

RECONSTRUCTION OF
PRIVATE LAW THEORY
AND SYSTEM FROM THE
PERSPECTIVE OF WILL

王森波 著

意志视角下 私法理论与体系的重构

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

RECONSTRUCTION OF
PRIVATE LAW THEORY
AND SYSTEM FROM THE
PERSPECTIVE OF WILL



— 王森波 著

意志视角下 私法理论与体系的重构

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

意志视角下私法理论与体系的重构 / 王森波著. —北京: 中国法制出版社, 2019.5

ISBN 978-7-5216-0209-8

I . ①意… II . ①王… III . ①私法—研究
IV . ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2019) 第 087318 号

策划编辑: 潘孝莉 (editorwendy@126.com)

责任编辑: 马春芳 (machunfang@zgfs.com)

封面设计: 杨泽江

意志视角下私法理论与体系的重构

YIZHI SHIJIAO XIA SIFA LILUN YU TIXI DE CHONGGOU

著者 / 王森波

经销 / 新华书店

印刷 / 北京京华虎彩印刷有限公司

开本 / 640 毫米 × 960 毫米 16 开

版次 / 2019 年 5 月第 1 版

印张 / 24.25 字数 / 303 千

2019 年 5 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5216-0209-8

定价: 99.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 010-66031119

网址: <http://www.zgfs.com>

编辑部电话: 010-66038139

市场营销部电话: 010-66033393

邮购部电话: 010-66033288

(如有印装质量问题, 请与本社印务部联系调换。电话: 010-66032926)

序

本书作者是我的学生，2011—2013年在华东政法大学博士后流动站跟随我做博士后研究。1993年中国政法大学毕业后，他一直从事律师工作，2008年进入复旦大学攻读博士学位后才开始转入理论研究。根据他的这一经历，入站时我曾建议他的选题尽可能地与实务相结合，以充分发挥其法律实务方面的特长。然而私法基础理论对他有着一种不可抗拒的吸引力，他最终选择的是《近代私法意志理论的反思与重构》这样一个宏大而抽象的选题。2013年10月，该选题以优秀的成绩通过了答辩。然而，作者本人似乎并不满意，出站后也一直没有停止修改。今年五月去庐山法院调研时，作者又提到了这篇论文，他说民法典很快就要出台了，他不能再等了，他对私法理论及其体系的研究无论如何也该定稿了。看得出，本书的修改和出版是他的一桩很大的心事，多年来，他对此一直充满期待而又略显不安。

以个体意志的作用对象为基础，潘德克顿法学所建构的是一个由物法、债法、家庭法等各子体系组成的横向结构体系。这种体系由于过于强调各子体系内部的理论自足性，在一定程度上忽略了私法各组成部分的共同基础及其内在关系，因而在理论上常常无法形成前后一致的融贯性解释，也难以避免法律适用上的内在冲突与竞合。在体系构造上，这种横向体系构造不仅无法协调所谓的“事实不平等”与自治理念之间的冲突，而且也不能妥善处理民法典与诸单行民事法律之间的关系，甚至是物法、债法和家庭法这些仍保留在民法体系内部的

部分，它们之间的关系也显得越来越疏远淡漠，以至于看起来越来越不像是“一家人”了。可以说，潘德克顿法学及其所建构的体系已经无法适应当下的社会现实，其理论与体系的建构方式的确需要重新审视了。

立足于意志的自主性，作者希望能为私法各子体系的理论建构寻找到一个共同的逻辑起点，并由此解决潘德克顿法学所面临的各种困境。经过七年的艰难探索，作者对潘德克顿法学理论与体系进行了改造完善，并从私法视角论、意志自主论和纵向构造论三个方面进行了系统的阐述。

作者认为，不同的视角影响着人们对法律的理解方式和解释方式，并进一步影响甚至决定着人们的法律思维方式和法律理论与体系的建构方式。私法的视角主要有两种：一种是“关系—正义”视角，也可称为“关系视角”或“正义视角”；另一种是“个体—意志”视角，也可称为“个体视角”或“意志视角”。正义视角一般都会承认某种先在或应然的秩序，并立足于这种秩序来设定一般性的正义原则；而意志视角一般不承认任何先在的秩序，而是立足于个体的意志来设定规则，所考虑的是个体的行为选择是否能够真正体现本人的意志。立足于两种不同的视角，尽管有助于人们形成对私法的全面认识，但从私法理论和体系建构的角度而言，同一理论或体系中不能同时存在两种视角，否则必然导致理论的内在冲突与体系的分解。对当前潘德克顿法学所面临的困境，立足私法视角论，基本上可以寻找到问题的根源。

立足于意志的自主性，作者系统阐述了自主行为理论。意志自主与意志自由不同，自由表达的是个体与环境的关系，而自主反映的是个体的选择倾向；自主行为与法律行为也不同，法律行为仅限于有效的意思表示行为，而自主行为不仅包括法律行为，还包括履行行为、侵权行为以及其他基于个体自主决定而实施的一切行为。由此，私法

领域的个体行为有了共同的逻辑起点和规范基础。

在作者看来,私法不过是个体意志自主决定的领域,立足于意志自主,可以打造出一个纯粹的个体意志自主决定的空间,这一空间可进一步划分为主体领域、关系领域和责任领域三个不同的部分。其中:主体领域表达的是一个孤立而完全的个体免受他人干涉或侵犯的空间,反映的是单纯的不以个体意志为转移的共处关系,在此领域,一切个体对他人的主体领域负有普遍性的不作为义务。除主体领域的共处关系外,个体还可以基于自己的意志与他人设定各种关系,由此进入关系领域。关系领域的义务既有个体通过承诺的自我设定,也有法律的预先设定,但即使是法律预设的义务,是否建立关系从而接受这种义务的约束仍然取决于个体的意志。在此意义上,关系领域的义务在本质上都可以说是个体意志自我设定或认可的义务。无论是主体领域的普遍性义务,还是关系领域自我设定或认可的义务,对本人都具有约束力。义务的违反构成责任,责任体现的是对自主行为的法律约束。主体领域、关系领域和责任领域的私法领域划分体现的是一种纵向的逻辑脉络,从而形成了私法体系的一种纵向构造。

可以看出,作者对私法理论及其体系的建构是宏大而自成体系的。其提出的私法视角论强调视角在理论与体系建构中的重要性,对如何处理当前私法自治理念与“事实不平等”问题的冲突有重要的理论价值。意志自主论立足于意志的自主性对自主行为、权利与责任等私法核心概念进行了重新阐释,有效解决了当前私法理论所面临的内在冲突、权利泛化以及责任与债和义务的关系等理论难题。相对于潘德克顿的横向体系,纵向体系构造的内在逻辑关系更为清晰,且更具有包容性和开放性,对知识产权、劳动关系、消费关系乃至成员关系等内容在私法体系中的安排,排除了理论和法律理念上的障碍。

目前,我国的民法典制定已进入最后阶段,各分编草案正在广泛

征求意见，其基本的体系框架已经成型。本书提出的的是一个完全不同的体系构造，其立足于意志视角所阐述的意志自主论在很大程度上也是对传统私法理论的颠覆。但是，本书提出的“纵向体系”无论是否能对我国的民法典制定产生影响，它对我们重新审视私法的体系构造都有不可忽略的价值；本书的观点无论是否能被广泛接受，它都值得一读。因为，它为我们理解私法打开了一个新的视角，展示了私法的另外一副模样。

华东政法大学法律文明史研究院

何勤华

上篇 私法视角论

——私法理论与体系建构的视角：历史演变与当代选择

导 言 / 003

一、视角与理解私法的方式 / 003

二、私法的两种视角 / 006

三、私法视角问题的当前意义 / 012

第一章 罗马法的“正义”视角 / 015

第一节 罗马法的历史演进 / 015

一、罗马法的生成与发展 / 015

二、罗马法体系的形成 / 021

三、罗马法的生成演进轨迹 / 027

第二节 罗马法的视角 / 032

一、古代罗马的社会建构 / 033

二、古代罗马的正义观念 / 037

三、罗马法的“关系—正义”视角 / 040

第三节 正义视角下的罗马法理论与体系 / 045

一、正义视角下的罗马法理论 / 045

二、正义视角下罗马法的体系构造 / 050

三、罗马法的幸运，还是遗憾？ / 055

第二章 理性法时代的视角转向 / 058

第一节 罗马法的中世纪发展 / 058

一、罗马法的衰落及其中世纪的复兴 / 058

二、法学理论的重述 / 063

三、体系重构的尝试 / 067

第二节 法学视角的转向 / 071

一、中世纪社会的蝉蜕 / 071

二、哲学视角的转向 / 075

三、理性法及其“人本”立场 / 078

第三节 “人本”视角下的私法理论与体系 / 082

一、自然法理论 / 082

二、法典化实践 / 086

三、“人本”视角的内在冲突与交错 / 089

第三章 潘德克顿法学的“意志”视角 / 094

第一节 私法视角的根本转变 / 094

一、自然法的式微 / 094

二、潘德克顿法学 / 098	
三、潘德克顿法学的意志视角 / 101	
第二节 意志视角下的私法理论与体系 / 105	
一、“人”及其行为的抽象 / 105	
二、私法意志理论 / 109	
三、体系的横向构造 / 114	
第三节 意志视角的现实困境 / 119	
一、“人”的虚化与客体化 / 119	
二、意志理论的内在冲突 / 124	
三、横向体系的分解 / 128	
第四章 私法视角的当前选择 / 131	
第一节 理论重构的努力 / 131	
一、正义理论的复兴 / 131	
二、社会法理论 / 136	
第二节 体系重构的尝试 / 138	
一、大民法体系 / 138	
二、体系的重新整合 / 141	
三、解法典化思潮 / 145	
第三节 私法视角的当前选择 / 147	
一、正义理论的局限 / 147	
二、社会法理论的问题 / 151	

三、认真对待意志 / 153

中篇 意志自主论

——意志视角下私法理论的重构

第五章 意志的自由与自主：逻辑起点的选择 / 159

第一节 意志理论的逻辑起点及其问题 / 159

一、视角、理论与逻辑起点 / 159

二、自由作为意志理论的逻辑起点 / 161

三、对自由问题关注之不足 / 164

第二节 意志自由的基本问题及其私法预设 / 165

一、意志自由的可能性 / 165

二、决定论与相容论的认识分歧 / 167

三、意志自由的私法预设 / 173

第三节 自由的条件及其私法困境 / 175

一、意志自由的影响因素 / 175

二、三种不同的自由观 / 180

三、自由问题的私法困境 / 185

第四节 意志的自主性：意志视角下私法的逻辑起点 / 191

一、意志的自由与自主 / 191

二、自主的理性约束 / 193

三、自主作为私法理论的逻辑起点 / 198

第六章 自主行为 / 200

第一节 自主行为的界定 / 200

一、自主与不自主的界限 / 200

二、本人的先前行为与自主性的认定 / 207

三、自主行为与法律行为 / 208

第二节 自主行为的类型 / 210

一、表示行为 / 211

二、现实行动 / 215

三、辅助行为 / 220

第三节 行为的自主性欠缺及其补救 / 221

一、不完全自主行为 / 222

二、不真正自主行为 / 226

三、自主性欠缺的补救 / 229

第七章 自主的领域 / 233

第一节 自主行为的正当性及其领域 / 233

一、自主行为的正当性及其来源 / 233

二、正当性的标准与自主的领域 / 236

三、自主领域的影响因素 / 240

第二节 自主的主体领域 / 243

一、主体领域的范围 / 243

二、主体领域的规范目标及其具体内容 / 248

三、主体领域的私法预设 / 250

第三节 自主的关系领域 / 252

一、关系模式 / 252

二、关系模式的类型 / 255

三、自主领域与法律强制 / 262

第八章 自主的权利表达 / 265

第一节 权利的基本问题 / 265

一、权利的性质 / 265

二、权利的正当性来源 / 269

三、权利与义务的关系 / 273

第二节 主体性权利与构成性权利 / 277

一、主体性权利 / 277

二、构成性权利 / 283

三、权利的行使 / 289

第三节 普遍性义务与设定性义务 / 290

一、主体领域的普遍性义务 / 290

二、关系领域的设定性义务 / 294

三、义务的履行 / 298

第九章 自主行为的责任约束 / 300

第一节 责任的一般问题 / 300

一、责任的性质 / 300	
二、责任的功能 / 302	
三、责任的根据 / 304	
第二节 义务违反 / 307	
一、义务违反的认定 / 307	
二、义务违反的抗辩 / 309	
三、义务违反与归责 / 310	
第三节 责任的承担 / 313	
一、责任的范围 / 313	
二、责任的样态 / 315	
三、责任的承担方式 / 317	

下篇 纵向构造论

——立足于意志自主论的私法体系——

第十章 私法的边界 / 323

第一节 私法边界问题的困惑 / 323

- 一、什么是私法？ / 323
- 二、标准的重新确定 / 327

第二节 私法与其他法域的具体界分 / 331

- 一、私法与公法 / 331
- 二、关于社会法及其第三法域 / 333

三、私法、民法与商法 / 337

第十一章 私法的纵向体系构造 / 339

第一节 私法体系的纵向脉络 / 339

一、体系的意义 / 339

二、私法的脉络与体系建构方式 / 340

三、自主理论的体系框架及其纵向脉络 / 343

第二节 纵向体系的具体构造 / 345

一、总则编 / 345

二、主体领域编 / 345

三、关系领域编 / 348

四、责任编 / 351

第三节 纵向体系与横向体系的比较 / 352

一、请求权的统一 / 352

二、责任与义务的区分 / 355

三、编排形式上的差别 / 359

附：民法典纵向构造的内容编排 / 364

后记 / 371

上篇 私法视角论

——私法理论与体系建构的视角：
历史演变与当代选择



