

人权和公民权二分法的思想源流与规范演变

王建学

内容提要:人权和公民权二分法对理解基本权利发生学具有重要意义,然而它长期被视为理所当然因而未得到应有阐释。1789年人权和公民权宣言首次对人权和公民权进行了明确区分,它一方面继承了英美自由主义,并将自然权利抽象化和普遍化为人权,另一方面通过公民和公民权的概念集中体现了法国式共和主义,特别是卢梭的社会契约论。因此,英国式自由主义与法国式共和主义共同为宣言中的二分法提供着思想基础。宣言糅合了自然权利、社会契约、国民主权等近代启蒙观念以及一定程度的社会主义,从而有效协调人和公民两种身份。几乎所有当代权利清单都可以在人权和公民权二分法中找到其思想渊源,当代人权文件所采取的二分法、三分法乃至四分法也都受惠于它。我国宪法中亦存在人和公民以及人权和公民权的纠葛关系,只有人和公民两种身份能够并存,共和主义、社会主义与个人的适度自由才会有协调的余地。

关键词:人权 公民权 权利宣言 基本权利

王建学,天津大学法学院教授。

一 问题的提出

基本人权已经毋庸置疑地成为现代各国宪法的核心价值,如学者所言,“对基本权利的确认与保障,是整个宪法价值体系的核心所在。”^[1]基本人权也上升为整个国际法律秩序的价值基础,得到《联合国宪章》等的一再重申。对于当代人权条款而言,主要问题在于如何有效实施。为其实施过程更加有效,人权条款本身必须首先具有严谨的逻辑和清晰的结构,因此,人权的类型化成为司空见惯的作法。比如,意大利1947年宪法将基本权利分为公民关系、伦理和社会关系、经济关系、政治关系四个方面;1966年《公民权利与政治权利国际公约》和《经济、社会与文化权利国际公约》的并立则是人权类型化的普遍表

[1] 林来梵著:《宪法学讲义》,清华大学出版社2018年版,第301页。

现。追本溯源,此种类型化实际上滥觞于法国。法国现行宪法中的权利法案包括三个支柱:确认自由权和政治权的1789年人权和公民权宣言(本文简称1789年宣言)、确认社会权的1946年宪法序言、确认环境权的2004年环境宪章。显然,在人权类型化的问题上,1789年宣言将人权和公民权并举具有开创意义。

然而,人们将人权类型化视为理所当然,不仅对其滥觞熟视无睹,对其背后的基本法理也缺乏应有追问。最值玩味的是,1789年宣言在人类宪法史上具有众所公认的重要地位,以至于它自颁布以来就一直是各国学者的研究热点,虽然不同时期的侧重点有所不同,但相关研究从未中断。然而,学者们一直忽略了一个表面上无足轻重但其实极为重要的问题,即:1789年宣言在名称和内容上首次将人权与公民权并列,其背后的法理到底为何?由此,必须从1789年宣言入手深入剖析人权和公民权界分的法理基础,包括人权和公民权二分法所采取的文本形式,其思想基础与规范演变,以及对宪法演进的历史意义。

二 人权和公民权二分法的文本形式

(一)“人的和公民的权利”的两种解读

1789年宣言的标题是在“权利宣言”的基础上增加了“人的和公民的”作为所有格定语,这种法语构词法可以作两种解读。一种是它宣告了“人和公民”的权利,也就是兼具人和公民两种不可分的身份所享有的作为同一整体的权利;另一种是它同时宣告了人的权利(即人权)和公民的权利(即公民权)这两类权利,二者在性质上互不统属,在形式上可以并列。事实上,两种解读都曾在某种程度上存在过,且相互间具有“暧昧”关系。比如,潘恩是世界范围内第一个系统解读宣言的著名思想家,他一方面将人权和公民权进行类型上的相互区分,另一方面又将整个宣言视为人和公民的权利原则由抽象到具体的逐次展开,并且对人、公民、社会成员等概念存在一定程度的混用。^[2]

在现代宪法理论中,学者们基于各自不同的立场继续发展着前述两种解读方案。比如,社会连带法学的代表人狄骥批判了将人权和公民权并列的观念及其自然法基础,继而指出:“《宣言》中所列举和确认的是既作为人、又作为公民的个人的权利,也就是指那些属于理论上的人、同时又得到了社会的认可和有效保障的权利。在这里,公民权与人权已毫无差别;公民权就是得到保护和确保的人权。”^[3]那么,人权和公民权二分法的真正含义究竟为何?其实,应当首先在宣言的文本中寻找这一问题的答案。

(二)人权和公民权的文本统计及初步答案

1789年宣言共包含一个简短的序言和17条正文,其中使用了人、人权、公民、公民权、国民、社会等不同措辞。其措辞极为考究审慎,总体而言有三条规律可循。

第一,凡是强调人基于其自然、天赋的普遍性道德资格而享有权利时,总是单独使用“人”及“人权”的表述。比如第1、2、4、5条在表达关于权利和自由的普遍性原则时仅使

[2] 参见[英]潘恩著:《潘恩选集》,马清槐等译,商务印书馆1981年版,第185-187页。

[3] [法]莱昂·狄骥著:《宪法学教程》,王文利等译,辽海出版社、春风文艺出版社1999年版,第176页。

用“人”，特别是序言中“自然的、不可让渡的与神圣的权利”更是以“人”作为主体；再比如第 7 至 9 条宣告获得司法保护的权力，以及第 10 至 11 条宣告信教自由和思想自由，都使用同样的表述。此种措辞表明这些具体人权是与作为政治体成员的公民资格无关的。

第二，凡是强调人基于政治体成员的资格而享有权利时，总是单独使用“公民”及“公民权”的表述。比如第 6 条的参与法律制订的权利及平等担任公职的权利，第 13 至 14 条的参与决定赋税的权利和赋税分担的平等性，均仅使用“公民”。尤其是当人的身份与公民的身份同时出现在某一条款时，人权和公民权的对比就特别明显，比如在第 7 条中，免受非法逮捕是人的权利，而服从合法传唤则表述为公民的义务。这种差别不仅意味着主体身份的不同，更意味着当人以公民身份出现时还需要承担特定义务。

第三，凡是在泛指时，总是使用“人权和公民权”的表述，也即“人的和公民的权利”。除标题以外还有序言中的“承认并且宣布如下的人权和公民权”，以及第 12 条中的“人权和公民权的保障需要公共的武装力量”。在此情况下，前文所述的两种解读均可成立，因此歧义性特别显著。然而，与此不同，“人权”或“公民权”单独出现时，除在序言部分使用了“人权”表述外，其他地方均表述为“人(人)有权”或“公民有权”这样的具体形式。

此外，第 3 条在表述主权原则时既未使用“人”也未使用“公民”，更未使用卢梭极为欣赏的“人民”，而是使用了辨识度非常高的“国民”。此中意蕴暂且按下不表，后文进行深入剖析。第 15 条的规定也颇值玩味，“社会有权要求一切公务人员报告其行政工作”，并没有使用“公民”一词。这又涉及社会与国家和政府的关系，以及人或公民在其中所扮演的角色。通过分析 1789 年宣言的文本，能够初步厘清人和公民以及人权和公民权的差别，即人权和公民权是两类并列的权利，但也带来了更多疑问，人、公民、国民、人民、社会等一系列措辞的差别到底意味着什么？

(三) 两种草案作为深入研讨的线索

1789 年宣言表达了特定时代的权利观念，其首次提出的人权和公民权二分法也必有其特定的思想渊源，因此，准确解读 1789 年宣言就不能仅仅止步于它的文本，还必须深入探究制宪过程中的思想碰撞。法国制宪国民议会于 1789 年 7 至 8 月收到了代表们提交的 20 余种宣言草案，这些草案反映了代表们对人权和公民权的不同看法，连同代表们对这些草案的讨论，都对 8 月 26 日正式通过的宣言存在或多或少的的影响。

从议会审议情况看，最有代表性且影响最大的草案有两个。一个是拉法叶特于 7 月 11 日提交制宪国民议会的宣言草案，这也是议会最早收到的草案。该草案受到美国各州权利宣言的影响，内容表述极为简练，且采取条文列举式。由于其提出时间最早，并且拉法叶特本人作为“两个世界的英雄”深孚众望，因此其草案成为最受瞩目的版本之一。另一个是西耶斯于 7 月 20 日提出的宣言草案。西耶斯受卢梭影响至深，因此公认其草案具有卢梭思想的因子，此草案在形式上采取论述式，颇具法国本土色彩。由于西耶斯对大革命影响巨大，被称为法国大革命之父，^{〔4〕}因此其草案也备受推崇，西耶斯还因此获得了

〔4〕 “从一定意义上说，西耶斯开始了法国革命，也结束了法国革命”，参见〔法〕西耶斯著：《论特权 第三等级是什么》，冯棠译，商务印书馆 1990 年版，张芝联序言。

“法国人权之父”的美誉。^[5]

制宪国民议会还收到了穆尼耶等人提出的不同草案文本,其风格基本上介于拉氏草案和西氏草案之间。制宪国民议会还成立了专门委员会对不同草案进行研究并另行提出其他调和性草案,比如以米拉博为首的五人委员会草案,^[6]以及默默无闻的第六组草案。^[7]在决定采取何种草案作为逐条审议的蓝本时,拉氏草案和西氏草案双双落选,令人意外的是几乎无人问津的第六组草案获得票数最多。这种意外结果其实是在情理之中的。一者,拉氏草案和西氏草案均有独立的思想体系,其支持者甚众,且有不少不可调和的党徒彼此不肯让步,而同时自己赞成的草案又没有当选的可能,结果名不见经传的第六组草案“渔人得利”;^[8]二者,第六组草案作为一个折衷方案也有优点,在一定程度上同时反映了拉氏草案和西氏草案,因此成为两派对立观点折衷的理想选择。然而,第六组草案并非一人独立完成,而是多人合作的成果。因此,其不如前两个草案那样具有代表性,后文通过拉氏草案和西氏草案这两条线索来追溯人民和公民权界分的思想渊源。

三 英国式自由主义作为人权的思想渊源

(一) 拉叶法特草案及其北美渊源

拉法叶特草案无论在标题还是内容上都最为简练。^[9]它的名称是“权利宣言”,而没有使用“人的”或“公民的”作为限定语。很明显,这种标题措辞具有鲜明的北美色彩,因为此前北美各州的人权文件均称为“权利宣言”。在内容上,拉氏草案也遵循了北美权利宣言的简洁风格,开门见山地列举正文(共计10条),而没有像典型的法国式法典那样包含序言。

总体上看,拉氏草案只用四百余字便勾勒出天赋权利、国民主权和权力分立等一系列近代宪法原则。尽管从标题和正文的措辞上看,自始至终都没有直接出现“人权”或“公民权”的概念,但人和公民仍然存在一定程度的区分。拉氏在表达自然权利时均以“人”作为主体,而在宣言后半部分涉及政治社会的运行规则时则使用了“公民”一词。在表述主权原则和宪法修正时,他使用了“国民”一语,似乎在有意无意地回避“人民”表述,这种风格完全投射到了正式通过的1789年宣言中。

拉法叶特将起草和提出权利宣言视为自己最重要的两项成就之一,而且其回忆录毫不掩饰其草案受到北美权利宣言的影响,并且认为北美权利宣言开启了一个全新的时代。他写道:“北美革命时代为全世界开启了一个新的社会秩序,可以恰当地将这个时代称为

[5] [法]罗歇·斯特凡娜:《西哀士的第三等级》,侯贵信译,《法国研究》1989年第3期,第111页。

[6] 五人委员会草案原文及米拉博的说明报告参见 *Archives Parlementaires*, tome VIII, Paris: Librairie Administrative de Paul Dupont, 1875, pp. 438 - 440。

[7] 第六组草案原文参见 *Archives Parlementaires*, tome VIII, Paris: Librairie Administrative de Paul Dupont, 1875, pp. 431 - 432。

[8] 第六组草案得到620票,而拉氏和西氏草案分别得45和240票,其他各种草案总计得200余票。参见 Walch, *la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et l'Assemblée Constituante*, Paris: Wright, E. H., 1903, pp. 139 - 140。

[9] Cf. Lafayette, *Projet de la Déclaration des Droits*, in *Archives Parlementaires*, tome VIII, Paris: Librairie Administrative de Paul Dupont, 1875, p. 222.

权利宣言的时代。下列状态是不配权利宣言这个神圣名称的：一方面，贵族和教士的专制构成社会秩序的重要内容，而权力由此而生；另一方面，人民的权利只是来自少数人的例外让与，而这些人权力的主要所有者。1688 年由威廉三世被迫签署的著名的权利请愿书即属此种性质。只要对比一下‘请愿书’与‘宣言’这两个名称，就足以揭示二者的差别了，前者表述了古英格兰的习惯性特权，而后者则显示了对人民权利的不断诉请，这在北美的话语里是多么重要啊！”^[10]拉法叶特的论述提供了追溯人权和公民权区分的一条重要线索。沿着这条线索，有必要进一步考察北美各州在 1789 年之前所颁布的权利宣言。

（二）弗吉尼亚权利宣言及其英国渊源

北美第一部权利宣言诞生于 1776 年 6 月 12 日的弗吉尼亚，其后宾西法尼亚、马里兰和北卡罗来纳等州纷纷效仿。众所周知，北美在宪法传统上沿袭英国，然而，1776 年弗吉尼亚权利宣言则以“宣言”命名，放弃了以“请愿书”或“法案”为名称的英国传统。从具体措辞和总体内容来看，弗吉尼亚权利宣言并没有提出人权和公民权的二分法，甚至它对人权的主张亦若隐若现。

一方面，弗吉尼亚宣言对英国权利法案有所创新，主要体现在其简短的序言和前 6 条中。序言虽然极其简短，远比不上法国 1789 年宣言那样长的篇幅，但它宣告了弗吉尼亚善良人民的代表通过自由集会制定一项权利宣言，这些属于他们自己及其后裔的权利是政府的基础。前 6 个条文依次宣告了自然权利和固有权利、社会契约、民选政府、反特权、权力分立、选举平等与选举权等内容。这些内容旨在构建一个关于理想政府的模型，于此，频繁使用了“人民”这一群体性称谓。此处的人民与卢梭的人民是否为同一概念？此问题同样暂且按下不表。无论如何，这些内容显然属于新世界流行的启蒙观念，在内容上与英式权利法案格格不入。

另一方面，弗吉尼亚宣言也继承了英国权利法案的自由主义传统，多数情况下通过对公权力的禁止性规范来表达权利主张，比如不得暂停法律（第 7 条）、非依国法或同辈审判不被剥夺自由（第 8 条）、不得要求过度保释金或过高罚款（第 9 条）等等，这种传统以及类似内容早已体现在从 1215 年自由大宪章至 1689 年权利法案的每一部英式权利法案中。而在此种场合，宣言只在必要时才采用了“人”这一称谓，且多未将其作为权利主体，字面上具有道德意味的“man”和不具有道德意味的“person”并用，它远未像法国 1789 年宣言那样采取“人人有权……”这样具有道德普遍性的权利性规范，由此，“人权”本身也就被隐藏起来。在 1789 年宣言和拉氏草案中出现的“公民”一词，则完全付之阙如。

（三）人权的普遍化：1789 年宣言的贡献

北美权利宣言的前述风格一直延续到 1791 年权利法案。因此可以肯定，人权和公民权的提出及其二分法是法国 1789 年宣言独一无二的贡献。尤其就人权演变而言，在总结北美这条线索时可以发现，拉氏草案尽管受到北美的影响，尤其是继承了英美的自由主义

[10] Lafayette, On the Declaration of Rights, in *Memoirs, Correspondence and Manuscripts of General Lafayette*, London: Thomas C. Savill Printer, 1837, p. 289. 另：拉法叶特于此处犯了一个无伤大雅的小错误，权利请愿书在 1628 年由英王查理一世签署，而威廉三世签署的是 1689 年权利法案。

思想,但其本身无论在风格还是内容上,都表现出更多的理想性和普遍性。^[11] 1789年宣言超越了人的民族或国别身份,首次宣告和确认了道德与伦理意义上抽象的人所应当享有的权利。如学者所言,“法国人的贡献是,首先发现了人权这个观念。它并不是附在贵族或平民的身份上的各种特权,而是人的一般的权利,这就是法国人权宣言中‘人’这个字所具有的份量。也就是说法国革命首次正面否定了身份制,抓住了人的普遍性。这一点比什么都重要。”^[12] 虽然权利的普遍性在北美宣言也有一定程度的存在,但显然不如拉氏草案那样明显。而如果回到英式权利法案,理想性和普遍性则基本上被务实性和特别性所取代。因此,“美国的权利法案将英国人传统的各种自由赋予其自然法的基础,并加以确认,与此不同,法国的人权宣言,则抽象地描述出具有新的纲领性的人权。”^[13]

围绕1789年宣言的思想渊源,法制史上曾出现过一桩公案。德国学者耶利内克提出,1789年宣言基本上抄袭自北美各州权利法案,而北美权利法案也不像通常认为的那样来自于英国法,而是源于宗教自由,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。^[14] 这种观点受到法国学者布特米的严厉批判,后者驳斥了耶利内克的每一个论点,认为1789年宣言乃是法国原创,与北美各州权利法案在观念和表述上格格不入,而且北美权利法案实际上来源于英国法。最重要的是,所有这些权利法案或宣言及其蕴含的权利观念,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,耶氏的观点囿于国别或民族是错误的。^[15] 从人权和公民权的相关措辞和观念变化来看,以上两种观点均有偏颇之处,特别是耶利内克持论较为极端。客观而言,英美法三国在不同时期的权利法案和宣言既有传承和延续也有不断的创新和发展。

四 法国式共和主义作为公民权的思想渊源

(一) 西耶斯草案中的人和公民

如果说拉氏草案是法国式宣言的一个极端,那么西耶斯草案则是另一个极端。西氏草案的名称——人权和公民权宣言——得到了1789年宣言的完整采纳,并且,制宪国民议会所收到的绝大多数草案在名称上都受到西氏草案的影响,将人权和公民权并列在标题中。在内容上,西氏草案先以一个篇幅约6800字的严整论述开篇,这已经超出通常所谓“序言”的范畴,再以论述为基础开列32条权利清单正文。

[11] 拉法叶特认为必须在制定宪法前颁布一个权利宣言,一是唤醒个人对自由的向往和情感,二是揭示一切政治制度的永恒真理即其源泉乃是自然权利。参见 *Archives Parlementaires*, tome VIII, Paris: Librairie Administrative de Paul Dupont, 1875, p. 221。

[12] [日]樋口阳一:《四个八九年——人权宣言二百周年的意义》,王国强译,《现代外国哲学社会科学文摘》1990年第9期,第44页。

[13] [日]芦部信喜著:《宪法》,林来梵、凌维慈、龙绚丽译,清华大学出版社2018年版,第57页。

[14] 耶利内克的观点及论述可参见[德]耶利内克:《人权宣言论——近代宪政史研究析论》,林万里、陈承译,载王建学主编《1789年人权和公民权宣言的思想渊源之争》,法律出版社2013年版,第15-52页。另一中译本参见[德]格奥尔格·耶利内克著:《人权与公民权利宣言:现代宪法史论》,李锦辉译,商务印书馆2012年版。

[15] 布特米的观点及论述可参见[法]埃米尔·布特米:《〈人权和公民权宣言〉与耶利内克先生》,王学译,载王建学主编《1789年人权和公民权宣言的思想渊源之争》,法律出版社2013年版,第53-83页。

从总体上看,西氏草案关于人权和公民权的措辞表述与正式通过的 1789 年宣言高度一致。在泛指时,“人权和公民权”总是同时出现,而在具体描述某项权利或自由的过程中,凡指自然权利或天赋权利时总是将“人”作为主体,凡基于政治体的成员身份时则使用“公民”。他在论述部分系统阐述了人权和公民权的关系,先是利用大量篇幅分析了自然状态以及人的自然权利,并将这种权利称为“自然的和私人的权利”(droits naturels et civils),^[16]再分析自然状态的人通过契约进入社会状态之后所享有的“政治权利”。并且值得注意的是,在两部分的前后过渡中,西耶斯很自然地将公民表述为自然权利的主体。对于人权和公民权的差别,西耶斯认为,“前者是为了维持和发展那些之所以组成社会的权利;而后者则是社会据以组成的权利。出于语言的准确性,最好称前一类为消极权利,称后一类为积极权利。”^[17]也就是说,人权是基于人的普遍性道德身份而应当享有的天赋权利,为了使这些权利得到更好的保证,人通过社会契约组成政治体并成为其一员,由此又基于成员身份而享有公民权。

(二)西耶斯草案的卢梭渊源

然而,当人由自然状态进入社会状态后,就将其“自然的和私人的权利”表述为“公民的权利”,西耶斯的这种用法令人费解。唯一的解释只能是,此时的人已经时刻以公民身份来享有权利,而人权和公民权则是以兼具人和公民两种不可分身份为前提的权利整体。这种解读在根本上来源于卢梭的绝对社会契约观,即在进入政治社会时,“每个结合者及其自身的一切权利全部都转让给整个集体……转让既是毫无保留的,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”。^[18]因此,每个人就自然地获得了“公民”这种不可剥离的身份,人的身份就不能从其公民身份中区分出来,二者高度整合。

然而,西耶斯在遵从卢梭的教导时会遭遇一个现实问题,即在当时,儿童、妇女等并不享有公民权,由此,其人权主体的身份与公民权主体的身份并不完全重合。该问题在卢梭人民主权的理想图景中被刻意回避了,而西耶斯的草案却无法回避它。为解决这一问题,西耶斯进一步提出了消极公民与积极公民的区分,“一个国家的所有居民均必须享有消极公民的权利:一切人享有其人身、财产和自由等受保护的权力,但并不是所有人都享有参与公共权力之组成的权利;并不是所有公民都是积极公民”。^[19]

由于需要处理关于公民的一系列理论和现实问题,西氏草案在论述和正文部分都大量使用了公民表述,比如正文的 32 个条文中 13 个以“公民”作为主体。相比之下,拉氏草案只出现了 1 次“公民”,频率极低,而在英国不同时期的权利法案、北美各州的权利宣言乃至 1791 年权利法案中,“公民”一词几乎从未出现过。这种数量上的对比无疑有助

[16] 西耶斯用“civil”来定性自然权利和天赋权利,这与 1966 年《公民权利与政治权利国际公约》的“civil rights”在用法上是一致的,中文世界在将其译为公民权利时,极易与以公民为主体的政治权利相混淆。因此,郑贤君教授强调 civil rights 独特的自然法背景,并主张将其译为私人权利,参见郑贤君:《宪法上的 Civil Rights 是公民权利吗?——解读 constitutional civil rights》,《首都师范大学学报(社会科学版)》2004 年第 4 期,第 52 页。

[17] [法]西耶斯:《论人权和公民权》,王建学译,载张翔主编《宪政与行政法治评论》(第七卷),中国人民大学出版社 2014 年版,第 147 页。

[18] [法]卢梭著:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆 1980 年版,第 19-20 页。

[19] [法]西耶斯:《论人权和公民权》,王建学译,载张翔主编《宪政与行政法治评论》(第七卷),中国人民大学出版社 2014 年版,第 147 页。

于说明公民和公民权的观念来源。

(三) 公民权的提出及普遍化:1789 年宣言的贡献

众所周知,“公民”是卢梭特别中意的概念,《社会契约论》借此构造政治体和主权结构,并且该书第一版卷首署名是“卢梭,日内瓦的公民”。^[20] 公民身份不同于人的身份,后者在本质上可以并能够消极地逃逸于国家之外,这种古典自由主义思维中的人“可称之为‘自由、独立的人’,这是一种原子主义的、自我中心的‘人的形象’”;^[21] 而前者则意味着通过积极行使其参与权来促进一个政治体的完善,更意味着通过承担特定的公民义务来构建一个良好的共和国,一群精致的自由主义者和利己主义者不配拥有一个共和国。因此,在西氏草案和 1789 年宣言中,不仅借重公民来宣告公民权,还在特定条款中宣告了公民的义务,比如平等服从法律和服从合法传唤。当 1789 年宣言将“人的和公民的”增加为“权利宣言”的所有格限定语时,反映的是一种强烈的法兰西共和传统。人们习惯将 1789 年宣言简称为人权宣言,这在严格意义上是欠妥的。

除了人和公民以外,西氏草案还交替使用了相关的“人民”“民族”“国民”和“社会”等表述。这些表述也与政治体中的公民直接相关,并波及人的地位,其背后的具体意蕴,连同前文两次按下的相关疑问,即将在下一部分揭示答案。

五 二分法思想基础与规范演变

(一) 二分法思想基础:自由主义加共和主义

从前文展现的两条线索来看,英国式自由主义与法国式共和主义共同为 1789 年宣言的二分法提供着思想基础。

就自由主义的基本脉络来看,发源于洛克的以限权政府为主要载体的古典自由主义可以说是其主线。^[22] 就 1789 年宣言的思想基础而言,“用《人权宣言》去限制国家权力的办法”并不来源于卢梭,而是有诸多根据说明其来自北美,^[23] 并在根本上受益于英国的古典自由主义。法国人之所以接受通过权利宣言限制国家权力的自由主义,一方面是由于启蒙观念在跨国意义上的相互交融,分权限权等诸多自由主义观念经常出现在孟德斯鸠、伏尔泰等法国启蒙思想家笔下。比如,孟德斯鸠不仅定义了自由,而且将分权作为自由的保障,甚至夸张地说如果立法、行政、司法三权合一“则一切便都完了”。^[24] 另一方面,法国社会对自由具有迫切的现实需求。旧制度下的权力滥用早已使民众怨声载道,因此在 1789 年等级会议召开之际,全法各地提出了总数约在 5 万以上的陈情书。^[25] 几乎

[20] [法]卢梭著:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆 1980 年版,第 3 页。

[21] 余军:《论宪法中的“人的形象”》,《浙江学刊》2011 年第 6 期,第 128 页。

[22] “古典自由主义,按照通常的理解,是从英国哲学家洛克开始的。”参见廖申白:《〈正义论〉对古典自由主义的修正》,《中国社会科学》2003 年第 5 期,第 126 页。

[23] 张奚若:《人权宣言的来源问题》,载王建学主编《1789 年人权和公民权宣言的思想渊源之争》,法律出版社 2013 年版,第 94 页。

[24] [法]孟德斯鸠著:《论法的精神》(上册),张雁深译,商务印书馆 1961 年版,第 153 页。

[25] 此种陈情书的制定经过参见 Amédée Vialay, *Les Cahiers de Doléances du Tiers-Etat aux Etats Généraux de 1789*, Paris: Librairie Adadémie, 1911, pp. 22 - 31。

所有第三等级的陈情书、大部分贵族的陈情书和部分僧侣的陈情书都要求保障或承认无数的具体权利,亦不乏直接提出拟议的宣言草案。^[26] 因此,1789 年宣言中的人权表述代表了普遍化的古典自由主义及其对法国国情的切实回应。

就共和主义的基本脉络来看,法国近代启蒙思想家如孟德斯鸠、卢梭等显然是最主要的代表。尤其是卢梭,通过公民、人民、主权等一系列理想概念,将人民共和国的政治理念推演到了极致。而 1789 年宣言将“公民的”与“人的”并列,并且在条文中大量表述公民的权利乃至公民的义务,无疑都是法国式共和主义的体现。当然,这并不是说英美不存在共和主义思想,英国思想家洛克、弥尔顿等,以及美国的杰弗逊、麦迪逊等亦有关于共和主义的主张,但英美的共和主义大体上更倾向于通过个人自由的恰当运用和政府的适当构造来实现良好的政治。如学者所言,“美国宪法中的共和主义是非常复杂的,它和自由主义、民主政治有着千丝万缕的关系……共和主义政制在于通过社会不同阶层对国家的共同治理,避免多数或者少数的专断和零和事件的产生,以实现国家荣耀与个人自由。”^[27] 与此不同,在卢梭主义主导的法国式共和理念中,公民的权利和义务,以及由公民组成的整体(国民或人民)则具有更显著的位置。因此,1789 年宣言中的公民权(及义务)表述主要代表了法国式的共和主义思想。

(二)二分法背后的主权理论与社会观

如果将人权、公民权及相关表述在前述所有文献中的规范演变进行综合比较,人权和公民权二分法的思想基础及所有相关疑问的答案便会一目了然地展现出来。

“人权”和“公民权”的演变具有如下规律。首先,人权的规范演变经历了三个阶段,从英国权利法案中的古英格兰特权到北美权利宣言中相对普遍化的权利表述,再到拉氏草案、西氏草案和 1789 年宣言中的普遍人权表述。其次,公民权的规范演变则是独特的法式共和现象,拉氏和西氏草案共享这种观念并与 1789 年宣言一脉相承。最后,公民义务的强共和观念则只存在于西氏草案(偏卢梭)并最终投射到 1789 年宣言的第 7 条。从横向比较来看,只有在拉氏草案、西氏草案和 1789 年宣言中,人权和公民权才同时出现,且唯独西氏草案出现了公民义务并得到了 1789 年宣言的采纳。由此更可以肯定,人权和公民权二分法的思想基础来自于英国式自由主义与法国式共和主义的融合。但相关考察不能止步于此,因为国民、人民和社会等概念构成人权和公民权二分法的观念背景,并影响着人权和公民权的关系样态,也需要作深入剖析。

“国民”是个法国化的表述,只出现在拉氏和西氏草案以及 1789 年宣言中,但其具体用法则极为微妙。拉氏草案明确以国民作为主权的归属者,并得到 1789 年宣言的采用。但在西氏草案中,“国民”一词只出现在论述部分,正文则转而使用“人民”。西耶斯在论述部分指出:“所有公共权力无一例外均为公意的表现;均来自于人民亦即国民。人民与国民这两个术语理应是同义词。”^[28] 西氏草案的正文部分没有像拉氏草案那样明确使用

[26] Cf. Stéphane Rials, *la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, Paris: Hachette, 1988, p. 115.

[27] 万绍红:《美国宪法的共和主义原旨解读》,《浙江学刊》2006 年第 5 期,第 117 页。

[28] [法]西耶斯:《论人权和公民权》,王建学译,载张翔主编《宪政与行政法治评论》(第七卷),中国人民大学出版社 2014 年版,第 148 页。

“主权”一语,而是规定“一切公共权力均来自人民,且只能以人民的利益为目标”(第28条)。另有一处规定一个民族总是有权复审和改革其宪法。那么,西耶斯为何采取这种措辞方式?人民与国民是否同义?为何拉氏草案没有使用“人民”表述?

“人民”的使用情况更加复杂。首先,它出现在多部英国的权利法案中,但在总体上是指代个体的概念,并未抽象化,比如1215年大宪章第32条规定的“定为重罪的人”(people convicted of felony)。在北美的权利宣言中,人民开始指称个人所组成的集体,并且具有政治体的含义,比如1776年弗吉尼亚宣言在序言中所说的“善良人民”。但在法国语境中,人民已经被卢梭极度抽象化乃至神化,成为主权归属者和公民宗教的神。在法国的三个文本中,西氏草案大张旗鼓地使用了人民,而拉氏草案和1789年宣言中完全没有出现人民。这种情况反映了宣言制定者对于主权的不同看法。

法国大革命时期的主权理论大体上分为两个流派。卢梭主张人民主权论,主权由人民按份共有并直接行使,在全民集会限于客观因素无法实现时,代议制中的议员必须严格服从选民意愿且得被随时撤换。而拉法叶特反对这种绝对的主权观,支持国民主权,即主权归属于国民的集合体,其行使委托给代表,并且人民“仅可通过其代表行动”。^[29]作为温和克制的自由派,拉氏同情并支持人民的权利,厌恶贵族的贪婪,但也反对暴民统治,并认为贵族体制有助于自由,因此更倾向于通过社会各阶级(尤其是人民、贵族与王权)的妥协来实现政治改良。1789年宣言的主权观不是人民主权,因为人民一词根本就没有出现。它基本上是但又不完全是拉法叶特意义上的国民主权。之所以不完全是因为,卢梭还是通过西耶斯在一定程度上发挥了影响,不仅宣言第5条“法律是公意的表达”直接来自卢梭,而且在所有文本中,唯独西耶斯所使用的“社会”一词最终出现在宣言中。

“社会”表述大量分散在西氏草案的论述部分和正文部分,这昭示着卢梭社会契约论的影响,而且反映了卢梭契约论中个人通过缔结契约所建立的社会连带关系。^[30]比如正文第25条明确规定:“一切公民若无力满足自身之需要,均有权诉诸其同胞公民。”这一条款显然反映了一定程度的社会主义理念。西耶斯甚至将其提出的另一草案直接命名为“社会中的人的权利之宣言”,^[31]并在其正文中更充分地表达了社会权、社会关照等社会主义理念的核心内容。

综上所述,1789年宣言中人权和公民权的二分法并不简单地来自于某个特定的思想家或思想流派,而是不同观念在其时代背景下综合作用的结果。大体而言,其思想基础是英国式自由主义与法国式共和主义,同时也糅合了自然权利、社会契约、国民主权等近代启蒙观念以及一定程度的社会主义。由于以特定的主权理论和社会观为背景,1789年宣言中的人权和公民权区分扑朔迷离,但在思想源流与规范演变中进行关键词梳理,仍能揭

[29] 国民主权论的代表是马尔贝格,相关评介参见王蔚:《大革命、国民主权与现代国家建构——马尔贝格的国家法学理论》,《法学评论》2018年第3期,第34页。

[30] 狄骥的社会连带关系与卢梭式社会契约论有某种亲和力,前者只是用了一种不同方式来解决后者所要解决的问题。参见胡兴建:《“社会契约”到“社会连带”——思想史中的卢梭和狄骥》,《西南政法大学学报》2004年第2期,第125页。

[31] Sieyès, Déclaration des Droits de l'Homme en Société, in *Archives Parlementaires*, tome VIII, Paris: Librairie Administrative de Paul Dupont, 1875, pp. 422-424.

示其清晰轮廓。

六 二分法的历史遗产与当代意义

(一) 二分法在法国的延展

1789 年之后,法国开始了不断制宪的历史进程,几乎每一部宪法都包含专门的权利宣言。^[32] 尽管不同时期的宣言在条文数量及内容方面存在差别,但基本延续了 1789 年宣言的风格,既以“人权和公民权宣言”为名称,也在人权和公民权的内容表述上遵循着 1789 年宣言的三条规律。绝大多数宪法明确宣告将 1789 年宣言(而不是其他时期的宣言)作为其组成部分,比如 1946 年宪法和 1958 年宪法。但在特定时期也会出现异常情况。

第一,1795 年宪法(即共和三年宪法)包含一个“人和公民的权利和义务宣言”,不仅将“义务”二字明文写入标题,而且其正文分为“权利”和“义务”两章,分别宣告人和公民的权利、人和公民的义务,并且在条文表述上存在人的身份与公民的身份高度合一的现象,这种现象在“义务”一章尤其显著。

第二,1814 年宪法(即路易十八《钦定宪章》)包含一个名为“法国人的公权利”的专章,既未采用专门宣言,也未使用人权或公民权的名称,其内容抛弃了天赋权利和自然权利的基调,分 12 条规定法律上所认可的权利,包括法律面前平等、正当程序、宗教自由、新闻自由、财产权等。这种作法得到 1830 年宪法(即七月王朝宪法)的承袭。

第三,1848 年宪法(即第二共和宪法)包含一个名为“宪法所保障的公民权”的专章,既未采用专门宣言,也未使用人权的名称,分 16 条列举免受非法逮捕或关押、住宅自由、正当法律程序、免受奴役、宗教自由、结社集会请愿、新闻自由、教育自由、担任公职、财产权、劳动自由和营业自由、赋税实质平等,等等。

规范演变过程中的异常现象与其思想基础的不同配比直接相关。1795 年是大革命的高潮,人民主权观念得到高扬而个人自由受到压制,因此 1795 年宪法强调人和公民的义务。1814 年宪法是波旁王朝的复辟宪章,作为重归旧君主制的结果,其权利表述接近保守的英国式权利法案。^[33] 1848 年宪法由资产阶级共和派主导,秉持一种温和的共和精神,因此强调公民的权利主体地位。总体上看,自由主义、共和主义乃至社会主义元素的不同配比,会影响到二分法的具体样态,比如,人民主权和社会主义的成份越多,自然权利和天赋自由就越受限制,而公民权甚至公民义务就越会得到发扬。其实,在最初制定 1789 年宣言的过程中,制宪国民议会对诸如此类的问题都进行了充分讨论,比如,一个抽象空洞的普遍性人权宣言是否有被随意解释的风险进而危及整个法律秩序,权利宣言是

[32] 只有 1875 年宪法未对人权作任何规定,国会曾两次讨论将 1789 年宣言作为宪法前言,但均遭否决。参见[法]让·里弗罗:《法国法律上对人权的宪法保障》,王名扬译,《法学译丛》1979 年第 3 期,第 14 页。

[33] 夏勇教授提出,近代人权概念在产生过程中有两种人权推定,一种是英国为代表的经验式推定,另一种是法国为代表的先验式推定。这种判断其实有似是而非之嫌,1814 和 1830 年的君主制宪法其实是经验性推定,旧制度之下的权利推定(如高等法院的谏净书和大革命前的陈情书)多为经验式推定。与其说法国是先验式推定,不如说近代启蒙本身的权利推定是先验性的。参见夏勇著:《人权概念起源——人权的历史哲学》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 150 页。

否应当扩大地包括一个义务宣言等。^[34] 显而易见的是,1789年宣言本身代表了对这些问题的常规处置方案,而之后的各部宪法及其权利宣言则展示出特定的其他处置方案。所有这些处置方案背后的思想观念,大都可以追溯到1789年的制宪讨论。

(二)二分法的世界性传播

1789年宣言在人类宪法发展史上具有极为重要的地位,它作为第一部具有普遍意义的权利宣言,对后世的权利法案产生了深远影响,其所及范围绝不仅是近现代法国宪法,更包括多国宪法特别是其中的权利宣告,以及1948年《世界人权宣言》、1950年《欧洲人权公约》、1966年《公民权利与政治权利国际公约》、1981年《非洲人权和民族权宪章》等国际人权文件。加蓬、塞内加尔等国甚至直接将1789年宣言纳入本国宪法。^[35] 当代宪法和国际人权法用人权来泛指各种类型的权利,而不再局限于1789年宣言的狭义人权,这本身就是1789年宣言将人权予以道德普遍化的结果。

现代各国宪法通常都包含关于基本权利的专章,尽管标题与内容各不相同,但大都能在其中发现1789年宣言的轮廓。比如,我国现行宪法第二章的标题体现着强共和主义的理念。综合当代各国宪法的权利清单可以发现:首先,就权利类型而言,自由权和政治权是最为普遍的权利分类,二者分别对应着1789年宣言中的人权和公民权;其次,就公民的宪法义务而言,相关条款也可以溯源到1789年宣言第7条;最后,就思想基础而言,现代宪法中的自由主义、共和主义以及社会主义均可以回溯到1789年宣言。

《世界人权宣言》在第3至14条和第18至21条分别宣告个人权利和政治权利,1966年《公民权利与政治权利国际公约》将二者并列,所有这些显然都受惠于1789年宣言。在人权不断普及的当代,1789年宣言所开创的先例又带来了交互影响,人权和公民权的二分法通过《世界人权宣言》和国际人权公约中的相关规定,又影响到了世界各国宪法,同时亦不排除各国宪法之间产生的相互影响。比如,根据学者统计,“就《宣言》中包括的个人权利、政治权利及自由来讲,老的宪法的平均比率是49.8%,1948年以后的宪法是60.7%。”^[36] 由此可见人权与公民权二分法的普遍影响。

(三)人(权)和公民(权)在我国宪法中的关系变迁

在我国宪法演变中,人(权)和公民(权)的关系一样婉转曲折。1908年钦定宪法大纲在传统帝制中首次以附录形式规定了“臣民权利义务”。1912年中华民国临时约法首次宣告“中华民国之主权属于国民全体”(第2条),随后在第二章“人民”中列举了人民的各种权利及义务,权利又包括自由权和政治权两类。1949年共同纲领用“人民”指基本权利的主体和主权的归属主体,而承担基本义务的主体则称“国民”。1954年宪法废弃国民转而采用人民和公民的表述,其中,人民作为抽象整体是国家一切权力的归属者,公民作

[34] 相关讨论可参见张奚若:《人权宣言的来源问题》,载王建学主编《1789年人权和公民权宣言的思想渊源之争》,法律出版社2013年版,第100-114页。

[35] 参见加蓬共和国宪法序言第3段、塞内加尔共和国宪法序言第8段,载孙谦、韩大元主编《世界各国宪法(非洲卷)》,中国检察出版社2012年版,第311、853页。

[36] [荷]亨克·范·马尔赛文、格尔·范·德·唐著:《成文宪法:通过计算机进行的比较研究》,陈云生译,北京大学出版社2007年版,第236页。

为具体个体则是基本权利和义务的主体。^[37] 总体上看,自宪法在清末传入中国以来,人由君主制下的臣民变为民主制下的人民以及共和制下的公民,权利在类型上日益裂变为自由权、政治权、社会权和义务等,人背后的主权观念也由君主主权到国民主权再到人民主权,社会主义进一步搅动了人权与公民权的界分。

在 2004 年以前,我国宪法中的权利主体表述是高度集体化的,以人民主权取代了国民主权。宪法赋予人全新的排他性身份——公民,人具有道德普遍性的自然身份被公民身份所吞噬。同时,“个人”成为一切道德贬义性的代名词,甚至还上升到个人主义的批判高度,在宪法文本中也成为否定性或禁止性规范的对象。尽管宪法列举了表达自由、宗教信仰自由、人身自由、住宅自由等可以纳入自然权利的类型,但由于人被公民所吞噬,这些权利或自由对国家的防御性并不明显。根据修宪说明,现行宪法专章规定公民的基本权利是为了提高公民“作为国家和社会主人翁的自觉性”,^[38]从而更好投入国家建设。如学者所言,基本权利和义务的规定有利于“调动广大人民的社会主义积极性和创造性……保证把我国建设成为现代化的、高度文明、高度民主的社会主义国家”,^[39]因此,“任何公民在行使权利和承担义务的时候,都必须从这个根本目标出发”。^[40]这种以高度集体化为主旨的人与公民的身份合一,极易造成对私人空间的侵害,对个人自由的否定,甚至个体道德地位的整体性沦丧。

随着改革开放以来的不断社会变迁,个人在日益多元化的社会中得到了正当性认可,2004 年修宪终于为“人权”正名。对于 2004 年人权入宪,王兆国在草案说明中将人权提到“社会主义制度的本质要求”的高度,^[41]这无疑是对社会主义的一种开拓性理解,终于使人作为道德意义上的个体获得价值认可。人们普遍认为人权入宪“突出了人权在国家生活中的坐标与功能,使人权从一般的政治原则转变为统一的法律概念和具有独立规范价值的宪法原则,预示着国家价值观的深刻变化”。^[42]从人权和公民权二分法的角度来看,2004 年人权入宪无疑具有极为重要的地位,我国宪法终于具有了人权和公民权的实质性界分,使人具有了区别于公民的个人性地位,公私两济得以可能,宪法中的人的形象也开始多样化。在一个人民的共和国中,只有人和公民两种身份能够并存,共和主义、社会主义与个人的适度自由才会有协调的余地。

七 结 语

人权和公民权二分法反映了宪法以何种态度将个人安放在国家中,直接决定着个人

[37] 近代中国宪法中的人民、国民、公民等词语的用法和演变极为复杂,具体过程参见杨陈:《论宪法中的人民概念》,《政法论坛》2013 年第 3 期,第 4-6 页。

[38] 彭真:《关于中华人民共和国宪法修改草案的报告——1982 年 11 月 26 日在第五届全国人民代表大会第五次会议上》,《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2004 年第 1 期,第 39 页。

[39] 中央人民广播电台理论部编:《中华人民共和国宪法讲话》,法律出版社 1983 年版,第 63-64 页。

[40] 张庆福、王德祥著:《我国公民的基本权利和义务》,群众出版社 1987 年版,第 19 页。

[41] 王兆国:《关于〈中华人民共和国宪法修正案(草案)〉的说明——2004 年 3 月 8 日在第十届全国人民代表大会第二次会议上》,《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2004 年第 1 期,第 72-73 页。

[42] 韩大元:《宪法文本中的“人权条款”的规范分析》,《法学家》2004 年第 4 期,第 8 页。

在国家中的地位。如文首所言,基本人权条款的主要问题在于如何得到实施。在此背景下,如其他许多国家一样,“中国的宪法学正在经历一场法解释学的转向”,由高屋建瓴、宏大叙事和抽象价值的讨论转向“通过分析和解释法律文本,确立法律条款的规范内涵,为具体案件的法律判断确定大前提”。^[43]当代基本权利研究早已演化为一种教义学的研究,主要面向法律实践与解释适用。在此背景下,人权和公民权二分法的法理辨析似乎已经过时,但其实它不仅没有过时,反而变得更加重要。基本权利的规范建构需要具有价值基础和历史背景,而人权和公民权二分法思想源流与规范演变,作为基本权利的发生学,提供了其规范建构的前提。基本权利体系包含着不同类型的权利,其背后的价值基础各异甚至相互冲突。我国宪法中亦存在人和公民以及人权和公民权的纠葛关系,在对基本权利条款进行体系建构时,无法回避不同权利背后的价值判断,更不能忽视其之所以如此的历史背景,比如,若不能从公民中析出人的道德身份,自由权建构就不可能得到充分的价值支持。从根本上讲,基本权利释义学必须协调人和公民的身份冲突,妥当界分人权和公民权,并在特定的历史情境中处理好共和主义、社会主义与个人自由的关系。

[本文为作者参与的2017年度国家社会科学基金重大项目“中国宪法学文献整理与研究”(17ZDA125)的研究成果。]

[Abstract] The dichotomy between rights of the man and the rights of the citizen is of great significance to understanding the embryology of basic rights, but it has always been taken for granted and therefore not been properly expounded. The dichotomy was first brought forward by the French Declaration of 1789; on the one hand, the Declaration inherited Anglo-American liberalism, abstracted and generalized natural rights into rights of the man; on the other hand, it embodied French republicanism, especially Rousseau's social contract theory, through the conception of the citizen and rights of the citizen. Therefore, liberalism and republicanism jointly provided the ideological foundation for the dichotomy in the Declaration. Through the combination of natural rights, social contract, national sovereignty and, even to a certain extent, socialism, the Declaration effectively harmonized the status of the man and that of the citizen. Almost every contemporary bill of rights could trace its ideological source to this dichotomy, and the dichotomy, trichotomy and even quadrichotomy of rights in contemporary human rights documents have all benefited from it. The imbroglio between the man and the citizen and that between rights of the man and rights of the citizen exist also in the Chinese Constitution. The coordination between republicanism, socialism and individual liberty is possible only when the status of the man and that of the citizen could coexist.

(责任编辑:田 夫)

[43] 张翔著:《基本权利的规范建构》,法律出版社2017年版,第1页。