

公民與政治權利之國際及
區域人權公約與憲法解釋
(會議初稿)

林依仁

(德國耶拿大學法學博士，銘傳大學法律學系助理教授)

公民與政治權利之國際及 區域人權公約與憲法解釋 (會議初稿)

林依仁*

目 次

- 壹、問題意識與探討方法
 - 一、憲法解釋方法與國家開放性
 - 二、人權公約之特殊性
- 貳、公約施行法之意義與效力
 - 一、修正二元論
 - 二、規範衝突之安排
 - 三、可適用性與可訴性
- 參、憲法解釋與尊重條約原則
 - 一、友善國際法解釋原則之提出
 - 二、友善之表現形式：參照
 - (一) 參照之意義
 - (二) 參照對象
 - 三、友善原則與位階效力
 - (一) 上下位階關係之調整
 - (二) 審查基準之確認

* 德國耶拿大學法學博士，銘傳大學法律學系助理教授

肆、友善方式：解釋輔助

一、公約作為基本權定義與範圍之解釋輔助

二、公約作為法治國原則之解釋輔助

（一）法治國原則之意義

（二）基本權之可限制性

（三）阻卻違憲事由

三、友善之確認：國際法規則之查證訴訟

伍、友善方式：解釋方法

一、體系解釋與確認義務衝突狀態

二、違反公約之規範審查

三、違反公約之規範適用審查

（一）法拘束性審查

（二）授權明確性之審查

（三）恣意適用之審查

（四）裁量與權衡決定之違憲審查

（五）法律續造之違憲審查

四、適用公約發生見解歧義之統一解釋

陸、結論

參考文獻

壹、問題意識與探討方法

一、憲法解釋方法與國家開放性

在人權保障的歷史進程上，除本國憲法作為權利保障書之外，在國際法上也從全球或區域之條約締結、組織設立和程序建構，同步促進人權保障的進行。我國憲法面對國際秩序不採取封閉固守的態度，採取開放迎接的立場。但隨著國際人權的發展與落實，逐漸對本國憲法解釋、法律制定與適用產生一定的挑戰。如何在維持國家主權獨立完整與積極呼應國際保障標準，自為學界與實務共同關懷的話題。依作者之見，國際法對於憲法解釋的挑戰來自於下述三點：

-- 從形式面觀察規範間關係：條約一經內國法化，就不同和相同位階間之法規範形成規範衝突之關係。就位階效力與適用規則上，有待適當之安排。

-- 從實質面觀察人權多層次保障：關於同類基本權保障的「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。

-- 與本文有關者，乃審查對象、範圍與標準的界定：法律與公約違背與機關與法院適用公約能否作為違憲審查之對象、公約得否作為審查之標準。

國際法之存在因此影響憲法解釋方法之修正。憲法解釋方法除納入傳統解釋法律方法外，又加入類型學而不斷擴大解釋觀點（Auslegungskanon），包括經驗先例或比較法學。解釋觀點的增加或減少，並不意味著解釋結果之正確與失誤。它只是發揮解釋引導的功能。Starck 遂稱憲法解釋有極大化之傾向。¹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。憲法解釋自然必須納入主權獨立與尊重條約間關係之觀點。

憲法從規範主權與國民間的歸屬關係（憲 §2）出發，在前言中制定國權鞏固原則，為一「民治」之共和國，就領土變更（憲 §4）、總統締結條約權、立法院議決條約案，乃至於修憲權行使（釋字 499）等以觀，無一不在彰顯主權之自主性。此外，憲法同時決定國家面對國際社會時的開放原則。所謂開放性，憲法第 141 條要求我國之外交權「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」之四項目標可以推知：主權之行使，是在政治層面與法律秩序上，參與或脫離國際事務之

¹ C. Starck, § 271 Maximen der Verfassungsauslegung, in: Isensee/Kirchhof, StR XII, Rn. 27.

自主決定權。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參與國際事務。可謂類同德國基本法中確立友善國際法（*Völkerrechtsfreundlichkeit*）之憲法原則。² 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。

二、人權公約之特殊性

在國際法之發展上，人權公約之締結，乃歷經二次大戰浩劫後之產物。只有以共同信守之自由與民主價值的相互約束下，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 1948 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，1966 年通過、1976 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公約，二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 1950 年簽訂之歐洲人權公約、1969 年的美洲人權公約、1986 年之非洲人權公約等與前者相互補充。

綜觀「公民與政治權利國際公約」（下稱公政公約）和歐洲人權公約與其他一般國際條約相較，從全球 154 和歐洲地區 44 個締約國之數量，和條約本質顯示之價值取向以觀，具有相當之基本性，確立人權保障的最低標準。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*）。³ 申言之，公政公約課予所有締約國共同追求義務，以發揮其對世性之作用。第一、公約規範內容非各國間關係、而是國家與人民間關係。第二、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。相對於傳統國際法制度屬於全新之制度設計。⁴ 第三、公政公約為立法學上「括號提出法」之制定方式，在法律體系上統攝公民自由權與平等權之諸般法規的總則編章。總則式的立法方式，是建立在「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所有相關之具體法條。

² *Klaus Vogel, Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für die internationale Zusammenarbeit, S. 42., Albert Bleckmann, Die Völkerrechtsfreundlichkeit der deutschen Rechtsordnung DÖV 1979, S. 308 (310).*

³ *EGMR Irland/UK, 18. 1. 1978, A 25 = EuGRZ 1979, 159. Herdegen, Völkerrecht, § 15 Rn. 7; Grabenwarter, EMRK, § 2 Rn. 1.*

⁴ 歐洲人權法院於 1994 年所設立，賦予個人有向其請求救濟之訴訟權。

貳、公約施行法之意義與效力

依據憲法第 38、58、63 條規定，條約案須由行政院院會向立法院提出，經立法院以審議表決方式完成批准程序。批准之決定，僅就條約締結與否與其內容拘束表示同意。國際公約須經聯合國秘書處接受批准及存放之公約加入程序，始能生效。我國以制定施行法之方式，將公約轉換為國內法並使其發生法律效力。根據公約施行法之規定，除效力賦予規定（第 3 條）之外，多賦予各機關作為義務諸如：適用方法規定（第 3 條）、各機關行使職權之規定（第 4 條）之外，尚且賦予各機關採行特定措施之義務。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）、檢討法令（第 8 條）。⁵

一、修正二元論

從法源之法生成源觀察，國際法須在本國憲法架構下經由繼受決定之後，方取得在內國之法效力。取得法效力之方式可為概括或個別繼受程序。我國憲法雖未如德國基本法明確規定⁶，第 141 條僅言「尊重條約及聯合國憲章，…以提倡國際正義，確保世界和平」，作者認為如有一相當於條約與聯合國憲章、且足以彰顯國際正義與世界和平之「國際法上一般規則」，亦得解釋為概括繼受，只是其具體認定須待憲法解釋。再查憲法第 38、58 條賦予總統行使締結條約權、立法院就行政院會議條約案之議決權，係賦予憲法機關針對個別國際間之約定予以繼受。可認定我國原則上採取二元論之憲法安排。至於賦予其何等位階效力和適用規則之決定，係屬他事。理論上的一元論與二元論將法律體系之獨立性、位階效力相互混淆，實則分別指涉不同對象。一元論將

⁵ 「各級政府機關應依兩公約規定之內容，檢討所主管之法令及行政措施，有不符兩公約規定者，應於本法施行後二年內，完成法令之制（訂）定、修正或廢止及行政措施之改進。」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。

⁶ 德國基本法第 25 條規定：「國際法之一般規則構成聯邦法律之一部分。此等規定之效力在法律上，並對聯邦領土內居民直接發生權利義務。」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。

國內法與國際法視為一法律體系之構成部份，均得直接適用，無須經由轉換方式直接取得內國法之適用效力；二元論者則區分國際法之規範主體為國家。

從現制「公約施行法」以觀，條約適用之前提須經國家行使立法權，作為為國內機關執行公約之前提，但立法權行使包括多項決定內涵：立法權誰屬、是否轉換、是否保留等事項。（一）立法權限誰屬：首先應就中央與地方立法事項與權限分配予以認定⁷，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。我國施行法則採行中央立法之決定。（二）執行論（或接納模式）或轉換論：國會批准僅表示對擬議中條約內容表示「是否同意」，但「如何適用」則涉及執行論與轉換論。⁸執行論將條約直接視為內國法，內國機關與法院得直接適用。轉換論須經立法者逐條另行規定於一法律中。其間區別僅在於法制定之形式方案，而非在於內容明確性與否。即便是執行論中的「直接視為」內國法，亦須立法者作成法律適用之決定，成為「法適用令」（*Rechtsanwendungsbefehl*）⁹，構成依法行政與依法審判之法源。只是在施行法中採取轉介條款模式，指示法適用者適用特定條約。轉介規定之結果，將使得任何事後修訂條約之情況下，無需再經由修訂新法而得適用；否則依據轉換論，立法者享有每次公約修訂與否是否或部分保留之權限。我國公約施行法，所規範者僅限於實現公約之義務，未就其內容再予規範，應認為採執行論。（三）是否保留：施行法就條約內容不採取全面或部份保留方式，整部公約之內容完整在內國施行；或稱預示性施行，即其公約執行不違背立法者本意。¹⁰

二、規範衝突之安排

在二元論之制度下，條約一經國會批准或轉換成為內國法法源時，則產生潛在規範衝突關係的可能。規範衝突之解決，須透過「位階定序」（*Rangzuweisung*）和適用規則。位階定序之決定，產生效力拘束與否定（一規範牴觸他規範時有予以推翻之權限，使其效力喪失）與規範維持（規範間雖不一致但不影響同時存在）。適用規則則旨在肯認效力存在的前提下，決定適用者選法之標準，包括前後法與原則特別法之關係。

⁷ *Christoph Degenhart, Staatsrecht, Rn. 598.*

⁸ 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（第二部份）。」

⁹ *R. Geiger, Grundgesetz und Völkerrecht, 3. Aufl., 2002, S. 171 ff.*

¹⁰ *Michael Schweitzer, Staatsrecht, Völkerrecht, Europarecht, Rn. 430.*

二法律體系間之規範關係，須從憲法預設規定與釋憲程序予以認定。我國憲法並未規範條約之位階效力。不僅未如奧地利定位於憲法位階、德國部份承認¹¹高於法律。第 141 條規定「尊重條約」之義務，亦無法直接推導位階認定。作為釋憲者的大法官會議自負有維護法律規範位階之職責（釋字 405）。歷來曾對於修憲條文之位階（釋字 499、721）、訓政初期之條例位階（釋字 573）、比例原則屬於憲法位階（釋字 588）曾作出認定。其中在釋字 329 號中，認定依憲法規定締結之條約，其位階等同於法律。由此則產生兩項艱鉅的釋憲任務：第一、條約有無高於法律位階的可能，尤其是公政公約與一般條約之差異性能否構成位階高低之理由；第二、法律衝突之調和：若一方面認定公政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同一案件中，須特別考慮公約之內容。

三、可適用性與可訴性

不論是轉換或執行論，內國立法決定僅為有效宣告，至於能否直接為機關或法院適用者。條約多有指示立法者形成義務者，或者一國人民通常非條約規範對象、或條約內容明確性不足，或僅有目的規範而欠缺構成要件規定。公約規定從法明確性標準（意義非難理解、能預見性與司法審查之可確認性）以觀，公政公約如同其他內國法律均得以直接適用。

參、憲法解釋與尊重條約原則

一、友善國際法解釋原則之提出

在一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，立法者本須依據憲法制定規範，自有可能制定與條約不相一致的規定。此時為保證國際法之義務履行，釋憲者就公約與內國法間衝突與適用有無憲法疑義上疑義時，負有解釋義務。

德國聯邦憲法法院自從 1952 年以來在將近二十件判決理由書中，一再提及「友善國際法」之用語。此從 1957 年「帝國協定案」（Reichskonkordat）¹² 審理下薩克森州學校法是否違反梵蒂岡協定時，指出「與基本法第 25 條¹³ 所表

¹¹ 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。此等規定之效力在法律上，並對聯邦領土內居民直接發生權利義務。」

¹² BVerfGE 6, 309 (319).

¹³ 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

示之友善國際法相一致」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」（*völkerrechtskonforme Auslegung*）¹⁴或「友善國際法之內國法解釋」（*völkerrechtsfreundlicher Auslegung*）¹⁵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」。¹⁶縱觀德國歷來釋憲案之內容，可獲致如下三項要點：

-- 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。

-- 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. 糾正違背國際法之行為；4. 以高權行為輔助執行國際法上義務。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。

-- 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份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。¹⁷當內國法律與國際法發生衝突矛盾時，應儘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。¹⁸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。¹⁹

友善國際法原則在我國憲法之依據，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、63、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、

聯邦領土內居民直接發生權利義務。」

¹⁴ VerfGE 64, 1 (20); 111, 307 (325).

¹⁵ Tomuschat, HStR VII, § 172 Rn. 27.

¹⁶ BVerfGE 74, 358 (370); 75, 1 (18 f.); A. Bleckmann, DÖV 1996, 137 (140).

¹⁷ BVerfGE 112, 1 (25).

¹⁸ Grabenwarter, Wirkungen eines Urteils des Falls M. gegen Deutschland, JZ 2010, 857 (861).

¹⁹ Tomuschat, HStR VII, § 172 Rn. 27.

憲法第 38、58、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，執行模式則無需國會下達法適用令而更較為友善。²⁰ 第三、我國釋憲實務上雖未明確作成此類宣示，但以實際行動的援引方式體現。

二、友善之表現形式：參照

友善國際法原則之解釋具有若干特質：（一）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²¹，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。（二）具有「規範維持」（normerhaltende Auslegung）之特性，並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。

友善之態度表現注意且在法制定與法適用活動中適當考量公政公約之內涵。兩公約施行法第 3 條規定：「適用兩公約規定，應參照其立法意旨，及兩公約人權事務委員會之解釋」。釋憲者一方面應查明公政公約制定者之規範意旨，以及公政公約解釋者之理解意旨（下述參）。另一方面須查明機關或法院有無如何對待公約（下述肆）。

（一）參照之意義

參照既非表示認知有公約存在，亦非機械式之遵循，適用機關得以任何方式引用、闡釋、爭論後在理由部份說明何以不予遵循等，²² 均可視為參照。惟參照行為繫於各該公約條款的可適用性。各個法適用機關有無參照公約之必要，須視案件本質之特性與公政公約條款內容。例如公約第 6、9、10、11 條刑事訴訟程序高度相關；第 13 條與行政法院；第 14 條涉及各種訴訟程序等；稅務案件的與平等適用法律原則等。

（二）參照對象

公約之立法意旨：立法意旨（legislative purposes）為法規範所追求之目的。換言之，法適用機關應以客觀目的解釋之方法解釋法律條文。但目的解釋方法須以存在矛盾

²⁰ M. Payandeh, Völkerrechtsfreundlichkeit als Verfassungsprinzip, JöR 2007, S. 474.

²¹ 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。

²² BVerfGE 111, 307 (324).

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。

人權事務委員會解釋：條約解釋機關係指有權對條約內容進行解釋之機關。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；以下稱「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。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；或特殊地位之委員會（*sui generis*）。²³ 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*），具備準司法機關之地位。至於國家人權報告之解釋，較傾向於條文規範涵義之解釋。再者，施行法第3條就條約解釋之方式，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」*Rechtssauffassung*）旨在提醒系爭問題，並未具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，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。²⁴

委員會之解釋為不具拘束力之「軟法」（*Soft Law*）。²⁵ 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」，即表明委員會之建議。人權委員會之共識為評議不敘明個別國家²⁶；而向簽約國全體發布²⁷。但軟法之特性略有幾種特性，值得注意：第一、從法源認識論觀察，得作為法律解釋之認可的參據；甚至對法律適用能發揮指引作用，有事實上拘束力。²⁸ 第二、一般評議已經體

²³ *Bianca Petzhold, Die "Auffassungen" des UN-Menschenrechtsausschusses zum Schutze der Religionsfreiheit, 2015,*

²⁴ *Nowak, CCPR, Art. 40, Rzf. 50.*

²⁵ *Nowak, CCPR, Art. 40 Rzf. 55.*

²⁶ *Bartsch, NJW 1982, 478 (481); NJW 1989, 3061 (3062); NJW 1991, 1390 (1391).*

²⁷ *Nowak, CCPR, Art. 40, Rzf. 50.*

²⁸ *Angelika Nußberger, Sozialstandards im Völkerrecht, S. 2005, 230.*

現出當今保障之標準，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。²⁹ 第三、但參照之際，須注意個別解釋之本質。觀點是以表決方式作成。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。³⁰

三、友善原則與位階效力

我國憲法與公約施行法規定同時存在，形成基本權規定之複數規範，造成基本權保障規範的累加（Kumulierung）。³¹ 例如公約第 6 條規定生存權與死刑與憲法第 15 條規定、逮捕人犯即時解送及審前羈押（公約第 9 條第 3 項）與憲法第 8 條人身自由等。規範間關係略有上下位階關係與審查基準確認的兩項問題。

（一）上下位階關係之調整

上下位階間之法規範如發生衝突，以排除相牴觸規範之法效力方式得以避免³²，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。但所謂牴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）³³，遂有規範維持之設計。³⁴ 按此公約位階雖居於憲法之下，依據友善國際法解釋原則，即形成兩種基本權保障規範的共生現象。換言之，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：

-- 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

²⁹ 參照釋字 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」

³⁰ *Eckart Klein, General Comment – zu einem eher unbekanntem Instrument des Menschenrechtsschutzes*, in: Jörn Ipsen/Edzard Schmidt-Jortzig(hrsg.), *Recht – Staat – Gemeinwohl*, FS Dietrich Rauschning, 2001, S. 301 ff.

³¹ *Josef Franz Lindner, Grundrechtsschutz im europäischen Mehrebenensystem*, Jura 2008, 401 (402).

³² 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牴觸者，無效」。

³³ BVerfGE 96, 345 ff.

³⁴ 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。」

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。

（二）審查基準之確認

審查基準與審查客體均與司法機關實施審判權之檢驗行為有關。審查客體係指對人民行為或公權力行使是否符合法秩序為檢驗對象者；反之，依據法秩序之特定法律原則與法規範以作為規範檢驗準據者，為審查基準。二種情況本不區分合法性與合憲性問題。但因前述多層次基本權保障規範之存在，始生確認審查基準之必要。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牴觸憲法之處。」或者「指摘法院裁判之事實或法律錯誤」。

違憲審查基準為規範釋憲機關合理適用憲法規範與憲法原則於憲法爭議之中，俾便界定國家權力行使範圍與界限，提高違憲審查之可預測性。³⁵ 反之，合法性審查乃依據一般法律審查法適用行為。基本權規範應按此一特性區分其審查本質與審查對象。是以憲法基本權規定為違憲審查基準，尤其是「權力分立原則」與「限制人權條款」。所審查者為我國憲法所得拘束之公權力行為，包括法制定與法適用。兩公約僅具一般法律位階，不屬於憲法第二章所稱之基本權，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。³⁶ 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。

肆、友善方式：解釋輔助

一、公約作為基本權定義與範圍之解釋輔助

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對象。德國釋憲者在「無罪推定案」所表述之友善態度是認為：

³⁵ 吳庚 / 陳淳文著，憲法理論與政府體制，民國一二年出版，頁 639。但我國幾號大法官會議解釋將審查基準等同於審查密度，如釋字 682、690。

³⁶ BVerfGE 74, 102 (128); vgl. E. Klein, in: Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht 3. Aufl., Rn. 66.

「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份。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。只要無損於或降低基本權保護，且正為公約本身所欲排除（歐洲人權公約第60條），解釋基本法也應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」³⁷。

所謂解釋輔助（Auslegungshilfe）是解釋者從法認識論的角度，為求規範解釋澄清其意義、降低理解困難的前提下，經由援引他類規定以資確定待解釋之規範。³⁸ 在這號判決中，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，但又賦予憲法上之特殊意義與地位而不同於其他法律。若將判決宗旨置於我國憲法解釋中，當可發現：憲法基本權規定蘊含二種規範性質：第一、人權之憲法先驗性（Verfassungstranszendente）：憲法將先於國家的基礎價值規範制定予以實證化。憲法前言稱「國民大會受全體國民之付託…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之人權價值觀包容於制定憲法之中。第二、人權之普世性：基本權規定存有融合與併入條款之性質，得向其他具有相同屬性之法規範保持親和性。憲法解釋之援引行為即為確定二種規範間是否存有相通性之具體作為。將某一法領域規範實質轉換入另一法領域中，而構成該融入法領域之成份、取得適用層次與適用效力。³⁹ 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。截至目前為止，我國釋字372⁴⁰、582⁴¹、

³⁷ BVerfGE 74, 358 (370).

³⁸ 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).

³⁹ Ralf Grawert, § 81 HGR III, Rn. 21; Jens Hofmann, Grundrechtsschutz durch BVerfG, EuGH und EGMR, S. 579.

⁴⁰ 理由書第一段：「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。憲法增修條文第九條第五項規定：「國家應維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等」即在宣示上述理念。」

⁴¹ 理由書第二段：「憲法第十六條規定人民有訴訟之權，就刑事審判上之被告而言，應使其在對審制度下，依當事人對等原則，享有充分之防禦權，俾受公平審判之保障…刑事被告對證人有詰問之權，即屬該等權利之一。…刑事被告享有此項權利，不論於英美法系或大陸法系國家，其刑事審判制度，不論係採當事人進行模式或職權進行模式，皆有規定（如美國憲法增補條款第六條、日本憲法第三十七條第二項、日本刑事訴訟法第二百零四條、德國刑事訴訟法第二百三十九條）。西元一九五〇年十一月四日簽署、一九五三年九月三

587⁴²號解釋，亦採取以公約作為增補人權的參據。⁴³但「援引」方式也產生若干問題。第一，援引之形式意義為條文照錄方式，⁴⁴此外尚須就所援引條文之真意為實質援引，但真意之理解尚隨著條約解釋機關或審判機關之決定而左右。第二、解釋憲法援引下位階之法律、甚至該法律之見解，有無違背憲法優位、架空憲法解釋權的可能。第三、解釋憲法若不需要援引公約也能獲得相同結論，則是否有多此一舉和辭藻堆砌的疑慮。

綜合公政公約與其他人權公約之規定，略有下列幾項特徵，得作為我國憲法基本權之解釋輔助：

第一、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、發現其規範重點。按經社文公約乃針對經濟權（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。

第二、公政公約就個人與國家、社會生活二種法律關係分別規範

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、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、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（公約法第 6 條第 1 項）、人格權（公約第 17 條）。就個人的社會生

日生效之歐洲人權及基本自由保障公約（European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms）第六條第三項第四款及聯合國於一九六六年十二月十六日通過、一九七六年三月二十三日生效之公民及政治權利國際公約（International Covenant on Civil and Political Rights）第十四條第三項第五款，亦均規定：凡受刑事控訴者，均享有詰問對其不利之證人的最低限度保障。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。」

⁴² 理由書第一段：「子女有獲知其血統來源之權利，為聯合國一九九〇年九月二日生效之兒童權利公約（Convention on the Rights of the Child）第七條第一項所揭櫫；確定父子真實身分關係，攸關子女之人格權，應受憲法第二十二條所保障。」

⁴³ 李建良，論國際條約的國內法效力與法位階定序，收錄於：廖福特主編《憲法解釋之理論與實務》第八輯，2014，頁 175-275（186）。

⁴⁴ 釋字 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 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 587 號中在解釋憲法第 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。

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 2 項），以及個人結婚與家庭組成權利（公約第 23 條 2 項）。⁴⁵

第三、民族自決權

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。因此在憲法上一除原住民基本法外一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。

第四、作為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予以形成，稱為實質規範（*Sachnorm*）⁴⁶，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」⁴⁷-- 保護範圍、侵害與證立，此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」⁴⁸。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⁴⁹，例如公約第 16 條規定「承認法律人格

⁴⁵ *Bardo Fassbender*, Garantie der Rechtspersönlichkeit, in: Klein/Menke, Der Mensch als Person und Rechtsperson, S. 121.

⁴⁶ *Friedrich Müller/Ralph Christensen*, Juristische Methodik. Band I. Grundlagen. Öffentliches Recht, 8. Aufl., 2002, Rn. 31.

⁴⁷ 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第 9 卷第 1 期，1997，頁 39-83.

⁴⁸ 陳新民，憲法委託的概念，收錄於：憲法基本權利之基本理論，上冊，第五十二頁以下。

⁴⁹ 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、

之權利」。⁵⁰ 比較憲法⁵¹ 與公約中反倒含有「消極性制度保障」之概念⁵²，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。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、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）。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 364、440、445）。但保護義務又禁止根本未為保護或保護不足之規定。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）。最後，就個人完整性的本質內容，基本權本質內容具有不可侵犯性為釋字 419 號解釋所肯定。但所謂本質內容為何，如何構成特定侵犯措施之禁止，向難定義；故釋義學上以「客體模式」-- 禁止非人待遇予以否證。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）。

二、公約作為法治國原則之解釋輔助

（一）法治國原則之意義

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

498、563）、訴訟制度（釋字 396）、婚姻與家庭制度（釋字 554）與服公職權（釋字 605）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份之概念核心內涵，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」。

⁵⁰ 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。

⁵¹ 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。

⁵² *Detlef Merten*, § 42 Negative Grundrechte, in: *Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Band. II, Rn. 19.

的⁵³，「為憲法基本原則之一」（釋字 525）。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。⁵⁴此一特性反映在我國釋憲案的解釋中，包括權力分立原則（585）、法律保留原則（釋字 614）、法律位階定序（釋字 392）比例原則（釋字 675）法律不溯及既往與信賴保護原則（釋字 574）、正當程式（釋字 520）、人民權利維護、法安定性與誠實信用原則（釋字 525、589、629）、法明確性（釋字 594、602、636），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。

法治國原則並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。⁵⁵按憲法基本原則有其跨國特性（*transnationale Dimension*）。⁵⁶釋字 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九條第五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（*summatives Rechtsstaatsverständnis*）與融合性的認識（*integrales Rechtsstaatsverständnis*）⁵⁷之結合。憲法此項條文即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

⁵³ 法治斌 / 董保城，憲法新論，頁 46 以下。

⁵⁴ *Ingo von Münch*, Staatsrecht, Bd. 1 Rn. 333

⁵⁵ *T. Giegerich*, Wirkung und Rang der EMRK in Deutschland, in: R. Grote/T. Marauhn (Hrsg.), Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, 2006, Kap. 2 V, Rn. 62.

⁵⁶ *Thomas Giegerich*, Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationalen Konstitutionalisierungsprozeß, 2003, S. 1278 ff.

⁵⁷ *Schmidt-Aßmann*, HStR II, § 26 Rn. 7 ff.; Vogel, Wortburch im Verfassungsrecht, JZ 1997, 161ff.

聯邦憲法法院在 *Görgülü* 判決中，即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，如將其全體歸類到法治國原則底下，勢必破壞體系特性，或者將法治國原則條文化。二者均不可採。唯一的解釋方法是探求公約規定得否構成法治國原則之內容。探求方法可從（1）國際法上一般規則；（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。⁵⁸

（二）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。⁵⁹ 公約中不乏此類規定⁶⁰，例如對剝奪生命權⁶¹、限制宗教自由⁶²、限制意見自由⁶³、限制集會權與結社權⁶⁴。釋字 623 號解釋中，以兒童及少年保護作為「重大公益」

⁵⁸ 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 (232 f.).

⁵⁹ 陳新民大法官釋字第 656 號部分協同、部分不同意見書。

⁶⁰ 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。

⁶¹ 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牴觸之法律，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。」

⁶² 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」。

⁶³ 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。」

⁶⁴ 公約第 21、22 條規定「公共衛生或善良風俗」之公益。

即是一例。⁶⁵

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）。釋字 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）、財產權（釋字 663、672）、居住自由（釋字 709）、資訊隱私權（釋字 631）、秘密通訊自由（釋字 631）、服公職權（釋字 396、446）、集會遊行（釋字 445）、受教育權（釋 635）和職業自由（釋字 613）。

公政公約特別就人身自由（公約第 9、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 項規定列有七項「最低限度之保障」：被告聽審權⁶⁶、防禦權（詰問證人之權利）⁶⁷、無罪推定原則⁶⁸、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。⁶⁹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

⁶⁵ 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。」

⁶⁶ 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」。

⁶⁷ 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，2014 年第 15 期，頁 312-330。

⁶⁸ 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 653、654、665、681 號解釋。

⁶⁹ 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

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」。⁷⁰

（三）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。⁷¹

3. 相稱性：釋字 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。

三、友善之確認：國際法規則之查證訴訟

如前所述，倘解釋憲法第 141 條確有相當於條約與聯合國憲章，且能提倡國際正義與維護世界和平者，則相當於德國基本法第 25 條規定之「國際法一般規則」。「國

條參見。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.

⁷⁰ J. Menzel, 116. IAGMR v. 30.5.1999 – Castillo Petruzzi, Völkerrechtsprechung, S. 642-646.

⁷¹ 陳彥廷，國際人權公約酷刑禁止規定對我國刑事法之影響，政治大學碩士論文。

際法上一般規則」⁷²之探討與法治國原則間具有高度之親和性，包括強行法、習慣法與一般法律援助。⁷³理當為國際社會文明國家所公認者⁷⁴且能發生普世性效力者。⁷⁵此一解釋之理由，在於採取絕對二元化之架構下，立法者獨占轉換權之情況。但若立法者不為轉換但確有適用情況時，「未內國法」⁷⁶之國際法規則得經解釋與程序上繼受。⁷⁷

強行法：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。區域性之人權公約具備較高程度之一般性。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。⁷⁸但公約施行法僅賦予一般法律效力，若將之其中認有強行法屬性者，則又使其取得高於法律之位階。故有建議強行法不應限定於具體規定，而應作自然法或超實證法之理解；或者至少是經由憲法解釋予以判定。

習慣法：國際習慣法⁷⁹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，有認為公約本身或公約規定。就前者主張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⁸⁰以觀，此說略有幾項爭議所在：第一、單純的批准或踐行公約之事實不足以構成習慣法⁸¹，而且架空憲法

⁷² 我國憲法雖未如德國基本法第 25 條：「國際法之一般原則構成聯邦法律之一部分，其效力在法律之上，直接對領土內居民發生權利義務」之規定。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。

⁷³ BVerfGE 18, 441 (449). *I. Pernice*, in: H. Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. II, 2. Aufl., Art. 25 Rn. 18.

⁷⁴ BVerfGE 100, 266 (269).

⁷⁵ *Christian Walter*, Nationale Durchsetzung, in: Grote, Rainer (Hrsg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, Tübingen 2006, Kap. 31, Rn. 14.

⁷⁶ 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，第 104 期，頁 20-27.

⁷⁷ 現實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。見下。

⁷⁸ 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，發表於：台灣法學會 2009 年學術研討會，頁 3.

⁷⁹ 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.

⁸⁰ *Robert Uerpman*, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die deutsche Rechtsprechung, 1993, S. 62.

⁸¹ *T. Giegerich*, Wirkung und Rang der EMRK in Deutschland, in: R. Grote/T. Marauhn (Hrsg.), Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, 2006, Kap. 2 V, Rn. 54.

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。第二、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。否則無異使其內涵肥大化。第三、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。⁸² 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。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⁸³，作為判定習慣法之參考。

但國際法一般規則如何成為法治國原則之一部份，須經釋憲者認定。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（基本法第二十五條）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（Normenvertifikationsverfahren）須與基本法第 25 條規定合參，故程序目的寓有查證國際法一般規則的訴訟輔助功能，訴訟種類性質上屬於規範確認程序，確認之結果即得作為內國法之適用基礎，自有避免牴觸國際法義務之意義。⁸⁴ 程序進行如同具體法規審查。但釋憲者並非行使規範審查權限，換言之，不審查國際法上一般原則之合憲性或實質意義之法律有無牴觸，釋憲者只須確認系爭國際法之一般性與其法律效力。⁸⁵

伍、友善方式：解釋方法

一、體系解釋與確認義務衝突狀態

體系解釋係指依據某一法條在整體法規體系內之地位，考慮與其他法規之關聯，在維持法律體系之一致性與融貫性下，解釋該法條應有之意義。⁸⁶ 大法官會議曾在釋字

⁸² Robert Uerpmann, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die deutsche Rechtsprechung, 1993, S. 63.

⁸³ Christian Walter, Die europäische Menschenrechtskonvention als „Konventionsgemeinschaft“: Praktische Wirkungen in der deutschen Rechtsordnung, in: Christoph A. Spenlé (Hrsg.), Die Europäische Menschenrechtskonvention und die nationale Grundrechtsordnung. Spannungen und gegenseitige Befruchtung, Basler Schriften zur europäischen Integration Nr. 83, 2007S. 53 (63).

⁸⁴ BVerfGE 75, 1 (11).

⁸⁵ Ernst Benda, Verfassungsprozessrecht, Rn. 925 ff.

⁸⁶ 黃茂榮，法學方法與現代民法，四版，2002 年，頁 373-376。

601 號（未連任大法官之法律地位）、619 號（減免地價稅）運用體系解釋之方法解釋法律。

若將體系解釋運用在友善解釋規則上，於解釋內國法律時，須從參照公約規定以獲得其意義。對於內國法律規定之解釋，應當也能符合、而不能抵觸公約規定。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。友善解釋公約之結果，雖非從規範邏輯（normlogisch），但最終可形成事實上位階優於內國法律之情況。⁸⁷ 但適用此一解釋規則須以所適用之內國法律存有多義性為前提，而得以在多種解釋中選擇最佳解釋結果以表示友善國際法。多義性之勘定又成為訴訟類型選擇之前提。申言之，公約施行法第 8 條既未使立法者自負修訂義務，立法者亦受憲法而非其他法律拘束，即有產生公約與法律衝突狀態之可能。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。若條文文義明白確定（真正衝突），應採取規範違憲審查；反之，則為法律適用之違憲審查。

作者以為，所謂法律規定多義性者，為立法者賦予法適用者就法律效果有授權裁量空間之情況，包括選擇裁量和決定裁量，例如法律規定「必要時」⁸⁸、「審酌」⁸⁹ 時。應選擇最符合公約精神之解釋結果。在具體操作上可分為以下幾個步驟：

步驟一：法適用者就所適用法律從文義、歷史、體系解釋規則得出多種解釋結果，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。

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。

步驟四：所選取者，須不得違背我國憲法原則。

就其中步驟二須特別說明者，為規範競合與排除規則問題尚待澄清。

（一）法律競合：係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。故法適用機關與憲法法院須尋求避免衝突

⁸⁷ M. Pazandeh, Konventionswidrige Gesetzes vor deutschen Gerichten, DÖV 2011, 382 ff.

⁸⁸ 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。」

⁸⁹ 刑法第 57 條、刑事訴訟法第 158-4 條、公務員懲戒法第 10 條。

狀態之解釋。⁹⁰ 若法律規範之對象與事實並非同一，則不構成法律競合之情況。例如以外勞看護使其負擔超出約定工作為例⁹¹，論者主張雇主負有依公約第 8 條「任何人不得使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僱雙方間民事關係、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。⁹² 規範對象自屬國家公權力行使。二者間不構成規範競合。⁹³

（二）排除規則之調整與其結果

法律競合中，法適用機關應以何法為適用依據，略有新舊法適用原則、普通與特別法適用原則作為排除衝突規則（*Derogationsregel*），例如中央法規標準法第 16 條規定：「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。」。故適用者可能據此自始毋庸參酌公約規定而排除適用。故友善國際法解釋須先修訂後法優於前法、特別法優於普通法之原則，構成其例外。

1. 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，形成前法與後法之關係時，按後法優於前法原則時，前法本應排斥後法之適用。此時解釋在後法律，應作出立法者無欲背離國際法（前法）意圖之解釋。⁹⁴ 換言之，國際法友善解釋原則得作為法律適用原則之調整。亦即透過後法間接適用公約。

2. 構成特別法優先適用於普通法（*lex specialis*）

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，例如刑罰裁量權分別規範於刑法第 57 條與公約第 6 條第 2 項規定。後者在所犯者為情節重大之罪與殘害

⁹⁰ BVerfGE 64, 1 (20); 111, 307 (325).

⁹¹ 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>

⁹² *Walter Gollwitzer*, *Menschenrechte im Strafverfahren*, 2005, Art. 4 MRK (Art. 8 IPBPR), Rn. 13.

⁹³ 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。

⁹⁴ VerfGE 74, 358 (370).

人群之要件與死刑裁量權二者，構成前法之特別法。公約為特別法之情況，例如下列幾種情況：

（1）赦免法未賦予受死刑宣告之人請求特赦或減刑之權利，相對於公約第 6 條第 4 項規定構成特別法。

（2）入出國及移民法第 38 條修法前（100.11.23），得由主管機關暫予收容，相對於公約法第 9 條第 4 項提審規定「任何人」為特別法。

（三）人權公約的總則規範模式

公約與原有內國法既分屬部分體系，則有從普遍觀察的角度，認為憲法第 141 條規定公約效力優於國內一般法律，進而推論公約規定為特別法。⁹⁵ 但此見將位階定序和法律適用原則相互混淆。將人權公約視為總則規範模式之特點，乃在在在法律適用中應先選取直接相關之具體條文作為依據，如無規定或須以目的解釋方式，方向總則規定尋求支持。因此認為公約無法或無法直接適用者，有其認定理由。⁹⁶ 其次，在於擺脫前述新舊法與普通特別之衝突規則，建立起「內含公約之適用」方式，在立法者未以特別規定明確排除國際法上義務之前，方有適用的機會。⁹⁷ 任何一條文之適用均受公約在法律體系上之增補或修正。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。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。要言之，總則式的規範略有幾項重要功能：

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

⁹⁵ 臺灣高等法院 79 年度上更（一）字第 128 號判決。

⁹⁶ 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」。

⁹⁷ *Grupp, Klaus / Stelkens, Ulrich, Zur Berücksichtigung der Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention bei der Auslegung deutschen Rechts, DVBL 2005, S. 133 (139).*

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。⁹⁸

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之制定，施行法既然含有下達法適用令，則本身寓有轉介條款之性質，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）。

-- 工業團體法第 14 條規定：「工廠非因廢業、遷出公會組織區域或受永久停業處份，不得退會。」（商業團體法亦同）

預防式刑求作為標準案例：法院就行政行為合法性進行之審查時，須依據法律或行政法原則檢驗。尤其多以比例原則審究措施採行與目的達成間之關係。在營救式刑求以救護人質的情況⁹⁹，倘法院認定警察職權行使法第 28 條為制止或排除現行危害個人生命、身體之行為或事實狀況時，刑求犯罪嫌疑人屬於「其他必要之措施」，自屬依法令之行為；但另一方面公約第 7 條禁止酷刑，自包括禁止以酷刑方式執行法令。

二、違反公約之規範審查

法律是否違反公約進而作為違憲審查對象，端視「違反」意義之認定。第一種情況是條約已課予內國立法者應採取特定實施措施而不為者。第二種情況是法律規定與公約規定非單純的不相符合，而是二法規範間相互矛盾，以至於法適用者適用其一、必然違反其他規定；法律明確性程度與文義解釋遂成為觀察重點，但友善國際法原則指示釋憲權：應作出立法者存有符合國際法意思之推定：「只要立法者未明白表示，

⁹⁸ 王鵬翔，「論基本權的規範結構」，台大法學論叢，第 34 卷第 2 期，頁 1-60。

⁹⁹ 楊雲驊，「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，台大 43 特刊，頁 991。

不得解為系爭法律有意違背本國之國際法義務或有意為義務違反行為。」¹⁰⁰ 如確有法律違背公約之情況，則非友善解釋所能解決，而是法律會否因違背公約而導致違憲。作者茲舉例說明明確違背公約之法律：

（一）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¹⁰¹ 不符。

（二）羈押法第 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。

（三）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。

相反的，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。」¹⁰² 雖與公約第 18 條宗教自由規定不盡相符。但該條規定賦予行政機關法律效果之裁量，自有從法律適用上作成友善解釋之空間。

違背公約之法律並非當然違憲。前揭規定極其明確，無法從文義解釋中尋找出其他解釋可能，以避免與公約規定發生正面衝突，無從進行友善公約之解釋。此時只得經由人民聲請釋憲或具體法規審查程序，請求違憲審查。此時審查標準可為一、訴訟權有無獲得充分法律扶助機會、被告有無自行選任辯護律師之權利；二、就人民之差別對待的標準（輕重罪、智能障礙與低收入）是否正當。

三、違反公約之規範適用審查

（一）法拘束性審查

憲法第 23 條規定限制人民權利應有法律依據。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限制人民權利之法源依據。法拘束性審查（*Rechtsbindungskontrolle*）專指審查法令適用行為之合憲性¹⁰³，蓋依法行政（§63；

¹⁰⁰ BVerfGE 74, 358 (370).

¹⁰¹ 「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」。

¹⁰² 釋字 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。

¹⁰³ *Ralf Alleweldt, Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit*, S. 275 ff.

增修 3 II) 與依法審判 (憲 §80) 亦屬於憲法原則，自有可能因法律適用而生牴觸憲法疑義，作為基本權侵害審查之補充訴訟種類。質言之，係指兩種審查法律適用之類型：第一、命令牴觸授權法律而違憲；第二、法律見解 (判例、決議或函釋) 違反法律規範意旨而違憲。

公約與內國法律間之關係，不因釋字 392 號解釋定條約為法律位階而獲得澄清，反倒構成複數法律間的適用衝突，有待釋憲者釐定。這點在釋字 499 號：「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，斯為釋憲機關職責之所在」獲得印證。因此公政公約之內國法化，勢必增補前述兩種審查類型為：第一、法令尚在內國法律之授權內容與範圍內，但牴觸作為授權目的之公約而違憲；第二、法律見解違反公約規範意旨而違憲。就第一種情況，可資借鑒的論述與案例較為欠缺。就第二種情況之審查對象，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憲法上疑義。

適用公約所產生之違憲疑義，即為法律適用之違憲疑義。受理之前提，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。¹⁰⁴ 我國憲法所塑造的「開放國家」性格，其任何公權力須為友善於國際法之作為。友善國際法原則本身為一憲法原則，得就規範衝突之情況下，就法律適用規則作出決定。具體裁判審查為人民認為法院判決不法侵害其憲法上權利。但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。¹⁰⁵ 法院適用公約法而違憲之情況，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¹⁰⁶。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。

就公約與內國法律間，德國聯邦憲法法院就歐洲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，並不要求僵硬地「執行」公約與

¹⁰⁴ 可參見：劉淑範，憲法裁判權與一般審判權間之分工問題，收錄於：劉孔中、李建良主編，憲法解釋之理論與實務，民國八十七年，第二一八頁以下。

¹⁰⁵ Thomas Giegerich, Wirkung und Rang der EMRK in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, in: Grote, Rainer (Hrsg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, Tübingen 2006, Rn. 48.

¹⁰⁶ BVerfGE 111, 307 (328 f.).

其解釋¹⁰⁷，要訣在於解釋結果。¹⁰⁸所謂「方法上可信的解釋範圍」，可從（一）授權明確性審查（二）恣意違反公約（三）裁量與權衡決定之審查（四）公約作為法律續造之突破等分論。

（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。授權法律在我國現行法律體系規範中，均有所指明。公政公約無法作為授權法律。公政公約本身亦為就任何權利限制在範圍與內容上有所授權，唯一與授權法律相涉者，應限於對授權目的之增補，故公約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。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。解釋上應包括檢驗授權命令是否符合間接作為授權目的之公約。從目前修訂之法令以觀，略有下列幾種事例：¹⁰⁹

（一）（舊）「無線電視節目審查辦法」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。

（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、¹¹⁰第24條¹¹¹、第30條¹¹²不符合公政公約第22條規定。

¹⁰⁷ BVerfGE 111, 301 (317).

¹⁰⁸ Christoph Degenhart, Staatsrecht I, Rn. 286.

¹⁰⁹ 「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> (2015/11/10 造訪)

¹¹⁰ 「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。」

¹¹¹ 「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。」

¹¹² 「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。」

(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。¹¹³

(三) 恣意適用之審查

憲法第七條平等權寓有法制定平等原則與法適用平等原則之意義¹¹⁴，旨在禁止不合理差別對待標準，審查密度可從禁止恣意原則到嚴格比例原則。以法適用平等原則作為違憲審查基準，在於防止恣意適用法律。所謂恣意，非指錯誤理解公約，而是係指適用法律之標準完全「說不過去」，難認為理性考量。¹¹⁵ 或者區分標準與區分目的間難認為符合比例原則。故當事人得主張違反平等適用原則。¹¹⁶ 結合方式為聲請人主張其憲法上權利，但受公權力—機關解釋與法院裁判—恣意適用、未注意公約而違反平等權與法治國原則，屬於枉法恣意之解釋而違憲。類此案例如一、有適用公約可能而完全不予考慮；二、認為內國法律或公約必然優先或必然不適用。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。但截至目前在法庭通譯案、少事法上教育措施兩岸中，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。¹¹⁷ 稽其理由，應為審查密度之原因。恣意適用之審查旨在控制適用上之重大錯誤，留待

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。」

¹¹³ 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，收於法與國家權力，頁 216。

¹¹⁴ 已於民國 100 年 7 月 6 日修正公布為「刑事補償法」。

¹¹⁵ BVerfGE 89, 1 (13). 陳新民，憲法基本權利之基本理論（上），1999，頁 498-516. 但釋字 696 號未敘明採取何等審查基準。唯一相近者，釋字 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。

¹¹⁶ BVerfGE 74, 102 (128); 89, 1 (13).

¹¹⁷ BVerfGE 64, 135 (157); 74, 102 (128).

適用機關一定的裁量空間。其次以比例原則作為審查基準，關於人身自由之剝奪可按年齡（未成年人）、剝奪之理由（非刑事）等標準，適用相關法律自須注意。

（四）裁量與權衡決定之違憲審查

機關或法院就個案判斷與權衡之違憲審查，釋憲者應就判斷與裁量瑕疵進行審查，迄今曾就法院審查判斷餘地之界限¹¹⁸作出解釋。如前所述，公政公約與內國法構成人權保障的總則與分則之關聯性，則適用者在事實認定上有無判斷濫用（例如是否有違一般公認之價值判斷標準），或除須遵守法定裁量範圍外，並且應符合公約規範意旨。故如有怠為裁量、不為裁量等決定在尋法過程與結果作成上，有根本未認識到公政公約規定意旨。作者茲舉二例說明：

（1）檢察官對於受刑人未繳納罰金而須易服勞役者，其羈押之日期究應優先折抵有期徒刑之執行，抑或優先折抵罰金易服勞役，有其裁量權限。權限行使須除須遵守刑事訴訟法第 2 條規定，亦須遵守法治國原則之平等原則與比例原則。公政公約第 10 條與聯合國人權事務委員會第 21 號一般性意見中，將「被捕或遭拘留者是否可以知道這類情況，是否可以利用有效的法律途徑，使其能確保這些規則得到遵守」。換言之，對於受刑人之請求，應清楚說明裁量基準與其理由。

（2）公政公約中就人格權在親近關係與社會生活的保障，例如公政公約第 17 條規範私人間生活關係中所生人格權與其他基本權衝突之情況，以「卡洛琳公主案」為例¹¹⁹，歐洲人權法院和德國聯邦憲法法院在衡量標準中，就較有利於新聞自由或私人生活隱私權，從比較法的解釋有其值得參酌之處。

（五）法律續造之違憲審查

法適用者運用體系解釋時，仍在法律文義範圍內進行，尚非有意偏離特定法規。反之，法律續造乃法院認有現行法不足以據為審判依據，而外求法律基本理念或一般原則，自行建立法規以資適用。法院如判定確有法律漏洞，而認為非以違背文義解釋，不足以消除法律內在矛盾現象，構成法律續造之解釋。例如釋字 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

¹¹⁸ 釋字 243、319、382、462 號。

¹¹⁹ 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，法令月刊第 63 卷第 12 期，2012 年 12 月，頁 21-36。

用而從事耕作，或耕地租用而未自任耕作者在內。」

由於公政公約得作為內國法律之立法目的。倘適用內國法律規範有多種可能性或法律不明確處，從公約角度來看發現內國法律有規範不足或涵蓋過廣的情況。法適用者進行法律內續造時，須依照公約填補漏洞。此時發生兩種情況：

- 是否類推適用內國法律之其他規定，方符合公約之立法意旨。
- 是否就內國法律採取目的性限縮解釋，方符合公約之立法意旨。

其結果，法適用者不適用原來之法律規定，而適用依照公約續造後之法律。但友善公約原則下之法律續造仍有其憲法上界限，例如刑法禁止類推原則。

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。¹²⁰ 如能就人身自由不當監禁之觀點，法律依其內在體系及規範計畫，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，則有類推解釋之空間。

四、適用公約發生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。統一解釋原包含法令適用上疑義，請求闡明與釋疑；或者因適用發生見解分歧造成不同法律效果時。故統一解釋之性質，非憲法維護者角色，而是法令統一者¹²¹ 或法令釋疑者。大審法第 7 條賦予大法官調和終審法院見解歧異之權限。機關或人民聲請統一解釋須滿足下列要件：一、須因職權而適用法律或命令；二、須存有二機關以上之法律見解歧異性；三、機關間不存在見解拘束或不得變更見解者。與本文有關者，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。¹²²

但大法官會議本非上級審，應僅限於見解歧異而對人民權利發生差別對待，故非指摘見解有無違背法令，而是二種見解產生權利差異侵害之狀態。在統一解釋之分工

¹²⁰ 例如司法院冤獄賠償法庭一〇〇年度台覆字第六六號覆審決定書之觀點。

¹²¹ 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，頁 33-42

¹²² 法務部法律字第 10200534970 號。

上，法適用機關本得行使。現行法院庭長法官聯席會議與法律座談會之制度，各自扮演法律上與事實上解釋法令之角色；後者如行政機關之法規會承擔釋疑之工作。與本文有關者有下述三例：

1. 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？¹²³

此一爭議在於訴訟權中利害關係人之解釋，如以判例「指法律上之利害關係而言，不包括事實上之利害關係在內。」¹²⁴ 婚姻與家庭關係是否屬於法律上或事實上利害關係，原甲說主張除依據釋字 242、554、696、712 號等解釋外，復援引兩公約。實則甲說應主張利害關係人之解釋以不違背公政公約第 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。」為當。決議重點在於：一、法令上並未賦予第三人為其申請之公法上請求權，自不因駁回而生權利或利益受損之情形；二、公約得否直接發生人民對國家機關請求作成一定行為之請求權，仍應視此兩公約之各別規定，對如何之請求權內容及要件有無明確之規定而定。公約第 23 條第 1 項未明確規定請求權內容與其要件。

2. 決議：「公平正義之維護」：法令釋疑

刑事訴訟法第一百六十三條第二項但書規定：「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¹²⁵。決議：採乙說。

系爭法條之解釋，決議文援引公約無罪推定原則與其他理據，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。」¹²⁶ 無罪推定原則旨在規範法官在有罪證據出現之前應假定被告無罪。但公約並未規範證據調查應採兩造對抗或法官補充調查制度。基於發現真實義務的必要，檢察官與法院在現制中各自獨立行使證據調查權。

¹²³ 最高行政法院 103 年 8 月份第 1 次庭長法官聯席會議

¹²⁴ 最高行政法院 75 年判字第 362 號判例。

¹²⁵ 最高法院 101 年度第 2 次刑事庭會議（一）。

¹²⁶ 本文與譯文「未經依法確定有罪以前，應假定其無罪。」不同。

3. 座談：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 A 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，然於訴訟程序中其為明瞭檢察官起訴及法院審判之具體內容俾能適當行使程序防禦權，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。乙說：法院應准許其聲請。結論：採甲說。

本次座談會研析問題為無資力人在無選任辯護人、亦未受指定辯護人的情況，得否請求免除預納費用義務而仍得請求抄錄並攝影。甲說從刑事訴訟法第 33 條規定¹²⁷解釋，並且援引立法理由謂：「有必須特別加強卷證保護作為之勞費，且如被告在押者，則將增加提解在押被告到法院閱卷所生戒護人力之負擔，為兼顧司法資源之有效運用」應予裁定駁回。但乙說援引公約第 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¹²⁸，準備答辯」。並無區分有無辯護人之情況。且以舉輕以命重之法理，解釋「防禦權真正內涵係被告本身對於不利於己證據及資料為實質防禦，若無辯護人之被告，則更需便利地接近所有對自己不利或有利之證據及資料，以實踐公平審判原則。」

陸、結論

由於憲法基本權規範除消極要求限制人權之正當依據外，尚有課予國家在法律與事實上盡可能使基本權實現極大化，將導致法秩序之憲法化（Konstitutionalisierung）。¹²⁹ 憲法之價值決定塑造法制定與法適用之實質內涵的影響是：釋憲者擴張審查範圍與對象將直接碰觸立法形成空間與一般審判權之分工。兩公約既已內國法化，則因法源內涵的豐富，導致法適用上的選法與解釋負擔，如何以在地觀點積極向國際觀點看齊，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。友善公

¹²⁷ 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。」

¹²⁸ 聯合國人權事務委員會於 96 年（即 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。

¹²⁹ G. F. Schuppert/C. Bumke, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, 2000, S. 1 ff.

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。作者謹以德國聯邦憲法法院當年在判決書中憲法對民法之效力說明「公約憲法化」的重要性：

「於私法領域，基本權作為客觀規範的法內涵，係透過直接支配該法領域的法規媒介，而展現其效力。如同新法應契合於基本權利的價值體系，則既存的舊法在內涵上亦應以此一價值體系為依歸；透過此一價值體系，在既存舊法的體內注入特別的憲法內涵，指引既存舊法的後續解釋。由此種受基本權利影響的民法行為規範所生之私人間權利與義務之爭議，於實體法上及訴訟法上，仍然還是民事爭議。應予解釋及適用者，仍是民法規定…。在私法中蘊含強制性規定而構成廣義公共秩序之規定上，是基於公共福祉之考量而對私人間法律關係的塑造，…，尤能展現基本權利之價值標準的影響作用。也因此，此等規定必然受到憲法特別的影響。此種影響主要是經由司法援引概括條款而獲得的實踐，…。欲判斷這些社會誠命在個案中究竟有哪些具體要求，須以人民在其人文發展的特定時期中所獲致而且已在憲法中確立的價值觀念的整體為起點，因此，概括條款允稱為基本權利擴散至民法的「進入點」(Einbruchstellen)。」

友善公約在憲法解釋上之意義，即為憲法藉由公政公約作為一般法律之總則地位，發揮其規範性指導之作用。簡言之，略有下列幾種可能：

一、公政公約之規定，使得基本權保障產生累積聚合之狀態，進而調整規範衝突與法律適用原則之內涵。

二、公政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。增補與融入之決定為憲法解釋權行使，自須依據憲法原則。

三、友善公約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。

參考文獻

陳新民，論「憲法委託」，收錄於憲法基本權利之基本理論（上），1999，頁 498-516.

黃茂榮，法學方法與現代民法，四版，2002 年。

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，法令月刊第 63 卷第 12 期，2012 年 12 月，頁 21-36.

李建良，論國際條約的國內法效力與法位階定序，收錄於：廖福特主編《憲法解釋之理論與實務》第八輯，2014，頁 175-275

- 廖福特，法院應否及如何適用公民與政治權利國際公約，台灣法學雜誌第 163 期。
- 陳淳文，〈兩公約與外國人身體與行動自由之保障〉，蘇宏達，陳淳文編，《中華民國施行聯合國兩權利公約的意義：接軌國際，深化民主》，2013，頁 41-75，
- 蔡季庭，兩公約與經社文權的司法審查標準，蘇宏達，陳淳文編，《中華民國施行聯合國兩權利公約的意義：接軌國際，深化民主》，2013，頁 103-152
- 林明昕，兩公約適用下的「特別權力關係」，收錄於：蘇宏達，陳淳文編，《中華民國施行聯合國兩權利公約的意義：接軌國際，深化民主》，2013，頁 77-102
- 孫迺翊，經濟社會文化權利國際公約與我國社會憲法之比較及其實踐，收錄於：蘇宏達，陳淳文編，《中華民國施行聯合國兩權利公約的意義：接軌國際，深化民主》，2013，頁 153-250.
- Walter Gollwitzer, Menschenrechte im Strafverfahren, 2005, Art. 4 MRK (Art. 8 IPBPR).
- Grupp, Klaus / Stelkens, Ulrich, Zur Berücksichtigung der Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention bei der Auslegung deutschen Rechts, DVBL 2005, S. 133-143.
- Ute Mager/Ingo von Münch*, Staatsrecht I, 7. Aufl., 2009.
- Christian Walter*, Die Europäische Menschenrechtskonvention als Konstitutionalisierungsprozeß, ZAöRV 59 (1999), 961 ff.
- Hoffmeister*, Die Europäische Menschenrechtskonvention als Grundrechtsverfassung und ihre Bedeutung in Deutschland, Der Staat 40 (2001), S. 349 ff.
- Heiko Sauer*: Die neue Schlagkraft der gemeineuropäischen Grundrechtsjudikatur -- Zur Bindung deutscher Gerichte an die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, ZaöRV, 2005, 35-69.
- Mehrdad Payandeh*, Die aktuelle Entscheidung Menschenrechtskonforme Auslegung als Verfassungsmehrwert: Konvergenzen von Grundgesetz und EMRK im Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Sicherungsverwahrung, Jura 2012, 289 ff.
- Robert Uerpman*, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die deutsche Rechtsprechung, 1993.
- Michael Schweitzer*, Staatsrecht III, 10. Aufl., 2010。
- Thomas Giegerich*, Wirkung und Rang der EMRK in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, in: Grote, Rainer (Hrsg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, Tübingen 2006, S. 61-96
- Stefan Kadelbach*, Der Status der Europäischen Menschenrechtskonvention im deutschen Recht, Jura 2005, 480 ff.

G. F. Schuppert/C. Bumke, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, 2000.

Ingolf Pernice, in: H. Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. II, 2. Aufl., Art. 25.

KarlPeter Sommermann, Völkerrechtlich garantierte Menschenrechte als Maßstab der Verfassungskonkretisierung -- Die Menschenrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes AöR 114 (1989), 391 ff.

Christian Walter, Die europäische Menschenrechtskonvention als “Konventionsgemeinschaft” : Praktische Wirkungen in der deutschen Rechtsordnung, in: Christoph A. Spenlé (Hrsg.), Die Europäische Menschenrechtskonvention und die nationale Grundrechtsordnung. Spannungen und gegenseitige Befruchtung, Basler Schriften zur europäischen Integration Nr. 83, 2007, S. 53 ff.

Christian Walter, Nationale Durchsetzung, in: Grote, Rainer (Hrsg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, Tübingen 2006, Kap. 31.

Frowein, Bundesverfassungsgericht und Europäischen Menschenrechtskonvention, FS Zeidler, Bd. 2, 1987, S. 1763 ff.

