律學上繼受性質與形態；是否與如何國內法化，純為憲法議題。縱令本國法與國際法在若干規定上近似，為價值標準和判斷有共通之處而已。國際法與本國法最大差異在於，構成法秩序的權力基礎為國家或國民。簡言之，國際法非以民意代表依據民主原則所制定。

是從本體論探究，繼受一詞係指在新的環境中接受特定因素。「繼受」之概念，泛指一國受本國以外法秩序之全部或一部之影響後，主動接受他國既有制度、知識與經驗後所生長期內化的移植過程。從發展觀點，為採納已無而較為發達之特定法律制度、法律思想，使之適應該環境的決定。可繼受性之前提為歷史連續性、社會經濟條件大致相同或強烈學習需求。一般以法制史上羅馬法之繼受為例，德意志民族援用查士丁尼法典與教會法（有稱寺院法）以為裁判的準繩。（參見戴東雄，中世紀義大利法學與德國的繼受羅馬法，2000年6月；陳愛娥，繼受法國家中的法比較——以憲法解釋作為觀察對象，月旦民商法雜誌，4期，頁5-15，2004年6月。）繼受國仍保有相當決定自主性，本於學習精神有意識的抉擇可資借鑑之對象，此與戰爭後戰勝國強加



於戰敗國的限制；或宗主國在殖民統治下以法律制控制殖民地，全無主權行使、人民無從選擇之情況，無法相提並論。

若限於國際法的討論，則應將法律繼受問題先置於法制史脈絡觀察，再從憲法規範予以探究。早於孟德斯鳩在《論法的精神》一書否定法的繼受可能性（孟德斯鳩著，張雁深譯，論法的精神（上），頁6，1998年。薩維尼視法律如同語言、行為方式為民族精神所固有，無法移植（*Benedict, JZ 2011, 1074*）Geertz也有類似看法，法律在人類學角度僅為地方性知識與其反映該國政經社會之特色。（Clifford Geertz著，王海龍、張家瑄譯，地方性知識——闡釋人類學論文集，頁273，2004年9月）。反之，從進化觀點，法律繼受為文化間相接觸的乃至於傳播與引進的形式（積穗陳重著，黃遵三等譯，法律進化論，頁5，1997年）特別是經驗顯示，羅馬法向西歐各國的滲透作用，制度移植非單純巧合；且常為發展中國家為務實解決問題所生「規範飢渴」之滿足現象（*Rehbinder, Rechtstheorie 14 (1983), S. 312*）。在國際法秩序與本國法上，尤其是公約表現在人權、環境與氣候等價值發現與價值趨同的議題，在時序遞進中有共識凝聚與在後接受的規範匯流現象。

一元論的立場視國際法與內國法均屬同一法律體系，自無繼受的問題，只消除處理位階疑義。然二者效力來源根本不同，一為國民主權而另一為國家主權；二元論所稱「法律體系不同」亦未能澄清在何等情況、何等國際法規範得於一國內是否與如何適用；尤其是各國實踐呈現不同程度的融入情況。以常用「批准」一詞為例，僅指稱國會之作為；卻也說明接納國際法的統治權行使。但問題顯然窄化國內法與國際法互涉過程中，各國家機關適用過程的複雜性。

實際細節請參見廖福特，法院應否及如何適用公民與政治權利國際公約，台灣法學雜誌，163期，頁47，2010年11月；廖福特，憲法與國際人權條約——陌生的互動關係，載：二十一世紀憲政風雲，頁207-254，2004年1月。*Grote, § 1 Entstehungs- und Rezeptionsgeschichte der EMRK, Rn. 42.*

如以文獻為證，現有Alec Stone Sweet & Hellen Keller, *The Reception of the ECHR in National Legal Orders, in A EUROPE OF RIGHTS: THE IMPACT OF THE ECHR ON NATIONAL LEGAL SYSTEMS 11, 25* (Alec Stone Sweet & Hellen Keller, eds., 2008). MAGDALENA FOROWICZ, *THE RECEPTION OF INTERNATIONAL LAW IN THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS 3-5* (2010). Gib van Ert, *Dubious Dualism: The Reception of International Law in Canada*, 44 VAL. U. L. REV. 927, 928 (2010); Gusy, *Die Rezeption der EMRK in Deutschland*, S. 129 (139); Strack, Gründe, Bedingungen und Formen von Rechtsrezeptionen, *Jahrbuch der Akademie*



繼受對象得為國際法上法律原則<sup>39</sup>、條約與法律見解。<sup>40</sup>參與和繼受存有交互影響關係的可能，例如因參與國際社會規範之制定程序，並因此而繼受所形成之價值標準，特別是世界貿易組織。此處僅就繼受申論。

繼受決定之作成，乃使國際法成為國內法之一部分。我國特殊性在於雖不具締約國之身分，亦不受國際法院管轄，仍得在不負有國際法上義務情況下，以自我拘束方式使其內國法化，如前述歷次釋憲權以國際法一般規則方式援引國際人權公約。此種繼受決定之合憲性，應從憲法國民主權與權力分立，就何等國際法（習慣或公約）、在何等條件、依循何等程序作成。至其繼受決定，可從權限秩序之釋憲、立法與行政三者，進行法制定與法適用之融合；又得因時間進展，應先後從是否繼受、如何繼受與繼受之後分別說明。

以立法權行使繼受公約以觀，包括多項決定：立法權誰屬、是否轉換、是否保留、如何作為等四項情況以下分述之。

### (一)是否繼受之保留

在說明融合過程之前，應稍事處理法學上一元論與二元論的觀點。一元論與二元論之辯，為法學界面對複數法秩序關係間各自主張的處理方案。特殊之處為國民主權與國際秩序之因素。析其內

---

der Wissenschaften zu Göttingen 2009, S. 377-384. 李建良、范文清譯，法繼受之原因、條件與形式，載：法的起源，頁43以下，2011年10月。以上略舉重要參考出處，供同道一探究竟。

<sup>39</sup> Papier, EuGRZ 2007, S. 133ff.

<sup>40</sup> Keller, Rezeption des Völkerrechts: Eine rechtsvergleichende Studie zur Praxis des U.S. Supreme Court, des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften und des schweizerischen Bundesgerichts in ausgewählten Bereichen, 2003, S. 6ff.; Röben, Außenverfassungsrecht, 2007, S. 72; CARLO FOCARELLI, INTERNATIONAL LAW (2019), Section 6, Intra-state application of international law, A) Reception.

元照出版提供 請勿公開散布。

涵，在法源基礎、位階關係與衝突解決三點有根本差異。解釋上宜將法律體系之獨立或隸屬、位階效力與調和衝突；並留意憲法保留、國會保留與責任政治之權限秩序，區辨國際法之內涵與範圍，以及繼受決定與其程度的法律性質與法律效力等諸問題。又因各國憲法規範不一，允宜作為參考。最後仍須從學說論理與法制建立分別觀察，不宜相混。<sup>41</sup>

就是否繼受之決定，應視事件重要性與時序先後，而以制憲或修憲權行使外；倘未明定則分由議會民主與違憲審查，分從融合決定與融合控制處理。一元論係將國內法與國際法視為一法律體系之構成部分。二元論則主張國際法與國內法分屬不同主體所形成之分立法秩序。一元論與二元論所體現的融合方案，實則互不衝突；而與誰應為繼受決定者有關。蓋一元論將國際法與國內法視為一個整體之各自部分，如以擬制方式使其融合如Kelsen所言位階關係，並非不可；但仍應透過內國法之決定，即制憲與修憲為繼受決定。簡言之，一元論須建立在憲法保留之基礎上。至於一元論強調之「隸屬原則」，除非有將主權讓渡於國際組織之決定，否則本於憲法國民主權原則，在法生成源的法律體系各自獨立。至少以我國憲法相關規定，以條約案之提出與議決程序、與憲法第141條「值得尊重性」的要件規定，在實踐上必然有內容差異性的融合決定。反之，二元論則原則上使國會與政府作為繼受決策的角色。

至於繼受對象之國際法，因其形式得為一般規則與條約。「國際法上一般規則」<sup>42</sup>係指國際間一般法律原則，<sup>43</sup>理當為國際社會

<sup>41</sup> 李建良，論國際條約的國內法效力與法位階定序，載：憲法解釋之理論與實務（第八輯），頁186，2014年7月，註63處。

<sup>42</sup> 憲法雖未明定如德國基本法第25條，但解釋上未必不能循憲法原則透過不成文憲法原則之方式推求。

<sup>43</sup> BVerfGE 18, 441 (449). Pernice, in: Dreier (Hg.), GG-Kommentar, Bd. II, 2.



文明國家所公認、<sup>44</sup>且能發生普世性效力者。<sup>45</sup>國際法上一般規則非不得將其視為內國法律體系之一部分；惟「一般規則」之有無與範圍之寬廣，宜為概括繼受或個別繼受、應使其有強行法或習慣法之拘束效力等諸問題，亦常因適用而滋生爭議。惟此一決定事涉主權在民原則，理當屬於憲法保留事項。我國未如德國基本法明確規定<sup>46</sup>，解釋時或可適當參酌（見下：參、二、「尊重前之確認」）。

至於條約之締結事屬外交權，為一國向他國得自主決定涉外事件之權力。憲法將外交權分派於數個國家機關分別而共同行使。總統得行使締結條約與宣戰媾和之權；如為條約案，則屬行政院之提案權（憲法第58條）與立法院之議決權（憲法第63條）所掌。<sup>47</sup>已締結之條約如經適用而發生內國法的規範作用，事屬重要性事項而屬於國會保留之範圍，自須透過議決權方式繼受。釋字第329號解釋重心在於澄清只要國際書面協定之內容屬於重要性事項，即須經國會行審議程序之形式事後繼受；至於例外免除審議程序，亦須有國會預先同意（*antizipierte Zustimmung*）<sup>48</sup>之繼受決定，即該號解釋稱「法律授權或事先經立法院同意簽訂」者。反之，不為繼受決定事涉立法懈怠或單純政策決定之爭議釐清。此時「尚未內國法

<sup>44</sup> Aufl., 2006, Art. 25 Rn. 18.  
<sup>45</sup> BVerfGE 100, 266 (269).

<sup>46</sup> *Walter, Nationale Durchsetzung*, Kap. 31, Rn. 14.

<sup>47</sup> 德國基本法第25條規定。第59條第2項第1句規定：「凡規律聯邦政治關係或涉及聯邦立法事項之條約，應以聯邦法律形式」。為兼採一元論與二元論之規範方式。

<sup>48</sup> 又為在友邦國家推行政務，得為設立使館權處理外交事務，以及派遣本國代表和接納他國代表之使節權；或縱無外交關係，但為平民往來接觸而為其處理之領事權。陳治世，國際法，頁347，1995年5月。

<sup>48</sup> *Wolfgram, VVDStRL* 56 (1997), S. 38 (45). 惟須注意者，事先授權非指廣泛性與重複性。

元照出版提供 請勿公開散布。

化」之國際法<sup>49</sup>，非不得經由法適用機關在法認識論上為理由援引，或由釋憲者就其存否與意義之解釋。

## (二)如何繼受之保留

條約內國法化之決定，尚包括如何繼受；且由法制定與法適用分別以其權限秩序進行融合。國際法學理上之執行論或轉換論<sup>50</sup>，核屬法律形式必要性之國會保留事項爭辯。二者兼具下達「法適用令」（Rechtsanwendungsbefehl）之效力<sup>51</sup>，構成依法行政與依法審判之法源依據。只是執行論將國會同意解為條約立即可適用性，內國機關與法院得直接適用。轉換論尚待立法者制定轉換法（Transformationsgesetz）或條約法（Vertragsgesetz）後，條約方為內國適用之法。轉換法之意義為民主原則與責任政治之國會參與外交權行使之體現，其功能有二：一是以事先決定授權範圍作為控制政府締約權行使，<sup>52</sup>非全然事後全盤接納之決定；二是確保締約內容在將來能於有效貫徹<sup>53</sup>，與國會同意政府外交決定在功能上互異。修正一元論下的執行論（Vollzugslehre）主張：只要政府作成締約決定，無須經由立法轉換方式，昧於權力分立原則與責任政治之憲政原理。

轉換法既為立法者決定外交事項的國會保留範圍，須按憲法權

<sup>49</sup> 許耀明，未內國法化之國際條約與協定在我國法院之地位，司法新聲，104期，頁20-27，2012年11月。

<sup>50</sup> 德國將國會之條約同意法性質認定兼具有執行論下的法適用令，無需另行作成。故同意法之內容通常為：「國會茲同意以下所公布之條約。條約之公布刊載於聯邦法律公報（第二部分）。」

<sup>51</sup> Geiger, Grundgesetz und Völkerrecht, 3. Aufl., 2002, S. 171ff.

<sup>52</sup> BVerfGE 36, 1 (13); 90, 286 (358).

<sup>53</sup> BVerfGE 46, 342 (363); 90, 286 (354). Streinz, in: Sachs (Hg.), Grundrechtsschutz: Kommentar, 4. Aufl., 2007, Art. 59 Rn. 60.

 元照出版提供 請勿公開散布。

力分立原則，視個案情況，依據相涉之實體法、位階定序與執行方式合理決定。

### 1. 考量相涉法領域之特性

釋字第329號解釋認國會就條約案僅有批准與否之權，似將問題過於簡化。繼受法之立法裁量應考量繼受之條約與其職權關聯性，繼之應考慮權限分配秩序而行使。前者，參照德國基本法第59條第2項規定，國會參與須限於「政治關係」與立法事項。即涉及國家存續、領土主權完整性、國際組織內之地位與其權利義務、或國會立法事項與預算支出，國會應保有相當之監督權；單純的社會、經濟、友好關係則不屬之。<sup>54</sup>後者，如條約事涉地方自治，須經中央與地方立法事項與權限分配合理界定，例如以國外各邦自主立法權或地方自治立法。<sup>55</sup>聯邦制國家中各邦擁有自主立法權而各自轉換，並非不可想像之事。或如條約本身存有授權訂定細則之需求時，立法者均須為具體明確授權或概括授權之決定。

### 2. 規範衝突與位階定序

公約雖規定生效程序與其要件，但無法決定自身在國內法之效力。各國須自行以通案規範或個案解釋推求。條約一經國會繼受，即生潛在規範矛盾與規範歧異關係的可能。繼受決定之法須處理二法規範體系間、規範與適用間關係、自行修訂的三項課題。亦即透過定序、修法與解釋為適當處理。<sup>56</sup>此處先論以法制定之位階定序。<sup>57</sup>所涉及有兩項問題：

<sup>54</sup> BVerfGE 1, 372 (383); 90, 286 (359).

<sup>55</sup> Degenhart, Staatsrecht I, Staatsorganisationsrecht, 24. Aufl., 2012, Rn. 598.

<sup>56</sup> Grabenwarter, VVDStRL 60 (2001), S. 290 (317).

<sup>57</sup> 最初釋字第329號解釋將條約位階認定與法律相同；直至釋字第405號解釋，首次明確憲法解釋機關負有「維護規範位階」及「憲政秩序」二項職責後，就修憲條文（釋字499、721號）、訓政初期之條例（釋字573號）和比例原則



元照出版提供 請勿公開散布。

第一、公約有無取得高於法律位階的可能：公約與條約間差異能否構成本國法律體系位階高低之理由。

第二、法律衝突之調和：若認定公約之位階仍為一般法律，則公約有何特性使得適用機關在案件中，須特別考慮公約之理由。

公約與內國法律間之關係，未因釋字第329號解釋定條約為法律位階而獲得澄清。蓋該號解釋從立法院之條約案議決權作為條約具備法律位階的申論基礎。然議決權僅為作成是否繼受之決定。經批准之公約在國內應如何適用、與其他法規範間關係若何，除實務與學理釐定外，首要工作為國會之制定權。釋字第499號解釋揭示：「按法律規範之解釋，其首要功能即在解決規範競合與規範衝突，包括對於先後制定之規範因相互牴觸所形成缺漏而生之疑義」之法理，且宣告為「釋憲機關職責之所在」；即包括繼受公約有無牴觸，以及「因相互牴觸所形成缺漏而生之疑義」。

須說明者，釋字第499號解釋所稱規範缺漏，僅為學理上規範衝突的一種。規範矛盾（Normwiderspruch）乃二以上有相同構成要件，但法律效果寬嚴不同、彼此不能相容。是釋字第499號解釋所欲指稱之相互牴觸。規範矛盾為邏輯上矛盾。<sup>58</sup>而規範歧異則指概念或體系上衝突，例如同一法律概念以不同方式陳述、或規範體系性不符其真正意思。為維護法秩序之一體性與法明確性原則<sup>59</sup>，須予以祛除，否則將致法適用者與人民無所適從的境地。消解規範

（釋字588號）之位階屬性予以界定。所謂規範位階係從授權與效力觀點出發，指法源體系中各法規範間之同等或上下位階關係，所發生之法律效果為憲法最高性，與其牴觸者無效（釋字371號）。

<sup>58</sup> Larenz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl., 1995, S. 155. 黃茂榮，法律解釋，載：法律哲理與制度（基礎法學）——馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集，頁319-390，2006年1月。

<sup>59</sup> Engisch, *Die Einheit der Rechtsordnung*, 1935, S. 68ff.



矛盾之法，有待立法者為之定序，從抽象層面預先排除法規競合間之潛在衝突，就二以上規範為位階層次與適用順序之決定。<sup>60</sup>其調和方法得按位階與適用（人、時、地或其他）標準援用克減規則（Derogationsregel）。<sup>61</sup>亦即二規範衝突之解決，得為規範否定或規範維持之決定。<sup>62</sup>

如採位階定序（Rangzuweisung）者，係從法生成源的觀點，決定規範間效力衝突之優位關係。下位規範因基於源自上位規範預設範圍內授權，且因授權制定作為下位規範存續之效力原因（Geltungsgrund）。若下位規範與之不符，則上位規範得以效力否

<sup>60</sup> 德國地方包裝稅（Kommunale Verpackungssteuer）即指稱：「各該得為法制定之機關，應就其制定法規相互調和，勿使對立規定所形成之法秩序矛盾及於規範對象。」BVerfGE 98, 106 (118).

<sup>61</sup> 審查人又稱克減規則「產生理解上的困難」。爰為細說。本概念源於拉丁法諺：“Derogatur legi, cum pars detrahitur; abrogatur legi, cum prorsus tollitur.” 後為Kelsen處理規範間衝突關係所提出之準則，早已有之，並非無稽。Kelsen在1962年發表〈規範替廢論〉（Hans Kelsen, *Derogation, in ESSAYS IN JURISPRUDENCE IN HONOUR OF ROSCOE POUND* 339, 339-55 (Ralph A. Newman ed., 1962))一文，動搖了他自己過去的一些根深蒂固的想法，表達對法秩序中既有規則的存疑態度。懷疑主義的觀點，提供了處理法安定性與其對立規則存廢原因與條件之進路。參見Mathieu Carpenter, *Kelsen on Derogation and Normative Conflicts, in DIE REINE RECHTSLEHRE AUF DEM PRÜFSTAND/HANS KELSEN PURE THEORY OF LAW: CONCEPTIONS AND MISCONCEPTIONS* 126, 126-48 (Mattihas Jestaedt, Ralf Poscher & Jörg Kammerhofer eds., 2020); Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, 1979, S. 84. 姜皇池，國際公法：第三講——國際法源（下），月旦法學教室，23期，頁117-131，2004年9月。胡慶山，公民與政治權利國際公約基本權克減（derogate）措施之探討，台灣國際法季刊，9卷3期，頁73-121，2012年9月。另參BVerfGE 98, 106 (119).

可知克減使規範效力部分喪失，非指abrogate廢止失效之意義。學界就克減概念與其範圍尚未有明確界定，時有將排斥與失效相混。Kelsen之定義為「以一規範使另一規範之效力喪失」。

<sup>62</sup> Battis, § 275 Der Verfassungsverstoß und seine Rechtsfolgen, Rn. 1, 30ff.

元照出版提供 請勿公開散布。

定方式維持法秩序之一體性。位階定序具有較強拘束效果之規範否定作用，使衝突間規範有予以推翻使其效力喪失（Invalidation）之功能；如憲法第171條之牴觸規定或經國會廢止失效。以位階定序以示尊重條約的途徑，可從憲法規範或法制定著手。國內法秩序對公約最為友善的方式，莫過以憲法保留或憲法解釋認定公約有憲法位階、直接形成「公約憲法化」（下述陸）。<sup>63</sup>然我國憲法未如奧地利規範條約之位階效力，而德國僅有條件承認<sup>64</sup>高於法律。至少釋憲實務上，尚未賦予其有憲法位階效力。

因條約法制定與內國既有其他法律間關係，本質上如同規範間之矛盾狀態。究竟繼受之立法者應給予公約何等位階之效力，仍須從授權制定觀點處理。低於法律位階效力之定序，無異認定國內立法者就公約內容有預設決定之權，且有事後否定其效力之可能，難謂尊重條約之舉；如認公約有較高位階效力，無異承認公約為授權制定國內法律之來源，有悖於憲法國民主權與民主原則。均不可採。

### 3. 規範衝突與適用定序

賦予公約高於或低於法律位階之序列，因其無法克服二種規範否定——法律否定公約，或公約否定法律——之後果。可資思考者，厥為適用定序。適用定序係評價二規範間衝突狀態尚非不可調和，又無法同時期待同時適用二法規，是以預先安排二以上規範個案適用之前後順位，稱優先適用（Anwendungsvorrang）。優先性之必要，在於排除二規範間評價意旨之歧異性。是其規範效力為拘束性較弱的規範維持作用，承認衝突間規範其效力有同時存在之必要性，只消決定選法與適用規則。<sup>65</sup>是以適用優位規範時，備位規範

<sup>63</sup> Sommermann, AöR 114 (1989), S. 399.

<sup>64</sup> Pernice, aaO. (Fn. 43), Rn. 6.

<sup>65</sup> 學理上有將位階效力與適用效力相混者，例如：「公約效力如僅等同於法



之效力不因之喪失。著例為中央法規標準法第16條規定<sup>66</sup>與行政罰法第5條規定。<sup>67</sup>有建議如明定公約「……國內特別法之效力」<sup>68</sup>。惟作者以為公約內容各異、所載條文眾多，又多富含宣示政府機關之作為義務，以全稱式認定在個案適用均會出現法律效果之衝突，遽認公約有抽象優先適用之地位，難謂妥適。

#### 4. 規範衝突與法律修訂

以法制定方式，無論是位階定序或適用定序，均難以事先通盤決定。立法者得另覓事後修訂作為特殊之繼受決定。按法律制定後，因社會變遷與學術發展，常有調整與廢止之必要。立法者自行修補制定法之瑕疪，有基於預測與結果間落差、或有法認識見解之變動，均應時刻注意當下法律上與事實上事態，是以法律保留原則兼指修法保留。<sup>69</sup>解釋憲法尊重條約原則，亦得自繼受後公約與國內法間衝突狀態，以修法方式繼受。特別是法令修訂檢討義務<sup>70</sup>（施行法第8條）<sup>71</sup>。一般執行論或轉換論的二分法，多少忽略修

---

律，如後來有條約不一致之法律通過，則有後法優於前法之適用，也使得條約的效力受到相當之限制」。張文貞，憲法與國際人權法的匯流——兼論我國大法官解釋之實踐，載：憲法解釋之理論與實務（第六輯）（上冊），頁227，2009年7月。

<sup>66</sup> 條文內容為：「法規對其他法規所規定之同一事項而為特別之規定者，應優先適用之。其他法規修正後，仍應優先適用。」

<sup>67</sup> Detterbeck, *Streitgegenstand und Entscheidungswirkung im Öffentlichen Recht*, 1995, S. 368ff.

<sup>68</sup> 例如關於制定兒童權利公約施行法之提案討論之建議。見林沛君，人權公約匯入國內法體系所面臨之課題——以實踐兒童權利公約之國際經驗為借鏡，中正大學法學期刊，52期，頁198，2016年7月。

<sup>69</sup> Steinberg, *Der Staat* 26 (1987), 161 (174).

<sup>70</sup> Schilling, *Deutscher Grundrechtsschutz zwischen staatlicher Souveränität und menschenrechtlicher Europäisierung*, 2008, S. 159ff.

<sup>71</sup> 稽其立法理由，係「兩公約所揭示之規定，係國際上最重要之人權保障規

 元照出版提供 請勿公開散布。

法方式可降低衝突狀態的積極功能。綜觀實際修法成果，多屬解決前述規範歧異狀態，例如：

(1) 刑事訴訟法第388條結合第31條，強制辯護規定「於第三審之審判不適用之」，與公約第14條第3項第4款規定保障訴訟權規定<sup>72</sup>不符。

(2) 羸押法第12條：「在所者應以號數代其姓名」與公政公約第10條第1款「應受合於人道及尊重其天賦人格尊嚴之處遇。」不符。

(3) 合作社法第13條規定：「有左列情事之一者，不得為合作社社員：一、褫奪公權。二、破產。三、吸用鴉片或其代用品。」與公政公約第22條第1項保障結社自由規定不符。

#### 5. 落實條約執行之決定

現行公約施行法之規範重點為轉介條款與條約執行，應認為採形式上轉換論。<sup>73</sup> 轉介條款之作用在公約規定變更時，無須再修訂新法而得繼續適用變動中公約，可知施行法對兩公約抱持最大開放性。至於實現公約之組織、程序與方法，得以法定義務課予，以落

---

範。為提升我國之人權標準，重新融入國際人權體系及拓展國際人權互助合作，自應順應世界人權潮流，確實實踐，進而提升國際地位」。此處法令涉及法律、法令（自治條例）、行政措施與政策等。法規檢討後之修訂與廢止，乃先由主管機關自行認定與公約是否相違背，再由行政院組織之「人權保障推動小組」之複審。此項法令檢討修正具有相當之廣泛性，僅就刑事被告之人身自由與訴訟權以觀，主管機關即積極推動刑事妥速審判法之立法，並陸續進行刑事訴訟法、強制執行法、少年事件處理法、法律扶助法等之修法工作。

<sup>72</sup> 「到庭受審，及親自答辯或由其選任辯護人答辯；未經選任辯護人者，應告以有此權利；法院認為審判有此必要時，應為其指定公設辯護人，如被告無資力酬償，得免付之」。

<sup>73</sup> 就歐洲人權公約，Uerpmann, *Die Europäische Menschenrechtskonvention und die deutsche Rechtsprechung*, 1993, S. 42ff.

 元照出版提供 請勿公開散布。

實條約之執行期待。此法較諸排斥與其牴觸之國內法規定或使其失效規定，亦屬較弱之效力規定；其作用對象並非法規範、而是特定機關在未來持續與國際法上價值秩序進行調適過程。<sup>74</sup>

## 五、繼受結果之法

繼受公約後之法制狀態，與民營化後議題相似，均屬特殊的結果之法（*Folgerecht*）課題。因制定來源實質多樣化，繼受之後使法適用依據呈現片斷交織、實質層面構成人權秩序多樣化之狀態；肇致適用已繼受規範衍生之規範競合、衝突與其調和問題，亟待研析與規範。形式上仍屬法秩序一體性原則之探求，實質上則須考慮公約特性。是應先探求所適用之規範特性若何；發生規範衝突應如何從法治原則合理適用。前者為人權公約之規範特性，後者為適用規則內涵的索解與審查基準之決定。

### (一)人權公約特性之認識

人權公約之制定，為立法學上「括號提出法」（*vor die Klammer*）之歸納方式<sup>75</sup>，在諸種編章條文間，自一般性觀點統攝

<sup>74</sup> 觀乎現行兩公約施行法之規範內容，較為著重相關機關作為義務。諸如：參照方法規定（第3條）、各機關行使職權之規定（第4條）之外；或特定措施之義務。例如：保護與促進人權規定之實現（第5條）、人權報告制度（第6條）、優先編列執行經費（第7條）。

<sup>75</sup> 審查人認括號提出的說法使其「產生理解上的困難」。如換個說法，以公分母的理解即可明白。相同見解觀點如Gerard Quinn & Theresia Degener, *Chapter I, The Moral Authority for Change: Human Rights Values and the Worldwide Process of Disability Reform, in HUMAN RIGHTS AND DISABILITY, THE CURRENT USE AND FUTURE POTENTIAL OF UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS INSTRUMENTS IN THE CONTEXT OF DISABILITY* 13, 13-50 (Gerard Quinn & Theresia Degener eds., 2002). Paul. R. Dubinsky, *Human Rights Law Meets Private Law Harmonization: The Coming Conflict*, 30 YALE J. INT'L L. 212, 252 (2005).

 元照出版提供 請勿公開散布。

出具有基本性與橫跨性之意義，而將其制定於總則體系的特殊立法方式。總則式的立法方式，建立在「從特殊到一般」的持續萃取人權保障本質的核心。彼此間僅具有法概念論上的抽象具體關係，使得上位的抽象概念能廣被於一切相關之具體法條。總則式的規範有幾項重要功能，值得從法認識論角度特別關注：

1. 確定一般重要之原則：總則有向適用者提出一般法律原則、為法典建立體系之意義。所謂原則，係指「方向給定之標準」，對於一般法律之規則性格，原則要求在法律與事實上追求最大化實現，對於規範適用者構成最佳化命令。但其能否實現繫於法律與事實上的可能性。又因原則之間在具體個案中發生碰撞時，須經衡量法則決定適用之優先順序，但其中一原則退讓時不因此而無效。<sup>76</sup>

2. 精簡法條文句之範圍：基於法律經濟意義，制定法律應選取最精簡之字句，使得各該規定高度抽象化以便海涵各種待規範事實。總則規定因此多含有不完全性法條之性質，只有與其他規範相結合方有法律效果之產生。結合方式即以公約施行法第3條之轉介條款，向適用者指示應適用系爭條文以外之規定。

3. 引導法適用者解釋方向：採取總則之解釋方式，足以調整法律授權機關裁量或法院之解釋空間。舉例而言廣播電視法第25條：「電臺播送之節目，除新聞外，主管機關均得審查。」與公約第19條意見自由不相符合。但此時未必須經由宣告法律違憲，而是機關

---

雖然德人以數學譬喻異中求同，卻能彰顯與法本體論發現事物本質活動，有助於理解一般與特別法的差異。典型例子為（我國）民、刑法總則排序上在各論之前，包括行政程序法之制定，乃基於數學公因式思維之法典編纂體例。*Honsell, in: Staudinger, BGB, Einleitung zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2013, Rn. 53ff.*

<sup>76</sup> 王鵬翔，論基本權的規範結構，*國立臺灣大學法學論叢*，34卷2期，頁1-60，2005年3月。



元照出版提供 請勿公開散布。

或法院應採取不審查或以事後審查（例如有礙於青少年身心健康）。

### (二)適用規則之調整

按條約批准並定其法律位階後，即與既有法律間在適用上可能發生規範競合。須按法治國家原則為合理之安排、決定所應適用之法，稱為適用規則（*Geltungsregeln*）或稱法律適用法（*Rechtsanwendungsrecht*），或衝突法（*Kollisionsrecht*）。<sup>77</sup>旨在處理可適用於同一事實之多數實體法律規定間，因其法律要件與效果之歧異所為之評價，乃先於實體法適用之後設決定。常見之例為國際私法。與前述著重效力拘束之位階定序，可稱「適用定序」，如後法優先與特別法優先規則等；或如按地或人的因素決定適用範圍（如刑法第3條以下）。適用定序原為抉選個案中準據法（*Entscheidungsnorm*），從其法律效果來看，是以轉介（*Verweisung*）決定指示適用機關、而排除另一法律的可適用性。然在憲法尊重條約原則之作用下，須對適用規則之內涵合理調整。

### (三)違憲審查基準之確認

審查基準為司法機關實施審判權之檢驗依據，本不區分合法性與合憲性問題。但因權力分立原則與加入複數人權保障秩序的因素，更有確認審查基準之必要。公約內國法化後衍生之違憲審查爭議，亦即是否因違反公約而導致違憲疑義，其類型有二：

第一、公約得否作為違憲審查的依據：違憲審查基準以具有憲法效力位階之原則與規定為準，尤其是權力分立原則、基本權規定與可限制性條款。兩公約僅具一般法律位階，不屬於憲法第二章所

---

<sup>77</sup> Ohler, Die Kollisionsordnung des Allgemeinen Verwaltungsrechts: Strukturen des deutschen Internationalen Verwaltungsrechts, 2005, S. 15ff.



稱之基本權，非屬釋憲聲請之「憲法上所保障之權利」；公政公約之基本權規定並非違憲審查基準。<sup>78</sup>但得作為合法性審查依據，亦即依法行政原則與依法審判之根據。

第二、法令違憲審查或法令適用違憲審查：憲法第141條所定尊重原則得作為審查依據，特別是其尊重要件之解釋與尊重作為之裁量空間。然卻從未被援引過。目前釋憲聲請案不受理之理由泰半為當事人「僅係爭論如何參照兩公約及其人權事務委員會之解釋，主張系爭規定二法定刑死刑部分違憲云云，難謂客觀上已具體指摘系爭規定二有何抵觸憲法之處。」作者以為，其真意應是主張適用機關不正確參照而違反憲法尊重條約原則的解釋（下述伍、二、三）。

## 參、尊重條約原則與憲法解釋

### 一、尊重條約作為意義變遷之媒介

從發展的繼續性過程而言，憲法雖對現實政經生態發揮框架性規範作用，但由於規範對象的變遷，憲法既要保持指導國家發展的角色，又不至於淪為反進步的障礙。制憲樹立的歷史性神聖訓示，須能正確回應現實生活之需求。憲法變遷一詞，即用以指稱原始規範經解釋賦予原所未有但未超出文義的內涵。但其意義內涵略有幾種差異：<sup>79</sup>

(一)描述憲法規範對象之變動狀態，特別是政治、法律、社會與

<sup>78</sup> BVerfGE 74, 102 (128); vgl. Klein, § 3 Bundesverfassungsgericht und inter- sowie supranationale Gerichtsbarkeit, Rn. 66.

<sup>79</sup> Böckenförde, FS Lerche, S. 3ff.; Badura, § 160 Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsgewohnheitsrecht, Rn. 2ff.; Benda, AöR 101 (1976), S. 497ff.



經濟生活之遞嬗。

(二)描述憲法規範與憲法現實間的互動關聯性。係指從法秩序應然與實然間的關係，分析憲法應有理念與其透過適用與解釋活動中所獲致之現實情狀。

(三)闡釋憲法規範的意義變遷。此係指在憲法條文未更動之前提下，因其規範預設的情狀發生變動，以致於應當修正或增補規範條文之翻新意義。

(四)指稱在不修憲的情況下，憲法規範之內容透過憲法適用而發生異動。

就其中第三項之意義變遷（Bedeutungswandel），除經由學術研究引導而引導解釋權之走向外，尊重條約與其連帶國際間之見解，亦得充實本國憲法規範之認識。是以憲法規範之解釋，得藉由認識與理解條約所載之內容予以實現。

## 二、尊重前之確認

依據憲法第80條、第171條第2項與第141條之體系解釋，審判權與釋憲權行使須包括以尊重條約與聯合國憲章方式行使。

有疑義者，能否與如何認定「國際法慣例」予以適用。解釋上如其滿足憲法「能提倡國際正義與維護世界和平」之要件，當予援用；惟普通法院於適用之際，就一國際法原則之存否與其意義若何，非無爭執。<sup>80</sup>我國尚未就此加以規範，實務上曾有法院自行認

<sup>80</sup> 例如臺北高等行政法院95年度停字第43號關於聲請人主張「台灣應比照國際慣例以及根據國際法之互相承認相互給予之禮讓原則，而允許聲請人陪同其台灣太太和即將出生孩子」。法院認「原告對此從未提供任何可供本院即時查證之資料，證明有如其所言的國際法慣例存在，法院又如何對其權利存否進行判斷？」



元照出版提供 請勿公開散布。

定者。<sup>81</sup>此一問題相當於德國基本法第25條規定之「國際法上一般規則」，應經憲法解釋程序上予以繼受。<sup>82</sup>如依德國法制，基本法第100條第2項規定：

「訴訟進行中如關於國際法規則是否構成聯邦法律一部分及其是否對個人產生直接權利義務（基本法第25條）發生疑義時，法院應敦請聯邦憲法法院認定之。」

此一查證訴訟程序（Normenverifikationsverfahren）對法律適用即具有訴訟輔助功能。查證訴訟程序之性質上屬於特殊之規範確認程序，確認國際法慣例內涵與慣行程度。釋憲者須查證之事項略有：(一)客觀慣行程度：是否為大多數國家所公認而構成一般性特徵。一般條約之締約國在數量上不足以構成國際社會，無法形成強行法所必要之「一般性」特徵。然區域性或全球性人權公約具備較高程度之一般性。(二)主觀上未為持續反對意思（persistent objector）：在一般規則產生過程中，我國是否堅持反對不受其拘束之意思。(三)待查證規則之性質：特別是強行法與習慣法之界分。前者，有認為公政公約中民族自決、國家平等尊重人權、禁止販賣奴隸、禁止酷刑等屬於強行法。<sup>83</sup>學理上固可認為強行法為一般規則

<sup>81</sup> 如最高法院79年度臺非字第277號判決：「……機上發生刑案，依國際法慣例，原則上航空器登記國有行使管轄權。」臺灣高等法院101年度上訴字第2157號判決：「刑法第3條後段僅規定……，對於在我國駐外使領館內犯罪者，是否亦屬以在我國領域內犯罪論，則無規定，依國際法慣例，本國對於本國駐外使領館內之犯罪者，能否實施其刑事管轄權，常以駐在國是否同意放棄其管轄權為斷。」

<sup>82</sup> 實際上我國法院已經積極適用國際慣例，故此一從憲法解釋之認定有其實際需要。

<sup>83</sup> 張文貞，國際人權法與內國憲法的匯流：台灣施行兩大人權公約之後，台灣法學會2009年學術研討會，頁3，2010年3月。

元照出版提供 請勿公開散布。

之核心成分。然強行法之內涵與公約實證規定並不完全一致，亦不以公約規定為必要。而且個案中所適用之強行法是否真切存在，尚須經由查證訴訟予以確定。<sup>84</sup>至於習慣法<sup>85</sup>之存在須有國際社會上存有反覆實施之事實，而為各個公約國家確信其有法效力者。得作為國際習慣法者，有認為公約本身為國際習慣法之體現，只不過是將習慣予以法典化<sup>86</sup>以觀，此說略有幾項爭議所在：

1. 單純的批准或踐行公約之事實不足以構成習慣法<sup>87</sup>，而且架空憲法第63條賦予國會批准權之意義，而得直接從不成文憲法原則取得適用效力。

2.前述條文可經由對基本權之內容與限制的憲法正當理由作為解釋輔助，無須另增國際一般原則。否則使其概念內涵肥大化。

3. 締約國在公約之理解存有相當歧見，至少公約本身之整體無法構成國際一般原則。故退而求其次，公約之個別條款可用以確認國際一般原則中予以援引。<sup>88</sup>故建議可資認定之事實如申請加入會員國爭執否准之標準（例如歐盟）；或者在九〇年代東歐國家修憲反映的人權狀況<sup>89</sup>，作為判定習慣法之參考。

確認結果即得作為內國法律適用基礎，自有避免牴觸國際法義

<sup>84</sup> v. Münch/Mager, Staatsrecht I, 7. Aufl., 2009, Rn. 86.

<sup>85</sup> 但德國聯邦憲法法院認為地區性之人權公約不足以彰顯國際性。BVerfG (K) 2 BvR 1140/00, NJW 2001, 3534.

<sup>86</sup> Uerpman, aaO. (Fn. 73), S. 62.

<sup>87</sup> Giegerich, Wirkung und Rang der EMRK in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, Kap. 2 V, Rn. 54.

<sup>88</sup> 例如殘害人群（第6條第3項）、禁止對未成年人判處死刑（第6條第5項）、禁止酷刑（第7條）、禁止奴隸販賣（第8條）等得為範例。但為何其他條文無法構成習慣，則未見說明。Uerpman, aaO. (Fn. 73), S. 63.

<sup>89</sup> Walter, Die europäische Menschenrechtskonvention als „Konventionsgemeinschaft“: Praktische Wirkungen in der deutschen Rechtsordnung, S. 53 (63).

元照出版提供 請勿公開散布。

務之友善意義。<sup>90</sup>程序進行如同具體法規審查。但釋憲者並不行使規範審查權限；不審查系爭原則之合憲性或與法律有無牴觸，只須確認系爭國際法之一般性與其法律效力。<sup>91</sup>

### 三、作為解釋輔助之尊重方法

與其他條約或公約有別者，乃人權公約與憲法基本權利之規範事項，在用語與內容存有高度相類性。由此所生多規範綜合體（Normenkomplex），對於釋憲聲請人，似可視為權利主張之多項依據；對於憲法法庭職權行使，或生多種審查基準的疑問。釋憲權應視其為累加或單一之審查標準。設若定序為憲法位階，自得以法規競合主張與審理，倘非如此，在解釋憲法活動中應定位於何處，即應先行審究。

#### (一) 法認識論意義的解釋輔助

憲法解釋一如其他法律解釋須有特定知識為依據。法源一詞，本身涵蓋多重概念，其中法認識源（Rechtserkenntnisquelle）自知識論觀點，指特定知識經法秩序評價足以作為「法的認識基礎」（Erkenntnisgrund für etwas als Recht）<sup>92</sup>，因認識是開放、論辯與需要啟發之活動。啟示（Hermeneutik）一詞，寓有藉特定媒介向他人揭開表面帳幕，呈現出事物本質，使其知曉明白之行為。除成文規範與習慣法等形式外，尚得自學說研究與比較法觀點獲得解釋支持。如何操作法之認識，一方面須受法秩序之指導與規範；另一方面有其釋疑解惑之務實性特徵，得以活絡和事實上影響法制定與

<sup>90</sup> BVerfGE 75, 1 (11).

<sup>91</sup> Klein, § 26 Völkerrechtliche Verifikationsverfahren, Rn. 925ff.

<sup>92</sup> Ossenbühl, § 100 Gesetz und Recht – Die Rechtsquellen, Rn. 43.



法適用。故認識之資料來源亦可指涉審判表示之見解，以及一切實際參酌引用之資料，例如法院之決議或判例制度。此等認識素材雖僅有實際作用的特性，但一經有權機關引用即視同為該機關的法適用活動（釋字第137號、第216號解釋）。

因之，憲法第141條尊重條約原則之作用途徑有二：除以其作為規範參與國際活動、繼受國際法決定之約束條款外，復為解釋他項憲法規範之入口，例如引據國際法規範作為憲法解釋之素材。然問題是如遇有憲法上爭議時，公約得否作為違憲審查之依據。憲法解釋若全然不顧國際法觀點，似有違背憲法開放性原則；但又須依據憲法而非國際法為解釋基準。解釋「尊重」條約之意，參考德國釋憲者在「無罪推定」（Unschuldvermutung）案中<sup>93</sup>，將公約定位於「（憲法）解釋輔助」概念，運用於法認識之過程；學界稱為「友善公約」之態度：

「無罪推定為憲法上法治國原則之特殊表現；同為具有聯邦法律位階之歐洲人權公約第6條第2項規定，構成德國實證法之成分。當聯邦憲法法院定義無罪推定而援引歐洲人權公約第6條第2項規範文字時，是本於公約生效後而處於基本法之基本權和與其相近之公約人權關係間的法效力。只要無損於或削弱基本權保障，而此亦為公約所排除（歐洲人權公約第60條）者，解釋基本法併為考慮歐洲人權公約內容與發展狀態之效力。因之，歐洲人權法院判決在此範圍內，得作為決定基本權和法治國原則之定義與範圍之解釋輔助」<sup>94</sup>。

所謂解釋輔助（Auslegungshilfe）是解釋者從法認識論的立

<sup>93</sup> BVerfGE 74, 358 ff.

<sup>94</sup> BVerfGE 74, 358 (370).



場，為求規範解釋澄清其意義、降低理解困難的前提下，經由引述其他類此規定或見解以資確定意義之解釋方法。<sup>95</sup>本號判決中，釋憲者賦予歐洲人權公約同其他公約具有一般法律之位階，但又賦予憲法上特殊意義而不同於其他法律。我國迄今引用公約（釋字第372號、第582號、第587號、第710號、第719號解釋等案）的釋憲論證，已成常態。公約得作為增補人權的參據，<sup>96</sup>仍有若干疑義須加澄清：可引用性的學理性何在？所引公約得否作為審查基準？

按援引須為一謹慎斟酌法之發現（Rechtsfindung）的過程。公約作為法認識源的成分之一，以「他山之法」以開示可能之解答，得認為特殊的比較解釋方法。釋憲實務僅顯示所引公約具有可尊重性的價值判斷。憲法基本權與公約人權蘊含二項共通之價值基礎：第一、人權之憲法先驗性（Verfassungstranszendenten）：憲法前言稱「……為鞏固國權，保障民權，奠定社會安寧，增進人民福利……」即從時間觀點將先於國家的基礎價值，透過實證規定將固有存在之事物確定；人權公約亦然。第二、人權之普世性：憲法基本權規定含有融合與併入條款之性質，與其他相同屬性之法規範，在一定條件下產生親和性作用。釋憲的援引作為，即在確定二規範間的價值相通性判斷。使其融入規範義理中取得適用效力。<sup>97</sup>由是公約因釋憲者之認識繼受對於憲法基本權內涵間接產生作用。

然「援引」公約規定也產生若干問題：若援引之形式為條文照

<sup>95</sup> 德國聯邦憲法法院首次援引歐洲人權公約之案例，見BVerfGE 74, 358 (370).

<sup>96</sup> 李建良，同註41，頁186。

<sup>97</sup> Grawert, § 81 Wechselwirkungen zwischen Bundes- und Landesgrundrechten, Rn. 21; Hofmann, Grundrechtsschutz durch BVerfG, EuGH und EGMR – Komplementärer, kooperativer und subsidiärer Grundrechtsschutz im Europäischen Rechtsprechungsverbund, S. 573 (579).



錄方式，<sup>98</sup>未實質探究所引條文之真意。<sup>99</sup>單純條文照錄的方式，易引發取得和憲法同樣效力位階的混淆，亦即引用法律位階的公約，似有因援引而違背憲法優位、架空憲法解釋權的可能。按經內國法化之公約對於憲法解釋的意義，在於豐富法認識源的內涵，但非可作為法評價源（Rechtsbewertungsquelle）之審查基準。違憲審查之基準來源只能是憲法規範本身而已。設若解釋「某憲法條文符合某國際公約之精神」，無異將憲法規範以法律位階之公約相擬，形成位階效力上以高就低的「合法律之憲法解釋」（gesetzeskonforme Verfassungsauslegung）<sup>100</sup>。只有在憲法開放性之前提下，以公約意義充實憲法保障意旨與範圍。

## (二)作為基本權之解釋輔助

綜合公政公約與其他人權公約之規定，略有下列幾項共通性特徵，得為我國憲法基本權之解釋輔助。

1. 內容與意義認識上可與其他公約相互參照比較，發現共同本質與其差異特性。<sup>101</sup>

<sup>98</sup> 釋字第372號解釋憲法增修條文第9條第5項（婦女保障與人身安全）規定時，援引世界人權宣言之人格尊嚴與人身安全之確保，認定宣言「並為我國憲法保障人民自由權利之基本理念」。釋字第582號解釋援引歐洲人權公約與公政公約規定作為刑事被告訴訟權之參據，「足見刑事被告享有詰問證人之權利，乃具普世價值之基本人權」。釋字第587號在解釋憲法第22條未列舉基本權，援引兒童權利公約中子女知悉血緣權利作為填補。

<sup>99</sup> 若能透過比較法之方式將國際人權法院、國家報告國際審查會議作為比較對象納入解釋憲法活動中，將有助於釐清人權保障之各式標準何在。不過，真意之理解尚隨著條約解釋機關、抑或我國釋憲者之決定而有所不同。

<sup>100</sup> Zippelius, *Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft*, 2. Aufl., 1996, S. 437.

<sup>101</sup> 相關公約如應與「經濟社會文化權利國際公約」規範和其他人權公約（「兒童權利公約」、「國際勞工公約」）互相區辨、發現其規範內涵。按經社文



元照出版提供 請勿公開散布。

2. 公政公約就個人與國家<sup>102</sup>、個人的社會生活<sup>103</sup>與少數民族的保障<sup>104</sup>等三種法律關係分別規範。特別是個人完整性保障，基本權本質內容具有不可侵犯性（釋字第419號解釋），但本質內容為何，尚難定義；釋義學「客體模式」禁止非人待遇的否證論方式，公約頗多此類規定。<sup>105</sup>

---

公約乃針對經濟權（工作、財產）、文化（享受與接近、受教權）和社會權之保障。重在個人在社會生活中之公平與自主發展和安全層面之維護。

<sup>102</sup> 就個人與法律國家之關係，包括：(1)作為人的尊嚴之解釋輔助（監禁時期）；(2)作為特別自由權之解釋輔助：意見自由（公約第19條）、集會與結社自由（公約第21條、第22條）、宗教與信念自由（公約第18條）；(3)作為平等權之解釋輔助：一般與特別平等權（公約第3條、第26條）、少數民族保障（公約第27條）；(4)作為狀態法益之解釋輔助：生存權（公約第6條第1項）、人格權（公約第17條）。

<sup>103</sup> 就個人的社會生活觀察，公約從個人之私生活、婚姻、家庭與兒童等面向分別規範。保障參與政治活動與社會交往之前提：除公約第25條外，公約保障個人在法律社會中的一切行為，賦予個人得為法律主體之資格（公約第16條）使其得以享受權利負擔義務最為關鍵，包括公法與民法權利能力。此外如附帶若干連結性規定，權利能力承認與自兒童出生登記與命名不可分（公約第24條第2項），以及個人結婚與家庭組成權利（公約第23條第2項）。

*Fassbender, Garantie der Rechtspersönlichkeit, S. 121 (124).*

<sup>104</sup> 關乎此類之權利主體與行使方式，與憲法第5條民族平等、第156條民族生存發展基礎之奠定義務、第157條民族健康之保護義務、第158條國民民族精神之發展義務、第168條之保障民族之地位和增修條文第10條第11項積極維護發展原住民族語言與文化等相較，在規範取向上完全不同。因此在憲法上——除原住民基本法外——有無建構此等權利之必要和預期承載何等功能，為人權發展中的新興課題。

<sup>105</sup> 此類規定如公約禁止國家無理剝奪生命權（公約第6條第1項）、非犯情節重大之罪不得科處死刑（公約第6條第2項）、對特定人不得判處或執行死刑（公約第6條第5項）、施以酷刑（公約第7條）。使人充為奴隸、奴工、強迫或強制勞役（公約第8條）、禁止債務監禁（公約第11條）、不得無理褫奪返國自由（公約第12條第4項）、禁止剝奪少數團體使用宗教、語言之權利（公約第27條）。

 元照出版提供 請勿公開散布。

### 3. 特別是憲法實質規範與控制規範的輔助解釋

憲法規範中有消極限制國家公權力之行使，例如基本權中之防禦權屬性，構成憲法控制規範（Kontrollnorm）。此外尚有積極指導或委託立法者制定形成，為實體規範（Sachnorm）<sup>106</sup>，包括基本國策條款、基本權之客觀面向、規範型塑之基本權、請求合理優惠對待之平等權。此一區辨對於規範違憲審查和合憲解釋方法深具意義。蓋立法者並不如行政機關受依法行政般的「依憲立法」。憲法實質規範與立法者間之關係不若課堂教授的「三段論審查模式」<sup>107</sup>——保護範圍、侵害與證立，乃預設國家公權力為基本權對立衝突面去理解。實質條款之性質既依賴立法者、又指導且框定其活動空間的「憲法委託」<sup>108</sup>。甚且若干基本權兼具兩種性質，例如廣電自由。規範型塑之基本規定如訴訟權、程序基本權或稱正當程序保障（公約第14條）。就迄今之釋義學發展，向強調其積極與正面的制定作為<sup>109</sup>，例如公約第16條規定「承認法律人格之權利」。<sup>110</sup>比較憲法<sup>111</sup>與公約中反倒含有「消極性制度保障」之概

<sup>106</sup> Müller/Christensen, *Juristische Methodik*. Band I. Grundlagen. Öffentlichen Recht, 8, Aufl., 2002, Rn. 31.

<sup>107</sup> 李建良，基本權利理論體系之構成及其思考層次，人文及社會科學集刊，9卷1期，頁39-83，1997年3月。

<sup>108</sup> 陳新民，憲法基本權利之基本理論（上），頁52以下，1999年6月，5版。

<sup>109</sup> 自由權中存有若干須先以規範型塑、方得行使之態樣。此類「規範型塑之基本權」，構成立法者須確立公、私法律制度的憲法委託。釋憲實務略有大學與地方自治制度（釋字380、498、563號）、訴訟制度（釋字396號）、婚姻與家庭制度（釋字554號）與服公職權（釋字605號）等。迄今解釋著重於積極性制度保障層面，強調規範型塑之基本權具備一定成分之概念核心內涵，作為立法形成方向之指引；已制定之制度須確保其「存續與圓滿」。

<sup>110</sup> 但此處所謂法律人格並非指稱國民地位，而是得在公、私法法律關係中享受權利、負擔義務之法律地位。

<sup>111</sup> 例如德國基本法第7條第6項規定「禁止先修學校」、第101條「禁止特別法

元照出版提供 請勿公開散布。

念<sup>112</sup>，用以界定立法作為的外緣框架，立法者自不得採行此類規範。<sup>113</sup>再就作為保護義務之填補以觀，基本權之保護義務旨在課予國家制定特定政策、規範特定法律、採取特定措施，以保護人民之基本權利免遭受第三人之妨害（釋字第364號、第440號、第445號解釋）。但保護義務又禁止根本未為保護或保護不足之規定。<sup>114</sup>

### (三)作為憲法原則之解釋輔助

德國釋憲實務視公約亦得為解釋法治國原則之支撐，應可引申於其他憲法原則，特別是社會國原則。至於法治國原則旨在要求行政或法院不得以自由意思決定，而應以法律規定為準繩。形式意義係指國家所有權力行使須以國會法律為根據；實質意義係指實現正義為目的<sup>115</sup>，「為憲法基本原則之一」（釋字第525號解釋）。法治國原則具有高度的開放性，欠缺預定與封閉概念內容，需要不斷從個案歸納總結，而帶有個別要素的集合概念。<sup>116</sup>法治國原則雖

---

院。不得禁止任何人受法定法官之審判」、第102條規定「廢除死刑」、或者歐洲國家憲法規範禁止出版預審制度。

<sup>112</sup> Merten, § 42 Negative Grundrechte, Rn. 19.

<sup>113</sup> 我國憲法規範中類似者如第9條「人民除現役軍人外，不受軍事審判」。公約中類此規定者不在少數：如刑事司法權之死刑禁止（第6條第2項、第5項）；酷刑、不人道或侮辱之處遇或懲罰（第7條）、民法債務監禁之禁止（第11條）。

<sup>114</sup> 公約中類此規範禁止非自願之醫學或科學試驗（公約第7條）、禁止奴工（公約第8條第1項）、禁止鼓吹戰爭、煽動歧視（公約第20條）、兒童保護措施（公約第24條）。

<sup>115</sup> 法治斌、董保城，同註15，頁46以下。

<sup>116</sup> v. Münch/Mager, aaO. (Fn. 84), Rn. 333. 此一特性反映在我國釋憲案的解釋中，包括權力分立原則（釋字585號）、法律保留原則（釋字614號）、法律位階定序（釋字329號）、比例原則（釋字675號）、法律不溯及既往與信賴保護原則（釋字574號）、正當程序（釋字520號）、人民權利維護、法安定



非人民所得主張之基本權，但在所主張之基本權的範圍內，得作為衡量憲法上「不法侵害」之標準。人民雖不得直接以機關或法院違反公約為聲請釋憲之要件，但得主張牴觸憲法基本權規定之理由為違反公約體現的法治國原則。在前述這幾號解釋中尚未有援引公約規定。

公約與法治國原則在概念上之關聯性，係指應將公約規定代入法治國原則中應用，而法治國家原則解釋須能體現公約之精神。此一解釋方法之優點在於省略爭論公約是否作為國際法上一般規則、是否高於一般法律位階、強行法或任意法之劃分。<sup>117</sup>按憲法基本原則有其跨國特性（transnationale Dimension）。<sup>118</sup>釋字第372號解釋結合世界人權宣言與我國憲法二種規範體系，稱：

「人格尊嚴之維護與人身安全之確保，乃世界人權宣言所揭示，並為我國憲法保障人民自由權利之基本理念。」

所謂基本理念透過憲法個別規定而作出整體宣示，條文規定與理念闡述的絕對劃分是不存在的。是以憲法增修條文第9條第5項規定從婦女角度出發，就「人格尊嚴」、「人身安全」、「消除歧視」和「促進實質平等」，體現個別原則與具體條文之總和性的法治原則之認識（summatives Rechtsstaatsverständnis）與融合性的認識（integrales Rechtsstaatsverständnis）<sup>119</sup>之結合。憲法此項條文即

---

性與誠實信用原則（釋字525、589、629號）、法明確性（釋字594、602、636號解釋），旨在規範法制定與法適用權力之行使，以維護人的尊嚴與各種基本權之行使。

<sup>117</sup> Giegerich, aaO. (Fn. 87), Rn. 62.

<sup>118</sup> Giegerich, Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationalen Konstitutionalisierungsprozeß: Wechselseitige Rezeption, konstitutionelle Evolution und föderale Verflechtung, 2003, S. 1278ff.

<sup>119</sup> Schmidt-Aßmann, § 26 Der Rechtsstaat, Rn. 7ff.; Vogel, JZ 1997, S. 161ff.



構成二種規範體系之接入點。作為所有國家公權力行使之依據。德國聯邦憲法法院在Görgülü判決中，援引法治國原則作為國家機關負有考量歐洲人權公約與歐洲人權法院裁判義務之根據。

若將公約代入法治國原則之中，須注意公約本身已有相當規範體系。如將其全體歸置到法治國原則底下，勢必破壞體系特性；或者將法治國原則條文化，進而架空其本旨。二者均不可採。唯一的解釋方法是探求系爭公約規定得否構成法治國原則之內容，確認公約規定有法治國原則性質。探求方法可從1. 國際法上一般規則（見上述二、「尊重前之確認」）；2. 基本權的可限制性；3. 阻卻違憲事由著手。判定結果將增減法治國原則之內涵，須又釋憲者進行規範性認定，方得賦予其高於法律甚至憲法位階。得作為違憲審查基準並得為人民聲請釋憲之主張。<sup>120</sup>

#### (1) 基本權之可限制性

制憲者得斟酌特定基本權的本質重要性，從可限制性要件——加重公益內容或程序進行二方面，預先劃定立法形成空間，包括加重法律保留與正當法律程序。

##### ① 加重保留原則

加重法律保留是指制憲者就特定基本權的可限制性要件，除憲法第23條所定四種保留理由之外，又預定特定公益內容對基本權利作出更加周延的保障，例如憲法第9條規定。<sup>121</sup> 公約中不乏此類規定<sup>122</sup>，例如對剝奪生命權<sup>123</sup>、限制宗教自由<sup>124</sup>、限制意見自由<sup>125</sup>、

<sup>120</sup> 德國聯邦憲法法院早期裁判中並未承認基本法第25條規定得經由人民聲請釋憲方式貫徹。BVerfGE 6, 389 (440); 18, 441 (451). 隨後變更見解。BVerfGE 23, 288 (300); 31, 145 (177); 77, 170 (232f.).

<sup>121</sup> 釋字第656號解釋陳新民大法官部分協同、部分不同意見書。

<sup>122</sup> 歐洲人權公約則規定在第8條至第11條（隱私權、宗教自由、意見自由、集會與遊行自由）各條規定中第2項，體例更為清晰。



限制集會權與結社權<sup>126</sup>。釋字第623號解釋中，以兒童及少年保護作為「重大公益」即是一例。<sup>127</sup>

## ②正當法律程序

正當法律程序源自於英美法系國家，要求限制人民權利之決定須經特定而且實質正當之法定程序方得作成（憲法第8條第1項）。<sup>128</sup>公政公約特別就人身自由（公約第9條、第10條）、外國人之遷徙自由（公約第13條）、訴訟權（公約第14條）又從正當程序特別規範行政權、司法權之實施。前者如拘提管收之程序要件明確化。後者包括公平審判原則與正當刑事訴訟程序，以實現憲法保障刑事被告接受公平審判之訴訟權。尤其公政公約在第14條第3項規定列有

<sup>123</sup> 公約第6條第2項：「凡未廢除死刑之國家，非犯情節重大之罪，且依照犯罪時有效並與本公約規定及防止及懲治殘害人群罪公約不抵觸之法律，不得科處死刑。死刑非依管轄法院終局判決，不得執行。」

公約第6條第5項：「未滿十八歲之人犯罪，不得判處死刑；懷胎婦女被判死刑，不得執行其刑。」

<sup>124</sup> 公約第9條第1項第3款：「非依法律，不受限制，此項限制以保障公共安全、秩序、衛生或風化或他人之基本權利自由所必要者為限」。

<sup>125</sup> 公約第20條規定：「鼓吹戰爭之宣傳、鼓吹民族、種族或宗教仇恨之主張，構成煽動歧視、敵視或強暴者。」

<sup>126</sup> 公約第21條、第22條規定「公共衛生或善良風俗」之公益。

<sup>127</sup> 理由書第三段：「保護兒童及少年免於從事任何非法之性活動，乃普世價值之基本人權（聯合國於西元一九八九年十一月二十日通過、一九九〇年九月二日生效之兒童權利公約第十九條及第三十四條參照），為重大公益，國家應有採取適當管制措施之義務，以保護兒童及少年之身心健康與健全成長。」

<sup>128</sup> 釋字第384號解釋首先就人身自由作成之後，又延伸到訴訟權（釋字418、610號）、財產權（釋字663、672號）、居住自由（釋字709號）、資訊隱私權（釋字631號）、秘密通訊自由（釋字631號）、服公職權（釋字396、446號）、集會遊行（釋字445號）、受教育權（釋字635號）和職業自由（釋字613號）。

元照出版提供 請勿公開散布。

五項「最低限度之保障」：被告聽審權<sup>129</sup>、防禦權（詰問證人之權利）<sup>130</sup>、無罪推定原則<sup>131</sup>、不自證己罪及自白任意性規定。

### ③緊急狀態中的絕對保障

對於緊急狀態之應變，憲法就緊急命令與財政經濟上重大變故之決定，分別賦予行政院會議之決議權、總統發布權與必要處置權和立法院同意權（增修條文第2條第3項）；在第23條又規範「避免緊急危難」作為限制人權之公益理由。但緊急狀態中得否限制特定人權，卻未見特別規範。公約第4條乃規定各國得減免之義務和仍應維持之保障標準。<sup>132</sup>前者限定在「絕對必要之限度內」和禁止根據公約所定敏感分類而區分；後者排除即便是緊急狀態中亦不得干涉之權利規定。此項規定顯示若干基本權相對於其他更具有基本性而不可挑戰，構成在修憲界限論之外又一保障試金石。案例如「Castillo Petruzzi等訴秘魯案」。<sup>133</sup>

### (2)阻卻違憲事由

阻卻違憲事由中，最重要者莫過於運用比例原則後認定為合

<sup>129</sup> 公約第14條第3項第1款「迅即以其通曉之語言，詳細告知被控罪名及案由」；第3款「立即受審、不得無故稽延之最低限度。」第4款「到庭受審，及親自答辯或由其選任辯護人答辯」；第6款「如不通曉或不能使用法院所用之語言，應免費為備通譯協助之」。

<sup>130</sup> 何建寬，自外國法制及兩公約論我國刑事被告之閱卷權，檢察新論，15期，頁312-330，2014年1月。

<sup>131</sup> 公政公約第14條第2項規定：「給予充分之時間及便利，準備答辯並與其選任之辯護人聯絡」參照；釋字第653號、第654號、第665號、第681號解釋。

<sup>132</sup> 公政公約第4條第2項規定：「第六條、第七條、第八條（第一項及第二項）、第十一條、第十五條、第十六條及第十八條之規定，不得依本條規定減免履行。」歐洲人權公約第15條參見。

<sup>133</sup> Hoffmann, 116. IAGMR v. 30.5.1999 – Castillo Petruzzi: Ganz oder Gar nicht!, S. 642-646.



憲。比例原則係用以審查方法與目的間之合理比例關係，分為目的正當、合適性、必要性與相稱性。

①合適性：在合適性審查中，須檢驗所採取措施大致可能或必須有效達成目的。但歷來並未深究措施本身之適法性與合憲性。亦即不適法手段須排除在外，即便是可以達成目的之情況下。故公約應屬此類絕對禁止採行手段，尤其是違背人性尊嚴之公權力實施方式。公約第7條明示刑罰裁量權之界限（禁止酷刑或施以殘忍的、不人道的或侮辱性的處遇或刑罰）。

②必要性：必要性原則旨在鑑別出達成目的之諸種手段中，須採行最小侵害。侵害是否最小，須經比較方能知悉。公約就若干制裁與刑罰的方法，已經明確否認最為輕微之屬性。例如：第7條禁止酷刑、殘忍、不人道或侮辱之待遇與懲罰。對於立法政策可能採行之鞭刑、化學去勢、單獨監禁、拘禁空間和營救式刑求的討論，有其值得參酌之處。<sup>134</sup>

③相稱性：釋字第623號解釋乃涉及性交易訊息之管制。本號解釋在公益考量上，係出於青少年身心健康與健全成長之保護義務，並援引兒童權利公約，將其定位於「重大公益」用以論證適當管制措施，不僅正當、更屬義務。此一援引行為旨在說明個案中特定公益之內涵。

## 肆、尊重條約原則與法令違憲審查

前一憲法尊重條約原則之解釋，其源起與特性著重於概念描述和態度立場上求同之作為。棘手的問題是公約內國法化後，即成法

<sup>134</sup> 陳彥廷，國際人權公約酷刑禁止規定對我國刑事法之影響，政治大學法律學研究所碩士論文，2009年。



源體系之一。公約與既有法律如生衝突，法適用者應如何解釋相關法律，構成違憲審查之任務。

法律是否違反公約得為違憲審查客體，端視如何認定「違反」意義。公約僅具法律位階效力，所謂違反公約之法律非可視為抵觸憲法，毋寧是憲法民主原則與憲法尊重條約原則間之衝突。衝突類型又因法律或法令，而分別發生法律保留或授權明確性與憲法尊重條約原則之關係。

### 一、違反公約之法律違憲審查

規範矛盾有衝突與歧異狀態，須視系爭規定與公約相關規定之性質、明確性程度兩點決定。又須說明者，國內法令違反同位階之公約，不等同於違憲之意；無論是主張或審查，應以系爭法令抵觸憲法尊重條約原則（憲法第141條、第171條、第172條）而違憲。

原則上，系爭規定以規範國家之作為或不作為義務者，有實體法之屬性，為針對特定情狀下始生一定法律效果之條件規範（*Konditionalprogramm*）<sup>135</sup>；人權公約大抵為目的性規範（*Zweckprogramm*），係出於維護人權理念所設，須考量可能性而盡其可能最佳化實踐。稽其規範歧異之產生，因本於憲法民主原則、重要性保留原則與現實資源有限性，立法者適用憲法之際，就政治形成與社會生活之規範享有一定形成裁量權。此由憲法授權條款、基本國策原則、平等差別對待，分就立法事實之判斷與評估和制度形成與選擇得有相當自主決定權。<sup>136</sup>其結果，自然可能制定

<sup>135</sup> Luhmann, *Positives Recht und Ideologie*, S. 242.

<sup>136</sup> 李建良，論立法裁量之憲法基礎理論，臺北大學法學論叢，47期，頁151，2000年12月。

與公約規定與內涵不相一致之規定。<sup>137</sup>

而立法者是否有意形成規範矛盾，亦須斟酌；法律明確性程度與文義解釋遂成觀察重點。德國實務見解頗值參考：「只要立法者未為明示，不得解為系爭法律有意違背本國之國際法上義務或有意為義務違反行為。」<sup>138</sup>反言之，雖無法確知立法者有意背離或妨害國際法之意思，但解釋憲法不允許違背立法者在規範文字所表露之意思。<sup>139</sup>釋憲權推定立法者存有符合國際法意思時，亦不致於形成規範矛盾。例言之，監督寺廟條例第8條規定：「寺廟之不動產及法物，非經所屬教會之決議，並呈請該管官署許可，不得處分或變更。」<sup>140</sup>雖與公約第18條宗教自由規定意旨不盡相符。但該條規定賦予行政機關裁量許可，自有從法律適用上作成友善解釋之空間，則問題自法制定轉為法適用之疑義，涉及解釋方法之合理性（見下）。又規範歧異也包含條約課予國內立法者為實現權利保障，而應採取特定實施措施而不為者。<sup>141</sup>此際就立法不作為之審查須以有無違反憲法上保護義務之論證方式。

<sup>137</sup> Sauer, ZaöRV 65 (2005), 35 (51); Payandeh, DÖV 2011, 382 (388f.).

<sup>138</sup> BVerfGE 74, 358 (370).

<sup>139</sup> Proelß, *Der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichen Auslegung im Lichte der Rechtsprechung des BVerfG*, S. 553 (559f.); Schweitzer, *Staatsrecht III: Staatsrecht, Völkerrecht, Europarecht*, 10. Aufl., 2010, Rn. 440; Giegerich, aaO. (Fn. 87) Rn. 45; Tomuschat, aaO. (Fn. 5), Rn. 26.

<sup>140</sup> 釋字第573號解釋指出本條文之規定目的正當，但違反必要性與明確性而牴觸憲法。

<sup>141</sup> 例如公政公約第20條第2項：「任何鼓吹民族、種族或宗教仇恨的主張，構成煽動歧視、敵視或強暴者，應以法律加以禁止。」或如兒童權利公約第3條第1項規定：「所有有關兒童之事務，不論是由公私立社會福利機構、法院、行政當局或立法機構為之，均應以兒童最佳利益為首要考量。」

元照出版提供 請勿公開散布。

## 二、授權明確性之審查

人民自由及權利之限制，如由法律授權以命令為補充規定者，則授權之目的、內容與範圍須明確。就命令牴觸授權法律之違憲，此處轉為發生是否牴觸上位階之公約而違憲，惟可資借鑑的論述與案例較為欠缺。

按授權法律在現行法律體系規範中，均有所指明；公政公約非得作為授權法律，現行公約條文亦未授權。唯一與委任立法相涉者，公約應限於得作為授權法律目的之增補，此從公約法第3條規定賦予命令制定機關須參照公約立法意旨與人權事務委員會之解釋可以推知。又如前述，公約扮演法律總則之角色，加上公約第8條要求各機關檢討主管之法令，有不符兩公約規定者，應完成法令修訂。此一理由或許可說明委任立法之機關已為尊重條約之修訂，釋憲案即可能因此相對減少。如進行授權明確性審查，應包括檢驗授權命令是否逾越「解釋授權法律目的之公約」。從已修訂之法令以觀，略有下列幾種事例：<sup>142</sup>

(一)（舊）「無線電視節目審查辦法」所有條文<sup>143</sup>，本於廣播電視法第25條授權制定，經檢討不符合公約第19條意見自由規定。

(二)（舊）「紀念日及節日實施辦法」並無「國定假日與節日法」之授權法律，但檢討其中第3條規定佛陀誕辰紀念日認有違反公政公約第26條關於平等權之規定。

<sup>142</sup> 各機關主管法令及行政措施是否符合《公民與政治權利國際公約》規定檢討清冊，<http://www.humanrights.moj.gov.tw/lp.asp?ctNode=32908&CtUnit=12347&BaseDSD=7&mp=200>，最後瀏覽日：2018年11月10日。

<sup>143</sup> 最主要者為第2條：「經許可進入臺灣地區之大陸地區電視節目，應事先送國家通訊傳播委員會（以下簡稱本會）審查核准，並改用正體字後，始得在臺灣地區無線電視事業經營之電台播送。」第3條：「除新聞外，本會得指定應事先送本局審查核准後，始得播送之電視節目。」



元照出版提供 請勿公開散布

(三) (舊) 「工業團體法施行細則」基於工業團體法授權制定，但經檢討細則第9條<sup>144</sup>、第24條<sup>145</sup>、第30條<sup>146</sup>不符合公政公約第22條規定。

(四) (舊) 「羈押法施行細則」基於羈押法之授權，但經檢討第14條第1項第1款受羈押被告對看守所之處遇或處分有所不服，僅能經由申訴機制尋求救濟，尚不得再向法院提起訴訟請求救濟，不符合公約第2條第3款第1目要求之「獲有效救濟」之及第2目「推廣司法救濟之機會」。

若以審查授權命令是否間接符合公約時，須注意審查密度隨著基本權利之類型與限制強度。若以公政公約相涉之權利觀察，原則上應採取嚴格審查模式，亦即授權之目的、內容與範圍須明確。例外採取寬鬆審查模式時，倘認為授權條款之目的經由解釋公約更臻明確時，亦不得在裁罰性法律中推導出授權之內容與範圍。<sup>147</sup>

---

<sup>144</sup> 「工業同業公會成立後，如因工廠會員減少至不滿五家時，應即解散。」

<sup>145</sup> 「工業同業公會聘僱會務工作人員，依本法第二十六條經理事會通過任免者，應由該公會於通過之日起十日內，報請主管機關核備後，始准到職或離職。

前項會務工作人員之名額、職稱、待遇及其服務規則，應由各該公會自行訂定，經理事會通過，報經主管機關核備後實施。」

<sup>146</sup> 「工業同業公會召開會員大會、理事會或監事會，發出開會通知並報請主管機關及目的事業主管機關派員指導或監選時，應檢附會議議程，並於會議後七日內將會議紀錄分送各會員，並報主管機關及目的事業主管機關。

前項會議紀錄所為之決議，須報請主管機關及目的事業主管機關核辦或核備者，應分別專案處理，並將處理情形或結果，提報下次會議。」

<sup>147</sup> 關於寬鬆審查之「授權條款目的明確模式」，參見許宗力，行政命令授權明確性問題之研究，載：法與國家權力(一)，頁216，2006年8月，2版。



## 伍、尊重條約原則與法令適用違憲審查

法令適用機關應依一般法律解釋方法與合理行使裁量權適用法律，包括已內國法化之公約。兩公約施行法第3條規定機關與法院應「參照」公約，已以明定體系解釋方法，體現憲法尊重條約原則。釋憲者審查法令適用有無抵觸憲法時，自應注意：第一、某一公約條款之可參照性，包括是否與如何參照；第二、裁量權之正確行使；第三、統一解釋之特殊問題。

### 一、法拘束性審查之意義

憲法第23條規定限制人民權利之公權力行使應有法律依據。法律保留原則除以內國法律外，復因施行法規範使得公政公約得作為機關或法院在個案中限制人民權利之法源依據。法拘束性審查（*Rechtsbindungskontrolle*）專指違憲審查應審查法令適用之合憲性<sup>148</sup>，蓋依法行政（憲法第63條；增修條文第3條第2項）與依法審判（憲法第80條）亦屬於憲法原則，行政權與審判權除須在法律授權範圍內行使，亦應符合法律授權目的。惟行使審判權與行政權之不正確，可能同時構成違法性與違憲性。釋憲機關之審查工作旨在：1. 確定糾爭案件所應適用之法律；2. 法適用者以何種見解解釋法律；3. 該見解有憲法上重要意義。

惟法令適用違憲審查的受理前提，須為法院完全未考慮、考慮基本權內容全然錯誤，或者見解錯誤之嚴重性堪稱恣意濫權，造成判決明顯侵犯基本權時。憲法法院方得行使審查權。<sup>149</sup>因此公政

<sup>148</sup> Alleweldt, *Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit*, 2006, S. 275ff.

<sup>149</sup> 劉淑範，憲法裁判權與一般審判權間之分工問題，載：憲法解釋之理論與實務，頁218以下，1998年5月。

 元照出版提供 請勿公開散布。

公約之內國法化，雖未增補違憲審查類型，但生是否與如何適用公約之審查疑義。就受理要件以觀，法令違憲審查非指法令應如何適用方屬正確，毋寧本於特別憲法的觀點指出可能憲法上疑義。為避免成為超級上訴審，受理前提僅限於適用法律之見解有無憲法上重要性（赫克準則）。故人民應主張法院顯然不正確方式適用兩公約施行法。<sup>150</sup>法院適用公約而違憲之情況，按赫克準則或舒曼準則之運用，須其適用在憲法上顯不正確。德國聯邦憲法法院某種程度偏離了赫克準則<sup>151</sup>。在Gögülü案中，德國釋憲者基於法院未考慮歐洲人權法院之判決，而認為法院裁判違反憲法第6條保障家庭規定與法治國原則而予以撤銷。

#### (一)違反公約之規範適用審查

公約施行法第3條規定賦予機關與法院適用兩公約之義務。就其適用之違憲審查一如法令適用違憲審查類型，單純法律解釋或見解（判例、決議或函釋）之違法，不必然構成違憲，而係法律見解有違憲法上依法行政、依法審判原則時，始足當之。已內國化之公約，須秉持憲法上法治國家原則，合理運用法律解釋方法予以解釋<sup>152</sup>。審查法律解釋方法之案例，首見於釋字第273號解釋。<sup>153</sup>如法適用無違一般法律解釋方法，即不生違憲侵害基本權之疑慮<sup>154</sup>；反之，如逾越法律解釋之範圍，而增減法律所定租稅義務者，構成

<sup>150</sup> Giegerich, aaO. (Fn. 87), Kap. 2, Rn. 48.

<sup>151</sup> BVerfGE 111, 307 (328f.).

<sup>152</sup> BVerfGE 34, 269 (280); 87, 273 (279).

<sup>153</sup> 該號解釋以行政法院行政機關適用發布都市計畫樁測定及管理辦法相關規定時，「文義解釋認所謂不得再提異議，含有不得訴願及提起行政訴訟之意」，不符保障訴願權與訴訟權之意旨。

<sup>154</sup> 首見釋字第607號解釋「釋示如無違於一般法律解釋方法，且符合各該法律之立法目的，即與租稅法律主義尚無違背」。類似案例如BVerfGE 82, 6 (11).

元照出版提供 請勿公開散布。

違背憲法租稅法律主義（釋字第620號、第622號解釋）。法律解釋方法究屬一般審判權之範圍與得否作為釋憲審查對象，或許容有爭論；如解釋方法運用，包括抽象解釋之解釋函令訂定權（釋字第665號解釋）與解釋方法之運用（釋字第586號解釋）<sup>155</sup>。

與本文有關者，為應如何依據公約施行法適用公約，建議以下述步驟次第進行：

步驟一：法適用者就所適用之法律從文義、歷史、體系解釋規則，可得出多種解釋結果，導致不同基本權侵害狀態。

步驟二：就同一規範事實，存有內國法與公政公約規定可資主張或適用（注意公約）。

步驟三：法適用者應比較諸種解釋結果後，選取最符合公約規定者（合公約解釋）。

步驟四：所選取者，須不得違背我國憲法原則（合憲解釋）。

就其中步驟二、三須特別說明者，為規範競合與排除規則問題尚待澄清。一是依據衝突規則而認為毋庸適用公約（下述二）；二是參照意義與法律解釋方法之關聯性（下述三）。

## (二)適用公約見解歧義之統一解釋

為維護法安定性，憲法第78條賦予司法院有統一解釋法律及命令之權。規定緣由為適用法律之多數機關各自本於職權而解釋法律，由此產生見解競合與其衝突狀態之解消。統一解釋原包含法令適用上疑義而請求闡明；或者因多數適用機關發生見解分歧造成不

<sup>155</sup> 本號解釋中，釋憲者就文義解釋之方法（本案稱「定義方式」）從行政權執行法律上肯定其必要，但認定法律規定「共同取得」應以一般文義「理應具備以意思聯絡達到一定目的（如控制、投資）之核心意義」。



同法律效果時。故統一解釋制度之定位，有認為非憲法維護者角色，而是法令統一者<sup>156</sup>或法令釋疑者。誠然憲法訴訟法第84條（大審法第7條）定有聲請要件，但未能真正表明釋憲者本於「特別憲法」對法律適用正確性之統一解釋；或有稱為「合憲的法律解釋」。<sup>157</sup>統一解釋雖不質疑法律之合憲性，卻是法治原則下應如何適用法律，方能最佳保障基本權的作用。釋憲者初不在於指出見解之當否，而是見解依據對基本權利或機關職權之影響。證諸釋憲實務，亦有二機關雖提起統一解釋，但在聲請意旨主張已機關或指摘他機關之見解為合憲或違憲者。<sup>158</sup>要說全無請求違憲審查意思，卻又不然。故為法令適用違憲審查或機關爭議訴訟之特殊類型，兼與具體法規審查各自扮演不同功能。故憲法上統一解釋應遵守依法獨立審判原則下，指出見解歧異各自依據之標準並提出憲法上評價，提供法院依其意旨為適當之裁判。

與本文有關者，特別是下述如何與公約進行調和解釋與續造解釋（見下述三、(二)、(三)<sup>159</sup>），應否援引與如何解釋公約，尤可見得統一解釋在釋憲實務上，忠實記錄法適用機關對公約的各項法之認識與澄清合憲性的機會，亦有消除融合過程中過於固守或趨同的風險，蓋歧異見解正公開揭露本國與他國、己見與他見的對立主張，使得適用理由得以重新檢驗，或可稱為「司法權的權力分立」

<sup>156</sup> 詹鎮榮，地方自治團體不服上級監督機關行政函釋之法律救濟，法學講座，27期，頁33-42，2004年5月。

<sup>157</sup> 釋字第595號許宗力、賴英照、林子儀、許玉秀協同意見書；第621號彭鳳至、徐璧湖、許宗力、林子儀協同意見書。

<sup>158</sup> 請參閱釋字第621號解釋。

<sup>159</sup> 例如外交部受理外國人入境簽證准駁性質之法律見解，可能與監察院行使職權發生衝突。法務部法律字第10200534970號。

( judicial checks and balances ) 。<sup>160</sup>

### (三) 參照公約義務與其範圍

公約施行法第3條規定法適用機關應參照立法意旨與兩公約人權事務委員會之解釋。參照為參考與對照相關公約條款之意，達成系爭法律正確解釋與理性裁量。參照得就系爭法律條文解釋結果確認或調整；如存有多種解釋或發生疑義時，得為特定解釋之選擇或擴張、限縮其文義範圍。須參照者，須次第按照公約客觀目的與既有具體見解。立法意旨為法規範追求之客觀目的。<sup>161</sup>目的解釋方法須以存在矛盾立法為前提，亦即有二以上規定之文義出現矛盾時為要件。

## 二、是否參照之審查

法適用者應參照公約規定為一注意義務（Beachtungspflicht）<sup>162</sup>；此從憲法尊重條約原則即能推導得出<sup>163</sup>，本無待兩公約施行法明定。法定參照規定深具體系解釋之成文化、調整衝突規則之意義。至其內涵，既非單純表示認知有公約存在，亦非機械式之奉行或漠視忽略。「是否」注意之裁量權即受一定限制。此際如遇有應否參照公約之爭議，須先審究是否存有法律競合狀態、進行修訂規範衝突原則和審查適用禁止恣意。

<sup>160</sup> Dederer, ZaöRV 66 (2006), 575 (621).

<sup>161</sup> 例言之，家庭權是否包含收養權。如以跨國收養保護兒童及合作公約第1條為例，旨在「建立防護制度」，以確保跨國收養情形係符合兒童之最佳利益，並使其在國際法下之基本權利受到尊重。以此觀之，當不包含在內。

<sup>162</sup> BVerfGE 111, 307 (323f.).

<sup>163</sup> Desens, Auslegungskonkurrenzen im europäischen Mehrebenensystem - Probleme und Lösungsmöglichkeiten exemplifiziert anhand von Normenkollisionen zwischen Grundfreiheiten und nationalen Gesetzen, S. 203 (212).

元照出版提供 請勿公開散布。

### (一) 存有法律競合狀態

體系解釋方法提供機關與法院於解釋系爭條文之適用範圍與規範內涵時，應考量其他有關聯性意義之法規，作為該條文之應有意義。<sup>164</sup>然考慮他法之因素，將使二以上法規間產生原本適用一法規所不至發生之規範衝突狀態。消除之道，應從該法條在整體法規範體系內之地位，在維持法律體系之一致性與融貫性前提下<sup>165</sup>，解釋該法條的真意。<sup>166</sup>解釋目的在於避免規範衝突的二律背反情況，故解釋結果須達成無衝突的一體性。<sup>167</sup>歷來解釋曾在釋字第601號解釋（未連任大法官之法律地位）、第619號解釋（減免地價稅）運用體系解釋之方法。解釋過程與其結果獲致，旨在消除法條間之矛盾與衝突，求取法律適用之和諧。

實體法之條件規範與公約法之目的規範（見上述），因法適用而生體系解釋與目的解釋的需求。然是否須注意相關公約規定，須先經判定有無法律競合狀態之發生。法律競合指在某個事件中存有二以上法律條文可資主張或適用，如法適用者擇一採用，即產生重複或衝突狀態。是以判定實益對於法適用機關與釋憲者而言，均須尋求避免潛在矛盾解釋結果<sup>168</sup>，且為體系解釋之預備工作，應致力發掘二法規間有無關聯性；倘法律規範之對象與事實並非同一，

<sup>164</sup> Larenz/Canaris, aaO. (Fn. 58), S. 324ff.

<sup>165</sup> 王鵬翔，法律、融貫性與權威，政治與社會哲學評論，24期，頁23-68，2008年3月。顏厥安，論證、客觀性與融貫性——由幾篇文獻檢討法律論證的基本問題，載：規範、論證與行動——法認識論文集，頁96，2004年12月。

<sup>166</sup> 黃茂榮，法學方法與現代民法，頁373-376，2002年9月，4版。

<sup>167</sup> Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., 1991, S. 463; Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl., 2008, S. 154; Jarass, AöR 126 (2001), 595.

<sup>168</sup> BVerfGE 64, 1 (20); 111, 307 (325).

元照出版提供 請勿公開散布。

則不構成法律競合之情況。以外勞看護使其負擔超出約定工作為例<sup>169</sup>，論者主張雇主負有依公約第8條「不得使人服強迫或強制之勞役」和勞動基準法第5條、就業服務法第57條第7款規定等。然勞動基準法與就業服務法旨在規範勞雇雙方間民事關係、以及行政機關與二者間的檢查與保護之行政法律關係。公約所謂「強迫與強制勞役」係指以刑罰威嚇或其他心理、物理方式作為強制方法。<sup>170</sup> 規範對象自屬國家公權力行使。二者間未必均構成規範競合。<sup>171</sup>

## (二)無恣意適用公約之審查

憲法第7條平等權保障寓有法適用平等原則之規範效力，旨在禁止非合理之差別或同等對待，防止恣意適用法律。然基於審判獨立原則，法院得表示不同見解。<sup>172</sup>是所謂恣意，非指錯誤理解法律，而是適用法律毫無根據、出於不正當動機、明顯曲解而難認為理性。<sup>173</sup>或者區分標準與區分目的間難認為符合比例原則。<sup>174</sup>聲

<sup>169</sup> 例如中華民國內政部移民署全球資訊網：「人權宣導——請別把外勞當奴役」所舉案例，<https://www.immigration.gov.tw/ct.asp?xItem=1299094&ctNode=30346&mp=s008>，最後瀏覽日：2017年10月6日。

<sup>170</sup> Gollwitzer, Menschenrechte im Strafverfahren. MKR und IPBPR, Kommentar, 2005, Art. 4 MRK (Art. 8 IPBPR), Rn. 13.

<sup>171</sup> 依舊法規定，兩岸人民關係條例第18條第3項規定：「第一項大陸地區人民，於強制出境前，得暫予收容，並得令其從事勞務。」則有成立法律競合之空間。

<sup>172</sup> BVerfGE 87, 273 (278); 98, 17 (48).

<sup>173</sup> BVerfGE 89, 1 (13). 陳新民，同註108，頁498-516。但釋字第696號解釋未敘明採取何等審查基準。唯一相近者，釋字第525號解釋「後備軍人轉任公職停止優待之函釋」（至若並非基於公益考量，僅為行政上一時權宜之計，或出於對部分規範對象不合理之差別對待，或其他非屬正當之動機而恣意廢止或限制法規適用者），但該案採取信賴保護原則作為審查基準。

<sup>174</sup> BVerfGE 74, 102 (128); 89, 1 (13).

 元照出版提供 請勿公開散布。

請人若主張其憲法上權利受恣意適用公約之侵害時，應審查有無枉法恣意之解釋而違反平等權與抵觸憲法尊重條約原則。類此案例如：

- 顯有適用公約之機會而完全不考慮；
- 認為內國法律或公約必然優先於或必然不適用公約。

恣意適用之審查旨在控制法律適用上重大錯誤，留待適用機關一定的裁量空間。審查時須注意是否雖已遵守法律規定，但不符合公約授權之目的。以比例原則作為審查基準，應按照案件所應考慮之合理因素，例如人身自由之剝奪可按年齡（未成年人）、剝奪理由（非刑事）等。目前在「法庭通譯案」、「少事法上教育措施」兩案中，德國聯邦憲法法院並未認定法院適用歐洲人權公約違反平等權。<sup>175</sup> 在有義務考量與有義務遵守之間，德國聯邦憲法法院列出幾種參照方式<sup>176</sup>：1. 適用機關得以任何方式論辯公約規定；2. 適用機關須提出可信服性理由說明何以不遵循；3. 在不抵觸憲法前提下，應遵循歐洲人權法院對系爭公約之見解。

### (三)規範衝突規則之調整

惟縱經判定公約在系爭案件中有可參照性，法適用者可能依據衝突規則架空公約之法拘束性。換言之，機關與法院行體系解釋而面臨規範歧異時，得因適用克減規則後法優先於前法、特別法優先於普通法之適用優先原則<sup>177</sup>，產生排斥適用公約規定之結果。蓋繼受公約後，任一法律之制定皆因其後法與特別法之屬性，致使以

<sup>175</sup> BVerfGE 64, 135 (157); 74, 102 (128).

<sup>176</sup> BVerfGE 111, 307 (324).

<sup>177</sup> Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 1969, S. 117; Zippelius, *Juristische Methodenlehre*, 10. Aufl., 2006, S. 37ff.



公約適用保障人權之期望落空，難能達成憲法融合作用。<sup>178</sup> 公約施行法第3條規定未決定適用定序，參照德國「無罪推定」案觀點，憲法法庭審查法院適用公約案件時須注意：

「縱令該法律在條約締結之後公布者，就系爭法律應與本國之國際法上義務進行相互一致之解釋與適用」。<sup>179</sup>

原克減規則有憲法法治國家原則性質，但因受同位階憲法尊重條約原則調整其內涵為適用優先與效力優先二種例外情況。<sup>180</sup>

1. 適用優先原則之調整：法規範之適用優先原則有後法與特別法優先適用兩類；後法克減前法；特別法克減普通法。就前者，憲法尊重條約原則構成後法優於前法（lex-posterior）原則之例外。倘立法者在公約法施行後未修法或制定新法而形成前後法之關係時，本應排斥在前公約之適用。此時解釋在後法律，應作出立法者無欲背離國際法意圖之解釋。<sup>181</sup> 透過後法間接適用公約。

就後者，憲法尊重條約原則構成特別法優先適用於普通法（lex specialis）之例外。特別法與普通法發生競合時，原則上應優先適用特別法、排斥普通法。所謂特別，係指人、事、時、地、物等構成要件要素相對於另一法律或法律條文，為特定情況之制定，二者間具有邏輯關係之特別性。公約究竟屬於特別法或普通法之性質，適用者應從個案確定其規範要件的普通與特別關係。公約作為特別法者較少，例如刑罰裁量權分別規範於刑法第57條與公政公約第6條第2項規定。公政公約在所犯者為情節重大之罪與殘害人群之要

<sup>178</sup> 德國實務之立場：BVerfGE 74, 358 (370); 82, 106 (120). Sommermann, aaO. (Fn. 63), 391 (410).

<sup>179</sup> BVerfGE 74, 358 (370).

<sup>180</sup> Payandeh, aaO. (Fn. 137), 382 (386f.).

<sup>181</sup> BVerfGE 74, 358 (370).



件與死刑裁量權二者，構成刑法之特別法。至於我國法構成特別法之情況，見下說明。

**2.效力優先原則之調整：**上下位階間之法規範如發生衝突，以排除相抵觸規範之法效力方式得以避免<sup>182</sup>，是為上位法優於下位法（lex-superior）之效力原則，例如聯邦制國家中聯邦憲法與各邦憲法、我國中央法與地方自治條例規範間之關係。

上位法與下位法間如有抵觸，應適用效力優先原則。所謂抵觸並非一概否定不相一致的下位規範，是以法律要件和法律效果單純不一致，或者彼此在範圍與內容上能提供「較廣泛或較薄弱」的保護時，只要二規範間不存在矛盾狀態時（Widerspruchsfreiheit）<sup>183</sup>，仍有「規範維持」（normerhaltend）的空間。<sup>184</sup>按此公約位階雖居於憲法之下，依據尊重條約原則，仍可形成兩種基本權保障規範的匯流。換言之，以公政公約第5條第2項規定與我國憲法之間存在兩種情況為例：

——憲法較公政公約更多保護：例如憲法第22條規定未列舉權利而公政公約並無類似規定，各機關即不得「藉口本公約未予確認或確認之範圍較狹，而加以限制或減免義務」。

——公政公約較憲法提供更多保護：憲法效力優先原則不受影響，但各機關須按法律適用優先原則解釋與適用公約。

<sup>182</sup> 例如德國基本法第31條規定：「聯邦法破除邦法」。我國地方制度法第30條規定：「自治條例與憲法、法律或基於法律授權之法規或上級自治團體自治條例抵觸者，無效」。

<sup>183</sup> BVerfGE 96, 345ff.

<sup>184</sup> 例如德國基本法第142條規定：「在不違反本基本法第三十一條之原則下，邦憲法之規定如符合本基本法第一條至第十八條保障基本權利者，仍繼續有效。」



不論何者情況，均以最有利於當事人原則予以解釋。<sup>185</sup>

### 三、如何參照之審查

體系解釋既以客觀目的為取向，適用之際如獲致多種解釋結果時，應選取何者以副正確性要求，略有調和解釋與續造解釋之類型，殊值分析。

法定參照義務之履行，繫於各該公約條款的可適用性與規範效力，以及公約之目的條款之特性。第一、各個法適用機關應如何參照公約，須視案件本質與公約條款之關聯性而定。例如公政公約第6條、第9條、第10條、第11條刑事訴訟程序高度相關；第13條與行政法院有關；第14條涉及各種訴訟程序等；稅務案件則與平等適用法律原則相關等。第二、適用具有目的條款性質之公約，因其能表明國際人權保障動態發展<sup>186</sup>，適用者應衡酌當前情勢（present day conditions）追求實踐極大化的理想。<sup>187</sup>

#### (一)立法意旨究明之審查

釋憲者審查命令是否抵觸法律時，如未質疑法律合憲性時，常以解釋系爭規定之立法意旨（釋字第200號、第241號、第429號解釋）為方法，審查法適用是否符合法治原則。換言之，釋憲者以究明系爭規定之本意，再比對法令、命令與判例與其合致性。

然因公約施行法之制定，適用依據又增添人權公約，適用機關即須以體系解釋方法（釋字第263號解釋）參照。審查標的即變為參照他法（公約）與參照結果的合憲性。德國聯邦憲法法院就歐洲

<sup>185</sup> Breuer/Dreist/Funke, Menschenrechtlicher Mindeststandard, S. 300 (301).

<sup>186</sup> Scheuner, FS Schlochauer, S. 899 (902).

<sup>187</sup> Gollwitzer, Einführung, Menschenrechte im Strafverfahren. MKR und IPBPR, Kommentar, Rn. 4.

 元照出版提供 請勿公開散布。

人權公約與內國法之關係上，指出在「方法上合理解釋之範圍內」注意與適用公約，不要求僵硬地執行公約與其解釋<sup>188</sup>；要訣在於解釋結果。<sup>189</sup>所謂「方法上合理的解釋範圍」，作者以為須次第說明人權公約之規範特性，究明其立法意旨，除上述恣意違反公約之審查外，著重在調和解釋（下述（二））與法律續造之審查（下述（三）），正確進行法令適用違憲審查。

### 1. 總則規範之適用

以體系解釋方法謀求系爭條文與條約間之融貫性，須理解此處「體系」之內外意義。體系有以系爭條文外觀所處位置為詮釋觀點，即以立法計畫所為事理與邏輯上所為有條理之組合，學理稱外部體系、可視為文義解釋之延伸。然體系之另一層意義，係從條文本應具有之內在價值體系，可視為客觀目的解釋方法。<sup>190</sup>公約法之繼受，應視為國內法與國際法在價值體系上的融合。是以應先選取直接相關條文作為適用依據，再向有總則性質之公約規定尋求意義支持。<sup>191</sup>

人權公約規範，得用以擴充與豐富內國法律立法意旨。申言

<sup>188</sup> BVerfGE 111, 301 (317).

<sup>189</sup> Degenhart, aaO. (Fn. 55), Rn. 286.

<sup>190</sup> Canaris, aaO. (Fn. 177), S. 91; Bydlinski, aaO. (Fn. 167), S. 442, 453.

<sup>191</sup> 因此認為公約無法直接適用者，有其認定理由。例如臺灣高等法院高雄分院99年度抗字第192號民事裁定，就聲請意旨略謂：「聲請人聲請假處分時，除引用國家賠償法第11條第2項及民事訴訟法第538條第1項、第3項外，尚有依據公民與政治權利國際公約、經濟社會文化權利國際公約為請求，聲請人聲請假處分時，除引用國家賠償法第11條第2項及民事訴訟法第538條第1項、第3項外，尚有依據公民與政治權利國際公約、經濟社會文化權利國際公約為請求。」法院認為：「上述公民與政治權利國際公約、經濟社會文化權利國際公約，與憲法規定之內容相類同，均屬宣示性之條款，並非得據為聲請假處分之依據」。

元照出版提供 請勿公開散布。

之，聲請人主張系爭法律或法令違憲時，釋憲者得以客觀目的解釋之法，從法規整體結構及其制度內之條件，發現法規之客觀保障目的；或法適用者之見解能否成為合乎憲法之立法目的，尚待違憲審查，進而作成法律合憲性解釋、授權法令合憲性或見解應不予援用宣告。釋憲者就立法目的之探求，如以特定法領域之「解釋應本於租稅法律主義之精神，依各該法律之立法目的」（釋字第420號解釋）或一般性究其「立法意旨」（釋字第358號、第622號解釋）係就法律規定的「基礎性審查」（Grundlagenkontrolle）<sup>192</sup>。如今以公約構成系爭法律之客觀目的時，即得作為探勘立法本意之審查方法。

## 2. 參照委員會之解釋

解讀公約之本意，依據公約施行法規定，尚須參考公約解釋機關——人權事務委員會——之解釋。<sup>193</sup>相較於德國以審判權承認公約解釋機關的「權威解釋」（authentischer Interpret）<sup>194</sup>，公約施行法直接明定委員會解釋之拘束效力。

關於委員會法律地位之定性，有認為不具有司法或準司法機關之地位；或特殊地位（*sui generis*）。<sup>195</sup>作者認為應就委員會之組織、任務與權限分別判斷：倘依據公約第28條規定接受個人申訴作成決定者，決定之組成、類似判決書之形式、尤其近年來多有類似不同意見書（稱個人意見*individual opinions*），或許許多認為準司法

<sup>192</sup> Alleweldt, aaO. (Fn. 148), S. 94ff.

<sup>193</sup> 除締約國身兼條約制定者與解釋者，或交由特定國際組織解釋該組織設立之條約之外，狹義之條約解釋機關專指國際仲裁或國際司法機關解決爭端。兩公約人權事務委員會（Human Right Committee；下稱「委員會」）依照公約第40條第4項規定由專家組成，接受個人申訴或審議國家人權報告，協助締約國履行報告提出義務之意願。

<sup>194</sup> BVerwGE 149, 117ff.; BVerfGE 111, 307ff.

<sup>195</sup> Petzhold, Die „Auffassungen“ des UN-Menschenrechtsausschusses zum Schutze der Religionsfreiheit, 2015, S. 12.



機關之地位。但對於法律適用機關之法院，應解為重要的鑑定意見。至於國家人權報告之解釋，較傾向於條文規範涵義之解釋。

委員會之解釋原為不具拘束力之「軟法」（Soft Law）<sup>196</sup>；有拘束力者，僅為公約規定本身。<sup>197</sup>按人權公約之特性，在於使各國遵循普世價值的整體方向，因應本身情況適當調整。然而，公約施行法第3條課予法適用機關較高之參照義務，此與其他國家繼受方法雖不盡相同；但仍不失其為國際當今保障之標準。且因法院之引據而成為自身之見解，得為違憲審查對象。其重要處略有幾項：

第一、從法源認識論觀察，得作為法律解釋之參據，對法適用發揮指引作用的事實上拘束力。<sup>198</sup>但我國已明定為有參照義務。適用者如表達不同見解時，仍須依據法律、其意見須穩當有理，說明為何不可行。<sup>199</sup>

第二、參照須注意個別權利委員會解釋之本質<sup>200</sup>。觀點是以

<sup>196</sup> 公政公約第40條第4項第2句「委員會應向締約國提送其報告書及其認為適當之一般評議」，即表明委員會見解之建議性。人權委員會之共識為評議不敘明個別國家；而向簽約國全體發布。Bartsch, NJW 1982, 478 (481); NJW 1989, 3061 (3062); NJW 1991, 1390 (1391); Nowak, U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary, 2005, Art. 40, Rzf. 50.

<sup>197</sup> Nowak, aaO., Art. 40 Rzf. 55.

<sup>198</sup> Nußberger, Sozialstandards im Völkerrecht, 2005, S. 230.

<sup>199</sup> 參照釋字第216號解釋稱：「各機關依其職掌就有關法規為釋示之行政命令，法官於審判案件時，固可予以引用，但仍得依據法律，表示適當之不同見解，並不受其拘束」

<sup>200</sup> 條約解釋之方式，得提出觀點、結論性意見與一般性意見，作為監督公約執行之方法。(1)「觀點」（Views；或稱「法律見解」Rechtssauflassung）旨在提醒系爭問題，未有拘束力或要求優先履行特定義務；毋寧是以建議方式促進各締約國之執行與各國間之合作。(2)「結論性意見」為委員會審議國家人權報告後所製作之意見書。在1992年之前，委員會並未發布作成結論性意見，而是讓委員就其審查報告依據個人見解作成判斷。但隨著東歐轉型後，

元照出版提供 請勿公開散布。

表決方式作成；一般性意見則採取共識程序，尋求普遍適用之極大化，在重大爭議須尊重少數意見。<sup>201</sup>

第三、然法律適用與憲法解釋究竟不同。人權委員會既為公約適用機關，其解釋、特別是一般性意見雖為法適用之重要參考。但不拘束釋憲權之行使。且其實務意見是否必能彰顯公約之立法意旨，猶待個案審定。否則公約立法意旨的憲法上闡明，將成為引用事務委員會的法律解釋。

## (二)調和解釋之審查

調和解釋（Konformauslegung）本為處理規範競合間之解釋方法，包含同位階與不同位階之解釋。倘就不同位階間規範之調和解釋，為合憲性法律解釋。得由釋憲者以之為審查方法，兼顧規範效力之維持、規範適用法則與貫徹憲法之權威性，作出選擇合憲的法律解釋之結果。反言之，機關與法院解釋法律之際，亦得以作出合憲性法律解釋，積極呼應憲法意旨而使其權限行使為之憲法化（Konstituialisierung）。前者為控制方法、後者為遵循守則。

我國立法者雖因繼受公約過程兼為法規清理工作。但因民主政治與立法裁量，不能排除日後法律與公約間有矛盾之現象。確認衝突狀態之有無，應查明系爭法律是否存有多種解釋之可能。法律規定多義性者，為要件概念在人與事之範圍非屬單一；法律效果有授

---

多數委員認為應以委員會組織與程序並作成。(3)「一般性意見」（或稱「一般評議」）：是在個別觀點和結論性意見的基礎上，為委員會審議締約國遞交之國家人權報告或接受個人申訴後，針對特定權利或爭議，以註釋系爭條文涵義之形式作成。Nowak, aaO. (Fn. 196), Art. 40, Rzf. 50; Riedel, Allgemeine Bemerkungen zu Bestimmungen des Internationalen Paktes über Wirtschaftliche, Soziale und Kulturelle Rechte der Vereinten Nationen, S. 160.

<sup>201</sup> Klein, FS Rauschning, S. 301 (306).



權裁量空間之情況，例如法律規定「必要時」<sup>202</sup>、「審酌」<sup>203</sup>之用語時。應選擇最符合公約精神之解釋結果。換言之，授權裁量目的規定，可視為公約放射穿透於國內法律體系之入口。<sup>204</sup>故面臨參照公約所生之同位階規範競合，法適用者解釋系爭法律中，如有數種解釋可能，即應選取與公約意旨最相符合之解釋結果。舉例而言，警察機關得否依據警察職權行使法第28條「其他必要之措施」，以出於營救目的之刑求犯罪嫌疑人或被告以救護人質（營救式刑求<sup>205</sup>）；亦即以特定人之健康權與尊嚴為代價拯救特定人之生命。必要二字係屬多義，即有對照公約第7條禁止酷刑規定，以禁止以酷刑方式執行法令的解釋空間。是法適用者所為公約調和之解釋能達到兩個作用：首先是維護憲法尊重條約原則。其次是當所適用之公約內涵與憲法合致時，符合公約即為合憲解釋；公約此時有事實上高於法律之位階效力。故單純與公約不一致之法律解釋並不當然違憲，而係在有數種解釋中有符合公約意旨，竟而欠缺理由不選擇時，始違背憲法尊重條約原則。就此以觀，調和解釋為體系解釋之次級類型。機關與法院須排除系爭條文文義極其明白清晰、確認並無存在多種解釋可能的情況。其次尋求系爭法律相牽連之公約規定。此際符合公約者，可作為合憲法律解釋之重要參考，可認

<sup>202</sup> 例如集會遊行法第14條第1項規定：「主管機關許可室外集會、遊行時，得就左列事項為必要之限制：……」第15條：「室外集會、遊行經許可後，因天然災變或重大事故，主管機關為維護社會秩序、公共利益或集會、遊行安全之緊急必要，得廢止許可或變更原許可之時間、處所、路線或限制事項。其有第十一條第一款至第六款情事之一者，應撤銷、廢止許可。」

<sup>203</sup> 刑法第57條、刑事訴訟法第158條之4、公務員懲戒法第10條。

<sup>204</sup> Peters, *Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention: Mit rechtsvergleichenden Bezügen zum deutschen Grundgesetz*, 2003, S. 4.

<sup>205</sup> 楊雲驛，「公民與政治權利公約」第7條對國內法之效力：以預防性刑求為中心，國立臺灣大學法學論叢，43期特刊，頁991，2014年11月。

元照出版提供 請勿公開散布。

為「合憲法律解釋的解釋輔助」。亦即先論證符合公約之法律解釋、再究明有無符合憲法意旨之二階段審查。

然應如何作成公約調和之解釋，實務上非無爭論，特別是在系爭規定之意思與其探求上。作者先以德國保安處分案為例說明。<sup>206</sup> 德國刑法第66條之2第1項賦予法院事後宣告保安處分之權限。復依同法第2條第6項規定，除法律另有規定外，保安處分適用裁判時有效之法律。導致原因行為在該條公布前發生者，亦得為事後之保安處分。德國最高法院第四庭認系爭條文有違歐洲人權公約第7條第1項禁止溯及既往之規定；復參照歐洲人權法院對是項條文包括保安處分在內之解釋以公約禁止溯及既往規定解為刑法第6條第2項所稱之「法律另有規定」，限縮適用刑法第66條之2第1項規定之範圍，得出不包括條文生效前行為之結論。<sup>207</sup> 相反地，德國最高法院第五庭就初次宣告保安處分者，依據舊刑法第67條之4第1項最長期限為十年之規定，新法修訂取消期間限制。復依德國刑法施行法第1條之1第3項明定原因行為發生於前法時期。就此等情況為本國法令明顯有違歐洲人權公約，第五庭認為無法進行合乎公約之解釋。顯然第四庭以「另有規定」作為調和公約之路徑；第五庭則以違背立法意思而無法調和公約。尤其是認為無法進行公約調和解釋之案型，亦為系爭規定與公約間有相互矛盾，此時應回到法律合憲性之判斷，亦即立法裁量權行使在尊重條約原則與其相對立之重大公益間，是否妥適考量的問題上。

同樣的，我國法院亦存有若干見解歧異之範例。作者茲舉三例：

<sup>206</sup> BVerfGE 109, 133ff.

<sup>207</sup> BGH, NStZ 2010, 567.



### (案一) 決議：配偶能否無因他方申請居留遭駁回主張訴權：見解歧異

本國人民與外國人民在國外結婚後，該外籍配偶以依親為由，向我國駐外館處申請居留簽證遭駁回。本國配偶得否認為其有權利或法律上利益受損害，而提起行政訴訟法第5條第2項課予義務訴訟？<sup>208</sup>

此一爭議原在於訴訟權中利害關係人之解釋。如加上實體法規範，即生兩種情形：1. 行政訴訟法第5條第2項規定之「人民依法申請之案件」；2. 外國護照簽證條例第11條：「居留簽證適用於持外國護照，而擬在我國境內作長期居留之人士。」訴訟法規定有多義性、實體法僅有單義性。就後者而言，為以公約續造法律解釋之合憲性。至於前者，蓋依「法」申請之意義，除法律定有申請程序外，尚包含經解釋認定系爭法律規定為保護性規範而賦予人民請求國家作成處分之主觀公權利。以何種解釋結果能調和公約之意旨。決議重點在於：(1)法令未賦予第三人有為其配偶申請之公法上請求權；(2)公約相關規定未明確規定請求權內容與其要件。

按決議誤解公約之目的性規範本旨。甲說之解釋方法僅在於列舉相關釋字與援引公約。其實應主張利害關係人之解釋因較符合公政公約第23條第1項：「家庭為社會之自然基本團體單位，應受社會及國家之保護。」所謂國家保護，泛指任何機關本其職權範圍內採取必要方式，包括法院以合理判斷訴訟合法要件之保護方式；更何況結合公政公約第2條第3項規定，國家須確保公約所載權利應獲有效救濟。

---

<sup>208</sup> 最高行政法院103年8月份第1次庭長法官聯席會議。

元照出版提供 請勿公開散布。

### (三)法律續造之審查

如法律文義極其明確而與公約發生規範矛盾，法院除得聲請具體法規審查、尋求統一解釋外，稽其國內外實務，亦有以公約意旨續造本國法律之可能。法律的可續造性與其要件，仍須服膺憲法依法審判原則。就其憲法上界限與釋憲者應如何評價與審查，同時涉及兩種違憲審查之案例類型：一是法律續造權之合憲性；二是憲法尊重條約原則與其他憲法原則之衝突，不無探討之旨趣。作者先舉「公平正義之維護」決議之例說明：

(案二) 刑事訴訟法第163條第2項但書規定：「但於公平正義之維護或對被告利益有重大關係事項，法院應依職權調查之。」其中「公平正義之維護」所指為何，有甲、乙兩說。甲說：並非專指有利被告之事項；乙說：應指對被告利益而攸關公平正義之事項<sup>209</sup>。決議：採乙說。

爭執焦點厥為法官依職權調查事實之法定要件的解釋。本件決議文援引公約無罪推定原則與其他理據，明確以目的性限縮的解釋方法獲致結論。按公約第14條第2條規定：「受刑事控告之人在法定程序證明有罪之前，有請求假定為無罪之權利。」<sup>210</sup>

次例則為法律座談會之提案。

(案三) 無資力人得否聲請檢閱卷宗並抄錄及攝影

於非強制辯護案件下，刑事訴訟程序之被告於審判中因無資力而未能選任辯護人為其辯護，法院亦未為其指定辯護人，然於訴訟程序中向法院具狀聲請檢閱卷宗及證物並抄錄及攝影之，則法院就其聲請應為如何之決定？甲說：法院應駁回其聲請。乙

<sup>209</sup> 最高法院101年度第2次刑事庭會議(一)。

<sup>210</sup> 本文與譯文「未經依法確定有罪以前，應假定其無罪。」不同。

說：法院應准許其聲請。結論：採甲說。<sup>211</sup>

本次座談會研析問題為被告本人否請求免除預納費用義務而仍得請求抄錄並攝影。雖經釋字第762號解釋在案，座談會意見仍有解釋方法上重大價值。蓋被告之請求並無法律依據，法院得否以公約類推續造。甲說從刑事訴訟法第33條規定<sup>212</sup>僅明定辯護人。乙說先後援引憲法訴訟權與公政公約第14條第3項刑事被告有主張平等最低限度之訴訟保障，第2款規定「給予充分之時間及便利<sup>213</sup>，準備答辯」。

上揭兩案，均屬以公約續造法律之例。案二為目的性限縮，案三為類推適用。法律續造乃法院認有現行法規定不足以據為審判依據，而外求其他規定或一般原則，自行建立法規範以資適用。如判定確有法律漏洞存在，而認非以違背文義不足以消除法律內在矛盾現象，構成法律續造之解釋。<sup>214</sup>續造要件須先為法律漏洞之確認；再以類推適用或目的限縮解釋之方法填補漏洞。相較於民法領域，公法學者對於法律續造的態度較為保守。<sup>215</sup>法律續造之解釋

<sup>211</sup> 臺灣高等法院暨所屬法院101年法律座談會刑事類提案第31號。

<sup>212</sup> 該條規定如下：「辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影。無辯護人之被告於審判中得預納費用請求付與卷內筆錄之影本。但筆錄之內容與被告被訴事實無關或足以妨害另案之偵查，或涉及當事人或第三人之隱私或業務秘密者，法院得限制之。」

<sup>213</sup> 聯合國人權事務委員會於2007年7月9日至27日，在日內瓦召開第90屆會議，針對公約第14條提出第32號一般性意見：公民與政治權利國際公約第14條第3項第2款中所謂「足夠的便利」係指被告能夠接觸檢方於法庭上針對被告不利及有利的全部證據、資料，甚至涵蓋其他可能有助於辯護的證據。

<sup>214</sup> 例如釋字第208號解釋就平均地權條例之「耕地承租人」，係指承租耕地實際自任耕作者，而不包括「非耕地租用而從事耕作，或耕地租用而未自任耕作者在內。」

<sup>215</sup> Müller, Richterrecht. Elemente einer Verfassungstheorie IV, 1986, S. 97ff.;

元照出版提供 請勿公開散布。

與其法律效果的決定，亦屬於法治原則所應控制的對象。對其所進行之違憲審查，應決定在何等條件下允許法院續造；如何審查法院有無遵守事項條件。因法律範疇互異，宜按民法、刑法與公法之範疇各自討論。

法律漏洞之認定，應對立法計畫探析並確認有立法計畫之違反。是否違反須先自文義與立法理由探知。德國聯邦憲法法院在第三審法院量刑界限（*Revisionsgrenzen bei Rechtsfolgenzumessung*）案<sup>216</sup>中指出：刑事訴訟程序中之法律文義與刑事實體法相較，並無固定之解釋界限。程序法引申之嚴格遵照法律條文之解釋的信賴保護，在訴訟法中確較可能給予目的取向之解釋。但是

「若將法條明文置於不顧、在法律中無法獲得迴響、立法者未明示或——存在可認識到的違反計畫之規範漏洞——默示同意之法律續造，是不被允許地侵害到民主正當性的立法權。」

此處關鍵在於，就已經明示而無可爭議之法條文義，除非修法，否則應視為在面對國際社會中，立法者「有意偏離或實現違反國際法上特定義務」<sup>217</sup>。案二甲說雖認「公平正義之維護」之文義較為不明，但在條文規範中與被告利益有重大關係相互區隔併列；且立法理由表明：「委諸司法實務運作及判例累積形成」可知計畫特性有兩點，非必與被告有關與留待將來法院逐案形成。但乙說與決議文均未深究立法計畫與其違反狀態若何。案三則根本未表明其解釋方法為何，亦未說明立法計畫與漏洞存在，卻實際上以公約續造。此一情形也如Grupp建議：「內含公約之適用」解釋方式<sup>218</sup>，

<sup>216</sup> Hillgruber, IZ 1996, 118ff.

<sup>217</sup> BVerfGE 118, 212 (243).

<sup>218</sup> BVerfGE 74, 358 (370).

<sup>218</sup> Grupp/Stelkens, DVBl. 2005, 133 (139).

元照出版提供 請勿公開散布。

使得一雖極其明確條文受公約內含之價值體系增補或修正。其結果，法適用者依法審判原則進而不適用原有規定、而適用「以公約續造之法律」之法律效果，給予特定當事人本無之優惠或減免其負擔。<sup>219</sup>

換言之，內國法律本無漏洞，或雖有漏洞但係關照其他內國法之規定。而公約施行法參照規定，致使公約造成法律漏洞之產生<sup>220</sup>；並且以參照公約相關規定填補其規範不足或限縮涵蓋過廣的漏洞，以符合憲法尊重條約原則。例如依法律只能作成羈束處分而其結果對於當事人顯然過苛之情況下，以適用公約方式作為裁量權行使之依據，而公約又構成法定裁量界限和授權目的之依據。<sup>221</sup>例如刑事被告在審判程序中之權利在公約第14條第3項規定與刑事訴訟法之關聯性。舉例而言，舊冤獄賠償法第1條所定要件限於羈押、收容、留置。其解釋限於刑事訴訟法上之「羈押」、少年事件處理法上之「收容」及檢肅流氓條例上之「留置」。外國人之收容，依據依入出國及移民法第38條第1項於外國人收容所者，自不在冤獄賠償之列。<sup>222</sup>如能就人身自由不當監禁之觀點，法律依其內在體系

<sup>219</sup> 茲舉案例如下：(1)德國南部軍事法院類推適用歐洲人權公約第6條第1項訴訟權之保障案例。Beschluß des TDG Süd vom 06. 10. 2009 (Az. S 7 VL 7/09), BeckRS 2009, 41681. (2)訴訟程序延宕之補償請求權以援引歐洲人權公約第41條。Pest, Das Verzögerungsverbot im Strafverfahren, 2017, S. 415ff.

<sup>220</sup> Canaris, FS Bydlinski, S. 47 (85).

<sup>221</sup> 類似法律如入出國及移民法第7條規定：「臺灣地區無戶籍國民有下列情形之一者，入出國及移民署應不予許可或禁止入國：……」或如釋字第712號解釋關於收養大陸地區人民者，依據「臺灣地區與大陸地區人民關係條例第六十五條第一款規定：『臺灣地區人民收養大陸地區人民為養子女，……有下列情形之一者，法院亦應不予認可：一、已有子女或養子女者。』」等規定，該號聲請釋憲書即指出應採取目的性限縮解釋。

<sup>222</sup> 例如司法院冤獄賠償法庭100年度台覆字第66號覆審決定書之觀點。

元照出版提供 請勿公開散布。

及規範計畫，本應積極規定而未設規定，類推其他三種監禁補償之規定，其解釋結果更能符合公約「非法逮捕拘禁之賠償請求權」（公約第9條第5款）、（判決服刑後發現新證據之賠償請求權）第14條第6款規定者，似有類推解釋之空間。

#### 四憲法原則間之衝突

設若本國法律條文明確，無從進行調和公約之解釋，此時問題處於憲法原則間之衝突。法院應裁定停止審判程序，向大法官會議提起具體規範審查程序；若為統一解釋，大法官會議宜為程序之轉換。衝突狀態為公約繼受後的憲法融合原則之內涵與憲法民主原則及其他可能相衝突原則，在法適用層次已屬於不可調和、亦非法適用者的職權範圍內。是以德國聯邦憲法法院在歐洲人權法院案（EGMR）<sup>223</sup>表達其維護主權的立場：

「基本法致力於德國加入和平與自由國家的法治共同體，但不因此拋棄憲法所載主權最終保留」。

換言之，憲法友善國際法原則與其他憲法原則處於同等位階狀態，如果立法者例外狀況下須避免違反憲法上原則而未能顧慮國際社會之法治標準，與追求友善國際法原則之目標並不相反。

以案二為例，可從法律解釋方法與憲法原則間之權衡次第說明。證據應如何調查與犯罪事實應如何認定，在決議中似將兩者混淆。刑事訴訟法就法院證據調查權行使，除於該法第163條設有兩項寬嚴之要件與裁量界限外，第2條復規定注意與調查原則。而公約僅規定犯罪與否存疑時，法院在事實認定上應為有利於被告之決定。是其證據調查與事實認定處於接續關係。縱然採取當事人訴訟

---

<sup>223</sup> BVerfGE 111, 307.



元照出版提供 請勿公開散布。

進行主義，亦須符合無罪推定原則。法院無由援引公約無罪推定原則作為限制調查範圍之道理。

縱令法律與公約不符之情況，亦為民主原則與尊重條約原則之衝突。憲法原則間之權衡須視案件特性而定，須視是否有無憲法第23條制定限制性法律之合理依據，然基於憲法原則間權衡的審查密度，應採取嚴格審查，使得所欲維護之憲法上法益與尊重條約要求受到更仔細檢驗。如以案三為例：公約所載給予充分便利之答辯權；而刑事訴訟法根本未制定被告卷證資訊獲知之規定。釋憲者自須權衡如次：

1. 現行法律僅給予辯護人之規定事屬立法不作為之侵害；是否堪認足以合理形成憲法上「被告之充分防禦權」（釋字第582號解釋）。無辯護人之被告，是否更需使其便利地接近與有關之證據資料（即乙說）。
2. 司法資源有效運用〔卷證保護之勞費、提解在押被告閱卷增加戒護人力負擔（即甲說）〕是否為立法不作為之合憲理由。
3. 從平等權角度來看，並非被告均有辯護人，是項規定對無辯護人之被告是否為不合理差別對待。

設若均無法通過驗證。刑事訴訟法未設被告之閱卷權之規定既不符合訴訟權、又違反憲法尊重條約之規定。

## 陸、結論：憲法國際化與公約憲法化

作為規範屬性與規範對象互異的國際公約與本國憲法，因其各自相互間規範作用，漸生交融之狀態。憲法不獨規範國家主權與國民間的歸屬關係，尚及於國家在國際社會的態度與立場：一方面彰顯主權之自主性，在憲法前言定有國權鞏固原則。共和原則的民治之意，就外交與國際事務如領土變更（憲法第4條）、總統締結條

元照出版提供 請勿公開散布。

約權、立法院議決條約案，有保留同意與否之最終決定權。他方面憲法又決定國家在國際社會中的開放原則，在政治行動與法律秩序上，決定參與國際事務之方向和綱領，並賦予國家繼受國際秩序之前提要件。是以憲法就國家目的與任務之內容，已預留國際交往、容納公約秩序的空間。

反之，憲法化一詞，原係指規範秩序之塑造自一般法律提升到憲法層次；或本於憲法優位原則、客觀秩序與違憲審查機制，發揮對一般法律領域之作用結果，使國家在法律上與事實上，盡其可能促成人民權利實現極大化。各個法律領域同受憲法作用的滲透<sup>224</sup>。公約之憲法化則有二層意義：在規範形式上，各國揚棄單邊獨斷的國家利益至上，尋求團體利益的共識發現；進行類同立憲主義之倡議與制定成文憲法確保共通價值。<sup>225</sup>另在規範內容層面，價值奠轉為以人類生活形態與存續基礎，不再以國家利益為唯一、最高價值判準。

處於憲法優位原則與公約憲法化之間，面對世界潮流與本國固有法秩序交匯之際，釋憲者本於法秩序和平開放性格，須在憲法框架下發現個案實質正義、重塑法安定性之狀態。其方法為在現有釋憲制度中，審慎發揮「可融合性審查」功能。<sup>226</sup>處理國際社會之是否參與和參與程度；以及法之繼受與其決定過程。是本於國家主權之最高性，應無損於國家主權保留前提下，同時作為國際社會成員之一，又須敬重珍視國際秩序。承認與接納國際法秩序並且積極

<sup>224</sup> Schuppert/Bumke, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, 2000, S. 1ff.; Walter, ZAöRV 59 (1999), 961 (964).

<sup>225</sup> Sommermann, aaO. (Fn. 63), 391 (399). 歐盟雖非國家，但以制定憲法方式約束各會員國應保障居民之基本權利，制定若干架構與憲法漸生趨同化的公約。

<sup>226</sup> 著例為德國憲法法院在「里斯本條約」案中，作成在國會強化參與歐盟決策過程權限前，總統不得批准條約之判決。Wolff, aaO. (Fn. 22), S. 49ff.



參與國際事務。可謂類同德國基本法中確立友善國際法之憲法原則。<sup>227</sup>但非意味著國際法上義務承擔必然塑造憲法之內涵，可資參酌。

然兩公約既已內國法化，一方面因法源內容的增添，致使法適用上的選法與解釋爭議。另一方面，復因適用國際人權秩序所生憲法上疑義，相對擴張違憲審查範圍與對象。憲法解釋在形式上仍屬涉及立法形成空間與一般審判權之分工；實質上則如何以在地觀點積極向國際潮流看齊，成為釋憲者在前言中「鞏固國權、保障民權」和外交憲法中拿捏分寸的重點。是以釋憲者仍應維護憲法之價值決定塑造外交權的實質內涵的秩序：友善公約之原則與規則，應不僅止於援引和比較法的層次，而提供憲法藉由解釋公約表示見解，以達成憲法適用之解析、控制和合憲認定的契機。自憲法之前言與第141條融合條款之體系關聯性可知，憲法尊重條約原則蘊有開放性、固定性與轉介性之三項重要特質：因其開放，容留潛在人權秩序多樣化的融合間；惟其獨立自主，對非屬我國憲法認同之價值者，有抗拒保守作用；如判定存有國內外共識，則轉介國際秩序作為法適用之指引。故解釋憲法基本權規定，得從法認識論角度，合理援引與其性質相近之公約規定強化與增補人權之真意。憲法上開放國家之理念與其實踐，引發就同一事實存有多數規範競合之存在。

公約繼受後雖豐富本國法律體系之內涵。但也滋生違憲審查基準與規範衝突層次的疑義。違憲審查進行時，在法制定層面須注意民主原則與尊重條約原則之衡量；就法適用層次上，須注意依法行政原則、依法審判原則與尊重條約原則之衡量。我國憲法尊重條約

<sup>227</sup> Vogel, Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit, 1964, S. 42; Bleckmann, DÖV 1979, 308 (310).

元照出版提供 請勿公開散布。

原則與德國法上友善公約解釋，範圍雖不盡相同，但不妨礙借用學理與實務經驗，以人權公約的總則性發揮指導法適用的功能。簡言之，略有下述幾種值得注意之處：

一、人權公約的存在，促使基本權保障產生規範上累積聚合之狀態，進而調整規範衝突與法律適用原則之內涵。

二、人權公約所載權利係通過平等權與自由權等間接融入與增補其意義，作為違憲審查標準。增補與融入之決定，須依據憲法優位原則與依法審判原則，正確行使憲法解釋權。

三、尊重條約原則作為機關與法院之解釋法律方法，所選解釋結果是否最符合公約者，如有憲法上疑義時，構成合憲法律解釋之對象。

四、公約繼受後所生潛在的規範衝突，與複數、前後立法者各自本於立法裁量權所生之情況相同，繼受決定之法律保留自應涵蓋規範衝突之調和。

五、適用定序之法制定，須先評價二法規間是否有規範衝突之情況。

六、以公約續造法律之解釋方法，固能最大程度因循尊重條約原則，堅持獨立審判原則與行政保留原則；但法適用機關仍負有遵守法治原則（依法審判與依法行政）。以公約規定續造法律之解釋仍有其憲法界限，須不得違背憲法原則。換言之，須就尊重條約原則與法治原則、或其他可能相衝突之憲法原則為合理安排。

總之，公約內國法化的結果，對於法律解釋的意義探求與規範競合產生一定之作用。兩公約施行法之參照規定，係以明文規定以體系解釋與目的解釋方法援引公約規定，解釋系爭法律條文，填補原有涵義過廣或規範不足之漏洞。解釋憲法尊重條約原則對機關與法院之拘束時，應次第辨明：規範衝突之狀態、排除規則之調整與適用兩公約解釋方法。



## 一、中 文

1. Clifford Geertz著，王海龍、張家瑄譯，地方性知識——闡釋人類學論文集，2004年9月。(Clifford Geertz [auth.], Hai-Long Wang & Jia-Xuan Zhang [trans.], *Local Knowledge—Further Essays in Interpretive Anthropology* (2004).)
2. 王鵬翔，論基本權的規範結構，國立臺灣大學法學論叢，34卷2期，頁1-60，2005年3月。(Peng-Hsiang Wang, *On the Structure of Constitutional Right Norms*, 34(2) NATIONAL TAIWAN UNIVERSITY LAW JOURNAL, 1-60 (2005).)
3. 王鵬翔，法律、融貫性與權威，政治與社會哲學評論，24期，頁23-68，2008年3月。(Peng-Hsiang Wang, *Law, Coherence, and Authority*, 24 SOCIETAS: A JOURNAL FOR PHILOSOPHICAL STUDY OF PUBLIC AFFAIRS, 23-68 (2008).)
4. 何建寬，自外國法制及兩公約論我國刑事被告之閱卷權，檢察新論，15期，頁312-330，2014年1月。(Chien-Kuan Ho, *On Criminal Defendant's Right to Access Case Files in Taiwan from the Perspectives of Foreign Legal Systems and the Two Covenants*, 15 TAIWAN PROSECUTOR REVIEW, 312-330 (2014).)
5. 李建良，基本權利理論體系之構成及其思考層次，人文及社會科學集刊，9卷1期，頁39-83，1997年3月。(Chien-Liang Lee, *Functions and Dogmatics of Fundamental Rights*, 9(1) JOURNAL OF SOCIAL SCIENCES AND PHILOSOPHY, 39-83 (1997).)
6. 李建良，論立法裁量之憲法基礎理論，臺北大學法學論叢，47期，頁151-241，2000年12月。(Chien-Liang Lee, *On the Legislative Discretion: A Constitutional Basic Research*, 47 TAIPEI UNIVERSITY LAW REVIEW, 151-241 (2000).)
7. 李建良，論國際條約的國內法效力與法位階定序，載：憲法解釋之理論與實務（第八輯），頁175-275，2014年7月。(Chien-Liang Lee, *The Application and Status of International Treaties in Domestic Law*, in: CONSTITUTIONAL INTERPRETATION: THEORY AND PRACTICE, VOL. VIII, 175-275 (2014).)
8. 李建良、范文清譯，法繼受之原因、條件與形式，載：法的起源，頁43-



- 54，2011年10月。(Chien-Liang Lee & Wen-Ching Fann [trans.], *Gründe, Bedingungen und Formen von Rechtsrezeptionen*, in: WOHER KOMMT DAS RECHT, 43-54 (2011).)
- 9.孟德斯鳩著，張雁深譯，論法的精神（上），1998年。(Montesquieu [auth.], Yan-Shen Zhang [trans.], DE L'ESPRIT DES LOIS (I) (1998).)
- 10.林沛君，人權公約匯入國內法體系所面臨之課題——以實踐兒童權利公約之國際經驗為借鏡，中正大學法學期刊，52期，頁161-219，2016年7月。  
(Peggy Pei-Chun Lin, *Domestic Application of International Human Rights Treaties—Overview of the Status of the CRC in Other Countries and Possible Lessons*, 52 NATIONAL CHUNG CHEN UNIVERSITY LAW JOURNAL, 161-219 (2016).)
- 11.林佳和，時間、現實與規範性：憲法變遷，月旦法學雜誌，218期，頁28-43，2013年6月。(Chia-Ho Lin, *Time, Reality and Normality: Constitutional Chang*, 218 THE TAIWAN LAW REVIEW, 28-43 (2013).)
- 12.法治斌、董保城，憲法新論，6版，2014年9月。(Jyh-Pin Fa & Bau-Tscheng Dung, *Constitution*, 6th ed. (2014).)
- 13.姜皇池，國際公法：第三講——國際法源（下），月旦法學教室，23期，頁117-131，2004年9月。(Huang-Chih Chiang, *International Law: Lecture 3—Sources of International Law (II)*, 23 TAIWAN JURIST, 117-131 (2004).)
- 14.胡慶山，公民與政治權利國際公約基本權克減（derogate）措施之探討，台灣國際法季刊，9卷3期，頁73-121，2012年9月。(Ching-Shan Hu, *The Research on the Provision of Derogation of Basic Human Rights in the United Nations International Covenant on Civil and Political Rights*, 9(3) TAIWAN INTERNATIONAL LAW QUARTERLY, 73-121 (2012).)
- 15.翁岳生，大法官功能演變之探討，國立臺灣大學法學論叢，23卷1期，頁25-50，1993年12月。(Yueh-Sheng Weng, *The Grand Justices En Masse, Its Evolution and Function*, 23(1) NATIONAL TAIWAN UNIVERSITY LAW JOURNAL, 25-50 (1993).)
- 16.翁岳生，憲法之維護者，載：憲法解釋之理論與實務（第六輯）（上冊），頁1-169，2009年7月。(Yueh-Sheng Weng, *Guardian of Constitution*, in:



CONSTITUTIONAL INTERPRETATION: THEORY AND PRACTICE, VOL. VI (I), 1-169 (2009).)

- 17.張文貞，憲法與國際人權法的匯流——兼論我國大法官解釋之實踐，載：憲法解釋之理論與實務（第六輯）（上冊），頁223-272，2009年7月。(Wen-Chen Chang, *The Convergence of Constitutions and International Human Rights—On the Practice of Taiwan's Constitutional Interpretations*, in: CONSTITUTIONAL INTERPRETATION: THEORY AND PRACTICE, VOL. VI (I), 223-272 (2009).)
- 18.張文貞，國際人權法與內國憲法的匯流：台灣施行兩大人權公約之後，台灣法學會2009年學術研討會，2010年3月。(Wen-Chen Chang, *The Convergence of International Human Rights and Domestic Constitutional Law: On the Results After the Implementation of the Two Covenants in Taiwan*, Presented at the 2009 Taiwan Society Seminar (2010).)
- 19.許宗力，行政命令授權明確性問題之研究，載：法與國家權力(一)，2版，頁215-268，2006年8月。(Tzong-Li Hsu, *On the Specification of the Legislative Delegation to the Administrative Regulation*, in: LAW AND THE POWERS OF STATE (I), 2d ed., 215-268 (2006).)
- 20.許耀明，未內國法化之國際條約與協定在我國法院之地位，司法新聲，104期，頁20-27，2012年11月。(Yao-Ming Hsu, *The Legal Applicability of Non-internationalized International Treaties and Agreements in Taiwanese Courts*, 104 JUDICIAL ASPIRATIONS, 20-27 (2012).)
- 21.陳治世，國際法，1995年5月。(Chih-Shih Chen, *International Law* (1995).)
- 22.陳彥廷，國際人權公約酷刑禁止規定對我國刑事法之影響，政治大學法律學研究所碩士論文，2009年。(Yen-Ting Chen, *The Impact of The Prohibition of Torture on International Human Rights Covenants to Taiwan Criminal Law*, Master's Thesis, College of Law, National Chengchi University (2009).)
- 23.陳慈陽，憲法學，2版，2005年11月。(Tsai-Yang Chen, *Constitution Law*, 2d ed. (2005).)
- 24.陳愛娥，繼受法國家中的法比較——以憲法解釋作為觀察對象，月旦民商法雜誌，4期，頁5-15，2004年6月。(Ai-Er Chen, *Rechtsvergleichung im das Fremde Recht Rezipierten Staat—Am Beispiel der Verfassungsinterpretation*, 4



CROSS-STRAIT LAW REVIEW, 5-15 (2004).)

- 25.陳新民，憲法基本權利之基本理論（上），5版，1999年6月。(Shin-Min Chen, *The Basic Theory of Fundamental Rights in Constitution (I)*, 5th ed. (1999).)
- 26.陳靜慧，化干戈為玉帛之「有利於國際法的解釋方式」——以德國聯邦憲法法院卡洛琳公主案等判決為例，法令月刊，63卷12期，頁21-36，2012年12月。(Ching-Hui Chen, *A "Statutory Interpretation Favorable to the Adoption of International Law" Which Can Bury the Hatchet—A Case Study of the German Federal Constitutional Court Case of "VONHANNOVER v. GERMANY"*, 63(12) THE LAW MONTHLY, 21-36 (2012).)
- 27.黃茂榮，法學方法與現代民法，4版，2002年9月。(Mao-Zong Huang, *Legal Method and Modern Civil Law*, 4th ed. (2002).)
- 28.黃茂榮，法律解釋，載：法律哲理與制度（基礎法學）——馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集，頁319-390，2006年1月。(Mao-Zong Huang, *Statutory Interpretation, in: ON THEORIES AND INSTITUTIONS OF LAW. THEORIES OF LAW—ESSAYS IN HONOR OF THE 80TH BIRTHDAY OF PROFESSOR HERBERT HAN-PAO MA*, 319-390 (2006).)
- 29.楊雲驛，「公民與政治權利公約」第7條對國內法之效力：以預防性刑求為中心，國立臺灣大學法學論叢，43期特刊，頁957-1029，2014年11月。(Yun-Hua Yang, *The Application of Article 7 Under the ICCPR in Taiwan: Focusing on the Preventive Confession By Torture*, 43 NATIONAL TAIWAN UNIVERSITY LAW JOURNAL SPECIAL ISSUE, 957-1029 (2014).)
- 30.詹鎮榮，地方自治團體不服上級監督機關行政函釋之法律救濟，法學講座，27期，頁33-42，2004年5月。(Chen-Jung Chan, *Legal Remedies for Local Self-Governing Bodies Dissatisfied with the Administrative Rule Issued By Supervisory Authorities*, 27 LAW FORUM, 33-42 (2004).)
- 31.廖福特，憲法與國際人權條約——陌生的互動關係，載：二十一世紀憲政風雲，頁207-254，2004年1月。(Fort Fu-Te Liao, *Constitution and International Human Rights Treaties—An Unfamiliar Interaction*, in: *CONSTITUTIONAL CHANGES IN THE 21ST CENTURY*, 207-254 (2004).)

-   
元照出版提供 請勿公開散布。
- 32.廖福特，法院應否及如何適用公民與政治權利國際公約，台灣法學雜誌，163期，頁45-65，2010年11月。(Fort Fu-Te Liao, *Whether and How Courts Should Apply the International Covenant on Civil and Political Rights*, 163 TAIWAN LAW JOURNAL, 45-65 (2010).)
- 33.劉淑範，憲法裁判權與一般審判權間之分工問題，載：憲法解釋之理論與實務，頁199-248，1998年5月。(Shwu-Fann Liou, *The Division of Labor Between Constitutional Jurisdiction and General Jurisdiction*, in: CONSTITUTIONAL INTERPRETATION: THEORY AND PRACTICE, 199-248 (1998).)
- 34.積穗陳重著，黃遵三等譯，法律進化論，1997年。(Nobushige Hozumi [auth.], Zun-San Huang et al. [trans.], *Theory of the Evolution of Law* (1997).)
- 35.戴東雄，中世紀義大利法學與德國的繼受羅馬法，2000年6月。(Tong-Schung Tai, *The Medieval Italian Jurisprudence and the Reception of Roman Law in Germany* (2000).)
- 36.顏厥安，論證、客觀性與融貫性——由幾篇文獻檢討法律論證的基本問題，載：規範、論證與行動——法認識論文集，頁73-100，2004年12月。(Chueh-An Yen, *Argumentation, Objectivity, and Coherence—A Review of the Basic Issues of Legal Argumentation from the Perspectives of Several Literature*, in: NORM, ARGUMENTATION, AND ACTION—ESSAYS ON THE EPISTEMOLOGY OF LAW, 73-100 (2004).)

## 二、外 文

1. *Alleweldt, Rolf*, Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit, 2006.
2. *Badura, Peter*, § 160 Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsge-wohnheitsrecht, in: *Isensee, Josef/Kirchhof, Paul* (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, 1992, S. 57ff.
3. *Bartsch, Jürgen*, Die Entwicklung des internationalen Menschenrechtsschutzes im Jahre 1981, NJW 1982, S. 478ff.
4. *Bartsch, Jürgen*, Die Entwicklung des internationalen Menschenrechtsschutzes im Jahre 1989, NJW 1989, S. 3061ff



5. *Bartsch, Jürgen*, Die Entwicklung des internationalen Menschenrechtsschutzes im Jahre 1990, NJW 1991, S. 1390ff.
6. *Battis, Ulrich*, § 275 Der Verfassungsverstoß und seine Rechtsfolgen, in: *Isensee, Josef/Kirchhof, Paul* (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. XII, 3. Aufl., 2014, S. 783ff.
7. *Benda, Ernst*, Rechtsstaat im sozialen Wandel, AöR 101 (1976), S. 497ff.
8. *Benedict, Jörg*, Savigny ist tot! Zum 150. Todestag von Friedrich Carl von Savigny und zu seiner Bedeutung für die heutige Rechtswissenschaft, JZ 2011, S. 1073ff.
9. *Bleckmann, Albert*, Die Völkerrechtsfreundlichkeit der deutschen Rechtsordnung DÖV 1979, S. 308ff.
10. *Bleckmann, Albert*, Der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit der deutschen Rechtsordnung, DÖV 1996, S. 137ff.
11. *Böckenförde, Ernst-Wolfgang*, Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel, Wege und Verfahren des Verfassungslebens, Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, 1993, S. 3ff.
12. *Breuer, Martin/Dreist, Peter/Funke, Andreas*, Menschenrechtlicher Mindeststandard, in: *Burkhard, Schöbener* (Hg.), Völkerrecht: Lexikon zentraler Begriffe und Themen, 2014, S. 300ff.
13. *Bydlinski, Franz*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., 1991.
14. *Canaris, Claus-Wilhelm*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 1969.
15. *Canaris, Claus-Wilhelm*, Die richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre, in: Im Dienste der Gerechtigkeit, Festschrift für Franz Bydlinski, 2001, S. 47ff.
16. Carpenter, Mathieu (2020), *Kelsen on Derogation and Normative Conflicts*, in Mattihas Jestaedt, Ralf Poscher & Jörg Kammerhofer eds., DIE REINE RECHTSLEHRE AUF DEM PRÜFSTAND/HANS KELSEN PURE THEORY OF LAW: CONCEPTIONS AND MISCONCEPTIONS. (Stuttgart: Franz Steiner Verlag).
17. *Dederer, Hans-Georg*, Die Architektonik des europäischen Grundrechtsraums, ZaöRV 66 (2006), S. 575ff.



18. Degenhart, Christoph, *Staatsrecht I, Staatsorganisationsrecht*, 24. Aufl., 2012.
19. Desens, Marc, Auslegungskonkurrenzen im europäischen Mehrebenensystem – Probleme und Lösungsmöglichkeiten exemplifiziert anhand von Normenkollisionen zwischen Grundfreiheiten und nationalen Gesetzen, in: Matz-Lück, Nele/Hong, Mathias (Hg.), *Grundrechte und Grundfreiheiten im Mehrebenensystem – Konkurrenz und Interreferenzen*, 2012, S. 203ff.
20. Detterbeck, Steffen, *Streitgegenstand und Entscheidungswirkung im Öffentlichen Recht*, 1995.
21. di Fabio, Udo, *Das Recht offener Staaten*, 1998.
22. Dubinsky, Paul. R., *Human Rights Law Meets Private Law Harmonization: The Coming Conflict*, 30 YALE J. INT'L L. 212 (2005).
23. Engisch, Karl, *Die Einheit der Rechtsordnung*, 1935.
24. Fassbender, Fardo, Garantie der Rechtspersönlichkeit, in: Klein, Eckart/Menke, Christoph (Hg.), *Der Mensch als Person und Rechtsperson: Grundlage der Freiheit*, 2011, S. 121ff.
25. Focarelli, Carlo (2019), *INTERNATIONAL LAW*, Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing.
26. Forowicz, Magdalena (2010), *THE RECEPTION OF INTERNATIONAL LAW IN THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS*, Oxford: Oxford University Press.
27. Geiger, Willi, *Grundgesetz und Völkerrecht*, 3. Aufl., 2002.
28. Giegerich, Thomas, Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationalen Konstitutionalisierungsprozeß: Wechselseitige Rezeption, konstitutionelle Evolution und föderale Verflechtung, 2003.
29. Giegerich, Thomas, Wirkung und Rang der EMRK in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, in: Grote, Rainer/Marauhn, Thilo (Hg.), *EMRK/GG Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz*, 2006, Kap. 2, S. 61ff.
30. Gollwitzer, Walter, *Einführung, Menschenrechte im Strafverfahren. MKR und IPBPR*, Kommentar, in: Peter Reiß u. a. (Hg.), Löwe-Rosenberg, *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, 25. Aufl., 2004, S. 95ff.



31. *Gollwitzer, Walter*, Menschenrechte im Strafverfahren. MKR und IPBPR, Kommentar, 2005.
32. *Grabenwarter, Christoph*, Europäisches und Nationales Verfassungsrecht, VVDSStRL 60 (2001), S. 290ff.
33. *Grabenwarter, Christoph*, § 169 Nationale Grundrechte und Rechte der EMRK, in: *Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen* (Hg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. IV/2: Europäische Grundrechte II - Universelle Menschenrechte, 2009, S. 33ff.
34. *Grabenwarter, Christoph*, Wirkungen eines Urteils des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte – am Beispiel des Falls M. gegen Deutschland, JZ 2010, S. 857ff.
35. *Grabenwarter, Christoph/Pabel, Katharina*, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl., 2016.
36. *Grawert, Rolf*, § 81 Wechselwirkungen zwischen Bundes- und Landesgrundrechten, in: *Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen* (Hg.), Handbuch des Grundrechts, Bd. III, Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren II, 2009, S. 1033ff.
37. *Grote, Rainer*, § 1 Entstehungs- und Rezeptionsgeschichte der EMRK, in: *Dörr, Oliver/Grote, Rainer/Marauhn, Thilo* (Hg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, 2. Aufl., 2013, S. 9ff.
38. *Grupp, Klaus/Stelkens, Ulrich*, Zur Berücksichtigung der Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention bei der Auslegung deutschen Rechts, DVBl. 2005, S. 133ff.
39. *Gusy, Christoph*, Die Rezeption der EMRK in Deutschland, in: *Greve, Constance/Gusy, Christoph* (Hg.), Menschenrechte in der Bewährung: Die Rezeption der Europäischen Menschenrechtskonvention in Frankreich und Deutschland im Vergleich, 2005, S. 129ff.
40. *Herdegen, Matthias*, Völkerrecht, 18. Aufl., 2018.
41. *Hesse, Konrad*, Verfassungsrechtsprechung im geschichtlichen Wandel, JZ 1996, S. 265ff.
42. *Hillgruber, Christian*, Richterliche Rechtsfortbildung als Verfassungsproblem, JZ



1996, S. 118ff.

43. Hoffmann, Jeannine, 116. IAGMR v. 30.5.1999 – Castillo Petrucci: Ganz oder Gar nicht!, in: Menzel, Jörg/Pierlings, Tobias/Hoffmann, Jeannine (Hg.), Völkerrechtsprechung: Ausgewählte Entscheidungen zum Völkerrecht in Retrospektive, 2005, S. 642ff.
44. Hofmann, Jens, Grundrechtsschutz durch BVerfG, EuGH und EGMR – Komplementärer, kooperativer und subsidiärer Grundrechtsschutz im Europäischen Rechtsprechungsverbund, in: Rensen, Hartmut/Brink, Stefan (Hg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Bd. II, 2011, S. 573ff.
45. Honsell, Heinrich, in: Staudinger, BGB, Einleitung zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2013.
46. Jarass, Hans D., Die Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung als verfassungsrechtliche Vorgabe, AÖR 126 (2001), S. 588ff.
47. Kaiser, Josef H., Zur gegenwärtigen Differenzierung von Recht und Staat, Staatstheoretische Lehren der Integration, Österr. Z. öff. Recht 10 (1960), S. 413ff.
48. Keller, Helen, Rezeption des Völkerrechts: Eine rechtsvergleichende Studie zur Praxis des U.S. Supreme Court, des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften und des schweizerischen Bundesgerichts in ausgewählten Bereichen, 2003.
49. Kelsen, Hans (1962), *Derogation*, in Ralph A. Newman ed., ESSAYS IN JURISPRUDENCE IN HONOUR OF ROSCOE POUND. (Indianapolis and NY: Bobbs - Merrill).
50. Kelsen, Hans, Allgemeine Theorie der Normen, 1979.
51. Kirchhof, Paul, § 21 Die Identität der Verfassung, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 3. Aufl., 2004, S. 261ff.
52. Klein, Eckart, § 3 Bundesverfassungsgericht und inter- sowie supranationale Gerichtsbarkeit, in: Benda, Ernst/Klein, Eckart (Hg.), Verfassungsprozessrecht 3. Aufl., 2012, S. 26ff.
53. Klein, Eckart, § 26 Völkerrechtliche Verifikationsverfahren, in: Benda, Ernst/Klein, Eckart (Hg.), Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl., 2012, S. 385ff.



- 54.*Klein, Hans H.*, General Comment – zu einem eher unbekannten Instrument des Menschenrechtschutzes, in: Recht – Staat – Gemeinwohl, Festschrift für Dietrich Rauschning, 2001, S. 301ff.
- 55.*Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1995.
- 56.*Luhmann, Niklas*, Positives Recht und Ideologie, in: *Luhmann, Niklas* (Hg.), Soziologische Aufklärung 1, 8. Aufl., 2009, S. 242ff.
- 57.*Merten, Detlef*, § 42 Negative Grundrechte, in: *Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen* (Hg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. II: Grundrechte in Deutschland - Allgemeine Lehren I, 2001, S. 741ff.
- 58.*Müller, Friedrich*, Richterrecht. Elemente einer Verfassungstheorie IV, 1986.
- 59.*Müller, Friedrich/Christensen, Ralph*, Juristische Methodik. Band I. Grundlagen. Öffentlichen Recht, 8. Aufl., 2002.
- 60.*Nowak, Manfred*, U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary, 2005.
- 61.*Nußberger, Angelika*, Sozialstandards im Völkerrecht, 2005.
- 62.*Ohler, Christoph*, Die Kollisionsordnung des Allgemeinen Verwaltungsrechts: Strukturen des deutschen Internationalen Verwaltungsrechts, 2005.
- 63.*Ossenbühl, Fritz*, § 100 Gesetz und Recht – Die Rechtsquellen, in: *Isensee, Josef/Kirchhof, Paul* (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl., 2007, S. 135ff.
- 64.*Papier, Hans-Jürgen*, Die Rezeption allgemeiner Rechtsgrundsätze aus den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, EuGRZ 2007, S. 133ff.
- 65.*Payandeh, Mehrdad*, Völkerrechtsfreundlichkeit als Verfassungsprinzip, JöR 57 (2009), S. 465ff.
- 66.*Payandeh, Mehrdad*, Konventionswidrige Gesetz vor deutschen Gerichten, DÖV 2011, S. 382ff.
- 67.*Pernice, Ingolf*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), S. 148ff.



68. *Pernice, Ingolf*, Art. 25, in: *Dreier, Horst* (Hg.), GG-Kommentar, Bd. II, 2. Aufl., 2006, S. 271ff.
69. *Pernice, Ingolf*, Der Schutz nationaler Identität in der Europäischen Union, WHI-Paper 06/2011, S. 1ff.
70. *Peters, Anne*, Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention: Mit rechtsvergleichenden Bezügen zum deutschen Grundgesetz, 2003.
71. *Petzhold, Bianca*, Die „Auffassungen“ des UN-Menschenrechtsausschusses zum Schutze der Religionsfreiheit, 2015.
72. *Pest, Robert*, Das Verzögerungsverbot im Strafverfahren, 2017.
73. *Proelß, Alexander*, Der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichen Auslegung im Lichte der Rechtsprechung des BVerfG, in: *Rensen, Hartmut/Brink, Stefan* (Hg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Bd. 1, 2009, S. 553ff.
74. Quinn, Gerard & Degener, Theresia (2002), *Chapter I, The Moral Authority for Change: Human Rights Values and the Worldwide Process of Disability Reform*, in Gerard Quinn & Theresia Degener eds., HUMAN RIGHTS AND DISABILITY, THE CURRENT USE AND FUTURE POTENTIAL OF UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS INSTRUMENTS IN THE CONTEXT OF DISABILITY. (NY and Geneva: United Nations).
75. *Rehbinder, Manfred*, Die Rezeption fremden Rechts in soziologischer Sicht, Rechtstheorie 14 (1983), S. 305ff.
76. *Riedel, Eibe*, Allgemeine Bemerkungen zu Bestimmungen des Internationalen Paktes über Wirtschaftliche, Soziale und Kulturelle Rechte der Vereinten Nationen, in: *Deutsches Institut für Menschenrechte* (Hg.), Die „General Comments“ zu den VN-Menschenrechtsverträgen, 2005, S. 160ff.
77. *Röben, Volker*, Außenverfassungsrecht, 2007.
78. *Röhl, Klaus F./Röhl, Hans Christian*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl., 2008.
79. *Ruffert, Matthias*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001.
80. *Sauer, Heiko*, Die neue Schlagkraft der gemeineuropäischen Grundrechtsjudikatur. Zur Bindung deutscher Gerichte an die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, ZaöRV 65 (2005), S. 35ff.

 元照出版提供 請勿公開散布。

81. Scheuner, Ulrich, Die Fortbildung der Grundrechte in internationalen Konventionen durch die Rechtsprechung. Zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, in: Staatsrecht - Völkerrecht - Europarecht: Festschrift für Hans-Jürgen Schlochauer zum 75. Geburtstag, 1981, S. 899ff.
82. Schilling, Theodor, Deutscher Grundrechtsschutz zwischen staatlicher Souveränität und menschenrechtlicher Europäisierung, 2008.
83. Schmidt-Aßmann, Eberhard, § 26 Der Rechtsstaat, in: Isensee, Josef Kirchhof, Paul (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II: Verfassungsstaat, 3. Aufl., 2004, S. 541ff.
84. Schorkopf, Franz, Völkerrechtsfreundlichkeit und Völkerrechtsskepsis in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Giegerich, Thomas (Hg.), Der "offene Verfassungsstaat" des Grundgesetzes nach 60 Jahren: Anspruch und Wirklichkeit einer großen Errungenschaft, 2010, S. 131ff.
85. Schuppert, Gunnar Folke/Bumke, Christian, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, 2000.
86. Schweitzer, Michael, Staatsrecht III: Staatsrecht, Völkerrecht, Europarecht, 10. Aufl., 2010.
87. Sommermann, Karl-Peter, Völkerrechtlich garantierte Menschenrechte als Maßstab der Verfassungskonkretisierung - Die Menschenrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, AöR 114 (1989), S. 391ff.
88. Steinberg, Rudolf, Verfassungsgerichtliche Kontrolle der „Nachbesserungspflicht“ des Gesetzgebers, Der Staat 26 (1987), S. 161ff.
89. Strack, Christian, Gründe, Bedingungen und Formen von Rechtsrezeptionen, Jahrbuch der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen 2009.
90. Starck, Christian, § 271 Maximen der Verfassungsauslegung, in: Isensee, Josef Kirchhof, Paul (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. XII, 3. Aufl., 2014, S. 613ff.
91. Streinz, Rudolf, Art. 59 in: Michael, Sachs (Hg.), Grundgesetz: Kommentar, 4. Aufl., 2007, S. 1363ff.
92. Sweet, Alec Stone & Keller, Hellen (2008), *The Reception of the ECHR in*



*National Legal Orders*, in Alec Stone Sweet & Hellen Keller eds., A EUROPE OF RIGHTS: THE IMPACT OF THE ECHR ON NATIONAL LEGAL SYSTEMS. (Oxf.: Oxford University Press).

93. *Tomuschat, Christian*, § 226 Staatsrechtliche Entscheidung für die internationale Offenheit, in: *Isensee, Josef/Kirchhof, Paul* (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. XI, 3. Aufl., 2013, S. 3ff.
94. *Uerpmann, Robert*, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die deutsche Rechtsprechung, 1993.
95. *van Ert, Gib*, *Dubious Dualism: The Reception of International Law in Canada*, 44 VAL. U. L. REV. 927 (2010).
96. *Vesting, Thomas*, Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes, VVDSRL 63 (2004), S. 41ff.
97. *Vogel, Klaus*, Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für die internationale Zusammenarbeit, 1964.
98. *Vogel, Klaus*, Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit, 1964.
99. *Vogel, Klaus*, Wortburch im Verfassungsrecht, JZ 1997, S. 161ff.
- 100v. *Münch, Ingo/Mager, Ute*, Staatsrecht I, 7. Aufl., 2009.
101. *Wahl, Rainer*, Internationalisierung des Staates, in: Verfassung – Philosophie – Kirche, Festschrift für Alexander Hollerbach, 2001, S. 193ff.
102. *Wahl, Rainer*, Der offene Staat und seine Rechtsgrundlagen, JuS 2003, S. 1145ff.
103. *Walter, Christian*, Die Europäische Menschenrechtskonvention als Konstitutionalisierungsprozeß, ZAöRV 59 (1999), S. 961ff.
104. *Walter, Christian*, Die europäische Menschenrechtskonvention als „Konventionsgemeinschaft“: Praktische Wirkungen in der deutschen Rechtsordnung, in: *Spenlé, Christoph A.* (Hg.), Die Europäische Menschenrechtskonvention und die nationale Grundrechtsordnung. Spannungen und gegenseitige Befruchtung, Basler Schriften zur europäischen Integration Nr. 83, 2007, S. 53ff.
105. *Walter, Christian*, Nationale Durchsetzung, in: *Dörr, Oliver/Grote, Rainer*/



Marauhn, Thilo (Hg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, 2. Aufl., 2013, Kap. 31, S. 2002ff.

106 Wolff, Heinrich Amadeus, *De lege ferenda: Das Integrationskontrollverfahren*, DÖV 2010, S. 49ff.

107 Wolfrum, Rüdiger, Kontrolle der auswärtigen Gewalt, VVDStRL 56 (1997), S. 38ff.

108 Würtenberger, Thomas, Zur Legitimität des Verfassungsrichterrechts, in: Guggenberger, Bernd/Würtenberger, Thomas (Hg.), *Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik?*, 1998, S. 57ff.

109 Zippelius, Reinholt, *Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft*, 2. Aufl., 1996.

110 Zippelius, Reinholt, *Juristische Methodenlehre*, 10. Aufl., 2006.



# An Open State and the Explanation of Its Constitution

Yi-Ren Lin\*

## Abstract

This article aims to examine the dispute in the Constitution between convention application and domestic law-making and application. The dispute began after an international convention was converted following the enforcement of the “Act to Implement the International Covenant on Civil and Political Rights and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights” (the International Covenants Implementation Act), resulting in having more than two codes existing simultaneously, thus creating a conflict in domestic law codes. Hence, Constitutional interpreters should resolve the following issues: setting the ranking of the codes, conflict between the present Constitution and content of the conventions, and doubts of applying multiple codes.

To regulate the nation’s international exchange activity, the Constitution of Taiwan specifically presets a merging clause in Article 141. The principle of respect for treaties stipulated in the Constitution not only implies a profound meaning that is similar to Germany’s practical principle of friendliness but also embodies the principle’s

\* Associate Professor, Law Department, Ming Chuan University; Dr. iur. Friedrich-Schiller University Jena, Germany.

Received: March 23, 2020; accepted: June 10, 2021



fixity and openness. Being a special legal reception decision, the International Covenants Implementation Act signifies the nation's acceptance of the international human rights order. And the disputes that arise from the addition and amendment of related codes should be clarified from the constitutional interpretation. From the angle of the possible litigation types, this article analyzes the interpretation problems of the basic rights involved in the convention.

When reference obligations are set by the Act to Implement the International Covenants, it is inevitable that doubt about whether it was referenced and how it was referenced arises. Regarding the question of whether the convention was referenced or not should focus on whether the principle of respect in the Constitution was followed arbitrarily or not arbitrarily. As for the matter of how it was referenced, mediation of the relationship between the principle of respect in the Constitution, trial by the legislature, and law-based administration should be emphasized, especially in the two situations of system approach and legal renewal. Three practical examples are provided for analysis in this study. Lastly, several points for deliberation are suggested regarding the exercise of Taiwan's constitutional interpretation right, so as to ensure both adherence to conventions and protection of our sovereignty.

**Keywords:** Openness of the State, The Principle of Respect for Treaties, The Principle of Friendliness to International Law, Derogation Rule, System Interpretation, Drogrationsregel, Rangzuweisung, Geltungszuweisung