



德语法学思想译丛

私法的社会任务

基尔克法学文选

[德] 奥托·基尔克 / 著

刘志阳 张小丹 / 译



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

Die soziale Aufgabe des Privatrechts



德语法学思想译丛

Die soziale Aufgabe des Privatrechts

私法的社会任务

基尔克法学文选

[德] 奥托·基尔克 / 著

刘志阳 张小丹 / 译

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

私法的社会任务: 基尔克法学文选 / (德) 奥托·基尔克著;
刘志阳, 张小丹译. —北京: 中国法制出版社, 2017.4

ISBN 978-7-5093-8468-8

I. ①私… II. ①奥… ②刘… ③张… III. ①私法—
文集 IV. ①D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 077000 号

策划编辑 王雯汀

责任编辑 王雯汀

封面设计 蒋 怡

私法的社会任务: 基尔克法学文选

SIFA DE SHEHUI RENWU: JIERKE FAXUE WENXUAN

著者 / (德) 奥托·基尔克

译者 / 刘志阳 张小丹

经销 / 新华书店

印刷 / 三河市紫恒印装有限公司

开本 / 880 毫米 × 1230 毫米 32 开

版次 / 2017 年 6 月第 1 版

印张 / 5 字数 / 111 千

2017 年 6 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-8468-8

定价: 28.00 元

北京西单横二条 2 号

值班电话: 66026508

邮政编码: 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfs.com>

编辑部电话: 66060794

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010-66032926)

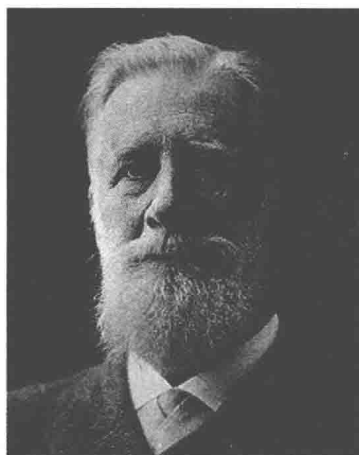


德语法学思想译丛

译者导读

奥托·弗里德里希·冯·基尔克 (Otto Friedrich von Gierke) (1841年1月11日生于 Stettin, 1921年10月10日逝世于柏林), 德国法学家、政治家。在法学上, 其为德国历史法学派中日耳曼学派 (与德意志学派相对) 最后一位代表性人物。其主要著作有《德国合作社法》(4卷本)、《德国私法》(3卷本)、《自然法和德国法》、《Johannes Althusius 与国家理论在自然法上的发展》等。其研究成果在德国法发展中具有重要的意义。对合作社历史的梳理, 使其成为德国法 (与罗马法相对) 意义上的所有权概念 (Eigentumsbegriff) 的重要捍卫者。同样, 德国社会法 (Sozialrecht) 的概念亦可追溯于他, 然而, 他并非是在当今社会保险法或社会救助法的意义上提出这一概念, 而是将之作为联合体或合作社的内部法来使用。

本书收集了基尔克最著名的三篇演讲, 《自然法与德国法》(1882年)、



基尔克

《私法的社会任务》(1889年)、《人类联合体的本质》(1902年)以及一篇长文《法律与道德》(1916—1917年)。这四部作品凝聚了基尔克一生法学研究的精华。

《自然法与德国法》(Naturrecht und Deutsches Recht)是基尔克于1882年10月15日在布雷斯劳大学所作的校长就职演讲,后来被Literarische Anstalt Rütten & Loening出版社出版成书。在回答“什么是法?”这一问题时,基尔克从自然理性、宗教教义、国家规范、道德风俗等要素上加以讨论,特别是结合德国法的发展史引入了历史分析的方法,从历史发展的角度阐述了德国自然法的发展及其对德国法发展的意义。

《私法的社会任务》(Die Soziale Aufgabe des Privatrechts)则是基尔克于1889年4月5日在维也纳法学会所作的报告。该报告于1889年由位于柏林的施普林格(Julius Springer)出版社出版。本书是为了让奥地利的法学家们注意到已公布的《〈德国民法典〉第一草案》中的缺陷,并请他们在争论中对基尔克自己所倡导的历史中演进的法律思想和社会性立法给予支持。本文从社会立法的角度讨论了《〈德国民法典〉第一草案》中的财产制度、家庭制度等问题,并从历史发展的角度对这些制度的社会功能给予分析。

《人类联合体的本质》(Das Wesen der menschlichen Verbände)则是基尔克于1902年10月15日在弗里德里希·威廉国王大学校长就职典礼上的演讲。本文后来由Buchdruckerei von Custav Schade(Otto Francke)出版社于1902年出版。本文凝聚了基尔克一生所重点研究的人类联合体问题,其用历史分析的方法梳理了人类联合体的法学问题,其在本文中捍卫了自己的真实联合人格理论(Theorie von der realen Verbandspersönlichkeit)。

《法律与道德》(Recht und Sittlichkeit)一文是基尔克关于法律与道德

关系的法哲学思考。虽然其在文章中自谦称：“只是想给法律与道德这一主题带来一些零碎的贡献”，但是实际上其在文章中不仅系统地研究了这二者的关系，而且还论述了相关的“道德与风俗习惯”的关系。作者首先从德国民法典引用了大量实证条文，指出了这些条文对道德法则的大量援引，而这些援引“促使人们重新思考法律与道德之间非常有争议的关系”。作者认为：“法律与道德都以人的意志自由为前提。”因此，法律与道德的区别特征并非是通常认为的是否具有“外在强制性”或者是“法律来源于集体意识，而道德来源于个体意识”，相反，“法律与道德的真正区别特征在于它们规范功能的不同的性质……法律针对的是意志承担者的外在行为，而道德针对的是意志承担者的内在行为。”然而，法律与道德的区分不妨碍这二者的相互交会：“法律秩序选取的是由外而内的道路，而道德法则选择的是由内而外的道路，那么，为了规定自由的人的意志，法律秩序和道德法则必然会相遇并在一个特定的共同统治领域相会。而那些落入交叉领域的东西则服从于二者的统治。”从法律的角度说，“法律秩序只应该在如下的范围内吸收道德的东西，即这些道德的东西同时属于法律理念的领域。法律不应该仅仅因为道德的东西是道德的就加以要求，相反，只有道德的东西同时也被正义所要求的时候，法律才应该去要求；同样，法律不应该仅仅因为不道德的东西是不道德的就加以禁止，相反，只有不道德的东西同时也被认为是非正义的时候，法律才应该去禁止。”

《法律与道德》写于第一次世界大战期间，文章最后的大量篇幅也体现出了基尔克对德国战争法的反思，对个人自由、合同自由被限制和侵犯的警惕和对过分集权的警告：“在将和平法转变为战争法的过程中，新的法律规范作为权力手段被创造出来，因此，出现了国家权力巨大的集中和提升。”而在对这些战争期间出现的法律非常状态的思考中，基尔克回溯到

了其惯有的历史法学派立场：“即使在为紧急状态制定规则时，也不能仅仅考虑某一规则是否符合某种眼前利益，而是同时总是要询问人民的鲜活的法律意识”；“从战争紧急状态中诞生的紧急状态法只有在它忠于法律理念的时候，它才能真正完成它的任务。当且仅当紧急状态法由法律意识所承担的时候，且基于这一理由，即因为它被感受为是正义的，所以它才能维护在它的外在强制背后发挥作用的内在力量，紧急状态法必然是强大的，也才能是强大的。”对于第一次世界大战后德国法律的重建和发展，他认为：“自我发展符合法律的本质。作为有机体，法律在它的形成和生长的过程中由它内在的生命力所决定。因此，法律的繁荣发展以保持历史连续性为条件”；“德国法是德意志民族应有的法律”；“德国法只能够从我们与生俱来的法律的固有精神中重新焕发青春，因此它必须尤其要为自己设定这一目标，即将不朽的日耳曼法思想表达在年轻的形态中。新的法律如果想要获得整个民族的永久祝福，那么它也必须适应于整个民族的法律意识。”

本书由刘志阳和张小丹两位译者完成。其中刘志阳翻译了《自然法和德国法》《私法的社会任务》《人类联合体的本质》三篇文章，张小丹翻译了《法律与道德》一文。

译者

2015年8月底于德国

目 录

自然法与德国法.....	001
私法的社会任务.....	024
人类联合体的本质.....	058
法律与道德.....	082

自然法与德国法^[1]

译者：刘志阳

(奥托·基尔克教授于 1882 年 10 月 15 日
在布雷斯劳大学的校长就职演讲)

尊敬的各位同仁，承蒙各位信赖，在新学年伊始即委任本人以学校最高职位。值此履新之际，秉承学术传统，我须在此隆重的会议中作一场学术报告。若借此在全体在座面前作一个与专业相关的报告，那么这一相关问题应能够涉及该学科中能够引起在座每位思考的基础问题（Grundfrage）。然而，基础问题也是终极问题（Endfrage）。对此，只有经过对该专业领域漫长而又艰辛的探索后才会得出结论。依据人类知识的本性，对此仅仅可期待一个相对暂时的解答——不同的思潮与时代，不同的学派与体系，当然还有不同的人物，对此回答都大相径庭。我不想在此冒险去尝试通过批判法学中抽象的概念来寻求某种特定结论的方式来探究法学的根本问题。今天我想基于法学的一个问题——亦为上述基础问题，在该问题的框架内来为大家阐述，以便基于此来研究其在世界史中的地位，而在原则上属于过去并因此自成一体的体系中，已被要求对此作出

[1] Naturrecht und Deutsches Recht, 翻译版本为：Literarische Anstalt Rütten & Loening, 1883 年版。

回应。但是我想对该历史进程中的各要素进行更详尽的探究，我相信，这对于委托我专门研究的德国法的命运必定具有特殊意义。

在理解性层面上，法学中自始至终存在的一个问题是：“什么是法？”与其绝大多数姊妹学科相比，法学对此并未能独善其身：400年的努力尚未使其找到该问题终极完美的答案，对其而言，对该问题的解答的确取决于对其本身的理解。并非是对此概括性地确定一个草率的定义（Definition），并借此依据形式上的特征来实现法的范畴与其他范畴之间的明确界分。如果人们应该以通说，即国家规范才是法规范，来主张其国家强制性，以便顺理成章地将全部国际法驱逐出忒弥斯^[1]王国，并基于其仅为毫无强制力的统治者的崇高义务这一理由来将其逐出国家法，从而使其冠冕禅让于纯粹的道德范畴？或者自由意志上的外部拘束力尚未满足一个规范的法特征，其拘束力不同于仅仅依靠内心自决的风俗要求，其外部强制可被恰当地感知，且因此——如果有可能的话——而被假定？此外，是否只有——就如常常认为的那样——国家法或独立于国家的行业公会法，就如在广大领域中那些为基督教会所制定的法一样？法的概念是否仅仅限于成文法的概念，以至于习惯法只有基于立法者默示的认可才有效？还是在法本体中习惯法亦为与成文法平起平坐的一部分？除了形式上的法外，是否还存在实质上的法，以至于人们可以跟立法者对论不法，并在人格最内在的圣地被其所侵犯的个人可以主张反抗的权利，还是这里仅仅涉及法与道德的冲突？确实如此！对此类疑问或相关问题具有如此多的答案，如果对此简单斟酌

[1] 希腊神话中掌管正义与秩序的女神。——译者注

一下，这里并非完全缺少达成共识的前景，譬如其中不少答案最终只是引起了对学术术语的纯粹争论。但是，如果探寻法是什么，则并非仅仅针对外部特征的界定——其将被深化为其起源（*Ursprung*）、本质（*Wesen*）与目的（*Ziel*）上的问题，这样，对于答案，我们不但面对着一个不协调的多声部的合唱团，而且还会减弱并调和各个冲突的所有期望，而这里的冲突最终根源于世界观自身的冲突、不可证明性和不容置疑的先决条件上的差异。何处可觅一切法的源头：在上帝那？在自然里？还是在人类精神之内？哪些力量迫使其产生：是受人类智商本身所限制的利己主义？是宗教的本性？习俗的特质？还是社会的机理？甚或人类天性中所蕴含的权利欲望，其催逼着对意志界限在外部拘束力上进行确认？谁塑造了法：是具有创造能力的个人？还是协商一致的多数决原则？是有机联合的整体？还是全部人类？其如何演进：如树木一样生长，还是如艺术品一样被创制？是实然的即为其必然的，还是将它的至善至美归功于自由的行为？以何种方式得以实现：只是通过统治者的暴力争得？这被作为高价值的工具来使用，并强迫不情愿的群众接受。还是其自身即具有理想的力量，以说服的方式使得生灵臣服。其本体为何物：是驯服特殊意志的强大的整体意志？还是为意欲设定特别限制的理性认知？其本质性的核心身置何处：位于不可回避并配以强制力的命令之中？还是存于其现实的利益里？抑或位于内在的理性内涵之中？其概念中什么是首要的：秩序还是自由？——客观的法律？一切权利皆为其反射；还是主观的权利范围？法律知识仅仅对其进行限定和保障。且何为法的终极目的：其纯粹为美德的仆人？还是应该首先维护社会 and 个人的利益？还是其必须以同样独立的方

式来展现正义的特殊理念，并在此范围内维系自己的目的，就如艺术展现“美”的理念，知识展现“真”的理念那样。

对此原则性问题针锋相对的回答如此轻易地递增，使得法学家或哲学家恰恰能够同样轻易地依据最新的法体系对其进行梳理。所以，当代活跃的法哲学运动本身对自身环绕着的尚未成熟的、探索性的、混杂的内容亦感到欣慰。而如今，太多长期被遗忘的学说在重新修饰后被作为新的思想提出，许多真知灼见被用作巍峨大厦的支柱，少许有趣且有意义的思想碎片被当作补充性的观点。毋庸置疑，该支柱绝不仅仅矗立于真正法学中的前厅，而且还深入其最内在的领域，但是之前仍未明确的标准已经在这里造成了模糊、混乱和纷争。

尽管如此，我们的实证法学仍屹立于一个原则性的基座之上，其并未被该冲击撼动，且也不能被撼动。此为历史学派所阐述的法的历史分析方法。作为 19 世纪的德国学术，为萨维尼（Savigny）、埃希霍恩（Eichhorn）、格林（Grimm）^[1] 等人所倡导，其揭示了法的历史本质，因为其提供给世界的不是一个全新的、推定的体系，而是揭示其真实的存在。历史学派并未着手解决法哲学的最新问题。其并未将此问题宣布为无关紧要，但是将该问题暂时搁置在了一旁。对此其在一定范围界限内实现了确定的领地，在其上不仅构建了实证法学的新框架，而且让未来的法学无一可独善其身地离开此地。人们可以超越它，却不可抛弃它。

[1] 这里是雅各·格林（Jakob Grimm），其曾为萨维尼的学生，1830 年任哥廷根大学教授，“哥廷根七君子”之一。

依据历史的观点，法是人类自己共同生活（*Gemeinleben*）的基本组成部分。因此，其等同于与个体相关且历史悠久的社会存在的其他组成部分——如同语言、宗教、美德、习俗、经济、艺术、科学和外在的社团组织（*Verbandsorganisation*）——就此属性而言，为人类天然的特质；就其发展而言，则为历史的产物。由于法作为人类自由意志行为的外部标准具有特殊的、独特的社会功能，在形成过程中其在一定程度上臣服于内在的法则。但是另一方面，由于共同生活是一个有机的统一体，在其中的各个族群功能中存在着不可分割的相互联系和不可消弭的相互影响，法在生成的同时还受到社会存在中其他各个方面的限制和决定。因此，随着时间的推移法必定发生着变化，且在空间中必然有差异！然而，法的理念（*die Idee des Rechts*）与语言、上帝的旨意、善良风俗的思想、我们种族内部井然的秩序一样，是人类的共同财富。可是人类的统一根本就没有在存在形式中体现出来，而是体现在大量特殊的局部有机体中，所以法理念同样没有体现在抽象的世界法中，而是仅仅实现于历史长河里沉浮的各种人类共同体的具体的法律形态之中。并且国家又再次位列于各种人类共同体之中，就如被委任为共同文化进程中的缔造者一样，亦被特别地呼召为法的塑造者。同样，其他或紧密或松散的组织（例如族群、阶级、所有的宗教团体、国际组织）的确都在进行着自己独特的法律生活。可是，当历史学派暂时地忽视这些，则的确可以发现，原来所有的法首先都具有国家色彩，且在其特殊性中真实地反照着其内在特质和其所治理的国家的外在命运。在此意义上其恰当地体现了法缔造者的族群精神（*Volksgeist*）。但是，其广为援引的名言还表达了另一个思想。其想以此来否定这

样的想法，即具体的法或多或少是依据理性分析或完全依据主观恣意制定而来的。或许其想将所有法的根源移位于统一共同意识之中，将历代演进而来的国家共同精神也纳入其中，且将所有单独的思想作为暂时的元素纳入其中。因此，其偏好指向人类早期占优势的且从未完全消失的法起源形式，指向受到民族精神以及语言、神话、习俗、英雄赞歌直接影响下的习惯法。其同样指出，虽然在文化进步中——当国家暴力沦为法的使命，当立法调整各类事务，当关于法的科学产生且独立的法律人阶层出现——有意识的思考和自由的意志行为对法塑造的意义开始增加：但是即使是最伟大的立法天才和最聪明的法律人最终亦不能发明出真正有生命力的法，而是只能发现使法成为法的东西，不再屹立于思想的高峰去苦苦思索，而是可以简单地从一般法意识（*Rechtsbewusstsein*）的低谷中汲取。所以，通过将法在概念上至少理解为是法理念的同等表达，它赋予了当代和过去所有实证法一个更高的尊荣。但是对此，其完全不承认实证法之外的其他法。虽然依据其观点同样存在现行法与假定的法理念相冲突的可能。曾经适宜的法现在可能已经过时，制定法可能从一开始就违反了族群信念（*Volksüberzeugung*）的真正内容，虽然可能已经滥用统治暴力将非正义形塑为正义。与法相比，法意识（*Rechtsbewusstsein*）并非仅仅是建设性的，而且还是批判性的：其否定现行法为适当的，并期待修正；它甚至谴责现行法为非正义的，并要求废除。如果对法没有法感知（*Rechtsgefühl*）上的独立性，就没有法史的进步。然而，直到该法在成文法中或习惯中赢得一席之地，其方为合理的且权威的法。然而恶法亦法，直到其被正式地废除。这些情形确在发生，且只有在违反法信念

(Rechtsüberzeugung) 的现有法制阻碍了抵挡不公或实现正义的所有法律途径时, 历史才显得越位。反抗、起义、革命则作为反对该法的最终武器出现。当在一定情形下使用该武器为道义所允许时, 即道义上需要, 则其在该法域 (Rechtsgebiet) 已无任何基础。在悲剧性的冲突中的确可能会触及人民的生命, 就如个人的生命那样, 而牺牲者的权利必将陨落。然而, 违法的权利是不可想象的。且违法始终是一个严重的灾难, 没有任何立法技巧可以彻底阻止其再次发生。但是随意触及此类创伤将成为民族的阵痛!

相互冲突又时常相互趋近的两个流派, 即学术中的历史学派思想体系和大众思维方式中的历史学派思想体系, 亦在明争暗斗。

一方面, 赤裸裸的实证主义经常浮现, 其最终目的是消灭法理念 (Rechtsidee)。在我们精神实质领域中难以弄清根本原因的根源性东西, 在形式方面它被以命令性和强制性的权力这一暴力来取代, 在实质方面又被以所追求并实现的利益这一通俗的设想来取代。这样, 其使得内核在表皮中形成, 且该表皮对于内核的形成不可或缺, 在我们从果实中汲取养分时, 其竟然找到了该果实组织构造上的驱动机理! 在形形色色、熠熠生辉的法形态中, 如今恰恰是学术中的各种理论被尊为贵重器皿, 这些理论肯定或多或少地会拒绝对法思想 (Rechtsgedanke) 进行清洗。但是类似的其他观点同样具有消亡的危险, 且只有在各自寻得绝对多数支持时才容易产生信念作用, 这使得所有可以以法律形式作出的指令都基于此而转变为活的法, 且这也容易塑造出成文法的荣威来, 以便最快捷地满足现实功用的所有需求。不可否认, 这些自愿被称为唯实论的观点实际上与唯物主义极其相像, 所以许多内容在当代社会并不被提倡。为了与

之斗争，并在未来取得胜利，需要严肃认真地进行思想分析，基于此在哲理上阐释、深化并补充历史学派的观点，使直接感知的理想要素能够在实证法中变得容易夺人眼目。斗争的各个阶段在此期间如何能够完成：在此期间没有一个剔除法中理想性内容的流派会取得胜利。这里如其他各处一样，唯物主义必然因其前途黯淡而挫败。此处与其他各处一样，它仅仅是人类精神自我发展这一话剧中的小插曲，据此，最内在的本质，虽然它始终认为迄今为止的范本并不充分，并毫不留情地将其毁灭，但却始终在更广泛、更坚固的基础上以更丰富的材料和更高的能力重新构建了一个新的、理想的世界观。如果在实证主义面前存在法理念（Rechtsidee）的自我防御，则在实证法（das positive Recht）的防卫战中还存有第二个敌对阵营。如果历史分析法学派必须在那里与错误的现实主义作斗争，那么在这里其必须将双刃剑中的现实主义之刃对准其所主张的错误理想主义。因为自然法（Naturrecht）的思想从另一边对其发起了冲锋，而形形色色的历史中的法对其显得仅仅是搞砸了的外行作品，只有直接源自理性的、永不改变且处处相同的人类法才是飘荡在历史上空的真正的法。在当代，自然法的观点要比其所呈现的更广泛、更强大。在学术中，法哲学的体系始终不能摆脱依先验构建的理性法残余的不利影响。现实中，对相近内容模糊不清的描述影响到大量的人，并特别构成了那些极端的革新派系的势力基础。此处，该学派的代表者与相对极端派系的代表者经常携手并进，他们通过将实证法的理论据为己用，以作为其有效清洗的刀把子，然而我们今天的超实证主义者却经常颠覆性地、悄悄地从自然法中汲取养分，以改善其体系内难以忍受的贫瘠。然而，与自然法的论战才