

西方法哲学文库

权利相对论

[法] 路易·若斯兰 / 著
王伯琦 / 译

中国法制出版社

西方法哲学文库

权利相对论

[法] 路易·若斯兰 / 著
王伯琦 / 译

中国法制出版社

图书在版编目(CIP)数据

权利相对论/(法)路易·若斯兰(L. Josserant,)著;
王伯琦译. —北京:中国法制出版社,2006.3
(西方法哲学文库)

ISBN 7-80226-045-0

I. 权... II. ①路... ②王... III. 权利 -
法哲学 - 研究 - 西方国家 IV. D9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 010268 号

西方法哲学文库

权利相对论

QUANLI XIANGDUILUN

著者/(法)路易·若斯兰

译者/王伯琦

经销/新华书店

印刷/河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本/850×1168 毫米 32

印张/9.625 字数/182 千

版次/2006 年 6 月第 1 版

2006 年 6 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80226-045-0

定价:18.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真:66031119

网址:<http://www.zgfsz.com>

编辑部电话:66078158

市场营销部电话:66033393

邮购部电话:66033288

西方法哲学文库

总 序

国人移译西方律典，介绍西方法学，始自清末变法改制。初为不得已，意在窥探富强之术，佐治更张。继则揣摩法理，求体用之变，将治式与治道通盘换过。再则于折冲衡平中，辨事实与规则的互动，究法意与人心的嬗变，努力将人世生活善予安顿。而凡此百年由东徂西，积劳积慧，既为华夏民族重构人世规则与人间秩序的悲壮奋斗接引学思，终亦必涓滴汇流，于人文类型的交融呼应中，为全体人类理想而惬意的人世生活之砥砺成型，尽吾华夏民族的法理之思。

“西方法哲学文库”接续前贤，择晚近已有定评的西人法理名篇，译为中文，汇为系列。凡传统所谓法理学法哲学之论述，不分大陆英美，体裁题材，尽在搜罗之列。法学同仁，白手起家，同心戮力，奉献于兹，裨丰富汉语法意，增益法制类型间的了解与通融。设若法律不仅是一种规则体系，同时并为一种意义体系，则文库编事，当在藉法意而通法制，探寻规则背后的意义，

人生深处的人心；设若晚近人类历史赫然昭示吾人者，不仅在法律为天下之公器，更在为民族之自然言说，其间必有需予调和周济者，则文库之编事，在求会通，当为此奉献一份祥和。此既为文库之缘起，更为编事之宗旨，而为全体译友之所寄托也！

许章润 舒国滢 谨识

孔诞两千五百五十二年，西元 2001 年秋

编者说明

本书中译本初版于 1944 年, 1947 年再版, 以后迄未重印。此次据中华书局 1947 年版简体横排重刊, 除改正明显印刷讹误, 调整标点符号外, 其余一仍其旧。

作者 Louis Jossenrant 教授是近代法国著名法学家, 曾长里昂大学法学院, 有多部作品行世, 据说以强调社会整体利益、力挺平等法权的法学观名世。本书对于启蒙以还基于个人主义的法律主场, 特别是私法安排, 即多反拨, 读者通览全书, 自然会有自己的判断。译者是已故著名法学家王伯琦先生。王先生早年留学彼邦, 而专业精勤, 译笔通达, 均为本书增色有加。

泮伟江、周林刚同学协助编事。泮伟江同学校阅全书, 制作索引, 业精于勤; 责任编辑周文娟女士认真而细致, 保证了出版质量。通此致谢!

许章润

2006 年 5 月于清华园明理楼

译 序

个人主义或自由主义的法制，虽是人类自觉自尊的表征，但时至今日，已成末流，代之而兴的，是社会主义的法制。严格的法律，虽是人格财产的有效保障，但这至少已是半世纪以前的事，到了现在，法律是道德化了。这种变迁，是时代洪流中必然的现象。

各种科学都是在进步的。所谓进步，无非是一个基本原理适用范围之扩大。好像投一颗石子在水里，圆形的水浪，一个个的变大，而其原动力只有一个。我们人类凡百事物进步的基本原理是什么？简单地说，就是求生的本性。我们的一切行为，都不外乎在求取精神上或物质上的生活资料。由于这基本原理适用范围在纵的或横的方面渐渐扩展，造成了我们人类的一部灿烂的文化进步史。法律科学进步的现象，当亦并无二致：在纵的方面，刑事法规发达最早，这是消极的仅在保持各个人已得生活资料的现象。继之而有民事法规，这已是积极的在使各个人生活资料增进的现象，再进而有社会法规，行政法规，国际法规，这乃是在使集体的生活资料增进的现象。在横的方面，初仅着眼于谋取特定个人的生活资料，这是封建制度或贵族制度下的法制。继而着眼于谋取不特定个人的生活资料，这是个人主义下的法制。再则着

眼于谋取集体的整个人群的生活资料，这是社会主义下的法制。另就法制的内质而言，初则事物简单，当亦只有很简陋而很不确定的规范。继则乃有较完备的法制，但只是严格的枯僵的法制。到了今天，严格的法制，不论怎样完备，终于不足应付我们生活的需要，势不得不把道德律加进来补充，所以现今的法制，已是道德与法律混合的法制了。

Louis Josserant 先生曾任法国里昂大学法学院院长，与 Duguit, Geny, Hauriou 诸先生，同为近代法学界第一流的学者。他的法律思想与 Duguit 仿佛，同是社会主义的健将，但似乎不像 Duguit 那样急进。Josserant 先生的著述很丰，这一本“权利相对论”，可说是他思想的代表作品。

本书原名 *De L'esprit des droits et de leur relativité*，内容是专论权利滥用的问题，我们简单地把它译为“权利相对论”。我们知道权利滥用的理论，是社会主义学说中的一支主流，在新近订制的民法典里，如德瑞俄及我国的民法，都已有专条规定。法国的民法是现行各国民法中最古的，订于一八〇四年，那正是个人主义或自由主义思想弥漫风从的时期，这是一部个人主义立法的典型法典，内中当然不会有权利滥用概念的踪影。但是法典是死的，学者与法官是活的。法典订于一定时期不能常变，而学者与法官是适时而生的，惟其有学理上及判例上不断的努力。一部早成为枯骨的法典，仍能充满着鲜血活肉，随时代的洪流，亦步亦趋。这是多么壮丽多么宏伟的一幕幻剧！原著者 Josserant 先生一方面是一位登台的主角，一方面亦是剧情的记录者和批判者。

吾国立国的主义是国父的三民主义，而三民主义是集社会主义的大成的。所以我们中国的法制应当是一种社会主义的法制，

自属当然。本书的译述，希望可作建立三民主义法制的参考。

本书于数年前仓促译成，稿存中山文化教育馆，嗣后亦未能妥加修正，谬误之处，在所不免，尚希读者原谅。译著对于本书的内容形式，极力保持其原有意义及样态，不过原著的小注中之不甚重要者，已予删去。

1932年10月9日王伯琦序于昆明寄寓

引 论

1. 智能上所能发挥的最简单而最准确的见解，在大众的意识上，或即在法学家的意识上，不常是获得最大信仰的见解。许多似是而非的诡辩，既始终不顾时潮的变迁和批评的指摘，那么许多不灭的真理、观念，或英语中之所谓基本“准则”（Standards），虽是所有国家在任何时期一切立法的骨干，在短时期或长时期间，亦遭受到攻击，或竟被否认。其中之一，就是权利相对的概念，结果亦就是权利滥用的概念，这是所有文明国家法律制度中主要的一篇，更确切的说，或竟是这些法制所由发育，所由实现的孕育处或原素。

在近乎三十年以前，当许多法学家在采纳、表扬这个概念的时际，有几位民法学家，而最奇怪的是有几位历史学家，反引起了严重而忿激的指摘，贸然加罪于这概念，说它是妄想的，不合理的，而且是危险的，并说这种自以为新奇的理论，必须排除于我们法律之外才好。

其实，他们据以为攻击对象的所谓新奇，乃是极可宝贵的一件古物。在严格法与衡平法，法典与法律、道德，形式上的规条与它在实际上的实施，相互并存而处于敌对地位的时期，这个所谓新奇的理论，已经出现了。一如谢尼（Geny）所谓：“凡有法

律，并不完全包含在法典里”，在形式上的规条或成文法律的四周，还生存而活跃着许多的原则、原理、准则，奥利伍先生（Hauriou）很确当的称之为“法律事物中的宪法原则”（*Les principes constitutionnels du commerce juridique*），一种超法律（Super-legalite）。

在这许多有伟大成就的原理中，我们可以例举几种，诸如詐欺毁灭一切—*fraus omnia corrumpit*，普通错误是权利——*error communis facit jus*，不当得利，而尤其是权利滥用这一理论。这些习惯上的原则，尤其是权利滥用这一概念，虽然没有一部制定的法规把他们作一般的规定，但是与用最明简而最肯定的字句所规定的原则，同样的真实确定。或竟愈加真确，因为他们是超出于立法者的权力之外的，立法者亦不能蔑视这些更高的真理，这些真理不是立法者所创造的，而反要屈服于这些真理之下的。立法者所制定的许多权利，不能抽象的在空间实现，他们是在社会里运用的，而且是为了社会而运用的。况且他们的运用，并非没有什么方针，而是具有一定的目的的。他们的目的是在实现公理，而非在抗叛公理，否则就是背谬法律，滥用权利，那就要引起制裁。

2. 法律可分为成文法典及其实施或运用的方法，或所谓“法律警察”（*police juridique*），这种分别的现象，在凡已达到相当文明程度的国家里都是有的。据乔治·卡尼尔（Georges Cornil）的观察，在罗马法里，我们就可以发现这种现象的很多陈迹。他曾说，法学家格易史（Gaius）已设定了权利滥用的一般理论，用以辩证浪费人所以要宣告禁治产，以及所以要禁止奴隶虐待他们的奴隶。格易史曾说，我们绝不应当滥用我们的权利

(*Male enim ngstro jure uti non debemus*)。另一位罗马法学家卡尔阿波楼东 (Charles Appleton) 曾说, 权利滥用这理论“绝不是现代的, 罗马法的进步, 由严格法律进至衡平, 都是由这理论表达出来的”。倘回溯罗马法的进化直到十二表法 (XII tables), 我们可以见到赛尔史 (Celse) 的著名定义: 法律是善良公平的艺术 (*Jus est ars boni et aequi*); 以及保尔 (Paul) 同样有名的意见: 法律所准许的一切, 并不一定是诚信的 (*non emne quod licet honestum est*)。但有一句可恶的谚语说, 法律是严酷的, 但终究仍是法律 (*Dura lex, sed lex*), 这并不像是真正的罗马谚语, 倘把他当作罗马法开明时期的用语, 这无论如何是完全错误的。相反的一句谚语自应占先, 即“愈泥于法律, 愈不公正” (*Summum jus summa injuria*)。罗马裁判官法融和而可美的发达, 是权利滥用这理论最光荣的表现, 亦是这理论的胜利进阶。

3. 如此人道, 如此活泼, 而如此柔和的概念, 在中世纪当经典派哲学盛行的时期, 却曾一度暂时的衰落了下去, 但是终又随着罗马法而复兴了起来。在十六世纪, 盖角干 (Guy Coquille) 曾用几句成为经典的词语加以发挥: “于是我们的习惯成为我们真正的民法了; 我们必须用善良公正的方法 (*ex bono et aequo*) 去理解及解释他们, 像罗马法学家解释他们的法律和告示一样; 我们必须说这是研究善良和公正、艺术的所在 (*quod fit ars boni et aequi*), 而不是狡猾和严酷的实验所……”。一世纪以后, 柏史奈其 (Basnage) 在他所著的抵押通论里曾写道: “有时因为过于公正而反成为不公正 (*Summum jus summa injuria*), 过分的拘泥于法律, 我们很容易离开正义公道, 这种刚性而绝不宽恕的公理, 与正义公道当然是相背的……”。陀曼 (Domat) 曾把这规

律在财产权方面应用过，倘使一个业主以损害他人为其唯一目的，在他的财产上从事工作，“而对于自己并没有利益”，他的责任就可以引起。“因为在此情形下，这是一种恶意，为正义公道所绝不容许的”。

所以沿习上是一贯不变的，而且并没有间断。像古罗马的法学家一样，我们昔时的学者能在法律里学到一种关于什么是好，什么是公正的学问。他们和古罗马的法学家一样，以为这种学问必须致正义公道于胜利，而不应使不公正胜利，社会的特权，必须以社会的目光去使用，必须有正当的动机，正当的目的；最后，他们一如古罗马的法学家，确认严格的法律与公理是敌对的，这种敌对的情形，伏尔太（Voltaire）把他写成一句成为经典的诗：

行使权利太过，成为不公正。

4. 见于这样久远而一贯的沿习，我们不知道法国现代法学界一部分的意见，如何能仍起反抗——现今虽已很软弱？我们如何能明了有几位虽很知道这种情形的人们，对于有这样的历史，有这样保证的一种社会理论的发展，表示惊愕？

他们这种仇视的态度，并不能归咎于罗马法，亦非可归咎于那些注释家（glossateurs），或后注释家（postglossateur）。那些注释家所费的精力，确使罗马法失去了他的原形。这种仇视态度之所由发生，实应归咎于我们革命时期的法律，以及那些大法典。这些法典，并非是革命时期法律的归宿，亦可以说是革命时期法律的结晶。这种法律，产生于旧时代暴戾肆虐的情形之中，编订

于十八世纪哲学思想统制权力之下，当然是拘泥于极端的个人主义。它主要的目的，在于去除旧时代所加于个人的一切政治的、法律的、经济的或社会的缚束。因为要达到这个目的，它承认人，单是一个个人，他所隶属的社会除外，有许多先天存在的权利，先天的特权，这是超于法律与人类契约之上的。这就是一七八九年有名的人权宣言中的“人权”（Droit de l'homme），“天赋的，不可移让的，神圣的权利”，“天赋的而不可剥夺的权利”。这些权利，虽是立法机关及制宪机关，亦不得加以侵犯。这种观念，从历史上讲来是由于不可避免的社会反动，结果当然要进入主观权利绝对主义的一步；由此个人变成了无上的君主，握有不可侵犯的特权，而即使和国家抵触，亦可肆意行使。此辈自然法学派“想像的把个人提出于社会之外”，不幸的就至于允许他抱着任何目的去行使他的权利，或即是超出于社会或反社会的，亦无不可。我们诸大法典的创作者，尤其是我们民法的编订者，无论他们如何热望的从中做些调和的工作，但是终究没有能舍弃革命时期个人主义的影像。有人说第一帝国（le Premier Empire）不过是一种“适应时潮的革命”（*Revolution bottee*），那么全受革命薰陶的拿破仑立法，亦无非是集于与过去仇抗而提防重蹈复轍的许多基本原则四周的结晶品。所以在这些首要的理论中，第一就是人格的不可侵犯，由于人格的发展，乃至承认个人权利的神圣，不可剥夺，而至少在原则上是无限制的。人之所以为人，他本身已是充分个别的理由，在康德学说中（*Doctrine Kantienne*），个人自己就是一个目的，所以应当可以独擅的无限制的行使他的权利，这是他人格的标志和确定，无所谓滥用权利。

5. 上述的这种观念，确是无限可敬无限宽仁的哲学思想，不过这全是一种设想，全是强构的，因为它的根据是一种不可容许的设想，就是把个人在社会里孤立了起来。其实，立法者，政府，以及法学家之所以顾念到人，并非因为他是个人，而是因为他社会中的一个单位。他所有的权利，并非是在行星间的空际可以行使和实现的，而是在一个社会里的，在这社会里，他不过是无数细胞中最脆弱而最下贱的一个。他不过是插入一部复杂而庞大机器里的一件卑贱的机件，他的动作，必须适合于他所隶属的中心。在表面上最个独而最自利的权利，亦不过是一种社会的特权，所以必须以社会为目的而去使用他的权利，必须适合于这权利创制的精神，civiliter。

6. 这是一种不移的真理，决不是一种哲学的或立法的制度所可逃出的。我们以后可以看到，我们的民法编订者自己，不论革命时期的法律在他们的心灵上铭刻得如何深，对于这种真理，有时亦不得不尊崇。但是他们很少起这尊崇心，而且常多顾忌，所以我们可以确切的说，这真理在差不多一百年间，受到了部分的磨灭，尤其在学理及立法方面。至于我们的司法，因为他们是就事实着手的，他们的工作是主重在实际的，所以从没有脱离社会的现实性，他们直视主观权利为有因的权利，不可以把它当作对抗社会或其他个人的武器。幸而有我们的司法，权利滥用这个沿习的理论，还能维护它不少的地位，不过这仍是许多有很大权威的学者所主张要推翻的。

7. 由于我们法院的努力，权利滥用这一理论非特保持了它以前所获得的地位，而并加以组织，加以扩充。这一理论的发展——我们法院的努力至今所表达的，亦尽在于此——是在双方面

的：一方面，这一理论已进占到它从未窥见的领域，对于它从未接触过的权利，它已使之有因，加以限制^①；另一方面，这一理论的意义及鉴别，亦已起了变化：罗马时代的法学家，以为滥用权利的行为，即不完全是，亦主要的是奸恶的行为，但是在我们现在的实体法方面，滥用权利的行为已变为反任务的行为（aete anti-fonctionnel），违反某一特定权利的精神的行为了。它的鉴别在昔时是以行为人的意思为标准的，而现在已变成社会的了。因此，这理论的力量增加了很多，而它的范围亦扩充了不少。

8. 这一理论在我们法院方面的这种双方进展，使学理和判例两方的分庭，更觉明显。学理方面，以为法律是一种切当而抽象的科学，而判例方面，则倾侧于事实，以为法律是一种社会的科学，以观察为基础的。这相异意见争抗的胜败结果，当然是无可疑义的。真实必能制胜想像，无论如何精密的忆想，终不及几何学的正确。所以自从二十年以来，虽不是全数，亦有大多数的民法学家在称颂权利的相对性，而攻击权利绝对的学说。这种权利绝对的学说，十八世纪的哲学派，革命时期的法律，以及拿破仑时代的诸大法典，都曾一度加以颂扬，这亦不过是由于过去激烈反抗的情绪的表现，倘把他视为一种永久的学理，那就要和权利的本质以及它的社会使命发生冲突了。近几年来，有许多学者，非特不怨诅我们的判例上曾承认自利权利的相对性，反而公开的在宣布他们是相对思想的信徒，而努力于有系统的工作，引

① 如父母的监护权（见后 71 段）；丈夫对于其妻的允许权，应允许而不允许（见后 80 段），应不允许而允许（见后 79 段）；拒绝订约权（见后 91 段后）；履行契约的代替权（见后 129 段后）。

导我们的法院完成它艰巨而丰美的任务；他们非特不加多在历史过程上的阻碍，而反把它们去除；他们非仅在保持我们判例上的沿习趋势，而反在鼓励促使它去对一切的个人特权，实施慈爱的软化和社会的压制，因为倘无社会的压制，权利将成为一种狞恶的东西，而各个人可以任凭他的内心或性情，随便确定事之公正与否了。倘使权利的生命确是致用于争斗的，那么至少这不应当是一个泥钵对抗一个铁钵的斗争，而政府给予战斗员的武器，至少亦不应当是含有毒质的武器，他们亦必须善意而合于战斗规则地去使用他们的武器，这是一种不移的社会规律。

9. 本书计划概要——我们研究权利滥用，亦就是要寻求和确定这个社会规律。为完全避开私见起见，即在入门探讨的时候，我们亦不愿对权利之滥用下一个确定的定义：它意义的形态，在本书的进程中，自能逐步地显出来；我们首先表述法国的现行实体法，然后在比较法方面，作一个简略的摘要，最后在第三卷里，在既已获得的基础上，我们再以权利的精神为依据，探求权利滥用的一个概括的系统。

10. 现在我们只要注意到一点，既有所谓法律的精神（*esprit des lois*），更推广一些把整个的法在客观上说，既有所谓法的精神（*esprit du droit*），那么我们亦应当承认有一种权利的精神（*esprit des droits*），这种精神是任何一种个人权利所具有的，一如引用法律不可违反它的精神，一如一条河不能改变它天然的水流，我们行使权利亦不能错误的肆意的违抗而蔑视权利的社会使命：我们知道，目的可以使方法成为正当，至少当方法的本身是正当的。但是方法，即使它的内质上是无可责咎，亦不能使可恶怪诞的目的成为正当。