

契约与身份：从传统到现代法律制度中的观念演变

尹子文*

摘要：“从身份到契约”的转变被视为近代法治确立的标志，而从二十世纪开始，却出现了“从契约到身份”的某种复归，这样的转变在第三法域（社会法）表现的尤为明显。这样的转变是否是一种历史的回归，是否构成对契约社会的颠覆，是否有违法治之根本？本文试图在重述与分析中回答这些问题。

关键词：身份 契约 平等

正文：

一、问题的提出

梅因在其著作《古代法》中指出：“所有进步社会的运动，到此处为止，是一个‘从身份到契约’的运动”^[1]，即一切进步社会的特点都是人身依附关系或身份统治关系的消失，并被日益增长的个人权利与义务的关系所取代，这就是人类文明发展史的内容和实质。其进一步指出，“旧的法律是在人出生时就不可改变地确定了一个人的社会地位，现代法律则允许他用协议的方法来创设社会地位”^[2]，在经济发展和社会进步的过程中，人们开始逐渐脱离原有的家族束缚，以个人面目出现在社会和经济生活中。

而伯纳德·施瓦茨在其 1947 年出版的《美国法律史》中指出：“20 世纪以来，发生了一个明显的变化，就是不再过分强调契约自由了”“到本世纪中期，社会已经在个人自由的概念上加上新的身份条件”^[3]。事实上，在消费者、劳动者、妇女儿童、少数民族等的权益保护领域存在着明显的倾斜性，对这些弱势群体的保护贯穿于立法、行政甚至司法领域。而这样倾斜性保护的享有大多依赖于身份的特殊，即被保护者需为消费者、劳动者、妇女儿童抑或是少数民族。这种针对特殊身份群体的保护，被概括为现代社会“从契约到身份”复归，那么这种转变是否是一种历史的回归，是否构成对契约社会的颠覆，是否有违法治之根本？本文试图在重述与分析中回答这些问题，并做进一步的展开。

二、“从身份到契约”的转变及矛盾

（一）“从身份到契约”的转变

在梅因看来，古代社会不是个人而是家族的集合体，家族构成社会的基本单位，法律的

* 尹子文，中国政法大学比较法学研究院中德 2012 级硕士研究生。

拘束力只及于各家族而不是个人，家族的法律才是个人具体行为的准则。一个人在未出生以前，他的社会地位就已被确定，其甚至都没有机会表达个人意志，这一切都已被家族代劳。而近代社会则以个人为基本社会单位，人与人之间的契约成为社会交往的纽带，人们可以通过“协议的方法”来为自己创制或争取社会地位。

在契约社会里，传统社会中靠身份获得的权利完全由契约来赋予。“身份是指生而有之的东西，可以成为获得财富和地位的依据；而契约是指依据利益关系和理性原则所订立的必须遵守的协议。用契约取代身份的实质是人的解放，是用法治取代人治，用自由流动取代身份约束，用后天的奋斗取代对先赋资格的崇拜”^[4]。恩格斯在《家庭、私有制和国家的起源》中也肯定了“从身份到契约”的进步意义。

这一“从身份到契约”的转变从本质上来讲是社会发展中的辩证否定，即资本主义对封建主义以及奴隶主义的残余因素的否定和代替的过程。其进步意义不仅在于生产关系的变革，更在于人的解放，从“身份到契约”的转变正是人的解放过程，个人从被奴役的封建人身依附关系中挣脱出来，成为有独立意志的平等的人。

（二）契约制度内部的矛盾

契约制度的确立过程是社会进步的过程，但契约体制作作为一种社会规范的机制，和其他制度一样存在着内生的不能克服的缺陷：

首先，契约制度的稳定性与其规范对象的变动性产生矛盾。一种制度确定之后，它便具有了稳定性的特征，而其规范的对象却无时不在变动之中，契约体制的变动速度落后于其规范对象的变化速度，这就造成了制度本身某种内在的、难以消解的滞后性。这种缺陷是与生俱来的，好似制度的“原罪”。

其次，契约体制保障对象的非全体性与社会整体发展诉求之间的矛盾。任何一种制度其约束对象可能具有整体性，但在制度下受益的对象却只能是部分的。只有绝大多数社会成员从改革中获益，利益受损者能够及时得到补偿，社会的进步才具有合法性。契约制度作为一种社会规范，提升了平等的价值，但在某种程度上也造成了社会的不公正，对非受益群体（尤其是弱势群体）的忽视，不利于社会正义的实现^[5]。

（三）契约体制所面临的社会矛盾

在契约自主、个性自由的19世纪，法律假定每个人都能够有效地维护自己的利益。因而，个体与个体之间如何达成协议，如何界定相互之间的权利义务，国家与法律不必操心，不必给予过多的干预。这样的假定是不切实际的。在资本面前，工人是弱势的；在商家面前，消费者是弱势的；在成年人面前，老人和儿童是弱势的；在侦查机构面前，被告人也是弱势

的^[6]；如果没有国家和法律的介入，很多人并不能有效地维护自己的权利。任何个体，都不可能始终保持强大而智慧的法律形象，在很多情况下，他们需要国家和法律的救济与保护。

伴随着社会进步和社会分工的细化，人与人之间的相互依赖以及个人对社会的依赖都在不断增强，形成新的依附关系。一方面是大企业、大集团甚至是垄断行业的崛起，另一方面则是大量的处于弱势地位的劳动者和消费者。在社会交往中，经济地位的不同在他们之间形成了无形的依附关系，对于处在支配地位的一方来说，“契约自由”是真实的，其可以按照自由的意志来决定各种民事行为；但对于被支配一方来说，在某些情形下则不得不违背自己的真实意志^[7]。就资本家和工人而言，可以说他们在人格上平等，但我们无法否认此时的平等是多么的虚伪和脆弱，此时的工人除了有出卖自己的劳动力的自由之外已经一无所有。

三、“从契约到身份”运动

面对这些社会深刻变化所引起的问题，“契约”制度显得力不从心，一场“从契约到身份”的运动悄然兴起。

（一）“从契约到身份”运动的兴起

二十世纪中期，契约自由与个人意志的自由平等等观念受到了前所未有的挑战，“作为其基础的契约平等观念已被现代工业社会的现实，降低到抽象理论的范围”。这一转变最早体现在劳工赔偿问题中，在二十世纪初英国的劳工赔偿法律制度中，工人所享有的“要求赔偿在意外事故中所受损失的权利”已不是契约而是身份问题了。而在随后的美国司法实践中，法院明确表示：“劳工赔偿法的根据是身份观念，而不是默示契约观念。承担义务的根据不是基于雇主的行为或不行为，而是根据工人介入的雇佣关系”^[8]。在这样的工业事故领域，法律后果不是产生于当事人的意志或过错，而只是依赖于雇佣关系的存在。而在现代的消费者权益保护，妇女儿童保护，残疾人保护以及少数民族（原住民）的保护中，我们所首先要考虑的是他们处于弱势地位的特殊身份，而不再是契约或者合意。

当然，回归身份社会，绝不是回到奴隶社会、封建社会，而是从强调人的个体属性转向强调人的群体属性与社会属性。你是工人，国家就把你纳入到劳动法的保护范围；你是妇女，国家就把你纳入到妇女保护法的范围；你是少数民族，国家还制定了有利于少数民族的特殊保护制度；你是消费者，国家还有专门针对消费者的权益保护法。国家根据每个人所属的群体，制定专门的保护制度。国家提供特殊法律保护的根据，就是其特殊的身份。

（二）“从契约到身份”运动的合理性分析

在市场经济条件下，契约关系是一种普遍性的人际交往模式，契约作为一种平等主体之

间的自由意志协定，明确了当事人相互之间的权利和义务。在契约社会中，一个人在享有权利的同时必然担负着与其相对应的义务。然而，社会中总有一部分人是不能纳入到这一规范中的，因为他们无法在行使权利的同时承担相应的义务。这就使我们陷入这样一种矛盾：契约要求建立在双方自由平等的基础之上，它隐含了平等、自由、功利和理性的原则，但是，当我们按照契约社会的内在要求建立起平等的社会规范时，社会公平却同时受到了威胁。

个人在社会中实现自身利益的能力主要取决于两方面的因素^[9]：一是制度性因素，由于制度存在着刚性缺陷，任何一项制度都有其不同的受益者，这种制度资源的不均衡受益成为影响人们实现自身利益的重要因素。因为法律所赋予的权利往往是决定人之经济地位、机会等现实利益的根源所在。这种在制度资源占有上的差距，往往导致弱势群体的利益无法得到实现。二是原生性因素，如人的智力、身体健康状况、家庭出身等。由于这些天然禀赋的差异，机会对于每个人来讲其实现程度是不一样的，“在市场经济体制下，即使建立了一整套有关公平竞争的法规和政策，也会有部分社会成员由于受其本身各种条件的限制，经常处于不利的竞争地位，尽管有了专门保护这类人权利的法规，但凭其自身的能力去实现其权利的手段却不具备”。在完全由机会平等作为整合手段的契约社会里，由于原生性因素而不能充分实现其利益的人将落入社会的底层，成为社会弱势群体；而这将很有可能引发一系列显性或隐性的社会结构性矛盾，使社会成员对社会公正、社会公平等基本价值理念产生怀疑，认为当今社会是一个不公平、不公正的社会。

克服契约社会的缺陷，保证社会弱势群体利益的实现，要求我们在社会整体契约化的框架下，将弱势群体的利益在肯定和保护的基础上用法律的形式固定下来，即将其“身份化”，使其真正享有特殊身份所带来的福利和特权，在实现社会契约平等的同时兼顾社会公平。

综上所述，对社会弱势群体权利进行特别保护的目的在于以“身份”求正义。正义所需求的平等绝非物理量上的绝对相等，而是一种相对的平等。因此，这种对于社会弱势群体的“身份化”的规定和以实质平等为基础的保护，才是正义之本质所在。

（三）“从契约到身份”运动的定性问题

通过上一部分的简单分析，我们可以看出“从契约到身份”的复归并不是历史的倒退；伴随着社会的发展，契约制度下产生的一些弊端（尤其是弱势群体问题）促进了“从契约到身份”的补充性复归，但这一运动所带来的对传统民法理论的冲击确是令人难以预料的。

当以“身份”作为确定社会关系的方式时，强调的是当事人之间地位的不平等，由此形成身份型社会。而契约关系表现为以私有财产神圣不可侵犯为基本原则的财产制度及利益协调方式。当以“契约”作为社会关系的协调方式时，强调的是当事人之间的地位平等，由此

形成契约型社会，这也是近代民法的核心所在。

但民法中所讲的平等乃是一种抽象人格的平等，追求这种抽象的人格上的平等很容易使其所追求的平等流于形式，而难以在实质上达到平等。这种滋生于契约社会的“抽象人格的平等”无力应对具体地位不等所带来的弊端。

迄今为止，人类历史上只出现过一种实质平等：原始社会的原始平等。这是一种形式和实质一致的平等，但它不是任何法律的理念。共产主义社会的按需分配将是人类历史上的第二种实质平等，这是理想的实质平等，但那是法律消亡以后的事情。对于以契约为核心的民法来说，形式平等与实质平等的契合可望而不可即。这也是梅因在肯定“从身份到契约”的进步性的同时，所不能解决的问题。

但问题必定要得到解决，“从契约到身份”的路径也就为人们所考虑。问题不在于这一解决路径的出现，而在于对这一路径的定性与考量。一种观点认为到“现在为止由契约到身份的复归”至少并不恰当，只要存在市场经济和民主政治，就不可能产生“由契约到身份的复归”。其原因在于，民法上的契约与契约自由从来就是孪生姐妹，在当事人双方地位并不悬殊的契约领域，契约自由仍然像过去一样受到尊重，契约领域的真正变化，主要是针对经济地位悬殊的合同施加了一定的强行调整，从而为没有能力讨价还价的消费者、劳工及其他弱者提供特殊的保护，对契约自由的另外一些限制则来自追求社会公共利益的环境保护法等等，这与契约法对侵权法、婚姻家庭法的挺进似乎也可以相互抵消^[10]。

这一观点在事实上有其合理性，但其却在论证中将自己的主体性因素抛弃了。在其极力维护“契约”理论的时候，却在无形中将那些“从契约到身份”的转变剔除出了传统民法的范畴，在其看来，传统的民法领域中，比如物权、债权，侵权、婚姻家庭等，契约观念依然是主流。而这样的一种看似不经意的剔除正是问题的症结所在。“从身份到契约”的运动，其进步性就在于促进了民法的发展，但其所产生的问题却不是以“契约”为核心的民法所能解决的。这样的一种剔除看似在维护民法的纯粹性，而事实上却在逃避民法本身所应负有的责任；而从逻辑上讲，这体现了民法在自治性上的缺陷。

“从契约到身份”的运动虽然在一定程度上解决了以“契约”为核心的民法运作过程中所带来的一系列实质上不平等问题，但却不为民法的外延所包含，这就促进了第三法域（社会法）的兴起。所以，我们应该认识到的是，从“契约到身份”的运动产生于对契约制度的补充，但其性质却不能为民法体系所包容，其应当属于第三法域（社会法）的范畴，其所树立的种种价值理念与民法有着质的不同。

（四）“从契约到身份”运动与第三法域（社会法）

通过以上的分析，我们可以看出“从契约到身份”不是对“从身份到契约”简单的反向运动，而是更高层次上的回归。“从身份到契约”，是从家族身份、人身依附关系来分配权利义务到依靠个人契约来决定相互之间的权利义务关系；而“从契约到身份”是从依靠个人契约分配权利义务到主要依靠各自所处的实际地位，即强弱主体地位来决定权利和义务的承载对象。并且“从身份到契约”所指的“身份型社会”是覆盖全部社会关系领域的，而“从契约到身份”的“身份调整”只是在一定的领域内发挥作用，即在强弱主体鲜明对比的第三法域（社会法）中发挥作用。

随着“从契约到身份”的转变，在第三法域（社会法），出现了一系列新的特点，并形成一整套新型规范。有学者将其概括为九个方面，具体包括：（一）社会法的基本原则，从平等保护到倾斜保护；（二）社会法的利益观，从私人利益到社会利益；（三）社会法的权利观，从权利本位到义务重心；（四）社会法的客观法，从任意性、强制性规范到相对强制性规范；（五）社会法的第一种调整模式，从契约优先到法定优先、团体优位；（六）社会法的第二种调整模式，从权利政治到公益政治；（七）社会法的法律关系，对称关系到不对称关系；（八）社会法的执法程序，从分别执法到综合执法；（九）社会法中的法律责任，从单项责任到综合责任^[11]

当然，笔者没有能力对这九部分都进行详细的分析。但不管是“从契约到身份”运动还是第三法域（社会法）的兴起，都让我们对“身份”一词有了重新的认识，也正因为如此，笔者愿意对“身份”这一概念进行更加准确和谨慎的理解。“从契约到身份”中的“身份”是一种“有限身份”。含义有二：其一，这种身份化的范围是有限的，它只是针对由于中国契约社会存在缺陷而导致的弱势群体，而并非社会全体；其二，这种身份化的程度也是有限的，它所给予的保护只囿于在社会生活中由于不公正而导致的利益损失，其所达到的保障界线不应超过社会利益的平均水平，不能将其夸大，使其成为真正的身份特权^[12]。

四、结语

从梅因到伯纳德·施瓦茨，他们的目的都很明确，都希望通过自己对社会问题的发现与分析来给后人留下改进的方向，从而促进社会的进步和人类自身的发展。“从身份到契约”的转变，揭示了人类从古代走入近代的本质，让契约一词成为社会的主流，以“人”的视角来审视社会生活中的种种。而契约本身无法克服的缺陷以及其所带来的种种社会问题，尤其是弱势群体问题，又促进了“从契约到身份”的复归。当然，这样的复归不是历史的倒退，其是对契约制度的补充，是为了从最大程度上实现实质上的公平正义。而从性质上讲，“从

契约到身份”这一运动已不能为民法所涵盖，从而促进了第三法域（社会法）的发展，二者在价值取向上存在着诸多不同。但不管如何，其所追求的目标都是一样的，即为法治。

参考文献：

- [1] 梅因.古代法[M].沈景一译.北京：商务印书馆，1984：170.
- [2] 梅因.古代法[M].沈景一译.北京：商务印书馆，1984：172.
- [3] 伯纳德·施瓦茨.美国法律史[M].王军、洪德、杨静辉译.北京：中国政法大学出版社，1989：200.
- [4] 朱光磊.当代中国社会各阶层分析[M].天津：天津人民出版社，2007:40.
- [5] 刘颖.从身份到契约与从契约到身份——中国社会进步的一种模式探讨[J].天津社会科学，2005（4）：49-50.
- [6] 俞中.从契约到身份的运动[N].法制日报，2008-04-27（010）.
- [7] 贾远琨.契约社会的矫正——从契约到身份[J].法制与社会，2006（12）：78.
- [8] 伯纳德·施瓦茨.美国法律史[M].王军、洪德、杨静辉译.北京：中国政法大学出版社，1989：200.
- [9] 刘颖.从身份到契约与从契约到身份——中国社会进步的一种模式探讨[J].天津社会科学，2005（4）：50.
- [10] 周悦丽.身份性因素在契约中的历史变迁[J].法律文化研究，2008（00）：290.
- [11] 董保华、周开畅.也谈“从契约到身份”——对第三法域的探索[J].浙江学刊，2004（1）：48-50.
- [12] 刘颖.从身份到契约与从契约到身份——中国社会进步的一种模式探讨[J].天津社会科学，2005（4）：51.

英文摘要及关键词：

Contracts and identity: the evolution of concept from tradition to modern legal system

Abstract: the transformation "From identity to contract" is regarded as the symbol of the modern rule of law, but there appears the transformation "From contract to identity" in 20th century, which is especially remarkable in the third field (the social law). Is it a historical regression? Does it subvert the Contract social and violate the foundation of the rule of law? This article tries to answer these questions through the restatements and analysis.

Keywords: identity contract equality
