

# 私法中身份的再发现

马俊驹 童列春\*

---

**内容提要：**私法中的身份是个人在市民社会关系中具有私法意义的定位与相应的利益份额。身份调整结构性的社会关系，体现了综合形态的私益，是社会意思的私法效果。平等人格形成于近代家庭功能裂变，个人从家庭中析出，成为私法调整的基本单位；但是，从家庭中析出的个人，又通过身份契约进入企业等社团之中，获得新的身份。近代社会契约与身份同时勃兴，而私法只关注于契约。身份顺应社会变化演变出新的功能形式，现代私法中的身份与平等人格相兼容，与自由契约相补充。身份提供包括权利、义务、权力、责任的制度框架进行综合调整，依“身”定“份”，发挥调整功能。

**关键词：**私法 身份 契约 人格

---

身份是人们的日常行为准则之一，人们别无选择地生活于身份制度之中，它本应处于私法的显要位置。但是，在近代民法兴起的过程中，身份像恐龙一样遭受了劫难，因对梅因“从身份到契约”论断的片面理解，身份似乎成为民法学者的禁忌。结果，私法中的身份仅仅残存于亲属法的保留地中，身份与落后、非正义发生捆绑，几乎无人问津。甚至在其功能范围之内应该出现的地方，身份也被遮掩了，不能以真实名义面世，成为当下私法中最为飘忽不定的问题。身份是消失了还是被忽视了？身份是死亡了还是演变了？抛开身份，私法中的“形式平等”是否会演变为虚幻的口号？所谓“从契约到身份的反向运动”的含义是什么？本文以人格、契约与身份制度相互影响的演变过程为视角，通过对近现代私法中身份变迁与再生现象的解读，突破对身份狭义理解的局限，界定私法中身份，探索其调整方式与社会功能，以解释身份在私法中的应然位置并澄清法学界对身份的误解。

## 一、何为私法中的身份

“身份”在《辞海》中表述为“人的出身、地位或资格”。“出身”指血缘联系，包括血缘体内部的结构与联系，以及血缘基础上的特定家族在社会中的位置；“地位”是指在纵向的社会分层结构中的定位；而“资格”主要有两种含义：一是指以具备特定技能为确定条件的职业资格，二是指具备参与某种利益分配可能性的成员资格。社会学家认为身份主要有六种涵义：在社会上的位置；

---

\* 马俊驹，西南财经大学特聘教授；童列春，西南财经大学博士研究生。

本文为国家社科基金项目“和谐语境中第三部门社会矛盾的应对机制：侧重于私权与公权界限模糊领域的实证分析”（07CFX002）的部份成果。

在等级制度中的位置；一种继承来的社会地位；任何一种用客观的特点（如职业、收入等）测量的地位；声望；权利与义务的集合。<sup>〔1〕</sup>法律身份指具有法律意义的身份，身份关系为法律所调整，能够在当事人之间配置权利、权力、义务和责任，能够作为请求权发生的基础，并且作为司法判决的依据。

私法身份是个人在市民社会关系中具有私法意义的定位与相应的利益份额，是身份关系为私法所规制的结果。市民社会中的身份标明人们的个性、群体位置和利益份额，并且使人们归属于特定团体与社会。由于人类社会生活的复杂性，个人存在于不同领域的身份关系之中，可以在诸多的身份体系中确定自己的位置。私法中的身份制度是建立在市民社会身份关系基础上的一套由法律、法规认可的制度体系。它处于私法领域，以权利保护为中心。私法通过身份规则调整个人之间关系，就特定行为而言，当事人之间的不同身份关系决定了不同的法律性质。如两性关系，发生在夫妻之间是行使同居权，发生在夫妻之外就是非法姘居。在立法中，身份用于解决实质平等问题；在司法实践中，身份往往成为决定诉讼结果的关键，身份差异有时决定判决内容和诉讼胜败。

### （一）私法中身份的法律性质

身份是一种社会组织技术。通过身份可以构建社会关系的结构框架，这些制度框架提供利益划分机制、行为规则体系、权利义务责任关系，为个人行为提供指引，形成社会秩序。作为组织技术的身份服务于社会组织需要，一旦出现新的社会关系，就会产生相应的身份；社会关系发展变化的表现形态之一就是身份体系发生变化，一些特定的身份种类衰落，另一些新的身份种类出现。

身份调整结构化的社会关系。私人之间的关系有一部分存在于社会组织结构之中，家庭、社团、社区和市民社会本身就是人们生活其中的组织结构。身份体系将人们安置在不同的身份框架之内，每种身份对应于不同的利益空间，遵循不同的规则体系。

身份调整稳定的社会关系。人们之间存在一些长期、稳定的身份联系，身份相对于契约制度的功能优势在于其稳定性。如果说契约的本质是当事人之间的合意，身份的本质则是社会的安排。私法中存在的身份一定与当时的社会基本结构相适应，在社会基本结构发生变化之前，身份结构一般不会发生变化。人类社会中的基本身份种类（如夫妻身份）具有超越时间和地域的稳定性。

身份调整差异化的社会关系。身份视角中的人是类别化的人，身份制度对社会成员所处的位置和角色进行类别区分，通过赋予不同类别及角色以不同的权利、义务和责任，在群体的公共生活中形成“支配——服从”的社会秩序。<sup>〔2〕</sup>美国社会学家彼特·布劳（Peter M. Blau）认为：“社会成员如果按照类别参数如性别、职业、宗教、住地、工作地来分类，被定义为群体，它从水平方向对社会位置进行区分；如果按等级参数来分类，如收入、财富、教育、权力等，被定义为地位，从垂直方向对社会位置进行区分。”<sup>〔3〕</sup>横向的类别身份区分的结果是产生具有不同局部共同利益的团体身份，在相应的利益团体中分享不同的利益份额。纵向的等级身份区分的结果是产生不同身份之间的对应关系：平民对应贵族，弱者对应强者，经营者对应消费者，雇主对应劳动者。身份制度以人与人之间的差别为前提，以区别对待为基本调整方法。在身份差异基础上存在不同的社会角色，角色是身份地位的外显形式，包含特定身份所要求的行为模式。

在人法中，身份法与人格法共同调整人身关系，共同确认主体的法律地位。个人拥有人格意味着在私法上“被当作人对待”，获得一般的法律主体资格。人格制度保证自然人、法人成为独立的法律主体，通过意思自治享有权利、承担义务，将个体直接对应于整体性的市民社会共同体来进行

〔1〕 参见李强：《当代中国社会分层流动》，中国经济出版社1993年版，第2页。

〔2〕 张静主编：《身份认同研究》，上海人民出版社2006年版，第3页。

〔3〕 [美] 彼特·布劳：《不平等与差异性》，王春光译，中国社会科学出版社1991年版，第160页。

考察、保障与规制。而身份则解决“被当作什么人对待”的问题，特定身份意味着在法律上被当作特定类别人对待的资格。身份法将社会看作结构化的存在，在市民社会的层次结构中界定个人利益，即先将社会分解为存在差异的利益结构，形成不同的身份位阶，而后让人们获得不同的身份以实现类别化。人法关系直接体现伦理性，涉及人的尊严，对于身份的价值性误解即源于此。

在财产法中，作为社会利益协调机制的身份与契约相对应，体现为财产整合、运用与分配技术。在此领域中，身份与契约共同存在、功能互补，并在特定领域可以相互替代。身份制度依据个体之间的身份关系和个体的身份位阶在利益共同体中确定利益份额。现代社会中，财产关系主要通过市场中的契约关系和社团内部关系两种机制进行调整，其中主要的社团是企业。美国学者科斯认为，组织生产有两种基本形式，即市场交易制度和企业制度。“在企业之外，价格变动引导生产，通过一系列的市场交易进行协调。在企业之内，这些市场交易被排除，指挥生产的企业家式协调代替了复杂的交换所构成的市场结构。”〔4〕在企业内部，投资者控制经营管理者，经营管理者支配劳动者，依据不同身份岗位配置不同的职权、职责，这些身份权力秩序规范了企业内部的财产秩序。

## （二）私法中身份法律关系的特征

私法中的身份法律关系是对市民生活中的特定身份事实，赋予私法效力。其特征包括：

1. 主体范围的特定性。身份关系产生于特定范围的主体之间，这些主体归属于特定的身份体；通过个人与身份体的归属关系确定主体范围。现代社会中，存在家庭、社团、社区、市民社会这些利益共同体，身份制度在其内部构建相应的身份体系，通过身份调整利益关系，这些身份体的边界将特定人圈在内部，成为身份主体。如家庭身份存在于特定范围的亲属之间，社团身份存在于特定的社员之间，社区身份存在于特定范围的居民之间，市民社会一般以国家为利益配置单位，享受福利的范围限于具有该国公民身份者。

2. 内容上的利益综合性。私法身份的内容表现为权利、义务、权力、职责所表达的利益综合，包括权利化利益与非权利化利益。权利化利益归属明确，在侵害身份权的情形中可以认定明确的身份利益损失并进行损害赔偿。如著作权中的署名权。非权利化利益即身份法益，其利益界限相对模糊，只能依据具体情境予以认定。在狭小的身份体内部，利益关系紧密，相互之间的利益可以转化为实体权利，例如亲子身份中的抚养权与继承权；在宽泛的身份共同体中，个体之间的利益联系较弱，在有些身份关系中，权利确认是抽象的、非实体性的，仅仅表现为一种解释规则，例如在市场共同体中，合同当事人对格式条款有两种以上解释的，应作出不利于合同提供方（商人）的解释。

3. 结构性与差异性。从利益配置角度，“身份”二字可以拆开理解为“身”和“份”，“身”指特定个体在群体中的定位，“份”是指依据地位所享有的利益份额。不同的身份意味着不同的利益份额，包括财产、精神、伦理等方面。既有身份框架提供了不同的身份岗位，形成结构性身份体系，个人依据自然性或社会性事实获得特定身份。身份制度的基础是差异性，身份制度的功能在于调整差异性的社会关系，身份制度的运作方式是区别对待，身份调整的结果是形成差序格局。身份划分中所选取的任何一项标准都必须具备将对象进行区分的功能，一旦某一标准不能将人群加以区分，它就会被废除。例如，在古罗马法上，自由是一种身份标准，依据有无自由可以区分自由民与奴隶；而在现代法中，自由已经丧失了作为一般社会身份区分标准的意义。

4. 定型化。身份关系中的意思并非纯粹的个人意思。相对于国家意志而言，私法中的身份关系内容属于社会意思；相对于当事人意思，私法中的身份关系内容是在团体规则约束下的制度化意

〔4〕 R. H. Coase, *The Firm, the Market, and the Law*, The University of Chicago Press, 1988, pp. 35-36.

思，是依据社会一般判断和基准设计的社会化意思。“民事规范最特别的，是绝大部分源于人民自己的创造——主要是契约，一部分民事规范是‘社会’形成的。”〔5〕特定身份上的利益一般是由处于主导地位的社会政治、经济、意识形态、宗教、文化习惯所界定的，它是社会性的一般判断和整体安排；私法上的身份关系是定型化的，相互之间的权利、义务、权力、责任由法律作出安排，不容许当事人进行个人意思自治。

## 二、近代私法中身份的变迁

近代市民社会的变化是：农业社会转向资本社会，生产和社会生活的基本组织单位从家庭到社团、社区，交易关系盛行，个人的活动空间和利益空间拓展，出现新的身份体；个人普遍从家庭中析出，获得独立人格，依据契约进入新的身份体。社会身份由基本固定到大规模流动，私法中的契约、人格与身份制度发生相应的变迁。

### （一）近代社会结构变迁与新的私法身份

近代社会演变的基础是经济领域，以土地为中心的自然经济转变为以资本为中心的市场经济，原有基本社会组织——家庭的功能发生裂变，生产、福利等功能逐渐从家庭转移到社团。农业社会的基本组织单位是家庭，家庭既是生产单位，又是生活共同体，人们的生活关系主要在家庭范围内展开，家庭身份是社会中最基本的身份安排，并在此基础上形成社会身份结构，所以，家庭法成为古代法中最重要的组成部分。工商业发展带来企业等社团的勃兴，企业单位、社会团体等人类进行职业活动的社团组织成为另一个基本的利益共同体，人们在这些组织中获得生存资源。人们的基本生存方式是与企业及相关社团形成劳动关系，取得劳动报酬，生产在家庭之外的企业等社团中组织。企业及其基础上衍生的其它社团形成新的身份体，产生各种社团身份。

### （二）社团身份演变与独立平等人格形成

在古代私法中，人格表现为身份人格，不同的身份者具有不同的人格。平等人格是在市民社会的身份演变过程中逐渐生成的，这个过程从家庭功能裂变开始。在血缘身份社会中，家长与家属之间人格不平等，家长具有完全的人格，家属的人格是残缺的；这种人格结构与家庭身份共同体的行为方式相适应，家长对内组织生产、安排生活。从外部观察，家庭是一个统一的功能体，类似于今天的法人组织，家长是“法人代表”，家长代表家庭进行为数不多的市场交易，家属一般不能独立对外交往。“只要是自然经济，其生产单位（家庭）例外的同外部的联系就只能通过家长来进行，这就意味着家庭共同体的财产在外部关系是属于家庭和家长的。成员和家长的的关系作为家庭协同体内部关系并没有外在地以法律形式表现出来。”〔6〕此时，自由意志、意思能力对于法律人格的形成并不具有意义，身份决定人格状况，具有意思能力的成年男子，如果处于家子（或者奴仆）的身份地位，仍然不具有完全的人格；例外情况是如果这个家子担任社会公共职务，实际摆脱家长的约束，在社会中独立活动，他就拥有了独立人格。可见，人格是否独立取决于是否独立对外交往，一般的人格独立平等之前提是个人普遍从家庭中析出，独立参加社会生活。在工商业兴起之后，生产主要在家庭之外的企业中组织，企业成为主要的利益配置单位，大量处于依附地位的奴仆和家子脱离家庭，进入企业或与其相关的社团之中。这个过程促使个人从家庭中析出，成为独立的法律主体，获得独立人格，由此，奴仆、家子与原来的家长之间的身份地位发生变化，在生活上解除了依附关系，彼此平等。由此可见，成年

〔5〕 苏永钦：《私法自治中的国家强制》，中国法制出版社2005年版，第22页。

〔6〕 埃利希：《权利能力论》，转引自〔日〕星野英一：《私法中的人》，王闯译，中国法制出版社2004年版，第17页。

的家子、奴仆获得与原家长同样独立人格的过程与社会生产组织演变的过程相呼应。独立平等人格的功能意义首先是对于非家长的成年人，开始是成年男子，后来扩张到成年女性。随后，这种人格平等扩展到包括意志不能独立、生活上依赖家长的未成年人在内的所有自然人。市民社会的变迁，结合基督教的人在神面前平等思想，导致人格独立平等成为私法原则，在各国民法中得到普遍确认。<sup>〔7〕</sup>总之，平等人格代替了差异人格。

但是，独立的个人并非终极存在，而是需要进入新的身份团体，形成新的身份关系。在这些新的身份团体内部依据什么来安排利益关系和行为规则？当然还是设置特定的身份。在此，近代社会的变迁可以总结为“从家族血缘身份到团体身份”的变迁。新的身份团体包含新的身份岗位，个人与这种身份体内部的身份岗位通过契约联结，契约意味着平等，意味着人们有进出这些身份体的自由。此时，平等人格在身份体内如何体现？其一，身份体内部形成人格的实际存在空间，理想化的平等人格受到限制。在企业组织过程中，人被对象化，成为商事组织中的要素——人力资本，从而丧失了独立的主体地位，人格在团体身份空间内部发生折叠，或者说受制于身份结构的安排。其二，独立平等人格构成法律底线，将身份安排产生的约束与不平等限定在既定的功能范围之内，以防止优势身份权力的全面支配，限制身份权力的滥用。特定身份规则只能在固有范围内发生作用，例如，经理在组织生产之外的活动中对职工没有支配权。其三，平等人格形成新的基础，影响身份关系内容。如夫妻身份关系中，由单方享有的夫权转变为男女双方互相享有的配偶权。

### （三）契约勃兴与身份勃兴

在近代社会的演变中，契约关系与新的身份关系同时勃兴，而私法理论仅仅关注于契约，契约的光芒掩盖了身份演变的事实。私法中的身份在阴影中自在自为地生长，眼中只有契约的私法学者大多以为身份已随着梅因“从身份到契约”的论断神秘地消失了。

理想化的契约发掘并契合了近代以来的私法精神，从法理上界定了契约的一般内涵、外延及制度环境。契约关系中对立的双方是人格独立、行为自主、彼此没有差异并且不带任何社会背景的人，他们为了实现私权进行交易，可以决定是否缔约、与谁缔约、以何种条件缔约。因为他们“强”而“智”，所以可以独立地设立相互之间的权利和义务。于是，与契约伴生的独立、平等、自由、自愿，成为契约的社会性内涵。契约制度还被泛化，扩展到其不能调整和解释的法律领域，被用来解释其解释不了的法律现象。为了确认自主婚姻，有些私法学者就主张婚姻的本质是契约；为了否认君权国家，确认民权国家，公法学者就杜撰社会契约论。其实，这些所谓契约的真实意旨只剩下与其伴生的独立、平等、自由、自愿等价值性要素。

近代契约的勃兴包含了身份契约的勃兴。<sup>〔8〕</sup>所谓身份契约是指以产生、变更、消灭身份关系为目的的契约，其功能是形成身份关系。身份契约的适用范围在于自致身份领域，<sup>〔9〕</sup>为当事人进出特定的身份关系提供了法律手段。古代社会有严格的等级秩序，身份地位固定，阶层流动性小，私法身份的产生主要依据自然事实——血缘关系，但有些身份关系的产生也依据契约，例如奴仆与主人、地主与佃户之间的身份关系。近代以来，自然事实在身份形成中的作用范围发生变化，血缘关系保留在固有的家庭身份领域，它在社会身份的形成中逐渐丧失了法律意义。大量的身份契约出

〔7〕 这一进程一直延续到现代，范围从内国扩展到整个国际社会，人权保护最终成为共识。1948年12月10日，联合国大会通过并公布了《世界人权宣言》，形成所有人民和所有国家努力实现共同标准。“人人生而自由，在尊严和权利上一律平等。”这样，通过各层次的法律规范，在法律上设定了一个底线：所有的自然人在法律上被当作人对待。

〔8〕 契约是双方法律行为，法律行为是意效行为，即依当事人的意思发生法律效力，依据意思的内容可以分为财产契约与身份契约。

〔9〕 自致身份指后天达致的社会身份，可以通过自己的努力得到或改变，如选举的总统、评聘的教授等；与之相对应的是先赋身份，指出生时就被赋予的社会身份，这种身份的取得无须自己努力，如基于出生的国籍、贵族身份等。

现在新兴社团组织关系之中，法律上独立的个体通过契约关系重新组合，进入新的身份体，获得新的身份利益。这种契约的本质是身份行为，功能在于建立新的身份关系。企业现象最为典型，发起协议产生发起人身份，章程和认购协议产生股东身份，委任协议产生经理身份，劳动协议产生劳动者身份。企业中已经预设了身份岗位，身份契约将人引进特定的身份位置。身份岗位及其相互关系依据企业运行的功能需要而设定，每种身份所包含的行为规则和利益综合由企业法依据社会性标准直接确定，身份契约对身份关系的基本内容并不发生影响。

商业组织的勃兴塑造了经营者与消费者、雇主与劳动者等身份。<sup>〔10〕</sup>“资本主义生产方式的前提是为贸易而生产，是大规模的销售，而不是面向个别顾客的销售，因而需要有这样的商人，他不是为了满足个人的需要而购买，而是把许多人的购买行为集中到他的购买行为上。”<sup>〔11〕</sup>这种固定、连续和集中的制度化交易将商业活动进行整合。“经济过程的制度化与一个社会的联合与稳定的过程紧密相联。这个过程会产生一种结构，这种结构具有一种由社会定义的功能……在这样一种相互关联的过程中，人类的经济活动被制度化。”<sup>〔12〕</sup>商场将买卖活动集中，公共交通将客运服务进行整合，证券交易将投资、融资活动规范化。特定商人在固定地点长期从事同一种营业，交易过程被程式化，交易的成立、生效、履行均被制度化为商人与顾客共用的习惯规则。营业中包含了具有特定功能的行为束，其中每一个具体行为均被作为社会性行为而标准化，被法律和习惯赋予特定含义，成为社会共识。例如，公共汽车沿预定的线路行驶，即为要约（有谓要约邀请）；市民在公共汽车站上车，即是缔结和履行城市交通服务合同。这些行为嵌入一系列物化的制度事实之中：确定的站点和站牌、运行线路、汽车编号、依据载客需要设计的汽车、具备驾驶技术资质的驾驶员、规定的票价、甚至咨询电话和交通图等。营业关系中产生身份化的行为主体，包括商人（相对于劳动者是雇主，相对于消费者是经营者）、劳动者、消费者、政府和社会中介组织。

市场运行造就强弱、贫富差异的身份结构。在市场中，主体平等只是理想状态，即使初始状态中交易双方平等，契约运行的长期结果必然导致交易当事人的分化，契约运作具有破坏契约平等前提的倾向，近代以中小企业为主的市场主体结构逐渐演变为垄断企业占支配地位的市场主体结构。创造和积累财富成为人们获得优势地位的基本手段，根据占有财富的多少，人被区分为不同的等级，隔离于不同的消费结构之中。市场条件下，在个体所扮演的众多角色中，职业是最主要的正式角色。“当一个人获得了某种职业，他就具体地扮演这个社会角色，随之也获得了相应的社会身份，在社会中占据了一定位置。”<sup>〔13〕</sup>市场机制成为身份区分的主导机制，贫富对立是身份结构的基本状态，劳动者、消费者等弱势身份群体随之出现。

#### （四）私法身份价值基础的第一次转变：从身份特权到形式平等

古代社会以秩序为主导价值，身份安排的目的是形成固定的等级秩序，血缘身份是主导身份形态。在这种等级性差序格局制度安排中，人们的机会、起点并不平等，人生来就处于身份等级制度之中。近代以来的社会进步体现为逐步消除身份制度的不合理因素，祛除身份制度对人的不合理约束，自由、平等、人权成为私法身份的价值基础。社会基本结构单位由家庭演变为独立的个人，私

〔10〕 虽然这些身份是在近代的社会演变过程中逐渐形成的，但在私法上得到正式确认已经是现代立法现象。劳动法、消费者权益保护法的大量制定就是二战以后的事情。特别法的制定也推动了民法的完善，如现在的德国民法典第13条规定消费者是“为一定的目的订立法律行为，而该一定的目的既不能够归属于自己的营利事业活动，又不能归属于自己独立职业活动的任何自然人”。

〔11〕 马克思：《资本论》第3卷，人民出版社1975年版，第365页。

〔12〕 K. Polanyi, *The Economy as Instituted Process*, in Mark Granovetter & Richard Swedberg (eds.), *The Sociology of Economical Life*, Boulder, Colo.: Westview Press, 1992, p. 34. 转引自李汉林、渠敬东、夏传玲、陈华珊：《组织和制度变迁的社会过程——一种拟议的综合分析》，《中国社会科学》2005年第1期。

〔13〕 朱力：《准市民的身份定位》，《南京大学学报》（哲社版）2000年第6期。

法直接以个人为调整的基本单位，个人是私法的唯一基础。在此基础上，私法身份完成了从特权维护到形式平等的转变。

与形式平等相应，近代私法包括三个基本假设：其一，抽象均质的、“强”而“智”的人。<sup>〔14〕</sup>德国学者古斯塔夫·博莫尔（Gustav Boehmer）认为，德国民法典所描述的人像，“乃是植根于启蒙时代、尽可能地自由平等、既理性又利己的抽象个人，是兼容市民及商人感受力的经济人”。<sup>〔15〕</sup>这种同质化人的假设，掩盖了人与人之间的差异性，使身份丧失了存在的余地。私法仅仅设计行为能力制度来解决平等人格者之间的差异，<sup>〔16〕</sup>人们在任何一项法律行为开始之前的起点——人们在社会结构中所处的地位差别被私法忽视了。同时，这种同质的人是依据商人的标准设立的，拔高了生活中的人，导致私法背离社会生活。其二，假定人的生存状态是独立的、个体的自由人。这种假设使人并不生活于身份体之中，既无须身份提供约束，也无须身份提供依赖。身份体内部所包含的利益综合会因此而丧失法律意义。其三，平面化、无风险的市民社会。近代私法所假定的市民社会是无结构的，人们在其中自由交易，实现生活目的。市场中的风险和部分人的无助，至少在近代民法中被基本忽略。<sup>〔17〕</sup>

在近代私法追求形式平等的过程中，身份被误解为特权制度，被人为地从法治思想中排除，人们对于契约的过度关注以及对于平等、自由、意思自治的偏好，形成了一种排除身份的思维定势。但是，要反对特权、追求平等，只须否定那些作为特权载体的旧身份种类。事实上，在血缘身份制度衰退的同时，新的身份体、身份制度规则和身份种类大量生成。

### 三、现代私法中身份的存在状态

在现代私法中，身份正逐渐回到自己的应然位置。婚姻法、亲属法本来就属于身份法域；监护制度、集体所有权、区分所有权、优先权制度中都包含了身份制度；知识产权法甚至公开承认署名权为身份权；商法中身份规则也大量存在。这种变化与其说是“从契约到身份”，不如说是“身份从阴影中走到阳光下”。

#### （一）现代私法去身份化的隐患

现代私法承认所有人的法律人格平等，有权依据自由意志安排私法关系，知识、社会及经济差异被忽略，即现代私法中的人是去身份化的。然而，忽略私法中固有的身份带来了严重后果，导致私法制度规则、机制、功能的结构性缺失，以致社会失范。其一，身份向潜规则转化。从积极意义上看，潜规则比正式规则更贴近生活本身，潜规则状态对于身份制度的贡献在于保证了它的存在与发展，并默默地规范社会生活；其负面影响在于得不到正式制度的有效规范，必要身份利益不能依法得到保护。其二，放任形式平等给普通人带来伤害。近代民法以“强者”为前提，但法律上平等、自由的抽象人不能取代社会中有强弱之分的现实人。由于私法排斥身份，无法通过身份制度为弱者提供依赖和救济，给弱者带来伤害。其三，身份制度规则缺位，非理性地解决社会纠纷。近代以来世界在经济发展方面取得了巨大成就，但是，社会并不和谐。由于身份制度规则缺位，身份关

〔14〕 在影响近代民法的康德的思想中，实践理性领域中的人是强而智的，“一个人按照自己的表述去行动的能力，就构成这个人的生命”。参见〔德〕康德：《法的形而上学原理》，沈叔平译，商务印书馆1991年版，第14页。

〔15〕 Boehmen, *Einführung in das bürgerliche Recht*, 2. Aufl., 1965, S. 83. 转引自前引〔6〕，星野英一著，第7页。

〔16〕 行为能力差异的依据是意思能力的差异，这仅仅是私法关系中人们之间诸多差异的一个方面。在由法律行为产生的私法关系中，行为能力制度可以在一定程度上矫正人们之间的差异，弥补意思能力的不足。在非依法律行为产生的私法关系中，行为能力制度无法发挥规范功能，无法矫正人们之间的差异。

〔17〕 商法中的风险准备金制度就是对于市场风险的反应，但是其保护的主体是企业。

系得不到有效调整，弱势身份群体的生存利益诉求普遍采取非理性的表达方式。<sup>〔18〕</sup>在我国，近年来引起广泛关注的社会事件大多与身份有关，例如，宝马撞人案、孙志刚致死案、深圳警方公处卖淫女案、重庆最牛钉子户案、山西砖煤窑奴工案等。

## （二）现代私法中身份的发展完善

现代私法中身份领域的变化是：自然人、公民等基本社会身份形成，社团成为主要的身份载体，市场机制成为主要的身份分层机制，身份流动渠道拓宽。主要身份规则及特定身份（如消费者、经营者）的权利义务在法律上有明确的界定。

其一，现代私法中的基本身份体系。家庭身份、社团身份、社区身份、市民社会身份是私法中基本的身份形态，这些身份在现代社会中成型，并开始得到私法确认。家庭仍然是最重要的身份体，家庭身份在亲属法中得到明确规定。

社团所缔造的商人身份与劳动者、消费者、中小投资者身份成为现代社会的基本身份。社会财富的实际占有、支配者主要是公司等社团组织，生产资料为工厂实际支配，生活资料存放在商场之中，货币主要存在于银行、保险基金、信托基金、证券市场。个人只直接支配与日常生活需要相应规模的使用价值形态的财产。人与人之间的经济交往以公司等社团组织为中介来展开，单个人的技能、科学技术、自然资源、社会性劳动都嵌入公司等社团组织的营业体系之中。公司等社团组织运作本身成为一种制度规则和法律秩序，为个人预设了生存空间、行为模式。个人的生活状况取决于其市场能力，美国学者吉登斯（A. Giddens）认为，市场能力是以人们所占有的财产，所拥有的教育、技术和劳动力为基础的，是“个人可以据以讨价还价的任何形式的有关品性”。<sup>〔19〕</sup>

社区是家庭之外的生活空间。人们的日常生活社区中展开，社区在农村表现为村社，在城市表现为居民区。社区所界定的利益共同体中产生了村民或社员身份，村民或社员对于公共资源、公共设施、环境利益、治理权益享有身份利益。身份确认了成员与整体之间存在利益联系，这种联系通过具体的财产份额化发生实际作用，身份共同体中存在利益分配关系。如，某一居民小区的所有业主对于本社区拥有共同利益，单纯的所有权只能确认细碎化的财产份额，无法解释财产的整体效用。从区分所有权中可以发现一种理解思路：财产围绕人的生活需要，实现人的利益，这种利益的实现需要发生多重关系，产生多种利益诉求，形成不同的权利需要。业主的专有权具有对于财产的归属效力，共有权反映了业主对于整体财产的依赖利益，成员权则是业主在身份体内管理财产事务并享受公共利益的权利。可见，区分所有权中依据专有权来确认成员身份，身份体内的利益将分配给该团体内的各个成员，专有权、共有权与成员权一起存在于一个总体联系的身份共同体内。

市民社会中充满风险，残疾人群、失业人群无法通过市场机制获得生存利益，在个人本位的私法制度下，家庭、家族的救济功能衰退，必须在市民社会中形成社会保障与救济机制，这种机制通过传统国家演变为现代福利国家的途径实现。与市民社会相伴生的对应物是政治国家，一方面，市民社会的存在以划清与政治国家的界线为前提；另一方面，恰恰是政治国家的功能演变使市民社会作为利益共同体得以形成。现代福利国家的发展使政府逐渐成为公益政府，政府通过税收从市民社

〔18〕 如我国农民工以自杀、自残或暴力方式讨薪的现象。用传统民法观点来看，这本是由劳动合同产生的债权债务问题，当事人之间地位平等，法律上要求作为债务人的用工方必须履行义务，作为债权人的农民工有权进行自力救济，也可以进行公力救济。一切似乎很完美，农民工根本用不着采取非理性方式。为什么农民工的“跳楼讨薪”等现象会受到广泛关注？因为用工方的私人武装、与政府机构的特殊关系、律师费用的高昂等法律条文上找不到的因素将形式平等视野中明白无误的简单债权债务关系变为自杀或者杀人问题。问题的关键在于农民工的弱势群体身份没有得到法律等正式制度规则的确认。在没有对弱势身份群体（农民工）提供特殊救助、没有针对特定优势群体（用工方）出台约束政策的前提下，私法中形式平等的效果表现为直接损害弱者的生存利益并间接损害社会利益。

〔19〕 A. Giddens, *The Class Structure of the Advanced Society*, London: Hutchinson & Co. Ltd, 1973, p. 103. 转引自刘欣：《当前中国社会阶层分化的多元动力基础——一种权力衍生论解释》，《中国社会科学》2005年第4期。

会中集聚巨大财富，通过提供福利为市民社会中的各个成员输送利益。<sup>〔20〕</sup>这样，市民社会本身也成为一个大利益共同体，其成员能够获得确定的私法利益，自然人、公民就是其基本成员。

其二，身份调整诉求凸显。每一个特定的身份群体均有特定的群体利益诉求，私法必须作出回应。身份法的权威性并非仅仅因为它是由国家制定的，而是应来源于它能适应社会需要，回应特定群体的需求，并为他们所适用。现代社会对私法身份有两种最基本的功能诉求：一是通过组织中的身份满足人们追求效率的需要；二是通过身份满足保护弱者、抑制强者以实现公平的需要。

在市场中，商人拥有普通人所没有的营业权，大公司通过规模与组织优化拥有市场优势。因而在需要追求效率的身份关系领域，法律政策是“扶优助强”。在社团组织法中，为了保证团体的运作，应对优势身份岗位（如董事长、经理）作出有利的制度设计，赋予身份权力，容许其支配大份额的社会资源，以实现治理功能。在公司法、保险法、银行法等涉及社团组织的私法制度中，均需要建构职能身份，确认不同身份之间的管理支配关系，确认身份权力并划清权力界限。

商事关系当事人之间的商事能力和市场势力不平等。商人具有专业的商事能力，成为强势群体；他们是商业游戏规则的制定者、掌握者，处于主动地位；私法需要对这些强势身份进行抑制。由于现代社会大规模生产、大规模消费，公众被广泛地卷入商事关系之中，他们将自己作为劳动力的载体加入企业的运行过程，获得报酬；又用报酬换取企业的产品和服务，满足生活需要。普通人通过消费者、劳动者、小投资者身份进入商事关系，他们信息匮乏，不懂得商业术语和专业知识，易受欺诈和强制，构成弱势群体。如果私法仅仅提供形式平等保护，无疑是放纵商人利用市场机制掠夺公众。此外，老年人、未成年人是天然的弱者。私法需要针对特定身份，制定消费者权益保护法、劳动法、中小企业促进法、妇女权益保障法、老年人权益保护法、未成年人保护法等进行倾斜保护。

其三，身份在私法理论中再现。一般认为，身份法的范围正在萎缩，似乎只残存于婚姻法、亲属法领域。这种认识不能反映社会生活的客观情形。现代社会关系日益复杂，组织结构日益多样化、精细化，身份关系也进一步发展，身份制度规则随之完善。在民法中，既有私法理论的缺陷日益彰显：在人法领域，由于将身份限制在亲属法领域，那些需要对身份进行类别化调整的社会关系只能利用“具体人格”学说来解释；在财产法领域，不用身份加以解释就无法说明集体所有权的基本法律性质；建筑物区分所有权中的共有权、成员权均是身份问题；体现政策性的优先权制度就是考量和解决身份利益差异的结果。在侵权法发展过程中，保险制度的引进带来了侵权责任社会化的趋势，背后的理性是突破侵权人是“孤立的均质的强人”的假设，考虑不同侵权人承担责任能力的有限性以及受害者补偿落空的风险。已有学者试图找回私法中的身份，法国学者里佩尔在《职业民法》（droit civil professionnel）中指出：“法律不是为了一个国家内的全体国民乃至居住在一个国家内的全体人们，而是以各种职业集团为对象而制定的”，“我们必须给法律上的抽象人（例如所有权人、债权人、债务人）以及为进行论证而架空了的人（例如甲、乙）穿上西装和工作服，看清他们所从事的职业究竟是什么”。<sup>〔21〕</sup>梅因提出的“从身份到契约”的发展近年来已经表现出相反的趋势，它表明私人间法律关系的一些领域越来越多地通过身份关系来确定。“法律社会学注重法律与社会之间的因果关系，依据规律判断法律是否或者在什么条件下能够调整人类的行为，以及法律在这方面怎样对社会变革作出反应。”<sup>〔22〕</sup>当然，现代私法中身份的特质有待进一步的理论研究。但无论如何，现代生活中的身份已不是亨利·梅因所指的身份，它是现实社会的制度构成。

〔20〕 例如，成为一国公民就有权享受该国的社会福利，获得福利具有依据公民身份获得财产权的私法效果；成为一国公民就要向该国政府纳税，纳税具有依据公民身份义务丧失财产权的私法效果。

〔21〕 转引自前引〔6〕，星野英一书，第74页。

〔22〕 参见〔德〕K·茨威格特、H·克茨：《比较法总论》，潘汉典等译，法律出版社2003年版，第15页。

### （三）私法身份价值基础的再转变：从形式平等到实质平等

民事主体的平等性与互换性在劳动、消费、环境等有个人强弱特征的社会关系中丧失。在商事组织内部，“管理者命令，员工服从”为基本行为模式；依据资本多数决规则，大股东的意志可以强加于小股东；大小公司之间市场能力、市场势力不对等；市场交易过程中，商人操纵交易制度，消费者处于被动、顺应位置；在劳动关系中，企业处于强势，劳动者处于弱势地位，无法通过谈判有效维护自身利益。总之，强弱对应是市民社会的基本状态。现代民法在抽象人格、财产权保护、私法自治和自己责任等传统模式发挥作用的同时，也开始重视身份制度对于实质正义的功能。

身份可用于追求实质平等。身份既存在侵夺个人权益的倾向，也包含对个人利益的保护功能，身份能否促进实质公平取决于奉行何种价值。现代私法追求实质平等，身份机制对此能发挥积极作用。在身份之中，人被稳定地类型化，处于差序格局之中，利益差别易于观察，公平与否易于凸显，便于矫正，由此，身份立法成为追求实质正义的一种好形式。现代私法界定强者是为了制约其滥用身份权力，通过立法控制其身份权力。现代私法界定弱者是为了提供倾斜保护，提供更多扶助，通过立法规定基本的社会保障基准。

身份可与平等人格相兼容与补充。现代法学对人的认识发生了变化，从完全理性假设走向有限理性假设。行为法经济学（Behavioral Law and Economics）者以“现实人”（Real Person）而非假设的“经济人”（Economic Person）为研究起点，提出了有限理性、有限意志力、有限自利。<sup>〔23〕</sup>一旦从“现实人”的视角观察，身份所代表的差异就成为当然内容。但是，平等人格赋予每个人在法律上被当作人来对待的资格，构成了任何私法制度不得突破的底线。德国学者拉德布鲁赫（Gustav Radbruch）认为：当今的“社会性法律观不会将平等性概念分解成雇主、雇员、工人、职员，之所以是雇主、雇员、工人、职员，只是因为他们不同的身份背景，但即使在这些背景中，他们也被视为平等的人”。<sup>〔24〕</sup>不能让不同身份将“平等”消解掉。问题是近代以来的私法片面强调人格平等，没有认识其功能局限。虽然平等人格制度有效地确认了人格尊严，解决了所有人的法律上平等问题，但是，平等人格不能反映和矫正人与人之间的现实差异，不能独自实现对强者的约束、对弱者的救济，也不能满足市民社会生活的组织化需要。所以，需要身份来为不同类别的人划定利益份额，为不同的角色制定行为规则，正是身份的差别对待可以防止平等人格流于形式，可以防止强者侵害弱者。身份与平等人格之间的兼容与补充关系在立法上表现为：通过民法典确认平等人格，在民法典之外制定消费者权益保护法、劳动法等专门保护弱者；制定中小企业促进法、反垄断法等专门抑制强者。在司法中，对于一项交易，如果直接考量的是买方和卖方，是人格平等视角；如果考量的是经营者与消费者，则是身份视角。

## 四、现代私法中的身份调整

在私法中，身份具备特有的调整功能。一是构造共同体。每产生一种新的社会关系必然形成相应的身份共同体和新的身份种类，形成新的生活空间。二是利益配置。拥有身份意味着有资格参与特定范围内的利益分配，身份制度通过利益安排保证个体的存续。三是自治功能。身份制度能够安排身份体的内部秩序，实现局部的社会治理。四是区分功能。身份制度可以将某类特定主体与其他主体区别开来，身份以类别为识别单位，具有很强的区分度，方便了人们的日常生活，职业身份具

〔23〕 参见 [美] 凯斯·R·桑斯坦主编：《行为法律经济学》，涂永前、成凡、康娜译，北京大学出版社2006年版，第16页以下。

〔24〕 参见 [德] 拉德布鲁赫：《法哲学》，王朴译，法律出版社2005年版，第133页。

有公示功能。

### （一）身份调整方式

1. 综合调整方式。身份制度作用于社会生活的基本方式是综合调整。私法中的身份制度功能在于分配人们之间的利益，在利益共同体中划分利益份额。每种身份体系均为满足人们的生存需要而存在，它们依据不同关系的性质、主体的不同利益形态和利益需求而设计，并通过长期的社会实践反复试错而提炼出来。在身份安排中，法律为人们提供的并非单一的权利义务，而是特定身份的利益综合，包含了法律上的权利、权力、义务、责任，请求权随着不同情境中个人的具体需要而随时发生。父母对于未成年子女的身份关系就体现了这种利益综合性，父母需要随时满足子女的生活要求。被综合调整的身份体内部形成拥有特殊规则的小社会，这种安排获得了秩序与效率。

2. 依“身”定“份”方式。身份调整中包括分配机制、顺序机制和矫正机制。身份分配机制将人区分为具体身份类型，依据不同“身”所处的位置配置不同的“份”额利益。在每一种身份体中，均存在一套相应的身份行为规则，这些行为规则从程序上保障了身份体内部的运行秩序，不同的行为顺序保障了不同的利益份额，体现并保障了利益份额差别。如公司发行新股，原有股东享有优先认股权，由身份地位决定认购顺序。而身份矫正机制区别人的身份，判明其中的强弱地位，针对强势一方设置限制，对于弱势一方倾斜保护，矫正机制将依据特定“身”所获得的“份”额差距控制在合理的范围内。

3. 法定主义方式。身份所包含的意思并非单个人的意思，而是一种社会形成的意思，这种意思的效果是安排了社会基本结构，需要借助国家的权威予以确认，表现为法定主义。“全部民事法律关系从调整方法角度可以分为两部分：其中一部分可以直接借助法定主义方式确定其权利义务内容并直接得以实现，另一部分法律关系则必须通过法律行为制度才能完成其内容确定和实现过程。”<sup>〔25〕</sup>早期市民社会敌视公权，主要倾向是从公权的阴影下独立，形成完整的市民社会；直到制度经济学开始，经济学家才认识到，国家在私法关系的形成到消灭的过程中，从来就不是一个旁观者。<sup>〔26〕</sup>身份法定主义使国家权力进入市民社会，成为市民社会运行的一种机制。<sup>〔27〕</sup>

### （二）身份制度框架

身份法的技术特点在于通过制度框架进行调整。不同结构的身份制度框架可以提供不同的制度功能，人类的多元化身份利益需要不同的制度框架予以满足。身份关系利益边界的划定，身份种类之间利益冲突的解决，身份利益的实现，均依赖具有操作性的制度框架，由其综合运用权利、义务、权力、责任安排身份关系。

1. 身份权利。身份权利是基于特定的身份获得某种利益的法律可能性。身份权利是一个集合概念，它总是基于特定的身份事实而产生，是特定的身份利益在法律上的表现。身份权是绝对权还是相对权？身份权是在身份关系中设定的权利，与绝对权、相对权之间没有严格的对应性；况且，身份关系有不同的利益层次，有些对应特定的人，表现为相对权；有些对应特定的事，表现为绝对权。在身份成员之间是相对关系；在身份成员与外人之间是绝对关系，其身份利益可以对抗成员之外的一切人。

2. 身份义务。身份义务是指主体基于身份事实必须为或不为某种行为，以满足身份权利人需要的约束。“父亲、子女、兄弟、姊妹等称呼，并不是单纯的荣誉称号，而是代表着完全确定的、

〔25〕 董安生：《民事法律行为》，中国人民大学出版社2002年版，第8页。

〔26〕 D. C. North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge, 1990. 转引自前引〔5〕，苏永钦书，第2页。

〔27〕 如今，市民社会要利用国家来实现收入的再分配。税收发生私人财产丧失的私法效果，福利支出发生私人财产取得的私法效果。国家机制的加入可以形成相对完善的市民社会。

异常郑重的相互义务，这些义务的总和构成这些民族的社会制度的实质部分”。<sup>〔28〕</sup> 在身份制度安排中，不同主体之间负有义务，身份义务是身份体内部的利益提供方式。身份义务大多基于自然事实而产生，在得到实定法确认后即转化为法律义务。如父母对未成年子女的义务，类似于动物对幼仔的义务，后提升为法律义务。由于身份关系是稳定的长期联系，利益需求错综复杂，许多义务随着当事人的具体情境而产生，能够预先设定的只是特定的身份联系，这是具体身份义务的发生源。制定法对于身份义务的规定方式一般是提供一种社会性的基准，并示例性地列举其主要类型，但无法穷尽具体义务。

3. 身份权力。身份制度依据地位分配权力，优势地位者与卑微地位者之间存在着支配控制关系。这种权力的性质是自治权，通过身份权力的运行实现身份体内部的治理功能。社会、国家一般容忍和尊重这种权力的存在，它的运行可以带来身份体的内部秩序。身份权力的范围取决于社会认可、国家授权的范围，或者说社会、国家对其干预的程度，这是客观社会条件制约下的社会政策选择。身份权力存在的逻辑基础是效率理性，分配身份权力所依据的自然基础在于成员的思想智能、身体状况和机遇的不平等，制度基础是当时主导制度所确认的地位差异，社会基础是当时社会环境对于特定身份体所设定的治理功能。

4. 身份责任。身份责任与控制权相对应，拥有优势地位的身份者负有责任，承担责任是拥有控制权的合理性基础，而控制权是履行责任的前提。在公司内部，经营者、控制人对于员工、投资者负有信义义务；在家庭关系中，父母对于未成年子女或者成年子女对于年老且丧失谋生能力的父母负有身份责任。每种具体身份责任的范围一般是由当时的社会经济、文化、道德、宗教、法律制度决定的，某种身份责任的设置是否合理，取决于在当时社会条件下能否有效落实。例如，在当前我国社会中，由于社会福利制度残缺，政府的公益提供严重不足，未成年人、老年人、精神病人、残疾人的救济与扶养都成为家庭成员的身份责任。这种规定的合理性值得反思，因为这些弱者的利益需要与其作为“自然人”或“公民”的身份直接对应，而与亲属身份之间的联系逐渐弱化。在现代社会中，家庭功能已经衰退，将为弱者提供生存利益的责任完全强加在狭小范围的亲属身上，有失社会公平；并且，家庭承担能力有限，对弱者利益的提供存在落空的风险，不能有效保护弱者的生存利益；而政府与社会聚集了大量财富，有能力为弱者提供符合文明性生存的统一基准的生存保障。可以预见，随着市民社会的成熟，福利国家的建成，自然人、公民身份利益的落实，对弱者生存利益的保障责任将从亲属身份责任中移出，变为政府对自然人、公民的身份责任。

〔28〕 恩格斯：《家庭、私有制和国家的起源》，人民出版社1999年版，第27页。