

ANTI-
DISCRIMINATION
LAW REVIEW

反歧视评论

主编：刘小楠

中国政法大学宪政研究所 主办

第2辑

主题研讨

“身份”歧视：政治审查制度之省思 刘练军 陈斌
我国犯罪记录查证制度存在的问题及其完善建议 王彬
公务员录用体检标准下的制度性歧视 郭彬 黄诗欣 杨琦

比较研究

论美国反歧视法之域外适用 孙国平
妥协与渐进之道：日本反性别歧视立法研究 何霞
美国反就业性别歧视救济机制及其对中国的启示 唐颖侠 范金梅
涉及LGBT的反就业歧视法比较研究 高文谦

学术评论

我国反歧视法的学理探究及其反思
——兼论反就业歧视的理论回应 刘红春

案例研读

中国香港反就业歧视案例对内地的借鉴和启示 林燕玲

调研报告

关于新乐市就业歧视状况的调研报告 刘明辉 唐芳



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

ANTI-
DISCRIMINATION
LAW REVIEW

反歧视评论

主编：刘小楠

中国政法大学宪政研究所 主办

第2辑



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

反歧视评论. 第2辑 / 刘小楠主编. —北京: 法律出版社, 2015. 8

ISBN 978 - 7 - 5118 - 8358 - 2

I. ①反… II. ①刘… III. ①公民权—研究 IV.
①D911.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 197205 号

反歧视评论(第二辑)

刘小楠 主编

责任编辑 易明群 黄倩倩
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2015 年 8 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 14.5 字数 224 千

印次 2015 年 8 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 8358 - 2

定价:58.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《反歧视评论》编辑部

编辑委员会(按姓氏拼音排名):

曹义孙 郭慧敏 李 楯 林燕玲

刘伯红 刘明辉 李薇薇 薛宁兰

叶静漪 张千帆 周 伟

主 编: 刘小楠

副 主 编: 王理万

编 辑: 龚新玲 钟芳芳 马 康

任雪佳 周志华

《反歧视评论》第二辑卷首语

经过历时数月的组稿工作,《反歧视评论》第二辑终于可以付梓,希望可以继续兑现本《评论》关于“平等立场、学术立场、技术立场”的承诺,为反歧视研究贡献些许知识增量。本辑以“制度性歧视”作为研讨主题,辑录了三篇相关文章,分别是关于政审制度、犯罪记录查证制度以及体检制度的论文。当然我们深知,某项存在已久的制度必然有其“历史合法性”或者我们已经对该项制度的存在形成了某种依赖,但是这些制度却未必符合平等原则的要求,甚至固化了对于特定群体的歧视。所以,对于这些制度的重新审视和检讨,是非常必要的,亦可促进制度本身的改良与完善。

在“比较研究”栏目中,我们选取了四篇文章,分别涉及美国反歧视法的域外适用、日本反性别歧视立法、美国反就业性别歧视救济机制以及涉及 LGBT 的反就业歧视法比较研究。这些颇为翔实的比较研究,为我们贡献了关于反歧视理念与制度的“想象蓝本”,也为中国反歧视法制发展提供了参照坐标。无论是国别研究或是具体歧视类型的对比考察,学者在不经意间都带着沉重的“中国问题意识”去观摩国外的制度与历史,从而其结论总能为中国提供经验或教训的借鉴。

在其余的栏目中辑录了三篇论文和报告。“学术评论”栏目中的文章对于近数十年来反歧视研究进行了综述性的讨论,并指出了现有研究的不足之处和发展方向。“案例研读”栏目中,对香港的反就业歧视案例进行了细致的梳理总结,提出了可供内地借鉴的经验和启示。“调研报告”栏目对河北省新乐市就业歧视基本状况、劳动者对就业歧视的认知情况及新乐市劳动者相对认可的有效解决途径进行了深入的调研与剖析,为理解就业歧视的现状以及反就业歧视制度创新,提供了难得的“内部视角”的观测机会。

如果说上述各个栏目在研究的视角和方法上各有侧重的话,我们认为这恰恰印证了本《评论》的立场——“主题研讨”栏目更多是基于“平等立场”提出对于歧视性制度的批评和建议,“比较研究”栏目则主要基于“学术立场”展示国外的反歧视制度运作,而后三个栏目鲜明的“技术立场”代表了反歧视研究与实践之间的内在张力,也意味着反歧视研究的动力来自实践提出的时代命题。

编 者

2015 年 6 月

目录

主题研讨：制度性歧视

“身份”歧视：政治审查制度之省思	刘练军 陈 斌	003
我国犯罪记录查证制度存在的问题及其完善建议	王 彬	021
公务员录用体检标准下的制度性歧视	郭 彬 黄诗欣 杨 琦	033

比较研究

论美国反歧视法之域外适用	孙国平	059
妥协与渐进之道：日本反性别歧视立法研究	何 霞	098
美国反就业性别歧视救济机制及其对中国的启示	唐颖侠 范金梅	115
涉及 LGBT 的反就业歧视法比较研究	高文谦	130

学术评论

我国反歧视法的学理探究及其反思 ——兼论反就业歧视的理论回应	刘红春	155
-----------------------------------	-----	-----

案例研读

中国香港反就业歧视案例对内地的借鉴和启示

林燕玲 175

调研报告

关于新乐市就业歧视状况的调研报告

刘明辉 唐 芳 199

《反歧视评论》征稿启事

222

主题研讨：制度性歧视

PP. 001 - 055

“身份”歧视:政治审查制度之省思*

刘练军 陈 斌**

摘 要:政治审查制度所内含的思维范式使得其在制度草创之时就留下了鲜明的政治烙印。此等思维范式延续至今而成为一种颇有社会控制之功效的政法制度。观其实质,乃是“权力支配权利”的过程,进而事实上展现的是一种通过“权力”的社会控制模式,而非现代性的以法律为媒介的社会秩序生成形态。六十余年来的政治实践表明,此等政法制度已经对公民的基本权利造成了侵害,构成了现时性的“身份”歧视。在当下建设法治、追求平等的理念之下,政治审查制度的重构必须是审慎而谦抑的,是缩限性的而非扩张性的。

关键词:身份歧视;政治审查;基本权利;权力法治

一、问题与进路

“八二”宪法以降,三十余年间,令吾国吾民念兹在兹的无外于“两权”——限权与人权,其意所指,实乃经

* 本论文得到瑞典隆德大学罗尔·瓦伦堡人权与人道法研究所的研究资助。

** 刘练军,杭州师范大学沈钧儒法学院副教授,法学博士,研究方向:宪法原理与司法制度;陈斌,杭州师范大学沈钧儒法学院2014级法律文化专业硕士研究生。

由宪法的规范化实施而构建一种意蕴人心的宪政秩序,从而实现公民基本权利的保有。于此情形之下,对公民基本权利的研究自然也是上述意指的核心所在。

三十年来,这种研究渐趋深入,在总体上业已转向对基本权利的性质、价值理念、权利限制等自身理论问题的研究,^[1]宏观上也已构建出一个成熟而自足的基本权利体系。然而,如果在实然层面对基本权利享有状况做出一番考察,可以清晰地看到,仍有些许阻碍公民基本权利享有的“政治决策”,^[2]它们是如此常见以致普罗大众身处其中受其戕害却时常视之为当然。即言之,在历经“应然权利—法定权利—实在权利”三个环节之后,有诸多基本权利在此过程中被“政策杂质”所吸附。^[3]

一般而言,在宪政秩序之内,权利至上应该是现代法治社会的应有之义。即便政治决策是为了构建良好的社会治理之道,在不符合基本权利限制的条件时,也必须首要考虑并认真对待公民基本权利。如果此种政治决策以“法”之名前置于公民权利,那么势必会妨碍公民基本权利的享有,而在权利话语之中,权利享有的妨碍则多会造成对公民个体的歧视。更为重要的是,一旦以“法”的名义出现,在规则性体系内部,便会增添几分“合法性”色彩,由此,所产生的也只会是一种隐性的、不易察觉的歧视。诚如有学者所言,“在当今中国,基于性别、地域、户籍、身高、疾病等各种因素的恶意歧视仍然广泛存在,消除这些显性的恶意歧视,是实现社会公平正义的重要一环,但同时,可以预见的是,恶意的和显性的歧视将逐渐

[1] 范进学、张玉洁:《我国基本权利30年研究历史、问题与建议》,载《四川大学学报》(哲学社会科学版)2012年第6期。

[2] 政治决策作为本文的一个类分析框架,首先应该对其做出概括与界定,以达成沟通的共识,当然,如果对其做出语义的深究甚至走向维也纳学派的语义分析似乎也是不可取的。笔者认为,在此文本语境之下,仅需对其做出“描述式”(descriptive)的定义即可达致沟通目的。为了有效论证,笔者借鉴了国内通行的对政治决策的描述式定义,即指一定政党或其他政治组织为达到一定时期的政治目标、处理国家事务、社会公共事务而提出并贯彻的路线、方针、规范和措施的总称,其通常是以行政法规、部门规章等规范性法律文件的形式表现出来的。参见孙国华、朱景文主编:《法理学》,中国人民大学出版社2010年版,第133页。

[3] 这种三阶段的划分乃李步云先生所提,其认为从人权的实现和存在形态这个角度进行区分,可以分为应有权利、法定权利和实有权利。详见李步云:《论人权的三种存在形态》,载《法学研究》1991年第4期。

减少,歧视将更多地以更为隐蔽的方式存在”。〔1〕

在此语境之下,本文即以政治决策意义上的政治审查制度作为分析对象,试图透视政治决策前置对公民权利可能带来的隐性侵害。政治审查,简称政审,即在公民身份变动过程中,由特定国家机关或授权组织基于一定事由及标准对特定人员的政治素质、政治品行与政治信仰所做出的多层次、全方位的考察审核,也是基于社会政治利益考量的一项政治决策。这种带有阶级色彩及意识形态话语的考察方式散见于公务员录用、征兵、高校招生等各种阶层流动环节。

应当予以指出的是,当前并无统一的高位阶的行政法规对此予以规范。以国家公务员录用为例,《公务员录用规定(试行)》第26条仅规定了框架性事项:“考察内容主要包括报考者的政治思想、道德品质、能力素质、学习和工作表现、遵纪守法、廉洁自律以及是否需要回避等方面的情况。考察应当组成考察组,考察组由两人以上组成。考察组应当广泛听取意见,做到全面、客观、公正,并据实写出考察材料。”实践中,实际运行的政治审查标准还是要靠各地方、各部门具体把握、裁量。笔者以下便选取了具体实践中,各部门、各地方所制定的相应政审标准。(见表1)

表1 典型地方与部门政审标准

规范性法律文件	政治审查合格排除因素
《江苏省公务员考试考察(政审)标准》	……(二)散布有损国家声誉的言论……(十三)曾因犯罪受过刑事处罚,曾受过劳动教养的;(十四)违反国家计划生育政策的;……(二十二)严重违反职业道德、社会公德、家庭美德的;(二十三)有配偶、直系亲属被判处死刑或正在服刑,对本人有重大影响的旁系亲属被判处死刑、无期徒刑或十年以上徒刑且正在服刑,直系亲属或对本人有重大影响的旁系亲属被判处危害国家安全罪等情形,报考政法机关的;有配偶、直系亲属或对本人有重大影响的旁系亲属正被立案审查,有对本人有重大影响的旁系亲属被判处有期徒刑以上刑罚且正在服刑等情形,报考相关政法机关的;(二十四)政治品德不良,社会责任感和为人民服务意识较差,以及其他不宜担任公务员职务的情形。

〔1〕 丁晓东:《探寻反歧视与平等保护的法律标准——从“差别性影响”标准切入》,载《中外法学》2014年第4期。

续表

规范性法律文件	政治审查合格排除因素
《公安普通高等学校招生工作暂行办法》	(一)有反对四项基本原则言行的;(二)有流氓、偷窃等不良行为,道德品质不好的;(三)有犯罪嫌疑尚未查清的;(四)直系血亲或对本人有较大影响的旁系血亲在境外、国外从事危害我国国家安全活动本人与其划不清界限的;(五)直系血亲中或对本人有较大影响的旁系血亲中有被判处死刑或者正在服刑的;(六)其他原因不宜做人民警察的。
《安徽省公安机关录用人民警察考察和政审工作实施细则(试行)》	……(二)曾受过刑事处罚、少年管教、劳动教养或近两年内受到治安拘留处罚的;……(五)曾参与赌博、邪教、色情、吸毒、盗窃、贪污、贿赂、诈骗等违法违纪活动,被有关部门认定的;(六)配偶、直系亲属和近亲属中有曾被判处死刑或因危害国家安全罪被判刑的,或因其他犯罪正在服刑的;(七)配偶、直系亲属和近亲属中有因严重政治错误或犯罪嫌疑正被政法机关侦查、控制的,或有邪教组织的骨干分子且顽固不化、继续坚持错误立场的;(八)配偶、直系亲属和近亲属中有在国(境)外从事颠覆我国政权活动的,或为国(境)外人员在考察期满后30天内政治背景仍无法查清的;……(十)有其他不宜录用为人民警察情形的。
《关于军队院校招收普通中学高中毕业生和军队接收普通高等学校毕业生政治条件的规定》	……(二)与出逃国外、境外或在国外、境外参加间谍和反动组织的直系亲属关系密切,政治上可疑的;……(四)……因民事、经济等方面纠纷的诉讼尚未解决的;(五)参加过“法轮功”以及被公安部门确定为社会有危害的气功组织的;直系亲属、直接抚养者或其他关系密切的旁系亲属系“法轮功”、对社会有危害气功组织的骨干分子,或顽固不化、继续坚持错误立场的;……(七)笃信宗教、多次参加宗教组织活动的;(八)道德品质不好,组织纪律差,犯有严重错误受过处分的;……(十)直系亲属、关系密切的旁系亲属或其他直接抚养者中,被判刑或受过组织处理,而本人不能正确对待的;(十一)由于其他原因,其现实表现难以查清的。

限于篇幅,在以上所列举的规范性法律文件中,以江苏省为例。在

《2013年江苏省公务员录用考察政审标准》^{〔1〕}中即列出了多达24条政审不合格标准。纵观这些标准,不仅规定了曾经因言论、思想或作风不合正统者即视为不合格,而且规定违反计划生育政策甚至应届毕业生在校期间受“记过”以上校纪处分者亦为不合格之列,更为严厉的当是直系亲属或对本人有重大影响的旁系亲属曾受过刑事处罚甚至正在被立案侦查的也视为考核不合格。如此等等,严密“法网”背后所折射的只能是粗糙的防卫策略。

通过文本分析,细心读者或已发觉其中政治色彩的至高性。这种话语逻辑在现实操作中颇具争议,尤其是被列为“2009年十大宪法事例”的“扈佳佳政审门事件”发生后,^{〔2〕}政审制度开始进入公共话语讨论区。但不无遗憾的是,直到现在,法学视域中仍鲜有对该制度进行反思性论证的研究。^{〔3〕}在文本规范层面,政治审查制度以“法”之名,不仅安然涉足民众的日常生活使人们视为当然之理而不予警惕,而且造就了公民起点的非平等。同时,仅仅就最基本的平等权而言,尽管基本权利研究以及政

〔1〕 需要予以指出的是,由于没有统一的高位阶政审标准,实践中各地方为了推动政审工作的进行,大多制定了本地区的考核标准。《江苏省公务员考试考察(政审)标准》实际上可以看作地方各省份规范性文件的代表,各省、自治区、直辖市的考察标准基本趋同,差异不大,限于篇幅,恕不详列。

〔2〕 河北省廊坊市的扈佳佳是安次区仇庄乡2009年应届高考生,她决定报考军校,结果仅仅由于父母2007年因宅基地与邻居斗殴,被治安拘留15天,致使所在乡派出所民警拒绝在政审表上盖章而最终与军校失之交臂。在实践中,政治审查不合格推定理由还有很多,如浙江理工大学毕业生兰瑞峰在考录公务员岗位时,笔试第一却因舅舅曾入狱而无法通过政审。类似尚有因父母上访而不通过政审的,详见《中国人政审指南》,载 <http://news.163.com/special/00012Q9L/zhenzhishencha090630.html>, 2014年4月12日访问。实际上,调动生活经验即知,在就业过程中,尤其是报考公务员时,由于各种理由而被推定政审不合格的尚有很多,只是大量的案例无法进入媒体的报道从而鲜为人知。此外,由于不合格推定理由通常涉及个人隐私,因此即便是采取调研的途径也很难获取可观的信息。但即便如此,笔者以为仅有的个案尽管数量较少,却成为展现该制度实践状况的一个窗口,因此并不妨碍我们对此制度做出学理性评判。

〔3〕 在笔者有限阅读范围内,有关政审制度的详细评述仅有两篇:其一,郑磊:《“政审门”事件——营业自由的宪法学思考》,载胡锦涛光主编:《2009年中国十大宪法事例评析》,法律出版社2010年版;其二,曾娜:《论信息公开与受教育权之间的关系——以“政审门”事件为例》,载《第四届全国公法博士生论坛论文集》。已有的有价值的就业歧视调查报告也未曾纳入“政审歧视”这一因素,如中国政法大学宪政研究所:《当前大学生就业歧视状况的调查报告》;刘小楠:《2011年中央国家机关公务员招考中的就业歧视报告》,载刘小楠主编:《反就业歧视策略与方法》,法律出版社2011年版。

治哲学范畴中对其均有深入研究,但是在实然层面,回归于现世与现时的生活之中,仍然有些许盲点亟待扫清。基于此,本文将以政治审查为视角,通过对其所依凭的三种思维范式进行分析,进而在宪法原理层面予以反思并展开批驳。

二、政治审查的三种思维范式

政治审查,作为阶层流动与公民身份变迁的前置性考察工具,在较长时间内乃是阶级斗争观的深刻体现,由政党制度入日常生活,由惯例入“法律”,^{〔1〕}逐渐成为社会治理的“日常性政治”,衍生为一种政治习惯。究其本质,仍然是社会控制(而非管理)模式的深刻体现,也是中国传统社会治理策略的内在延续,即以“内圣观”为基础,过度强调缥缈的“内在德行”在规范行为、治理邦国中的作用。然而,如果对过去数千年历史实践做出详细梳理,可以发现“相信人的内心有无穷的力量可以发挥,把这种信念引入政治领域,化政治为道德,以为只靠思想和道德力量就可以解决一切社会问题,便是中国传统政治的最大弊害”。^{〔2〕}回到政治审查制度中,笔者认为,这种制度的运行实际上体现了社会治理模式的三种思维范式即家国观、敌我观以及罪罚观。

(一) 家与国:公民个体性的湮没

纵观中国传统社会治理史,作为个体的人是很少被重视的。封建以降,“封邦建国以藩屏障”的治理模式衍生出“家—邑—国”的治理体系。这种纵向治理模式催生了“赏及家罚连坐”的赏罚观。儒家所提出的“修身”思想虽然可以视为对民众个体的强调,但是其目的及重心仍在于“齐家”、“治天下”。这种自上而下的集权式控制体系也在潜移默化之中吞噬着独立的个体观。谢晖教授即曾对此做出深刻洞察,其认为:“‘家—国’同构是为世所公认的政治—社会控制方式,法律的专制不但在宏观社会层面,而且深入到家庭个人友谊微观层面,人→人→物社会结构下政治社会和市民社会的不分必然影响到权力(国家)对整个社会的渗透,从而

〔1〕 当然,这里的“法律”并非仅指全国人大及其常委会制定的有国家强制力保障实施并具有普遍约束力的行为规范,而是意指广义上的规范性法律文件。

〔2〕 梁治平:《说“治”》,载《法辨——中国法的过去、现在和未来》,中国政法大学出版社2002年版。

形成法律对社会的专制。”〔1〕尽管辛亥以来,打破了传统君主集权式的束缚,但在治理惯习上并没有走出这种“以家带国”的思维范式。半个世纪以前的“文革”思维所体现的更是一种“家—国”治理观,定成分、划界限,诚惶诚恐。当然,似乎也不可否认,百年以来,我们正处于一个逐渐“走向权利的时代”。但是无论如何,在深层治理策略上,“家—国”观似乎业已形成了华夏文明的一种治理文化,无法跳出也不曾跳出。时至今日,家庭依然是社会治理的最基本组成单位,国之于家的涵摄性丝毫不曾减弱。有学者即言:“从家出发,古代中国构造出伦理本位社会,其中,凡合乎家伦理者皆为善好,故家既可谓传统中国秩序架构的基本单位,亦是一种基本价值。”〔2〕

如果将政治审查放至“家—国”治理体系中予以解说,似乎很好透视其策略所在。即言之,我们仍是以家作为基本几何体来治理国家管控社会,这种思维范式即是“罪及家”而非“罪及己”。如前所述,无论是公务员的招录还是入学、征兵工作的政治审查,均强调,直系亲属或对本人有重大影响的旁系亲属有不良记录者,那么作为“无辜”的公民个体是要被拒之门外的。这种治理思维范式缺乏的是对公民个体的关注与评价,过分强调家庭成员对公民个体的影响,实际上也是一种猜忌及推定的治理逻辑。尽管在客观层面上,或许能够通过增加家庭成员越轨的间接成本来维系社会秩序,但是很显然,淹没了公民个体权利的“家—国”控制观不仅与现代法治社会的基本人权原则格格不入,而且在更深层面上,过度强调个体与家庭之间的附庸则只能继续沿着伦理政治的道路前进而无法走向平权宪政。此外,“家—国”伦理政治观势必会影响独立公民精神的培育从而离宪政文化渐行渐远。

(二) 敌与我:意识形态话语的延续

纵观现行宪法序言十三段一千九百余文字,所叙述的既是一部共和国的奋斗史,也是一部敌我斗争史。虽然这种“敌—我”话语历经时代变迁已经退出了政治语词舞台,但是其思想痕迹却已然融入治理思维的血

〔1〕 谢晖:《价值重建与规范选择——中国法制现代化沉思》,山东人民出版社1998年版,第20~21页。

〔2〕 张龔:《论我国法律体系中的家与自由原则》,载《中外法学》2013年第4期。