

论平等权的宪法保护

朱应平 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

论平等权的宪法保护 /朱应平著. —北京: 北京大学出版社, 2004. 10
(宪政论丛·7)

ISBN 7-301-07799-8

I. 论... II. 朱... III. 平等-权利-保护-研究-中国 IV. D921.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 090190 号

书 名: 论平等权的宪法保护

著作责任者: 朱应平 著

责任编辑: 谢海燕

标准书号: ISBN 7-301-07799-8/D·0961

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区中关村 北京大学校内 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn> 电子信箱: pl@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

排 版 者: 北京高新特打字服务社 51736661

印 刷 者:

经 销 者: 新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 19 印张 321 千字

2004 年 10 月第 1 版 2004 年 10 月第 1 次印刷

定 价: 28.00 元

未经许可 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有 翻版必究

内 容 提 要

本书的宗旨是探讨在中国如何实现平等权的宪法保护。本书从比较的视野研究世界各国特别是宪政发达国家宪法平等权的立宪方法和司宪经验,然后提出中国实现平等权宪法保护的措施。

在比较研究国内外平等权宪法保护的基础上得出四项研究成果。第一,比较科学的平等权概念。平等权是指由成文宪法、宪法性法律、人权公约、宪法解释、宪法判例、宪法惯例等相关规范确认或默认的要求国家机关或强势者对作出差别待遇的行为须承担举证责任的宪法权利规范,它是一般平等权和多项具体平等权的统一体。其基本含义是,公民不因民族、种族、肤色、性别、语言、职业、政治或其他观点、宗教信仰、财产、居住地点、户籍、家庭和其他身份等差异,在宪法和法律上地位平等;平等地享有宪法和法律规定的权利、平等地履行义务,平等地受罚和获得司法救济;它要求遵循同样情况相同对待和不同情况差别对待;没有合适的理由不得实施歧视和不合理的差别待遇。第二,在政治和宪法理论上认清自由和平等的互动和平衡关系,进而指导立宪和司宪工作。第三,比较完整的平等权规范三要素结构,即平等权的基本内容,包括法律面前平等、法律之下平等、平等的法律保护、平等的法律利益、禁止歧视和反对特权及个人崇拜等平等权的表达方式,平等权的享受主体,拘束主体,约束事项和类型化的具体平等权,差别对待;平等权的限制,包括一般限制和具体限制,限制和对限制的限定等;平等权的保障措施,包括规定宪法权利至高无上的地位、直接的法律效力、可诉性、拘束效力、不得随意受到法律的限制或修改、司宪机关和保障程序等。第四,可行的平等权司宪操作技术规范:同样情况相同对待,不同情况差别对待,相同情况不同对待和不同情况相同对待,禁止歧视,反对恣意行为;允许支持合理正当性差别待遇;针对不同类型的平等权适用严格程度不同的审查基准,审查确定差别待遇或分类的目的是否合宪,采取差别待遇的手段和要实现的目的之间的关连性程度,进而判断是否侵害平等权。

提出符合我国国情的平等权宪法保护具体措施。第一,理论上认清我国过去片面强调平等忽视自由的极端片面错误,吸收导入自由权的限制权力精神,并引入平等权中使之成为包含消极功能的平等权。第二,按照平等

权规范结构要素要求,修改完善我国宪法平等权条款。主要包括:拓宽一般平等权含义、增加禁止歧视条文、补充自由类平等权、补充差别待遇合理化理由、修改补充和增加限制权利条款及保障措施。第三,借鉴国外经验,提高我国立法、执法和司法机关自觉按照宪法平等权规范的原则进行立法和执法的能力;为了提高司宪机关的司宪水平,有必要从四个方面借鉴国外经验、从六个方面判断是否可以适用宪法保护平等权、从三个方面提高法官素质。第四,加强对平等权的宪法理论研究。

Abstract

The objection of the dissertation is to discuss how to realize the constitutional protection of the right to equality in China. It discusses the experience from other countries in constitution-making and judicial application of constitutional law , then suggestions about realization of constitutional protection of the right to equality in China are given.

Four research achievements on constitutional protection of the right to equality in other countries are drawn from the comparative analysis. (1) The definition of the right to equality. The right to equality is a general name of a series of constitutional right norms which requires state power authorities and the mighty people shall have the burden of proof for their actions of difference treatment , which is stipulated expressly or implied necessarily in such related norms as written constitutions , constitutional laws , covenants on human rights , constitutional interpretation , constitutional precedents and constitutional conventions etc. It is the integration of general right to equality and specific right to equality. Its basic meanings are that citizens should have the equal legal status before constitutions and laws without the distinction of ethnic , race , color , sex , language , profession , political opinion , religion , property , residential place , domicile , family and other origins etc. Citizens should enjoy the rights equally and perform the duties equally provided by constitutions and laws. Citizens have rights to be punished equally and to be remedied equally. It also means 'Treat the same likely and the differences differently' , and anyone shouldn't be discriminated and treated differently without rational reasons. (2) We should understand the relations of interactions and balance between liberty and equality in political theory and constitutional theory , then make it to be the guideline in constitution-making and judicial application of constitution. (3) There are three types of structural elements in the norms of the right to equality. The first kind of element is its basic contents : such expression modes as equality before law , equality under law , equal protection of

the law ,equal interests of the law ;prohibition of discrimination ;opposition of privilege and individual cult ;subjects to enjoy equal right ,objects and subject-matters binded by the right to equality ;types of specific equal right ,and difference of treatment. The second kind of element is the limitations placed on the right to equality ,which consists of general limitations and specific limitations ,including limitations and limits of limitations placed on the right to equality. The third kind of element is about the measures for safeguarding the right to equality , which contain the following provisions : status of constitutional supremacy ,direct legal effect applied by law courts ,binding force ,no discriminatory limit or no amendment of constitutional rights by law , constitutional review organ and its procedures etc. Fourthly ,a set of technical norms of constitutional review on whether infringement of the right to equality has taken place ,including the formulation of ' treating the same likely and the differences differently ' , prohibition of discrimination , opposition of discriminatory action ,permission of reasonable and just difference treatment , standards of constitutional review on whether differences of treatment are rational and just ,that is to say ,on which strict degree of standard can be applied according to different types of equality right or different functions of equality right. In short ,different review standard chosen according to different types of equality right should be used to judge whether the objectives of difference treatment or classifications are unconstitutional , and whether there are rational relations between the goal and the means used to achieve it ,and then to decide whether a violation of the right to equality has taken place.

Several workable conclusions on the constitutional protection of the right to equality in China are drawn from it. (1) In theory ,we must know the harmfulness of one-sided mistakes we have made ,which we only paid great attention to equality and ignored even rejected liberty ,and make the spirit of limiting state power implied in liberty into the right to equality and then turn it into a kind of constitutional right with negative functions. (2) Amending and improving our constitution according to the requirements of structural elements of constitutional norms of the right to equality. Concrete methods contain : widening and richening the contents of general equality right ; supplementing the provisions of prohibition of discrimination ,equality right

related to liberty ,and rational reasons for differences of treatment ;amending the provisions of limitations placed on fundamental rights and adding the provisions of safeguarding constitutional rights. (3) We should use the experience of other countries for reference in order to improve the legislative level and the quality of enforcement of law according to the requirements of equality right. In order to improve the ability for constitutional review organs to apply norms of constitutional equality right to solve dispute cases , it is necessary for us to learn experience from other countries in four aspects and judge whether constitution can be applied to protect equality right in six aspects , and to enhance the quality of constitutional review judges in three aspects. (4) We should promote to study constitutional theory about equality right.

为平等而奋斗

——《论平等权的宪法保护》序

朱应平博士的学位论文《论平等权的宪法保护》经认真修改与润色后即将付梓,可喜可贺。应平邀我为之作序,十分高兴。这不仅是因为我们共同学习与研究了三年,而且因为平等也是我的学术追求。

平等的价值不是今天才被人们认识的,平等甚至不仅仅是人的追求,在动物也存在类似的现象。2003年《自然》杂志发表的美国 Emory 大学动物心理学博士研究生布鲁斯南的论文指出:猴子也有平等观。他通过对来自南非的卷尾猴的研究得出这一结论。在与一群猴子的游戏中,他发现如果完成相同的工作而给予不同的奖励,猴子会拒绝接受奖励。例如猴子可能不吃拿到手的黄瓜,甚至将黄瓜扔向不平等对待它的主人,而原因是它看到同伙得到的是更可口的葡萄。他认为,由此可知平等观是进化的产物而非文化的熏陶。^①

如果动物的平等要求多少有点悬乎,那末,是人都有起码的平等追求则是肯定的。任何人事实上都不反对平等:他们最多反对别人与自己平等地享有特权与地位,他们不会反对提高自己以同别人享有同等的权利。毕竟受到歧视对任何人都不是是一件令人愉悦的事。

世界各大宗教中都有关于人类平等的说教,最直白的当然是基督教的上帝面前人人平等的教义。不唯如此,《圣经》还有法律面前人人平等的思想,或起码是适用法律平等的思想。《圣经·申命记》中说:“你们听讼,无论是弟兄彼此争讼,是与同居的外人争讼,都要按公义判断。审判的时候,不可看人的外貌,听讼不可分贵贱,不可惧怕人,因为审判是属乎神的。若有难断的案件,可以呈到我这里,我就判断。”^②依基督教,人是上帝创造的,上帝创造人的时候并没有将人分成三、六、九等。甚至关于上帝造人的说法历

① 参阅《中国青年报》2003年9月19日报道。

② 《圣经·申命记》第一章第16节、17节。

来就有两个版本。一是权威的上帝先造亚当,后来用亚当的肋骨造夏娃为其妻的版本;一是在公元9世纪—10世纪的一个版本,出于一个叫本·西拉的人写的犹太经文的释文书。这一版本说,上帝同时用土创造了一男一女,那女的可能就是一个名叫莉莉的人类的女始祖。在本·西拉的书中,莉莉不满听从亚当命令的不平等地位,与他抗辩道:“我们俩同是泥土化身而来,是生而平等的。”最后谁也说服不了谁,莉莉化作一缕青烟而去。莉莉大概是现代女权主义的先驱。

在世俗法律方面,最早提出平等理念的是公元前五世纪的哲人政治家伯里克利。他是在雅典阵亡将士国葬典礼上的讲演中率先提出法律面前人人平等的口号。^① 哲学家德谟克利特将所有的人严格遵守法律和公民一律平等作为良好国家的必要条件。斯多葛学派则进一步以法律面前人人平等为依据反对奴隶制。务实的罗马人将平等贯彻于立法中,创制了适应商品经济的法律体系。^② 中世纪承认人在上帝面前的平等,在法律的平等方面进退互见。退在罗马法中的自由民法律人格平等遭到否认,自由民再次分成等级,进在具有法律人格的人在总人口中的比重大大增加,许多奴隶成为自由人,同时奴隶的法律地位有所提高,妇女和家子的法律地位也逐渐改善,具备法律人格的人和不具备法律人格的人的差距在缩小。在启蒙运动中,人们重新发现了罗马法中平等的价值,伏尔泰等贤哲再度举起法律面前人人平等的大旗,作为人类摆脱中世纪的精神驱力,市场经济对平等的渴望和人类理性的双重力量终于冲破等级特权的法律,新的民族国家于是理直气壮地宣布一切居民在法律面前人人平等,“阶级特权不受法律保护”^③。即使在等级特权横行的古代中国,也不乏平等的观念。墨家的兼爱学说就有平等的追求。当然,平等作为一种系统的学说与追求是西学东渐的产物。

在我看来,平等是法律的出发点——起码在应然的意义上是如此。对于现代法律,平等是不言而喻的首要的法律原则。从平等是一项可以寻求保护的利益来说,平等是一项重要的权利。作为权利,平等权与其他的权利存在明显的不同:平等权是一项覆盖面很广的权利。它可以表现为平等的受教育权、平等的选举权、平等的就业权等等。只要公民在某一方面受到歧

① 参阅〔古希腊〕修昔底德:《伯罗奔尼撒战争史》,商务印书馆1960年版,第130页。

② 当然,在罗马法里,奴隶是没有地位的。奴隶在古罗马不具备法律关系主体的资格,在具有法律关系主体资格的人中间,他们是平等的。当然,罗马法的平等主要是在私法领域,而不及于公法领域。

③ 恩格斯:《反杜林论》,载《马克思恩格斯选集》第3卷,人民出版社1995年版,第447页。

视,他在某一方面的平等权就受到了侵犯。不仅如此,如果刻意地对人歧视,则对公民的人格尊严构成侵犯。因此,平等权同自由权一样是众多权利的基础,是基本人权。

马克思主义的创始人在人类追求平等的历史上创造了不朽的功绩。他们在西方的学术传统中是属于追求“社会平等”的一族。在他们看来,法律上的平等只是形式上的,社会的平等才是应当追求的理想。但是,他们从来没有否定法律上平等的重要性及其价值。恰恰相反,他们认为法律上平等是人类社会划时代的进步,是资本主义社会区别于封建主义社会的主要标志。形式平等是社会平等的基础。

如果说在18世纪以前,平等只是一项空洞的政治口号的话,那么,进入20世纪、特别是进入20世纪下半叶以来,它逐渐取得了权利的性质——一项可以诉之法庭的宪法权利。平等权的宪法权利属性当然源于它的伦理属性——平等权是一项基本人权。

平等作为宪法权利离不开一定的制度依托——司宪的制度。这里涉及一个前提性问题:宪法是不是可以被“司”的?提出这样的问题在英美法系的人们看来是可笑的,这就如同提出这样愚蠢的问题——食品是不是可以吃——一样。因为英美法系的“法”是经验的,不能被法庭应用的东西压根就不是法,一个规范的“法性”是在法庭应用后才显现出来的。在大陆法系,宪法的可诉性虽然晚些,但是现在,宪法不可诉的地方已经很少见的了。即使是原先属于社会主义国家的现东欧国家,他们的宪法也无一例外地是可诉的。法治的核心是“宪治”,宪法的可诉才有“宪治”。这个逻辑关系告诉我们:宪法不可诉就不会有法治。所以,实现宪法的可诉性实在是建设社会主义法治国家的题中应有之义。

七年前,笔者在《中国法学》(1997年第1期)上发表过一篇在当时是离经叛道的文章,文中提倡宪法基本权利的直接司法效力,没有引起人们的重视。可喜的是,近年来,司宪问题已经成为学界的一个热点。但是对具体的宪法基本权利从司宪的角度来进行研究的著作却是少之又少,朱博士的《论平等权的宪法保护》是开风气之先者。

《论平等权的宪法保护》一书的宗旨是探讨在中国如何实现平等权的宪法保护。文章从比较的视野研究世界各国特别是宪政发达国家宪法平等权的立宪方法和司宪经验,然后提出中国实现平等权宪法保护的措施。著作的学术与实践意义可以概括为:(1)从比较法的角度得出了比较科学的平等权概念;(2)在政治和宪法理论上论证了自由和平等的互动和平衡关系;

(3) 提出了平等权规范三要素结构的思想 ;(4) 提出符合我国国情的平等权宪法保护具体措施。

最后要说的是 ,这一主题是一个具有挑战性和风险性的选题 ,是一个充满现实关怀和平民情结的选题。经过阶级斗争为纲思想几十年的熏陶 ,法学中、特别是公法学说中本应有的平民意识极度匮乏 ,平等权的宪法保护的研究对更新公法理念具有重要的意义。当然 ,作为一个新的尝试 ,它的不足之处在所难免 ,也希望热心的读者批评。

是为序。

周永坤

2004 年 1 月 8 日于苏州乐思斋

CONTENTS 目 录

导言	1
一、研究的命题和意义	1
二、国内外研究成果概况	3
三、本文要解决的问题	4
四、运用的理论和方法	6
五、内容要点	15

第一章 作为宪法权利的平等权	17
第一节 平等思想的发展	17
一、西方国家的平等思想演进轨迹	17
二、中国平等思想的历史轨迹	20
第二节 平等的性质和平等权定义	21
一、平等的性质	21
二、平等权定义	27
三、平等权宪法保护界说	40
第三节 平等权分类	44
一、立基于内容的分类	44
二、立基于差别待遇是否合理的分类	46
三、其他分类	48

第二章 平等权宪法规范实证分析	50
第一节 国家法视野下的平等权规范	
结构要素	50

CONTENTS 目 录

一、宪政发达国家宪法平等权规范的结构要素	51
二、其他国家宪法平等权规范结构要素	66
第二节 区域性人权宪章和公约的规定	85
一、欧洲人权公约和宪章	85
二、美洲人权公约	88
三、非洲人权公约	90
第三节 国际人权公约中的平等权规范	92
一、世界人权宣言和两大国际人权公约中的平等权规范结构要素	92
二、其他国际人权公约中的平等权内容	102
第四节 平等权立宪的主要规范内容及其评价	106
一、平等权规范结构要素的简要概括及其意义	106
二、平等权规范结构要素立宪的评价	109
三、平等权在宪法中比重增加的原因及意义	115
第三章 平等权司宪	126
第一节 国家法视野下的平等权司宪	129
一、无司法至上的英国平等权司宪	129
二、以三重审查基准为代表的美国平等权司宪	133

CONTENTS 目 录

三、以五个审查基准为核心的德国 平等权司宪	136
四、由解决权力争端到保护人权的 法国平等权司宪	141
五、注重保护实质平等的加拿大平 等权司宪	150
六、深受两因素影响的日本平等权司宪	154
七、积极行动和反歧视为重点内容 的印度平等权司宪	157
八、其他国家平等权司宪	161
第二节 区域性人权公约中平等权的 司宪情况	162
一、欧洲人权法院实施平等权保护	163
二、欧洲法院实施平等权保护	164
第三节 国际人权组织的平等权司 宪简况	166
第四节 平等权司宪技术规范概括 及意义	169
一、平等权司宪审查主体和受约束 的主体	169
二、平等权司宪保障范围	171
三、判断平等权受侵害与否的技术 规范概述	172
四、类型化的平等权和不同的审查基准	180

CONTENTS 目 录

五、对平等权限制的司宪审查	193
六、平等权司宪技术规范细密化的 重要意义和不足	195
第四章 中国实现平等权宪法保护	
若干问题	202
第一节 新中国宪法平等权理论的 内容和成因	202
一、宪法平等权理论的内容和缺陷	202
二、平等权理论偏向的成因	207
第二节 规范性视野下的中国宪法 平等权	215
一、前三部宪法平等权规范要素	215
二、1982 年宪法平等权规范结构 要素及评价	216
第三节 中国宪法平等权的实践情况	223
一、立法实施宪法平等权	223
二、行政实施宪法平等权	235
三、司法保护平等权	240
四、准公权主体和非国家机关遵守 宪法平等权的情况	245
第四节 我国平等权宪法保护的措施	249
一、从思想理论上理顺平等与自由的关系	249

CONTENTS 目 录

二、修改完善宪法	252
三、推进宪法平等权实际运作工作	258
四、加强平等权宪法学理论研究	271

结束语	272
-----	-----

参考文献	276
------	-----

后记	286
----	-----

导 言

一、研究的命题和意义

本文研究的命题^①是如何在中国实现平等权的宪法保护。研究平等权宪法保护问题具有重大的理论意义和实用价值。

(一) 树立宪法权威,强化宪法保障人权,拓宽政权合法性基础

中国现实中立法、执法和司法侵害宪法平等权的现象很多,非权力主体之间侵害宪法平等权的现象也经常发生。而宪法不具有可诉性,平等权诉求被拒之于法院门外,得不到应有的宪法层面的保护。这种状况侵犯了公民的宪法平等权,损害了宪法的权威,不利于国家的稳定,也不利于执政党和国家政权合法性基础的巩固。研究这一问题,促使建立平等权宪法保护制度,可以树立宪法至上的尊严,更好地保护人权。研究表明,中国与国外遇到的平等权宪法保护问题具有同质性,这就为借鉴乃至直接移植国外的经验提供了可能性。借鉴平等权立宪经验和司宪技术规范,立法机关可以据此拘束立法行为、提高立法水平,执法和司法机关有了具体执法司法标准,由此可减少国家机关侵犯平等权的行为,公民个人也因有了判断理解的参照物,从而便于提出平等权宪法诉讼。这样做还可以增强人们对宪法保障人权的信心。因为平等权是一个具有高度主观性和理想性的宪法概念,宪法保护具有敏感的政治性和复杂性,只有运用操作性强的技术规范才可以降低其敏感性、化解其风险,从而增强公众对平等权宪法保护的信心。平等权宪法保护问题的解决,必然带动整体宪法权利的保护再上一个新台阶。再者,随着平等权宪法保护的实现,可以化解日益突出的社会矛盾,拓宽政权的合法性基础,为走向现代化小康社会奠定良好的法治环境。

(二) 借鉴国外经验,完善宪法平等权规范,开展平等权司宪审查工作

国外在宪法保护平等权方面为我国提供了三方面经验。(1)在政治和宪法理论上理顺自由和平等的关系,将自由权的消极功能导入平等权中,认

^① “命题”的称法得益于刘南平博士的学术论文:《法学博士论文的“骨髓”和“皮囊”》,载《中外法学》2000年第1期。