

欧洲人权法院适用比例原则的功能与逻辑*

范继增

内容提要:欧洲人权法院适用比例原则的过程具有独特性,由于其外部补充性角色,人权法院无法完全借鉴德国和欧盟法院的比例原则适用模式。本文在主要功能分类的框架下,通过典型案例考察比例原则在欧洲人权法院适用逻辑,以此研究欧洲人权法院适用比例原则的逻辑是否存在不确定性,并探究其原因。比例原则在欧洲人权法院判例法体系中承担着两种功能:(1)权衡相冲突的利益;(2)检测使用的手段和追求的目的间是否具有合理性。在第一种功能中,法院依据以利益为基础的权利理论保障公约权利的核心,在核心领域之外权衡相冲突的利益,以及在敏感的案件中权衡个人权利和集体美德。在第二种功能中,法院将从逻辑的角度检验手段和目的间是否具有相关性,并要求缔约国选择最优的措施。在个别案件中,欧洲人权法院会严格地采用禁止后续恫吓效果理论审查缔约国的限制措施。

关键词:欧洲人权法院 比例原则 边际裁量 最小限制个人权利原则 禁止后续恫吓效果理论

一 问题的提出及方法论

在人类的法治文明中,比例原则的理念早已有之。亚里士多德在《尼各马可伦理学》中阐述分配正义的正当性被学者视为当代比例原则最早的思想渊源。^①在古代立法中,汉谟拉比法典将合比例性的同态复仇理念作为维护公平的基本手段。英国《自

* 作者要感谢圣安娜大学的 Paolo Carrozza 教授, Giuseppe Martinico 副教授,英国爱丁堡大学 Filippo Fontanelli 讲师,“European Law Journal”编辑 Agustin Menendez,以及中国政法大学的班文战教授和中央财经大学刘权讲师的意见和建议。

^① Eric Engle, “The History of General Principle of Proportionality: An Overview”, *The Dartmouth Law Journal*, Vol. 10, No. 1, 2012, p. 2.

由大宪章》和《权利法案》规定必须以合比例的方式对犯罪人施加刑罚。

现代的比例原则起源于19世纪末的普鲁士行政法。在 Kreuzberg 案中,普鲁士警察部门运用立法规定的“维护公共秩序的必要措施”对行政相对人的权利进行了限制,但是法院在审理中认为警察实施的限制性措施不得超越行政机关追求的目的。此后,必要性原则成为制约行政和立法机关的重要宪法原则。二战后,德国宪法法院逐渐运用严格性比例原则审查限制个人权利的措施。^① 德国模式的比例原则随后成功地传入到主权国家和国际组织,成为各跨国法院普遍接受的裁判方法之一。^② 《公民权利和政治权利国际公约》以及《美洲国家间人权公约》明确地纳入比例原则,规定对权利的限制应是必要的且与“民主社会的价值相一致”。在 Wachauf 案^③判决中,欧盟法院将比例原则作为判断限制基本权利合理性的基本工具。《欧洲基本权利宪章》第52条第1款将比例原则提升到了欧盟宪政秩序的高度。

一般而言,比例原则包括四个子原则:(1)合法性目的,即法官需要确认政府采取的限制措施是否得到宪法的授权;(2)适当性,即国家行政机关采取的限制性措施能够与立法者期望的目的之间具有适当性,或者与行政机关的预期目的具有相关性;(3)必要性,其核心涵义就是“最小程度侵犯公民的个人权利”,法官需要确保政府采取的措施在必要的程度之内。如果政府行为明显地不合比例,那么法院将会判决其违宪或者违法;(4)严格地合乎比例,阿列克西教授称其为“平衡之法”,是“限制基本权利的最优方式,并避免一切不必要的代价”。^④

相比于欧盟法院将比例原则作为衡量限制基本权利的重要标尺之一,欧洲人权法院通常将比例原则与缔约国边际裁量范围相联系。由于欧洲人权法院是仅具有补充性角色的司法机构,所以部分学者指出人权法院无法通过明确和可预测的方式适用比例原则,^⑤因此其判例法体系可能具有不确定性。

欧洲人权法院适用比例原则的独特性,还在于人权法院不具有类似欧盟法院在促进欧洲一体化过程中约束成员国的司法权力。^⑥ 人权法院在监督各缔约国履行公约义务的过程中只承担两种责任:(1)尊重缔约国的主权以及文化和道德多元性;(2)监

^① Juan Cianciardo, “The Principle of Proportionality: Its Dimension and Limits”, http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=juan_cianciardo, last accessed on 10 June 2015.

^② Alec Stone Sweet & Jud Matthews, “Proportionality Balancing and Global Constitutionalism”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 47, No. 1, 2008, p. 75.

^③ Case C-5/88 Wachauf vs. Germany [1989] ECR I-2609, para.18.

^④ Robert Alexy, “Constitutional Rights and Proportionality”, *Revue*, Vol. 22, No. 1, 2014, p. 54.

^⑤ Steven Greer, “‘Balancing’ and the European Court of Human Rights: A Contribution to Habermas-Alexy Debate”, *Cambridge Law Journal*, Vol. 63, No. 2, 2004, pp. 416-417.

^⑥ Michal Bobek, “The Effect of EU Law in the National Legal System”, in Catherine Barnard & Steve Peers eds., *European Union Law*, Oxford: Oxford University Press, 2014, pp. 160-162.

督各缔约国的司法决定不低于通行的欧洲人权标准。^①因此,“外部补充性”角色就决定了人权法院无权强制性地要求各缔约国统一解释公约权利。^②

本文将在功能分类的框架下对欧洲人权法院适用比例原则的内在逻辑进行分析,并在此基础上考察比例原则在人权法院的适用是否存在不确定性并寻找其原因。考虑到欧洲人权公约地位的独特性,本文将首先阐述欧洲人权法院“补充性角色”的概念,以及由此派生出来的“边际裁量”理论,并进一步分析“边际裁量”与“比例原则”之间的关系;其次,基于判例法在欧洲人权公约体系中的重要性,本文将在功能分类下研究欧洲人权法院在具体判决中适用比例原则的逻辑;最后,做综合评价。

二 比例原则在欧洲人权法院中的地位

(一) 欧洲人权法院的补充性角色

欧洲人权公约没有给予其规范和判例在缔约国法律体系中具有优先适用性和直接效力。换句话说,缔约国法律有权决定公约实施的方式和公约在缔约国法律体系中的地位。

在申请人穷尽国内救济后,欧洲人权法院依据公约确立的最低标准审查国内法院的决定。为了恪守其“补充性”的职能,欧洲人权法院将管辖的范围主要集中于审查个人申诉,并尽力避免与缔约国司法机构产生激烈的冲突。由于成员国法院更适合裁决涉及经济、社会文化、道德和宗教等敏感问题的争议,^③欧洲人权法院一般会赞同成员国的做法,除非缔约国的判决违反了公约最低标准。^④例如,在审理英国是否能以公共道德为理由禁止出版和发行《小红本》的 *Handyside* 案^⑤判决中,人权法院明确地指出:“原则上,缔约国机构比国际法院在此问题上更有资格做出具体的决定以及确定‘必要公共道德的范围’、‘公共道德和出版自由的界限’和给予‘具体的刑罚’”。然而,这并不意味着人权法院放弃实质性的审查而单纯地赞同缔约国的决定。欧洲人权法院主席斯皮尔曼(Spielmann)指出:“补充性角色并不意味着人权法院基于传统主权

^① Dean Spielmann, “Allowing the Rights in the European Court of Human Rights and National Margin of Appreciation Doctrine – Waiver or Subsidiarity of European Review”, *CELS Working Paper*, 2012, p. 3.

^② Alastair Mowbray, “Subsidiarity and European Convention on Human Rights”, *Human Rights Law Review*, Vol. 15, No. 2, 2013, p. 313.

^③ Paolo G. Carozza, “Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law”, *The American Journal of International Law*, Vol. 97, No. 1, 2007, p. 57.

^④ Alec Stone Sweet & Helen Keller, “The Reception of ECHR in National Legal Order”, in Alec Stone Sweet & Helen Keller eds., *A Europe of Rights: The Impact of ECHR on National Legal System*, Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 20–21.

^⑤ *Handyside vs. UK*, Application No. 5493/72, Judgment 7 December 1972.

观念无原则地赞同缔约国法院的决定。相反,人权法院对国内人权保障体系起到辅助性的监督作用。”^①当基本权利的核心、欧洲的民主标准或者公约权利受到不合比例的干涉时,欧洲人权法院将会裁决缔约国违反公约义务。^②

但是,单纯地分析“补充性”概念并不能清楚地解释为什么法院在某些案件中赞同缔约国法院的决定,而在另外一些相似的案件中宣布缔约国违反公约义务。为了弄清这个问题,需要进一步考察与人权法院“补充性”角色密切相关的边际裁量理论。

(二) 边际裁量理论与比例原则

佩佐德(Pezold)法官指出,边际裁量理论直接源于人权法院的补充性原则,边际裁量理论体现了公约体系内不同层级法院裁判权的分配——缔约国法院在保障基本权利中起“首要”的作用,人权法院起“补充”的监督功能。^③但是,他未能更深入地研究影响边际裁量的因素,也未能从人权法院具体裁决中归纳出边际裁量的定义。

学者们对边际裁量的概念有着不同的描述。尤洛(Yourow)将其描述为“缔约国在人权公约内可以自由活动、呼吸和伸展的空间;在该范围内人权法院会赞同缔约国立法、司法以及行政机构的做法和决定”。^④新井穰也类似地将该理论概括为“缔约国政府在实施公约规范过程中的自由空间”。^⑤本万内斯蒂(Benvenisti)将边际裁量定义为“缔约国政府在解决个人权利和国家利益或者不同的道德观念间发生固有冲突时不受外部干涉的自由空间”^⑥。

不同的定义反映出边际裁量术语在欧洲人权法院判决中“膨胀性的应用”。^⑦格雷尔(Greer)就直接批评边际裁量理论具有“诡辩的、不平衡的和极其不确定的性质”。^⑧早在20世纪70年代,冯格德(Feingold)对人权法院盲目地应用边际裁量给予

① Dean Spielmann, “Whither Margin of Appreciation”, *Current Legal Problem Lecture*, 20 March 2014, p. 3.

② Steven Greer, *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion Under the European Convention on Human Rights*, Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2000, pp. 15-21.

③ Hebert Petzold, “The Convention and Principle of Subsidiarity”, in Ronald St.J. Donald, Frantz Mascher, Herbert Petzold eds., *The European System for the Protection of Human Rights*, Hague: Martinus Nijhoff, 1993, p. 13.

④ Howard C. Yourow, *The Margin of Appreciation in the Dynamic of European Human Rights Jurisprudence*, Hague: Martinus Nijhoff, 1993, p. 13.

⑤ Yutaka Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerp-Oxford-New York: Intersentia, 2002, p. 2.

⑥ Eyal Benvenisti, “Margin of Appreciation, Consensus, Universal Standards”, *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol.31, No. 4, 1991, p. 843.

⑦ Jan Kratochvil, “The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 29, No. 3, 2011, p. 325.

⑧ Steven Greer, *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion Under the European Convention on Human Rights*, Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2000, p. 5.

了批评。^① 人权法院法官洛扎吉斯(Rozakis)在 Egeland & Hanseid 案^②的附和性判决中直接指出边际裁量理论经常被无意识地和不必要性的适用。

但是,欧洲人权法院指出“边际裁量理论永远是确定缔约国机构与人权法院之间关系的重要工具”。^③ 新井穰认为人权法院在以下五种情形下适用边际裁量理论:(1)寻找事实的过程和确定事实;(2)评价缔约国立法的过程;(3)解释公约基本权利的过程;(4)权衡公共利益和个人权利;(5)权衡相冲突的权利和自由。^④ 为了增强边际裁量适用的规范性,时任人权法院登记部门的副主任马霍尼(Mahoney)指出边际裁量应该考虑以下的因素:(1)当缔约国形成了对公约权利的共识时,会缩小人权法院给予各缔约国自由裁量的空间;(2)权利的本质;(3)施加于缔约国的义务本质;(4)缔约国在干涉权利过程中追求的合法性的目的;(5)被规制行为的本质;(6)该案的背景环境;(7)公约条款的措辞。^⑤

实际上,在欧洲人权公约第 15 号议定书生效以前,“边际裁量”理论的产生和发展完全源于法院的判决。在 Greece vs. UK 案中,欧洲人权委员会曾慷慨地以“自由裁量”理念支持了英国的决定。人权委员会在判决书中提到“在一定范围内,缔约国政府保有针对国家安全威胁进行特定的裁量”。尽管“边际裁量”词语并没有出现在英文版的判决书中,但是在法文版的判决中将“特定的裁量空间”翻译为“特定的边际裁量”(une certaine marge d'appréciation)。早在 1957 年的 Lawless 案^⑥中,人权委员会的五位委员就在判决书中认为在公共紧急状态下缔约国享有拒绝履行公约义务自由空间。他们认为“特定的裁量范围”(certain limit of appreciation)与“特定的边际裁量范围”(certain margin of appreciation)是同义反复。但是,人权法院并未像人权委员会一样过早地使用“边际裁量”词语。直到 Handyside 案判决,欧洲人权法院才第一次将“边际裁量”正式写入到判决中,同时也开启了依赖边际裁量理论进行判决的时代。

欧洲人权法院在著名的 Soering 案^⑦的判决中指出:“整个公约的本质就是在共同体的整体利益和个人基本权利之间寻找合理的平衡”。除了人权法院的判决外,学者

① Cora S. Feingold, “The Doctrine of Margin of Appreciation and European Convention on Human Rights”, *Notre Dame Law Review*, Vol. 53, No. 1, 1978, p. 96.

② Egeland & Hanseid vs. Norway, Application No. 34438/04, Judgment 16 April 2009.

③ A and Others vs. UK, Application No. 34438/04, Judgment 19 February 2009.

④ Yutaka Arai-Takahashi, “The Margin of Appreciation Doctrine: A Theoretical Analysis of Strasbourg’s Variable Geometry”, in Andreas Follesdal, Birgit Peters & Geir Ulfstein eds., *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, Cambridge: Cambridge University Press, 2013, pp. 69–78.

⑤ Paul Mahoney, “Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism”, *Human Rights Law Journal*, Vol. 19, No. 1, 1998, p. 1.

⑥ Lawless vs. Ireland, Application No. 332/57, Report of the Commission 19 December 1959.

⑦ Soering vs. UK, Application No. 14038/88, Judgment 07 July 1989.

与法官也对比例原则与边际裁量理论的关系做出了精确的论述。曼斯彻(Mastcher)法官将比例原则形容为“正确的和严格的”^①边际裁量。人权法院院长斯皮尔曼将比例原则视为对边际裁量“最重要甚至是决定性”^②的影响因素。新井穰甚至将比例原则称为“边际裁量的另一面”。^③

三 比例原则在欧洲人权法院中的应用

欧洲人权法院前院长科斯塔(Costa)认为,比例原则仅适用于寻找“民主社会的必须”。^④科斯塔指出,人权法院在评估限制公约权利的措施时首先需要确定缔约国的行为是否依法进行,之后再判断该措施是否满足合法性的要求。如果前两个条件皆满足,人权法院最后要依据民主与法治的价值观在“比例原则”基础上评价对公约权利的限制是否符合民主社会的必须。

显然,科斯塔只突出地强调了比例原则在检验手段和追求的目的之间合理性的作用。诚然,人权法院在比利时语言案^⑤中将比例原则功能定义为“在使用的手段和希望达到的目的之间建构合理的关系”。但是,这显然忽略了比例原则的另一个重要功能,即“整个公约固有的权衡整体利益和个人权利的方法”。除此之外,在Thimmenos案^⑥中,人权法院运用比例原则审查国内机构对申请人的制裁是否具有合法目的。但是,由于人权法院仅具有辅助性补充职能,因此通过比例原则审查政府合法性目的的做法并不常见。依据已形成的人权法院判例体系,比例原则在欧洲人权法院的主要功能可以分为两类:(1)合理权衡相冲突的诸利益;(2)审查使用的手段与缔约国追求的目的之间的关系是否具有合理性。

另外,对“权利”概念的认识也会影响比例原则的适用。莱特萨斯(Letsas)指出,比例原则的适用不能建立在以“平等推定主义”(presumption of egalitarianism)或“权利优胜理论”(rights trumps theory)为核心的“缘由冻结”理论(reason-blocking theory)基础上。这是由于“缘由冻结”理论反对一切以外在倾向为缘由侵害个人所享有的平等

^① Frantz Mastcher, “Method of Interpretation of the Convention”, in Ronald St. J. Donald, Frantz Mastcher, Herbert Petzold eds., *The European System for the Protection of Human Rights*, Hague: Martinus Nijhoff, 1993, p. 79.

^② Dean Spielmann, “Allowing the Rights in the European Court of Human Rights and National Margin of Appreciation Doctrine – Waiver or Subsidiarity of European Review”, *CELS Working Paper*, 2012, p. 22.

^③ Yutaka Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerp-Oxford-New York: Intersentia, 2002, p. 14.

^④ Jean Paul-Costa, “The European Court of Human Rights and Its Recent Case Law”, *Texas International Law Journal*, Vol. 38, No. 3, 2003, p. 461.

^⑤ Belgian Linguistic Case, Application No. 1474/62, Judgment 23 July 1968.

^⑥ Thimmenos vs. Greece, Application No. 34369/97, Judgment 6 April 2000.

性的自治权利。^① 法院在此权利哲学基础下无法适用比例原则“权衡”个人权利与整体利益。相反,比例原则可以与以利益为导向的权利理论(interest-based theory)相融合。生命、安全以及自由对个人的利益被视为产生个人权利和相应的国家积极或者消极义务根源。由于对公约权利的必要限制有助于保障比个人权利带来更大利益的集体美德,所以实质性地权衡公约权利与集体美德就成为法官在该权利哲学基础下适用比例原则的关键任务之一。然而,即便如此,对权利的限制并非是无条件的。任何对权利的限制都不能伤及权利的“本质”以及“核心”。这就意味着欧洲人权公约所设立的权利最低标准具有绝对性,不允许各缔约国在此范围内享有“边际裁量”空间。^② 只有在最低标准范围之外,民主原则(集体利益)才具有获得优先尊重的可能。

(一) 权衡相冲突利益间的比例原则

1. 权衡权利间的冲突及保障权利本质

欧洲人权法院在权衡相冲突的利益过程中往往以解释公约的方式突出应受到保护一方公约权利的“本质内容”。Lingens 案^③就是一个典型需要权衡针对公众人物的表达自由和政治人物的名誉权的案件。人权法院通过解释条文的方式突出了出版自由的本质内容,指出“‘信息’和‘观点’不仅包括人们喜欢接受的、不具有侵犯性的或者无关痛痒的言论,也包括那些具有侵犯性、令人震惊和不安的言论”。这些言论都是民主社会的基本需求。同时,人权法院依据以利益为导向的权利理论将出版自由的核心功能定义为“在民众和政治领导人中间发现和形成彼此的观点和倾向”,并将政治辩论视为民主社会生活中的“最核心”理念。法院认为尽管发表的文章含有不礼貌的词汇,但是该文章只涉及对特定政治人物历史的描述和评价。

在权衡个人权利和公共情感的判决中,人权法院延续了其在 Lingens 案的推理模式。在 Orban & Others 案^④中,法国的刑事法庭因某出版物的内容企图说服人们相信阿尔及利亚内战期间的酷刑和大规模的处决是合理且不可避免的,分别对作者、该书的主人公以及出版商课以刑事处罚。人权法院重申在 Lingens 案判决中形成的出版自由的核心以及其对民主社会的意义,要求法国政府尊重该权利的本质内容。人权法院认为,作者试图说服读者相信酷刑和大规模处决的合理性和难以避免,不是判断其是否符合公约第 10 条的核心因素。根据出版自由的核心要求,刑事法院不能要求出版

^① George Letsas, “Two Concepts of Margin of Appreciation”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, No. 4, 2005, p. 719.

^② Paolo G. Carozza, “Use or Misuse Comparative Law in International Human Rights: Some Reflection on the Jurisprudence of European Court of Human Rights”, *Notre Dame Law Review*, Vol. 73, No. 4, 1998, p. 1228.

^③ Lingens vs. Austria, Application No. 9815/82, Judgment 8 July 1996.

^④ Orban and Others vs. France, Application No. 20985/05, Judgment 15 January 2009.

商必须与作者的观点保持距离。从上述的两个案例中可以看出,欧洲人权法院在权衡表达自由和其他公约权利过程中给予前者特别的保障,通过解释表达自由权利的途径突出了该权利的核心范围,并且在判决中明确宣布任何对表达自由的限制都不得对该权利的实质构成侵犯。

此外,“权利的本质”作为绝对性保障标准体现在公平审判权的判决之中。从 *Philis* 案^①的判决开始,人权法院认为,对寻求法院救济权利的限制不能损及公平审判权核心或者降低个人获得司法救济的程度。在公约第6条的框架下,法律援助对保障泛欧洲法治秩序下的公平审判权有着特殊的作用。这就要求国内司法体系必须向个人提供实质性的保障以免公民个人遭受任意裁判的侵害。在涉及法律援助的案件中,人权法院通过引用 *Aert* 案^②判决的方式提醒缔约国政府必须满足当事人的一般性诉讼要求,否则就构成对公平审判权核心内容的侵害。此外,人权法院认为缔约国当局若不顾当事人的经济状况,将申请执行完全交由当事人启动的法定制度而加重当事人的负担,构成了对公平审判权本质的侵犯。

在涉及政治权利的判决中,“选举权的本质内容”成为判断国家政策和立法是否符合公约的基本标准。例如在 *Mathieu-Mohin & Clerfayt* 案^③判决中,人权法院明确地指出只要“不损及该争议权利的核心内容以及确保不损害其有效性”,缔约国政府就有广泛地制定被选举人选举资格制度和参加机制的边际裁量空间。在 *Aziz* 案^④判决中,人权法院鉴于北塞浦路斯地区一直都实际掌控在土耳其政府的手中,塞浦路斯政府立法无法解决该问题,从而认为塞浦路斯当局没有实质性损害选举权的本质内容。

由上述案例中可以看出,欧洲人权法院在公约第8-11条以外通过解释的方式确定权利的本质内容。尤其是对于公约第6条的公平审判权,人权法院往往并不会直接对相冲突的利益之间进行权衡,而是直接判断缔约国的法律是否对公约权利本质内容构成了损害。在政治权利的领域中,人权法院将选举权核心范围紧缩,并给予缔约国在本质范围外广泛的自由裁量空间。

2. 权衡利益间的冲突

欧洲人权法院还经常在公约权利核心内容以外权衡相冲突的利益。作为具有补充性的国际司法机构,除非缔约国政府所采取的措施明显地违反公约或者不合比例地限制了公民权利,人权法院会一般性地赞同缔约国的做法。

① *Philis vs. Greece*, Application No. 12750/87, 13780/88, 14003/88, Judgment 27 August 1991.

② *Aert vs. Belgium*, Application No. 61/1997/845/1501, Judgment 30 July 1998.

③ *Mathieu Mohin & Clerfayt vs. Belgium*, Application No. 9267/81, Judgment 2 March 1987.

④ *Aziz vs. Cyprus*, Application No. 69949/01, Judgment 22 September 2004.

在 *Evens*^① 案中,法院面对权衡离婚夫妻间女方希望成为母亲和男方不希望成为父亲之间的利益冲突。女方以在试管受精过程中承受了巨大的痛苦并且失去了怀孕的能力为理由,请求法院优先保障她的诉求。男方则认为,依据英国立法,试管医疗以及后续处理必须经由夫妻双方的同意,否则就必须破坏已受孕的人工胚胎。欧洲人权法院最终以欧洲委员会成员国在该领域中不存在共识(甚至不存在多数的共识)为理由拒绝了女方的要求。基于英国立法确立的性别平等原则,人权法院没有公开地通过数学的方式简单地权衡女方希望成为母亲和男方不希望成为父亲间孰重孰轻。相反,法院依据平等原则指出倘若不通过男方的同意而延续试管医疗,那么父亲在英国的试管医疗立法中的地位将被矮化,同时也是对英国法治秩序的侵犯。尽管法院在判决中认为保障女性的生育权而忽视男性的不想做父亲的权利是失衡且不合比例的,但是法院本质上还是对比例原则进行了排斥,以平等推定主义作为男女双方在生育过程中具有平等的地位为出发点,指出对一方的偏袒将是对该缔约国秩序的破坏。

人权法院在广受关注的公共事务领域中经常通过“权利优先”理论权衡公约权利和公共利益之间的关系。权利并不仅服务于个人利益,同时也为特定团体带来公共利益。星期日时报(*Sunday Times*)案^②就是一个经典案例。1972年该报在案件审理期间刊登文章,提供了药厂在将某产品投入市场之前未能进行适当的临床试验的证据。英国上院以报道与英国司法秩序冲突为由,对该报道颁发了禁令。英国上院在权衡各利益后依据普通法体系裁决任何公共和私人机构都不能在案件中止审理的期间内做出预先裁判。这意味着上院认为司法制度的权威在普通法传统中优先于出版自由。欧洲人权法院因其辅助性的角色无法通过以突出保障表达自由核心的方式对抗英国法院认定的公共利益。但是,人权法院通过能动性解释扩大了出版自由的内容。一方面,法院将该权利从传播信息和观点的范围扩展到公民的知情权;另一方面,人权法院认为由于医药事故本身就是公众关注的事件,所以在庭审前通过大众传媒传播信息本身就是维护公共利益的体现。法院的解释赋予公约权利兼具服务于个人利益和公共利益的双重属性。考虑到受害者普遍缺乏对法律诉讼困难的认知以及尚未披露的案件事实和各种解决方法对受害者利益攸关等情况,人权法院最终裁定诉前禁令将会剥夺受害者至关重要的获取信息的权利。

由于尚未在已有的判例法体系中形成普遍适用的比例原则结构,欧洲人权法院只能在个案中依据事实和客观环境判断某权利或者客观事实在整个利益体系中是否具有优先性和重要性。这对人权法院是否能够认真对待比例原则产生了疑问。从上述

① *Evens vs. UK*, Application No. 6339/05, Judgment 10 April 2007.

② *Sunday Time vs. UK*, Application No. 6538/74, Judgment 26 April 1974.

的星期日时报案中的判决中,我们看到人权法院仅突出地强调了禁令将会给受害者的利益带来巨大的损失,并没有实质性地考虑违反英国“司法秩序”将会带来何种不良后果。这反映了欧洲人权法院和欧盟法院在判决理念上的基本不同:前者是在保障人权的基础上适用比例原则,后者则是在适用比例原则的基础上保障人权。^① 另一个方面,表明格雷尔提出的“权利优先理论”或者莱特萨斯提出“权利的弱优先理论”在欧洲人权公约体系的有效性,即公约权利不仅是个人权利,而且也服务于民主社会中的公共利益,人权法院在权衡涉及政治和社会事项的公共事务中更倾向于保障公约权利。人权法院在上述理论的指导下只突出地强调一方的利益,而忽略以同种标准评价另一方利益的重要性。对于将“可预测性”和“理性”作为法治基础的学者来说,人权法院的判决逻辑会导致严重的不确定性。

但是,当表达自由无法服务于公共利益的时候,欧洲人权法院就放弃适用“权利优先”理论。在 *Handyside* 案中,人权法院并没有适用“权利优先”理论而是依据功利主义哲学指导原则尊重了多数人的意志。在权衡表达自由和反对恐怖主义的案件中,人权法院给予缔约国广泛的边际裁量空间。究其原因,主要是由于人权法院不具备在国家安全事务上运用比例原则的能力;另外,人权法院不愿就此类案件过多地介入对事实和证据的审查。例如在涉及国家安全的 *Zana* 案^②和 *Brind & Others* 案^③中,判决提及比例原则仅具有修饰性意义。

3. 权衡个人权利与公共道德冲突

除非公约权利本质内容受到侵犯,否则在涉及诸如宗教、文化以及国家安全等敏感事项中,欧洲人权法院通常会支持缔约国机构的决定。莱特萨斯称其为结构式的边际裁量,而格雷尔和新井穰认为即便是在结构性边际裁量框架下缔约国政府仍然应该负有针对“合理限制公约权利”的举证责任,^④人权法院应该基于尊严和主体意识对个人道德观念予以尊重。^⑤

在 *Dudgeon* 案^⑥中,人权法院依据公约第8条个人隐私权对北爱尔兰法院对同性恋性行为的刑事处罚决定进行了审查。英国当局强调,北爱尔兰是特别重视天主教教

^① See Albertine Veldman, “The Protection to Fundamental Rights to Strike within the Context of the European Internal Market: Implication of the Forthcoming Accession of EU to ECHR”, *Utrecht Law Review*, Vol. 9, No. 1, 2013.

^② *Zana vs. Turkey*, Application No. 69/1996/688/880, Judgment 25 November 1997.

^③ *Brind & Others vs. UK*, Application No. 18714/91, Judgment 9 May 1994.

^④ Steven Greer, “What’s Wrong with the European Convention on Human Rights?”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 30, No. 3, 2008, p. 700; Yutaka Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerp-Oxford-New York: Intersentia, 2002, p. 16.

^⑤ Mattias Kumm, “Constitutional Rights as Principle: On the Structure and Domain of Constitutional Justice”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 2, No. 3, 2004, p. 591.

^⑥ *Dudgeon vs. UK*, Application No. 7525/76, Judgment 24 February 1983.

义的保守社会,所以对同性恋性行为的处罚是必要的,免除刑罚将会导致破坏社会“道德氛围”的严重后果。显然,本案涉及敏感的道德判断。依据 Handyside 案的判决标准,人权法院本应该结构性地支持(structural deference)北爱尔兰法院的决定。但是,人权法院却在该案中实质性地审查了同性恋性行为去刑化是否会破坏社会道德氛围。鉴于北爱尔兰政府提供的证据无法说服人权法院,人权法院最终裁决即使缔约国制裁具有合法性目的,但是“道德氛围”并不等同于公约规定的“民主社会的必须”,无法成为制裁同性恋性行为的理由。

欧洲人权法院将绝大多数公约缔约国已经将同性恋性行为去刑化的事实作为对抗北爱尔兰当局提出的“道德氛围”的理由。这意味着人权法院在 Dudgeon 案的判决中放弃了在 Handyside 案确立的道德相对性的判决标准。因此,除非缔约国能够证明其国内的法律制度在维护公共道德上具有不可动摇的宪法地位,否则法院将以欧洲普遍的道德共识为标准对缔约国进行评价。

A, B and C^① 案就是在缔约国存在多数共识的情况下,人权法院给予了爱尔兰政府广泛边际裁量空间的典型案例。爱尔兰当局指出限制妇女堕胎制度不仅源自天主教对爱尔兰的影响,更重要的是该法律制度的合法性源自全民公决。人权法院面临着两难的境地,一方面补充性的角色意味着除非发现国内机关的决定“有明显缺陷”以及“有损权利本质内容”,否则人权法院无权推翻缔约国机构的决定;另一方面,法院有权要求缔约国遵守欧洲委员会成员国间的共识性人权保障标准。在这种情况下,人权法院不得不策略性地做出了一个决定,由于缔约国法律对生命开始的时间有着不同的认识,所以应该给予爱尔兰当局广泛的边际裁量空间。但是,人权法院的推理缺乏基本的理性。即使没有法律条款的明确规定,多数公约缔约国允许妇女堕胎的事实就证明了这些国家普遍认可生命开始的时间晚于爱尔兰的法律规定。尊重由全民公决确定的宪政制度才是人权法院对本案判决的基础。

欧洲人权法院在审理具有文化敏感性的意大利公立学校悬挂十字架是否侵犯宗教自由的 Lautsi 系列案^②中继续使用了逆向定义的权宜之计。人权法院在 Lautsi I 的判决中基于“小学生都能够轻易地将十字架看成是宗教的表现,并且认为自己是在特定的宗教学校中接受教育”的假设,认为悬挂十字架的行为违反了缔约国的公约义务。并且,公立学校悬挂十字架已经“严重且持续”侵犯了未成年父母的宗教信仰。该裁决结果在意大利产生了剧烈的政治地震,^③人权法院大法官会议在部分欧洲委员

^① A, B and C vs. Ireland, Application No. 25579/05, Judgment 16 December 2010.

^② Lautsi vs. Italy, Application No. 30814/06, Judgment 3 November 2009.

^③ Dominick Megoldrick, “Religion in the European Public Square and in the European Public Life – Crucifixes in the Classroom”, *Human Rights Law Review*, Vol. 11, No. 3, 2011, p. 451.

会成员国、非政府组织以及约瑟夫·威勒(Joseph Weiler)教授的参与下重新审理了该案。意大利代表认为人权法院错误地解释了十字架的意义:十字架不单纯是宗教标志,同时也与民主和西方文明等特征相联系;十字架只是“被动性的标志”,无法主动地对个人行为产生影响;悬挂十字架不会影响教学和学生接受客观中立的教育。同时,意大利代表认为人权法院混淆了“信仰中立”与“自由中立”和“世俗”之间的含义,“自由中立”是指缔约国有积极的义务来消除一切公共资助的机构和组织的宗教标志,而“世俗”本身就是一种违反公约义务的意识形态。人权法院在 *Lautsi II* 的判决中不再实质性地审查意大利是否遵守公约义务,而是以逆向思维的方式探究是否可以接受意大利政府提出的十字架多元化定义。最终,人权法院以道德相对性观点决定尊重意大利当局对十字架象征意义的解释,从而给予了意大利广泛的裁量空间。

(二) 检测手段与目的间的合理性

从比利时语言案开始,比例原则就成为人权法院在具体案件中检验缔约国在限制基本权利过程中手段与其目的之间的比例关系。与“合理的权衡相冲突利益”理念不同,探求“手段与目的之间合理性”的过程不是在客体间进行“权衡”,而是检验以牺牲个人权利为代价实现所追求的目标是否具有合理性。因此,缔约国在审理过程中必须承担举证责任。在欧洲人权公约体系内,用于检测手段和目的间合理性的比例原则又被形象的称为“必要性检测”,即检验缔约国的限制措施是否必要。然而,杰拉德(Gerards)教授认为“必要性检测”词语过于抽象和模糊,无法为缔约国和公民提供可预测标准。^① 人权法院似乎也未能给予“必要性”以明确的定义。例如,在 *Handyside* 案的判决中,人权法院认为“必要性”含义不同于“不可或缺性”、“绝对的必要”、“严格的必要”以及“紧急情况下严格的必要性”,也不同于具有弹性的词汇,例如“可接受性”、“普通的”、“有用的”、“合理的”和“令人向往的”。因此,法院要求缔约国机构应在“必要性”理念下先行对社会需求的现实进行评估和论证,并附有举证责任。

1. 手段与追求目的之间的关联性

缔约国承担证明手段与追求的目的之间具有合理性联系的举证责任。即便是采用不严格的检验结构,缔约国也必须证明手段和目的之间具有适当的相关性和充分的逻辑联系。例如,在 *Daroczy*^② 案中,匈牙利政府在当事人的丈夫去世后禁止其继续使用被错误登记的名字。欧洲人权法院采用了“手段—目的”结构的审查方式,检验使用该错误注册的名字是否会破坏国家姓名注册制度以及侵害当事人已故丈夫的利益。

^① Janneke Gerards, “How to Improve Necessity Test of European Convention on Human Rights”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 11, No. 3, 2011, p. 482.

^② *Daroczy vs. Hungary*, Application No. 44378/05, Judgment 1 July 2008.

人权法院认为,匈牙利政府提供的证据无法证明当事人的行为会实质性地损害国家制度和已故人的利益;相反,当事人已有 50 年使用该名字的历史并且得到了其丈夫和亲朋的认可。由此,人权法院认为匈牙利当局的决定极为苛刻且漠视了当事人的利益。

欧洲人权法院经常审查手段和目的之间是否存在有效性和适当性。在简单案件中,人权法院可以忽略举证责任的制度规定,仅确定实施手段是否与期望目的之间具有联系后就可以对政府措施进行评判。例如,在 *Observer & Guardian* 案^①中,英国法院对两大报纸发出了禁令,禁止其再次出版英国情报机构丑闻或援引其他出版物的相关文章。人权法院认为,由于英国情报机构的丑闻已闻名世界并且人们可以通过合法的渠道获得相应的信息,所以英国法院的限制措施无法达到其希望的结果,人权法院不认为法院的禁令是“民主社会的必须”。即使当事人是通过非法的手段传播机密,人权法院也不认为颁发禁令的行为是必要且合比例的,因为公开后的机密就无法再有秘密的属性。例如,在 *Plon* 案^②中,法国法院判定《大秘密》一书的出版泄露了法国前总统密特朗的健康信息,于是向出版社发布了临时禁令。人权法院认为,尽管临时禁令具有合法性的目的且合乎比例,但是到法国法院做出裁决时,该书已经销售出 4 万多册并且已在互联网上广泛传播,从而成为大众媒体关注的焦点,所以不能再将密特朗总统的个人医疗隐私视为机密而禁止该书出版。

然而,在一些复杂的案件中很难确定所使用的手段是否与追求目的间具有适当性和有效性。缔约国政府所采取的措施有时只能部分地阻止或者部分地造成其希望的结果。在某些情形下,缔约国政府使用的手段并不仅仅服务于某种特定目的。例如,要求穆斯林女性在登机前摘下头巾和围巾可以被视为预防恐怖分子携带炸弹的一种手段,但是这种措施不足以完全消除恐怖袭击的可能。在很难对事实问题评价或者无法确定是否应强化对缔约国的司法审查时,人权法院会赞同缔约国的决定。^③ 例如,在剥夺婴儿生母抚养权的 *Johansen* 案^④中,挪威某委员会决定将新生女儿送到收养家庭并拒绝向其生母透露该收养家庭的地址。人权法院基于案件的复杂性给予了缔约国广泛的边际裁量空间。但是,鉴于缔约国政府的做法可能会对这名儿童以后的生长产生消极影响,人权法院建议缔约国采取更为严格的审查措施,以有效地保障母女的权利和对她们家庭生活的尊重。

2. 较少侵犯个人权利理论

① *Observer & Guardian vs. UK*, Application No. 13538/88, Judgment 26 November 1991.

② *Plon vs. France*, Application No. 58148/00, Judgment 18 August 2004.

③ Jonas Chirstoffersen, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Hague: Martinus Nijhoff, 2009, p. 191.

④ *Johansen vs. Norway*, Application No. 17383/90, Judgment 7 August 1996.

欧洲人权法院还要求,在能够达到同种目的的所有方法中,缔约国应采用侵犯个人权利的最小措施。^① 法院首先通过经验和事实的评估寻找出可能的替代性措施,然后再通过严格的评估方法选择其中最有效且对个人权利负面影响最小的最优措施,该理论得到人权法院的普遍适用。在 *Ürper* 案^②中,因某家报刊刊登了支持库尔德人活动的文章,土耳其政府决定禁止该报继续在土耳其境内出版销售。人权法院认为土耳其政府的决定不合比例,建议其选择更为温和的措施,例如回收该期报纸和禁止出版那篇敏感的文章。在 *Müller* 案^③中,法院认为没收带有色情内容的油画并不是保障画展顺利进行的唯一可替代性措施,瑞士当局应该考虑实施对画展内容分级或者限制参观者年龄等其他可替代性方式。

在部分案件中,即使不能提供具体的措施,人权法院也会要求缔约国努力寻找更为温和的、限制个人基本权利的措施。例如,英国政府曾以安全为理由禁止基督教人士反纳粹大游行,人权委员会认为除非英国政府可以证明社会失控的危险无法用更为缓和的方式消除,否则就不能以不合比例的方式完全禁止这次活动。^④ 在土耳其社会主义党案^⑤的判决中,人权法院认为即使社会主义党人未能遵守其政治承诺,土耳其当局也应该采取更为缓和的措施,而不是将这些政党统统取缔。

然而,在理论和实践上确定“最小的影响”和“相同的效果”的含义时,欧洲人权法院往往面临着许多技术难题,所以有时无法提供缔约国具体的可替代性措施。除此之外,人权法院还需要确定相关利益的具体范围。在 *Hatton* 案^⑥中,人权法院需要找出在迁移机场地址之外的可替代性措施。机场和当地政府认为可接受的替代性措施不能损害航班旅客的利益。机场和附近的居民向人权法院提供了从减少起降班次到在安装隔音设备等种种备选方案。由于鉴别评价各种措施的过程需要花费大量的时间,以及人权法院不具备掌握评价缔约国具体社会情况的资料 and 手段,人权法院给予了缔约国广泛的裁量空间。

3. 禁止后续恫吓效果司法理论

欧洲人权法院在部分案件中还需要深入地考虑,缔约国限制基本权利的措施是否会对本案的申诉人和在同种情况下的其他公民行使公约权利产生不良后果。相比于

^① Yutaka Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerp-Oxford-New York: Intersentia, 2002, p.15.

^② *Ürper and others vs. Turkey*, Application No. 14526/07, 14747/07, 15022/07, 15737/07, 36137/07, 47245/07, 50371/07, 50372/07 and 54637/07, Judgment 20 October 2009.

^③ *Müller vs. Switzerland*, Application No. 10737/84, Judgment 24 May 1988.

^④ *Christian against Racism and Fascism vs. UK*, Application No. 8440/78, Judgment 16 July 1980.

^⑤ *The Socialist Party and Others vs. Turkey*, Application No. 20/1997/804/1007, Judgment 25 May 1998.

^⑥ *Hatton & Others vs. UK*, Application No. 36022/97, Judgment 2 October 1997.

最少限制公民权利理论,比例原则结构中的禁止后续恫吓效果理论(chilling effect doctrine)为基本权利提供了更为严格的保障。即使存在最少限制公约权利的措施,但如果该措施会对公约权利产生威胁性的影响,人权法院会怀疑实施该措施的必要性。需要指出的是,禁止后续恫吓效果理论不仅适用于通过比例原则的方式检验手段和目的之间是否具有合理性,同时也适用于“合理权衡相冲突的利益”。例如,在涉及诽谤的Barfod案^①中,申诉人因对陪审团合议制度的错误理解导致其不适当地公开批评了两名公民陪审法官而被课以刑事罚款。人权法院认为丹麦最高法院需要在法官的名誉和对公共事务的公开讨论之间进行谨慎的权衡。丹麦法院的决定极有可能会造成恫吓的效果,即由于人民恐惧刑事处罚,不敢对公共事务进行大胆的评论。

在“手段—目的”领域,禁止后续恫吓效果理论被适用于保障重要的利益免受已有法律秩序的威胁。在Goodwin案^②中,英国初审和上诉法院要求一名记者在合理期限内交出其抄写的公司财务亏损记录。由于保障新闻消息来源渠道是出版自由的根本保证,欧洲人权法院强烈地反对该项决定。人权法院认为,英国法院的命令忽视了保障信息来源者的安全,无疑将会导致后续恫吓效果。新闻媒体在民主国家中的地位以及提供准确和可靠的信息的能力将会受到威胁。由此可以看出,禁止恫吓效果理论只适用于特殊条件,即使欧洲人权法院承认缔约国判决具有合法性目的并在边际裁量范围内时,为了防止不特定的多数或者民主制度的核心因素受到威胁,人权法院会判定缔约国政府限制权利的手段违反了公约的义务。

但是,目前尚不清楚欧洲人权法院将该理论适用于何种权利以及适用到何种程度。新井穰认为,人权法院将该原则更多地适用于保障民主社会和公共利益的自由权利。^③人权法院在部分案件判决中认为适用禁止后续性恫吓效果理论的目的是为了保障公约权利的核心,这意味着人权法院可以将该理论扩展到其他权利领域。

四 结 论

尽管欧洲人权法院适用比例原则的方式有时被批评为“模糊”、“概括”、“缺乏可预见性”以及“威胁欧洲法治”,但是比例原则在欧洲人权法院明显地承担了两种主要的功能:(1)权衡相冲突的利益;(2)检验使用的手段和追求的目的之间是否具有合理性。在第一种功能的逻辑体系中,人权法院依据“以利益为导向的权利理论”权衡相

^① Barfod vs. Denmark, Application No.11508/85, Judgment 22 February 1989.

^② Goodwin vs. UK, Application No. 17488/90, Judgment 27 March 1996.

^③ Yutaka Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerp-Oxford-New York: Intersentia, 2002, p.xiv.

冲突的个人间利益,权衡服务于公共利益的权利与集体美德之间的关系。具有补充性角色的人权法院专门用于保障公约权利的核心内容,视其为人权公约的最低标准。在权利“核心”以外,权衡的结果基于事实或价值观念的不同形成差异性。人权法院将权衡对立双方权利所具有的公共利益的程度,并且以此来确定边际裁量范围的大小。在涉及政治和公共关注的社会事务中,人权法院通常会支持具有公共利益属性的自由权优于国家权威或者公共秩序。在涉及道德、宗教和文化的敏感案件中,人权法院尽管口头上指出缔约国自由裁量的范围将受到比例原则的限制,但通常采用权宜之计或功利主义的方法支持缔约国的决定;但是,缔约国法院有义务在敏感的案件中承担“证明责任”以证明具有更高价值的集体美德限制个人权利的做法具有合法性和正当性。此外,尽管欧洲共识被视为对抗道德相对性的有效措施,但是如果在敏感案件中缔约国有证据表明当地的特定道德规范具有至高无上的合宪性,那么人权法院就必须非常谨慎对待这种情况。

另一方面,自比利时语言案以来,欧洲人权法院将比例原则作为检测使用的手段和追求的目的之间是否具有合理性的主要方法。在逻辑结构和效果上,缔约国采用的手段需要与追求的目的之间具有关联性。因此,当结果的发生独立于缔约国施加的措施时,人权法院将判定手段和目的间不具有关联性与适当性。最少侵犯个人权利的理论是一般状态下比例原则结构中最为严格的部分。人权法院需要选择对个人基本权利侵害最少并且可以达到相同效果的措施。但是由于欧洲人权法院是补充性的国际法院,所以人权法院无法像缔约国法院一样对涉及本地事务进行实质性的分析。尤其在手段和目的间的因果关系复杂的案件中,人权法院因为缺乏对当地的了解和相应的技术性知识,无法科学地评判何种可替代性措施具有最优性。因此,除非发现具有“明显不合理性”,否则人权法院只能赞同缔约国的决定。在某种程度上,人权法院的补充性角色也可以视为其无法移植欧盟法院和德国法院比例原则模式的主要原因。为了避免缔约国的决定产生后续性恫吓的效果,人权法院会在特殊案件中采用更为严格的比例原则审查标准。即使权衡的结果和缔约国政府采取的措施可以最小限度的影响个人权利,但是一旦损及了权利的核心内容,人权法院就不能认同缔约国的措施。尽管目前适用的判例有限,但是该司法理论对国家权力的制约和人权保障的效果起到了重要的作用。

(作者简介:范继增,意大利比萨圣安娜大学比较宪法与欧盟法博士研究生;责任编辑:叶斌)