Globethics Repository



契约 [Contract]

This page was generated automatically upon download from the Globethics Repository. More information on Globethics see https://www.globethics.net. Data and content policy of Globethics Repository see https://repository.globethics.net/pages/policy.

Item Type	Article
Authors	张, 凤阳;李, 永刚
Publisher	山东大学
Rights	With permission of the license/copyright holder
Download date	2026-11-20 00:28:26
Link to Item	http://hdl.handle.net/20.500.12424/182311

张凤阳、李永刚： 契约：交易伦理的政治化及其蔓延

张凤阳、李永刚

契约：交易伦理的政治化及其蔓延

张凤阳（南京大学管理学院教授）
李永刚（南京大学公共管理学院副教授，江苏　南京　210093）

【内容提要】在很长的历史时间里，以功利目的、理性权衡、自由合意、主体平等、信守承诺为基本特征的契约，只是一种基于个人交易的辅助伦理或身份伦理。自资本主义广泛兴起之后，契约被引入政治领域，并建构起一整套的理念，以服务于早期现代国家的发展。20世纪以降，古典社会契约论跌入低谷。罗尔斯等人提出新契约论回应挑战，“新契约”有望成为社会正义与合作的基石。

【关 键 词】契约/社会契约/新契约论/交易伦理/身份/合作

“契约”（Contract）首先是一个法律术语，它指的是“两个以上当事人间具有法律约束力之协议，或由一个以上当事人为一组具有法律约束力之允诺”①。换言之，契约或者是能够用法律约束的立约人的合意，或者是能够直接或间接由法律强制执行的允诺。无论是双方的“合意”还是单方的“允诺”，“契约”一词都“暗示必须按照所有各方都能接受的原则来划分利益才算恰当”②。

虽然契约行为的发生可以上溯到远古，契约论的渊源可以追寻到苏格拉底之后的古希腊，契约法的原则也可以在古罗马清晰地找到，但在很长的历史时间里，契约都只是一种基于个人交易的辅助伦理。自资本主义广泛兴起之后，契约观念被极大地泛化，获得了浓厚的宗教、社会和道德意义。尤其重要的是，随着契约被引入政治领域，竟然建构起了一整套相应的政府理论。这种转变是如何发生的？对实际的公共生活产生了何种影响？在当下世界，契约又有新的遭遇吗？对这些问题的探究不仅有趣，而且十分重要。

一、作为交易伦理的契约

历史地看，契约与交易相伴而生，所以总是意味着当事人的复数关系。它并不仅仅关乎自身，而且是一种牵涉他人的人际交往。特别重要的是，在这种人际交往中，当事双方或各方必须设法找到彼此的利益结合点，不但要达成共识，而且要作出承诺，由此形成一种权利和义务得到明确界定的锁链式约束。或许可以将契约理念的基本特征提炼并概括如下：

（1）功利目的

契约关系骨子里是一种利益关系，它原则上排斥行为方式的情感取向。当一个人与别人打交道的时候，从契约行为的利益本质来说，可以不必知晓对方的人生观、宗教信仰、艺术品味等人格要素，而完全“拿自己的利益当作判断的准绳”③，即以对方是否对自己有利、能不能满足自己的特定需要为根本性取舍。惟当事各方均感到有利可图，自利才能在互惠合作中找到恰当的实现形式。亚当·斯密对此作了形象的注解：“不论是谁，如果他要与旁人做买卖，他首先就要这样提议：请给我以我要的东西吧，同时，你也可以获得你所要的东西。这句话是交易的含义。”④ 或许交易的实际结果可能有违当事一方或各方的初衷，但至少就理性预期而言，共同获利是契约发生的原初动因和基本前提。

（2）理性权衡

契约关系不仅涉及具体利益，而且“充满了度量性和精确性”⑤。因此，它需要缔约者对自己的付出和所得作审慎的理性权衡。这是达成并履行契约的一个先决条件。功利主义哲学家边沁曾试图为这种精神建构一个严格的科学基础。他的一个著名论点是，由于趋乐避苦乃人之本性，因此，对形形色色的人类行为在质上作高下区分没有意义，关键在于对苦乐的大小或多少

进行精确的定量计算。“强度”、“纯度”、“持久”、“继生”、“范围”等等，就是这种计算所要考虑的基本指标⑥。但是，边沁的苦乐计算模式于表达科学化追求的同时，也昭示出契约观念的一个典型价值取向，即把理性定位于充当功利谋划的实用性和工具性手段。如此一来，理性就与穷究宇宙根本和彻悟生命意义的智慧无涉，而转型为讲求实惠的商人式精明了。

（3）自由合意

契约行为具有选择性特征，它反映了当事人之间的一种自由合意的意志关系。这种关系包含两个基本方面。其中一个方面可界定为“无支配原则”⑦。只要不是法律明文禁止，也不违反“公序良俗”，当事人就有订立契约的自由、选择缔约方的自由、决定契约内容的自由以及选择契约方式的自由，而不应受到无理的干预和胁迫。洛克将其表述为：一切具有自然权利的人，都可在正当范围内，“按照他们认为合适的办法，决定他们的行动和处理他们的财产和人身，而毋需得到任何人的许可或听命于任何人的意志”⑧。与此相对应，自由合意的另一方面，可界定为“协商一致原则”。从某种意义来讲，缔约过程是一个谈判过程。要给这个过程划上圆满的句号，不仅有赖于当事各方的意志都得到充分表达，而且还必须形成某种共识，取得意见一致。

（4）主体平等

作为一种自愿协议，契约内在地蕴含着平等要求。它的实质意义在于，参与契约的当事者在价值本性上秉持有无分贵贱的平等人格。他们都对自己的人身和财产拥有权利，而且应该相互承认和尊重对方也拥有同样的当然权利⑨。在契约行为中，由权利对等引申出义务对等和地位对等。如果没有这种对等，契约就会与其本来意涵相悖，变成一种集合—顺从、胁迫—屈服的强制性关系。

（5）信守承诺

任何契约都意味着某种程度的约束。它要求缔约方都作出或明或隐的承诺，并庄重地恪守这种承诺。不然的话，契约就是一纸空文。可能的问题在于，除了诉诸法律惩治，现代世俗文化能够提供自觉守信的道德资源吗？或者，如果可能的话，它将以什么方式提供呢？在契约理论中，典型的回答有两个：一是基于功利逻辑，契约能以互利的方式达到自利，因此，当事人通过理性的利害权衡，即会作出守信的选择；二是立足个人主义立场，强调既然缔约出于当事人的自由意志，那他就理当为此承担责任，就像是他在自愿施加约束一样。

二、契约如何从交易伦理走向社会伦理

1.古代社会的身份伦理

无论契约的行为和观念发生得多么久远，都必须承认，在传统社会，扮演社会主导性角色的是宗法关系而不是契约关系。进一步说，契约观念在古代文明中至多只能算是一种辅助性的个人伦理，这不仅与交易行为的极度贫乏有关，更主要的是，交易行为还被身份社会的等级秩序所制约。

按照梅因（Henry S.Main）的说法，古代文明形态各异，但有一个近乎相同的起点：“人们不是被视为一个个人而是始终被视为一个特定团体的成员。”⑩ 换句话说，社会的单位是“家族”而非“个人”，由此产生了一些法律上的重要特征。首先，“个人并不为其自己设定任何权利，也不为其自己设定任何义务。他所应遵守的规则，首先来自他所出生的场所，其次来自他作为其中成员的户主所给他的强行命令”(11)；其次，财产权利与亲族团体的权利纠缠在一起，难以分离。权利、义务的分配基本取决于人们在家族等“特定团体”中具有的身份（如贵族或平民、父或子、夫或妻等）；再次，“个人道德的升降往往和个人所隶属集团的优缺点混淆在一起，或处于比较次要的地位”(12)。在这种具有强烈依附性质的共同体中，很少有契约活动的余地。维系成员紧密关系的最大美德是一种信任伦理，是“现代人很难理解的道德上的休戚与共”(13)。

对于这种群体本位的身份社会，麦金泰尔（John McIntire）也作过和梅因类似的分析，他指出，在大多数古代和中世纪的社会中，像在许多其他前现代社会中一样，个人是通过他或她们的角色来识别，而且是由这种角色构成的。这些角色把个人束缚在各种社会共同体中，并且只有在这种共同体中和通过这种共同体，那种人所特有的善才可以实现；我是作为这个家庭、这个家族、这个民族、这个部落、这个城邦、这个民族、这个王国的一个成员而面对这个世界的。把我与这一切分离开来，就没有“我”(14)。

从这个意义上讲，传统社会一方面具有群体本位的归属结构，由此严格地设定个人的身份角色和行为界域；另一方面又通过情感纽带的联结，形成了一种浑然一体的团契秩序(15)。在这

种由共同准则、共同理念、共同信仰、共同爱慕、共同希望交融起来的“团契”秩序中，群体成员相互依赖，彼此认同，所以，友谊和忠诚在传统德性中占据重要的位置。就本质而言，“忠诚是爱与信任伦理的自然延伸；其承担者视一切约束性的‘诺言’和需要接受的‘契约’要求为一种侮辱，因为那是对忠诚的怀疑，要求提出人为的保证”(16)。

2.去身份重契约的资本主义历史逻辑

恰恰就是这种“人为的保证”在近代以后流行了开来。资本主义发展所驱动的世俗化过程，不仅以反禁欲的方式，将功利谋划提升为现世生活的至上目标，而且把个人从传统归属纽带中剥离出来，变成独立的自主行为者。伴随着商品经济的大规模兴起，旧有的团契秩序或者被摧毁，或者被彻底改塑。对此，马克思和恩格斯在《共产党宣言》中作过精彩的评论：“资产阶级在它已取得了统治的地方把一切封建的、宗法的和田园诗般的关系都破坏了。它无情地斩断了把人们束缚于天然首长的形形色色的封建羁绊，它使人和人之间除了赤裸裸的利害关系，除了冷酷无情的‘现金交易’，就再也没有别的联系了。它把宗教的虔诚、骑士的热忱、小市民的伤感这些情感的神圣激发，淹没在利己主义打算的冰水之中。它把人的尊严变成了交换价值，用一种没有良心的贸易自由代替了无数特许的和自力挣得的自由。”(17)

人们在挣脱传统束缚后尽管获得了独立与自主，但也丧失了群体归属纽带所维系的情感交融与精神契合，相互之间产生了疏离感、陌生感和不信任感。此时，肇始于文艺复兴而在启蒙时代成为思想主流的功利主义、个人主义和自由主义哲学，实时为契约行为的普遍化提供了重要的文化资源。

站在个人本位的立场，功利主义者首先宣示，利他主义不再行得通。趋乐避苦的本性表明，每一个人骨子里都是利己动物，别人以至整个社会对他来说只有工具性价值。但是另一方面，细密的社会分工把人划分成不同的部分，可是每一方的生存基础却都在对方那里，在这种情况下，赤裸裸的唯我主义也不可取。互赖势所必然，互信的基础却异常脆弱，要使合作变得可能和有效，唯一的选择就是用约束性协议的方式明确规定合作双方或各方的权利与义务。作为对不信任感的体现和补偿的契约伦理，在不知不觉中就渗透到普通人的心目中，成为一种“理所当然”和“不证自明”的常规(18)。

此外，传统社会是贵贱有别的等级社会。在这个社会，价值评判的核心原则植根于先天的身份归属，所谓生为贵族恒为贵族，身为贱民永为贱民。但在个人自由平等的旗号下，价值评判的天平势必从先赋转向后致。就像霍布斯抨击的那样：“旧道德所说的那种终极目的和最高的善根本不存在。”(19) 既然不存在，用它来衡量和规范人们的言行就是虚伪。因此，“人由于自己本身的努力而成为某种人”，不仅在观念上被人们广泛认可，而且在实践上为人们极力奉行(20)。结果就是世风的彻底翻转。“我们似乎看到：平等的时代已经到来，而对贵族的信仰永远消失了。”(21) 于是，新兴市民阶层不仅背叛着古代伦理传统，而且按照自己的品格改造和同化着整个社会。以“契约”作为规范的人际关系模式便日益取代了以身份定尊卑的古典“等级大序”，契约终于成为一种主导日常生活的普遍社会伦理。

正是在这个意义上，我们才能更准确地理解梅因的伟大论断：“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。”(22)

三、契约引入政治生活及其立约过程

1.契约政治化的背景

在契约从交易伦理走向社会伦理的巨大变革中，欧洲的形态也在发生空前的变化。它突出地表现在主权国家的兴起和公私领域的划界。

在中世纪的漫长时期，西方并没有多少现代意义上的统一民族国家，除了几个以武力建立的庞大帝国之外，大多数“国家”都是较小的城邦国。这些城邦国臣服于罗马教皇至高无上的权威，难以产生强烈自主的愿望。但从16世纪开始，科学人文主义和宗教改革运动的兴起分别从外部与内部对宗教神权提出了挑战，力量不断壮大的世俗王权力量也对掌控国家权力抱有越来越强烈的觊觎之心。

在国家兴起的同时，社会结构的另一个重大变化在于以崭新的形式和前所未有的规模形成了一个相对自主的私人领域(23)。它有两个典型特征：一个特征是“私”。随着个性化潮流的不断高涨，个人挣脱传统脐带而成为独立的行动单元，于是社会舞台上崛起了具有强烈自我意识的“私人”；在世俗功利追求的冲击下，超验价值关切日渐式微，生活的主旋律一步步翻转为在公开形式上喷涌而出的“私欲”；而自利的主观动机和互惠的利益实现方式，则将投资、生产、经营、交换诸经济环节统统纳入私人范围，从而以愈益加深的程度纯化成了“私人事

务”或“私人之间的事务”。另一个特征是“自主”。它一方面表现为以私人为主体并由私欲所推动的市场体系有着“自己的内在动力和自主性规律”，它按照自身的均衡机制进行调节，就像是“自我组织”一样(24)；另一方面也表现在，个体成员之间的互利合作必须在主体平等与自由合意的前提下达成，它只认可当事各方自愿接受的契约规则的约束，而从骨子里排斥任何外部力量的强制性干预和胁迫。

看起来，旧体制的土崩瓦解反映了社会发展的需要和国家政权组织方式变革之必然，但是这种变革至少在其初期并不能自发地获得人们下意识的认可和认同，因为它与传统的理论和实践都是相悖的。无论是国家从神权中的突围，还是公私领域的冲撞，都迫切要求得到新的理论辩护和解释。当思想家们既不能诉诸经院神学，又不能过分依赖传统道德时，一种富有想象力和创造力的学理冒险就开始了：既然契约伦理如此完美地契合了资本主义精神，那么，如果在政治生活中引入“契约”，将统治视为一种合意，把政治义务理解为契约性义务，则公共生活是否也会变得民主化、市场化、自愿化呢？

从知识发生学上看，那段时期契约活动大量增加使契约成为人们日常生活中一种随处可见、无法避免的社会存在，它不仅成为构建新型社会关系和社会组织的一种可供资用的理论资源，而且把人们的思想作了新的“格式化”，为人们普遍接受以契约解说各种关系——其中包括国家——创造了良好的条件(25)。顺着这个脉络，契约伦理的政治化几乎是顺理成章、水到渠成的事情了。

2.首次和N次立约：对政治权威的辩护与限制

契约从交易伦理变身为政治逻辑时，倡导者要解决的其实并不是国家从哪里来的历史真实问题，而是试图回答新兴国家与新兴市民社会的关系问题。

面对新兴国家的强力扩张态势，即便承认，国家及其掌控的公共权力是社会经济得以发展的必要条件，是健康生活得以维持的必要条件，归根到底也是个人自由权利得以保障的必要条件，我们仍可以进一步质询：一个国家将人们聚合在制度化的社会中生活并拥有在所辖范围内使用强力的独占权，其正当根据是什么？每一个生活于制度化社会的公民均须承担某种形式的守法义务且往往表现出哪怕是最低限度的自愿服从成分，他基于什么理由这样做？

倘若摒弃超验的神性根据而用纯世俗的眼光来看待国家，则国家所拥有的强制力量便很容易在直观意义上被解释为政治服从的客观理由。霍布斯曾讲，离开带剑的强大政府权威，就不足以羁束人们的贪婪和野心，因此，只有依赖强力威慑，才能迫使人们规矩守法。但是问题在于，民众因害怕制裁而不得不对既定政治权威表示服从，并不能够使统治获得道义上的正当性。那么，能否把国家看作人们出于对切身利害的理性权衡，在主体平等与自由合意的前提下，通过自然权利的某种转让而以契约方式所作出的公共选择呢？能否把国家的起源和实质都立基于人们的自愿同意而非外在强制呢？

思想家们正是从这里出发，以契约为核心概念，构建了一个完整的分析框架。他们以更为聪明的反向设问来切入：如果没有政府，人类生活将会是什么样？这一思考方式的逻辑必然是假想出一个没有政府的“自然状态”，并通过分析该状态下人们的生活情境来印证国家有无必要性。

一个显而易见的推论是，倘若自然状态足够可怕，则创立国家就会成为一个较好的选择。这是霍布斯的思路。按照霍布斯的分析，在没有一种公共权威令大家慑服的情况下，每一本性利己的个人便会无节制地放纵自己的贪婪欲望。但物品的匮乏又不可能使每个人的需求都得到充分满足。因此，“任何两个人想取得同一东西而又不能同时享用时，彼此就会成为仇敌”(26)。加上体能和智力方面的天然平等又使每个人树立了敢于挑战的信心，结果就形成了“人对人像狼一样”的战争状态。在这一状态中，产业无法保存，公正遥不可及，所有的人都时刻面对暴力与死亡的危险，“人的生活孤独、贫困、卑污、残忍而短寿”(27)。不待言，同这一人人自危的生存境况相比，诉诸强大国家权力以保障人们的生命和财产安全，当是一种可欲的更佳选择。因此，所有人都应放弃自己的自然权利，将它们让渡给一个公共机构。这种每个人自然权利的放弃就是人们之间权利的相互交换和转让，而“权利的互相转让就是契约”(28)。通过这样的首次立约，一个代表公共权力的强大国家诞生了。

诺齐克（Robert Nozick）认为，从描述最坏的自然状态开始，无法对国家存在的合理性给予充分的逻辑支持。因为，由此推出的集权政治模式视个人权利为草芥，非但不比人人自危的自然状态更可取，甚至还要糟糕(29)。如果不愿认同取消国家的无政府主张，那么，关于公共权力的正当性论证就必须寻找一种新的理论思路。依据诺齐克设计的评判标准，倘若某种类型的国家可以从较好的自然状态中导出，而且既不侵犯个人权利又可显示胜过这种自然状态的优越

性，则国家存在的必要与合理就得到了有力的证明(30)。在诺齐克看来，这种证明是由洛克最先提出的。

同霍布斯模式相比，洛克描述的自然状态显示了某种更富理想色彩的自由、平等、温和特质。据洛克的看法，生活在这种状态之下的每一个人，都可按照合适的方式，自由决定自己的行动和处理自己的人身与财产；他们具有平等的人格，相互间不存在从属或受制关系；而理性的指导又促成人们的视界融合，孕育出彼此尊重、互不侵犯的集体良知，且这种自然法规在本质上为每一个有理性的个体成员所体认和信奉(31)。但是洛克又指出，即使这样一种相当好的自然状态也存在着诸多麻烦和不便。其基本表现就是：由于具体的个人在道德上并非十全十美，他们在追求自我利益的时候，难免会对别人造成伤害；伤害别人应受惩罚，可是在缺乏文明评判标准和公共仲裁机关的情况下，由每个人在涉己的纠纷中充当法官，亲手处罚犯罪行为，却很可能因为思维盲点或情绪冲动而发生判断失误，从而惩错对象或处罚过分。如此翻来覆去，便容易导致宿怨世仇，带来广泛的惶恐不安(32)。洛克认定，鉴于个人强行正义会产生严重的负面效应，这样的事情必须交由公共权力机关去做。当这一机关作为公平的仲裁者和有实力的执行者通过惩罚犯罪来维持正义秩序的时候，它实际上也是在为人的生命、自由和财产诸项自然权利提供有效保护。因此，人们通过订立契约的方式成立国家，以解决上述不便。同样是首次立约，在洛克这里，推导出的则是一个弱意义的国家。

借助“首次立约”对国家起源的思辨力量，似乎已为政治权威的统治正当性提供了足够有力的辩护。但社会契约论的更高价值在于，它不仅是对公民服从义务的思考与证明，而且表现了对限制国家权力的密切关注。如果承认国家是社会契约的产物，从法理上讲，统治者所拥有的权力便出自民众的自愿委托。而民众之所以愿意委托他进行统治，根本来说是为了更好地维持基本秩序，保障自己的基本权利。如果统治者背离这一至上目标，他作为缔约的一方便破坏了契约赖以生效的信任关系。据此，民众可以选择重新立约，更换统治者。这便是N次立约。

在代议制民主盛行的现实处境中，N次立约的真实样式可能是，在民众首次立约产生国家之后，再次立约推举代理人，代理人按照议会规则立约产生国家治理者。治理者在涉及公共生活的若干重大问题上，或者要不断征询代理人的意见，或者允许民众直接介入，其间又会发生无数次的立约事件。通过这些不同层次、不同目的的立约，法律和制度建立起来，规则开始完善，而统治者的权力则受到了限制，以确保公共领域和私人领域的冲撞维持在可容忍的水平。如果将首次立约称为公民契约的话，N次契约则可以称为宪政契约。

可见，社会契约理论在形式上吸纳，至少是有选择地接受了功利谋划、理性权衡、主体平等、自由合意与信守承诺等一般契约要素。例如，一般契约所追求的是民商事的利益，社会契约论将其泛化为一种极为抽象的、普遍的社会利益。此外，作为国家学说的社会契约论尽管与一般契约理论的适用范围不同，但都是以当事人地位的平等和自由为前提的。无论霍布斯还是洛克在对自然状态的描述上有何重大区别，他们都小心翼翼地不摧毁这两个基本点。洛克的重大贡献在于，他调整了契约各方，把主权者从契约监督者的地位落实到契约一方当事人的地位(33)。

从这个角度说，社会契约的国家起源论，不过是在论证国家如何可能变成一种人们追求其自身最大利益的工具。这样，原来更多属于贵族阶层的政治活动就与一般平民世俗特征的契约活动相吻合了。契约观念深入人心，为早期资本主义国家的高歌猛进铺平了道路。

四、政治契约理论的当下变迁与未来趋向

1.古典契约论的当代危机

进入19世纪，已经完成了统治合法性论证任务的古典社会契约论开始跌入低谷。黑格尔就曾经嘲讽“（社会）契约乃是以单个人的任性、意见和随心表达的同意为其基础的”(34)；罗素则以另一种苛责的口吻说：“社会契约按这里所要求的意义讲，总是一种架空悬想的东西”(35)；休谟则不同意国家的合法性来自于契约或人民的同意，认为人民建立国家的直接动机就是享受充分的利益(36)。

20世纪以降，社会契约论的几大基本假设更是直接遭到质疑，陷入更深的困境。首先，古典契约论认为天赋人权的“自然法”是普遍的、必然的和自明的，它天然地存在于所有人的心中并对所有人有效，而当代西方哲学拒斥形而上学，要求理论诉诸经验的呼声十分强烈，导致对自然法产生怀疑；其次，古典契约论一向主张国家产生于一个伟大的共同目的和一种理性的明智设计，但这一点无论在历史上还是逻辑上都很难证明；再次，社会契约论关于人性能够“自律”又乐于“互惠”的立约假设内含着不可克服的矛盾。由于当事人在知识、信息和能力等方

面都不可避免地存在着各种局限性，可能陷入的立约困境是：出于“自律”，我应该承担履行自愿达成的契约义务，但契约或许包含着产生不公平结果的内容而我不知道；出于“互惠”，我应该承担履行具有公平结果的契约义务，但契约的最初缔结是不自由的，我当时没有选择的余地(37)。

在时代发展的另一个脉络上，社会契约论所依赖的一般契约观念也在发生重大变化。早期的理性哲学认为，自由意志可以自然导向正义和公正，反映在契约观念上就是契约自由至上理念：只要契约是自由达成的，就能够自然地保证双方当事人利益满足的合理和平衡；如果当事人在协商中不能获得自己所认为的平衡条件，就可以另外寻找订约伙伴。基于这种观念，强调当事人必须依法订约并严格遵守合同的契约，形式正义是被优先考虑的；至于订约当事人实际上是否存在着不平等、一方是否利用了自己的优势或者对方的急需等与对方订约，或者履行契约时是否因情势变化而使契约履行显失公平等等，均不予考虑。然而，晚近以来的社会经济结构发生巨变，弱势群体保护的问题凸显出来，民众对维护契约的实质正义提出了迫切要求，使得传统的以当事各方自由合意为核心的契约理论受到很大冲击，大量的当事人约定之外的义务由国家强制引入契约关系(38)。以至于耶鲁大学法学教授格兰特·吉尔莫（Grant Gilmore）发出了这样的感慨：“有人对我们说，契约和上帝一样已经死亡，的确如此，这无任何可以怀疑的。”(39)

国家的强制干预，是对契约自由至上理念的沉重打击。它造成的政治后果主要是，西方国家的政府职能急剧扩张，注重社会公平和扶助自由竞争中的弱势群体，逐渐成为政府责任和国家福利原则。

2.新契约论的应变与重构

面对古典契约论的重重危机，也为了回应日新月异的社会变革，20世纪70年代，罗尔斯（John Rawls）利用社会契约的假设，在更抽象的层次上重新构建了一套新的契约论体系。罗尔斯的理论旨趣早已不是探讨国家来源或者权力合法性的问题，而是旨在考察“秩序良好社会”（well-ordered society）如何体现正义原则，以便为民主社会提供最恰当的道德基础，为社会基本结构中的权利义务分配提供标准。所以，在罗尔斯那里，契约既不是一个经验事实，订立契约也不是一种真实的历史过程，他只是借用合理的政治推理来表达对如何实现正义的审慎思考。在古典契约论中，结果比程序重要，最重要的东西是全体人民达成一致的契约，而国家正是从这种契约中诞生的。在罗尔斯这里，程序比结果重要，只有在“纯粹正义的程序”下才能导出正义的结果。

罗尔斯的新契约论其实有着极其强烈的现实关怀。古典契约论可以支撑自由竞争的市场体制，可以强化或者限制公共权力，是自由主义政治体制的基础。但它的致命缺陷是，只关心形式上的自由合意，不关心事实上的强弱对比。因而就像丛林法则一样，暗含着对弱肉强食的许可，表现出鼓励优胜劣汰的冰冷面孔。同时代的敏锐思想家已经洞察，自由不仅是一种抽象的天赋人权，还是与特定历史发展阶段有关的现实人造物。用阿马蒂亚·森（Amartya Sen）广被接受的说法，自由是“实质的”（substantive），即享受人们有理由珍视的那种生活的可行能力(40)。如果承认自由是一种能力，那么，在这个维度上，不顾能力差异的对契约自由的绝对化表述更像是精英的凯歌，而对弱者缺乏足够的感召力。所以，罗尔斯将正义作为新契约论的魂，是在修正自由主义的内核，为福利国家提供政府责任的引导和价值正当的证明。

针对契约关系在日常生活中发生巨变的现实，麦克尼尔（Lan R.Macneil）也从真实世界的世俗角度对它进行了新的阐释。他提出了与“个别性契约”相对应的“关系性契约”概念。个别性契约指当事人之间除了单纯的物品交换外不存在任何关系，它强调合意的一次性的全面实现；关系性契约则在一个更长的时间维度上来考虑当事人的相互依存性。“内容和责任的渊源都来自关系本身，是缓慢进化的习俗与法律模式的结果，个人的承诺只有微不足道的意义。”(41) 当契约的基础不再是当事人的合意，而是社会关系及共同体规范时，麦克尼尔的契约论也从古典阵营分离出来，成为一种以公共责任为硬核的新契约论。

3.政治契约论的未来走势

政治契约论的未来走向何方，我们不敢妄下断言。但是，一个大致的趋势已经呈现，那就是契约必须同时满足“正义的外观”和“正义的内涵”，以社会公正与社群合作为核心的信任伦理会越来越成为“合意与承诺”的契约重心，表现在现实政治生活中，就是政府更多地承诺责任而约束权力，公民更多地表达美德而约束私心。

由于人们对于个体自由的追求（对束缚的排拒）与对集体安全的追求（对风险的排拒）同样出于天性，但是对于谁重谁轻谁来治理却存在严重分歧，因此在立约规范“政府”的问题上，

一个理想意义上权力极小责任极大的“最好政府”从未实现，政治文明的进程便只能是一个找寻次优政府的进程。要确保公众生活在一个弱者不会孤苦无告、强者不敢肆无忌惮的社会，无政府不行，纯粹私力救济也不行，只能是既依靠政府，又警惕政府。合乎逻辑的结论是，需要一个中立的但同时又是有效能的政府存在。这显然是在要求一个法治下的权责对应的政府。为政府公共责任确立一个大小合适的中间地带，是公民与国家既合作又博弈的结果，是不同力量各自担当不同责任的微妙均衡。

在现代社会中，个人权益应被重视的观念得到普遍认同，其核心命题是：个人受自我利益而不是任何公共利益观念的驱动，他们是自身利益的最好法官。不过，将这一命题极端化，“原子化”的个人不计后果地狂热追求自身福利，便很容易滋长“公民唯私主义综合症”(42)。大规模的民主治理只能在公民不只对他们自己负责，也表明对其社群的合理承诺下才能运作。否则，漂泊在冷漠团体的每一个人，注定要陷于个人中心主义的和理性主义的孤独和焦虑中。爱德华·希尔斯（Edward Shils）指出，正是公民美德（Civic Virtue）或曰“公共精神”，使一个秩序优良的自由民主制与一个无序的自由民主制区别开来(43)。多元社会背景下自利泛滥和共识崩解的危急局面，使得呼唤政治共同体和普遍共识的美德主张，具备震撼性的力量和强烈的道德感召力。

就像研究者辩白的那样，“从原则上说，十分有节制的契约论不仅仅适用于现代西方社会；它应该适用于任何一个承认需要正义解决个人利益之冲突的社会。如果它现在还不具备非常普遍的适用性，那么或许它将来应该具备”(44)。我们可以期冀，新契约论强调政府责任与公民美德并重，谋求相互承诺的信任。在多元共治的努力下，可以将先前的“契约—竞争—依附”型国家治理模式，逐渐抬升到“信任—服务—协作”型的更文明的治理模式。

注释：

① 杨桢：《英美契约法论》，北京：北京大学出版社，1997年，第1页。

② 罗尔斯：《正义论》，北京：中国社会科学出版社，1988年，第14页。

③ 北京大学哲学系编：《十八世纪法国哲学》，北京：商务印书馆，1963年，第458页。

④ 亚当·斯密：《国民财富的性质和原因的研究》，北京：商务印书馆，1977年，第13—14页。

⑤ 麦克尼尔：《新社会契约论》，北京：中国政法大学出版社，1994年，第20页。

⑥ 周辅成主编：《西方伦理学名著选辑》下卷，北京：商务印书馆，1987年，第226—227页。

⑦ 安东尼·德·雅赛：《重申自由主义——选择、契约、协议》，北京：中国社会科学出版社，1997年，第80—83页。

⑧ 洛克：《政府论》下篇，北京：商务印书馆，1986年，第5页。

⑨ 洛克：《政府论》下篇，北京：商务印书馆，1986年，第19页。

⑩ 梅因：《古代法》，北京：商务印书馆，1995年，第105页。

(11) 梅因：《古代法》，北京：商务印书馆，1995年，第176页。

(12) 梅因：《古代法》，北京：商务印书馆，1995年，第73页。

(13) 舍勒：《价值的颠覆》，北京：生活·读书·新知三联书店，1997年，第125页。

(14) A·麦金太尔：《德性之后》，北京；中国社会科学出版社，1995年，第216—217页。

(15) 舍勒：《价值的颠覆》，北京：生活·读书·新知三联书店，1997年，第153页。

(16) 舍勒：《价值的颠覆》，北京：生活·读书·新知三联书店，1997年，第144页。

(17) 《马克思恩格斯选集》第1卷，北京：人民出版社，1995年，第253页。

(18) 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。

(19) 霍布斯：《利维坦》，北京：商务印书馆，1996年，第72页。

(20) 科恩：《自我论》，北京：生活·读书·新知三联书店，1986年，第158页。

(21) 布克哈特：《意大利文艺复兴时期的文化》，北京：商务印书馆，1981年，第354页。

(22) 梅因：《古代法》，北京：商务印书馆，1995年，第97页。

(23) 私人领域的具体内容十分复杂，但市场经济的发展构成了私人领域的轴心与基础。归根到底，私人领域的其他内容都是在这个温床上一步步衍生出来的。

(24) 泰勒：《市民社会的模式》，见邓正来等主编：《国家与市民社会》，北京：中央编译出版社，1999年，第18页。
(25) 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。
(26) 霍布斯：《利维坦》，北京：商务印书馆，1996年，第93页。
(27) 霍布斯：《利维坦》，北京：商务印书馆，1996年，第92—95页。
(28) 霍布斯：《利维坦》，北京：商务印书馆，1996年，第100页。
(29) 诺齐克：《无政府、国家与乌托邦》，北京：中国社会科学出版社，1991年，第12页。
(30) 诺齐克：《无政府、国家与乌托邦》，北京：中国社会科学出版社，1991年，第13页。
(31) 洛克：《政府论》下篇，北京：商务印书馆，1986年，第5—7页。
(32) 洛克：《政府论》下篇，北京：商务印书馆，1986年，第77—78页。
(33) 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。
(34) 黑格尔：《法哲学原理》，北京：商务印书馆，1961年，第255页。
(35) 罗素：《西方哲学史》下册，北京：商务印书馆，1976年，第166页。
(36) 休谟：《人性论》，北京：商务印书馆，1983年，第584页。
(37) 姚大志：《契约论与政治合法性》，《复旦学报》（社会科学版）2003年第4期。
(38) 例如劳动法、反托拉斯法、保险法、社会福利立法以及商业规制等，把原本属于契约范畴的许多交易和境况，划归到政府权力的调整范围。
(39) 格兰特·吉尔莫：《契约的死亡》，梁慧星主编：《民商法论丛》第1号，北京：法律出版社，1995年。
(40) 阿马蒂亚·森：《以自由看待发展》，北京：中国人民大学出版社，2002年，第3页。
(41) 麦克尼尔：《新社会契约论》，北京：中国政法大学出版社，1994年，第16页。
(42) 爱德华·希尔斯：《市民社会的美德》，王炎主编：《直接民主与间接民主》，北京：生活·读书·新知三联书店，1998年，第670页。
(43) 爱德华·希尔斯：《市民社会的美德》，王炎主编：《直接民主与间接民主》，北京：生活·读书·新知三联书店，1998年，第286页。
(44) 迈克尔·莱斯诺夫等：《社会契约论》，南京：江苏人民出版社，2005年，第209页。

《文史哲 》，2008年1 期

/