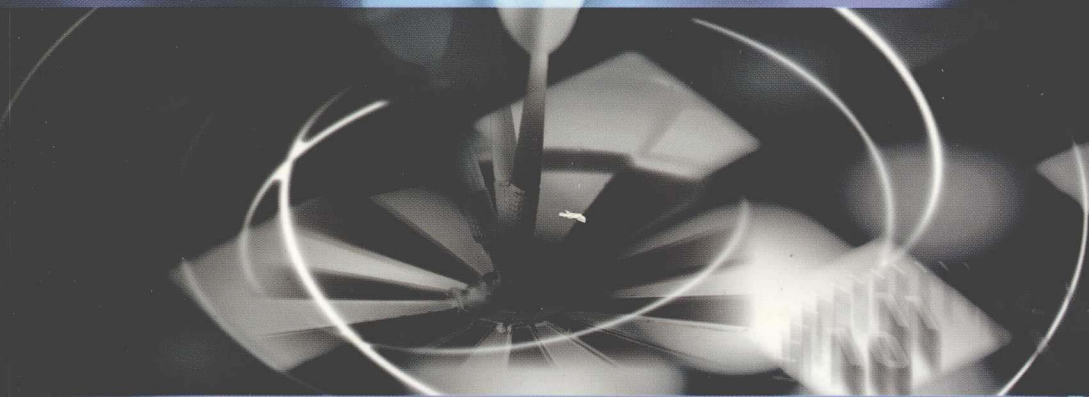


學術論文集

台灣法學新課題 (八)

社團法人台灣法學會 主編



正義與冥律

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

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

多元家庭與家事事件之實體與程序－自「經濟社會文化權利國際公約」第10條

的內國化談起

台灣法學新課題(八)



社團法人台灣法學會 主編

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

台灣法學新課題 / 社團法人台灣法學會主編. --

初版. -- 台北市：台灣法學會出版：元照總經銷, 2009. 10-

冊；公分

ISBN 978-986-82444-3-6 (第 7 冊：平裝)

ISBN 978-986-82444-4-3 (第 8 冊：平裝)

1. 法學 2. 文集

580.7

98017393

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏

台灣法學新課題(八)

5D202PA

2010 年 10 月 初版第 1 刷

主 編 社團法人台灣法學會

出 版 者 社團法人台灣法學會

總 經 銷 元照出版有限公司

100 臺北市館前路 18 號 5 樓

網 址 www.angle.com.tw

定 價 新臺幣 320 元

專 線 (02)2375-6688

傳 真 (02)2331-8496

郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-986-82444-4-3

序

本書集結台灣法學會2009年年度研討會發表人所發表之學術論文，往年本會年度會議是以涵蓋數個不同的法學領域的「年度法學會議」形式舉辦。而去年，由於我國已通過《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》，將兩公約內容以內國法面貌予以施行，這對於我國人權保障之促進言，有重要之意義。且基於兩公約施行法的規定，執政當局應要求國內所有法令及行政措施都必須依據國際人權標準進行全盤檢討及改正，以促進我國人權的提升。從法理上來看，這樣一個作為是屬極有價值之討論議題，此因，兩公約內容涵蓋了公民、政治、經濟、社會、文化等各個領域的人權，與現行內國法制多所重疊，然兩公約之規定多數極為概括與抽象，具體問題究應如何解決？往往不是只看兩公約之規定便可以解決者。是故，究竟應如何將內國法律規定與國際人權法接軌？便不能只是望文生義，而須經過一番徹底研究，集思廣益之後，方能有所得。也唯有如此，將兩公約內國法化之良法美意，方能實現。

於此一理念下，2009年會便以兩公約為主題，邀請各領域之專家撰文討論。其中，王世榕教授以「正義與冥律」為題專題演講，張文貞副教授以「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」為題，陳怡凱助理教授以「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」為題，郭書琴副教授以「多元家庭與家事事件之實體與程序

—自「經濟社會文化權利國際公約」第10條的內國化談起」為題，謝靜慧法官以「公民權利和政治權利公約暨經濟社會文化權利公約下之兒童及少年人權-以法官保留原則與專業法庭（院）之運作現況為中心」為題，陳耀祥教授以「從兩公約之批准論經濟管制與財產權之保障-以通訊傳播產業為例」為題，徐揮彥副教授以「從國際人權規範論我國對文化權之實踐」為題發表報告。

本次大會所邀請發表論文之學者，皆為各方碩彥，各篇文章皆有相當學術價值，相信對於各界如何進一步實踐兩公約中之規定，有相當之助益。同時，本次大會邀請各領域資深前輩擔任各場次之主持人，於巧妙地穿針引線下，使與會者就各研討主題與報告人間，有著熱烈與充實之交流，同時亦使得本次會議更為圓滿。

在此感謝各位作者之辛勞與配合，以及秘書處大力協助，特別感謝元照出版公司秉持對法學學籍的之支持與熱忱，印行出版集結成書，使能發揚台灣法學會學術之成果與精神。

台灣法學會理事長

顧 立 雄

2010年8月30日

台灣法學會年會 主題演講

正義與冥律

王世榕*

雖然我們台灣目前司法獨立，但有效的司法制度、司法品質，審判方面等等，還有待加油。此外，整個的社會還是一樣，都被偽科學、灰色政治所迷惑，因果報應仍然盛行；我們的知識份子，還是一樣在相信那些，我認為是偽科學的東西，比如說收驚，還有其他（比如報應）等等。台灣跟過去的中國一樣，大家還在相信，儒道兩家講的因果報應，還在相信這些東西。在台灣最暢銷的書，絕對不是基督教的聖經，也不是佛經，如果各位去查一下的話，是各種善書。各位不曉得有沒有看過天堂遊記、地獄遊記？我今天講題就是：正義是法律的靈魂。因為我們沒做到正義，所以老百姓只好相信，死後做壞事的人一定下地獄，並且不管是現世報、往世報、來世報，一定都會很慘。今天我要講的

* 作者係1963年台大法律系畢業之高材生，之後在我國、比利時和日本進修多年。作者近四十年來直至今日在國內外社團、基金會均甚為活躍(曾任本會常務理監事和國際法特別人格委員會主任委員數年)，曾任教授、報社總編輯和我國駐瑞士代表(2002-2008)等職，去(2009)年「直言」一書，不意遭外交部不以有「洩漏國家機密」之嫌移送法辦，日前尚未定案。

冥律，這是採用我以前的老師，鄒文海老師的說法，他說冥律，就是因果報應。這大概也就是中國人講的自然法，以下分兩段來說明。

第一段我要先介紹一下，中國因果報應這個觀念，在整個歷史流衍的情形。我這邊有一些統計數字，這些統計數字，是經過翻閱了歷代小說筆記大全和續篇四千多本的筆記小說，所整理出的是一些資料。一直到1911年，中國人還生活在前近代，也可以說中古的社會。特別是政治可說越往回走。在政治上是集權的絕對統治和皇權的統治，越來越厲害與這對整個人類的歷史比較，幾乎是倒著走。我個人的看法，差不多宋朝以後，中國的政經、社會文化，就從此停滯了，很多學者的看法一樣。從司法從正義和從人權來看，中國人不只白活了，簡直是往後退。在中華帝國的專制體制下，哪有三權分立？哪有司法獨立這回事？現實情況是「有錢判生，無錢判死」；「衙門八字開，有理無錢莫進來」，千年下來的審判的法理，基本上跟唐律、大清律律都相同，依舊是儒家的那套東西，這裡面沒有人權的影子。換句話說，台灣繼承的中國法律，依上述依我個人看來，根本和中國是一樣的：那就是法治、人權和正義一直伸展不開來，所以我從四千多本的書裡面看出來，歸納出來的東西內容還是一樣，不管是唐朝隋朝的筆記小說，或是清朝末年的小說都是一樣，都是以因果報應，這樣一個概念來敘述來抗議當時司法之不公，總之中國幾千年還是因果報應當道。當今的台灣似乎也是如此，因為法治乖常，司法不上軌道。」

第二點我想說我蒐集到一千多條，有關因果報應的案子。初

步的分類和分析如下：

第一類：官吏跟人民的關係（共91件）

古代的官吏，在人民眼中的好官吏，指的不過是興修水利以利農事、第二是省賦稅、第三賑災、第四蓄人命；壞的官吏是什麼？指的是酷虐、貪墨、法苛而擾民。

第二類：司法人員（共65件）

司法人員本人如果犯法，或做了一些對不起人民的事情，當然延其妻孥，而且往往必令絕嗣。古代這些因果觀念，對司法人員特嚴(例子過長，略而不錄)「從來最易損福者，莫如刑官；而最易積福者，亦莫如刑官。」

第三類：主僕關係（共11件）

中國儒教的社會結構，重視上下隸屬關係，如果僕人告或打主人的話，因果報當然非常嚴厲，茲不贅。

第四類：有關專業人員職業道德（共11件），例如醫生、教師。

第五類：帝王入冥獄（共4件）

第六類：親族的關係（共230件）

例如直系血親之間、繼父母與子女、夫妻、婦女守貞節義務（30件）等等。

第七類：神祇（共18件）

第八類：朋友關係（共35件）

第九類：財產關係（共40件）

第十類：個人修身（共279件）

在個人修身裏，淫爲首惡「淫人妻女，妻女淫人」。調戲婦女、販閱淫書、坎壈終身，也就是說他這一輩子，都會淒淒慘慘，甚且爲妓或成爲老鴇。

有些千年未結案的，不要以爲沒有報，就僥倖，千年以後還會留給子孫，「有遲至二千年來才訴冤的」（清，紀曉嵐，子不語，第3526頁），像這裡我所統計的，現世報1079件、來世報194件、往世報（前生做，今生受）26件。總之因果報應，在廿世紀以前的中國社會特別發達，因爲中國幾千年來一直是人治的社會而不是法治的社會。中國大概是一個儒教，巫教交織而成的不公不義的社會。我們知道 justice is the soul of law，在中國的社會，正意臣服於專制的帝王和貪腐無能的官吏。中國大概每三百年就要換一個朝代，但換了朝代以後，制度沒換，可說更糟，更專制；做官的，讀書人的腦袋沒換，老百姓的冤氣和恨也沒換，還繼續的密集，越來越嚴重。如果採用瑞士Jung心理學家的看法，如果集體意識可以流傳下去的話，那五千年來中國人的冤跟恨，就成了中國民族性的第二天性了，所以如果冤恨真的可以留傳下來的話，那現在的中國人應該是相當的不夠理性和殘忍，所以換句話說，看看近百年來中國民族(指漢民族)的表現，不客氣的說，應該是集體患上，自戀性人格異常(Narcissistic Personality Disorder)的精神病了，道道地地的是現代的野蠻人。

回過頭看看台灣，剛才我講的整個因果報應的氣息，還是非常濃厚。各位有空可以到行天宮去看看，並且看看一些善書、黃曆，我們還在迷信風水，床頭沒擺好，就會夫妻失和，家庭鬧鬼之類的鬼話。我們老百姓談起司法之不公時，還在咬牙切齒。我們先民逃到台灣來，我們受到別人的欺負，被殖民，我們接受五十年日本人的司法教育，我們也經過國民黨六十年的黨國教育，這都是事實。我們進一步要去察覺，為什麼我們的台灣，第一：在宗教上面有這麼多種宗教？譬如光是基督教就有一百多種，這六十年來我們設立好多新本土的宗教，例如軒轅教、天帝教、真佛教、玄天娘娘教等等，以前不准進來，現在也都開放在台傳教的也差不多十家以上。如日本的生長之家、韓國的統一教等等。台灣是全世界宗教最多的，有民間宗教中社壇服乩，一些萬靈教和巫術的東西也多非常盛行，這是什麼原因值得深思。第二：在司法方面也是一樣，我們為什麼這麼多法律和法律人才，但老百姓還是不相信，寧願相信因果報應。所以我的結論就是本會還要再加油，我們要再加油，我們的法制促進會、司法改革委員會等都要加油。我想除了大家努力加油之外，有關整個教育制度方面也要檢討。因為中國文化裡面不重視(selfhood)人格，我們在大學的法學教育裡面不重視哲學邏輯倫理，和其他人文科學。個人希望我們的法官由相關專業團體推薦，進行國內外進修計劃，並設置民間司法人員監督機構等等，以加速現代法治社會的建立。個人希望台灣的老百姓早日對法律產生信心，而不是又回到老路子去以冥律來自慰，來洩恨，謝謝各位。

目 錄

序.....顧立雄

主題演講 正義與冥律.....王世榕

國際人權法與內國憲法的匯流：台灣施行兩大人權公約之後

.....張文貞 1

國際人權公約之內國效力

一以公民與政治權公約暨經濟社會文化權公約施行法為例

.....陳怡凱 27

多元家庭與家事事件之實體與程序

一自「經濟社會文化權利國際公約」第 10 條的內國化談起

.....郭書琴 69

公民權利和政治權利公約暨經濟社會文化權利公約下之兒童及少年人權—以法官保留原則與專業法庭（院）之運作現況為中心

.....謝靜慧 ... 101

從兩公約之批准論經濟管制與財產權之保障

一以通訊傳播產業為例

.....陳耀祥 ... 151

從國際人權規範論我國對文化權之實踐

.....徐揮彥 ... 181

國際人權法與內國憲法的匯流：

台灣施行兩大人權公約之後

張文貞*

目 次

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

* 國立台灣大學法律學院副教授。作者感謝研究助理台大法研所公法組研究生李韶曼及駱怡辰二位同學對在研究資料蒐集上的幫忙。本文初稿發表於《台灣法學會 2009 年學術研討會》，台灣法學會主辦，2009 年 12 月 19 日。後亦刊登於《台灣人權促進會季刊——兩公約專輯》，第 10 期，頁 12-22，2010 年 3 月。本文為行政院國家科學委員會補助研究計畫(96-2414-H-002-030-MY3)及國立台灣大學優勢重點領域拔尖計畫(97R0064-12)的部分研究成果，併此申明。

壹、前言

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

兩公約施行法第 2 條規定：「兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力。」明白揭示兩公約在正式施行後的國內法律位階。不過，作為國際人權法上唯二可以冠上「盟約」(covenant)名稱¹、針對最根本而重要的人權予以規範的兩公約，在我國國內法上是否果真僅具有國內法律位階的效力而已？兩公約的法律位階，是否須受「後法優於前法」、「特別法優於普通法」原則之適用？倘若立法者將來制定與兩公約所保障人權相牴觸之法律，其效力為何？更重要的是，兩公約所保障的部分人權規定與我國憲法所保障的人權清單幾乎二致，但在清單內容上卻更加完整與詳細，兩公約的人權規定是否可能具備憲法或至少高於法律的效力？司法院大法官或各級法院在解釋我國憲法所定人民權利時，是否可以、又否應該適用兩公約關於人權保障之規定？這些問題，均涉及兩公約在國際人權法及憲法的規範脈絡下的地位，必須先予以釐清。

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

貳、兩公約與強行國際法

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

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

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

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

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

的效力。⁵

強行國際法或絕對法在內國規範秩序下既有等同於憲法或至少高於法律的規範位階，其具體內容的確定、形成及發展，對內國規範秩序就有極高的重要性。不過，國際法社群對強行國際法或絕對法的內容及範圍，並非完全沒有歧見，也會隨著時間演進及國際法規範變遷而改變。不過，各方共識的核心內容包括禁止奴隸販賣(slave trade)、海上強盜(piracy)、種族滅絕犯行(genocide)。多數亦認為應包括禁止發動侵略性的戰爭(aggressive wars)、以及國際法上所禁止的刑事犯行如違反人道罪行(crimes against humanity)及戰爭罪行(war crimes)。而有愈來愈多的學者認為國家對人權的尊重(observance of human rights)、國家平等原則(equality of states)、以及人民自決原則(principle of self-determination)等，均為當代絕對法的內容。⁶ 甚至有不少國際人權法學者主張當代國際人權法的內容均應構成國家的普遍性義務、而成為強行國際法或絕對法的內容。⁷ 而正是在此一意義的理解下，國際人權法不但在國際法上構成國家主權意志決定的界限，也成為內國最高規範秩序——憲法的內容，構成國家機關行使權力的界限，而有國際人權法與憲法的匯流。⁸

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

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

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

⁸ Seidman, id. See also Jiunn-Rong Yeh & Wen-Chen Chang, The Emergence of Transnational Constitutionalism: Its Features, Challenges and Solutions, 27 PENN