

“乙肝歧视”的宪法学反思 PDF转换可能丢失图片或格式，
建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/479/2021_2022__E2_80_9C_E4_B9_99_E8_82_9D_E6_c122_479822.htm 去年因公务员考试录用乙肝歧视案被评为全国十大法制人物那位张先著同志，不知道找到工作了没有？今年人事部颁布了新的体检标准之后，公务员考试录用中新的乙肝歧视案件、事件依然明目张胆地出现，而且有关部门还理直气壮，真是让我们不知该说什么才好。其实，一个全国通用的体检标准，通常道理说，允许地方做变通也在清理之中。而认为受到歧视的和反对歧视的均认为不应该变通，要求公平，维护国家标准的严肃性、公平性，这也应该说是合情合理的。两种观点，水火不容，问题的症结在哪里呢？何处才是出路呢？笔者1991年从法学院校毕业后在党政机关从事过立法、执法、执法监督和法律宣传等多方面的工作，最近和朋友一起做《立法学在行政诉讼中的应用研究》的课题，其中包括在做年龄歧视、文凭歧视等的系列案件的行政诉讼实践。课题基本的出发点是以宪法和基本法律为依据，运用立法学的理论和方法，论证行政行为依据的合法性问题，帮助党政机关进行防范和化解法律风险的研究，进而以宪法和公民权利为基准进行相关的制度设计，有深度地推进依法行政工作。籍此以课题实践中的一些思考，试图从宪法的角度谈点看法。

一、公民政治权利

法律界公认，权利和义务是一切法律规范、法律部门甚至整个法律体系的核心内容。权利从理论上可以分应有权利、法律权利、实有的权利。应有的权利很多，我们的法律未有确认，我们姑且不谈。法律的权利是通过国家立法确认的

，也是国家立法要保障的。我们承认很多权利在法律上有确认，实际上却无保障。但是我们不能因为无保障而否认法律权利的存在。相反，要通过政府（广义的政府）的努力，尽可能地对法律权利予以保障。当少数人侵犯权利时，政府要站出来保护公民的权利（否则政府的存在就没有法律和法理的基础：当今世界没有哪个政府敢宣称自己是纯粹的统治者了！）。而当政府（狭义政府，主要指行政机关）侵犯公民权利时，制衡机关就要有能力站出来保护公民的权利（否则这些机关也要失去其存在的合法性）。很简单的问题，否则纳税人养着你们干什么？公务员在我国，不仅是公民就业的选择，更是担任国家机关职务行使政治权利的途径。因此，根据国家的规定报考公务员，按照公正的程序被录用为公务员，是关系到公民享有和行使乃至实现政治权利的重大问题。很多各级大小的官员和从事人事工作的人对此不以为然。我们有必要从国家的立法中理出一个脉络来展示这个权利：1、刑法54条首先规定剥夺公民政治权利的内容，包括了涉及现在公务员考试的“担任国家机关职务的权利”、“担任国有单位的领导职务的权利”。在国家立法史，这是第一次明确剥夺公民担任公务员职务（包括我们现在公务员考试中一些非国家机关、国有事业单位从业人员）属于公民的政治权利。剥夺的范围，在国家机关不管是不是领导职务，在非国家机关仅限于领导职务。剥夺包括永久性的剥夺和有期限的剥夺。有些人对用刑法来解释政治权利也不以为然，甚至觉得荒唐。但是我们必须承认，在国家立法法出台之前，只有这部刑法对公民政治权利作出了虽然概念上可能不完全但却是明确无误的规定。其他一些对宪法规定公民基本权利或

政治权利的说法，多少带有理论总结理解的成分。因此我们认为刑法是关于公民政治权利最权威的确定表述。2、国家立法法规定，对公民政治权利的剥夺只能制定法律（注意，这里特指全国人大及其常委会制定的法律），但也没有明确规定什么是公民的政治权利。我们只能从理论上去理解其他一些法律作出过涉及公民权利的限制（有限剥夺）得到了国家立法法的认可。这无损刑法关于剥夺担任公务员资格属于剥夺公民政治权利范畴的权威性表述。我们要强调的是，即使非法律界的人士以宪法并没有明确什么是公民政治权利规定为由不承认我们所讲的宪法对公民政治权利的规定和保护，单从刑法和立法法确定的条文和规则上，我们仍然能够充分地认定：（1）参加考录公务员是公民的政治权利。（2）只有刑法和全国人大及其常委会制定的法律才能剥夺公民的政治权利。纵观当前公务员考试当中种种限制，起码从形式上没有得到国家立法的认可，是非法的。

二、宪法上的公民平等权 《中华人民共和国宪法》规定公民在法律面前一律平等；国家尊重和保障人权（第33条）。宪法以根本法的形式规定了中华人民共和国的一切权力属于人民（第2条第1款）。这是我国宪法的人民主权原则。在这个原则下，宪法又规定了人民群众通过各种途径和形式参与管理国家事务、社会事务、经济和文化事务的权利（第2条第3款）。联合国大会1948年通过的《世界人权宣言》宣告：“人人在法律上悉属平等，且应一体享受法律之平等保护”，“人人有以平等机会参加其本国公务之权”，“人人有权工作，自由选择职业”。中国政府1998年签署加入的《公民权利和政治权利国际公约》规定，凡属公民，不分种族、肤色、性别、语言、

宗教、财产、出身或者其他身份等，不受无理限制，均应有权利及机会以一般平等的条件服本国公职。公民担任国家公务员既是一种职业选择，也是参加本国公务服本国公职，是人民群众当家作主参加国家的管理的必然要求和重要途径与方式之一：这是公民的人权，是公民平等拥有的政治权利。中国作为联合国的重要成员国，其公民理应有平等的人权与政治权利保障。乙肝歧视案的原告们作为中华人民共和国成年公民，当然应该毫无例外地根据宪法享有平等的人权与政治权利。从法律适用和推理的角度讲，《中华人民共和国宪法》第34条规定，年满18周岁的中华人民共和国公民，除依照法律被剥夺政治权利的人外，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。第79条规定，有选举权和被选举权的年满45周岁的中华人民共和国公民可以被选举为中华人民共和国主席、副主席。除这两个地方以外，国家还没有其他相同层次的法律规定就选举权和被选举权而对公民的年龄进行限制。按照成文宪法的规则，一个公民到18岁以上，只要他不被依《刑法》和其他法律被剥夺政治权利，在法律的权利上他完全可以被选举为各级人大代表、被选举为中央军委主席、被选举为各级地方的行政首长、被选举为中央和地方各级审判、检察机关的首长。45岁以后，还可以被选举为国家主席、副主席。除人大代表外，上述所列的职务都属于人事部门所指称的“公务员”范畴（这次公务员法也是采取这种泛公务员的概念）。人民对这些“大官”的期望、赋予这些“大官”的职责都比普通公务员要高、要大千百倍、千万倍，国家法律对他们享受政治权利的资格条件尚且都规定

得如此宽松，相比之下，我们的被告们在招录“打杂”层次的普通公务员却要莫名其妙地规定出一大堆的限制条件来，确实是一点道理都没有。

三、公民义务与人事部门和用人单位用人权的性质

很多人会问，我也曾受到过多次来自级别不低的机关及同志的质问，你总是说公民的权利，那公民的义务呢？人事部门和用人单位的权利呢？只有你要权利，别人就没有权利吗？是的，这是一个严重的问题。似乎一问就能把人问住。一般人都会将权利和义务联系在一起。我们也一般地承认这是对的。但是从宪法和法律的角度去看，那是另外一番图景。公民的权利是一个宪法范畴的概念（或制度），公民义务也是在宪法范畴内与公民权利相对应的概念（或制度），公民的政治权利、平等权利都是属于公民的基本权利，对应的是公民宪法上的基本义务：公民的义务不是一个与人事部门和用人单位的“权利”相对应的概念（或制度）。他们不是一个层次、一个范畴的问题。公民义务在宪法上有一系列明确的规定。但是在国家法律里绝对找不到公民要接受法律之外人事部门和用人单位设置的各种限制条件的义务，也找不到要接受公务员考录中不公正程序及其结果的义务。人事部门和用人单位作为国家机关和用国家财产（财政）供养的单位，他们履行着国家的职能，换句话说，他们是替了国家在干活的。如果我们还有1%的愿意承认我们的国家是人民主权的话，如果我们还有1%的愿意承认宪法是要遵守的话，我们完全应该说，国家是人民的，也就是公民的，所有的人事部门和用人单位都是受公民（政治上叫人民）的委托在干活！因此他们履行职能是在尽国家和人民分给他们的义务！为了让他们干好活，国家和人民当然也给他们赋予一

定的权利（或称权力），包括让他们找能干活的人来跟着他们或替他们干活（当公务员、当国有单位的干部职工）：这就是（也才是）人事部门和用人单位的用人权。当我们明白了这些权利是给他们尽职责用的（就象公仆们自称为为人民服务、代表最广大人民群众的根本利益），我们就顺理成章地得出结论：人事部门和用人单位的用人权性质上是他们法律义务的延伸！！这是公理。这与我们在前面说到的纳税人养着政府的理由和目的以及政府的合法性问题是一致的。行文至此，我们完全可以在法律上推导出这样的定理：（1）公民权利是第一性的，人事部门和用人单位的用人权是派生的，是第二性的。所谓用人权要服务和服从于公民权。（2）公民权和用人权共同服从于宪法和法律。四、“用人权”的演变和法律限制 对于从法律上定性人事部门和用人单位的用人权是他们法律义务的延伸的论断，在宪法学上可能是一个很低级、显浅的问题。可是在很多各级大小的官员和从事人事工作的人看来却是无法理解和接受。张先著在乙肝歧视案的诉讼中主张公民政治权利、宪法权利（平等权）就被我们可爱的被告嘲笑为夸张之举。张先著在乙肝歧视案的诉讼中主张公民政治权利、宪法权利（平等权）被被告嘲笑为夸张之举。之所以这样，也许是他们还沉睡在“统治者”的甜梦中，根本不知道秦汉魏晋是什么了。从对权利的认识和观念演变看。过去在计划经济、未建立法制的时代，我们把什么都看成是国家的，人也和财物一样，由国家来支配，而且上到中央下到一个生产队长都可以说自己代表国家，任意处置管下的财物、管下的人。那种时候的“用人权”是绝对的。当今为什么用人腐败、用钱腐败，“谋得一官半职就象得了

天下，不可一世”（毛泽东语），根子都在这里。到拨乱反正、改革开放以后，随着法制的恢复，尊重知识、尊重人才，“人”才逐渐被赋予某种主体的人格和地位，作为社会上一般老百姓的“人”才有自己说话做事的权利。随着法制的进步，法律对人的权利的保护逐步加强，特别是依法治国建设法治国家写进宪法，国家对人的权利的尊重和保护意识更是增强。现在我们国家正在强调、宣扬以人为本、以民为本。人也好，民也好，他们对法治的最基本的要求就是对人、对民的权利的基本尊重。正如在中国法治的首倡者梁启超先生所说，凡人之所以为人者有二大要件：一曰生命，二曰权利，二者缺一，时乃非人。人事部门和用人单位以用人权为由对招考公务员的种种限制的做法，是与宪法对公民的政治权利和平等权保护精神相违背的。从法律的发展来看。过去我们国家的法律层次和形式很不清晰，行政机关自己定出个什么东西也被当成法律一样来对别人执行。随着法制的发展完善，宪法、法律、行政法规、地方性法规、国务院部门规章和法律规定的地方政府的规章、其他规范性文件等有效力层次区分的法律形式就逐渐清晰起来了。依法治国、依法行政，首先就是要依宪法和法律，其次是国务院的行政法规。目前中组部、人事部或地方政府、组织人事部门的很多限制文件连规章的层次都不是。这些文件是党政机关内部系统的普通公文，也没有以法定的形式和途径向社会公布。在公务员条例（法规）和其他国家立法没有对公务员报考资格作出设定之前，人事部关于公务员考试录用的暂行规定，一些地方考试录用公务员的实施办法，对报考资格问题还是比较谨慎的，对年龄、学历等涉及敏感问题的条件都很有灵活性，

在主观上和客观上都能减少或避免与上位法的直接硬冲突、防止对公民权利造成法律上的直接硬损害。在没有法律、法规依据的情况下，自喻用人权给公务员报考、录用资格设定不合理条件，限制和剥夺公民权利，凌驾于国家法律、法规之上，是违法的、无效的。从行政主体地位和职权法定原则的角度，可以通过两个不同的层次来分析被告们的违法性。第一是普通授权的层次。被告是人事行政执法和管理的政府部门，其作为人事行政主管部门的主体地位是根据宪法和组织法的职权划分原则，按照中央政府、国家最高行政机关规定的权力分配体系而取得的。这是普通授权，只包括一般的行政管理职能：不包括为保障行政管理职能的所需要的行政强制、行政处罚、行政许可的设定；除国家法律有规定者外，也不包括行政强制、行政处罚、行政许可的执行；任何情况下都不包括刑事处罚的设定和执行。第二是法律特别授权层次的问题。这个层次的授权可以包括为保障行政管理职能的所需要的行政强制、行政处罚、行政许可等的设定和执行，但根据我国已经制定的法律，这些权力是有特定限制的，不是什么行政机关都可以行使的，必须是国家权力机关、立法机关依法定程序制定的法律所规定的机关才能依法行使这些职权。所谓“依法行政”，最主要就是这个层次上的“依法行政”，强调合法的主体、合法的职权、还有合法的程序；强调的原则是行政执法主体要有法律、法规规定作依据才可以“行”、才可以做、才合法，否则就是违法。这和民事领域那种法律不禁止民事主体都可以做、都是合法的原则是根本不同的。剥夺公民政治权利（永久剥夺和限制性剥夺）的刑事处罚更是任何情况下行政机关都无权设定和施行。五

、乙肝歧视案的宪法学价值 在曾经让国人一振的安徽芜湖张先著乙肝案判决中，法院找了一个很小的程序上的瑕疵来作出有利于原告的判决，但是没有从最基本的也是最根本的公民权利、宪法权利的角度去演绎判决（正如有专家说“给赢的理由很不地道”）。虽然我们理解法院这样已经非常非常的不容易，但是从某种意义上说，这是一个很糟糕的判决。因为它的轨迹与否认公民权利、宪法权利的大暗潮大体是一致的。它对当时张先著在诉讼中主张公民政治权利、宪法权利（平等权）被被告嘲笑为夸张之举的事实没有一个基本的态度。就象一个很幸运的抽奖者，当他被首先抽中了末等奖（这已经是千万人梦寐以求却难以得到的奖项了），他就永远失去得二等奖、一等奖的大奖机会了！可怜的张先著。这个危害当时我们就敏感地觉察了（同期间我们的一个公务员年龄歧视诉讼案正被迫撤诉。但是我们觉着又比张先著幸运：虽然我们没有任何奖项，但是我们还可以有的大奖的希望）。这个危害不幸在最近湖南的“乙肝歧视案”判决和浙江“胆结石歧视”案判决上得到了充分的体现。我们不去具体评价法院的判决是对还是错的问题，但是在可见的报道上，我们已经看不到公民权利、宪法权利之类字眼的张扬了，法院的判决和在张先著案判决中对被告们给足面子一样，彼此作为兄弟单位意味在字里行间流露无疑（尽管也许他们表面上并不如此认为）。这些令我们感到异常不安。明年《公务员法》正式实施，公务员法23条被认为是给了人事机关在该法11条之外规定各种报考和录取资格条件的权力。我们不知道这是指导思想上的错误还是立法技术上的失误，亦或是遵循人事工作旧思维习惯的理解使然。也许是几种因素兼

而有之。不管如何，如果真的被这样认为，今后更多的法院和被告们兄弟单位之间的事情也许就“更好办了”。而公民们、原告们的权利被侵害会更无辜，相关的行政复议、诉讼就更难了。为此，我们异常迫切地希望对张先著“乙肝歧视案”判决的反思能够充分惊醒其对宪法学价值探讨的深入。也为此，我们还在努力实践公务员考试的系列歧视案诉讼。其中之一是广西南宁市青秀区（原新城区）法院受理的公务员年龄歧视案（4月10日已经开庭，至今尚未判决）。从宪法学价值的角度，我们期望法院审理“乙肝歧视案”和其他的歧视案能体现如下两个基本点：1、通过判决的形式确立公民参加公务员考录属于公民的政治权利应予以保护的原则，确保成年公民都有权利平等地参加考试的权利；2、在确保有权人都能平等参加考试的基础上，确认竞争择优的公正选拔机制（这个是要在第1个问题基本解决以后着力推动的事情，但要吸取张案的教训，使当前的判决要考虑到不对今后这个进程顺利推进构成阻碍）只有确认或确立以上两个基本点，才能将公务员法给了人事机关在法律之外规定各种报考和录取资格条件的权力在“用人权是他们法律义务延伸”上定格，才能使人事行政权力可能带来的对公民权利侵害和对司法独立价值的危害有可能减少和降低。通过确认和确立以上两个基本点，我们再以宪法视角评价公务员法23条就清晰了。公务员法11条是国家对公民行使政治权利参加公务员考试的权利义务的一次分配。这个分配在国家法律的层次上直接确立了公民与国家之间的特定权利义务关系。其中11条第（一）具有中华人民共和国国籍、（二）年满十八周岁、（三）拥护中华人民共和国宪法要求是确定的。第（七）法律规定的其他

条件，在法律形式上（国家一级的权力机关）也是确定的。第(四)具有良好的品行，是一个没有操作性的条款，在法律实务上可以忽略（例如一个经常小偷小摸的人，肯定属于品行不好，但是实际上无法不给他参加公务员考试，如果他考上了，法律上也没有禁止录用他：这是一个道德评价与法律评价冲突处理的技术问题，这里不便展开）。人事部门是这个特定法律关系之外的其他主体，无权参与其中行使“当事人”的权利。也就是说人事部门不能越俎代庖、叠床架屋、横插一杠，增加什么条件了。只有第(五)具有正常履行职责的身体条件和第(六)具有符合职位要求的文化程度和工作能力，是属于不确定性的。基于这种不确定性，人事部门在得到23条授权而作出一些规定限制报考比较容易被认同。但是我们认为这种看法和今后以此为依据而产生的做法也是错误的。在法律的思维上，我们时刻不要忘记，平等参加公务员考录是公民的宪法权利、政治权利。任何侵犯这些权利的法律规定之外的限制都是违反宪法的。公务员法23条的授权违背了《立法法》第8条的原则，也与公务员法11条的完整逻辑结构相冲突。克服身体条件、文化、工作能力规定的不确定性，一方面可以通过国家法律的规定来进行细化，另一方面可以在公正的竞争择优程序中解决，而不是象23条那样的“授权”。

余论：平等之上的竞争择优（一个比喻）公务员考试录用的平等之上的竞争择优，就象人生命的孕育一样，千万亿的精子一起赛跑冲向卵子，每一个成功者就是都是最优秀的。哪怕是“酒精儿”，他也是他哪一批千万亿个可能孕育的生命中的最优秀者！在没有特别的医学需要的情况下，如果人为地在“起跑”的时候，让个别人先伸手去摸一把，

用他们的条条框框先挑选一番，最终绝大多数的生命都会变得和“酒精儿”一样呆傻！我们现在的人事管理机制在很多方面基本上就是这个样子。这是不道德的，不科学的。不要再把视野和焦点停留在那个体检标准和程序上了！让我们超越“乙肝歧视”，确立和保护公民权利，走向法治新时代！

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com