

人權之跨國性司法實踐

歐洲人權裁判研究(二)

Judicial Practice
on Transnational Human Rights
Research on European Precedents of Human Rights (II)

本書簡介

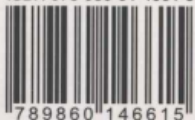
隨著人權基準國際化的趨勢，人權議題的研究及發展亦趨向跨國性的整合，而歐洲人權公約將人權保障導向國際司法救濟途徑，並藉由歐洲人權法院案例法的累積，提升國際人權基準，可謂區域性國際人權保障機制的典範。

本書延續本叢書系列第一冊，除了以歐洲人權法院裁判為基礎，針對羈押被告人權之保障、轉型正義、子女親權與會面交往權之酌定、性言論的管制等議題，分析國際人權之基準要求外，並將探討內容擴及歐洲人權法院自身的改革、跨國憲政的發展、歐洲人權法院與奧地利內國法之互動等主題，此外，還特別收錄義大利Palermo大學Vincenzo Militello教授以歐洲人權法院裁判對於義大利刑法秩序之影響為題之演講稿，期能有助於讀者瞭解歐洲人權法院如何在不同法系間，發展其人權基準，並藉由對歐洲人權保障機制的發展及國際人權基準之研究，作為提供我國未來法治發展之借鏡。

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏

www.lawdata.com.tw

ISBN 978-986-01-4661-5



臺灣大學人文社會高等研究院 東亞法治之形成研究計畫

5D133GA

定價：450元

東亞法治與人權叢書系列(6)

人權之跨國性司法實踐 ——歐洲人權裁判研究(二)

主 編 顏厥安、林鈺雄
編輯委員 葛祥林、林鈺雄、廖福特
張文貞、楊雲驊、李建良
吳志光、戴瑀如、劉靜怡

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

人權之跨國性司法實踐：歐洲人權裁判研究。
二 / 顏厥安, 林鈺雄主編。-- 初版。-- 臺
北市：臺大人社高研院, 2008.08
面：公分。-- (東亞法治與人權叢書系
列；6)
部分內容為德文
ISBN 978-986-01-4661-5 (精裝)

1. 人權 2. 文集 3. 歐洲

579.2707

97011999

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏

東亞法治與人權叢書系列(6)

人權之跨國性司法實踐

—歐洲人權裁判研究(二)

5D133GA

2008 年 10 月 初版第 1 刷

主 編 顏厥安、林鈺雄
編輯委員 葛祥林、林鈺雄、廖福特
張文貞、楊雲驊、李建良
吳志光、戴瑀如、劉靜怡
出 版 者 國立臺灣大學人文社會高等研究院
總 經 銷 元照出版有限公司
100 臺北市館前路 18 號 5 樓
網 址 www.angle.com.tw
定 價 新臺幣 450 元
專 線 (02)2375-6688
傳 真 (02)2370-3286
郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-986-01-4661-5

序 言

（系列序）

人權法的國際化，可以說是二次戰後的新發展。其發展又可略分為以聯合國為核心的全球性國際人權公約與組織，以及區域性國際人權保障機制，後者，又以歐洲地區為先驅與典範。

二次戰前與戰時，歐洲各國以國家暴力形式集體踐踏人權的事件層出不窮，讓這塊曾孕育西方文明泉源的大陸，生靈塗炭；殷鑑不遠，為了永絕後患，歐洲運動者倡議以具有拘束力的跨國性機制來保障人權之新構想。隨即，在以促進民主、法治與落實人權保障作為鵠的之歐洲理事會的穿針引線之下，歐洲各國漸次簽訂了帶有人權跨國性司法實驗與實踐性質的《歐洲人權公約》，並依約設置了歐洲人權法院。該公約乃世界上第一部允許個人以國家違反人權為由，向國際性司法機構控訴國家的條約，並將人權保障導向國際司法救濟之途徑。

儘管在筭路藍縷階段，悲觀論調此起彼落，然而，這個史無前例的創舉，後來的成就竟然超乎預期。半世紀以來，歐洲人權法院點點滴滴、聚沙成塔匯集而成的判例法，其提升國際人權基準並改造各內國法的事例，早已不勝枚舉。從地理區域來看，其影響所及範圍，不但包括《歐洲人權公約》的簽約國（含冷戰結束以後加入歐洲理事會的泛東歐諸國，目前合計共四十七國）與歐盟系統，甚而兼及歐洲以外非簽約國及其他國際人權機構（如聯合國人權委員

會)之決定。

更不能忽視的是，歐洲人權法院已成為英美法與歐陸法兩大法系重要的整合平台。歐洲本來即是上開兩大不同的法律文化傳統的發源地，來自歐洲各不同國度的法官及法律人，在歐洲人權法院相互激盪並共同形塑出一套兼顧內國法律文化傳統差異，並共通適用於泛歐的人權基準。這牽涉到他國法或國際法的認知，如何轉換成為內國法圭臬的高難度問題，歐洲人權法院在此的作為，不僅僅是「去異求同」而已，創設「與時俱進、引領潮流」的人權保障水平，才足以解釋其企圖與成就。現今，歐洲人權法院判例法的影響，早已長驅直入歐洲兩大法系各國及國際比較法學的公、民、刑等法學研究領域與法律實務。

相較之下，我國不但國際情勢特殊，且所處的東亞地區，亦無相應的區域性國際人權保障機制，是以，內國人權基準的提升，不免要倚重法學研究與司法實務的自我警覺。遺憾的是，歷史上繼受自西方法制的我國法，向來較為習慣於從個別國家的立法、學說與裁判汲取養料，而對於我國法如何以國際人權法之發展成果及兩大法系之整合經驗為借鏡，則感相對陌生。

此次筆者以台灣大學法律學院人權研究中心為交流平台，分別在政治大學刑事法研究中心何賴傑、輔仁大學和平研究中心吳志光及中央研究院歐美研究所廖福特的熱心襄助之下，共同規劃了兩次歐洲人權裁判的研討會，研討題目橫跨不同法學領域，期能開啟國內法學研究的新風氣，並提供國內司法實務對照的新視窗。本書將

研究論文匯集成冊，除了由衷感謝共襄盛舉的各篇論文作者以外，特別感謝元照出版公司的編務協助，以及陳鈺歆、陳昭龍、王士帆助理的細心校對。

林鈺雄

2007年7月於大屯山麓

（本冊序）

本書之編輯，仍本於歐洲人權裁判研究系列的一致理念，以人權議題為核心、歐洲經驗為借鏡、本土關懷為導向，期能開啟國內橫跨法學領域與傳統法系分野的人權研究。

本書收錄文章，主要是二〇〇七年四月於台灣大學舉辦的《第二屆歐洲人權裁判研討會》論文。在議題挑選方面，本次特別邀請義大利巴勒摩大學Militallo教授遠道來台與會，探討歐洲人權法院對義大利刑事實體法之影響，並由筆者對應提出歐洲人權法院對奧地利刑事程序法之影響，以期更為具體、細緻瞭解歐洲人權法與歐洲各內國法之互動，而張文貞副教授亦從比較憲法角度，分析歐洲人權法院裁判掀起的跨國性討論。此外，針對歐洲人權法院最新改革議題，則由國內相關研究的先驅廖福特副研究員擔綱。讀者從這些論文亦不難察覺，單從規範的拘束效力，無法解釋歐洲人權法院既深又廣的影響力。

除了以上四篇偏向總論的論文以外，此次會議各論議題的規劃，特別關懷國內方興未艾的轉型正義問題，因此由李建良、吳志光副教授，分別從歐洲人權法院的柏林圍牆射殺案及沒收財產歸還等案，分析新局勢下的歐洲如何面對及收拾過去國家不義的轉型難題。再者，歐洲親屬法近數十年來最為重大的發展轉折，即是高度受到跨國性人權法的支配與影響，惟國內讀者對此頗為陌生，故本次特別邀請戴瑀如助理教授以子女親權與會面交往權為例，說明跨國性人權裁判如何改變歐洲內國的親屬法原則。至於劉靜怡副教授長期關注而本次亦發表的性言論與性管制議題，可謂數十年來歐洲

人權機制介入內國法最為積極與徹底的領域之一，而對照我國釋憲實務的走向（如釋字第六一七號及第六二三號解釋），更是發人省思。

緊湊的議程，掛一漏萬在所難免。例如歐洲人權法院的羈押相關裁判，在比較刑事訴訟研究上頗受重視，對於台灣本土的羈押實務問題及解決途徑，亦具有特殊的啟發價值；為免遺珠之憾，本書亦徵得楊雲驊副教授同意收錄其兩篇相關論文，在此致謝。

本書匯集成冊，除了再度感謝共襄盛舉的各篇論文作者以外，特別感謝元照出版公司的編務協助及陳鈺歆助理的細心校對。在本書付梓之際，欣聞司法院繼德國聯邦憲法法院、美國聯邦最高法院判決之後，亦將節譯並出版歐洲人權法院判決選輯。若能持續以國際人權法的發展為借鏡，我國人權基準當會顯著提升，以此共勉！

林鈺雄

2008年7月於磺溪左岸

目 錄

序 言

- DER EINFLUSS DER ENTSCHEIDUNGEN DES EUROPÄISCHEN
GERICHTSHOFES FÜR MENSCHENRECHTE AUF DIE ITALIENISCHE
STRAFRECHTSORDNUNG Vincenzo Militello / 1
歐洲人權法院裁判對於義大利刑法秩序之影響
..... 林鈺雄翻譯 / 28
- 區域性國際人權法院與內國法之互動
——以歐洲人權法院裁判對奧地利刑事法之影響與
改造為例..... 林鈺雄 / 47
- 因為成功而改變，但是改革未完成
——歐洲人權法院改革方案之分析..... 廖福特 / 87
- 跨國憲政主義的合縱與連橫
——歐洲人權法院及內國憲法法院關係初探..... 張文貞 / 121
- 歐洲人權法院對逮捕、羈押刑事被告的審查重點
介紹 楊雲驊 / 143
- 延長羈押被告與人權保障
——從歐洲人權法院實務論我國延長羈押的若干
問題 楊雲驊 / 161

- 轉型不正義？
——初論德國法院與歐洲人權法院「柏林圍牆
射殺案」相關裁判.....李建良／189
- 司法與歷史的轉型正義糾葛
——兼論歐洲人權法院關於一九四五至一九四九
年德東蘇聯占領區土地改革之裁判.....吳志光／237
- 國家應否及如何介入子女親權與會面交往權之酌定
——歐洲人權法院相關裁判之評析.....戴瑀如／265
- 性言論與性管制
——從歐洲人權法院的經驗看我國釋字第六一七
號及釋字第六二三號解釋.....劉靜怡／301

DER EINFLUSS DER
ENTSCHEIDUNGEN DES
EUROPÄISCHEN GERICHTSHOFES
FÜR MENSCHENRECHTE AUF DIE
ITALIENISCHE
STRAFRECHTSORDNUNG

Vincenzo Militello

歐洲人權法院裁判對於義大利刑法
秩序之影響

林鈺雄 翻譯

DER EINFLUSS DER ENTSCHEIDUNGEN DES EUROPÄISCHEN GERICHTSHOFES FÜR MENSCHENRECHTE AUF DIE ITALIENISCHE STRAFRECHTSORDNUNG

Prof. Vincenzo Militello

ordentlichen Professor für Strafrecht, Strafrechtsvergleichung, Internationales
und Europäisches Strafrecht

Universität Palermo

Direktor der strafrechtlichen und kriminologischen Abteilung Universität
Palermo

Vice-Dean of ISISC (International Institute of Higher Studies in Criminal
Sciences) Siracusa

1. - In dem komplexen Kontext des Menschenrechtsschutzes, und besonders in Bezug auf das damit verbundene Verhältnis zwischen internationaler (und vornehmlich europäischer) Ebene und nationalen Rechtsordnungen, gilt der Einfluss des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (im folgende EGMR) für das italienische Strafrechtssystem als Thema von besonderer Bedeutung und Aktualität. Gerade die internationale Anerkennung der Menschenrechte war einer der Hauptfaktoren, die die traditionelle nationale Dimension der Staatsrechts- und speziell der Strafrechtssysteme immer mehr in Frage gestellt haben: Ein bekanntes, aber immerhin epochales Phänomen, das durchaus noch im

4 人權之跨國性司法實踐(二)

Gänge ist und sich in teils sehr unterschiedlichen Formen manifestiert. Einen so allgemeinen Kontext einzuschränken, halte ich nicht nur für angezeigt, sondern sogar für den einzig möglichen Weg, wenn ich wenigstens den Einfluss der EGMR auf die italienische Strafrechtsordnung im Rahmen dieses Beitrags angemessen darstellen will und nicht mit der Tiefe einer monographischen Behandlung ausführlich betrachten kann.

Trotz dieser notwendigen Beschränkung des Themas kann ein kurzer Verweis auf die Hauptmerkmale des EGMR, auf seine besondere Rückwirkung auf die nationalen Jurisdiktionen und vor allem auf die Bedeutung und den Wert, die die italienische Rechtsordnung seinen Entscheidungen beimisst, nicht weggelassen werden.

Mit dieser Vorgehensweise hoffe ich nicht nur die vom EGMR beeinflussten Bereiche des italienischen Strafrechts darzustellen, sondern hauptsächlich meine Grundidee bezüglich des Themas angemessen zu motivieren: Selbst wenn die konkreten Auswirkungen des EGMR auf die heutige Gestalt des italienischen Strafrechts noch relativ beschränkt erscheinen, so haben sie doch beträchtliche Entwicklungsmöglichkeiten, die vor allem eine theoretische Anpassung der Strafrechtswissenschaft notwendig machen.¹

¹ Ein internationaler Schwerpunkt in der gegenwärtigen strafrechtlichen Debatte: *ex multis* vgl. Kühne Europäische Methodenvielfalt und nationale Umsetzung von Entscheidungen Europäischer Gerichte, in: GA 2005, S. 195 f., 207 f.; Ashworth Human Rights, Criminal Law, and the Principles of Legal Certainty, in: Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser, München, 2005, S. 49 f., 55 f.; Nicosia Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e diritto penale, Torino, 2006, S. 8 f., 25 ff.; Zieschang Tödliche Notwehr zur Verteidigung von

2. - Eine erste Einschränkung steht im Zusammenhang mit der spezifischen Problematik, welche Auswirkungen die Tätigkeit des EGMR auf das italienische Strafrecht hat bzw. hatte. Art und Ausmaß des Einflusses der Entscheidungen der zum Menschenrechtsschutz zuständigen internationalen Gerichtshöfe hängen schon im allgemeinen von den Merkmalen des jeweilig betroffenen Bereichs der nationalen Rechtsordnungen ab. Und es ist leicht zu verstehen, warum der supranationale Einfluss auf den größten Widerstand gerade im Hinblick auf das Strafrecht stößt, das bekanntlich ein Zweig der staatlichen Rechtsordnung bleibt, wo der Gedanke der nationalen Souveränität mit am tiefsten verankert ist. So erklären sich sowohl die ausdrückliche Anerkennung eines „nationalen Bewertungsspielraums“ seitens des EGMR als auch die zahlreichen „Notwendigkeitsklauseln“ in der Europäischen Menschenrechtskonvention und ihren Zusatzprotokollen, die nationale Einschränkungen gegenüber den hier niedergelegten Grundrechten legitimieren: Das beruht auf „dem öffentliche Interesse einer demokratischen Gesellschaft“ (z. B. Art. 6 Abs. 1, Art. 8, Art. 9 Abs. 2, Art. 10 und 11 EMRK. Siehe auch Art. 1 Abs. 2, Erstes Protokoll; Art. 2 Abs. 4 Viertes Prot.), jedoch unter der Voraussetzung, dass die jeweils auferlegten Beschränkungen verhältnismäßig seien (Fall *Raimondo vs. Italien* 22.2.1992, 43 Reihe A, 281-A).

3. - Auch in Bezug auf den spezifischen Bereich des Strafrechts kann man heutzutage das System der EMRK und der damit zusammenhängenden Rechtsprechung des EGMR nicht mehr als den

einzigsten Weg für die Auswirkungen des europäischen Menschenrechtsschutzes auf das gegenwärtige Bild dieses Bereichs betrachten. Der Menschenrechtsschutz nach den Grundsätzen der EMRK und ihrer Rechtsprechung gilt als Grundlage auch für die Europäische Union: Spätestens seit der Maastrichter Fassung des EUV (und heute gem. Art. 6 Abs.2) achtet die Union die Grundrechte, wie sie in der am 4. November 1950 in Rom unterzeichneten Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind, und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ergeben.²

Diese Merkmale treten in der jüngsten Entwicklung der EU noch stärker hervor, nämlich seit im Jahre 2000 die „Grundrechte-Charta“ als ein Grundpfeiler der Union eingeführt wurde und eine Rolle spielt, die durch die Aufnahme des Textes in den zweiten Teil des Entwurfs für die Europäische Verfassung noch verstärkt wird. Wenn dieses verfassungsrechtliche Wesen der EU-Grundrechte-Charta nicht einen alternativen,³ sondern einen zusätzlichen Wert im

² Vgl. jüngst, alle m.w.N., *Grabenwarter* in: Europäische Grundrechte-Charta, Hrsg. Tettinger/Stern, München 2006, S. 205; *Müller-Graff*, Das Verhältnis von Grundrechten und Grundfreiheiten im Lichte des Europäischen Verfassungsvertrags, in: Europäischen Verfassung und Grundrechtecharta, Hrsg. Schwarze, Eaden-Baden 2006, S. 20; *Ovey*, The European Convention on Human Rights, Oxford, 2006, S. 515; *Gerards*, Die EMRK im Konstitutionalisierungsprozess einer gemeineuropäischen Grundrechtsordnung, Frankfurt a.M. 2007, S. 180 ff.

³ Siehe die entsprechende Regelung des Art. 6 Abs.2 EUV im Art. I-9 Abs. 3 des Entwurfs der EU-Verfassung.