

司法互助是公平審判的化外之地？ 以歐洲人權法院的兩則標竿裁判為借鑑*

林鈺雄

臺灣大學法律學院
10617 臺北市羅斯福路四段 1 號
E-mail: yslmy41@gmail.com

摘要

所有刑事被告皆享有受公平審判的權利保障，這已是現代法治國家及各國際人權公約（如歐洲人權公約第 6 條、公民與政治權利公約第 14 條）的基本要求。然而，若涉及司法互助，是不是構成「例外」呢？如果是，那麼，涉及國際司法互助的刑事被告，豈非成為二等被告？如果不是，要「如何」保障其與其他被告一樣受公平審判的權利呢？本文先檢視並批評我國實務的作法，隨後援引兩則歐洲人權法院的標竿案例——*Soering* 裁判及 *Stojkovic* 裁判——作為借鑑，論證司法互助刑事案件並不是也不該是公平審判的化外之地，最後提出跨國合作的預防性取證措施，作為司法互助的立法政策與執行處置方針，以達到事先避免歧異並保障公平審判的目標。

關鍵詞：司法互助、公平審判、引渡、境外取證

投稿日期：103.12.8；接受刊登日期：104.4.14；最後修訂日期：104.3.20

責任校對：張文綺、吳冠緯、陳芳儀

* 本文乃科技部專題研究計畫（103-2410-H-002-118-MY3）相關論文之一。初稿發表於「第五屆歐洲人權學術研討會」，2014 年 10 月 17-18 日，中央研究院歐美研究所。

壹、前言：從次等被告說起

所有刑事被告皆享有受公平審判的權利保障，這已是現代法治國家的基本要求。但若涉及司法互助，是不是構成「例外」呢？

如果答案肯定，那麼，國際刑事司法互助 (Internationale Rechtshilfe in Strafsache)¹ 程序中的被告，不就成為不折不扣的「次等被告」？進一步的質疑是，現代法治國家的刑事程序，可能或應該容許次等被告的存在嗎？舉例而言，刑事被告享有與不利證人質問 (對質、詰問之合稱) 的權利保障，因此原則上也禁止以未經質問的證人審判外筆錄，作為有罪裁判的基礎。² 但若是在司法互助情形，請求國暨審判地之法院，可否以在境外作成但未經質問的證人筆錄，作為有罪裁判的依據呢？若可，司法互助豈非成為製造次等刑事被告的溫床？乃至於根本就是法治國刑事程序的「特洛伊木馬」呢？

隨著國際交流的頻繁，司法互助案例與日俱增，次等被告的擔憂與質疑，並非無的放矢，備受爭議的我國雙杜死刑案 (又稱為佛山台商案，下文參)，即是一例。基於各國刑事程序和證據法則的歧異，請求

¹ Zur Problematik vgl. Ambos (2006: §10/73-86, §12/19-72); Gless (2011a: Rn. 214-415); Hackner & Schierholt (2012: Rn. 54-132); Satzger (2013: §2/5, §10/22-52). 請參閱林鈺雄 (2013: 32-34)；邱鼎文 (2012a)；楊雲驊 (2013: 73-108)。

² 質問權既是現行法律明文規定 (刑事訴訟法第 159 條以下、第 166 條以下)，又具有憲法位階 (司法院釋字第 384、582、636 號解釋參照)。此外，公民與政治權利國際公約 (International Covenant on Civil and Political Rights; ICCPR，下文簡稱公政公約) 明文揭示質問權乃被告受公平審判權的最低保障項目 (Art. 14-3-e)，依照公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法 (簡稱兩公約施行法) 第 2 條規定，亦具有我國內國法之效力。請參閱 Human Rights Committee, General Comment No. 32: Article 14: Right to Equality before Courts and Tribunals and to Fair Trial (CCPR/C/GC/32), 2007, § 39. 亦請見林鈺雄 (2014); Bair (2005: 70); Joseph & Castan (2013: 499-502)。

國可能有意或無意間就製造出了次等被告，本文首先分析造成次等被告的制度成因（下文貳）。其次，本文歸納我國裁判見解，³ 指出我國實務不但在方法上深陷傳聞例外的泥沼，結論上也將司法互助當成公平審判的化外之地（下文參）。進而，本文以歐洲人權法院兩個標竿裁判作為借鑑，說明該院如何在傳統的取證地基準說、審判地國基準說之外，另闢蹊徑，以跨國性的歐洲人權基準作為各國司法互助最低限度保障的取徑，確立司法互助案件仍應遵守公平審判之要求（下文肆）。最後，本文提出建議，主張跨國合作的預防性取證措施，作為司法互助的立法政策與執行處置方針，以儘量達到事先避免歧異並保障公平審判的目標（下文伍）。

貳、問題之所在

一、南轅北轍的程序法則：垂直與水平差異

從任何一個國家（或法域，下同）的立場出發，世界上所有其他國家，無論有無正式邦交，都是可能發生司法互助的潛在當事國，但各國法治水平高低有別，程序保障內容不一。先以「垂直差異」的例子來說明問題之所在。

例 1a：A 國明文禁止對證人之不正訊問（含詢問，下同），且要求訊問前應先告知其拒絕證言權，否則不得採為裁判基礎；反之，B 國就此皆無明文規定。A 國法院審判被告甲之程序，經由司法互助請求 B 國訊問共犯證人乙，A 國法院並逕以該證人筆錄作為判處被告甲有罪之基礎。

類此，在涉及人身自由拘束情形，儘管人身保護令狀已是現代法

³ 關於司法互助之裁判評釋，請參閱李佳玟（2014b）；林鈺雄（2014：1286-1295）。

治國家的基本要求，然而，全球近兩百個國家，並不是每個國家都要求拘束人身自由的法官保留原則，甚至於也未必要求拘捕後必須立刻通知受拘捕人的家屬或親友，因此，一旦涉及司法互助，也會產生垂直差異的問題。

例 1b：A 國依其憲法、刑事訴訟法及簽署之國際人權公約，就拘束人身自由之決定，採取法官保留原則，且拘捕後必須立刻通知受拘捕人的家屬或親友；反之，B 國則無此要求。A 國人甲、乙在 A 國涉嫌共同殺人後，甲逃至 B 國，A 國經由司法互助使甲在 B 國被逮捕、羈押，並經引渡至 A 國。A 國審判甲、乙時，使用 B 國警察逮捕甲後之訊問筆錄，作為甲、乙有罪裁判之基礎。

此外，各國程序及證據法則的「水平差異」，也是司法互助的常見情形。與垂直差異的主要不同在於，水平差異的成因通常不在權利保障的高低，而是保障階段或重點的歧異。以歐洲國家為例，各有不同的法制背景，⁴ 傳統上採取預審制度的國家（如法國），權利保障重心往往提前到正式審判前的預審階段，⁵ 此與傳統上以公開審判庭為程序重心的國家（如英國）有別。下文以被告質問不利證人的權利為例，說明司法互助可能架空質問保障的成因。

例 2：A 國與 B 國皆保障刑事被告質問不利證人之權利。A 國採預審制度，通常於預審程序的調查法官進行階段，已經踐行此等權利保障，故正式審判時未予重複踐行，亦不違法；反之，B 國不採預審制度，且率皆在公開審判階段始保障質問權。A 國人甲犯罪後逃至 B

⁴ 概述及例證請參見 Jung (2002)。英國與法國兩種訴訟模式之歧異比較及其對司法互助之影響請參見 Gless (2006: 60-94)。

⁵ 預審階段若對照我國法說明，仍屬偵查階段，但由法官主導，稱為調查法官 (juge d'instruction; Untersuchungsrichter)，亦譯為預審法官。此乃法國法創設的制度 (Art. 79, 80 CPP)，但曾繼受此制的德國、奧地利、瑞士等國，皆已先後廢除此制。請參閱林鈺雄 (2008); Hodgson (2001); Satzger (2012)。

國，設若依照 A、B 兩國之實體法與程序法，該犯行皆是刑事犯罪且皆有審判權；兩國依其司法互助，由 B 國偵查並引渡甲至 A 國接受審判，惟偵查的 B 國及審判的 A 國，各依其程序法而皆未予甲質問不利證人之機會。

其結果，儘管個別來看，A 國或 B 國皆保障被告質問權，但經由上開司法互助，實際個案卻是被告並未受到任何的質問權保障。由此案例可知，即便是法治水準旗鼓相當，也就是國與國間沒有明顯垂直差異的情形，還是可能因為各國權利保障階段與重心的水平差異，經由司法互助而製造次等被告。

以上垂直及水平差異，僅是為了解釋問題所在的概略說法。其實，司法互助可能製造次等被告的成因眾多，包含更為細緻的「名同實異」的情形。例如，同樣是禁止不正訊問，關於詐欺、疲勞訊問、催眠、測謊是否屬於不正訊問方法，各國法制就有南轅北轍的認知。甚至於，刑求固然是不正訊問，但連使用水刑 (waterboarding) 是否屬於刑求手段，都曾在國際上引起爭執。⁶ 再以告知義務為例，同樣是訊問被告的告知義務，由於告知時點和內容的大相逕庭，不難想像合乎某國法卻違反他國法的情形。

例 3：A 國及 B 國皆有訊問被告之告知義務規定，告知義務內容雖大同小異，但 B 國依照米蘭達法則，告知義務時點乃拘捕後，亦即僅限於受拘捕之被告始有適用；反之，A 國則規定訊問被告前皆應踐行告知義務，包含經傳喚或通知（而自願）到場的被告。⁷ 甲、乙兩人涉嫌共同殺人，由乙在 B 國策劃，甲在 A 國實施，後甲於 A 國審判之

⁶ 關於水刑作為營救式刑求的手段之討論，請參閱邱俊誠 (2010)。

⁷ 關於德國、美國兩種告知義務模式之比較，請參閱林鈺雄 (2005: 130-132)。事實上，連同為歐陸法的德國、法國，告知義務的立法與實務，都存在相當的歧異 (Gless, 2010a; 中譯請參閱 Gless [2011c])。

程序，依司法互助協定而囑託 B 國訊問乙，但 B 國警員既未拘捕乙亦未踐行告知義務。

於上開案例，乙之訊問筆錄究竟合法或違法，取決於依照何國法。這是告知時點規定的歧異所造成，類此情形，還有告知內容的差異。例如，英國法告知義務的內容，就和其他歐洲國家不同，可謂獨樹一格，由於英國法容許法院評價被告之緘默（含全部緘默），因此，警員除了告知被告得保持緘默外，還要告知被告若保持緘默可能作為法院不利評價的依據。⁸ 換言之，英國被告可能受到上開告知後，畏於受到不利評價而放棄緘默（這無非就是其規範目的），但德國被告卻無此擔憂。萬一取證地在英國，審判地在德國，被告可能在德國法院主張其於英國的對己不利陳述，違反德國法的不自證己罪之保障，究竟此時係以英國法或德國法為準，結論就有天壤之別。

附帶說明，規範上禁止但事實上使用，也是「名同實異」的一種可能類型。例如規範上同樣是禁止刑求訊問，但不同國家的執法機關，遵守程度可能大不相同，利用法治不上軌道的國家來達到自己國家做不到的刑訊逼供效果，並非不可想像。以上例證在在說明，以司法互助之名製造次等被告之實的擔憂，並非杞人憂天。一旦涉及司法互助，必須警覺其對公平審判及法治程序的潛在威脅。

二、似是而非的取證地說

以上歧異問題如何解決？一種在國內甚囂塵上的說法，便是司法互助應採行取證地法基準說 (*lex loci*)，取證程序是否合法完全取決於

⁸ 參見 *Criminal Justice and Public Order Act 1994*, Part III, Clause 27-31; ECHR, *John Murray v. the United Kingdom*, Reports 1996-I; 王兆鵬 (1999); 林鈺雄 (2006); Ashworth (1998: 96-108); O'Reilly (1994: 402, note 1-2)。

取證地。⁹ 也就是說，本國法院審判案件時，必須適用他國法來判斷取證的合法性，一種更為極端的取證地說法認為，除了證據是否合法取得之外，連證據能否使用，也是依照取證地法來決定。說得白話些，如果是取證地在中國（大陸）的兩岸司法互助案例，台灣的法院即便審判台灣的被告，也要遵循中國法制。但取證地說卻有幾個待解的根本問題。

一來，一些取證地說（尤其是極端說）混淆了證據取得規範與證據使用規範兩個不同的層次；證據違法取得，並不必然導致可否使用的最後結果，反過來說，合法取得的證據，亦有禁止使用的情形。¹⁰ 於本國審判的司法互助案件，取證地雖然在國外，但審判地在本國，縱使不能期待他國司法人員依照本國法來取證，但難道也不能期待本國法官適用本國法來判斷證據的可使用性？

二來，猶如我國憲法第 80 條之明文規定，法官應依據法律獨立審判，而所謂的法律，指的是本國法而非外國法。那麼，到底如何論證司法互助構成上開憲法明文規定的例外呢？即便經由司法互助法的特別立法，使司法互助適用外國法在形式上取得法源依據，也無法完全解除憲法的疑慮，因為這樣一來就會變成「一國兩制」，一個國家刑事司法案件將會適用兩套完全不同的法律，若因此產生次等被告，恐會抵觸憲法的平等原則之保障。此外，憲法若有訴訟權的保障規定，即便是一國的「兩制」也都要遵守，司法互助何能成為化外之地？更何況我國批准兩公約並通過兩公約施行法之後，公政公約的權利保障

⁹ 簡稱為取證地說。如我國司法院研擬的外國法院委託事件協助法修正草案，即是明白採取此說，認為我國法院委託外國法院調查證據因而取得之供述證據，如係外國法院依該外國法定程序取得者，且係出於本法委託協助之法律規定，應容許法院作為證據使用。請參閱「外國法院委託事件」（2006）。

¹⁰ 詳細內容請參閱 Roxin & Schünemann (2014: §24 Rn. 13 ff.)。我國現行立法基準（刑事訴訟法第 158 條之 2 至之 4 參照）亦同，說明請參閱林鈺雄 (2013: 589-605)。

規定，尤其是與刑事程序關係最為密切的第 14 條公平審判條款 (Art. 14 ICCPR: Right to a fair trial)，¹¹ 具我國內國法效力且適用時應參照其立法意旨及人權事務委員會之解釋，包含法院在內所有國家機關皆應遵循 (兩公約施行法第 2、3、4 條參照)。我國法官審判司法互助案件，當然也不例外。

三來，取證地法說往往不切實際。如前所述，全球有近兩百個國家，對於本國而言，都是司法互助的潛在國。瞭解他國法律規定並非如在外國超市買東西一樣便利，實際上很難期待本國審判法官有語言及專業能力去探知他國的取證規定，更難以判斷個案依照他國法取證之合法性。具體而言，就以與我國有正式外交關係的聖克里斯多福及尼維斯 (Saint Christopher and Nevis；以下簡稱聖國)，多數國人連其使用什麼語言都不知道，遑論法律制度，如果取證地剛好就在聖國，別說審判法官了，試問國內找得到哪個法律專家能夠協助法院探知取證地法是如何規定呢？如果被告提出取證違法的抗辯，誰又有能力可以證實或反駁呢？單靠外交途徑，根本難以處理如此專業的爭點，更何況據此途徑得到的答覆，恐怕也是「敝國取證程序一切合法」。其實，遑論聖國或任何一個我國邦交國，就連台灣交流最為頻繁且幾乎沒有語文障礙的中國，迄今為止，台灣實務對於其法制的認知都還是以管窺天 (下文參)，其餘國家就不言而喻了。簡言之，取證地說恐怕是紙上談兵、畫餅充飢的空談。

四來，更嚴重的是在垂直差異或水平差異的情形下，取證地說輕

¹¹ 基礎一般性意見書請參閱 Human Rights Committee (2007)；進一步闡釋請參閱 Bair (2005: 56-75)；Esser (2012: Art. 6 EMRK/Art. 14 IPBPR Rn. 1 ff.)；Gollwitzer (2005: Art. 6 MRK/Art. 14 IPBPR Rn. 1 ff.)；Joseph & Castan (2013: 430-520)；Nowak (2005: Art. 6 paras. 1-82)；Safferling (2001: 207-318)；Schilling (2004: Rn. 337 ff.)。

易就會製造次等被告。如前述垂直差異的例 1a 和例 1b，A 國審判法官藉由司法互助之名，就可輕易規避本應適用於 A 國的不正訊問禁止、告知義務、法官保留、通知義務等等法治程序與公平審判的基本要求，反過來說，相較其他 A 國被告，兩個案例中的甲都可能成為次等被告。類此，在水平差異的例 2，本來無論依照 A 國法或 B 國法，都符合刑事被告至少有一次質問不利證人機會的最低保障，但若依取證地說，因 B 國取證合法故 A 國可以使用，其結果便是製造出低於公平審判之最低保障要求的次等被告。

三、小結：漏洞與困境

由於跨境刑事案件涉及的各國程序法則歧異，可能造成的漏洞之一，便是內國追訴機關就程序進行場域的任意選擇 (Forum shopping)。一言以蔽之，就是「水往低處流」，亦即內國追訴機關猶如上超市購物一樣，投「己」所好，挑選程序保障較低者作為實際的取證地，藉此達到實質降低乃至於蓄意規避較高標準程序法則之目的。由於程序是否及如何進行（尤其是在何處進行）的選擇權不在被告，因此，一旦結合取證地說，內國刑事被告就僅能享有內、外國歧異程序法則經過比較之後，較差的程序法則之保障。這些漏洞，在在說明跨境取證何其容易違反武器對等的基本要求，¹² 而這正是跨境取證案件的刑事辯護之最大挑戰。¹³

¹² 武器對等原則 (Grundsatz der Waffengleichheit; principle of equality of arms) 乃公平審判條款的固有內涵。參閱 ECHR, *Bönisch v. Austria*, 1985, Series A no. 92, §32; 另請參見 Summers (2007: 103-128); Wasek-Wiaderek (2000: 9-54)。

¹³ 關於司法互助因選擇程序場域而造成武器不對等之問題，請參閱 Gless (2014b)。於歐洲各國，由於歐盟近年來也跨足刑事立法及設立追訴機關，使得追訴與辯護兩者之間原來的平衡關係，產生了變化，請參閱 Gless (2010b)，中譯請參閱 Gless (2011b)。

前述說明垂直差異的例 1a 和例 1b，都有類似漏洞。審判的 A 國相較之下有較高的程序保障，但是因為取證地「被挑選」在 B 國的結果，在 A 國受審的 A 國被告甲，並未享有依照 A 國法應有之程序保障。問題是，被告甲對於取證地在 A 國或 B 國進行的追訴機關之決定，毫無置喙的餘地；反之，追訴機關對於取證應在何處以及如何進行，卻享有相當的選擇空間，也包含選擇比較不會剝奪被告權利的措施。譬如，例 1a 的 A 國追訴機關，可能經由司法互助而促成證人乙到 A 國作證，並於 A 國依照 A 國法來訊問證人乙；或者，在證人乙無法親自到 A 國的情形，A 國也可能經由司法互助而派遣 A 國司法人員會同 B 國訊問，並同時踐行 A 國程序法所要求的告知義務（預防歧異之先行措施，詳見下文伍）。例 1b 的情形亦同，A 國經由司法互助，可能要求 B 國逮捕甲時踐行 A 國法的必要保障，也可能等到甲引渡到 A 國後，再於 A 國依照 A 國法進行訊問（而非如案例所示般，讓甲在 B 國接受訊問並逕行採納其訊問筆錄）。但這些有利被告措施的選擇權，並不在被告手中。

水平差異情形的基本問題與保障漏洞，亦無不同。如例 2 追訴甲犯罪依照取證地與審判地，可能有下列排列組合：第一、於 A 國取證並於 A 國審判；第二、相反情形，即於 B 國取證並於 B 國審判；第三、於 A 國取證並於 B 國審判；第四，相反情形，於 B 國取證並於 A 國受審。以上第一、二種情形，被告皆享有至少一次質問權的保障，在第三種情形則享有至少兩次的質問權保障；唯有在第四種情形，也就是例 2 所示的實際進行情形，被告的質問權被完全剝奪，但 A 國卻經由取證地點及審判法院之選擇，達到適用最不利於刑事被告甲的程序法則之結果，其所形成的武器不對等及權利保障漏洞，顯而易見。

在最極端的情形，追訴機關甚而可能藉由蓄意操縱，而規避內國法絕對禁止的不正訊問手法。這不只會發生在本國法禁止但外國法容

許某種特定訊問手法之情形，例如詐欺訊問；此外，也會發生在內、外國規範上皆禁止，但實際上在外國被廣泛使用的刑求訊問。若可容許內國追訴機關如此操縱程序，根本連刑訊禁止的絕對界限都被架空，遑論公平審判。

上開漏洞究竟如何彌補？關於國際刑事司法互助，傳統的研究取徑 (approach) 受到源自於國際私法的準據法觀點之影響，多半以應適用何國的準據法為判斷基準。除了取證地法基準說之外，還有審判地法基準說，以及較為精緻的區分說，亦即原則上取證合法性依照取證地法，而證據可使用性則依照審判地法。¹⁴ 取證地說固然不足為訓，已如前述，但審判地說及區分說，也都各有其適用困境和侷限，諸多疑問仍有待解決。

首先，審判地說是取證地說的對極說法，於境外取證本國審判情形，由於沒有前述「本國法官審判時為何可以不依本國憲法及法律 (含具有內國法效力之人權公約)」的致命缺失，理論上固然更勝一籌。然而，反向的質疑是，司法互助請求國 (審判地) 的法院，又如何以自己國家的程序法則，作為判斷他國或境外 (取證地) 取證程序是否合法的準繩呢？此說同樣難以解釋，取證地的公務員或司法人員，理論上及技術上到底要「如何」在自己的國家依照他國 (審判地) 的法律來行事？以文書送達為例，假使受請求取證地的送達法定期限為十四日，但審判地為七日，我們一來不可能期待取證地官員知曉且依照審判地法來送達，二來，假使實際送達為十日，審判地法院也很難因此就指摘取證地的文書送達不合法。

當然，送達期間長短，各國立法本來就見仁見智，問題相對較小。但是其他涉及刑事程序基本立場的取證方式 (如前述的不正訊問、告知

¹⁴ 詳細內容請參閱 Böse (2002); Gless (1999)。

義務等)，茲事體大。若欲要求取證地執法者知曉、注意並遵守審判地法，那麼，本來就「環環相扣」的司法互助，從「前端」開始，就要先考慮「如何」（以立法層面及外交途徑來）達成這個困難任務的先決問題。否則，如果完全欠缺內國立法規範及司法互助協議的基礎，只顧在「後端」的個案採取「證據取得及使用皆依審判地法說」的結果，不但不切實際（亦即，實際上取證地執法者並未依審判地法），並將進而造成外國合法取證被審判地法院大量摒棄不用的後果。一言以蔽之，審判地說本身仍「不足以自行」，必須從「前端」的基礎開始，就輔以其他的指導原則和配套作法，始能完足（下文伍）。

至於區分說，除了也有「前端、後端」如何配合的相同問題外，還有其自身的困境。例如前述例 2 所示，即便依照區分說，還是同樣可能產生次等被告問題，因為未予質問保障的取證過程，依照取證地法剛好就是完全合法的情形，此時，區分說要如何處理呢？更何況如果不能從證據取得違法就直接導出禁止使用，而禁止使用也不以違法取證為限，那麼，到底重心放在取證地合法與否的意義何在呢？

參、我國最高法院的內國傳聞取徑

一、實務取向：以內國傳聞法則為圭臬

前述司法互助案件的漏洞和困境，究竟解決的出路何在？在引介歐洲人權法院的標竿裁判之前，先看一下我國最高法院的處置方式。應予說明，儘管司法互助或境外取證之刑事案件，隨著國際交流頻繁而與日俱增，但遺憾的是，我國實務對於國際司法互助的認知和視野，卻是頗為狹隘，甚而出現嚴重違反國際慣例之處置。¹⁵再者，司法互

¹⁵ 例如 98 年度台上字第 1941 號判決，檢察官私下在境外行使我國司法主權，而法

助橫跨國際法與國內法，而國內法的程序法部分，又牽涉到刑事訴訟法的整部證據法之運用；儘管如此，就我國實務的取徑而言，幾乎都是萬流歸宗，法院最後皆將審查重心，放在寥寥可數的幾條傳聞規定（刑事訴訟法第 159 條至第 159 條之 5），¹⁶ 這種取徑和國際法及歐洲法近幾十年來的發展趨勢，可以說是猶如天壤之別。

例如，98 年度台上字第 7049 號（刑事，下同）判決，被告（即上訴人）甲涉嫌共犯一起在瓜地馬拉（以下簡稱瓜國）發生的擄人勒贖殺人案，後甲於我國法院接受審判，原審採為有罪裁判的主要證據，乃甲之妻乙在瓜國司法程序中所為之陳述（乙經瓜國法院判處幫助犯確定，於瓜國服刑、假釋後返台），該陳述筆錄後來經由我國與瓜國的外交及司法互助管道而取得。甲提起第三審上訴，最高法院以乙系爭陳述符合我國法的傳聞例外為由，駁回上訴：「倘被告在我國境外犯重罪，遭訴於我國有管轄權之法院，而其相關之共犯或證人則先在外國法院受審或作證，如該國與我國簽定有司法互助之條約或協定，且本互惠原則，亦承認我國法官依法之訴訟行為效力，可依同法第一百五十九條之一第一項規定，認該被告以外之人在該國法院之供述，具有證據能力。除此之外，所為之供述，若與其人嗣在我國法院審理中

院竟然也明白採納其證據：「板橋地檢署檢察官另在澳門林某住宿之酒店房間內，未由澳門官方人員會同，而自行率領所屬書記官就訊林某，乃悉依我國刑事訴訟法相關規定進行偵訊，並命在證人結文上簽名後取供，有該筆錄及結文附卷為憑，原判決理由壹一伍末段指明：『因屬在澳門行使我國司法權，然非（我國）法之所禁，且無自限司法權之必要』，肯認該筆錄具有證據能力。經核於法並無不合，同予敘明。」關於境外行使司法權（Ausübung extraterritorialer Jurisdiktion）及其證據使用禁止，參閱 BGHSt 36, 396; 37, 30; Gless (2008, 中譯請參閱 Gless [2013a])。

¹⁶ 類此取徑者，如邱鼎文 (2012a, 2012b)；張熙懷、葉建廷 (2003: 252-253)。反之，質疑我國司法互助實務違反質問權保障者，如李佳玟 (2014b: 534)；林鈺雄 (2014: 1289-1295)；楊雲驊 (2013: 102-108)。

到庭受訊問之陳述不符，而該先前之陳述具有較為可信之特別情況，且為證明被告犯罪事實存否所必要，我國法院復認為先前陳述所處之環境與附隨條件，足保任意性無虞而適當時，該外國法院製作之筆錄，仍可賦予證據能力，否則任令正義不彰，不啻違反刑事訴訟之最終目的，亦不合證據能力之認定標準不妨放寬，證明力之判斷要求乃須從嚴之大原則……原判決援引刑事訴訟法第 159 條之 2 之法理，認為陳○○（按：乙）先前在瓜國法院之陳述，具有較可信之特別情況，且為證明上訴人犯罪事實存在所必要，堪屬適格之證據，立論雖稍欠周延，結論並無不合。」

由上開判決可知，最高法院不但形式上（僅）以我國傳聞規定作為審查依據，實質上還擴張原本傳聞例外規定的文義內涵，將瓜國法院前之陳述視同我國法官前之陳述，而承認其證據能力，此外，法官前陳述以外之其他容許例外規定（如刑事訴訟法第 159 條之 2），同有適用。

以上判決是針對與我國有正式邦交及司法互助合作關係的瓜國而發，但對非邦交國而言，實務見解亦無不同。如 98 年度台上字第 2354 號判決，涉及台灣、日本間的跨國毒品案件，原審以符合我國傳聞例外規定為由而採納於日本依其司法程序取得的證據，最高法院贊同原審見解：「原判決已說明：本件日本國福岡地方法院……之判決書，及其援引之證據資料與該國公務員職務上製作之文書及業務文件具有同等程度可信性之文書，依刑事訴訟法第一百五十九條之四第三款『其他於可信之特別情況下所製作之文書，得為證據』之規定，應准其有證據能力。我國雖與日本國間無邦交關係，無法適用司法互助引渡各該共同正犯返國到庭訊問。惟共同正犯及相關人證在該國司法機關之供述紀錄，其性質與外國法院基於國際互助協定所為之調查訊問筆錄同，並基於證據共通原則，應認屬刑事訴訟法第一百五十九條第一項

法律另有規定之情形，而有同法第一百五十九條之四第三款之適用，自應准其有證據能力。」

若說前述涉及瓜國的 98 年度台上字第 7049 號判決，論述理由起碼還沾到司法互助的「邊」(至少還以「如該國與我國簽定有司法互助之條約或協定，且本互惠原則，亦承認我國法官依法之訴訟行為效力」，作為我國法院承認其屬傳聞容許例外之前提要件)，¹⁷ 那麼，涉及日本的 98 年度台上字第 2354 號判決，則是連邊也沾不上，根本完全不論上開前提就直接訴諸傳聞規定，而且結論也是符合傳聞容許例外。至於系爭兩案於國外取證之程序是否合法、曾否踐行告知義務、已否保障被告質問權或有無律師辯護協助等等關鍵問題，則是在非所問的無關問題。

二、運用結果：「特別可信」之中國公安筆錄

儘管世界上每個法域，理論上都有可能與我國發生司法互助的關連性，而我國實務上的確也有牽涉不同國家或法域的司法互助刑事案件。¹⁸ 但是，若以實際發生的案件數量而言，與我國發生司法互助關連的對象，仍以中國居多。¹⁹ 換言之，兩岸司法互助是目前我國司法

¹⁷ 但應注意，其實 98 年度台上字第 7049 號的判決理由，並沒有真正檢驗我國與瓜國的關係是否符合上開前提要件（瓜國有基於司法互助之互惠原則，而承認我國法官前陳述之效力嗎？），就遽然得出瓜國法院前陳述符合我國傳聞例外的結論了。

¹⁸ 例示最高法院裁判如：98 年度台抗字第 550 號裁定（澳洲警方所作成之偵訊筆錄）、98 年度台上字第 4144 號判決（奈及利亞之文書）、98 年度台上字第 1941 號判決（澳門之偵訊）、103 年度台上字第 1549 號判決（共犯證人在越南司法機關之供述）。

¹⁹ 除下文所述裁判外，另例示最高法院裁判如：99 年度台上字第 2932 號判決、99 年度台上字第 3558 號判決、101 年度台上字第 5138 號判決、102 年度台上字第 2606 號判決。

依照實務統計，「以『海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議』案件為例，自（民

互助案件的大宗，因此，兩岸法治架構及程序與證據法則的基本差異，也就成為我國進行司法互助時，必須警覺及不可迴避的基本課題。

然而，事與願違。前述「只問傳聞且擴大例外」的取徑，近年來蔚為我國實務的主流，運用到兩岸司法互助案件，當屬承認「中國公安筆錄屬特別可信文書的傳聞例外，得為證據」的一系列實務判決。其中的「登峰造極」之作，便是已執行完畢的雙杜死刑案。²⁰ 以下先例示包含雙杜案在內的幾則最高法院判決，說明我國實務如何運用比較法上罕見的「傳聞三段論」，而讓中國公安筆錄長驅直入我國的刑事司法判決。

首先，96年度台上字第5388號判決，原審將中國公安機關訊問兩名證人之筆錄，當成符合我國特信性文書之傳聞容許例外（刑事訴訟法第159條之4），並採為有罪裁判基礎。最高法院雖認為原審判決不當而予撤銷，但爭議僅在於適用「哪一條」傳聞容許例外而已，就方法論言，原審與最高法院皆（僅）以傳聞規定作為系爭境外取證案件的審查基準，兩者取徑並無不同。最高法院甚且進一步明白表示，中國公安筆錄應類推適用我國現行法的傳聞例外規定，以決定其證據能力：「司法警察、司法警察官調查犯罪之被告以外人之警詢筆錄，其證據能力之有無，應適用同法第一百五十九條之二、第一百五十九條之三所定傳聞例外之要件為判斷。被告以外之人於大陸地區公安機關（司法警察）調查時所為之陳述經載明於筆錄或書面紀錄，同屬傳聞證據，解釋上亦應類推適用第一百五十九條之二、第一百五十九條之三等規

國)98年6月25日起至101年11月止，兩岸司法文書送達案件量總計約21,607件，調查取證總計約404件」(「外國法院委託事件」，2006)。

²⁰ 本案兩名被告，已於2014年4月29日晚間被執行死刑。關於本案疑點及執行瑕疵，請參閱李佳玟(2014a)；許玉秀等(2014年5月)；會議紀錄摘要刊於許玉秀等(2014)。

定或依其立法精神，審認是否合乎各該例外容許之要件，據以決定得否承認其證據能力。」這是實務傳聞三段論的第一段：司法互助案件可能涉及的公平審判及法治國刑事程序等基本要求，都被化約為傳聞的問題。

其次，既然方法論上最難的絆腳石已經搬開，性質上屬於境外取證的中國公安筆錄已可逕行類推適用傳聞例外，接下來的問題是，到底如何具體審查是否符合傳聞容許例外所稱的特別可信要件呢？關此，大多數判決避而不論或籠統帶過，²¹ 不過，100 年度台上字第 4813 號判決則明白表示：「中國大陸地區公安機關所製作之證人筆錄，為被告以外之人於審判外所為之書面陳述，屬傳聞證據，除非符合傳聞法則之例外，不得作為證據，而該公安機關非屬我國偵查輔助機關，其所製作之證人筆錄，不能直接適用刑事訴訟法第一百五十九條之二或同條之三之規定，而同法第一百五十九條之四第一款之公務員，僅限於本國之公務員，且證人筆錄係針對特定案件製作，亦非屬同條第二款之業務文書，但如於可信之特別情況下所製作，自得依本條（按：刑事訴訟法第一百五十九條之四）第三款之規定，²² 判斷其證據能力之有無。至於該款所稱之『可信之特別情況下所製作』，自可綜合考量當地政經發展情況是否已上軌道、從事筆錄製作時之過程及外部情況

²¹ 例示 102 年度台上字第 675 號判決：「(原審) 經綜合筆錄製作時之過程及外部情況觀察，類推適用我刑事訴訟法第一百五十九條之二之規定，認定上開證據具有證據能力之理由。」至於到底是如何具體觀察出其筆錄製作符合「具有較可信之特別情況」的法定例外要件，則無論原審或最高法院，皆未見具體說明。

²² 就此，96 年度台上字第 5388 號判決認為中國公安筆錄不能適用文書例外（刑事訴訟法第 159 條之 4）的堅持，已經被徹底放棄。下述的 101 年度台上字第 900 號判決，亦採擴張見解，同時肯認刑事訴訟法第 159 條之 2、之 3 及之 4 的適用可能性。文獻曾有以「彼邦政經文化，是否已上軌道」作為判斷同法第 159 條之 4 第 3 款的基準者參閱林永謀（2010: 112）。

觀察，是否顯然具有足以相信其內容為真實之特殊情況等因素加以判斷。」這是實務傳聞三段論的第二段論證：不論是司法警察（官）前陳述或文書之傳聞例外，審查重心皆在於是否「特別可信」，而審查內容則是取證地政經發展已否上軌道的價值判斷！

100 年度台上字第 4813 號判決儘管拋出審查內容，但對於自己提出的「中國到底上不上軌道」的問題，卻未進行評價。而讓中國公安筆錄長驅直入的「最後一哩路」，是由一則「畢其功於一役」的最高法院判決來「走完」，這就是讓雙杜案死刑定讞的 101 年度台上字第 900 號判決。本則判決一次「貫通」實務發展多年的傳聞三段論，第一段論證即奉傳聞規定為司法互助案件之圭臬，承繼實務向來觀點，肯認中國公安筆錄得類推適用傳聞例外規定，但與上開 96 年度台上字第 5388 號判決不同的是，再多加上 2009 年 4 月簽訂公布之「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」，作為論述依據。²³ 第二段論證大致

²³ 101 年度台上字第 900 號判決，系爭理由要旨：「海峽兩岸關係協會與海基會於九十八年四月二十六日共同簽訂公布之『海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議』第三章「司法互助」第八點第一項關於『調查取證』規定：『雙方同意依己方規定相互協助調查取證，包括取得證言及陳述；提供書證、物證及視聽資料；確定關係人所在或確認其身分；勘驗、鑑定、檢查、訪視、調查；搜索及扣押等』。依此互助協議之精神，我方既可請求大陸地區公安機關協助調查取證，以作為司法上之用途，即有承認大陸公安機關調查所取得之證據，可依我國法律承認其證據能力之意思。雖大陸地區公安機關偵查人員非屬我國司法警察或司法警察官，然其係大陸地區政府依法任命而具有偵查犯罪權限之公務員，依上述互助協議規定，復有協助我方調查取證之義務，則大陸地區公安機關之偵查人員依其職權或基於上述互助協議而為刑事上之調查取證，在地位與功能上實與我國司法警察或司法警察官依職權調查證據無異。且目前兩岸文化、經濟交流日漸頻繁，跨越兩岸之犯罪事件亦層出不窮（例如犯罪行為地、結果發生地或犯人在地分別在兩岸），亟須兩岸合作共同打擊犯罪，以維護兩岸交流與人民安全。若大陸地區公安機關偵查人員依職權或依前述互助協議所調查之傳聞證據，或製作之證明文書及紀錄文書，僅因其不具我國司法警察或司法警察官之身分，而認不得適用刑事訴訟法第一百五十九條之二、之三或之四關於傳聞證據例外具有證據能力之規定，

同 100 年度台上字第 4813 號判決，但特別引用文獻見解佐證其論述。²⁴

至於居於關鍵的第三段評價，也就是「當地政經發展情況是否已上軌道」，101 年度台上字第 900 號判決也是毫不諱言、斬釘截鐵表示：「大陸地區已於西元 1979 年 7 月間，公布施行『中華人民共和國刑事訴訟法』，嗣於西元 1996 年又對上述刑事訴訟法作大幅度修正，其修正內涵兼顧打擊犯罪與保護人權，並重視實體法之貫徹與程序法之遵守，雖非完美無瑕，但對訴訟之公正性與人權保障方面已有明顯進步，故該地區之法治環境及刑事訴訟制度，已有可資信賴之水準。從而，原判決以雅瑤派出所偵查員及大瀝分局刑警隊人員係大陸地區具有刑事偵查權限之公務員，而其詢問大陸地區人民付某所製作之筆錄，又符合大陸地區刑事訴訟法相關規定，該筆錄復經受詢問人付某閱覽後親自簽名及捺指印確認無訛，堪認前述文書之取得程序具有合法性。……係於可信之特別情況下所製作，且為證明犯罪事實存否所必要，乃類推適用刑事訴訟法第一百五十九條之三第三款規定，而承認其證據能力，尚難遽指為違法。」

致妨礙事實之發現，而無法為公正之裁判，無異鼓勵犯罪，而危害兩岸交流與人民安全。故刑事訴訟法第一百五十九條之二、之三關於『司法警察官或司法警察』之規定，自有依時代演進及實際需求而為適當解釋之必要。從而，原判決理由謂被告以外之人於大陸地區公安機關偵查員調查時所為之陳述，經載明於筆錄或書面紀錄（屬傳聞證據），而為證明犯罪事實存否所必要者，認可類推適用刑事訴訟法第一百五十九條之二或同條之三之規定，以決定其證據能力，依上述說明，尚非全無見地。」

²⁴ 101 年度台上字第 900 號判決，系爭理由要旨：「有部分學者認外國公務員所製作之文書（例如警詢筆錄），可審酌該項文書之性格（即種類與特性），暨彼邦政經文化是否已上軌道等情狀，以判斷其是否在可信之特別情況下所製作（亦即是否具備「特信性」），而適用刑事訴訟法第一百五十九條之四第三款規定，以決定其證據能力（參閱林永謀著「刑事訴訟法釋論」中冊，冠順印刷公司二〇一〇年十二月改訂版第一一二頁）。」

三、問題檢討

我國實務上開兩岸司法互助案件的內國傳聞取徑，其三段論簡單歸納如下：將法治國刑事程序及公平審判的要求，化約為傳聞（第一段）；且傳聞又操作為評價取證地政經法治發展狀態「不可信」的價值判斷（第二段）；而中國公安筆錄，具特別可信性，故有證據能力（第三段）。其結果，中國公安筆錄不但被我國實務所大幅採用（有證據能力）且採信（有證明力），所向披靡，甚且得作為死刑判決的主要依據；例如雙杜案原審判處兩名被告死刑的主要證據，便是中國公安機關訊問證人付某的筆錄，而兩名被告從偵查、審理程序直到最後被執行死刑時，自始至終皆未被賦予與主要不利證人付某對質、詰問的機會。這個不管是乍看還是細究皆頗為突兀的見解，到底問題癥結出在哪裡呢？

先從第一段論述說起。綜觀前文所示裁判例證（上文一、二），我國實務處理司法互助案件，不論是否涉及中國公安筆錄，率皆明顯表露「唯傳聞是問」的審查取向，呈現內國傳聞規定一枝獨秀的特殊現象。換言之，既不是依照國際法上司法互助的傳統原則或慣例來進行，也不是依照我國刑事訴訟法揭示的各項證據法則來處理，而是單挑幾條傳聞例外規定作為審查基準。

然而，無論是否涉及司法互助，證據符合傳聞法則僅是採為裁判基礎的「必要條件」而非「充分條件」，僅以符合傳聞容許例外為由便採為有罪裁判基礎，不但犯了混淆必要條件與充分條件的根本謬誤，也架空整部證據法則形塑法治國公平審判程序及保障被告權利的基本作用。以雙杜死刑案為例，「即便」肯認使用付某筆錄符合傳聞容許例外（詳下述），也只不過是具備了採為裁判基礎的眾多法定必要條件「之一」而已。令人難以理解的是，何以同樣是明訂在刑事訴訟法的無罪

推定原則（同法第 154 條第 1 項）、嚴格證明法則及直接審理原則（同法第 155 條第 2 項、第 159 條第 1 項）、對質詰問的權利保障（同法第 166 條以下）等等法治程序與公平審判的基本要求，在司法互助刑事案件卻顯得無足輕重？更何況這些原則與權利或者具有憲法位階（司法院釋字第 384 號、第 582 號、第 636 號解釋），或者同時與具有內國法效力之國際人權公約的權利保障競合（如公政公約第 14 條），所謂的「符合內國法律的傳聞例外」，根本就不是違反或剝奪這些基本原則或程序權利的合法或正當理由。

其次，從實務傳聞三段論的第一段結合第二段之論述可知，作為司法互助案件主要審查基準的傳聞法則，由於實務上再三擴張法定例外的結果，已經淪為空中樓閣，因此實際上並沒有任何有效管控證據能力的證據法則可言。其關鍵成因，在於實務上再三以不利於被告的類推適用（或相似說法），²⁵ 擴大法定傳聞容許例外的適用，也就是可以「無中生有」。然而，一來，這已經是超過法律解釋範圍的法官造法（形式上已經反於刑事訴訟法第 159 條第 1 項的法條文義：「除法律有規定者外，不得作為證據。」）；二來，法學方法上並不容許這種既欠缺前提要件又不利於被告的類推適用；²⁶ 三來，這也完全架空了立法

²⁵ 例如，本諸或參照現行傳聞例外規定之相同法理，裁判例示如：98 年度台上字第 1941 號判決、98 年度台上字第 7049 號判決、99 年度台上字第 3378 號判決、100 年度台上字第 5468 號判決。

²⁶ 批評請參閱李佳玟（2014b: 502-507）；林鈺雄（2013: 22; 2014: 1293-1295）；陳運財（2003: 102-103；傳聞例外不足問題，應以修法管道解決）。簡言之，類推適用以存在「立法漏洞」為適用前提，並以「類似性」為適用要件。但我國立法者就傳聞例外採取列舉立法方式且未訂立概括例外條款，因此並不具備類推適用傳聞例外的前提要件，更何況所謂司法警察（官）前之傳聞容許例外（刑事訴訟法第 159 條之 2、之 3 參照），僅指「我國」司法警察（官）而言，此乃立法者的有意限定，而非立法者疏忽所致的立法漏洞。至於將中國公安機關比附援引為我國司法警察機關，據此推論兩者具有類似性的說法，更是無稽之談。

者賦予法定例外的限定功能。

在我國實務一舉超越法律障礙並跨過理論鴻溝之後，境外取證案件已經沒有任何有效擔保證據能力及公平審判的機制可言。「唯傳聞是問」且大量類推適用傳聞容許例外的實務取徑，使得境外取得證據可否採為裁判基礎的複雜判斷，終究化約為「不可信」的證明力層次之評價問題，這也同時開啟了法官依其自由心證採信（未經嚴格證明、未經直接審理、未經被告質問之）中國公安筆錄的康莊大道。101 年度台上字第 900 號判決給予中國大陸刑事訴訟程序的高度肯定評價，並且據此採信中國公安筆錄作為我國死刑判決的主要依據，正是這種錯誤取徑的荒謬結果。

此外，實務取徑也同時造成我國傳聞規定「一國兩制」的怪異現象。同樣是傳聞證據的警訊（詢）筆錄，我國實務對於「我國」司法警察（官）作成筆錄之證據能力，採取原則排斥之態度，除了必須遵守其他證據法則（包含嚴格證明和證據禁止法則）之外，還必須依照傳聞法則審查其是否合乎司法警察（官）前之陳述的法定容許例外（刑事訴訟法第 159 條之 2、之 3），否則不得採為裁判基礎。此外，由於臨訟針對個案製作的特性，不具備例行性之要件，我國司法警察於刑案製作的各類報告及紀錄，包含警詢筆錄在內，皆不符合傳聞文書之容許例外（同法第 159 條之 4），這已是學說與實務的定見。²⁷ 反之，中國

關於刑事訴訟法所指司法警察（官），僅限於我國司法警察（官），實務知之甚詳，包含如前引 100 年度台上字第 4813 號判決也認為：中國大陸公安機關非屬我國偵查輔助機關，不能直接適用刑事訴訟法第 159 條之 2 或同條之 3 之規定，而同法第 159 條之 4 第 1 款之公務員，亦僅限於本國之公務員。再如，102 年度台上字第 2606 號判決亦明示：大陸偵查機關非我國主權所及之偵查犯罪公務機關。

²⁷ 最高法院裁判如 96 年度台上字第 5906 號判決、97 年度台上字第 1357 號判決、98 年度台上字第 5877 號判決。於司法互助脈絡之說明，已見於李佳玟 (2014b: 508-511)，在此不贅。

公安作成的筆錄，卻得以長驅直入我國裁判，不但因為中國大陸的高度政經法治發展而具有特別可信性，概括符合我國司法警察（官）前陳述之傳聞容許例外（同法第 159 條之 2、之 3），甚至於也符合我國警詢筆錄不可能達到的特別可信性之文書容許例外（同法第 159 條之 4 第 3 款）的高度水平。換言之，同樣是在我國法院接受審判的我國被告，程序地位將因案情是否涉及中國公安取證而有雲泥之別，若說因中國公安筆錄而被定罪的我國被告是被歧視的被告，當不為過。

一言以蔽之，我國實務於境外取證刑事案件採取的傳聞三段論，在內國審判程序製造了不折不扣的次等被告，並使司法互助案件成為公平審判原則與最低程序保障的化外之地；而這正是國際法及各內國法於司法互助案件所欲避免產生的現象。下文從歐洲人權法院兩則標竿裁判說起，作為我國法未來發展之借鑑。

肆、歐洲人權法院之人權保障取徑

一、*Soering* 裁判：引渡條約與人權保障之衝突

（一）案例事實

關於司法互助與程序保障之關係，歐洲人權法院最為知名的標竿裁判，便是 1989 年針對大司法互助（即引渡）而作成的 *Soering v. UK* 裁判，²⁸ 影響深遠。其所揭示的原則，後來也成為普遍適用於國際引渡的 *Soering* 原則，²⁹ 以及歐洲各內國引渡法律的藍本。先簡述案例

²⁸ 參見 ECHR, *Soering v. the United Kingdom*, 1989, Series A no. 161; Merrills & Robertson (2001: 42-43); Mowbray (2004: 110-128); White & Ovey (2010: 179-182, 274-275).

²⁹ 參見 HRC, CCPR General Comment No. 20 (1992), § 9: “In the view of the Committee, States parties must not expose individuals to the danger of torture or cruel,

事實如下：具有德國國籍的 Soering，隨父母遷居至美國，在維吉尼亞大學就讀期間，與美國籍女友 Haysom 交往，但因女方父母反對，Soering 及 Haysom 涉嫌共謀於維吉尼亞州殺害女方父母後，逃亡至歐洲。1986 年 4 月 Soering 在蘇格蘭因他案被捕，同年 8 月美國依照 1972 年與英國簽訂的引渡協議，要求英國將 Soering 引渡至美國接受法律制裁。Soering 主張英國應該拒絕引渡，並依照英國內國程序提起救濟。Soering 所持理由主要是美國維吉尼亞州還有死刑，如英國將其引渡到美國，其有遭判處並執行死刑的危險，將會面臨於囚牢中等待死刑執行的「待死現象」(death row phenomenon) 之折磨，換言之，英國將因引渡而違反歐洲人權公約第 3 條的明文規定。但英國法院駁回其救濟。隨後，Soering 向歐洲人權委員會／法院提出申訴 (舊雙軌制)，該院裁判結果認為英國不應引渡，英國敗訴。

英國接受歐洲人權法院之裁判，要求美方提出不對 Soering 判處死刑的具體保證，美方提出相應保證後，英國始將 Soering 引渡至美國。最後 Soering 於美國經判處無期徒刑確定。³⁰

(二) 裁判要旨及爭點分析

Soering 案的爭點，可以大略為兩方面加以說明。一是總論部分的方法論問題，亦即，歐洲人權公約簽約國和非簽約國的國際司法互助，是否亦應受歐洲人權公約的拘束；二是各論部分的個別權利保障範圍問題，包含公約第 2 條的生命權保障、第 3 條的禁止酷刑、不人道或

inhuman or degrading treatment or punishment upon return to another country by way of their extradition, expulsion or refoulement. States parties should indicate in their reports what measures they have adopted to that end.” 另參見 Nowak (2005: Art. 7 paras. 21-23).

³⁰ 詳細案例事實，請參閱賴志豪 (2004: 98-101)。

有辱人格的待遇或處罰及第 6 條的公平審判條款。³¹

1. 個別權利之保障範圍：以公約第 3 條為中心

先從各論問題說起。*Soering* 案潛在爭點固然包含上述三個公約保障規定，但個案爭議重心主要落在引渡有無違反公約第 3 條之問題。首先，第 6 條並非裁判的焦點所在，這一方面是因為本案不是小司法互助（如境外取證），而是大司法互助（引渡）案件，³² 因此與第 6 條的關係較為間接，直接涉及的主要是第 2 條和第 3 條，是以，第 6 條相對於第 2 條及第 3 條，於個案審查上遂退居次位。另一方面，縱使涉及公約第 6 條的公平審判條款，由於本案請求引渡國並非程序保障水平明顯不足的國家，而是美國，因此難以事先、概括論斷其對 *Soering* 的審判程序，將會有何顯然悖離公平審判原則之處。就本案的關注焦點而言，美國法與英國法當時的歧異，主要不是程序法，而是實體法有無死刑的差別。儘管如此，由於 *Soering* 主張美國維吉尼亞州的法律扶助範圍不包括聯邦法院的某些程序，若被引渡回美國，公約第 6 條之法律協助權（Art. 6-3-c）即未受保障。因此，歐洲人權法院就此還是表示見解，認為公平審判是民主社會的重要基石，當受引渡人於請求國遭受或可能遭受到公然悖離公平審判的待遇時，引渡會有違反公約第 6 條的疑義，但在本案中無此問題。³³ 此段微言大義，對後來的境

³¹ 關於案例中這幾條的爭點及相互關係，請參閱 Battjes (2008)。

³² 關於大司法互助 (grosse Rechtshilfe) 與小司法互助 (kleine Rechtshilfe) 之分類，以及各種司法互助之型態，請參閱 Gless (2011a: Rn. 250 ff.); Hackner & Schierholt (2012: Rn. 2 ff., 173 ff.)。但應注意，學說上的分類，型態尚有歧異，並非定論。

³³ ECHR, *Soering v. the United Kingdom*, 1989, Series A no. 161, §113: “The right to a fair trial in criminal proceedings, as embodied in Article 6 (art. 6), holds a prominent place in a democratic society. . . . *The Court does not exclude* that an issue might exceptionally be raised under Article 6 (art. 6) by an extradition decision in circumstances where the fugitive has suffered or risks suffering a *flagrant denial of a*

外取證問題，產生重大影響。

其次，死刑固然直接涉及公約第 2 條的生命權保障，但應予特別指出，歐洲人權公約第 2 條的原始條文，並未強制各國必須廢除死刑，因此，在 *Soering* 案當時，尚無法直接導出「引渡至有死刑國家將會違反公約」的結論。³⁴ 簡言之，補充歐洲人權公約第 2 條的第 6 號議定書，³⁵ 要求各簽約國不得處以或執行死刑，但仍容許「戰時例外」；本議定書有強制效力，各公約簽約國不得免除或保留此議定書。此號議定書雖於 1983 年 4 月 28 日簽訂，並於 1985 年 3 月 1 日因條件成就（五個簽約國批准）而生效，但 1989 年 *Soering* 案時，各國簽署及批准程序仍在陸續進行，連英國都是直到 1997 年 5 月 5 日才簽署，2000 年 4 月 4 日才完成批准程序，並自同年 5 月 1 日起對英國生效。至於要求歐洲各國全面廢除死刑的第 13 號任意議定書，³⁶ 則是直到 2003 年 7 月 1 日才生效。

一言以蔽之，無論是要求廢除平時死刑的公約第 6 號議定書，或

fair trial in the requesting country. However, the facts of the present case do not disclose such a risk. Accordingly, no issue arises under Article 6 § 3 (c) (art. 6-3-c) in this respect” (Emphasis added). 參閱 Gless (2013b: 102-104); White & Ovey (2010: 274-275)。

³⁴ 以下關於歐洲人權公約於 *Soering* 裁判當時狀況的說明，其實和現在（聯合國）公政公約及人權事務委員會對死刑問題的立場與狀況，有類似之處。由於公政公約並未強制各國廢除死刑，因此，關於死刑引渡問題，主要也是爭議有無違反公政公約第 7 條（相當於歐洲人權公約第 3 條）。參閱 Gollwitzer (2005: Art. 3 MRK/Art. 7 IPBPR Rn. 33); Nowak (2005: Art. 7 paras. 21-23)。

³⁵ 全稱為 “Protocol No. 6 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms concerning the Abolition of the Death Penalty.”

³⁶ 全稱為 “Protocol No. 13 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, concerning the abolition of the death penalty in all circumstances.”

全面廢除死刑的公約第 13 號議定書，都是 *Soering* 裁判之後的發展，³⁷ 因此無關 *Soering* 案當時應如何裁判。正因這個背景因素，*Soering* 難在歐洲人權法院主張英國若將其引渡將違反第 2 條規定，是以，指摘重心便落在第 3 條。也就是說，直接指摘死刑本身在當時難以成事，因此才間接指摘死刑造成的折磨，可能會違反公約規定。反之，「假使」*Soering* 案發生在今日歐洲，就無庸如此迂迴指摘了，*Soering* 將可直接主張，英國將其引渡至可能判處死刑的美國，已違反公約的生命權保障規定，當然也有可能還同時違反第 3 條的規定，形成多重違反的競合情形。

回到公約第 3 條，主要爭點在於附隨於死刑的各種情況和現象，例如死刑監禁與待死現象，是否構成公約第 3 條所絕對禁止的「酷刑、非人道或侮辱處遇或懲罰」？³⁸ 關此，歐洲人權法院固然認為，死刑本身並非公約第 3 條所稱的酷刑、非人道或侮辱處遇或懲罰，因此單單引渡人犯至可能課處死刑的國家，還不構成第 3 條之違反。但是，附隨而來的死刑監禁及待死現象，依照個案情節，經過綜合考量死刑執行前監禁期間之長短、監禁處所之條件、人犯的年齡及精神心智狀態等因素，譬如在條件不佳監所等待不知何時執行死刑的不確定狀態所造成的巨大精神與心理壓力，還是可能累積至構成非人道或侮辱的處遇或懲罰之程度，因而違反公約第 3 條的規定。尤其是，該殺人案被告 *Soering* 具德國籍，而本案依照德國國內國法亦有審判權，故英國也

³⁷ 參閱 Grabenwarter & Pabel (2012: §20 Rn. 7 ff.); Meyer-Ladewig (2011: Protokoll Nr. 6 Rn. 1 ff.)。

³⁸ Article 3: Prohibition of torture: “No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment.” 參閱 Esser (2012: Art. 3 EMRK/Art. 7 IPBPR Rn. 1 ff.); Gollwitzer (2005: Art. 3 MRK/Art. 7 IPBPR Rn. 10 ff.); Grabenwarter & Pabel (2012: §20 Rn. 26 ff., 40 ff.); Meyer-Ladewig (2011: Art. 3 Rn. 1 ff., 60 ff.)。

有將其引渡或驅逐至並無死刑之德國接受審判的可能性。換言之，本案存在不判處死刑且避免死刑監禁與待死現象的替代措施，英國有完全不違反第 3 條的選項。最後，歐洲人權法院結論認為英國的引渡決定違反公約第 3 條之規定。

2. 公約適用之射程距離

歐洲人權法院將死刑監禁與待死現象納入「禁止酷刑、非人道或侮辱處遇或懲罰」的權利保障範圍，其建樹固然非凡，但 *Soering* 裁判更為重要的標竿意義，在於使得本來僅是區域性的歐洲人權公約，實質上跨出公約簽約國的傳統地理領域。自從 *Soering* 裁判之後，歐洲人權公約簽約國即便和非簽約國從事國際司法互助，也要遵守簽約國自身所負的公約義務，換言之，司法互助或其雙邊協議，並非簽約國免除公約義務的正當理由，引渡案件同樣應被納入公約的保障範圍，這也包含「我不殺伯仁、伯仁因我而死」的情形。於引渡情形，歐洲人權公約簽約國與他國簽訂的引渡協議，並無優先於公約的效力，公約簽約國縱使依照雙邊協議執行引渡，也有可能被宣告違反公約。這也促使公約簽約國在決定個案是否引渡時，就必須自行且預先審查其引渡是否違反公約的規定。

上開「大刀闊斧」的見解，由於涉及國際上敏感的公約之「域外效力」問題，因此，歐洲人權法院除了必須保持平衡避免簽約國反彈之外，³⁹ 還必須從公約條文本身尋找出堅實的論據。關此，該院方法上係援引公約第 1 條的簽約國義務規定，再結合前述第 3 條的權利保障內涵。簡言之，依照歐洲人權公約第 1 條之規定，⁴⁰ 公約簽約國應

³⁹ 關於「平衡觀點」進一步的說明，參閱 Battjes (2008)。

⁴⁰ Article 1—“The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention.”

確保在其司法高權之內的所有人民，皆受本公約第一章所定的權利與自由的保障。儘管公約並未直接明文禁止簽約國將人犯引渡至可能遭受酷刑、不人道或侮辱待遇之國家，但解釋公約必須從有效權利保護的方向出發，才能符合公約的宗旨和目的。據此，如果簽約國有充分理由相信人犯引渡至外國後，於該外國存在遭受酷刑、不人道或侮辱待遇之危險，基於簽約國自身的保護個人權利之固有義務（第 1 條結合第 3 條），簽約國即應為不准引渡之決定；簽約國若為准予引渡之決定，則其自身也會違反公約規定。

（三）後續影響

Soering 裁判的影響深遠，難以三言兩語交代。就司法互助領域而言，可以區分為對引渡法（大司法互助）的影響，⁴¹ 及對引渡以外之其他司法互助（小司法互助，如境外取證）的影響。就國際影響區域而言，可以分為對國際法的影響，以及對內國法的影響，後者包含對歐洲各國法之影響，以及對歐洲以外各國法之影響。從我國法觀點出發，*Soering* 裁判甚至於影響到我國與歐洲各國之間的各種司法互助協議及引渡個案，例如我國先前與瑞士交涉的引渡汪傳浦案，以及與英國交涉且正在進行中的引渡林克穎案。

首先，*Soering* 裁判鞏固了國際間的死刑不引渡原則，因此這個原則又稱為 *Soering* 原則。據此，即便存在雙邊引渡條約，如果請求國不能保證被追訴人在請求國不會被判處或執行死刑，被請求國會拒絕引渡。此外，由於 *Soering* 裁判將死刑監禁與待死現象連結到歐洲人權公約第 3 條的酷刑禁止條款，因此，*Soering* 原則在範圍上也包含酷刑不引渡原則，亦即，若引渡可能導致被引渡人在請求國遭受酷刑、非人

⁴¹ 關於 *Soering* 裁判對國際引渡法之影響說明已見於賴志豪 (2004)，下文不再贅述。

道或侮辱待遇之危險者，被請求國也會拒絕引渡。

儘管 *Soering* 原則顧名思義，似乎是因為 *Soering* 裁判而確立的原則，但若進行歷史考察可知，其實死刑或酷刑不引渡原則，並非歐洲人權法院的 *Soering* 裁判所創設。在此裁判之前，這已經是一些國際人權文件的主張⁴² 及國際間形成中的共識，⁴³ 而歐洲人權法院的重大貢獻，在於將此宣示性的主張，具體轉化為跨國性之人權司法實踐，並且進而鞏固此原則作為國際共識的地位。尤其是鑑於歐洲人權法院裁判的拘束效力，歐洲各國法都必須將此原則奉為司法互助的圭臬，否則就有可能步上英國後塵，被宣告違反公約。進而，世界上任何欲請求歐洲司法互助的國家，也都間接受到 *Soering* 裁判的影響，包含台灣在內。

例如，汪傳浦案涉及的瑞士，其聯邦刑事司法互助法第 37 條第 3 項就明文規定：⁴⁴ 「若請求國不能擔保被追訴人在請求國不會被判處死刑，或已被科處之死刑不會被執行，或被追訴人不會遭受影響其身

⁴² 例如，1984 年的聯合國反酷刑公約 (The United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment，該公約簡稱為 Convention Against Torture; CAT) 第 3 條就有明文規定，禁止各締約國驅逐、遣返或引渡任何人到「充分理由相信其於該國將受到酷刑」的國家。

⁴³ 部分內國引渡法亦採此原則，如下述德國國際刑事司法互助法 (Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen; IRG) 的死刑不引渡條文，在 1983 年該法生效當時就已經存在。關於立法形成史，請參閱 Schomburg, Lagodny, Gless, & Hackner (2012: §8/2 ff.)。

⁴⁴ Art. 37 Abs. 3 IRSG (Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen =Rechtshilfegesetz): “Die Auslieferung wird auch abgelehnt, wenn der ersuchende Staat keine Gewähr bietet, dass der Verfolgte im ersuchenden Staat nicht zum Tode verurteilt oder dass eine bereits verhängte Todesstrafe nicht vollstreckt wird oder der Verfolgte nicht einer Behandlung unterworfen wird, die seine körperliche Integrität beeinträchtigt” (Eingefügt durch Ziff. I des BG vom 4. Okt. 1996, in Kraft seit 1. Febr. 1997 [AS 1997 114; BBl 1995 III 1]).

體完整性的處遇者，則應拒絕引渡。」這個具體轉化 *Soering* 裁判的立法規定，正是我國與瑞士進行汪案司法互助時的重要障礙，但因當時我國主事者並不知悉 *Soering* 裁判及瑞士立法，因此犯下技術性的錯誤，⁴⁵ 導致瑞士暫停與台灣方面的司法互助合作，最後解決方法也如同 *Soering* 案，由我國法務部向瑞士提出若汪引渡來台，我國檢方絕不會求處死刑之保證。事實上，只要是涉及我國刑法最重本刑死刑罪名之案件，與歐洲國家進行司法互助合作都有相同的問題，並非僅止於瑞士而已。例如，德國刑事案件國際互助法第 8 條亦明文規定：⁴⁶ 「若犯行依照請求國法可能處以死刑者，除非請求國擔保不判處死刑或不執行死刑，否則不允許引渡。」再如，英國引渡法亦有文字相當的條文，⁴⁷ 由此可知 *Soering* 原則在歐洲引渡立法與實務的重要性。

Soering 裁判對國際引渡之影響，還有另外一個較為不被熟知的公平審判面向，直到下述歐洲人權法院 *Stojkovic* 裁判出爐之後，這個面向的輪廓才更為清晰。一言以蔽之，除了死刑不引渡、酷刑不引渡原則之外，*Soering* 裁判其實還提到悖離公平審判的不引渡原則。這個部分，以具體實例來說明會更為清楚。在我國請求英國引渡林克穎來台

⁴⁵ 簡言之，把汪傳浦的涉嫌，從軍購貪污弊案「升格」到尹清楓命案，也就是最重本刑死刑之殺人罪（刑法第 271 條第 1 項）；這個作法反而迫使瑞士必須採取較為保留的態度，以免違反 *Soering* 原則。以本案為例說明相關司法合作之問題，請參閱慶啟人（2004a, 2004b）。

⁴⁶ §8 IRG (Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen): “Ist die Tat nach dem Recht des ersuchenden Staates mit der Todesstrafe bedroht, so ist die Auslieferung nur zulässig, wenn der ersuchende Staat zusichert, daß die Todesstrafe nicht verhängt oder nicht vollstreckt werden wird.”

⁴⁷ 參見 the Extradition Act 2003, 94 Death penalty: “(1) The Secretary of State must not order a person’s extradition to a category 2 territory if he could be, will be or has been sentenced to death for the offence concerned in the category 2 territory.” 上開立法規定，正是因應 *Soering* 裁判及英國簽署歐洲人權公約第 13 號議定書。參見 Stone (2014: 481)。

的司法互助案件中，林克穎於蘇格蘭法院提起救濟，由於林案罪名無關死刑，因此於英國訴訟的攻防重點，除了酷刑不引渡原則（如主張台灣的監禁條件，已經構成歐洲人權公約第 3 條的違反），也在於悖離公平審判的不引渡原則。林案律師指摘甚多我國刑事程序可能悖離公平審判之處，因此主張英國政府不應准許台灣的引渡請求，而台灣方面也是針對其指摘項目，一一提出反駁。最後，蘇格蘭法院駁回林克穎的裁判理由（第七段，全文共十段落），也明白引用了 *Soering* 裁判及其審查基準。⁴⁸

事實上，在 *Soering* 裁判之後、*Stojkovic* 裁判之前，歐洲各內國法已經有將遵守公平審判原則（或其下位項目），列為與他國進行司法互助的前提要件與審查項目者。如前述瑞士之聯邦刑事司法互助法第 37 條第 2 項就規定，若請求國基於一個缺席審判判決請求引渡，而其先前程序未保障被追訴人最起碼的辯護權者，瑞士將拒絕其引渡之請求。⁴⁹

二、*Stojkovic* 裁判：境外取證與公平審判之要求

（一）案例事實

Stojkovic 裁判⁵⁰ 案情略為：2003 年 1 月底，法國 Courchevel 發生一起持械搶劫珠寶店案，經初步調查後，發現出生於塞爾維亞、

⁴⁸ 該案判決後已經上訴，上訴案號及相關段落請參閱 *Zain Taj Dean v (First) The Lord Advocate &c* [2015] HCJAC 52 at [22].

⁴⁹ Art. 37, Abs. 2 IRSG: “Die Auslieferung wird abgelehnt, wenn dem Ersuchen ein Abwesenheitsurteil zugrunde liegt und im vorausgegangenen Verfahren nicht die Mindestrechte der Verteidigung gewahrt worden sind, die anerkanntermassen jedem einer strafbaren Handlung Beschuldigten zustehen.”

⁵⁰ See ECHR, *Stojkovic v. France and Belgium*, Judgment of 27/10/2011, Appl. no. 25303/08.

住居於比利時的 Stojkovic (以下簡稱 S) 可能涉案。法國 Albertville 地方法院調查法官 (juge d'instruction) 遂向比利時請求司法互助，委託比利時警方對 S 進行訊問；在司法互助請求書中，記載 S 係居於法國法所稱「嫌疑證人」(témoin assisté)⁵¹ 之地位，訊問時必須為 S 指派一名律師。在 2004 年 3 月 11、12 日的訊問過程中，法國 Albertville 地方法院的調查法官及地方法院檢察署檢察官雖在場，但比利時未為 S 指派律師，S 實際上也無律師協助，因為 S 曾聲請律師協助，但未獲准。訊問中，S 自白參與 Courchevel 搶案，且另供出曾在法國其他地區犯下數起強盜案。2004 年 10 月 29 日，案件持續調查中，法國調查法官才委請律師公會理事長，為 S 指定一名辯護律師。

2005 年 12 月間，因另案於比利時入監的 S 逃獄，但再次被逮，之後因歐盟逮捕令⁵² 之發布而被比利時移送給法國。2007 年 3 月 27 日，S 聲請判定其於比利時之訊問筆錄無證據能力，但經法國 Chambéry 法院駁回；S 對此提出抗告，於同年 11 月 20 日又遭法國最高法院 (Cour de cassation)⁵³ 駁回。法國於 2007 年 12 月 7 日正式起訴 S，起訴書並援引 S 於比利時受訊時的自白為主要依據。隨後，在法國 Savoyen 參審法院 (Cour d'assises) 審理時，S 已經獲得律師協助且再次承認犯下搶案。該院於 2008 年 12 月 8 日判決 S 有罪並科處六年有

⁵¹ 法文 témoin assisté，雖然英譯為 legally assisted witness，但其意義應譯為「嫌疑證人」較為貼切，因為在法國 2000 年預審制度改革之後，這是指受到指控、可能涉嫌但卻尚未成為正式犯罪嫌疑人之人，不過卻享有如同犯罪嫌疑人般的大部分辯護權。témoin assisté 制度說明可參考 Cape, Namoradze, Smith, & Spronken (2010: 219-221)。德文文獻亦意譯為「der verdächtige Zeuge」(嫌疑證人) (Pfefferkorn, 2006: 148)。中譯說明已見於 Gless (2014a: 268, 譯註 49)，本文從之。

⁵² 參閱 Gless (2011a: Rn. 490 f.); Satzger (2013: § 10/26 ff.)。

⁵³ 直譯為撤銷法院或廢棄法院，制度說明請參閱林慶郎 (2012); Pfefferkorn (2006: 42, 233 ff.)。

期徒刑。

在判決出爐前，S 已於 2008 年 5 月 19 日向歐洲人權法院提起申訴，指摘比利時及法國侵害了歐洲人權公約第 6 條第 3 項第 c 款的刑事被告受律師協助權，理由是比利時警方係因受法國司法互助請求而進行訊問程序，法國調查法官乃請求比利時以法國法「嫌疑證人」之身分實施訊問且應指派律師，但 S 於訊問過程卻未受到任何律師協助。

(二) 裁判要旨

S 雖然同時對比利時及法國提起申訴，但在合法性審查階段，歐洲人權法院認為控告比利時部分，申訴人 S 未遵守六個月內須提出申訴之公約程序規定 (Art. 35 EConHR)，該申訴不合法駁回。因為 S 主張比利時未提供律師協助之立法 (立法內容詳下述) 違反歐洲人權公約第 6 條第 3 項第 c 款，但比利時在該次訊問後對申訴人並無接續的刑事程序，因此申訴人主張的不是某種持續性的情況，而僅是發生在 2004 年 3 月的單一事件，因此 S 遲至 2008 年始對比利時提起申訴，已超過六個月的申訴期間。

至於控告法國部分，由於系爭偵審程序在法國持續進行，因此申訴合法。進入申訴有無理由之審查時，歐洲人權法院首先重申：刑事被告受有效辯護的權利乃是公平審判的基本要求，為使此項要求能夠「實際、有效」實現，應在最初受訊問之時，即賦予刑事被告受到律師協助的權利，⁵⁴ 方能保護被告免於公權力的不當強制。一般而言，

⁵⁴ 此點，已是歐洲人權法院穩定的案例法見解。參見 ECHR, *inter alia*, *Salduz v. Turkey*, Judgment of 27/11/2008, Appl. no. 36391/02, § 55: “the Court finds that in order for the right to a fair trial to remain sufficiently ‘practical and effective’ . . . Article 6 § 1 requires that, as a rule, access to a lawyer should be provided as *from the first interrogation of a suspect by the police*” (Emphasis added).

若以在無律師協助情況下之被告自白為判決被告有罪之依據者，被告之防禦權已經受到「難以彌補」之損害。

在刑事案件中，檢方應該證明其所訴追的案件證據不是以壓制、違背被告意願之方式所取得；被告有不自證己罪之權利。申訴人之所以在比利時被訊問，完全是因為法國向比利時發出司法互助請求書，提及法國正在進行一起刑事案件的偵查，且法國派往比利時的調查法官也稱申訴人會以「嫌疑證人」身分受訊問。從法國向比利時提出的司法互助請求書的用語當中可以看出，申訴人實質上被認為涉嫌重大，該次訊問對其地位有實質的不利影響，故申訴人已符合公約所稱的「被控訴刑事罪名」(charged with a criminal offence)⁵⁵ 之人。

該次訊問的情境為：申訴人 S 被借提出來接受訊問，同時被告知相關的比利時法律，但未提供辯護律師之協助。但是，申訴人受訊問的身分是法國法上認定為已涉有嫌疑的證人，依法國法應有權受律師協助，該次訊問到場的法國法官亦曾允諾將提供此項協助。然而，若依照比利時法律，於司法互助案件，受訊問人不論有無犯罪嫌疑，所進行的訊問程序及所享有的權利並不會有差別，比利時法律也未賦予司法互助案件之受訊問人有請求律師在場之權利。因此，可以理解的是，申訴人 S 在被訊問當時一定很疑惑，其在此情形下所為不利於己之陳述，究竟應依何國法進行及最後應如何評價，因此，不能認為 S 是在充分知悉所有資訊下而為陳述。此外，值得注意的是，比利時雖有告知 S 其陳述可能被用作證據，但並未明確告知 S 享有緘默權。

在法國的司法互助請求當中，執行以及監督執行的任務皆是交由比利時負責，因此程序是依據比利時法律進行，也就是說，被告受律師協助的要求，會被理解成是之後在法國進行的程序當中的要求，而

⁵⁵ 詳細內容請參閱 Meyer-Ladewig (2011: Art. 6 Rn. 21 ff.)。

非在比利時所進行的程序當中所應該給予的保障。歐洲人權法院表示，個別來看，比利時和法國政府似乎都無可指責之處：比利時是依照其內國法履行訊問申訴人之程序；反之，法國基於國際法上的承諾，法國官員至比利時時亦必須依照比利時法律行事，就此，法國對於比利時訊問過程中欠缺辯護律師協助的缺失，並無責任。

然而，法國應該注意，雖是由比利時依其法律進行訊問程序，但法國法院仍應審查，其使用經此司法互助途徑取得之證據，是否損及於法國進行的刑事程序之公正性。換言之，即便申訴人是在比利時依據比利時法律接受訊問，但這並不免除法國法院對此之審查義務，亦即法國法院仍應審查申訴人是否在符合歐洲人權公約之公平審判要求的情況下被追訴。關此，公約第 1 條已指出，簽約國應設法使司法高權之下之人民享有公約所確保的權利與自由。因此，法國政府有義務使比利時所進行的程序賦與被告公約所確保的權利，並合於公平審判。申訴人後來受到偵查，並基於先前的陳述而被起訴，儘管申訴人後來有獲得律師協助，在法國的調查法官面前行使緘默權，且在審理中承認所有被控事實，然而這並不能彌補先前的程序缺失，尤其是那時申訴人已無法挑戰該次訊問的有效性。綜合上述，歐洲人權法院認定法國違背公約第 6 條第 3 項第 c 款結合公約第 6 條第 1 項之公平審判條款，並判決法國政府應賠償總計 10,000 歐元給申訴人。

(三) 標竿意義

Stojkovic 裁判的標竿意義何在呢？首先，歐洲人權法院再度宣示先前 *Soering* 裁判揭示的公約簽約國於司法互助案件所應負之義務，重申各國進行司法互助時不能違反公約之權利保障條款。這點意義固然重要，但若僅止於此，*Stojkovic* 裁判就只是重複 *Soering* 裁判的要旨而已。因此，若要瞭解 *Stojkovic* 裁判的重要性，就要回到一個根本問題：

作為司法互助里程碑的 *Soering* 裁判，究竟還有什麼「未竟之功」呢？

首先，儘管 *Soering* 裁判影響深遠，但就引渡而言，除了死刑及酷刑危險之外，如請求國之刑事追訴會侵犯被追訴人之人權，例如重大侵害其受公平審判權，亦不應進行司法互助；不過，在何種情況是屬於侵害人權，仍有待釐清。⁵⁶ 此外，歐洲人權法院在 *Soering* 裁判固然留下公然悖離公平審判不引渡的伏筆，但很長一段時間皆未在後續裁判發揮，基本問題是，就引渡以外的司法互助，是否適用公然悖離公平審判的審查基準？⁵⁷ 由於引渡僅是司法互助的一種類型，大多數司法互助涉及的反而是境外取證而非引渡，因此，假使 *Soering* 裁判意義僅限於引渡而已，影響就大幅縮減。到底除了引渡之外，有沒有所謂的公然悖離公平審判之不司法互助原則，或者說，公然悖離公平審判之境外取得證據的不使用原則？這個國際人權法及歐洲各國法上不斷追問、討論的問題，一直到直接處理境外取證與公平審判的 *Stojkovic* 裁判，歐洲人權法院才作出明確決定，這也正是其作為標竿裁判的關鍵意義所在。

將司法互助的境外取證與公約保障的公平審判結合，並且以不違反公平審判要求，作為使用境外取得證據的前提要件，這正是 *Stojkovic* 裁判所欲傳達給各簽約國的主要訊息。歐洲人權法院並未陷入到底境外取證應採何種準據法的傳統司法互助之爭議，因為不管是依照取證地法、審判地法或區分說，結論上都有可能產生「整體程序（國外的偵查加上國內的審判）綜合觀察，終究還是明顯悖離公平審判要求而違反

⁵⁶ See ECHR, *Drozd and Janousek v. France and Spain*, Judgement of 26/06/1992, Series A no. 240; *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, Judgement of 04/02/2005, Appl. nos. 46827/99 and 46951/99; *Stoichkov v. Bulgaria*, Judgement of 24/03/2005, Appl. no. 9808/02; *Saccoccia v. Austria*, Judgement of 18/12/2008, Appl. no. 69917/01. See also Ivory (2013); White & Ovey (2010: 274-275).

⁵⁷ 指出此一方向的學者，如 Gless (2013b: 102-104)。

公約規定」的情形。因此，猶如 *Stojkovic* 案例事實所示，縱使簽約國依據傳統上刑事司法互助的屬地原則，亦即「司法互助之被請求國係依據自己內國法之規定，完成請求協助事項」（相當於取證地說），於請求國進行的審判程序，也不能豁免公約公平審判條款的審查。一言以蔽之，*Stojkovic* 裁判補足境外取證與公平審判這一塊拼圖，又跳脫傳統司法互助的準據法格局，據此開啟了國際司法互助的嶄新紀元。

再者，儘管公然悖離公平審判的內涵有待補充，但這不妨礙眾多個案明確違反的結論判斷，如 *Stojkovic* 裁判揭示的初次訊問之律師協助權，早已是歐洲人權法院解釋公約公平審判條款之案例法的定見 (Art. 6-3-c)，並未對法國造成任何的「突襲」。可以說是繼 *Soering* 裁判之後另一個司法互助的標竿裁判。

三、綜合評釋：個人權利保障作為司法互助天秤的砝碼

整體而言，歐洲人權法院兩則標竿裁判的突破性見解，方向上值得贊同。該院將原來國家與國家之間司法互助的二維面向，加入個人權利保障的面向，成為三維關係。也就是說，被告的個人權利保障，成為影響司法互助天秤的關鍵砝碼，因此進行司法互助不能只考慮傳統的本國及他國的高權機關或其雙邊關係而已，例如 *Soering* 案不能只考慮英、美雙方基於引渡協議的條約義務，更要考慮因此而受影響的 *Soering* 之個人權利，*Stojkovic* 案亦同。畢竟，司法互助的刑事案件，本質上就是刑事案件，被告是程序主體而非客體，國家也不能只以司法互助之名，就概括解除其刑事被告受內國法的憲法、法律及國際法的公約之權利保護。

無論相較於傳統上司法互助的準據法觀點說（取證地說、審判地說或區分說），或者對照我國實務獨樹一格的內國傳聞取證說，上開加

入個人權利保障的三維取徑，皆更具理論上的說服力與實務上的可行性。畢竟，一旦涉及境外取證，必定存在內國法與外國法的差異問題，而不論是垂直差異或水平差異（上文貳、一），都有可能有意或無意製造出次等刑事被告。然而，法治國的刑事司法程序，總有一些不能放棄的法治程序保障和公平審判要求，我們絕不應縱容司法機關向被告宣示：由於對你的指控是基於境外取得證據，因此你無法像其他國內被告一樣享有這些基本程序保障。

對於上開建議，最大的疑慮可能在於如何探求最低權利保障的內涵。然而，單單這點質疑，還不足以作為大方向上反對個人權利保障取徑的充分理由。鑑於二次世界大戰之後國際人權法的超國性發展趨勢，諸多實體與程序權利保障的國際共識已經逐漸成形。儘管還是無法避免存在一些尚待釐清的邊界案例，但猶如比例原則也存在邊界案例一樣，並未因此撼動其作為審查國家公權力干預的基本原則之地位。更何況包含本文所示例證在內的絕大多數案例，根本不存在邊界案例的問題，不管是禁止使用酷刑手段或刑事被告受律師協助權或對質詰問權等，早已是當代法治國的共同原則及各國際人權公約揭示的基本要求——包含具我國內國法效力的公政公約。在我國批准兩公約並通過兩公約施行法後，和國際人權發展接軌的道路已經豁然暢通，而司法互助案件之刑事被告，同樣應該受到公政公約第 14 條之公平審判的保障，也是規範上的當然結果。⁵⁸

回到前文案例。在垂直差異的例 1a 和例 1b 以及水平差異的例 2，不論是不正訊問之禁止、人身自由拘束之法官保留原則及逮捕後之通知或被告質問權的保障，皆已成為各法治國內國法及國際人權公約揭

⁵⁸ 關於如何以國際人權公約（如歐洲人權公約、公政公約）的人權保障要求，尤其是公平審判條款，作為跨境追訴刑事案件不可悖離的基準，可參閱 Gless 教授一系列的研究成果（2006, 2013a, 2013b, 2014a, 2014b），另參見 Ivory（2013）。

示的權利保障內容(如公政公約第7條、第9條、第14條第3項第e款)。假使我國正是案例中的A國(司法互助請求國及案件審判國),我國法官對於在B國取得的證據,不但不能照單全收,反而應該本於憲法、刑事訴訟法的規定及公約簽約國的義務,而否定欠缺最低權利保障品質的證據之證據能力。此外,司法互助或協議,也不是免除上開權利保障的理由,無論如何,確保在我國司法高權之下的被告,享有受公平審判的權利,這正是我國法官責無旁貸的責任與義務。

至於再三被實務拿來作為法治國之擋箭牌的兩岸司法互助協議,縱使承認其規範效力,⁵⁹協議作用也是在於協助我國法官完成上開的責任與義務,而非予以概括免除(如上文肆、一所示 *Soering* 裁判)。以中國公安筆錄為例,由於是境外取證,因此,我國法官必須藉由司法互助才能取得判斷證據能力的前提資訊,例如訊問過程有無踐行告知義務、有無接受律師協助、曾否賦予對質詰問機會等。如果發現其過程有瑕疵或瑕疵跡象,我國法官必須思索在我國審判程序補正瑕疵的可能性;若瑕疵已達明顯悖離公平審判要求之重大程度而無可治癒者,就僅能依法否定其證據能力⁶⁰(如上文肆、二所示 *Stojkovic* 裁判),而非反過來以司法互助為由,強迫被告去概括承受程序重大瑕疵之不利。這已是司法互助案件使用境外取得證據的最低標準了。

總言之,司法互助必須跳脫傳統國家與國家間二維關係之格局,加入被告權利保障而成為三維面向。具體而言,雙杜案司法天秤應該衡量的砝碼,不(只)是兩岸司法互助協議怎麼規定而已,更重要的是

⁵⁹ 關此協議,請參閱范振中(2012: 96-98);曾淑瑜(2011)。但應注意,此一協議與兩岸服務貿易協議一樣,同有應否經由立法院審議的程序爭議問題,請參閱賴中強(2014)。

⁶⁰ 境外取證或涉外因素,並非內國刑事法院免除其依法審查證據應否禁止使用之正當或合法事由(Gless, 2008)。國內同此方向之主張,如楊雲驊(2013: 92-97)亦認為境外取證違反普世人權基準或我國重要法律原則者,應否定其證據能力。

兩名被告是否受到我國憲法、公政公約及刑事訴訟法所揭示法治程序公平審判的基本權利保障。

伍、預防性的合作取證模式——代結語

最後，本文回顧先前案例，建議應以事先介入並避免程序歧異的預防性取證措施，作為司法互助案件的司法處置方針，代為結語。簡言之，立法機關擬定司法互助法、偵查機關進行雙邊司法合作及審判機關面對境外取證案件時，為了避免受請求國純粹依照其內國法來取證，甚而造成依審判地法證據無法使用之結果，因此，應該盡量採取事先介入、共同取證的合作模式，代替目前任由受請求國自行取證的片面模式。由於兩國之間程序法及證據法之歧異，在提出請求及進行取證之際就被顧慮且設法避免，因此才稱其為預防性取證措施。畢竟，從我國和國際的司法互助實際案例可知，一旦等到「生米煮成熟飯」時，才來考慮證據使用問題，經常是為時已晚，屆時無論是依照哪種準據法（取證地法說、審判地法說或區分說），都難有圓滿結果，而前述人權保障取徑也僅能消極地防止某些低於最低標準的證據使用情形，並不能積極地促進證據的可使用性。

以 *Stojkovic* 裁判為例，細讀案例可知，本案法國司法機關其實可以藉由更為積極的作為，事先就避免被歐洲人權法院宣告違反公約的敗訴結果。由於比利時與法國已經針對 *Stojkovic* 涉嫌的珠寶店搶案進行個案之司法互助，而比利時警方訊問 *Stojkovic* 的過程，也容許法國承辦的調查法官在場介入；既然法國司法互助請求書已經載明 *Stojkovic* 是可以得到律師協助的嫌疑證人，至遲在 *Stojkovic* 要求這項依照法國法享有的程序權利之後，比利時和法國就應有所警覺而促成其權利實現。由於系爭的是法國法，未來審判地也是法國，因此，法

國調查法官在訊問時，本來可以向比利時警方提出配合律師協助的要求，但實際上法國調查法官並未提出要求，而個案中也沒有任何跡象顯示，比利時警方將會拒絕法國的要求。這個不經心的疏忽，正是法國最後被宣告違反公約的關鍵（比利時方若非因為申訴時效問題，也有可能成為共同敗訴國），儘管法國在後來審判程序賦予律師協助權的保障，但已經無法彌補先前造成的程序瑕疵。由此案例可知，司法互助案件採取預防性取證措施的可能性與必要性。

再如，例 3 所示告知義務的內容差異，預防性取證措施亦有必要性及可能性，以德國請求美國司法互助的情形為例：由於違反告知義務所得之陳述，依德國法將會導致證據使用禁止之結果，⁶¹ 因此，為了避免在美國合法取證但在德國審判時卻被禁止使用，德國可以在囑託美國訊問之際，就同時請求依照德國法而踐行告知義務。藉由這種事先介入的預防性取證措施之合作模式，因兩國間程序與證據法則歧異所造成的難題被事先解決，同時避免了可能違反公平審判要求的程序指摘。至於具體介入方式，則視個案情節需求及雙方合作程度而有不同選項，例如：德國可能派遣檢察官至美國協同美國警方訊問，並由德國檢察官踐行（依照德國法有必要但依照美國法不必要的）告知義務；也可能經由視訊科技設備，而由在德國的檢察官對在美國的受訊人踐行告知義務；⁶² 還有另一種可能是經由司法互助文書，先由德

⁶¹ 請參閱 BGHSt 38, 214 (標竿裁判)。請參閱王士帆 (2011)。

⁶² 以上兩種方式，若受訊問人是在美國但不精曉美語的德國人，同時也避免了語言障礙的問題。畢竟，以受訊人知曉的語言踐行告知義務，向來是告知義務的當然內涵，也是歐洲人權公約 (Art. 5-2, Art. 6-3-a/e) 及公政公約 (Art. 9-2, Art. 14-3-a/f) 等各國國際人權法明文揭示的保障項目。參閱 Esser (2012: Art. 6 EMRK/Art. 14 IPBPR Rn. 534 ff., 828 ff.); Joseph & Castan (2013: 479-480, 502-503); Gollwitzer (2005: Art. 6 MRK/Art. 14 IPBPR Rn. 160 ff., 233 ff.)。

國列舉應予告知的內容項目，再由美國警方代為踐行。⁶³ 附帶說明，以上視訊科技設備也有可能運用在境外不利證人的訊問情境，被告或其辯護人可以藉由視訊而對其提出問題，藉此達到間接保障被告對不利證人質問權的目的。⁶⁴

最後，本文還是要強調：預防性共同取證是一種「儘量」從司法互助的「前端」建置去減少具體個案的「後端」爭議之作法。然而，一來，既然是涉及法制層面的「前端」措施，勢必需要立法者或主事者的配合，始能成事，例如在總則性的司法互助相關立法或個別的司法互助協議（包含兩岸司法互助協議），就預先納入預防性取證的指導原則；否則，問題如果一概只在後端解決，實際個案中無論是偵查機關或審判機關，勢必捉襟見肘、左右為難，如上文所示的我國實務困境（上文參）。二來，層面本來就相當廣泛、複雜的司法互助問題，撇開政治、外交等面向不談，單單司法層面的解決之道而言，縱使採取了事先的預防性取證措施，也還必須和其他的指導原則（如上文肆、三所提的「個人權利保障作為司法互助天秤的砝碼」、「法治國不能放棄的公平審判要求作為最低標準」）相互搭配，始能有效運作。這尤其適用在一些事先「無從」或「來不及」共同取證的「生米煮成熟飯」之

⁶³ 在德國與外國的司法互助案件中，此種作法已有前例可循。並且，德國聯邦最高法院亦曾被請求國違反多邊司法互助之規定，作為證據欠缺證據能力的理由（BGH, Beschluss vom 15. März 2007-5 StR 53/07, NStZ 2007, 417 bzgl. Art. 4 Abs. 1 EU-RhÜbk），其案情略為：依歐盟刑事司法互助公約（EU-RhÜbk）第 4 條第 1 項規定，具體之司法互助請求，原則上應依循請求國明確要求的程序來執行，德國據此向法國請求由法國法官訊問證人。然於該訊問程序，法國卻未依照德國請求於訊問前先依德國刑事訴訟法第 168 條之 3 將訊問日期通知辯護人。此訊問證人筆錄，即因違反司法互助法所要求的「遵守請求國法」，而不得作為證據。

⁶⁴ 請參閱 BGHSt 45, 188=BGH, Urt. v. 15.09.1999-1 StR 286/99 (LG Mannheim) m. Anm. Duttge (2000). 關於視訊訊問於境外證人之運用及限制，請參閱林鈺雄 (2011: 2346-2350)。德國聯邦最高法院裁判譯介請參閱王士帆 (2009)。

案例，例如取證地國事實上早已完成取證或根本不予配合的情形；諸如此類的棘手案例，正是法治國的試金石，此時，作為審判地的我國法院，更應注意憲法、公約及法律的誠命，據此否定欠缺最低權利保障品質的證據之證據能力。⁶⁵ 雖然個案可能因此造成定罪之困難，但卻可整體保障刑事訴訟的法治程序。

總言之，司法互助的人權保障取徑及事先介入的預防性措施，可以說是未來我國司法互助案件的兩大課題。本文拋磚引玉，期待我國實務重新反省幾成主流但失之狹隘的內國傳聞取徑，開啟合乎國際人權基準的司法互助的另一個新紀元。

⁶⁵ 相關說明，包含如何探求最低權利保障的內涵之問題，已見於上文肆、三之說明及註 58、註 60 之文獻引證。

參考文獻

- 王士帆 (2009)。〈德國聯邦最高法院刑事裁判翻譯——視訊訊問國外證人與法院調查義務〉，《軍法專刊》，55, 3: 152-168。(Wang, S. F. [2009]. The translation of German Federal Supreme Court's criminal judgment—Video-conferencing to witnesses abroad and the court's obligation to investigate evidence. *Military Law Journal*, 55, 3: 152-168.)
- 王士帆 (2011)。〈違反緘默權告知義務之證據禁止——以德國法作比較觀察〉，《政大法學評論》，120: 159-269。(Wang, S. F. [2011a]. Exclusion of evidence in violation of warning: Right to silence—A comparative view of German Law. *Chengchi Law Review*, 120: 159-269.)
- 王兆鵬 (1999)。〈緘默之證據能力〉，《台灣本土法學》，4: 50-62。(Wang, J. P. [1999]. The admissibility of silence evidence. *Taiwan Law Journal*, 4: 50-62.)
- 〈「外國法院委託事件協助法修正草案」研擬完成〉(2006)，《司法周刊電子報》，1284: n.pag.。取自 http://www.judicial.gov.tw/jw9706/1284_main.html (“Draft amendment to the law in supporting foreign courts on consigned cases” completely elaborated. [2006]. *Judicial Weekly Newsletter*, 1284: n.pag.)
- 李佳玟 (2014a)。〈杜氏兄弟案是台灣司法界的醜聞〉，《台灣法學雜誌》，250: 1-7。(Lee, C. W. [2014a]. The case of the Du brothers is Taiwan's judicial scandal. *Taiwan Law Journal*, 250: 1-7.)
- 李佳玟 (2014b)。〈境外或跨境刑事案件中的境外證人供述證據：最高法院近十年來相關判決之評釋〉，《台大法學論叢》，43, 2: 489-548。(Lee, C. W. [2014b]. The study of extraterritorial testimonies in extra/trans-territorial criminal cases—Review of Relevant Supreme Court cases in the past decade. *National Taiwan University Law Journal*, 43, 2: 489-548.)
- 林永謀 (2010)。《刑事訴訟法釋論(中)》。臺北：冠順。(Lin, Y. M. [2010]. *Explanation of the code of criminal procedure* [Vol. 2]. Taipei: Kuanshun.)
- 林鈺雄 (2005)。〈歐式米蘭達——歐洲人權法院 Allan 裁判及其劃時

- 代意義之評析》，《台灣本土法學》，72: 119-146。(Lin, Y. H. [2005]. European Miranda warning—Critiques on Allan case of European Court of Human Rights and its epoch-making significance. *Taiwan Law Journal*, 72: 119-146.)
- 林鈺雄 (2006)。〈論不自證己罪原則——歐洲法整合趨勢及我國法發展之評析〉，《台大法學論叢》，35, 2: 1-60。(Lin, Y. H. [2006]. A study on the principle of “Nemo Tenetur se Ipsum Accusare.” *National Taiwan University Law Journal*, 35, 2: 1-60.)
- 林鈺雄 (2008)。〈改革偵查程序之新視野——從歐洲趨勢看我國法走向〉，《月旦法學雜誌》，157: 202-223。(Lin, Y. H. [2008]. New vision to the reform of investigation procedure—From European trends to see the direction of local law. *Taiwan Law Review*, 157: 202-223.)
- 林鈺雄 (2011)。〈對質詰問之限制與較佳防禦手段優先性原則之運用：以證人保護目的與視訊問制度為中心〉，《台大法學論叢》，40, 4: 2323-2395。(Lin, Y. H. [2011]. Protection and restriction of the confrontation right. *National Taiwan University Law Journal*, 40, 4: 2323-2395.)
- 林鈺雄 (2013)。《刑事訴訟法 (上)》(7 版)。臺北：元照。(Lin, Y. H. [2013]. *The Code of Criminal Procedure* [Vol. 1, 7th ed.]. Taipei: Angle.)
- 林鈺雄 (2014)。〈2013 年刑事程序法回顧：從國際人權公約內國法化的觀點出發〉，《台大法學論叢》，43 (特刊): 1265-1298。(Lin, Y. H. [2014]. Developments in the law in 2013—Criminal Procedure Law. *National Taiwan University Law Journal*, 43 (Special Issue): 1265-1298.)
- 林慶郎 (2012)。〈法國最高法院統一法律見解之制度簡介〉，《司法周刊》，1598: 2-3。(Lin, C. L. [2012]. The introduction of the unified legal opinions system of French Supreme Court. *Judicial Weekly*, 1598: 2-3.)
- 邱俊誠 (2010)。〈使用營救式刑求對付恐怖份子的探討——以灌水取供為例〉，《警學叢刊》，191: 245-255。(Chiou, J. C. [2010]. The discussion of taking saving clause's torture for countering terrorist—Waterboarding's case. *Police Science Quarterly*, 191:

245-255.)

- 邱鼎文 (2012a)。〈經由司法互助取得證據之證據能力——以澳門擄人勒贖案之評釋為中心〉，《檢察新論》，12: 74-86。(Chiu, T. W. [2012a]. The admissibility of evidences obtained by legal mutual assistance—A comparative study on review of Macao kidnappings for ransom case. *Taiwan Prosecutor Review*, 12: 74-86.)
- 邱鼎文 (2012b)。《論經由司法互助取得證據之證據能力——以傳聞法則與排除法則為中心》。臺中：東海大學法律學院法律學研究所碩士論文。(Chiu, T. W. [2012b]. *The admissibility of evidences obtained by legal mutual assistance—A comparative study on the hearsay rule and exclusionary rule*. Unpublished master thesis, Department of Law, Tunghai University, Taichung, Taiwan.)
- 范振中 (2012)。〈兩岸司法互助——以 98 年「兩岸協議」為探討〉，《司法新聲》，103: 95-107。(Fan, C. C. [2012]. Cross-strait mutual legal assistance—The discussion of “Cross-Strait Joint Fight against Crime and Mutual Legal Assistance Agreement” in 2009. *Judicial Aspirations*, 103: 95-107.)
- 張熙懷、葉建廷 (2003)。〈我國傳聞法則之例外規定：特信性文書〉，《傳聞法則：理論與實踐》，頁 199-253。臺北：元照。(Chang, H. H., & Yeh, C. T. [2003]. Exceptions of the hearsay rule in local law: Special credibility document. In *Theory and practice of hearsay rule* [pp. 199-253]. Taipei: Angle.)
- 許玉秀等 (2014 年 5 月)。「來自星星的證人——對質詰問、證物提示與死刑裁判：以杜氏兄弟案為例學術研討會」論文。臺北：臺灣大學刑事法中心等。(Hsu, Y. H., et al. [2014, May]. *Witnesses from stars—Cross-examination, exhibits’ presentation and death penalty judgments: The case of the Du brothers*. Paper presented at the conference of the Center of Criminal Justice in National Taiwan University on Witnesses from Stars, Taipei.)
- 許玉秀、陳欽賢、李佳玟、賴中強、林鈺雄、朱家安 (2014)。〈來自星星的證人——對質詰問、證物提示與死刑裁判：以杜氏兄弟案為例〉，《司法改革雜誌》，102: 11-31。(Hsu, Y. H., Chen, C. S., Lee, C.-W., Lai, C.-c., Lin, Y.-H., & Chu, J. A. [2014]. *Witnesses From Stars: Cross-examination, exhibits’ presentation and*

- death penalty judgments—The case of the Du brothers. *Judicial Reform Review*, 102: 11-31.)
- 陳運財 (2003)。〈傳聞法則之理論及其實踐〉，《月旦法學雜誌》，97: 85-106。(Chen, Y. T. [2003]. Theory of hearsay rule and its practice. *Taiwan Law Review*, 97: 85-106.)
- 曾淑瑜 (2011)。〈評析「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」刑事司法合作之模式〉，《輔仁法學》，41: 75-127。(Tseng, S. Y. [2011]. To comment on the patterns of criminal judicial co-operation in “Cross-strait joint fight against crime and mutual legal assistance agreement.” *Fu Jen Law Review*, 41: 75-127.)
- 楊雲驊 (2013 年 10 月)。〈國際刑事司法互助取得證據之證據能力判斷〉，「國際刑事司法互助的趨勢學術研討會」論文。臺北：法務部國際及兩岸法律事務司。(Yang, Y. H. [2013, October]. *Evidence qualifications from international cooperation for taking evidence*. Paper presented at the conference of the Department of International and Cross-strait Legal Affairs of the Ministry of Justice on Trends of International Legal Mutual Assistance in Criminal Matters, Taipei.)
- 慶啟人 (2004a)。〈試論臺灣如何與他國進行實質之司法合作 1〉，《法務通訊》，2201: 4-5。(Qing, Q. R. [2004a]. How can Taiwan enter into substantial judicial cooperations with other countries 1. *Legal Affairs Newsletter*, 2201: 4-5.)
- 慶啟人 (2004b)。〈試論臺灣如何與他國進行實質之司法合作 2〉，《法務通訊》，2202: 3-5。(Qing, Q. R. [2004b]. How can Taiwan enter into substantial judicial cooperations with other countries 2. *Legal Affairs Newsletter*, 2202: 3-5.)
- 賴中強 (2014)。〈未生效卻先行的兩岸司法互助協議〉，《司法改革雜誌》，102: 21-23。(Lai, C. C. [2014]. Cross-strait joint fight against crime and mutual legal assistance agreement is implemented before it becomes effective. *Judicial Reform Review*, 102: 21-23.)
- 賴志豪 (2004)。〈人權法之新開展——論 Soering 案對引渡法之影響〉，《月旦法學雜誌》，108: 94-110。(Lai, C. H. [2004]. New developments of Human Rights Law—The impact of Soering

- case to the Extradition Act. *Taiwan Law Review*, 108: 94-110.)
- Ambos, K. (2006). *Internationales Strafrecht*. München, Deutschland: C. H. Beck.
- Ashworth, A. (1998). *The criminal process* (2nd ed.). New York: Oxford University Press.
- Bair, J. (2005). *The international covenant on civil and political rights and its (first) optional protocol*. Frankfurt am Main, Deutschland: Peter Lang.
- Battjes, H. (2008). Landmarks: Soering's legacy. *Amsterdam Law Forum*, 1, 1: 139-150. Retrieved from <http://amsterdamlawforum.org/article/view/51/67>
- Böse, M. (2002). Die Verwertung im Ausland gewonnener Beweismittel im deutschen Strafverfahren. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 114, 1: 148-182.
- Cape, E., Namoradze, Z., Smith, R., & Spronken, T. (2010). *Effective criminal defence in Europe*. Antwerpen, Belgium: Intersentia.
- Duttge, G. (2000). Anm. zu BGH. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2000: 157-159.
- Esser, R. (2012). *Löwe-Rosenberg StPO, EMRK/IPBPR* (26. Aufl.). Berlin: Walter de Gruyter.
- Gless, S. (1999). Das Verhältnis von Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverböten und das Prinzip "locus regit actum." In E. Samson, F. Dencker, P. Frisch, H. Frister, & W. Reiß (Hrsg.), *Festschrift für Gerald Grünwald zum 70. Geburtstag* (S. 197-212). Baden-Baden, Deutschland: Nomos.
- Gless, S. (2006). *Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung*. Baden-Baden, Deutschland: Nomos.
- Gless, S. (2008). Beweisverböte in Fällen mit Auslandsbezug. *Juristische Rundschau*, 2008: 317-326.
- Gless, S. (2010a). Der Nemo tenetur-Grundsatz: Ein Erbe Napoleons im deutschen, französischen und europäischen Recht. In H. Jung, J. Leblois-Happe, & C. Witz (Hrsg.), *200 Jahre Code d'instruction criminelle—Le Bicentenaire du Code d'instruction criminelle* (S. 79-90). Baden-Baden, Deutschland: Nomos.

- Gless, S. (2010b). Europa—Eine Herausforderung für die Strafverteidigung. *Strafverteidiger*, 2010: 400-407.
- Gless, S. (2011a). *Internationales Strafrecht*. Basel, Switzerland: Helbing Lichtenhahn.
- Gless, S. (2011b). 〈歐洲：刑事辯護的挑戰〉(王士帆譯)，《檢察新論》，9: 324-341。 (Gless, S. [2011b]. Europa—Eine Herausforderung für die Strafverteidigung [S. F. Wang, Trans.]. *Taiwan Prosecutor Review*, 9: 324-341.)
- Gless, S. (2011c). 〈不自證己罪原則——在德國、法國及歐洲法的拿破崙遺產〉(王士帆譯)，《法學叢刊》，222: 181-195。 (Gless, S. [2011c]. Der Nemo tenetur-Grundsatz—Ein Erbe Napoleons im deutschen, französischen und europäischen Recht [S. F. Wang, Trans.]. *China Law Journal*, 222: 181-195.)
- Gless, S. (2013a). 〈涉外刑事案件之證據禁止〉(王士帆譯)，《司法周刊》，1647: 1-24。 (Gless, S. [2013]. Beweisverbote in Fällen mit Auslandsbezug [S. F. Wang, Trans.]. *Judicial Weekly*, 1647: 1-24.)
- Gless, S. (2013b). Transnational cooperation in criminal matters and the guarantee of a fair trial—Approaches to a general principle. *Utrecht Law Review*, 9, 4: 90-108.
- Gless, S. (2014a). 〈共同之人權標準——談歐洲人權公約、公民與政治權利國際公約與跨境刑事追訴〉(王士帆譯)，《月旦法學雜誌》，224: 253-273。 (Gless, S. [2014a]. Ein gemeinsamer menschenrechtlicher Standard - EMRK, IPBR und grenzüberschreitende Strafverfolgung [S. F. Wang, Trans.]. *Taiwan Law Review*, 224: 253-273.)
- Gless, S. (2014b). 〈刑事程序之公平審判原則——以武器平等為中心〉(王士帆譯)，《成大法學》，27: 139-187。 (Gless, S. [2014b]. Das Prinzip des fairen Strafverfahrens—Die Chance auf Waffengleichheit [S. F. Wang, Trans.]. *Cheng Kung Law Review*, 27: 139-187.)
- Gollwitzer, W. (2005). *Menschenrechte im Strafverfahren: MRK und IPBPR*. Berlin: Walter de Gruyter.
- Grabenwarter, C., & Pabel, K. (2012). *Europäische Menschenrecht-*

- skonvention—Ein Studienbuch* (5. Aufl.). München, Deutschland: C. H. Beck.
- Hackner, T., & Schierholt, C. (2012). *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen: Ein Leitfaden für die Praxis* (2. Aufl.). München, Deutschland: C. H. Beck.
- Hodgson, J. (2001). The police, the prosecutor and the juge d'instruction—Judicial supervision in France, theory and practice. *British Journal of Criminology*, 41, 2: 342-361.
- Human Rights Committee. (2007). *General comment no. 32—Article 14 right to equality before courts and tribunals and to fair trial* (UN Doc. CCPR/C/GC/32). Retrieved from <http://www.refworld.org/docid/478b2b2f2.html>
- Ivory, R. D. (2013). The right to a fair trial and international cooperation in criminal matters—Article 6 ECHR and the recovery of assets in grand corruption cases. *Utrecht Law Review*, 9, 4: 147-164.
- Joseph, S., & Castan, M. (2013). *The international covenant on Civil and Political Rights—Cases, materials, and commentary* (3rd ed.). Oxford, UK: Oxford University Press.
- Jung, H. (2002). Einheit und Vielfalt der Reformen des Strafprozessrechts in Europa. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2002: 65-81.
- Merrills, J. G., & Robertson, A. H. (2001). *Human rights in Europe—A study of the European Convention on Human Rights* (4th ed.). Manchester, UK: Manchester University Press.
- Meyer-Ladewig, J. (2011). *Europäische Menschenrechtskonvention: Handkommentar* (3. Aufl.). Baden-Baden, Deutschland: Nomos.
- Mowbray, A. (2004). *Cases and materials on the European Convention on Human Rights*. Oxford, UK: Oxford University Press.
- Nowak, M. (2005). *U.N. covenant on Civil and Political Rights: CCPR commentary* (2nd ed.). Kehl am Rhein, Deutschland: N.P. Engel.
- O'Reilly, G. W. (1994). England limits the right to silence and moves towards an inquisitorial system of justice. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 85, 2: 402-452.

- Pfefferkorn, F. (2006). *Einführung in das französische Strafverfahren: Eine systematische Darstellung der procédure pénale*. Münster, Deutschland: LIT.
- Roxin, C., & Schünemann, B. (2014). *Strafverfahrensrecht: Ein Studienbuch* (28. Aufl.). München, Deutschland: C. H. Beck.
- Safferling, C. J. M. (2001). *Towards an international criminal procedure*. Oxford, UK: Oxford University Press.
- Satzger, H. (2012). 〈法官在刑事偵查程序之角色——以德國與法國為例〉(王士帆譯),《檢察新論》, 11: 297-329。(Satzger, H. [2012]. Die Rolle des Richters im Ermittlungsverfahren in Deutschland und Frankreich [S. F. Wang, Trans.]. *Taiwan Prosecutor Review*, 11: 297-329.)
- Satzger, H. (2013). *Internationales und Europäisches Strafrecht* (6. Aufl.). Baden-Baden, Deutschland: Nomos.
- Schilling, T. (2004). *Internationaler Menschenrechtsschutz: universelles und europäisches Recht*. Tübingen, Deutschland: Mohr Siebeck.
- Schomburg, W., Lagodny, O., Gless, S., & Hackner, T. (2012). *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen* (5. Aufl.). München, Deutschland: C. H. Beck.
- Stone, R. (2014). *Textbook on civil liberties and human rights*. Oxford, UK: Oxford University Press.
- Summers, S. J. (2007). *Fair trials— The European criminal procedural tradition and the European Court of Human Rights*. Oxford, UK: Hart.
- Wasek-Wiaderek, M. (2000). *The principle of “equality of arms” in criminal procedure under article 6 of the European Convention on Human Rights and its functions in criminal justice of selected European countries—A comparative view*. Leuven, Belgium: Leuven University Press.
- White, R., & Ovey, C. (2010). *Jacobs, White & Ovey: The European Convention on Human Rights* (5th ed.). Oxford, UK: Oxford University Press.

Mutual Legal Assistance: The Outer Fringes of Fair Trial? —Referencing Cases of the European Court of Human Rights

Yu-Hsiung Lin

College of Law, National Taiwan University
No. 1, Sec. 4, Roosevelt Road, Taipei 10617, Taiwan
E-mail: yslmy41@gmail.com

Abstract

The right to fair trial in the determination of any criminal charge has been recognized in international law and standards, such as Article 6 of the European Convention on Human Rights (EConHR) and Article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR). However, do mutual legal assistance proceedings deny the defendant the right to a fair trial? Given the fact that such proceedings normally affect more than one jurisdiction, the accused may be left with less protection by each of the jurisdictions involved; therefore, this article argues that some precautionary measures must be taken to ensure the accused is not placed at a substantial disadvantage in transnational cases.

Beginning with a series of domestic cases, this article brings attention to the way judicial practice deals with problems derived from cross-border cooperation. The article then refers to some comparable cases of European Court of Human Rights (ECtHR), in particular, the Soering case and the Stojkovic case. These cases clearly affirm that mutual legal assistance is not a grey area, but an integral part of the right to fair trial. Following the judgments of the ECtHR, contracting parties have taken steps to reform its policies and laws regarding this issue. Therefore, the article suggests developing preventive strategies in the evidence gathering phase in the field of mu

tual legal assistance, in a manner that protects the rights to fair trial and interests of the citizens.

Key Words: mutual legal assistance, fair trial, extradition, extraterritorial crime investigation