

# 對葉俊榮教授論文之與談稿

焦興鎧

(中央研究院歐美研究所兼任研究員)



# 對葉俊榮教授論文之與談稿

焦興鎧

中央研究院歐美研究所兼任研究員

陳大法官、葉教授，另一位發表人謝教授、另一位評論人廖研究員、各位先進、各位女士、各位先生，大家午安！

今天非常榮幸來參加 104 年度大法官學術研討會，也很高興能拜讀葉教授在這篇〈經濟社會文化權利公約與司法審查：雙重制約下的對話司法〉宏文，表示一些個人的看法。葉教授在這篇大作中提到他寫這論文的動機，特別是他對我國大法官們在涉及經社文權利的解釋時，應積極引用這個重要國際人權公約的期許等，還提到亞洲其他國家，尤其是菲律賓最高法院 1993 年有關伐木許可協定的判決；印度最高法院 1985 年有關強制驅離孟買市住在人行道及貧民窟住民的判決；更重要的是，印尼憲法法院在 2004 年引用經社文公約第 12 條，以及經社文委員會第 15 號一般意見的規定，認為用水的權利是不可或缺人權的判決等經驗，特別指出由於現代社會的變遷演進，僅利用憲法上的清單，或甚至是經社文公約本身的條文都已不足肆應，所以他特別呼籲我國大法官們，更應用自身職權來做詮釋，尋求正當性的依據，以豐富憲法本身的內涵。最後，葉教授更語重心長指出，我國大法官們如果能藉由經社文公約做出積極的司法對話，不論是在釋憲主文、解釋理由書或意見書中加以呈現，或甚至對釋憲聲請人在聲請書中提及經社文公約加以適度的回應，不但足以反應釋憲機關在引用這一個重要人權公約所會面臨的兩項制約（constraints），即：資源分配時所涉及的民主正當性問題，以及此一公約的規範應如何定位的爭議外，更重要的是，他認為這樣做，也迎合當今憲政發展上的兩大課題，一是基本權利在市民憲政主義下的對話性，另一則是全球憲政主義中司法全球網絡的形成。全文論理嚴謹而行文流暢，是一篇極為稱職的佳作。

個人在再三拜讀葉教授這篇大作，覺得他做出下面幾項貢獻：首先，他在文章的第二部分，清楚告訴我們新制度論者，尤其是 Professor Martin Shapiro 對主流或傳統法院的質疑批判，藉以導引出在法院（包括憲法法院）功能愈形複雜，而又要涉及所謂「社

會控制」事務時，它們應如何承擔穩定社會秩序、調控市場機能及處理攸關資源分配等政治社會政策的功能。同時，在這個部分葉教授又適時提出，當憲法法院在處理經濟社會文化權利案件時，如果所涉及者是表現在憲法的基本國策章節這類國家政策方針條款時，一般學理及實務上都會認為，並不適合來作司法審查，但他卻能指出根據亞洲其他國家之相關經驗，可以援引國際公約來加以突破。而他接著又論及經社文公約中某些強行法或習慣國際法之規範，已足以拘束所有國家，況且我國已在 2009 年制定兩公約施行法，更明確規定兩公約內容與國內法律有同一位階。在經過葉教授這番嚴謹的論述，可說已為我國大法官會議引用經社文公約來進行憲法解釋，奠定非常堅實的學理基礎。

其次，葉教授在本文之第二大貢獻，是在他大作的第二部分，詳細分析我國大法官們引用經社文公約的實際情形，除以直接及間接引用的說明，來呈現大法官們與經社文公約的互動關係外，並特別以著名之釋字第 709 號文林苑都更案，來說明我國唯一在解釋理由書中引用經社文公約的司法實踐情形，除表列六位大法官在意見書中提及此一公約的情形外，並對學者的評析及此案實質影響均有所著墨，讓人一目了然，足見作者的用心。更重要的是，他在本論文這個部分最後還是重申，對憲法基本國策條款的解釋，由於在大法官們主要仍是基於資源分配與民主正當性的考量，因此做出尊重立法形成自由的解釋，但如果能讓社會經濟文化權利取得憲法基本權之地位，則大法官們審查標準將會更趨嚴格，他的這種鋪陳方式，很巧妙以論文第一部分的理論基礎，反映出我國大法官較難在涉及經社文權利時有所發揮的困境，而又得以將論文第三部分亞洲國家之相關經驗導引出來，在結構上堪稱一氣呵成，足見作者對憲法學理及實務，均有一定程度的掌握。

最後，或許會有人質疑葉教授在論文第三部分所引用三個國家的相關判決，是否足以做為我國師法取經的對象？難道這些國家的終審或憲法法院的獨立性或前瞻性，會要比歐美先進國家更值得學習嗎？事實上，個人過去在退休前主編幾冊《美國最高法院重要判決之研究》專書時發現，雖然該國最高法院在處理基本人權、權力分立或其他重要社會議題時，不論在詮釋或適用上，確有甚多獨到之處，而值得我國在遇到相同情形時參考援引，但終究有「曲高和寡」的缺憾，尤其在國際公約的適用上，由於美國國會參議院代表各州的利益，對重要國際公約的通過一向並不熱衷，因此，美國在這方面的表現與其他歐美國家相較，確有它不足之處，而葉教授所提及的這三個

國家，原先都是歐美國家的殖民地，基本法制都深受影響，但社會發展及變遷情形，卻與我國頗為類似，而在立國之初，都深受聯合國國際人權法典理念的影響，在這種情形下引用它們的經驗，不論是要擺脫前述憲法基本國策條款較不易做違憲司法審查的困境，或是要將經社文公約所臚列的基本人權清單納入現有憲法中，都是深具意義之舉，葉教授在這方面的闡述，就比較憲法的意義而言，反而更能彰顯它的參考價值。

然而，為使本論文更具學術價值，個人在詳閱它後，發現有下列幾項缺失，謹依整個文章的脈絡，提供葉教授在修改及補充時參考之用：第一，在題目部分，「對話司法」一詞，想是葉教授希望與大作最後提及的對話式司法審查（*dialectic judicial review*）相呼應，但因葉教授在通篇文章中一再強調的是「司法對話」一詞，故建議修改為「司法對話」，如此與英文題目也較對稱。第二，在論文的第一部分前言中，葉教授特別用釋字第 712 號解釋，做為這篇論文之引子，它的目的可能是希望強調，如果聲請人在釋憲聲請書上明白提及經社文公約第 10 條之相關規定意旨，而大法官們卻未作任何回應的話，似有違他所一再強調「司法對話」的重要性，但鑑於釋字第 709 號解釋才是本文的重點，所以建議或是加入一段有關該號解釋在解釋理由書中引用經社文公約第 11 條相關規定的文字，或將此段引子刪除，以免失焦。第三，本論文第二部分所用標題「司法審查與規範適用與內含制約」用語不易抓住重點，建議修改為「司法審查之規範適用與內容制約」，至於作者在文內經常將「規範適用」與「法律適用」混用，也希望能一致化，而此一部分打字錯誤處頗多，請仔細校正修改。另 p. 5 中有關「原子」、「原子核」及「電子」的比喻，不知來源為何？或是還有更好的說明，請加以斟酌。最後在 p. 8 突然出現「跨國憲政主義」的概念，僅引用張文貞教授一篇論文，在立論基礎上稍嫌薄弱，因它可能會與作者在文中最後所要提及的所謂「全球憲政主義」有所關聯，尤其是要做我國未來借鏡的話，所以希望葉教授能適度加以補強。

第四，葉教授在他論文的第三部分，對釋字第 709 號解釋有極詳實的說明，但個人在閱讀後，覺得有兩處宜在日後修改時加以注意：(1) 他在說明完此案的背景後，就直接跳到論述本案的後續影響及學者專家的相關評論，爾後才以表列方式提及此案個別大法官的意見書。這種鋪陳方式與一般相關著作的做法稍嫌有間，個人建議應將論文 pp. 14-16 的 3.2.1.3 個別大法官意見書，放在 pp. 11-12 的 3.2.1.1 後而較妥。(2) 此一部分 pp. 16-19 的 3.2.2 在文字敘述上有許多重複的地方，例如釋字 578 號及 596 號等，

都曾在 pp. 16-17 處出現兩次，所用字句幾乎完全雷同，作者應重新加以檢視，因為這個部分是他對憲法基本國策條款，可以根據大法官對經社文公約的引用，而成為違憲審查的重要依據，應該更嚴謹加以處理才對。

第五，可能因為截稿時間的壓力，葉教授在本論文第四部分及第五部分都有「未竟全功」之憾。舉例而言，在第四部分 p. 21 有關 4.3 「分析與啟示」部分，提到了首先，但就沒有進一步陳述，需再加以補強。同時，第五部分應全論文最令人期待部分，但作者對「市民憲政主義」及「全球憲政主義」的內涵，以及它們所衍生之對話性及全球網絡的形成等，都沒有完整的交待，較欠缺與前面論述的關聯性。最後，本論文緒論中的「對話式司法審查」，雖是直承前言而來，但未見較明確的說明，尤其作者希望藉由它來克服釋憲機關所面臨前述的雙重制約困境。

總之，這些缺失堪稱「瑕不掩瑜」，閱讀葉教授的大作，確實是一種知識的饗宴，個人真是獲益良多。最後，有個小小問題提出，根據作者的看法，如果您是大法官，您會如何根據您在這篇文章中的論述，對文林苑一案表示意見？