

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

葉俊榮

(國立台灣大學講座教授)

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

葉俊榮*

目 次

- 壹、前言
- 貳、司法審查與規範適用與內含制約
 - 一、新制度論者眼中的法院與法律適用
 - 二、司法適用經社文公約所面臨的雙重制約
- 參、大法官與經社文公約的司法實踐
 - 一、實踐情形：形式分析
 - 二、實踐情形：實質分析
- 肆、亞洲其他實踐的借鏡
 - 一、經社文權利的司法審查
 - 二、經社文公約的司法引用：印尼憲法法院有關水權判決
 - 三、分析與啟示
- 伍、從制約到對話
 - 一、權利的承認與翻轉
 - 二、權利承認以外的司法對話
- 陸、結論

* 國立台灣大學講座教授，jryeh@ntu.edu.tw

壹、前言

臺灣板橋地方法院 100 年度家抗字第 51 號裁定中，聲請人雖未明確指出條文，但有主張兩岸關係條例限制收養大陸地區子女的規定牴觸「國際人權兩公約保障兒童精神」，然法院以顧及台灣國家安全問題為由，逕認為系爭規定並未違背兩公約之意旨。聲請人之後於釋憲聲請書明白提及經社文公約第 10 條保障兒童之意旨。大法官於釋字第 712 號宣示收養子女之自由亦為憲法第 22 條保障，兩岸關係條例中，限制台灣地區人民收養其配偶之大陸地區子女，大法官認已逾越比例原則侵害收養自由。但是，大法官並沒有提及經社文公約。

本文討論的主軸是司法違憲審查，具體的問題是司法違憲審查時是否以及如何適用經濟社會文化國際公約（International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights，以下稱為經社文公約）¹ 這個議題內含三項正面與三項反面命題：1) 司法違憲審查的課題是基本權利（不是權力分立）；2) 司法違憲審查的權利是經社文權利（不是公民政治權利，或一般所謂以自由權為核心的防禦權）；3) 司法違憲審查經社文權利時適用經社文國際或區域公約（不是適用憲法的權利條文或基本國策的方針條款）。

在如此的命題下，立即呈現司法審查的兩個重要的制約。首先是司法審查的民主正當性問題，尤其表現在釋憲機關審查具有資源配置意涵的經社文權利時，承受了比一般公民政治權利更高的民主正當性制約。其次，司法審查所適用的「法」要如何定位？憲法條文以及憲法內含精神原則與總體秩序以外，憲法法院是否以及如何適用國際人權公約？尤其是所適用的是國際人權公約裡面的經社文權利公約，在規範的位階上應如何定位？是否適合由釋憲機關於個案中引用，尤其當聲請人主張適用公約的條款時，大法官是否可以完全不予論證。

歸納起來，本問題涉及釋憲機關適用經社文權利公約所交織的雙重限制，本文稱為雙重制約。如何面對這些內含的制約，憲法法院在現實上如何應對，在現實的制約下，如何型塑合乎社會脈絡的司法策略，這是本文所要處理的問題。

本文透過實證檢視大法官對經社文公約的適用情形，分析當前釋憲機關的司法實踐，除了掌握大法官的實踐外，並透過亞洲相關國家司法審查的比對，提出釋憲機關面對雙重制約的因應作法。本文認為，因應雙重制約的最佳司法策略，是對話式的

¹ 本文議題設定為經社文權利公約，而非經社文相關權利。因此，許多內涵經社文權利的個別公約，例如，《兒童權利公約》（Convention on the Rights of the Child, CRC）或消除對婦女一切形式歧視公約（CEDAW），本文並不納入分析。

司法審查 (dialectic judicial review)² 在跨國憲政主義 (transnational constitutionalism) 下的延伸運用。³

貳、司法審查與規範適用與內含制約

司法違憲審查的課題，蘊含著「誰」在審查這個根本的問題。當然，是法院在審查，在台灣是大法官（實質的憲法法院）在審查，凸顯法院的定位以及對法院獨立性與公正適用法律等要求。表現在法院適用經社文公約，則會呈現法院正當性與法律適用性的制約。

一、新制度論者眼中的法院與法律適用

傳統的主流法學研究，多以「法律」為對象，著重在法律與法理的詮釋與理解。雖然法學的研究也透過法院判決的詮釋來探討法律的內涵，但真正對法院的瞭解，相對而言卻是有限的。若是以法律實定主義的立場，法院被低估成機械而被動的適用法律，被動地接受案件，將案件事實涵攝於立法者制定的法律，然後做出判決。法院被設定為不涉入價值判斷、不做政策決定，遠離政治活動，不考慮政治後果與社會壓力的獨立適用法律者。然而，在法學領域中，尤其是制度論者，也不乏以法院作為獨立的研究對象的作法，從機制的途徑理解其在法律制度中的意義與功能。

Martin Shapiro 開創了從制度脈絡面分析法院的先河。⁴ 典型的法院是由獨立的法官適用既有的法規範，在個案中透過兩造對立的程序，決定兩造在法律上的權利義務，並以贏者全拿的模式，由當事人的一造承擔全部的責任。⁵ Shapiro 透過比較研究卻指出，這種典型的法院特質論述根本不符合各國法院實踐的實況。事實上，法院的紛爭

² Jiunn-rong Yeh, Presidential Politics and Judicial Facilitation of Political Dialogue between Political Actors in New Asian Democracies: Comparing the South Korean and Taiwanese Experiences, *International Journal of Constitutional Law* Vol. 8.No. 4. pp.911-949 (2011)

³ Jiunn-rong Yeh, Transitional Environmentalism: Democratic Institutions, Courts, and Civil Society in Taiwan, in Akihisa Mori ed., *Democratization, Decentralization, and Environmental Governance in East Asia*, PP86~103, Kyoto University Press (2012)

⁴ Howard Gillman, *Martin Shapiro and the Movement from "Old" to "New" Institutional Studies in Public Law Scholarship*, 7 *Annu. Rev. Polit. Sci.* 363 (2004). 葉俊榮，東亞法院的形貌初探：三種模式的浮現，收於葉俊榮主編，*轉型中的東亞法院：基本形貌，紛爭解決與行政治理*，台大出版中心，頁 13-64 (2014)

⁵ Martin Shapiro, *Courts: A Comparative & Political Analysis* 1-64 (1981).

解決功能必須放在一個光譜上來觀察，而非絕對的全有全無。此外，除了解決兩造當事人的紛爭之外，法院也具有社會控制與法官造法的功能。與其他權力部門相較，法院亦可能在不同的程度下，承擔其他如穩定社會秩序、調控市場機能、處理攸關資源分配等重大政治社會政策的功能。⁶

面對主流法學論述對於法院的既定想像，Martin Shapiro 透過比較的研究，提出質疑與批判。他先指出主流法學以四個要素建構法院的理想型（prototype），亦即：(1) 獨立的法官、(2) 預先存在的法律規範、(3) 經由對立的程序、(4) 做成二元式決定，使其中一方享有法律權利而另一方被認為是錯的。⁷ 而這些被認為理所當然的假定，一旦進入法院實際運作的制度與社會脈絡中，變失去了理論的絕對性。

Shapiro 所批判的法院的典型論述，可以 Lon Fuller 為代表。Fuller 代表的傳統觀點下，法院的功能與法院的性質二者相互構成，呈現超越歷史社會脈絡與政治結構的普世法院圖像。⁸ 在這樣的圖像中，獨立性（independence）、當事人之間的對立性（adversariness）、既存的規範（decisions according to preexisting rules），以及非黑即白（dichotomous）、贏者全拿（winner-take-all）的判決結論，構成了典型法院的四個特徵。⁹ 在這種理想型法院的想像中，某個司法機關可能因為其偏離理想型而被認為「不像法院」，或者因為其具備理想型的特徵而「像法院」。

透過英國法院、帝制中國、大陸法體系與伊斯蘭法院的比較研究，Martin Shapiro 否定了這樣一個植基於西方的法院圖像建構。他指出，在各國的經驗上，四個要素都具備的法院並不常見，這種對法院的理解並未真實地代表多數法院的運作實態。此外，四個法院要素間也可能彼此不一致，例如正式裁決與調解的重疊模糊了法院二元的決定方式。換言之，傳統法學的理想型法院圖像，並不能幫助我們理解法院。

Shapiro 認為，法院性（courtiness）是爭議解決的合意三角結構，由相互爭執的兩造尋求第三者的協助來解決紛爭。例如，早期羅馬帝國時代，爭執的雙方先決定解決爭端的規範，再同意由中立的第三人發現事實並將既存的規範適用於個案事實上。此種以爭端解決為目的的三角關係，是法院最基本的社會邏輯，並且跨越文化而普世存

⁶ *Id.*; Tamir Moustafa & Tom Ginsburg, *Introduction: The Function of Courts in Authoritarian Politics*, in *Rule By Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes* 1-15 (Tom Ginsburg & Tamir Moustafa eds., 2008)

⁷ Martin Shapiro, *Courts: A Comparative and Political Analysis* 1 (1981).

⁸ *Id.* at 217.

⁹ Shapiro, *supra*, at 1-3.

在。此種社會邏輯區分了法院與其他的政治機制的不同。¹⁰ 在這樣的社會邏輯下，雙方的同意構成了法院裁決的初步正當性基礎，法院的角色是協助性的而非強制性的。

跳脫理想型的元素，而從社會邏輯的觀點理解法院，Shapiro 發現當法院功能越來越複雜，並且涉入社會控制事務時，法院的正當性就無法仰賴其原初的邏輯，而必須得到政治系統的支持。¹¹ 他繼而透過歷史回顧與比較法的觀點指出，在多數的社會中，法院發揮多重的政治功能，法院並與國家和其他政府機構相互連結，因此，判決亦是社會政治權威的一環。法院並非獨立自主的機構，而且也幾乎不可能獨立於政治之外。即令如此，對 Martin Shapiro 而言，重要的問題不是實際的歷史經驗與「典型」的偏離，而是這些偏離理想型圖像的法院，如何在不同的政治社會脈絡中發揮功能、並維持其正當性。¹²

Shapiro 的研究一方面跳脫傳統以法規為對象的研究取徑，以法院的機制作為研究的對象，另一方面脫離西方中心的眼光，從各國的歷史與實際經驗探究法院的實際角色與功能。他的研究挑戰了西方建構的、依法規範為中心的法院理論與形象，賦予法院更為豐富而實際的理解，也開創了後續更多的研究可能性。以法院為中心的研究，使得法院的法學研究不再侷限於判決的規範分析，也擺脫總是以西方建構的典型法院作為參照對象，探討其他法院「少了哪一個要素」或「夠不夠典型」的狹隘論述。

法院如果是既存的規範（*decisions according to preexisting rules*）作為獨立審判的依據，則當憲法法院引用經社文公約作為司法違憲審查的依據，會不會讓憲法法院偏離理想型而被認為「不像法院」？這個問題的本能性回應是將經社文公約解釋為既存的規範。然而，更大的問題是，當代的憲法法院如何適用規範的問題。釋憲者在追求什麼？如果個別的大法官慣常地在個別意見書中「引用」經社文公約，如何看待這樣的制度運作變數？引用的目的是為了實現人民所主張的權利，還是另有其他法院或法官個人所認知的作用？例如為了讓解釋文或判決書更有水準或彰顯法官的立場，知識或品味。形式的「引用」與否，並不必然有實質的影響，而只是司法違憲審查形式上的作者（*authorship*）的定位與判決書面的互動而已。

在法院進行憲法「解釋」這個習以為常的通稱說法下，隱藏著許多司法策略的運

¹⁰ *Id.* at 1-2.

¹¹ *Id.* at 5.

¹² *Id.* at 63-64.

用以及法院或個別法官本身對釋憲這份工作的看法與作法。¹³ 真正深入這些內涵去考量，是研究法院如何引用國際公約的硬課題。或許，憲法解釋的空間，遠比我們想像的大，在既有的規範（內國規範，國際規範）的網絡中（或所謂的規範密度），釋憲者存在許多運用的空間。既有法規只是骨幹式的運作架構而已。一個原量子物理的比喻（只是個比喻不是論證）是這樣說的：假如原子像聖索菲亞大教堂一樣大的話，那麼原子核只不過有飛蛾那麼大而已，原子中百分之 99.9 的體積是空無一物的，原子核與在外頭繞圈圈的電子之間是超大的空間。憲法文本規定乃至憲法原理原則的運用以及權利的內涵，充滿著論證的空間，重點在決策而非判斷。既然性質上是司法決策而非單純機械式地引用法律，那麼重點更是在於是論證說理，而不單單只是解釋法律的觀點。司法「解釋」充滿司法論證與妥協的空間，藉以表現法官觀點與法院的整體態度，形式的規範援引或適用，或許只是個表象吧！當然，憲法解釋的空間論述並不是一體適用的，某些議題讓憲法解釋的空間相對於其他議題呈現限縮效果，其中社會經濟文化權相對於自由權就是司法違憲審查上非常重要的一道限制，至少在理論上如此，若有不同的看法，必須更努力論證。

二、司法適用經社文公約所面臨的雙重制約

釋憲機關適用經社文公約去處理一項有關經社文權利的案件，面臨了審查正當性與法律適用的雙重制約。憲法法院適用憲法處理公民政治權利問題或審查權利分立問題時，並不會同時呈現這兩個制約。

（一）經社文權利的司法審查

經濟社會文化權利性質上與一般防禦權有別，具有資源配置的效果，在憲法權利承認或審查定位都面臨更為繁複的爭辯。釋憲機關處理經濟社會文化權利涉及的事項，如受教育權、居住權、健康照護政策等時，往往面臨民主正當性的考驗，畢竟就許多資源配置問題，立法機關比起司法機關更適合去承擔。一般認為司法機關欠缺審度持續變動的社會現況的能力，更因為法官非經民選，在推行此類教育、醫療、居住資源配置的社會福利政策上，並不較民選的民意代表來的適當¹⁴。而大法官在釋憲實務上，

¹³ Richard Posner, *How Judge Think*, Harvard U. Press (2010). 另請參閱葉俊榮，政治問題不審查原則的司法策略：東亞法院判決的比較分析，東亞法院與法律繼受學術研討會（二）：從指標性判決看院的角色與功能，6/7, 2013，臺大法律學院，臺北（2013）

¹⁴ See Wen-Chen Chang, Li-Ann Thio, Kevin YL Tan and Jiunn-Rong Yeh, *Constitutionalism In Asia*, 943, Hart Publishing, 2014.

也清楚地表張這樣一個觀點。大法官在釋字第 485 號解釋中提出：「國家應給付人民最低符合人性尊嚴之生活需求，但在資源有限的困境下，應由立法機關來規定給付順序、受益人範圍等事項。」¹⁵ 充分顯示出在涉及生活資源給付的案件，大法官亦偏向由立法機關決定的正當性。

強調資源分配、專業能力與民主正當性的經濟社會權利，與一般政治、公民權利的性質相較，有相當不同的差異。對於國家而言，國家負有不得違犯、侵害人民政治、公民權利的義務，在權利救濟上更強調司法機關的介入與制衡。相對的，經濟社會權利則是希望國家積極的作為，以實現人民福利的政策措施。相較政治、公民權利，經濟社會權利的實現，更需要政治部門（尤其是立法部門）積極分配運用財政資源。¹⁶ 這也不難看出司法釋憲的實務中，憲法法院會向釋字 485 號一樣，強調應有立法機關來決定。

權利的性質將對司法機關的審查空間造成影響，而特別是經濟社會文化權利，在強調資源分配及民主正當性的性質上，對司法機關即有著自始強力的制約。然而，如果超越台灣的論述與實踐，我們看到在其他國家有更為多元動態的實踐。從亞洲國家的觀察上，也可以看出法院承認權利依據的多元與引用承認的困境。¹⁷ 亞洲各國於經濟社會權利案件的審查、實踐上面，累積、創造了豐富的判決，亞洲以外的國家的憲法法院如南非、加拿大、歐洲、拉丁美洲各國，也扮演了吃重的角色，介入、形塑政府政策形成¹⁸，也使得法院成為了促進經濟社會權利意識及社會革新的論壇，來解決國家本身的結構性問題。

在一國憲法中已明白規定經濟社會文化權利時，法院對此的引用態度及效力上即

¹⁵ 司法院釋字第 485 號解釋理由書（節錄）：「……本此原則國家應提供各種給付，以保障人民得維持合乎人性尊嚴之基本生活需求，扶助並照顧經濟上弱勢之人民，推行社會安全等民生福利措施。前述措施既涉及國家資源之分配，立法機關就各種社會給付之優先順序、規範目的、受益人範圍、給付方式及額度等項之有關規定，自享有充分之形成自由……」。

¹⁶ Wen-Chen Chang, Li-Ann Thio, Kevin YL Tan and Jiunn-Rong Yeh, *Supra*, at 943.

¹⁷ 參閱本文後半有關亞洲其他國家法院的實踐。

¹⁸ See eg F Coomans (ed), *Justifiability of Economic and Social Rights: experiences from Domestic Systems*(Cambridge: Intersentia, 2006) ; V Gauri and D Brinks, *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*(Cambridge: Cambridge University Press, 2008) ; M Langford (ed), *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*(Cambridge: Cambridge University Press, 2008)

是明確無疑，但許多經濟社會權利及政策，以台灣憲法為例，常常是表現在憲法中的基本國策章節，即一般所謂的國家政策方針條款 (Directive Principle of State Policy)¹⁹，而一般見解認為，國家政策方針條款並不具可司法審查性，理由亦同上述經濟社會權利性質，涉及資源分配及民主正當性，限制了法院直接以國家政策方針條款，作為人民權利及救濟的依據。

然而，僅作為指導原則的國家政策方針條款，在其他亞洲各國的法院中，不少法院亦引用來審查、承認經濟社會文化權利。學理上也歸類出法院在無明文規定經濟社會權利時，主要有三種尋求權利依據的路徑：²⁰

1. 對於憲法中國家政策方針條款的解讀，連結至已明文規定的經濟社會權利。
2. 依據明確規定之國家政策方針條款，在根據內國社會的根本問題，以權利導向的詮釋、構築新型的經濟社會權利。
3. 法院以他國法院案件為借鏡，例如馬來西亞法院以印度最高法院為例，從其憲法中生命權規定導出保障生計的權利。

法院面對經濟社會權利的案件，權利性質的拘束性，也間接影響到法院在尋求經濟社會權利依據的困難。縱然一般學理並不認為國家政策方針條款可作為承認權利的依據，但從各國實踐上可看出法院亦尋求明文權利規定外的多種方式，立意突破經濟社會權利性質與國家政策方針條款的限制。此外，如何援引國際公約，也是當中一個突破制約的選項。當然，這又會引發另外一個制約。

(二) 經社文公約司法引用的制約

釋憲機關引用經社文公約的第二個制約，來自引用本國憲法與法律以外的國際公約進行司法違憲審查。法院與國際人權公約的關係，可分由內國法依據、效力位階，以及跨國憲政主義的角度來分別說明。內國憲法上的依據，以台灣為例，除憲法第 7 條至 18 條明文規定之權利外，尚有第 22 條的基本權概括條款，透過司法院大法官解釋，也將憲法無明文的隱私權、婚姻自由、收養自由等權利納入。雖然與經社文公約內容相比，公約中第 6 條工作權保障及第 10 條婚姻、家庭的保障，與台灣憲法中規定雖相

¹⁹ 憲法第十三章中第三、四、五節即分別規定了國民經濟、社會安全、教育文化等條款，宣示國家應發展此類關乎人民經濟、社會、文化政策。

²⁰ WEN-CHEN CHANG, LI-ANN THIO, KEVIN YL TAN AND JUINN-RONG YEH, *Supra*, at 943-944.

同，但在內容範圍上則更為細緻。例如，第 6 條工作權保障更宣示國家應採取技術與職業指導及訓練以達充分就業，相較下台灣憲法規定得較為抽象，比起經社文公約，更多其他的權利是台灣憲法所未明文的。跳過憲法規定的引用，而是從國際公約下的權利清單尋求權利承認或落實的依據，對法院來說，往往構成另外一項制約，考驗著法院與法官對當代司法違憲審查的定位與立場，必須有更強的企圖心，否則寧願守住憲法的架構，而忽略國際公約。

從拘束力而觀，國際公約與內國法律的關係及適用位階為何，涉及了公約內容是否為強行法 (*jus cogens*) 或習慣國際法 (*customary international law*) 的地位，而有等同甚至高於憲法位階的可能。但學理上對強行國際法內容、範圍容有爭論，以經社文公約為例，第 10 條禁止童工的規定，多數學者及判決基於人權根本，認為以具有強行國際法地位。²¹ 但除了具強行國際法性質的公約內容外，其實多數國際法學者亦同意兩公約已具有習慣國際法的地位，而可拘束世界所有國家²²。台灣 2009 年在立法院以兩公約施行法通過時，施行法亦規定了兩公約內容與國內法律效力有同一位階。

再者，以「跨國憲政主義」(*transnational constitutionalism*) 的發展觀察，國際人權公約與憲法的關係，表現在兩種途徑，一是人權公約被賦予具憲法地位的效力，二是各國透過修憲、制憲方法將人權公約內容劃進憲法內容之中，各國憲政上的實踐顯示出了國際人權公約對於內國的重要性，學者有謂各國的實踐，應可作為台灣司法院大法官及立法機關為借鏡²³

不論經濟社會權利的性質或乘載經濟社會政策的國家政策方針條款，對於法院在司法審查上呈現了雙重的拘束，有待學理上去應對突破。然而，在此等討論之前，或許應該掌握當前經社文公約在釋憲實務上的實際實施情形。

參、大法官與經社文公約的司法實踐

釋憲制度實施以來，公民政治權利公約的引用較多。少數案件的聲請書，已經試圖援引經社文公約，並期待大法官進行論證甚至採用。然而，真正在釋憲主文或理由書中引用經社文公約的案例，只有釋字 709 號有關文林苑都更的爭議，雖然部份大法官的意見書中也不乏引用的情形。

²¹ 張文貞 (2009)，〈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〉，台灣人權促進會季刊—兩公約專輯，10 期，頁 2-3。

²² 前註，頁 4-7

²³ 前註，頁 9-10

不過，釋憲機關與經社文公約的關係，不是只有引用與否的問題，更涉及引用的方式、作用與影響等，而這些都必須從憲法法院的制度內涵與決策形成程序等方面去掌握。以下分別從形式與實質兩個面向來看大法官對經社文公約的引用論證。

一、實踐情形：形式分析

憲法解釋與經社文公約的關係，是一種規範適用的關係。然而，從脈絡面看，這樣一個概念式的課題，確有非常動態的呈現空間。引用的目的，引用的場域，誰去引用，都可能有多元動態的呈現。但是，觀察大法官與經社文公約的互動，仍可以已經發生的引用足跡來做較為形式的分析。

（一）直接與間接引用

大法官引用經社文公約，不限於引用於解釋文與解釋理由書，個別大法官意見書中引用，亦包含在內。而如何引用兩公約作為解釋的內容、依據、方式為何，主要可分為直接針對作為解釋標的基本權的「直接引用」，以及不針對解釋標的，而是用來解釋或補充其他問題之「間接引用」兩種模式。

直接引用模式，可分為針對「基本權利的直接引用」及針對「系爭法律的直接引用」，前者係指大法官針對本案法律涉及的人民權利，以兩公約條文所規定的權利為依據，做出承認該權利為國內憲法上基本權的決定，或是否決該權利在國內憲法上的地位。後者係指大法官解釋系爭法律立法目的時，引用兩公約條文規定，論證該法欲保障的人民權利究竟為何。

相對的，間接引用模式係大法官不對本案法律涉及的人民權利，或是涉及違憲的法律，以引用兩公約方式處理。相反的，大法官針對本案關聯的制度、國家責任等問題，以引用兩公約來說明政府應盡的國家保護義務，來論述兩公約及憲法規定的人民權利。

若以「直接引用」與「間接引用」模式觀察，「直接引用」多是以大法官意見書中引用，作為呼籲承認經社文公約權利為我國基本權的方式。而作為闡釋法律內容者，僅有在釋字第 709 號解釋中，引用公約的適足居住權解釋都市更新條例之立法目的。至於「間接引用」，僅有大法官意見書中闡釋，除對於釋憲案涉及的基本權是否應擴大承認外，對於強化基本權保障的國家建制與立法，意見書中提及了基於保障經社文公約所列的權利，國家應建立相應的社會福利機制。

（二）引用的脈絡

大法官於解釋上引用兩公約的情況，更可以從引用的時點與場域，例如解釋理由書、個別大法官的意見書或者是釋憲聲請書所提及等等來分析。

就引用的時點而言。「兩公約施行法」於 2009 年 12 月 10 日開始施行，若以此時點為分界觀察大法官解釋引用的情形，在兩公約施行法施行之前，並沒有引用經社文公約的例子。唯一可以算數的僅有釋字第 514 號解釋黃越欽大法官不同意見書於註四中提到工會組織團結權，依經社文公約或歐洲人權公約內容，皆指明為工作權內涵之一，並藉此指出大法官歷來解釋，對工作權實際內容解釋上的不完備。其餘有引用兩公約之解釋，皆在兩公約施行法施行後方出現。

2009 年 12 月 10 日通過兩公約施行法後，自釋字 668 號開始，計有釋字 694、699、701、702、711 號解釋中，大法官意見書有提及經社文公約。然而，大法官何以在意見書中提及經社文公約呢？以健康權類別中釋字 701、711 號解釋為例，陳新民大法官在釋字 701 號解釋中引用經社文公約第 12 條健康權的保障，目的在呼籲本號解釋多數意見應承認健康權是憲法上的基本人權，直接賦予人民一個公法上請求權的主觀公權利。而釋字 711 號解釋中，羅昌發大法官引用經社文公約第 12 條健康權及國家確保適當醫療服務的義務，目的在違憲審查上論證限制藥師執業自由，是為上述健康權保障的目的，而有增進公共利益之作用。

而從大法官於意見書中的呼籲，或可看出個別大法官，認為多數意見的結論與理由較為保守，或論證尚未精確，故在意見書中採取較為開放的方法，引用剛納入內國法體系的經社文公約權利，以填補大法官認為多數意見留下的「缺憾」。

從形式觀察，司法違憲審查引用經社文公約的情形，有三種類型：

- 1) 解釋理由書、大法官意見書與釋憲聲請書均有提及：釋字 709 號
- 2) 大法官意見書與釋憲聲請書均有提及釋字：712，699 號
- 3) 僅有大法官意見書提及：釋字 724、715、711、702、701、699、694 號

在引用的場域上，在現今大法官 731 個解釋當中，僅有釋字第 709 號解釋，是大法官解釋中唯一引用經社文公約於解釋理由書中的解釋。釋憲聲請書中聲請人有提及經社文公約者，包括釋字第 699、709、712 號解釋。其中釋字第 699 號由台灣高等法院台南分院刑事第六庭聲請，引用了經社文公約第 6 條（以及憲法第 15 條）關於工作權的保障，說明道路交通管理處罰條例吊銷駕照的規定限制了人民的工作權。然而，

最終解釋文與解釋理由書雖肯認該規定限制工作權，但因與憲法第 23 條比例原則並無牴觸而為合憲，該案大法官闡述工作權僅闡述過去解釋中所發展出的工作權內涵，並沒有回應經社文公約第 6 條的主張。至於釋字第 712 號解釋中，聲請人對於台灣地區與大陸地區人民關係條例中限制收養大陸地區子女的規定，認為不符經社文公約第 10 條保護與協助兒童及少年，並不得歧視兒童及少年的規定。同樣的，大法官就此並無闡述，反而是針對本案限制收養的規定，以憲法第 22 條承認收養子女的自由為憲法所保障。

除釋字第 709 號解釋外，其餘引用過經社文公約的紀錄，皆是存在於各別大法官之意見書中。包括釋字 724（羅昌發）、715（羅昌發）、712（蘇永欽、羅昌發）、711（蘇永欽、羅昌發）、709、702（羅昌發）、701（陳新民、羅昌發）、699（羅昌發）、694（葉百修、羅昌發）。

從意見書引用經社文公約頻率而觀，羅昌發大法官係引用次數最多之大法官，其中多對經社文公約第 6 條的工作權（724、715、699），以及公約第 12 條的健康權（711、701）著墨。例如，釋字第 701 號解釋中，羅大法官即以經社文公約第 12 條，解釋憲法及釋憲實務上未明文納入的健康權內涵，認為在經社文公約已納入內國法體系中，應可由憲法第 22 條作為健康權的基礎，並闡明為保障人民的健康權，國家應使人民立即享有接近利用健康保護體制，以達成最高健康標準之權，以及在此健康照護體制下，不被歧視或遭受恣意的差別待遇。陳新民大法官亦於意見書中，呼籲順應經社文公約將醫療、健康人權名正言順地納入基本權中，以使人民有向國家請求立法建立妥善醫療與社會福利制度的主觀公權利。在釋字第 712 號解釋中，蘇永欽大法官也闡明了經社文公約第 10 條，國家應給予家庭，尤其是婦女、兒童的積極保護與扶助。在肯認家庭應受憲法上制度性保障外，葉百修大法官於釋字第 694 號解釋，也以經社文公約第 11 條享受適當生活程度的權利，來闡釋憲法第 15 條生存權的內涵。綜觀所有的解釋意見書上，羅昌發大法官為引用經社文公約次數最多。

二、實踐情形：實質分析

若超越形式上已經有引用足跡的引用時機與脈絡的形式分析，從是否應該引用以及引用的作用觀察，也能看出司法審查與經社文公約的另外一層意涵。因此，該引用而不引用經社文公約，也是一種司法實踐，值得觀察。

（一）唯一於解釋理由書中引用的案例：釋字 709 與都市更新條例

1. 背景

釋字 709 號解釋是社會知名的文林苑都更案件的司法回應。這個都更案於 2007 年由地主賴科興提出事業概要案申請，市府於同年核准。翌年 6 月 11 日實施者提出事業計畫及權利變換計畫申請市府審議，期間經過了公開展覽 30 日 (97.9.26~97.10.25)、舉辦公聽會 (97.10.23) 及臺北市都市更新及爭議處理審議會 2 次審議，最終於 2009 年 6 月 16 日准予核定實施²⁴。

然而，反都更戶王家等人不願其所有的合法建築物納入上開都市更新事業計畫案範圍內，遂提起訴願及行政訴訟，並於訴訟中主張公聽會的通知並未送達等理由，違反都市更新條例、臺北市都市更新自治條例等法規。然而，行政訴訟敗訴，上訴亦被駁回²⁵。台北市政府並於 2012 年代為強制拆除拒絕搬遷的王家兩棟建築物。此一拆除行動，卻引來許多學生、聲援團體到場靜坐抗爭，王家也聲明將提起釋憲²⁶。然而，文林苑其他 36 戶同意戶，部分於同意都更後在外租屋，等待都更完成再搬入新建的房屋，在王家拆除後反而讓都更案陷入僵局。希望能有新家的同意戶與拒絕搬遷的王家，對於各自居住的利益，在同一案中相互衝突對立。²⁷

2013 年，司法院大法官作成釋字 709 號解釋，宣告都市更新條例未設置適當組織以審議都市更新事業概要，且未確保利害關係人知悉相關資訊及未規定由主管機關以公開方式舉辦聽證，使利害關係人得到場以言詞為意見陳述及論辯後，斟酌全部聽證紀錄，說明採納及不採納的理由作成核定，與憲法要求的正當行政程序不符。2014 年並作出釋字 725 號解釋，使都市更新條例定期失效的條文在未失效前，聲請人也能提出再審。

釋字 709 號解釋是唯一在解釋理由書中有引用經社文公約條文之解釋，聲請人藉由經社文公約第 11 條第 1 項規定之「適足居住權」，宣示都市更新制度之設計，應該

²⁴ 文林苑更新案協商小組評估報告，頁 12。

²⁵ 臺北高等行政法院判決 98 年度訴字第 2467 號判決，最高行政法院裁定 100 年度裁字第 1582 號裁定

²⁶ 〈爭議 3 年//文林苑都更 抗爭聲中士林王家拆了〉，自由電子報，<http://news.ltn.com.tw/news/focus/paper/571934>

²⁷ 苦勞網，文林苑同意戶謝春嬌：現在對都更只有心寒，<http://www.cooloud.org.tw/node/70238>

從高樓大廈之現代都市印象中走出，站在社區住民之立場，維護住民實質利益與程序利益，同時聲請人並引用該條「適足居住權」以及第 7 號一般性意見，指出人民擁有「反迫遷」的保障，未經正當法律程序不得為之，並以此宣示都市更新條例第 22 條強制都市更新單元範圍內不同意之住戶參與，違反前述「反迫遷」之正當法律程序保障。

大法官也在 709 號解釋理由書中引用該條「適足居住權」，宣示都市更新目的，係在使人民得享有安全、和平與尊嚴之適足居住環境。然而在宣告都市更新條例相關條文違憲時，所引用之憲法財產權保障與正當法律程序原則的保障，並不是根據經社文公約，仍以憲法及過去大法官解釋宣示之原則處理。

2. 影響

大法官做成解釋後，新北市政府都市更新處在釋字做成後，聲明對本次司法院大法官釋憲表示尊重，表示都市更新本來就需要考慮地主、實施者與大環境品質的共益，因此大法官釋憲也會讓新北市同時檢討，對舊案不影響，未來新案在整合時也會更加慎重。²⁸ 釋字 709 號解釋的聲請人王家等人委任的詹順貴律師，在聲請書中提及公政公約第 12 條的遷徙自由及經社文公約第 11 條之適足居住權，認為都市更新條例未能達到公政公約及經社文公約要求的反迫遷的正當程序保障²⁹，而解釋做成後，詹順貴律師對解釋中認為最有意義者，即是對於都更申請人以外利害關係人，應將都更計畫相關資訊分別送達，並應召開聽證，使利害關係人得以陳述意見，以符憲法上正當行政程序要求的宣示。詹順貴律師並認為，大法官的宣示不僅影響都更條例，侵害財產權更甚的土地徵收條例更應依此修法³⁰。

此一解釋之後，新任桃園市長鄭文燦在桃園航空城徵收案中，宣示由桃園市政府負責規劃開發的機場附近地區特定區，其區段徵收將全區舉辦聽證，並呼籲交通部對於由該部主導的包括第三跑道、自由貿易港區、航空產業區與區段徵收抵價地等部分，也能比照辦理。詹律師認為依據大法官釋字第 709 號解釋意旨及可預見的擴散效應，未來如直接涉及人民於憲法所保障的人身自由、遷徙自由、居住權、生命權、財產權與工作權的剝奪或嚴重影響的行政處分，均必須舉行聽證或司法審查³¹。

²⁸ 新北市都市更新處，http://www.planning.ntpc.gov.tw/web66/_file/1691/upload/news/74/p2.html

²⁹ 釋字 709 抄本，頁 294-306，<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/uploadfile/C100/%E6%8A%84%E6%9C%AC709.pdf>

³⁰ 詹順貴，大法官會議釋字第 709 號解釋文的說明與回應，<http://thomas0126.blogspot.tw/2013/04/709.html>

³¹ 詹順貴，航空城聽證的幾點淺見，http://thomas0126.blogspot.tw/2015/04/blog-post_13.html

學界對此也有所評論，林明鏘認為增進公共利益，是進行都市更新的目標，而為公共利益訂下可預測的標準，方能拒卻僅憑抽象的「改善居住環境」理由而進行的都市更新，並以公共利益逐一檢視都市更新條例中與公共利益背道而馳的條款。³² 李建良教授逐一檢討了釋字 709 的侵害權利、釋憲客體及正當行政程序的概念，認為此次釋字 709 號解釋所提到的權利、概念，大法官僅有做淺碟式的說明，對於解釋中經社文公約適足居住權的引用，未有詳細剖析其內涵以及在憲法上的位階，而大法官創設正當行政程序的概念上論證過於簡略，卻未討論行政程序法已有的陳述意見、聽證等規定適用餘地。³³

在釋字 709 號解釋做成後，從行政法院的案件統計，最高行政法院計有 24 件裁判提及釋字第 709 號解釋，高等行政法院總計有 31 件提及，案由上不僅限於都市更新，也包含土地徵收、巷道爭議等案³⁴，但案件中多以當事人主張釋字第 709 號解釋意旨，法院方面卻對當事人主張不回應³⁵，或者宣示案件內容難以援引釋字第 709 號解釋³⁶，少有納入釋字第 709 號解釋主張³⁷。

³² 林明鏘，都市更新之公共利益—兼評司法院大法官釋字第 709 號解釋，台灣法學雜誌第 227 期，頁 121-139

³³ 李建良，都市更新的正當法律程序（上）：釋字第 709 號解釋，台灣法學雜誌第 224 期，頁 44-61 (2013)

³⁴ 臺中高等行政法院 103 年訴字 51 號、104 年訴字 83 號

³⁵ 臺中高等行政法院 103 年訴字 51 號、104 年訴字 83 號、102 年訴字 216 號

³⁶ 如臺北高等行政法院 103 年度訴更二字第 5 號：「原告雖主張依司法院釋字第 709 號解釋意旨，所謂斟酌，並非單純聽取意見，尚應「說明採納或不採納之理由」，本件被告並未說明採納或不採納鄰近民眾意見之理由，難認被告已斟酌其意見云云……惟本件原告均為「更新單元外」之鄰近居民，其因被告核定系爭都市更新事業計畫處分權利受影響之程度，與「更新單元內」各土地及合法建築物所有權人、他項權利人、囑託限制登記機關及預告登記請求權人，難以相提並論，尚難逕援引司法院釋字第 709 號解釋……。」

³⁷ 臺北高等行政法院判決 103 年度訴字第 1097 號：「都市更新為都市計畫之一環，乃用以促進都市土地有計畫之再開發利用，復甦都市機能，改善居住環境，增進公共利益。都市更新條例即為此目的而制定，除具有使人民得享有安全、和平與尊嚴之適足居住環境之意義（經濟社會文化權利國際公約第 11 條第 1 項規定參照）外，並作為限制財產權與居住自由之法律依據」（司法院釋字第 709 號解釋理由書第 2 段、第 3 段前段參照）。可知，被告以原處分核定系爭都更計畫案，固直接限制原告馮和祥之工作權、財產權及居住自由，惟祇要被告所為之核定符合都市更新條例所定之程序及實體要件，即與憲法保障人民工作權、財產權及居住自由之意旨並無違背。」

3. 個別大法官意見書

本解釋 15 位大法官中，共有 10 位提出意見書，好似形成了大法官的學術討論論壇。而意見書的內容中有提及經社文公約者共有 6 位，整理如下表：

大法官	內 容
李震山	<ol style="list-style-type: none"> 1. 適足居住權是「願意參與都更者」於都更中之權利 2. 公約中的適當居住權於國內法的位階？若未能證立具憲法位階時，能否作為人民的主觀公權利請求即有疑問。
葉百修	<ol style="list-style-type: none"> 1. 多數意見的適足居住權，不僅來自經社文公約，更有世界人權宣言、聯合國有關難民公約、消除一切形式種族歧視國際公約、公政公約……等條文的依據。 2. 經社文公約適足居住權的保障，可由憲法第 10、15、22 條保障。 3. 都市更新涉及了經社文公約及其第七號一般性意見的問題，包含「強制驅逐、房屋和土地的居住者提供儘可能最大的使用保障」、「嚴格地規限在什麼情況下方允許遷移居住者」等問題。
陳春生	<ol style="list-style-type: none"> 1. 經社文公約適足居住權是否為本案人民受侵害的權利？但公約在本院釋憲過程其地位是否得作為宣告審查客體違憲之根據，仍有疑問。 2. 另一方面，經濟社會文化權利國際公約第十一條指出，人人有權享受不斷改善生活環境之權云，此似從主張都更者之權利出發，亦是都更條例所內涵之立法目的，而不適宜作為不願參加都更者之權利依據。
羅昌發	<ol style="list-style-type: none"> 1. 本案涉及適足居住權中強制驅離之侵害。 2. 在強制驅離問題上，正當法律程序保障更為重要，此亦是第七號一般性意見所宣示。 3. 因我國非締約國，不得直接援引經社文公約作為憲法解釋依據，但因施行法將公約權利納入內國體系，得以做為解釋我國憲法基本權利內涵之重要考量依據，使我國憲法及憲政思想，與國際人權趨勢，進行有效之對話，並強化對人民之基本權利保障。
湯德宗	<ol style="list-style-type: none"> 1. 以經社文公約適足居住權詮釋憲法第 15 條生存權內涵。
蘇永欽	<ol style="list-style-type: none"> 1. 經社文公約第 11 條，國家有義務「採取適當之措施，使人民得享有安全、和平與尊嚴之適足居住環境。 2. 但本號釋字並未把適足居住權定性為基本權，仍有斟酌妥當餘地。 3. 適足居住權的理念，特別是在國家推動都市計畫行政多年之後，已相當程度的普及，不僅表現於民間提出的居住權主張，從民國一百年公布實施的住宅法第四十五條已有「居住為基本人權」的宣示，也充分顯示我國公部門對此一理念的確信。 4. 應將適足居住權置於憲法第 15 條之範疇，都更作為”限制財產權”、”保障適足居住權”之雙面刃。

大法官所聚焦的論點，大致有以下幾項：

- 1) 適足居住權在憲法上的依據與內涵。
- 2) 應將適足居住權作為本案人民受侵害的權利（透過納入憲法的 15 條財產權內涵來保障）。
- 3) 適足居住權的保障，尤其在強制驅離情況發生時，正當法律程序的是用在個案中的重要性（第七號一般性意見）。

（二）超越司法引用足跡的作用檢視

經社文公約內含多項保障的權利，部份權利為當前憲法所未明文保障，權利內容也與基本國策所列的經濟社會文化方針未必一致。然而，有趣的是，如果不從大法官「已經」有所指涉（如上各種方式的引用）的解釋違憲，而是從公約的內涵，觀察與此等經社文權利相關的解釋，並分析如果大法官去引用相關的公約權利，是否對個案判決結果有所影響，又是如何影響，則是相當值得探討的課題。

基於此一構想，以解釋文或理由書中有明確提及憲法基本國策章節規定，並以解釋爭點涉及經社文公約中條文列舉的經濟社會文化權利（工作、健康、勞工、社會保險等）者為基準，可整理出 25 號大法官解釋，涵蓋勞工、健康、工作、家庭、受教育權、人民照護扶助等類別。例如，釋字 717 號解釋，在這號解釋中論及永續、代際正義之意義與國家財政、未來世代的發展。代際正義的意義在於強調對下一代人民的照護與關注，與經濟社會文化權利對人民給付、保障的意義相通，故亦列入這 25 號解釋之內。

在判斷大法官是否應引用經社文公約，若引用經社文公約，是否將對解釋結論造成影響上，先以基本國策條款在解釋中的用途，再以解釋結論偏向立法者、抑或是人民一方來觀察。以釋字 578 號解釋為例，大法官以憲法第 153 條作為勞動基準法的立法目的，而在解釋內容上，大法官肯定勞動基準法規定雇主負擔給付退休金及按月提撥的義務，並不違反比例原則，所以解釋爭點上是對於雇主權利的限制，而對勞工的一方有利。若加入經社文公約第 6、7 條工作權及工作條件保障，公約的作用仍會導向強化勞工保障，所以解釋結論並不會改變。

再以釋字 596 號解釋為例，勞動基準法未如公務人員退休法規定請領退休金之權利不得扣押、讓與或供擔保，是立法者對於勞工及公務員做成差別待遇，而大法官結論上以尊重立法者形成自由，而肯認不違背平等原則，解釋結論上對勞工不利，若加入經社文公約強調勞工保障，大法官在審查上或許將趨於嚴格，而不僅是以立法形成

自由作為理由，而需更多的說理來闡釋勞工與公務人員的差別待遇。

大法官於解釋中提及基本國策的作用，主要在於說明系爭解釋法律的立法目的。大法官以基本國策中的憲法 153、155 等條文來說明勞動基準法、勞工保險條例的立法目的。在健康權類別的憲法解釋中，釋字 472、550、676 號解釋皆以憲法第 155、157 條，憲法增修條文第 10 條作為全民健康保險法的立法目的。

另一種提及基本國策的作用，是在違憲審查上探討系爭解釋法律限制人民權利，是否為了公共利益，如釋字 719 號解釋，政府採購法限制得標廠商進用員工的營業自由，目的是為憲法增修條文第 10 條保障原住民權益的意旨，而肯認在限制廠商的手段是追求重要公共利益。又如釋字 659 號解釋中，以憲法第 162 條教育的重要性，引申出學生受教育權屬重要公益，而主管機關得以限制私立學校董事執行職務。

然而從兩個引用基本國策條文的作用上觀察，不論以基本國策做為立法理由，或論證是否為限制人民權利的公共利益上，若比較前述釋字 701 號解釋中，陳新民大法官於意見書中呼籲承認健康權的意見來看，大法官引用基本國策的作用，在解釋中較難取得關鍵影響地位。以勞工類別中釋字 609、683 號解釋為例，縱然以憲法第 153 條最為勞工保險條例的立法目的，大法官仍以尊重立法形成自由為由，或者以法律保留原則審查，主要原因或仍在於，學說及大法官對於基本國策章節在憲法解釋的態度上，仍有考量資源分配，以及立法者在此較司法機關具民主正當性的關係³⁸，若能使經濟社會文化權利取得憲法基本權的地位，方有使大法官審查標準與態度趨向嚴格之可能。

針對這些大法官沒有引用經社文公約，但內容上與經社文公約有關的解釋，若是大法官真的去引用經社文公約的相關權利，究竟會有何等影響，確實反應因案而異的狀況。一種是解釋結論以傾向實現權利，縱使引用經社文公約，或有好的規範論證，但無助實質結果。例如，釋字 578 號解釋中大法官以憲法第 153 條作為勞動基準法的立法目的，而解釋內容上，大法官肯定勞動基準法規定雇主負擔給付退休金及按月提撥的義務，並不違反比例原則，所以解釋爭點上是對於雇主權利的限制，而對勞工一

³⁸ 大法官解釋上可參照釋字第 485 號解釋理由書(節錄)：「……憲法係以促進民生福祉為一項基本原則，此觀憲法前言、第一條、基本國策章及憲法增修條文第十條之規定自明。本此原則國家應提供各種給付，以保障人民得維持合乎人性尊嚴之基本生活需求，扶助並照顧經濟上弱勢之人民，推行社會安全等民生福利措施。前述措施既涉及國家資源之分配，立法機關就各種社會給付之優先順序、規範目的、受益人範圍、給付方式及額度等項之有關規定，自享有充分之形成自由，斟酌對人民保護照顧之需求及國家財政等社會政策考量，制定法律，將福利資源為限定性之分配。……」

方有利，若加入經社文公約第 6、7 條工作權及工作條件保障，公約的作用仍會導向強化勞工保障，所以解釋結論並不會改變。

相反的，大法官解釋或許並沒有針對經社文權利有所助益，但若透過經社文公約的引用，或有強化權利實現的可能，至少也必須強化說理。以釋字 596 號解釋為例，勞動基準法未如公務人員退休法規定請領退休金之權利不得扣押、讓與或供擔保，是立法者對於勞工及公務員做成差別待遇，而大法官結論上以尊重立法者形成自由，而肯認不違背平等原則，解釋結論上對勞工不利，若加入經社文公約強調勞工保障，大法官在審查上或許將趨於嚴格，而不僅是以立法形成自由作為理由，而需更多的說理來闡釋勞工與公務人員的差別待遇。

在相關的解釋中，最有可能將影響大法官並改變結論的解釋，有釋字 485、549、664、699 號解釋。其中，釋字 485、549 號解釋在判斷上，因為加入經社文公約適當生活權利及工作條件權利，強化了保障人民適當生活及工作條件的意旨，而有可能突破立法形成自由的理由而對該案為違憲宣告。人身自由限制在歷來大法官解釋上均較為嚴格，須嚴格遵守憲法第 8 條及正當法律程序（釋字 384、708）。釋字 664 以人格權保障以及憲法第 156 條國家對兒童及少年之身心健康及人格健全成長有特別保護義務出發，認為立法者須衡酌社經發展及資源分配，妥善規劃兒童及少年保護制度之具體內涵。若從加強兒少保障的觀點，引用經社文公約第 10 條，將會認同收容、感化教育係在保障兒少安全而非禁錮，則在人身自由的審查上，加入經社文公約或許將使審差標準稍微寬鬆，而不僅是將收容做為重度侵害人身自由的手段。在釋字第 699 號解釋中，台灣高等法院台南分院聲請解釋，認為道路交通管理處罰條例吊銷駕照規定，限制憲法第 15 條、經社文公約第 6 條所保障工作之權利，並強調在兩公約施行法通過後，兩公約內容即成為國內法一部，執法人員應直接適用。大法官最終並未提及經社文公約，對於限制工作權部分仍以憲法第 15 條宣示。經社文公約與憲法本文皆保障工作權，在特別強調工作權保障上，或許使大法官以原有的職業自由三階段審查檢視該案，而得出不同的結論。

然而，更多的解釋是即令加入經社文公約的引用，也不太能期待改變結論。有是以原本結論及有偏向人民權利一方（如健康權中的釋字 701 號解釋），所以強調經社文公約並不會影響；或是大法官以法律保留原則、授權明確性原則審查的解釋（如勞工保障中的釋字 568 號解釋），因在釋字 443 號解釋的層級化法律保留原則操作上，綜肯認經濟社會文化權利的地位，仍是屬於人身自由以外的權利，並非須以法律訂定不可，所以結論上仍不會不同。

雖然從數量上觀察，能因經社文公約改變結論的解釋不多，但經社文公約是會影響解釋結論，仍得就個別解釋判斷。但可肯認的是，若引用經社文公約的權利，將強化大法官對受權利保障者一方有利的觀點，而有更多的解釋說理，將不僅是以立法形成自由的理由帶過。

從基本國策的司法運用界線，也可以看出加入經社文公約的可能作用。從兩個引用基本國策條文的作用上觀察，大法官引用基本國策的作用，在解釋中較難取得關鍵影響地位。以勞工類別中釋字 609、683 號解釋為例，縱然以憲法第 153 條最為勞工保險條例的立法目的，大法官仍以尊重立法形成自由為由，或者以法律保留原則審查，主要原因或仍在於，學說及大法官對於基本國策章節在憲法解釋的態度上，仍有考量資源分配，以及立法者在此較司法機關具民主正當性的關係³⁹，若能使經濟社會文化權利取得憲法基本權的地位，方有使大法官審查標準與態度趨向嚴格的可能。

肆、亞洲其他實踐的借鏡

前述的觀察上，大法官解釋結論，對經濟社會文化權利案件的傾向上，仍是屬於較為保留及尊重立法形成的態度，而未有承認經濟社會文化權利為基本權地位的實例。然而，在亞洲其他國家對經濟社會文化權利案件的實踐上，卻有不同於台灣的傾向，以下就菲律賓最高法院、印尼憲法法院、印度最高法院與經濟社會文化權利相關的判決觀察。

一、經社文權利的司法審查

(一) 菲律賓最高法院：世代正義與平衡、健全的生態權利

1993 年 6 月，菲律賓最高法院作成的 *Oposa et al v. Fulgencio S Factoran et al* 一案，提及了現代人民以及未來世代人民的權利主張。⁴⁰

³⁹ 大法官解釋上可參照釋字第 485 號解釋理由書(節錄)：「……憲法係以促進民生福祉為一項基本原則，此觀憲法前言、第一條、基本國策章及憲法增修條文第十條之規定自明。本此原則國家應提供各種給付，以保障人民得維持合乎人性尊嚴之基本生活需求，扶助並照顧經濟上弱勢之人民，推行社會安全等民生福利措施。前述措施既涉及國家資源之分配，立法機關就各種社會給付之優先順序、規範目的、受益人範圍、給付方式及額度等項之有關規定，自享有充分之形成自由，斟酌對人民保護照顧之需求及國家財政等社會政策考量，制定法律，將福利資源為限定性之分配。……」

⁴⁰ 判決引自 Wen-Chen Chang, Li-Ann Thio, Kevin YL Tan and Jiunn-Rong Yeh, *Supra*, at 964-68.

本案上訴人 Juan Antonio Oposa 等人為菲律賓的孩童，針對菲律賓環境資源部 (Department of Environment and Natural Resources) 所發布的多個伐木許可協定 (Timber licence agreements, TLAs)，除了為了他們自己之外，並代表菲律賓尚未出生的未來世代人民，請求撤銷所有伐木協定。Juan Antonio Oposa 等人宣稱伐木協定將造成比菲律賓過往更加快速的森林砍伐，侵害了菲律賓憲法第三章第 16 條所保障的「平衡、健全的生態權利」(The right to a balanced and healthful ecology)。

菲律賓最高法院認為上訴人主張的平衡健全的生態權利，包含了「世代責任」及「世代正義」兩個概念，若環境資源部允許持續的伐木，伐木造成的環境損害，以及雨林資源的缺乏，都會是對 Juan Antonio Oposa 等人以及未來世代人民的損害與利益侵吞。

法院認為，菲律賓環境資源部拒絕撤銷伐木協定的行為，與菲律賓的環境政策背道而馳，與憲法第十二章中關於經濟政策方針的規定完全對立，更甚者最高法院更將法源層次上升至自然法的地位，宣示菲律賓環境資源部的決定，侵害了上訴人自我保護以及永續生存的權利。法院基於上述理由，肯認了 Juan Antonio Oposa 等人代表未來世代人民起訴的當事人適格。

本案法院對於「世代正義」及「平衡、健全的生態權利」的憲法上依據，特別的是不從憲法中的權利清單中找尋連結，而從國家政策方針條款中導出，法院認為，這並不表示「世代正義」及「平衡、健全的生態權利」相較於權利清單中的政治權利位階低下，因為「世代正義」及「平衡、健全的生態權利」的意義，早先於所有憲法及政府誕生前就已存在。

(二) 印度最高法院：強制驅離與正當程序保障

印度最高法院 1985 年的 *Olga Tellis & Ors v Bombay Municipal Council* 一案，是關於孟買市議會當局決定，驅逐所有人行道、貧民窟中印度人民離開孟買市，上訴人認為孟買市當局此舉侵害了他們的生命權，並且認為人民在孟買市能有個安身立命之地，若當局堅持驅逐的決定，至少應提供足供生存的安置措施。⁴¹

最高法院首先描述了在孟買市中，有數十萬人的情況與上訴人相同，多數人居住在孟買市的人行道、貧民窟中，洗澡、煮飯等，生活在充滿汙穢的地方中，但不論如何，此地仍是他們生存之地。

⁴¹ 判決引自 Wen-Chen Chang, Li-Ann Thio, Kevin YL Tan and Jiunn-Rong Yeh, *Supra*, at 985-89.

法院審酌了上訴人的主張，依據憲法第 21 條，任何人皆不能在無正當法律程序下被剝奪生命，而生命權的內涵即包含了人民生計、生存權的保障，若剝奪了生計與生存，人民的生命將毫無意義。法院亦從憲法中國家政策方針條款 39、41 條規定中，強調國家應保障人民生計、給予失業人民有效救助，雖然在憲法第 37 條亦已闡明，這些保障人民的國家政策，不應由任何一個法院來強加執行，但法院認為，這些原則方針，應被認為與人民基本權利同等基本、重要。

法院最終的總結認為，孟買市當局應給予這些人民替代的場所、地點供人民安置，而已居住於貧民區 20 年左右之久的人民，除非孟買市當局是為公共利益，否則不能剝奪他們賴以維生的土地。

二、經社文公約的司法引用：印尼憲法法院有關水權與經社文公約一般性意見

2004 年印尼的水資源法 (Water Resources Law) 將關於水事業的經營，允許並委託權利與私人公司管理，然而許多 NGO 團體及人民欲挑戰水資源法的合憲性，主張的原因在於水資源管理走向營利、商業導向時，將威脅人民使用水的權利。

印尼的憲法法院在 *Judicial Review of the Law of the Republic of Indonesia Number 7 Year 2004 regarding Water Resources* 一案中的判決中⁴²，強調水資源的重要性，深刻影響了人民日常生活的各種所需條件，依水資源法，國家有義務保障人民皆有權取得每日最低生活所需的水源，以保其健康及衛生的生活。因此水資源的事件應是與公共領域相關，則國家有權掌控水資源的開發，但考量到人民對水資源使用權利的面相，水資源的事業應當需要透明且民主的管理機制。法院在「水權」的依據上，除了從印尼憲法第 33 條 3 項，關於土地、水源等天然資源應由國家管控並為人民最大的利益使用的規定外，並引用經社文公約第 12 條及 2002 年第 15 號一般性意見，說明「水權」是不可缺少的人權。而特別的是，印尼直到 2006 年才簽署公政公約及經社文公約，故法院在引用憲法、公約上也並不侷限於條文本身，而更從一般性意見中找尋水權的依據。

三、分析與啓示

上述法院在面對經濟社會權利的問題上，我們可觀察出，法院處理該案件及審酌上訴人的主張上，皆強調了經濟社會文化權利的重要性。法院面對的問題，以印度最

⁴² 判決引自 Wen-Chen Chang, Li-Ann Thio, Kevin YL Tan and Jiunn-Rong Yeh, *Supra*, at 978-83.

高法院為例，印度人民居住在貧民窟的人數上，至少 9000 萬人，特別在孟買人口中有超過一半的人居住在貧民窟，對人民來說貧民窟已是安身立命之地，人民居住權以及生計、生存的保障，對印度而言是最切身、急迫、也最根本重要的問題。

而在引用憲法及承認基本權利上，並不僅以憲法權利清單為主，而是從國家政策方針條款中找尋依據，其中特別是菲律賓最高法院在引用的態度上，並不認為國家政策方針條款中人民經濟社會權利，在位階上即比權利清單中的政治權利來的低下，而更勇於引用並承認經濟社會權利。

再者，以印尼法院的例子而言，在尋找水權的憲法依據上，除了以經社文公約第 12 條作連結外，更從聯合國經濟社會文化權利委員會，所做出的更具體的一般性意見中，明確找出水權的保障是不可或缺的。而更重要的是法院在印尼尚未簽署經社文公約前，就在本案中引用經社文公約及一般性意見，不因為經社文公約尚非法源，而拒絕了承認經濟社會權利的可能。

亞洲部份法院這些實踐對台灣的司法違憲審查或許有以下啟示。首先，亞洲各國的實踐，因國內主要問題與經濟社會文化權利密切相關，在尋求經濟社會文化權利在憲法上的依據上，並不僅以憲法權利清單為主，更甚者，也不僅以經社文公約本文為主，此亦表示了不論各國憲法權利清單或經社文公約本身，皆有不足以對應現代社會的情況，從而尋求其他正當性依據變成了不可免的任務。

依此觀察，不論憲法本文中的權利清單，或是國家政策方針條款，皆是職司憲法解釋的大法官可用的框架，除了考慮到權力分立下行政、立法機關的職權與資源分配、民主正當性的考量外，大法官更應用自身職權去詮釋、尋求正當性的依據，以豐富憲法本身的內涵。

如菲律賓最高法院與釋字 717 號解釋的意旨觀察，兩者皆提及了世代正義的重要性，宣示國家政策不僅須處理眼下的問題，施政上更要考量永續發展及另一世代人民的影響。世代正義在憲法本文及經社文公約並無提及，大法官對於憲法未提及的世代正義，也在本解釋中作為對國家財政困境的回應，菲律賓最高法院也從「平衡、健全的生態權利」衍伸世代正義的內涵，回應了對未來世代的菲律賓人民。從而在其他案件上，大法官更應勇於詮釋、引用內國法體系上可用的法源，以在不斷變遷的現代社會上，與人民切身相關的經濟社會文化權利案件對話、回應。

伍、從制約到對話

司法審查中引用經社文公約，面臨了上述資源配置的民主正當性制約，以及引用當前憲法的規範制約。這兩項制約都有解套的空間，而且從實踐上來看，社會脈絡的需求，往往是突破此等制約的重要缺口，也是釋憲機關可以發揮保障人權憲法精神的基礎。從部份亞洲國家的實踐，更可以看出這個現象。

然而，此等制約也並非毫無基礎，至少就釋憲機關或個別大法官之間的理解而言，對於此等制約的突破可能性，容有相當的落差。在現實的條件下，這種內涵的落差，必須面對。事實上，釋憲機關引用經社文公約呈現非常多元的類型與動態。不論引用的場域與脈絡，可以看出大法官引用經社文公約與否，並不必然導引出一樣或不一樣的結果。引用經社文公約可以達到權利承認的效果，也可以達到權利不承認的效果。甚至於，引用經社文公約也可能只是達到非權利的論證的其他效果。在許多場合，經社文公約的引用，或許只是達到文本的修飾效果。某些情形反應司法解釋理由書的格調，或者是大法官個人的知識與品味。

一、權利的承認與翻轉

雖然大法官引用經社文公約，從新制度論的角度觀察法院運作，呈現多元動態的面貌，但由釋憲機關引用經社文公約，最核心目的仍應被定位為人民權利的承認與實踐。羅昌發大法官及陳新民大法官於釋字第 701 號解釋引用經社文公約第 12 條的健康權，即是希望呼籲承認健康權的憲法地位，而使人民得以健康權請求國家制定健康照護體制，並得接近利用，使國家基於保障基本權的義務為社會福利給付。對於少之又少的經濟社會文化權利條文，承認經社文公約的權利將可使人民請求國家給付的機會增加，並獲得憲法保障的地位，避開現今兩公約位階效力的論爭，使得經社文公約權利實現更為可能。這是一種透過憲法承認經社文公約所內含權利的作法。

雖然部分大法官於意見書上引用經社文公約，呼籲承認新興基本權即要求國家建立相關制度，然而唯一引用經社文公約於解釋理由書中的釋字第 709 號解釋，大法官卻是引用經社文公約，為受審查的都市更新條例的立法目的做闡釋，而並非對條例限制人民的基本權做出承認或充實基本權內容。此舉反而強化都市更新條例在立法目的上的公益性與正當性，對於聲請釋憲的人民而言反而不利。

二、權利承認以外的司法對話

大法官在經社文公約上唯一明白引用適足居住權的釋字第 709 號解釋上，卻引用

來闡釋審查標的的立法目的。縱使於釋字 709 號的背景適時受社會高度關注下，大法官對引用、承認、闡釋基本權的態度上，仍不願作為保障人權的領航者。然而，更多情形是大法官完全不回應釋憲聲請有關適用經社文公約權利的呼聲。臺灣板橋地方法院 100 年度家抗字第 51 號裁定中，聲請人雖未明確指出條文，但有主張兩岸關係條例限制收養大陸地區子女的規定抵觸「國際人權兩公約保障兒童精神」，然法院以顧及台灣國家安全問題為由，逕認為系爭規定並未違背兩公約之意旨。聲請人之後於釋憲聲請書明白提及經社文公約第 10 條保障兒童之意旨。大法官於釋字第 712 號宣示收養子女之自由亦為憲法第 22 條保障，兩岸關係條例中，限制台灣地區人民收養其配偶之大陸地區子女，大法官認已逾越比例原則侵害收養自由。但是，大法官並沒有提及經社文公約。

大法官釋憲面對的，除了憲法上基本原則以及對於其他機關互動的權力分立問題外，如何回應聲請人，甚至社會上所有的人民，是很重要的一個課題。聲請人聲請釋憲，無非是希望透過解釋憲法，闡釋原因案件適用的法律過度侵害基本權，在宣告法律違憲後，而在個案上有重獲救濟的可能，故基本權受侵害即是最大前提，在兩公約納入內國法體系後，人權清單的數量增多，也意味者以權利侵害做為救濟管道的機會增多，人民莫不期待在多個人權的依據及強化下，大法官能勇敢作為。⁴³

這顯示出了兩公約內人權清單的出現，對人民來說，是可促使大法官更勇於適用，並藉此強化人權保障的作用。以積極對話來觀察大法官面對經社文公約的態度，除了反應了前述司法引用經社文公約的兩大制約外，更迎合了憲政發展上的兩大課題。一個是基本權利在市民憲政主義下的對話性，⁴⁴ 另一個是全球憲政主義當中司法全球網絡的形成。⁴⁵

就市民憲政主義而言，民主轉型後即便市民社會對法院逐漸發展信任，但仍保持警覺的態度，並對法院的判決有所回應。一方面，市民社會仍會不斷透過議題，將基

⁴³ 若以公政公約與廢除死刑舉例，過去大法官在釋字 476 號解釋對於毒品危害防制條例中唯一死刑的規定，宣告違反比例原則而違憲，但並未指明死刑本身是否違憲。之後就死刑違憲議題聲請釋憲者不在少數，但大法官仍以多次的不受理決議回應，而論者批評不受理決議的理由，多以「僅係以個人見解為空泛之指摘」，「並未具體指摘系爭規定客觀上如何抵觸憲法」等千篇一律的理由回應。大法官仍不願意面對憲法第 15 條及公政公約第 6 條保障生命權的規定，接受檢驗。

⁴⁴ Jiunn-rong Yeh, *Marching towards Civil Constitutionalism*, 45 *Hong Kong Law Journal*, 315-29 (2015).

⁴⁵ Ann-Marie Slaughter, *A New World Order* (2004).

本權利主張送進法院進行違憲審查，以保障人權或維持憲政運作，鞏固憲法的原則與價值；另一方面，法院在以判決形塑憲政秩序時，並不會單向從規範邏輯做出判決，而是謹慎關注民意與社會議題，將市民社會的意見納入考量，形成對話效果。⁴⁶

就全球司法網絡而言，法院判決的相互影響援引，在全球憲政主義的發展脈絡下，已經是常態。尤其是經社文公約，其成立與發展，都是建立在超越國家主權的考量，每一個主權國家得司法違憲審查機關，也是在這樣一個全球司法對話的架構中進行。因此，一國法院的對經社文公約的承認，往往影響其他國家人民的主張，也帶動各國憲法法院相互的參酌考量。前述提醒有關亞洲其他國家得作法，也是在這個基礎上的思考。⁴⁷

經社文公約對釋憲機關而言，並非只是引用與否的問題。釋憲機關必須將經社文公約當呈法院社會對話的重要網絡。這從經社文公約的濃厚社會脈絡意涵以及高度的全球連帶性，更可看出司法對話的重要意義。個別大法官在意見書中論及經社文公約的權利，對具體個案固然沒有直接的影響，性質上很像是個別大法官學術主張或格調呈現。但這些意見書的作用，卻逐漸帶動當前憲法法院藉由經社文公約內涵權利的社會脈絡，促成法院與社會的積極對話。不論是在何等的引用脈絡，也不論是基於何等的引用結果，法院對人民有關經社文公約適用的主張能積極回應，即是實現法院在當代市民憲政主義與全球司法網絡下的對話效果。個別大法官在意見書中呈現經社文公約的論述與理解，也有進行司法對話的效果，雖然由法院在解釋文或理由書中論證，司法對話的效果更佳。

陸、結論

本文提出釋憲機關面對經社文公約引用所面臨的雙重制約，分別是司法審查的民主正當性問題，尤其表現在釋憲機關審查具有資源配置意涵的經社文權利時，承受了比一般公民政治權利更高的民主正當性制約，以及司法審查所適用的「法」除了憲法條文以及憲法內含精神原則與總體秩序以外，是否以及如何適用國際人權公約。本文透過實證檢視大法官對經社文公約的適用情形，分析當前釋憲機關的司法實踐，呈現

⁴⁶ Jiunn-rong Yeh, *Marching towards Civil Constitutionalism*, 45 *Hong Kong Law Journal*, 315-29 (2015).

⁴⁷ Wen-Chen Chang & Jiunn-rong Yeh, *Internationalization of Constitutional Law*, in *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Michel Rosenfeld & András Sajó eds.), New York: Oxford University Press, pp.1165-1184 (2012).

多元且動態的運用型態。大法官引用經社文公約與否，並不必然導引起不同的結果。引用經社文公約可以達到權利承認的效果，也可以達到權利不承認的效果。甚至於，引用經社文公約也可能只是達到非權利的論證的其他效果。在許多場合，經社文公約的引用，或許只是達到文本的修飾效果。反應司法解釋理由書的格調，或者是大法官個人的知識或品味。

然而，本文論結釋憲機關引用經社文公約仍應以權利的承認與實踐為核心，但面對雙重制約，大法官反應積極扮演對話功能。尤其當當事人已經就此有所主張，大法官更應積極回應。透過亞洲相關國家司法審查的比對，更可看出釋憲機關面對雙重制約可以採取的對話式因應方向。

以積極對話來觀察大法官面對經社文公約的態度，除了反應了前述司法引用經社文公約的兩大制約外，更迎合了憲政發展上的兩大課題。一個是基本權利在市民憲政主義下的對話性，另一個是全球憲政主義當中司法全球網絡的形成。經社文公約對釋憲機關而言，並非只是引用與否的問題。釋憲機關必須將經社文公約當呈法院社會對話的重要網絡。當前憲法法院藉由經社文公約內涵權利的社會脈絡，促成法院與社會的積極對話，更是對話式的司法審查 (dialectic judicial review) 在跨國憲政主義下的延伸運用。

