



吉林大学出版社

马存利 ◆ 著

我国平等权 违宪审查的理论、 制度和未来

——美国经验的借鉴和启示

Theory, Institution and Future of
Judicial Review of Right to Equality:

Reference and Enlightments
of the United States' Experience

我国平等权违宪审查的理论、制度和未来

——美国经验的借鉴和启示

Theory, Institution and Future of Judicial Review of
Right to Equality: Reference and Enlightments of
the United States' Experience

马存利 著

吉林大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

我国平等权违宪审查的理论、制度和未来:美国经验的借鉴和启示 / 马存利 著.

—长春:吉林大学出版社,2008.4

ISBN 978-7-5601-3812-1

I. 我… II. 马… III. 平等-权利-研究-中国 IV. 0921.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 050225 号

书名:我国平等权违宪审查的理论、制度和未来:美国经验的借鉴和启示
作者:马存利 著

责任编辑、责任校对:徐佳
吉林大学出版社出版、发行
开本:787×1092 毫米 1/16
印张:14.75
字数:250 千字

ISBN 978-7-5601-3812-1

版权所有 翻印必究

社址:长春市明德路 421 号 邮编:130021

发行部电话:0431-88499826

网址:<http://www.jlup.com.cn>

E-mail:jlup@mail.jlu.edu.cn

封面设计:孙 群
长春永恒印业有限公司印刷
2008 年 4 月 第 1 版
2008 年 4 月 第 1 次印刷
定价:40.00 元

内容提要

论文包括绪论、正文和结论。正文分三篇共十章。上篇是关于宪法平等权司法适用的基础理论,包括宪法平等权司法适用的含义、特点和意义。宪法平等权司法适用集技术性、政策性和权威性于一身,彰显了现代宪政背景下“实质平等”的理念,宪法平等权的司法适用代表了宪法变迁动力之一。中篇是关于宪法平等权司法适用中的制度借鉴问题,主要介绍了与宪法平等权司法适用密切相关的三个宪法上的制度,包括违宪审查制度,主要借鉴了美国的三重违宪审查;宪法私法适用的理论和学说;还有美国宪法平等权的解释理论及其当代争论。此外,还介绍了宪法平等权司法适用当中的政策考量问题。回顾了美国自20世纪60年代推行至今的“肯定性行动”及其遭受“反向歧视”的当代挑战,指出在宪法平等权司法适用过程中,必须处理好宪法“平等保护”与“特殊保护”的问题;在处理公共政策问题上对司法的角色进行反思,介绍了美国当代法哲学界对司法机关享有违宪审查权的反思。下篇是关于宪法平等权在我国当前条件下司法适用的现实要求。结合当前我国大陆地区出现的宪法平等权案件及司法实践的发展,对建立宪法平等权司法适用的必要性和可行性进行了论证。我国未来建构宪法平等权司法适用的对策性研究,具体包括了加强宪法平等权的可诉性、建立违宪审查制度、宪法私法适用和宪法解释制度。在违宪审查模式选择上可以逐步采取法院主导型;审查标准上采用按照“基本权利”分类审查的模式,采用合宪性审查的方法。最后,在我国“弱势群体权利保护”政策实施和推行中,发挥宪法平等权司法适用对少数人权利保护的作用。

序

从所周知，美国的宪法平等权保护作为美国宪政的一块基石，已经成为自由公平理念深入美国人心。但是我惊奇地发现，大洋彼岸的中国对该问题的研究也是非常繁荣。虽然两个国家的历史、经济、政治等存在诸多不同，但是在保护公民平等权利方面，同样义不容辞。

马存利是我在南京大学授课期间认识的许多同学之一，他与许多同学一样，醉心于美国法律的学习和研究，常常在课余时与我们一起探讨。年轻的任东来教授也是中美中心的老师之一，来自中国的学生，与他们的老师们一起组成了学习的中心，他们作为中国当代的年轻人，均具有热情、思维活跃、擅长于理论研究，给我们的法律课堂带来了新鲜的感觉。

美国法的传播正如美国宪法所保护的自由、公平价值一样传播到了世界各地，作为舶来品的美国宪法平等权违宪审查制度，自从马伯里诉麦迪逊案迄今已经 200 年之久，美国在宪法平等权保护方面的成就世界瞩目。可是在中国尚对宪法平等权违宪审查制度比较陌生。马存利在书中阐述的美国宪法平等权违宪审查制度基本上囊括了美国当代宪法平等权保护的所有重大案例，显示了他对美国宪政平等权保护研究的深入，他利用课余时间阅读了大量案例，常常与我探讨，我不得不觉得他与众不同，为何那么喜欢美国法。后来我才知道他喜欢英语，尤其爱好翻译。

尤其要指出的是，2005 年的密歇根大学“反向歧视”案件引发了我们对宪法平等权保护的反思。马存利在书中重点考察了 2005 年美国联邦最高法院审理的两个案件，在中美中心的政治学课堂上，乔治敦大学的盖瑞·沃瑟曼教授和同学们曾经对密歇根大学录取案件进行了广泛而深入的探讨，无疑这也激发了马存利的思考。在他的书中用专章对此案进行了详细的分析，在我看到的

中国法文献中还是第一次。

希望马存利能继续发扬中美中心的刻苦学习传统，再接再厉，勇于接受新的挑战。

美国华盛顿大学法学院威廉姆·安德森教授（William Anderson）

2007年6月于华盛顿

目 录

绪论	(1)
一、问题的提出	(1)
二、国内外研究成果综述	(4)
三、论文的研究方法	(6)
四、论文的结构安排	(7)
五、论文的新观点和独立见解	(8)

上篇 宪法平等权违宪审查基础理论

第一章 平等权理论概述	(13)
第一节 平等的哲学溯源	(13)
第二节 现代法哲学家的平等理论	(15)
一、罗尔斯的平等观	(15)
二、诺奇克的观点	(17)
三、德沃金的“资源平等论”	(18)
第二章 平等权的宪法司法适用基础	(20)
第一节 宪法中的平等：原则还是权利？	(20)
一、语义学之迹	(20)
二、作为原则的“平等”	(21)
三、作为权利的“平等”	(22)
四、宪法平等权的效力	(25)
第二节 平等权的宪法司法适用概述	(29)
一、宪法平等权司法适用的定义	(29)
二、宪法平等权司法适用的机关	(30)

第三节 宪法平等权司法适用的意义	(33)
一、平等权司法适用体现人权保障	(33)
二、平等权司法适用体现宪政精神	(35)
三、平等权司法适用体现宪法变迁	(37)

中篇 宪法平等权违宪审查经验借鉴

第三章 宪法平等权的违宪审查的基准	(41)
第一节 美国平等权违宪审查模式的发展	(41)
一、美国模式的历史发展	(41)
二、双重标准的登场	(42)
三、二次战后迄今：从双重到多元标准	(43)
第二节 美国三重审查模式标准	(44)
一、宪法依据	(44)
二、三重审查标准体系	(46)
三、实证分析：合众国诉弗吉尼亚案 (United States v. Virginia)	(50)
第三节 三重审查标准与比例原则之比较	(52)
一、大陆法系比例原则概述	(52)
二、比例原则与三重审查标准的区别	(54)
三、三重审查标准在大陆法系国家中的继受	(58)
第四章 美国联邦最高法院典型案例：以反种族歧视为中心	(59)
第一节 “隔离但平等” (separate but equal) 原则的存废	(59)
一、“隔离但平等”原则的确立	(59)
二、“隔离但平等”原则的废除	(62)
第二节 种族歧视的焦点：美国“肯定性行动”的缘起与发展	(64)
一、约翰逊总统签署的 11246 号行政命令	(64)
二、“肯定性行动”的发展	(66)
第三节 “反向歧视”对“肯定性行动”的挑战	(67)
一、1974 年德夫尼斯案 (Defunis v. Odegaard)	(67)
二、1978 年“加利福尼亚大学董事会诉巴克案” (Regents of University of California v. Bakke)	(67)

三、1996 年“侯普伍德诉德州案”(Hopwood vs. Texas)	(69)
第五章 2003 年密歇根大学“格鲁特/格拉斯诉伯林杰案”	(71)
第一节 案情、判决与争议	(71)
一、案情背景	(71)
二、最高法院的判决与严格审查	(73)
三、法庭之友(friend of the court)的意见	(77)
第二节 “肯定性行动”的新政治学分析	(78)
一、民权运动的蓬勃发展	(78)
二、“肯定性行动”的末日到了吗	(80)
三、“肯定性行动”的新政治学基础	(81)
第三节 当代西方法哲学界的理论分析	(84)
一、“反向歧视”是歧视吗	(84)
二、历史补偿论的弱解释力	(86)
三、实质平等论的强解释力	(86)
第六章 “肯定性行动”违宪审查与美国司法政治	(89)
第一节 作为公共政策的“肯定性行动”	(89)
一、公共政策的含义	(89)
二、“肯定性行动”的公共政策属性	(90)
第二节 平等违宪审查的正当性基础	(92)
一、违宪审查权的确立与发展	(92)
二、违宪审查正当性基础的代表性学说	(94)
三、违宪审查正当性的怀疑学说	(97)
第三节 “肯定性行动”与司法积极主义	(99)
一、司法积极主义	(99)
二、“肯定性行动”与司法积极主义	(100)
三、司法对“肯定性行动”立法意图的审查	(101)
第四节 两种主义的调和	(103)
一、司法中立的修正	(103)
二、作为公共政策制定者的最高法院	(106)
第七章 其他平等权违宪审查问题	(107)
第一节 同性恋平等权保护	(107)

一、社会大众的意见	(107)
二、鲍威尔斯诉哈德维克案 (Bowers v. Hardwick)	(108)
三、罗梅尔诉伊万斯案 (Romer v. Evans)	(109)
四、劳伦斯诉德克萨斯州案 (Lawrence V. Texas)	(111)
第二节 同性婚姻的宪法平等权保护	(113)
一、美国同性婚姻的社会反响	(113)
二、同性婚姻合宪性的证成：平等权保护	(115)
三、平等权之援引的争议	(117)
第三节 社会福利立法平等权保护	(121)
一、美国社会福利立法平等权	(121)
二、卡利法诺诉古德法勃案 (Califano v. Goldfarb)	(123)
三、赛恩斯诉罗案 (Saenz v. Roe)	(123)

下篇 构建我国平等权违宪审查制度

第八章 我国平等权违宪审查制度的客观要求	(127)
第一节 我国平等权违宪审查制度的必要性	(127)
一、宪法平等权案件在我国的出现	(127)
二、宪法平等权司法适用的不足	(129)
第二节 宪法平等权司法适用的可行性	(131)
一、我国宪法司法化的理论与实践	(131)
二、我国宪法平等权司法适用的实践	(135)
第九章 宪法平等权司法适用的制度建设	(139)
第一节 制度前提	(139)
一、弥补宪法平等权漏洞	(139)
二、建立宪法平等权的解释制度	(140)
三、建立违宪审查制度	(148)
第二节 平等权违宪审查的原则	(150)
一、无讼案则无审查原则	(150)
二、法律合宪性推定原则	(151)
三、政治问题不审查原则	(153)

第三节 平等权违宪审查的模式和基准	(154)
一、平等权违宪审查的模式	(154)
二、平等权违宪审查的基准	(157)
三、立法的“可疑分类”(suspect class)和分类审查模式	(160)
第四节 宪法平等权违宪审查的其他适用问题	(166)
一、宪法平等权的扩张适用	(166)
二、宪法平等权私法适用的基础	(167)
三、社会法平等权违宪审查	(174)
第十章 我国平等权违宪审查的具体应用	(178)
第一节 平等权违宪审查的热点案例实证分析	(178)
一、身高歧视：“宪法平等权第一案”	(178)
二、年龄歧视：法律硕士就业歧视	(179)
三、性别歧视与平等权违宪审查	(180)
四、体能歧视：怀孕歧视与平等权违宪审查	(182)
五、性倾向的平等权保护	(183)
第二节 平等权保护与“弱势群体权利保护”政策	(186)
一、“社会弱势群体”保护政策的提出	(186)
二、政策与法律的不同	(189)
三、“社会弱势群体”属于“可疑分类”吗	(190)
四、我国未来“反向歧视”的未雨绸缪	(194)
第三节 平等权违宪审查与我国高等教育优惠政策	(196)
一、平等的受教育权	(196)
二、高等教育优惠待遇政策平等权违宪审查尝试	(198)
附录	(207)
一、以平等权三重层次化违宪审查基准 (Levels of Scrutiny Under the Three-Tiered Approach to Equal Protection)	(207)
二、美国“肯定性行动”大事记 (Timeline of Affirmative Action Milestones)	(208)
参考文献	(212)
后记	(222)

不患寡而患不均。

——孔子《论语·季氏》

平等的关切是政治社会至上的美德——没有这种美德的政府，只能是专制的政府。

——（美）罗纳德·德沃金

绪 论

一、问题的提出

宪法应当是与时俱进的。宪法不仅仅应当在宣示人权方面发挥作用，而且宪法应当为实现人权创造条件。2004年我国宪法修订将“国家尊重和保障人权”写入宪法，彰显了宪法的人权意识。然而宪法要发挥保障公民权利的作用，必须践行宪法实施这个环节。宪法实施的一个重要的途径就是宪法的司法适用，在这个问题上国内学界已经出现了许多争论、探讨和尝试。从西方成熟的宪政国家的经验来看，宪法基本权利条款诸如自由、平等无法回避司法适用这个环节。早在1999年宪法年会上大多数与会者认为，宪法要在法制建设的实践中真正地处于核心地位，在于两个“用”字，即“有用”与“被使用”。^①所谓“有用”，就是宪法在现实的生活中要真正地成为人们的行为准则。所谓“被使用”，也就是说，“法律的生命在于实践”。宪法到底在依法治国中具有何种地位和作用，不是靠主观可以推测出来的，而是通过实施宪法遇到问题来发现的。

虽然宪法平等权的司法适用在我国才刚刚开始探讨，还存在一系列制度性障碍，需要一个长期完善的历史过程，宪法平等权在保障公民权利享有方面具

^① 晓红：《中国法学会宪法学研究会1999年会综述》，《中国法学》1999年第6期，第149页。

有重大的意义。宪法平等权具有双重特征：它既是宪法上的一条原则性规范，也是宪法上的一项基本权利。进入 21 世纪，我国陆续发生了许多公民援引宪法平等权起诉的案件^①，这在理论上和实践上为我们探讨建立宪法平等权司法适用制度提供了契机。论文中所使用“司法适用”一词，是指法院将宪法平等权适用在“宪法案件”中的过程。所谓宪法案件，主要是指其提出、审理、裁决均围绕宪法规定的基本权利的保障展开，包括法律、法规因违宪对当事人基本权利的侵害和国家机关的违宪行为对当事人基本权利造成的侵害。在宪政比较成熟的国家中，宪法案件是大量出现的，美国学者理查德·波斯纳在其所著的《法理学问题》第 10 章中，也以《如何判决制定法和宪法案件？》为题，由此可见一斑；在我国也有宪法案件的提法，^②虽然我国宪法规定了公民平等地享有这样或那样的自由和权利，但是由于缺乏相应的宪法平等权司法适用制度，特别是缺乏与宪法平等权相配套的违宪审查制度，所以宪法保障公民平等地享有各项权利的目的并没有得到真正实现。只有建立切实的宪法平等权司法适用制度，使公民各项自由和权利一旦受到侵犯，就能及时地得到公正、公平和公开的救济，这样才能实现我国人权保障的宪政理念，也只有这样，我们才真正能够说公民的自由和权利得到了实现。

宪法平等权司法适用需要充足的理论资源和相应的制度支持。首先，宪法平等权司法适用需要理论上的支持，从西方成熟的宪政国家的经验来看，宪法司法适用的理论已经非常完备。我国相对而言，在学界和司法界对宪法平等权司法适用的探讨刚刚起步，尚未成熟。论文主要参考了美国和德国相关宪法学理论的研究成果，其中相当大的篇幅介绍了美国和德国宪法（或是公法）制度，其中包括了美国和德国的违宪审查制度、宪法私法适用学说和理论以及美国当代宪法解释理论，还介绍了美国宪法平等保护与“肯定性行动计划”方面的经验。

① 就笔者所知，在我国发生的影响比较大的涉及宪法平等权的代表性案件有：2001 年 8 月山东青岛三名高考考生状告教育部所作的关于 2001 年全国普通高校高等教育招生计划的行政行为违法，并向教育部发司法建议书，以避免今后再发生类似的行为。此案后以原告自动终止诉讼告终。2001 年 12 月，四川大学应届毕业生蒋韬以身高歧视侵犯其宪法平等权为由将中国人民银行成都分行告上法庭。2002 年 11 月，张家祥等 8 人诉峨眉山风景名胜区管理委员会确定利用风景区价格地域歧视侵犯平等权。2002 年 3 月宁波大学女大学生朱静嘉报考广东省地方史志办公务员遭遇身高歧视案。2003 年 6 月，张先著正式向芜湖法院提起行政诉讼，状告人事部门“歧视乙肝患者”，此案被媒体称为“中国乙肝歧视第一案”。

② 《谁是宪法案件的审理者 法院没有适用宪法的权力？》，《法制日报》，2003 年 1 月 16 日。

其次,宪法平等权司法适用需要制度上的支持。我国宪法平等权的规定类似于“权利宣言”,我国宪法第33、34、48条^①都涉及平等权问题,但是苦于我国没有宪法的司法适用制度,缺乏操作性的技术手段,所以在实践中留下了大量尚待解决的问题。法谚云:“无救济就无权利”,随着我国公民的权利意识日益增强,对宪法上平等权的引用频率也会越来越高,2001年8月13日最高人民法院针对“宪法司法化第一案”(齐玉苓诉陈晓琪等以侵犯姓名权的手段侵犯宪法保护的公民受教育的基本权利纠纷案)做出了《关于以侵犯姓名权的手段侵犯宪法保护的公民受教育权利是否应承担民事责任的批复》,^②该《批复》被学者们誉为开启了中国宪法的一个新时代,具有里程碑的意义。笔者相信今后类似案件在司法实践中将会层出不穷,这些案件的出现充分反映了现实生活对制度建构的时代要求。但是,在建立违宪审查制度问题上,试图一步到位的想法不太符合中国的国情,不能以成熟的宪政国家那样完备的违宪审查制度和理念,来要求正处于从人治社会向法治社会转型当中的我国社会。因为任何一项制度的确立或改革都需有足够的“知识”准备和“心理”基础。在关注现实生活,尊重中国国情的基础上,我们应当在借鉴他国宪法平等权司法适用的经验的基础上,通过理性化的消化来建构我国的宪法平等权司法适用制度。

最后,宪法平等权的适用不得不对国家政策进行考虑。如今多数国家推行了弱势群体保护政策,尽管称谓不一。眼下我国法治建设和人权保障的一个重要问题是“弱势群体权利保护”(the protection of disadvantaged group rights)。从外国的经验来看,多数国家法院在对宪法平等权司法适用的过程中,难免要对该国推行的类似政策(如“肯定性行动”或译为“平权政策”)进行考虑,在考虑的过程中,出现了对司法与公共政策的关系的探讨。以美国为例,自20世纪60年代开始推行的“肯定性行动”在今天已经受到来自白人社会的挑战。美国政治学界、法哲学界和司法界正在对宪法平等权的解释、适用范围和司法审查的标准上进行反思,进而对司法机关扮演的角色进行反思——在保障公民权利方面,司法机关应当扮演一个什么样的角色?产生了所谓的“司法消极主

① 我国宪法第33条第2款:“中华人民共和国公民在法律面前一律平等。”第34条:“中华人民共和国年满十八周岁的公民,不分民族、种族、性别、职业、家庭出身、宗教信仰、教育程度、财产状况、居住期限,都有选举权和被选举权;但是依照法律被剥夺政治权利的人除外。”第48条第1款:“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。”第2款:“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。”

② 《中华人民共和国最高人民法院公报》,2001年第5期(总第73期),案例全文部分,第161页。

义”和“司法积极主义”之争。尽管我国与美国的历史、社会和文化因素迥然不同,然而它山之石,可以攻玉!尤其在当下的我国正在推行“弱势群体权利保护”政策,一旦将来出现了公民援引宪法平等权挑战该项政策的案件,法院当如何处理?一方面,类似的争议凸显了宪法平等权司法适用过程中的复杂性;另一方面它是对司法在政治社会架构中,在公共政策形成和推行中所扮演的角色的反思。对这些的问题的借鉴和探讨,有助于我国司法机关在公民权利保护方面走向成熟。

二、国内外研究成果综述

(一) 国内研究成果综述

限于立法和司法实践的滞后,国内学界尚没有成熟的理论文献出现,更没有直接论述宪法平等权司法适用的文献,现有的文献主要是围绕“宪法司法化”展开的。

宪法司法化是宪法平等权适用的一个重要理论前提。进入21世纪,由于司法实践的发展,“宪法司法化”跃然成为我国法理学界的焦点,关于宪法司法化这方面国内的成果可谓多多。^①随着越来越多地援引宪法平等权的案件出现,宪法上的平等权研究成为我国一个热点话题,关于这方面一个研究进路是以“宪政建构”为中心的,研究主题主要是我国宪法改革、宪政建设和人权保护的深入探索。接着,在“宪法司法化”这样一个宏大的学术背景下,学界关注的问题开始细化。从人权保障、宪法完善、宪政建构等“宏观视野”进入到了“微观视角”,集中对宪法上基本权利条款(主要是围绕平等权)进行研究,主要是围绕基本权利的特征、效力、私法适用等问题展开了深入的探讨。^②在借鉴了美国等西方成熟宪政国家的立法和司法经验的基础上,学界开始把重点放在了对平等权宪法保护的研究上。主要集中在对平等权为什么保护、如何保

① 代表性的文献(排名不分先后):殷啸虎:《宪法司法化问题的几点质疑和思考》,《华东政法学院学报》2001年第6期;王磊:《宪法实施的新探索——齐玉苓案的几个宪法问题》,《中国社会科学》2003年第2期;夏勇:《中国宪法改革的几个基本理论问题》,《中国社会科学》2003年第2期。

② 代表性的文献(排名不分先后):刘志刚:《宪法‘私法’适用的法理分析》,《法学研究》2004年第2期;蔡定剑:《中国宪法实施的私法化之路》,《中国社会科学》2004年第2期;张千帆:《论宪法效力的界定及其对私法的影响》,《比较法研究》2004年第2期;张翔:《基本权利在私法上效力的展开——以当代中国为背景》,《中外法学》2003年第5期。刘志刚:《对“中国宪法平等权第一案”的宪法学反思》,《法学》2003年第3期。沉岷:《宪法统治时代的开始——“宪法第一案”存疑》,北大法律信息网, <http://www.chinalawinfo.com>;韩大元:《论社会变革时期的基本权利效力问题》,《中国法学》2002年第6期。

护和保护的意义等问题上。但是只是从宏观角度出发,研究对平等权的保护,主要论文集中在就业歧视、性别歧视等方面,也只是停留在外国和国际社会立法介绍上,没有对我国具体的问题做出回答。^①

对我国宪法平等权司法适用方面的探讨,也是刚刚开始,出现了为数不多的以介绍美国宪法平等权司法实践中案例为主的专著。^②但是并没有很好地将西方成熟宪政国家的立法和司法实践经验与我国具体国情相结合,只是停留在引介上。所以在客观上留下了大量学术空白,例如宪法平等权在制度设计上要考虑的诸多问题,如对宪法平等权的可诉性、宪法平等权私法化、宪法平等权解释和宪法平等权司法适用中的公共政策等问题。坦白地说,这方面的研究文献不多,基本上处于空白,只是有一些学者在文献当中“旁敲侧击”地涉及了这些问题。^③

(二) 国外研究成果综述

在此,笔者必须事先说明的一点是,限于笔者的阅读范围大多集中在英语文献,尤其以美国为代表的文献,所以在论文的很大篇幅上只能参考美国宪法学、法哲学和与宪法平等保护有关的相关政治学的研究文献,对于其它国家的文献例如德国的公法学理论只是采摘一二。至于别的成熟宪政国家的宪法学研究成果,只能是通过在阅读相关文献的过程中进行参阅,同时笔者利用了南京大学—约翰斯·霍普金斯大学中美文化研究中心的图书馆藏书和电子文献。再加上笔者本人执拗于对美国法哲学家罗纳德·德沃金教授的崇敬和热爱,所以

① 代表性的文献(排名不分先后):王珊:《“中国宪法平等权第一案”庭审实录》,中国律师网, <http://www.law.com.cn/pg/newsShow.php?Id=6457>, 2002年12月12日上传;李忠夏:《试评析“宪法平等权第一案”》,原载《宪法理论与问题研究》第二辑,此外由山东大学法学院行政研究所主办的公法天地网,开辟了平等权研究专题,上传了一系列研究平等权保护的文献。

② 例如任东来、陈伟、白雪峰等:《美国宪政历程:影响美国的25个司法大案》,中国法制出版社2004年版。邱小平:《法律的平等保护——美国宪法第十四条修正案第一款研究》,北大出版社2005年版。

③ 代表性的文献(排名不分先后):喻敏:《论男女平等的宪法原则在“民事领域”内的直接效力》,《中国法学》1995年第6期;刘连泰:《我国宪法规范在审判中直接适用的实证分析与评述》,《法学研究》1996年第6期;周永坤:《论宪法基本权利的直接效力》,《中国法学》1997年第1期;童之伟:《宪法司法适用研究中的几个问题》,中国法学会宪法研究会编《宪法研究》第1卷,法律出版社2002年版;邓世豹:《论公民基本权利的司法适用性》,《法学评论》2003年第1期;王磊:《宪法的司法化》,中国政法大学出版社2000年版;胡肖华:《宪法诉讼原论》,法律出版社2002年版;周勇:《少数人权利的法理》,社科文献出版社2002年版;周伟:《宪法基本权利司法救济研究》,中国人民公安大学出版社2003年版;朱应平:《论平等权的宪法保护》,北京大学出版社2004年10月版。此外,我国台湾地区关于基本权利私法适用方面,也有一些代表性成果,如陈新民:《德国公法学基础理论》,山东人民出版社2001年版。

主要以美国文献为主,集中表现在以下两个方面:一是关于美国宪法平等权司法适用的理论文献。在当代美国法哲学、宪法学和政治学界,宪法问题(诸如宪法第14条修正案第1款的平等保护)是备受关注的热点话题。因为平等权司法适用是法院实践中的一个日常工作,包括三重违宪审查标准、宪法解释理论中的“原旨主义”和德沃金的“宪法的道德解读”之争。^①二是关于美国民权运动的发展和当代少数人权利保护。例如男女平等权、同性恋权利保护和“肯定性行动”的存废等,这些都是困扰美国各级法院的问题。虽然,在美国的法哲学界和宪法学界基本上找不到关于宪法平等权司法适用的专文,但是却在司法实践中积累了大量的经验,许多文献也都是围绕具体问题展开,所以大部分文献并不对宪法平等权司法适用进行理论上的探讨,而只是围绕司法实践中发生的具体宪法平等权案件进行。只有当遇到在社会生活中影响重大的宪法平等权案件之时,或者是当司法实践发生了技术操作遇到“卡壳”的时候,才会向宪法学或是法哲学理论求助。在这个方面,宪法平等权司法适用主要是围绕像男女平等、同性恋权利保护和“肯定性行动”的存废等与民权有关的具有高度争议性的问题,以及相伴而生的司法在保障民权方面应当扮演的角色问题的探讨。^②

三、论文的研究方法

(一) 比较法学的研究方法

宪法平等权司法适用是在建设宪政国家的过程中一个无法回避的问题。以美国这样的发达和成熟的宪政国家的经验来看,司法适用是宪政的前提,也是宪法变迁的前提,宪法平等权的适用也不例外。从美国黑人争取平等、50和60年代如火如荼的民权运动到美国联邦宪法第5条和第14条修正案的“正当

① 代表性的中文文献有:陈新民:《德国公法理论》(上、下册),山东人民出版社2001年版;德沃金:《认真对待权利》,中国大百科全书出版社1998年版;德沃金:《法律帝国》,中国大百科全书出版社1996年版;德沃金:《至上的美德:平等的理论与实践》,江苏人民出版社2003年版;德沃金:《自由的法——对美国宪法的道德解读》,上海人民出版社2001年版。

② 代表性的中文文献有:刘静怡:《论同性恋者的基本权利保障:人与宪法的再思考》,《台湾法学会学报》1999年第20期;约翰·哈特·伊利:《民主与不信任——关于司法审查的理论》,法律出版社2003年版;罗伯特·达尔:《论民主》,商务印书馆1999年版;罗伯特·达尔:《民主理论的前言》,三联书店1999年版。