

作为经济法哲学基础的分配正义： 以罗尔斯为中心

商红明^{*}

内容提要：经济法的理论基础已有不少讨论，但尚有可拓展的空间。从哲学角度看，承认还是分配是当今社会哲学对社会认识的两种基本范式，宪法行政法以“承认”范式为中心，分配是沟通哲学和经济法学的桥梁。作为分配正义集大成者的罗尔斯，其第二原则意义上的分配正义理论，不仅可以作为经济法学的精神，为经济法学的独立地位提供独特性证成，而且还与经济法部门相贯通。在实践层面，罗尔斯在一定程度上也影响了美国的肯定性行动计划，而今天我国的社会贫富差距，一定程度上也呼唤作为分配正义之经济法的实践展开。

关键词：经济法哲学 罗尔斯 承认与分配 分配正义 权利倾斜性配置行动

黑格尔曾说：“法的基地一般说来是精神的东西。”^{〔1〕}姑且不论此话是否周全，但法之精神的重要性，由此可见一斑。对于晚近兴起的中国经济法学而言，此话的意义尤为重大。“经济法有没有理论基础？这一问题关系经济法的命运。”^{〔2〕}相较于传统法律部门，经济法的法哲学基础一直较为薄弱，虽然近年来一些学者不懈耕耘，取得了一定的成果，^{〔3〕}但仍有待开拓的空间。本着探寻经济法哲学基础的学术关切以及理论关照现实的研究理路，本文在新近哲学尤其是社会哲学对现实问题不同回答的语境下，试图通过重点分析分配正义理论与经济法的关联，为深化我国经济法理论的“形而上”基础提供丝缕浅薄见解；此外，通过对几乎与罗尔斯正义理论大讨论同时兴起且一定程度上受其影响的美国肯定性行动计划作简短介绍，试图为中国经济法学分配正义的

^{*} 商红明，中国计量大学法学院讲师。

〔1〕〔德〕黑格尔：《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆1961年版，第10页。

〔2〕程信和：《论经济法的理论基础》，载《厦门大学学报（哲学社会科学版）》2008年第3期，第74页。

〔3〕如蒋悟真：《迈向法理学的中国经济法学》，载《法商研究》2008年第3期；张继恒：《经济法的部门法理学建构》，载《现代法学》2014年第2期；张继恒：《走向“经济法法理学”：经济法研究进阶反思》，载《法制与社会发展》2018年第2期；刘红臻：《经济法哲学：经济法的“法理”表达》，载《中国法律评论》2018年第3期。

实现勾勒出一个初步的“形而下”〔4〕的理想图景。

一、经济法为何要走向分配？

“承认”作为法兰克福学派第三代的核心概念，在新近的社会哲学中极具影响。阿克赛尔·霍耐特（Axel Honneth）在《为承认而斗争》一书中，借用米德的社会心理学实现了青年黑格尔承认理论的经验主义转型，提出了一种在当今社会哲学界颇有影响的观点：“历史过程不再是纯粹的事件，而是冲突的发展过程，是承认关系不断扩大的渐进发展。”〔5〕在此基础上，霍耐特进一步提出了其基于“承认”这一道德一元论基础上的多元正义论。当然，比霍耐特更早注意到黑格尔这一理论的是科耶夫（Kojève）。科耶夫在一篇有关黑格尔的文章中明确指出：“一旦发现了承认概念，黑格尔发觉自己拥有了其整个哲学的关键概念。”〔6〕科耶夫对其承认理论的论证是在主人与奴隶的关系中展开的，虽然这一论证受到了马克思有关工人阶级解放理论的影响，但科耶夫把这种解放放到一个更宽泛的历史背景中。在他那里，“问题的关键已经不是现代市民社会的资产阶级与无产阶级的阶级斗争，不是剩余价值理论所揭示的剥削问题，而是一个有关人性的相互承认的政法问题”，“他们所赖以为基础的理论也不再是政治经济学，而是相互承认的政治历史理论以及后来的法权现象学”〔7〕。在此，马克思以经济利益分配为核心的阶级斗争论似乎消失了踪迹，尽管科耶夫是一个公开的马克思主义者。

所幸的是，当代新左派政治哲学家南茜·弗雷泽（Nancy Fraser）在一定程度上复兴了马克思主义阶级斗争论中的“分配”维度。在《从再分配到承认》一文中，弗雷泽尽管承认“‘争取承认的平等’在20世纪末迅速成为政治冲突的主要形式”，但也坦言“这并不是事情的全部”。她认为，社会经济不正义与文化不正义都是当代社会中的普遍现象，我们需要的不是简单支持或完全拒绝所有的身份政治，而是把目前彼此分离的两个政治问题关联起来。“只有把承认和再分配连接起来，我们才能提出适合我们时代要求的批判性理论框架。”基于此，弗雷泽提出了其观点二元论的分析框架。〔8〕因此，在一定程度上，霍耐特继承了黑格尔承认理论的“身份—政治”模式，而弗雷泽则延续了马基雅弗利、霍布斯以来，尤其是由马克思发扬光大的“生存—经济”模式。

事实上，学界在很大程度上受到这些认知模式的影响。例如，就农民工保护而言，有人认为，其根本问题不在于直接去争取维持生计的收入、福利等“生存—经济”维度的东西，而是争取承认、争取获得这些待遇和机会的“资格”“公民权”；其解决方案是“走向承认”。〔9〕然而，

〔4〕“形而上者为之道，形而下者为之器”，语出《周易·系辞上》。

〔5〕〔德〕阿克赛尔·霍耐特：《为承认而斗争》，胡继华译，上海人民出版社2005年版，第176页。

〔6〕〔法〕科耶夫：《黑格尔、马克思和基督教》，载科耶夫等：《驯服欲望：施特劳斯笔下的色诺芬撰述》，贺志刚等译，华夏出版社2002年版，第13页。

〔7〕高全喜：《论相互承认的法权：〈精神现象学〉研究两篇》，北京大学出版社2004年版，第10页。

〔8〕参见〔美〕南茜·弗雷泽：《从再分配到承认？——“后社会主义”时代的正义难题》，载〔美〕奥尔森编：《伤害+侮辱——争论中的再分配、承认和代表权》，高静宇译，上海人民出版社2009年版，第13-41页。

〔9〕参见〔美〕苏黛瑞：《在中国城市中争取公民权：农村流动人口、国家与市场逻辑》，王春光、单丽卿译，浙江人民出版社2009年版；王小章等：《走向承认——浙江省城市农民工公民权益发展的社会学研究》，浙江大学出版社2010年版。

对当下中国经济法学而言，我们应着重采用何种模式？笔者以为，我们应注重“生存—经济”模式的研究。究其原因：第一，从社会整体而言，20世纪80年代是个资源扩散的年代，而90年代以来的中国社会则呈现资源重新积聚的趋势。^{〔10〕}不同年代居民的努力具有不同的再分配效应。^{〔11〕}因此，社会的分配结构尤为重要，经济法学界也的确应当给予充分关注。第二，不可否认是，为承认而斗争，为权利鼓与呼，对法治国家建设而言，具有重大的原点性意义；但同时也要警惕空洞的“权利话语”主张可能存在的弊病，^{〔12〕}即对具体规则的分配再分配效应缺乏关注，进而事实上并无益于问题的解决。第三，更为重要的是，“身份—政治”模式下的“为承认而斗争”的认知路径侧重于政治维度，更适合作为宪法、行政法的研究范畴；而经济法的研究对象更多为社会经济问题，从“生存—经济”模式下的“分配”角度切入也更顺理成章。第四，基于第三点，在当今中国社会所处阶段，注重“生存—经济”模式下的分配路径研究也会遭遇较少现实阻力。

二、罗尔斯的分配正义

分配正义有其悠久的历史脉络。亚里士多德在其伦理学中对“具体公正”进行了二次划分，其一即是“在私人交往中起矫正作用的公正”。矫正的公正又有两种，对应于两类私人交往：出于意愿的和违反意愿的。其二即是“表现于荣誉、钱物或其他可析分的共同财富的分配上的公正”。此其二即“分配正义”。虽然此处分配正义的定义包含了对“可析分的共同财富”的分配，但在具体论述“分配正义”时，亚里士多德却主张：“人们都同意，分配的公正要基于某种‘配得’，尽管他们所需（摆在第一位）的并不是同一种东西。民主制依据的是自由身份，寡头制依据的是财富，有时也依据高贵的出身，贵族制则依据德性。”^{〔13〕}显然，无论是抽象的“配得”，还是具体的“身份”“财富”“出身”和“德性”，都与“尊重他人为人，并保障其为人”的现代分配正义理念并不相同。尤其当亚里士多德在论述“公正的性质与范围”时主张“公正是指一种品质”^{〔14〕}“公正是一切德性的总括”^{〔15〕}，其基于“配得”的分配正义主张与现代个体价值平等尊重的分配正义理论更是相去甚远。

转折点出现在康德的著述中。为了实现绝对律令，^{〔16〕}康德认为“政府有权强迫富人提供维持那些在最必要的自然需求上不能自己维持自己的人的资金”，“这可以通过向国家公民的私有财产或者贸易来征税，或者通过建立基金会及其利息来实现”。当然，“这样做不是为了国家需要，

〔10〕 参见孙立平：《失衡：断裂社会的运作逻辑》，社会科学文献出版社2004年版，第3-5页。

〔11〕 参见龚锋、雷欣：《努力可以改变机会不平等吗？》，载《经济学家茶座》2017年第3期。

〔12〕 参见〔美〕玛丽·格伦顿：《权利话语——穷途末路的政治言辞》，周威译，北京大学出版社2006年版。

〔13〕 〔古希腊〕亚里士多德：《尼各马可伦理学》，廖申白译注，商务印书馆2003年版，第134-135页。

〔14〕 前引〔13〕，亚里士多德书，第126页。

〔15〕 前引〔13〕，亚里士多德书，第130页。

〔16〕 康德在《道德形而上学原理》中提出了“自在目的的公式”，即“要以这样的方式来行动，永远不要简单地把人当作工具，而永远要当作目的，不论是对你自己还是对于他人”。〔德〕康德：《道德形而上学原理》，苗力田译，上海人民出版社2005年版，第118页。

而是为了人民的需要，但不只是通过自愿的奉献”，“国家不能抛弃任何一个要活下去的人”^{〔17〕}。在此，救济穷人已由私人自为的慈善变为国家不可推卸的强制义务。这种转变的出现与康德对道德平等的认识有关。在《伦理学讲义》中，康德说：“最好去看看穷人是否有获得帮助的其他方法，而不是以遭到‘贬低’的方式接受施舍。”^{〔18〕}因为在康德看来，给人施舍在抬高了施舍者的“骄傲”的同时又“贬低”了接受者，而这已经破坏了道德的最核心本质：我们必须把任何别人都当作其自身的目的，而非满足自我“慷慨”虚荣的工具。因此，康德之后，“分配正义”由富人慈善中的“恩惠”变成了由国家保障的穷人的“权利”，而这正是现代分配正义的核心要素。

罗尔斯是康德的追随者。^{〔19〕}“20世纪的伦理学、经济学曾经把‘分配正义’束之高阁，罗尔斯则在双方的学问上想要恢复‘分配正义’的权力。”^{〔20〕}罗尔斯于1971年出版了《正义论》，在该书的第46节，罗尔斯给出了其两个正义原则的最后陈述：“第一原则，每个人对与所有人所拥有的最广泛平等的基本自由体系相容的类似自由体系都应有一种平等的权利。第二原则，社会和经济的不平等应这样安排，使他们：①在与正义的储存原则一致的情况下，适合于最少受惠者的最大利益，并且，②依系于在机会公平平等的条件下职务和地位向所有人开放。”^{〔21〕}在此，尤其是第二原则（机会平等与差别原则）所发散出来的关照弱者的思想，既延续了康德的足迹，也是对功利主义的反叛，而这正是正确定义现代分配正义概念的逻辑起点。所以，弗莱施哈克尔感叹道：“这个概念在几乎两个世纪政治辩论中发挥了突出的却不成熟的作用。现在，它终于得到了清晰的表述。”^{〔22〕}

罗尔斯对分配正义的论述始自《正义论》出版前的两篇重要论文，其一即是罗尔斯于1967年发表于《哲学、政治与社会》第三期上的《分配正义》一文，其二即是1968年于《自然法论坛》十三期上发表的《分配正义：一些补充》一文。在《分配正义》一文中，罗尔斯明确宣称，其正义两原则处理的是社会基本结构问题，这种基本结构包括政治制度和主要的经济、社会制度两大部分，而正义的两原则就是应对这两方面的不平等。^{〔23〕}在此，正义的两原则与社会基本结构的两大部分之间似乎存在着一种潜在的对应关系。当然，这里仅是一种猜测，只不过在《分配正义：一些补充》中，这种猜测应验了，这种潜在的对应关系被公开化了。罗尔斯写道：“正义两原则的公式假设我们可以有用地将社会结构划分为两个相互区别的部分，第一原则适用一个部

〔17〕〔德〕康德：《康德著作全集（第六卷）：纯然理性界限内的宗教、道德形而上学》，李秋零主编，中国人民大学出版社2007年版，第337-338页。

〔18〕转引自〔美〕塞缪尔·弗莱施哈克尔：《分配正义简史》，吴万伟译，译林出版社2010年出版，第99页。

〔19〕在《分配正义：一些补充》中，罗尔斯明确写道：“差别原则给‘人应当作为目的，而不能当作手段’的康德观念提供了一个合理的解释。”See Rawls, Distributive Justice: Some Addenda., 13 *Natural Law Forum*, 51, 63 (1968). 进一步地，在《正义论》中罗尔斯为自己的作为公平的正义给出了一个康德式解释。参见罗尔斯：《正义论》，何怀宏等译，中国社会科学出版社1988年版，第205-257页。其后，他又发表了有关康德的专门性论文，如《一种康德的平等观》（1975）、《道德理论的康德式建构主义》（1980）、《康德道德哲学中的主要论题》（1989）。

〔20〕〔日〕川本隆史：《罗尔斯：正义原理》，詹献兵译，河北教育出版社2001年版，第85页。

〔21〕前引〔19〕，罗尔斯书，第302页。

〔22〕前引〔18〕，塞缪尔·弗莱施哈克尔书，第151页。

〔23〕See Rawls, Distributive Justice, in P. Laslett, W. G. Runciman ed., *Philosophy, Politics, and Society*, Third Series, Basil Blackwell, 1967, p. 62.

分，第二原则适用另一个部分”，“基本的自由，诸如主要的政治权利、良心和思想的自由、基本的公民权等应由第一原则予以平等保障。第二原则适用于收入和财富的分配以及那些对组织权力产生差异的政治经济制度的结构。”^{〔24〕}进一步地，在《正义新论》中，罗尔斯公然主张，“正义原则中第一原则适用于宪法实质问题，第二原则适用于分配正义之制度”^{〔25〕}。秉承罗尔斯的这一思想脉络，本文中使用的罗尔斯的“分配正义”这一概念指称的是罗尔斯的第二原则。

三、分配：罗尔斯与经济法的衔接

从词源上看，国内经济法学界基本都认同“经济法”一词来源于摩莱里、德萨米的著作。在摩莱里的著作《自然法典》中，“分配法”与“经济法”并列使用，题为“分配法或经济法”。在其名下包含十二个条款，主要涉及部族和城市的划分、自然或人工产品的分配、分配的计量与核算以及买卖或交换的禁止和例外。^{〔26〕}德萨米继承了摩莱里的这一提法，在《公有法典》中，德萨米也将“分配法和经济法”两个概念并列使用，作为第三章紧跟第二章“根本法”之后，主要涉及的是公社的计划和组织问题。^{〔27〕}当代国内经济法学者对经济法与分配法的关系或者说经济法的分配维度也关注甚多。杨紫烜教授指出：“经济法实质上就是分配法。”^{〔28〕}在李昌麒教授的著述中，分配法是经济法体系的重要组成部分，包括财政法、劳动和社会保障法。^{〔29〕}漆多俊教授主张：“经济法调整国家调节的再分配关系，它是经济领域利益资源的再分配法。”^{〔30〕}张守文教授认为，分配是贯通经济法的制度建设和法学研究的一条重要经脉。^{〔31〕}显然，在“经济法”词源史上，经济法等同于“分配法”。因此，从词源角度看，确立“分配正义”对经济法（分配法）的核心指导意义似乎并无不妥。

当然，更为重要的是，不论从目的、手段、外延乃至背景，经济法学者对经济法基于“分配”维度的认知同罗尔斯的分配正义论存在诸多可通约之处。第一，从目的方面看，正如漆多俊教授所言“利益分配不公平，和谐无从谈起”，无论是早期摩莱里等人对“符合自然意图的法制蓝本”的展望，还是当代经济法学者寄希望于通过经济法实现“经世济民”的学术理想，都与罗尔斯试图通过其分配正义实现社会公正再造的旨趣不谋而合。第二，从实现方式上看，不论是摩莱里等人强烈主张的“计划性分配”方式，还是当代经济法学者运用的市场经济条件下的“再分配”方式，二者本质上走的都是“生存—经济”模式下的“分配”之路，这与罗尔斯分配正义论在“承认还是分配”的方式选择上也保持了一致。第三，从适用外延上看，罗尔斯第二原则意义上的分配正义论主要适用于机会、收入、财富、自尊的基础的分配等“分配正义之制度”的问

〔24〕 前引〔19〕，Rawls文，第53页。

〔25〕 〔美〕罗尔斯：《作为公平的正义：正义新论》，姚大志译，三联书店2002年版，第78页。

〔26〕 参见〔法〕摩莱里：《自然法典》，黄建华、姜亚洲译，商务印书馆1982年版。

〔27〕 参见〔法〕德萨米：《公有法典》，黄建华、姜亚洲译，商务印书馆1982年版。

〔28〕 杨紫烜主编：《经济法》，北京大学出版社2006年版，第7-8页。

〔29〕 参见李昌麒主编：《经济法学》，中国政法大学出版社1996年版。

〔30〕 漆多俊：《经济法——利益资源的再分配法》，载《法制日报》2007年12月16日，第16版。

〔31〕 参见张守文：《贯通中国经济法学发展的经脉——以分配为视角》，载《政法论坛》2009年第6期。

题,而非如第一原则那样适用于“宪法实质问题”,其侧重于社会经济生活层面,此与经济法的调整对象范畴大体相同。第四,从现实背景上看,罗尔斯的正义论主要是针对美国当时严峻的种族歧视、民权运动高涨等社会失衡、分配不公的现实背景提出的,而当今中国共同富裕目标的实现也在一定程度上需要借鉴分配正义理论。

四、罗尔斯和诺齐克之争与经济法地位的证成

罗尔斯的正义论在被赋予公平的精神后,就变成了“作为公平的正义”。中国的经济法如果配上“分配正义”的精神,似乎就可以称之为“作为分配正义之经济法”。作为分配正义之经济法是罗尔斯第二原则意义上的经济法,其不同于主要立基于“平等的自由”第一原则上的宪法行政法,因而也就较容易将经济法与宪法行政法相分离。但如何从法哲学角度区分经济法与民商法呢?

罗尔斯《正义论》出版后的第三年,诺齐克推出了《无政府、国家与乌托邦》,提出了其著名的“持有正义”主张,以对抗罗尔斯的“分配正义论”。诺齐克虽对罗尔斯评价甚高,^[32]但同时也是罗尔斯最为严厉的批评者。诺齐克对罗尔斯的批评主要从以下两个方面展开。第一,“分配正义”是“模式化”的正义原则,其不仅是不稳定的,而且还极易引起公权对私权的侵犯。诺齐克说:“每一个模式化(或目的)原则都容易被个人转让他们在这一原则下所得份额的自愿行为所颠覆。”^[33]“分配正义的目的原则和大多数模式化原则,确定了这种他人对人们行为和劳动的(部分)所有权。这些原则从一种古典自由主义的自我所有权的概念,转向一种对他人的(部分)所有权的概念。”^[34]第二,差别原则的合作前提假设是薄弱的,罗尔斯丧失了其在原初状态中的中立性。“无疑,差别原则提出了那些才智较低的人们愿意合作的条件。但是,这是那些才智较低的人们能期望得到别人的自愿合作的公平协议吗?在产生社会合作的收益方面,各方的状态是对称的。才智较高者是通过与才智较低者的合作得益的,同时,才智较低者是通过与才智较高者的合作得益的,但差别原则在这两者之间都不是保持中立的。”^[35]换句话说,诺齐克批评罗尔斯只看到了接受者的权利,而没有看到给予者的权利。^[36]

罗尔斯与诺齐克的立场的确不同。罗尔斯在《正义论》的开篇写道“每个人都拥有一种基于正义的不可侵犯性”^[37],显然罗尔斯是站在被动防御的立场的;而诺齐克在《无政府、国家与乌托邦》的前言第一句写道“个人拥有权利”^[38],则是站在主动者的立场。这一主动一被动间就可

[32] 诺齐克指出,《正义论》是自约翰·斯图亚特·密尔以来所仅见的一部有力的、深刻的、精彩的、论述宽广和系统的政治和道德哲学著作……政治哲学家们现在必须要么在罗尔斯的理论框架内工作,要么解释不这样做的理由。参见〔美〕罗伯特·诺齐克:《无政府、国家与乌托邦》,何怀宏等译,中国社会科学出版社1991年版,第187页。

[33] 前引〔32〕,诺齐克书,第169页。

[34] 前引〔32〕,诺齐克书,第177页。

[35] 前引〔32〕,诺齐克书,第197页。

[36] 参见何怀宏:《公平的正义:解读罗尔斯〈正义论〉》,山东人民出版社2002年版,第189页。

[37] 前引〔19〕,罗尔斯书,第3页。

[38] 前引〔32〕,诺齐克书,第1页。

以窥探出二者之玄机，至于一个使用“分配正义”，一个主张“持有正义”也就顺理成章了。诺齐克的“持有正义”包含三个原则：“（1）一个符合获取正义原则获得一个持有的人，对那个持有是有权利的。（2）一个符合转让正义原则，从别的对持有拥有权利的人那里获得一个持有的人，对这个持有是有权利的。（3）除非是通过上述（1）与（2）的重复应用，无人对一个持有拥有权利。”^{〔39〕}显然，第一个原则是基于无主物的取得，第二原则是基于转让的取得，二者皆没有争议。诺齐克的致命问题在于其无法证明（或追溯）持有的历史正当性。作为补充，诺齐克提出了“矫正正义”，以用于矫正历史上非正当的持有。显然，民商法领域内的不当得利返还，基于欺诈的合同撤销权等均可看作是对这一矫正正义的运用。但奴役、强占呢？这些已经远远超越了民商法领域内的矫正了，或者说它要持续不断地矫正。而矫正不外乎再分配，矫正正义也不外乎是再分配的正义，因而诺齐克最终也会走向罗尔斯，虽然其对罗尔斯的批评也不乏道理。

讨论诺齐克与罗尔斯之争的意义在于，从中我们可以窥探出经济法与民商法分离之端倪。事实上，诺齐克所主张的持有正义延续了洛克传统，在那里“人们联合成为国家并受制于政府的一个主要的重大目的，是保护他们的财产”，“公民社会的首要目的是保护财产”^{〔40〕}，而非横加干预。罗尔斯则延续了康德的“一切财富都是靠抢劫得来”^{〔41〕}的康德主义传统，因而在罗尔斯的著述中“道德应得”是个重要概念，他反对靠先天抢劫而得到社会地位优势，主张分配正义也就不足为怪了。当然，无论是诺齐克基于对个人持有尊重基础上的持有正义，还是罗尔斯强调“道德应得”基础上的分配正义，二者都散发着对个人权利尊重的思想光芒。也正因如此，他们同属于新自由主义阵营，只不过诺齐克延续了洛克传统，站在个人与国家的关系立场，而罗尔斯则站在得利者与失利者之关系立场。由此，近现代民商法可以看作对抗公权之存在，而经济法可以说是协调私权之产物。前者高举“所有权绝对”的大旗，后者则信奉“分配正义”，由此也就开启了二者精神思想之分流，民商法与经济法方才有了根本性之区别。

五、罗尔斯与经济法部门

（一）机会平等：罗尔斯与反垄断法

一般认为，反垄断法的价值诉求在于效率。波斯纳就认为，“反托拉斯法的唯一目标应当是促进经济学意义上的效率”，“没有任何理由用反对托拉斯来达到与效率无关甚或对立的目标”^{〔42〕}。然而，这一观点在自由主义的经济学家们看来，简直就是事与愿违。产业经济学家德姆赛茨在纪念谢尔曼法颁布 100 周年的会议致辞中一针见血地指出：“在我们对竞争的理解中，还没有出现与反托拉斯有关系的内容。”^{〔43〕}“‘垄断租值’永远是由需求强弱决定的，其他因素无法

〔39〕 前引〔32〕，诺齐克书，第 157 页。

〔40〕 〔英〕洛克：《政府论两篇》，赵伯英译，陕西人民出版社 2004 年版，第 201、177 页。

〔41〕 前引〔18〕，弗莱施哈克尔书，第 98 页，注 33。

〔42〕 〔美〕波斯纳：《反托拉斯法》，孙秋宁译，中国政法大学出版社 2002 年版，第 2-3 页。

〔43〕 Demsetz, Harold, 100 Years of Antitrust: Should We Celebrate? Arlington, Va.: George Mason University School of Law, Law and Economics Center, 1991. 转引自薛兆丰：《商业无边界：反垄断法的经济学革命》，法律出版社 2008 年版，第 162 页。

改变租值。……不论政府管不管，这种垄断租值的存在和大小不受影响，受影响的只是租的实现形式。”“政府管制垄断的结果，不仅对垄断者不利，对整个社会也不利，因为它不仅扭曲了垄断者套取租值的意愿，而且还迫使需求者将资源耗费在人际关系的竞逐上，造成社会资源的净浪费。”〔44〕

当然，我们并不完全赞同反垄断法有损效率的主张，我们怀疑的只是经济学意义上的效率能否成为反垄断法一种恰切的规范基础。当经济学融入法律进而形构起轰轰烈烈的法律经济学运动时，功利主义在法律中的滥觞也就不可避免。然而，无论是功利主义鼻祖边沁所主张的“苦乐”，还是现今法经济学者所鼓吹的“效率”，二者本质上都是一个量的累积性概念；这与18世纪以来政治哲学中的个体本位相去甚远，姑且不论是否经得起类似于哈耶克式对“社会”概念的批评。因此，一种立论于个体本位的反垄断法的规范基础更值得我们去探寻。

在《正义论》中，罗尔斯写道：“我也假设存在一种公平的（与形式的平等相对的）机会均等，这意味着：……在经济活动中和职业的自由选择中，政府也执行和保证机会均等的政策。政府通过管理公司和私人社团的活动，避免对较好地位做出垄断性限制和阻碍来做到这一点。”进一步地，在罗尔斯实现其正义的社会图景的机制设计中，“配置部门”的职责就是“要保持价格体系的有效竞争性，并防止不合理的市场权力的形成”〔45〕。由此可见，罗尔斯并非像极右自由主义者那样完全否定反垄断法的功用，同时又并非像功利主义者那样仅仅将反垄断法的功用定位于整体性的效率，而是强调反垄断法的规范基础在于保障个体公司、私人社团的竞争机会的平等。因为无论企业采取何种竞争战略去赢得竞争机会，在不完全竞争市场中都在一定程度上利用了某种资源优势或者政策优势，这些优势因素在罗尔斯看来，都是基于自然和社会的“偶因”，而不完全是后天自身努力基础上的“选择”。它们并非“道德应得”，因而对其垄断行为进行规制并无不妥。

（二）差别原则：罗尔斯与税法

罗尔斯在分配正义的背景制度中所确立的最后一个部门是分配部门，其存在的任务是通过税收和对财产的必要调整来维持分配份额的一种恰当正义。这一部门有两个方面的功能。其一是征收遗产税和馈赠税，并对遗产权进行限制。当然，此举的目的不在于增加政府的财政收入，而在于纠正财富分配中的不公并避免有害政治自由和机会平等的权力集中。其二即建立一个正义所要求的税收体系，以为政府提供公共产品募集足够资金，并支付满足差别原则所必需的转让项目。对于第一个功能的实现，罗尔斯主张累进税原则，而对于第二个功能，罗尔斯则认为“一种按比例支出税可能是最佳征税方案的一部分”。进一步地，罗尔斯认为其分配部门的两项功能与其正义的两个原则相对应，“对遗产和收入按照累进税率（当必要时）征税和对财产权力的法律限定都要保证民主的财产所有制中的平等自由和他们所确立的权利的公平价值。按比例支出税（或所得税）要为公共利益提供财政收入，转让部门要在教育等方面确立公正的机会平等，以此

〔44〕 前引〔43〕，薛兆丰书，第23页。

〔45〕 前引〔19〕，罗尔斯书，第276页。

贯彻第二个正义原则”〔46〕。

毫无疑问，正如罗尔斯的分配正义激起了与诺齐克持有正义的旷世之争一样，罗尔斯对于税法观点，尤其是其对于募集公共资金的所得税（或支出税）所主张的比例税率的观点，更是引起了学界的广泛争议。弗里德（Fried）就批评罗尔斯的平滑（比例）税率主张与其正义理论毫无逻辑关联，比例税率的主张被明显地错置于罗尔斯的正义论之中。〔47〕而欧凯利（O’Kelley）则主张认识罗尔斯所主张的比例支出税的关键在于正确理解其适用前提，即税前的收入分配是否是公正的；倘若不是如此，一种旨在促进税收收入分配公正的累进税率将是正当的。〔48〕进一步地，苏金（Sugin）指出一种水平的比例税是否具有再分配的能效取决于分配的基础，以及政府如何使用这笔收入。在一个税前收入分配极端不平等的社会里，一种具有累进作用的累进税率也是满足差别原则的，因而，罗尔斯的作为公平的正义理论与其说是支持一种特定税种或税率结构，还不如说是为特定的税制设定了限制条件。〔49〕

在我们看来，苏金关于差别原则是特定税制选择的限制性条件的观点以及欧凯利所主张的是否适用累进税率得考虑税前分配正义之境况，在一定程度上都准确表达了罗尔斯本人对差别原则式累进税率的想法。罗尔斯在《正义论》中写道：“财富遗产的不平等跟智力遗传的不平等一样并非本质是不正义的。确实，前者大概易受到社会的控制，但是关键在于：这两种不平等都应尽可能满足差别原则。”对于累进税率，罗尔斯说：“无论如何，为了说明两个正义原则的内容，在这里我们把这种比例税率看成一个良序社会的理想体系的一部分。但不能由此推论：在现存制度不正义的情况下，当所有事情被考虑到时，即使是严厉的累进所得税也不能被证明为正当。在实践中，我们经常不得不在几种不正义的或不是最好的安排中进行选择。因此，我们就运用非理想理论去寻找最少不正义的方案。”“（有时）两个错误加起来是一个正确。”〔50〕显然，在罗尔斯看来，在现存背景制度不正义的情况下，一种累进税率的选择将是满足差别原则的一种可行方案。

六、罗尔斯与经济法的实践

“如果没有理想的话，政治生活就一无是处；但是，如果理想与现实可能性无关，它们就是空洞的。我们既要知道自己想要创造的社会是什么样子，也需要向这种社会迈进的具体方式。”〔51〕如果说罗尔斯的分配正义理论在一定程度上为我国经济法基本精神的确立提供了重要参照，那么，受其分配正义理论影响的肯定性行动也许会为我国分配正义之经济法的实践展开提供些许启示。

〔46〕 前引〔19〕，罗尔斯书，第280页。

〔47〕 See Barbara H. Fried, The Puzzling Case for Proportionate Taxation, 2 *Chap. L. Rev.*, 185-186 (1999).

〔48〕 See Charles R. T. O’Kelly, Rawls, Justice, and the Income Tax, 16 (1) *Georgia Law Review*, 32 (1981).

〔49〕 See Linda Sugin, Theories of Distributive Justice and Limitations on Taxation: What Rawls Demands from Tax Systems, 72 *Fordham Law Review*, 1991-2014 (2004).

〔50〕 参见前引〔19〕，罗尔斯书，第279-280页。

〔51〕 [英] 安东尼·吉登斯：《第三条道路：社会民主主义的复兴》，郑戈译，北京大学出版社、三联书店2000年版，第2-3页。

（一）罗尔斯与肯定性行动

肯定性行动（affirmative action）意指美国联邦政府在20世纪60、70年代兴起的一场旨在维护和促进少数族裔权益保障的计划总称。其所覆盖的群体主要包括少数族裔、妇女、残障人士以及老兵，所涉及的问题广泛包括教育、雇佣、政府承包合同项目以及住房领域。肯定性行动可以做不同分期：从20世纪40年代初期到60年代中期的“维权时期”、60年代末期到80年代末期的“优待时期”，以及80年代末期至今的“平等时期”。^{〔52〕}

对肯定性行动，可以从以下三个角度加以认识。第一，歧视角度。这既包括肯定性行动源于历史上的种族歧视，也因为肯定性行动在一定程度上又可以看作是反向歧视。第二，多元化。事实上，早在巴基案中法官鲍威尔早已将种族作为增加学生群体多元化的一个因素而予以肯定，而其后众多肯定性行动的支持者对肯定性行动的抗辩理由也是基于其可带来在教育、工作领域的多元化利益。^{〔53〕} 第三，平等观。这种平等的观点也是肯定性行动论争中最普遍的观点，这些从有关肯定性行动的联邦上诉案件最终都诉诸宪法第十四修正案的平等保护条款就可窥其一斑。在平等主义者看来，肯定性行动就是应对背景制度的公平缺失的制度设计。^{〔54〕} 这与罗尔斯在《正义论》中对背景制度设计的公平关怀如出一辙。

事实上，罗尔斯也的确与肯定性行动密切相关。第一，罗尔斯的正义理论虽主要是处理正义社会建构的一种理想理论，但罗尔斯并未否认一种不完美的理论对非正义社会的价值。肯定性行动无论其本身正当与否，其显然是作为一种矫正历史非正义的手段。第二，虽然罗尔斯正义论没有关于肯定性行动的直接论述，但在《作为公平的正义——正义新论》中，对《正义论》进行评述时，罗尔斯写道：“由基于性别和种族的歧视与区别而引起的严重问题并不在其（正义论）的议程当中……这毫无疑问是《正义论》的一大疏忽；但这一疏漏还不至于是一个大错误……是否错误取决于那些观念如何准确表达了对这些问题处理的政治价值。作为公平的正义以及其他类似的自由概念将会遭受严重的挫败，如果他们缺乏资源去准确表达那些对保障妇女和少数族群平等所必须的社会和法律机制调整所需要的政治价值。”^{〔55〕} 这也就肯定了肯定性行动在族群问题上对正义论所表达的政治价值的意义。第三，即使罗尔斯没有书面表达其对肯定性行动的态度，但有学者回忆，在巴基案作出判决前，罗尔斯本人曾口头表达过维护肯定性行动合宪性的重要性。^{〔56〕} 最后，也是最为关键的是，作为20世纪最伟大的政治哲学家，罗尔斯在很大程度上复兴了政治哲学对社会公正问题的关注和探讨，罗尔斯本人所持有的平等主义倾向以及对机会平等的强烈关注所造就的智识氛围，无疑将是影响肯定性行动论辩和展开的重要力量。事实

〔52〕 参见王凡妹：《美国“肯定性行动”的历史沿革——从法律性文件的角度进行回顾与分析》，载《西北民族研究》2010年第2期。

〔53〕 See Jennifer Delton, *Racial Integration in Corporate America (1940 - 1990)*, Cambridge University Press, 2009, p. 280.

〔54〕 See Charles Lockhart, Socially Constructed Conceptions of Distributive Justice: The Case of Affirmative Action, 56 (1) *The Review of Politics*, 34 - 37 (1994).

〔55〕 中文翻译另可参见前引〔25〕，罗尔斯书，第106页。

〔56〕 See Thomas Nagel, John Rawls and Affirmative Action, 39 *The Journal of Blacks in Higher Education*, 82 - 84 (2003).

上，前文洛克哈特（Charles Lockhart）对于“肯定性行动与分配正义”的讨论一文正是这一重要力量的展现。因此，一定程度上可以讲，肯定性行动是罗尔斯分配正义理论智识之花所结出的实践之果。

（二）经济法学与中国的权利倾斜性配置行动

“权利倾斜性配置”，主要描述的是公权机构额外规制或过度保护交易一方私权的现象。^{〔57〕}一定程度上延续这一定义，此处的“权利倾斜性配置行动”描述的是公权机构通过对弱者权益的额外赋予以实现社会公正再造的现象或者趋势，当然它已不再仅仅局限于对传统私法中交易的干预。事实上，中国近些年来也正进行着权利倾斜配置行动。在劳动法领域，相继通过了《劳动合同法》《就业促进法》《劳动争议调解仲裁法》，在个人所得税法领域，进行了将个税起征点提高到 5000 元等旨在保障劳动者权益和低收入群体的“权利倾斜性配置立法”；在司法政策方面，2004 年 10 月 26 日最高人民法院为了保障被执行人有房居住而做出《关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》的司法解释，其第 6 条规定：“对被执行人及其所扶养家属生活所必需的居住房屋，人民法院可以查封，但不得拍卖、变卖或者抵债。”这可以看作“权利倾斜性配置司法”。对这些集群出现的现象或者趋势，学界目前尚未给予充分的关注，而我们此处则以“权利倾斜性配置行动”这一表述予以概括。

任何社会现象的产生都有其深厚的历史动因。权利倾斜性配置行动在现今中国的兴起一定程度上是过去几十年中国所走的优先发展城市、农业哺育工业的经济优先战略的必然结果。改革促进了发展，但一定程度上也加剧了社会分层。因而一种波兰尼意义上的以保护社会为核心的反向运动正试图兴起。^{〔58〕}这也符合我们对未来几十年走势的一个初步判断，即中国很可能走上一个由经济建设向社会建设的转型。在这一转型过程中，经济法学，尤其是作为分配正义之经济法学将大有作为的空间，甚至可以说将迎来其二次勃兴。^{〔59〕}如前所述，这是由部门法的功能区隔决定的：宪法行政法关注政治自由诸问题；民商经济法关注社会经济问题，经济法则尤为倾情于分配正义问题。因此，我们可以说，嵌入罗尔斯分配正义理论的中国经济法学，亦即作为分配正义之经济法，实质上奠定了权利倾斜性配置行动的哲理根基。换句话说，权利倾斜性配置行动是分配正义之经济法的现实表达。

七、结 语

经济法学发展的四十余年，从苏式调整对象论的大经济法时代，到受德式民法影响而民法经济法分离，再到现今受美国法影响而规制法兴起，中国的经济法学一直在探寻自身的精神归宿。罗尔斯第二原则意义上分配正义之经济法，在理论上，承接了分配正义的学术史脉络和当下“承认—再分配”的哲学讨论，在制度上，能为经济法独立地位提供独特性证成，并能与经济法部门

〔57〕 参见应飞虎：《权利倾斜性配置研究》，载《中国社会科学》2006 年第 3 期。

〔58〕 参见〔美〕波兰尼：《大转型：我们时代的政治与经济起源》，冯钢、刘阳译，浙江人民出版社 2007 年版。

〔59〕 参见商红明：《包容性增长与分配型经济法》，载吴志攀主编：《经济法学》，北京大学出版社 2012 年版，第 20—25 页。

相贯通，在实践上，也有力地回应了当今社会现实与呼吁，可谓“道”“器”并举。诚然，对于博大精深的经济法哲学主题，本文尝试难免挂一漏万，作者意欲形散而神聚，力图精进点滴，然力有不逮，不足之处还请方家批评指正。当然，无论如何，“我想，一种长远的总体观或还是有用的”〔60〕。

Abstract: Jurisprudence of economic law has being discussed frequently, but the philosophy level and its guidance to reality should be strengthened. From the philosophy perspective, recognition or distribution are the two basic paradigms of social cognition in contemporary social philosophy. Constitutional and administrative law focus on the paradigm of recognition, but distribution is a perfect bridge to connect philosophy and economic law. Rawls, as a master of modern distributive justice, his theory of distributive justice in the sense of the second principle can not only serve as the spirit of economic law's jurisprudence, but also provide a unique proof for its independent status. At the same time, it is in accord with the department of economic law. At the practical level, to some extent, Rawls' theory of justice influenced the America's Affirmative Action Program, which can provide scientific nutrition for the action of favorable allocation of legal rights in China.

Key Words: philosophy of economic law, Rawls, recognition or distribution, distributive justice, action of favorable allocation of legal rights

(责任编辑:赵真 赵建蕊)

〔60〕 何怀宏：《正义在中国——一个初步的思路》，载廖申白等：《正义与中国：〈正义论〉出版四十周年纪念文集》，中国社会科学出版社2011年版，第217页。