

## 對話與爭議：從歐洲人權法圖像論臺灣施行人權公約之實質意涵\*

翁燕菁\*\*

〈摘要〉

臺灣陸續施行聯合國核心人權公約，兩最高院原則上亦接受其內國法效力，惟就其直接適用仍多有疑慮。本文以相關機制發展較為成熟之歐洲為例，闡釋國際人權法之動態圖像。各國獨立金字塔結構之法秩序，已無法解釋今日人權法之運作。普世價值只是諸多相對價值折衝之暫時結論，無礙其變遷與相對化；而相對價值已多方為普世滲透，惟藉由對話及爭議試圖重新自我定位。此動態之下，施行人權公約非關消極接受國際解釋，而係積極之「交易」或「議價」，在達成最新共識之前，遊走於合意與抗辯之間，構成「有序的多元」。

臺灣欠缺司法審查由下而上形成共識之機制，惟其所本之集中司法審查之原型國家，法院合公約性審查已行之有年。本文以法國為例，說明法院如何與內國機關以及國際監督機制建立以人權為中心之對話地圖，包括體現國家重要價值決定以及捍衛特殊歷史制度。臺灣的 21 世紀國際自我定位，繫

---

\* 拙文得以發展終而發表，須特別感謝：吳建輝及其召集之「國際法與國內法交錯」工作坊所有參與先進、吳宗謀及Jean-Marc Coicaud共同主持之混種法制工作坊全體先進、Mireille Delmais-Marty教授之啟迪與鼓勵，以及且尤其是兩位匿名審查人精闢且關鍵之建議與提點。研究亦曾受益於科技部補助 MOST 101-2420-H-004-036-MY2，謹致謝忱。

\*\* 國立政治大學政治學系助理教授。E-mail: vycweng@nccu.edu.tw

- 投稿日：05/31/2017；接受刊登日：09/28/2017。
- 責任校對：黃偉明、顏良家、辜厚僑。
- DOI:10.6199/NTULJ.2017.46.SP.02

於法治人權。欲賦與施行國際人權公約實質意涵，藉由臺灣在地國家報告審查機制，現階段適足以允許臺灣參與普世人權內涵之形成，亦允許臺灣司法積極參與在地價值之確立。落實憲政人權，關鍵在於司法實踐中的權利論述，而非形式上的人權清單。

關鍵字：國際人權公約、司法對話、普世與相對、國家條約施行、臺灣實踐

## ◆ 目 次 ◆

- 壹、前言
- 貳、國際人權法秩序之圖像：以歐洲為中心
  - 一、國際人權規範之形成
  - 二、普世與相對之動態：「有序的多元」
- 參、跨國界之司法議價論壇
  - 一、普世權利作為相對爭論平臺
  - 二、藉爭議積極參與「價值共同體」
- 肆、結論

## 壹、前 言

自 2009 年以降，臺灣陸續將聯合國核心人權公約納入內國法體系。即使因加入書未能寄存，使批准無法對外產生國際法效力<sup>1</sup>，惟對臺灣法體系而言，並未因此阻卻其施行。經立法院批准之人權公約是否具備條約法地位，學界雖有歧見<sup>2</sup>，惟仍普遍肯定經立法院通過施行法之人權公約頒布後，

<sup>1</sup> 亦即對其他締約國而言，臺灣無權參加締約國會議，而公約監督機構亦無權受理國家報告或涉及臺灣之國家間違反公約訴訟。

<sup>2</sup> 如陳怡凱即認為批准未竟，人權公約對臺灣並未產生國際法效力（陳怡凱（2010），〈國際人權公約之內國效力：以公民與政治權公約暨經濟社會文化權公約施行法為例〉，台灣法學會（編），《台灣法學新課題（八）》，頁35，臺北：元照）。而廖福特則主張，對臺灣而言批准已成，應已產生條約法效力（廖福特（2009），

具備內國法拘束力<sup>3</sup>。2015年條約締結法頒布施行後，學者則就其第11條第1項及第2項進一步指出，即於國際法上臺灣並未成為正式締約國，立法院通過總統公布之條約法仍具內國法效力，超越司法院釋字329號解釋之締結限制<sup>4</sup>。惟無論透過批准或施行法產生內國法效力，皆無法確立人權公約享有高於內國法之法位階。畢竟循釋字329號解釋脈絡，條約法應屬法律<sup>5</sup>，既無荷蘭之憲法位階<sup>6</sup>亦無法國之介於憲法與法律間之位階<sup>7</sup>。

具內國法效力之人權公約既然僅有法律位階，而公約往往僅有抽象規範，司法實務上難免產生疑慮。學者有基於普世價值與部分絕對法特質而主

---

〈批准聯合國兩個人權公約及制定施行法之評論〉，《月旦法學雜誌》，174期，頁225），徐揮彥亦以主動承擔國際義務之修正一元論為據而採此說（徐揮彥（2014），〈「公民與政治權利國際公約」與「經濟、社會與文化權利公約」在我國最高法院與最高行政法院適用之研究〉，《臺大法學論叢》，43卷特刊，頁844-851）。

<sup>3</sup> 人權公約至少係透過二元論之施行法產生內國法效力，參見如陳怡凱，前揭註2，頁50-53；廖福特，前揭註2，頁225-226；林明昕（2013），〈兩公約適用下的特別權力關係〉，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》，頁83，臺北：臺灣民主基金會；李建良（2014），〈論國際條約的國內法效力與法位階定序：國際條約與憲法解釋之關係的基礎課題〉，廖福特（編），《憲法解釋之理論與實務（第八輯上冊）》，頁215，臺北：中央研究院法律學研究所。惟王自雄強調，礙於批准程序未竟，應為內化而非內國法化（王自雄（2010），〈人權兩公約之國內法化暨其施行法之實施：從國際法的內化與人權在我國憲政體制下之法律地位論起〉，《台灣法學雜誌》，164期，頁119）。

<sup>4</sup> 黃昭元（2015），〈公民與政治權利國際公約與憲法解釋〉，《司法院大法官一〇四年度學術研討會：人權公約與我國憲法解釋》，頁107，司法院 <http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/FYDownload.asp?fileguid=000078-V2QDE>（最後瀏覽日：01/10/2017）。

<sup>5</sup> 黃昭元，前揭註4，頁108。

<sup>6</sup> 荷蘭1983年憲法第91條第3項甚至允許國會以2/3適格多數批准與憲法規範衝突之條約，隱然賦予條約更高位階：Tom Ginsburg, Svitlana Chernykh & Zachary Elkins, *Commitment and Diffusion: How and Why National Constitutions Incorporate International Law*, 2008 U. ILL. L. REV. 201, 204-205 (2008)。

<sup>7</sup> 法國1958年憲法第55條明定條約位階低於憲法、高於法律，憲法委員會（Conseil constitutionnel）因此拒絕對內國法與條約法之衝突進行合憲性審查：Cons. const., déc. n° 74-54 DC du 15 janvier 1975。

張準憲法位階者<sup>8</sup>，有持條約法與內國法競合論，而應審酌特別法優於普通法、後法優於前法之說者<sup>9</sup>。而實務上，最高法院刑事庭目前已通過兩項決議<sup>10</sup>，對人權公約之適用持肯定立場。反之，最高行政法院雖肯定公約內國法效力，惟就請求權之行使，以公約條款是否於內容要件上具明確要求為前提<sup>11</sup>。兩最高院原則上肯認人權公約之內國法效力，並接受或有條件接受人權公約具體權利條款之直接適用。惟研究指出，兩最高院於個案適用人權公約條款時，僅單純於依據內國法規範主張權利後，附帶提出以強調系爭權利，無論法院或當事人皆鮮見進一步藉由個案釐清闡釋權利保障內涵<sup>12</sup>，遑論依據公約規範與原則對個案爭點進行一定程度之「合公約性審查」(conventionality review)<sup>13</sup>。

於此同時，為積極落實人權保障，立法院修憲委員會曾擬於憲法增列人權清單，使諸多人權明文具備憲法位階<sup>14</sup>。人權入憲或許有助提升法位階，況於大法官解釋史上，亦不乏協和解釋憲法基本權利與人權公約規範，或以國際人權法補充憲法規範者<sup>15</sup>。惟本文主張，此人權清單於憲法層級之增

---

<sup>8</sup> 張文貞(2009)，〈憲法與國際人權法的匯流：兼論我國大法官解釋之實踐〉，廖福特(編)，《憲法解釋之理論與實務(第六輯上冊)》，頁253，臺北：中央研究院法律學研究所。

<sup>9</sup> 如廖福特(2010)，〈法院應否及如何適用公民與政治權利國際公約〉，《台灣法學雜誌》，163期，頁61-62；林明昕，前揭註3，頁87-89。

<sup>10</sup> 最高法院101年度第2次刑事庭會議(一)決議、最高法院99年度第7次刑事庭會議決議。

<sup>11</sup> 最高行政法院103年8月份第1次庭長法官聯席會議決議。

<sup>12</sup> 徐揮彥，前揭註2，頁887。

<sup>13</sup> 概念及其實踐源自於法國，原文為*contrôle de conventionnalité*(Frédéric Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 11<sup>e</sup> éd., Paris : PUF, 2012, p. 203)，用以描繪「內國法是否違反(人權)公約之司法審查」機制。其英譯參見如：Janneke Gerards, *The European Court of Human Rights and the National Courts: Giving Shape to the Notion of 'Shared Responsibility'*, in *IMPLEMENTATION OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS AND OF THE JUDGMENTS OF THE ECtHR IN NATIONAL CASE-LAW 158-162* (J. Gerards & J. Fleuren eds., 2014).

<sup>14</sup> 立法院修憲委員會，〈立法院修憲委員會公聽會報告(第9場及第10場)〉，2015年5月21日。

<sup>15</sup> 張文貞，前揭註8，頁253-271；李建良，前揭註3，頁186-202。

補，並非強化人權保障之關鍵；法院直接適用非憲法位階之人權公約，並藉由「合約性審查」建立多層次對話，似更有助於基本權利內涵的形塑，無論對臺灣內部或是對國際社會皆然。換言之，在國際人權法「對話」<sup>16</sup>與「議價」<sup>17</sup>等概念下，司法體系本身亦具有多元特質，從全球觀點乃至在地視角，藉由多樣個案事實之審酌以及難以避免之見解衝突，共同形塑權利內涵。國際人權法體系一定程度建立於比較法之上，其起源為各國憲政實踐之共同規範以及憲政理想之價值決定。臺灣雖非正式締約國，而無法直接與公約監督機構或其他締約國對話，惟仍得透過「類正式」(paraformal)<sup>18</sup>之對話機制，一則建立臺灣個殊之權利論述，另則「間接」參與國際人權法之形塑。藉由多元意見確立普世價值的臺灣在地實踐，有助於臺灣作為普世價值實踐者於國際人權規範中建立「主體性」。國際人權法之下，此主體性並非指古典之主權國家地位，而係個別法體系相對決定與普世價值折衝對話所呈現之主體特質。

易言之，本文並不擬追究法官應依職權或依聲請適用具內國法效力之人權公約<sup>19</sup>，亦不擬透過實證研究探究法官適用上開人權公約之妥適<sup>20</sup>，同時排除藉由特定個案或實質權利評析臺灣法官應否及如何適用人權公約<sup>21</sup>。反

---

<sup>16</sup> 對話並非由上而下的諭示，而是當內國法官積極闡釋公約內涵，一定程度上為國際法官開拓可能解釋路徑：Frédéric Sudre, A propos du « dialogue des juges » et du contrôle de conventionnalité, in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle : études en l'honneur de Jean Claude Gautron*, Paris : Pedone, 2004, p. 221.

<sup>17</sup> 「對話」或尚不足以揭示公約解釋之競爭與衝突，法國學者因此提出「法官間的交易」描繪之：Julie Allard & Antoine Garapon, *Les juges dans la mondialisation. Une nouvelle révolution du droit*, Paris : Seuil, 2005, p. 7。其內涵詳後文。

<sup>18</sup> 波蘭法社會學者主張，雖非正式，然與正式機制平行，合法且行為具法律效力，具足正式機制之效益者，不應視為「半正式」，而係「類正式」：Adriana Mica, *Towards a Typology of Hybrid Formalities and Informalities*, 194 POLISH SOCIOLOGICAL REVIEW 139, 146 (2016)。

<sup>19</sup> 主張法官依職權適用公約者如廖福特（前揭註9，頁53）；徐揮彥（前揭註2，頁861）。

<sup>20</sup> 如劉定基（2016），〈國際人權公約內國法化對司法實務的影響：以行政法院裁判為觀察中心〉，《法令月刊》，67卷10期，頁78-103。

<sup>21</sup> 已發表相關研究如：王正嘉（2016），〈論死刑之裁量與界限：以兩公約與比較

之，本文以肯定人權公約之法律位階及法律競合適用說為前提，期藉歐洲人權法形塑之理論爭議與實踐經驗，倡議臺灣各級司法超越依職權或依聲請之限而普遍適用人權公約，進行實質司法審查，尤其應於判決中直接與國家報告審查之國際專家「對話」<sup>22</sup>，而非單薄引述條文或公約監督機構之一般性意見。國家報告審查誠屬於國際人權公約最鬆散且最基本之監督模式，惟本文主張，即使僅有國家報告審查制度，內國司法或準司法機關亦得藉之進行審慎對話並參與國際人權法規範之形成。

本文主要以歐洲人權公約（European Convention on Human Rights）體系為藍本，公認為當今發展層次最高之國際人權公約監督體系。其監督機構歐洲人權法院（European Court of Human Rights），如今為名符其實之司法機關，主張受締約國權利侵害之個人，皆得於用盡內國有效救濟後，聲請歐洲人權法院裁判。以「超國家司法權」角度以及個人申訴機制觀察，似乎足以推翻將臺灣處境與之類比之基礎。畢竟，自國際人權公約監督方式而論，臺灣目前僅採行類正式之國家報告審查，預設之公約監督機關既無調查權，亦無司法或準司法監督權，無從自司法個案中評價公約適用狀況。惟上述金字塔法秩序圖像，並不符合歐洲人權法體系於普世多元間保留之彈性，亦未能彰顯歐洲司法機構間或爭執或妥協之動態<sup>23</sup>。嚴以論之，歐洲人權法體系

---

法為出發》，《臺大法學論叢》，45卷2期，頁687-754；林鈺雄（2015），〈2014年刑事程序法裁判回顧：從國際人權公約內國法化的觀點出發〉，《臺大法學論叢》，44卷特刊，頁1535-1566；林慈偉（2015），〈論公民與政治權利國際公約第6條第2項之解釋適用：評最高法院100年度台上字第6851號刑事判決〉，《法令月刊》，66卷8期，頁27-44；楊雲驊（2014），〈「公民與政治權利國際公約」第7條對國內法之效力：以預防性刑求為中心〉，《臺大法學論叢》，43卷特刊，頁957-1029；陳怡凱（2014），〈國際人權法在我國法院之適用：以精障者是否可科處死刑為例〉，《憲政時代》，40卷3期，頁311-359。

<sup>22</sup> Vivianne Yen-ching Weng & Yao-ming Hsu, *Domestication of International Human Rights Norms in Taiwan: A Dialogue through Conventionality Review under Construction*, 1 ASIAN YB. HUM. RTS. & HUMANIT. L. 166, 184 (2017)；廖福特亦持相同見解，肯定最高法院直接引據國際獨立專家通過之結論性意見與建議（廖福特（2014），〈「公民與政治權利國際公約」國內法化之影響：最高法院死刑相關判決之檢視〉，《臺大法學論叢》，43卷特刊，頁951）。

<sup>23</sup> Bonnet謂此金字塔法位階秩序已無法處理當代不同法體系之間的關係：Baptiste

得以建構並延續，關鍵並不在於法拘束力與監督工具<sup>24</sup>，而在於各國法制實踐，尤其是民主法治國家對條約義務的尊重，以及其基於個殊社會脈絡所堅持之相對價值決定。本文擬加以對照之歐洲人權法秩序，在於運作動態，尤其內國司法機關或準司法機關得扮演甚至應扮演之角色。易言之，國際人權公約監督機構終非「第四審」，而係藉由適用同一部公約與內國機關爭論特定權利保障程序、內涵及範疇。

論述方法上，為跳脫抽象理論並清晰鋪陳國際人權條約適用之動態對話，本文選擇以重大爭議個案例舉方式進行論證。相較於實證研究方法，個案例舉確有其代表性疑義。倘欲舉出更多案例加以對照，則本文所擬突顯之「脈絡化」(contextualization)可能失其所據。作為代表性個案例舉法之修正，同時考量時效性質，本文以近年代表案例或經長期爭議後於近年確立共識之判決為中心，同時盡可能併陳可資對照案例，惟僅針對代表性個案進行深入評析，以期更完整呈現對話模式。

## 貳、國際人權法秩序之圖像：以歐洲為中心

而今擁有 47 個締約國的歐洲人權公約及其司法監督機制，倘稱之為戰後發展最成熟之國際人權保障體系，應無違誤。惟此一看似剛性之權利憲章體系，或謂「歐洲公共秩序 (*ordre public*) 之憲法文件」<sup>25</sup>，並非建構於 Kelsen 之法規範階層<sup>26</sup>秩序上，而係動態之比較法，甚至不必然以歐洲締約

---

Bonnet, *Repenser les rapports entre ordres juridiques*, Paris : Lextenso, 2013, pp. 33-49.

<sup>24</sup> 如近年法治國基礎動搖之土耳其，亦為歐洲人權公約締約國。

<sup>25</sup> *Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections)* [GC], 310 Eur. Ct. H.R. (ser.A), ¶ 75 (1995).

<sup>26</sup> 人權法固然有其階層，惟指內部價值體系之階層，如屬絕對法 (*jus cogens*) 而相應產生國家對世義務 (*obligations erga omnes*) 之禁止種族屠殺、禁止奴役及種族歧視等 (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belg. v. Spain)*, Judgment, 1970 I.C.J. Rep. 3, ¶ 34 (Feb. 5).)，為金字塔之上階，其餘允許國家保留或損抑 (*derogate*) 者則為下層。Erika de Wet, *The Emergence of International and*

國劃定其比較疆界。以下將以歐洲人權公約體系之實踐，局部對照其餘國際人權條約監督機構，分別自國際人權法之法源依據以及動態形成，尤其各國規範實踐如何左右普世原則之詮釋，解構上述脫離現實之金字塔階層秩序論述。

## 一、國際人權規範之形成

本節自諸多普世規範確立過程中之行動者出發，討論價值決定之形成動態。第一小節以國家管轄權或國際（準）司法管轄權為單位，略述普世規範形成與變遷之法源。第二小節則引述案例論證上開法源並非和諧一致；非僅國際持續辯論諸多議題，內國勢力間亦然。普世準則藉由參與相對之爭議逐步建立，是為對話，而非單純由上而下或是由下而上之動態。

### （一）普世規範之法源

國際人權法之存續不在於國際關係，而在於各國法體系內。Slaughter & Burke-White 於 2006 年提出「國際法的未來在內國法」<sup>27</sup>，嘗試推翻國際法不干預內國事務之古典模型，以當時的歐洲聯盟（European Union）為其參考架構，主張國際法與內國政治之密集互動為國際法之未來功能。該文強調，國際法滲入內國法有助於國家治理，尤其面對如反恐、移民等跨國挑戰時，國際人權法對國家行為所建立之法規範，無異形塑、支持並強化國家之機制與行動。惟此圖像僅強調國際法強化國家治理的單向影響，如同 Goodman & Jinks 強調國際人權法如同迴力鏢由上而下影響國家之涵化（acculturation）理論<sup>28</sup>，指出內國獨立機關與民間社會接受及傳播國際人權規範，並藉由與國際體系的合作促進國家改革之貢獻。惟此說相對忽略國際

---

*Regional Value Systems as a Manifestation of the Emerging International Constitutional Order*, 19 LEIDEN J. INT'L L. 611, 616 (2006).

<sup>27</sup> Anne-Marie Slaughter & William Burke-White, *The Future of International Law is Domestic (or, The European Way of Law)*, 47 HARV. INT'L L. J. 32 (2006).

<sup>28</sup> RYAN GOODMAN & DEREK JINKS, *SOCIALIZING STATE: PROMOTING HUMAN RIGHTS THROUGH INTERNATIONAL LAW* 166 *et seq.* (2013).



人權法演變的重要面向：內國理論與實踐就國際規範的集體形塑動態，而此「集體」遠非完美之國際共識。實際上，於規範形成前後，施行國家皆持續參與規範之建構。

首先以國際人權規範文本之編纂而論，其法源主要出於內國法。曾為大法官引述之 1948 年世界人權宣言<sup>29</sup>為現今諸多人權公約之藍本，而其起草之初即於個別條款提案下並陳聯合國會員國憲法相關之基本權利條款<sup>30</sup>，以支持其正當性。1946 甫通過之中華民國憲法亦在其列，為草案引述者甚至包括基本國策篇。以財產權草案為例，草案不僅引述中華民國憲法第 15 條，且並陳第 142 及 143 條<sup>31</sup>。歐洲人權公約亦係凝聚各國共識而編纂者，惟手法略有差異。歐洲直接訂立剛性條約與司法監督機制，代價則是僅保障司法性質最無爭議之權利<sup>32</sup>，以降低公約生效與施行之阻力。其前言即明確指出，公約為各國基於共同價值而採取「初步之專門措施以集體確保部分世界人權宣言規範權利」<sup>33</sup>。自內國法中尋求相同之處，藉此「低標」取得各國支持並承諾持續落實<sup>34</sup>。

其次，就法律解釋與變遷而言，相較於國家憲法，國際人權法本身欠缺足以相對應之完整內國法體系，諸多條約僅為抽象價值之集合。以司法院大法官發展憲法並未明文規範之婚姻制度保障為例，大法官尚有民法、法院判

---

<sup>29</sup> 司法院釋字第372及689號解釋。

<sup>30</sup> Drafting Committee on an International Bill of Human Rights, *Documented Outline*, Part I, 11 June 1947, UN Doc. E/CN.4/AC.1/3/Add.1.

<sup>31</sup> *Id.* at 172-173.

<sup>32</sup> Françoise Tulkens & Sébastien van Drooghenbroeck, *Pauvreté et droits de l'homme. La contribution de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Pauvreté, dignité, droits de l'homme*, Bruxelles : Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, 2008, p. 66.

<sup>33</sup> Emmanuel Decaux, *Les États parties et leurs engagements*, in L.-E. Pettiti, E. Decaux & P.-H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Economica, 1999, p. 5.

<sup>34</sup> Mónica Ambrus, *Comparative Law Method in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights in the Light of the Rule of Law*, 2(3) ERASMUS L. REV. 353, 356 (2009).

決先例或行政機關措施可資參詳，確立憲法保障範疇<sup>35</sup>。而國際人權條約並無此特定法規範體系之投射可能，或謂必須同時投射於不同之法體系。如是至少產生兩個彼此重疊層面的困難，一是諸多規範乃出於妥協之國際共識，甚至保留一定的模糊詮釋空間以及政治妥協，可能使條約釋義陷入膠著；再者，即使條約編纂時匯集較高共識，然各國相應法律概念欠缺一致性，亦可能衍生條約釋義疑慮。

關於條文編纂之語意使條約釋義陷入不確定狀態者，聯合國體系之公民與政治權利國際公約（International Covenant on Civil and Political Rights，以下簡稱公政公約）第 2 條第 1 項之疑義得為一例。該條文對締約國課以保障整體公約權利之義務，惟此義務限於「所有境內受其管轄之人」，亦即須同時具備「領土」及「管轄權」雙重要件，而非其境內「或」受其管轄者。雙重要件條款引發疑義，可能使公約原擬建立之國家義務防護網出現漏洞。於公約起草之初，美法之間曾就此有所爭論。Rodley 自起草文獻及早年爭議彙整指出，美國提案限於領土，而法國則要求以管轄權為認定標準。美國堅持，國家越其領土無法行使主權保障人權，而一旦領土遭占領，國家亦無承擔人權保障之意願<sup>36</sup>。美國提案雖獲得較多支持而成為「結論」，惟尚非永久結論。

Milanović 比較諸多國際人權條約類似之管轄權條款，發現多數僅以國家管轄權為準，而公政公約第 2 條第 1 項明顯為少數，甚至與公政公約第 1 號任擇議定書之人權事務委員會（Human Rights Committee）受理申訴要件產生矛盾<sup>37</sup>。公政公約第 2 條第 1 項之義務範疇，似因政治妥協而折損整體國際人權法下國家義務範疇之普世性。惟共識於事後逐步藉由不同機構之司

---

<sup>35</sup> 司法院釋字第 748 號解釋。

<sup>36</sup> Sir Nigel Rodley, Article 2, in E. Decaux (dir.), *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Commentaire article par article*, Paris : Economica, 2010, pp. 109, 115-116.

<sup>37</sup> Marko Milanović, *From Compromise to Principle: Clarifying the Concept of State Jurisdiction in Human Rights Treaties*, 8(3) HUM. RTS. L. REV. 411, 412-415 (2008).

法見解形成，包括聯合國、歐洲、美洲等人權公約監督機構<sup>38</sup>。2004年5月，人權事務委員會通過第31號一般性意見，依其長期解釋肯定締約國義務及於其境內之人以及其管轄權下之人<sup>39</sup>。同年7月，國際法院(International Court of Justice)則於其「巴勒斯坦被佔領土修建隔離牆之法律後果」諮詢性意見中，參酌公約之目的與宗旨，肯定國家管轄權亦可能於其領土外行使，即使以境內行使為原則。國際法院尤其引述人權事務委員會一貫之實踐，甚至認定此一解釋並未悖反起草初衷：用語本意非為允許締約國規避其責，而在於排除締約國對旅外外國人之保障義務<sup>40</sup>。

國際法院並未創設新原則，而是肯認既定共識<sup>41</sup>：從規範之文本（各締約國共識）與實踐（各公約監督機關共識）之中彙整出國際規範解釋。國際組織本身遵循或創造之法規範，亦構成比較法之標的。歐洲人權法院遇新型態爭議時，即同時參酌「歐洲法」<sup>42</sup>、國際法甚至外國法加以比較<sup>43</sup>。更甚者，美洲人權法院即明確將區域人權公約界定為「國際法的一部分」，認定

---

<sup>38</sup> 詳參：Ralph Wilde, *Human Rights Beyond Borders at the World Court: The Significance of the International Court of Justice's Jurisprudence on the Extraterritorial Application of International Human Rights Treaties*, 12 CHINESE J. INT'L L. 639, 659-660 (2013).

<sup>39</sup> U.N. Human Rights Committee, *General Comment No. 31: International covenant on civil and political rights*, ¶ 10, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13 (May 26, 2004).

<sup>40</sup> Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 2004 I.C.J. Rep. 179, ¶ 109 (July 9).

<sup>41</sup> 如歐洲人權法院以比較法得出歐洲共識與國際趨勢，作為解釋變遷之基礎，使公約解釋得隨各國觀念或體制而轉型。而美洲人權法院亦對美洲人權公約(American Convention on Human Rights)採取類似策略，惟早年並非仰賴區域政治共識或比較法，而更著重於引述國際甚至歐洲對人權保障所建立之基本共識，以制約締約國政府對其義務主張之惟意志論：Gerald L. Neuman, *Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights*, 19(1) EUR. J. INT'L L. 101, 113-115 (2008).

<sup>42</sup> 包括歐洲理事會諸部公約及其釋義，以及歐洲理事會機構建議或決議等柔性法，甚至與歐盟相關規範進行比較。

<sup>43</sup> Christos L. Rozakis, *The European Judge as Comparatist*, 80(1) TULANE L. REV. 257, 270-278 (2005).

公約解釋應參照一般國際法規範，以達成不固著於文本之動態解釋<sup>44</sup>。Rozakis 指出，歐洲人權公約體系本身作為一個國際法規範體系，並非孤立於整體國際法之外，「歐洲人權公約終非國際上惟一國際條約」<sup>45</sup>。歐洲人權法院引述締約國未加批准之國際條約<sup>46</sup>或特定條款<sup>47</sup>，藉以闡釋發展公約內涵，固非無虞<sup>48</sup>。惟即使引述論證偶有可議之處，甚至有擴權之嫌，條約釋義本質上即在於不斷確認其蘊含之道德價值<sup>49</sup>。如歐洲人權法院及美洲人權法院之動態解釋，雖可能因為較多司法管轄權同時解釋規範，而生規範碎裂風險，但長期而言卻是整合意見的基礎以及規範變遷的契機，兩人權法院更直接參與了國際法的形成<sup>50</sup>。

此外，尚須提出概念本身長期欠缺普世準則者，如匯集國際高度共識之兒童最佳利益優先保障原則，即長期欠缺可操作之定義。聯合國兒童權利公約（Convention on the Rights of the Child，以下簡稱兒童公約）第 3 條第 1 項規定，締約國機關面對兒童採取措施前，必須以兒童最佳利益為優先。從兒童公約 196 個締約方中無一對此原則維持保留觀察<sup>51</sup>，國際共識極強。然

---

<sup>44</sup> Lucas Lixinski, *Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the Unity of International Law*, 21(3) EUR. J. INT'L L. 585, 589-591 (2010).

<sup>45</sup> Rozakis, *supra* note 43, at 269-270.

<sup>46</sup> 如比利時母親與非婚生子女建立親子關係案，院方引述兩部攸關非婚生子女權利之公約，比利時皆未批准：Marckx v. Belgium, 31 Eur. Ct. H.R. (ser. A), ¶¶ 20-21 (1979).

<sup>47</sup> 如土耳其公務人員集體協商權爭議中，引述關乎結論之歐洲社會憲章（European Social Charter）第 6 條及其監督機構見解：Demir and Baykara v. Turkey, 2008-V Eur. Ct. H.R., ¶ 45.

<sup>48</sup> 例如以維也納條約法公約（Vienna Convention on the Law of Treaties）第 31 條第 3 項第 c 款之嚴格解釋而言。

<sup>49</sup> George Letsas, *Strasbourg's Interpretive Ethic: Lessons for the International Lawyer*, 21 EUR. J. INT'L L. 509, 541 (2010).

<sup>50</sup> Lucas Lixinski, *supra* note 44, at 603-604; Vassilis P. Tzevelekos, *The Use of Article 31(3)(C) of the VCLT in the Case Law of the ECtHR: An Effective Anti-Fragmentation Tool or a Selective Loophole for the Reinforcement of Human Rights Teleology?*, 31 MICH. J. INT'L L. 621, 689-690 (2010).

<sup>51</sup> 資料來源：11. Convention on the Rights of the Child, Chapter IV, United Nations

而，2010 年的一件夫妻跨國爭子之訴訟中，歐洲人權法院大法庭卻面臨兒童最佳利益概念欠缺公認可操作定義之挑戰。大法庭研究後發現，無論兒童公約之起草小組或是監督機構，皆未發展其內涵及操作準則，另如人權事務委員會雖強調離婚時之兒童最佳利益優位，亦未評價其操作方式。而本案涉及之海牙國際兒童誘拐民事問題公約（Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction，以下簡稱誘拐公約），同樣強調保障之兒童最佳利益，惟仍欠缺可操作之定義<sup>52</sup>。

以「普世價值」評析之，固得謂此概念及其操作本身欠缺普世性，折損其作為人權標準之價值。如同 Delmas-Marty 之評析，這類概念的不完整狀態（*incomplétude*）確實揭示普世價值的弱點；惟此弱點並非缺點，而是彈性與開放的未來<sup>53</sup>。從國際人權法的實踐上觀察，正是此一普世規範的弱點，允許國際人權法與內國法持續對話，在相互影響、相互抗衡的動態中演變。歐洲人權法院於上開爭議中，不得不尋求歐洲甚至全球各地對兒童為生父或生母「誘拐」離開原居住國時，優位之兒童最佳利益操作方式為何，尤其參考法國與芬蘭司法將該原則導入誘拐公約第 13 條第 2 款所稱「嚴重風險」之審查模式<sup>54</sup>，並據以進一步論證各相關國際條約之共通點：衡平家庭關係維繫以及健全成長環境。而此衡平必須依個案評價之<sup>55</sup>。所謂依個案評價，即屬原則規範所保留之餘地，而非將兒童最佳利益固定於特定家庭模式或生活方式中加以詮釋。

惟權威法院判決的成立，並不必然表示共識就此建立，甚至可能是更多爭議的開端。延續上開 2010 年案例，歐洲人權法院對誘拐公約之解讀，即遭致論者批評：該判決嘗試調和歐洲人權公約第 8 條以及誘拐公約所保護之

---

Treaty Collection, <https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSDG/Volume%20I/Chapter%20IV/IV-11.en.pdf>（最後瀏覽日：08/23/2017）。

<sup>52</sup> Neulinger and Shuruk v. Switzerland [GC], App. No. 41615/07, 2010-V Eur. Ct. H.R., ¶¶ 51-64.

<sup>53</sup> Mireille Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l'universel*, Paris : Seuil, 2004, p. 396.

<sup>54</sup> *Neulinger and Shuruk*, 2010-V Eur. Ct. H.R., ¶¶ 58-64.

<sup>55</sup> *Id.* ¶¶ 136-138.

兒童最佳利益，惟兩者保護之「最佳利益」並不一致<sup>56</sup>。誘拐公約以即時將兒童送回原居住地為其最佳利益，實質監護權相關爭議交由更適合加以審酌之原居住地法院<sup>57</sup>，而歐洲人權公約第 8 條卻以兒童隨生母遠離「風險」為最佳利益，轉而要求接待國法院取代原居住地法院審酌之，已脫離誘拐公約之盡速遣返框架<sup>58</sup>。後續類似案件中提出第三方意見之芬蘭及捷克政府，皆同意上開學說，指出要求接待國法院深入審查整體家庭處境，已抵觸誘拐公約之原居住地法院優位原則<sup>59</sup>。歐洲人權法院進一步修正接待國法院之審酌義務，區隔監護與遣返訴訟<sup>60</sup>。如同歐洲人權法院法官曾藉類似判決之說明，歐洲人權法院的職責在於調和適用條約規範之衝突<sup>61</sup>，且保留與各國實踐持續議論與修正之空間。

## （二）國際規範變遷是各方參與辯論的過程

Law & Chang 曾於 2011 年發表比較研究指出，全球司法對話之動態圖像，尚屬迷思，並以臺灣為例說明，全球僅有少數地位崇隆之法院得以發揮其片面影響力，雙向對話並不符實<sup>62</sup>。其研究結論固為的論，且為 Ponthoreau 之研究所支持：自憲法解釋機構相互引述之比例觀察，廣泛引述外國先例者尚屬少數，即有引述亦以美國、加拿大、南非與德國等最高憲法解釋機關為

---

<sup>56</sup> Helen Keller & Corina Heri, *Protecting the Best Interests of the Child: International Child Abduction and the European Court of Human Rights*, 84(2) NORDIC J. INT'L L. 270, 274 (2015).

<sup>57</sup> *Id.* at 278.

<sup>58</sup> Lara Walker, *The Impact of the Hague Abduction Convention on the Rights of the Family in the Case-Law of the European Court of Human Rights and the UN Human Rights Committee: The Danger of Neulinger*, 6(3) J. PRIVATE INT'L L. 649, 667-668 (2010).

<sup>59</sup> *X v. Latvia* [GC], App. No. 27853/09, 2013-VI Eur. Ct. H.R., ¶¶ 83-89.

<sup>60</sup> *Id.* ¶¶ 100-105.

<sup>61</sup> Opinion concordante commune des juges Tulkens et Keller, ¶ 3, annexed to *B. v. Belgium*, App. No. 4320/11, Eur. Ct. H.R. (2012).

<sup>62</sup> David S. Law & Wen-chen Chang, *The Limits of Global Judicial Dialogue*, 86 WASH. L. REV. 523, 568-574 (2011).

要，遑論各國法律傳統仍處於主導地位<sup>63</sup>。而即使歐洲人權法院見解直接拘束被告國，並不對各國憲法法院課以直接採納之義務。惟引述他國被告先例亦屬常見，早年如羅馬尼亞憲法法院（*Curtea Constituțională*）曾引述歐洲人權法院對歐洲人權公約第 8 條解釋，就羅馬尼亞家庭法典僅許生母之夫提起否認親子關係之訴一事，判決違憲<sup>64</sup>。另如克羅埃西亞憲法法院（*Ustavni sud*）亦借歐洲人權法院之訴訟權見解，裁決敏感政治爭議（國會對公職任命行使同意權是否得為爭訟）<sup>65</sup>。而在斯洛維尼亞繼承法性傾向歧視爭議中，其憲法法院（*Ustavno sodišče*）即比照歐洲人權法院不歧視原則判決先例<sup>66</sup>之論證解釋斯國憲法第 14 條之平等權，認定斯國法之普通法婚姻（common-law marriage）未保障長期共同生活同性伴侶已屬歧視<sup>67</sup>。

由上開中東歐憲法法院個案所體現之模式觀察，一則呼應 *Slaughter & Burke-White* 所謂國際法有助支持內政之圖像<sup>68</sup>，二則符合 *Law & Chang* 所

---

<sup>63</sup> Marie-Claire Ponthoreau, *La globalisation du droit constitutionnel en question(s)*, in F. Mélin-Soucramanien (dir.), *Mélanges en l'honneur de Jean du Bois de Gaudusson*, Bordeaux : PUB, 2013, pp. 548-550, 552.

<sup>64</sup> *Curtea Constituțională a României* [Constitutional Court of Romania] Dec. 19, 2001, Decizia Nr. 349, Official Gazette, No. 240; Ioan Vida, *The Obligatory Force of Decisions of the Constitutional Court for Other Courts as a Stabilising Factor*, conference paper published by European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), 19 February 2004, p. 5, [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-JU\(2004\)021-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-JU(2004)021-e) (last visited Aug. 13, 2017).

<sup>65</sup> Constitutional Court of Croatia, Decision No. U-III-443/2009 of 30 April 2009, ¶¶ 8.1(a), [https://sljeme.usud.hr/usud/praksven.nsf/5417ecd501f70787c1257de1004a8681/301cac1baadfdb2bc1257e5f003e176b/\\$FILE/U-III-443-2009.pdf](https://sljeme.usud.hr/usud/praksven.nsf/5417ecd501f70787c1257de1004a8681/301cac1baadfdb2bc1257e5f003e176b/$FILE/U-III-443-2009.pdf) (last visited Aug. 13, 2017).

<sup>66</sup> 非婚同性伴侶平等家庭生活保障之重要判決先例：*Karner v. Austrá*, App. No. 40016/98, 2003-IX Eur. Ct. H.R.

<sup>67</sup> Constitutional Court of the Republic of Slovenia Mar. 14, 2013, decision U-I-212/10-15, ¶¶ 8-18, <http://odlocitve.us-rs.si/documents/f9/31/u-i-212-10-decision2.pdf> (last visited May 19, 2015).

<sup>68</sup> *Slaughter & Burke-White*, *supra* note 27, at 343-346.

稱之單向引述以及少數法院影響力。惟國際人權法之運作模式，即在於排除孤立司法體系無從對話而僅得片面引述境外法規範之處境。Law & Chang 與 Ponthreau 之研究，主要指憲法解釋機構之間欠缺對話。反之，人權公約監督機構則扮演更直接之對話角色，無論透過監督密度最鬆散之國家報告審查或是監督密度最高之司法審查。尤其，傳統國際公法將國家假設為單一人格，統籌由國家元首或外交代表對外發言。而國際人權法之要義並非針對國家之國際行為，而係監督國家對其管轄權下個人所承擔之義務，顛覆古典國際法以國際關係為中心之典範<sup>69</sup>。Rozakis 即曾指出，歐洲人權法院審理案件時，並非單純將被告國視為單一整體，而是深入檢視內國機關是否秉持一貫原則執行其宣稱之法規範<sup>70</sup>。國家的「發言權」不再單純為單一政府代表壟斷，而是包括不同國家機關以及民間組織，皆為公約監督機構尋求對話之對象。欲呈現此國家意志「多元化」，以下選擇近年同性伴侶關係與代理孕母爭議究其脈絡，一則屬於被告國強調為敏感之議題，二則有內國機關見解不一之特色。

歐洲人權法院 *Vallianatos and Others v. Greece*<sup>71</sup> 判決，爭點係希臘 2008 年新制伴侶法排除同性關係之近用是否違反歐洲人權公約第 14 條參照第 8 條（於私人與家庭生活受尊重權下適用不歧視原則）。希臘政府與國會於立法時堅持希臘社會尚未能接受同性伴侶立法保障，法案不應「走得太遠」，因此拒絕於新制伴侶立法中納入同性<sup>72</sup>。而系爭立法理由亦引述歐洲人權公約第 8 條對非婚事實伴侶生活之保障，無論異性或同性，惟並未詳細說明排除同性伴侶之事由<sup>73</sup>。另希臘憲法明定為「主要宗教」之東正教會，其激烈反對意見亦引述於判決書<sup>74</sup>。反之，希臘國家人權委員會則於 2008 年以

---

<sup>69</sup> Andrew Moravcsik, *The Origins of Human Rights Regimes: Democratic Delegation in Postwar Europe*, 54 INT'L ORG. 217, 218 (2000).

<sup>70</sup> Rozakis, *supra* note 43, at 269.

<sup>71</sup> *Vallianatos and Others v. Greece* [GC], App. No. 29381/09 & 32684/09, 2013-VI (extracts) Eur. Ct. H.R.

<sup>72</sup> *Id.* ¶¶ 11, 14.

<sup>73</sup> *Id.* ¶ 10.

<sup>74</sup> *Id.* ¶ 11.



一致決通過報告，以歐洲各國建立民事結合制度時皆納入同性伴侶，質疑希臘系爭法案欠缺差別待遇之合理事由，同時引述國際法演變以及歐洲人權法院禁止歧視判決先例證立其見解<sup>75</sup>。此外，作為希臘國會議長諮詢單位之科學委員會<sup>76</sup>，同樣引述公約規範而與國家人權委員會立場相近<sup>77</sup>。

希臘政治機關與獨立機關<sup>78</sup>就系爭法律是否違反歐洲人權公約，顯然呈現不同立場，希臘政府就爭訟進一步主張，立法目的係為保障育有本生子女卻不願結婚之異性伴侶關係，藉由現代化之伴侶關係制度保障，鼓勵異性伴侶最終選擇結婚，尤其保障非婚生子女權利。因此，希臘政府認定，系爭法律排除無生育能力之同性伴侶近用，有其客觀合理依據<sup>79</sup>。歐洲共識的確縮限本案希臘得享之評斷餘地<sup>80</sup>（margin of appreciation），加上不歧視原則一般適用較高密度審查，被告國必須提出不自相矛盾之佐證<sup>81</sup>。獨立機關見解成為反駁政治機關辯詞之重要依據。歐洲人權法院引述以質疑希臘主張之立法目的與手段欠缺必要關聯（例如可能藉由既有異性事實關係保障加上非婚生子女特別規範保障家庭關係），亦未明確闡釋立法排除同性伴侶之必要

---

<sup>75</sup> *Id.* ¶¶ 21-24

<sup>76</sup> 此諮詢委員會由9名學者及1名高級文官組成，主席必然為憲法專長之大學教授，其餘成員則需法律、政治、經濟、統計等專長。參見希臘國會官方網站：Hellenic Parliament, *The Scientific Council*, <http://www.hellenicparliament.gr/en/Dioikitiki-Organosi/Ypiresies/Epistimoniki-Ypiresia/Epistimoniko-Symvoulio> (last visited Apr. 18, 2017).

<sup>77</sup> *Vallianatos*, 2013-VI Eur. Ct. H.R., ¶ 13.

<sup>78</sup> 一般而言，歐洲人權法院的爭訟中，內國既有司法見解為引述重點。惟本案並未經內國司法程序，聲請人主張「有效救濟」原則，而希臘政府亦未能提出任何判決先例或司法實踐證明其司法救濟可能推翻相關立法障礙（*Id.* ¶¶ 51-58），因此歐洲人權法院亦無從引述司法機關見解。

<sup>79</sup> *Id.* ¶¶ 62-68.

<sup>80</sup> 概念參見：L. Garlicki（著），翁燕菁（譯）（2011），〈歐洲人權法院與「評斷餘地」原則：人權事務中尚存幾分國家裁量空間？〉，黃丞儀（編），《2010行政管制與行政爭訟》，頁97-128，臺北：中央研究院法律學研究所。

<sup>81</sup> 翁燕菁（2013），〈不歧視原則之經濟社會權利保障效力：《歐洲人權公約》當代課題〉，《歐美研究》，43卷3期，頁637-707。

<sup>82</sup>，況且系爭立法目的並不限於保障非婚生子女，而係非婚伴侶關係之一般規範<sup>83</sup>。

希臘獨立機關與歐洲人權法院之相互援引，藉由 *Vallianatos* 判決確認歐洲人權公約第 14 條參照第 8 條保障非婚伴侶制度不得恣意性傾向歧視。由於本案適用之「最低共同點」（lowest common denominator）<sup>84</sup>比較法確有其薄弱之處<sup>85</sup>，內國獨立機關見解遂成關鍵。歐洲共識薄弱，即使有歐洲理事會柔性法規加以支持，亦僅得視為「趨勢」<sup>86</sup>，若無任何希臘內國機關之見解支撐，判決希臘敗訴是否可能引發希臘輿情強烈反彈，非無疑慮。另一方面，希臘獨立機關之見解與地位，亦因此獲得支持與鞏固，強化其地位。Goodman & Jinks 認為內國獨立機關扮演涵化及傳播國際人權規範之重要角色<sup>87</sup>，惟此論略有假設國際人權法內涵明確之虞。就國際人權標準尚未臻明確之爭議，如 *Vallianatos* 案所揭示者，內國獨立機關見解誠然受歐洲人權法院判決先例之啟發<sup>88</sup>，惟其於歐洲共識尚未明確之前提下，力持希臘系爭立法違反歐洲人權公約，認定希臘政府欠缺差別待遇所必須之客觀合理事由，反向為一個歐洲共識薄弱的難題<sup>89</sup>提供釋義變遷契機，間接成就一項判決以及判決所確立之新歐洲人權標準。易言之，國際人權法確實如 Goodman & Jinks 所描繪般，藉由希臘獨立機關涵化並監督其施行，惟內國

<sup>82</sup> *Vallianatos*, 2013-VI Eur. Ct. H.R., ¶¶ 89-90.

<sup>83</sup> *Id.* ¶ 89.

<sup>84</sup> Joint dissenting opinion of Judges Sajó, Kellers and Lemmens, ¶ 5, annexed to *Hämäläinen v. Finland* [GC], App. No. 37359/09, 2014-IV Eur. Ct. H.R.

<sup>85</sup> 僅比較 19 個已通過非婚伴侶制度之締約國，而排除逾半數未提供任何伴侶制度保障者。將希臘置於前者比較，則希臘與立陶宛成為極少數創設伴侶制度卻排除同性伴侶適用者；置於全數締約國比較，則希臘成為未設任何同性伴侶制度之多數。另參見：翁燕菁（2017），〈歐洲人權法院保障同性關係策略評析：彈性、侷限及展望〉，《中研院法學期刊》（即將出版）。

<sup>86</sup> *Vallianatos*, 2013-VI Eur. Ct. H.R., ¶ 91.

<sup>87</sup> Ryan Goodman & Derek Jinks, *How to Influence States: Socialization and International Human Rights Law*, 54 DUKE L. J. 621, 673 (2004).

<sup>88</sup> *Vallianatos*, 2013-VI Eur. Ct. H.R., ¶ 24.

<sup>89</sup> 本案係由分庭決議轉呈大法庭審理，若非考量案情複雜，即係涉及重大公約解釋變遷。*Id.* ¶ 5.

機關參與創造公約解釋變遷，亦即間接參與造法，其影響並不限於其國境之內。

同屬同性伴侶關係制度保障之爭，2015年之 *Oliari and Others v. Italy* 則彰顯跨國協力創造公約解釋變遷契機之面向。判決結論雖對義大利課以創設同性適用伴侶制度之義務，歐洲人權法院實則並未推翻2010年以降之判決見解<sup>90</sup>，而係呼應包括義國官方近期民調，以及義國憲法法院（*Corte costituzionale*）、最高法院（*Corte suprema di cassazione*）支持同性伴侶關係受制度保障之見解<sup>91</sup>。義國政府欲以「動搖敏感神經以及文化認同之複雜問題」說<sup>92</sup>，爭取國會研判立法時機之評斷餘地，即難自證。尤其義國憲法法院與法、西、葡等國憲法監督機關皆採取相同立場，肯定憲法一定程度保障同性伴侶私人與家庭生活，惟同性伴侶應享何等制度保障，屬立法權限之形成自由<sup>93</sup>。差異在於，除義國之外，其餘國會皆於相關見解發表前後採取相應立法措施<sup>94</sup>。惟須補充，單純以義國司法及民間聯手歐洲人權法院「夾擊」義國政府觀察，將遺漏多年以降累積之規範形成動態。義國憲法法院於2010年區隔憲法第2條人格發展與第29條結婚權之手法，實則充分呼應歐洲人權法院於同年判決模式：區隔公約第8條私人與家庭生活受尊重權與第

---

<sup>90</sup> Schalk and Kopf v. Austria, App. No. 30141/04, 2010-IV Eur. Ct. H.R., ¶¶ 62-63.

<sup>91</sup> *Oliari and Others v. Italy*, App. No. 18766/11 & 36030/11, Eur. Ct. H.R., ¶¶ 144-148 (2015).

<sup>92</sup> *Id.* ¶ 123.

<sup>93</sup> Tiago Fidalgo de Freitas & Diletta Tega, *Judicial Restraint and Political Responsibility: A Review of the Jurisprudence of the Italian, Spanish and Portuguese High Courts on Same-Sex Couples*, in SAME-SEX COUPLES BEFORE NATIONAL, SUPRANATIONAL AND INTERNATIONAL JURISDICTIONS, 287 (D. Gallo, L. Paladini & P. Pustorino eds., 2014); Sabrina Ragone & Valentina Volpe, *An Emerging Right to A "Gay" Family Life? The Case Oliari v. Italy in a Comparative Perspective*, 17 GERMAN L. J. 451, 467-471 (2016).

<sup>94</sup> 義國憲法法院陸續自2010年重申此見，至2015年歐洲人權法院*Oliari*判決公布前，義國國會尚無作為。 *Oliari*, Eur. Ct. H.R., ¶¶ 15-18, 36, 43, 45.

12 條結婚權<sup>95</sup>。歐洲人權法院最終能駁斥義國政府之論據，大致皆出於義國內部意見，而此內部意見本身又與歐洲其餘司法見解相應和。

近年另一敏感爭議中，法國民法典明文列為公共秩序之代理孕母禁令<sup>96</sup>，自 1991 年<sup>97</sup>以降持續為最高法院（*Cour de cassation*）判決肯定。公共秩序係該國社會重大且基本之價值決定，且不得為其餘規範所抵觸，用以表現古典金字塔法秩序想像甚為貼切。然而，歐洲人權法院於 2014 年之 *Mennesson v. France*<sup>98</sup>，卻認定法國以違反公共秩序拒絕生父與代孕子女於法國法下建立親子關係<sup>99</sup>，違反歐洲人權公約第 8 條。與上開案例雷同之處在於，欠缺歐洲清晰共識，且涉及敏感道德倫理問題。反之，法國中央行政法院（*Conseil d'État*）的一份 2009 年生物倫理法研究報告、中央行政法院緊急程序法官（*juge des référés*）2011 年之駁回裁定、法國司法部長 2013 年一份通函（*circulaire*），以及權理家庭事務部長委託之親子關係工作小組 2014 年報告<sup>100</sup>，皆指向法國基於子女及家庭權利可能開創之轉圜餘地，諸如准予子女入境並取得法國籍，強調兒童最佳利益及家庭權。尤其上開 2009 年報告建議，法國法應切割子女利益與違法情狀，至少允許於法國戶政轉錄認領該名子女之生父<sup>101</sup>。

上開法國機關之論證，涉及民法典第 47 條合法出生證明轉錄規定之解釋、兒童公約第 3 條第 1 項之兒童最佳利益優先原則，以及歐洲人權公約第 8 條之家庭生活保障。就結果而言，法國最高法院召開全院庭參酌 *Mennesson*

<sup>95</sup> *Schalk and Kopf*, 2010-IV Eur. Ct. H.R., ¶ 108; Corte costituzionale, Judgment No. 138 of 2010, at 8-9, [http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent\\_judgments/S2010138\\_Amirante\\_Crisuolo\\_EN.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/S2010138_Amirante_Crisuolo_EN.pdf) (last visited Dec. 17, 2016).

<sup>96</sup> 民法典第 16-7 條（代理孕母契約無效）併參第 16-9 條（本章諸條文屬公共秩序）。

<sup>97</sup> *Cour cass. ass. plén.*, 31 mai 1991 n° 90/20.

<sup>98</sup> *Mennesson v. France*, App. No. 65192/11, 2014-V (extracts) Eur. Ct. H.R., ¶ 100

<sup>99</sup> 法國最高法院終局判決認定，除抵觸公共秩序外，衡酌聯合國兒童公約之兒童最佳利益及歐洲人權公約之家庭生活權，當事人家庭仍得藉加州法建立親子關係，且無礙於子女旅法與家長共同生活：*Cour cass. 1<sup>er</sup> civ.*, arrêt n° 370 du 6 avril 2011 (10-19.053).

<sup>100</sup> 參見 *Mennesson*, 2014-V Eur. Ct. H.R., ¶¶ 34-38.

<sup>101</sup> 委託代孕之「契約母親」則允許收養代孕子女，或由生父向法院聲請親權共享。

於 2015 建立新例<sup>102</sup>，貌似採納歐洲人權法院於維護法國公共秩序與保障兒童利益之間提供的解方<sup>103</sup>，惟實則為接受中央行政法院以及親子關係工作小組報告之立場。另一方面，最高法院雖局部推翻其 1991 年判決先例，不再單純以代理孕母契約建立之出生證明破壞公共秩序為由拒絕生父與子女建立親子關係，反之則既未重新詮釋公共秩序，亦繼續否定依代理孕母契約建立之出生證明（所載非真正生母）得於法國視為合法並轉錄於戶政<sup>104</sup>。解方始於中央行政法院意見，暫且終於最高法院。歐洲人權法院並非單向施壓，而是加入法國當時對於推翻最高法院判決先例之辯論；法國最高法院亦非全盤接受歐洲人權法院見解，而是另藉全院庭評議之解決方式，回應兒童最佳利益與家庭生活保障之普世價值<sup>105</sup>。易言之，各國法院引述歐洲人權法院判決先例審理爭訟時，並非單純使歐洲人權公約優於內國法適用。本節案例皆以司法機構間之協和（in concordance）解釋為例，詮釋普世準則或規範之形成。惟對話並非和平與共識，爭論與碎裂亦屬常態。

## 二、普世與相對之動態：「有序的多元」

前節嘗試論證「普世」出於各國經國內與國際辯論後浮現之共同點，不斷隨之變遷且持續保有其不確定性。本節則將試圖描繪國際人權法所允許之「相對」。各法治國主張之獨特法律秩序或社會脈絡，並非單純侷限普世準

---

<sup>102</sup> Cour cass., ass. plén., arrêt n° 619 du 3 juillet 2015 (14-21.323) ; arrêt n° 620 du 3 juillet 2015 (15-50.002).

<sup>103</sup> 如部分評論所言：Claire Lengrand & Camille Escuillié, Statut juridique de l'enfant issu d'une GPA à l'étranger : Une avancée jurisprudentielle en demi-teinte, *RevDH* [En ligne], 13 janvier 2015, pp. 2-3, [http:// revdh.revues.org/1772](http://revdh.revues.org/1772) (last visited Sept. 30, 2016).

<sup>104</sup> Rodolphe Méssa, Revirement relatif à la transcription des actes de naissance d'enfants nés d'une GPA, *Dalloz Actualité* 7 juillet 2015, <http://www.dalloz-actualite.fr/printpdf/flash/revirement-relatif-transcription-des-actes-de-naissance-d-enfants-nes-d-une-gpa> (last visited Sept. 30, 2016).

<sup>105</sup> *Menesson* 判決後仍不乏學說批判並呼籲最高法院審慎評估局部抵制其效應：François Chénéde, Les arrêts *Menesson* et *Labassé* ou l'instrumentalisation des droits de l'homme, *D.*, n° 31, 2014, p. 1797.

則，而是普世準則的脈絡化。而即使內國法之價值決定構成國際社會例外，亦不必然違反國際人權法所致力維護之普世價值。

### （一）普世相對之循環與相對化的普世

承續前節所及各地趨同之規範及司法見解，無論是內國機關引用國際判決先例阻卻內國法效力，或是內國機關附隨國內外「趨勢」而形成其見解，皆呼應 Delmas-Marty 所稱「普世化之相對」（*Le relatif « universalisé »*）<sup>106</sup>。各國規範逐漸為一定程度之普世價值或多數決定所滲透，亦可謂各國機構汲取國際經驗之反思。規範解釋變遷包含雙向交互影響之動態。例如，歐洲人權法院汲取自各法體系理論而建立公約之自主概念（*autonomous concepts*）<sup>107</sup>，獨立而不受內國法釋義左右內涵。相對內國法院引述公約自主性概念時，則是反向使「已歐洲化」之外國法概念融入內國法，促成內國法變遷。套用法國中央行政法院之語，除了歐洲各國彼此間直接之「法律進出口」，國際組織相關機制亦參與其中，構成「交易平臺」<sup>108</sup>。國際人權公約原借自內國法之概念，產生自主意涵而獨立於內國法固有之解讀，此作法亦為美洲人權法院（*Inter-American Court of Human Rights*）所秉持<sup>109</sup>。

另一交互影響之動態，出於每個法體系各自於變遷過程中的重疊影響。法律變遷使得安定而分殊之「內國法」想像成為虛幻，Delmas-Marty 甚至以「雲」的意象取代金字塔，以形容各法體系持續變動中的法秩序<sup>110</sup>。當歐

<sup>106</sup> Delmas-Marty, *supra* note 53, at 403.

<sup>107</sup> Jean-Paul Costa, Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : de l'influence de différentes traditions nationales, *RTDH*, n° 57, 2004, pp. 103, 101-110.

<sup>108</sup> Conseil d'État, *L'influence internationale du droit français*, Paris : Documentation française, 2001, pp. 39-43.

<sup>109</sup> Amaya Úbeda de Torres, *Determination of Victims*, in *THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS: CASE LAW AND COMMENTARY*, 105-128, 110 (Laurence Burgogue-Larsen and Amaya Úbeda de Torres ed. 2011).

<sup>110</sup> Mireille Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné*, Paris : Seuil, 2006, pp. 266-267.

洲人權法院找出最新歐洲共識促成公約解釋變遷時，其所參考之部分國家相關法規可能已經處於進一步改革的邊緣。例如 2017 年春之 *A.P., Garçon and Nicot v. France* 部分涉及跨性別去疾病化訴求，反對以強制精神診斷為申請性別變更前提。判決之際，法國實已通過民法修正，放寬性別變更申請要件，朝向尊重個人認同邁進一步<sup>111</sup>。在修法前，法國國家人權諮詢委員會（*Commission nationale consultative des droits de l'homme*）於 2013 年應行政部門咨請發表之諮詢意見中，即綜合國際與歐洲確立之抽象普世價值決定，指出性別已不再是性徵或功能認定問題，而是個人認同<sup>112</sup>。單純以自主宣告方式變更性別之主張或許尚未臻共識，歐洲人權法院於上開判決中就此認定無違公約，惟內國法已有所變遷，藉由民主決定採納內國少數意見，更趨近尊重性別認同之抽象價值決定。

比較法係構成普世準則變遷之至要基礎，惟其操作尚非千篇一律以多數凌駕少數製造「政治正確」，尚須置入個別國情加以脈絡化。而此脈絡化之普世準則，為 Delmas-Marty 喻為「相對化之普世」（*l'universel « relativisé »*）<sup>113</sup>。渠並以歐洲人權法院對多元主義之立場說明：「由於內國機關直接且持續接觸其內國各方勢力」，因此以「迫切社會需求」論證限制權利之必要時，「內國機關原則上較國際法官更具優勢」<sup>114</sup>。即使近年普世價值確實呈現逐步強化之態勢，尤如歐洲共識薄弱不必然允許較大評斷餘地<sup>115</sup>，惟具有普世

<sup>111</sup> *A.P., Garçon and Nicot v. France*, App. No. 79885/12, 52471/13 & 52596/13, 2017 Eur. Ct. H.R., ¶ 108; Article 56 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle, *JORF* n° 0269 du 19 novembre 2016.

<sup>112</sup> Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDDH), *Avis sur l'identité de genre et sur le changement de la mention de sexe à l'état civil*, 27 juin 2013, pp. 2-3, [http://www.cncdh.fr/sites/default/files/27.06.13\\_avis\\_sur\\_lidentite\\_de\\_genre\\_et\\_sur\\_le\\_changement\\_de\\_la\\_mention\\_de\\_sexe\\_a\\_letat\\_civil.pdf](http://www.cncdh.fr/sites/default/files/27.06.13_avis_sur_lidentite_de_genre_et_sur_le_changement_de_la_mention_de_sexe_a_letat_civil.pdf) (last visited Aug. 18, 2017).

<sup>113</sup> Delmas-Marty, *supra* note 53, at 406.

<sup>114</sup> *Handyside v. the United Kingdom*, 24 Eur. Ct. H.R. (ser. A), ¶ 48 (1976).

<sup>115</sup> George Letsas, *The ECHR as a Living Instrument: Its Meaning and Legitimacy*, in *CONSTITUTING EUROPE: THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS IN A NATIONAL, EUROPEAN AND GLOBAL CONTEXT* 107, 115-122 (A. Follesdal, B. Peters & G. Ulfstein

價值地位之自由權利，亦須接受多元價值之挑戰，甚至因此相對化。Letsas 稱此為評斷餘地之結構概念（structural concept），歐洲人權法院身為國際法院，必須承認其備位性質（subsidiarity）<sup>116</sup>及權力侷限<sup>117</sup>。

而身處脈絡中的內國機關，在普世與相對之間尋求最適平衡點的過程，構成說服國際條約監督機構最有力之證詞。況且，值得再次強調，內國機關並非孤立，而有其他遭遇類似難題之外國法例得資參酌。近年之顯例，如 2014 年芬蘭性別重置者確認既有婚姻效力之訴，*Hämäläinen v. Finland*<sup>118</sup>。性別重置後婚姻持續有效，形同開放同性婚？德國憲法法院（*Bundesverfassungsgericht*）於 2008 年類似違憲判決中所提出之利益衝突調解方式<sup>119</sup>，即成芬蘭政府勝訴之有力佐證。芬蘭當時尚未通過施行同性婚姻，因此聲請人必須在變更性別登記與婚姻轉錄為伴侶制之間抉擇，惟聲請人及其配偶堅持其信仰而拒絕離婚，請求於變更性別註記之同時維持其婚姻有效。多數法官主要以歐洲欠缺共識及涉及敏感道德倫理拓寬評斷餘地<sup>120</sup>，而少數法官則以涉及個人認同且符國際趨勢為由，主張適用高密度審查<sup>121</sup>。

歐洲僅奧、德、瑞士三國允許已婚性別重置者保有其婚姻效力<sup>122</sup>。其中奧國憲法法院（*Verfassungsgerichtshof*）於 2006 年對變更性別登記者須為單

---

eds, 2013).

<sup>116</sup> 臺灣著作多譯為「輔助性」。在不否認此譯詞效度之前提下，筆者傾向採用劉淑範之「備位性」，強調其不可或缺，惟於相對於內國規範有先後順位之別：劉淑範（2003），〈論確認訴訟之備位功能：行政訴訟法第六條第三項之意涵與本質〉，《人文及社會科學集刊》，15卷1期，頁61。

<sup>117</sup> GEORGE LETSAS, A THEORY OF INTERPRETATION OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS, 90-92 (2007).

<sup>118</sup> *Hämäläinen v. Finland* [GC], App. No. 37359/09, 2014-IV Eur. Ct. H.R.

<sup>119</sup> BVerfG 27.05.2008 – 1 BvL 10/05. 評析參見：陳宜倩（2011），〈性別自主決定、婚姻自由與跨性別人權：試評德國聯邦憲法法院 1 BvL 10/05 (2008) 判決〉，《歐美研究》，41卷3期，頁801-848。

<sup>120</sup> *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], App. No. 28957/95, 2002-VI Eur. Ct. H.R., ¶ 90; *Hämäläinen*, 2014-IV Eur. Ct. H.R., ¶ 67.

<sup>121</sup> *Hämäläinen* (joint dissenting opinion), 2014-IV Eur. Ct. H.R., ¶ 5.

<sup>122</sup> *Id.* ¶¶ 32-33.



身之規定宣告違憲<sup>123</sup>，認定已婚狀態不得阻礙性別註記之變更，而其時奧國尚無任何同性關係適用之伴侶制度。義大利憲法法院亦於 2014 年 6 月判決，引述包括歐洲人權法院相關判決、德奧憲法法院上開判決，認定義國法強制變更性別者離婚而無任何替代制度保障，係違反憲法第 2 條之人格發展保障，要求立法者採取行動填補立法缺位<sup>124</sup>。而德國 2008 年之憲法訴願，聲請人處境與 *Hämäläinen* 約略相當<sup>125</sup>。德國憲法法院認定，系爭規範跨性別法強制當事人於兩項憲法保障權利（婚姻與性別）之間作抉擇，應權衡衝突權利。系爭規範目的係避免同性婚姻效力，而離婚要件之手段符合適當性，惟無法通過最終之比例原則審查。無論是早年的婚姻自動失效，或是嗣後修正之事先離婚，皆未顧及當事人及其配偶婚姻基本權受侵害問題<sup>126</sup>。德國憲法法院進一步提出系爭規範合憲修正建議，一是允許人數極少之已婚跨性別者延續其婚姻效力，二是允許已婚跨性別者及其配偶繼續藉由註冊伴侶制延續其家庭關係，惟享有一切婚姻衍生權利<sup>127</sup>。

而芬蘭自身實踐之普世價值脈絡化，反映於立法歷程。跨性別者性別確認法之草案原嚴限單身者方得變更性別註記，惟立法過程中認為待遇不合理而加上婚姻與伴侶制自動轉換機制之但書，允許當事人及其配偶或伴侶基於合意維繫其家庭關係，對既有親子關係及相關權利義務亦毫無影響<sup>128</sup>。芬蘭政府並說明立法過程中已將歐洲人權公約保障跨性別者私人與家庭生活受尊重權納入考量，包括轉換機制不等於強致離婚，亦不影響自始之婚姻或伴

<sup>123</sup> VfGH, V 4/06-7, 08.06.2006; *Hämäläinen* (joint dissenting opinion), 2014-IV Eur. Ct. H.R., ¶ 16 (note 8).

<sup>124</sup> *Oliari*, Eur. Ct. H.R. at ¶ 36; Peter Dunne, *Marriage Dissolution as a Pre-requisite for Legal Gender Recognition*, 73(3) CAMBRIDGE L. J. 506, 508-509 (2014).

<sup>125</sup> 同樣是長年婚姻關係，德國聲請人拒絕離婚理由與信仰無關，而偏重於心理與經濟上的相互依賴。陳宜倩，前揭註 119，頁 818；Gregory A. Knott, *Transsexual Law Unconstitutional: German Federal Constitutional Court Demands Reformation of Law Because of Fundamental Rights Conflict*, 54 ST. LOUIS U. L. J. 997, 1008-9 (2009-2010).

<sup>126</sup> 陳宜倩，前揭註 119，頁 820-824；Knott, *id.* at 1010-2.

<sup>127</sup> 陳宜倩，前揭註 119，頁 824-825；Knott, *id.* at 1012-3.

<sup>128</sup> *Hämäläinen*, 2014-IV Eur. Ct. H.R., ¶¶ 28-30, 49.

侶關係年資計算，使未亡人給付、共同財產等衍生權利不受損害。此外，芬蘭婚姻與伴侶制之間，差異僅在於推定生父之婚生子女以及共同家姓選擇兩點<sup>129</sup>。芬蘭政府並以德國憲法法院上開判決為例，主張只要不影響實質衍生權利，婚姻與伴侶制之間的轉換本身並不違反德國聯邦基本法，芬蘭作法並無不同<sup>130</sup>。尤其對照多數締約國甚至欠缺性別變更立法或未提供婚姻之外其他家庭關係保障者<sup>131</sup>，芬蘭已盡力達成「普世化的相對」，履行其衡平衡突權利之義務。

對照前揭以普世人權保障為「公共秩序」之概念，「相對化的普世」是否代表某種「失序」？Delmas-Marty 所謂普世價值的弱點便在於此，人權公約所保障之普世權利，不惟在各法體系施行上分化為不同制度或措施，尚有價值體系的矛盾<sup>132</sup>。2016 年的 *Dubská and Krejzová v. the Czech Republic* 中，捷克婦女欲爭取助產士到府協助分娩之權利，主張禁止助產士到府助產之法令干預渠等私人生活自由，使渠等被迫接受婦產外科介入生產或獨自在家分娩。此案之第三方意見，反映出婦女人身自決權並非單純公共衛生與個人自由之衝突，更突顯助產士爭取獨立執業權，以及周產醫學界以降低風險為由堅持之醫療介入，雙方在實證數據上各有所憑<sup>133</sup>。捷克政府勝訴並非歐洲人權法院認同其作法，而是在共識欠缺的前提下，僅得邀請捷克政府未來進一步檢討系爭規範<sup>134</sup>。公共秩序在此以各項原則體現，人身自決、婦女及胎兒健康、執業自由、專業倫理等概念，皆為正反雙方所審慎考量。惟最終如何在社會需求脈絡中衡平衡突利益，則屬締約國之評斷餘地，保留多元。相對化之普世準則並非失序、脫序。對照 Delmas-Marty 所稱之「有序的多

---

<sup>129</sup> *Id.* ¶¶ 50-52.

<sup>130</sup> *Id.* ¶ 53.

<sup>131</sup> *Hämäläinen*, 2014-IV Eur. Ct. H.R., ¶¶ 74, 80.

<sup>132</sup> Delmas-Marty 係以資本主義與社會主義的矛盾對照公民政治權利與經濟社會權利可能的衝突：Delmas-Marty, *supra* note 53, at 123-125.

<sup>133</sup> *Dubská and Krejzová v. the Czech Republic* [GC], App. No. 28859/11 & 28473/12, 2016 Eur. Ct. H.R., ¶¶ 123-159.

<sup>134</sup> *Id.* ¶ 189.

元」(pluralisme ordonné)<sup>135</sup>，其「有序」在於系統性綜合審議當今國家承擔之繁複義務，此任務尤以內國機關及審議程序為重，惟並非一貫排除多元價值決定之可能。

## (二) 普世價值之例外？少數的爭議空間

承續為佐證有序多元所揭案例，被告國系爭規範至少並非歐洲少數，而能保全評斷餘地。對照 Letsas 對歐洲人權法院近年強化其監督之評價<sup>136</sup>，是否「歐洲少數」已無評斷餘地可言<sup>137</sup>？Letsas 所謂歐洲監督標準提高確為趨勢，惟相對價值仍有其存在空間；Stone Sweet 早年即以歐洲人權法體系為例主張，多元並非全球憲政主義之悖論，多元憲政主義存在於各國司法機關與歐洲司法機關之互動中<sup>138</sup>。歐洲人權法院本身強調之多元<sup>139</sup>，亦拘束其自身之實踐：倘國家為「多元主義(pluralism)之終極保障者」<sup>140</sup>，則歐洲人權法院則須於國家保障社會多元以及該院自身尊重各國多元之間權衡。

---

<sup>135</sup> Mireille Delmas-Marty, *Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste*, RIDC, n° 4, 2000, pp. 756-757.

<sup>136</sup> Letsas, *supra* note 115, at 121-122.

<sup>137</sup> 評斷餘地之運用是否有專斷恣意之虞，長年以來為學界與實務界所爭議，參見如：Bernard Edelman, *La Cour européenne des droits de l'homme : une juridiction tyrannique ?*, D., n° 28, 2008, p. 1946; Jeffrey A. Brauch, *The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law*, 11(1) COLUM. J. EUR. L. 113 (2005); Jan Kratochvíl, *The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights*, 29(3) NETH. Q. HUM. RTS. 324 (2011).

<sup>138</sup> Alec Stone Sweet, *Constitutionalism, Legal Pluralism, and International Regimes*, 16(2) IND. J. GLOBAL LEGAL STUD. 621, 636-639 (2009).

<sup>139</sup> Aernout Nieuwenhuis, *The Concept of Pluralism in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, 3(3) EUR. CONST. L. REV. 367 (2007).

<sup>140</sup> *Lentia and Others v. Austria*, 276 Eur. Ct. H.R. (ser. A), ¶ 38 (1993); *Yumak and Sadak v. Turkey* [GC], App. No. 10226/03, 2008-III, Eur. Ct. H.R., ¶ 106; *Animal Defenders International v. the United Kingdom* [GC], App. No. 48876/08, 2013-II, Eur. Ct. H.R., ¶ 101.

Delmas-Marty<sup>141</sup>與前歐洲人權法院法官 Tulkens<sup>142</sup>皆曾以道德與宗教多元為例，略舉歐洲人權法院判決先例闡釋評斷餘地之必要及其挑戰。以下擬補充其論證，闡釋「例外」何以不至構成失序。

歐洲人權法院自 2001 年起<sup>143</sup>，曾數度評論政教分離原則下的宗教自由。原則上，歐洲人權法院對於宗教相關之價值決定，秉持肯定各國自決之原則。針對以世俗主義為由對個人行為之干預，歐洲人權法院表示：「世俗主義之於法國，如同之於土耳其與瑞士般，為憲法原則、共和國立國基礎，為全國上下所認同，且須加以維護<sup>144</sup>。」此處所謂共和國立國基礎，以法國為例，涉及第三共和時期奠定之政教分離與世俗主義（*laïcité*）。世俗主義不惟載於 1958 年法國憲法第 1 條第 1 項，更堪稱今日法國共和之基石。第三共和 1905 年政教分離法<sup>145</sup>通過前，社會經歷反教權主義與共和主義結合，挑戰舊秩序之嚴正論戰<sup>146</sup>，為第三共和視為現代化之起點<sup>147</sup>。而土耳其之凱末爾主義（Kemalism），務使全國多數信仰之伊斯蘭自國家機器中褪去，同樣被視為現代化之開端<sup>148</sup>。針對土耳其嚴拒多數宗教於公立院校中挑戰世俗原則之價值決定，歐洲人權法院即曾表示：世俗性既然為土耳其立國原則之一，在憲法上與法治、人權、民主等和諧並存，「得視為保障土耳其民主體系所必要<sup>149</sup>」。

---

<sup>141</sup> Delmas-Marty, *supra* note 110, at 81-92.

<sup>142</sup> Françoise Tulkens, *The European Convention on Human Rights and Church-State Relations: Pluralism vs. Pluralism*, 30 CARDOZO L. REV. 2575, 2579-2580 (2008-9).

<sup>143</sup> 參見：Dahlab v. Switzerland (dec.), App. No. 42393/98, 2001-V Eur. Ct. H.R.

<sup>144</sup> Dogru v. France, App. No. 27058/05, Eur. Ct. H.R., ¶ 72 (2008).

<sup>145</sup> Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et l'État, *JORF* du 11 décembre 1905.

<sup>146</sup> Winock Michel, Le mythe fondateur : l'affaire Dreyfus, in Berstein Serge & Rudelle Odile (dir.), *Le modèle républicain*, Paris : PUF, 1992, p.131.

<sup>147</sup> Jean Baubérot, La représentation de la laïcité comme « exception française », *Cosmopolitiques*, n° 16, 2007, pp. 128-129.

<sup>148</sup> Suna Kili, *Kemalism in Contemporary Turkey*, 1 INT'L POL. SCI REV. 381 (1990).

<sup>149</sup> Leyla Şahin v. Turkey [GC], App. No. 44774/98, 2005-XI, Eur. Ct. H.R., ¶ 114.

就法國公立中學女學生於體育課拒絕取下伊斯蘭頭巾而遭退學之爭訟，*Dogru v. France*，歐洲人權法院將法國自第三共和以降之世俗主義概念發展，載於判決書之內國相關法規與實踐，包括著名之 1989 年中央行政法院諮詢意見<sup>150</sup>。面對公立國民中學生穿戴伊斯蘭頭巾而對其餘穆斯林同學構成強迫改宗壓力之爭議<sup>151</sup>，教育部長轉而諮詢中央行政法院。該意見詳陳法國憲法與立法保障之信仰自由以及表現其宗教歸屬之表現自由，以此為原則，認定宗教象徵物之穿戴本身並未牴觸世俗主義<sup>152</sup>。惟為衡平相互衝突之利益，諸如出席受教義務與國民教育之推行，尤其穿戴「露骨」或「訴求」性質之象徵物，可能於例外情況下構成施壓、挑釁、改宗或宣教等行為，侵害其餘教育環境成員之尊嚴與自由<sup>153</sup>。因此，教育機構視個案得於必要時限制相關權利行使。而中央行政法院訴訟部門自是亦審理多宗校園紀律處分訴訟，包括多次撤銷校園一般性宗教象徵物穿戴禁令，或是基於穿戴露骨宗教象徵物並未構成任何教育機構公共秩序之干擾而撤銷懲處<sup>154</sup>。反之，中央行政法院亦基於其諮詢意見原則，支持對拒絕卸除宗教象徵物或拒絕到課等行為之懲戒<sup>155</sup>。

---

<sup>150</sup> *Dogru*, Eur. Ct. H.R., ¶ 26 (2008). 法國中央行政法院同時為行政機關諮詢機構，此諮詢意見係由教育部長聲請：Conseil d'État, *Avis rendus par l'assemblée générale du Conseil d'État n°346.893 - Mme Laroque rapporteur*, 27 novembre 1989.

<sup>151</sup> 當時爭議出於以新移民二代為學生大宗之郊區學校，穿戴頭巾學生以其「虔誠」而對多數未配戴頭巾之穆斯林少女形成壓力，相關聽證亦構成 2004 立法之背景：Patrick Weil, *Headscarf versus Burqa: Two French Bans with Different Meanings*, in *CONSTITUTIONAL SECULARISM IN AN AGE OF RELIGIOUS REVIVAL* 202-3 (S. Mancini & M. Rosenfeld eds., 2014).

<sup>152</sup> Jean-Paul Costa & Jean Marcou, *Le Conseil d'État, le droit public français et le « foulard »*. Interview de Monsieur Jean-Paul Costa, *CEMOTI*, vol. 19, 1995, ¶ 5, <https://cemoti.revues.org/1688> (last visited Apr. 8, 2015).

<sup>153</sup> *Avis n° 346.893*, *supra* note 150, at ¶ 1.

<sup>154</sup> 中央行政法院早年忠實於其 1989 年諮詢意見，傾向更包容之立場：Jane Freedman, *Secularism as a Barrier to Integration? The French Dilemma*, 42 *INT'L MIIGR.* 5, 16 (2004).

<sup>155</sup> *Dogru*, Eur. Ct. H.R., ¶ 29 (2008).

曾長期任職歐洲人權法院及法國中央行政法院的 Costa 法官指出<sup>156</sup>，中央行政法院 1989 年諮詢意見實已局部限制法國政教分離說，轉而以保障表現及宗教自由為原則。原因出於國際人權法之壓力<sup>157</sup>，該諮詢意見因而在法國規範之外，尚引述歐洲人權公約及多項基本人權公約<sup>158</sup>。此意謂，中央行政法院已執行事前之合公約性審查，一則使法國的相對價值決定，局部普世化但維持權利保障之例外，二則說服歐洲人權法院，自公約之普世價值讓渡出相對之評斷餘地。歐洲人權法院對 *Dogru* 之審理方式，乃詳盡檢視法國就其所聲稱之價值決定，是否秉持一貫原則，於世俗主義與宗教自由之間謹慎視個案求取衡平<sup>159</sup>：「涉及國家與宗教關係，民主社會也可能合理存在深層分歧，當案件爭點關乎於此，國家決策者的角色有必要被賦予格外重要的地位<sup>160</sup>。」歐洲人權法院既無從評價國家價值決定，而中央行政法院見解已盡力於衝突利益間尋求衡平<sup>161</sup>，本案因而導出無違歐洲人權公約之結論。

即使獨排眾議堅持例外，法國並未構成歐洲人權保障體系之失序。上開 1989 年之關鍵意見實則證明，內國法體系已非孤立之金字塔階層，而是諸多彼此互動金字塔中的一座<sup>162</sup>。如 Ost & van de Kerchove 之法辯證理論（*théorie dialectique du droit*）所主張，金字塔階層秩序依然為司法現實，惟無法抹煞背後複雜水平網絡（*réseau*）之存在<sup>163</sup>。面對獨特政教分離政策，

<sup>156</sup> Costa & Marcou, *supra* note 152, ¶ 11.

<sup>157</sup> Weil, *supra* note 151, at 200.

<sup>158</sup> *Avis n° 346.893*, *supra* note 150, at 2；置於前言之概略引述，作為背景文獻，並未明列條文。

<sup>159</sup> *Dogru*, Eur. Ct. H.R., ¶ 71 (2008).

<sup>160</sup> *Id.* ¶ 63. 歐洲人權法院隨即對一系列堅持穿戴宗教服飾到校而遭校方處分之訴法國案，予以不受理裁定。

<sup>161</sup> 惟 Rozakis 法官亦曾謂，當歐洲人權法院掌握足夠證據，經審慎分析而推導出系爭措施必要性足以證立，評斷餘地之適用自應限於備位角色（*Concurring Opinion of Judge Rozakis, annexed to Odièvre v. France [GC], App. No. 42326/98, 2003-III Eur. Ct. H.R.*），本案歐洲人權法院實已對系爭措施執行必要性分析，評斷餘地係針對決定系爭措施之價值決定，而非措施本身。

<sup>162</sup> Delmas-Marty, *supra* note 110, at 279.

<sup>163</sup> François Ost & Michel van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit ?*, *RIEJ*, n° 44, 2000, pp. 3, 9-10.

並非歐洲人權公約不適用，反而正是因為公約早已影響中央行政法院之見解，而說服歐洲監督接受例外。藉 Ost & van de Kerchove 之語描繪之：民主立法之高權（*souveraineté*）受國際規範之持續侵蝕（*érosion*）或稀釋（*dilution*），且此程序係於內國法體系中進行<sup>164</sup>。固然得謂法國於 *Dogru* 判決勝訴，成功保衛其相對價值決定，惟倘非中央行政法院參酌普世價值修正相對準則，甚至假設法國係無差別禁止穿戴任何宗教象徵物，則禁令是否通過歐洲監督，值得商榷。

類似的情況亦出現於歐洲人權法院 2014 年的 *S.A.S. v. France*<sup>165</sup> 判決，法國全身式罩袍禁令之爭議。中央行政法院應總理之諮詢，於 2010 年 3 月通過題為「禁止穿戴全身式罩袍在法律上的可能性」研究報告<sup>166</sup>，針對世俗主義重申三項原則：國家中立、宗教自由、尊重多元。報告結論近似於前揭 1989 年意見，引述多項歐洲人權法院判決先例，強調國家得因中立之需而依時空條件限制其個人宗教表現自由，惟不至允許頒布無差別禁令<sup>167</sup>。首先，歐洲人權法之人性尊嚴強調個人自主權，捨棄「集體良俗所要求的尊嚴保障」觀點<sup>168</sup>。其次，提升婦女地位的手段，並不包括違反其自由意志之強制措施，男女平等論難以證立<sup>169</sup>。再者，考量公共安全，全身式罩袍本身尚不至威脅公共秩序；倘僅因隱藏面容，亦僅需於必要時強制揭露面容供識別查驗即可<sup>170</sup>。報告故而建議，僅禁止於「公開場合隱藏面容」相對合理，惟不否認禁令間接效應將侵害罩袍志願穿戴者之行動與宗教自由<sup>171</sup>。

<sup>164</sup> *Id.* at 44 *et seq.*

<sup>165</sup> *S.A.S. v. France* [GC], App. No. 43835/11, 2014-III (extracts) Eur. Ct. H.R.

<sup>166</sup> Conseil d'État, *Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*, 25 mars 2010, [http://www.conseil-etat.fr/content/download/1731/5221/version/1/file/etude\\_vi\\_30032010.pdf](http://www.conseil-etat.fr/content/download/1731/5221/version/1/file/etude_vi_30032010.pdf) (last visited Oct. 18, 2014).

<sup>167</sup> *Id.* at 18.

<sup>168</sup> *Id.* at 19. 引述 2005 年歐洲人權法院就比利時性愉虐案提出的個人自主權：K.A. and A.D. v. Belgium, App. Nos. 42758/98 and 45558/99, Eur. Ct. H.R., ¶ 83 (2005).

<sup>169</sup> *S.A.S.*, 2014-III Eur. Ct. H.R., at 20.

<sup>170</sup> *Id.* at 20, 30-35. 參見如法國機場安檢要求男性錫克教徒摘下頭套爭議（*Phull v. France* (dec.), App. No. 35753/03, 2005-I Eur. Ct. H.R.）或法國領事館要求女性移民申請者於男性官員面前揭開伊斯蘭頭巾驗證身份爭議（*El Morsli v. France*

中央行政法院報告於是強調，經更新之「公共秩序」概念，將是惟一可能阻卻違憲或違反歐洲人權公約之事由<sup>172</sup>，因此提出「社會生活根本基礎與互惠要求的最低基準」<sup>173</sup>。此概念嗣而為法國國會採納。惟報告亦附註道，此新概念由於欠缺憲法與歐洲人權法判決先例的支持，無法排除其違憲或違反歐洲人權公約之風險<sup>174</sup>。而中央行政法院諮詢部門與國家人權諮詢委員會<sup>175</sup>意見相近，駁斥全身式罩袍禁令以世俗主義、男女平權證立其目的正當性之主張，質疑禁令對宗教自由之侵害。反之，憲法委員會（*Conseil constitutionnel*）則對公共安全、性別平等立法理由毫無異議，甚至支持由社會決定人性尊嚴內涵，悖於歐洲人權法院之人性尊嚴自決說<sup>176</sup>。學者批評，憲法委員會於此爭議中選擇「缺席」<sup>177</sup>。而歐洲人權法院雖接受法國就公開場合隱藏面容提出之「社會生活最低基準」說，惟選擇積極與內國機構對話，重申中央行政法院所認知之個人尊嚴自決原則，駁斥法國於「生活在一起」（*vivre ensemble*）之外其餘事由之正當性<sup>178</sup>。

對照中央行政法院 2010 年報告及 1989 年意見，普世價值更進一步滲入相對決定，內國機構反對憲法委員會所肯定之尊嚴社會決定說，並支持以禁止隱藏面容避免緊急危難誠屬過當。反之，歐洲人權法院並未全盤接受歐洲理事會機關對罩袍禁令之反對意見<sup>179</sup>，同時局部否定法國國會與憲法委員會

---

(dec.), App. No. 15585/06, Eur. Ct. H.R. (2008) 等不受理決定。

<sup>171</sup> S.A.S., 2014-III Eur. Ct. H.R., at 22-24.

<sup>172</sup> *Id.* at 25-27.

<sup>173</sup> *Id.* at 26.

<sup>174</sup> *Id.* at 28.

<sup>175</sup> CNCDH, *Avis sur le port du voile intégral*, 21 janvier 2010, [http://www.cncdh.fr/sites/default/files/10.01.21\\_avis\\_sur\\_le\\_port\\_du\\_voile\\_integral.pdf](http://www.cncdh.fr/sites/default/files/10.01.21_avis_sur_le_port_du_voile_integral.pdf) (last visited Oct. 17, 2014).

<sup>176</sup> Cons. const., déc. n° 2010-613 DC du 07 octobre 2010, ¶ 4.

<sup>177</sup> Marthe Fatin-Rouge Stéfanini & Xavier Philippe, *Le Conseil constitutionnel face à la loi anti-burqa : entre garantie des droits fondamentaux, sauvegarde de l'ordre public et stratégie politique* (Jurisprudence du Conseil constitutionnel Octobre 2010-mars 2011), *RFDC*, n° 87, 2011, p. 549.

<sup>178</sup> S.A.S., 2014-III Eur. Ct. H.R., ¶¶ 119-120.

<sup>179</sup> 包括國會大會及人權專員等意見，*Id.* ¶ 35-37.



之價值相對說，更藉此案進一步與各國對話。當時義大利國會正辯論類似法案，而瑞士聯邦議會則拒絕相關立法；此前另有荷蘭中央行政法院(*Raad van State*)與西班牙最高法院(*Tribunal Supremo*)同聲駁斥罩袍危害公共秩序及他人自由之說，而比利時憲法法院(*Grondwettelijk Hof/Cour constitutionnelle*)則與法國中央行政法院一致，認定國會以「生活在一起」之社會基本價值限制個人自由並未違憲<sup>180</sup>。歐洲人權法院即未判決法國違反公約，卻也因此建立宗教表現自由限制之底線，惟此底線並非歐洲人權法院自創，而是出於接受經普世化之相對，轉而將普世價值決定相對化。

「內」與「外」之界限，就此圖像而言，難以定論。「普世化的相對」仍為內國機構見解，惟非全然本於法國法傳統，而「相對化的普世」確為歐洲人權法院判決先例，然其內涵卻是建立在諸多相對交互作用後得出之最小公約數。惟一能夠肯定者，國際法古典之一元論、二元論，以及內國法體系之國際法位階<sup>181</sup>等孤立金字塔圖像，已無法解釋今日國際人權法所建構之繁複動態秩序。以今日歐洲人權法圖像為例，秩序並非穩固金字塔，多元亦不必然持續失序或斷裂：秩序繫於聚焦對話以及相應之爭議與修正，而多元亦藉由爭論取得其正當性。

### 參、跨國界之司法議價論壇

---

<sup>180</sup> *Id.* ¶ 40-52.

<sup>181</sup> 一元論與二元論之間並非涇渭分明，關鍵僅在於條約在內國法規範中的法位階：Giuseppe Sperduti, *Le principe de souveraineté et le problème des rapports*, in *Académie de droit international de La Haye (dir.), Recueil des cours*, vol. 153 (1976/V), Leiden : Martinus Nijhoff, 1984, p. 336；而一元論體系尚得選擇二元論實踐，二元論體系亦可能以形式上之二元實質施行一元論：Bérangère Taxil, *Méthodes d'intégration du droit international en droits internes*, in *Internationalisation du droit, internationalisation de la justice, actes du 3<sup>ème</sup> Congrès de l'Ahjucaf, 20-23 juin 2010*, Ottawa : Cour suprême du Canada, p. 109.

國際人權法之存續繫於內國法。前章已藉歐洲為例嘗試論證國際人權法對話：國家已不再是單一意志，而國際監督機構亦非上級法院。前章著重於突破普世與相對之區隔，描繪整體圖像。本章則持續深入內國法秩序，探討內國司法機關面對普世價值如何接受或轉化，又如何加以抗拒或爭論。國際人權法之所以具備法效力，必須以國家實質有效施行為前提。歐洲人權法院之判決對被告國雖具法拘束力<sup>182</sup>，惟歐洲人權法院終非上級法院，其判決若無法為被告國機構採納，仍將淪為具文<sup>183</sup>。實踐上各國司法進行合公約性審查時，並不乏抗拒與閃避，形成規範的破碎。國際人權法的圖像無法忽略內國法秩序以及法院角色，尤其法院如何參與以國際人權規範為中心之跨國司法論壇。以下將借曾長期抗拒「外來影響」之法國經驗，探討臺灣法院可能的作為以及臺灣司法於普世與相對之間的對話位置。

## 一、普世權利作為相對爭論平臺

於臺灣熟悉之歐陸法體系中，法國法獨樹一格，亦同時以其國際人權倡議及影響著稱。較不為臺灣所議論者，為法國司法曾長期抗拒國際人權條約之直接適用，以及近年積極與國際人權監督機構對話之實踐。影響法國當代司法最深者，當推歐洲人權法院與歐盟法院（Court of Justice of the European Union）。而歐洲級與國家級法官之間，除藉判決理由互表見解之對話外，類似學術研討會或正式拜會等對話模式，近年逐漸形成更具建設性的溝通方

<sup>182</sup> 歐洲人權公約第46條參照。

<sup>183</sup> 歐洲人權法院判決之執行效益，近年即成為諸多歐洲理事會報告之焦點。部長委員會近期年度報告統計顯示，歐洲人權法院之判決待執行結案者，至2015年尚累計逾萬件，而結案量臻至高峰之2012至2015年間，年結案量亦僅在1千至1千5百件之譜（Committee of Ministers, Council of Europe, *Supervision of the Execution of Judgments and Decisions of the European Court of Human Rights: 9th Annual Report*, 2015, pp. 55-57, <https://rm.coe.int/168062fe2d> (last visited Sept. 28, 2017))；人權指導委員會於2015年發表報告中便指出，涉及較高政治性質或技術繁複者，判決執行相對困難（Steering Committee for Human Rights, *CDDH Report on the Longer-Term Future of the System of the European Convention on Human Rights*, 11 December 2015, ¶ 134-135, Doc. CDDH(2015)R84 Addendum I.）。

式<sup>184</sup>。例如歐洲人權法院近年致力推動之司法年度開幕座談會，即以「法官間的對話」(dialogue between judges)為題<sup>185</sup>。本文擬排除此類非正式交流，而聚焦於司法裁判見解之正式(或以臺灣為例之「類正式」)對話。易言之，以司法機關為行動者，深入對照司法機關如何應對國際人權法之施行。

### (一) 交易平臺之建構：以法國為例

對話為國際人權法主要功能，超越司法或準司法管轄之界線。聯合國核心人權公約監督體系下，國家報告定期審查仍為締約國最基本之義務，由獨立專家與國家代表進行對話，以發展公約內涵。而大規模系統性違反公約情事之調查權或個人申訴等機制<sup>186</sup>，對話更為聚焦、直接而深入。前文已強調，即使是歐洲人權法院，亦無垂直階層之督導解釋、執行判決之權力，關鍵仍在於各國之實踐。前章所描繪之比較法圖像，方係人權保障變遷之主要動力。惟此動力非僅仰賴共識，而同時出於法律解釋的緊張與衝突，不僅在於國際法院與內國法院之間，更在於內國法院之間的「戰爭」<sup>187</sup>，而更貼近現實之概念，應屬前揭 Allard & Garapon 提出之「法官的交易」(*commerce des juges*)<sup>188</sup>。

<sup>184</sup> 比利時憲法學者Francis Delpérée參議員即曾於臺大社科院公開演講時，肯定柔性聚會對於消弭法官間法律見解矛盾之重要貢獻。Francis Delpérée (2012年12月)，〈歐盟與歐洲人權發展趨勢〉，發表於：《中華民國憲法學會民國101年年會暨學術研討會》，中華民國憲法學會、臺灣歐盟中心(主辦)，臺北。

<sup>185</sup> 參見其官方網站相關出版品：

[http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court/events/ev\\_sem&c=](http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court/events/ev_sem&c=) (最後瀏覽日：11/10/2016)。

<sup>186</sup> 柔性監督體系的成功帶來需求與信賴，不過，也同時使監督體系面臨改革的必要：James Crawford, *The UN Human Rights Treaty System: A System in Crisis?*, in THE FUTURE OF UN HUMAN RIGHTS TREATY MONITORING 1-3 (Philip Alston and James Crawford eds., 2000).

<sup>187</sup> Laurence Burgogues-Larsen, *De l'internationalisation du dialogue des juges. Missive doctrinale à l'attention de Bruno Genevois*, in R. Badinter et al. (dir.), *Le dialogue des juges : Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris : Dalloz, 2009, pp. 95-96.

<sup>188</sup> Allard & Garapon, *supra* note 17, at 7.

Allard & Garapon 指出，諸多司法管轄權構成一個全球論壇或網絡，基於個別的需求與立場，提出難題解決方式，同時彼此尋求法律見解的論述奧援<sup>189</sup>。反之，論壇亦有其衝突面：個別司法管轄權亟思保存或提升其威信及影響力。惟造就競爭之同時亦促成變遷。案件積存量雖可能導致司法機器失靈，惟司法管轄權也必須能夠「吸引」爭訟，以彰顯其地位<sup>190</sup>。面對權利意識抬頭的社會，能否適切回應個人對權利保障之訴求，足以左右法院信譽。此一動態，尤其能夠解釋為何法國 2008 年憲改下，憲法委員會得以「擴權」：一則係金字塔體系面對網絡之侵蝕，尋求鞏固憲法至高及「法國例外」（*exception française*）之相對，另則金字塔體系內部亦需顧慮身處網絡之中，調整階層間關係。

法國 1974 年批准歐洲人權公約時提出保留，排除歐洲人權委員會（European Commission of Human Rights）受理個人訴法國之聲請案<sup>191</sup>，惟該保留無礙於內國法體系適用歐洲人權公約。法國 1958 年憲法第 55 條規定，經批准對法國生效之國際條約，其效力低於憲法、高於法律。1975 年，法國憲法委員會基於憲法第 61 及 62 條之職權限制<sup>192</sup>，拒絕承擔法律合公約性審查，藉由志願中止妊娠法<sup>193</sup>疑似違反歐洲人權公約第 2 條生命權之釋憲案，認定國際條約並非「憲法集叢」（*bloc de constitutionnalité*）<sup>194</sup>之一部

<sup>189</sup> *Id.* at 18.

<sup>190</sup> *Id.* at 35-56.

<sup>191</sup> 原公約第 25 條之個人訴願。此外，雖然法國接受歐洲人權法院之司法管轄權，卻拒絕批准公約第 2 號議定書（歐洲人權法院諮詢意見效力）。Jean-François Villevieille, *La ratification par la France de la Convention européenne des droits de l'homme*, *AFDI*, vol. 19, n° 1, 1973, pp. 923-924; Alain Pellet, *La ratification par la France de la Convention européenne des droits de l'homme*, *RDP*, vol. 90, n° 5, 1974, pp. 1350-1351.

<sup>192</sup> *Supra* note 7, ¶ 4.

<sup>193</sup> Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse, *JORF* du 18 janvier 1975.

<sup>194</sup> Louis Favoreu, *Bloc de constitutionnalité*, in O. Duhamel et Y. Meny (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris : PUF, 1992, p. 87。就此概念之譯詞於學界似尚未出現定論，係第五共和憲政制度下，可供判斷法律違憲之諸部準則之集合（*bloc* 係指「簿」、「整體」等概念）。

分，亦因此肯定法國司法與行政司法管轄權有合公約性審查權。最高法院旋藉 *Société des cafés Jacques Vabre* 案<sup>195</sup>回應之，屏棄其傳統「Matter 說」（*doctrine Matter*，新生效之內國法優於已生效條約法）<sup>196</sup>，適用歐洲法院 *Costa*<sup>197</sup>案判決先例而肯定歐體法優位（*primacy/primauté*）。對法國最高法院而言，倘維持 Matter 說，則 1958 年憲法第 55 條僅須使條約與法律位階相同<sup>198</sup>。此意謂，自 1958 年至 1975 年間，法國司法實務之法位階理論屬違憲<sup>199</sup>。

反之，中央行政法院並未立即跟進，甚至駁斥下級法院承認國際條約優位<sup>200</sup>。其遲疑或源自於行政法院尊崇法律的悠久傳統<sup>201</sup>。即使法國於 1981 年接受歐洲人權委員會個人聲請案管轄權<sup>202</sup>，使其內國終局判決得為歐洲監督之標的，亦未改變中央行政法院立場。中央行政法院毋寧依其自身判例與憲法解釋<sup>203</sup>，撤銷侵害權利之行政命令<sup>204</sup>。反之，中央行政法院當時堅持法

<sup>195</sup> Cour cass., ch. mixte, *Société des cafés Jacques Vabre*, Bull. Ch. Mixte, n° 4, p. 6.

<sup>196</sup> 最高檢察署檢察官 Matter 於 1930 年代就訴訟（Cour cass. Civ., 22 décembre 1931, Sirey 1932.I.257）提出之見解，成為兩最高院奉行之說。Alain Pellet, Préface, in L. Burgorgue-Larsen, E. Dubout, A. Maitrot de la Motte & S. Touzé (dir.), *Les interactions normatives - Droit de l'Union européenne et droit international*, Paris : Pedone, 2012, p. 11.

<sup>197</sup> CJEC, *Flaminio Costa v. E.N.E.L.*, 15 juillet 1964, Case 6/64.

<sup>198</sup> Guillaume Bernard, *Exercices : droit constitutionnel et institutions politiques*, Levallois-Perret : Studyrama, 2006, p. 60.

<sup>199</sup> Patrick Rambaud, La reconnaissance par le Conseil d'État de la supériorité des traités sur les lois, *AFDI*, vol. 35, 1989, p. 94.

<sup>200</sup> *Id.* at 94-95.

<sup>201</sup> 此言出自前中央行政法院院長：Olivier Dutheillet de Lamotte, Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité, in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Paris : Dalloz, 2007, p. 319.

<sup>202</sup> Mikael Rask Madsen, Make law, not war, *ARSS*, n° 151-152, 2004, p. 106.

<sup>203</sup> Bruno Genevois, L'influence du Conseil constitutionnel, *Pouvoirs*, n° 49, 1989, p. 53.

<sup>204</sup> 如 1978 年，中央行政法院即以「正常家庭生活權」（droit de mener une vie familiale normale）係一般法律原則為由，撤銷法國政府 1977 年限制依親移民工作權之命令：CE, Ass., 8 décembre 1978, *G.I.S.T.I., C.F.D.T. et C.G.T.*, Rec. Lebon p. 493.

律牴觸條約屬違憲，而合憲性審查非其權限。問題在於憲法委員會當時並無任何事後合憲性審查權限，而修憲者亦無法達成共識<sup>205</sup>。憲法委員會遂再藉 1986 年移民法之事前合憲性審查呼籲：一旦國際條約進入內國法體系，則「國家各機構應於各自職權下監督此等國際公約之適用」<sup>206</sup>。憲法委員會更以中央選舉爭訟裁判者之身份，逕行審查選舉法規是否違反歐洲人權公約第 1 號議定書第 3 條之自由選舉<sup>207</sup>，終於促成中央行政法院立場轉變。一則普通法院行之已有年的合公約性審查，並不必然有損司法面對立法所需之自制；二則行政法院長期置身事外，立場確實也愈形尷尬<sup>208</sup>。1989 年，中央行政法院終於藉由 *Nicolo*<sup>209</sup> 判決確立合公約性審查先例<sup>210</sup>。

法國 2008 憲改之前，是否已存在事後司法具體審查制度？雖無直接廢止違反公約規範之權限，法國兩最高院當時已形同德奧憲法法院<sup>211</sup>，提供個人自由與權利於內國法體系中及時有效之救濟。前文所及如宗教服儀爭議等案，法國中央行政法院即為「法國價值」之關鍵對話窗口。惟 2007 年，俗稱「Balladur 委員會」之憲政體制現代化委員會<sup>212</sup>發表報告指出，法國欠缺事後合憲性審查機制，但一般法官與行政法官卻已落實合公約性審查有年，堪稱憲政秩序之異常（*anomalie*）<sup>213</sup>。2008 年新制憲法第 61-1 條建立「合

<sup>205</sup> Rambaud, *supra* note 199, at 92-93.

<sup>206</sup> Cons. const., déc. n° 86-216 DC du 03 septembre 1986, ¶ 6.

<sup>207</sup> Cons. const., déc. n° 88-1082/1117 AN du 21 octobre 1988.

<sup>208</sup> Rambaud, *supra* note 199, at 95 ; Dutheillet de Lamothe, *supra* note 201, at 320.

<sup>209</sup> CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, Rec. Lebon p. 190.

<sup>210</sup> 同時參見：Weng & Hsu, *supra* note 22, at 173-174.

<sup>211</sup> Bruno Genevois, Le Conseil d'État n'est pas le censeur de la loi au regard de la Constitution, *RFDA*, n° 4, 2000, p. 715; Bertrand de Lamy, Chronique constitutionnelle : les principes constitutionnels dans la jurisprudence judiciaire. Le juge judiciaire, juge constitutionnel ?, *RDP*, n° 3, 2002, pp. 781-820.

<sup>212</sup> Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V<sup>e</sup> République, 由總統 Nicolas Sarkozy 召集成立，Édouard Balladur 擔任主席，為憲改工程研擬建言與提案。

<sup>213</sup> Comité « Balladur », *Rapport du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V<sup>e</sup> République*, *JORF* n°252 du 30 octobre 2007, p. 17699, texte n° 1, Ch. III, C.2.

憲性優先問題」( *question prioritaire de constitutionnalité, QPC* )<sup>214</sup>，經當事人主張，法院得暫停訴訟並具陳理由呈報最高法院或中央行政法院，3個月內裁定是否上訴，憲法委員會亦應於受理後3個月內判決系爭法律是否違憲，並得廢止違憲法律<sup>215</sup>。憲法學者 Carcassonne 出席國會公聽會時即強調：合憲性問題必須優先，使憲法第 61-1 條不至於「甫出世即辭世」，並使兩最高院的「濾網」不至成為「瓶塞」，甚至使原先屬於合憲性審查的問題，被導向合公約性審查<sup>216</sup>。

憲法優位之主張一度為法國三個最高司法機構平添緊張。學者形容，藉由合公約性審查，法國各級法院與歐洲兩法院之間已然發展出極具建設性之對話<sup>217</sup>，而合憲性優先問題則動搖法國司法輿圖之穩定。當最高法院迅速藉歐盟法先決問題向歐盟法院提出疑慮時<sup>218</sup>，憲法委員會亦藉由附帶意見( *obiter dictum* )，於合憲性事前審查之決定中再度宣示其 1975 年見解：凡聲請理由乃基於條約或歐盟法，其審查歸屬行政與普通司法管轄<sup>219</sup>。就合憲性優先問題與歐盟法先決問題之衝突而言，憲法委員會因此阻卻法國人權保

<sup>214</sup> 參見：吳秦雯(2011)，〈事後違憲審查之潮流？：淺析法國違憲審查制度之新變革〉，《憲政時代》，36卷4期，頁375-409。

<sup>215</sup> Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, *JORF* n° 0287 du 11 décembre 2009, p. 21379.

<sup>216</sup> Audition de M. Guy Carcassonne, Professeur à l'Université Paris X, in *Rapport n° 1898* de Jean-Luc Warsmann fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi organique (n° 1599) relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r1898.asp> (last visited Nov. 11, 2013); Denys Simon & Anne Rigaux, La priorité de la question prioritaire de constitutionnalité : harmonie(s) et dissonance(s) des monologues juridiques croisés, *NouvCCC*, n° 29, 2010, p. 64.

<sup>217</sup> Burgorgue-Larsen, *supra* note 187, at 110-111.

<sup>218</sup> 歐盟法院就法國最高法院之先決問題亦明示，事關歐盟法適用疑慮者，內國憲法救濟機制不應阻擋內國法院自由向歐盟法院提出先決問題，否則恐有違反歐盟條約義務之虞：CJEU, *A. Melki and S. Abdeli*, 22 June 2010, C-188/10 & C-189/10.

<sup>219</sup> Cons. const., déc. n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, ¶¶ 12, 19.

障機制的管轄選擇（forum shopping）問題<sup>220</sup>，惟就法國憲法與歐洲人權公約重疊之權利保障內涵，兩最高院仍保留依合公約性審查自為判決，或藉重憲法委員會優先問題再為判決之審酌空間。

憲法委員會是否因此自外於歐洲人權法體系之網絡？憲法委員會之事前合憲性審查意見中，幾乎未曾明文援引歐洲人權公約<sup>221</sup>，2004 年歐盟條約合憲性審查案或係惟一例外<sup>222</sup>。憲法委員會似認歐洲人權公約僅為法國 1789 年人權宣言（*Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*）之複製品<sup>223</sup>。Carcassonne 歸結指出，基於公約原則出於宣言之「無性繁殖」（*principes clonés*），等者等之，則歐洲人權法院對該公約的動態解釋，可資 1789 年宣言當代意涵解釋之參考。反之，部分公約與宣言共有原則礙於傳統或憲法規範限制，須加以「基因改造」（*principes génétiquement modifiés*）：不等者不等之，憲法委員會因此必須考量憲政傳統與立憲原旨之局限，就部分見解與歐洲人權法院適當切割<sup>224</sup>。憲法委員會於合憲性優先問題審查中，似亦無意改變其與歐洲人權法院間的「無言對話」（*dialogue sans parole*）<sup>225</sup>，僅「隱晦但真誠」<sup>226</sup>地援引歐洲人權法院判決先例：未於主文及理由書中明文引述，僅將特定先例置於參考文獻卷宗內。

---

<sup>220</sup> Anne Lavade, *Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité ne sont pas jeux de hasard : la réplique du Conseil constitutionnel à la Cour de cassation !*, *D.*, n° 21, 2010, p. 1321.

<sup>221</sup> David Szymczak, *Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'Homme : l'europanisation « heurtée » du Conseil constitutionnel français*, *Jus Politicum*, n° 7, 2012, p.12-13.

<sup>222</sup> *Cons. const.*, déc. n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004 引述 *Leyla Şahin* (*supra* note 149)，解釋法國憲法世俗原則（*laïcité*）不抵觸宗教自由。

<sup>223</sup> Laurence Burgorgue-Larsen, *L'« Autonomie constitutionnelle » aux prises avec la Convention européenne des droits de l'homme*, *RBDI*, n° 1, 2001, pp. 31-64.

<sup>224</sup> 轉引自 Szymczak, *supra* note 221, at 13; Burgorgue-Larsen, *supra* note 223, at 50-53.

<sup>225</sup> Szymczak, *supra* note 221, at 12-14.

<sup>226</sup> *Id.* at 14.



## （二）普世與相對之議價：法國經驗

Allard & Garapon 呼應 Slaughter 之司法合作新秩序<sup>227</sup>，謂司法已成為當代三權分力架構下「可普世化」（*universable*）程度最高之權力，無論各國政府或國會間的合作，皆未若法官一般緊密<sup>228</sup>。Delmas-Marty 亦同意此說：法官孤立於三權分立，不受政治信任亦不為輿論理解，惟此不僅有利其超越國界尋求意見交換，甚至構成必要之途<sup>229</sup>。即如法國中央行政法院訴訟部長 Stirn 亦著書強調，法官在國內以獨立為本，同時仰賴國際司法對話網絡<sup>230</sup>。而對 Coron 而言，合約性審查開啟司法權之強化可能，使下級法院不再單純受制於上級法院之拘束，亦使原本弱勢之司法權力面對行政立法權得以提升<sup>231</sup>。就國際人權法領域層面，甚至可謂政治的反彈與威脅<sup>232</sup>皆與司法權力躍升超國家層級與之對抗相關。法國憲法委員會、最高法院與中央行政法院，皆未自外於國際人權法之對話網絡，影響法國、歐洲甚至全球之治理。如前揭法國世俗主義與公共秩序等論證，終究順利說服歐洲人權法院。而和諧對話並非全貌，最高法院與中央行政法院亦曾與歐洲人權法院陷入長期爭辯。有序多元體系中規範碎裂從未缺席且難以避免，惟仍以邊緣模糊<sup>233</sup>的相同概念為中心，藉由衝撞、爭論而尋找調和的可能。德國憲法法院與歐洲人權法院 2004 至 2011 年間就保安監禁（*Sicherungsverwahrung*）之判決意見，

<sup>227</sup> ANNE-MARIE SLAUGHTER, A NEW WORLD ORDER (2005).

<sup>228</sup> Allard & Garapon, *supra* note 17, at 84.

<sup>229</sup> *Id.* at 84-85; Mireille Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit (III). La refondation des pouvoirs*, Paris : Seuil, 2007, pp. 41-42.

<sup>230</sup> Bernard Stirn, *Vers un droit public européen*, Paris : Lextenso, 2012, pp. 123-128.

<sup>231</sup> Gaël Coron, Les juristes ont-ils des idées ? Réflexions autour du droit communautaire, *Savoir/Agir*, n° 14, 2010, p. 105.

<sup>232</sup> 包括如英國威脅退出歐洲人權公約、匈牙利威脅修憲限制憲法法院權限，甚至波蘭國會修法影響憲法法院獨立地位等。

<sup>233</sup> Delmas-Marty 早年即據法國刑事訴訟改革提出法律的「朦朧」（*flou*），國際的人權監督與國內的社會運動使法律繁複而模稜兩可，惟體系間不斷之衝突與調和使有序的多元成為可能：Mireille Delmas-Marty, *Le flou du droit. Du Code pénal aux droits de l'homme*, Paris : PUF, 1986.

由悖反趨於和諧，即為顯例<sup>234</sup>。而法國兩最高院亦同樣曾為法國體制辯護，與歐洲人權法院展開長期論辯。

法國警察 24 小時拘留 (*garde à vue*) 制度下，檢察官得令延長拘留，引發爭議<sup>235</sup>。憲法委員會自 1993 以來持續強調，於 1958 年憲法第 66 條下<sup>236</sup>，檢察官亦屬足以「確保個人自由受尊重」之司法官 (*magistrat*)<sup>237</sup>。該規範內涵同見於歐洲人權公約第 5 條，其中第 3 項規定，人身自由受拘束者應盡速由「法官或經法律授權行使司法職權之司法官」提審。歐洲人權法院藉由判決先例確立，上開條款即為第 5 條第 1 項規定之「該管司法機關」。此外，即使「司法官」有別於法官，仍須「滿足適足保障被捕者之要件」<sup>238</sup>，包括獨立於行政權及訴訟雙方<sup>239</sup>。基於檢審分離，司法官若兼任提審及起訴被告之職，則其公正及獨立得受質疑<sup>240</sup>。據此原則，歐洲人權法院分庭於

---

<sup>234</sup> 參見：Christopher Michaelsen, 'From Strasbourg with Love': Preventive Detention before the German Federal Constitutional Court and the European Court of Human Rights, 12(1) HUM. RTS. L. REV. 148, 148-167 (2012)；另一著名案例為德國預防性拘留，歐洲人權法院在長年堅持嚴格監督立場後，終於接受德國經過縝密比例原則審查之實踐。參見：Thomas Giegerich, *The Struggle by the German Courts and Legislature to Transpose the Strasbourg Case Law on Preventive Detention into German Law*, in JUDGMENTS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS - EFFECTS AND IMPLEMENTATION 207 (A. Seibert-Fohr & M. E. Villiger eds., 2014); Ostendorf v. Germany, App. No. 15598/08, Eur. Ct. H.R. (2013); Bergmann v. Germany, App. No. 23279/14, Eur. Ct. H.R. (2016).

<sup>235</sup> 依 2005 年修正，拘留於法國刑事訴訟法上介於逮捕與羈押之間，目的與要件類似羈押，逮捕後依年齡設有時限，成年者 24 小時，必要時檢察官或預審法官得延長至 48 小時，另有部分重罪得延長至 96 小時，逾此時限即屬適用法官保留之羈押 (*détention provisoire*)。

<sup>236</sup> 第 1 項規範人身自由，第 2 項規定「司法機關為人身自由守護者，依法律規定要件確保人身自由原則受尊重。」

<sup>237</sup> Cons. const., déc. n° 93-326 DC du 11 août 1993, ¶ 5; déc n° 2002-461 DC du 29 août 2002, ¶ 74.

<sup>238</sup> Schiesser v. Switzerland, 34 Eur. Ct. H.R. (ser. A), ¶ 31 (1979).

<sup>239</sup> *Id.* ¶ 31.

<sup>240</sup> Huber v. Switzerland, 188 Eur. Ct. H.R. (ser. A), ¶ 43 (1990); Brincat v. Italy, 249-A Eur. Ct. H.R. (ser. A), ¶¶ 20-1 (1992); Hood v. the United Kingdom, App. No. 27267/95, 1999-I Eur. Ct. H.R., ¶ 57.

2008 年藉 *Medvedyev and Others v. France*，否認拘留制度下的法國檢察官符合公約第 5 條第 1 項下之「該管司法機關」，尤其欠缺相對於行政權之獨立性<sup>241</sup>。

*Medvedyev* 涉及法國與柬埔寨之個案合作，於公海查緝疑似走私大宗毒品之東籍貨輪，船員主張渠等於法軍監視下遭拘留貨輪長達 13 日，未經司法機關提審。法國政府則認定，13 日為攔檢至入港停泊且受天候海象所限之必須時間，本案雖礙於客觀限制未能及時允許法官提審<sup>242</sup>，惟檢察官全程監控法軍執行拘留，已滿足公約第 5 條第 1 及 3 項所稱要件。Marguénaud 稱 *Medvedyev* 分庭判決為法國檢察風暴<sup>243</sup>，Renucci 則謂之司法地震<sup>244</sup>。經雙方上訴，大法庭於 2010 年就 *Medvedyev* 宣判，確認法國違反公約第 5 條第 1 項之分庭判決。惟大法庭並未明確支持分庭就法國檢察官地位之見解，僅認定系爭拘留欠缺法律依據，亦即法柬雙邊協議未包含人身自由限制之授權<sup>245</sup>。

法國檢察官獨立性以及得否保障人身自由之爭議，實自 1990 年代刑事訴訟改革起，即已為法國法界議論，並為相關改革諮詢委員會所提出<sup>246</sup>，惟必要改革遲未付諸行動<sup>247</sup>。至 2010 年，歐洲人權法院業已針對保加利亞、

---

<sup>241</sup> *Medvedyev and Others v. France*, App. No. 3394/03, Eur. Ct. H.R., ¶ 61 (2008) (referral to GC).

<sup>242</sup> 僅於入港後移送兩名預審法官。 *Id.* ¶¶ 17-8.

<sup>243</sup> Jean-Pierre Marguénaud, « Tempête sur le parquet », comm. sous CEDH, 10 juillet 2008, *Medvedyev c/ France*, RSC, n° 1, 2009, p. 176.

<sup>244</sup> Jean-François Renucci, Un séisme judiciaire : pour la Cour européenne des droits de l'homme, les magistrats du parquet ne sont pas une autorité judiciaire, *D.*, n° 9, 2009, p. 600.

<sup>245</sup> *Medvedyev and Others v. France* [GC], App. No. 3394/03, 2010-III Eur. Ct. H.R., ¶ 100; Jean Chappez, La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et les pouvoirs du parquet en matière de liberté, *AFDI*, vol. 57, 2011, p. 602.

<sup>246</sup> Commission Justice pénale et Droits de l'homme, *La mise en état des affaires pénales* (rapports au Ministère de la Justice), Paris : Documentation française, 1991, pp. 77-79.

<sup>247</sup> Marc-Antoine Granger, Le parquet, une autorité judiciaire indépendante ?, in *Actes du VIII<sup>ème</sup> Congrès français de droit constitutionnel*, Association française de droit

義大利、波蘭等國檢察官、以及瑞士預審法官等，表示相同之否定見解<sup>248</sup>。審理 *Medvedyev* 的大法庭並非對法國檢察官地位毫無疑慮，由刑法專長 Tulkens 法官領銜之 8 人共同部分不同意見書即嚴正質疑：海上拘留 13 日未經法官登船或遠距提審，違反公約第 5 條第 3 項之要件<sup>249</sup>。反之，法國憲法委員會於 2010 年 7 月同就拘留制做成合憲性優先問題解釋，與歐洲人權法院嗣於 10 月公布之 *Brusco v. France*<sup>250</sup> 一致認定拘留期間訊問應享律師協助並盡速提審<sup>251</sup>，惟堅持檢察官符合憲法人身自由條款之司法官要件<sup>252</sup>。

同年 11 月，歐洲人權法院再次審理法國拘留爭議 *Moulin v. France*。聲請人被捕後逾 4 日方由預審法官 (*juge d'instruction*) 提審；惟在此之前，聲請人被捕後，先為預審法官未經審訊延長其拘留，次日移送檢察官再延長拘留待移送預審法官。法國政府再度主張，檢察官滿足公約第 5 條第 3 項之司法機關<sup>253</sup>。鑒於爭點所在，歐洲人權法院無法再如 *Medvedyev* 大法庭般略過爭議，必須審查法國檢察官是否符合公約第 5 條第 3 項之司法官要件。歐洲人權法院指出，檢察官雖與法官同屬法國憲法第 66 條下之司法機關，惟其組織不同於法官，階層式隸屬於法務部受其指揮，且不受法國憲法第 64 條之法官終身職保障。雖明確表示無意加入法國國內進行之相關辯論，歐洲人權法院仍然直言否定法國檢察官屬公約第 5 條之獨立司法官<sup>254</sup>。Sudre

---

constitutionnel, 2011, pp. 1-2, <http://www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN6/grangerT6.pdf> (last visited Apr. 30, 2017).

<sup>248</sup> Sudre, *supra* note 13, 375.

<sup>249</sup> Joint partly dissenting opinion of Judges Tulkens, Bonello, Zupančič, Fura, Spielmann, Tsotsoria, Power and Poalelungi, ¶¶ 7-8, annexed to *Medvedyev*, 2010 Eur. Ct. H.R.

<sup>250</sup> *Brusco v. France*, App. No. 1466/07, Eur. Ct. H.R., ¶¶ 54-55 (2010).

<sup>251</sup> 歐洲人權法院 *Medvedyev* 判決列於背景文件中：Cons. const., Dossier documentaire de la déc n° 2012-257 QPC. Article 78 du code de procédure pénale, Convocation et audition par OPJ en enquête préliminaire, pp. 6-9, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2012/2012-257-qpc/dossier-documentaire.114710.html> (last visited Nov. 28, 2016).

<sup>252</sup> Cons. const., déc. n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, ¶ 26.

<sup>253</sup> *Moulin v. France*, App. No. 37104/06, Eur. Ct. H.R., ¶ 40 (2010).

<sup>254</sup> *Id.* ¶¶ 56-7.

稱此三部曲之最終章為法式檢察權之喪鐘<sup>255</sup>，反之 Garapon 則認為，*Moulin* 判決非但不是對法國司法文化的一記重擊，反而是長年爭議之後令人「鬆一口氣」的決定<sup>256</sup>。

法國最高法院於同年年底拘留爭訟的判決中，首度採納歐洲人權法院上開見解<sup>257</sup>。倘以「法國放棄傳統屈服於歐洲標準」評價此爭議，恐過於簡化。憲法委員會見解與歐洲人權法院不同之處，確實在於檢察官是否具備保障人身自由之司法官資格。惟兩者皆同意，一般拘留最長以 48 小時為限，期間應盡速使當事人由法官審查其人身自由限制事由，而法官受理後檢察官則失其人身自由拘束決定權<sup>258</sup>。歐洲人權法院之 *Moulin* 見解，在於解決聲請人被捕及提審之間時限是否逾越合理時限，並未全盤否定法國檢察官作為第一線「人身自由守護者」之憲法解釋<sup>259</sup>。最高法院則以歐洲人權法院與憲法委員會皆肯定之盡速提審為審理要件，避免審酌檢察官得決定延長拘留是否有違憲或違反公約之虞<sup>260</sup>。歐洲人權法院發展之普遍適用原則，係為超越各國

---

<sup>255</sup> Frédéric Sudre, Le glas du parquet, comm. sous CEDH, 20 novembre 2010, *Moulin c/ France*, *JCP Gén.*, n° 49, 6 décembre 2010, p. 1206.

<sup>256</sup> Antoine Garapon, Les limites à l'interprétation évolutive de la Convention, *RECHTD*, vol. 3, n° 1, 2011, p. 26.

<sup>257</sup> Cour cass., crim., arrêt n° 7177 du 15 décembre 2010; Akila Taleb, Quelles perspectives d'évolution pour le parquet français ? Étude des systèmes français et anglais à la lumière de la jurisprudence européenne (à propos de l'arrêt CEDH, 23 nov. 2010, *Moulin c/ France*), *RIDP*, vol. 82, 2011, p. 240.

<sup>258</sup> Marc Robert, L'autorité judiciaire, la Constitution française et la Convention européenne des droits de l'homme, *NouvCCC*, n° 32, 2011, p. 8, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahier-s-du-conseil/cahier-n-32/l-autorite-judiciaire-la-constitution-francaise-et-la-convention-europeenne-des-droits-de-l-homme.99054.html> (last visited Jan. 2, 2017).

<sup>259</sup> Jean-Claude Marin, Allocution de clôture. Réflexions sur le status du magistrat du parquet, colloque « Le statut du magistrat », le 18 décembre 2015, Grand'Chambre de la Cour de cassation, p. 3, [https://www.courdecassation.fr/IMG//Le\\_Statut\\_du\\_magistrat\\_par\\_JCMARIN.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG//Le_Statut_du_magistrat_par_JCMARIN.pdf) (last visited Apr. 4, 2017).

<sup>260</sup> 參見駁斥合憲性先決問題之訴：Cour cass., crim., arrêt n° 2044 du 29 mars 2011, 10-87.404, inédit.

人身自由保障及檢審體制差異，並非齊一化司法體制，而法國最高法院則於憲法委員會與歐洲人權法院見解之間，暫時找出務實作法。

檢察官地位辯論始於 1990 年代，終以歷時約 2 年半的司法「交易」暫時落幕。尤須強調，歐洲人權法院的判決雖然具有強制力，惟當事國法院如何修正見解，甚或政府如何改革系爭制度，仍屬此一「交易」過程中可議價範疇。中央行政法院與歐洲人權法院之間長達 10 年之「政府專員」（*commissaire du gouvernement*）地位之爭，亦得為例證。法國行政訴訟中的政府專員，為行政法院法官，須秉持公正而不代表任何訴訟方發言。政府專員於兩造辯論結束後，提出法律見解為結論，在法國行政法判例的創建上，貢獻卓著<sup>261</sup>。中央行政法院亦曾藉判決闡釋並釐清其地位<sup>262</sup>。2001 年之 *Kress v. France*，歐洲人權法院詳加考證法國行政訴訟制度、中央行政法院司法官地位等脈絡，理解政府專員設置初衷雖曾為代表政府觀點，惟此功能於 19 世紀前迅速消失，「頭銜不變，但不符其實」<sup>263</sup>，中央行政法院上開見解亦為歐洲人權法院引述<sup>264</sup>。此外，法國政府專員為歐洲法院佐審官（*Advocate General*）之原型，惟後者並未參與評議，歐洲法院 2000 年即認定佐審官並未抵觸歐洲人權法院第 6 條第 1 項<sup>265</sup>。

*Kress* 案聲請人主張，一則政府專員於訴訟程序中最後發言總結，事前無人得知其結論、事後雙方亦無法就其意見進行答辯；二則政府專員參與閉門評議而原告無從參與，違反武器平等原則及對抗式訴訟之公平審判。歐洲人權法院肯定法國行政訴訟及其對法治國之重要意涵，亦未評論政府專員之獨立與公正，惟指出問題在於訴訟程序設計上，政府專員及其結論之效應<sup>266</sup>。歐洲人權法院駁斥政府專員結論進行方式涉及武器平等，指出原告律師

---

<sup>261</sup> 中央行政法院裁判書行文簡略，政府專員之結論意見提供理論依據或創建等重要資訊。筆者感謝中研院法律所王必芳副研究員之補充說明。

<sup>262</sup> 距離歐洲人權法院相關判決最近一次為 CE, 29 juillet 1998, *Esclatine*, Rec. Lebon.

<sup>263</sup> *Kress v. France* [GC], App. No. 39594/98, 2001-VI Eur. Ct. H.R., ¶ 41.

<sup>264</sup> *Id.* ¶¶ 46-7.

<sup>265</sup> *Id.* ¶¶ 52-4.

<sup>266</sup> *Id.* ¶ 71.

事前得徵詢其結論梗概，且事後得以書面反駁之<sup>267</sup>。惟就政府專員參與閉門評議，歐洲人權法院質疑法國政府所謂「完全為法官」之說：既為法官即應投票，且表示意見不限時機<sup>268</sup>。就相關效應，歐洲人權法院認定適用「表象說」（doctrine of appearances）<sup>269</sup>。當政府專員見解有利對造辯詞，旋而加入閉門評議時，效應即如同歐洲人權法院判決先例中最高法院之總檢察長：即使獨立公正無虞，仍徒使訴訟方「看似」有損其對抗答辯權利。即已權衡政府專員於訴訟實益與技術之貢獻以及當事人之利益，其參與閉門評議仍違反歐洲人權公約第 6 條第 1 項<sup>270</sup>。

嗣後，歐洲人權法院陸續於 2002<sup>271</sup>、2005<sup>272</sup>年、2006<sup>273</sup>年重申 2001 年之大法庭判決<sup>274</sup>。相較於先前法國與歐洲人權法院其餘爭議，政府專員問題更形困難<sup>275</sup>：此無異挑戰法國自成一格甚至影響歐盟之行政訴訟傳統。2006 年的 *Martinie v. France* 亦由大法庭審理，法國政府更新其辯詞，主張中央行政法院已執行 *Kress* 判決，政府專員僅以法律顧問身分「消極列席」而不「參與」評議，於例外狀況下被動回答承審法官偶發疑問<sup>276</sup>，並強調政府專員對判決先例承先啟後之重要地位。惟歐洲人權法院重申 *Kress* 見解，釐清參與或列席為同義詞，同樣違反公平審判原則。此無異為普世與相對之爭？

<sup>267</sup> *Id.* ¶¶ 72-4.

<sup>268</sup> *Id.* ¶¶ 77-9.

<sup>269</sup> *Id.* ¶ 81.

<sup>270</sup> *Id.* ¶¶ 81-7.

<sup>271</sup> *APBP v. France*, App. n° 38436/97, Eur. Ct. H.R. (2002); *Immeubles Groupe Kossier v. France*, App. n° 38748/97, Eur. Ct. H.R. (2002).

<sup>272</sup> *Marie-Louise Loyen and Others v. France*, App. n° 55929/00, Eur. Ct. H.R. (2005).

<sup>273</sup> *Poulain de Saint Père v. France*, App. n° 38718/02, Eur. Ct. H.R. (2006); *Martinie v. France* [GC], App. n° 58675/00, 2006-VI Eur. Ct. H.R.

<sup>274</sup> 此揭判決僅限政府專員參與評議之爭，尚未包括如涉及武器平等之爭的 *Yvon v. France*, App. n° 44962/98, 2003-V Eur. Ct. H.R.。

<sup>275</sup> Bernard Stirn, *La naissance du droit européen des droits de l'homme et le rôle du « monde de la Convention »: Le point de vue du juge français (1)*, in S. Hennette-Vauchez & J.-M. Sorel (dir.), *Les droits de l'homme ont-ils constitutionalisé le monde ?*, Bruxelles : Bruylant, 2011, p.109.

<sup>276</sup> *Martinie*, Eur. Ct. H.R., ¶ 52.

Flauss 強調，歐洲人權法院堅持者僅係列席評議部分，影響甚微，並非顛覆政府專員存在意義之「海嘯」<sup>277</sup>。法國終究於 2006 年使政府專員退出閉門評議，僅於中央行政法院以兩造無異議為前提繼續列席而不參與<sup>278</sup>，嗣於 2009 年正名為「公共報告員」（*rapporteur public*）<sup>279</sup>。

最後，歐洲人權法院終於在 2013 年最新不受理裁定中，肯定法國相關制度設計並未違反公約<sup>280</sup>。長達 10 餘年的爭議，並非虛耗；中央行政法院並非毫無改革意願<sup>281</sup>，惟仍須於守護自身歷史制度以及遵循歐洲當代準則之間尋找妥協點<sup>282</sup>。如同 Flauss 所評，歐洲人權法院亦無意推翻法國特有制度，僅要求局部修正。Burgogue-Larsen 即提醒，中央行政法院亦受益於爭議，終而提升其受信賴之地位。法院間的爭議參與改革，尤其是針對過時陳舊的立法規範，爭議亦為司法管轄權合作的方式<sup>283</sup>。

## 二、藉爭議積極參與「價值共同體」

Delmas-Marty 曾以邁向「價值共同體」（*communauté de valeurs*）作為其國際法新秩序之暫定結論<sup>284</sup>，主張法律有助於建構此共同體，強化全球連

---

<sup>277</sup> Jean-François Flauss, *Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme* (février – juillet 2006), *AJDA*, n° 30, 2006, p. 1709.

<sup>278</sup> Art. 5 du décret n° 2006-964 du 1<sup>er</sup> août 2006 modifiant la partie réglementaire du code de justice administrative, *JORF* n° 178 du 3 août 2006, p. 11570.

<sup>279</sup> 王必芳（2012），〈「公共服務」或「普及服務」？：以法國學說的反思和法制的演進為中心〉，李建良（編），《2011行政管制與行政爭訟》，頁124，臺北：中央研究院法律學研究所。

<sup>280</sup> 就此觀點，筆者感謝巴黎十大的Stéphanie Henette-Vauchez教授慨予指點。Marc-Antoine v. France (dec.), App. n° 54984/09, Eur. Ct. H.R. (2013).

<sup>281</sup> 事實上很快便採取相應措施：Jean-François Flauss, *Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme* (novembre 2000 - octobre 2001), *AJDA*, n° 12, 2001, p. 1060.

<sup>282</sup> Garapon (*supra* note 256, at 30) 便認為中央行政法院最終方案既無損其傳統，亦得無違歐洲規範。

<sup>283</sup> Burgogue-Larsen, *supra* note 187, at 111-112.

<sup>284</sup> Mireille Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit (IV). Vers une communauté de valeurs ?*, Paris : Seuil, 2011.



帶。臺灣既為國際社會之事實成員，其法律亦能對其所參照之「外國法」有所貢獻，尤其藉由對話與爭議。歐洲人權法體系整體與個別之對話與爭議圖像，形式上看似與臺灣施行國際人權公約有根本上的差異，尤其就監督程序而言。惟其中仍有重大共通點，亦屬國際人權法施行之核心：以國際人權公約監督機制為交易平臺並直接對話。首先，臺灣的國家報告審查機制更有利於對話，重點在於提升司法的積極參與。此參與非指形式（撰寫報告、口頭答詢），而是以司法行政與裁判直接回應國際審查意見。其次，普遍適用國際人權公約不代表以「外部權威」（國際條約解釋）對抗「內部民主」（內國法令規範），而是為孤立之司法權開創雙向之對話機會，並允許臺灣參與普世人權規範之形塑。

#### （一）臺灣人權的國際空間：國家報告審查

臺灣無法加入國際人權公約成為正式締約國，是否有礙於臺灣加入國際人權法論壇？鑒於前揭歐洲人權法之對話或爭論圖像，國家以及國際之人權法律變遷，真正關鍵不在於法拘束力，而在於機構間爭論人權內涵之進程。國家處於國際法與比較法之環境，藉由互助及爭議參與普世法則之形塑，亦從中確立其相對價值主體性。國際人權監督機構更似對話或交易平臺。據此，臺灣加入跨國論壇的真正關鍵，在於內國機構的實踐以及獨步全球之「類正式」<sup>285</sup>國家報告審查機制。類正式機制固非正式，惟效力形同正式。前文已及，國際人權法之重心在於國內，而非國家之間形成之國際社會。臺灣自創之國家報告審查，非僅符合「正式」國家報告審查之形式及其欲達目的，更具備一般正式機制所欠缺之「在地」特質。聯合國人權公約監督機構早年與各國獨立機關或民間組織互動薄弱<sup>286</sup>，曾受詬病，而即使此一合作今日已

---

<sup>285</sup> See *supra* note 18.

<sup>286</sup> Anne Gallagher, *Making Human Rights Treaty Obligations a Reality: Working with New Actors and Partners*, in *THE FUTURE OF UN HUMAN RIGHTS TREATY MONITORING*, 201, 207-215 (P. Alston & J. Crawford eds., 2000).

受到重視，仍囿於意識、能力與資源之限制<sup>287</sup>。對照之下，臺灣就地舉行之國家報告審查，具足排除上開限制之潛力。

臺灣目前 5 部人權公約之 4 部施行法，皆規範國家報告審查<sup>288</sup>。審查委員會邀請之國際獨立專家（以下簡稱「審查委員」）雖與各締約國票選之公約監督機構組成方式不同<sup>289</sup>，惟近全數曾任國際人權公約監督機構成員或國際人權事務獨立專員<sup>290</sup>。雖非以公約監督機構成員身分審查臺灣國家報告，審查委員非僅熟稔國際人權公約監督事務，且至今仍活躍於國際人權論壇。藉其國際影響力及個人網絡，臺灣經驗與實踐，仍有機會與國際人權法之發展匯流，而臺灣在地性亦得透過對話，為此群體之價值決定建立更堅實之論述。形式上，結論性意見與建議之編纂，大致尊重「正式」機構之模式，有利於與締約國審查意見對照比較。而臺灣國家報告審查甚至超越日內瓦正式機制者，在於審查委員不僅享有相對充裕時間<sup>291</sup>閱讀報告，並更容易與國家

---

<sup>287</sup> NAVANETHEM PILLAY, STRENGTHENING THE UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS TREATY BODY SYSTEM, 65 (2012).

<sup>288</sup> 2009年公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法第6條（依兩公約規定，公約生效1年內提交初次報告，嗣約每4年提交）、2011年消除對婦女一切形式歧視公約施行法第6條（依公約規定生效1年內提交初次報告，嗣每4年提交）、2014年兒童權利公約施行法第7條（施行2年內提交初次報告，嗣每5年提交）及身心障礙者權利公約施行法第7條（施行2年內提交初次報告，嗣每4年提交）。

<sup>289</sup> 除人數與產生方式的差異外，以兩公約審查為例，臺灣邀請獨立專家時，並未依公政公約第31條第2項以及經濟社會理事會（Economic and Social Council）第1985/17號決議（¶b），循聯合國5大地緣政治平均邀請不同國籍組成之。

<sup>290</sup> 其中僅初次與2次公政公約審查委員Jerome A. Cohen無此背景，除多數具有聯合國核心人權公約監督機構成員背景，另如Peer Lrenzen曾任歐洲人權法院法官，Sima Sarmar與Miloon Kothari曾任聯合國人權理事會（Human Rights Council）之特別報告員，而婦女公約國際審查則有菲籍Rea Abada Chiongson為聯合國婦女基金（UNIFEM）顧問等。

<sup>291</sup> 聯合國人權監督機構曾有國家報告審查時間緊迫，而有延長會期或改變審查方式之需求。Rachael Lorna Johnstone, *Cynical Savings or Reasonable Reform? Reflections on a Single Unified UN Human Rights Treaty Body*, 7 HUM. RTS. L. REV. 173, 178-81 (2007).

機關及民間機構面對面交換意見，全程皆可持續交流考察。審查委員保持一定程度延任<sup>292</sup>，則有助於長期參與臺灣人權保障之革新與發展。

形式上，以美洲國家組織（Organization of American States）為中心之美洲人權保障體系應屬國際人權監督機構「機動對話」之代表。美洲人權委員會（Inter-American Commission on Human Rights）於成立後便積極突襲訪視各國測試各國底線<sup>293</sup>，成員各自負責主題調查與報告，在會員國合意下進行就地考察訪問。而美洲人權法院（Inter-American Court of Human Rights）則曾定期依成員正職所在移地舉行其「牆外」（*extra muros*）集會，就地接觸各國各界人士，推廣其對話及監督機制<sup>294</sup>。臺灣目前雖僅有最基礎之國家報告審查<sup>295</sup>，惟在地對話形式結合如同美洲體系之在地訪視與公聽，允許更多元之參與。另誠如前大法官吳庚之質疑，國際專家短暫訪問，恐難確保對在地法制之掌握<sup>296</sup>。惟此缺憾尚有賴在地動員彌補之，無論是政府是否藉由報告充分回應公約義務，或是民間組織是否於影子報告詳陳主張。正是因為國際專家對在地法制認知有限，在地所有機構與各方勢力的積極參與更加重

---

<sup>292</sup> Manfred Nowak、Jerome A. Cohen、Shanthi Dairiam已2度參與公政公約報告審查；Eibe Riedel、Virginia Bonoan-Dandan、Heisoo Shin已2度參與經社文公約報告審查；其中Heisoo Shin並曾2度參與婦女公約報告審查，Shanthi Dairiam亦曾參加第2次婦女公約報告審查。

<sup>293</sup> Tom Farer, *The Rise of the Inter-American Human Rights Regime: No Longer a Unicorn, Not Yet an Ox*, 19 HUM. RTS. Q. 510, 510-1 (1997).

<sup>294</sup> Éric Tardif, *Le système interaméricain de protection des droits de l'homme : particularités, percées et défis*, *RevDH*, vol. 6, 2014, ¶ 24.

<sup>295</sup> 聯合國核心人權公約監督體系涵蓋3大類監督工具：以建設性對話為訴求之國家報告審查、針對大規模系統性人權侵害之專員調查或訪視，以及最接近司法審查之個案申訴審查機制，包括締約國申訴與個人申訴。並非9個公約監督機構皆享有相同權限，如調查權即限反酷刑委員會（Committee against Torture）、消除對婦女歧視委員會（Committee on the Elimination of Discrimination against Women）、身心障礙者權利委員會（Committee on the Rights of Persons with Disabilities）、強制失蹤委員會（Committee on Enforced Disappearances）、經社文權利委員會（Committee on Economic, Social and Cultural Rights）以及兒童權利委員會（Committee on the Rights of the Child）。

<sup>296</sup> 吳庚、陳淳文（2016），《憲法理論與政府體制》，增訂4版，頁322，臺北：自刊。

要，而司法見解尤其關鍵。倘非於本地進行，諸多草根團體與少數群體可能礙於經費與人力而難以達成其溝通目的。目前 4 次國家報告審查之結論性意見顯示，諸多臺灣重要人權爭議絕大多數皆能藉由民間社會之組織動員，達成與國際獨立專家對話之益。

惟須說明，美洲人權法監督體系創立於諸多拉丁美洲國家為革命、軍事政變、威權統治層出之環境，巨幅城鄉與貧富差距及大規模侵害人權情事，諸如原民部落屠殺、人口強制失蹤與政治迫害等<sup>297</sup>。早年委員會與法院巡行各國，任務主要針對各國施壓以及某種程度的自我行銷。相對而言，拉丁美洲多國司法體系之獨立及效率皆備受質疑<sup>298</sup>，尤其個案訴訟不必然盡訴美洲政經結構問題<sup>299</sup>。2000 年前後美洲人權法院雖可比擬為自轉型法院趨於常態法院<sup>300</sup>，惟其主要使命仍在於督促各國司法及民主之正常運作<sup>301</sup>。反之，臺灣目前憲政運作大致上軌道，司法尚非無法制衡行政及立法兩權，更適合進入歐洲模式之交易平臺概念，無論是借重普世價值修正在地規範，或是在普世原則下為「特殊國情」進行辯護。國際審查有助於釐清國際社會當下之人權標準設定或變遷趨勢，而此普世框架如何適用，則屬內國機關之義務。

承上，內國法與公約意旨衝突時，臺灣是否有全然遵循渠等意見之義務？如兩公約施行法第 3 條、婦女公約施行法第 3 條、兒童公約施行法第 3

---

<sup>297</sup> James L. Cavallaro & Stephanie Erin Brewer, *Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century: The Case of the Inter-American Court*, 102(4) AM. J. INT'L L. 768, 774 (2008).

<sup>298</sup> Vincent Doire, *La difficile réforme des systèmes judiciaires en Amérique latine*, *Centre d'études interaméricaine*, septembre 2006, p. 2, [http://www.cms.fss.ulaval.ca/recherche/upload/cei/fichiers/cei\\_vd\\_systemes\\_judiciaires\\_sept2006.pdf](http://www.cms.fss.ulaval.ca/recherche/upload/cei/fichiers/cei_vd_systemes_judiciaires_sept2006.pdf) (last visited Aug. 18, 2017).

<sup>299</sup> Ariel Dulitzky, *The Inter-American Human Rights System Fifty Years Later: Time for Changes*, Sp. Ed. 2011 QUEBEC J. INT'L L. 127-164, 144 (2011).

<sup>300</sup> 概念轉借自：葉俊榮（2002），〈從「轉型法院」到「常態法院」：論大法官釋字第 261 號與第 499 號解釋的解釋風格與轉型脈絡〉，《臺大法學論叢》，31 卷 2 期，頁 59-96。

<sup>301</sup> Victor Abramovich, *From Massive Violations to Structural Patterns: New Approaches and Classic Tensions in the Inter-American Human Rights System*, 6(11) INT'L J. HUM. RTS. 7, 11 (2009).

條、身心障礙公約第 3 條之規定，適用公約應「參照」公約意旨及公約監督機構解釋。套用歐洲人權法之術語，此「參照」不必然縮限臺灣之「評斷餘地」。原則上，公約監督機構並無直接與臺灣對話的機會，參照一般性意見、個案審查意見先例或其他國家報告結論性意見，仍可能無法直接類比臺灣在地爭議。真正需要積極交易或議價之對造，當屬「臺灣的公約監督機構」，亦即歷屆公約報告審查委員會<sup>302</sup>。而國家評斷餘地的創造，並非藉由政府代表答辯時的否認或閃避<sup>303</sup>或是立法的消極延宕達成，而係藉由國家機關就國內改革爭議累積之見解，包括各級法院。國家報告審查制度是臺灣施行公約的合作夥伴，並非上級監督機關。

現行國家報告審查固未若訴願審查或獨立調查深入而聚焦，惟國際獨立專家仍得與司法見解「對話」。本文主張，此對話是否能達成藉由爭論尋求最小共識的可能，並非國際監督機構片面決定，內國司法機關的積極參與方為至要。以最高行政法院前揭 2014 年公約適用原則決議<sup>304</sup>為例，該院決議逕自認定公政公約第 23 條第 1 項之家庭生活權以及經社文公約 10 條第 1 款之家庭保護，規範欠缺明確而不具備「自動履行」效力，因此無法產生公法上之請求權。兩公約審查委員曾於 2013 年結論性意見中提醒，經濟社會文化權利具有諸多與公民政治權利無法分割之內涵，並建議法務部持續更新適用公約之判決清單<sup>305</sup>。徐揮彥以經社文委員會意見說明，即使自動履行效

---

<sup>302</sup> Weng & Hsu, *supra* note 22, at 184.

<sup>303</sup> 許多國家對各類人權報告的典型回應 (Stanley Cohen, *Government Responses to Human Rights Reports: Claims, Denials, and Counterclaims*, 18(3) HUM. RTS. Q. 517 (1996))，惟此僵化之相對論無法參與普世規範之形成以及必要之相對化。

<sup>304</sup> 前揭註 11。

<sup>305</sup> PRESIDENTIAL OFFICE HUM. RTS. CONSULTATIVE COMM'N, REVIEW OF THE INITIAL REPORTS OF THE GOVERNMENT OF TAIWAN ON THE IMPLEMENTATION OF THE INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS COVENANTS, CONCLUDING OBSERVATIONS AND RECOMMENDATIONS ADOPTED BY THE INTERNATIONAL GROUP OF INDEPENDENT EXPERTS, ¶¶ 16-17 (2013).

力微薄之條款，仍對締約國具有拘束力；況經濟社會權利中已多見具自動履行效力者，具備可裁判性<sup>306</sup>。

最高行政法院上開決議及其對臺灣公約義務之謬誤解讀，影響甚鉅。其 104 年度判字第 447 號判決及 104 年度判字 543 號判決，針對華光社區居民主張之非正規住居 (informal settlements) 迫遷安置，即引述決議，謂經社文公約「就如何之請求權內容及要件，並未明確規定者，即無從作為公法上請求權基礎」，駁斥上訴人公法上請求權基礎。判決進一步駁斥經社文公約第 11 條第 1 項及相關一般性意見之直接適用，指上訴人「未援引本國法律」即「請求作成安置處分，屬顯無法律上依據」，加以否准亦「無權利或法律上利益受損之可能」。判決本身或許為立法缺失導致之困頓<sup>307</sup>，惟判決使用錯誤公約解釋推翻請求權基礎，使同時涉及公政公約第 17 條（住宅不受侵犯）及經社文公約第 11 條第 1 項（免於恣意迫遷）之權利失其有效行使保障，恐已同時違反公政公約第 2 條第 3 項第 1 款之權利有效救濟義務。惟對整體臺灣承擔之人權保障義務，該決議並未加以評論。

嚴以論之，最高行政法院僅認定經社文公約系爭規範及意見尚屬「演繹性宣示」<sup>308</sup>，以內國法規範（真正的法律）否定公約之適用。即使逕行縮限以「防禦權」為請求權基礎，認定上訴人請求盡屬給付請求，亦屬誤讀強迫驅離住居所之權利侵害屬性。對於華光社區歷史成因背景、安定持有、以及迫遷事實皆未回應，罔顧經社文公約解釋意見中對於不得單純以非法住居進行迫遷之可裁判性。兩公約第 2 次審查之 2017 年結論性意見中，審查委員不惟針對非正規住居迫遷與安置問題，直指未符國際人權承諾<sup>309</sup>，更直接點名最高行政法院上開 2014 年決議，表示「深切憂心」，並「強烈建議」臺

<sup>306</sup> 徐揮彥，前揭註 2，頁 861-863。

<sup>307</sup> 國際審查委員亦明確要求臺灣徹底檢討修正土地都市相關法規：PRESIDENTIAL OFFICE HUM. RTS. CONSULTATIVE COMM'N, REVIEW OF THE SECOND REPORTS OF THE GOVERNMENT OF TAIWAN ON THE IMPLEMENTATION OF THE INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS COVENANTS, CONCLUDING OBSERVATIONS AND RECOMMENDATIONS ADOPTED BY THE INTERNATIONAL REVIEW COMMITTEE, ¶ 42 (2017).

<sup>308</sup> 最高行政法院 104 年度判字第 447 號判決，行 153。

<sup>309</sup> PRESIDENTIAL OFFICE HUM. RTS. CONSULTATIVE COMM'N, *supra* note 307, ¶¶ 37-42.

灣當局採取一切必要措施確保兩公約平等之可裁判性<sup>310</sup>。最高行政法院駁斥經社文公約部分條文可裁判性之意見，顯然未能說服國際審查委員，且於兩公約第二次審查意見公布後，繼續為行政法院引述<sup>311</sup>。

而就最高行政法院上開決議本身而言，如論者評析，「從憲法、國際人權公約解釋、適用或行政訴訟的角度觀察，均有可議之處」<sup>312</sup>，況且公政公約第 17 及 23 條之家庭權「具有明顯而清楚的防禦權性質」<sup>313</sup>。後續不乏下級法院作出不同意見<sup>314</sup>，其中如臺北高等行政法院 104 年度訴字第 668 號判決即以人權事務委員會第 15 號一般性意見為據，外籍人士入境事務原則上屬主權行使，惟應尊重家庭生活，因此其本國配偶應得提起撤銷之訴，與最高行政法院否定本國配偶提起課予義務訴訟適格一事，做出區隔。此見解適得以「普世化的相對」評價之，在不直接衝撞最高行政法院決議的前提下，以公約保障之家庭生活權解釋行政訴訟法。後續亦有支持其見者<sup>315</sup>，惟維持本國配偶無從主張權利損害而不具訴訟適格者居多<sup>316</sup>。後者如最高行政法院 105 年度判字第 472 號判決，即認定拒發簽證「未直接發生……婚姻關係消滅之法律效果」，全然未及公政公約保障之家庭生活權是否得實質有效享有之。

---

<sup>310</sup> *Id.* ¶ 13.

<sup>311</sup> 參見如：最高行政法院 106 年度裁字第 1055 號裁定（行 77 以下）；臺北高等行政法院 106 年度訴字第 61 號判決（行 88 以下）、106 年度訴字第 43 號判決（行 149 以下）、106 年度訴字第 187 號判決（行 150 以下）。

<sup>312</sup> 劉定基，前揭註 20，頁 94。

<sup>313</sup> 張文貞（2016），〈2015 年行政法發展回顧〉，《臺大法學論叢》，45 卷特刊，頁 1480。

<sup>314</sup> 臺北高等行政法院 103 年度訴字第 1592 號、103 年度訴字第 1747 號、104 年度訴字第 668 號判決，引述自張文貞，前揭註 313，頁 1480。

<sup>315</sup> 如臺北高等行政法院 105 年度訴字第 289 號判決，以及較為隱晦之臺北高等行政法院 105 年度訴字第 863 號判決。

<sup>316</sup> 包括最高行政法院 105 年度判字第 472 號判決、105 年度裁字第 1137 號裁定；臺北高等行政法院 104 年度訴字第 1434 號、105 年度訴字第 965 號、105 年度訴字第 1169 號、105 年度訴字第 1092 號、105 年度訴字第 1575 號、106 年度訴字第 61 號、106 年度訴字第 43 號等判決。

尤有甚者，最高行政法院上開決議有逕自解釋公約而未充分「參照」公約監督機構見解之虞。人權事務委員會 2004 年之 *Benjamin Ngambi v. France*<sup>317</sup>見解中揭示，公政公約第 23 條「保障包括家庭團聚利益之家庭生活」，且不受限於內國對其家庭關係形式認定（習俗婚、同居事實等）。另早於 2001 年之 *Wanata v. Australia* 意見中便明確指出，對外籍人士居留否准行使主權時，家庭生活權之因素應構成例外考量<sup>318</sup>，而單憑移民法規不足以證立否准入境居留之事由<sup>319</sup>。而於 2015 年之 *Leghaei and Others v. Australia* 意見中，澳洲政府答辯亦如臺灣最高行政法院上開意見般主張，拒絕伊朗籍夫婿居留，並未直接剝奪其妻與子女家庭生活權利，全家仍得繼續於伊朗團圓<sup>320</sup>。惟人權事務委員會以其判決先例駁斥道，迫使家人隨其失去居留權之家人離境，已構成對其妻與子女家庭生活權之直接侵害，須知系爭侵害是否屬非法或恣意<sup>321</sup>。上開見解與最高行政法院對於家庭生活權是否具足防禦權性質之認定，顯有距離，且為國際審查委員二度確認。固非謂最高行政法院須接受國際審查意見，惟最高行政法院遲遲無法做出足以說服國際審查委員之決議，直接回應 2017 年審查之針對性質疑，促成審查委員審酌臺灣行政訴訟實務作出可能之「相對化的普世」意見，非僅使臺灣違反自行承擔之國家義務，更是自棄其參與普世規範詮釋之發言權。

相較於國際專家，內國法院更熟悉整體社會脈絡及各方意見，也更能夠充分藉由國際人權規範脈絡化解釋，進行「普世化的相對」，即使僅限於微幅修正原先司法認定方式。反之，掌握普世價值及其背後比較法框架之國際審查委員，則更能相應理解臺灣法制特質，進而以「相對化的普世」作為回應，合作推動國際人權公約之施行。從法官間的交易觀察，國際人權公約提

---

<sup>317</sup> Hum. Rts. Comm., *Benjamin Ngambi v. France*, Comm. No. 1179/2003 (July 9, 2004) (inadmissible).

<sup>318</sup> Hum. Rts. Comm, *Wanata v. Australia*, No. 930/2000, ¶ 4 (July 26, 2001).

<sup>319</sup> Hum. Rts. Comm, *Sahid v. New Zealand*, No. 893/1999, ¶ 8.2 (Apr. 11, 2003).

<sup>320</sup> Hum. Rts. Comm, *Leghaei and Others v. Australia*, No. 1937/2010, ¶ 4 (Mar. 26, 2015).

<sup>321</sup> *Id.* ¶ 10.3



供孤立的司法權一定程度的奧援，在面對權利保障難題時，得尋求支持，抗衡行政與立法可能的恣意或疏失。如此對話，可自提審法施行先後觀察。2013年兩公約報告審查時，關於外籍人士收容欠缺提審制度問題，審查委員引述司法院釋字第708號解釋，指出公政公約第9條第4項直接適用於臺灣內國法，應直接使收容適用提審<sup>322</sup>。嗣於2017年意見中，國際獨立專家除肯定提審法之施行外，亦對地方法院日增之提審案件表示欣慰<sup>323</sup>。國家報告雖然僅限於簡要之評價與建議，但仍然允許審查委員了解法院適用公約之概況並回饋意見。引述釋字手法，尚得對照如前揭 *Oliari* 歐洲人權法院引述義大利憲法法院，間接參與權利保障範圍之形成。

另一項兩公約審查委員持續追蹤之司法實踐，當推司法行政。公政公約第14條保障公平審判，如同歐洲人權公約第6條。前揭歐洲人權法院與法國中央行政法院訴訟制度之爭，即以此規範為中心。兩公約審查委員以公政公約第14條第3項第c款之速審原則，追究最高法院反覆發回高等法院更審之慣例，並明言2010年速審法之8年上限仍違反公約所稱之合理時限<sup>324</sup>。2017年審查委員雖持續建議修法降低8年上限，惟加註對於「大量案件於大幅縮短之時間內審竣」表示滿意，另提出檢察官反覆上訴致更審而未尊重合理時限問題<sup>325</sup>。從「法官交易」視角觀察，審判效率原已構成國內司法信任度之嚴肅挑戰，司法院業已考察多國先例著手改革<sup>326</sup>，審查意見支持應有助於加速刑事審查之相關措施推動。速審法本身及其效應固然招致諸多批評<sup>327</sup>，惟亦無法忽視司法改革措施係指向審查委員所指之相同目標，與其謂審查意見為批評對立，未若以支持上開司法改革視之。

<sup>322</sup> PRESIDENTIAL OFFICE HUM. RTS. CONSULTATIVE COMM'N, *supra* note 307, ¶ 61.

<sup>323</sup> PRESIDENTIAL OFFICE HUM. RTS. CONSULTATIVE COMM'N, *supra* note 307, ¶ 60.

<sup>324</sup> PRESIDENTIAL OFFICE HUM. RTS. CONSULTATIVE COMM'N, *supra* note 305, ¶ 64.

<sup>325</sup> PRESIDENTIAL OFFICE HUM. RTS. CONSULTATIVE COMM'N, *supra* note 307, ¶ 68.

<sup>326</sup> 邱忠義（2013），〈地方法院實施「案件流程管理」制度對於妥速審判之回應：以臺灣新竹地方法院刑事審前中心為例〉，《科技法學評論》，頁217-218。

<sup>327</sup> 邱麗玲（2009），〈是疑難案件清理法？還是刑事妥速審判法？：評司法院的「刑事妥速審判法草案」〉，《司法改革雜誌》，75期，頁48-52；李念祖（2010），〈制定妥速審判法 不能有罪快判、無罪慢判〉，《在野法潮》，4期，頁8-9；

相關訴訟程序爭議，尚包括違反公政公約第 14 條第 5 項之刑事上訴權利。兩公約審查委員於 2013 年即認定刑事訴訟法第 376 條違反上開條款，應允許一審無罪二審有罪之被告上訴三審，2017 年再次重申，並強調立法院修正義務<sup>328</sup>。事關立法院修法義務，或是法院得直接適用公政公約第 14 條第 5 項，准予例外上訴？臺灣高等法院刑事庭業於 2016 年分別就妨害風化與傷害罪，分別准予例外。105 年度上易字第 1156 號判決，高院刑事第 15 庭改判被告有罪，並依職權適用公政公約第 14 條第 5 項認定本案「應屬例外得上訴第三審請求覆判之案件」。嗣有 105 年度上易字第 2624 號判決，高院刑事第 2 庭改判其中一名被告有罪，惟引述上開公政公約條款之外，尚指明為符合兩公約施行法第 2 條之意旨強調其內國法效力，例外准予上訴。國家報告審查結論性意見並未被提及，惟已產生效應，目前兩案尚待最高法院裁決。尤其，司法院代表屢於適用公約相關會議中公開表示尊重司法獨立，不宜干預審判等語，似意指法令衝突之課責對象應為立法院。司法院無視於諸公約施行法亦為立法通過之法律、而司法職司調解法令衝突，固為可議。惟此消極應對正突顯最高法院立場之關鍵地位：此公約規範與內國法之「衝突」，實則創造改革契機，既非不利於當事人之見解，固應循公約規範，且已有國際審查意見以及下級法院見解為盾，適足支持其改革。

## （二）藉由內國機關的參與形塑臺灣主體性

首先，臺灣對於國際主體性有一定之需求，卻忽略實質參與已漸成 21 世紀全球論壇之必然。諸多國際規範已非主權國家能夠掌握，而是由科學界、醫學界等跨國專業人員所形成，或是經由國家間社會與跨國市民社會的折衝而形成。何以於國際人權法框架下討論臺灣法治的主體性？歐洲揭示之人權法圖像顯示，趨向認同普世價值並非抹煞臺灣自身社會脈絡與法制特

---

王兆鵬（2010），〈速審法太草率，解決不了問題〉，《司法改革雜誌》，77 期，頁 11。

<sup>328</sup> PRESIDENTIAL OFFICE HUM. RTS. CONSULTATIVE COMM'N, *supra* note 305, ¶ 65; PRESIDENTIAL OFFICE HUM. RTS. CONSULTATIVE COMM'N, *supra* note 307, ¶ 69.

色，反而創造在普世價值下多元實踐的可能。一般咸認臺灣為各類法規範之繼受國，惟此法律之繼受尚非全然之複製品。臺灣不僅可能藉由民主審議，於繼受規範或藉由比較法起草規範時植入在地觀點，更可能於法規施行後，於臺灣社會脈絡中形成不同之秩序。在欠缺國際地位承認以及正式機制參與的環境下，國際人權公約之施行與審查構成真實之「國際參與」，得直接藉由類正式對話達成正式對話之效益，逐漸將臺灣納入國際人權實踐之圖像中。21 世紀之國際社會，個別主權國家能夠單獨決定之事務範疇已逐漸縮限，臺灣無法正式參與國際規範的形成，惟有藉國家實踐證立其獨特存在，而國際人權公約之施行，尤其能夠擺脫國家間妥協框架，藉由「法官間的進出口交易」實質確立主體性。

而即使在國家報告審查制度外，諸多涉及國際私法的判決中，國際人權規範已成為無可避免之審酌要項。前揭歐洲人權法院就誘拐公約之個案適用，即於各國之「合作」下逐步建立兒童公約第 3 條第 1 項如何適用於生父母之一方「誘拐」本生子女離境爭議。最高法院 104 年度台上字第 2286 號民事判決之跨國離婚訴訟，就未成年子女權利義務之行使負擔及會面交往部分，即引述涉外民事法律適用法第 55 條修正理由，強調「貫徹子女之本國法優先適用及保護子女利益」之原則。而 2006 至 2008 年間，臺北地方法院審理之生母「誘拐」未成年本生子女逕離原居地美國之監護權爭議，1989 年兒童公約以及海牙國際私法公約 1996 年關於兒童保護之親權責任的管轄權、準據法、承認、執行與合作公約，自始即為裁定之中心，惟當時臺灣並未批准或施行任一條約。臺北地方法院先以「海牙公約之精神與我國以未成年人最佳利益為依歸之法制原則無違，本院審理本件時仍得參酌該公約內容」<sup>329</sup>為由加以審酌，次於駁回抗告裁定中，逕以海牙諸項規範兒童相關國際私法原則，認定子女慣居地為臺灣並符合兒童最佳利益<sup>330</sup>。時空相隔，裁定見解實則局部呼應歐洲人權法院於前揭誘拐爭議中遭遇之類似難題，而臺北地方法院並未顯示出任何適用國際規範之困難。

<sup>329</sup> 臺灣臺北地方法院95年度監字第84號民事裁定。

<sup>330</sup> 臺灣臺北地方法院96年度家抗字第60號民事裁定。

臺灣為國際社會當然成員，而其法律體系亦實際且經常與他國互動。普世國際人權準則已成為跨國法律語彙，與其餘國際條約並無二致。惟其規格格外抽象，並未若技術型國際規範（食品安全、疾病管制、通訊傳播等）相對容易納入金字塔式法秩序中。即使有公約監督機構之意見，包括一般性意見、申訴個案決議、調查報告、個別國家報告審查意見等，仍須倚仗內國司法機關將之脈絡化。如前所述，普世規範之弱點在於可操作定義之模糊，惟此不確定狀態允許各國司法一定之彈性，得以將普世價值適當融入在地獨特之法制框架。除強化司法機關與國家報告審查機關之間的對話，內國機關間以權利為基礎之對話亦屬必要。如前章引述之諸多歐洲人權法院案例，不惟憲法法院、各級法院等司法機關，國家人權委員會、監察機關、甚至國會獨立研議小組等，皆為此一交易平臺上之關鍵行動者。本文訴求之臺灣主體性，並非由單一機關決定（例如法務部），亦非由國家報告壟斷。特定機關甚至個別法官、少數判決、糾正案所呈現之「不同意見」，往往得藉由影子報告呈現。惟國家報告之撰寫過程，倘能納入「少數」見解，更有助於對話之進行。

前小節已就內國機關與國際監督之間如何建立交易平臺略為表述，此小節則對照法國實踐，嘗試挑戰金字塔式的內國機關互動方式。法國憲法委員會以憲法未賦予合公約性審查權限為由，促成兩最高法院展開與歐洲級法院之公約審查對話。2008 憲改後的合憲性優先問題，亦未若預期般造成三個內國法院與兩個歐洲法院間的矛盾，反而增加各法院間彼此參照之動機。臺灣的「憲法條件」<sup>331</sup>是否亦有利於創造超越憲法、公約之對話平臺？以司法院大法官而論。憲法第 141 條之「尊重條約」是否對憲法監督機關亦課以適用公約之義務<sup>332</sup>？這點大法官未曾正面回答，而尊重條約的前提是否為在國

<sup>331</sup> 筆者感謝審查人之一就此概念之提醒。

<sup>332</sup> 學界目前於討論憲法第 141 條時，尚未見主張該條文拘束大法官並使條約產生憲法效力者。廖福特（前揭註 2，頁 225）、李建良（前揭註 3，頁 205-210）皆曾評析司法院釋字第 329 號解釋對「憲法所稱之條約」之定義，後者尤其指出大法官主要認定條約須經立法審議始具形式正當性，而兩者皆肯定條約因此產生內國法律之效力；而張文貞認為該條文至少允許習慣國際法不經批准或施行法即可適

際法意義上完成批准，亦非無虞。反之，臺灣未見圍繞法國憲法第 55 條憲法優位之議論，似乎更有利於大法官彈性運用，同時則將自由權利之解釋權藉由人權公約「釋出」，促成臺灣司法體系之「法官間對話」。

實務上，大法官釋憲並未受臺灣已施行人權公約拘束，惟憲法保障自由權利與公約多有重疊，與法國憲法委員會之處境約略有雷同之處。且大法官引述外國法、國際法已成一定之慣例；即使未於解釋文或理由書中具稱，自個別意見書仍得觀察到，外國法與國際法對判決之影響。應得合理推論<sup>333</sup>，大法官仍如法國憲法委員會一般，與國際間各司法管轄權進行真誠之對話，且較法國憲法委員會更加「明言」<sup>334</sup>。2017 年 5 月 24 日，大法官公布釋字第 748 號解釋，認定現行民法婚姻相關規範「未使相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係」而違憲。解釋文及理由書即引述美國聯邦最高法院 *Obergefell v. Hodges*<sup>335</sup> 同性戀之去病化之科學引證，以及世界衛生組織（World Health Organization）相關認定方式之修正沿革，且同時引述全球與臺灣精神醫學組織之認定<sup>336</sup>。本案之不同意見書亦揭示，諸多國際人權公約相關解釋如何得為「同性婚姻尚非基本人權」之佐證<sup>337</sup>，而多數意見則仍主張憲法下婚姻出於人格自主，比照美國聯邦最高法院之認定手法，定調為「重要之基本權」（a fundamental right），藉此提高本案審查密度<sup>338</sup>。

---

用於臺灣，產生內國法效力，至少等同於法律（張文貞（2010），〈國際人權法與內國憲法的匯流：台灣施行兩大人權公約之後〉，台灣法學會（編），《台灣法學新課題（八）》，頁15，臺北：元照）；徐揮彥（前揭註2，頁860、866）則主張憲法第141條堪引以證立人權公約優位，除非內國法更有利於保障個人權利。

<sup>333</sup> 筆者於2017年6月22日陪同外賓訪問司法院時，經羅昌發大法官口頭證實，大法官審議過程中，國際規範已構成必備之參考文獻，即使未加以明文引述。

<sup>334</sup> 參見前揭註225。

<sup>335</sup> *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584 (2015) (No. 14-556).

<sup>336</sup> 司法院釋字第748號解釋解釋文，理由書註1-3。

<sup>337</sup> 吳大法官陳銀提出之不同意見書，司法院釋字第748號解釋。

<sup>338</sup> 司法院釋字第748號解釋理由書，段13。

國家報告審查形式相對自由，大法官因此不至於如同法國憲法委員會早年一般，在自設之制度限制下迴避與歐洲人權法院直接對話。換言之，大法官亦身處人權公約施行所創造之交易平臺。2017 年兩公約國際審查意見中，即以經社文公約第 11 條之「住房與土地權」，直言都市更新條例有待修正，並關切包括都市更新等政策「正導致全國各地對住房與土地權的侵害」，而民間自辦市地重劃亦「引發強制驅離」而為審查委員關切<sup>339</sup>。對照司法院釋字第 709 號解釋對經社文公約第 11 條第 1 項的解釋，謂「都市更新條例……，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……外，並作為限制財產權與居住自由之法律依據」，顯然有其邏輯上的悖反。大法官將促進適足居住權與財產權對立，狹義將經社文公約之適足居住權界定為給付請求權<sup>340</sup>，而國際審查委員則以「使用權保障（security of tenure）」為保障核心<sup>341</sup>。後續關於都市計畫與土地徵收，司法院大法官自釋字第 742、743、747 號解釋迭有更新解釋，確實加強保障居住相關財產權受侵害時之救濟、重申限制財產權之法律明確性原則，惟此 3 號較新解釋亦未就憲法居住權發表新論，尤其針對可能不受憲法財產權保障之非正規住居，使用權保障問題仍待大法官加入方興未艾之辯論<sup>342</sup>。

大法官本身加入交易平臺，應能扮演較法國憲法委員會更積極之對話者。一則法國憲法委員會至今亦僅有合憲性優先問題審查，而無用盡有效救濟後之規範違憲救濟制度；二則臺灣大法官面對兩最高院，尚不至因兩最高

<sup>339</sup> PRESIDENTIAL OFFICE HUM. RTS. CONSULTATIVE COMM'N, *supra* note 307, ¶¶ 38, 42.

<sup>340</sup> 翁燕菁（2013），〈《經濟、社會與文化權利國際公約》的黯然登場：大法官釋字七〇九號與經社權利保障〉，《月旦法學雜誌》，218期，頁240-242。

<sup>341</sup> 特別感謝審查人之一就此對話之提點；PRESIDENTIAL OFFICE HUM. RTS. CONSULTATIVE COMM'N, *supra* note 307, ¶ 40.

<sup>342</sup> 如新店瑠公圳長年非正式住居拆屋還地案，法院陸續作成3項判決（臺北地方法院103年度重訴字第166號民事判決、臺北地方法院103年度訴字第260號民事判決、臺灣高等法院104年度重上字第932號民事判決），其中對公政公約第17條與經社文公約第11條共同保障之使用權，理解適用各有不同。倘此案得為大法官受理釋憲，則可能創造憲法與公約對話之契機。

院歷史更久、地位更高，而有所顧忌<sup>343</sup>。除斟酌引述國際人權規範佐證憲法解釋外，倘能適度呼應國際審查意見，以憲法與公約對話，敦促立法院修正規範，或修正法院權利保障相關解釋，非僅於內國法體系中得確立其人權守護者之地位，更有機會藉由國際審查委員將「臺灣憲法經驗」分享於國際。絕大多數引述國際人權規範之大法官解釋，解釋文及理由書皆僅附條文「參照」<sup>344</sup>，欲探究大法官之理解與適用，尚須藉由個別意見書加以揣摩。避免橫生枝節或為考量，惟釋字第 748 號解釋理由書以加註方式參照國際法或外國法，或為未來闡明意旨之途。

另就兩最高院之角色。目前最高行政法院尚未若當年法國中央行政法院般徹底抗拒公約適用。臺法兩相對照，最高行政法院當前所需並非由憲法監督機關明言課責以公約適用義務，而係藉由憲法解釋「示範」合公約性審查之可能。同樣地，最高行政法院倘因尊重立法，而無意動輒以合公約性審查駁斥法律之民主決定，則得參酌義大利憲法法院以及最高法院於前揭 *Oliari* 案所揭示之作法：尊重權力分立，惟明文敦促立法採取檢討措施，避免與系爭公約權利產生矛盾。否則，按其 2014 年 8 月作成之決議，以及諸多引述公約但對結論無所影響之判決<sup>345</sup>，非僅無法證立臺灣相關規範有其「不得不然」之相對論，實則暴露臺灣行政法院面對有權利而無救濟之弊，選擇公然違反公政公約第 2 條第 3 項第 1 款之權利有效救濟原則。

另一方面，最高法院自為判決、開辯論庭等作法，似乎較最高行政法院為積極。惟以死刑為例，此無疑為臺灣對聯合國核心人權公約監督體系整體之最強抗拒。公政公約固無廢除死刑之規範，然而以第 6 條第 2 項「非犯情節最重大之罪，不得科處死刑」為限，而人權事務委員會亦肯定，死囚現象亦可能構成公政公約第 7 條所禁止之酷刑<sup>346</sup>。兩公約審查委員會於 2013<sup>347</sup>及

<sup>343</sup> 筆者感謝臺大政治系兼中研院法律所陳淳文教授對此歷史背景之提點。

<sup>344</sup> 除司法院釋字第 392 號解釋明文引述歐洲人權法院 1988 年之 *Pauwels v. Belgium* (135 (Ser. A)) 外，自釋字第 372 號解釋至較晚近之釋字第 728 號解釋，皆以簡要引述條文為之。

<sup>345</sup> 劉定基，前揭註 20，頁 96。

<sup>346</sup> Hum. Rts. Comm., *Kindler v. Canada*, No. 470/1991, ¶ 6.4 (July 30, 1993).

2017 年重申禁止酷刑之論點，要求臺灣適用公約第 7 條審酌死刑相關規範及其執行。然而，遍尋司法院法學資料檢索系統之死刑相關判決，尚無任何同時引述公政公約第 6 條及第 7 條並排除後者於個案之適用者。按禁止酷刑屬絕對法（*jus cogens*），一旦個案事實符合酷刑要件，國家即無任何評斷餘地。因此，當審查委員會已二度強調禁止酷刑之適用可能，法院應有作為並非迴避，或僅以公政公約第 6 條第 2 項盡力排除個案於「最重大之罪」外，與原本即屬司法量刑之手法幾無差異地避免判死。最高法院尤其依法負有回應審查意見之責，無論是分別以判決逐步形成見解，或是以刑事庭會議決議作成意見：若臺灣真正無法廢死的原因是民意，則司法如何面對酷刑之絕對禁止？或是，如何排除禁止酷刑條款於個案中的適用？積極爭論，方為確立立場之途。

除大法官與兩最高院之外，下級法院、監察院、民間推動之國家人權委員會<sup>348</sup>，甚至民間團體，皆為交易平臺之當然行動者。法院普遍適用公約，允許法官由下而上形成共識，前揭臺北高等行政法院第 5 庭適用公約方式，即使為少數，至少體現司法實務界突破解釋意見僵局的可能性。國家報告審查機制，形同普世規範之模糊輪廓，較為鬆散惟富有彈性，國際審查委員毋須受制於是否用盡內國有效救濟、是否符合申訴提起時效等程序要件，而得以就各項議題與內國機關進行對話。國際人權法的圖像中，國際人權監督機構並非與國家對立，而係依據國家所處之國際社會共識或趨勢，構成法律見解，並參與被告國國內正進行之辯論。無論屬下級法院與上級法院之爭，或是獨立人權監察機關與政治權力機關之爭，抑或司法部門與立法部門之爭，不同見解在爭議中形成，司法亦構成廣義民主之一環。臺灣諸部公約施行法

<sup>347</sup> PRESIDENTIAL OFFICE HUM. RTS. CONSULTATIVE COMM'N, *supra* note 305, ¶ 56; PRESIDENTIAL OFFICE HUM. RTS. CONSULTATIVE COMM'N, *supra* note 307, ¶ 57-9.

<sup>348</sup> 學者如黃默、廖福特、黃嵩立等人，即長年著述及推動國家人權委員會之成立，參見黃默（2003），〈臺灣「國家人權委員會」的倡導、爭論與展望：一個非政府組織的觀點〉，《全國律師》，7卷12期，頁4-10；廖福特（2011），〈國家人權委員會〉，臺北：五南；黃嵩立（2014），〈公民團體對國家人權委員會之意見〉，《臺灣人權學刊》，2卷3期，頁81-95。



固無個案申訴機制，如此則更仰賴司法體系之「參與辯論」並進一步參與國際人權公約規範內涵之形成。

法院執行合公約性審查之目的，並不在於確立國際人權法之絕對優位。誠然，從國際人權公約規範屬性而論，張文貞早年已清晰指出，包括具備絕對法性質與國際習慣法地位之諸項權利，位階不應視為普通法律，甚至應高於法律<sup>349</sup>。惟如上開禁止酷刑於死刑之適用，維持死刑國家是否即必然違反絕對法？國際人權法適用上自有諸多繁雜矛盾之處，惟此弊病之解方，在於積極適用以尋求突破曖昧不明之現況。進一步言，國際人權法體系並非仰賴拘束力與法位階所建構。如前文歐洲人權公約體系所示，公約內容單薄，惟其判決先例卷帙繁浩，非屬當事國之判決先例，尚得由內國法院判斷該國處境是否與判決所稱事實足堪比擬。內國法院於判斷是否及如何適用相關判決先例之際，即已參與規範之形成，甚至可能為其餘國家法院參酌。

## 肆、結論

當司法院大法官引述國際人權規範，即使僅限於個別意見書<sup>350</sup>或僅限於單向引述，仍不可否認臺灣事實上已加入國際人權法「論壇」，遑論大法官向外尋求對話之法庭外活動及訪問<sup>351</sup>。惟臺灣施行之國際人權公約並無憲法位階，略同於法國憲法委員會之處境，是否參照解釋，屬大法官之裁量空間。將聯合國核心人權公約定位為憲法法源<sup>352</sup>，比照如法國憲法解釋之「集叢」

<sup>349</sup> 張文貞，前揭註332，頁4-15。

<sup>350</sup> 陳隆志、廖福特（2002），《國際人權公約國內法化之方法與策略》，行政院研考會委託研究報告，頁158-62；張文貞（2015），〈國際人權公約與憲法解釋：匯流的模式、功能及臺灣實踐〉，《司法院大法官一〇四年度學術研討會：人權公約與我國憲法解釋》，頁23-25，司法院 <http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/FYDownload.asp?fileguid=000074-K1SG8>（最後瀏覽日：01/10/2017）。

<sup>351</sup> Law & Chang, *supra* note 62.

<sup>352</sup> 張文貞，前揭註350，頁26。

概念，藉由解釋或修憲提高其法位階，或得為解方之一。惟本文主張，欲賦與臺灣施行國際人權公約實質意涵，更關鍵者在於普通法院、行政法院，甚至其他國家機構是否加入對話：法院非僅應適用公約，且應排除消極之法條引述方法，而對個案進行一定程度之「合公約性審查」。而法官倘認難以單憑合公約性審查自為判決，尚得提出合憲性先決問題，藉之允許公約與憲法更豐富之內國對話。公約條文多屬抽象規範，適用於個案僅得仰賴司法審查模式，而非單以法位階論定，將公約規範視為一般規範清晰之法律等而論之。

合公約性審查並非獨尊普世而抹煞相對，而堅持相對拒絕對話亦非影響普世之道。歐洲人權法體系或許遠較臺灣目前所架構之類正式機制為嚴謹，惟其體現之對話圖像，尤其就民主法治程度較高國家而言，對臺灣藉由國際人權規範自我定位，仍具足參考價值。法國固然較為重視歐洲人權公約與歐盟法，而相對輕忽其餘經其批准之國際人權條約<sup>353</sup>。但相對而言，臺灣施行之國際人權公約為數有限，僅以聯合國核心人權公約為基礎，加以監督機構之直接對話，此等公約之於臺灣，地位略得視為歐洲人權公約之於法國。臺灣固未接受任何正式或類正式國際人權監督機制之管轄權，尚無任何正式個人申訴之可能。惟以目前國家報告國際審查機制而論，除民間團體影子報告之外，內國規範與公約原則衝突時，司法見解亦成為審查標的。公約報告國際審查雖未必允許深度司法對話之進行，卻不失為建立對話之初步平臺。兩最高院尤其應承擔此橋樑，透過公約之施行同時與在地社會及國際社會對話，一方面藉重國際人權規範以強化司法保障人權之功能，另一方面則突顯在地特殊社會脈絡，在國際人權法地圖上逐步建立臺灣主體性。

臺灣之司法人權發展，為 2013 年兩公約審查委員會所讚賞，肯定自 1987 年以降「戲劇化之進步」<sup>354</sup>。亞洲國家至今尚未成立任何得與歐美非比擬之區域人權監督體系，僅有東南亞國協於 2009 年成立之政府間人權委員會（ASEAN Intergovernmental Commission on Human Rights）以及 2012 年之

<sup>353</sup> 例如兒童權利公約即曾長期為最高法院忽視：Bénédicte Vassallo, *La Convention des droits de l'enfant à la Cour de cassation*, *JDJ*, n° 296, 2010, p. 25.

<sup>354</sup> PRESIDENTIAL OFFICE HUM. RTS. CONSULTATIVE COMM'N, *supra* note 305, ¶ 7.

東南亞國協人權宣言（ASEAN Human Rights Declaration），惟其政治象徵意涵高於實質人權倡議，各國仍以政治「安定」為首要<sup>355</sup>。平心而論，臺灣今日民主法治程度已遠超多數亞洲國家，在經濟發展趨緩而政治影響受限的全球環境中，臺灣的國際地位亦繫於自由權利。司法權倘能自此圖像中自我定位，或可自內國實踐爭取亞太地區民主法治程度最完備者，成為普世與相對價值的重要詮釋者之一。

---

<sup>355</sup> Shaun Narine, Human Rights Norms and the Evolution of ASEAN: Moving without Moving in a Changing Regional Environment, 34 CONTEMP. S. ASIA 365, 376 *et seq.* (2012).

## 參考文獻

### 一、中文部分

- L. Garlicki (著), 翁燕菁 (譯) (2011), 〈歐洲人權法院與「評斷餘地」原則：人權事務中尚存幾分國家裁量空間？〉, 收於：黃丞儀 (編), 《2010 行政管制與行政爭訟》, 頁 97-128, 臺北：中央研究院法律學研究所。
- 王必芳 (2012), 〈「公共服務」或「普及服務」？：以法國學說的反思和法制的演進為中心〉, 收於：李建良 (編), 《2011 行政管制與行政爭訟》, 頁 113-197, 臺北：中央研究院法律學研究所。
- 王正嘉 (2016), 〈論死刑之裁量與界限：以兩公約與比較法為出發〉, 《臺大法學論叢》, 45 卷 2 期, 頁 687-754。doi: 10.6199/NTULJ.2016.45.02.05
- 王兆鵬 (2010), 〈速審法太草率, 解決不了問題〉, 《司法改革雜誌》, 77 期, 頁 11。
- 王自雄 (2010), 〈人權兩公約之國內法化暨其施行法之實施：從國際法的內化與人權在我國憲政體制下之法律地位論起〉, 《台灣法學雜誌》, 164 期, 頁 113-122。
- 吳庚、陳淳文 (2016), 《憲法理論與政府體制》, 增訂 4 版, 臺北：自刊。
- 吳秦雯 (2011), 〈事後違憲審查之潮流？：淺析法國違憲審查制度之新變革〉, 《憲政時代》, 36 卷 4 期, 頁 375-409。
- 李念祖 (2010), 〈制定妥速審判法 不能有罪快判、無罪慢判〉, 《在野法潮》, 4 期, 頁 8-9。
- 李建良 (2014), 〈論國際條約的國內法效力與法位階定序：國際條約與憲法解釋之關係的基礎課題〉, 收於：廖福特 (編), 《憲法解釋之理論與實務 (第八輯上冊)》, 頁 175-275, 臺北：中央研究院法律學研究所。

- 林明昕（2013），〈兩公約適用下的特別權力關係〉，收於：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》，頁 77-102，臺北：臺灣民主基金會。
- 林慈偉（2015），〈論公民與政治權利國際公約第 6 條第 2 項之解釋適用：評最高法院 100 年度台上字第 6851 號刑事判決〉，《法令月刊》，66 卷 8 期，頁 27-44。doi: 10.6509/TLM.2015.6608.03
- 林鈺雄（2015），〈2014 年刑事程序法裁判回顧：從國際人權公約內國法化的觀點出發〉，《臺大法學論叢》，44 卷特刊，頁 1535-1566。doi: 10.6199/NTULJ.2015.44.SP.09
- 邱忠義（2013），〈地方法院實施「案件流程管理」制度對於妥速審判之回應：以臺灣新竹地方法院刑事審前中心為例〉，《科技法學評論》，10 卷 1 期，頁 213-311。doi: 10.3966/181130952013061001005
- 邱麗玲（2009），〈是疑難案件清理法？還是刑事妥速審判法？：評司法院的「刑事妥速審判法草案」〉，《司法改革雜誌》，75 期，頁 48-52。
- 徐揮彥（2014），〈「公民與政治權利國際公約」與「經濟、社會與文化權利公約」在我國最高法院與最高行政法院適用之研究〉，《臺大法學論叢》，43 卷特刊，頁 839-909。doi: 10.6199/NTULJ.2014.43.SP.02
- 翁燕菁（2013），〈《經濟、社會與文化權利國際公約》的黯然登場：大法官釋字七〇九號與經社權利保障〉，《月旦法學雜誌》，218 期，頁 239-246。
- （2013），〈不歧視原則之經濟社會權利保障效力：《歐洲人權公約》當代課題〉，《歐美研究》，43 卷 3 期，頁 637-707。
- （2017），〈歐洲人權法院保障同性關係策略評析：彈性、侷限及展望〉，《中研院法學期刊》（即將出版）。
- 張文貞（2009），〈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（編），《憲法解釋之理論與實務（第六輯上冊）》，頁 223-272，臺北：中央研究院法律學研究所。

- (2010), 〈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〉，收於：台灣法學會（編），《台灣法學新課題（八）》，頁 1-26，臺北：元照。
- (2015 年 12 月)，〈國際人權公約與憲法解釋：匯流的模式、功能及臺灣實踐〉，發表於：《司法院大法官一〇四年度學術研討會：人權公約與我國憲法解釋》，司法院（主辦），臺北，載於：<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/FYDownload.asp?fileguid=00074-K1SG8>。
- (2016)，〈2015 年行政法發展回顧〉，《臺大法學論叢》，45 卷特刊，頁 1455-1491。doi: 10.6199/NTULJ.2016.45.SP.07
- 陳宜倩 (2011)，〈性別自主決定、婚姻自由與跨性別人權：試評德國聯邦憲法法院 1 BvL 10/05 (2008) 判決〉，《歐美研究》，41 卷 3 期，頁 801-848。
- 陳怡凱 (2010)，〈國際人權公約之內國效力：以公民與政治權公約暨經濟社會文化權公約施行法為例〉，收於：台灣法學會（編），《台灣法學新課題（八）》，頁 27-68，臺北：元照。
- (2014)，〈國際人權法在我國法院之適用：以精障者是否可科處死刑為例〉，《憲政時代》，40 卷 3 期，頁 311-359。doi: 10.3966/101665132015014003002
- 陳隆志、廖福特 (2003)，《國際人權公約國內法化之方法與策略》，臺北：行政院研究發展考核委員會，載於：[http://www.ndc.gov.tw/News\\_Content.aspx?n=E4F9C91CF6EA4EC4&sms=4506D295372B40FB&s=7F3F8546BAB1C281](http://www.ndc.gov.tw/News_Content.aspx?n=E4F9C91CF6EA4EC4&sms=4506D295372B40FB&s=7F3F8546BAB1C281)。
- 黃昭元 (2015 年 12 月)，〈公民與政治權利國際公約與憲法解釋〉，發表於：《司法院大法官一〇四年度學術研討會：人權公約與我國憲法解釋》，司法院（主辦），臺北，載於：<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/FYDownload.asp?fileguid=00078-V2QDE>。

- 黃嵩立(2014)，〈公民團體對國家人權委員會之意見〉，《臺灣人權學刊》，2卷3期，頁81-95。
- 黃默(2003)，〈臺灣「國家人權委員會」的倡導、爭論與展望：一個非政府組織的觀點〉，《全國律師》，7卷12期，頁4-10。
- 楊雲驊(2014)，〈「公民與政治權利國際公約」第7條對國內法之效力：以預防性刑求為中心〉，《臺大法學論叢》，43卷特刊，頁957-1029。  
doi: 10.6199/NTULJ.2014.43.SP.04
- 葉俊榮(2002)，〈從「轉型法院」到「常態法院」：論大法官釋字第二六一號與第四九九號解釋的解釋風格與轉型脈絡〉，《臺大法學論叢》，31卷2期，頁59-96。doi: 10.6199/NTULJ.2002.31.02.02
- 廖福特(2009)，〈批准聯合國兩個人權公約及制定施行法之評論〉，《月旦法學雜誌》，174期，頁223-229。
- (2010)，〈法院應否及如何適用公民與政治權利國際公約〉，《台灣法學雜誌》，163期，頁45-65。
- (2011)，《國家人權委員會》，臺北：五南。
- (2014)，〈「公民與政治權利國際公約」國內法化之影響：最高法院死刑相關判決之檢視〉，《臺大法學論叢》，43卷特刊，頁911-956。  
doi: 10.6199/NTULJ.2014.43.SP.03
- 劉定基(2016)，〈國際人權公約內國法化對司法實務的影響：以行政法院裁判為觀察中心〉，《法令月刊》，67卷10期，頁78-103。doi: 10.6509/TLM.2016.6710.04
- 劉淑範(2003)，〈論確認訴訟之備位功能：行政訴訟法第六條第三項之意涵與本質〉，《人文及社會科學集刊》，15卷1期，頁59-112。

## 二、英文部分

- (de) Freitas, T. F., & Tega, D. (2014). Judicial Restraint and Political Responsibility: A Review of the Jurisprudence of the Italian, Spanish and Portugese High Courts on Same-Sex Couples. In D. Gallo, L. Paladini & P.

- Pustorino (Eds.), *Same-Sex Couples Before National Supranational and International Jurisdictions* (pp. 287-317). New York, NY: Springer.
- (de) Torres, A. Ú. (2011). Determination of Victims. In L. Burgorgue-Larsen & A. Ú. de Torres (Eds.), *The Inter-American Court of Human Rights: Case Law and Commentary* (pp. 105-128). Oxford, England: Oxford University Press.
- (de) Wet, E. (2006). The Emergence of International and Regional Value Systems as a Manifestation of the Emerging International Constitutional Order. *Leiden Journal of International Law*, 19(3), 611-632.
- Abramovich, V. (2009). From Massive Violations to Structural Patterns: New Approaches and Classic Tensions in the Inter-American Human Rights System. *International Journal of Human Rights*, 6(11), 7-37.
- Ambrus, M. (2009). Comparative Law Method in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights in the Light of the Rule of Law. *Erasmus Law Review*, 2(3), 353-371.
- Brauch, J. A. (2005). The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law. *Columbia Journal of European Law*, 11(1), 113-150.
- Cavallaro J. L., & Brewer, S. E. (2008). Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century: The Case of the Inter-American Court. *American Journal of International Law*, 102(4), 768-827.
- Cohen, S. (1996). Government Responses to Human Rights Reports: Claims, Denials, and Counterclaims. *Human Rights Quarterly*, 18(3), 517-543.
- Committee of Ministers, Council of Europe (2015). Supervision of the Execution of Judgments and Decisions of the European Court of Human Rights: 9th Annual Report.



- Crawford, J. (2000). The UN Human Rights Treaty System: A System in Crisis ?. In P. Alston & J. Crawford (Eds.), *The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring* (pp. 1-12). Cambridge, England: Cambridge University Press.
- Drafting Committee on an International Bill of Human Rights (1947), *Documented Outline*, Part I, 11 June 1947, UN Doc. E/CN.4/AC.1/3/Add.1.
- Dulitzky, A. (2011). The Inter-American Human Rights System fifty years later: time for changes. *Québec Journal of International Law, Sp. ed.*, 127-164.
- Dunne, P. (2014). Marriage Dissolution as a Pre-requisite for Legal Gender Recognition. *Cambridge Law Journal*, 73(3), 506-510. doi: 10.1017/S00008197314001007
- Farer, T. (1997). The Rise of the Inter-American Human Rights Regime: No Longer a Unicorn, Not Yet an Ox. *Human Rights Quarterly*, 19(3), 510-546.
- Freedman, J. (2004). Secularism as a Barrier to Integration? The French Dilemma. *International Migration*, 42(3), 5-27.
- Gallagher, A. (2000). Making Human Rights Treaty Obligations A Reality: Working with New Actors and Partners. In P. Alston & J. Crawford (Eds.), *The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring* (pp. 201-228). Cambridge, England: Cambridge University Press.
- Gerards, J. (2014). The European Court of Human Rights and the National Courts: Giving Shape to the Notion of ‘Shared Responsibility’. In J. Gerards & J. Fleuren (Eds.), *Implementation of the European Convention on Human Rights and of the Judgements of the ECtHR in National Case-Law* (pp. 13-90). Cambridge, England: Intersentia.
- Giegerich, T. (2014). The Struggle by the German Courts and Legislature to Transpose the Strasbourg Case Law on Preventive Detention into German Law. In A. Seibert-Fohr & M. E. Villiger (Eds.), *Judgments of the*

- European Court of Human Rights: Effects and Implementation* (pp. 207-236). Baden-Baden, Germany: Nomos.
- Ginsburg, T., Chernykh, S. & Elkins, Z. (2008). Commitment and Diffusion: How and Why National Constitutions Incorporate International Law. *University of Illinois Law Review*, 2008, 201-238.
- Goodman, R. & Jinks, D. (2004). How to Influence States: Socialization and International Human Rights Law. *Duke Law Journal*, 54(3), 621-673.
- (2013). *Socializing State: Promoting Human Rights Through International Law*. Oxford, England: Oxford University Press.
- Johnstone, R. L. (2007). Cynical Savings or Reasonable Reform? Reflections on a Single Unified UN Human Rights Treaty Body. *Human Rights Law Review*, 7(1), 173-200.
- Keller, H. & Heri, C. (2015). Protecting the Best Interests of the Child: International Child Abduction and the European Court of Human Rights. *Nordic Journal of International Law*, 84(2), 270-296.
- Kili, S. (1990). Kemalism in Contemporary Turkey. *International Political Science Review*, 1(3), 381-404.
- Knott, G. A. (2010). Transsexual Law Unconstitutional: German Federal Constitutional Court Demands Reformation of Law Because of Fundamental Rights Conflict. *Saint Louis University Law Journal*, 54(3), 997-1034.
- Kratochvíl, J. (2011). The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 29(3), 324-357.
- Law, D. S. & Chang, W.-C. (2011). The Limits of Global Judicial Dialogue. *Washington Law Review*, 86, 523-577.
- Letsas, G. (2007). *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*. Oxford, England: Oxford University Press.

- (2010). Strasbourg's Interpretive Ethic: Lessons for the International Lawyer. *European Journal of International Law*, 21(3), 509-541.
- (2013). The ECHR as a Living Instrument: Its Meaning and Legitimacy. In A. Follesdal, B. Peters & G. Ulfstein (Eds.), *Constituting Europe: the European Court of Human Rights in a National, European and Global Context* (pp. 106-141). Oxford, England: Oxford University Press.
- Lixinski, L. (2010). Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the Unity of International Law. *European Journal of International Law*, 21(3), 585-604.
- Mica, A. (2016). Towards a Typology of Hybrid Formalities and Informalities. *Polish Sociological Review*, 194(2), 139-153.
- Michaelsen, C. (2012). 'From Strasbourg with Love': Preventive Detention before the German Federal Constitutional Court and the European Court of Human Rights. *Human Rights Law Review*, 12(1), 148-167. doi: 10.1093/hrlr/ngr046
- Milanović, M. (2008). From Compromise to Principle: Clarifying the Concept of State Jurisdiction in Human Rights Treaties. *Human Rights Law Review*, 8(3), 411-448.
- Moravcsik, A. (2000). The Origins of Human Rights Regimes: Democratic Delegation in Postwar Europe. *International Organization*, 54(2), 217-252. doi: 10.1162/002081800551163
- Narine, S. (2012). Human Rights Norms and the Evolution of ASEAN: Moving without Moving in a Changing Regional Environment. *Contemporary Southeast Asia*, 34(3), 365-388.
- Neuman, G. (2008). Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights. *European Journal of International Law*, 19(1), 101-123.

- Nieuwenhuis, A. (2007). The Concept of Pluralism in the Case-Law of the European Court of Human Rights. *European Constitutional Law Review*, 3(3), 367-384. doi: 101017/S1574019607003677
- Pillay, N. (2012). *Strengthening the United Nations Human Rights Treaty Body System*. Geneva, Switzerland: United Nations Office of High Commissioner of Human Rights.
- Ragone, S. & Volpe, V. (2016). An Emerging Right to A "Gay" Family Life ? The Case Oliary v. Italy in a Comparative Perspective. *German Law Journal*, 17(3), 451-486.
- Review of the Initial Reports of the Government of Taiwan on the Implementation of the International Human Rights Covenants, Concluding Observations and Recommendations Adopted by the International Group of Independent Experts, Taipei, 1 March 2013.
- Review of the Second Reports of the Government of Taiwan on the Implementation of the International Human Rights Covenants, Concluding Observations and Recommendations Adopted by the International Review Committee, Taipei, 20 January 2017.
- Rozakis, C. L. (2005). The European Judge as Comparatist. *Tulane Law Review*, 80(1), 257-281.
- Slaughter, A.-M., & Burke-White, W. (2006). The Future of International Law is Domestic (or, The European Way of Law). *Harvard International Law Journal*, 47(2), 327-352.
- Slaughter, A.-M. (2005). *A New World Order*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Steering Committee for Human Rights (2015), CDDH Report on the Longer-Term Future of the System of the European Convention on Human Rights, 11 December 2015, CoE Doc. CDDH(2015)R84 Addendum I.

- Stone Sweet, A. (2009). Constitutionalism, Legal Pluralism, and International Regimes. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 16(2), 621-645.
- Tulkens, F. (2009). The European Convention on Human Rights and Church-State Relations: Pluralism vs. Pluralism. *Cardozo Law Review*, 30(6), 2575-2591.
- Tzevelekos, V. P. (2010). The Use of Article 31(3)(C) of the VCLT in the Case Law of the ECtHR: An Effective Anti-Fragmentation Tool or a Selective Loophole for the Reinforcement of Human Rights Teleology?. *Michigan Journal of International Law*, 31(3), 621-690.
- Vida, I. (2004). The Obligatory Force of Decisions of the Constitutional Court for Other Courts as a Stabilising Factor, conference paper published by European Commission for Democracy through Law (Venice Commission). Available at [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-JU\(2004\)021-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-JU(2004)021-e)
- Walker, L. (2010). The Impact of the Hague Abduction Convention on the Rights of the Family in the Case-Law of the European Court of Human Rights and the UN Human Rights Committee: The Danger of Neulinger. *Journal of Private International Law*, 6(3), 649-682.
- Weil, P. (2014). Headscarf versus Burqa: Two French Bas with Different Meanings. In S. Mancini & M. Rosenfeld (Eds.), *Constitutional Secularism in an Age of Religious Revival* (pp. 195-215). Oxford, England: Oxford University Press.
- Weng, V. Y.-C. & Hsu, Y.-M. (2017). Domestication of International Human Rights Norms in Taiwan: A Dialogue through Conventionality Review under Construction. *Asian Yearbook of Human Rights and Humanitarian Law*, 1, 166-191.
- Wilde, R. (2013). Human Rights Beyond Borders at the World Court: The Significance of the International Court of Justice's Jurisprudence on the

Extraterritorial Application of International Human Rights Treaties.  
*Chinese Journal of International Law*, 12(4), 639-677.

### 三、法文部分

- Allard, J. & Garapon, A. (2005). *Les juges dans la mondialisation. Une nouvelle révolution du droit*. Paris : Seuil.
- Baubérot, J. (2007). La représentation de la laïcité comme « exception française ». *Cosmopolitiques*, n° 16, 119-132.
- Bernard, G. (2006). *Exercices : droit constitutionnel et institutions politiques*. Levallois-Perret : Studyrama.
- Bonnet, B. (2013). *Repenser les rapports entre ordres juridiques*. Paris : Lextenso.
- Burgogue-Larsen, L. (2001). L' « Autonomie constitutionnelle » aux prises avec la Convention européenne des droits de l'homme. *Revue belge de droit constitutionnel*, n° 1, 31-64.
- (2009). *De l'internationalisation du dialogue des juges. Missive doctrinale à l'attention de Bruno Genevois*. In R. Badinter et al (Eds.), *Le dialogue des juges : Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois* (pp. 95-130). Paris : Dalloz.
- Carcassonne, G. (2009). *Audition in Rapport n° 1898 de Jean-Luc Warsmann fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi organique (n° 1599) relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*. Sur <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r1898.asp>.
- Chappez, J. (2011). La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et les pouvoirs du parquet en matière de liberté. *Annuaire français de droit international*, vol. 57, n° 1, 599-609.

Chénéde, F. (2014). Les arrêts Mennesson et Labassé ou l'instrumentalisation des droits de l'homme. *Recueil Dalloz*, n° 31, 1797-1805.

Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme (CNCDH) (2010). *Avis sur le port du voile intégral, adopté par l'Assemblée plénière du 21 janvier 2010*. Sur [http://www.cncdh.fr/sites/default/files/10.01.21\\_avis\\_sur\\_le\\_port\\_du\\_voile\\_integral.pdf](http://www.cncdh.fr/sites/default/files/10.01.21_avis_sur_le_port_du_voile_integral.pdf)

----- (2013). *Avis sur l'identité de genre et sur le changement de la mention de sexe à l'état civil, 27 juin 2013*. Sur [http://www.cncdh.fr/sites/default/files/27.06.13\\_avis\\_sur\\_lidentite\\_de\\_genre\\_et\\_sur\\_le\\_changement\\_de\\_la\\_mention\\_de\\_sexe\\_a\\_letat\\_civil.pdf](http://www.cncdh.fr/sites/default/files/27.06.13_avis_sur_lidentite_de_genre_et_sur_le_changement_de_la_mention_de_sexe_a_letat_civil.pdf)

Comité Balladur (2007). *Rapport du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, JORF n° 252 du 30 octobre 2007 p. 17699, texte n° 1, Ch. III, C.2*.

Commission Justice pénale et Droits de l'homme (1991). *La mise en état des affaires pénales. Rapports au Ministère de la Justice*. Paris : Documentation française.

Conseil d'État (1989). *Avis rendus par l'assemblée générale du Conseil d'État n° 346.893 - Mme Laroque rapporteur, 27 novembre 1989*.

----- (2001). *L'influence internationale du droit français*. Paris : Documentation française.

----- (2010). *Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral: Rapport adopté par l'assemblée générale plénière le 25 mars 2010*. Sur [http://www.conseil-etat.fr/content/download/1731/5221/version/1/file/etude\\_vi\\_30032010.pdf](http://www.conseil-etat.fr/content/download/1731/5221/version/1/file/etude_vi_30032010.pdf).

Coron, G. (2010). Les juristes ont-ils des idées ? Réflexions autour du droit communautaire. *Savoir/Agir*, n° 14, 103-109. doi: 10.3917/sava.014.0103

- Costa, J.-P. & Marcou, J. (1995). Le Conseil d'État, le droit public français et le «foulard»: Interview de Monsieur Jean-Paul Costa. *Cahiers d'études sur la Méditerranée orientale et le monde turco-iranien*, vol. 19, 1-4. Sur <https://cemoti.revues.org/1688>.
- Costa, J.-P. (2004). Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : de l'influence de différentes traditions nationales. *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° 57, 101-110.
- Decaux, E. (1999). *Les États parties et leurs engagements*. In L.-E. Pettiti, E. Decaux & P.-H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article* (2<sup>e</sup> éd., pp. 3-25). Paris : Economica.
- Delmas-Marty, M. (1986). *Le flou du droit. Du Code pénal aux droits de l'homme*. Paris : PUF.
- (2000). Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste. *Revue internationale de droit comparé*, vol. 54, n° 4, 753-780.
- (2004). *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l'universel*. Paris : Seuil.
- (2006). *Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné*. Paris : Seuil.
- (2007). *Les forces imaginantes du droit (III). La refondation des pouvoirs*. Paris : Seuil.
- (2011). *Les forces imaginantes du droit (IV). Vers une communauté de valeurs ?*. Paris : Seuil.
- Doire, V. (2006). La difficile réforme des systèmes judiciaires en Amérique latine. *Centre d'études interaméricaines*, septembre 2006, 1-14. Sur [http://www.cms.fss.ulaval.ca/recherche/upload/cei/fichiers/cei\\_vd\\_systemes\\_judiciaires\\_sept2006.pdf](http://www.cms.fss.ulaval.ca/recherche/upload/cei/fichiers/cei_vd_systemes_judiciaires_sept2006.pdf)



- Dutheillet de Lamotte, O. (2007). *Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité*. In Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle (pp. 315-327). Paris : Dalloz.
- Edelman, B. (2008). La Cour européenne des droits de l'homme : une juridiction tyrannique ?. *Recueil Dalloz*, n° 28, 1946-1953.
- Favoreu, L. (1992). *Bloc de constitutionnalité*. In O. Duhamel & Y. Meny (dir.), Dictionnaire constitutionnel (pp. 87-89). Paris : PUF.
- Flauss, J.-F. (2001). Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (novembre 2000 - octobre 2001). *Actualité juridique Droit administratif*, n° 12, 1060-1077.
- (2006). Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (février – juillet 2006). *Actualité juridique Droit administratif*, n° 31, 1709-1719.
- Garapon, A. (2011). Les limites à l'interprétation évolutive de la Convention. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, vol. 3, n° 1, 25-33.
- Genevois, B. (1989). L'influence du Conseil constitutionnel. *Pouvoirs*, n°49, 47-56.
- (2000). Le Conseil d'État n'est pas le censeur de la loi au regard de la Constitution. *Revue française de droit administratif*, n° 4, 715-724.
- Granger, M.-A. (2011). *Le parquet, une autorité judiciaire indépendante ?*. In Actes du VIIIème Congrès français de droit constitutionnel (pp. 1-27), Aix-en-Provence : Association française de droit constitutionnel. Sur <http://www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN6/grangerT6.pdf>.
- (de) Lamy, B. (2002). Chronique constitutionnelle : les principes constitutionnels dans la jurisprudence judiciaire. Le juge judiciaire, juge constitutionnel ?. *Revue du droit public*, n° 3, 781-820.

- Lavade, A. (2010). Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité ne sont pas jeux de hasard : la réplique du Conseil constitutionnel à la Cour de cassation !. *Recueil Dalloz*, n° 21, 2010, 1321-1324.
- Lengrand, C. & Escuillié, C. (2015). Statut juridique de l'enfant issu d'une GPA à l'étranger : Une avancée jurisprudentielle en demi-teinte. *La Revue des droits de l'homme [En ligne]*, 13 janvier 2015, 1-12. Sur <http://revdh.revues.org/1772>.
- Madsen, M. R. (2004). Make law, not war. *Actes de la recherche en science sociales*, n° 151-152, 96-106.
- Marguénaud, J.-P. (2009). « Tempête sur le parquet », comm. sous CEDH, 10 juillet 2008, *Medvedyev c/ France. Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n° 1, 173-196.
- Marin, J.-C. (2015, décembre). *Allocution de clôture. Réflexions sur le statut du magistrat du parquet*. Colloque Le statut du magistrat. Sur [https://www.courdecassation.fr/IMG///Le\\_Statut\\_du\\_magistrat\\_par\\_JCMARIN.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG///Le_Statut_du_magistrat_par_JCMARIN.pdf).
- Mésa, R. (2015). Revirement relatif à la transcription des actes de naissance d'enfants nés d'une GPA. *Dalloz Actualité 7 juillet 2015*. Sur <http://www.dalloz-actualite.fr/printpdf/flash/revirement-relatif-transcription-des-actes-de-naissance-d-enfants-nes-d-une-gpa>.
- Michel, W. (1992). *Le mythe fondateur : l'affaire Dreyfus*. In B. Serge & R. Odile (dir.), *Le modèle républicain* (pp. 131-145). Paris : PUF.
- Ost, F. & Kerchove, M. van de (2000). De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit ? *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° 44, 1-92.
- Pellet, A. (1974). La ratification par la France de la Convention européenne des droits de l'homme. *Revue du droit public*, vol.90, n° 5, 1319-1379.

- (2012). *Préface*. In L. Burgorgue-Larsen, E. Dubout, A. Maitrot de la Motte & S. Touzé (dir.), *Les interactions normatives : Droit de l'Union européenne et droit international* (pp. 1-11). Paris : Pedone.
- Ponthoreau, M.-C. (2013). *La globalitation du droit constitutionnel en question(s)*. In F. Mélin-Soucramanien (dir.), *Mélanges en l'honneur de Jean du Bois de Gaudusson* (pp. 545-561). Bordeaux : PUB.
- Rambaud, P. (1989). La reconnaissance par le Conseil d'État de la supériorité des traités sur les lois. *Annuaire français de droit international*, vol. 35, n° 1, 91-98.
- Renucci, J.-F. (2009). Un séisme judiciaire : pour la Cour européenne des droits de l'homme, les magistrats du parquet ne sont pas une autorité judiciaire. *Recueil Dalloz*, n° 9, 2009, 600-602.
- Robert, M. (2011). L'autorité judiciaire, la Constitution française et la Convention européenne des droits de l'homme. *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 32. Sur <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-32/l-autorite-judiciaire-la-constitution-francaise-et-la-convention-europeenne-des-droits-de-l-homme.99054.html>.
- Rodley (Sir), N. (2010). *Article 2*. In E. Decaux (dir.), *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques : Commentaire article par article* (pp. 109-131). Paris : Economica.
- Simon, D. & Rigaux, A. (2010). La priorité de la question prioritaire de constitutionnalité : harmonie(s) et dissonance(s) des monologues juridictionnels croisés. *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 29, 63-88.
- Sperduti, G. (1976/1984). *Le principe de souveraineté et le problème des rapports*. In Académie de droit international de La Haye (dir.), *Recueil des cours* (vol. 153, pp. 319-337). Leiden : Martinus Nijhoff.

- Stéfanini, M. F.-R. & Xavier Philippe, X. (2011). Le Conseil constitutionnel face à la loi anti-burqa : entre garantie des droits fondamentaux, sauvegarde de l'ordre public et stratégie politique (Jurisprudence du Conseil constitutionnel Octobre 2010-mars 2011). *Revue française de droit constitutionnel*, n° 87, 548-560.
- Stirn, B. (2011). *La naissance du droit européen des droits de l'homme et le rôle du « monde de la Convention » : Le point de vue du juge français (1)*. In S. Hennette-Vauchez & J.-M. Sorel (dir.), *Les droits de l'homme ont-ils constitutionalisé le monde ?* (pp. 105-112). Bruxelles : Bruylant.
- (2012). *Vers un droit public européen*. Paris : Lextenso.
- Sudre, F. (2004). *A propos du « dialogue des juges » et du contrôle de conventionnalité*. In J. Andrantsim-Bazovina et al (Eds.), *Les dynamiques du droit européen en début de siècle: études en l'honneur de Jean Claude Gautron* (pp. 207-224). Paris : Pedone.
- (2010). Le glas du parquet, comm. sous CEDH, 20 novembre 2010, *Moulin c/ France*. *La Semaine juridique Edition générale*, n° 49, 6 décembre 2010, 2277.
- (2012). *Droit européen et international des droits de l'homme* (11e éd.). Paris : PUF.
- Szymczak, D. (2012). Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'Homme : l'europeanisation « heurtée » du Conseil constitutionnel français. *Jus Politicum*, n° 7, 1-23. Sur <http://juspoliticum.com/article/Question-prioritaire-de-constitutionnalite-et-Convention-europeenne-des-droits-de-l-Homme-l-europeanisation-heurtee-du-Conseil-constitutionnel-francais-449.html>.
- Taleb, A. (2011). *Quelles perspectives d'évolution pour le parquet français ? Étude des systèmes français et anglais à la lumière de la jurisprudence*

européenne (à propos de l'arrêt CEDH, 23 nov. 2010, Moulin c/ France). *Revue internationale de droit pénal*, vol. 82, 233-243.

Tardif, É. (2014). Le système interaméricain de protection des droits de l'homme : particularités, percées et défis. *Revue des droits de l'homme*, vol. 6. Sur <http://revdh.revues.org/962>.

Taxil, B. (2010). *Méthodes d'intégration du droit international en droits internes*. In Internationalisation du droit, internationalisation de la justice, actes du 3<sup>ème</sup> Congrès de l'Ahjucaf, 20-23 juin 2010 (pp. 104-125). Ottawa : Cour suprême du Canada.

Tulkens, F. & Drooghenbroeck, S. van (2008). *Pauvreté et droits de l'homme. La contribution de la Cour européenne des droits de l'homme*. In J. de Witte (Ed.), *Pauvreté, dignité, droits de l'homme* (pp. 65-73). Bruxelles : Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme.

Vassallo, B. (2010). La Convention des droits de l'enfant à la cour de cassation. *Journal du droit des jeunes*, n° 296, 25-33.

Villevieille, J.-F. (1973). La ratification par la France de la Convention européenne des droits de l'homme. *Annuaire français de droit international*, vol. 19, n° 1, 922-927.

## **Dialogue and Bargain: Mapping the International Human Rights Law to Understand the Implementation of Universal Human Rights Conventions in Taiwan**

*Vivianne Yen-Ching Weng*\*

United Nations core human rights treaties are successively implemented in Taiwan. While their effect within the national legal order has been accepted, in principle, by both supreme courts, their direct application in individual cases is still pending. However, a legal order based on independent pyramid hierarchy can no longer explain the contemporary functioning of human rights law. This paper aims at drawing and interpreting the dynamic map of international human rights law, using the example of Europe where the mechanisms are relatively developed. On the one hand, the universal values are merely temporary conclusion drawn from conflicting views, without being frozen in time or fixed in space. On the other hand, the relative views are being penetrated by the universal values and being renewed through dialogue and bargain process. Implement human rights treaties consists of active dialogue and bargaining. Before a consensus can be reached, there are disputes and fragments around a same concept, constituting an “orderly plurality”.

Implementation of human rights treaties creates a chance for Taiwan to develop its bottom-up consensus-building along with its yet monopolized judicial review. The experiences of France can well demonstrate how the conventionality review has contributed to a dialogue on human rights between different national and international institutions. On this map of dialogue, national courts do not have to sacrifice crucial national principles or specificity based on historical factors. Taiwan can hardly find a place in the international community, but its rapid evolution in rule of law and human rights protection can well position it there, for

---

\* Assistant Professor, Department of Political Science, National Chengchi University.  
E-mail: vycweng@nccu.edu.tw

judges are the most “internationalizable” power. The future of human rights treaties resides in national practices, and Taiwan should effectively participate in the shaping of universal human rights norms. It is not a constitutionalized list of rights nor a real accession to a treaty that matters, but a judicial power involved in this dialogue map does.

**Keywords: International human rights treaties, judicial dialogue, universal and relative, national implementation of treaty, Taiwan practices**