

欧洲人权制度中的“自由判断余地原则”述评

孙世彦

内容提要: 本文介绍和评价了欧洲人权制度中极为重要的“自由判断余地原则”,认为该原则及其适用对解决国际人权法中的相关问题有一定的借鉴意义。“自由判断余地原则”是由欧洲人权监督机构(主要是欧洲人权法院)发展出来的,用以平衡公约机关与缔约国在某些领域中的权限的一种方式。本文借助具体案例和学者论述,介绍了该原则的产生过程,分析了其可能得到适用的领域以及在不同领域中的适用幅度,欧洲人权法院用以考虑国家在自由判断余地内的作为的因素。本文还对该原则的法律基础、适用标准及对实现“欧洲人权公约”的目的和宗旨的效果等问题进行了评价。

关键词: 自由判断余地 欧洲人权公约 欧洲人权法院

孙世彦,中国社会科学院法学研究所、国际法研究中心研究员。

一 问题的提出

与国际法的其他部门相比,国际人权法有许多特异之处。其中的两点是:首先,国家承担和履行国际人权法律义务的最主要方式是在本国管辖权范围之内针对本国国民实施和执行国际人权法律规范(主要是国际人权条约),而在国际法的其他许多领域中,其规范的实施和执行主要是在国家之间进行的,如相互尊重外国外交代表的特权与豁免,相互减免进口商品的关税等等。其次,正因为国际人权法主要是由国家在国内实施和执行,所以确保国际法得以被遵守和执行的传统基础“相互性”对于国际人权法的实施和执行的效能是微乎其微的。^[1]因此,国际人权法律制度中不仅包括国际人权规范,即条约和可以确证的习惯法规则,更为重要的是,还包括大量的实施和执行这些规范的机制。从这两点可以看出,国际人权法的实效性主要依靠国家权威机关在一国之内以立法、执法和司法方式予以实施和执行,而国际机制的作用主要限于“监督功能”^[2],许多人权条约规定的个人申诉机制在确定申诉可否被受理时适用的“用尽国内救济原则”明显地体现了这一点。

然而,这就必不可免地要导致国际监督机制和国家权威机关间的紧张关系:^[3]这两者在实施和执

[1] 关于国际人权法的特殊性,主要参见 Bruno Simm, “International Human Rights and General International Law: A Comparative Study”, *IV - 2 Collected Courses of the Academy of European Law* 153, (1995); Matthew Graven, “Legal Differentiation and the Concept of the Human Rights Treaty in International Law”, 11 *European J. Int'l L.* 489, (2000); 其“非相互性”或“绝对性”,参见 *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion of 28 May 1950, 1951 ICJ Rep. 15, p. 23; *Ireland v UK*, Judgment of 19 January 1978, Series A, no. 25, para. 239; *Effect of Reservations on the Entry into Force of the American Convention on Human Rights*, Advisory Opinion OC - 2/82 of 24 September 1982, IACHR, Ser. A, Judgment and Opinions, no. 2, para. 29.

[2] Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, p. XXII(1993).

[3] 参见 Remarks by Anne Bayefsky, 85 *Am. Soc'y Int'l L. Proc.* 337, pp. 337 - 338 (1991).

行国际人权法方面的权限究竟各有多大?具体而言,由谁、如何以及依据什么样的标准来判定国家权威机关的立法规定、行政措施和司法审判是否与该国承担的国际人权义务相符合就难免会产生分歧和争议。很多人权条约都规定国家在一定情况下可以限制某些权利的享有和行使,同样的,由谁、如何、依据什么样的标准来判定这些限制措施的合理性、合法性及其范围界限?国际人权条约的条款不可能规定得非常详细、极为精确,更不可能考虑到实践中千差万别、多种多样的实际情况,那么如何平衡人权条约的统一性和各缔约国具体情况的差异性?就条约的一般性规定对具体情况的适用,谁拥有最终的解释权?尽管国际人权法已有半个多世纪的历史,但仍然处于成长的阶段,因此对于以上问题尚没有明确的回答或规定。

国际人权法律制度中,除了普遍性的,即在全球范围内主要由联合国主持或直接运行的人权制度外,在欧洲、美洲和非洲还存在和运行着区域性人权制度,对于在各该制度所涉及的范围之内的人权保护起了非常有效的作用。而且到目前为止,由区域性人权条约所建立的机制一般要比普遍层次上的人权机制更为发达和完善,其中最突出的就是,与普遍性人权制度中尚无真正的国际性司法机构相比,这三个区域性人权制度都建立了各自的司法或准司法性的条约监督机构:人权委员会和/或人权法院。^[4]其中尤以欧洲人权制度积累了最为丰富的有关人权条约之实施与执行的司法实践理论,这些经验和理论也是国际人权法律实践的有机组成部分,对于普遍性人权制度的发展有重要的参考和借鉴意义。^[5]因此,本文将考察在欧洲人权机制的实践中发展起来的“自由判断余地原则”,以期对理解上述问题有一定的启发。

二 “自由判断余地原则”简介

在所有的区域性人权制度中,《欧洲人权公约》(以下简称《公约》)^[6]及其13项议定书,以及在其基础上建立的公约机关即欧洲人权法院,^[7]构成了世界上最发达、完备和有效的区域人权制度。而且,欧洲人权制度在某种程度上跨越了国际法和国内法的界限,从而建立了一种“自成一类”(sui generis)^[8]的新的法律秩序。这具体表现为,《公约》第1条和第19条分别规定了缔约国和欧洲人权法院在公约体系内的权限和作用:缔约国要遵守它们根据《公约》承担的义务,即保障在其管辖下的每个人的权利和自由,而法院则负责保障缔约国对其所承担的义务的遵守,即予以监督。然而,这两方权限的各自范围有多大?能否对此划分固定的、明确的界线?是否存在着实际的或潜在的冲突?而且,如同所有的国际人权条约一样,《公约》没有也不可能规定得极为详尽,为各缔约国设立单一的、无回旋余地的标准,就所有事项精确地规定缔约国所有的具体权利和义务。另外,《公约》中的某些条款允许缔约国在若干条件下限制某些权利和自由,具体说来这些条款有《公约》第5条,第6条,第8至第11条,《公约》第一议定书第1条和第四议定书第2条等条款,以及《公约》第15条这一“克减条款”。如何决定缔约国的限制措施的合理性与合法性?这些条款在一定程度上加剧了欧洲人权法院和国家权威机关间的紧张关系。法院如何平衡这种紧张关系?本文论述的“自由判断余地原则”(Margin of Appreciation Doc-

[4] 美洲和非洲人权制度中同时存在人权委员会和人权法院。在欧洲制度中只有法院,见下注[7]。

[5] Ev Brens, *Human Rights: Universality and Diversity*, p. 357 (2001).

[6] 这一公约的正式名称是《保护人权和基本自由公约》(Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms)而并没有冠以“欧洲”的开头。但因为该公约是由欧洲理事会通过的,其绝大多数缔约国是欧洲国家,所以一般称之为《欧洲人权公约》(European Convention on Human Rights)。该公约于1953年9月3日生效,截止到2005年4月26日有45个缔约国。

[7] 在《欧洲人权公约》第11议定书于1998年11月1日生效以前,公约机关还包括欧洲人权委员会。在该议定书生效以后,欧洲人权委员会已经撤销,其功能由新成立的常设性欧洲人权法院承担。因此,在下文中提到欧洲人权法院的实践时,也包括1998年11月以前欧洲人权委员会的实践,如无必要,不再明确指出。

[8] 关于欧洲人权公约的“自成一类”的原创性,见 Andrew Drzemczewski, “The Sui Generis Nature of the European Convention on Human Rights”, 29 *Int'l & Comp. L. Quarterly* 54, (1980).

trine)^[9],就是欧洲人权制度在长期的实践中发展出来以解决相关问题的一种方式。

然而,对于“自由判断余地原则”的确切涵义,欧洲人权法院从来未予界定,学者们也都公认无法精确地加以定义。^[10] 大概而言,“自由判断余地”可以被理解为:在《公约》的语境之内,欧洲人权法院允许缔约国所享有的、在一定范围内采取措施界定和限制某些权利的自由。这一自由可以由国家的立法、行政—执法、司法部门行使,以制定法律(包括确立立法目的、达到这些目的的方式以及限制措施),实施法律,解释和适用法律。^[11] 欧洲人权法院在1976年的“汉迪塞德案”——该案有关英国为“保护道德”处罚一本涉及性内容的课本(“小红教科书”)的出版商是否侵犯了《公约》第10条保护的表达自由的问题——中的判决在这一原则的形成和发展过程中具有经典的、标志性的作用,对于该原则的基础以及涉及的各方面因素有较为清楚的说明:^[12]

法院指出,《公约》建立的保护机制对于维护人权的国内体系是补充性的。……《公约》首先留给每一个缔约国保证它所庄严地规定的权利和自由的义务。《公约》创建的机构对此任务做出自己的贡献,但只有通过具体的争端诉讼以及在所有的国内救济被穷尽以后(第26条),它们才会起作用。

这些结论尤其适用于第10条第2款。特别是,在众多缔约国的国内法中无法发现一种全欧洲统一的道德观念。缔约国各自的法律对于道德的要求所持有的观点因为时间和地点的不同而千变万化,在我们这样一个以该问题的观念正在迅速、深远地演化为特征的时代里,尤其如此。因为国家权威机关和它们国家的重大力量的直接和持续的联系,它们在原则上比国际法官更能够对于这些要求的精确内容以及旨在达到这些要求的“限制”或“处罚”的“必要性”给出一种判断意见。……

因此,第10条第2款给缔约国留下了一种自由判断余地。这一余地既给予国内立法者(“法律所规定”),也给予包括司法机关在内的其他负责解释和适用有效法律的其他机关……

然而,第10条第2款并没有给予缔约国一种无限的自由判断权力。法院同委员会一道负责保证对国家义务的遵守(第19条),法院有权对某一“限制”或“处罚”是否与第10条保护的表达自由相和谐做出最终的裁决。因此,国内自由判断余地和欧洲的监督是相伴并行的。该监督既关注被质疑之措施的目的也关注其“必要性”;它涉及的不仅仅是基本的立法,还有适用这一立法的决定,即使这一决定由独立的法院做出。……

根据欧洲人权法院在“汉迪塞德案”以及其他有关案件中的判决,大致可以总结出对认识“自由判断余地原则”比较重要的以下几方面:

(一)“自由判断余地原则”的产生和发展

《欧洲人权公约》本身及其立法历史都没有提到这一原则和概念,很多学者都认为该原则起源于国内法。许多欧洲国家,特别是大陆国家的法律制度中,都存在着对行政行为的合法性进行司法审查的实践和传统。在相关的司法判例和由之发展而来的法理中,就承认国家机关在一定范围内有自由判断和

[9] 该术语在中文中尚无通译。在此姑且将“Doctrine”译为“原则”,它实际上没有“原则”那么系统,但也没有“学说”那么强的理论性,它更多地指一种比较体系化的认识和做法。在欧洲人权实践中,该原则有时也被称为“Power of appreciation, discretion, latitude”等。见 Herbert Petzold, “The Convention and the Principle of Subsidiarity”,载 R. St. J. McDonnell, Fr. M. Tschersich, & Herbert Petzold, eds., *The European System for the Protection of Human Rights* 41, p. 55 (1993)。

[10] 参见 Ronald St. J. McDonnell, “The Margin of Appreciation in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”,载 Gabriel Ruiz, et al., *Interpretation of the Law at the Time of its Codification: Essays in Honour of Roberto Ago* 187, p. 192 (vol. III, 1987)。

[11] 参见 J. A. Andrews, “The European Jurisprudence of Human Rights”, 43 *Michigan Law Review* 463, p. 496 (1984); Howard Charles Youngrow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, p. 13 (1996); Oren Gross & Fionnuala Ni Aoláin, “From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights”, 23 *Human Rights Quarterly* 625, p. 626 (2001)。

[12] *Händyside*, Judgment of 7 December 1976, Series A, no. 24, paras 48 - 49, 对该案的介绍与评述,见万鄂湘主编:《欧洲人权法院判例评述》,湖北人民出版社1999年版,第429 - 432页。

裁量的余地。这被认为是“自由判断余地原则”的起源。^[13]然而,欧洲人权委员会和欧洲人权法院在各自的实践中都没有明确地提到该原则的国内法起源,因此可以认定,该原则是欧洲人权机关为解决实践中遇到的特殊问题而独立地发展起来的司法实践理论。该原则和欧洲某些国家国内法实践的相似性,可能出自两个原因:首先,导致该原则产生的问题的性质是相似的,都涉及国家机关在某些情况下自由判断和裁量的问题,因此应对办法也相似;其次,委员会的委员和法院的法官都必然具有各自国内法的理论基础或实践背景,因此难免受到国内法律制度的影响,尽管他们并没有明示地照搬国内法的解决方式。

该原则最早是由欧洲人权委员会在1958年希腊诉英国的“塞浦路斯案”中提出来的。该案涉及在《公约》第15条之下义务克减的问题。委员会认为“有关国家的政府应该能够行使某种自由裁量的措施,以判定事态的紧急状况所严格要求的程度”^[14],从而开始了“自由判断余地原则”在《欧洲人权公约》司法实践中的应用。在这一早期阶段,涉及自由判断余地的主要是根据《公约》第15条在紧急状态下缔约国义务克减的案件。^[15]如欧洲人权法院处理的第一个案件也有关第15条并涉及——尽管没有明确提及——“自由判断余地原则”。^[16]在1968年的“比利时语言案”^[17]中,欧洲人权法院第一次在不涉及紧急状态的案件中考虑到了该原则。而1976年欧洲人权法院审结的“英格尔案”^[18]和“汉迪塞德案”则明确适用了该原则,正式标志着欧洲人权制度将“自由判断余地原则”的适用范围扩大到与紧急状态无关而涉及其他《公约》权利的案件。到2003年为止,欧洲人权法院在大约400余项案件中适用或提到了“自由判断余地原则”,占已受理的近3800项案件的十分之一强。

(二)适用“自由判断余地原则”的领域

然而,尽管经过了几十年的发展,但直到目前,“自由判断余地原则”的适用条件仍然没有得到精确的阐明和界定,其作用和运行规律仍在发展之中。首先,该原则究竟可以适用于《公约》规定的哪些权利和自由或哪些条款,欧洲人权法院从没有做出明确限定。但是根据以往的有关判例,可以发现在以下两种情况中最有可能适用该原则:^[19]

最主要的一种情况是,当案件涉及的《公约》条款——特别如第8至11条等各条第2款但并不仅限

[13] 见 How ard Ch rles Yourow,上注 11, p. 14; P. v n Dijk nd G. J. H. v n Hoof, *Theory nd Practice of the Europe n Convention on Hum n Rights* p. 84 (3rd ed., 1998). 认为这一概念借自法国行政法 (“m rge d ’ ppreci tion”) 的观点,见, Thom s A. O ’ Donnell, “The M rgin of Appreci tion Doctrine: St nd rds in the Jurisprudence of the Europe n Court of Hum n Rights”, 4 *Hum n Rights Quarterly* 474, p. 475, n. 8 (1982). 另见, J. A. Andrews, 上注 11, p. 496; Ev Bræns, “The M rgin of Appreci tion Doctrine in the C se-L w of the Europe n Court of Hum n Rights”, 56/1 - 2 *Zeitschrift für äus ndisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (Heidelbergl. Int ’l L.) pp. 240 - 241 (1996)。

[14] *Greece v UK* (“Cyprus C se”), *Applic tion* 176/56, 2 *Yearbook of the Europe n Convention on Hum n Rights* 174, p. 176 (1958 - 1959)。

[15] 这一阶段的历史,见 Cor S Feingold, “The Doctrine of M rgin of Appreci tion nd the Europe n Convention on Hum n Rights”, 53 *Notre D me L wyer* 90, pp. 91 - 94 (1977 - 1978). 缔约国根据《公约》第15条在紧急状态时期克减其义务时涉及的自由判断余地问题,见 J. G. Merrills, *The development of intern tion l l w by the Europe n Court of Hum n Rights*, pp. 152 - 155 (1993); Fionnu l Ni Aol in, “The Emergence of Diversity: Differences in Hum n Rights Jurisprudence”, 19 *Fordham Int ’l L. J.* 101, pp. 108 - 126 (1995); Ron ld St J. M cdon ld, “Derog tions under Article 15 of the Europe n Convention on Hum n Rights”, 36 *Columbi J. Tr nsn tion l L.* 225, (1997); Mich el O ’Boyle, “The M rgin of Appreci tion nd Derog tion under Article 15: Ritu l Inc ntion or Principle?”, 19 *Hum n Rights L. J.* 23, (1998); Oren Gross & Fionnu l Ni Aol án, 上注 11; Moh med M. El Zeidy, “The ECHR nd St tes of Emergency: Article 15 - A Domestic Power of Derog tion from Hum n Rights Oblig tions”, 4 *S n Diego Int ’l L. J.* 277, (2003)。

[16] *L wless v Irel nd* (No. 3), Judgment of 1 July 1961, Series A, na. 3, p. r. 28.

[17] C se “*Rel ting to Cert in Aspects of the L ws on the Use of L ngu ges in Educ tion in Belgium*” v. *Belgium* (“Belgi n Linguistic”), Judgment of 23 July 1968, Series A, na. 6. 但该案的判决中没有明确使用“自由判断余地”的字眼。

[18] *Engel nd Others v. The Netherl nds*, Judgment of 8 June 1976, Series A, na. 22, p. r. s. 59, 72.

[19] 参见 P. v n Dijk nd G. J. H. v n Hoof, 上注 13, p. 85; Jeroen Schokkenbroek, “The B sis, N ture nd Applic tion of the M rgin-of-Appreci tion Doctrine in the C se-L w of the Europe n Court of Hum n Rights-Gener l Report”, 19 *Hum n Rights L. J.* 30, pp. 31 - 32 (1998)。

于此——规定缔约国可以对某些权利进行限制或干预,即某一案件涉及申诉人的权利和自由与公共利益或可能受影响的其他人的利益之间的冲突与平衡时,就有可能导致该原则的适用。在评估和决定《公约》保障的权利是否被侵犯时,在权利和对权利进行限制的合理理由之间的平衡是极为重要的。^[20]这是因为,具有不同的历史、文化以及不同的政治和法律制度的国家不太可能以同样的方式解决冲突,达到平衡。^[21]这里所涉及的各种具体标准如“必要性”和“相称性”问题,将在下面予以述评。

另一种情况是,当案件涉及的《公约》条款包括涵义不很明确的术语或表达时,法院就会考虑该原则在此或可有所作用。比如,《公约》第5条第3款中的“合理时间”,第8条第1款中的“私人和家庭生活”,第10条第2款中的“健康”、“道德”、“名誉”,以及第一议定书第1条中的“公共利益”和“普遍利益”等等术语在具体适用时都可能造成理解和解释方面的种种问题,并因而需要适用“自由判断余地原则”加以处理。

简而言之,如果在某一具有不确定性的领域中,缔约国可以在不同的、但都被允许的处理方式之间进行选择,那么在此领域中就有可能适用“自由判断余地原则”。^[22]当然,该原则不适用也不应适用于《公约》保障的所有权利,或所有类型的案件,或所有领域的问题。^[23]首先,《公约》的某些条款(如第2条第1款、第3条和第4条第1款)的措辞极为宽泛,对所规定的权利和自由提供了近乎绝对的保护,没有为自由判断、利益平衡或合理的意见分歧留下余地,因此在有关这几条的判例中从未适用该原则。另有一些条款(如第4条第2款和第5条第1款)保障的权利和自由可以受到限制,但《公约》本身规定了明确具体的进行限制的原因和条件。其次,只有在案件的事实清楚地确立时,才可以适用该原则;该原则不能用于审查证据,确立事实。第三,如果某一具体案件中——尽管该案件涉及的《公约》条款可以适用该原则——是否存在着对权利的侵犯十分清楚,则法院就不会认为有适用这一原则的必要。最后,如果《公约》只要求“结果的义务”,而对达到这一结果的具体行为和方式不作要求,则缔约国就有权采取任何自己认为合适的行为和措施,而且这些行为和措施不在法院审查的范围之内,^[24]因此法院也就没有可能和必要适用“自由判断余地原则”。

(三)在各领域中国家享有“自由判断余地”的不定程度

然而,在各个不同的、可以适用“自由判断余地原则”的领域中,缔约国享有该判断余地的范围和程度——“宽”或“窄”——并不相同而且很难加以判定。^[25]这一程度根据权利和自由的领域、案件的性质、所涉及的《公约》条款以及其他各种复杂的因素的不同而不同,因此并没有确定不移的规则,至少欧洲人权法院从没有给出过这样的规则。总的来说,法院试图避免断言总的原则,而是在个案的基础上根据具体情况决定是否适用及如何适用“自由判断余地原则”。但无论如何,认为国家机关在所有领域中都拥有宽泛的或不受限制的自由判断和裁量权利绝对是一种错误的印象。^[26]从适用该原则的有关判

[20] Ev. Brems, 上注 5, p. 365.

[21] 参见 Eric Heinze, “Principles for Met-Discourse of Liberal Rights: The Example of the European Convention on Human Rights”, 9 *Indiana Int'l & Comp. L. Rev.* 319, P. 328 (1999).

[22] 见 Douglas Lee Donoho, “Autonomy, Self-Governance, and the Margin of Appreciation: Developing Jurisprudence of Diversity Within Universal Human Rights”, 15 *Emory Int'l L. Rev.* 391, p. 452 (2001).

[23] 参见 P. v. n Dijk and G. J. H. v. n Hoof, 上注 13, p. 86; Jeroen Schokkenbroek, 上注 19, pp. 32 - 34. 但有人认为该原则逐渐扩展到《公约》及其议定书所保障的所有权利。Ev. Brems, 上注 13, p. 242.

[24] 例如见 *Colozz v. Italy*, Judgment of 12 February 1985, Series A, no. 89, p. r. 30. 在该案中,法院认为缔约国可以自行选择使其法律制度符合《公约》第6条第1款的方式——缔约国在此方面有“宽泛的裁量权”(wide discretion),而对这些方式做出指示不是法院的任务。值得注意的是,这里的“宽泛的裁量权”与“自由判断余地”的法律性质完全不同,前者由《公约》预留给各缔约国,因此不在法院的审查范围之内。另参见, *Quaranta v. Switzerland*, Judgment of 24 May 1991, Series A, no. 205, p. r. 30. 在该案中,法院使用的相应词语是“相当的自由”(considerable freedom).

[25] 如一位英国学者称,与诸如免于酷刑的自由等权利相比,“就《公约》规定的其他和不那么绝对的权利或义务而言,……自由判断余地的恰当幅度不是非常清楚”。J. A. Andrews, 上注 11, p. 496.

[26] 见 Peter Milczuk, “Judicial Procedures and the protection of human rights: the European context”, 载 Sienho Yee and Wing Tiew, eds., *International Law in the Post-Cold War World: Essays in memory of Li H. oppei* 423, p. 423 (2001).

例中,就某一领域或权利而言,似可总结出如下影响自由判断余地之“宽窄”的因素或变量:^[27]

首先,就案件所涉及的问题或领域,缔约各国的法律和实践之间是否存在很高程度的一致性,即“欧洲共同基础”或“共同欧洲标准”或“欧洲一致标准”。如果存在这种“一致性”,那么可能就不存在自由判断余地或该余地“狭窄”一些,法院就会对有关国家的行为或措施是否遵守了《公约》规定进行更为严格的审查。

有许多方法可以用来确立是否存在这样的“欧洲一致性”。欧洲人权法院最常用的方法是对缔约国的法律和实践进行比较分析,^[28]有的时候法院也提到其他有关的国际条约或文件,^[29]或是《公约》本身的其他条款以确证“一致性”是否存在。当然,这种共同基础或共同标准存在着发展的问题,即随着不同国家、文化和制度之间的交流与融通,可能在越来越多的领域中出现越来越一致的认知标准和处理方式,那么就这样的领域或其中的问题,各缔约国享有的“自由判断余地”也将越来越“窄”,受到越来越多的制约和审查。

其次,另一个重要因素是被国家的作为所影响的个人的权利或行为的性质。^[30]某一权利的性质越重要——尤其对一个“民主社会”而言,或者权利的实质受到了影响和限制,国家享有的自由判断余地就越“窄”。由此,可以认为欧洲人权法院对《公约》承认的权利按重要程度进行了某种排列。^[31]例如,根据法院的判例,缔约国在生命权(第2条)、禁止酷刑和无人道待遇(第3条)和禁止奴隶制(第4条)方面就几乎没有任何自由判断余地,^[32]在表达自由(第10条)方面的自由判断余地极为狭窄,^[33]在财产权方面(第一议定书第1条)的余地则要宽一些,^[34]而在《公约》第8条的语境之内考虑选择和改变姓名的权利时,缔约国的自由判断余地就更为宽泛。^[35]但就同一项权利而言,又取决于行为的性质,即被调整 and 限制的行为对受到影响的个人的重要性,以及由此对民主制度和社会整体的必要性。^[36]以表达自由为例,国家对自由讨论公共事务(包括新闻界对政府及其官员的批评)施加的限制,就会比对商业广告或艺术作品的限制受到法院更多也更为严格的审查。^[37]

第三,还要考虑有关的限制和干预所要达到的目的的性质及其环境或背景。上面提到,国家的某些限

[27] 参见 Thom s A. O'Donnell, 上注 13, pp. 479 - 493; Anne B. Yefsky, 上注 3, p. 339; P. ulM honey, “M rvelous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism?”, 19 *Hum n Rights L. J.* 1, pp. 5 - 6 (1998); P. v n Dijk nd G. J. H. v n Hoof, 上注 13, pp. 87 - 91; Cl re Ovey, “The M rgin of Appreci tion nd Article 8 of the Convention”, 19 *Hum n Rights L. J.* 10, pp. 11 - 12 (1998); Dougl s Lee Donoho, 上注 22, pp. 452 - 453; Jeroen Schokkenbroek, 上注 19, pp. 34 - 35。

[28] 例如见 *Dudgeon v UK*, Judgment of 22 October 1981, Series A, no. 45; *R. smussen*, 上注 28 参见 Eva Br nms, 上注 13, pp. 276 - 286; P. ob G. C. ozz, 上注 31。

[29] 例如,法院在一审判决中提到了 1949 年有关战俘待遇的日内瓦公约第 88 条作为确定国家是否享有自由判断余地的一项考虑因素。*Engel nd Others*, 上注 18, p. r. 72。

[30] 参见 *K. & T. v. Finl nd*, Judgment of 27 April 2000, Applic tion no. 25702/94, p. r. 135; Br nms 上注 13, pp. 264 - 269。

[31] 参见 How nd Ch rles Yourow, 上注 11, pp. 87, 115, 155, 155, 189 - 191; Dougl s Lee Donoho, 上注 22, p. 459。

[32] 有学者称这几条规定“就其所提供的近乎绝对的保护而言,居于《公约》建立的人权位阶的顶端”,因此,缔约国不得进行任何克减。见 J. A. Andrews, 上注 11, p. 474。因此,法院在涉及这几条的案件中也从来没有提到过“自由判断余地原则”。参见 Joh n C. llewert, “Is There M rgin of Appreci tion in the Applic tion of Articles 2, 3 nd 4 of the Convention?”, 19 *Hum n Rights L. J.* 6, (1998)。

[33] 在以下两个案件中,法院都提到对表达自由的限制要受到法院“最密切的审查”(“closest scrutiny”),但没有提到“自由判断余地”原则。*C. stells v Sp in*, Judgment of 23 April 1992, Series , no. 236, p. r. 42; *Inc l v Turkey*, Judgment of 9 June 1998, E. H. R. R. 1998 - IV, p. r. 47。

[34] 参见 *Immobili re S ffi v It ly*, Judgment of 28 July 1999, E. H. R. R. 1999 - V, p. r. s 51, 54, 74; Eva Br nms, 上注 13, pp. 249 - 249; R. St. J. M. cdon ld, “The M rgin of Appreci tion”, 载 R. St. J. M. cdon ld, Fr nz M. tscher, & Herbert Petzold, eds., *The Europe n System for the Protection of Hum n Rights* 83, p. 118 (1993)。

[35] 参见 *Stjem v Finl nd*, Judgment of 25 November 1994, Series , no. 299 - B, p. r. 38. Aey lM. Gross, “Rights nd Norm lization: A Critic l Study of Europe n Hum n Rights C se L w on the Choice nd Ch nge of N mes”, 9 *H rv nd Hum n Rights J.* 269. (1996)。

[36] 见 P. ulM honey, 上注 27, p. 5. 参见 *X nd Y v The Netherl nds*, Judgment of 26 M rch 1985, Series , no. 91, p. r. 24。对该案的介绍与评述见万鄂湘, 上注 12, 第 329 - 331 页。

[37] 见 *Lingens v Austri*, Judgment of 8 July 1986, Series A, no. 103, p. r. s 41 - 43; *M rkt Intem Verl g gmbh nd Kl us Beem nn v Gem ny*, Judgment of 20 Nouember 1989, Series A, no. 165, p. r. 33. 参见 Sφren C. Prebensen, “The M rgin of Appreci tion nd Articles 9, 10 nd 11 of the Convention”, 19 *Hum n Rights L. J.* 13, pp. 14 - 15 (1998)。对这种做法的批评,见 Lord Lester of Heme Hill, Q. C., “Univers lity versus Subsidi rity: A Reply”, 1998 - 1 *Europe n Hum n Rights L w Reviev* 73 (1998)。

制措施和干预行为可能是为了保护与所涉及的个人利益相冲突的其他利益和目的,如国家安全、公共安全、公共健康、公共道德、社会福利或可能受影响的其他人的权利和自由等——这些目的一般都规定在《公约》的限制性条款中,而国家享有自由判断余地的程度也因目的的不同而有所不同。^[38] 比如,在涉及以第8条第2款限制同性恋行为的“杜吉恩案”中,法院称,就该款规定的合理限制权利的第一项目的而言,“自由判断余地的范围并不完全等同”^[39]。在与“汉迪塞德案”一样也涉及限制表达自由的“《星期日时报》案”中,英国辩称其采取该措施的一个理由是“维护司法机关的权威”;但法院认为这一目的远没有“汉迪塞德案”中“保护道德”的目的重要,因此决定英国的自由判断余地较小,^[40]并以此作为判定英国的干预违反了《公约》第10条规定的表达自由的依据之一。另外,在涉及国家安全、紧急状态或某种情势要求国家采取紧急应对措施时,国家享有的自由判断余地也非常“宽”。^[41]

第四个并和上两点交叉的因素是,国家的限制措施和干预行为是否与该国社会、经济、税收、环境、城乡规划的一般政策有关,是否是这些政策的一部分或为其所要求。如果是,则法院一般认为国家立法机关享有较宽的自由判断余地。^[42] 例如,法院在“鲍威尔和雷纳案”中判称:

在这一困难的社会和技术领域,当然不能由委员会或法院的判断代替国家权威机关对什么可能是最好的政策做出的判断。在这一领域中,缔约国被承认享有宽泛的自由判断余地。^[43]

这一因素在有关财产权以及国家之“积极义务”的案件中表现得较为明显。^[44] 另外,国家是否处于危险和紧急状态也是需要考虑的一个因素。

最后但并非最不重要的考虑因素当然是《公约》的约文本身。《公约》对不同权利和自由的规定措辞和表达方式是不一样的。如上所述,《公约》的某些条款措辞极为宽泛,近乎绝对地保护所规定的权利和自由;另有一些条款保障的权利和自由可以受到限制,但限制的原因和条件明确地规定在《公约》中;但还有一些条款(如第8至11条、第一议定书第1条)不仅允许限制,而且只是提出了一些原则性的限制条件,并没有详尽地列举限制的原因和条件。^[45] 因此,这些规定的措辞和表达是确定缔约国在各

[38] 参见 *Eva Brønns*, 上注 13, pp. 257 - 264。

[39] *Dudgeon*, 上注 34, p. 52。另见 *Leander v Sweden*, 上注 38, p. 59。

[40] 见 *The Sunday Times*, 上注 29, p. 59。但在另外一件也涉及“表达自由”与“保护道德”冲突的案件中,法院认为缔约国有关机关的活动是在“自由判断余地之内”,而且没有违反《公约》第10条。*Müller and Others v Switzerland*, Judgment of 24 May 1988, Series A, no. 133。

[41] 见 *Ireland v. UK*, 上注 1, p. 207; *Brannigan and McBride v. UK*, Judgment of 26 May 1993, Series A, no. 258 - B, p. 43。从最早期的案例可以看出,欧洲人权机关正是为了应对国家的这样一种顾虑而提出了该原则:对个人权利的保护有可能——特别是在紧急状态下——损害国家的安全。参见 *Eybenvenisti* “Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards”, 31 *New York University School of Law J. Int'l L. & Politics* 843, p. 845 (1999); *Brønns* 上注 13, pp. 251, 292。欧洲人权法院的一位前法官认为,严重的公共紧急状态要求对权利进行克减时,国家享有的自由判断余地可能最宽;而在涉及对个人生活的侵犯时,余地则最小。见 *Ronald St. J. McDonald*, 上注 10, p. 207。参见 *Thomas A. O'Donnell*, 上注 13, p. 495。

[42] 根据城市规划对财产权进行干预时,国家享有较宽自由判断余地的情况,参见 *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, Judgment 23 September 1982, Series A, no. 52, p. 69。

[43] *Powell and Rayner v. UK*, Judgment of 21 February 1990, Series A, no. 172, p. 44。“这一困难领域”指的是飞机噪音造成的损害赔偿问题。

[44] 参见 *Jmes and Others v. UK*, Judgment of 21 February 1986, Series A, no. 98, p. 46 - 50; *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. UK*, Judgment of 28 May 1985, Series A94, p. 67; *Gustafsson v. Sweden*, Judgment of 25 April 1996, E. H. R. R. 1996 - II, p. 52 - 54。有关财产权国家享有较宽自由判断余地见 *J. G. Merrills*, 上注 15, pp. 156 - 158; *Yves Winisdoerffer*, “Margin of Appreciation and Articles 1 of Protocol No. 1”, 19 *Human Rights L. J.* 18, p. 19 (1998)。但有人指出国家在积极义务方面享有较宽的自由判断余地是一个错误的认识。见 *Ey Brønns*, 上注 13, p. 247。

[45] 这些条款与“自由判断余地原则”的关系及其在欧洲人权机关司法实践中的体现,分别见以下文章: *Clare Ovey*, 上注 27; *Yves Winisdoerffer*, 上注 44; *P. Ullmer*, “Universality Versus Subsidiarity in the Strasbourg Case Law on Free Speech: Explaining Some Recent Judgments”, 1997 - 4 *European Human Rights Law Review* 364. (1997); *R. St. J. McDonald*, 上注 34, pp. 86 - 118。

该领域中自由判断余地的“无与有”、“窄与宽”的一个重要因素。^[46]例如在“古尔德案”中,被申诉国辩称,其拒绝囚犯与律师通信的行为符合《公约》第8条第2款,并且是在其自由判断的权力范围之内。但法院不赞同该意见,而认为该条款的限制性表述非常清楚,没有留下任何扩大解释的空间;因此这里也没有任何自由判断余地。^[47]

欧洲人权法院的判例表明,上述标准和因素并非“确定不移的规则”,^[48]而是“视情况而定且不详尽的”,^[49]其中没有一项被法院认为在确定自由判断余地的范围和程度时具有决定性,任何一个标准都有其自身的价值。在某些案件中,可能会涉及不只一个因素,这些因素有时会指向同一个方向(如较宽的自由判断余地)并互相加强;有时则会指向不同的方向并互相冲抵。而每一项因素在不同案件中的适用也并不总是具有连贯一致性。在这些因素互相交错,特别是其指向不同时,对法院在某一具体案件中究竟将如何决定自由判断余地的范围很难加以预测,也无法得出任何恒常的、一般性的结论。这取决于法院赋予各种不同因素重要性的程度,其最终基础则是法院及其法官的价值观念和价值观判断。

(四)欧洲人权法院用以考虑国家在自由判断余地内之作为的因素

在国家享有自由判断余地的领域,国家可以采取一定的、可能影响《公约》规定之权利和自由的行使或享有的行动或措施。然而,这并非意味着缔约国只要是在自由判断余地之内,就可以“为所欲为”;国家的行为和措施并不因为处于自由判断余地之内就必然符合《公约》的规定并必然为欧洲人权法院所认同。欧洲人权法院很早就指出,国家在此余地中的权力并不是无限的,而要受到欧洲人权机构的监督。^[50]法院对缔约国的任何作为,包括被判定处于自由判断余地之内的行为和措施,都要进行监督,以判断其是否违反了《公约》的规定。法院在如此作为时,必须考虑一定的因素,依据一定的标准,这些因素和标准及其在不同案件中的适用也是不同的,这要取决于具体的法律和社会情境。^[51]通常,欧洲人权法院在审查被申诉的某一缔约国的作为时,首先会考虑相关的行为和措施是否构成了对《公约》规定之权利的限制和干预;在确定了限制和干预的存在以后,一般也要考虑这些因素和标准——它们通常都是由《公约》规定的,如《公约》第8条至第11条各条的第2款——以决定国家的作为是否在自由判断余地之内以及是否违反了《公约》的规定。^[52]

首先要考虑的因素是国家的行为和措施是否“由法律所规定”。也就是说,国家机关,主要是行政和司法机关的任何行动都必须以明确的国内法规定为依据,是为达到法律规定的目的——这是法治的最基本要求之一。在实践中,极少有国家的行为被判定为没有法律依据。这里需要指出的是,欧洲人权法院仅仅审查在具体案件中某一法律是否被正确地适用,是否构成了对《公约》所保障的权利和自由的干预,而不从《公约》的角度考察该法律本身的合法性问题,因此,法院的审查不同于某些国内法律制度中对于法律本身的“司法审查”或“合宪审查”。

其次要考虑的因素是国家的干预行为和措施是否有“一个正当合理的目标”,是否出于“一种迫切

[46] 例如,有人指出,在财产权方面国家的自由判断余地的“合理性根据就在于第一议定书第1条约文的措辞本身”。Yves Winidoerffer,上注44, p. 20。但《公约》第14条的约文本身则没有清楚地显示出国家权威机关应被留予一定的自由判断余地。Jeroen Schokkenbroek, “The Prohibition of Discrimination in Article 14 of the Convention and the margin of appreciation”, 19 *Hum n Rights L. J.* 20, p. 20 (1998)。

[47] *Golder v UK*, Judgment of 21 February 1975, Series A, no. 18, p. r. s. 22, 44 - 45.

[48] Jeroen Schokkenbroek, 上注19, p. 35。

[49] Anne B. Yefsky, 上注3, p. 339。

[50] 见 *Ireland v UK*, 上注1, p. r. 207。

[51] 见 Peter M. Linczuk, 上注26, p. 432。

[52] 参见 Douglas Lee Donoho, 上注22, pp. 454 - 455。一位学者认为:“如果限制由法律所规定,有正当的目的,符合民主必要性的要求,则这样的自由判断余地就更有可能为斯特拉斯堡机关所允许。”Christin M. Cem, “Book Review: The European Convention for the Protection of Human Rights: International Protection versus National Restrictions”, 88 *American J. Int'l L.* 206, p. 208 (1994)。

的社会需要”,并且是否“为民主社会所必需”。这又称为“必要性检验”。^[53]这里涉及的实际上是一个利益平衡问题,一方面是个人的权利和自由,另一方面是可能与之相冲突的其他利益,如国家安全、公共安全、公共健康、公共道德、社会福利或可能受影响的其他人的权利和自由。例如,任何社会都不会允许绝对的表达自由,都必须在一定程度上限制对表达自由的滥用以保护整个社会及其成员的利益。欧洲人权机关承认情况各不相同的缔约各国的民主制度和要求,承认缔约国机关更了解本国的情况,因此后者对如何断定“迫切社会需要”以及如何平衡不同的利益冲突享有自由判断余地,但它们的决定要受到法院审查的制约:^[54]根据对所涉及利益的价值判断不同,法院可能支持国家的行为和措施为“必须”,也可能裁定其违反了《公约》的规定。在适用“自由判断余地原则”评估国家的干预措施和行为时,“必要性”是最难以断定的因素之一。

然而,国家的某一行为和措施仅仅“为民主社会所必需”还不够,这一行为或措施还必须与所要达到的正当合理目的相称。按法院的说法“运用的手段和追求的目的之间必须有合理的相称性的关系”^[55],此即在欧洲人权法院广泛运用的“相称性检验”。^[56]根据这一检验标准,国家的行为和措施对公约权利构成的限制或干预必须在社会公共利益的需要与保护个人基本权利的要求之间达到“相当的平衡”,^[57]必须与该作为追求的合法目的有实质上的因果联系,对达到这一目的的必要、不过分,且不存在限制性较小的替代方式。这一“相称性检验构成了评估国家权威机关是否逾越了自由判断余地的最重要的标尺”,^[58]因此欧洲人权法院在大量的案件中适用这一标准来判断缔约国的某一限制或干预行为是否逾越了必要的限度。但是,“相称性检验”同时也是适用“自由判断余地原则”时最难以衡量的标准之一,因为其中涉及的因素很多也极为复杂,往往不太可能进行精确的量化分析。而且,这一“相称性检验”的严格程度也因不同的条款和涉及的权利而异,例如,有人称根据《公约》第8至11条各条第2款进行的相称性检验就要比根据第14条进行的检验严格。^[59]

需要注意的是,“在各领域中国家享有自由判断余地的程度”与“欧洲人权法院用以考虑国家在自由判断余地内之作为的因素”这两个方面在欧洲人权法院的实践中往往同时被考虑。就具体案件而言,欧洲人权法院有时在自由判断余地的程度的问题中考虑“合法性”、“必要性”和“相称性”的问题——例如根据权利的性质考虑干预措施的必要性;有时也在这几项因素的标题之下考虑国家可能享有的自由判断余地的“宽窄”程度——例如根据相称性决定国家干预措施的自由幅度,再确定该行为或措施是否构成了对《公约》保障的权利的侵犯或违反。因此,在逻辑上这是相互关联但又彼此有别的两个问题;但在实践中,欧洲人权法院在绝大多数案件中并不刻意地做此区分,而是经常同时考虑这两个方面。

三 “自由判断余地原则”简评

“自由判断余地原则”在欧洲人权制度中适用已经有三四十年的历史了,然而直到现在,学者们仍

[53] 法院就“民主必要性”的要求总结出的4项原则,见 *Silver and Others v UK*, Judgment of 25 March 1983, Series A, no. 61, p. r. 97. 参见 J. G. Merrills, 上注 15, pp. 159 - 166.

[54] 参见 *Hindside*, 上注 12; *Mronnek v Slovakia*, Judgment of 19 April 2001, Application No. 00032686/96, p. r. 52; *Pulm Honey*, 上注 27, p. 2.

[55] *Scollo v Italy*, Judgment of 28 September 1995, Series A, no. 315 - C, p. r. 32. 参见 *Jmes and Others*, 上注 44, p. r. 50.

[56] 关于欧洲人权实践中的“相称性”问题,参见 John Joseph Cronon, “The Proportionality Principle in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, 载 Ulrich Beyerlin, et al., *Recht zwischen Umbuch und Bewahrung: Festschrift für Rudolf Bemmert* 323, (1995); Marc-André Eissen, “The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights”, 载 R. St. J. McDonald, Franz Mütscher, & Herbert Petzold, eds., *The European System for the Protection of Human Rights* 125, (1993).

[57] 例如见 *Scollo v Italy*, 上注 55, p. r. 32; *Gusu dosier und Fondertechnik GmbH v The Netherlands*, Judgment of 23 February 1995, Series A, no. 306 - A, p. r. 62.

[58] Yutk Ari, “The Margin of Appreciation Doctrine in the Jurisprudence of Article 8 of the European Convention on Human Rights”, 16 *Netherlands Quarterly of Human Rights* 41, p. 43 (1998).

[59] 见 Jeroen Schokkenbroek, 上注 46, p. 21.

在激烈地讨论许多悬而未决的问题。首先,该原则的法律基础是什么?其次,是否存在调整自由判断余地的适用及其范围的原则或标准?如果尚不存在,有没有可能发展出来?第三,究竟应该如何评价这一原则,包括这一原则的法律性质、作用和效果?最后,“自由判断余地原则”是否蕴涵着承认人权的文化相对性的危险?等等。

(一)法律基础

“自由判断余地原则”的法律基础究竟是什么?如前所述,该原则并没有规定在《公约》中,也没有出现在任何起草文件即准备工作材料中。然而,欧洲人权法院作为一个司法机关提出这一概念并在数百个案件中加以发展和适用,可以想见会有一些法律基础以证实其合法性与合理性。然而,对其法律基础何在这一问题的解答,不能以一种僵化的、机械的方式仅仅局限于《公约》的约文本身,而应该着重考虑整个欧洲人权制度的目的和宗旨。

从欧洲人权制度的实践可以看出,该制度有两个相互作用的目的:监督《欧洲人权公约》各缔约国的人权实践以及建立相对统一的欧洲人权标准。具体而言,一方面,欧洲人权法院要根据《公约》审查各国的行为是否符合《公约》的规定和要求;另一方面,通过审查和监督以发展和统一欧洲人权标准。然而,欧洲各国的实际情况,包括其政治、法律、社会、文化制度和观念还是相当不同的,在这种情况下,欧洲人权法院如何实现上述目的?^[60]很自然地,国家权威机关在判断各方面的具体情况、需要以及应采取的措施方面,比《公约》监督机关更为合适,欧洲人权法院不可能取代国内权威机关而直接承担保护和促进人权的责任,而必须在一定程度上承认各缔约国的具体情况,尊重各缔约国采取的行为和措施,而各国因此可能在某些领域之内享有一定的自由判断余地。因此,为了更好地实现和平衡前述两个目的,整个欧洲人权制度建立在这样一项宗旨之上,即保护人权的基本责任以及对保护方式方法的确定主要由各缔约国来承担;《公约》规定的机制在根本上只是对国内实践的从属和辅助,这就是对理解欧洲人权制度极为重要的“辅助性原则”。^[61]欧洲人权法院在许多案件中多次强调欧洲人权制度的这一特性。例如在“比利时语言案”中,法院声明自己“不能承担国家权威机关的角色,因为若如此,它就会忘记《公约》建立的国际集体执行机制的辅助性质。就《公约》规定的事项,国家权威机关仍有自由选择它们认为适当的措施。法院的审查仅涉及这些措施是否符合《公约》的要求”。^[62]因此,欧洲人权法院的一位前院长认为“自由判断余地”是内在于《公约》制度的“辅助性原则”的体现;^[63]更多的人则提出该原则是欧洲人权法院为解决本文第一部分中提到的国际监督机制和国家权威机关的紧张关系,在保障《公约》实施的欧洲人权法院和保留民主权利的缔约国之间进行“分权”的一个必然结果,^[64]因此是法院自愿行使的一种司法限制。^[65]总结而言,“自由判断余地原则”的法律基础是这样一种理念:《公约》的遵守以及其中权利的实现,需要缔约国和欧洲人权法院的共同努力。

在认识“自由判断余地原则”的作用时,有一点重要认识必须强调。尽管《公约》机制是对缔约国国内人权保护体系的补充,欧洲人权法院绝不能取代各有权的国内机关来评估某一情势并决定应采取的应对

[60] R. St. J. M. McDonnell, 上注 34, p. 83, p. 122. 有人指出,并没有什么“西方”的人权观念,即使在欧洲,各国的宗教、意识形态、社会和政治历史和文化观念都不尽相同。Eva Brems, 上注 5, p. 357, p. 362.

[61] 参见 Herbert Petzold, 上注 9, esp. pp. 58 - 59.

[62] “Belgium Linguistic”, 上注 17, p. r. 10. 另见 *Hendryside*, 上注 12; *Eckel v Germany*, Judgment of 15 July 1982, Series A, no. 51, P. r. 66; *Akdivir and Others v Turkey*, Judgment of 16 September 1996, E. H. R. R. 1996 - IV, p. r. 65; *Selmouni v France*, Judgment of 28 July 1999, Application No. 25803/94, p. r. 74. 参见 Herbert Petzold, 上注 9, p. 58.

[63] Rolv Ryssdell, “The Coming Age of the European Convention of Human Rights”, 1996 - 1 *European Human Rights L. R.* 18, p. 24 (1996).

[64] 参见 Yutkari, 上注 58, pp. 60 - 61; P. ulM. honey, 上注 27, p. 3; Jeroen Schokkeybroek, 上注 19, pp. 35 - 36; Eva Brems, 上注 5, p. 361.

[65] 见 Clovis C. Morrison, “Margin of Appreciation in European Human Rights Law”, 6 *Revue des Droits de l'Homme* (Human Rights J.) 263, p. 275 (1973); P. ulM. honey, “Judicial Activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin”, 11 *Human Rights L. J.* 57, (1990); P. ulM. honey, 上注 27, p. 4.

措施,而只能是根据《公约》审查这些措施。但是,“自由判断余地原则”绝不意味着国家可以为所欲为。“余地”是在监督之下的余地,是由欧洲人权法院确定而绝非预留给缔约国的。在某一具体案件中是否适用该原则,是否赋予某一缔约国自由判断余地,该余地究竟有多大,以及在该余地范围内的行动是否符合《公约》规定的义务,最终要由法院自主进行审查和决定,任何缔约国及其司法或行政机关都不能自己声称其某一行为或措施根据该原则为正当合理,而将其行为或措施排除在法院的审查范围之外:“自由判断余地不可以被援作允许侵蚀《公约》机关的适当监督的理由”。^[66]因此,自由判断余地并非预留给缔约国的领地因而在法院的审查范围之外:自由判断余地绝非国家享有的一项权利。^[67]法院经常强调:“就施加限制而言,缔约国享有一定的但并非无限的自由判断余地,而且应由法院对这些限制是否符合《公约》做出最终的裁决”。^[68]这就是法院经常声明的“自由判断余地和欧洲的监督相伴并行”。^[69]而且,只有在国内法制健全的情况下才谈得上“余地”问题,如果一个国家的立法不完善、行政具有任意性、司法不独立也不公正,并且缺乏实施执行国际人权规范的诚意,那么就不存在用“自由判断余地原则”给该国家在一定领域中、一定限度内“松绑”的问题,而是要使这个国家尽可能地受人权规范的“约束”。

(二)适用标准

对于“自由判断余地原则”的适用标准和范围,学者们也有不同的认识。一种比较普遍的批评是“欧洲人权法院运用的自由判断余地原则是难以捉摸的”。^[70]具体而言,有人认为,欧洲人权法院对此尚未总结出一般性的理论;^[71]还有人认为,“自由判断余地原则”远没有提供一种连贯一致的对于权利的解说,其适用完全混乱不堪:其界定条理不清,决定其适用的几项附属性原则的范围和相互关系也同样条理不清。^[72]一些法律实践人员对此也提出了强烈的质疑,有人称对该原则的最大的反对意见是:“它在对《欧洲人权公约》的诸条款的解释中,引入了没有保证的主观因素”。^[73]还有人认为:“自由判断余地的概念已经变得像鳗鱼一样无法把握和难以捉摸。法院现在似乎是一次又一次地使用自由判断余地来替代对于所涉事项的严谨一致的法律分析。继续使用毫无标准可言的自由判断余地原则将会使人权标准变幻不定,危害极大”。^[74]当然,也有人认为至少就《公约》第 9 至 11 条适用该原则而言,尽管有关判决是由不同法官组成的不同审判庭做出的,但其适用方式“似乎有相当程度的连贯性和一致性”。^[75]

尽管从前面的分析可以看出,欧洲人权法院对“自由判断余地原则”的适用,似乎还是有一定的规律可循,但其连贯性和一致性的确还很不稳定,法院也没有明确地总结和列举这些规律和标准。因此有人提出:“如果法院能够采取内在逻辑更加一致的方式,在其判决中清楚地声明一些原则——这些原则规范援用自由判断余地的决定和余地的宽度,这倒是非常值得期望的”。^[76]然而,总结出这样的标准和原则有必要、有可能吗?首先,“自由判断余地原则”的产生,恰恰是因为《公约》不可能对现实生活中出现的每一种情况都有周详的预测和相应的调整,因此规制千变万化的各种可能的“自由判断余地原则”也不可能非常详细和确定,其本身必不可免地有一定的灵活和弹性余地。一位英国学者指出:“自由判断余地的宽窄幅度有极大的变化范围。因为法院处理不同的权利,处理申诉者就同样的权利在不同的

[66] Yut k Ar i,上注 58, p. 61.

[67] 参见 Jeroen Schokkenbroek,上注 19, p. 36.

[68] Silver and Others,上注 53, p. 97.

[69] 见 *Kliss and Others v Germany*, Judgment of 6 September 1978, Series A, no 28, p. r. 49; *Kokkinakis v Greece*, Judgment of 25 May 1993, Series A, no 260 - A, p. r. 47; *Januszki v Poland*, Judgment of 21 January 1999, E. H. R. R. 1999 - 1, p. r. 30.

[70] Thomas A. O'Donnell,上注 13, p. 495.

[71] 见 *Ev Brims*,上注 13, p. 241. “评论者的主要担心是其使用没有原则化的标准。”Thomas A. O'Donnell,上注 13, p. 495.

[72] Eric Heinze,上注 21, p. 328 详细论述见 pp. 328 - 331,同上。参见 *PulM honey*,上注 27, p. 2.

[73] Nicholas L. Vander, “The Problem of the Margin of Appreciation”, 1997 - 4 *European Human Rights L. R.* 380, p. 380 (1997).

[74] Lord Lester of Heme Hill,上注 37, pp. 75 - 76. 该文是对 *PulM honey*,上注 46,一文的答复。类似的观点,参见 *R binder Singh, Murrey Hunt & Marie Demetriou*, “Is There a Role for the ‘Margin of Appreciation’ in National Law after the Human Rights Act?”, 1999 - 1 *European Human Rights L. R.* 15, pp. 20 - 21 (1999).

[75] Søren C. Predbensen,上注 37, p. 17.

[76] Jeroen Schokkenbroek,上注 19, p. 36.

情况中提出的不同诉求,以及处理国家在不同时间提出的不同的证成理由,这样的变化是不可避免的。^[77]在这种情况下,“抽象地搜寻其‘界面’或‘范围’再一次误解了其性质,并将导致无谓的同义反复”。^[78]其次,还如欧洲人权法院屡次指出的,欧洲人权制度的一个重要特点是其“动态特性”,^[79]即《公约》本身是一个具有生命力的文件,法院必须将《公约》作为一份现代的文件,对其解释和适用必须经常反映、考虑、接纳和包容不断发展变化中的欧洲各国的政治、经济、社会、法律现实和情况。^[80]有人很早就指出:“……许多权利和自由在《公约》中的界定过于一般化,以至于不能完全‘自执行’,同时,社会和道德观念的变迁也可能为这些权利和自由的范围或含义增加进一步的不确定因素。因此,〔法院〕的‘监督功能’就不可避免地含有一种类似于普通法国家的司法机关所具有的创造性的立法因素”。^[81]这种动态性是欧洲人权制度能够顺利运作和蓬勃发展的原因之一。因此,就“自由判断余地原则”务必总结出确定的、恒常的适用标准和原则的苛求,不仅很难实现,而且一旦实现也只能带来使欧洲人权制度过于僵化的可能。

(三)积极意义还是消极作用

就“自由判断余地原则”的适用对于《公约》缔约国范围内人权的尊重和保护以及欧洲人权法院行使其监督职能的权威的影响的问题,以及对于该原则的效果究竟如何的问题,学者们也争论得较为激烈。在欧洲人权法院刚刚在几个标志性案件中适用该原则之后不久,就有人怀疑法院适用该原则绕过了《公约》的明确要求,威胁了《公约》保护的 personal 权利和自由,而这是对《公约》规定的法院的独立决策和执行权力的放弃和严重危害。^[82]另有人分析了紧急状态下克减某些人权的问题,认为在此情境中,“自由判断余地原则”一直是“从实质审查向后退却的一个关键方面”,“其要点似乎是放弃审查权力,或充其量是一种给国家的决定盖上《公约》同意其合法性的印章的权力”。^[83]

而另外一些学者,则认为“自由判断余地原则”的产生和适用不仅有其合法性与合理性,而且对在欧洲理事会的范围内尊重、保护和促进人权起到了相当积极的作用。从前文介绍已经可以看出,欧洲人权法院面临着两个颇为棘手但又必须加以解决的问题。首先,法院必须划分缔约国和欧洲机制的权限;其次,法院必须解决一方面是《公约》实施的一致性,另一方面是各缔约国的多样性,即它们具有的特殊问题和情况之间的内在冲突矛盾。这些问题是客观存在的,《公约》机制必须做出应对——无论应对方式的名称为何。而“自由判断余地原则”是处理这些问题的比较理想的方式,如果不是惟一的方式。在确立法院和各缔约国在实施《公约》保护人权方面的职责分工,使得法院能够决定各自的界限之所在,以避免与缔约国就其权限范围产生损害性的争议方面,将“辅助性原则”具体化的“自由判断余地的概念”扮演着一个重要角色”。^[84]而且“使得法院能够处理在《公约》起草时无法预见而在其日常工作中面对的不同情况和需要”,^[85]“能够容纳某些不可避免的变动中的规范和变动中的情势的消长,以及国内实践及其他因素的差别”。^[86]因此,很多人都指出“自由判断余地原则”在《公约》的运行中起到了“润滑剂”的作用。^[87]该原则可以说是灵活性与原则性的有效结合,逐渐发展成为一方面包容各缔约国的多样性,另外一方面保障《公

[77] J. G. Merrills, 上注 15, p. 159.

[78] R. St. J. M. McDonnell, 上注 34, pp. 84 - 85.

[79] 见 *Pretty v UK*, Judgment of 29 April 2002, Application No. 2346/02, p. r. 54; *St. J. M. McDonnell v UK*, Judgment of 28 May 2002, Application No. 46295/99, p. r. 68.

[80] 参见, Laurence R. Helfer “Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights”, 26 *Comell Int'l L. J.* 133, p. 134 (1993).

[81] Humphrey W. Lock, “The Effectiveness of the System Set up by the European Convention on Human Rights”, 1 *Hum. n Rights L. J.* 1, p. 9 (1980).

[82] Cor. S. Feingold, 上注 15, p. 91. pp. 95 - 105.

[83] Fionnuala Ni Aoláin, 上注 15, pp. 115, 117.

[84] J. G. Merrills, 上注 15, p. 175.

[85] R. St. J. M. McDonnell, 上注 34, pp. 122 - 123.

[86] J. A. Andrews, 上注 11, pp. 516 - 517.

[87] Thomas A. O'Donnell, 上注 13, p. 496; R. St. J. M. McDonnell, 上注 34, p. 122.

约》的有效实施,保持《公约》权利所反映的核心的“欧洲价值观念”的一个主要工具。

四 总 结

“自由判断余地原则”目前仍在变动和发展之中。欧洲人权制度在近十年来面临着一个新现象和新问题,可以预见其将与该原则相互影响。直到十年前的欧洲理事会成员国,亦即《欧洲人权公约》的缔约国,与世界上其他地域的国家相比,在政治、法律、经济、文化、社会和伦理传统、制度、实践等方面具有很高的同质性——这也正是欧洲人权制度得以产生和运作成功的原因之一,然而,随着中东欧的前社会主义国家加入欧洲理事会并批准《公约》(目前这样的缔约国达 20个),欧洲人权制度就面临着如何在以上方面都与原有的缔约国存在相当差距的新的缔约国中实施和执行《公约》并进行有效监督的问题。可以预见,在一定的历史时期内,该原则将在协调《公约》标准和缔约国,特别是新的缔约国的人权实践中继续发挥其作用。然而,尽管欧洲人权制度最近的司法实践理论通过“自由判断余地原则”承认并考虑了这些新缔约国的不可避免的差异,但是如果欧洲人权制度要继续保持其监控功能,就不能因这些国家的加入而导致欧洲标准的衰减,给予缔约国的这一“余地”也不能无限制地扩大。^[88]

终极而言,《欧洲人权公约》及其整个制度的运作,乃是基于所有缔约国的同意。^[89]“自由判断余地原则”所代表的灵活性,是对缔约国自主性的一种尊重,因此,该原则是在《公约》的体系内平衡国家主权与缔约国的义务以及对义务遵守的国际监督的一种必然结果。^[90]“自由判断余地原则……是由委员会和法院发展出来以协调《公约》的有效运作与民主国家中政府的主权权力和责任的重要保障。”^[91]考虑到该原则产生的现实原因,以及法院由此给予各缔约国的一定限度的自由裁量权正是欧洲人权制度成功的原因之一,可以认为该原则已经比较牢固地建立在法院的判例中,在相当一段时期内仍将发挥其作用,没有理由推想该原则在近期内会被完全放弃。

[Abstract] In this article, the author introduces and proposes the “margin of appreciation doctrine” in the jurisprudence of European human rights system, and is of the opinion that this doctrine and its application may serve as a guideline to relevant problems in international human rights law in general. The margin of appreciation doctrine has been developed by the supervisory organs of the European Convention on Human Rights, mainly the European Court of Human Rights, so as to balance the function of the Court and the sovereign powers of the Contracting Parties in some respects. By referring to case law of the Court and arguments of other commentators, the article discusses the evolving process of the doctrine, analyses the respects in which the doctrine has been applied and its different widths in different respects, elaborates relevant elements with which the Court evaluates the actions of State parties regarding different margins, and proposes the legal basis, standards of application, and the positive and/or negative impacts of this doctrine on the protection of human rights within the scope of the Council of Europe.

[88] 见 Richard S. Kay, “A Time of Change and Development in Central and Eastern Europe: The European Convention on Human Rights and the Authority of Law”, 8 *Connecticut J. of Int'l L.* 217, pp. 220 - 221 (1993); P. v. n. Dijk and G. J. H. v. n. Hoof, 上注 13, p. 94. 有人指出新的民主国家加入《公约》可能加剧该原则之适用的不确定性。见 Lord Lester of Heme Hill, 上注 37, p. 76.

[89] 见 Laurence R. Helfer, 上注 80, p. 137 (1993).

[90] 参见 Ronald St. J. McDonald, 上注 34, pp. 123 - 124; J. G. Merrills, 上注 15, pp. 174 - 175; P. ulM honey, 上注 27, p. 3. 然而,这里的主权,并不意味着“至高无上性或不负责任”,而是指不同的社会持有异议,根据其自己的观念和需要选择不同的解决方式的自由。同上。另参见 Oren Gross & Fionnuí Ní Aoláin, 上注 11, p. 626.

[91] Humphrey W. Dock, 上注 81, p. 9.