

歐洲人權法院審理原則 ——國家裁量餘地原則

王玉葉

中央研究院歐美研究所
E-mail: yyywang@sinica.edu.tw

摘要

歐洲人權法院為了在相對立的人權普世性與文化相對性間尋求適當的平衡關係，發展出國家裁量餘地原則，在某些事務各會員國間尚未有共識，並無統一標準前，容許國家在立法或執法時保留較大的自行裁量空間。國家裁量餘地原則是歐洲人權法院從實務中發展出來的，其理論基礎在於，因為國家當局直接而連續接觸本國事務，事實上應該比國際法院更深入瞭解本國狀況，更有能力對國家資源條件與確實需要做正確評估與判斷。它是由輔助性原則自然衍生的成果，在上下兩層政府分配權力時，原則上應由最接近人民之國家政府負主要治理責任。本論文探索歐洲人權法院適用國家裁量餘地原則之起源、發展，並檢討歐洲人權法院適用此原則之利弊得失。

關鍵詞：國家裁量餘地原則、人權普世性、文化相對性、輔助性原則、緊急事態之減損

壹、前言

一九四八年聯合國通過「世界人權宣言」(Universal Declaration of Human Rights)，標舉了現代民主社會中每個人應享有的各種基本人權與自由，藉此揭示了一項明文的普世人權保護標準。而世界上真正落實人權宣言內容，並具有法律效力的國際公約，首推一九五〇年由歐洲理事會 (Council of Europe) 會員國簽署，一九五三年生效的「歐洲保護人權與基本自由公約」(European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 以下簡稱歐洲人權公約)。¹ 歐洲人權公約是世界上成立最早且最具實效的區域性人權保護機制，設有歐洲人權委員會 (European Commission of Human Rights) 與歐洲人權法院 (European Court of Human Rights)，負責監督締約國確實履行保護人權之義務。² 歐洲人權司法機構經過半世紀之演進，在實務上已經發展成為世界上第一個具有強制管轄權 (compulsory jurisdiction) 並允許個人請求救濟的國際人權法院。³ 在此性質上，歐洲人權法院已具超國家組織之特色。⁴ 至一九九八年，兩個司法機構進而合併為單一的全職法院，常設專

¹ Nov. 4, 1950, Rome, 213 U.N.T.S. 222. 中譯文見陳隆志、許慶雄 (1998: 101-112)。聯合國系列同類型之國際人權公約至一九六六年才通過，一九七六年生效。

² 歐洲人權委員會與歐洲人權法院於一九五九年正式成立，採雙軌制審查會員國人權違反案件。每一請求案件先經人權委員會初步審查決定是否受理，嘗試和解程序，如果不成功再由其決定是否提交人權法院審理。歐洲人權法院之設置頗為先進，聯合國至今尚未設置具有獨立司法功能之人權法院。

³ 個人或團體之人權受其本國政府侵害可以向歐洲人權法院申訴請求救濟。所有歐洲人權公約締約國均主動聲明承認此種請求權，並接受強制管轄。參見Council of Europe (1997)。

⁴ 超國家組織指會員國讓渡某些國家主權至國家之上的國際組織，使其具有某些決定權力，並能約束會員國及其人民。

職法官，以應付越來越多的人權案件。⁵ 歐洲人權法院之判決結果頗受尊敬，其當事國服從的比率不遜於國內法院之判決。⁶ 法院判例長期累積卓著之信譽與權威，已經成為世界上最有實效的超國家判決 (effective supranational adjudication) 之一，不僅對其目前四十六個會員國之國內法律及法院判決影響甚鉅，⁷ 甚至為其他國際人權法院及其他國家的國內法院所參考引用 (Merrills, 1993: 17-21; Weston, Lukes & Hnatt, 1987)。

歐洲人權法院除了在追求人權普世性厥有貢獻外，在發展國家裁量餘地原則，以尊重各會員國不同國情並維護多元價值，亦居世界先驅 (Shany, 2005: 926; Sweeney, 2007: 27; Waldock, 1980: 9)。為了促使人權保護功能實際而有效，必須維持普世的人權標準，同時又要兼顧各個締約國的特殊情況與需要，因此須在締約國主權與個人人權間維持適當的平衡關係，方能為訴訟兩造所接受。歐洲

⁵ 由於歐洲人權法院法官初期採兼職制，法官每年九月起短期聚集在法國史特拉斯堡 (Strasbourg) 審案。在法院創始期，自一九六一年起至一九七五年只做了 17 件判決，幾乎平均一年做一件判決，直至一九八二年，總計也只做了 61 件判決。但法院每年都有數千件申請案，而且案件數量不斷增加，考驗著歐洲人權公約司法機關的效率。自一九八二年起即有合併人權委員會與人權法院為一永久性全職單一法院的提議，經過長期討論擬議，至一九九四年才完成簽署第十一議定書，於一九九八年十一月一日生效，完成單一法院的改造。參見 The American Society of International Law (1994)，另參見 Black-Branch (1996); Drzemczewski & Meyer-Ladewig (1994)。

⁶ 依歐洲人權公約原第五十三條規定：締約各國承允在它們是當事一方的任何案件中服從法院的判決 (陳隆志、許慶雄，1998: 110)。另請參見 Carter & Trimble (1995: 309); Kay (2000: 55); Ryssdal (1996: 49, 67)。

⁷ 依歐洲人權公約原第五十四條規定，法院判決交歐洲理事會之部長委員會監督執行，見陳隆志、許慶雄 (1998: 110)。如果發現締約國國內法律或法院判決與人權法院判決衝突，必須修改立法或改判。每件歐洲人權法院判例所引發之效果，詳見 European Court of Justice, "Effects of Judgments or Cases 1959-1998," <http://www.echr.coe.int/Eng/EDocs/EffectsOfJudgment.html>，另參見 Polakiewicz (1992: 11); Polakiewicz & Jacob-Foltzer (1991: 65-85, 125, 137)。

人權法院通常利用國家裁量餘地原則 (national margin of appreciation doctrine) 來解決國家利益與個人權利間固有之衝突。國家裁量餘地的觀念在於，眾多締約國具有不同的歷史文化背景與傳統，在某些事務各國尚未發展出一共同標準尚能共識前，容許各國保留某些程度之自由裁量餘地，是在相對立的人權普世性 (universality of human rights) 與文化相對性 (cultural relativism) 間尋求妥協的方式 (Donoho, 1991; Sweeney, 2005)。理想上國際人權保護機制應適用普世的價值觀與標準，但每個國家都有其特殊情況與社會制約，亦須尊重不同文化的特殊價值觀與特別需要。在實際上，國家當局直接而連續接觸本國情況，因此應比國際法院更瞭解，並更有能力對國家的資源條件與確實需要作評估與判斷。

國家裁量餘地原則是從輔助原則 (subsidiary) 與文化多樣性 (cultural diversity) 自然發展出來的。在國家之上的超國家組織或採聯邦制的國家都存有雙重主權競合情形。上下兩層主權如何分工，一般都以輔助原則或聯邦原則作為權力分配準則。也就是原則上盡量由最接近人民之政府層級負起主要治理責任，因為他們最清楚當地的資源與人民的需要，才能作出最符合人民利益之決策。上層政府只具監督輔助之責，在基層政府力有未逮時，再由上層政府出面加以協助。⁸ 聯邦原則則強調聯邦有限權力，以保留州主權為原則 (Bermann, 1994; Neuman, 1996; Vause, 1995)。依歐洲人權公約規定，人權保護的第一線責任乃落在每個締約國。⁹ 歐洲人權公約之目的並非要取代國家的任務，而是多提供一個最後救濟機會以增

⁸ 有關輔助原則之定義，參見王玉葉 (2000: 5-10)。另可參見Mahoney (1997: 364-379); Petzold (1993: 41-62)。

⁹ 歐洲人權公約第一條：締約國應負責為在其管轄下的每個人民獲得本公約第一節所規定的權利與自由，參見陳隆志、許慶雄 (1998: 102)。另請參見Petzold (1993: 41); Murphy (1994)。

強、補充或矯正國家的行爲。一般的國際法院必須在當事人竭盡一切國內救濟程序 (exhaustion of local remedies) 而沒有成功後，才會受理案件。¹⁰ 而維護歐洲文化的多樣性以涵養其豐富與特徵，亦為歐洲統合的重要目標 (Matscher, 1993: 76; Mahoney, 1997)。

本文思考的重點在於國際人權法院扮演監督締約國保護人權的角色時，應如何協調人權之普世性 (universalism) 與相對性 (relativism)。國際人權法院在審理案件時應否依理性獨立判斷，以建立國際共同標準？或應尊重締約國共識，而在締約國無共識之領域應否多留給國家一些自由裁量餘地？畢竟國際法院因為締約國同意而存在，法院須在其間取得一折衷的平衡點，其判決也因締約國願意服從才有實效。歐洲人權法院似乎比其它國際人權法院更自由地適用國家裁量餘地原則。¹¹ 觀諸歐洲人權法院判決的影響力，有些人權學者擔心過份適用國家裁量餘地原則可能會損及全球為建立普世共同人權標準的努力成果 (Benvenisti, 1999: 845)。本文作者擬藉由探討歐洲人權法院適用國家裁量餘地原則的情況，從其中尋求答案。本文依序闡述國家裁量餘地原則之定義與起源，與其後之擴充適用，並探討歐洲人權法院適用此原則之審查標準，最後檢討其適用此原則之利弊得失。

貳、國家裁量餘地原則之定義與起源

裁量餘地原則 (margin of appreciation) 之意義，根據牛津英文

¹⁰ 例如歐洲人權公約原第二十六條規定：委員會只有在一切國內補救方法用盡後，才可以依照公認的國際法規則，並從作出最後決定起，六個月內處理此事 (陳隆志、許慶雄，1998: 107)。

¹¹ 其它國際人權法院盡量避免系統化適用國家裁量餘地原則，聯合國人權委員會及美洲人權法院只有零星案件暗示贊同此原則。參見Benvenisti (1999: 844, 845)。

字典 (Oxford English Dictionary) 解釋, “appreciation” 表示了解或尊重微妙的概念或差異, “appreciation” 亦有 “discretion” 涵義, 即自由裁量之意, “margin” 表示一個有限空間, 超越其邊界即受約制。合起來說, “margin of appreciation” 表示容許自由判斷裁量的界限。若將此概念置入歐洲人權公約中, 國家裁量餘地原則之意義, 即歐洲人權司法機構在有限範圍內, 留給締約國行政、立法、司法機關自由裁量的空間, 亦即在某種特殊情況下, 允許締約國自主執行其法律 (Macdonald, 1987: 195)。在歐洲人權公約的立法史 (Travaux Préparatoires) 及本文中找不到裁量餘地原則的文字。此原則原為歐陸國家軍事法及行政法習用的法律原則, 用以審查行政裁量之合法性。¹² 歐洲人權法院的法官在審判時即直接將之移植至歐洲人權公約體系內, 成為平衡締約國主權與遵守人權保護義務之解釋工具 (Yourow, 1996: 14-15)。在歐洲人權公約司法機構與締約國共同承擔保護人權責任時, 國家裁量餘地原則成為其間權力分配之自然產物 (natural product) (Mahoney, 1990: 81; Brems, 1996: 300-304)。

歐洲人權司法機構首先適用國家裁量餘地原則於國家緊急事態減損締約國保護人權義務的案件 (Yourow, 1996: 15-21; 另參見 O’Boyle, 1998)。歐洲人權公約第十五條規定緊急事態之減損 (derogation in emergency): 「當國家發生戰爭或遇有威脅國家生存的公共緊急時期, 任何締約國得在緊急情況所嚴格要求的範圍內, 採取減損其根據本公約之義務的措施, 但上述措施不得與其根據國

¹² 如法國 Conseil d’Etat 之 “marge d’appréciation”, 及德國之 Beurteilungspielraum, Ermessensfehler, and unbekannte-or unbestimmte-Rechtsbegriffe. 參見 Jacob (1975: 201)。

際法其他義務有所抵觸。」¹³ 第一個賽浦路斯案件 (*First Cyprus Case*)，¹⁴ 首先由歐洲人權委員會接受。當英國統治賽浦路斯時發生動亂，英國依公約第十五條規定向歐洲理事會秘書長報告它所採取維持秩序的應變措施，以及採取措施的理由。歐洲人權委員會認可英國行使此減損權力，並同意英國在評估緊急情況所嚴格限制的程度內對採取何種措施享有某種限度的裁量權 (a certain measure of discretion) (Council of Europe, 1960: 176; 另參見Simpson, 1996: 691-704; 2004)。人權委員會之報告雖沒有提到 “the margin of appreciation doctrine” 文字，但 “a certain measure of discretion” 與 “the margin of appreciation” 概念相同。只要英國政府所採危急應變措施與所面對的危機狀態嚴格成比例 (strictly proportionate to the crisis faced)，人權委員會即尊重其裁量。此案後來因英國與賽浦路斯當事國雙方進行政治和解程序而終結，沒有機會提交歐洲人權法院審理。

第一件提交歐洲人權法院審理的個人申請案件為 *Lawless v. Ireland*。¹⁵ 本案申請人 Lawless 為一愛爾蘭公民，因為參加愛爾蘭共和軍 (Irish Republican Army)，不經審判即被愛爾蘭政府逮捕拘禁達五個月之久。申請人主張其歐洲人權公約第五至第七條所規範的人權 (即人身自由、接受公平審判權利及禁止刑法溯及既往適用) 被剝奪而請求救濟。在此案中歐洲人權委員會再次承認國家裁量餘地原則，並明文提及 “a certain margin of appreciation”，且將國家裁量範圍擴及決定公共緊急事件威脅國家生存情況是否存在。因為

¹³ 歐洲人權公約第十五條第一項，參見陳隆志、許慶雄 (1998: 105)。

¹⁴ *Greece v. United Kingdom*. 參見 Council of Europe (1960: 174)。

¹⁵ *Lawless v. Ireland* [Commission] 1 EUR. CT. H. R. (ser. B), at 56 (1960-61); *Lawless v. Ireland* [Court], 3 EUR. CT. H. R. (ser. A) (1960-1961). 這是首件經由歐洲人權法院審理之案件。

國家負責維持法律秩序以保護人民，應由其判斷是否有危急狀態存在，需要採取非常措施以保衛國家安全。委員會將此意見送交法院，而法院也承認了愛爾蘭政府在暴亂時期依歐洲人權公約第十五條減損權力範圍內所採非常措施之合法性 (Yourow, 1996: 16-17)。

自*Lawless*案之後，幾乎所有有關國家減損權力案件歐洲人權法院都許可國家裁量餘地原則之適用，只有四件希臘上校申請案 (*Greek Colonels cases*) 例外。¹⁶ 在一九六七年希臘軍事政府剛取得政權時，即停止人民行使某些憲法權利，酷刑虐待政治犯，刑法溯及既往適用，沒收人民財產及沒有舉辦自由選舉等事件，嚴重違反歐洲人權公約第三條、第七條及公約第一議定書有關財產權及自由選舉權之保障。而上述人權均為公約第十五條第二項所規定不得減損之權利。至一九六九年當人權委員會擬對希臘作出違反公約的決定時，希臘卻於此時宣布退出歐洲理事會，亦即退出歐洲人權公約，於一九七〇年六月十三日生效 (Yourow, 1996: 18-19)。

在歐洲人權公約締約國中，另有英國及土耳其兩國境內分別有北愛爾蘭及庫德族 (Kurds) 種族糾紛未能弭平，長期處於動亂中。兩國都依事實狀況向歐洲理事會申請減損人權保護義務，期間斷斷續續長達近三十年，緊急狀態統治幾成常態，¹⁷ 所以兩國都有違反人權狀況被告到歐洲人權司法機構。在一九七八年之 *Ireland v. United Kingdom* 案，¹⁸ 人權法院支持英國政府為了控制愛爾蘭共和

¹⁶ 四個案件為 *Denmark v. Greece*; *Norway v. Greece*; *Sweden v. Greece*; *Netherlands v. Greece*. 參見 Council of Europe (1971)。

¹⁷ 英國經歷一九七一年、一九七八年、一九八八年數次申請，至二〇〇一年始撤回，戒嚴狀態幾達三十年，參見 Gross & Aoláin (1999: 79)。土耳其在一九七〇年至一九八七年斷斷續續申請，其中一九八〇年至一九八七年間呈連續狀態。一九九〇年又開始申請，至目前為止尚未撤回，參見 *The Economist* (1997, October 11)。

¹⁸ *Ireland v. United Kingdom*, 25 EUR. CT. H. R. (ser. A) (1978).

軍之恐怖暴亂活動所作之非常態拘捕行爲。法院宣稱締約國政府身負保衛國家安全任務，由於直接長期面對緊急狀況，更瞭解緊急時刻的迫切需要，原則上國家當局比國際法官更有能力對緊急狀況是否存在及應採何種應變措施至何種程度才能避免危險，作出正確判斷，在這種緊急狀態下應允許國家享有較寬廣的裁量餘地 (a wide margin of appreciation)。

然而國家也並非因此而享有無限制的權力，委員會與法院仍要監督國家在行使減損權力時是否超過公約第十五條所規定的嚴格要求範圍。一九八二年有丹麥、法國、荷蘭、挪威、瑞典等國控訴土耳其在其東南方庫德族區違反人權案件，一九八五年委員會達成當事國間之和解，土耳其保證將來會達成人權公約要求的標準，並允諾事後向委員會報告完成事項 (The American Society of International Law, 1986; Janis & Kay, 1990: 66)。至一九九三年案件 *Branningan & McBride v. United Kingdom*，¹⁹ 歐洲人權法院仍然固守其尊重國家裁量餘地原則之意見。其判決文字幾乎與一九七八年 *Ireland v. United Kingdom* 案完全雷同，以後有關此類減損爭議之案件亦同。²⁰

綜合前述歐洲人權法院案件，國家裁量餘地原則首先啓用於國家緊急狀態減損案件，法院通常非常尊重國家在危急狀態下的判斷，給予最寬廣的裁量餘地 (Macdonald, 1987: 207)。其所持理由，

¹⁹ *Branningan & McBride v. United Kingdom*, 258 EUR. CT. H. R. (ser. A) (1993).

²⁰ 另參見 *Aksoy v. Turkey*, 23 EUR. H. R. REP. 553 (1996), §68, at 586-87; *Demir & Others v. Turkey*, Reports, 1998-VI 2640, §43 (1998). 大陸法系的法院判決特徵是文字簡潔，理由條列清晰，遇有相同事理，幾乎全部抄襲前案文字，有如引用法條似的。例如前述一九七八年之 *Ireland v. United Kingdom* 案，判決文字也採自一九七六年之 *Handyside v. United Kingdom* 案，參見後註 22。此點與英美法系判決每件長篇大論，細說從頭，風格完全不同。

約可分為三點：(1)認知國家在緊急狀態需要迅速行動，沒有時間多作考慮，及不可能折返原來情境等困難；(2)法院考慮自己以超國家機構的角色來干涉締約國主權之合法性，尤其緊急狀態關涉到極端敏感及複雜的政治問題，需要瞭解及平衡法律以外之政治、社會、經濟、文化及歷史背景等種種衝突，非國際法院所能勝任；(3)瞭解到國際法院缺乏足夠執行裁判的資源，其是否能適當運作完全要靠締約國的合作 (Gross, 1998: 492-494)。由這些考慮推論出締約國比人權法院較占優勢 (in a better position) 來評估緊急狀況和國家特別需要，故應享有較寬廣的裁量餘地。然而法院也因此放棄了完全實質審查國家行為是否違反歐洲人權公約標準之任務，而只進行部分程序審查國家行為是否超過其權限，及是否依法定方式行使 (Matscher, 1993: 63, 75-78)。

參、國家裁量餘地原則之擴充適用

裁量餘地原則的概念雖出自歐陸行政法，歐洲人權法院採用後即獨立發展，因其需要而擴充適用，但至目前尚未發展出一套有系統之通用理論，仍依每個案件的特殊情況而定。在初期此原則僅適用於公約第十五條之國家緊急狀態之減損，允許締約國某種程度的自由裁量權，後來漸漸擴展至第八至十一條有關個人自由之限制條款及第五條、第六條法律正當程序保護之例外，最後幾乎適用到所有案件 (Macdonald, 1987: 187, 207)。茲列舉數件重要代表性案件於後，以說明其擴充適用狀況。

*Belgian Linguistic*案²¹ 是*Lawless*案後的第二件個人申請案。申

²¹ Case Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium (No. 2) (Merits), 6 EUR. CT. H. R. (ser. A) (1968).

請人為說法語的學童家長，主張比利時規定兒童語言教育的法律，違反歐洲人權公約第一議定書第二條教育權、公約第八條隱私權及家庭生活權，及第十四條有關禁止歧視的規定，因為該法律排除某些學童因學區不同之因素而喪失接受法語教育之機會。在比利時原則上每一學區只提供單一語言教育，全國特選六個學區提供雙語教育，但僅限住在該學區的學童才能參加。²² 人權法院支持比利時的法律，認為教育權僅指接受教育的權利，不包括選擇語言的權利，國家得依其資源及需要提供不同教育種類。從大多數民主國家法律實務所萃取的原則，只要目的與方法有合理正當性，即不構成歧視。法院在本案並非緊急狀態亦尊重國家的裁量權，並不審查國家裁量內容的妥當性，而僅監督國家行為模式是否符合人權公約所要求的標準。經由此案國家裁量餘地原則走出公約十五條的緊急事態減損案件，擴張到其他條文適用於平常時期的個人自由權利限制案件。

在個人權利最具代表性的案件 *Handyside v. United Kingdom*，²³ 處理有關人民出版自由與公共道德的衝突。申請人為英國出版商，主張英國政府依國家猥褻出版法 (National Obscene Publications Act) 查禁銷毀其所出版的學童性教育手冊，一本英文版的丹麥 *Little Red Schoolbook*，違反人權公約所保障的表現自由。英國政府辯稱為了保護公共道德，查禁該書為民主社會所需要 (necessary in a democratic society)，且依法律規定 (prescribed by law)，係人權公約第十條第二項的例外限制。²⁴ 歐洲人權法院認為在民主社會所需

²² 1 E.H.R.R. 252 (1979-1980).

²³ 又稱 “Little Red Schoolbook” case, 24 EUR. CT. H. R. (ser. A) (1976)。

²⁴ 歐洲人權公約第十條規定表現自由，其第二項規定：「上述自由的行使既然帶有責任和義務，得受法律所規定之程式、條件、限制或懲罰的約束；並受在民主社會中為了國家安全、領土完整或公共安全的利益，為了防止混亂或犯罪，保護健

要，係指社會迫切需要 (pressing social need)，國家法官比國際法官更能體察其所處社會道德的要求。道德內容因時因地而不同，在歐洲尚未有性道德共識前，允許各國有較寬廣的裁量餘地。法院並不接受申請人主張該書在英國以外的國家大量銷售即代表有歐洲共識的說詞。法院在決定是否給予國家裁量餘地的因素，在於各締約國間的法律或實務是否有可察覺的共識存在。如果有明顯客觀的共識存在，法院即會限制國家的裁量範圍，較有可能宣判國家違反人權，反之則否。

另一件表現自由案件 *Sunday Times*，²⁵ 與保護他人名譽與權利衝突，具有較客觀的標準。倫敦報社的表現自由關涉到大眾知的權利，是更基本的權利 (more fundamental)。在一九六〇年代英國懷孕婦女吃了鎮靜劑 “thalidomide” 生出很多畸形兒，正提出團體訴訟向藥商求償。一九七二年倫敦 *Sunday Times* 刊載一篇文章報導這事件，並預告將發表一系列追蹤該藥物生產、試驗的歷史、以及對胎兒傷害作用的專欄文章，卻被法院發出蔑視法庭禁令 (contempt-of-court injunction)，禁止刊登，恐影響正在審判中的案件及將來和解談判的公正性，此禁令至一九七六年該案結束後方解除。此時報社即向歐洲人權委員會申請，主張該禁令剝奪了其人權公約第十條所保障的表現自由。委員會決議該禁令違反人權，並將案件提交人權法院審理，受命審理的是由法官七人組成之分庭認為此案件茲事體大，會影響人權公約嚴重的解釋問題，因此提交由全體二十位法官組成的大法庭 (plenary court) 審理。

Sunday Times 案之法律議題為限制申請人之表現自由是否有正

康或道德，保護他人的名譽或權利，防止秘密收到情報之洩漏，或者維護司法官的權威與公正性所需要的約束」(陳隆志、許慶雄，1998: 104-105)。

²⁵ *Sunday Times v. United Kingdom*, 30 EUR. CT. H. R. (ser. A) (1979).

當理由。法院首先要確定該限制是否依法律規定，在民主社會中是否有需要，即社會急迫需要，應首先由國家裁量，而後由人權法院加以監督，應比審查是否合理 (reasonable) 或善意 (good faith) 更進一步。法院比較 *Handyside* 與 *Sunday Times* 之不同，前案在公共道德領域內缺乏歐洲共識，而後案為有關司法公正與權威，是較客觀的概念，在歐洲國家有確定的共識，應受較嚴格的歐洲監督，留給國家較少的裁量餘地。因為報社的表現自由關係到大眾知的權利，對其限制更需要嚴格審查。法院發現英國法院發出禁令的理由依公約第十條第二項之規定顯不充分，與立法目的不成比例，司法公正與權威並不需藉此維持。審理本案之全體二十位法官中有十一位投票決定英國法院禁令違反申請人之人權。但有九位法官有異議，認為英國法官比國際法官對社會迫切需要更敏感，其合理與善意判斷應受信任。本案票決 11：9，是爭議性相當大的案件，引起全歐洲甚至全世界所矚目，使歐洲人權法院判決能見度大為提高。

一九七九年歐洲人權法院首次判決大國英國違反人權，對締約國服從法院之強制管轄權有很大意義。由 *Sunday Times* 案開始歐洲人權法院從初創時期，漸漸走向成熟期，法院建立信譽與知名度，漸為世界各國所重視 (Morrison, 1981: 109)。至一九八一年 *Dudgeon* 案，²⁶ 法院則更進一步積極挑戰締約國的傳統道德。北愛爾蘭法律，一八六一年之妨害個人犯條例 (The Offences Against the Person Act)、一八八五年之法刑法修正案 (Criminal Law Amendment)，都規定同性戀為犯罪行為。在英格蘭與威爾斯一九六七年之法律性犯罪條例 (Sexual Offences Act)、蘇格蘭一九八〇年之刑法審判條例 (Criminal Justice Act)，均將二十一歲以上的成年人經雙方同意之私下同性戀行為除罪化。英國政府在北愛爾蘭亦提出相同

²⁶ *Dudgeon v. United Kingdom*, 59 EUR. CT. H. R. (ser. A) (1981).

的法案，卻發現不受歡迎而撤回。申請人爲北愛爾蘭同性戀者，在北愛爾蘭積極鼓吹同性戀除罪化。他向法院主張北愛爾蘭的法律及他隨時遭受被追訴的威脅，違反了人權公約第八條第一項所保障的隱私權。法院認爲民主社會所需要的應包括容忍與開放成分，國家限制公約上的人權，應與所追求的目的成比例。由於在歐洲已發現有容忍同性戀除罪化的共識，而且北愛爾蘭傳統的反雞姦法 (anti-sodomy laws) 雖尚未正式廢止，但事實上已長久不執行，因此北愛爾蘭裁量餘地縮小，故申請人勝訴。²⁷

肆、國家裁量餘地原則之審查標準

國家裁量餘地原則並非出自歐洲人權公約明文，而是歐洲人權法院法官在審理案件時所發展出來的一種解釋工具。一般人權公約多是抽象籠統的條文，在缺乏具體細節規定的情況下，留給法官很

²⁷ Dudgeon案可作為比較歐美人權演進之參考案件。反雞姦法指男同性戀肛交、口交或獸姦等變態性行為，在英美法系具有深遠的宗教傳統淵源。美國殖民地承襲英國母法，建國後各州刑法仍將sodomy入罪。在一九五五年至一九五七年間，歐洲人權委員會連續拒絕德國男同性戀類似案件之申請。Application Nos. 104/55, 167/56, 216/57, *X v. Federal Republic of Germany*, Council of Europe (1959: 228, 235, 255). 在英國，英格蘭最早在一九六七年即將同性戀性行為除罪化，最慢的北愛爾蘭亦在一九八一年本案被歐洲人權法院宣判其傳統的反雞姦法違反人權，至此時全歐洲已有容忍同性戀的共識。然而在美國，至一九八六年仍有全國過半之州 (二十五州) 保留反雞姦法。在*Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986)，美國最高法院認爲美國憲法並未賦予同性戀者從事和姦 (consensual sodomy) 之基本權利，因而宣判喬治亞州有關犯雞姦法得處二十年以下徒刑之刑法規定並不違憲。直至二〇〇三年，美國只剩下十三州保留此法，已降至過半以下，此時美國最高法院方參考歐洲人權法院及其他文明國家判例，將同性戀除罪化。*Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003). 由於美國採聯邦主義，尊重各州刑法主權，在全國未有過半的州支持的政策，美國最高法院似不敢犯眾怒，採用西方文明國家的人權標準，在同性戀開放與廢止死刑等情況皆如此，以致於其人權演進速度落後歐洲數十年。

大的解釋空間。法官可視個案需要，彈性選擇採取司法積極主義或司法自制主義 (Cardozo, 1921; Mahoney, 1990)。國家裁量餘地原則之適用，顯示法官在某種特殊情況下採取自制政策後所留給國家較大的裁量空間，而這種處置是暫時性的 (provisional) 與剩餘性的 (residual)，如果事後情況變化，法官隨時會收回其審判權，縮小國家裁量空間。在歐洲人權法院創設伊始，缺少先例與共識，法院多採尊重會員國主權之謹慎態度，允許會員國有較寬廣的裁量空間 (Morrison, 1973: 275)。

國家裁量餘地原則暨無明文依據，法院內部亦未自訂一套適用準則，學者只能依據法院累積之判例，歸納分析出法院決定國家裁量空間寬窄之標準。觀察法院判例，發現其變化演進，並無絕對一致性標準。茲整理出三項影響法院適用國家裁量餘地原則的重要因素，而各項因素如果合起來並有加乘的影響效果，並舉數件法院案例說明之。

一、所爭議之人權內容在會員國間之法律或實務是否有共識存在

在民主社會容許不同意見，應尊重各會員國民主多數決之立法與法院實務。如果各會員國間之法律或實務尚未有一致的看法，就容許國家有較大裁量空間。如果整個歐洲對該議題的看法已漸趨一致，形成共識，則國家裁量餘地變小。如上述同性戀除罪化案件，在一九五〇年代，歐洲尚未有共識，歐洲人權委員會即拒絕受理此類案件。至一九八〇年代，歐洲各國都已將同性戀除罪化，愛爾蘭就沒有國家裁量餘地。²⁸ 而有關國家是否有義務更改變性者之出生

²⁸ Dudgeon v. United Kingdom, 59 EUR. CT. H. R. (ser. A) (1981). 關於此案之發展，參見前註 27。

性別登記，²⁹ 或容許由女變男之變性者登記為其女伴經由人工受精而出生的嬰兒之父親，³⁰ 由於此類變性者的法律身分問題，才剛浮出社會檯面，各國尚未有一致的處理方式，所以允許國家有較寬廣的裁量空間。

二、所保護之人權性質及其輕重

所保護的人權性質如果是最切人身的基本權利與核心人權，法院會以最嚴格的標準審查。在民主社會所必要之生命權、人身自由與其他自由，如思想、表現、集會、結社的自由、個人與家庭生活的隱私權，為個人生活幸福發展所必要，亦屬核心人權，國家不得任意侵犯。至於其他經濟權、財產權，則容許各國有較寬廣的裁量權。至於同種類之自由權，又視其對民主社會功能影響之大小而分別其保護之輕重。吾人從法院判例發現，政治言論自由，亦即媒體記者之表現自由，似乎比藝術文化工作者之表現自由受到較重之保護。因為法院相當重視媒體自由的民主功能，它提供社會公開資訊與公共論壇，對民主政治有效運作助益甚大，因此有關公共資訊的傳播與討論之案件都給予支持，譬如前述一九七九年之 *Sunday Times v. United Kingdom*，以及一九九四年之 *Jersild v. Denmark*，³¹ 一九九六年之 *Goodwin v. United Kingdom*³² 等案均推翻國家之裁

²⁹ *Rees v. United Kingdom*, 17.10.1986, Series A 106, §§ 37-38; *Cossey v. United Kingdom*, 27.9.1990, Series A 184.

³⁰ *X, Y and Z v. United Kingdom*, 22.4.1997, Reports 1997-II 619.

³¹ 一記者在電視台訪問三位丹麥異端青年，節目中出現這些青年公然嘲笑黑人與其他南歐外籍勞工不像人類，是次人類或動物。記者被丹麥法院判決幫助散播種族主義言論，歐洲人權法院卻認為丹麥記者只是如實報導異端言論，判決丹麥法院侵犯該記者之言論自由。September 23, 1994, SA 298; E.H.R.R. 1. Judgment delivered by a Grand Chamber, with a 12: 7 majority.

³² 一記者欲出版其所獲知的某私人公司之商業機密，英國法院頒布禁令禁止其出

判，認為國家侵犯了記者的言論自由權。至於在道德宗教領域，對於是否構成猥褻或褻瀆要件，則以歐洲社會尚未達成共識，多尊重各國不同社區的道德標準，適用國家裁量餘地原則，譬如前述一九七六年之 *Handside v. United Kingdom*，以及一九九四年之 *Otto-Preminger-Institut v. Austria*³³、一九九六年之 *Wingrove v. United Kingdom*³⁴ 等案。

不過法院這種區別態度備受歐洲學者批評，認為對言論自由之保護標準不一致，似乎沒有原則 (Cohen-Jonathan, 1995; Pettiti, Decaux, & Imbert, 1995; Wachsmann, 1994)。尤其比較前述同為一九九四年九月判決之兩件案件，在 *Otto-Preminger-Institut*，褻瀆天主教之影片只供有限成人觀眾觀看，不喜歡的人可以選擇不看，影片卻被沒收禁演，而在 *Jersild*，法院竟然支持記者在電視台公然散播種族主義言論，不顧被歧視的少數民族之情感與人性尊嚴。法院顯然特別保護宗教，似乎不敢觸犯歐洲天主教主流勢力，其立場是否公允，猶待歐洲社會以時間檢驗之 (Pannick, 1995)。

版，並命令其供出機密來源，以便公司追究洩漏機密者之法律責任。法院因記者拒絕，判其蔑視法庭，處罰金五千英鎊。歐洲人權法院判決強迫記者供出新聞來源侵犯記者言論自由權。March 27, 1996, 1996 ECHR Reports. Judgment delivered by a Grand Chamber, with an 11: 7 majority.

³³ 一部根據十九世紀戲劇拍攝的電影，嘲弄羅馬教會之聖餐、耶穌基督、天父與聖母之形象，在私人電影俱樂部放映，限制成人會員觀看，卻被奧國政府沒收，並判褻瀆罪。歐洲人權法院判決此舉並未違反言論自由。September 20, 1994, SA 295A; 19 E.H.R.R. 34. Judgment delivered by a Chamber with a 6:3 majority.

³⁴ 英國一位製片家拍攝一部十八分鐘之影片，片中描述一位十六世紀女尼對十字架上之耶穌基督有性幻想動作，被禁演，非因猥褻動作，而是觸犯褻瀆罪。歐洲人權法院尊重英國電影分類部門之決定。November 25, 1996, 1996 ECHR Reports. Judgment delivered by a Chamber, with a 7: 2 majority.

三、人權公約條文之規定

公約條文詳細規定所欲保障的人權與自由，依權利性質輕重而有特別條件與程序要件。譬如歐洲人權公約第十五條規定緊急事態之減損，其中第二項規定即使國家在戰爭或面臨生存威脅時，亦不得對保護生命權、禁止酷刑、禁止奴隸、禁止刑法溯及既往等義務有所減損。屬於這些條文的保護是絕對的，國家不能減損其義務，亦無裁量餘地。對於第五條人身自由與安全權利、第六條接受公平審判權利，法院亦嚴格審查，大部分無國家裁量餘地。至於第八條至十一條之隱私權、思想自由、表現自由及集會結社自由等權利，得因國家安全、公共秩序、維持司法權威與公正等理由，在民主社會所必須之範圍內，國家可依民主程序立法限制之，故有國家裁量餘地之適用。

伍、適用國家裁量餘地原則利弊得失

在歐洲人權法院開創初期，法院發現並適用國家裁量餘地原則，傾向採司法自制態度，多尊重國家的判斷能力，給予相當寬廣的裁量餘地，所以甚少宣判會員國違反人權。西歐國家民主法制根基深遠，已有尊重人權傳統，理性誠實執法，違反人權的情況不致嚴重。但近年中、東歐會員國的加入，這些國家民主制度經驗尚淺，若要給予寬廣的裁量權，執行起來可能會發生問題。而法官如果放棄實質審查機會，很難藉此建立歐洲共識，這也是很多學者所擔心之處。法院在判決 *Sunday Times*、*Dudgeon* 等案後，已進入成熟期，漸採司法積極主義，敢大膽深入審查案件，判決國家違反人權，使人權法院越來越像憲法法院。希望歐洲人權法院此後能持續往此方向邁進，作出有智慧、有原則、更一致性地適用裁量餘地原則的判

決 (Mahoney, 1990: 75)。

國家裁量餘地原則是歐洲人權法院一項謹慎的司法政策 (prudent judicial policy)，必須承認並尊重締約國國內民主程序。但民主制度具有先天性的缺陷，經由多數決決定的政策，少數人利益就難以照顧到，所以人權案件關涉到國內的「少數族裔」(“minorities”)或「他者」(“Others”：持異議者或外國人)，尤其需要法院之保護。美國最高法院將之視為可疑分類 (suspect classification)，特別採用嚴格審查標準 (strict scrutiny test)，來保護被社會排斥隔絕的少數族裔或弱勢族群 (discrete and insular minorities)。³⁵ 尤其在國家瀕臨戰爭或動亂的緊急狀態，政府行政機關獲得授權，立法與司法機關及全國民眾都有成群本能 (herd instinct)，大家同仇敵愾一起支持政府對付敵人行為，國內幾無制衡力量存在。在這種可疑情況 (suspect situation) 下，國際法院站在超然客觀的立場，比國內法院更適合擔負保護少數族裔人權的主要任務。此時，國際人權法院應該採取更嚴格的監督態度，留給國家較窄的裁量餘地。³⁶

國家處於緊急危機狀態下往往考驗著民主憲政體制內保障人權的可靠性。在此非常時期，國家往往擴充權力而限制人民自由，以迅速行動，解除國家生存威脅。歷史經驗告訴我們，此時國家最易超出界線而濫用權力，使人權處於最脆弱的狀態，例如德國納粹極權時代 (totalitarianism) 即是 (Lavender, 1997: 383)。即如現代民主大國美國亦不能倖免，美國於二次世界大戰時期拘禁日裔美國公民於集中營的卑劣行徑，雖然事後懊悔覺得沒有必要如此 (Brennan, 1988; Watkins, 1940: 343-344)，但是歷史錯誤無法避免一再重演，

³⁵ United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144, 152-153 n.4 (1938).

³⁶ O'Donnell (1982: 484). (“If the right is considered fundamental, the Court exercises apparently stricter oversight and invokes a narrow margin of appreciation.”)

當二〇〇一年美國遭受恐怖主義攻擊後，仍以國家安全之名犧牲公民自由 (Cole & Dempsey, 2002)。所以學者主張締約國依歐洲人權公約第十五條規定申請緊急事態減損時，更應該嚴格審查，不應給予國家寬廣的裁量餘地，因為歐洲人權公約的目的並非在提高政府效率，而在保障人權，使過去的歷史悲劇不再重演 (Gross & Aoláin, 2001)。歐洲人權法院適用國家裁量餘地原則，雖有其實務上的需要，但如果過份適用的結果，容許國家自由裁量餘地過大，締約國對各種複雜敏感的政治問題及互相衝突的公共利益與個人權利，易陷入主觀認定與武斷，對實質保護人權的效益與建立統一的歐洲人權標準都有負面作用。

歐洲人權法院的法官De Meyer本身即非常反對此原則，認為這種錯誤原則應馬上揚棄，讓人權問題回歸人權法院，由其清楚精確認定客觀標準。³⁷ 英國律師Lord Lester of Herne Hill, QC形容適用此原則漫無標準，其滑溜有如難以捉摸之鰻魚 (as slippery and elusive as an eel)，會妨礙到法院建立連貫一致的法律理論 (coherent legal analysis)，形成有害於人權的「變異幾何學」(“variable geometry”) (Hill, 1998: 73)。他認為人權之普世性與輔助性並不互相衝突，可以相容並行發展，只要謹慎而熟練地適用比例原則 (the principle of proportionality)，也就是理性原則，並對加強適用公約第六條接受公正裁判權利及第十三條加強提供有效的國內救濟，即可達成目的。

³⁷ Z v. Finland, 1997-1 323, 25 E.H.R.R. 371 (1997) (Judge De Meyer, partly dissenting).

陸、結論

歐洲人權公約是在國家之上另設一層人權保護機制，在雙層機構的合作下，提供人權更完善的保護。國家裁量餘地原則是在這種分層負責的機制下自然形成的分配權力方式。隨著歐洲人權法院功能的成長，國家裁量餘地原則也漸漸被限縮適用。人權公約是一部活的法典，解釋公約須與時俱進，反映時代的需要，受各締約國共通接受的標準所影響。國家裁量餘地原則與國際監督應手牽手互相為用。³⁸ 當缺乏歐洲共識的事項，給予國家較寬的裁量權，判決結果有利於國家。而隨著時代進步，人權保護水準漸漸提高，歐洲在諸多事項已發展較多共識，可建立統一的歐洲共同標準，此時國家裁量餘地原則功能遞減，直至人權完全國際化，沒有國家界限時，國家裁量餘地原則即可功成身退。在此階段尚未抵達前，國際人權法院仍須善盡職責，不能過份放任國家裁量餘地原則之適用，以免喪失法院對特殊問題獨立判斷與確立客觀一致性標準的機會，以固守其人權最後守衛者 (external guardian) 的角色。

³⁸ “The domestic margin of appreciation thus goes hand in hand with a European supervision.” *Handyside v. United Kingdom*, 24 EUR. CT. H. R. (ser. A), p. 23 para 49 (1976).

參考文獻

- 王玉葉 (2000)。〈歐洲聯盟之輔助原則〉，《歐美研究》，30, 2: 5-10。
- 陳隆志、許慶雄 (1998)。《當代國際法文獻選集》。台北：前衛。
- Benvenisti, E. (1999). Margin of appreciation, consensus, and universal standards. *New York University Journal of International Law and Politics*, 31, 4: 843-854.
- Bermann, G. A. (1994). Taking subsidiarity seriously: Federalism in the European Community and the United States. *Columbia Law Review*, 94, 2: 331-456.
- Black-Branch, J. (1996). Observing and enforcing human rights under the Council of Europe: The creation of a permanent European Court of Human Rights. *Buffalo Journal of International Law*, 3, 1: 1-32.
- Brems, E. (1996). The margin of appreciation doctrine in the case-law of the European Court of Human Rights. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Heidelberg Journal of International Law)*, 56: 240-314.
- Brennan, W. J. Jr. (1988). The quest to develop a jurisprudence of civil liberties in times of security crises. In Y. Dinstein & M. Tabor (Eds.), *Israel yearbook on human rights* (Vol. 18). Boston, MA: Brill.
- Cardozo, B. (1921). *The nature of the judicial process*. New Haven, CT: Yale University Press.
- Carter, B. E., & Trimble, P. R. (1995). *International Law* (2nd ed.). New York, NY: Aspen Law & Business Publishers.
- Cohen-Jonathan, G. (1995). Discrimination raciale et liberté d'expression. *Revue universelle des Droits de l'Homme*, 7, 1-3: 1-8.
- Cole, D., & Dempsey, J. X. (2002). *Terrorism and the constitution: Sacrificing civil liberties in the name of national security*. New York, NY: The New Press.
- Council of Europe (1960). *Yearbook of the European Convention on Human Rights, Volume 1 (1959)*. The Hague, the Netherlands: Martinus Nijhoff.

- Council of Europe (1971). *Yearbook of the European Convention on Human Rights, Volume 12A (1969)*. The Hague, the Netherlands: Martinus Nijhoff.
- Council of Europe (1997, July 1). Declarations Pursuant to Articles 25 and 46 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.
- Donoho, D. (1991). Relativism versus universalism in human rights: The search for meaningful standards. *Stanford Journal of International Law*, 27, 2: 345-391.
- Drzemczewski, A., & Meyer-Ladewig, J. (1994). Principal characters of the new ECHR control mechanism as established by Protocol No.11, signed on 11 May, 1994. *Human Rights Law Journal*, 15, 3: 81-86.
- European Court of Human Rights. Effects of judgments or cases 1959-1998. Retrieved August 5, 2004, from <http://www.echr.coe.int/Eng/EDocs/EffectsOfJudgment.html>
- Gross, O. (1998). "Once more unto the breach": The systemic failure of applying the European Convention on Human Rights to entrenched emergencies. *Yale Journal of International Law*, 23, 2: 437-501.
- Gross, O., & Aoláin, F. N. (1999). To know where we are going, We need to know where we are: Revisiting states of emergency. In A. Hegarty & S. Leonard (Eds.), *Human rights: An agenda for the 21st century* (pp.79-98). London, UK: Cavendish.
- Gross, O., & Aoláin, F. N. (2001). From discretion to scrutiny: Revisiting the application of the margin of appreciation doctrine in the context of Article 15 of the European Convention on Human Rights. *Human Rights Quarterly* 23, 3: 625-649.
- Hill, H. Lord Lester of. (1998). Universality versus subsidiarity: A reply. *European Human Rights Law Review*, 3, 1: 73-81.
- The American Society of International Law. (1986). *International Legal Materials*, 25, 2: 308-318.
- The American Society of International Law. (1994). *International Legal Materials*, 33, 4: 943-967.
- Jacob F. G. (1975). *The European Convention on Human Rights*. Ox-

- ford, UK: Clarendon.
- Janis, M. W., & Kay, R. S. (1990). *European human rights law*. Hartford, CT: University of Connecticut.
- Kay, R. S. (2000). The European human rights system as a system of law. *Columbia Journal of European Law*, 6, 1: 55-71.
- Lavender, N. (1997). The problem of the margin of appreciation. *European Human Rights Law Review*, 1997, 2: 380-390.
- Macdonald, R. St. J. (1987). The margin of appreciation in the jurisprudence of the European Court of Human Rights. In Arangio-Ruiz (Ed.), *International law at the time of its codification: Essays in honour of Roberto Ago*. Milan, Italy: Giuffrè.
- Mahoney, P. (1990). Judicial activism and judicial self-restraint in the European Court of Human Rights: Two sides of the same coin. *Human Rights Law Journal*, 11, 1-2: 57-88.
- Mahoney, P. (1997). Universality versus subsidiarity in the Strasbourg case law on free speech: Explaining some recent judgments. *European Human Rights Law Review*, 1997, 4: 364-379.
- Matscher, F. (1993). Methods of interpretation of the convention. In R. St. J. Macdonald, F. Matscher, & H. Petzold (Eds.), *The European system for the protection of human rights* (pp. 63-81). Dordrecht, the Netherlands: Martinus Nijhoff.
- Merrills, J. G. (1993). *The development of international law by the European Court of Human Rights*. New York, NY: Manchester University Press.
- Morrison, C. C. (1973). Margin of appreciation in European human rights law. *Revue des Droits de l'Homme*, 6: 263.
- Morrison, C. C. (1981). *The dynamics of development in the European human rights convention system*. The Hague, the Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers.
- Murphy, D. T. (1994). Subsidiarity and/or human rights. *University of Richmond Law Review*, 29, 1: 67-97.
- Neuman G. L. (1996). Subsidiarity, harmonization, and their values: Convergence and divergence in Europe and the United States, *Columbia Journal of European Law*, 2, 3: 573-581.
- O'Boyle, M. (1998). The margin of appreciation and derogation un-

- der Article 15: Ritual incantation or principle? *Human Rights Law Journal*, 19, 1: 23-29.
- O'Donnell, T. A. (1982). The margin of appreciation doctrine: Standards in the jurisprudence of the European Court of Human Rights. *Human Rights Quarterly*, 4, 4: 474-507.
- Pannick, D. (1995). Religious feelings and the European Court. *Public law*, spring: 7-10.
- Pettiti, L. E., Decaux, E., & Imbert, P. H. (1995). La Convention européenne des Droits de l'Homme: Commentaire article par article. *Economica*, 62: 365-408
- Petzold, H. (1993). The convention and the principle of subsidiarity. In R. St. J. Macdonald, F. Marscher, & H. Petzold (Eds.), *The European system for the protection of human rights* (pp. 41-62). The Hague, the Netherlands: Martinus Nijhoff.
- Polakiewicz, J. (1992). The domestic implementation of the European Convention on Human Rights in Eastern and Western Europe. *All-European Human Rights Yearbook*, 2: 11.
- Polakiewicz, J., & Jacob-Foltzer, V. (1991). The European Human Rights Convention in domestic law: The impact of Strasbourg case-law in states where direct effect is given to the convention. *Human Rights Law Journal*, 12, 4: 125-176.
- Ryssdal, R. (1996). The enforcement system set up under the European Convention on Human Rights. In M. K. Bulterman & M. Kuijer (Eds.), *Compliance with Judgments of International Courts* (pp. 49-70). The Hague, the Netherlands: Martinus Nijhoff.
- Shany, Y. (2005). Toward a general margin of appreciation doctrine in international law? *European Journal of International Law*, 16, 4: 907-940.
- Simpson, A. W. B. (1996). Round up the usual suspects: The legacy of British colonialism and the European Convention on Human Rights. *Loyola Law Review*, 41, 4: 629-711.
- Simpson, A. W. B. (2004). Emergency powers and their abuse: Lessons from the end of the British empire. *Israel Yearbook on Human Rights*, 33: 219-242.

- Sweeney, J. A. (2005). Margins of appreciation: Cultural relativity and the European Court of Human Rights in the Post-Cold War. *International & Comparative Law Quarterly*, 54, 2: 459-474 .
- Sweeney, J. A. (2007). A 'margin of appreciation' in the international market: Lessons from the European Court of Human Rights. *Legal Issues of Economic Integration*, 34, 1: 27-53.
- The Economist (1997, October 11). By the Gun Alone. *The Economist*, 345, 8038: 57-58.
- Vause W. G. (1995). The subsidiarity principle in European Union Law—American federalism compared. *Case Western Reserve Journal of International Law*, 27, 1: 61-81.
- Wachsmann, P. (1994). La religion contre la liberté d'expression: sur un arrêt regrettable de la Cour européenne des Droits de l'homme. *Revue universelle des Droits de l'Homme*, 6, 12: 441-448.
- Waldock, H. (1980). The effectiveness of the system set up by the European Convention on Human Rights. *Human Rights Law Journal*, 1: 1.
- Watkins, F. M. (1940). The problem of constitutional dictatorship. *Public Policy*, 1: 324-379.
- Weston, B., Lukes, R. A., & Hnatt, K. M. (1987). Regional human rights regimes: A comparison and appraisal. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 20, 4: 585-637.
- Yourow, H. C. (1996). *The margin of appreciation doctrine in the dynamic of European human rights jurisprudence*. The Hague, the Netherlands: Martinus Nijhoff.

The National Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence

Lydia Yu-yeh Wang

Abstract

In consideration of deeply rooted historical and cultural differences among the member states, and in order to sustain diversity of values, the European Court of Human Rights developed the doctrine of the national margin of appreciation. This doctrine states that in some special areas, particularly where there is no consensus among member states, the Court should give way to a member state's discretion in enacting or enforcing its laws. In doing so, it attempts to find a balance between the universality of human rights and cultural relativism. The margin of appreciation doctrine has grown in usage because it is seen to be a flexible tool with which to integrate competing interests within a system that divides power between international and national authorities. It is a natural evolution of the principle of subsidiarity, which means that in order to achieve democracy and efficacy, lower levels of government should rule. In our case, this is because national authorities, which are in direct and continuous contact with their people, and are therefore better able to know, assess and judge issues of national concern than more remote levels of governance. In our case, the European Court of Human Rights plays a role subsidiary to that of member states, standing aside and supervising; stepping in only in need. This paper probes the origin and development of the national margin of appreciation doctrine applied by the European Court of Human Rights, and assesses the costs and benefits of such an application.

Key Words: national margin of appreciation doctrine, universality of human rights, cultural relativism, the principle of subsidiary, derogation in emergency