

為歐洲人權法院辯護

[葡]保羅·本托·德·阿爾布克基 著* 尹燕紅 譯**

摘要 在本篇文章中，作者探討了歐洲人權法院和其締約國之間存在緊張關係的原因。作者認為，針對歐洲人權法院的眾多批評最終都指向了構建歐洲人權保護體系的基本原則，比如演化解釋方法和歐洲共識，也指向了歐洲人權法院的軟法和法院對社會權利的友好立場。同時作者簡要分析了歐洲人權法院對這些批評的回應，指出人權法院的回應是相互矛盾的。在此背景下，作者認為，英國公然違背歐洲人權法院對Hirst案的判決以及人權法院在一些重要案件中改變它自身確立的解釋原則，對《歐洲人權公約》的締約國產生了滾雪球般的負面影響，俄羅斯立法者對歐洲人權法院的對抗態度即是證明。在文章最後，作者對歐洲人權法院的傳統推理模式進行了辯護，並強調要通過三步，即“更加獨立，更加透明，更多問責”，對法院進行改革。

關鍵詞 歐洲人權法院 權力和問責 司法獨立 法院判例 法律解釋 透明度

一、為什麼關係緊張？

顯而易見，《歐洲人權公約》的締約國和歐洲人權法院之間關係緊張。^[1] 為什麼會這樣？

針對歐洲人權法院，有兩種類型的批評意見，一種是政治性的，一種是法律性的。政治批評主要包含的觀點是歐洲人權法院的法官表現得像輔助立法者（Ersatzgesetzgeber）。這種批評指向了所謂的人權法院的工作方式不清晰，法院法官身份上有缺陷，以及法院對英國的例外情形明顯缺少

* 保羅·本托·德·阿爾布克基，葡萄牙人，歐洲人權法院法官（2011-2020），里斯本天主教大學法學院全職教授。

** 尹燕紅，比利時布魯塞爾自由大學法學博士生。

原文章發表於《歐洲人權法評論》2018年第2期，第119至133頁。這篇文章匯總了作者2017年4月28日在牛津大學曼斯費爾德學院波納韋羅人權研究所以及2017年12月15日在倫敦密德薩斯大學的發言。兩篇發言的主題分別是“歐洲人權法院是否面臨生存危機？”和“如何分三步來拯救歐洲人權法院？”。特別聲明，這篇文章是作者本人的觀點表述，對歐洲人權法院沒有約束力。

[1] 參見,包括但不限於, Ziegler, Wicks and Hodson (eds), *The UK and European Human Rights—A Strained Relationship?* (Hart Publishing, 2015).

考量。

對歐洲人權法院工作方式的批評主要是司法能動主義（judicial activism）導致法院偏離了使命。^[2] 人權法院試圖通過不透明地發展判例法來擴大它自身的權力。這最能體現在人權法院創設的新權利以及擴大的監督權中。法院對案件的微觀管理威脅到了民主制度以及國家主權，因為政府失去了對《歐洲人權公約》的控制，締約國的國內機構被擱置一邊、名譽掃地。

正如霍夫曼勳爵（Lord Hoffmann）所說：“《歐洲人權公約》是一個活文件（living instrument）的提法變成了一面旗幟，在這面旗幟之下，歐洲人權法院手握大權，在那些他們認為歐洲公共秩序（European public order）有所要求的地方立法。我完全接受對條約或者憲法性文件概念的實際表達可能會發生改變。舉一個常見的例子，今天我們對‘殘酷的懲罰’（cruel punishment）這一概念的使用可能不同於50年前。但這並不意味著為了更符合時代精神，一個司法機構可以將全新的概念，比如環境保護，引入到一個從未提到過這個概念的國際條約中。”^[3]

對法官身份的批評意見認為歐洲人權法院的法官缺乏作為輔助立法者的政治合法性，法院存在民主缺陷。^[4] 有一些法官來自二流民主國家的事實加劇了法院法官不負責任的問題。一些締約國不民主的傳統抹黑了法官的獨立性以及人權法院的權威。

關於英國例外主義，主要觀點認為英國議會是至高無上的，英國的法院必須服從於議會，國際法院更應如此，因為議會主權受到國內法與國際法二元論關係的保護。正如紐伯格勳爵（Lord Neuberger）所說：“那種認為法院可以推翻英國議會的決定，正如歐洲人權法院和歐盟法院所做的那樣，是對我們憲政之禮（constitutional propriety）信念的極大冒犯。”^[5]

第二種類型的針對歐洲人權法院的法律性批評更加複雜，因為這涉及到法院所處理事項的本質，即載入《歐洲人權公約》的各項權利和自由。這些批評意見扭曲了真人權與假人權之間存在衝突的箴言。批評意見的具體表述如下：

首先，人權是殘餘的公民自由，只服務於少數人，而不是公民中的大多數。《歐洲人權公約》被描述成了壞人的大憲章，而不是街頭普通人的權利法案。此外，社會權利不是人權，也根本不是可以執行的權利。人權只含有消極而非積極的保護義務，當然也不會有財政預算。將《人權公約》變形為偽裝的社會憲章違背了《人權公約》的本質。

其次，人權源于原旨主義的真實的解釋，而不是演化的濫用的解釋。對《歐洲人權公約》的真實解釋應基於《人權公約》籌備中的工作資料以及最終起草時各締約國的法律。軟法不是法，即使作為解釋《人權公約》及其《議定書》的背景因素，也不應該被考慮。

再次，人權是真正的本土權利，而不是外來權利。不存在普世的人權。普世人權實際上是那些

[2] 對於這種觀點參見Marc Bossuyt, “Judicial Activism in Strasbourg”, in Karel Wellens (ed.), *International Law in Silver Perspective* (2015), pp.31-56; Dragoljub Popović, “Prevailing of Judicial Activism over Self-Restraint in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights” (2009) 42 *Creighton Law Review* 361, and Paul Mahoney, “Judicial Activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin” (1990) 11 *Human Rights Law Journal* 57.

[3] Lord Hoffmann, “The University of Human Rights” (2009) 125 (3) *Law Quarterly Review* 428.

[4] 對於這種觀點參見Kanstantsin Dzehtsiarou and Alan Greene, “Legitimacy and the Future of the European Court of Human Rights: Critical Perspectives from Academia and Practitioners” (2011) 12 *German Law Journal* 1707; and Tom Barkhuysen and Michiel L. van Emmerik, “Legitimacy of European Court of Human Rights Judgments: Procedural Aspects”, in N.Huls, M.Adams and J.Bomhoff (eds), *The Legitimacy of Highest Courts Ruling* (2009), p.437-449.

[5] Lord Neuberger, Cambridge Freshfields Annual Law Lecture 2014, “The British and Europe”, 12 February 2014.

對它國國內傳統缺乏敏感性的外國法官強加于它國的外來人權。對本土人權的捍衛讓國際法和國際機構承受了某種質疑。文化相對主義和法律多樣性是反對人權法院道義指教的僅有武器。

二、演化解釋 (Evolutive Interpretation)

對這些觀點的回應需要我們追根溯源，回顧一下歐洲人權法院設立的目的。

歐洲委員會是一個建立在協議以及共同行動之上的自主法律秩序，這些協議和共同行動涉及經濟，社會，文化，科學，法律和行政事務以及維護和進一步實現人權和基本自（1949年《歐洲委員會章程》第1條b款）。歐洲委員會有217個條約，處在它的法律秩序頂端的是《歐洲人權公約》。《歐洲人權公約》不只是一個關於締約國間相互義務的多邊協議，它還為締約國創設了針對其管轄區內所有人的消極性和積極性的義務，以期在締約國的國內法律秩序中切實落實那些受《人權公約》保護的權利和自由。用法律術語來講，《歐洲人權公約》是一個立法性條約而不只是一個合同性條約。

很早以前，前歐洲人權委員會於1961年1月11日 *Australia v Italy* 案件的裁定中，在確認《歐洲人權公約》的客觀性特點 (objective character) 時也闡述了同樣的原則：“締約國承擔的《公約》義務本質上是客觀的，旨在保護個人的基本權利不受任何締約國的侵犯，而不是為締約國本身創建主觀的和互惠的權利。”^[6]

因此，《歐洲人權公約》的締約國有義務不以任何方式阻礙個人申請權的有效行使，而且締約國應對它們的國內法律體系做出必要的修正以確保全面履行所承擔的《公約》義務。^[7] 從另一個角度來看，這也是依據《維也納條約法公約》第26條和第31條，在履行條約義務時遵循善意原則的結果。

對《歐洲人權公約》的解釋不能憑空進行，而是要同其它國際法和軟法相協調。自 *Golder v UK* 案後，對《公約》進行解釋時要考慮可適用於當事方關係的任何相關的國際法原則和規則，正如1969年《維也納條約法公約》第31條3款c項規定的那樣。^[8] 由此，歐洲人權法院避开了颇有爭議的立場，即國際法中存在自成一體的制度 (self-contained regime)。^[9] 從人權法院的觀點來看，對國際人權法的解釋同對其它國際法的解釋，或者對合同條約的解釋與對立法性條約的解釋，並不存在方法論上的不同，因此它認為相同的一套解釋方法可以適用於國際法的不同領域。正如法官羅紮基斯 (Judge Rozakis) 如此優雅地闡述過：“歐洲人權法院的法官並不是在象牙塔的絕妙隔離中工作，構建這座象牙塔的材料也不僅僅來源於歐洲人權法院或者締約國對《人權公約》的解釋性發明。”^[10]

[6] Commission, *Austria v Italy* (App.No.788/60), decision of 11 January 1961. 法院堅守在 *Ireland v United Kingdom* (1978) 2 E.H.R.R.25 中確定的原則。

[7] *Maestri v Italy* (2004) 39 E.H.R.R.38.

[8] *Golder v United Kingdom* (1975) 1 E.H.R.R.524.

[9] 我在下述案例中表達了這一觀點 *Al-Dulimi and Montana Management Inc v Switzerland* [GC] (App.No.5809/08), judgment of 21 June 2016 at [71]; *Sargsyan v Azerbaijan* (2017) 64 E.H.R.R.4, fn.23, 以及 *Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu* [GC] (App.No.47848/08), judgment of 17 July 2014, fn.14.

[10] Rozakis, “The European Judge as a Comparativist” (2005) *Tulane Law Review* 278.

人權法院的基本解釋原則也佐證了這一方法論，即對《歐洲人權公約》的解釋必須依據當下的情況（present-day conditions）。^[11] 在具有開創性的 *Tyrer v UK* 判決中，人權法院第一次傳達出“《歐洲人權公約》作為活文件”（the Convention as a living instrument）這樣的主旨，指出對《人權公約》的解釋必須考慮到不斷發展的國內和國際法規範。^[12] 這種解釋方法自20世紀早期已經植根於美國^[13] 和加拿大^[14] 憲法中，自1978年也開始被用於對歐盟人權法的解讀。

在 *Tyrer* 案中，基於《人權公約》先前的第63條，英屬曼島總檢察長提出“經過對曼島當地情況的充分考慮”，出於阻卻犯罪的需要，在一定範圍內繼續使用司法體罰是正當的，人權法院對此回應道：“值得注意的是，現在歐洲委員會的絕大多數成員國都不適用司法體罰，實際上，在其中一些國家的近現代歷史中，司法體罰也不曾出現過；…別的不說，這確實讓人懷疑司法體罰是否是一個歐洲國家維持法律秩序所必需的。”

作為結論，人權法院認為曼島應該同樣繼承《歐洲人權公約》前言所提到的“政治傳統，理想，自由和法治的共同遺產”，不認同曼島當地存在著某些需求可以影響它執行《人權公約》第3條，因此，認定曼島對原告的司法體罰構成了對《人權公約》第3條的違反。

所以，基於對歐洲委員會絕大多數成員國國內法律框架的照顧，以及從根本上對《人權公約》前言所提到的“政治傳統，理想，自由和法治的共同遺產”的考慮，歐洲人權法院自建院早期，對《歐洲人權公約》的演化解釋就同合意解讀《公約》文本的需求緊密連在一起。

演化解釋的基本原則在最近的 *Hassan v UK* 案中受到了衝擊。^[15] 不同於政府的立場，歐洲人權法院大法庭（Grand Chamber）確認國際人權法（IHRL）與國際人道法（IHL）同時適用於國際武裝衝突，但是大法庭也承認，正如政府辯護的那樣，國際人道法，即與拘禁相關的《第三日內瓦公約》和《第四日內瓦公約》，可以用來限定，或者事實上，用來削弱國際人權法的標準。對於締約國在歐洲以外的國際武裝衝突中採取的後續措施，即為了在戰爭情況下無限期的羈押人口而不適用《歐洲人權公約》第15條的克減條款，歐洲人權法院大法庭認為所有的締約國都已經

[11] *Tyrer v United Kingdom* (1978) 2 E.H.R.R.1 at [31]. 關於這種解釋方法，參見 Eva Brems and Janneke Gerards (eds), *Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights* (Cambridge University Press, 2013); George Letsas, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights* (Oxford University Press, 2009); and Andreas Flieddal, Birgit Peters and Geir Ulfstein (eds), *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context* (Cambridge University Press, 2013).

[12] *Tyrer* (1978) 2 E.H.R.R. 1 at [31].

[13] *Missouri v Holland* 252 U.S. 416 (1920). 在寫大多數意見時，霍姆斯大法官就憲法的本質講到：“關於此，我們也可以補充點別的，即當我們處理的那些語言同樣也構成組織法，比如美國憲法時，我們必須意識到人類通過這些語言所創造的東西就連其中最具有天賦的創造者也無法完全預測到它的發展。這些創造者們能意識到或者能希望他們創造的是一個有機體，這就足夠了；他們的繼任者花費了一百年時間付出了血和汗的代價最終證明他們創造的是一個國家。我們眼前的案件必須在這百年經歷的基礎上進行考慮而不是只看100年前創造者說了什麼。”美國聯邦最高法院對“不斷發展的體面標準”（evolving standards of decency）的參考也被認為是言明瞭“活憲法”（living constitutionalism）這一概念（參見 *Trop v Dulles* 356 U.S. 86 (1958): “第八修正案的语言是不準確的，語言所涵蓋的範圍也不是固定不變的。有關修正案的含義，必須借鑒不斷發展的體面標準，這一標準的演化是一個成熟社會該有的進步。”）。

[14] *Henrietta Muir Edwards v The Attorney General of Canada* [1929] UKPC86, [1930] A.C.124 (18 October 1929). 這個案件值得記憶，不僅是因為它確認了加拿大女性有被任命為議員的資格，也因為它提出了加拿大憲法的“活樹原則”（living tree doctrine），根據這一原則，憲法是有生命的，必須用一種更寬廣更自由的方式解讀加拿大憲法，以使其適應時代的發展。

[15] *Hassan v United Kingdom* [GC] (App.No.29750/09), judgment of 16 September 2014.

對它們的公約義務進行了隱性審查之後才擴大了《人權公約》第5條以窮盡方式列舉的拘禁理由範圍。《歐洲人權公約》的演化解釋原則被完全顛倒以期在《人權公約》第5條加入新的拘禁理由，也就是依據國際人道法進行的拘押，現實的結果即是在國際武裝衝突的情況下，當國際人道法允許對戰犯以及那些對安全造成威脅的平民進行拘押時，《歐洲人權公約》第5條可以解釋為允許締約國行使如此寬泛的權力並且適用《日內瓦公約》中更為寬鬆的拘押審查標準。所以，對這樣羈押情況的審查應該交給“中立性有足夠保障”的“主管機構”，而不一定必須由司法機關進行。換句話說，歐洲人權法院對《歐洲人權公約》的演化解釋現在可能使歐洲在人權保護方面出現了倒退。

三、歐洲共識

在歐洲人權法院，不論過去還是現在，軟法都為歐洲共識以及共同價值觀遺產的具體化提供了重要的依據。事實上，在Tyrer案後不久，人權法院採取了進一步擴大法源以建立更多歐洲共識的行動。在Marckx v Belgium案中，人權法院參考了建基於歐洲委員會絕大多數成員國國內法之上的歐洲共同價值觀，參考了被告成員國已經簽署但還沒批准的1962年《建立親生子女母系關係公約》，也參考了被告成員國甚至還未簽署的歐洲委員會1975年《非婚生兒童法律地位公約》，最後還參考了1970年5月15日《部長委員會關於未婚媽媽及其子女社會保護的決議》。對於《1962年公約》和《1975年公約》兩大公約的締約國數量很少這一說法，歐洲人權法院回應道“這兩大公約都是有效的，沒有理由將目前締約國數量少歸咎於拒絕承認非婚生子女與婚生子女在正在考慮的問題上有平等地位。事實上，這兩大條約的存在恰恰表明現代社會在這一領域有清晰的應對共識。”^[16]

借鑒了憲法法院的解釋方法，甚至比憲法法院走得更遠，歐洲人權法院對自身的判決效力問題做出調整，使被告國免于重新審理那些出現于人權法院判決做出之前的法律行為或情況。為此，人權法援引了這一事實“相同的解決方法可見於一些設有憲法法院的締約國：它們的公法限制了法院判決宣告既有法律無效的溯及力”。^[17]就如同它是歐洲的憲法法院，歐洲人權法院借助法律確定性原則授予它自己調整判決時間效力的默示權。^[18]

在Demir v Turkey這一標誌性案件中，歐洲人權法院回顧了“《歐洲人權公約》是一個活文件，對它的解釋應該依據當前的情況並符合國際法的發展，以反映人權保護領域所要求的越來越高的標準，因而必須更加堅定地評估違反民主社會基本價值觀的行為”，參照了國際和國內勞動法的發展，研究了締約國的相關實踐，法院得出結論認為，工人為實現《歐洲人權公約》第11條所賦予的利益而享有組織和加入工會的權利，集體與雇主談判權原則上已經變成了這一權利的基本內容。為此，人權法院援引了被告締約國已經批准的《國際勞工組織公約》，國際勞工組織專家委員會的相關解釋，《歐盟基本權利憲章》第28條，土耳其還沒有批准的《歐洲社會憲章》的

[16] *Marckx v Belgium* (1979) 2 E.H.R.R.330 at [41].

[17] *Marckx* (1979) 2 E.H.R.R. 330 at [58].

[18] 關於歐洲人權法院的憲法本質，參見我同傑多夫法官（Judge Dedov）在*Baka v Hungary* [GC] (App.No.2026/12), judgment of 23 June 2016中合寫的意見以及引用的參考文獻。

第6條第2款，歐洲社會權利委員會對這一條款的解讀，以及2000年《歐洲委員會部長委員會關於歐洲公職人員地位的建議之8號原則》。^[19]

換句話說，為了達到解釋《歐洲人權公約》的目的，其他條約或公約中設定的人權標準與《公約》的法律相關性不取決於有多少國家批准了這些條約或公約，也不取決於有多少歐洲委員會的成員國受這些公約或條約的約束，甚至也不取決於被告締約國有沒有批准這些條約或公約。因此，在歐洲的人權保護法律下，硬法與軟法深度交織。

歐洲人權法院的軟法以及它的社會權利友好立場近來備受質疑。關於這種趨向，典型的案例是 *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v UK* 案。^[20] 英國在兩個世紀前禁止了間接罷工行動，為此，英國於這整個期間備受國際勞工組織專家委員會以及歐洲社會權利委員會的批評。原告英國全國鐵路、海運和運輸工人工會請求獲得這些相關軟性法律文件的支持。英國政府不認為這些特別的批評與當前案件中被指控的實際情況相關，或者有重要關係。人權法院認可了與本案件相關的國際法律資料的豐富性，分析了根據一些最為相關的國際文件建立起來的主管機構所發佈的解釋性意見，並且確認了這些分析結果與法院根據庭前的比較資料得出的結論相吻合，即英國徹底禁止間接罷工的規定處在就罷工問題各國國內規制範疇最嚴格的一端，這一禁令與清晰可見的呼籲放鬆對間接罷工限制的國際趨勢不相符合。然而，歐洲人權法院更傾向於強調它的審查不同于國際勞工組織和《歐洲社會憲章》的監督，因此它得出最終結論，在這個具有公認敏感性的立法政策領域，被告締約國所擁有的自由裁量權範圍足夠寬廣以致可以容納現行禁止間接罷工的禁令。因此法院不認為英國這一禁令違反了《歐洲人權公約》第11條。

對《歐洲人權公約》的演化解釋方法也導致人權法院通過參考源自歐洲委員會其它機構的規範來支援自己的推理，儘管那些機構，無論是監督機制還是專家機構，都不具有代表《公約》締約國的權能。為了解釋《歐洲人權公約》所保障的權利和自由的確切範圍，人權法院利用了，比如，歐洲通過法律實現民主委員會(威尼斯委員會)的工作成果。人權法院在 *Hirst v UK(No.2)* 案中第一次援引了威尼斯委員會的成果。^[21] 引用的資料具體來源於“《在選舉事項中良好行為的守則》”，這一守則在威尼斯委員會第51次大會（2002年7月5日到6日）通過。

四、國際民主

Tyrer 判決對歐洲共識的闡述影響深遠，其表達了對國際協商民主（*deliberative, international democracy*）的一種願景，在這種協商民主制度中大多數或者具有代表性比例的《人權公約》締約國被認為可以以全部締約國的名義發言，並且有權把它們的意志強加於其它締約國。作為構建歐洲委員會的憲法性原則，共識不再等同於全體一致。即使不是全部締約國都贊同對《人權公約》的同一種解讀，共識作為一種公共意志依舊可以存在。

無法辯駁的是，歐洲委員會的創建者們並不希望這樣的情況發生，締約國也深陷於他們並不贊同的合作。陳舊的關於歐洲委員會缺乏主權國家同意（*state consent*）的觀點，作為硬幣的另

[19] *Demir v Turkey* (2009) 48 E.H.R.R.54 at [146]-[154].

[20] *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v United Kingdom* (2015) 60 E.H.R.R.10.

[21] *Hirst v United Kingdom (No.2)* (2006) 42 E.H.R.R. 41.

一面，現在有時會伴隨同樣陳舊的，關於人權法院創造性地解釋法律，更確切地說，製造法律缺乏政治合法性的批評，以及對人權法院用軟法規避主管立法機構，蔑視民主、法治、輔助性原則的指責。這些說辭的背後幾乎無一例外的都是條約有異議時要從輕解釋國家義務（*in dubio pro mitius*）的主權主義論調。

《歐洲人權公約》的前言將《人權公約》置於歐洲委員會的總體目標這一背景之下，基於“各成員國對人權共同的理解和遵守”，旨在各成員國之間建立一個“更緊密的聯盟”。在《歐洲委員會章程》中，不僅有“志同道合的歐洲國家間更緊密的聯合體”這樣的用詞，也有“將歐洲國家帶向更緊密聯合的組織”這樣的表述。《章程》的第一條設定了歐洲委員會的目標“為了捍衛以及實現作為各國共同遺產的理想和原則，為了促進經濟和社會的發展，要在各成員國間實現更大的團結”。《章程》也明文規定，為實現這些共同的理想和原則，要確保在社會生活的各個領域（經濟，社會，文化，科學，法律和行政事務）以及“在維護和進一步實現人權和基本自由”方面有“協議和共同的行動”。沒有比這更好的表述可以說明人權義務在各個管理領域的首要地位。這也是對“遇有爭議時，人權規範的解釋應該最大化保護個人權利”原則（*in dubio pro persona*）的最好表達。^[22]因此，作為一枚硬幣的兩面，社會和經濟的發展同人權的進步緊密相連。

這也就是說，演化解釋，歐洲共識和軟法的硬化構成了歐洲規範體系的三大支柱，在這個規範體系中主權國家同意佔有重要位置。總之，歐洲人權法院的黃金解釋規則不會採納完全自成一體的，直譯的，原旨主義的，從輕解釋締約方義務的（*in dubio mitius*）以及國家主權主義的《公約》解釋方法。

建立在最初的這些支柱之上，並被“經濟與社會發展”的共同追求賦予生命力，歐洲委員會的法律秩序與傳統的由國家本位主義並列形成的國際協定完全不同。國家主權已經不能像在威斯特伐利亞時代那樣是一個絕對的存在，而是變成了為人權服務的共同體的一部分。

在這種背景下，對《歐洲人權公約》的解釋只能依照具有正式法律約束力的協定（比如條約）以及眾多的不具有正式法律約束力的由歐洲委員會的政治和技術部門做出的“共同行動”，比如來自部長委員會的建議，綱領和宣言。此外，《歐洲人權公約》本身要求以開放的姿態面對國際法和軟法，正如《公約》前言所聲明的那樣，《歐洲人權公約》受到《世界人權宣言》的啟發，當其它國際以及國內法律性質的文件能提供更好的人權保護時，《人權公約》也會向這些法律文件開放（《歐洲人權公約》第53條）。^[23]總之，法院對《人權公約》的解釋維度受制於《公約》的文字，本質和意圖。

《歐洲人權公約》“並沒有區分所關注的相關規則和措施的類型，也沒有將成員國任何的管轄行為排除在公約的審查範圍之外”。^[24]這意味著《歐洲人權公約》並不從屬於國內法規，因為它是歐洲大陸的最高法律。^[25]議會至上以及司法獨立均不能用以拒絕執行落實法院判決和裁定

[22] 關於這一原則，參見我在以下兩個判決中的單獨意見，*Khantokhu v Russia* [GC] (App.Nos 60367/08 and 961/11), judgment of 24 January 2017, 以及 *Garib v Netherlands* [GC] (App.No.43494/09), judgment of 6 November 2017.

[23] 關於締約國在人權保護方面可以高於人權法院的標準，但不能低於人權法院標準的“下限-上限問題”（*floor-ceiling problem*），可以參見我在以下判決中的單獨意見，*Hutchinson v United Kingdom* (App.No.57592/08), judgment of 17 January 2017.

[24] 參見 *United Communist Party of Turkey v Turkey* [1998] 26 E.H.R.R.121 at [29], 以及最近的 *Anchugov v Russia* (App. Nos 11157/04 and 15162/05), judgment of 4 July 2013 at [50].

[25] 參見 *Sejdić v Bosnia and Herzegovina* [GC] (App. Nos 27996/06 and 34836/06), judgment of 22 December 2009 at [40]-[41];

的《公約》義務。^[26]正如黑爾女士（Lady Hale）所言：“顯而易見，一旦國家承諾遵守某些最低標準，它就不能通過自行定義這些用詞的方式來擺脫這些標準”。^[27]

作為政治利害關係更大的憲法性問題（比如關於國家最高政治機關和司法機關構成的條款），甚至不是國家憲法的核心，也可能在與源自《公約》及其《議定書》的國際義務發生衝突時起到決定性作用。^[28]其他各種敷衍應對人權法院的判決和裁定，並最終拒絕其對當事方有既判力（*res judicata*）和對所有締約國有判決效力（*res interpretata*）^[29]的做法，都將違反有約必守（*pacta sunt servanda*）原則和重要的善意準則。^[30]正如法院在2009年7月3日發表的“《致各締約國準備因特拉肯會議備忘錄》”中所說“人權法院的判決發現某一締約國違約，如果其他締約國的法律體系中也存在同樣的問題，但這些國家卻不能儘早從該判決中汲取教訓做出改變，這是不再能被接受的。法院解釋的約束力遠超過嚴格意義上的既判力。這樣的發展會伴隨著公民在國內法中直接援引《人權公約》（直接效力）的可能性以及‘國家對《人權公約》的所有權’這一概念的出現。”

人權法院的工作是要確保締約國遵守對《歐洲人權公約》的約定。^[31]輔助原則並不意味著人權保護主要是締約國依據締約國的憲法和憲法傳統在本國內進行，進而表明人權法院承擔的人權保護角色有限，如果不是次要的話。相反，輔助原則意味著確保《公約》權利和自由得到落實的責任主要在締約國。國家層面有效實施《人權公約》仍舊是人權法院踐行輔助原則的前提條件。此刻，已經沒有必要再去回顧歐洲歷史上那些可恥的事例，即經過民主選舉產生的議會，政府和官員卻通過了具有嚴重歧視性的，不公正的，不人道的法律和規定。多數人也可能會犯錯。作為一個遠離地方政治的國際法院，歐洲人權法院是要為這些錯誤的受害者提供法律救濟的途徑。

在這種背景之下，沒有締約國可以合法地要求對其《公約》義務特別豁免，或者要求法院基於它的“特殊情況”做判決，除非是嚴格按照《公約》第15條的規定。即便那樣，豁免也要在人權法院的監督之下。超出了第15條規定的特別情形，任何可能民主僭越公約義務和法院判決的行為在根本上都不符合《人權公約》體系內在的法治精神，也不符合人們對《人權公約》作為“基本權利和自由的憲章”以及“歐洲公共秩序的憲法性文件”的認知。^[32]

Popescu v Romania (No.2) (App.No.71525/01), judgment of 27 April 2007 at [103]; and *Anchugov* (App. Nos 11157/04 and 15162/05) at [50]. 締約國直到20世紀90年代中期都一致認可關於《歐洲人權公約》的這一解讀。參見既 *Demicoli v Malta* 判決之後馬爾他憲法的修改（Council of Europe Committee of Ministers Resolution DH (95) 211 OF 11 September 1995）以及既 *Open Door and Dublin Well Woman v Ireland* 判決之後愛爾蘭憲法第14修正案（Council of Europe Committee of Ministers Resolution DH (96) 368 of 26 June 1996）。

[26] Article 27 of the Vienna Convention on the Law of Treaties.

[27] Lady Hale, “Common Law and Interpretation: the limits of interpretation” [2011] E.H.R.L.R.538.

[28] 參見 *Sejdić* [GC] (App.Nos 27996/06 and 34836/06), judgment of 22 December 2009, 在這個案件中，締約國憲法關於國家最高政治機關構成的條款同歐盟標準產生衝突，以及最近的 *Baka* (App.No.20261/12), judgment of 23 June 2016, 在這個案件中，匈牙利憲法關於匈牙利最高法院構成的條款同《歐洲人權公約》產生衝突。

[29] 又被稱為是“interpretative authority”，指公約締約國即便不是案件的當事方，也有義務遵循案件判決對公約所做出的解讀，通過調整本國的法律以及行為同人權法院解釋相符合。

[30] Vienna Convention on the Law of Treaties, art.26.

[31] European Convention on Human Rights, art.19.

[32] *Loizidou v Turkey* (preliminary objections) (1996) 21 E.H.R.R.188.

五、人權法院的生存危機

不幸的Hirst v UK^[33]事件，可以充分說明當前歐洲人權保護體系所面臨的危險。英國的法律框架對英國監獄中的罪犯實施了全面限制措施。這些限制自動適用於所有罪犯，不論他們刑期的長短，不論他們犯罪的性質或者嚴重程度以及個人的具體情況。像這樣對一項非常重要的公約權利進行的全體的，自動的，毫無區分的限制，如法院所說，必須被看作是超出了任何可接受的國家自由裁量權範圍，不論這個範圍有多廣，必須被視為是違反了《公約第1議定書》第3條的規定。

13年過去了（截止于文章原文發表時），2004年做出的Hirst判決還沒有被執行，隨著2010年Greens v UK^[34]試點判決的做出，問題更顯嚴重。儘管法院非常清晰地表明英國剝奪罪犯選舉權的制度構成了一種系統性失誤，需要採取綜合性的措施，但即便是2012年人權法院大法庭在Scoppola v Italy^[35]判決中改變了法院先前的立場，英國也沒有採取任何措施。在這個完全類似的因為判處終身監禁，不經過個案評估就自動剝奪犯人選舉權的案例中，大法庭改變了在Hirst判決中的基本立場，認可了義大利的法律，這項法律自動剝奪那些判處三年以上刑期的犯人的選舉權，不論犯罪的性質和犯罪人的個人狀況如何。儘管義大利剝奪犯人選舉權存在一個更嚴重的情形即這種剝奪具有終身性，而英國對判處監禁刑的犯人選舉權的剝奪只限於他們服刑期間，人權法院依舊認為義大利法律符合《公約第1議定書》第3條的規定。

英國對Hirst判決的違抗，以及法院改變其先前確立的解釋原則，已經對歐洲人權保護體系造成了持久性的負面影響。^[36]2012年法院大法庭就軍人休育兒假權做出了對Konstantin Markin^[37]案的判決，並引發了震盪，該判決被認為是對俄羅斯軍事機構的干預。2013年Anchugov^[38]判決所處理的問題同Hirst案一樣，也是關於禁止犯人選舉問題，但這次的特別之處在於犯人選舉權的禁止是基於憲法條款：《俄羅斯憲法》第32條第3款。這也並沒有阻止人權法院得出相同的結論，即俄羅斯禁令違反了《公約第1議定書》第3條，從邏輯上講這應該促使俄羅斯修改憲法。但俄羅斯並沒有這樣做。

相反，2015年俄羅斯憲法法院就《俄羅斯聯邦加入歐洲人權法院聯邦法》做出判決，確認如果俄羅斯憲法法院發現歐洲人權法院的判決違反《俄羅斯憲法》，那麼人權法院的判決將不可在俄羅斯執行。因為當時俄羅斯並沒有法律文件支撐這樣的判決，於是俄羅斯憲法法院建議杜馬通過立法創建一個特別的法律機制“確保俄羅斯憲法在歐洲人權法院判決的執行中享有至高地位”。^[39]有關對《俄羅斯憲法》的這番解讀在2015年12月時被寫進了《憲法法院權力法》中，根

[33] *Hirst v United Kingdom* (No.2) (2006) 42 E.H.R.R. 41.

[34] *Greens v United Kingdom* (App. Nos 60041/08, 60054/08), judgment of 23 November 2010.

[35] *Scoppola v Italy* (2013) 56 E.H.R.R. 19.

[36] 這不是第一次出現這種反應。一個例子就足以說明。在*McCann v United Kingdom*判決之後，有媒體報導稱：“（英國）部長們說他們不會理會這個判決並且不排除英國退出歐洲人權法院作為最終的制裁。一位內部人士說‘一切皆有可能，包括離開’。”“唐寧街認為所謂的孤島兇殺案（Death on the Rock）判決‘違反了常識’。英國副首相夏舜霆（Michael Heseltine）譴責這一判決是‘荒謬的’”（參見*Daily Mail*, 28 September 1995）。Hirst判決危機的獨特之處在於它的傳染性。

[37] *Markin v Russia* (2013) 56 E.H.R.R. 8.

[38] *Anchugov v Russia* (App. Nos11157/04 and 15162/05).

[39] Constitutional Court of the Russian Federation judgment No.21-P/2015 of 14 July 2015.

據該法，當國際司法機構的裁決（包括賠償令）同《俄羅斯憲法》相抵觸時，俄羅斯憲法法院有權宣佈裁決不予執行。^[40] 在2016年4月，俄羅斯憲法法院第一次適用了《憲法法院權力法》，裁決俄羅斯不予執行人權法院的Anchugov判決。^[41]

俄羅斯憲法法院2016年的判決加劇了歐洲人權法院當前的生存危機。^[42] 如果說人權法院絕大多數判決的執行多多少少存在遲延和有失準確是真實存在的，那麼現實依舊是，在急劇增長的案例中，締約國不願同法院站在一起並且以直接或者間接的方式反對執行判決。^[43] 就俄羅斯而言，到現在還有1573件待執行的判決，^[44] 在這之中有204件典型案例，包括著名的2014年Yukos^[45] 判決，這一判決設定了歐洲人權法院歷史上最高的賠償數額，判給原告約18億歐元。也正是就這個案件，2017年1月俄羅斯聯邦憲法法院做出判決，認為歐洲人權法院的合理補償決定（just satisfaction）違反了《俄羅斯憲法》，俄羅斯不予執行賠償。^[46]

在這種背景下，英國高級審裁院（UK Upper Tribunal）拒絕了人權法院大法庭一致通過的判決（Paposhvili v Belgium^[47]）就不足以讓人驚訝了，英國高級審裁院認為人權法院大法庭的判決像設置了一個“彈性過大，定義不清”的測試，並且測試“像法官的袖子一樣長”。^[48] 這場危機的系統效應很明顯被可能的英國脫歐所強化。^[49] 如果說整體上，基本人權，特別是移民法，是歐盟和英國爭議的焦點，那麼英國脫離歐盟也不是解決的辦法，鑒於歐洲人權法院和歐盟法院的判決在隱私權保護，相互承認司法判決，刑事訴訟中的程式性權利，庇護程式中的保證或者家庭團聚權等問題上相互影響。如果英國脫歐了，爭議會被轉嫁到歐洲委員會，而歐洲人權法院首當其衝。

六、對危機的制度性回應

面對這種不利局面，歐洲委員會不應該無視那些針對歐洲人權法院的批評。應該採取一種積極的立場來加強人權法院在歐洲人權保護體系中的作用並使其免於莫須有的批評。受益于已經在人

[40] 參見 the Federal Constitutional Law No.7-FKZ of 14 December 2015, 修改了Federal Constitutional Law No.1-FKZ of 21 July 1994 on the Constitutional Court of the Russian Federation.

[41] Constitutional Court of Russian Federation judgment No.12-P of 19 April 2016.

[42] 關於這一危機對歐洲人權保護體系的影響，參見 the European Commission for Democracy through Law (Venice Commission) Opinion No.832/2015 on the amendments to the Federal Constitutional Law on the Constitution Court, 13 June 2016, CDL-AD (2016) 016.

[43] 關於不執行法院判決引發的法院效力問題，參見 among others Keller and Marti, “Reconceptualizing Implementation: The Judicialization of the Execution of the European Court of Human Rights’ Judgments” (2015) 26 *E.J.I.L.* 829; and Hillebrecht, “Rethinking Compliance: The Challenges and Prospects of Measuring Compliance with International Human Rights Tribunals” (2009) 1 *Journal of Human Rights Practice* 362.

[44] 2017年12月份的數據。

[45] *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos v Russia* (2014) 59 E.H.R.R. SE12.

[46] Constitutional Court of the Russian Federation Judgment No.1-P of 19 January 2017.

[47] *Paposhvili v Belgium* [GC] (App.No.41738/10), judgment of 13 December 2016.

[48] *EA (Article 3 medical cases-Paposhvili not applicable)* [2017] UKUT 00445 (IAC).

[49] 作者發表本文章的英語原文時，英國尚未完成脫歐程式。參考英國脫歐後的實際影響，本文原文的相關立場無需修改。

權法院服務6年，在我看來，應該採取以下措施加強人權法院的獨立性，透明性和問責。

歐洲人權法院是一個具有高度獨立性的司法機構，因為法院法官是由民主的議會（歐洲委員會議員大會）選舉產生，任期長達9年不可延續^[50]並且法官還享有履職期間言行上的功能性豁免權。^[51]關於人權法院法官的合法性，法官享有歐洲範圍內廣泛的政治合法性，因為歐洲委員會議員大會的成員是47個《歐洲委員會章程》締約國國內議會的代表。歐洲人權法院法官的這種間接民主性經常被遺忘。

但是法官的內部和外部獨立性仍然可以提高。正如在很多國家的憲法法院和最高法院，歐洲人權法院應該有分部主席職位的輪流制度，同時縮短分部主席的任期。《歐洲人權公約》第25條c款規定法院全體大會“選舉法院分庭（chamber）的庭長”（可以連任）。事實上，法院的47名法官劃分為5個分部（sections），每一個分部由3到4個分庭組成。由全體大會選舉法院分部主席。現行的公約框架並不反對以一種自願輪流的，建立在資歷基礎上的制度產生分部主席。這樣的輪流制度可以使法官免于因為競選和遊說選舉職位帶來的不便，因而可以更好地保護法官的內部獨立性。

新的選舉理念還應配之以新的表決理念。法官只能在法院庭室裡面而不能在外面討論待決案件。《法院規則》第22條第1款規定：“法院應以私密地方式進行商議，且商議內容應保持秘密狀態。”《法院規則》第28條第2款d項也規定：“如果一個法官就某個案件公開發表過意見，比如通過交流媒介以書寫的方式，通過他或她的公開舉動等，並且從客觀上來講這些足以對他或她的中立性產生負面影響，那麼這個法官不可以再參與這個案件的審理。”這些規定應該通過採納一項嚴格的庭外“沉默規則”得到加強。

也可以通過一些基本的“無被選資格”的規定進一步加強法官的獨立性。法官任期結束後5年內沒有資格申請法院登記處的職位（為法院提供法律和行政服務）^[52]；登記處工作人員申請人權法院司法職位時也應該適用上述相類似的規定。

法官任期結束後，應該5年內沒有資格申請特定的一些國家職位；當這些國家職位的持有人申請人權法院的司法職位時，也應該適用上述相類似的規定。這些關於“冷靜期”的規定可以杜絕人權法院同對政府有高度依賴性的職位間存在任何“旋轉門”的風險。^[53]

人權法院是一個具有高度透明性的司法機構，因為《歐洲人權公約》確保法官有權將單獨意見添加到法院大法庭（Grand Chamber）和分庭（chamber）的判決書以及諮詢意見書中。^[54]但是，人權法院的透明性還可以進一步加強。

法院的透明性與每一個案件中大法庭以及法庭的人員構成密切相關。關於大法庭，《法院規則》第24條補充完善了《人權公約》第26條第4款和第5款的規定。《法院規則》第24條e款指出：“組成每個案件大法庭的法官以及後補法官應該由法院院長在登記官在場的情況下以抽籤的方式從剩餘法官中選取。法官的地域構成要足夠平衡以反映締約國不同的法律體系，在適當考慮這一需求後，抽籤的形式由法院大會具體制定。”

實踐中，法院已經組織了6個“區域”（Regional）分組以形成每個案件的大法庭；這些“區

[50] European Convention on Human Rights, arts.22 and 23.

[51] European Convention on Human Rights, art.51and Statute of the Council of Europe, art.40.

[52] European Convention on Human Rights, art.24.

[53] 參見 Dunoff and Pollack, “The Judicial Trilemma” (2017) 111 (2) *American Journal of International Law* 225, fn.102.

[54] European Convention on Human Rights, arts.45(2) and 49(2).

域”分組要不時地被審查，大法庭法官通過手動抽籤的方式從這些區域分組中產生。

關於法院分庭（chambers）以及分部（sections），《人權公約》第26條第1款的規定被《法院規則》第25條和第26條補充完善。《法院規則》第25條關於“法院分部的設置”規定到：“分部的構成應該具有地理上和性別上的平衡性，並且能夠反映各締約國不同的法律體系[這裡用的是“分部”而不是“分庭”]”。《法院規則》第26條第1款b項關於“法院分庭的構成”規定到：“分庭的其他法官應該用輪流的方式由分部主席指定所在分部的法官擔任”。具體實踐是，在諮詢法官個人之後，人權法院院長做出分部構成的提名，而後法院大會正式批准通過。至於每個案件分庭的人員構成，最終取決於法院分部主席。

這些規定應該被重新審視，以期避免在組建司法隊伍過程中的任何偶然因素和任意性。與之相對，應該確保司法組織構成的確定性和可預測性，消除任何可懷疑的空間。每個案件分庭以及大法庭的組成都應該按照嚴格客觀的標準，依據自動化的可公開查詢的程式進行。

按照一直以來的做法，法官報告員被匿名指派來掌控每個案件的進程。這一做法遵循了法院的一項內部規則，按照這一規則，擁有相關案件來源國國籍的法官便是分庭上該案件的法官報告員，^[55]除非分部主席另有決定，這在法院也是公開的秘密。在大法庭案件中，人權法院院長有完全的自由裁量權來任命法官報告員。^[56]應該改變這種做法。

首先，《歐洲人權公約》並沒有禁止法官報告員身份的公開。其次，鑒於法官報告員的投入對案件的進展至關重要，《法院規則》第48條到第50條的規定明顯不能確保所需要的機制透明度。再次，按照非常重要的歐洲委員會透明度原則，原告，政府，律師以及公眾有權知道法官報告員的身份。^[57]所以，應該公開法官報告員的姓名，法官報告員的任命也應該按照嚴格的客觀標準遵循公開可查詢的程式。

獨任法官可以根據《人權公約》第34條宣佈案件申請不予受理或者將申請從法院案件清單中剔除。^[58]獨任法官由一名非司法性的報告人協助，該非司法性報告人在法院院長的授權下履行職責。^[59]實踐中，獨任法官以及非司法報告人都是由法院院長任命的。在任命獨任法官和非司法報告人上，法院院長有完全的自由裁量權，但有一項限制，即當案件的被告國是選舉該獨任法官的國家時，她或他不能處理該案件的申請。^[60]針對特定國家任命獨任法官和非司法性報告人應該有客觀的公開的標準。僅僅這一個事實，即獨任法官的決定是不可上訴的最終的決定，^[61]就足以證

[55] 這就是為什麼案件申請一般會分配給案件國籍國法官所在的分部。依據《法院規則》第26條1款a項，在構建審理該案件的法庭時，位列法院其它分部的同屬案件國籍國的法官是該審判法庭的當然成員。

[56] 有時候他或者她的身份是公開的(參見 Dzehtsiarou and Lukashovich, “Informed Decision-Making: The Comparative Endeavours of the Strasbourg Court” in (2012) 30 (3) *Netherlands Quarterly of Human Rights* 274, fn.10)。

[57] 參見 the “Guidelines for civil participation in political decision making”, adopted by the Committee of Minister on 27 September 2017 at the 1295th meeting of the Ministers’ Deputies. 《指導綱領》建議在全歐洲範圍內增加決策制定的透明度，也就是說所有負責制定決策的公共機構都要受到獲取資訊法的約束。同時參見 the Parliament Assembly Resolution 2182 (2017) on “Follow-up to Resolution 1903 (2012): promoting and strengthening transparency, accountability and integrity of Parliamentary Assembly members”, adopted by the Assembly on 10 October 2017.

[58] European Convention on Human Rights, art.27 and Rules of Court, r.27A.

[59] European Convention on Human Rights, art.24(2).

[60] European Convention on Human Rights, art.26(3).

[61] European Convention on Human Rights, art.27(2).

明要求這樣的客觀性和公開性是恰當的。獨任法官的決定佔據了人權法院產出的絕大部分，這一額外事實只會更加支持有關提高獨任法官任命客觀性和透明度的觀點。

法院產出的透明度仍有許多不足之處。^[62] 單獨意見是依舊被低估的能夠確保法院透明性以及推動法院判例法發展的主要工具。《人權公約》第45條並不禁止確認裁定中的多數派和少數派法官。在裁定中形成多數派和少數派的法官都應該可以被識別，以澄清每位法官的立場。^[63]

對於那些包含不予受理決定的涉及案件事實審理的判決，法院對單獨意見（關於不予受理的問題）持開放態度，允許將這些意見加入到案情判決（judgment）中。^[64] 事實上，沒有理由不能將附加單獨意見的做法擴展到類似的裁定（decision）中。《人權公約》第45條第2款沒有提到裁定的問題，這樣的疏忽只是歷史上的一個意外，鑒於按照《公約》機構原來的許可權，有關案件受理歸人權委員會負責。^[65] 此外，《法院規則》第74條第2款允許法官在大法庭或者法庭的判決書中可以僅僅出示一份簡單的異議聲明（bare statement of dissent）已經越法（praeter legem）。最重要的是，不予受理的裁定有時候會處理複雜的關鍵的問題，這些問題涉及到人權法院的管轄權以及對《公約》和《公約議定書》的解釋。締約國或者個人等依據《公約》第33條和第34條提交的申請都涉及非常重要的問題，法官不允在這樣的裁定中發表個人觀點，^[66] 而在那些拒絕諮詢性意見請求的裁定中，法官卻可以附加單獨意見或者異議聲明，這是非常荒謬的。^[67]

《人權公約》第46條第3、第4、第5款並沒有排除在解釋性和侵權判決中加入單獨意見。儘管《法院規則》第93條^[68] 明確禁止在解釋性判決中加入單獨意見，《規則》第99條^[69] 卻沒有禁止在侵權判決中加入單獨意見。這種區別對待毫無根據，為解決這個問題，錯誤的《法院規則》第93條應該符合於《人權公約》第46條第4款確立的開放性規則，並且同《人權公約》第45條第2款一起解讀。^[70]

[62] 因為這篇文章聚焦於機制透明度改革方面的努力，它不會處理涉及到判決動機的實質透明性問題，比如在判決中，國家裁量餘地(margin of appreciation)不可預測的使用以及對歐洲共識(European consensus)的扭曲，關於這些方面的實踐，歐洲人權法院歷來遭受批評。(歐洲人權法院的法官對這個問題有很多有趣的評論，參見 Dzehtsiarou, *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights* (Cambridge University Press 2015, ch.7), 以及 Tulkens and Donnay, “L’usage de la marge d’appréciation par la Cour européenne des droits de l’homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature?” (2006) *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé* 3, and Tulkens, “Conclusions Générales”, in Frédéric Sudre (ed.), *Le principe de la subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l’Homme* (Anthemis, 2014)).

[63] 有時候少數派法官無法擺脫多數派法官的影響，尤其是當案件來自他或者他的國籍國時，這令人沮喪。

[64] 參見, *Navalnyy v Russia* (App.No.101/05), judgment of 17 October 2017其中凱勒法官和傑多夫法官 (Judges Keller and Dedov) 合寫的單獨意見, *Tibet Mentes v Turkey* (App. No.57818/10), judgment of 24 October 2017其中卡爾卡斯法官, 武齊尼奇法官和拉弗蘭克法官 (Judges Karakas, Vucinic and Laffranque) 合寫的單獨意見, 以及 *de Tommaso v Italy*[GC] (App.No.43395/09), judgment of 23 February 2017其中我自己寫的單獨意見。

[65] 這從人權法院包括前歐洲人權委員會存續期間的實踐中可以看出 (參見 *Van Oosterwijck v Belgium* (1981) 3 E.H.R.R. 557 and *Cardot v France* (1991) 13 E.H.R.R. 853)。

[66] Rules of Court, r.56(1).

[67] Rules of Court, r.88(2).

[68] 現在的法院規則第98條。

[69] 現在的法院規則第104條。

[70] 事實上舊的人權法院曾經接受解釋性判決中附加單獨意見 (參見 *Ringisen v Austria* (Interpretation) (1979) 1 E.H.R.R. 513 其中維德羅斯和紮基安法官 (Judges Verdross and Zekia) 發表了單獨意見)。

獨任法官做出的案件不予受理的裁定^[71]以及大法庭小組會做出的拒絕將案件提交給大法庭審理的裁定^[72]都應該提供充分的理據（不是模式化的），而且這些裁定也都應該公開。^[73]各國政府在2015年《布魯塞爾宣言》中非常清楚地提出了這些要求，^[74]既國內以及國際機構紛紛表達批評意見後。^[75]按照同樣的邏輯，所有放棄管轄權支持由大法庭審理案件的裁定都應有推理說明，因為它剝奪了當事方一層級權利。^[76]

人權法院起草判決或裁定所依賴的所有資訊來源都應該公開，包括那些由法院司法顧問提供的資訊，^[77]來自法院研究部門的國際法和比較法報告以及協力廠商幹預。^[78]激勵法院判決的一個關鍵是法院關於合理補償的內部指導綱領。這些綱領沒有理由一直不被公開。^[79]案件的當事方有權利知道所判給的合理補償是如何計算出來的。^[80]

學術研究表明一般情況下司法機構的獨立性同它的問責制呈反比關係：更多的獨立性是以更少的問責為代價的。^[81]歐洲人權法院是一個低問責制的司法機構。除了對法官不再滿足“必要條件”^[82]時所採取的解聘程式以及禁止法官參與“任何與其獨立，中立，或全職辦公的要求不相符合的活動”^[83]外，並沒有其他針對法官的問責機制。法院登記處的工作人員，適用歐洲委員會的一般紀律規則。^[84]但是仍可以做出更多改進以使法院更加負責。

法院全體大會對有關法院行政和管理政策方面的最重大決定負責。^[85]辦公室（the Bureau），缺乏《公約》基礎，只是法院院長的一個諮詢機構，自身沒有任何決定權。^[86]所有的司法事項都不在辦公室的諮詢性許可權範圍之內，辦公室只能就法院院長許可權範圍內的行政和非司法事項

[71] European Convention on Human Rights, arts.27 and 45 (1).

[72] 《人權公約》第43條第2款，第3款以及《法院規則》第73條第2款規定“拒絕請求時不需要給出原因”。

[73] 《法院規則》第33條第4款只要求獨任法官發佈關於裁定的基本資訊。

[74] 參見2015年3月27日布魯塞爾關於“歐洲人權公約的實施，我們共同的責任”高端會議的《宣言》：“歡迎人權法院打讓獨任法官在做出不予受理裁定時提供簡要說明，希望人權法院從2016年1月就開始這麼做；也希望人權法院考慮在做出包含臨時措施的裁定時以及由5人審判組裁定拒絕將案件遞交大法庭審判時，都能提供簡要說明”。

[75] 參見 *Maria Cruz Achabal Puertas v Spain*, United Nations Human Rights Committee, Communication No.1945/2010, 18 June 2013, 以及在 *Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu v Romania* [GC] (App. No.47848/08)中我的單獨意見。

[76] 《法院規則》第72條第3款做出了與之相反的規定。

[77] 《法院規則》第18條B款規定：“為了確保判例法的品質和一致性，法院應該有一名司法顧問的協助。他或者她應該是登記處的成員。司法顧問應該提供意見和資訊，尤其是那些關於法院組織和法庭人員的”。

[78] European Convention on Human Rights, art.36 and Rules of Court, r.44.

[79] 參見《人權指導委員會（CDDH）報告》CDDH Report on “the longer-term future of the system of the European Convention on Human Rights”, CDDH (2015) R84, Addendum I, 11 December 2015, p.83: “關於法院判給的補償，人權指導委員會認為法院適用的標準應更為透明”。

[80] 事實上人權法院自己的判例法對締約國法院施加了極高的透明度義務（例如，*Ferreira Alves v Portugal*(No.3)(App. No.25053/05), judgment of 21 June 2007 at [40]-[43]）。

[81] Dunoff and Pollack, “The Judicial Trilemma” (2017) 111 (2) *American Journal of International Law* 225, 226.

[82] European Convention on Human Rights, art.23(4) and Rules of Court, r.7.

[83] European Convention on Human Rights, art.21(3) and Rules of Court, r.4.

[84] 參見 *Staff Regulations of the Council of Europe*, arts. 54-58.

[85] European Convention of Human Rights, art.25.

[86] Rules of Court, r.9A(3).

發聲。^[87] 辦公室承擔促進法院各部門之間相互協調的任務，但這項任務只能是關於行政和非司法性質的事宜。^[88] 辦公室關於司法事項的任何聲明，包括宣告判例法的一致性，都屬於越權。

在歐洲委員會每年通過預算之前，按照法院的行政和管理政策，一份經由法院全體大會通過的詳細的年度報告應該呈遞到歐洲委員會的部長委員會以及議會面前，介紹法院過去的以及未來可期的工作成果。最重要的是，締約國應被給與更多的支援以採納《法院規則》。^[89]

為了符合《人權公約》的“歐洲公共秩序的憲法性文件”這一本質，^[90] 人權法院行政與管理政策的焦點應該放在締約國提交的違約之訴和試點判決程式。^[91] 應該給這些類型的案件分配專門的人力和財力資源。除了做出其他的一些戰略性選擇，人權法院還應設立一個“特情室”（situation room）對案件的進展提供集中的內部監督以及持續跟進這些案件。“特情室”應該是一個高級別的行政部門，能夠使法院更有效地評估案件的進展以及評估相關案件的判決將如何影響同部長委員會監督機構的合作。^[92]

更一般地講，在法院發現締約國違反《公約》後，為了充分應對那些拒不執行判決的締約國，應該增加使用《公約》第46條第4款規定的侵權程式並且充分告知被害人享有在國內重啟案件的權利，通過這種方式推進法院判決執行的司法化，這是歐洲人權法院和歐洲委員會部長委員會應該設想的至關重要的戰略步驟。^[93]

一種基於問責制，注重產出高品質文書作品而不只是統計結果的文化^[94] 應該盛行於法院的行政和管理活動中。但這很明顯只有在司法機構高度權威，登記處工作積極且日益專業的情況下才能實現。法官選舉應該包括一個細密的公共審核程式。歐洲範圍的統一的公共審核程式應該提高當前的國內和國際標準，^[95] 包括歐洲議會法官選舉委員會對歐洲人權法院的公開訪談。在被選舉

[87] Rules of Court, r.9A(3).

[88] Rules of Court, r.9A(4) (read in conjunction with the previous r.9A(3)).

[89] 法院規則第110條（現在的第115條）在這方面嚴重不足。

[90] *Loizidou v Turkey* (preliminary objections)(1996) 21 E.H.R.R. 188 at [75].

[91] 早在2005年，沃爾夫勳爵在關於歐洲人權法院工作方式的審核報告中建議“對那些有可能做出試點判決的案件應該給與優先權，所有的相似案件應該擱置以等待該案件做出試點判決”。參見人權指導委員會報告CDDH Report on “the longer-term future of the system of the European Convention on Human Rights”, CDDH (2015)R84, Addendum I, 11 December 2015, p.82: “對於體系性問題，人權指導委員會(CDDH)支持法院實施有效的司法政策以及案件管理，允許對大批量的案件申請實施高效率的審核並且引導被告國在部長委員會的監督下通過試點判決或者其他可用的程式解決其深層的體系性問題。”上面引用到的2015年《布魯塞爾宣言》支持“法院進一步探索以及使用高效的案件管理方法，尤其是法院按照案件的重要性、緊迫性和其他因素劃分優先審理範圍的做法，以及它的試點判決程式。”按照法院的優先政策，試點程式適用於第二類案件。但是根據它最近對優先政策的審查，從2017年5月22日起，法院將屬於第二類案件的由締約國提起的違約之訴排除在試點程式之外，“鑒於這些案件足夠特殊，在任何情況下都應該使用特別的處理程式”（參見法院網站上的“法院優先政策”）。

[92] 這意味著在試點判決做出後，那些重複性的案例不應全部被非司法化處理。*Burmych v Ukraine* (App.Nos 46852/13 et al.), judgment of 12 October 2017做出的“出局”（strike-out）判決應該按照該案件中存在的特殊情形解讀，對此法院在判決書中也多次提及（參見判決書第174,175,181和199段）。

[93] 關於《歐洲人權公約》第46條第4款侵權程式的法律和政治重要性，參見*Fabris v France* (2013) 57 E.H.R.R. 19中我的單獨意見，關於執行《人權法院判決之後在國內法院重啟或者重審案件的建議2000 (2)》，參見*Moreira Ferreira v Portugal* (No.2) (App.No.19867/12) judgment of 11 July 2017中我的單獨意見。

[94] 參見Elisabeth Lambert Abdelgawad, “La mesure de la performance judiciaire de la Cour Européenne des Droits de l’Homme: Une logique managériale à tout prix?” (2016) 159 *Revue Française d’Administration Publique* 824.

[95] 參見the Committee on the Election of Judges to the European Court of Human Rights, Procedure for electing judges to the European Court of Human Rights document prepared by the Secretariat, AS/Cdh/Inf(2018) 01, 19 December 2017.

後，法官也承擔私生活被問責的義務。法官的庭外活動應該完全公開，包括參加的由成員國資助的活動的細節。

登記處是法院架構的支柱，極大影響法院產出的品質。《人權公約》第25條e款規定登記官以及副登記官應通過法院全體大會選舉產生。法官們的這項責任應該推廣到選舉登記處的其他工作人員。法官們應該對法院登記處的招聘以及職業發展政策有非常堅定的投入。

上述改革方案的運行應該被視為是歐洲人權法院以及歐洲委員會其他機構的共同責任。現在，歐洲人權法院作為歐洲委員會皇冠上的明珠，比以往任何時刻都更需要委員會其他機構毫不含糊的支持。顯而易見的事情有時也需要特別說明。毫無疑問，如果歐洲人權法院倒下了，歐洲委員會也會坍塌。

Abstract: In this article, the author debates the reasons for the current strained relationship between some Contracting Parties and the European Court of Human Rights. The author argues that much of the criticism addressed to the Court is ultimately aimed at the founding principles of the European human rights protection system, like the principles of evolutive interpretation and European consensus, as well as at the Court's soft law and social rights friendly stance. He briefly analyses the contradictory reaction of the Court to this criticism. In this context, he considers that both the UK rebellion against Hirst and the Court's backtracking from its own principles of interpretation in some major cases have had a negative "snow ball" effect on other Contracting Parties to the European Convention on Human Rights, as the recent confrontational attitude of the Russian legislator towards the Court has shown. The article concludes with a defence of the Court's traditional mode of reasoning and a pledge for reform of some practices of the Court based on three steps: more independence, more transparency and more accountability.

Key words: European Court of Human Rights; Powers and Duties; Judicial Independence; Jurisprudence; Statutory Interpretation; Transparency

(責任編輯：張竹成)