歐洲人權法院詮釋思維與我國基本權解釋之光影交錯（上）

文／李奕逸

壹 前言：憲法法庭與歐洲人權法院的故舊初遇

2024 年 8 月 27 日，憲法法庭審判長許前院長宗力偕同大法官一行造訪位在法國史特拉斯堡（Strasbourg）的歐洲人權法院（the European Court of Human Rights）。訪團此次以 Taiwan Constitutional Court 名義正式步入象徵公開的玻璃帷幕雙筒建築，由歐洲人權法院現任行政庭長 Ivana Jelić（President of Section，同時為蒙特內哥羅籍國家法官）、瑞典籍國家法官 Erik Wennerström 等歡迎接待。Jelić 庭長於歡迎詞中表示：歐洲人權法院與有權釋憲之大法官每日面臨困難複雜的人權詮釋與基準設定，同為法官，此時此地面對面的意見交換，乃是發展人權法學與守護世界人權保障的貴重經驗與基石。於雙方圓桌座談間，廣泛就環境訴訟、科技監控等主題所涉之諸多人權公約權利暨詮釋之歷史脈絡、基本權解釋之研究方法、審查基準之擇定等議題交換意見。

回顧我國司法院大法官解釋或憲法法庭裁判對憲法基本權利的解釋，歐洲人權法院判決宛如老友，儘管不常見到明文引用[1]，但屢見該院判決之思路光影。此次交流留下橫跨歐亞人權與憲法守護者間故舊初遇的珍貴畫面，為台灣司法外交拓展令人振奮的一頁足跡。

貳 問題意識

歐洲人權法院判決所涉及歐洲人權公約權利之類型極為廣泛，在司法院大法官解釋、憲法法庭判決雖不常見直接引用，但由大法官個別意見書與各種法學研究中，頻繁可見引用歐洲人權法院判決，讀者亦可藉此窺知憲法解釋之形塑過程中也許曾參照歐洲人權法院判決之線索[2]。在聲請憲法解釋之文件中，引用歐洲人權法院判決為說理之例亦不勝枚舉。惟肩負解釋憲法基本權內涵任務的憲法法庭，必須時刻意識到憲法解釋源自國家主權與社會，因此借用或參照外來法律解釋充作我國憲法基本權內涵時，也應明辨外國法律解釋方法可能源自外國立法者的選擇或其他法釋義學考量[3]，探究如何使該外來解釋相容於憲法解釋之本質。在參照歐洲人權法院判決之際，該院之超國家性質，以及諸多簽約國內國法秩序難以窮盡，更加深了引用或參照該院判決的複雜性。因此，以建構我國憲法上基本權內涵為中心，探討何時適宜引用或參照歐洲人權法院判決，何種情況下參照歐洲人權法院判決可能帶來助益，以及何種情況不宜參照引用（即界限何在），對於釋憲實務具有實益。

本文嘗試標識歐洲人權法院常見運用之不同詮釋思維，下文將分別探討：一、歐洲人權法院自行建立自主之公約權利內涵（autonomous concept）；二、歐洲人權法院基於歐洲共識或共通價值（European consensus）建立之公約權利內涵；三、歐洲人權法院判決中建立權利之程序面向（procedural aspect）作為實體公約權利內涵；四、歐洲人權法院判決中說明各國具有評斷餘地（margin of appreciation）時對於公約權利內涵的詮釋。本文擇取之四種詮釋思維間不當然具有互斥關係，也非窮盡。區分此四種詮釋思維後，本文觀察司法院大法官解釋、憲法法庭判決以及個別大法官意見書曾經引用四種不同歐洲人權法院判決之實例，探討參照引用歐洲人權法院判決可能對建構我國憲法上基本權內涵所提供的貢獻與其界限。

參 歐洲人權法院對公約權利的詮釋方法

歐洲人權法院建立於 1959 年，肩負落實人權公約，救濟個人權利的功能，同時也具有確保人權公約作為歐洲公共秩序（public order）基準，以及其作為準憲法法院的功能[4]。然而歐洲人權公約畢竟不具有內國的憲法法源之地位，而是條約，在歐洲人權公約簽約國持續擴張，簽約國社會脈絡走向多元的時代背景變遷下，建立詮釋公約權利的內涵的方法，是歐洲人權法院持續面臨的課題[5]。對此，歐洲人權法院數十年來演化出諸多種詮釋方法。

一、對公約權利的自主詮釋（autonomous concept）

歐洲人權法院建立初始，其任務是在簽約國還不熟悉公約權利時，在具體個案脈絡下建立符合人權價值的公約權利內涵[6]。歐洲人權法院在建立初始以來前 40 餘年間建立了大量的基本權解釋原則，至今仍然被沿用[7]。歐洲人權法院所樹立的一般基本權保障原則對於各簽約國而言，會形成確保各國就相同爭議均遵循此解釋的效力[8]。因此，當歐洲人權法院做出被訴國家違反公約的判決，顯示被訴國家未達成公約所要求之人權保障基準。這種保障不足當然不是「違憲」，而是違反超國家的人權秩序[9]。正是因為這種可以超越內國憲法秩序建立人權保障基準的審判權，讓歐洲人權法院一方面得以採取一種有別於國家憲法有權解釋的解釋方法，即建立自主的公約權利內涵（autonomous concept）[10]，另一方面也面臨簽約國持續挑戰其何以具有正當性建立不以各國憲法為基礎的解釋[11]。

歐洲人權法院採取自主詮釋公約權利內涵而被我國釋憲實務借用之例，或可見於大法官於 110 年作成之釋字第 808 號解釋。該號解釋理由書中針對社會秩序維護法之罰鍰是否相當於刑罰，提出標準「重複追究及處罰，

（文轉三版）

註釋

1 民國 84 年作成的釋字第 392 號為引述歐洲人權法院判決之首例，該解釋理由書提及 1988 年 Pauwels 判決中關於歐洲人權公約第 5 條第 3 項所指依法執行司法權之官吏的詮釋。當時時空背景下，2010 年 7 月以前已做成之 700 號解釋中，僅有 9 號解釋理由書明白引用外國法，明文引用歐洲人權法院判決極為罕見。見張文貞，跨國憲法對話：大法官引用外國法的總體實證研究，收錄於：黃舒芃編，憲法解釋之理論與實務（第七輯），2011 年，438-517 頁。

2 試舉一例，釋字第 789 號解釋文與理由書未見明白引用任何外國法院判決，惟共計 9 份意見書中，有 8 份意見書提及歐洲人權法院；蔡大法官明誠提出之協同意見書、黃大法官昭元、許大法官志雄提出之協同意見書均直接探討本號解釋理由所採之衡平補償原則與該院 Al-Khawaja & Tahery v. the United Kingdom 判決之關聯。雖不能直接推論該號解釋之法則直接反映歐洲人權法院上開判決意旨，惟可探知大法官於思考過程中確實時常將歐洲人權法院判決列為參考。

3 詳細論述見 Graziadei, Michele. 'Comparative Law, Transplants, and Receptions', in Mathias Reimann, and Reinhard Zimmermann (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2nd edn, Oxford Handbooks (2019) pp 465.

4 Harmsen, Robert. The European Court of Human Rights as a 'Constitutional Court': Definitional Debates and the Dynamics of Reform', in John Morison, Kieran McEvoy, and Gordon Anthony (eds), *Judges, Transition, and Human Rights* (Oxford, 2007; online edn, Oxford Academic, 22 Mar. 2012).

5 Letsas, George. "The ECHR as a Living Instrument: Its Meaning and Legitimacy." Chapter. In *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, edited by Andreas Føllesdal, Birgit Peters, and Geir Ulfstein, 106-41. Studies on Human Rights Conventions. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

6 Spano, Robert. The Future of the European Court of Human Rights–Subsidiarity, Robert. Process-Based Review and the Rule of Law, *Human Rights Law Review*, Volume 18, Issue 3, September 2018, Pages 473-494.

7 關於歐洲人權法院建立各種基本權解釋原則的演進，見 Paul Lemmens, The European Court of Human Rights–Can there be too much Success?, *Journal of Human Rights Practice*, Volume 14, Issue 1, February 2022, 175. 另歐洲人權法院例行性就解釋各條公約權利之判決集結成冊做成指引，憲法法庭亦擇部分逐步中譯，例如中譯歐洲人權公約第 8 條指引 (Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights) 已於 2024 年出版。

8 Ibid. Also see High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights 2010: Action Plan, point 4 c.

9 Helfer, Laurence R. Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime, *European Journal of International Law*, Volume 19, Issue 1, February 2008, Pages 125-159.

10 Letsas, George. The Truth in Autonomous Concepts: How To Interpret the ECHR, *European Journal of International Law*, Volume 15, Issue 2, April 2004, Pages 279-305.

11 *Supra* 5.

12 Engel and Others v. the Netherlands (1976) Series A no. 22.

13 被後世稱為 Engel criteria 的標準，其起源就是歐洲人權法院觀察到被訴國家將系爭事務在立法上明文歸類為懲戒事由而非刑事犯罪，然而若干事務可能同時具有懲戒事由或刑事犯罪性質，若任由簽約國家自行選擇將事務定性為懲戒事由或刑事犯罪，則公約關於刑事犯罪被告的保護是否適用，也將完全流於簽約國的任意決定。準此，Engel 案中除了考量內國立法是否將系爭事務歸類為刑事犯罪，也在內國法律歸類為刑事犯罪以外之性質時，說明必須繼續考量該事務的本質是否具有刑事犯罪性，以及法律效果的嚴重性。詳見前註。

14 該解釋闡述的原則是「法治國一罪不二罰原則」，由文義即可探知該原則容有重新創設新概念內涵之空間，不當然等同釋字第 604 號所闡述之一行為不二罰原則、釋字第 638 號所闡述之一事不二罰原則、釋字第 775 號所闡述之一事不再理原則。詳見林大法官俊益提出之不同意見書。

15 例如歐洲人權法院在 Soering v the United Kingdom 判決關於 Article 3 免於不人道對待的詮釋為先於公約存在、應然性的價值。See Soering v. the United Kingdom para 87-88.

16 Sunday Times v United Kingdom Application No 6538/74, Merits, 26 April 1979, at para 65.

17 例如歐洲人權法院先在 Salduz v. Turkey 判決建立對偵查中被告受辯護人協助權利，又在後續一系列判決中不斷修正。111 年憲判字第 3 號判決本文並無引用，但主筆林大法官俊益提出之意見書註腳中詳細盤點 Salduz v. Turkey [GC], § 51; Ibrahim and Others v. the United Kingdom [GC],

JUDICIAL 司法
徵稿啓事
三、文稿內容應符合學術倫理規範，請勿違反學術社群共同接受的行為準則；並請適當遮掩個資及其他法定限制公開事項。
六、文稿一律不退件，請自留底稿。稿件如經採用，文責自負。
七、刊出文稿除紙本刊登外，亦置司法院網站；並酌計稿酬，寄贈該期刊物。

（文接二版）

原則上固係指刑事追訴程序及科處刑罰而言，但其他法律所規定之行政裁罰，如綜觀其性質、目的及效果，等同或類似刑罰，亦有一罪不二罰原則之適用」，得出於罰鍰與同一人就同一行為已受刑事法律追訴並經有罪判決者，構成重複處罰之結論。該號解釋理由書所揭示之原則，與歐洲人權法院 1970 年代 Engel and Others v. the Netherlands[12] 判斷被訴國家法律列為懲戒事由而非刑法罪名是否屬於刑事處罰，並以此為基礎判斷是否構成雙重刑事處罰、是否啟動刑事被告之保障時，所建立的判斷三基準如出一轍[13]。由於該解釋未引用任何外國法源做為參考，無從考證是否出自歐洲人權法院上開判決，惟由意見書的交鋒中，可以得知大法官在釋字第 808 號面臨必須在受限的審查範圍中選擇確認新憲法原則或擴張舊憲法原則的抉擇[14]。當在該號解釋確認新憲法原則的抉擇已經做成，參照引用歐洲人權法院所做成的自主詮釋確認「法治國一罪不二罰原則」就成為很合理的路徑。對於有權解釋憲法者而言，解釋寥寥數條抽象憲法基本權利條文之際，歐洲人權法院為類似權利條文或法則提供自主詮釋的具體內涵，顯然可成為重要參考。對於有權釋憲者更大的幫助是，歐洲人權法院依照自主詮釋之公約內涵作出國家違反公約的判決時，同時確認了超越被訴國家既有法源的人權標準，這種人權標準的存在隱含著其作出之判斷是先驗、符合應然的、道德上優位的標準[15]。於解釋憲法上基本權利之際，借用此種自我宣告帶有先驗、應然人權標準的解釋方法，更加強了「人權先進國家應就此基本權採行之高標準」的說服力。

即使歐洲人權法院判決可能有如此重要參考價值，我國憲法解釋中仍少見明文引用。惟少見明文引用未必是缺憾，歐洲人權法院判決通常僅針對個案適用結果判斷國家是否違反人權公約[16]，必須解讀一系列判決始可能歸納出帶狀的基本權內涵[17]。這樣散見於系列判決的詮釋方法增加了抽繹應然概念的難度與概念浮動的風險[18]。因此憲法解釋中避免明文引用，同時避免了對基本權內涵之詮釋佚失於個案脈絡之風險[19]。

二、基於歐洲共識（European consensus）對公約權利內涵之詮釋

引用歐洲人權法院判決以建立「人權先進國家就系爭基本權採行此應然解釋」的另一個風險在於：歐洲人權法院究竟是將公約詮釋的正當性建立在應然，或是建立在經驗上？兩種詮釋背後的意義迥異，歐洲人權法院常用的「歐洲共識（European consensus）」，恰巧反映了後者。

歐洲共識是歐洲人權法院所創設出解釋公約權利內涵的基礎之一[20]。建立歐洲共識的方法大部分是透過比較法與實務分析簽約國的法律與實務[21]，輔以觀察國際條約[22]。例如歐洲人權法院在 Bayatyan v. Armenia 判決中比較了被訴國家與其他 40 國制度，發現「大多數簽約國都設有思想與良心自由得作為拒絕兵役理由之制度，此已成為歐洲共識」，僅有被訴國與其他兩國居於少數[23]，該判決據此認定被訴國家未設此拒絕兵役理由違反公約第 9 條之思想自由[24]。乍看之下，以歐洲共識為詮釋公約權利內涵之基礎十分正當，反映了歐洲人權法院作為建立法秩序準則之超國家審判權，與簽約國內國法秩序之間的複雜關係，尤其是歐洲人權法院建立其正當性與信賴的需求[25]。

然而，第一個難題出現在如何推導出什麼是歐洲人權公約共 46 個簽約國共識的方法。前歐洲人權法院院長 Wildhaber 法官進行了實證研究，顯示歐洲人權法院對此要求並不嚴密，只要被比較的各國共通認可原則，而不必各國採取的應對措施完全相同，就可能被認為有共識[26]。此種不嚴密的要求，或可從幾個歐洲人權法院曾被批評的「歐洲共識」判決的對照中窺知一二。例如在 Hirst v. United Kingdom No.2 案中，「簽約國並無一律禁止受刑人投票」的消極共通性就被用於建立「不得一律剝奪監所受刑人投票權屬於歐洲共識[27]」，進而以此認定被訴國違反公約權利[28]。然而類似的消極共通性在探討禁止全蒙面頭巾法是否違反個人認同權的 SAS v. France 判決中，卻導出了歐洲各國對於是否禁止全蒙面頭巾並無共識，因此被訴國家享有高度評斷餘地，被訴國立法禁止全蒙面頭巾不違反公約的結論[29]。這樣的對比印證了歐洲人權法院經常面臨「歐洲共識」概念流於恣意，而僅用來支持法官的主觀之批評[30]。

第二個難題則是以歐洲共識作為詮釋公約權利內涵基礎的正當性，歐洲共識只是透過介紹性比較法研究反映經驗與實然[31]，此種方法先天上存有無法推論應然的缺陷[32]。若將人權的解釋方法訴諸實然的共識，根本上侵蝕了人權保障必須對抗多數暴力的本質[33]。更現實的問題是，今日的歐洲人權公約簽約國中，許多國家民主法治化程度都非無疑問[34]，「歐洲共識」顯然不宜直接和「先進人權價值」甚至「先驗價值」畫上等號，也難以直接支撐「歐洲人權法院判決所確認的就是先於人權公約、應然性的價值」而引用歐洲人權法院判決之正當性。就此，歐洲人權法院 Ziemele 法官的觀察稍許回應了此種疑慮：目前「歐洲共識」在歐洲人權法院判決中乃是輔助說理，現實上，當歐洲人權法院引用「歐洲共識」時均大量與國際法源搭配運用，而尚未單獨依賴「歐洲共識」而將歐洲人權公約之解釋推向區域性習慣法（regional customary law）的傾向[35]。然而，對於不在該區域且非簽約國的我國法學發展或釋憲實務而言，「歐洲共識」在歐洲人權法院判決中的存在與該概念之演變，應屬值得謹慎評估是否借用或參照歐洲人權法院對於公約權利詮釋關注之因素。

不過這並不代表論述「歐洲共識」的歐洲人權法院判決對於我國憲法解釋就完全沒有參考價值。歐洲人權法院判決中論述歐洲共識，透過諸國經驗以正當化採取系爭措施之目的之判決，對於我國探求基本權解釋的啟示，乃是至少該類判決充分交代比較研究的對象與範圍，顯示比較研究對象諸國家針對相同議題所採之具體規範模式[36]。若在面對歐洲人權法院判決採用「歐洲共識」時充分理解其概念之缺陷與界限，僅運用歐洲人權法院判決中所梳理之描述性比較研究成果[37]，用以佐證特定規範模式已有他國經驗，並非天馬行空，仍然是有力參考資料。

（下期待續）

（作者為司法院調辦事研究法官）

註釋

§ 255; Simeonovi v. Bulgaria [GC], § 112; Beuze v. Belgium [GC], § 123 等判決。

18 Gerards, Janneke. Margin of Appreciation and Incrementalism in the Case Law of the European Court of Human Rights (August 9, 2018). *Human Rights Law Review, Volume 18, Issue 3*, 1 September 2018, Pages 495-515. 對前註系列判決脫離歐洲共識之批評見 Giannoulopoulos, Dimitrios. Strasbourg Jurisprudence, Law Reform and Comparative Law: A Tale of the Right to Custodial Legal Assistance in Five Countries, *Human Rights Law Review*, Volume 16, Issue 1, March 2016, Pages 103-129.

19 例如 Al-Khawaja & Tahery v. the United Kingdom 判決實為修正了歐洲人權法院先前判決將公約第 6 條第 3 項 d 解釋為絕對禁止被告未詰問證人而將證人證述作為證據之見解，改為有條件禁止，其對被告保障應一體適用於普通法與大陸法系。Concurring opinion of Judge Bratza to Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom (note 185).

20 Ziemele, Ineta. 'European Consensus and International Law', in Anne van Aaken, and Iulia Motoc (eds), *The European Convention on Human Rights and General International Law* (Oxford, 2018; online edn, Oxford Academic, 22 Nov. 2018)

21 Peat, Daniel. "Consensus Doctrine in the European Court of Human Rights." Chapter. In *Comparative Reasoning in International Courts and Tribunals*, 140-77. Cambridge Studies in International and Comparative Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

22 Dzehtsiarou, Kanstantsin. "Types of Consensus." Chapter. In *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*, 38-71. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

23 Ibid, para 48, 103-9, 12-9.

24 *Bayatyan* v. *Armenia*, 7 July 2011, App. No. 23459/03. para 126.

25 Bassok, Or. "The European Consensus Doctrine and the ECtHR Quest for Public Confidence." Chapter. In *Building Consensus on European Consensus: Judicial Interpretation of Human Rights in Europe and Beyond*, edited by Panos Kapotas and Vassilis P. Tzevelekos, 236-57. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

26 Wildarber, Luzius. Hjartarson, Arnaldur. and Donnelly, Stephen. "No Consensus on Consensus? The Practice of the European Court of Human Rights." *Human Right Law Journal*. 33 (2013):7-12.

27 Hirst v UK (No.2) [GC] (2005) ECHR 681.

28 此案涉及權利是 Article 3 Protocol 1 選舉權。

29 S.A.S. v. France [GC] - 43835/11. 不同意見書的兩位法官就表示容許全蒙面頭巾（不立法禁止全蒙面頭巾）是歐洲共識，應該足以支撐公約的個人認同權而不是容任簽約國有評斷餘地，透過立法禁止而限制此個人認同權。

30 Arai-Takahashi, Yutaka. *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*. Intersentia, 2002.

31 Mahoney, Paul. 'The Comparative Method in Judgments of the European Court of Human Rights: Reference Back to National Law', in G. Canivet et al., Comparative Law Before the Courts (BIICL 2005) 149.

32 Lewis, Carl Emilio. "The European Court of Human Rights and its Search for Common Values", *European Convention on Human Rights Law Review* 4, 2 (2023): 179-220, pp215.

33 Letsas 就此提出大力批評，見 Letsas, George. 'Public Morals, Consensus, and Rights Inflation: A Critique', *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights* (Oxford, 2007; online edn, Oxford Academic, 1 Jan. 2009)。類似分析亦見黃舒芃，人權保障與價值共識之間的衝突：從歐洲人權法院之血親相姦案判決談起，憲政時代 2013 年 4 月，頁 489-514。惟反對論者如 Peat, Daniel supra 21.

34 Andrew Drzemczewski, "The Role and Authority of the European Court of Human Rights"（歐洲人權法院之角色與權威），司法院演講，（憲法法庭網站 <https://cons.judicial.gov.tw/docdata.aspx?fid=89&id=117082&cat=2>）.

35 Supra 20.

36 例如被引用於 111 年憲判字第 18 號 Case of Balsamo v. San Marino, Applications nos. 20319/17 and 21414/17, European Court of Human Rights, Judgment of 8 October 2019, para 38-40, 92. 也採取系爭措施為歐洲共通且普世採用標準法制之論述。惟應說明 111 年憲判字第 18 號引用該判決第 59 段，與歐洲共識解釋方法關聯甚淡，僅誌之但不在此多談。

37 描述性比較法與功能性比較法之差異，見黃舒芃，比較法作為法學方法，收錄於變遷社會中的法學方法，元照，2009 年 9 月，頁 246-279。

WEEKLY 周刊

一、本刊歡迎兼顧理論與實務、探討司法制度、法學新知、足供讀者參考的作品；並歡迎司法人、事及法院的故事。來稿請聯繫（02）23618577 分機 844 或 849。
二、作品如以偵、審中案件，及未確定案件為主題，或作者為文稿議題之關係人士，請勿來稿。
四、文長宜在 7200 字以內，以利一次刊出。文內引用資料請加註解，以利參考。
五、本刊對來稿有權潤飾斟酌，對有疑義之內容將洽請作者再行檢視；不願接受刪改者，請加注說明。