

“世俗化”与法治的概念：法国《禁止在公共场所穿遮面长袍》新法案的讨论

Conceptions Of “Laicity” And Rule Of Law: Debating The New Law Banning Full – Face Veil In Public Places In France

[法]鲍佳佳
王晨光点评

内容提要：法国参议院于2010年9月14日通过了《禁止在公共场所穿遮面长袍》法案，禁止个人在公共场所穿戴 burqa（一种遮面罩袍）、niqab（面纱）或者其它遮面长袍。该法案出台主要基于穿遮面长袍掩盖了人的身份，从而不利于政府应对恐怖分子袭击。此外，在公共场所穿遮面长袍与法国主流人权价值观念冲突，没有考虑到妇女的权利。但是也有学者认为该法案完全没有必要。该法案的出台反映了法国社会世俗化的传统，引起了关于个人自由和法治原则的新的且重要的辩论。特别是在法国行政法院反对通过该新法案后，辩论变得更为激烈。最终，辩论以法国宪法委员会于2010年10月7日裁定该法案合宪而结束。

关键词：世俗化 法治 多元化 法与宗教 遮面长袍

法国《禁止在公共场所穿遮面长袍》新法案讨论起来颇有难度，并不是因为该法案的内容难于理解，而是因其涉及到了以下话题：1. 我们当今社会中所谓的“言论自由”与“宗教自由”的基本概念；2. 在像欧洲这样多元化的，以保障与尊重人权并重的社会中，人们如何才能和睦相处；3. 男女平等的基本原则；4. 什么是对法治合法与合理的限制；5. 法治国家怎样在与不尊重法治的人交往中保护自己。作为法律的研究者，我们有必要尝试着去理解这些普通的“思想成果”，因为它将帮助我们认识当今社会中最重要、最复杂的社会与法律问题。另外新法案讨论的并不是简单的“黑与白”问题，很难说通过立法限制在公共场所穿“Burqa”是否完全正确。^①虽然该法案在法国国内外引发了巨大的争议，但事实上它得到了不同人群的赞赏，其中有来自穆斯林世界的声音：认为穿遮面长袍跟伊斯兰教（Islam）没有任何关系。同时，该法案也受到了很多来自国外的批评，例如，“大赦国际组织”认为这样的法案侵犯了穿“Burqa”妇女的表达自由。在法国国内，法国“穆斯林信仰理事会”的主席认为不应当批准这样的法

律，但是他同时表示并不鼓励穆斯林妇女穿戴遮面长袍。自该法案颁布之日起就有恐怖分子威胁对法国发动恐怖袭击，而且一些组织要求联合国对法国立即采取措施。另外一些人认为欧洲人权法院将会接到很多针对法国该法案的起诉。考虑到穿“Burqa”妇女的数量很少，很多人也认为法国没有必要制定该法案，完全可以通过其他途径解决其所担心的问题。此外，该法案还被认为是“伊斯兰恐惧症”的表现，这是其受到的最强烈的指责。有人在英国与法国的议会门前举行捍卫宗教自由的集会，要求结束对穆斯林的歧视。本文将从该法案的制定背景、制定过程、内容、以及对该法案的解释和欧洲对该法案的反应等方面介绍这个颇具争议的新法案，以使读者能对该法案有一个客观的认识与评价。

一、新法案的背景

（一）历史背景——“世俗化”的概念

在法国，政府与宗教有着漫长而复杂的历史。法国国王的权力曾被认为是直接源于上帝的意志，国王的“绝对权力”只屈从于教皇——教堂。这种权力观念在中世纪

作者简介：鲍佳佳（Stephanie Balme），女，巴黎政治学院研究教授，清华大学访问教授和项目“中国的法律、司法与社会”的负责人。
点评者简介：王晨光（1951—），男，汉族，河南洛阳人，清华大学法学院教授。

① Joppke, Christian, 2009, 《面纱：身份的镜子》（Veil: Mirror of identity）, Polity, 第176页。

经过让伯丁理论化,并以此构建了非常重要的政治理论。而他后来又基于该理论去解释罗马法,从政治与宗教两方面对国王的“绝对权力”都做出了合理的解释,例如路易十四就信奉“绝对权力”理论。这样的“绝对权力”的政治理论在英国的“光荣革命”(1688年-1689年)中被摒弃。而在法国,直到法国大革命之时才被摒弃(1789年)。这就意味着,直到1789年,在法国“宗教容忍或宽容”几乎为零,法国社会非常的基督教化,教士在社会与经济生活中有着重要的地位。

虽然法国大革命没有完全解决宗教与国家分离的问题,却也使得法国向世俗化政权迈进了一大步。1789年法国的《人权与公民权利宣言》第10条规定“任何人都不能因为自己的言论,即使是宗教言论而受责,只要他的言论不会扰乱已有的法律与秩序”。接着在1795年便有了法国第一次分离宗教与国家的尝试。在拿破仑时期,从1801年开始,宗教与国家的关系呈现出一定的稳定性。基督教被认定为大多数法国人的宗教,但是国家将不干涉基督教的活动,宗教多样性有了制度上的保证,后来“新教”和“犹太教”也得到了承认。法国从那时起不再认定基督教为法国的官方宗教而且对不同宗教的存在作出认可。1804年的法国《民法典》并未提及任何宗教原则。

在19世纪,法国颁布了一系列的保证世俗化的法律。如1850年的Falloux法(祖传不动产法),1882年的普通教育法(非宗教教育)与1886年保证教师世俗化的Goblet法(建立了国立师范大学制度)。至此,宗教将不再被纳入普通教育的范畴,^②取而代之的是《道德》与《公民道德》。但是,教学自由仍然是一个重要原则,法国仍然允许私立宗教学校的存在。1905年的关于宗教与国家分离的法国法第一条规定了国家世俗化原则“共和国不会认可、财政支持或者补贴任何宗教”。与此同时,1905年法规定所有的宗教建筑都是国家和地方政府的财产。但是,只要它们被继续用于做礼拜,政府就把这些建筑无偿交由宗教组织掌管。1946年法国宪法宣示法国是一个“世俗共和国”。1958年的《法国宪法》第一条规定:世俗化是一个重要的宪法原则。“法国是一个统一的、世俗化的、民主和社会主义的共和国”。“法国确保所有公民在法律面前一律平等,不论血统、种族或者宗教。法国尊重所有的信仰……”法国与美国、英国和西班牙等国家相比有着悠久的世俗传统。这种世俗化是一个不断妥协的过程,

有时候也会引发暴力。但是,当代的大多数法国人并不想改变这样世俗化的现状。^③

(二) 社会背景——法国与伊斯兰教

在法国,伊斯兰教是继基督教之后的第二大宗教。据不完全统计,法国有400万到600万穆斯林,占法国总人口的7.8%。法国与穆斯林世界的渊源可以追溯到:一,19世纪法国与阿拉伯世界(Arabic world)长时间的往来与紧张关系,其表现为对于阿尔及利亚、非洲的很大一部分地区、叙利亚和黎巴嫩的殖民;二,反殖民化运动与非洲北部的独立战争使很多人来到法国。此外,20世纪60到80年代欧洲经济大繁荣也吸引了不少的穆斯林来到法国。虽然穆斯林群体在法国有着悠久的历史,但是穿“Burqa”和“Niqab”却只是新近的社会现象。一项最新的研究表明法国现在大约有2000到3000名左右穿“Burqa”或者“Niqab”妇女,而根据内务部的统计,绝大多数妇女自愿穿着“Burqa”或者“Niqab”。很多穆斯林认为各种文本的“伊斯兰圣经”——《古兰经》关于穆斯林人的生活都要求男人和女人在公共场所的穿戴与举止都须得体,这包括对女人的脸部的装饰。脸是女人身体最有诱惑力的一部分,《先知书》中写道“告诉你的妻子们、女人们和虔诚的妇女们把自己的外套裹紧自己的身体,这样她们会被更好地接受,而不是被烦扰”。但是,不同的伊斯兰学者和不同的穆斯林国家对这段话有不同的理解。即使在同一穆斯林国家,往往也有着不同的解释版本。而“Burqa”或“Niqab”在一些穆斯林国家是不容许的,即使它非常普遍,也没有被认为是穆斯林文化遗产的一部分。

(三) 世俗化在20世纪的发展

法国于2004年3月通过了“反对明显宗教标志的法律”,也即所谓的《世俗法》。以Stasi先生^④为首的研究人员出具报告对穆斯林佩戴头巾这一行为作出如下评述:佩戴头巾的行为可能有不同的原因,佩戴者可能是基于自己的意愿而选择佩戴头巾,也有可能是迫于外界的压力才配戴头巾。多数的法国人认为外界强迫年轻女孩戴头巾是不可接受的。伊斯兰头巾有污蔑年轻女性勾引异性的含义,它在本质上是与男女平等的原则相矛盾的。2004年《世俗法》规定在公立小学、初中和高中禁止明显的宗教标示。理论上讲,十字架、围巾、面纱(Hijab)和帽子(kipa)在教室都是不容许的。在1989年发生了所谓

^② Raymond and Harrigan, Patrick. 《学校、国家与社会:19世纪法国初级教育的发展》(School, State and Society: The Growth of Elementary Schooling in Nineteenth Century France), 密歇根大学安阿伯分校, 1991年。

^③ Weil Patrick, 《如何成为法国人:自1789年以来的民族化》2008年英文版“How to be French: Nationality in the Making since 1789”, 第476页。此外请参见哈佛法学院的辩论“法国世俗主义捍卫在学校实施宗教禁令”, Chris Szabla, 2009年: <http://www.hlrecord.org/news/french-secularist-defends-country-s-ban-on-religious-items-in-schools-1.937771>。

^④ 创建委员会研究遮面长袍的穿戴, 全球法律观察(Creation of Commission to Study Wearing of Burqa, Global legal monitor), 参见: http://www.loc.gov/lawweb/servlet/lloc_news_disp3_l205401399_text 访问日期: 2010年11月10日。

“头巾事件”：很多人认为头巾是妇女隔离与社会关系的民族化而不是宗教的象征，进而暴发了伊斯兰运动，对共和国政府进行攻击。1992年，最高行政法院裁定一所学校在校内禁止所有宗教、哲学标志，包括穿着的规定是违反世俗化原则的。1994年，最高行政法院判定一所学校禁止任何头戴物是过于极端的。2004年对法国教育法典修订，扩大适用了法国法中的世俗化原则，尤其是政教分离的宪法要求。该法令禁止在公立中小学内穿着、佩戴明显的宗教标志，只允许模糊的标志。但是，该法令却没有提及任何具体的特殊标志。

(四) 初步小结

法国的历史就是宗教与政治逐渐分离的过程：始于13世纪政府意图从教皇那里独立，结束于1905年世俗化立法的通过。法律禁止法国政府支持任何宗教。但是，政府可以依据正式的法律标准——不宣传宗教信条来承认宗教组织。现在处理宗教关系的原则是：政府事务中不掺杂宗教成分而宗教事务中也不掺杂政府因素。这个原则在20世纪演变成了“平等对待各种宗教”原则。如今，好像又开始了对该术语的“限缩解释”。但是有一点我们要明白，那就是很多法国人都把尊重别人的宗教看成作为法国人的一个必备条件。这经常就会引起与非基督教移民的分歧。

二、新法案的制定过程

虽然2010年制定《禁止在公共场所穿遮面长袍》法案的过程极为神速，但是这却无法掩盖法国最高行政法院与宪法委员会之间对此的法律争议。法国最高行政法院是一个为行政机构提供法律意见的部门，也是行政法院的最高审判机构。法国宪法委员会相当于其他国家的宪法法院。虽然制定新法案在时间上不符合法国一般的立法实践中时限要求，但却是体现了法国社会对于该问题的一致性意见。2009年6月22日法国总统萨科奇说：“Burqa在法国不受欢迎，在我们国家，我们不容许妇女成为面纱后面的囚犯，没有社会生活，所有的身份都被剥夺”。随后，国民大会从左右翼政党中任命了32位立法专家，让他们在六个月内找到限制遮面面纱的法律方法。2010年1月26日，该立法委员会建议不允许穿遮面长袍的人享有公共服务，不得进入公共交通。接着，法国总理要求最高行政法院研究遮面长袍禁令的法律基础，要求务必有广泛且有效的法律基础，而且他还强调该禁令“不能伤害我们伊斯兰同胞感情”的重要性。2010年9月14日，上议院以压倒性的多数通过了“禁止公共场所穿遮面长袍的禁令”。这是自1959年以来第一次被参议院主席和国民大会主席同时移送法国宪法委员会的法律。该议案在国民大会以335比1通过，在参议院以246比1、100

张弃权票的情况下通过。

(一) 最高行政法院的意见

最高行政法院针对总理要求提供制定该法案法律基础给出了以下意见：^⑤1. 很多法律条款已经禁止或者威慑人们不穿戴“Burqa”或“Niqab”。例如，依据世俗化原则，公职人员，“在他们履行职责时不能有明显宗教标志显示”。对于公立教育机构的人员，遮面面纱在学校里也是禁止的；2. 一些关于公共安全与反欺诈现行条款要求人们在特定情况下露出她们的脸。例如，刑事诉讼法规定的身份验证与检查时、制作身份文件时，必须在能看到被制作身份人的脸，和履行一些职责时，例如结婚、投票和接送小孩上学；3. 强迫别人佩戴面纱的行为在使用暴力或者其它威胁手段时（包括“夫妻间的心理暴力”）会受到间接的指控；4. “笼统的禁令”将很可能与宪法和欧洲保护人权与基本自由的公约严重冲突；5. 最高行政法院也明确地拒绝了以“世俗化”原则作为该禁令的法律基础。它认为该原则只适用于公共权力部门与宗教或者其管辖人们之间的关系。即直接约束公共职能部门，要求公职人员在履行职责时要证明自身的中立性，而且该“世俗化”只能在特定的情形下以具体要求的形式约束社会或者个人（如公立学校那里一样）；6. 保护“人的尊严”原则也并非明显适用于该禁止遮面长袍的禁令。对于人的尊严原则有着很多不同的解释，其中有两种彼此限制的解釋：其一，集体道德要求尊重人的尊严，甚至不惜牺牲个人自决权的原则；其二，保护个人自决权作为一个人宪法性自由的原则，它在欧洲人权法院的判例法中有着重要的位置。欧洲人权法院已经确立“个人自主原则”，大意是我们能够依据我们自己的意愿和选择而生活，即使这样做会使我们面临着道德或者身体上的危险，只要我们不伤害他人即可。“个人自主原则”在这里具有可适用性是因为大多数穿“Burqa”或“Niqab”的妇女都是出于自愿；7. 在法案中，有着深厚宪法基础与判例法特性的“人的尊严”原则与男女平等原则也很难适用。因为男女平等原则只适用于基于他人而受到的不平等对待，而不适用于自愿选择的情形，例如某人自愿选择了一种不符合男女平等的行为方式。尽管该原则有着牢固的法律基础，但不能作为全面面纱禁令的法律依据，因为该原则并不适用于人们自己故意选择佩戴它的情形。此外，最高行政法院也试图基于公共场所隐藏脸面禁止令去寻找法律。对此，最高行政法院审查的其实是“公共政策”而不是“法律”。考虑到新的、更为宽泛的“公共秩序”的概念与定义，广义上它可以被定义为社会生活中的重要规则。但是它从未形成法律概念，同时也与宪法委员会的

^⑤ France: Highlights Of Parliamentary Report On The Wearing Of The Full Veil (Burqa) <http://www.loc.gov/law/help/france-veil.php> ,访问日期:2011年1月26日。

判例法相冲突。正如在新近的判例中所显示的,宪法委员会继续遵守传统的公共秩序的概念,同时也增加一个新的内容:集体义务,它的影响是难以预测的。

基于此,最高法院认为露出脸面的义务可能仅在以下两种情形才会有牢固的法律基础:第一种情形是加强与扩展特殊警察权,在适当情形下增强市长的权力,以至于他们能够推行更加广泛的隐藏面部的禁令来减少针对生活和财产的威胁。因为一般的警察权不能在所有的公共场所都行使,在所有向公众开放的场所,在有可能威胁公共政策的情况下赋予特殊警察权就显得尤为重要,例如在银行或珠宝店,运动会或者国际会议;第二种情形包括以下特殊情形:1. 在进入一些特定场所时,基于这些地方的特殊性质与公共服务的正常运转的要求检查个人的身份与年龄。在这些地方的范围,应当由法律或者规章来规定。应当在所有情形下都适用露出脸部的义务的地方包括:法庭、投票站、用于婚礼仪式和公共记录程序的市政厅,学校外面学生放学后集合的地方,医药机构或者医院,举行学术或者竞争性考试的地方(包括大学周边区域)明显都包括在内;2. 在商品或者服务性质要求个人出示身份或者露出脸部的情形时,例如当某种商品不能卖给低于一定年龄的人时或者使用某种付款方式需要身份证明时;3. 其它需要政府当局明确引入露出脸面的情况,这需要以法律的形式界定适用该种方法的地点与情形。

最后,最高法院指出惩罚穿遮面长袍行为的两种情形:1. 当人们不知道有这样的禁止令而隐藏自己的脸面时,最高法院可以建议他们去寻求有信誉的机构组织的调解。对该类行为惩罚的主要方式是发出禁止令,也可能还会被科处额外的罚款。处罚结果应该与隐藏脸面的动机和性质相符;2. 对于故意行为,最高法院认为通过暴力、威胁、滥用权力或者滥用权威迫使他人,在公共场所隐藏脸部应当被认定为一种特殊的犯罪,该行为是可诉行为。若这样的人可以以性别归类的话,相应的制裁也就应该更加严厉。当然,法院也可以要求被指控的人寻求社会调解。

尽管最高法院不制定该法案的意见并没有被采纳,但是该意见对于新法案最终的制定仍然有着很大的影响。

(二) 法国宪法委员会的决定

法国宪法委员会认为穿着“Burqa”或“Niqab”的行为已经威胁到了公共安全,不属于最低的社会生活需求。而且隐藏了脸面的妇女,无论是否出于自愿,都处于隔离并且低人一等的状况,与自由和平等的原则格格不入。

宪法委员会提供了以下法律基础来论证其决定:1. 1789年《人权与公民的权利宣言》第4条:“自由就是能做任何不伤害他人的事。所以,每个人行使个人权利的界限就在于不影响其他社会成员享有的同样的权利,这些限制只能由法律作出规定”;2. 1789年《人权与公民的权利宣言》第5条:“法律只能禁止那些对社会有害的行为,没有被法律禁止的行为不能受到限制,不能强迫任何人去做法律没有规定的事情”;3. 1789年《人权与公民权利宣言》第10条:“只要不扰乱法律所规定的公共秩序,任何人都不能因为自己的言论和信仰(甚至是宗教信仰)而受侵扰”;4. 1946年《宪法》序言的第3段规定“法律保证女性和男性在各个方面都享有平等的权利”。而且对于新法案所欲达到的目的与违反后的刑事制裁,议会已经通过相应的条款来协调保护公共安全与公民的权利的合理行使。因此,宪法委员会决定“限制在公共场所隐藏脸部不影响《人权与公民权利宣言》第10条的规定,进而在向公众开放的地方限制行使宗教自由也是合理的”。所以,提交审查法案的第1至第3部分是合宪的。

三、新法案的内容

该内容很简单的新法案引起了极大的争议。新法案旨在通过民事与刑事措施限制在公共场所穿“Burqa”或“Niqab”,并且禁止迫使他人穿“Burqa”或“Niqab”的行为,以保护公共安全与公众利益。其内容主要包括以下两个方面:1. 从2011年4月11日开始,禁止在公共场所穿“Burqa”或“Niqab”(也同样适用于外国游客)。违反前款规定将被处以150欧元的罚金;2. 任何迫使(暴力、威胁或者滥用权力)他人穿“Burqa”或“Niqab”的人将受到一年有期徒刑,并处30000欧元的罚金的刑事制裁。如果胁迫的对象是未成年人,处罚将会加重一倍^⑥。

四、对新法案的解释:言论自由是“决定权利”吗?

1966年《公民政治与社会权利国际公约》第19条第3款对公民行使言论自由做了如下限制“言论自由必须依法行使”。法国对言论自由的限制主要体现在:1. 保护人民、群体和价值,例如1881年《出版自由法》第29条的禁止诽谤、名誉、个人权利与利益——知识产权、保护作者的权利——著作权法;2. 出于保护国家利益、公共安全、政治安全和国家安全的需要,公民的言论自由可能受到限制;3. 为了维护公共秩序,对于色情作品、儿童色情作品的限制;4. 禁止“仇恨言论”。“仇恨言论”是指故意对一个特定群体的仇恨宣言。如在1990年的《反种族歧视法》与《反修正主义法》中便有对于禁止仇恨言论的规定。

依据《反修正主义法》,违反该法宣言中反人类罪可

^⑥ 法国宪法委员会2010年10月7号的2010第613-DC号禁止在公共场所隐藏面部的法案,Decision n° 2010 - 613 DC of October 7th 2010 - Act prohibiting the concealing of the face in public. The French Constitutional Council 参见 http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/anglais/en2010_613dc.pdf, 访问日期:2011年1月26日。

能被判处以下刑罚:1. 监禁徒刑与罚款:规定长达一年的监禁刑和最高4500欧元的罚款。纽伦堡国际法庭认为对任何公开谋划反人类的一种或更多的犯罪构成反人类犯罪;2. 可能要求向受害者或者相应组织支付赔偿金;3. 在媒体上公布对其的处罚决定;4. 法院可以决定没收任何被警察扣押的物品,包括书与报纸。新的反恐怖主义法中也有类似的规定:1986年法国建立了恐怖主义犯罪的集中管辖司法体制,把警察监禁延长到4天;1996年法规定目前负责恐怖事务的机构可以采取预防措施来威慑任何可能的恐怖犯罪。因此,即使是在2001年9月11日之后,法国仍可以避免“特殊立法”。

法国的反恐怖主义法是包含在刑事法律中的普通立法,目的在于保护人权。其面临的一个难题是反对恐怖主义与保护集体与个人自由之间的紧张关系。95%的反恐怖主义的法律已经被法国宪法委员会裁定通过了。例如,宪法委员会2006年1月19日做出的第2005-532DC号决议认定新的全国反恐怖主义法是合宪的。该决定主要涉及了该法的三个条文:1. 第6条:该条允许警察在没有司法裁决的情况下获取通信数据,以“防止与惩罚”恐怖行为。宪法委员会去掉了“惩罚”一词,因为防止才是警察的真正职责所在,而且这样已经有了足够的保障。2. 第8条:该条允许警察基于不同的目的(包括打击恐怖主义)自动监视法国公路与高速公路上的汽车,采集汽车牌照与坐在车里面的人的照片。3. 第7条:该条允许警察可以获取海陆空旅行者的姓名记录(PNR),也包括来自非欧盟国家的旅客。但是,该法同时规定分权的宪法性原则仍然需要遵守。这3条规定的合宪性没有受到质疑,但是为了确保效率、安全和自由之间的平衡,宪法委员会必须遵守比例原则,保证以下权利不受侵犯:辩护律师的作用和权利;调查监禁不能超过48小时;控制摄像机,保存与检查身份符合法律与《欧洲人权公约》。

此外,法国法中也有许多其他限制言论自由的规定:1. 《刑法典》第222条第17款关于谋杀威胁的规定;2. 《出版自由法》第23条关于挑衅犯罪行为的规定;3. 《刑法典》第223条第14款关于威胁死亡的规定“对任何建议自杀的产品、方法或工具进行商业化宣传的,处以3年监禁,并处4500欧元的罚款”;4. 《刑法典》第226条第13款关于职业秘密威胁的规定;5. 法国的预防性审查主要表现在关于电影作品与年轻人和儿童出版物的审查;6. 2004年起,取消了内务部禁止一部分外国出版物的权利。

从以上的诸多限制中,我们可以发现言论自由是一种自由,但并不是绝对的自由和自决的权利。公民必须在法律规定的范围内行使言论自由权,而在特定的情形

下也可以通过立法来限制言论自由行使的场合。

五、欧洲的情况与未来

(一) 欧洲其它国家的情况^⑦

在英国,就是否允许佩戴面纱也引发了激烈的争论,但在大不列颠绝对不会存在这样的禁令。早在2006年,一位伊斯兰妇女因不在别人(尤其是男人)面前摘掉她的面纱而被一所英格兰教堂学校解雇。她在雇佣的面试时没有提及她的特殊情形,因为她当时没有穿遮面长袍。她起诉到了劳动法庭,很多英国的政治家不同寻常地在她的案子审理之前做出评论。她最终输掉了这件不公平解雇案件。2007年3月20日,英国的学校收到了新的指导(不是法律),学校可以基于平安、安全或其它学习原因禁止遮面的小学生进入学校。而在德国,自20世纪70年代中期开始,法律便禁止在公共场所遮掩脸部的行为,目的是为了应对70年代开始的恐怖主义,以保护公共秩序。2010年4月29日,比利时下议院通过了一条法令“禁止在公园或街道这样的公共场所穿掩饰身份的衣服”。荷兰2005年就有了类似的法律议案,但2007年一个地方政府的类似举措被宣布违宪,因此该话题在荷兰很具有争议性。2010年丹麦的总理明确表明了自己的立场:“Burqa”和“Niqab”在丹麦社会中是不可能被容许的。它们所标志的妇女形象有损人的尊严,是我们完全反对的,因此在丹麦社会中我们抵制这样的行为”。在意大利,虽然有要在公共场所限制穿戴“Burqa”和“Niqab”的提议,但是在学校、公职部门和企业里并没有收到来自政府的关于“Burqa”和“Niqab”的禁令。

(二) 欧洲人权法院的立场

自1951年起,欧洲社会对于该问题的观点就在变化,欧洲人权法院认为应该以一种发展着的社会研究方法来解释欧洲人权公约中的权利。例如,对于同性恋的态度:欧洲人权法院依据公约第8条而发展了尊重个人生活的权利,禁止同性恋的法案与阻止女同性恋或者男同性恋服役的法案都是违反公约第8条的。再如,在处理与环境的关系时,欧洲人权法院认为应当给予环境损害如污染或者噪音的受害者以法律保护。

《欧洲人权公约》对言论自由与宗教的含义作出了规定。第10条规定“任何人都有表达的自由,该权利包括不受政府和他人的影响发表言论的自由、接收和表达信息与观点的自由”。第9条规定“意志和宗教自由权”,而第8条规定“尊重他人个人生活的义务”。因此,关于限制遮面长袍的做法必然会有人诉诸欧洲人权法院。早在1991年1月欧洲人权法院就接到了Fressoz和Roire诉

^⑦ See also Hansen Randall; Weil Patrick (eds.), Towards European Towards A European Nationality: Citizenship, Immigration and Nationality Law in the EU, 2003, Palgrave Mac Milan, New York.

法国的案子。1999年 Dogru 和 Kervanci 状告法国^⑧，因为他们拒绝在体育课上摘掉面纱而被学校开除。Dogru 和 Kervanci 基于《欧洲人权公约》第9条，控告法国学校侵害了他们的宗教权利，同时根据《欧洲人权公约》第一修正案的第2条控告法国学校剥夺了其受教育权。2008年12月欧洲人权法院对该案做出了判决，认为法国学校的做法没有违反《欧洲人权公约》第9条的规定。因此，在大多数情况下，2004年的《法国法》不被认为违反了《欧洲人权公约》第9条关于思想、意志和宗教自由权利的规定。

在 Leyla Sahin^⑨（5年級的伊斯坦布尔大学的医学系学生）诉土耳其一案中，关于国立大学是否可以限制成年的穆斯林学生在上课期间和大学校舍里穿戴伊斯兰面纱，该校副校长颁布了一个特别的规定：不容许那些留胡子或者佩戴伊斯兰头巾的学生去听讲座、上课和参加考试。而 Leyla Sahin 因为拒绝遵守这样的规定，而被迫终止了在该校的学习，离开了伊斯坦布尔，在维也纳完成了自己的医学学位。欧洲人权法院在审理后认为该大学干涉 Leyla Sahin 的表达宗教自由权利的规定满足《欧洲人权公约》第9条第2款，所以法院的判决集中在该校副校长的特别规定是否符合了比例原则的要求，即在民主社会是否需要这样的干涉。国家遵守不干涉宗教自由传统上有三方面的要求：1. 为保护合法利益的干涉应该是适当的；2. 不存在其它对宗教自由的限制较小而又同样能达到保护合法的替代性手段；3. 干涉必须符合严格的比例原则以平衡涉及的各方利益，也须满足辅从性原则。成员国将处于更加有利的地位来决定如何最好地履行一些敏感的公约义务，它赋予了土耳其极大的自由裁量权。根据《欧洲人权公约》第9条，法院认为穿戴宗教标志本身并不与学校的世俗化原则相悖。但是在该种情形下，从穿戴的结果看，它是与学校的世俗化原则不一致的，因此开除的惩罚是合比例的。学校的惩罚考虑到了体育训练的要求，因为基于安全或者健康方面的考虑，佩戴伊斯兰头巾这样的面纱与体育课的规范是不相符的，作出开除处罚是合理的。参考早些的判例，法院没有支持 Leyla Sahin 的诉求。

至此，欧洲人权法院关于限制佩戴面纱存在以下的判例原则：（1）比例性原则；（2）表达自由及其在无暴力和暴力行为中的限制；（3）义务与责任：表达自由的行使必须受到合法的限制，并受到保障民主、法治、公共安全、领土完整和司法权威与公正的制约。

六、结论

欧洲目前的宪法原则是“政教分离”（laicity）而不是“无神论主义”（atheism）。在宪法草案中首次规定了社会伙伴——教堂的地位：欧盟承认并促进社会伙伴的作用，促进他们之间的对话，尊重其自治权。同时也承认教堂与其它宗教组织以及那些哲学和非忏悔组织的身份与他们的特别贡献，并且支持与他们之间公开透明的对话。此外，我们也应当看到，多元化正在挑战民主与法治。与西班牙宪法对于多元化的界定不同的是，法国宪法并无涉及任何多元化的内容。其它的一些欧洲国家的宪法法院已经通过社会的多元化，例如，社会文化、观念和思想的多元化来强调法治，这或许值得法国借鉴。

清华大学法学院教授王晨光点评如下：

去年底，一个令人颇感意外甚至困惑的消息迅速传遍世界，法国国民大会和参议院以压倒性多数通过了《禁止在公共场所穿遮面长袍》的法案。说它意外或困惑，不外乎因为该法案对个人的穿着自由进行了干预，而且是在干预女性，干预具有特殊宗教信仰和习俗的穆斯林女性，她们在法国总人口中仅占有很小的比例。这种对穿着打扮的偏好不是个人的自由吗？犯得着由国家出面通过法律禁止的形式来干预吗？这种规定似乎与我们所想象的建立在个人自由基础上的西方法治相去甚远。鲍佳佳教授的文章，《“世俗化”与法治的概念：法国〈禁止在公共场所穿遮面长袍〉新法案的讨论》，对这一立法进行了从历史到现实，从法国到全球，从社会学到法学的全方位介绍和评论，不仅在很大程度上揭开了我们的疑惑，而且对该法案背后的法理争论有了更为深入的了解，值得一读。按常理而论，“穿衣戴帽，各人所好”，大可不必如此兴师动众，大举讨伐。而现实中的法国（实际上还包括好几个欧洲国家）偏偏就要用法律来禁止穆斯林妇女在公共场所穿戴遮面长袍。其法律根据何在？其法律论证何以转承启合，导向这一立法？鲍佳佳的文章首先把我们带进了历史的纬度，从17世纪一直到当代的法国，政教分离的世俗共和国已成为法国人民接受的政治体制和理念，不得在教育等公共机构中宣传宗教是其中一个重要原则。穿戴具有明显宗教标志的服装或多或少地具有宣传某种宗教的意味，况且这种穿戴还有歧视女性的含义，甚至有被人强迫穿戴的可能。其次，该文又将我们带入法国和欧洲公众意识的纬度。“9·11”之后的反恐战争使人们不得不对各种潜在的恐怖袭击保持高度的警觉和戒备，而自杀式袭击者的宽大长袍往往是最好的隐蔽手段。尽管自杀式袭击者不过是极为稀少的个体，但是在公共场所造成的破坏则极为严重；社会绝大多数公民

^⑧ 对欧洲人权法院 Dogru 和 Kervanci 诉法国判决的法律分析，2009年1月7日的判决，参见 http://religionandpolicy.org/cms/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=2126，访问日期：2011年1月26日。

^⑨ Leyla Sahin 诉土耳其—大法官室判决，申请号为 44774/98；E. Bribosia and I. Rorive，《学校的面试—欧洲的分裂》，载《人权评论期刊》2004年，第958页；S. Van Drooghenbroeck，《斯塔拉斯堡与面纱》，载《法律杂志》2004年第34期，第10页。

对此深恶痛绝,并为法案的通过提供了坚实而广泛的民意基础。再次,该文又向我们展开了社会管理的纬度,即在这一法案通过前,已经有了法国行政法院禁止在学校中穿戴具有明显宗教标志服装的几个判决,甚至在欧洲其他国家也有类似的判决和法律规定。这些超出法律分析范围的广义的社会分析,恰恰是当前各国立法和司法机构自觉或不自觉地采用的法律社会学的分析方法。鲍文实际上在说,对于法国这一新法案的分析不能就法论法,而必须从更为广阔和深远的社会角度全方位地对其进行分析,这是惟一科学和客观的方法。对法律的广义社会学分析当然具有不容忽视的价值和作用,但是立法乃至司法仍然需要法学的理论支撑。这一法案的法理基础何在?鲍文在法案的社会分析的基础上,进而从法学角度进行了深入的理论分析。首先,文章以西方法治的权利理论为基点,以法国1789年《人与公民的权利宣言》第4条“自由就是能做任何不伤害他人的事”为根据,为自由权划定了理论上的界限。其次,文章引用该宣言第10条的规定,揭示了“个人言论和信仰”自由与“公共秩序”之间的张力,进一步用公共秩序为个人自由划出了界限。第三,通过对“言论自由”不是绝对自由,而是有法律界定之自由的论述,进一步为该法案的出台提供了论证的实

例。第四,文章列举了欧洲人权法院的一些案例,论证对于自由进行界定的司法实践。上述法律和法理层面的分析让我们对法国和欧洲法治中权利的边界和界定有了更为深入而具体、远远超出简单概念化意义的理解。因此从广义社会学和法律法理的角度,鲍文都为我们提供了一个现实、生动和多层次的立法分析,值得我们阅读,更值得在阅读基础上的深入思考。当然,文章不可能穷尽所有相关的或更进一步的分析。比如,同样是遮面,为什么对于欧洲不少人在公共场所头戴的摩托车头盔或对同样宽大的雨衣或其他服装就不限制呢?为什么穿高跟鞋或使用口红等化妆品就没有对女性歧视的意味呢?由于拉登等恐怖分子基本上是那些身着穆斯林宽大长袍的人,这里是否有自觉或不自觉的对穆斯林的歧视呢?而且这种对遮面长袍的公众恐惧到底有多少实事作证呢?在法国或欧洲,有多少自杀式袭击者是利用遮面长袍为掩护进行恐怖袭击的呢?似乎这些疑问仍然萦绕在头脑之中,有待鲍佳佳教授下一篇佳作来揭示。

(责任编辑:刘宇琼)

(上接第136页)服务意识必须首先从公务员抓起,建设高效有序的法的运行体系必须首先从公务员推动。

(五) 建立与服务型社会相适应的法律及政策制定模式

政策是一个政党、国家或社会组织一定时期内治国理政、开展事业的总方针、总路线。现实社会里的政策不仅有政党政策、国家政策,还有社会组织政策、行业政策;不仅有经济政策、文化政策、产业发展政策,还有人口管理、社会发展等政策。政党政策和国家政策在社会生活中发挥着重要的作用,行业协会、社会团体等非官方组织的政策的作用也不能小视。但是,政策是国家或政党在一定历史时期内,对于应该达到的奋斗目标、遵循的行动原则、完成的明确任务、实行的工作方式、采取的一般步骤和措施,它必须上升为国家法律之后,才可能成为一种行为规范或法律准则。因而,在我国,政策与法律往往是相辅相成的,我们必须建立与服务型社会相适应的政策与法律的制度模式。

政策与法律的相结合在建设服务型社会中的作用主要表现在:

首先,为建设服务型社会指明方向。建设服务型社会,必须有明确的方向。政策在制定社会发展目标,确定社会建设实施原则、步骤、措施,开展服务人员队伍培养,扶持发展新兴服务产业,拓宽服务领域,调整发展结构等方面都能提出明确的发展目标和方向。

其次,法律可以规制行业规范,指导行业服务正常开展。政策的重要特点就是具有适时性、灵活性,当某些行业不能建立起本行业规范和服务标准时,政策可以发挥其适时性、灵活性的特点,及时地对该行业开展服务提出指导意见,当该行业服务规范不能适应现实发展需要时,政策可以及时地提出修改意见。但法律则可以把已经经实践检验证明适合于社会发展的政策上升为国家法律的层面,以增加其稳定性和国家权威性。

再次,政策和法律可以及时调节和纠正管理与服务中出现的矛盾和问题,提出新的发展思路和措施,促进社会服务结构不断优化,服务水平不断提升。

建立与服务型社会相适应的法律及政策制定模式,就是要把党和国家、政府的政策与相关法律衔接互动起来,把政策和法律的互补作用凸显出来,把政策的制定、修改、废止的程序规范起来,形成党政政策与行业协会政策并存的政策制定体系,发挥各类政策更大的作用。要制定《政策制定法》,把政策制定的主体、原则、程序、法律责任规范起来,使政策的制定合法化、正规化、有序化。要建立政策评价和风险评判机制,使制定出来的各项政策都能纳入到监控的范围,增强政策的适时性、创建性、实效性、纲领性。

(责任编辑:苗延波)