

第10卷

刑法论丛

CRIMINAL LAW

REVIEW VOL. 10

◆ 高铭暄 赵秉志 / 主编

◆ 北京师范大学刑事法律科学研究院 / 主办

本卷要目

中国刑法

【赖早兴】

刑法平等之理论辨析

【谭劲松】

共犯脱离研究

【皮勇】

网络杀人犯罪研究

外国刑法

【王充】

论新古典犯罪论体系

——以麦耶、梅兹格为考察对象

比较刑法

【赵秉志 郑延谱】

中法两国法人犯罪比较研究

【郭泽强】

结果加重犯基本问题之比较研究

国际刑法

【魏东 蒋华】

国家刑事责任问题研究

【卢有学】

指挥官刑事责任的基本理论

区际刑法

【赵秉志 黄晓亮】

中国区际刑法问题研究综述

法学名家

【郭建安】

菲利及其刑事科学思想

学术信息

【艾见】

全国首家刑事法律科学研究院崭露头角

【王秀梅 苗苗】

中国迈向批准《罗马规约》之路

【剑峰】

联合国第11届“预防犯罪和刑事司法大会”

在泰国曼谷举行



法律出版社
LAW PRESS CHINA

第10卷



法律出版社
LAW PRESS CHINA

刑法论丛

CRIMINAL LAW

REVIEW VOL. 10

■ 高铭暄 赵秉志 / 主编

■ 阴建峰 / 主编助理

■ 北京师范大学刑事法律科学研究院 / 主办

图书在版编目(CIP)数据

刑法论丛. 第10卷/高铭喧, 赵秉志主编. —北京: 法律出版社, 2006. 4

ISBN 7-5036-4769-8

I. 刑… II. ①高…②赵… III. 刑法—文集 IV. D914.04-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第018543号

© 法律出版社·中国

刑法论丛·第10卷

高铭喧 主编
赵秉志

责任编辑 徐雨衡

装帧设计 李 瞻

开本 A5

版本 2006年5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 19.5 字数 538千

印次 2006年5月第1次印刷

编辑 法学学术出版分社

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

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 7-5036-4769-8/D·4487

定价: 39.00元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

〔中国刑法〕

- | | | |
|-----|-------------------------------------|---------|
| 1 | 刑法平等之理论辨析 | 赖早兴 |
| 48 | 试论刑法适用原则、方法及理念 | 罗子发 汪明亮 |
| 74 | 共犯脱离研究 | 谭劲松 |
| 95 | 论情节犯未完成形态的认定及其可罚性 | 李 翔 |
| 117 | 假释与人身危险性理论关系论纲 | 柳忠卫 |
| 139 | 网络杀人犯罪研究 | 皮 勇 |
| 164 | 历史的回顾与启示:中国刑法史上三次
国际化事件总置评 | 苏彩霞 张巧娜 |

〔外国刑法〕

- | | | |
|-----|---|-----|
| 199 | 论新古典犯罪论体系——以麦耶、梅兹格
为考察对象 | 王 充 |
| 223 | 美国的刑事赔偿制度(上)
..... [美]埃米利·希尔弗曼著 刘孝敏译 | |

〔比较刑法〕

- 260 中法两国法人犯罪比较研究 赵秉志 郑延谱
303 结果加重犯基本问题之比较研究 郭泽强
326 自首制度比较研究 周加海

〔国际刑法〕

- 354 国家刑事责任问题研究 魏 东 蒋 华
413 指挥官刑事责任的基本理论 卢有学

〔区际刑法〕

- 432 中国区际刑法问题研究综述 赵秉志 黄晓亮

〔法学名家〕

- 512 菲利及其刑事科学思想 郭建安

〔学术信息〕

- 578 全国首家刑事法律科学研究院崭露头角 艾 见
598 中国迈向批准《罗马规约》之路 王秀梅 苗 苗
616 联合国第11届“预防犯罪和刑事司法大会”
在泰国曼谷举行 剑 峰
618 稿约

CONTENTS

[Chinese Criminal Law]

Approach on the Principle of Equality in Criminal

Law Lai Zaoxing 1

Discussion on the Principles, Means & Logos of Applica-

tion of Criminal Law Luo Zifa, Wang Mingliang 48

Research on Complicity Disengagement Tan Jinsong 74

Discussion on the Determination of Non-accomplished cir-

cumstantial offense and Its Penalty Li Xiang 95

General Discussion on the Relationship between Parole

and Personal Danger Theory Liu Zhongwei 117

Research on Crime of Murdering in Network Pi Yong 139

Historical Review & Inspiration; A Overall Comment on

Three International Events in the History of China

Criminal Law Su Caixia Zhang Qiaona 164

[Foreign Criminal Law]

Discussion on Neo-classical Theory of Crime, with Ex-

ample of Mayer & Mezger Wang Chong 199

American Criminal Compensation System(I)

..... [US] Emily Silverman Interpreted by Liu Xiaomin 223

[Comparative Criminal Law]

- The Comparative Studies on Corporate Crime in China &
France Zhao Bingzhi, Zheng Yanpu 260
- Comparative Research on Aggregated Consequential
Offense Guo Zeqiang 303
- A Comparative Research on Surrender Systems Zhou Jiahai 326

[International Criminal Law]

- Research on Criminal Responsibility of State
..... Wei Dong, Jiang Hua 354
- Basic Theory on Criminal Responsibility of
Commander Lu Youxue 413

[Regional Criminal Law]

- Summarization on Issues of Inter-regional Criminal Law
in China Zhao Bingzhi, Huang Xiaoliang 432

[Distinguished Jurists]

- Enrico Ferri & His Thoughts of Criminal Sciences
..... Guo Jian'an 512

[Academic Information]

- The First College for Criminal Law Science in China
Cut A Figure Ai Jian 578
- The Road for China to Ratify the Roma Statutes
..... Wang Xiumei, Miao Miao 598
- The 11th UN Congress on Crime Prevention and Crimi-
nal Justice Hold in Bangkok Jian Feng 616
- Notice to Contributors 618

〔中国刑法〕

刑法平等之理论辨析

赖早兴*

目 次

一、平等与法律平等

(一) 平等

(二) 法律平等

二、刑法平等

(一) 刑法平等是否为单纯的司法平等

(二) 刑法平等是否为纯粹打击犯罪上的平等

(三) 刑法平等是否仅为自然人平等

(四) 刑法平等要排除哪些因素的影响

(五) 刑法平等与区别对待

三、刑法平等在刑法中的地位

(一) 关于平等是法律原则还是法律权利之争议

(二) 刑法平等能否为刑法的基本原则

(三) 刑法平等原则与罪刑法定原则、罪责刑相适应原则

* 湘潭大学法学院副教授,法学博士。

平等是人类追求的理想,这一理想也正随着法律制度的完善而不断成为现实;法制健全的国家一般均在宪法中对平等问题做出明确规定,并在宪法的统摄下在各部门法中将平等观念具体化。新中国宪法多次对平等做了规定,为平等法律制度的构建打下了基础,其他部门法或明确规定了平等原则,或不同程度上体现了平等精神。1997年刑法典的修订中,也对平等做了明确规定。在本次刑法修订以前,刑法学界一般将平等问题留给法理或宪法学界探讨,认为平等是法律基本原则或宪法基本原则,不是刑法的基本原则,所以刑法学界对平等问题研究甚少。即使是在刑法对平等做了明文规定的情况下,刑法学界对平等问题的研究仍缺乏热情,对已有问题的研究亦存在较大分歧。笔者拟对刑法平等做理论上的辨析,权作抛砖引玉。

从逻辑上看,刑法平等的上位概念是法律平等,平等又是法律平等的上位概念。所以,笔者首先试图对平等和法律平等做简要探讨;然后再对学界关于刑法平等概念理解上的争议做必要分析;最后,笔者将对刑法平等在刑法中的地位做初步定位。

一、平等与法律平等

(一) 平等

平等和自由是哲学、社会学和法学等各领域研究的热点。关于“自由”,自由主义大师柏林认为它是一个“变幻莫测”的字眼,根据柏林的统计,对“自由”已有的界定多达两百多种,以致于他认为“对自由本质的理解在人们之间发生的却是一场无休止的概念之战”。^①关于平等,美国当代著名的政治学家乔·萨托利认为:“平等问题的复杂性——我把它称为迷宫——其程度要比自由的复杂性更大。”^②

① [英]以赛亚·柏林:《自由四论》,胡传胜译,译林出版社2003年版,第229页。

② [美]E. 博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第285页。

1. 平等是什么

美国教授德沃金认为：“平等是个有争议的概念：赞扬或贬低它的人，对于他们赞扬或贬低的究竟是什么，意见并不一致。准确地表述平等本身就是一个哲学难题。”^①如果说，平等这个概念本身就是一门完整的科学，那么它是“一门至今还模糊不清、被黑暗所包围的科学；社会的起源的目的就隐藏在这个词里，如同隐藏在斯芬克司的谜语中一样”。^②从平等内涵与外延的表达来看，“平等可以用非常实在的方法加以简单化表述，但也可以用高度复杂而又无从捉摸的方法加以表述”。^③博登海默也认为：“平等乃是一个具有多种不同含义的多形概念。它所指的对象可以是政治参与的权利、收入分配的制度，也可以是不得势的群体的社会地位和法律地位。它的范围涉及法律待遇的平等、机会平等和人类基本需要的平等。它也可能关注合同的义务与对应的义务间的平等的保护问题、关注在因损害行为进行赔偿时做出恰当补偿或恢复原状的问题。”^④从这些学术大师关于平等定义的评价来看，要科学地界定平等并非易事。

对于什么是平等这一问题，不同的人可能会给出不同的答案。萨托利认为：“平等表达了相同性概念……两个或更多的人或客体，只要在某些或所有方面处于同样的、相同的或相似的状态，那就可以说它们是平等的。”^⑤在此，萨托利实际上强调的是：平等就是状态同样、相同或相似。但我国学者王海明先生对此提出了异议。在他看来，平等涉

① [美] 罗纳德·德沃金：《至上的美德：平等的理论与实践》，冯克利译，江苏人民出版社 2003 年版，导论部分第 2 页。

② [法] 皮埃尔·勒鲁：《论平等》，王允道译，商务印书馆 1991 年版，第 13 页。斯芬克司是古希腊神话中带翼狮身女妖，传说她叫过路人猜谜语，猜不出即将行人杀害。后因谜底被俄狄浦斯道破，她即自杀。

③ [美] 乔·萨托利：《民主新论》，冯克利、阎克文译，东方出版社 1998 年第 2 版，第 397 页。

④ [美] E. 博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社 1999 年版，第 288 页。

⑤ [美] 乔·萨托利：《民主新论》，冯克利、阎克文译，东方出版社 1998 年第 2 版，第 397 页。

及的应当是人们相互间与利益获得有关的相同性,否则即使状态相同也不能认为是平等。他说:“为什么不能说两人有平等的黑痣和姓氏,却可以说有平等的性别与职务?岂不就是因为有没有什么黑痣、姓氏无关利害,而性别、职务却与利害相关吗!”所以他说:“平等是人们相互间与利益获得有关的相同性;而不平等则是人们相互间与利益获得有关的差别。”^①笔者基本赞同后者的观点。我们在使用“平等”这一概念时是将其用于描述两个对象在某些方面的相同或相似,而不是两个对象方方面面的相同或相似,因为有的因素确实是无关紧要的,只有与评价目的相关的因素才是不可或缺的。而且,我们在使用“平等”这一概念时,主要是为了评价具有相同性的对象是否获得了同等的利益或失去了相同的利益。

2. 谁要求平等

博登海默认为,平等是人内心的欲望,是渴望得到同等待遇的欲望,是反对他人统治的一种欲望。他说:“人的平等感的心理根源之一乃是人希望得到尊重的欲望。当那些认为自己同他人是平等的人在法律上得到了不平等的待遇时,他们就会产生一种挫折感,亦即产生一种他们的人格和共同的人性遭到了侵损的感觉。”^②从博登海默的这段话中,似乎可以得出这样一个结论,即任何人都有平等的要求。笔者认为,博登海默关于平等欲望之普遍性的提法是不妥当的,因为不同的人平等要求并不完全一致,某些人要求的平等相对于另外一些人而言却是不平等,或者说有的人可能憎恨该种平等,即他们认为该种平等恰恰是不平等。为什么会出现有的人要求平等而有的人则主张超越的现象呢?亚里士多德对此做了较好的解答,他说:“有些人看到和他们相等的他人占着便宜,心中就充满了不平情绪,企图同样达到平等的境界。另一些人的确有所优越,看到那些不能和自己相比拟的人们却所得相等,甚至反而更多,也就心中激起了不平情绪,企图达到优越(不平等)

^① 王海明:《新伦理学》,商务印书馆2001年版,第348~349页。

^② [美]E. 博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第288页。

的境界。”^①实际上,平等与反平等的观念正是现实中人与人之间对平等基点理解上不一致和事实上不平等所致的。从对平等基点理解上的不一致看,弱势地位者认为他们是与所谓强势地位者相等的,而强势地位者却认为他们比弱势地位者优越;从事实上的不平等看,事实上存在的不平等使优越者要求保持现状甚至要求更进一步的不平等,同时又促使处于弱势地位的人争取平等对待。所以,笔者认为,要求平等并不是社会成员的普遍观念,而是社会弱者的要求。

当然,我们也不否认弱者的平等要求会得到强者中某些人士的同情,正如E. 博登海默所言:“一个受冷遇的种族在生活水准、智力水平和文化需要方面的提高,会促使该种族为获得解放和平等权利而进行斗争。在这种斗争中,被歧视的受害者往往会赢得其他阶层成员的同情和支持,其中包括统治集团的成员,因为他们的正义感会因不平等待遇缺乏理性上的正当理由而被激发出来。对于帮助一个处于低下地位的群体的奋斗目标来讲,没有任何东西要比指出这种不平等待遇不具有事实上的基础更为行之有效了。”^②

3. 有哪些平等

关于平等的种类,众多学者从不同的角度进行了分类。柏拉图指出:“尽管你宣称主人与奴隶之间应该具有同等的地位,他们之间的友谊也是根本不可能的事情。……所有人之间无差别的平等实际上就是不平等,两者都会让一个城邦动荡不休。”^③这说明,在柏拉图的观念中,平等有两种:对于不同的人给予不同对待的平等和对所有人一视同仁的平等,他更倾向于主张前者。亚里士多德说:“所谓平等有两类:一类为基数相等,另一类为比值相等。‘基数相等’的意义是你所得的相同事物在数目和容量上与他人相等;‘比值相等’的意义是根据各人

① [古希腊]亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆1965年版,第236页。

② [美]E. 博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第291页。

③ 唐士其:《西方政治思想史》,北京大学出版社2002年版,第114页。

的真价值,按比例分配与之相衡称的事物。”^①从亚里士多德的表述中可以看出,他是从平等的方式的角度对平等做出分类的。古罗马思想家西塞罗虽然没有对平等进行明确的分类,但在他的观念中,平等实际上有两种:一种是事实上的平等,另一种是权利的平等。他曾说:“既然法律是公民联盟的纽带,由法律确定的权利是平等的,那么当公民的地位不相同,公民联盟又依靠什么法权来维系呢?要知道,要是公民们不愿意均等财富,要是人们的才能不可能完全一致,那么作为同一个国家的公民起码应该在权利方面是相互平等的。”^②卢梭也没有直接对平等进行分类,但他对不平等进行了分类,他说:“我认为在人类中有两种不平等:一种我把它叫做自然的或生理上的不平等,因为它是基于自然,由于年龄、健康、体力以及智慧或心灵的性质的不同而产生的;另一种可以称为精神上的或政治上的不平等,因为它是起因于一种协议,由于人类的同意而设定的,或者至少是它的存在为大家所认可的。”^③从卢梭的观念来看,既然不平等存在两种,平等自然也就存在两种:自然或生理的平等和精神或政治上的平等。我国学者王海明先生赞赏这一分类,他说:“平等与不平等,从其起因来看,确如卢梭所见,可以分为自然的与社会的两大类型。更确切些说,平等与不平等,一方面起因于自然,因而是不可选择、不能进行道德评价、无所谓善恶或应该不应该的,如性别、肤色、人种、相貌、身材、天赋能力等;另一方面则起因于人的自觉活动,因而是可以选择、可以进行道德评价、有善恶或应该不应该之别的,如贫与富以及均贫富、贵与贱以及等贵贱等。”^④萨托利着眼于历史上的平等要求认为平等有四类:“平等的历史进步可以分为四类或四种形式:(1)法律——政治平等;(2)社会平等;(3)机会平等;

① [古希腊]亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆1965年版,第234页。

② [古罗马]西塞罗:《论共和国 论法律》,王焕生译,中国政法大学出版社1997年版,第46页。

③ [法]卢梭:《论人类不平等的起源与基础》,李常山译,商务印书馆1962年版,第70页。

④ 王海明:“平等新论”,载《中国社会科学》1998年第5期,第52~53页。

(4)经济平等。”^①对于萨托利关于平等的分类,我国学者王海明先生有自己的看法,他认为:“社会平等是个笼统概念,它实际上是政治、经济等平等的统称。”正因为如此,他认为:“具体的平等问题,主要来讲,便可以归结为三大平等:政治平等、经济平等、机会平等。”^②《中国大百科全书》(政治学)中认为,在当代,平等的含义可概括为三个方面:(1)权利平等,即国家承认所有公民在法律面前平等,都享有广泛、相同的权利。(2)机会平等,即社会应该为每个成员追求自身利益、自我发展和自我完善平等地提供必要的机会和条件。(3)结果平等,即主张全社会的劳动产品和价值物对所有人平等分配。^③

从上述表达来看,平等基本可以分为自然(生理)平等与社会平等、数量平等与比例平等、机会平等与结果平等、形式平等与实质平等。社会平等又可以从内容上分为政治平等和经济平等(可以说它们形式上均可以表现为法律平等,因为在现代社会中它们均是通过法律加以表达的)。

当然,平等类别之间的划分有时是交叉重合的。例如,所谓“人人生而平等”的口号反映出来的就是要求人们在法律上享有同等的权利,这就主要表现为形式平等。形式平等也就是一种机会平等,即由于人生而平等必然要求给予平等的机会。与此相对应,实质平等一般就表现为结果的平等。形式平等与实质平等的矛盾一般又表现为机会平等与结果平等的矛盾。在形式平等中,“人”是一个抽象化的概念,完全没有先天与后天的因素导致的强弱之分,它强调的是人在自由竞争中的机会平等;实质平等则是从人生而不同出发,注重个体间的差异,并基于这种差异给予不同的待遇,强调结果平等。可以说,形式平等不考虑个体间的差异而完全相同地对待,其结果可能导致实质上的不平等;实质平等将个体间的差异加以考虑,从形式上来看显然也是不平等

① [美]乔·萨托利:《民主新论》,冯克利、阎克文译,东方出版社1998年第2版,第339页。

② 王海明:《新伦理学》,商务印书馆2001年版,第368页。

③ 《中国大百科全书》(政治学),中国大百科全书出版社1992年版,第285页。

的。这就印证了英国学者休·柯林斯教授的观点:“平等对待原则与实质平等概念之间总是存在不协调之处。因为平等对待所确定的是程序而不是结果,平等对待总是被当做达到特定结果的障碍物。”^①

4. 平等与差异

差异是指“表征事物相互区别和自身区别的哲学范畴”,“差异分为外在差异和内在差异,外在差异是事物彼此间的不同点;内在差异是事物内部具有的对立因素和对立趋势,即事物自身尚未被激化的矛盾”。“唯物辩证法认为,世界上没有绝对相同的事物,任何事物都各自有自己的特点,这就是事物外在差异;事物又有内在差异,因为任何事物内部都包含着对立的因素,都是许多具体规定的综合、矛盾诸方面的统一。差异与同一是联系着的,异中有同,同中有异,一切事物都是同和异的统一体。”^②这说明世界上存在的任何事物都不可能是完全相同的,它们之间必然存在这样或那样的差异,正如人们常说的“世界上不可能存在完全相同的两片树叶”一样。而按照一般原理,平等指相同情况同等对待,不同情况不同对待。什么是“相同情况”?什么是“同等对待”?依照哲学上的差异原理,平等岂不是完全不可能存在的?

实际上,“相同情况”并不是说对象之间不存在任何差异,而是类的相同性,在本质属性上具有共同点的事物归于一类,尽管它们之间或许存在着诸多的不一致。所以,要达到平等首先就必须对“相同情况”进行分类,否则就不可能区分什么是相同情况、什么是不同情况。这样,明确分类就成为了平等对待的前提。分类,即归类,“在逻辑中,指把具有共同特点的个体对象归入一类,并把具有共同特点类集合成类的思维过程和方法”。^③可以说,所谓平等对待是指对同类的事物同等对待,而对于不同类的事物则不同对待。

① Hugh Collins, Discrimination, Equality and Social Inclusion, 66. *The Modern Law Review*. 17 (2003).

② 《中国大百科全书》(哲学),中国大百科全书出版社1987年版,第219页。

③ 同上,第219页。

正因为如此,萨托利所强调的平等并不是要求事物各个方面均完全一致,他说:“只要在某些或所有方面处于同样的、相同的或相似的状态,那就可以说它们是平等的。”^①至于同类中存在的某些差异则是平等可以容纳的,或者说是可以忽略的。从平等学说的提出到发展的整个过程来看,绝大多数思想家们强调的平等都不排斥差异。例如,资产阶级革命思想家们提出“人人生而平等”时,他们也都认识到了人与人之间差异性的存在,这种差异包括种族、肤色、阶级、阶层、出身、家庭状况、宗教信仰、性别、年龄等方方面面,但这种差异并不影响人作为人而存在的平等性。

实际中存在的差异还有一种,那就是平等本身无法容纳的差异。对于这种差异,我们不当视而不见;否则,对存在这种差异的两种评价对象“平等”对待,会导致实质上的不平等;也就是说这属于不同情况,就应当差别对待。

那么,哪些差异是平等所能容纳的差异,哪些差异是平等所无法容纳而应当区别对待的差异?我们认为平等容纳差异,并不是说平等容纳任何差异,它容纳的只能是理性上合理的差异,对于理性上不合理的差异,应当区别对待。^②从历史上看,对于合理差异的评判一直存在着错误。美国学者博登海默曾说:“在不平等与平等间更强调前者的中世纪,建立了一个等级森严的多层社会结构,该结构则是以复杂的等级和资格划分为基础的。19世纪的许多民主国家则把性别间的区别看得极为重要,因此它们都竭力证明在选举权和其他法律权利方面给予妇女的不平等待遇是正当的。在那些原则上承认法律面前普遍平等的观念的国家中,有钱人有时则享有一些实际特权和一些免受法律制裁

① [美]乔·萨托利:《民主新论》,冯克利、阎克文译,东方出版社1998年第2版,第340页。

② 正如张明楷教授所言:“平等并不意味着没有差别,但要看导致差别的原因,要根据普遍的正义标准分析做出差别处理是否合适。”张明楷:《刑法格言的展开》,法律出版社2003年版,第51页。

的豁免权。”^①从他的这段表述中,我们可以看出,等级、资格、性别和财富曾被视为人与人之间存在的差异,也正是基于这些差异对分属不同类别的人进行区别对待。现在看来,这种差异的认定是不科学的。例如,妇女在大多数国家的历史上曾与男性处于不平等的地位,她们享受不到与男性同样的权利,承担着有别于男性的义务。虽然,在女性这一群体内,可能存在着平等对待(例如,她们都不享有担任公职的权利、不得再嫁等),但这种内部平等与男性内部的平等之间实际上是不平等的,而这种不平等基于性别上的差异。性别对于担任公职、再次结婚是否应当起决定作用呢?一直以来,一些思想家(特别是女权主义者)对这种差异进行了猛烈的抨击,已存的事实也说明,因这种差异而导致的平等是不合理的。

(二)法律平等

法律平等是平等的一个重要类别。在近代,法律平等甚至占有了平等的主体内容而受到社会的普遍关注。其原因主要在于:一方面,法律是现代社会治理的最为重要的手段(正因为如此,现代文明国家才主张实行法治),由此法律也就成为保护权利、对抗权力的有效手段,如果这一手段本身不包含平等的要素或这一手段被不平等地运用,法治将无从谈起;另一方面,正是因为法律手段的重要性,现在其他方面的平等,如社会平等、政治平等、经济平等,均只有通过法律的平等才能得到实现。如果法律不平等,不但法律本身无法存在(狄罗德说:“法律一旦不同样地要求所有人,它就成了空中楼阁;当某一社会成员可以违反它而不受到惩罚的时候,它也是‘海市蜃楼’。因此,法典的第一条应该是规定保障法律权威的保证。”^②),而且社会将是一个不平等的

① [美]E. 博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第289页。

② [苏]K. A. 莫基切夫主编:《政治学说史》(上册),李嘉恩译,中国社会科学出版社1979年版,第221页。