


T

THE DECLARATION OF THE RIGHTS OF MAN
AND OF CITIZENS: A CONTRIBUTION TO
MODERN CONSTITUTIONAL HISTORY

〔德〕格奥尔格·耶里内克 著

《人权与
公民权利宣言》：
现代宪法史论

法 意 译 丛

 商务印书馆

H

THE DECLARATION OF THE RIGHTS OF MAN
AND OF CITIZENS: A CONTRIBUTION TO
MODERN CONSTITUTIONAL HISTORY

〔德〕格奥尔格·耶里内克 著

《人权与
公民权利宣言》：
现代宪法史论

李锦辉 译

法 意 译 丛

 商务印书馆

2012年 北京

图书在版编目(CIP)数据

《人权与公民权利宣言》：现代宪法史论/(德)耶里内克著;李锦辉译. —北京:商务印书馆,2012

(法意译丛)

ISBN 978-7-100-08755-1

I. ①人… II. ①耶…②李… III. ①人权—研究—法国 IV. ①D756.524

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第239991号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

法意译丛

《人权与公民权利宣言》：现代宪法史论

[德]格奥尔格·耶里内克 著

李锦辉 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

北京市松源印刷有限公司印刷

ISBN 978-7-100-08755-1

2012年6月第1版

开本 787×1092 1/16

2012年6月北京第1次印刷 印张 4

定价: 12.00元

Georg Jellinek

**THE DECLARATION OF THE RIGHTS OF
MAN AND OF CITIZENS**

A Contribution to Modern Constitutional History

© 1901 by The Henry Holt and Company Press

本书根据 Henry Holt and Company 出版社 1901 年版译出。

《法意译丛》编委会

主 编 赵 明

编委会成员(以姓氏笔画为序)

邓正来	邓晓芒	王人博	王 希	付子堂
龙卫球	许章润	孙新强	陈可风	张 强
郑文龙	贺卫方	姚建宗	赵 明	赵雪纲
高全喜	黄 洋	彭小瑜	曾晓平	

主 办 西南政法大学法学研究所
北京航空航天大学法学院

法意译丛总序

岁月不居，近世大哲严复对孟德斯鸠法哲学巨著之创造性译评，忽焉以至百年，然事业未竟。译丛命名为“法意”，旨在承续先哲，系统译介西学，以展呈西法之精神谱系。

有鉴于此，译丛的选题范围涵盖古今，概而言之，拟由三个部分构成：一是翻译自古希腊罗马以降法哲学经典著作，包括有重要影响的现当代法哲学著作；二是翻译西方学界对著名法典、法哲学经典作家和作品的高水平研究成果，包括“解经学”意义上的“评注本”；三是翻译揭示和阐明西方法律及其精神传统得以演生、发展之历史条件的重要著作，以体现“通过历史透视法律精神”之重要观念。

译事之于学术，有奠基之功，先哲垂范，理当师法。然译丛意旨之实现，唯赖学界同仁鼎力相助，或不吝赐稿，或指教选题，或校正译文，正所谓“文之佳恶，吾自得之，后世谁相知定吾文者耶？”

是所望焉，谨为序。

赵 明

公元 2008 年 2 月 14 日

译 序

犹太裔著名公法学家格奥尔格·耶里内克(Georg Jellinek)1851年6月16日出生于莱比锡,1911年1月12日逝世于德国海德堡。他的一生是典型的学者的一生。1867年起,耶里内克在维也纳大学学习法律、艺术史和哲学,后来又去海德堡和莱比锡学习哲学、历史和法律。1872年他在莱比锡完成了他的博士学位论文(*Dr. phil. thesis*),1879年获得了维也纳大学的任教资格,1881年成为维也纳大学法律哲学访问教授。1882年耶里内克根据自己的讲座内容出版了《国家联合论》(*The Theory of the Unifications of States*)一书,1883年获得了维也纳大学公法教授的职称。1889年耶里内克在巴塞尔大学获得了教职并暂时离开了奥地利-匈牙利学术圈。1891年耶里内克成为海德堡大学公法和国际法教授(*Ordinarius for General Public Law and International Law*),并于1900年完成了其主要著作《国家通论》(*General Theory of the State*)。不过,耶里内克在英美学术界最著名的著作却是他在1895年写的一本小说《〈人权与公民权利宣言〉:现代宪法史论》(*The Declaration of the Rights of Man and of Citizens: A Contribution to Modern Constitutional History*, 德文: *Die Erklärung der Menschen—und Bürgerrechte; Ein Beitrag zur modernen Verfassungsgeschichte*),这篇篇幅不长的文章使他获得美国普林斯顿大学授予的荣誉学位,其文中的观点对西方政治、法律思想,至今仍有影响。

这篇文章探讨了法国人权宣言的历史来源。耶里内克首先否定了法国诸多学者提出的权利宣言的观念可以被追溯到卢梭在《社会契约论》的观点。他认为“法国大革命的权利宣言绝大部分都是从美国各种各样的‘权利宣言’里抄过来的。法国人权宣言的各种草案,无论是在

请愿书中提出的,还是在国民议会上提出的 21 条草案,只不过多多少少在简洁的程度或者涵盖范围上,在表述的精巧或笨拙上与它们的美国原型有点差异而已”(第三章)。耶里内克花费了大量的篇幅逐条讨论了与法国《人权与公民权利宣言》一一对应的美国各州各种权利法案中的具体规定,并认为“法国不仅仅采用了美国的理念,也采用了大西洋彼岸的美国权利宣言的形式”(第六章)。但是,耶里内克并不满足于此,他进一步探讨了美国各州权利宣言的历史来源。

在这个问题上,耶里内克又一次否定一个常见的观点,即:这些权利宣言来源于英国的各种宪法性文件。耶里内克指出,英国的法律建立起来的是臣民的权利,这些权利是一批批地或者一项一项地被加以肯定的,它们来源于特殊的历史环境,或者就是对已经存在的法律的解释而已。英国的立法更是无意于承认什么人的普通权利,它们既没有权力也没有意愿去限制立法者或者为未来的立法确立什么原则。根据英国法律,国会是全能的,它所制定或者承认的法律具有同样的价值。

与之相比,美国的权利宣言则“包含了存在着高于普通的立法者的更高级的规范的概念”。美国的各种权利宣言不仅仅在名义上是更高级种类的法律,它们是更高级的法律制定者的产物。美国的各种权利宣言不是仅仅试图为政府组织设立特定的原则,它们更首先试图在国家和个人之间划定界限。依据这些权利宣言,个人并不是通过政府(的同意)才成为权利的所有者,而是因为他自身自然地就拥有不可分离和不可取消的权利。这一观念对于英国法律来说是陌生的。英国法律不希望承认一种永久的、自然的权利,英国法律所承认的是一种从英国人的父辈们那里继承而来的,“英国人民的古老的,毫无疑问的权利”。依据英国的观念,自由的权利只建立在法律至上的基础上——至上的是法律,而不是个人权利。

在否定了美国权利宣言的英国法渊源之后,耶里内克进一步否定了那种在古代文献中找到类似的只言片语就把这一观念归之于希腊罗马的习惯。他指出尽管从希腊人的时代就已经有了自然权利的观念,然而它们从来没有导致基本权利观念的形成。乌尔比安在《国法大全》

中的一个片段曾经宣布依据自然法所有人都是平等的,但奴隶制依然是市民法的一种制度。他认为:“文献本身不会产生任何东西,除非在历史和社会环境中能找到适合于实现这些文献的基础。当一个人找到了某个观念在历史文献上的起源的时候,并不意味着他就发现了这一观念的实际意义的记录。今天的政治科学的历史充满了太多的关于文献的历史,而制度本身的历史则太过缺乏。全新的政治观念的数量是很少的。大多数的观念,至少其萌芽,在关于国家的古代观念中都可以找到。但是制度则始终处在变化之中,因此必须通过制度本身的个别的历史形式来加以把握。”(第六章)

耶里内克认为,权利宣言的真正的来源是美国殖民地上的宗教自由和与之相关的制度实践。宗教领域的个体主义最终导致了极其重要的实际后果。从它的原则中最终导致了对完全的和无任何限制的良心的自由(liberty of conscience)的要求和承认,而宗教信仰的运动无法将其自身局限于教会事务之内。它顺着逻辑的必然性把它的基本原则带入了政治领域。新教的教会首先承认和保护个人内在的和不可分离的良心自由的权利。虽然这些宗教-政治观念的出现可以被追溯到很远,因为它们并不是在宗教改革运动中才出现的。但是在这些观念的基础之上发展起来的实践则是独一无二的。因为在历史上第一次不仅仅要求(应该)有作为国家基础的社会契约,而是真的缔结了社会契约。1620年11月11日,在新普利茅斯殖民地建立之前,由受到迫害和流放的清教徒祖先在“五月花”号上缔结了第一份保护他们宗教自由的协议。由此,英国的殖民者们开始了一系列的“庄园协议”(Plantation Covenants),这些协议是英国殖民者们依据他们宗教和政治理念,认为是成立一个新的殖民地所必需的。在此,他们要考虑的仅仅是宗教自由。清教徒们反对英格兰的宗教现状,尽管他们本身也并不倾向于宽容,但最终他们还是最终秉持着他们的国家必须首先实现宗教自由的观念。这一点对他们来就是可以自由地实施他们自己的宗教信仰。

另一方面,国家和政府依赖于契约的观念——这一观念对于美国的个人自由观念具有如此重要的意义——还由于历史环境得到了强

化。在北美苍茫的广袤原野中，寥寥无几的殖民者从无到有全靠自己与他人的相互帮助开创了一个又一个殖民地。正因如此，他们相信在国家之外，在自然的状态中的生活是可能的。而当他们走出自然的状态时，他们依据的是自己的自由意志，没有受到任何公共权力的限制。由于他们人数稀少，代议（制度）在一开始是不必要的。所有的决定都是在所有成员均可参加的市镇集会上作出的。由此，直接民主的形式自然而然地从特定的条件中诞生并强化了他们的信念。对于可以创立美国的殖民者来说，历史明白无误地告诉他们：存在着一种不是由国家授予公民，而是公民与生俱来的人的权利。良心的行为以及宗教信仰的表达是不可侵犯的，可以对抗国家的更高级的权利。这些都是“不证自明的”。也正是秉持着这样的信念，他们在后来自己州的宪法中把这些历史赋予的观念和历史造就的制度写了进去。通过法律建立不可剥夺的、内在的和神圣的个人权利这一观念的来源不是政治，而是宗教。被人们认为是美国革命的结果实际上是宗教改革运动和它的抗争所产生的结果。而在18世纪殖民地发展的过程中，这些天赋权利的观念进一步发展成了一个体系。

在追溯了权利宣言的美国来源之后，耶里内克探讨了个人的原初权利和国家契约的观念为什么是在英格兰及其殖民地第一次获得了划时代的重要性而不是在欧洲其他国家？他的回答是：英国的法律观念不像大陆国家那样受到罗马法如此深刻的影响，尤其是英国的公法实际上是在条顿人的法律观念基础上发展起来的；而没有被罗马人驯服的条顿人的原初权利观念从来没有被后来罗马人的全能国家的观念所取代。虽然国会的权力后来被柯克宣布为“绝对的和超载的”。但是这一权力被英国人只在名义上认为是没有限制的而已。国家，以及国会和国王都有实际的限制在其之上，这才是英格兰人民始终所怀抱的信念。在《大宪章》和英国的《权利法案》中，“有些界限国家不应该逾越这一点在所有重要的基本法中都得到了特别的要求并被承认”。个人权利优于国家的观念在17世纪英格兰的整个历史环境中找到了自己的支撑。自然法的观念与从未消亡的古老的^①权利观念相结合，并在英国

的殖民地以新的形式出现。

耶里内克对权利宣言来源的解读,其令人称道的地方就在于他没有局限在法国思想界和学术界内部,而是把权利宣言这一问题放置到了更加宽广宏大的欧洲政治历史和思想史中进行考察。这一超越单纯文本争议的视角展现了权利宣言背后深刻的历史和文化内涵,让人看到了一个更生动的现代宪法诞生的历史图景,或许这正是这篇文章拥有至今在学术界仍然具有的影响力的原因。

在耶里内克逝世 100 周年之际,谨以他流传最广的这篇文章的中文版的面世纪念!

李 锦 辉

2011 年 4 月

前 言

下面的文章源于我已经进行了些时日的一本较大的著作。我希望这篇文章可以加强如下信念：在现代国家法律中加以表述的那些观念不应该仅仅通过文献的历史以及权利观念的发展史来加以理解，而是首先应当通过制度本身在文明世界自身延续的历史来加以理解。

格奥尔格·耶里内克

海德堡

1895年6月23日

目 录

前 言	1
第一章 1789年8月26日法国《人权与公民权利宣言》及其 意义	1
第二章 卢梭的《社会契约论》不是宣言的来源	4
第三章 北美各州的权利法案是《人权宣言》的模板	6
第四章 弗吉尼亚和北美其他州的权利草案	10
第五章 法国和美国宣言的比较	12
第六章 美国权利宣言和英国权利宣言的比较	19
第七章 盎格鲁—美国殖民地的宗教自由是通过法律建立 普遍的人权观念的渊源	27
第八章 美国革命期间人权和公民权利体系的创造	36
第九章 人权和条顿权利观念	42

第一章

1789年8月26日法国《人权与公民权利宣言》及其意义

法国国民议会于1789年8月26日宣布的《人权与公民权利宣言》是法国大革命诸多事件中最有意义的事件之一。对这一宣言的批评观点针锋相对。完全认识到其重要性的政治科学家和历史学家不断地得出结论,认为这一宣言在攻克巴士底狱之后席卷全国的无政府混乱状态中起到了推波助澜的作用。他们指出宣言的抽象表述是含糊不清因而是危险的,宣言脱离了政治现实并缺乏实践的政治艺术。他们认为宣言空洞的哀怜搅乱了人们的头脑,破坏了冷静的判断;掀起了激情,并阻滞了人们的责任感,因为在宣言中根本没有提到责任这一字眼。^①另一方面,其他人,尤其是法国人,则高度赞扬宣言,认为它开启了世界历史中的新篇章,并把“1789(法国人权宣言)的原则”称颂为一种(无可置疑的)教义问答,其中的原则是形成政府结构的永恒基石。同时,他们还把宣言认为是法国给予人类的最珍贵的礼物。

相比起法国的宣言的历史和政治意义而言,人们较少关注的是这份宣言在法律史中的重要性,这种重要性一直持续至今。无论宣言的大而化之的宽泛表述是否有价值,毫无疑问是在宣言的影响下,个人的

^① 众所周知,持这一观点的首先是伯克(Burke)和边沁(Bentham),以及后来的泰那(Taine),见《当代法国的起源:革命》(*Les origines de la France contemporaine: La révolution*),第一卷,第273页起。以及奥肯:《革命的时代,帝国和解放战争》(Oncken, *Das Zeitalter der Revolution, des Kaiserreiches und der Befreiungskriege*),第一卷,第229页起。以及魏斯:《法国大革命史》(Weiss, *Geschichte der französischen Revolution*),1888年版,第一卷,第263页。

公共权利(the public rights of the individual)的观念在欧洲大陆国家的实证法中发展了起来。直到宣言出现之前,在公法文献中我们可以找到政府首脑的权利,某些阶层的特权,个人或某些特别团体的特权,但是臣民的普遍权利则只能以对政府的义务的形式出现,而不是以确定的个人法律权利的形式出现。人权宣言第一次给实证法注入了个人权利可以对抗作为一个整体的国家这一观念,而这一观念在此之前只在自然法中存在。这一观念接着出现在1791年9月3日颁布的法国的第一部宪法之中。这部宪法在宣言的基础上设定了一系列由宪法保障的自然和公民权利(droits naturels et civils)。^①与投票权一起出现的还有“受到宪法保障的权利”(droits garantis par la constitution),这一权利上一次被列举是在1848年11月4日颁布的宪法中,^②这些权利形成了关于个人的公共权利的法国理论和实践。^③在法国的人权宣言的影响下,类似的被列举的权利被引入了欧洲大陆各个国家的宪法之中。这些不同的用语则多多少少适应了各自国家的特殊情况,并因此经常展现出内容上的差异。

在德国,1848年之前的宪法大都包含了臣民的权利这部分内容。1848年在法兰克福举行的国民宪法会议(the National Constitutional Convention)通过了“德国人民的基本权利”,这些权利作为联邦法律在1848年12月27日公布。尽管后来1851年8月23日联邦(Bund)决议宣告上述权利无效,但它们依然有着长久的影响,因为许多具体的条款几乎被逐字逐句地吸收进了现行的联邦法律。^④1848年后,这些被列举的权利在欧洲宪法中大量出现。首先是在1850年1月31日的普鲁士宪法中,然后是在1867年12月21日出现的《奥地利国家基本法》中的“国家公民的普遍权利”之中。最近则出现在巴尔干半岛新独立的

① 1791年法国《宪法》第一章:宪法所保障的基本条款。

② 赫里:《法国宪法》(Hélie, *Les constitutions de la France*),第1103页起。

③ 参见耶里内克:《主观公法体系》(Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*),第3页,注释1。

④ 拜恩町:《圣保罗教堂帝国的尝试》(Binding, *Der Versuch der Reichsgründung durch die Paulskirche*),莱比锡,1892年版,第23页。

几个国家的宪法之中。

一个值得注意的例外是1867年7月26日颁布的北部德国邦联(the North German Confederation)宪法和1871年4月16日颁布的德意志帝国宪法,这两部宪法完全没有对基本权利的表述。不过,《德意志帝国宪法》倒是可以省却这样的宣言部分,因为它已经被包含在大多数州的宪法之中了,并且,正如上面所说的,一系列的联邦法律已经立法确立了法兰克福国民宪法会议通过的那部宪法的基本权利的原则。除此之外,对于帝国国会而言,国会的特别关注在于承当授予国会的保护基本权利的职责,而由于州宪法以联邦宪法作为补充的规定,但国会修改宪法时并不需要遵守特别形式,就没有必要再在宪法中再为基本权利保留位置。^①事实上,德意志帝国个人所拥有的公共权利要远大于大多数已经在州宪法中规定了个人权利的州的个人权利。这一点只要看一下奥地利的立法、司法和行政实践就可以明白。

然而,不管我们对这些抽象原则持有什么意见——这些抽象原则只有通过具体的立法程序才能获得生命力,并能影响到个体的法律地位——对这些原则的承认是历史性地与第一次权利宣言相联系的这一事实使得对于宪法史来说确定1789年法国人权宣言的来源成为一项重要的任务。这项任务的重要性对于解释现代国家的发展和理解国家保证的个人的地位来说都具有重要意义。目前,法国《人权宣言》之前的在公法领域的不同的先行者——从英国的大宪章到美国的独立宣言——都被一一列举并排序,但是法国《人权宣言》的来源的详尽调查却还没有出现。

一个流行的观念是卢梭的《社会契约论》赋予了宣言以动力,宣言的原型就是北美13个殖民地的独立宣言。让我们首先考察这些假定的正确性。

^① 至于宪法,德意志帝国国会拒绝了所有试图引入基本权利的建议。见贝措尔德:《德国宪法材料》(Bezold, *Materialien der deutschen Reichsverfassung*),第三卷,第896—1010页。

第二章

卢梭的《社会契约论》 不是宣言的来源

在迄今为止法国最全面的政治学历史著作中，保罗·加内(Paul Janet)经过对《社会契约论》的梳理之后，探究了卢梭的著作对法国大革命的影响。他认为权利宣言的观念可以被追溯到卢梭在《社会契约论》中的教诲。他认为，法国《人权宣言》本身除了是依照卢梭的观念缔结的国家契约之外还能是什么？诸多的权利除了是社会契约的表述和具体化之外还能是什么？^①

很难理解一位研究《社会契约论》的专家怎么会得出这样的结论，尽管这一结论与流行的观念是相符的。

社会契约理论上只有一条规定，即：将个人权利完全地转化为公意。^②个人从进入国家的那一刻起不再享有任何个别的个人权利。^③他从自然权利中所获得的一切他将从公意(volonté générale)中获得，而公意本身是它自身界限的唯一判断者，它不应该，也不能被任何关于权力的法律所限制。即使是财产也只是通过国家的承认才属于个人。社会契约使得国家成为它的成员所拥有的物品的主人。^④而国家成员

① “是否还有必要证明这种观念由孟德斯鸠和卢梭提出？……提出宣言这种行为除了是根据卢梭所说的共同体成员之间的契约行为还能是什么？它们难道不仅仅是说明社会契约得以成立的条件？”《政治科学史》(Histoire de la science politique)，第三版，第457、458页。

② “这些条款，毫无疑问地也可以全部归结为一句话，那就是：每个结合者及其自身的一切权利全部都转让给整个的集体。”《社会契约论》(Du Contrat Social)，第一卷，第六章。

③ “其次，转让既是毫无保留的，所以联合体也就会尽可能地完美，而每个结合者也就不会再有什么要求了。”同上第一卷，第六章。

④ “因为就国家对它的成员而言，国家由于有构成国家中一切权利的社会契约，便成为他们全部财富的主人。”同上第一卷，第九章。