



厦门大学法学院
法国公法与比较公法系列丛书

COLLECTION DROIT PUBLIC FRANCAIS
ET DROIT PUBLIC COMPARÉ

1789年人权和公民权宣言的 思想渊源之争

王建学/主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

013030965

D756. 521
03



厦门大学法学院
法国公法与比较公法系列丛书
COLLECTION DROIT PUBLIC FRANCAIS
ET DROIT PUBLIC COMPARÉ

1789年人权和公民权宣言的 思想渊源之争

王建学/主编



北航

C1638763



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

D756.521
03

图书在版编目(CIP)数据

1789年人权和公民权宣言的思想渊源之争/(德)耶利内克等著;王建学主编. —北京:法律出版社, 2013.1

ISBN 978-7-5118-4398-2

I. ①1… II. ①耶… ②王… III. ①人权—研究—法国 ②公民权—研究—法国 ③宪法—法制史—研究—西方国家 IV. ①D756.521 ②D956.51

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第302668号

© 法律出版社·中国

责任编辑/王晓萍

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/固安华明印刷厂

编辑统筹/财税出版分社
经销/新华书店
责任印制/吕亚莉

开本/A5
版本/2013年3月第1版

印张/7.625 字数/165千
印次/2013年3月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-4398-2

定价:25.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

自改革开放以来,我国宪法与行政法学者对外国公法学说表现出浓厚的兴趣,不仅留学欧美诸国研习外国公法成为潮流,而且译介外国公法学者之著述亦蔚然成风。晚近,国内各大出版社出版了一批“外国法与比较法”或者“外国宪法与行政法”译丛和研究外国公法的系列著作,毫无疑问,这些著述的出版极大地丰富了我国的公法理论成果,对推动我国公法理论研究具有重要的学术价值。

然而,由于各方面的原因,学界对非英语国家的公法理论无论是在译介还是在研究方面均较为薄弱,特别是法、德、俄、意等欧洲大陆国家的公法学说存在诸多空白。众所周知,法国是近代宪政的发源地,在近代欧洲启蒙运动时期产生了众多著名的法学家和思想家,他们成为近代自然法学说的主要代表人物,如让·博丹(Jean Bodin)首次提出了国家主权学说;孟德斯鸠(Montesquieu)提出并论证了分权学说和权力制衡理论;伏尔泰(Voltaire)和拉法叶特(Lafayette)等提出人权学说;卢梭(J. J. Rousseau)提出并系统地论述了人民主权学说。法国的宪法实践也对其他国家的宪政发生了重要影响,仅以法国1789年《人权和公民权宣言》以及1958年《法兰西第五共和国宪法》的域外影响来看,法国

宪法对宪政文明贡献巨大。

法国大革命以来的宪法实践表明,一个受传统专制文化影响深远的国家,其宪政建设不可能一帆风顺,法国从传统社会向近代宪政转型虽始于大革命,但直到第三共和国宪法颁布之后,其民主共和体制才得以稳定。第二次世界大战后,法国不断改革宪政体制,完善宪法委员会制度并创立半总统制,对欧洲国家的政体仍然产生重大影响。伴随着宪法实践的变化与发展,法国自近代以来的宪法学说可谓自成流派、百家争鸣。如艾斯曼(Adhémar Esmein)的古典宪法学理论、玛尔贝格(Raymond Carré de Malberg)的实证主义宪法学、狄骥(Léon Duguit)的社会(连带)宪法学、奥里乌(Maurice Hauriou)的制度宪法学等;当代如法沃赫(Louis Favoreu)的规范宪法学和宪法关系学,米歇尔·托贝(Michel Troper)的现实主义宪法学,等等。

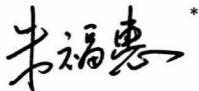
法国是公认的“行政法母国”,其行政法的基本概念、原则和制度至今仍然影响大陆法系国家的行政法。法国的行政法原则保持了其历史连续性和法文化上的特殊性,但行政法院通过判例不断发展行政法的原则与规则,使法国行政法在限制行政权、保障基本人权和维护国家法律秩序方面具有普遍性价值,为其他国家的行政法制所吸收和借鉴。以丰富的行政法实践为基础,法国公法学者在行政法领域成就斐然。莱昂·狄骥创立了公共服务理论,奠定了近代行政法的基础,奥里乌、法沃赫等学者也以宪法学理论为基础,对法国现代行政法的理论和原则进行了全面的阐释。法国行政法学者大多为宪法学家,其研究视野涵盖国际法学、法哲学甚至社会学与政治学,因此,法国行政法的理论与学说哲理深厚、概念清晰而且流派众多。

法国公法的理论与实践,对我国法治建设具有重要的借鉴和参考价值。这已经引起了我国公法学人的关注与重视。王建学

等诸位青年学人,曾有留学法国研习公法的经历,致力于研究法国公法以及以法国为中心的比较公法,在他们的共同努力以及前辈学人的关怀下,厦门大学法学院法国公法与比较公法研究中心(筹)策划并组织出版这套丛书,王建学博士直接从事编译工作,其学术志向值得尊敬。本套丛书的出版要特别感谢法律出版社的大力支持,同时也要感谢厦门大学法学院为出版提供资助。

由于法国公法的知识体系极为庞大,本套丛书难以全面地介绍其全部内容,只能选择法国公法中的若干重要问题,以译著、专著和文集等形式展现法国公法的理论源流和基本原则。由于译著者多为宪法学与行政法学界的新秀,本丛书可能会存在诸多缺陷或不足,恳请各位读者和学术前辈批评指正。同时,希望更多有志于研究法国公法的青年学者加入这一学术行列,为我国公法的繁荣与进步而不断努力。

是为序。



2012年8月27日

* 法学博士,厦门大学法学院教授、博士研究生导师,中国宪法学研究会副会长。

编译说明

—

1789年《人权和公民权宣言》(以下简称《宣言》)在人类宪法发展史上具有极为重要的地位,下述三点评价是举世公认的:第一,《宣言》是法国大革命的宪法纲领,标志着波澜壮阔的法国大革命之开端;第二,它是人类历史上第一部具有“普遍意义”的人权宣言,乃是为道德与伦理意义上的抽象之人立法,并不像之前的权利法案那样囿于特定民族或国别;第三,它是至今仍然有效适用的最古老的“权利清单”,在法国以及加蓬、塞内加尔等法语国家仍是现行宪法的有效组成部分。从人权理论的角度来看,《宣言》不仅是研究人权发生学的重要素材,其所包含的价值和原则对于追本溯源地解决当代人权理论的各种问题均有重要参考意义。

鉴于其重要性,《宣言》是非常值得认真研究的课题。在1789年至今两百多年的时间里,关于《宣言》的研究从未间断过,各国学者对《宣言》的研究可谓历久而弥新、推陈而出新。按笔者的理解和归纳,学术界的相关研究大体可以分为四个较为集中的时期。

第一个时期是自 1789 年至 20 世纪初,研究主要集中于《宣言》的思想渊源。潘恩的《人权论》介绍了《宣言》并为之在政治上辩护。学术上的问题主要是《宣言》的思想来源,这由德国学者格奥尔格·耶利内克(Georg Jellinek)挑起,认为《宣言》完全抄袭北美的权利法案,法国学者埃米尔·布特米(Émile Boutmy)予以反驳,此外,Walch、Doumergue、Klövekorn 等学者亦陆续加入其中。

第二个时期是 20 世纪上半叶,主要集中于《宣言》的制定背景与过程。这多见于法国学者的研究,英美和其他国家的学者较少关注。除大革命史学者关于制宪国民议会的研究外,亦有其他法国学者考察《宣言》文本形成的过程及含义,并对参与制定《宣言》的制宪国民议会代表所遗留的有关文献进行整理和研究。这在一定程度上是思想渊源之争的延续,因为《宣言》制定的客观过程包含着其思想渊源的答案。

第三个时期是 20 世纪 40 年代至 70 年代初,主要集中在人权的宪法诉讼保障,从学说上将《宣言》中的人权由行政法上的公共自由(libertés publiques)引向宪法上的基本权利(droits fondamentaux),突破主权理论的束缚,以实现《宣言》所载人权对立法机关的约束力。这一时期受到德国基本权利理论的部分影响,实现了传统人权观念的转变。

第四个时期是 1971 年至今,主要集中于《宣言》的解释与适用实践。由于宪法委员会在 1971 年结社自由案开始将《宣言》纳入“宪法团(bloc de constitutionnalité)”,学者们对《宣言》的研究主要围绕宪法委员会的判例展开,集中在《宣言》在宪法裁判中的解释与适用,文本的含义及其解释方法。宪法委员会在 50 周年之际(2008 年)整理和汇集了以往关于《宣言》的判例,供各国的法语学者进行全面研究。对于法国的人权判例,美国学者 Cynthia

Vroom、James E. Beardsley、Richard J. Cummins 等有所研究,日本学者编译有《宪法委员会判例集》。

然而回望我国宪法学界,对《宣言》的研究显然是不够深入和系统的。这一领域中较为有力的研究,仅限于两篇早期论文——《法国人权宣言之研究》(何学骥,1928年)和《法国人权宣言的来源问题》(张奚若,1931年、1932年),两篇论文主要评介《宣言》的制定过程和思想渊源。另有《法国人权宣言嬗变的历史轨迹》(肖周录、赵世义,1998年)一文简单描绘了《宣言》的历史变迁。上述研究虽然不失为佳作美文,但相对于《宣言》所涉及的宏大领域而言却是“意犹未尽”。尤其是一个当代的问题,即1971年以来的相关宪法判例,我国学术界仍未予以关注,唯有包括本人在内的若干青年学人近几年对一些典型判例进行了译评。

前辈们的研究既给我们提供了基础和起点,也留下了有待探索的空间,作为后辈的我们既感激又庆幸。然而有一点几乎令人无法容忍,近几十年来我国学术界对《宣言》持有一种意识形态化的观念,将《宣言》视为资产阶级的洪水猛兽而加以批判。学术研究若失去了客观、中立和全面的立场,当然会被假象和错误所蒙蔽,相当数量的有关论著或内容空洞,或方法失范,或翻译错误,等等。

有鉴于此,笔者想借“法国公法与比较公法”这套丛书,陆续完成和推出关于《宣言》的专题性作品,希望可以有助于人们客观地认识《宣言》以及整个法国宪法体系。

二

关于《宣言》,最早期的经典问题是:《宣言》中包含的思想来源于何处?到底是何种观念指导着制宪国民议会的活动?《宣言》的条文为何是这样而不是那样的?传统上,人们约定俗成地

认为,《宣言》乃受到卢梭思想的支配和影响,直到德国公法学名宿耶利内克在 1895 年出版了他的名著《人权宣言论——近代宪政史研究析论》。耶利内克提出,《宣言》不仅没有受到卢梭的影响,而且根本就与卢梭的理论相互冲突,他通过将《宣言》与北美各州权利法案的条文进行对比,发现了高度“雷同”,因此认为,《宣言》基本上是抄袭北美各州权利法案而来的。耶氏进一步认为,北美的权利法案也不像人们通常理解的那样来自于英国法,而是源于宗教自由,而宗教自由及其涉及的国家与个人关系建构则源于日耳曼民族固有的法律观念。

此书在 1901 年由美国卫斯理大学历史学教授马克斯·法兰德(Max Farrand)译为英文出版,又于 1902 年由乔治·法尔迪(Georges Fardis)译为法文在巴黎出版。法国学者对耶氏观点的反应不一而足:有赞成的,这似乎又与法国那些批评《宣言》的保守派结合在了一起;但主要是批判的,而且远比赞成者多,在所有批判中最有代表性的要数公法学巨擘布特米。他在 1902 年 7 月发表了言辞激烈的论文——《〈人权和公民权宣言〉与耶利内克先生》,予以回击。布特米驳斥了耶利内克书中的每一个论点,他首先认为耶利内克断章取义地误读了卢梭,认为《宣言》乃是法国原创,而非抄袭北美,与北美各州的权利法案在观念和表述上格格不入,而且北美各州的权利法案实际上来源于英国法。最为重要的是,所有这些权利法案或宣言及其蕴涵的权利观念,并非以宗教自由为模范,而是与宗教自由并列,均为 18 世纪精神的要求和体现,耶氏的观点囿于国别或民族是极其错误的。由是观之,布特米击碎了耶氏论证整个链条的每个环节。

布特米研究法国、英国和美国的宪法与政治造诣极高,蜚声法国学界,就连耶氏的《人权宣言论》亦援引其著作。可以说,布特米是法国学界最有资格回击耶氏的学者之一。你来我往之后,

就拉开了关于《宣言》思想渊源之论战的序幕。布特米的论文很快传译到德国,1902年,耶利内克就发表了一篇短文——《〈人权和公民权宣言〉与布特米先生》,在回应布特米批评的同时局部修正了自己的主张。好事者肯定都想知道布特米如何再次回应。可惜布特米似乎并未打算回应,直至他于1906年在巴黎仙逝。不过可以料想布特米似乎也大可不必去回应,因为1902年的那篇短文的战斗力极强,余威仍在,再写一篇对布特米来说或许根本是不必要的。

有意义的学术问题总会流传下来,不会随着学者的逝世而消亡。在布特米和耶利内克百年之后,学者们从各种不同的角度继续探讨着关于《宣言》思想渊源的各种问题,包括研究和评价这场论战本身,相关论述可谓汗牛充栋。耶利内克撰写《人权宣言论》的出发点是值得人们深思的,最值得玩味的是,他作为一个外国人来指责《宣言》抄袭,是否占有足够的原始材料,是否具备良好的法文水平,等等。要知道,这种指责很容易刺激另一个民族的自尊心,因此,布特米的反论,尽管其本人在文中反复强调一种客观中立的科学立场,仍然具有了一种天然的民族色彩。当代德国学者迪特黑尔姆·克利佩尔(Diethelm Klippel)专门撰文——《耶利内克和布特米之间的论战:学术争论抑或民族冲突?》^①予以分析。

还是让我们回到学术问题的争论本身。耶利内克的意图并不止于分析《宣言》的思想渊源——这只是他的“引子”,他试图以近代宪政史为背景来分析人权的产生以及国家建构的根本要

^① 《法国政治思想史杂志》(Revue Française d'Histoire des Idées Politiques)1995年第1期。

素,^①因此,耶氏论著似有“挂羊头卖狗肉”的嫌疑。《宣言》这个“羊头”是耶氏必须挂的,一是《宣言》影响深远,尽人皆知,宜于作引子;二是《宣言》关涉法国近代国家建构的重要课题。但关键是这个“羊头”挂歪了,因为《宣言》的制定和审议过程清楚地表明其与北美权利法案有着不同的思路和逻辑,而且北美权利法案与英国法的联系也未必能够割断。因此,布特米的文章稍一发力就打到了耶利内克的痛处,布特米重新确立了传统观点的正统地位,展示了耶利内克立论的偏颇之处。

三

本书的编译正是围绕着这场论战的主题——《宣言》的思想渊源——而展开的。孰是孰非,还是让读者自己判断吧。为了便于读者认识和研究,特别编录了下列资料。

首先是《宣言》正文,乃参考现有各种中译本根据法文原文译出,并参酌制宪国民议会审议记录,以求最忠实于制宪原意。制宪国民议会的审议记录本身当然同等重要,但限于篇幅,只能留待日后专门翻译出版。需读者注意者,《宣言》的各现行中译本似多从潘恩的英译版转译而来,甚至个别译本存有错讹。

其次是耶利内克的《人权宣言论——近代宪政史研究析论》,乃采用清末林万里、陈承泽从美浓部达吉德文日译本转译的中文版,但根据法兰德的英译版和法尔迪的法译版进行了改定和补漏,并补充了原作者自序、英译版序言和法译版序言。因故未能收录德文原译本,实属遗憾,但名篇佳作出现不同译本实属美事,况且据与英译版和法译版比较,林、陈转译版不仅译法准确,而且语言优美精练,实属上乘之作。

^① 若将耶利内克著作的正副标题颠倒过来,译成《近代宪政史研究析论——以〈人权宣言〉为起点》,反而会更准确。

再次是布特米的《〈人权和公民权宣言〉与耶利内克先生》，乃根据法文原文译出。至此，论战本身便能呈现出清楚的轮廓。但需特别强调的是，我国学界对布特米的评介甚少，有失片面，布特米的论说虽然言辞激烈，但论理中肯，实值我国学界注意。

最后两篇论文是非常有帮助的。一篇是我国著名学者张奚若先生的《法国人权宣言的来源问题》，其论证虽与布特米不尽相同，但结论却有暗合之处，亦认为耶氏持论多趋极端，对我国当今学界客观认识耶利内克的《人权宣言论》应有助益。另一篇是现代西方政治思想史学界新秀、英国剑桥大学邓肯·凯利(Duncan Kelly)的《重温人权——耶利内克论人权与国家》，其中透过这场论战本身，分析了耶利内克论著背后所可能隐藏的真实意图。

本书编译源起于2010年年初，需要特别感谢两位恩师朱福惠教授和韩大元教授的一直鼓励。初稿成于2011年7月，然因承担法语国家宪法文本翻译之课题而中断整整一年。在一年之内，耶利内克及其《人权宣言论》的研究似乎红火起来。故此发奋图强，集中月余时间完成书稿之校对，趁热付梓出版。言及出版，必须要感谢法律出版社的沈小英分社长，她的一再肯定和支持是我等年轻人实现学术理想的根本保障。

本书中所录四篇论著持论不一，方法互异，敬请读者客观评断。译事艰难，校订亦属不易，况且译校之事不为现行学术评价体系所鼓励，唯有向学之心尚可聊以自慰，虽尽全力亦难免挂一漏万，恳请读者批评指正。若有意联系编者，请读者将邮件发至下列地址：amoitiger@gmail.com。

王建学
2012年8月定稿
于湖里山炮台之侧

目 录

1789 年人权和公民权宣言	1
Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789	4
人权宣言论[——近代宪政史研究析论]	
([德]格奥尔格·耶利内克)	9
原作者自序	9
英译版序言	11
法译版序言	11
第一节 人权宣言于法史上之地位	15
第二节 卢梭民约论非人权宣言之渊源	18
第三节 人权宣言之模范在于美国各州之权利宣言	20
第四节 弗吉尼亚及其他美国诸州之权利宣言	23
第五节 人权宣言与美国诸州权利宣言之对照	24
第六节 美国诸州之权利宣言与英国权利宣言之异	29
第七节 以法律规定一般人权之思想,其根源在于美国在 英国殖民地信教之自由	36
第八节 美国规定各种人权之由来	44
第九节 人权思想与日耳曼民族固有法律思想之关系	49

《人权和公民权宣言》与耶利内克先生

(〔法〕埃米尔·布特米)	53
第一节 引言	53
第二节 《人权宣言》受卢梭社会契约论之启示	54
第三节 《人权宣言》和北美权利法案均源于 18 世纪精神	58
第四节 《人权宣言》和北美权利法案的条文差异	63
第五节 北美权利法案的真正渊源	74
第六节 结语	82

人权宣言的来源问题(张奚若)

第一节 《人权宣言》来源问题的双重性:目的与内容	88
第二节 以人权限制国家权力之目的并非来自卢梭	88
第三节 以人权限制国家权力之目的可能源于北美	94
第四节 《人权宣言》的内容并未抄袭北美	95
第五节 从起草过程看《人权宣言》内容的原生性	97
第六节 18 世纪政治哲学是《人权宣言》内容的理论渊源	159

重温人权——耶利内克论人权与国家(〔英〕邓肯·凯利)

第一节 格奥尔格·耶利内克与埃米尔·布特米关于 人权的论战	184
第二节 耶利内克与个人权利的智识渊源	192
第三节 北美立宪主义在 19 世纪的德国	198
第四节 耶利内克与德意志帝国时期的国法学	204
第五节 重温人权:耶利内克与美利坚	221

1789 年人权和公民权宣言*

(1789 年 8 月 26 日制宪国民议会颁布)

组成国民议会的法兰西人民的代表们,相信对于人权的无知、忽视与轻蔑乃是公共灾祸与政府腐化的唯一原因,乃决定在一个庄严的宣言里,呈现人类自然的、不可让渡的与神圣的权利,以便这个永远呈现于社会所有成员之前的宣言,能不断地向他们提醒他们的权利与义务;以便立法权与行政权的行动,因能随时与所有政治制度的目标两相比较,从而更受尊重;以便公民们今后根据简单而无可争辩的原则所提出的各种要求,总能导向宪法的维护和导向全体的幸福。

因此,国民议会在上帝面前及其庇护之下,承认并且宣布如下的人权和公民权。

第一条 在权利方面,人人有生俱来而且始终自由与平等。非基于公共福祉不得建立社会差异。

* [译注]1789 年《人权和公民权宣言》有不同中译本,此中译本由王建学参考现有各种中译本、根据法文原文并参酌制宪国民议会的审议记录译成,从基本概念、条文表述到名称均经认真考究,宗旨乃是尽可能符合原意。

第二条 一切政治结合均旨在维护人类自然的和不受时效约束的权利。这些权利是自由、财产、安全与反抗压迫。

第三条 整个主权的本原根本上乃存在于国民(la Nation)。任何团体或任何个人皆不得行使国民所未明白授予的权力。

第四条 自由是指能从事一切无害于他人的行为;因此,每一个人行使其自然权利,只以保证社会上其他成员能享有相同的权利为限制。此等限制只能以法律决定之。

第五条 法律仅有权禁止有害于社会的行为。凡未经法律禁止的行为即不得受到妨碍,而且任何人都不得被强制去从事法律所未要求的行为。

第六条 法律是公意(la volonté générale)的表达。每一个公民皆有权亲自或由其代表去参与法律的制订。法律对于所有的人,无论是施行保护或是惩罚都是一样的。在法律的眼里一律平等的公民皆能按照他们的能力平等地担任一切公共官职、职位与职务,除他们的德行和才能以外不受任何其他差别。

第七条 除非在法律所确定的情况下并按照法律所规定的程序,任何人均不受控告、逮捕与拘留。凡请求发布、传送、执行或使人执行任何专断的命令者,皆应受到惩罚;但任何根据法律而被传唤或逮捕的公民则应当立即服从,抗拒即属犯法。

第八条 法律只应设立确实必要和明显必要的刑罚,而且除非根据在犯罪前已经通过并且公布的法律而合法地受到科处,任何人均不应遭受刑罚。

第九条 所有人直到被宣告有罪之前,均应被推定为无罪,而即使判定逮捕系属必要者,一切为羁押人犯身体而不必要的严酷手段,都应当受到法律的严厉制裁。

第十条 任何人不应为其意见甚至其宗教观点而遭到干涉,只要它们的表达没有扰乱法律所建立的公共秩序。