

「法務部對『國際公約內國法化之實踐』研究報告對案建議」研商會議紀錄

壹、時間：98年10月26日（星期四）下午02時30分

貳、地點：本部三樓318室

參、主席：吳常務次長陳鏞

肆、出席人員：

李律師兆環、姚教授孟昌、姜教授皇池、陳教授荔彤、陳教授純一、鄧教授衍森、蘇律師友辰、（依姓氏筆劃序）、司法院刑事廳章書記官瑋倫、外交部條約法律司陳科長玲玲、本部彭代理首席參事坤業、本部法律事務司陳編審忠光、本部檢察司林科長玉葦（代）、本部政風司高專員清松（代）

伍、列席人員：

劉專門委員英秀、林科長澤民、邱專員黎芬、黃聘用人員炳雄

陸、發言要旨：

主席：

各位學者、專家、機關代表及本部同仁大家好，謝謝各位出席「法務部對『國際公約內國法化之實踐』研究報告對案建議」之研商會議，請法規會先就召開會議的目的簡要報告。

彭首席參事坤業：

一、次長、各位學者專家及機關（單位）代表大家好，召開本次會議的原由，係 總統在公布「兩公約施行法」時，對法務部指示，針對國際公約要如何內國法化，希望法務部能做一個研究案，而且

要將此研究案及相關討論意見的結論，陳報行政院做為國際公約以後要如何內國法化的參考，今(98)年 6 月中旬我們委請廖福特老師做了一份「國際公約內國法化之實踐」的研究報告，並於今年 9 月 10 邀請學者專家及相關機關代表開會審查，報告已參酌上開與會代表修正完畢，並已送至本部，但因我們還要陳報行政院，故內容須比較具體且須顧慮執行層面，因此法規會對廖福特老師的這份報告，再提出法規會較具體的建議，建議內容是否妥當？希望各位表示意見，法規會會參考各位見再作修正，定案以後我們會將此建議內容，併同上開研究報告一併陳報給行政院，作為各機關在國際公約內國法化如何實踐的參考。

二、另外還有一個問題，係「兩公約」業已批准，「兩公約施行法」並已公布，則其與國內法令抵觸時，何者優先適用？(上次審查會議時，各位似乎認為兩公約的效力較國內的其他法律地位要高一些)，又「兩公約」之內容，是否存有內容不明確無法直接適用之情形，如有，法院應如何處理？這些皆係實際上須面臨的問題，法規會也針對上開問題研擬了初步意見，請與會學者專家及代表們一併指正。

主席：

謝謝彭首席，依照首席的發言，我們有兩份提案意見，一份是對案建議，一分是兩公約跟國內法衝突時何者優先適用及兩公約內容欠明確時如何解決的問題，現在我們就逐一討論。請法規會先就對案問題逐一說明。

法規委員會林科長澤民：

廖老師在研究報告裡，針對條約如何取得國內法效力的問題表示，國際上有採「一元論」和「二元論」不同的作法，廖老師的報

告，援引司法院釋字第 329 號解釋，及相關實務見解，認為條約經立法院議決，即具國內法律效力，不須再經另一立法的動作轉化成為我國法律條文，因此我國為採一元論之國家。98 年 9 月 10 日本部召開研究報告審查會時，學者意見不是很一致，有學者持贊同見解，有認為一元論和二元論，不過是國際法學者歸納出來的學說，學說本身極為複雜，是否得因此將其簡化印證我國就是一元論國家，係有爭議的，須進一步考量。

法規會的初步意見認為我國究採一元論或二元論，學界容有不同見解，但過去最高法院 72 年 4 月 30 日 72 年臺上字第 1412 號民事判決及 72 年 2 月 20 日法務部(72)律字第 1813 號致外交部函釋及司法院釋字第 329 號解釋理由書所揭示之見解，認為持條約既經立法院議決已具國內法效力，不須逐約轉化為我國法律條文，再就我國以往所訂的條約檢視，除了公約明定締約國須制定成法律或我國法律要求須轉化制定成法律或條約性質上須法律補充才有辦法實踐者外，大都未將條約內容制定成我國法律條文，故上開司法實務及釋字第 329 號的理由書所揭示的原則仍應遵守，但一元論、二元論的學說內涵等，則不刻意提及，以上是本會初步意見，請各位老師及代表們多多指教。

主席：

謝謝林科長的說明，針對此問題的說明，各位有無指教。

姚教授孟昌：

根據我國現行法制，究竟我國應該被劃歸為採一元論或二元論國家？個人仍採取保留態度。蓋一元論或二元論之源起，乃學界為解釋國內法院進行裁判時，條約能否不需立法轉化即可視為國內法之一部而適用之。查大法官會議 329 號解釋僅稱條約位階等同於法律，未言明條約即為我國國內法之一部，且能由法院直接適用於裁判之中。又

該解釋未特別區別條約是自動履行或須待立法之後方能夠履行者。因此若根據該解釋即貿然斷言我國屬於學說上所稱之一元論國家，恐惹爭議。

主席：

請教各位有無指教？如沒有，本問題就照法規會研擬之意見，請進行第二議題。

法規委員會林科長澤民：

- 一、第二議題也是對應廖老師的研究報告之建議所研擬，研究報告提到國內法令與條約抵觸時何者優先適用？係一實際面臨的問題，故應予解決，解決方式應該在憲法及國內相關法律明定「國內法令與條約相抵觸時，條約應優先適用」。研究報告認為就我國憲法第 141 條有關尊重條約及聯合國憲章的規定及精神，及就我國簽訂條約後即須遵守國際義務之觀點視之，條約理應優先適用並應明定。此一問題在 98 年 9 月 10 的研究報告審查會議上，學者意見極為分歧，司法院亦持保留見解，復查司法實務上有認為應條約應優先適用者，惟亦有持保留見解或應適用後法優先前法之法律適用原則者。
- 二、法規會研析意見將重要的肯定見解及否定見解一一列出，經整體斟酌後認為條約類型複雜，國內法令與條約抵觸是否均優先適用，非無疑慮，例如為合乎時代的脈動，我國法律會主動去參考國際新進的公約或作法，故這些法令內容可能較過去條約內容更為先進，如認為條約必須優先適用，似會產生較先進法律反而無法適用的疑慮。另就國外之立法以觀，於憲法或相關法律中明定條約優先適用者有之，如法國、荷蘭。但未明定者更多，似值參考。

三、對此問題，法規會採比較保留的見解，初步建議在學界無共識，實務上亦有不同意見情形下，無妨等到實務和學術對此問題，有較深入研究探討，並具有條約應優先適用之共識時，才於憲法或相關法律中明定條約優先適用者，（我們認為修憲不易，故在憲法明定難度較高，於「條約締結法(草案)」規定較為可行），在未明定前，似可考量由有權機關聲請司法院大法官解釋，以求解決。以上意見是否妥當，請各位老師及代表們多多指教。

主席：

請教各位老師和機關代表，針對法規會以為條約是否優先適用，疑慮尚多，建議暫不明定，如有疑義，聲請司法院大法官解釋以求解決，是否有任何意見？

姚教授孟昌：

關於解決條約與國內法令牴觸時，孰者為優之問題。在修憲不易且未必合宜之際，建議由行政院或立法院聲請司法院大法官會議進行解釋。至於制定「條約締結法」，仍應由學界及實務界深入研究、衡量利弊後形成共識，再予推動為宜。

外交部條約法律司陳科長玲玲：

針對此一問題，我們呼應法規會意見，因為本部在研擬「條約締結法」草案時，主辦者告訴我說，條約的法律位階的問題，文字雖可以定的很簡單，但裡面所涉及問題相當複雜精細，實務上面臨的問題，似乎也是「條約締結法(草案)」沒有能力規範的，例如投資協定，涉及仲裁條款部分，涉及人民之權利義務很重大，有關公法事項之仲裁條款，與國內之仲裁法適用是有相抵觸的，當時我們與經濟部討論時，我們提出在訂立此投資協定時，可在內容上訂定有關公法事項之仲裁條款，該條款只要經立法決議通過成為條約案，就得以直接

以該條約案去仲裁公法事項？對此，經濟部持反對意見，認為該仲裁條款不應與國內法相衝突。換言之，我們認為只要條約經過立法的審議程序通過後，就可以成為法院的法源依據，直接適用該仲裁協定，但經濟部認為不宜，法院也不會採此行，因此一問題，在談判過程中有很大的疑慮，公約的地位和效力似乎未有共識，此一問題在未來實務上會再碰到，但我無法提供解決，僅將此問題供大家做參考。

鄧教授衍森：

我對外交部的意見作一個總說明，因條約性質不一，有很多關於技術性方面，也有很多有關經濟性雙邊貿易的規定，由於條約性質不一，單純以條約優先國內法效力單一立法方式，未必有一個有益之後果，就規範上之意義，如果因此人權受到損害，此立法是較不可採行的。

陳教授純一：

提一補充意見，如剛剛林科長所述，此一問題修憲之方式，似乎較不可行，比較有可能是在「條約締結法(草案)」解決此一問題，但裡頭可能觸及到是否自動履行的問題，問題又更複雜，但在「條約締結法」的規定，應要考慮到自動履行的問題，是否須立法補充，解決此一變數，雖然外交部表示已不處理，但這仍是一問題。

另外有關剛剛仲裁條款的問題，若是依此規定，問題就立即出現了，因此要如何處理仍要有個方向，第一採修憲方式，較不可行。第二，依大法官解釋，但為個案處理。所以較好的處理，係於「條約締結法(草案)」解決，比較希望可以訂立一通則性規定，另一部分是個案性考量規定，鄧老師有提到是因為條約性質差異，而我認為自動履行也是一必須考慮的因素，因此建議條約締結法是否可訂立一面是通則性規定，另一部分是個案性考量規定。

主席：

謝謝，各位是否有其他意見？

姜教授皇池：

呼應陳老師的見解，此一問題複雜，但若在此忽略它，則失去處理此問題的機會。若等到大法官會議才去處理，大法官必須依法解釋，則在解釋時是否真能符合國家政策？因為規定模糊，大法官在解釋不會將國家政策納入考量，僅有在「條約締結法(草案)」規定，可將政策和法益併在一起處理，因此建議針對各種類型的條約，分別規定，我基本上贊同貴部之意見，但對此問題，建議不要避開，建議外交部更廣泛對此方面研究，然後針對「條約在國內法的地位和效力」提出一份報告，在兩公約尚未施行前，依該報告，對此問題有一較完備之設計。個人認為此一問題，在實務上不管是法院或大法官，皆無明確的標準，無法解決此一問題。

李律師兆環：

基本上贊同法規會意見，法規會之意見為，暫不處理此問題，待具體個案出現，視大法官會議決定。誠如三位老師所述，此一問題可能非修憲能解決，而是另以「條約締結法(草案)」解決，而剛剛老師也有說到條約性質不一，若以單一立法方式，也非最好選項，因為有可能造成後法優於前法。

但在性質不一的前提下，我們可以將條約類型化，在「條約締結法」作一概括規定，針對條約可以處理部分，即對能處理之問題，作一通案概括條款。雖外交部決定不處理，但今日會議我們仍希望外交部能處理，而不待大法官解釋，避免人權受損，謝謝。

姚教授孟昌：

我們現在可能要思考要將哪些條約類型化，大法官解釋 329 號提到，有些可能牽涉國家重大事項，有些直接與人民權利義務有關，在條約類型化後，在「條約締結法」就可以考慮，與司法裁判有關者，具有司法可塑性者，須優先處理，讓司法機關可以有法律之依據，對人民保障較周全。至於，與政策或國家重大組織有關者，可能非條約締結法所能解決，而須透過政治協商之方式，這樣處理，可能降低此一問題不法性的問題。

主席：

司法院是否有意見？

司法院刑事廳章書記官瑋倫：

主席、各位代表，司法院意見已寫成書面分發到各位手上，司法院尊重法務部基於權責所為之意見。至於條約是否優先於法律這個問題，似有未明。國內法律與條約相衝突時，條約之效力是否優先或依後法優於前法或特別法優於普通法一般法律原則，這一部分仍有疑慮。若司法院另有意見，會再另提書面資料。

主席：

謝謝司法院的意見。依大家之意見，基本上希望外交部對此有更深的研究，在條約締結法內規定，針對可以處理之問題，定一原則性規定，未能處理者，則暫不處理。

外交部條約法律司陳科長玲玲：

本部負責此專案的小組已完成「條約締結法」草案，時間上係為配合兩公約之施行，因此行政院要求司法院須在近期提出草案，依照該專案小組意見，是不處理此效力的問題，因為未有一共識，但若行政院針對此問題，認為必須處理，當可再議。

另外，司法院以往也有提到人犯遣送協定，該協定涉及司法判決，外國刑事判決，刑法未規範將該判決作為執行依據，重點在於雙方國家是否有承認互相之刑事判決，因此若簽下此一協定，則與刑法規範有所牴觸，未知法院態度如何？但目前草案尚未除理此一問題，若欲解決此問題，尚須一段時間研究。

主席：

謝謝外交部，請外交部回去研究，是否能在「條約締結法(草案)」針對急需要解決之問題，作一般性原則規定，另請外交部研究條約簽訂後在國內的效力如何。

彭首席參事坤業：

是否直接該建議放入對案建議中，提報行政院。請外交部研究剛剛各位提到的有關問題。

鄧教授衍森：

主席，我想趁外交部在場時，提醒一些很重要的觀點：

- 一、國際條約發生內國國法化的疑問，是因為我們要去遵守條約的義務，從國際上的角度而言，國家在國際訂立條約是必須要遵守，而儘量不去違反條約，否則國際上無須訂立條約。
- 二、各種條約的性質不一，如果「條約締結法」明定依其類型不同而效果不同，所顧慮的是文字的規範，到底規範內容為何？我想外交部很難做一個抽象的思考，因為此涉及 rule of law 中的 of law，所指的最高規範究竟為何，涉及正當性問題，這是很困難的問題，而非形式上法律的位階就可以去處理它的效力問題，這是一個很深的法治問題，在解釋法的時候，不管是條約或國內法時，都要去理解規範目的為何。因此在討論此一問題，我想必需

要對此問題作深入思考，所以技術上的差別很容易得到結論，就法規範實質上意義的差別，則很困難得到結論。

姚教授孟昌：

要向外交部請教，條約締結法草案第 10 條最後一項，只要條約已經制定通過就可以產生國內法效力，該觀點是否與法務部意見有差異？

外交部條約法律司陳科長玲玲：

其實它所呼應的是現今的實務狀況，像是政府採購法規定，當時政府採購法生效時間為 7 月 15 日，但是總統公布時間已經超過 7 月 15 日，技術上來說，是不是不有往前或往後生效情形，或是突破一般法律經總統公布後 3 日生效，我想是有這樣的企圖。欲解決是生效的時間問題，也是因為釋字第 329 號解釋，只處理生效問題，未解決法律地位問題。

姚教授孟昌：

我想表達的是，該規定與本日所討論的內容，基本上更跨越了一步。

外交部條約法律司陳科長玲玲：

「條約締結法」所欲解決是國內生效的時點問題，換言之，比較偏向去處理技術性、程序性的規定，而未去處理優先效力的問題，也是因為釋字第 329 號提到條約位階等同法律，所以它欲解決的乃是公布後何時生效，惟是否解決等同於國內法律，似未及之，也未去處理是否優先適用。

主席：

條約類型複雜，我國締結之條約具何效力？與國內法令抵觸時是否優先適用？係實務上須面臨之問題，不宜迴避，應依條約類型而定，故法規會針對此問題的建議，增列請外交部於「條約締結法（草案）」中試著將條約分類並明定其效力，及條約與國內法令抵觸時，何者優先適用。如果太過複雜，也希望能就其中比較原則性的問題予以明定，並請進一步蒐集外國立法體例及實務作法作一研究，供我國實務參考。此議題討論到此。

法規委員會林科長澤民：

一、謹就今日(10月26日)會場所增列之討論議題，作一簡單報告，第一個問題是兩個國際人權公約(下稱「兩公約」)已於98年5月14日批准，總統並於98年4月22日公布「兩公約施行法」，上開施行法第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。則國內法令與上開兩公約抵觸時，何者優先適用？第二個問題是兩公約內容是否存在法院無法直接適用之情形？如果有，該如何處理？

二、有關第一個問題：

(一) **法規會的初步研議意見**，是當兩公約與國內法律有抵觸時，兩公約優先適用。理由簡述如下(詳細內容，請參閱會場所發書面意見內容)：

1. 「兩公約」乃國際社會最重要之人權法典，亦為國際人權保障體系最根本之法源，締約國已超過全球國家數(195)及聯合國會員國數(192)之百分之80以上，已成為普世遵循之人權規範，通說認為此兩公約已有國際慣例法地位，即便非締約國亦有遵守義務，故兩公約表彰揭禁之正義性，不容以國內法律推翻，限制或減損。

2. 為實踐兩公約，「兩公約施行法」第 8 條並規定：「各級政府機關應依兩公約規定之內容，檢討所主管之法令及行政措施，有不符兩公約規定者，應於本法施行後二年內，完成法令之制（訂）定、修正或廢止及行政措施之改進。」，上開規定實已揭黷法令與「兩公約」抵觸，「兩公約」規定優先適用之意涵。
3. 按「兩公約」相較於聯合國其他後期之人權公約，如衍生的任擇議定書或由其相關條文再發展出來的國際人權公約，甚至其他區域性人權公約只是個較低度標準之人權公約。且「兩公約」並於相關條文明定，「兩公約」締約國不得以兩公約未確認或確認之範圍較窄為藉口，而限制、或減免或推阻國內相關法令或相關公約較高基本人權規定之落實（詳「公民與政治權利國際公約」第 5 條、第 6 條第 1 款、第 22 條第 3 款；「經濟社會文化權利國際公約」第 5 條、第 8 條第 3 款及第 13 條第 4 款），顯見所謂國內法令與兩公約「抵觸」，係指國內法令之人權標準，不符此「兩公約」要求之人權低度基本標準，非謂高於「兩公約」之標準，或僅法令和公約條文間存有表達形式或文字上的差異即屬抵觸。故國內法令如僅與「兩公約」單純規範競合，且其人權保障標準或要求高於「兩公約」，因本屬「兩公約」明文允許(如上述)，自無抵觸問題。
4. 兩公約相對於聯合國其他後期之人權公約，只是個較低度標準之人權公約，倘我國法令規定之人權，連「兩公約」之標準都不能達到，本就應依「兩公約施行法」第 8 條檢

討制（訂）定、修正或廢止，如未檢討，致造成抵觸「兩公約」規定，自應優先適用「兩公約」規定，否則不但未能落實國人之人權保障，亦違反締約國義務。

5. 有人質疑，「後法優於前法」係我國法律適用之基本原則之一，倘日後我國制定人權保障標準低於「兩公約」規定之法律，是否會造成該法律應優先適用」之情形？按法律之制定，在完成立法程序前，均應依法制程序充分的討論、研商，並經嚴謹的審查，故應不致於出現忽略「兩公約施行法」第 8 條以致違反「兩公約」之情形；倘不慎出現此問題，「兩公約」上述之優先性，亦不因其批准在其他法律之前而受影響。復依「兩公約」乃普世遵循之人權規範（人權最基本標準），故其揭櫫之內容，具有人權保障意義上之正義性、普遍性及不可剝奪性，故不少學者均認為「兩公約」規範之內容已具有我國憲法之人權保障規範層次¹，故應非低於「兩公約」標準之後法所能取代。

（二）法規委員會初步建議：

1. 國內法令與「兩公約」規定抵觸時，擬定位為「兩公約」規定應優先適用。
2. 如未來具體實務適用上仍有疑義，亦可透過權責機關之解釋，或聲請司法院大法官解釋解決之。

陳教授純一：

首先表示，我沒有不贊成兩公約優先於國內法，但看了法規會的理由，想到兩個情況。第一個「兩公約施行法」第 8 條這樣的文字表

¹ 本部 98 年 9 月 17 日至 10 月 23 日共 6 梯次之兩公約種子培訓老師（人權學者專家）於講授時，不少認為兩公約規範之內容，具有我國憲法之人權保障規範之層次¹。

述，是否可當成條約優先適用的先例，以後以這樣子方式是不是就發生先例效果。第二，現在法律若不符合兩公約規定，就必須要修改，但這並不表是說，將來所制定的條文需符合兩公約的規定，就從文字表面的解釋，是如此。基本上我贊同法規會的意見，只是以這種立法方式，是否就會產生先例效果，當然這也是可以納入考量的效果，所以提出這個疑惑。

彭首席參事坤業：

確實有這樣的疑慮，但兩公約所欲規定者只是人權事項，兩公約的位階應該是有憲法的位階，如果產生此種疑慮，是否把這理由刪除。我們真正的著眼在於兩公約的憲法位階，只是憲法不能修改，只能透夠過這樣的解釋方式，理由尚可再加以斟酌。

法規委員會林科長澤民：

我補充一下，我想兩公約施行法第八條規定，是否即表示有優先性，在研議時也很保留，因無論採一元論和二元論上，為避免是用上之困擾，國家通常會要求各機關在締約前，締約後檢視法規是否符合以免適用產生衝突，故上開「兩公約犯行法」第 8 條主要之意義究竟只是在實踐意義上，避免衝突或亦具有條約優先適用之意，容可研究，但本會在研議時認為在文義上確實表現出優先性這意涵，如各位教師認為不妥，或為避免產生疑慮，是否將此理由刪除？敬請指教。另外我想強調，所謂本議題所謂抵觸，是指違反兩公約所定最低標準，如屬單純法規競合，則尚非抵觸。若後法定有較兩公約更高之人權標準，則非抵觸，係單純法規競合，本就可適用較高標準之後法，並無衝突的問題，這一點也要強調，以免誤解。

姚教授孟昌：

在憲法上有個概念叫憲法先於法律，意指某些法律其地位高於一般法律，甚至補充憲法所為規定之處。兩公約規定依憲法第 22 條的精神，可以視為立憲者在行憲的過程中，他可以透過憲法第 22 條等相關定，補充解釋，因此透過憲法第 22 條解釋有憲法位階。

另一問題，兩公約的效力是否優於法律，在法務部或立法院皆可討論，但我國只有大法官會議有終極之釋憲權，我個人從幾個角度去檢討，當我們訂立兩公約後，行政機關必須去檢討所有之法令、行政命令或相關法令，這是施行法第 8 條精神所在。立法院也必須遵守條約義務，不去制定違反條約義務的法律，若制定違反條約義務之法令，最終也必須提請大法官解釋。我認為在這法務部表明一個立場，即認為兩公約之效力必須優先法律，若發生有抵觸現象，則可能需提請大法官解釋，或在司法救濟上，由法院向大法官提請大法官解釋，這是我的想法。

姜教授皇池：

- 一、陳老師剛剛提及到依「兩公約施行法」第 8 條這種立法，似只有兩公約施行之前的法律不可抵觸，若事後法律變遷，後法與公約有所抵觸，公約則未明文禁止，若以內國法層次來說，該條約並未明文兩公約永遠優先適用，依釋字第 329 號解釋只說條約具有法律效力，而依後法優於前法，所以條約優先適用，這是我個人解讀，大家也許有不同意見。
- 二、另陳老師提到，兩公約施行法第 8 條規定可否作為一立法例？以解決條約優先適用之問題？如果在每個個案皆如解決，當然可以，但我期盼「條約締結法」可以做一通則性規定，如果個案上都必須要這樣，立法有其歧異處。

三、對於法規會研究意見，個人無太大不同意見，但是對於兩個公約皆要提到憲法層級來看，我個人覺得要去別兩個公約分別視之。「公民與政治權利國際公約」，有憲法層級，是有道理，國際社會甚至有認為到習慣法層級。但「經濟社會文化權利國際公約」似無如此高的層級，或許第 1 條所規定之民族自決權，有如此高層級，但從第 2 條文字上「本公約締約國允盡其資源能力所及」，採取各種步驟及適當之方法，且在本公約第 4 條規定，如為增進公共福利，得以法律限制人民權利，對照「公民與政治權利國際公約」是無此種限制規定的，只有「經濟社會文化權利國際公約」作如此限制，故不宜放在同一位階處理，其二者在國際地位法上，已有明顯不同之處，故我想在意見上是否可以更審慎。

鄧教授衍森：

我想「兩公約施行法」當作特例是毫無疑義，就「兩公約施行法」第 8 條規定，法務部所得到優先適用的結論是無誤的，第八條所述是一規範效力問題，它所表彰的是，若相關法律與公約有所抵觸，必須要做檢視，因此在邏輯上敘述是正確的，而姚教授所講也很正確。

法規委員會林科長澤民：

剛剛姜老師，提到兩公約在國際上效力不同的問題，「經濟社會文化權利國際公約」相對「公民與政治權利國際公約」是比較軟性的調性，我在研議時也有思及此一問題，但後來考量它的性質上本身就容許國家做一些調整，故就本議題而言，此調整就不會觸及抵觸的問題。所謂抵觸必須是低於公約規定，而非僅是規範的競和，基於此一

想法，也認為其有國際慣例法的地位也具創造性，這是法務部初淺之意見，正確與否請各位學者指教。

鄧教授衍森：

我同意不要強調國際慣例法地位，因為即使國際慣例法也不見得有強行效力，故在規範意義上不見得有優先性，法規會會這樣說明，主要在說明兩公約施行法第 8 條規定它的依據為何。但我很贊同純一老師的說明，把施行法這樣規定當作一特例，如果以後立法要有同樣效力，則如法炮製。立法的民主正當性或許可解決所有問題。

法規委員會林科長澤民：

延續老師的問題，我們在寫國際慣例法時，強調非締約國亦須遵守，因為它具有普遍性和正義性，不容國內法律限制、減縮或推翻。但是如果文字上呈現因為國際慣例地位，故具有優先性，有這種邏輯上錯誤，是否各位可以指點，該如何修正。

鄧教授衍森：

我認為不需全部刪除，只需修正通說認為此公約具有國際慣例法地位，故具優先性的部分，刪除即可。

法規委員會林科長澤民：

那就「將不容以國內法律推翻，限制或減損」此部分文字刪除。

姜教授皇池：

我的補充意見，是否將「通說認為此兩公約已有國際慣例法地位」刪除。再者，是否得要寫不容以國內法推翻，在經濟社會文化權利國際公約第 4 條就已明文得以法律限制之。

法規委員會林科長澤民：

那就僅寫到兩公約具有普世人權之價值。

主席：

有無其他意見，請李律師。

李律師兆環：

- 一、對於以上文字敘述無其他意見，剛剛姜老師有提到「公民與政治權利國際公約」與「經濟社會文化權利國際公約」在性質上有所不同，的確性質上有所不同，但站在人權的不可分性、優越性和互相關連性，我支持法規會意見上述理由。
- 二、透過兩公約施行法第 8 條規定，施行前的規定不得與公約有所抵觸，但後法可否抵觸兩公約規定？人權一個很重要概念是優位性，倘後法是違反自然法的惡法，即應當以兩公約為優先適用，因此即便是制訂在兩公約後之後法仍必須要符合公約規定，否則即應修正或廢止及改進。

姜教授皇池：

我想您可能誤解我意，我並未強調後法可以違反兩公約規定，只是強調兩公約施行法第 8 條只規定對公約制定「前」的法律須檢討。

主席：

有無其他意見？

姚教授孟昌：

給個建議，「通說認為此兩公約已有國際慣例法地位」刪除沒有異議，只是在「兩公約表彰揭櫫之正義性」，可否更加積極的態度，非不容國內法律推翻，只是國內法律應尊重和實踐。

主席：

那就綜合幾位老師意見，將法規會研析意見中有關「通說認為此兩公約已有國際慣例法地位，表彰揭櫫之正義性不容國內法律推翻，

限制、減損」等文字，修正為此「兩公約表彰揭櫫之正義性，國內法律應予遵守及高度尊重」即可，其餘研析意見通過。

法規委員會林科長澤民：

一、此一大題的第二個問題，是兩公約的內容，是否存有法院無法直接適用之情形？如有，該如何處理？

本會研究意見認為，各國法治未必盡同，故國際公約規定和各國法制存難免有差異，加上公約內容因為外交性質亦難保均明確周延，故在實踐上，各國在參加的前後都會就法規的內容加以檢討和配合，適用上遇有疑義，締約國通常會參考聯合國相關機關之解釋，譬如說人權委員會之審查意見或相關解釋，故通常法院在適用上不會產生爭議。但是如果這樣作了，規定還是欠明確，該如何？這在實務上是有可能遇到的；例如，美國憲法第 6 條第 2 項規定：「在美國權力下締結的一切條約，與美國憲法和根據該憲法制定之法律相同，均為美國最高法律；即使任何州的憲法或法律與之抵觸，每一州法官仍受其拘束」，依此，通說認為美國所締結之條約當然具有美國法之效力，但在適用上仍發生上述問題，因此美國法院發展出去判斷條約的規定是否為自動履行條款（self-executing treating or provision）而定，如果是，則適用；否則不適用，有關自動履行的條件，法規會歸納姜老師與邱宏達老師的書裡的論述，符合以下情形：（1）凡條約或其中條款明示或依其性質不必再經國內立法（2）條約條文非勸告性質或模糊不清（3）非國會決議或憲法名定須另訂執行法律，以上為自動履行，否則即非自動履行條約或條款，法院可不加援用，我國司法實務是否可針對美國的上開適用規範，似值參考。

二、所以法規會建議，兩公約的內容是否存有法院無法直接適用之情形及如何處理，這是法院個案判斷之問題，無統一之法規可一致解決。兩公約之規定，若法規皆配合修正，應不致無法適用，但如果透過立法意旨和參考聯合國權責相關機關解釋仍欠明確，尚需法律補充或法律配合方能適用，於國內法規尚不及配合前，美國法院自動履行的作法，似乎直司法界來探討參考。若未來實務上產生疑義，亦建議透過大法官解釋來解決。以上研析意見及建議當否？請各位老師，各位機關代表指教。

主席：

各位對此問題，有無意見？

姜教授皇池：

基本上贊同，有一些小問題，法院之判決是否得以直接參考人權委員會之解釋，特別是那兩個委員會的的解釋來做補充或做判決基礎，似有疑問？

法規委員會林科長澤民：

兩公約施行法已有明文可參酌人權委員會之解釋。

姜教授皇池：

根據我的理解，這兩個人權委員會所做之解釋都無拘束力。「兩公約施行法」說可以「參酌」，但是否可以作為判決基礎？應以法律作為判決基礎，而非以解釋。

主席：

對法規會建議，各位認為是否可行？

姜教授皇池：

我贊同美國式作法，因為對國家來說比較有彈性，但是在條約的條文都未規定的情況下，是否要依靠司法實務去解決？

法規委員會林科長澤民：

如果透過司法判例或聯合國相關機構的解釋可以解決此一問題，那就條約未明文規定事項，司法似即有運作空間！

鄧教授衍森：

我想法務部問題，須要有些修改，兩公約立法院已通過，施行法也已公布，兩公約當可以成為法源，問題是是否具有直接效力？也就是說到底其法律關係是否夠具體？這個問題，很像姜老師書上所提，美國法院適用條約的「條款」是否符合「自動履行條款（self-executing treating or provision）」而定，是即可以直接作為判決依據，self-executing 在國際法有很多不同的用語，但姜老師理解是對的，有些須另外制定法律，才可以適用。問題是針對法源，是否得以直接作為判決依據。故該問題隱藏一問題，就法源上，應無疑義，法院當有適用義務，接下來是哪些權利規定，可能不夠具體所以不能請求。

李律師兆環：

應該是公約是否夠具體化，得做為裁判的基礎。實務工作者特別會遇到此一問題，例如當事人可否直接以「經濟社會文化權利國際公約」規定要求工作權保障而不要失業，那法院會如何裁判，非可得而知，但問題的層次應在是否夠具體讓法院得以裁判而有主文產生，至於是否可當作請求權，當無疑義。

主席：

司法院代表有無意見？

司法院刑事廳章書記官瑋倫：

報告各位代表，這應該是審判獨立的問題，其他再補充書面意見。

主席：

民事請求須有具體的法規範，如果只是原則性規範，適用上就會產生困難，怕有些條文不夠具體。

鄧教授衍森：

將來若發生司法訴訟時，我想是在行政訴訟上，國家未履行公約規定，民眾提請給付訴訟，因為履行義務主體是國家時，我想不需擔心此一問題，只有在水平的訴訟關係，才需考量哪一方有理，垂直的法律關係(即國家對民眾的垂直權利義務關係)我想應當不會有此爭議。

法規委員會林科長澤民：

我想要請教各位老師，這個議題有關「兩公約之內容，是否存有法院無法直接適用之情形？如有，該如何處理？」用語如精確，該如何修正？

陳教授荔彤：

請問其真義？上面所說這情形，到底是指何情形？很難瞭解？

法規委員會林科長澤民：

可想到的情形有二種：一、兩公約條文規定，如本身不夠明確能否成為請求權基礎。二、須要國內制定相關法律配合，但是疏於制定配合。法院遇到以上兩種情形該如何？

陳教授荔彤：

我國採一元論看法，條約直接逕行適用即可。剛剛所討論之自動履行條款，事實上在美國是不多的，因為美國對條約是採二元論看法，雖然美國習慣法採一元論，但條約一定要總統受到國會授權其行政部門，所簽訂的條款才可以自動履行，否則幾乎採二元論，回到國內適用，還需轉換。我國係大陸法國家，國際法為國內法的延伸，故基本尚可逕行適用。但須區分習慣法和條約法問題，習慣法國家要逕行適用，在德國習慣法不但要適用，且效力在聯邦法律之上，因為它採一元論看法，故我不懂你上開議題的文義。

鄧教授衍森：

陳老師所講也很有道理，某些法律須要回到國內做轉換的動作。至於 self-executing，我國向來無此一問題，要如何看待此問題，仍須討論。

蘇友辰律師：

教授提到的疑問，所謂無法直接適用的情形，林科長係指法律規定有欠明確而言，如果是有互相抵觸的情形，就是指後法優於前法，特別法優於普通法等一般法律原則之適用，如果法院依具體個案適用，仍有法律適用比較問題，我想所稱「無法直接適用」，其語意不明？如果同一事件，公約有規定，國內法亦有此規定，這裡存在有適用爭議，所以不能直接適用其語意所指是為何？仍欠明確。

陳教授荔彤：

如果是國際公約條文規定，我國國內法未規定，較易處理，可以習慣法或施行法方式納入。而若與我國條文有所重複，則須競合，又可分為兩種情形，一種是一樣，一種是衝突。衝突的狀況下，目前情形是國際條約規定在後，國內法規定在前，一元論之下，國際法優於國內法。法務部 20 年 7 月 14 日有一命令中載，國際法優於國內法，

若條約規定在後，並無疑義。而若國內法規定在後，隨時要向…報告，聽候查明。意即應報告上級來為裁決。最高法院 27 年 1074 號判決中，說明國際法優於國內法，之後引起許多討論，學者專家意見各不相同，此判決亦可列入討論。

姜教授皇池：

我想到的問題是，兩公約之內容，有無存在法院不能直接適用之情形，如依「公民與政治權利國際公約」第 1 條規定，所有民族皆享有自決權，根據此權利決定其政府之地位及自由經濟之發展。則我們可以以此條為理由要求 ECFA 須公投？會被認為不行之原因是 ECFA 中根據兩岸人民關係條例，送立法院審議後，不論立法院反對或通過，60 日後自動生效。這樣是否實質上剝奪我可以決定的自由？如此例子夠不夠具體？

法規委員會林科長澤民：

研議時這個問題本欲刪除，但因為不少人關心這個問題才又納入，關於自動履行的問題，我參考許多書籍，說法不一，有些認為是條約條款不清楚不明確時，可以以是否屬自動履行這原則去判斷適用，但也有些學者認為若是採一元論，條約本身即可自動履行。其實還原問題本身，各界關心的是如兩公約規定過於抽象或不明確，國內是否有相關法令規定可以搭配處理？倘法令還不能配合，條約規定本身不夠明確時，法院如何處理？議題再修正清楚精確些，是不是就可避免這些疑義？

主席：

是否要將題目更改？剛剛討論到「經濟社會文化權利國際公約」，該公約提到人人有參加文化生活之權，這樣是否過於抽象？

彭首席參事坤業：

所以我們是否將題目更改為：可否援引兩公約之條文作為訴訟上主張之基礎？從這樣去論述。

主席：

各位是否還有其他意見？這由法規會的同仁去斟酌適當之文字來表達。兩公約法院當然要適用，只是規定的不夠清楚時，就無法適用。

鄧教授衍森：

可否建議這樣的文字修改？兩公約之內容，是否存有不夠具體以致於無法成為請求權規範基礎之情形？事實上，此公約之權利義務關係大部分會發生在政府與民眾的垂直權利義務關係中，也就是公法上行政訴訟之情形，而這部分之後再討論。如健康權，是否因人民未繳納健保費，以致於無法獲得滿足？

陳教授荔彤：

我國法院從來未有逕行使用公約之情形，若自此條文開始後能夠如此適用，這是一個正確的方向。法院不僅是國際公約，甚至連憲法都未用過。大法官解釋，甚少動到憲法本文，幾乎是以憲法之憲政原則來釋憲。法院未逕行適用公約及憲法，是錯誤的。

蘇律師友辰：

以實務上而言，有許多在提起訴願或行政訴訟之情形，會引用公約，要求國家及法院，以之為訴訟之基礎。被訴願之機關，通常對如此被引用之公約，一概不受理。因在「兩公約施行法」生效前，會被認為公約尚未在國內適用。若依目前規劃方式，則往後這樣的適用即可被接受，因此這是一個好的方向，去提昇我國對人權之重視。

主席：

有關「兩公約的內容，是否存有法院無法直接適用之情形？」，就照鄧老師的建議，修正為「兩公約的內容，否存有不夠具體明確致無法作為請求權基礎之情形？」，研析意見及建議，原則照列。接下來進行下個議題。

法規委員會林科長澤民：

- 一、接下來討論的是第三議題，即宜否修憲或立法明定，1971 年我國失去聯合國代表權之前完成締結之條約(即所有法定程序均已完成之條約)仍然有效(即仍舊對我國有拘束力)之問題。此點是對應到報告第 25 至 26、28 至 29 頁論述及第 48 至 50 頁表列之相關建議條文。研究報告認為我國退出聯合國之前，締結之條約為數不少。聯合國第 2758 號解釋已中將我國聯合國資格註銷，如此之情形，似會造成外界常質疑前述已簽署之條約是否有效？研究報告中認為應該修憲或特別立法明定其仍然有效。
- 二、有關這個問題，98 年 9 月 10 日召開審查研究報告會議時，多位學者及外交部持不同見解認為，我國雖於 1971 年失去聯合國代表權，兩岸的關係也處於分裂的狀態，但政權並未中斷，主權更在國際間完整的行使，故 1971 年前所簽署、批准、加入之條約不會因此成為無效，仍舊對我國有拘束力，故傾向尚無須特別立法明定依然有效。
- 三、法規會所預擬之意見為，我國雖於 1971 年失去聯合國代表權，兩岸的關係也處於分裂的狀態，但政權並未中斷，中華民國國號及主權更在國際間完整的行使，故 1971 年前所締結完成之條約不會因此成為無效，仍舊對我國有拘束力，如認為有必要杜絕研究報告所擔心之疑慮，似可由總統或行政院院長於適當時機要求各級政府機關應確實實踐以往簽署、批准或加入的條約義務，

並隨時檢討法規及行政措施以資配合，此作為，一者可明確的宣示以往締結之條約仍舊有效，二者，可藉此向國際社會宣示，以往締結之條約仍舊拘束我國，我國自會善盡條約之義務。

主席：

各位對於法規會預擬意見有何指教？也就是不以條文方式解決，而以行政手段去解決。

姚教授孟昌

關於 1971 年以前我國締結或簽署之條約有效性問題。個人贊同法規會見解。認為宜由總統或主管外交最高首長適時聲明條約之有效與我國遵守之決心。既保持外交彈性，且該聲明亦為國家實踐的例證。若欲透過修憲或立法針對 1971 年前締結或簽署之條約的效力進行界定，似乎代表我國內部對於簽訂條約之效力仍有所疑義，並不妥當。至於個案中涉及條約有效性爭議，宜由司法裁判機關依照其獨立職權，審度個案相關法益與原則後判斷之。

姜教授皇池：

不好意思，我不能說我反對，而是有幾個地方處理應較小心，若 1971 年之前所簽署者是代表整個中國，姑且不論現實面，但的確是以整個中國來簽的。所以在擬制上，那些公約條文應該是對全體中國適用；此外我們還主張整個中華民國國號及主權在國際間完整行使，但有無完整行使，這句話會不會比照「兩岸人民關係條例」改變所謂有效統治地區的概念？假設這些條約對全體中國有效，是否應適用在整個中國範圍？如此是否會導致大陸將來對我們要求什麼義務，就十分麻煩。因此是否應稍微審慎以如此概括的方式為之？

陳教授純一：

我想首先，目前恐怕無法真的去處理此問題，因此問題過於複雜。陳荔彤老師應該也知道，這些以往締結的條約一定是有效的，台灣關係法裡擬定，美國於斷交前與我國所簽之雙邊及共同簽之多邊條約，視為繼續有效。若我國自己認為無效，這些條例怎麼維持？我想法務部目前這樣處理的很好，第一個，這是一個當然有效的事，所以行政部門在適當時機去作一說明，是很妥當的。

姜教授皇池：

我想說的是，對國內法，我們都可以說它是有效，但在國際上都是無效的。

陳教授荔彤：

剛才兩位老師講的都點到了重要的問題，我們不可能每一公約都以施行法之方式引進，但之後也不得不用這種方式去處理。或像剛剛陳老師說到，特定國家以特別協定去處理，使其有效。但我國外交事務並非僅針對美國，如何解決，可能需要多開幾次會來討論。

蘇律師友辰：

一些文字上問題提出來就教。本題所謂條約應該是指退出聯合國前完成締約之條約，第四題則應指退出聯合國前，未完成之條約。是否應有如此區隔？討論到第四題時，應用文字表明，未完成締結之條約。此外剛才姜老師也有提到，所謂「主權完整之行使」，是否改「為有效之行使」，比較妥當？

主席：

如果各位沒有進一步的指教，就法規會研析意見中的「主權在國際間完整的行使」，修正為「主權在國際間有效的行使」，現在進行下一個議題。

法規委員會林科長澤民：

- 一、接下來報告第四題。題目為宜否修憲或以法律明定，1971 年我國失去聯合國代表權之前，「簽署、批准或加入行為」(即未完成所有締結之法定程序前之簽署、批准或加入之行為)依然有效(有拘束力)之問題。
- 二、法規會預擬之意見為：有關研究報告認為 1971 年我國失去聯合國代表權之前簽署、批准、加入之法律行為是否依然有效，外界存有疑慮，故應於憲法或相關法律明定仍然有效乙節，以往確曾存有疑義，例如我國曾於失去聯合國代表權前之 1967 年 10 月 5 日簽署「公民與政治權利國際公約」及「經濟、社會及文化權利國際公約」(以下合稱「兩公約」，此之尚未完成批准及相關程序之「簽署(簽訂)行為」是否有效？查我國雖於 1971 年失去聯合國代表權，但政權並未中斷，中華民國之國號及主權更在國際間完整的行使，故以往簽署、批准或加入之法律行為，自應有效。查立法院於已於 98 年 3 月 31 日完成兩公約審議程序，總統並於 98 年 5 月 14 日完成兩公約的批准，此舉，應可明確表達我國失去聯合國代表權前簽署、批准、加入之行為依然有效之態度及立場。
- 三、法務部具體建議：當面對上開質疑，必要時，亦可由總統或行政院要求各相關機關對以往簽署未批准或已加入、接受，但尚未完成相關程序之條約繼續檢討推動，俾持續宣示我國上開行為依然有效(至於條約之效力，則仍待所有締約之法定程序完成才發生，非上述其中一環節行為完成即可，自不待言)。如特別以法律明定上開法律行為有效，似易被誤解為，我國本質上自己認為上開行為無效，故以法律擬制其為有效，此舉，似恐反易引發爭議。

主席：

謝謝林科長。各位有沒有意見？剛剛蘇律師的意見，這個題目要修正一下，應該是說還未締結完成的條約，這些簽署、批准或加入行為是否有效？這樣會較為明瞭。以及剛剛也提到「主權完整行使」，也應改成「主權有效行使」，以免有疑慮。是否各位還有不同見解或指教！如果沒有，就進行下一個議題。

法規委員會林科長澤民：

- 一、接下來跟各位報告一下，請大家看到手上有一張法規會建議之條約內國法化方式選項簡表，這個簡表係簡化歸納本會建議的條約國內法化選項的概要內容。本會之所以有此建議，乃是對應研究報告相關的具體之建議，進一步的說是為期審慎及顧及執行層面要求，法規會乃就研究報告之具體建議，再提出對案建議，俾便日後報院之用。
- 二、研究報告建議失去聯合國代表權前締結完成之條約，及未完成締結之獨立行為(如簽署、批准、加入等)應在法律及憲法裡面明定其仍仍然有效及條約優先於國內法令適用等問題，我們剛剛都已經討論出的結果，認為不宜在憲法或法律中明定，因此這一部分就沒無須討論了。
- 三、有關憲法層次之內法國化方式(對應研究報告第 48 頁-50 頁建議)，本會建議增訂三個條文即可。

(一) 「我國締結之條約，具國內法效力。」

如同研究報告所論述一樣，條約的國內法居於何地位，這問題一直未解決，這是個法制上的大問題，故應於憲法中明定。研究報告中訂的較為細瑣，認把參加條約的方式如簽訂、加入都寫出來，而我們認為在國際實踐上締結方式及程

序，無須一一羅列反較周延(因這些在相關的法律定之即可)，故採「締結」一詞概括規範之。

(二) 「國內法令應符合我國締結條約之宗旨及目的。」

建議明定此條文，主要在揭示訂定國際條約，我國法令便應確實實踐，若容法令與之違反或不符，將無法盡其國際上義務。剛才看到，司法院書面意見，質疑此條文是否即表示是條約優先適用之意，實則不然，換言之，本條僅在揭禁國內法令應確實實踐條約意旨而已，與條約之優先性未必有直接之關聯。司法院之意見即認為此條約是否就是條約優先適用之規定，實則不然，僅因在憲法之層次，就應揭示訂定國際條約，我國法令便應實踐。若法令與之違反或不符，將無法盡其國際上義務，與條約之優先性未必有直接之關聯。

(三) 「我國締結之條約定有批准條款、加入條款或接受條款者，於我國未恢復聯合國代表權前，因故無法將批准書、加入書或接受書交存於條約指定之聯合國機關或特定國家者，國內法效力不受影響；其他相關程序因失去聯合國代表權而未能完成者亦同。」

建議明定此條文，係為因應我國當前失去聯合國代表權，無法順利將條約批准書、加入書或接受書交存於條約指定之聯合國機關或特定國家，致締結之條約是否具國內法效力受質疑，爰明定國內法效力不受影響。為期周延，並明定其他相關程序因失去聯合國代表權而未能完成者亦同。本條之所以不規定「仍具國內法效力」，而規定「國內法效力不受影響」，係鑑於我國簽署、加入或接受之條約，既已完成國內相關程序(例如已經立法院審議，總統批准公布)，即便未完

成國際上之交存程序，亦應認為已具國內法效力，方為合理。易言之，如此規定目的，是為明確杜絕未完成交存之程序致引發國內法效力受質疑，非謂雖已完成國內相關程序，尚須另以此規定創設條約之國內法效力。裡面部分用語，乃參考「條約締結法」，研議時也曾多次請教外交部陳科長，一併於此致謝，以上研擬條文當否，各位老師及代表指教！

陳教授純一：

主席，各位老師，不好意思因要先行離開，就先將本人意見提出。首先從實務角度上來看，修憲層次緩不濟急，較為困難。較為務實之作法可能是在「條約締結法」中去處理。第二，在這些報告中似乎有一問題未能解決，即此兩公約之所以得批准，乃因其在 1971 年前便已簽署；而將來會有一些內容非常好、廣為世人所接受之公約，然因我國連簽署之機會都無法取得，這類公約我們亦應考慮其內國法之可行性。是否目前即可在其他相關程序就將之包涵，例如現在許多已存放於聯合國之多邊公約，不論在憲法層次或是「條約締結法」層次，都尚未納入考慮。而目前我們已完成簽署，或尚未完成批准的公約，其實寥寥可數，當這些公約都處理完後，未來仍有許多重要之公約，要如何將之內國法化？這樣的問題是否應加以考慮。

法規委員會林科長澤民：

我先在此補充一下，目前有些重要公約，我國並未簽署，但有些我國是以加入的方式參加，如菸草公約或消除一切婦女歧視公約等。若從目前國際法的觀點來看，是有些奇怪的，如同他人之契約，我們把它拿來說對我國也有效，但因我國處境特殊，有些締約環節無法像其他國家一樣，依條約的要求去完成，所以用國內法律條文來作一解決，如此法制才周延，條約國內法的效力也才不會被質疑。

姜教授皇池：

呼應一下陳教授之意見，憲法層次處理緩不濟急，且此類事務似不需放在憲法中規定。其次是我認為聯合國這樣之事項需要在法條中規定嗎？此應和前面討論到中華民國主權相同，放在憲法中處理反有此地無銀三百兩之感。因此認為完全不需考慮憲法層次，而是在法律層次討論較好。

姚教授孟昌：

是否應於「條約締結法」明定我國對外簽訂之條約，均具備國內法效力一事。若制定該法目的是在國際社會彰顯外交與政治上宣示意義，那麼尚有其他方式，諸如透過總統或外長聲明可以達成此目標。若是為了解決國內法院能否直接適用條約的問題，個人建議仍應待國內學界及實務界深入研究後，再行決定為宜。

陳教授荔彤：

剛才陳老師點出一重點，若要制訂，先不考慮是否以憲法層次處理，「締結」二字可以刪除。又所謂具有國內法效力，據我所知各國在憲法中所訂之條文若以此文字敘述，表示其已簽署，已草簽、回到國會通過後，即為締結，而目前我國所締結之條約畢竟仍為少數。而此處有一問題是，若不用締結二字，這些公約或許會有習慣法之適用；看此問題並非只看法條，或國際公約之部分，亦應自習慣法觀之，習慣法在國際法中佔很重要部分，此處舉一例說明。在憲法第 141 條亦提到此問題，其中是以尊重條約及聯合國憲章，敘述不清不楚，所謂尊重到底應否適用，遑論有無優先之地位。在日本憲法第 98 條，未說具有國內法效力，也未明說國際法效力優先，然日本憲法學者橫田喜三郎認為，解釋上是優先的。德國關於習慣法訂於第 25 條，公約法訂於第 59 條，內容為國際公約於德國不須經特別批准，便具有國內

法效力，乃採一元論。荷蘭則訂於第 60 條，明定國際法效力優於國內法。法國第五共和憲法訂於第 55 條，國際法不但具有國內法效力且為優先。我的想法是，具有國內法效力可以訂，但在尚未釐清我國採一元論或二元論之情況下，先別訂何者效力優先，讓之後大法官會議解釋或司法判決來做補充。基本上各國皆制訂於憲法，我國亦應從之，尚需考慮憲法第 141 條，是修改或如何方式處理。第 2 點建議之條文，類似義大利憲法之規定，然後段宗旨及目的可刪除，因本身條約若經簽署即需完整適用。第三點之建議條文，可於憲法增訂時加入，但有許多政治效應，需多加考慮。

主席：

各位有無其他意見？法規會有無回應？

法規委員會林科長澤民：

此處之所以用締結一詞，曾與外交部陳科長多次請教，乃因國際上參加條約的方式很多，「締結」一詞，在我國內法制上可作較上位的籠統、概括使用，故用之。而陳老師提到的習慣法部分，此建議條文是未處理的。本會研議時是認為國際習慣法之問題，似不需另訂法律解決，而是在國際實踐上即應去遵守，不足部分回歸國際公法規定，如於「維也納公約」中去尋求解釋，不需特別處理。

姜教授皇池：

做個補充，「締結」一詞亦無法解決此問題。締結一詞，前半段國際上不存在，僅後半段存在，部內之想法是否認為後半段完成此條約即可在國內法產生效力，若基於此一目的，個人認為，並非在憲法，而是在「條約締結法」中，改成「經立法院議決、總統批准公布之條約具國內法效力」則前半段締結程序有無完成皆無妨，便得解決所有質疑。

法規委員會林科長澤民：

回應一下姜老師，我們也考慮過此問題，但若採此說法，似乎過於強調我國目前處境，且我國仍有邦交國家，締結條約時仍可完成整個締結程序，因此第 1 建議條文作較完整規定及說明似較為周全妥適，至於我國目前處於一較為特殊時期(例如失去聯合國代表權致無法完成存放程序)，則以下列第 3 條建議條文解決，而非以第 1 條的建議條文。況無論就目前的實踐上或司法院釋字第 329 號解釋及「條約及協定處理準則」的相關規定以觀，有些條約或協定並不須送立法院議決的，例如如條約規定同於法律、或經法律授權或立法院已授權簽訂等等，故如將建議條文修正為「條約經立法院議決、總統批准公布後具國內法效力」，則那些未經立法院議決的條約是否會被引此憲法增訂條文質疑未具國內法效力，似值考量。

姜教授皇池：

方才提到婦女公約、煙草公約等，從國際上角度來看都是沒有意義的，若以一國際法學者觀點，所謂締結，我可以去挑戰究竟有沒有締結這個問題。既然結論會遭受挑戰，那只要經過立法院議決本來就會有法律效果而產生內國法效力，而若其為一特殊條約則尚需經總統公布。前面半段方式多種且在國際上未必有效力，不如將範圍以後半段來規範較為清楚明瞭。

鄧教授衍森：

我想林科長之顧慮並非沒有道理，然而方才兩位所提到皆涉及到程序上之概念，而釋字 329 號解釋亦有林科長所提到某些不需經立法院議決之情形，然而直接引用上開解釋即可解決此疑慮。

姜教授皇池：

林科長所提到的三項無須議決即條約一樣的情形，此三項在大法官 329 號解釋本身就有如此規定，當然得作為法律依據。而所謂經立法院議決，總統公布者又是另一形態，大法官解釋既明文指出並非每一條約皆需經立法院議決。所以無須擔心會因為修正為立法院議決而有缺漏。

陳教授荔彤：

條約之締結得以法律層次去處理，締結之情形有實質上的、有程序上的皆無問題，然以法律去處理條約之效力範圍，較有爭議。應放在憲法層次較為妥當。

姜教授皇池：

不需去考慮那立法院無須議決的情形，大法官第 329 號解釋指出有內國法效力，已可為足夠之法律基礎，以此方式處理，即無論簽署時間、方式各有不同，皆得一併包括在內適用處理。

主席：

幾位教授提出之意見，認為締約的程序上問題，應在法律層次解決，而無需在憲法層次解決，憲法僅處理國內法效力問題即可。憲法增訂條文就按姜老師的建議修正。

法規委員會林科長澤民：

好，第 1 條便如此修改。建議於憲法增訂的第 2 條建議條文「國內法令應符合我國締結條約之宗旨及目的。」，是否有需要增刪之處嗎？

司法院刑事廳章書記官瑋倫：

貴部所提「國際公約內國法化方法」，各有所據、互有優劣，乃政策選擇事項，司法院尊重貴部本於權責所為之決定。惟不論於憲

法層次或法律層次明定「國內法令應符合我國已締結條約之宗旨及目的」，此是否即採行所謂「條約效力絕對優先」原則，似有未明。如國內法令與我國已締結之條約相衝突時，是否一概據此認為條約之效力優於法律，而毋庸考慮後法優於前法(如國內法屬後法時)、特別法優於普通法(如國內法屬特別法時)等法律適用之基本原則，仍有疑義。

姜教授皇池：

基本上贊同司法院之想法，此建議條文看起來似在表示條約具有優位性的感覺，而我不認為條約應有優於法律之法律地位，而應該如大法官會議 329 號解釋認為其具有法律地位而非優於法律地位。若條約簽署後發現基於國家利益必須去違反此條約，此一條文將限制住國家願意承擔國際責任而違背之權利。

陳教授荔彤：

條約具有國內法效力並無爭議，有無優先性問題則牽涉到一元論與二元論之理論，在過去實踐上，自法務部及法院之判決觀之，清楚說明國際協定或條約優先於國內法，故往後可以此模式並以法院這些判決，及大法官會議解釋來補充，在此問題尚未完全釐清之前，此部分先不明定。然具有國內法效力則應該制定於憲法。而條約在簽署後即應適用，不需討論宗旨及目的，故第 2 條建議條文，似無必要。

主席

建議於憲法增訂之第 2 條條文刪除，各位是否沒意見？那就刪除。請就第 3 條建議條文，即「我國締結之條約定有批准條款、加入條款或接受條款者，於我國未恢復聯合國代表權前，因故無法將批准書、加入書或接受書交存於條約指定之聯合國機關或特定國家者，國

內法效力不受影響；其他相關程序因失去聯合國代表權而未能完成者亦同。」是否必要或應否修正，提供高見。

姜教授皇池：

個人認為以剛才建議修正的第 1 條條文可以解決此問題，剛剛的顧慮實際上大法官會議解釋已處理。

法規委員會林科長澤民：

個人仍有些疑慮，立法院批准、總統公布即生效力似乎是在說明條約的靜態之效力問題，而建議第 3 條條文乃在解決締約過程一個重要環節(存放)未能完成致效力被質疑的問題，如以第 1 條條文來解決，勢必要透過一番解釋才能解釋清楚。

姜教授皇池：

第 1 條建議條文剛才修改後即可以解決此處所有問題，這些不論完成或未完成之條約，若未送立法院議決、總統批准公布仍為無效。此無論在 1971 年前或之後以各種樣態加入之條約均一樣，且條約之要求十分複雜，然縱在國際社會上皆完成一切程序，未完成國內之程序仍是無效，仍然無國內法效力，不是嗎？故不必太顧慮國際上要求的締約程序。

法規委員會林科長澤民：

我了解姜老師有關係約通過國內法程序即有國內法之效力的意思，但此處所要解決的是條約批准書未完成存放程序，故條約本身尚未生效，亦無國際法效力，進而本來亦不會有國內法效力問題，故以此建議條文去解決這問題，以免被質疑是否可以產生國內法效力？若全依第 1 條來解決，怕會否產生一脫節之情形？

陳教授荔彤：

林科長點出一核心問題，這些條約我們要納入國內法，都未簽署，而國際社會上為簽署後才具國內法效力。但我國因特殊國際地位未能簽署，而以施行法轉換進來，是獨步全球的作法。

姜教授皇池：

主要是因我國特殊情形，而當我們將一未簽署，國際社會亦不承認我國的條約欲放入國內法中，表示我國認為其有相當之重要性，此純為出於我國自行之考量。

鄧教授衍森：

其實林科長所提出之問題，各位忽略其所關注之兩種情形。其一是我國得締結之雙邊國際條約，即為第 1 條所謂之條約案之問題，而雙邊條約兩方須互相承認，則當然第 1 條可以適用。然關於多邊條約，就須依第 3 條，即我國願意單方面去接受條約之義務，故以國內法條文去解決此時未能完成國際之批准程序，明定仍不影響其國內法之效力。此乃在表彰一國際條約在正常程序未能完成之狀況下之法制處理。

姜教授皇池：

國際社會上，條約未生效即不須議決，不議決則不批准公布，待國際上生效我國再予以生效即可，之中有許多作業時間，這是正常情形；現在的疑慮似乎是我國議決公布後，國際上仍未生效，若是如此則可暫時停止在國內之生效程序，便不發生拘束力。

鄧教授衍森：

這又是更細節的問題，有關條約生效之問題。林科長所關切者，乃在於無法正常完成批准程序的情形，我想這問題要解決，但不一定要在憲法處理，在法律層面解決即可。

法規委員會林科長澤民：

條約存放的困境引發國內法效力疑義的問題，這一環節長期以來各界皆認為這個問題應該解決，那麼我再跟各位老師確認一下，憲法是否就只就姜老師建議修正「條約經立法院議決總統批准公布後具國內法效力」即可，第 2 條建議條文刪除及第 3 條(即解決存放困難的條文)是否於「條約締結法」中規範始可。

姜教授皇池：

不好意思，我的印象是剛剛討論都不規定憲法中，通通納入「條約締結法」？

彭代理首席參事坤業：

應該是條約具國內法效力的條文在憲法內依然要留著。但因修憲困難，故有關國內法效力的條文還是有需要在「條約締結法」內重複規定，另外解決條約批准書存放困難的條文就規定在「條約締結法」，不規定在憲法中。

姜教授皇池：

若「條約締結法」未通過，國內法效力就沒有解決，問題依然存在。

法規委員會林科長澤民：

跟老師要報告，我們現在提出這些都是條約內國法化的一個選項，報請行政院來參考，進行取捨。有些是憲法如果訂了(如第 1 條建議條文)，「條約締結法」就不必訂了，如果「條約締結法」已明定解決了，那就未必逐約制定施行法明定該條約具國內法效力了。所以只是個作法的選項而已。

外交部條約法律司陳科長玲玲：

有關建議於「條約締結法」內規定條約經立法院議決，總統批准公布後具國內法效力，我會回去反應給部內長官，但就第三條建議解決無法存放的條文，可能較無必要性，行政院在本部修訂「條約協定處理準則」時，有表示過態度。行政院認為，在條約締結法草案中於第 11 條第 2 項解決因我國非聯合國會員國而無法完成存放，情況特殊者得由總統完成各項手續後公布，這是行政院之態度。由法規會建議中可看出這第 3 條太過細節，似乎不適合放入法規中。且行政院亦已就此問題提出處理準則，之後也將納入條約締結法中，故第 3 條是否要提請行政院，可再斟酌。又締結一詞乃參照「維也納條約法公約」，是包括一切形式之條約成立方式，故本部應仍會沿用此一名稱。

法規委員會林科長澤民：

那我們就條約效力及條約存放等之疑慮，是否就如同前列建議案一樣提出問題及建議解決方式，不再預擬放在「條約締結法」中之具體建議條文？

鄧教授衍森：

事實上此建議明定的第三建議條文，由外交部放入「條約締結法(草案)」較佳，可免除許多問題。

姜教授皇池：

這裡討論的都是程序，而此處似應有一有關效力之條文存在？

外交部條約法律司陳科長玲玲：

行政院有說明，總統僅為公布，此牽涉到一生效問題，在草案條文之但書中並未處理，因其認為在國際上無法完成生效之動作，然於國內是否生效，是可以討論的。

姜教授皇池：

要處理國內是否生效之問題，因在「條約締結法」之立法目的即帶明定條約之法律效力，故我們應依方才林科長所建議之條文，經討論修改後即可解決此一問題。

主席：

那我們就建議增列此條，避免發生適用上之爭議。

法規委員會林科長澤民：

其實「條約締結法」第 11 條已有規範，該規定亦可處理。

鄧教授衍森：

- 一、外交部「條約締結法(草案)」第 11 條第 1 項規定「定有批准、接受、贊同或加入條款之條約案，經立法院審議通過，咨請總統批准時，主辦機關應即送外交部報請行政院轉呈總統頒發批准書，完成批准手續或任何其他同意方式後，並互換或存放批准書、接受書、贊同書或加入書生效後，由總統公布施行。但情況特殊者，得由總統完成批准手續或其他同意方式後公布施行。定有接受或加入條款之條約案，亦同」上開但書規定，已可解決條約批准書、加入書、接受書無法存放的問題，同條第 4 項並已規定條約經立法院議決總統批准公布即具國內法效力。應該也可解決具國內法效力之疑慮。
- 二、另想請問外交部，在草案第 11 條第 4 項規定似有錯誤。因條約對各別締約國生效之日並不會相同？

外交部條約法律司陳科長玲玲：

於此要解決者，是在國際上仍有些是專門針對我國生效的條約，如政府採購協定，故有其存在之實益。

主席

有關條約的國內法效力及我國失去聯合國代表權致條約存放有困難的問題，「條約締結法(草案)」第 11 條已有規定，且與本部法規會研議的條文本質上並無不同，就以「條約締結法(草案)」第 11 條解決，本部只要將這些問題及疑義提出，並建議於條約締結法(草案)」解決即可。法規會還要討論那些議題？

法規委員會林科長澤民：

接下來討論關於現行法制上既存的條約國內法化方式，因這也是我國條約內國法化的選項之一，所以將其列出如下，是否妥當？敬請指正。

一、將國際公約制定成我國專法。

例如：我國 87 年公布之「中華民國專屬經濟海域及大陸礁層法」即是將 1982 年之「海洋法公約」及 1958 年之「大陸礁層公約」內容制定成法律。這方式既使我國善盡國際義務，並避免無法完成交存程序，致條約效力上受質疑等問題。但相對於簽署或加入國際公約，似比較無法直接於特定時間內，在國際社會彰顯外交上及政治上之效應及宣示意義。

二、修正相關法規納入公約內容。

其優缺點和上開將公約制定成我國專法類同。

三、於法律條文中授權機關於奉(行政院)核定時採用相關國際公約內容。

例如：「民用航空法」第 121 條規定：「本法未規定事項，涉及國際事項者，民航局得參照有關國際公約及其附約所定標準、建議、辦法或程序報請交通部核准採用，發布施行。」船舶法第 87 條之 10 規定：「其他有關船舶技術與管理規則或辦法，交通部得

參照有關國際公約或協定及其附約所訂標準、建議、辦法或程式，報請行政院核准採用。」這方式優點是可避免現階段我國現行因不具聯合國代表權無法締結公約之困境，亦可有效落實條約內容，且係在法律條文中授權機關採用相關條約，故立法上比較容易。缺點是授權規定常過於籠統，以上開「民用航空法」第121條為例，所稱「本法未規定事項」，「涉及國際事項者」、「參照有關國際公約或協定」、「其附約所定標準、建議、辦法或程序」內容指何而言，甚欠明確，立法院是否能真正審議條約之實質內容，非無疑慮。又依此籠統之授權採用之條約，涉及之國家及人民的權利義務內容為何？執行上是否滋生疑義？主管機關是否會產生選擇性適用等？似非無疑慮。

值得注意的是今年行政院法規會曾召集學者專家針對此問題進行探討，與會多位學者認為只要無符合法律保留原則、授權明確性及容許性之要求，並應經正當法律程序之處理，包括研商、審議或公告施行等，不失為一合理的條約國內法化方式。

陳教授荔彤：

剛剛所提到之「大陸礁層及領海公約」，其條文不多，為何要刻意將其內國法化，乃因其靠近領海國，適用較多。但若是條文較多，則不可能完全納入我國法律，因此還是要以簽署之方式為之，若有公約條文與我國國情不符，則可保留。表示未簽署不受拘束之意。另外也有很多條文內容皆為習慣法之法典化，此部分因其為習慣法，我國將自動受到拘束。而部分經由創設而來之條文，雖尚未成為習慣法，但久經使用亦將形成習慣法，則不得不適用。因此應考量此公約經過一定時期之使用，全都要內國法化，基於此一概念，我們應如何將其

納入，這才是重點。除了施行法納入是一方式外，是否還有更好的方式？

主席：

法規會要問的是，列出的方式，是否也是可以的選項之一？

陳教授荔彤：

除非那些國際公約是部分性的，如商務方面，那就不一定要如此去推動，若是有關公益即應推動，國際法上有一領域為國際行政法，即跨國間之國際法涉及行政部分屬之。

主席：

修正法規將公約納入或於法律中授權採用相關條約，這也是我們的建議方案之一，如果可以的話，建議以此方式來解決，這是一既存的接軌方式之一。是否可行？如沒不同意見，這也是一種選項，還有沒有其他選項議題？

法規委員會林科長澤民：

接下來的內國法化方式，是為比照兩公約模式，以施行法之方式介接。

主席：

如果採這方式，如有保留條款也應定在施行法中，以免未來無法落實執行。

姜教授皇池：

這可以在立法院議決時加入保留條款即可。

主席：

我們現在有三種建議，一為在「條約締結法」中規定，二為制定成專法或於各別法律中將其納入或採用，第三種就個別公約制定施行

法解決，但此三種方式可能併存，因有些待解決問題須在憲法或「條約締結法」中分別處理，因此在還未修憲明定或「條約締結法」未成立立法前，仍是以制定成專法或納入個別法律或制定施行法之方式來處理，例如依循兩公約模式，但如有保留之問題，施行法亦要去解決。

法規委員會林科長澤民：

條約締結法第 10 條也有對條約的修正及保留問題作解決，可資參考。

主席：

但「條約締結法」可能還要許多時間才能完成，在過渡時期中要加入某一國際公約，即應以施行法之方式來解決，而此時即應去處理保留條款之問題。

法規委員會林科長澤民：

建議能在「條約締結法」第 11 條第 1 項後段加入，但其他相關程序無法完成者亦同。因為關於保留也需完成國際上之程序。

主席：

有關條約內國法化相關方式，我們現在所建議者為修憲，第二是在法律中解決此問題，而法律解決中又有三種途徑可供解決，一為條約締結法，一為在各別法律中將其納入，第三種為制定施行法，然若問題可在「條約締結法」中處理，便不需後面的方式，但在「條約締結法」尚未完成前，便需後兩種方式去解決問題，且要強調保留條款之重要。

彭首席參事坤業：

那我們建議的選項，就不預擬條文，而是以敘述建議之的方式為之即可。

法規委員會林科長澤民：

法規會將以不預擬條文的建議案方式去處理。

主席：

各位還有其他意見嗎？不好意思擔耽誤大家時間，謝謝各位的參與及寶貴意見，散會。

柒、散會(下午 17 時 10 分)

主席：

紀錄：助理研究員 袁崇耀

助理研究員 陳育棋