



罗豪才 主编

法源：权力、秩序和自由

AUX SOURCES DU DROIT
LE POUVOIR, L'ORDRE ET LA LIBERTÉ

〔法〕莫里斯·奥里乌 著



商务印书馆
The Commercial Press

创于1897

公法名著译丛

法源：权力、秩序和自由

[法]莫里斯·奥里乌 著

鲁仁 译

 商务印书馆
The Commercial Press

2015年·北京

图书在版编目(CIP)数据

法源:权力、秩序和自由/(法)奥里乌著;鲁仁译.
—北京:商务印书馆,2015
(公法名著译丛)
ISBN 978-7-100-11154-6

I. ①法… II. ①奥… ②鲁… III. ①法律—
研究 IV. ①D90

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第055304号



所有权利保留。
未经许可,不得以任何方式使用。

公法名著译丛

法源:权力、秩序和自由

[法]莫里斯·奥里乌 著

鲁仁 译

商务印书馆出版

(北京王府井大街36号 邮政编码 100710)

商务印书馆发行

北京冠中印刷厂印刷

ISBN 978-7-100-11154-6

2015年5月第1版 开本 880×1230 1/32

2015年5月北京第1次印刷 印张 6½

定价: 20.00元

Maurice Hauriou

AUX SOURCES DU DROIT

LE POUVOIR, L'ORDRE ET LA LIBERTÉ

根据法国卡昂大学“政治与法律丛书”1986年版译出

《公法名著译丛》编委会

主 编 罗豪才

编 委 （按姓氏笔画为序）

王振民 包万超 卢建平 朱苏力 米 健

张千帆 陈弘毅 陈新民 季卫东 信春鹰

姜明安 贺卫方 夏 勇 韩大元

目 录

上编 法的基础 自然法的原则	1
第一章 自然法与德国	3
第二章 社会秩序、正义与法	37
一、社会秩序与正义的区别及相互关系	38
二、开化定居民族社会秩序与未开化民族社会秩序的 基本区别	46
三、开化定居民族个人主义社会秩序的要素	50
四、开化定居民族个人主义社会秩序的命运	58
五、法同社会秩序和正义的关系；自然法	62
第三章 权力、秩序、自由与客观主义法学派的错误	68
下编 法的生命 人为法的形式	85
第一章 论团体及其创建(试论社会生机)	87
第二章 不可预见理论与社会团体支配的契约	128
第三章 法律治理与法律实体——评阿尔·萨努里的 《英国判例中契约对个人工作自由的限制》， 评里昂比较法研究所的成果	145
一、阿尔·萨努里的标准—指令与法律规则二元论	147

二、同行政法和普通法的对立相关联的法律治理和法律	
实体二元论	156
三、法律规则 and 标准—指令二元论对整个人为法体系的意义	173
译名对照表	192
译后记	200

上 编

法的基础 自然法的原则

第一章 自然法与德国^①

数百年来,德国人总是装出一副拥护自然法的样子,一度传 13
播、吹捧、霸揽自然法。实际上,他们是自然法最凶恶的敌人。最近他们扔掉了假面具,却又公然否认。应当说,自 19 世纪起,他们就背叛了自然法,使之滑入歧途,渐次变得空洞无物了。

有必要写出这段历史,因为,我们协约国正在为正义和自由而战;我们应该明白,永存不朽的自然法大旗,正是由我们高举着,正是我们在努力使之回归正道。

(一) 自然法的基本前提是,至少是用于解决当今世界冲突的基本前提是:人类有一个普遍的、永恒的正义理想;幸赖于此,法才未与暴力相混同。法利用暴力来实施制裁,有时还要改造凭借暴力创设的某些机构;法之所以能够改造它们,正是因为法与暴力不同。

正义的理想以自由为基础,也可以说,以悲观论的个人主义为基础。个人是第一位的,社会是第二位的,因为社会不过是为个人

^① 这是作者 1918 年 9 月 25 日通信的摘要。一看写作日期,编者就知道,时值兵荒马乱,本文可能在科学性上不像作者的其他著作那样无可挑剔。尽管如此,编者觉得,此文十分重要,且甚具个人特色,不应忽略。

谋幸福的一种工具。但是，这一工具是不可或缺的，因为个人是会
14 犯错误的。为了个人的自由，尤其是为了正义，个人的行为需要由
社会机构予以约束。

要保障正义和个人自由，各种社会组织，特别是国家，必须与个人一起服从同样的法律规范。既不存在一种适用于集体、另一种适用于个人的两种正义，也不存在一种适用于集体、另一种适用于个人的两种道德。集体和个人只有同一种正义、同一种道德。正因如此，在国际关系中，法所期求的是，协定、条约能够得到各国的尊重，就像契约、合同得到个人的尊重那样；须使各国都遵守战时国际法，采取人道行为，承担相关责任。同理，在各种国内关系中，法须尽力使国家跟个人一样遵守法制，要求国家完全像个正派人似的行事。

可以说，正是从自然法原则中直接衍生出了国际法的古典规范以及对政治自由的宪法保障。

然而，当代德国却离经叛道，它所顽固坚持并冷酷推行的法律观念，恰恰是对上述古典准则的否定。

按照莱茵河彼岸那些饱学之士的看法，世上根本就没有什么人人共盼的永恒自然法，而只有因地制宜、千差万别、随着万物的变化而变化的各国国内法，特别是有一种德国国内法，现在具有盖世无双的价值。之所以如此，据说是因为德国这个集体优于其他所有国家集体。

此外，暴力本来只是法的一个方面，而他们认定，法与暴力完全相同。公法不过是集体暴力的一种表达。因为，国家为了实现建成强大国家这一最高目标，制定任何规则都是正当的。

他们认为,不要谈什么个人主义,也休谈什么自由。之所以没有个人主义,是因为社会和国家并不是为个人服务的普通工具;相反,它们都是超级机构,拥有其自身追求的目标,个人则为它们而存在。从个人没有什么可与国家相对抗的权利这层意义上说,个人没有什么自由。个人参与形成国家权力,既不需要得到别的利益,也不需要别的约定。¹⁵

德国人的上述三种主张,可分别称之为法律民族主义、法律强盗化和法律集体主义。这些主张并不是随着自然法早期观念的衰微而同时形成的;每一种主张都有其来龙去脉且影响深远。若以为那只是短暂的迷惘,或以为那只是涉及某几个社会阶级的泛日耳曼主义疯癫,无疑是一种错误。整个德国都被毒化了,所有的德国人都神经错乱了。这是新创立的一种真正宗教,一种德意志帝国和德国人的宗教,也是人类宗教的一个最可恶的标本^①。

德国的法律民族主义肇端于 1814 年激烈反对法国革命之时。在那时之前,德国曾经相信普适通行的自然法,甚至曾经创办、办好过一所在 17、18 世纪颇为出名的自然法和国际法学校。的确,该校使自然法大大偏离了方向,但它至少保持了自然法的普适性

^① 请参阅:乔治·里佩尔(Georges Ripert):“德国的法律思想与当前的战争”,载《国际教育杂志》,1915;艾米尔·布特鲁(Emile Boutroux):《德语表达方式与人性》,同上刊;约瑟朗(Josserand):《暴力与法律》,1916;E. 布维埃(E. Bouvier):《德国的国家概念》,1917;J. 德克拉勒伊(J. Declareuil):“费希特对德国人演讲集读后”,载《公法杂志》,1917;乔治·杜梅斯尼尔(Georges Dumesnil):《战时随想:德国哲学的邪恶》,1917。

质。而到 1814 年，费希特^①在哲学领域，阿诺尔特和斯泰因在教育领域，萨维尼^②在法学领域，创立了德意志民族主义，这就势必从中孕育出泛日耳曼主义。萨维尼历史法学派之所以使自然法走向衰颓，并不是因为它在研究人为法时使用了历史分析方法，而是因为，它不是从人类的普遍意识和普遍理性中，而是从各个民族的法律观念中，得出它的法律起源理论的。

萨维尼学派虽然抛弃了自然法的普适性思想，创立了法律民族主义，却并未否认法律与暴力的传统区别。使法律强盗化的决定性一步，是在 19 世纪中叶的俾斯麦时代，由一个“目的法学派”跨出去的。该派的耶林^③、布伦奇利^④、蒙森^⑤、拉邦德和耶里内克^⑥都很有名，其中最重要的无疑是耶林。他们这一代人都浸透了黑格尔哲学和对立同一律的观念，致使他们认为暴力与法律是同一的。而且，这帮人痴迷于普鲁士的日渐强大，热衷于实现政

① 费希特(Johann Gottlieb Fichte, 1762—1814)，德国哲学家，德国古典唯心主义主要代表之一。柏林大学第一任校长。认为“自我”是唯一的实在。著有《全部知识学的基础》《论学者的使命》《人的使命》等。——译者

② 萨维尼(Friedrich Karl von Savigny, 1779—1861)，德国法学家，历史法学派主要代表。1815 年创办《历史法学杂志》。著有《中世纪罗马法史》《现代罗马法体系》等。——译者

③ 耶林(Rudolf von Jhering, 1818—1892)，德国目的法学派主要代表之一。——译者

④ 布伦奇利(Johann Caspar Bluntschli, 1808—1881)，瑞士法学家，长期在德国的大学任教授。著有《公法与政治学史》《现代战争法》《现代国际法》《现代国家教程》等。——译者

⑤ 蒙森(Theodor Mommsen, 1817—1903)，德国法学家，历史学家，议员，著有《罗马史》《罗马国家法》等。——译者

⑥ 耶里内克(Georg Jellinek, 1851—1911)，德国法学家，政治学家，著有《法、不法和惩罚的社会伦理意义》《人权与公民权宣言》《国家通论》等。——译者

治上的中央集权制,致力于建立德意志帝国。正是耶林给法律下了这样的唯物主义定义:“法律是暴力的政治。”“权利乃是法律上受保护的利益。”正是他建构了国家凌驾于法律之上的整个学说。他首先将暴力当作国家的基本性质,说什么“缺乏暴力乃是国家的滔天大罪,社会绝不会予以宽容和容忍”。其次,他倡言,法律是否妥当,应由其实际目的来验证。这就使国家得以罔顾道德,为所欲为,所谓“为了达到目的,可以不择手段”;同时,这必然导致国家滥用紧急处置权。他想出了那句很精练的专制主义说辞,叫作“国家只受自己意愿的限制”。最后,他干脆承认,他的宗旨就是反对让国家服从法律的自然法学说,认为“法律由国家制定,乃是战胜自然法学说的巨大进步”。依他之见,国家根本不受普通法的约束,而有权按照自己的权力欲,为自己制定法律和所有行为准则。如此,则马基雅弗利为15世纪博尔吉亚家族^①效劳的那些权术谋略,都变成了20世纪德意志帝国崇奉的法律规范。强盗行径成为合法的了。“预防”性地侵犯中立国,有步骤地蓄意违反战时国际法¹⁷和国际公约,“不留痕迹”地进行暗中破坏,凶残地煽燃战火,凡此种种,都不是进行正当防卫,而是在执行一种法律,即德意志帝国为追求自身强大所必需的一种法律。这真是卑劣之尤!

使法律强盗化,势必导致德国实行专制制度。事实正是如

^① 博尔吉亚家族(Borgias),系意大利贵族,运用收买、联姻、凶杀等手段,在15、16世纪纵横政教两界多年。其中有两人当上罗马教皇。教皇亚历山大六世罗德里戈·博尔吉亚的私生子西泽尔·博尔吉亚,曾在意、法两国掌握巨大的宗教、政治和军事权力。马基雅弗利的《君主论》,鼓吹欲达目的可不择手段,即以西泽尔为楷模和新时代君主的师表。——译者

此^①。专制制度自然会孕育出法律集体主义；而后者恰恰是德国法律意识演变的第三个结果。

作为马克思主义之集体主义学说的发源地，德国已经在很大程度上变成了一个实实在在的集体组织。德国政府把预防性的集体主义，营造成了统治阶层用以笼络下层民众的一种集体主义机制。的确，政府并不直接经营工商业、银行、矿山、冶金、航运和农业，而是对之实施监控；所有企业主的势力都得联合起来，所有联合会都得跟政府建立联系；政府不仅将国家附设的办事机构交由业主联合会支配，而且让这些机构加入业主联合会，在其中为政府做宣传，做侦探。政府留意着业主们的信用，调解他们之间的纠纷，掌握每个企业的日常经营活动。赫尔·巴林^②、贝塔·克虏伯^③、拉特瑙^④等人，皆为威廉二世本人所熟悉：他们既是政府高官，又是大企业的经理。因此，全部企业主的经济势力都与帝国的政治势力沆瀣一气。不像在我们法国，公用事业与私人企业是截然分开的；而德国每一个重要的经济企业都只是一个公益部门，照耶林的说法，都是帝国这个集体可以利用，而且已予利用的一个“社会服务站点”。

18 劳动阶层同样也逃不脱政府的控制。关于工人退休和社会保障的法律使他们有了物质上的安全感。于是，各种工会组织纷纷

① 参看 J. 巴特勒米(J. Barthélemy),《现代德国的政治制度》,1915。

② 赫尔·巴林(Herr Ballin,1857—1918),德国运输企业家。——译者

③ 贝塔·克虏伯(Bertha Krupp,1886—1957),军火大王弗里茨·克虏伯(1854—1902)之女。——译者

④ 拉特瑙(Walter Rathenau,1867—1922),德国实业家、部长、作家,犹太人。1922年与苏俄签订《拉巴洛条约》后,6月被右翼民族主义分子暗杀。——译者

归附这种含有诸多集体主义元素的政治制度,觉得干活是为自己。世人则为这种“社会民主制”的驯化作用所震惊。该“民主制”被说成是爱国主义的,而且是集体主义的、德国式的爱国主义。对全世界马克思主义的集体主义者而言,德国就像是圣地麦加;而对德国的集体主义者而言,德国则是业已实现了集体主义制度的祖国。为什么德国的集体主义者往往是国际主义者?因为他们的国家满足了他们的理想。所以,工人组织就融入了帝国;德国的社会主义者就致力于俄国革命,赞成斯德哥尔摩会议^①上的冒险主张;谢德曼^②和列宁就都变成了纪尧姆^③的代理人^④。

对世界的前途而言,德国这第一次集体主义或半集体主义的试验,不能说是令人鼓舞的。它的集体主义力量表现为凶残的军国主义。有充分理由相信,这种按照集体主义要求、鸠集全部国民、动员举国资源的情况,只有在进行战争、发展战时生产之时才能被忍受。战争期间,即便是协约国也必须在经济上实行一定的中央集权;但是,那里有建立在自由之上的整个政治组织与之相制衡。

而在德国,理论本身已经令人懊恼地转变为法律集体主义。

① 指1906年4月23日至5月8日在瑞典斯德哥尔摩召开的俄国社会民主工党第四次(统一)代表大会。布尔什维克与孟什维克斗争激烈。列宁主张掌握革命领导权,彻底推翻沙皇制度,绝不走议会道路。——译者

② 谢德曼(Philipp Scheidemann,1865—1939),曾为德国社会民主党两主席之一,1919年任魏玛共和国首任内阁总理。——译者

③ 纪尧姆(Guillaume),西欧多国王侯之名。普鲁士国王(1861—1888)兼德意志帝国皇帝(1871—1888)威廉一世也叫纪尧姆。——译者

④ 关于德国社会主义者视国际社会主义运动为国内事业的说法,参看Ch.安德勒(Ch. Andler):“德国的社会主义者与1914年8月以来的军国主义者”,载新版《国家行为》杂志,1917—1918年;E.拉斯金(E. Laskine):《国家社会主义》,再版,1918年。

在1916年1月刊于《环球新闻》上的一篇文章中，恩斯特·特洛尔奇^①教授阐述了这种理论。他分析：“德意志国家是优良秩序观念的体现，是一个超级国家。它的出现堪与新天国降临人间相媲美。19 它虽然显现于德意志民族之中，却高于这个民族，也高于所有民族，高于所有个人；它超越了它所容纳、所支配的一切。于是，一切带有民族性的权利以及一切个人权利均被废除。德国的国民和属民也有某种自由，但这并非其固有权利，而是决心顺从德意志国家、矢志与之彻底同化的自由。不过，他们的完全驯服并不是自发的，而是用暴力强迫的。人们不能留有任何余地，不能要求任何人权或国民权利，也没有作为国家成员的丝毫固有权利。参与国家集体，享受集体尊荣，便是对牺牲固有权利的一种补偿。况且，德意志国家十分强大，根据自身意愿自我约束，建立了内部法律秩序，行事宽容大度；作为让步，它会使每个人处境体面，待遇公正。当然，它也要维护自己的绝对权威，既不能向它要求什么个人权利，也不能向它要求凌驾于德意志国家之上的法律秩序。须知，没有什么比德意志国家更高或在它之外的法律秩序；它的内在正义就是普适正义。”

就这样，车轮翻转，直到那时还始终伴随着人类文明，或许也滋养着人类文明的悲观个人主义学说，就被为了德意志集体利益而建构的法律集体主义学说所取代了。

（二）应该如何驳斥上述那些厚颜无耻的谬论？必须竭尽全

^① 恩斯特·特洛尔奇(Ernst Troeltsch, 1865—1923)，德国学者，其著作涉及神学、哲学、社会学、历史学。著有《基督教的社会教义》等。——译者