

法治中国背景下的“契约式身份”： 从理性规制到德性认同

亓同惠

摘 要 法治中国的本质，是经过理性选择和契约规定而形成的治理，是以规则为基础的理性规制。在这样的法治背景下，依然包含着基于德性的身份。法治需要理性规制意义上的契约，更需要建设基于德性认同意义上的“契约式身份”，而不能仅仅按照“从身份到契约”的既有路径以契约取代身份。“契约式身份”可以为法治提供区分、名分和本分，它们与通过契约建立的“绝对—真实身份”和“相对—虚假身份”有关，也与德性有关。

关键词 法治 德性 契约 身份 契约式身份

作者亓同惠，法学博士，西南政法大学行政法学院副教授。

引 言

自马基雅维利（Niccolò Machiavelli）和霍布斯（Thomas Hobbes）之后，“古典政治哲学”向“现代社会理论”转型，其显著标志是“社会契约论”的出现。^①尤其是自法国大革命以来，在代议制和民主协商的政治框架内，同时基于“为自我存续而斗争”^②的模式所具有的正当性和现实性，法治具有了某种渐进式的“理性”偏好：世事变迁将亚里士多德（Aristotle）希腊城邦意义上的“政治人”，转变为盖尤斯（Gaius）罗马法意义上的“法律人”，而到了洛克（John Locke）那里，又转变为靠拥有私有财产而博取自由的“经济人”，^③法治成为一种“技术”。这种技术性的理性偏好，与康德（Immanuel Kant）在启蒙运动中提及的“有勇气使用自己的理智”^④一脉相承。

* 本文得到西南政法大学人才引进项目“自治意义上的公民德性”（项目编号：2013-XZCXM001）资助。

① 参见〔德〕霍耐特：《为承认而斗争》，胡继华译，上海人民出版社2005年版，第14页。

② 同注①，第11-16页。

③ See J. G. A. Pocock, “The Ideal of Citizenship since Classical Times”, in Gershon Shafir, ed., *The Citizenship Debates*, Minneapolis: The University of Minnesota Press, 1998, pp. 31-41.

④ Immanuel Kant, “An Answer to the Question: What Is Enlightenment”, in James Schmidt, ed., *What Is Enlightenment? Eighteenth-Century Answers and Twentieth-Century Questions*, Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1996, p. 58.

在从政治人转变成经济人的过程中,契约在启蒙之后与这种理性相结合,并产生出某种被称为“普遍性”的东西:卢梭(Jean-Jacques Rousseau)在政治-组织的含义上使用“普遍性”,对他来说,在一个特定的政体之内,特殊利益与一般利益之间的张力,将会以个别服从一般意志的办法解决;康德在本体论意义上使用“普遍性”,即一个具有道德普遍性的人的存在不再是偶然的,因为他拥有了理性的必要性;黑格尔(Georg Wilhelm Friedrich Hegel)在认识论的意义上使用“普遍性”,即客观精神可以被理解成在政治-组织意义上对普遍性的一种表达。^⑤

在契约被广泛运用的16世纪,西方世界在世俗理性的语境中发生了三个具有重大影响的变化:科学人文主义思想的产生和发展,宗教改革运动,以及开始重视国家主权。这些变化使得人们开始具有了某些冲动,即国家不是神创造的,相反,国家应该按照人的理想、人的知识来设计、创造,问题的关键在于找到最可接受的理论资源。而大约自13世纪开始复苏的罗马法及其原则(当然包括契约)在欧洲大陆已经获得普遍认同,于是罗马法尤其是其契约原则便成为人所共知的理论资源。它们渗透到普通人心中,成为理所当然和不证自明的常规,并进而自然而然地获得了合法性和正当性。但把普通的罗马法契约想象为一种国家理论,还需要一种“异中求同”的欲望和能力,而16、17世纪欧洲社会中的主导话语,恰恰就具有这样一种“异中求同”的欲望。与此时的科学迷恋类似,它试图发现任何特定对象之间的彼此相似程度,并借此建立一种事物的秩序。因此,契约原则的普遍认同和“对类似的迷恋”,成为了社会契约理论得以建立的一个条件。此外,契约本身的特质,也决定了它所代表的精神与其预计获得的收益是社会契约理论的现实基础:契约是立约人在立约时进行一种理性判断后的选择。^⑥由此,法治的理性与契约有关,而契约之治似乎即为理性规制。

但是,除了法治的“理性”,我们就不需要其它什么了么?以及,法治意义上的“契约”,从此就与“身份”分道扬镳了吗?除了外在的“规制”,我们就不需要内在的“认同”了么?事实上,仅就“从身份到契约”这一已成定论的判断而言,学者已有多角度的不同看法。^⑦

⑤ 参见平谢:《具有普遍性的地区》,酒井直树、花轮由纪子主编:《印迹:西方的幽灵与翻译的政治》,江苏教育出版社2002年版,第57页。

⑥ 参见苏力:《从契约理论到社会契约理论——一种国家学说的知识考古学》,《中国社会科学》1996年第3期,第83-101页。

⑦ 有代表性的看法主要包括:何兆武认为,梅因(Henry James Sumner Maine)为了对抗自然法学派而过分信赖自己的论断,“乃至根本无视当时人类学(如MacLennan,恩格斯在《家庭私有制和国家的起源》中曾多次提到此人)的研究成果(如古代曾存在过群婚制),因为其中得不出他那父家长权的概念。事实上,极有的可能倒是:原始的两性关系、家庭和财产(所有制)并没有一定之规。果真如此,则梅茵的基本公式就会根本动摇。那样一来,所剩下的就只不过是这样一个推论,即今人比古人更为个人主义。但即使今天的文明比古代更为个人主义,但是仅凭这一点,却远不足以确立‘以身份到契约’这个公式。”参见何兆武:《重评的公式:“从身份到契约”》,《史学理论研究》1992年第1期,第122页。傅静坤认为,随着古典契约法向现代契约法转型,契约成为一种社会过程,当事人在这个过程中有着相对固定的关系和地位,因此,与其说是“从身份到契约”的运动,不如说是从绝对契约关系向相对契约关系的“关系契约论”的运动,参见傅静坤:《二十世纪契约法》,法律出版社1997年版,第62-63页。俞江认为,契约的传统价值是信用,而不是自由或平等,中国契约发展的趋势并非“从身份到契约”,而是从“身份契约到自由契约”,参见俞江:《是“身份到契约”还是“身份契约”》,《读书》2002年第5期,第52-62页。张永和认为,“从身份到契约”的概念似乎并不明确,身份在任何现代国家并不会消失,国家通过法律确定人的身份,这种身份建立在个人意志自由的契约之上,从而形成“后身份时代”,参见张永和:《血缘身份与契约身份——梅因“从身份到契约”的现代思考》,《思想战线》2005年第1期,第113-118页。蒋先福认为,梅因的“从身份到契约”公式具有固化于19世纪个人主义思潮的特征,缺乏持久的前瞻性,参见蒋先福:《近代法治国的历史再现——梅因“从身份到契约”论断新论》,《法制与社会发展》2002年第2期,第1-7页。刁晓东认为,为了对弱势群体的利益进行倾斜性保护,从“契约到身份”的回归是法律矫正机制的应有反应,参见刁晓东:《实现利益的平衡与反哺,实现契约到身份的回归》,《法学》2006年第2期,第97-105页。刁晓东认为,通过考察儒家的身份等级和道德话语,可以发现纯粹的自由平等契约依赖于一个全能的公共权力或信息完全的社会,而这实际上并不可能,在现代社会中,身份并没有消失,而是变得复杂,有效的契约模式无法脱离身份,以身份传递信息是治理成本不足时的合理选择,参见刁晓东:《身份、道德与自由契约——儒家学说的制度性解读》,《法学家》2014年第3期,第1-13页。

基于此,本文试图作如下思考:第一,除了法治的“理性”,我们的“法治中国”还需要去解决一个“法治的正当性”问题,即法治本身应该具有一种什么样的品质,才能够维持这种治理模式的自身存在,才能够说明其正当的存在。或者说,兼顾上文提到的法治的“技术”,如果不把法治仅仅视为一种技术上的权宜之计,使“它不能满足于一时的权宜之计和安排,而必须将自己扩展到具体体现基本的、全面的、选择的立法上来,而这样的立法反过来必须被一种艺术加以指导”,^⑧那么这种“艺术”意义上的法治,还需要具备一种什么样的品质,以及需要采取一种什么样的策略?基于法治本身应有的品质、资质,以及基于这些品质、资质所具备的能力,本文称之为“法治的德性”。第二,除了理性的契约,我们的“法治中国”还需要基于法治的德性的身份。当下的社会主义中国,也是逐步走向理想预设的“法治中国”,法治的本质是经过理性选择和契约规定而形成的规则认同基础上的治理模式。在这样的“理性”法治语境中,其实蕴含着基于德性的多元化身份。这种身份,本文称之为“契约式身份”。第三,除了外在的规制,“法治中国”还需要某种内在的认同。此种认同,是德性通过“契约式身份”为法治提供的区分、名分和本分,本文称之为“德性认同”。

本文将以麦金泰尔(Alasdair Chalmers MacIntyre)的“象棋故事”,1978年安徽省凤阳县小岗村的“分田到户”和1992年的“国企改革”为分析资料,论证“法治中国”需要建设并维护某种“契约式身份”,而不能仅仅按照“从身份到契约”的既有路径以“契约”取代“身份”。契约式身份可以为法治提供区分、名分和本分,它们与通过契约建立的“绝对一真实身份”和“相对一虚假身份”有关,也与德性有关。

此外,本文试图将论证置于某种可被称为“共和自由主义”(Republic-Liberism)的语境之中,亦即它既匹配于那些意在追求私人满足最大化的个体,也与那些旨在增进共同福祉的个体并行不悖。换言之,此种预设的语境,一方面通过共和主义既有的对公众事务的公民性参与的热情,提供某种利他性和信息的公开性;另一方面通过自由主义既有的对私人事务的关心,提供关于捍卫权利的正当性和必要性。^⑨

一、德性与身份

关于德性,我们需要从思想史的回溯开始梳理。在中西方不同的语境中,德性有着复杂、多元的含义,其渊源至少可以分别追溯到西周时期和荷马时代。

中国传统时期的德性观念,始于从殷商到西周的朝代更替中的合法性标准的转换,即从殷商所标榜的“率民事天”的“天生德性匹配”观念,转向西周“以德配天”的“后天德性养成”观念。到了孔子时期,德性观念以某种由内而外,推己及人的方式得以阐发,围绕着“仁”这一本体意义上的核心词,“仁、义、礼、智、信”,“刚毅木讷”,“爱人”等德性要素,最终在“洒扫应对”和

⑧ [美] 列奥·施特劳斯、约瑟夫·克罗波西主编:《政治哲学史》(第三版),李洪润等译,法律出版社2009年版,第695页。

⑨ See Richard Dagger, *Civic Virtues: Rights, Citizenship, and Republican Liberalism*, Oxford: Oxford University Press, 1997, pp. 113-114.

“经世致用”的双重层面规训着立法者。儒家的德性要在立法的层面有所施展,其前提是政治的儒学化和儒学的政治化同时存在,其最为理想的结果是通过德性的个体化训练、实践,以推己及人的方式实现德性的普遍化。孔子之后的儒家知识分子继续积累,使得儒家的德性试图在“内”与“外”这两个维度中都成为终局性的权威机制。如果说孔子以“仁”为核心概念,引发了理智与人格间的潜在统一性思考,所做的是平衡内与外的功夫,那么此后,孟子基于“四心”而整合“仁”与“义”,采用从尽心到知性再到知天,所做的是由外而内的功夫,而荀子基于礼法融合,从反思“道”到圣人使“礼”制度化,使具有道德启示意义的社交方式风俗化,所做的是由内而外的功夫,及至宋明儒学从“格物致知”推演到“制礼作乐”,所做的则是统一内与外的功夫。^⑩

根据这种内与外的关系,在中国传统意义上,德性的治理策略包含着以下两层意思:第一,德性的治理是反思性的治理,首先需要在内省的层面努力,通过固本而不断自我完善(这包括了治理者和治理行为),其完美状态是“内圣”;第二,德性的治理同时是实践性的治理,它体现了道德水准、智识水准和感召力,可以担当优秀治理者的角色并实现优良政治,其完美状态是“外王”。

在西方,从荷马英雄时代开始,基于人的社会角色,德性“*aretê*”的本意是表示“功能”,可引申为“优秀”(excellence),经由拉丁词汇美德“*virtus*”,与具有力量 and 气魄内涵的“人”——在特殊性别意义上的人,男人——结合起来。^⑪在亚里士多德的城邦时代,德性的含义在《尼各马可伦理学》中被表述为“既使得一个人好,又使得他出色地完成他的活动的品质”,^⑫在《欧德穆伦理学》(*The Eudemian Ethics*)中则被表述为“德性是有目的选择,是根据良善的生活计划而活动的习惯”。^⑬其后继者阿奎那(Thomas Aquinas)所代表的中世纪德性论,除了在两个方面——恶对个体德性的影响,以及对德性的历史性理解——增加了德性的含义之外,多少修正了亚里士多德的目的论的德性论。这使得中世纪的德性论的核心特征与追寻和游历的故事有关,并将人在本质上看成是一个过程,他所追寻的目的,是那种只要能达到就能补偿他一生的全部过错的东西。^⑭可以看出,审视德性含义的出发视角,经历的是一个从武士→绅士→教士的过程。这也与当代德性理论集大成者麦金泰尔的说法相似,即如果德性是一种“品质”,那么荷马的德性是一种使个人负担起他或她的社会角色的品质,亚里士多德(包括《新约》和阿奎那)的德性是一种使个人能够接近实现人的特有目的的品质,富兰克林以及各种功利主义的德性是一种在获得尘世和天堂的成功方面功用性的品质。^⑮

基于以上德性概念的传统,麦金泰尔用“利益”、“实践”和“品质”来重新定义德性。他举如下例子加以说明:假设你对一个对下象棋不怎么感兴趣的孩子许诺说,如果他一星期跟你玩一次象棋,那么他就能得到价值50美分的糖果,并且只要他坚持下,就会一直得到糖果。还有,如果他能赢你一次,那么他将另外得到50美分糖果的奖励。小孩可能开始只是为了糖果而战,直到有一天他开始关注下棋本身的利益,即通过象棋比赛而在技艺、战略、竞争方面表现卓越能力的利益

⑩ 参见成中英:《“德”“法”互补——一个儒家—康德式的反思(上)》,《齐鲁学刊》2009年第3期,第5-15页。

⑪ *Supra* note ⑨, p. 13.

⑫ [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45页。

⑬ Aristotle, *The Eudemian Ethics*, translated by Anthony Kenny, Oxford: Oxford University Press, 2011, p. xviii.

⑭ 参见[美]A·麦金泰尔:《德性之后》,龚群等译,中国社会科学出版社1995年版,第220页。

⑮ 参见注⑭,第236页。

时,糖果就不再是“利益”,下象棋本身成为“利益”。^⑩麦金泰尔要说明的是“利益”的不同,以及“利益”与“实践”的关系:获取糖果的利益被称为“偶然性利益”(那些依系于这类下棋或其它靠社会环境的机遇的外在性的偶然性的利益,总有一些可选择的方式来获得这些利益,而且这些利益的获得绝不是因为仅仅从事某种实践),而下棋本身获得的利益则被称为“内在利益”(内在于下棋的实践的利益,除了这种特定的实践方式,这种利益是其它任何途径都不可获得的)。^⑪基于此,德性就成为一种以“实践”为基础,以“利益”获取为目的的“品质”。^⑫

至此,通过以上有关德性概念的简要的思想梳理,可以发现,中西方德性观念存在一些共通之处,而这使得德性概念相对完整起来:德性是某一社会角色的某种品质,无论此社会角色是君子还是战士、绅士抑或教士;德性具有基于这种角色的一些功能,无论是内省性的还是实践性的;德性的实现,只能是在实践意义上追求其社会角色应有的利益,且这种利益只能通过这种实践本身获取。一言以蔽之,德性是一种“身份”,拥有这种身份的人,是其应所是,为其应所为。

二、从身份到契约?

按照梅因的本意,身份既不是个人的权利与义务的叠加,也不是道德、伦理或法律上的地位,而是那些与拟制的法律有关系的人的条件。基于这些条件,在法治语境中,如果能够在知识与信仰等相关联的要素之间,以“法治”描述、指导并规制各种主体正确地选择其社会角色,在真实实践和固守品质的基础上追求利益,“身份”就是一种“能力”,^⑬一种受到各种因素限制的能力。但现实是,这种“人的条件”和“人的能力”,在“从身份到契约”的运动中被异化和削弱。

“从身份到契约”这一命题通常被视为是有关法律制度进步的最有概括性的表达,它使得个体的权利义务关系和整个存在形态从对家族的依附中解放出来,凭借自己的理性,并通过契约与其他人建立新的可以自治的权利义务关系。契约与身份的最大不同,就在于个人能够自治地控制自己的选择,这其实是启蒙以来对勇敢地利用自己的理性的锦上添花。但是,契约是手段,而身份则是一种存在状态,或者说是人们彼此间发生关系的一种关联状态,它具有某种本体意味。如果通过契约建立了一种平等且可以自由支配权利义务关系的关系,如果它是稳定的(至少在一定时间内是稳定的),那么通过契约建立的也是一种“身份”,相对于此前基于出身、阶级或官爵建立的身份,它是平等而自主且不那么永恒的建立的身份。因此,梅因所说的“身份”,也可以被完整地称之为不平等、

^⑩ 参见注⑩,第238页。

^⑪ 参见注⑩,第238页。

^⑫ “(德性)是一种实践,既要获得其利益,也涉及卓越的标准和服从规则,进入一种实践就要接受这些标准的权威性,自己行为活动的不当处,依这些标准来裁决……德性是种获得性人类品质,这种德性的拥有和实践,使我们能够获得实践的内在利益,缺乏这种德性,就无从获得这些利益”。同注⑩,第240-241页。

^⑬ 关于这种能力,汉娜·阿伦特(Hannah Arendt)和齐泽克(Slavoj Žižek)有不同论述。阿伦特认为,能力是超越了具有思想瘫痪效应的“我要”,而在公共空间之内具有可见性的“我能”,其重心在于“行动”。阿伦特指出,孤寂的自我在思考时会产生一种“怪相”,它使得自我命令和拒绝服从,我要和我不要同时发生着。自由意念表现为“我要”,这种意念只有突破其界限到达必然时,才表现为“我能”。参见 Hannah Arendt, *Between Past and Future: Six Exercises in Political Thought*, New York: The Viking Press, 1961, pp. 158-159. 齐泽克指出,能力是包含着以言指事、以言行事和以言成事在内的三重以言施为,其重心在于“商谈”,参见 Slavoj Žižek, *Enjoy Your Symptom!: Jacques Lacan in Hollywood and Out*, New York: Routledge, 1992, p. 96.

不自治、一元性且无法改变的契约，或者是“身份的契约”。而梅因视之为进步标志的“契约”，则可以称其为平等、自治、多元性且可以改变的身份，或者是“契约的身份”。重提并强调“身份”，对于立法者的德性能力来说，需要做出多重的考虑。

以下从理论渊源和现实状态两个方面，说明在理论渊源上“身份”并不是那么容易被摆脱，在现实状态下“契约”也并不是那么容易奏效。

从理论渊源来说，梅因属于历史法学派。历史法学看重社会变迁中制度形成的经验性和渐进性，对于自然法所标榜的以理性塑造规则的作法不以为然。梅因从罗马法中的家父权（*Patria Potestas*）^②概念入手，说明人从只知道归属于其家族的存在中逐渐挣脱出来，一步一步走向个体化存在。因此，从父权向个人所有权的转化，也可以表达“从身份到契约”这个说法的意思。但是，从父权制到个人所有制的转化，是个人权利义务状态的转化，是一个过程，以及更为重要的是，人的身份也基于权利义务的变化随之发生变化，亦即是权利义务的逐渐变化改变了并导致人的身份的变化和重建。就此而言，身份的形成不是一蹴而就，它是历史演化的结果。“从身份到契约”这一命题要表达的是，在民主自由的条件下，个人有权自由平等地通过“契约”选择、建构，或改变“身份”。而这恰与身份是历史渐进演化之产物这一历史法学派的基本主张矛盾，因为按照身份的历史演化特性，历史中的人基本上无法选择其社会身份。因此，从其历史法学派阵营来说，“从身份到契约”在理论渊源上面临的可能是一个自我矛盾的困扰。

从现实状况来说，启蒙之前的立法者坚持维护“身份”，而其维护的不过是“身份的契约”，比如西欧的封建制度就是用“契约”建立、维持各种依附的“身份”，而封建制度也如梅因所洞见的，是“日耳曼蛮族习惯与罗马法的一种混合物”，^③其中早已注入了罗马法上契约的成分。启蒙之后的立法者坚持维护“契约”，却不再关注由契约所建立的“身份”，甚至淡化、忽视“身份”。但是，这种对身份的淡化、忽视，并不能为契约的完美运行提供保障。正如梁治平所指出的，有没有契约并不重要，重要的在于契约能够将其它因素——亲戚、朋友、同学等——纳入其中并安排妥当；在社会稳定或相对稳定时期，更多的是身份在维持秩序，比如“同志”的身份就长久而稳妥地控制着计划经济时代的中国的整体秩序，而“同志”身份是一种超建制化的身份关系，在某个时期，它远比契约关系更有利于交易安全、权利保护和义务履行，远比通过契约设定的甲方乙方更靠谱。^④因此，以契约替代身份进行治理，是将契约的功用高估了。

以契约代替身份，会在很大程度上消解政治参与者彼此关系的非民主化，会在一定程度上消解只知忠、孝式的利益私相授受，但身份的改变不会像财产或资产的改变那样可以通过契约一蹴而就。事实上，契约无法替代身份，而只能是通过一次次的契约维持多变、多元的身份。基于人的偏好基本稳定和 risk 基本中性的现实状况，任何契约，如果通过累加，最终仍会显示签订契约之人的“身份”。因为，“身份”如果是一种德性意义上的社会角色，那么在启蒙之前的社会角色是由“他人”（包括个体、组织、家族、国家等）分配（包括强制性分配）给“自己”的，而在启蒙之后的民主自由主导下的现代社会中，社会角色是“自己”分配（可以通过与“他人”订立契约的方式

② 参见[英]梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆1959年版，第78页。

③ 同注②，第205页。

④ 参见梁治平：《从身份到契约：社会关系的革命——读梅因〈古代法〉随想》，《读书》1986年第6期，第22-31页。

分配，也可以强制性地分配，比如犯罪）给“自己”的。由此，如果“从身份到契约”说的是一个过程，那么这个过程也只是走了一半，只有从“契约”到“制度”，才能维持“契约”的稳定性和可预测性。而且，“制度”在其设置上必须做出对“身份”的足够考量。也因此，如果在“制度”预设上根本没有考虑“身份”，或是在“制度”还没有建立，还没有完善的时候，就先行取消、改变“身份”，试图以“契约”管理社会，都会造成因为“身份”错乱而导致的秩序混乱，其结果必定是罔顾“身份”的德性，罔顾既有的社会角色，以“契约”的方式变换身份，从中获得本不是这个社会角色应该获得的利益。

三、“契约式身份”：案例与影响

“身份”其实无法消失，在理性的法治背景下，它转型为“契约式身份”。在阐明“契约式身份”之前，我们要对与之密切相关的法治要素的组合类型进行分类。这些不同的组合形式和次序关联构成了契约式身份的制度基础。我们可以将法治涉及的要素分为三种，亦即人的“身份”、物的“产权”和联结“人与物”的制度。这三种要素的关系，大致有以下四种次序的关联组合：

形式 I 建立一种制度，以确定人的身份为第一步，然后基于人的身份的确定，界定物的产权。比如在1931年的《中华苏维埃共和国土地法》中规定的“贫农分好田，富农分坏田，地主不分田”。

形式 II 建立一种制度，以界定物的产权为第一步，然后基于物的产权界定确定人的身份。比如在1992启动的“国企改革”与“国企改制”中，先界定产权归属，然后区分出所有者和下岗者。

形式 III 以非制度性的行为界定物的产权，然后基于产权归属确定人的身份，最后用建立制度的方式规制上述行为。比如1978年安徽凤阳县小岗村以“大包干”方式界定土地责任归属，然后在土地承包责任书上签字的21位农民的“身份”就不再与其他人一样，他们成为先行实验者。

形式 IV 以非制度性的行为确定人的身份，然后基于身份界定产权归属，最后用建立制度的方式规制上述行为。比如日本具有黑社会特色的“山口组”，加入其中的人具有特殊的身份，基于这种身份参与物质利益划分，而日本当局以“登记”和“指定暴力团”^②的制度规制其活动。

上述四种形式，形式 I 发生在革命的非常态时期，形式 IV 是基于日本独特的历史传统和1945年二战后的独特社会现实，因此我们对这两种形式无需过多关注。形式 II 和形式 III 则有必要进行认真的比较分析。下文以1992年开始的标志着中国市场经济实质化展开的“国企改革”与“国企改制”以及1978年小岗村“分田到户”为例展开讨论。

1992年中共十四大之后，启动了以国有企业改革为代表的经济体制改革。其步骤大致如下：1993年在中共十四届三中全会上提出要着力于制度创新，建立现代公司制度；1994-1995年期间提出“抓大放小”；1999年发展为“有进有退”、“有所为有所不为”。在形成的“既没有必要也没有可能”搞好搞活每一个国有企业的认识基础上，对部分国有企业采取了破产、兼并、收购、重组

^② 参见王俊彦：《日本为何黑社会合法存在而社会相对稳定》，《中日关系史研究》2013年第2期，第69-78页；姚天冲、张军梅：《浅析日本黑社会的“合法性”》，《日本研究》2011年第2期，第114-119页；周心捷：《日本黑社会问题初探》，《外国问题研究》1998年第1期，第39-42页。

的措施,对部分国有企业职工采取了下岗分流措施。^{②4}因为国有企业占据了国家经济总量的优势地位,并且在2004年由“国企改革”具体发展为“国企改制”,在这个意义上说,它可以被视为一次接近于整体性的资源再分配。通过订立各种[采用出售、外资和私营企业购并、管理层持股(MBO)和收购等形式^{②5}]契约,产生企业的所有者;新的企业所有者与他想要雇佣的,同时也欲受雇的人签订契约,完成企业的重组。这些做法,从“身份”和“契约”的关系上说,是通过“契约”改变和建立某些人的“身份”,其中最为显著而重要的身份变化出现在这两种人身上:某些人由企业的“形式上的所有者”(全民所有制意义上的所有者)变成企业的“实际所有者”,而某些人则由企业的“形式上的所有者”变成了实际的“无关者”,或是“无产者”。

与上述形式II的方式——制度建立在先不同,形式III的制度是在产权界定和身份确立之后才建立起来。通过“歃血同盟”和“秘密会议”的方式,1978年11月24日,小岗村21位农民签署了一个“分田到户”的生死契约。^{②6}此种被称为“大包干”的经验,后来被制度化为“家庭承包责任制”和“统分结合的双层管理体制”,^{②7}在全国农村推广开来。自此,他们实际上已经不是“全新的社会,全新的人”^{②8}式的“人民公社社员”,他们的身份形同“单干户”,是此后不久所说的“专业户”、“富裕户”、“冒尖户”。^{②9}

“国企改制”和“大包干”产生了两种不同的身份状态,但从“制度”的层面看,形式II与形式III有着紧密的“传承”关系。

小岗村的“大包干”最大的贡献在于,在计划经济时期,创造性地以“分地”的方式,实现了生产资料的经营权和所有权的分离,用市场式的独立经营者的身份,对当时中国纯粹依靠计划的低效农业生产模式发起挑战。小岗村的这种——对“物”的产权和“人”身份的界定方式,对1992年的“国企改革”和2004之后的“国企改制”具有相当强的指导意义,或者从某种本质意义上说,小岗村的“大包干”是“国企改制”的母本。也就是说,从1992年开始,当国企的管理者发现企业效率低下、人不敷出时,对小岗村既往成功经验和制度的再回首,实际上是以一种“制度记忆”的形式寻求突破和出路。而所谓“制度记忆”是指,经历过一次成功的制度改革或尝试之后,人们会对同种类型的制度存有“记忆”,这种带来好处或坏处的“记忆”将成为下次对待新制度的基础。这些记忆可以追溯到有关某种制度的直接经验的记忆,亦即今天的利益与过去经历的某

^{②4} 参见张春霖:《国有企业改革与社会公平》,梁治平主编:《转型期的社会公正:问题与前景》,生活·读书·新知三联书店2010年版,第358页。

^{②5} 此次再分配,与德沃金(Ronald M. Dworkin)设想的孤岛的资源分配“极为相似”:“既然要实现产权明确,并希望由此实现扭亏增盈,那么每一个国有企业的从业者都有机会参与改制,以自己手中的贝壳(例如资金、设备或知识),以一个清场的、足以满足自己偏好的价格在拍卖中买下你想要的东西(获得企业的产权)。但是这种分配模式虽然与德沃金的资源平等主义‘极为相似’,其中却有着本质的不同:第一,参与者的资质不是平等的,普通职工基本没有机会参与竞拍;第二,拍卖的清场价格并非以出价最高者的出价为标准,很多非出价最高者获得产权,因为其中存在相当大比例的国有中小型企业低价出售、外资和私营企业低价购并国企、管理层持股(MBO)和收购。因此,国企改制式的资源分配模式,按照德沃金的资源平等主义要求,是既无法实现完美平等,也无法实现嫉妒免除的分配模式。” 元同惠:《残障、昂贵偏好与承认的区分性机制》,《中外法学》2012年第2期,第329-330页。

^{②6} 参见陈桂棣、春桃:《小岗村的故事》,华文出版社2009年版,第12-42页。

^{②7} 参见中共安徽省委宣传部、省社会科学院调查组:《改革是人民群众的伟大创举——小岗村农业“大包干”的启示》,《求是》1998年第23期,第2-6页。

^{②8} 参见陈伯达:《全新的社会,全新的人》,《红旗》1958年第3期,第9-11页。

^{②9} 参见王振民、桑雪岭:《承包责任制带来了农村大改革——访问中共凤阳县委第一书记陈庭元同志》,《社会科学》1983年第6期,第18页。

种制度和行为有关，而且这些记忆通常是私人记忆，不可转让，会在无意识或不经意间流露出来。^①由此，我们可以把“国企改革”和“国企改制”想象成城市版的小岗村式改革，其效仿的目的是在“效率优先”的规则下重新界定产权和身份。而小岗村的21位村民之所以敢分田到户，正是对此前的来自正反两面经验的“制度记忆”：反面的记忆是凤阳历来（自三国时期开始）就是个穷地方，土改“划成分”的时候，小岗村甚至“划”不出一个地主、一个富农；正面的记忆是在实行农业合作社之前，因为各家有了土地，小岗村人的生活逐渐得到改善。^②这些“制度记忆”推动着21位“分田到户”参与者们付诸行动，这些记忆可以用曾任小岗生产队队长的严立忠的话来概括，“现在小岗村全队收的粮食还不如我家从前一家收得多”。^③

这种因为契约改变而导致的身份改变，说明了三点：第一，契约是在“改变”而不是“代替”身份；第二，以契约改变身份的动力，来自所谓的“制度记忆”；第三，契约形成的是一种新的“契约式身份”。由此我们可以确认，无论是小岗村的“分田到户”契约，还是“国企改制”中的各种契约（包括了收购、并购、持股等多种形式），各种类型主体的身份并没有消失，他们只是从此前的某种“契约式身份”转变成上述各种“契约式身份”。

明确契约式身份的存在后，仍有一个问题不能忽视，那就是为何分田到户的农民从此逐渐摆脱生存危机并走向温饱，而下岗者的（相当的时期内）处境却举步维艰、每况愈下？对此，我们可从“国企改制”期间所标榜的“效率优先、兼顾公平”入手，从效率和公平两个方面进行分析。

小岗村的分田到户也可被表示为一种“人民公社改制”，但是21位签字者并没有，实际上也不可能，按照一种公平的分配原则和方式完成土地分配，比如严宏昌家分的地“一处是在村子最南头……一处又是在村子的最北头……下地，收工，每天来回都要跑上很多冤枉路……光是两头跑也能把人累死”。^④但是小岗村的分田到户最后得以成功，“亏得严宏昌和严学昌肯吃亏”。^⑤由此可以看出，当时在物的产权分配上依然存在不公平。但对于21位分田者来说，这种分配不仅维持了一种帕累托最优，即没有人因为某些人的财富增长而变得处境更差，更为重要的是，在“身份”上以及基于这种身份在此后对土地的控制上，实现了意义更为深远的公平。在人民公社的土地产权制度下，社员的身份是一种“被动身份”，是一种身为主体性人的农民所不愿意接受的身份。通过分田主动地找回自己的身份，就此而言，此种主动性地复原本来应有的身份的作法，是公平的。基于此种公平，通过“大包干”的形式，自然产生了更高的效率，成为带动农村土地改革的核心因素。因此，小岗村的“分田到户”是以公平促进效率。而“家庭承包责任制”之所以成为制度，不过是立法者对农民主动选择的产权分配和身份界定的确认。

在国企改制中，在“物的产权分配”和“人的身份界定”两个方面，与小岗村的做法不同。物的产权分配并非基于公平（比如说要调动每个人的积极性，并尽量使每个人承担其责任，每个要改制的国企应该按照职工人数平均分配产权），而是基于效率，或者说既要形成规模效应又不能承担太多的负担，这样才能实现所谓跨越式发展。人的身份界定也不是一种自发的自我认同式的界

① 参见[美]王辉：《渐进革命》，金绍卿、平常译，中国计划出版社1998年版，第209-210页。

② 参见注①，第13-15页。

③ 同注②，第19页。

④ 同注②，第44-45页。

⑤ 同注②，第45页。

定,而是以某种“被动”的方式,用制度外在地改变一些人的身份。有一些人的处境相对变好,比如由管理者变成所有者的那些人以及通过新的上岗契约继续留在企业中的人,也有一些人的处境绝对地变差,比如下岗者。此时当然无法实现帕累托最优,一种相当于卡尔多-希克斯效率(Kaldor-Hicks efficiency)^⑤的补偿策略,于是成为制度安排者对下岗者的交代。制度要求以“效率优先”为原则,以“产权清晰”、“减员”为手段(或手段之一),实现“增效”的目的,下岗者的“身份”成为凝结这些制度安排和产权分配结果的载体。而这造成了以下几种影响:一种是在制度安排框架之内寻求妥协,比如采用“提前退休”的方式,这通常需要企业和职工合作,以各种方式证明职工“从事井下、高空、高温、特别繁重体力劳动或其他有害身体健康的工种,因病或非因工致残完成丧失劳动能力”,^⑥从而可以“提前退休”而不必成为“自谋职业”者;^⑦另一种是在制度安排框架之外进行对抗,涌现了所谓“下岗职工犯罪”新现象。^⑧这些反应是有关“身份”的反应,其缘由在于人作为一定叙述语境中的角色,其拥有的心理资源需要某种连续性,而这种对连续性角色担当的需求,使得人必须能够对严格的身份委派做出反应。^⑨

综上所述,契约的改变造成了身份的改变,进而引发个体的操守的改变(他/她不再是“有单位”的人,不再是“在组织”的人,不再是承担着某种“职业操守”的人),最终导致人的实践基础、利益获得方式和品质的改变。对秩序建设来说,其影响是重现“既缺乏伦理自觉、又缺乏职业尊严、且极具铤而走险之心”^⑩的整体症候,其结局是某种马克斯·韦伯(Max Weber)式判断的变现:“国企改革”和“下岗”成为一种“筛选”,一种以“效率优先,兼顾公平”的筛选方式教育和创造其所需要的参与者(即企业所有者和下岗者)的筛选。按照这种“经济筛选”方式造就的“后契约身份”,就与韦伯对所谓“贱民资本主义”的批评如出一辙:“站在政治或投机取向的‘冒险家’资本主义这一边,其风格,一言以蔽之,即贱民资本主义风格”。^⑪

四、德性认同:基于“契约式身份”的对策

解决“契约式身份”各种问题的对策,需要从“身份”入手,亦即从前文提及的从人的条件

^⑤ 所谓“卡尔多-希克斯效率”,是指如果有人因为某些人的财富增长而变得处境更差,但财富增长者愿意提供补偿,并且补偿之后整体的效益仍然是增长了,尽管这种补偿不是立即给予的(比如可能在未来的某一个时间中兑现)。参见 Nicholas Kaldor, "Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility", *The Economic Journal*, Vol. 49, No. 195 (Sep., 1939), pp. 549-552; J. R. Hicks, "The Foundations of Welfare Economics", *The Economic Journal*, Vol. 49, No. 196 (Dec., 1939), pp. 696-712.

^⑥ 参见《国务院办公厅关于进一步做好国有企业下岗职工基本生活保障和企业离退休人员养老金发放工作有关问题的通知》(国办发〔1999〕10号)。

^⑦ “提前退休”与“自谋职业”都属于“社会分流”。在某些省份、城市,两者的数量大概相当,比如山东1997年提前退休的人数是29372人,自谋职业的人数是23345人。天津市提前退休的人数是19989人,自谋职业的人数是13386人。而在有的地方,提前退休的人数大大高于自谋职业的人数,比如上海市提前退休的人数是41966人,自谋职业的人数是13186人。参见王建新主编:《中国劳动年鉴》(1998),中国劳动出版社1998年版,第484页。

^⑧ 相关的研究在分析其成因时,多涉及“主观原因”、“客观原因”、“社会保障不完善”、“法制观念淡薄”等方面,其中被置于首位的“主观原因”多在于下岗所导致的“心理失衡”,而原因在于“下岗前,生产工作、工资收入、福利待遇、家庭生活一直很稳定,已形成了固定的生活模式。而突如其来的下岗,打乱了这种固定的生活模式”。参见马丽娟、杨鸿:《国企下岗职工涉嫌犯罪情况调查》,《当代法学》1999年增刊,第67页;李维国、张讴:《下岗职工犯罪情况调查》,《当代法学》2002年第10期,第155-156页。

^⑨ 参见注⑩,第217页。

^⑩ 季卫东:《法律程序的意义》,中国法制出版社2004年版,第6页。

^⑪ [德] 马克斯·韦伯:《新教伦理与资本主义精神》,康乐、简惠美译,广西师范大学出版社2007版,第164页。

和人的能力入手。我们可以把前文麦金泰尔举出的下棋例子变化一下，针对“下棋”，把“身份”分为两种。

第一种身份 A 受到“奖金”的激励或诱惑跟别人下棋，为了获得 1000 元的每局对局费和赢一次就能额外获得另外 1000 元的奖金。但 A 并不真正热爱象棋这项运动。而且，除了下棋，他还具有其它谋生能力（比如送外卖或当经纪人）。奖金是他从事象棋运动的唯一目的，据此他可以较为轻松地生活。于是 A 有了一个身份——“棋手”或是“下棋的人”。这是一种“相对身份”，因为下棋本身并非他获取这一身份的直接且唯一的原因，他不过是想通过下棋获得“奖金”。他不是一个“象棋偏好者”，“奖金偏好者”才是他的真实身份。

第二种身份 B 在象棋竞技中具有某种卓越的能力，他对象棋的热爱无以复加，而且他只具有此种可以谋生的能力。为了生活，他通过与别人对局，来获取跟 A 一样的对局费和奖金。基于对象棋的热爱，而不是为了奖金（尽管为了活着他必须获得奖金），据此 B 有了一个身份——“棋手”或是“下棋的人”。这是一种“绝对身份”，因为下棋本身就是他获取这一身份的直接且唯一的原因。“象棋偏好者”就是他的真实身份。

当 A 下棋输了或不允许他下棋，却仍然给他许诺的赏金时，他并不为自己的失败或权利的丧失而伤心，因为奖金的获取是他唯一珍惜的东西，或者说，一旦棋手的身份被取缔或无法按照棋手的身份获得应有的利益及遭到应有的惩罚的时候，A 并不感到不公平。而对于 B 来说，输棋比由于输棋而无法得到奖金更令人悲伤，赢棋比因为赢棋而获得奖金更令人高兴，只要能维持他的生存，他就不在乎能不能获得奖金，投入到象棋运动本身的求索之中，远比获取奖金更重要。A 在一个虚假的身份背后隐藏着另一个真实的身份，B 则真实地维持着一种身份。由此我们也可以说，在某种意义上，“相对身份”是一种“虚假身份”，而“绝对身份”是一种“真实身份”。

对于此种身份类型的划分，我们可以援引德沃金和查尔斯·泰勒（Charles Taylor）的理论做进一步的类型化分析。它们可以分别被称为“德沃金式身份类型”和“泰勒式身份类型”。前者是在偏好的基础上“想”成为什么样的人，后者是在认同的基础上“能”成为什么样的人。

“德沃金式身份类型”又可被称为“自愿偏好 VS. 非自愿偏好”式身份类型，其中包含“欲望”和“欲望评估”两项要素。“相对—虚假身份”和“绝对—真实身份”，分别与人的“欲望”和欲望背后的“评估”能力相关联。“欲望”是一种自愿偏好，但它无法使一个人成为他/她想的是的那个或那种人，欲望背后的“评估”能力则决定了个人想拥有什么种类的欲望，从而决定他/她可以成为一个什么样的人的能力。^④ 如果有人只试图拥有“欲望的”偏好，那么这些偏好就被视为是自愿的偏好，例如奖金对于 A 的偏好来说就是如此。如果在认同的基础上进一步评价这些偏好，比如虽然极力想保持好好下棋的偏好而不去想那些诱人的奖金，但出于自身资质却不能维持“只下棋，不挣钱”的生活，于是不得不把奖金纳入其视界之内。这种对奖金并非喜好的“依赖”虽然无法摆脱，但如果 B 始终不会追求或愿意保持这种偏好，那么 B 的这种偏好就被视为非自愿偏好。如此，A 基于“自愿偏好”形成的身份是“相对—虚假身份”，而 B 基于“非自愿偏好”形成的身份

^④ See Joseph Heath, “Resource Egalitarianism and the Politics of Recognition”, in Kevin Olson, ed., *Adding Insult to Injury: Nancy Fraser Debates Her Critics*, London & New York: Verso, 2008, p. 210.

则是“绝对—真实身份”。

“泰勒式身份类型”可被称为“外在认同 VS. 内在认同”式身份类型。身份的“外在认同”，类似于在古代的“荣誉”社会对身份的认知，亦即人的社会地位以及其存在的价值是由社会的“外在认同”所决定，基于此种可见的外在认同，结合其在社会中所处的位置，人们才有可能去认为什么东西对他是至关重要的，因此是一种基于“优先权等级制”^{④③}的单纯的外在身份认知。身份的“内在认同”，则类似于在现代的“尊严”社会对身份的认知，亦即人开始在本真理想的提醒下，从自身的存在的独特性发现自我的价值，逐渐抛弃了身份的等级制，而试图以“内在认同”和“尊重意义非凡的他者”的方式维持一种真实性的存在。身份的“内在认同”并非仅仅依靠自我认知，“意义非凡的他者”扮演着对身份的自我认知予以甄别确认的角色。^{④④}依照“泰勒式身份类型”，我们会发现，A 的身份无法确定：他有可能是“相对—虚假身份”，因为他可能依据“外在认同”，比如某个时期下棋是被社会和其他人认为很有价值而值得赞赏的事，或是通过下棋获得奖金而致富从而被社会和其他人认同，于是他选择下棋，并通过下棋变得富有；他也有可能是“绝对—真实身份”，因为根据“内在认同”，A 把下棋获取奖金作为自己人生最值得干的事情，而根本不在乎社会的评价，如果他同时在志同道合者那里获得认同，那么棋手的身份就是他的“绝对—真实身份”。B 的身份可以确定，B 只会在“内在认同”的类型中确立自己的身份，因为 B 之所以从事象棋运动，是因为一种个体性的、独立性的喜爱，除非废除象棋运动或是把规则改得他根本无法掌握，只要象棋存在，他就具有“绝对—真实身份”。

基于以上类型的分析，B 在两种身份类型中可以始终拥有“绝对—真实身份”，但 A 在“泰勒式身份类型”中却可能存在两种身份：基于外在认同规则具有“相对—虚假身份”，基于内在认同则拥有“绝对—真实身份”。问题的关键就在于，我们的法治领导者必须把 B 的身份和 A 的身份有效地区分开来，从而给予不同的对待。

如果是“德性”的法治，那么通过法治进行的区分，就必须从实践、目的和品质三个方面认真考虑，并且从一开始就要分清“象棋的德性”和“下象棋的人的德性”。

如果是根据“象棋的德性”，亦即根据“象棋”这项运动本身的目的、实践和品质（下棋以赢棋为目的，以符合象棋规则的走法为实践，象棋运动本身的品质是模拟战争、开发人的智力以及为人提供快乐，整体表现为“赢棋”）来实施法治，那么其精神应该是“促进象棋竞技水平的提高”，对于下棋的人来说，是通过“赢棋”来“追求荣誉”，其模式应该是“高效发展”的模式。在此模式下，需要在技艺上寻找一些高超者，而不用去关注其下棋的目的（比如想通过下棋变得富有，或是通过下棋变得更聪明），也不用去关注其身份类型（究竟是“绝对—真实身份”还是“相对—虚假身份”），而只需要关注他能不能赢棋（就是要找到能赢棋的 A 和 B）。对于此种基于“象棋的德性”的法治，需要以契约明确被选中“棋手”（不管他是不是把自己当成棋手）的权利和义务：他

^{④③} See Charles Taylor, *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition*, edited and introduced by Amy Gutmann, *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition*, Princeton: Princeton University Press, 1994, p. 31. 泰勒举例说明了这种所谓的“优先权等级制”：如果有人被授予加拿大勋章，那么此人就拥有了优先权，可以优先于此外的任何人获得荣誉。假如明天每位加拿大成年人都会获得一枚加拿大勋章，那么因为大家当中没有谁可以优先获奖而使得此一奖项变得一文不值。这在人的身份上表现为对称呼的优先权：有的人必须要称其为老爷、太太，有的人则可以直呼其名。这与现代意义上的“先生”、“小姐”有着实质的不同。

^{④④} *Ibid.*, pp. 27-34.

可以享受高额的赢棋奖金，但他如果不能赢棋，就只能得到基本的生活费用。也就是说，基于“象棋的德性”所建立的契约式身份，是可以通过“效率优先”获取高额收益的，但必须承担相应的责任。因此，这是一种“权利式的义务”，以效率追求荣誉的权利，本质上在于赢棋的义务。

如果是根据“下象棋的人的德性”，也就是根据“下象棋的人”应有的目的、实践和品质（亦即B在“德沃金式身份类型”和“泰勒式身份类型”中的目的、实践和品质，表现为只为下棋而下棋，而且只能通过下棋生活，无论这种生活是富裕还是仅够维持温饱）来实施法治，那么其法治精神就应该是“保障下象棋的人能够下棋”，对下棋的人来说是通过“下棋”（而不是赢棋）来“维护尊严”，其模式应是“有效保障”。在这种模式下，需要找出那些只能靠下棋维持生活的人，这意味着A类型的人自然被排除在外，而在B类型的人中，技艺不够高超但必须靠下棋活着的人成为候选者。此时需要去关注其下棋的目的（不是想通过下棋变得富有，或是通过下棋变得更聪明或更有魅力等），需要去关注其身份类型（他必须拥有“绝对一真实身份”）。对于此种基于“下象棋的人的德性”的法治策略，也需要以契约明确棋手（他真实地把自己当成棋手）的权利和义务：他只要从事象棋运动，就能获得基本的生活保障，跟他能不能赢棋没有关系。因此这是一种“义务式的权利”，以保障维护尊严的义务，本质上在于下棋的权利。

根据以上论述，国企改革至少在两个方面存在可商榷之处。第一，国企改制的法治策略，“好像”是类似于根据“象棋的德性”来推进的，即国企改革是按照“企业的德性”所进行的操作：以效率优先为指针，把企业能盈利当作改制的目标，而选择那些能够让企业盈利的人成为企业产权的拥有者。但它只是“好像”是，而没有真正地基于“企业的德性”，因为大量事实表明，企业产权的拥有者之所以能够拥有企业，并不是因为他能够使企业盈利，而恰恰是使企业不盈利，他才有机会获得企业的产权。^④亦即没有有效地建立一种基于“权利式义务”的契约式身份。第二，对待工人，没有按照（类似于“下象棋的人的德性”）“参与企业的人的德性”去对待，没有把那些类似于没有高超技艺的B（他只为“在企业中”工作而工作，而且只能通过“在企业中”工作而生活）的工人，与那些不具备“参与企业的人的德性”（称之为B'，他既没有高超的技艺“使企业产生效益”，也不为“在企业中”工作而工作，并且不依赖“在企业中”工作而生活）的工人，区分开来，亦即没有有效地建立一种基于“义务式权利”的契约式身份。

所谓“契约式身份”，不过是通过“契约”这一“中介”形成的、建立在“规则”上的“身份”，也是建立在“规则”上的人的条件、人的能力及其各种限制。这是“契约式身份”与梅因所描述的从“身份到契约”这一过程中的“前契约”时代不同的地方，彼时彼刻是“身份”决定“规则”，此时此刻则是“规则”决定“身份”。同时，“规则”本身也有其自身的“德性”，有德性的规则构成了理性的法治。基于“德性”、“身份”与“契约”之间复杂的背景关系，契约式身份在以下几个方面对法治具有积极意义：

首先，契约式身份的基础是“德性”，是在法治语境中“是其所应是，为其所应为”的条件和能力。在制度预设能够维持人的生存的条件下，契约式身份展示其能力的行动，将具有更高的稳定性和可信性，它比单纯的市场经济意义上“甲方—乙方”的行为更有效地预判和合理的

^④ 参见郎咸平：《用“三个必须”规范产权改革》，《理论参考》2004年第10期，第20页。

期待,从而使得那些隐藏在契约中的信息通过身份显示出来。由此,契约式身份为法治提供的是一种“区分”。

其次,契约式身份强调自主,这会促使每一个参与到法治过程中的个体反思,主动地且合乎法治要求地享有权利和承担义务。这不仅是理性的收益最大化,同时意味着建立在自主基础上的身份是一种“规范性身份”,坚持这种自主的身份,会使得社会秩序的本身具有正当性。只有在自我感受到身份的自主时,个体存在的正当性才能与社会秩序本身的正当性相吻合。由此,契约式身份为法治提供的是一种“名分”。

再次,契约式身份强调“角色意识”,这种角色意识是基于在法治语境中分工的不同。因此,要把法治这出戏演好,其扮演者必须按照法治的要求,承担起诸如“公仆—权力”和“公民—权利”之类角色的戏份。前者不能超越服务社会、服务公民的身份限制,后者也不能突破热爱国家、服从规则的身份限制。由此,契约式身份为法治提供的是一种“本分”。

以上所论的“区分”、“名分”和“本分”,显示出“法治中国”的治理模式需要做出某种基于过往经验和前景展望这双重考虑的改进,即从单纯的、外置的理性规制,向多元的、内在的德性认同改进。

结语：从理性规制到德性认同

中国正迎来其在民族复兴伟业中具有重要地位的时期。在前现代余音未决、现代化尚付阙如而后现代已悄然登场的时节,在事实与规则、法律与道德、法治与世俗理性诸多牵连缠绕中,如何在合法性与合法律性之间、法治建设和法律信仰之间、国家权威和人民民主之间取舍平衡,是解决这些问题的关键。在此,一方面国家要通过法制/法治树立权威,另一方面市民社会/民众要自强自立;一方面我们迫切需要培育一个法治的充满活力的市民社会,另一方面我们又不得不依靠一个强大的国家体制来保护和完善市民社会,建设成熟的现代中国。在这种情况下,法治如果要承担起产权界定、身份确认和制度建设这三重任务,就必须从正义、公平层面动用各种智识,德性认同的法治策略需要被认真对待。

本文从“德性”与“身份”的思想梳理开始,通过对“从身份到契约”的批评,论证了契约之所以不能够取代身份,是因为身份与德性有着紧密的联系,契约建立的不过是某种“契约式身份”,“契约式身份”通过“制度记忆”在物的产权界定和人的身份确立中发挥作用。继而论述了“理性”的中国法治语境中存在的四种“身份”,它们对于中国法治建设的德性策略的展开具有基础性意义。通过对小岗村的“大包干”和1992年开始的“国企改革”相比较,本文说明并论证了“国企改革”没有对“企业的德性”和“参与企业的人的德性”予以区分,而是以前者取代了后者,也没有对“权利式义务”和“义务式权利”予以区分,进而使得很大一部分的“国企改革”获益者和失意者不能通过契约式身份持守他们各自的权利和义务。

对于法治建设,从“是其所应是,为其所应为”的德性能力视角来说,德性的法治需要实施两种策略,第一是建立融合“权利式义务”和“义务式权利”的体制,第二是创设基于不同德性类

型的通过“偏好”和“认同”区分身份的机制。

如果以西方的现代化转型为参照物，西方在从其前现代社会向现代社会转型的过程中，曾经面临的最大的挑战之一就是身份的改变。如韦伯所论述，要把种地的农民变成拿工资的工人，需要重构他们的“心理”，才能形成新的“伦理”，^④从而获得从信仰和世俗两方面都满意的身份。从1978年尤其是1992年之后的转型来说，中国也正在遭遇这种从心理到伦理再到身份重建的挑战。特别需要认真思考的是，在党的十八大关于户籍改革——加快改革户籍制度，有序推进农业转移人口市民化的措施提出之后，在关于“依法治国”的体系化纲要出台之后，在法治的制度框架和法治的知识体系中，民众对于从“心理”到“伦理”的转型，准备好了吗？

在此，也可以呼应前文曾提到的“共和自由主义”所欲性问题了。它要求法治在自由主义和共和主义这两个维度都做出努力：在自由主义的层面，让“我”知道“自己”是个什么人；在共和主义的层面，让“别人”知道“我”是个什么人。这种基于自我认同和相互认同的语境，是费希特（Johann Gottlieb Fichte）和黑格尔以来身处群体之中的个体维持其自由的根本。

因此，法治就不能仅仅是一种理性的“知识”，它必须通过实践的“见识”成长为德性的“共识”，并最终由内而外、相互认同的姿态重构法治背景下的心理、伦理和身份。这种重构，需要的是一种综合性的能力，一种以规则意识分配权利和义务的能力，一种以规范体系平衡自由和秩序的能力，一种以契约式身份区分公平与效率的能力，质言之，一种从理性规制到德性认同的能力。

【主要参考文献】

1. [英] 梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆1959年版。
2. [美] A·麦金泰尔：《德性之后》，龚群等译，中国社会科学出版社1995年版。
3. [日] 酒井直树、花轮由纪子主编：《印迹：西方的幽灵与翻译的政治》，江苏教育出版社2002年版。
4. [德] 霍耐特：《为承认而斗争》，胡继华译，上海人民出版社2005年版。
5. [德] 马克斯·韦伯：《新教伦理与资本主义精神》，康乐、简惠美译，广西师范大学出版社2007版。
6. [美] 列奥·施特劳斯、约瑟夫·克罗波西主编：《政治哲学史》（第三版），李洪润等译，法律出版社2009年版。
7. 陈桂棣、春桃：《小岗村的故事》，华文出版社2009年版。
8. James Schmidt, *What Is Enlightenment? Eighteenth-Century Answers and Twentieth-Century Questions*, Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1996.
9. Richard Dagger, *Civic Virtues: Rights, Citizenship, and Republican Liberalism*, Oxford: Oxford University Press, 1997.
10. Kevin Olson, *Adding Insult to Injury: Nancy Fraser Debates Her Critics*, London & New York: Verso, 2008.

（责任编辑：尤陈俊）

^④ 参见注④，第41-43页。