

# 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\*

毛俊响

**内容提要：**“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《欧洲人权公约》的问题。在本案中，欧洲人权法院修正了相关判例法，驳回了法国有关穿戴蒙面服饰与性别平等和人性尊严相关的主张。尽管如此，法院还是以比较宽松的标准通过对法国立法的合理性和必要性审查。一方面，法院对公约限制条款进行扩张解释，支持了法国以“共同生活”为限制理由的合理性辩护；另一方面，在评估立法禁止蒙面服饰必要性的问题上，法院保持司法克制并授予法国宽泛的自由裁量余地。欧洲人权法院扩张解释和司法克制具有内在的统一性。欧洲社会现实、缔约国对特定国内情势下的社会政策选择以及欧洲人权法院与缔约国关系，是欧洲人权法院扩张解释和司法克制的重要影响因素。

**关键词：**欧洲人权法院 “共同生活” 宗教信仰 妇女权利 司法克制

随着欧洲多元化程度的日益加深，不同群体的宗教或文化的融合问题越来越困扰着法国、德国、意大利和瑞士等国家。宗教或文化融合问题往往投射到不同群体之间的社会交往之中，承载了宗教或文化特征的行为或习俗的冲突，继而成为社会融合障碍的显性表现。是否应该禁止在公共场所穿戴蒙面服饰，逐渐成为部分欧洲国家公共政策领域的重要议题。近年来，法国、比利时和荷兰等国先后通过相关立法禁止在公共场所穿戴蒙面服饰，导致受影响的一些群体或个人针对此类立法提起司法诉讼。在此背景下，欧洲人权法院（下称“法院”）就不可避免地需要依据《欧洲人权公约》（下

\* 本文为湖南省社科基金特别委托项目“宗教信仰自由的人权保障与限制：抽象原则与域外实践”（14TWB41）和中南大学第三批创新驱动计划项目（2016CX042），以及法治湖南建设与区域社会治理协同创新中心平台建设的阶段性成果。

称“公约”)对缔约国限制个人穿戴宗教服饰,特别是蒙面服饰的合法性问题进行判断。

“S.A.S.诉法国”案<sup>①</sup>是近年来欧洲人权法院审理的涉及穿戴蒙面服饰的重要案件。在该案中,法院判决支持了法国禁止在公共场所穿戴蒙面服饰的立法,引发了学术界的讨论和批评。总体上,批评意见主要基于人权保护立场,认为法院对法国禁止蒙面服饰的立法采取了宽松的审查态度,牺牲了公约所保护的具体的个人权利,是对缔约国的政治让步。<sup>②</sup>但是,欧洲人权法院法官斯帕诺(Robert Spano)从欧洲人权法院与缔约国关系角度为该判决辩护,认为在涉及缔约国国内公共政策时,欧洲人权机制需要维护缔约国所坚持的主权特性。<sup>③</sup>上述两种对立意见实际上触及了问题的两个方面,即欧洲人权体制下欧洲人权法院的定位以及欧洲人权法院与缔约国之间的关系。本文拟对法院判决中的相关法理问题进行分析,揭示其背后的深层次原因,并简要评论这一判决的社会影响。

## 一 欧洲蒙面服饰立法的争议与“S.A.S 诉法国”案

### (一)“S.A.S 诉法国”案的欧洲背景

近年来,围绕蒙面是否侵犯基本人权以及是否应该在公共场所禁止蒙面的问题,在欧洲存在较大争议。欧洲委员会(the Council of Europe)内部首先就存在分歧。在关于伊斯兰、伊斯兰主义和“伊斯兰恐惧症”的1743(2010)号决议和1927(2010)号建议中,欧洲委员会会议认为:要求妇女蒙面否定了性别平等、妇女权利,与人性尊严和民主标准不符,是一种妇女屈从男权的象征,限制了妇女的社会角色。<sup>④</sup>与此相

<sup>①</sup> Case of S.A.S. v. France, ECHR (Application No.43835/11), Judgment of July 1st, 2014.

<sup>②</sup> 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. 欧洲人权法院两位法官也联合发表了异议意见,认为法国立法违反了公约第8条和第9条。See Dissenting Opinion of Judge Nussberger and Jaderblom, Case of S.A.S. v. France, ECHR (Application No.43835/11), Judgment of July 1st, 2014. 判决出来后,一些学者还在 *European Journal of International Law* 学术博客上对本案作出了及时的学理评论,如 Erica Howard, “S.A.S. v France: Living Together or Increased Social Division?”, <http://www.ejiltalk.org/s-a-s-v-france-living-together-or-increased-social-division/>, last accessed on 20 July 2016.

<sup>③</sup> See Robert Spano, “The European Court of Human Rights and National Courts: A Constructive Conversation or a Dialogue of Disrespect?”, *Nordic Journal of Human Rights*, Vol.33, No.1, 2015. 此外,还有学者从欧洲人权机制的辅助性原则的角度来解读这一案例,See Effie Foka, “Directions in Religious Pluralism in Europe: Mobilizations in the Shadow of European Court of Human Rights Religious Freedom Jurisprudence”, *Oxford Journal of Law and Religion*, No. 4, 2015.

<sup>④</sup> Case of S.A.S. v. France, ECHR (Application No.43835/11), Judgment of July 1st, 2014, paras.35-36.

反,欧洲委员会人权专员却认为,依照个人意愿选择服饰体现了政治、宗教多元和个人自由决定,一般性限制妇女穿戴蒙面服饰的立法违反了《欧洲人权公约》。<sup>①</sup>

目前,大多数欧洲委员会成员国并没有通过禁止在公共场合穿戴任何完全或实质上遮住脸部服饰的全国性法律。对此问题,一些国家目前正处于社会讨论中;已有的司法判例也彰显出巨大分歧。比利时与荷兰先后在2010年4月和2015年5月颁布了禁止在公共场所穿戴蒙面服饰的立法。2014年,意大利西北部的几个地区已经制定了相关法规禁止在公共场合穿戴伊斯兰面纱。2016年7月1日起,瑞士提契诺州(Ticino)也全面禁止在公共场所穿戴蒙面罩袍。<sup>②</sup>

尽管德国一家地方法院裁定学校可以禁止穿戴蒙面服饰的学生进入课堂,<sup>③</sup>但是德国国内就是否需要通过立法来禁止在公共场所蒙面的问题存在争议。在西班牙,针对莱里达(Lerida)市政当局限制蒙面妇女进入市政设施的特别法令,最高法院认为:不能认为上述限制是基于公共安宁、安全、秩序的目的,因为无法证明蒙面威胁这些利益;穿戴蒙面服饰与性别平等无关;特别法令会给妇女带来负面效应,与确保社会团结目标不符。<sup>④</sup>

## (二) 法国第2010-1192号立法与“S.A.S.诉法国”案

自21世纪以来,穿戴蒙面服饰的现象在法国愈来愈突出,引发了是否应该禁止在公共场所佩戴蒙面服饰的讨论。2009年,法国国民议会主席会议专门成立的一个委员会在对这一问题开展研究后认为,蒙面与世俗主义不符,是对自由、友爱以及“共同生活”(living together)等法国价值观的侵犯以及对性别平等和人性尊严的否定。<sup>⑤</sup>2010年1月,法国国家人权咨询委员会发布报告,认为通过立法一般性禁止在公共场合佩戴服饰,会影响一些特殊群体的妇女进入公共场合的权利,世俗主义不构成立法的充分理由。<sup>⑥</sup>2010年3月,法国国家行政法院的报告认为,可制定明确的立法禁止在公共秩序遭到威胁或进入特定场所需要表明身份而拒绝表明身份的行为,并对强迫

<sup>①</sup> Case of S.A.S. v. France, ECHR (Application No.43835/11), Judgment of July 1st, 2014, para.37.在类似问题上,联合国人权事务委员会(the United Nations Human Rights Committee)与欧洲委员会人权专员立场接近。在Raihon Hudoyberganova v. Uzbekistan(Communication No.931/2000, 18 January 2005)案中,人权事务委员会认为,由于未能够提供足够的合理解释,缔约国限制基于宗教信仰佩戴头巾的学生进入学校,违反了《公民权利和政治权利公约》第18条。目前人权事务委员会还没有机会在类似案例中,对禁止在公共场所穿戴蒙面服饰的问题做出判断。Ibid., paras.38-39.

<sup>②</sup> 参见“一篇文章告诉你全世界都在抵制蒙面罩袍”,搜狐,<http://mt.sohu.com/20160831/n466891164.shtml>,2017年1月3日访问。

<sup>③</sup> “德国法院支持学校禁女生蒙面”,《欧洲时报》2016年8月24日。

<sup>④</sup> Case of S.A.S. v. France, ECHR (Application No.43835/11), Judgment of July 1st, 2014, paras.43-48.

<sup>⑤</sup> Ibid., para.17.

<sup>⑥</sup> Ibid., para.16.

穿戴蒙面服饰的行为施以刑事处罚。<sup>①</sup> 2010年5月,法国国民议会在一项决议中强调:佩戴蒙面服饰等行为削弱个人尊严和男女平等,与共和国价值观不符;表明宗教信仰自由不能基于侮辱共同价值、忽视构成社会基石的价值、权利和义务的方式进行。<sup>②</sup>

尽管存在上述分歧,2010年法国立法机构还是以绝对优势通过了该法案(No. 2010-1192)。法案禁止任何人在公共场所穿戴蒙面服饰。上述禁令的例外包括:基本立法或次级立法所规定或授权的服饰穿着;因健康或职业原因合理要求的服饰穿着;在举行体育、节日、艺术活动或传统仪式时的服饰穿着。违反者将被处以二级轻罪等级的罚款,即150欧元;违反者也会被单处参加公民课程学习的处罚,这种处罚可代替罚款或与罚款并处。对于仅仅是基于性别的原因就通过威胁、暴力、强制、滥用职权或权力来强迫一个人或多人蒙面,处以一年有期徒刑和30000欧元的罚款。如果强迫未成年人蒙面,处罚将加重至两年有期徒刑和60000欧元。<sup>③</sup> 2011年4月11日法案生效,由此,法国成为欧洲首个明令禁止在公共场所穿戴蒙面服饰的国家。

2011年,针对法国此项法案的诉讼案件“S.A.S.诉法国”被提交至欧洲人权法院。在该案中,申诉人信奉伊斯兰,并且根据她的宗教教义在公开场合佩戴“布卡”(burqa)和“尼卡布”(niqab)头巾。申诉人认为,法案禁止她在公共场合穿戴蒙面服饰,侵犯了她根据《欧洲人权公约》第8条、第9条和第14条所享有的隐私权、宗教信仰自由和非歧视的权利。

### (三) 欧洲人权法院在“S.A.S.诉法国”案中判决的关键点

第一,合理性审查。首先,法国认为此项立法是保护公共安全所必需。公共安全是《欧洲人权公约》第8条(隐私权)、第9条(宗教信仰自由)规定的限制理由之一。法院在考察了一系列立法背景文件后,认为法国立法机关在立法时确实是出于身份识别等公共安全的考虑。<sup>④</sup> 其次,法国认为,禁止在公共场所蒙面还旨在“尊重开放和民主生活中最低的价值”,具体而言就是保护性别平等、人性尊严和“社会中生活的最低要求”或“共同生活”。法国认为这三项目的契合《欧洲人权公约》第8条和第9条所规定的“他人的权利和自由”这一限制目的。对此,法院拒绝了前两项理由,<sup>⑤</sup>却支持了法国的第三项主张,即“尊重社会中生活的最低要求”或“共同生活”。<sup>⑥</sup>

第二,必要性审查。法院认为,首先,法国并没有证明公共安全遭受穿戴蒙面服饰

① Case of S.A.S. v. France, ECHR (Application No.43835/11), Judgment of July 1st, 2014, para.23.

② Ibid., para.24.

③ <http://www.ambafrance-uk.org/Burqa-ban-FAQs>, last accessed on 20 July 2016.

④ Case of S.A.S. v. France, ECHR (Application No.43835/11), Judgment of July 1st, 2014, para.115.

⑤ Ibid., paras.119-120.

⑥ Ibid., paras.121-122.

带来的一般性威胁;政府所声称的目标,通过在遭遇人身和财产安全风险时或者存在身份欺诈的可疑情形时要求展示脸部并确认身份即可实现。因此,无法表明法国立法施加的禁令是在民主社会中维护公共安全所必需的。<sup>①</sup>其次,是否应当被允许在公共场所穿戴蒙面服饰,是一项社会选择问题。<sup>②</sup>法院认为,对于民主社会中存在各种合理观点的一般政策事项,国内政策制定者具有特别的权重。换言之,法国政府具有较大的自由裁量余地。这是因为,在欧洲委员会成员内部,对于在公共场所穿戴蒙面服饰以及是否应该立法加以禁止等问题不存在共识。有些国家反对这一立法,有些国家正在讨论之中,还有些国家不存在这一问题。<sup>③</sup>因此,法院认为法国2010年法案不存在违反《欧洲人权公约》第8条和第9条的情形。此外,法院还认为,一项对特定群体存在负面影响的公共政策或措施只有在不具备客观与合理的理由时才能被视为存在歧视,本案中也不存在违反《欧洲人权公约》第14条的情形。<sup>④</sup>

## 二 妇女穿戴宗教服饰的价值评判:欧洲人权法院判例的法理转变

一直以来,对于妇女依照宗教教义穿戴特定服饰的现象,人们总是不自觉地从性别平等和人性尊严的角度来进行批判。一项颇具说服力的主张就是,某一(些)宗教教义要求妇女而非男子穿戴一些特别的宗教服饰,违反了性别平等原则;一些特定的宗教服饰,如蒙面,也与人性尊严不符。有国外学者认为,宗教规范或陈规观念“一般不是系统剥夺平等的合理理由……,宗教原教旨主义所提供的辩解理由结果并不能满足合理、公正以及基于客观标准的条件”。<sup>⑤</sup>2012年,比利时最高法院在针对该国2011年蒙面服饰禁令的判决中认为,基于妇女尊严的考虑,立法有权为捍卫民主生活的基本价值而排除强迫穿戴蒙面服饰。即使是自愿选择穿戴,也与妇女性别平等原则不符。它剥夺了妇女的个人特征,而这是民主社会生活必不可少的内容,也是建立社会交往的内容。<sup>⑥</sup>前述欧洲委员会会议1743(2010)号决议、2009年法国国民议会的一份报告也基本持此立场。在“S.A.S诉法国”案中,法国政府也认为:2010年法案旨在保护男女平等,仅仅因为是妇女就应蒙面,否定了作为个人存在的权利;蒙面使妇女不受人关注,是不人道的,与人性尊严不符。

<sup>①</sup> Case of S.A.S. v. France, ECHR (Application No.43835/11), Judgment of July 1st, 2014, para.139.

<sup>②</sup> Ibid., para.153.

<sup>③</sup> Ibid., paras.154-155.

<sup>④</sup> Ibid., paras.161-162.

<sup>⑤</sup> [美]凯利·D·阿斯金、[美]多萝安·M·科尼格:《妇女与国际人权法》(第一卷),黄列、朱晓青译,北京:生活、读书、新知三联书店2009年版,第621-622页。

<sup>⑥</sup> Case of S.A.S. v. France, ECHR (Application No.43835/11), Judgment of July 1st, 2014, para.42.

在此之前,上述国家的立场也能在欧洲人权法院相关判例中找到依据。欧洲人权法院也曾从上述角度对妇女穿戴宗教服饰的行为进行了价值评判,认为妇女穿戴宗教服饰与性别平等相悖。在 *Dahlab v. Switzerland* 案中,申诉人是一位改信伊斯兰教的小学教师,她认为学校禁止她在教学活动中穿戴包头露脸的头巾侵犯了她的权利。法院认为,此案中不存在违反《欧洲人权公约》的情形。法院认为,作为学校的代表,教师在教学活动中穿戴宗教服饰会对小学生产生影响,这与公立机构的中立原则不符。法院还认为:“基于古兰经的教义,头巾(hijab)被施加于妇女身上,很难说是符合性别平等原则。因此,教师穿戴伊斯兰头巾与向小学生传递的容忍、尊重他人和平等与非歧视等信息实难共存。”<sup>①</sup>同样地,在 *Leyla Şahin v. Turkey* 案中,法院援引 *Dahlab v. Switzerland* 判决中的相关立场,认为缔约国禁止在公立机构穿戴宗教服饰,是保护世俗原则和他人的权利,特别是男女平等合理目的所必需的。<sup>②</sup>

法院在上述案件中的判决意见遭到质疑。欧洲人权法院的托尔肯斯法官就在 *Leyla Şahin v. Turkey* 判决的异议意见中指出:“法院不应该对这种类型的宗教或宗教行为作出评估,正如法院不应该以一种一般性和抽象的方法来决定申诉人穿戴头巾的意义或者给申诉人强加某种观点。……在缺乏相反证据的情况下,很难看出性别平等原则能够成为禁止妇女穿戴某种宗教服饰的理由。”<sup>③</sup>

“S.A.S 诉法国”案与上述两案的不同在于,法国立法指向公共场所,而非仅仅局限于公立机构,因此不涉及宗教与世俗原则。但是,它们的共同点在于,欧洲人权法院都从性别平等和人性尊严角度来做出价值评判。只不过,法院在本案中改变了它在上述两个案件中的立场,不认为妇女穿戴蒙面服饰违反性别平等原则。法院认为,性别平等可以成为限制个人权利和自由的理由,国家可以以性别平等名义限制强迫穿戴的行为,但不能由此限制自愿穿戴的行为。法院还认为,无论尊重人性尊严多么重要,都不能以此合法地限制在公共场所蒙面的行为;蒙面服饰是文化识别的一种表达,有助于民主生活中内在的多样性。没有证据表明妇女蒙面是在追求一种特定的行为以抵制她们遇见的人或冒犯他人尊严。<sup>④</sup>

法院的这一立场是值得肯定的。首先,抛开世俗主义原则等因素,社会不能(或者不应当)基于人性尊严或男女平等原则对妇女在公共场所自愿穿戴特定宗教服饰

<sup>①</sup> Case of *Dahlab v. Switzerland*, ECHR (Application No.42393/98), Inadmissible, Decision of January 15, 2001, p.13.

<sup>②</sup> Case of *Leyla Sahin v. Turkey*, ECHR (Application No.44774/98), Grand Chamber Judgment of November 10, 2005, p.4.

<sup>③</sup> Dissenting Opinion of Judge Tulkens, para.12, Case of *Leyla Sahin v. Turkey*, ECHR (Application No.44774/98), Judgment of 10 November 2005.

<sup>④</sup> Case of *S.A.S. v. France*, ECHR (Application No.43835/11), Judgment of July 1st, 2014, paras.119-122.

表达意见或进行某种价值判断,因为这侵犯了妇女的个人自治权,本质上是侵犯妇女人性尊严的体现。其次,即便如法国政府所言,在公共场所禁止妇女穿戴蒙面服饰是为了维护人性尊严和男女平等。但是,为什么法国立法不能以此理由来限制妇女私下的蒙面行为?实际上,人性尊严和男女平等的保护是不分公私场合的。这就表明,法国立法做出公私场合的区分,理由不应该是人性尊严或男女平等。其实,在公私场合穿戴蒙面服饰,对于社会秩序、他人的权利和自由的影响是不同的。国家立法应该根据在公私场合穿戴蒙面服饰的不同社会影响来决定是否有区别的对待。再次,不可否认一些妇女穿戴特定服饰是基于宗教义务下的自我强加的宗教压力,因为这会使她们觉得自己能够成为一个好的信徒。但是,正如一些学者所言,即使支持这种论点,也不应该使妇女的个人决定变得无意义。因为,在所有个人决策过程中都不可避免地受到外部影响。实际上,外部影响是所有决策中的一部分,这不能否认个人可以借助自由意志做出最终决策。<sup>①</sup>

总之,即便对于在公共场所穿戴蒙面服饰这种行为,法院还是倾向于认为,除非存在强迫因素,个人选择在公共场所穿戴何种服饰,与男女平等或人性尊严等价值无涉。这是法院对其之前判例的明显修正,法院强调尊重申诉人对于个人生活方式的自治权利,避免从性别平等或人性尊严等方面对她的穿着方式和宗教信仰做出价值判断。<sup>②</sup>

### 三 “共同生活”:合理性审查中的扩张解释

在合理性审查中,法国认为:政府应确保对开放和民主社会中最低价值的尊重,这包括“维持社会中生活的最低要求”;脸部在人际交往中比其他部位起更重要的作用,它象征个人作为独特主体的存在;蒙面表明隔断社会联系并展示对“共同生活”的拒绝态度。法国政府保护“社会中生活的最低要求”或“共同生活”的理由得到法院的支持。不过,《欧洲人权公约》第8条和第9条的限制条款并没有“共同生活”的表述,因此,法院的上述判词在学界引发了较大争议:如何理解“共同生活”的概念?这一概念与《欧洲人权公约》第8条和第9条所明确承认的权利限制的合理理由,如“公共秩序”和“他人的权利和自由”等,是什么关系?

<sup>①</sup> Ahmed Balto, “The Position of the Islamic Veil in Europe: Analysing How the European Court of Human Rights Interprets Article 9 of the European Convention on Human Rights”, *The Student Journal of European Law*, No.2, 2015, pp.19-20.

<sup>②</sup> 当然,欧洲人权法院对穿戴宗教服饰问题并非一概不予评价。实际上,Dahlab v. Switzerland等案表明,当穿戴宗教服饰与国家的世俗主义原则或公立机构的中立性原则相冲突时,法院倾向于维护后者,允许国家对前者施加一定的限制。

### (一)“共同生活”:欧洲委员会的社会政策目标

“共同生活”这一概念不是法国政府或欧洲人权法院首倡的,比利时最高法院在2012年的判决中就引入了这一概念。从更大的范围来看,它较早出现在欧洲委员会的文件中。在2009年,欧洲委员会就发布了一份名为“共同生活”的报告,旨在为媒体推动社会团结、跨文化对话、理解、容忍和民主参与设定欧洲委员会的标准。在该报告中,欧洲委员会通过以下三个领域来界定社会的“共同生活”的能力:自由表达和多元观点;尊重人性尊严、文化多样性和“他人的权利”,以确保容忍和理解;所有公民参与公共事务,获取信息和接触媒体。<sup>①</sup>2010年,挪威前首相、欧洲委员会秘书长托尔比约恩·亚格兰(Thorbjørn Jagland)倡议欧洲委员会成立名人小组,就“21世纪欧洲中的共同生活”准备报告,以应对欧洲日渐兴起的不容忍和歧视所带来的社会挑战。最终一个九人组成的高级别小组发布了一份名为“共同生活:21世纪欧洲多样性和自由的结合”的报告。报告列举了欧洲当前面临的八大风险:日渐兴起的不容忍、排外和民粹主义政党不断受到支持、受歧视和实质性无法享受权利的人群的存在、共处但互不交往的“平行社会”、伊斯兰极端主义、民主自由的缺失、宗教自由和表达自由之间可能的冲突。报告认为,自由社会应该实现不同种族、宗教和文化背景的人的和平共处,为此报告提出了战略层面和具体层面的建议。<sup>②</sup>

尽管上述两份报告都没有明确“共同生活”的内涵,但很明显,“共同生活”已被欧洲委员会所借重。对欧洲委员会而言,“共同生活”与其说是用来描述不同背景群体共处的生活方式,不如说是一种应对多元化背景下社会风险的公共政策选择或社会治理目标。

### (二)“共同生活”在公约中的规范依据

#### (1)“共同生活”与“他人的权利和自由”

能否将“共同生活”纳入“他人的权利或自由”的范畴?对此,一些学者表示质疑。本案判决的异议意见认为,看不出“他人的权利和自由”中有哪一项具体权利能够推导出“共同生活”的抽象原则或“社会中生活的最低要求”。<sup>③</sup>而有学者认为,“他人的

<sup>①</sup> Yasha Lange ed., “Living Together”, Council of Europe, April 2009, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680483533>, last accessed on 20 July 2016.

<sup>②</sup> “Living Together: Combining Diversity and Freedom in 21st-century Europe”, Report of the Group of Eminent Persons of the Council of Europe, <http://www.coe.int/t/dg4/highereducation/2011/KYIV%20WEBSITE/Report%20on%20diversity.pdf>, last accessed on 20 July 2016.

<sup>③</sup> Dissenting Opinion of Judge Nussberger and Jaderblom, para.10; Case of S.A.S. v. France, ECHR (Application No.43835/11), Judgment of July 1st, 2014.

权利和自由”是一项个人利益,“共同生活”作为一般性社会利益,两者无法协调。<sup>①</sup> 在实践中,欧洲人权法院并没有在判例中提炼出“他人的权利和自由”所包括的利益类型。<sup>②</sup> 从法院的判例来看,“他人的权利或自由”应该包括但不限于一国国内法所承认的所有个人的权利或自由,如儿童照看方面的利益、法官的名誉等。

本案中,法院通过极为简单的推理来证明“共同生活”与“他人的权利和自由”之间的关系。法院认为存在这样一种观点:当个人处于对所有人开放的场所时,不希望看到根本质疑开放人际关系可能性的行为和态度。根据一种普遍共识,这种观点形成特定社会中社区生活的不可或缺的要素。法院进一步认为,社会化场所使“共同生活”更加容易,通过蒙面造成的壁垒是对处于这一场所的人的权利的侵犯。<sup>③</sup> 确实,“共同生活”涉及社会交往所要求的一般利益(如社会秩序)。但是,法院的上述判决又表明“共同生活”属于个人权利从而可以被个人所援引,因为蒙面会引发处于同一场所的其他个人的社会交往障碍。由此,“共同生活”与“他人的权利和自由”相关联。

实际上,在公约中,“公共秩序”与“他人的权利和自由”是并列列举的两个合理理由。这从另一个角度表明,“他人的权利和自由”主要是针对个人的权利而言。但是,本案中,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“他人的权利和自由”的范畴,意味着法院对“他人的权利和自由”做出了扩张性解释,在这一概念范畴下创造出新的合理性理由,超越了之前的范围,将之拓展至一般的公共利益考虑。

## (2)“共同生活”与“公共秩序”

公共秩序是公约第9条限制宗教表达自由的合法理由,但却不是第8条限制隐私权的合法理由。面对申诉人关于法国立法侵犯其第8条隐私权和第9条宗教表达自由的指控,法国政府自然不能借助“公共秩序”来论证限制措施的合理性。尽管如此,欧洲人权法院的判决却考虑到公共秩序这一因素。

在欧洲人权法院的判例中,公共秩序与“他人的权利和自由”存在紧密的联系。在1993年 *Karaduman v Turkey* 案中,欧洲人权委员会强调大学规章可以让学生明白宗教信仰自由受到一定场所和方式的限制,这种场所和方式旨在确保不同信仰的学生

<sup>①</sup> 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, p.4.

<sup>②</sup> Jill Marshall, “S.A.S. v France: Burqa Bans and the Control or Empowerment of Identities”, *Human Rights Law Review*, Vol.15, Issue 2, 2015, p.9.

<sup>③</sup> Case of S.A.S. v. France, ECHR (Application No.43835/11), Judgment of July 1st, 2014, paras.121-122.

和谐相处,以保护公共秩序和他人的宗教自由。<sup>①</sup> 同样,在 *Sahin v. Turkey* 案中,土耳其不准申诉人在大学穿戴头巾,被欧洲人权法院认为是确保不同信仰的学生和谐共处所应当的,这涉及公共秩序和他人的权利和自由。<sup>②</sup> 本质上,和谐共处就是某种形式的“共同生活”,是基于追求公共秩序和他人的权利和自由的合法目的。<sup>③</sup> 就和谐共处或“共同生活”而言,法院并没有表明哪一方面属于公共秩序的范畴,哪一方面属于“他人的权利和自由”的范畴。因而,在法院看来,至少在和谐共处或“共同生活”角度上,维护公共秩序与维护他人的权利和自由是难以区分的。

这一思路为“S.A.S 诉法国”案判决所延续。在该判决第 122 段中,法院强调,蒙面引发社会化场所中的社会交往壁垒,是对人际关系发展的阻碍。需要注意的是,欧洲人权法院是在分析“他人的权利和自由”这一理由时做出此种判断的。公共场所中的人际关系涉及他人的权利和自由,也是公共秩序的一部分。在法院看来,蒙面阻碍“共同生活”,实质上也是妨碍“公共秩序”的维护。可见,欧洲人权法院默认,公共秩序如同“他人的权利和自由”一样,可以作为支持“共同生活”的法律依据。这在客观上可以纾解法国不能借助“公共秩序”这一概念来应对申诉人基于第 8 条的指控的困境。

### (三)“共同生活”作为限制理由的正当性

即使“共同生活”可以被解释为与“他人的权利或自由”或与“公共秩序”相关,一些学者也不认同它作为限制理由的正当性。努斯贝格尔(Nussberger)和耶德布卢姆(Jaderblom)法官在“S.A.S 诉法国”案判决的异议意见中指出,不存在一种免于被不同模式的文化或宗教身份所震惊或激怒的权利。尊重隐私权也意味着不去交流的权利和不进入公共场所与别人交往的权利,即成为局外人的权利。<sup>④</sup> 有人认为,“共同生活”确立了强加于个人意志之上的在公共场所与他人交往的义务。还有学者从社会同化的角度来看,认为“共同生活”实际上确立了多数人感受的优越性,意味着少数人屈从于多数者的喜好。多数人的权利作为一种社会凝聚和强制交往的措施被强加在少数人身上。<sup>⑤</sup> 由于“共同生活”隐含了对多数人感受的尊重和优越性的认同,因此,

<sup>①</sup> *Karaduman v. Turkey*, European Commission of Human Rights (No.16278/90), Commission Decision of 3 May 1993, DR 74, p. 93.

<sup>②</sup> *Case of Leyla Sahin v. Turkey*, ECHR (Application No.44774/98), Grand Chamber Judgment of November 10, 2005, para.111.

<sup>③</sup> Esther Erlings, “The Government Did Not Refer to It’: SAS v. France and Ordre Public at the European Court of Human Rights”, *Melbourne Journal of International Law*, Vol.16, No.2, 2015, p.12.

<sup>④</sup> Dissenting Opinion of Judge Tulkens, paras.7-9; *Case of Leyla Sahin v. Turkey*, ECHR (Application No.44774/98), Judgment of 10 November 2005.

<sup>⑤</sup> Hakeem Yusuf, “S.A.S v France, Supporting ‘Living Together’ or Forced Assimilation?”, *International Human Rights Law Review*, Vol.3, 2014, p.285.

它追求一种社会同化的框架,实际上是借助立法来消除社会领域的多元化。

上述争议实际上涉及文化多样性背景下的社会融合及社会政策选择问题。一般来说,尊重文化多样性与社会融合存在一定的正比关系。只有尊重各种文化之间的和平共处并维护其独特性,文化群体的社会交往才可能处于一种健康的局面,这是社会融合的必要条件。但是,多样性文化之间的共处并不必然导致社会融合。多元文化的社会融合过程,或许存在着各种文化特征的趋同。基于社会大众的比较、选择、抵制或认同,特定文化的某些方面或特征趋于弱化,最终可能成为一种历史现象。如果一些文化群体在社会交往中不仅没有弱化自身文化特征,反而是刻意强化自身文化的某些特征,这可能引发不同文化之间的冲突与排斥。这一点,在外来文化融入当地文化的过程中表现得尤其明显。相应地,在文化的社会融入过程中政府的角色也因时而异。一种是基于主动融入的被动反应,在这种情况下,政府需要保持消极立场,为各种文化的相处提供平等环境。另一种是基于融入困难的主动反应,在这种情况下,政府需要积极介入,制定相应的社会政策,来应对各种文化的相互排斥带来的各种社会问题。

法国选择“共同生活”作为禁止在公共场所穿戴蒙面服饰的理由,属于基于融入困难的主动反应。从社会交往角度来看,在公共场所完全遮住面部会带来社会交往的障碍,这也是欧洲委员会的“共同生活:21世纪欧洲多样性和自由的结合”报告中所明确担心的“共处但互不交往的平行社会”的诱发因素之一。政府当然需要尊重少数者的权利,但是也要顾及少数者行使权利时多数者的感受。面对这种两难的选择,很难说哪一种价值需要被优先对待。人们当然可以从理论角度来进行价值评判,但政府需要做的是对出现的价值冲突做出现实的政策回应和选择。不仅如此,“共同生活”还逐渐成为欧洲范围内一种被视作协调多元文化共存的社会政策选择。本案中所涉立法表明,法国选择强调“共同生活”,将社会和谐和社会成员之间凝聚力的维系作为优先事项。上述背景,或许是欧洲人权法院对法国“共同生活”的社会政策内涵难以做出明确界定而又需要谨慎支持的原因。因此,法院采取一种平衡的方法,或许为在公共领域和工作场所的多数人和少数人的宗教冲突提供了一种较小对抗的解决途径。<sup>①</sup>

#### (四) 扩张解释背后的动态文本解释方法

在判决过程中,欧洲人权法院将一个原本不存在于公约文本之中却被欧洲委员会日益借重的概念——“共同生活”扩张解释为属于“他人的权利和自由”的范畴。本案表明,“共同生活”的概念及其在公约中的规范基础是很模糊的,这是造成“共同生活”

<sup>①</sup> 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, p.1027.

法律依据及其正当性争议的主要原因。

欧洲人权法院扩张解释的可能性和必要性,建立在公约条款模糊性的基础上。而公约制定者之所以对某些条款采取模糊处理的方式,是因为公约制定者无法预知将来的情势发展。不仅如此,公约制定者还需要为将来条款的解释和适用预留发展空间,以使公约条款获得持久的可适用性。在这种背景下,事实上行使着解释公约条款职能的欧洲人权法院需要做到与时俱进,在具体案件中采用动态文本解释方法,使公约条款的解释和适用契合欧洲现实发展和缔约国国内情势。

但是,动态文本解释方法在本案中遭到质疑的问题是,对于公约中权利限制条款中的限制理由,法院本应该做出限制性解释,以防止缔约国滥用这些条款来实质性缩减个人权利的范围,而扩张性解释不符合公约的宗旨和目的。对此,有学者认为,上述质疑存在误区。首先,解释公约需要借助于条约法公约的规则,法院对公约的解释必须服从于公约对人权的集体保障的目的,使得这种解释方式在现代欧洲社会中具有实际意义和效果。其次,动态文本解释建立在这样一种理解之上:文本实际上反映公约制定者的意图,这一意图需要由法院结合当前的条件来进行解释和适用。因此,不能说动态文本解释方法背离了起草者原本意图。相反,采取这一原则本质上是起草者固定公约文本,进而由缔约国接受和通过的方式。<sup>①</sup> 在本案中采用扩张解释,是欧洲人权法院回应欧洲委员会当前主流思潮及法国多元背景下政策选择的司法策略。通过扩张解释,赋予公约条款契合当前社会发展的新内涵,来实现公约动态调整社会现实的目的。法院意在表明:动态文本解释不仅仅基于公约文本,也基于公约在各国适用的现实性;动态文本解释方法的目的在于确保公约适应新的形势,特别是欧洲委员会47个会员国的国内形势,而不能仅仅基于公约制定时的社会政治和法律背景。

由上可见,法院在本案中通过对“共同生活”与“他人的权利和自由”和“公共秩序”关系的扩张解释,将“共同生活”这一本来处于社会政策层面的概念转化为法律权利,确立了“共同生活”在公约中的规范依据。与欧洲人权法院之前的相关判例比较,这是本案最显著的不同之处,也是最具争议之处。

#### 四 自由判断余地:必要性审查时的司法克制

##### (一)自由判断余地:从司法判例走向公约文本

自由判断余地(the Margin of Appreciation)最先出现在欧洲人权委员会的判例中,

<sup>①</sup> Robert Spano, “The European Court of Human Rights and National Courts: A Constructive Conversation or a Dialogue of Disrespect?”, *Nordic Journal of Human Rights*, Vol.33, No.1, 2015, p.8.

后来经过欧洲人权法院的不断采用,逐渐发展成为欧洲人权法院判例法中极其重要的原则。自由判断余地是“斯特拉斯堡机构(欧洲人权机构)在国内立法、行政和司法机构准备宣布克减公约、限制公约或违反公约实质义务之前给予尊重的空间。它也可以被界定为国际监督机构给予缔约国颁布或实施法律方面所拥有裁量权的边界”。<sup>①</sup>

在实践中,欧洲人权法院经常会平衡掌握缔约国自由判断余地的范围。一般而言,如果对公共利益或社会利益的威胁更紧迫的话,法院的审查就会宽松,而缔约国的自由判断余地就会更大;反之,自由判断余地就小。<sup>②</sup>此外,公约缔约国间法律和实践的共性,<sup>③</sup>或者说是欧洲缔约国法律和实践中存在的“欧洲共同基础”,<sup>④</sup>也是法院评判缔约国自由判断余地的重要考察因素。欧洲人权监督机构通常会就案件所涉及的问题或领域寻找欧洲其他国家的法律和实践中体现出来的共识或共同标准,据此来决定给予缔约国自由判断余地的范围。

经过欧洲人权法院在判例中的不断重申,自由判断余地和辅助性原则最终经由公约第十五议定书,被纳入公约的序言,从而成为公约文本所确定的原则。第十五议定书第一条对公约的序言修改如下:“重申缔约国根据辅助性原则,承担确保公约和议定书规定的权利和自由的首要责任,并且,为实现这一目的,它们享有在公约所建立的欧洲人权法院司法监督下的自由判断余地”。

## (二) 本案中司法克制客观因素:欧洲共识及缔约国公共政策选择

本案中,法院也借助自由判断余地原则来审查法国2010年立法是不是保护“公共安全”和“尊重社会中生活的最低要求”或“共同生活”所必要的。但最终,只有保护“共同生活”通过了必要性审查。

法院首先承认,在确保社会中生活的最低要求,或者是“共同生活”方面,缔约国较大的自主权。法院认为,保护个人在多元化社会中“共同生活”的环境是缔约国的权力,政府在考虑个人之间交往方面具有优先性。<sup>⑤</sup>法院进一步认为,国家致力于保护个人之间社会交往原则;这一原则对于民主社会不可或缺的表达多样性和容忍、

<sup>①</sup> See Howard Charles Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p.13.

<sup>②</sup> 参见孙世彦:“欧洲人权制度中的‘自由判断余地原则’述评”,《环球法律评论》2005年第3期;Howard Charles Yourow, “The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence”, *Connecticut Journal of International Law*, Vol.3, 1987-1988.

<sup>③</sup> See Thomas A. O’Dennell, “The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *Human Rights Quarterly*, Vol.4, 1982, p.479.

<sup>④</sup> See P.van Dijk and G.J.H.van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, The Hague: Kluwer Law International, 1998, p.87.

<sup>⑤</sup> Case of S.A.S. v. France, ECHR (Application No.43835/11), Judgment of July 1st, 2014, para.141.

宽容而言是重要的;是否应当被允许在公众场所穿戴蒙面服饰,是一个社会选择问题。<sup>①</sup>当然,法院也承认,“共同生活”的概念存在伸缩性,有被滥用的风险,因而需要仔细审查。<sup>②</sup>尽管如此,法院仍认为,有必要在审查实施公约方面采取一定程度的克制;对于民主社会中存在各种合理观点的一般政策事项,国内政策制定者具有特定的权重。<sup>③</sup>换言之,法国政府具有较大的自由裁量权。从判决来看,两种客观因素制约了法院司法审查的程度。

第一,欧洲社会现实——缺乏欧洲共识。欧洲人权法院之所以给予法国较大程度的自由判断余地,是因为在欧洲委员会成员内部,对于在公共场所穿戴蒙面罩袍这一问题存在较少共识。特别是,对于是否应该用立法予以禁止也存在较少共识。不过,本案判决的异议意见认为,欧洲委员会47个国家中有45个国家没有立法,表明绝大多数国家不认为有必要立法,这本身就是一种欧洲共识。<sup>④</sup>异议意见的观点是值得商榷的。事实上,绝大多数欧洲国家不是认为不需要立法,而是内部尚存在争论:有的国家明确反对禁止性立法,有的国家正在讨论之中,还有一些国家尚不存在这一问题。可见,欧洲委员会内部不存在普遍支持或反对立法的共识。在缔约国就相同问题的法律规制存在较大异质性的情况下,法院选择采取一种较为克制的司法审查方法,给予缔约国较大自由判断余地。

第二,缔约国政治现实——公共政策选择的质量与结果。法院在本案中详细梳理了法国2010年立法的国内民主决策过程和投票结果(以绝对优势通过),进而指出:涉及国内一般政策制定时,国内机构比国际机构具有更直接的民主合法性来评估当地需要和条件。<sup>⑤</sup>对此,欧洲人权法院法官斯帕诺评论道:当决定是否给予以及在多大程度上给予缔约国自由裁量以使其评估限制人权的必要性和比例性时,政策制定的质量,无论是在立法阶段还是司法阶段都很重要,并最终在个案中是决定性的。<sup>⑥</sup>他进一步解释了政策质量的三个要素:其一,民主要素,即国内机构有直接的民主合法性;其二,国内专长和知识要素,即国内机构更适合评估当地需要和条件;其三,政策要素,即涉及民主政策制定,法院需要更加注意尊重国内机构的优先权。<sup>⑦</sup>可见,法院需要

<sup>①</sup> Case of S.A.S. v. France, ECHR (Application No.43835/11), Judgment of July 1st, 2014, para.153.

<sup>②</sup> Ibid., para.122.

<sup>③</sup> Ibid., para.154.

<sup>④</sup> Dissenting Opinion of Judge Nussberger and Jaderblom, para.19, Case of S.A.S. v. France, ECHR (Application No.43835/11), Judgment of July 1st, 2014.

<sup>⑤</sup> Case of S.A.S. v. France, ECHR (Application No.43835/11), Judgment of July 1st, 2014, para.129.

<sup>⑥</sup> Robert Spano, “The European Court of Human Rights and National Courts: A Constructive Conversation or a Dialogue of Disrespect?”, *Nordic Journal of Human Rights*, Vol.33, No.1, 2015, p.5.

<sup>⑦</sup> Ibid., p.6.

采取一种较为克制的司法审查,尊重经过缔约国充分民主讨论的决策结果。

## 五 扩张解释背后的能动与必要性审查背后的克制:对立还是统一

欧洲人权法院在公约条款方面的扩张解释与在对缔约国限制措施的必要性审查方面的司法克制,形成一种有趣的对比。由此产生的问题是,如何看待这种规范解释上的司法能动和规范适用上的司法克制?这种司法能动和司法克制并存于同一案件的判决中,背后存在何种因素?它体现的是欧洲人权法院的逻辑对立还是法理统一?

### (一) 扩张解释的社会考虑

欧洲人权法院对公约条款进行扩张解释,也可称为立足于社会变化的“演进解释”。公约的解释并不是静止的,而是对社会变化的反应。欧洲人权法院在适用和解释公约时,会充分考虑当前的现实和态度,而非公约起草时的社会形势。法院多次在不同的案例中提到,公约是活的文本,必须依照当前形势来进行解释。这种演进解释也不是无原则的,它必须要与建立在欧洲委员会成员国国内法、其他国际文件或欧洲文件以及欧洲人权法院判例法基础上的欧洲共同标准联系起来。<sup>①</sup>与此同时,法院的职权是借助所受理的司法案件来解释和适用公约条款,使之具体化,而不是借此设定公约中所没有的权利或义务。当然,演化解释或动态文本解释方法,如果过于脱离文本的普通意义或偏离公约的目的,就会出现由法院来修订公约的危险。

演进解释或动态文本解释是法院的一种司法能动,它基于两种考虑:首先,法院企图让静止的公约文本在适应不断变化的成员国社会形势的基础上获得可持续的生命力。因此,法院实际上获得了发展公约条款的主动权,在客观上也使得人权标准具有长久和普遍意义。其次,这也是法院给自己留有余地以获得缔约国“承认”的重要方法。公约是欧洲委员会范围内的普遍性人权标准。这种人权标准在抽象意义上是普遍的,但是在适用意义上却是具体的。法院解释和适应公约,不是处于真空之中或完全脱离缔约国实际的。在解释和适应公约有关权利限制条款的过程中,需要取舍与妥协,法院的判决只能在特定社会及其法律制度中做出。这需要充分考虑缔约国国内情势和现实关切、欧洲委员会范围内的社会认知发展或主流价值演变。在社会多元化日益明显的欧洲,“共同生活”作为一种应对不容忍和歧视等社会挑战的社会政策,不可避免地影响了法院的立场。

### (二) 司法克制的现实逻辑

<sup>①</sup> See P.van Dijk and G.J.H.van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, The Hague: Kluwer Law International, 1998, p.78.

与在合理性审查方面的扩张解释不同,法院在必要性审查方面,基于辅助性原则而保持司法克制。在欧洲人权机制中,辅助性原则是指,尽管缔约国必须普遍遵守一定的标准,但是每一个国家对人权保护负首要责任,国际监督机制只扮演辅助性角色。该原则基于以下判断:缔约国有关机构更了解国内情势,能比国际机构更好地判断限制的必要性。<sup>①</sup> 在实践中,欧洲人权法院时常借助自由判断余地这一工具,在必要时保持司法克制,平衡缔约国国内机构和国际监督机制之间的关系。首先,法院需要采取一定程度的司法克制,尊重并容忍缔约国国内民主决策过程及其结果。在“S.A.S诉法国”案中,法院对法国立法背后所聚集的强烈的政治支持,特别是国会几乎一致通过该项立法的客观情况比较敏感。不仅如此,深厚的国民共和价值渗入法国立法过程的辩论,毫无疑问鼓励了法院的自我限制,唯恐它被指控与法国的宪政安排相冲突。<sup>②</sup> 法院需要考虑判定法国立法不符合公约对于法国国内政治和社会的影响。其次,司法克制也是法院作为国际法庭的地位使然。在实施国际人权公约过程中,国际法庭仅承担辅助功能。<sup>③</sup> 在判断国内特定情势方面,国际法庭需要尊重国内机构的优先权,这是妥善处理国际法庭与国内机构关系的基本原则。再次,这也是欧洲委员会成员国社会生活多元化的要求。在宗教自由背景下,自由判断余地原则作为一项工具,使得欧洲人权法院允许一定的国家在其宽泛的国家文化和传统的背景下享有空间来解释宗教权利和自由。同时它也为法院提供了面对特定文化和政治敏感问题的退出机会。<sup>④</sup>

### (三) 扩张解释与司法克制的统一

鉴于公约解释和适用方面的现实性,我们认为欧洲人权法院在本案中的扩张解释与司法克制是内在统一的。一方面,法院承认法国所主张的“共同生活”在公约中的规范地位,是对这一概念在欧洲委员会内部的主流价值地位的回应以及法国国内关于这一问题的民主讨论结果和宪政发展实践的尊重。另一方面,法院尊重缔约国在“共同生活”的利益与宗教信仰自由利益两者之间的取舍,认为国内机构在判断限制措施是否是“紧迫的社会需要”方面具有优先权。

在其背后,是否存在所谓的欧洲共同标准或者说共同价值至关重要。在合理性审

<sup>①</sup> Effie Foka, “Directions in Religious Pluralism in Europe: Mobilizations in the Shadow of European Court of Human Rights Religious Freedom Jurisprudence”, p.5.

<sup>②</sup> Myriam Hunter-Henin, “Religion, Children and Employment: The Baby Loup Case”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.64, 2015, p.726.

<sup>③</sup> Armin Steinbach, “Burqas and Bans: The Wearing of Religious Symbols under the European Convention of Human Rights”, p.20.

<sup>④</sup> Effie Foka, “Directions in Religious Pluralism in Europe: Mobilizations in the Shadow of European Court of Human Rights Religious Freedom Jurisprudence”, p.5.

查方面,考虑到欧洲委员会,特别是法国内部面临多元文化背景下的社会挑战,“共同生活”构成欧洲委员会及相关国家的价值共识,法院在规范解释方面进行有目的的扩张,为法国或者欧洲委员会所推崇的“共同生活”这一概念背书。在必要性审查方面,法院认为,是否需要为保护“共同生活”这一共同价值而禁止在公共场所穿戴蒙面服饰,在欧洲委员会没有形成共识。因此,法院又以此为由保持司法克制,赋予缔约国较大的自由裁量余地,进而尊重缔约国国内在这一问题上的判断权。法院的宽松立场是对法国国内禁令背后强烈的政治支持以及在公共场所穿戴蒙面服饰特殊性质的让步。<sup>①</sup> 总之,法院既结合欧洲委员会现实来发展或解释人权规范,又顾及缔约国国内现实来适用人权规范。对此,有学者甚至认为,欧洲人权法院的判决具有拘束力,这一现实反而使得欧洲人权法院总在努力平衡与缔约国的关系,以求它的判决得到当事国的承认。<sup>②</sup>

## 六 结语

欧洲人权法院在本案判决中,既有判例法的转变,也有对公约条款的扩张解释,还有司法审查的克制。上述现象都内在统一于欧洲人权法院自身定位以及与缔约国关系定位之中。欧洲人权法院需要被看成是公约的守护者,对缔约国的一些主张采取严格审查标准是巩固欧洲人权法院合法性的必要手段。但是,基于与缔约国关系的考虑,欧洲人权法院又时常采取宽松的立场,对缔约国国内机构就社会政策问题做出的决定采取一定的司法克制。

欧洲人权法院在本案中采取扩张解释和司法克制,实际上也是基于欧洲社会现实及缔约国社会政策选择的结果。这种基于现实的司法审查方法总体上是合理的,它可以防止公约脱离缔约国国内情势,增强公约的可适用性。但它也不免存在内在的模糊性和明显的争议性,弱化了判决的法律性与权威性。在本案中,法院认同“共同生活”这一概念,却并没有令人信服地论述它的具体内涵以及它属于“他人的权利和自由”范畴的理由;根据法国国内政策选择以及对其存在与否有较大争议的欧洲共识,法院

<sup>①</sup> Myriam Hunter-Henin, “Living Together in an Age of Religious Diversity: Lessons from Baby Loup and SAS”, *Oxford Journal of Law and Religion*, 2015, p.24.

<sup>②</sup> 人权事务委员会在第22号一般性意见第8段强调,对包括穿戴宗教服饰在内的宗教表达行为的限制,必须基于明文规定的合理目的,不允许基于其中不曾规定的原因施加限制。因此,优素福(Hakeem Yusuf)认为,如果人权事务委员会处理这一案例,在涉及“共同生活”的法律依据问题上,会与欧洲人权法院不同。人权事务委员会决定没有拘束力,这反而使得它不用顾虑决定是否得到缔约国的遵守,进而采取更为激进的立场。Hakeem Yusuf, “S.A.S v France Supporting ‘Living Together’ or Forced Assimilation?”, *International Human Rights Law Review*, No.3, 2014, p.288.

在必要性审查方面保持了明显的司法克制。法院对“共同生活”这一模糊概念进行扩张解释的同时,却又采取宽松的必要性审查标准,构成了本案中最突出、最具争议的一个方面。当然,法院在本案中驳回法国政府有关性别平等和人性尊严的主张并对保护公共安全的必要性采取严格审查立场,又为法院赢得了法理层面的主动地位和声誉。欧洲人权法院似乎致力于寻求维护人权和监督实施之间的平衡,尽管这往往难以如愿。

从长远来讲,法院判决对于欧洲多元化社会状况,特别是宗教或文化融合进程将会产生一定的影响。法院顺应时势,将本来属于欧洲融合中社会政策层面的问题纳入公约的框架,第一次以法律方式来确认“共同生活”作为公约权利的一部分。法院判决在某种程度上暗合近年来欧洲检讨多元文化政策的思潮,<sup>①</sup>为法国乃至欧洲一些国家所坚持的“共同生活”社会政策提供法律规范基础,巩固了“共同生活”在欧洲社会中的主流价值地位。但是,法院对法国相关立法采取比较宽松的审查标准,打消了相关国家或地区的顾虑,这无疑会刺激它们出台类似的立法或措施。<sup>②</sup>在这种情况下,鉴于欧洲此前尚未形成禁止蒙面服饰的普遍共识,这一判决不仅不能凝聚欧洲共识,反而可能将这一争议显性化,并最终传导至受影响的群体,引发社会交往障碍。因此,本案判决是有助于促进欧洲融合,还是会增加社会隔阂,仍有待观察。一方面,它取决于相关国家在推动社会融合、促进“共同生活”方面的政治智慧、公共政策选择质量及其实施效果;另一方面,它还取决于不同群体之间社会融合的意愿与能力。因此,法院判决虽然顺应了欧洲主流价值取向并尊重法国的现实关切,但却无法从根本上纾解欧洲多元群体、宗教和文化之间的融合困境。解决这一问题的根本之道,还在于社会多元主体间的开放、包容与对话。

(作者简介:毛俊响,中南大学法学院副教授;责任编辑:莫伟)

<sup>①</sup> “欧洲多元文化政策受挫”,中国新闻网, <http://www.chinanews.com/cul/2011/03-01/2876453.shtml>, 2016年7月20日访问。

<sup>②</sup> 例如,德国内政部长德迈齐埃2016年8月19日表示,支持禁止在德国部分地区穿遮盖面部的罩袍。参见:“德国内长建议局部禁穿蒙面罩袍”,《联合早报》2016年8月19日。