

权利的由来

——人类迁徙自由的研究报告

张永和 著

中国检察出版社

权利的由来

——人类迁徙自由的研究报告

张永和 著

中国检察出版社

图书在版编目(CIP)数据

权利的由来:人类迁徙自由的研究报告/张永和著.
北京:中国检察出版社,2001.8
ISBN 7-80086-844-3

I.权... II.张... III.权利-研究 IV.D08

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 051098 号

权利的由来
——人类迁徙自由的研究报告
张永和 著

出版发行:中国检察出版社

社 址:北京市石景山区鲁谷西路 5 号(100040)

电子邮箱:zgjcbs@263.net

电 话:(010)68650027(编辑) 68650025(出版) 68650016(发行)

经 销:新华书店

印 刷:保定市印刷厂印刷

开 本:850mm×1168mm 32 开

印 张:11.375 印张

字 数:301 千字

版 次:2001 年 9 月第一版 2001 年 9 月第一次印刷

印 数:1—2000 册

书 号:ISBN 7-80086-844-3/D·845

定 价:25.00 元

检察版图书,版权所有,侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

序：思想的追问

从制度和法律上看,英国 1215 年的《自由大宪章》大概首先把迁徙自由作为自由民的一项基本权利确定下来。到了 17、18 世纪,迁徙自由被自然法学派认定为人的一种自然权利。1789 年的《法国人权宣言》、1868 年美国国会通过的一项法案,也明确宣布迁徙自由是人与生俱来的权利,是人实现平等权、自由权和追求幸福权所必不可少的基础和前提。第二次世界大战以后,60% 以上的国家的宪法确认了人的迁徙自由。而且,伴随着人权问题的国际化,1948 年的《世界人权宣言》,1951 年的《关于难民地位的公约》,1966 年的《公民权利和政治权利国际公约》和《消除一切形式种族歧视国际公约》,1980 年的《消除对妇女一切形式歧视公约》,都规定迁徙自由是一项重要的人权。面对这样一段历史和发展走向,我们不禁要问,迁徙作为人的一项基本权利,到底是怎么开始的?进而,又怎样从一般权利理论上解释迁徙自由的权利?甚至由此修订传统的一般权利理论?

对这些问题,我的师兄并同事张永和所著《权利的来源——人类迁徙自由的研究报告》,为我们提供了一份有着重要意义的答案。永和从一个法学者极少关注的角度,运用生物学、心理学和人类学的方法,解释迁徙自由的种种重要问题。他细心地追寻迁徙的历史变迁及其对人类个体和文明的意义,尤其告诉我们,迁徙怎样从一种生命现象演化为社会文明现象、制度、法律和权利现象。这样的追寻和诉求,不仅使我们获得了对迁徙自由的新认识,更使我们从思考问题的角度与路径上有新的收获。他通过探究“迁徙自由”这一人类权利的个案,去反思与挑战传统的乃至占主流地位

的权利理论,包括“自然权利”学说,并表达一种可能更为切合权利本相的观点。这个观点,就是迁徙自由是人的“本能权利”。在我看来,这些都是本书的真正目的,也是本书所给予我们的最重要的东西。

思想史家们常言:思想不是在真空中生成和创造的。这句话大致有三重含义:一是思想者所生存的那个时代的社会环境和生活状态,以及思想者所面对的自然史和社会史,构成了思想的源泉。二是思想者之先已有的思想,为思想者的创造性思考提供了出发点或必需的资源。三是思想者只有在可靠的思考过程,即知识的积累、富有耐心的沉思、实证与逻辑的证明中,才能获得一种新的思想。永和通过对人类迁徙自由的研究,提出和论证了“本能权利”的观点。假如这可以成为一个思想性的创见,那么它其实是上述三重含义在永和那里得到整合的一种结果。永和多年来一直心系于对人类史上一些基本问题的思考 and 解读。为此,他涉猎历史、人类学、习惯法诸领域,并追寻西塞罗、康德、黑格尔等大师的思想足迹。最终,积十年之力,撰成本书。

更重要的是,一个时代的或某种特定的思想,实际上是思想者不断追问的一种暂时性的终点。因为,任何思想都没有也不应有独占的权利和垄断的地位。在这个意义上,思想史就是一部追问史。思想的追问,其实是永无止境的。所以,永和对迁徙自由及其相关理论的追问,使我受益良多,欣喜有加。

我知道,本书只是永和对人类迁徙自由的系列研究成果之一。后续成果的面世,应是我们所期待和乐见的。

程燎原

2001年4月

目 录

序：思想的追问·····	(1)
引 论 ·····	(1)
第一章 迁徙是远古人类的重要活动 ·····	(32)
一、最早的狩猎者和采集者·····	(34)
二、更远久的考察·····	(36)
(一)一种生物的生命现象 ·····	(40)
(二)迁徙是动物的非理性行为 ·····	(43)
(三)迁徙行为的文化现象 ·····	(45)
第二章 人类迁徙行为的意义 ·····	(49)
一、行为、目的与能力 ·····	(49)
二、迁徙及其意义·····	(50)
(一)自然资源的重新分配 ·····	(51)
(二)人力资源的重新分配 ·····	(53)
(三)人类生活中的意义 ·····	(54)
(四)对人的体格及智力的影响 ·····	(56)
(五)对生存态度以及生存质量的影响 ·····	(64)
(六)对于文明的意义 ·····	(68)
三、人为什么要迁徙·····	(79)
(一)生存是第一需要 ·····	(82)
(二)“自我实现”或“求优” ·····	(88)

第三章 追问权利(一)	(95)
一、“权利是什么”	(102)
(一)康德的权利观	(102)
(二)黑格尔的权利观	(107)
(三)霍尔巴赫的权利观	(109)
二、“权利”的疑问	(115)
(一)对“我”的研究	(116)
(二)对“我”的观念最终追溯	(119)
(三)“我的”——权利的进一步展开	(122)
三、“时间是什么时候开始的?”	(134)
第四章 追问权利(二)	(138)
一、论“天赋人权”的理论基础	(138)
二、“天赋人权”的再思考	(143)
(一)对“天赋人权”评价的认识及理解	(148)
(二)小结“天赋人权”	(156)
三、“原初权利”与“社会权利”或“公民权利”	(158)
(一)对“自然状态”的评说	(158)
(二)“原初权利”向“社会权利”的过渡	(164)
第五章 法的长成与权利嬗变	(185)
一、规范是一种经常发生的行为	(190)
二、从习惯法到国家法的形成	(193)
(一)国家形态和国家法形成的标志	(194)
(二)“伟大的利维坦”	(210)
第六章 迁徙行为的法律化过程	(216)
一、国家社会中国家对迁徙行为的态度	(220)

二、迁徙行为的特例	(238)
(一)“解手”——移民的悲惨经历	(239)
(二)流人现象	(243)
第七章 迁徙自由——人的权利表达方式	(247)
一、迁徙自由的定义	(248)
(一)迁徙的含义	(248)
(二)自由的含义	(249)
二、人与人之间奴役状况的简单考察	(261)
三、迁徙自由要求的历史背景	(270)
(一)文艺复兴与人的思想解禁	(275)
(二)资本主义的兴起与人的个性发展	(282)
四、从身份到契约——迁徙自由观念的形成	(292)
第八章 对权利再考	(301)
一、关于权利和义务	(301)
(一)权利	(301)
(二)义务	(307)
二、“作用力和反作用力”	(312)
三、权利的启动点——“本能”	(322)
(一)本能的概念	(322)
(二)本能的实质是“利己”	(327)
(三)迁徙自由是人的“本能权利”	(334)
主要参考书目	(339)
后 记	(350)

引 论

2000年11月18日,由学校“西南法学论坛”安排,我在学校学术报告厅作了一场题为《复归自由——对迁徙权利的追问》的讲座。

这个讲座是本书内容的概要性介绍。本来,我不打算讲这个题目,但是,朋友们觉得可以在这本书出来之前讲一讲主要的理路。我知道,这本书如果出版,可能会招致批判;如果搞讲座,同样会引起一定的争议。最后,我还是决定以这个题目搞讲座。果然不出所料,从各位评论人以及同学的提问看出,有些问题是相当有分量的。

每次,“西南法学论坛”上的讲座都有一些教师作评论人,一般是五位。但是,那天的评论人是七位。所以,当时我就说,这是一个“大陪审团”。作为评论人的有汪太贤副教授、付子堂教授、孙长永教授、张绍彦教授、赵明博士、肖厚国博士、王学辉副教授以及陈刚博士。讲座由程燎原教授主持。由于评论人较多,我当时估计不可能现场直接回答许多问题,特别是同学们的问题。所以,我希望同学们用纸条的方式提问,我将采用一定的方式回答。讲座完毕以后,许多同学围上来发问,并希望得到当面的答复,也就是说,我实际上就已经直接回答了多数同学的问题。后来的时间里,当遇上曾听过讲座的同学,他们也当面将那天晚上所提的问题重新提出并希望我当面作答。我做了。

需要说明的是,下面每位评论人的评论内容是通过录音整理以后,得到每位评论人认可的。同时,我在现场回答问题时非常简洁,鉴于要形成文字,我也将我当天回答评论人问题的内容稍作了

补充。当天讲座时,各位评论人的评论是被安排在一起的,而我的问题回答也是安排在一起的。在这里,为了让我的回答更有针对性,所以我将我的回答直接编排在每位评论人的评论后面。

由于我的讲座内容基本上涉及本书的一至八章,所以,在这里我就只是将当天晚上讲座的大提纲罗列下来,以便有一个基本的、简单的印象。

主持人程燎原教授开场白:我想大家都知道,迁徙行为贯穿整个人类的历史。但是,从制度和法律上承认迁徙的自由权利,却只是上个千年之内的事。对于我们每个人来说,这是一个复杂而重要的问题。今天,张永和先生将展开对这一问题的追问,向我们报告他在这一问题上的一些新的研究成果。各位评论人也将就永和的追问发表各自的评论。

张永和讲座题目:复归自由——对迁徙权利的追问

提纲:一、迁徙首先是生物现象

二、迁徙对人类的意义

三、人为什么要迁徙

四、自由迁徙为什么要被视为一种权利

五、自由迁徙的观念形成与法律化

六、自由迁徙是人的本能权利

汪太贤副教授:今晚张永和先生的演讲使我们在座的每一个人都受到关怀,因为每个人都是迁徙到这个地方来的。他的演讲也很有特色,从多角度,比如从生物学、社会学、人类学的视角对迁徙自由进行了大量的论述。他的这些角度对迁徙权形成了围追堵截这样一个态势,最后确实抓住了迁徙的本质和原因。让我们懂得了迁徙是什么,人为什么要迁徙。

下面我提出几个问题,与张先生商榷。第一个问题:我认为在谈到迁徙的意义时,张先生把它扩大化了。比如他讲到自由迁徙能使人与人之间的身份关系发展成为一种契约关系。从身份关系到契约关系,是不是迁徙带来的呢?我想这值得怀疑。迁徙对这种变化应该有影响,但不会是主要影响。人的身份关系和契约关系不是通过本能或者是迁徙可以改变的。这种转变是制度层面的东西,不是人可以通过移动能够改变的。关于迁徙对于人类的意义,汤因比在他的《历史研究》中谈得比较清楚。他认为对人类而言,迁徙有利于民族国家改变人口质量;从社会意义上讲,它是一种人类自我的改造和调整方式,迁徙可带来制度的萎缩或者是制度的建立。张先生还认为迁徙在政治上导致从血统继承到契约继承。在人类考虑社会政治制度的构建时,考虑更多的是契约的继承,而不是血统的继承。这里,我们的疑问是,当时是不是迁徙就导致了这种转变?

我的第二个问题是:张先生认为“权利是人们希望处于或已经处于的一种有利状态”。我认为权利是已经处于的某种状态,而不是希望处于的某种状态。因为权利实际上是一种事实、存在。权利并不因你的观念而存在,它本身就是一种存在。权利本身无非是对事实进行确认或者表述而已。从语义学上讲,它只是一种符号,是对事实的一个界定,并不是希望的状态。我认为它是实际的状态。成为一种什么权利,那也是一个界定的问题。

第三:张先生谈到自由迁徙是人的一种“本能权利”。我觉得这个观点非常新,这确实在权利的分类上是一种创新,意义不可低估。我的问题是:迁徙肯定是一种本能,也是一种权利。但本能更多的是非理性的,不是理性的。权利却是理性的,而不存在非理性的。如果有“本能权利”的存在,那么权利就可能包含理性与非理性的本能。我承认肯定有一种非理性的事实存在,但不相信有一种非理性的权利。

张永和:就汪太贤教授的第一个问题,我是这样理解的:首先,汪太贤教授说我将迁徙的意义扩大化了,我不认为是这样,而恰恰相反。我还认为没有将迁徙的意义谈完。我们都知道,经济学家可以说人类的历史是一部经济史,法学家也可以说人类的历史就是一部法制史,任何一个领域的人都可以从他自己的角度去认识人类社会的发展,那么,我认为,如果从人类迁徙行为这个角度去认识人类社会的发展,我们同样可以说人类社会的发展史是一部迁徙的历史。当然,汪太贤教授对我把迁徙的意义扩展到了对“从身份到契约”的影响,他认为这是不妥的。“从身份到契约”是梅因的经典名言,在《古代社会》一书中,他的原意应该是指人类从自然状态进入到国家社会时,建立在以血缘为基础上的人身关系由此破灭,取而代之的是一种建立在地缘基础上的国家与国民之间的契约关系。我认为,人类社会最少经历了两次“从身份到契约”的过程。第一次是我们在前面所提到的人类社会从自然状态进入到国家社会,这一次破坏了原有的、建立在血缘基础上人与人之间的身份关系;第二次应该是人类社会在国家社会中法律的铸就破坏了人与人之间的奴役的身份关系。在第二次“从身份到契约”的过程中,自由迁徙的活动起到了至关重要的作用。这一点,看一看10世纪到18世纪的欧洲社会史,答案应该还是比较肯定的。

汪太贤教授的第二个问题是对我给权利所作的一个定义提出疑问,特别是“希望处于某种有利状态”。我认为:希望是一种未定状态,它不一定是一种既定的状态,比方说迁徙的权利,它就蕴藏着大量的一个人处于一种不利状态中对一种有利状态的向往。其实这种作为希望的权利应该在其他方面同样存在,比方说:获利的权利。更具体一点,占有的权利。而且,也是在这个层面上去理解权利,我们才可以对一些权利放弃。同时,我们还应该注意到:我们常常所说的为权利而斗争之类的话,也是我们的一种希望,一种试图进入有利状态的希望。如果我们对权利仅仅认可为一种“已经处于的有利状态”,那这种权利可能只是一种被动的权利。

关于“本能权利”，汪太贤教授说得比较精彩：权利是理性的，本能是非理性的。由此，我们马上就体会到，汪太贤教授的意思是：理性和非理性不能混在一起。关于权利是理性的，而本能是非理性的表述我是同意的。但是，我所讲的“本能权利”并不推导出本能等于权利。或许在我的讲演中没有表达清楚，我在这里再一次说明，就现在为止，我使用的“本能权利”概念更多地是指权利的启动点是本能。今天我们所观察到的权利多是以理性的形式表现出来，但是，无论它们今天是如何的表现，如果追根溯源，启动点一定是本能。理性是由非理性演变而来的，同时，如果我们对已经习惯使用的一些权利概念进行分析，我们也是不能简单回答的，比方说“自然权利”中的“自然”究竟是理性的还是非理性的？

汪太贤教授的问题我暂时回答这些。

付子堂教授：听了张先生的演讲，启发很大。首先感到张先生小题大作，让我耳目一新。学术界目前盛行的是大题小作，大题大作，我们应该提倡小题大作这种方法。

关于迁徙权利，1949年的《共同纲领》确认了迁徙自由，但到了1975年宪法，78年宪法和现行宪法中这个词消失了。我们的宪法中为什么没有这项权利了呢？当时我的老师告诉我：当时82年的宪法草案解释说是计划经济，都由国家来安排。当时的社会资源和人力资源都是通过计划配置的，不需要迁徙。另一个理由是我国人口太多、国家太穷，经常搬家受不了，因而取消了这个自由。

刚开头张先生说不谈实证的。但迁徙自由确实对法学有重要意义，张先生的演讲与法律沾边的地方不是很多，下面我想结合法律谈，向张先生请教几个问题。

张先生提出了一个非常新的概念，“本能权利”。反复强调这是他的创造。本能权利给我的印象是似是而非。我想从宏观方面来谈。我们进行研究需不需要创造一些新的概念？如果我们现有

108609

的理论当中已经有了一些概念,能够说明一些问题,我个人认为这个概念没有必要创造,是纯粹多余的。张先生刚才说到,我们中国本来有“天赋人权”这个词。实际上,最近的研究成果发现这个词是错的。我们的教材已经改过来叫“自然权利”。我认为张先生刚才所讲的“本能权利”实际上就是自然权利。自然权利这个词已经很好了,不需要再提出一个什么“本能权利”来。

另外,还由此引出这样几个问题,也是老生常谈的几个问题:本能和权利究竟是一个什么样的关系?刚才我看了张先生的提纲,他说“权利就是希望或已经处于一种有利状态”。“希望处于”恐怕就是人的本能。趋利避害或者“希望处于一种有利状态”,这样是不是说本能和权利是一个意思?如果这样认为,我认为这是错误的,如果这样下定义的话,应该怎样来区别这两个概念?

另外,权利和人权能不能划等号?刚才张先生讲了,什么都可以归到本能权利那里。由此,我们可否认为,“本能权利”是一个筐,什么都可以往里面装。那么权利、本能、人权能不能划等号?当然我觉得是不能划等号的。面对本能权利这样一个新概念,需要把这些问题讲清楚。

张先生还提出了很多新的思想,什么本能的好斗、避害、求新合群等等,搞得我们眼花缭乱。那么这些东西能否归结为是一种权利,或者说本能是不是一种权利?如果把它们等同的话,就会造成什么结果?知识产权呀、政治自由呀都可以归结为本能。如果这样泛化的话,学术上要求严谨一些就会提出种种疑问,比如结婚自由就是结婚本能、通信自由就是通信本能、政治自由就是政治本能。我觉得不大合适。如果要用这个概念的话,需要进行鉴别。我觉得不能把这个概念泛化了。

还有,从宪法上来看,我国没有规定这种权利。如果恢复迁徙自由,怎样在宪法中得到体现?这样一种基本权利如何具体化?迁徙自由如何具体化?

最后,张先生说“权利是本能的,本能不能压抑”。这个说法很

动听,实际上并非如此。从法律上来讲就是对自由不能限制。但恐怕大家都不会这样认为。法律上总是对自由进行限制。你有本能,我也有本能,如果不加以限制,你就会侵犯我的本能了。所以,从法学上就必须研究如何限制、如何压抑你的本能。据我所知的外国宪法来看,德国基本法对公民的迁徙自由作了一些限制;第一就是缺乏适当的生活基础有可能造成当局的各种负担,就要限制这种自由,大家都往某一个地方跑,就会造成当地的负担,资源短缺;第二,要避免对自由民主秩序的危险;第三,存在流行病的危险,如果有了传染病到处跑,他的迁徙自由就要限制;第四,为了应付自然灾害、重大事故,也要限制迁徙;第五,为了防止犯罪、保护幼儿,带着小孩到处跑也不行。在我国,就是你有没有能力去迁徙,迁徙后有没有保障?

总起来讲,张先生的演讲对我启发很大,但有些问题还要进一步研究。

张永和:付子堂教授向我提出了许多问题,而且这些问题的确需要我深思。付子堂教授认为,自然权利是一个非常完美的概念,任何对这个概念的否定或试图用另外一个概念对其替换都是无意义的。最早,我也曾经希望就将迁徙自由地定格在“自然权利”的概念上,但是,随着研究的不断深入,我感觉“自然权利”的概念从某种意义上讲还不能从深层次上说明权利是如何发生的。

对权利的认识是人类认识自己过程的最明显标识。人类就是在不断认识权利的过程中不断地认识自己。在西方,中世纪对人性的扭曲,主要表现在神性的至高无上。人只能是神的奴婢。从这个意义上来认识权利,我们说,权利的享受方是神,当然,义务方就是人。神存在吗?谁也没有见过,但又好象谁都见过。因为它存在于冥冥之中。其实,这并不是最重要的,最重要的是中世纪那些神的代言人,是他们将神人化了,反过来,他们被神化了。从这个意义上看,神的确存在。在当时,神对人的精神压力已经不能使

一个健全的人进行正常的思想和行为,人们开始思考神权的权威性以及合法性。“自然权利”就是在这样的背景下提出的。我们说“自然权利”是人类理性的提炼。但是,“自然权利”存在吗?它并不是一个实在的东西,它是一个理念,是一个设定的理念。它被设定为人作为人所本身享有的。这是一场观念的革命,是人认识自己过程中最重要的里程碑。在那个理性的时代,在那个思想的年代,人们对这一理念的成立也做了大量的工作。换句话说,也不断地证明“自然权利”是一个确定的存在。他们通过对“自然状态”的探究,以确定人在“自然状态”中就已经享有了某种权利,而这种权利就是“自然权利”。同时,人类进入国家社会以后,这种权利并没有消失,而且依然存在,只是这种实际上存在的权利被神权所压抑了。那时的思想家们所做的工作并不是发现了或者发明了“自然权利”,而是找回了“自然权利”。

但是,那时的思想家们对“自然状态”的描述存在许多冲突,是因为他们的考证缺乏考古学、人类学和生物学的知识。所以,“自然权利”成了一个虚幻的概念。

“本能权利”是建立在一定的生物学和心理学基础上的,是可考的。作为人,一定是由本能支撑的。我们今天说人与其他动物的区别之一就是动物的行为更多是本能的,而人的行为中更少有本能。其他我不想更进一步地论证,有一点大家应该是承认的,那就是:当我们说动物的行为“更多”是本能的,而人的行为中“更少”有本能时,我们没有否认人的行为中依然存在本能。本能之于人如同影子之于人一样,你不可能将它甩掉。这个不能被甩掉的影子实际上一直左右着人的行为。它是我们一切行为的原动力。我们在这里对“本能权利”的讨论,实际上是在本源上进行的。也就是说,我们是在讨论权利的终极动力。我想在这里实际上也就回答了付子堂教授所提出的“本能权利是一个筐”的问题。

“结婚本能”、“通信本能”、“政治本能”等是付子堂教授发挥的。关于付子堂教授提出的比如“结婚本能”等问题,记得当时我

是在引用心理学家麦独孤对本能和情绪之间关系的研究发现,应该说,什么结婚、通信、政治等行为都可以在麦独孤所归纳的那些情绪中对应。至于结婚、通信、政治之类的概念,那都是麦独孤所指的那些本能所拓展开来的。但是,我们不说“结婚本能”等。

付子堂教授提出了一些现实的实证问题,我认为多数都不是什么大的问题,而且其中有一些技术性问题,如果每一个都回答,一定会占去许多的篇幅。我一定会通过其他方式回答他所提出的问题。

孙长永教授:刚才两位教授对张先生的核心观点进行了批判,我认为自己还是应该维护一下张先生。如果我没有记错的话,张先生在最后一句话里面所要表达的意思是:一切人的权利都是人的本能的抽象表现,一切人的权利都根植于人的本能。我认为这个观点是成立的。这个观点最根本的内核是:人要为自己活着,是人本主义的体现。人类所创造的任何制度,最终都是为了使人们能够像一个人一样地活着,应当从这个方面来考虑制度建设。但这只是我的一点初步想法。张先生的讲演涉及面非常广,今天在这里我只是谈一点感想。同时,有几个问题还是想提出来请教一下张先生。

第一个问题:迁徙自由为什么在近代社会才被确认为一项人的权利?你说人的权利根据是本能,但是本能不是近代才有的,为什么在近代才上升为权利呢?刚才张先生提到,对迁徙自由的限制往往发生在农业社会。我个人认为,迁徙自由与社会结构的变迁有关系。只有在农业社会向工业社会的转轨过程中,或者是转轨之后才会确认迁徙自由。日本有一个宪法学家芦部信喜在《日本国宪法精解》中讲到:人只有从土地上脱离出来的同时,才开始强调迁徙自由。我认为这个观点值得考虑。与此有联系的,还有住所自由、选择职业的自由等。比方说我给你迁徙自由,但是没有居住的自由,不能选择职业,你迁徙干什么?这些权利都与社会结