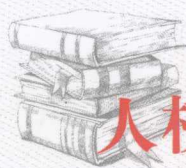


附 重温人权：格奥尔格·耶利内克论权利与国家（邓肯·J. 凯利著）

Revisiting the Rights of Man: Georg Jellinek on Rights and State (Duncan J. Kelly)



THE DECLARATION OF THE RIGHTS
OF MAN AND OF CITIZENS

人权与公民权利宣言

现代宪政史上的一大贡献

A Contribution to Modern Constitutional History

[德]格奥尔格·耶利内克◎著

Georg Jellinek

钟云龙◎译



中国政法大学出版社

附 重温人权：格奥尔格·耶利内克论权利与国家（邓肯·J. 凯利著）

人权与公民权利宣言

现代宪政史上的一大贡献

[德]格奥尔格·耶利内克◎著

钟云龙◎译



中国政法大学出版社

2012·北京

图书在版编目(CIP)数据

人权与公民权利宣言:现代宪政史上的一大贡献 / (德)耶利内克著;钟云龙译. —北京:中国政法大学出版社, 2012. 2

ISBN 978-7-5620-4147-4

I. ①人… II. ①耶…②钟…III. ①人权-研究-西方国家 IV. ①D815.7

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第009164号

- 书 名 人权与公民权利宣言:现代宪政史上的一大贡献
RENQUAN YU GONGMIN QUANLI XUANYAN XIANDAI XIANZHENGSHI SHANG
DE YIDA GONGXIAN
- 出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)
北京100088 信箱8034 分箱 邮编100088
<http://www.cuplpress.com> (网络实名:中国政法大学出版社)
58908325(发行部) 58908334(邮购部)
- 编辑统筹 综合编辑部 010-58908524 dh93@sina.com
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 880mm×1230mm 32开本 5.625印张 115千字
- 版 本 2012年4月第1版 2012年4月第1次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-4147-4/D·4107
- 定 价 20.00元

- 声 明
1. 版权所有,侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题,由出版社负责退换。

人权与公民权利宣言：现代宪政史上的一大贡献

THE DECLARATION OF THE RIGHTS OF

MAN AND OF CITIZENS

A Contribution to Modern Constitutional History

by Georg Jellinek

Duncan J. Kelly, "Revisiting the Rights of Man: Georg

Jellinek on Rights and the State", *Law and History*

Review, Volume 22 (03) (2004)

Copyright©American Society for Legal History,

published by Cambridge University Press,

translated with permission.

一项早期法律 - 宗教 研究及其缺陷

——19 世纪德国公法理论背景的切入点
(代译序)

因为一篇不足百页的论文而获名誉博士学位，在学术史上可堪奇闻，德国著名公法学家格奥尔格·耶利内克及其长文《〈人权与公民权利宣言〉——现代宪政史上的一大贡献》（以下简称“耶氏《人权宣言》”）就是这样一个特例。1896 年，这篇长文公开发表一年之后，美国普林斯顿大学因为这篇长文授予耶利内克荣誉博士学位。^{〔1〕} 历史证明普林斯顿大学的眼光是无可置疑的，当那些皇皇巨著已经只能活在政治哲学史或者公法史著作当中时，这篇长文却在第一次出版之后不断得到重

〔1〕 参见〔德〕格尔德·克莱因海尔、扬·施罗德主编：《九百年来德意志及欧洲法学家》，许兰译，法律出版社 2005 年版，第 221 页。

II 人权与公民权利宣言

印，并被翻译成多国语言。^{〔2〕}

耶利内克的这篇长文译为中文只有寥寥几万字，而且结构也很简单，相信读者阅读起来并无多少困难，因此本来无需译者专门做解读。但是最终在中国政法大学出版社彭江先生的督促下，译者决定简单介绍一下将耶利内克的这篇长文译为中文，与读者共享的原因：首先，相对国内主流观点而言，这篇长文的论证与结论都颇具颠覆性，能够为国内的相关研究提供一个独特视角；其次，作为一项早期法律-宗教研究，其缺陷尤其明显，这可以为我们全面理解类似研究提供一种参照；最后，这篇长文与19世纪德国的公法理论和争论具有紧密联系，结合英国学者邓肯·凯利（Duncan Kelly）的评论文章，有助于充实国内法学界对19世纪德国法学的认识。

一、耶氏《人权宣言》的进路：《社会契约论》vs. 宗教改革

耶氏《人权宣言》一发表就引起巨大争论，尤其是法国学者的激烈反应，凯利的评论文章当中有专门的部分做了简单介绍。这主要是因为耶氏《人权宣言》的论证进路突破了对法国《人权与公民权利宣言》（以下简

〔2〕 其德语版至今已经重版4次，英语版的重印次数更多，译者看到的最近版本2010年版由General Books LLC出版。

称“法国《人权宣言》”)的传统解释,而这一传统解释同样是我国学界的主流观点。^[3]耶利内克以颠覆性的论证,在根本上否定了法国启蒙思想家卢梭的名著《社会契约论》与法国《人权宣言》之间的精神联系。早在1890年出版的《主观公权利体系》一书当中,耶利内克就提出,主观公权利的基础就是“国家在其本身与个人之间划定界限”,“国家与个人在各自的领域内都获得自由”。^[4]由此出发,耶利内克认为“在国家与个人之间划定界线”是法国《人权宣言》的根本精神,但是卢梭在本质上坚持一元论,当个人通过缔结社会契约成为国家的公民之后,公共意志(公意)将会脱离个人意志,更重要的是公意将会享有超越个人意志的地位,而个人意志将被公意所吸纳。这就根本否定了在国家与个人之间划定界限的可能性。耶利内克当时的论辩对手——法国公法学者布特米(Boutmy)——敏锐地看到,耶利内克并没有笼统地否定启蒙思想家们的贡献,而只是抓住卢梭的《社会契约论》不放,却也提不出有力的反驳意见,而只是主张耶利内克的理解有误,这和

[3] 例如,参见周叶中主编:《宪法》(第2版),高等教育出版社2005年版,第262~263页;徐秀义、韩大元主编:《现代宪法学基本原理》,中国人民公安大学出版社2001年版,第192~195页。而且这些著作普遍将美国《独立宣言》看做第一个人权宣言,忽视了在此之前颁布的《弗吉尼亚权利法案》。

[4] See Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1892, S. 80.

IV 人权与公民权利宣言

卢梭的国家-人权理论的独特性有着很大联系。

国内学界在讨论法国《人权宣言》时，往往过于强调其开来的一面，而忽视其继往的一面，忽视西方法律与权利思想的连续性。在这个方面，同样具有颠覆性的是，耶利内克将法国《人权宣言》与美国早期各殖民地/州的“权利法案”（或权利宣言）联系在一起，进而将法国《人权宣言》的精神渊源上溯至由宗教改革兴起的宗教宽容思想，挖掘出西方人权思想发展史当中不绝如缕的草蛇灰线。他首先回顾了美国各“权利法案”（或权利宣言）的颁布及其在法国的传播，并且从措辞上对比了法国《人权宣言》与美国各殖民地颁布的“权利法案”（或权利宣言），得出结论认为二者之间存在显而易见的联系。同时，他还探讨了英国的议会主义宪政体制下的人权观念与美国各“权利法案”（或权利宣言）之间的根本差别，否定了英国的议会主义宪政体制下的人权观念与美国各“权利法案”（或权利宣言）所体现的人权观念之间的精神联系。这些论证与之前对卢梭的《社会契约论》的讨论有着内在的一致性：在国家与个人之间划定界限。耶利内克认为，这一思想肇端于宗教改革，并随着新教徒向新大陆的迁徙而传播到美洲大陆。强调因信生义的宗教改革，使得良知自由脱离世俗权力，而成为个人事务，从而使个人相对国家而言拥有了第一块“领地”。而北美各殖民地更为这一“领

地”的巩固提供了合适的基础，他尤其以罗杰·威廉姆斯（Roger Williams）为例，介绍了政教分离，宗教宽容如何在北美大陆生根发芽，茁壮成长。当北美各殖民地逐渐走向革命，走向独立的时候，一系列新的人权只是良知自由的扩展而已。当然，耶利内克在与布特米对话之后也承认，宗教自由并非所有人权的来源，只是它们要取得合法地位需要追溯这一要求。^{〔5〕}

二、法国《人权宣言》与宗教改革：也应看到的另一面

耶利内克在这篇长文当中展示的独特进路，对当时以及后世的学术研究都产生了不可忽视的影响。例如耶利内克在海德堡大学的同事与朋友——古典社会学巨擘马克斯·韦伯（Max Weber）坦承其《新教伦理与资本主义精神》一书受到耶利内克这篇长文的激励与启发。^{〔6〕} 后世一系列法律－宗教研究未尝不可以看做耶利内克这篇长文的扩展与深化。当然，这并不是说耶利内克的结论就是放诸四海而皆准的真理。实际上，法国《人权宣言》、美国各“权利法案”（或权利宣言）与宗教改革，尤其是宗教宽容之间的关系非常复杂，绝非简

〔5〕 参见耶利内克在1904年出版的耶氏《人权宣言》第二版的附录。

〔6〕 See Hans Joas, *Max Weber and the Origin of Human Rights: A Study on Cultural Innovation*, IIS Discussion Paper No. 145.

VI 人权与公民权利宣言

单的线性传递关系。这之间既有传承，也有扬弃；因此，耶利内克的这篇长文既展示了它们之间的历史联系，也“隐匿”了诸多可能冲击其论证的历史事实。实际上，作为一篇法律与宗教的早期研究，耶利内克的这篇长文略显粗糙，缺陷与贡献同样明显，在某种程度上说，正是探讨此类研究的一个绝佳样本。

首先，宗教改革形成的新教派别甚多，神学与政治理念差别也很大。由于各个国家与地区的历史背景与社会环境不尽相同，宗教改革家们对神学与政治的看法多有差别。实际上耶利内克也注意到，尽管欧洲是宗教改革的发源地，并且对北美殖民地的政治观点产生强有力影响，约翰·洛克（John Locke）、普芬道夫（Pufendorf）与孟德斯鸠（Montesquieu）也都是欧洲思想家，但是良知自由在欧洲大陆宗教改革之后的很长时间内仍然只是稀稀疏疏的萌芽。宗教改革兴起的“两个国度”的理论为宗教宽容与信仰自由，并进而为相对于国家权力的个人“领地”奠定了基础。但是早期宗教改革家，例如马丁·路德（Martin Luther）在坚持这一理论的同时，摇摆不定，认为教徒仍然应当服从世俗权力，面对罗马教廷的压力，他们不得不向世俗权力求助。^{〔7〕} 英国的《至尊法》甚至直接规定英格兰国王是英格兰新教圣

〔7〕 参见〔英〕阿利斯特·麦格拉思：《宗教改革运动思潮》，蔡锦图、陈佐人译，中国社会科学出版社2009年版，第218~220页。

公会的“元首”。而在约翰·加尔文（John Calvin）影响下的日内瓦神权政权也绝对称不上是宗教宽容的典范，对更为激进的再洗礼派的镇压不遗余力。^{〔8〕}因此，北美殖民地的早期开拓者约翰·温斯洛普（John Winthrop）坚持政治共同体成员的意志的一致性，认为异端必然意味着违反上帝的“意志”的观念，与宗教改革同样是一脉相承的。^{〔9〕}只是随着历史的发展，加尔文的追随者从其神学-政治思想出发，进一步兴起其中所蕴含的民主观念与对抗世俗权力的观念，^{〔10〕}才为国家与个人之间划定界限提供了理论上的支持。来自路德宗大本营德国的耶利内克只关注改革宗、公理宗、布朗主义、独立派等新教教派，不仅说明了宗教改革与信仰自由、美国各“权利法案”（或权利宣言）直至法国《人权宣言》之间的联系，也暗示了宗教改革本身的复杂性。

〔8〕 众所周知，迈克·塞尔维特就因其神秘主义神学思想以及与德国的再洗礼派有联系，而被日内瓦逮捕并处以火刑。实际上直到启蒙运动时期，卢梭还曾因批判日内瓦的新教教义与政界人士而被日内瓦议会剥夺了“日内瓦公民权”。

〔9〕 参见涂纪亮：《美国哲学史（第一卷）：17～19世纪的美国哲学》，河北教育出版社2000年版，第32～33页；李剑鸣：《美国通史（一）：美国的奠基时代》（第一卷），人民出版社2001年版，第119、122～123、130～131页。在17世纪，数个殖民地曾以各种方式确立过正统教会，参见李剑鸣书，第375页。

〔10〕 关于加尔文宗政治理论的发展。可以参见〔美〕道格拉斯·F.凯利：《自由的崛起：16～18世纪，加尔文主义和五个政府的形成》，王怡、李玉臻译，江西人民出版社2008年版。

其次，北美各殖民地的宗教环境也不尽相同，宗教宽容并不是一蹴而就，而是经历了一个漫长的发展过程，是特定环境下长期发展的结果。当时，除马里兰外，北美殖民地的殖民者主要是新教徒，其中既包括长老会这样的等级秩序维护者，也包括清教徒、胡格诺派、公理宗、洗礼派、独立派等激进教派，同时北美早期殖民地大部分都没有获得英国国王或者政府的特许状，加之距离遥远，英国政府也长期疏于管理，因此殖民者通常以其宗理念为主要参照系确定社会与政治体制。^{〔11〕}宗教宽容一开始并非美洲新英格兰殖民地的主流，一些殖民地的处理办法和欧洲大陆类似，排斥甚至驱逐宗教异端。耶利内克也提到罗杰·威廉姆斯遭到塞姆勒共同体的放逐。当时的塞姆勒在宗教上具有非常强的封闭性和排他性。^{〔12〕}17世纪下半叶贵格会信徒大规模加入殖民者行列，并得到数个殖民地的控制权，才进一步加强了宗教宽容的趋势。^{〔13〕}耶利内克特别推崇的威

〔11〕 关于北美殖民地宗教的多样性，参见李剑鸣：《美国通史（一）：美国的奠基时代》，人民出版社2001年版，第374~378页。

〔12〕 威廉姆斯并非特例，另一位宗教宽容鼓吹者安妮·哈钦森同样遭到放逐。参见涂纪亮书，第39页。当时对非主流教派的迫害非常严重。参见李剑鸣：《美国通史（一）：美国的奠基时代》，人民出版社2001年版，第375~376页。

〔13〕 贵格会，又称教友会或者公谊会，其给北美殖民地带来的影响，参见李剑鸣：《美国通史（一）：美国的奠基时代》，人民出版社2001年版，第143~145页。

廉·佩恩 (William Penn)，其宗教宽容思想即来自贵格会，但是作为一个在政治观念上的英国政体及其社会基础的认同者，更相信英国的政治传统，并在此基础上拟定了宾夕法尼亚殖民地的政府框架。不过在佩恩离开美洲回到英国之后，他细心拟定的政府框架受到冲击，最终还是民选代表占据了上风。^[14] 北美各殖民地之间在社会与政治制度上互相模仿，宗教宽容与信仰自由的理念得到传播，最终的宗教宽容法案可以说是各教派与无神论者共同努力的产物。

上述种种，不可不察。由耶利内克的这篇长文出发，我们可以进一步审视目前颇为流行的法律 - 宗教研究，既要看到其中的独特视角，也要明了背后所掩盖的历史复杂性。

三、耶氏《人权宣言》的研究背景：被忽视的 19 世纪

耶利内克在其长文最后一部分将问题进一步向中世纪延伸，讨论了两种宪政体制在中世纪日耳曼法律当中的萌芽。这清晰地表明，耶利内克的这篇长文也是当时

[14] 佩恩本人一开始是圣公会信徒，后转向贵格会。参见涂纪亮：《美国哲学史（第一卷）：17～19 世纪的美国哲学》，河北教育出版社 2000 年版，第 42 页。关于佩恩与宾夕法尼亚殖民地的建立，参见李剑鸣：《美国通史（一）：美国的奠基时代》，人民出版社 2001 年版，第 146～147 页。

X 人权与公民权利宣言

德国学界正在进行的议会主义与宪政主义争论的某种展现。实际上，译者关注耶利内克的这篇长文，固然是被其独特的思想进路所吸引，但是这篇长文所展现的19世纪德国公法学背景同样是译者的关注重点。作为19世纪德国公法学的集大成者，耶利内克的这篇长文集中体现了19世纪德国公法学的一系列争论，译者将凯利的评论文章译为中文正是为了读者能够更好地了解二者之间的深刻关联。19世纪的欧洲大陆，随着经济的迅速发展及政治的剧烈重组，法学领域，包括德国的公法学所取得的成就同样辉煌。

凯利在其文章中回顾了《美国宪法》在19世纪对德国宪政建设的影响，发现尽管《美国宪法》在19世纪曾经数次进入德国自由派学者的视野，并成为德国构建其宪政体制的重要参考，但是“从历次自由主义革命失败到第一次世界大战爆发，德国人对美国的兴趣主要停留在学术层面”，由此凯利提出耶利内克借助美国的宪政资源，更主要的是为了“推动一种特定的国家认同观念”。因此，可以说耶利内克这篇长文的真正背景并非《美国宪法》，而是19世纪德国的公法学发展。凯利在第三、四部分（尤其是后者）全面介绍德国19世纪公法学的发展与争论。凯利重点介绍了德国19世纪公法学界的三位代表人物：约翰·卡斯帕·布赖奇利（Johann Caspar Bluntschli）、卡尔·弗里德里希·冯·格尔

贝 (Carl Friedrich von Guerber) 与保罗·拉班德 (Paul Laband)。在布赖奇利看来,“国家并非自然的产物,因此并非自然有机体;它是人类的非直接产物”,但是人行当中又蕴含着政治生活的倾向,因此“国家具有自然的基础”,是人的政治行为与政治安排的实现,这样“其有机体是自然有机体的复本”。^[15] 因此凯利认为布赖奇利的观点是“政治理念论与法律形式论的一个混合体”。在布赖奇利的国家理论当中,至高无上的主权的化身就是国家。^[16] 国民整体就是国家,这样国家的人格就与大众人格得到协调。这种将“自然”的国民整体与法律上的国家概念协调处理的做法,与萨维尼 (Savigny) 大力提倡的“民族精神”这一概念具有内在联系,上述与洪堡系统提出的国家目的理论相呼应,向后影响了耶利内克国家理论与人权理论的论证思路。

格尔贝则试图发展国家理论当中的实证主义一面,将国家与国民剥离开来,一方面他仍然承认在解释层面二者具有关联性,但是国民——格尔贝使用“臣民”一词——成为被统治者,国家成为一种统治意志,这样就将伦理 - 政治术语从法律体系当中剔除出去。这一观念在拉班德那里发展到顶峰,拉班德同样坚持建立一种纯

[15] See Johann Caspar Bluntschli, *The Theory of State*, Batoche Books (2000), p. 22.

[16] See Johann Caspar Bluntschli, *The Theory of State*, Batoche Books (2000), p. 391.

XII 人权与公民权利宣言

粹的国家法，他否定人民主权，而坚持国家与统治之间的一致性，进而认为统治者的统治行为不应受到任何限制。这样，国民依据法律——国家意志的体现——所享有的权利就不是自然享有，而是国家授予的，只是国家通过法律对其自身活动实施的自我限制。尽管这一进路受到诸多批评，但是仍然对当时德国的公法学产生了巨大影响。正如凯利所指出的，尽管其中的逻辑是非政治化的，但其潜台词却是高度政治化的，格尔贝与拉班德所提供的是一种新的“帝国”国家法，顺应了德国君主立宪政体的需要。耶利内克的国家理论与人权理论正是在这二人的理论基础上建立起来的。这一点早在其《主观公权利体系》一书当中就已有明确表现，耶利内克在这部奠定其个人公权利理论体系的著作一开头就论述了格尔贝—拉班德的国家法体系，^[17] 并且明确主张国家的自我限制是个人公权利的基础。^[18] 但是这必然导致这样一个问题：如果说国家的意志就是法律，那么是否意味着国家不受公法的约束？又如何能够在国家与个人之间划定界限呢？凯利提到了 19 世纪德国法学界的另外一位巨人——奥托·冯·基尔克（Otto von Gierke）。作为拉班德的批判者，基尔克提出的法律与社团的“日耳曼

[17] See Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1892, Allgemeiner Theil I.

[18] See Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1892, S. 80.

主义”道路从另一个角度将布赖奇利理论当中的伦理 - 政治方面发扬光大，并确定了实证基础。耶利内克显然注意到了基尔克的理论，在《主观公权利体系》一书当中将之与格尔贝 - 拉班德的国家理论同等看待。^[19] 凯利最后全面总结指出，耶利内克的国家理论与人权理论正是结合布赖奇利在法律和国家发展的历史特征方面的观念，将格尔贝与拉班德的实证主义与基尔克的“法律社会主义”以及一种相应的对“人类组织的权力”的关注整合到一起的成果。

耶氏《人权宣言》正是这一成果的重要表现。耶利内克认为国家既具有经验性的一面，也具有规范性的一面，它既是法律上的法人，也是现实中的政治组织体，这样国民既是国家统治的客体，也是国家统治的主体。^[20] 由此，他试图为国家服从法律寻找一种“社会心理学”基础：任何法律规范背后都潜藏着对这一规范的法律属性的信仰，这一点深深地体现在人民的意识之中，国家的自我限制将使法律秩序在个人的意识当中激发信赖感。^[21] 耶氏《人权宣言》对美国各殖民的考察很好地体现了耶利内克的国家理论与人权观念，在早期北美殖民地的形成过程中，那些殖民的创建者以盟约的

[19] See Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1892, Allgemeiner Theil I.

[20] See Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, SS. 122, 123.

[21] See Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, S. 323.