

# 平等观念是空洞的吗？

## —— 一页学术史的回思

阎天\*

**内容提要：**平等作为反歧视法正当性基础的地位饱受挑战。上世纪后二十年，以韦斯滕、彼得斯等为代表的学者，围绕平等观念的空洞性问题，展开了两轮讨论，形成了十五篇主要论争文献。主张废除平等作为规范概念的学者认为：平等的观念完全是空洞的，它必须援引外部的权利规则方可获得实体内容，否则便毫无意义；而一旦搞清了这些规则，平等就变得多余。围绕平等衍生的看似矛盾和纠结的现象，其实都是平等背后的权利规则差异所致；而平等本身还会遮蔽人们对于这些规则的关注，引发混乱，所以应当被废弃。关于平等空洞性的讨论，主要在“平等的假设”、“实体平等”和平等与规则统一适用的关系三个方面展开。

### 一、引论

平等是反歧视法所倚赖的最重要的宪法价值，“不歧视”和“平等”经常被学者看作可以互换的同义语。面对反歧视立法的迫切需求，平等必然走下抽象理念的神坛，回归生活，展开具体的规范意义——宪法学者从强调“平等原则”到关注“平等权利”乃至“平等审查”的转变即是明证。然而，一旦去除绝对真理的光环，平等所带给人们的与其说是确定的规范，毋宁说是更多的分歧、困惑与无所适从：平等的含义并不统一，不仅“形式平等”、“实体平等”、“机会平等”、“过程平等”、“结果平等”之类的术语多如牛毛，而且对每一术语含义的理解尚存歧见；平等与一些相邻概念纠缠不清，平等与自由、平等原则与比例原则<sup>1</sup>究竟存在何种关系，尚无头绪；平等会“自相矛盾”，一方面可以用来论证学校种族隔离的必要性，<sup>2</sup>却也可以论

---

\* 耶鲁大学法学博士（J.S.D.）候选人。本文是国家社会科学基金重大项目“和谐劳动关系协调机制的法律构建研究”（批准号：11&ZD031）的成果。文章系在笔者的北京大学硕士学位论文基础上修订而成。笔者感谢强世功、沈岩、王锡锌诸教授的提点。

<sup>1</sup> 对于比例原则与平等原则的关联，参见阎天：“就业歧视界定新论”，《行政法学论丛》第11卷，2008年。

<sup>2</sup> 例如，美国联邦最高法院在 *Plessy v. Ferguson* (163 U.S. 537) 一案中，曾论证了种族隔离的学校政策是“分离且平等”的。

证去除种族隔离的必要性<sup>3</sup>……平等的规范意义为这些歧义和模糊所严重削弱，促使人们追问：平等的困境因何而起，又如何解脱？

二十七年前，美国学者彼得·韦斯滕<sup>4</sup>给出了自己的答案：平等的观念完全是空洞的，它必须援引外部的权利规则方可获得实体内容，否则便毫无意义；而一旦搞清了这些规则，平等就变得多余。围绕平等衍生的看似矛盾和纠结的现象，其实都是平等背后的权利规则差异所致；而平等本身还会遮蔽人们对于这些规则的关注，引发混乱，所以应当被废弃。他的上述思想集中体现于《平等观念的空洞性》<sup>5</sup>一文，发表在1982年第3期的《哈佛法律评论》上。其后两年间，这篇文章引发了众多学者的讨论和质疑；难得的是，韦斯滕对代表性的质疑逐一发文反驳，在《耶鲁法律杂志》<sup>6</sup>《密歇根法律评论》<sup>7</sup>和《哥伦比亚法律评论》<sup>8</sup>等一流法学期刊开辟了学术对话的平台，形成了八篇主要交锋文章。十多年后，《平等观念的空洞性》一文已成为美国法学界引用最多的论文之一，<sup>9</sup>《哈佛法律评论》又刊出克里斯托弗·彼得斯<sup>10</sup>撰写的《重思平等》，<sup>11</sup>对多年前的争论重做诠释，由是掀起讨论的新高潮，不仅有上一轮争论的学者再次上阵，<sup>12</sup>《艾奥瓦法律评论》<sup>13</sup>和《波士顿法律评论》<sup>14</sup>等亦参与其中，新形成了七篇有代表性的论争文字。平等观念空洞性的讨论，在学术史上留下了生动的一页，至今余音绕梁，<sup>15</sup>而中国学者对这场论辩的关注还很少。<sup>16</sup>回

---

<sup>3</sup> 例如，美国联邦最高法院在 *Brown v. Board of Education* (347 U.S. 483) 一案中，曾论证了种族隔离政策具有天然 (inherent) 的不平等性。

<sup>4</sup> Peter Westen, 密歇根大学法学院 Frank C. Millard 教席荣休教授。他毕业于哈佛大学，后获加州大学伯克利分校法学博士学位。他对平等问题的研究形成了若干论文，并有专著 *SPEAKING OF EQUALITY: THE RHETORIC OF EQUALITY IN MORAL AND LEGAL DISCOURSE* (普林斯顿大学出版社，1990年) 一书问世。关于该书大意，参见书评 Jeremy Waldron, *The Substance of Equality*, 89 Mich. L. Rev. 1350 (1991)。

<sup>5</sup> Peter Westen, *The Empty Idea of Equality*, 95 Harv. L. Rev. 537 (1982)。译文参见阎天编译，叶静漪审校：《反就业歧视法国际前沿读本》，北京大学出版社，2009年。

<sup>6</sup> Steven J. Burton (斯蒂文·J·伯顿), *Comment on "Empty Ideas": Logical Positivist Analyses of Equality and Rules*, 91 Yale L. J. 1136 (1982); 及回应文章: Peter Westen, *On "Confusing Ideas": Reply*, 91 Yale L. J. 1153 (1982)。斯蒂文·伯顿，艾奥瓦大学法学院 John F. Murray 教席教授。

<sup>7</sup> Erwin Chemerinsky (厄文·凯末林斯基), *In Defense of Equality: A Reply to Professor Westen*, 81 Mich. L. Rev. 575 (1983); Anthony D'Amato (安东尼·达马托), *Comment: Is Equality a Totally Empty Idea?*, 81 Mich. L. Rev. 600 (1983); 及回应文章: Peter Westen, *The Meaning of Equality in Law, Science, Math, and Morals: A Reply*, 81 Mich. L. Rev. 604 (1983)。厄文·凯末林斯基，加利福尼亚大学埃尔文分校法学院创始院长、高级教授；安东尼·达马托，西北大学法学院 Leighton 教席教授。

<sup>8</sup> Kent Greenawalt (肯特·格林沃特), *How Empty Is the Idea of Equality?*, 83 Colum. L. Rev. 1167 (1983); 及回应文章: Peter Westen, *To Lure the Tarantula from Its Hole: A Response*, 83 Colum. L. Rev. 1186 (1983)。肯特·格林沃特，哥伦比亚大学法学院校级教授。

<sup>9</sup> Fred R. Shapiro, *The Most-Cited Law Review Articles Revisited*, 71 Chi.-Kent L. Rev. 751, 773 (1996)。

<sup>10</sup> 克里斯托弗·彼得斯 (Christopher Peters)，巴尔的摩大学法学院教授。

<sup>11</sup> Christopher J. Peters, *Equality Revisited*, 110 Harv. L. Rev. 1210 (1997)。

<sup>12</sup> Kent Greenawalt, *"Prescriptive Equality": Two Steps Forward*, 110 Harv. L. Rev. 1265 (1997)。

<sup>13</sup> Joshua D. Sarnoff (约书亚·D·萨诺夫), *Equality as Uncertainty*, 84 Iowa L. Rev. 377 (1999); 回应文章 Christopher J. Peters, *Slouching towards Equality*, 84 Iowa L. Rev. 801 (1999); 及再回应文章 Joshua D. Sarnoff, *I Come to Praise Morality, Not to Bury It*, 84 Iowa L. Rev. 819 (1999)。约书亚·萨诺夫，德保尔大学法学院副教授。

<sup>14</sup> Kenneth W. Simons (肯尼斯·W·西蒙斯), *The Logic of Egalitarian Norms*, 80 B. U. L. Rev. 693 (2000); 及回应文章 Christopher J. Peters, *Outcomes, Reasons and Equality*, 80 B. U. L. Rev. 1095 (2000)。肯尼思·西蒙斯，波士顿大学法学院教授。

<sup>15</sup> 最近的讨论文章，如 Deborah L. Brake, *When Equality Leaves Everyone Worse Off -- the Problem of Leveling Down*

思围绕《平等观念的空洞性》一文所产生的争论，对于理解和应对平等观念的困境，不无裨益。

本文以韦斯滕的观点为线索，以前述十五篇文本为主要素材，除第一部分“引论”外，主体分为三节：第二节介绍平等空洞性的证明过程，以及从方法论角度所作的批评，包括韦斯滕的回应；第三节全面铺展平等空洞性论战的图景，将学者争点集中于“平等的假设”、“实体平等”及平等与规则统一适用问题三条战线，详加辨析；第四节介绍平等所引发的混乱问题，讨论废除平等的主张的充分性。

## 二、平等空洞性的证成

韦斯滕曾以三段论结构来表述他的基本观点：

**大前提：**任何空洞且造成混乱的法律或道德概念，均应被排除作为解释性规范；

**小前提：**“平等”的概念空洞且造成混乱；

**结论：**因此，平等的概念应被排除作为解释性规范。<sup>17</sup>

质言之，对于法律或道德概念而言，仅仅空洞还不足以证立对其加以废除必要性，必须同时满足“空洞”和“造成混乱”两个条件才能够做到这一点。另一方面，平等之所以会造成混乱，又直接导源于其空洞性：正是因为平等是空洞的，必须援引外部的权利规则方能具备实体内容，才埋下了平等遮蔽权利、造成混乱的伏笔。因此，“空洞”又是“造成混乱”的必要条件。由是，论证平等观念的空洞性，成为韦斯滕所要解决的首要问题。

### (一) 韦斯滕的证明

韦斯滕采用了亚里士多德对平等的经典定义：“道德上的平等是指：相似之人应获得相似对待，而不相似之人应获得与其不相似性成比例的不相似对待”。<sup>18</sup>显然，平等公式包含两个成分：（1）两个人相似的事实判断，和（2）他们应获得相似对待的道德判断。那么，亚氏及其信徒是如何从事实（“是”）推导出规范（“应当”）的呢？事实判断与价值判断之间存在不可逾越的鸿沟，因此唯一的出路在于赋予成分（1）以道德意涵。换言之，“‘相似之人’可能意指道德上在某些方面相似的人”。<sup>19</sup>然而，人的道德侧面数不胜数，究竟哪些方面应当作为衡量人的相似性的标准呢？

---

*in Equality Law*, 46 W. & M. L. Rev. 513 (2004).

<sup>16</sup> 笔者所见到的中国学者对该文内容较细致的梳理，仅见于邱小平：《法律的平等保护——美国宪法第十四修正案第一款研究》，北京大学出版社，2005年第一版，页499-501。

<sup>17</sup> See Westen, *supra* note 6, p.1153.

<sup>18</sup> See Westen, *supra* note 5, p.543.

<sup>19</sup> See Westen, *supra* note 5, p.544 (emphasis omitted).

平等或“相似之人应获得相似对待”的命题本身无法回答这一问题，人们不得不引入外部的道德规范作为平等的量度。例如，“一切公民都有权获得基本的生存条件”是一个道德规范，正是它决定了一切公民在获得基本生存条件方面都是平等（相似）的。换言之，所谓“相似之人”，是指某一外部规则规定应获得相似对待的人。同理，平等本身也无法给出衡量待遇的相似性的标准，仍需仰仗外部规则，所以，所谓“相似对待”，是指某一外部规则规定的对待。

如果“相似之人”的判断规则为规则一，而“相似对待”的判断规则为规则二，那么规则间的关系就可分为两种情况：第一种情况，规则一与规则二是不同的规则。例如，“相似之人”是在“一切公民都有权获得基本的生存条件”的意义上相似的，而“相似对待”是在“成年公民均有选举权”的意义上相似的，那么主张“相似之人应获得相似对待”就显然荒谬——因为，有权获得基本生存条件的公民，却不一定有选举权，他们完全可能不满足规则二的适用对象。可见，这种情况不是平等的题中之义。第二种情况，规则一与规则二是相同的规则，那么，说“相似之人应获得相似对待”，就等于说“某一外部规则规定应获得相似对待的人，应获得该规则所规定的对待”。这一说法无疑正确，平等舍此别无他义，却也陷入了同义反复的泥沼。<sup>20</sup>韦斯滕写道：

真相至此大白：平等完全是“循环的”。它告诫我们给予相似的人以相似对待；然而当我们问起谁是“相似的人”时，却被告知他们是“应被给予相似对待的人”。平等只是个本身毫无实质道德含义的空洞容器。离开了道德标准，平等就毫无意义，并沦为无法告诉我们如何行事的公式。而一旦找到了道德标准，平等就变得多余，并沦为只会重复已知事物的公式。<sup>21</sup>

平等所援引的外部规则，在性质上属于权利规则。所谓权利，是指“个人或群体及其代表所能够公正主张的一切条件或力量——除了‘相似之人应获得相似对待’的主张”，<sup>22</sup>它可以简单表述为如下命题：“如果一个人符合某一条件事实，就有资格得到某种对待”。<sup>23</sup>这一命题的事实判断和价值判断部分，与前述平等命题的两个成分一一对应。所以，权利在逻辑上先于平等而存在，平等是由权利派生而来的，在分析时会瓦解而归于权利。“说两个人是‘平等’的且有权获得‘平等’对待，就等于说二者都充分满足支配对待的[权利]规则所设定的标准”；换言之，“平等”不是将两个人加以比较而得来的，而是将两个人分别与权利标准相比较而得来的；“平等”没有为如何对待人们提供任何指示，而仅仅反映了将权利规则一以贯之地加以适用的客观结果——所以，在韦斯滕看来，“平等”完全是多余的。

---

<sup>20</sup> 上述对两规则的分析，是参考了韦斯滕对“形式平等”的论述。See Westen, *supra* note 8, p.1191.

<sup>21</sup> See Westen, *supra* note 5, p.547.

<sup>22</sup> See Westen, *supra* note 5, p.540.

<sup>23</sup> See Westen, *supra* note 7, p.1157.

## (二) 方法论的探讨

在对韦斯滕提出质疑的学者中，伯顿以从方法论角度进行批评而引人注目。由于韦斯滕给平等贴上了“演绎的道德真理”<sup>24</sup>的标签，伯顿就从分析法律规则时的方法入手，展开探讨。他认为，法律规则的分析法有四种：演绎（deductive）方法、归纳（inductive）方法、目的性（purposive）方法和类比（analogical）方法。对法律规则采取目的性态度，会背上沉重的价值负担，且过于依赖讨论背景，以致无法确定规则适用的情形了；而归纳法则完全无法解释规则为何能适用于某一特定事实，<sup>25</sup>这两种方法应首先排除。至于韦斯滕所运用的演绎法，固然反映了法律论证的普遍形态，但也存在无法解决的五点缺陷：其一，作为演绎推理大前提的规则本身通常是选择（chosen）而非给定（given）的；其二，大前提都是阐释性的；其三，作为小前提的事实必须特定化，以融入小前提的语言框架；其四，小前提也必须获得阐释，以赋予含义；最后，大前提和小前提必须相符合。而前述的选择、阐释、特定化乃至相符与否，都缺乏明确的规范标准，具有强烈的主观任意色彩。因此，演绎推理的功能“不是证明可欲的结论，而是将某人在特定问题上已经暗示的观点挑明”。<sup>26</sup>韦斯滕的论证当然也难逃痼疾。伯顿认为，法律论证从根本上讲是类比论证。特别是在英美法系之下，判例法和“遵循先例”原则居于统治地位，而法官造法总是存在被后来者重新阐释、设定例外乃至推翻的空间，<sup>27</sup>因而并不存在确定的、可以用作演绎推理起点的规则；另一方面，（权利）规则都是类比的结果，类比背后的逻辑其实就是“相似案件应获得相似处理”，<sup>28</sup>这与“相似之人应获得相似对待”如出一辙，于是（权利）规则也必须借助平等方能获得运用——权利也沦为空洞的概念。<sup>29</sup>

韦斯滕不同意权利会瓦解而归于平等的看法。首先，虽然判例法可以被修改，但这并非判例法的特质，成文立法亦然；而只要尚未被修改，它们就可以发挥普遍规范的作用，充当演绎推理的大前提。<sup>30</sup>至于第二方面，伯顿“假定在类比推理中，人们首先确定法律上相关的相似点，然后再建构法律规则来解释这些相似点。事实上，论证的过程恰好相反”。<sup>31</sup>因为，两个事物总是既有相似之处，又有不相似之处；要确定哪些相似之处在“法律上相关”，就必须援引外部判断规则。可见，在韦斯滕看来，权利并不会瓦解而归于平等，而是可以瓦解而归于另一种权利。

不过，韦斯滕认同权利也具有空洞性的看法。不惟如此，他主张权利、自由、正义<sup>32</sup>都是空洞的。权利的特点是只具有规范意义，而不具有描述意义；由于“权利”仅仅是联结某一条件事实与特定法律资格的纽带，而非事实或资格本身，因此权利也具有空洞性。<sup>33</sup>平等和自由则同时具有描述意义和规范意义：人们可以说“人有依

---

<sup>24</sup> See Westen, supra note 5, p.548.

<sup>25</sup> See Burton, supra note 6, p.1141.

<sup>26</sup> Oliphant & Hewitt, Introduction, in J. RUEFF, FROM THE PHYSICAL TO THE SOCIAL SCIENCES ix (1929). 转引自 Burton, supra note 6, p.1142.

<sup>27</sup> See Burton, supra note 6, p.1144.

<sup>28</sup> See Burton, supra note 6, p.1141.

<sup>29</sup> See generally Burton, supra note 6, pp.1144-47.

<sup>30</sup> See generally Westen, supra note 6, pp. 1161-62.

<sup>31</sup> See Westen, supra note 6, p.1163.

<sup>32</sup> See Westen, supra note 5, pp. 556-558.

<sup>33</sup> See Westen, supra note 6, p.1156-58.

其意愿自杀的自由”，也可以说“人应当有依其意愿自杀的自由”。从描述的意义上来讲，自由的三个变量——主体、限制和行为，一方面不能被任意赋值（例如不能将“主体”变量赋值为不能作为主体的事物），另一方面又都不确定，需要援引外部的规范来加以特定化，因此是部分空洞的；而平等只有一个变量——比较的标准，它可以被赋值为任何规则，因而完全空洞。从规范的意义上来讲，自由和平等则都是完全空洞的——它们都没有告诉人们“应当”如何行事。<sup>34</sup>为了获得实体内容，描述性的自由和平等需要援引描述性规则，而规范性的自由和平等则需要援引规范性规则。<sup>35</sup>

至此，自由、平等、权利乃至正义这些最基本的宪法价值，都被贴上了空洞的标签。这种现象是偶然的吗？伯顿试图从方法论中寻找必然性。他认为，韦斯滕所遵循的是分析实证主义（analytical positivism）的还原论（reductionism）。这一理论追求将概念加以“析分”，“还原”为若干可以“实证”确知的特征（empirically ascertainable traits），这些特征元素是概念存在的充要条件。而由于绝大多数法律规则都具有规范特点，<sup>36</sup>将它们的应然（ought to be）属性还原为实然（be）元素在逻辑上办不到，于是这些规则都被认为是“空洞”的。<sup>37</sup>换言之，所谓“空洞性”的含义，与“不可还原性”略同。伯顿的理解在韦斯滕的分析中得到了一定的印证：韦斯滕将描述意义上的自由还原为三个因素，诸如主体、行为之类的因素虽不确定，但终究是事实性的，因而并非完全空洞；而规范意义上的自由则被认定全然空洞。

### 三、平等空洞性的展开

#### （一）“平等的假设”

##### 1. “平等的假设”及其一般反驳

所谓平等的假设，是韦斯滕在运用平等的空洞性理论分析美国宪法第十四修正案平等保护条款时引出的。按照审查强度的高低，美国宪法将州的管制分为三类：涉及基本权利的案件，涉及可疑归类的案件，以及需要合理基础的案件。前两类案件的情况较为简单，韦斯滕指出，它们都是用平等对立法归类进行检验，而归类的前提是确定标准，这一标准只能来自于外部规则。至于所谓“合理基础”案件，论证过程可表述为：（1）平等要求相似之人获得相似对待；（2）所有人在某些方面都是相似的；（3）因此，平等要求作出一切人获得相同对待的“假设”，除非社会为区别对待他们提供了某种正当性（合理基础）。<sup>38</sup>平等的假设被许多学者认为具有规范意义，如萨诺夫将其视作“默认规范”，<sup>39</sup>而西蒙斯更断言：平等只在一个意义

<sup>34</sup> See Westen, *supra* note 6, p.1156.

<sup>35</sup> See Westen, *supra* note 6, p.1159.

<sup>36</sup> See Burton, *supra* note 6, pp.1148-49.

<sup>37</sup> See Burton, *supra* note 6, pp.1149-50.

<sup>38</sup> See Westen, *supra* note 5, p.570.

<sup>39</sup> See Sarnoff, *supra* note 13, p.392.

上不空洞，即作为“要求解释的平等”时。<sup>40</sup>

韦斯滕认为，这种假设是不正确的。首先，平等的假设并不能从“相似之人应获得相似对待”的命题中导出。因为，“相似之人应获得相似对待”的命令是绝对的，而平等的假设则是初步（*prima facie*）的，可以运用合理基础来辩驳，而我们“不能从一条绝对命令中推导出一条初步的命令”。<sup>41</sup>其次，“相似之人应获得相似对待”只能推导出所有人在“他们相似的特定方面必须获得相似对待”，<sup>42</sup>而不能导出“所有人在一切方面都应获得相似对待”的假设命题。再次，平等的观念其实并不带有对于相似对待的偏好，因为，“使某些人‘相似’（因而要求他们获得相似对待）的特定待遇规则，在逻辑上就会使他人‘不相似’（并要求给予他们不相似的对待）”，<sup>43</sup>而平等的假设显然带有这种与平等本身不符的偏好。最后，也是最根本的一点，平等的假设就如平等本身一样空洞：

首先，就如平等的假设本身并不包含区分“相似”和“不相似”之物的任何标准，这个假设也无法区分“相似”的和“不相似”的对待。并且，由于每一规则都在某些方面给予人们相似对待，而在另一些方面给予不相似的对待，因此该假设无法实现其核心功能，即对要求正当性证明的规则与无此要求的规则加以区分。最后，即便该假设确能鉴别出那些不需要正当性证明的规则，假设本身也无法区分给予人们区别对待的“好”的和“不好”的理由，因而无法告诉行为人何时应当反驳该假设。基于上述三点原因，该假设作为道德规范可谓了无意义。<sup>44</sup>

正因为上述理由，平等的假设无法如凯末林斯基期待的那样，充当识别潜在不平等的标准。凯末林斯基的错误在于：他假定一项规范要么给予人们平等对待，要么给予人们不平等对待——这才存在对两类规范加以识别、析分的空间。然而，事实上，一项规范从来都是在某些方面给予人们平等对待，而在另一些方面则给予不平等对待。凯末林斯基曾设想了州的一项教育立法，规定给智商超过 120 的学生按人头拨款 1000 美元，而对其他学生则只拨款 100 美元。<sup>45</sup>在凯末林斯基看来，要想挑战这项立法，只能透过第十四修正案的平等保护条款，主张州对智商超过/不超过 120 的学生采取了不平等的对待。然而，无论怎样修改该法，某些方面的不平等对待都无可避免：

这一立法基于智商对学生加以区别，因而在这个方面给予了他们不平等的对待。如果去掉这项区别，让所有学生都得到 1000 美元助学金，这项立法仍将在学生和非学生之间制造歧视。如果这种歧视也被去掉，让一切居民都获得 1000 美元，那么该法仍将歧视非居民。如果将居民身份歧视去除掉，对任何申请者都拨付 1000 美元，那么仍将在申请者和非申请者间制造歧视。如果把这种歧视也去掉，将 1000 美元给予任何定居之人，那么在定居之人与非定居者之间仍存在歧视。即便将这种歧视也去掉，这项立法仍将在获得了 1000 美

---

<sup>40</sup> See Simons, *supra* note 14, p.760.

<sup>41</sup> See Westen, *supra* note 5, p.571.

<sup>42</sup> See Westen, *supra* note 5, p.572.

<sup>43</sup> See Westen, *supra* note 5, pp.572-573.

<sup>44</sup> See Westen, *supra* note 5, pp.574-575.

<sup>45</sup> See Chemerinsky, *supra* note 7, p.584.

元的人和获得了其他州的其他福利的人之间制造歧视，因为没有立法可以在法定权利和整体权利方面都给予人们平等对待。简言之，这项立法不可能仅仅给予人们平等对待而不同时给予不平等的对待。<sup>46</sup>

## 2. “平等的假设”与道德标准的不确定性

### (1) “作为不确定性的平等”

萨诺夫将自己参与讨论的文章命名为《作为不确定性的平等》，顾名思义，他将人们决策时对道德标准的不确定性，视作采取平等对待措施的正当性基础。具体而言，

(1) 由于存在逻辑不对称和道德不确定，不平等对待比平等对待更可能显得恣意，而西方文明（与某些其他文明不同）很反感恣意性；(2) 由是，道德不确定性降低了决策机制实施不平等对待后的自信；所以(3) 为了避免明显的恣意，我们采用了一项在先的默认规则，要求在不能足够确定运用区别标准的情况下，适用平等对待。<sup>47</sup>

据此，他将平等的假设重新表述为：“相似之人（因为我们无法有说服力地证明他们不同）应获得相似对待（因为我们无法有说服力地证明分殊的对待是正当的）”。<sup>48</sup>笔者将这一表述展开为两个公式：

公式一：

$$\text{平等假设的规范力量} = \frac{\text{决策的重要性}}{\text{决策者的信心}}$$

萨诺夫解释道：对待的公正与否并非不证自明，是因为实体道德在认识论或形而上学的意义上是不确定的：从认识论上，我们不可能知道所有相关的标准，以及应如何运用这些标准；从形而上学上，并不存在决定哪些标准与正义相关的客观依据。由于决策来自当事人的动机，所以我们必须评估决策者的动机在道义上是不是好的，结果是否可欲；然而作为评估标准的道德本身不确定，相互冲突的道德价值又难于平衡，那么最终的评估只能从实践而非理论中来。总之，不确定性居于道德观念的基础地位，是社会共识的一部分。<sup>49</sup>它的规范力量与决策的重要性成正比，与决策者的信心成反比；<sup>50</sup>在选择决策标准前，它要求决策者“将不平等对待限制在那些决策者最有道德自信的地方”，<sup>51</sup>寻求更大的道德确定性；在作出判断后，它又加强了决

<sup>46</sup> See Westen, *supra* note 7, p.636.

<sup>47</sup> See Sarnoff, *supra* note 13, p.822.

<sup>48</sup> See Sarnoff, *supra* note 13, p.391.

<sup>49</sup> See Sarnoff, *supra* note 13, pp.384-387.

<sup>50</sup> See Sarnoff, *supra* note 13, p.380.

<sup>51</sup> See Sarnoff, *supra* note 13, p.381.



策者的判断，对抗那些主张不平等对待的人。<sup>52</sup>

公式二：

$$\text{平等假设的规范力量} = \frac{\text{自由裁量性}}{\text{决策恣意性}}$$

也就是说，决策所依据的道德“标准越具有自由裁量性，人们就越可能将不平等对待指责为滥用个人动机而恣意反覆的产物”。<sup>53</sup>平等与自由裁量的关系，下文还将详述；<sup>54</sup>笔者此处强调平等的假设与决策恣意性的关联：“平等对待使得决策者基于不相关标准或过分恣意的裁量动机而施加区别的风险最小化”<sup>55</sup>——至少萨诺夫作如是观。

平等的假设对于法律的稳定性有显著影响：它将对法律理路的修改限制在法官有高度道德自信的地方，从而使随时间而产生不公平对待的表面风险最小化，这是平等促进法律稳定的一面；另一方面，平等又是对现存待遇分配方案正当性的不断质疑，当分配错误频率上升或标准的相关性下降时，人们就会倾向于认为制度是不公正的，从而引发公民不服从，这是平等促进法律变革的一面。<sup>56</sup>当然，平等假设的作用是有限的，它并不能保证实体结果一定公正；而一旦我们确定了判断标准，平等假设的稳定化作用也就消失了。<sup>57</sup>

或许是因为萨诺夫的逻辑起点——道德标准的不确定性——几乎无可辩驳，他的观点事实上获得了多数讨论参与者的赞同。凯末林斯基即认为，平等能够让人们在面临平等对待还是不平等对待的决策时，首选平等对待。<sup>58</sup>格林沃特在探讨平等的“道德力量”时曾论述道：如果违规的情况过多，平等就会成为主张改变标准的基础。他举例说，如果在一场考试中，规定70分为及格线，而心软的老师让好几位只得了69分的人都及格了，那么同样得到69分却未能及格的学生就能以平等为由而主张及格。<sup>59</sup>这与萨诺夫笔下的“平等促进法律变革”如出一辙。格林沃特更指出，有些案件缺乏线索以决定应否对当事人采取区别对待，例如在一宗抢劫案中，法官只知道两名嫌疑人是共同正犯，但究竟何人为主则毫无线索；甚至在一些案件中，明知应当给予当事人区别对待，但无法判定究竟何人应受罚，例如双胞胎之一打碎了家里的玻璃，父母对究竟何人肇事无从知晓；在这些情况下，裁判者就会根据平等假设，做出给予相同对待的决策。<sup>60</sup>在萨诺夫看来，格林沃特设想的上述案例，为

---

<sup>52</sup> See Sarnoff, *supra* note 13, p.388.

<sup>53</sup> See Sarnoff, *supra* note 13, p.380.

<sup>54</sup> 见本文第“三、(三)”部分。

<sup>55</sup> See Sarnoff, *supra* note 13, p.389.

<sup>56</sup> See Sarnoff, *supra* note 13, p.382.

<sup>57</sup> See Sarnoff, *supra* note 13, p.393.

<sup>58</sup> See Westen, *supra* note 7, pp.637-638.

<sup>59</sup> See Greenawalt, *supra* note 8, p.1173.

<sup>60</sup> See Greenawalt, *supra* note 8, p.1176.

平等假设与道德标准不确定性的关系，提供了绝好的注脚。<sup>61</sup>

## （2）韦斯滕的回应

尽管由于身处讨论的不同波次，韦斯滕没有和萨诺夫正面交手，因而没有直接回应道德标准的不确定性问题，但他对凯末林斯基和格林沃特或作反驳，或可用其观点进行分析。对于凯末林斯基将平等作为“首选规范”、优先于不平等对待的观点，韦斯滕指出：凯氏认为平等/不平等的关系可以与其背后的规范相分离，亦即不需考虑衡量平等与否的标准为何，只要单凭“平等”本身就足以做出决定。韦斯滕反驳道，平等是否正义完全取决于其背后的规范。如果一项规范是正义的，那么根据这项规范所做出的平等对待或不平等对待就都是正义的；作出决定的依据不能是“平等”与否，而应当是平等背后的规范正义与否。<sup>62</sup>

对于格林沃特声称平等可以促使规则标准改变，韦斯滕认为，格氏的所举事例其实属于道德困境：规则 A 认为人们是相同的，规则 B 则认为他们是不同的；所谓平等的“道德力量”，无非是说平等可以用来在规则 A 和 B 之间做出选择。然而，格林沃特犯了最常见的错误：他以为平等先于规则而存在，事实却是他（下意识地）首先选择了特定规则，然后把规则适用的结果用平等的语言重新表述一遍。<sup>63</sup>就他提到的及格线一案而言，实际上就存在着两个规则：

规则 A：及格线应为 70 分。

规则 B：及格线应为 70 分，但若有多人例外地以 69 分而获及格，那么其后获得 69 分者均可及格。

教师在本案中的困境，并不是通过平等来解决的，而是通过选择规则 B 而解决的：规则 A 将 69 分的学生和 70 分的学生视为“不相似之人”，从而给予他们区别对待；规则 B 则将他们视为“相似之人”，并给予相似对待。总之，规则总之先于平等而存在，平等在规则之外并不能增加任何额外的“道德力量”。

至于格林沃特所称缺乏断案线索的情形，韦斯滕未予回应，但仍可用他的观点进行解释。首先，在上述抢劫案中，实际上仍是将法律对抢劫犯罪的规定分别适用于两名嫌疑人；不知道何人是主犯，仅仅导致法律对主犯和从犯的规定不能适用，并不能导致共同正犯的规定不适用；那么对两犯处以相同刑罚就是法律的必然要求。其次，在上述打碎玻璃案中，实际上也是将父母制定的家规分别适用于双胞胎；如果家规是“罪疑从无”，那么将这一标准适用于两个孩子，就会同时排除对二人进行处罚的可能，从而形成对两个人进行平等对待的结果；而如果家规是“罪疑从有”，那么将这一标准同时适用于两个孩子，就会做出对两人都进行处罚的决策，从而也会形成对两个人进行平等对待的结果——换言之，此处的平等仍不过是严格适用规则的逻辑结果，而不是决策的实际依据。

## （3）彼得斯的回应

彼得斯在《滑向平等》一文中，集中力量反驳了萨诺夫。其实，萨氏撰文时即

<sup>61</sup> See Sarnoff, *supra* note 13, p.407.

<sup>62</sup> See Westen, *supra* note 7, pp.637-638.

<sup>63</sup> See Westen, *supra* note 8, pp.1194-95.

预料到彼得斯可能的反弹，于是自问自答：既然存在“指令性平等”（即有规范力量的平等），那么是否也对应地有“指令性不平等”呢？质言之，如果平等的假设具有规范力量，则如何论证不平等的假设不具备这种力量？综观萨诺夫全文，他的回答可以分为三个方面：第一，要做出不平等对待，就需要选用待遇标准，而决策者对哪些标准是相关的并不确定，这种不确定性会遏制不平等对待的规范意义；反之，平等对待意味着不需要选用任何标准，不存在不确定性问题，也就具有规范力量。<sup>64</sup>显然，由于在韦斯滕看来，一切平等都须援用特定权利规则，并不存在“不需要选用任何标准”的平等，而且任何所谓平等对待措施都会造成新的不平等，所以萨诺夫的这一回答很难立足。他自己也注意到了韦斯滕对平等的假设的批评，于是把平等的假设提到了在逻辑上无以复加的高度——先于在先观念的观念（pre-anterior notion）。<sup>65</sup>然而，如何论证平等假设的这种“超级优先性”？这就引出了萨诺夫第二方面的回答：平等深植于西方文化传统。<sup>66</sup>关于平等的假设与文化和传统和心理的关系，下文还将专门论述。<sup>67</sup>

第三，所谓“认识不对称”。根据彼得斯的概括，在萨诺夫眼中，人们大致估定两个人都有资格获得某种特定对待是较为容易的，而估定某人在多大程度上比他人更应获得某种对待则较为不易。面对这种认知难易度的不对称性，为了裁短思维，人们就建立平等的假设，优先尝试较为容易的认识路径。对此，彼得斯从两个角度进行了批评：其一，由于平等根本是空洞的，所谓平等或不平等对待，实际上不过是对各个分配对象分别适用权利规则的结果，有几个对象就要适用几次，每次适用的难度相当，并不存在何者更为容易之说。诚然，如果决策完全缺乏线索（道德完全不确定），那么不分皂白一律划一对待是较为便捷的；然而与其如此，还不如干脆抛硬币来作决定——完全随机的决策并不比整齐划一的对待更麻烦。<sup>68</sup>其二，“认识不对称”又可细分为两种情形。在第一种情形下，决策者根本不知道是否应给予张三比李四更好的对待，此时如果运用“平等的假设”而将待遇拉平，就陷入了平等空洞性的泥沼。在第二种情形下，决策者虽然知道应给予张三较之李四更好的对待，但不清楚应当在多大程度上进行优待。此时如果根据“平等的假设”，将待遇标准向上取齐，使李四的待遇抬升到张三的水平，那么张三必将因李四的“无功受禄”而产生相对被剥夺感，提起抗议；若将待遇向下取齐，将张三的待遇压低到李四的水平，那么张三必将因为自己“无过受戮”而产生相对被剥夺感，提起抗议；若将待遇平分，同时降低张三待遇并拉高李四待遇，则张三的抗议仍无可消灭。<sup>69</sup>总之，包括“认识不对称”在内，萨诺夫提出的三方面理由，均不能回答为何不存在“指令性不平等”的问题，无法为“指令性平等”即平等的假设提供依据，动摇了道德不确定性对于平等规范意义的渊源地位。

彼得斯更进一步指出，平等的假设并非道德不确定性的应对之策，而是将这种不确定性以新的形式延续下去。的确，在萨诺夫所举的例证之中，道德不确定性可谓无处不在。例如在阅卷时，虽然及格线确定，但是主观题的阅卷标准不可能完全

---

<sup>64</sup> See Sarnoff, *supra* note 13, pp.389-391.

<sup>65</sup> See Sarnoff, *supra* note 13, pp.390-391.

<sup>66</sup> 同上注。

<sup>67</sup> 见本文第“三、（一）3.”部分。

<sup>68</sup> See Peters, *supra* note 13, p.812.

<sup>69</sup> See generally Peters, *supra* note 13, pp.813-815.

清晰，客观题也存在题意模糊、判分差迟、计分错误的情况，<sup>70</sup>这些都构成萨诺夫主张平等对待的理据。然而若将道德不确定性推向极端，一切确定性荡然无存，那么道德判断也就彻底消失，平等的规范意义更无从谈起。萨诺夫意识到了这种潜在的危险，于是设计了一个临界点，认为超过这一点之后，人们就具备了做出决策的足够道德信心。然而，人们又何以有信心认定自己已经到达了临界点？仿效萨诺夫的方案，似乎要给这种“次级信心”再设定一个临界点，或可称为决策信心的临界点的临界点；那么，人们如何能够有信心确定自己到达了这样一个“临界点的临界点”？难道再设定“临界点的临界点的临界点”吗？如此的追问和设定将无穷无尽。所以，平等实际上没有给道德不确定性提供一个解决方案，而是把不确定性以另一个形式继续下去。<sup>71</sup>

### 3. “平等的假设”与文化传统和历史经验

对平等假设的最常见辩护，往往从文化传统和历史经验入手。凯末林斯基、格林沃特、萨诺夫和西蒙斯对此均有论述，并受到了韦斯滕与彼得斯的接踵反驳。

#### (1) “不平等的危害更大”

论者或认为，不平等造成的危害要远大于平等，故应建立平等的假设。例如，针对韦斯滕主张平等不带有对“相似对待”的偏好，凯末林斯基提出，是否应当存此偏好不能全凭形式逻辑推演，而应立足于真实的经历：历史证明，政府基于种族、性别等而对人们加以区别对待所带来的危害，要远比平等对待的危害大；特别是在民主政体下，歧视性的对待往往是多数人对少数人作出的，不仅披上了合法的外衣，而且具有系统性、普遍性的特征，所以必须以普遍的平等假设与之对抗。<sup>72</sup>西蒙斯则举出种族不平等的例子，认为“这一[以种族为标准的——译注]区分最令人困扰之处，不仅仅是运用无关标准的事实，而是种族归类的社会显著性（包括劣等化、等级制和社会中的不平等地位），以及这种归类普遍深入而严重的后果（包括社会摩擦、贬低对自我价值和互相尊重的文化的感受，以及某些时候的暴力）”。<sup>73</sup>换言之，运用不相关标准并不是不平等的充分条件，因为平等之上还附丽着许多价值。他的一个证据是：通常来说慢待黑人（给予差于白人的对待）比优待黑人（给予优于白人的对待）更糟糕些。<sup>74</sup>

上述观点均未获得韦斯滕或彼得斯的正面回应，但均可用他们的观点加以分析。首先，任何对待的实质均有赖外部规则的填充，所以，不仅依某一规则的相同对待在其他规则下可能构成差别对待，而且在某一规则下的差别对待同样可能在其他规则下构成相同对待。这样，某一危害究竟是相同对待还是差别对待造成的，根本无法脱离具体规则背景一概而论。其次，如果平等的规范意义并不（仅仅）存在于“相似之人应获得相似对待”这一命题本身，而是在很大程度上（如果不是全部）取决于附着其上的各种价值，那么平等的所谓规范意义就是虚空的：它不过充当了

---

<sup>70</sup> See Sarnoff, *supra* note 13, p.408.

<sup>71</sup> See Peters, *supra* note 13, pp.815-816.

<sup>72</sup> See Chemerinsky, *supra* note 7, p.588-590.

<sup>73</sup> See Simons, *supra* note 14, p.740.

<sup>74</sup> See Simons, *supra* note 14, p.738.

人们表述一束价值的中介——这就如同花瓶固然有集合鲜花的作用，但鲜花之美无论如何也不能归于花瓶之美。最后，各种对待的好与坏，与不同主体的主观标准大有关联：不仅横向的价值共识未必存在（例如有些白人或许认为歧视黑人比不歧视好），即便纵向观察，同一主体的价值观念也处在变动中。举例来说，早期女权主义者要求和男子完全一样的待遇，而后继者则转而认为：现存的待遇标准本身是男性主义的，专为男性服务，因而早期女权主义者的作法无异于将不公正的男性特权正当化。这也成为平等所受的诟病之一。<sup>75</sup>质言之，平等的所谓“规范意义”随背后的权利规则而变迁，即便如西蒙斯那样仅仅作出平等“通常”比不平等要好的盖然性分析，仍缺乏足够依据。

## （2）“不平等更招人怨恨”

格林沃特认定：“至少在现代西方文化中”，<sup>76</sup>不平等比平等更招人怨恨，所以应当做出平等而非不平等的假设。韦斯滕反驳道，由于平等在逻辑上总是后于规则而存在，而规则总会在一些方面给予人们平等对待，在另一些方面则给予人们不平等对待，所以平等的假设与不平等的假设一样没有道理。再者，格林沃特的观点无异于说：人们对某些归类会产生怨恨，而这种怨恨在规范上是正当的。那么，由于无论何种归类都会产生不平等，所以人们对所有归类都会产生怨恨；如果这些怨恨都是正当的，那么任何归类都无法存在了。事实上，怨恨的正当与否，不能从怨恨的事实本身得出（不能从事实判断推导出价值判断），而只能从先在的实体规范中推导出来。例如，如果工厂事先制定了计件付酬的规定，那么在发工资时，完成产品件数少的人就可能心怀怨念，但这种情绪并不足以否定工厂派发工资的正当性——工厂并未违反制定在先的绩效规则。

## （3）“不平等会引人怀疑”

萨诺夫认为，由于深植于西方传统的因素，平等是默认规则，不平等就会让人怀疑受到了不公。其实，不确定性不仅存在于道德正确，而且存在于道德不正确；不仅不平等会受到道德怀疑，平等同样会引起这种怀疑。<sup>77</sup>彼得斯在此描述了一个所有学生都再熟悉不过的场景：两位学生按照复杂的评分标准，张三得 89.75 分，李四得 90 分，而评分标准是否合理、判分过程是否严格、计分工具是否可靠均存有不确定之处。如果按照萨诺夫的观点，此时应当给予两个学生相同的分数。对此，彼得斯给出了与反驳“认识不对称”非常类似的回应：无论分数向上拉平到 90，还是向下拉平到 89.75，均会引起李四的抗议。只要给予两个本不该平等的人以平等对待，就会造成依其他标准的新的不平等。<sup>78</sup>其实还可以继续追问：按照“不确定就拉平”的原则，为什么不同时给张三和李四 60 分？或者 59 分？阅卷者何以足够确定两人应当及格？或许唯一确定的是：不该同时给两人 0 分或满分——但这种道德确定并非平等所带来，而是来自阅卷者对阅卷标准的最起码认知：两个人至少都做对了某些题目（所以不能都给 0 分），也至少都做错了某些题目（所以不能都给满分）。总之，引起道德怀疑的不是不平等，而是道德规范本身；回应道德怀疑的不是简单拉

---

<sup>75</sup> See Simons, *supra* note 14, pp.704-705.

<sup>76</sup> See Greenawalt, *supra* note 8, p.1175.

<sup>77</sup> See Peters, *supra* note 13, pp.807-808.

<sup>78</sup> See Peters, *supra* note 13, pp.808-810.

平，而是更准确地把握道德标准。

## (二) “实体平等”

### 1. 作为“附条件权利”的“实体平等”

#### (1) 权利、平等与比较

一个对平等的常见看法是：平等预设了比较，而权利则没有。于是，“平等与比较性权利被等量齐观”。<sup>79</sup>韦斯滕首先否定了这种看法。他指出，一方面，“某些权利是比较的产物，却与平等毫无关联”，比如有担保债权人对于无担保债权人的绝对优先权；另一方面，“平等的主张在本质上也可以不具有比较性”，这完全取决于平等背后的规范内容——例如，平等背后的规范如果是“一切人都有获得基本生存条件的权利”，那么平等就不具有比较性了。<sup>80</sup>虽然平等和比较性权利中都存在比较，但二者并不一致。对于平等而言，是“规则在先，比较在后”，亦即比较的前提是设定规范标准，实际上是将两个事物分别与标准作比，比较的目的则是看标准是否得到了适用。而对于比较性权利而言，是“比较在先，规则在后”，首先要对两个事物进行比较，确定其定量差异，然后才能知道这种差异关系是否符合规则的要求，以决定是否适用该规范。<sup>81</sup>例如，若两个债权人分别主张求偿，那就要先看它们之中有无担保；如果一者有而一者无，就符合适用有担保债权优先规则的条件，从而适用该规则。

值得一提的是，所谓“禁止不相关标准”或称“反歧视规范”的一类规则所设定的权利，并不是比较性权利，更不是平等。首先，反歧视规范不是比较性权利，因为比较性权利是附随性的：个人的权利状况完全取决于相同处境的其他人的权利，而反歧视规范所设定的“不受歧视的权利”则是独立的：个人的权利状况与他人境遇无关，是规则直接适用于本人的结果，而非参照他人待遇而判断。例如，张三和李四都是黑人，同去一家公司应聘；如果张三因种族歧视而未获雇佣，那么李四是否有权要求雇佣？如果李四所拥有的是比较性权利，即有权获得与张三一致的对待，则雇主以种族歧视将其拒之门外并无侵权之处；而如果李四所拥有的是不受歧视的绝对权利，那么雇主对张三的歧视就丝毫无损于李四主张受雇的正当性。<sup>82</sup>再如韦斯滕提到过的 *Palmer v. Thompson* 一案。Jackson 市所运营的一家市办游泳池仅对白人开放，被判定拒斥了黑人的法律平等保护。该市的回应是彻底关闭游泳池。原告回到最高法院，辩称关闭泳池的救济在宪法上不足以救济其所遭受的宪法侵害。法院拒绝了这一观点，认为该市关闭泳池之举对于黑人和白人一视同仁，给予了他们相同的对待，且既然该市在游泳方面给予了他们相同的对待，也就在平等保护的意义上给予了他们相同的对待。<sup>83</sup>彼得斯指出，最高法院的观点事实上认定黑人的权利是比较性（附随性）权利，取决于白人所获的待遇；而根据第十四修正案，黑人本应

---

<sup>79</sup> See Westen, *supra* note 5, p.552.

<sup>80</sup> See generally Westen, *supra* note 5, p.552.

<sup>81</sup> See generally Westen, *supra* note 5, pp.552-554.

<sup>82</sup> See generally Peters, *supra* note 14, pp.1110-11.

<sup>83</sup> See Westen, *supra* note 5, p.590.

享有的、不受歧视的权利是绝对的。<sup>84</sup>换言之，即便白人在泳池关闭后已经不能游泳，但黑人拥有的不受劣等种族污名化的权利丝毫没有减损，而最高法院的判决“不仅未能救济这一伤害，而且进一步加重了它，因为这一措施强调了该市‘反对泳池的种族融合的意识形态’的程度”。<sup>85</sup>彼得斯进而指出，之所以会有人将不受歧视的权利当成比较性权利，是因为采取了结果主义的视角，仅关注待遇的分配结果，不注重待遇的分配原因，<sup>86</sup>而这种视角是错误的。因为这样做会放过某些歧视。比如，一位雇主因性别因素（不合理因素）而解雇了张三，因绩效因素（合理因素）而解雇了李四，如果不问原因、只看结果，就无法判读出雇主对张三所进行的歧视。<sup>87</sup>

其次，反歧视规范也不是平等规范，而是平等背后所援引的实体标准之一。平等仅仅要求“相似之人应获得相似对待”，却没有说明何者为“相似之人”；反歧视规范则指明受歧视者与其他人应被视作“相似之人”，应在反歧视规范所辖制的事项上获得“相似对待”。比如，“妇女在投票时不受歧视”或“性别不是投票权分配的相关标准”是典型的反歧视规范，它们规定妇女与其他人（男子）是投票权分配一事中的“相似之人”，应获得“相似对待”即一人一票、权重一致。所以，不能由于将“平等”视作“不歧视”同义语的惯性，而将反歧视规范错当作平等规范。

## （2）“附条件权利”或“实体平等”

在比较性权利中，有一类特别的权利——“附条件（conditional）权利”，“它们使权利人可以获得他人所享有的一切权益”。<sup>88</sup>例如，美国联邦宪法第四条的特权和豁免条款规定：各州应给予姊妹州公民其所给予本州公民的、特定种类的一切权益。据称，附条件的权利源于平等，“因为它的受益人没有任何独立的权利——而只享有获得与他人平等对待的权利”。<sup>89</sup>韦斯滕认为，附条件权利不过是比较性权利的特例，它的唯一特点在于：“在其他比较性权利之中，对每个人的待遇在数量上是成比例的；而在附条件权利之中，对每个人的待遇在数量上是相同的”。<sup>90</sup>韦斯滕指出，这种待遇的数量相同，并不具有任何特别的道德意义：“个个相等的对待可能是正义的，也可能不正义，这取决于对待的主体，受到对待的人所属的群体，做出对待的原因，以及在确定对待正义与否时所遵循的标准”。<sup>91</sup>

然而，格林沃特抓住了附条件的权利，并加以引申。他认为，附条件的权利，即“如果具有某特征的人获得了某种对待，则具有相同特征的人也应获得这种对待”，<sup>92</sup>也可以表述为：“如果人们具有相关特征，那么它们在一项或多项福利的意义上就应获得同样对待”，<sup>93</sup>他把这些统称为“实体平等”。在格林沃特看来，实体平等具有独立的道德意涵。比如，父母在决定是否负担一对异卵双胞胎孩子的乐器费用时，虽然意识到其中一个孩子的收益可能远大于另一个，但是根据实体平等，他们最终

---

<sup>84</sup> See Peters, *supra* note 14, p.1111.

<sup>85</sup> See Westen, *supra* note 5, p.590.

<sup>86</sup> See Peters, *supra* note 14, p.1112.

<sup>87</sup> See Peters, *supra* note 14, p.1108-09.

<sup>88</sup> See Westen, *supra* note 5, p.554.

<sup>89</sup> See Westen, *supra* note 5, pp.554-555.

<sup>90</sup> See Westen, *supra* note 5, p.555.

<sup>91</sup> See Westen, *supra* note 5, p.555.

<sup>92</sup> See Westen, *supra* note 8, p.1199.

<sup>93</sup> See Greenawalt, *supra* note 8, p.1180.

决定要么同时负担两个人的费用，要么谁都不管。<sup>94</sup>与其他的比较性权利相比，实体平等（附条件权利）也具备独到的优势：一是，实体平等可以用来排除某些规则的适用，即便这些规则在一定程度上不无裨益；二是，实体平等有时服务于诸如社会和谐之类的宽泛的社会价值，这些价值并不能表述为规则。<sup>95</sup>所以，实体平等不仅独立于其他比较性权利，而且独立于规则，不是空洞的。

不可否认，所谓“实体平等”的确表现出某种规范作用。那么，“实体平等”究竟是权利（规则）还是平等？它的规范作用究竟是固有的，还是派生的，抑或根本无法实现？围绕这两个问题，韦斯滕和彼得斯给出了既有一致、又有区别的答案：韦斯滕认为，“实体平等”的本质是规则，它的规范作用是固有的；彼得斯则主张，“实体平等”的本质是平等，但它的规范意义要么源于背后的权利规则，要么根本无法自洽或不可实现。

## 2. 韦斯滕：“实体平等”是权利

韦斯滕对格林沃特的反驳从“实体平等”的定性开始。他认为，实体平等根本不是“平等”，而是规则。他举例说，假设一个人不是加州居民，但季节性地在加州居住，他希望通过州的收入维持计划中获益。无论是州法还是特权和豁免条款本身，都对他毫无帮助：州法规定的非比较性对待没有包括他，而特权和豁免条款本身更是没有规定给予任何人非比较性对待。然而，把它们结合起来，州法（规则一）与特权和豁免条款（规则二，“实体平等”）就形成了一项新的非比较性权利（规则三），这一权利要求对包括居民和类似的非居民在内的“平等之人”给予相同对待：

规则一：每位成年居民每年都应获得至少 4000 美元的收入，该金额依其在州外居住的时间成比例削减。

规则二：每州公民均应享受其它各州公民的一切特权和豁免。

规则三：每位成年居民和非居民每年都应获得至少 4000 美元的收入，该金额依其在州外居住的时间成比例削减。<sup>96</sup>

可见，“实体平等”的作用就是修改既有非比较性权利的适用范围。然而，“实体平等”还是“平等”吗？事实上，如果一项规范修改了既有规范的适用范围，就构成“实体平等”规范的话，那么“实体平等”就将几乎无所不包：“任何规则，无论是否具有比较性，只要想扩展或修改现有规则，就必须根据其所认为人们应得的对待来重新进行归类，从而用新的平等与不平等对待的衡量标准来取代现存的标准”；<sup>97</sup>讨论平等与规则（权利）关系的基本前提将不复存在——平等吞噬了规则。如果对话双方对于同一概念作出了不同的理解，那么任何对话都没有实质意义，只能变成“自说自话”，因为概念使用的连贯性是理性的基本要求。所以，从逻辑上讲，格林沃特

---

<sup>94</sup> See Greenawalt, *supra* note 8, p.1178.

<sup>95</sup> See Greenawalt, *supra* note 8, pp.1181-83.

<sup>96</sup> See Westen, *supra* note 8, p.1201.

<sup>97</sup> See Westen, *supra* note 8, p.1202.



试图用改变（拓展）平等概念的方法来反驳韦斯滕，是不可能做到的。韦斯滕进而指出，把实体平等纳入平等的概念之内，会引起修辞的混乱。<sup>98</sup>

### 3. 彼得斯：“实体平等”是平等

与韦斯滕不同，彼得斯认为，在“相似之人应获得相似对待”这一平等的“形式原则”之下，可以分离出平等的“真正原则”，<sup>99</sup>即：“处境相同之人有权获得相同对待，且这仅仅是由于其处境相同”。<sup>100</sup>拉兹对该原则的表述则更为简明：“如果有些 F 拥有 G，那么一切没有 G 的 F 都对 G 拥有权利”。<sup>101</sup>显然，所谓平等的“真正原则”就是“实体平等”的别称。平等的“形式原则”与“真正原则”的区别如下表：

	平等的“形式原则”	平等的“真正原则”
逻辑特征	同义反复	非同义反复
规范要求	“有错当纠”	“将错就错”
规范缺陷	不自足	不自足或不自洽
	空洞	

#### (1) 非同义反复与“将错就错”

如前文所述，“相似之人应获得相似对待”的表述陷入了同义反复，其本身并不能提供独立于权利规范的待遇标准，而仅仅是权利规范一以贯之地适用的结果。而平等的“真正原则”又被称为“非同义反复的平等”，是因为它为以特定方式对待某人提供了独立的规范理由：相同处境之人获得了该种对待。<sup>102</sup>例如，若某场考试预设 70 分为通过线，那么某考生获得 71 分却未能通过，就受到了两个方面的错误对待，一是从权利规则来说，“达到 70 分即应通过”的规则没有正确适用于他；二是从非同义反复的平等来说，其它达到 70 分的考生所获的待遇没有同等地给予他。<sup>103</sup>

彼得斯认为，平等的“真正原则”与“形式原则”之间最显著的差异，来自于这样的情形：相同处境的数人之一受到了（权利规则标准下的）错误对待，那么其他人究竟应主张“将错就错”，获得同样错误的对待，抑或“有错必纠”，获得按照权利规则正确的对待？举例而言，如果一项法律规定了减税一千元条件，两个人依法均于条件不合，但都提交了减税申请，其中的“幸运者”因政府适用法律错误

<sup>98</sup> See Westen, *supra* note 8, p.1202-04.

<sup>99</sup> See Peters, *supra* note 11, p.1224.

<sup>100</sup> See Peters, *supra* note 11, p.1223.

<sup>101</sup> Cited by Greenawalt, *supra* note 12, p.1269.

<sup>102</sup> See Peters, *supra* note 11, p.1224.

<sup>103</sup> See Peters, *supra* note 11, p.1225.

而获得批准，而“不幸者”则因政府正确执法而被拒之门外。在平等的“形式原则”视野下，“相似之人有权获得相似对待”的等价说法是“有权获得某种对待的人有权获得该种对待”，而“不幸者”依法并不是“有权获得”减税待遇的人，所以不能主张依“幸运者”例而获减税。换言之，“平等”在这里不过是将不同对象的条件与权利规范相比照，将规范分别适用于各人的结果，各人所获对待之间没有任何牵连关系，他人所获对待不具备规范意义，不能作为主张自己应获对待的理由。面对规则的适用错误，平等的“形式原则”禁止“顺水推舟”地“将错就错”，而是“一事一议”、“有错必纠”。正如拉里·亚历山大所言：“无论犯两次错误还是犯二百万次都不能把事情变对，无论这么做在多大程度上实现了境遇的平等。第二百万次错误的程度也并不比第一次要轻哪怕一点”。<sup>104</sup>

而在平等的“真正原则”视野下，仅仅因为某人获得了某种对待，相同处境之人就有权获得相同对待。换言之，“平等”在此仅表征相同处境的不同人所获待遇的相互关系，而并不涉及规则是否正确适用于待遇分配的问题；任何人所获待遇对相同处境的其他人都具有规范意义，可以（甚至应当）成为后者主张相同对待的理据。因此，在前述案例中，“不幸者”可以相同处境的“幸运者”获得减税为由，要求获得同样的减税优待。显然，平等的“真正原则”以相同处境之人受到了错误对待为适用条件，这与平等的“形式原则”不同；如果相似之人已经获得了正确对待，那么平等的“真正原则”就没有用了——因为规则本身就要求给予其他相似者同样正确的对待。并且，即便是错误对待在先的情况下，“真正原则”的力量也可能被削弱，以致丧失决定性意义，因为决策时还须考虑其它因素，比如在前述减税案中，就可能考虑过份慷慨的减税会导致财政困难。所以，平等的“真正原则”只是做出决策的标准之一，而非“王牌”。<sup>105</sup>

## （2）规范作用不自足或不自洽

在肯定平等的“真正原则”具有某种规范力量之后，彼得斯用大量的篇幅，论证这种规范力量要么不自足，需要外部权利规则来填充实质；要么不自洽，强求客观不可能之事或自相矛盾，因而没有真正的规范意义，仍是空洞的。平等的“真正原则”与“形式原则”的真正差别，在于它摆脱了同义反复的阴影，也仅仅止步于此，故平等的“真正原则”又称“非同义反复的平等”。

参照拉里·亚历山大的分类，彼得斯将待遇的总量和分配特征主要划分为两种情形：竞争状态和无限供给状态。<sup>106</sup>

**竞争状态** 该状态存在于如下情形：当将特定量的待遇加诸某人时，就必定会影响到相同处境的其他人所可获得待遇的数量。竞争状态又细分为三类：一是待遇稀缺，即待遇总量不足以满足有权获得该待遇的所有人的要求；二是待遇适足，即待遇总量恰好满足有权获得该待遇的所有人的要求；三是待遇有限富余，即待遇总量超过需求总量，但是如果给予某人过分大量的待遇，就会引起对他人待遇的不足。

<sup>104</sup> Cited by Simmons, *supra* note 14, p.703.

<sup>105</sup> See Peters, *supra* note 11, p. 1227.

<sup>106</sup> 彼得斯的分类体系中还有一种“区别状态”，是指基于外部标准而给予不同人以相区别的待遇。区别状态实际上会表现为竞争状态或无限供给状态之一。See Peters, *supra* note 11, p.1231.

第一，待遇稀缺。例如，张三和李四都需要两个馒头才能果腹，而馒头一共有三个，不足以同时满足两人的需要，那么两人所分得馒头的数量将相互影响、此消彼长。有时待遇是可分的，也就是即便个人所获待遇不足理想数量，仍然有意义。比如假设一种药物在任何剂量上都能改善适应症患者的病情，而使用 100mg 可获痊愈；现有张三、李四二人同患适应症，而医院的药物总数只有 150mg，无法同时给两人足量用药，那么应如何分配？<sup>108</sup>似乎按照平等的“真正原则”，可作如下推演：设张三所获药量为  $X$  ( $0 \leq X \leq 100$ )，则根据“李四有权获得与张三同样的待遇”，李四所获药量也是  $X$ ，那么张三与李四所获总量为  $2X=150\text{mg}$ ，结论是张三药量=李四药量=75mg。这是不是平等“真正原则”发挥规范作用的体现呢？答案是否定的。奥秘在于：由于张三所获药量  $X$  的范围是  $0 \leq X \leq 100$ ，而李四所获药量与张三同为  $X$ ，所以二人所获总药量的范围是  $0 \leq 2X \leq 200$ ；可是总供给仅有 150mg，因而一旦二人所获总药量落入 150mg~200mg 区间，平等的“真正原则”就是在冀图实现客观不能之事。举例而言，如果先给张三用药 100mg，那么平等的“真正原则”就要求李四同样获得 100mg，而这种要求与仅余 50mg 药物的客观条件相矛盾。这样，适用平等的“真正原则”进行道德判断，就面临“客观不能”的巨大风险。一个有些极端的例子可以是：当今的披头士乐队歌迷，显然不能以自己与 1960 年代的歌迷同样迷恋这个乐队组合为由，要求获得参加乐队专场演出的机会——因为列侬已经死了，六十年代再也回不来了！<sup>109</sup>在前述用药案例中，真正起作用的是这样一条权利规则：不得因与两人处境无关的标准而给予区别对待。彼得斯指出，尽管究竟哪些标准与两人处境无关很难穷举，但只要两人所获药量不同，就肯定能从反面推论医院在分配时引入了无关的标准。<sup>110</sup>

有时待遇不仅总量稀缺，而且不可分割。例如假定一艘船遭遇海难，幸存船员共 11 人，而仅有的一条救生艇只能装载 10 人，人数再多就会翻沉，那么此时如何确定装载方案？按照平等的“真正原则”，如果已经有 10 人上艇，则余下的一人可主张获得与上艇者相同的待遇，坚持上艇，这会导致艇翻人亡，无人获救。这样的方案显然不可接受，因为它严重抵触了人们“尽力挽救更多生命”的基本道德关怀。或者换个方案，仍以平等的“真正原则”为依据，要求全部 11 个人都不要上艇，随船共沉，同样无人获救。这样的方案仍不可取，理由同前。<sup>111</sup>或可认为，上述情形下平等的“真正原则”之所以无法发挥规范作用，并非该原则本身缺陷所致，而是因为抵触了某些权重更大的权利规则；假如不是 11 个人争 10 个艇位，而是 11 个人争 10 张球票，或许“任何人有权获得与相似处境者相同的对待”就会压过“尽可能让更多人看球”的意义——在可以观看电视转播时尤其如此，那么索性一张票都不发也是可取的。格林沃特就设计了这样一个案例：仍假设一船倾覆，11 名船员落水，救生艇仅能容纳 10 人；如救生艇不超载则上艇者必可获救，如救生艇超载则上艇者获救概率为 0.8（亦即倾覆落难概率为 0.2）。他认为，尽管显然 10 人上艇比 11 人上

<sup>107</sup> See Peters, *supra* note 11, p.1231.

<sup>108</sup> See Peters, *supra* note 11, p.1233.

<sup>109</sup> 彼得斯则略显调侃地说，平等的“真正原则”总不能要求“把楼上吵闹的邻居放逐到水星、用氮气付工钱，或者让列侬起死回生”。See Peters, *supra* note 11, p.1234.

<sup>110</sup> See Peters, *supra* note 11, p.1235.

<sup>111</sup> See Peters, *supra* note 11, p.1237.

艇所可能救活的人更多(10人 v. 8.8人),但因为待遇分配对象之间存在显著联系(同侪关系),且其中一人(最后上艇者)已经知晓他人所获待遇(其他10人均已上艇),<sup>112</sup>那么为了“满足受影响者对于不平等对待包含固有不公的情感的愿望”,<sup>113</sup>就要选择11人都上艇——这是平等“真正原则”的权重压过“尽量让更多人生存”的体现。然而,在具体个案中衡量不同规则的权重是很困难的:很难说对象之间的联系要“显著”到何种程度、他们的“愿望”要强烈到何种程度,方能压过其他规则。这无疑将大大降低“平等”的规范意义。

于是有人提出了变通方案:将“每个人都有权获得与相同处境之人同样的艇位”变换为“每个人都有权获得与相同处境之人同样的、分得艇位的机会”,然后通过诸如掷色子、猜拳之类完全随机的方法分配艇位。<sup>114</sup>这一变换的实质,是将不可分的待遇转化为可分待遇,然而这又陷入了稀缺状态下可分待遇的痼疾:强求客观不可能之事。设某一艇员获得艇位的几率为 $x$ ,则 $x$ 的取值范围是 $0 \leq x \leq 1$ ,理论占有艇位数为 $x \cdot 1 = x$ 个;那么全体11位艇员共占有艇位数为 $11x$ 个,取值范围为 $0 \leq 11x \leq 11$ 。显然,一旦全体艇员希望占有的艇位总数超过10个——比如达到11个(人人获救),那么平等的“真正原则”就根本无法实现。换言之,所谓平等的“真正原则”本身并不没有将待遇的总量考量在内,而仅仅关心不同对象所获待遇的相互关系,这就注定了在待遇总量不足以满足所有对象的需求总和时,无法提出可以实现的分配方案,从而丧失规范意义。

第二,待遇适足。这种情况比较简单,比如张三和李四分别需要100mg药品方可痊愈,而现有药品总量恰为200mg;此时只需对张三和李四分别适用“任何人均有权获得痊愈所需的足够药物”这一规则,即可得出两人均获100mg药品的结论。换言之,此时药品在二人间的“平等”分配,仅仅是权利规则划一地适用于二人的结果;所谓平等的“真正原则”在此根本没有存在的必要,也对分配结果没有影响。格林沃特争辩道,此时平等虽然不必要,却并不是没有力量的;<sup>115</sup>当平等与权利规则相合时,它能够对分配方案产生加固作用。<sup>116</sup>然而拉兹等人早已指出,此时平等的“加固作用”很难与权利规则本身的作用区分开来,格林沃特也不得不承认这一点。<sup>117</sup>

第三,待遇有限富余。该情况可看作三种状态的复合:<sup>118</sup>当一个对象所获待遇并不影响其他对象足额获得待遇时,相当于无限供给状态。仍以前述用药一案为例,如果药品总量为250mg,那么在张三所得药物少于150mg时,不影响李四获得足够治疗的100mg,则待遇对于张三就相当于无限供给。当一个对象所获待遇恰可令其他对象足额获得待遇时,就相当于待遇适足状态,即张三获得150mg药物时。而当一个对象所获待遇超过此数,余额不足以支给其他对象时,就相当于待遇的稀缺状态,即张三获得超过150mg药物时。所以,对待遇有限富余情况的讨论,需要以无限供给状态的讨论为前提。

---

<sup>112</sup> See Greenawalt, supra note 12, p.1272.

<sup>113</sup> See Greenawalt, supra note 12, p.1273.

<sup>114</sup> See generally Peters, supra note 11, p.1240.

<sup>115</sup> See generally Greenawalt, supra note 12, p.1278.

<sup>116</sup> See Greenawalt, supra note 12, p.1265.

<sup>117</sup> See Greenawalt, supra note 12, p.1270.

<sup>118</sup> See Peters, supra note 11, p.1245.

**无限供给状态** 该状态存在于如下情形，即：特定待遇的总数无限，所以无论是否给予某人超过需要的待遇，都能够满足有权获得该待遇的所有人的要求。彼得斯举例说，假如有一项彩票，头彩共两张，每张金额为 50 万元，而兑奖委员会可动用的资金是无限的。“幸运者”和“不幸者”都抽中的头奖，“幸运者”前去兑付时由于工作人员疏误，获得 60 万元，而“不幸者”仅获得 50 万元。此时按照平等的“真正原则”，“不幸者”有权主张与“幸运者”相同的待遇，获得额外的 10 万元。<sup>119</sup>这是平等的“真正原则”发挥规范作用的依据吗？彼得斯的答案是否定的，理由如下：

第一，我们究竟为什么认为“不幸者”受到了错误的对待？违背平等固然是解释之一，但我们也可以举出许多其他的理由，比如兑奖委员会的厚此薄彼会破坏大众信赖、降低人们参与博彩的意愿，等等。换言之，我们在乎的未必是区别对待本身，而是区别对待的社会后果。<sup>120</sup>既然并不能肯定平等是做出道德判断的唯一根据（甚至不能肯定它是根据之一），也就无法证明它的规范作用所在。

第二，平等不可避免地自相矛盾：只要给予一些人平等，就肯定会给予另一些人平等。这是韦斯滕早已生动论述的。<sup>121</sup>如果同样给予“不幸者”60 万元，固然能够使他与“幸运者”（在平等的“真正原则”的意义上）达致平等，但这对其他一切参与博彩的人都不平等——因为他们对于博采规则来说处境相同，都应得到相同对待。假如“不幸者”的确拿到了额外的 10 万元，那么获得二等奖奖金 10 万元的人，是否也可主张兑奖委员会额外支付 10 万元？抑或可以主张与“不幸者”获得同样的额外支付比例，要求再拿 20% 即 2 万元？平等的“真正原则”至此方寸大乱，因为它归根究底是空洞的，甚至没有包含在上述两个方案中进行选择所必需的实质标准。格林沃特不同意彼得斯的观点，他认为彼得斯将平等所涉及比较的范围加以无限扩展，是忽略了特定范围内比较的相对重要性。比如，父母如何对待子女的问题，应以家内子女为比较范围，如何对待家外子女就不那么重要了。<sup>122</sup>这一认识至少存在两个麻烦：一是如何识别范围的重要性？至少平等本身没有提供标准。二是即便确定了一个较小的比较范围，仍可能发生诸如上述二等奖得主所面临的问题：平等无法在根据自身所提出的多个方案中进行选取——而这些麻烦归根究底都是平等的空洞性引致的。

第三，平等不可避免地以某种方式抵触权利规则。一方面，平等的“真正原则”要求“将错就错”，制造更多违背在先规则的待遇方案，这种违规的积累可能架空规则本身。例如，假若在前述博彩案中，由于对“幸运者”执行博彩规则出错，就进而重新调整所有参与者的待遇，就将构成对既定规则的系统违反。<sup>123</sup>而平等本身没有提供任何证据，证明这样做比严守规则更为可欲。另一方面，平等的“真正原则”将当事人的待遇完全系于他人的待遇，这会抵触几乎一切正义观念。“不幸者”的命运其实完全系于“幸运者”：如果“幸运者”没有得到额外的钱，“不幸者”也就得不到；反之，如果“幸运者”少拿了钱（成为“不幸者”），那么“不幸者”也只能

---

<sup>119</sup> See Peters, *supra* note 11, pp.1246-47.

<sup>120</sup> See Peters, *supra* note 11, pp.1247-48.

<sup>121</sup> 见本文注 45、46 对应正文部分。

<sup>122</sup> See Greenawalt, *supra* note 12, pp.1279-81.

<sup>123</sup> See Peters, *supra* note 11, pp.1250-51.

少拿，这是人们无法接受的。格林沃特则认为，彼得斯下意识地将待遇分配分出了先后，进而主张后来者的待遇系于先到者的待遇，而这其实并不绝对，情况可能刚好相反。<sup>124</sup>他举例说，假如法官张三想判同案犯 A 有期徒刑，而他知道法官李四会判同案犯 B 缓刑，那么他就会考虑平等，判 A 缓刑。<sup>125</sup>即便此时的确是先到者的待遇系于后来者的待遇，但这并不能改变某人的待遇完全系于他人的现实；如果预计到后来者会受到不公的对待，难道就要据此给予先到者同样不公的对待吗？平等的“真正原则”与权利规则相抵触之处，至此显露无余。

### (三) 平等与规则统一适用

尽管平等本身不能作为独立的规则，但一些论者主张，一旦规则被制定出来，平等就能确保规则连贯无偏地适用于根据规则相似的情形。韦斯滕对此持反对意见，他认为，是规则本身而非平等要求规则适用于其所应当适用的一切情形；换言之，适用上的连贯、平等和划一，都是规则本身要求的必然结果。如果规则没有被“平等”地适用，其实无异于规则在某些应适用的场合未被适用，这违背了规则本身的要求，而违反“平等”只是违反规则的逻辑结果而已。<sup>126</sup>

凯末林斯基则认为，韦斯滕的上述分析仍未脱形式主义的窠臼，这在逻辑上可行，但在事实上则走不通：因为，无论规则多么精准完备，适用中的自由裁量都无可避免。例如，在 *Yick Wo v. Hopkins*<sup>127</sup>一案中，洛杉矶的一项地方性法规禁止在非砖结构建筑内经营洗衣业，除非获得监督局的许可。监督局将许可发给了几乎全部白人申请者，而对所有华人都采取了拒绝态度。凯末林斯基认定，在这种状况下，韦斯滕式的法律形式主义将束手无策：由于立法赋予了监督局自由裁量权，那么监督局明显偏向白人的行为就处于法律保护范围之内，不存在违法问题。于是，华人唯一可以用来挑战监督局的法律基础就是平等保护。<sup>128</sup>类似地，达马托主张，只有平等才能告诉我们：将人们根据恣意的基础来分类是不正当的。<sup>129</sup>他假想了如下的案例：一项州立法为了削减汽油总消费量，限制车牌为奇数号的驾驶员只能在周一至周五买油，而车牌为偶数号的驾驶员只能在周六买油；并且，这一措施的确恰可将汽油消费量削减到预期水平。达马托认为，在这种情况下，偶数号驾驶员无法根据实体性正当程序对州法发起挑战，因为这项法律具有正当的目的（削减汽油消费），且为实现该目的而采取的措施也具有必要性（恰可达到预期）；那么唯一的诉讼基础就是平等保护。<sup>130</sup>总之，凯末林斯基和达马托的逻辑就是：规则必然留下载量余地，而恣意的、歧视性的裁量就会以规则作为保护伞，使规则连贯执行的形式主义要求失灵，从而证立平等对于规则执行的重要性。

韦斯滕坚持己见。他认为，*Yick Wo* 一案中，监督局固然没有违反洛杉矶的法律，

---

<sup>124</sup> See Greenawalt, supra note 12, p.1282.

<sup>125</sup> See Greenawalt, supra note 12, p.1272.

<sup>126</sup> See generally Westen, supra note 5, pp.550-551.

<sup>127</sup> *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U.S. 356 (1886).

<sup>128</sup> See Chemerinsky, supra note 7, pp.580-581.

<sup>129</sup> See D'Amato, supra note 7, p.601.

<sup>130</sup> See D'Amato, supra note 7, pp.600-601.

但是违反了联邦宪法第十四修正案；<sup>131</sup> 监督员的错误不在于没有连贯无偏地适用洛杉矶的法律，而是在应当适用第十四修正案时没有适用。限制自由裁量的不是平等，而是第十四修正案——事实上，任何自由裁量行为都会在某些方面平等而在其他方面不平等，而平等本身并未提供判断究竟哪些方面有道德显著性的标准，所以平等并不能构成对自由裁量权的约束，而只能援引第十四修正案来限制裁量，自身不过充当了第十四修正案发挥作用的修辞工具而已。而对于达马托虚拟的案件，韦斯滕指出，挑战州立法的基础其实是实体性正当程序的一项规则（类似于大陆法系比例原则中的“最小损害规则”）：“如果州可以通过对一个人群施加明显较小的负担或将负担加诸其他群体而充分实现其目的，那么就不能为实现该目的而对一个人群施加相对更重的负担”，<sup>132</sup> 平等不过是适用该规则的结果罢了。可见，韦斯滕的反对者总是试图找到规则无法触及的空白地带，使平等扮演独一无二的道德和法律角色；而韦斯滕则试图证明：平等对于规则，如影随形。

无奈之下，凯末林斯基等人转而主张：平等内含在一些权利的内容之中。达马托就曾对“最小损害规则”进行有趣的推演：

为简化分析起见，让我们给车牌号为偶数的驾驶员施加 5 个单位的负担，代表着一周中他们不能买油的 5 天；并给奇数号车牌的驾驶员施加 1 个单位的负担。韦斯滕教授的标准会要求削减偶数号群体的负担，比如从 5 减到 2。但如果那样的话，为了充分实现州减少汽油使用的目的，就必须将奇数号群体的负担从 1 涨到 4。于是有：

原初假设：5（偶数号群体）+1（奇数号群体）=6

韦斯滕的标准，第 1 次适用：2（偶数号群体）+4（奇数号群体）=6

然而，显然可见新的安排仍然违反了韦斯滕的标准，尽管路数正好相反。我们必须再次适用该标准，这一次要减轻奇数号群体的负担，而增大偶数号群体的负担。如果我们没有平等的观念，我们会被要求无休止地适用下去，直到我们达到一个等式，再也不会违反法定标准：

韦斯滕的标准，最终适用：3（偶数号群体）+3（奇数号群体）=6

简言之，平等天然存在于韦斯滕的标准之中。这个标准本身不过是用繁琐的语言说：两个人群必须获得法律之下的平等保护。<sup>133</sup>

虽然韦斯滕对此并无回应，但达马托的推演其实恰好佐证了韦斯滕的观点：平等不过是规则适用的结果，而不是规则适用的条件，它在逻辑上后于规则而非先于规则。那么，平等是否具有达马托所力图展示的裁短思维的作用？答案是否定的，因为如果不清楚平等背后的规则，平等就根本无法适用，思维也并无头绪——达马托如何用平等说明，法律对奇数号和偶数号群体的差别对待方面具有道德显著性？至于凯末林斯基的论证，认为韦斯滕既已承认平等（“相似之人应获得相似对待”）与正当

---

<sup>131</sup> See Westen, supra note 7, p.645.

<sup>132</sup> See Westen, supra note 7, p.649.

<sup>133</sup> See D'Amato, supra note 7, p.602.

程序（“每个人都应得到其应得之物”，亦即“正义”）可以互相还原，<sup>134</sup>那就等于承认了平等内含于正当程序权之中。笔者认为，首先，这一观点建立在错误的推理之上，那就是因为平等内含于正当程序权，而后者不是空洞的，所以平等也就不是空洞的。事实上，在韦斯滕看来，平等与权利、正义都是空洞的，凯末林斯基的论证丝毫无助于减轻平等的空洞性。其次，如果认为平等可以被吸收到正当程序权中，那么平等也就丧失了作为独立规范的地位，更无法对规则的适用发挥任何影响。

## 四、平等的致乱与废除

既然平等和自由、权利等基本宪政理念一样，都是空洞的，那么韦斯滕为何不主张将其全部废除，而仅主张废除平等？这是因为，空洞本身并不能为废除提供足够的理由——有时，空洞甚至恰恰是概念存续的最重要理由，例如数学公式中的变量符号；<sup>135</sup>废除一个概念的充要条件，是概念空洞且会引发混乱。换言之，在平等的空洞性难以撼动之后，围绕平等是否会引发混乱而展开的讨论，就堪称决定平等命运的最后一轮抉择。

### （一）平等引发混乱的原因和表现

“平等造成的混乱数目繁多，但几乎都可上溯到同一源头：平等的言说预先假定了潜在的比较标准；但这样的言说把潜在规则省略掉，而不是直接表达出来，以致趋向掩盖它们通过援引所包括的真实规范标准”。<sup>136</sup>这一点可以从数学平等和法律/道德平等的比较中得出：数学平等之所以不会产生混乱，是因为人们对于平等背后的规范达成了高度的共识（几乎任何人都会同意一加一应当等于二），所以虽然平等也会遮蔽这些规范，但并不会造成混淆的后果。而法律/道德平等则不然：人们对适用法律/道德规则存在严重的分歧，几无共识可言；此时用平等的修辞去屏蔽分歧，只会在分歧之外平添混乱。<sup>137</sup>例如，某人提出一个平等的主张，他的反对者可能不过是运用了不同的规则标准，与他所讨论的根本不是同一个问题；他的支持者则可能也并没有运用他的规则标准，因而这种支持不具有任何实质意义。可见，平等所造成的混乱，会阻碍有意义的讨论的展开。韦斯滕从四个方面描述了平等引发的混乱的表现：

第一，平等被看作独立的规范，以致割裂了平等与其所援引的实体规则的联系，将后者遮蔽起来。“宪法权利，哪怕是诸如言论和宗教之类的相对特定的自由，都已经够难识别和评价了。把它们全都囊括在‘相似者应获得相似对待’这一‘无所不包’的命题之下，只会把问题纠结在一起”。<sup>138</sup>

---

<sup>134</sup> 韦斯滕的确曾说：“就如正义可以被还原为平等，平等也可以被还原为正义”。See Westen, *supra* note 5, p.557.

<sup>135</sup> See Westen, *supra* note 6, p.1158.

<sup>136</sup> See Westen, *supra* note 7, p.653.

<sup>137</sup> See generally Westen, *supra* note 5, p.1165.

<sup>138</sup> See generally Westen, *supra* note 5, pp.580-581.



第二，平等就是寻找等价物的过程，它只存在于人们的特定方面；而由于平等将人们的注意力从其背后的实体规范转移开来，就可能引发“过分推广”的错误：由某一方面的平等，推导出其它方面甚至一般意义上的平等。<sup>139</sup>

第三，在平等审查中，“平等将一切宪法主张都强塞进审查水平的几个类别，以致扭曲了本该主导实体主张的处理的不同标准”。<sup>140</sup>例如，传播具有明显性意味的作品，和传播政治作品，在平等审查时都会被归入言论权利，划入同一审查水平，而这两类作品道德显著性的实际差异则被遮蔽了。

第四，一个常见的误解是：平等不关心究竟是将负担从特定人身上移开，还是将负担对象扩展到每个人，这和权利不同——对侵权的唯一救济就是去除负担，所以平等能够提供比平等更广泛的救济。韦斯滕指出，首先，权利所提供的救济未必是单一的。他举例说：

假设州有意建设和维护讨论政治观点的公共论坛，但计划排除自由党的观点。……如果受侵害的权利是让州在政治言论内容方面保持中立的权利，那么一项或两项救济就是妥当的：要么命令州许可自由党参加论坛，而不考虑言论的内容，要么禁止州邀请任何其他政治代表参与该论坛。而如果被侵害的权利是让州为政治观点的表达提供公共论坛的积极权利，那么一些作为替代的救济就是妥当的：要么命令州将论坛向自由党开放，以表达其观点，要么命令州为救济目的而创设其他论坛。<sup>141</sup>

其次，并不是说一切将负担从特定人身上移开，或者将负担对象扩展到每个人的做法，都是救济。“平等所提供的救济正和其所包含的潜在实体权利一样多（或少）”。<sup>142</sup>例如，假设州在男女之间搞歧视，要求双亲供养男孩到21岁，而只要求供养女孩到18岁；一位20岁的女性主张该法侵害了平等保护，寻求救济。此时，平等似乎提供给法院两种选择：要么将对女孩的供养义务扩展到21岁，要么将对男孩的供养义务提前到18岁结束。而事实上，后者并不能充分救济原告，因为它无法补偿原告在18岁至20岁之间所蒙受的利益损失。<sup>143</sup>

## （二）对平等引发混乱的辩护和探讨

尽管较之平等的空洞性问题，平等引发的混乱并非讨论的重点，但韦斯滕以外的各位学者均为平等作了辩护。这些辩护可归为三个角度：

第一，主张平等所引发的混乱不是必然发生的，并非平等所固有。<sup>144</sup>对此韦斯滕持肯定态度，但即便这些混乱不是不可避免，也算得上平等的特色了。<sup>145</sup>问题不

---

<sup>139</sup> See generally Westen, supra note 5, pp.581-584.

<sup>140</sup> See Westen, supra note 5, p.586.

<sup>141</sup> See Westen, supra note 5, p.588.

<sup>142</sup> See Westen, supra note 5, p.589.

<sup>143</sup> See generally Westen, supra note 5, pp.589-591.

<sup>144</sup> See generally Chemerinsky, supra note 7, pp.591-596.

<sup>145</sup> See Westen, supra note 7, p.653.

在于平等“不必然”会导致混乱，而在于如果废除平等，就“必然不”会导致混乱——如此则这一辩护顿失力量。

第二，主张引发混乱的缺点不是平等所独有的，权利等其它概念也有这个缺陷。凯末林斯基认为，平等和权利一样，既是独立的，也是不独立的；如果平等作为独立规范会造成混乱的话，则权利亦不免；<sup>146</sup>如果平等审查的分级会造成混乱的话，那么存在于言论自由之类权利中的类似制度亦不免。<sup>147</sup>格林沃特也主张，一定的混乱是规范性概念的通病，诸如“隐私”、“自由”或“权利”皆为明证。<sup>148</sup>显然，引发混乱本身并不能导出废除平等的结论——否则所有规范性概念均应废除。对此韦斯滕的回应是：之所以废除平等，是因为“以平等的方式进行分析所引发的混淆，在权重上远过于纯粹的修辞利益”。<sup>149</sup>

第三，对废除平等的得失权衡。毫无疑问，平等具有强大的修辞力量。韦斯滕形象地指出：

由于相似之人应获得相似对待的命题无疑正确，它能给其所包含的实体价值带上超验正义的光环。结果，以平等的形式所宣示的价值就可能获得比应有分量更大的道德和法律权重。这就是为什么以平等形式出现的主张无例外地将所有相反观点置于“防御”的地位。<sup>150</sup>

正是这样的力量让一代代学者和政治家难以割舍，宁愿忍受平等所带来的混乱。一方面，论者纷纷阐述平等的重要意义：平等是“在思考和论辩中颇具实用价值的工具”；<sup>151</sup>平等作为宪法弹性的重要机制，可以包容宪法价值的实际变化，毋庸修改宪法；<sup>152</sup>等等。另一方面，平等所造成的混乱究竟达到何种程度，则根本无法证明和测量。<sup>153</sup>可见，衡量概念存废的得失，存在天然的困难——事实上，所谓得与失，同样不可避免地带有主观价值判断的色彩，因而很难指望争议双方分出高下或达成一致。

总之，就本文所探讨的这次学术论争而言，持平等观念空洞说的一方虽然人数较少，但的确略占上风，对各方驳诘基本可在统一的框架内做出回应乃至反诘。平等的“形式原则”即“相似之人应获得相似对待”或“真正原则”即“仅仅因为处境相同，相似之人应获得相似对待”，的确深陷空洞性的泥沼，更可能遮蔽背后的权利规则或实体价值，造成混乱，这是韦斯滕敢于坚持废除平等的原因所在。平等受到的责难其实远不止此，论者曾总结出平等的“七宗罪”：空洞性、混乱性、冗余性、导致错上加错、导致待遇的拉低扯平和浪费、将本不正当的现状正当化、贬损差异性。<sup>154</sup>那么，是否应当摒弃平等，另行寻找反歧视法的正当性基础？海外学者的确

---

<sup>146</sup> See Chemerinsky, *supra* note 7, p.593.

<sup>147</sup> See Chemerinsky, *supra* note 7, p.595.

<sup>148</sup> See Greenawalt, *supra* note 8, p.1184.

<sup>149</sup> See Westen, *supra* note 5, p.542.

<sup>150</sup> See Westen, *supra* note 5, p.593.

<sup>151</sup> See Burton, *supra* note 6, p.1152.

<sup>152</sup> See Westen, *supra* note 7, p.660.

<sup>153</sup> See Greenawalt, *supra* note 8, pp.1184-85.

<sup>154</sup> See Simons, *supra* note 14, pp.698-705.

向这个方向努力过，提出了多样性（diversity）、社会融入（social inclusion）<sup>155</sup>等替代方案；中国学者也提到过采用人格尊严替代平等，作为反就业歧视法的理论基础。<sup>156</sup>但是，即便这些方案可行，平等是否糟糕到令其修辞意义黯然失色、其他方案的与平等相比是否更好，仍然需要漫长的学术讨论和思索。本文所回望的一页学术史，构成思考链条的一环，也仅仅是一环而已。

---

<sup>155</sup> See, e.g., Hugh Collins, *Social Inclusion: A Better Approach to Equality Issues?*, 14 *Transn'l L. & Contem. Prob.* 897 (2005).

<sup>156</sup> 周伟：《反歧视法研究：立法·理论与案例》，法律出版社，2008年第一版，第一章《导论》。