

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

/ 張文貞*

本文首次發表於《台灣法學會2009年學術研討會》，台灣法學會主辦，12月19日，台北。

壹、前言
貳、兩公約與強行國際法
參、兩公約與習慣國際法
肆、兩公約與跨國憲政主義的發展
伍、兩公約的適用及解釋——人權的司法審查
陸、結語——寄期待於人權公益訴訟

壹、前言

公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約（以下簡稱兩公約）在今（2009）年3月底經立法院批准，立法院也同時通過兩公約施行法，此一施行法在12月10日正式實施。台灣在人權保障的歷程上，也正式進入一個新的里程碑。值得進一步思考的是，在兩公約經過批准、施行法正式生效之後，兩公約所保障的權利在台灣的法律體系下究竟具有如何的規範效力與位階？

兩公約施行法第2條規定：「兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力。」明白揭示兩公約在正式施行後的國內法律位階。不過，作為國際人權法上唯一可以冠上「盟約」(covenant)名稱¹、針對最根本而重要的人權予以規範的兩公約，在我國國內法上是否果真僅具有國內法律位階的效力而已？兩公約的法律位階，是否須受「後法優於前法」、「特別法優於普通法」原則之適用？倘若立法者將來制定與兩公約所保障人權相牴觸之法律，其效力為何？更重要的是，兩公約所保障的部分人權規定與我國憲法所保障的人權清單幾乎二致，但在清單內容上卻更加完整與詳細，兩公約的人權規定是否可能具備憲法或至少高於法律的效力？司法院大法官或各級法院在解釋我國憲法所定人民權利時，是否可以、又否應該適用兩公約關於人權保障之規定？這些問題，均涉及兩公約在國際人權法及憲法的規範脈絡下的地位，必須先予以釐清。

* 國立台灣大學法律學院副教授。作者感謝研究助理台大法研所公法組研究生李韶曼及駱怡辰二位同學對在研究資料蒐集上的幫忙。本文為行政院國家科學委員會補助研究計畫(96-2414-H-002-030-MY3)及國立台灣大學優勢重點領域拔尖計畫(97R0064-12)的部分研究成果，併此申明。

¹ 全世界所有公約當中，僅有兩大公約冠上「盟約」(covenant)名稱，足見其規範上的重要地位。參見Steiner et al., *International Human Rights in Context: Law, Politics & Morals* 137-38 (3rd ed. 2008).

貳、兩公約與強行國際法

依維也納條約法公約第 53 條規定，即使是各國合意所締結之條約或公約，亦不得抵觸強行法(jus cogens)，或稱「絕對法」。² 強行國際法或絕對法係指國際法社群必須接受、沒有任何例外的共通規範。這些規範雖可隨著時間演進，但僅能以同樣具有強行國際法或絕對法性質之規範來予以取代。同時，各國對於強行國際法或絕對法當然有義務(obligations erga omnes)必須予以遵行。³

強行國際法在國際法上既然享有如此絕對的規範地位，這些規範在內國法律秩序下，當然不能僅與各國合意締結的條約或公約作等同的看待。作為主權者的所有國家(sovereigns)均有義務於國際法上遵行強行法，此一絕對性的義務同時應指向其於主權秩序下所建立的內國法秩序。這不論是從規範的客觀存在或從主權者(sovereigns)意志一致性的觀點來看，都是當然且自明之理。因此，國家的法律，亦不應抵觸強行國際法或絕對法。⁴ 這也使強行國際法或絕對法在內國法律體系的規範位階，在成文憲法國家，應等同於憲法，而其內容亦應構成憲法制定及修改的界限；在不成文憲法國家，則應具有高於一般法律的效力。⁵

強行國際法或絕對法在內國規範秩序下既有等同於憲法或至少高於法律的規範位階，其具體內容的確定、形成及發展，對內國規範秩序就有極高的重要性。不過，國際法社群對強行國際法或絕對法的內容及範圍，並非完全沒有歧見，也會隨著時間演進及國際法規範變遷而改變。不過，各方共識的核心內容包括禁止奴隸販賣(slave trade)、海上強盜(piracy)、種族滅絕犯行(genocide)。多數亦認為應包括禁止發動侵略性的戰爭(aggressive wars)、以及國際法上所禁止的刑事犯行如違反人道罪行(crimes against humanity)及戰爭罪行(war crimes)。而有愈來愈多的學者認為國家對人權的尊重(observance of human rights)、國家平等原則(equality of states)、以及人民自決原則(principle of self-determination)等，均為當代絕對法的內容。⁶ 甚至有不少國際人權法學者主張當代國際人權法的內容均應構成國家的普遍性義務、而成為強行國際法或絕對法的內容。⁷ 而正是在此一意義的理解下，國際人權法不但在國際法上構成國家主

² Steiner, *id.* at 132-145 (1996); 中文討論參見姜皇池，〈國際公法導論〉，頁91-106 (2006)。

³ "Rules of jus cogens are norms accepted and recognized by the international community of states as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character." OPPENHEIM'S INTERNATIONAL LAW 4 (Robert Jennings & Arthur Watts, eds., Vol. 1, 9th ed, 1992).

⁴ See e.g. IAN D. SEIDERMAN, HIERARCHY IN INTERNATIONAL LAW: THE HUMAN RIGHTS DIMENSION 123-45, 284-89 (2001); Curtis A. Bradley, *The Juvenile Death Penalty and International Law*, 52 Duke L. J. 485, 536 (2002).

⁵ Seiderman, *id.* at 123-45. 當然，在法理上，還可以繼續深入探究強行國際法或絕對法是否享有「高於」憲法的效力。不過，本文不擬作這部分的深入探討，一方面因為當代自由民主國家的憲政秩序鮮有抵觸強行國際法或絕對法之可能；另一方面本文從主權國家之實證法觀點，論證強行國際法或絕對法在內國法律秩序下等同於憲法或至少高於法律的地位，即已容許各國主權法律秩序下的規範不應抵觸強行國際法及絕對法。

⁶ Jennings & Watts, *supra* note 3; Seidman, *supra* note 4; Bradley, *supra* note 4.

⁷ "The entire *corpus* of human rights law as *jus cogens* binds all states and gives rights to "*obligation erga omnes*" that demand state protection. Seidman, *id.*

權意志決定的界限，也成為內國最高規範秩序——憲法的內容，構成國家機關行使權力的界限，而有國際人權法與憲法的匯流。⁸

以前述強行國際法的核心及多數共識的內容來看，兩大公約均規定之第 1 條民族自決、公民與政治權利國際公約第 2 條要求國家平等尊重人權、第 8 條禁止奴隸販賣、經濟社會文化權利國際公約第 2 條第 2 項要求國家平等尊重人權等規定，均屬強行國際法之內容，在內國法律體系下應享有等同於憲法或至少高於法律的地位。此外，必須注意的是，公民與政治權利國際公約第 7 條禁止酷刑、殘忍或不人道的處罰、第 6 條第 5 項禁止對未成年人判處死刑、第 8 條第 2 項強迫勞動之禁止等規定，以及經濟社會文化權利國際公約第 10 條所禁止之童工，均有愈來愈多的法院判決認定及學者主張為屬強行國際法內容之一部。⁹

另外，值得注意的是公民與政治權利公約第 4 條第 2 項規定，即便在國家面臨緊急狀態亦不得扣減（減免）的權利(non-derogable rights)，包括第 6 條生命權、第 7 條禁止酷刑、殘忍或不人道之處罰、第 8 條第 1 項禁止奴隸及第 2 項禁止強迫勞動、第 11 條禁止因契約不履行而受監禁、第 15 條罪刑法定原則、第 16 條法律人格的承認、以及第 18 條思想自由、信仰及宗教自由的保障。¹⁰ 這些不管在平時或緊急狀態均不得予以限制的人權，是否亦應為強行國際法或絕對法的內容？負責此一公約執行及解釋之人權事務委員會，在 2001 年曾公布第 29 號一般評議(General Comment)，針對第 4 條規定作成長達八頁的解釋。¹¹ 委員會認為這些不得扣減的權利，雖然不能直接認為等同於強行國際法的內容，但確實與其有關；而且第 4 條將這些權利定位為是不得扣減的權利，也有助於這些權利被認定為是強行國際法或絕對法的內容，尤其是第 6 條關於生命權及死刑、第 7 條關於酷刑禁止的規定。¹² 雖然委員會的用語有些曖昧，但仍可看出委員會傾向將這些不得扣減的權利定位為絕對法之一部，尤其是關於生命權及酷刑禁

⁸ Seidman, id. See also Jiunn-Rong Yeh & Wen-Chen Chang, The Emergence of Transnational Constitutionalism: Its Features, Challenges and Solutions, 27 PENN STATE INT' L L. REV. 89, 94-5 (2008).

⁹ 關於禁止酷刑，參見 Jordan J. Paust, *Torture Justifiable? The Absolute Prohibition of Torture and Necessary and Appropriate Sanctions*, 43 VAL. U. L. REV. 1535 (2009)；廖福特，〈不受酷刑作為基本權——以國際標準建構我國憲法規範及內涵〉，論文發表於第七屆憲法解釋之理論與實務學術研討會，2009年12月12日。關於禁止對未成年人判處死刑，參見 Bradley, supra note 4; Roper v. Simmons, 543 U.S. 551 (2005)。關於強迫勞動之禁止，參見 JAMES ATLESON ET AL., INTERNATIONAL LABOR LAW: CASES AND MATERIALS ON WORKERS' RIGHTS IN THE GLOBAL ECONOMY 30 (2008); Iwanowa, 67 F. Supp. 2d at 442-43 (citing Jama v. INS, 22 F. Supp. 2d 353, 363 (D.N.J. 1998))。關於童工之禁止，參見 Philip Alston, *Core Labour Standards' and the Transformation of the International Labour Rights Regime*, 15 Eur. J. Int' L. 457, n20 (2004)。

¹⁰ 公民與政治權利國際公約第4條規定參照。

¹¹ 關於本件評議的內容，參見

[http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/71eba4be3974b4f7c1256ae200517361?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/71eba4be3974b4f7c1256ae200517361?Opendocument)

¹² "The enumeration of non-derogable provisions in article 4 is related to, but not identical with, the question whether certain human rights obligations bear the nature of peremptory norms of international law. The proclamation of certain provisions of the Covenant as being of a non-derogable nature, in article 4, paragraph 2, is to be seen partly as recognition of the peremptory nature of some fundamental rights ensured in treaty form in the Covenant (e.g., articles 6 and 7)." Para 11, General Comment 29, 31 August 2001.

止的規定。¹³

更重要的是，委員會甚至進一步闡述，認為公約第 4 條第 2 項所規定不得扣減的權利，不應對於強行國際法或絕對法的內容有所限制。亦即，即使是公約並未列舉之不得扣減的權利，如構成強行國際法或絕對法之內涵，公約締約國亦不得因其並未於第 4 條中列舉而於緊急狀態中予以限制，包括：違反國際人道法之劫持人質罪行、禁止集體懲罰 (collective punishments)、禁止人權之恣意侵害 (arbitrary deprivations of liberty)、禁止違反受公平審判權利保障之核心內容 (如無罪推定原則) (deviating from fundamental principles of fair trial)。¹⁴

綜合目前國際法社群對於強行國際法內涵的共識、以及人權事務委員會的觀點，強行國際法的內容至少應包括禁止發動侵略性的戰爭，禁止奴隸、海盜、種族滅絕犯行、及其他國際法上禁止之刑事犯行，國家尊重人權的義務，國家平等原則，人民自決原則，生命權保障，禁止酷刑、殘忍或不人道之處罰，禁止強迫勞動，禁止童工、禁止集體懲罰，禁止人權之恣意侵害或違反受公平審判權利保障之核心內容 (如罪刑法定原則及無罪推定原則)。對這些規範內容來說，因為絕對法的定位及性質，縱使兩公約施行法僅賦予國內法律之效力，都應在我國法律體系下被賦予等同於憲法之效力，任何法律均不得予以牴觸。¹⁵

參、兩公約與習慣國際法

兩大公約所保障權利的部分內容，可能構成強行國際法或絕對法，而在我國法律體系下應具有等同於憲法的規範位階，已如前述。除了強行國際法之外，兩大公約關於人權保障的規定，是否也可能構成習慣國際法 (customary international law)？而習慣國際法在內國法律體系下又應具有如何之地位？是否仍等同於法律？高於法律？抑或等同憲法？

習慣國際法是各國所共通接受具有規範效力的國際慣行 (general practice of states accepted as law)。不管是成文或不成文的規範或慣行，一旦經認定為是習慣國際法，不論國家是否同意，均應受其拘束。¹⁶ 今天我們所認知的習慣國際法，在十七、

¹³ 參見 Sarah Joseph et al., *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials and Commentary* 829-33 (2004).

¹⁴ "Furthermore, the category of peremptory norms extends beyond the list of non-derogable provisions as given in article 4, paragraph 2. States parties may in no circumstances invoke article 4 of the Covenant as justification for acting in violation of humanitarian law or peremptory norms of international law, for instance by taking hostages, by imposing collective punishments, through arbitrary deprivations of liberty or by deviating from fundamental principles of fair trial, including the presumption of innocence." Para 11, General Comment 29, 31 August 2001.

¹⁵ 當然，倘若支持前述 Seidman 的見解，認為當今國際人權法的內容，尤其是兩公約的內容，均應構成強行國際法或絕對法之一部者，則兩公約關於人權保障之規定，在我國法律體系下，應認為其位階等同於憲法，自不待言。

¹⁶ Steiner, *supra* note 1, at 132-145 (1996); 中文討論參見姜皇池，〈國際公法導論〉，頁 91-106 (2006)。

十八世紀時又稱為萬國法(the law of nations)。¹⁷ 不論是習慣國際法、或國際法上一般原理原則，均與經各國合意締結的條約或公約相同，都是國際法上的法源。¹⁸

習慣國際法對內國法律體系的適用及其效力，在普通法國家與成文法國家並不相同。普通法國家傾向將習慣國際法視為普通法傳統之一部(part of common law tradition)，而於內國直接適用，作為法律的補充規範。美國聯邦最高法院在 1900 年的 *The Paquete Habana* 一案就曾經明白表示，經由各文明國家所承認的國際慣行是美國聯邦普通法的一部分，在欠缺條約的明文規定、也沒有立法、行政或司法判例時，法院可以直接適用習慣國際法作為普通法的內容。¹⁹ 這使得習慣國際法可於美國直接適用，而不必像條約或公約反而須經由國內法律予以轉化。²⁰ 不過，法院基本上仍將習慣國際法定位為普通法規範的補充，在規範位階上將其定位為低於或等同於法律；在規範位階等同於法律之情形，仍有後法優於前法、特別法優於普通法等一般法律適用之原則。英國也是如此，在 *Chung Chi Cheung v. The King* 一案，法院同樣承認習慣國際法可於普通法院直接適用，作為規範補充，與議會主權至上的原則完全沒有衝突。²¹ 習慣國際法在成文法國家的內國適用及效力，視各國具體規定而有所不同，但其位階通常低於或等同於法律，絕少高於法律。²²

不過，前述對習慣國際法的內國適用及效力是一般性地針對所有習慣國際法，並非特別針對人權。有關人權保障的條約或公約（如兩公約）、甚至是不具條約地位的宣言（如兩公約之重要前身—世界人權宣言²³），是否可能被認為具習慣國際法之規範地位，而拘束所有國家？一旦這些人權保障之公約或宣言具有習慣國際法之地位，其在內

¹⁷ 例如美國聯邦政府在制憲初期制定的「外國人侵權行為損害賠償請求法」(Alien Torts Claim Act)，就規定聯邦法院對外國人所提起因違反萬國法或美國政府所締結條約之侵權行為損害賠償請求訴訟享有管轄權(“The District Courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States.”)。28 U.S.C. § 1350. 美國聯邦最高法院曾在 *The Paquete Habana*, 175 U.S. 677 (1900) 及 *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692 (2004) 將萬國法定位為今日之習慣國際法，並承認習慣國際法可作基於普通法所為請求(common law claims)的基礎。

¹⁸ 國際法院規約第38條規定參照。

¹⁹ “The period of a hundred years... is amply sufficient to have enabled what originally may have rested in custom or comity, ... to grow, by the general assent of civilized nations, into a settled rule of international law... International law is part of our law, and must be ascertained and administered by the courts of justice of appropriate jurisdictions... For this purpose, where there is no treaty and no controlling executive or legislative act or judicial decisions, resort must be had to the customs and usages of civilized nations.” 175 U.S. 677 (1900).

²⁰ 關於條約或公約如何於內國法律體系生效的問題，涉及一元論與二元論的分析，以及條約或公約是否為自動履行，相關討論參見張文貞，〈憲法與國際人權法的匯流—兼論我國大法官解釋之實踐〉，收於廖福特主編：《憲法解釋之理論與實務》第6輯，台北：中研院/元照出版，頁223-272（2009）。

²¹ [1939] AC 160. See also Murray Hunt, *Using Human Rights Law in English Courts* 11-13 (1997).

²² 張文貞，前揭（註20）文。

²³ 世界人權宣言(Universal Declaration of Human Rights, UDHR)由聯合國大會於1948年12月10日決議通過。根據聯合國憲章第25條規定，聯合國安全理事會的決議對所有會員國均有拘束力，但關於聯合國大會所作決議的效力，憲章卻沒有任何的規定。因此，一般認為聯合國大會所作決議並不具法律上的拘束力。雖然如此，在1976年兩公約正式生效之前，世界人權宣言仍是全球所有國家最重要的國際人權規範。相關討論參見，Steiner, *supra* note1, at 136-148 (1996).

國的適用及其規範位階又是如何？是否仍低於或等同於法律？

在今天，多數國際人權法學者都會同意，包括世界人權宣言及兩公約在內的國際人權法應具有習慣國際法的地位。²⁴ 兩公約的前身—世界人權宣言，在 1948 年由聯合國大會決議通過，雖然一開始並不具法律拘束力，許多國家的政治部門也多將其定位為是道德宣示。²⁵ 不過，時至今日，世界人權宣言中的人權保障規定幾乎完全戰後所有國家的憲法規定所接受；不管是聯合國大會或各個理事會在作成相關決議時經常引用世界人權宣言；國際法院(International Court of Justice, ICJ)、區域法院如歐洲人權法院或美洲人權法院、或各國法院也經常直接適用或間接引用世界人權宣言相關人權保障的規定。²⁶ 這些全球、區域及各國的國家或司法實踐，在在使得世界人權宣言已經符合習慣國際法的要件—各國所共通接受具有規範效力的國際慣行。即便是美國，儘管聯邦政府部門迄今尚未正式承認世界人權宣言的習慣國際法地位，但包括聯邦最高法院在內的聯邦法院體系透過司法判決予以承認的具體實踐，早從 1950、60 年代開始即時有所聞，並非只是零星案例。²⁷

兩公約的人權清單，除了財產權外²⁸，與世界人權宣言的規定幾無二致，許多是各個權利內涵的進一步具體化。公民與政治權利國際公約目前有 165 個締約國，²⁹ 經濟社會與文化權利國際公約目前有 160 個締約國。³⁰ 倘若世界人權宣言已具備習慣國際法之地位，兩公約所保障的人權內容，又何嘗不應該作相同定位？國際法院、區域法院或各國法院在提及世界人權宣言的相關權利時，往往與兩公約所保障的權利一併提及，即為最佳例證。³¹ 即便連美國政府在國際法院前都曾主張：「在今天，所有國家均必須遵守與保障的人權可由聯合國憲章、世界人權宣言、以及公民與政治權利國際公約的相關條文來予以佐證。」³²

²⁴ Steiner, *supra* note 1, at 136-148 (1996). See also LOUIS HENKIN, *THE AGE OF RIGHTS* 19 (1990); and Hurst Hannum, *The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law*, 25 GA. J. INT'L & COMP. L. 287, 319 (1996); and Edward D. Re, *The Universal Declaration of Human Rights: Effective Remedies and the Domestic Courts*, 33 CAL. W. INT'L L.J. 137, 160-62 (2003).

²⁵ Steiner, *id* at 139-43.

²⁶ Steiner, *id* at 136-27.

²⁷ Henkin, *supra* note 23; Hannum, *supra* note 23; Re, *supra* note 23.

²⁸ 財產權保障是世界人權宣言保障權利中唯一沒有納入兩公約的權利。相關討論參見 Steiner, *id* at 153.

²⁹ 其中有 7 個國家尚未批准，分別是：中華人民共和國、葛摩聯盟、古巴、幾內亞比索、諾魯、巴基斯坦、聖多美普林西比。締約國相關資訊，參見

http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en

³⁰ 締約國相關資訊，參見

http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&lang=en

³¹ Steiner, *supra* note 1, at 139.

³² "The existence of such fundamental rights for all human beings, nationals and aliens alike, and the existence of a corresponding duty on the part of every State to respect and observe them, are now reflected, inter alia, in the Charter of the United Nations, the Universal Declaration of Human Rights and corresponding portions of the International Covenant on Civil and Political Rights" *U.S. v. Iran*, 1980 I.C.J. 3, at 71.

更重要的是，公民與政治權利國際公約的人權事務委員會在 1997 年曾作成第 26 號一般評議(General Comment)，論及兩公約的規範地位。³³ 該件評議涉及前南斯拉夫共和國裂解之後，公約是否仍繼續適用於分裂各國的問題。也是因為這件評議才使各國真正注意到，不同於一般的條約或公約，兩公約僅有簽署、批准、加入及交存的規定，而並未設有任何撤回或退出的規定。³⁴

人權事務委員會認為：兩公約從世界人權宣言而來，是該宣言的規範化，也經常被引述為是國際人權章典(International Bill of Rights)。從人權保障長期的規範實踐來看，一旦人民享有人權保障，即不再允許人權保障的中斷；也正是基於此一人權保障的特殊性，兩公約因此並未設有撤回或退出的規定。因此，不管政府輪替或國家繼承，均不影響兩公約對該土地上之人民的繼續適用，俾確保人權。³⁵ 委員會這件評議使得前南斯拉夫分裂後的各國，不論是否願意加入公民與政治權利國際公約，均須受其拘束。雖然委員會並未明白將兩公約定位為習慣國際法，但其相關論理顯然基於兩公約及世界人權宣言作為習慣國際法之立場，此一立場亦逐漸為各方所接受。³⁶

縱使仍有部分國家或學者無法接受兩公約所保障之權利均具有習慣國際法之地位，兩公約所保障的部分權利內容，也已毫無疑問地取得習慣國際法之地位。以對此一立場可能持最保守的美國來說，其所承認的習慣國際法包括：禁止謀殺或導致任何人的失蹤(murder or causing the disappearance of individuals)、禁止恣意長期拘禁(prolonged arbitrary detentions)、禁止制度性種族歧視(systematic racial discrimination)、離國及返國權(right to leave and return to one's country)、不強迫難民返回原國(principle of non-refoulement for refugees)、以及對國際人權的嚴重違反(gross violations of internationally recognized human rights)。³⁷ 其中許多是公民與政治權利公約所保障權利的具體類型，而最後一款對國際人權的嚴重違反，當然亦應包括對經濟、社會與文化權利公約所保障權利在內。

具有習慣國際法地位的國際人權法，對內國法律體系的適用及效力位階又如何？如前所述，在具有普通法傳統的國家，習慣國際法可以在內國直接適用，但其位階通常低

³³ 關於本件評議的內容，參見

[http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/06b6d70077b4df2c8025655400387939?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/06b6d70077b4df2c8025655400387939?Opendocument)

³⁴ 公民與政治權利國際公約第48條、經濟、社會語文化權利國際公約第26條規定參照。

³⁵ "...Together with the simultaneously prepared and adopted International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, the Covenant codifies in treaty form the universal human rights enshrined in the Universal Declaration of Human Rights, the three instruments together often being referred to as the "International Bill of Human Rights."... The Human Rights Committee has consistently taken the view, as evidenced by its long-standing practice, that once the people are accorded the protection of the rights under the Covenant, such protection devolves with territory and continues to belong to them, notwithstanding change in government of the State party, including dismemberment in more than one State or State succession or any subsequent action of the State party designed to divest them of the rights guaranteed by the Covenant." Para 3 & 4, General Comment No. 26, 12 August 1997.

³⁶ Steiner, *supra* note1, at 888-89.

³⁷ §702, Restatement (Third) The Foreign Relations Law of the United States. *See also* Steiner, *id.* at 145-47.

於法律。不過，對具有習慣國際法地位的國際人權法，不論是英國或美國，近年有愈來愈多的法院判例或學說主張其位階至少應等同於法律，甚至高於法律。在等同於法律的情形下，所謂「後法優於前法」或「特別法優於普通法」必須是在立法者已明確表示要排除特定人權保障之習慣國際法時，才能有所適用。³⁸ 在成文法國家，如下文所述，有愈來愈多的國家在憲法條文中明文承認具備習慣國際法地位的國際人權法可直接於內國適用，其位階至少等同於法律，有些國家甚至高於法律。³⁹

縱合以上討論，本文認為兩公約所保障的人權規定，已具備習慣國際法之地位。雖然我國憲法並未明文規定習慣國際法的國內適用及其效力，但從憲法第 141 條之意旨⁴⁰，應可認為習慣國際法在我國內法律體系應可直接適用，無待我國正式批准兩公約或制定兩公約施行法。我國對兩公約的批准或兩公約施行法的正式實施，是對此一立場的再次確認。值得注意的是，兩公約既然具有習慣國際法之地位，其在我國內國法律體系之效力，至少應等同於法律。後法優於前法或特別法優於普通法等法律適用的原則，只有在立法者明確表達反對兩公約之特定權利保障內容而制定法律時，才有所適用。兩公約施行法中所謂「具有國內法律之效力」必須在此一理解下作適當之解釋。

肆、兩公約與跨國憲政主義的發展

從國際人權法的角度討論兩公約的內國適用及其規範位階，已如前述。不過，兩公約的在內國適用的相關問題，其實還可以從憲法——尤其是跨國憲政主義(transnational constitutionalism)的角度——來作理解及探討。⁴¹

跨國憲政主義中一個很重要的面向就是國際人權法的憲法化，其中最典型的例子就是歐洲人權公約。⁴² 歐洲人權公約的締約國對該公約的內國適用及其規範位階，基本上有三種類型：1)等同於憲法；2)高於一般法律但低於憲法；3)等同於法律。⁴³

賦予歐洲人權公約具有憲法位階的國家，最著名的例子就是奧地利。對奧地利來說，歐洲人權公約所保障之權利，具有憲法位階，法律或命令如與之牴觸，等於違憲。第二種類型——賦予歐洲人權公約高於法律、但低於憲法的規範位階——的例子是義大利及

³⁸ See e.g. Michelle M. Kundmueller, *The Application of Customary International Law in U.S. Courts: Custom, Convention, or Pseudo-Legislation?*, 28 J. LEGIS 359, 371-72 (2002); Hunt, *supra* note 21, at 28-41.

³⁹ 例如南非、匈牙利以及部分東歐新興民主國家。參見張文貞，前揭（註20）文，頁234-35。

⁴⁰ 憲法第141條規定：「中華民國之外交，應本獨立自主之精神，平等互惠之原則，敦睦邦交，尊重條約及聯合國憲章，以保護僑民權益，促進國際合作，提倡國際正義，確保世界和平。」

⁴¹ 參見張文貞，〈跨國憲政主義的合縱與連橫：歐洲人權法院與內國憲法法院關係初探〉，《月旦法學》，150期，頁57-70（2007）；Yeh & Chang, *supra* note 8.

⁴² 歐洲人權公約是歐洲理事會(Council of Europe)下之人權規範體系，其完整名稱應為「人權及基本自由保障公約」(Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms)。

⁴³ 參見張文貞，前揭（註41）文。See also Holly Dawn Jarmul, *The Effect of Decisions of Regional Human Rights Tribunals on National Courts*, 28 N. Y. U. J. INT' L L. & POL. 311, 328-62 (1995-96); George Slyz, *International Law in National Courts*, 28 N. Y. U. J. INT' L L. & POL. 65, at 86-87 (1995-96).

法國。在這些國家，公約所保障的權利雖未被賦予憲法位階，但由於其高於法律，因此不能以後來的立法來修改公約所保障之權利，有爭執時，則必須透過釋憲予以確定。第三種類型—僅賦予公約所保障權利一般性的法律位階，是最多國家所採行，典型的代表國家為德國。⁴⁴ 不過，倘若公約僅具有一般性法律位階的效力，且有後法優於前法之適用，可以想見公約對其內國人權保障的影響有限。因此，在這些國家，對公約所保障的人權規定，通常排除後法優於前法之適用，甚至透過解釋例外賦予特定權利高於法律的規範地位。⁴⁵ 事實上，絕大多數歐洲人權公約締約國的法院，往往藉由強調該國對於條約遵行的義務，而在實際上透過司法解釋賦予人權公約高於一般法律之地位。⁴⁶

值得注意的是，兩公約中的公民與政治權利國際公約的權利保障內容，與歐洲人權公約的保障內容幾無二致。歐洲人權公約對其會員國的規範效力，是否也會影響公民與政治權利國際公約在其內國之效力？這不但應該是肯定的答案，⁴⁷ 也使得人權事務委員會注意到人權公約相互間所可以發揮相輔相成之規範影響力。

除了前述人權公約的憲法化之外，各國近年積極透過修憲或制憲直接將國際人權公約—尤其是兩公約—所保障之權利予以憲法化的趨勢，同樣可以提升兩公約所保障權利的內國規範位階。⁴⁸ 具體表現方式還可以進一步區分為三種：一是將國際人權清單及內涵的直接憲法化；其次是將國際人權法及其主要原理原則予以包裹憲法化；最後則是透過立法方式，將國際人權法之內容予以準憲法化。其中特別值得一提的是包裹憲法化的幾種作法。一種可能性是直接憲法上明文賦予國際法一個整體的優先地位，匈牙利憲法第 7 條的規定即為適例。⁴⁹ 另外一種方式，也是東歐新興民主國家憲法最常採用的方式，就是在憲法中規定國際人權公約可直接於內國適用，且給予至少是高於法律但低於憲法的規範地位。捷克、斯洛伐克、羅馬尼亞、保加利亞、立陶宛、喬治亞、哈薩克等東歐國家都有相同或類似的規定。⁵⁰ 對採用前面這兩種方式的國家而言，兩公約所保障的權利在其內國法律體系內，即具備高於法律的優先地位。還有一種方式是在憲法上規定法院解釋人權時必須考量國際人權法的相關規定，南非憲法第 39 條就是一個典型

⁴⁴ 參見張文貞·前揭(註41)文。

⁴⁵ Slyz, *supra* note 44, at 86-87.

⁴⁶ 參見張文貞·前揭(註41)文。

⁴⁷ 例如英國的人權法將歐洲人權公約予以內國法化，授權法院審查國會立法是否與歐洲人權公約的內容相符；不過，公民與政治權利國際公約所保障的權利與歐洲人權公約幾乎相同，因此也引發學者重新審究公民與政治權利國際公約對英國的規範位階與影響。此一問題甚至在人權法尚未通過之前，即有學者予以注意。See e.g. THE INTERNATIONAL COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS AND UNITED KINGDOM LAW (David Harris & Sarah Joseph eds., 1995)

⁴⁸ 參見張文貞·前揭(註20)文。

⁴⁹ Art. 9(1): "The legal system of the Republic of Hungary accepts the generally recognized principles of international law, and shall harmonize the country's domestic law with the obligations assumed under international law." 詳細討論·參見張文貞·前揭(註20)文。

⁵⁰ V.S. Vereshchetin, *Some Reflections on the Relationship Between International Law and National Law in the Light of New Constitutions*, in CONSTITUTIONAL REFORM AND INTERNATIONAL LAW IN CENTRAL AND EASTERN EUROPE 5-13 (Rein Müllerson, Malgosia Fitzmaurice & Mads Andenas eds., 1998). 詳細討論·參見張文貞·前揭(註20)文。

的規定。⁵¹ 俄羅斯憲法第 15 條也有類似之規定。⁵² 在此種規定之下，兩公約所保障的權利，雖然並未被賦予等同於法律的位階，但仍要求法院在作相關解釋時必須將之納入，倘若有任何規範衝突，則交由法院裁量。⁵³

從跨國憲政主義的發展我們可以看到，兩公約在跨國或各國的憲法脈絡下，不但愈趨重要，其在內國法律體系下的規範位階亦有明顯提高的現象，許多國家—尤其是新興民主國家—均在憲法上明文賦予高於法律的優先地位。我國歷次修憲均未針對人權相關規定作修改，修憲門檻的提高更是使其難上加難；不過，目前跨國憲政主義的發展趨勢，應可對我國釋憲者及立法者有所啟發。雖然兩公約施行法僅賦予兩公約法律位階的規範效力，但只要立法者對兩公約所保障的人權嚴格遵行，不另作任何立法牴觸公約，解釋憲法及法律的各法院也能嚴格貫徹兩公約的權利保障，我國還是可以使兩公約透過實踐而取得高於法律的規範地位。

伍、兩公約的適用及解釋—人權的司法審查

兩公約施行法雖然從 2009 年 12 月 10 日才正式實施，但兩公約所保障的權利早已透過司法院大法官的解釋而納入我國憲法的人權保障之中。⁵⁴ 大法官首次在解釋理由書中引用世界人權宣言是在釋字第 372 號解釋；在論述人格尊嚴時，多數意見簡短提及世界人權宣言，但並未進一步援引任何條文或詳作闡述。

大法官首次引用公民與政治權利國際公約是在釋字第 392 號解釋，而這次大法官對於公約條文才有比較詳盡的討論。⁵⁵ 該號理由書引用公民及政治權利公約第 9 條第 3 項的文字規定，參考歐洲人權公約的相似規定以及歐洲人權法院所作解釋，以此來支持其論證我國憲法所允許有權羈押犯罪嫌疑人者為法官，而不包括檢察官。大法官第二次在解釋理由書中引用公民及政治權利國際公約是在釋字第 582 號解釋。⁵⁶ 在本件解釋理由書中，大法官援引公民及政治權利國際盟約第 14 條第 3 項第 5 款規定⁵⁷，給予刑

⁵¹ Sec. 39 (1): "When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum (a) must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom; (b) must consider international law; and (c) may consider foreign law. 詳細討論，參見張文貞，前揭（註20）文。

⁵² Art. 17: "in the Russian Federation rights and freedoms of the individual and the citizens are recognized and guaranteed pursuant to the generally recognized principles and norms of international law and in accordance with the Constitution". 詳細討論，參見張文貞，前揭（註20）文。相關討論，參見Vereshchetin, *supra* note 24, at 9.

⁵³ 詳細討論，參見張文貞，前揭（註20）文。

⁵⁴ 參見張文貞，前揭（註20）文。

⁵⁵ 司法院釋字第392號解釋（1995年12月22日）。

⁵⁶ 司法院釋字第582號解釋（2004年7月23日）。

⁵⁷ Section 3, Article 14 prescribes that in the determination of any criminal charge against him, everyone shall be entitled to the following minimum guarantees, in full equality: (e) to examine, or have examined, the witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him.

事被告有詰問對其不利之證人的人權保障。

雖然大法官在解釋理由書中引用世界人權宣言或兩大公約的次數不多，不過個別意見書中卻也不乏大法官積極援引公約權利者，包括婚姻家庭的權利、精神自由、平等權及返國權等，均為習慣國際法上重要而根本的權利。(參見表 1) 如前所述，許多國家提高兩公約所保障權利的規範位階，除了有賴憲法明文規定之外，最主要的還是透過司法——尤其是憲法法院——的解釋。兩公約所保障的權利，如已構成強行國際法或絕對法，其位階應等同於憲法，當然必須有賴司法院大法官積極透過釋憲予以維護。至於兩公約其他尚未構成強行國際法的權利，雖然兩公約施行法僅賦予等同於法律的規範位階，但如前所述，考慮到習慣國際法的性質以及跨國憲法脈絡的發展，這些公約權利在我國法律體系下應該被賦予高於法律的位階，如果法律與之牴觸、或者這些公約權利與憲法所保障權利間發生衝突，當然更必須仰賴大法官的解釋才能予以解決。

除了大法官的釋憲角色將更為吃重之外，各級法院亦將在人權的司法審查上扮演前所未有的重要功能。兩公約施行法第 4 條規定：「各級政府機關行使其職權，應符合兩公約有關人權保障之規定...」。從而，各級政府機關行使權限是否符合兩公約有關人權保障規定的具體審查，即應成為各級法院審查政府行為是否合法的核心。如前所述，除已構成強行國際法的人權之外，兩公約關於人權保障的規定在我國法律體系下應有高於法律、或至少等同於法律的位階。從而，政府機關的行為（如行政命令、行政處分、行政契約）是否符合兩公約所保障之人權規定，亦應作為其是否合法的判準之一，各級法院應具有具體審查權限。⁵⁸ 除非法院認為兩公約所保障之權利已構成憲法位階、或與憲法所保障之相關權利有衝突，才能依釋字第 371 號解釋停止審判程序而聲請大法官解釋，否則法院均應於具體案件中自為判斷。當然，如各級法院對兩公約所保障人權的解釋有不一致的情形時，可由各終審法院自行統一解釋或聲請大法官作統一解釋。

表 1：我國大法官解釋中引用世界人權宣言及兩公約之意見書

釋字 字號	引用處	所引用之 國際人權文件	引用目的
372	解釋理由書	世界人權宣言	引用世界人權宣言對於人格尊嚴的保護，補充說明人格尊嚴同受我國憲法基本權利之保障。
	蘇俊雄協同及部分不同意見書	同上	補充我國憲法上人性尊嚴論述的基礎，同時強調從該國際人權文件中衍生而來之國家對於人性尊嚴之保護義務。
392	解釋理由書	公民及政治權利國際盟約	引述公約及歐洲人權法院判決，加強對我國憲法第八條「法院」一詞的說明，排除檢察官之羈押權限。
	王和雄部分不同意見書	同上	同樣引述該公約相關規定，但認為依相關條文規定及國際實踐，偵查程序中之羈押，仍可由法院以外但具同樣功能之機關為之。

⁵⁸ 釋字第216號解釋參照。

	孫森焱部分不同意見書	同上	認為由檢察官執行偵查中之羈押，仍符合國際人權潮流。
552	曾華松不同意見書	世界人權宣言	引述該宣言加強婚姻家庭權於憲法二十二條上之地位。同時強調應保障未成年子女於家庭中之憲法上權利。
	劉鐵錚不同意見書	世界人權宣言	引用說明後婚姻之善意第三人，倘其婚姻被認定為無效，無異於是對其為一種殘酷而不尋常之處罰。引用作為補充說明婚姻自由應受我國憲法第二十二條保障之意旨。
558	劉鐵錚不同意見書	世界人權宣言	引述國際人權文件強調返國權乃居住遷徙自由之核心，應絕對不容侵犯。
		公民及政治權利國際盟約	
571	楊仁壽不同意見書	世界人權宣言	引述國際人權文件證立平等權乃係可獨立主張之權利內涵。
		公民及政治權利國際盟約	
573	王和雄協同意見書	世界人權宣言	引述該文件且認為乃普世價值而強調內在精神自由絕對不容侵犯。
582	解釋理由書	公民及政治權利國際盟約	引述公約補充證立被告之反對詰問權，應為我國憲法上所保障之基本權利。

來源：作者製表

陸、結語—寄期待於人權的公益訴訟

兩公約所保障的人權在國際人權法上素有國際人權清單(International Bill of Rights)的美稱，我國立法院終於在今(2009)年完成兩公約的批准，同時通過兩公約施行法，使其具有國內法律的效力。事實上，兩公約經立法院完成批准後，不論有無通過施行法，國內行政及立法部門即已完成同意此一公約的內國法程序，即便對外加入的存放書被拒，也不影響行政及立法部門原先對加入此一公約在內國法上所完成的法律行為。在這個意義下，公約經批准之後，行政及立法的各種行為，就應該受到公約的拘束。⁵⁹當然，這次立法院在批准兩公約的同時，也通過施行法，使兩公約在我國法律體系的直接適用更加確定，亦非無不可。值得深入探究的是，兩公約所保障的權利，在我國的法律體系下，是否僅具有如兩公約施行法所規定之法律位階的效力？兩公約的法律位階，是否須受「後法優於前法」、「特別法優於普通法」原則之適用？倘若立法者將來制定與兩公約所保障人權相牴觸之法律，其效力為何？本文從兩公約在國際人權法及憲法的規範脈絡下的地位，嘗試釐清此一問題。

⁵⁹ 這也是許多國際人權法學者所採取的立場。參見Hunt, *supra* note 21.國內學者亦有採類似看法。參見廖福特，〈引進國際人權準則—比較分析與台灣借鏡〉，收於氏著《國際人權法—議題分析與國內實踐》，台北：元照出版，頁3-85(2005)。

本文認為，綜合目前國際法社群對於強行國際法內涵的共識、以及人權事務委員會的觀點，兩公約的部分權利內容，已構成強行國際法或絕對法，而於國內法律體系的位階應等同於憲法。縱使兩公約施行法對兩公約所保障之權利僅賦予國內法律之效力，但在我國法律體系下的任何規範，均不得牴觸這些具有絕對法性質的人權規範。

其次，本文根據國際人權法上目前多數的實踐、判例及學說，認為兩公約所保障的人權規定，已具備習慣國際法之地位，在我國內法律體系內應可直接適用，無待我國正式批准兩公約或制定兩公約施行法。我國對兩公約的批准或兩公約施行法的正式實施，是對此一立場的再次確認。值得注意的是，兩公約既然具有習慣國際法之地位，其在我國內國法律體系之效力，至少應等同於法律。後法優於前法或特別法優於普通法等法律適用的原則，只有在立法者明確表達反對兩公約之特定權利保障內容而制定法律時，才有所適用。兩公約施行法中所謂「具有國內法律之效力」必須在此一理解下作適當之解釋。

不過，從跨國憲政主義的發展脈絡，我們可以看到兩公約在各國的內國法律體系下的規範位階有明顯提高的現象，許多國家—尤其是新興民主國家—均在憲法上明文賦予高於法律的優先地位，我們應予重視。雖然兩公約施行法僅賦予兩公約法律位階的規範效力，但只要立法者對兩公約所保障的人權嚴格遵行，不另作任何立法牴觸公約，解釋憲法及法律的各法院也能嚴格貫徹兩公約的權利保障，我國還是可以使兩公約透過實踐而取得高於法律的規範地位。

在兩公約所保障權利的司法實踐上，兩公約所保障的權利，如已構成強行國際法或絕對法，其位階應等同於憲法，必須有賴司法院大法官積極透過釋憲予以維護。至於兩公約其他尚未構成強行國際法的權利，這些公約權利在我國法律體系下應該在實踐上被賦予高於法律的位階，如果法律與之牴觸、或者這些公約權利與憲法所保障權利間發生衝突，亦須仰賴憲法解釋。

除了大法官的釋憲角色將更為吃重之外，各級法院亦將在人權的司法審查上扮演前所未有的重要功能。兩公約關於人權保障的規定在我國法律體系下應有高於法律、或至少等同於法律的位階。從而，政府機關的行為（如行政命令、行政處分、行政契約）是否符合兩公約所保障之人權規定，亦應作為其是否合法的判準之一，各級法院應具有具體審查權限。不過，不論是各級法院或大法官，司法僅能被動行使權力，兩公約所保障人權的內容以及這些權利在我國法律體系下的具體實踐，還是必須仰賴在野法曹—律師—積極提起人權的公益訴訟，才能克竟其功，也才能真正使台灣的人權發展邁向一個全新的里程碑。