

为权利而斗争

[德] 耶林 著



创于1897

商務印書館

The Commercial Press

为权利而斗争

〔德〕耶林 著

郑永流 译

 商务印书馆
The Commercial Press

2016年·北京

图书在版编目(CIP)数据

为权利而斗争 / (德)耶林著;郑永流译. —北京:
商务印书馆, 2016

ISBN 978-7-100-11713-5

I. ①为… II. ①耶…②郑… III. ①权利—研究
IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 256625 号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

为权利而斗争

[德]鲁道夫·冯·耶林 著

郑永流 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

北京市白帆印务有限公司印刷

ISBN 978-7-100-11713-5

2016 年 3 月第 1 版

开本 850 × 1168 1/32

2016 年 3 月北京第 1 次印刷

印张 3%

定价: 15.00 元

第一版序言

3月11日，我在本地的法律协会做了一场关于为权利而斗争的报告，后来我对之进行了详细修改和较大扩充，并以这个文本交付刊行。

也是为了非法律人的最大兴趣和充分理解，我力图通过这种处理方式使这本小书进入受过教育的外行听众之中。这是一篇在这本小书中可发现对其运用的权利心理学，每一个思索的读者都有机会自己来试一试这种心理学。

这本小册子的问世，恰逢我正欲离开维也纳之时，我不得不用这里给我提供的机会，以便对我的法律专业同仁，他们当时馈赠了我与会的荣耀，特别是对我崇敬的朋友——法律协会主席，前司法部长，弗赖赫恩·冯·海叶，公开重申我在演讲结束时对他们所说的。这就是，热忱地感谢实务界人士对一个以学术为志业者从一开始就给予的和从未掩饰的友好支持；感谢他们用如此愉快的方式保持着对我的学术追求之兴趣和理解，这种情感引发了我对不得不辞别您们的圈子的遗憾，并引发了请您们保持对我的友好怀念的乞求。您们对我的演讲所馈赠的支持，给予了我愉悦的希冀：从演讲中产生的信念也会鼓舞着您们；之于现时的奥地

利,为权利而斗争是能够通过努力而实现的,在您们中,一些人会成为勇猛的斗士。这是一种最美好的祝愿,带着她,我可以告别奥地利了。

维也纳,1872年7月9日

鲁道夫·冯·耶林博士

目 录

第一版序言	i
为权利而斗争	1
附录	62
一 报道——耶林在“法律协会”	62
二 为权利而斗争的演讲稿	68
三 耶林法学著述目录	84
四 耶林研究文献选	88
译后记：为“什么”而斗争？	90

为权利而斗争

众所周知，法权（Recht）的概念是一个实践的概念，即一个目的的概念，但是，每个目的的概念据其本性是在双重意义上形成的，因为它包含着目的与手段本身的对立——仅仅说明目的尚不够，还必须同时指明如何能达到目的之手段。因此，法权还必须全面回应我们的这两个疑问——不仅在总体上，而且在每一个具体的法权制度中。事实上，法权的整个体系，不外是对这两个疑问的不停回答。每一个法权制度，例如财产、债的定义，必然是矛盾的，它既标明自己为之服务的目的，同时也指明应当如何遵循目的之手段。然而，无论形成的方式可能是多么不同，手段始终被归结于反对不法（Unrecht）的斗争。在法权的概念中存有下列对立：斗争与和平相伴——和平是法权的目标，斗争为其手段，两者经由法权的概念和谐一致地得出，且与之分不开。

人们可能对此提出质疑：斗争、不和，正好是法权欲阻止的，不和包含着对法权秩序的妨碍、否定，它不是法权概念的要素，否定德性的恶习在德性定义中的成分愈少，斗争与不和在法权定义中的成分就愈少。这一质疑如果是指不法反对法权的斗争方为正确，可是这却关涉法权反对不法的斗争。没有这种斗争，即对不法的抵抗，法权自身将被否认。只要法权必须在来自不法的攻

击上理解——只要世界存在，这一攻击是持续的——为法权而斗争仍不可避免。因此，斗争不是法权的陌路人，斗争与法权的本性不可分地联在一起，是法权概念的要素。

贯彻这一思想，指明斗争对于法权的意义，是本演讲的任务。

世上一切法权是经由斗争而获得的，每一项既存的法律规则（Rechtssatz）必定只是从对抗它的人手中夺取的。每一项权利，无论是民族的还是个人的，都以坚持不懈地准备去自我主张为前提。这种法权不是逻辑的而是一个力（Kraft）的概念。正义环绕着法权，她一手提着天平，以此去衡量法权，一手握有干戈，用之去维护法权。无天平的干戈，是法权赤裸裸的暴力，无干戈的天平，是法权的软弱无能。两者休戚与共，唯有正义用来操持干戈的力量与其执掌天平的技艺比肩并立时，一种完满的法权状态才存在。

法权是持续的事业，也即不单单是国家权力的、还是整个民族的持续的事业。鸟瞰法权的全部生活，令我们忆起一个民族上下孜孜不倦地搏击、斗争和工作的壮观场景，例如在经济领域中。每一个处在必须主张其法权的境况中的个人，在这种民族事业中肩负着自己的那份使命，为在世界上实现法权的观念尽其绵薄之力。

当然，这项要求不是向所有的人提出的。芸芸众生的生活，未受阻挠、没有障碍地在法律规制的轨道上驶过，如果我们对他们说：法权就是斗争，他们可能不理解我们，因为他们仅把法权认作和平、安宁和秩序的状态。从其自身的经验立场出发，他们是完全正确的，这全如不费吹灰之力得到他人劳动成果的富有继

承人，有理由否认财产权源于劳动这一铁律。把这两者弄混有其原因，即财产权概念和法权概念在主体上的两个面向，可能用下列方式彼此分离：一部分人得到享受与和平，而劳动与斗争被分配给另一部分人。如果我们问一问法权概念，答案将正好相反。同法权一样，财产也是一个双面的雅努斯^①头（Januskopf），对一些人只展现这一面，而对另一些人仅显现那一面，因此，每个人从那里获得完全不同的形象。就法权而言，这一点既适于单个人，也适于整个时代。某个人的生活是战争，而另一个人的生活是和平，像个人一样，由于两者在主体上被不同地分配，民众遂产生完全相同的错觉。一个长久的和平时期和那种对永久和平的笃信，繁花盛开，直到第一声加农炮响才驱醒了美梦，轻而易举就享受了和平的一代，被必须在战争的艰辛劳作中才能重新获得和平的一代所替代。在财产权以及在法权方面，劳动与享受如此相分离，但它们的休戚相关性并无损害；一些人颐然自得，在和平中生活，而另一些人则必须不停地劳作和斗争。没有斗争的和平与没有劳动的享受属于伊甸园岁月，历史只知晓，和平和享受两者是不懈的艰苦努力的结果。

斗争是法权的事业，关于斗争在实践上的必要性以及对斗争的伦理评价，一如劳作之于财产，地位是同等的，对这一思想我准备在下文中详述。因此，我以为，这不是多此一举，相反，这

① 雅努斯（Janus）是罗马人的门神，也是罗马人的保护神。传说雅努斯有两副面孔：一副在脑前，一副在脑后；一个看着过去，一个向着未来。用阿拉伯数字的注释为译者注，带*的注释为作者注，作者未编注释序号，译者也未加更改。这与本译丛的注释体例相反，意在保持带*的注释之原貌。

是我们的理论——我认为，不仅是法哲学，还有实证的实用法学 (Jurisprudenz)，放任犯下的疏忽大罪，它们应负有责任。人们清楚地察觉到，我们的理论更多地与正义的天平而不是正义的干戈相干。这种理论习惯从片面的立场出发来看待法权，可以简要地把此立场概括为：对它而言，法权显得不是力的概念 (Machtbegriff)，而是生活的抽象秩序。依我之见，这使其关于法权的整个学说烙上片面性印记，一如我在下面将有望证明的。

之于为法权而斗争我们必须遵循的两个方向是通过 Recht 这个词的双重意义所标明的——客观意义的法 (das Recht im objektiven Sinn) 和主体意义的权利 (das Recht im subjektiven Sinn)。据其前一方向，斗争伴随着历史上抽象法的产生、形成和进步，据其后一方向，斗争是为了实现具体的权利 (Rechte)。

斗争伴随着法的成长！法在其产生时究竟是不是遭遇斗争？流行的萨维尼—普赫塔关于法的产生的理论什么也没告诉我们。据此理论，如同语言或艺术，法的形成同样是毫无痛苦地发生的，无需奋斗，斗争，甚至连探求也不需要，相反，它是事实的静默作用之力，此力没有暴力的奋争，舒缓却安定地开辟着法的道路，是气质徐徐展露的、经由自己行为外显的确信力——一条新的法律规则，如同某个语言规则，也是自然而然地产生的。债权人可以将支付不能的债务人作为奴隶卖为外奴，或者所有人可以请求占有其财物的人归还其财物的规则。据此见解，在古罗马，与支配第六格 (cum den Ablativ)^① 这一规则的形成方式少

^① Cum 为拉丁语的介词。

有二致。

这就是那种法的产生的观点，带着它，我在萨维尼居主流的时代离开了大学，在之后许多年，我仍受其影响。这一观点具有真理的资格吗？必须承认，法也全如语言或艺术一样，不受干扰地发展，或者用习惯的说法，我们称之为内在有机地发展。属于这种发展的有：从有规律、自主形成的交往法律行为中逐渐积累起来的法律规则，以及一切由科学从既存法中借助理论的论证所推导出并意识到的概念（Abstractionen）、结论（Consequenzen）、规则（Regeln）。然而，交往和科学这两个因素的力量是有限的，这种力量能够在现有轨道上调整、促进运转，但不能冲决阻挡洪流朝着新方向涌去的堤坝。唯有制定法（Gesetz）能做到这一点，亦即，国家权力的有意的、以此为目标的行动方可为之。因此，一切程序法和实体法的深刻改革均基于各个制定法并非偶然，而是深植于法的本性的必然。虽然制定法对既存法的修改，其影响可能完全限于既存法，限于概念领域，其实效没有达及依据至今的法所形成的具体关系领域——这是单纯的法律机器的改进，在这种改进中，一个不中用的螺钉或轧辊将被一个较完好的所替代。可是，众所周知，事情的反面常常是：只有以极为严重地侵犯既存法和私人利益为代价，改变才能实现。在物换星移中，无数个人和特权阶级的利益与既存法相连，其方式为：不以严重的方式损害他们的利益就不能废除既存法——质疑这种法律规则或者制度，意味着对所有这些利益宣战，意味着把一个用无数触须紧固着自己的珊瑚虫剥开。因而，每一次这样的尝试招致被威胁的利益以自我保存欲望的本能方式的最激烈抵抗，并由此

引发一场斗争，如同每场斗争一样，在这场斗争中，不是理由的分量，而是对立势力的权力状况起着决定性作用，并且像力的平行四边形，所带来的结果是，偏移了原来的路线，走向对角线，这并非少见。只是要说明，一些早为公众舆论所谴责的制度常仍可能长久地苟延残喘。使之得以保全的并非历史惯性，而是关乎其存在的利益的抵抗力量。

在既存法以利益为支撑的所有这些情况中，这是一场新法必须经受的、不得不为自己闯开一条通道的斗争，是一场经常要延绵整个世纪以上的斗争。当各种利益已获取既存法的形态时，斗争便达至紧张的顶点。此时，两派相互对峙，各派都把法的神圣性作为箴言写在自己的旗号上，一派标称历史的法的神圣性，即过去的法之神圣性，另一派主张永远在成长的和更新的法之神圣性，即发展人类永恒的原生法的神圣性——这种法律观自身的冲突情况的确染上几分悲剧色彩，这种冲突涉及主体，为了自己的信念，他们倾注了自己全部的力量和整个生命，并最终听凭历史的神明裁判。法律史必须记载下的一切丰功伟绩是：奴隶制和农奴制的废除、土地财产自由、经营自由、信仰自由，如此等等，所有这一切，须经最激烈的、常常是持续几百年的斗争才能赢得；在法律走过的这条路上，不难见血流成河，到处是被蹂躏的法律。因为“法是吞噬他自己孩子的撒旦”，*法只有通过与自己过去决裂才能使自己变得年轻。一项具体的法，因为曾经出现就要求无限地即永久地存续下去，好比一个挥臂打自己母亲的孩

* 引自我的《罗马法精神》II, 1, §. 28 (第2版, 第67页)。

子。当它诉诸法律观念时，是对她的嘲讽，因为法律观念是永恒的生成，但已经生成的必须让位于新的生成，这原是：

所形成的一切，
是值得毁灭的。^①

就这样，法在其历史运动中令我们忆起种种探索、角逐、斗争的图景，质言之，暴力的奋争的图景。无意识地借助语言完成其塑造者工作的人类精神，没有遭遇暴力的抵抗，还有艺术，除了它自己的过去，即流行的风格外，没有别的要去战胜的敌手。然而，作为目的概念的法，置身于人类的目的、志向、利益的混乱喧闹之中，它必须不停地摸索和探求，以寻找正确的道路；在发现了正确的道路时，必须斗争和运用暴力，以实际踏上这条道路。毫无疑问，法的这种演进，全如艺术和语言，是有规律的、统一的。然而，一如它所发生的，在方式和形式上，与后者大相径庭。因而，在此一意义上，我们必须断然驳斥由萨维尼首倡并迅速获得普遍效力的在法与语言和艺术之间具有类似性的观点。作为理论见解，它虽是错误的，倒并不危险，而作为政治公理，它却包含着可以想见的灾难性异端邪说，因为在人们应当付诸行动，应当以完全清楚的目的意识和尽其全力付诸行动的领域，它对人们搪塞道，事情是自我生成的，人们最好是袖手旁观，笃信地坐待什么东西从所谓法的源头：民族的法的信念（*nationale Rechtsüberzeugung*）中，渐次涌现出来。因此，萨维尼和他的

① 歌德诗句，原文为：Alles, was entsteht,
Ist werth, dass es zu Grunde geht.

所有门生厌恶立法的干预*，因此，普赫塔的习惯法理论完全误解了习惯的真实意义。之于普赫塔，习惯不外仅是一种认识法的信念的手段；这一信念是在它被付诸行动时才得以生成，只有通过行动才表现出其力量和其支配生活的使命——质言之，法是一个力的概念这一命题也适于习惯法——这位卓越的英才对此命题完全视而不见。因此，他只是礼赞了那个时代。因为那个时代是我们诗歌的浪漫时期，不惧把浪漫主义观移至法学，并愿不遗余力地对这两个领域的相关趋势相互比较的人，大概不会认为我的断言不当：历史学派同样可被称为浪漫学派。立基对以往状况错误地理想化的观念：法如同原野之草木，无痛苦、不费力、无劳作地生成，这的确是一种浪漫主义作派；严酷的现实教诲我们的却相反，不仅是我们所看到的一小部分现实，几乎处处都给我们展现出民众在形成其法的状态中的惨烈角逐——对这个最重要的方式问题回答各异；而且无论我们回眸任何往昔，都留下同样的印象。所以，萨维尼的理论仅适于我们一概不知的史前时代。但若允许对史前时代提出各种猜想的话，那么，我与萨维尼学派迥然对立，它把史前时代设想为法是发自民族信念深处、友善、平和地形成的表演场，人们必定认可我的猜想：史前时代至少与法的可见的历史演进有类比性，并一如我自己认为的，同时，史前时代有较大的心理盖然性之优越性。史前时代！曾有一种风气，即赋予史前时代以一切美好的秉性：真实、坦率、忠诚、赤子之

* 直至施塔尔所做的讽刺，见我的《罗马法精神》II，§. 25 注 14 中所引用的他的在议院的讲话那一段。

心、虔诚信仰，在这样的土地上，除了法的信念的力量外，不要其他的驱动力，法便定能枝繁叶茂，本无需拳剑。然而，在今天，人人皆知，虔诚的史前时代却具有正好相反的特征，史前时代比所有后世以更容易的方式生成法这一假说，却难以服人。我本人坚信，史前时代在这方面必须付出的劳作曾更加艰辛，连最简单的法律规范，例如上述最古老的罗马法关于所有人要求任一占有人归还其财物的权利，和债权人把支付不能的债务人卖为外奴的权利，在实际确定下来且为每个人所服从之前，必定是在剧烈的斗争中才生成的。姑且不论其如何，我们撇开史前时代不计；有记载的历史给我们提供的关于法的产生的状况能令我们满足。但这种情况为：法的诞生如同人的诞生，通常伴随着剧烈的分娩阵痛。

法的诞生是如此这般，我们当为此悲叹吗？情况恰恰是，法不费吹灰之力便降临于民众，他们必须为之角逐和争夺，斗争和流血，正是这种情况把他们与他们的法紧密地联系起来，正如在分娩时母亲与孩子以自己的生命为代价。不费吹灰之力获得的法，犹如仙鹤送来的孩子；仙鹤所送来的孩子，可能又被狐狸或兀鹫叼走。但狐狸从生育孩子的母亲那里叼不走孩子，同样很少从一个民族那里夺去他们在艰难困苦浴血奋斗中获得的法和制度。人们可以直率地断言：一个民族用来信奉和主张自己法的挚爱程度，取决于为获得法而付出的辛劳和努力。把民族与它的法连在一起的牢固纽带，不是习惯，而是牺牲，上帝对他所愿眷顾的民族，不是赐予他们以法，也不是减轻他们的劳作，而是加重这种劳作。法所要求的斗争，不是不幸，而是恩典。

* * * * *

现在我转向我的演讲的第二部分：为具体的权利而斗争，其目的指向权利人的主张。这一斗争由他人的侵害、剥夺和蔑视这种权利而引发。因为没有权利，既没有个人，也没有民族，能免于这种危险，于是这种斗争可能在全部法的领域重复出现：下至私法（Privatrecht），上至国家法（Staatsrecht）和国际法（Völkerrecht）。战争，骚乱，革命，私刑（Lynchgesetz），神明裁判（Gottsurtheile），武力自卫权（Faust und Fehderecht）和其在今天的残余：决斗（Duell），最后还有紧急防卫（Nothwehr）和温和的斗争：诉讼——尽管斗争的争议标的和投入、斗争的形式和维度各各不一，它们与为权利而斗争这幕戏剧的场景有何不同吗？当我现在从全部这些形式中选取最冷静和最平淡的一种：为私权而进行法律的斗争时，不是因为聚首在此的我们恰好对私权具有最大兴趣，而是因为私权中，真正的事实关系具有最易遭受误识的危险，也即，危险不仅来自外行，还来自法律者本身。在一切其他的情况中，事实关系显得再明白和清楚不过。在这些情况中处理的是法益，它值得全力投入，连最愚钝的人也知晓这一点，没人会问：为何争来斗去，为何不乐于相让？极致地展示人类力量和牺牲精神这一壮美的表演，不可抗拒地吸引着每一个人，并把他提升至理想的价值巅峰。但是，在每一个私权的斗争中事情截然相异。私权的斗争所涉及的利益相对地微不足道，通常是我的与你的问题，这个问题又十分枯燥。这一特点指明，私权的斗争如

何表现出来，即仅表现在冷静的利害算计和生活筹谋领域，私权的斗争在其中运行的形式，斗争的机械性，排斥人格的自由有力的自我显现，加强了这种不利的印象。然而，这一斗争也曾有一个时代，在那时，这些形式曾呼吁限制人格，并借此清晰地显示斗争的真实意义。然而，在用剑来裁判我的与你的之争的时代，在中世纪骑士向对手下战书的时代，局外人也被迫认识到，在这一斗争中，关涉的不仅仅是物的价值，不仅仅是防止金钱损失，而且是张扬在物中的人格本身，主张个人的权利和名誉。

当然，我们没有必要乞求回到早已消逝的状态，以从中获得对它的解释，尽管在今天斗争形式趋向另外的样子，但事情却完全如昨。瞥一眼我们当今生活的诸种表象和心理上的自我观察，对我们整体仍有益处。

当权利受到侵害时，每一个权利人就面临着那个问题：他应主张权利，抵抗侵权者，亦即抗争，还是屈从侵权者而置权利于不顾，无人能替他做出决断。无论他做出何种决断，在这两种情况中，他均与牺牲相连，或是权利牺牲和平，或是和平牺牲权利。因此，这个问题似乎尖锐化为：根据事情与个人的个别关系，哪一种牺牲是更可忍受的。为了和平，富人将支付对他而言不重要的争议金额，之于穷人，这笔争议金额相当要紧，为此，他将舍弃和平。这样一来，为权利而斗争的问题似乎变成了一个纯计算题，在那里，将相互权衡双方的得失，然后再形成决断。

谁都清楚，实际上这决不是那么回事。日常经验告诉我们，在诉讼中，争议标的之价值与推测到的所花费的辛苦、不安和成本不成比例。没有人为其掉入水中的一个塔勒而付出两个塔勒以