

從陌生到顯赫—平等條款入憲史談片*

李念祖**

摘要

本文試從法治發展史的觀察角度談論兩個相關的問題，一是平等怎麼會是讓中國人感到陌生的觀念，二是令人陌生的觀念又是怎麼樣在進入憲法文本的過程中佔據著顯赫的位置？

平等做無差等解，其意晚出，是外來語而非本土語言。「禮」做為中國古時最主要的社會規範其核心功能是區分貴族平民奴隸與建立不平等的政治社會關係，也辨別親疏長幼以建立不平等的人倫關係，初從西方接觸到平等觀念的大清君主臣民，對之或是難以理解或是感到難以思議。本文列舉六種不同的態度觀察西方的平等觀念如何震撼了當時的社會精英，從而反應在他們的社會政治行動方案之中，為平等原則進入憲法帶來契機。

從清末民國到人民共和國，平等在所有的憲法草案人權清單中始終佔據著列為首條的顯赫位置，其體例則有兩種，代表著政治人格平等的不同思考路徑。這是憲政史發展上的一樁大事，平等條款載入憲法文本並不保證理想必然化為事實，但是確是成為社會現實不可或缺的憲法誠命。

關鍵字：平等、平等原則、可疑的分類、政治平等、民族平等

* 本文初次發表於2013年6月9日兩岸公法學界在山東大學以平等權為主題之研討會上。2013年距法治斌教授辭世已十周年，該會乃設定平等權為會議主題以資紀念法教授。按1996年在臺灣的《國科會彙刊：人文及社會科學》上刊出的論文〈司法審查中之平等權——建構雙重基準之研究〉（收於《國科會研究彙刊：人文及社會科學》6：1（臺北：1996）。兩年之後，翁岳生先生在釋字第455號解釋所提出的協同意見書，則是違憲審查中最早闡述平等權精義的篇章。），是法治斌教授生前最重要的著作之一。治斌教授原是臺灣公法學界闡述憲法平等權應如何於司法審查中顯示其精義的先驅人物。筆者忝附驥末，思及「平等」曾是幸得治斌教授教益的題目，緬懷老友，感慨系之，故爾提筆重敘前情。

** 東吳大學法律學研究所、臺灣大學政政治學研究所兼任教授。

壹、前言

在西方，平等，與自由一樣，是歷經千百年論辯不絕的哲學概念，而幾乎是同步進入憲法成為憲政主義的核心思想。¹在中國，平等與自由，也是同步進入憲法。²所不同者，由於中國文化傳承異於西方，平等對中國人而言似乎仍是既熟悉而又陌生的概念。唯平等權題目甚大，本文只是試從法制發展史的觀察角度，談論兩個相關的問題，一是平等怎麼會是讓中國人感到陌生的概念？二是這個令人陌生的概念又是怎樣在進入憲法文本的過程中（未必即等於在憲政實踐之中）占據著顯赫的位置？所以回顧往昔，並就教於高明。

貳、「平等」中文辭義試解

一、「等」非「平等」

中文「平等」一辭，用以指稱無差別之意，較早多是見於佛經，比如「是法平等，無有高下」、「萬物平等」、「眾生平等」者，皆然。³佛經之外，平等一詞，古時未必用於無等第之意。按《康熙字典》解釋，平字，齊等也；⁴等字，固亦指齊也，惟等字尚有類、比、輩之意，如等第、等級皆是。⁵是平等一辭，雖可解作「屬於同一等第」之意，卻未必是指「毫無等第之分」，反而含有等第區別制度確實存在的意思。又依昔日語言習慣，「平等」尚可作「平常」解，⁶未必如今日語言藉以指涉無差等為主。換而言之，「平等」作「無差等」解，其義晚出，謂之為外來語而非本土語言，亦無不可。

就中國傳統的法意識言，今日所言之法，作為最主要之的社會規範的語言指稱，在古代兼指「禮」與「法」（或「刑」）而言，中國古代最主要的社會規範，與其說是「刑」或者是「法」，不如說是「禮」。⁷

自漢武帝之後，儒家思想長期在中國封建社會之政治思想上定於一尊，儒家經典《禮記》有言：「禮為大。非禮無以節天地之神也；非禮無以辨君臣、上下、長幼之序也；非禮無

- 1 1776年由 Thomas Jefferson 所起草的獨立宣言，同時揭櫫「人生而平等」與「自由是不可剝奪的天賦權利」的主張，M. Peterson, Thomas Jefferson, 235, USA: Penguin, 1975。美國旋於1789年寫成世界上第一部成文的聯邦憲法。「自由」一詞出現於其憲法前言之中，但「平等」則是出現在憲法第五條以確保各州的地位相同。直到1864年南北戰爭結束，憲法始於1868年納入增修條文第十四條以提供法律上的平等保護（the equal protection of law）。鄒文海譯，〈美利堅合眾國憲法〉，收入國民大會秘書處，《新編世界各國憲法大全（第三冊）》（臺北：1996年），頁405、411、414。在為此修憲的11年前，美國最高法院曾於 Dred Scott v. Sanford 60 U.S. (19 How.) 393, (1857) 一案中確認美國憲法原文中的「人」（person）字原意並不及於黑人在內。嚴格說來，1789年制憲成功的時候，自由與平等並未真正同步進入美國聯邦憲法，「平等」的步調遲了79年。
- 2 1912年的《中華民國臨時約法》之中，「平等」載於第五條，「自由」則首見於第六條。繆全吉編著，《中國制憲史資料彙編》（臺北：國史館，1992年3版），頁51。自由一詞，係 liberty 一字之逐譯，出自清末嚴復先生手筆；嚴氏譯 J.S. Mill 之 On Liberty 一書，頗為「群己權界論」，是取意的譯法。書中復將 liberty 與 freedom 以「自繇」或「自由」譯之，間亦以「自繇」逐譯 independence。又以「無罣礙」釋 freedom，而以「公道」一詞作為 justice 的翻譯較為適當，而以為不與 liberty 相當。嚴復譯，穆勒著，《群己權界論》（On Liberty）（臺北：臺灣商務書局，2009年2版），譯凡例頁21-23、譯名表頁1。
- 3 平等原為佛教名詞，梵文意譯，意謂無差別。如（劉宋）求那跋陀羅譯，《雜阿含經（卷20）》：「四種姓者，皆悉平等，無有勝如差別之異。」中華電子佛典協會：http://tripitaka.cbeta.org/T02n0090_020，（姚秦）三藏法師鳩摩羅什譯，《金剛經》：「是法平等，無有高下，故名無上正等菩提。」「人無貴賤，法無好醜，蕩然平等，菩提義也。」中華電子佛典協會：http://tripitaka.cbeta.org/X24n0454_001（2013年5月28日訪問）。
- 4 在線康熙字典：<http://tool.httpcn.com/Html/KangXi/25/PWILQMERNUYEMEKO.shtml>（2013年5月29日訪問）。
- 5 在線康熙字典：<http://tool.httpcn.com/Html/KangXi/32/KOCQUYTCQMEBILRN.shtml>（2013年5月29日）。如《禮記》〈樂記〉：「禮義立，則貴賤等矣。」（清）孫希旦，《禮記集解》（臺北：文史哲出版社，1990），頁987。
- 6 如（清）蒲松齡《聊齋志異·商三官之六》（臺北：世界書局，2002），卷14，頁39：「優人孫淳，携二弟子往執役。其一王成，姿容平等，而音詞清徹，群贊賞焉。」
- 7 章太炎先生說的清楚：「禮者，法度之通名，大別官制、刑法、儀式是也。」〈禮隆殺論〉《章太炎全集（三）·檢論（卷二）》（上海：上海人民出版社，1984），頁399。楊日然教授也說：「古代文獻往往將禮法相提並論，並未加以明顯的區分」、「在吾國古代，一切社會規範幾無一不可稱為『禮』。」《法理學論文集》（臺北：元照出版，1997），頁382-386。證之《後漢書·陳寵傳》：「出禮之所去，刑之所取，失禮而入刑，相為表裡者也。」之語，其中道理不難索解。（宋）范曄撰、（唐）李賢等註，《後漢書》（北京：中華書局，1964），頁1554。

以別男女、父子、兄弟之親、婚姻疏數之交也。」⁸又說：「夫禮，所以定親疏，決嫌疑，別同異，明是非也。」⁹道家思想有別於儒家，但是對於禮的認識並無不同。如《淮南子》〈齊俗〉中說：「夫禮者，所以別尊卑貴賤也，義者，所以和君臣父子兄弟夫婦人道之際也。」¹⁰而法家《管子》一書對於禮的形容：「登降揖讓、貴賤有等、親疏之體，謂之禮」，說法亦是一樣。¹¹依荀子之歸納：「先王惡其亂也，故制禮義以分之，使有貧富貴賤之等。」¹²也就是用以「等貴賤、分親疏、序長幼」者，¹³所謂「等貴賤」就是依貴賤分等第的意思，而分親疏、序長幼，則是以確立上下有別的人倫關係。簡言之，禮做為古時最主要的社會規範，其核心功能之一，就是依據貴族、平民、奴隸的區分建立不平等的政治社會關係；也依親疏長幼的辨別建立不平等的人倫關係。

二、「等」而後「和」

《論語》，則曾道出禮的目的是追求「和」，也就是今天人們說「和諧社會」的「和」：「禮之用，和為貴，先王之道斯為美，小大由之。」¹⁴追求「和」的方法，則是在人際關係之中界定出順從的秩序（簡稱「順序」），制禮義就是決定人倫關係中上下順從秩序的規範，以追求社會和諧。所以《禮記》〈禮運〉說：「何謂人義？父慈子孝、兄良弟弟、夫義婦聽、長惠幼順、君仁臣忠，十者謂之人義，講信脩睦，謂之人利。」¹⁵此中一以貫之的道理是，上位的人照顧下位的人，而下位的人順從上位的人，就能成就和諧的社會關係，社會國家整體和諧，謂之「大順」。¹⁶追求「和」，是在講究和平秩序的價值，從整體出發，也更傾向於從統治者的觀點立論，且常將因個人而生的考慮，以一己之私視之，只發展出個人義務的觀念，與義務為一體之兩面的「權利」一詞則是到了清末才以翻譯詞彙的姿態在中國開始見用。

父子君臣夫婦兄弟朋友五倫之中，唯一可以平等相稱的或許是朋友關係，可是自從明清之後家喻戶曉的《三國演義》傳布朋友關係以昇至兄弟關係為尚的觀念之後，¹⁷朋友關係遂也出現了設定順序的方法。有等差的社會關係決定了順從的次序，也就能夠成就社會和諧；規範不平等社會關係的禮不講究平等觀念，並非無故。

三、「相埒者」「敵」

- 8 《禮記》，引自（清）孫希旦，《禮記集解·哀公問》，頁1258：「孔子曰：『丘聞之，民之所由生，禮為大。非禮無以節天地之神也；非禮無以辨君臣、上下、長幼之序也；非禮無以別男女、父子、兄弟之親、婚姻疏數之交也。』」
- 9 《禮記》，引自（清）孫希旦，《禮記集解·曲禮·上》，頁6：「夫禮，所以定親疏，決嫌疑，別同異，明是非也。」
- 10 熊禮匯注譯、侯遇慧校閱，《新譯淮南子》（臺北：三民出版社，1997），頁512。此段文字，在論者以為反映西漢黃老學派遺說之《文子》書中，則見於〈上禮〉一篇而謂係老子之言；見《文子》（長春：長春文藝，2008），頁143。
- 11 （唐）尹知章注，（清）戴望校正，《管子校正》（臺北：世界書局，1990年13版），頁219。
- 12 語出《荀子》〈王制〉。引自（唐）楊倞注，王先謙集解，《荀子集解》（臺北：世界書局，2000年2版），頁132。
- 13 《荀子》，引自（唐）楊倞注，王先謙集解，《荀子集解·君子》，頁417，「故尚賢使能，等貴賤，分親疏，序長幼，此先王之道也。」；〈致士〉，頁241，「禮以定倫」。
- 14 語出《論語·學而》。錢穆，《論語新解》（臺北：東大書局，1998），頁21。荀子則從反面解釋：「明王始立，而處國有制。夫兩貴之不能相事，兩賤之不能相使，...物不能澹，則必爭，爭則必亂，亂則窮矣。」
- 15 （清）孫希旦，《禮記集解》，頁606-607。
- 16 《禮記·禮運》：「大臣法，小臣廉，官職相序，君臣相正，國之肥也。天子以德為車，以樂為守，諸侯以禮相與，大夫以法相序，士以信相考，百姓以睦相守，天下之肥也，是謂大順。」引自（清）孫希旦，《禮記集解》，頁620。
- 17 通說是元代羅貫中所撰之《三國演義》，傳世較早之版本中，一般稱為「葉逢春本」而係嘉靖二十七年（1548）由葉逢春出版的《新刊按鑑漢譜三國志傳繪象足本大會》，為今日所見最早的繪圖本《三國志演義》，書中有元峰子所題之〈三國志傳加像序〉，略謂羅貫中係為陳壽之《三國志》作傳，以免「所謂綱常倫理民彝物則者」，「蕩然於天下」。見（日）井上泰山編，羅貫中編次，《三國志通俗演義史傳》（上海：上海古籍出版社，2009），頁1049-1049。更早之版本為嘉靖元年之《三國志通俗演義》，中有修髯子之〈引〉以為「史氏所志，事詳而文古，義微而言深」，羅貫中之小說，則可使人「入耳而通其事，因事而悟其義」，其說論者以為可信，見陳翔華，〈三國志演義古版匯集序〉，《北京藏黃正甫刊本三國志傳》（北京：國家圖書館，2009），頁4-5、關四平，《三國演義源流研究》（哈爾濱：黑龍江教育，2008年修訂3版），頁6。《三國演義》首卷首回敷演桃園結義故事，劉關張三人從陌路而朋友而結為異姓兄弟，事不見陳壽之《三國志》，而傳播之遠之烈，卻遠逾於《三國志》正史，殆演「義」以教人倫者乎？胡適先生則以為數千年來，通俗教育史上無書能與三國演義的魔力相比，胡適，〈三國志演義序〉，收入《中國章回小說考》（臺北：雲風出版社，1976），頁391。

不過，在儒家聖師孔子的心中，等差關係的建立，或許只是針對不同的人為不同的適當對待而已。¹⁸《孔子家語》〈五刑解〉中記載著孔子的一段話語，說明「刑不上大夫，禮不下庶人」並非歧視，其緣故在於，大夫有罪，「不忍斥然以呼之」、「所以愧恥之」，於是期待他「跪而自裁」可也；「庶人遽其事而不能充禮，故不責之備禮」，¹⁹此與孔子「因材施教」、²⁰「君子和而不同，小人同而不和」²¹的想法，皆不無相通之處。因為「小人同而不和」隱含著小人之間不知順從之序，各自遂其私利而不能和順之意。

有趣的是，中國文字，表達「平等」的辭彙，往往與「對敵」的意識相連結。例如「分庭抗禮」、²²「敵體」、²³「匹敵」、²⁴「對等」...皆是；隱含著有關係之人均可以禮定其順從次序，唯敵人才互不順從的假設在內。平等是用來描述敵人關係而不是自己人之間關係的辭彙，不知可否說是中國人對於人際平等的觀念感到陌生，甚者會加以拒斥的文化心理原因。

就憲法規範所關注的政府與人民之關係而言，人倫之禮僅及於君臣關係（今日則稱之為長官部屬關係或是公務員與國家的關係）而已。古時君民之間無正式的「禮」可用，禮經記載中今日唯一可見的君民之禮是，「庶人見于君，不為容，進退走」。²⁵或許可用不同的角度解釋其中的道理：因為禮不下庶人，不使庶人知禮，君民自然不必設禮；一君對萬民，不相識者應無禮儀可援；不為容且進退疾走，不使之相識而見禮也。一旦相識則入君臣關係，所適用者則為君臣之禮。此或即《詩經》所謂「率土之濱，莫非王臣」的思想脈絡。²⁶另一種流傳更廣的說法則是借用父母子女關係比喻君民關係，以「民之父母」稱君。²⁷不論是藉用君臣或父子關係比喻君民關係，自都不是平等關係。事實上中國自商周以降，君王皆以「天子」「予一人」自謂，²⁸稱孤道寡，其意乃是指稱唯一得到天命而位於萬民之上的聖君。有清一代，既視一切臣民為「奴才」而逕以之相稱呼，²⁹試問「平等」又將從何說起？

參、「平等」如何初被理解

在西方憲法輸入中國之前，對於不具有人類生而平等意識的大清帝國君主臣民而言，平等的觀念可能會令人難以理解、理解之後卻又感到不可思議。回顧史料，不難發現初次接觸西方的有識之

18 「等者等之，不等者不等之」原是今日講述平等原則經常受到引述的一句話，然則此語最難之處又在於何謂「等者」何謂「不等者」的標準不明，還須要針對具體情況再說一層道理，才能明瞭究竟何為相等、何為不等之理由。

19 楊朝明，《孔子家語通解》（臺北：萬卷樓，2005），頁356。

20 《論語·為政》中孟懿子、樊遲、孟武伯、子游、子夏分別問孝，孔子之回答各不相同，學者以之為孔子因材施教之例證。參見：傅佩榮，《論語三百講（上）》（臺北：聯經出版社，2011），頁68。又孔子尚有「有教無類」之想法（《論語·衛靈公》：「子曰：有教無類。」無類，即平等之意。傅佩榮，《論語三百講（下）》，頁706），亦一種平等思想也。「有教無類」與「因材施教」，和憲法保障平等，所以容許或促成每個人依其自主實現不同的自我，實異曲而同工，也與孫文先生強調的立足點平等有共通之處；孫文，《三民主義》（臺北：三民書局，1965），頁100-103。

21 《論語·子路》，朱熹集註：「和者，無乖戾之心。」按君子知禮尚義；小人尚利而不知禮義，必爭。參見：錢穆，《論語新解》（臺北：東大書局，1988），頁479。

22 語出《莊子·漁父》：「萬乘之君，見夫子未嘗不分庭抗禮。」抗者，對也。參見：（清）郭慶藩編，《莊子集釋》（臺北：萬卷樓，1993），頁1034。

23 謂彼此地位相埒，無上下尊卑之分。（漢）班固《白虎通·王者不臣》：「諸父諸兄者親，與己父兄有敵體之義也。」參見：（清）陳立疏證，《白虎通疏證》（臺北：廣文書局，1987），頁386。

24 《辭海》匹敵條：「謂同等之國也。」（臺北：臺灣中華書局，1957），頁448。

25 語出《儀禮·士相見禮》；參見：陳戍國點校，《周禮·儀禮·禮記》（長沙：岳麓書社，1989），頁148。

26 語出《詩經·小雅·北山》；參見：陳子展，《詩經直解》（臺北：書林出版社，1992），頁733。

27 相關討論，詳見李念祖，《人國之禮——憲法變遷的跨越》（臺北：三民書局，2012），第一部分。

28 《禮記·曲禮（下）》：「君天下曰天子，朝諸侯，分職授政任功，曰予一人。」參見：（清）孫希旦，《禮記集解》，頁126。

29 君主視臣民如奴僕，非自有清一代始。「臣」字本義是奴隸，甲骨文已可見之，論者多有論述，相關研究，參見：張分田，《亦主亦奴——中國古代官僚的社會人格》（臺北：定石文化出版社，2002），頁50-64。

士，曾經如何在初受平等意識的洗禮之際同生此事非同小可的反應；雖然在十九世紀下半葉，首將自由平等理想載入憲法並賴以立國的美國，也還才為是否廢除奴隸制度而進行內戰並且重新書寫憲法，³⁰曾是奴隸的族群真要能等到平等競逐元首之位而且獲得成功，那已是廿一世紀的故事了。

清末的政治菁英，對於西方平等觀念的反應不一，而且大相逕庭。以下引述幾個具有代表性的例子。

第一種反應是以為平等意識對中國人而言乃是不可思議而且絕難接受者。在十九世紀首度代表清廷出使西方，周遊歐美列國逾三年（同治七年至九年，1868-1870）之久的滿籍大臣志剛，回國後將其敘述見聞的奏摺出版為《初使泰西記》一書，曾經如此寫道：³¹

有謂西國之五倫，概以朋友之道行之者。其言雖切而未詳其故。今為申之。西人於夫婦昆弟固猶可以朋友之道行，於父子君臣而概行之以朋友之道者，非其性然也，其習使之然也。其習之所以然者，由其教使之然也。乾父坤母之說，究其理則有其同，究其情則親疏貴賤之等殺，固不能昧沒而雜之也。彼概以天為父而尊之親之，至其君若父亦不能不以天為父，則其子與臣於其父與君不得不以雁行而視之矣。

志剛於此遂已認識到西方的平等意識與宗教信仰的關係。唯其言平等之意卻未使用平等一詞，參以同書中載有旅美時所代表簽署的外交協議，其中保障平等待遇，皆使用「一體保護」、「一體相待」等字眼，³²或可窺知今日「平等」一詞的通行詞義，當時尚在形成之中。

第二種反應是，認識到平等意識並不存在於中國的政治文化之中，但是確有徹底尋究其背後道理的價值。嚴復（1854-1921）在其1903年的譯作《社會通詮》書中，即曾以譯者的口吻表現這樣的態度：³³

宜乎古之無從眾也，蓋從眾之制行，必社會之平等，各守其畛畔，一民各具一民之資格價值而後可，古宗法之社會，不平等之社會也，不平等，故其決異議也。即今中國，亦無用從眾之法以決事者。何則，社會貴者寡而賤者眾。既曰眾，則賤者儔也，烏足以成事？以是之故，西方之福脫（VOTE，筆者註）之字，於此土無正譯，姑以占字當之，取三占從二之義也。

嚴復先生聊聊數語，業已說出政治平等的前提假設是「一民各具一民之資格價值」，也就是社會中每一個人均要被接受成為主體、政治人格平等的意思。無此社會共識，即無以發展出投票以「從眾」的民主制度，其認識極其深刻。

第三種反應是接受平等的觀念，並且宣稱平等意識早已於我國的傳統思想中存在，康有為（1858-1927）可為代表，他在光緒廿七年（1901）所著《孟子微》書中的幾個段落，都有此態

30 美國在費城制憲期間為了是否允許奴隸制度存在而幾乎放棄制憲。以擱置爭議的方式完成立憲之後，奴隸制度之爭議愈演愈烈，馴至進行南北戰爭（1861-1864）以為徹底之解決。內戰後十年之間陸續修憲三次，分別以憲法第十三、第十四及第十五增修條文禁止使人為奴、拘束各州接受種族平等並賦予黑人投票權。然則此後種族隔離制度依然存在，直至聯邦最高法院1954年以判決宣告種族隔離違憲，始告真正推行種族平等之政策。距離2008年 Barack Obama 當選美國總統，又歷五十四冬。

31 志剛，《初使泰西記》（長沙：湖南人民出版社，1981），頁62-63。此書有《初使泰西記》與《初使泰西記要》兩種版本，分別於同治十三年（1874）及光緒十六年（1890）前後刊行。

32 志剛，《初使泰西記》，頁23-26。

33 甄克思著（Edward Jenks 1861-1939），嚴復譯，《社會通說（A History of Politics）》（臺北：臺灣商務書局，2009），頁164。

度：³⁴

人人性善，堯舜亦不過性善，故堯舜與人人平等、相同，此乃孟子明人人當自立，人人皆平等，乃太平大同世之權。

人人可為堯舜，乃孟子特義，令人人自立平等，乃太平大同之義，納人人於太平世者也。故君主之權、綱統之役、男女之別、名分之限，皆為亂世法而言之；至於平世，則人人平等有權，人人饑溺救世，豈復有閉門、思不出位之防哉？

其書中言雖如此，然則康梁向以主張君主立憲聞世，猶是以君民不相平等者也。

第四種反應是認識到平等思想關係到制度的根本變革，必須下大決心為幡然之行動，沈家本（1840-1913）應是此中翹楚。他於光緒卅三年（1907）向慈禧及光緒呈上奏摺提出刪除奴婢律例的建議：³⁵

方今朝廷頒行憲法，疊奉諭旨，不啻三令五申，凡與憲法有密切關係者，尤不可不及時變通。買賣人口一事，久為西國所笑，律例內奴婢各條與買賣人口事實相同，此而不早圖禁革，與頒行憲法之旨，顯相違背。

並曾言：³⁶

立憲之國，專以保護臣民權利為主。現行律中，以階級之間如品官制，使良賤奴僕區制最深，殊不知富貴貧賤品類不能強使齊，第同隸嵬嶷，權由天畀，於法律實不應有厚薄之殊。

此則清楚認知「平等」實為憲法的根本與基礎，蓄奴的制度與憲法絕不相容者。當時視天下臣民為奴僕的「予一人」尚存，且滿朝滿漢王公大臣，誰人家無奴僕？非有大勇氣者，不敢出此；非有大智慧者，亦不能逆料此議卒邀上許，致數千年奴隸制度終遭廢除竟得以此奏為其嚆矢！

他在研究刑制的著作中還曾說過：³⁷

凡人皆同類，其人而善也者，茂林翹秀也；其人而惡也者，叢撥荒蕪也。法之及不及，但分善惡而已，烏得有士族匹庶之分？……若謂士族之惡者亦茂林翹秀，匹庶之善者亦叢撥荒蕪，是使人但知士族匹庶之分，而不復知善惡之分矣，此大亂之道也。

第五種反應，則是以為應從平等觀念出發，追求中國社會政治制度的大破大立。史學家王汎森先生將此種主張歸入反傳統思想的脈絡，以其要求是在打破包括家族宗法勢力、森嚴階級區分等藩籬與隔閡所形成的分別相，使中國的「所有基本分子相『通』」，乃是「佛教破除分別與對待的學說在這時發揮了莫大的社會功能」所致。³⁸此中的代表人物應屬下大決心要奮力「衝決網羅」

34 康有為，《孟子微》（臺北：臺灣商務書局，1968），頁8、9、14。

35 沈家本係於光緒卅三年十二月上〈修訂法律大臣奏遵議滿漢通行刑律摺〉，提及此議，係滿漢一體處理。詳見《沈家本全集》（北京：中國政法大學，2010），卷二，頁458-460；卷四，頁624-627。又沈氏並言及「現在歐美各國均無買賣人口之事，係用尊重人格之主義，其法實可取。」一併記之。

36 語出奕劻等編，《欽定大清現行刑律》〈宣統朝〉，奏疏，宣統二年（1911）四月。收入《清代各部院則例》（香港，蝠池書院，2004），第32冊；轉引自黃源盛，〈從傳統身分差等到近代平權立法〉，收入氏著，《法律繼受與近代中國法》（自刊，臺北：2007），頁310。

37 沈家本，《沈家本全集》，卷三，頁24。

38 王汎森，〈從傳統反傳統——兩個思想脈絡的分析〉，收入氏著，《中國近代思想與學術的系譜》（臺北：聯經出版社，

的譚嗣同，在其寫成於光緒廿三年（1897）探究「平等」的著作《仁學》中，有下列的段落：³⁹

通之象爲平等。

平等者，致一之謂也。一則通矣，通則仁矣。

人人能自由，是必爲無國民。無國則畛域化，戰爭息，猜忌絕，權謀棄，彼我亡，平等出；且雖有天下，若無天下矣。君主廢，則貴賤平；公理明，則貧富均。千里萬里，一家一人，視其家，逆旅也；視其人，同胞也。

在讀到黃侃（1886-1935）於1907年寫下：若不能將中國改造成一個平等的社會，「當以神州爲巨塚」的豪語時，王汎森不禁感嘆：當時的人們，心中其實有著一股「不計一切代價徹底打爛江山，重新再造的渴望」！⁴⁰

第六種反應，可以清末（約在1903-1904年之間）撰寫《老殘遊記》的劉鶚（1857-1909）爲代表。他在書中藉用「黃龍子」之口說出另一種平等的觀點：⁴¹

譬如兩國相戰雖有勝敗之不同，而彼一國即不能滅此一國，又不能使此一國降伏爲屬國，雖然戰勝，而兩國仍爲平等之國，這是一定的道理。

此或可說是以西人之道還治西人的思想餘緒，是將西方的平等道理適用於國家與國家的關係，暗示中國不因敗於列強而喪失國格之平等，也與孫中山先生（1865-1925）遺囑中所說「聯合世界上以平等待我之民族，共同奮鬥」，特別重視以國家民族爲單位的集體平等，有其異曲而同工之處。

這六種態度之外，也許還有他種的反應，然而最後究竟算是那一種態度在歷史的長河中勝出？至今恐難斷言。然而，甫自西方撲面而來的平等觀念，顯然震撼了當時走在歷史前沿的社會精英們，不可避免地反映在他們的社會政治行爲及行動方案之中，⁴²自也就爲平等原則進入憲法，帶來了契機。

肆、「平等」如何進入憲法

清末清廷預備立憲說信誓旦旦，惟只會提出《憲法大綱》（光緒34年8月1日）及《憲法十九信條》（宣統3年9月13日）兩份類似憲草的文件，即告覆亡；兩者之中皆無平等權的規定。⁴³此後的憲法文件中含有平等權規定的，體例可分爲兩種。甲種體例首先出現在以宋教仁（1882-1913）所起草的《中華民國臨時政府組織法草案》爲藍本，雷震（1897-1979）譽之爲亞洲第一部民主憲法，而於1912年3月11日公布的《中華民國臨時約法》⁴⁴中，首見以第二章規定人民權利清單，以「中華民國人民，一律平等，無種族階級宗教之區別」的規定列爲該章首條（第五

2003），頁126-127。

39 譚嗣同，《仁學》（臺北：大中書局，1958），頁4、7、83。梁啟超於譚嗣同身故後九十日以譚之同學身分爲《仁學》作序時曾如此解釋平等：「仁者，平等也，無差別相也，無揀擇法也，故無大小之可言也。」（頁2）。

40 王汎森，〈從傳統反傳統——兩個思想脈絡的分析〉，收入氏著，《中國近代思想與學術的系譜》，頁128。

41 劉鶚，《老殘遊記》（臺北：世界書局，2004），頁109、434、443-444。

42 宣統皇帝退位的儀式上，據說包括沈家本在內的八位觀禮大臣，向退位的皇帝行鞠躬禮，捨棄了跪拜的儀節，只是一則淺近的例子。

43 繆全吉，《中國制憲史資料彙編》，頁3-4、15-16。

44 雷震原著，薛化元主編，《中華民國制憲史——制憲的歷史軌跡（1912-1945）》（臺北：財團法人自由思想學術基金會，2000），頁42。繆全吉教授以臨時約法係以宋氏組織法草案爲藍本，《中國制憲史資料彙編》，頁49；亦有謂臨時約法係由宋教仁所起草、1911年12月3日武昌各省都督府代表聯合會通過的中華民國臨時政府組織大綱修改而來，因爲大綱中缺乏人民權利義務的規定，遂增加人民權利義務的專章，擬具修正案的五位審查員爲景耀月、張一鵬、呂志伊、王有蘭、馬君武。邱遠猷、張希坡，《中華民國開國法制史》（北京：首都師範大學，1997），頁352-360。

條），⁴⁵從此奠定了「平等」在憲法中的顯赫位置。1914年5月1日公布的《中華民國約法》（袁世凱約法）亦循其例，於第二章規定人權清單，也將平等列為該章首條（第四條），僅有的文字改變是將「一律平等」改置文末為「法律上均為平等」（即其條文文字為「中華民國人民，無種族階級宗教之區別，法律上均為平等。」⁴⁶此種模式以下稱甲例），乙種體制其實出現在1912年之臨時約法之前，《中華民國臨時政府組織法草案》由孫文（1865-1925）大總統向參議院提出而於1月31日遭到退回，其中第二章亦列出人權清單，同將平等列為諸權利之首（第五條），其文字為：「人民一律平等。」而無「無分種族階級...」或類似字樣，⁴⁷則開啓了另一種類型的立法體例（以下稱乙例，其意義後詳）。

從1911年至1949年，三十八年之間，曾經出現過數十份憲法草案，⁴⁸此中凡設有人權清單的憲草，絕大多數均將平等列為首條，幾無例外。⁴⁹

先是於1911至1927之十七年間，首先有康有為、吳貫因（1879-1936）、王寵惠（1881-1958）、梁啟超（1873-1929）同在1913年各自提出憲法草案，加上《天壇憲草》，至少有五部憲草問世；此中康有為的草案將人權清單列為一章，平等列在該章之首（第八十六條），體例採甲例。⁵⁰吳貫因草案、⁵¹王寵惠草案、⁵²梁啟超案，⁵³乃至《天壇憲草》的體例均然。⁵⁴到了1919年徐世昌總統時期的憲法起草委員會所議決的憲草，亦復如此。⁵⁵隨後則有1922年國是會議中由張君勱（1886-1969）所主稿的憲法草案兩種、⁵⁶1923年以《天壇憲草》為底稿而公布的《曹錕憲法》、⁵⁷汪馥炎（1891-1940）與李祚輝於1925年提出的《聯省憲法草案》、⁵⁸及同年於善後會議後由國憲起草委員會通過的憲草，⁵⁹亦同將平等權列為人權清單之首，採取甲例。

繼則是1928至1946年之間的各種版本的憲法草案，頗有可觀。1928年由呂復所擬的〈約法私草〉，亦將平等權列為人權清單之首，採取甲例，⁶⁰惟1933年薛毓津所擬的憲法草案，雖亦將平等權利置於人權清單之首，但罕見地將「個人權利」列為章節名，而且體例採取乙例，⁶¹可值注意。1933年是憲草產出的重要年代；訓政時期的立法院組成了憲法起草委員會，七人起草小組推由吳經熊（1899-1986）擔任初步起草工作，吳氏遂將其所草擬、名為《憲法草案初稿試擬稿》

45 繆全吉，《中國制憲史資料彙編》，頁51。

46 繆全吉，《中國制憲史資料彙編》，頁63。

47 繆全吉，《中國制憲史資料彙編》，頁44、49。論者有謂臨時約法與臨時政府組織法草案無大出入，「然當日參議院，竟不肯接受，而必自制約法者，大抵以受命於政府，有傷立法獨立之尊嚴耳，非必反對該草案之內容也。」陳茹玄，《中國憲法史》（臺北：文海出版社，1977），頁34-36。然則其間確曾將平等條款有所增益，而從「人民一律平等」改為「人民無種族階級宗教之區別，法律上均為平等」的臨時約法，係由南京參議院之編輯委員會起草，又曾付特別審查會李肇甫、鄧家彥、熊成章、錢樹芬、谷鍾秀、殷汝驪、歐陽振聲、張繼、湯漪九人審查，（日）佐藤三郎、井上一葉編著，《中華民國珍貴史料——民初議員列傳》（臺北：新銳文創，2012），頁9。該條文字究係出自何人之手筆，待考。

48 繆全吉，《中國制憲史資料彙編》，頁44。

49 如果將中共於1946年4月23日於陝甘寧邊區通過之《陝甘寧邊區憲法原則》納入計算，則為唯一載有人權利清單而未將平等置於首位的憲法文件。其中平等規定係用甲種體例：「邊區人民不分民族，一律平等。」姜士林、陳瑋主編，《世界憲法大全（上卷）》（中國廣播電視出版社，北京：1989），頁58。

50 繆全吉，《中國制憲史資料彙編》，頁141。

51 繆全吉，《中國制憲史資料彙編》，頁158。

52 繆全吉，《中國制憲史資料彙編》，頁177。

53 繆全吉，《中國制憲史資料彙編》，頁191。

54 繆全吉，《中國制憲史資料彙編》，頁203。

55 繆全吉，《中國制憲史資料彙編》，頁215。

56 繆全吉，《中國制憲史資料彙編》，頁250、266。

57 繆全吉，《中國制憲史資料彙編》，頁882。

58 繆全吉，《中國制憲史資料彙編》，頁286。

59 繆全吉，《中國制憲史資料彙編》，頁308。

60 繆全吉，《中國制憲史資料彙編》，頁336。

61 繆全吉，《中國制憲史資料彙編》，頁382。

以其私人名義發表，徵求意見。此稿最特別之處，在將採取甲例的平等權規定載入憲法的總則，較之將其列為人權清單之首，更顯重視之情；此稿復規定「國內各民族，均為中華民族之構成分子，在政治上一律平等」，對於平等的強調，可見一斑。⁶²吳稿是後來許多草案的重要藍本，多處均有明顯的影響力。⁶³吳稿提出不久，同為起草七人小組的張知本（1881-1976）旋又提出《張知本憲法草案》，仍將平等權列為人權清單之首，同樣採取甲例。⁶⁴

吳稿與張稿之後，即由起草小組舉行主稿人審查會議，以吳稿為底本，參照張稿與各方意見，同年底擬成憲法草案初稿，⁶⁵以及次年（1934）初再由立法院公開發表的憲法草案初稿，都採甲例而仍將平等權置於人權清單之首。⁶⁶但是，1934年7月再由立法院發表的該項初稿審查修正案，則是改採乙例而仍將平等權列為人權清單之首。⁶⁷並在1934年10月三讀通過的憲法草案，維持乙例。⁶⁸立法審查稿與三讀通過的草案均已納入吳經熊擬議的民族平等的條文，且將之列為總綱的規定，亦即同時強調民族平等與個人平等。此等體例，在1936年的《五五憲草》均獲得維持。⁶⁹

《五五憲草》於1940年經過國民參政會（繆全吉教授稱之為抗戰時期之中央民意機關）⁷⁰加以修正，但國民參政會的修正草案也維持將民族平等列為總綱條文，平等條款權以乙例置為人權清單之首，未予改變。⁷¹接下來就是政治協商會議在1946年11月所提出的政協憲草了。⁷²此一政協憲草仍然同時納入了民族平等與列為人權清單之首的平等條款，但又改採甲例文字。⁷³制憲國大在一個月後通過、於1947年公布的憲法條文裡，雖然小幅調整了文字，但維持了協商憲草關於平等的規定，在總綱中納入民族平等，第二章納入人權清單，而且終局地採取了甲例的平等權規定。

74

1949年中華人民共和國成立之前，中國共產黨曾有幾份具有憲法性質之文件，較早的是《中華蘇維埃共和國憲法大綱》，內中並無人權清單；⁷⁵之後的《陝甘寧邊區施政綱領》亦然；⁷⁶1946年的《陝甘寧邊區憲法原則》則有人權清單，但平等原則並未置首。⁷⁷中華人民共和國成立之後，先是有1954年之憲法，於第三章開列人權清單，平等條款亦為首條，採乙種體例。⁷⁸而1975年之憲法，有民族平等之規定（第4條），唯權利清單合為三條，不以平等條款為首條，且只規定婦女與男子平等而已，⁷⁹1978年的憲法的內容與之類似。⁸⁰之後則是在1982年的憲法中以第二章納

62 繆全吉，《中國制憲史資料彙編》，頁410-412。

63 筆者曾以外國人的平等保護為例，論及吳經熊憲草在憲法平等條款的解釋上特別值得注意之處，詳見李念祖，《人國之禮——憲法變遷的跨越》，頁230-232。該文發表前曾經法治斌教授審查並提供意見，於此註記。

64 繆全吉，《中國制憲史資料彙編》，頁441。

65 繆全吉，《中國制憲史資料彙編》，頁460。

66 繆全吉，《中國制憲史資料彙編》，頁482。

67 繆全吉，《中國制憲史資料彙編》，頁503。

68 繆全吉，《中國制憲史資料彙編》，頁528。

69 繆全吉，《中國制憲史資料彙編》，頁548。

70 繆全吉，《中國制憲史資料彙編》，頁564。

71 繆全吉，《中國制憲史資料彙編》，頁566。

72 中國共產黨原曾參加政治協商會議，但在該項會議提出政協憲草之前，退出了政治協商會議。繆全吉，《中國制憲史資料彙編》，頁595。

73 繆全吉，《中國制憲史資料彙編》，頁597-598。

74 繆全吉，《中國制憲史資料彙編》，頁617-618。

75 其規定（四）之規定為：「在蘇維埃政權領域內，工人、農民、紅色戰士及一切勞苦民眾和他們的家屬，不分男女、種族（漢、滿、蒙、回、藏、苗、黎和在中國的臺灣、高麗、安南人等）、宗教，在蘇維埃法律前一律平等……。」雖曰平等而採甲種體例，惟所適用的對象極其有限而非一體適用於人民，實質上不是本文所稱之平等條款。

76 姜士林、陳瑋，《世界憲法大全（上卷）》，頁55-56。

77 姜士林、陳瑋，《世界憲法大全（上卷）》，頁58，其平等條款僅曰「邊區人民不分民族，一律平等。」

78 姜士林、陳瑋，《世界憲法大卷（上卷）》，頁72。

79 姜士林、陳瑋，《世界憲法大卷（上卷）》，頁75-77。

入了人權清單，在第三十三條中寫下「中華人民共和國公民在法律面前一律平等」，也是列為人權清單的第一條。平等條款顯然還是占據著人權清單上顯赫的位置，至今不變。

伍、「平等條款」入憲體例

歸納以上平等條款入憲的軌跡，就其體制，有下列數點可為說明。

第一，從臨時約法開始，凡是有人權清單的憲法文件，包括憲法草案在內，除了吳經熊草案是將平等條款的位置列為較諸人權清單更先的條文之外，除了1975及1978年兩部憲法之外，平等條款成為人權清單之首，幾無例外！如果位置列前意謂地位重要的話，那麼平等條款在中國憲法人權清單中曾經具有的重要性，可謂無出其右，而且無與倫比！從1868年志剛初識西方平等為何物的驚訝，到1912年宋教仁將平等條款納入亞洲第一部共和國憲法的顯赫位置，只有四十四年的工夫！

第二，臨時約法賦予平等條款此種位置，與1874年之瑞士聯邦憲法的體例較為接近，⁸¹惟在舉世憲法之中，當時亦不多見。不但為1789年的美國聯邦憲法所無，⁸²即法國1789年的《人權宣言》第一條亦是將自由列於平等之前。⁸³1912年的臨時約法早於1919年的德國威瑪憲法，⁸⁴1929年的奧地利憲法，⁸⁵乃至1945年的《世界人權宣言》，也非1689年英國人權清單之以自由為主卻缺乏平等意識、⁸⁶1889年明治維新帝國憲法係由天皇恩賜臣民權利或1947年的日本國憲法並未將平等置於人權清單的首位者⁸⁷可比。

第三，甲乙兩種體例，意義非無差別，卻各有擁躉。其中採甲例較著者為臨時約法、《天壇憲草》、《曹錕憲法》、吳經熊憲草、《政協憲草》與1947年公布施行的憲法；採乙例較著者則為薛毓津憲草、《五五憲草》以及1982年之中華人民共和國憲法。值得注意者，採取甲例者係於言明人民或國民或公民在法律上平等之外，⁸⁸尚要加上「無分某事」的字樣，而「某事」則可包括男女、種族、階級、宗教、黨派、出生、職業等等。⁸⁹然則這許多項目裡，階級、種族、宗教三者乃係眾稿咸同，一無例外。⁹⁰其中階級云者，主要係指因出生而無從選擇的固定身分，所以不適合成為法律為差別待遇的標準者，在於當事人無從藉著一己的努力改變其不利益的狀態之故。封建時代父以傳子的王位、皇親國戚得享的特權、公侯伯子男的世襲爵制，乃至奴隸的身分，均屬其例。⁹¹當年距離滿清傾覆不遠，破除封建階級誠屬憲政急務，今者封建階級已不存在，年輕

80 姜士林、陳瑋，《世界憲法大全（上卷）》，頁79、82-83。

81 1874年之瑞士聯邦憲法係於總則中納入平等條款曰：「瑞士公民在法律面前一律平等，在瑞士沒有地位、出生、身分或家庭的特權和臣屬關係。」不知將平等條款納入總則之吳經熊憲草是否曾經參考此部憲法。姜士林、陳瑋，《世界憲法大全（上卷）》，頁1004。

82 鄒文海，〈美利堅合眾國憲法〉，收入國民大會秘書處，《新編世界各國憲法大全（第三冊）》，頁405-412。

83 姜士林、陳瑋，《世界憲法大全（上卷）》，頁761、774（《人和公民的權利宣言》第一條：「在權利方面，人們生來是而且始終是自由平等的。只有在公共利用上面才顯出社會上的差別。」）。法國1793年共和國元年憲法的人權宣言第二條改將平等置前，而曰人民的自然權是平等、自由、安全與財產，此部憲法並未實行。

84 姜士林、陳瑋，《世界憲法大全（上卷）》，頁726-733。

85 黃越欽原譯，林明鏞增訂，〈奧地利共和國憲法〉，收入國民大會秘書處，《新編世界各國憲法大全（第二冊）》（臺北：1996），頁633、634。

86 姜士林、陳瑋，《世界憲法大全（上卷）》，頁1133。

87 謝瑞智譯，〈日本國憲法〉，收入國民大會秘書處，《新編世界各國憲法大全（第一冊）》（臺北：1996），頁213、219、634。

88 各種憲法草案及不同之憲法版本中的平等條款，規定的是人民平等、公民平等還是國民平等，則是另一個不可放過但也非本文篇幅所能承載的重要題目。參見李念祖，《人國之禮——憲法變遷的跨越》。

89 此中以吳經熊憲草所取者為最，以總則中的第四條曰：「中華民國人民無男女、種族、宗教、出生、階級、職業之區別，在法律上一律平等」，共六項，為諸憲草所僅見。繆全吉，《中國制憲史資料彙編》，頁411。吳氏篤信基督，為國際知名之經院學派法學家，依志剛的觀點，特尚平等，不為無故。

90 性別平等，則是三者之外，另一個重要項目。許多憲草版本，且以專門的條款處理性別平等，可見此為清末民初社會轉型時期的一個重要題目。本文限於篇幅，亦只能捨棄不談。

91 瞿同祖先生的名著《中國法律與中國社會》（臺北：里仁書局，1984）一書，共六章437頁，其中用兩章共154頁的篇幅敘述

世代或已不知封建階級為何物，然則即令如此，亦不必以為禁止政府法令區分封建階級已無實益，按所以防範捲土重來於未然也。又各稿均將宗教及種族列入，亦不難解釋其中緣由。平等一詞原是佛家語，前引志剛之書亦已言及平等思想與宗教的關連，即使宗教平等可以為宗教自由所涵蓋（如果懂得宗教自由必然包含政教分離的道理的話），將宗教平等於憲法上標而出之，為雙重的保障，實也深具意義。至於種族，清末革命黨人革命初期以驅逐韃虜為號召，固不足與言種族平等，一旦轉而倡議五族共和，自有同時強調民族平等與種族平等的理由；⁹²即前者係言集體的平等，而後者則取個人平等之意。依此等角度思考，1954年與1982年的中華人民共和國憲法均捨甲例而取乙例，自有其緣故。

第四，甲例與乙例的平等條款有無釋義學上的不同？純從文理邏輯言，「人民在法律之前一律平等」構成了乙例的全部命題，甲例在此一命題上加入「無某事某事的區別」之語，如果以為是在一個全稱命題上加設一種限制，則甲例與乙例相比，平等的保障範圍似乎較小？此則實係不諳平等原理的想法。法律之前人人平等，確為動人的命題，但除了「人人平等」這一條原則之外，法律的基本功能本是在建立（也就是區別）人際間權利義務關係，乃必須區別權利人與義務人。幾乎可以這樣說，建立不平等的規則，以區別為能事（如因債務而區別債權人與債務人以定兩人之間的權利義務關係），為法律先天所不能免的特徵。是則乙例的平等條款又該如何理解呢？人權清單羅列的是基本人權，平等條款的基本要求，⁹³則是法律不能在基本人權上有差別待遇；法律區別人際權利義務，如不發生歧視基本人權的後果，即不違反平等原則。這點在甲例的平等條款也是一樣的解釋，但甲例加上「無某事某事的區分」則是增加了憲法對於法律的限制，亦即指明一些似是而非、不該用以區別權利義務關係的標準，不論法律以之做為區別或分類的根據是否形成基本人權的歧視，都受到憲法的質疑，這就是「可疑的分類」的概念。「無某事某事的區別」中的「某事某事」，皆屬「可疑的分類」。種族與階級，乃至於性別，所以構成可疑的分類，其共同的道理是，法律所用以區別等差的標準，是個人與生俱來而不能藉由自己的努力加以改變的因素，極不合理，也極不公平。「可疑的分類」，乃在憲法平等條款禁止法律歧視基本人權之外，構成另一種獨立存在的憲法質疑。準此而觀，甲類平等條款的射程乃較乙類平等條款更遠。至於經濟生活裡形成未必當然世襲的階級，與封建社會世襲的階級，同以階級稱之，但性質有無不同？是否能夠畫上等號？則均是值得討論、但非本文篇幅所能涵蓋的問題。

未應說明的是，平等的觀念進入憲法，至少有兩種路徑，一是政治平等，一是經濟平等。政治平等談的是人格的平等尊重；經濟平等談的則是資源平等分配。兩者關切的面向原不甚相同；有時甚至彼此形成衝突。按平等條款原欲限制政治權力為政治上的差別待遇，往往收縮政治權力；而在經濟上提出平等分配的要求，則是要運用政治權力成就分配的平等，其結果往往實質上擴充政治權力，以便透過扶助弱勢的差別待遇，移富濟貧。西方在廿世紀下半葉出現 John Rawls

「階級」；在傳統禮教社會中，「階級」所占的重要性，可見一斑。

92 英國史學家 Odd A. Westad（文安立）在近作中，即曾注意到廿世紀最初十年的革命黨人基於民族主義將清廷稱為滿洲韃虜，與1912年初之宣統退位詔中強調應合滿漢蒙回藏為一大中華民國，適成對比。文安立著，林添貴譯，《躁動的帝國——從乾隆到鄧小平的中國與世界》（Restless Empire—China and the World since 1750）（新北：八旗文化·遠足文化，2013），頁131-134。是則1912年之臨時約法將「不分種族一律平等」納入規定，尤屬新穎而進步之嘗試。

93 論者常用實質平等「等者等之，不等者不等之」（或如「法律應平等適用於所有人，除非客觀差異要求差別對待」，湯姆·賓漢（Tom Bingham）著，陳雅晴譯，《法治——英國首席大法官如是說》（香港：商務，2013），頁6之類似語句解釋「法律上一律平等」的意思，林子儀大法官於釋字第571號解釋中則指出此為一種空洞之說法：「單憑『等者等之，不等者不等之』公式卻無從指引我們：得否將人分類？如何將人分類？應選擇何人與何人相比？兩者間就何種事項而言應屬相同（或不同）？又何謂相同待遇（或差別待遇）？換言之，『等者等之』公式本身不包涵任何實質價值在內，故也無法幫助我們進行上述諸種實質價值判斷，其毋寧僅是一形式、空洞且同義反覆的說法，因此與所謂『實質平等』之用語並不相稱。就其概念、內涵缺乏實質價值而言，毋寧亦屬於一種『形式平等』。實質平等一語所指涉者應為一種特定之平等價值，或分配正義之理念，...憲法增修條文第十條第六項規定：『國家應維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等。』是我國憲法明文使用『實質平等』一詞之憲法規定，而該條所規定之『實質平等』，絕非僅追求『法律上合理差別待遇』，而是關切兩性『社會地位』的『平等』，故而亦不宜再援用『實質平等』一詞，來描述『等者等之，不等者不等之』之合理差別待遇之概念。」。

(1921-2002) 提出的平等自由主義，以為可以也應該在無知之幕後平等地協商出社會正義的兩大原則，第一原則就是確立政治平等：每個社會成員應該同等地享受同等但最大程度的自由。第二原則則是立基於政治平等的前提追求經濟平等，社會經濟上的不平等安排，只能是在機會平等的位置上，為了讓最弱勢的人得到最大的彌補而移富濟貧。⁹⁴ 往昔極度的政治自由主義，是以經濟上的放任追求自由，以致忽略了經濟平等；而極度的社會主義主張，則是為了追求經濟分配的平等而不惜捨棄政治自由。平等自由主義的方法，要用「人人平等的政治自由」（基本上認為無平等即無自由）⁹⁵ 做為使用不平等的措施（如保障弱勢的差別待遇）以追求經濟平等的前提，從而成為調和政治平等與經濟平等的一種政治哲學理論。本文所談的平等條款，主要只在觀察政治人格平等入憲的路徑，並不及於經濟上平等分配原則入憲的討論。⁹⁶

陸、尾語

人生而平等或是不平等，政治人格平等或是經濟分配平等，都是價值命題，而非事實的描述。社會生活中人心不同，各如其面，本即較易導致「人不平等」的誤信；人類數千年歷史之中，假設「人不平等」的時期遠逾假設「人人平等」的時期，不為無故。憲法採納「人人平等」的價值命題，是一個重要的基本決定。憲法的平等條款中加上「法律之前」一項條件，則是在標明憲法規範的對象乃是政治權力與平民個人的關係，也就是在規範古代的君民關係或是今日的國家（或政府）與人民之間的關係（當然也包括古代的君臣關係或今日國家與公務員的關係在內）。至於儒家禮教所同時規範的父母，夫妻、朋友關係，則不是憲法規範的主要關切所在。世界上當然也有國家基於歷史因素，在憲法中明文禁止奴隸制度，無論公私部門一概不許蓄奴，此則是基於人際間絕對的支配關係與平等原則絕不相容的立場，以為主人與奴隸之間是一種絕對的支配關係，即使只是個人之間的蓄奴關係，也將之與暴政同視，使之接受憲法的規範。⁹⁷

中國從封建到告別封建，在接受西方平等觀念的洗禮與震撼之後，為了邁向嚴復形容為植基於平等觀念的民主政治，保留人權清單中最為顯赫的位置，迎接政治人格平等條款入憲，良有以也。回顧這段歷史的發展，的屬憲政史上的一樁大事。當然，政治人格平等條款得以顯赫的位置與姿態入憲，是將一種價值理想載入憲法，要求政治權力遵守並加以實現。然而，憲法文本中的理想無論如何顯赫，也不保證理想必然會化為憲政事實。廿世紀在滿清覆亡之後的89個年頭中，列為人權清單之首的平等條款，真正覆蓋全中國的時間，畢竟只是其中極少數的年頭。即使到了廿一世紀，政治或社會人格平等思想是否果已深植於中國的政治社會文化土壤之中，還有待評估。可以確定者，平等關係不必只是存在於敵人之間的關係，只要有任何種類的階級等差觀念、政治或是社會歧視一日存在於法律建制或政治現實之中，有關憲法上平等觀念的探究，即不會一日中斷，而有繼續朝理想前行以求落實理想的需要。中華文化，海納百川，其將有意有志於此乎？

94 關於 Rawls 的平等自由主義之介紹，參見朱敬一、李念祖，《基本人權》（臺北：時報文化，2003），頁9-11、18-20。

95 Rawls 所言之第一原則，與孫文先生曾言：「更有許多人以為要能夠自由，必要得到平等，如果得不到平等，便從實現自由，用平等和自由比較，把平等更是看得重大的。」意思相若。其第二原則與孫文先生所言之「機會平等」也有可以互為發引的觀念存在。孫文，《三民主義》，同頁。

96 經濟上平等分配成為憲法原則的課題極廣，可以包括量能課稅、土地國有化、公用徵收、市場經濟與計畫經濟的取捨、社會福利、社會保險等等。

97 美國憲法增修條文第13條：「美國境內或屬美國管轄區域內，不准有奴隸制度或強迫勞役之存在。但因犯罪而被判強迫勞役者不在此限。」鄒文海，〈美利堅合眾國憲法〉，收入國民大會秘書處，《新編世界各國憲法大全（第三冊）》，頁413。

ABSTRACT

This short paper explores two complementary issues in the history of the modern Chinese constitution's development. First, why the conception of equal protection of the law ("*ping dung*") was alien to the Chinese. Second, how this exotic conception was assimilated into the Chinese constitution and now occupies a prominent position in modern times.

The term *ping dung* was not employed to represent equality until the late 19th century. It is not native to the Chinese language and was imported into the language as a translation. *Li*, as the core of social norms since ancient times in China, performed the critical role of distinguishing the nobility, civilians and slaves, as well as defining *guan xis* so that social/political hierarchy may be established. In the late 19th century, when the elites of Ching Dynasty first encountered the Western notion of political equality, they were stunned. The author cited in this paper six varying attitudes to explain how different approaches were taken by the Chinese intellectuals at the time to graft political equality into the action plans of social/political reform, leading eventually to its introduction into the constitution making process.

From late Ching Dynasty, through the Republic of China, and then the contemporary People's Republic, the principle of political equality almost without exception sat atop every bill of rights in numerous drafts/versions of the Chinese constitution. Of all those drafts/versions, however, only two models were adopted, each advocating a unique approach in realizing political equality. This chapter of constitution making has hitherto received inadequate attention. Being placed prominently in the text of the constitution does not necessarily guarantee faithful implementation. On the other hand, if *ping dung* were entirely absent from the text, its implementation in the political world would be impossible.

KEY WORDS: equality, the principle of equal protection of law, suspect class, political equality, equality among racial groups