

|天
Borderless
|下

博
观



[德]鲁道夫·冯·耶林 著

刘 权 译

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

|天
Borderless

|下

博
观

Der Kampf
um's Recht

为权利而斗争

[德]鲁道夫·冯·耶林 著

刘 权 译

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

为权利而斗争 / (德) 鲁道夫·冯·耶林著; 刘权译. —北京: 法律出版社, 2019
ISBN 978-7-5197-3254-7

I. ①为… II. ①鲁… ②刘… III. ①权利—研究
IV. ①D90

中国版本图书馆CIP数据核字(2019)第044105号

为权利而斗争

WEI QUANLI ER DOUZHENG

[德] 鲁道夫·冯·耶林 著
刘 权 译

责任编辑 韩满春

装帧设计 贾丹丹

开本 A5

版本 2019年4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 固安华明印业有限公司

印张 4 字数 60千

印次 2019年4月第1次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-83938336

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-83938334/8335 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995

书号: ISBN 978-7-5197-3254-7

定价: 38.00元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

|天
Borderless
|下

博 稽 古 今 融 汇 天 下

作者简介

鲁道夫·冯·耶林 Rudolf von Jhering, 1818~1892

德国著名法学家，1818年8月22日生于德国奥利西。自1836年起，先后求学于海德堡、哥廷根、慕尼黑及柏林，1842年获得柏林大学的法学博士学位。1843年，耶林在柏林大学任教，主要讲授罗马法，之后在巴塞尔大学（1845年）、罗斯托克大学（1846年）、基尔大学（1849年）、吉森大学（1852年）、维也纳大学（1868年）、哥廷根大学（1872年）任教。1892年9月17日，在哥廷根去世。著有《罗马法的精神》《法律的目的》《为权利而斗争》《罗马法发展史》《罗马私法的债务关系》等作品。

译者简介

刘 权

中央财经大学法学院副教授，研究生导师。德国汉堡大学访问学者（2012-2013），北京大学法学博士。中央财经大学青年“龙马学者”，数字经济与法治研究中心执行主任，人工智能与网络法教研室主任。《财经法学》编辑。2017年入选北京市首批“百名法学英才”培养计划。在《中国法学》等期刊上发表论文30余篇，在《人民日报》《光明日报》等媒体发表评论20余篇。主持教育部、司法部、民政部、中国法学会、北京市社科基金青年项目等省部级课题多项。曾获首届“应松年行政法学优秀成果奖”、第六届“董必武青年法学成果奖”、首届“方德法治研究奖”、中国法学会行政法研究会30周年“优秀成果奖”等多个奖项。

纪念耶林诞辰 200 周年

序一 争取权利的伟大号召

我对耶林没有任何专业研究,对德语也从未有过任何学习,所以,为这部传世之作的新的中文译本作序,于我而言,显然是不适格的。当新本译者刘权博士——我曾经的学生、现于中央财经大学法学院任职副教授——恳请我为此写序时,我很是踌躇。

之所以最终应承下来,师生情谊固然是个中缘由,更重要的,就是这本小册子内在的、持续散发且经久不衰的魅力。借此机会,在杂事琐碎之间,静下心来重温经典,于更加流畅、更加易懂的译文中,再次沐浴来自“健全法感”的伟大号召,以荡涤身心灰暗角落里似乎越来越重的麻木、懒惰、沮丧、无奈甚至恐惧,何尝不是一件美事。

在这本书中,我们找不到为权利而斗争的感人故事;找不到大写的英雄人物如何书写人类的权利史;更找不到充斥深奥、晦涩专

业术语的权利理论。阅读这本最初源于136年前一次演讲的书,仍然恍如在现场聆听一位文采斐然、激情洋溢的布道者,在现场感受那慷慨陈词对内心深处被埋没琴弦的弹拨,回味由一个个激昂、跳跃音符组成的权利乐章。

“世界上一切权利都是经过斗争而得来的”。耶林开篇的这一绝对全称论断,对于偏好严谨科学思维的人而言,似乎是很难接受的。因为,这意味着必须进行不计其数的历史考据和证成。然而,我敢断言,几乎每个读者,都会不加质疑地欣然同意和接受它。因为,耶林告诉我们,世界若一直存续,不法侵害便不会消失,为权利而斗争就不可避免,无论是个人的权利、阶级的权利还是国家的权利。自此开始,耶林始终不是更多地倚仗经验事实,而是更多地诉诸逻辑和理性,来呼唤我们内心的道德律。

当我们的自由、信仰、生命、健康、安全、财富受到侵犯、不公正对待以及不可预测的威胁的时候,我们会选择怎么做和我们应该怎么做,是两个各自成立却又彼此关联的问题。许多时候,我们可能都会处于一个“经济人”“功利人”的思维状态,计算着为权利斗争的成败得失。我们会因为一起诉讼耗时耗力,对自己正常上班、操持家事、教育孩子等造成诸多不利,即便赢得诉讼,也得不偿失,最终宁愿忍受权利牺牲,而放弃通过诉讼维护自己权利的方案。我们也会因为一种权力极端暴虐、专横、恣意,与之对抗,似乎在面对一张巨大而又无形的蜘蛛网,一旦举起双拳、迈出双腿,就可能深陷其中、不得自拔,身体与内心饱受各种意想不到的折磨、痛苦,甚至心爱的家人也被牵连苦累,最终不得不委曲求全于其下,自甘“良顺”之民。

这样的计算,这样的放弃,在常情上是可以理解的,在理智

上是可以接受的,在法律上是无可指摘的。然而,它无法顺利通过我们内心道德律的检验。因为,权利不仅关乎可计算的利益,更关乎难以计量的人格与尊严,关乎健全的法感,关乎健全的社会、国家乃至人类共同体。当放弃权利、强忍权利的牺牲既不是发生在单个人身上的现象,也不是偶然现象,而是普遍发生在各个领域、各个角落,发生在几乎每个人身上,甚至蔓延为一般的行为准则,那么,权利就将走向消灭、死亡,写着权利的法律,也将不复神圣、庄严、受人尊重,对权利、对权利法律的肆意践踏将横行霸道。

因此,耶林疾呼:“抵抗无视权利、冒犯人格的侵权行为,是一种义务,是权利人对自身的义务,因为抵抗是道德上自我保护的命令。”“在这理想的高地上,人们忘记了在低地上所学到的一切小聪明、自私自利,抛弃了衡量一切的功利标准,把全部精力投入到理念价值的追求之中,为权利而斗争不再是为了纯粹的物,以主张人格为目的的权利斗争变成了写诗,为权利而斗争具有了诗意。”

捍卫权利不只是在道德上成就自我,更是在道德上成就国家。对于这一点,耶林的警告是振聋发聩的。“不习惯于勇敢捍卫自己权利的人,是不大会出现为了国民利益,而牺牲自己的生命与财产的冲动的。出于贪图安逸或胆小怕事而放弃自己正当权利的人,对自己的名誉与人格遭受理念上的损害而无动于衷的人,习惯于仅用物质利益的尺度衡量权利的人,当国家的权利与名誉受到损害时,又如何期待这些人运用不同的尺度,以不同的情感进行斗争呢?”

我们生而为人,必定有人的软弱,但正因为我们生而为人,尤其是生而为让自己成为有理念和信仰追求的人,必定应该有

克服人的软弱的决心和意志。我们不必苛求别人一定要有同样的决心和意志,也不必苛求自己随时随地都有坚强、毅力和勇气,似乎更应该宽容慈悲地理解、懂得自己或他人在特定情境下的软弱选择。然而,如果我们不希望自己总是生活在不见阳光的阴冷黑暗里,如果我们不希望自己的内心总是被怯懦、恐惧、卑劣、耻辱、苟活所侵入和填埋,如果我们不希望自己最终变成冷漠、迟钝、麻木的行尸走肉,那么,我们一定要培育和卫护自己的健全法感,一定要敏感于权利受到侵害的痛苦,一定要付出对抗侵权行为的勇气、决心和行动,不管这个侵害是加诸自己还是他人。

百多年前的耶林,发出争取权利的伟大号召,集于手边这本薄薄的小书。你或许从未听说过这本书,或许听说过而未读过,又或许曾经读过,但如果你现在正在打开它,请你不要迟疑,继续阅读下去。相信你在掩卷时,会有难以遏制的心潮澎湃——初次的、再次的。

感谢耶林!感谢《为权利而斗争》!感谢所有为权利而不懈斗争的人们!

是为序。

沈 岿

2018年11月6日

北京大学法学院陈明楼

序二 “为权利而斗争”：从话语到理论

一、背景与影响

在当下中国学界,权利研究无疑是不折不扣的显学。从历史渊源来看,具有节点性意义的事件,是1988年于长春召开的“法学基本范畴研讨会”。这次会议明确提出以权利与义务为基本范畴,重构法学理论体系,认为权利观的变革是实现法学重构的关键。与此大体同时(20世纪90年代初)发生的还有关于“法治”与“法制”的含义之辩。在这场论辩中,不少论者提出将限制公共权力、保障公民权利作为法治的核心,并被广泛接受。两方面的合力促生了影响巨大的“权利本位论”学派,并促发了此后中国学界关于“权利”这一范畴的持续研究热情。2018年“法学范畴与法理研究”学术研讨会在长春召开。三

十年来,权利研究在范围、方法、对象和主题上大大拓展,权利话语空前高涨,新型(兴)权利层出不穷,甚至出现了权利泛化的现象。可以说,在当下中国,权利研究是整个法学研究的抓手之一。

如果要对我国权利研究的学术史进行回顾和总结的话,那么有一本译著不可不提,那就是德国法哲学家、民法学者鲁道夫·冯·耶林(Rudolf von Jhering)的《为权利而斗争》。耶林的名字对于中国法学界可谓家喻户晓。例如,其代表作《罗马法的精神》使他享有与卡尔·冯·萨维尼(Carl von Savigny)相比肩的罗马法大家的地位,后期巨著《法中的目的》则宣告了目的法学这一最早与概念法学相决裂之思想流派的诞生。再如,他早期倡导的“自然历史的方法”,晚期的名言“目的是全部法律的创造者”都流传甚广。而对耶林之生平、著述与思想的概览,也随着我国台湾学者吴从周的专论《概念法学、利益法学与价值法学》在我国大陆的出版(中国法制出版社,2011年)而为大陆学者所熟知。

仅就中国大陆而言,三十年来耶林被翻译成中文的著作,除了《为权利而斗争》外,计有五种:《法学的概念天国》《罗马私法中的过错要素》《法学是一门科学吗?》《论缔约过失》《法权感的产生》。但要论对学界影响最大的还是《为权利而斗争》。这本小册子源自耶林于1872年3月11日在维也纳法学会的告别演讲——在维也纳大学执教五年的耶林因个人身体原因即将转赴哥廷根大学任教。在对演讲稿进行修订的基础上,本书于1872年7月正式出版,两个月后销售一空。这也是在法学史上堪称流传最广的一本书:仅在19世纪,本书就被翻译成了英语、法语、荷兰语、西班牙语、葡萄牙语、捷克语、波兰

语、罗马尼亚语、塞尔维亚语等 17 种语言。而据德国学者克莱纳(Hermann Klenner)的统计,截至 1992 年,共有五十余次外语翻译。从百余年前至今,该书公开出版的中文译本至少包括(疑似)章宗祥(1890—1901)、张肇桐(1902)、潘汉典(1947、1985)、萨孟武(1979)、蔡震荣和郑善印(1993)、胡宝海(1994)、林文雄(1997)、郑永流(2007、2016)等人的共九个译本。^[1]

因这些译本的缘故,耶林“为权利而斗争”的主张可以说是 19 世纪末以来中文世界中最具感召力的权利学说之一,《为权利而斗争》甚至一度成为“现象级”的作品。书中的一些表述,如“法律的目的是和平,而实现和平的手段则为斗争”“斗争是法律的生命”“为权利而斗争是个人的义务”“为权利而斗争是对社会的义务”等,业已广为流传、脍炙人口。职是之故,恰逢耶林诞辰两百周年之际,对这部作品进行反思和总结,无论是对于权利学说史本身,还是对于中国的法学研究,都具有特殊意义。

二、从话语到理论

(一)《为权利而斗争》的两种读法

但是,我们应当以什么样的姿态去面对这一经典作品,才是对它最好的纪念?在我看来,对于《为权利而斗争》不外乎有两种读法:一种是话语式的读法,另一种是理论式的读法。前一种读法是将书中所记载的那些关于权利的表述(如上面这些)抬入经典语录的“圣殿”,与“法是善良和平衡的技艺”“法

[1] 这一统计参见郑永流:《译后记:为“什么”而斗争?》,载[德]鲁道夫·冯·耶林:《为权利而斗争》,郑永流译,法律出版社 2007 年版,第 84~85 页。

律的生命不在于逻辑,而在于经验”“法律必须被信仰,否则它将形同虚设”等一道享有不朽之神祇的美誉,在后来者那里一再地被颂读、复述和顶礼膜拜,从而使“为权利而斗争”成为一种传奇符号和标语。然而,这种读法虽然可以使作者和作品声名不坠,乃至万世流芳,但却不是对一位在学术史上标志着方法论转向的伟大人物和一部代表这种转向的承前启后式的作品的正确打开方式。它容易使对这部作品的解读流于口水化、印象化,却遮蔽了它在理论上的意义与精神内核。因此,认真对待《为权利而斗争》的更为恰当的学术姿态,应当是一种理论式的读法。

我们知道,耶林的思想可以分为两个时期,即建构方法时期和目的方法时期,两者之间的分界点是1858—1859年作者在吉森大学任教期间遇到的一个一物二卖的真实案件。^[2]这个案件促使耶林的内心经历了痛苦的“大马士革的转向”,最终与历史法学及其后裔概念法学决裂,开始走向目的法学。这一转向也使耶林在完成《罗马法的精神》第Ⅲ册第2部分后,停下来对自己早期所信奉的建构方法进行彻底批判,这体现在1861年至1866年在《普鲁士法院报》上匿名发表的六篇《关于当今法学的秘密信函》。随后,在1865年出版的《罗马法的精神》第Ⅲ册第1部分,他已经预告了即将诞生的法律目的说。这一学说最终在1877年和1883年完成的两卷本的《法中的目的》中得到了系统的阐述。《为权利而斗争》的出版时间,恰巧是耶林转离概念法学、转向目的法学的关键时期,可以说是

[2] 关于此案件的经过及耶林的心路转变,参见吴从周:《概念法学、利益法学与价值法学——探索一部民法方法论的演变史》,中国法制出版社2011年版,第58~68页。

“《法中的目的》这本伟大著作的前身”〔3〕。一种理论式的读法,要求必须将《为权利而斗争》放回到这一思想脉络中去加以理解。

(二) 耶林权利学说的总体思想脉络

早期的耶林是萨维尼开创的历史法学及其基础上发展出的概念法学的忠实信徒,其老师霍迈尔(Gustav Homeyer,系萨维尼的弟子)和好友温德沙伊德(Bernhard Windscheid)都是这一学派的中坚力量。在这一脉络中,耶林发展出了著名的三层次的法学建构技术(自然历史的方法),即法学的分析、逻辑的集中和体系的建构三个逻辑操作阶段。〔4〕较高层次的法学要将法律材料从“法条、思想的体系”转变为“法律存在的整体”“有生命的存在者”“有用的精神者”,〔5〕其中的关键就在于法学概念的提炼。正如耶林一再被引用的名言所揭示的,那时的他相信“概念是有生产力的,它们自我配对,然后产生出新的概念”〔6〕。温德沙伊德同样认为,只有通过全面把握法律概念,才可能产生真正的法律体系。而判决就是将法律概念作为(数学)因数进行计算的结果,因数值越确定,计算所得出的结论则必定越可靠。〔7〕

〔3〕 Einleitung, in: Christian Rusche (Hrsg.), *Rudolph v. Jhering. Der Kampf ums Recht. Ausgewählte Schriften*, Glock und Lutz, 1965, S. 11.

〔4〕 Rudolph v. Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Bd. II 2, 8. Aufl., Breitkopf und Härtel, SS. 309-389;吴从周:《概念法学、利益法学与价值法学》,中国法制出版社2011年版,第87-96页。

〔5〕 Vgl. Rudolf v. Jhering, “Unsere Aufgabe”, *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Bd. 1. (1857), S. 10.

〔6〕 Rudolph v. Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Bd. I, 5. Aufl., Breitkopf und Härtel, 1891, S. 29.

〔7〕 Vgl. Bernhard Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Bd. 1, 3. Aufl., Verlagshandlung von Julius Buddeus, 1870, S. 59.

但是到了《罗马法的精神》第Ⅲ册第1部分第59章中,耶林就已经提出了在法律的本质秩序的建立上“高估在法中的逻辑因素”的警告了。在该章中,对概念法学最具代表性的总结陈词就是:“对逻辑的整体崇拜,使得法学变成了法律数学,这是一种误解,也是一种对法的本质的误认。不是逻辑所要求的,而是生活、交易、法感所要求的必须去实现,这在逻辑上可能是可以演绎得出的,也可能是无法演绎得出的。”〔8〕在接下来的第60及61两章,他就紧接着谈论“权利的概念”(权利的实质要素和形式要素)。这两章完成后,耶林就停止了《罗马法的精神》的写作,而开始写《法中的目的》一书。因此,这最后谈论的有关“权利的概念”与目的理论有着极其紧密的关系。这里面的连续性,在《法中的目的》一书第Ⅰ册的前言中交代得很清楚:据他自己的陈述,他在《罗马法的精神》第Ⅲ册第1部分的末尾,提出了一个主观意义的权利理论,赋予了权利与通说完全不同的概念内容,即以利益代替了意思。接下来的书(指第Ⅲ册第2部分)原本是要来进一步证立与运用这个观点的。

但作者很快发现,利益的概念迫使他注意到了目的,这使原来的研究对象被扩大,于是他就停止了原来的计划(最终未能完成),转而去写作《法中的目的》。可见,连接《罗马法的精神》与《法中的目的》的关键词就是“利益”(Interesse)。而这一点,在处于两者之间的《为权利而斗争》中得到了鲜明的体现,因为主张权利就是在对立的利益面前主张自己的利益。所

〔8〕 Rudolph v. Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Bd. III, 1, 4. Aufl., Breitkopf und Härtel, 1888, S. 321.

以,耶林事实上是以《罗马法的精神》最后部分以及《为权利而斗争》中的权利概念(利益理论),连接起了《法中的目的》中的目的思想。

但我们尚不能认为耶林的权利学说就止步于《法中的目的》。事实上,按照耶林的计划,这套书原本还有第Ⅲ册,但最终未能完成。但它的雏形,却在耶林于1884年3月12日,再度拜访维也纳所作的演讲《论法感之起源》(中文本译作《法权感的产生》)中得到了显露。实际上,它是对《法中的目的》之核心想法的补充,也是对《为权利而斗争》中立场的延续。正如作者在《论法感之起源》的开篇就开宗明义地讲到的:它是《为权利而斗争》的姊妹篇——“两个报告都以法感为对象,第一个报告涉及的是法感的实践操作,对可耻的蔑视法感的行径在道德上以及实践上的回应……现在的报告追寻的亦是同样的目的,但视角有所不同,重点论述的是其内容等方面……”〔9〕所以,要对耶林的权利学说进行完整解读,不仅要将它还原到目的理论的传统中去,而且要结合其法感理论。

综上所述,耶林权利学说的总体思想脉络,是反对概念法学的逻辑崇拜,倡导目的法学的现实考量与行动。为此,我们需要将《为权利而斗争》与《罗马法的精神》(第Ⅲ册第1部分)、《法中的目的》、《论法感的起源》联系在一起理解。这种理解包括三个维度,即利益理论、目的理论与法感理论。以下分述之。

〔9〕 [德]鲁道夫·冯·耶林:《法权感的产生》,王洪亮译,商务印书馆2016年版,第6页。引用时对相关用语略作修正。