

從憲法理論檢視國際法在臺灣的效力*

蔡季廷**

目次

- | | |
|----------------------------|------------------------------|
| 壹、問題意識 | 三、國際條約的效力位階之判定 |
| 貳、國際主義精神的憲政實踐 | 四、其他國際法在國內法效力位階定性時應注意的法律解釋原則 |
| 一、我們是否有國際主義的憲法規定？ | 肆、案例操作 |
| 二、國際主義憲法的歷史實踐 | 一、案例一：聯合國北韓制裁案 |
| 三、小結 | 二、案例二：美國對我國領海基線劃設挑戰案 |
| 參、國際主義憲法結構與國際法的國內法效力 | 三、案例三：中美友好通商通航條約與美國專利法適用案 |
| 一、司法院釋字第329號解釋所留下的疑問 | 伍、結語 |
| 二、何謂「國家重要事項」？一個制度理性選擇的解釋觀點 | |

* 作者感謝吳大法官於大學到研究所求學時期，給予的諸多不同的法學上的教誨與建議，讓作者在赴美讀書時，都能夠受用不盡。又，作者也感謝陳春生大法官，於研討會時給予作者的評論與指引，才能提供作者更多完善的建議。

[責任校對：陳怡瑾、莊佩芬]。

** 國立臺灣大學政治學系副教授。

穩定網址：<http://publication.ias.sinica.edu.tw/21011102.pdf>。



壹、問題意識

從2017年美國與北韓就核子武器問題，發生一連串的對峙與升高局面時，聯合國安全理事會也在美國的主導下，授權各會員國對北韓展開一系列的制裁活動。在這一系列安理會的制裁決議中，包括依據安理會2371號決議禁止會員國輸出煤與鐵到北韓¹、2375號決議禁止會員國輸出固態與液態天然氣至北韓²、以及2397號決議減少會員國得輸出到北韓的石油總量³。除了對北韓的這些經濟性制裁外，聯合國安理會的制裁委員會也詳列了一份違反聯合國制裁決議的船舶清單，要求會員國禁止該名單上的船舶入港⁴。

作為聯合國俱樂部外的一份子，臺灣經濟部國貿局在2017年9月25日發佈了一份稱為「禁止或管制與特定國家或地區之貿易」之行政命令，當中的第二點提到「配合聯合國第2270、2321、2371及2375號決議禁止輸出入之貨品……除自北韓輸入之第十一類紡織品，於聯合國決議106年9月11日公布日前所完成之書面契約得向本部國際貿易局申請專案許可，並於106年12月10日（含）前輸入外，不適用貿易法施行細則第八條仍得辦理輸出入貨品之規定。⁵」除了國貿局外，法務部在2018年1月的新聞稿中表示，由於聯合國安理會已經指定臺灣商人陳世憲及其負責之比利恩油品集團，在2017年時多次違反安理會決議，在公海違法販賣石油予北韓船隻，遂依2016年通過之「資恐防制法」凍結其財產⁶。又，航港局也在2018

1 S.C. Res. 2371, ¶ 7 (Aug. 5, 2017).

2 S.C. Res. 2375 (Sept. 11, 2017).

3 S.C. Res. 2397 (Dec. 22, 2017).

4 S.C. Res. 2270 (Mar. 2, 2016) and S.C. Res. 2375 (Sept. 11, 2017).

5 經濟部國貿局，訂定「禁止或管制與特定國家或地區之貿易」，並自即日生效，中華民國經濟部，2017年9月25日，<https://law.moea.gov.tw/LawContent/Source.aspx?id=GL000215>（最後瀏覽日：2019年1月26日）。

6 法務部新聞稿，因應聯合國安理會加強制裁北韓案 法務部依資恐防制法啟動首次目標性金融制裁措施，法務部全球資訊網，2018年1月12日，<https://>

年2月時發佈一份名為「聯合國安全理事會北韓制裁委員會受制裁船隻清單」及「本局配合聯合國北韓制裁決議關注船舶清單」之行政命令，當中規定「經聯合國安全理事會北韓制裁委員會指列之船舶不得停靠我國港口」⁷。

藉由上述一系列簡單的北韓核武制裁事件不難發現，即便不是聯合國的會員國，臺灣仍然會在一連串聯合國的制裁決議中，為一系列「配合」國際社會的國內制裁行為。但是，既然不是聯合國的會員國，臺灣為什麼要「配合」聯合國安理會的制裁決議？以上述的資恐防制法來說，雖然該法第4條規定「主管機關依法務部調查局提報……認為『有執行聯合國相關決議之必要』，經審議會決議後，得指定為制裁名單」作為國內制裁的法律基礎⁸，但立法者此項近乎空白的授權行政機關，執行聯合國安理會決議的理論基礎為何？姑且不論臺灣有沒有執行安理會決議的國際法義務，前述基於資恐防制法對當事人所為之制裁，是否違反憲法上法律保留原則的要求呢？

即便假設上述臺灣配合聯合國安理會的行動可以通過法律保留原則的檢驗，整個臺灣的公共領域在此事件中，似乎沒有思索的深

www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwj a3Je44ovgAhVBUrwKHd_gDsIQFjAAegQIABAC&url=https%3A%2F%2Fwww.moj.gov.tw%2Fdl-25854-801d0084d45345f287f9065f71efcf3e.html&usg=AOvVaw3PnNutKofzxhhpPU9VU7X（最後瀏覽日：2019年1月26日）。

7 航港局，聯合國安全理事會北韓制裁委員會受制裁船隻清單及本局配合聯合國北韓制裁決議關注船舶清單公告，交通部航港局，2020年9月30日，<https://www.motcmpb.gov.tw/Information/Detail/cfc09406-61f5-4462-a7ee-4bb3de2fdab0?SiteId=1&NodeId=103>（最後瀏覽日：2020年9月30日）。

8 資恐防制法第4條：「主管機關依法務部調查局提報或依職權，認個人、法人或團體有下列情事之一者，經審議會決議後，得指定為制裁名單，並公告之：一、涉嫌犯第八條第一項各款所列之罪，以引起不特定人死亡或重傷，而達恐嚇公眾或脅迫政府、外國政府、機構或國際組織目的之行為或計畫。二、依資恐防制之國際條約或協定要求，或執行國際合作或聯合國相關決議而有必要。」

層與一般性的法律問題是：臺灣所沒有參加或締結的國際組織或條約，在憲法上要求我們接受的論據為何？這類問題在許多傳統憲政主義國家中，當然也或多或少面臨過類此國際法在國內法上的效力問題，但是，在臺灣特殊的國際地位脈絡下，「配合」國際組織或國際社會的結果，容易變成在國際法上發生只盡義務但無權利的困境⁹。前述有關北韓安理會的制裁，僅是近期最為突出的一項案例。國內許多文獻已經討論者，就是在大法官的憲法解釋中，較常被援引的國際人權公約¹⁰。尤其，在臺灣近年一系列的國際人權公約的內國法化行動後，也有許多有關國際人權公約的國內法效力位階的爭論¹¹。由此可知，在臺灣特殊的國際處境下，近年來國際法對憲法解釋、法律到行政命令的整個法秩序，都構成了一定程度的衝擊。可是，這些討論大體上是聚焦在人權公約的內國法化後所產生的法律效力問題為主，而不是有關國際公約整體在我國國內法上的效力之探討。

據此，本文的主要研究目的，即可說是在上述學術討論脈絡下所進行的討論。但是，本文是從國內憲法解釋的視角，來分析國際法在國內法上的效力。換言之，筆者並不是從傳統國際法的角度，來論述國際法在國內法上的效力。因此，本文是基於假設不同的國

9 即便臺灣有實際參與的國際組織，也同樣有可能落入類似的狀態。以臺灣廣泛參與的區域漁業管理組織來說，由於在國際法上的定位是「漁捕實體」(fishing entity)，而漁捕實體在法律上的強弱在理論上可分為：作為締約方的漁捕實體、作為會員但非締約方的漁捕實體、以及僅具有觀察員地位的漁捕實體。所以，如果只有觀察員地位時，表示該漁捕實體沒有被該組織成員，承認為可負擔該組織的權利與義務之法律能力，或甚至幾乎只有承擔組織義務的可能。有關漁捕實體的法律地位問題，see Nien-Tsu Alfred Hu, *Fishing Entities: Their Emergence, Evolution, and Practice from Taiwan's Perspective*, 37 OCEAN DEV. & INT'L L. 149, 149-83 (2006).

10 例如，司法院釋字第756、710、709、689、582、549、392號等解釋，都有直接援引全球或區域人權公約，作為解釋時的其中一項論據。

11 有關這些人權公約在國內的法律效力位階爭論，將於後續「參、三」加以說明。

際法法源（如：條約、習慣國際法、一般法律原則、國際組織的決議等）已經拘束臺灣的情況下，憲法應如何控制著該法源在我國國內法上應有的效力問題。

從文章的架構上來說，將在下一章節先探索一個基本問題：我們的憲法與憲政實踐有沒有國際主義（internationalism）的精神？在過去，國內不論是法律、政治或實務界的看法幾乎都認為，由於臺灣的國際處境特殊，為了與國際接軌並維護國際名聲，在看待國際法在內國法的地位上，也就比較傾向於將國際法定位為一元論、特別法、與自動履行的性質¹²。這樣的主流看法可暫時歸類為所謂的「國際主義者」（internationalist）。然而，反對者則認為即便國際法對臺灣的國際地位而言很重要，但上述國際主義者的看法，缺乏了對國內民主正當性與權力分立問題的分析根據¹³。因此，作者進一步要問的第二個問題是：我們的憲法結構，有沒有具體展現出傾向於對國際法採取國際主義者的規定？通常，國內對於憲法結構與國際法在國內法上的效力問題，多以司法院釋字第329號解釋為基礎，作為支持或懷疑國際主義的論據。不過，純粹以司法院釋字第329號解釋作為國際主義論據時，仍無法說明前述有關北韓核武制裁決議，在我國國內法上的效力問題。對此問題，作者將以制度理性選擇功能的理論，提出如何判斷特定國際法為特別法的判斷標準。最後，作者將從整體法秩序的角度，提出即便特定國際法在前面兩個步驟中可被認定為特別法，若我國的特定國內法規範對國際法的開放程度較低、特定國際法規範不具有普遍性，或行政與立法部門均持反對的立場時，則應將特定國際法規範排除於特別法的位階。

12 參見黃舒芃，國際及區域人權公約在憲法解釋中扮演的角色，臺灣民主季刊，13卷1期，頁96-98（2016年）。

13 李建良，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（八）（上冊），頁202-203（2014年）。

貳、國際主義精神的憲政實踐

一、我們是否有國際主義的憲法規定？

一部憲法對於國際法的接受程度，除了取決於憲法文字本身對國際法的接受程度外，憲法草擬者與其後的憲政實踐，也會影響後世對於憲法與國際法關係的解釋。尤其，純粹從憲法的文字規定來說，直接與國際法、國際參與或外交政策的規定甚少時，憲法文字本身以外的線索就變成認識或解釋憲法的重要來源。就我國憲法本文部分來說，直接涉及外交權限與政策的規定者，如憲法前言的鞏固國權、第38條的總統外交權、第63條的宣戰、媾和與條約議決權、第141條的外交原則，與憲法增修條文第10條的加強國際經濟合作之基本國策等。若單純從這些規定的文字來看，可能除了憲法第141條和增修條文第10條的兩項基本國策條款外，或許很難看出當初制憲與修憲者如何看待國際法與國內法的基本態度。況且，憲法第141條和增修條文第10條的一般性規定，也沒有具體規範國際法在國內法上的效力問題。因此，進一步探究憲法是否具有更完整的國際主義精神，對於我們面對具有爭議性的解釋案件時，可能會具有指引解釋的功能。

然而，何謂國際主義則是一個相當晦澀不明的概念。從比較廣義的概念層次來說，指涉著是與孤立主義相反的概念，而強調國家積極參與國際事務的外交政策，且該外交政策也是特別為了強化國家間在正式的國際組織間的多邊合作而設¹⁴。確實，如果只看臺灣民主化後的外交政策的演變來看，不管是什麼樣的政策標籤（李登輝總統的務實外交、陳水扁總統的全民外交、馬英九總統的活路外

14 See, e.g., EUGENE R. WITTKOPE, *FACES OF INTERNATIONALISM: PUBLIC OPINION AND AMERICAN FOREIGN POLICY* (1990); Stanley Hoffmann, *The Crisis of Liberal Internationalism*, 98 *FOREIGN POLICY* 159, 160 (1995).

交、蔡英文總統的踏實外交)，都試圖找出一套臺灣可以參與國際事務的政策論述，也代表著臺灣的國際主義之外交政策主軸。不過，在這些外交政策論述的背後，始終沒有提出一個與憲法基本秩序關係的論述。

除了強調多邊主義的外交政策外，國際主義的法律概念係指將國際法或外國法作為國內法律解釋的一種來源，且認為遵守國際法符合該國的國家利益。以美國聯邦最高法院的判決來說，多位學者指出美國早期的制憲先賢，就是經常以國際法作為法律解釋的依據¹⁵。尤其，這些制憲先賢強調遵守國際法，才能避免獨立之初國力尚弱的美國，遭到其他歐洲強權國家的報復¹⁶。又，冷戰結束後的憲政主義思潮擴散下，「憲法的國際化」與「國際法的憲法化」，亦可說是國際主義的一種全球化現象，並開始在臺灣的法律學界受到關注¹⁷。「憲法的國際化」強調國際法進入到各國憲法的成文法化現象，而「國際法的憲法化」強調國際法在國內法上所具有的特殊法律性質。換言之，國際主義可說是國際法在國內法規範上具有特別的法律地位。

15 See Harold Hongju Koh, *International Law as Part of Our Law*, 98 AM. J. INT'L L. 43, 43-45 (2004); Gerald L. Neuman, *The Uses of International Law in Constitutional Interpretation*, 98 AM. J. INT'L L. 82, 83-84 (2004); Steven Calabresi & Stephanie Dotson Zimdahl, *The Supreme Court and Foreign Sources of Law: Two Hundred Years of Practice and the Juvenile Death Penalty Decision*, 47 WM. & MARY L. REV. 743, 743 (2005); Vicki C. Jackson, *Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement*, 119 HARV. L. REV. 109, 109 (2005).

16 See Sarah Cleveland, *Our International Constitution*, 31 YALE J. INT'L L. 2, 108 (2006).

17 參見張文貞，憲法與國際人權法的匯流——兼論我國大法官解釋之實踐，收於：廖福特編，憲法解釋之理論與實務（六）（上冊），頁226（2009年）。See also Herman Schwartz, *The Internationalization of Constitutional Law*, 10 HUM. RTS. BRIEF 10, 10-12 (2003); Bruce Ackerman, *The Rise of World Constitutionalism*, 83 VA. L. REV. 771, 771 (1997); Ernest A. Young, *The Trouble with Global Constitutionalism*, 38 TEX. INT'L L.J. 527, 527 (2003); Jiunn-Rong Yeh & Wen-Chen Chang, *The Emergence of Transnational Constitutionalism: Its Features, Challenges and Solutions*, 27 PENN. ST. INT'L L. REV. 89, 89-124 (2008).

從臺灣近年的國際法實踐來看，一系列人權公約的內國法化可說是近年重要的國際法實踐。事實上，國際法之所以會在各國憲法的人權領域，比較容易產生這種「匯流」現象¹⁸，在相當大程度上可說和前述國際主義的法律概念具有相當大的關聯性。以臺灣最常提到的兩人權公約來說，聯合國人權法體系所帶來的各種效果（例如：專家定期審查機制、1503號個人救濟程序、一般性意見的發佈）¹⁹，在後冷戰時期都會同步影響著諸多國內憲法解釋與法政策的改變。尤其，在區域人權法體系層次，更容易對國內法秩序產生此類影響。例如，不論是歐洲人權法院或歐洲聯盟，都會直接要求違反歐洲人權公約或國際人權標準的會員國，在個案或制度上應加以改善²⁰。由此可知，這種國際法的憲法化與憲法的國際化現象，主要的驅動力確實與國際主義所強調在國際組織中的多邊合作，並透過遵守國際法帶來國家利益具有相當大的關聯。

不過，這種國際主義所造成的憲法的國際化與國際法的憲法化，可能無法完全說明臺灣也具有國際主義的憲法精神。姑且不論前述寥寥可數的憲法文字與國際主義有直接關聯，在目前所有大法官解釋中曾經援引國際公約的解釋不到15項解釋²¹，似乎很難說在我國的憲法或其解釋層次已經具有國際主義的現象。另一方面，臺灣現在所正式參與的政府間國際組織非常少，似乎很難直接說遵守國際法就一定會帶來國家利益。當然，不具有明顯國際主義的憲法

18 參見張文貞（註17），頁226。

19 有關聯合國人權體系及其功能的一般性簡短介紹，參見高涌誠，兩公約人權報告與國際審查，全國律師，17卷3期，頁31-42（2013年）。

20 See Courtney Hillebrecht, *The Power of Human Rights Tribunals: Compliance with the European Court of Human Rights and Domestic Policy Change*, 20 EUR. J. INT'L REL. 1100, 1100-23 (2014); HELEN KELLER & ALEC STONE SWEET EDS., *A EUROPE OF RIGHTS: THE IMPACT OF THE ECHR ON NATIONAL LEGAL SYSTEMS* (2008).

21 作者直接在大法官解釋網站上，搜尋「國際公約」或「條約」。又，雖然國際法規範不是只有條約或公約，但進一步搜尋「習慣國際法」時，沒有任何一號大法官解釋載有該關鍵字。

文字或大法官解釋，不等於國際主義精神不在我國的歷史實踐中，而要進一步從其他歷史脈絡中加以探求。

二、國際主義憲法的歷史實踐

如本文前言所述，臺灣的憲法學界大多認為臺灣無法有效參與國際事務，導致我國對國際事務的參與逐漸產生漠不關心的現象，所以應藉由與國際法的接軌可提升我國在國際上的國際化與進步形象。因此，不論國際法可能對於我國法律體系上的衝擊，在法律上也比較傾向於採取國際主義的解釋色彩²²。本文贊成這種對我國憲法歷史脈絡的經驗性描述，但此一經驗性描述只是說明了憲法學界，認為在政策上應該採取國際主義導向的規範性原因，但無法進一步推導出在規範上應採取國際主義的憲法上基礎。

本文則認為，現在的臺灣無法有效參與國際事務，只是促成我國採取國際主義憲法歷史脈絡的原因之一，但在憲政或法律實踐上的意義需要進一步闡明。從更為長期的歷史的觀點來說，民主化與公民自決可能是更長期延續的原因²³。此處所指涉的公民自決，是以聯合國有關自決權的決議與兩公約的規定為主；亦即，該自決權是以人民自行決定對內的政治、經濟、社會與文化地位，且對外依據這項權利自由地決定其在國際地位。我國在早期尚未退出聯合國時期採取國際主義取向的目的，從憲法意義來說是為了補強早期民主選舉或公民自決上正當性不足的問題。雖然在早期有部分的民主

22 參見黃舒芃（註12），頁96-98；張文貞（註17），頁260；林佳範，論兩公約對憲法人權保障的補充——一個初步架構的探討，全國律師，14卷3期，頁23-41（2010年）。

23 有關聯合國自決權之相關決議或規定，除了兩公約規定外，亦可參見聯合國憲章第1條：發展國際間以尊重人民平等權利及自決原則為根據之友好關係……；聯合國憲章第55條：為造成國際間以尊重人民平等權利及自決原則為根據之和平友好關係所必要之安定及福利條件起見……；1960年「給予殖民地國家和人民獨立宣言」；1993年「維也納宣言行動綱領」等。See U.N. Charter Art. 1; U.N. Charter Art. 5.

選舉，但畢竟沒有完整的國會改選，所以政府統治的民主正當性，在某種程度上必須藉由國際主義的取向，換取美國協防臺灣的重大國家利益來加以填補²⁴。據此，在我國逐漸淡出國際事務舞台以前，具有以國際主義取向來補充國內本身憲政不完全性的規範性意涵。

到了退出聯合國以至於1990年代民主化以前，由於藉由國際貿易促進內部經濟發展的成果，在某種程度上填補了無法藉由過去的國際主義取向補充憲政的民主正當性不足問題。同時，有了這樣的經濟發展的工具性功能後，在經貿上的國際主義取向，也就依然是補充國內憲政民主正當性不足的方法。然而，這種只有經貿層面的國際主義取向，已經無法有效填補經濟發展所帶來的民主正當性的不足。所以，在此期間不僅對民主化的要求增加，且追求臺灣獨立的國家地位要求也逐漸出現。這也就預示著要求落實憲法上國民主權與民主化的同時，會同時造成中華民國憲法在1990年代以後的修憲過程中，將會遇到要求行使制憲權的本質性挑戰。

90年代所開始一連串的修憲過程，蕭高彥援引[Frank Michelman的理論加以詮釋，認為是一場調和公民自決與法治理想間緊張關係的過程²⁵。依據Michelman的看法，化解該緊張關係的兩種途徑為「法規範創生之政治論」(jurisgenerative politics)或「自由主義式的保障策略」(strategy of entrenchment)²⁶。前者強調人民不斷地參與在公民的政治過程中，才能使法律對每一位人民都具有拘束力²⁷。後者強調人民在自我構成的行動中，也同時對於自身主權的範圍畫

24 尤其，除了在聯合國當中的席位外，維持著美國的承認似乎更是扮演著我國採取國際主義取向的重要驅動力。

25 參見蕭高彥，*台灣的憲法政治：過去、現在與未來*，收於：殷海光基金會編，*自由主義與新世紀台灣*，頁129-170（2007年）。

26 同前註。

27 Frank I. Michelman, *Law's Republic*, 97 YALE L.J. 1493, 1501-02 (1988).

出一個實質的保障限度²⁸。由此可知，兩者之間的差異，在於對國家認同於90年代以後的修憲過程中，是否與有無同時處理中華民國政治地位的一種詮釋上的差異。前者認為在憲政主義的前提下，公民自治應優先於法治，那麼修憲的過程也同時是一個準制憲的自決過程，並成為臺灣人民接受憲政法治的基礎²⁹。但後者認為這只是一個回歸原本中華民國憲法的過程，沒有涉及到國家或領土的重新定位。至此，憲法的本質已經在修憲的過程中，可以大致區別成了兩種途徑的競爭³⁰。雖然修憲後大體上呈現著兩種「準制憲」與「回歸憲法」的競爭途徑³¹，在其後兩大主要政黨分別執政的過程中，不約而同地都希望以參與國際多邊合作組織的國際主義途徑，實踐著這準制憲或回歸憲法等兩種不同的途徑。在民進黨的準制憲詮釋脈絡下，「加入」而非「重返」聯合國也就變成實踐前述「法規範創生政治論」的實踐場域³²。反之，在國民黨「回歸憲法」詮釋脈絡下，「重返」而非「加入」聯合國也就變成前述「自由主義式的保障策略」的國際主義實踐方法。

三、小結

透過以上簡短的歷史回顧，本文認為在臺灣憲政主義逐步建立的過程中，國際主義始終是不可或缺的要素。從規範意義上來說，我們的憲政實踐之歷史過程中，不論有沒有參與國際事務的影響力，國際主義與憲法的民主正當性（民主化）及其本質的可爭辯性

28 *Id.*

29 參見蕭高彥（註25），頁129-170。

30 同前註。

31 應注意者，本文在此並不認為對於修憲歷史的詮釋，只有這邊所指涉的兩種競爭途徑。例如，在臺灣地位未定論的脈絡下，並不認為修憲過程可以「治癒」地位未定的法律問題，也就沒有任何詮釋修憲或準制憲的必要。

32 外交部新聞稿，我以台灣名義申請加入聯合國案在第62屆聯合國大會獲各方高度重視，中華民國外交部，https://www.mofa.gov.tw/News_Content.aspx?n=FAEE E2F9798A98FD&sms=6DC19D8F09484C89&s=8F7AD46D7D7E79F5（最後瀏覽日：2019年1月29日）。

(公民自決權範疇)連結在一起。當然，此一國際主義取向的結論，與絕大多數憲法學者認為我國應採取偏向國際主義的看法類似。但是，此處所要指出來的是，並不是只是因為臺灣缺乏參與國際事務的機會，所以在憲法上要採取更為國際主義此一功能性理由而已。當然，這種功能性的理由非常重要，並且與之前的歷史實踐的規範性意涵，可以共同構成國際主義憲法精神的理由。據此，若國際主義在我國的歷史實踐與功能性脈絡下，是詮釋憲法時一項不可或缺的要害時，那麼，接下來的問題是：如何從此一具有國際主義精神的憲法脈絡下，進一步找出國際法在國內效力的線索？

參、國際主義憲法結構與國際法的國內法效力

一、司法院釋字第329號解釋所留下的疑問

如前所述，通常在探究國際法在我國國內法上的效力問題時，司法院釋字第329號解釋是一個常見的討論起點。在該號解釋理由書中，大法官首先指出「總統依憲法之規定，行使締結條約之權；行政院院長、各部會首長，須將應行提出於立法院之條約案提出於行政院會議議決之；立法院有議決條約案之權，憲法第三十八條、第五十八條第二項、第六十三條分別定有明文。依上述規定所締結之條約，其位階同於法律。」換言之，如果一項我國對外所簽署的國際文件，構成了「憲法上條約」時，在經過立法院議決後具有「法律」位階的效力。

大法官在該號解釋中也指出，所謂「憲法上條約」指涉「我國（包括主管機關授權之機構或團體）與其他國家（包括其授權之機關或團體）或國際組織所締結之國際書面協定，名稱用條約或公約者，或用協定等其他名稱而其內容直接涉及國防、外交、財政、經濟等之國家重要事項或直接涉及人民之權利義務且具有法律上效力

者而言。其中名稱為條約或公約或用協定等名稱而附有批准條款者，當然應送立法院審議，其餘國際書面協定，除經法律授權或事先經立法院同意簽訂，或其內容與國內法律相同（例如協定內容係重複法律之規定，或已將協定內容訂定於法律）者外，亦應送立法院審議。」因此，憲法第63條所謂應送立法院審議的「條約」，應該是此處大法官所謂的「憲法上條約」。而其法律上判斷的標準，是以形式上有無條約或公約名稱與批准條款，以及實質上是否涉及國家重要事項與權利義務事項為斷³³。

大法官在上述的推論中，與本文所關心的研究問題中，至少留下了兩個問題。第一，大法官認為所謂的國家重要事項，包含國防、外交、財政與經濟等事項，有沒有學理解釋的根據？亦即，所謂國家重要事項的判斷標準為何？第二，這些具有國家重要事項性質的憲法上條約，其在國內法上是否應具有比較優位的法律效力？大法官所謂「具有法律上效力」，是指特別法或普通法的法律上效力？此疑問在臺灣批准一系列的人權公約後，始終都是具有爭論性的問題。尤其，較偏向前述與國際法接軌的意見認為，以特別法地位看待人權公約時，較有助於提升我國的人權保障水準。即便假設接受這種說法，是否表示這種與國際接軌的理由，能夠一體適用於其他領域的國際法與國內法關係嗎？又，即便是人權公約，是否都應該採取一視同仁的特別法位階呢？在本節剩下來的部分中，將進一步回答這些大法官解釋所留下的疑問。

二、何謂「國家重要事項」？一個制度理性選擇的解釋觀點

大法官在司法院釋字第329號解釋中認為，涉及國家重要事項者必須經過立法院的審議。但在解釋文中也進一步提到，所謂的國家重要事項範疇是國防、外交、財政與經濟等事項。當然，在解釋

33 有關大法官在本號解釋邏輯推論上的問題，參見李建良（註13），頁202-203。

上可說這四個事項只是例示而非列舉事項；那麼，問題的本質是所謂重要事項的判斷標準為何？或者，只要碰觸到這四類事項，都一定會被認定為重要事項嗎？

在過去大法官的解釋中，曾經提及「國家重要事項」此關鍵詞的解釋僅有六則（司法院釋字第645、585、520、461、419、329號等解釋），但除了上述的司法院釋字第329號解釋外，沒有任何一則解釋涉及國際法問題。不過，若從制度理性選擇的角度來說，本文認為司法院釋字第520號解釋提供了一個法律解釋的線索。在該號解釋中，大法官提到核四預算「因施政方針或重要政策變更涉及法定預算之停止執行時，則應本行政院對立法院負責之憲法意旨暨尊重立法院對國家重要事項之參與決策權，依照憲法增修條文第三條及立法院職權行使法第十七條規定，由行政院院長或有關部會首長適時向立法院提出報告並備質詢……基於其對儲備能源、環境生態、產業關連之影響，並考量歷次決策過程以及一旦停止執行善後處理之複雜性，自屬國家重要政策之變更。」尤其，「本件所關核能電廠預算案通過之後……依當時適用之憲法第五十七條第二款規定決議廢止核能電廠興建計畫，進行中之工程立即停工並停止動支預算，嗣行政院於同年六月十二日，亦以不同意重要政策變更而移請立法院覆議，可見基於本件核能電廠之興建對儲備能源、環境生態、產業關連之影響，並考量經費支出之龐大，以及一旦停止執行善後處理之複雜性，應認係屬國家重要政策之變更……」。

從理性制度選擇理論的觀點來說³⁴，大法官在前述的解釋文與理由書認為，既然行政與立法兩院已經投入相當多的決策成本，議決要繼續興建核四並持續通過法定預算，那麼行政院就不能無視於

34 有關理性制度選擇理論與法律解釋的觀點，主要參考ADRIAN VERMEULE, *JUDGING UNDER UNCERTAINTY: AN INSTITUTIONAL THEORY OF LEGAL INTERPRETATION* (2006); Matthew C. Stephenson, *A Costly Signaling Theory of "Hard Look" Judicial Review*, 58 ADMIN. L. REV. 753, 753-816 (2006).

已經投入的決策與執行成本，單方決定停止執行核四預算。這樣的憲法解釋方法，其背後透露著是涉及一個重大國家爭議事項的決定，可能預設著暫時解決重大政治爭端的法律解釋原則，必須以付出高決策成本的程序為依據³⁵。所以，以核四停建案來說，即便停止核四預算的執行，在憲法的規範價值上有其正當理由，也不能忽視在過去行政院曾經為了續建核四，是透過付出相當大的成本克服過去憲法上的高門檻覆議程序。如果要推翻過去的決定，至少也要付出相當程度的成本說服立法院，而非單方決定停止執行預算的方式為之。

雖然司法院釋字第520號解釋與國際法本身無涉，但這種必須考量制度理性的法律解釋觀點，一樣可以適用於國際法與國內法關係的問題上。申言之，在美國過去的條約批准實踐中，由於受限於該國憲法規定必須獲得三分之二參議員同意的高門檻規定³⁶，才使其發展出不同如「立法—行政協定」或單純的「行政協定」之低門檻程序³⁷。不過，這些不同的國會程序除了可以繞過較為困難的參議院程序外，也有學者進一步指出，藉由選擇高成本的國會通過程序或低成本的國會通過程序，可以向國際社會釋放出對特定國際條約的重視程度。換言之，如果總統很辛苦地在參議院高門檻程序中成功通過條約批准案，也就表示美國日後「變卦」的機率較低³⁸。同時，若該條約採取參議院批准程序，在國內法律上也相應地有較高的效力位階。例如，軍事武器控制的條約案，也就比較會採用參

35 VERMEULE, *supra* note 34, at 63-85.

36 美國憲法第2條第2項：總統有權締訂條約，但須爭取參議院的意見和同意，並須出席的參議員中三分之二的人贊成。See U.S. CONST. Art. II, § 2.

37 有關立法行政協定或行政協定在美國憲法上的一般性討論，see, e.g., LOUIS HENKIN, FOREIGN AFFAIRS AND THE UNITED STATES CONSTITUTION 175-230 (2d ed. 1997); CURTIS A. BRADLEY & JACK L. GOLDSMITH, FOREIGN RELATIONS LAW: CASES AND MATERIALS 389-417 (5th ed. 2014).

38 See Lisa Martin, *The President and International Commitments: Treaties as Signaling Devices*, 35 PRESIDENTIAL STUD. Q. 440, 440-48 (2005).

議院程序，以作為向另一締約國的一種保證的行為³⁹。相反地，該國經貿協定的批准，現代的實踐是走參、眾兩院較低門檻的程序⁴⁰。

美國在憲法實踐上所呈現出不同的條約或協定種類及其程序，其目的是要給予總統比較彈性的外交權，以因應外交瞬息萬變的特性。從權力制衡的角度來說，1952年聯邦最高法院的*Youngstown*案中⁴¹，在Robert H. Jackson大法官所提出著名的協同意見書中指出，總統權限的大小及合憲與否，取決於國會是否有明白禁止、沒有表示意見的灰色地帶、以及是否明白授權等因素⁴²。因此，即便總統沒有依照憲法上明文的條約批准程序與他國簽訂協議，也不代表總統就侵害了國會的權限⁴³。亦即，總統在憲法結構上，還是可以依據憲法所賦予的不同固有權限加上也是固有的外交權，獨立地發展出不同的對外條約與協議之模式，以賦予總統隨著不同外交政策的需要，得以釋放出不同的訊息到國際社會。

據此，藉由以上制度理性選擇的決策成本觀點與權力制衡的功能理論，本文認為若一個特定國際條約所涉及的國家事項，總統與立法部門認為需要特別維持其法律上的穩定性，而必須藉由較高難度的立法院批准程序，釋放出我國願意高度遵守該法律承諾以換取重要的國家利益時，即可被認為是此處所謂的國家重要事項。換言之，在涉及外交事務的問題上，或許有關國家重要事項的解釋，應該透過闡釋行政與立法部門看待系爭事務的態度和願意付出的決策成本加以判斷，司法部門不宜過度地介入此處國家重要事項的解

39 See Oona Hathaway, *Treaties' End: The Past, Present, and Future of International Lawmaking in the United States*, 117 YALE L.J. 1236, 1274-1306 (2008).

40 *Id.*

41 *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579, 635-38 (1952).

42 *Sawyer*, 343 U.S. at 635-36.

43 See Bruce Ackerman & David Golove, *Is NAFTA Constitutional?*, 108 HARV. L. REV. 799, 861-65 (1995).

釋。在此定義下，本文刻意放鬆國家重要事項的標準，不僅為了能夠增加行政部門本來就應該在外交權限上應有的彈性外，同時也是為了基於我國憲法所具有的國際主義精神的歷史實踐，增加國際法在國內法上的多元法律性質的可能，而毋需一味要求所有對外條約或協議，都要在形式上符合憲法上的條約批准程序。

但上述比較寬鬆的功能性解釋方法，不等於賦予行政與立法部門毫無限制的彈性選擇空間。申言之，從回顧前述國際主義的長期憲政實踐史可發現，若該條約對於我國的民主與公民自決有重大影響時，應被視為此處的重要事項。最後，大法官所強調涉及人民重要權利義務事項的重要性理論，本質上也屬於此處重要事項的範疇。所以，即便該條約所涉事項不是大法官所列舉的四類事項，仍然有可能構成此處所謂的重要事項；相反地，即便可能觸及此四類事項，也不一定就是重要事項。畢竟，大法官所列舉的四類事項在解釋上可能非常寬泛，若過度寬鬆地將其納入此四類事項中，可能會剝奪總統本身得依據憲法第38條條約締結權或其他憲法上的固有權力。因此，上述兼顧功能與憲政歷史的解釋，或許較能在國際主義的憲法精神脈絡下，平衡地保留給行政與立法部門，比較彈性地互動出外交決策空間，且保障人民的民主自決和基本權利。

三、國際條約的效力位階之判定⁴⁴

從前述司法院釋字第329號解釋已知，雖然大法官提到條約經過立法院的批准具有法律位階的性質，但沒有進一步提及該批准後的條約之法律位階。因此，最容易構成法律爭議者是內國法化以後的條約，與其他法律間的關係在解釋上最為困難。不過，從我國法

⁴⁴ 國際法規範不僅僅是國際條約，也包括習慣國際法與一般法律原則等都算是國際法的主要法源。不過，由於此處是接續著司法院釋字第329號解釋有關條約批准的效力問題，所以僅說明條約批准後的法律效力位階問題。而有關於習慣國際法的法律定性問題，留待後續第肆部分加以說明。

院過去的判決實務來看，大多是以採取特別法的地位，看待其與國內法的關係⁴⁵。但是，有學者認為除非憲法明文規定國際法效力優於國內法，否則應該沒有所謂國際法必然優於國內法的原則，而應該在個別法規範脈絡中求其目的與是否應優先適用的準據⁴⁶。的確，我國在沒有憲法明文規定，或者如同美國透過憲政實踐發展出不同的國際條約批准程序時，很難從法律的形式規定，推導出條約與法律一定是特別法與普通法的理據⁴⁷。

不過，在探求個別法規範脈絡下的條約是否有優先適用餘地時，或許憲法本身所帶有的國際主義實踐和前述的制度理性選擇的理論，也有助於指引我們判斷條約可能具有特別法地位與否。依循著本文在前一部份有關所提出：國家重要事項、涉及國際主義長期實踐的民主自決權、以及涉及人民重要權利義務事項等標準，判斷特定國際條約在國內法上的效力位階。具體而言，若系爭條約符合

45 實務見解如23年上字第1074號刑事判例要旨，「上海公共租界內設置之法院，其土地管轄應以案件在各該法院管轄區域內發生者為限，此徵之關於上海公共租界內中國法院之協定第五條第二項所載，其他案件在各該法院管轄區域內發生者，應由工部局捕房起訴云云，至為明顯。國際協定之效力優於國內法，該協定關於土地管轄，既有此特別規定，自無適用刑事訴訟法第十三條之餘地。」；最高法院74年度台非字第137號刑事判決：「本件原判決既認國際協定之效力優於國內法，中美友好通商航海條約又已於民國三十七年十一月三十日生效，雖中美兩國於六十八年一月一日終止外交關係，但據雙方達成之協議，……自應繼續有效，……此項條約之規定，其效力既應優於國內法，則本件美商永備聯合電石公司……，提起第二審上訴，原第二審判決竟亦以同一理由予以維持，駁回其第二審上訴而確定，自有不適用國際協定優於國內法法則之違法……。」；最高法院72年度台上字第1412號民事判決謂：「中華民國與美利堅合眾國友好通商航海條約，於民國三十五年十一月四日簽訂，經立法院議決批准公布，並於三十七年十一月三十日互換，同日生效，依我國憲法第一百四十一條所定『尊重條約』及同法第六十三條所定條約定須經立法院議決之規定以觀，該友好通商航海條約，實已具有國內法之同效力，法院自應予適用。」另請參見李建良（註13），頁222-227。

46 李建良（註13），頁214-215。

47 事實上，即便是憲法有明文規定國際法效力位階的國家（如：阿根廷、澳洲或荷蘭），也同樣會面對解釋或定性其效力位階的困境。See Gerald L. Neuman, *Human Rights and Constitutional Rights: Harmony and Dissonance*, 55 STAN. L. REV. 1863, 1897 (2003).

上述三種標準之一者，那麼應可認定在國內法上具有特別法位階。另外，上述三種標準也可以變成目的性限縮的理由，排除某些具有條約外觀的形式上條約具有特別法地位⁴⁸。換言之，在司法院釋字第329號解釋中大法官所劃定憲法上的形式與實質條約中，本文並不認為「形式上」條約一定都會落在國際主義實踐、國家或人權重要事項之範疇而構成特別法位階，但實質條約原則上都會落在本文所提出的三項標準，因而構成具有特別法位階。

惟應注意者，本文所提出的這三項標準僅表示系爭條約，「初步」認定落在特別法的效力位階上，在具體個案中還要考量其他要素。尤其，在涉及人權保障的問題時，很有可能我國自身的立法或大法官解釋，已經形成了長期的慣例或國內重要的法秩序。此時一律將特定人權條約或個別條款都視為特別法或憲法位階時，可能很難在理論建構上有周延的解釋。另外，雖然司法院釋字第329號解釋僅涉及國際書面協定，但透過本文所使用的理性制度選擇的功能性觀點，似乎也可以適用於其他種類的國際法規範中（如：習慣國際法、國際組織決議）。但這部分將藉由後續的案例操作予以呈現。因此，下述將繼續說明在法律上，還有哪些可能會排除國際法在國內法上具有特別法位階的法律解釋原則，並接續在第肆部分透過案例操作，呈現本文所架構出的國際法的國內法效力理論。

四、其他國際法在國內法效力位階定性時應注意的法律解釋原則

雖然在前一部份基於我國憲法中所具有的國際主義實踐，或從制度理性選擇觀點所提出的國家重要性事項理論，主張部分條約初步得以特別法加以看待，但這樣的主張只是一種憲法的歷史與功能

48 所謂形式上條約，係指司法院釋字第329號解釋中「名稱為條約或公約或用協定等名稱而附有批准條款」的國際書面協定而言。實質上條約，則是該號解釋中所提到國家重要事項或涉及人民權利義務重要事項。

性解釋觀點，還沒有考量到維持國內整體法律秩序原則的考量。畢竟，國際法在國內的效力，絕對不可能忽略憲法本身作為整體國家法律秩序的調節基礎；同時，這也是影響臺灣在面對特殊國際處境時，面對國際法秩序在國內政治正當性不可或缺的層面⁴⁹。因此，本小節將進一步提出幾個可能定性法位階時應注意的法律解釋原則。

第一，或許應先考慮憲法或法律本身的文字，對特定國際法規定的開放或接受程度。如果憲法本身呈現比較不明確或模糊的文字時，似乎可以認為憲法對國際法採取比較開放的態度⁵⁰。例如，憲法上的諸多簡潔開放的人權條款，即可說是適例。相反地，如果憲法已經有相對明確的規定時，其對特定國際法的態度，開放程度可能也就比較低。又例如，我國憲法第8條有關人身自由的規定非常具體，此時在檢視其與國際法的規定時，就應該要有更為審慎的維持國內法秩序的態度，不應驟然以特別法看待。

第二，同樣與憲法或法律文字有關者，是要顧慮我國大法官自己長期的解釋實踐，是否與國際法有緊張關係⁵¹。例如，公民政治權利國際公約第20條規定「任何鼓吹民族、種族或宗教仇恨之主張，構成煽動、歧視、敵視或強暴者，應以法律禁止之。」本條若在美國聯邦最高法院的解釋脈絡下，長期認為即便是仇恨性言論，也同樣是在憲法第一修正案保護下的言論範疇⁵²。此時，在美國憲法的脈絡下，可能很難直接將該公約的規定在國內視為特別法，逕行推翻過去最高法院的解釋。同樣地，我們的大法官對「言

49 Frank I. Michelman, *Integrity-Anxiety?*, in AMERICAN EXCEPTIONALISM AND HUMAN RIGHTS 241, 269 (Michael Ignatieff ed., 2005).

50 See Cleveland, *supra* note 16, at 108-09.

51 *Id.* at 109-10.

52 See Mari J. Matsuda, *Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story*, 87 MICH. L. REV. 2320, 2341-48 (1989); see also NATALIE HEVENER KAUFMAN, HUMAN RIGHTS TREATIES AND THE SENATE: A HISTORY OF OPPOSITION 164-70 (1990).

論」本身的範疇也採取比較廣義保護的態度，所以是否要以公政公約為特別法規定，逕行立法禁止仇恨性言論，也可能會構成與我們自己的憲法解釋間有緊張關係。從這點說明亦可知，即便是人權公約，可能仍應分別不同條款規定，視不同情況定其法律效力，而不宜驟然以全部特別法或全部普通法的定性方式為之。

第三，特定國際法規範的普遍性，通常可能代表著共識程度較高的公共理性；此時，該國際法規範在國內應有比較高的說服力。此處所謂的普遍性，可能指涉條約批准國家的數目，或某一種特定的國際實踐具有習慣國際法或絕對法的地位。當然，有的時候區域性國際法的說服性質可能較弱；尤其，在臺灣所處的東亞來說，由於中國越來越具有形塑區域國際法或習慣國際法的能力，所以該等區域國際法或習慣國際法在國內法適用時，也應該特別審慎檢視其是否應具有特別法效力。反之，可能具有相類似的民主憲政背景國家間的國際法效力，在臺灣可能的說服力也就比較高。這邊要強調的是規範的普遍性會有比較高的「說服力」，不見得就有國內法上的特別法效力位階⁵³。所以，假設廢除死刑已經變成民主憲政國家間的常態，或甚至發展成具有公政公約下的習慣國際法效力時⁵⁴，以我國目前的社會狀況來看，可能很難直接以我國已經批准公政公約為基礎，將該等習慣國際法的效果認定為具有特別法的效果。但不能否認者，該等法律內容將對國內的法秩序，產生一定程度的說服性效果。

第四，在臺灣的特殊國際地位下，除了國會本身的態度外，也要特別注意總統與行政部門對某一國際法規範的態度。此一問題涉

⁵³ See Cleveland, *supra* note 16, at 113-15.

⁵⁴ 從國際法的形式規定來說，廢除死刑的本身並不是公政公約的要求，而是其後的第二任擇議定書（Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR-OP2)）的規定。我國在批准兩公約時，並沒有一併批准該任擇議定書。

及我們接受以及否決特定國際法的方式。除了條約在形式上有國會議決的程序外，其他國際法的法源（習慣國際法、一般法律原則、判例、國際公法學說）沒有這種形式上的議決程序。在臺灣特殊的國際處境下，就算是條約也很難有這樣的國會批准過程。所以，總統或行政部門對特定國際法規範的態度，變成很重要的判斷要素。當然，這並不是說總統或行政部門可以便宜行事，繞過立法程序逕行將國際法納入國內法中，而是強調以前述所提到類似美國 *Youngstown* 案中，以立法與行政部門的互動態度，作為判斷特定系爭國際法規範在國內法上的性質。據此，作者主張在臺灣的特殊國際地位下，似可分別下列情形看待：（1）若國會有批准或國內法化特定條約或特定條款，且總統或行政部門明白表示該條約對我國有特殊利益，那麼當其與國內法明顯相衝突時，似得以特別法看待該條約效力；（2）若是沒有成文條約的習慣國際法，且總統或行政部門明白表示該條約對我國有特殊利益，那麼當其與國內法明顯相衝突時，似應以普通法看待其效力，但還必須視兩者前法與後法的關係予以定性；（3）若是在國際法上有成文條約的習慣國際法（如：海洋法公約有關領海12海里的規定）⁵⁵，且國會或立法部門明白表示遵守該條約對我國有特殊利益，那麼當其與國內法明顯相衝突時（假設曾經自行立法我國領海為200海里），似應將海洋法規定以特別法效力加以看待。

肆、案例操作

綜合本文上述的說明來看，當我們面對一個特定國際法規範在國內的效力問題時，應分別從憲法的國際主義歷史實踐、制度理性

⁵⁵ See United Nations Convention on the Law of the Sea, Dec. 10, 1982, 1833 U.N.T.S. 400.

功能論與維持國內整體法律解釋秩序等面向定其效力。在國際主義的歷史實踐方面，若該國際法規定是在強化公民自決或民主正當性時，有可能被初步認定為具有較高效力的說服性。但若不屬於國際主義歷史實踐的範疇，也可以再進一步從制度理性功能角度，判斷該特定國際法規定是否屬於我國需要特別維持其法律上的穩定性，以同時向國內與國際社會，特別地釋放出我國願意高度遵守該對外法律承諾的意圖時。若從前述兩個角度初步認定該特定法律具有特別法性質時，可以再進一步從國內法規對國際法規的開放程度、特定國際法規的普遍性、與總統與行政部門對某一國際法規的立場，檢驗特定國際法規在我國應該具有的法律效力問題。

一、案例一：聯合國北韓制裁案

本案的事實已經在前言有所介紹，於此不再予以贅述。從本文的研究目的來說，法律的爭點為：「資恐防制法」第四條規定「主管機關依法務部調查局提報……認為『有執行聯合國相關決議之必要』，經審議會決議後，得指定為制裁名單」的規定，有沒有讓聯合國決議破壞了我國既有的憲法與法律秩序？

有關北韓的戰爭與和平問題，在國際政治與外交關係史專家的評價中都認為，韓戰的爆發是讓臺灣得以從驚濤駭浪的兩岸局勢中，重新與美國建立起共同防禦的關係⁵⁶。換言之，從當時歷史實踐的角度來看，朝鮮半島的爭端促成了其後「中美共同防禦條約」(Mutual Defense Treaty between the United States of America and the Republic of China)的簽訂，也才得以讓臺灣有維持公民自決的安全基礎。由此歷史實踐來看，除非此區域的情勢有重大變遷，否則可能在涉及北韓的和平與穩定爭端上，我國確實有傾向於採取國際

56 參見林正義，韓戰對中美關係的影響，美國研究，19卷4期，頁81-112（1989年）；李明，韓戰期間的美國對華政策，國際關係學報，23期，頁57-90（2007年）。

主義取向，以換取極為特殊的國家利益需求。

若進一步從制度理性功能的角度來說，此處安理會決議不涉及條約的批准，但並不代表司法院釋字第329號解釋就完全沒有意義。大法官在司法院釋字第329號解釋中曾經提到，若一個國際書面協定「……經法律授權或事先經立法院同意簽訂，或其內容與國內法律相同（例如協定內容係重複法律之規定，或已將協定內容訂定於法律）者……」，則不需要立法院的審議。這表示立法院對於是否涉及國家重要性事項的國際法，可以透過事先授權的程序控制行政機關。所以，資恐防制法若事先授權行政機關判斷是否要實施安理會決議，也就是涉及國家重要性事項的判斷，是憲法所容許賦予行政部門的外交彈性空間。但問題是資恐防治法的規定，也會進一步變成國內法上以聯合國安理會決議為基礎，限制本案行為人的財產權來源。這種以空白授權的方式，將聯合國安理會決議事先的國內法化，而不問立法機關是否需要在個別聯合國決議發生後，判斷是否可以限制人民重要權利，似乎已經是超越法律保留原則的範圍外了。

吾人尚可進一步以德國法上替代法律或法律具體化之行政規則之概念，檢驗資恐防治法。申言之，吳庚認為當國會怠惰至行政機關面臨急需處理之事項、等待國會制定法律國家或人民將遭受可預見之損害、或該行政規則屬於過渡性質，且待法律一經制定或情勢處理完畢命令立即失效等三種情況時，該命令可以作為代替法律的基礎⁵⁷。本文以為，在此次的北韓制裁案中，若行政部門可公開說明若等待立法院進一步的表示，將可能導致國家利益遭到損害時，或許可以例外被法律保留原則所容許。不過，在涉及陳世憲的相關新聞稿中，政府僅強調配合聯合國決議，並未說明必須直接以資恐防治法起訴陳世憲的急迫性原因。

57 吳庚、盛子龍，行政法之理論與實用，15版，頁43-44（2017年）。

最後，從整體法秩序考量來看，不論是憲法或資恐防制法本身的內容，都沒有明確規定安理會決議在國內法上的效力。不過，憲法第141條有特別指出我國應尊重聯合國憲章。相較於在其他憲法條款中，沒有具體指明其他條約而僅僅強調聯合國憲章的文字來看，算是彰顯了憲法對聯合國義務有較高程度的開放性⁵⁸。同時，聯合國安理會決議對所有會員的普遍拘束性，也讓制裁北韓決議的普遍性相當強。又，從好幾個行政機關在其命令中強調維持區域和平穩定的角度來說，很明顯地行政機關認為遵守該決議對我國具有重要的利益。

據此，依據上述的檢驗，或許以安理會制裁決議作為限制陳世憲個人的財產權，符合我國憲法的國際主義歷史實踐與憲法整體所欲維持的法秩序。但從制度理性功能的層面來說，仍有值得商榷的空間。姑且不論該限制有無構成法律保留原則的違反⁵⁹，如果行政部門認為北韓的區域和平穩定並且和聯合國接軌是我國重要的外交政策時，唯有透過國會某種程度的共同參與，或至少行政部門公開說明必須在國會有明確表態前，就必須採取行動的急迫性原因，才能釋放出我國願意高度配合國際社會的清楚訊號。

58 換言之，本文在此有關聯合國安理會決議的論述，不能一體適用到其他國際組織決議對我國的法律效力之論述中。

59 在過去相似的案例中，則是聯合國安理會制裁南斯拉夫決議案。當時，安理會通過決議，要求所有國家應扣押在其國內南斯拉夫籍、人民或法人所經營或控制之非南斯拉夫籍的一切船隻。於是，外交部在當年5月29日和6月7日發布兩封函，請求交通部配合安理會決議，禁止南斯拉夫船舶入港。後來，交通部發函通知各港務局，為配合安理會（757、787、820號等決議）（*see* S.C. Res. 757 (May 30, 1992); S.C. Res. 787 (Nov. 16, 1992); S.C. Res. 820 (Apr. 17, 1993)）禁止南斯拉夫控制的船舶入港，並禁止油水燃料補給。姑且不論在南斯拉夫制裁案中，我國是否也應同樣受到安理會決議拘束，從當時的歷史實踐來看，對於港口內的船舶扣押等措施，行政院官員在立法院接受質詢說「沒有正式宣布配合聯合國決議，並獲得相關法規授權之前，我國並未執行（安理會820號決議）（S.C. Res. 820 (Apr. 17, 1993)）扣押措施」。換言之，當時行政院認為涉及財產權的限制時，應有法律保留原則的適用。

二、案例二：美國對我國領海基線劃設挑戰案

在我國海洋法制的實踐中，領海基線的劃設一直被美國透過「自由航行計畫」(Freedom of Navigation Operation)所挑戰。具體而言，雖然聯合國海洋法公約規定沿岸國可以劃設直線基線，但也規定如果依據該公約的直線基線規定⁶⁰，將原本不是內水的海域劃設為內水(在國際法上屬於領陸性質)後，外國船舶仍然享有傳統的領海無害通過權⁶¹。我國的「領海及鄰接區法」第4條規定，「中華民國領海基線之劃定，採用以直線基線為原則，正常基線為例外之混合基線法」。內政部進一步依據「領海及鄰接區法」所頒布的「中華民國第一批領海基線圖」中⁶²，將原本不是內水的「澎湖水道」劃設為內水。然而，將澎湖水道劃設為內水的直線基線長度，一直成為美國長期抗議不合法，且主張該水道仍應依據海洋法公約具有適用領海無害通過的法律性質。

姑且不論海洋法公約上的法律解釋問題，在本文研究目的下所關心的爭點是：既然我國不是海洋法公約的締約國，對於遭到美國抗議的領海直線基線與澎湖水道性質，應該以海洋法公約為優先，抑或是我國自己的國內法為優先適用？又，雖然我國目前不是海洋

60 海洋法公約第7條第1項：「在海岸線極為曲折的地方，或者如果緊接海岸有一系列島嶼，測算領海寬度的基線的劃定可採用連接各適當點的直線基線法。」
See United Nations Convention on the Law of the Sea, Dec. 10, 1982, 1833 U.N.T.S. 401.

61 海洋法公約第8條第2項：「如果按照第七條所規定的方法確定直線基線的效果使原來並未認為是內水的區域被包圍在內成為內水，則在此種水域內應有本公約所規定的無害通過權。」
See United Nations Convention on the Law of the Sea, Dec. 10, 1982, 1833 U.N.T.S. 401.

62 有關「中華民國第一批領海基線圖」，可在內政部網站獲得：<https://www.land.moi.gov.tw/law/files%5C20091118%E7%AC%AC1%E6%89%B9%E9%A0%98%E6%B5%B7%E5%9F%BA%E7%B7%9A%E9%A0%98%E6%B5%B7%E5%8F%8A%E9%84%B0%E6%8E%A5%E5%8D%80%E5%A4%96%E7%95%8C%E7%B7%9A%E4%BF%AE%E6%AD%A3%E7%99%BC%E5%B8%83%E7%89%88.pdf> (最後瀏覽日：2019年1月30日)。

法公約的締約國，但是海洋法公約中的諸多內容，被認為具有習慣國際法的性質，所以在國際法上會認為具有習慣國際法的條約也可拘束非締約國。在此法律背景下，也就變成具有習慣國際法性質的海洋法公約條款，在我國國內法上應具有特別法地位？

從歷史實踐的角度來看，臺灣的對外貿易高度仰賴航運以促進經濟成長的角度來看，可看出海洋法秩序對我國具有相當重要的利益。不過，這樣的經濟貿易利益本身，或許和本文所強調的民主與公民自決的規範性價值沒有實證上必然的關聯性。所以，從歷史的角度來看，海洋法公約在我國憲法上的國際主義取向似乎沒有那麼明顯。

再進一步從制度理性功能的角度來說，由於領海基線已經直接涉及每個國家的領海與領陸的主權範圍，此當屬涉及國家重要事項的法律規範，同時也是任何主權國家不會輕易妥協的法律範疇。因此，一旦國家立法通過領海基線的劃設原則並劃設出領海範圍後，應該會以持續地向國際社會釋放出維持該領海基線主張的訊號為原則。既然立法部門已經在法律中表示以直線基線作為領海基線的劃設原則，且行政部門也明確頒布了以直線基線為主的領海基線圖，應足以表明在我國無法成為海洋法公約締約國的狀況下，也暫時不願將該等可能具有習慣國際法性質的直線基線規定⁶³，視為對我國具有主權特殊利益而在此時願意遵守的法律。

最後，從整體法秩序考量來看，不論是憲法本文或增修條文，都沒有如聯合國憲章般被特別提及，可見憲法本身對海洋法公約沒有以特別法加以看待的基礎。又，從內政部已經頒布非常具體的「第一批領海基線圖」來說，似乎對於海洋法公約的規定和美國的抗議，沒有呈現出開放性的文字與支持美國說法的立場。換言之，

63 在此使用「可能」具有習慣國際法性質一詞，是因為有的國家或學者認為該規定將有習慣國際法地位，但有的國家或學者則認為沒有。

我國的行政與立法部門還沒有將遵守美國所認為的直線基線之海洋法規定與解釋，當作具有特殊國家利益的性質。

據此，不論從過去的歷史實踐、制度理性功能解釋、以及目前的整體法秩序來看，即便將海洋法公約第8條有關直線基線的規定視為習慣國際法，但目前基於行政與立法部門還沒有將遵守該規定，視為對我國主權有特殊利益的狀況來看，似乎不需要在法律上將該習慣國際法性質的規定，在我國國內法中當作特別法位階加以看待。

三、案例三：中美友好通商通航條約與美國專利法適用案

此案為最高行政法院所審理有關美國專利法規定，在我國是否應依據「中美友好通商通航條約」予以適用⁶⁴。在本案中，涉及我國專利法第86條規定，「發明專利年費之繳納，任何人均得為之。未於應繳納專利年費之期間內繳費者，得於滿六個月內補繳之」，且依據同法第70條第3款規定「專利年費逾補繳期而仍不繳費時，專利權自原繳費期限屆滿之次日消滅。」然而，美國專利法第41條⁶⁵規定，「若因不可避免之事由致無法於所定之六個月緩衝期內繳納權利維護費用時，得於緩衝期滿後二十四個月內繳納維護費用，該專用權年費視為未逾期繳納。」因此，原告（美商H動力公司）進一步援引中美友好通商通航條約第9條規定「締約此方之國民、法人及團體，在締約彼方領土內，其發明、商標及商號之專用權，應予以有效之保護」（粗體字為筆者所強調），主張法院應適用美國專利法二十四個月的專利權維護費用之規定，以「有效保護」原告之專利權。

⁶⁴ 最高行政法院93年度判字第281號判決。

⁶⁵ 35 U.S.C. § 41(b)(2) (2019).

不過，最高行政法院認為，「國際法與國內法為平行之法律體系，且均為行政法之法源；惟國際法要成為行政法之法源，並非毫無限制，必須條約或協定明定其內容，始可直接引用作為法規適用。或將條約、協定內容，透過國內法規之訂定，訂定於相關法規，才能有效執行外，必須司法審判機關採用，作為判決先例。一般而言，於國際法與國內法衝突時，國際法之效力應優先於國內法；但其應具上開要件，始有優先於國內法適用之餘地。」又，「有效之保護並未明訂於該條約，亦未訂定於相關法規……（本文按：且）因美國專利法未具前開國際法成為行政法法源之要件，即無優先於我國專利法第86條及第70條第3款效力，行政法院自無引用之必要。」

前段所引用的最高行政法院見解，似乎開始挑戰過去司法實務上傾向以特別法看待國際法在國內法上的效力位階⁶⁶，並認為只有在條約明定應適用或明定於國內法規，且司法機關採用為判決先例的要件下，才會使國際法在國內法上有特別法的效力。本文認為，最高行政法院開始提出國際法作為特別法的明確法律要件，是一件相當值得肯定的意見。而以本文所關心的研究目的來看，本案的爭點是：在中美友好通商通航條約沒有明文規定下，法院能否依據條約適用外國法制？

從歷史實踐的角度來看，中美友好通商通航條約簽訂的法律與政治意涵很多。若僅以法律的角度來說，最重要的可能是透過該條約的簽訂，廢除了中美之間的不平等條約，促成中華民國在國際上追求平等地位與對外自決權的重要一步⁶⁷。此外，過去我國法院所

⁶⁶ 參見李建良（註13），頁225-227。

⁶⁷ 參見吳翎君，1946年中美商約的歷史意義，國立政治大學歷史學報，21期，頁41-66（2004年）；See also JULIA FUKUDA COSGROVE, UNITED STATES FOREIGN ECONOMIC POLICY TOWARD CHINA, 1943-1946: FROM THE END OF EXTRATERRITORIALITY TO THE SINO-AMERICAN COMMERCIAL TREATY OF 1946 (1987).

審理到的國際法與國內法關係的案件中，即有數件涉及到中美友好通商通航條約，並在相關案件中也強調該條約在國內法上具有特別法的地位⁶⁸。由此可知，在涉及中美友好通商通航條約的相關問題上，其實具有相當強烈的國際主義取向。

再進一步從制度理性功能的角度來看，本案較為特殊的地方為不是直接涉及條約本身的適用，而是間接涉及美國國內法可否透過該條約成為我國法院適用的法源問題。最高行政法院在前述判決意見中提到，由於美國法不是國際法的法源，所以法院沒有引用之必要，自然也沒有判斷有無構成特別法的問題。此處比較值得商榷者，是隨著現代國際法的發展下，國際法與國內法的界線越趨模糊，所以才會有「跨國法」(transnational law)的法律概念出現⁶⁹。換言之，外國法也有可能在某些條件下，構成了現代意義上的國際法內涵。因此，最高行政法院直接將美國專利法直接排除在國際法的法源外，雖然從傳統的國際法法源意義上來說沒有錯誤，但從現代國際法的發展來說似有不妥之處。

回到制度理性功能的角度來說，在於我國與美國的雙邊通商通航關係中，是否需要以透過適用與遵守美國國內的專利法，作為表示我國承諾會長期遵守中美友好通商通航的方式？本文以為，既然我國過去的司法判決中已經強調，該條約在我國具有特別法的效力位階，且我國專利法整體結構並沒有被原告主張無法有效保護外國人的專利權時，已足以表示我國具有長期遵守該條約的意圖。因此，在假設美國法可以間接的作為一項國際法法源時，除非條約中有特別明定，在此情況下最多只能以較低的法律或命令位階加以看待。

68 參見前註45之相關判決。

69 Harold Hongju Koh, *The 1994 Roscoe Pound Lecture: Transnational Legal Process*, 75 NEB. L. REV. 181, 181-207 (1996).

最後，從整體法秩序考量的角度來看，我國專利法有關專利維護費的繳納期限之規定（六個月內不繳納即失權）已經非常具體，所以我國該規定對國際法可說是屬於非常低的開放程度。此時，在很明顯地與美國專利法（二十四個月內不繳納才失權）相衝突的狀況下，在沒有很明確的法律預先規範的狀況下，很難有進一步適用美國專利法的餘地。同時，美國專利法的專利維護費的繳納期限規定也不具有普遍性，所以對我國法院必須適用才能算是有效保障美商的說服性極低。又，在本案中原告也始終沒有舉證證明行政與立法機關，認為美國專利法應透過該條約以特別法位階加以適用之立場。

據此，雖然在本案中最高行政法院的判決中，試圖建立國際法在國內法中得優先適用的條件，但該判決缺乏對過去中美友好通商通航條約在我國法秩序與實踐中的分析，且欠缺對現代國際法法源發展的想像，有可能會造成日後沒有妥當地加以考量他國國內法的情況。因此，雖然本文的結論在本案中與最高行政法院相同，但主張在國際主義的脈絡下可以擴大國際法法源範圍，並視不同情況定其法律位階的效力。

伍、結語

本文以聯合國安理會的北韓制裁決議案為起點，探討臺灣在特殊的國際地位下，應如何看待不同國際法規範（無論是有批准或無法批准），在國內法上的效力問題。作者主張應從我國憲法國際主義之歷史實踐、制度理性選擇的功能性觀點、與憲法所欲維持的整體法律秩序原則，來判斷系爭國際法規定的效力。

具體來說，在國際主義的歷史實踐方面，若該國際法規定是在強化公民自決或民主正當性時，有可能被初步認定為具有較高效力

的說服性。但若不屬於國際主義歷史實踐的範疇，也可以再進一步從制度理性功能角度，判斷該特定國際法規定是否屬於我國需要特別維持其法律上的穩定性，以同時向國內與國際社會，特別地釋放出我國願意高度遵守該對外法律承諾的意圖時。若從前述兩個角度初步認定該特定法律具有特別法性質時，可以再進一步從國內法規範對國際法規範的開放成度、特定國際法規範的普遍性、與總統與行政部門對某一國際法規範的立場，檢驗特定國際法規範是否應被排除於特別法的類別。

參考文獻

1. 中文部分

- 吳庚、盛子龍（2017），*行政法之理論與實用*，15版，臺北：三民。
- 吳翎君（2004），1946年中美商約的歷史意義，*國立政治大學歷史學報*，21期，頁41-66。
- （2013），重探1946年中美商約，1943——戰後新格局的奠基國際學術研討會，中國史學會、俄羅斯歷史學會主辦，2013年11月25日。
- 李明（2007），韓戰期間的美國對華政策，*國際關係學報*，23期，頁57-90。
- 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（八）（上冊）*，頁175-275，臺北：中央研究院法律學研究所。
- 林正義（1989），韓戰對中美關係的影響，*美國研究*，19卷4期，頁81-112。
- 林佳範（2010），論兩公約對憲法人權保障的補充——一個初步架構的探討，*全國律師*，14卷3期，頁23-41。
- 高涌誠（2013），兩公約人權報告與國際審查，*全國律師*，17卷3期，頁31-42。
- 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（六）（上冊）*，頁223-272，臺北：中央研究院法律學研究所籌備處。

黃舒芃 (2016), 國際及區域人權公約在憲法解釋中扮演的角色, 臺灣民主季刊, 13卷1期, 頁85-129。

蕭高彥 (2007), 台灣的憲法政治: 過去、現在與未來, 收於: 殷海光基金會編, 自由主義與新世紀台灣, 頁129-170, 臺北: 允晨文化。

2. 外文部分

Ackerman, Bruce. 1997. The Rise of World Constitutionalism. *Virginia Law Review* 83:771-797.

Ackerman, Bruce, and David Golove. 1995. Is NAFTA Constitutional?. *Harvard Law Review* 108:799-929.

Bradley, Curtis A., and Jack L. Goldsmith. 2014. *Foreign Relations Law: Cases and Materials*. 5th ed. New York, NY: Wolters Kluwer Law & Business.

Calabresi, Steven, and Stephanie Dotson Zimdahl. 2005. The Supreme Court and Foreign Sources of Law: Two Hundred Years of Practice and the Juvenile Death Penalty Decision. *William & Mary Law Review* 47:743-909.

Cleveland, Sarah. 2006. Our International Constitution. *Yale Journal of International Law* 31:2-125.

Cosgrove, Julia Fukuda. 1987. *United States Foreign Economic Policy Toward China, 1943-1946: From the End of Extraterritoriality to the Sino-American Commercial Treaty of 1946*. New York, NY: Garland Pub.

Hathaway, Oona. 2008. Treaties' End: The Past, Present, and Future of International Lawmaking in the United States. *Yale Law Journal* 117:1236-1372.

Henkin, Louis. 1997. *Foreign Affairs and the United States Constitution*. 2d ed. New York, NY: Oxford University Press/Clarendon Press.

- Hillebrecht, Courtney. 2014. The Power of Human Rights Tribunals: Compliance with the European Court of Human Rights and Domestic Policy Change. *European Journal of International Relations* 20:1100-1123.
- Hoffmann, Stanley. 1995. The Crisis of Liberal Internationalism. *Foreign Policy* 98:159-177.
- Hu, Nien-Tsu Alfred. 2006. Fishing Entities: Their Emergence, Evolution, and Practice from Taiwan's Perspective. *Ocean Development and International Law* 37:149-183.
- Jackson, Vicki C. 2005. Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement. *Harvard Law Review* 119:109-128.
- Kaufman, Natalie Hevener. 1990. *Human Rights Treaties and the Senate: A History of Opposition*. Chapel Hill, NC: University of North Carolina Press.
- Keller, Helen, and Alec Stone Sweet, eds. 2008. *A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems*. New York, NY: Oxford University Press.
- Koh, Harold Hongju. 1996. The 1994 Roscoe Pound Lecture: Transnational Legal Process. *Nebraska Law Review* 75:181-207.
- . 2004. International Law as Part of Our Law. *American Journal of International Law* 98:43-57.
- Martin, Lisa. 2005. The President and International Commitments: Treaties as Signaling Devices. *Presidential Studies Quarterly* 35:440-465.
- Matsuda, Mari J. 1989. Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story. *Michigan Law Review* 87:2320-2381.
- Michelman, Frank I. 1988. Law's Republic. *Yale Law Journal* 97:1493-1537.

- . 2005. Integrity-Anxiety?. Pp. 241-276 in *American Exceptionalism and Human Rights*, edited by Michael Ignatieff. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Neuman, Gerald L. 2003. Human Rights and Constitutional Rights: Harmony and Dissonance. *Stanford Law Review* 55:1863-1900.
- . 2004. The Uses of International Law in Constitutional Interpretation. *American Journal of International Law* 98:82-90.
- Schwartz, Herman. 2003. The Internationalization of Constitutional Law. *Human Rights Brief* 10:10-12.
- Stephenson, Matthew C. 2006. A Costly Signaling Theory of “Hard Look” Judicial Review. *Administrative Law Review* 58:753-816.
- Vermeule, Adrian. 2006. *Judging under Uncertainty: An Institutional Theory of Legal Interpretation*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Wittkopf, Eugene R. 1990. *Faces of Internationalism: Public Opinion and American Foreign Policy*. Durham, NC: Duke University Press.
- Yeh, Jiunn-Rong, and Wen-Chen Chang. 2008. The Emergence of Transnational Constitutionalism: Its Features, Challenges and Solutions. *Penn State International Law Review* 27:89-124.
- Young, Ernest A. 2003. The Trouble with Global Constitutionalism. *Texas International Law Journal* 38:527-545.