

欧洲人权法院“活的文件”判例法的发展、性质及出路

毛俊响, 郭敏

(中南大学法学院, 湖南长沙, 410083)

摘要:近年来,欧洲人权法院针对《欧洲人权公约》的解释问题发展出了“活的文件”判例法。借助其他国际法渊源、缔约国立法和司法实践发展形成的最新共识,欧洲人权法院对《公约》条款作出演化解释,拓展相关权利的内涵,推动《公约》某些概念的含义与时俱进。但是,欧洲人权法院在没有得到《公约》授权或缔约国认可的情况下,在部分判决中施加新的缔约国义务或增加新的权利限制理由,实际上是为《公约》创设新规则的司法造法活动,超出了《公约》赋予法院的职权范围。以“活的文件”为名的司法造法活动并不是条约演化解,也欠缺合法性和合理性。即便是针对《公约》条款作演化解,也应该是基于缔约国嗣后在相关领域形成的观念或实践共识。因此,欧洲人权法院只有从“活的文件”判例法中抽象出演化解释的适用条件,包括适用前提、适用依据、适用范围和限制条件,才能使“活的文件”判例法具有持久的生命力。

关键词:欧洲人权法院;《欧洲人权公约》;“活的文件”;条约演化解;司法造法

中图分类号: D993.8

文献标识码: A

开放科学(资源服务)标识码(OSID)

文章编号: 1672-3104(2021)05-0065-14



一、引言

作为建立在《欧洲人权公约》(以下简称《公约》)基础上的区域性人权机构,欧洲人权法院的主要职能是通过对缔约国或个人提交的声称违反《公约》规定的案件进行审理并作出合法性评判,以期实现《公约》的人权价值。在早期司法实践中,欧洲人权法院在司法自由裁量权的使用方面较为谨慎,倾向于严格根据《公约》的具体条文规定进行审理,很少将其他因素纳入考量范围。20世纪70年代末以来,欧洲社会现实状况的逐步变化和民众对人权保护期望的日益提高,推动欧洲人权法院在《公约》适用过程中逐渐采

取更积极灵活的方式。在这一背景下,欧洲人权法院提出了“a living instrument”概念,认为《公约》是“活的文件”,必须根据“当今情况”进行解释。嗣后,这一概念不断出现在欧洲人权法院的相关判决中,逐渐发展成其审理相关案件的判例法。

尽管欧洲人权法院强调是从条约解释角度来发展“活的文件”判例法,但是在实践中,“这些判决实际上已经超越了原来公约制定者所构想的合法的解释角色,具有了创造性的功能”^[1]。这种以司法机构为主体,通过裁判创制法律规则的做法,实质上就是被学界普遍讨论的“司法造法”^①。学界对欧洲人权法院等国际司法机构的司法造法活动褒贬不一。有学者认为,这种方法并非推翻《公约》,而是从《公约》的目的和宗

收稿日期: 2021-05-17; 修回日期: 2021-06-30

基金项目: 国家社科基金重点项目“构建更加公正合理的全球人权治理体系研究”(20AZD104); 中南大学中央高校基本科研业务费专项资金资助项目(2021zzts0009)

作者简介: 毛俊响,湖北黄梅人,法学博士,中南大学法学院教授,主要研究方向: 国际法,联系邮箱: tangmao200304@sina.com; 郭敏,山东青岛人,中南大学法学院博士研究生,主要研究方向: 国际法

旨出发,得出合乎逻辑的结论:提供有效和有意义的个人权利保护^[2]。还有学者认为,欧洲人权法院通过“司法造法”功能,对欧洲社会政治走向和人民生活产生了深远的影响,保障了人们对公约所保护权利的理解始终能与欧洲社会不断发展的观念相互协调^[1]。而反对者则认为司法造法之举不符合《维也纳条约法公约》所确认的条约解释规则,将使得国际法碎片化,并提出“民主赤字”“宪法性危机”等质疑^②。基于上述争议,本文拟在梳理欧洲人权法院“活的文件”判例法的基础上,对其所涉及的条约演化解释和司法造法问题进行深入分析。

二、“活的文件”判例法的产生与发展

(一)“活的文件”判例法的产生

在欧洲人权法院的司法实践中,首次出现“a living instrument”的表述是在1978年提勒诉英国(Tyrer v. United Kingdom)一案中。申请人安东尼·提勒15岁时,少年法庭根据当时在马恩岛实行的法律判处他三下鞭刑,他被带到一个警察局,被要求脱下裤子和内裤,趴在一张桌子上。欧洲人权法院需裁定,这种司法上的体罚是否违反《公约》第3条的“有辱人格的惩罚”。马恩岛司法部长予以否认,认为并没有激怒岛上的公众舆论。法院驳回了这一论点,指出岛上居民支持体罚的原因可能恰恰是他们认为体罚有辱人格,因为这是一种有效的威慑。欧洲人权法院在判决中写到:“法院必须回顾,《公约》是一项活的文件,正如欧洲人权委员会正确强调的那样,必须根据当今情况加以解释。在现审理的案件中,法院不得不受到欧洲人权委员会成员国在这一领域的刑法政策的发展和普遍接受的标准的影

响。”^③欧洲人权法院在“提勒诉英国案”中的做法引发质疑。有学者认为,从法院推理中可以看出,作出判决的决定性因素是司法体罚的性质有辱人格,根本不是法院宣称的“违反了欧洲共同标准的发展”,法院回避了对所谓“活的文件”进

行抽象的理论解释,尚未对该概念提供法理支持和任何正当性阐释,便在后续案件中多次援引,将该概念作了进一步发展,使之成为审理相关案件的“标准措辞”^[3]。这一概念逐渐成为司法创造性的基础^[1]。例如,欧洲人权法院在“Selmouni诉法国”一案中援引了“活的文件”概念,明确表示《欧洲人权公约》第3条所指的“酷刑”一词在多年发展中会发生变化。法院指出,考虑到《公约》是“必须根据当今情况加以解释的活的文件”这一事实,过去没有被归类为“酷刑”,而被归类为“不人道和有辱人格的待遇”的情况将来可能会被另外归类。保护人权和基本自由领域所要求的标准越来越高,在评估违反民主社会基本价值的行为时,也不可避免地需要采取更严格的标准。因此,尽管根据以前的判例法所确认的标准,该案中发生的虐待行为很可能仅被归类为不人道的待遇,但欧洲人权法院依旧认为,这与酷刑无别^④。

于是,欧洲人权法院通过“活的文件”概念对“酷刑”一词进行扩大解释,将以往判例中可能被归类为严重程度较低的“不人道待遇”纳入“酷刑”范围。此后,欧洲人权法院在案件审理过程中,通过“活的文件”概念对《公约》保护的多项权利或规定的义务作出了扩张性解释。

(二)“活的文件”判例法的发展

“活的文件”判例法确立以来,欧洲人权法院将包括缔约国本身政策环境在内的国际实践发展和规则演变纳入《公约》解释和适用范围。整体看来,欧洲人权法院“活的文件”判例法发展的基本情况如下。

1. 参考其他国际法渊源或“欧洲共识”来解释《公约》条款

在部分案件中,欧洲人权法院明确指出,解释《公约》所载权利的参考资料不能局限于《公约》本身,还应包括其他任何国际条约、习惯国际法或一般法律原则,以及不断发展变化的规范。欧洲人权法院在Al-Adsani诉英国一案的判决中将国际条约^⑤、国际法院解释^⑥和国内法院的判决均纳入参考范围,并据此指出,参照上述文件,禁止酷刑已达到国际法的强制性标准^⑦。此

外,欧洲人权法院在 *Golder* 案中指出,适用于当事方之间关系的国际法相关规则也包括“文明国家认可的一般法律原则”,法院和委员会在履行职责时必须应用这些原则^⑧。

在解释《公约》时,欧洲人权法院经常在一些判决中援引欧洲委员会各机构在本质上无约束力、“无强制性社会责任和义务”^[4]的软法文件,特别是部长委员会和议会的建议和决议。在巴斯克民族主义党诉法国一案中,欧洲人权法院引用了欧洲民主法制委员会(the European Commission for Democracy through Law)的工作报告解释“当今情况”^⑨。法院还会参照欧洲委员会其他机构的规范来支持其主张,“尽管这些机构并不具备代表缔约国的任何职能”^⑩。

在解释《公约》时,欧洲人权法院还会考虑相关问题的“欧洲共识”。因地理、历史等因素,欧洲国家之间存在着较为相似且为彼此接受和认可的法律规则和标准。法院认为,在常规的解释方法无法解决当前问题时,应当考虑这些反映了欧洲国家共同国际法或国内法标准的规则。但其判例法表明,法官为确证欧洲国家“共同标准”而寻找相关的国际条约时,并未考虑案涉国家是否签署或批准了该条约。在 *Marckx* 诉比利时案中,关于非婚生子女的法律地位问题,法院以1962年和1975年的两项国际公约为解释依据,而比利时与《公约》其他缔约国一样,当时尚未批准这两项公约。法院指出,不能以批准这些文书的国家数量少为理由,来反对绝大多数成员国的国内法以及相关国际文书的不断发展和演变^⑪。此外,为了确定《公约》第2条规定的危险活动的国家责任标准,法院在 *Oneryildiz* 诉土耳其^⑫一案的判决中,除其他案文外,还将《对环境造成危险的损害的民事责任公约》和《通过刑法保护环境公约》作为证明其观点和决定的依据,而包括被告国土耳其在内的大多数成员国都没有签署或批准这两项公约。

2. 拓展《公约》相关权利的内涵

(1) 确认消极结社权。

《公约》第11条第1款规定,人人享有和平集会与结社自由的权利,包括为保护自身的利

益而组织和参加工会的权利。国际社会早期保护人权的通识在于,政府不应采取任何侵害该权利的行动,或应积极作为,从而为公民权利的行使创造条件,很少论及公民是否有“不行使某项权利”的权利。《公约》第11条也未明确指出人们是否享有“不参加工会的权利”。在1982年 *Young, James 和 Webster 诉 United Kingdom* 一案中,大多数法官在全体会议上都认为结社自由应该包括“消极方面”,但并未予以明确^⑬。在1993年 *Sigurdur A Sigurjonsson 诉冰岛* 一案中,法院对其进行了确认。欧洲人权法院认为《公约》必须根据当今情况加以解释,以此确定《公约》第11条必须(must be)被视为包含消极结社权^⑭。欧洲人权法院指出,包括欧洲委员会^⑮、国际劳工组织^[5]在内的众多国际机构都对消极结社权予以承认和发展,使之逐渐成为国际社会所公认的一项基本权利。

(2) 明确宗教信仰自由权包括“依良心拒绝服兵役”的权利。

《欧洲人权公约》第9条规定人人享有宗教及信仰自由的权利。从第9条文本上看,该权利包括“维持或者改变”宗教或信仰的自由以及“表明宗教或者信仰”的自由。而欧洲人权法院却在2011年 *Bayatyan 诉 Armenia* 一案中对该权利的内涵进行延伸,指出宗教信仰自由权包括依良心拒绝服兵役的权利。法院从“活的文件”概念出发,认为“当今情况”下,各缔约国的国防问题已经不再是当务之急,和平条件下成员国已经可以合理满足安排公民服兵役的需要。《公约》是一项人权保护制度,因此法院要考虑不断变化的情况,回应缔约国出现的新共识。法院认为,因服兵役所需而使用致命武力的义务可能会严重违背国际法按照自己的良心表达宗教信仰自由的权利,因此,应该确认公民享有依据《公约》第9条拒服兵役的权利^⑯。

除此之外,欧洲人权法院还在相关判例中限制行政部门在决定依据《欧洲人权公约》第5条释放囚犯的过程中的作用^⑰、将贩运人口定为属于《公约》第4条所禁止的奴役和强迫劳动^⑱、将政府拒绝女同性恋者收养子女的申请定性为

歧视,进而认定其违反了《公约》第14条^⑨等。

3. 为《公约》缔约国增设新的义务

(1)借助缔约国没有参加的国际条约为缔约国增设新的义务。

在2008年Demir和Baykara诉土耳其一案中,法院首次针对《公约》适用所应当参照和考量的因素作了大篇幅的分析。土耳其政府对法院管辖权提出异议,认为法院无权以条约解释的方式为其设定《公约》尚未规定的任何新义务。土耳其主张,它不是1989年《欧洲社会宪章》第5条(组织权)或第6条(集体谈判权)的缔约国。如果像本案中的情况一样,在《公约》中没有明文规定保障缔结集体协议的权利的情况下,适用土耳其并未批准的其他条约,将会使得这些条约的条款具有间接约束力,这样的解释是有问题的^⑩。欧洲人权法院对此回应:为了确定《公约》中使用的术语和短语的含义,法院主要以《维也纳条约法公约》第31-33条所规定的解释规则作为指导。《维也纳条约法公约》要求法院依其用语按照上下文,并参照条约的目的和宗旨所具有的通常含义,善意解释条约。同时可能求助于条约解释的补充手段,以在意义仍不明或所得结果明显荒谬不合理的情况下明确含义。由于《公约》是将保护人权放在首位的制度,因此法院必须使其权利切实可行,而不是以理论上和虚幻的方式解释和适用公约。法院还必须从整体上理解《公约》,以促进各项规定之间的内部和谐性和一致性。此外,法院并不认为《公约》的规定是解释其中所载权利和自由的唯一参考框架,而是必须考量适用于缔约方之间关系的任何相关国际法规则和原则。法院一向认为《公约》是一项“活的文件”,必须根据当今情况加以解释,因此在解释《公约》时要考虑不断发展的国内法和国际法规范^⑪。

此案中,欧洲人权法院明确在解释《公约》缔约国的义务时,可以参考适用该领域的相关国际条约,而无论所适用的相关国际条约是否对当事国有拘束力。实际上,在此之前,法院已有相关判例法,只是未进行如此系统的阐释。2004年,欧洲人权法院在审理几个收养家庭提起的诉讼

案件时,在解释《公约》第8条时参照了1989年的《联合国儿童权利公约》和1964年的《欧洲收养儿童公约》有关保护儿童权利的内容^⑫。在Siliadin诉法国一案中,法院也同样考虑了国际劳工组织《强迫劳动公约》和其他相关国际公约,并指出,遵守《公约》第4条的问题仅限于国家当局的直接行动,将与上述专门针对该问题的国际公约相悖,并等同于使其无效^⑬。同时,法院也以此确立了缔约国家对“禁止家庭奴役”的积极义务。

(2)通过确立“适用最有利于被告人的条款”为缔约国增设新的义务。

《欧洲人权公约》第7条明确规定,任何人所处刑罚不得重于其犯罪时所适用的刑罚。对于被告人犯罪后,新法对其处罚轻于旧法时,缔约国是否有义务对被告适用有利的法律,这一点没有在《公约》上明确。欧洲人权法院于2009年作出判决,称虽然《公约》未明确提及该问题,但应根据“活的文件”判例法进行解释^⑭。欧洲人权法院认为,审理案件的法院对每一个应受惩罚的行为适用立法者认为相称的刑罚,是符合法治原则的,而《公约》第7条是法治的重要组成部分。仅以犯罪时规定的刑罚为理由而加重刑罚,将意味着适用不利于被告人的时间继承规则。此外,这相当于无视在定罪之前可能出现的任何有利于被告人的立法变化,继续实施国家以及社会在当前阶段认为不适宜的刑罚。欧洲人权法院另外指出,在若干刑法中适用对被告人最有利的条款的义务是对刑法继承规则的澄清,这符合第7条的另一个基本要素,即刑罚的可预见性^⑮。

欧洲人权法院利用“活的文件”判例法为缔约国确立了适用最有利于被告人条款的新义务,实现了《公约》相关条款下缔约国义务从无到有的过程。在该案中,异议法官对此造法行为提出了质疑,他指出:“无论司法解释如何富有创意,都不可能脱离《公约》的约束。确实,我们必须根据当今情况来解释《公约》及其议定书,但法院不能通过演化解,从这些文书中推导出一开始就没有包含的权利,尤其在这种权利空缺是起

草者故意遗漏的情况下。这本应该是法院特别敏感的问题。但在本案中, 多数意见还是适用了第7条第1款, 并将文本改写成他们所认为应有的样子……恕我直言, 这超出了权限。”^⑤

4. 为欧共同体设定人权义务

在 *Matthews* 诉英国一案中, 欧洲人权法院将《公约》的义务主体从单个缔约国扩大到了欧洲共同体。法院指出, 虽然欧共同体不是《公约》的缔约方, 但“活的文件”不应该局限于《公约》起草之时的事实, 彼时的欧共同体不在《公约》范围内并不意味着其不应当属于《公约》的调整范畴^⑥。从《公约》的文本来看, 义务承担主体均为“缔约国”, 也就是说, 《公约》旨在调整主权国家的行为, 达致人权保护的目的。欧洲共同体能否作为《公约》的义务主体, 并没有明确的法律依据, 但欧洲人权法院仅从“活的文件”判例法出发, 通过“解释”条约的方式, 将某一国际组织纳入调整范围, 对《公约》作了实质性的修改。

5. 为缔约国限制个人权利增设新的理由

欧洲人权法院一直声称: 虽然《公约》是一项“活的文件”, 但是, 并不意味着为了响应当今的需求、条件、观点或标准^⑦, 在《公约》所承认的权利之外建立新的权利, 或削弱现有权利以及创设公约中未明确承认的新例外或理由^⑧。但是在实践中它违反了这一立场^⑨。2014年 *S.A.S.* 诉法国案涉及法国立法禁止在公共场所穿戴蒙面服饰是否违反《公约》第9条宗教及信仰自由的问题。根据《公约》第9条第2款的规定, 表明宗教信仰的自由应依法受到基于保护公共秩序、公共安全、公共健康或他人权利和自由的限制。在该案中, 法国认为, 禁止在公共场所蒙面旨在保护性别平等、人性尊严和“社会中生活的最低要求”或“共同生活”。法国认为这三项理由归属于第9条第2款多项限制理由中最后一项, 即保护“他人的权利和自由”。对此, 法院否定了法国的前两项理由, 却支持了第三项理由, 即“尊重社会中生活的最低要求”或“共同生活”^⑩。实际上, 《公约》第9条第2款中表明宗教信仰自由的限制理由, 特别是“他人的权利

和自由”中并没有“共同生活”这一表述。法院的上述判决在学界引发了较大争议^⑪。无论是在国际法还是在国内法上, “他人的权利和自由”都很难被认为包含“共同生活”。因此, 涉及社会生活中人际关系及交往秩序问题的“共同生活”被法院纳入作为限制理由的“他人的权利和自由”, 意味着法院在“他人的权利和自由”的名义下创设了《公约》未明确承认的新例外或限制情形, 压缩了个人宗教信仰自由的行使空间。

三、“活的文件”判例法的性质: 条约演化解释与司法造法的混杂

欧洲人权法院一直声称运用“活的文件”对《公约》进行演化解释, 从未承认其从事过任何修改《公约》文本的造法行为。尽管如此, 梳理“活的文件”判例法可以看出, 欧洲人权法院不仅会参考其他国际法渊源或欧洲国家的普遍标准或共识对《公约》条款作出演化解释, 也会在没有得到缔约国同意的情况下创设新的缔约国义务或新的权利限制理由。换言之, 在“活的文件”判例法中, 欧洲人权法院在某些领域从事了司法造法活动, 超出了条约演化解释的范畴。

(一) 条约演化解释和司法造法的区分

条约从来都是妥协的产物, 缔约谈判中的各种分歧意见反映了缔约各方政治、经济、宗教、历史等各方面的关系和利益。为了达成缔约各方基本都能接受的条约约文, 条约难免会包含模糊表述。条约解释, 是指对一个条约具体规定的确切意义进行明白的剖析^⑫。“解释主要的区分在于法律制定之时的含义与更新的含义之间。”^⑬随着时间的推移, 条约用语的意义可能发生变化, 出现缔约时不具有的新含义^⑭。条约演化解释是指对条约术语含义的解释随着时间的变化而变化^⑮。部分学者认为人权条约相较于大多数其他领域的国际法协定而言具有特殊性, 主张将条约演化解释运用到人权条约的解释和适用中^⑯, 因为“将新的发展纳入考量范围, 可以使得条约的适用更富有弹性和活力”^⑰。

关于司法造法问题, 学界长期以来关注较

多。综合学者们的相关表述,所谓“司法造法”,是指司法者在审理案件过程中通过裁判的方式创设新规则或改变现有规则的做法。国际司法机构对于司法造法问题的态度较为复杂。国际法院 Abdul G. Koroma 法官曾指出,国际法院宁愿承认在案件中存在“法律不明”的情况,也不会造法^⑧。在著名的核武器案中,国际法院也指出,法院并不行使立法职能,法院在该案中的职责不是在没有规则的情况下创造规则,而是决定现有的国际法规则与原则可否适用于核武器威胁的领域^⑨。尽管如此,完全无视国际司法机构在司法实践中的造法活动也是不现实的^[11]。

演化解释依旧属于条约解释的范畴,其法律依据是《维也纳条约法公约》第31条的解释规则^⑩。根据《维也纳条约法公约》第31条,解释条约时应依次运用“用语的通常含义”“上下文”“参照条约目的和宗旨”以及善意原则来阐明缔约国的合意。普遍认为,第31条为条约演化解释提供了规范依据:一方面,如果条约术语具有一般性、通用性,对其含义的解释也会随着时间的变化而发展。这为通过演化解释发展规则提供了规范空间。另一方面,第31条第3款将缔约国嗣后惯例和嗣后协定作为考虑“上下文”的因素,意味着缔约国在条约缔结后的最新实践或意图也可能成为影响条约解释的因素。2016年联合国国际法委员会通过的《关于与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践的结论草案案文》认为,《维也纳条约法公约》第31条和第32条所称“嗣后协定和嗣后惯例可协助确定缔约方在缔结条约之时的推定意图是不是赋予用语以能够随时间演变的含义”,“这导致可能的解释范围包括条约给予缔约方行使自由裁量权的任何范围变窄、变宽或受到另外的影响”^⑪。

尽管条约演化解释反映了“国际争端解决机构在此问题上的最新趋势”^[12],但是根据当今情况对条约条款进行演化解释也不是无限制的。现实中,“国际司法机构通过演化解释包括援引其他相关条约中对有关术语意义的界定,能够赋予被解释条约术语先前不存在的新含义,从而实际上达到修改条约甚至制订新约的效果,而这无疑

会在当事国间创设新的权利义务关系”^[13]。对此,联合国国际法委员会明确强调,条约缔约方嗣后达成协议或在适用条约方面采用一种惯例,其用意是为了解释条约,而不是修正或修改条约^⑫。演化解释“不能在缔约各方缔约时可预见的范围之外,增加新的权利或义务”^[14]。否则,就是国际司法机构突破缔约国同意而对条约进行修改的司法造法活动。依据《维也纳条约法公约》第40条第2款,对国际条约文本的原意进行改变,修改条约文本,必须是缔约国的意思表示。除非条约有明确规定或者缔约国另有意思表示,其他任何主体均无权代替缔约方作出修改条约的决定。

因此,条约演化解释和司法造法是一个问题的两种结果——在规则适用过程中,因现有规则无法满足案件审理的需要,司法者不可避免地要对规则作出演化解释,而此种解释一旦脱离客观规则,将个人偏好甚至政治因素纳入其中,偏离条约上下文或目的宗旨中缔约国的“共同同意”,随意创造或改变已有规则,就会导致司法造法。实践中,一些国际争端解决机构正是利用条约演化解释与司法造法的相似性,为其超越缔约国同意创造规则的行为进行“掩饰”,使得“演化解释通过新型的、与司法造法相类似的方式,对国家同意原则造成了极隐蔽的冲击”^[15]。

(二) 条约演化解释的前提是缔约国之间的嗣后共识

欧洲人权法院通过“活的文件”判例法对《公约》进行演化解释,使得《公约》文本既能符合国际人权价值的演化趋势,又能因应时间变化、缔约国实践进展而具有长期的可适用性。这无疑是值得肯定的。但是,“在任何一个法律秩序中,司法的功能都仅限于对规则的解释,而且这种解释应该基于广泛的社会共识”^[16]。在人权领域,社会共识是民意的一种凝聚与表达,依据社会共识进行演化解释,既可以弥补演化解释民主性不足的缺陷,也可以作为违背先前判例的一种正当理由,从而缓解演化解释与法律的确定性、稳定性和可预见性之间的矛盾^[17]。因此,即便是欧洲人权法院对《公约》进行演化解释,以此发展的

规则也应该体现缔约国的嗣后共识。

欧洲人权法院在认定“死刑”是否归属于“不人道或者是侮辱的待遇或惩罚”问题上的判决,集中体现了以缔约国共识为基础的演化解释。

《公约》第2条在保护个人生命权的同时,允许缔约国在某些“迫不得已的情况下”使用武力剥夺人的生命,包括死刑。《公约》第3条则明确了禁止缔约国对任何人施行酷刑和非人道待遇。欧洲人权法院面临的问题是,需判断死刑是否因可归属于不人道或侮辱的惩罚而受到《公约》第3条的规制。欧洲人权法院在1989年索林诉英国一案的判决中指出,应当将《公约》作为一个整体来理解,《公约》的起草者显然不可能打算将禁止死刑包括在第3条范畴内,因为这将使《公约》第2条第1款的明确措辞归于无效^⑧。在后来的类似案件中,尽管法院一直坚持上述主张,但渐渐有少数法官提出异议。例如,在2005年Öcalan诉土耳其案中,法院坚持了其在索林案中的观点,但有法官出具了反对意见。反对意见认为,欧洲人权法院一直强调,《公约》是一项“活的文件”,其权利和自由也适用于起草人未曾设想到的情况。因此,可以合理地假设,只要缔约国没有明确拒绝对《公约》进行特定的司法解释,法院就有权确定五十多年前条约文本中的单词和短语的实际含义。无论如何,关于死刑的问题,只要法院的解释和各缔约国所认可的价值观和标准保持一致,法院便可以这样做^⑨。随着欧洲国家对死刑废除问题逐渐达成共识,以往的少数异议意见也逐渐发展成为欧洲人权法院的主流观点。最终,法院在2010年确认将死刑定义为《公约》第3条意义上的不人道和侮辱的待遇和惩罚,以此将废除死刑纳入了缔约国的义务范围^⑩。

从欧洲人权法院关于该问题的说理及认定来看,法院态度变化的依据是欧洲各国对死刑问题的共同立场和政策选择,是“成员国在这一领域的刑法政策的发展和普遍接受的标准”^⑪。这种以缔约国嗣后共识为参照的规则发展才是欧洲人权法院一直在“活的文件”判例法中强调的“根据当今情况予以解释”。这与法院在部分判

例中采取的以法官立场为基础,不考虑缔约国共识和承诺的司法造法相比,具有本质区别。

诚然,根据《维也纳条约法公约》第31条第1款,必须根据条约的目的和宗旨来解释文本,但此条约演化解释的落脚点是“解释”而不是“创造”规则。《公约》订立的目的和宗旨是为了保护人权,但若欧洲人权法院以条约演化解释为名任意增减缔约国权利或义务,那《公约》所有具体条款的存在皆显得多余。到时候,实现《公约》的目的不需要任何具体条款的存在,只需要保留体现其目的和宗旨的序言即可,因为欧洲人权法院可以将所有案件,按照“对于各项基本自由的深切信仰”^⑫进行发散性的“演化解释”,同时按照“当今情况”发展出各项权利和自由即可——这显然是荒谬且不现实的。

(三)“活的文件”判例法突破了缔约国的“共同同意”

欧洲人权法院得以存在的基本依据是各缔约国的“共同同意”。《哥本哈根宣言》提出在缔约国和欧洲人权机制之间分权的辅助性原则,即国内机构在保护《公约》权利方面的主要作用,同时强调了“法院的质量”问题,认为要加强判决的清晰性和连贯性^[18]。欧洲委员会人权指导委员会也曾强调,应当根据成员国“在其他条约和习惯国家法下的承诺”进行条约解释^[19]。

而现实情况是,“随着社会现实情况的发展以及人权观念的转变,司法能动主义逐渐成为欧洲人权法院的主要行动哲学,而欧洲人权法院也在实质上成为欧洲公共政策的重要制定者和执行者,而不再是传统观念中的司法适用者的角色了,这显然已经远远超出了当初公约制定者们所能设想的范围”^[1]。欧洲人权法院通过“活的文件”判例法,借助缔约国未曾参与的其他国际条约增设缔约国义务、扩大权利限制的合理理由,乃至超越《公约》范畴为欧共体设定义务,这些行为既没有《公约》框架下的法律依据,也没有得到缔约国嗣后协定或实践所体现出来的共同同意。这种司法造法活动已经逐步侵蚀了以《公约》为基础、在缔约国与法院之间基于辅助性原则建立起来的分权体制,降低了缔约国的可预测

性,也损害了法院判决所一直要求的稳定性和一致性。在 Cuenzca Zarzoso 诉西班牙的案件^[4]中,申请人抱怨家附近的酒吧和舞厅引起的噪音侵犯其人权。欧洲人权法院指出西班牙违反了《欧洲人权公约》第8条^[5],认为其未能履行积极义务,以确保申请者享有尊重其家园与私人生活的权利。该案引起部分学者质疑,认为这压根不值得由欧洲人权法院这类国际人权法院来保护,这是法院滥用权力的结果^[20]。此外,在 A、B 和 C 诉爱尔兰案中,尽管《公约》的绝大多数缔约国都在其国内立法中允许妇女合法堕胎,但法院仍然指出,“这一共识不能成为法院审查爱尔兰禁止堕胎的决定性因素”^[6]。该案中,尽管欧洲甚至是国际社会都对此问题达成了共识,而法院却没有对此进行确认,忽略了缔约国的共同意志。

由此可见,欧洲人权法院在《公约》适用过程中,自我意志和自由裁量的幅度非常大。“如果欧洲人权法院审理案件的规则不断得以变化和修订,各国如何能够执行这些普遍原则?权利保护的基础如此不稳定,无论是对国家还是人权法院来说,都没有提供明确的指导或者一致的可靠结构,这是捍卫普遍主义权利观点的一个糟糕的基础。”^[21]司法实践中,也已经有缔约国就法院拓宽《公约》管辖范围的行为提出过抗辩,甚至一些成员国还指出,法院已经走得太远:它已成为激进主义法院。他们谴责欧洲人权法院过度侵犯其国家主权,认为其以牺牲国家民主决策和司法惯例为代价^[20]。一些学者甚至认为,“多年来,法院过多地利用其创造力,对某些敏感价值观的裁决引起了公众抗议和法律抵制,或者像言论自由案件那样,欧洲人权法院与缔约国国家法院之间长达数十年的讨论,导致规则不断处于变化之中,引起法律混乱”^[22]。

四、欧洲人权法院应审慎发展“活的文件”判例法

正是由于“活的文件”判例法混杂了条约演化解释和司法造法两种现象,而司法造法并非欧洲人权法院的法定职权,因此,欧洲人权法院只

有正视现存问题,才能使判例法正常发展。

(一) 主要问题:借助“活的文件”判例法开展司法造法的行为于法无据

第一,欧洲人权法院司法造法不具备合法性。《公约》并未授权欧洲人权法院在司法过程中创造《公约》规则,缔约国大会也未授权法院在特定情况下对《公约》进行修改。欧洲人权法院应该认识到,其职责是解释和适用《公约》条款,而不是创制实体权利或义务;在《公约》基础上引入新的权利、义务或例外,属于欧洲理事会而非欧洲人权法院的职能。

第二,欧洲人权法院司法造法欠缺合理性。一些学者从合理性角度为司法造法进行辩护。赞成者的理由主要集中在以下两个方面:首先,从法律本身的缺陷出发,认为立法者在制定法律之时无法预见之后可能出现的所有问题,司法造法的出现不可避免^[7];其次,从事后有益性的观点出发,认为由法官在案件审理过程中确定新规则,可以使得已制定的法律或条约与时俱进,在不断发展变化着的时代中始终具有可适用性,扮演着法治推动者的角色^[8]。我们认为,上述两方面理由都难以站得住脚。

首先,关于司法造法具有不可避免性的问题。众所周知,法律从来都不是完备的,法律局限性问题的自柏拉图时起就为人们所知悉^[23]。在成文法的适用过程中,难免会出现法律不周延性、立法空白性、法律滞后性等问题。学界从未否认过国际条约文本局限性问题的存在。正是因为正视且重视该问题,为了使条约能够更好地发挥其应有功能,国际社会才将条约的解释规则融合梳理,编纂成1969年《维也纳条约法公约》。也就是说,对于条约的局限性问题的,国际社会已有应对之法,即应按照《维也纳条约法公约》第31-33条的规定,善意解释之。的确,条约解释规则也并非都无漏洞,始终会存在一些通过解释规则所无法涵盖和适用的情况。这类情况,可以通过条约修改或缔约国嗣后协定或实践等其他手段予以解决,并不是司法造法的充足理由。

其次,关于司法造法有助于推动法治发展的结果论。此观点成立的前提应为司法造“良法”,

只有符合缔约国共同意志的造法才能产生有益的结果。结果论认为法院不应纠缠于长期存在争议的解释方法论, 而应该以如何实现良好结果的规则选择作为司法决策过程的核心, 并认为法律文本的解释不应该主要集中于立法者在法律制定之时的立场和观点, 而应该着眼于国家和社会当前的发展。

有学者指出这种结果主义实际对法院提出了极高的要求, “这是做出政策选择的一种特别苛刻的方法, 因为结果主义不仅需要确定最理想的政策, 而且还需要预测法院的决定是否会产生理想的结果”^[8]。而实际上, 尽管国际司法机构的法官大都是由各缔约国提名任命的在相关领域成就斐然的专家学者组成, 也很难保证所有国际司法机构的法官在每一个案件中“确定最理想的政策”“预测最理想的结果”。“对于公共政策的许多领域, 在任何一门学科中得到的见识和方法都可能根本不够。相反, 跨学科共享的观点对于政策的解释和预测都至关重要。”^[24]与法官处理案件相比, 立法者在立法过程中通过多方讨论、民主意见收集等方式得出的结论, 显然更具有多样性和公众意志体现性。而就一项国际条约的产生过程来看, 从条约起草到缔约国签署批准, 其间历经了长时间的讨论和完善不说, 就成本投入和专家论证方面, 是任何一个国际司法机构难以比拟的。

更何况, 法官们在审判过程中极易受到包括申请人背景、与被告国关系以及个人偏好的影响, 这对法院审判稳定性和一致性的要求提出了极高的挑战, 更是对司法造“良法”提出了极大的考验。有学者通过对欧洲人权法院 70 个宗教自由案件的 538 个法官投票的原始数据集进行分析, 发现穆斯林申诉人获得对其有利的法官投票的可能性极小, 而法官更有可能投票支持提名他们的国家。此外, 被诉的西欧国家尤其可能获得有利的判决, 即使在控制国家对宗教自由保护的差异时也是如此^[25]。另外, 也有研究表明性别歧视在欧洲人权法院的裁判中有所体现, 与男性穆斯林在欧洲人权法院作为“成功的申请人类别”相反, 以穆斯林妇女为申请人提起的案件经常与

宗教服饰有明显的“交叉性”, 在欧洲人权法院被经常性、系统性地驳回^[26]。由此可见, 即使法官均由各国提名的“佼佼者”组成, 但还是不可避免地将自身喜好或政治性因素纳入审判之中。既然如此, 我们又如何确定一个审判组织的寥寥几名法官在有限的时间内, 面对着争端双方彼此相左的争诉观点就一定能造出良法呢?

(二) 出路: 应明确条约演化解释的适用条件以抑制司法造法的冲动

尽管欧洲人权法院依据“活的文件”对《公约》进行演化解释具有合理性, 但也有学者针对演化解释缺乏规范约束提出了批评。易言之, 在“活的文件”判例法中, 条约演化解释适用条件的模糊性在一定程度上会刺激司法造法的冲动。

虽然欧洲人权法院在判例中针对演化解释发展出“禁止扩大司法机构的职能、禁止增设新的权利义务、遵守民主社会的必要限制”等三项限制条件^[27], 但是自欧洲人权法院提出“活的文件”之日起至今, 从来未就诸如法律渊源、适用界限等合法性问题进行说明, 法院甚至都不曾从正当性方面论证该概念。“活的文件”的适用很大程度上是依凭法官的理解和发挥, 这种没有判断标准的条约解释自然给国际社会留下了质疑的空间。有学者质疑道: “尽管欧洲人权法院在条约的目标和宗旨中做了大量的阐释, 以维护人们普遍理解的‘法治’和‘共同的法律传统’, 但这种阐释是否足以在欧洲提供一个可以普遍适用的、具有一致性的判例?”^[21]还有学者担心: “演化解释可能赋予国际法庭太多的自由裁量权, 进而背离当事方的原意。”^[28]更有学者指出, 欧洲人权法院全然无视解释规则, 选择对《公约》进行“道德解读”^[29]。

欧洲人权法院始终强调, 《公约》作为“活的文件”, 应根据当今情况解释。而在确定何为“当今情况”时, 法院为寻求在某一领域的“共同标准”, 往往选择将包括特定领域的国际条约、习惯国际法、一般法律原则等在内的所有国际法因素都纳入参考范畴, 不考虑被告国是否加入或批准了某项条约。一般而言, 一项条约的签署和批准情况说明了该条约所涉问题在当前社会的

可接受状况,如果欧洲人权法院动辄将签署国寥寥无几的条约都作为解释“当今情况”的依据,很难具有说服力。

更重要的是,司法权力也存在不断膨胀的倾向,法官不可避免带有造法的冲动。如果演化解释不受约束,司法机构就可能以解释条约为名创造出条约用语字面意义以外的实质性义务,任意扩大缔约国义务的范围。演化解释不能超出缔约方对约文理解的合理预期,否则司法裁决就难以得到认可和遵守,从而最终损害国际法的权威性和有效性^[30]。因此,欧洲人权法院运用“活的文件”概念开展条约演化解释,必须在辅助性原则指引下秉持司法谦抑理念,克制随意造法的司法能动主义冲动。为减少学者和缔约国政府对欧洲人权法院可能侵入国内政策制定领域的担忧,降低司法造法削弱欧洲人权体制权威性的风险,欧洲人权法院应当加强“活的文件”的合法性及合理性释明,因为“如果司法部门更愿意详细说明该理论在具体案件中的适用情况,将有助于减轻人们对该理论仅仅是主观臆断的掩饰的担心”^[31]。因此,欧洲人权法院应该尽快从“活的文件”判例法中抽象出演化解释的适用条件,包括适用前提、适用依据、适用范围和限制条件,自我抑制司法造法的冲动。唯有如此,“活的文件”判例法才具有持久的生命力;也唯有如此,才能令人信服地说《公约》是“活的文件”。

五、结语

条约演化解释和司法造法是条约适用理论和实践中备受关注的问题,“国际争端解决机构对于案件涉及的条约术语采取何种解释方法直接决定着有关争议问题的裁决和有关当事方的成败”^[12]。《公约》是“继《世界人权宣言》之后的,又一旨在保障人权和基本自由的‘力作’”^[32]。一直以来,凭借与时俱进的时代性和说理严谨的学术性,欧洲人权法院判例法在世界范围内的影响力与日俱增,“其他洲诸如美洲、非洲和亚洲各国法院引述欧洲人权法院判决的

例子不在少数”^[32]。欧洲人权法院在一定程度上已经成为国际人权标准发展的重要参与者,欧洲人权法院判例法也成为展示现代条约解释技术发展的重要窗口。本文分析表明,是否基于缔约国嗣后在相关领域形成的观念或实践共识,是区分国际争端解决机构的条约演化解释与司法造法的核心标准。条约演化解释如果脱离“嗣后观念或实践共识”,就会走向不具有合法基础的司法造法。因此,欧洲人权法院需要克制其在“活的文件”判例法中的司法造法冲动与倾向,否则就会引发判决的合法性危机。

梳理欧洲人权法院“活的文件”判例法的发展过程并对其性质进行辨析,对优化我国在条约解释和适用争端中的法律策略有一定借鉴意义。近年来,不论是WTO上诉机构在“中美出版物市场准入案”中对“录音产品分销”术语采用的演化解释法^[12],还是国际仲裁庭在“南海仲裁案”中对“历史性权利”“岛礁定性标准”“争端当事方义务”的造法性工作^[33],都显现出中国在条约解释和适用争端中的应对技术不足而导致国家利益受损的问题。类似案件裁决结果一经作出,学界论辩之声始终不减,针对裁判机关相关“造法”工作的质疑也凿凿有据。但有关部门或学术界若能事先对关键问题作出充分应对准备,结果也许会有所不同。在相关条约解释和适用争端中,面对以条约演化解释为名行司法造法之实进而损害中国利益的行为,中国可结合“嗣后观念或实践共识”这一标准予以反制。长远而言,高度重视条约解释在国际法律争端解决中的作用,深入研究并引领条约解释技术的发展,逐步提高中国在条约解释领域的话语权,是中国维护国家利益并推进全球治理的必然要求。

注释:

- ① 例如何家弘认为,司法者造法,属于事后造法,由司法人员在具体案件审理过程中制定出适用于个案的法律,但会影响人们日后的行为。参见何家弘:《论法官造法》,载《法学家》2003年第5期。
- ② Robert Jennings认为,不论是国际法院还是国内法院,都没有创制法律的权力,这是司法的基本原则。See

- Robert Jennings, *The Judiciary, International and National, and the Development of International Law*, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol.45, 1996. Karl Doebrin 认为, 若法官随意创设规则, 司法独立的原则将会被滥用, 从事司法造法的法官好比是独裁者, 因为他们滥用权力并进行违法裁决。See Karl Doebring, *Law-making of Courts and Tribunals Results in the Destruction of the Rule of Law*, in Rüdiger Wolfrum and Ina G tzschmann (eds.), *International Dispute Settlement: Room for Innovations*, Springer, 2013, p. 327.
- ③ Tyrer v. United Kingdom, ECHR (Application No. 5856/72), Judgment of 25 Apr. 1978, para. 31.
- ④ Selmouni v. France, ECHR (Application No. 25803/94), Judgment of 28 July 1999, para. 101-105.
- ⑤ 例如《世界人权宣言》第 5 条、《公民权利和政治权利国际公约》第 7 条等。
- ⑥ Prosecutor v. Furundzija, Judgment of 10 Dec. 1998 of Trial Chamber II, IT-95 - 17/1, para. 134.
- ⑦ Al-Adsani v. The United Kingdom, ECHR (Application No. 35763/97), Judgment of 21 Nov. 2001, para.52-67.
- ⑧ Golder v. The United Kingdom, ECHR (Application No. 4451/70), Judgment of 21 Feb. 1975, para. 34.
- ⑨ Party Nationalist Basque - Iparralde Regional Organisation v. France, ECHR (Application No. 71251/01), Judgment of 7 June 2007, para 45-48.
- ⑩ Demir and Baykara v. Turkey, ECHR (Application No. 34503/97), Judgment of 12 November 2008, para. 71.
- ⑪ Marckx v. Belgium, ECHR (Application No.6833/74), Judgment of 13 June 1979, para. 49.
- ⑫ Oneryildiz v. Turkey, ECHR (Application No. 48939/99), Judgment of 30 November 2004, para. 59.
- ⑬ Young, James and Webster v. United Kingdom, ECHR (Application No. 7601/76; 7806/77), Judgment of 18 October 1982, para. 52-53.
- ⑭ Sigurdur A Sigurjonsson v. Islandia, ECHR (Application No.16130/90), Judgment of 30 June 1993, para. 30-35.
- ⑮ 1989 年, 欧洲委员会 11 个成员国通过了《工人基本社会权利共同体宪章》。该宪章规定了工人和雇主可以选择加入或不加入工会组织的自由。
- ⑯ Bayatyan v. Armenia, ECHR (Application No. 23459/03), Judgment of 7 July 2011, para. 101-106.
- ⑰ Stafford v. United Kingdom, ECHR (Application No. 46295/99), Judgment of 28 May 2002, para.81-83.
- ⑱ Rantsev v. Cyprus and Russia, ECHR (Application No. 25965/04), Judgment of 7 Jan. 2010, para.198-202.
- ⑲ E.B. v. France [GC], ECHR (Application No. 43546/02), Judgment of 22 Jan. 2008, para.41-51.
- ⑳ Demir and Baykara v. Turkey, ECHR (Application No. 34503/97), Judgment of 12 November 2008, para.61.
- ㉑ Ibid., para.68.
- ㉒ Pini and Others v. Romania, ECHR (Application Nos. 78028/01 and 78030/01), Judgment of 22 June 2004, para.46-51.
- ㉓ Siliadin v. France, ECHR (Application No. 73316/01), Judgment of 26 July 2005, para.50-51.
- ㉔ Scoppola v. Italy (No. 2), ECHR (Application No. 10249/03), Judgment of 17 September 2009.
- ㉕ Ibid., para.108.
- ㉖ Ibid., partly dissenting opinion of judge Nicolaou, joined by judges Bratza, Lorenzen, Jociene, Villiger and Sajo.
- ㉗ Matthews v. the United Kingdom, ECHR (Application no. 24833/94), Judgment of 18 February 1999, para.39.
- ㉘ Johnston and Others v. Ireland, ECHR (Application No. 9697/82), Judgment of 18 December 1986, para. 53.
- ㉙ Austin and Others v. The United Kindom, ECHR (Applications Nos. 39692/09, 40713/09 and 41008/09), Judgment of 15 March 2012, para. 53.
- ㉚ S.A.S. v. France, ECHR (Application No.43835/11), Judgment of 1st July 2014, para.119-122.
- ㉛ See Armin Steinbach, Burqas and Bans: The Wearing of Religious Symbols under the European Convention of Human Rights, *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, Vol.4, Issue 1, 2015; Hakeem Yusuf, S.A. S. v. France, Supporting ‘Living Together’ or Forced Assimilation? *International Human Rights Law Review*, Vol.3, No. 2, 2014; Tom Syring, Introductory Note To The European Court of Human Rights’ Judgment on The Legality of a Ban on Wearing Full-Face Veils in Public (Case of S.A.S. v. France), *The International Legal Materials*, Vol.53, No. 6, 2014.
- ㉜ Feldbrugge v. The Netherlands, ECHR (Application No. 8562/79), Judgment of 29 May 1986, para.24.
- ㉝ Alastair Mowbray 指出, 人权条约不涉及主权国家之间的相互关系和利益交换。相反, 其宣布的是对缔约国居民的人道待遇的庄严原则。人权条约的主题是这些国家的内部秩序及其对本国公民的保护。See Alastair Mowbray, The Creativity of the European Court of Human Rights, *Human Rights Law Review*, Vol. 5, 2005. 欧洲人权法院 Garlicki 法官曾言,《公约》是“活的文件”意味着, 缔约国要求的门槛不能保持在 1998 年的水平。在过去的 14 年中, 法院就一般性的积极义务以及关于履行义务的义务产生了广泛的判例, 特别是在保护人类生命安全方面。简而言之, 与 1998 年相比,

今天的当局可以期待得更多。See Van Colle v. The United Kindom, ECHR (Application No. 7678/09), Judgment of 13 November 2012.

- ③④ See Abdul G. Koroma, An Investigation of International Courts, Public Authority and Its Democratic Justification, in Rüdiger Wolfrum and Ina Gtzschmann (eds.), *International Dispute Settlement: Room for Innovations?* Springer, 2013, p. 220. 转引自张华:《反思国际法上的“司法造法”问题》,载《当代法学》2019年第2期。

- ③⑤ 转引自齐飞:《论国际争端解决机构的造法——以欧盟法院为例》,载《河南财经政法大学学报》2013年第2期。

- ③⑥ 《维也纳条约法公约》第31条规定:一、条约应依其用语按其上下文并参照条约之目的及宗旨所具有之通常意义,善意解释之。二、就解释条约而言,上下文除指连同弁言及附件在内之约文外,并应包括:(甲)全体当事国间因缔结条约所订与条约有关之任何协定;(乙)一个以上当事国因缔结条约所订并经其他当事国接受为条约有关文书之任何文书。三、应与上下文一并考虑者尚有:(甲)当事国嗣后所订关于条约之解释或其规定之适用之任何协定;(乙)嗣后在条约适用方面确定各当事国对条约解释之协定之任何惯例。(丙)适用于当事国间关系之任何有关国际法规则。四、倘经确定当事国有此原意,条约用语应使其具有特殊意义。

- ③⑦ International Law Commission, Chapter VI: Subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties, Report on the work of the sixty-eighth session (2016), A/71/10, p.118.

- ③⑧ Ibid.

- ③⑨ Soering v. The United Kingdom, ECHR (Application No. 14038/88), Judgment of 7 July 1989, para. 102-103.

- ④⑩ Öcalan v. Turkey, ECHR (Application No. 46221/99), Judgment of 12 May 2005, partly concurring, partly dissenting opinion of judge Garlicki.

- ④⑪ Al-Saadoon and Mufdhi v. United Kingdom, ECHR (Application No. 61498/08), Judgment of 2 March 2010, para. 119-120.

- ④⑫ Tyrer v. United Kingdom, ECHR (Application No. 5856/72), Judgment of 25 Apr. 1978, para. 31.

- ④⑬ 《欧洲人权公约》序言节选:重申它们对于各项基本自由的深切信仰,这些基本自由是世界正义和平的基础,一方面通过有效的政治民主,另一方面由各成员所承诺的对基本人权的一种共同谅解和遵守来给予最好的保护。

- ④⑭ Cuenzca Zarzoso v. Spain, ECHR (Application No.

23383/12), Judgment of 16 Jan. 2018.

- ④⑮ 《欧洲人权公约》第8条:人人有权享有使自己的私人和家庭生活、家庭和通信得到尊重的权利。公共机构不得干预上述权利的行使,但是,依照法律规定的干预以及基于在民主社会中为了国家安全、公共安全或者国家的经济福利考虑,为了防止混乱或者犯罪,为了保护健康或者道德,为了保护他人的权利与自由而有必要进行干预的,不在此限。

- ④⑯ A, B and C v. Ireland, ECHR (Application No. 25579/05), Judgment of 16 December 2010, para. 226-228.

- ④⑰ 例如刘治斌指出,法学理论和经验是在法律实践中被创造的。参见刘治斌:《司法过程中的法律发现及其方法论析》,载《法律科学》2006年第1期。陈金钊指出,法律在被创制为法典后的运动形式主要应是司法解释。参见陈金钊:《法制及其意义》,西北大学出版社1994年版。

- ④⑱ 例如段厚省指出,由于法官有着造法的权利,就使得发生在法律模糊或者空白区域的纠纷的当事人,对法官有着更多的戒惧,从而更好地遵守法律。参见段厚省:《法官造法与司法权威》,载《政治与法律》2004年第5期。丁铎通过列举国际法院司法判例,论证国际实践中有不少一般国际法的规则可以被认为是国际法院“司法造法效应”的结果。参见丁铎:《国际法上条约解释与司法造法之界限问题浅析——兼评菲律宾南海仲裁案》,载《南海法学》2018年第2期。

参考文献:

- [1] 张德瑞. 论欧洲人权法院的“司法造法”[J]. 法学评论, 2013, 31(5): 100-108.
- [2] THEIL S. Is the “living instrument” approach of the European Court of Human Rights compatible with the ECHR and international law?[J]. European Public Law, 2017(3): 587-614.
- [3] MOECKLI D, WHITE N D. Treaties as “living instrument”[C]// DINO K, MICHAEL B. Conceptual and contextual perspectives on the modern law of treaties. Cambridge: Cambridge University Press, 2018: 139.
- [4] 毛俊响, 盛喜. 跨国公司社会责任的确立:基于横向人权义务的补充分析[J]. 中南大学学报:社会科学版, 2017, 23(4): 27-36.
- MAO Junxiang, SHENG Xi. Establishing the social responsibility of transnational corporations: A complementary analysis based on horizontal human

- rights obligations[J]. *Journal of Central South University: Social Sciences*, 2017, 23(4): 27-36.
- [5] VAN DIJK, VAN HOOFF. Theory and practice of the European Convention on Human Rights[J]. *Kluwer Law International*, 1998(1): 72-90.
- [6] 毛俊响. 欧洲人权法院关于在公共场所穿戴蒙面服饰的最新法理——基于“S.A.S.诉法国”案的分析[J]. *欧洲研究*, 2017, 35(1): 52-69.
- MAO Junxiang. The latest case—law of the European Court of Human rights on prohibiting concealment of one's face in public: An analysis of case “S. A. S. v. France”[J]. *Chinese Journal of European Studies*, 2017, 35(1): 52-69.
- [7] 李浩培. 条约法概论[M]. 北京: 法律出版社, 2003: 334.
- LI Haopei. Introduction to treaty law[M]. Beijing: Law Press, 2003: 334.
- [8] DRAKEMAN D L. Consequentialism and the limits of interpretation: Do the ends justify the meanings?[J]. *Jurisprudence*, 2018(2): 300-318.
- [9] 吴卡. 条约演化解释方法的最新实践及其反思[J]. *法学家*, 2012(1): 157-165.
- WU Ka. Some reflections on the latest practices of Evolutive interpretation of treaties[J]. *The Jurist*, 2012(1): 157-165.
- [10] 禾木. 国际实践中的时际法问题[J]. *新疆社会科学*, 2013(6): 98-104.
- HE Mu. Issues of inter- tempofal law in international Practice[J]. *Social Sciences in Xinjiang*, 2013(6): 98-104.
- [11] 张华. 国际司法裁决中的海洋划界方法论解析[J]. *外交评论: 外交学院学报*, 2012, 29(6): 141-154.
- ZHANG Hua. International maritime delimitation methodology: A interpretation based on the recent jurisprudence of international courts and tribunals[J]. *Foreign Affairs Review*, 2012, 29(6): 141-154.
- [12] 曾令良. 从“中美出版物市场准入案”上诉机构裁决看条约解释的新趋势[J]. *法学*, 2010(8): 12-17.
- ZENG Lingliang. The new trend of treaty interpretation: From the WTO appellate body decision on China- US publications market access dispute[J]. *Legal Science*, 2010(8): 12-17.
- [13] 吴卡. 国际条约解释: 变量、方法与走向——《条约法公约》第31条第3款(c)项研究[J]. *比较法研究*, 2015(5): 149-164.
- WU Ka. Treaty interpretation: Variation, technique and trend: A study of article 31(3)(c) of the VCLT 1969[J]. *Journal of Comparative Law*, 2015(5): 149-164.
- [14] 孙南翔. 论“发展的条约解释”及其在世贸组织争端解决中的适用[J]. *环球法律评论*, 2015, 37(5): 161-178.
- SUN Nanxiang. Evolution treaty interpretation and its application in WTO dispute settlement practice[J]. *Global Law Review*, 2015, 37(5): 161-178.
- [15] 刘雪红. 论条约演化解释对国家同意原则的冲击[J]. *法律科学: 西北政法大學学报*, 2017, 35(3): 58-68.
- LIU Xuehong. The impact of the principle of state consent by the evolutionary interpretation of treaties[J]. *Science of Law*, 2017, 35(3): 58-68.
- [16] HELFER L R, SLAUGHTER A M. Toward a theory of effective supranational adjudication[J]. *Yale Law Journal*, 1999(2): 273-391.
- [17] 吴卡. 国际条约演化解释理论与实践[M]. 北京: 法律出版社, 2016: 165.
- WU Ka. Theory and practice of evolutionary treaty interpretation[M]. Beijing: Law Press, 2016: 165.
- [18] CAMPBELL T, EWING K, TOMKINS A. Skeptical essays on human rights[M]. Oxford: Oxford University Press, 2001: 124.
- [19] Council of Europe. The longer-term future of the system of the European Convention on Human Rights[R]. Report of the Steering Committee for Human Rights, 2016: 187.
- [20] ULFSTEIN G. Interpretation of the ECHR in light of the Vienna Convention on the Law of Treaties[J]. *The International Journal of Human Right*, 2020(7): 917-934.
- [21] DZEHTSIAROU K. European consensus and the legitimacy of the European Court of Human Rights[M]. Cambridge: Cambridge University Press, 2015: 87.
- [22] DONNELLY M. P. Democracy and sovereignty vs international human rights: Reconciling the irreconcilable?[J]. *The International Journal of Human Rights*, 2017: 79-96.
- [23] 博登海默. 法理学——法哲学及其方法[M]. 邓正来, 姬敬武, 译. 北京: 华夏出版社, 1989: 748.
- BODENHEIMER E. Jurisprudence, the philosophy and method of the law[M]. Trans. Deng Zhenglai. Beijing: HUAXIA Publishing House, 1989: 748.
- [24] PAGE S E. The difference: How the power of diversity creates better groups, firms, schools, and societies[M]. Princeton: Princeton University Press, 2013: 348.
- [25] DAN K. Not taking it on faith: State and religious influences on European Court of Human Rights judges in freedom of religion cases[J]. *Journal of Human Rights*, 2019(2): 184-200.
- [26] PABLO CASTILLO-ORTIZ, AMAL ALI, NAVAJYOTI

- SAMANTA. Gender, intersectionality and religious manifestation before the European Court of Human rights[J]. *Journal of Human Rights*, 2019(1): 76-91.
- [27] 邢爱芬. 条约演化解解释的适用与发展研究——以欧洲人权法院为例[J]. *中国政法大学学报*, 2020(2): 158-170.
- XING Aifen. The application and development of the evolutionary interpretation of treaty by the European Court of Human Rights[J]. *Journal of CUPL*, 2020(2): 158-170.
- [28] THIRLWAY H. The law and procedure of the International Court of Justice[J]. *British Yearbook International Law*, 1996: 1-62.
- [29] LETAS G. Strasbourg's interpretive ethic: Lessons for the international lawyer[J]. *European Journal of International Law*, 2010(3): 509-542.
- [30] 韩逸畴. 时间流逝对条约解释的影响——论条约演变解释的兴起、适用及其限制[J]. *现代法学*, 2015, 37(6): 140-153.
- HAN Yichou. The effect of the passage of time on the interpretation of treaties: On the rise, application and limits of evolutionary interpretation of treaties[J]. *Modern Law Science*, 2015, 37(6): 140-153.
- [31] MOWBRAY A. The creativity of the European Court of Human Rights[J]. *Human Rights Law Review*, 2005(1): 57-79.
- [32] 让-保罗·科斯塔. 欧洲人权法院与人权法之进展: 评价与展望[J]. 邓凯, 朱国斌, 译. *南京大学法律评论*, 2015(1): 71-77.
- COSTA J P. The European Court of Human Rights: Assessment and outlook[J]. *Trans. Deng Kai, Zhu Guobin. Nanjing University Law Journal*, 2015(1): 71-77.
- [33] 张华. 国际海洋争端解决中的“司法造法”问题——以“南海仲裁案”为例[J]. *当代法学*, 2017, 31(5): 142-152.
- ZHANG Hua. The problem of judicial law-making in international maritime dispute settlement: A case study of south china sea arbitration[J]. *Contemporary Law Review*, 2005(1): 57-79.

The "living instrument" case law of the European Court of Human Rights: Development, nature and outlet

MAO Junxiang, GUO Min

(School of Law, Central South University, Changsha 410083, China)

Abstract: In recent years, the European Court of Human Rights has developed "a living instrument" case law for the interpretation of *European Convention on Human Rights*. With assistance of other international law sources and the latest consensus developed by contracting states' legislation and judicial practice, the European Court of Human Rights makes evolutionary explanation of the clauses in the *Convention*, expands the connotations of related rights and promotes the advancement with the time of implications of some concepts in the *Convention*. In practice, however, the European Court of Human Rights has imposed new obligations of the contracting states or added new grounds for limitation of rights without the authorization of the *Convention* or the endorsement of contracting states. This is in effect a judicial law-making by which the Court could create new rules for the *Convention*. The European Court of Human Rights should be careful in developing "a living instrument" case law. The judicial law-making activities in the name of "a living instrument" are not the evolutionary interpretation of treaties, hence lacking legitimacy and rationality. Even an evolutionary interpretation of the provisions of the *Convention* should be based on a subsequent conceptual or practical consensus among the contracting states in the relevant field. Therefore, only when the European Court of Human Rights abstracts out applicable terms for evolutionary interpretation, including applicable premises, conditions, scopes and terms, can the living instrument case law have lasting vitality.

Key Words: the European Court of Human Rights; *European Convention on Human Rights*; living instrument; evolutionary interpretation of treaty; judicial law-making

[编辑: 苏慧]