



專題企劃

國際法於我國內國法院之實踐

國立成功大學法律學系助理教授 ◀◀◀◀ 陳怡凱

目次

壹、前言	陸、國際法條約之內國效力、位階、與直接可適用性
貳、問題之提出	一、國際法條約如何產生內國效力？
參、兩岸簽署之協議之法性質	(一) 轉型理論 (Transformations Theorie)
一、兩岸關係是國際法主體與國際法主體之間之關係	(二) 採納理論 (Adoptionstheorie) 與執行理論 (Vollzugstheorie)
二、兩岸之間所簽署之協議是國際法條約	(三) 轉型理論與採納理論對國際法之內國效力之影響
肆、關於兩岸關係之實務見解：最高法院98年度台上字第7667號判決	(四) 小結
一、屬地原則 (領土原則)	二、國際法條約在內國之法位階
二、屬人原則	三、國際條約於內國是否具直接可適用性
(一) 主動屬人原則	(一) 直接可適用性之意義
(二) 被動屬人原則	(二) 條約是否具直接可適用性由法官決定
三、世界法原則	(三) 人民可否在訴訟上主張條約上之權利
四、小結	(四) 兩公約是否給予個人主觀權利
伍、國際法義務之內國實踐與司法獨立	柒、結論
一、國家權力對內之權力分立	
二、國家權力對外之統一性	
三、司法權就國際法義務之承擔與履行應留給政府與國會政治決定餘地	
四、我國對於瑞士所為之國際法承諾之履行	

壹、前言

由於我國外交處境特殊，在國際上鮮有活動。對我國具有拘束力之條約與公約為數亦不多，相應而言，我國法院既少有機會適用條約，亦少有機會違反條約，因此也不至於被其他締約國告到國際法院。這是我國法官似乎可以無需適用國際法或不用注意國際法規之指示而自行解釋內國法，而長久以來仍可相安無事之一大原因。總之，國際法於我國審判實務有

很長時期未扮演重要角色。此種局面最近卻有了改變。一方面，由於冷戰結束，國際公法之執行力有顯著地增強。另外在經濟貿易全球化之今日，我國也以台澎金馬關稅區之名義加入WTO。而成為我國在國際組織上以完全會員之身分與其他各國共同進行世界貿易整合。另一方面，自2008年馬政府執政以來，兩岸簽署了許多協議。這些改變使我們可以大膽預測：原本於國內審判實務上退居一隅之國際公法，定當日漸嶄露頭角。因此審判實務對於即將



來臨之國際法在我國實踐之問題，似乎宜早先做準備。不過關於國際法於我國法院之實踐之問題，本文在有限之篇幅中，無法鉅細靡遺地一一研究。本文只能嘗試挑出幾個重要的原則性問題來討論。

貳、問題之提出

當前比較重要的問題是，兩岸簽署了許多協議，這些協議之法律屬性為何？其是否為國際法條約性質，或在屬於「一中原則」底下屬於內國法屬性？由於前總統李登輝與陳水扁總統之「兩國論」與「一邊一國論」，以及現任馬總統之「一中原則」，導致中華民國是代表台灣或代表中國之定位不明，而大法官在釋字328號解釋又以「政治問題」為由而迴避國家定位之問題。另外，又由於兩岸之政治高敏感度之關係，致使兩岸簽署之各項法律文件，均避免使用條約或協定之國際法正式名稱，而使用協議、架構協議等籠統用語¹，導致這些文件之法律屬性為何？可能啟人疑竇，而有待於進一步釐清。我國司法實務應如何面對兩岸關係？在兩岸人民交流所發生之爭端，我國法院是否享有管轄權？在中國大陸所發生之犯罪，是否為在中華民國領域內之犯罪而應適用內國法，或在中華民國領域外之犯罪，而應適用國際法之國家管轄原則來處理？目前之實務見解為何？該見解是否合乎國際法？另外，為了拉法葉艦案之偵查，前行政院長與前法務部長對瑞士所為之承諾：日後不判處汪傳浦死刑，法院是否受到拘束？可否基於司法獨立而不理會該承諾？國際法條約在我國如何產生內國效力？

具內國效力之條約於我國之規範金字塔中具有何種位階？具內國效力之條約是否具有直接可適用性？於訴訟時，人民是否可以直接主張國際法條約中所規定之權利？尤其是公民與政治權利國際公約中之人權，我國國民可否於我國法院中直接主張？

參、兩岸簽署之協議之法性質

一、兩岸關係是國際法主體與國際法主體之間之關係

國際法基本上是以主權國家為對象，因為只有對某一特定土地及上面之人民擁有最高統治權之單位，才可能對外承諾國際法義務，也才有能力將其承諾之國際法義務對內（在該領土內）履行。符合此一特徵的是國家。因為國家在其自己之領土上擁有最高統治權（領土高權），由於沒有任何其他之主體在該領土內比它還高，因此，至少就第三國而言，任何想要在該領土上為國際法權利實踐之第三國，就只能與最高統治主體之國家談判與締約，因為與次一級的單位打交道無法獲得真正之承諾，因為該次級單位仍須請示與獲得最高單位之同意始能為承諾。因此第三國乾脆直接與最高單位協商與締約，這導致兩種現象：第一，某一國家如果沒有獨立之主權，而是聽命於他國之附庸國，則將導致沒有任何國家會與附庸國為外交行為²，包括締結條約，而是直接與宗主國為國際法行為。因此世界各國在外交上均極力避免留下其無法獨立自主作決定之印象，再弱小之國家至少在表面上均努力維護其主權之獨立性³。第二，國家之外交權，各國均歸屬於

1 比如海峽兩岸司法互助協議，其實質內容如同引渡條約；海峽兩岸經濟合作架構協議（ECFA），其實質內容是區域貿易協定。

2 常設國際法院於1931年在德奧關稅同盟一案中就區分兩種國家之範疇，一個是完全主權國家，另一個是所謂之附庸國家。請參考：Anzilotti, Customs Regime between Germany and Austria, Gutachten v. 5. 9. 1931, PCIJ Ser. A/B No. 41, S.37, 57, Rn.3.

3 獨立性是主權之第一個特徵，這是指國家不聽命於他國之意志，而只服從自己之意志與國際法。國際法院法官Anzilotti在1931年德奧關稅同盟案中就表示：獨立性這個法概念與國家服從國際法不相干，也與國家在事實上越來越多地依賴



一國中最高單位之中央，而且是國家元首、政府元首或外交部長之權限，而不可能屬於地方之權限。即使是聯邦國，各邦對外如果沒有聯邦之授權，亦不能單獨與第三國締結條約⁴。由此可見，主權與國際法上之權利能力緊密地連接在一起。簡言之，擁有主權之單位，才有國際法上之權利能力，才能是國際法上權利義務歸屬之主體⁵。與此種單位協商與締約才會對國際法條約之締結有意義，因為該單位才能保證履約，也才能以最高統治權對內約束其自己之人民、官署、與法院，並保證為國際法義務之履行。

因此國際法著重擁有該實際主權之單位，不管該單位是國家、政治實體或交戰團體，只要擁有事實上有效之統治權，均肯認其具有國際法上之權利能力。學者Theodor Schweisfurth將國家與主權之實際有效性之關連性說得更清楚：「光是有國家組織架構之宣佈與聲明並不足以建國，而是所宣佈之秩序至少在所主張之國土之重大部分上真的被實現才行。該秩序原則上被遵守以及可以實際地壓倒反對者而被實現。此一要求人們稱之為國家權力之實際有效性。世界上並沒有那種只是有可能存在之虛構國家（der virtuelle Staat）⁶」。

鑒於兩岸分治之事實，中華民國政府目前對外所為之國際法行為，是以有效統治權所及之台灣地區為履約保證，其因條約所生之國際法權利義務歸屬於台灣地區，而不及於大陸地區。同樣地，中華人民共和國政府對外所為之國際法行為只能及於大陸地區，不能及於台灣。這不管兩岸主張的是一個中國，或一中一台，或兩個中國、或一國兩府，在沒有兩岸統治權實質合併之前，皆不會有任何改變。因此兩岸所簽署之協議，不論其名稱為何，只要內容涉及高權關係，則為國際法條約。

二、兩岸之間所簽署之協議是國際法條約

即使馬政府回到一中原則而與中共的主張相同，則處理兩岸協議與紛爭還是只能根據國際法原理來處理⁷。主要理由有四：第一、如果兩岸因共同主張一個中國，而將兩岸簽署之文件解釋為不是國際法條約而是內國法文件，則將爆發以哪一部憲法為最高準據法之問題。因為內國法不能牴觸具最高位階之憲法。第二、一個主權國家只受到國際法之拘束，而不受到其自己之內國法之拘束⁸。由於中華人民共和國是對大陸地區擁有有效統治權之主體，如果兩岸簽署的協議不是國際法條約，則產生該協議是否能對中華人民共和國產生拘束力之疑問。

其他國家不相干，亦即對於國家自由之限制並未影響國家之獨立性，只要該限制不會使國家臣屬於另一國之權威底下。同前註。

- 4 德國基本法第條第三項就規定即使是各邦權限之事項，非經聯邦政府之同意，各邦亦不得與外國締結條約。關於德國各邦之條約締結權限，請參考：Walter Rudolf, *Internationale Beziehungen der deutschen Ländern*, AVR (Band 13) 1966/1967, S. 57ff.
- 5 這裡主權之要素已經包含統治權之實際有效性在內。因此流亡政府若長期流亡在外，喪失統治權之實際有效性，則還是可能被認定為發生國家滅亡，或合法政府之消滅。有疑題的是：超過多長之期間國家之主權被外國拿走而還可以認為國家尚未滅亡而仍繼續存在？如果局面已經長期穩固了，統治權沒有取回之希望，則國家仍發生滅亡或流亡政府之正當性喪失。國內常將主權與治權做區分，而將主權做類似於所有權之理解，而將治權做事實上統治權之理解，這是忽略了主權之實際有效性之元素。在國際法上，主權無法長期欠缺實際有效性之統治權而還能單獨存在的。請參1923年10月18日英國對抗哥斯大黎加之國際仲裁法院之Tinoco案之判決理由。
- 6 請參考：Theodor Schweisfurth, *Völkerrecht*, 2006, S. 12.
- 7 馬總統於立法院審查ECFA時表示：ECFA不是條約或準條約，因為兩岸關係不是國與國之間之關係。請參見：「馬步不亂，打造兩岸新模式」，聯合報，2010年7月3日。「馬重申兩岸不是國與國關係很重要」，中央日報，2010年7月3日。
- 8 這是指國家對自己之內國法可以自己單方修改變更，而相對人無法阻止國家單方變更自己之內國法。因此如果外國私人或外國公司與國家締結契約，等於完全沒有保障。國家對於自己所承諾之契約義務，可以透過徵收或透過單方修改內國法而使契約之內容違反強制禁止之規定而無效。這是為何各國均要為其商人與投資地國締結投資保障協定之原



尤其是兩岸關於確保台商投資安全之投資保障協定，目前所遇到之最大障礙在於中共反對引進國際爭端解決之機制。但若非將爭端交由國際法院仲裁，又如何確保中共這個國家受到拘束與忠誠履約呢？第三、兩岸所簽署之協議均有賴於履行，該協議在台灣地區與大陸地區之履行，均不是兩岸某一方可以單方辦到的。有效統治權之事實上分離導致任何兩岸協議之履行均只能以國際法之協調方式為之。這是干涉對方最少而又能達到目的之方式。即使中共口口聲聲主張台灣是其領土不可分割之一部份，亦務實地簽署兩岸共同打擊犯罪之司法互助協議，該協議之內容實質上是國際法上之引渡條約。而非當真根據一中原則，由全國人大立法而要在台灣實施。第四、當兩岸共同在同一國際組織時，比如兩岸均是WTO之會員，則雙方均必須信守WTO之義務。如果出於意識形態，認為根據一中原則，兩岸簽署之協議不可能是國與國之間之條約，而因此將兩岸簽署之ECFA解釋為並非國際法條約，而因此也不是WTO架構下之區域協定，因此就推論出ECFA不用送交WTO秘書處，也不用遵守GATT第24條之規定，則我國作為WTO之會員是否會因此而違反了WTO之國際法義務？在與第三國有利害關係之國際組織中，可以清楚顯示出：兩岸簽署之協議不可能不按照國際法之觀點來定位，而自行以一中原則來解釋。

總之，兩岸簽署之各種法律文件之性質是國際法條約。解釋與處理此種兩岸協議必須根據國際法之解釋原則，而非根據內國法之解釋原則來處理。

肆、關於兩岸關係之實務見解：最高法院98年度台上字第7667號判決

本案涉及臺灣人民在大陸地區販賣盜版光碟，觸犯著作權法第九十一條之一第三項意圖營利而以移轉所有權之方法散布重製物光碟為常業罪，其法定刑是六月以上三年以下有期徒刑。本案問題之焦點在於：在大陸地區之犯罪是否為在中華民國領域外之犯罪，而可適用刑法第七條輕罪（三年以下有期徒刑）不處罰之規定。結果最高法院認為：「中華民國憲法第四條明文：『中華民國領土，依其固有之疆域，非經國民大會之決議，不得變更之。』，而國民大會亦未曾為變更領土之決議。又中華民國憲法增修條文第十一條復規定：『自由地區與大陸地區間人民權利義務關係及其他事務之處理，得以法律為特別之規定。』；且台灣地區與大陸地區人民關係條例第二條第二款更指明：『大陸地區：指台灣地區以外之中華民國領土。』，均揭示大陸地區仍屬我中華民國之領土；同條例第七十五條復規定：『在大陸地區或在大陸船艦、航空器內犯罪，雖在大陸地區曾受處罰，仍得依法處斷。但得免其刑之全部或一部之執行。』。據此，大陸地區現在雖因事實上之障礙為我國主權所不及，但在大陸地區犯罪，仍應受我國法律之處罰，即明示大陸地區猶屬我國領域，並未對其放棄主權。」。

最高法院引用了憲法中華民國領土之規定，但忽略了大法官釋字328號解釋對於何謂中華民國領土，刻意以政治問題迴避作明確回答之立場。而自行解釋為國土包括中國大陸地區。最高法院雖然承認：「大陸地區現在因事實上之障礙為我國主權所不及」，但卻又堅持：「在大陸地區犯罪，仍應受我國法律之處

因。因為只有國際法條約才能拘束國家。請參考：Matthias Herdegen, Internationales Wirtschaftsrecht, 3. Aufl., 2002, S. 218ff.



罰」。而其理由似乎是認為：「大陸地區猶屬我國領域，並未對其放棄主權……」。因此否定有刑法第七條之適用。

其實在本案這裡，問題之關鍵與我國主觀上有無放棄大陸地區之領土無關，而是客觀上我國之有效統治權不及於大陸地區之事實。而對於基於此一客觀事實所發生之法律問題，我國法院應採何種立場，始能前後一貫地解決問題？

如果按照最高法院之上開判決之見解，亦即，雖然承認大陸地區為我國主權所不及，但仍堅持是我國之領土，因此就推論出：「在大陸地區犯罪亦視為在中華民國領域內犯罪」，因此我國法院可對之行使管轄。試問此一見解有無可能完全貫徹？如果在大陸地區犯罪視為在中華民國領域內犯罪，我國法院有無可能對大陸地區之各種犯罪進行審判？比如加害人是大陸人，被害人也是大陸人，犯罪地在大陸地區，此時加害人到台灣來觀光旅遊，我國檢察官可否根據最高法院之上述見解，逕行對之起訴，法院對之審判？如果我國實務當真如此處理，有無違反國際法地干涉了中華人民共和國之對人高權與領土高權？這裡恐怕無法根據最高法院之上述見解，而是要根據國際法上之國家管轄權之原則來處理比較妥適。

國際法上之管轄（jurisdiction）是指各個主權國家對何種事項可以行使統治權而不會違反國際法⁹。這裡所指的管轄與內國訴訟法上之土地管轄、職務管轄並不相干，也與內國訴訟法上之管轄權與審判權之間之區分無關。由於司法權亦屬於國家統治權，因此對法官而言，所謂國際法上之管轄，具體言之，這是指對於何種案件我國法院可以審判而不會侵犯了他國之

主權，或干涉了他國之內政。尤其是對於在他國國土上之我國國民行使對人高權時，需注意他國之領土高權，以及對於在我國領土之外國人行使領土高權時，亦須注意不要侵犯該外國人祖國之對人高權。如果某一案件與我國既無屬人之連繫，亦無屬地之連繫，則我國法院就該案件不能貿然審理¹⁰。亦即，在國際上各個主權國家為了避免主權發生碰撞，因此必須根據國際法上之國家管轄權原則來行使管轄權。關於國家之刑事管轄權應根據下述之原則來決定：

一、屬地原則（領土原則）

所謂領土原則是指：國家於其自己之國土上行使不受限制之高權。國家所制定之法律規範不受限制地於其領土發生規範效力，國家審判權裁判所有於其領土所生之一切糾紛。國家於其領土上執行所有之法律與命令。因此根據領土原則，凡是在一國領土上發生之犯罪，除非享有國際法上之豁免權，否則該領土國家對該犯罪具有管轄權。

二、屬人原則

國家之對人高權及於所有位於其領土上或於其領土為行為之自然人與法人。國家使這些人受到其法律規範，司法管轄以及其行政權之統治。不過，對於自己國民之對人高權並不限於國家領土內。國家對於那些客居於外國之本國國民亦可加諸法律規範，如果本國國民不遵守本國具跨國界效力之內國法，則內國法院可對之加以追究。只是國家對於該法不能於他國領土上自力執行。出於對他國領土高權之尊重，國家不能於他國領土上自力強制別人遵守其法律規定與法院判決。

⁹ 國際法上之國家管轄權可分為行政管轄權、立法管轄權與司法管轄權。這裡主要是討論法院之司法管轄權中之刑事管轄權。請參考：Malcolm N. Shaw, *International Law*, 5. Edition, 2003, p.576, 579.

¹⁰ 學者Doehring表示：「國家並沒有國際法上之權限去處罰外國國民於外國之行為」。請參考：Karl Doehring, *Völkerrecht*, 1999, S. 345.



(一) 主動屬人原則

主動屬人原則是說，國際法賦予國家權利去處罰擁有其國籍之犯罪行為人，而不論行為人所為之行為是在哪一國之領土上。如此理解下之主動屬人原則在國際法上使國家有權去科處刑罰，但並非課國家以義務去科處刑罰。在英美普通法國家之法體系並不追訴本國國民在外國之犯罪行為¹¹。

(二) 被動屬人原則

被動屬人原則是指：國家有權，於外國人對本國國民為犯罪行為時，該對外國行為人科處刑罰。國際法基於此種因本國國民被害而賦予國家有權對於外國人之加害人科處刑罰。

三、世界法原則

世界法原則是指：如果某犯罪所加諸之特定保護利益之侵害並非只限於有連繫因素之國家才受害，而是那種其受害被評價為整個國際社會皆受害的話，則對此種犯罪之科處刑罰不再要求國家要有屬地連繫或屬人之連繫。即使該犯罪之行為地不在本國領土，被害人與加害人皆非本國國民，此時國際法亦賦予該國家可行使刑罰高權，此稱為：「世界法原則」。國際法條約將之納入世界法原則之犯罪（國際罪），包括：種族屠殺、酷刑、恐怖主義、劫機、以炸彈危害飛機、危害外交人員、戰犯、殘害人類之犯罪、偽造貨幣（貨幣犯罪）、買賣婦女。

四、小結

除非是世界法原則所承認之國際罪，否則如果行為地不屬於本國之領土，而行為人與被害人皆非本國之國民，則國家原則上不得行使司法管轄權。亦即根據國際法，國家對於無屬地連繫，亦無主動屬人與被動屬人連繫之案件，無管轄權¹²。因此最高法院上開判決之見解，衡諸國際法上之國家管轄權之原則，無法

令人贊同，主要理由如下：

1. 國際公法是以國家主權原則為基礎。其中一個重大原則是「內政不干涉原則」。任何國家原則上只能對自己之國民（對人高權），以及在自己之領土（領土高權）行使統治權。而刑罰權係屬於統治權之一。因此刑罰權之行使若無屬人性之連繫或屬地性之連繫，則不能任意發動，以免違反國際公法上之內政不干涉原則。比如一位美國人在日本殺害一名德國人，行為地在日本（外國領土），行為人是美國人（非我國國民）、被害人是德國人（非我國國民）、所以當該美國人來我國觀光旅遊時，我國不可將之審問處罰，因為該犯罪與我國並無任何屬地或屬人之連繫。若我國任意逮捕該美國人，並將之審問處罰，則將侵害美國之主權（對人高權）。

2. 處理兩岸犯罪之適當作法亦必須注意上述國際公法之原則，不能過於一廂情願。片面聲明：「大陸地區是我國領土，在大陸地區犯罪仍應受我國法律之處罰」，而完全無視於我國統治權事實上無法及於大陸地區之事實，試問我國法院事實上有無可能貫徹此一見解，而將所有在所謂我國領土之大陸地區上之犯罪之人全部審問處罰？尤其是當行為人是大陸人，行為地在大陸地區，被害人亦是大陸人，完全與台灣無屬人或屬地之連繫因素存在，依照上開最高法院之見解，當該犯罪之大陸人來台灣旅行時，我國法院勢必要對之逮捕、拘禁、審問、處罰。試問如此作法是否正當？有無考慮這已經侵犯到中華人民共和國之主權？依照上述國際法上國家管轄權之原則，此種案件我國並無管轄權。

3. 中國對外宣稱台灣是其不可分割之領土，台灣人也是其國民。但它處理兩岸犯罪，難道當真是按照內國犯罪在處理嗎？當行為人

11 Restatement of the Law Third (American Law Institute), 1987, §421.

12 G. Dahm, Völkerrecht(J. Delbrück/R. Wolfum), 2. Aufl., Bd. II, 1989, S. 320ff.



是台灣人，行為地在台灣，犯罪被害人也是台灣人之案件，而該行為人潛逃到中國時，中國如何處理？中國對此類案件完全根據國際法上國家管轄權原則處理，亦即此時將此種案件視為與中國無任何屬人與屬地連繫之外國案件，不行使管轄權。我們必須注意到連中國都採取國際法原則在處理兩岸之犯罪，我國法院何能昧於統治權不及於大陸地區之事實，當真將發生在大陸地區之犯罪視為在我國領土上之犯罪之內國案件來處罰呢？

事實上兩岸已經簽署類似國際法上之引渡條約一樣之海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議。這是兩岸務實地承認雙方之統治權事實上無法及於對方，而非如同務虛似地「一中」政治主張。如果根據最高法院該判決之見解，大陸地區完全比照內國領土來處理，則我國檢察官必須要起訴所有發生在大陸地區之犯罪事件，我國法院也必須全部加以審判，這在事實上是否可行？果如此，則兩岸又何必大費周章地簽署該司法互助協議呢？

4. 處理兩岸犯罪上之我國管轄權之問題，必須體系性地前後一貫，不可自相矛盾，或毫無章法個案式地頭痛醫頭，腳痛醫腳。鑒於我國統治權事實上不及於大陸地區是一個事實，因此應採用國際法上之國家管轄權原則來處理各種類型之兩岸犯罪。亦即，將大陸地區視為外國領土，大陸人視為外國人一樣地處理。

以ECFA為例，馬總統雖然表示ECFA不是條約或準條約，因為兩岸關係不是國與國之間之關係。但即便如此，馬總統到頭來還是要將ECFA比照條約來審議。換言之，馬總統區分政治意識型態之政治宣示，與法律實務上之國際條約模式。形式上是「一個中國」之政治語言，但實質上之作法卻是國際法條約之簽署，內國立法院審議、與批准。這種政治口號「一中原則」，法律實務是以國際法律實務處理兩岸關係之雙面作法，對於處理法律實務之法官而言不可不注意，亦不可顛倒了次序。如將務

虛之政治口號當真適用於務實之法律實務，則是沒有正確把握住處理兩岸關係之虛實兩面原則。

最高法院98年台上字第7667號判決之實務見解就是一個虛實不分之錯誤示範之例子。其未能正確掌握兩岸分別獨自行使有效統治權之國際法屬性，而在兩岸實質統一之前，就將虛擬之「一中原則」當真執行，其結果無法邏輯一貫地完全貫徹，並且可能引發國際法上高權衝突之問題。

因此本文認為在處理兩岸關係時，應務實地適用國際法上國家管轄權原則：

(1) 台灣人在大陸地區犯罪，被害人是中國人時，我國法院雖因主動屬人原則而有管轄權，但仍有刑法第七條之適用，亦即對於三年以上有期徒刑之輕罪，不處理。或所犯之罪，在中國不罰者，我國法院亦不處理。

(2) 中國人民對臺灣人民犯罪，無論犯罪地在台灣或大陸，我國法院根據被動屬人原則，均有管轄權。

(3) 中國人民對中國人民在中國犯罪，與我國無任何屬人與屬地之連繫，所以我國法院無管轄權。

(4) 中國人民在台灣犯罪，無論是對中國人民、或台灣人民、或第三國國民犯罪，我國法院基於領土原則，均有管轄權。

伍、國際法義務之內國實踐與司法獨立

當屬於行政部門之行政院院長、外交部長或其他部會首長代表國家對外締結條約（國際法雙方行為）或解約，或單方對外國為承諾（國際法上之單方行為），此時法院可否基於憲法上之權力分立或司法獨立，而不去顧及該國際法義務，甚至違背該義務而自行依據內國法為裁判？由於條約之情形比較複雜，我將之放到第六點討論，這裡先討論行政部門所為之國際法單方行為，法官是否必須遵守？比如關



於拉法葉艦案，我國檢調單位為了能夠取得汪傳浦在瑞士銀行之資金流向紀錄，由法務部部長陳定南¹³與行政院院長謝長廷先後出具保證，保證對於汪傳浦等人日後如被逮捕、移送或審判時，將獲得辯護人之協助、受無罪推定原則之保障及不被判處死刑。縱然法務部在該聲明之新聞稿中明示：「該保證並非法律保證而只屬於政治性承諾之性質」。不過，我國法院在審理此一案件時，是否可以植基於司法獨立之憲法原則而不顧及我國行政首長上述對於瑞士之司法互助協議上所作之保證，而仍判處汪傳浦死刑？

一、國家權力對內之權力分立

國際法意義下之國家是主權國家，但主權理論在十六世紀剛被提出來的時候，是以君主為主權者¹⁴。統治權無論對內或對外均統一集中到國王手裡。但自從法國大革命引進國民主權與權力分立以來，主權對內已經從統一集中之統治權被打散為彼此獨立與互相制衡之行政權、立法權與司法權。這三個權力由於均是來自於主權，所以三者對內均是最高而彼此平行與同位階，並沒有誰優於誰的問題。三者之法基礎均來自於憲法¹⁵。

二、國家權力對外之統一性

權力分立只是指統治權對內一分為三，反之，對外仍是統一集中於國家，一致對外之權力。亦即，從外部面來看，統治權並沒有一分為三之權力分立（水平分立），亦沒有中央與地方分權之權力分立（垂直權力分立）。而是國家對外所締結之條約，所承擔之國際法之義務，無論是地方政府違反義務，或中央政府違

反義務，亦無論是行政權、立法權、或司法權違反國際法義務，國家均必須統一對外負擔國際法上之國家責任。代表國家之國家元首與政府元首亦不能對外主張：基於內國憲法上之權力分立原則，與司法獨立原則，其不能干涉法官之違反國際法義務之判決，或基於依法行政原則而必須遵守國會所制定之違反國際法之內國立法，而因此擺脫國際法上之國家責任。由於國家不能主張其內國憲法上之權力分立規定而解免國際法義務，而司法權亦為國家權力之一環，因此即使就內國而言法官依據法律獨立審判，無須瞻顧，但對外為了避免判決違反國際法，導致國家整體因司法權之行使而負擔國際法上之國家責任，亦即負擔國際法上之損害賠償，或被他國報復或報仇，或被斷交，或於國際組織被開除或被停權，因此法官於審判案件時，原則上不能只考慮內國法而不管國家在國際上之整體利益，而是應努力使內國法與國際法相協調，儘可能避免內國法之解釋抵觸國際法，或對國際條約做出違背國際法解釋規則之解釋¹⁶。

三、司法權就國際法義務之承擔與履行應留給政府與國會政治決定餘地

由於國際法義務只是使國家負擔義務，因此內國尚存有義務履行之問題。由於國際法義務原則是仰賴各國自願履行，因此內國就國際法義務之履行或拒絕履行，就還是存有政治決定之餘地。因此就國際法義務之履行問題，應由內國政治機關（政府與國會）優先決定，法院應適度給予尊重。國際法義務之承擔以及是否履行，在憲法上是涉及一國外交權之

13 關於法務部發布之對瑞士司法互助聲明之新聞稿，請參見法務部網站下述之網址：<http://www.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=27483&ctNode=27518&mp=001>

14 Martin Kriele, Einführung in die Staatslehre, 6. Aufl., S. 35ff.

15 由於三權之基礎均來自於憲法，因此三權權力之行使均只能在憲法之框架中為之，這導致沒有任何一種國家權力可以主張其可以如同絕對主義君主一樣地主張單方破棄法之主權權力。因此學者Martin Kriele由此導引出一個重要之結論：「憲政國家無主權者」。這同時表示：三權皆是平等的，只有功能不同而已。請參見：Martin Kriele, Einführung in die Staatslehre, 6. Aufl., S. 101ff.

16 Hermann Mosler, Das Völkerrecht in der Praxis der deutschen Gerichte, 1957, S. 3.



行使¹⁷，而外交權屬於行政權，並受到立法院之監督，法院不能以自己之見解來取代政治機關之政治性決定¹⁸，應留給負擔政治責任之政府與國會政治決定之餘地。法院固然不可只顧內國法而不管國際法義務，但法院亦不能只以國際法義務為本，而強迫我國行政院與立法院履行國際法義務。比如ECFA既然已經簽署以及立法院批准，除非違背重大之憲法基本原則，或侵害基本權，否則大法官不宜輕易宣告ECFA違憲。倒過來，當政府與國會均認為ECFA實施之後造成我國經濟衰退，大量失業，而因此拒絕履行ECFA義務，想要終止條約、解約或退出時，大法官與法院亦不宜將該終止條約、解約與退出解釋為違反國際法條約而無效，或背離憲法第141條關於尊重條約與聯合國憲章之意旨而將之宣告為無效，而硬逼我國履行ECFA之義務。法院在這裡應基於憲法上權力分立原則，以尊重政治機關外交決定之立場，而為司法自我節制。比如德國代表民意之政治機關如果想要退出歐盟，德國法院可否以退出歐盟違憲為由而判決德國之退出行為無效？德國學者Albert Bleckmann認為：無論如何，到目前為止仍無法期待，內國法院會以退出歐體違反歐體法或內國憲法為由，來反對其國家退出歐體。倘若內國法執行機關當真能強迫政治機關留在歐體，則很可能我們現在就已經處於歐洲聯邦國了¹⁹。

四、我國對於瑞士所為之國際法承諾之履行

前行政院長謝長廷與前法務部長陳定南對瑞士所為之承諾，我國法院是否受到該承諾之

拘束？如前所述，一國之國際法行為產生國際法效力，但這只是使該國家負擔國際法義務而已。至於該義務之履行國際法是任由內國為之。在普通情況下，法院應尊重政治機關（政府與國會）之履約意志，而不能以司法獨立為由而自行判處汪傳浦死刑。尤其應考慮違反承諾在國際上之後果：瑞士之報復與報仇，國際社會是否會認為我國是不負責任沒有信用之國家，導致日後他國不再相信我國，而不再接受我國之承諾，或與我國締約。死刑之科處違反世界之人權潮流並有損我國之國家信譽。簡言之，司法權作為國家權力之一，違反國際法義務將導致國家負擔國際法上之國家責任。雖然內國憲法並未要求法院作此種政治考慮，但法院應盡量不要使判決違反我國所負擔之國際法義務。

陸、國際法條約之內國效力、位階、與直接可適用性

在國際法條約與內國法之關係，可區分為三大問題²⁰。

第一個問題，國際法條約如何產生內國效力：國際法條約是否一生效，就直接了當地發生內國效力²¹？這是國際法之內國效力之問題。

第二個問題，國際法之位階問題：本問題涉及具有內國效力之國際法條約在內國法源體系中具有何種位階？

第三個問題，直接可適用性：國際法規範是否可直接被法適用機關作為其裁判之基礎而

17 所謂外交權根據學者Geiger之見解是指：一國透過對外取向之國家行為而在國際法之意義下塑造與他國之國際法律關係與政治關係。請參考：Rudolf Geiger, Grundgesetz und Völkerrecht, 3. Aufl., 2002, §24, S. 118. 根據此一見解，國際法條約之談判、締結、終止與解除均屬於外交權之行使。

18 Klaus Stern, Staatsrecht I, 2. Aufl., 1984, S. 843.

19 見Albert Bleckmann, Europarecht, 6. Aufl., 1997, §4, Rn. 151, S. 78, 79.

20 Daniel. Thürer, Verfassungsrecht und Völkerrecht, in Thürer/Aubert/J.P. Müller, 2001, S. 186f.

21 Gaby Buchs, Die unmittelbare Anwendbarkeit völkerrechtlicher Vertragsbestimmungen am Beispiel der Rechtsprechung der Gerichte Deutschlands, Österreichs, der Schweiz und der Vereinigten Staaten von Amerika, 1993, S. 28f.



加以適用？這是國際法規範之可適用性之問題。如果答案為肯定，則人們將之稱為該國際法規範具有直接可適用性，反之，如果必須先由內國立法者加以具體化，則該國際法規範就只有間接可適用性而已。

一、國際法條約如何產生內國效力？

由於國際法只關心結果有無違約，而不關心在過程上一個國家應如何履行條約義務，因此國際法如何產生內國效力，係任由締約國之內國法，尤其是內國憲法自行決定。不過世界各國又由於對於國際法與國家法採取之一元論與二元論之立場不同，而影響條約如何產生內國效力之國家實踐。

二元論是說：國際法與內國法是彼此分開與並存之法秩序，此種觀點之結果就是國際法如果想要轉變成為內國法，則該國際法需要內國法之法行為，用此種方式而產生內國效力的典型是轉型理論。

反之，一元論是從統一之整體法秩序出發，此一法秩序係植基於國際法與國家法均有共同之效力基礎。國際法與國家法均為此一整體法秩序之個別元素，在此種觀點底下，國際法要發生內國效力則不需要有另外之特別命令，採此種觀點之典型是採納理論。

(一) 轉型理論 (Transformationstheorie)

轉型理論是說，如國際法要適用於內國法，則該國際法須轉型為內國法。亦即，只有在作此種型式轉換之後，國際法才變成內國法，而這種轉型是一種革新。這是說，國家之立法者創設出內容合乎國際法之原始之內國法。亦即，轉型之後，於國際法域與內國法域產生出兩個內容相同而平行並立之規範存在。不過，二者之效力基礎不同，國際法規範之效力基礎為國際法之法源。反之，轉型之後所產

生之同一內容之內國法規範，其效力基礎為內國法²²。

(二) 採納理論 (Adoptionstheorie) 與執行理論 (Vollzugstheorie)

國會對於條約締結之同意，並不是條約法轉型為內國法，而是只是國際法適用於內國法之同意或命令而已，人們將之稱為採納理論或執行理論，採納理論認為該內國國會之同意只具宣示意義而已，而執行理論認為該內國國會之同意只是下令國際法於內國法中之執行，意即，沒有轉型，沒有創新，而是將國際法原封不動的照搬過來。國際法無論是根據採納理論之直接發生內國效力，或根據執行理論，經過形式上之轉換（而非實質轉換）而產生內國效力，均是只有一個規範存在，該規範在國際上具國際法效力，而在內國上具內國法效力。而非如同轉型理論所言產生兩個規範。

(三) 轉型理論與採納理論對國際法之內國效力之影響

1. 關於國際法於內國之解釋與適用之問題
根據轉型理論，內國之轉換行為是一種革新，國際法被切斷了其根源²³，在條約轉型之後，便是像原始之內國法規範一樣地適用。如此一來，內國行政機關與法院勢將也要適用內國法之解釋規則了。亦即在內國適用該已轉型之國際法時，無庸參考國際法院之判決與國際法之解釋規則。不過，這可能導致：在內國法適用之觀點底下，使得國際法被扭曲變形了²⁴。反之，根據採納理論與執行理論，國際法是不變更其屬性地移用到內國法域，因此內國法院與官署在解釋與適用該國際法時，仍需尊重國際法院之權威解釋以及國際法之解釋規則來適用。

22 Rudolf Geiger, Grundgesetz und Völkerrecht, 3. Aufl., 2002, S.159.

23 Menzel/Ipsen, Völkerrecht, 2. Aufl., 1979, S. 55. Dahm/Delbrück/Wolfrum, Völkerrecht, Band I/1, 2. Aufl., 1989, S. 105.

24 Karl Josef Partsch, Die Anwendung des Völkerrechts im innerstaatlichen Recht, - Überprüfung der Transformationslehre; Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Band 6 (1964). S. 43, 111.



2. 關於國際法終結之問題

如國際法條約在國際法上被廢止，則其在內國法域中之命運如何？此一問題亦會因所採之理論不同而有差異。

詳言之，轉型理論勢必會造成：將條約加以轉換之內國法，已經切斷了與其國際法之連繫，而轉型成為內國法。因此當條約在國際上被消滅時，該已經轉型之條約並非自動消滅，而是仍須有一內國之廢止行為，才能被取消。亦即，如果該內國法未被取消，則即使該國際法條約在國際上已不再產生效力，而也不再使人負有義務，但該已轉型之內國法勢將仍繼續有效適用²⁵。反之，根據採納理論與執行理論，如果國際法條約，不管出於何種理由，在國際法上不再有效，則該條約在內國法域便自動失其效力，毋庸有內國之廢止行為。

(四) 小結

前述關於國際法與國家法二者關係之說明，以及如何產生內國效力之三種理論，事實上各國之國家實務均未採嚴格版本²⁶。一方面各國在實務上彼此並不互相要求要有這些理論意義下之行為，他們彼此要求的是要遵守國際義務而已，他們並未反對各個國家之內國秩序採用二元論之設計，或採用國家法優先說之一元論，各國也並不要求國際法要無條件地優位於內國法，他們也不主張：國際法破國家法（如同聯邦國憲法所要求之聯邦法破邦法或是

歐體法優先於會員國法），不過各國均承認：國家法並不能單方地擺脫國際法義務之履行，各國也均承認：國家對於如何履行國際法義務之內國法結構之創設，擁有自由決定之餘地。

關於前述問題，各國大多以憲法作統籌之規範。國家實務採一元論與二元論之國家亦皆為數眾多²⁷。國內許多學者認為我國關於國際法與內國法之關係係採取一元論²⁸。不過，我國憲法對這個問題並無規定²⁹。

再從我國之實務來看也有採二元論之轉型理論之實例存在。比如直接將國際規則制定成為我國之內國法：民國18年2月5日公佈之國籍法；民國44年5月12日修正之海上捕獲條例；民國44年6月3日公佈之戰時禁制品條例等³⁰。另外亦有學者主張二元論者³¹。

國際法條約如何產生內國效力，我國無論採取一元論、二元論或採納理論、轉型理論或執行理論均不會違反國際法。我國憲法第63條只規定立法院有議決條約案之權。既未表示何種條約需經立法院議決，亦未明白表示該條約之經立法院議決是轉型為內國法，或採納為內國法，或只是法適用命令。

何種條約需經立法院議決？法律保留原則之重要性理論在這裡可供參考。亦即，政治性條約、涉及人民之權利義務之條約，以及該條約之內容涉及立法職權範圍之條約（國家組織事項或須經立法具體化之事項）等重要性條

25 Philip Kunig, *Völkerrecht und Staatliches Recht*, in Wolfgang Graf Vitzthum (Hrs.), *Völkerrecht*, 3. Aufl., 2004, S. 98, Rn. 38.

26 採取轉型理論的國家仍可能根據國際法之解釋原則，而非理論一貫地以內國法原則來解釋轉型後之條約法。

27 在國家實務上採取一元論之國家有：瑞士、阿根廷、比利時、保加利亞、智利、法國、日本、韓國、墨西哥、波蘭、荷蘭、匈牙利或美國。採二元論之國家有：澳洲、巴西、多明尼加、格瑞那達、英國、印度、愛爾蘭、以色列、牙買加、加拿大、紐西蘭、奧地利、斯堪地半島國家、烏干達、德國。

28 大部分是憲法學者，認為我國是採取單元論之國家：林紀東，*中華民國憲法逐條釋義*，第四冊，頁260以下，民國75年2月三版；周志宏，*論立法院之條約議決權——兼論制定條約締結法的必要性*，*法政學報*第一期，頁73，民國82年2月；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*，廖福特主編，*憲法解釋之理論與實務*，第六輯，頁223-272。

29 見邱宏達（主編）、陳治世、陳長文、俞寬賜、王人傑合著，*現代國際法*，頁100，民國75年2月第五版。

30 邱宏達，*現代國際法*，修訂二版，2008，頁120。

31 李念祖，*論我國憲法上外國人基本人權之平等保障適格*，*憲政時代*，27卷1期，頁80以下，民國90年7月；蕭富山，*從條約之意義與批准制度論釋字第三二九號解釋及成效*（下），*律師通訊*，第191期，1985年8月，頁57。



約，需經立法院議決。

總之，無論採取何種理論，必須考慮是否合乎我國之需要以及理論之一貫性。若能將絕大多數之條約，於批准之前，均先經立法院審議，則採納理論也可以考慮。另外若是要採用轉型理論，則需採用修正版之轉型理論，亦即，法院在解釋與適用國際法條約時，需適用國際法之解釋原則與參考國際法院相關之解釋與判決。若能如此，則無論採何種理論均無問題。至於光從憲法條文之文義來推敲，是無法推論出我國憲法到底採取何種理論的。而國際法之立場是認為：這個問題由內國法自行決定。

至於我國應採何種理論來使條約發生內國效力？如果擴張立法院議決條約之範圍，使立法機關能擴大參與條約之締結，則所謂條約一發生國際法效力，無待於內國法行為直接發生內國效力之一元論之採納理論，亦可採用。這裡擔心的只是：由行政機關（總統、外交部長）所締結之條約，是否擺脫立法機關之參與同意就發生內國效力，而因此使國際條約在沒有民主正當性之情況下就直接取得內國效力。這可能違反憲法上之國民主權原則與民主原則。因此若這一點能克服，則採納理論亦可採用，否則應採取轉型理論或執行理論。另外，內國法院在解釋與適用國際法條約時，為了避免違反國際法，應採取國際法之解釋原則而非內國法之解釋原則，為了達到這個目的，因此不能採取純粹版本之二元論之轉型理論，而應採取採納理論、或執行理論。如果這一點能克服，採用修正版之轉型理論，以國際法之解釋原則來解釋與適用國際法條約，則二元論之轉型理論亦可採。另外，由於我國之國際處境特殊，常無法順利締結條約或公約，若縱然締約失敗仍還是要使該條約發生內國效力，則只能採用二元論之轉型理論才能辦到，比如兩人權

公約（公民與政治權利國際公約與經濟社會文化權利國際公約）在被退件之後，仍使之發生內國效力。

總之，無論採取何種理論，必須考慮是否合乎我國之需要以及理論之一貫性。若能將絕大多數之條約，於批准之前，均先經立法院審議，則採納理論也可以考慮。另外若是要採用轉型理論，則需採用修正版之轉型理論，亦即，法院在解釋與適用國際法條約時，需適用國際法之解釋原則與參考國際法院相關之解釋與判決。若能如此，則無論採何種理論均無問題。至於光從憲法條文之文義來推敲，是無法推論出我國憲法到底採取何種理論的。而國際法之立場是認為：這個問題由內國法自行決定。

二、國際法條約在內國之法位階

國際條約於內國具有何種位階？這個問題仍涉及國際法之內國履行之問題，因此仍是由內國自行決定。國家在國際法上主要是追求自己國家之最大利益，而有時違約所付出之代價（退出國際組織、被他國報復、損害賠償），可能遠比遵守條約義務所付出之代價要低（比如國民之健康、國家安全）。因此各國很少給予國際法條約之內國法位階高於法律或憲法位階的，主要是為了保持彈性，可以在決定是否履行條約義務時，有機會去做利益權衡。在兩害相衡取其輕之下，使國會可以隨時以後法來推翻相同位階之國際法，以實現國家之最大利益³²。

關於國際法條約於我國之內國規範之金字塔中佔有何種位階？我國憲法對之亦未作明文規定。我國實務判決傾向於採優先於法律說。民國二十年七月二十七日司法院訓令司法行政部訓字第四五九號說：「查原則上法律與條約牴觸，應以條約之效力為優」。民國七十二年法務部律字一八一三號致外交部函中表示

32 陳怡凱，國際人權公約之內國效力，台灣法學會主編，台灣法學新課題（八），頁64。



「條約在我國應具有國內法之效力。復從憲法一百四十一條之精神以觀（該條規定：中華民國之外交應……尊重條約與聯合國憲章），條約與國內法牴觸時，似宜優先適用條約」。最高法院23年上字第1074號判決中說：「國際協定之效力，優於國內法」。最高法院73年台非字第69號刑事判決再度引述此項判決³³。

但大法官釋字329號解釋採取法律位階說，其表示：「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」。

由於大法官之解釋有拘束全國各機關之效力，所以國際條約在我國之規範金字塔應具有法律位階，而非優於法律之位階。

三、國際條約於內國是否具直接可適用性

(一) 直接可適用性之意義

所謂條約之直接可適用性是指：內國之官署與法院是否可以直接適用該法規？

如果法規可以被法院直接採為其判決之基礎，則該法規具有直接可適用性。亦即，就國際法條約無庸再制定進一步之具體化規範，法院就可以直接適用，此種條約被稱為具有直接可適用性之法規³⁴。歐洲法院於Leberpfennig一案之判決中就表示出這一點，歐洲法院在該判決中認為此種規範必須具有無條件性、充分明確性、與完整性³⁵，亦即該規範必須充分明確以及在用語上已經確定，不待任何進一步之具體化，就具有可適用性³⁶。

(二) 條約是否具直接可適用性由法官決定

並非條約一產生內國效力同時就具有直接可適用性，而是條約所規定之內容必須具體明確，不待於內國立法者進一步具體化，法院就可以將之適用於個案時，才是具有直接可適用性。由於法院是法律適用機關，因此國際條約是否具直接可適用性，是由法院在個案中自行決定。當然內國法院在解釋適用國際法條約時，應採用國際法上通行之解釋方法以及參考國際機關與國際法院之見解，而非自行任意解釋，否則有可能造成判決違背國際法。

(三) 人民可否在訴訟上主張條約上之權利

法官在審判案件時可能會面臨到一個問題：訴訟當事人直接引用國際法作為權力之主張，此時應如何處理？在何種要件下可認為條約含有具國際法層面上之個人權利之存在，亦即有國際法上之主觀權利存在？該條約首先必須具有內國效力，然後該規範必須具有直接可適用性，此時才考慮該規範是否含有主觀權利，亦即，個人是否被條約規範給予權利。

個人透過規範而被給予權利，以及該受益並非單純只是規範之反射而已，此一要件相當於德國法上之保護規範理論。在LaGrand案中，涉及維也納領事關係公約第36條第1項b款之規定是否賦予個人主觀權利？該條文規定：「為方便領事執行職務，適用下述之事：……，b) 如在領事轄區內有派遣國國民受到接待國之逮捕、拘禁、羈押候審時，接待國之主管機關於受關係人之請求時，應立即告知派遣國之領事代表」。本案德國國民LaGrand兄弟於美國亞利桑那州搶劫銀行，被捕並且被美國法院判處死刑。不過兩兄弟於被逮捕以及隨後之訴訟中均

33 引自邱宏達，現代國際法，修訂二版，2008，頁130，131。

34 Verdross/Simma, Universelles Völkerrecht, 3. Aufl., 1984, S.550. Cottier Nadakavukaren Scheffer, The Relationship Between World Trade Organization Law, National and Regional Law, in JIEL 11998, S. 83.

35 EuGH, Rs. Leberpfennig (9/70), Urteil v. 6. Oktober 1970, Slg. 1970, 825, Rn. 9.

36 B. Greszick, Recht des Einzelnen im Völkerrecht. Chancen und Gefahren völkerrechtlicher Entwicklungstrends am Beispiel der Individualrechte im allgemeinen Völkerrecht, AVR 43 (2005), S. 318.



未被告知他們根據維也納領事關係公約第36條第1項第b款之內容，因此二人在美國之刑事訴訟均未受到領事之協助就被判處死刑。德國於是向國際法院對美國提起訴訟。

在本案中，不只是德國而是也包括美國及國際法院自己，也完全是在保護規範理論之意義下而為論證：德國主張維也納領事關係法公約第36條給予個人權利³⁷；反之，美國主張第36條所給的只是給予國家權利，即使說該權利很可能對個人有利³⁸；在結果上國際法院認為：維也納領事關係公約第36條不只給予派遣國權利而是也給予個人主觀權利³⁹。因此美國法院與官署未告知德國國民LaGrand兄弟，其根據維也納條約法公約第36條第1項第b款可請求德國領事協助之下，就判處死刑，係違反國際法而構成侵害德國之權利⁴⁰。

從LaGrand案中可以得出：

(1) 美國法院對於維也納領事關係公約第36條之解釋係錯誤地以為只是對於個人之反射利益，而因此未做主觀權利之解釋。

(2) 美國法院對國際條約之錯誤解釋構成國際法上之違法行為，美國須就法院之行為對外統一地負擔國際法上之國家責任。

(3) 美國內國法院對德國國民之死刑判決與執行因此構成違反國際法地侵害德國之權利。因為只有國家才有國際法上之權利能力，因此國民被他國侵害在國際法上係等於國家受侵害，而由國民之國籍國來向加害國家主張國家責任⁴¹。

(4) 國際法院課美國以義務，於未來不得違背維也納領事關係公約。

(四) 兩公約是否給予個人主觀權利

關於兩公約之國際法效力，由於我國之批准書送交存放時，被聯合國秘書長退件，所以締約程序並未終局完成而無法對我國產生國際法拘束效力。不過，我國已將該公約以兩約施行法加以內國法化，而具有內國法效力。在國際法層面上，無論我國法院如何解釋兩公約，除嚴重違反國際習慣法或國際法上之人權強行法之外，並不會產生國際法效果。不過由於公民與政治權利國際公約另外還有任擇條款備忘錄第一號，而使個人可以對於加入該第一號備忘錄之締約國所為之侵害人權之行為向國際人權委員會提起個人控訴。這表示：公民與政治權利國際公約上之人權對於加入該第一號備忘錄之國家而言，是個人可以訴訟主張之主觀權利。當然我國並未有效地加入公民與政治權利國際公約，亦未加入該公約之第一號備忘錄，因此我國不會有被個人向國際人權委員會提起個人控訴之危險。這裡只是要指出，從公約之個人控訴之機制，似乎無法排除公民與政治權利國際公約上之人權是可以訴訟主張之主觀權利。因此在解釋上至少應該讓個人可以於法院主張公民與政治權利國際公約上之人權。

如果人民於訴訟上主張系爭內國法律違反公民與政治權利國際公約上之人權，由於根據大法官釋字329號解釋國際條約於我國內國具法律位階，所以如何根據相同位階之條約來審查內國法是否抵觸它，在理論上即產生困難之問題。在解釋上，兩公約上之權利可能與我國憲法上之基本權相重合，而可以被納入既有之基本權內容中。反之，若尚有未重合之部分人

37 IGH v. 27. 6. 2001, ILM 40 (2001), 1069, Rn. 75.

38 IGH v. 27. 6. 2001, ILM 40 (2001), 1069, Rn. 76.

39 IGH v. 27. 6. 2001, ILM 40 (2001), 1069, Rn. 74.

40 當客居國違反國際法義務地侵害外國人，則它就是侵害了該外國人之祖國要求客居國合乎國際法地對待其國民之請求權。在該國民窮盡客居國內國法律保護可能性之後，其祖國吸收了該權利之侵害，而可以透過外交保護之途徑以自己之名義來對客居國主張該權利之侵害。請參考：Andreas von Arnould, *Völkerrecht*, 2012, S. 137, Rn. 341.

41 Karl Doehring, *Völkerrecht*, 1999, S. 370.



權，則可以透過憲法第22條之概括條款，而解釋為同受憲法上之保障。而因此法官若於具體案件確信系爭之內國法律或命令有違背公約人權之疑義時，可以根據大法官釋字371號解釋，停止審判聲請大法官解釋。

柒、結論

我國憲法第八十條規定：法官依據法律獨立審判，不受他人之干涉。亦即，法官受到立法者制定之法律與制憲者制定之憲法之拘束。有疑問的是，法官是否受到國際條約之拘束？基於國民主權原則，法官受到代表人民之國會意志（法律）之拘束，但不受到來自於憲法以外之其他根源之法規之拘束。這是指內國法之規範同質性，因為內國法規均是來自同樣之根源：憲法。而無論是憲法或法律均是以本國國民主權者之意志所產生出來的。反之，如果法規來自於憲法以外之法源，由於並非本國國民主權者之意志之產物，而是來自於其他意志，因此該法規於本國是一種異質性規範，法官不受到來自於其他根源之異質規範之拘束，比如美國法、歐盟法、或其他國際法規。因此國際法條約如何以及何時拘束內國官署與法官？這個問題是國際法與內國法關係之問題，以及國際法如何產生內國效力之問題。而這個問題是由內國法決定而非由國際法決定。亦即，即使內國憲法表示國際法須經內國立法轉型才能產生內國效力，或表示：國際法一發生國際法效力時，直接發生內國效力，無需轉型。無論上述何種憲法指示，都合乎國際法。但內國憲法必須為此種指示，以便使國際法受到內國意志

之「加持」，而將該異質性化解，使之能產生內國效力。

國際法條約如只產生國際法效力，則只拘束國家（締約國），但該國際法條約之履行仍有賴於內國之執行行為，比如內國官署與法官之國際法條約之法律適用，則此時必須該條約產生內國效力時，才可能拘束內國法官。由於國際法條約只課締約國以條約義務，至於如何履行義務，國際法是任由內國自行為之。意即，如同民法上負擔行為與處分行為之區分一樣，國際法條約只在負擔行為之層次課締約國義務，而不及於履行行為之層次。國際法只就結果來判斷當事國是否違約，只要沒有違約之結果出現，國際法不會去過問當事國是如何辦到的？因此當事國有權自行決定如何履行條約。

法官固然應盡量使內國法之解釋與內國判決不違反國際法，但如內國之政治決定機關明示不願意履約，或寧可冒被他國報復與報仇之危險亦不願意履約，或因情勢變更決定與他方重新談判修改條約，此時法院原則上應採取相同立場一致對外。畢竟，條約之締結與履行亦屬於外交權之行使，法院原則上應尊重政治決定機關之決定。但法院亦非盲目尊重，因為外交權無論如何亦受到憲法之拘束，尤其是憲法上基本權之拘束。因此關於人權保障之承諾，比如拉法葉艦案之對瑞士之承諾，法官亦應加以遵守。反之，如兩岸司法互助協議之內容包括法輪功學員之遣送，則大法官可以該協議違反我國憲法上宗教自由為由，而宣告該協議違憲。因為條約在我國之內國只具法律位階，因此有違憲之可能。不過該違憲之宣告只是使

42 關於哪些人權被認為屬於國際法上之強行法是有爭議的。較被學者肯認具有強行法性質之人權有：種族屠殺禁止、使人為奴隸之禁止、以及奴隸販賣之禁止、酷刑禁止、以及將難民送回其有遭受酷刑之虞之國家之禁止，還有恣意殺人與劫持之禁止、對於財產恣意破壞與徵收之禁止、禁止基於種族為體系性之歧視、禁止恣意與長久羈押等。由於法輪功學員於中國會受到酷刑之對待，所以可以之為由而認為該協議違反國際法上之強行法而無效。請參考國際人權委員會所公佈之一般評釋第29號：MRA, ICCPR General Comment No. 29, states of emergency (article 4), v. 24. 7. 2001, Rn. 11.



條約喪失內國效力，並不會使條約喪失國際法效力，此時政治決定機關應以大法官之解釋為由，而與他方重新談判修改條約，或以條約

違反國際法上之強行法為由而主張無效或終止（維也納條約法公約第53, 64, 71條）⁴²。