

王蕾 著

宪法平等规范的诠释观：理念、规范与实践

An Interpretation of the Norm of Constitutional Equality: Concepts, Norms and Practice



黑龙江大学法学文丛



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

王蕾 著

宪法平等规范的诠释观：理念、规范与实践

An Interpretation of the Norm of Constitutional Equality: Concepts, Norms and Practice



黑龙江大学法学文丛



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

宪法平等规范的诠释观:理念、规范与实践/王蕾著.

—北京:法律出版社,2007.12

(黑龙江大学法学文丛)

ISBN 978-7-5036-7952-0

I. 宪… II. 王… III. 宪法—研究 IV. D911.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 182451 号

© 法律出版社·中国

黑龙江大学法学文丛

宪法平等规范的诠释观:
理念、规范与实践

王蕾 著

责任编辑 郭 亮
装帧设计 李 瞻

开本 A5

版本 2008 年 1 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 北京北苑印刷有限责任公司

印张 7.5 字数 152 千

印次 2008 年 1 月第 1 次印刷

编辑统筹 对外合作出版分社

经销 新华书店

责任印制 沙 磊

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

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-7952-0

定价:20.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

王蕾博士的《宪法平等规范的诠释观：理念、规范与实践》即将付梓，嘱我为之序，乐之，盖平等也为我之学术关注也。我自命“自己的”法理学为“平民法理”，并以此为博客之名，其意即在追求平等。在我不多的几个学生中，已经有两人以平等为研究对象：朱应平博士研究平等权的宪法司法问题，周安平博士则研究性别平等问题。我之所以对平等情有独钟，是因为我的生活经历了太多的不平等，我观察到周围的人受到太多的不平等之苦；同时，我认为我们法律的基础理念有问题——这个理念以人的不平等为当然，并且维护之。这一反平等的基础理念对法律构成了严重的伤害，以至于影响到法律的正当性与有效性。

自由与平等是人类两大基本价值，西方

社会对于两者中谁“更为基本”的问题争论不休，各自建构了以自由为元价值的自由主义法学和以平等为元价值的“平等主义”法学。在我看来，自由主义是立足于作为“主体的人”，而“平等主义”是立足于作为“关系的人”。自由主义与平等主义的区别并没有如人们想象的那样大。与社群主义不同，他们的“人”都是个体的，他们同属于方法论“个人主义”这个家族的，只是研究的视角有差别而已，两者追求的都是人的自由与平等。

但是就这两大观念对法律的意义来说，我以为是平等大于自由的，尤其是在法律的形成阶段。自由本身带有“野性”的味道，而平等一开始就具有文化的意蕴：平等观念在思维主体与“他在主体”的“同一化”思维过程中才可能产生，而这“同一性”思维是一个“反身性”思维的过程，它是形成伦理规范的必要前提。可以这样说，当人类认识到自己与他人的同一性，认识到他人不仅仅是自己的“食物或掠夺对象”的时候，人类开始走向文明；而一旦人们对这种反思性思维的成果达成共识，并形成一定的社会机制以贯彻这一思维成果的时候，法律就来到了人间。因此，任何法律的起点是平等而不是自由。事实上，规范性思维的特点就是平等，就是将“不一样”的个体作“一样”的对待，就是舍去“个体特殊性”的形式化过程。但是，早期的平等是“自己人”的平等，外人是无此殊荣的。所以我们就看到古代“自家人”之间的无私与温情，同时看到他们将外人当做奴隶甚至食物。这一点在《旧约》中表现得非常清楚：神主张犹太人之间无私的爱，但同时鼓励对偶像崇拜者无情地杀戮。在法律进化过程中，东方人走上了“自家人的法律”道路，它发展出细微的等级，实行等级内的平等——特权；而西方则走上了“城邦法”的道路，在城邦共同体内，其成员是平等的，因此他们发展出以罗马法为代表

的平等的法律,马克思、恩格斯称之为“商品经济的法律”。不过,他们有一个致命的弱点:奴隶被排斥于法律之外。东西方法律在接近的起点上(平等)两者渐行渐远,以至于当两者在19世纪相遇的时候,西方人将生活在东方法律体系下的人视为野蛮人。

只要不持偏见,我相信大部分人都会认同西方法律对于东方法律的优越性,其优越之表现最为重要的当是西方法律中的自由与平等这两大价值。不能说东方的法律中完全没有这类东西,但是毫无疑问,东方法律中的这两大元素是远逊于西方的。正是这一劣势使中国的法律始终未能走出“自家人”法律的圈子,诚如黄宗羲所言,中国的法律是“一家之法”而非“天下之法”。

现代法律的起点是更高的平等——所有人的平等。这种平等不仅在一个法域内,它的理想状态是全球人的平等,这就是《世界人权宣言》开头的基础性宣示的第一句话:“对人类家庭所有成员的固有尊严及其平等的和不移的权利的承认”,可以肯定地说,没有“法律上人人平等”,就没有现代的法律。

由于历史的惯性和人的自私性,那些居于高位的人始终坚持自己高人一等,并坚称这是如日月星辰那样自然且不可改变的。世代代的宣传与无可奈何的事实,甚至使得下层人自己对此亦深信不疑。因此,国人的聪明才智集中于如何在等级制度中占有更有利的地位,而不去思考等级本身的问题。我们几千年教子的基本教条是“吃得苦中苦,方为人上人”。请注意“人上人”这个典型的东方表述,国人的幸福是建立在傲居于他人之上,而不是与他人交换。现在,我们还是经常听到、或说这样的话:“进步了么?”“又进步了!”所谓“进步”其实只是在等级制度

中上了一个台阶而已。一旦吃尽千辛万苦上了几个台阶,他们就千方百计地想保住这个台阶制度,而不是使大家走到一个平等的“广场”上去。80年代初,当潘念之、齐乃宽两位前辈讲立法平等的时候,立马遭到了铺天盖地的批判。十多年后,我的《市场经济呼唤立法平等》(载《中国法学》1993年第3期)虽然没有招来大批判,但还是在法学界引起了“地震”,客气的朋友对我说:“呼唤”可以,“实行”是不行的。有的则责问:“立法平等了,法的阶级性怎么办?”

令人欣慰的是,平等正在成为事实上的立法指向,许多特权与歧视的法律正在从现行法律体系中悄悄退出。但是由于传统的将人等级化的法律意识形态根深蒂固,也由于既得利益作祟,宪法的平等原则远没有具体化为部门法的规范。特别是由于司宪制度的缺失,宪法的平等条款无法直接在司法中适用,这就使宪法平等条款常常被架空。王蕾博士的大作正是从这一制度性缺陷开始的,她试图找到宪法平等精神悬置的原因,并进而揭示落实宪法平等精神的应然之道。为此,本书在法律的“关系本体论”立场的指引下重新审视宪法平等规范的性质,目的是要说明,宪法平等规范的生命在于应用,它的内涵在无数次的应用过程中得以确立,真正的宪法平等规范就体现在宪法平等条款中的平等理念与个案之间的对应关系中,是一种关系性存在。离开了应用与解释,就不存在宪法平等规范这回事。文章浓墨重彩地论证了以下三个问题:

首先,什么是平等的理念。作为正义的核心与基础的平等,本身仅是一个形式意义的存在,它的具体内涵有待于对它的价值标准予以填充。这个填充过程并非简单地表现为逻辑演绎,而是体现为一种理性的论证过程。构成平等内涵的是一种经论

证而来的“可接受性”,而非特定价值观念所带来的(自然科学意义上)“确定性”,平等的理念是一个实践理念。

其次,在实在法层面探究平等的规范意义。在诠释理念之下,宪法平等规范不再是预先存在于宪法文本之后等待人们去“发现”的“正确答案”,它毋宁是一个需经宪法解释主体(诠释者)在宪法条款与生活事实之间“往返流转”、论证发展的规范群。这个规范群通过诠释者的主观参与和生活事实的不断变换保持其生命力,因而这个规范群的内涵不是封闭的,它通过衍生规范的形式延伸或改变已有的意义。就目前的宪政实践而言,不但“平等是一项公民基本权利”的内涵来自于“每个公民在法律上(面前)都是平等的”这一直接的宪法规范,而且这个衍生的平等权规范又衍生出了“平等是一个具有客观价值的宪法原则”这类次级衍生规范。另外,如果我们结合司法实践中各种“平等”的论证方式和适用特点,并从内容上加以类型化,会发现宪法框架下的平等规范还包括第三个面向——政策。

最后,无论是平等权、平等原则还是政策,都不是平等规范内涵的中止之处,面对变化多端的个案,它们都不能预先给定有关“平等与否”的准确判断。只有经过宪法诉讼中法官的价值衡量和规范论证,才能作出有关个案的裁判。具体来说,从平等规范的结构上来看,可适用于具体案件的平等规范来自于“相同/相似情况相同对待”与“不同/不似情况不同对待”这两个子原则间的权衡和取舍。这两个目标相反的子原则在逻辑上包含了所有的可能性,因此平等规范本身是一个具有“铁律”性质的规则,即它在规范上不可能存在例外。因此无论是德国的概念式审查标准还是美国的类型化审查标准,都不过是平等规则内部的两个子原则间的较量和权衡的外部表现而已,只是由于在具体的

个案中与之相伴随的司法审查原则和立法民主原则间的分量有所不同,因而立法者的裁量空间和司法审查的边界有所不同,从而呈现出宽严度不同的审查标准类型。

由此,王蕾博士指出,中国的平等保护问题尚未从规范的意义上去予以解决,这不仅是由于缺乏宪法诉讼和有效的宪法解释的机构,更重要的是缺乏由宪法解释者所做的对于平等判断的论证过程。因为“论证”是平等规范的适用不可缺少的环节,平等规范的意义借此才得以形成。

平等就其含义来说有两个基本的内容:一是规范的;二是事实的,我们历来只将平等理解为事实的平等。主张事实的平等没有错(当然不是绝对的),但是如果没有规范的平等作为基础,事实的平等不但没有正当性,也缺乏可行性。如果在规范上主张歧视,而宣称什么追求事实上的平等,那只能是欺骗。因此,规范的平等对于平等具有基础性的意义。相信王博士上述从规范诠释的视角对平等的解析将会进一步促进宪法平等条款的落实,将那些丑恶的歧视性规定从法律中驱除出去。我相信所有善良人的平等理想将会成为现实。我祝贺它的出版!

谨为序。

周永坤

2007年11月1日于东吴研究室

目 录

序/1

导论:诠释学与宪法平等规范 /1

第一章 平等的规范性基础及其证立 /10

一、作为正义结构性要素的平等 /11

(一)正义的“古典公式” /11

(二)正义的结构 /20

(三)平等原则在正义结构中的位置 /28

(四)平等原则的特点 /29

二、正义的实现与“平等”的证立 /35

(一)从实体正义到程序正义 /35

(二)平等原则:在论证中实现 /45

第二章 宪法平等规范的分类 /60

一、平等条款与直接的平等规范 /69

2 宪法平等规范的诠释观:理念、规范与实践

(一)作为规范性陈述的平等条款 /69

(二)平等条款中的平等规范 /72

二、一般平等规范与具体平等规范 /76

三、直接的一般平等规范 /78

(一)语义上的开放性 /78

(二)规范结构上的开放性 /80

四、衍生的一般平等规范 /81

(一)一般平等规范的基本权利性质 /81

(二)平等权规范的客观法内涵 /84

第三章 宪法平等规范的结构 /86

一、规则与原则的实质性区分理论 /88

(一)德沃金的规则与原则实质性区分理论 /90

(二)德沃金之后的讨论与分歧 /97

(三)阿列克西的规则与原则实质性区分理论 /101

二、平等规范的结构 /112

(一)平等规范结构考察视角之界定 /112

(二)作为“规则”的平等规范 /114

(三)作为“原则”的平等规范 /126

第四章 宪法平等规范的规范内容 /147

一、法律平等与事实平等:历史与逻辑 /149

二、作为“政策”的平等规范 /153

(一)事实平等 Vs. 法律平等 /154

(二)事实平等在平等规范中的位置 /159

(三)事实平等作为政策的理由 /161

三、作为“权利”的平等规范 /164

(一)平等权的最初形态:法律上的平等权利 /164

(二)平等权的发展形态:平等尊重权 /166

四、平等规范内容的三个层面 /168

第五章 宪法平等规范的立法裁量与司法审查 /172

一、平等规范中的立法者裁量余地 /174

(一)平等规范的适用主体与立法者的权限 /177

(二)平等规范中的立法者裁量余地 /179

二、平等规范的审查标准 /181

(一)立法归类“不合理”之可能情形 /182

(二)德国平等规范审查标准 /187

(三)美国平等规范审查标准 /194

(四)评价 /203

结 语 /207

参考文献 /213

导论：诠释学与宪法 平等规范

一、问题

无论是法治还是宪政,都以人权保障为首要目标。2004 年的中国宪法修正案正式确认了国家对人权的尊重和保障,被有关人士誉为中国的法治和宪政建设进程中的重要里程碑。但是,如果我们不想将这些“重大意义”停留在空洞的口号上面,人权保障的制度化势在必行。西方宪政国家的经验表明,在人权保障的制度化体系中,宪法平等规范的作用至关重要,可以说,在一定意义上平等权的实现程度是其他基本人权状况的重要指标。这不但因为宪法平等权本身是一项重要的基本人权,而且由于平等权对于其他基本权具有重要的卫护和报警功能。在存在宪法

诉讼制度的国家,宪法平等规范毫无例外地都是基本权利诉讼的主要类型。

目前的中国仍处于法制尚未成熟因而需要对其继续推进以及完善的阶段,为了配合政治和经济领域的一系列变革,各种层次的立法普遍存在并迅速增长,立法归类的大幅度攀升使得许多基本权的侵害有更多的机会通过平等权侵害的形式表现出来。另外,许多配合计划经济体制而制定的立法随着体制的转轨而日显不公。城乡居民在选举、教育、医疗等方面的不同权利保障和差别待遇问题,男性和女性在求职、工资、福利、晋级等方面的差别待遇问题,高考录取分数线的地域差别问题,工人和干部的福利差别问题,进城的农民工在就业、教育等方面所受的歧视等问题,逐渐引起了社会各界的普遍关注,这些社会矛盾的累积严重影响了政府的信任指数和社会的和谐稳定。只有建立有效的宪法诉讼制度,为受到政府不平等对待的公民提供一个伸张正义的制度化平台,才能为社会的矛盾和冲突找到真正有效的疏通渠道。

有研究显示,对平等的要求人类自幼儿起就已存在,平等的正义观不是特定文化的产物,它不以时代和地域为限为人类所共同持有。受到“低人一等”的对待最能促动人类敏感的神经,与其他权利受到漠视和侵犯相比,平等权的受侵害最容易激发人们的不满情绪和不公正感。因此,要建立和谐公正的法治社会,平等地善待每一个公民,是政府应尽的基本义务。要发挥人权保障的现实功能,宪法平等规范的司法化研究不可逾越。

二、宪法平等规范的研究现状

宪法平等规范(或宪法平等权)方面的研究在中国宪法学界并不是一个新鲜的领域,有关平等的概念、分类,宪法平等规范的性质、内容,平等与自由的关系等方面的文章和著述可谓汗牛充栋。除此之外,近些年来对于外国平等权规范的司法适用方面的研究也不乏一些力作。朱应平所著的《论平等权的宪法保护》一书从比较的视野对西方宪政发达国家宪法平等权的立宪方法和司宪经验进行了研究。邱小平所著的《法律的平等保护——美国宪法第十四修正案第一款研究》分门别类地、透过案例的形式,考察了一百多年来美国宪法平等保护条款的内容演变和适用特点。在《西方宪政体系》一书中,张千帆对于美、德、法、日等国家宪法平等条款的内容和适用特点有较为全面的介绍和总结。这些学术成果为本书的研究提供了诸多的便利和帮助。但是已有的理论也不可避免地存在一些问题,正是这些问题构成了本书研究的动力。

首先,对于宪法平等条款的规范性特点学界的观点较为一致。无人否认宪法平等条款的规范性质,但是这一观点背后的论据大多是认为宪法平等条款具备法律规范的假定、处理和制裁三个组成部分,对于平等规范来说,其中制裁部分是由具体的部门法来落实的。沿着这一思路,有学者提出正是由于制裁部分的不明确、规范结构不完整,使得宪法规范无法进行司法适用。我们看到,无论我们坚持制裁部分存在于部门法中,还是直接认为平等条款不具备完整的规范结构,都不那么合适。如果

我们坚持前者,那么如何解释大量存在的宪法诉讼并没有非得借助部门法方得以裁判;如果我们坚持后者,那么宪法诉讼本身的存在似乎就是可置疑的。另外,还有学者将权利、权力以及义务的存在作为规范识别的标准,问题是我们又靠什么来识别这些权力、权利和义务?仅以这些词语的出现来识别肯定是不行的,而更为重要的是宪法权利、权力和义务难道是可以不依存于规范而预先存在的吗?事实上,问题出在我们对于“什么是一个规范”这一问题的不思之过上。本书的第二章试图从这一问题的思考入手,对于宪法平等条款与宪法平等规范的关系、宪法平等规范与宪法平等权利之间的关系做一分析。

其次,由于缺乏有效的宪法解释机构,学界对于宪法平等规范的效力范围问题的讨论始终未有定论。虽然现行宪法教科书中的主流观点仍然认为宪法平等条款只包括司法平等和守法平等而不包括立法平等,但是一直有学者坚持应将平等保护的范围扩至立法平等。周永坤教授早在14年前就在《市场经济呼唤立法平等》一文中提出“法律面前平等理应包含立法平等”的主张,近些年来这一观点已经得到了越来越多学者的认同和支持。这也是本书的立论之一,因为舍弃立法平等的内涵,宪法平等保护的功能根本无从实现。但是这一结论不应就此止步,立法平等的要求究竟意味着什么?在存在审查立法内容合理性的制度下,如何判断立法是否违反平等规范?“平等”的判断如何得出?有何共通的方法可资借鉴?本书的第三章运用了规则和原则的实质性区分理论对宪法平等规范的司法适用特点进行分析,正是为了回答这些问题。

再次,有关宪法平等规范的性质是权利还是原则的讨论也是为中外学界所共同关注的焦点之一。目前中外学界的主流观

点是认为宪法平等规范对于国家来讲是一项原则,对公民个人来讲是一项权利。当然,这一共识性结论后面其实隐藏着许多差异和分歧,尤其是中国和德国之间。更为重要的是,由于这一结论过于简单,对于涵盖范围甚宽的各种平等问题,它难以提供一个可用的分析工具。对于这一问题,本书将在第四章专题讨论,文章试图在现有成果的基础上为宪法平等规范的性质寻找一个更为细致妥帖的框架性说明。

最后,有关西方宪政国家违宪审查机关所使用的平等规范的审查标准,国内已有不少介绍,这些资料对于我们了解平等规范的司法适用特点来说是十分必要的。正是在吸收这些固有学术成果的过程中促使我进一步思考:这些已有的西方经验到底能为中国未来的宪法平等权诉讼和保障提供什么可利用的资源?照搬肯定是行不通的,授人以鱼不如授人以渔,如果我们能从西方的经验中探得方法性的知识,或许可以摆脱“学而无用”的困境。因此本书的最后一章试图透过这些审查标准,更进一步地探究其背后的运作机理。

总体上来讲,我们以往对于宪法平等规范的研究偏向于直观的、静态的描述,忽视深入的、动态的把握。这一方面是由于中国宪法长期以来停留在“存而不用”的状态,另一方面也是更为重要的原因是,在法律观上,我们习惯将法律条文与法律规范合二为一,把宪法平等规范理解为隐藏在宪法条款后面的正确理解,以为只要使用适当的宪法解释方法,即可成功地把握宪法平等规范的真义,正确适用涉及平等权侵犯的宪法案件。因此,如果我们要改变以往的研究方式,必须转变现有的实体本体论式的法律观。