

中国十大宪政事例研究

主编◎胡锦涛

要目

- ▲男女退休不同龄案——平等权的宪法保护
- ▲王春立等选举权案——选举诉讼的宪法保护
- ▲手机短信「诽谤」案——言论自由的宪法保护
- ▲最高人民法院收回死刑核准权——生命权的宪法保护
- ▲孙志刚案——人身自由的宪法保护
- ▲深圳「卖淫女」示众案——人格尊严的宪法保护
- ▲延安黄碟案——住宅安全权的宪法保护
- ▲《物权法》(草案)合宪性争议——财产权的宪法保护
- ▲齐玉苓案——基本权利的私法效力
- ▲「孟母堂事件」——受教育权的宪法保护

中国十大 宪政事例研究

主 编 胡锦光

副主编 刘飞宇

撰稿人 (以姓氏笔画为序)

上官丕亮	王书成	王 锴	刘飞宇
张步峰	陈 雄	吴 鹏	洪 伟
胡超宏	胡锦光	秦 强	秦奥蕾

中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

中国十大宪政事例研究 / 胡锦涛主编.
北京: 中国人民大学出版社, 2009
ISBN 978-7-300-10263-4

- I. 中...
- II. 胡...
- III. 宪法—研究—中国
- IV. D921.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 008988 号

中国十大宪政事例研究

主 编 胡锦涛
副主编 刘飞宇

出版发行	中国人民大学出版社		
社 址	北京中关村大街 31 号	邮政编码	100080
电 话	010-62511242 (总编室)		010-62511398 (质管部)
	010-82501766 (邮购部)		010-62514148 (门市部)
	010-62515195 (发行公司)		010-62515275 (盗版举报)
网 址	http://www.crup.com.cn http://www.ttrnet.com (人大教研网)		
经 销	新华书店		
印 刷	北京山润国际印务有限公司		
规 格	170 mm×240 mm 16 开本	版 次	2009 年 2 月第 1 版
印 张	18.25 插页 2	印 次	2009 年 2 月第 1 次印刷
字 数	335 000	定 价	35.00 元

序论

研究中国宪政事例的价值

2008 年是中国实行改革开放政策 30 年的纪念年，经过 30 年的发展历程，中国社会发生了巨大的变化。所谓“巨大”变化，是与 1949 年以后的中国社会相比较，是与 1911 年以后的中国社会相比较，是与 1911 年以前的中国社会相比较。这 30 年的发展变化，就中国社会本身而言，无论是在变化的总量上，还是在变化的深刻程度上，都是前所未有的；就发展速度而言，在 30 年的时间内，中国走过了其他国家数百年的发展历程。从总体上说，对于中国社会此 30 年的发展变化，应当抱着欣喜的态度和眼光。

在中国社会的发展和变化中，其中最主要的是国家权力和公民权利在观念和制度上的变化。

在长达两千多年的封建社会中，国家权力除了受到“天”和“祖制”的限制之外，是根本不受任何其他因素限制的。1911 年以后实行所谓“民国”制度，但由于受长期内部战乱和外部侵略的影响，同时受长期的封建意识的影响，国家权力实际上并未受到限制。1949 年以后，由于在经济上实行计划经济体制，国家权力也实际上不受限制。计划经济说到底，就是国家权力经济，即由国家权力安排国家的经济生活。在国家权力中，又主要是由行政权力安排经济生活，立法权和司法权处于“无为”的状态。一方面，行政机关在安排经济计划和具体实施经济管理时，是按照自己所制定的政策进行的，而并不是按照法律程序进行的，因此，并不受到法律的任何限制；另一方面，经济生活涉及每一个人，因此，国家权力涉及经济、政治及其他各个方面。可以说，社会中的每一个人在社会中的各个方面都被纳入了国家权力的安排之中，国家生活即是个人生活。同时，一切社会事务都由国家权力进行处理，社会组织即失去了存在的空间和存在的必要性。

30 年来，中国在经济领域的改革不断取得进展：经济体制改革由农村到城市；由允许个体经济存在到允许私营经济存在；由有计划的商品经济到社会主义市场经济；由非公有制经济为社会主义公有制经济的补充到与社会主义公有制经济共同为社会主义市场经济的重要组成部分；由以按劳分配到以按劳分配为主、多种分配方式并存；由国家保护合法的私有财产所有权到合法的私有财产权不受侵犯，并制定专门的物权法。与这些进展相适应，国家权力发生着以下变化：

第一，经济领域的改革，实际上就是国家权力在经济领域的放权或者说是让权，即由经济主体自主决定经济事务。从本质上说，市场经济是市场主体的

自由经济、市场主体的个人权利经济、市场主体之间的平等经济。在市场经济不断深化和展开的基础上，公民、社会、国家三者之间逐渐分离：公民自己能够处理的事务，由公民依靠自己的能力和自律去处理；公民自己处理不了的事务，由社会组织去处理；社会组织处理不了的事务，通过市场竞争去处理；通过市场竞争处理不了的事务，由国家通过事后监督的方式进行处理；只有在上述方式和途径都解决不了的情况下，国家权力才能够去处理。因此，国家权力是处理社会公共事务的最后一种手段，而不是一种首要的选择。相应的，国家权力在总体上呈现逐渐缩小的趋势：国家权力从计划经济体制下的无所不能向市场经济体制下的必要作为和有限度作为过渡，至少在微观经济领域是如此。当然，受国家权力的特性所决定，国家权力一方，不可能自觉地退出经济领域或者说不可能自动让出自己的权力。因而在国家权力与个人权利之间、国家权力与社会权利之间形成了一种紧张关系。这就需要法律去明晰国家权力与公民权利之间、国家权力与社会权利之间的权力与权利的关系，划定双方的权力与权利的界限。而划定它们之间权力与权利界限的基本方法：一是以宪法和法律的形式确定国家权力的界限和控制国家权力的原则和方法；二是以宪法和法律的形式确定公民权利和社会权利的目录。而要做到所有这一切，都必须依赖宪法和法律；同时，这一切的主要方面是如何控制国家权力。正是在这一前提下，我国于1999年通过宪法修正案增加规定：“中华人民共和国实行依法治国，建设社会主义法治国家。”

第二，在上述背景下，在国家权力内部就需要存在国家权力之间的必要的分工。与计划经济体制下的国家权力结构相比较，立法权能和司法权能需予以加强。

在实行典型的计划经济体制下，因为行政机关只需要依据自身制定的政策管理国家，所以，立法权能实际上处于虚置的状态，中国的立法机关只制定了为数不多的几部法律，如婚姻法、土地法、选举法、各类国家机关的组织法。虽然只存在这几部法律，但其实效性仍然存在疑问。在社会发展呼唤宪法和法律的时代，作为最高立法机关的全国人大及其常委会、作为地方立法机关的地方人大及其常委会在立法方面的权能得到了加强。据统计，截至2007年年底，仅全国人大及其常委会制定的法律就有229件。为了适应社会发展的需要，全国人大对宪法进行了四次部分修改。

在实行典型的计划经济体制下，几乎所有的社会事务都由行政机关进行处理，因此，社会生活中并不存在太多需要司法机关解决的纠纷：经济领域的纠纷由行政机关在内部进行处理；民事纠纷因个人只拥有简单的生活资料而并不拥有复杂的生活资料和生产资料，因此，只有少量的民事纠纷需要诉诸法院；在“民不可告官”的思维定式下，并不存在需要法院解决的行政纠纷；司法的

主要职能只是裁判刑事案件。但伴随着国家权力在经济领域和社会领域的放权,需要由司法机关解决的纠纷类型越来越复杂、数量越来越大。社会要求进行司法改革的呼声即是司法权能必须增强的诉求的反映。

与此同时,公民权利意识及公民权利保障意识逐渐增强。市场经济是市场主体的自由经济、权利经济、平等经济。市场经济既以市场主体的自由、权利、平等为前提和基础,同时,市场经济的深入和展开,亦推动着市场主体的自由意识、权利意识、平等意识的增强。改革开放 30 年,实际上是作为个人的“人”的逐步解放的 30 年;作为个人的“人”的逐步解放的 30 年,实际上是人的自由、权利扩大的 30 年,人的平等地位逐渐得到认可的 30 年。30 年来,中国人作为“人”的主体性不断觉悟。

与上述两者的发展变化相适应,国家权力受到宪法和法律的控制程度不断加强。全国人大于 1989 年制定的《行政诉讼法》,初步建立了由法院对行政机关的具体行政行为进行审查的制度,开启了中国对国家权力进行审查的一扇“窗户”。具体行政行为可能被滥用,需要进行审查,那么,抽象行政行为是否可能被滥用,是否也需要建立审查制度?行政权可能被滥用,需要进行审查,那么,立法权是否可能被滥用,是否需要建立相应的审查制度?国家权力可能违法,那么,国家权力是否可能违宪?如果国家权力构成违宪,是否需要建立违宪审查制度?这些问题自然就会随之而被提出来。

中国宪法中已经就违宪审查制度作出了规定,《立法法》也对这一制度作出了具体化的规定。但是,中国的违宪审查制度并不具有实效性,至今,作为违宪审查机关的全国人大和全国人大常委会未就一件法律文件的合宪性进行过审查,是一件不争的事实。

中国的违宪审查制度不具有实效性,并不等于在中国的社会生活中就不可能发生宪法争议。改革开放以来,在中国的社会生活中发生了一系列涉及是否需要适用宪法的事例,尤其是近些年来,此类事例愈来愈多,例如,“王春立等选举权案”、“男女退休不同龄案”、“孙志刚案”、“齐玉苓案”、“延安黄碟案”等。这些事例不仅受到了中国社会各界的广泛关注,同时也实际影响了中国社会的发展进程。中国人民大学宪政与行政法治研究中心自 2006 年以来,连续三年就当年度发生的宪法事例进行评选,推出当年度的“十大宪法事例”。实际上,纳入视野的远远不止此十个事例。

被学者和新闻媒体称之为“宪法事例”的事例,不仅是中国社会发展进步的体现,同时也推进了中国社会的进步。中国虽然不存在实效性的违宪审查制度,但通过这些宪法事例推进和影响了中国的国家观念、中国立法的基本理念和基本制度、中国的行政管理体制和行政管理制度以及中国的司法制度。因为这些宪法事例是宪法理念的深刻体现,是宪法影响和作用于中国社会的深刻体

现，是宪法核心价值的深刻体现。

中国社会仍在向前发展，中国的改革开放政策仍在继续。那么，研究这些具有代表性的宪政事例，就是研究中国社会的基本问题，就是研究中国社会未来的发展方向，就是研究中国改革的基本问题，就是研究中国宪法作用于中国社会的基本途径和方法。中国人民选择了法治、选择了宪法，选择生活在宪法之下，或者说选择将宪法作为自己的生活方式，那么，这些宪政事例就是这种生活的不可或缺的重要组成部分，这些宪政事例就是这种生活的具体样态的表现。

目 录

CONTENTS

男女退休不同龄案——平等权的宪法保护	1
【基本案情】	1
【主要争点】	1
【学理研究】	2
王春立等选举权案——选举诉讼的宪法保护	18
【基本案情】	18
【诉讼过程】	18
【学理研究】	20
手机短信“诽谤”案——言论自由的宪法保护	45
【基本案情】	45
【主要争点】	46
【学理研究】	47
最高法院收回死刑核准权——生命权的宪法保护	71
【基本案情】	71
【主要争点】	76
【学理研究】	76
孙志刚案——人身自由的宪法保护	104
【基本案情】	104
【主要争点】	106
【学理研究】	109

深圳“卖淫女”示众案——人格尊严的宪法保护	132
【基本案情】	132
【主要争点】	136
【学理研究】	142
延安黄碟案——住宅安全权的宪法保护	158
【基本案情】	158
【主要争点】	163
【学理研究】	163
《物权法》（草案）合宪性争议——财产权的宪法保护	196
【基本案情】	196
【主要争点】	196
【学理研究】	197
齐玉苓案——基本权利的私法效力	229
【基本案情】	229
【主要争点】	236
【学理研究】	236
“孟母堂事件”——受教育权的宪法保护	263
【基本案情】	263
【主要争点】	264
【学理研究】	264

男女退休不同龄案

——平等权的宪法保护

【基本案情】

周香华，生于1949年10月，退休前任中国建设银行平顶山分行出纳部副经理。

2005年1月，中国建设银行平顶山分行以周香华已达到法定退休年龄为由，通知其办理退休手续。周香华认为自己应和男职工同龄退休，单位要求自己55周岁退休的决定与我国宪法和法律的有关规定相抵触，应予以撤销，遂向劳动仲裁部门提起仲裁。

2005年10月17日，平顶山市劳动争议仲裁委员会对此案裁决如下：因申诉人周香华未提供支持其观点的有效证据和法律依据，故仲裁庭对申诉人的申诉请求不予支持。周香华不服该裁决，于2005年10月28日向湛河区法院递交了民事起诉状。

法院经审理认为，周香华对已满55岁且参加工作年限满10年并无争议，依照国务院《关于安置老弱病残干部的暂行办法》的规定，符合办理退休手续的条件，被告中国建设银行平顶山分行以此为据为其申报退休的决定符合现行国家政策和法规，并无不当。周香华认为被告为其办理退休手续的决定违背了宪法关于男女平等的原则，要求予以撤销的理由无法法律依据，法院不予支持。

【主要争点】

男女法定退休年龄不同是否构成对妇女平等权的侵犯？^①

^① 在我国，“退休年龄”指的是因年老从工作岗位上离职休养的年龄。“退休年龄”与“养老金年龄”并不完全相同。世界上大多数国家养老保险制度规定只有拥有工作的人，满一定的工作年限，达到法定退休年龄，才能领取养老金，没有工作的人没有养老金。在这些国家里，“养老金”就等于“退休金”，“退休年龄”也就是“养老金年龄”。但世界上还有一些国家，除了有工作经历的人有退休金以外，没有工作经历的人达到法定年龄也能领取养老金。在这些国家里“养老金”不完全等于“退休金”，“养老金”是一个统称，它包括“退休金”、“国家年金”、“老年最低生活保障金”等等，“退休年龄”也不一定等于“养老金年龄”。比如：日本“退休年龄”即领取“退休金”并退出劳动领域的年龄为60~64岁，而领取“国家年金”的年龄为65岁。当然，即使在那些国家，“退休年龄”与“养老金年龄”也大都相同。鉴于绝大多数国家“退休年龄”与“养老金年龄”是相同的，本文对两者不作区别。参见潘锦棠：《世界男女退休年龄现状分析》，载《甘肃社会科学》，2003（1）。

【学研究】

一、确定男女不同年龄退休制度的立法演变和立法原意

（一）立法演变简述

新中国成立之后，男女平等和妇女解放一直是被作为整个民族解放和阶级解放洪流中的一个重要组成部分来进行推动的。国家通过一系列立法、行政措施，废除了以男性为中心的生产资料私有制，摧毁了以家族为基础的夫权、父权以及族权，实行全民就业，男女同工同酬，对女工实行特殊保护，为妇女权益的实现提供制度保障，在一个男女极其不平等的历史久远的传统中，在短短几十年的时间内极大地促进了中国的男女平等。这一巨大的成就为世界历史所罕见。

在中国的历部宪法中，一般平等权只是在 1954 年宪法和 1982 年宪法中予以规定，而男女平等权却在 1949 年共同纲领和后来的四部宪法中都予以明确规定。因此也可以发现，我国宪法将男女平等作为基本权利的一项极为重要内容来加以规定，并且，宪法上的这种精神被下位法所贯彻实施。

国务院新闻办公室 1994 年 6 月发布的《中国妇女的状况》政府白皮书，里面提到新中国成立之初推动贯彻男女平等的各项重要立法：“中国妇女立法的基本原则是男女权利平等，保护妇女特殊权益，禁止歧视、虐待、残害妇女。……新中国陆续颁布了《婚姻法》、《选举法》、《继承法》、《民法》、《刑法》等十余部基本法，国务院及所属部委颁布了 40 余种行政法规与条例，地方政府制定了 80 余种地方性法规，这些法规都明确规定了保护妇女权益的条款。任何一部中国法律都不存在对妇女的歧视性条款。……1953 年公布的《中华人民共和国选举法》明确规定，妇女有与男子同等的选举权和被选举权。同年 12 月开始在全国范围内进行的基层选举，是中国有史以来第一次大规模的普选运动，90%以上的妇女踊跃参加了投票，当选为基层人民代表的妇女占代表总数的 17%。在此后选举出的全国人民代表大会代表中，女代表占 12%，其中少数民族女代表占少数民族代表总数的 11%。这表明，新中国成立后，全国各族妇女便不仅在法律上而且在事实上开始参与国家和社会事务的管理。而某些西方国家建国一二百年之后才在法律上规定妇女享有与男子平等的选举权。……1950 年颁布的《中华人民共和国婚姻法》是新中国的第一部法律。该法明确宣布：废除包办强迫、男尊女卑、漠视子女利益的封建主义婚姻制度，实行男女婚姻自由、一夫一妻、男女平等、保护妇女和子女合法利益的新的婚姻制度。这是中国社会几千年来婚姻家庭生活的深刻变革。婚姻法颁布后，全国开展了大规模的宣传和贯彻婚姻法的群众运动，使大量封建婚约得到

解除，打骂、虐待妇女的现象迅速减少，自由恋爱、婚姻自主蔚然成风。经过几年的艰苦工作，终于从根本上打碎了几千年来封建婚姻制度所强加于妇女的枷锁，基本实现了婚姻自由。……1949年11月，北京市第二届人民代表大会率先作出禁娼决定，当即关闭妓院，将妓女集中起来加以教育，改造其思想，医治其性病，引导和帮助她们建立正常生活，使其成为自食其力的劳动者。继北京之后，包括上海、天津在内的全国各大中小城市纷纷开展禁娼运动。在很短的时间内，就使这种在旧中国屡禁不绝、严重摧残妇女身心和侮辱妇女人格的社会痼疾绝迹，社会面貌为之一新。”

另外，政务院1951年2月26日发布的《中华人民共和国劳动保险条例》对保护女性的生育待遇作出规定：“甲、女工人与女职员生育，产前产后共给假五十六日，产假期间，工资照发。乙、女工人与女职员怀孕不满七个月小产时，得根据医师的意见给予三十日以内的产假，产假期间，工资照发。丙、女工人与女职员难产或双生时，增给假期十四日，工资照发。丁、女工人与女职员怀孕，在该企业医疗所、医院或特约医院检查或分娩时，其检查费与接生费由企业行政方面或资方负担，其他费用均按第十三条甲款的规定处理。戊、产假期满（不论正产或小产）仍不能工作者，经医院证明后，按第十三条关于疾病待遇的规定处理之。己、女工人与女职员或男工人与男职员之妻生育时，由劳动保险基金项下发给生育补助费四元。”

同时，在新中国成立之初，也进行了男女不同退休年龄的立法规定，但这种立法的精神与上述立法并无二致，其主要目的在于保护女性，促进男女平等。

据笔者的搜集整理，新中国最早规定男女不同年龄退休制度的立法，是政务院1951年2月26日发布的《中华人民共和国劳动保险条例》，其第15条规定：“养老待遇的规定：甲、男工人与男职员年满六十岁，一般工龄满二十五年，本企业工龄满五年者，可退職养老。……乙、女工人与女职员年满五十岁，一般工龄满二十年，本企业工龄满五年者，得享受本条甲款规定的养老补助费待遇。”《劳动保险条例》在1953年1月2日被修正，但这一条款所确定的男女不同年龄退休制度并没有修改。也就是说，对于一般工人与职员来说，男满60岁、女满50岁，便可以退休。这一不同的男女退休年龄的规定，基本上被沿用下来，后来区分了工人与干部，男女干部之间的退休年龄差距被缩小到五岁。

国务院1958年2月9日发布了《关于工人、职员退休处理的暂行规定》，其中第2条规定：“国营、公私合营的企业、事业单位和国家机关、人民团体（以下简称企业、机关）的工人、职员，符合下列条件之一的，应该退休：（一）男工人、职员年满六十周岁，连续工龄满五年，一般工龄（包括连续工

龄，下同）满二十年的；女工人年满五十周岁、女职员年满五十五周岁，连续工龄满五年，一般工龄满十五年的；（二）从事井下、高空、高温、特别繁重体力劳动或者其他有损身体健康工作的工人、职员，男年满五十五周岁、女年满四十五周岁，其连续工龄和一般工龄又符合本条（一）项条件的；（三）男年满五十周岁、女年满四十五周岁的工人、职员，连续工龄满五年，一般工龄满十五年，身体衰弱丧失劳动能力，经过医生证明不能继续工作的……”

（二）立法原意分析

上述《关于工人、职员退休处理的暂行规定》发布以后，在劳动部办公厅、国务院人事局、全国总工会劳动保险部《关于工人、职员退休处理暂行规定的问答解答》中就有如下问答：“问：为什么女职工退休年龄要低一些？一般工龄要短些？答：因为男女生理条件不同，女人身体一般较弱，在生育子女的时候，身体是受到影响的，因此国家除了对女职工在生育时给予必需的休息假期和妇婴保护以外，还规定女职工的退休年龄低一些，这是完全必要的、合理的。同时，我国在新中国成立前女职工就业的机会一般说来比较少，她们的工龄和男职工比较起来是要短一些，规定女职工退休条件中的一般工龄，比男职工少五年，这也是符合我国实际情况的。”

可见，立法者之所以规定男女不同的退休年龄，至少有两个原因：一是生理上的原因，从保护女性身体的角度，规定比男性更短的劳动年限，是有必要的；二是当时的实际状况，女性的工龄一般比男性短。以当时经济文化状况在全国领先的上海为例，“解放初期，有众多的失学、失业妇女和家庭妇女。据统计，1950年1月，上海女性人口为226.29万人，占全市总人口的45.43%，其中女性就业人口为36.80万人，仅占全市就业总人口的17.82%，占女性总人口的16.26%”^①。

当然，在新中国成立初期，还存在其他一些可以理解的原因：一是女性的受教育程度普遍比男性低，能够胜任的工作岗位有限。1949年之前妇女文盲比例达90%^②，普遍难以胜任需要文化知识的工作岗位。二是当时家庭的子女多，由于性别分工的不同，女性要花费更多的时间在照顾子女和家庭上面。三是当时女性的预期寿命不高，且低于男性，仍以上海市为例，1952年上海市女性平均预期寿命仅为55.52岁。^③

在新中国成立之初，立法者规定男女不同的退休年龄，是存在足够的合理

^① 《上海妇女志总述》，载上海通网站（<http://www.shtong.gov.cn/node2/node2245/node64804/node64807/>），2008年5月20日访问。

^{②③} 数据来源：国务院新闻办公室1994年6月发布的《中国妇女的状况》政府白皮书。

理由的。这种男女差别只能视为“合理差别”，而并非“歧视”。

二、男女不同年龄退休的现行法依据及其合宪性分析

（一）现行法依据

1978年5月24日，第五届全国人民代表大会常务委员会第二次会议原则批准国务院《关于工人退休、退职的暂行办法》和《关于安置老弱病残干部的暂行办法》（这两个文件统称“国发（1978）104号文件”），这两个规范性法律文件构成了我国男女的退休年龄的现行法定依据，一直沿用至今。

其中，关于男女“工人”退休年龄的规定，国务院《关于工人退休、退职的暂行办法》第1条规定：全民所有制企业、事业单位和党政机关、群众团体的工人，符合下列条件之一的，应该退休：（1）男年满60周岁，女年满50周岁，连续工龄满10年的。（2）从事井下、高空、高温、特别繁重体力劳动或者其他有害身体健康的工作，男年满55周岁，女年满45周岁，连续工龄满10年的。本项规定也适用于工作条件与工人相同的基层干部。（3）男年满54周岁，女年满45周岁，连续工龄满10年，由医院证明，并经劳动鉴定委员会确认，完全丧失劳动能力的。

关于男女“干部”退休年龄的规定，国务院《关于安置老弱病残干部的暂行办法》第4条规定：党政机关、群众团体、企业、事业单位的干部，符合下列条件之一的，都可以退休：（1）男年满60周岁，女年满55周岁，参加革命工作年限满10年的；（2）男年满50周岁，女年满45周岁，参加革命工作年限满10年，经过医院证明完全丧失工作能力的；（3）因工致残，经过医院证明完全丧失工作能力的。

由于这两个规范性法律文件都是经过全国人大常委会批准通过的，可以视为准法律性质。而这两个规范性法律文件的依据是1978年宪法，这部宪法于1978年3月5日第五届全国人民代表大会第一次会议通过，其第53条规定：妇女在政治的、经济的、文化的、社会的和家庭的生活各方面享有同男子平等的权利。男女同工同酬。男女婚姻自主。婚姻、家庭、母亲和儿童受国家的保护。

国务院1993年颁布实施的《国家公务员暂行条例》沿用了这一退休年龄的规定，其第78条规定：“除国家另有规定外，国家公务员符合下列条件之一的，应当退休：（一）男年满六十周岁，女年满五十五周岁……”劳动和社会保障部在1999年下发了《关于制止和纠正违反国家规定办理企业职工提前退休有关问题的通知》，其中明确规定：“一、要严格执行国家关于退休年龄的规定，坚决制止违反规定提前退休的行为。国家法定的企业职工退休年龄是：男

年满 60 周岁，女工人年满 50 周岁，女干部年满 55 周岁。”2005 颁布的《公务员法》第 87 条规定：“公务员达到国家规定的退休年龄或者完全丧失工作能力的，应当退休。”该条款中的“国家规定”指的仍然是 1978 年的国务院《关于安置老弱病残干部的暂行办法》。

（二）合宪性分析——从司法审查的角度

1978 年宪法并没有规定一般平等权，但单独规定了女性相对于男性的平等权，强调在所有领域内女性都享有与男性平等的权利。全国人大在通过了 1978 年宪法两个多月之后，作为其常设机构的全国人大常委会批准了国务院关于退休的规范性法律文件，其中规定了男女不同的退休年龄：对于工人而言，男女相差 10 岁；对于干部而言，男女相差 5 岁。虽然男女退休法定年龄有差别，但鉴于当时立法者原意和立法事实的考虑，进行一种合宪性推定是较为恰当的：这两个规范性法律文件并不违反 1978 年宪法第 53 条的规定。

但是，当历史进入 21 世纪之后，整整三十年过去了，我们是否仍然有足够的理由维持对男女法定退休年龄规定的合宪性推定？在过去的三十年中，我国经过了剧烈的社会转型，并还处于这一未最终完成的转型过程之中，1978 年关于男女退休法定年龄的规定是否仍然适合已经变迁的社会需要，甚至仍然合乎 1982 年宪法，至少需要进行反思和检讨。^①

1. 宪法所规定的男女平等原则的内涵

1982 年宪法规定了一般平等权，在第 33 条第 2 款：中华人民共和国公民在法律面前一律平等。1982 年宪法第 48、49 条第 1 款规定了男女平等原则，第 48 条内容与 1978 年宪法第 53 条大同小异：“中华人民共和国妇女在政治的、经济的、文化的、社会的和家庭的生活等各方面享有同男子平等的权利。国家保护妇女的权利和利益，实行男女同工同酬，培养和选拔妇女干部。”第 49 条第 1 款规定：“婚姻、家庭、母亲和儿童受国家的保护。”

依照上述条款，宪法上的男女平等权，对女性而言，既包括形式平等权，也包括实质平等权；既包括一般平等权，也包括一般平等权与其他基本权利叠加后所形成的特殊平等权，如政治平等权、教育平等权、劳动平等权等等。

平等思想的渊源，虽可以追溯至古希腊思想，以及“在上帝面前平等”的

^① 国内已有研究人员和研究机构对此问题展开检讨和反思。2006 年 3 月 7 日下午，北京大学法学院妇女法律研究与服务中心就国发（1978）104 号文件关于女职工退休年龄的规定，向全国人大常委会提起违宪审查建议。违宪审查建议书指出，国发（1978）104 号文件（包括国务院《关于安置老弱病残干部的暂行办法》和《关于工人退休、退职的暂行办法》）违反了《中华人民共和国宪法》第 33 条第 2 款以及第 48 条第 1 款的规定。参见宋宗合：《NGO 首次向人大提请违宪审查》，载《公益时报》，2006-03-14。

中世纪基督教学说。但是直到近代以降,平等成为现代国家立国的根本原则之一,平等成为现代性的最为重要特征之一。托克维尔 1848 年在为《论美国的民主》写的“第十二版序言”中提醒他的读者严密注意这一时代精神的变化:该书的每一页都在向人们庄严宣告:“社会正在改变面貌,人类正在改变处境,新的际遇即将到来。……身份平等的逐渐发展,是事所必至,天意使然。这种发展具有的主要特征是:它是普遍的和持久的,它每时每刻都能摆脱人力的阻挠,所有的事和所有的人都在帮助它前进。”^①以平等的自然法思想为媒介,平等被写入实定宪法而成为近代宪法的立宪原则和概括性的基本人权。如美国《独立宣言》宣示:“我们认为下述真理是不言而喻的:人人生而平等,造物主赋予他们若干不可让与的权利,其中包括生存权、自由权和追求幸福的权利。”法国《人权宣言》第 1 条规定:“在权利方面,人们生来是而且始终是自由平等的。”

在近代自由资本主义的背景下,平等主要表现为一种形式平等,主要强调机会的平等和起点的平等,托克维尔笔下的“身份平等”便是针对打碎封建体制所强加的人身束缚而提出的一种形式平等。形式平等强调在法律上对所有入平等对待,并保障其自由活动,但最终普遍出现了个人的不平等现象。直到 19 世纪末 20 世纪初,随着产业革命的完成,社会国家的出现,逐渐出现了实质平等观念,旨在要求国家采取积极干预的措施,以保护社会经济的弱者与其他国民同等的自由和生存。因此,历史地来看,平等的观念,是从形式平等向同时也重视实质平等的方向演变。^②这里需要注意的是,形式平等所强调的自由,不能被实质平等观念下所强调的国家权力全面干预乃至接管,甚至演变成成为一种绝对平等主义的乌托邦追求,强调实质平等应清醒地意识到应保持其必要的限度。^③

我国宪法第 33 条第 2 款强调“公民在法律面前一律平等”。通说根据字面意思作形式上的解释,认为主要是法律适用之下,即司法和执法的平等,而对立法者并无拘束力。根据法治、民主、人权原理,在一国之内不分阶级、民族、性别等都应该平等的,所有公民的人权都应该被法律所保障,不仅是司法和执法,也包括立法。毋庸赘言,如果立法上含有不平等的规定,则无论如何平等地将其适用,也无法实现平等的保障。就本案而言,如果存在对女性平

① [法]托克维尔:《论美国的民主》,董果良译,1 页,北京,商务印书馆,1988。

② 参见[日]芦部信喜:《宪法》,3 版,林来梵等译,110 页,北京,北京大学出版社,2006;[日]阿部照哉、池田政章等编著:《宪法——基本人权篇》,下册,周宗宪译,106~107 页,北京,中国政法大学出版社,2006。

③ 参见林来梵:《从宪法规范到规范宪法——规范宪法学的一种前言》,105~109 页,北京,法律出版社,2001。

等权的侵犯,则并非是在执法和司法上,恰恰是在立法上。因此,男女平等,首先是在立法、司法和执法上的全面平等。

我国宪法第48条第1款规定了女性在政治、经济、文化、社会的和家庭的各方面都享有同男子平等的权利。这是关于男女平等权的一般性规定,规定了女性在国家和社会的所有领域都与男性享有普遍的、抽象的平等权利。不仅如此,该款还以列举的方式规定了女性的政治平等权、经济平等权、文化平等权以及在社会和家庭中的平等权。更重要的是,该款规定不仅仅意味着女性具有与男性同等的形式平等权或机会平等权,还意味着女性具有相对于男性而言的实质平等权,这一精神反映在紧接着的条款之中。

我国宪法第48条第2款规定了对女性的特别保护,这种特别保护反映了实质平等的内容。第49条第1款规定了对母亲的特别保护,由于母亲只能由女性构成,因此该款规定同样可以视为对作为母亲这个角色出现时的女性的特别保护。我国宪法基于事实的、实质意义上的差异,对女性进行特别保护,就如同对少数民族、残疾人等的保护一样,是对实质平等的一种追求。这两个条款排除了男女无区别的绝对平等,而实行有区别的对待,因而它并非违背了形式平等的要求。不仅如此,更为重要的是它还体现了符合时代潮流的男女实质平等理念,即为了在一定程度上纠正男女在事实上的不平等,而对妇女实行特殊权益的保障以恢复法律内在地所期待的男女“机会的平等”的理念。现代宪法大多将实质平等和形式平等并重,坚持以个人的性别、个性、能力、财富以及人与人的特别关系等各种事实的、实质的差异为前提,就法律给予的权利或法律所课赋的义务各方面,在同一情况与条件下都予以平等待遇;同时也是以纠正、消除事实的、实质的差异,在合理的限度内设定差别待遇,以恢复机会平等作为其内容。^①

2. 违宪审查基准和审查方法

作为违宪审查基准的一般构造,广受学说支持的,是美国判例中形成的双重基准(double standard)理论,该理论对德国、日本以及我国台湾地区等都产生了重大影响。对于本案,笔者也借鉴该种理论来对国发(1978)104号文件(包括国务院《关于安置老弱病残干部的暂行办法》和《关于工人退休、退职的暂行办法》)展开违宪审查式的分析。

(1) 双重基准理论要点。^② 该理论认为,根据人权的谱系,对于规制精神

^① 参见何永红:《性别平等还是男女有别?——女性优惠待遇的合宪性探究》,载法制现代化网站(<http://www.modernlaw.com.cn/1/2/06-01/4516.html>),2008年5月20日访问。

^② 也有著作将美国的审查基准归纳为三重基准:严格审查基准、中等审查基准和宽松审查基准,参见张千帆:《西方宪政体系(上册·美国宪法)》,2版,347~386页,北京,中国政法大学出版社,2004;朱应平:《论平等权的宪法保护》,135~136页,北京,北京大学出版社,2004。