



中国人民公安大学
法学文库

美国平权行动： 法律平等理论的变奏

MEIGUO PINGQUAN XINGDONG:
FALÜ PINGDENG LILUN DE BIANZOU

○ 吕亚萍 ◇ 著



中国政法大学出版社



中国人民公安大学
法学文库

美国平权行动： 法律平等理论的变奏

MEIGUO PINGQUAN XINGDONG:
FALÜ PINGDENG LILUN DE BIANZOU

吕亚萍◇著



中国政法大学出版社

2016·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

美国平权行动：法律平等理论的变奏/吕亚萍著. —北京：中国政法大学出版社，2016. 3

ISBN 978-7-5620-6431-2

I. ①美… II. ①吕… III. ①法律—研究—美国IV. ①D971. 2

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 268901 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 | 010-58908285 (总编室) 58908433 (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 | 6.75 |
| 字 数 | 190 千字 |
| 版 次 | 2016 年 3 月第 1 版 |
| 印 次 | 2016 年 3 月第 1 次印刷 |
| 定 价 | 22.00 元 |

中国人民公安大学法学文库总序

2014 年是中国人民公安大学法学院成立 30 周年，法学院举行了一系列学术纪念活动。以法学文库的方式来祝贺法学院办学 30 年，既是对以往工作的总结，也是以物化的形式表达对法学院永恒的纪念，同时，也反映出法学院教师们的心声。这是一项意义重大的事业，我们愿意长久地进行下去。

从世界范围来看，法学院在历史悠久的大学中都占有重要的地位。有关大学的历史可以追溯到中世纪，在意大利、英国、法国等国最早产生的一批大学中，一般只设立四个学院：文学院、医学院、神学院和法学院。在一定意义上说，这四个学院都有共同的使命：对人的身体、思想、心灵和社会出现的创伤进行治疗。

基于此，每当一个国家和社会处于转型和变革时期，法学院的命运都与法治的命运甚至国家的命运联系在一起。公安大学法学教育的历史亦如此。法学院的前身是中央政法干校时期的法律一室和法律二室，1984 年成立了法律系。公安大学历史上的第一门法律课是 1955 年 3 月在公安保卫普通班第三期开设的“宪法”、“惩治反革命条例”。在“文革”期间，法学教育被迫中断。在 1984 年之前，法学教育最为辉煌的时期出现在 1979 年至 1983 年，在此期间，我国现行《宪法》、《刑法》、《刑事诉讼法》、《人民法院组织法》、

《人民检察院组织法》等法律先后颁布实施，在我校举办了全国性、大规模的法律宣教班和培训班。经常讲课的专家现在都已是法学泰斗级的名家。当时，学校法学教师队伍中也是名师众多，如柴发邦、樊凤林、刘岐山、吴杰、唐宗瑶、宋涛、崔敏、李文燕、徐秀义等，他们基本都参与了改革开放后国内第一批法学教材的编写工作。

随着国家法官学院、国家检察官学院的相继成立，中央政法干校为公、检、法三部门培养干部的使命已经完成。1984年改制为全日制学历教育大学后，当时法律系的法学专业是木樨地校区最早招生的三个专业之一，由于师资力量雄厚，在学科建设、人才培养、科研等方面在全国仍然保持优势和影响力。法律系从1995年起开始招收硕士研究生，2004年开始招收博士研究生，2007年设立法学一级博士后流动站，2011年3月获批法学一级博士学位授权点。至此，法学院形成了法学本科、硕士研究生和博士研究生三级培养体系，法学院的优势、特色和风格已经初步形成，即长期的学术积淀、雄厚的师资队伍、合理的学科体系、鲜明的培养目标、独有的行业资源。

2013年2月，经公安部批准，法律系更名为法学院。

上述成就是在法学院几代法律人共同努力下取得的，“筚路蓝缕，以启山林”，从吴杰、崔敏、徐秀义到唐若雷、刘万奇的历任法学院主要领导在任期间都为法学院取得了一个个突破。作为后进，我对前辈表示崇高的敬意。

法学院为公安大学乃至公安教育贡献了什么？主要有三个方面：

首先，是在学科建设方面。公安大学法学院刑事诉讼法学硕士点是全国公安教育系统的第一个硕士点，开启了公安大学研究生教育的先河。随后，中国刑警学院、中国人民武警学院相继开展了研究生教育，目前全国虽有20多所公安本科院校，有学术型硕士授权点的仅此三家。2004年，刑事诉讼法学博士点的设立是公安大学的第一个博士点。目前，全国30多所公安院校中仅有公安大学有博士学位授权点。2007年，建立法学一级博士后科研流动站。2011年，取得法学一级博士学位授权点。以上工作在我国公安教育领域都是

具有开拓性的。上述法学学科建设的一系列成就，为后来公安大学发展公安学、公安技术等学科做出了相关知识体系上的支撑和基础性的支持。

其次，是在法律课程设置方面。公安工作最为核心的是执法工作，此外还有管理工作和服务工作。法律课程建设和法律知识的传授在公安教育中占有突出的位置，法律课程主要是基础课、平台课和素质课。

最后，法学院积极参与和公安执法相关的立法、法律修改工作，以及在公安执法等方面发挥智库担当作用。

回望过去是为了更好地发展，为此，我们将在以下四个方面进行努力：

首先，清醒认识法学院的优势与不足。在全国近 640 所法学本科院校中，公安大学法学院具有鲜明特色，是行业法学院，这是优势。虽位居前列，但是优势不明显，法学教育同质化的弊端在公安大学法学院仍然存在。我以为，突出特点和体现行业特色是关键，解决并践行明确的发展目标，公安大学法学院仍有巨大的上升空间。法学院的发展思路定位为：坚持法学本色，强化警察特色，担当公安智库，服务执法实践。

其次，确定公安大学法学专业学生培养标准，尤其是提出了优秀法学人才的标准，即一流的语言表达能力；一流的法律文书写作能力；一流的法律规范知识能力；一流的道德良知，法律职业人不必人人都成为包拯、海瑞，但必须要达到一定的道德高度。

再次，对法学院教师的职业要求，即通过系统地、尽职地传授法律规范性知识，培养学生形成法律思维方式，树立法律理想，从而实现法治人生。法律规范、法律思维、法律理想和法治人生四位一体，师生相互融合，必将培养出高素质的法律职业人。

最后，对公安大学法学院院长的要求。作为现任法学院院长，不看你任院长期间做了什么、做了多少、做得怎样，关键在于，你不任院长时，给法学院留下了什么。

出版公安大学法学文库是上述四个方面努力的集中体现。公安

大学法学文库的著者和译者都是公安大学法学院的教师，本着学术自由的原则，文库以吸收与公安执法相关的著作为主，同时纳入其他法学著作。此外，警察法学教学和研究在我国起步较晚，研究力量和成果都很薄弱，因此，文库还包含若干国外警察法学方面的译著，以资借鉴。

自2009年以来，公安大学法学院先后批准成为教育部“国家级法学实验教学示范中心”、“国家大学生校外法学实践教育基地”、“法学专业综合改革试点（卓越法律人才教育培养基地）”，这些教育部教学质量与教学改革工程项目为公安大学法学院在学科建设、人才培养、教学质量和教学改革以及师资培养等方面给予了极大的支持，本书库的出版经费主要来源于此。

法学院赵华老师不辞劳苦，为文库出版做了很多工作。中国政法大学出版社为文库出版精心策划，贡献很多。对上述工作和付出，我谨代表法学院表示衷心感谢！

中国人民公安大学法学院院长、教授 程华
2014年12月4日于木樨地校区

一、亚里士多德的目的论体系

（一）整体论的目的论：前现代的法治思想

从个人之善与政治之善的基本点来看，亚里士多德的政治学中不存在所谓的个人之善，他的《尼各马可伦理学》是“目中无人”的伦理学。

众所周知，不同的思想家从对个人的不同哲学基本观念出发，对个人与社会的基本关系存在完全不同的认识。根据对个人与社会关系的不同看法，西方法哲学领域存在着道义论伦理与目的论伦理的根本分歧，因循这种理论的不同基点，西方法哲学可以粗略分为道义论自由主义和目的论功利主义两个分支。

亚里士多德是整体主义目的论的源头和重要代表。亚里士多德的目的论，强调社会之善，把社会看作一个整体，这个社会拥有一定的目的，这个目的就是作为一个整体的社会之善，每个人都应当根据自己所拥有的美德，完成自己在社会结构中的角色，个人承担相应的社会角色，实现自己的美德，就是个人之善的实现，也是成为城邦中的好公民的基本标准。

亚里士多德在《尼各马可伦理学》中举了一个“三个小孩一支笛”的例子，他说，假设一支长笛，有三个小孩想要拥有，其中一个小孩是制作这支长笛的人，另一个是极具吹笛天分，最会

吹长笛的人，还有一个是穷人小孩，他很想要这支长笛，但是又没有钱买玩具，他想要这个笛子做玩具。那么这支长笛应当归谁所有？古典自由主义、现代福利主义与亚里士多德的整体主义的目的论伦理各有不同的答案。

根据以洛克、诺齐克等为代表的古典自由主义的基本观念，人对自己的劳动成果的拥有是人对自我的拥有的例证，因此，不论会吹长笛的小孩有多么惊世骇俗的天分，也不论穷人的孩子生活境遇悲惨至如何的骇人听闻，长笛由谁制造，那它就应当归谁所有。

然而，亚里士多德的想法却完全不同，他说，这支长笛不应该由制造长笛的小孩拥有，而应当归属于那个具有吹笛天分的小孩，因为这个小孩实现他的吹笛天分，符合他以及他的天分在整个宇宙中存在的目的。不仅如此，长笛归最有吹笛天分的小孩所有，让这支长笛得到最佳的使用，也符合这支长笛被制作出来、并在这个世界中存在的目的。这就是亚里士多德的整体主义的目的论。

个人作为整体的自然秩序的一部分，实现作为整体的自然秩序的目的，是个人之善的实现方式。因此，作为一个前现代的思想家，亚里士多德观念中不可能存在具有主体性的独立的个人，不存在所谓的个人自由的概念。个人必须作为社会的一部分而存在，外在于个人的社会，比如作为共同体的城邦，它的目的是第一位的，也就是说，社会之善或共同体之善，是独立存在的，而个人之善，则是配合一个社会的建构，要在共同体中加以实现。

（二）等级差序格局中的理性：前现代的分配正义

亚里士多德是最早提出正义分类的思想家，他将正义划分为矫正正义与分配正义两大类。在亚里士多德的语境中，矫正正义，就是“各失其所应失”，讲求数量平等，适用于平等主体之间的权利义务关系。分配正义则与矫正正义不同，它是“各得其所应得”，是亚里士多德对政治权利的分配所提出的要求。它以身份差序格局为前提，是按照公民的不同社会身份分配政治权利，地位平等的人应受平等的待遇，地位不平等的人应受不平等的待遇。

除了身份等级制以外，亚里士多德还认为，同人的分配正义的

实现，要满足某种外在“目的论”，换言之，根据现代意义上的人类天赋与能力的多元，比如在一个城邦里，应当让长笛吹得最好的人去吹长笛，按照这样的自然之“目的”，将每个人安排到其自然天赋所决定的他最擅长的岗位上去，是分配正义的典型例证。^{〔1〕}换言之，亚里士多德却并非现代意义上的平等主义者。恰恰相反，他的分配正义呈现的是对人与人之间政治身份与等级安排的某种理论确认。

为了实现社会之善，每个人都应当按照自身拥有的美德，或者天分，拥有自己的应得，比如拥有勇气的应当成为战士，拥有手工技艺的应当成为工匠，拥有杏林之才的应当成为医生。分配正义恰恰就是按照每个人的美德，给予每个人应得的东西，也是为了城邦或者共同体的目的，给每个拥有不同美德的公民分配不同的政治权利和政治地位。所以，亚里士多德的分配正义也不代表所谓的平等，而是要在社会的等级差序格局中，安排好每个人各自的职位与身份。

综上所述，一定意义上，在亚里士多德的《政治学》中，既没有自由，也没有平等，将个人附属于城邦共同体，服务于共同体的目的，共同体的目的高于个人的一切主体性吁求。

二、麦金太尔对亚里士多德的重构

（一）社群主义的个人观念

麦金太尔是现代社群主义的代表，站在西方自由主义的个人主义思想源流的对立面。然而，他所生活的时代毕竟与亚里士多德相距千年，他位于后自由主义的思想脉络里，无法如亚里士多德那样目中无人，因此，他试图秉持依附于社会历史传统中的个人观念，来统领个人之善与社会之善。

首先，他尝试对个人的观念进行重新定义。他不再像亚里士多德那样，完全目中无人，完全把人理解为实现社会之善的特定角色、

〔1〕〔古希腊〕亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆1997年版，第234页。

实现某种外在目的的手段，比如勇敢者为战士，精巧者为工匠，有治病救人天分的则为医生。他作为后自由主义时代的思想家，汲取了自由主义理论的部分思想，将自由主义的个人自由与平等的维度纳入到共同体之善的构建当中。

同时，麦金太尔尝试以新的个人观念，来实现个人之善与社会之善的和解。他提出，个人的道德身份是由共同体的历史与传统来赋予，在回答“我是谁”这个问题时，他会说，我是中国人，我是一名法学院教师，不存在脱离共同体的身份认同的个人。因此，不存在超越共同体身份之外的抽象的个人，他的眼里不存在某种超凡脱俗的道德自律的主体，某种所谓的本体的自我。他观念中的个人，虽然具有某种道德身份（区别于亚里士多德），更多地是作为某个共同体的构成部分而存在的，个人的道德身份与道德主体的意义，与共同体的历史传统存在极大关联。

因此，在很大程度上，麦金太尔与自由主义者所倡导的个人主义的不同之处，在于他强调人与人之间相互联系的部分，而非如自由主义那样，侧重人与人之间作为主体互相区别的部分。

（二）共同体之善优于个人之善：亚里士多德目的论的修订版

从思想源流来看，麦金太尔是现代社群主义，或者共同体主义的倡导者，他在某种程度上承继了亚里士多德的整体论的目的论观念。他实际上也强调共同体先在于个人，既然个人的道德身份是由共同体的历史传统来确定的，那么共同体之善先于个人之善，也独立于个人之善，而个人之善则是附着于共同体之善的存在，并由共同体之善来决定其意涵与形态。

然而，麦金太尔的共同体主义与亚里士多德的区别在于麦金太尔尝试复兴亚里士多德的共同体主义，用以对抗启蒙运动以来的自由主义的个人主义理论。

自由主义的个人主义承认个人的主体性、个人对自我的拥有，也就是说，它在回答我是谁这个问题的时候，认为我就是我，作为本体的自我区别于任何的他人。个人主义强调对自我的绝对拥有，坚持意志自由和选择自由，个人可以选择各种各样的欲望、偏好，

以及一切可以表明个人独特性的东西。因此，所谓的个人之善，是存在互相冲突的，社会无法对这些多元化的、存在各种偏好的个人之善进行一一满足，从自由主义的个人主义出发，由于对个人自由与价值多元的强调，社会之善就完全是存疑的东西。

麦金太尔试图用他的重新发现的个人观念，即个人的道德主体身份，由共同体的历史文化传统来定义，从共同体中个人之间道德身份的相互关联的角度衍伸出个人之善与共同体之善的一致性，并得以用共同体之善来统领个人之善。这便是麦金太尔对亚里士多德的整体论的目的论的扬弃。

三、罗尔斯的道义论：个人与共同体之间

（一）康德的道德自律的主体观念

罗尔斯是道义论自由主义思想体系的代表，他的作为公平的正义首先强调个人主体性，他沿用康德的道德自律的主体观念，认为正义原则恰是道德自律的个体的自我立法。他们所选定的正义原则，在个人自律自主的前提下，正是康德所倡导的绝对命令。同时，在个人平等的基本自由之外，个人享有多元的欲望、偏好，等等，这些均由人类的主体性和多元性所决定，个人之善也具有多元性。因此，罗尔斯反对亚里士多德的目的论，比如反对至善主义，强调政府行为在价值多元的现代社会中保持其中立性，以避免共同体之善与总体福利水平的要求对个人基本权利的伤害。这是罗尔斯正义论的基本前提之一。

然而，罗尔斯还提出社会合作的问题——这是他理论中最易引人批评的部分，从实际结果来看，他的社会联合观念使他的理论同时招致来自个人主义与社群主义的批评。

罗尔斯认为，如果每个人发现自己生来就被安排在特定社会体系中的某个特定地位，那么他们就不会真正自愿地加入到这样一个社会合作体系中。因此，罗尔斯反对目的论。罗尔斯还认为，亚里士多德的分配正义存在关于道义应得的预设，预先假定什么应当属于谁，什么是他在社会体系中应得的份额，然而罗尔斯认为，不存

在道义应得，每个人的所得，都是基于社会制度的建制而产生的合法期望。^{〔1〕}他反对亚里士多德基于个人美德的配给式正义，也解构了诺齐克等古典自由主义者倡导的道义应得。他认为，那些受到奖赏的美德只不过是当前社会制度所鼓励的某些价值，它们在道德上也是任意的、偶然的，个人可以基于社会制度的取向而产生对于某些所得的合法期望，但是这并非他的道义应得。

罗尔斯坚持古典自由主义的个人主义立场，他所提出的社会联合观念，只是为了矫正自由主义传统下（黑格尔的）个人社会的原子化状态。他强调的社会合作体系，其终极目的不是为了推进社会之善，而是他提出的良序社会（具有稳定性的正义社会）的一个特征。良序社会首先是他所强调的符合两大正义原则的社会，为了提高社会合作体系中处于最不利地位的那部分人的利益，推进个人享有平等的自由的条件。这也就是他所提出的差别原则的意涵。

（二）价值迷失的原因与解决方法问题

人类多元与偏好的选择，决定了个人之善与共同体之善的不匹配，从而会产生价值冲突与价值迷失的问题。现代社会价值迷失的原因，并非人类多元，解决价值迷失的途径，也不应该是召唤亚里士多德的幽灵，诉诸他的目的论来取代道义论的权利理论。召唤亚里士多德目的论的幽灵，只能造成强者的价值，以共同体之善为名，对弱者价值的暴政。

罗尔斯的《政治自由主义》提及人类多元导致的价值冲突的问题，他认为应当依据个人在共同体中的公民身份，来达致基本的社会正义规则，同时，对于属于个体在共同体身份之外的偏好，保持对于人类多元性的尊重。

絮叨良久、回归正题，本书研究的主题是美国的平权行动，由于平权行动政策涉及对少数族裔的优待，给人的直观印象便是，少数族裔基于其身份可以获得政策赋予的某种权利，因此，这项政策

〔1〕〔美〕罗尔斯：《正义论》，何怀宏等译，中国社会科学出版社2009年版，第9页。

天然带有群体本位的倾向，恰恰位于思想史上个人主义和社群主义的几位思想家的基本争议的漩涡中。平权行动涉及个体权利与群体本位的政策取向之间的紧张关系，在某种程度上，是考察个人主义与社群主义之间的理论分歧的绝佳立足点，本书以美国宪法理论为视角，对平权行动加以历史性的研究和论述，希望能有理论上的寸功，为本人的博士生涯做一点小小总结。

吕亚萍

2016年1月11日

目 录

Contents

001	中国人民公安大学法学文库总序
001	代 序
001	第一章 导论：美国平权行动的历史视野
002	第一节 美国平权行动的实践历程
008	第二节 平权行动的国际视角
009	一、世界各国的平权行动政策
012	二、世界范围平权行动政策的一般性意义
014	第三节 研究意义及本书结构
014	一、涉及平等问题的平权行动
017	二、平权行动研究的文献综述
023	三、对我国的研究意义、本书篇章结构与研究取向
027	第二章 平权行动的法律依据与司法史
027	第一节 平权行动的起源、规范结构与法理演进
027	一、平权行动的历史背景
029	二、平权行动“三位一体”的规范结构与相关的法律争议
032	三、两条线索：平权行动争议的演进路线
034	第二节 平权行动的司法史
036	一、序幕：平权行动的前奏
041	二、平权行动的宪法地位：合宪性范围及法理

072	第三节 平权行动司法史的小结
072	一、联邦最高法院的阵形：自由派与保守派
073	二、联邦最高法院先例的阵形：法律结论
077	第三章 平权行动的合宪性理据
079	第一节 回顾式视角：补偿与矫正正义
079	一、对黑人侵害的补偿：恢复原状的假定
082	二、理论困境：侵权补偿的时空错位与矫正正义的代际难题
085	三、“合理树荫”理论：种族歧视的群体性补偿责任
087	第二节 立足当下视角：反歧视与社会功利
087	一、平衡竞技场：反歧视的需求与平权行动的社会效用
092	二、理论对立面：适得其反的社会效应
095	三、理论澄清：种族意涵的概念之争
101	四、小结
101	第三节 前瞻性视角：分配正义、社会整合与民主
101	一、打破结构性隔离的前瞻性视角与社会整合意图
111	二、无本之木的社会整合：挥之不去的种族意识
116	三、依旧向前看：前瞻性视角对平权行动的历史判断
120	第四章 平权行动的宪法平等之法理
123	第一节 个人平等与群体平等之辩
124	一、作为群体的种族分类的道德性
128	二、个人主义的反区分原则与群体本位的反从属原则
130	三、种族着意的反歧视原则：从个人平等走向群体正义

134	四、个人主义原则之恪守：联邦最高法院的基本立场
138	第二节 机会平等与结果平等之呼应
139	一、才智与机会平等
141	二、可行能力平等与资源平等
145	三、机会平等的实现与结果关照
147	第三节 平等的原则与程度
148	一、平等的历史性
152	二、复数的平等
155	三、小结：自由竞争的形式主义走向福利国家的家长制
157	第五章 法律平等与事实不平等的辩证法
159	第一节 从形式走向实质的平等原则
160	一、形式法对社会情境的漠然
163	二、实质法的家长主义与权利恩赐
167	第二节 法律平等与事实不平等的辩证法
167	一、法律平等与事实平等的辩证法
170	二、自由与平等的和解与紧张
174	第三节 程序主义的可逆平等观
174	一、昂格尔的改变现状权与哈贝马斯的公民公共自主性
177	二、程序主义的可逆平等观念
182	参考文献
189	附录一 平权行动相关判例
191	附录二 平权行动相关规范
193	后 记