

法学经典译丛

主编·龙卫球

Léon Duguit

| The Law and the State |

法律与国家

[法] 狄 骥 / 著
冷 静 / 译
郑 戈 / 校

中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

311015
311015



[The Law and the State]

法律与国家

王德福 著

中国政法大学出版社
1999年12月第1版

法学经典译丛

主编·龙卫球

| The Law and the State |

法律与国家

中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

法律与国家/ (法) 狄骥著; 冷静译. —北京:
中国法制出版社, 2010. 5
ISBN 978 - 7 - 5093 - 1910 - 9

I. ①法… II. ①狄…②冷… III. ①法的理论 - 研
究 IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 074724 号

策划编辑: 周林刚

责任编辑: 王进文

封面设计: 蒋怡

法律与国家

FALU YU GUOJIA

著者/狄骥

译者/冷静

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/640 × 960 毫米 16

版次/2010 年 6 月第 1 版

印张/14.25 字数/154 千

2010 年 6 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 1910 - 9

定价: 36.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66070042

传真: 66031119

编辑部电话: 66067024

邮购部电话: 66033288

“法学经典译丛”总序

龙卫球

域外法学名著和典籍的中译，幸有吾国法学界同仁的不懈努力，近些年来已成蔚为大观之势。然而，要使这种势头持续下去，最终完成西学东渐中文资料库的基本建设，还有赖更多的组织和投入，尤其是新生代学人应该以追学前贤的精神，竭力奉献自己的心智和学力。此为本套翻译丛书的缘起，或谓“承继志业”，或谓“众人拾柴火焰高”。参加本丛书的译者主要是一批青年学人，他们的视野比较新锐，学术基础较为宽厚，精力也比较充沛，他们也非常乐于奉献。应该说，本丛书也是他们的热忱推动的结果。本套丛书命名为“法学经典译丛”，其实并非要将法学经典悉数囊括，编者的真实意图在于拾遗补阙而已。吾国前辈译者已经翻译了不同时期的大量经典著述，但是由于精力和时间有限，不免留下了若干空当。例如，法学成型时期即中世纪的注释法学家们的著述；又例如，法学忽然得以空前发展、大放异彩时期即十八、十九世纪法学家的著述，甚至法学现代化强劲时期的二十世纪初期的相当数量的重要著述，为译者甚少，而这些关

乎法学形成和兴起的经典著述、文献的缺译，对于我们历史地体会、研习西方法学、法治的脉络、精髓，不啻为一道鸿沟。本套丛书打算在一定程度上填补这一缺憾。本丛书名义上由我个人主持。我本打算邀请几位学界同道好友组织一个编委会，后来一想这种做法虽然有益于集思广益，但是有时也不免流于形式，有时还有规避个人责任的嫌疑，因此作罢。但这不等于说本丛书就是个人决断，实际上，本丛书每位加入的译者都是隐形编委，他们都参与整体规划，并且在一种开放的商谈中影响本丛书的形成和发展。译事多难为，毋庸赘述，学界同行和读者已经完全能够体会。本丛书的组织者和译者绝对不敢懈怠，一方面当竭力提升自己的视野和才学；另一方面当以认真对待的态度付诸扎实努力。然而，我们也深知，不足之处终究难免，恳请读者和同行斧正和包涵。

2007年1月12日于军都山下

目 录

导 论 /1

第一章 个人主义的形而上学学说

——1789 年《人权宣言》 /12

第二章 让—雅克·卢梭与社会契约论 /31

第三章 康德的政治和法律学说 /47

第四章 黑格尔的法律学说 /68

第五章 黑格尔的政治哲学

——国家理论 /91

第六章 大革命以来法国的形而上学和个人主义学说 /120

第七章 德国的公法理论与形而上学的国家观 /140

第八章 德国的现实主义国家观 /171

第九章 法国的现实主义国家观 /191

导 论

本文的准备工作（如果不说是这个写作过程的话）在目前这场给人类带来灾难性后果的战争爆发之前很久就已经完成了。因此，它不是一篇应景之作。同时，也不能说它是在使人们的判断倒向一边，或者是在试图这样做。就作者的意图而言，本文旨在向世人展示：从康德到耶林和耶利内克的 19 世纪德国公法学说充其量是在为使用暴力作辩护；它们打着法律理论的幌子，而实际上是在试图重新确立集权主义的国家观，特别是确立在对内和对外代表的国家的君主的专制。与此相反，从 1789 年至今的法国法律学说一直致力于寻找对国家权力施加法律约束的真正司法基础以及保障其实行的手段。当然，法学家们在这方面的设想是千差万别的，从最纯粹的个人主义直到最彻底的社会主义。但是，这些理论所试图达到的目的却是一致的，那就是证明国家的权力要受到高于国家本身的法律规

则 (*une règle de droit*)* 的约束。

当然，我们也应当承认：包括哥贝尔 (Gerber) 和祁克 (Gierke) 在内的某些伟大的德国法学家也肯定了同样的原则并试图加以证明。但他们是孤立的；他们的主张从未得到过认可。



是否存在一种在国家之上、禁止它做某些事情而要求它做另外一些事情的法治原则？这是公法中的基本问题。如果答案是否定的，那就不存在公法，因为国家的任何作为或不作为都不会触犯法律。要回答这个问题，不是要确定国家的某一个部门是否有义务做或者不做某些事情，而是要了解是否存在一种对国家构成约束的积极或消极的法律义务，这种义务为国家本身所承认，限制着国家各部门的权力，为国家的各个部门（包括立法部门和行政部门）规定着作为或不作为的义务。

我们有必要进一步全面理解这一问题的含义和涉及面。它既不是一个经济问题，也不是一个道德问题。它是，而且仅仅是一个法律问题。由于这个原因，在叙述各种学说（这正是本文的目的）时，我们将只讨论严格意义上的法律理论。我将不会讨论特雷其克 (Treitschke) 等历史学家和伯恩哈迪等将军的理论中所涉及的问题，尽管他们那些令人厌憎的理论在近两年中经常反复出现在书籍、评论和期刊上。他们这一类人从来也不曾想过要阐述一套法律理论，而只是想表述一种关于政治和军事行动的原则，

* 本书中有两个核心概念：法律规则 (*une règle de droit*) 和法治原则 (*la règle de droit*)，前者是指某种具体的实在法，而后者则是在亚里士多德的所谓“法律之治优于一人之治”的意义上使用的，所指的是一种国家的治理原则。——译者注

这种原则充分体现在特雷其克那句反复被人引用的名言中，这句名言就是：“国家就是强力。”^{〔1〕} 过去三年间所发生的事件已经证明他们在德国的影响是非常巨大的。虽然所谓的“法学理论”看似不太引人注意，但它们的实际影响力却不容忽视。

从政治和经济两方面来讲，限制国家权力的问题显然是一个关于资本的问题。这个问题关系到确定国家在何种程度上可以借助自己所掌握的强有力的行动资源来实施干预，以确保其人民的经济、智识和道德发展。从实践角度来讲，这不仅是一个国家中的每一位个人都会遭遇到的问题，而且还是一个已经引起并将继续引起永无止息的激烈争论的问题。经济学家和政治学家们有义务解答这个问题，不是根据某种先验的原则，而是根据具体的实际情况——根据每一个国家的物质和精神需要。

另一方面，我们能够而且必须自己回答这样一些问题：是否存在加诸掌握政治权利的人们之上的道德义务，是否存在一种限制其行为并约束他们履行某些特定义务的道德律（*une règle morale*）。的确存在这样的道德义务，这一点是毫无疑问的；而且，一般来讲，即使是最强硬的专制主义者也不曾对它提出过质疑，尽管人们所提供的作为这种道德律的基础的原则各不相同。这样一种道德律概念意味着一个自由意志必定会希求某些自身具有良好品质的东西，而自觉摒弃另一些自身具有罪恶本性的事物。简言之，它暗示着在对与错本身之间存在着截然的对立，尽管人们给出的区分对与错的标准各不相同。显而易见的是，没有人会认为掌握权柄的人在行使其权力的时候没有义务遵循一种特定的规则——根据这种规则，他们必须做某些事情而不得做另一些事情。那么，确定这种义务的标准是什么呢？对于这个问题，

〔1〕 Treitschke, *Politik*, 柏林大学演讲集，莱比锡，1899—1900。

人们已经给出了五花八门的答案，而且，各种新的答案仍在不断出现。关于政治伦理的理论和实践体系，正像关于个人伦理的体系一样，是无限繁多的。但是，在现实生活中，没有任何一个人是不承认任何道德法则的，因此，也没有任何人会否认存在着某种约束统治者行为的道德行为准则。

二

正像我们已经指出的那样，就其性质而言，对国家的制度约束问题纯粹是一个法律问题。要想解决这一问题，就必须确立一种适用于国家的法律规则（*une règle de droit*），通过法律来控制政府的行为、规定政府的义务并限制政府的权力。这种法治原则在其原则、结果和实施手段上都明显区别于道德律。

法治原则（*la règle de droit*）禁止做某些事情，或者要求必须做某些事情，这不是因为法律根据某种先验原则判断某种行为本身是善的或恶的，而是因为这种行为与某一固定的人类集体中的社会关系相违逆或是相协调。道德律关注于人作为一种存在的完备性，它既要考察人的精神状态，又要考察人的外在行为。它只适用于与其他意志发生关系的意志。不管法治原则建立在什么样的基础之上，这一点都是千真万确的。至于法律是否赋予个人以自治性和不可侵犯性，法律是否规定每一个人都必须尊重他人以及法治原则本身是否被确认为社会的纪律（*social discipline*）以及所有社会群体的组织规则，则是较为次要的问题。这一概念总是暗示着这样一种观念：存在着一种适用于生活在社会中的所有人的原则，这种原则之所以适用于这些人，仅仅因为他们生活在社会之中。

另一方面，在关于这一原则的观念以及关于社会对这一原则

的迫切需要（这种需要导致社会要求人们服从这一原则）的观念已经深深地渗透到那些组成某一社会的人们的意识之中，以至于对这一原则的冒犯将导致一种深刻的社会反应，从而使该原则可以在社会的层面上被组织起来之前，社会上并不存在一种法治原则。一种起初只是一项道德原则的规则随着时间的推移可能变成一项法律规则，这种变化完成于这样一个时刻：由违反规则所导致的社会反应已经变得足够有力和足够确定，以至于足以获得来自于习惯或者来自于法律的比较完全的具体规定。实际上，道德律没有任何现实的强制手段。对于信仰者来说，它拥有一种超越世俗世界的强制力。但这是违背科学的。道德律的约束力可能来自于自责；但这完全是个人性的，无论如何也算不上一种社会强制力。有些时候，对道德律的违反会导致人们对违反者的蔑视。但这种约束力仍然处于一种含糊不清的状态，无法实现社会化的组织。

此外，道德律给人们设定了某些义务，但这并不是因为个人之间存在的关系，而是由于道德律所要求的具体事项本身的性质。如果说一项道德法则意味着强加于某个意志的某种义务，这也并不意味着根据这项义务可以产生来自于另一个意志的相应权力。但是，就法律规则而言，情况就截然不同了，因为它起源于社会交往，也因为它的目的是规范组成某一社会群体的个人意志之间的既存关系。每一项法律规则都意味着为某一意志设定某项特定的义务，使之不得不做某种事情；与此同时，对某些其他意志而言，它又意味着赋予做其他一些事情的权力。我在 1901 年曾经写到：“一种意愿上的义务（a duty of willing）约束着每一个人的意志；一项个人的意志，不管它是什么，都不得欲求一种可能与法治原则相悖的事物，也不得形成一种为法治原则所未曾认可的动机所决定的意志。相反，当某种个人意志与这一原则相

吻合的时候，它便有权援引该原则，以便产生一种有效的结果，而且这种有效的结果对所有个人都具有一种社会性的约束力。在存在一种有意识和有组织的强制力量（也就是国家中的政治权力）的社会群体中，这种结果对掌握权力的人也具有约束力，他们将不得不利用自己所掌握的权力来达致人们希望的结果。”

三

现在，我们可以清楚地看到问题到底在哪里了。国家是否必须服从某种法律规则？问题并不在于确定政府的某一部部门是否应当受到法律的约束，而在于确定国家自身（不论实施干预的部门究竟是哪一个）的行动是否应当限制在它必须服从的法律所规定的限度内——也就是说，国家的行动是否受到一种法律原则的约束，该原则迫使国家既受制于积极义务，又受制于消极义务，而且，该原则还具有一种可以在社会上组织起来的强制力。国家是否必须服从这样一种原则——这种原则不仅为国家设置了具有社会强制力的义务，而且同时还意味着所有社会成员都享有相应的干预权，以确保该原则得到适用，确保国家履行该原则所赋予它的义务？

这个问题的重要性及其意义是很容易理解的。这个问题甚至触及到公法的根基。如果国家不受这样一种法律原则的制约，那就不存在任何国内公法（*droit public interne*）或任何国际公法了（*droit public international*）。那么，国家的物质性力量——或者德国人所说的国家强力（*Macht*）就不会受到任何制约了。国家就是强力，而且仅仅是强力。个人变成了国家的财产，而弱小的国家则变成强国的天生奴隶。

谈到这里，我想特别加以强调，不管这一问题是多么地难以

解决，我们也必须解决它，这是我们不容推辞的义务。我们必须以一种积极的方式来确立依法限制国家权力的原则。如果没有这样的原则，任何社会生活和国际生活都不可能顺利进行。没有它，社会上就会充斥着暴力和野蛮。

那么，解决这一问题的困难究竟何在呢？这种困难是非常艰巨的，而且，根据人们所提出的国家概念的不同，困难的程度也随之变化。关于国家的起源和性质，人们已经提出过许许多多的不同学说，这些学说产生于两种不同的一般趋势，并且可以被归入两个一般性的类型，即：形而上学学说和现实主义学说。根据人们所采纳的概念体系的不同——即：有些人采纳了形而上学的概念，另一些人则采纳了现实主义的概念，他们思考国家权力的法律制约这一问题的方式之间也存在根本的差异。

四

我把所有符合如下特征的学说都归入形而上学的类别：这些学说认为国家具有一种区别于个人的人格，这使得国家成为一种具有意志的人格主体，这种意志高于其他所有意志。人们通常把这种意志称为“主权”。

这些命题显然带有形而上学的性质。因为即使在我们只能证明存在个人和个人意志的情况下，它们仍然坚持主张在个人之外还存在一种集体性的人格主体，在个人意志之外还存在一种集体意志，它们甚至还假装揭示了这种意志的本质，并且主张这种意志天然高于个人意志。

而且，这种学说的某些支持者还试图解释和证明国家的实际人格以及附属于国家意志的主权的性质。确切地说，他们是法国形而上学国家观的代表。德国的形而上学国家观支持者则并不试

图这样做。在黑格尔学说的影响下，他们认为国家的人格和主权意志是本质上就存在的，而且是为其自身的目的而存在的。他们在国家中看到了个体与集体的结合，并在其中看到了道德理想的实现。在没有作出进一步考察的情况下，他们就抢先宣布国家具有有意识、有意志的主权人格。

无论如何，就我们所欲解决的问题而言，这些形而上学学说彼此之间的差异都是次要的。在所有的形而上学学说中，对国家是否应当服从法律这一问题的回答都是一样的。它们的回答是这样的：如果国家从本质上讲是一种主权意志——也就是一种对个人发布命令而不必服从其他任何意志的意志，它怎么可能服从某种规则呢？根据主权的定义，没有任何意志可以颁布令国家服从的法律。如果存在一种高于国家的法律规则，而国家不得不服从这种规则，那么国家就不再是主权者，因此也就不再成其为国家了。在主权国家的概念与高于国家并限制国家行动的法律规则概念之间存在着不可化解的矛盾。

德国的法学家们是这样来表述这种思想的：国家拥有一种除自我限制以外不受其他任何限制的意志，这种意志决定着国家自身的行动范围，它“完全可以自行确定自身的管辖权范围”。如果国家的意志受到一种更高原则的约束，如果这种原则确定并限制着国家的行动范围，那么国家就不再是一种自治的主权意志，不再能够自行调整自己的限度，也就不再成其为国家。

这种理论所导致的问题是非常严重的问题。我本人认为，这种问题是根本无法解决的。尽管人们曾经作出过各种努力，尽管这种理论所发展出的玄妙精微的论证创造出了一些奇迹，我们还是未曾见到过任何一种令人满意的解决方案。这种解决方案永远也不会出现。最为精致的理论体系只是暂时遮蔽了困难。但它们永远也无法解决这些困难。它们总是得出相同的结论——要么把

国家视为至高无上的人格主体，要么否认国家的主权，他们在卢梭和黑格尔的极权主义与斯特勒的无政府主义之间摇摆不定。

五

在现实主义的观念中，国家不是一个区别于个人的人格主体。当人们谈及国家的意志时，只是在使用一种隐喻，或者是为了表达的便利。当一个个人或一个群体在确定的疆域之内垄断了实行约束和管理的权力时，或者换句话说，当一个特定的社会中存在着统治者与被统治者之间的固定区分时，我们就可以说，在这个社会里存在着一个国家。现实主义的学说否弃了所有带有形而上学性质的主张。我们所能证实其存在的只有个人的意志。所以我们的语言中只能存在“个人意志”这样的术语。“存在着一种区别于个人意志的集体性国家意志”，这样的命题只是一种缺乏科学价值的假设。不存在所谓的国家意志，只存在掌握统治权的个人的意志。当这些行使国家权力的个人采取行动时，他们并不是国家这种虚构的人格主体的代理人或下属，也不是在表达或执行国家的意志。他们所表达和执行的是他们自己的意志，仅此而已。任何关于国家的其他观念都是幻想。

人们可以清楚地看到：如果采纳现实主义的国家观，我们在考虑“对公共权力的约束”这一问题时就会采取完全不同于形而上学学说的思路。由虚构的国家主权这一概念所导致的难题在这种视角中根本就不会出现（虽然我们仍然无法解决它）——因为这种主权是一种属于国家这种集体性人格主体所有的意志，而现实主义学说在否认存在国家这种集体人格的同时也就否认了主权的存在。那些行使权利者的意志，由于仅仅是个人的意志，所以像所有其他个人意志一样，也必须服从高于它们的权利和法律原

则，尽管这种原则的基础还有待确定。从现在起，我们就不必理睬主权理论所带来的问题了。

现实主义学说也像形而上学学说一样面临着这样一个问题：如何找到一种办法来强制行使权力者履行他们所负有的法律义务。有人认为，我们可以设想那些掌权者有义务服从道德准则或某些经济法则，但无法设想他们受制于某种法律规则。我们在前面已经提到，法律规则与道德准则的区别在于：违反法律规则会导致一种社会反应，因为法律规则得到社会的有组织的保障。因此，如果从前面提到过的国家的定义出发，认为那些掌握国家权力的人垄断了约束和管理社会的权力，我们便无法设想他们会针对自己来组织法律规则的强制实施。因此，人们必然会得出这样一个结论：由于不可能存在针对行使权力者的有组织的社会强制，所以不可能存在约束掌权者的法律规则；同时，只要不存在针对掌权者实施法律强制的可能性，就不可能存在一种法治原则。

在这里，我们应当特别提到埃斯曼在猛烈攻击所有现实主义学说时所说的一段话：“在我看来，否认主权权利只会造成一种结果，那就是主张暴力统治，主张通过暴力来确立政府的权利——这种权利在古代王朝就已经受到抨击，后来更受到国家主权原则的严厉谴责。这是一个事实问题而不是一个法律问题。”^{〔1〕}

尽管埃斯曼教授因其渊博的学识而享有崇高的权威性，我的看法仍然与他截然相反。我相信，如果某种学说能够为国家权力的法律限制确立一种牢同的基础，它就可以称得上是一种纯粹现实主义的学说。迄今为止，所有的形而上学学说都遭遇到了这样

〔1〕 Esmein, *Droit constitutionnel*, sixth edition, by Joseph Barthélemy, 1914, p. 43.