



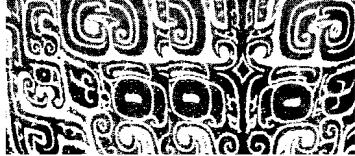
GONGZHENG SHIJIAO XIA DE
YIZHU ZIYOU YU XIANZHI SIFA YANJIU

公正视角下的 遗嘱自由与限制私法研究

叶朋 著



江苏大学出版社
JIANGSU UNIVERSITY PRESS



GONGZHENG SHIJIAO XIA DE
YIZHU ZIYOU YU XIANZHI SIFA YANJIU

公正视角下的 遗嘱自由与限制私法研究

叶 朋 著



江苏大学出版社
JIANGSU UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

公正视角下的遗嘱自由与限制私法研究/叶朋著
—镇江: 江苏大学出版社, 2011.12
ISBN 978-7-81130-298-1

I. ①公… II. ①叶… III. ①遗嘱—继承(法律)—
私法—研究—中国 IV. ①D923.54

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 275301 号

公正视角下的遗嘱自由与限制私法研究

著 者/叶 朋
责任编辑/林 卉
出版发行/江苏大学出版社
地 址/江苏省镇江市梦溪园巷 30 号(邮编:212003)
电 话/0511-84440890
排 版/镇江文苑制版印刷有限责任公司
印 刷/丹阳市兴华印刷厂
经 销/江苏省新华书店
开 本/890 mm×1 240 mm 1/32
印 张/7.75
字 数/230 千字
版 次/2011 年 12 月第 1 版 2011 年 12 月第 1 次印刷
书 号/ISBN 978-7-81130-298-1
定 价/32.00 元

如有印装质量问题请与本社发行部联系(电话:0511-84440882)

随着社会经济的持续发展,私人财富不断增加,遗嘱处分行为也越来越普遍。遗嘱是公民按照法律规定的方式处分遗产或其他事务并于死亡时产生法律效力的一种法律行为。继承人按照遗嘱人生前所立的遗嘱来继承的行为称为遗嘱继承。遗嘱继承制度是与法定继承制度相对立的一种继承制度。与法定继承相比,遗嘱继承更多体现的是对个人意思自由的尊重与保护。在私有制的发展历史上,只有对个人处分其财产之意思自由的保护延伸至其死后,才可以说是做到了对个人财产所有权的彻底保护,实现了私有财产的神圣不可侵犯。

遗嘱自由是被继承人得以以遗嘱这种方式处分自己身后财产的自由。遗嘱人可以通过订立遗嘱变更继承人的继承顺序和应继份额,甚至可以取消法定继承人的继承权;可以将财产赠与法定继承人以外的其他公民或赠给国家、集体组织、社会公共福利事业等。遗嘱自由是公民对自己财产处分的自由在继承法中的体现。之所以把遗嘱自由看做是意思自治原则的体现,就是因为建构在遗嘱自由基础之上的遗嘱继承制度与法定继承相比,更能直接体现财产继承人的意志。遗嘱自由原则与意思自治原则一样,都体现了对公民个人财产权的保护和尊重。但是个人的意思自治本身必然受到一定限制,这种限制包括基于社会生活条件的限制、为了社会及他人利益的限制、为了各项自由协调的限制。遗嘱自由也不例外。虽然以个人为本位的社会注重被继承人的意思自治,但这种自由终究要受到人伦常理、不发达的物质文明和家庭养老育幼功能的限制。在自由备受推崇的时代,这种限制由公平、秩序等道德观念来充当,然而在利益多元化和价值多元化的条件下,个人的责任感和社会舆论的强制力已不足以防止反道德行为的发生,这时社会



关系就需要由更强大的规则和原则来调整,这就是法律。哈耶克在《自由的构成》一书中指出:“自由的基础是法治;法治又意味着对自由设定界线。”因此,世界各国也都运用各种不同的法律制度对遗嘱自由进行不同程度的限制。

我国《继承法》第16条规定:“公民可以依照本法规定立遗嘱处分个人财产,并可以指定遗嘱执行人。”同时该法第19条规定:“遗嘱应当对缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额。”第28条规定:“遗产分割时,应当保留胎儿的继承份额。胎儿出生是死体的,保留的份额按法定继承办理。”与世界其他国家相比,我国的遗嘱自由的程度是最大的,对遗嘱的限制也是最少的。那么究竟为何要对被继承人的遗嘱自由进行限制以及如何对遗嘱自由进行限制,使之达到公正价值目标?这就是本书问题探讨的出发点。诚然,对遗嘱自由进行限制的方式很多,道德、法律、政策、经济基础等都是有效可行的,比如西方发达国家对遗嘱自由限制最强大的手段是税收,甚至有学者认为,在税收强大的调节手段面前,继承法对遗嘱自由的限制作用是微小的。^①尽管如此,我们在中国现行法律体系下,绝对不能轻视继承法对遗嘱自由的限制作用。因此,本书将遗嘱自由与限制的研究限制在私法领域,主要是在继承法的情境下进行研究。

本书分为八章,主要包括三大部分。第一部分为遗嘱继承制度的哲学原理考察,包括第一至第三章;第二部分是遗嘱自由与限制的私法制度与原则的考察,包括第四至第七章;第三部分即第八章,是对前七章研究结果的整理,结合我国的法律现状和社会生活实践,提出我国继承法修正完善的方向。

第一章是公正基本理论概述。公正即人类最高的理想和追求目标,具有高度的抽象性和概括性,古今中外对其进行的理论研究更是汗牛充栋,数不胜数。本书着力研究如何完善遗嘱继承制度才能更接近公正的目标,因此选择与论题相关的公正问题进行阐述。首先对各种

^① [澳]肯·马蒂,等:《澳大利亚继承法概要》,陈苇译,西南政法大学外国家庭法及妇女理论研究中心项目,2007年,第9页。



不同的公正观进行梳理,接着指出无论何种公正观,其内容都包含自由、秩序、公平与效率等价值,因此认为公正是法的最高价值,也是法的综合价值,它包含诸种法律价值的内在统一体系,并不是抽象的、不可把握的,只有将公正放在自由与秩序、公平与效率这两组对立统一的多元法律价值维度中才能把握其内涵。

第二章是遗嘱自由与限制内容的理论概述。同样受主题和篇幅所限,本章主要围绕遗嘱自由与限制的历史及具体法律制度的概况展开。首先从基本理论的源头上梳理遗嘱与遗嘱继承、遗赠的联系与区别,接着回顾各国遗嘱自由的发展历史和现状,以及分析遗嘱自由的基本私法意义,最后以遗嘱自由限制为中心,阐述遗嘱自由限制的意义、历史发展及现代各国的简要法律制度。

第三章以公正为理论视角分析遗嘱自由与限制两者蕴含的公正哲理。首先从遗嘱自由展开,较详细地分析了遗嘱自由本身包含的自由与效率价值理念。其次转入遗嘱自由限制,指出遗嘱自由之限制本身蕴含着秩序与公平的价值理念。最后从公正的角度指出,遗嘱继承制度要接近乃至达到公正的最高价值目标,在制度设计上应该做到自由与秩序、公平与效率的和谐统一。此章为后文论述做好了铺垫。

第四章从私法角度介绍世界各国对遗嘱自由进行限制的具体立法。首先介绍了英美法系国家的不同做法,以英国法为代表的家庭抚养费制度,着重介绍英国和澳大利亚的家庭抚养费法的具体内容,包括抚养费申请人、申请标准、法官发布给予抚养费命令考虑的因素、死者净遗产的认定、遗嘱人恶意逃避抚养费行为处理等;以美国法为代表的多层次的限制遗嘱自由的做法,包括遗嘱遗漏的配偶和子女继承权、配偶对选择份额的选择权、住宅津贴、家庭津贴及豁免财产等。其次简要地介绍了大陆法系运用特留份制度对遗嘱处分权进行限制的规定。最后将两大法系对遗嘱自由限制的不同做法进行对比,分析两者在立法宗旨、适用范围、立法模式、适用成本等内容上的不同,指出大陆法系特留份制度对于我国而言更有优势。

第五章对大陆法系特留份制度进行比较研究。因为大陆法系的特留份制度对我国更有借鉴价值,有必要深入研究,所以该章对大陆法系



国家特留份制度的主要内容进行介绍和对比。首先概括大陆法系国家特留份制度的两种不同起源以及特留份制度在近现代欧洲国家的发展趋势。其次对特留份的含义、特征与性质进行分析。最后是本章的重点部分,即对大陆法系典型国家特留份内容进行整理和比较。包括特留份权利主体、特留份份额、特留份的计算、特留份的扣减、特留份的放弃与剥夺、特留份的保全与诉讼时效等。

第六章简要介绍遗嘱信托。遗嘱信托是英美法系国家遗嘱处分的一种常见方式,能够充分扩展遗嘱人的意志自由,遗嘱信托在我国完全具备从法律走入生活的可能。首先简要介绍遗嘱信托的含义、历史发展、特征、功能等。其次从历史发展与立法角度分析两大法系的遗嘱信托制度本身所蕴含的自由与限制理念。

第七章探讨公序良俗原则与遗嘱自由限制问题。首先依然运用比较的方法分析公序良俗的内涵、违反公序良俗的类型、违反公序良俗的判断等与本书内容相关的问题。其次以泸州遗赠案为例,具体分析研究公序良俗原则在家庭继承法领域的适用方法以及应该注意的问题。

第八章对前文分析做出最后总结,我国法律应该如何修订、完善和适用才能达到遗嘱自由与限制的法律公正。首先从哲学角度指出,法律公正是遗嘱继承制度完善的最高指导目标,一切法律制度之借鉴与修订都必须以公正为价值指导。我国遗嘱自由过度违背社会伦理道德以及社会对公正的诉求,因而必须对遗嘱自由作出适当的限制。其次认为我国限制遗嘱自由应当借鉴特留份制度,并对我国特留份制度立法提出若干制度设计。再次指出应该充分发挥公序良俗的引致功能,完善我国遗嘱自由限制,以避免法律具体制度适用时存在不周延性。同时指出适用公序良俗原则对遗嘱自由进行限制时应该遵循的方法及注意的问题。最后谈到遗嘱信托,主张在我国大力发展遗嘱信托以满足遗嘱人多种遗愿的需要。遗嘱信托在我国的发展存在着信托法和继承法上的诸多障碍,立法应该尽快排除障碍。同时遗嘱信托作为遗嘱处分行为的一种方式,必然受到特留份与公序良俗等私法规则与原则的制约。



前 言/001

第一章 公正基本理论概述/001

第一节 公正的内涵/001

- 一、公正思想概观/002
- 二、公正与公平、平等的词义辨析/008
- 三、公正之内涵界定/012

第二节 公正的法律价值体系/013

- 一、公正是法律的最高价值/015
- 二、公正法律价值体系的内容/018
- 三、公正法律价值体系的特征/026

第二章 遗嘱自由与限制概述/031

第一节 遗嘱继承概述/031

- 一、遗嘱继承的含义与特征/031
- 二、遗嘱继承之历史考察/032
- 三、遗嘱继承与相关概念辨析/036

第二节 遗嘱自由概述/039

- 一、遗嘱的含义与特征/039
- 二、遗嘱自由原则概况/041

第三节 遗嘱自由之限制概述/046

- 一、遗嘱自由之限制的内涵/046
- 二、遗嘱自由之限制的历史/048
- 三、现代国家遗嘱自由之限制的相关立法概述/051

第三章 遗嘱自由、限制与公正/055

第一节 遗嘱自由与公正之价值体系/056

- 一、遗嘱自由与自由价值/056
- 二、遗嘱自由与效率价值/059
- 三、遗嘱自由与秩序价值/060

第二节 遗嘱自由之限制与公正之价值体系/061

- 一、遗嘱自由之限制与公平价值/062
- 二、遗嘱自由之限制与秩序价值/062

第三节 遗嘱自由与限制之最高价值——公正/063

- 一、公正是遗嘱继承制度的最高价值/064
- 二、适度地限制遗嘱自由应遵循的原则/067

第四章 各国遗嘱自由之限制法律制度比较研究/070

第一节 英美法系国家遗嘱自由限制法律制度概况/070

- 一、英美法系国家遗嘱自由与限制之历史/070
- 二、英美法系国家遗嘱自由限制之立法/073

第二节 大陆法系国家遗嘱自由限制法律制度概况/085

- 一、特留份制度/085
- 二、必继份制度/089

第三节 各国遗嘱自由之限制制度评析/091

- 一、英美法系国家遗嘱自由之限制制度评析/091
- 二、大陆法系国家遗嘱自由之限制制度评析/096
- 三、两大法系国家遗嘱自由之限制制度比较分析/098

第五章 特留份制度之比较研究/102

第一节 特留份制度的历史源流/102

- 一、古罗马时期的特留份/103
- 二、日耳曼法的特留份/105
- 三、特留份制度在近代欧陆典型国家的不同发展/106

第二节 特留份的概念、特征与性质/108	
一、特留份的概念/108	
二、特留份的法律特征/109	
三、特留份的性质/110	
第三节 特留份制度主要内容之比较研究/112	
一、特留份的权利主体及顺序/112	
二、特留份的份额/115	
三、特留份的计算基础/117	
四、特留份的扣减/118	
五、特留份的放弃与剥夺/124	
第四节 我国必留份规定与特留份制度之比较研究/125	
一、我国必留份规定的特点/125	
二、我国必留份规定之评价/126	
三、我国必留份规定与大陆法系国家特留份制度之比较/128	
 第六章 遗嘱信托与遗嘱自由及限制/131	
第一节 遗嘱信托概述/131	
一、遗嘱信托的产生与发展/131	
二、遗嘱信托的含义与特征/138	
三、遗嘱信托的功能/141	
四、遗嘱信托与相关制度辨析/144	
第二节 遗嘱信托的自由品格及限制法理/146	
一、遗嘱信托的自由品格/146	
二、遗嘱信托自由之限制法理/149	
 第七章 公序良俗原则与遗嘱自由之限制/152	
第一节 公序良俗原则概述/152	
一、公序良俗的内涵/153	
二、违反公序良俗原则行为的类型/157	
三、违反公序良俗原则行为的判断/161	
四、公序良俗原则与遗嘱自由之限制/163	



第二节 公序良俗原则在我国遗嘱自由限制领域的适用

——对“泸州遗赠案”的评析/165

- 一、“泸州遗赠案”案情及评析/165
- 二、德国“情妇遗赠案”之比较/170
- 三、对“泸州遗赠案”的公序良俗判断/171

第八章 公正视角下我国遗嘱自由与限制制度的完善/174

第一节 公正对于我国遗嘱继承制度之意义/174

- 一、我国遗嘱继承制度的特点——过度的遗嘱自由/175
- 二、对遗嘱自由进行限制的意义/179
- 三、基于公正目标对遗嘱自由进行限制应遵循的原则/181

第二节 借鉴特留份制度，完善对我国遗嘱自由的限制/183

- 一、特留份制度在继承法(篇)中的编制体例及性质/184
- 二、我国特留份制度的主要内容/185

第三节 以公序良俗原则的引致功能实现对遗嘱自由的限制/192

- 一、公序良俗原则引致功能的含义/193
- 二、发挥公序良俗原则引致功能实现对遗嘱自由的限制/194
- 三、对公序良俗原则写入《继承法》的评价/199

第四节 重构遗嘱信托，扩张遗嘱自由意志/200

- 一、我国发展遗嘱信托制度的必要性与可行性/200
- 二、遗嘱信托在我国法律上的障碍及调适/202
- 三、法律对遗嘱信托的限制/204

附录 典型大陆法系国家民法典中有关特留份的条文/206

参考文献/231

第一章 公正基本理论概述

第一节 公正的内涵

什么是公正？什么是正义？仁者见仁，智者见智。一位西方学者说：“正义有着一张普罗透斯似的脸，变幻无常、随时可呈不同的形态并具有极不相同的面貌。当我们仔细看这张脸并试图揭开隐藏在其背后的秘密时，我们往往会深感迷惑。”^①庞德曾说，公正这个词“在伦理上，我们可以把它看成是一种个人美德或是对人类的需要或者要求的一种合理、公平的满足。在经济和政治上，我们可以把公正说成是一种与社会理想相符合，足以保障人们的利益与愿望的制度。在法学上，我们所讲的公正是指在政治上有组织的社会中，通过这一社会的法院来调整人与人之间的关系及安排人们的行为；现代法哲学的著作家们也一直把它解释为人与人之间的理想关系。”^②尽管如此，古往今来仍有无数哲人争相探索其秘密，形成的理论学说精彩纷呈，为后人的研究奠定了坚实的基础。

① [美]E·博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社，1999年，第252页。

② [美]庞德：《通过法律的社会控制：法律的任务》，沈宗灵，等译，商务印书馆，1984年，第73页。



一、公正思想概观

1. 早期公正思想概观

在古希腊和罗马人那里,人们之间相互关系的处理普遍要求遵循公正的原则。许多思想家阐述了他们的公正观,尤以苏格拉底、柏拉图、亚里士多德等具有代表性。

苏格拉底的公正思想与他的贤人政治观有重要联系。其贤人政治观的实质即让合适的人做合适的事。他曾说,许多对公正的破坏来自于人内心无止境的贪欲,来自把脚伸到别人领域的欲望,所以人应当自省、自律,这样人才具有健康的灵魂、有秩序的内心,才不会去做不公正的事。这一思想对柏拉图和亚里士多德的公正观产生了重要影响。苏格拉底有一句名言:“守法就是公正。”众所周知,后来苏格拉底宁愿死于城邦法律和对公正的诺言。

柏拉图持“秩序公正论”。在《理想国》中,柏拉图提出,人有理智、意志和欲望三种天性,与之相对应的有三种美德:智慧、勇敢和节制,这三种美德表现在不同的人身上,就决定了人的不同等级,不同的等级又决定了人们在城邦中的地位与分工:第一等级的人以理智为天性,具有智慧的美德,将成为统治者;第二等级的人以意志为天性,具有勇敢的美德,将成为保卫国家的武士;第三等级的人以欲望为天性,具有节制的美德,将成为从事生产的工匠。公正就是上述三个等级的人各安其分,各尽其责,“国家的公正在于三种人在国家里各做各的事”^①,“当生意人、辅助者和护国者这三种人在国家里各做各的事而互不干扰时,便有了公正,从而也就使国家成为公正的国家了”,^②而那种互相代替、互相干涉的行为则是有违社会公正要求的。他认为,不公正将导致国家灭亡:“须知,神谕曾经说过,铜铁当道,国破家亡。”^③

亚里士多德对公正的理解与柏拉图不同。他是“分配公正论”思想

① [古希腊]柏拉图:《理想国》,郭斌和,等译,商务印书馆,1986年,第169页。

② 同①,第156页。

③ 同①,第66页。



的典型代表。他最早把平等引入公正的定义,在他看来,公正寓于某种平等之中,公正要求按平等原则给同样的人以同样的待遇。有学者认为,亚里士多德第一个把形式上的公正原则系统表述为“同样情况应同等地对待。”^①他曾用数量和比例来诠释公正。他说:“所谓平等有两类:一类为其数相等,另一类为比值相等。数量相等的意义是你所得的相同事物在数目与容量上与他人所得者相等;比值相等的意义是根据各人的真实价值,按比例分配与之相衡的事物。”^②他还指出:“公正就是比例,不公正就是违反比例。”^③即认为只有比例平等才是真正的公正。同时亚里士多德把公正上升为政体原则的高度。他认为优良政体的制度安排应该围绕公正展开,公正是优良政体的核心。而作为政体原则的公正,应避免极端而兼顾社会整体利益。任何只是强调某一个依据来要求统治权都是极端的、不正义的,无论它是地位、财富还是人数。他曾直截了当地说,“要求一律地按照绝对平等观念构成的政治体制,实际上不是良好的政体。”^④由此可推论,在他看来,任何纯粹的君主政体、寡头政体、民主政体都不是理想的政体,因为他们都不能实现真正的正义。他推崇的是混合政体,他认为可以混合不同社会集团的力量以及各自的公正原则的共和政体最接近理想的优良政体。

在早期,哲人们把公正问题主要看做一个社会秩序的合理性和合法性问题,尽管它有时也被用于评价人的行为和态度,但主观幸福和个人利益在古代社会的道德伦理学说中从来就不是被关注的重心。这一传统随着资本主义经济和个人主义文化的兴起发生了转变。

2. 近现代西方思想家的公正思想概观

资本主义生产方式不仅带来生产力发展和社会进步,也带来人们思想观念的改变。人们开始从新的视角关注公正问题,这使得现代意义上的公正研究成为可能。在资本主义的不同发展时期,公正思想也

① 吴忠民:《社会公正论》,山东人民出版社,2004年,第48页。

② [古希腊]亚里士多德:《政治学》,中国人民大学出版社,2003年,第234页。

③ [古希腊]亚里士多德:《尼格马科伦理学》,中国社会科学出版社,1999年,第94页。

④ 同③,第235页。



呈现出不同特点。

(1) 契约论公正观

随着资产阶级的兴起,他们需要一种能为其经济自由和控制服务的公正观,于是,在近代欧洲,适应当时社会状况的需要形成了契约论公正思想。契约论公正观认为,人们为了保障自己的生存、自由等权利,自愿让渡出一部分权利,组成社会。因此,社会是人们为保护自己的自然权利通过缔约而形成的人类共同体,它存在的价值和目的在于按照人们与社会间形成的契约内容来保护人们的私有财产,这就是公正。

洛克是早期契约公正观的典型代表。他提出,个人与政府之所以能缔结契约,因为个人与政府之间是平等的,政府并非凌驾于个人之上,政府的责任在于依照契约规定保障人民的生命、自由和财产等自然权利,如果政府没有按照契约履行其应该履行的义务或者超越契约规定,对于违反约定的政府任何人都有权抛弃它,并缔结新的政府。同时,洛克认为,人们并没有将全部自然权利都通过契约让渡给政府行使,人们让渡给政府的只是其中的一部分权利,在社会状态下的生存、自由、财产权等具有不可完全让渡性,政府不得随意侵犯这些权利。

斯宾塞将公正理解为人与人之间为达到共同自由而受其他人类自由限制的排他性的权利,“每一个人都可以自由地干他想干的事,但这是以他没有侵犯其他人享有的相同的自由为条件的。”^①他认为公正就是一种法律保障,法律保障的目的在于对个人自由的追求,其既不追求特定的社会目的,也不关心特定人的命运。公正只是抽象的规范个人自由的规则,在这里“每个人的自由仅受到所有其他人的类似的自由限制,是一条符合社会组织的通则。”^②爱尔维修认为:“正义是以既定的法律为前提。尊重正义以公民之间势均力敌为前提。保持这种前提,是科学和立法的主要工作。一种有益的相互畏惧、强迫人们以正义相待。如果这种畏惧不再是相互的,从那时起一个民族的立法就有毛

^① Spencer H. Justice. New York, 1891:46.

^② Spencer H. Social Statics. Robert Schalkenbach Foundation, 1970:79.



病了。改善立法的前提是人对正义的需要。^①

契约论公正思想构成资产阶级启蒙思想的主要部分,它揭开了蒙在社会、国家头上的神秘面纱,在人与人之间、个人与社会或国家之间普遍建立起一种权利与义务的均衡关系,强烈地捍卫了人的权利与尊严,唤醒了人们的自由、民主、平等意识,为资产阶级扫清封建专制思想与制度发挥了重要作用。但当资产阶级取得统治地位后,这种理论又被无产阶级所借鉴,成为不利于资本主义发展的力量。为此,19世纪的思想家将公正的原则及衡量标准从契约转变为功利主义原则。

(2) 功利主义公正观

功利主义公正思想避开以自由平等为基础和出发点的公正观思路,对公正问题的探讨围绕利益或福利展开,从个人利益与社会利益之间关系的角度来分析公正问题,强调和突出社会整体的利益,即追求“最大多数人的最大幸福”。休谟、边沁、密尔是功利主义公正思想的典型代表。休谟对功利主义公正观最早的表述为“公共的效用是正义的唯一起源”。他认为,公正是维系社会关系的一种协议,它是在社会资源相对匮乏的情况下,由于人对私利的追逐为避免社会秩序混乱而制定的人与人间社会关系的准则,公正可用于维持社会和人类的整体幸福。边沁认为,功利原则是公正美德中非常重要的内容,它是衡量是否公正的一项重要甚至唯一的标准。所谓功利原则,即当我们对于任何一种行为予以赞成或不赞成的时候,主要是看该行为是增多还是减少当事者的幸福。边沁强调,功利原则不仅是评价个人行为的标准,而且是评价政府行为的标准,政府依建立在功利为基础的公正标准行事。密尔认为,公正就是符合社会整体利益,符合社会整体利益是功利原则的主要内容。其强调功利并不是指对个人有用或有利,而是指对公共福利、人类整体利益有用。

功利主义公正观直接促进了社会经济的发展,对西方资本主义物质财富的增长起着巨大的推动作用,但其理论本身存在着固有的缺陷,

① 北京大学哲学系外国哲学史教研室:《18世纪法学哲学》,商务印书馆,1963年,第505页,转引自吴忠民《社会公正论》,山东人民出版社,2004年,第50页。



表现为过分地强调了全社会的福利总量,却忽视了总量在社会成员中的公正分配。按此理论,只要“最大多数人”的“社会幸福”总量增加了,对于少数人的利益受损也是可以忽略不计的。这种为了大多数人的利益牺牲弱小群体的主张,被认为是造成西方国家贫富差距的理论根源,因此功利主义的公正思想也不能获得普遍的认同。进入20世纪以后人们又开始寻求符合时代意义的公正观。

(3) 马克思主义公正观

马克思的公正理论既重自由又重平等,认为正义的自由王国只有建立在必然王国基础上才能真正繁荣起来。马克思在《政治经济学批判》中说,正义的自由观与正义的平等观一样,是植根于现实的经济运动过程中的。马克思和恩格斯极为痛恨社会不平等,认为在一个公正的社会中即共产主义社会中人们可以实现真正的平等,但这种平等是建立在每个人都能充分满足其自由发展需要的基础上的。关于社会财富、地位、权利等方面的分配,马克思认为,适合于人的公正的社会组织首先需要写在自己的旗帜上写上“按劳动分配”,因为只有活劳动即现实地进行的劳动活动才是人的历史实践运动,以资本形式存在的物化劳动对活劳动的支配是不合理的。到了共产主义社会,由于每个人都能满足自由发展的需要,其才能和天赋将是社会的善,而不再是要求个人特殊福利的资本,所以要写上“按需分配”。马克思所创立的唯物史观还认为,无论公正是作为一种构成社会制度的基本模式还是道德评判标准都是历史的、具体的,都是受一定经济基础制约并最终取决于一定的物质生活条件的。不同的地域、民族由于传统文化、风俗习惯、宗教信仰等的不同而存在不同的公正观。

(4) 自由主义公正观

20世纪以后,现代学者在契约论公正观基础上把公正思想研究又向前推进一大步。罗尔斯成为这一时期的典型代表。他的自由主义公正观是在批判功利主义公正观基础上完成的。罗尔斯认为,公正的一般意义上的观念是“所有的社会基本善——自由和机会、收入和财富及自尊的基础——都应被平等地分配,除非对一些或社会基本善的一种