

證人概念與對質詰問權 ——以歐洲人權法院相關裁判為中心*

林鈺雄

台灣大學法律學院
E-mail: yslmy41@yahoo.com.tw

摘要

刑事被告享有質問不利證人之權利，乃超越法系、凌駕國界的「普世價值之基本人權」，在我國法亦受保障。然而，此項人權要求的具體司法實踐，亦有諸多亟待克服之難題，諸如：何謂「不利證人」，共犯／共同被告是否屬之？對質詰問的實質內涵為何？於何等條件得承認其例外？此乃各內國法與國際人權法、我國法與歐洲人權公約、我國大法官及歐洲人權法院所共同面對之問題。本文先從歐洲人權公約之對質詰問條款出發，解析歐洲人權法院的案例法，如何發展超越法系、凌駕泛歐國界的普世人權基準，評釋其優劣之處，最後回到本土的立足點，簡述其對我國法未來之發展可能的啟示與助益。

關鍵詞：共同被告、證人、對質詰問、傳聞、歐洲人權法院

投稿日期：93.11.24；接受刊登日期：94.4.4；最後修訂日期：94.7.5

責任校對：黃錦香、曾嘉琦

* 本文特別感謝兩位匿名審稿委員惠賜之寶貴意見，初稿內文與註解經增訂後成為本文，當然，一切文責仍由筆者自負。

壹、前言：對質詰問作為普世人權

「刑事被告享有詰問證人之權利，乃具普世價值之基本人權」！

上開簡潔有力的引言，出自於二〇〇四年七月作成我國大法官釋字第五八二號解釋。本號解釋肇因於徐自強案，¹ 而該案裁判猶如蘇建和案等爭議裁判，將共犯／共同被告之自白，採為不利被告本人之有罪裁判基礎，因而引發一連串的共犯／共同被告的證人地位問題。

系爭大法官解釋，一來本於嚴格證明等法則，表示共同被告對於被告本人之案件，本質上屬於證人，故應保障被告對其之詰問權，並據此宣告兩則系爭判例違憲；二來旁徵博引，除我國憲法與法律外，也從美、日、德各國憲法、法律及國際人權公約，論述刑事被告詰問（不利）證人之權利，乃**超越法系與訴訟構造差異的「普世價值之基本人權」**。在此，大法官引證的國際人權公約有二，一是一九五三年九月三日生效之歐洲人權公約（European Convention on Human Rights）。² 二是一九七六年三月二十三日生效的聯

¹ 本案確定判決為最高法院八十九年台上字第二一九六號判決。相關裁判評釋請參見民間司改會、何賴傑、黃朝義、李茂生（2003：209-232）。

² 全稱為「歐洲保障人權與基本自由公約」(European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms)，下文亦簡稱公約；英文有簡稱為ECHR者，但此名與歐洲人權法院之簡稱（ECHR=European Court of Human Rights）相同，容易混淆。本文以下所稱ECHR，皆指歐洲人權法院而言。

此外，釋字第五八二號解釋原公布理由書文字為「西元一九五〇年十一月四日生效之歐洲人權及基本自由保障公約」，但其中「生效」二字應為「簽署」之誤植，後已更正。簡言之，公約區別簽署（signature；或稱簽訂）、批准（ratification）及生效（entry into force）的概念，上述日期為歐洲人權公約首度共同簽署並開始給歐洲理事會其他會員國簽署（opening for signature）之日，生效條件為十國完成批准程序（舊公約第六十六條），此項條件並於一九五三年九月三日因第十個國家盧森堡批准而成就，故公約此日起正式生效，效力並不回溯至簽署日。

合國之公民與政治權利國際公約 (ICCPR = International Covenant on Civil and Political Rights)，其中，後一公約第十四條第三項第e款對質詰問條款，文字幾乎是前一公約第六條第三項第d款對質詰問條款一字不漏的翻版。除此之外，仿造舊歐洲人權公約並於一九七八年七月十八日生效的美洲人權公約 (ACHR = American Convention on Human Rights)，其第八條第二項第f款亦有文義相當的對質詰問條款。值得注意的是，以上諸公約的對質詰問條款，體例上都編列在通稱為**公正程序／公平審判權** (Right to a fair trial) 的條款之下，換言之，刑事被告的對質詰問權，既是公平審判原則／權利的一環，也是**公平審判之特別列舉項目及最低保障要求** (minimum right/guarantee)，稱其為普世價值之基本人權，³ 可以說是切中要害。

然而，無論是內國憲法或國際人權公約，羅列受保障的普世人權，本非難事，困難的是具體的司法實踐，更難的是超越內國司法主權藩籬的跨國性司法實踐，而歐洲人權公約之所以被譽為可能是最爲世人所熟知及影響最大之公約，⁴ 正是在於其能夠超越重重障礙，而將**普世人權具體轉化為跨國性之司法實踐**。這些重重障礙，除了較爲人所熟悉的內國主權藩籬之外，還包括作爲公約守護者與裁判者的歐洲人權法院，如何在公約簡潔而抽象的規範基礎之上，

關此，歐洲理事會之官方網站 (<http://www.coe.int>) 有公約與各簽約國簽署、批准及生效的詳細資料，本文所引網站資料，以初稿完稿日二〇〇四年十月十五日為準。此外，該網站 Human Rights /ECHR/Judgments and Decisions 欄之 “Search the Case-Law-HUDOC”，可檢索歐洲人權法院官方式之英文及法文版裁判，本文所引者爲上開英文版裁判，部分並對照非官方之德文版譯文。至於裁判引文內的強調部分，皆爲本文所附加。

³ 關於人權普世性問題，請參見姚孟昌 (2004年10月13/14日)。

⁴ 關於歐洲人權公約之成效評價，請參見陳隆志、廖福特 (2002: 40)；廖福特 (2003: 16)；Rumpf (1996: 82)。

發展出超越法系傳統及訴訟構造差異的「普世人權基準」？這裡牽涉到普世人權、公約要求與各內國法關係的三角習題。還有，如何因應千變萬化的具體個案，建構出既合乎公約保障人權本旨且具有高度穩定性的案例法 (case-law；又譯為判例法)？這又是另外一個難題。綜合這些難題，可以說，歐洲人權公約當初的制訂者，賦予歐洲人權法院的是史無前例的任務，而該院點點滴滴形成的案例法，既是普世人權之跨國性司法「**實踐**」，更是「**實驗**」。

上開實踐與實驗的最佳觀察點，當屬歐洲人權法院闡釋公約第六條公正程序／公平審判條款的案例法。⁵ 當我國大法官還徘徊在「法定程序」、「正當法律程序」、「訴訟權保障」、「公平審判」等混合式論述之際，歐洲人權法院早已以公平審判為上位指導原則，而發展出一套鉅細靡遺的**程序基本權體系**；在相關案例中，公平審判既是歐洲人權法院統合的審查基準，也是各內國法主張其歷史傳統或法律 (系) 特色的「界限」所在。事實上，無論從爭訟案件數量，⁶ 或對內國法影響高低的角度的來看，⁷ 第六條的公平審判權當屬公約

⁵ 本條所稱“Right to a fair trial” (英文版) 或 “Recht auf ein faires Verfahren” (德文版)，英文一般中譯為公平審判，但在此所稱「審判」是廣義用法，而非如我國刑事訴訟法 (如第二七一條以下) 所稱專指起訴後、法院前之程序的「審判」之狹義用法。因此，嚴格來講，公平或公正「程序」是比較中性而不會引起誤解之譯名，公約德文版亦是如此翻譯。不過，在我國包括歷來大法官解釋 (如釋字第五八二號) 在內，公平審判的譯名與用法已經根深蒂固，故本文僅點出問題所在，但仍從一般譯名。

⁶ 若以爭點來區分，公約第六條案件 (Cases concerning the right to a fair trial) 是歐洲人權法院裁判數量的最大宗。該條爭點包山包海，其中又以指摘內國程序進行過久 (the length of court proceedings) 之案件比例最高，單以二〇〇〇年為例，相關裁判總共占了年度裁判高達四分之三的比例 (695 則裁判中有 521 則與此有關)，說明請參見 Ambos (2002: 629)。

⁷ 由歐洲人權法院官方網站進入 “Effects of judgments or cases 1959-1998” 的資料項目，可查詢上開年間，歐洲人權法院裁判在各被告當事國之執行情形及其對內國法的直接影響，但此僅例示而已，相關影響並不以此為限 (尤其是對非當事國之立

最為重要的基本人權條款，本文處理的對質詰問條款正是附屬於該條的其中一個項目，而困擾我國法及大法官的**共犯／共同被告之證人地位及對質詰問問題**，僅是鑲入公平審判及對質詰問條款的一個環節而已。無論從普世人權的關懷或我國實務的出路來看，研究歐洲人權法院如何解開這些環環相扣的環節，如何超越法系與內國訴訟構造差異而發展並實踐對質詰問的普世人權，都深具啓示意義。巧合的是，如下文所述，有些歐洲人權法院案例（如下文參、二之 *Isgrò*、*Ferrantelli* 及 *Barberà* 等三案），竟然和遠在千里之外的我國系爭案例有諸多雷同之處。

本文以共犯／共同被告之證人地位及對質詰問問題為縱軸，分別討論三大基本難題：何謂被告有權行使對質詰問之「（不利）證人」、對質詰問的「內涵」為何以及其「例外」之條件與類型；據此交叉三條橫軸：一是歐洲人權公約的規範（下文貳），二是歐洲人權法院的案例法發展（下文參），藉此解析作為普世人權的對質詰問，如何在千變萬化的個案中具體轉化為**跨國性的司法實踐**，三是回到我國法，略述這些跨國實踐的啓示與意義，代為結語（下文肆）。

貳、歐洲人權公約與其證人相關條款

一、歐洲人權公約與法院概述

歐洲人權公約是歐洲理事會 (Council of Europe) 系統的國際人權盟約，自一九五三年九月三日生效以來，隨著歐洲理事會版圖

法與實務的間接影響)。請參見 European Court of Human Rights (1998)。

此外，若以受影響的內國法規來分類，被歐洲人權法院關於公約第六條裁判改造最徹底者，乃各內國的刑事（訴訟）法，這不難理解，因為該條和刑事程序的關連最深，而其第二項、第三項也僅以刑事案件之被告為保障主體（“Everyone charged with a criminal offence. . .”）。但是，該條影響並不以刑事法為限（參見下文貳、三）。

的擴張，目前已有四十六個簽約國，與歐洲理事會會員國完全重疊。⁸ 這些簽約國，一來除甫加入的摩納哥外，皆已完成批准程序，二來範圍已經跨越傳統的歐洲地理區域，三來也包含了所有的歐盟 (EU=European Union) 成員國在內。⁹

然而，簽約國數量與版圖快速擴張，只不過是歐洲人權公約的影響日增的因素之一而已。如前言所述，有無**跨國性司法實踐之能力**，才是成敗的關鍵所在，這也決定了國際人權公約是僅止於華麗辭藻的美麗宣言，還是真正具有實效的人權法典。備受兩次世界大戰摧殘的歐洲國家領袖，聯合催生了這個國際上**第一個具有「可訴訟性」的人權公約**，承認簽約國或個人得以某簽約國違反公約為

⁸ 該公約僅開放給歐洲理事會會員國簽署：“Article 59 – Signature and ratification: 1. This Convention shall be open to the signature of the members of the Council of Europe. It shall be ratified . . .”。

⁹ 最新加入的摩納哥 (Monaco)，於二〇〇四年十月五日簽署公約，正待批准中。就地理意義的歐洲而言，在摩納哥加入之後，目前僅白俄羅斯還是「化外之國」，其餘的歐洲國家，包括前蘇聯分解出來的新歐洲諸國及俄羅斯本身，皆為公約簽約國；此外，四十六個簽約國中，包括俄羅斯及土耳其這兩個橫跨歐亞兩大陸的國家，及前蘇聯分解出來的亞美尼亞 (Armenia)、亞塞拜蘭 (Azerbaijan) 這兩個非地理歐洲的中亞國家。

再者，歐盟本身並非歐洲人權公約之簽約國，但歐盟所有的成員國，包含二〇〇四年五月一日加入的十個新成員國在內 (共二十五國)，皆同時是歐洲理事會的會員國及歐洲人權公約的簽約國。因此，雖然關於歐盟本身及其歐洲法院 (ECJ=European Court of Justice) 應否遵守並適用歐洲人權公約，以及歐洲法院與歐洲人權法院有所衝突時如何解決，仍有爭論；但就歐盟二十五個成員國個別而言，皆因簽署與批准歐洲人權公約，而與其他簽約國一樣直接受公約之拘束，並無疑義。

關於歐盟、歐盟條約及歐洲人權公約之關係，請參見洪德欽 (2004: 1-7)；廖福特 (2000: 87-98)；Nelles (1997: 727-755)。關於歐洲法院與歐洲人權法院之衝突案例，如前者曾認為公約第六條不包含不自證己罪 (ECJ, Case 374/87, *Orkem* [1989], 3283/3350)，但後者不但採取相反見解，而且還認為此乃公平審判之核心保障 (ECHR, *Funke v. France*, 1993, Series A no. 256-A, §44; *John Murray v. the United Kingdom*, Reports 1996-I, §45)；其他衝突案例請參見 Spielmann (1999: 757-780)。

由，以其為被告國而提起申訴，由（舊制）雙階系統（two-tier system）的歐洲人權委員會（European Commission of Human Rights）與歐洲人權法院擔任公約的守護者與裁判者，此外並由歐洲理事會的部長會議（Committee of Ministers）監督裁判在內國的執行情形。¹⁰ 這項重大的基本決定，使其後來在人權之跨國性司法實踐方面，成為典範。¹¹

歐洲人權法院的改制革新與其功能變遷 (Funktionswandel)，又將歐洲人權公約與法院推向更上一層樓。¹² 就改制革新言，主要是指一九九八年十一月一日生效的第十一號議定書 (Protocol No. 11)。隨著簽約國數量的成長、¹³ 申訴案件的暴增，¹⁴ 舊制雙階體

¹⁰ 歐洲人權委員會成立於一九五四年；歐洲人權法院成立於一九五九年；部長會議原本即是歐洲理事會之常設機構，由各會員國之外交部長（或其代表）組成。舊制個人申訴案 (Individual applications; Individualbeschwerden) 係先向歐洲人權委員會提出，再決定是否移送歐洲人權法院；此外，舊制部長會議亦享有部分的司法決定權。此點，請參見European Court of Human Rights (2003); Grabenwarter (2003: 41-42)。

¹¹ 雖說是典範，但就二次戰後歐洲關於強制性人權公約的提倡史來看，一九五〇年版的公約僅實現一半而已。兩個主要原則，也就是一要創設（國際人權）法院來貫徹人權保障，以及二要讓個人有（直接）向法院申訴的權利，其實直到一九九八年的第十一號議定書，才算完全實現。請參見Siess-Scherz (2003: 102)。

¹² 歐洲人權法院相關基礎資訊，請參見廖福特 (2003: 47-85)；Esser (2002: 817-881)；Kieschke (2003: 42-56)。關於第十一號議定書的前因後果，請參見Siess-Scherz (2003: 100-107)。關於改制後歐洲人權法院的擴增影響，請參見Konstantinov (2001: 561-571)。關於歐洲人權法院近年來的功能變遷，請參見Esser (2002: 817-820)。

¹³ 從一九八九年十一月九日柏林圍牆倒塌，到一九九八年十一月一日公約第十一號議定書生效之間，就有十六個國家簽署歐洲人權公約，數量比當初一九五〇年在羅馬的原始簽署國（十二國）還多，這還不包括趕在倒塌前就先在一九八九年五月五日簽署公約的芬蘭。若從芬蘭加入起算及至摩納哥加入為止，共有二十四個新簽約國，換言之，超過一半的簽約國是在一九八九年以後才加入；這也讓歐洲人權法院案件處理的質與量，產生鉅變，說明請參見Siess-Scherz (2003: 100-107)。

¹⁴ 如在歐洲人權委員會登記的申訴案件，一九八一年為 404 件，一九九七年為 4,750

系及兼任法官制度，已經無法提供有效的權利救濟，程序拖延成爲常態，而諷刺的是，程序拖延正是原歐洲人權法院最常宣告內國程序違反公約的理由。新制遂簡化爲單一、全職的新歐洲人權法院，個人得直接向該院提起申訴。此外，舊公約就歐洲人權法院的審判權，原採行「任擇的強制審判權」(Optional Compulsory Jurisdiction)，亦即，各簽約國以宣言聲明接受人權法院的強制審判權，而已接受之簽約國才會成爲個人申訴案之被告國；新制則廢除簽約國的選擇權，全部改採強制審判權。¹⁵ 這不但對固有簽約國具有大幅提升其內國人權基準的作用，同時也掃除歐洲理事會人權東進政策的一大障礙。¹⁶

另一個關鍵則是**歐洲人權法院的功能變遷**，尤其是在刑事程序要求方面，其已從原先「最低人權標準的守衛者」之消極角色，轉化爲**積極整合歐洲刑事法的先驅**，並進而影響歐盟刑事法典

件；歐洲人權法院的裁判案件，一九八一年爲 7 件，一九九七年爲 119 件。資料請參見European Court of Human Rights (2003)。

¹⁵ 國際人權公約的成敗，當然與歷史文化與國際政經環境有關，但不可忽略的，同時也是本文關心的，是「制度性因素」，尤其是有無「強制審判權」。前言提到的ICCPR，並無專責的人權法院，僅有實效難以和法院訴訟比擬的聯合國人權委員會 (Human Rights Committee) (Gaja, 1999: 787-788)。ACHR類似舊制歐洲人權公約及其救濟系統，設有美洲人權委員會 (IACHR = Inter-American Commission of Human Rights) 與美洲人權法院 (Inter-American Court of Human Rights)，但因向美洲人權法院提交審判僅限於簽約國與IACHR，不包括個人 (Article 61, ACHR)，此外，IACHR也是任擇強制設計 (Article 45, ACHR)，且其簽約國也未普遍聲明IACHR的強制權限，此與舊歐洲人權公約在九〇年代時，簽約國幾乎都已聲明接受ECHR的強制審判權，已經有別，一九九八年第十一號議定書生效後，更是不可同日而語。至於實效有待觀察的非洲人權體系，在此不贅。

¹⁶ 關於歐盟、歐洲理事會、歐洲人權公約及東歐諸國的關係，請參見吳志光 (2004年10月13/14日)；洪德欽 (2004年10月13/14日)；Konstantinov (2001: 565-569)。對前蘇聯分解出來的國家 (含俄羅斯本身) 之影響，請參見Thiele (2002: 299-322)。

(Corpus Juris) 的制訂內容。¹⁷ 抽象的公約規定，在歐洲人權法院幾十年來的案例法充實之後，搖身一變，成為固有簽約國（如英、法、德等）及歐洲理事會準候選國與新會員國（如東歐諸國）的內國法之準據，實質上幾乎成了「準」歐洲憲法法院。¹⁸ 這種趨勢，在第十一號議定書生效後的新制歐洲人權法院，更為明顯（Konstantinov, 2001: 561-571）；不過，個人申訴案的快速膨脹，¹⁹ 與未來歐盟憲法條約草案如何進展，²⁰ 可能是變數所在。

最後略提歐洲人權法院裁判的拘束效力。²¹ 簡言之，依照公約第一條、第三十四條及第四十六條的規定，簽約國本來基於簽約而負有尊重公約所定個人權利之義務；據此，簽約國不得以任何手段妨礙個人向歐洲人權法院提起申訴的權利；此外，**簽約當事國應遵守歐洲人權法院的終審判決，並由部長委員會負責監督判決之執行情形。**以上泛稱為簽約國之**遵循與轉化義務**（Befolgungs- und

¹⁷ 關於Corpus Juris與刑事法歐洲化之問題，請參見Bacigalupo (2001: 1361-1374); Hassemer (1999: 133-140); Musil (2000: 68-71); Nelles (1997: 727-755); Tiedemann (2001: 1401-1414); Weigend (2001, 1375-1400)。

¹⁸ 歐洲人權法院已孕育了「歐洲憲法法院的胚胎」(Das Embryon eines europäischen Verfassungsgerichts)，請參見Esser (2002: 817); Ryssdal (1996: 250)。

闡釋公約的案例法，對歐洲理事會會員國與準候選國，具有「定向及預防功能」(Orientierungs- und Präventivfunktion)，成為其制訂與修改內國法的座標，請參見Bartsch (1976: 462-463); Doublet (2002: 180-195) (針對法國); Esser (2002: 817-833); Kieschke (2003: 58-71) (針對德國); Konstantinov (1998: 21-26) (針對東歐); Kühl (1988: 406-443) (針對德國); Rumpf (1996: 82-83) (針對土耳其)。

¹⁹ 以二〇〇一年至二〇〇三年為例，每年湧入的申訴案都超過三萬件，而且年年遞增 (31, 228/34, 618/38, 435)，資料請參見European Court of Human Rights (2003)。自二〇〇〇年開始，歐洲人權法院下一波的改革方案也已經啟動。

²⁰ 先前之文獻探討，請參見廖福特 (2004a: 9-49); Häberle (1992: 1042-1043); Schwarze (1998: 1082-1088)。

²¹ 以下參見林鈺雄 (2005a: 103-105)。另請參見Esser (2002: 817-873); Grabenwarter (2003: 25-29)。

Umsetzungspflicht), 包含遵守公約並將其轉化為內國法的一般義務, 以及在其為當事國時遵循判決並將其貫徹到內國程序的個案義務, 但公約的立場是, 只問最後結果是否符合公約要求, 而不問各簽約國內國法要採取什麼轉化方式。

歐洲人權法院的判決, 主要標的就是**針對申訴個案中確認有無違反公約**, 即確認申訴成立 (被告國違反公約) 或不成立 (被告國並未違反公約), 用我國的法律術語來講, 就是**確認之訴、確認判決 (feststellende Urteile)**,²² 但無直接撤銷內國法院裁判的效力, 亦即**並無撤銷的形成效力**。²³ 而且, 經確認違反公約的簽約國行為也不是當然無效, 而是取決於各內國法的轉換, 例如, 德國刑事訴訟法明定, 當歐洲人權法院判決確認某項歐洲人權公約 (含議定書) 的違反, 而原 (德國) 判決植基於該違反情事時, 得為受判決人之利益而聲請再審 (§359⑥ StPO)。

此外, 依照公約第四十一條, 法院還得酌予判處被告當事國向申訴原告給付一定的賠償金額,²⁴ 就此亦有**給付之訴、給付判決**

²² 關於德文用語的對照, 請參見Meyer-Ladewig (2003: 281)。

²³ 歐洲人權法院的確認判決, 亦僅具拘束當事國的相對效力, 而無一般性拘束全體簽約國的絕對效力。換言之, 若純就公約的規範效力而言, 非當事者的簽約國似可「置身度外」, 但實際情形並非如此, 因為一旦歐洲人權法院確認某種案情違反公約, 非當事者的簽約國就必須盡力向該案例法看齊, 不理不睬的結果可能就成為下一個被告國——以及敗訴國和賠償國。這也就是為什麼每當史特拉斯堡作出標竿裁判之際, 都會在歐洲掀起一陣浪潮的原因。相關事例與文獻例證, 請參見林鈺雄 (2005a: 103-107)。針對「合理期間」的要求, 說明德國及歐洲各國調整其內國法之事例, 請參見何賴傑 (2005: 120-130); 吳志光 (2005: 102-119)。針對閱卷權, 說明歐洲人權法院對德國立法之影響, 請參見楊雲驊 (2005: 120-137)。

²⁴ “Article 41—Just satisfaction If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party.”

(Leistungsurteil) 的性質，至於是否課予賠償金額與其數量多少，主要是取決於當事國內國法是否給予權利受損的人完全的填補或救濟，而非直接取決於當事國違反公約的情節大小，換言之，即便在重大違反公約情形，若內國法已經給予申訴原告完全的損害填補，就不符請求給付的要件。至於請求給付種類，包含財產上損害 (Vermögensschaden) 與非財產上損害 (Nichtvermögensschaden)，以及必要費用的支出等。²⁵

二、證人相關規範與問題所在

如前所述，**普世人權、公約要求及各內國法的三角關係**，本來即是人權之跨國性司法實踐的難題，也是任何一則歐洲人權法院裁判都要解開的習題。一方面，歐洲人權法院的作用，不在於整體消除歐洲各內國法的差異，更不在於取代各內國最高法院的功能；²⁶但另一方面，歐洲人權法院又必須設定內國（法）特殊性的界限，不能使其成爲架空公約保障的堤防缺口。²⁷

²⁵ 進一步說明請參見Kieschke (2003: 43); Meyer-Ladewig (2003: 280-292)。

²⁶ 另一個於本文脈絡不處理的問題是，歐洲人權法院與（有集中式違憲審查制的）各簽約國之**憲法法院**（或委員會）的關係。聞名的近例是二〇〇四年造成轟動的卡洛琳裁判（ECHR, Von Hannover v. Germany, Judgment of 24 June 2004），該案申訴人是名流摩納哥公主Caroline von Hannover，肇因於狗仔隊（paparazzi）對其永無止境的隱私干擾，而偷拍照片向來亦成爲雜誌賣點，Caroline因而在德國法院告上數份德國雜誌；被告國是德國，被告原因是Caroline認爲德國內國程序違反了公約第八條的保障。該案德國憲法法院（BVerfG）曾作部分合憲、部分違憲的裁判，但歐洲人權法院最後還是認定德國違反公約規定。上開裁判之評釋請參閱Stürner (2004: 1018-1021)。

²⁷ 相關例證不勝枚舉。如關於不自證己罪問題，歐洲人權法院就連續否決了法國、英國及瑞士政府的主張，並明確表示無論是內國海關法、公司法或稅法的特殊性，都不能作爲侵犯刑事被告不自證己罪的正當理由。參見ECHR, Funke v. France, 1993, Series A no. 256-A, §§42-44; Saunders v. the United Kingdom, Reports 1996-VI, §§62-76; J.B. v. Switzerland, Reports 2001-III, §§43, 57-71.

以上兩條基線，交叉構築了歐洲人權法院「寬嚴併進」的解題模式，²⁸ 而證人概念與對質詰問問題，正是其中一例。一方面，關於刑事訴訟上證人證據之具體形塑及規範，歐洲人權法院認為這首要是取決於簽約國的內國法；另一方面，遵守公約規定是簽約國的義務，而公約在此亦設定了基本要求，這些核心保障也成為內國法不能逾越的界限。

公約證人證據相關的基本要求，可以略分為兩大類：一是**從刑事被告權利角度出發的證人證據相關規範**（尤其是對質詰問權），權利主體是刑事被告（概念詳見下文參、二、[二]）；二是「**任何人**」皆為權利主體且在個案與證人地位發生偶然關連的相關規範，此類規範本來即一體適用於（刑事）被告、證人和其他人，其之所以成為證人相關規範，是因為某種刑事程序進展的因素，而與證人地位發生個案的關連。其實，公約第二條到第十八條乃基本權利的相關規定，大多數都可歸為第二類，值得注意的是，雖然這些規定有可能與證人地位產生關連，但公約本身並無任何一條「**專門**」為**刑事證人之權利而設的規定**，這與公約對刑事被告的保障，可以說是天壤之別。這種規範方式並不令人意外，因為刑事被告基本權利的保護，本來即是人權議題的典型與核心領域，而包括我國刑事訴訟法（下稱本法）在內的諸多內國法，也明顯表現出這種對被告與對證人

²⁸ 寬嚴併進並不等於「寬嚴適中」。例如，歐洲人權法院曾經藉助類似德國公法的判斷餘地原則（Beurteilungsspielraum），發展了“margin of appreciation”的原則（王玉葉，2004年10月13/14日）。這主要適用在公約所定因國家緊急狀態而降低人權保護的情形（Article 15 - Derogation in time of emergency）；由於承認一些內國關於緊急狀態的裁量判斷，因此也減縮了人權的保障。但上開判斷餘地僅適用於特定議題（尤其是具有高度政治性的國家緊急權），如下文歐洲人權法院關於公約第六條公平審判與對質詰問條款之裁判所示，內國立法、司法的裁量權限其實已被極度限縮。

保障的落差。²⁹

然而，不能忽略的是，由於這種對刑事被告的周延保障與其和證人地位的鉅大落差，**提供追訴機關以程序操縱方式規避被告權利保障的誘因**，因此，如何清楚界定刑事程序中被告與證人之地位，遂成為各內國法院與國際人權法院要嚴肅以對的問題。簡言之，無論是形式以證人地位來訊問被告，順勢剝奪對刑事被告的權利保障(如規避告知義務)，³⁰ 或相反地，以共同被告地位來迴避被告本人對不利證人的對質詰問要求，皆是常見的追訴手法。後一情形正是本文處理的主題，也是釋字第五八二號解釋指摘系爭判例違憲之處，在闡釋歐洲人權法院裁判見解之前，首先交代歐洲人權公約的相關規範。

三、刑事被告權利之證人相關規範

歐洲人權公約針對刑事被告而設，且與證人證據方法會產生關連的規範，主要有二：

1. 第一個是公約第六條第一項的**公正程序／公平審判條款**。³¹

²⁹ 這點可以從本法第二十七條、第三十一條、第九十五條、第一七八條、第一八一條、第一八六條及第一九三條之比較得知。文獻歸納請參見林鈺雄(2004: 145-146)；陳運財(2003: 108)；楊雲驊(2003: 144)。

³⁰ 我國最高法院近例，如九十二年台上字第四〇〇三號判決，即曾以檢察官蓄意用證人程序規避被告地位保護為由，認定所得陳述無證據能力。然而，我國法並無關於刑事被告地位形成時點的明文規範，德國法亦同，倒是二〇〇〇年版的歐盟刑事法典草案第二十九條(Corpus Juris, Article 29-Rights of the accused)，明文定義了刑事被告地位的形成時點，自該時點起，一來不得再以證人地位訊問之，二來其享有歐洲人權公約第六條的刑事被告權利，堪稱頗為先進的立法。

³¹ “Article 6–Right to a fair trial: 1. In the determination of his civil rights and obligations or of *any criminal charge against him*, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal

這是對內國訴訟程序的一般性要求，針對證人證據方法，無論內國法如何規定，結論上皆不得導致整個刑事程序的踐行有不符公平審判的情事，這是歐洲人權法院審查簽約國內國刑事訴訟程序時，³² 最為重要的帝王條款，據此而發展的案例法已經多到汗牛充棟的地步。

2. 第二個是公約第六條第三項第d款的**詰問與傳訊證人條款**。³³ 這是公約對前述公平審判條款設定的特別規範內涵，同時也是**專就刑事被告對證人之權利關係**所設的條款，內容可分為兩個部分：一是被告詰問「不利證人」(witnesses against him; Belastungszeugen) 之條款，亦即，**刑事被告最起碼的權利保障，包含詰問不利證人之權利**，

established by law . . .” (Emphasis added).

³² 公約第六條第一項的文義，已經兼及刑事法以外的民事訴訟、行政程序及行政訴訟，例如「程序進行過久」的指摘 (Ostendorf & Radke, 2001: 1094- 1096)，就不以刑事程序為限，而歐洲人權法院藉由對該條文義 “In the determination of *his civil rights and obligations*” 之擴張解釋，也巨幅地衝擊了歐洲各內國的行政法 (參見ECHR, for examples, König v. Germany, 1978, Series A no. 27; Feldbrugge v. the Netherlands, 1986, Series A no. 99; Moreira de Azeredo v. Portugal, 1990, Series A no. 189)。但如此一來，也引發了歐洲理事會系統的歐洲人權法院與歐盟系統的歐洲法院之裁判衝突問題 (Harlow, 1999: 201-204)。

³³ “Article 6–Right to a fair trial: . . . 3. Everyone charged with a criminal offence has *the following minimum rights*: . . . (d) *to examine or have examined witnesses against him* and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf *under the same conditions* as witnesses against him ; . . .” (Emphasis added).

附帶說明，ICCPR 第十四條之公平審判條款，可謂歐洲人權公約第六條的翻版，但更為詳細；至於其中的證人與對質詰問條款，幾乎是一字不變：“In the determination of any criminal charge against him, everyone shall be entitled to *the following minimum guarantees*, in full equality: . . . (e) *To examine, or have examined, the witnesses against him* and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf *under the same conditions* as witnesses against him; . . .” (Emphasis added)。

以上所稱詰問包含對質保障在內（詳見下文參、一、[三]），因此一般也稱為對質詰問條款或質問條款，上開我國大法官解釋所稱的公約規定，便是指這部分而言；二是國內文獻鮮少提及的**被告促使傳訊「有利證人」** (witnesses on his behalf; Entlastungszeugen) 之條款，據此，刑事被告有權要求，在與傳訊不利證人同一條件底下，促成有利證人之傳訊。換言之，包含證人證據方法在內，**「有利與不利一律注意」**是**刑事公平審判原則的基本要求**，也是促成**武器對等** (equality of arm; Waffengleichheit) 的必要元素，這和我國刑事訴訟法第二條的規範基點亦有類似之處，³⁴ 只不過公約明白以**公平審判**要求作為連結點。³⁵

應予注意，雖然公約將對質詰問當成是公平審判的特別面向，³⁶ 但公約條文猶如內國憲法一般，在簡潔有限的文字範圍內，通常僅能為**原則性、框架性**的宣示，面對千變萬化的案例情節，就有待歐洲人權法院以案例法的方式來形塑對質詰問條款的具體內涵，諸如依照本條款所應踐行的對質詰問方式、範圍及可能例外之界定和條件，歐洲人權法院通常會與前述一般性的公平審判條款併合運

³⁴ 其他相關條文，還包括：訊問被告應先告知其「得請求調查有利之證據」（本法第九十五條第四款）、被告陳述有利之事實「應命其指出證明之方法」並記明筆錄（本法第九十六條、第一〇〇條）、被告得聲請調查證據（含有利、不利證人）並得予詢問等（本法第一六三條第一項、第一六三條之二）。

³⁵ ECHR, Bönisch v. Austria, 1985, Series A no. 92, §32: “. . . he principle of equality of arms *inherent in the concept of a fair trial* . . . and exemplified in paragraph 3 (d) of Article 6 (art. 6-3-d) (‘under the same conditions’ . . .)”.

³⁶ ECHR, Artner v. Austria, 1992, Series A no. 242-A, §19: “The guarantees in paragraph 3 of Article 6 (art. 6-3) are *specific aspects of the right to a fair trial* set forth in paragraph 1 (art. 6-1)”; 另請參見 Ferrantelli and Santangelo v. Italy, Reports 1996-III, §51.

用，³⁷ 這也是其論述方法的一大特色。³⁸

四、任何人權利之證人相關規範

任何人 (anyone) 或稱每個人 (everyone) 權利的證人相關規範，泛指受公約所保障且可能與證人證據發生關連的基本權利。如前所述，嚴格來講，公約並無專門針對**刑事證人本身**而書寫的權利條款，但這並不表示證人不受公約的保護。事實上，公約諸多基本權利條款皆可能與證人地位產生關連，舉例而言：

³⁷ 參見ECHR, *Lüdi v. Switzerland*, 1992, Series A no. 238, §§47-49, 50: “In short, the rights of the defence were restricted to such an extent that the applicant did not have a *fair trial*. There was therefore a *violation of paragraph 3 (d) in conjunction with paragraph 1 of Article 6* (art. 6-3-d, art. 6-1)”。

³⁸ 就法學方法言，歐洲人權法院所承認的公平審判之內涵，由於包山包海 (vgl. Esser, 2002: 51-94, 400-534; Grabenwarter, 2003: 325-388; Meyer-Ladewig, 2003: 88-129)，很難一言以蔽之。基本上，可以略分為兩大部分：其一、公約特別列舉的保障事項，種類繁多，除本文所提的對質詰問權外，還包括公約第六條所提的適當程序期間、公開聽審、獨立且無偏頗審判、有效辯護、語言協助等等；二是公約並未特別列舉，但經歐洲人權法院承認為公平審判內涵的權利，如不自證己罪、武器對等及對審要求等。歐洲人權法院在此使用的審查基準是「綜合判斷法」，也就是把內國所踐行程序的前前後後視為一個整體，即整體判斷系爭該程序是否合乎刑事程序的最低保障要求 (參見ECHR, for examples, *Barberà, Messegue and Jabardo v. Spain*, 1988, Series A no. 146, §68; *Delta v. France*, 1990, Series A no. 191-A, §35; *Isgrò v. Italy*, 1991, Series A no. 194-A, §31; *Ferrantelli and Santangelo v. Italy*, Reports 1996-III, §48; *Van Mechelen and Others v. the Netherlands*, Reports 1997-III, §50; *Teixeria de Castro v. Portugal*, Reports 1998-IV, §34)。通常，一旦內國程序已經違反特別列舉事項，基本上就已經違反了公平審判要求，反之，縱使內國程序並未違反特別列舉事項，還要繼續審酌內國程序各項違反情形，最後再判斷其整體而言是否仍合乎公平審判的最低要求 (如前引 *Barberà, Messegue and Jabardo v. Spain* 即為一例)。這種法學方法，難免有其不確定性，不過，由於上述第一類公平審判的特別列舉項目清單相當明確，再加上歐洲人權法院的相關案例法鉅細靡遺，也很少發生逆轉情形，因此，多少彌補了不確定性的缺陷。

1. **對待證人之方式**。公約第三條關於禁止刑求與非人性處遇的條款，適用在「任何人」，無論是刑事／非刑事程序或被告／證人地位，皆同受保障。因此，不管是訊問或其他方式，皆不得違犯本條規定。³⁹
2. **對第三人 (含證人) 之干預處分**。公約第八條關於私人領域的保障條款 (Article 8–Right to respect for private and

³⁹ “Article 3–Prohibition of torture: No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment.”

上開公約條文本身，相較於諸多內國法，實在只能算是勉強及格的「人權低標」而已。如我國法列舉的不正訊問方法，除強暴、脅迫外，還包含「利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不正之方法」(本法第九十八條、第一五六條第一項)；再如，德國法列舉的範圍，除了凌虐、身體傷害及折磨外，也兼及疲勞訊問、施以藥物或催眠術、詐欺等其他任何影響被告意思決定及意思活動的措施 (§136a StPO; StPO 為德國刑事訴訟法之簡稱，下同)。

儘管如此，違犯公約第三條的相關案例，在歐洲人權公約諸簽約國，並不罕見 (Ambos & Ruegenberg, 2000: 194)。其中，紀錄最差的是土耳其，歐洲人權法院有百則以上的相關裁判 (如 Aksoy v. Turkey, Reports 1996-VI; Aydin v. Turkey, 1997-VI; Cakici v. Turkey, Reports 1999-IV)，這些人權紀錄與其國內的庫德族問題，使得土耳其進入歐盟之路頗為坎坷。此外，英國也是本條規定常見的被告國 (如 Tyrer v. the United Kingdom, 1978, Series A no. 26; Campbell and Cosans v. the United Kingdom, 1982, Series A no. 48; Soering v. the United Kingdom, 1989, Series A no. 161; Costello-Roberts v. the United Kingdom, 1993, Series A no. 247-C)。甚至於，法國也有嚴重違犯本條的紀錄，在一九九九年一則事實令人不忍卒睹的案例中 (Selmouni v. France, Reports 1999-V)，法國警方曾對被告施以難堪的身體侮辱，當時在歐洲引起相當大的震撼，並使法國成為眾矢之的。

這些裁判同時也樹立了歐洲人權法院的威信，它讓世人清楚知道，除了拍蒼蠅之外，它也能夠且敢於打老虎，即便是英國、法國這般標榜人權與自由的大國，也不例外 (Esser, 2002: 817-818)。尤其是內國案件頻頻被歐洲人權法院宣告違反公約的英國，終於在一九九八年通過人權法案 (Human Rights Act 1998)，並於二〇〇〇年十月二日生效，將歐洲人權公約內國法化 (胡慶山，2004年10月13/14日；陳隆志、廖福特，2002: 40)；但九一一事件後英國又通過反恐法 (Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001)，再度重挫刑事被告的權利 (廖福特，2004b: 532-539, 543-546)。

family life)，以及所定相當於（內國）法律保留及比例原則的干預要件，也會與「對被告以外之第三人」（含證人）進行的干預處分（強制處分）產生直接關連，例如，對第三人的住宅搜索便應受到本條規範的拘束。⁴⁰ 此外，對證人的罰鍰、拘提或拘禁（例如無正當理由不到庭或拒絕陳述、藐視法庭等），會涉及公約第五條的自由及安全權利條款（Article 5–Right to liberty and security），亦應受其拘束。

3. 證人宣誓或具結之內容。例如，簽約國內國法關於證人宣誓的內容與形式之規定，必須合乎公約第九條關於思想、良心與宗教自由的保障（Article 9–Freedom of thought, conscience and religion）。據此，宣誓內容如果涉及特定宗教信仰，將被判定不屬公約第九條第二項所稱「民主社會所必要」（“necessary in a democratic society”）之限制。⁴¹ 說得白話些，假使宣誓文有「以上帝（耶和華）之名，余誓言所述真實 . . .」，或以「阿拉」、「釋迦摩尼」或「觀世音菩薩」之名等，諸如此類指涉特定宗教的宣誓義務，皆屬對宗教自由不必要之干預。歐洲各內國法多有合乎公約本旨的宣誓規定，以德國刑事訴訟法為例，就有宗教宣誓（Eid mit religiöser Beteuerung）、非宗教宣誓（Eid ohne religiöse Beteuerung）及替代宣誓且效力等同於宣誓的具結（Eidesgleiche Bekräftigung）等規定，以保障宗教自由（§§66c-e StPO）。⁴² 至於我國法，本來即無如歐洲國家基於

⁴⁰ ECHR, *Murray v. the United Kingdom*, 1994, Series A no. 300-A (本案拘捕了一位被告家屬並搜索共同住居之住宅)。

⁴¹ ECHR, *Buscarini and Others v. San Marino*, Reports 1999-I, §§38-40.

⁴² 德國法說明請參閱Pfeiffer (1999: 98-100); Roxin (1998: 217-223); Volk (1999: 164-165)。

宗教傳統而來的宣誓規定，而是以無宗教色彩的具結作為真實性的擔保程序，故此點較不成問題。⁴³

參、歐洲人權法院之裁判與分析

一、證人條款之案例法發展

作為公約守護者的歐洲人權法院，幾十年來以案例法的形式闡釋了簡潔、抽象的公約內涵。⁴⁴ 就證人相關條款言，由於裁判數量龐大，在此僅於本文脈絡作最基本之交代 (Esser, 2002: 630-692)。

(一) 證人概念之發展：從 *Kostovski v. the Netherlands* 出發

若欲解決共犯／共同被告的證人適格問題，先要處理「證人」的概念內涵是什麼，才能進而分辨被告本人得否對共犯／共同被告行使證人條款之對質詰問權利，這正是我國大法官釋字第五八二號解釋在面對徐自強案引發的爭議時，與歐洲人權法院在面對下述的 *Isgro*、*Ferrantelli* 及 *Barberà* 等案時，要先處理的根本問題。

儘管以上的根本問題如一，但如前所述，就問題面向來看，歐洲人權法院要面對的是更為多角的習題，尤其是內國法的證人規定與歐洲人權公約的證人規範的複雜關係。歐洲人權公約四十六個簽約國的法律傳統與訴訟構造，天差地別，每個內國法對「證人」內涵的理解和規定不一而足，因此，歐洲人權法院首先要找尋一個既能「尊重各內國法特色」，但卻又「合乎公約本旨」的證人概念，才能進而以公約的對質詰問條款作為檢驗內國程序是否違犯公約

⁴³ 請參閱本法第一八六條以下之具結程序規定。

⁴⁴ 在此所稱的案例法，係廣義用法，兼指在一九九八年十一月一日公約第十一號議定書生效前，舊制歐洲人權委員會與歐洲人權法院於雙階體系運作底下所為之相關決定。

的準繩。當然，唯有能夠超越法系差異（普通法、歐陸法）且橫跨國界的證人概念，才有可能取得「放諸泛歐皆準」的實質正當性。

關於何謂公約所稱「證人」，綜觀歐洲人權法院迄今的案例法，正是前述兩大基線的「寬嚴併進」調和模式：一來，關於刑事訴訟上證人證據的具體形塑與規制，歐洲人權法院認為這首要是取決於**簽約國的內國法**；⁴⁵ 二來，歐洲人權法院是公約的有權解釋機構，因此，關於公約所稱之證人，例如何謂公約第六條第三項第d款所稱的「不利證人」，該院仍應本於自主的 (autonomous; autonom) 解釋權限，依照其規範目的 (zweckorientiert) 來界定概念，此稱為**證人概念的自主解釋** (autonome Interpretation des Zeugenbegriffs)。⁴⁶ 簡言之，歐洲人權公約與法院固然不干涉各簽約國刑事訴訟法如何定義證人、如何規定證人證據的提出方式及如何評價證人證據，但這些內國規定對歐洲人權法院並無拘束效力，其結果便是：**依照內國法並非證人之人，仍有可能受公約對質詰問條款的拘束**。具體事例，如Kostovski一案中，荷蘭刑事法院將兩位在偵查程序中的匿名證人之供述，採為對被告不利之裁判基礎，根據被告國荷蘭的內國法，這兩個人並不是證人，但歐洲人權法院採取相反見解，認為其屬公約所稱的（不利）證人，因此也要受公約第六條對質詰問條款的檢驗，⁴⁷ 本則裁判亦促使荷蘭隨後修改內國刑事訴訟

⁴⁵ ECHR, *Lüdi v. Switzerland*, 1992, Series A no. 238, §43; *Schuler-Zraggen v. Switzerland*, 1993, Series A no. 263, §66; *Dombo Beheer B.V. v. the Netherlands*, 1993, Series A no. 274, §31: "In any event, the competence of witnesses is primarily governed by national law."

⁴⁶ 關於歐洲人權公約的自主性解釋問題，請參見Joachim (1992: 246-247); Grabenwarter (2003: 37-38)。

⁴⁷ ECHR, *Kostovski v. the Netherlands*, 1989, Series A no. 166, §§40, 41.

本案簡述如下：南斯拉夫人 Kostovski 曾在監獄服刑期間，與 H 等人越獄逃亡，後經捕回。逃亡期間發生銀行搶案，警方懷疑前科犯 H 為籌盤纏而犯下搶案。其

法，使其符合公約要求。⁴⁸ *Windisch*案的情形略有不同，兩名從未出現在法庭的匿名證人，雖然是奧地利內國法所稱證人，但奧地利法院以證人保護等理由，僅傳喚當初偵訊匿名證人的警員（間接證人）出庭作證，歐洲人權法院在此亦明確以公約第六條的公平審判及對質詰問條款，作為審查基準。⁴⁹

從*Kostovski*案、*Windisch*案及其他相關裁判亦可得知，歐洲人

後警方接獲密報，告知搶匪即是 H、另一名 M 及一名南斯拉夫人所為。隔日，更有一個匿名的 Y 到警局來透露了 H 等人藏身之處，後又有一匿名的 X 到警局指稱 H、M、另一名 D 及 Kostovski 等人涉案。警方據此順利逮捕了 Kostovski 等四人。基於匿名保護，預審法官在檢辯雙方皆未到場情形訊問了 X，但給予辯護律師書面提問機會，惟律師提出的十四個疑點僅被回答兩點。後來，審判中 X、Y 兩名匿名證人皆未出庭，惟其警訊及預審筆錄則被援引作為定罪依據。案經申訴至歐洲人權法院後，該院認為，一來 X 及 Y 即是公約所稱的不利證人，二來認為荷蘭法院剝奪申訴人質問的機會。

⁴⁸ 請參閱 European Court of Human Rights (1998): “The Act of 11 November 1993, which entered into force on 1 February 1994, introduced a number of amendments to the Code of Criminal Procedure and resulted in new rules as to who may be defined as a ‘threatened witness’, who may remain anonymous, *and the methods to be used in order to safeguard the rights of the accused* in cases when the testimony of such persons is used in criminal proceedings (Resolution DH (94) 47 of 9 June 1994)” (Emphasis added)。

本文在證人條款脈絡提到的其他裁判，如 *Bönisch* 案、*Delta* 案、*Engel* 案、*Ferrantelli* 案、*Saidi* 案、*Unterpertinger* 案及 *Windisch* 案等，亦分別在被告當事國的內國法造成各種影響，詳見上開歐洲人權法院網站資料。

⁴⁹ ECHR, *Windisch v. Austria*, 1990, Series A no. 186, §§17, 18, 23.

本案例簡述如下：奧地利警方調查一宗竊案時，一對母女在警方擔保守密的條件下向警方提供線索，指稱案發當晚曾在犯罪現場附近看到一小巴士上兩名可疑男子，這對母女與其中一人在街上擦肩而過並記下車號。警方按圖索驥逮捕車主並懷疑本案申訴人 *Windisch* 亦涉案，遂以照片供這對母女指認，她們隨即認出，*Windisch* 遂被逮捕。後來警方又安排目視的隱密指認。案經起訴後，奧地利法院不但不知道兩位匿名證人的真實身分，更未給予 *Windisch* 質問這對母女的機會。案經申訴至歐洲人權法院後，該院認為奧地利內國程序違反公約規定 (art. 6-1+art. 6-3-d)。

權法院在此採取的是**實質、廣義的證人概念**，認為縱使依照簽約國之內國刑事訴訟法並非證人之人，或者並未在刑事法院的調查證據程序受訊問或作證詞之人（“not give direct evidence in court”，“not testify in court in person”，“not hear . . . in person”），皆無礙其為公約第六條第三項第d款對質詰問條款所稱之（不利）證人；就公約的證人概念而言，關鍵在於其陳述事實上是否在法院前呈現（“in fact before the court”），換言之，不論是偵查中、審判中、程序內或程序外的陳述，不論呈現型態是言詞訊問或書面筆錄，不論法院踐行方式是當庭朗讀書面或筆錄（“read out at the hearing/trial”）或傳訊原訊問警員作證（“reported orally by police”），原陳述人都是公約所稱的證人。⁵⁰ 這個基本立場，一來，直接影響歐洲人權法院對下述共犯／共同被告問題的處理方式；二來，被告以外之人的審判外陳述或書面筆錄（證詞替代品，也就是直接審理原則的例外），也直接落入對質詰問條款的審查範圍，但應注意，**歐洲人權法院在此的審查基準並不是傳聞法則**。

各種具體的運用情形，例示如下（Esser, 2002: 630-631）：1、在審判中已經**失蹤之人**（下文二之Isgrò案與Barberà案），或2、在審

⁵⁰ ECHR, Artner v. Austria, 1992, Series A no. 242-A, §19: “Although the Regional Court did not hear Miss L., she should, for the purposes of Article 6 para. 3 (d) (art. 6-3-d), be regarded as a witness—a term to be given an autonomous interpretation . . . — because her statements, as taken down in writing and then read out at the hearing, were before the court, which took account of them.”

另請參見 ECHR, Bönisch v. Austria, 1985, Series A no. 92, §§31-32; Windisch v. Austria, 1990, Series A no. 186, §23; Delta v. France, 1990, Series A no. 191-A, §§34-36; Isgrò v. Italy, 1991, Series A no. 194-A, §33; Asch v. Austria, 1991, Series A no. 203, §25; Vidal v. Belgium, 1992, Series A no. 235B, §33; Lüdi v. Switzerland, 1992, Series A no. 238, §44; Artner v. Austria, 1992, Series A no. 242-A, §19; Pular v. the United Kingdom, Reports 1996-III, §45.

判中始行使**拒絕證言權**之人，只要其於審判前（主要是指偵查中）所為之陳述，經由朗讀書面筆錄或經由訊問原偵訊官員的方式，而呈現在法庭面前者，上開之人仍為公約所稱的證人。⁵¹ 3、證人乃其對被告不利陳述呈現在法庭前之人，而所稱「法庭」包括**上訴審**在內。⁵² 4、因匿名保護而未出現於審判庭之**臥底警探**，一旦涉及其因臥底活動所得的證據資訊，例如因臥底刺探而得的通訊內容，臥底警探即屬公約所稱之不利證人。⁵³ 5、**線民**情形，同 4 所述。6、加入刑事程序請求民事賠償之人，若其接受訊問且其陳述被採為不利被告之刑事裁判的基礎，亦屬公約所稱之不利證人。⁵⁴

對於以上所有被判定為公約所稱「證人」之人，刑事被告對其享有依照公約的權利保障，尤其是下述對不利證人的對質詰問權利，惟應注意，一方面，此等權利固然對刑事被告的防禦權頗為重要，但另一方面，歐洲人權法院的案例法也續造了一些例外情形。以下先說明對質詰問條款的基本運用（下文 [二]、[三]），再簡述其例外（下文 [四]），最後再說明這些基準如何適用到共犯／共同被告之問題（下文二）。

（二）傳訊證人之義務：以 *Delta v. France* 為例

關於公約的對質詰問條款，首先值得注意的是歐洲人權法院針對**傳訊證人義務**所設的嚴格要求。對質詰問是一種賦予被告對不利證人行「面對面」質問的權利，其行使的前提是**證人要到場、在場**，

⁵¹ ECHR, *Unterpertinger v. Austria*, 1986, Series A no. 110, §§30-33; *Asch v. Austria*, 1991, Series A no. 203, §§10-25; *Artner v. Austria*, 1992, Series A no. 242-A, §§9-19.

⁵² ECHR, *Pullar v. the United Kingdom*, Reports 1996-III, §46.

⁵³ ECHR, *Lüdi v. Switzerland*, 1992, Series A no. 238, §44.

⁵⁴ ECHR, *Kamasinski v. Austria*, 1989, Series A no. 168, §§29, 93.

而爲此目的，法院必須傳訊證人並踐行證人調查程序，始有可能保障被告的對質詰問權。⁵⁵ 簡言之，法院若無正當理由駁回調查證人之聲請，或未盡必要努力找尋失蹤的證人，皆可能違反公約的公平審判或對質詰問條款。⁵⁶

如前所述，刑事訴訟上證人證據的具體形塑與規制，首要取決於公約簽約國的內國法，據此，內國法院應該如何調查證人證據的問題，包括證詞取得與提出的具體方式，主要是以簽約國的內國法爲準據，甚至於，當內國法院違反內國法證人證據的調查規定時，也不當然就違反公約的公平審判要求。例如，在Olsson案中，瑞典法院違反其內國法，並未在宣誓前告知證人應完全且據實陳述，但該內國程序並未因此被判定爲違犯公約。⁵⁷

儘管如此，內國法無論如何要保障刑事被告與對其不利證人對質詰問的適當可能，以及聲請傳訊有利證人的對等機會，以確保整

⁵⁵ 這點和我國最高法院的見解南轅北轍，請參閱以下判例與裁判：

七十一年台上字第二七四四號判例：「命證人與被告對質與否，審理事實之法院，本有自由裁酌之權，均非當事人所得據爲提起第三審上訴之適法理由。」

七十三年台上字第五五八二號判決：「…第一百八十四條規定，因發見真實之必要，得命證人與被告對質，並非規定必須命證人與被告對質，有無命證人與被告對質之必要，自屬事實審法院有權斟酌決定。」

九十三年台上字第八二八號判決：「刑事訴訟法第一百八十四條第二項僅規定因發見真實之必要，得命證人與他證人或被告對質，亦得依被告之聲請，命與證人對質，是其應否對質，在審理事實之法院，本有自由裁酌之權。」

其他如同院二十六年上字第一九〇七號判例、八十八年台上字第一六一四號、八十八年台上字第三六三六號、九十三年台上字第六八六號、九十三年台上字第七三九號裁判同旨。

⁵⁶ ECHR, Engel and Others v. the Netherlands, 1976, Series A no. 22, §91; Kamasinski v. Austria, 1989, Series A no. 168, §§18, 26-29, 91; Saïdi v. France, 1993, Series A no. 261-C, §41.

⁵⁷ ECHR, Olsson v. Sweden, 1988, Series A no. 130, §§89, 90. 但應注意，本案是民事程序，未來就刑事程序能否完全比照此一標準，尚難論斷。

個程序的公正性，這是最低要求。據此，傳訊義務包含不利與有利證人，但在本文的共犯證人與對質詰問脈絡，主要涉及的是前者，下文亦以此為分析對象。就此，影響並改造法國內國法的*Delta*案，可謂標竿裁判，先簡述其案例事實與裁判要旨：⁵⁸

申訴人 Delta (在歐洲人權法院提起個人申訴案之原告，即原法國刑事訴訟程序之被告) 涉嫌一宗強盜案，隨後被法國警員逮捕並經被兩名被害人 B、P 指認出來。在 Delta 被逮捕的隔天，B、P 兩人又在警方隔離訊問時，再度指稱 Delta 犯案。B、P 於審判時並未到庭且未說明不到庭的理由，儘管如此，法院並未將其拘提到庭。偵訊警員到庭宣誓並就 B、P 警詢時的陳述內容作證，而警詢筆錄亦呈現於法庭。被告與其辯護人皆未聲請調查進一步的證人或其他證據。Delta 被判處罪刑。案經上訴後，Delta 聲請法院調查包含 B、P 在內的數位證人，但上訴法院駁回聲請並確認原審判決。Delta 隨後向歐洲人權法院提起個人申訴，認為法國程序侵犯了其受公約保障的對質詰問權。

儘管本案在第一審時 Delta 與其辯護人皆未聲請傳訊 B、P，但歐洲人權法院認為，第一審法院應該要本於其強制權限來促使關鍵證人 B、P 到庭，結論並認為，Delta 與其辯護人始終皆無詰問 B、P 的適當機會，因此法國程序違反了公約的對質詰問條款。由此可知，內國法院甚至於還「應該」動用強制或拘提權限，來確保不利證人到庭接受對質詰問。這項要求清楚說明了，公約對質詰問條款是極其核心的刑事被告之防禦權，而且此一防禦權的內涵，並不僅止於消極請求法院「忽略」不利證人的證詞而已，而是**積極地行使對質詰問之權利**；更重要的是，這項要求的義務人也清楚指向法

⁵⁸ ECHR, *Delta v. France*, 1990, Series A no. 191-A, §§10-21; vgl. dazu auch Esser (2002: 642-643).

院，也就是一種加重的澄清義務與訴訟照料義務，誠命內國法院必須主動積極地傳訊、拘提不利證人到庭以保障被告的對質詰問權，如此也才能合乎公平審判的要求。⁵⁹ 總而言之，法院在此必須貫徹澄清義務才能保障被告權利並合乎公平審判的要求，法國裁判後來也隨之修改，認為除有不能情事外，刑事法院有義務去強制先前從未受被告質問過的不利證人到庭。⁶⁰

惟應注意，歐洲人權法院畢竟是案例法，因此，雖然其是公約的有權解釋機構，但在判斷其裁判的有效射程距離時，不能不考慮個案特性的因素。從 *Delta* 裁判，還不能推出「被告或其辯護人毋庸指摘程序瑕疵」的結論，因為本案被告 *Delta* 終究還是在上訴審明白聲請傳訊不利證人 B、P，這是個案重要的特性。事實上，如果辯方自身嚴重違反指摘義務，可能導致失權效果（下文 [四]）。

（三）對質詰問之內涵

1. 時機與方式問題：以 *Windisch v. Austria* 為例

歐洲人權法院要求，原則上 (in principle; normally)，所有的證據，包含證人的證詞，都應於被告在場且在公開聽審與對等、對辯或對審的庭上被提出、調查，⁶¹ 但此項要求亦有限制與例外。公

⁵⁹ ECHR, *ibid.*, at §37.

⁶⁰ 參見 European Court of Human Rights (1998): “In the *Randhawa* judgment of 12 January 1989, the Criminal Division of the Court of Cassation reversed its previous case-law. Referring to Article 6 § 3 (d) of the Convention, it held that, on appeal, where a formal application had been made for the examination of prosecution witnesses who had not been confronted with the defendant at any earlier stage in the proceedings, *the court was under a duty to direct that they give evidence in adversarial proceedings, unless that was impossible* (judgment, pp. 12-13, §28, and Resolution DH (91) 31 of 18 November 1991)” (Emphasis added)。

⁶¹ 公開聽審是結合了公約第六條第一項的 “fair and public hearing”。至於所稱的對等、對辯或對審要求 (“under the same conditions,” “equal treatment,” “full equality

平審判與對質詰問條款，一般而言 (as a rule)，最低的要求是：**被告或其辯護人在某個程序階段享有適當的機會** (“adequate and proper opportunity”)，**面對面去挑戰與質問不利證人**，藉此來檢驗、質疑證詞的可靠性與可信性。就此而論，證人在審判前或審判外之陳述，是向警察、向檢察官或向偵查法官或調查法官所為，⁶² 不是重點所在！關鍵在於，國家機關必須賦予被告至少在「**某個程序階段**」，對不利證人以合乎公約要求的方式與範圍的對質詰問之適當機會，這個階段的「時機」，或者是偵查中或者是審判中 (“either during the investigation or at trial”)，或者是證人陳述當時或者是後來程序 (“either when he makes his statements or at a later stage”)，或者是第一審或者是上訴審 (“either at first instance or on appeal”)，但無論如何就是不能「沒有」。由此可知，縱使於警詢階段作出的證人證詞，也未必不符合公約的對質詰問要求；反之，即便是法官前的證人證詞，也未必符合公約。⁶³ 一言以蔽之，**證人在**

of arms,” “in general be adversarial,” “adversarial argument”)，包括檢、辯雙方的對等處理 (如檢方證人與辯方證人應同受注意)，以及雙方對於受詰問證人的對辯或對審要求 (參閱 ECHR, Bönisch v. Austria, 1985, Series A no. 92, §32; Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain, 1988, Series A no. 146, §§67, 78)，這約莫相當於我國釋字第五八二號解釋理由書所稱：「憲法第十六條規定人民有訴訟之權，就刑事審判上之被告而言，應使其在對審制度下，依當事人對等原則，享有充分之防禦權，俾受公平審判之保障 (本院釋字第三九六號、第四八二號解釋參照)。」關於對審問題，另請參見 Ambos (2003: 16-17)。

⁶² 於歐洲部分地區，如法國、荷蘭、西班牙等國，偵查階段仍保有調查法官 (investigating judge; Untersuchungsrichter；亦譯為預審法官) 之制度，如法國方面調查拉法葉弊案的兩名主要司法人員，即為調查法官；但大部分歐洲國家並未採取或已經廢除調查法官制度，如德國在一九七〇年代即廢止此制，說明請參見 Schünemann (2003 年 10 月 14 日)；Thaman (2002: 30-33)。

⁶³ 參見 ECHR, among other authorities, Saïdi v. France, 1993, Series A no. 261-C, §43: “All the evidence must normally be produced *in the presence of the accused at a public hearing with a view to adversarial argument*. However, the use as evidence of

「誰」面前陳述並不重要，重要的是被告當場或後來有無全方位質問的適當機會。

此外，在公平審判要求底下，被告享有對不利證人詰問的適當機會，但對其具體進行的「方式」有無特殊要求？就此，歐洲人權法院認為，公約第六條第三項第d款的詰問是指被告與證人面對面的質問，在這個意義上也是指對質 (confrontation; Konfrontation)，⁶⁴ 這也正是詰問條款又稱為對質詰問條款的原因。儘管對質與詰問之「區別」，是我國法爭論不休的問題，⁶⁵ 但歐洲人權法院把重點放在實質內涵的要求，而非難以說清楚的名詞之爭。簡言之，詰問要包含「當場面對面」的內涵，而非「有聲無影、不視而問」，而對質也要兼及發問回答，不是指「有影無聲、看而不問」，說來說去，都是指「被告對不利證人面對面質問的權利」，這才是關鍵。

反過來說，什麼情形不符對質詰問的實質內涵要求？在此，歐洲人權法院係從被告防禦權的角度出發，所要求的是：把不利證人

statements obtained at the stage of the police inquiry and the judicial investigation is not *in itself* inconsistent with paragraphs 3 (d) and 1 of Article 6 (art. 6-3-d, art. 6-1), provided that the rights of the defence have been respected. As a rule these rights require that the defendant be given an adequate and proper opportunity to challenge and question a witness against him either when he was making his statements or at a later stage of the proceedings”.

⁶⁴ 參見ECHR, inter alia, Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain, 1988, Series A no. 146, §§85, 86; Isgrò v. Italy, 1991, Series A no. 194-A, §§13, 32-37; Saïdi v. France, 1993, Series A no. 261-C, §41.

⁶⁵ 文獻例示如王兆鵬 (1999: 123-201); 朱朝亮 (2004年10月2日); 陳運財 (2001: 248); 黃東熊 (1999: 73-98)。但應注意，以上諸文討論者多集中在「對質 (confrontation)」與「交互詰問／反對詰問 (cross-examination)」的區別，這和本文、歐洲人權法院及我國釋字第五八二號解釋所談的「對質 (confrontation) 與詰問 (examination)」的區別，並不是完全相同的問題。

帶到被告面前，使被告能對其面對面地積極質問，而非把被告帶到不利證人面前，使後者指認列隊排排站的被告（尤其是單面穿透的指認牆的情形）。換言之，就被告與證人關係言，對質與詰問本不可分，但對質詰問與片面指認 (einseitige Gegenüberstellung)，則有天壤之別，後者並不是符合公約第六條第三項第d款的方式 (Esser, 2002: 643)。以Windisch案為例，該案警方曾安排兩名目擊證人，坐在距離不知情的被告幾米遠的車內，證人亦隨即指認出被告。但這種隱密指認還不足以符合公約的對質詰問要求，因為被告根本沒有質問證人並檢驗其可信度的機會可言。⁶⁶

Saïdi案又是一例，警方曾安排證人透過指認牆而隱密指認出被告 (“identification through a two-way mirror”)，也曾安排證人從照片中指認出被告。歐洲人權法院表示，如果定罪主要證據是不利證人的偵查中陳述，而被告在偵查中與審判中皆無機會與其面對面質問，縱使不利證人不欲與被告對質，還是一樣違反公約的公平審判與對質詰問條款。⁶⁷ 附帶說明，Saïdi案內國程序涉及的是毒品圈子的犯罪，被告是涉嫌販毒者而不利證人則是吸毒者，本案法國政府抗辯，之所以未讓被告與不利證人對質詰問，是基於毒品犯罪的本質 (“nature of the offence”) 與對毒品犯罪的證人保護必要性，這是對抗毒品犯罪困難之處；吸毒者提供線索已經難能可貴，難以期待其進一步出面接受對質詰問，因為這會揭露其與警方合作的事

⁶⁶ ECHR, Windisch v. Austria, 1990, Series A no. 186, §§11, 27.

⁶⁷ ECHR, Saïdi v. France, 1993, Series A no. 261-C, §§9, 19-21, 41-44.

本案例簡述如下：兩名飆毒者因注射海洛因死亡，法國警方因數名吸毒者的指控而懷疑 Saïdi 是販毒者，並予逮捕。Saïdi 否認所有指控並要求與這些指控他的人面對面質問，但警方只安排讓三位證人透過單面指認牆指認出 Saïdi。Saïdi 最後被判處販毒和過失殺人罪刑確定，但整個偵審過程，Saïdi 皆無機會與證人對質詰問。案經申訴至歐洲人權法院後，該院認為法國內國程序違反公約規定 (art. 6-1 + art. 6-3-d)。

宜，並且極有可能因此被圈內人「報復」。儘管如此，歐洲人權法院結論還是認為，這些理由不足以作為本案限制被告防禦權的正當理由。用另外的話來說，**對抗毒品犯罪的困難性，本身還不足以構成「對質詰問的例外」。**

2. 範圍問題：以 *Bricmont v. Belgium* 為例

反之，如果被告在「**偵查中**」曾對不利證人面對面質問或有此機會，是否就滿足了公平審判及對質詰問要求，而毋庸於**審判程序**再度踐行？這涉及**對質詰問範圍**的關鍵問題，難以一概而論，歐洲人權法院認為，審判中的對質詰問並沒有優於偵查中對質詰問的必然性，⁶⁸ 被告防禦權的保障程度才是關鍵，而審查重點在於：**先前的對質詰問，(1) 是在何等防禦權的條件底下行使，與 (2) 對質詰問範圍是否及於後來所有的起訴爭點。**

Bricmont 裁判同時說明了上開兩個審查重點。⁶⁹ 該案的不利證人是比利時王室，內國程序涉及王室作證的禮遇與豁免條款，案例爭點頗多，但本文以對質詰問的問題為限。簡言之，縱使在**偵查中**被告曾就「一個」後來的起訴爭點與不利證人對質詰問，但因為偵查中的**閱卷權限制**，致使被告處於劣勢的防禦地位，根本不知、也無從就本案後來起訴的「五個」爭點一一加以詰問，歐洲人權法院在此明確表示，這種偵查中的對質詰問並不充分，若內國法院以不利證人在偵查中的陳述為基礎，將會違反公約要求。

3. 小結

⁶⁸ ECHR, *Doorson v. the Netherlands*, Reports 1996-II, §78: “The Court *cannot hold* in the abstract that evidence given by a witness in open court and on oath should *always* be relied on in preference to other statements made by the same witness in the course of criminal proceedings, not even when the two are in conflict.”

⁶⁹ ECHR, *Bricmont v. Belgium*, 1989, Series A no. 158, §§15-17, 38-46, 79-84.

以上僅例示幾個基本裁判，說明歐洲人權法院關於對質詰問權內涵的主要要求。如果綜觀歐洲人權法院相關裁判，對質詰問作為程序最低標準的核心內涵，可以歸納如下：**刑事被告在程序中應享有面對面、全方位去挑戰及質問不利證人的適當機會**。⁷⁰ 幾個主要的參數簡述如下（林鈺雄，2005b: 16-17）：

- (1) 「面對面」(face to face) 表達的是空間的當場、在場關係，也可說是對質詰問權行使「形式」的基本要求。換言之，就是在證人作出不利證詞之際或之後，應該保障刑事被告面對面當場對其質問的適當機會，為了保障這種在場權，不但不能「排除被告在場」，而且還要事先通知被告（或其辯護人）傳訊不利證人的時地。其他方式，諸如由證人單向指認出被告的片面指認、僅讓被告以書面提問的書面問答、「有聲無影」的電話問答，乃至於面對螢幕的視訊質問等，都無法完全滿足這項空間關係的核心要求，所以最多僅能在「容許例外」加以討論。
- (2) 「全方位」表達的是質問範圍與不利證詞的涵蓋關係。關鍵是刑事被告有權要求與不利證人「全方位質問」，也就是針對不利證人指控的所有爭點，面對面質疑並提問的適當機會。例如，假使呈現在法庭前的不利證詞共有五點，但被告卻僅就其中三點有質問機會，這種片段的防禦保障就不符合涵蓋關係的要求。偵查中的質問，往往會因閱卷權的限制而有欠缺全面性的涵蓋關係。⁷¹

⁷⁰ See ECHR, *inter alia*, *Lüdi v. Switzerland*, 1992, Series A no. 238, §49; *Van Mechelen and Others v. the Netherlands*, Reports 1997-III, §51; *P.S. v. Germany*, Judgment of 20 Dec. 2001 (no. 33900/96), §21.

⁷¹ ECHR, *Bricmont v. Belgium*, 1989, Series A no. 158, §§15-17, 38-46, 79-84.

- (3) 「適當機會」(adequate and proper opportunity) 表達的是，質問保障內容乃行使對等提問與要求回答的可能性，而非現實上的行使。亦即，若已賦予被告質問機會而被告卻不行使者，例如被告主動放棄質問，也不會違反質問權的要求。⁷²
- (4) 最後是質問的程序階段。說得更直接些，限定在「審判中」行使，是否屬質問的核心內涵 (Ambos, 2003: 16-17)? 其實，由前述三點即可得知，質問內涵與審判階段僅有通常關係而無必然關係。通常關係是指，一般而言，由於審判階段的保障較為周密 (例如在場權、閱卷權的全面保障)，因此，比較可能符合以上三點的內涵保障。

(四) 對質詰問之例外

對質詰問的例外問題，就如同直接審理原則或傳聞法則的例外問題一樣複雜，而歐洲人權法院的相關裁判亦是多如牛毛，單以此為主題寫一本專論，範圍都稍嫌太廣，因此，本文限於篇幅與脈絡也僅能略述梗概。

1. 一般準則

對質詰問雖為刑事被告核心之權利，但非絕對之權利，故亦有例外，典型爭點集中在審判庭前呈現的**不利證詞之證據替代品** (Beweisurrogate)，尤其是以書面或筆錄代證人，但也包括傳訊**間接證人** (indirect witness; 如原偵訊警員) 之情形。簡言之，單就「採納證詞替代品的行為**本身** (in itself; als solche)」言，並不必然違

⁷² ECHR, Pullar v. the United Kingdom, Reports 1996-III, §§6-16, 23; 另參見S.N. v. Sweden, Reports 2002-V, §§45-54。

反公平審判及對質詰問條款，而是取決於是否構成容許例外。

原則與例外是一體兩面。前述三點關於對質詰問的分析（上文[一]至[三]），除了正面界定原則內涵以外，同時也反面含攝了例外條件。從出發點來看，公約對質詰問的證人條款，本來就是為了**保障被告防禦權之公平審判目的**而存在，因此，歐洲人權法院的相關裁判，不論是對質詰問正面內涵的界定或反面例外的承認，主要都是以「**被告防禦權的保障程度**」為審查基準，以此判斷該內國程序作為一個整體來看是否公平。⁷³ 但是，為了避免癱瘓內國刑事程序，歐洲人權法院也承認某些會影響被告防禦權的對質詰問例外，惟其前提是：「**國家機關盡了必要的義務，而且對於影響被告防禦權的例外情況之發生，並無可歸責事由**」。「個人權利」（公約保障的權利人）與「國家義務」（公約誠命的義務人）這兩條基線要一併觀察，才能理出歐洲人權法院關於例外的裁判見解。⁷⁴

基於被告防禦權保障與對質詰問目的來看，「**證詞替代品**」可分為兩種情形：一、在審判前或審判外，被告已經擁有和不利證人**全方位質問的適當機會**，因此即使不利證人未到庭再度接受被告質問，亦不妨害被告防禦權行使（下文二之 *Isgrò* 案參照）；這種情形不致於違反公約，也稱不上是對質詰問的「真正例外」。二、反之，第二種情形是被告並無上開的機會，但在內國法院終究將該不利證人的陳述納入考慮（“took . . . into account”）；此時原則上固然不符公約要求，但若個案中**被告防禦權後來已經被充分補償**，或存有**不可歸責於國家的事實障礙**，則可能構成例外。常見類型如下述。

⁷³ So auch BGHSt 46, 93=NJW 2000, 3505=NSStZ 2001, 212.

⁷⁴ 所以，個人得以簽約國違反公約為由並以其為被告國，而向歐洲人權法院提起「個人申訴案」（Article 34: Individual applications）。本文所有引用的該院裁判，都是此類案件。本條原告適格有三類（“person, non-governmental organisation or group of individuals”），在此不贅。

2. 例外類型

由於例外及其類型頗為複雜，因此僅能擇要說明。先前陳述的不利證人已經**失蹤或死亡**，是典型的例外，關此，歐洲人權法院以前述的國家是否盡了必要義務與有無可歸責事由來判斷（本文稱為**義務法則與歸責法則**），據此作為承認例外的準繩，以避免刑事程序因證人不能到庭而癱瘓。這些例外的細節頗為複雜，但整體而言，以失蹤為例（如下文二 *Isgrò* 案與 *Barberà* 案），能否承認例外的關鍵在於四個法則的運用：**國家（含偵查與審判）機關整體上是否貫徹了尋找證人以促使其到庭的義務（義務法則）**，包括是否反覆（repeated）而持續努力尋找？**證人失蹤有無可歸責於國家的事由（歸責法則）**？是否給予被告以其他方式挑戰證詞的機會，以補償其不能詰問的防禦損害（本文稱為**防禦法則**）？最後還要一併考慮該**未經質問的不利證詞在有罪裁判的比重**，此指有無其他明確證據來佐證該失蹤證人的不利證詞（本文稱其為**佐證法則**，類似概念於我國通稱為**補強法則**）。如果把有利證人一併考慮，還包括是否違反有利證人的對等傳訊義務。以上法則同時也是證人死亡例外情形的審查基準（如下文二 *Ferrantelli* 案）。

其他幾個與本文脈絡無關的可能例外類型，包含到庭但**翻供證人之先前陳述**、⁷⁵ 到庭但援引**拒絕證言權者之先前陳**

⁷⁵ ECHR, *Doorson v. the Netherlands*, Reports 1996-II, §§7-19, 31-34, 78- 80. 附帶說明，本案同時涉及匿名證人的問題，相當複雜，簡述如下：荷蘭警方調查Doorson涉嫌販毒事件，並出示照片給吸毒者指認，共有八人指證Doorson販毒，其中六人匿名（含代號Y15, Y16），兩人公開身分（R, N）。審判前被告辯護律師本有機會質問Y15、Y16，但因律師先行離去而未於訊問時在場。N在法庭上翻供，R則不知去向。案經判處罪刑後上訴時，上訴法院確認Y15、Y16 保持匿名之必要性，但給予律師向其提問機會。

本案後來申訴到歐洲人權法院，該院結論認為，無論是採納翻供證人先前陳述，或採納經質問但仍保持匿名的證人證詞，由於荷蘭內國程序已經彌補了被告防禦

述、⁷⁶ 無法面對面質問的**匿名證人之陳述**等。⁷⁷ 這些例外各有下位類型（例如在匿名證人底下，除了不同程度的匿名分類以外，還有諸如：證人完全不出庭而以供述書面筆錄、錄影錄音或間接證人出庭代替、證人遠距視訊問答、證人蒙面或變音受訊、證人僅受法官訊問而未受被告對質詰問等），各種容許條件也不一而足，在此不贅。

值得注意的是例外與被告防禦權行使的消長關係。首先是**瑕疵治癒 (Heilung)** 的問題：若辯方（被告、辯護人）**自身違反指摘義務 (Rügeflicht)**，可能導致**失權效 (Verwirkung)**，亦即，辯方若未善用內國刑事程序賦予的防禦機會，來指摘對質詰問的違反或提出救濟，就不能再於歐洲人權法院主張內國程序違反上開公約要求。⁷⁸ 這點，和公約對該院設定的目的與功能（非用以取代內國刑事法院），⁷⁹ 以及對質詰問條款連結的是公平審判的要求有關。例如，在 *Pullar* 案中，雖然辯方在先前英國的內國程序並無與不利證人對質詰問機會，但在審判與救濟程序，被告與其辯護人既不指摘證詞替代品（書面）的使用，也未質疑其正確性，更未聲請調查不利證人；歐洲人權法院據此判定，英國對其進行的訴訟，並無違反公約情事。⁸⁰ 惟應注意，這些情形「**綜合**」在一起才在本案產生失權效，

權的缺陷，因此並未違反公約。

⁷⁶ ECHR, *Unterpertinger v. Austria*, 1986, Series A no. 110, §§30-33; *Asch v. Austria*, 1991, Series A no. 203, §§28-31.

⁷⁷ ECHR, *Kostovski v. the Netherlands*, 1989, Series A no. 166, §§20-21, 39-44; *Windisch v. Austria*, 1990, Series A no. 186, §§23-31; *Lüdi v. Switzerland*, 1992, Series A no. 238, §§43-50; *Van Mechelen and Others v. the Netherlands*, Reports 1997-III, §§49-60; *Visser v. the Netherlands*, Judgment of 14 Feb. 2002 (no. 26668/95), §§44-52.

⁷⁸ ECHR, *Cardot v. France*, 1991, Series A no. 200, §§16, 21-25, 34-36.

⁷⁹ “Article 35—Admissibility criteria 1. The Court may only deal with the matter after all domestic remedies have been exhausted . . .” 另請參見 *Gaja* (1999: 787)。

⁸⁰ ECHR, *Pullar v. the United Kingdom*, Reports 1996-III, §§6-16, 23. 另請參見 *S.N. v.*

如前述*Delta*案所示，由於歐洲人權法院課予內國法院相當嚴苛的澄清義務，因此，單單辯方未聲請調查不利證人一事，還不足以構成對質詰問例外的正當事由。⁸¹ 不過，被告與辯護人的歸責關係如何分配，與無辯護人被告是否適用指摘義務，還是有待細緻化的問題。

其次是，未經對質詰問的不利證詞對被告防禦的損害程度，這尤其指其在有罪裁判中所佔的份量而言，並且和防禦法則、佐證法則有關。簡言之，如*Unterpertinger*案、*Saïdi*案及*A.M.*案所示，如果這是有罪裁判唯一或關鍵的基礎，將會違反公約要求；⁸² 這項要求頗為嚴格，甚至於在性侵害案件的被害證人，也不例外。⁸³

Sweden, Reports 2002-V, §§45-54; Anm. dazu vgl. Ambos (2003: 16-17)。

⁸¹ 另請參見“Dissenting Opinion of Judges Türmen and Maruste” in Case of S.N. v. Sweden, *ibid.*

⁸² ECHR, *Unterpertinger v. Austria*, 1986, Series A no. 110, §§30-33 ; *Saïdi v. France*, 1993, Series A no. 261-C, §41 ; *A.M. v. Italy*, Reports 1999-IX, §25: “...There are exceptions to this principle, but they must not infringe the rights of the defence. ...In particular, the rights of the defence are restricted to an extent that is incompatible with the requirements of Article 6 if the conviction is based solely, or in a decisive manner, on the depositions of a witness whom the accused has had no opportunity to examine or to have examined either during the investigation or at trial” 另請參見Ambos & Ruegenberg (2000: 197)。

⁸³ ECHR, *P.S. v. Germany*, Judgment of 20 Dec. 2001 (no. 33900/96).

Deutsch in StV 2002, 289 = *StraFo* 2002, 123-125; Anm. dazu vgl. Ambos (2003: 16-17). 本案簡述如下：P.S.乃一位八歲女童的私人音樂教師，因涉嫌性侵害該女童而被德國檢察官起訴，審判中雖經P.S.聲請鑑定女童證詞的可信度，但原審法院以重覆此經驗對女童心理發展有不良影響為由而拒絕，法院亦未直接訊問女童。直到上訴時法院始准予鑑定，但距案發已經一年半，後P.S.仍經判處罪刑確定。後來，P.S.向歐洲人權法院提起申訴，該院確認德國內國程序違反公約第六條規定，尤其是，當證據是唯一定罪根據時，被告更應有適當機會去質疑並挑戰證人證詞的可信度。

二、共犯／共同被告之運用

歐洲人權法院對共犯／共同被告地位問題的處理方式，正是其對證人概念與對質詰問條款的見解的一致延續。以下簡述三則標竿裁判，第一則是未經刑事追訴的共犯證人，第二則是經刑事追訴的共同被告，第三則是已經先行判決的共犯證人問題。⁸⁴

(一) *Isgrò v. Italy*

在*Isgrò*一案中，義大利法院朗讀且使用了一位「證人」的先前陳述，作為對本案被告不利的證據，而根據本案被告的說法，這位證人也參與了系爭犯罪的實施，也就是共犯；歐洲人權法院認為，這位證人就是公約所稱的不利證人，故應保障被告對其行使公約第六條第三項第d款的對質詰問權。⁸⁵ 其案例事實如下：⁸⁶

義大利法院根據 D 在調查法官前的證詞，將申訴人 *Isgrò* (即原義大利刑事訴訟程序之被告) 判處數年有期徒刑；D 並未出現於審判庭。在偵查中，D 曾被警察、檢察官及調查法官多次訊問，其中一次在調查法官面前被告 *Isgrò* 曾與 D 對質、親自對 D 提出問題且對 D 之證詞表示意見，但該次對質詰問時 *Isgrò* 的辯護人及檢察官皆不在場。在審判程序開始前一星期，檢察官下令密集找尋已經失蹤數個月的 D，但無法尋獲。後來的審判與上訴程序，找尋 D 的行動仍持續進行，但包括

⁸⁴ Zusammenfassend s. Esser (2002: 632, 639, 641, 645-646).

⁸⁵ ECHR, *Isgrò v. Italy*, 1991, Series A no. 194-A, §17, 33: "The applicant also maintained that Mr D. had been involved in the crime... *Although Mr D. did not give evidence in person* either at first instance or on appeal, the Court takes the view that, for the purposes of Article 6 para. 3 (d) (art. 6-3-d), *he should be regarded as a witness ... because the national courts took account of his statements, which were read out at the trial.*"

⁸⁶ *Ibid.*, at §§8-22.

依照辯護人具體指明的 D 停留地點，皆無 D 的行蹤。由於 D 已無影無蹤，法院遂下令朗讀 D 的偵訊筆錄與 D 和被告 Isgrò 對質詰問的筆錄，並據此判處被告 Isgrò 罪刑。

歐洲人權法院認為，義大利追訴機關已經盡了找尋 D 的努力（義務法則，此外，D 失蹤不可歸責於國家，當然也不違反歸責法則），且指明被告、辯護人、調查法官及審判法院皆已知悉 D 的真實身分，這也同時暗示：若是匿名證人，由於其大幅減損被告的防禦權利，故應適用更為嚴格的標準來審查（如前述 *Windisch* 案）。其次，歐洲人權法院亦認為本案被告在對質時的參與權限已被保障，畢竟，一來，在調查法官面前被告曾與 D 面對面質問，二來，對 D 證詞可信度的所有可能質疑，皆已向被告充分揭示，三來，被告亦有機會向內國法院重申其對 D 證詞的質疑（防禦法則）。此外，歐洲人權法院還強調，內國法院並非單憑 D 的證詞而判處被告罪刑，而是綜合了其他證人證詞與被告的答辯，驗證其真實性（佐證法則）。總而言之，雖然對本案被告為不利陳述的共犯，即是公約所稱的證人，且受公約詰問等證人相關條款的拘束，但就本案上開情況綜合判斷，尚未違反公約規定。⁸⁷

(二) *Ferrantelli and Santangelo v. Italy*

前述案件涉及的是並未被追訴的共犯證人；在共犯本身也是刑事追訴對象的情形，⁸⁸ 若其在刑事程序當中為對本案被告不利之陳

⁸⁷ *Ibid.*, at §§9-21, 32-37.

⁸⁸ 公約第六條所稱的刑事追訴（criminal charge; accusation en matière pénale; strafrechtliche Anklage）概念（Espenhain, 1981: 15-17; Musil, 2000: 68-71），比我國刑事訴訟法的「起訴」概念還廣泛，已經兼及偵查中的追訴活動在內；此外，「刑事」要素亦非取決於簽約國內國法之認定。參見 ECHR, *Engel and Others v. the Netherlands*, 1976, Series A no. 22, §§81-83; *Öztürk v. Germany*, 1984, Series A no.

述者，如何評價？關此，歐洲人權法院在*Ferrantelli*一案中亦**明確指向公約之證人條款**，簡述如下：⁸⁹

申訴人Ferrantelli與Santangelo因涉嫌謀殺罪名被義大利法院判處多年有期徒刑。義大利法院憑以判處被告有罪之證據，包括一位剛開始時曾參與犯罪實施、自身亦被偵查的共同被告G.V.之陳述。G.V.先前在偵查中曾向警察、一位檢察官及一位調查法官為不利於Ferrantelli與Santangelo的陳述，後來死於拘禁所內的醫院。根據義大利法律，涉嫌參與本案犯罪實施的共犯之陳述，必須有其他證據以資佐證，否則不得作為裁判之基礎。申訴人向歐洲人權法院興訟主要的理由之一，其在G.V.死亡之前並無對G.V.行使公約第六條第三項第d款的對質詰問權的機會。

從歐洲人權法院的裁判理由可以看出，該院係以G.V.的證人地位為前提，據此進而以**公約證人條款來審查**申訴人的指摘有無理由。該院結論並不認為系爭內國（義大利）刑事程序違反公約，所持主要理由是，義大利司法機關對申訴人因G.V.死亡致未能對質詰問一事，**並無可歸責之事由**（歸責法則），此外，義大利法院亦在其裁判中鉅細靡遺分析了G.V.的陳述內容，並且G.V.的陳述**不是有罪裁判的唯一根據**，而是輔以數項的其他證據來支持（佐證法則）。⁹⁰

73, §§47, 52-55; Funke v. France, 1993, Series A no. 256-A, §44.

⁸⁹ ECHR, Ferrantelli and Santangelo v. Italy, Reports 1996-III, §§7-33, 51, 52.

⁹⁰ *Ibid.*, at §52: “In this instance, even though the judicial authorities did not, as would have been *preferable*, organise a confrontation between all the accused during the twenty months preceding G.V.’s tragic death, they *cannot be held responsible* for the latter event. Furthermore, in its judgment of 6 April 1991, the Juvenile Section of the Caltanissetta Court of Appeal *carried out a detailed analysis of the prosecution witness’s statements* and found them to be *corroborated by a series of other items of*

(三) *Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain*

*Barberà*案涉及已經被先行判決的共犯之陳述（即分離審判的共犯陳述），但這同樣不妨礙共犯屬於公約所稱（不利）證人之結論。這個一路從西班牙地方法院、上訴法院、最高法院、憲法法院一直打到歐洲人權法院的殺人案，情節大致如下：⁹¹

一九七七年五月九日，幾位歹徒闖入民宅挾持一位商人 B，在其身上綁炸彈，並指示其交付贖金的數額及方式後離開。當天，B 開車回家途中，炸彈卻不知何原因而爆炸，B 當場死亡。約兩年後警方逮捕涉嫌的恐怖組織成員 V，V 首度表示曾對 Barberà, Messegué 及 Jabardo 等三人實施理論與實務的軍事訓練及其涉案可能性。對 V 的程序持續進行中，同時警方亦於自一九八〇年十月逮捕 Barberà, Messegué 及 Jabardo，後來三人成為刑事被告。

案經西班牙法院判處三位刑事被告（Barberà, Messegué 及 Jabardo，即後來在歐洲人權法院提起申訴的申訴人）罪刑，關鍵證據包括一份記載前述同案共犯 V 兩次供述的卷宗筆錄，這份卷宗筆錄是在對 V 進行的偵查程序所為。V 最後雖被判處有期徒刑確定，但警方一直無法將其拘提到案執行。在對申訴人的審判中，因 V 已經逃亡無蹤，警方遍尋不著而無法使其到場。V 在警詢時作出對其中兩位申訴人不利之陳述，後來 V 又在調查法官面前陳述，但修改部分內容。在對 V 進行的偵查程序與審判程序，申訴人與其辯護人始終無質問 V 的機會。

evidence, such as the fact that all the accused had made statements implicating each other, the fact that the applicants had helped G.V. to buy and to transport the two gas bottles used in the attack on the barracks and the lack of a convincing alibi for either of the accused”

⁹¹ ECHR, *Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain*, 1988, Series A no. 146, §§8-35.

歐洲人權法院在本案分成兩個部分處理。一是如 *Isgrò* 案共犯證人於審判中已失蹤或逃亡的問題，該院表示，在審判中辯方沒有對 V 對質詰問的機會，這是令人遺憾 (regrettable) 之事，但西班牙對此卻無可歸責的事由，因為警方已經盡了找尋 V 的努力 (義務法則、歸責法則)。二是審判前之程序瑕疵，**歐洲人權法院指摘，在對申訴人進行偵查的期間，西班牙追訴機關從未去促成 V 出現作證、比較其與申訴人供述的差異或給予對質詰問機會。**儘管申訴人在偵查中也未曾提出調查 V 的聲請，但歐洲人權法院認為這不能免除對西班牙追訴機關的上開指摘，畢竟，本案早在申訴人被逮捕之前，對申訴人的偵查措施已開始進行，而且申訴人本來也無法影響對 V 進行的追訴程序。由於對申訴人的追訴程序在後，而在對 V 的程序 (V 在對己程序為不利申訴人之陳述)，申訴人自始至終並不在場，亦毫無對質詰問機會，再加上本案其他違犯情形，結論為西班牙內國程序違反公約之公平審判條款。⁹²

三、小結與評析

(一) 證人概念與共犯／共同被告之證人適格

從以上三案可以看出，歐洲人權法院關於**共犯／共同被告之證人適格問題**，基本立場頗為一致，並且，這一立場也和前述該院關於證人相關條款的案例法發展 (上文一) 相符，可以說是「吾道一以貫之」，從其他相關裁判已經可以合理解釋這系爭三案的處置方式，這也是本文論述結構上將證人條款之案例法發展放在前面，將共犯／共同被告之運用放在後面的理由。

簡言之，從證人概念的發展來看，作出對「他人／他刑事被告」

⁹² *Ibid.*, at. §§14-21, 85.

犯罪事實不利陳述之人，無論是被害人／告訴人（如*Delta*案）、偶然目擊之人（如*Windisch*案）或共犯，不論是否共同參與犯罪，也無論共犯是否一併追訴、是否分離審判、是否先行判決，只要這些不利陳述呈現在該他人為刑事被告的案件，上開之人就是公約所稱的「(不利) 證人」，至於呈現形式是朗讀筆錄、播放偵訊錄音帶或傳訊偵查官員，同樣是在非所問。以上三案只不過又再度證實這個基本立場而已，三案雖然皆涉及使用偵查中共犯陳述的特殊問題，但從歐洲人權法院的裁判內容可以確定，關於共犯／共同被告對被告本人不利陳述之使用問題，還是以公約第六條第一項的公平審判及第三項第d款的對質詰問要求來作為衡量的標準；換言之，關於共犯／共同被告陳述（或先前陳述）的使用，係以證人規範為準，應受公約證人規範的拘束。總而言之，無論內國法如何定位共犯或共同被告，無論內國程序合併、分離追訴或根本不予追訴其他共犯，皆不能罔顧公約就刑事被告對證人關係所設的基本規範。當然，在許多簽約國，被告不能同時為證人，故若共犯經共同起訴或合併審判，必須先經分離程序始能依照證人規定予以調查，如德國即為一例。⁹³ 其情形，猶如我國法。⁹⁴

（二）對質詰問之內涵與例外

由於定位在「證人」，適用「對質詰問條款」，因此要進一步審查是否符合其「內涵保障」或構成「容許例外」。同樣地，系爭共

⁹³ 德國裁判請參見BGHSt 10, 8, 11; 24, 257, 259; 32, 100, 101f.; 38, 96, 98; 43, 300。德國學說請參見Beulke (2001: 90-91); Eisenberg (1999: 347-353); Kleinknecht & Meyer-Goßner (2001: 9, 148-152); Pfeiffer (1999: 64-68)。另請參見林鈺雄 (2004年10月2日); 楊雲驊 (2004年10月2日)。

⁹⁴ 我國法，請參見本法第一八七條之一、之二的規定以及大法官釋字第五八二號解釋的相關闡釋。

犯三案，歐洲人權法院也是適用前文所述的審查基準（上文一、[二]至 [四]），諸如：

1. 能否援引審判前或外之陳述，首要在於對質詰問內涵是否被充實，亦即，**被告有無對審及全面質問不利證人的適當機會**，而非取決於在陳述係在「法官或檢警面前」所為。在 *Isgrò* 案中，由於被告在**偵查中**已經被保障了與 D 對質詰問機會，故後來其雖未能審判中**再度**面對面質問共犯證人 D，但防禦權已經受到適當的保障。如前所述，歐洲人權法院並不認為審判中質問必然比偵查中質問優越 (*Ambos*, 2003, 16-17)，被告權利並不包含指定於某個特定程序階段質問，*Isgrò* 案的見解也是如此。
2. **共犯陳述係在「法官前」作成，並非構成例外的正當理由**。上開三案件的共犯皆曾在「(調查) 法官前」作出對被告本人不利的陳述，但這還不足以成為例外；如果可以成為例外，歐洲人權法院根本也不用再花篇幅去論述其他問題了。
3. **證人失蹤或死亡時，國家機關盡了傳訊努力、無可歸責事由、給予被告防禦補償機會且系爭不利證詞並非唯一或主要證據，乃承認例外的考量因素** (也就是本文所稱**義務、歸責、防禦及佐證等四個法則**)。*Isgrò* 案同時涉及失蹤例外的問題，但這不難解決，因為義大利司法機關已經盡了找尋的必要努力，而且也不是以失蹤證人的先前證詞作為唯一證據。*Ferrantelli* 案乃死亡例外，國家機關同樣是無可歸責且亦有其他佐證。*Barberà* 案就 V 失蹤、逃亡的部分，國家機關亦已盡找尋努力。以上見解，完全可以從歐洲人權法院其他相關裁判推測出來，在共犯／共同被告的運用結果，並無特殊之處。

不過，值得一提的是，*Ferrantelli*裁判與*Barberà*裁判可能存有矛盾之處。簡言之，如果以*Barberà*案的基準來看，國家機關在偵查過程，不去促成共犯間的質問，以致於在V逃亡後被告已無從質問，這點國家機關難卸其責。但是，在*Ferrantelli*案，歐洲人權法院卻僅審查國家機關對G.V.的「死亡」有無可歸責事由，但在G.V.死亡之前有二十個月的偵查期間，義大利司法機關完全沒有去促成共犯之間的對質詰問。⁹⁵ 以上兩案的內在矛盾，恐怕無法單從「個案特殊性」來合理解釋。

肆、對我國法之啟示與反省——代結語

刑事被告對不利證人之對質詰問權，固然是「普世價值之基本人權」，但在我國具體的司法實踐方面，卻是「剪不斷理還亂」的棘手問題。單以釋字第五八二號解釋為例，除了這項普世人權在我國有無憲法位階以外，具體難題還包括：一、為不利被告陳述的共犯／共同被告，是否屬於應受對質詰問之「不利證人」？二、對質詰問的行使時機、方式與範圍，有何基本要求？三、上開對質詰問權，有無例外；若有，其容許條件為何？以下簡述歐洲人權法院裁判對我國法處理這些難題的可能啟示，代為結語：

1. **證人概念與共犯／共同被告之證人適格。**歐洲人權法院關於對質詰問條款之運用，是放在保障刑事被告有效防禦的公平審判之脈絡，而先從「不利證人」的概念著手，也就

⁹⁵ ECHR, *Ferrantelli and Santangelo v. Italy*, Reports 1996-III, §52: “In this instance, even though the judicial authorities did not, as would have been *preferable*, organise a confrontation between all the accused during the twenty months preceding G.V.’s tragic death, they cannot be held responsible for the latter event.”

是釜底抽薪處理何謂刑事被告有權質問之「人」，然後再將其順理成章地運用到告訴人／被害人（如 *Delta* 案、*Unterpertinger* 案）與共犯／共同被告（如共犯證人未被追訴之 *Isgrò* 案、共同被告一併追訴之 *Ferrantelli* 案及共同被告分離起訴、審判且先行確定之 *Barberà* 案）的問題（上文參）。如此審查基準一以貫之，並且同樣能夠克服我國法向來關於告訴人／被害人與共犯／共同被告之證人適格的難題，⁹⁶ 更可以因應千變萬化的個案追訴情形（諸如前述共犯間各種合併或分離之起訴或審判的排列組合）。

2. **對質詰問之內涵**。歐洲人權法院重視保障核心領域的方式與範圍，認為對質詰問的關鍵，乃**刑事被告對不利證人要有當場、全方位面對面質問的適當機會**，國家機關並有促成如此質問的**義務**。反之，我國釋字第五八二號解釋，雖然援引並延續釋字第三八四號解釋所確立的（對質）詰問之憲法位階，但卻把重心之一放在對質與詰問的區分，並且認為具結與否是差異所在，一來這似乎過於高估具結的功能；二來因未界定質問權的保護領域，以致於難以判斷何種情形構成權利侵害與容許例外；三來，由於也未指摘我國向來認為法院無命對質義務的實務見解，是以，也難以有效保障「當面」質問的核心內涵。
3. **對質詰問之例外**。將對質詰問提升為受憲法所保障之普世人權，固然是大法官用心良苦的貢獻，但此項權利有無例外與其容許條件為何，卻是法界對釋字第五八二號解釋的

⁹⁶ 實務裁判如最高法院九十三年台上字第三二二二號判決與九十三年台上字第三三九三號判決。學說見解請參見何賴傑 (2004: 137-147)；林鈺雄 (2002: 3-42)。

主要質疑之一。⁹⁷ 面對這個跨國性的問題，歐洲人權法院認為，(內國) 法院使用「未經質問證詞」的必要條件是，**國家機關自身並未違反促成質問的義務，且就不能質問的事由並無可歸責的事由**；此外，還要一併考慮對被告防禦權的損害程度與是否盡了補償的努力，包括系爭不利證詞是否構成有罪裁判的唯一或主要基礎（也就是本文所稱義務法則、歸責法則、防禦法則及佐證法則）。這些審查基準堪稱具體而合理，並且在我國法亦有相應的規範基礎可循，⁹⁸ 未來可供我國法限縮或續造直接審理原則或傳聞法則例外之參考座標。

比較法的研究，與其說是去異求同，毋寧說是拓展視野 (Stuckenberg, 1997: 6)。尤其是處理普世人權的具體司法實踐，誠如釋字第五八二號解釋所清楚認知，要放大到內國法以外的視野，而本身即是人權之跨國性司法實踐的歐洲人權法院的案例法，在此更提供相當豐富可貴的多國與跨國經驗。雖然我國國際環境因素特殊，而亞洲亦無如歐洲、美洲般的區域性國際人權公約與法院，但這終究不是自外於國際人權標準的正當理由，畢竟，普世人權之保障，既是世界潮流也是本土需求。就對質詰問言，釋字第五八二號解釋跨出了第一步，但如本文所示，具體的接軌仍須細緻的轉化。本文僅是拋磚引玉，希冀引起更多對國際人權相關議題的矚目與研究。

⁹⁷ 文獻例示請參見吳巡龍 (2004 年 10 月 2 日)；陳瑞仁 (2004 年 10 月 2 日)。

⁹⁸ 相關條文，尤其是指本法第一五六條第二項及第一六三條第一、二項的規定。

參考文獻

- 王玉葉 (2004 年 10 月 13/14 日)。〈歐洲人權法院審理原則：國家裁量邊際原則〉，「歐洲人權學術研討會」論文。台北：中央研究院歐美研究所。
- 王兆鵬 (1999)。《刑事被告的憲法權利》。台北：翰蘆。
- 民間司改會、何賴傑、黃朝義、李茂生 (2003)。〈徐自強擄人勒贖殺人案評析——評最高法院九十二年度台非字第二四二號等相關判決〉，《月旦法學雜誌》，102: 209-232。
- 朱朝亮 (2004 年 10 月 2 日)。〈大法官釋字第五八二號解釋之評析——從日本法制之比較法觀點論述談起〉，「釋字第五八二號解釋對刑事訴訟實務之影響研討會」論文。台北：民間司改會、月旦法學雜誌。
- 何賴傑 (2004)。〈共犯不利其他共犯之陳述與共同被告地位〉，《台灣本土法學》，55: 137-147。
- 何賴傑 (2005)。〈論刑事審判之「合理期間」〉，《台灣本土法學》，69: 120-130。
- 吳志光 (2004 年 10 月 13/14 日)。〈法律的繼受與法律的整合——從歐洲人權保障機制與歐洲人權公約各會員國的交互影響談起〉，「歐洲人權學術研討會」論文。台北：中央研究院歐美研究所。
- 吳志光 (2005)。〈適當期間接受裁判權之實踐——以歐洲人權法院 *Kudła v. Poland* 案暨相關裁判為核心〉，《台灣本土法學》，70: 102-119。
- 吳巡龍 (2004 年 10 月 2 日)。〈對質詰問權的保障與限制——大法官釋字第五八二號解釋評析〉，「釋字第五八二號解釋對刑事訴訟實務之影響研討會」論文。台北：民間司改會、月旦法學雜誌。
- 林鈺雄 (2002)。《嚴格證明與刑事證據》。台北：學林出版公司。
- 林鈺雄 (2004)。《刑事訴訟法 (上)》，4 版。自刊。
- 林鈺雄 (2004 年 10 月 2 日)。〈蓋上潘朵拉的盒子——大法官釋字五八二號解釋終結第六種證據方法？〉，「釋字第五八二號解釋對刑事訴訟實務之影響研討會」論文。台北：民間司改會、月旦法學雜誌。
- 林鈺雄 (2005a)。〈歐洲人權保障機制之發展與挑戰〉，《台灣本土法學》，69: 90-119。
- 林鈺雄 (2005b)。〈共犯證人與對質詰問——從歐洲人權法院裁判看我國釋字第五八二號解釋之後續發展〉，《月旦法學雜誌》，119: 9-24。
- 姚孟昌 (2004 年 10 月 13/14 日)。〈初探歐洲人權普遍性爭議的根本問

- 題〉，「歐洲人權學術研討會」論文。台北：中央研究院歐美研究所。
- 洪德欽 (2004)。〈歐洲聯盟人權保障之建構與實踐〉，《歐美研究》，34, 1: 1-7 (「歐洲聯盟人權保障」專號)。
- 洪德欽 (2004年10月13/14日)。〈歐盟東擴與人權歐洲化〉，「歐洲人權學術研討會」論文。台北：中央研究院歐美研究所。
- 胡慶山 (2004年10月13/14日)。〈歐洲人權公約對英國憲法的影響——1998年人權法的制訂經緯〉，「歐洲人權學術研討會」論文。台北：中央研究院歐美研究所。
- 陳隆志、廖福特 (2002)。〈國際人權公約與國內法化之探討〉，《國家政策季刊》，1, 2: 34-56。
- 陳瑞仁 (2004年10月2日)。〈共同被告審判外陳述有證據能力之八種可能性〉，「釋字第五八二號解釋對刑事訴訟實務之影響研討會」論文。台北：民間司改會、月旦法學雜誌。
- 陳運財 (2001)。〈當事人進行原則下之證據調查與交互詰問〉，最高法院學術研究會 (編)，《刑事訴訟法起訴狀一本主義及配套制度法條化研究報告 (下)》，頁 235-315。台北：最高法院學術研究會。
- 陳運財 (2003)。〈共同被告之調查〉，《律師雜誌》，286: 97-135。
- 黃東熊 (1999)。《刑事訴訟法研究 (二)》。自刊。
- 黃朝義 (1999)。《刑事證據法研究》。台北：元照。
- 楊雲驊 (2003)。〈被告地位之形成與告知義務〉，《台灣本土法學》，44: 144-148。
- 楊雲驊 (2004年10月2日)。〈大法官釋字第五八二號的意義與影響〉，「釋字第五八二號解釋對刑事訴訟實務之影響研討會」論文。台北：民間司改會、月旦法學雜誌。
- 楊雲驊 (2005)。〈閱卷權的突破——以歐洲人權法院近年來數個判決為例〉，《台灣本土法學》，70: 120-137。
- 廖福特 (2000)。〈歐盟與歐洲人權公約〉，《月旦法學雜誌》，62: 87-98。
- 廖福特 (2003)。《歐洲人權法》。台北：學林。
- 廖福特 (2004a)。〈從人權宣言邁向人權法典——「歐洲聯盟基本權利憲章」之實踐〉，《歐美研究》，34, 1: 9-49。
- 廖福特 (2004b)。〈Rights to Liberty and Fair Trial—Sacrificed in the Name of Anti-Terrorism (人身自由權與公平審判權——因反恐之名而犧牲)〉，《歐美研究》，34, 3: 511-553。

- Alston, P. (1999). *The EU and human rights*. Oxford, UK & New York: Oxford University Press.
- Ambos, K. (2002). Europarechtliche Vorgaben für das (deutsche) Strafverfahren–Teil I: Zur Rechtsprechung des EGMR von 2000–2002. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2002: 628-633.
- Ambos, K. (2003). Europarechtliche Vorgaben für das (deutsche) Strafverfahren–Teil II: Zur Rechtsprechung des EGMR von 2000–2002. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2003: 14-17.
- Ambos, K., & Ruegenberg, G. (2000). Rechtsprechung zum internationalen Straf- und Strafverfahrensrecht. *Neue Zeitschrift für Strafrecht–Rechtsprechungs-Report Strafrecht*, 2000: 193- 208.
- Bacigalupo, E. (2001). Die Europäisierung des Strafrechtswissenschaft. In B. Schünemann, H. Achenbach, W. Bottke, B. Haffke, & H. J. Rudolphi (Hrsg.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001* (S. 1361-1374). Berlin, Germany & New York: Walter de Gruyter.
- Bartsch, H. J. (1976). 25 Jahre Europäische Menschenrechtskonvention–4. Internationales Kolloquium im Rom. *Neue Juristische Wochenschrift*, 1976: 462-463.
- Beulke, W. (2001). *Strafprozeßrecht* (5. Aufl.). Heidelberg, Germany: Velag C.F. Müller.
- Doublet, Y. M. (2002). Völkerrecht und Europarecht im innerstaatlichen Recht–Der Fall Frankreich. In C. Grewe & C. Gusy (Hrsg.), *Französisches Staatsdenken* (pp. 180-195). Baden-Baden, Germany: Nomos.
- Eisenberg, U. (1999). *Beweisrecht der StPO–Spezialkommentar* (3. Aufl.). München, Germany: Verlag C.H.Beck.
- Espenhain, R. (1981). Anmerkung zum Urteil des EGMR vom 27.02.1980: Deweer ./.. Bergien (Serie A Nr. 35). *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 1981: 15-17.
- Esser, R. (2002). *Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht–Die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg*. Berlin, Germany: De Gruyter Recht.

- European Court of Human Rights. (1998). *Effects of judgments or cases 1959–1998*. Retrieved October 15, 2004, from <http://www.echr.coe.int/Eng/EDocs/EffectsOfJudgments.html>
- European Court of Human Rights. (2003). *Survey of activities 2003*. Retrieved October 15, 2004, from <http://www.echr.coe.int/Eng/EDocs/2003SURVEYCOURT.pdf>
- Gaja, G. (1999). New instruments and institutions for enhancing the protection of human rights in Europe. In P. Alston (Ed.), *The EU and human rights* (pp. 781-800). Oxford, UK & New York: Oxford University Press.
- Grabenwarter, C. (2003). *Europäische Menschenrechtskonvention*. München, Germany: Verlag C.H.Beck.
- Häberle, P. (1992). Theorieelemente eines allgemeinen juristischen Rezeptions-modells. *Juristenzeitung*, 1992: 1033-1043.
- Harlow, C. (1999). Access to justice as a human right: The European Convention and the European Union. In P. Alston (Ed.), *The EU and human rights* (pp. 187-213). Oxford, UK & New York: Oxford University Press.
- Hassemer, W. (1999). "Corpus Juris": Auf dem Weg zu einem europäischen Strafrecht? *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1999: 133-140.
- Joachim, N. (1992). Anonyme Zeuge im Strafverfahren—Neue Tendenzen in der Rechtsprechung. *Der Strafverteidiger* 1992: 245-248.
- Kieschke, O. (2003). *Die Praxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und ihre Auswirkungen auf das deutsche Strafverfahrensrecht*. Berlin, Germany: Duncker & Humblodt.
- Kleinknecht, T., & Meyer-Goßner, L. (2001). *Strafprozeßordnung-Kommentar* (45. Aufl.). München, Germany: Verlag C. H. Beck.
- Konstantinov, E. (1998). Die osteuropäischen Länder und der Rechtsschutz durch die Europäische Menschenrechtskonvention. *Recht in Ost und Wes*, 1998: 21-26.
- Konstantinov, E. (2001). Die Entwicklung des Schutzes der Menschenrechte nach der Reformierung des Kontroll-

- mechanismus der Menschenrechtskonvention. In M. Hofmann & H. Küpper (Hrsg.), *Kontinuität und Neubeginn: Festschrift für Georg Brunner aus Anlaß seines 65. Geburtstag* (S. 561-571). Baden-Baden, Germany: Nomos.
- Kühl, K. (1988). Der Einfluß der Europäischen Menschenrechtskonvention auf das Strafrecht und Strafverfahrensrecht der Bundesrepublik Deutschland, Teil I. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 100: 406-443.
- Meyer-Ladewig, J. (2003). *EMRK-Konvention zum Schutz von Menschenrechte und Grundfreiheiten*. Baden-Baden, Germany: Nomos.
- Musil, A. (2000). Umfang und Grenzen europäischer Rechtssetzungsbefugnisse im Bereich des Strafrechts nach dem Vertrag von Amsterdam. *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 2000: 68-71.
- Nelles, U. (1997). Europäisierung des Strafverfahrens—Strafprozeßrecht für Europa. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 109: 727-755.
- Ostendorf, H., & Radke, M. (2001), Anm. zu BGH. *Juristenzeitung*, 2001: 1094-1096.
- Pfeiffer, G. (1999). *Strafprozeßordnung-Kommentar* (2. Aufl.). München, Germany: Verlag C. H. Beck.
- Roxin, C. (1998). *Strafverfahrensrecht* (25. Aufl.). München, Germany: Verlag C.H.Beck.
- Rumpf, C. (1996). Die “Europäisierung” der türkischen Verfassung. In H. Scholler & S. Tellenbach (Hrsg.), *Westliches Recht in der Republik Türkei 70 Jahre nach der Gründung* (S. 51-84). Baden-Baden, Germany: Nomos.
- Ryssdal, R. (1996). Die Europäische Menschenrechtskonvention: ein Verfassungsgesetz für das ganze Europa. In R. Böttcher, G. Hueck, & B. Jähnke (Hrsg.), *Festschrift für Walter Odersky zum 65. Geburtstag* (S. 245-257). Berlin, Germany & New York: Walter de Gruyter.
- Schünemann, B. (2003 年 10 月 14 日)。〈Zur Reform des Ermittlungsverfahrens im Strafprozess (刑事訴訟偵查程序之改革)〉，「2003 年台德刑事法研討會」論文。台北：司法院、政治

大學。

- Schwarze, J. (1998). Das schwierige Geschäft mit Europa und seinem Recht. *Juristenzeitung*, 1998: 1077-1088.
- Siess-Scherz, I. (2003). Bestandsaufnahme: Der EGMR nach Erweiterung des Europarates. *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 2003: 100-107.
- Spielmann, D. (1999). Human rights case law in the Strasbourg and Luxembourg courts: Conflicts, inconsistencies, and complementarities. In P. Alston (Ed.), *The EU and human rights* (pp. 757-780). Oxford, UK & New York: Oxford University Press.
- Strüner, R. (2004). Anmerkung zu EGMR. *Juristenzeitung*, 2004: 1018-1021.
- Stuckenberg, C. F. (1998). *Untersuchungen zur Unschuldsvermutung*. Berlin, Germany & New York: Walter de Gruyter.
- Thaman, S. C. (2002). *Comparative criminal procedure—A casebook approach*. Durham, NC: Carolina Academic Press.
- Thiele, C. (2002). Der Menschenrechtsschutz in den GUS-Staaten. *Osteuropa Recht*, 2002: 299-322.
- Tiedemann, K. (2001). EG und EU als Rechtsquellen des Strafrechts. In B. Schünemann, H. Achenbach, W. Bottke, B. Haffke, & H. J. Rudolphi (Hrsg.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001* (S. 1401-1414). Berlin, Germany & New York: Walter de Gruyter.
- Volk, K. (1999). *Strafprozeßrecht*. München, Germany: Verlag C.H.Beck.
- Weigend, T. (2001). Zur Frage eines “internationalen” Allgemeinen Teils. In B. Schünemann, H. Achenbach, W. Bottke, B. Haffke, & H. J. Rudolphi (Hrsg.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001* (S. 1375-1400). Berlin, Germany & New York: Walter de Gruyter.

The Conception of Witness and the Right of Confrontation—Use Judgments of European Court of Human Rights as Examples

Yu-hsiung Lin

Abstract

In criminal proceedings, it is one of the basic international human rights that the accused has the right to confront the witness against him. In Taiwan, the accused is also entitled to such a right. However, the judicial realization of the right of confrontation still faces many problems. This article starts with a discussion about the confrontation clause of the European Convention on Human Rights, and analyses the judgments of the European Court of Human Rights. This paper then explains how the right of confrontation has developed into an international human right that crosses legal systems and surpasses Pan-European boundaries, and goes on to comment on its merits and defects.

Key Words: co-accused, witness, confrontation, hearsay, European Court of Human Rights