

个体·权利·身份

——现代民法中人的境遇与权利的身份差异

王 恒◇著

人在现代民法中有着怎样的“在场”状态呢？
人的存在将会遭遇什么呢？
“个人”是现代民法关于人的确切形象吗？
私法中身份存在吗？
权利仅是单个自由意志的结果吗？



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

个体·权利·身份

——现代民法中人的境遇与权利的身份差异

王 恒◇著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

个体·权利·身份:现代民法中人的境遇与权利的身份差异/王恒著. —北京:法律出版社,2016
ISBN 978-7-5118-9168-6

I. ①个… II. ①王… III. ①民法—研究—中国
IV. ①D923.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第033456号

© 法律出版社·中国

个体·权利·身份

——现代民法中人的境遇
与权利的身份差异

王 恒 著

责任编辑 马丽娟

装帧设计 汪奇峰

开本 720毫米×960毫米 1/16

版本 2016年3月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

印张 24 字数 410千

印次 2016年3月第1次印刷

编辑统筹 法律出版社

经销 新华书店

责任印制 沙 磊

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-9168-6

定价:58.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

以现代民法中的人(自然人)为研究对象,无疑是一次艰难的学术锤炼,其所面临的困难远远超越了笔者的能力之所及。然而,即便如此,笔者认为发扬“明知山有虎,偏向虎山行”的无畏精神还是需要的。正是凭借这股“打虎”勇气试图深入“虎山”一探究竟,几经打拼,一片看似永无出路的“虎穴”居然有了些许出路。

在现代民法的世界里,人是当然的法律主体。作为一种存在,人必然会有作为“人”存在的境遇。“境遇”,《新编现代汉语词典》的解释是“境况与遭遇”。“境况”是事物存在的环境状况,意味着是一个在场的概念,强调主动意味;“遭遇”是事物“遭受到”或“碰到”的意思,强调被动意味。用“境遇”一词来描述人在现代民法中的存在样态,较为真切地体现了现代人在法律世界中的感受,是一个比较贴切的表达。那么,人在现代民法中有着怎样的“在场”状态呢?人的存在将会遭遇什么呢?本书将从四个方面进行研究。

第一章,人的湮没与出现。

第一,人的湮没。在人类早期,人都不是自然和社会的主人。人参与不了自己历史的构建,只能被动接受命运的安排,无论这种安排是来自神还是自然。“人意”的缺失,则意味着“神意”的僭越。早期解释人类社会的正是“神意”而非“人意”。这时的人却被两种思想枷锁所束缚:一个是宗教神学,另一个是自然哲学。宗教神学使人湮没于神,自然哲学使人湮没于自然。无论是人湮没于神还是湮没于自然,都无法使人获得独立的主体地位。人的主体地位的获得经历了漫长的历史演进过程,期间伴随着人类思考的智慧光芒。在西方文明的源头古希腊文明中,从“神意”到“人意”的转变,大致依次经历了两个运动:智者学派的出现和古典哲学的诞生。人类历史通过这两次运动的洗礼,“人意”逐

渐进入了人们的视野,成为认识事物和观察世界的新视角。

第二,人的出现。人的出现即人的意志的出现。然而,人意的出现,并不意味着是单个的个人意志的出现。在人类社会早期,个人更依赖于群体,不能游离于群体之外,群体也未分化。在古希腊罗马时期,氏族、部落、部落联盟都是当时基本的社会组织形式,这决定了古代社会中的人不是个人形象而是集体形象。人,能够以自己的“个人形象”正视自己的历史,始于文艺复兴以来人类所经历的宗教改革、启蒙运动和近代自然科学等数次思想洗礼运动。这是一个从13世纪到18世纪的漫长历史过程。

第二章,现代民法人像:被放置的个体。

第一,经典文本分析。“人”是按照一定的标准被安置在民法中的,不同时期的民法,其设置人像的标准并不相同,由此导致不同民法中人的形象各不相同。在以《法学阶梯》为代表的罗马法中,家父是其标准人像;在《法国民法典》中,市民是其标准人像;在《德国民法典》中,抽象主体是其标准人像。无论是罗马法中“家父”,还是法国法中的“市民”,抑或是德国法中的“抽象主体”,这些“人像”无疑凝聚着法律和法学对人性的理解和期盼。

第二,人像基石。现代民法中人的形象是建立在对“当下”社会生活所作出的两个基本判断基础之上:其一,现代民法中的人是历经世俗化运动洗礼的“凡人”;其二,现代民法中的人是与现代政治、经济、社会、文化发展相适应的“市民”。“凡人”形象是针对“教徒”形象而言的,现代民法人的“凡人”形象是民法世俗化的结果;“市民”形象是针对“公民”形象而言的,现代民法人的“市民”形象是现代社会的分化的结果,是一种人性论在法律上的体现。现代民法中的人是作为“个人”而获得理解的。这样的“个人”被设置在“凡人”和“市民”的两大人像基石上,表现出自由、平等、独立、孤独的世俗形象。现代民法是“活在当下”的法律,如果说自由、平等反映的是近代以来古典自由主义政治哲学思潮在法律上的体现的话,那么,独立和孤独则反映出现代民法所具有的某种后现代品格。

第三,把“个人”改造成“个体”。作为一种与自由主义思潮密不可分的个人主义一直以来都是近现代社会的基石,现代民法对个人主义进

行某种程度上的改变既是为了适应 20 世纪以来已经变化了的社会生活需要,也是为了应对现代社会对自由主义传统挑战的结果。我们应该把现代民法人的“个人”形象,改造成为“个体”形象。

“个人”与“个体”相比较,缺少了人的“位置”场景。传统民法理论所坚守的正是缺少“场域”内涵的“个人主义”,这种个人主义所设想的人抽象而单纯,把人理解为“纯粹人”:人没有背景、没有差异,一切都被法律所规定或者证成。“个体”有“场域”的内涵,这个“场域”就是社群。社群主义的哲学基础是新集体主义,核心观点是,认为个人及其最终的价值是由其所在的社群决定的。人必须生活在社会群体之中,任何游离于群体而单独生活的人在现代社会中是难以想象的。

第四,群体中的人——个体。传统自由主义所设想的现代民法人像是抽象而单调的人,这种人像随着现代社会的发展而逐渐脱离了现实生活的“真面目”,尽管现代民法对此也做了相应的修正,出现了由抽象人格向具体人格的转变,但是传统民法理论仍然把民法人设想为游离于群体的“孤独”的单一人。现代西方社群主义的某些思想为我们把民法中的“个人”改造成有“场域”内涵的“个体”提供了理论上的支撑。人必须生活在群体中,群体赖以存在的目的决定了群体的结构,每个人在群体结构中的安排即“身份”,身份决定了群体成员的权利和义务。

第三章,个体权利:对自由主义权利观的挑战。

第一,自由主义权利观的形成。自由主义权利观的形成,是近代社会以来的人类改造社会的实践产物,它总结着过去,又展示着未来。古希腊罗马人已经认识到了自由对城邦建设的重要意义,高度重视城邦的职责在于保护公民的自由,形成了西方政治思想的基本精神传统。在古希腊罗马社会,自由与其说是一种意志,还不如说是一种美德。这种美德是构建城邦生活的美德,是一个市民成为良好公民所必需的美德。

17 世纪时人们祭起的自由早已不再是它在古代社会的“原生态”了,这时的自由经历了 14 世纪开始的个人主义思潮和当时新诞生的自由主义思潮的共同孕育,表现出与它曾在历史上的“别样”自由。第一个区分古代自由和近代自由的思想家是法国的贡斯当。近代自由意味着个人生活不受他人(包括政府、国家、社会)的干预以及法治下的独立;古代自由意味着个人有权参与公共生活,使自己的意见能够反映到

集体决策中。古代自由是参与集体(如城邦、部落)决策的积极自由,近代自由是对抗集体(如国家、政府)干预的消极自由;古代自由是把个人纳入集体的被动自由,近代自由是个人抵消集体侵犯、维护自身独立的主动自由。

古代社会中的“权利”与“法”几乎是“粘在”一体的,要构成近代社会以来所颁行的民法典及其近现代民法学理论的核心概念,“权利”概念本身还需要历经“磨炼”。权利所遭受的磨炼过程,其实就是自然权利从形而上的世界向形而下的世界“降临”的过程,这个过程所产生的结果就是权利被主观化。权利的主观化过程也是权利的实证化过程,主观化的权利为权利在近代社会与自由意志结盟提供了前提条件,康德的自由意志哲学为前述结盟提供了完美的说明。自由主义权利观对现代民法中的影响:人格平等、所有权神圣、契约自由、婚姻自由、遗嘱自由。

第二,反思自由主义权利观。其一,“正义”被实证化。理解正义从来只有两个路径:一个道德的路径,一个政治(法学)的路径。在古代社会里,对正义的理解是按照道德路径进行的,正义被视为一种德性,是一个良好公民应该具有的道德品质。当今社会对正义的理解可不是按照道德路径进行的。近代社会以来,自然法的演变轨迹告诉我们:随着自然的“祛魅”,自然法从代表着形而上的理念世界逐步向代表着形而下的实证世界“退化”。随着个人自由意志的确立,自然法所代表的那套具有道德意义或者具有神学意义的正义理念消失了,现在剩下的仅有政治(法学)意义上的“正义”了。无论是由康德所代表的自由主义权利观,还是建立在康德自由意志哲学基础上的、以罗尔斯为代表的新自由主义权利观,“正义”仅具有政治(法学)的意义。正义远离于道德成为一种“价值中立”的法律原则。正义与德性的疏远,导致的结果就是正义与否由法律说了算,建立在实证化的正义基础上的权利,也就“游离于”德性。正是沿着这个思路,当代新自由主义者才提出了一个重要观点:“权利优先于善”。其二,自由被强迫化。由于被剥离了所有的外在的偶然因素,这些只剩下了“光秃秃”的自由人因为自由得毫无差异,他们只好选择给自己“立法”(在康德那里)或者是“正义”(在罗尔斯那里)。按照福柯的理解,当这些只剩下自由的自由人,他们既不会选择“立法”,也不会选择“正义”,他们会选择“权力”——另一种不自由。其

三,人被抽象化。康德对人的道德实践能力的设想与现实多少有些“超越”:他基于先天论的立场,想当然地认为每个人都能成为道德的自律主体,每个人都能自觉地抵制外在现象领域的任何经验诱惑。罗尔斯式的个人完全是彼此相互陌生和孤立的个人,由人所组成的团体或者社群,在自由主义者那里不是重要的,甚至连社会都是按照个人利益要求被改造的对象,是施展个人意志和利益的场所。

第三,社群主义的权利观。其一,善回归于“正义”。社群主义者主张把德性论的正义与权利回归,给我们最大的启示不是要把法律变成一种彻底的道德言说,而是要把权利和道德结合起来,在法律无法伸张人们的某种道德期盼时,把它作为解读法律(权利)的最后屏障。这样,法律(权利)因道德而具有正当性,社会才会和谐。其二,自由不是绝对的,而是相对的,只有在群体中,自由才能得以伸张;没有群体的理解和尊重,个人自由就是空中楼阁。如果自由主义基于先天论的立场阐述了一种普遍的自由的话,那么,社群主义则消除了自由的普遍性,变成了有限的自由。其三,社群主义所理解的人不再是脱离任何时代背景的抽象人,而是群体中的人。社群主义反对这种超越历史的理解,主张把“自我”(人)根植于特定的历史文化及传统之中,每一个个体都是在特定的时空、特定的共同体或者社会环境中获得个性和差异,是群体决定了“我是谁”,而不是像自由主义者主张的那样:自由选择决定了“我是谁”。

第四,个体权利是群体的共同意志。权利不仅是单个自由意志的结果,而是“共同意志”的结果。关注权利的实践意义,强调权利是共同意志的结果,比单纯谈权利是自由意志的结果要深刻得多。当两个自由意志因相互承认而形成共同意志,共同意志就是连接两个不同民事主体的纽带,这个纽带牢牢地把他们束缚在一起,形成了一个共同体。

第四章,个体身份:个体在私法群体中的位置。

第一,“身份”概念疏证。在《辞海》里,身份被解释为“人的出身、地位或资格”。“出身”可以是一种身份,特别是在古代等级身份制度中,“出身”的身份往往意味着不平等。“社会地位”本身就是一种身份。“社会资格”也可以是一种身份。作为一种组织社会、分配资源的工具,社会身份可以是平等的,也可以是不平等的。作为不平等的身份,它既可以表现为一种特权身份,也可以表现为一种歧视身份。法律身份是一

种具有法律意义的社会身份。私法身份是指能够产生私法后果的法律身份。私法群体。在所有的法律社群中,只有那些通过自由意志缔结并维系的社群才是私法社群。

第二,法律关系共同体是私法群体。法律关系是一种共同意志的产物;而群体或共同体也是一种共同意志的产物。通过简单的逻辑推演,我们也能得出法律关系是一种群体或共同体的结论来。作为一种私法群体,法律关系共同体同样是建立在共同自由意志的基础之上。由于意志所作用的对象不同,因而法律关系共同体也有不同的种类。在萨维尼看来,意志首先能够作用于本人,其次能够作用于外部世界,而构成外部世界要么是不自由的自然,要么是与意志者相同种类的自由存在,即他人。这样,意志能够支配的对象主要有三个:本人、不自由的自然和他人。

第三,法律关系共同体中的身份。私法身份是通过个体的自由意志在私法群体中形成的法律身份,反映的是个体在私法群体中的地位或资格。法律关系也不过是一种共同体。因此,私法身份其实就是个体在法律关系中的身份。法律关系与个体身份的关系,也就是私法群体与私法身份的关系。这样,私法身份就成了个体在法律关系中的地位和资格。

第四,权利的身份属性。人格权与人的身份具有天然的内在联系。人作为民事主体本身就意味着人是法律中的人。人必须在法律世界中存在才可能成为人格权的享有者。而一个成为民法中的人,就是拥有法律人格的人;人格就是法律人的身份。人格权就是以人格——法律人的身份为基础的权利。婚姻是私法共同体,在这个共同体中基于不同的身份而产生的权利被视为身份权。现代民法所承认的身份正是以婚姻为基础的家庭身份。要论证物权的身份属性,必须揭示物权法律关系也是一种私法共同体。物权法律关系中的共同意志就是:不干涉他人物权的意志。与其他法律关系中的意志不同,物权法律关系中的意志是以消极形式反映出来的。之所以如此,根源就在于物权首先体现为人对物的支配,然后才是人与人之间的关系。物权法律关系共同体是建立在特定物的基础上的共同体。有了客观物质化的共同意志,物权法律关系共同体得以建立。在这样的共同体中,当事人有两种位置:要么是物权人,要么是物权以外的义务人。在论证了最为困难的物权身份属性之后,论证债

权的身份属性就简单得多了。债本身就是通过共同意志把两个不同的陌生理性人给联系在一起。因此,债是一个“二人世界”。在这个二人世界里,共同意志是维系两人在一起的基础。

本书关于对现代民法中的人所面临的境遇的探讨尚属一孔之见,其所得出的结论可以证伪。尽管如此,作为一种探寻人在民法世界的存在样态,用社群的思想进行解读无疑是一次大胆的尝试。学海无涯,吾智愚钝,真诚欢迎读者对此书提出批评和建议。

目 录

| | |
|---------------------|----|
| 前言 | 1 |
| 绪论 | 1 |
| 一、理论预设:现代民法的内涵 | 1 |
| 二、研究的目的和意义 | 4 |
| 三、本书使用的理论工具和研究方法 | 7 |
| (一)本书使用的理论工具 | 7 |
| (二)本书使用的研究方法 | 11 |
| 四、本书的基本思路和逻辑结构 | 11 |
| (一)本书的基本思路 | 11 |
| (二)本书的逻辑结构 | 12 |
| 第一章 人的湮没与出现 | 14 |
| 第一节 人的湮没 | 15 |
| 一、人湮没于神 | 16 |
| 二、人湮没于自然 | 18 |
| 三、影响:“神意”主宰人类历史 | 19 |
| 第二节 人的出现 | 20 |
| 一、自然哲学的转向 | 20 |
| 二、智者学派的出现 | 21 |
| 三、古希腊古典哲学的诞生 | 23 |
| 四、影响:人文主义曙光开启“人意”之门 | 24 |
| (一)人开始脱离于神 | 25 |

| | |
|--------------------------|----|
| (二)人能够独立于物 | 26 |
| (三)人性是历史的原因 | 27 |
| (四)人才是法律主体 | 28 |
| 第三节 个人的出现 | 29 |
| 一、古代民法中的“整体人” | 29 |
| (一)城邦—家庭的整体二元社会结构 | 30 |
| (二)古代民法中的“整体意志” | 32 |
| 二、四大人类思想解放运动 | 34 |
| (一)文艺复兴:一场“托古改制”的人性解放运动 | 34 |
| (二)宗教改革:个人与上帝的首次对话 | 36 |
| (三)启蒙运动:用智慧和激情撞开理性之门 | 41 |
| (四)近代自然科学:砍去自然神性的大刀 | 44 |
| (五)解放运动的历史启示:神—自然—人 | 47 |
| 第二章 现代民法人像:被放置的个体 | 50 |
| 第一节 经典文本的解读 | 52 |
| 一、家父:罗马法中的人像 | 53 |
| (一)两种家庭:罗马家庭与自然家庭 | 54 |
| (二)罗马家庭的家父 | 56 |
| (三)评价 | 59 |
| 二、市民:法国法中的人像 | 63 |
| (一)时代背景:法国大革命 | 64 |
| (二)法国民法典中的“市民” | 68 |
| (三)评价 | 72 |
| 三、抽象人:德国法中的人像 | 74 |
| (一)不堪历史之重的德国市民阶级 | 74 |
| (二)抽象与逻辑:耀眼的德意志民族智慧之光 | 76 |
| (三)确立“抽象人”的三部曲 | 80 |
| (四)评价 | 85 |
| 第二节 现代民法人:被设想的主体 | 86 |
| 一、两个基石 | 87 |

| | |
|--------------------------|-----|
| 二、凡人:现代民法世俗化的产物 | 88 |
| 三、市民:近代以来社会分化的结果 | 95 |
| 四、人像“速览” | 100 |
| (一)自由形象 | 101 |
| (二)平等形象 | 102 |
| (三)独立形象 | 105 |
| (四)孤独形象 | 108 |
| 第三节 现代民法人像的转身:从“个人”到“个体” | 110 |
| 一、个人/个人主义之失 | 110 |
| 二、构建现代民法人的个体形象 | 115 |
| 三、现代民法中的个体:基于社群主义的分析 | 119 |
| 四、小结 | 121 |
| | |
| 第三章 个体权利:对自由主义权利观的挑战 | 122 |
| 第一节 自由主义权利观的形成 | 122 |
| 一、自由观的形成 | 122 |
| (一)古代自由 | 123 |
| (二)近代自由 | 125 |
| 二、权利观的形成 | 128 |
| (一)自然法(权利)的实证化:天地间的徘徊 | 129 |
| (二)权利的主观化:基于概念的说明 | 135 |
| (三)权利的古今之别 | 144 |
| 三、自由主义权利观的形而上学基础 | 147 |
| 四、自由主义权利观对现代民法的影响 | 150 |
| (一)人格平等 | 150 |
| (二)所有权神圣 | 151 |
| (三)契约自由 | 152 |
| (四)婚姻自由 | 153 |
| (五)遗嘱自由 | 154 |
| 第二节 反思自由主义权利观:基于社群主义的解读 | 155 |
| 一、自由主义权利观之困 | 156 |

| | |
|------------------------|-----|
| (一) 正义被实证化 | 157 |
| (二) 自由被强迫化 | 162 |
| (三) 人被抽象化 | 164 |
| (四) 小结 | 166 |
| 二、社群主义的权利观:对自由主义权利观的修正 | 167 |
| (一) 善回归于正义 | 168 |
| (二) 自由的有限性 | 169 |
| (三) 群体的人像 | 171 |
| 第三节 个体权利:群体的共同意志 | 173 |
| 一、近代以来民法中个人意志的确立 | 173 |
| (一) 个人意志的哲学基础 | 174 |
| (二) 个人意志的限制 | 175 |
| 二、民法中“共同意志”的形成 | 176 |
| 三、共同意志与社群 | 178 |
| | |
| 第四章 个体身份:个体在私法群体中的位置 | 180 |
| 第一节 身份的私法构造 | 180 |
| 一、身份概念疏证 | 181 |
| (一) 广义的身份概念 | 181 |
| (二) 私法中的身份概念 | 183 |
| (三) 私法身份与权利能力 | 188 |
| 二、身份的特性 | 190 |
| (一) 身份的必然性 | 190 |
| (二) 身份的伦理性 | 191 |
| (三) 身份的超然性 | 191 |
| 三、私法群体 | 192 |
| (一) 私法群体的界定 | 192 |
| (二) 私法身份与私法群体 | 194 |
| 第二节 作为共同体的法律关系 | 196 |
| 一、共同体可以是法律调整的结果 | 198 |
| 二、法律关系本身也是一种共同体 | 202 |

| | |
|--------------------|-----|
| 第三节 法律关系共同体中的身份 | 206 |
| 一、法律行为与身份 | 206 |
| 二、权利义务与身份 | 208 |
| 第四节 权利的身份属性 | 210 |
| 一、身份与权利 | 211 |
| 二、人身权的身份属性 | 215 |
| (一)人格权的身份属性 | 217 |
| (二)身份权的身份属性 | 218 |
| 三、财产权的身份属性 | 222 |
| (一)“从身份到契约”的再解读 | 223 |
| (二)物权的身份属性 | 226 |
| (三)债权的身份属性 | 229 |
| | |
| 结语:权利的身份差异 | 231 |
| | |
| 附录 | |
| 论罗马法的世俗化 | 232 |
| 民法中意志的三次嬗变 | 256 |
| 论近代民法中自由意志的诞生 | 292 |
| 时间观念的发展与时间所有权的私法构造 | 333 |
| | |
| 后 记 | 367 |

绪 论

一、理论预设：现代民法的内涵

本书以现代民法中的人(自然人)为研究对象,揭示人在现代民法中的生存样态。这必然意味着“现代民法”是人的存在的理论大前提。因此,阐明“现代民法”概念自身的内涵就成为本书的理论预设。

我国著名民法学者梁慧星先生在《从近代民法到现代民法——20世纪民法回顾》一文中从民法的基础、民法的理念、民法的价值取向、民法的模式和民法的法学思潮等五个方面以宏观叙事手法概括了近代民法向现代民法演变的大致表现,并明确指出:“所谓近代民法,是指经过17、18世纪的发展,于19世纪欧洲各国编纂民法典而获得定型化的,一整套民法概念、原则、制度、理论和思想的系统。”“所谓现代民法是指近代民法在20世纪的延续和发展,可以说是现代社会对近代民法的原理、原则进行修正、发展的结果。”^①严格来说,梁先生其实并没有对“现代民法”下一个定义(也许,不仅“现代民法”的概念无法准确定义,就是“近代民法”甚至“民法”的精确定义学界都尚未统一意见),仅仅是对“现代民法”给了一个概念描述而远非概念界定。

在笔者看来,界定现代民法可以有各种角度,但有一点可以肯定,理解“近代民法”和“现代民法”的内涵绝不能仅仅从历史(时间)维度去理解,不然随着历史(时间)的推移,不同历史时期的民法会有不同的表现形式,后诞生的民法相对于先前的民法都可以被称为“现代民法”。然而,问题的诡谲之处在于,民法发展本身就是一个历史(时间)沿革问

^① 梁慧星:“从近代民法到现代民法——20世纪民法回顾”,载梁慧星主编《民商法论丛》(第7卷),法律出版社1997年版,第228~254页。

题,我们一方面不能用时间标准界定“近代民法”和“现代民法”的概念;另一方面,任何所谓的“近代民法”和“现代民法”的界定都必须跟历史(时间)有关。民法与历史(时间)的关系充满着辩证色彩,^①其背后伫立的是人对意义的不懈追求。

根据笔者的理解,所谓“现代民法”其实是指具有现代性内涵的民法。现代性不是东方文明的产物,它特指西方理性启蒙运动和现代化历程中所形成的一整套文化范式和社会运行机制。在哈贝马斯看来,现代性是一项至今尚未完成的事业。^②现代即现时代,^③它不仅意味着在时间上的“当下性”,更意味着在意义上的指导性。现代化是人获得现代性的过程,现代性是人实现现代化的结果。现代化是人特别是个人获得历史主体性的过程,这个过程从形式上看表现为历史(时间)的演进过程,其实质则是在神—自然—人的三角角逐中,神被驱逐、自然被去神话、人注定胜出的过程。所以,现代性是人从神威中出逃、挣脱自然的束缚——“脱域”后“人为的”理性化的运行机制和规则。在笔者看来,现代性的“脱域”有两层含义:首先,从神域中走出,这是一个世俗化的过程;其次,从自然地域中走出,这是一个市民(公民)化过程。无论人从神域还是地域走出,其所凭借的手段就是启蒙理性。现代性是一个历史演进过程,它开启于13世纪的文艺复兴,16世纪正式与中世纪分道扬镳。

^① 马俊驹、王恒:“时间观念的发展与时间所有权的私法构造”,载梁慧星主编《民商法论丛》(第57卷),法律出版社2015年版,第207~242页。

^② [德]于尔根·哈贝马斯:“现代性:未完成的工程”,丁君君译,载汪民安等主编《现代性基本读本》,河南大学出版社2005年版,第107~119页。

^③ 在英语中,Modern(现代)来源于拉丁语 Modernus。Modernus 一词出现于公元5世纪(公元392年,罗马皇帝狄奥多西正式宣布基督教为罗马帝国国教),这个词被基督徒用来指称不同于异教的自身所处的时代(基督时代)。正是在这个意义上,Modernus(Modern)一词本身就含有时间断裂的意思。当然,Modernus(Modern)被用来指称一个时代经历政治、经济、文化等共同孕育而具有的技术和观念的崭新时代,要等到中世纪后期,那时 Modernus(Modern)一词才具有了今天意义上的深刻的“现代”内涵。本书所使用的“现代”一词,不是单纯指时间,而更多的是指一种时间背后所展示的意义。“近代”一词,则是从时间角度上使用的。严格说来,笔者同意古代社会、中世纪社会和现代社会的三分法;不同意古代社会、中世纪社会、近代社会和现代社会的“四分法”。在我国,四分法不仅是历史学者的通常划分方法,更获得了一种意识形态的支撑。因此,本书有时也在四分法的意义上使用“近代”一词。提请各位读者注意。