

*Employment
Equity Law*

就业公平保障 法律制度研究

◆ 刘 勇 著 ◆

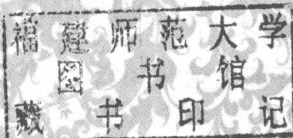


西南交通大学出版社
[Http://press.swjtu.edu.cn](http://press.swjtu.edu.cn)

*Jiuye Gongping Baozhang
Falü Zhidu Yanjiu*

就业公平保障 法律制度研究

◆ 刘 勇 著 ◆



0984016



T0984016

· 西南交通大学出版社

· 成 都 ·

图书在版编目 (C I P) 数据

就业公平保障法律制度研究 / 刘勇著. 一成都:
西南交通大学出版社, 2012.5
ISBN 978-7-5643-1743-0

I. ①就… II. ①刘… III. ①劳动就业—劳动法—研
究—中国 IV. ①D922.504

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 094784 号

就业公平保障法律制度研究

刘 勇 著

责任编辑	祁素玲
特邀编辑	吴明建 顾 飞
封面设计	墨创文化
出版发行	西南交通大学出版社 (成都二环路北一段 111 号)
发行部电话	028-87600564 87600533
邮 编	610031
网 址	http://press.swjtu.edu.cn
印 刷	四川锦祝印务有限公司
成品尺寸	148 mm × 210 mm
印 张	10.187 5
字 数	283 千字
版 次	2012 年 5 月第 1 版
印 次	2012 年 5 月第 1 次
书 号	ISBN 978-7-5643-1743-0
定 价	28.00 元

图书如有印装质量问题 本社负责退换
版权所有 盗版必究 举报电话: 028-87600562

前 言

就业公平是一国就业问题当中最为重要的问题之一，它是否得到有效保障直接关系到劳动者的基本人权和社会公平能否得以实现，关系到社会能否得以和谐发展。但是，由于我国长期以来都过于关注宏观上的经济总量增长，而忽视了对于在这个经济增长过程中出现的有关劳动者个体基本权利的就业公平问题的关注，它的直接后果就是导致实践当中的就业不公平行为愈演愈烈，而我国目前不论是在理论上还是在已有的立法当中，却并未能对此给予充分的反映。本书就是在这一背景下对于就业公平当中可能涉及的一系列重要问题进行了系统而全面的研究。本书共分为六章，章节具体内容如下：

第一章主要对就业公平的基本概念与原理进行了研究。本书认为，要搞清就业公平问题，首要的就是要界定什么是公平、就业以及就业公平，它决定了本书研究的基本范畴。因此，本章第一节分别对这三个概念进行了分析。本书认为，公平是一种在充分尊重个人利益基础上的互利和谐的社会公平。而它的实现必须遵循三个基本原则，即应得、需要和平等原则。就业是一个比较广泛的概念，它既包括劳动者获得工作的行为，也包括获得工作之后的工作状态；就业也不仅限于企业的雇佣行为。而是包括所有的用人单位（含公共机构）的雇佣行为；对就业公平的认识则是建立在本书对公平和就业概念界定的基础之上，它是一种劳动者在就业领域符合公平理论之应得、需要和平等原则要求的基本人权。第二节对就业公平、就业自由与就业效率等相关概念及其关系进行了辨析，认为尽管自由与效率都很重要，但它们都只有在公平的基础上才能证明其合理性与必要性。

第二章主要论证了市场、政府和法治三大要素在保障就业公平方面的功能和所担任的角色。第一节首先介绍了市场失灵的基本理论,并在此基础上指出就业不公平行为是在市场状态下的一种必然行为,也是一种重要的市场失灵。然后本书又对市场本身是否具备自我消除就业不公平行为的功能进行了论证,认为市场功能有限,从而为本章第二节的主题——政府介入就业市场提供了一定的认识基础。但是,第二节在具体分析了政府可能扮演的角色之后,认为政府相对于市场来说,尽管在保障就业公平方面具有特有的优势,但是政府保障也有缺陷,而且政府在很多时候甚至本身就是就业不公平的制造者。第三节建立在前两节的基础上,详细地论证了法治在保障就业公平方面的决定性作用,并对就业公平的法治保障当中应当注意的几个问题,包括雇主与劳动者的利益平衡问题、就业公平保障法的效用问题以及就业公平保障法的公平问题等进行了分析。

第三章主要对国外以及我国有关地区的就业公平保障法律制度及规定进行了介绍和评述。第一节首先对联合国以及国际劳工组织有关就业公平保障的国际公约进行了介绍。第二节则对美国、英国以及欧盟的就业公平保障法律进行了介绍。第三节对我国港澳台地区的就业公平保障法律、规定进行了介绍。第四节则对上述国际公约和有关法律制度、规定进行了总体的评价,对各种立法、规定的特点以及值得我们在完善相关立法时进行借鉴的内容作了总结和归纳。

第四章主要对实践当中最为常见的就业不公平行为——就业歧视行为进行了分析和论证。本章第一节首先对歧视和就业歧视的内涵进行了分析。然后在第二节分析了形成歧视与就业歧视的成因,认为导致就业歧视的原因主要包括偏见、偏好、尊贵地位形成和维持、经济成本、外来压力以及人治和专制传统、社会的封闭性、民族中心或沙文主义、国家利益考量和宗教文化的不相容性等,对它们的充分认识有助于我们采取对应的手段来消除就业歧视,保障就业公平。第三节比较详细地辨析了故意或直接歧视和非故意或间接

歧视，指出了界定它们的基本根据，并分析了对就业歧视进行辩解的理由。而本书第四节则对实践当中的各种具体就业歧视行为，包括就业种族/族群与国籍歧视、就业性别歧视、就业年龄歧视、对残疾人的就业歧视以及其他就业歧视等进行了分析。

第五章主要分析和论述了制度性就业不公平行为和“积极行动”措施。该章分两节。第一节比较详细地对制度性就业不公平的有关问题进行了分析。认为制度性就业不公平特指由政府或其他国家机关所制定的立法或规范性文件当中所包含的就业不公平内容。制度性就业不公平行为比起一般性的个体之间的不公平行为危害性更大、更加顽固和难以消除，因此本书专门就如何对制度性就业不公平行为进行法律规制进行了论述，提出了一些建议。第二节则对于国际社会比较常见的“积极行动”问题进行了介绍和评论。所谓“积极行动”是指对于那些由于自然的或社会的原因处于弱势地位的劳动者群体给予特别的照顾或优惠待遇的一种制度。但是，这一制度从一产生起就受到了众多的质疑。本书在介绍了该制度的概念与表现形式之后，对赞成与反对该制度的各种理论也都进行了分析，并指出建立“积极行动”制度应当特别注意的一些地方。

第六章在考察了国内现有立法与实践的基础之上，为构建与完善我国的就业公平保障法律制度提出了一些具体的意见和建议。本章第一节和第二节首先对我国现有的就业公平保障立法与实践进行了考察，在介绍了我国立法已经存在的有关规定的同时，深刻地剖析了我国立法与实践当中存在的问题，指出了我国相关制度完善的基本方向。第三节是关于如何完善我国就业公平保障法律制度的具体建议。该节第一部分先分析了我国就业公平保障立法的模式、名称与体例问题，认为应当制定统一的、专门的《就业公平保障法》。然后，本书对法律制度完善过程当中的一些具体的问题，如就业公平保障法的适用范围、就业不公平行为的认定、就业不公平行为的除外情形、就业公平的救济等问题进行了一一论证。

目 录

第一章 就业公平界说	1
第一节 公平的概念	1
一、公平问题的提出	1
二、几种主要的公平观	5
三、对上述公平理论的综合评价与结论	18
第二节 就业与就业公平的概念	35
一、就业的概念	35
二、就业公平的概念	37
三、就业公平的具体要求与就业不公平行为的一般表现	46
四、就业公平与就业自由、就业效率的关系	50
第二章 市场、政府、法治与就业公平保障	72
第一节 就业公平的市场保障及其缺陷	72
一、市场与市场失灵的一般理论	72
二、市场条件下的就业公平缺失	77
第二节 就业公平的政府保障及其缺陷	90
一、从市场到政府角色演变与社会公平问题	90
二、政府保障就业公平是弥补市场缺陷的重要手段	98
三、政府保障就业公平的缺陷与限度	107
第三节 就业公平的法治保障	116
一、法治保障就业公平是克服市场和 政府缺陷的基本形式	116
二、关于就业公平法治保障的几点考量	124



第三章 国外及我国有关地区

就业公平保障法律制度、规定考察 133

第一节 就业公平保障的国际法考察 133

一、联合国的相关公约考察 133

二、国际劳工组织的相关公约考察 136

第二节 美国、英国与欧盟的

就业公平保障法律制度考察 140

一、美国的就业公平保障法律制度 140

二、英国的就业公平保障法律制度 147

三、欧盟的就业公平保障法律制度 154

第三节 我国港澳台地区的

就业公平保障法律制度及规定考察 158

一、香港地区的就业公平保障法律制度 158

二、澳门地区的就业公平保障法律制度及 台湾地区的有关规定 160

三、对上述国际公约、立法及规定的评价及其启示 163

第四章 就业歧视行为及其法律界定 166

第一节 歧视与就业歧视的内涵 166

一、歧视的内涵 166

二、就业歧视的内涵 169

第二节 就业歧视的成因分析 175

一、偏见或偏好原因 175

二、尊贵地位形成、经济成本考虑以及外来压力原因 180

三、其他方面的原因 183

第三节 就业歧视行为的法律界定 186

一、故意/直接歧视的法律界定 187

二、非故意/间接歧视的法律界定 193

三、就业歧视的辩解与理由 196

四、就业歧视行为的主要种类 201

五、其他就业歧视	217
第五章 制度性就业不公平行为与“积极行动”措施	220
第一节 制度性就业不公平行为及其法律规制	220
一、制度性就业不公平行为的概念与特征	220
二、制度性就业不公平行为的危害性及其成因	225
三、我国制度性就业不公平考察——以户籍歧视为个案	231
四、对制度性就业不公平行为的法律规制思考	237
第二节 “积极行动”措施与就业公平保障	241
一、“积极行动”的概念与主要形式	241
二、赞成与反对“积极行动”的理由	245
三、建立“积极行动”制度的思考	253
第六章 我国就业公平保障法律制度的完善	261
第一节 我国就业公平保障的立法与实践考察	261
一、我国就业公平保障的立法现状	261
二、我国就业公平保障的实践考察	271
第二节 我国现有就业公平保障法律制度存在的问题	278
一、现有立法对法律原则的规定不够科学	279
二、现有立法缺乏对就业与就业歧视的合理界定	280
三、现有立法对就业不公平行为类型的列举不周延	282
四、现有立法对就业公平关系的	
主体没有统一而明确的规定	283
五、缺乏专门的执法机构和必要的宣传与指导机制	285
六、缺乏必要的就业公平救济制度	286
第三节 完善我国就业公平保障法律制度的建议	289
一、关于我国就业公平保障立法的模式、名称与体例	290
二、关于我国就业公平保障法的具体内容	294
结 论	311
后 记	313

第一章 就业公平界说

第一节 公平的概念

一、公平问题的提出

公平可以说是千百年以来，人类社会孜孜以求的最为重要的价值之一。然而，要想对公平作出一个合理的解释，似乎又对于我们每一个人而言是一个太过艰难的任务。因为尽管公平这个概念自古有之，人们对公平的认识的争议却也从来未曾停止过。

围绕公平的争议之所以很多，恐怕最主要的原因在于公平这个概念严格来讲作为一个价值判断范畴，具有非常明显的主观性，因而每个人都可能有自己不同的公平观。所以，能否找到一个能为所有人都接受的公平观就变成一件非常重要的事情。然而，现实恐怕要让每一个试图做这种工作的人失望了。因为不论是柏拉图、亚里士多德，还是斯宾塞、康德、哈耶克、罗尔斯、诺齐克、哈特、德沃金，还是边沁，或是马克思，古往今来的哲学家和法律思想家尽管都提出了种种对于公平的认识，但其实他们不过是提出了各种令人颇感混乱、让人不知所措的公平理论。^①人们从他们的论述中并不能得出一个统一的结论，反而越发感觉迷惑了。这种现象给我们一个启示，那就是尽管我们极力追求公平的普遍标准，但迄今为止在理论上仍然尚未达到这个目标。事实上，不同的人对公平的认识各不相同，某种公平观总是比较适合于某些特定的群体，而不适用于另外的群体，或者较易为一些群体所接受，而不易为其他的群体

① [美]博登海默. 法理学——法律哲学和法律方法. 邓正来译. 北京：中国政法大学出版社，1999：251-270。



所接受。所以，公平理论的一元论是不可能的，而公平理论的多元化则几乎是必然的。^①

即使如此，在任何社会当中，人们都还是无法回避对公平的认识，因为人们的行为总是需要有某种公平理论来指导。大体上，人们关心公平问题，主要有三个类型的原因，它们包括偏好型、道德或规范型以及工具型。偏好型原因是指人们对于什么是公平具有自己的鉴赏力或偏好，这种偏好既包括基于自利的偏好，也包括基于非自利的偏好。但这种偏好并非人们理性思考的结果，而可能是因为人与生俱来的公平倾向，正如同人们会一般性地认为好人有好报或欣赏见义勇为的行为一样。基于偏好的公平具有非常世俗的意味，往往是社会一般人的追求。道德或规范型原因是指人们心中怀有对公平的根深蒂固的理想和道德义务感，它和偏好型原因不同在于其包含了人类更多理性的思考和反省。这种对于公平的追求往往是由那些悲天悯人的宗教人士或那些哲学家、思想家来完成。工具型原因是指人们赞成公平主要是基于实际的考虑，例如公平有助于社会秩序的稳定与和谐社会的建设。一般来讲，政治人士倾向于基于这种考虑而追求公平。^②

目前在国内关于公平的概念比较混乱。其中最容易让人迷惑的就是人们经常将公平与公正、正义以及平等等概念不加区别地使用。而且不仅是一般人有这种混用，学术界也存在混用情况。在我看来，这几个概念当中，公平与公正、正义三者大致上是没有多少差别的。在众多的英汉词典、汉英词典以及英语词典之中，和这三个概念有关的英文单词几乎也是混用的，具体有 justice、fairness 和 equity，这三个单词基本上都可以译成公平、公正与正义，并且相互用来解释对方，

① 韩水法. 正义的视野//姚洋. 转轨中国：审视社会公正和平等. 北京：中国人民大学出版社，2004：500-501。

② 美国学者路易斯·波特曼（Louis Putterman）在2002年参加北京大学中国国际经济研究中心举办的“中国转型时期的平等和社会公正问题国际研讨会”上提交的论文《平等、公正与经济学》当中曾经提出经济学家为什么关心平等的三个原因，我认为可以推而广之于本书的论述，于是借鉴了他的这种分类方法。

可见在西方国家,这三个概念并没有进行严格区分(至于其他非英语系里这三者是否也是作同义理解,笔者则是有心了解而力不逮)。不过,目前国内学者在翻译外来著作的时候,多将 justice 译为正义,而将 fairness 或 equity 译为公平。但是,至少在英语语系里,不少学者在论述 justice 的时候,实质上就是将它和 fairness 作同一理解的。典型的如罗尔斯在论述他的正义论的时候,实际上是在论述公平,所谓作为公平的正义(Justice as fairness)即有此义,尽管罗尔斯自己并不承认这一点。^①哈耶克也在一般意义上将正义与公平作为同一词义使用。^②而国内的学者在论述问题的时候,往往也是将公平、公正与正义这几个概念作相同理解的。有鉴于此,本书在论述有关公平问题的时候也对公平与公正、正义不加区分,统称为公平。

至于平等这个词,在英文里,它基本上使用的是 equality,而且对它的解释是 exactly the same(完全一样),通常不能用 justice、fairness 和 equity 来进行相互解释。这说明平等与公平概念是有所不同的。事实上,人们在论述平等与公平的关系的时候,也往往认为它们之间有区别。如果说公平的价值取决于人们对某件事物的主观偏好的话,平等则在通常意义上是一个相对客观的,能够用某种客观尺度加以衡量的概念。不管是结果上的平等,还是机会上的均等,都是一种客观的存在。^③这就是说,某一事物是否是平等的,是可以加以客观判断和衡量的。但是某一平等的事物是否被认为是公平的,却依赖于人们的观念和价值取向。这意味着平等与公平显然是没有办法画上等号的。有时候,平等的事物并不一定是公平的,反

① 见何怀宏等译的罗尔斯的《正义论》(A theory of justice),以及姚大志翻译的罗尔斯的《作为公平的正义——正义新论》(Justice as fairness—a restatement)。罗尔斯说作为公平的正义,只是表明在他设计的无知之幕后产生的正义原则是公平的,但并不是说正义就是公平。但我的理解是他讲的正义就是公平,因为公平是他论证他的正义理论的主轴。

② 在邓正来译的哈耶克的《自由秩序原理》第 120-121 页中,就将正义与公平当做相同概念在使用。

③ 樊刚. 平等、公平与经济发展//姚洋. 转轨中国: 审视社会公正和平等. 北京: 中国人民大学出版社, 2004: 612。



过来公平的事物也并不见得是平等的。然而，尽管平等与公平之间存在差别，但平等在一般意义上却通常可以被视为是公平的，重要的在于某一平等的事物是否符合人们的偏好和判断。如果它在人们看来是可以接受的，那么我们就可以说它是公平的。

实践当中，我们还发现围绕着平等和公平之间有另外一个有趣的现象。当人们说某件事物是公平的时候，不管人们彼此之间对公平的认识有多么大的差别，说公平这个话的人本身肯定是对这件事物持赞许态度。但是同样的人说某件事情很平等的时候，他的内心却未必赞同这件事情。这说明公平永远都是一个正的概念，而平等却是一个正负两可的概念，正因如此，在很多人看来，平等并不是一个让人喜欢的概念，以至于霍姆斯说：“对于那种追求平等的热情，我毫无尊重之感，因为这种热情对我来说，只是一种理想化了的妒忌而已。”^①但是，我认为霍姆斯的观点过于极端化了。平等的价值，不仅仅在于它有可能是公平的而不能被一棒子打死（其实任何对公平的讨论都不可避免地会涉及平等），还因为平等作为一个古老的概念，在任何一个时代都会受到人们的追捧，因而从来不曾缺乏社会基础。特别是在人类社会演进的过程中，正是由于高举追求平等的旗帜，人们才实现了从身份到契约的转变；也正是因为有了平等，市场经济主体才获得了进行自由竞争的基本条件，经济才能获得发展，社会才能不断进步。对此，哪怕是和霍姆斯一样不怎么喜欢平等的哈耶克也承认：“我们并不反对法律上的或道德上的平等。”^②德沃金作为当代平等理论的大师，则更是直言不讳地将平等作为甚至放在自由前面的第一价值。他说：“我的理论的核心概念将不是自由而是平等。”尽管德沃金本人就是一位自由主义学者。当然，德沃金对平等也有他自己的一套标准。^③所以，问题不在于你喜不喜欢

①、② [英]哈耶克. 自由秩序原理. 邓正来译. 北京：三联书店，1997：102、105。

③ Ronald Dworkin. Taking rights seriously. Harvard University Press. 1997. p.272, 转引自吴玉章：《论自由主义权利观》，中国人民公安大学出版社1997版，第185页。

平等，而在于你认为什么样的平等是可以接受的，或者平等的内涵应该如何界定。

至此，似乎应该拿出一个准确的概念来解释究竟什么是公平了。然而，我却实在想不出应该如何给公平定义。乌尔庇安曾将公平视为使每个人获得其应得的东西的永恒不变的意志，西塞罗也曾把公平描述成使每个人获得其应得的东西的人类精神取向。这两个定义都强调了公平的主观向度，博登海默认为它们所表明的给予每个人以其应得的东西的意愿是公平概念的重要的和普遍有效的组成部分。^①这看起来指出了公平的精髓所在。但即使如此，究竟什么是应得，在不同的人眼里却有着不同的内涵，这反而强化了公平概念的不可统一性。因此，我认为，在最终给出公平的定义之前，有必要先分析一下现有的关于什么是公平的理论及其争议，然后再决定自己的态度。

二、几种主要的公平观

对于公平的关注如前所述，在古罗马时期，乌尔庇安和西塞罗就已经开始表述对什么是公平的看法。但是真正对公平进行系统研究的则是晚近以来的一些学者。在这些学者当中，其代表人物是哈耶克、罗尔斯、诺齐克、德沃金等人，他们对于公平的研究自成体系，但基本上都是建立在自由主义的基础之上的。除此之外，功利主义、社群主义和马克思也对公平提出了自己的见解。以下择要介绍一下这些公平理论。

（一）自由主义公平观

哈耶克在现代自由主义理论界当中的地位举足轻重，他的崛起具有特殊的社会背景。在人类社会进入 20 世纪以来，古典自由主义理论受到了重创，个人本位思想开始逐渐向社会本位和国家本位思

^① [美]博登海默：《法理学——法律哲学和法律方法》，邓正来译，北京：中国政法大学出版社，1999：264。



想发生转变,在这个转变的过程当中,个人自由受到了越来越大的威胁,国家干预和强制越来越普遍。尤其随着福利国家的兴起,自由主义世界的基础不断被侵蚀。而所有的这些转变,背后都隐藏着关于什么是公平的观念的变化,其中社会公平理论的出现引起了哈耶克的深深忧虑。在他看来,人类社会的进步决不是可以理性建构的,而只能在一个自发的秩序中实现自我发展,而在这个自我发展的过程中,自由是必不可少的,也是决定性的要素。哈耶克非常痛恨对自由的强制,因为在他的眼中,自由就是强制的不存在。^①但是,他也承认,自由并不是绝对的,因此他将自由和责任联系在了一起,认为自由不仅意味着个人拥有选择的机会,而且还意味着他必须承担其行动的后果。^②这事实上表明自由也是需要受到限制的。然而,对于自由的限制,哈耶克非常警惕,他认为自由只能基于法治的要求而被限制,因为法治意味着政府除实施众所周知的规则以外不得对个人自由实施强制,所以它构成了对政府机构(也包括立法机构)的一切权力的限制。但是法治不能仅仅是政府行为的形式合法,因为如果一项法律赋予政府以按其意志行事的无限权力,那么政府的所有行动在形式上就是合法的,但是一定不是法治原则下的合法。所以,法治不仅仅意味着服从实在法,还意味着实在法也必须符合一定的原则。^③

在哈耶克所认同的法治原则当中,法律面前人人平等原则是最为重要的,他认为,争取自由的斗争的伟大目标,始终是法律面前人人平等。而且一般性法律规则和一般性行为规则的平等,乃是有助于自由的唯一一种平等,也是我们能够在不摧毁自由的同时所确保的唯一一种平等。自由不仅与其他任何种类的平等毫无关系,而且还必定会在许多方面产生不平等。^④这种不平等之所以会产生,在很大程度上是由于人们在事实上是不平等的,因为人与人之间的

① 在哈耶克的《自由秩序原理》第9章当中,哈耶克专门分析了他对强制的态度。

②、③、④ [英]哈耶克.自由秩序原理.邓正来译.北京:三联书店,1997: 83、260、102。

差异是无法完全消除的，所以如果给予他们以平等的待遇，其结果就一定是他们在实际地位上的不平等。因此，法律面前人人平等注定要与物质的平等（就是结果平等）相冲突，自由所要求的法律面前人人平等注定会导向物质的不平等。^①但是，社会公平理论恰好就是倡导物质平等，为了实现物质分配上的平等，社会公平主义者主张通过政府干预来人为地对与某个个人的前途有关的条件加以控制，并将之与他的能力相调适，以确保他能够获致与其他所有人相同的前途。而这在哈耶克看来当然是对自由的反动。他说，这些政府干预论者的根据其实只是那些不太成功的人对一些成功人士的不满，甚至直接就是忌妒，而当下全力安抚此种不满情绪，而且努力给这种不满情绪披上一件令人尊敬的社会正义（公平）外衣的倾向，正日益演化为对自由的严重威胁。^②他指出，正义或公平确实要求，人们生活中由政府决定的那些状况，应当平等地提供给所有的人享有，但是这些状况的平等，却必定会导致结果的不平等。^③

哈耶克还讨论了在笔者看来是关于什么是公平的应得的问题。对此，他着重就人们应当从他们的工作或能力对他人的价值，还是从他们所具备的品行来获得报酬进行了探讨。哈耶克认为，一个人的价值和品行之间没有必然的联系。一个人的天赋或后天获致的才智，会对他人具有价值，但是这种价值并不取决于他拥有怎样的品行。而一个人能够获得怎样的报酬，只能根据他的行动结果对于他人的价值，而不是他的品行如何。因为一个人的品行，不是一个客观结果的问题，而是一个主观努力的问题，即使它有价值也只是一道德价值，在经济上对于他人而言却没有什实际价值。而行动结果恰好相反，它客观可测，对他人具有直接的实际价值。欲实现一个有价值的结果而付出很多努力，可能具有很高的品行，但结果却可能是彻底的失败；一项彻底的成功可能完全是偶然因素的结果，却因此就不具备什品行。所以，人们虽说付出了相同的努力，却

①、②、③ [英] 哈耶克. 自由秩序原理. 邓正来译. 北京: 三联书店, 1997:

104、112、121。



会得到不同的报酬。如果在一个社会中,个人地位只能根据他的品行来定,那么这个社会就是自由社会的对立面。在这样的社会中,人们是因为履行了义务而不是因为获得了成功而得到报酬的,而且每个人的行动都受其他人认为他应当如何行事的观念的指导,因此个人自行决定的自由也就无从存在了。^①

罗尔斯是另一位凡是谈到公平就让人无法回避的学者。罗尔斯从他1971年的《正义论》到1993年的《政治自由主义》,再到晚年的《作为公平的正义——正义新论》当中,一以贯之地阐述了他的公平理论。他的理论的影响力甚至连诺齐克也不得不承认:“政治哲学家必须或是在罗尔斯理论的框架内内思考问题,或是解释为什么不。”^②

在罗尔斯的论证中,他采取了一种独特的论证途径。他首先设计了一种在他看来能够产生真正的正义或公平理论的环境,即原初状态。在这一状态下,没有人知道他在社会中的地位,也没有人知道他在先天的资质、能力、智力、体力等方面的运气,甚至人们并不知道他们特定的善的观念或特殊的心理倾向。正义或公平的原则就是在这样一种无知之幕后被选择的。这可以保证任何人在原则的选择中都不会因自然的机遇或社会环境中的偶然因素得益或受害。由于所有人的处境都是相似的,无人能够设计有利于他的特殊原则。只有在这种条件下,各方缔结的契约和所选择的正义原则才是公平的。^③由此,罗尔斯得出了他的两个著名的正义原则:第一个原则是,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。第二个原则是,社会和经济的不平等应该这样来安排,即它必须适合于最少受惠者的最大利益,

① [英]哈耶克. 自由秩序原理. 邓正来译. 北京:三联书店, 1997: 114-118.

② 吴玉章. 论自由主义权利观. 北京:中国人民公安大学出版社, 1997: 140.

③ [美]罗尔斯. 正义论. 何怀宏, 何包钢, 廖申白译. 北京:中国社会科学出版社, 1988: 10.