



《北大法律评论》(2019)  
第 20 卷·第 1 辑·页 200—231  
Peking University Law Review  
Vol. 20, No. 1, 2019, pp. 200—231

## 废除《人权法案》与退出《欧洲人权公约》： 英国普通法法理能否有效保障基本权利？

范继增\*

### **Abolition of the *Bill of Rights* & withdrawal from the *European Convention on Human Rights* : Can British Common Law Jurisprudence Effectively Protect Basic Rights?**

*Fan Jizeng*

**内容摘要：**英国的普通法体系在保障基本权利领域具有独特性和传统性。尽管英国的普通法体系具有保障和承认个人权利的传统，但是普通法对于基本权利的定义不同于现代大陆国家的宪法概念。普通法的核心是维护个人私人利益和公共利益的理性平衡，而欧洲大陆宪法权利的核心是承认基本权利保障的优先性。1998 年英国通过的《欧洲人权公约》部分改变了英国传统的司法体制，要求法院在审判过程中须与人权公约和人权法院的判决标准尽可能保持一致。这改变了英国法官的传统法理思维。部分法官和政党领袖认为外来的人

---

\* 法学博士，四川大学法学院特聘副研究员。

本文系 2018 年中央高校基本科研业务费(法学)“司法审查下的直接民主：当代宪法治理模式下宪法法院制约制宪权与限制全民公决权研究”(2018fxyj-02)的阶段性成果。作者特别感谢北京大学李红海教授、中国人民大学石佳友教授、中南民族大学张颖军教授、中国社会科学院国际法所郝鲁仪副研究员等同仁的评论、意见和建议。

权公约危害了传统的普通法自治和议会至上的主权结构,要求废除《人权法案》和退出《欧洲人权公约》,制定符合英国国情的《不列颠人权法案》。然而,一方面,受到政治影响和以普通法为标准的《不列颠人权法案》具有降低国内人权保障的风险,普通法本身无法对新兴权利和社会诉求提供快速和动态的保障;另一方面,废除《人权法案》或退出《欧洲人权公约》会增加国家和个人的诉讼成本并会受到其他公约缔约国的质疑。

**关键词:**普通法 基本权利 欧洲人权法院 《欧洲人权公约》 镜像原则 司法对话

2016年年底,英国前首相特蕾莎·梅指出保守党将致力于在2020年前退出《欧洲人权公约》。<sup>〔1〕</sup>《人权法案》决定将《欧洲人权公约》和欧洲人权法院(以下有时简称为“人权法院”)的判决并入到英国国内法律体系后,民众与学者一直担忧传统的议会与司法主权会面临域外欧洲法的挑战。*Hirst II*案的判决结果导致英国立法机构和人权法院矛盾的总爆发。人权法院认为英国立法不加区别地剥夺所有被监禁刑事犯人的投票权违背了人权公约规定的国家义务。<sup>〔2〕</sup>

英国保守党在2006年就着手制定了企图废除《人权法案》的计划。<sup>〔3〕</sup>保守党认为现有的《人权法案》授权法官在审理国内案件时考虑人权法院相关判决以及允许法官通过“合约性解释”(consistent interpretation)的方法调和国内法与《欧洲人权公约》冲突的规定违反了“议会至上”的主权原则,因此,主张在废除《人权法案》的基础上制定一部以恢复普通法传统和保障议会主权为核心的《不列颠人权法案》;对外主张缔约国法院享有优先解释和适用公约的权利,并且限制人权法院受理案件的范围。<sup>〔4〕</sup>部分保守党员要求英国政府完全退出

〔1〕 Theresa May “will campaign to leave the European Convention on Human Rights” in *2020 Election* (Independent, 29 December 2016), at <http://www.independent.co.uk/news/uk/politics/theresa-may-campaign-leave-european-convention-on-human-rights-2020-general-election-brexit-a7499951.html>. (last visited on Apr. 12, 2017).

〔2〕 *Hirst vs. UK*, appl no. 74025/01, judgment 08 April 2004. 注:欧洲人权法院的判决现今都已经上网,为了便于援引,欧洲人权法院的判决(尤其是在欧洲出版的期刊)都已经变成“个人 vs. 国家”的模式,例如, *A, B & C vs. Ireland*, appl no. 25579/05, judgment 16 December 2010, para. 233(主体 vs. 国家,案件号,判决时间,具体段落)。为方便读者或者编辑到相关的欧洲人权法院案例库区进行查找,本文以该格式作为相关案例引证格式(案例库地址 <https://hudoc.echr.coe.int>),特此说明。

〔3〕 *Cameron calls for repeal of Human Rights Act.* (Guardian, 12 May 2006), at <https://www.theguardian.com/politics/2006/may/12/immigrationpolicy.immigration>. (last visited on Apr. 14, 2017).

〔4〕 Sarah Lambrecht, “Reforms to Lessen the Influence of the European Court of Human Rights: A Successful Strategy?”, *European Public Law*, vol. 21, no. 2, 2015, pp. 273-274.

《欧洲人权公约》。<sup>〔5〕</sup>戴维·霍普(David Hope)法官指出废除《人权法案》但不退出《欧洲人权公约》将很难完全实现英国普通法的自治性。<sup>〔6〕</sup>

部分英国法官认为废除《人权法案》或者退出《欧洲人权公约》不会对英国人权保障产生实质性影响。在当下的普通法复兴理念中,法官在判决中逐渐开始突出普通法优越于《欧洲人权公约》的地位。韦彦德(Robert Reed)法官在 *Osborn* 案的判决中指出,“《人权法案》并未超越英国国内普通法和制定法设置的人权保障标准,也没有依据欧洲人权法院的判决建构一套新的法律体系。人权是由国内法所保障,只有在适当的时候国内法才按照《人权法案》解释与发展”<sup>〔7〕</sup>,所以英国法院不能将《欧洲人权公约》的保障标准视为红宝书。

本文将通过系统性的方法检验英国普通法体系对基本权利保障的能力和效果。从案例分析和比较法视角分析英国普通法体系保障基本权利的途径、方法、效果以及英国法院与欧洲人权法院在法理中的差异。笔者首先研究英国普通法体系保障基本权利的历史特征,以及普通法体系是否承认宪法的基本权利,其次从实证和案例分析视角探讨《人权法案》对英国宪法体系和结构的影响,最后探讨《不列颠人权法案》能否弥补英国退出《欧洲人权公约》后基本权利的法理真空。

## 一、英国普通法体系与基本权利保障

笔者需要以立宪主义与法治相结合的视角为切入点分析英国普通法与基本权利保障的关系;在缺乏成文宪法的条件下,英国法院需要从合法性原则、理性原则以及程序正义视角审查公权力机构的行为是否侵犯了公民基本权利。<sup>〔8〕</sup>公权力的行使方式和对个人权利和义务影响的合法性必须根源于议会

---

〔5〕 Roger Mastermann, “The United Kingdom: From Strasbourg Surrogacy toward a British Bill of Rights”, in Patricia Popelier, Sarah Lambrecht and Koen Lemmens (eds.), *Criticism of the European Court of Human Rights*, Intersentia, 2016, p. 464.

〔6〕 Brice Dickson, “Repeal the HRA and Rely on the Common Law”, in Katja S. Ziegler, Elizabeth Wicks & Loveday Hodson (eds.), *The UK and European Human Rights: A Strained Relationship*, Hart Publishing, 2015, p. 117.

〔7〕 *R vs. Parole Board* [2013] UKSC 61, para 57. (早期,欧洲人权法院的判决援引有两种方式,分别是 *S. A. S vs. France* [2014] ECHR 695 和 *S. A. S vs. France* XXX EHRR XX 模式,但是随着网络资源的普及,目前欧洲人权法院的判决普遍用上一段的模式。英国法院的判决比较特殊,援引案例的方式和来源也很多。例如本文中的 UKSC 是 UK Supreme Court, WLR 是 Week Law Report, AC 是 Appeal of Court, KB 是 Court of King Bench, QB 是 Court of Queen Bench, HCA 是 High Court of Australian,即澳大利亚的高等法院的援引和缩写;CLR 是 Commonwealth Law Report。这些内容和援引模式通常是牛津(Oxford)出版物援引英国和其他普通法国家的判决模式。故本文以该格式作为相关案例引证格式,特此说明。)

〔8〕 Geranne Lautenbach, *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*, Oxford University Press, 2013, p. 25.

直接的立法或者间接的授权,国家议会的决定是最高主权的源泉。<sup>〔9〕</sup> 法院是保障个人权利最为重要的机构,通过以合法性原则为基础的判例法的发展,逐渐完善对基本权利的保障。<sup>〔10〕</sup> 尽管议会通过的法律具有至高无上的地位,但无权对后续的议会立法效力形成制约。<sup>〔11〕</sup> 虽然当下的英国最高法院在《人权法案》框架下拥有有限的司法审查权,但是在议会至上的框架下法院无权宣布某一部立法无效。当议会不满最高法院的决定时,立法权威可以通过政治途径消除法院判决的影响。

普通法发展的根基是英国法院在具体判决中的释法活动。尽管不能完全排斥自由和公正等抽象性法律价值的诞生,但英国的普通法体系不承认个人享有对抗国家的现代性宪法权利。例如,何熙怡大法官(Lady Hale)就将英国普通法与《欧洲人权公约》的差异归结为“英国人不知道享有对抗国家的权利”<sup>〔12〕</sup>。普通法并非缺乏人权保障的历史。布莱克斯通撰写的《英格兰法评注》(*Commentary on the Law of England*)列举了普通法保障个人权利的清单,并将保障个人的绝对权利视为社会的首要目的。

近代实证法对自然法的批判影响了英国普通法走向。边沁将自然权利描述为“无意义的存在”,并批判人权是“空中花园”(nonsense of stilts)。<sup>〔13〕</sup> 自由主义者洛克将对抗国家的自然革命权视为特殊的政治状态,将“自由”定义为人们获取机会和维护社会稳定的方式。密尔将个人自由的前提设定为权利行使人不得危害他人的权利。从历史的角度分析,英国的自由理念源于对王权的限制,而并非立法赋予个人直接的主观权利。因此,尽管部分学者将《自由大宪章》视为人权保障法的起源,但是大宪章的本质体现为限制王权的“法治”精神。显然,这与现代立宪政体直接赋予民众基本权利的模式不相符合。在《人身保护令》的框架下,“自由”是表达人民享有实体或者程序性权利,而非通过现代性“人权”词语的概念争取扩张法定权利的范围。<sup>〔14〕</sup> 1628年的《权利请愿书》以尊重法定程序的方式有限地保障公民的财产权和人身权;1689年《权利法案》

〔9〕 William Wade & Christopher Forsyth, *Administrative Law (10th edition)*, Oxford University Press, 2009, p. 17.

〔10〕 Albert V. Dicey, *Introduction to the Study of the Rule of Law of the Constitution*, Macmillan Education, 1959, p. 199.

〔11〕 Lucas Prakke, “The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland”, in Lucas Prakke & Constantijn Kortmann (eds.), *Constitutional Law of the 15 EU Member States*, Kluwer, 2004, p. 878.

〔12〕 Lady Hale, *What's the Point of Human Rights?* (EIN, 4 December 2013), at <https://www.ein.org.uk/news/lady-hale-whats-point-human-rights> (last visited Dec. 11, 2017).

〔13〕 Jeremy Bentham, “Anarchical Fallacies”, in Ross Harrison, *Selected Writings on Utilitarianism*, Wordsworth Edition, 2000, p. 405.

〔14〕 Brice Dickson, *Human Rights and the United Kingdom Supreme Court*, Oxford University Press, 2013, p. 19.

将光荣革命取得的政治成果合法化,限制国王剥夺财产与处罚民众的权力以及维护议会的权威。<sup>[15]</sup> 因此,17世纪的英国立法侧重限制国王权力和维护法治,并不属于直接赋予民众权利的典范。迈克尔·弗里曼(Michael Freeman)指出“《自由大宪章》并不是对已有英国法的梗概,而是一部在特定政治背景下建立的法律。它的目的是对特殊的抱怨提供法律救济。因此,它不是一部英国人民的权利宪章,更不能称之为人权。”<sup>[16]</sup>

在《人权法案》生效前,英国大学法学院缺乏人权法的课程与专业教科书。法学课程更多是教授法律技术和程序运作,很少涉及人权价值领域。即便英国普通法体系下的侵权法承担保障个人基本权利的功能,但是与欧洲大陆法系不同,英国法院不是依靠生命权、自由权或者财产权等权利条款审查公权力行为的合法性,而是依靠程序公平标准检验政府行为是否违反普通法的标准。反对基本权利法典化的澳大利亚籍法官戴森·艾顿(Dyson Heydon)认为,《人权法案》会导致英国法院摧毁普通法的确定性,不断创造立法规则。<sup>[17]</sup>

#### (一) 英国普通法体系是否承认宪法权利?

1770年英国首相老皮特在议会演讲中将《自由大宪章》《权利请愿书》和《权利法案》视为“英国宪法的圣经”。<sup>[18]</sup> 但是,在英国很长的历史中,“宪法”专指国王批准的法律。尽管1688年的光荣革命后,“宪法”在英国法律语境中特指与政府统治相关的基本规则,但是“宪法”条款无法具有最高的法律权威,因此不属于现代意义的宪法概念。<sup>[19]</sup> 近代英国学者戴雪将“宪法”解释为“定义主权享有者的一切规则,调整主权享有者间的关系,决定主权以及行使主权的模式”<sup>[20]</sup>,但是英国法学家布莱克斯通始终不了解为什么支持革命宪法的欧洲人赞同在立法权之外存在更高的制宪权威(pouvoir constituant)。<sup>[21]</sup>

[15] Giuseppe F. Ferrari, *La libertà e i diritti: categorie concettuali e strumenti di garanzia*, in cura di Paolo Carrozza, Alfonso Di Giovine & Giuseppe F. Ferrari, *Diritto costituzionale comparato*, Laterza, 2009, ff. 1013-1015.

[16] Michael Freeman, *Human Rights: An interdisciplinary approach*, Polity, 2002, p. 17.

[17] Dyson Heydon, “Are Bill of Rights Necessary in Common Law System?”, *Law Quarterly Review*, Vol. 130, no. 7, 2014, pp. 408-409.

[18] Carolyn Harris, *The Magna Carta* (Magna Carta 2015 Canada), at <http://www.magnacartacanada.ca/the-magna-carta/> (last visited Jun. 11, 2019).

[19] Dieter Grimm, “Types of Constitutions”, in Michel Rosenfeld & Andras Sajó (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, 2013, p. 101.

[20] *Supra* note [10], pp. 22-23.

[21] Stephen Holmes, “Constitutions and Constitutionalism”, in Michel Rosenfeld & Andras Sajó (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, 2013, p. 207.

相比于政治家的说辞和学者的观点,司法判决是落实普通法权威和塑造法律的直接来源。<sup>[22]</sup> 布莱克斯通曾说道:“普通法源于法院报告或者判决和历史流传下来的英国法官们专业性和富有学识的理由。”<sup>[23]</sup> 但是,部分英国法官也受到来自欧洲大陆、美国甚至以色列 *Migdal* 案<sup>[24]</sup> 判决模式的影响,希望在普通法系内建立成文法国家的宪法定义,选择出相关重要的法案作为英国宪法,并且赋予其审查议会其他立法的最高效力。

在 *Thoburn* 案<sup>[25]</sup> 的判决中,约翰·劳斯(John Laws)法官依照现代宪法的实质要素<sup>[26]</sup> 从议会的立法中选择宪法性的法案,并试图赋予其高于一般议会立法的效力。劳斯将“宪法法案”定义为两个要素:(1) 以整体框架结构的方式规定国家与个人之间的法律关系;(2) 会导致扩大或者缩小基本权利的立法。因此,他将《自由大宪章》《权利法案》《联盟法案》《欧共体法案》《人权法案》《苏格兰法案》以及《威尔士政府法案》确定为英国本土的宪法。<sup>[27]</sup> 尽管劳斯大法官认为不能以修改普通法案的方式“改变或者剥夺”宪法法案确认的基本权利和地方关系制度<sup>[28]</sup>,但是由于议会在英国宪制中享有最高的主权地位,所以无法将大陆法系宪法最高权威的理念直接移植到普通法,只能通过程序性审查的方式限制“后法优于新法”的适用。<sup>[29]</sup> 而在先前的 *Simms* 案的判决中,贺辅明

[22] Hazel Genn, *Common Law Reasoning and Institutions*, Stewart House, 2015, p. 15

[23] William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England in Four Books, Introduction Sec. 3* (The Online Library of Liberty), at [http://files.libertyfund.org/files/2140/Blackstone\\_1387-01\\_EBk\\_v6.0.pdf](http://files.libertyfund.org/files/2140/Blackstone_1387-01_EBk_v6.0.pdf), p. 60 (last visited Jun. 11, 2019).

[24] see Suzie Navot, “Israel: Creating a Constitution—The Use of Foreign Precedents by the Supreme Court (1994-2000)”, in Tania Groppi & Marie-Claire Ponthoreau (eds.), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Hart Publishing, 2013, p. 133.

[25] *Thoburn vs. Sunderland City Council* [2002] EWHC 195 Admin, [2003] QB 151, para. 62.

[26] 王世杰:《比较宪法》,武汉大学出版社2013年版,第4—5页。王世杰先生将规定个人的权利与义务,国家最重要的机关组织和关系,宪法之改变作为现代成文宪法的实质内容;Cfr Mark Tushnet, “Constitution”, in Michel Rosenfeld & Andras Sajó (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, 2013, p. 217.《法兰西学术词典》对现代成文宪法的定义为:“宪法是成文或者习惯形成的基本法之汇编。这些法律不仅决定了政府的构成,同时也规定了公民的政治权利。”

[27] Giuseppe Martinico & Oreste Pollicino, *The Interaction between Europe's Legal System: Judicial Dialogue and The Creation of Supranational Law*, Edward Elgar, 2012, p. 120.

[28] John Laws, “Constitutional Guarantees”, *Statute Law Review*, vol. 28, no. 1, 2008, pp. 1-2.

[29] *Thoburn vs. Sunderland City Council* [2002] EWHC 195 Admin, [2003] QB 151, para. 63. 劳斯法官指出“法院将以此方式检验推翻宪法法案(constitutional act)和改变议会立法规定的基本权利是否有效:必须考虑立法机关是否具有真实的意图——而不是推定或者假设——去推翻或者减损基本权利的范围。我个人认为只有在后(制定)法中明确地说明或者通过特定的语言表明立法者希望立法结果发生具有不可更改的意图时才算通过测试。”

(Leonard Hoffmann)法官甚至激进地要求仿照成文宪法国家模式建构以基本权利为核心,审查一切议会立法的宪法审查机制。<sup>[30]</sup>

尽管在脱欧前英国上院不否认欧盟法在英国法律体系中具有优先适用性,但是劳斯大法官建立宪法审查制度的企图并未得到英国上院其他法官的同意。从 *Thoburn* 案以后的判决分析,英国普通法体系既没有产生“宪法审查”程序,也没有对英国普通法体系是否存在“宪法权利”达成共识。在 *ProLife Alliance* 案的判决中,劳斯大法官将法院描述为“为政治辩论提供民主制度下宪法保障的最后守卫人”并认为此观点“符合近年来普通法承认基本权利和宪法权利的一般性认识”<sup>[31]</sup>。然而,英国上院推翻了上诉法院的判决。李启新大法官(Donald Nicholls)严格依据议会至上的宪法体系指出:“上诉法院不具有在政治言论表达权和保护民众免受不适当信息权之间做出平衡的权力。议会立法已在相对抗的利益间形成平衡。”<sup>[32]</sup>2011年,英国最高法院院长廖柏嘉(David Neuberger)告诫自己的同事:“有些人认为议会不再享有主权,而国内外的法院才真正控制国家的观点是错误的……我们不能忘记无论如何发展和适用法律,我们都不能在解释法律的过程中违背立法者的意志”<sup>[33]</sup>。

而在 *Cullen* 案和 *Watkins* 案判决中,多数法官反对给予特定权利超越一切立法的宪法性地位。阿兰·罗格(Alan Rodger)大法官在 *Cullen* 案的判决中质疑约翰·斯坦恩(John Steyn)和汤姆·宾汉姆(Tom Bingham)将获得律师帮助权视为宪法权利。罗格认为宪法权利应在英国全境具有统一的法律标准,但是获得律师帮助权不符合此前提。<sup>[34]</sup> 上诉法院在 *Watkins* 案判决中认为当事人只要能够证明宪法权利遭到损失就可以直接获得赔偿。然而,英国上院却否决了该法院的判决。罗格法官指出“不能简单地确认某些权利是‘宪法权利’或者由‘宪法性制定法’规定就可以获得其他法律权利不具备的特权地位”<sup>[35]</sup>。然而,罗格法官反对将部分的普通法权利赋予特权地位,但是不反对1998年的《人权法案》赋予“《欧洲人权公约》成为英国法的一部分,并且公约权

[30] *R vs. Secretary of State for the Home Department, ex parte Simms* [2000] 2 AC 115, 131 F-G. “在缺乏明确的立法语言或者必要反对的情况下,法院以此条件可以合理推测议会使用抽象性立法语言要受到个人权利规范的审查。在这种情况下,即便英国具有议会主权的宪法特征,英国各级法院行使违宪审查权的方式与宪法已经明确规定立法需要受宪法限制的其他国家并无两样。”

[31] *R vs. BBC* [2002] EWCA Civ 297, [2004] 1 AC 185, 191, para. 36.

[32] *Id.*, para. 16.

[33] Anita Davis, *Who are the Master Now?* (UKSC Blog, 10 April 2011), at <http://uksblog.com/who-are-the-masters-now/> (last visited Jun. 11, 2019).

[34] *Cullen vs. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* [2003] 1 WLR 1763, para 18.

[35] *Watkins vs. Secretary of State for the Home Department* [2006] UKHL 17, [2006] 2 AC 395, para 63.

利在英国法中具有宪法性地位”<sup>[36]</sup>。

## (二) 普通法秩序确认和保障基本权利的路径

在历史发展过程中,英国普通法的主要功能是保障民事领域中的个人财产和刑事领域中的人身自由权。<sup>[37]</sup>法院在审判过程中通常以原告具体的诉讼请求为出发点确立对当事人的保障标准,从而摆脱了抽象性法典的限制。尽管立法机关希望通过法典化的方式将其意志贯彻到法律实施过程中,但是法院依旧可以通过理性的解释方式重新塑造法律条文的意义或者设定实施法律条文的正当程序。法律不是立法者意志的简单反映,而应该代表专家、职业群体联盟和公共媒体对重要问题的思考以及他们应当给予立法者的意见。因此,罗斯科·庞德(Roscoe Pound)认为“相比于立法的缺陷,法官造法的缺陷则不明显”<sup>[38]</sup>。

一方面,随着欧洲民主制度的确立和基本权利保障的普遍化,英国法院从本土已有的立法资源出发,逐渐承认获得法庭救济、表达自由、宗教自由、参与民主进程、平等对待权与公平审判权都属于英国普通法中的基本权利,甚至法官认为部分基本权利具有绝对性。<sup>[39]</sup>另一方面,普通法开放性地承认国际人权公约尚未包括的自然正义和法律职业特权。斯坦恩法官指出“《欧洲人权公约》不能穷尽我们普通法保障的基本权利”<sup>[40]</sup>。但是,普通法框架下的基本权利具有鲜明的层次性——与法律诉讼制度紧密联系的财产权、人身自由权以及获得法庭救济权依旧处在核心地位,而隐私权、表达自由和宗教自由处于较为次要的地位。<sup>[41]</sup>

诚然普通法的开放性和灵活性能够使英国法官通过能动性说理途径不断发展普通法权利体系,但是缺乏成文宪法权利规范会导致司法确定性的丧失。一方面,个人化的意见和历史环境会影响普通法下基本权利的塑造。布里斯·迪克森(Brice Dickson)指出英国普通法早期容忍对犯罪嫌疑人有限度的酷刑<sup>[42]</sup>,直到1988年英国议会批准《联合国反酷刑公约》后才在1988年《刑事

[36] *Watkins vs. Secretary of State for the Home Department* [2006] UKHL 17, [2006] 2 AC 395, para 64.

[37] Benedict Coxon, “Human Rights at Common Law: Two Interpretative Principles”, *Statute Law Review*, vol. 35, no. 1, 2014, p. 40.

[38] Roscoe Pound, “Common Law and Legislation”, *Harvard Law Review*, vol. 21, no. 6, 1908, p. 383.

[39] Robin Cooke, “The Road Ahead for the Common Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53, no. 2, 2004, pp. 276-277.

[40] *R vs. Secretary of State for the Home Department* [2003] UKHL 36, [2004] 1 AC 604.

[41] *Supra* note [37], p. 41.

[42] *Supra* note [14], p. 129.

审判法案》中增设了反酷刑罪。另一方面,普通法中的基本权利定义、价值认识、保障标准和规范内容与《欧洲人权公约》存在明显差异。<sup>[43]</sup>此外,由于普通法是伴随时代发展不断变动的活法,所以“一个时代的基本权利在另一个时代就可能会失去其重要性地位”<sup>[44]</sup>。例如,随着保障公共利益思潮的兴起,普通法对个人行使财产权的限制逐渐增多。

在1998年《人权法案》生效前,英国后座法院(Queen Bench Court)通过司法审查的方法约束一切公权力行政机关对个人自由的干涉。<sup>[45]</sup>审查途径包括合法性原则、理性原则(合理性原则)和程序公正原则。

合法性原则源于普通法的“越权无效原则”(Ultra Vires)。法官有权在具体的案件中审查制定法授权的公权力机构的行为是否具有合法性。<sup>[46]</sup>然而,直到20世纪90年代,英国法院才逐渐适用合法性原则审查立法是否会侵犯个人权利。劳斯法官在*Witham*案判决中认为“除非议会立法明确地说明或者立法已经明确授权某个规章具有废除前法的效力,否则法律权利依据有效”<sup>[47]</sup>。

尽管议会是政治运行中的主导力量,但是法院可以通过释法的方式限制公权力部门实施议会授权立法的方式和结果。尼古拉·布朗—威尔金森(Nicolas Browne-Wilkinson)法官在*Ahmed*案中指出:“被授权机关行使议会以一般性方式授予的权力并不意味着其有权侵犯英国法律原则和法律赋予公民的法律权利,除非议会立法的授权明确反映了议会的上述意图。”<sup>[48]</sup>贺辅明法官在*Simms*案中激进地认为在民主社会下合法性原则不仅能制约行政机关和审查被授权立法,同时议会立法本身也必须受到合法性原则的限制。<sup>[49]</sup>贺辅明法官的真实意图是将合法性原则塑造为英国不成文宪法体系中的最高司法价值。通过司法解释和途径间接审查议会立法和授权行为,从而提高最高法院在英国政体中的地位,为司法机构限制议会主权提供合法性的法理基础。

---

[43] Mark Elliot, “Beyond the European Convention: Human Rights and the Common Law”, *Current Legal Problem*, vol. 68, no. 1, 2015, pp. 87-88.

[44] *Malika Holdings Pty Ltd vs. Stretton* [2001] HCA 14, 204 CLR 290, para. 28.

[45] *R vs. H. M the Queen in Council, ex parte Vijayatunga* [1988] QB 322, 343 E-F.

[46] Michael Fordham QC, *Common Law Rights* (Blackstone Chambers), at [https://www.blackstonechambers.com/documents/215/Common\\_Law\\_Rights](https://www.blackstonechambers.com/documents/215/Common_Law_Rights) (last visited Jun. 12, 2019).

[47] *R vs. Lord Chancellor, ex parte Witham* [1998] QB 575, 581 E-F.

[48] *A vs. HM Treasury* [2008] EWCA Civ 1187, [2010] 2 AC 534, para. 46.

[49] *R vs. Secretary of State for the Home Department, ex parte Simms* [2000] 2 AC 115, 131 F. “议会主权可能会导致议会按照自身通过立法违反人权的基本原则。……议会对基本权利的限制属于纯粹的政治行为,不具有合法性。但是,合法性原则意味着议会必须要直面自己的所作所为并且接受该行为的代价。不能以抽象或者模糊的语言侵害基本权利。这是因为以民主方式无意识地通过含义模糊的法案将会带来巨大的风险。在缺乏明确的语言或者立法相对应的必要含义的情况下,法院有权依据个人基本权利保障标准审查每一个议会立法所包含的词汇。”

显然,民选议会很难以“特定、明确且详细的条款”<sup>[50]</sup>方式废除已存在的法定权利。即便采用“必要之含义”的审查标准,法院也会严格地在明确的制定法规背景下寻找“必要之含义”,而非简单推测议会立法“合理或可能之含义”。<sup>[51]</sup>因此,将合法性原则上升为法治核心原则无疑会赋予法院制约议会的权力。*Simms* 案判决无疑是一场“静悄悄的宪法革命”。劳斯法官显然也认同贺辅明的观点,暗中赞成英国普通法效仿欧陆国家建立以法院为核心的“隐藏性宪法审查制度”,所以劳斯法官指出“普通法下宪法性保障演变的基础是保护人民”<sup>[52]</sup>。

法院通常会依据合理性原则审查公权力机关行为的正当性。合理性、正当性和诚信是英国公法的通行准则。在普通法框架下,法院的审查力度随着公权力行为对基本权利的影响程度而递增。普通法体系中的合理性审查必须与个案的事实、背景和结果相联系;限制个人自由的行政行为必须在手段与目的之间构成合理性联系。*Wednesbury* 案确立了普通法体系中的合理性审查标准。<sup>[53]</sup>

由于合理性审查在英国行政法中仅居于辅助性地位,而且缺乏相对客观的判断标准,可能导致人民质疑法院判决的确定性和有效性。<sup>[54]</sup> 由于1998年《人权法案》赋予了《欧洲人权公约》国内法效力,因此英国法院转而用比例原则审查公权力机关行为的合约性。

除了合法性原则与合理性审查,尊重已被威斯敏斯特体系转化为国内法的国际公约是英国普通法保障基本权利的重要来源。<sup>[55]</sup> 尽管将国际条约并入国内法属于国家主权的事项,普通法解释依旧需要遵守通行的国际法一般原则与

[50] *R vs. Comr of Police of the Meterpolis* [2006] 2 AC 307, para. 15.

[51] *R vs. Special Comrs of Income Tax* [2002] UKHL 21, [2003] 1 AC 563, para. 45. 约翰·霍布豪斯(John Horbhouse)法官在本案的判决中指出:“必要之含义必须来自于制定法明确法律条文蕴含的语境。必要之含义既不是议会立法中可能或者合理的倾向,也不是立法文本中白纸黑字明确无误的表达。必要之含义是尚未用明确语言和逻辑解释的立法部分。”

[52] John Laws, *The Common Law Constitution*, Cambridge University Press, 2014, p. 17.

[53] *Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223, 230. 威弗雷德·格林尼(Wilfrid Greene)法官在本案中指出:“我们完全可以这么说,如果某个权力机关作出的决定完全是不合理的,且没有任何一个富有理性的公权力机构改变这个荒谬性的决定,那么法院就应该介入其中。我认为这是对的。但是,证明介入的必要性需要比较特别的准备,并且,处理这类案件的方法并不常见。”

[54] *R vs. Ministry of Defense, ex parte Smith* [1996] QB 517, 554E. 宾汉姆和马修·索伯(Mathew Thorpe)等法官在 *Smith* 案中曾试图确定合理性审查的标准:(1)如果决定结果超出了所有理性人的选择,那么法院将认定行政决定不具有合理性;(2)公权力机关对基本权利的干涉程度与法院运用合理性审查的强度成正比。

[55] *JH Rayner Ltd vs. Department of Trade and Industry* [1990] 2 AC 418, 500.

道德。<sup>[56]</sup>倘若,某类权利已成为国际社会普遍接受的习惯性规范,英国法院即便发现立法机关尚未并入该条约,依据需要仍可执行通行的国际习惯或者强行性国际法规范。<sup>[57]</sup>

合约性释法教义(*consistent interpretation*)是现代普通法发展和维护基本权利的重要途径。当国内立法表意不明时,英国法院有权以符合国际条约的方式解释国内法。《欧洲人权公约》在《人权法案》生效前不具备国内法的效力,但是在国内具体立法条文模糊的情况下,部分英国法官将《欧洲人权公约》视为确定国内立法的权威参照。<sup>[58]</sup>

## 二、《人权法案》对英国普通法的冲击与影响

《人权法案》为英国的宪法体制带来了革命性的影响。一方面,《人权法案》将《欧洲人权公约》国内法化。国内法官有义务直接保障当事人的公约权利,避免浪费诉讼成本。另一方面,尽管议会主权依旧是英国的宪法基础,但是《人权法案》突出了公约权利的特殊地位,明确要求法官以合约性解释的方式调整《欧洲人权公约》和国内法的冲突。当合约性解释无法调整法律冲突时,法院可以公开声明国内法不符合《欧洲人权公约》,对议会审议已有立法提供法理指引和政治压力。然而,英国法院在实施《人权法案》过程中遇到了很多难题。欧洲人权法院缺乏对普通法的特殊性的考量<sup>[59]</sup>和人权法院的判决缺乏确定性<sup>[60]</sup>导致英国法院很难直接适用人权法院的判例。然而,由于惧怕违反公约标准,法官甚至在部分案件的判决中以忽视英国传统的方式遵守人权法院的既有法理

---

[56] Albert V. Dicey, *Introduction to the Study of the Rule of Law of the Constitution*, Macmillan Education, 1959, p. 60. 戴雪认为:“法官在解释议会立法过程中需要预设英国议会不具有违反国际法原则的立场,并因此,在任何可能的时候,都需要以符合国际社会道德的方式解释议会之制定法。”

[57] *Ellerman Lines Ltd vs. Murray* [1931] AC 126.

[58] see Benedict Coxon, “Human Rights at Common Law: Two Interpretative Principles”, *Statute Law Review*, vol. 35, no. 1, 2014, p. 46; *R vs. Secretary of State for the Home Department, ex parte Brind*, [1991] 1 AC 696, 747-748. 奈吉尔·布里奇(Nigel Bridge)法官在 *Brindi* 案中指出:“我们早已明确一个事实:当国内法条文表达模糊不清,既可以符合国际人权公约也可能与国际人权公约发生冲突时,法院将推定立法机关希望以符合国际公约的方式立法,而不是相反。”

[59] Ian Leigh & Roger Mastermann, *Making Rights Real: The Human Rights Act in its First Decade*, Hart Publishing, 2008, p. 64.

[60] Aileen McHarg, “Reconciling Human Rights and the Public Interest: Conceptual Problems and Doctrinal Uncertainty in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *Modern Law Review*, vol. 62, no. 5, 1999, p. 696. 作者认为:“欧洲人权法院在判决中对概念的随意捏造所导致的缺乏连续性和可预测性将会比固执不变地遵守某种司法判决给判决的合法性带来更大损害。”

判决。<sup>[61]</sup> 例如,在 *Countryside Alliance* 案中<sup>[62]</sup>,英国法院以人权法院尚无判决为由拒绝审查限制英国传统打猎方式规定的合法性。

梅里斯·阿莫斯(Merris Amos)悲观地认为《人权法案》给英国带来了法律的不确定性和法律独立性的丧失,从而导致法律的不可预见性和民众对外来法的不满。<sup>[63]</sup> 保守党甚至认为英国法院适用人权法院判决将摧毁英国议会的权威。<sup>[64]</sup> 然而,阿莫斯和政客质疑《人权法案》夸大了法律冲突给英国法治带来的负面影响。尼古拉·布拉扎(Nicolas Bratza)法官指出所有国内的上诉法院都能很好地遵守人权法院的判决。<sup>[65]</sup> 即便普通法与《欧洲人权公约》具有冲突,两个法院也可以通过“司法对话”的途径调和矛盾。<sup>[66]</sup>

#### (一) 从“镜像原则”到司法对话

保守党认为《人权法案》第2条第1款规定“法院或者法庭在审理与公约权利相关的案件时需要‘考虑’欧洲人权法院的判决”导致“国内法院经常适用人权法院有问题的判决”。这实际上赋予了英国法院任意改变“立法含义的解释权”。<sup>[67]</sup>

然而,《人权法案》第2条第1款的立法意图不是给予人权法院判决在国内法体系中的约束力。立法条款使用“考虑”一词就明确地表明了立法者原意是给予国内法院边际裁量的空间。英国政府在其白皮书中明确提及制定《人权法案》的目的是降低诉讼成本;英国法院可以直接适用公约权利为当事人提供救济。<sup>[68]</sup> 德理·埃尔文(Derry Irvine)法官<sup>[69]</sup>和前内政部大臣杰克·斯特劳(Jack Straw)<sup>[70]</sup>都曾在议会辩论中指出《人权法案》将有利于英国法院以其特有的方式为推动欧洲人权法院的判决作出贡献。尽管保守党曾建议议会赋予

[61] Merris Amos, “Transplanting Human Rights Norms: The Case of the United Kingdom Human Rights Act”, *Human Rights Quarterly*, vol. 35, no. 2, 2015, p. 405.

[62] *R vs. Her Majesty Attorney-General* [2007] UKSL 52.

[63] see Merris Amos, “Transplanting Human Rights Norms: The Case of the United Kingdom Human Rights Act”, *Human Rights Quarterly*, vol. 35, no. 2, 2015, pp. 397-406.

[64] Richard Claydon, “Should English Courts under the HRA Mirror the Strasbourg Case Law?”, in Katja S. Ziegler, Elizabeth Wicks & Loveday Hodson (eds.), *The UK and European Human Rights: A Strained Relationship*, Hart Publishing, 2015, p. 112.

[65] Nicolas Bratza, “The Relationship between the UK Courts and Strasbourg”, *European Human Rights Law Review*, no. 5, 2011, p. 507.

[66] Cian Murphy, “Human Rights Law and the Challenges of Explicit Judicial Dialogue”, *Jean Monnet Working Paper 10/12*, p. 24.

[67] Conservative Party, *Protecting Human Rights in the UK: The Conservatives' Proposals for Changing Britain's Human Rights Laws*, at [https://www.conservatives.com/~media/files/.../human\\_rights.pdf](https://www.conservatives.com/~media/files/.../human_rights.pdf) (last visited June. 12, 2019), p. 4.

[68] Home Office, *Rights Brought Home: Human Rights Bill*, Cm. 3782, 1997, paras. 1, 14-1, 15.

[69] HL Debate, 3 November 1997, vol. 582, col 1227.

[70] HC Debate, 16 February 1998, vol. 307, col 769.

欧洲人权法院判决在国内法体系中的先例地位,但是遭到埃尔文法官的明确拒绝。<sup>[71]</sup>显然,立法者和英国法官在《人权法案》制定过程中普遍反对给予人权法院判决约束力的地位。但是,英国法院却在《人权法案》生效后发现其无法摆脱人权法院判决的影响。人权法院经常通过比较法途径动态性解释公约权利内容,并追求建立适用于整个欧洲的统一人权保障标准。因此,英国法院必须要遵守人权法院通过判决建立的动态人权标准。

宾汉姆法官在 *Ullah* 案判决中确立了强调国内法院判决应该与人权法院判决标准保持一致的“镜像原则”(mirror principle)。<sup>[72]</sup>一方面,适用“镜像原则”并不意味着人权法院的判决在英国法律体系中具有最高的效力,而是强调“欧洲人权法院是解释公约权利的最高权威机构”<sup>[73]</sup>。布朗—威尔金森法官在判决中指出“镜像原则”的真正功能是限制英国法院扩张性解释公约权利的危险性。<sup>[74]</sup>

另一方面,“镜像原则”赋予了欧洲人权法院大法官会议判决在境内实施的合法性。在涉及国家安全的 *AF* 案<sup>[75]</sup>的判决中,罗格法官指出尽管基本权利保障应该以国内法为核心,但是“人权法院一旦作出了宣判,一切也就结束了”<sup>[76]</sup>。即便是支持英国普通法至上的贺辅明法官也依据《人权法案》得出先适用欧洲人权法院大法官会议判决的结论。<sup>[77]</sup>

由于“镜像原则”赋予了英国与欧洲人权法院保持法理一致的义务,英国法官担心“镜像原则”理论会损害普通法的明确性。人权法院法律推理通常以抽象的权利原则为出发点,依据各缔约国立法以及国际人权立法标准的动态变化适时修改通行欧洲的人权规则。这显然与普通法“先例约束原则”和“突出主要

[71] HL Debate, 18 November 1998, vol. 594, col 514-515.

[72] Jonathan Lewis, “The European Ceiling on Human Rights”, *Public Law*, 2007, p. 720; *R vs. Secretary of State for the Home Department* [2004] 2 AC 323, para 20. 宾汉姆法官指出:“……欧洲人权法院是能够正确解释《欧洲人权公约》的唯一权威司法机构。从这个角度出发,《人权法案》第2条设定的义务可以理解为国内法院在没有重要理由的情况下不得减损或者削弱欧洲人权法院的权威……这是因为国际条约规范在所有缔约国都具有统一的含义。国内法院要与欧洲人权法院动态性解释标准保持一致:不多,也不能少。”

[73] *Kay vs. Lamberth LBC* [2006] 2 AC 465, para 28.

[74] *R vs. Secretary of State for Defence* [2008] 1 AC 153, para 106. “的确,我认为国内法院为了满足申诉人的利益而扩大解释《欧洲人权公约》会比紧缩性解释带来更多的危险。这是因为国内法院无法改正扩大解释欧洲人权公约所带来的错误;而在后一种情况下,即便英国法院缩小解释了欧洲人权公约的内容,但是申诉人依然能够申请欧洲人权公约的救济。”

[75] *Secretary of State for the Home Department vs. AF (No. 3)* [2010] 2 AC 269.

[76] *Secretary of State for the Home Department vs. AF (No. 3)* [2010] 2 AC 269, para 98.

[77] *Secretary of State for the Home Department vs. AF (No. 3)* [2010] 2 AC 269, para 70. “《人权法案》第2条第1款要求我们‘考虑’人权法院的决定……更为重要的是《欧洲人权公约》对英国具有约束力,英国法院应该接受欧洲人权法院的解释。拒绝该决定无疑意味着英国将违反国际公约义务。”

判决理由”的思维模式相冲突。<sup>[78]</sup>

何熙怡对“镜像原则”理论的质疑源自对欧洲人权法院判决模式与英国普通法模式差异的担忧。她的观点比贺辅明的理论更能突显出“镜像原则”的缺陷。后者认为适用“镜像原则”的前提是区分国内法院边际裁量和受人权法院判决约束的范围。当人权法院已在英国为被告一方的案件中作出具体的裁判时,《人权法案》第2条第1款就赋予人权法院判决在国内的约束力。<sup>[79]</sup>何熙怡认为欧洲人权法院的判决模式不断变动,不具有国内法的约束力,英国法院无法从数量巨大的判决之中寻找出“清楚且连贯”的判决。

部分英国法官更担心英国司法系统在人权法院面前完全丧失自治性。即便在具体的案件中认为人权法院推理不够明确,众多法官依然被迫服从人权法院的法理。<sup>[80]</sup>霍普法官无奈地指出:“当人权法院尚未作出相关判决时,我们并不负责寻找解决的方法。人权法院有权决定已有的判决是否已经不合时宜和《欧洲人权公约》包含的具体权利需要多大程度的延展。我们则必须以人权法院的判决为导向,而不是以自己的愿望为导向。”<sup>[81]</sup>

玛丽·艾登(Mary Arden)法官认为“镜像原则”抑制了英国人权法的发展。欧洲人权法院的判决仅奠定了人权保障的最低标准,不能阻碍英国法院提供更高的人权保障标准。况且,《人权法案》第2条第1款没有授予人权法院判决具有先例约束地位。<sup>[82]</sup>制定《人权法案》的目的是为了发展普通法系下的人权判决,而非硬性规定国内人权保障标准必须与人权法院标准保持一致。<sup>[83]</sup>因此,国内法院有义务在缺乏人权法院相关法理解释的情况下优先发展《欧洲

---

[78] Berenda Hale, “Argentoratum Locutum: Is Strasbourg or the Supreme Court Supreme?”, *Human Rights Law Review*, vol. 12, no. 1, 2012, p. 1268. 何熙怡大法官指出:“英国最高法院将人权法院的判决视为自己的判例法。由于人权法院判决与我们的判决方法不相同,因此最高法院的做法并不理智。人权法院判决并不能约束任何人,当然也包括人权法院自己。他们并没有‘主要判决理由’(ratio decidendi)和‘先例约束’(stare decisis)的概念。他们的判决结果至多是对处理具体问题的指导。经过几十年的发展,欧洲人权法院建构了一系列的司法原则,但是这些原则无不处于不断的变动之中。尽管他们也在使用‘原则’或者‘规则’等词语,但是这些词语与英国法律语言具有不同的含义。”

[79] Brice Dickson, *Human Rights and the United Kingdom Supreme Court*, Oxford University Press, 2013, p. 40.

[80] Roger Mastermann, “Section 2(1) of the Human Rights Act 1998: Binding Domestic Court to Strasbourg”, *Public Law*, 2004, p. 725.

[81] *N vs. Secretary of State for the Home Department* [2005] UKHL 31, para. 25.

[82] Marry Arden, “The Changing Judicial Role: Human Rights, Community Law and the Intention of Parliament”, *Cambridge Law Journal*, vol. 67, no. 3, 2008, pp. 498-499.

[83] John Kerr, *The UK Supreme Court: The modest underworker of Strasbourg* (UKSC, 20 October 2017), at [https://www.supremecourt.uk/docs/speech\\_120125.pdf](https://www.supremecourt.uk/docs/speech_120125.pdf) (last visited June 12, 2019).

人权公约》的法理。在 *Ambrose* 案<sup>[84]</sup>的判决中,约翰·科尔(John Kerr)法官坚持认为即使人权法院尚未作出相关的判决,但是法院采纳被羁押人在获得律师帮助前向警察供述的证言违反《欧洲人权公约》第 6 条。随后,布朗威尔金斯法官在 *Rabone* 案转而支持英国法院扩展人权法院判决的适用范围。<sup>[85]</sup>

从 *Horncastle* 案<sup>[86]</sup>开始,英国法院逐渐放弃了“镜像原则”,转而通过“司法对话”<sup>[87]</sup>的渠道解决《欧洲人权公约》与英国法的冲突。既要考虑《欧洲人权公约》国内法的效力,又要维护英国普通法的自治,跨法域间的司法对话成为欧洲多层次基本权利保障体系下调和法律冲突的理想路径。英国最高法院在 *Horncastle* 案中发现 2003 年《刑事审判法案》与欧洲人权法院在 *Al-Khawaja* 案<sup>[88]</sup>中确立的证据采纳标准不一致。人权法院禁止国内法院采纳未经法庭交叉质证的第三人证言(hearsay)作为“唯一和决定性”证据,但是,英国立法却为法院采纳无法质证的第三人证言提供了合法性。依据《刑事审判法案》第 116 条,当作出证言的第三人生病、死亡、旅居国外或者受到恐吓无法出庭时,英国法院认为采纳该证言不会对诉讼双方造成不公平后果时可以决定采信无法质证的证言。

由于欧洲人权法院未能在 *Doorson* 案<sup>[89]</sup>中明确地解释“唯一和决定性”的含义,所以范理申(Nick Phillips)法官认为任何一份单独的证据都可能具有“决定性”作用,继而英国法院很难直接适用表述模糊的人权法院判决。<sup>[90]</sup> 由于《刑事审判法案》已经规定法官有义务以程序正义原则决定是否采纳无法质证的第三人证言,因此英国法官依旧相信普通法有能力保障无辜的人免于刑事制裁。<sup>[91]</sup>

显然,范理申法官试图通过司法对话的方式要求人权法院考虑英国普通法的特殊性,并努力说服人权法院相信普通法具有与《欧洲人权公约》同样的保障标准。他认为在《人权法案》第 2 条第 1 款框架下明确拒绝直接适用人权法院的相关判决有助于其重新思考英国普通法的特征和维护人权的能力,从而为两

[84] *Ambrose vs. Harris* [2011] UKSC 43, [2011] 1 WLR 2435.

[85] *Rabone vs. Pennien Care NHS Trust* [2012] 2 AC 72, para. 112. “没有人认为如果欧洲人权法院尚未在某个领域作出相关的决定,那么我们国内法院就不能用《欧洲人权公约》进行审判……这个观点非常荒唐……然而,我认为当国内法院愿意适用公约限制公权力并且相信其判决是源于欧洲人权法理之必然要求时,即便扩展了适用范围,也是可以接受的。”

[86] *R vs. Horncastle* [2009] UKSC 14.

[87] Tara L. Grove, “The International Judicial Dialogue: When Domestic Constitutional Courts Join in Conversation”, *Harvard Law Review*, vol. 144, no. 3, 2001, p. 2049.

[88] *Al-Khawaja vs. UK* [2009] 49 EHRR 1.

[89] *Doorson vs. Netherlands*, appl no. 20524/92, judgment 26 March 1996.

[90] *R vs. Horncastle* [2009] UKSC 14, para. 90.

[91] *R vs. Horncastle* [2009] UKSC 14, para. 86.

个法域的法院建立良好的对话体系。<sup>[92]</sup>

英国法院的对话请求得到了人权法院的积极回应。人权法院大法官会议(Grand Chamber)在重审 *Al-Khawaja* 案件的过程中考虑了普通法证据规则的特殊性。在合议过程中,大法官会议发现普通法已规定未经质证的证言效力低于已质证的证言,所以认定英国普通法证据体系实质具有限制法官采纳未经质证的证人证言的机制。<sup>[93]</sup>

司法对话的灵活性不仅为拒绝接受人权法院的判决提供了合法空间,也限制了“镜像原则”在英国法律体系的滥用。廖柏嘉法官在 *Pinnock* 案判决中重新定义了“镜像原则”和司法对话的适用范围:“最高法院并不需要在每一个案件中都必须遵守欧洲人权法院的判决。不仅这种做法不具有实际性,同时也不具有适当性,这将会阻碍英国法院与欧洲人权法院进行建设性对话和发展欧洲人权法理的通道。当然,英国法院需要经常跟随人权法院建构的清楚且连贯的判例法体系。但是,我们并非受到人权法院判决的制约或者必须服从大法官会议的判决结果……如果欧洲人权法院所建构的清楚且连贯的判决未与我国法律体系重要的实质性或者程序性的规定相抵触,欧洲人权法院的推理也未忽略或者误解我国重要的法律原则,那么我们应该服从欧洲人权法院的判决”<sup>[94]</sup>;并在 *Kaiyam* 案指出“英国法院可以反对人权法院的判决,并像 *Horncastle* 案一样要求人权法院大法官会议重新审查判决的合理性。”<sup>[95]</sup> 尽管约纳森·曼斯(Jonathan Mance)大法官称赞司法对话方式有助于促使“人权法院对已有判决再次审查”,但是非常谨慎地将其适用范围限定在“重大误解或者忽视英国法重要基本原则”的范围内。<sup>[96]</sup>

《欧洲人权公约》第 16 号议定书为英国最高法院与欧洲人权法院司法对话设置了机制性的平台。英国最高法院可以在案件审理过程中向欧洲人权法院申请解释相应的公约条款并向其提交可能与公约冲突的国内立法。人权法院依据上述材料审查国内立法并解释公约条款含义。英国最高法院可以在提交问题时提醒大法官会议注意英国普通法的特殊性和相关人权法院判决的瑕疵。

[92] *R vs. Horncastle* [2009] UKSC 14, para. 11. “《人权法案》规定‘考虑’欧洲人权法院判决意味着英国法院有义务遵守适用人权法院明确建立的原则。然而,人权法院极少关注和考虑英国法律体系的特殊性。在这种情况下,英国法院有权选择拒绝接受人权法院的判决,并在判决中说明拒绝的理由和原因。这会促使欧洲人权法院在判决中再次思考英国法律体系的特殊性,从而建构起一套极为重要的英国法院与欧洲人权法院的对话体系。”

[93] *Al-Khawaja vs. UK*, appl no. 26755/05, judgment 15 December 2011, paras. 157-158.

[94] *Manchester City Council vs. Pinnock* [2011] 2 AC 104, para. 48.

[95] *R vs. Secretary of State for Justice* [2015] 2 WLR 76, para. 22.

[96] *R vs. Secretary of State for Justice* [2010] EWCA Civ 1439, [2014] 1 AC 271, para. 27.

(二) 修法抑或释法:《人权法案》第 3 条第 1 款对英国议会至上体制的冲击

尽管议会主权是英国宪法体制的核心,但是 1998 年的《人权法案》对英国的宪法体制产生了革命性影响。即使部分学者认为《人权法案》没有实质性地破坏戴雪理念下的议会主权结构<sup>[97]</sup>,但是《人权法案》第 3 条和第 4 条历史性地赋予了英国法院有限地审查国内立法的职能。<sup>[98]</sup>《人权法案》第 3 条第 1 款规定“法院应该尽可能(possible)对英国一级立法和二级立法以符合《欧洲人权公约》的方式进行解读和赋予效力”;第 4 条规定当国内法院确定国内法与《欧洲人权公约》规定相冲突,无法通过合约性解释调和存在的矛盾时,只能宣布国内立法不符合公约规定,无权直接宣布国内立法无效。但是,英国上院或最高法院极少依据第 4 条宣布英国立法与《欧洲人权公约》相冲突<sup>[99]</sup>,而是最大限度地以符合公约的方式解释国内法。

《人权法案》第 3 条第 1 款带来了法院是否有权以符合公约的方式改变原有立法含义的疑问。霍普法官认为《人权法案》赋予了法院审查整个英国立法体系的权力,因此支持“司法机关可以在必要时改变立法内容”<sup>[100]</sup>。哈里·沃尔夫(Harry Woolf)法官则认为《人权法案》第 3 条所规定的合约性解释应该更多地适用于《人权法案》生效前的议会立法;法院释法的首要任务是确定议会的目的,当前,第 3 条要求法院改变其传统的解释法律的方式,当《人权法案》生效前公布的立法与《欧洲人权公约》发生冲突时,法院应该依据《人权法案》第 3 条的规定修改其立法原有的含义。<sup>[101]</sup>

现代宪法制度的基本特征之一就是权力关进笼子里。即便司法权力存在的目的为保障个人或者集体的基本权利,司法权本身也应该是可控的。《人权法案》文本原意仅要求法官“尽可能”以符合公约的方式解释立法,而不是赋予英国法院改变立法或者制定法律的权力。相关的历史资料可以证明议会并不希望法官在第 3 条的框架下享有重大改变立法原意的权力。英国保守党曾

[97] Alison Young, *Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act*, Hart Publishing, 2009, p. 10.

[98] Francesca Klug, “The Human Rights Act—A “Third Way” or “Third Wave” Bill of Rights”, *European Human Rights Law Review*, no. 4, 2001, p. 370.

[99] Brice Dickson, *Human Rights and United Kingdom of Supreme Court*, Oxford University Press, 2013, p. 72. 从 2000 到 2012 年间,英国上院和最高法院仅在六例案件中宣布英国立法不符合《欧洲人权公约》的规定; LSE, *Declaration of Incompatibility under the Human Rights Act 1998*, at <http://www.lse.ac.uk/humanRights/documents/2013/incompatibilityHRA.pdf> (last visited Jun. 13, 2019). 从 2000 年到 2013 年 4 月,英国各级法院一共在 28 个案件中认为英国立法不符合《欧洲人权公约》的规定,但其中 8 个案件的声明已经被上级法院撤销。

[100] *R vs. Director of Public Prosecutions, ex parte Kebilene* [2000] 2 AC 326, 375.

[101] *Poplar Housing and Regeneration Community Association Ltd vs. Donoghue* [2002] QB 42, 72.

向议会建议用“合理性”代替“可能性”，但是埃尔文法官则认为“法院的任务是适用法律，而不应该陷入观点争执与政治性判决”<sup>[102]</sup>。即便“可能性”在文义上限制了英国法院行使司法审查权的能动性，法院依旧有权按照自己的需要解释国内立法，但是，这会限制《人权法案》第4条的实施。立法机构担心欧洲人权法院判决涉足敏感领域的政治话题、行政裁量和社会问题，这不仅会导致英国法院在《人权法案》第3条框架下侵蚀议会的立法空间，也会导致法院释法失去正当性<sup>[103]</sup>。

英国法院在个别案件的判决中存在利用《人权法案》第3条改变立法原意的行为。在 *Regina* 案<sup>[104]</sup>的判决中，英国上院法官需要判定1999年《青年人刑事审判与证据法案》第41条是否禁止诉讼参与人在公开审理强奸案的过程中询问原告与被告过去发生过的性爱关系。立法机关认为这类案件比较特殊，必须要保障原告的尊严和名誉。如果询问其相关的感情史，则可能诱发陪审团对原告不信任或者相信其同意与被告发生性行为。然而，英国上院认为第41条与《欧洲人权公约》第6条保障的公平审判权会形成法律冲突，斯坦恩等多名法官禁止询问原告与被告间的性爱史不利于被告实现公平审判权。因此，英国上院认定第41条不能无条件地适用于所有涉嫌强奸罪的案件，法院应该在具体的案件中权衡被告人权利和共同利益后决定是否适用该条款。显然，英国上院的解释违背了议会立法的初衷。

斯坦恩法官认为《人权法案》的立法目的是为民众提供方便的权利救济途径，所以应该优先适用规定合约性解释的第3条，而宣布国内法与《欧洲人权公约》相冲突仅是最后的救济手段。<sup>[105]</sup> 在 *Regina* 案的判决中，他认为“除非任何方法都是徒劳的，否则就应该避免宣布国内立法与《欧洲人权公约》相冲突”。<sup>[106]</sup> 斯坦恩法官认为《欧洲人权公约》第3条不仅授权法官“缩小性解释”立法者的意图，同时也允许将法官的想法“加入”到条文含义之中。<sup>[107]</sup> *Regina* 案确立了法官在《人权法案》第3条下对立法含义作重大修改的权力。然而，理查德·克莱顿(Richard Clayton)法官指出《人权法案》禁止法官扮演立法者的功能，“立法条款与《欧洲人权公约》的冲突只能通过修法方式解决”<sup>[108]</sup>。霍普

[102] HL Debate, 18 November 1997, vol. 583, col. 535.

[103] Jonathan Sumption, *The Limits of Law* (UKSC, 20 November 2013), at <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-131120.pdf> (last visited Jun. 13, 2019).

[104] *Regina vs. A (No. 2)* [2001] UKHL 25.

[105] *Ghaidan vs Godin-Mendoza* [2004] 2 AC 557, para. 46.

[106] *Regina vs. A (No. 2)* [2001] UKHL 25, para. 44.

[107] Ian Leigh & Roger Mastermann, *Making Rights Real: The Human Rights Act in its First Decade*, Hart Publishing, 2008, p. 96.

[108] *Regina vs. A (No. 2)* [2001] UKHL 25, para. 108.

法官在 *Lambert* 案的判决警告法官偏离立法者意志的释法行为构成修改法律。<sup>[109]</sup> 司法机关代替议会立法不符合宪法秩序。<sup>[110]</sup>

*Regina* 案的判决未能标出“重大修改法律”和“违背立法者原意”的明确范围。在议会至上的体制下,《人权法案》第 3 条的原意是赋予法官适用法律的权力而非与议会分享立法的特权。法官在明知立法者目的的情况下禁止按照个人的意见解释法律是普通法释法和宪法分权原则的基本要求。<sup>[111]</sup> 上诉法院在 *Re S & W* 案<sup>[112]</sup> 中将专属于英国议会制定社会政策的权力通过合约性解释途径抢夺到自己手中。为了使 1989 年《儿童法案》符合《欧洲人权公约》第 8 条,法院宣布自己有权监督看护计划的实施并发布临时性或者最终性法令,因此,霍普法官和李启新法官在 *Re S & W* 案中指出“法院的做法是修改法律而非释法行为”<sup>[113]</sup>。

尽管李启新法官趋向严格地恪守法院和立法机关间的权力界限,但是他必须在 *Mendoza* 案中明确解释何为“可能性”,并且调和斯坦恩法官和霍普法官截然对立的意见。依据 1977 年《租借法案》,只有原始承租房屋人的“丈夫或者妻子”才有权继承租赁权。*Mendoza* 只是逝者家庭的同性伴侣。但是上诉人认为依据《人权法案》第 3 条,英国上院应该以符合《欧洲人权公约》第 8 条和第 14 条的方式解释《租借法案》中的“丈夫或者妻子”。

在该案中,李启新法官需要确定合约性解释是否具有“可能性”。他认为《人权法案》第 3 条规定的“可能性”体现了立法者限制法院任意解释国内法的意图。尽管《人权法案》第 3 条要求法院以合约性方式解释国内法,但是法院的解释不得“违反国内立法的基本规定”<sup>[114]</sup>。法院必须自我审查自身的解释是否“在立法者允许的范围内”<sup>[115]</sup>。只要法官们相信赋予合约性解释结果与已有立法体系不冲突,那么英国议会就应当尊重法院的解释结果;倘若释法过程与立法者基本意志形成冲突,那么法院的释法行为就构成修改立法。李启新法官强

<sup>[109]</sup> *R vs. Lambert* [2002] 2 AC 545, para. 79-81. “《人权法案》第 3 条维护了议会主权。该条款并没有授权法院推翻按照议会立法确定的判决,因此法院必须按照立法者的规定进行判决。法院以文本(字面)方式解释法律时必须严格区分其与修法的差异。修改立法是立法机关的职责,是议会不可让渡的权力。”

<sup>[110]</sup> Richard Clayton, “The Limits of what ‘possible’: Statutory Construction under the Human Rights Act”, *European Human Rights Law Review*, no. 5, 2002, p. 559.

<sup>[111]</sup> Antonio Scalia, “The Bill of Rights, Confirmation of Extent Freedoms or Invitation to Judicial Creation?”, in Paul Rishworth & Grant Huscroft (eds.), *Litigating Rights: Perspectives from Domestic and International Law*, Hart Publishing, 2002, p. 23.

<sup>[112]</sup> *Re S; Re W* [2001] EWCA Civ 757; [2001] 2 FLR 582.

<sup>[113]</sup> *Re S; Re W* [2001] EWCA Civ 757; [2001] 2 FLR 582, para. 40.

<sup>[114]</sup> *Ghaidan vs. Godin-Mendoza* [2004] 2 AC 557, para. 32.

<sup>[115]</sup> *Ghaidan vs. Godin-Mendoza* [2004] 2 AC 557, para. 33.

调“《人权法案》第3条没有赋予法官在自己权限以外作出决定的权力”<sup>[116]</sup>。但是,《人权法案》第3条表面是限定法院的权限范围,实际上却赋予法院在裁判过程中享有自身评估权和政治—司法裁量权,所以,法官在审理案件过程中需要考虑议会是否比自身具有更好的处理法律冲突的能力。基于制定《人权法案》的目的是“把权利带回家”以及欧洲人权法院认为《人权法案》第4条不属于有效救济<sup>[117]</sup>,因此,国内法院提供救济应该优先于议会的立法修改。

《人权法案》第3条确立的两个前提为英国法院提供了适用和解释《欧洲人权公约》的自由裁量空间。李启新法官认为《人权法案》只禁止法律解释结果与立法体系或者立法基本原则发生冲突,但是应该允许法院依据《欧洲人权公约》的标准“优化”(modify)国内立法的行为。<sup>[118]</sup> 尽管李启新法官不断提及文义解释对第3条的影响,然而他依靠类推的途径强调“妻子和丈夫”的含义应该解读为“像丈夫和妻子那样”生活的伴侣。

显然,*Mendoza* 案的判决结果表现出英国上院对人权法院的尊重,同时也显示出法院主动造法的雄心。法院在本案中的特定范围内实际拥有以字面解释或者动态解释改变立法原意的司法特权,议会也容忍此种特权的存在。因此,司法—政治自由裁量的主动权始终掌握在法院的手里。即便《人权法案》用“可能性”限制法院释法的权限,但是限制效果随着 *Mendoza* 案的判决变得微不足道。当法院相信自身能够更好地处理法律矛盾时,即便案件涉及社会政策的实施方式,法官也愿意主动为诉讼人提供具体的法律救济措施,而不愿成为宣布国内法违反公约的发言人<sup>[119]</sup>,这符合欧洲人权法院、英国法院以及诉讼人的共同利益。但是,苗礼治(Peter Millett)法官认为李启新法官对于《租赁法案》的解释超出了《人权法案》第3条规定的“可能性”范围。立法者在1977年制定的《租赁法案》显然不会给予同性家庭与异性婚姻同等的保障标准。英国上院在 *Mendoza* 案契约性的解释超出了法院应有的权限,应当将此问题交由立法机关解决。<sup>[120]</sup>

[116] *Ghaidan vs. Godin-Mendoza* [2004] 2 AC 557, para. 33.

[117] *A and Others vs. UK*, appl no. 3455/05, judgment 19 February 2009, para. 135. 欧洲人权法院指出英国法院宣布国内立法与《欧洲人权公约》相冲突的声明不能成为《欧洲人权公约》第13条确定的有效救济权。

[118] *Ghaidan vs. Godin-Mendoza* [2004] 2 AC 557, para. 32-33. “《人权法案》第3条既允许对立法条款内容作扩大的解释,也可以作缩小的解释。但是第3条的含义远不止这些。应允许法院以改变立法原意的方式进行解释,以便使其符合《欧洲人权公约》的要求。换句话说,《人权法案》第3条意味着议会立法的目的受到‘可能性’的制约,即法院有权力优化一级立法和二级立法的含义和法律效力。”

[119] see Gavin Phillipson, “Deference, Discretion and Democracy in the Human Rights Era”, *Current Legal Problem*, vol. 60, no. 1, 2007, pp. 43-48.

[120] *Ghaidan vs. Godin-Mendoza* [2004] 2 AC 557, para. 101.

*Mendoza* 案建构的通过合约性解释“优化一级立法和二级立法的含义和法律效果”的做法依然对当下案件审理发挥着重要的作用。在 *Briggs-Price* 案<sup>[121]</sup>的判决中,英国上院发现《禁止毒品交易法案》以民事证据标准确定毒品交易受益人的规范违反《欧洲人权公约》第 6 条。多数法官决定限制该法案的适用范围,从而使刑事证据认定标准最大程度地适用到确定毒品交易受益人的案件中。在 *Principle Reporter* 案<sup>[122]</sup>中,最高法院通过向 1995 年苏格兰《儿童法案》相关条款增添词汇的方式调和国内立法与《欧洲人权公约》的矛盾,赋予了与非婚生子女密切生活的生父参加子女探视权纠纷听证的权利。尽管立法者没有明确规定未婚生父有权参加听证,但是法院认定此解释结果“符合立法者的意图”<sup>[123]</sup>。

*Mendoza* 案的判决未能对解释《人权法案》第 3 条规定的“可能性”提供具有确定性和可预见性的法理支持,司法机关与立法机关的权力界限依旧模糊。艾琳·卡瓦纳(Aileen Kavanagh)希望借助程序性分权的方法界定释法与修法:法院在做合约性解释前应该寻觅议会立法意图、立法目的和普通法精神;议会负责重大性的修改法律的任务,而法院则负责日常性的法律变革。<sup>[124]</sup> 尽管卡瓦纳没有提出区分日常性和重大性的法律标准,但是议会至上的英国宪法秩序在程序运行过程中维持了议会对法院的监督权。由于多数英国国内立法是《人权法案》生效前的产物,当议会同意法院认定其不符合《欧洲人权公约》的要求时,议会通常也会赞同法院以符合公约的方式改变其立法原意。因此,法院依据“可能性”合约性释法的前提是将法律解释的结果限定在议会可以容忍的范围内,议会同样也需要容忍法院依照公约变动立法的特权。其核心不是理论上区分修法和释法的权限范围,而是在实践过程中相互协调和对话。<sup>[125]</sup>

### 三、废除《人权法案》或退出《欧洲人权公约》后英国普通法人权保障的前景和能力

民众与学者对人权法案的态度呈现出两极化的趋势。2006 年英国保守党希望以本土化的权利法案代替 1998 年《人权法案》。2007 年尚处于执政地位

[121] *R vs. Briggs-Price* [2009] UKHL 19.

[122] *Principle Reporter vs. K* [2010] UKSC 56, [2011] 1 WLR 18.

[123] *Principle Reporter vs. K* [2010] UKSC 56, [2011] 1 WLR 18, para 69.

[124] Aileen Kavanagh, “The Role of Parliamentary Intention in Adjudication under the Human Rights Act 1998”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, no. 1, 2006, pp. 205-206.

[125] *Sheldrake vs. Director of Public Prosecutions* [2004] UKHL 43, para. 28. 宾汉姆法官指出:“委员会成员概括了哪些合约性解释是‘不可能’的:例如,合约性解释违背了立法者重要的意思、不在立法目的范围内、应该由立法机关而不是法院考量的事项,完全改变了立法实质性的意义……我认为这些意见都十分有价值,但这些意见都不能用《人权法案》第 3 条规定的‘可能性’加以判断。”

的工党发布了《不列颠人权与义务法案》咨询报告。英国保守党在 2010 年议会选举前再次承诺将制定维护英国宪法体制的《不列颠人权法案》取代《人权法案》。2014 年英国保守党建议立法改变英国基本权利保障体系,消除《人权法案》第 2 条和第 3 条对英国法院自治性以及议会主权的冲击。制定《不列颠人权法案》、废除 1998 年《人权法案》、缩小《人权法案》适用范围和退出《欧洲人权公约》与议定书成为保守党限制欧洲人权法院对本土法影响的政治选项。民意的支持度是政党制定政策的关键。2011 年英国某人权组织指出:“93% 的受访民众支持英国应该制定确认权利和义务的本土法典。”<sup>[126]</sup> 1996 年英国工党公布了对制定《不列颠人权法案》的两次民意调查结果,分别有 73% 和 79% 的受访民众强烈支持制定本土的人权法案保障个人权利。<sup>[127]</sup> 即便在《人权法案》生效后,英国民众依旧希望出台本土的基本权利法典。

2015 年保守党再次获得议会选举的胜利。单独执掌政府的保守党试图通过加快制定《不列颠人权法案》的方式对欧洲人权法院施压,以便减少其对英国普通法体系的影响。英国政府在 2015 年度报告中指出,用本土的《不列颠人权法案》代替《人权法案》将“使我们可以独立自主处理国内事务”<sup>[128]</sup>。在 *British Broadcasting Corporation* 案中,英国法院在判决中提及英国法与《欧洲人权公约》冲突的核心不是“价值”,而是“平衡价值的方式”。<sup>[129]</sup> 英国政府希望通过制定本土的人权清单以最大程度地消除人权法院等国际性法院的判决对英国立法、司法机构的影响,维护普通法的自治性,保留那些已有的平衡个人权利与公共利益的英国规则。部分学者认为制定《不列颠人权法案》的目的就是要禁止英国法院适用《人权法案》第 2 条,人权法院判决变成了“咨询性”的意见;倘若人权法院不同意《不列颠人权法案》的内容,那么英国就会选择退出《欧洲人权公约》。<sup>[130]</sup>

2016 年英国“脱欧”公投的成功使得保守党无法在反欧洲化的政治浪潮中继续维持中间路线。特蕾莎·梅比其前任更加严厉地反对人权法院对英国法

<sup>[126]</sup> *Liberty Human Rights Poll October 2011* (ComRes, 3 October 2011), at <http://www.comresglobal.com/polls/liberty-human-rights-poll-october-2011/> (last visited Jun. 13, 2019).

<sup>[127]</sup> *Rights Brought Home: The Human Rights Bill* (October 1997), at [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/263526/rights.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/263526/rights.pdf) (last visited Jun. 13, 2019).

<sup>[128]</sup> An Introduction by Prime Minister, *Queen's Speech 2015: background briefing notes*, Press Office, 27 May 2015, p. 6.

<sup>[129]</sup> *A vs. British Broadcasting Corporation* [2014] UKSC 25, para. 57.

<sup>[130]</sup> LSE Law School, *The implication of Brexit for fundamental rights protection in the UK* (LSE, 25 February 2015), at <http://www.lse.ac.uk/europeanInstitute/LSE-Commission/Hearing-6-The-implications-of-Brexit-for-fundamental-rights-protection-in-the-UK.pdf> (last visited Jun. 13, 2019).

治主权的干涉。由于废除《人权法案》仅剥夺了在国内法院直接适用《欧洲人权公约》的司法权能,无法阻止欧洲人权法院继续审理个人针对英国的诉讼,因此她建议制定《不列颠人权法案》后直接退出《欧洲人权公约》。然而,考虑到英国社会对“脱欧”结果的反弹以及保守党内部政治势力的分裂,退出《欧洲人权公约》和制定《不列颠人权法案》不是保守党当下最重要的政治任务,而且刚刚退出欧盟的英国需要同欧盟开展经济和其他领域的合作,因此留在《欧洲人权公约》更容易吸引欧盟与成员国的信任。<sup>[131]</sup>

民众对《不列颠人权法案》的高支持率和强大的英国本土势力始终使《人权法案》和欧洲人权法院的判决面临政治和舆论的攻击。因此,废除《人权法案》或者修改《人权法案》第2条和第3条是英国工党和保守党的共同选择。但是,废除《人权法案》或者降低《欧洲人权公约》对英国影响的主动性并不完全掌握在英国议会手中,还需要同时得到苏格兰议会、威尔士议会和北爱尔兰议会的同意。<sup>[132]</sup>《欧洲人权公约》在苏格兰、威尔士以及北爱尔兰的效力源于独立的宪法性公约。<sup>[133]</sup>废除《欧洲人权公约》的过程不仅要经过中央政府和地方议会的商讨,还必须要修改全国和地方议会的法律。

#### (一) 废除《人权法案》对英国司法体系保障基本权利的冲击

废除《人权法案》不仅意味着英国法院在具体的案件中无法继续依照《人权法案》第2条“考虑”公约权利的规定,而且也终止了英国法院依据《人权法案》第3条进行合约性释法的权力。在《人权法案》失去效力后,英国法官仅具有适用国内立法和普通法的司法权力,《欧洲人权公约》和人权法院的判决不能继续成为国内有效法源,依据《欧洲人权公约》和人权法院判例形成的国内判决也可能失去先例的地位。

尽管迪克森认为《人权法案》第2条仅规定英国法院“考虑”欧洲人权法院的判决,因此废除《人权法案》对保障基本权利的影响极为有限<sup>[134]</sup>,但是这将为

<sup>[131]</sup> 尽管英国政府正在与欧盟进行脱欧谈判,但是英国显然不希望在没有确定与欧盟关系的情况下立即失去欧盟成员国的资格,这会对英国的贸易、经济出口以及滞留在欧盟工作的国民造成损失。Brian Walker, *At the heel of hunt, The Tory hue and cry on human rights needs to die down* (UCL, 18 February 2011), at <https://constitution-unit.com/2011/02/18/at-the-heel-of-the-hunt-the-tory-hue-and-cry-on-human-rights-needs-to-die-down/> (last visited Jun. 13, 2019).

<sup>[132]</sup> Ingrid Borárosová & Ondrej Filipec, “Brexit and the Renationalization of the Human Rights Protection: the Way Backward”, *Contemporary European Studies*, Vol. 18, no. 1, 2015, p. 39.

<sup>[133]</sup> see Anne Smith, Monica McWilliams & Priyamvada Yarnell, “Does Every Cloud Have a Silver Lining? Brexit, Repeal of the Human Rights Act and the Northern Ireland Bill of Rights”, *Fordham International Law Journal*, vol. 40, no. 1, 2016, pp. 111-114.

<sup>[134]</sup> Brice Dickson, “Repeal the HRA and Rely on the Common Law”, in Katja S. Ziegler, Elizabeth Wicks & Loveday Hodson (eds.), *The UK and European Human Rights: A Strained Relationship*, Hart Publishing, 2015, p. 123.

英国的人权司法保障带来两个弊端：(1) 增加个人的诉讼成本；(2) 阻碍国内法院与人权法院的对话以及适用人权法院已确定的判决。

首先，除非英国完全退出公约体系，否则，废除《人权法案》并无法彻底摆脱欧洲人权法院对英国履行公约义务的监督。依据《欧洲人权公约》第 58 条，个人在穷尽国内司法体系救济后可以向人权法院提出诉讼，后者依职权审查缔约国履行公约义务的状况。在《欧洲人权公约》第 16 号议定书的框架下，人权法院将重点审查缔约国法院是否在国内审判过程中思考欧洲人权法院已有判决以及运用判决的合理性。从经验的角度分析，英国法院忽略《欧洲人权公约》权利规范或不合理思考欧洲人权法院的判决不仅会提高英国政府的违约风险，也会导致个人向人权法院提交诉状数量的增加，消耗诉讼经济成本。

其次，废除《人权法案》第 2 条将阻碍英国法院与欧洲人权法院的对话渠道。*Al-Khawaja* 案的判决证明当人权法院发现英国法院认真思考人权法院的判例并且提出不同观点时，人权法院愿意给予其适用普通法证据标准的特权。尽管英国法院是司法对话的发起人，但英国议会也是司法对话的受益者。英国国内法院在对话过程中向人权法院阐释议会衡量相冲突的价值的理由和方式，从而帮助人权法院从辅助性视角审查具体的问题，增强了人权法院判决的合法性；即便人权法院不同意议会的决定，其意见本身也可以作为议会再次审查已有立法的起点，还可以为法院做合约性解释提供空间。英国政界和社会反对继续适用《人权法案》并非源自《人权法案》赋予了人权法院判决在国内法体系中的约束力，而是担忧国内法院激进地移植域外法律，造成与社会固有文化与习惯的冲突，从而使国内法院失去社会公信力，损害英国自然生成的普通法秩序。<sup>[135]</sup> 但是，这不能归咎于《人权法案》，而需要依赖法官的自我约束。

最后，英国法院受到人权法院判决的约束源于英国需要履行国际公约的国际法义务，不能将其简单地归咎于《人权法案》第 2 条的实施。废除《人权法案》不影响国家政府继续承担国际公约义务。英国法院确立的“镜像原则”仅限于适用人权法院形成的“清楚且连贯”的判例。即便英国法院拒绝在其管辖范围内运用“镜像原则”，人权法院也会在个人诉讼程序中作出不利于英国的判决结果。

英国政府或许会通过延续 *Hirst II* 案的模式拒绝实施欧洲人权法院的判决。然而，这会对欧洲人权标准一体化和英国的政治名誉产生负面影响。拒绝

---

[135] Melissa A. Waters, “Mediating Norms and Identity: The Role of Transnational Judicial Dialogue in Creating and Enforcing International Law”, *Georgetown Law Journal*, vol. 93, no. 2, 2005, p. 559.

实施 *Hirst II* 案的结果客观上成为俄罗斯拒绝履行人权法院判决的理由<sup>[136]</sup>，并导致缔约国民众对英国政府保障人权承诺的质疑。

废除《人权法案》意味着英国法院无权按照合约性解释的方式调整英国立法与《欧洲人权公约》的冲突。这无疑剥夺了《人权法案》赋予法院的有限司法审查权，法院也失去了宣布特定的国内一级立法条款不符合《欧洲人权公约》的权力。但是，普通法解释传统却依然保留了在特定情形下英国法院可以依靠公约规定或者人权法院判决作为解释国内法的指引。当国内法院发现立法条文内容模糊，并可能会导致违反《欧洲人权公约》的后果时，英国普通法允许法院以国际义务为标准做合约性的解释。但是，这种情况并不常见。废除《人权法案》最大程度限制了法院以合约性的解释方式改变立法含义的能动性，尽管这保障了议会的权威，然而也将带来较高的成本与风险。为了降低在人权法院败诉的可能性，英国议会在立法过程中必须认真思考《欧洲人权公约》和人权法院的判决。在后《人权法案》时代，国家议会成为唯一有权考虑《欧洲人权公约》和人权法院判决的国家机关。当议会无法有效履行相关职责时，人权法院可能会判决英国议会立法具有系统性的缺陷，因此会中止审理一切相关案件，要求立法机关按照公约标准修改之。此时，废除《人权法案》使英国失去了与欧洲人权法院进行司法对话的润滑剂，因此接受人权法院的判决与否直接演变为僵硬的政治问题，无法通过法律途径灵活解决。这并非废除《人权法案》的唯一代价，修改立法和议会辩论的复杂性远高于法律解释的成本。尽管法院依据《人权法案》第 4 条声明某一级立法不符合规定不会导致该国内法失去效力，但当事人却有权依据《人权法案》第 10 条获得政府颁布的救济令。因此，相比于需等待较长时间的人权法院判决，国内法院效率更高，政府也会给予最及时的反馈。然而，废除《人权法案》将导致个人只能申请域外人权法院的救济。

废除《人权法案》会对个人诉权产生负面影响。依据《人权法案》第 7 条，当个人的公约权利受到公权力机构的侵害时，个人有权将公权力机构诉至法庭。该规定无疑为公权力机关在制定法领域设置了侵权责任。然而，英国法院在执行第 7 条的过程中依旧受普通法思维模式的影响，紧密地将赔偿数额与侵犯公约权利的损失相联系。至今，英国法院在侵权法领域一直否认抽象“隐私权”的存在。上院在 *Wainwright* 案<sup>[137]</sup>中否认狱方对探亲母子进行脱衣检查的要求侵犯了《欧洲人权公约》保障的隐私权。

[136] Tobias Lock, *Human Rights Reform and the UK's International Human Rights Obligation*, British Academy for the humanity and Social Science, 2016, p. 17. *Hirst II* 案中，虽然欧洲人权法院认定英国限制囚犯投票权的立法是无效的，但英国仍然认为该立法是有效的（未执行该判决）。在涉及俄罗斯类似判决的执行中，俄罗斯宪法法院提到了英国仍然有效的囚犯投票禁令，以证明这是欧洲相对普遍的做法，并作为拒绝执行相关判决的依据。

[137] *Wainwright vs Home Office* [2003] UKHL 53, [2004] 2 AC 406.

废除《人权法案》是否意味着英国法院放弃适用比例原则是值得研究的关键问题。相比于普通法的合理性原则,比例原则赋予了法院更严格审查立法的义务。尽管英国早期的立法中存在比例原则的影子,却始终未能生成具有严密结构的逻辑性审查模式。<sup>[138]</sup>但是,英国最高法院在 *Pham* 案<sup>[139]</sup>的判决中明确承认普通法受欧洲大陆法的影响,应该适用比例原则。乔纳森·萨姆欣(Jonathan Sumption)法官在判决中指出尽管英国普通法没有产生比例原则的概念和公式,但是由于近 30 年一直受欧洲法的影响,法官已经逐渐接受在具体判决中运用比例原则:在审理案件的过程中区分不同权利的重要程度,以及审查限制这些权利的程度。<sup>[140]</sup>比例原则内化为普通法有助于抵制议会政治变化对司法的干涉。

## (二) 普通法复兴与基本权利保障

普通法在后《人权法案》时代担负着保障基本权利的重要任务。普通法的发展需要时间积累和社会变化。贺辅明法官自信地认为“普通法已经包含了一切保障基本权利的原则”,“英国法院有能力依据普通法平衡个人权利和社会利益”<sup>[141]</sup>。然而,议会主权对普通法的发展形成巨大的钳制作用。尽管贺辅明法官希望最高法院通过对议会立法的合法性审查建立合宪性审查秩序,但是普通法无法抵挡议会以明确的立法语言否决司法解释和裁判效力的权威。<sup>[142]</sup>

当下,英国法院试图在判决中不断地复兴普通法,努力从国际条约之外寻找新的权利规范。当法官们在 *Osborn* 案的判决中思考是否应该停止给予监外执行的囚犯听证权利时,韦彦德法官指出英国人权法规范的来源不局限于《人权法案》,同时必须思考普通法:“《人权法案》不比普通法或者制定法创设的人权标准具有优越性,该法案也不是基于欧洲人权法院判决形成的独特性法律。人权将继续由我国国内法所保障。在适当时候,法院能以符合公约的方式解释和发展国内法。”<sup>[143]</sup>韦彦德的意见似乎改变了《人权法案》生效初期英国法院唯人权法院马首是瞻的态度。然而,如果考虑相关的司法背景,很难得出普通法

<sup>[138]</sup> Eric Engle, “The History of the General Principle of Proportionality: An Overview”, *The Dartmouth Law Journal*, vol. 10, no. 1, 2012, pp. 7-8.

<sup>[139]</sup> *Pham vs. Secretary of State for the Home Department* [2015] UKSC 19.

<sup>[140]</sup> Mark Elliot, *Proportionality and contextualism in the common-law review: The Supreme Court judgment in Pham* (Public Law for Everyone, 17 April 2015), at <https://publiclawforeveryone.com/2015/04/17/proportionality-and-contextualism-in-common-law-review-the-supreme-courts-judgment-in-pham/> (last visited Jun. 14, 2019).

<sup>[141]</sup> Leonard Hoffmann, “The Universality of Human Rights”, *Law Quarterly Review*, vol. 125, no. 3, 2009, p. 416.

<sup>[142]</sup> Tobias Lock, *Human Rights Reform and the UK's International Human Rights Obligation*, British Academy for the Humanity and Social Science, 2016, p. 12.

<sup>[143]</sup> *Osborn vs. Parole Board* [2013] UKSC 61, [2013] 3 WLR 1020, para. 57.

能独立保障基本权利的结论,也不能得出普通法可以取代公约权利的结论。《欧洲人权公约》第5条为限制个人行动自由不仅设定了最低公约保障标准,同时允许缔约国在公约框架下保留高于公约的国内法标准。曼斯在 *Kennedy* 案中延续了对普通法的自信,认为“普通法有时可以给予比公约更大的保障空间”<sup>[144]</sup>,但是这都不能成为英国废除《人权法案》的理由。《欧洲人权公约》第53条显然允许缔约国保留比《欧洲人权公约》更高的保障标准。

具体而言,在《人权法案》生效后,几乎所有运用普通法发展《欧洲人权公约》标准的国内判决都仅局限于公平审判权领域。法官在 *A* 案<sup>[145]</sup>中以普通法为基础认定第三方通过酷刑收集的证据无效;在 *Ahmed* 案中认定未提供司法救济的行政强制措施违反公平审判权。然而,即便英国法院在判决中宣称其理由源自传统的普通法,并没有援引人权法院判决作为支持,但实际上是源于欧盟法院在 *Kadi I* 案<sup>[146]</sup>中作出判决的影响,因此,这些判决很难在真正意义上成为普通法的创造。相反,英国司法体系至今都拒绝以符合《欧洲人权公约》第13条(获得有效救济权)和第8条(私生活权利)的方式给予受害人高额的惩罚性救济,而是继续沿用普通法逻辑履行赔偿物质损失的责任。

笔者对普通法的更多质疑源于在没有《欧洲人权公约》的影响下普通法演变的速度能否与人权法院相匹配。人权法院在 *Goodwin* 案中指出变性人有权改变其出生登记的性别并且国家应该承认变性人具有缔结婚姻的法律资格。<sup>[147]</sup>显然,英国法院在更早的 *Bellinger* 案<sup>[148]</sup>中未能创设保障变性人婚姻权的普通法规则。在保障个人私生活权的范围内,普通法无法阻止英国议会为保障公共安全创设影响个人隐私信息的立法,但是,人权法院在 *S and Marper* 案<sup>[149]</sup>中认定英国立法规定获取已被排除刑事犯罪嫌疑的人的DNA、指纹以及细胞标本违反了《欧洲人权公约》第8条。倘若没有欧洲人权法院的介入,恐怕英国普通法现今都允许存在老师和政府对未成年学生的鞭刑。<sup>[150]</sup>

在部分案件中,普通法的适用呈现出逻辑推理和证据优于个人权利保障的趋势,英国的普通法传统几乎忽视了绝对权利的存在。无论是法院适用普通法还是政府立法都呈现出对国内安全利益的保障大于尊重外国人基本权利的倾向,甚至在 *Othman* 案的判决中,英国上院主张约旦法院采纳通过酷刑方式获

[144] *Kennedy vs. Charity Commission* [2014] UKSC 20, [2014] 2 WLR 808, para. 46.

[145] *A vs. Secretary of State for the Home Department (No. 2)* [2005] UKHL 71, [2006] 2 AC 221.

[146] Case C-402/15, [2008] ECR I-6351.

[147] *Goodwin vs. UK*, appl no. 28957/95, judgment 11 July 2002.

[148] *Bellinger vs. Bellinger* [2003] UKHL 21, [2003] 2 AC 467.

[149] *S and Marper vs. UK*, appl no. 30562/04, judgment 4 December 2008.

[150] *Tyrer vs. UK*, appl no. 5856/72, judgment 25 April 1978.

得的证据不违反《欧洲人权公约》第6条公平审判权。<sup>〔151〕</sup>

当下的普通法为保障基本权利仅能作出辅助性贡献,即在具体案件中为保障特定权利或者提高权利的保障标准寻找特定理由或者给予平行性意见。从其他普通法国家基本权利保障的实践分析,基本权利法典化已经成为普遍选择。加拿大、以色列、新西兰和澳大利亚等普通法的不成文法国家与南非和美国等普通法的成文宪法国家都拥有一部源于普通法或政治商议形成的基本权利法典。基本权利明确写入宪法或者成为一级立法授权法院审查公权力机构是否滥用权力,也将公权力活动纳入基本权利讨论的平台。当下的宪法多元主义、基本权利法典化和国际法宪法化等客观背景与17世纪英国普通法的环境截然不同,法律全球化和全球立宪主义进程的加速会凸显孤立性普通法的劣势。

### (三)《不列颠人权法案》能弥补普通法的缺陷吗?

无论在政治结构中还是在司法能力中,英国普通法都有着明显的缺陷性。保守党和工党废除《人权法案》不意味着英国要延续普通法传统继续否定基本权利法典化。相反,建议起草以英国普通法和英国价值为导向的基本权利清单,限制人权法院对英国政治和社会的影响,从而赋予国内法院和立法机关在权衡个人权利与公共利益领域更高的权威。

由于《不列颠人权法案》尚在起草过程中,所以无法从法律实施的视角作实证分析。学者可以通过对比《人权法案》和《欧洲人权公约》,了解《不列颠人权法案》草案的特征和缺陷。

《人权法案》实质赋予了英国法院以公约权利有限地审查议会一级立法的司法权,客观上体现出《欧洲人权公约》在英国法律秩序内具有形式上超立法的效力。倘若英国政府希望继续通过司法途径有效保障人权,就需要赋予《不列颠人权法案》超国家立法的效力,防止议会通过新法代替旧法的途径排除《不列颠人权法案》的权威。即便能够达成这一点,《不列颠人权法案》也无法对抗议会在特别法案中明确规定不适用《不列颠人权法案》或阻止议会通过在权衡了个人权利和公共利益后制定的特别法。在议会至上的秩序内,当议会对公共利益和个人权利冲突作出具体的立法时,法院通常只能认可议会的裁量结果,不能作超越权限范围的干预。议会主权赋予议会最高权力,通过明确的语言和决定可以暂停具体的法律条款在特定立法领域中的适用。这显然与《欧洲人权公约》的目标相冲突。人权法院明确声明“《欧洲人权公约》是维护欧洲公共利益的宪法性文件”<sup>〔152〕</sup>,法院是审查缔约国的立法是否符合公约权利标准的权威机

〔151〕 *Othman vs. Secretary of State for the Home Department* [2009] UKHL 10.

〔152〕 *Loizidou vs. Turkey*, appl no. 15318/89, judgment 23 March 1995, para. 75.

关。人权法院享有在公共事务中更大的决定权显然与英国普通法体系不相容，这也是英国要废除《人权法案》的理由之一。

英国法院在《不列颠人权法案》的框架下认为英国立法违反基本权利规定后如何处理？英国法院不具有宣布一级立法无效的权力，因此可以推测不符合基本权利的一级立法在《不列颠人权法案》框架下会继续生效。但是，法院可以宣布二级授权立法不具有合法性而否定其效力，因此，《不列颠人权法案》在英国法律体系下仅具有形式上超立法的效力，但不具备实质性的最高宪法权威。

为了解决该结构性的缺陷，《不列颠人权法案》可能会允许英国法院通过一致性解释的方法使立法规定符合《不列颠人权法案》的标准与精神。尽管英国法享有对《不列颠人权法案》的解释权，但是制定该法案的主要目的是保障议会权威。因此，法院权限和议会权限之争将继续为英国宪制的主要矛盾：给予法院一致性解释意味着继续给予法院修改立法的权力，限制法院权力则可能危害基本权利的保障。《不列颠人权法案》和其他一级立法对法院和议会权力的明确界定将成为解决问题的最好方式。立法可以明确规定法院须在国家安全和重大社会事务等中服从议会的立法，而在具体诉讼程序和与私人生活相关领域中法院可以享有较大的裁量空间。即便如此，议会依旧有权决定是否接受法院的解释。

民众对《不列颠人权法案》的期望源于对让渡主权的担忧和对人权法院利用人权案件干涉英国本土事务的反感。<sup>[153]</sup> 高度排外的主权理论不愿意接受外来的人权规范，甚至在法律体系中非常谨慎地对待一切域外法对国内法体系的影响。英国普通法文化与欧洲大陆的基本权利优先论导致了思维模式和法律推理导向的不同，所以英国普通法对权利的定义和保障方式与现代欧洲大陆具有明显的法理差异性。域外的人权法院是唯一有权决定是否给予边际裁量的决定者。英国希望制定本土的人权法案，将已有的普通法权利法典化，恢复普通法建设的“不列颠价值”<sup>[154]</sup>。

然而，反对《人权法案》而追求制定本土人权法典的行为将危及英国本土的人权保障。尽管《不列颠人权法案》草案尚未正式公布，但是从保守党的建议稿可以看出，本土人权法案极大地限制了基本权利的适用范围，将严格的基本权

---

[153] Katja S. Ziegler, Elizabeth Wicks & Loveday Hodson, “The UK and European Human Rights: Some Reflections, in Katja S. Ziegler, Elizabeth Wicks & Loveday Hodson (eds.), *The UK and Human Rights: A Strained Relationship*, Hart Publishing, 2015, p. 506.

[154] LSE Law School, *The implication of Brexit for fundamental rights protection in the UK* (LSE, 25 February 2015), at <http://www.lse.ac.uk/europeanInstitute/LSE-Commission/Hearing-6—The-implications-of-Brexit-for-fundamental-rights-protection-in-the-UK.pdf> (last visited Jun. 13, 2019).

利保障限于刑事领域并且最大程度避免与国际法院的合作。显然,英国排斥欧洲的干涉,维护了国内民主与主权,但降低了基本权利的保障标准,排斥了国际性法院的外部监督。至少,《不列颠人权法案》无法为民众提供更高的欧洲标准作为申请司法救济的法律权威,更大的隐患在于,法院与议会的矛盾不会随着废除《人权法案》和制定本土的人权法典而消除。即便法院已有的合约性解释的判决被归为无效,但是议会按照《欧洲人权公约》制定的立法依然具有效力,除非议会将此类立法一并废除,否则无法完全消除法院延续以公约为导向解释相关国内法的可能。

#### 四、结论:融合主权、传统和开放性是普通法发展的动力

显然,英国政府对《欧洲人权公约》的排斥源于其对传统的议会至上主权模式的坚守和骄傲,这也是其试图废除《人权法案》和退出《欧洲人权公约》的主要动机。然而,尊重和保障基本权利已成为现代国家的共识。多数国家都制定了一部保障基本权利的法典,以色列和加拿大等国的法院甚至将本国的人权法典作为审查议会立法和行政行为的合宪性标准。基本权利法典化无疑已经是全球立宪的共识。

虽然英国普通法具有光荣的保障自由的历史,但是普通法对自由的定义和保障标准与现代宪法不同,英国普通法的法治理念和目的与现代宪法权利的地位和作用有着明显差异。前者侧重于对权力任意性的限制,而后者是国家政权对个人权利与尊严的承认与尊重。法治固然有利于间接保障基本权利,然而直接赋予公民宪法权利意味着国家政体对个人权利优先性的承认,也是立法和行政行为的起点标准。

普通法的发展核心在于法院的说理与判决,但是其发展过程不仅受议会主权的制约,法院也无法为国家机关设置更多的保障人权的积极义务。法院即使能够维护法治,但是普通法秩序下的法院极少能够染指社会性政策和为政府设定行政义务。在《人权法案》生效前,部分法官试图通过合法性审查和合理性推断的方式发展普通法,试图通过建构合宪性审查机制削弱议会至上的权威,甚至在部分判决中试图通过构建宪法权利概念突出部分立法具有最高的宪法地位,但是,改革性的理念鲜能得到认同。议会至上的主权结构依旧稳固,具有保守倾向的法官无法在缺乏立法的支持下行使法律未授权的权力,因此,普通法的“宪法权利”不仅无法抵御议会明确废止其法令的效力,甚至无法在侵权程序中获得惩罚性赔偿的特权。

《人权法案》不仅形式上赋予《欧洲人权公约》超国家立法的效力,同时也赋予了法院有限的司法审查权。这场英国“宪法革命”将本土普通法与国际化的

《欧洲人权公约》相连接。《人权法案》要求英国法院考虑人权法院的判决,并在可能的情况下合约性解释国内立法;当英国法院无法做合约性解释时,需声明国内法不符合《欧洲人权公约》的要求。英国司法体系呈现出普通法与欧洲法共治的局面。但是,多元法律权威与绝对的议会至上的理念无法避免法律与政治的冲突。英国法官按照《人权法案》合约性释法并且遵照人权法院“清楚且连贯”的判决结果成为政客和部分法官提出的损害英国议会至上制度的证据。尽管英国国内法院与人权法院能动地解释《欧洲人权公约》和扩展公约适用范围可能会导致法律冲突,但这并非不可调和的矛盾。批准国际公约意味着英国遵守公约的义务,这符合威斯敏斯特体制下普通法理念和英国《人权法案》将“权利带回家”的要求。解决问题的手段应是英国政府与欧洲理事会进行政治性商议,通过公约议定书的方式限制人权法院的审查范围和缔约国边际裁量空间。

司法对话成为政治谈判滞后或者僵局条件下解决问题的另一途径。尽管司法对话从理论上并不必然会调节两个权威机构的矛盾,但是会带来交互性影响。<sup>[155]</sup>彼此考虑不同和差异是良好司法对话的重要条件。<sup>[156]</sup>从实践分析,英国法院与人权法院在 *Al-Khawaja* 案中的司法对话非常成功。人权法院更改了大陆法系严格的证据采纳标准,承认英国法院依照普通法的方式采纳无法质证的传闻证据的程序符合《欧洲人权公约》的标准。《欧洲人权公约》第 15 号和第 16 号议定书规定了缔约国享有边际裁量和启动与人权法院对话的权利。英国法院在《欧洲人权公约》议定书和《人权法案》框架下显然会获得维护本国宪法特征和保障人权的双重武器。

废除《人权法案》并制定本土化的《不列颠人权法案》是“脱欧”与“反全球化”思潮在法律制度的延续。即便本土化人权法典维护了英国宪法特征,消除了人权法院对本国普通法自治性的影响,维护了议会至上的主权秩序,但代价可能是降低人权保障标准。《不列颠人权法案》无法真正帮助“不列颠自由价值”复兴,废除《人权法案》最大的受害者是普通民众。倘若没有欧洲人权法院的审查,英国普通法无法禁止体罚儿童的制度、无法禁止国家搜集无罪民众的个人信息、不能赋予变性人结婚的权利以及同性伴侣的继承权。

即便《不列颠人权法案》赋予了上述权利,废除《人权法案》的弊端依旧存

<sup>[155]</sup> Giuseppe Martinico, “Interjudicial Dialogue and Interparliamentary Dialogue in the Constitution of Union”, in Nicola Lupo & Cristina Fasone (eds.), *Interparliamentary Composite European Constitution*, Hart Publishing, 2016, p. 45.

<sup>[156]</sup> Aida Torres Pérez, *Conflicts of Rights in the European Union: A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford University Press, 2009, p. 118.

在。在不退出《欧洲人权公约》的情况下,穷尽国内救济的个人或者英国政府必须花费更多的诉讼成本到斯特拉斯堡寻求人权法院的救济。国内法院失去司法审查权后,英国政府违约风险增高,议会的权威和公信力也将面临严重的挑战。倘若完全退出《欧洲人权公约》后实施本土化的人权法典,英国将不仅面临其他公约缔约国对其欧洲理事会成员国资格的质疑,也会因降低人权国内保障标准和拒绝接受区域性专门人权法院的审查而受到批评。

(审稿编辑 康 骁)

(校对编辑 侯婷婷)