

論國家保護義務

謝 榮 堂*、周 佳 宥**

目 次

- | | |
|---------------------|------------------------|
| 壹、問題提出 | (一)法律效果 |
| 貳、保護義務的理論發展 | (二)透過程序實踐保護義務 |
| 一、聯邦憲法法院判決 | (四)保護義務的合憲性審查 |
| 二、學說意見 | 肆、困難的抉擇 |
| (一)同意中的反對 | 一、航空安全法判決 |
| (二)另一種選擇的探討 | 二、救助性刑求-以 Daschner 案為例 |
| 三、小結 | 三、體系上的再思考 |
| 參、保護義務在多元憲法關係中的具體化 | (一)人性尊嚴與生命權的關係 |
| 一、法釋意學上的思考 | ⊖生命權的保護 |
| (一)憲法多元關係的形成 | ⊖人性尊嚴的意義及保護 |
| (二)國家公權力獨占的雙重意義 | ⊖小結 |
| (三)基本權利防禦權功能與保護義務功能 | (二)評析航空判決 |
| 二、基本權利保護義務的實踐 | (三)評析 Daschner 案 |
| (一)構成要件 | 伍、結論 |

關鍵字：國家保護義務、航空判決、救助性刑求、人性尊嚴

Keywords：constitute public duties, protective function, conflict of civil liberties, Daschner

* 謝榮堂，德國曼海姆大學法學博士，中國文化大學法律學系副教授。

** 周佳宥，德國哥廷根大學法學博士。

摘要

德國聯邦憲法法院藉由判決形成國家保護義務概念，並將其視為重要的基本權功能。雖然學界幾無反對國家保護義務存在的必要性，但就概念的形成理由及實踐範圍與方式，則有諸多討論。即在此種氛圍，面對日漸興盛的恐怖主義攻擊活動及「救助性刑求」個案當中，國家應該如何實踐對人民的保護義務，即成為棘手難題。本論文擬就國家保護義務概念作為出發，逐一探討、面對國家當前所面對的危機。

Constitute Public Duties

Shieh, Jung-Tang / Chou, Chia-Yu

Abstract

Als objektive Grundrechtsgehalt ist der Begriff staatlicher Schutzpflicht in der Judikatur des BVerfG worden. Zweifellos ist, dass entweder die Judikatur oder die Lehre solchem Begriff nicht entgegengesetzt hat, aber umstritten ist die Frage, woraus die staatliche Schutzpflicht folgt. Deshalb muss diese Frage vorher behandelt werden. Ein anderes Problem besteht darin, dass es noch an einem konkreten Kriterium für Einzelfall fehlt. Ein Kriterium wird aus Literatur und Judikatur im Beitrag herausgebracht. Zum Schluss werden zwei Fälle als Beispiele, also Luftsicherheitsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts und damit der Fall Daschner, erwähnt und damit wird weiter über den Konflikt zwischen Abwehrrecht und Schutzpflicht diskutiert.

Constitutional rights under the Basic Law guarantee civil liberties and constitute public duties, which play important roles in protecting citizens from harm, threat or even terrorism. German Constitution Court also confirms that protective function is the objective function of civil liberties by judgments. There is no doubt of concepts to protective function for German jurists. However, different opinions between doctrines and judgments are focused on how to derive concepts of protective function. Furthermore, jurists have no complete model with common consensus to conflict of civil liberties. This research is an attempt to review relative judgments about protective function from the Court and to propose a hypothesis by utilizing Luftsicherheitsentscheidung, an aviation judgment, by the Court in 2006 and the Case Daschner to study practice of protective function and conflicts of civil liberties defence.

壹、問題提出

在實踐基本權利的過程中，國家或私人可能基於特定行為或措施，直接或間接造成基本權利侵害（grundrechtlicher Eingriff）的結果¹。在法治國框架中，為防止國家濫用權力而侵害基本權利，故所有對侵害基本權利的國家行為須以法律作為授權依據，繼而使干預措施獲得正當化。於此同時，國家行為的相對人，亦可藉由基本權利的保護，以對抗國家干預措施。此乃學理上所稱基本權利防禦功能（grundrechtliche Abwehrfunktion）。綜上所述，公權力施行過程中，若有產生基本權利侵害之虞時，需有法律作為授權依據，方屬適法；相反地，國家干預措施的相對人則可藉由基本權利的保護，以資對抗²。

然而，基本權利的侵害亦有可能來自私人間的權利衝突。在社會高度發展的條件下，私人間的權利衝突也趨於複雜。德國聯邦憲法法院（以下簡稱：聯邦憲法法院）藉由若干判決建構出基本權利的保護義務概念。從過去的判決作觀察，基本權利的保護義務主要係運用在隔代保護、科技風險及環境等議題。無論如何，基本權利的保護義務定位為基本權功能，幾乎已少有人反對。因此，本

文首先（貳）將嘗試整理聯邦憲法法院的若干判決作為出發，探討保護義務的起源、功能及適用問題，同時討論學界所持的論點，以供對照。

國家面對私人間權力衝突時必須考量到任務的「雙面性」。首先，對於權利受侵害的人的保護義務；再者，基於保護義務，對第三人所實施的基本權利干預措施。完全對立的兩種任務，無疑將會使國家公權力措施陷入緊張關係。誠如 Schmidt-Assmann 教授所指出，德國基本法的法治國自由概念並非係去尋找自由的外部界線，而係在法律內找尋合乎法秩序的自由。若回到德國基本法第一條第一項規作解釋，可推論出「法治國雙重委託」（Doppelauftrag des Rechtsstaats）的概念。亦即，國家行為同時具有規制性（Disziplinierung）與積極性（Aktivierung）的特徵³。所謂行為的規制性係指，國家行為為不可逾越法律界線；國家行為積極性係指，國家為實踐人民基本權利而生的行為義務。在憲法學理上將此種關係稱之為「三角關係」或「多元憲法關係」。本文（參）嘗試將此種複雜的憲法關係作更進一步的釐清，並嘗試提出具體的檢證模式。最後（肆）將藉由兩個一目前德國學界熱烈討論的一重要案例作

¹ Dietrich Murswiek, in: JZ 1988, 985 (987 ff.); Josef Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: ders./Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V, 1992, § 111, Rn. 83 ff.

² Christoph Link, in: VVDStRL 48 (1990), 7 (29); Josef Isensee, in: ders./Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 2004, § 15, Rn. 82 ff. 中文文獻：參閱李建良，〈基本權利理論體系之構成極其思考層次〉，《中研院社科所人文及社會科學集刊》，第 9 卷第 1。1997/3，頁 29(43)；許宗力，〈基本權的功能與司法審查〉，《國科會研究彙刊》：人文及社會科，第 6 卷第 1 期，1996/1，頁 24 以下。李惠宗，〈憲法要義〉，元照，2006，頁 91 以下。

³ Eberhard Schmidt-Assmann, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 2004, § 26, Rn. 31f.; Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1999, Rn. 191; Christian Starck, in: Mangoldt/Klein/Starck, Bonner Grundgesetz Kommentar, 5. Aufl., Bd. I, 2005, Art. 1 Abs. 3, Rn. 195 f.

為基礎，進一步探討保護義務與防禦權之間的關係。更確切地說，蓋國家作為三角關係的一端，在面對人性尊嚴對抗人性尊嚴或生命權對抗生命權的衝突時該如何處理，本文將嘗試從生命權與人性尊嚴的關係作為出發，重新釐清若干問題並提出本文意見，以供將來參考。

貳、保護義務的理論發展

由基本權利保障衍生的國家保護義務（或稱：基本權利保護義務⁴）概念，在德國法學界——無論實務⁵或學說⁶，幾乎已無人懷疑其地位及必要性。儘管如此，仍值得研究的問題係：透過一連串德國聯邦憲法法院判決所建構的國家保護義務範圍及其內容是否與學說相符。故本文嘗試從聯邦憲法法院的判決中整理分析出若干標準，繼而與學說所理解的內容進行分析比較。

一、聯邦憲法法院判決

保護義務的產生係來自於基本權利的客觀價值秩序（objektiven Wertentscheidungen）⁷。此見解係聯邦憲法法院建構保護義務概念的重要立論基礎。此外，在某些判決⁸中聯邦憲法法院亦會援引德國基本法第1條第1項——

人性尊嚴不容侵犯——作為基礎，要求國家公權力注意且維護人性尊嚴（Menschenwürde）⁹。申言之，聯邦憲法法院在過去判決中，在論述保護義務概念時並無具體標準，時而以基本權利客觀價值秩序作為論證依據，時而從德國基本法第一條第一項規定——例如：第一次墮胎判決——推論保護義務的內涵。然而，在第二次墮胎判決中，聯邦憲法法院斟酌學說上的意見，並修正自己過去的見解，並提出以下論述：德國基本法第1條第1項的表述已經給予建構保護義務的基礎，而保護義務的內容及範圍須透過德國基本法第2條第2項生命、身體自由權的保障而具體化¹⁰。進一步觀察可以得知，聯邦憲法法院的兩種論證模式基本上皆係以德國基本法第1條第1項第2款規定尊重人性尊嚴與保護係所有國家權力的義務，與同法第1條第3項基本權利拘束所有國家公權力共同解釋的結果作為基礎，進而推論出保護義務。差別僅在於，第二次墮胎判決之前，聯邦憲法法院雖然肯認德國基本法第1條第1項亦可推論出國家保護義務的概念，但在判決中屢屢藉由基本權利的客觀價值決定要求國家，將基本權利所涵蓋的客觀價值秩序，藉由客觀法規範的形式，使保護義務內容具體化¹¹。聯邦憲法

⁴ 若著眼於保護的客觀事實或法律基礎，在德國文獻中亦有將保護義務稱之為基本權利保護義務（grundrechtliche Schutzpflicht），Vgl. Isensee, (Fn. 1), Bd. V, 1992, § 111, Rn. 4.

⁵ 鑒於案例過多，本文僅舉若干德國聯邦憲法法院判決以資佐證。BVerfGE 39, 1, 41（第一次墮胎判決）；46, 106, 164（Schleyer案）；49, 89, 140 f.（Kalkar案）；53, 30, 57（Mulheim-Karlich案）；56, 54, 73（航空噪音案）；88, 203, 251（第二次墮胎判決）。

⁶ Christian Calliess, Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis, in: JZ 2006, S. 321 (Fn. 16 ff.).

⁷ Vgl. BVerfGE 7, 198, 205（Luth案）；35, 79, 114（大學法判決）。

⁸ 例如 BVerfGE 39, 1, 41.

⁹ 參見李建良，〈基本權利與國家保護義務〉，《收錄於憲法理論與實踐（二）》，學林，2006，頁66。

¹⁰ BVerfGE 88, 203, 251 f.

¹¹ Vgl. BVerfGE 39, 1, 41f. ;Günter Dürig, in: Maunz/Dürig, GG, Kommentar (Loseblatt), Stand: Juli 2001, Art.

法院基本上即是採取此種觀點，而推導出國家對未出生的胎兒（*nasciturus* 第一次）¹²、核能使用¹³、交通及航空噪音¹⁴ 負有保護義務。而在第二次墮胎判決的論述當中，聯邦憲法法院則係忽略基本權利客觀價值決定的論述，直接從人性尊嚴推論出國家的保護義務¹⁵。於此需要強調的係，雖然大多數的保護義務判決皆因保護生命權及身體完整性的權利而起，但從聯邦憲法法院近來判決觀察，國家的保護義務範圍並不侷限於上述權利，針對財產權保護而生的保護義務亦曾在判決中出現¹⁶。

根據德國基本法第一條第三項規定，所有國家權力受基本權利的拘束。申言之，所有國家公權力—立法、行政¹⁷及司法¹⁸—皆承擔實踐保護義務之責。因此，立法者的立法不作為，將會對保護義務的實踐造成重大破壞¹⁹。儘管如此，基於權力分立原則，聯邦憲法法院在審查立法者是否已經履行由基本權利衍生的保護義務時，仍然強調立法者的形成空間（*Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers*）。所期待的僅係，立法者在立法

過程中必須考量不同的、面臨衝突情況的法律利益，作符合比例原則的立法決定。相對於立法者，聯邦憲法法院在面對法益衝突時，所採取的審查標準亦非完全統一。在作法律違憲審查時，聯邦憲法法院的審查密度就可以區分為以下三種：明顯性審查（*Evidenzkontrolle*）、適當性審查（*Vertretbarkeitskontrolle*）及強烈的內容審查（*intensive Inhaltskontrolle*）。一般而言，聯邦憲法法院審查法律是否違反保護義務時，僅採取較低密度的審查。亦即，僅考量基本權利受損害的情況是否明顯存在。進一步要審查的係，基本權利受損害的情形是否係因國家機關—立法機關—的完全不作為而造成，亦或，目前僅存的保護措施係明顯地不適當²⁰。聯邦憲法法院有時會使用不足禁止原則（*Untermassverbot*）做為審查標準，審查的層次係：（一）是否對於個案中相對立的法律利益提供適當的保護；（二）所提供的保護是否係有效的保護。申言之，關於保護義務的違憲審查，主要係審查由立法者決定的措施是否可以提供有效且適當的保護，同時，法院的判斷必須根據

1 Abs. 3, Rn. 131; 反對見解：R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1994, S. 413; Eckart Klein, *Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates*, in: NJW 1989, S. 1633 (1635).

12 BVerfGE 39, 1, 41f.

13 BVerfGE 49, 89, 140 ff.; 53, 30, 57 ff.

14 交通噪音 BVerfGE 79, 174, 201 f.; 航空噪音 BVerfGE 56, 54, 73 f.

15 Vgl. Peter Unruh, *Zum Dogmatik der grundrechtliche Schutzpflicht*, 1996, S. 33. 作者強調，此種論證模式主要係出現在對生命權的保護，相對於生命權的其他基本權利，聯邦憲法法院仍然係以基本權的客觀價值秩序作為出發。

16 例如：針對森林損害的問題，聯邦憲法法院即係基於財產權保護而推論出國家保護義務。Vgl. BVerfG, NJW 1998, 3264 (3265 f.).

17 BVerfGE 46, 160, 160 ff.; 55, 349, 349 ff.

18 BVerfGE 89, 276, 276 ff.; BVerfG NJW 1997, 249.

19 關於立法不作為之樣態，Vgl. Markus Möstl, in: DÖV 1998, 1029, 1030ff.; Cremer, *Freiheits-grundrechte*, 2004, S. 137.

20 Vgl. BVerfGE 77, 170, 215; BVerfG NJW 1996, 651; Möstl, (同註 19), 1029, 1038; 不同見解參見 Klaus Schlaich/ Stefan Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, 5. Aufl., 2002, Rn. 524 ff.

事實調查及適當衡量²¹。與明顯性審查相較，從事適當性審查係基於不足禁止原則，而作較高密度的審查。因為，在進行此種審查模式時，法院必須要斟酌多元化的事實，進而審查是否已實踐基本權利最低限度保障。

聯邦憲法法院在後來判決中進一步認定，國家未提供完善的基本權利保護會導致基本權利侵害的結果²²。因此，請求國家提供護基本權利保護係具有主觀公權利的特徵²³。針對立法不作為（*legislatives Unterlassen*）情況，基本權利受侵害的主體得提起憲法訴願²⁴。因為，根據德國聯邦憲法法院法第 90 條第 1 項之規定，所有人皆可因公權力行為導致基本權利受損，向憲法法院提起憲法訴願。而所謂公權力行為在理解上當然包含（積極）作為與（消極）不作為。再者，從同法第 92 條（訴願理由）與第 95 條第 1 項（判決內容）規定觀察得知，訴願人得在訴願理由中主張，因公權力機關不作為，導致基本權利侵害的結果；憲法法院在判決內容中必須確認，公權力行為是否違反德國基本法規定，或透過何種作為或不作為導致權利受損的結果。然而在實務運作上，聯邦憲法法院在審理案件時，並不明顯區分程序問題（*Frage der Zulässigkeit*）與訴願理由（*Beg-*

rundetheit），而是將兩者進行混合審查。例如：在化學武器案中，聯邦憲法法院審查訴願權限（*Beschwerdebefugnis*）時即認為，為符合允許訴願的標準，憲法訴願人必須明確指出，是否基於公權力機關未採取任何預防性保護措施；或適用的規定及採取的措施係顯然不適當且完全無法期待，繼而無法實踐保護目的。就某種程度而言，公權力機關實踐保護義務僅需透過某些特定措施，即為足夠。相反地，憲法訴願人則必須積極證明，公權力機關所採取的措施係無法達到基本權利保護的目的²⁵。然而，此見解亦在往後的判決中作出修正。聯邦憲法法院在往後判決中認為，國家不作為的憲法訴願判斷重點不在於不適當或無期待可能性的措施能否實踐保護義務，而應該取決於該措施是否已經對所有（基本權利衝突）情況做足夠的考量²⁶。

此種不明確的審查模式遭人批評的原因，無外乎在程序審查中對法律爭點作實質判斷，故管見認為，在憲法訴願的程序審查中，僅須考量是否有基本權利受侵害的可能性存在，即為足已。易言之，憲法訴願人僅須主張目前現存的保護措施是不適當或不足夠即可²⁷。

二、學說意見

²¹ Vgl. BVerfGE 88, 203, 254.

²² BVerfGE 77, 170, 214 f.; 79, 174, 201f.

²³ BVerfGE 77, 170, 214 f.; 79, 174, 201f.; 此見解亦是德國通說見解：Klein, (同註 11) in: NJW 1989, 1633, 1637; H.H. Klein, Die grundrechtliche Schutzpflicht, in: DVBl 1994, 489, 493; Hans-Uwe Erichsen, in: Jura 1997, 85, 89; Dietrich Murswiek, in: Sachs, GG, Kommentar, 2003, Art. 2, Rn. 24; Unruh, (同註 15), S. 58 ff.; Isensee, (同註 1), Bd. V, § 111, Rn. 8; 反對說見解參見：Christian Starck, Praxis der Verfassungsauslegung, 1994, S. 46, 72 f., 中文翻譯，請參閱李建良譯，〈基本權之保護義務〉，收錄於《憲法理論與實踐（一）》，1997/7，頁 105 以下。

²⁴ Vgl. Mostl (同註 19), 1029, 1030ff.; Cremer (同註 19), S. 330 ff.

²⁵ BVerfGE 77, 170, 215.

²⁶ BVerfGE 88, 203, 262 f.

²⁷ Möstl, (同註 19), 1029, 1032 f.

(一)同意中的反對

德國學界普遍贊成藉由聯邦憲法法院判決累積形成的保護義務概念，且將其視為基本權利功能²⁸。學界中基於法釋意學觀點討論保護義務的起源，則無統一見解，並經常批評聯邦憲法法院所持的憲法上客觀價值秩序的論點。學界批評的理由基本上都係以聯邦憲法法院的客觀價值學說與基本權利的客觀法規範內容作為出發。有論者認為，若從法治國權力分立的角度觀察，憲法內容的調整不應該藉由司法審判結果作為立法者制定法律的內容，如此一來，立法者的功能將被司法者所取代，進而成為「司法國」²⁹。特別是在保護義務的論證過程中，聯邦憲法法院藉由錯誤的論證基礎，繼而推導出保護義務作為基本權客觀法規範內容的結論³⁰。更深一層的擔憂係，若聯邦憲法法院的判決內容係提供立法者具體措施以實踐保護義務，則權力分立原則將陷入空前危機³¹。由此而生，學界激烈討論的問題係：若聯邦憲法法院將保護義務定位為憲法客觀價值秩序下基本權利保障的表現方式，則人民是否具有主觀公權利向國家請求特定的保護。針對保護義務

是否具有主觀公權特徵的問題，Christian Starck 教授提出以下的質疑：聯邦憲法法院並未提供足夠的論證，證明應該如何從基本權利客觀法規範內容中推論出保護義務的主觀公權利³²。但 Christian Calliess 教授則認為，若未能賦予保護義務主觀公權利，則基本權利確保自由的功能將會有所損傷。在此意義下，保護義務充其量僅能作為監督限制自由權的基礎³³。

關於基本權利保護義務概念的起源，若干學者嘗試從國家安全作為最原始的國家目標出發，建構基本權利保護義務的內涵。正如英國哲學家霍布斯所述，國家必須承擔禦侮安內之責³⁴。申言之，國家為確保國內安全和平，故禁止人民以自力救濟方式作為回復權利的手段。進一步言，國家透過公權力行為，以彌平私人間權力衝突，正因其享有「公權力獨占」（Gewaltmonopol）的地位。據此，國家有義務處理私人間權力衝突，對權利受損的私人加以保護，此乃國家保護義務概念建構的基礎。總結來說，國家保護義務產生的最根本原因係國家有義務確保國家內部的和平安定狀態。其次，基於和平安定

²⁸ Vgl. Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1998, S. 931 ff.; Isensee (同註 1), § 111, Rn. 77 f.; Hesse (同註 3), Rn. 350; Alexy (同註 11), S. 410 ff.; Erichsen (同註 23), S. 85 ff.; Bodo Pieroth/ Bernhard Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 21. Aufl., 2005, Rn. 94; Horst Dreier, in: Dreier, GG-Kommentar, Bd. I, 2004, Vorb. vor Art. 1 GG, Rn. 94; Unruh (同註 15), S. 56 f.; 反對意見：Ernst Wolfgang Bockenforde, Staat, Verfassung, Demokratie, 2. Aufl., 1992, S. 159 ff.; Werner Heun, Funktionellrechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit, 1992, S. 68 ff.; Starck (同註 3), Art. 1 Abs. 3, Rn. 167 ff., 193 ff.

²⁹ 參見 Böckenförde (同註 28), S. 190.

³⁰ Vgl. Stern (同註 28), S. 945 ff.; Isensee (同註 1), § 111, Rn. 81 m.w.N.

³¹ 參見德國聯邦憲法法院法官 Rupp-v. Brünneck und Simon 第一次墮胎判決不同意見書，BVerfGE 39, 1, 71 ff.

³² Starck (同註 23), S. 72.

³³ Calliess (同註 6), S. 324.

³⁴ Thomas Hobbes, Leviathan, Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft 462, S. 134 f.

秩序的理由，人民必須放棄自力救濟的權利並將權力交給國家，而國家取得權力獨占地位後，須藉由公權力的行使，以實踐和平義務（Friedenpflicht）。因此，國家當然必須彌平對私人間權利衝突，或對受權利侵害的私人提供權利保護³⁵。更有論者以為，若回歸到德國基本法第1條第1項第1款規定，透過文義解釋，則可推論出國家有義務實踐所有經基本權利證實的自由範圍並保護之³⁶。以上兩種學說在論述基本權利保護義務時，儘管出發點不盡相同，但基本上都緊扣在德國基本法整體規範上作解釋並探究保護義務範圍。另外，有學者係以社會國原則的保護請求權（Schutzansprüche）作為基礎，認為藉由社會國基本權利的保護，基本上贊同人民向國家作特定請求。因此，人民可以藉由基本權利的保護，向國家請求「保護給付」（Schutzleistung）³⁷。因此，在此意義下，保護義務的給付係以基本權利保護作為前提。

從釋意學操作結果觀察，吾人可以發現，防禦權與保護義務在體系上欠缺對稱的法律地位。在法律利益衝突的個案當中，國家將陷於兩難狀況，因為國家必須一方面要兼顧維護公共利益與保護基本權利遭受侵害私人的法律利益；另一方面，國家為解除基本權利受他人干預的情形，必須對侵害他人權利的第三人進行干預措施。在防禦權與保護義

務欠缺相同考量的情況下，防禦權往往憑藉較為完整的檢證體系—干預行為的檢證³⁸—與較完善的司法審查，獲得較多注意的眼光³⁹。因此，防禦權的保護在此種運作模式下，將獲得最完善的執行。此種模式運作的結果係，公共利益將藉由防禦權而「主觀化」（Subjektivierung）。更精確地說，公共利益將面臨具體化、個人化的挑戰。相反地，基本權的保護功能及其效力則未獲等同對待，主要理由係保護基本權利主體免受第三人侵害的目標蓋可藉由不同的國家行為而達到此目的。綜合上述，相較於與干預行為攸關的防禦權，國家在從事保護行為時欠缺明確的立場；相較於基本權利作為防禦權的無爭議性與被重視程度，更顯得基本權利的保護義務無論係在論述上或在運作上都係問題重重⁴⁰。

（二）另一種選擇的探討

承上述，基於保護義務在實踐上的不受重視，故有部份文獻即主張將干預概念（Eingriffsbegriff）作實質擴張，繼而使主觀防禦權與保護義務被等同視之。然而這樣的論述並非憑空而來。聯邦憲法法院於 Mulheim-Karlich 判決中認為，核發核能設備使用執照的國家必須與侵害他人基本權利的第三人共同承擔危害他人身體完整性的責任（Mitverantwortung）⁴¹。具體而言，聯邦憲法法院將國家「不禁止」（Nichtverbieten）的決定

³⁵ 參見 Isensee（同註1），§ 111, Rn.83 ff.; Stern（同註28），S. 945; Starck（同註23），S. 72; E. Klein, in: NJW 1989, S. 1633 (1635).

³⁶ Dürig（同註11），Art. 1 Abs. 1, Rn. 3, 45, 80 f., 102, 131; Christian Calliess, Rechtsstaat und Umweltstaat, 2001, S. 437 ff. m.w.N.

³⁷ Vgl. VG Schleswig JR 1975, 1975.

³⁸ 參見 Pieroth/ Schlink（同註28），Rn. 195 ff.

³⁹ 參見 Alexy（同註11），S. 249 ff.; Stern（同註28），S. 3 ff.; Isensee（同註1），§ 111, Rn. 37.

⁴⁰ Vgl. Thorsten Koch, Der Grundrechtsschutz des Drittbetroffenen, 2000, S. 392 f.; Isensee, Grundrecht auf Sicherheit, S. 50; Hans D. Jarass, Grundrechte als Wertentscheidung bzw. Objektiv-rechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: AöR 110 (1985), S. 363 (382 ff.).

視為基本權利的干預行為。國家同意受益人的請求將被理解成國家透過自己行為對基本權利造成干預。雖然此見解在乍現時曾引起學界的熱烈討論，也似乎強化基本權利保護義務的運用，但若將干預概念作全面性擴張的想法，置於法治國觀點下檢證——正如 Hessen 邦高等行政法院在基因技術裁定中所持的觀點⁴²，則非可獲得支持⁴³。

鑒於干預概念過度擴張會橫生諸多問題的結論，若干學者則採取較謹慎的方法修正基本權利防禦功能的適用範圍。首先，考量到立法者在基本權利形成發展過程中所扮演的角色，亦即，考量立法者在制定法律的過程中可能對基本權利產生影響。其次，各個透過憲法保障的基本權利地位，可以藉由基本權利的防禦功能確定權利的存續與保護範圍⁴⁴。因此，各個基本權利可以藉此架構出一個基本權利的保護範圍，在此範圍之內，係不容國家權力或私人透過任何方式加以侵害。相較於干預概念的全面擴張，在此意義下的基本權利侵害將被限縮於破壞或干擾基本權利保護完整性的行為。倘若破壞基本權利完整性的行為非由國家直接所為時，國家在何種條件下，必須負共同責任？針對此問題，學說上主張，若該干預行為係客觀上可預見者，則國家必須承擔共同責任⁴⁵。

三、小 結

雖然若干學說⁴⁶欲藉由干預概念的擴張而強化受害人的法律地位，甚至超越基本權利作為防禦權的範圍。事實上，干預概念擴張的結果，將使得私人行為的結果轉嫁由國家承擔，雖可能導致基本權利在防禦權的範圍內獲得強化。然而，擴張干預概念的初衷係考量基本權利保護範圍的有效性。因為，在傳統、嚴格的干預概念下，防禦權功能往往有所限制，尤其係基本權利保護的有效性，在違憲審查過程中常係被忽略的一環⁴⁷。但擴張干預概念的結果卻反映出另一個令人擔心的事實：干預概念擴張的結果使得憲法中較為單純的「國家—人民」二元關係已經在法釋義學上產生嚴重的混淆，因此法學者無不苦思對策，對抗概念擴張的威脅⁴⁸。因為，藉由德國基本法第 2 條第 1 項生命、身體自由權的解釋並連結擴張的干預概念，將導致基本權利主體的範圍被擴大至極，甚至將超越由德國基本法第 19 條第 4 項所確認的訴訟界線，而達到公益訴訟（Popularklage）範圍，同時非憲法上所肯認的一般法律執行請求權（allgemeiner Gesetzesvollziehungsanspruch）也會藉此而生⁴⁹。另外，在此種解釋的運作下，也將對法治國概念造成一定衝擊，

⁴¹ BVerfGE 53, 30 (57 f.); 反對見解：BVerfG NJW 1998, 3264; Isensee（同註 1），§ 111, Rn. 118 ff.; E. Klein, in: NJW 1989, S. 1633 (1636); Calliess（同註 36），S. 423 ff.

⁴² VGH Kassel JZ 1990, 88.

⁴³ 參見 Calliess（同註 36），S. 12; 423 ff.

⁴⁴ Gertrude Lübke-Wolff, Die Grundrecht als Eingriffsabwehrrechte, 1998, S. 42, 103 ff, 153., 199 ff., 不同意見：Martin Gellermann, Grundrecht im einfachgesetzlichen Gewande, 2000, S. 422 ff.

⁴⁵ Cremer（同註 19），S. 162 ff.

⁴⁶ Vgl. Jürgen Schwabe, Probleme der Grundrechtsdogmatik, 2. Aufl., 1997, S. 213 ff.

⁴⁷ 參見：Andreas Roth, Verwaltungshandeln mit Drittbetroffenheit und Gesetzesvorbehalt, 1991, S. 155 f.

⁴⁸ Vgl. Beatrice Weber-Düeler, in: VVDStRL 57 (1998), S. 57 (75 f.); Roth（同註 47），S. 141 f., 210 ff.

⁴⁹ Vgl. Arno Scherzberg, in: DVBl 1989, S. 1128 (1129) m.w.N.

因為，無論是擴大基本權利保護範圍或擴張干預概念的範圍，都會間接使得所有國家行為都要符合法律保留原則，亦即，對所有可能產生基本權利侵害的國家干預行為都需有法律作為授權基礎，方為適法，此乃學理上所稱的完全保留。蓋若如此，不僅行政有效性與靈活性都將付之一炬，更甚者，立法者的形成自由都會基於過度禁止原則（*Übermaßverbot*）而被減弱⁵⁰。綜上所述，管見以為德國學界所論述的方法僅使得問題複雜化，且在論證過程中提供過少有關連性的證明。就實際效果而言，並未真正解決保護義務被忽視的問題，故有必要作進一步思考。

參、保護義務在多元憲法關係中的具體化

一、法釋意學上的思考

（一）憲法多元關係的形成

在基本權法釋義學的架構下，基本權利具有三種客觀功能——價值決定⁵¹、公法⁵²制度性保障及私法制度性保障⁵³——與三種主觀功能。基本權利主觀功能係參照 Georg Jellinek⁵⁴ 國家學的地位學理論（*Statustheorie*）作為基礎，藉由消極地位、積極地位及主動地位，以彰顯基本權利功能。基於消極地位所構築的防禦權，將提供人民對抗國家權力不當侵害的權利。就此而言，國家與人民在憲法二

元關係中，處於對立狀態。更確切地說，國家權力係基本權利主體的敵對者。因此，國家透過干預措施侵害人基本權利時，必須符合憲法中各項原則的要求，方為適法。相反地，若國家的干預措施欠缺正當化事由，國家則負有不作為義務。相對於基本權利作為防禦權的消極地位，人民基於積極地位得向國家請求特定給付。職是，有論者以為人民亦可基於積極地位，向國家請求「保護義務」的給付⁵⁵。據此，保護義務係指藉由國家行為實踐各個基本權利所欲保護的法律利益⁵⁶。國家必須藉由保護義務的實踐，以確保基本權利保護的完整性。進一步言，基本權利防禦功能與保護義務功能皆透過基本權利保護，以防止國家不當的基本權利侵害行為。差別僅在於，二種功能乃呈現出正相反的（保護）方式而已。據此，吾人可以推導出以下結論：防禦權係用來對抗國家對基本權利不當的干預；基本權利的保護義務係針對基本權利侵害，請求國家給予保護。更妥適地說，係請求國家排除由第三人所為的干預行為。綜合上述，無論係防禦權或是保護義務，國家皆係基本權利主體的相對人。保護義務作為基本權利的新興功能，在實踐上仍有許多未臻之處。例如：就國家執行保護義務的範圍為何的議題，至今仍無定見。管見以為，如同本文之前所述，基本權利防禦功能與保護義

⁵⁰ Roth（同註47），S. 163 ff.; Scherzberg（同註49），S. 1128（1130）; Stern（同註28），S. 1207; 不同意見：Lubbe-Wolff（同註44），S. 72 ff., 228 ff., 308 ff.

⁵¹ H. H. Klein, in: DVBl 1994, S. 489; Hesse（同註3），Rn. 290 ff.

⁵² Pieroth/ Schlink（同註28），Rn. 57 ff. (70).

⁵³ Pieroth/ Schlink（同註28），Rn. 57 ff.

⁵⁴ Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Recht*, 2. Aufl., 1905, S. 86; 批評意見參考：Alexy（同註11），S. 229 ff.; Scherzberg（同註49），S. 1134 ff.

⁵⁵ Pieroth/ Schlink（同註28），Rn. 60 ff.

⁵⁶ 參見 Alexy（同註11），S. 410 ff.; Isensee（同註1），§ 111, Rn. 3.

務功能實際上所呈現係一種正相反的保護模式，故國家可以藉由防禦權的範圍，尋找保護任務可能存在的界線及範圍。

在多元憲法關係中典型案例係：當兩個基本權利主體產生權利衝突時，權利受損的一方（以下簡稱：受害人）因為第三人（以下簡稱：加害人）的侵害行為而遭受權利損害；相反地，加害人係因為侵害受害人權利而受有利益。國家在此狀況中必須扮演第三者解決紛爭，亦即，立於雙方當事人的對立面，因此「國家—加害人—被害人」將形成基本權利三角關係。在此三角關係中，被害人係基於基本權利的積極地位，請求法律保護；加害人係基於基本權利的消極地位，對國家所發動的干預措施進行防禦⁵⁷。在這複雜的三角關係中，首先要確定係：依據目前德國通說見解認為⁵⁸，加害人與被害人之間並無直接第三人效力，而僅有間接第三人效力的適用。申言之，須藉由法律解釋確立是否侵害基本權利。

在受害人請求基本權利保護與加害人透過防禦權對抗國家干預措施的多元憲法關係中，國家作為解決紛爭的第三者，在任務實踐上係處於矛盾狀態，更具體描述係國家對於自由權保護將面臨一個進退維谷的情況。因為，國家必須同時兼顧防禦權與保護義務。易言之，多元憲法關係中，國家不可偏廢任何一項任務，且須致力謀求二者平衡，並通過檢證。

（二）國家公權力獨占的雙重意義

國家基於公權力獨占地位，在實踐和平義務的過程中，禁止人民使用自力救濟，作

為回復受損權利的方法。為維護國家安全而衍生的國家保護義務將會填補禁止人民自力救濟的缺陷。申言之，私人間權利衝突，禁止透過自力救濟的方式而須以國家所提供的方式，回復受損權利的狀態。憲法將此種國家任務—保護任務—理解為基本權利的保護義務。通常情況下國家透過法律實踐保護任務。職是，國家必須設置完整法規範，並藉此給予人民有效權利保護。立法者以立法方式確定實體規範與程序規範，使受權利侵害的人可以藉由不同法律規範，請求保護。例如：以警察法來確保衝突利益的衡平；以刑法或社會秩序維護法對侵害行為作裁罰，或透過私法上不作為請求權及賠償請求權，作為權利受損的救濟方法。從法治史的發展過程作觀察，立法者首先藉由私法規範的設置以實踐保護義務⁵⁹。據此，國家非直接透過物理力實踐保護義務。更確切地說，國家的主要任務係「物理力的獨占化」（*Monopolisierung physischer Gewalt*）與禁止自力救濟。因為，國家將提供所有人民一個具有拘束力的法律救濟途徑，亦即，透過私法作為基礎並以程序法作為輔助，作為回復受損權利的方法；在若干情況中甚至會藉由刑法手段來制裁加害人。在法律的框架中，人民可以自主的實踐其利益。職是，人民必須使用國家所提供的法律制度，透過私法所賦予的請求權向法院提起訴訟，作為回復權利的方法。國家若在法律規範的框架當中為人民保留一定的迴旋空間，讓人民選擇一個類似自力救濟的方法實踐所欲的利益，即非係國家保護任務最完整的呈現。更確切地說，審查國家

⁵⁷ 參見 Isensee（同註 1），§ 111, Rn. 4 f.

⁵⁸ 參見 Matthias Ruffert, *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts*, 2001, S. 7 ff.

⁵⁹ Peter Preu, *Die historische Gense der öffentlichrechtlichen Bau- und Gewerbenachbarklagen*, 1990, S. 32 ff. ; BVerfGE 88, 203, 257.

保護任務實踐的標準係國家是否已經提供一個有效的、具有確保功能的法律制度。

超越原始私法規範的忍受義務，將導致基本權利的保護範圍有所縮減。就私法法律關係而言，保護範圍的縮減將對相對人產生一定的限制。另外，為使國家核許行為（*Genehmigung*）發揮最大的作用，公法上失權規定（*Praklusionsregelungen*）將會限制相對人本於民法財產權規範所確定的防禦權內容。更確切地說，公法上失權規定將使相對人承擔一個超越民法的忍受義務⁶⁰。因此，公法失權規定係將國家核許行為的效力延伸至民法領域當中，並基於程序經濟與法安定性的理由，賦予失權規定一個特別效力⁶¹。基於經濟利益與工業化發展等理由，國家藉由失權規定限制民法上的權利保護，此乃係國家公權力獨占的第二層意義⁶²。總之，國家為實踐公共利益透過法規範使因第三人行為而受有不利利益的相對人失去自我保護的可能性，因此，國家在容許範圍之內有義務實踐對基本權利的保護。

（三）基本權利防禦權功能與保護義務功能
多元憲法關係中欲推動者，係一衡量後的權利平衡狀態，亦即，加害人與受害人的權利應該作相同考量。所謂「平衡」，在法釋意學上有其特別意涵。若以互易契約作為理解基礎，人民放棄以暴力或自力救濟的方式解決私人間權利衝突，將權利交由國家並使其享有公權力獨占的地位；另一方面，國

家必須透過公權力的實施，保障人民法律上的利益。因此，在現代法治國當中，人民將藉由基本權利保障向國家請求權利保護。

在公權力獨占的運作下，國家至少以兩種不同強度的方式限制人民自力救濟。首先，國家為求實踐和平義務，可藉由不同法規範限制人民自力救濟的可能性。民法，作為實踐和平義務的重要手段且係相對自主的法規範，在一定條件下，提供受害人自力救濟的可能性；另外，刑法作為國家裁罰行為的重要依據，故國家亦可藉由刑法手段來確保和平義務的實踐。其次，國家除藉由法規範降低自力救濟的可能性之外，亦可藉由公法失權規定，使受害人獲得權利保障的可能性降低。因此，透過釋意學將基本權利保護義務作適當定位係刻不容緩的問題。質言之，國家應該以何種方式行使「獨占地位」，將係問題核心。蓋國家保留某種程度的自力救濟空間給受害人，則國家實踐保護任務的程度將會低於完全禁止人民自力救濟的狀況。管見以為，國家以公權力獨占地位，透過兩種不同程度，限制人民尋求自我保護的可能，因此，在理論上應該也要提供兩種不同程度的國家保護，方為妥適。在基本權利保護義務的建構過程中，首先應基於目前對基本權利保護義務的認識，強化其效力；其次係使其在多元憲法關係中能與基本權利的防禦權等量齊觀⁶³。質言之，防禦權與保護義務非係兩相對立的狀態，而是透過不同的內容結

⁶⁰ Vgl. BVerwGE 28, 131, 134 ff; Christoph Enders, Die Privatisierung des Öffentlichen durch die grundrechtliche Schutzpflicht und seine Rekonstruktion aus der Lehre von den Staatszwecken, in: Der Staat 1996, S. 352 (378 ff.). 氏在文中更進一步探討此種忍受義務是否係對基本權利之干預，參閱同文 381 頁以下。

⁶¹ Enders (同註 60), S. 376 f., 381, 383.

⁶² 失權規定在德國法制上的運用正不斷擴大範圍。參閱 Michael Kloepfer, Umweltrecht, 2. Aufl., 1998, S. 71 m.w.N.

⁶³ Vgl. Calliess (同註 6), S. 321 (327) m.w.N.

構與方式保護基本權利的利益。

二、基本權利保護義務的實踐

(一)構成要件

從德國基本法的形成歷史觀察，基本法第 1 條有關人性尊嚴保護，係基本權利基礎⁶⁴與憲法最高指導價值。人性尊嚴作為憲法最高價值，因此國家對基本權利的保護將被理解為實踐人性尊嚴的方法。據此，將德國基本法第 1 條第 2 項連結其他個別基本權利作共同解釋，將推論出重要結論：國家公權力對每一個基本權利有尊重（*achten*）與保護（*schützen*）義務，進而產生基本權利的防禦範圍與保護義務範圍。為求基本權利保護完整，各個基本權利保護範圍皆希冀產生一個無漏洞保護。更確切地說，透過防禦權或保護義務所築的基本權利保護地帶，皆係為防止由國家或其他私人所為的干預行為。總之，藉由文義解釋與體系解釋—基本法第 1 條第 2 項連結其他個別基本權利規定—所確定的基本權利保護地帶，須以個別基本權利意義與目的作為基礎，進而確定防禦權範圍大小或保護義務的程度。申言之，確定各個基本權利保護的保護地帶將具有以下兩種意義：首先，本於基本權利的防禦權功能將確定國家行為的界線；其次，國家保護任務的範圍亦將藉由基本權利規定而確定。當然，在建構各個基本權利的國家注意義務及保護意義時，須考量各個基本權利的人性尊嚴保障內容是否已被涵蓋在保護範圍當中⁶⁵。無論如何，確定基本權利的防禦範圍與保護義務範圍，應該以德國基本法中各個基本權利規定—

客觀基本權利規範—作為基礎，藉由法條規定繼而確定基本權利的構成要件。基本權利構成要件將會使得基本權利保護的對象及所欲保護的法律利益更明確。

從憲法賦予基本權利主觀公權利角度而言，基本權利主體得本於基本權利規範所賦予的主觀公權利向國家請求特定的「不作為」或「作為」。申言之，基本權利主體藉由防禦權請求國家的不作為；藉由保護義務請求國家為特定行為。就理論上而言，基本權利的防禦權與保護功能並無顯著的差別，差異點僅存在於基本權利主體系請求國家作為或不作為。再者，既然防禦權範圍與保護義務範圍皆係透過客觀基本權利規範所確定，則基於防禦權而生的主觀公權利與基於保護義務而生的主觀公權利應受到相同對待，不應該忽視或排除後者的主觀公權利特徵。

承前述，基本權利的保護義務係由聯邦憲法法院透過判決累積而成的概念，但因為大部分判決在論述概念時，常以客觀憲法價值秩序作為論證基礎，並在判決中並無（直接）確定人民是否具有主觀公權利向國家請求保護。為避免與聯邦憲法法院陷入論證上困境，因此本文放棄採取聯邦憲法法院的立論模式，而係將個別基本權利連結德國基本法第 1 條第 2 項作共同解釋，推論出基本權利的保護義務具有主觀公權利的特徵。相反地，欠缺主觀公權利的基本權利保護義務將無法有效發揮其功能，特別係在憲法多元關係下無法促成不同利益的衡平。換言之，唯有賦予基本權利的保護義務主觀公權利特徵，並將其與防禦權放置同一位置作相同考量，

⁶⁴ 關於基本法第一條定位問題，參見：Christoph Enders, *Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung—Zur Dogmatik des Art. 1 GG*, 1997, S. 113 ff.; Cremer (同註 19), S. 236 ff, 243 ff.

⁶⁵ BVerfGE in: DVBl 2001, S. 284 (287); BVerfGE 84, 90, 120 f.

則各個基本權利所欲保護的法律利益方能在憲法多元關係下獲得有效保護。就結果而言，賦予保護義務主觀公權利特徵並未減低其功能；再者，基本權利主體亦藉此獲得請求國家保護的權利，此與保護義務的內涵並無干戈⁶⁶。

(二) 法律效果

保護義務的法律效果係，國家以作為義務者的身分，透過直接或間接方法，排除加害人對被害人所作的侵害基本權利行為。國家行使保護義務的範圍可以從單純的防止危險到預防新興的科技所產生的危險⁶⁷。雖然國家保護的範圍廣大，但國家作為的必要性乃繫於「保護基本權利的意義」及「發生危害基本權利完整性的可能」⁶⁸。質言之，保護義務法律效果具體化的程度將取決於憲法對特定法律利益的保護程度。毫無疑問地，德國基本法對生命權與身體權的保護最為著力，因為生命係行使所有自由權的前提；人身自由係行使若干自由權的要件。德國基本法第14條第1項的財產權保障與其相較，僅獲得較低的保護⁶⁹。另外，就目前現存法規範作考量，國家可能礙於沒有授權規範或現有的法規範不足以確保法律利益受到有效的保護，但國家至少必須有效地保護受害人身體不會受到更嚴重的侵擾或損傷⁷⁰。

要確定保護義務的內容與法律效果當然

有一定程度的困難。因為，在通常情況下，並非藉由某個特定的作為即可實踐保護義務。更確地說，雖說保護義務的實踐必須透過國家行為，但困難即係如何在多種國家行為中尋找最適當方法以實踐保護義務。所以，關於如何實踐保護義務的問題，也只能保留給國家—立法機關—作最後裁量。就裁量目標—合義務的裁量—而言，首先立法者必須選擇最妥適方法以有效實踐保護義務。再者，立法者必須確保所使用的手段在任何情況下都可以實踐憲法上對基本權利保護的最低標準。而基本權利保護的最低標準將透過「不足禁止原則」⁷¹加以確定。申言之，國家作為足夠與否，亦即，是否已經達到基本權利保護的最低標準，將被放置在憲法多元關係中作檢證。不可以單憑制定保護規範即言，國家已經有效的實踐基本權利的保護義務。質言之，國家必須留意法律運作可能性及法律運作後產生的轉變。

總之，基本權利的保護義務在運用上有其特殊意義：首先，保護義務將提供行政權及司法權解釋運用法律的另一種標準，希望藉由法律解釋而達到有效保護基本權利的目的。再者，法規範中的預防性保護措施一本於基本權利保護義務而生的預防性措施—必須符合技術與社會變遷，方能實踐安全生活的目標⁷²。

⁶⁶ 德國學界不乏贊成賦予基本權利的保護義務主觀公權利之見解，差別僅在於所持理由不盡相同而已。參見：Calliess（同註6），S. 321 (328) m.w.N.

⁶⁷ 參閱李建良（同註9），頁61以下。

⁶⁸ Vgl. BVerfGE 53, 30, 57 f.; 65 ff.

⁶⁹ Isensee（同註1），§ 111, Rn. 98, 141.

⁷⁰ Calliess（同註6），S. 321 (328).

⁷¹ 中文文獻請參閱程明修，〈論基本權利保障之「禁止保護不足原則」〉，收錄於《憲法體制與法治行政》，城仲模教授六秩華誕祝壽論文集》，第一冊，憲法篇，1998/8，頁219以下。

⁷² Calliess（同註6），S. 321 (328).

（三）透過程序實踐保護義務

在基本權利保護義務的實踐過程中，立法者將扮演重要角色，因為立法者在立法過程中享有一定的立法形成空間與裁量空間。進一步言，基本權利保護義務有效實踐必須以基本權利程序保障作為輔助，因為基本權利是否能夠實現，往往涉及到是否有相對應程序基本權利可供使用。因此，在實體法與程序法共同作用下，基本權利將獲得妥善保護。申言之，若基本權利的保護義務在個案中實體法運作效力較低時，則必須藉由程序規定補強，以完整基本權利的保護⁷³。基本權利程序性保障包括「訴訟權」及「參予行政程序的權利」。就參予行政程序而言，程序保障蘊含資訊獲取、參予程序及權利保護等部份。基本權利程序保障概念目前已經落實在德國環境法及科技法上。另外，歐洲法與國際法也逐漸採納這個觀點，並進一步具體化。立法者經常係藉由不確定的法律概念來規範過度複雜的事實，以確保法律規範可以與時併進，同時亦承認行政機關享有一定的判斷空間。因此，為避免行政機關的決定過於恣意及欠缺完整考量，人民藉由基本權利程序保障功能取得參予行政程序的權利。就某種程度而言，人民可以參予行政程序將會賦予「程序」另一種新的意義。因為，至少在多元憲法關係的個案中，各個基本權利主體彼此劃清界線的方式首先係藉由立法者的立法決定，再者可以透過行政程序實踐之。總之，基本權利的程序保障將減緩不確定法律概念運用的衝擊。

（四）保護義務的合憲性審查

在多元憲法關係中基本權利的防禦範圍與保護範圍係緊密連接且無法分割。職是，由各個基本權利保障所產生的防禦及保護範圍都將在比例原則框架下作整體衡量。此種檢證方法亦再度呼應本文所主張的意見：在法釋意學上，賦予基本權利的防禦權與保護義務相同地位與功能。

「不足禁止」在具體個案中作為審查保護義務是否足夠的標準；「過度禁止」作為審查基本權利是否遭到過度侵害。但必須強調的係二者並非同一概念⁷⁴，因為二者在釋意學上具有不同功能。更確切地說，不足禁止運用的目的係在尋找國家不作為的「底線」，而過度禁止的功能係尋求國家作為的「界線」。基於釋意學上不同功能，吾人可以嘗試建構基本權利保護義務的審查模式：檢證國家保護義務是否被實踐的前提問題係，加害人侵害被害人受基本權利保護的法律利益時，國家是否已經提供保護措施。在解除此項疑慮後，

○首先—第一階段—要思考係：國家採取措施是否可以保護受基本權利保障的法律利益？在對稱的思考模式下，亦應探究國家保護措施作為對加害人的基本權利干預行為，是否可以達到排除加害人行為的目的。申言之，保護措施可以排除加害人對被害人的干預行為時，方有保護受害人基本權利利益的可能。

○其次—第二階段—，國家採取（有效的）保護措施時，是否對加害人的基本權利作過度侵害或干擾公共利益的實踐？更確切地說，國家是否係藉由有效且最溫

⁷³ Calliess（同註 36），S. 463 ff.

⁷⁴ Calliess（同註 36），S. 455 ff.；Gellermann（同註 44），S. 343 ff.；不同意見：Karl-Eberhard Hain, Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß- und Untermaßverbot? in: DVBl 1993, S. 982 (983 f.); Unruh（同註 15），S. 85 ff.

和的方式實踐保護。在此階段中的審查必須作兩方面的考量：首先考量者，國家的保護措施對於加害人而言，是否係以最溫和的手段侵害基本權利，繼而實踐保護義務；另外，所要審查者係保護措施的有效性。質言之，手段有效性審查，將係此階段的審查重點。若該項保護措施欠缺保護效能，則國家行為將違反不足禁止原則，而未能通過比例原則的檢驗。

- ㊦最後一第三階段一須考量者係，國家保護措施是否對兩種對立法律利益皆提供適當的保護？在此所要思考的問題係，在保護措施施行後所形成的基本權利危險是否可以通過期待可能性（Zumutbarkeit）的檢證。質言之，所殘留的基本權利危險必須在衝突的私人利益與公共利益之間作衡量後，仍介於能忍受範圍之內。

期待可能性將成為多元憲法關係個案中最後審查標準。因此，不足禁止原則與過度禁止原則將在第三階段作共同審查。毫無疑問地，在多元憲法關係下私人利益衝突，僅係藉由比例原則的審查結構作利益權衡。基於權力分立原則必須賦予立法者必要的形成自由，而「過度禁止」與「不足禁止」兩項原則將置於比例原則下共同檢證。藉此，衝突的法律利益可以獲得衡量，繼而產生可接受的結果⁷⁵。從上述的檢證模式可知，在第一階段及第二階段的審查中一適當性與必要性一，防禦權與保護義務係同時但各自獨立的檢證。亦即，國家行為就實踐保護義務而言，是否是適當且必要；同理，國家行為作

為基本權利侵害措施，是否係適當且必要。在第三階段作狹義比例原則檢討時，則不在區別保護義務及防禦權，而係作整體利益衡量⁷⁶。

	加害人（過度禁止原則）	被害人（不足禁止原則）
適當性	國家保護措施作為基本權利干預行為是否可以實踐保護義務	國家保護措施是否可以實踐基本權利的保護義務
必要性	干預手段是否是最溫和的手段	保護手段是否實踐有效保護
狹義比例原則	不同利益的總體衡量	

（作者自行製表）

肆、困難的抉擇

以下將藉由二個具體案例出發，進一步探討國家如何實踐對於人民的保護義務，特別在面臨（被害人）人性尊嚴與（加害人）人性尊嚴的衝突問題。

自美國九一一事件以後，多數歐美國家都面臨國際恐怖組織的恐怖攻擊威脅。德國為有效防止恐怖組織以民航客機作為攻擊武器，遂制定德國航空安全法（Luftsicherheitsgesetz），並於該法第15條第3項授權行政機關在特定情況下，以武器直接摧毀攻擊客機。雖然國家藉由立法方式實踐國家保護義務，但航空安全法的合憲性卻不無疑問，聯邦憲法法院終於在2006年以判決確定，該項法律授權違憲。另外，國家可否藉由「救助性刑求」，向犯罪行為人獲取重要的犯罪供

⁷⁵ 相同意見參見 Isensee（同註1），§ 111, Rn.165 ff.

⁷⁶ Calliess（同註6），S. 321 (329)，批評意見參考 Cremer（同註19），S. 314 ff.

訴，以解救尚未脫離危險的犯罪被害人？上述二項議題皆涉及基本權利的保護義務與防禦權間界線問題，故本文將先分別介紹案例事實及相關學說意見，並提出管見。

一、航空安全法判決

聯邦憲法法院在 2006 年 12 月 15 日針對航空安全法作出違憲判決（以下簡稱：航空安全判決）⁷⁷，其判決結果並不意外，欲探究者係，聯邦憲法法院藉由航空安全判決扭轉過去德國法學界對於國家保護義務概念的建構，因為判決內容係對防禦權作最大的保護；相反地，將基本權利保護義務拋諸腦後。W.-R. Schenke 教授更直言指出，航空安全判決中所運用的標準，基本上就將基本權利保護義務放諸於藉由基本權防禦功能所建構的保護之後，因為由德國基本法第 2 條第 2 項連結德國基本法第 1 條第 1 項「推論」出立法者的基本權利保護義務，很顯然地遜色於「直接」由德國基本法第 2 條第 2 項連結德國基本法第 1 條第 1 項所肯認的防禦權⁷⁸。儘管航空安全判決中憲法法院一再強調，國家有義務保護自殺式攻擊的潛在受害人⁷⁹。據此立場，似乎可以推論出國家在此種無法想像的恐怖情況下，考量德國基本法對於人性尊嚴保護效力，本於法律授權（德國航空安全法第 14 條第 3 項）對被挾持客機及機上無責任

人質進行攻擊。但事實上，立法者透過立法方式所確定的保護措施，已經被航空判決所否定。吾人可以清楚地瞭解，立法者架構的保護措施係為維護國家整體利益，而摧毀客機的手段也必須在其他方式無法解除恐怖攻擊的情況下，方得執行；救措施目的性而言，係為防止更多無責任人—在地面上的人民—死傷。在此須強調，聯邦憲法法院否定該項措施的合憲性，係以基本權利的防禦權作出發，就此所考量者並非係恐怖份子的基本權利，而係機上受脅持人質的基本權利。

與墮胎判決及 Schleyer 判決⁸⁰相較，航空判決翻轉過去藉由判例累積的價值。因為在墮胎判決中對胎兒的保護義務超越母親的防禦權。更確切地說，國家為提供有效保護生命法益，得藉由刑事制裁手段來實踐保護義務⁸¹，而母親的基本權利—防禦權—在個案中係相對不被保護的法律利益。另外，Schleyer 案中犧牲人質生命—拒絕履行釋放條件—係為實踐保護義務，因為國家有義務維護國家完整（Staatsganzen），且對全體國民負有保護義務。若國家為營救人質而履行恐怖份子要求條件，則國家將有違該項義務。就判決結果而言，國家為保護國家完整及其他人民的法律利益放棄對 Schleyer 救助，係實踐國家保護義務。相反地，航空判決要營救被挾持客機裡的人質，犧牲國家完整與其

⁷⁷ BVerfGE 115, 118, 118 ff.

⁷⁸ Wolf-Rüdiger Schenke, Das Luftsicherheitsgesetz und das Recht der Gefahrenabwehr : Kompetenzen, Prognosen und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, in: Mit Recht für Menschenwürde und Verfassungsstaat, Berlin 2006, S. 75ff.

⁷⁹ BVerfGE 115, 118 (152 m.w.N.).

⁸⁰ BVerfGE 46, 160 (164). 案例事實：德國雇主團體主席（Arbeitsgeberpräsident）Schleyer 遭恐怖份子挾持，作為要脅聯邦政府釋放其他已經在監服刑的恐怖份子。因此，Schleyer 的兒子要求聯邦政府答應恐怖份子的要脅以解救其父，但遭聯邦政府拒絕。其子遂代替其父向聯邦憲法法院提請命聯邦政府履行恐怖份子的條件，結果遭法院拒絕。

⁸¹ BVerfGE 88, 203 (257 f.)

他人民的法律利益。就此，有學者認為，射殺客機行為在某種程度而言，係對受脅持人質的謀殺，因此必須與 *Schleyer* 案作重大區別⁸²。但此項論述似有失公允，因為在 *Schleyer* 案中國家拒絕履行恐怖分子的條件，難謂非係 *Schleyer* 的謀殺。

若從其他聯邦憲法法院判決觀察，憲法法院向來鮮少直言說明基本權利保護義務的內涵與意義，而係將國家保護義務的實踐方法交由立法者決定。申言之，立法者必須在基本權利的權利衝突中採取立場，究竟對何種法律利益作較高的立法保護，在航空安全判決中聯邦憲法法院亦推翻此項原則。依據德國法學界通說見解⁸³，立法者有義務將保護義務的內容藉由立法方式具體化，以實踐立法委託。蓋從重要性理論（*Wesentlichkeitstheorie*）出發，立法者對於涉及基本權利重要內容的事務，必須透過立法方式作出決定，例如：航空安全法第 14 條第 1 項至第 3 項即係以不同的危險程度作區別，授權行政機關在不同階段採取不同措施。然而，聯邦憲法法院在航空判決中，卻以違反人性尊嚴為理由否定立法者的決定，因為立法者的立法裁量，係不被聯邦憲法法院承認。質言之，立法者的立法形成自由在碰觸到不得限制及無法衡量的人性尊嚴時將無所運用。正當聯邦憲法法院一再藉由判決強調保障人性尊嚴作為憲法最高價值時，論證模式往往係藉由德國基本法第 2 條第 2 項連結德國基

本法第 1 條第 1 項推導出保障人性尊嚴的結論，因為生命係人性尊嚴的基礎⁸⁴。但依據德國基本法第 2 條第 2 項第 3 款規定，對生命、身體權的干預措施須符合法律保留原則，但只要生命、身體權的保護連結人性尊嚴保護時，即刻從符合法律保留原則的基本權利侵害上升到一個完全不同的基本權利限制體系，然此種論證的過程實不無可議之處⁸⁵。

另外，聯邦憲法法院在判決中認為，航空安全法授權行政機關執行攻擊客機措施，無疑係將受脅持的客機視為國家行為對象⁸⁶。或許，聯邦憲法法院所欲探究者為，受脅持客機成為國家行為對象之前要給予何種程度的保護，但不得不察者為考量保護受脅持客機的同時，地面上的人民一潛在受害者一卻可能已成為國家不作為的對象。

二、救助性刑求—以 *Daschner* 案為例

另一個在德國法學界及輿論討論焦點話題為，國家得否為營救被綁架的人質，繼而對犯罪行為人使用刑求（*Folter*）？本案引起德國社會廣泛討論，係因為 2002 年 9 月 27 日發生一宗法蘭克福銀行家之子綁架案。本案犯罪行為人在遭到逮捕後，為掩飾肉票已經被殺害的事實，一再捏造肉票藏匿地點。事實上，偵查員對於肉票已經遇害的事實並未知曉，並為儘快營救出肉票，遂由法蘭克福警察局副局長 *Wolfgang Daschner* 下令，以「威嚇」⁸⁷ 的方式迫使犯罪行為人供訴真實

⁸² Reinhard Merkel, §14 Abs. 3 Luftsicherheitsgesetz: Wann und warum darf der Staat töten? in: JZ 2007, S. 373 (381).

⁸³ Starck (同註 3), Art. 1, Rn. 41 m.w.N.

⁸⁴ BVerfGE 39, 1 (42).

⁸⁵ Friedhelm Hufen, In dubio pro dignitate, in: NJW 2001, S. 849 (855); T. Linke, in: NWVB1. 2006, S. 71 (76). 針對此問題本文將在肆、三 深究生命權與人性尊嚴之關係。

⁸⁶ BVerfGE 115, 118 (154).

藏匿地點⁸⁸。

本案爭議問題：得否藉直接強制方法取得犯罪行為人的重要自述，以營救尚未脫困的犯罪被害人⁸⁹？關於此問題德國學界並未有統一見解。部份學者主張：國家得於緊急的情況下使用強制力，使犯罪行為人作犯罪表述，以達解救受脅迫生命目的⁹⁰；反對者則認為，在任何情況下，禁止國家對犯罪行為人使用強制力使其表述⁹¹。反對者所持立場無外乎：首先，藉由國家公權力行使繼而使犯罪行為人作表述，係侵害犯罪嫌疑人的「人性尊嚴」；其次，對於人性尊嚴的侵害係無法藉由法律保留獲得正當化；再者，生命權的保護無法正當化侵害人性尊嚴的事實與超越，亦即，基於德國基本法第 2 條第 2 項所推論出的國家對生命的保護義務，無法超越憲法對人性尊嚴的保障。

學者雖有條件的贊成國家得於特殊情況下使用強制力，以獲取犯罪行為人的犯罪供訴，以解救他人生命。然立論上則有以下不同，以下舉兩位德國學者所持的意見，以資佐證。

(1) Walter Schmitt Glaeser 教授見解：

Schmitt Glaeser 教授認為，所謂刑求概念在德國法中並無明確的定義，故其引註聯合國反刑求公約（UN-Antifolterkonvention）作為論證基礎⁹²。依據公約，「刑求」係指，執法人員故意藉由非法手段，使相對人遭受重大身體疼痛或心理痛苦。據此，並非所有對犯罪行為人使用的偵查手段皆屬刑求刑為，判斷的重點應取決於，該項措施是否造成相對人「重大」身體疼痛或心理痛苦⁹³。所謂重大係指，國家行為實施的結果係以摧毀相對人自由意志或使其膽怯為目的。

更確切地說，該論證過程係先尋求「刑求」的定義。若國家的公權力措施未達刑求標準，則不生違反人性尊嚴保護的問題。此後，必須尋找其他法律，作為行為授權基礎，並通過憲法檢證。整體而言，Daschner 案中國家—警察—措施並未符合刑求的定義，且該項措施透過警察法作為授權基礎，向犯罪行為人獲取供訴，解救犯罪被害人的生命以實踐保護義務，應無憲法上疑義⁹⁴。

(2) Ulrich Vosgerau 教授見解：

其援引聯邦憲法法院航空判決作為論證基礎⁹⁵，判決指出，以飛機作為武器攻擊他

⁸⁷ 案件中警察告訴犯罪嫌疑人，如果再不說出人質藏匿地點，將會讓她嘗從未嘗過的痛苦。

⁸⁸ LG Frankfurt a. M., Urt. v. 20. 12. 2004, 5/27 KLS 7570 Js 203814/03 (4/04), NJW 2005, 692 ff.

⁸⁹ 依據 Hessen 邦的公共安全秩序法（SOG）第一 2 條規定，干擾者具有自述義務；拒絕答覆與拒絕作證權在涉及生命、身體危險及人民自由時不適用之。

⁹⁰ W. Brugger, Darf der Staat ausnahmsweise foltern, in: Der Staat 35 (1996), S. 67 ff; ders., Vom unbedingten Verboten der Folter zum bedingten Recht auf Foltern? in: JZ 2000, S. 165 ff; Starck (同註 3), Art. 1 Rn. 79.

⁹¹ Vgl. R. Poscher, Die Würde des Menschen ist unantastbar, in: JZ 2004, S. 765 ff.; D. Grimm, Es geht ums Prinzip, SZ v. 26. 5. 2004, S. 13; H. Welsch, Die Wiederkehr der Folter als das letztes Verteidigungsmittel des Rechtsstaats?, in: BayVBl 2003, S. 418 ff.

⁹² BGBI 1990 II S. 246.

⁹³ Christian Fahl, Angewandte Rechtsphilosophie-" Darf der Staat foltern?", in: JR 2004, S. 182 (190).

⁹⁴ Schmitt Glaeser Walter, Folter als Mittel staatlicher Schutzpflicht?, in: Depenheuer (Hrsg.), Staat im Wort: FS für Josef Isensee, 2007 München, S. 507 ff.

⁹⁵ Ulrich Vosgerau, Zur Kollision von Grundrechtsfunktionen, in: AöR (133) 2008, S. 346 (366 ff.).

人生命者將成為國家行為的客體，將不生主觀權利保護的問題。國家應該力抗此種非法干預行為，並應將設法排除該項恐怖活動以實踐保護義務。若加害者必須承擔個人行為的結果及對個案負全部責任者，則加害者的主觀權利地位應該僅能獲得較低的保護。因此，國家的干預性措施對加害人而言，將不構成權利侵害⁹⁶。但氏亦憂心指出，若直接將此見解套用於救助性刑求（*Rettungsfolter*）案件中，將會得出一個令人不安的結論。因為，犯罪嫌疑人將喪失人性尊嚴的保護，直接成為國家行為的客體，繼而遭受到國家公權力對其生命的威脅。倘若如此，將無涉防禦權與國家保護義務的衝突問題。因此，德國基本法第2條第1項對於生命、身體保護將成為警察措施的界線。申言之，國家—警察機關—可以警察法上的概括授權條款作為實踐保護義務的法律基礎，亦即，藉由不傷害生命、身體的方法向犯罪行為人取得重要的犯罪事實供訴，以保護犯罪被害人—遭受綁架的無責任孩童—生命法益及人性尊嚴。

若從第一次墮胎判決的結果觀察，懷孕母親縱使無生產的意願，但仍有義務照護未出生胎兒，因為墮胎行為將會侵害未出生嬰兒的生命及人性尊嚴。儘管依據今日的觀點，墮胎行為甚至已經不具有任何道德上的瑕疵，但國家基於保護生命的初衷，仍課予懷孕母親對胎兒的照護義務。反觀綁架案中的加害人所從事犯罪行為，且為逃避法律結果而拒絕說明藏匿地點。在 *Daschner* 案中基本上無涉基本權利限制的問題，因為基本權利的保護範圍並不包含隱瞞藏匿犯罪被害人的權利。

再者，基本權利保護必須以理性作為基礎。基本權利保護係以禁止傷害他人（*neminem-ladedere-Vorbehalten*）作為前提；人性尊嚴保護亦必須符合此項前提後，始有作用。更確切地說，行為人不得以非法方式侵害他人權利之後，再主張人性尊嚴對其保護。因此，在此種最嚴格的權利保護定義下，犯罪行為人係行為的創造者，並藉此侵害被害人的基本權利，故不得主張人性尊嚴的保護⁹⁷。

三、體系上的再思考

管見以為，會發生這樣重大爭議無非係並未釐清生命權與人性尊嚴二者間的關係，因為截至目前為止聯邦憲法法院在諸多判決中也未明白表示其意見。因此，本文嘗試先確定生命權與人性尊嚴二者關係，再將所得的結論套用於系爭案例事實，獲得結論。

（一）人性尊嚴與生命權的關係

⊖生命權的保護

生命權（*das Recht auf Leben*）規定於德國基本法第2條第2項，然而，法學上所探討問題重點並非著重於生命權保護，而係生命權與人性尊嚴保護二者間關係。C. Starck 教授認為，德國基本法第1條的人性尊嚴保護包含對生命的保護，但二者間關係並無法明確界定⁹⁸。德國聯邦憲法法院大法官 Di Fabio 教授則從歷史經驗出發，認為生命權與人性尊嚴，事實上存在一個緊密連結，但若欲藉由釋意學方法釐清二者間關係則係困難重重。更確切地說，超越釋意學方法—藉由德國基本法第1條的憲法基本價值決定連結生命權的保護—並無法解決爭議問題。因此，

⁹⁶ BVerfGE 115, 118 (160 f.).

⁹⁷ Vosgerau (同註95), S. 346 (366 ff.).

⁹⁸ Starck (同註3), Art. 1 Rn. 92.

氏認為生命權與尊嚴的保護範圍並非完全重疊。申言之，生命權在不違反人性尊嚴的情況下，係得以衡量。依據氏所提出理論，唯有國家行為將基本權利主體視為措施客體的情況下，國家侵害基本權利主體的生命權方違反人性尊嚴⁹⁹。德國學界亦同意此項見解，認為人性尊嚴保護無法推論出對生命權的絕對保護¹⁰⁰。據此，人性尊嚴受損並不以侵害生命為前提；侵害生命權亦可能未傷及人性尊嚴。職是，問題的焦點就會轉移到，在何種情況及基於何種條件下，國家對於生命權的干預不違反人性尊嚴保護？

◎人性尊嚴的意義及保護

「人性尊嚴不可侵犯」除係德國基本法第 1 條第 1 項第 1 款規定外，更係德國基本法當中最重要基本價值，因為藉此確定「人」係德國憲法中最重要保護的對象。儘管如此，抽象的規定卻導致該項規定在德國憲法學界不斷地被討論。若執意確定「尊嚴」所指為何，勢必將陷入一個永無止境的論證範疇之中，因此德國憲法學界對於尊嚴的概念並無一個明確、周延的定義。易言之，無論係實務判決或學說研究都已經放棄對此概念作正面定義，僅係藉由解釋方法確定何種行為將損害人性尊嚴¹⁰¹。儘管人性尊嚴概念係難以定義，但尊嚴的概念仍具有若干特定的特徵。人性尊嚴的概念藉由德國基本法加以具體化

後所確立的原則係：「尊嚴」係單純表達每一個生命存在的價值¹⁰²。而「尊嚴」作為一個絕對價值包含下列特徵：1. 先天的不可定義性；2. 人類的不可評價性。另外，保護尊嚴的目的係賦予生命存在本身即為一種價值。因此，禁止國家藉由數量或其他方法評價每一個生命的價值。再進一步言，國家不得以保護多數人生命而犧牲少數人生命，此亦是聯邦憲法法院在航空判決中所持的論點¹⁰³。綜合所述，德國基本法對人性尊嚴保護係著重於每一個生命的價值，亦即，禁止國家將生命變成國家行為的單純客體¹⁰⁴。

若以人性尊嚴作為不可定義的價值表述出發，人性尊嚴的保護尚可區分為絕對範圍與相對範圍：

1. 人性尊嚴的絕對範圍

生命存在即係一種價值的體現。申言之，生命的價值作為基本權利係相對於國家及其組織。在基本權利保障下，國家對於生命負有注意及保護義務。禁止國家在欠缺正當化事由的情況下，藉由國家行為侵害人性尊嚴。就此意義而言，並非期待國家無區別地、無評價地甚至無限制地保護自由權，而係要求國家對於自由權的限制必須具有正當化事由。生命的價值係絕對地、不可侵犯地。因此，人性尊嚴在任何情況下，係不可被侵犯的。質言之，禁止國家使用直接或間接的方式正

⁹⁹ Udo Di Fabio, in: Maünz/ Durig, GG, Kommentar (Loseblatt), Stand: Juli 2001, Art. 2 Abs. 2, Rn. 9, 11, 14, 37.

¹⁰⁰ Vgl. Hufen (同註 85), S. 849 ff.; 反對意見參見：Josef Franz Lindner, Die Würde des Menschen und sein Leben : zum Verhältnis von Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG und Art. 2 Abs. 2 Sätze 1 und 3 GG, in: DÖV 2006, S. 577 (581).

¹⁰¹ BVerfG, NJW 1993, S. 3315.

¹⁰² Wolfgang Graf Vitzthum, Die Menschenwürde als Verfassungsbegriff, in: JZ 1985, S. 201 (205 f.).

¹⁰³ Starck (同註 3), Art. 1 Rn. 10; BVerfG, NJW 2006, S. 757.

¹⁰⁴ Vgl. J.F. Lindner (同註 100), S. 577 (580 f.).

當化基本權利的干預，以造成侵害人性尊嚴的結果。學理上將人性尊嚴的保護理解為補充性基本權利（*Auffanggrundrecht*），因此無論係國家行為、法律或涉及人類存在價值的判斷，違反人性尊嚴保障將導致措施違憲的結果。因此，從客體理論作出發，可以確定人性尊嚴的絕對保障範圍。亦即，國家行為基於特定外在目的，使相對人成為措施的客體，則該項措施將侵害（相對人）人性尊嚴。從法學發展作觀察一較無爭議的一，奴隸制度、基於外科治療或器官代替為目的的複製人或對於老者、病患及殘障人士的強制安樂死，皆係違反人性尊嚴保障¹⁰⁵。

2. 人性尊嚴的相對範圍

藉由德國基本法的規定，除確定人性尊嚴係作為絕對的、不可侵犯的價值且有絕對保護範圍。此外，人性尊嚴概念尚包含一個相對的保護範圍，因為德國基本法第 1 條第 1 項並未嚴格區別不同的人類存在方式¹⁰⁶。人性尊嚴的不可定義性本質僅能推論出人類的存在係一種價值，但卻無法進一步確認，是否每個生命的存在具有「相同價值」。承前述，「尊嚴」作為一種人類存在的基本價值，則可進一步推導出（生命）平等的概念¹⁰⁷。申言之，藉由人性尊嚴的保護與平等原則共同解釋的結果，可以推論出各個生命的存在具有相同價值的結論¹⁰⁸。再從另一個角度觀察，德國基本法第 1 條第 1 項未清楚確認區別各個生命價值的標準，因此，亦可證

明制憲者係禁止對各個生命作評價或區別各個生命的價值。綜上可得以下的結論：生命存在即係價值的體現，且價值與價值間具有不可比較性。更確切地說，各個生命的存在具有相同的價值。自我決定原則（*Grundsatz der Selbstbestimmung*）即係在此前提下，由德國基本法第 1 條第 1 項所推論出的重要相關概念。唯有在所有人類具有相同價值的條件下，方有推論出自我決定此一重要概念的可能。此外，自我決定權將依據各個自由權的標準，在範圍內受保護；在特定條件下受限制¹⁰⁹。因為，自我決定權的保護範圍包括自由選擇生活方式及利益。

◎小結

綜合前述，本文將整理德國基本法人性尊嚴保障與生命權保護的關係，並進一步確定國家在何種情況下，對生命權的干預措施將不侵害人性尊嚴保護。

1. 德國基本法第 1 條第 1 項第 1 款與第 2 條第 2 項第 1 款皆係基本權利規範。者皆具有憲法規範的法律效力及主觀公權利的性質，並拘束國家公權力。另外，二者皆具有保護人類存在的特徵。
2. 二者具有相同目的：藉由憲法規範直接保護生命的存在。差別僅在於二者係藉由不同方式保護生命。更確切地說，德國基本法第 1 條第 1 項第 1 款係保護每一個生命存在的

¹⁰⁵ Vgl. J.F. Lindner (同註 100), S. 577 (584).

¹⁰⁶ Vgl. F. Hufen, *Erosion der Menschenwürde?*, in: JZ 2004, S. 313 ff. M.w.N.; 批評意見參見 E. Böckenfoder, *Die Würde des Menschen war unantastbar*, FAZ v. 3.9.2003, S. 33.

¹⁰⁷ Jörn Ipsen, *Der "verfassungsrechtliche Status" des Embryos in vitro*, in: JZ 2001, S. 989 ff (993).

¹⁰⁸ Starck (同註 3), Art. 1 Rn. 7 f.

¹⁰⁹ J.F. Lindner, *Die gleichheitsrechtliche Dimension des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit*, in: NJW 1998, S. 1208 ff.

絕對與相對價值；基本法第 2 條第 2 項第 1 款係擔保生命權作為不同自由權的本質及實踐價值的前提要件。

3. 從釋意學觀點出發，導出涉及干預生命權且同時侵害人性尊嚴的國家行為違憲的結論，理由係因為兩個基本權利規範具有不同的保護內涵，即「存在價值」與「生命作為價值的基礎」。儘管符合德國基本法第 2 條第 2 項第 3 款法律保留規定，仍禁止國家藉由直接或間接措施使人類存在價值產生相對化的結果。進一步言，縮短人類生命的國家行為，若違反所有人類生命相同價值的基本原則—違反人性尊嚴保護—，既使恪守德國基本法第 2 條第 2 項第 3 款規定且符合比例原則，亦無法推導出合憲的結論。
4. 德國基本法第 1 條第 1 項第 1 款具有「限制的制限」（*Schranken-Schranke*）功能，特別係涉及縮短生命的國家行為，於憲法上正當化的問題。質言之，國家行為合憲的前提係，符合德國基本法第 2 條第 2 項第 3 款的法律保留規定且與德國基本法第 1 條第 1 項的人性尊嚴保護不相牴觸。更確切地說，縮短生命的國家措施，在欠缺法律保留的情況下，唯有符合下述條件時，方具合憲可能，即該項措施不生生命量化的疑問。有論者以為，生命

的絕對相同價值可以藉由憲法解釋達到生命相對化的結果¹¹⁰。然此見解可議之處，係未將人性尊嚴在德國基本法中的意義及所欲追求的目標納入考量，單以德國基本法第 2 條第 2 項作為解釋標的所得的結論，故本文不採。

(二) 評析航空判決

航空安全法被宣告違憲的理由除係違反基本權利保護外，尚包括聯邦政府欠缺立法權權限等理由¹¹¹。本文以下僅考量基本權利保護問題而不處理其他，於此合先敘明。德國航空安全第 14 條第 3 項授權行政機關以武器擊落以攻擊為目的的民航客機。立法者藉由立法授權國家攻擊措施排除攻擊客機對公共安全的危害，並進一步保護在地面上潛在的受害人。基於國家藉由武器攻擊受脅持飛機的事實，在理論上可以區分以下兩種狀況，第一：機上不存在其他乘客，亦即行為人自身駕駛飛機作為武器攻擊特定目標，造成傷亡；第二，機上坐有其他遭受恐怖份子脅持的無責任人。針對第一種情況—非典型狀況—，聯邦憲法法院認為航空法第 14 條第 3 項的法律授權不違反基本權利的保護及人性尊嚴保障¹¹²，憲法法院係針對第二種情況作出違憲宣告。事實上，誠如聯邦憲法法院所述，此情況業已涉及基本權利防禦功能與保護義務的衝突問題。儘管國家實施措施的目的係為實踐保護義務—保護其他在地面的人民—，但藉由武器攻擊受脅持且搭載其他無責任人的飛機，是否侵害飛機上無責任人的生命權與人性尊嚴的保障？毫無疑問地，國

¹¹⁰ D. Birnbacher, *Analytische Einführung in die Ethik*, 2003, S. 168.

¹¹¹ BVerfGE 115, 118, 140 f.

¹¹² BVerfGE 115, 118, 160 f.

家的攻擊措施將直接侵害飛機上其他乘客的生命權，故必須符合基本法第2條第2項第3款法律保留規定。當然，航空安全第14條第3項業以明確授權行政機關，針對特定的情況，藉由武器攻擊受脅持的飛機，故此項國家行為已符合法律保留原則當無疑問。然而，所須思考者：是否該項授權規定違反基本法第1條第1項第1款人性尊嚴保護？依據本文先前所述，首要考量者，是否國家的攻擊措施將直接或間接造成人類存在價值的相對化？可能存在的想法係，倘若飛機上受恐怖份子脅持的無責任人，最後終將因為飛機爆炸而喪失生命，因此國家行為將不生命價值相對化的疑義，況且藉由國家的攻擊措施將解救更多其他潛在的恐怖攻擊受害人。此種想法可議之處在於：首先，忽視攻擊措施決定關鍵即係將生命存在價值作量化處理的問題。其次，恐怖攻擊是否必定發生尚有疑義。因為，從行政機關作決定的時間點來觀察，恐怖攻擊仍係未發生的狀態。申言之，行政機關決定以武器攻擊客機時，對結果是否發生仍處於高度不確定，僅係以危險程度高低作預測性決定。

將生命價值作量化處理將徹底違背人性尊嚴保護所追求的目標。倘若飛機上無責任人的犧牲係為營救更多其他生命，則此種思考即係「生命數量」作為衡量及決定的基礎。更清楚且明白地說，國家藉由「犧牲的數量」作為標準，選擇較輕的損害。另一方面而言，國家藉由對飛機的攻擊措施—犧牲無責任人的生命一，作為實踐對潛在受害人保護義務的方法。但此種措施將無法擺脫違反人性尊嚴保護的控訴，因為無論如何國家皆將生命的價值作量化的區分，並使飛機上的無責任

成為國家行為的客體。

承前述，航空安全法第14條第3項的規定，即以武器攻擊受脅持飛機的立法決定，將因違反生命權與人性尊嚴保護而無效¹¹³。

(三)評析 Daschner 案

Daschner 案所涉爭點係，國家可否藉由公權力措施，強制犯罪嫌疑人作表述，以解救尚未脫離危險狀態被害人的生命。就理論上而言，國家藉由公權力措施侵害犯罪行為人的基本權利係為實踐對被害人的保護義務。因此，本文的思考將以國家的干預措施是否符合法律保留作為出發，檢證在此種多元憲法關係下的基本權利三角關係。

誠如本文先前強調，基本權利保護義務的實踐將導致壓縮他人基本權利的防禦權範圍，所以國家實踐保護義務的措施必須以法律作為基礎，方為適法。因為，國家行為具有憲法上的正當性無法直接使措施取得合法性。申言之，侵害基本權利措施的合法性必須符合法律保留原則。再進一步言，德國基本法第2條第2項第3款規定，侵害生命身體的干預措施必須符合法律保留原則方為適法，因此在 Daschner 案中，首先要思考的重點係，警察藉由向犯罪嫌疑人實施公權力措施，強制其表述尚未發現的人質藏匿地點，是否具有法律授權依據？警察法中的類型化處分（Standardmassnahmen）並未直接授權警察強以措施強制相對人作表述，因此是否可以藉由職權概括條款作為授權依據，則有其討論的必要。管見以為：首先，就危險防禦任務而言，為實踐保護義務以職權概括條款作為授權依據，侵害相對人基本權利，在形式意義上業已符合法律保留的要求。其次，概括條款設置的目的即係立法者授權行政機

¹¹³ BVerfGE 115, 118, 165 f.

關對於尚未預見或未來的危險作判斷，以減輕立法負擔與維護法安定性¹¹⁴。再者，概括性條款本身即具有補充功能，藉由此種規範補充結構上的不足。具體而言，警察機關無法藉由列舉式的類型化處分的規定處理案件時，藉由職權概括條款作為授權基礎以補充規範上的缺漏，應無不可。

以職權概括條款作為依據的基本權利干預措施，雖已符合法律保留的要求，但措施的合憲性仍須經比例原則檢證後，方可確定。

⊖首要考量者，措施是否可以達到解救犯罪被害人的生命？就理論上而言，措施實施的目的係為使犯罪行為人供訴被害人的藏匿地點，若警察可以得知真正的被害人藏匿地點，即可立刻前往營救，助其脫離危險，故手段與目的之間存有一定關聯性。

⊖其次，警察措施實施對於保護目的的實踐並非不適當，因為國家保護犯罪被害人的生命將藉由措施而獲得實踐¹¹⁵。

⊖再者，就措施的必要性而言，在個案中係作為實踐保護義務的有效方法。此外，該措施並未侵害犯罪行為人的生命權，故就手段而言亦屬輕微。

⊖最後，係關於狹義比例原則的審查。即根據 *Daschner* 案中侵害基本權利的程度與措施所欲保護的法律利益作整體衡量¹¹⁶，探討警察以威嚇方法向犯罪行為人取得供訴是否係可

忍受的措施？管見以為，本案中警察措施的實施業已侵害相對人身體完整性。毫無疑問地，基於德國基本法第 2 條第 2 項第 1 款連結第 1 條第 1 項第 2 款文意與體系解釋結果推導出，國家有基本權利保護義務。有疑義地係，警察為實踐保護義務對犯罪行為人採取的強制措施，是否係憲法所允許的方法？在航空判決案中，國家係以剝奪他人生命作為實踐保護義務的方法，故違反憲法對人性尊嚴的保護。相較於航空判決案，國家一在不違反不足禁止的情況下一並非藉由剝奪犯罪行為人的生命而係藉由可容忍的基本權利限制，以實踐保護義務，並未明顯違反憲法規範。國家以威嚇措施向犯罪行為人取得供述，係侵害措施相對人基於德國基本法第 2 條第 2 項第 1 款所保障的人身不受傷害權，而該項措施實施的法律授權依據係警察法的職權概括條款，故亦未違背法律保留規定。

進一步須要審酌的問題係，該項措施是否違反德國基本法第 1 條第 1 項第 1 款的人性尊嚴保障？依據本文先前的論述，是否侵害人性尊嚴保障取決於，國家措施是否造成相對人的生命存在價值被相對化。然而這樣的疑義在 *Daschner* 案中並未存在。更確切地說，警察措施實施的方法與強度並未導致前述

¹¹⁴ 李震山，《警察行政法論—自由與秩序之折衝》，元照，2007，2—3 頁；李惠宗，（同註 2），頁 99。

¹¹⁵ BVerfGE 30, 292, 316; 90, 145, 172; 110, 141, 164.

¹¹⁶ Vgl. BVerfGE 90, 145, 173; 104, 337, 349; 110, 141, 165.

結果的發生，故並未侵害人性尊嚴保護。當然，倘若未來發生相類似的個案，國家加強干預措施的強度，致使相對人無法自由思考與判斷，則相對人即成為國家行為的客體。據此，該項措施將違反人性尊嚴保障¹¹⁷。最後須要探究的問題係，是否國家公權力實施的方式與強度已經違反德國基本法第 104 條一禁止身體與精神虐待一的規定？德國通說見解認為，德國基本法第 104 條的解釋必須藉助刑法第 223 條傷害罪的規定加以檢視¹¹⁸。在 *Daschner* 案中，警察實施的措施未該當傷害的構成要件。綜上所述，在 *Daschner* 案中，國家使用的措施在符合法律保留的情況下，既未違反人性尊嚴的保護，亦未違反禁止身體與精神虐待的規定，且該項措施未達不能忍受的程度，故無違憲的疑義。

伍、結 論

國家保護義務概念，係聯邦憲法法院藉由判決累積，形塑重要客觀基本權功能。藉此，課予國家處理私人間基本權權利衝突的義務。於現代複雜的社會生活當中，私人間權利衝突樣態趨於複雜，因此，國家於此種多元關係下，扮演的角色亦有矛盾。因為，在實踐基本權利過程中，國家同時扮演基本權利保護者與干預者角色。就基本權利功能而言，此類型案例經常涉及基本權利防禦功能（主觀功能）與國家保護義務（客觀功能）

衝突，故往往涉及價值取捨。更確切地說，國家選擇保護何者之利益，在理論上皆有理據可循。因此，法院最後選擇保護何者利益，都會遭受反對者批評。

管見以為，利益取捨結論並非探究的重點，重要係利益衡量的判斷過程，以及如何獲得結論的論證過程。為避免遭受恣意判斷的指責，首要之急係藉由理論，架構判斷程序及各個階段所須衡量的客觀事實。其次，考量過程中應對基本權利防禦功能與國家保護義務，作等同之考量，而非若航空判決一般，在觸碰到生命權與人性尊嚴議題時，刻意避談保護義務。最後，實踐國家保護義務未來將成為重要憲法議題—特別係針對未來高科技、高風險社會生活一，不容忽視。

¹¹⁷ Vgl. Michael Pawlik, FAZ v. 1.3.2003, S. 35.

¹¹⁸ Vgl. Durig (同註 11), Art. 109 Rn 21 m.w.N.

參考文獻

一、中文文獻：

(一)書籍：

- ⊖李惠宗，《憲法要義》，元照，2006。
- ⊖李震山，《警察行政法論—自由與秩序之折衝》，元照，2007。

(二)期刊論文：

- ⊖李建良，〈基本權利理論體系之構成極其思考層次〉，《中研院社科所人文及社會科學刊集》，第9卷第1期，1997/3，頁29以下。
- ⊖許宗力，〈基本權的功能與司法審查〉，《國科會研究?刊：人文及社會科》，第6卷第1期，1996/1，頁24以下。
- ⊖李建良，〈基本權利與國家保護義務〉，《收錄於憲法理論與實踐（二）》，學林，2006，頁59以下。
- ⊖程明修，〈論基本權利保障之「禁止保護不足原則」〉，收錄於《憲法體制與法治行政，城仲模教授六秩華誕祝壽論文集》，第一冊，憲法篇，1998/8，頁219以下。

二、德文文獻：

- (一)Bodo Pieroth/ Bernhard Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 21. Aufl., 2005.
- (二)Christian Calliess, Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis, in: JZ 2006, S. 321.
- (三)Eckart Klein, Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, in: NJW 1989, S. 1633.
- (四)Josef Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht

und als staatliche Schutzpflicht, in: ders./ Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V, 1992, § 111.

- (五)Staat und Verfassung, in: ders./Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 2004, § 15.
- (六)Josef Franz Lindner, Die Würde des Menschen und sein Leben : zum Verhältnis von Art. 1 Abs.1 Satz 1 GG und Art. 2 Abs. 2 Satze 1 und 3 GG, in: DOV 2006, S.577.
- (七)Jurgen Schwabe, Probleme der Grundrechtsdogmatik, 2. Aufl., 1997.
- (八)Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1999.
- (九)Peter Unruh, Zum Dogmatik der grundrechtliche Schutzpflicht, 1996.