

澳大利亚宪法权利研究

朱应平 著



上海法学文库



法律出版社
LAW PRESS CHINA

澳大利亚宪法权利研究

朱应平 著



上海法学文库



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

澳大利亚宪法权利研究 / 朱应平著. —北京: 法律出版社, 2006. 12
(上海法学文库)
ISBN 7-5036-6879-2

I. 澳… II. 朱… III. 宪法—权利—研究—澳大利亚 IV. D961.11

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 150457 号

©法律出版社·中国

责任编辑/卞学琪 郭 涛

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京北苑印刷有限责任公司

编辑统筹/法律出版社上海出版中心
经销/新华书店
责任印制/陶 松

开本/787×960 毫米 1/16
版本/2006 年 12 月第 1 版

印张/17.75 字数/271 千
印次/2006 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

销售热线/010-63939792/9779

传真/010-63939777

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

书号: ISBN 7-5036-6879-2/D·6596

定价: 35.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

编辑出版《上海法学文库》是一项很有意义的工作,它有助于推动上海的法学研究和培育法学新人。近两年,上海市法学会发布了几十项课题,通过招投标的形式让会员承接,在已完成的项目中,有的产生了较好的社会影响,有的还得到了较高层次的奖项。法学会每年还组织一些规模不等的研讨会、报告会,为会员更好地从事教学、科研和法律事务工作搭建交流的平台。上述服务会员、凝聚会员的努力,得到了广大会员的肯定。在今年年初的理事会和常务理事会上,大家对法学会工作提出了新要求,希望采取一些措施,有利于多出成果、出好成果;多出人才,尤其是扶植一批有潜质的法学新人。法学会采纳了大家的建议,经酝酿筹备后,《上海法学文库》(以下简称《文库》)正式起步了。

在起步之际,我想就《文库》的编辑理念向大家作以下说明。

作为《文库》,它应当具有包容性。法学学科所有专业的论著,包括论及法律实务中理论问题的专著,都可以纳入《文库》之中;只要坚持宪法确立的各项原则,凡言之有物、言之有据的学术著作,都可以纳入《文库》之中。

作为《文库》,它应当具有学术性。我们希望列入《文库》的著作,理论上应有所创新,即使是实务类的著作也是如此,当然,实务类的著作还应当具有很强的应用价值。为了保证《文库》的质量,我们借鉴了国内已有的做法,采用较严格的评审制度对书稿加以筛选。

作为《文库》,它应当具有连续性。独木不成林,几本书则免称《文库》。我们将着眼于长远,以记录我国法治进程、民主政治建设的轨迹为己任,不断推出能够反映上海法学研究新水平的作品,不断推出上海的作者,特别是青年作者。这项工作如果能够得以持续,若干年后,我们一定会为《文库》积厚流广而感到万般欣慰。法学会是“铁打的营盘流水的兵”,但愿今天我们

所作的决策,因为它的正确,而为后人所沿用。

最近几年,社会科学迎来了又一个春天。国家高度重视社会科学的发展,对社会科学的投资大大加强,文化体制改革给出版、发行领域也带来了深刻的变化,学术著作出版难的情况明显缓解,精品学术书稿更是抢手货。在这样的背景下,编辑出版《文库》,没有质量意识、市场意识是不行的。我们要为精品学术著作的出版提供方便,也要为有光彩但还略嫌稚嫩又出版无门的作品提供出路,更要防止降低要求,让不符合《文库》标准的作品滥竽充数、“出外快”,那样,最终砸的是《文库》的牌子。

《文库》已经起步了,所有的作者、评审者、编辑、编务和发行人员,以及法学会的同仁如果能够齐心协力将它做好,那可是功德无量的啊!

沈国明

2005年10月1日

内容提要

本书是国内唯一一部专门研究澳大利亚宪法权利的专著,约30万字。研究包括了澳大利亚联邦宪法的权利规定、产生背景及法院解释宪法权利的内容和方法。

本书包括导论、正文四章和结语三部分。

导论介绍了研究这一问题的目的、研究资料和方法、本书框架。

正文共四章。第一章:“澳大利亚宪法权利概述”。对澳大利亚宪法权利的含义、法源和分类作了介绍;还对宪法权利适用的局限性重点作了分析。第二章:“明示性宪法权利”。重点研究了宪法明文规定的权利,包括获得陪审团审判的权利,宗教信仰自由,非歧视的权利,州际贸易、商业和往来的自由,取得财产须遵循正当条件等。每一种明示性宪法权利的内容一般包括了宪法文本的规定及背景、典型案例、法院争议内容。第三章:“默示性宪法权利”。它是指宪法没有明文规定,由法院在适用宪法过程中,从宪法条文、原则和精神中引申出来的权利。包括免遭不公正对待的权利、默示性政治交流自由、平等投票权、非自愿性拘禁权、平等的法律保护和正当程序、不相容原则保护受司法裁判权、审判过程中的某些权利等。“默示性权利”是澳大利亚宪法权利保护的“亮点”和特色。本书也对每一种默示性宪法权利的宪法渊源、典型案例、争议等进行了研究。第四章:“宪法权利的解释方法”。对澳大利亚违宪审查制度建立的成因进行了分析;具体探讨了高等法院解释宪法权利的方法,包括狭义的权利解释方法、两重审查基准、历史主义解释方法等。

本书在结语部分提出了以下几点结论:第一,澳大利亚联邦宪法对权利自由的保护具有双重影响;第二,澳大利亚高等法院解释宪法权利经历了从消极到积极态度的转变;第三,澳大利亚高等法院适用宪法保护权利自由的

2 澳大利亚宪法权利研究

路径有四条;第四,法院采用解释宪法权利的技术规范具有重要的意义。

本书特点:选题新颖,是国内唯一研究此领域的专题,具有填补国内宪法学学术理论空白的价值;资料来源于第一手外文资料,是在对澳大利亚许多学者论著、论文和大量案例翻译整理的基础上撰写而成;研究的方法主要包括规范解释、案例分析、比较和历史文献考察等;收录了澳大利亚高等法院关于宪法权利解释的主要案例。

目 录

导论	1
第一章 澳大利亚宪法权利概述	4
第一节 宪法权利的含义、法源和分类	4
第二节 宪法权利的适用具有明显的局限性	24
第二章 明示性宪法权利	34
第一节 陪审团审判的权利	34
第二节 宗教自由	52
第三节 免遭歧视的权利	70
第四节 州际贸易、商业和往来的自由	81
第五节 在“公正的条件”的基础上取得财产	94
第三章 默示性宪法权利	108
第一节 背景和概况	108
第二节 免遭不公正对待的权利	109
第三节 默示性政治交流自由	114
第四节 投票权	124
第五节 由司法机关实施强制性拘禁的权力	146
第六节 平等保护和正当程序	152
第七节 “不相容原则”保护与受司法裁判权	178
第八节 对审判过程中某些权利的保护	190
第四章 宪法权利的解释方法	204
第一节 高等法院与违宪审查制度的建立	204
第二节 狭义的权利解释方法	219
第三节 公民及政治权利和经济权利的两重审查基准	228

2 澳大利亚宪法权利研究

第四节 历史主义解释方法的运用	233
结语:澳大利亚宪法权利的几点结论	242
附录	248
参考文献	263
后记	272

导 论

澳大利亚是普通法系的重要国家,其立宪思想和宪法实施工作深受英国和美国的影响,但是与这两个国家也有很大的区别,一方面,英国没有成文宪法而澳大利亚具有成文宪法;另一方面,美国宪法包含了丰富的权利内容,而澳大利亚联邦宪法只有极少几个分散的权利条款,因此在人权的宪法保护上,它具有鲜明的本国特色。国内至今无人专门研究这一问题。而该问题无论对于我国宪法学理论的发展,还是对我国人权宪法保护和宪政建设,都有重要的借鉴价值。

一、研究的意义

1. 深刻理解宪政发展必须坚持特殊性和普遍性相统一的规律

研究澳大利亚宪法权利的实施可以发现:一方面,高等法院解释宪法权利具有鲜明的本国特点。研究表明,澳大利亚在立宪和宪法实施方面都有自己的诸多特色。如联邦宪法没有专门的权利法案;高等法院长期采用狭义的解释方法解释宪法。另一方面,法院大量参考、借鉴了国外的经验,特别是借鉴了美国、加拿大等国的经验。因而又与这些国家存在不少共性。比如,高等法院长期采用保守的、狭义的、字面主义的宪法解释方法,但是在20世纪80年代末开始采用广义的、实质性的解释方法,由此加强了对公民权利的宪法保护。这种解释方法进程上的变化与美国等国极为类似。这一事实说明:在当今人权国际化的时代,在宪法实施上,孤立地、片面地强调本国特色是不适当的;在建设宪政的过程中,任何国家应当把特殊性和普遍性结合起来,不顾本国国情固然不妥,但是一味地强调本国特殊性也是不合时宜的;借鉴别国成功的经验,可以缩短自己探索的进程,减少不必要的弯路。

2. 推动宪法权利保障工作的开展

澳大利亚宪法权利保护工作可以给我国人权宪法保护和宪政建设提供

很多有益的启发。《澳大利亚联邦宪法》本身只有极少的几条宪法权利条文,但是高等法院认真对待宪法,从中引申出一些默示性权利,加大了对公民权利的宪法保护。此外还通过其他多种途径,如普通法、国际法加强对公民权利的保护。与澳大利亚相比,中国有很好的宪法文本条件,中国宪法第二章有专门的公民权利内容。澳大利亚的宪法实施实践告诉我们,运用宪法保障公民权利是无法绕过的一道门槛,正确的态度是,尽快解决宪法的实施问题。只有这样才能顺应民心民意的要求,才能与时俱进。

3. 填补学术空白,促进宪法学理论的发展

第一,澳大利亚宪法权利理论是世界宪法理论的重要组成部分,而且具有鲜明的本国特色。我国国内至今无人研究。研究这一问题,有助于填补我国宪法学权利理论的一项空白,拓宽我国宪法学研究范围,丰富和发展宪法学理论的内容。

第二,研究这一问题可以扩展我国关于外国宪法学研究的视野和范围。目前,学界研究西方国家的宪政案例,通常较多地关注美国、德国、法国、日本等国家的判例。这种研究重点固然有其必要性,但是学术上这种过分的偏向,不利于学术研究的全面发展。本书提供的澳大利亚宪法理论可以增添一些新的模式,还可以给学者进一步研究澳大利亚宪法问题提供诸多丰富的资料来源。

第三,研究这一问题,可以推动国内学术研究和宪法学教学的案例化。我国学术界过去长期关注静态的理论探讨,不注重宪法权利动态的研究,这种研究方法对于推动宪法实施作用有限。本书意图提供澳大利亚宪法权利运作的动态状况,并选编了大量案例,便于读者了解澳大利亚的宪法实施情况。这是宪法理论服务宪法实践的需要,也是宪法理论接受宪法实践检验的需要。只有紧密结合实践的宪法学理论才有生命力,才可以为现实实践提供更有实际价值的指导。

二、研究的资料和方法

由于国内关于澳大利亚宪法权利的中文资料极其有限,因此本书采用的基本方法是:在翻译整理大量外文资料的基础上,按照我国的学术风格加以编排。对笔者而言,研究这一问题既是一个挑战,也是一个机遇。说它是挑战,是因为翻译整理工作需要较高的要求,但本书涉及的不少内容,无论在术语翻译,还是语言表达上,都有不准确之处,需要进一步提炼;说它是机遇,是因为国内至今无人专门研究这一问题,研究它可以填补学术空白。做

总比不做好,探索新的知识总比一味地做一些重复研究的老问题更有价值。只要有了一个样板,我们就可以有针对性地对它进行修改和完善,在此恳请学界前辈、老师和朋友能给予更多支持。

为了尊重作者的劳动成果和知识产权,笔者撰写本书所主要参考的资料列举如下:

乔治·威廉斯《澳大利亚宪法之下的人权》、^①托尼·布莱克谢尔德和乔治·威廉斯合著《澳大利亚宪法和理论》、^②帕特里克·凯泽著《宪法》、^③凯文·布克、阿瑟·格拉斯、罗伯特·瓦特合著《联邦宪法》、^④杰弗里·林德尔著《澳大利亚宪法的未来发展方向》、^⑤查尔斯·桑普福德、金·普雷斯頓主编《解释宪法》、^⑥比德·哈里斯著《宪法》、^⑦彼得·汉克斯著《澳大利亚宪法》^⑧等。此外,还有其他许多论著、论文等,参见本书后列举的参考文献部分。

三、本书框架

除了一个简单的“导论”外,本书包括四章内容:第一章“澳大利亚宪法权利概述”、第二章“明示性宪法权利”、第三章“默示性宪法权利”、第四章“宪法权利的解释方法”。结语“澳大利亚宪法权利的几点结论”,对澳大利亚联邦宪法影响权利的两面性、高等法院解释宪法权利方法和态度的变化进程、法院运用宪法调整和保护权利的具体路径以及法院所采用的技术规范的意义等做了简要的概括。

① George Williams, *Human Rights under the Australian Constitution*, Oxford University Press, 2002.

② Tony Blackshield, George Williams, *Australian Constitutional Law and Theory: Commentary and Material*, 3rd ed., the Federation Press, 2002.

③ Patrick Keyzer, *Constitutional Law*, Butterworths, 1998.

④ Keven Booker, Arthur Glass, Robert Watt, *Federal Constitutional Law—An Introduction*, 2nd ed., Butterworths, 1998.

⑤ Geoffrey Lindel, *Future Directions in Australian Constitutional Law—Essays in Honour of Professor Leslie Zines*, the Federation Press, 1994.

⑥ Charles Sampford, Kim Preston, *Interpreting Constitutions: Theories, Principles and Institutions*, The Federation Press, 1996.

⑦ Bede Harris, *Constitutional Law*, Cavendish Publishing Pty Limited, 2000.

⑧ Peter Hanks, *Australian Constitutional Law: Materials and Commentary*, 5th ed., Butterworths, 1994.

第一章 澳大利亚宪法权利概述

第一节 宪法权利的含义、法源和分类

一、宪法权利的含义

宪法权利,又称为公民的基本权利。在人权日益受到重视的今天,有时又与“人权”概念交替使用。但是,“人权”概念的范围比“宪法权利”概念更为广泛。狭义的宪法权利是指由成文宪法明确规定的权利;广义的宪法权利除了包括宪法典文本中明确规定的权利外,也包括了那些虽然没有为宪法所规定,但通过宪法判例等确认为宪法权利的内容。澳大利亚宪法权利就是在这个意义上使用的。《澳大利亚联邦宪法》本身没有专门的“权利法案”专章,宪法中的权利自由条款很少。所以,本书所说的澳大利亚宪法权利不局限于形式上的宪法权利,即不局限于《澳大利亚联邦宪法》文本的规定。它不仅包括了联邦宪法典中列举的权利自由,还包括了州宪法和法律中的权利、重要的联邦宪法性法律、宪法惯例、宪法判例和澳大利亚批准实施的国际人权公约中所确认的重要的自由权利。换言之,凡是被纳入《澳大利亚联邦宪法》调整范围的权利自由都是本书研究的范围,都属于本书所说的宪法权利。

但限于篇幅,本书主要以联邦宪法明示列举的自由权利和联邦高等法院从宪法引申出来的默示性权利自由为主要研究对象。另外,对于州宪法权利,除了个别章节附带介绍外,不再作专门探讨,本书讨论的澳大利亚宪法权利主要是联邦宪法对权利的调整和保护。

二、宪法权利的法源

《澳大利亚联邦宪法》调整或保护的权利具有广泛的法源,列举如下:

(一) 联邦宪法

1. 联邦宪法中的权利概况

联邦宪法是最重要的宪法权利法源。一方面,宪法第 80 条、第 116 条、第 117 条、第 51 条第 31 项等规定了少量明示性宪法权利,^①它们成为法院适用宪法调整和保护人权的直接的和主要的依据。第二章对此做了专门介绍;另一方面,法院从宪法第 7 条,第 24 条,第 51 条第 2、3 项,第 86 条,第 88 条,第 90 条,第 109 条等,以及宪法第三章司法机关部分特别是第 71 条中引申出一系列的默示性权利。^②

但是,由于制宪者深受英国戴雪议会主权思想的影响,《澳大利亚联邦宪法》没有包含专门的权利法案。这明显不同于美国、加拿大。《美国联邦宪法》原文也没有权利法案,但是很快在 1791 年制定了十条修正案,以后逐步增加。加拿大 1982 年制定的《宪法》包含了专门的《权利与自由宪章》。另外,澳大利亚联邦也没有制定专门的《人权法》。这与英国、新西兰等不同。英国是世界上典型的不成文宪法国家,但于 1998 年制定了专门的《人权法》。新西兰于 1990 年颁布了《权利法案法》,甚至在澳大利亚一些州和地区也颁布了人权法。如澳大利亚首都地区于 2004 年颁布了《澳大利亚首都地区人权法》(Australian Capital Territory Human Rights Act)。新南威尔士州于 2001 年出台了《新南威尔士州权利法案报告》(A NSW Bill of Rights Report)。

可见,《澳大利亚联邦宪法》只包含有限的明示性宪法权利,而且分散在几个不同的部分。由于联邦宪法文本中权利内容不足,高等法院不能像美国最高法院那样,充分运用宪法文本,更积极、主动地保护人权。

2. 人权立宪思想的保守性

澳大利亚制宪者对人权的理解具有极大的局限性:

(1) 制宪者不重视人权的宪法保护

澳大利亚宪法是在英国模式基础上发展起来的,而且 1900 年制定的《澳大利亚联邦宪法》本身就是英国议会批准的一部法律,所以保持了英国若干体制方面的特点,因而与美国不同。在《澳大利亚联邦宪法》中,没有设置专门的权利法案或者人权法案,这是由于制宪者深受英国议会主权至上

^① 即由宪法直接明确规定的权利,参见何勤华主编:《澳大利亚法律发达史》,法律出版社 2004 年版,第 76~78 页。

^② 默示性权利是指宪法中没有明确规定,而由法院从宪法中引申出的权利。参见文献同上。

理念的影响,他们把保护人权的希望寄托在议会身上。而英国坚持的议会主权原则,不可能把个人权利的宪法保护与作为基本宪法原则的议会至上联系起来。就是说,澳大利亚制宪者拒绝接受受宪法保障的权利法案,并保留了议会制。^①因此,在英国至今没有真正的宪政,司法机关至今不能对议会制定的法律进行“合宪性”审查。

英国议会主权观念对澳大利亚宪法内容和宪法实施都有很大的消极影响。尽管,澳大利亚制宪者们希望高等法院在解释和裁决宪法权力冲突方面发挥更大的作用,但是历史也证明,澳大利亚制宪者们并不希望联邦高等法院实施宪法保护人权。而美国制宪者则对任何权力特别是立法权力保持高度的不信任,即总是持有高度的警惕,因此要求在宪法中对权利作出规定,特别是后来制定专门的《权利法案》,以更好地适用宪法保护公民的权利。这说明,两国宪法中是否包含了诸多权利,与是否坚持“议会主权至上”原则是分不开的。

(2) 制宪者缺乏强烈的自由主义思想理念

《澳大利亚联邦宪法》是在一种非常不同于美国 1787 年宪法的环境下制定的。澳大利亚制宪者们对于宪法权利和自由的认识,与美国制宪者们有很大的不同。美国制宪者们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。他们对专制主义的危害性有深切的体验,因此运用专门的《权利法案》保护公民权利自由的理念十分强烈。而 19 世纪 90 年代的澳大利亚制宪者们则对此认识明显不足。^②这说明,是否坚持个人主义和自由主义思想,对于立宪中的权利影响较大。

(3) 澳大利亚制宪者之所以未在宪法中写上专门的《权利法案》内容是由当时的背景决定的

第一,制宪时要解决的主要问题是权力争端问题。在各殖民地联合成

① 澳大利亚高等法院首席法官强调这些区别的重要性。欧文·狄克逊(Owen Dixon)法官说:“我们没有采用权利法案或者采用美国宪法第十四修正案。对我来说,这似乎是一个惊人的区别。它深深扎根于人们的思想中。”The Right Honourable Sir, Owen Dixon, Concerning Judicial Method, (1956) 29 ALJ 468, 469. 另外,巴维克、马森等法官也对此做了分析。参见 Sir Anthony Mason, *The Role of a Constitutional Court in a Federation: A Comparison of the Australian and the United States Experience*, (1986) 16 Federal Law Review 1, 3. 中文资料,参见许章润、徐平编:《法律:理性与历史——澳大利亚的理念、制度和实践》,中国法制出版社 2000 年版,第 155~195 页。

② Zelman Cowan, *A Comparison of the Constitutions of Australia and The United States*, (1954-1955) 4 BUFFALO Law Review 174.

为统一联邦的过程中,各个殖民地之间力量悬殊,小的殖民地如南澳大利亚与一些大的殖民地如新南威尔士、维多利亚之间存在尖锐的矛盾。因此,解决权力配置,协调权力关系是当时要解决的首要问题。^①

第二,当时各殖民地都实行严重的种族歧视政策,对亚洲特别是中国人在澳洲实行各种歧视性的措施,还采取多种措施严格限制亚洲人进入澳洲,而如果在宪法中写入专门的《权利法案》,可能会阻止联邦成立之后的各州实行歧视性政策,因此为了维护歧视性法律制度,制宪者多数反对在宪法中写入《权利法案》。

正因为上述种种原因,使得《澳大利亚联邦宪法》成为世界上少有的不包含专门《权利法案》的国家,这对人权保护极为不利。1988年宪法委员会在一份报告中建议,联邦宪法应当插入一章关于权利和自由的内容,以防范政府的违法行为。但是在1988年9月举行的全民公决中,多数公民拒绝在宪法中增加专门的权利法案,因此联邦宪法中至今仍没有包括权利法案。

尽管《澳大利亚联邦宪法》对人权的规定存在很多缺陷,但是制定成文宪法本身就是一个巨大的进步,它在水权保护方面仍然可以发挥巨大的作用。事实也证明,《澳大利亚联邦宪法》可以为人权保护提供以下几种途径:第一,为高等法院适用宪法调整权力进而保护权利提供了依据;第二,为高等法院直接引用宪法中的明示性权利条款提供了直接的权利保护依据;第三,为高等法院从宪法中引申出默示性权利保护人权提供了文本和制度性基础;第四,为高等法院引用国际公约保护人权提供了相关的基础和依据。^②

(二) 州宪法和地区自治法

澳大利亚有六个州,各州均有宪法:1889年《西澳大利亚州宪法》[Western Australian Constitution (WA)],^③1902年《新南威尔士州宪法》[Constitution Act (NSW)],1934年《南澳大利亚州宪法》[Constitution Act (SA)],1934年《塔斯马尼亚州宪法》[Constitution Act (Tas)],1975年《维多

① 何勤华主编:《澳大利亚法律发达史》,法律出版社2004年版,第63~64页。

② 朱应平:“澳大利亚宪法实施的条件和路径”,载《学术界》2006年第2期。

③ 1890年西澳大利亚组建了代议政府并制定了自己的宪法。1889年《西澳大利亚宪法》是英国议会通过的一部帝国法律。这部法律列举了它所实行的代表议会自治政体形式。自那时以来,这部宪法被西澳大利亚修正过多次。因此,该州宪法实际上是由原始的宪法中没有废除的内容,以及所有后来的修正案总称。它的大部分包含在另一部法律中,即1899年宪法修正案(the Constitution Acts Amendment Act 1899)。

利亚州宪法》[Constitution Act (Vic)], 2001 年《昆士兰州宪法》(the Constitution of Queensland)。两部地区准宪法(自治法)是由联邦议会为“地区”制定的:1978 年联邦《北部地区(自治)法》[the Northern Territory (Self-Government) Act 1978 (Cth)], 1988 年联邦《澳大利亚首都地区(自治)法》[Australian Capital Territory (Self-Government) Act 1988 (Cth)]。由于受联邦宪法结构和内容的影响,各州宪法也没有规定专门的权利法案。但各州宪法和地区自治法之中也有少量的宪法性权利。

1. 明示性权利(express rights)

(1) 在公正条件的基础上征收财产

《北部地区(自治)法》第 50 条和《澳大利亚首都地区(自治)法》第 23 条规定:“除了在公正条件的基础上”,议会不得为“取得财产”进行立法。^①这个规定是对《澳大利亚联邦宪法》第 51 条第 31 款联邦取得财产条款中限制联邦权力的模仿。^②之所以与联邦宪法条款类似,是因为这两部《自治法》都是联邦议会根据联邦宪法第 122 条的规定,为“地区”(territories)制定的。其他各州宪法均没有包含类似的条款。

(2) 良心自由和宗教自由

《塔斯马尼亚州宪法》第 46 条规定了良心自由(freedom of conscience)和宗教自由(freedom of religion):^①在服从公共秩序和道德的前提下,每个公民的良心自由和自由的宗教职业实践受到保障。^②任何人不得因为他的宗教或宗教信仰而受到限制(subject to any disability),或要求其作出宣誓;并不得以任何宗教考试作为担任公共职位的资格。该条部分内容与联邦宪法第 116 条类似。

需要指出的是,塔州宪法第 46 条的规定并不受特别的保障(entrenched)。因为,塔斯马尼亚州议会可以通过一部普通的法律修改或取消这一条款。^③充其量,它只是为议会制定此类法律设定了一种政治上的障碍。其他州宪法和自治法甚至连这样的一般保障条款也没有。

① The Parliaments cannot legislate for the the acquisition of property otherwise than on just terms.

② 参见本书第二章第五节。

③ 塔州宪法第 41A 条是塔斯马尼亚州宪法中的唯一保障性条款(entrenching provision)。遗憾的是,该条并不保障第 46 条,而且它自身也不受特别保障。结果,虽然第 41A 条要求某些修正案必须由特殊的多数加以保障,但第 41A 条自身可以被议会的普通法律所修正或取消,并进而废除其中的保障条款。关于“保障”的情况,参见 A. R. Blackshield and G. Williams, *Australian Constitutional Law and Theory : Commentary and Materials*, 2nd edn. , Federation Press, 1998, ch. 9.