



上海市学术著作出版基金

澳美宪法权利比较研究

朱应平 著



上海世纪出版集团



上海市学术著作出版基金

澳美宪法权利比较研究

朱应平 著

世纪出版集团 上海人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

澳美宪法权利比较研究/朱应平著. —上海:上海人民出版社, 2008

ISBN 978-7-208-07975-5

I. 澳… II. 朱… III. 宪法-权利-对比研究-澳大利亚、美国 IV. D961.11 D971.21

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 095632 号

责任编辑 张晓玲

澳美宪法权利比较研究

朱应平 著

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行

上海商务联西印刷有限公司印刷

开本 635×965 1/16 印张 37.5 插页 4 字数 443,000

2008 年 8 月第 1 版 2008 年 8 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-208-07975-5/D · 1404

定价 52.00 元

序 一

朱应平副教授的《澳美宪法权利比较研究》经修改即将付梓出版,这是非常值得庆贺的。应平是华东政法大学 1995 级宪法学与行政法学专业硕士研究生,毕业后曾在实际部门工作了一段时间,积累了相当的实践经验。后又赴苏州大学深造,获得法学博士学位。不论是在学校学习,还是在实际部门工作,他一直不停地在宪政专业领域辛勤地耕耘。来华东政法大学工作以后,除了上课以外,他几乎将全部时间都用于学术研究,承接了许多重要课题。他的辛勤劳动和汗水换来了丰硕的成果,先后出版了《论平等权的宪法保护》、《澳大利亚宪法权利研究》、《行政信访若干问题研究》等专著。这些选题和研究成果大多具有独创性,对我国学术发展具有填补空白的价值。正因为他如此勤奋,也有较好的功底,而且这部书中提出了很多独到的观点,提供了丰富的有价值的资料,所以在他申请上海市哲学社会科学学术著作出版资助时,我欣然给他写了推荐书。现在这部书稿获得批准出版资助,我也为之高兴。我相信,这本书必将在学界产生良好的学术效应。作为本书的推荐人,我有幸先睹为快,拜读了本书,感觉本书在以下几方面具有比较突出的特色。

首先,选题独特新颖。本书以澳美两国宪法权利的比较作为研

究视角,这在目前国内是惟一的选题。应平是目前国内专门对澳大利亚宪法进行比较全面系统研究的学者,他选择这一领域进行研究,的确有其独到的学术价值。目前我国学者们比较关注美国、德国、法国、日本等发达资本主义国家的宪法与宪政制度研究,对于其他一些国家的宪政,特别是宪法实际运作状况的研究相对比较薄弱。并且学者们在进行比较研究时,也比较注重引用美国等少数几个国家的资料,对其他国家的资料则往往因为缺乏专门研究成果而无法引用。这种研究国别范围上的有限性无疑影响了我国宪法学的深入发展。而本书不仅提供了澳大利亚宪法权利方面的详实的资料,而且提供了两国比较的研究成果。此类学术成果将对我国未来宪法学的比较研究具有推动作用。随着本书的问世,相信有更多的学者把目光投向那些过去无人问津的国家。惟有这样,中国的宪法学研究才能走出狭隘的视野,才能走向世界。

其次,研究方法和内容值得称道。本书采用了历史主义的研究方法,给我们提供了两国立宪和宪法条文适用方面大量的史料。作者还对澳美两国的宪法权利条文作了深入细致的比较。本书以澳大利亚的宪法权利作为选取美国宪法权利的标准,选择了10种权利进行比较。作者对两国宪法权利条文进行了比较,给我们展示了两国宪法权利条文和案例之间的密切联系和差异所在。本书提供的最为有价值的部分是,作者对两国司宪机关适用宪法权利的案例和技术规范作了认真总结梳理,把法院适用宪法权利的具体方法呈现给我们。总之,通过历史文献、规范分析、案例分析、价值分析和比较分析等多种方法,本书为我们提供了澳美两国宪法权利的立体式结构,使我们能够比较全面地了解两国宪法权利的实际情况。

再次,本书的结论具有实践价值。通读全书发现,作者注重对两国宪法权利相同点和不同点背后深层次原因的探讨,力求在两国权

利保护做法的不同中发现共同点,试图给我们描绘出宪法权利操作的技术路径,以便于我国开展宪法权利保护工作时可资借鉴。在结束语部分,提出了符合中国特色的借鉴价值。作者认为,在中国目前尚未开展违宪审查的情况下,澳美两国在宪法权利方面所采用的技术路径同样有借鉴价值,这些技术路径可以作为我国立法机关、行政机关和司法机关自我限制其权力行使的标准,可以作为它们判断其行为是否可能侵犯公民宪法权利的技术方法,也可以作为公民判断自己宪法权利是否受到侵害并进而决定是否向有关国家机关申请审查的识别标准。可见,作者研究澳美两国宪法对权利保护积累的经验,不是为了研究而研究,而是为了推动中国宪政的开展。应平这种放眼世界、服务于中国法治建设的理念是他多年从事学术研究的孜孜追求。我也为他这种为中国法治和宪政建设而奋斗的精神所感动。

最后,作者比较好地处理了其他研究成果和本书之间的关系。关于澳大利亚部分,本书除了吸收作者本人在《澳大利亚宪法权利研究》中的研究成果外,还新增加了大量的历史资料和案例。对于国内学者关于美国宪法权利的研究成果,作者不是为了简单介绍而吸收这些成果,而是为了更深入地阐述问题,即把重点放在与澳大利亚进行比较上,注重对法院案例技术方案的总结和提炼。这种总结和提炼更能突出本书的理论和实践价值。

需要说明的是,应平之所以能够选择如此宏大的题目,并顺利完成这一作品,与他对外文资料的嗜好和勤奋的耕耘是分不开的。他在2002年受苏州大学法学院王嘉廉基金资助,作为访问学者去澳大利亚邦德大学从事学术研究。他充分利用该校丰富的外文资料。据说,他把大量经费用在复印和购买外文资料上,以至于回国时身无分文,不得不向他人借钱买票。回国后,这些资料成了他研究的重点由

国内宪法转向国外宪法的重要推动力。在他看来,只有把这些外文资料充分运用起来,才能对得起自己的付出。同时他坚信,研究澳大利亚宪政问题一定有广阔的学术前景。希望在不远的将来,能看到应平更多的这方面的成果问世。

我与应平相识多年,既是他的师长,又是他的同事,现在又是作为宪法学教研室主任的他的“属下”,也可以算是他的学术经历的见证人了。我们经常在一起探讨一些学术问题,既感受到他工作的勤勉,又钦佩他治学的严谨,且能够将学术研究与课堂讲学相辅相成,以科研促进教学,以讲学推动科研,成为我校的骨干教师。承蒙他的盛情,约我给本书写序。略作数语,也算是我的一些读书体会吧。

殷啸虎

于华东政法大学图书馆红楼

2008年1月6日

序 二

应平副教授的《澳美宪法权利比较研究》一书是在其博士后报告修改的基础上而成书的。他邀请我为之专著作序,我感到非常高兴。一方面,本书是我担任合作导师时他的研究成果,我也见证了他的刻苦和勤奋。为之写序也是导师的本分。另一方面,作者的选题也是我们法律史专业近年来比较好的一个选题,其研究成果具有较高的学术价值。为之作序,主要是谈谈自己的阅读体会。

首先,一本好书需要有一个好的选题。应平这一选题在国内具有独创性。记得一开始他选择的题目是《澳大利亚宪法权利研究》。这个选题也很好,但是,以我的了解,他有能力选择并完成一个更为宏观性的题目,所以建议他作更广阔的选题考虑。当他确定了《澳美宪法权利比较研究》后,我充分肯定了这一选题的可行性和价值。事实证明,这一选题是可行的。经过他的努力,这一目标得以完成。他的这篇博士后报告不仅被评为优秀博士后报告,还成功地获得了上海市哲学社会科学学术著作出版资助,这是可喜可贺的事情。这也是对应平辛勤研究的一种肯定和回报。

其次,作者在对澳美两国宪法权利进行比较研究后得出了很多新的结论:其一,美国宪法权利条文是对美国当时国情的反映,而澳大利亚宪法权利条文具有偶然性特点。其二,作者对两国宪法涉及

的十种具体权利产生的背景、含义以及法院适用等方面的情况作了详细的分析,在此基础上得出自己的结论。如他提出的“默示性司法裁判请求权”,就是从宪法司法权分立原则和制度引申出的默示性权利。其三,强调了美国宪法判例对澳大利亚司宪的影响,揭示了两国不同之中所具有的相同点,特别是澳大利亚更多地参考和借鉴了美国的判例。其四,注重总结两国最高司法机关所积累的解释技术规范和方法,对两国之间存在的差异、共性和渊源关系进行了分析。其五,在“结束语”部分对澳美两国的经验值得我国借鉴的原因和内容进行了分析,也凸现出这一选题所具有的实践价值。

再次,本书的研究方法和采用的资料很好。作者采用了规范分析、案例分析、比较分析和历史分析等多种研究方法,使用了不少有史料价值的资料,力图描述和再现两国在制宪、司宪方面的实际状况。作者研究的资料绝大部分来自外文的翻译和整理,资料新颖直接,还借鉴了国内最新的研究成果。这些确保了本书研究结论的前沿性。

除了上述学术和实践价值之外,我之所以愿意推荐该书参加上海市哲学社会科学学术著作出版资助申请,还因为作者有较好的法学功底,有很强的写作热情,对学术有一种非常执著的追求,对我国宪政和法治建设有一种神圣的使命感。作为合作导师,我愿意为这样的年轻人在学术研究上提供尽可能多的帮助。我也相信资助出版此书,对我国学术发展和法治建设都有积极的作用。

正如作者所说,这一选题是一个具有挑战性和风险性的选题。对于不同国家之间的理念、制度和实践的比较,难免会有不足,也希望热心和关注我国法治建设的读者能提出善意的批评,以便于作者对本书作进一步修改完善。

何勤华

于上海·华东政法大学

2008年1月6日

内 容 提 要

本书是国内惟一一部对澳美宪法权利进行比较研究的专著。除了对两国宪法权利作总体比较分析之外,还具体研究了两国陪审团审判权利、宗教自由权利、禁止歧视外州公民(即各州公民享有不受歧视的平等权)、财产权、言论自由、选举权、迁徙自由、平等权、正当程序、默示性司法裁判请求权等十种权利。比较的内容包括宪法权利的具体内容和产生的背景、法院审理的主要案例及对相关宪法权利的解釋技术规范和方法;澳美两国宪法权利的立宪和司宪方面的渊源关系、差异点及共同点。通过研究,主要阐明了以下几方面的问题。

一、阐明了两国宪法权利存在的差异

澳大利亚宪法是美国成文宪法模式和英国不成文宪法模式的混合物。澳美两国联邦宪法基本权利的理念、文本、实施等方面,存在不少差异。

1. 两国宪法权利理念存在较大差异

澳大利亚联邦宪法是在非常不同于美国 1787 年宪法的环境下

制定的。它是在英国模式基础上发展起来的,由于制宪者深受英国“议会主权至上”理念的影响,他们把保护人权的希望寄托在议会身上。澳大利亚制宪者并不希望联邦高等法院直接适用宪法保护人权。再者,制宪者对于政府抱有强烈的信任感。这些理念对宪法权利的起草和高等法院实施宪法都产生了极大的消极影响。

而美国制宪者更清醒地受到个人主义和自由主义哲学的影响,并深深了解它们。他们对专制主义和独裁的危害性有深切的体验。制宪者对任何权力特别是立法权力保持高度的不信任,对此总是保持高度的警惕,并因此要求以宪法权利保护公民的权利自由。制宪者在原始宪法文本以及后来专门制定的《权利法案》中写入了多项重要的宪法权利,并设置法院特别是最高法院,使其能充分地适用宪法保护人民的权利和自由。事实说明,持有什么样的政府权力观,对宪法权利具有重大的影响。这是两国制宪存在差异的一个重要分水岭。

2. 宪法权利文本之间差异较大

在有限政府、人权保障至上等理念影响下,美国宪法除了在原始文本中包括某些权利外,还有专门的《权利法案》。此外,修宪者还不断地通过修正案的形式将宪法权利纳入宪法之中。宪法中的权利条款形成比较完整的体系,宪法人权保障书的性质十分清楚。这一特点对宪法权利的良性实施具有积极的正面影响。

在制宪者消极落后理念的指导下,澳大利亚宪法没有专门的《权利法案》,只有4条有限的明示性权利条文,而且零星地分散在宪法不同的位置。这种状况使宪法权利属性很难体现出来,宪法长期被看作是权力组织法。这种“权力”配置型宪法而非人权保障型宪法给高等法院解释和适用宪法产生了极大的消极影响,因此宪法中有限的权利条文很长时间内没有发挥应有的人权保障功能。

3. 宪法权利的解释和实施方面有较大差别

(1) 解释方法上的差异。由于受到进步的制宪思想和良好的宪法文本的影响较大,美国最高法院有较强的人权保障观念。在此指导思想之下,法院采用积极、广义的和实质主义的方法解释宪法权利条文。与之相比,由于受到制宪思想和宪法文本的消极影响,澳大利亚高等法院长期采用消极、狭义和形式主义的解释方法对宪法权利作消极的解释。这种情况直到 20 世纪 80 年代末才有所改变。

(2) 解释所产生的效果不同。美国最高法院的许多解释对于保障人权、推动社会进步和良性发展起了很大的积极作用,法院是推动宪法实施和社会进步的重要力量,是促进人权实现及社会和谐发展的最终保障。澳大利亚的宪法解释在很长时间没有起到应有的作用,宪法权利条款长期被作为无用的象征。两国解释宪法权利上的这种差异性反映了每个国家的国情具有本国的特殊性。

(3) 解释的水平和系统化程度不同。美国最高法院对于宪法权利的解释形成完整和复杂的体系,解释水平很高。澳大利亚对于宪法权利的解释还很不系统,水平也无法与美国相比。

二、阐明了两国宪法权利之间的密切关系

1. 美国人权立宪思想对澳大利亚具有一定的影响,二者之间具有渊源关系。两国权利立宪思想主要属于消极权利范畴,都受到英国普通法的影响。

2. 美国宪法权利文本对澳大利亚具有较大影响。澳大利亚宪法四个明示性权利条文都深受美国的影响。差异只在于一些次要的方面。澳大利亚宪法条文所作的修改也往往基于美国的教训或美国的实践,不完全符合澳大利亚国情。

3. 两国宪法权利的司宪之间存在密切的关系:两国法院在宪法权利判决上异中有同;澳美判决分道后仍有共同点,可谓异中有同;两国法院都有能动地重视保护宪法权利的判例;在激进和保守之间存在的不同主要是个人之间的差异;两国法院采取的方法有许多共同之处。总之,两国司宪之间仍然有许多共同点。

4. 虽然澳美两国存在不同,但是两国宪法权利之间有着密切的渊源关系,很多条文之间有相同或相似之处,法院在解释宪法条文时也有很多共同点或相似点,两国相互借鉴特别是澳大利亚更多地借鉴美国的经验,两国在许多问题上殊途同归。这一事实说明,在运用宪法保护人权问题上,各国之间无论差异如何,都可以相互学习和借鉴;认清这种必然性,有助于各国相互取长补短,促进宪法权利保护工作迈向新的阶段,有助于国际人权公约在国内的实施,创造更加美好的和谐世界;在借鉴方面,不要有过多的拘泥,只要有利于宪政社会的发展、有利于人权的保障以及国家的稳定和发展,任何好的经验都是可以学习和应当学习的。

三、两国宪法权利保护对我国的启示

1. 中国能够借鉴澳美的经验。本书分析了我国能够借鉴澳美经验的原因。第一,澳大利亚立宪背景和宪法文本与美国有较大差异,但澳大利亚借鉴了美国的很多经验,这证明了借鉴的可能性和可行性。第二,中国能够借鉴澳美的经验,从根本上来说,取决于中国要搞法治、要建成宪政国家,为此必须运用宪法保障人权;中国遇到的很多问题与澳美具有同质性;中国目前人民对宪法保障人权的要求非常强烈。

2. 借鉴的事项和内容:澳美宪法权利保障有很多好的经验;根

据我国国情,本书主要强调了以下几点:第一,借鉴最高司法机关对待宪法权利的态度。澳美两国最高司法机关坚持把宪法的适用权掌握在自己手中。第二,借鉴澳美两国推进宪法实施路径方面的经验:由低难度的宪法适用到高难度违宪审查的渐进推进;从合宪性和合法性假定到违宪性和违法性假定方法的适用;对权力的解释由扩大到缩小的方法;对权利解释由狭义逐步走向广义的方法;具体细致的技术规范有助于立法机关和行政机关作为自我约束权力的参考标准,有助于公民判断是否有违宪发生。第三,澳美两国最高司法机关挖掘宪法中的一切潜力保护宪法权利。第四,争取人民的支持。第五,其他国家机关和执政党的支持和配合。第六,加强法学人才宪法素养的训练和培养工作。

目 录

序一	1
序二	1
内容提要	1
导论	1
一、研究背景和目的	1
二、研究的意义	3
三、选题、研究范围和学术研究情况	6
四、基本内容和框架	7
第一章 宪法权利概述	13
第一节 宪法权利的含义和法源	13
一、含义	13
二、法源	14
第二节 人权立宪思想比较	15
一、哲学思想基础不同	16
二、政府观不同	19
三、小结	20
第三节 宪法权利保护特点比较	21
一、种类比较	21

二、拘束对象比较	26
三、权利主体比较	30
四、对消极权利和积极权利的态度比较	36
五、宪法救济比较	40
六、局限性和积极作用	42
 第二章 陪审团审判权利比较	52
第一节 宪法条文和立宪背景比较	52
一、宪法条文的共同点和渊源关系	52
二、立宪上的差异	53
第二节 适用中的相同点和主要争议点	60
一、共同争议的主题	60
二、主要争议点不同	61
第三节 适用范围比较	73
一、美国	73
二、澳大利亚	77
三、小结	83
第四节 受保护的权利比较	83
一、“无罪裁决”能否上诉	84
二、一致性裁决	88
三、陪审团规模	93
四、陪审员回避	96
五、陪审员资格	100
六、陪审团审判的放弃	103
第五节 小结	106
一、渊源关系	106
二、重要区别	107

三、相同或相似点	108
第三章 宗教自由比较	118
第一节 入宪背景比较	119
一、美国	119
二、澳大利亚	122
第二节 自由信教比较	129
一、什么是宗教	129
二、信教自由	137
三、两国比较	164
第三节 禁止设立宗教比较	167
一、美国	168
二、澳大利亚	179
三、比较小结	185
第四节 宗教仪式比较	189
一、澳大利亚	189
二、美国	193
三、小结	195
第五节 不得规定宗教考试的任职资格比较	195
一、美国	195
二、澳大利亚	197
第六节 解释方法比较	198
一、澳大利亚设立条款的目的性解释	198
二、美国设立条款的中立性解释	200
三、目的性解释方法对“信教自由”的适用与影响	207
第七节 小结	213