

《歐美研究》第四十五卷第四期（民國一〇四年十二月），691-765

© 中央研究院歐美研究所

<http://euramerica.org>

歐洲人權公約第3條與嚴重系統性歧視： 私人關係中的非人道或侮辱待遇*

翁燕菁

國立政治大學政治學系

11605 臺北市指南路2段64號

E-mail: vycweng@nccu.edu.tw

摘要

歐洲人權公約第3條係絕對保障。然於界定系爭事實是否達其「最低嚴重性」時，仍適用比例原則。歐洲人權法院運用動態解釋，延展公約第3條保障範疇，透過國家積極義務發展間接水平效力。公約原欠缺譴責有規模系統性歧視之條款，惟歐洲人權法院借重國際或歐洲之共識適用第3條，比照強制失蹤之國家義務認定，追究國家特殊弱勢保障機制之系統性失靈，督促消弭超越公私領域之重大歧視。嚴重系統性歧視構成以公約第3條取代第8條之背景。惟就相關判決手法，尚存第3條是否直接禁止歧視，或涉及第14條參照第3條之待決議題。

關鍵詞：非人道或侮辱處遇、歐洲人權公約、人性尊嚴、間接水平效力、禁止歧視

投稿日期：104.2.4；接受刊登日期：104.9.11；最後修訂日期：104.8.13

責任校對：陳雪美、吳智偉、胡貴鳳

* 本文承蒙科技部前身國家科學委員會補助專題研究計畫 (NSC 102-2410-H-110-029)。撰稿過程中承蒙許宗力、林鈺雄、王必芳與吳建輝諸位教授慨賜卓見，兩位審查先進悉心提點諸多不足之處，以及助理魏廷彥先生之協助，筆者敬表由衷謝忱。

壹、前言

歐洲人權公約 (European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms) 第 3 條禁止酷刑、非人道或侮辱處罰或待遇，於公約中地位卓然。首先，1948 年世界人權宣言 (Universal Declaration of Human Rights) 前言第一段即揭示，聯合國大會承認人類「固有尊嚴及其平等不移權利」係「世界自由、正義與和平之基礎」。¹ 尊嚴與平等，顯為人權保障之核心，而歐洲人權公約第 3 條所體現者，正是尊嚴的底線之一。² 其次，該禁令具有絕對性，且其中禁止酷刑已為歐洲人權法院 (European Court of Human Rights) 承認構成絕對法 (jus cogens)，³ 無論昇平或戰亂皆適用 (Chanet, 2007: 2)。

「任何人不得加以酷刑或施以非人道或侮辱待遇或處罰」之語，汲取自世界人權宣言第 5 條 (Sudre, 2006: 7)。⁴ 歐洲人權公約第 3 條之可謂該公約用字最精簡的條文之一。而其言簡意賅，乃因不留餘地。非但未明文定義禁止之行為，⁵ 更排除任何但書 (Reidy, 2003: 19)，是為絕對不得侵犯之自由 (Sudre, 1999: 155)。在整體國際公法體系中，此規範除以單一條款形式出現在各國憲法、國際

¹ 此中文版本取自 1948 年聯合國大會決議之原發行版本《聯合國大會第三屆會第二期會議正式紀錄——決議案》(聯合國, 1948: 28)，與今日聯合國官方網站公告版本之用詞略有出入，然較符我國用語，故採用之。

² 第 2 條的生命權、第 4 條的禁止奴役，與第 3 條同樣直指人性尊嚴 (Aksoy, 2008: 51)。

³ Eur. Court HR, *Al-Adsani v. the United Kingdom* [GC], no. 35763/97, 21 November 2001, § 60, ECHR 2001-XI.

⁴ 歐洲人權公約版少了「殘忍的」這個形容詞。

⁵ 起草之初曾有提案要求加入行為說明，但如法國代表 Tietgen 即指出，例舉可能誤解為列舉，反使某些酷刑合法化 (Commission européenne des droits de l'homme, 1956: 8-9)。

人權公約⁶或國際人道條約⁷之中，同時構成獨立國際人權條約，⁸亦取得國際習慣法地位。⁹無論平時、緊急狀態甚或武力衝突下，該項自由不受任何排除或損抑 (derogation)，效力高於任何國際條約規範，超越主權國家對條約提出之保留 (Committee against Torture, 2007: §§ 1, 5)，同時朝向限制國家 (Puéchavy, 2002) 或 (前) 國家元首之免責權 (Stern, 2007)、否認無條件特赦效力 (Momtaz, 2007) 等方向發展。

如此絕對之自由，原為回應二戰期間暴行，意在箝制國家暴力的無限上綱。然經六十餘年發展，歐洲人權公約第3條保障者已超越當年意圖。根據學者觀察，歐洲人權公約之所以無負於「活文件」(living instrument) 之號，其第3條適用範圍的持續擴張貢獻良多。透過歐洲人權法院的動態解釋，該條文內涵並未侷限於起草之初所想像的「酷刑」(Sudre, 2006: 7-8)，而及於諸多「落入公權力掌握中」之個人處境。更甚者，從最早的兒少保護出發，該條文逐漸滲

⁶ 如 1966 年公民與政治權利國際公約 (International Covenant on Civil and Political Rights) 第 7 條、1969 年美洲人權公約 (American Convention on Human Rights) 第 5 條第 2 項、1981 年非洲人民權利憲章 (African Charter on Human and Peoples' Rights) 第 5 條等。

⁷ 國際刑事法院羅馬規約 (Rome Statute of the International Criminal Court) 為兩世紀以來國際人道法之階段性結論，將酷刑與非人道處遇同時列為違反人道罪 (crimes against humanity, art. 7.f, 7.k) 與戰爭罪 (war crimes, art. 8.a.2)，同時明定受偵查者免於酷刑、非人道或侮辱處遇 (art. 55.1.b)。

⁸ 如 1984 年禁止酷刑及其他殘忍、非人道或侮辱待遇或處罰公約 (Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment)、1985 年美洲預防及懲罰酷刑公約 (Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture)、1987 年歐洲預防酷刑及非人道或侮辱待遇或處罰公約 (European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment) 等。

⁹ 為前南斯拉夫國際刑事法院所肯認 (ICTY, *Prosecutor v. Furundžija* [judgment], IT-95-17/1-T, 10 December 1998, § 156)。

入私人關係中的弱勢保障，透過歐洲人權公約的「水平效力」(horizontal effect)，在公約第 8 條 (私人與家庭生活受尊重權) 的背後，築起一道最難逾越的圍牆。

歐洲人權公約之水平效力概念，源自德國法之「第三人效力」(Drittwirkung)，為歐洲人權法院確立於 1981 年，¹⁰ 使公約效力及於私人間行為 (Sudre, 2005a: 241-242)，實則透過國家積極義務 (positive obligations) (Akandji-Kombé, 2007: 14-16)，要求國家積極採取措施以排除私人間權利侵害。然而，若謂德國法之第三人效力直接及於私人，則由歐洲人權法院判決所產生之水平效力，卻僅得課責國家積極義務或我國憲法理論慣用之「國家保護義務」，使效力間接及於私人，因此學界亦稱之為「間接水平效力」(indirect horizontal effect) (Engle, 2009: 166; Garcia, 2008: 416)。相對地，即使實例有限且理論上尚存爭議，¹¹ 若為內國法院直接適用歐洲人權公約規範裁判私法爭訟，則公約此時即具有直接水平效力 (Spielmann, 1995: 18)。惟約莫十年前，學者仍強調，相對於其餘公約條款，公約第 3 條仍以垂直效力為主，間接水平效力案例甚為有限 (Sudre, 2006: 15-16)。

然而近十餘年來，歐洲人權法院對公約第 3 條之效力似乎另有考量。2007、¹² 2011 及 2012 年三件波蘭志願終止妊娠爭議相關判決，牽涉歐洲敏感議題，即使大多數國家志願終止妊娠皆合法，但

¹⁰ Eur. Court HR, *Young, James and Webster v. the United Kingdom*, 13 August 1981, § 49, Series A no. 44.

¹¹ 較常見者為法院依公約規範與先例解釋內國法，亦即間接適用公約。理論爭議參見如 Collins (2014)。

¹² Eur. Court HR, *Tysiqc v. Poland*, no. 5410/03, 20 March 2007.

近年反對運動卻有復甦之勢，即如西歐亦然 (Vallet, 2014)。而健康相關爭議，原屬公約第 8 條專擅領域。惟就上開 2011 及 2012 之 *R.R. v. Poland*¹³ 與 *P. and S. v. Poland*¹⁴ 兩項判決，¹⁵ 歐洲人權法院堪稱史無前例地判決被告國違反公約第 3 條。上開諸案涉及生命、健康與性別議題 (Ireland, 2013; Nowicka, 2011: 123-126)，並與信仰自由產生矛盾 (翁燕菁，2014; Zampas & Andi3n-Iba3nez, 2012)。情節固然重大，但當國家夾處於彼此衝突的個人自由與權利之間，而必須兩相權衡以尋求平衡點時，歐洲人權法院不也向來適用比例原則，為國家保留一定程度的評斷餘地 (margin of appreciation)? 如此超越判決先例，使原本為公約第 8 條保障之事實，跨過公約第 3 條適用門檻，其關鍵何在？

若如歐洲人權法院前副院長 Tulkens 所言，法院有其必須守護之「原則」，¹⁶ 則公約第 3 條如此適用，其欲守護之原則為何？其中一項假設是人性尊嚴 (Jeannin, 2006; McCrudden, 2008)。¹⁷ 歐洲人權法院早年曾謂，保障「人的尊嚴以及身體健全」，是公約第 3 條的主要目的之一。¹⁸ 嗣後，尊嚴概念經常與公約第 3 條並存於院方判決，並於 1990 年代為院方認定為整體公約之精要原則 (Lambert, 2009: 337-338)。¹⁹ 然而，若將極度貧困視為對人性尊嚴

¹³ Eur. Court HR, *R.R. v. Poland*, no. 27617/04, 26 May 2011, ECHR 2011.

¹⁴ Eur. Court HR, *P. and S. v. Poland*, no. 57375/08, 30 October 2012.

¹⁵ 詳見後文貳、一、(二)。

¹⁶ 比利時政府製作相關影片之採訪片段 (Belgian Foreign Affairs, 2014)。

¹⁷ 按歐洲人權公約並未明載「尊嚴」，而首見於歐洲人權法院判決中。可為對照者，如我國憲法，亦未出現「尊嚴」字樣，然司法院大法官常以德國基本法下的人性尊嚴為本演繹憲法權利 (李建良，2008a，2008b；黃忠正，2013)。

¹⁸ Eur. Court HR, *Tyrrer v. the United Kingdom*, 25 April 1978, § 33, Series A no. 26.

¹⁹ 同時參見 Eur. Court HR, *S.W. v. the United Kingdom*, 22 November 1995, Series A no. 335-B; *C.R. v. the United Kingdom*, 22 November 1995, Series A no. 335-C。

之貶抑，是否亦構成公約第 3 條適用之充分理由？另一項假設則為歧視。嚴禁種族歧視說，即為學術研究之焦點 (Goodwin, 2009; Hepple, 2006; Picheral, 2001)，亦見學者評析歐洲人權法院制裁「對婦女施加之暴力」(violence against women) 之突破 (Abdel-Monem, 2009; Hasselbacher, 2010)，或可謂院方對性別歧視的回應。學界尚散見其他個案式討論，例如兒少保護 (Hofstötter, 2004) 或強制性交 (Pitea, 2005)。諸多案例與議題之間，同樣涉及家庭生活、身心完整等公約第 8 條保障範圍，則歐洲人權法院選擇以公約第 3 條審酌事實，是否與弱勢保護及禁止歧視有關？若是，則如何解釋部分對婦女施加暴力相關案件，僅違反公約第 8 條？

公約第 3 條適用範圍下，有關於國家強制力直接干預者的相關研究卷帙繁浩而難以超越，以下文獻回顧中，僅斟酌納入原則性問題討論，但原則上排除於拙文研析範疇之外。反之，除上述分就個別歧視面向討論者外，目前似乎尚未見學說充分討論公約第 3 條適用於私人關係爭議之前提。拙文所關懷者，即是歐洲人權法院如何在傳統適用公約第 8 條的私人與家庭生活領域中，啟動保障力強而適用門檻極高之第 3 條。換言之，在未受公權力限制人身自由之狀態下，或是即便當事人可能具有國家代理人身分 (例如公立醫院)，然而並非強制執行公權力之情況下，歐洲人權法院為何適用公約第 3 條？

以下將從歐洲人權法院適用公約第 3 條的發展路徑著手，鋪陳該條款最終涉入私人關係的背景。第一部分討論目前學說對公約第 3 條適用門檻的界定及其可能不足之處。第二部分則從近十餘年判決先例中篩選，嘗試分析該條款在私人關係中的適用標準，並論證其於整體公約體系下對嚴重系統性歧視的保障意涵。

貳、歐洲人權公約第 3 條介入私人間行為之前提

歐洲人權法院判決先例中，依嚴重性區隔適用門檻：酷刑層級最高，非人道或侮辱處遇次之。歐洲人權法院對酷刑認定甚為嚴苛，採用定義與 1984 年聯合國禁止酷刑及其他殘忍、非人道或侮辱待遇或處罰公約 (Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment) 第 1 條定義者並無二致，亦即為達一定目的而刻意造成被害人身心極端痛苦，屬於「一種更嚴重且有意識的殘酷、非人道或侮辱處罰或待遇」。²⁰ 換言之，酷刑非惟須臻至極為嚴重之痛楚，且此傷害行為具有達成特定目的之故意。因此，一旦認定為酷刑，並不需要再討論被害人「弱勢程度」：無論施加於何人，酷刑都構成高度屈辱。²¹

惟學者指出，歐洲人權法院對酷刑與非人道或侮辱處遇與之間的區隔甚微 (Renucci, 2005: 14)。院方曾謂，定義可能隨時間演變，昔日的非人道處遇，可能成為今日的酷刑。²² 另一方面，歐洲人權法院雖未明示酷刑僅限國家代理人行為，但依「嚴重性」、「故意」與「目的」等適用要件，至今並未作出認定私人之間行為屬酷刑之判決。反之，非人道或侮辱處遇則不盡然需以行為之動機與目的證成，例如未受內國司法追究之國家代理人脫序行為，而其中惟「待遇」及於私人行為。²³ 以下將參酌公約第 3 條相關判決與學說，先

²⁰ Eur. Court HR, *Ireland v. the United Kingdom*, 18 January 1978, § 167, Series A no. 25.

²¹ Eur. Court HR, *Selmouni v. France* [GC], no. 25803/94, 28 July 1999, § 103, ECHR 1999-V.

²² *Ibid.* at § 101.

²³ Eur. Court HR, *Cyprus v. Turkey* [GC], no. 25781/94, 10 May 2001, § 81, ECHR 2001-IV. 不過也有學者認為，這樣的定義下，若是見到對方因自身之施虐而受苦，亦得構成一種目的，則此定義似乎無法使酷刑與其他行為切割 (Addo & Grief,

行釐清歐洲人權法院擴張「非人道或侮辱待遇」禁令的脈絡。首先，就一般情況而言，討論較為學說採納之弱勢類型化在該條文適用門檻上的意義；其次則探究歐洲人權法院如何就私人行為開發公約第 3 條下的國家積極義務、間接水平效力與弱勢類型。

一、公約第 3 條適用門檻及其原則

誠然，絕大多數主張其權利受侵害者，皆可能將事實與歧視及屈辱連結，進而主張平等與尊嚴。惟歐洲人權公約第 14 條或第 3 條，個案適用上皆有諸多限制。若公約第 14 條保障平等的侷限在於其條款之「消極」，則第 3 條難以普遍捍衛尊嚴的界限恐怕在於「絕對」。不同於我國憲法下之平等權，歐洲人權公約第 14 條僅為不歧視原則，以公約諸項實質權利條款之適用為前提，旨在排除公約保障權利之恣意差別待遇。²⁴ 何況該條文既未要求締約國促進實質平等，更未要求締約國採取優惠性積極措施。因此，尤其在弱勢保障方面，早年經常淪為可有可無的「配件」(Bossuyt, 1995: 486; Decaux, 1999: 106)。至於公約第 3 條，歐洲人權法院則謹遵瑣事不理 (de minimis non curat praetor) 原則 (Reidy, 2003: 10)。不可諱言，考量該條文對締約國不保留任何評斷餘地之高度強制力，其適用勢必審慎。相對而言，公約第 8 條同樣能夠保障人身安全²⁵ 與自主，²⁶ 而其第 2 項便允許各國依其政經社文條件組織其社會生活，而不至毫無餘地。

1998: 512, citing Harris, O'Boyle, & Warbrick, 1995: 61)。

²⁴ Eur. Court HR, *Rasmussen v. Denmark*, 28 November 1984, §§ 29-33, Series A no. 87.

²⁵ Eur. Court HR, *X and Y v. the Netherlands*, 26 March 1985, § 22, Series A no. 91.

²⁶ 甚至包括從事有害其身心之舉 (Eur. Court HR, *Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, 29 April 2002, §§ 61-62, ECHR 2002-III)。

(一) 絕對之下的相對

弔詭的是，縱然絕對，公約第 3 條下並非毫無裁量空間。此空間來自該條文之最低適用門檻，即所謂「最低嚴重性」(a minimum level of severity)²⁷ 之認定。在非人道或侮辱處遇爭議上，門檻高低尤其呈現動態。早在 1978 年的 *Ireland v. the United Kingdom*，院方即曾表示，影響此動態門檻之因素至少包括「施加待遇時間長短、身心影響程度，有時也涉及性別、年齡、健康狀況等」。²⁸ 一旦認定事關非人道或侮辱處遇，國家即頓失評斷餘地；至於何者屬之、何者不屬，便構成實質上的評斷餘地，適用比例原則加以評定。歐洲人權法院藉 1989 年 *Soering v. the United Kingdom* 指出，違反第 3 條之訴成立與否，端視被告國是否「在相關利益之間找出最適平衡，以及系爭決定是否合乎比例。」²⁹ 法理上，此語或許值得商榷。畢竟此無異於承認，只要符合比例原則，公約第 3 條可以容忍部分非人道或侮辱處遇 (Sudre, 1999: 160)。這也形同間接承認，特定情況中發生的殘忍待遇能夠為社會文化所接受 (Palmer, 2006: 439)。更甚者，條文的絕對性原本旨在全面保障「任何人」，卻因為絕對性本身的無可商量，必須捨棄大多數遭到踐踏的尊嚴。³⁰

反之，動態門檻雖然一方面可能造成「遺珠之憾」，另一方面卻容許歐洲人權公約第 3 條的擴張適用：一旦院方承認系爭作為達到最低嚴重性，便可能突破傳統適用疆界，憑藉該條文的絕對性，強勢介入系爭事物。例如，前揭 *Soering* 便決定了公約第 3 條的「連

²⁷ Eur. Court HR, *Ireland v. the United Kingdom*, *supra* note 20, at § 162.

²⁸ *Ibid.* at § 162.

²⁹ Eur. Court HR, *Soering v. the United Kingdom*, 7 July 1989, § 110, Series A no. 161.

³⁰ 幸而嗣後證實，*Soering* 揭示之比例原則審查，尚不包含引渡或驅逐時的國家安全或公共秩序考量 (Eur. Court HR, *Chahal v. the United Kingdom* [GC], 15 November 1996, §§ 75-82, *Reports* 1996-V)。

鎖效應」³¹ 適用法 (Sudre, 1990: 109), 使保障範圍及於如聯合國體系前揭 1984 年禁止酷刑公約第 3 條第 1 項所保障之「驅逐出境、遣返或引渡」後可能面臨相關風險,³² 包括不遣返原則 (principle of non-refoulement) 之適用。³³ 此外, 歐洲理事會 (Council of Europe) 整體上亦將廢除死刑與禁止酷刑相連接 (廖福特, 2006), 視為絕對原則 (Council of Europe, 2012: § 320)。歐洲人權法院曾藉 *Soering* 判決明示, 若有嚴格證據足資認定, 引渡可能使當事人暴露於受虐甚至死刑風險, 則引渡將違反歐洲人權公約第 3 條。³⁴ 爾後, 歐洲人權法院並將保障再擴充, 指此風險並不限於古典庇護概念下的「公權力迫害」。面對一件絕症體衰外籍人士的驅逐爭議案, 院方即指出: 除公權力迫害之風險外, 「考量第 3 條在公約體系中根本之重要程度, 本院應保留足夠彈性, 處理第 3 條在其他可能發生風險情況中的適用。」³⁵ 換言之, 無論難民的接待國或國籍國, 公權力本身並非絕症肇因, 但前者的遣返決定以及後者醫療資源上的無能為力, 仍構成生命健康的風險。

從前述 *Ireland v. the United Kingdom* 揭示之影響因素論觀察, 歐洲人權法院並未排除公約第 3 條適用於私人關係的可能。甚至,

³¹ 出自法語學界之«protection par ricochet», 屬公約間接保障效力, 最典型的例子為本段所述之遣返外籍人士可能使渠等為公約保障權利遭到侵害, 締約國雖非直接侵害渠等權利者, 然負有義務審酌遣返決定之後果 (Renucci, 2005: 90; Sudre, 2005a: 503)。

³² 相關研究如 Fornerod (2010); Gründler (2012); Julien-Laferrrière (2006); Weissbrodt & Hörtreiter (1999)。

³³ 2012 年歐洲人權法院大法庭的 *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* 判決 (no. 27765/09, 23 February 2012, ECHR 2012), 即為法院適用不遣返原則做出完整詮釋。

³⁴ Eur. Court HR, *Soering v. the United Kingdom*, *supra* note 29, at § 88.

³⁵ Eur. Court HR, *D. v. the United Kingdom*, no. 30240/96, 2 May 1997, § 49, Reports 1997-III.

上開重病難民遣返判決已經承認，公約第 3 條之適用並非以國家直接加害為前提。然如前所及，即使公約第 3 條保有（間接）水平效力的適用空間，其適用仍以垂直效力為主（Sudre, 2006: 15），相關的「弱勢類型」主要仍係國家直接作為之相對人，例如遣返雖非重症病患致命主因，卻無疑是提高致命風險的國家直接行為。易言之，公約第 3 條相關爭議以人身自由或居住遷徙自由受主權箝制者為大宗：從典型的受刑人到難民或失去居留權的外國人，且無論涉及實質權利或是程序保障。從保護失去自由者免遭精神或肢體暴力侵害的酷刑標準出發，終而使非人道或侮辱處遇得保障失去自由者的身心健康權（Harding & Bertrand, 1995; Mowbray, 2004: 52-59; Murillo, 2011）。延伸至驅逐出境、遣返或引渡範疇，則相關決定一旦強制執行，無論是當事人可能遭受直接迫害或是求助無門，無異於締約國將原本受其保護者棄於險境。在此基礎上，歐洲人權法院進一步發展出公約第 3 條下之國家積極義務。

歐洲人權法院曾於 1984 年宣示「司法不能在監獄門前止步」，³⁶更藉 2000 年的 *Kudła v. Poland*³⁷ 確立原則如下：由於自由刑本身便帶有苦難與侮辱性質，「公約第 3 條要求國家保障所有囚犯皆在人性尊嚴受尊重的條件下受監禁」，使受刑人在自由刑無可避免的痛苦外，尚得享有妥適生存環境。³⁸ 此外，針對受拘禁者之生命健康，院方多次重申，受拘禁者處於弱勢（vulnerable position），公權力因此有義務加以保護。³⁹ 而相對於受刑人的屈從狀態，國家未保

³⁶ Eur. Court HR, *Campbell and Fell v. the United Kingdom*, 28 June 1984, § 69, Series A no. 80.

³⁷ Eur. Court HR, *Kudła v. Poland* [GC], no. 30210/96, 26 October 2000, ECHR 2000-XI.

³⁸ *Ibid.* at § 94.

³⁹ 參見如 Eur. Court HR, *Salman v. Turkey* [GC], no. 21986/93, 27 June 2000, § 99,

障其健康時，違反者並非目的手段尚有商榷餘地之公約第 8 條，而是第 3 條，例如重度身心障礙受刑人之照護⁴⁰ 與重症患者受刑人就醫⁴¹ 等。此外，循著典型國家代理人強制執行公權力的思惟，公約第 3 條的保障亦廣及國家直接行使暴力之逮捕、拘禁、羈押方式與條件（王必芳，2014；Aksoy, 2008；Larralde, 2006），以及留置、安置等限制人身自由狀態下的保障（Cournil, 2008），甚至驅離和平示威群眾⁴² 之強制措施等。

出自公約第 3 條垂直效力之國家積極義務，另一項發展重點在於強制失蹤（enforced disappearance）。⁴³ 相較於聯合國之人權事務委員會（Human Rights Committee）與美洲人權法院（Inter-American Court of Human Rights），歐洲人權法院對強制失蹤議題反應甚遲（Decaux, 2006b: 162），而受前兩者判決先例影響。⁴⁴ *Kurt v. Turkey* 之事實，如同諸多強制失蹤爭訟般，兩造各陳其詞：聲請人主張其子於民宅為土耳其士兵包圍後遭羈押，然土耳其政府則堅稱

ECHR 2000-VII; *Keenan v. the United Kingdom*, no. 27229/95, 3 April 2001, § 91, ECHR 2001-III。

⁴⁰ Eur. Court HR, *Price v. the United Kingdom*, no. 33394/96, 10 July 2001, ECHR 2001-VII。

⁴¹ Eur. Court HR, *Mouisel v. France*, no. 67263/01, 14 November 2002, ECHR 2002-IX。

⁴² 就政府濫用催淚瓦斯，近年曾先後以違反公約第 3 條（Eur. Court HR, *İzci v. Turkey*, no. 42606/05, 23 July 2013）及第 2 條（Eur. Court HR, *Ataykaya v. Turkey*, no. 50275/08, 22 July 2014）為由判決土耳其敗訴。

⁴³ 參見如 Decaux (2006b) 或 Eur. Court HR, *Shamayev and Others v. Georgia and Russia*, no. 36378/02, 12 April 2005, ECHR 2005-III; *Varnava and Others v. Turkey* [GC], nos. 16064/90; 16065/90; 16066/90; 16068/90; 16069/90; 16070/90; 16071/90; 16072/90; 16073/90, 18 September 2009, ECHR 2009。

⁴⁴ Eur. Court HR, *Kurt v. Turkey*, no. 24276/94, 25 May 1998, §§ 69-70, 101-102, *Reports* 1998-III（聲請人與第三方之引述）。

其子應為叛軍綁架或自行加入恐怖組織而失聯，而獨立調查結果雖顯示聲請人部分主張可信，卻也無從證實其子確為土耳其軍方逮捕。唯一成立的事實，係聲請人確曾目睹其子於民宅為軍方包圍，嗣即下落不明。針對失蹤者本身，歐洲人權法院同意歐洲人權委員會 (European Commission of Human Rights) 見解，由於生死不明亦未知是否涉及綁架、凌虐，與其審酌土耳其於公約第 2 條 (生命權) 或第 3 條下之義務，未若自公約第 5 條 (人身自由) 追究國家調查義務。⁴⁵ 反之，對於身為家屬之聲請人，則接受人權事務委員會之認定方式，⁴⁶ 確立渠於公約第 3 條下之被害人適格，並指出檢察官未嚴正回應聲請人之訴，既未能提供任何官方資訊，更使其長時間陷於其子生死未卜之焦慮，違反公約第 3 條。⁴⁷

公約第 3 條礙於其絕對，預設適用門檻甚高。然而，一則有適用門檻之比例原則審查，二則有國家積極義務的持續發展，今已成為人身自由合法受制於公權力者至要之保障基礎。歐洲人權法院在獄政與強制失蹤議題上的見解，似對公約第 3 條於私人關係之適用具有關鍵意涵。如院方曾認定檢調單位未積極作為，以致被害人陷於求助無門之身體或精神痛楚，或是被告國堅稱系爭犯行非國家代理人所為，而事實又難以透過證詞詳加確認時，惟有追究國家保障體系之失靈，方得救濟被害人權利。⁴⁸ 強制失蹤尤其介於公權力侵

⁴⁵ *Ibid.* at §§ 100-117. 此處反映美洲人權法院 *Velásquez Rodríguez v. Honduras* (29 July 1988, § 150, Series C no. 4) 見解：強制失蹤涉及諸多權利保障，應綜合審酌之。

⁴⁶ CCPR, com. no. 107/1981, *Quinteros v. Uruguay*, dec. of 21 July 1983, UN Doc. CCPR/C/19/D/107/1981.

⁴⁷ Eur. Court HR, *Kurt v. Turkey*, *supra* note 44, at §§ 130-134.

⁴⁸ 歐洲人權法院對國家卸責的回應，另得參見 Eur. Court HR, *Cyprus v. Turkey* [GC], *supra* note 23, at § 157.

害與私人侵害之間的不確定地帶，若無證據將失蹤歸咎於國家行為，則須循其他論證方式迫使國家追究並澄清責任歸屬。此外，行政、司法等救濟的失靈，看似純粹為程序問題，然卻已造成被害人身心一定程度之傷害。至於此傷害程度是否達到公約第 3 條適用門檻，端視國家扮演角色以及被害人弱勢程度。因此，以下將探討者，即歐洲人權法院早年對弱勢類型的認定問題。

(二) 第 3 條適用之「弱勢類型」問題

公約第 3 條保障範疇的擴張有一矛盾：雖以「任何人」為保障對象，歐洲人權法院終究還是透過判決先例，逐步將人加以分類。雖然，建立類型的目的是將保障力延展至最狹義的酷刑以外，但其實一定程度造成類型上的排斥。學者指出 (Sudre, 1999: 164-167; 2006: 16-17)，歐洲人權公約監督體系早年也曾建立若干第 3 條適用類型，包括種族歧視、⁴⁹ 社會貶抑 (*discrédit social*)、⁵⁰ 對未成年人施以鞭刑、⁵¹ 未取得知情同意之醫療試驗⁵² 等。然而，此揭先例除涉及「處罰」之鞭刑案之外，其餘「待遇」相關先例，皆為歐洲人權委員會 1980 年代前之決定。反之，歐洲人權法院似乎並未積極承接上開弱勢類型論述。因此，無論國家積極義務如何於公約其餘條款下開展，公約第 3 條幾乎以垂直效力為適用前提，並以各類人身自由受到主權限制者為中心。

⁴⁹ Eur. Comm. HR, *East African Asians v. the United Kingdom*, 14 December 1973, D.R. 78, p. 5.

⁵⁰ Eur. Comm. HR, *X. v. Federal Republic of Germany* (dec.), 15 December 1977, D.R. 11, p. 16.

⁵¹ Eur. Court HR, *Tyrer v. the United Kingdom*, *supra* note 18.

⁵² Eur. Comm. HR, *X. v. Denmark* (dec.), 2 March 1983, D.R. 32, p. 283.

相較於廣義之聯合國人權監督體系，⁵³ 尤其是聯合國「酷刑及其他殘忍、非人道或侮辱待遇或處罰特別報告員」(Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment)，⁵⁴ 歐洲人權法院適用歐洲人權公約第 3 條的條件，曾相對謹慎保守。首先，聯合國體系相對並不強調酷刑與其餘處遇之間的嚴重性差異，至多以「行為目的」(purpose of the conduct)⁵⁵ 區別之，橫豎一律絕對禁止。⁵⁶ 其次，聯合國體系循著「弱勢」概念，已然產生一系列格外需要保護之類型：兒少、老年、婦女、跨性別、少數民族、身心障礙、絕症患者、自由受合法剝奪者、難民，以及流離失所者等 (Morawa, 2003: 140-141)。人權事務委員會早在 1990 年代便以禁止酷刑、非人道或侮辱處遇為名，與各國就性別歧視對話，例如禁止未成年少女志願終止妊娠 (特別是性侵被害人)、性產業剝削問題、少女割禮、家庭暴力等 (Delaplace, 2010: 217)。而上開反酷刑特別報告員於 2000 年的報告中，亦於性別、年齡等特定族群之外，將「貧窮」與其職權範圍連結，強調資源不足對自由受限者及其家屬處境造成之差別待遇 (Rodley, 2000: §§ 34-37)。

相較之下，早年歐洲人權委員會與歐洲人權法院皆曾拒絕針對人身處於自由狀態下的弱勢類型適用第 3 條。其中，未達最低嚴重

⁵³ 此指聯合國人權相關機制，包含政治監督、準司法監督、個別專家等。

⁵⁴ 特別報告員雖為政治監督機構所指派，但獨立行使職權，且為聯合國與民間組織之間的重要橋樑，許多時候甚至扮演積極推動改革的角色，整體上較監督機構更具前瞻性。

⁵⁵ 參見反酷刑特別報告員 Manfred Nowak 於報告附件 (2010: §§ 187-188) 中引述之反酷刑委員會 (Committee against Torture; CAT) 見解。

⁵⁶ 人權事務委員會並不認為有此區分必要 (Human Rights Committee, 1982: § 2)。

性門檻者包括未成年智能障礙者遭關護中心相關人士性侵案、⁵⁷ 社會補助戶遭斷電致最低生存條件不足案、⁵⁸ 身心障礙者就業歧視⁵⁹ 或非婚生子女之社會排斥⁶⁰ 問題等。上開斷電案聲請人為單親，貧病交迫並育有兩名子女，因繳不出電費而遭斷電，而 1990 年的歐洲人權委員會雖不否認公約第 3 條或得保障經濟社會條件，卻終未受理此案，亦未藉此發展公約第 3 條適用標準：例如因貧困而無電可用為何尚不至於侮辱 (Cassese, 1991: 143-144)？多年以後，歐洲人權法院雖亦明確承認，「完全不足夠之撫恤金及其他社會給付，原則上可能涉及公約第 3 條之禁止非人道或侮辱處遇」，⁶¹ 亦未曾因此判決任何締約國違反公約第 3 條。關於一對貧窮夫妻因長期無力提供 5 名未成年子女適足住居所，乃至子女遭社福單位安置，⁶² 歐洲人權法院認為，聲請人夫妻並非無視其子女居住條件，僅因經濟困頓而使家庭遭拆散而非提供合宜居所，國家干預措施顯未符合比例原則。惟本案係違反公約第 8 條，意謂無須公約第 3 條介入，亦得適當保障聲請人之生存權利。

從歐洲人權公約整體而言，鑒於瑣事不理原則及其餘實質權利條款保障力，即使涉及暴力、弱勢或嚴重身心損害，第 8 條或已足以保障未成年之性侵被害人、⁶³ 家暴被害人，⁶⁴ 以及更廣泛的健

⁵⁷ Eur. Court HR, *X and Y v. the Netherlands*, *supra* note 25.

⁵⁸ Eur. Comm. HR, *Francine van Volsem v. Belgium*, no. 14641/89, dec. of 9 May 1990, unreported.

⁵⁹ Eur. Comm. HR, *X. v. the Netherlands* (dec.), 13 December 1977, D.R. 9, p. 194.

⁶⁰ Eur. Court HR, *Marckx v. Belgium*, 13 June 1979, § 66, Series A no. 31.

⁶¹ Eur. Court HR, *Larioshina v. Russia* (dec.), no. 56869/00, 23 April 2002; *Budina v. Russia* (dec.), no. 45603/05, 18 June 2009.

⁶² Eur. Court HR, *Wallová and Walla v. the Czech Republic*, no. 23848/04, 26 October 2006.

⁶³ Eur. Court HR, *X and Y v. the Netherlands*, *supra* note 25.

康權，⁶⁵ 而另以公約第 14 條參照第 8 條審酌，尚得爭取失業津貼。⁶⁶ 再從保障功能發揮之需求觀察，前揭諸多公約第 3 條的擴充適用範圍，早已超越杜絕極權國家機器濫權之初衷。過去十餘年歐洲採取的反恐與國家安全措施，便大幅增加禁止酷刑、引渡，甚至移民遣返等問題之案件量 (Sitaropoulos, 2007; Warbrick, 2004)。直至今日，這些問題仍持續與歐洲移民政策對抗，甚至引發歐洲人權法院疾呼各國配合判決先例，勿使該院成為國家驅逐出境決定之終審法院，徒增案件積存量 (Costa, 2011)。顯然，公約第 3 條並無擴張適用範圍的迫切需求。然而，回到該條文訂立初衷，亦即杜絕二次大戰期間種族歧視與迫害的悲劇，則面對今日歐洲交纏族群、移民、經濟等社會區隔問題的挑戰，⁶⁷ 公約第 3 條如何保持沈默？曾任職歐洲人權法院的 Bonello (2002) 法官便於本世紀初質問：歐洲人權法院半世紀的判決先例，何以竟未以公約第 3 條譴責種族主義罪行？

當人身自由未受公權力限制時，第 3 條介入必要何在？理論上，人性尊嚴或許是個可悲卻有力的論證 (Lambert, 2009: 338)。但以前述歐洲人權公約整體保障層級而言，此論證似乎尚嫌不足。而自上開 Bonello 法官之語觀察，歐洲可能復甦的傷痛過往，又豈止種族主義？圍繞著性別的爭議，在東歐已引發「對性別作戰」(war

⁶⁴ Eur. Court HR, *Bevacqua and S. v. Bulgaria*, no. 71127/01, 12 June 2008.

⁶⁵ Eur. Court HR, *A, B and C v. Ireland* [GC], no. 25579/05, 16 December 2010, ECHR 2010; *Vilnes and Others v. Norway*, nos. 52806/09 and 22703/10, 5 December 2013.

⁶⁶ Eur. Court HR, *Gaygusuz v. Austria*, 16 September 1996, *Reports* 1996-IV.

⁶⁷ 法國社會學者 Alain Touraine (1997) 早在 1990 年代即指出，公私之界已為經濟型態所突破，「於公吾等皆為公民，於私則尊重私人認同」之論是否還能支持共同和平生活的理念，值得商榷。

on gender) 之警訊 (Korolczuk, 2014: 44)。即便處於相對自由的狀態，部分極端弱勢的個人，其尊嚴遭到踐踏的程度，似乎並不亞於身處非常狀態下的各類弱勢族群。假設在自由狀態下尊嚴尚不如自由受限者，公約第 3 條卻置之不理，則人權保障層級道理何在？亟待國家履行積極義務以確保微眇尊嚴之特殊弱勢，可能主張不受歧視或平等權，或是尋求人性尊嚴之尊重。尊嚴能夠指望的最強保障，當推公約第 3 條，即使第 8 條同樣可能達成對國家究責之效。國家對於國境之內遭受社會排斥或欺凌者，究竟應負何等積極義務？

二、公約第 3 條間接水平效力的開展

原則上，歐洲人權公約第 3 條之適用一旦成立，則國家並無評斷餘地，必然構成違反公約。在積極義務的開展下，重點不僅在於第 3 條「是否適用於個案」，⁶⁸ 更可能需進一步審酌「國家行為是否滿足第 3 條要求之積極義務」。⁶⁹ 為研判第 3 條於個案中是否成立，歐洲人權法院往往經過一番比例原則的實質論證，而非僅程序問題審查。該條文共含五項元素：酷刑、非人道、侮辱、待遇、處罰。鑒於法治國原則，處罰限於經司法裁決之懲罰，而待遇則不必然為國家行為 (Reidy, 2003: 11-17)。前文已略及，當公約第 3 條課責國家積極義務時，可能對私人產生間接水平效力。為使公約保障實質有效，不致淪於「理論或虛幻」，⁷⁰ 國家因此必須在合理可及範圍內，有效預防、調查、起訴並懲處私人違反禁令之舉 (林鈺雄，

⁶⁸ Eur. Court HR, *Tysiąc v. Poland*, *supra* note 12, at § 66.

⁶⁹ Eur. Court HR, *Eremia v. the Republic of Moldova*, no. 3564/11, 28 May 2013, § 55.

⁷⁰ Eur. Court HR, *Airey v. Ireland*, 9 October 1979, § 24, Series A no. 32.

2008; Akandji-Kombé, 2006)。私人關係若最終能突破公約第 3 條適用門檻，關鍵無疑在於該條文程序保障的發展：透過審酌「是否適用」的過程，藉實質有效保障論，建構出國家保障個人免於私人非人道或侮辱待遇之積極義務內涵。

(一) 從侮辱處罰到侮辱待遇

公約第 3 條結合弱勢類型以確立其間接水平效力的過程中，兒少保護或許可謂先行者，雖然早年案例中，歐洲人權法院曾有所遲疑。今日討論第 3 條保護兒少之功時，往往上溯 1978 年的 *Tyrer v. the United Kingdom*。不過，此案涉及刑罰這項制度化暴力 (institutionalized violence)，⁷¹ 符合「侮辱處罰」定義，⁷² 一則年齡並未構成適用要素，二則無涉私人行為。真正掀起爭議者，乃前揭 1985 年智能障礙未成年人性侵案，⁷³ 被害人之父請求歐洲人權法院就其女處境適用公約第 3 條之侮辱待遇。歐洲人權法院固然認為民事救濟不足以彌補被害人私人生活權所受之侵害，刑法有效嚇阻犯罪仍為必要，⁷⁴ 然終究採納歐洲人權委員會意見，⁷⁵ 認為荷蘭刑事規範的欠缺不符第 3 條管轄範圍。⁷⁶ 此案涉及多重弱勢類型，未成年、性別權力與身心障礙，可惜礙於第 3 條垂直效力的認定，

⁷¹ Eur. Court HR, *Tyrer v. the United Kingdom*, *supra* note 18, at § 33.

⁷² *Ibid.* at § 29.

⁷³ Eur. Court HR, *X and Y v. the Netherlands*, *supra* note 25.

⁷⁴ *Ibid.* at § 25. 本案爭點在於荷蘭刑法對性侵規範的缺失：案發時被害人剛滿 16 歲，已不符與青少年非法性交之限，而荷蘭法院認為，性侵必須被害人能夠自主提告；若由其父代理，則諸多其餘規範皆不適用，例如所謂被害人的「無助」限於喪失意識或肢體無法抗拒，而案發當場並無第三者亦無示眾之虞，加害人與被害人關係亦未構成支配。

⁷⁵ Report (31) of 5 July 1983, Series B no. 74, § 95.

⁷⁶ Eur. Court HR, *X and Y v. the Netherlands*, *supra* note 25, at §§ 33-34.

未足以使被害人處境進入比例原則審酌。

就私人關係中的非人道或侮辱待遇，歐洲人權法院在 1993 年的 *Costello-Roberts v. the United Kingdom*⁷⁷ 中開始掙扎。當事人遭到私立學校體罰，並主張渠為公約第 3、8 及 13 條保障之權利。⁷⁸ 首先，院方並未以「毫無根據」為由拒絕審酌公約第 3 條之適用。⁷⁹ 然而在 5 : 4 的緊繃票數下，院方終究拒絕比照 *Tyrer* 採認校方體罰為「侮辱處罰」，認為所受處罰並未達第 3 條之最低嚴重性。包括當時院長在內的少數法官，藉部分不同意見書 (Ryssdal, Vilhjálmsson, Matscher, & Wildhaber, 1993) 表示，基於義務教育原則，私立學校仍應受國家一定程度的約束，如同國家不能因為將監獄私有化，便允許體罰的存在。渠等認為，公約第 8 條對人身安全的保障並不比第 3 條對規訓措施的限制來得直接，而基於處罰不符比例且未取得家長同意，本案無違第 8 條但違反第 3 條。不過，縱使少數法官更重視特別權力關係中的階級性，以及相對的學童弱勢處境，其見解仍在於堅持「依校規體罰」屬制度性處罰，並基於年齡、執行方式的考量，符合 *Tyrer* 之侮辱處罰。換言之，若當初少數法官再多贏得一票，該判決可能成為典型的「轉型先例」：在個案中透過國民教育義務，課責國家直接責任，反之則拒絕承認公約第 3 條可能的間接水平效力。

⁷⁷ Eur. Court HR, *Costello-Roberts v. the United Kingdom*, 25 March 1993, Series A no. 247-C.

⁷⁸ 約十年前已有校規體罰爭議先例，但當時歐洲人權法院仍維持如同 *Tyrer* 案之「侮辱處罰」認定，認為未違反公約第 3 條，僅對學生受教權以及家長管教子女方式決定權構成違反第 1 號議定書第 2 條 (Eur. Court HR, *Campbell and Cosans v. the United Kingdom*, 25 February 1982, Series A no. 48)。

⁷⁹ 因而曾有論者 (Kikelly, 2001: 316) 樂觀認為此案開啟私校體罰問題中國家義務究責的可能，也反映歐洲人權法院積極參酌聯合國 1989 年兒童權利公約 (United Nations Convention on the Rights of Child) 以保障受虐兒童。

間接水平效力的轉型先例，或許得以 1997 年的 *H.L.R. v. France*⁸⁰ 為代表 (Chassin, 2006: 245-246)，雖然此案當事人身分仍屬「自由為主權所箝制者」，然其中對聲請人遣返後命運之論證，極有助於後續發展。本案事實略為，法國擬驅逐一名哥倫比亞運毒者，而聲請人向法國警方供出諸多情報，返國後恐遭毒販圍剿。被告國曾主張本案不受公約第 3 條管轄，因迫害者並非哥倫比亞當局。換言之，被告國認為，即使歐洲人權法院基於連鎖效應，適用第 3 條於外國人之驅逐，其管轄範圍仍止於其國籍國之直接行為。歐洲人權法院的 21 人大法庭如是回應：「根據國家積極義務及系爭條款絕對性質，當締約國不尊重其公約義務時，無論基於其行為或其有所不為，公約第 3 條可能適用於個人所為之非人道及侮辱待遇。」⁸¹ 院方並進一步質疑當年哥國當局是否能對抗龐大的犯罪組織，有效保護當事人安全。惟院方大膽開場、小心作收，隨之表示：「第 3 條不能解釋為同樣適用於存在私人或私人組成團體罪行風險的案例中，付出大幅擴張適用範圍的代價。」⁸²

雖曾語帶保留，歐洲人權法院終究向趨勢妥協。繼二次戰後，1990 年代是國際上就禁止酷刑、非人道或侮辱處遇保障範圍重新凝聚共識的關鍵時期。尤其是發生在歐洲本土的戰禍與難民等問題 (Bassiouni, 1996; Joyner, 1996)，最後促成 1998 年羅馬規約的簽署，使觸犯「人間最嚴重罪行」的個人在司法前無所遁形。同時，1990 年代也不失為兒童及婦女權利獲得正視的重要演進期，而此

⁸⁰ Eur. Court HR, *H.L.R. v. France* [GC], no. 24573/94, 29 April 1997, *Reports* 1997-III.

⁸¹ *Ibid.* at § 30.

⁸² *Ibid.* at § 32.

多少與聯合國人權監督體系的重新活躍有關。⁸³ 非僅虐童、性侵等犯行得證立難民資格，⁸⁴ 且羅馬規約正式將諸多性暴力視為違反人道罪，⁸⁵ 相關罪行趨於絕對法。歐洲人權法院若繼續拒絕發展第 3 條間接水平效力，將可能在理論上使歐洲人權公約的保障次於非常時期的人道法。⁸⁶

論者指出，歐洲人權法院對兒少保護的重視，早在 1979 年經典先例 *Marckx v. Belgium*⁸⁷ 中透露 (Surrel, 2006: § 1)，而前揭 *Costello-Roberts* 也已預示，私人關係中的凌虐才是兒少保障的關鍵。而今，*Tyrer* 的制度性懲罰問題，反而在歐洲人權法院判決先例史上獨樹一格 (Chassin, 2006: 238)。1998 年的 *A. v. the United Kingdom*，⁸⁸ 公約第 3 條終於對私人行為加害之被害人開啟保障之門 (Surrel, 2006: § 5)。此案涉及繼父過度體罰兒童。案發前，聲請人 A. 及其兄弟即曾因其母同居伴侶暴力相待而被安置。其母嗣與該名伴侶結婚，然一家團聚兩年後，時年約 9 歲之聲請人再度為其繼

⁸³ 前揭聯合國兒童權利公約的影響即頗為顯著 (Kikelly, 2001: 317-318)。

⁸⁴ 聯合國難民署 (United Nations Refugee Agency, 1991) 自 1990 年代起，便建議各國採認性別暴力難民。

⁸⁵ 事實上羅馬規約第 7 條規範並非先鋒，早在 1946 年紐倫堡大審時，強制性交即已構成違反人道罪 (Loi n 10 du Conseil de contrôle des Alliés de 1946, § 1(c), le 20 décembre 1945, *J. O. du Conseil de contrôle en Allemagne*)。

⁸⁶ 1990 年代以降，倡議將性別相關暴力視為酷刑、非人道或侮辱處遇之議，一方面促成國際刑事法院之相關判決，另一方面亦促成聯合國反酷刑委員會打破傳統立場，於 1996 年一宗遣返聲請案中確認性侵為酷刑的一種 (CAT, *Muzonzo v. Sweden*, com. no. 41/1996, dec. of 8 May 1996, UN Doc. CAT/C/16/D/41/1996)，並終於透過其 2007 年一般性意見第 2 號 (CAT, 2007)，闡明國家對私人間性別暴力負有盡其能事 (due diligence) 之義務 (Gaer, 2012: 294-296)。

⁸⁷ *Supra* note 60.

⁸⁸ Eur. Court HR, *A. v. the United Kingdom*, no. 25599/94, 23 September 1998, *Reports* 1998-VI.

父以棍棒攻擊，驗傷報告指出傷勢為大量施力所造成，且累積多次不同傷痕。內國法官認定，本案應由檢察官證明系爭傷害已超越正當管教，而繼父終為宣判無罪。A.尚未成年，無法直接向內國法院提起訴訟，遂直接向歐洲人權委員會提交聲請案 (Berro-Lefèvre, 2008: 12)，控訴英國政府未能保護渠免於其繼父之虐待，違反公約第 3 條。

聲請人同時主張其公約第 8 條權利，而歐洲人權法院確實也有此選項，例如比照 1985 年之未成年身心障礙者遭性侵判決，認定事實未達第 3 條適用門檻，僅違反第 8 條。然而，在歐洲人權委員會與被告國皆同意本案違反公約第 3 條的前提下，歐洲人權法院仍認為有必要受理本案，⁸⁹ 儼然意在藉此發展公約解釋。相較於前揭 *Castello-Roberts*，此次無法再將施暴者與國家相關聯，但 *Castello-Roberts* 對兒少處境的論證亦不容推翻，A.判決終於正式確立第 3 條保障兒少免於家庭暴力威脅之間接水平效力。院方明確宣示，在公約第 1 條合併第 3 條解釋下，國家應「採取適當措施」使個人免遭酷刑、非人道或侮辱處遇，「包括此類由私人所為之虐待 (ill-treatment)」。⁹⁰ 此案一則譴責國家刑法規範不足 (禁止不足)，故以公約第 3 條「修補」內國法之缺憾，二則是質疑聲請人遭受之嚴重肢體傷害，竟無法於英國法下證立無合理懷疑 (beyond reasonable doubt) 之證據，影響刑罰之效度。該判決引發進一步議論：對於規範具足而執行不力的權利侵害問題，如家庭暴力案件中警方怠於應變，是否比照論證？

⁸⁹ *Ibid.* at § 19.

⁹⁰ *Ibid.* at § 22.

(二) 從積極義務到「盡其能事」原則

與上開 A. 同年宣判的 *Osman v. the United Kingdom*，⁹¹ 雖因主要被害人身亡而適用公約第 2 條，亦非家庭暴力事件，而係熟識者之謀殺，但為後續公約第 3 條間接水平效力發展奠定先例。此案中，歐洲人權法院認為英國警方並未於關鍵時刻回應「實際而立即風險」(real and immediate risk)，⁹² 英國政府不予究責，即違反國家保障生命之積極義務。⁹³ 歐洲人權法院隨後於 2001 年的 *Z and Others v. the United Kingdom* 中整合上開 A. 及 *Osman* 論點，以公約第 1 條之積極義務為基礎，⁹⁴ 肯定公約第 3 條之間接水平效力外，並融入源自英美法之「盡其能事」⁹⁵ (due diligence) 原則。Z. 案爭點在於，四名未成年人受家庭虐待，而社工單位經過數年觀察，態度消極亦無作為，導致被害人精神受創，檢方以怠忽法定職責或輕忽兒童福利向地方主管機關求償未果。歐洲人權法院在重申 A. 所要求之「適當措施」後，引述 *Osman* 表示：「這些措施必須提供有效保護，尤其對兒童及其他弱勢者，同時包含對主管單位已知悉或應知悉之虐待採取合理預防步驟。」⁹⁶

⁹¹ Eur. Court HR, *Osman v. the United Kingdom* [GC], 28 October 1998, Reports 1998-VIII.

⁹² 被害人家屬之求救訊號 (*ibid.* at § 116)。

⁹³ *Ibid.* at § 121.

⁹⁴ Eur. Court HR, *Z and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 29392/95, 10 May 2001, § 73, ECHR 2001-V.

⁹⁵ 惟須說明，此概念並未明文出現在 *Osman* 或 Z. 判決中，而是以積極義務的形式出現。此外，院方早年論及 due diligence，主要是在公約第 6 條的公平審判與第 5 條的人身自由框架下。此外，譯詞參照司法院大法官釋字第 708 號解釋蘇大法官永欽協同意見書。

⁹⁶ Eur. Court HR, *Z and Others v. the United Kingdom* [GC], at § 73.

此後，2003年之 *M.C. v. Bulgaria*⁹⁷ 可謂完整結合間接水平效力、積極義務與前述弱勢類型認定，也正式推翻上開 1985 年未成年人性侵判決徒留遺憾的結論 (Surrel, 2006: § 16)。嚴格而論，就此案事實之認定，兩造說法頗有落差。與上開 1985 年案雷同之處，在於聲請人疑遭性侵時，已屆依內國法得合意進行性行為之年齡，因此無法由檢方依與未成年人性交罪起訴疑犯。⁹⁸ 聲請人自稱在滿 14 歲那年，與同學兄長及其友人共三名男性出遊，並於車內遭其中一人性侵，嗣為渠等輾轉駕車領至親戚屋內後，再為另一人性侵。爭議在於，諸方當事人證詞版本相左，而自稱當晚曾目擊夜遊四人之證人，則皆作證謂聲請人看似並無恐懼或沮喪反應，而兩名嫌犯則主張系爭性行為全然出於合意。被告國檢方以欠缺強制性交證據為由（無法證明當事人有所掙扎或求助）未起訴嫌犯。歐洲人權法院審酌此案的慎重，反映在性侵證據的諸多比較法參考文獻中，包括前南斯拉夫國際刑事法庭 (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia) 的判決先例。⁹⁹ 院方引述此揭比較法規範撰寫長文表示，肢體抗拒已不再構成當代性侵的必要證據。¹⁰⁰

歐洲人權法院藉 *M.C.* 進一步發展公約第 3 條下國家對疑似性侵被害人之保障義務。本案訴訟代理人曾向歐洲人權法院提出兩名保加利亞精神心理專家之證詞。渠等引述研究指出，性侵受害者有兩種反應模式，一是激烈掙扎，二是如聲請人一般因震驚而消極回應，告訴自己性侵並未發生。¹⁰¹ 院方接受此說，認定被告國並未

⁹⁷ Eur. Court HR, *M.C. v. Bulgaria*, no. 39272/98, 4 December 2003, ECHR 2003-XII.

⁹⁸ *Ibid.* at §§ 10, 72.

⁹⁹ ICTY judgments, *Prosecutor v. Furundžija*, no. IT-95-17/1-T, AC, 10 December 1998; *Prosecutor v. Kunarac, Kovač and Vuković*, no. IT-96-23, 22 February 2001.

¹⁰⁰ Eur. Court HR, *M.C. v. Bulgaria*, *supra* note 97, at §§ 154-166.

¹⁰¹ *Ibid.* at §§ 69-71.

充分考量未成年人的弱勢，尤其遭受性侵時的心理因素。再者，檢方既不排除聲請人並非志願性交，調查工作卻長期拖延。¹⁰² 因此，在不對嫌犯是否有罪表示意見的前提下，院方仍對被告國課以第 3 條下之程序積極義務，因本案欠缺積極調查以懲罰加害者並補償被害人。*M.C.* 堪稱歐洲人權法院判決史上對兒少保護與禁止性侵的里程碑。承審本案的比利時籍 *Tulkens* 法官亦藉其協同意見書 (2003: § 1)，強調針對性侵同時適用公約第 3 條與第 8 條的重要性。畢竟，院方引述之國際法規範已絕對禁止性侵，有必要與其餘性犯罪區隔，公約第 3 條與第 8 條適得滿足此一嚴重性區隔之需。*M.C.* 一方面翻轉前揭 1985 年之判決，另一方面則將該先例所稱禁止性侵之積極義務內涵明確化：除入罪外，尚須進行有效刑事偵查並起訴犯行，以刑事程序為必要救濟手段，尚不得以民事程序為唯一有效救濟。¹⁰³

國家保護未成年人免受第三人侮辱待遇之絕對義務，旋即於 2005 年的 *Siliadin v. France*¹⁰⁴ 中間接獲得確認。本案聲請人於未滿 16 歲時隨其父友人持觀光簽證抵法，寄居家戶從事無給家事勞動且無固定休假，護照並曾為其父之友所扣。法國司法當局認為，一則聲請人有一定程度的獨立行動時間，未遭禁錮，則寄居家庭命渠無酬家事勞動本身並不至於奴役，二則聲請人雖僅與寄居家庭子女共寢一室，生活環境衛生安全無虞，因此免除加害人利用他人弱勢與

¹⁰² *Ibid.* at §§ 183-184.

¹⁰³ Eur. Court HR, *M.C. v. Bulgaria*, *supra* note 97, at §§ 166, 186. 不過也有學者對「刑罰作為絕對武器」之論存疑，認為刑罰應視為「最終手段」而非「最有效手段」；除了經常被引用的 *Tulkens* 法官協同意見書 (2003: § 2) 之外，參見 *Van Drooghenbroeck* (2007: 100)。

¹⁰⁴ Eur. Court HR, *Siliadin v. France*, no. 73316/01, 26 July 2005, ECHR 2005-VII.

依賴而換取無酬勞動之刑責，相關爭訟以民事賠償終局。¹⁰⁵ 惟此案並未適用公約第 3 條，而以公約第 4 條（禁止奴役）為判決中心，然兩者卻有相通之處。歐洲人權法院即藉判決指出，公約第 2、3 及 4 條體現「民主社會的根本價值之一」，¹⁰⁶ 重申即使國家未直接侵害上述權利，未必滿足公約第 1 條下之積極義務。¹⁰⁷ 甚至在結論中堅定宣稱：「對人權與基本自由保障的要求日增，也就同時且無可抗拒地反映出，本院在審酌對民主社會根本價值的侵害，更加堅決不移。」¹⁰⁸ 易言之，公約第 4 條實則與第 3 條同樣具絕對性，屬於公約中層級最高條款之一；無論自何者審酌，院方欲強調之價值相當，且依循相同考量而為。

歐洲人權法院於 *Siliadin* 「格外具有教學意涵」(Decaux, 2006a) 的「原則性判決」(Sudre, 2005b: 1956) 中，引述歐洲理事會文獻強調，歐洲的當代奴役制現象，被害人成千上萬，且以女性受害居多。繼而引述前揭 M.C. 宣示，當代規範及趨勢下，締約國有義務以刑罰有效制止相關罪行。¹⁰⁹ 法國相關刑法規範僅適用於狹義之勞動剝削，¹¹⁰ 而歐洲人權公約第 4 條卻及於強制勞動與當代奴役，例如以「農奴」般控制行動自由¹¹¹ 而迫使非法居留、失其護照、無經濟來源亦無依無靠之弱勢未成年人勞動，¹¹² 亦屬當代意涵之奴役 (servitude)。 *Siliadin* 奠定公約第 4 條對當代奴役制的回應，雖

¹⁰⁵ *Ibid.* at §§ 43-44.

¹⁰⁶ *Ibid.* at § 82.

¹⁰⁷ *Ibid.* at § 77.

¹⁰⁸ *Ibid.* at § 148.

¹⁰⁹ *Ibid.* at §§ 111-112.

¹¹⁰ 值得說明的是，本案判決時法國已於 2003 年通過修法，強化保障。初審法院對本案的強烈措辭，也為 2001 年國會報告所引述。*Ibid.* at § 48; Decaux (2006a).

¹¹¹ *Ibid.* at § 123.

¹¹² *Ibid.* at § 126.

未置於公約第 3 條下審酌，實則意涵彼此重疊。與 M.C. 同樣結合兒少保護與性別意識，*Siliadin* 可謂從公約另一個角度鞏固絕對基本權利的保障義務，並要求締約國必須依當代迫害型態訂立刑罰規範 (Massias, 2006)。M.C. 判決不再單純以公約第 8 條下之個人身心完整權保護性侵被害人，而 *Siliadin* 判決則拒絕視奴役為一般勞動剝削爭議。院方決意以更為絕對不留餘地之公約條款譴責被告國，其關鍵或許在於相關罪行已引發國際嚴重關切，相較之下，保國警方對性侵案偵查的輕忽與僵化，以及法國法規範對凌虐非法移民童工的束手無策，須以更絕對的條款約束之。

為守護民主社會的根本價值，歐洲人權法院宣誓將「更加堅定」落實公約保障，顯然並非虛言。公約第 3 條下間接水平效力、積極義務與弱勢類型的組合案例，於 2005 年另就種族歧視問題開展。2001 年的 *Cyprus v. Turkey* 中，院方即聲明：「若締約國當局認同，無論明示或默許，個人行為侵害其管轄權下其他人受公約保障之權利，則國家仍可能負有公約義務。」¹¹³ 並於審酌整體北塞浦路斯希臘裔居民處境時，採納歐洲人權委員會意見，認定相關種族歧視措施（隔離、監視、行動自由限制等）為公約第 3 條禁止之侮辱待遇。¹¹⁴ 然而，北塞浦路斯局勢畢竟較為特殊，在一般情況下則如上述 Bonello 法官所憂，遲遲未見第 3 條代表「民主社會根本價值」發言。2005 年，歐洲人權法院終於再次確立種族歧視與侮辱待遇之關聯，緊繼大法庭以 *Nachova and Others v. Bulgaria*¹¹⁵ 譴責被告國對羅姆人 (Romas) 的歧視後，由分庭透過 *Moldovan and Others v.*

¹¹³ Eur. Court HR, *Cyprus v. Turkey* [GC], *supra* note 23, at § 81.

¹¹⁴ *Ibid.* at §§ 306-311.

¹¹⁵ Eur. Court HR, *Nachova and Others v. Bulgaria* [GC], nos. 43577/98 and 43579/98, 6 July 2005, ECHR 2005-VII.

Romania (No. 2)¹¹⁶ 發展公約第 3 條保障弱勢族群的內涵。此揭案例雖非單純私人行為導致之侵害，但對公約第 3 條發展意義重大且承先啟後，值得透過專節研討之。

參、尊嚴、歧視與私人間侮辱待遇

人性尊嚴無疑為歐洲人權公約第 3 條之核心考量 (Jeannin, 2006: 105)，同時逐漸介入形式平等與反歧視之司法論述 (McCrudden, 2008: 690)。從歐洲人權委員會早年適用侮辱待遇的決定中，似乎可以觀察到，委員會認為該條文下，尊嚴與平等有時是無法分離的。論及此條文與歧視，一般必然引述前揭 *East African Asians*，然而多半限於種族歧視的討論 (Hepple, 2006: 609-611; McCrudden, 2008: 690; Nowicki, 1999: 28-29)。此處必須深究，是否不限於種族，任何歧視本身皆可能構成侮辱待遇？歐洲人權公約主要以第 14 條禁止歧視，¹¹⁷ 又為何在部分判決中，「降下」第 3 條的高門檻介入歧視爭議？以下將分別從歐洲人權法院近十年判決先例中，逐步梳理，釐清侮辱待遇與禁止歧視的關聯，並對照單純以人性尊嚴為由，是否同樣能夠促成公約第 3 條之適用。

一、禁止歧視與人性尊嚴

雖然在部分適用公約第 8 條的判決中，歐洲人權法院亦未否認

¹¹⁶ Eur. Court HR, *Moldovan and Others v. Romania* (No. 2), nos. 41138/98 and 64320/01, 12 July 2005, ECHR 2005-VII (extracts).

¹¹⁷ 另有第 12 號議定書第 1 條之不受歧視權 (內國法承認權利之平等近用權)，以及第 7 號議定書第 5 條之夫妻間平等，然前者僅適用於少數批准國家，後者作為公約第 12 條之補充亦絲毫未曾發揮功效。參見 Gonzalez (2002)。

聲請人遭受一定程度的屈辱，惟未臻第 3 條之「最低嚴重性」。¹¹⁸ 2013 年一宗潛水員後遺症爭議，歐洲人權法院考量者，並非爭點是否構成屈辱或威脅生命安全，而是審酌國家疏失與相關後遺症認識有限的比例原則後，否認第 3 條之適用。¹¹⁹ 誠然，第 3 條排除公序良俗但書，惟實務上引以支撐第 3 條擴充解釋的歐洲共識甚或國際共識，對被告國而言或可視為外部公序良俗與內部公序良俗的對話。此一影響，在歐洲人權法院更加系統性地進行比較法論述（包括國際人權規範）後，益發顯著。

（一）歧視作為對人性尊嚴之貶抑

雖然發展相對於兒少保障略遲，但種族歧視作為一種侮辱待遇的認定方式，卻是理解歐洲人權法院對公約根本價值是否果真「更加堅決不移」的重要指標。前文已略述，歐洲人權委員會 1973 年的 *East African Asians* 決定，曾為種族歧視構成侮辱待遇建立先例。此案雖涉及國家直接歧視，但對嗣後發展有對照價值，因此有必要在此討論。本案聲請人等為英國殖民地公民或英國公民的夫婿，後者屬受英國保護人士 (British protected persons)，皆欲離開東非定居英國本土，卻為當時大英國協移民法所拒。系爭措施允英國公民之妻移居本土而排除英國公民之東非亞裔夫婿。委員會並未單純以公約第 14 條參照第 8 條評價本案。¹²⁰

¹¹⁸ 例如 Eur. Court HR, *Smith and Grady v. the United Kingdom*, nos. 33985/96 and 33986/96, 27 September 1999, § 122, ECHR 1999-VI。

¹¹⁹ Eur. Court HR, *Vilnes and Others v. Norway*, *supra* note 65, at § 253.

¹²⁰ 反之，歐洲人權法院於 1985 年審理英國公民之外籍夫婿遭遇類似東非亞裔夫婿之居留問題案，便止於以性別歧視譴責英國違反公約第 14 條參照第 8 條，而非聲請人等同時主張的種族歧視。Eur. Court HR, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, 28 May 1985, Series A no. 94.

委員會顯然非常介意英國國會排斥東非亞裔人口湧入本土的立法動機，¹²¹ 強調東非英屬殖民地獨立運動中的「非洲化」，已使亞裔居民難以立足，甚至淪為新國家的非法居民；反之，渠等唯一能夠指望的，是所持有之英國護照。¹²² 委員會於報告中逕將歧視問題置於公約第 3 條的「侮辱待遇」下檢視，並說明道：「既然歧視被視為構成『侮辱待遇』的元素之一，而置於第 3 條下審酌，本委員會認為並無參照公約第 14 條加以檢驗的必要。」¹²³ 這也突顯公約不歧視原則的矛盾：看似保障平等，面對歧視卻可能欠缺實益，一旦委員會認定爭點落入第 3 條之「侮辱待遇」，第 14 條顯得可有可無。

種族歧視何以構成侮辱待遇？委員會採納聲請人等之論，指出公約第 3 條禁止「侮辱待遇」，「其總目的在於預防對人性尊嚴格外嚴重的干預。因此，使人在等級、地位、名聲或特質上低人一等，已經達到一定程度的嚴重性，不得不視為第 3 條所指之『侮辱待遇』。」¹²⁴ 最後，委員會在結論中重申：「公然以種族為由，對一群人遂行差別待遇，在特定情況下可能對人性尊嚴構成一種形式特別的侮辱。」¹²⁵ 然而，此論於歐洲人權公約判決先例史上，曾一度成為孤島。即便僅止於國家立法規範的形式歧視，歐洲人權法院至 2000 年甚至不曾出現任何因種族歧視違反公約第 14 條的先例 (Picheral, 2001: 518-519)，即使略有發展，卻似乎仍欠缺對人性尊嚴與社會凝聚方面的論述 (Picheral, 2001: 529)。直到前揭 2001 年

¹²¹ *Ibid.* at § 199.

¹²² *Ibid.* at § 206.

¹²³ *Ibid.* at § 180.

¹²⁴ Eur. Comm. HR, *East African Asians v. the United Kingdom*, *supra* note 49, at § 189.

¹²⁵ *Ibid.* at § 207.

的 *Cyprus v. Turkey*，歐洲人權法院眼見希臘裔塞浦路斯人被迫「遺世獨立、行動受限、受控制且無更新或發展其社群之前景」，才打破沈默表示：這樣的生存條件本身即構成貶抑，且「違反了對社群成員的人性尊嚴應予尊重這個概念」。¹²⁶

不過，無論東非亞裔的入境限制，或是北塞浦路斯的生存條件，畢竟皆涉及國家的直接規範或行為，僅為本文分析標的之參考先例。公約第 3 條譴責種族歧視從國家行為到私人罪行的轉型判決，仍屬 2005 年的 *Moldovan and Others v. Romania* (No. 2)。¹²⁷ 近年歐洲人權法院諸多與旅行民族地位相關之判決，包括此案，陸續引發「歐洲版 *Brown v. Board of Education*」¹²⁸ 的議論 (Goodwin, 2009; Hepple, 2006)。不過，雖然 *Moldovan* 與 *Brown* 同聲嚴正斥責種族歧視，但美國聯邦最高法院運用平等保障條款提高審查密度，¹²⁹ 而歐洲人權法院則是借重禁止侮辱待遇來強化其保障之絕對性。¹³⁰ *Moldovan* 涉及一樁發生於 1993 年的種族衝突事件，三名羅姆男性於酒吧與非羅姆人口角後爆發肢體衝突，並因此致其中一人死亡。憤怒的鄰近村民來到當事者羅姆人聚落，且因肇事者拒絕出面而放火焚屋，肇事三人兩名被毆傷而亡，一名死於火場。當地警方在場卻無所作為，甚至教唆摧毀當地羅姆人身家財產。村民嗣而大肆入侵羅姆聚落放火焚村，本案聲請人等皆為被害人。¹³¹

惟上開事實發生在歐洲人權公約對被告國生效前，歐洲人權法

¹²⁶ Eur. Court HR, *Cyprus v. Turkey* [GC], *supra* note 23, at §§ 309-310.

¹²⁷ Eur. Court HR, *Moldovan and Others v. Romania* (No. 2), *supra* note 116.

¹²⁸ 347 U.S. 483 (1954).

¹²⁹ *Ibid.* at 606.

¹³⁰ Eur. Court HR, *Moldovan and Others v. Romania* (No. 2), *supra* note 116, at § 113.

¹³¹ *Ibid.* at §§ 17-19.

院無權管轄之。案件爭點於是轉移到公約生效後持續的權利侵害：聲請人等流離失所，全家委身地窖、雞舍、馬廄等處，寄宿友人處亦極度擁擠。¹³² 國家任聲請人等持續處於驅離住所狀態以及一再拖延住屋重建，原則上尚屬公約第 8 條之積極義務；而被告國亦如此主張。詳論之，若追究國家代理人不作為或違法作為（包括未起訴涉案警方或滅證警官），則被告國對本案事實持續狀態所負之義務，尚屬公約之垂直效力。反之，事實中造成聲請人等生活陷入困境者，尚涉及私人，而後續救濟仍屬國家處理民間種族暴力事件應負之積極義務。因此，歐洲人權法院亦對本案重申多項原則。針對公約垂直效力，締約國負有保護私人與家庭生活之積極義務，必須對國家代理人越權或違反命令之行為負責。¹³³ 而就公約間接水平效力，院方則重申，締約國當局默許或默認其管轄權下之私人違反他人受公約保障權利，仍須承擔其於公約下之可責性。¹³⁴

惟須說明，就本案整體國家義務的確認，歐洲人權法院主要仍以警方涉案為依據，並於認定本案事實已嚴重違反公約第 8 條後，繼續追究第 3 條。院方就後者分別強調兩個面向。其一是聲請人等事發後持續長達十年之惡劣生存條件，加上當局普遍的消極態度，必然使聲請人等備受煎熬，因此「損及渠等人性尊嚴並使渠等有此體悟而感到屈辱與貶抑」。¹³⁵ 其次則是整體公權力機構對聲請人等的蔑視，例如當局將當地羅姆人視為麻煩製造者的公開言論，亦已構成侮辱待遇。況且，內國法院全然未考慮上開違反公約情事。因此，就聲請人等長年生存條件與公然蒙受之種族歧視部分，歐洲

¹³² *Ibid.* at § 103.

¹³³ *Ibid.* at §§ 93-94.

¹³⁴ *Ibid.* at § 94.

¹³⁵ *Ibid.* at § 110.

人權法院判決被告國違反公約第 3 條之禁止侮辱待遇。¹³⁶ 此外，院方認定，訴訟程序冗長且不利於聲請人，以及當局認為聲請人等羅姆族裔滿口胡言且浪費公帑，因此另以公約第 14 條審酌之，強調公約第 6 條保障之程序權（司法權之偏頗）與第 8 條之私人家庭生活權（行政權之蔑視），乃基於明顯之種族歧視而遭差別待遇。¹³⁷

委員會所謂種族歧視本身便構成侮辱待遇之論，在 *Moldovan* 獲得回響 (Matter, 2006a)。不過，*Moldovan* 並不代表公約第 3 條就此成為禁止種族歧視的代言，且距離正式確認歐洲人權法院對私人間種族暴力適用相同原則，尚需最後一步。此處尚需提及約莫與 *Moldovan* 同時期宣判的 *Nachova and Others v. Bulgaria*。¹³⁸ 此案為典型國家代理人執行公權力失當問題：警察在逮捕過程中殺害一名羅姆青年。歐洲人權法院大法庭採比較法佐證，¹³⁹ 將「種族暴力」與一般暴力行為予以區隔：「種族暴力對人性尊嚴構成一種重大侮辱，鑒於其危險後果，當局須格外警戒並強力反應。因此，當局應採用所有可能方式對抗種族主義與種族暴力」，以便讓民主社會看清，多元並非威脅而是豐富的來源。¹⁴⁰ 涉及生命之剝奪，大法庭特意在第 2 條外加判違反公約第 14 條參照第 2 條程序保障，譴責保國檢方並未查證執法警員是否有種族仇恨言論的挑釁在先，¹⁴¹ 而開創締約國在第 14 條下調查暴力是否涉及種族動機的義務 (Matter, 2006b)。

¹³⁶ *Ibid.* at §§ 111-114.

¹³⁷ *Ibid.* at §§ 132-140.

¹³⁸ *Supra* note 115.

¹³⁹ *Ibid.* at § 82.

¹⁴⁰ *Ibid.* at § 145.

¹⁴¹ *Ibid.* at § 164.

而翌年的 *Osman v. Bulgaria*，¹⁴² 就「調查國家代理人暴力是否有種族歧視成分」的程序問題上，幾乎比照 *Nachova* 立論。¹⁴³ 而該判決更指出，一旦懷疑種族可能是施加暴力的動機，¹⁴⁴ 「特別是有國家代理人涉入時」，當局在公約第 2、3 以及 14 條下皆負有查證義務。¹⁴⁵ 似乎意謂，就第三人暴力行為是否有種族動機之疑慮，第 3 條之程序保障亦可能獨立責成國家積極調查義務。2007 年的 *Šečić v. Croatia*¹⁴⁶ 仍然延續了公約第 14 條參照第 3 條模式。此案不同於上開諸案，嫌犯應為私人，且警方懷疑為種族主義極端團體所為，故暴力疑似帶有種族主義成分。歐洲人權法院並未因加害人非國家代理人而改變判決手法，而是引述 *Nachova* 判決，區隔暴力的究責與種族歧視的調查，前者就傷害程度（肋骨骨折）判定違反公約第 3 條，後者係就當局明知可能涉及種族暴力而遲遲未加查證，而適用公約第 14 條參照第 3 條。

惟公約第 3 條與第 14 條下，皆可能課責國家查證是否涉及種族歧視之義務，究竟應否單獨適用第 3 條，或是仍需第 14 條介入？2012 年的 *Koky and Others v. Slovakia*，¹⁴⁷ 處理的是一件類似 *Moldovan* 的種族暴力衝突事件，惟此次並無警方直接涉案。事實發生於 2002 年，羅姆人聚落因細故遭到破窗砸門入侵，並以肢體暴

¹⁴² Eur. Court HR, *Osman v. Bulgaria*, no. 43233/98, 16 February 2006.

¹⁴³ 反之，關於警方於衝突中將土耳其裔聲請人視為羅姆人而行生之咒罵，院方認為雖有貶意，然不至構成種族歧視，未違反公約第 14 條。*Ibid.* at § 91.

¹⁴⁴ 不過，後續諸多案例中，歐洲人權法院也強調，無法單從通案事實（當地警察普遍對特定族群的惡感）推定個案中的暴力可能具有種族歧視動機，仍需有一定程度的個案事證足資懷疑，方得責成國家查證義務。Eur. Court HR, *Mižigárová v. Slovakia*, no. 74832/01, 14 December 2010, § 117.

¹⁴⁵ Eur. Court HR, *Osman v. Bulgaria*, § 88.

¹⁴⁶ Eur. Court HR, *Šečić v. Croatia*, no. 40116/02, 31 May 2007.

¹⁴⁷ Eur. Court HR, *Koky and Others v. Slovakia*, no. 13624/03, 12 June 2012.

力攻擊部分住民，其間伴隨種族仇視用語。檢警陸續發動之偵查，皆以證據不足為由，未起訴任何人。歐洲人權法院就本案重申，一旦事實達到公約第 3 條適用門檻，即使國家未直接涉案，亦負有公約第 1 條參照第 3 條下之積極義務。¹⁴⁸ 院方嗣就暴力使用層級與傷害程度，斷定達到公約第 3 條適用門檻，並指出刑事偵查中與前揭諸案同樣的系統性保障失靈問題。不過，值得注意的是，本案雖引述消除種族歧視委員會 (Committee on the Elimination of Racial Discrimination) 兩度就被告國作出之羅姆人歧視爭議決定，¹⁴⁹ 於公約第 3 條下之判決理由，卻相對較少議論國家體系忽略系爭暴力行為中的種族歧視面向。對於聲請人等就公約第 14 條參照第 3 條之主張，亦以毋需審酌相同事實為由未予申論。¹⁵⁰ 此與 *Moldovan* 及 *Nachova* 分別建立之模式又有不同，前者直接以公約第 3 條譴責種族歧視，後者則透過公約第 14 條參照第 3 條另行責成程序義務，而 *Koky* 雖亦採認事實有損「種族尊嚴」，¹⁵¹ 似近於 *Moldovan* 見解，然相對更為回歸公約第 3 條原初概念，以傷害規模與程度為主要審查標準。一個可能的解釋，或許是本案雖涉及種族歧視，然刑事訴訟程序上的缺失，卻全面影響各類犯罪被害人權利，¹⁵² 院方之評議因而並未以種族歧視為中心。

此外，涉及種族歧視與侮辱待遇者，尚應計入羅姆女性因難產

¹⁴⁸ *Ibid.* at § 213.

¹⁴⁹ *Ibid.* at §§ 146-154. CERD Comm., com. no. 13/1998, *Anna Koptova v. Slovak Republic*, dec. of 8 August 2000, UN Doc. CERD/C/57/D/13/1998; com. no. 11/1998, *Miroslav Lacko v. Slovak Republic*, dec. of 9 August 2001, UN Doc. CERD/C/59/D/11/1998.

¹⁵⁰ *Ibid.* at § 243.

¹⁵¹ *Ibid.* at § 224.

¹⁵² 參見本案就斯洛伐克刑事訴訟救濟之討論。*Ibid.* at §§ 171-197.

而需剖腹，卻遭醫院強致結紮爭議案。單自適用條款觀察，院方的確對 *V.C. v. Slovakia*、¹⁵³ *N.B. v. Slovakia*¹⁵⁴ 以及 *I.G. and Others v. Slovakia*¹⁵⁵ 等案，皆認定被告國同時違反公約第 3 條及第 8 條。¹⁵⁶ 然而歐洲人權法院並未全然比照前揭種族暴力諸案評價之，相對上更加強調醫院在程序上違反醫療倫理，趁婦女難產折騰之際要求簽署手術同意書，導致不可逆之傷害，因而違反公約第 3 條。院方雖肯定羅姆婦女對生育能力的格外重視，¹⁵⁷ 但依舊認為歧視足以合併於公約第 3 條下審理（構成弱勢類型之要件）。其中關鍵，應在於院方於三案中皆承認，相關證據並不足以證明，醫師違法行為乃基於「種族考量之故意」（intentionally racially motivated）甚或為國家有組織的政策（organized policy）使然。¹⁵⁸

*V.C.*案波士尼亞赫塞哥維納籍承審法官 Mijović (2011) 指出，多數法官此一評析手法過於個案化，輕易略去真正的核心問題，亦即自共黨時代政策所延續而來的系統性強制結紮羅姆婦女。學者也批評，種族暴力或歧視才是本案關鍵 (Hoyle, 2014: 26-30)，種族歧視及相關積極義務的發展不足，尤為本案之憾 (Garcia, 2012)。尤其，強制結紮在 1998 年羅馬規約中屬於違反人道罪，第 3 條非僅有必要適用於羅姆婦女強制結紮案，更需要與上開種族歧視諸案

¹⁵³ Eur. Court HR, *V.C. v. Slovakia*, no. 18968/07, 8 November 2011, ECHR 2011.

¹⁵⁴ Eur. Court HR, *N.B. v. Slovakia*, no. 29518/10, 12 June 2012.

¹⁵⁵ Eur. Court HR, *I.G. and Others v. Slovakia*, no. 15966/04, 13 November 2012.

¹⁵⁶ 值得說明的是，雖然歐洲層級的調查報告顯示，羅姆婦女於公立醫院中遭到強制結紮，背後可能是斯洛伐克政府有組織的政策。但歐洲人權法院一則避免討論公立醫院醫師是否具有國家代理人身分，二則不願對斯洛伐克政府的角色置評。參見如 Eur. Court HR, *V.C. v. Slovakia*, *supra* note 153, at §§ 177-179。

¹⁵⁷ *Ibid.* at § 178.

¹⁵⁸ *Ibid.* at § 177; Eur. Court HR, *N.B. v. Slovakia*, *supra* note 154, at § 121; Eur. Court HR, *I.G. and Others v. Slovakia*, *supra* note 155, at § 165.

連結，反映國家應消弭系統性歧視及其衍生暴力侵害、有效偵查並懲處加害人之積極義務。反之，Mijović (2011) 法官的意見是，應該以公約第 14 條強調種族歧視的面向，而非主張由公約第 3 條直接「代言」種族歧視之禁止。另關於多數法官認為客觀證據不足證立醫師種族歧視動機，因此不另審查是否違反公約第 14 條之論，則有學者建議院方應轉移舉證責任 (Möschel, 2012)。

表面上，院方相對未格外強調種族歧視之理由，或可自院方論證方式，以及院方參酌之國際人權法、歐洲比較法¹⁵⁹等面向研析。羅姆婦女強制結紮爭議，至少體現醫療知情同意權、對婦女施加之暴力以及種族歧視等面向，種族固然是個案中的主因，但卻是針對該族群中特定性別之侵害，一則非羅姆婦女並無此待遇，二則同族群男性未遭受相同待遇。不過，超越判決書論證方式，若自 2010 年以降歐洲人權法院中部分法官對於公約第 3 條適用門檻的立場觀察，則或許更有助於理解下列問題：上述 *Koky* 與羅姆婦女強制結紮爭議三項判決，何以於公約第 3 條適用門檻之論證中，既非持「種族歧視構成侮辱待遇」之論，亦未另以「公約第 14 條參照第 3 條」追究歧視動機，而是更傾向於回歸公約第 3 條本身對個人身心完整傷害程度之審酌，並將歧視合併於相同事實中審酌。¹⁶⁰ 未經知情同意而不可逆的結紮手術、羅姆女性對生育力的重視，因此整體構成侮辱待遇。院方是否因此在譴責重大系統性歧視的判決手法上出現歧異？此項初步觀察，尚需自院方就「對婦女施加暴力」爭議之立場檢驗之。

¹⁵⁹ *Ibid.* at §§ 76-86.

¹⁶⁰ 事實上，*Koky*、*V.C.*、*N.B.*、*I.G.* 諸案皆由當年的第四分庭裁判之，而庭長 *Bratza* 法官正是公開主張公約第 3 條應維持較高適用門檻者。詳見下文分析。

(二) 保障特殊弱勢的絕對義務？

除前文所及之兒少保護與種族歧視問題外，婦女人身安全在過去十年間，亦逐步在公約第 3 條的絕對保障下築起防線。院方確實曾於 2008 年的 *Bevacqua and S. v. Bulgaria* 強調，諸多國際人權文件皆承認家暴被害人之「特殊弱勢」(particular vulnerability)¹⁶¹ 與國家積極介入保護之必要性，但終究在不否認第 3 條可能合併適用前提下，僅以被告國違反第 8 條作結。院方同時引述美洲人權委員會 2000 年的 *Maria da Penha v. Brazil*¹⁶² 以及消除對婦女歧視委員會 (Committee on the Elimination of Discrimination against Women) 2005 年的 *A.T. v. Hungary*¹⁶³ 兩件婦女家暴爭訟，並綜合兩案，借用前者的盡其能事原則¹⁶⁴ 與後者引述家庭生活保障條款¹⁶⁵ 的手法。或許，被害人係成人且傷害程度較輕，但院方並未於判決書中解釋為何本案不符合「最低嚴重性」門檻。

2009 年 *Opuz v. Turkey* 終於首開先河，明文以盡其能事義務¹⁶⁶ 責成國家預防、調查、處罰第 3 條禁止行為之積極義務，啟用該條文保護嚴重家暴受害婦女。¹⁶⁷ 關於家暴被害人報案後反悔而撤銷告訴的問題，歐洲人權法院特別強調，即便歐洲各國對公權力應於何時停止介入並無共識，但檢方仍應滿足一定程度的比例原則考

¹⁶¹ Eur. Court HR, *Bevacqua and S. v. Bulgaria*, *supra* note 64, at § 65.

¹⁶² Inter-Am. Comm. HR, *Maria da Penha v. Brazil*, no. 12.051, *report* no. 54/01, OEA/Ser.L/V/II.111 Doc. 20 rev. (2000).

¹⁶³ CEDAW Comm., *A.T. v. Hungary*, com. no. 2/2003, dec. of 26 January 2005, UN Doc. CEDAW/C/36/D/2/2003.

¹⁶⁴ Eur. Court HR, *Bevacqua and S. v. Bulgaria*, *supra* note 64, at § 73.

¹⁶⁵ 消除對婦女一切形式歧視公約 (Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women) 第 16 條。

¹⁶⁶ Eur. Court HR, *Opuz v. Turkey*, no. 33401/02, 9 June 2009, § 146, ECHR 2009.

¹⁶⁷ 此案涉及聲請人遭殺害之母，適用公約第 2 條，此處略之。

量，例如案情嚴重性、武器使用、再犯機率等等。¹⁶⁸ 對多次遇襲而受重傷的聲請人而言，被告國未能採取有效嚇阻措施保護聲請人之的人身安全，違反公約第 3 條。¹⁶⁹ 與前揭種族暴力諸案不同點在於，歐洲人權法院並未直接認定「性別暴力」得獨立構成公約第 3 條之侮辱待遇。第 3 條於本案之適用較近似於前揭兒少保護案件之手法，對照受保護需求¹⁷⁰ 以及暴力之施加與威脅程度，確認達到最低嚴重性。¹⁷¹

反之，就 *Opuz* 的性別歧視問題，歐洲人權法院乃以公約第 14 條參照第 2 條與第 3 條之程序保障過問之。在一一引述上開美洲人權委員會、消除對婦女歧視委員會見解¹⁷² 以及非政府組織相關報告後，幾乎是以通案批判的手法譴責被告國嚴重輕忽東南部偏鄉婦女家暴被害人處境，¹⁷³ 進而指出公權力的消極導致聲請人尋求保障未果，違反公約第 14 條參照第 3 條。這樣的認定固然展現歐洲人權法院強調家庭暴力含有性別歧視成分的決心，不過也同時反映兩個問題。其一，院方並不願比照種族暴力而認定性別暴力等於侮辱待遇，而選擇以公約第 14 條強調歧視；其二，院方並非單純針

¹⁶⁸ *Ibid.* at § 138.

¹⁶⁹ *Ibid.* at § 176.

¹⁷⁰ *Ibid.* at § 160. 院方嗣於審酌不歧視原則處強調，聲請人居住地家暴被害人比例最高，被害人盡為教育程度甚低且經濟不獨立之庫德族 (Kurdish) 女性 (*ibid.* at § 194)。

¹⁷¹ 2012 年另項判決，也是基於被害人傷勢嚴重而認定達到公約第 3 條適用門檻。Eur. Court HR, *E.M. v. Romania*, no. 43994/05, 30 October 2012, § 57.

¹⁷² *Opuz* 引述者 (§ 77) 為 2007 年之 *Fatma Yildirim (deceased) v. Austria* (CEDAW Comm., com. no. 6/2004, dec. of 1 October 2007, UN Doc. CEDAW/C/39/D/6/2005)，奧地利違反 1979 年公約第 2 條第 a、c 與 f 項以及第 3 條等國家保障婦女積極義務的「核心條款」。

¹⁷³ Eur. Court HR, *Opuz v. Turkey*, *supra* note 166, at §§ 184-198.

對個案中的婦女處境審酌歧視 (Picheral, 2013: 714)。這似乎可以說明，何以後續諸多家暴爭議中，¹⁷⁴ 歐洲人權法院一度繼續視個案選擇單獨適用第 8 條，而並不一定動用第 3 條。

直到 2013 年的 *Eremia v. the Republic of Moldova*¹⁷⁵ 與 *Valiulienė v. Lithuania*¹⁷⁶ (Glazewski, 2014)，院方才拋開如同 *Opuz* 之通案式譴責，以個案中當局的消極為中心，¹⁷⁷ 判決被告國未滿足公約第 3 條下之國家積極義務。若謂院方先前無意於公約第 3 條下建立家暴之固定弱勢類型，則此類型似乎於 *Eremia* 與 *Valiulienė* 確立。*Eremia* 主要參酌 *Opuz*，同時以公約第 3 條以及公約第 14 條參照第 3 條審酌事實。當公約第 3 條僅對被告國基於「實際而立即風險」¹⁷⁸ 課責保護家暴被害人之積極義務時，第 14 條便尚存介入空間。*Eremia* 與 *Valiulienė* 兩案主要聲請人，¹⁷⁹ 皆主張國家對家暴的忽視涉及性別歧視 (gender-based violence)，¹⁸⁰ 惟僅 *Eremia* 違反第 14 條參照第 3 條。對於 *Eremia* 加害人之妻求助無效，院方認定檢警甚至法庭之相關決定違反公約第 14 條參照第 3 條，顯然是因為個案情況全然符合聯合國對婦女施加暴力特別報告員 (United

¹⁷⁴ 例如 Eur. Court HR, *A. v. Croatia*, no. 55164/08, 14 October 2010; *Hajduová v. Slovakia*, no. 2660/03, 30 November 2010; *Kaluczka v. Hungary*, no. 57693/10, 24 April 2012。

¹⁷⁵ Eur. Court HR, *Eremia v. the Republic of Moldova*, *supra* note 69.

¹⁷⁶ Eur. Court HR, *Valiulienė v. Lithuania*, no. 33234/07, 26 March 2013.

¹⁷⁷ 主要是檢方中止對家暴加害人的調查，院方認為被告國因此未能有效嚇阻再犯威脅，且儼然構成免責 (*Eremia v. the Republic of Moldova*, §§ 56-66; *ibid.* at §§ 64-70)。

¹⁷⁸ Eur. Court HR, *Eremia v. the Republic of Moldova*, §§ 59-60.

¹⁷⁹ *Eremia* 案尚有兩名女兒並列原告。

¹⁸⁰ Eur. Court HR, *Valiulienė v. Lithuania*, § 51; *Eremia v. the Republic of Moldova*, § 82.

Nations Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences) 訪視報告 (Ertürk, 2009) 對被告國保障體系藐視婦女處境的批評。¹⁸¹ 反之，或許由於立陶宛已於 *Valiuliené* 事實發生後，循消除對婦女歧視委員會之建議立法強化家暴防治與救濟，院方並未如 *Eremia* 判決般追究公權力之歧視心態。顯然，此處公約第 14 條參照第 3 條，與前揭種族暴力判決之適用方式，大不相同。

另一個涉及性別然爭議性較高者，當屬合法志願終止妊娠行使權之爭。相較於聯合國核心人權公約監督體系從性別歧視切入之論述方式，¹⁸² 歐洲人權法院較不強調性別面向。但若因此認為院方忽視性別歧視，則似乎難以解釋何以其餘醫療近用問題大多仍停留於公約第 8 條之保障，¹⁸³ 而生育健康卻能夠有條件適用第 3 條。歐洲人權法院雖曾表示妊娠婦女處於弱勢，然主要適用於人身自由遭合法或非法限制之處境。¹⁸⁴ 嗣於 *Tysiqc* 判決中，面對可能因生育而近於全盲之聲請人，則較罕見地承認妊娠婦女弱勢處境，惟評價仍限於公約第 8 條範圍內 (Komanovics, 2009; Roman, 2007)。¹⁸⁵ 至 2010 年愛爾蘭志願終止妊娠權爭議案，*A, B and C v. Ireland*，¹⁸⁶ 其中的 C 聲請人係基於癌症治療與妊娠狀態可能之衝突而產生恐

¹⁸¹ Eur. Court HR, *Eremia v. the Republic of Moldova*, §§ 37, 89.

¹⁸² 最具代表性者如人權事務委員會 2000 年之第 28 號一般性意見，段 11 (Human Rights Committee, 2000)。

¹⁸³ 此處姑且排除適用公約第 3 條已行之有年的重病外國人遣返問題 (Eur. Court HR, *D. v. the United Kingdom*, *supra* note 35) 或受刑人醫療照護爭議 (Eur. Court HR, *Price v. the United Kingdom*, *supra* note 40; *Mouisel v. France*, *supra* note 41)。

¹⁸⁴ 如 Eur. Court HR, *Bati and Others v. Turkey*, nos. 33097/96 and 57834/00, 3 June 2004, § 122, ECHR 2004-IV (extracts)。

¹⁸⁵ Eur. Court HR, *Tysiqc v. Poland*, *supra* note 12, at § 127.

¹⁸⁶ Eur. Court HR, *A, B and C v. Ireland* [GC], *supra* note 65.

懼，愛爾蘭政府並未積極協助渠確保健康，僅任渠自力赴海外進行手術。但大法庭仍未接受適用第 3 條之主張，判決亦通篇未曾就「弱勢」加以肯認或討論。換言之，C 聲請人對生命健康的憂懼，尚須與第 8 條第 2 項的善良風俗抗衡。

直至翌年之 *R.R.* 案，歐洲人權法院的立場終於有所轉變。本案與前揭 *Tysiqc* 案背景雷同，關係到波蘭醫療人員良知抗拒權 (conscientious objection) 與合法志願終止妊娠權有效行使之衝突。相關爭議下，波蘭欠缺醫療決定相衝突時之仲裁機制、病患權利救濟機制等問題，隨之浮現。不同的是，*R.R.* 案乃因醫療人員含糊其辭，而未及確認超音波掃描顯示胎兒患有先天染色體異常疾病，¹⁸⁷ 徒使聲請人錯過終止妊娠合法期限，該名女嬰出生後並經確診為透納氏症候群 (Turner syndrome) 患者。¹⁸⁸ 歐洲人權法院就此案採取了不同於以往的觀察角度，進而首開先例，強調孕婦之嚴重弱勢 (great vulnerability)。¹⁸⁹ 嚴重弱勢之認定，使孕婦承受煎熬與羞辱的比重獲得重新審視，為公約第 3 條史無前例之適用奠定論述基礎 (Fabbrini, 2011: 42-43; Larralde, 2012)。上述仲裁或救濟機制，於是置於第 3 條之固有國家積極義務下加以評價。

而波蘭志願終止妊娠權行使爭議三部曲最終回的 *P. and S.* 案，公約第 3 條更是有充足理由適用。兩名聲請人為母女，而聲請人 P. 當年為疑似遭性侵而懷孕之 14 歲少女，在符合波蘭內國法志願終止妊娠要件的前提下就醫 (刑罪導致之妊娠)，卻處處遭到醫療人

¹⁸⁷ 依波蘭法，經產前檢查或其他醫學發現，顯示胚胎將遭遇嚴重而不可逆之傷害，或患有不可癒之致命疾病者，得終止妊娠 (Eur. Court HR, *R.R. v. Poland*, *supra* note 13, at § 67)。

¹⁸⁸ *Ibid.* at § 37.

¹⁸⁹ *Ibid.* at § 159.

員、神職人員及民間團體的阻撓或騷擾。輾轉進出醫療院所之間，甚至因其母 S. 遭檢舉強迫渠「墮胎」，而為法院於其雙親未獲許出席、P. 女亦未獲任何法律協助的前提下，裁定臨時安置。最後，當其母 S. 向衛生部病患權利處求助安排進行人工流產之醫院，尚須經過三人見證簽署 P. 女流產同意書，另補報見證人身分證字號等程序方提供協助。幾經波折，雖順利完成手術，但兩母女行蹤持續為民間「反墮胎」團體披露於眾。而檢察官非但未就 P. 女遭強制性交起訴任何嫌犯，甚至以未成年從事性行為嫌疑而偵訊之。¹⁹⁰ P. 女之年齡、被迫懷孕等處境，使院方認定渠處於極度弱勢，¹⁹¹ 而其遭遇已構成不成比例的侮辱。

承上，「極度弱勢」是否構成歐洲人權法院動用公約第 3 條之關鍵？抑或是波蘭包括醫療仲裁機制、衛生及司法機構對聲請人處境的置之不顧，方為要件？*R.R.* 判決中，歐洲人權法院參酌多項聯合國核心人權公約體系對波蘭定期報告之審查意見，¹⁹² 其中即揭示，波蘭對志願終止妊娠的縮限措施，加以醫師個人與孕婦胎兒諸方利益欠缺調解機制，使得可能符合終止妊娠要件的孕婦，陷入孤立無援之境。而 *P. and S.* 母女的遭遇，更突顯波蘭欠缺調解救濟機制，僅因本案為媒體大幅報導而提供特別行政救濟。尤其，*R.R.* 案聲請人於內國民事訴訟上已獲損害賠償，而 *P. and S.* 案聲請人則及時完成終止妊娠，歐洲人權法院仍適用公約第 3 條而未寬貸被告國。該條文之適用關鍵，應為被告國面對弱勢之整體救濟機制失靈問題。

¹⁹⁰ *Ibid.* at § 165.

¹⁹¹ Eur. Court HR, *P. and S. v. Poland*, *supra* note 14, at § 161.

¹⁹² Eur. Court HR, *R.R. v. Poland*, *supra* note 13, at §§ 84-86.

二、以侮辱待遇譴責系統性歧視

至此或能合理推測，雖曾猶豫，歐洲人權法院終而借重侮辱待遇，責成締約國對抗國內嚴重系統性歧視之積極義務，對於公約體系中欠缺足以推動平等或對抗社會排斥之條款，或有彌補之效。一則借重侮辱待遇強調國家修正嚴重系統性歧視之絕對義務，而不必然直言歧視的存在，另則向系統性歧視及基於歧視之暴力，宣誓其鞏固公約核心價值的決心。不過，尚須釐清者乃前揭歐洲人權法院諸多判決先例是否已呈現一定可循脈絡？上開案例中似乎已經透露公約第 3 條適用仍有瓶頸，而部分判決先例之間甚至存在矛盾。另一方面，締約國雖有積極義務採取措施解決嚴重系統性歧視，然欲普遍捍衛歧視所傷害之人性尊嚴，終究係公約第 3 條難以達成的目標？

(一) 歧視與最低嚴重性門檻

涉及整體社會公私部門普遍存在的歧視，而以侮辱待遇督促國家積極保護弱勢的案例中，近年尚有身心障礙者歧視之例：2012 年的 *Dorđević v. Croatia*。¹⁹³ 一對母子因為兒子的身心雙重障礙，兩人長年遭受鄰里兒童言語羞辱或肢體攻擊，而公權力的介入卻總是無疾而終，若非口頭警告驅散，則認為不宜起訴稚齡兒童。歐洲人權法院於判決中，同樣引述歐洲與國際身心障礙者保障原則，並祭出重典，宣判被告國未盡其積極義務保護身心障礙者，違反公約第 3 條。惟須說明，由於本案加害人皆為 14 歲以下少年，被告國違反公約第 3 條並不代表必須以刑罰規範私人行為，¹⁹⁴ 而警方確

¹⁹³ Eur. Court HR, *Dorđević v. Croatia*, no. 41526/10, 24 July 2012, ECHR 2012.

¹⁹⁴ *Ibid.* at § 142.

將本案呈報身心障礙權利監察使與檢察長而未輕忽霸凌，惟於警方與學校約談涉案少年後欠缺監督機制，亦未提供被害人諮商，¹⁹⁵ 仍未盡積極義務。

此外，尚待確認者至少還有性傾向歧視，尤其在今日部分東歐國家，經常與國族情感結合而構成龐大壓力 (Chetaille, 2013; Kon, 2010; Nachescu, 2014)，加上「少數」之特質，顯非歐洲人權法院得忽視者。目前主張公約第 3 條保障之相關案件皆繫屬中。其中，羅馬尼亞彩虹遊行活動參與者，於遊行結束後依主辦單位建議交通工具離開會場途中，遭受身分不明人士毆打羞辱，而檢警卻未調查施暴動機是否含有性傾向歧視成分。¹⁹⁶ 聲請人顯擬比照前揭 *Nachova* 案之種族暴力及其動機查證義務，透過公約第 3 條或第 14 條參照第 3 條之適用，確立反恐同暴力之國家積極義務。而另一宗女同性戀者於酒吧揭露性傾向後遭男性言語羞辱並毆打事件，¹⁹⁷ 訴訟亦可能朝向類似方向發展。

綜合前揭判決觀察，單以「嚴重歧視即侮辱待遇」為由跨過公約第 3 條最低嚴重性門檻者，非但案例極其有限，且多半有國家代理人直接涉案。如 *Moldovan* 即警察涉案在先，而行政與司法公然蔑視在後。反之，國家代理人未直接參與迫害，而僅因事後救濟態度消極甚或默許暴力等案例中，歐洲人權法院判決手法明顯有別。首先，院方的確承認，私人基於歧視之行為，對被害人構成一定程度的貶抑。惟自院方判決手法觀察，歧視本身不必然構成侮辱待

¹⁹⁵ *Ibid.* at § 148.

¹⁹⁶ Eur. Court HR, *M.C. and A.C. v. Romania* (communicated to the respondent government on 30 January 2013), no. 12060/12.

¹⁹⁷ Eur. Court HR, *Sabalić v. Croatia* (communicated to the respondent government on 7 January 2014), no. 50231/13.

遇。整體而言，判定個案是否達到第 3 條之最低嚴重性，涉及兩個層次的論證。其一是以加害人與被害人之間的權力不對等，輔佐被害人身心受害程度之衡酌，此與院方就合法被剝奪人身自由者之適用立場一致。其二是從被告國提供之保護與救濟是否有效，評估是否加深被害人之痛楚與煎熬，雖主要源自於前揭訴英國 *Osman* 判決，然實則與強制失蹤之國家保護機制失效有關。

近年兒少遭遇性暴力相關案件，歐洲人權法院幾乎是系統性啟動公約第 3 條，未成年之弱勢相對於性暴力之傷害，加以國家未盡保護義務，嚴重性已無疑義。¹⁹⁸ 僅比 *Opuz* 稍晚宣判之 *E.S. and Others v. Slovakia*¹⁹⁹ 判決，便揭示兒少保護與前揭家暴諸案保障的些微差異。本案加害人涉嫌性侵其女並對其妻兒暴力相向，而內國法院遲遲未禁止渠進入共同住居所，迫使其妻及子女必須自行移居他處以求自保。在行兇父親嗣為內國法院判決施暴有罪的前提下，被告國逕向歐洲人權法院承認，對受虐子女未盡公約第 3 條下之國家保護義務。²⁰⁰ 反之，對於本案受害婦女，被告國便主張父親判刑入獄已經提供足夠救濟，而歐洲人權法院則認為被告國延遲一年有餘才禁止父親進入共同住居所，相對於犯行嚴重性，顯未提供及時有效保障，母子處境皆達第 3 條最低嚴重性門檻。²⁰¹ 不過，如前揭 *Eremia* 聲請人之兩名女兒雖因目睹其父施暴而備受壓力，然顯因未涉及肢體暴力或性暴力，院方僅判決違反公約第 8 條。²⁰²

就上述第二個層次之審酌，被告國保護措施的不足，包括法令

¹⁹⁸ Eur. Court HR, *C.A.S. and C.S. v. Romania*, no. 26692/05, 20 March 2012; Eur. Court HR, *M. and C. v. Romania*, no. 29032/04, 27 September 2011.

¹⁹⁹ Eur. Court HR, *E.S. and Others v. Slovakia*, no. 8227/04, 15 September 2009.

²⁰⁰ *Ibid.* at §§ 39-40.

²⁰¹ *Ibid.* at §§ 42-44.

²⁰² Eur. Court HR, *Eremia v. the Republic of Moldova*, *supra* note 69, at §§ 76-79.

或救濟規範不足（如 *A.*）、就實際而立即危險欠缺反應（如 *Valiuliené*）、僅消極以民事救濟補救（如 *R.R.*）、偵查犯罪適用標準失當（如 *M.C.*）、欠缺有效防治再犯措施（如 *Dordević*），抑或是並未積極調查犯罪之歧視動機（如 *Šečić*）。易言之，公約第 3 條之所以於私人關係中取代第 8 條，整體上是以消極未保障弱勢免於身心暴力侵害之系統性歧視為譴責標的。因此，最低嚴重性的審酌，尚包含公權力是否有效還諸被害人應享之正義，而非忽視甚至歧視被害人而加深其弱勢。例如 *Valiuliené* 的論證方式，便從國家保護措施的系統性失靈證立第 3 條的適用。²⁰³ 即使聲請人所受者似為輕傷，院方仍強調「心理衝擊是家庭暴力重要的面向」，²⁰⁴ 加害人的屢犯威脅與被害人所承受的騷擾攻擊，持續了一定的時間，相對於公權力消極作為，已構成侮辱待遇。

以上論證，實源自強制失蹤之論證。承審 *R.R.* 的 *Bratza* 法官為唯一反對是案違反公約第 3 條者，其部分不同意見書便指出，多數法官乃嘗試與強制失蹤鍵結，亦即「關於當事人失蹤親戚的下落，主管當局系統性予以搪塞或提供錯誤資訊」。事實上，私人關係中的非人道或侮辱待遇，原即與強制失蹤出發點一致：如何避免國家卸責，使被害人陷於救濟皆無實效之地。若強制失蹤多半無法確定國家是否直接涉案，則私人間權利侵害必非國家所為。雖然公約第 8 條亦得對國家追究「盡其能事」義務，²⁰⁵ 但終究欠缺絕對性，而對於國家事實參與系統性歧視的問題，則有難以突顯嚴重性之弊病。反之，*Bratza* 法官堅持維持第 3 條「瑣事不理」之高門檻（*Bratza*, 2011: § 5），學者更曾推測，*Bratza* 法官對此案之見解公布後，隨即

²⁰³ Eur. Court HR, *Valiuliené v. Lithuania*, *supra* note 176, at §§ 37, 69.

²⁰⁴ *Ibid.* at § 69.

²⁰⁵ Eur. Court HR, *Bevacqua and S. v. Bulgaria*, *supra* note 64, at § 73.

獲選為歐洲人權法院院長，可能導致院方傾向支持其縮限解釋見解 (Ireland, 2013: 693)。不過實際上，嗣後院方又做出略有爭議之 *Valiuliené* 判決，就輕傷被害人適用公約第 3 條。

R.R. 聲請人因衝突醫療見解欠缺調解機制，生下嚴重身心障礙幼兒，而 *Valiuliené* 聲請人雖屢遭家暴然未受重傷，僅礙於警方建議循民事訴訟解決而未有效防範罪行，檢方亦要求聲請人提出自訴，而有欠缺有效救濟之虞。兩項判決中，公約第 3 條之適用皆有爭議。²⁰⁶ 立陶宛籍的 *Jočienė* 法官，對 *Valiuliené* 提出不同意見書指陳，本案事實發生後，被告國實已充分回應國際人權監督機構之批評，通過專法保護家暴被害人，加以聲請人受輕傷故，判以違反第 8 條足矣。不過，*Jočienė* (2013: § 16) 法官認為適用公約第 3 條只是為了提高損害賠償的想法，或許有欠完整。葡萄牙籍 *Pinto de Albuquerque* (2013: § 5) 法官於其 *Valiuliené* 協同意見書中，即強調在家暴案件適用「*Osman* 原則」(*Osman test*) 的重要性，以要求國家對「實際而立即風險」採取有效作為。此一分析法並非單純考量被害人最終受害程度，而是考量家暴被害人常見的遲疑或退縮，加害人則反覆施以暴力威脅，最終甚至發生不可逆之重大傷害。相對於系統性歧視之高度嚴重性，公約第 8 條固得擴張解釋，然終無第 3 條之絕對性。

就系統性歧視的存在，個案雖得反映之，然其嚴重性尚需國際人權監督機構之可靠數據或調查報告。前揭 *Opuz*、*R.R.* 等首開先例之判決，皆引述聯合國監督機構、²⁰⁷ 非政府組織²⁰⁸ 相關報告或

²⁰⁶ 兩項判決皆有承審法官提出不同意見書，反對公約第 3 條的適用。

²⁰⁷ Eur. Court HR, *Opuz v. Turkey* [GC], *supra* note 166, at §§ 72-75; *R.R. v. Poland*, *supra* note 13, at §§ 85-86.

²⁰⁸ Eur. Court HR, *Opuz v. Turkey* [GC], at §§ 91-106; *R.R. v. Poland*, at §§ 87-88.

見解，突顯個案只是系統性侵害的鳳毛麟角。此外，強制羅姆婦女結紮訴訟中，國際及歐洲獨立機構見解，²⁰⁹ 亦成為揭發斯洛伐克羅姆婦女系統性權利侵害之重要事證。國際人權監督機構之實證資料，除有助於反映被告國是否已採取必要措施（或是無視於相關警告）之外，更有助於歐洲人權法院避免國際人權標準的碎裂 (Doubbé-Billé, 2013: 574-576)。

此外，歐洲人權法院就系統性歧視升高譴責層級的手法中，並不限於公約第 3 條之獨立適用，而可能轉向公約第 14 條參照第 3 條過問之。*Opuz* 判決即針對當地家暴受害婦女普遍處境，於公約第 3 條外，另以違反第 14 條參照第 3 條譴責之。被害人處境的孤立無援，尤其威脅生存條件者，仍係關鍵。所謂生存條件，同時落入公約第 8 條管轄範圍。適用條款從公約第 8 條「升級」為第 3 條，乃使國家保護義務不容商榷，特別是程序保障。反之，針對實質面的歧視問題，歐洲人權法院目前似乎兩項方案並陳：一是將歧視問題與個案中的弱勢保障不足合併審查，適用公約第 3 條（如 *Valiuliené* 或 *Koky*），或是，以公約第 3 條追究國家保護義務後，追加第 14 條參照第 3 條譴責系統性歧視（如 *Eremia* 或 *Šečić*）。惟兒少保護類型案件，並未見適用第 14 條參照第 3 條者，而以種族歧視及對婦女施加暴力兩種類型為主。

值得注意的是，歐洲人權法院就種族暴力與家庭暴力適用公約第 14 條參照第 3 條之手法，尚存差異。*Šečić* 比照 *Nachova*，乃以第 14 條要求國家查證暴力之種族歧視動機。反之，*Opuz* 與 *Eremia* 追究者並非加害人是否有性別歧視動機，而是更近似於 *Moldovan* 對被告國公權力機構消極蔑視態度之究責。*Valiuliené* 案承審法官

²⁰⁹ Eur. Court HR, *V.C. v. Slovakia*, *supra* note 153, at §§ 78-81, 84.

Pinto de Albuquerque (2013: § 4) 指出，歐洲人權法院罕見於家暴爭訟中強調公約第 14 條參照第 3 條之歧視，乃因院方認為加害人動機並不一定涉及性別歧視。此語乃針對 *Nachova* 奠定之查證種族歧視加害動機義務而言，亦反映兩種弱勢類型與暴力案件在歧視問題上的差異：若私人間暴力蘊含種族仇恨動機是可能為檢警查證者，則家庭暴力男性加害者對女性是否有性別歧視，又應如何看待同性伴侶或男性被害人等，尚難對國家追究查證義務。如此便能解釋，院方於家庭暴力中適用公約第 14 條參照第 3 條，乃針對被告國公權力機構普遍欠缺性別意識而構成之間接歧視。反之，若單獨適用第 3 條，則表現院方強調女性家暴被害人特殊弱勢之意，亦能解釋何以兒少保護亦未見第 14 條之介入。

公約第 14 條參照第 3 條的應用，實已打破第 14 條傳統適用模式。公約不歧視原則源自德國法，一般仍以差別待遇「客觀合理」²¹⁰ 為基準，意即聲請人處境須與「足資對照者」之處境有所不同，方由被告國為其差別待遇舉證辯護。然院方於 *Opuz* 先引述 *Nachova*，指出聲請人一旦主張系爭權利侵害含有歧視因素，被告國即負有查證義務；其次，公約第 14 條尚及於間接歧視，一旦可靠之統計數據或調查報告顯示處境不同，則被告國亦負有舉證責任，證明系爭政策或慣例 (practice) 無涉間接歧視。²¹¹ 基於聲請人受害嚴重性已達第 3 條適用門檻，無礙於第 14 條之適用，間接歧視論於是成為 *Opuz* 適用第 14 條之佐證，被告國必須反駁相關國際人權監督機構之間接歧視指控。²¹² *Eremia* 即比照 *Opuz* 之間接歧視說，並同

²¹⁰ Eur. Court HR, *Case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” v. Belgium*, 23 July 1968, § 10, Series A no. 6.

²¹¹ Eur. Court HR, *Opuz v. Turkey* [GC], *supra* note 166, at § 183.

²¹² *Ibid.* at § 191.

樣引述第三方提出之國際人權監督機構見解，甚至認定被告國當局態度上對聲請人的女性身分有所歧視，已非單純保障機制失靈問題，²¹³ 違反公約第 14 條參照第 3 條。惟對照前揭羅姆婦女強制結紮判決，由英國籍 Bratza 法官擔任庭長的前第 4 庭，顯然並不傾向於採取間接歧視認定方式，而以動機具足或國家直接涉案為適用第 14 條參照第 3 條之要件。

惟須說明，歐洲人權法院並未就國家直接種族歧視一律適用公約第 3 條。與前揭私人關係諸案相同，身心傷害程度仍然構成必要條件。如 2005 年的 *Timishev v. Russia*²¹⁴ 案，即使係由警察執行「車臣裔人士不得進入」特定加盟共和國之行政命令，歐洲人權法院也僅將系爭種族歧視置於公約第 14 條參照第 4 號議定書第 2 條（遷徙自由）下評價，而並未比照如前揭 *East African Asians* 之種族歧視即侮辱待遇說。若參照弱勢類型觀察，或可合理推測，*Moldovan* 判決甚至 *East African Asians* 決定，實務上其實另有目的：回應聲請人代表族群的弱勢處境，尤其是系統性的種族偏見或敵視特定弱勢族群。若 *East African Asians* 處理的是當年英國國會對東非亞裔的公然排斥，以及東非亞裔於新獨立國家朝不保夕的處境，則 *Moldovan* 案處理的應該是羅馬尼亞從政府、法院到民間對「麻煩製造者」的反感，以及羅姆人在敵意環繞下遲遲無法重建家園的窘迫。若是回到上開繫屬中的恐同暴力事件框架下，若有可靠證據能夠指出當地社會整體對性傾向少數的漠視或是排拒，或許亦能觸發種族暴力諸案之見解？

²¹³ Eur. Court HR, *Eremia v. the Republic of Moldova*, *supra* note 69, at § 89.

²¹⁴ Eur. Court HR, *Timishev v. Russia*, nos. 55762/00 and 55974/00, 13 December 2005, ECHR 2005-XII.

(二) 生命尊嚴與極度貧困

歐洲人權公約第 3 條之「最低嚴重性」，一般考量被害人之弱勢類型（性別、年齡、健康狀況）、身心傷害程度（時間長短、後果嚴重性），²¹⁵ 而系爭行為是否涉及「侮辱」，則衡酌行為是否有羞辱與貶抑意圖或效果。²¹⁶ 為促使國家正視私人間嚴重歧視所致之暴力，歐洲人權法院採納國際人權監督機構譴責最烈者，將保障「升級」而不留評斷餘地。國家基於其積極義務，除防治重大犯罪外，亦不得輕忽罪行背後的私人權力宰制關係以及社會排斥作用。守護尊嚴之餘，須有遏止嚴重歧視之必要。如此便得解釋，何以毫無尊嚴地活著或是痛苦不堪地死去，抑或是在貧富差距擴張、社福預算緊縮下的極度貧困，皆難構成侮辱待遇。

超越公私部門之系統性歧視，可能超乎公約第 3 條目前的適用範圍。舉凡公約第 8 條可能適用之經濟社會生活，例如人身自決、居住工作等，皆可能涉及系統性歧視。惟對歐洲人權法院而言，此皆非公約第 3 條可能適用者。因此，所謂貶抑、屈辱、身心承受之煎熬等，僅構成部分適用要件。在歐洲人權公約體系中，第 3 條確實有必要保持其高門檻，以便與第 8 條管轄範圍有所區隔，而此分際便在於為國際強烈譴責之歧視，使歐洲人權法院判決先例與歐洲及國際人權監督機構見解趨於一致。易言之，種族暴力、家庭暴力、性暴力以及干預女性生育之非法強制措施等，皆違反民主社會最基本要件而必須積極消弭之。

人性尊嚴雖為公約第 3 條的核心，卻非唯一標準。終究，該條文維護尊嚴亦有其限，例如涉及生命權時。生命的起始、延續與終

²¹⁵ Eur. Court HR, *Price v. the United Kingdom*, *supra* note 40, at § 24.

²¹⁶ Eur. Court HR, *Peers v. Greece*, no. 28524/95, 19 April 2001, § 68, ECHR 2001-III.

結，向來是人權的難題，對今日的歐洲更形成諸多倫理爭議。然而，歐洲人權法院既無法同意第 3 條得保障絕症患者「有尊嚴地死去」，²¹⁷ 亦不保障絕症患者以實驗藥品為生命延續之最後賭注。²¹⁸ 著名的癱瘓者尋求合法安樂死案，*Pretty v. the United Kingdom*，²¹⁹ 第 3 條為聲請人的主要訴求：面對其毫無尊嚴的存活，既無法治癒亦無法求死，國家應有義務允許其夫助其終結生命。歐洲人權法院嚴肅考量了這項請求，也同意聲請人的處境符合條文精神。但是，以人道為由允許協助自殺，終究與生命權之積極意涵有所抵觸，第 3 條無法於系爭事實中優先適用。此案顯然是「根本價值」相衝突的無奈，也顯示即使如第 3 條般絕對，也有必須讓步之時。

研究指出，部分非政府組織嘗試推動以公約第 3 條介入健康權爭議，但同時警告，第 3 條的絕對性碰上締約國的抗拒，可能導致反效果 (Ireland, 2013: 692)。必須強調，無論 *R.R.* 或嗣後的 *P. and S.*，公約第 3 條欲回應者，顯非生育健康權，更非志願終止妊娠權，而是遭遇類似的波蘭孕婦都將面臨同樣的醫療決策機制失靈問題，進而處於連波蘭最高法院在民事判決中都承認的「悲痛、焦慮與屈辱」之中，²²⁰ 更何況 *P. and S.* 尚涉及未成年少女性侵。如此也就不難理解，何以面對絕症患者求生的最後一線希望，亦即藉人道之名近用未獲許可之實驗藥物，歐洲人權法院卻認為被告國已盡其力提供有效醫療資源，並無任何公約相關條文之違反情事，包括

²¹⁷ Eur. Court HR, *Haas v. Switzerland*, no. 31322/07, 20 January 2011, § 16 (citing the Swiss Federal Court's judgment, § 6.2.2).

²¹⁸ Eur. Court HR, *Hristozov and Others v. Bulgaria*, nos. 47039/11 and 358/12, 13 November 2012, §§ 101-102, ECHR 2012.

²¹⁹ Eur. Court HR, *Pretty v. the United Kingdom*, *supra* note 26.

²²⁰ Eur. Court HR, *R.R. v. Poland*, *supra* note 13, at §§ 54, 102.

公約第 3 條。²²¹ 顯然，歐洲人權法院似乎無意於健康權領域為公約第 3 條另闢適用路徑。前揭 *Bratza* 法官對該條文應維持高門檻，不宜以病痛焦慮與折磨為由適用之，應該是健康權領域繼續沿用第 8 條而未「升級」的理由 (Ireland, 2013: 653; Laing, 2003: 331)。

除了生命存續或終結的尊嚴，極度貧困應該是另一個近年常見主張適用公約第 3 條的領域。前揭 *Moldovan* 便可局部呼應 1990 年代初期的大哉問：非人道或侮辱待遇是否適用於經濟社會權利？羅國政府雖然在焚村悲劇發生後，陸續提供一定程度的援助協助重建房舍，但經歷十年，仍有六戶未獲重建，被迫一家 6 至 7 人擠在狹小空間中，在沒有屋頂或沒有窗戶的廢墟中過冬。²²² 居住條件問題，原屬公約第 8 條管轄範圍，歐洲人權法院要追究的是，公權力是否任由聲請人受害狀態持續，甚至參與迫害。院方於是從兩造說法中歸結出諸多公權力在調查、究責、賠償與救濟上的意興闌珊甚至帶有敵意。²²³ 院方認定，綜合「聲請人等生活條件」(living conditions) 以及相關當局處理渠等申訴時所表現的種族歧視，已構成侮辱待遇。²²⁴

學者因此對 *Moldovan* 是否有助於建立居住權最低標準而有所議論 (Kucs, Sedlova, & Pierhurovica, 2008: 109; Olds, 2010: 179; Roman, 2010b: 310; Tulkens & Van Drooghenbroeck, 2008: 69-70)。歐洲人權法院雖將歐洲旅行民族視為「弱勢少數族群」，²²⁵

²²¹ Eur. Court HR, *Hristozov and Others v. Bulgaria*, *supra* note 218, at §§ 101-102.

²²² Eur. Court HR, *Moldovan and Others v. Romania* (No. 2), *supra* note 116, at §§ 61-70.

²²³ *Ibid.* at §§ 102-107.

²²⁴ *Ibid.* at § 113.

²²⁵ Eur. Court HR, *Winterstein and Others v. France*, 27013/07, 17 October 2013, § 160.

然並未因此要求締約國擔負住房等經濟社會給付義務。²²⁶ 惟就改變事實居住現狀甚至強制驅離住所，院方確曾提高審查密度 (Paglione, 2006: 132-134; Roman, 2010a: 268-269)。自 2004 年的 *Connors v. the United Kingdom*²²⁷ 判決起，到 2013 年的 *Winterstein and Others v. France*²²⁸ 判決，院方陸續以公約第 8 條要求締約國尊重旅行民族生活方式，將其宿營地視為家園，避免未經司法審查或無迫切需求之迫遷。不過，強制驅離住所一般仍屬公權力直接干預，並不包含適足住居所之給付請求。²²⁹

法國資深法學者曾質疑，若學校體罰構成侮辱待遇，則貧民窟搭棚而居不也應比照認定 (Imbert, 2003: 12; 轉引自 Tulkens & Van Drooghenbroeck, 2008: 70)? 一般涉及國家財政與資源分配時，國家的確享有相對寬廣的國家評斷餘地 (Roman, 2009: 291)，但若比照 *Moldovan* 的結論，當私人間壓迫之後果達到最低嚴重性時，是否也同樣毫無餘地? 有鑒於歐洲各締約國社會福利制度各不相同，但皆有一定程度的設計，歐洲人權法院並不否認公約第 3 條可能救濟極度貧困者。但不堪的生存條件，至今也只有在 *Moldovan* 相關爭訟，因合併公權力公然種族歧視而判決違反公約第 3 條。

肆、結論

歐洲人權公約第 3 條係絕對保障，守護公約體系中最为基本之

²²⁶ Eur. Court HR, *Chapman v. the United Kingdom* [GC], no. 27238/95, 18 January 2001, §§ 99, 129, ECHR 2001-I.

²²⁷ Eur. Court HR, *Connors v. the United Kingdom*, no. 66746/01, 27 May 2004.

²²⁸ Eur. Court HR, *Winterstein and Others v. France*, *supra* note 225.

²²⁹ 相同背景的判決尚有 Eur. Court HR, *Lăcătuș and Others v. Romania*, no. 12694/04, 13 November 2012.

價值。其適用範圍雖然透過國家積極義務大幅擴張，但仍不失為公約體系中適用門檻極高之條款。近十餘年來，該條款透過間接水平效力的發展，適用於私人間行為，對國家課以積極義務，保護個人免受第三人之侵害。原則上，酷刑維持其古典意義下之最高適用門檻；若歐洲人權法院始終未明言排除酷刑亦可能適用於私人關係，則實務上尚未見如此適用之先例。反之，就非人道或侮辱處遇，則基於法治國原則，私人間行為目前僅可能符合非人道或侮辱待遇要件。而歐洲人權法院雖然並不甚區隔非人道或侮辱待遇，目前於兒少保護、種族暴力、性暴力、家庭暴力、身心障礙者霸凌與婦女生育相關權利之強制侵害等遭公權力怠忽保障之案例，院方皆視為具有貶抑與羞辱性質之「侮辱待遇」。

就判決手法而言，公約第 3 條之所以保障落於公權力掌心或失去自由之人，便是為了阻止國家以懲罰或行使主權為名，剝奪已屈服其下者之尊嚴。間接水平效力循相同理路發展：在社會生活中為不對等權力關係壓迫之個人，特別需要國家介入保障之。然若國家未能提供有效預防、保護與救濟，則此類弱勢者勢將於整體國家法治下無所適從。歐洲人權法院從國家欠缺兒少保護規範出發，借鏡強制失蹤之國家卸責問題，逐步於種族暴力與性別暴力爭議中，確立其追究國家預防、調查、究責與賠償等積極義務之決心。此外，透過嚴重暴力侵害事件，確立國家面對實際而立即風險之盡其能事原則。除公約第 3 條固有之「最低嚴重性」審酌標準外，國際人權監督機構強烈譴責之歧視弱勢類型，形成一定的適用框架，兼顧國際人權規範之和諧。

私人間行為雖為此類案件肇因，然歐洲人權法院究責標的，終係國家積極義務。禁止歧視為公約體系守護價值之基礎，為民主社會構成之必要條件，然而公約整體欠缺促進平等之條款，面對種

族、性別等具有貶抑效果之結構，曾經長期為人權團體所批評。公約第 3 條的適用，重點並不若第 14 條在於「類比」之後的差別待遇，而是要求國家具足相關保護意識並積極立法或執法，使社會上容易被壓迫的一群能夠擺脫恐懼或屈辱。而該條文「最低嚴重性」審酌重點之一，即在於院方對「格外弱勢」之認知。從前揭對兒少、家暴被害人與人身自主遭強制剝奪之孕婦等案例，可知院方逐漸認識到這類被害人精神煎熬之苦，以及渠等於社會上最低程度之平等尊嚴遭貶抑的嚴重性。其中，*R.R. 與 Valiuliené* 對心理傷害的認定，尤為顯例。不過，相較於建立固定類型，歐洲人權法院更傾向於個案審查，確立系統性保障失靈於特定情境中惡化弱勢處境的問題。如此手法，或許更適合多元的歐洲，為歐洲人權法院保留一定的彈性。

同時，院方也進一步藉公約第 3 條之適用，發展第 14 條譴責系統性歧視之功能。就種族暴力案件，第 14 條參照第 3 條因而得要求國家調查行兇動機是否含有種族歧視成分；對家庭暴力案件，則動機成為次要，第 14 條參照第 3 條並成為譴責被告國境內具有一定規模且系統性之性別歧視。易言之，後者追究的是間接歧視，意即無關乎私人行兇是否帶有性別歧視，而是國家在家暴防治整體成效不佳，間接使家暴被害人之正義無法伸張。

系統性歧視的構成，不必然出於私人或國家之故意，惟國家縱容或默許私人間之加害行為，即成現實社會不平等之幫兇，涉及間接歧視。若以 *Eremia* 之間接歧視論為中心，則本文討論之案例，皆涉及歐洲人權公約第 14 條參照第 8 條亦得保障之權利。惟公約第 14 條參照第 8 條尚廣泛適用於經濟社會權利，在公約體系中，顯然不足以反映國家保護系統失靈對特定族群生存條件的嚴重衝擊，也可能與國際人權保障標準略有落差。在傳統上為公約第 8 條

保障之事物範圍內，歐洲人權法院逐漸發展出幾種弱勢類型，並嚴格檢視國家代理人保護此揭弱勢類型之態度。就歧視是否構成侮辱待遇而言，院方目前僅明言承認，國家於立法或執法過程中明顯涉及種族歧視，即構成侮辱待遇。反之，私人間歧視行為，本身並不自動構成侮辱待遇，惟國家系統性助長歧視時，尤其涉及國際上普遍承認之重大人權侵害時，才可能以公約第 3 條審查之。

然較具爭議之羅姆婦女強制結紮諸案顯示，面對嚴重系統性歧視，究竟應單以公約第 3 條獨立究責，或另以第 14 條參照第 3 條譴責之，歐洲人權法院目前在方法論上尚存歧異。若家庭暴力礙於動機複雜，而難以比照種族暴力之動機調查義務，則同樣涉及種族之羅姆婦女強制結紮爭議，即未出現此程序義務。前院長 Bratza 法官不惟對公約第 3 條採取較為審慎之立場，似乎對第 14 條參照第 3 條之適用也有保留。雖有證據指向羅姆婦女系統性遭強制結紮，其擔任庭長之分庭並未採納如 *Opuz* 之間接歧視論，而是以醫療行為動機或是國家政策為適用要件，並由聲請人或第三方舉證。易言之，即使有證據指出事實涉及間接歧視，歐洲人權法院可能合併於公約第 3 條之侮辱待遇討論，亦可能轉向公約第 14 條參照第 3 條另行評價。雖有學者認為，前項作法較不易反映出個案中的歧視成分，然而公約第 3 條之所以適用於這類案件，正顯示歐洲人權法院欲嚴辭對抗嚴重系統性歧視。釐清其判決手法之道，或許亦得以公約第 3 條保障內涵之整合確立為之，透過國際指控為嚴重人權侵害之案例，聲明第 3 條基於人性尊嚴之守護，絕對禁止以直接或間接歧視造成屈辱或貶抑。

參考文獻

- 王必芳 (2014 年 10 月)。〈得宜的監禁條件與收容人尊嚴的尊重——歐洲人權法院相關裁判研究〉，「歐洲人權學術研討會」論文。臺北：中央研究院歐美研究所。(Wang, P.-F. [2014, October]. *Adequate conditions of detention and respect of detainees' dignity: On the case-law of the European Court of Human Rights*. Paper presented at the conference on Human Rights in Europe, Taipei: Institute of European and American Studies, Academia Sinica.)
- 李建良 (2008a)。〈自由、平等、尊嚴 (上)——人的尊嚴作為憲法價值的思想根源與基本課題〉，《月旦法學》，153: 185-207。(Lee, C.-L. [2008a]. *Freedoms, equality and dignity [I]: Human dignity as source of thoughts and fundamental question of the constitutional value*. *Taiwan Law Review*, 153: 185-207.)
- 李建良 (2008b)。〈自由、平等、尊嚴 (下)——人的尊嚴作為憲法價值的思想根源與基本課題〉，《月旦法學》，154: 193-211。(Lee, C.-L. [2008b]. *Freedoms, equality and dignity [II]: Human dignity as source of thoughts and fundamental question of the constitutional value*. *Taiwan Law Review*, 154: 193-211.)
- 林鈺雄 (2008)。〈改革偵查程序之新視野——從歐洲法趨勢看我國法走向〉，《月旦法學》，157: 202-223。(Lin, Y.-H. [2008]. *New perspective on reforming the investigation procedure: From the trends of European law to the tendency of Taiwanese law*. *Taiwan Law Review*, 157: 202-223.)
- 翁燕菁 (2014)。〈弱者的屈辱與醫者的良知——歐洲人權法院 *P. and S. v. Poland* 裁判評析〉，《月旦法學》，229: 98-110。(Weng, V. Y.-C. [2014]. *Humiliation of the vulnerables and conscience of the medical professionals: A comment of the P. and S. v. Poland judgment of the European Court of Human Rights*. *Taiwan Law Review*, 229: 98-110.)
- 黃忠正 (2013)。〈人性尊嚴的概念與界限〉，《月旦法學》，221: 161-174。(Huang, C.-C. [2013]. *The concept of human dignity and its borderlines*. *Taiwan Law Review*, 221: 161-174.)
- 廖福特 (2006)。〈生命權與廢除死刑——歐洲理事會觀點之分析〉，

- 《政大法學評論》，92: 49-119。(Liao, F. F.-T. [2006]. Right to life and the abolition of the death penalty: Analyses of views of the Council of Europe. *Chengchi Law Review*, 92: 49-119.)
- 聯合國 (1948 年 12 月)。〈聯合國大會第三屆會第二期會議正式紀錄，一九四八年九月廿一日至十二月十二日決議案〉(UN Doc. A/810)。取自 http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/900&referer=/english/&Lang=C (United Nations. [1948, December]. *Official Records of the Third Session of the General Assembly, Part I, 21 September - 12 December 1948 Resolutions* [UN Doc. A/810].)
- Abdel-Monem, T. (2009). *Opuz v. Turkey*: Europe's landmark judgment on violence against women. *Human Rights Brief*, 17, 1: 29-33.
- Addo, M. K., & Grief, N. (1998). Does article 3 of the European Convention on Human Rights enshrine absolute rights? *European Journal of International Law*, 9, 3: 510-524.
- Akandji-Kombé, J.-F. (2006). L'obligation positive d'enquête sur le terrain de l'article 3 CEDH. In C.-A. Chassin (Dir.), *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme* (pp. 123-140). Bruxelles, Belgique: Bruylant.
- Akandji-Kombé, J.-F. (2007). *Positive obligations under the European Convention on Human Rights: A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights*. Strasbourg, Belgique: Council of Europe.
- Aksoy, E. E. (2008). La notion de dignité humaine dans la sauvegarde des droits fondamentaux des détenus. In P. J. P. Tak & M. Jendly (Dir.), *Politiques pénitentiaires et droits des détenus, Actes du Colloque de la FIPP, Stavern, Norvège, 25-28 juin 2008* (pp. 45-61). Nijmegen, Pays-Bas: Wolf Legal.
- Bassiouni, M. C. (1996). Searching for peace and achieving justice: The need for accountability. *Law and Contemporary Problems*, 59, 4: 9-28.
- Belgian Foreign Affairs. (2014). *Role of the European Court of Human Rights: Paula Marckx' case* (video in French and Dutch).

- Retrieved from <http://vimeo.com/112904130>
- Berro-Lefèvre, I. (2008). L'accès des enfants à la Cour européenne des droits de l'homme. *Jeunesse et droit*, 272: 11-14.
- Bonello, G. (2002). *Partly dissenting opinion of Judge Bonello* (annexed to Eur. Court HR, *Anguelova v. Bulgaria*, no. 38361/97, 13 June 2002, ECHR 2002-IV). Retrieved from <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60505>
- Bossuyt, M. (1995). Article 14. In L.-E. Pettiti, E. Decaux, & P.-H. Imbert (Dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article* (pp. 475-488). Paris: Economica.
- Bratza, N. (2011). *Partly dissenting opinion of Judge Bratza* (annexed to Eur. Court HR, *R.R. v. Poland*, no. 27617/04, 26 May 2011, ECHR 2011). Retrieved from <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-104911>
- Cassese, A. (1991). Can the notion of inhuman and degrading treatment be applied to socio-economic conditions? *European Journal of International Law*, 2, 2: 141-145.
- Chanet, C. (2007). L'interdiction absolue de la torture. *Droits fondamentaux*, 6: 1-3. Retrieved from http://droits-fondamentaux.u-paris2.fr/sites/default/files/publication/perspectives_linterdiction_absolue_de_la_torture.pdf
- Chassin, C.-A. (2006). L'article 3 CEDH, instrument de protection des mineurs. In C.-A. Chassin (Dir.), *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme* (pp. 237-263). Bruxelles, Belgique: Bruylant.
- Chetaille, A. (2013). Une «autre Europe» homophobe? L'Union européenne, le nationalisme polonais et la sexualisation de la «division Est/Ouest». *Raisons politiques*, 49: 119-140.
- Collins, H. (2014). On the (in)compatibility of human rights discourse and private law. In H.-W. Micklitz (Ed.), *Constitutionalization of European private law* (pp. 26-60). Oxford, UK: Oxford University Press.
- Committee against Torture. (2007). *General comment no. 2: Implementation of Article 2 by States Parties* (U.N. Doc. CAT/C/GC/

- 2/CRP. 1/Rev.4). Retrieved from http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/docs/CAT.C.GC.2.CRP.1.Rev.4_en.pdf
- Commission européenne des droits de l'homme. (1956). *Travaux préparatoires de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme* (le 22 mai 1956, Conseil de l'Europe Doc. DH [56] 5). Strasbourg, France: Conseil de l'Europe.
- Costa, J.-P. (2011). *Déclaration du Président de la Cour européenne des droits de l'homme concernant les demandes de mesures provisoires* (article 39 du règlement de la Cour, 11 février 2011). Retrieved from http://www.gddc.pt/direitos-humanos/portugal-dh/acordaos/docs/20110211_ART_39_Statement_FR.pdf
- Council of Europe. (2012). *Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique et son rapport explicatif: Istanbul (Turquie) 11.V.2011*. Strasbourg, France: Conseil de l'Europe.
- Cournil, C. (2008). Les droits de l'Homme en zones d'attente: Condamnation européenne et résistances françaises. *Cultures & Conflits*, 71: 75-92.
- Decaux, E. (1999). Les jurisprudences internationale et européenne en matière de non-discrimination raciale. In E. Decaux (Dir.), *Le droit face au racisme* (pp. 101-137). Paris: Pedone.
- Decaux, E. (2006a). Esclavage domestique. Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. *Journal du droit international (Clunet)*, 2006, 3: 7. Retrieved from http://www.lexisnexis.fr/droit-document/article/journal-droit-international-clunet-/03-2006/010_PS_JDI_JDI0603CM00010.htm
- Decaux, E. (2006b). La problématique des disparitions forcées à la lumière des articles 2 et 3 CEDH. In C.-A. Chassin (Dir.), *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme* (pp. 157-178). Bruxelles, Belgique: Bruylant.
- Delaplace, E. (2010). Article 7. In E. Decaux (Dir.), *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Commentaire article par article* (pp. 201-223). Paris: Economica.

- Doumbé-Billé, S. (2013). *La régionalisation du droit international*. Bruxelles, Belgique: Bruylant.
- Engle, E. (2009). Third party effect of fundamental rights (Drittwirkung). *Hanse Law Review*, 5, 2: 165-173.
- Ertürk, Y. (2009). *Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Yakin Ertürk, on her mission to the Republic of Moldova*, 4-11 July 2008 (Addendum). UN Doc. A/HRC/11/6/Add.4. Retrieved from <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/11session/A.HRC.11.6.Add.4.pdf>
- Fabbrini, F. (2011). The European Court of Human Rights, the EU Charter of Fundamental Rights, and the right to abortion: *Roe v. Wade* on the other side of the Atlantic? *Columbia Journal of European Law*, 18, 1: 1-54.
- Fornerod, A. (2010). L'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'éloignement forcé des étrangers: Illustrations récentes. *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 82: 315-339.
- Gaer, F. D. (2012). Rape as a form of torture: The experience of the Committee against Torture. *Cuny Law Review*, 15, 2: 293-308.
- Garcia, K. (2008). *Le droit civil européen. Nouveau concept, nouvelle matière*. Bruxelles, Belgique: Larcier.
- Garcia, K. (2012). La stérilisation forcée des femmes Roms à l'épreuve de la CEDH. *Droits de la famille*, 2012, 2: 4. Retrieved from http://www.lexisnexis.fr/droit-document/article/droit-famille/02-2012/004_PS_FAM_FAM1202ET00004.htm
- Glazewski, A. (2014). Note sur *Valiuliené c/ Lituanie* et *Eremia c/ Moldavie*—Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (année 2013). *Journal du droit international (Clunet)*, 2014, 3: 6. Retrieved from http://www.lexisnexis.fr/droit-document/article/journal-droit-international-clunet-03-2014/006_PS_JDI_JDI1403CH00006.htm
- Gonzalez, G. (2002). Le Protocole n° 12 à la Convention européenne des droits de l'homme portant interdiction générale de discriminer. *Revue française de droit administrative*, 2002, 2:

113-123.

- Goodwin, M. E. A. (2009). Taking on racial segregation: The European Court of Human Rights at a *Brown v. Board of Education* moments? *Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS*, 2009, 3: 114-126.
- Gründler, T. (2012). Une Europe protectrice? *Plein droit*, 94: 22-25.
- Harding, T. W., & Bertrand, D. (1995). Preventing human rights violations in places of detention: A European initiative. *Health and Human Rights*, 1, 3: 234-242.
- Harris, D. J., O'Boyle, M., & Warbrick, C. (1995). *Law of the European Convention on Human Rights*. London: Butterworths.
- Hasselbacher, L. (2010). State obligations regarding domestic violence: The European Court of Human Rights, due diligence, and international legal minimums of protection. *Northwestern Journal of International Human Rights*, 8, 2: 190-215.
- Hepple, B. (2006). The European legacy of *Brown v. Board of Education*. *University of Illinois Law Review*, 2006, 3: 605-623.
- Hofstätter, B. (2004). European Court of Human Rights: Positive obligations in *E. and Others v. United Kingdom*. *International Journal of Constitutional Law*, 2, 3: 525-534.
- Hoyle, L. (2014). *V.C. v. Slovakia*: A reproductive rights victory misses the mark. *Boston College International and Comparative Law Review*, 36, 3: 17-31.
- Human Rights Committee. (1982). *General comment no. 7: Article 7 (Prohibition of torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, 30 May 1982)*. Retrieved from <http://www.refworld.org/pdfid/4538840021.pdf>
- Human Rights Committee. (2000). *General comment no. 28: Article 3 (Equality of rights between men and women, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.10)*. Retrieved from <http://www.refworld.org/docid/45139c9b4.html>
- Imbert, P.-H. (2003). Ouverture. In C. Grewe & F. Benoît-Rohmer (Dir.), *Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs* (pp. 1-15). Strasbourg, France: Presses universitaires de Strasbourg.
- Ireland, E. J. (2013). Do not abort the mission: An analysis of the Eu-

- ropean Court of Human Rights case of *R.R. v. Poland*. *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, 38, 2: 651-695.
- Jeannin, L. (2006). Fonctions interprétatives et enjeux de l'usage de la notion de dignité appliqué à l'article 3 CEDH. In C.-A. Chassin (Dir.), *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme* (pp. 101-120). Bruxelles, Belgique: Bruylant.
- Jočienė, D. (2013). *Dissenting opinion of Judge Jočienė* (annexed to Eur. Court HR, *Valiulienė v. Lithuania*, no. 33234/07, 26 March 2013). Retrieved from <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-117636>
- Joyner, C. C. (1996). Arresting impunity: The case for universal jurisdiction in bringing war criminals to accountability. *Law and Contemporary Problems*, 59, 4: 153-172.
- Julien-Laferrière, F. (2006). L'application par ricochet de l'article 3 CEDH. L'exemple des mesures d'éloignement des étrangers. In C.-A. Chassin (Dir.), *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme* (pp. 141-155). Bruxelles, Belgique: Bruylant.
- Kikelly, U. (2001). The best of both worlds for children's rights? Interpreting the European Convention on Human Rights in the light of the UN Convention on Rights of the Child. *Human Rights Quarterly*, 23, 2: 308-326.
- Komanovics, A. (2009). Effective enforcement of human rights: The *Tysiqc v. Poland* case. *Studia Iuridica Auctoritate Universitatis Pécs*, 143: 186-225. Retrieved from <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/studia143&div=16&id=&page=>
- Kon, I. (2010). Homophobia as a litmus test of Russian democracy. *Russian Social Science Review*, 51, 3: 16-37.
- Korolczuk, E. (2014). «The war on gender» from a transnational perspective—Lessons for feminist strategising. In Heinrich Böll Foundation (Ed.), *Anti-gender movements on the rise? Strategising for gender equality in Central and Eastern Europe* (pp. 43-53).

- Berlin: Heinrich-Böll-Stiftung.
- Kucs, A., Sedlova, Z., & Pierhurovica, L. (2008). The right to housing: International, European and national perspectives. *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 64/65: 101-123.
- Laing, J. M. (2003). Reforming mental health law and the ECHR: Will the rights of mentally vulnerable adults be protected? *Journal of Social Welfare and Family Law*, 25, 4: 325-340.
- Lambert, P. (2009). Les droits de l'homme à l'épreuve du principe de la dignité humaine. In *Les droits de l'homme en évolution. Mélanges en l'honneur du professeur Petros J. Pararas* (pp. 333-348). Athènes, Grèce & Bruxelles, Belgique: Ant. N. Sakkoulas/Bruylant.
- Larralde, J.-M. (2006). L'article 3 CEDH et les personnes privées de liberté, In C.-A. Chassin (Dir.), *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme* (pp. 209-236). Bruxelles, Belgique: Bruylant.
- Larralde, J.-M. (2012). La Cour européenne des droits de l'homme et le droit à l'avortement: Entre avancées prudentes et conservatisme assumé (obs/s. Cour eur. dr. h., R.R. c. Pologne, 26 mai 2011). *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 91: 609-624.
- Massias, F. (2006). L'arrêt *Siliadin*. L'esclavage domestique demande une incrimination spécifique (note sous CEDH, 26 juillet 2005). *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2006, 1: 139-154.
- Matter, O. (2006a). Discrimination raciale (Roms), Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. *Journal du droit international (Clunet)*, 2006, 3: 7. Retrieved from http://www.lexisnexis.fr/droit-document/article/journal-droit-international-clunet-/03-2006/010_PS_JDI_JDI0603CM00010.htm
- Matter, O. (2006b). Preuve de la discrimination raciale, Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. *Journal du droit international (Clunet)*, 2006, 3: 7. Retrieved

- from http://www.lexisnexis.fr/droit-document/article/journal-droit-international-clunet-/03-2006/010_PS_JDI_JDI0603CM00010.htm
- McCrudden, C. (2008). Human dignity and judicial interpretation of human rights. *European Journal of International Law*, 19, 4: 655-724.
- Mijović, L. (2011). *Dissenting opinion of Judge Mijović* (annexed to Eur. Court HR, V.C. v. Slovakia, no. 18968/07, 8 November 2011, ECHR 2011). Retrieved from <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-107364>
- Momtaz, D. (2007). De l'incompatibilité des amnisties inconditionnelles avec le droit international. In M. G. Kohen (Dir.), *La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international: Liber amicorum Lucius Caflisch* (pp. 353-368). Leiden, Pays-Bas: Martinus Nijhoff.
- Morawa, A. H. E. (2003). Vulnerability as a concept of international human rights law. *Journal of International Relations and Development*, 6, 2: 139-155.
- Möschel, M. (2012). Is the European Court of Human Rights' case law on anti-Roma violence "beyond reasonable doubt"? *Human Rights Law Review*, 12, 3: 479-507.
- Mowbray, A. (2004). *The development of positive obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*. Oxford, UK: Hart.
- Murillo, C. (2011). Le droit à la santé des détenus sous le regard de la CEDH. *Gazette du Palais*, Numéro spécial «Droit et Santé»: 30-32.
- Nachescu, V. (2014). Hierarchies of difference: National identity, gay and lesbian rights and the church in postcommunist Romania. In A. Štulhofer & T. Sandfort (Eds.), *Sexuality and gender in post-communist Eastern Europe and Russia* (pp. 57-77). New York: Routledge.
- Nowak, M. (2010). *Report of the Special Rapporteur on torture and*

- other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment (Study on the phenomena of torture, cruel, inhuman or degrading treatment or punishment in the world, including an assessment of conditions of detention, UN Doc. A/HRC/13/39/Add.5). Retrieved from http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/13session/A.HRC.13.39.Add.5_en.pdf*
- Nowicka, W. (2011). Sexual and reproductive rights and the human rights agenda: Controversial and contested. *Reproductive Health Matters*, 19, 38: 119-128.
- Nowicki, M. A. (1999). The European Convention of Human Rights: Prohibition of discrimination. *Saint Louis-Warsaw Transatlantic Law Journal*, 1999: 17-35.
- Olds, K. (2010). The role of courts in making the right to housing a reality throughout Europe: Lessons from France and the Netherlands. *Wisconsin International Law Journal*, 28, 1: 170-199.
- Paglione, G. (2006). Domestic violence and housing rights: A reinterpretation of the right to housing. *Human Rights Quarterly*, 28, 1: 120-147.
- Palmer, S. (2006). A wrong turning: Article 3 ECHR and proportionality. *Cambridge Law Journal*, 65, 2: 438-452.
- Picheral, C. (2001). Discrimination raciale et Convention européenne des droits de l'homme. *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 46: 517-529.
- Picheral, C. (2013). Nature discriminatoire d'un défaut de protection diligente contre les violences domestiques. *La Semaine Juridique Edition Générale*, 2013, 25: 714. Retrieved from http://www.lexisnexis.fr/droit-document/article/la-semaine-juridique-edition-generale/25-2013/714_PS_SJG_SJG1325AL00714.htm
- Pinto de Albuquerque, P. S. (2013). *Concurring opinion of Judge Pinto de Albuquerque* (annexed to Eur. Court HR, *Valiuliené v. Lithuania*, no. 33234/07, 26 March 2013). Retrieved from <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-117636>
- Pitea, C. (2005). Rape as a human rights violation and a criminal offence: The European Court's judgment in *M.C. v. Bulgaria*.

- Journal of International Criminal Justice*, 3, 2: 447-462.
- Puéchavy, M. (2002). Droits garantis par Convention européenne des droits de l'Homme. Article 3 (interdiction de la torture). Article 6, paragraphe 1 (droit d'accès à un tribunal). Immunité des Etats. Norme de *jus cogens* (note sous CEDH, 21 novembre 2001). *Gazette du Palais*, Numéro spécial «Droits fondamentaux et Convention européenne des droits de l'Homme»: 23-32.
- Reidy, A. (2003). *L'interdiction de la torture* (Précis sur les droits de l'homme, n° 6). Strasbourg, France: Conseil de l'Europe. Retrieved from <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168007ff60>
- Renucci, J.-F. (2005). *Introduction to the European Convention on Human Rights: The rights guaranteed and the protection mechanism*. Strasbourg, France: Council of Europe. Retrieved from [http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-01\(2005\).pdf](http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-01(2005).pdf)
- Rodley, Sir. N. (2000). *Interim report of the Special Rapporteur of the Commission on Human Rights on the question of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*, 11 August 2000, UN Doc. A/55/290. Retrieved from <http://www.un.org/documents/ga/docs/55/a55290.pdf>
- Roman, D. (2007). L'avortement devant la Cour européenne, À propos de l'arrêt CEDH, 20 mars 2007, *Tysiak c/ Pologne*. *Revue de Droit Sanitaire et Social*, 2007, 4: 643-650.
- Roman, D. (2009). Les droits sociaux, entre «injusticiabilité» et «conditionnalité»: éléments pour une comparaison. *Revue internationale de droit comparé*, 61, 21: 285-313.
- Roman, D. (2010a). La justiciabilité du droit au logement et du droit à la sécurité sociale: Les droits sociaux au-delà des droits créances. In D. Roman (Dir.), «*Droits des pauvres, pauvres droits?*» *Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux* (pp. 267-281). Paris: CREDOF. Retrieved from https://www.onpes.gouv.fr/IMG/pdf/Justiciabilite_C3_A9_droits_sociaux_rapport_final.pdf
- Roman, D. (2010b). Les droits civils au renfort des droits sociaux:

- L'interchangeabilité des droits fondamentaux dans le discours judiciaire. In D. Roman (Dir.), «*Droits des pauvres, pauvres droits?*» *Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux* (pp. 308-326). Paris: CREDOF. Retrieved from https://www.onpes.gouv.fr/IMG/pdf/Justiciabilit_C3_A9_droits_sociaux_rapport_final.pdf
- Ryssdal, R., Vilhjálmsón, T., Matscher, F., & Wildhaber, L. (1993). *Joint partly dissenting opinion of Judges Ryssdal, Thór Vilhjálmsón, Matscher and Wildhaber* (annexed to the Eur. Court HR, *Costello-Roberts v. the United Kingdom*, 25 March 1993, Series A no. 247-C). Retrieved from <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57804>
- Sitaropoulos, N. (2007). The role and limits of the European Court of Human Rights in supervising State security and anti-terrorism measures affecting aliens' rights. In A. Baldaccini & E. Guild (Eds.), *Terrorism and the foreigner* (pp. 85-120). Leiden, the Netherlands: Martinus Nijhoff.
- Spielmann, D. (1995). *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*. Bruxelles, Belgique: Bruylant.
- Stern, B. (2007). Vers une limitation de l'«irresponsabilité souveraine» des États et chefs d'État en cas de crime de droit international? In M. G. Kohen (Dir.), *La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international: Liber Amicorum Lucius Caflisch* (pp. 511-548). Leiden, Pays-Bas: Martinus Nijhoff.
- Sudre, F. (1990). Extradition et peine de mort: Arrêt *Soering* de la Cour européenne des droits de l'homme du 7 juillet 1989. *Revue Générale de Droit International Public*, 94: 103-121.
- Sudre, F. (1999). Article 3. In L.-E. Pettiti, E. Decaux, & P.-H. Imbert (Dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article* (2nd éd.) (pp. 155-175). Paris: Economica.
- Sudre, F. (2005a). *Droit européen et international des droits de*

- l'homme* (7th éd.). Paris: Presses universitaires de France.
- Sudre, F. (2005b). «Esclavage domestique» et Convention européenne des droits de l'homme. *La Semaine Juridique Édition Générale*, 2005, 42: 1956-1960.
- Sudre, F. (2006). L'économie générale de l'article 3 CEDH. In C.-A. Chassin (Dir.), *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme* (pp. 7-19). Bruxelles, Belgique: Bruylant.
- Surrel, H. (2006). Le juge des droits de l'homme. *Droit de la Famille*, 2006, 7/8: 28-30.
- Touraine, A. (1997). *Pourrons-nous vivre ensemble? Égaux et différents*. Paris: Fayard.
- Tulkens, F. (2003). *Opinion concordante de Mme la juge Tulkens* (jointe à l'arrêt M.C. c. Bulgarie, n° 39272/98, 4 décembre 2003, CEDH 2003-XII). Retrieved from <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61521>
- Tulkens, F., & Van Drooghenbroeck, S. (2008). Pauvreté et droits de l'homme. La contribution de la Cour européenne des droits de l'homme. In Centre pour l'Égalité des Chances et la lutte contre le racisme (Dir.), *Pauvreté, dignité, droits de l'homme* (pp. 65-73). Bruxelles, Belgique: Service de lutte contre la pauvreté, la précarité et l'exclusion sociale.
- United Nations Refugee Agency. (1991). *Information note on UNHCR's guidelines on the protection of refugee women* (22 July 1991, UN Doc. EC/SCP/67). Retrieved from <http://www.unhcr.org/3ae68cd08.html>
- Vallet, C. (2014, June 2). Les «pro-vie» européens ont perdu une bataille. Mais ont-ils perdu la guerre? *Slate.fr*. Retrieved from <http://www.slate.fr/story/87829/echec-initiative-one-of-us>
- Van Drooghenbroeck, S. (2007). Droit pénal et droits de l'homme: Le point de vue de la Cour européenne des droits de l'homme. In Y. Cartuyvels, H. Dumont, F. Ost, M. van de Kerchove, & S. Van Drooghenbroeck (Dir.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal?* (pp. 75-109). Bruxelles, Belgique: Facultés uni-

versitaires Saint-Louis Bruxelles/Bruylant.

- Warbrick, C. (2004). The European response to terrorism in an age of human rights. *European Journal of International Law*, 15, 5: 989-1018.
- Weissbrodt, D., & Hörtreiter, I. (1999). The principle of non-refoulement: Article 3 of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in comparison with the non-refoulement provisions of other international human rights treaties. *Buffalo Human Rights Law Review*, 5: 1-73.
- Zampas, C., & Andión-Ibañez, X. (2012). Conscientious objection to sexual and reproductive health services: International human rights standards and European law and practice. *European Journal of Health Law*, 19, 3: 231-256.

Article 3 of European Convention on Human Rights and Serious Systematic Discrimination —Inhuman or Degrading Treatments in Private Relations

Vivianne Yen-ching Weng

Department of Political Science, National Chengchi University
No. 64, Sec. 2, Zhinan Rd., Taipei 11605, Taiwan
E-mail: vycweng@nccu.edu.tw

Abstract

Article 3 of the European Convention on Human Rights (ECHR) is an absolute protection. Nevertheless, while assessing whether an alleged fact reaches “a minimum level of severity” to invoke Article 3, there must be a proportionality review. Through its dynamic interpretation, the European Court of Human Rights (ECtHR) steadily extends the protection of Article 3 beyond the classical definition of torture, reaching the level of indirect horizontal effect through the development of positive obligations.

Due to the absence of a clause condemning massive and systematic discriminations in the ECHR, the ECtHR has replied to observations from international and European institutions, and even credible NGOs, to apply Article 3 in cases involving serious human rights violations. The Court is concerned about State accountability in disputed enforced disappearance cases. With Article 3, it questions the failures of State protection system vis-à-vis particularly vulnerable individuals and therefore urges States to eliminate systematic discrimination both in private and public spheres.

The failure of mechanisms protecting fundamental human dignity results in serious systematic discrimination. This might have been the core concern of the ECtHR’s application of Article 3 in *ratione materiae* traditionally within the ambit of Article 8. However, concerning the question of which way would best illustrate the Court’s determi-

nation to condemn such discrimination, Article 3 alone, or Article 14 read in conjunction with Article 3, it seems the Court still needs to clarify its approach.

Key Words: inhuman or degrading treatments or punishments, European Convention on Human Rights, horizontal effect, prohibition of discrimination