

学校编码: 10384

分类号

密级

学号: 13620111150219

UDC

廈門大學

硕士学位论文

南非宪法第三十九条“外国法条款”的
适用研究

The Study of Application of the “Foreign Law Clause” in
Section 39 of South Africa Constitution

张思怡

指导教师姓名: 王建学 副教授

专业名称: 宪法学与行政法学

论文提交日期: 2014年4月

论文答辩时间: 2014年月

学位授予日期: 2014年月

答辩委员会主席:

评阅人:

2014年 月 日

厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下,独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果,均在文中以适当方式明确标明,并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范(试行)》。

另外,该学位论文为()课题(组)的研究成果,获得()课题(组)经费或实验室的资助,在()实验室完成。(请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称,未有此项声明内容的,可以不作特别声明。)

声明人(签名):

年 月 日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，于 年 月 日解密，解密后适用上述授权。

2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年 月 日

内容摘要

外国法援引是指法院在进行裁决时，以解释权利法案的内容为目的，通过比较外国的宪法制度、宪法判例等资料，为本国宪法得出工具型、经验型或者说明型的法律渊源。南非宪法第三十九条第一款规定了“外国法条款”：“当解释权利法案时，法院、法庭或裁判所：1.须促进以人的尊严、平等和自由为基础的开放民主社会之价值；2.须考虑国际法；且3.可考虑外国法。”随后南非宪法法院积极地运用外国经验以解释宪法，故本文选取“南非宪法法院的基本权利判例”为样本，对南非宪法“外国法条款”的适用情形进行分析。

第一章对南非宪法“外国法条款”的适用进行了介绍。分别就相关宪法条款的历史演变与“外国法条款”的作用进行了阐释。

第二章以南非宪法法院的基本权利判例为研究对象，分析了南非宪法中“外国法条款”的适用情形。主要包括拒绝讨论情形、“外国法条款”的适用情形以及适用时考虑的因素。

第三章以南非宪法法院的基本权利判例为研究对象，分析了“外国法”的援引范围。主要包括判例所援引外国法的国别与援引内容。

第四章以南非宪法法院的基本权利判例为研究对象，分析了“外国法”的法律解释方法。主要包括文义解释、历史解释、体系解释、目的解释与对比解释。

第五章以南非宪法法院的基本权利判例为研究对象，分析了“外国法”的援引模式。主要包括说明型援引、经验型援引和工具型援引。

关键词：外国法援引；宪法裁判；比较解释

ABSTRACT

When interpreting the Bill of rights for deciding, the court may compare the foreign constitutional system and foreign constitutional cases, in order to find legal resources as tolls, experiences and statements for the Constitution of its own country, which is called the use of foreign law. The section 39(1) under South Africa Constitution provides: “When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum(a) must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom; (b) must consider international law; and (c) may consider foreign law.” Afterward, South Africa constitutional court used foreign experiences positively to interpret the constitution. Therefore, This paper choose the cases of fundamental rights as object, to analyzes the situation of application the “foreign law clause”.

The first chapter briefly introduces the application of the “foreign law clause”. It mainly states the historic development of relevant clause under constitution , and the function of the “foreign law clause”.

The second chapter, based on the cases of fundamental rights under the constitutional court of South Africa, analyzes the situation of application the “foreign law clause”. It mainly includes the situation of refusing discussion, the situation of application the “foreign law clause” and the factor of application the “foreign law clause”.

The third chapter based on the cases of fundamental rights under the constitutional court of South Africa, analyzes the scope of using “foreign law”. It mainly includes the name of countries and the context of using “foreign law”.

The fourth chapter based on the cases of fundamental rights under the constitutional court of South Africa, analyzes the means of interpreting “foreign law”. It mainly includes literal interpretation, historical interpretation, systematical interpretation, intentional interpretation and comparative

interpretation.

The fifth chapter based on the cases of fundamental rights under the constitutional court of South Africa, analyzes the modes of using “foreign law”. It mainly includes the mode of statement, the mode of experience and the mode of tool.

Key Words: the Use of Foreign Law; Constitutional Adjudication; Comparative Interpretation

厦门大学博硕士论文摘要库

目 录

引言	1
第一章 南非宪法“外国法条款”的适用	6
第一节 相关宪法条款的历史演变	6
一、1993 年临时宪法的“外国判例法”	6
二、1996 年正式宪法的“外国法”	8
第二节 “外国法条款”的作用	10
一、消极作用	10
二、积极作用	11
第二章 南非宪法“外国法条款”的适用情形	15
第一节 拒绝讨论的情形	15
一、当事人选择	15
二、国际私法规则规定	16
三、注释注明	16
四、非权利法案领域的援引	17
第二节 “外国法条款”的适用情形	17
一、解释宪法条款的含义	17
二、弥补法律空白	18
三、借鉴成功经验	18
第三节 适用“外国法条款”时考虑的因素	19
一、法律因素	19
二、语言因素	20
三、其他因素	21
第三章 “外国法”的援引范围	22
第一节 国别	22

一、个案分析.....	22
二、小结.....	29
第二节 援引内容	30
一、判例.....	30
二、立法.....	34
三、事实.....	36
四、学说.....	39
五、法官意见.....	41
六、立法机构文件.....	41
七、小结.....	42
第四章 “外国法”的法律解释方法.....	44
第一节 文义解释	44
一、生命权判例.....	44
二、平等权判例.....	44
三、政治权判例.....	44
四、隐私与宗教权判例.....	45
第二节 历史解释	45
一、生命权判例.....	45
二、平等权判例.....	46
三、政治权判例.....	47
四、隐私权判例.....	47
第三节 体系解释	49
第四节 目的解释	49
一、生命权判例.....	49
二、平等权判例.....	50
三、社会经济权判例.....	50
四、隐私与宗教权判例.....	50
第五节 对比解释	51

一、生命权判例.....	51
二、平等权判例.....	52
三、社会经济权判例.....	53
四、政治权判例.....	54
五、隐私与宗教权判例.....	55
第六节 小结	56
第五章“外国法”的援引模式.....	58
第一节 说明型援引	58
一、生命权判例.....	58
二、平等权判例.....	58
三、社会经济权判例.....	59
四、政治权判例.....	60
五、隐私与宗教权判例.....	60
第二节 经验型援引	62
一、生命权判例.....	62
二、平等权判例.....	62
三、政治权判例.....	63
四、隐私权判例.....	63
第三节 工具型援引	63
一、解释方法型援引.....	64
二、路径型援引.....	65
第四节 小结	66
结语	69
附表	72
参考文献	83
致谢	87

CONTENTS

Preface.....	1
Chapter 1 The Application of the “Foreign Law Clause” under South Africa Constitution	6
Subchapter 1 The Historic Development of Relevant Clause under the Constitution.....	6
Section 1 “Foreign Case Law” under the Interim Constitution of 1993.....	6
Section 2 “Foreign Law” under the Final Constitution of 1996.....	8
Subchapter 2 The Function of the “Foreign Law Clause”.....	10
Section 1 The Negative Function.....	10
Section 2 The Positive Function	11
Chapter 2 The Situation of Application the “Foreign Law Clause” under South Africa Constitution	15
Subchapter 1 The Situation of Refusing Discussion	15
Section 1 The Situation Chooed by the Litigants.....	15
Section 2 The Situation Provided by the Private International Law.....	16
Section 3 The Situation Cited by the Notes	16
Section 4 The Situation Used in the Area Exclude the Bill of Rights	17
Subchapter 2 The Situation of Application the “Foreign Law Clause”	17
Section 1 Interpretating the Meaning of Constitution Clause.....	17
Section 2 Praeter Legam	18
Section 3 Reference of Successful Experiences	18
Subchapter 3 The Factor of Application the “Foreign Law Clause”.....	19
Section 1 The Legal Factor	19

Section 2	The Language Factor	20
Section 3	The Other Factors	21
Chapter 3	The Scope of Using “Foreign Law”	22
Subchapter 1	The Name of Countries	22
Section 1	The Analysis of Cases	22
Section 2	Summary	29
Subchapter 2	The Context of Using “Foreign Law”	30
Section 1	Cases	30
Section 2	Legislations	34
Section 3	Legal Facts	36
Section 4	Legal Doctrine	39
Section 5	The Opinion of Judges	41
Section 6	Legislative Documents	41
Section 7	Summary	42
Chapter 4	The Means of Interpreting “Foreign Law”	44
Subchapter 1	Literal Interpretation	44
Section 1	The Cases of Life Right	44
Section 2	The Cases of Equality Right	44
Section 3	The Cases of Political Right	44
Section 4	The Cases of Privacy and Religion Right	45
Subchapter 2	Historical Interpretation	45
Section 1	The Cases of Life Right	45
Section 2	The Cases of Equality Right	46
Section 3	The Cases of Political Right	47
Section 4	The Cases of Privacy Right	47
Subchapter 3	Systematical Interpretation	49
Subchapter 4	Intentional Interpretation	49

Section 1	The Cases of Life Right	49
Section 2	The Cases of Equality Right	50
Section 3	The Cases of Socio-Economic Right	50
Section 4	The Cases of Privacy and Religion Right	50
Subchapter 5	Comparative Interpretation	51
Section 1	The Cases of Life Right	51
Section 2	The Cases of Equality Right	52
Section 3	The Cases of Socio-Economic Right	53
Section 4	The Cases of Political Right	54
Section 5	The Cases of Privacy and Religion Right	55
Subchapter 6	Summary	56
Chapter 5	The Modes of Using “Foreign Law”	58
Subchapter 1	The Mode of Statement	58
Section 1	The Cases of Life Right	58
Section 2	The Cases of Equality Right	58
Section 3	The Cases of Socio-Economic Right	59
Section 4	The Cases of Political Right	60
Section 5	The Cases of Privacy and Religion Right	60
Subchapter 2	The Mode of Experience	62
Section 1	The Cases of Life Right	62
Section 2	The Cases of Equality Right	62
Section 3	The Cases of Political Right	63
Section 4	The Cases of Privacy Right	63
Subchapter 3	The Mode of Tool	63
Section 1	The Mode of Interpretive Means	64
Section 2	The Mode of Approaches	65
Subchapter 4	Summary	66
Conclusion	69

Attachment	72
Bibliography	83
Acknowledgement	87

厦门大学博硕士论文摘要库

引言

一、研究背景与研究意义

以比较宪法智识丰富和充实本国宪法体系，这是当今世界宪法发展的趋势与潮流。以德国为例^①，在宪法的发展历史中，德国宪法对于一些国家^②影响深远，这些国家在其宪法发展中深受德国宪法经验的影响。而近年来，德国也开始对其他国家的宪法智识进行借鉴，例如美国。同时，受比较宪法影响较小的美国宪法，近年来也开始关注比较宪法。而作为新兴宪政国家的南非、印度等国，大量积极地继受与移植外国先进成熟的宪法智识，在比较宪法方面表现突出。

“外国法”是否可以作为一国法院的裁判依据，以解释宪法，这一问题在比较宪法中具有重要意义。但因为援引外国法可能对一国司法主权构成潜在威胁，有损民族独立性，也可能由于法官自由裁量权的扩大而进一步导致对司法权的恣意或者滥用，因此各国多少存有疑虑，做法不尽相同。

（一）美国模式

在美国，由于原旨主义者的存在，对援引外国法存在较大的反对声音，但毋庸置疑的是，美国并非对外国法援引持绝对禁止的态度，例如联邦最高法院在 *Foster v. Florida*^③、*Lawrence v. Texas*^④和 *Roper v. Simmons*^⑤等案件中均对外国法进行了援引。

以 *Printz v. United States*^⑥一案为例，布雷耶（Breyer）大法官在判决异议意见中谈到：“我们当然是在解释我们自己的宪法，而不是其他国家的宪法，并且我们与其他国家的制度之间可能存在政治差异和结构差异……”

^①此处选取德国为例，是为了阐述比较宪法的发展趋势与背景，并非阐释“外国法援引”这一具体问题。

^②以日本为例，日本明治宪政改革是以德国为榜样的，参见[日]高桥和之：《我们为什么研究外国宪法？如何研究？》[C]，王锴译，法哲学与法社会学论丛，2009，(1)。另外，德国宪法法院的运作与《魏玛宪法》中对社会经济权利的保护，皆对世界宪法发展产生深远影响。

^③537 U.S. 990, 990 (2002) (Thomas J., concurring).

^④539 U.S. 558, 598 (2003) (Scalia J., dissenting).

^⑤543 U.S. 551, 624-28 (2005) (Scalia J., dissenting).

^⑥521 U.S. 898 (1997).

但是，尽管如此，他们就相同法律问题所提出的不同解决方法的结果之经验，可为我们投射经验的光芒。”^①

因此，一般将美国模式的特征归结为“有限和谨慎”运用外国经验以解释宪法之规定^②，属于“闭关型”^③。“美国法官的谨慎或许可以用美国的法治国观念来解释。根据这一观念，司法权被严格限制在解释由政治权力（立法和行政）确立的国际准则上。”^④当然，不可否认地是，这与法律制度的发展程度息息相关，美国的法律制度相对南非的法律制度而言发展成熟许多，故这也是美国“审慎”对待“外国法”的原因之一。

同时，依据近些年来美国联邦最高法院的判例，联邦最高法院也开始援引一些“外国法”，尽管不乏持有反对意见的法官，但不可否认的是，这扩充了非原旨主义的内涵，也体现了美国对于外国法援引这一问题的关注以及逐渐开放的态度转变。

（二）南非模式

南非在 1993 年临时宪法颁布之前，即存在援引外国法的现象，主要集中在援引美国法。“1895 年，首席大法官科策在 *Hess v. the State* 一案中……以赞同的口气三次引述首席大法官马歇尔在 *Marbury v. Madison* 一案中表达的司法审查观，同时还求助于其他的美国最高法院裁决、以及《联邦党人文集》、斯托利的《美国宪法》和布赖斯的《美利坚合众国》，以支持其判决。”^⑤在这一时期，南非法院对美国法的援引，虽然最初存在一些不利影响，其中以加深种族歧视最甚，但随着社会的进步与发展，南非法院开始对美国法进行甄别，逐渐剔除有害部分，选取有益部分，因此从总体来说南非法院对美国法的援引促进了南非的法律发展。

1993 年南非临时宪法确立了有关“可参考外国判例法”的条款后，南

^①521 U.S. 898 (1997), p977.

^②[意]安乔内达·斯贝尔蒂. 宪法法官与法律比较[C]. 董德华译, 公法评论, 北京:北京大学出版社, 2009, (6). 347.

^③参见[英]巴兹尔·马克西尼斯. 比较法:法院与书院——近三十五年史[M]. 苏彦新, 胡德胜等译, 北京:清华大学出版社, 2008.

^④[法]米海依尔·戴尔玛斯—玛蒂. 从法官间的对话到法官的地位提升[C]. 王建学译, 北大法律评论, 北京:北京大学出版社, 2011, (1). 298.

^⑤[南非]约翰·杜加德. 向种族公正的南非[C]. 郑戈, 赵晓力, 强世功译, 宪政与权利:美国宪法的域外影响, 北京:生活·读书·新知三联书店, 1996. 466-467.

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士学位论文摘要库