



THE COLLECTED TRANSLATIONS
OF WESTERN CLASSICS ON LEGAL LOGIC

西方法律逻辑经典译丛

熊明辉 丁 利 主编

[英] 埃里克·海因策 著 *Eric Heinze*

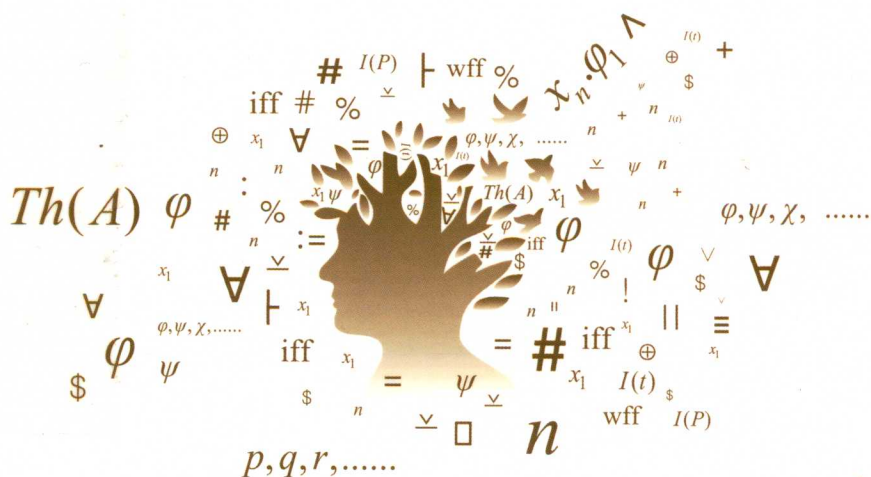
徐梦醒 译

The Logic of Equality

A Formal Analysis of Non-Discrimination Law

平等的逻辑

非歧视法律的形式分析



中国政法大学出版社



Routledge
Taylor & Francis Group



THE COLLECTED TRANSLATIONS
OF WESTERN CLASSICS ON LEGAL LOGIC

西方法律逻辑经典译丛

熊明辉 丁 利 主编

〔英〕埃里克·海因策 著 *Eric Heinze*

徐梦醒 译

The Logic of Equality

A Formal Analysis of Non-Discrimination Law

平等的逻辑

非歧视法律的形式分析



中国政法大学出版社

2017·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

平等的逻辑：非歧视法律的形式分析/（英）埃里克·海因策著；徐梦醒译
北京：中国政法大学出版社，2017.2
ISBN 978-7-5620-7311-6

I. ①平… II. ①埃… ②徐… III. ①法律-研究 IV. ①D9

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第018876号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com （网络实名：中国政法大学出版社）
电 话	010-58908289(编辑部) 58908334(邮购部)
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	880mm×1230mm 1/32
印 张	7.000
字 数	170 千字
版 次	2017 年 4 月第 1 版
印 次	2017 年 4 月第 1 次印刷
定 价	32.00 元

假如你想欺骗别人，同时自己又不会被骗，你就必须准确知道在哪些方面一些事物与另一些事物相似或不相似。

——苏格拉底，柏拉图《斐德罗篇》



出版说明

“西方法律逻辑经典译丛”系列图书翻译项目由教育部普通高校人文社会科学重点研究基地中山大学逻辑与认知研究所、广东省普通高校人文社会科学重点研究基地中山大学法学理论与法律实践研究中心以及中山大学法学院公共政策与法律制度设计研究中心共同策划，该系列图书由中国政法大学出版社出版。入选本译丛书目的图书均为能够代表“西方法律逻辑”最高学术研究水平的经典著作，计划书目为开放式，既包括“西方法律逻辑”经典教科书，又包括其经典专著。首批由广东省“法治化进程中的制度设计与冲突解决：理论、实践与广东经验”项目资助出版，共推出9部译著，分别是《法律与逻辑》、《法律逻辑研究》、《法律推理方法》、《诉讼逻辑》、《论法律与理性》、《法律论证：有效辩护的结构与语言》、《前提与结论：法律分析的符号逻辑》、《建模法律论证的逻辑工具》、《虚拟论



证：论法律人及其他论证者的论证助手设计》。同时，该9部译著也是熊明辉教授承担的国家社科基金重点项目“全面推进依法治国的逻辑理性根基研究”（2013）、广东省高等学校珠江学者岗位计划资助项目（2013）和中山大学重大培育项目“依法治国的逻辑问题研究”（2013）联合资助的一项重要成果。鉴于第一批成果取得良好的社会效果，我们决定启动第二批译著，共11部，分别是：《对话法律：法律证成和论证的对话模型》、《平等的逻辑：非歧视法律的形式分析》、《锚定叙事理论：刑事证据心理学》、《推理导论》、《证明责任、推定与论证》、《宪法权利的逻辑》、《自由权利的逻辑》、《诉讼博弈》、《法律谈判简论》、《论证评价与证据》和《论证、故事与刑事证据》。

他山之石，可以攻玉。相信本译丛之出版不仅有助于推动我国法律逻辑教学和研究与国际接轨，而且为法治中国建设提供一种通达法律理性和逻辑理性、实现公正司法的工具。

熊明辉 丁 利

2016年6月15日修订



总 序

法律逻辑有时指称一组用来评价法律论证的原则或规则，其目的是为法律理性和法律公正提供一种分析与评价工具；有时意指一门研究法律逻辑原则或规则的学科，即一门研究如何把好的法律论证与不好的法律论证相区别开来的学科。

自古希腊开始，法律与逻辑就有着密不可分的联系，甚至可以说，逻辑学实际上就是应法庭辩论的需要而产生的，因为亚里士多德（Aristotle）《前分析篇》中的“分析方法”后来演变成“逻辑方法”，它实际上是针对当时的智者们的论证技巧而提出来的，这些智者视教人打官司为基本使命之一。亚里士多德把逻辑学推向了普遍有效性的追求，这导致了这样的结果：论证的好坏与内容无关，而只与形式有关。19世纪末，亦即在弗雷格（Frege）发展出了数理逻辑之后，“形式逻辑”一度成为“逻辑”的代名词。法律与逻辑的关系似乎渐行渐远。因此，有人说逻辑



就是形式逻辑，根本不存在特殊的法律逻辑，故法律逻辑至多是形式逻辑在法律领域中的应用。事实上，法律推理确实有自己的逻辑，并且这种逻辑指向的是与内容相关的实践推理。正因如此，如佩雷尔曼（Perelman）所说，在处理传统上什么是法律逻辑的问题时，有人宁愿在其著作中使用“法律推理”或“法律论证”之类的术语，而避免使用“逻辑”一词。

20 世纪 50 年代，以图尔敏（Toulmin）和佩雷尔曼为代表的逻辑学家们开始把注意力转向实践推理，特别是法律推理领域，开辟了法律逻辑研究的新领域。特别是非形式逻辑学家与论证理论家们把语境因素引入到日常生活中真实论证的分析与评价上来，这为法律逻辑研究找到了一个很好的路径。如今，法律逻辑研究需要面对“两个大脑”：一是“人脑”，即法官、律师、检察官等法律人是如何进行法律论证的；二是“电脑”，即为计算机法律专家系统中法律论证的人工智能逻辑建模。前者的逻辑基础是非形式逻辑，而后的逻辑基础是形式逻辑。如果说形式逻辑对论证的分析与评价仅仅是建立在语义和句法维度之上的话，那么，非形式逻辑显然在形式逻辑框架基础之上引入了一个语用维度，因此，我们不再需要回避“法律逻辑”这一术语了。

熊明辉 丁 利

2014 年 5 月 31 日



译者引言

本书是熊明辉与丁利共同主编的“当代西方法律逻辑经典译丛”之一。诸多政治学家、法学家、社会学家乃至经济学家都在思考，世界是否正在走向越来越公平和富裕的未来，并对社会公平和国际人权的反歧视性都有各自的看法。从目前既存的研究来看，极少有逻辑学家对此问题展开分析。当然，法律逻辑领域不乏诉诸逻辑工具就个案分析具体问题，以及从相对抽象和概括的角度宏观探讨法律和逻辑之间的话题的情形。一种普遍的社会经验或者法律部门的逻辑检验，能够彰显形式化分析这种技术性视野的理性精神，同时也为完善特定领域法律体系提供了探索途径和工具。更重要的是，抽象化的逻辑符号系统和涉及平等权的多元化生活之间，可以通过合适的公理系统，为现实中的问题提供一种清晰、明确和稳定的表达方式。本书作者对于非歧视性规范和法律的形式化逻辑分析，就是诉诸这样一种



尝试。

作者在 2003 年出版了本书和《自由权利的逻辑》(*The Logic of Liberal Rights*, Routledge, 2003), 加上 2005 年出版的《宪法权利的逻辑》(*The Logic of Constitutional Rights*, Ashgate, 2005), 这一系列作品体现出形式分析方法的脉络。就本书来说, 其主要回答了非歧视性规范在司法判决当中是否包含某种稳定的成分, 探寻非歧视性规范当中的不确定性如何预设稳定要素。关于规范中实质化的清晰或者模棱两可之处是否已经预设了某种程度上的形式确定性, 目前尚未达成共识。本书试图通过例证从更加宽泛的视角来说明, 法律论辩当中的颇有争议或具有结果开放性的要素通常会受到确定和形式要素的牵制。读者将会发现, 非歧视性规范的决定性成分当中, 维持着一种内嵌于并连通整个法律体系的稳固和确定的结构, 无论这些规范的实质内涵存在怎样的差异和不确定性。本书最值得推崇之处, 在于作者通过真实、生动和典型的判例, 推出抽象并具有普适性的公理。在整合客观状态与主观价值要素的基础上, 提出有效的平等权案件审判的逻辑思路; 此外, 每一章节当中都通过练习题帮助读者加深理解, 从而为进一步的阅读提供有效帮助。练习题的答案附在每章的结尾部分, 便于读者对照检查。

中国的法学话语遵循汉语言文化环境的属性, 充溢着象形、会意和形声等表述方式。发掘“高语境”文化中言说者的真实意图, 需要首先诉诸冷静、审慎和稳定的符号系统。即使是语境化思维也离不开统一的范式、表述乃至语法来建构有效的法律话语体系, 从而导出有效的法律结论。情境或者语用思维使法律断言的内容趋向不确定性, 就像有学者认为的那样, 法律判断可能是“灵光一闪”的产物, 甚至法律结论可能是判断者条件反射的结果。但只要主张

这些结论正确地来自特定前提，它们就必须满足逻辑论证的标准。^{〔1〕}从这个角度来说，本书为开拓我国就法律问题推论思维的形式化或者符号化重构，提供了极具启发和拓展空间的路径。尽管作者并不排斥社会学分析与价值权衡的作用，而且从未试图在任何具体案例当中权衡和考察裁判的思路与具体结论，但本书的思路和阐述，为逻辑学界和法学界在依据形式化分析展开对其他部门与社会法律问题的探讨方面，提供了有效的参考借鉴。在此深深感谢中山大学熊明辉教授给予我这个机会。在翻译过程中，他就我提出的用词表达与学术方面的疑问提出了宝贵的修改与完善意见，使我获益良多。

徐梦醒

2016年10月28日于武汉

〔1〕 雷磊：“什么是法律逻辑——乌尔里希·克卢格《法律逻辑》介评”，载《政法论坛》2016年第1期。



法律中的平等与论辩

(代中译本前言)

埃里克·海因策 (2016)

法律平等概念的历史由来已久：它既不是 18 世纪自由与民主理想的产物，也并非在美国《独立宣言》宣称“人人生而平等”时突然产生。这句箴言已经可以跨越早期的基督教时期，而追溯到古代的斯多葛学派。

两千多年前，亚里士多德 (Aristotle) 把法律体系的意图界定为从根本上防范权力的随意运用。^[1]他认为，法律的核心理念必然预设了一些诸如“一视同仁”这样的原则。^[2]总之，不存在无固有平等概念的法律。

[1] See e. g., *Politics* 3. 16. 1287^a19 – 20, 30; 4. 4. 1292^a4 – 6, in Aristotle ([4th century BCE] 1984). Jonathan Barnes, ed., *The Complete Works of Aristotle: The Revised Oxford Translations*, vol. 2., Princeton, New Jersey: Princeton University Press, pp. 2042, 2050.

[2] See generally e. g., *Nicomachean Ethics* 5. 4, in Aristotle, note 1 above, pp. 1786 – 87 (discussing ‘rectificatory’ justice).



当然，古希腊语境下“相同”与“不同”的概念与我们的理解大相径庭。单纯从亚氏的观点来看，这一格言相当于摒除实质性内容的纯粹形式主义表述。就其措辞来看，我们无法获知谁或者什么应当被视为“相同”或者“不同”。亚里士多德告诉我们的只是——但这一洞见被证明强化了法治的根基——关于特定法律权益，如果双方当事人境遇相同，那么法律应当予以平等对待。

本文作为《平等的逻辑》一书的中译本前言，提供了回顾上述基本原则的机会，同时也提供了重新思考这一问题的契机，即形式分析能以及不能给法律平等规范带来怎样的启发。

无争议案件：不要求绝对平等

让我们先来详细考察一下限制条件：“关于”（with respect to），其最初适用于作为法律主体的个人。平等概念在法律的可能空间中占据中心地位，只要求关于特定体系认同的相关语境下，两个这样的个体应当受到平等对待。平等概念不会，也无法要求两个人在所有方面都受到等同（identical）对待，原因很简单，那就是不存在在所有方面都一样的两个人：天性（φύσις）排除了这种可能，并且法律（νόμος）对此并无需求与用度。

相对于给定法律目的来讲，两个人之间的相对平等，不会且也不意味着对于所有目的的绝对等同。任何法律体系都不能抱以或者应当期待这种绝对平等，否则很快就会被揭示为无稽之谈。一项关涉平等的法律规范，通常会预设这样的价值判断与政策性判断，那就是何时应当平等对待任何人，何时不应当平等对待。

比如，在满足年龄、视力、路标知识等方面的要求以后，英国的合法居民有资格获取驾驶执照。如果任意两个人符合上述标准，依据关于这些要求的一项平等权规范，法律必须保证他们两个都有

获得驾驶执照的平等权益。与他们相关的因素，如“一男一女”，不得作为依法变更结论的前提。目前情况有所不同的是，在沙特阿拉伯还要求只有男性才可以获得驾照。而在英国，如果基于其性别而被剥夺了获取驾照的机会，女性可以主张一项合法有效的歧视性诉求。但是，上述标准当然不需预设绝对平等：法律无需将同样的平等待遇扩展到每一个未能满足年龄、视力、路标知识等要求的人。

与之相似，如果两个5岁的孩子满足了除年龄以外的接受公共初等教育的所有条件，那么依据一项关于此种情形的平等权规范，法律必须确保这两个孩子都有机会接受公立初等教育；但是，法律无需像绝对平等理念所期待的那样，将同样的平等待遇扩展到两岁甚至一岁的孩子，因为我们通常认为这个年龄阶段对于确保公立教育的运作来说太过于年轻了。

或者，如果在同等实际货币价值与条件下，一家零售店就特定类型与两个不同客户之间的合同构成违约，那么依据一项关于此种情形的平等权规范，这家店就必须平等地对这两个客户给予补偿。但是，法律无需将同样的平等待遇扩展到与这家店形成其他不同类型的合同关系的人那里。

有争议案件：确定的日常“概念”与不确定的哲学“概念”

当然，法律平等问题所涉及的远不止于上述简单和直接的应用类型，而是经常遭遇到争议性案件。比如，贯穿整个古代历史，乃至当今时代，无数法律制度将统治阶级与被统治阶级明确区分开来；再比如，亚里士多德在若干问题上注意到了斯巴达被强势的侵略所征服，以及偶尔发起反抗的奴隶们。以社会政治性镇压或者源于不同政见的反叛为代价，历史上经常出现法律正式确认并贯彻强



势阶层与弱势阶层的界分。^{〔3〕}

与此同时，声称推行法治的现代社会自由理念的国家，并没有在实践中一如既往地遵循这些规范。臭名昭著的“隔离平等”说^{〔4〕}认可了美国直到 20 世纪 50 年代的种族隔离制度，提出了令人难以置信和武断的宣言，那就是要将这种普遍的歧视与“法律面前”狭隘的形式平等协调起来——而即使是这种孱弱的平等也极少在现实中存在。此外在法律的关键领域，女性有史以来普遍未能获得与男性平等的待遇。确实有很多女性认为，直截了当地强调女性与男性的“平等化”已经预设了一种男权标准，而这种标准在任何情况下对于女性的权益都无所助益。

追随约翰·罗尔斯 (John Rawls) 的观点,^{〔5〕}我们区分了 (a) 平等的日常“概念”与 (b) 平等的特殊“概念”。就本身而言，前者是任何法律体系所固有的概念（至少从亚氏至今仍然极其似真的观点来看也是如此）；后者引人注目地跨越了不同的历史时期，跨越了不同的文化，而且常常造成不一致，甚至在具体文化背景下也是如此。本书提出了与法律平等规范相伴随的确定性因素和不确定性因素的划分，罗尔斯的这对术语与上述划分密切相关。比如在欧洲中世纪，一位英国公爵通常在有关其私有土地使用权上与另一位公爵是平等的，但是平民与公爵在这方面却是不平等的。与之

〔3〕 See e. g., *Politics* 2. 5. 1264^a25 – 35, 2. 9. 1269^a35 – ^b11, in Aristotle, note 1 above, pp. 2006, 2014. 正如亚里士多德在这些讨论之前所阐明的那样，对于他先前的导师柏拉图所持有的看法，他是非常熟悉的，尽管对于如何更好地解决这个问题他们仍然存在分歧。

〔4〕 See e. g., *Plessy v. Ferguson*, 163 US 537 (1896) .

〔5〕 罗尔斯区分了正义在一方面抽象与规范性的概念，以及其在另一方面特定而且经常存在不同意见的概念化，比如康德、黑格尔与马克思主义哲学等等。John Rawls, *A Theory of Justice* (2nd ed.), Oxford: Oxford University Press (1999), p. 5. 基于本文的目的，我们可以依据同样的区分来解释平等的理念。

相比，如今英国的女性和男性相互之间是平等的，但他们和幼年子女之间则在一般民事责任上是不平等的，如在合同、侵权、信贷和债务等方面。

任一法律制度都会预设基本的平等假定，即使这些假定的适用在不同社会或者历史阶段中有很大的区别，因而在平等概念的确定性与不确定性之间精确的正式分界线，同样也会依据情境而不断变动。在通过示例予以阐明时，如果任一特定概念至少形式上具有可辨识性，那么这一概念就仍然是确定的。然而，如果实践中存在多元的概念，这一概念就仍然不确定；作为未来可能性的多元概念，则构成假设的不确定性。

此外，依据亚里士多德的观点，法律体系中核心平等概念的普遍存在，将法律从纯粹的独断性权力行使中区分出来——即使从体系 X（比如现代英国的法律）的立场来看，体系 Y（比如中世纪英国的法律）中的具体概念看起来有很深的独断性。1215 年的《自由大宪章》（Magna Carta）并没有限制而是加强了法治，虽然只是固化了统治阶级平等享有的权利和优待，而大多数人仍然被排除在这些利益之外。该法律体系中通过这种非常实在——如果从我们今天的视角来看，非常有限——的视角来强化法治，此类平等的概念化保留了潜在的平等概念。若干规律性、可预见性和理性化的观念保留了下来，而具有讽刺意味的是，在以长期存续而非克服不公正区别对待的概念化引导下，这甚至是以牺牲实质公正为代价的。

基于上述分析可以发掘出概念内在的论辩属性。假定思想自由并未受到压制，概念的内在理性化作为权力恣意行使的阻碍，反而会推动法律体系当中有批判性思维的主体质疑他所处社会中主流的概念。他们基于理性的激发，从而反思既有的概念化是否可能在事实上表现出内在的不理性，或者对基本的平等概念——“一视同

仁”——的背弃。威廉·莎士比亚所著《错误的喜剧》（*The Comedy of Errors*, ca. 1594）中，在抗议男性在社会与法律上的支配地位时，阿德里安娜问道：“他们何以比我们更加自由？”^{〔6〕}从她的反问措辞可以看出，阿德里安娜合乎逻辑地预设了平等的核心概念，从而达到抵制她所处社会通行概念化的目的。她的丈夫与其他男性基于所拥有财产的等级而在法律上平等——但相对于财产更少的男性以及他的妻子，他却拥有更为优越的法律地位。^{〔7〕}

平等概念总是具有向前推进社会批判力的潜质，从而使理性置于独断性之上；而即使对不平等的对抗获得成功，人们仍然受到更进一步激发去追问新理性、新平等概念，是否仍然包含内在的不理性与独断性要素。在准黑格尔哲学的理念之下，平等概念使持续不断的论辩构成必要前提。《自由大宪章》中严谨的表述或许已经在很大程度上限制了贵族阶层的利益，但其核心逻辑已经根植于更为广泛的平等理想当中。时至今日，英语世界仍然将这一法律文件作为导向未来平等概念的基石。

本书利用平等权相关案例来发掘法律规范中恒定的组成部分，亦即确定性与不确定性的平衡点。平等概念适用于广泛的案例与情境，并典型性地包含着源自一般术语的法律规范。它不能过于确定，以至于排除了明确预设平等规则且丰富多元的概念（虽然对于某些概念我们可能并不认同）；它也不能变得如此灵活，如此开放以及如此不确定，以至于把那些不可识别的概念都视为哲学意义上的平等概念。

〔6〕 William Shakespeare, *The Comedy of Errors* 2. 1. 10, Charles Whitworth, ed., Oxford, UK: Oxford University Press (2002), p. 103.

〔7〕 See e. g., Eric Heinze, “Were it not against our laws: Oppression and Resistance in Shakespeare’s *Comedy of Errors*”, 29 *Legal Studies* (2009), pp. 230 – 63.