

● 民商法

迁徙自由权探析

问清泓¹, 问青松²

(1. 武汉科技大学 文法与经济学院, 湖北 武汉 430081; 2. 武汉大学 商学院, 湖北 武汉 430072)

[作者简介] 问清泓(1965-), 男, 湖北荆州人, 武汉科技大学文法与经济学院讲师, 主要从事民商法研究; 问青松(1955-), 男, 湖北荆州人, 武汉大学商学院经济系博士生, 主要从事政治经济学及法学研究。

[摘要] 迁徙自由权是公民的基本权利之一, 世界各国宪法和国际人权公约中都有关于迁徙自由权的规定。我国现行宪法没有规定迁徙自由权, 但社会主义市场经济、我国户籍制度改革及履行国际义务等都需要恢复迁徙自由, 因此, 此立法具有重要意义与价值。

[关键词] 迁徙自由权; 迁徙自由权的定义、性质和特征; 立法意义

[中图分类号] DF21 [文献标识码] A [文章编号] 1671-881X(2004)05-0573-05

一、迁徙自由权的历史沿革

古典自然法学派是现代西方法律的奠基石, 其代表人物格老秀斯、普芬道夫、霍布斯、洛克、孟德斯鸠、卢梭等对人类的贡献是巨大的, 他们创造了伟大的历史性成就, 其中之一就是“创立了迁徙自由和选择职业的自由, 并开创了宗教和思想自由的时代”^[1] (第 63 页)。从此, 迁徙自由也就成为了人的一种价值追求, 并发展成为一种基本的权利, 属于公民的基本自由或权利之一。当今世界上的许多国家, 法律都承认并规定了公民的某些自由, 这些基本自由通常包括自由表达的权利、自由结社的权利、自由迁徙的权利、获得财产的权利和缔结合同的权利, “上述权利往往会得到宪法的保护, 亦就是说, 至少是上述权利的核心内容不可以为立法或行政法令所违反”、“20 世纪的某些专制国家, 也严重限制了其公民的迁徙自由和发表言论的自由”^[1] (第 279 页)。可见, 公民的迁徙自由权是一个既古老、又现代的话题, 是人类文化历史传承下来的法律价值之追求, 赋予公民的迁徙自由权是历史的必然要求。

欧盟前身欧共体的 1957 年的《罗马条约》的第 48—51 条规定: 欧共体的公民享有在欧共体范围内自由流动的权利, 这是欧共体实现经济一体化的“四大原则”之一。根据这一原则, 劳动者有权在共同体范围内应聘, 在不同的成员国领土上流动, 在不同的成员国内居住(包括在该国退休后继续居住)。人员的自由流动原则已从开始仅适用于欧共体范围内跨国求职的具有成员国国籍的雇员, 扩大到雇员的家庭成员。如果他们有成员国国籍, 他们自己就享有自主的自由流动权; 如果是欧盟之外的第三国国籍, 只能以家庭团聚权的名义流动。根据欧盟或成员国与周边国家签订的协定, 可以给予该第三国公民在欧共体或该成员国内的居留权和就业权。目前, 人员的自由流动原则已扩大到有一定条件限制的非就业人口^[2] (第 736 页)。在《阿姆斯特丹条约》修订的内容中规定: 为了建立一个自由、安全和公正的地区, 欧盟理事会在该条约生效 5 年后采取措施, 消除对欧盟公民和第三国公民在出入成员国内部边境时的任何对人员的限制。

可见,欧盟的公民迁徙自由权包含在人员的自由流动原则中,其中还含劳动者的自由流动。1989年的欧共体劳动者基本社会权利宪章规定:劳动者有自由流动的权利。欧共体的“四大原则”即资金的自由流动、商品的自由流动、人员的自由流动、劳务的自由流动,其中的后两个原则都是迁徙自由的体现,迁徙自由的重要性已是不言而喻。可以说,没有公民的迁徙自由权,就没有欧盟,就没有其繁荣的今天。欧盟在公民的迁徙自由问题上已经为世界其它国家或联盟提供了可借鉴的经验。

1948年联合国大会通过的《世界人权宣言》第14条规定,“人人在各国境内有权自由迁徙和居住。”1981年的非洲人权和民族权宪章第6条第5款规定:“在一国范围内,只要遵守法律,人人有权自由迁徙和居留。”

美国宪法虽然没有明文规定公民享有迁徙自由权,但概括地规定了人人都享有生命权、自由权和追求幸福的权利,而迁徙自由权就是自由权的一种。美国是世界上最大的移民国家,也是人们最想迁徙的地方,其迁徙自由的规定多见于美国移民法。其移民法是当今世界上最为发达的,它不是像其宪法一样,长期固定不变,而是随时代的不同而改变。在立国之初对移民的限制最少,从1790年国会赋予移民公民资格始,到1820年之间有大约25万移民,1820年至1880年则有1000万^[3](第390页);1921年《移民限额法案》出台后,开始实施移民限额政策,移民的限制增多;1990年的《移民法案》,又放松了限制,增加了移民总额,每年计划为80万人次。美国的移民法在最充分地展示了公民迁徙自由权的全球性特征。

德国的《魏玛宪法》在第2编“德国人民的基本权及基本义务”中明确规定了公民享有迁徙自由的权利^[3](第140页),其第11条规定“所有德国人依法享有在联邦土地上自由迁徙的权利”。意大利1947年宪法第16条规定,“除因保健和安全方面的利益一般得以法律规定某些限制外,每个公民在国内任何地方均可自由迁移或居住”。日本的1946年宪法第22条规定,“任何人在不违反公共福祉之范围内,均享有居住、迁移及职业选择之自由”。

我国古代的先民们也是比较看重迁徙自由的,如春秋战国时期仁人志士们的周游列国;文人政客的归隐山林,“孟母三迁”,几千年的“鸟择良木而栖,仕择良君而侍”等等,自由和迁徙自由的观念早已是中华民族的价值追求。

我国制宪史上,最早承认迁徙自由的是《中华民国临时约法》,从此以后,无论是袁记约法、贿选宪法,还是国民党政府制定的宪法性文件,都承认公民享有迁徙自由。从中国共产党制定的《陕甘宁边区抗战时期施政纲领》起,根据地法律也开始规定迁徙自由。

我国的《共同纲领》和1954年的宪法都承认和保障公民的迁徙自由,1954年的宪法第90条规定:“中华人民共和国公民有居住和迁徙的自由”,但1975年的宪法取消了迁徙自由,1978年宪法、现行1982年宪法都还没有恢复迁徙自由权的规定,其理由主要是我国还不具备自由迁徙的条件,尤其是社会主义计划经济与公民的迁徙自由是矛盾的。

我国香港特别行政区《基本法》第31条明文规定:“香港居民有在香港特别行政区境内迁徙的自由,有移居其他国家和地区的自由”。澳门特别行政区基本法第33条明文规定:“澳门居民有在澳门特别行政区境内迁徙的自由,有移居其他国家和地区的自由”。香港和澳门的居民虽然享有法律规定的迁徙自由,但从法条上理解,其迁徙范围好像仅仅局限于香港和澳门本地。

依据荷兰人马尔赛文等对世界各国于20世纪70年代中期以前制定的157部成文宪法的统计,在公民个人自由中规定迁徙自由的有87部,占被统计宪法的57%;而在20世纪70年代中期以后制定的近60部宪法中,明文规定公民个人迁徙自由的就有49部,占被统计宪法的91%^[4](第398页)。从这些数字中可以看出,世界上大多数宪法确认了公民的迁徙自由权,而且范围不仅包括国内旅游、选择住所的自由,还包括出入境或自愿脱离国籍的自由。我国尽快恢复迁徙自由权的立法,是合乎世界宪法立法之发展趋势的。

二、迁徙自由权的界定及特征

(一)迁徙自由权的定义及性质

迁徙自由是指公民享有选择居住地的自由。迁徙自由是广义人身自由权的一种。人身自由是指人们的身体(包括肉体和精神)不受非法限制、搜查、拘留和逮捕。迁徙自由是广义人身自由的一种,广义的人身自由是指除了公民的人身自由不受侵犯外,还包括与人身自由相联的人格尊严和公民住宅不受侵犯,公民的通信自由和通信秘密受法律保护 and 迁徙自由等内容^[3](第482页)。“在宽泛的意义上,人身自由还包括人身自主、居止行动的自由等内容”^[6](第171页),这里的居止行动的自由就是指迁徙自由。

关于迁徙自由权的法律性质,主要有两种说法。第一种是19世纪早期多数国家的宪法规定和宪法理论认为迁徙自由属于经济自由,现代也仍有学者持此观点。如日本宪法和宪法理论就把迁徙自由作为经济自由的组成部分,东京大学的小林直树根据政治、经济、文化等基本权利的不同性质和内容把公民的基本权利分为四大类,其中第三类的社会经济权包括私有财产权、居住和迁徙自由、福利权、劳动权等^[4](第302页);第二种是19世纪中叶以后,迁徙自由被看做是个人人身自由的一种,第二种说法是通说。

我国宪法由于没有规定迁徙自由权,因此,对迁徙自由权的法律性质研究的不够或不够科学,即使同意恢复公民的迁徙自由权的学者,也倾向于都把它看做是政治自由权利的一种(如同宪法没有规定的罢工权的性质一样)。也有少数学者把它看做是一种社会经济权利的,其理由是迁徙自由实现的条件离不开自由的市场经济。笔者认为,这些都是不恰当的。迁徙自由权是广义的一种人身自由权,“迁徙自由虽然具有特殊的经济功能,但从性质上看,它仍然属于个人自由,是个人人身自由的延伸”^[4](第398页)。

(二)迁徙自由权的特征

1. 迁徙自由权具有一定的限制性。迁徙自由权是自由的一种,具有自由也受限制的普遍性的特征。任何自由都不是绝对的,都是有限制的,公民行使自己的自由以不得妨碍他人的自由为条件。洛克说过:“哪里没有法律,哪里就不能自由,但是正如人们告诉我们的,并非人人爱怎么样就怎么样的那种自由。”^[7](第36页)孟德斯鸠说过:“自由是做法律所许可的一切事情的权利;如果一个公民能够做法律所禁止的事情,他就不再有自由了,因为其他人也同样会有这个权利。”^[8](第154页)1789年法国的《人权宣言》第4条规定:“自由就是指有权从事一切无害于他人的行为。因此,各人自然权利的行使,只以保证社会上其他成员能享有同样权利为限。此等限制仅得由法律规定之。”这说明自由有限制,并且其限制条件不能任意设定,必须由法律规定。目前,人员的自由流动原则已扩大到非就业人口,但也同样有限制,限制的前提条件是:他们不得成为居留国社会保障制度的负担,第一要求有经济来源,退休人员要有退休金,学生要有必须的生活来源;第二必须要有医疗保险。美国1917年国会通过的移民法案,限制不能阅读的东欧和南欧移民,并增加人头税,限制无政府者和亚洲人移民;1952年的《移民法和国籍法》保留了“素质管理制度”的限制条件,并规定4类素质优先移民即美国经济建设需要的有技术、有经验的人士以及美国公民和美国永久居住者的家属;1990年的移民法案虽然取消了关于禁止申请移民美国的34种原因的规定,但限制因患有影响公众健康的传染性疾病、刑事罪犯、影响国家安全的间谍、蓄意破坏、怠工者、暴力颠覆美国政府的恐怖分子、共产党和其他集权主义党派的成员、虚假结婚骗取移民签证者。

2. 迁徙自由权具有国内外的双重性。迁徙自由就国内来讲,意味着一国或者某一联盟内的公民可以在一国或者某一联盟内的任何地区选择自己的居住地,包括在联邦制的国家从一邦或一洲迁移到另一邦或一洲,除了依照法律的规定外,迁入地不得向迁入该地的公民设定任何限制条件,如不得收取保证金或其他费用。就国际来讲,迁徙自由是指公民享有移居国外以及出入国境的自由,甚至还包括公民自愿脱离一国国籍的自由,如日本规定公民还有脱离国籍的自由。一些国家的宪法规定禁止剥夺公民的国籍或者将公民驱逐出境,如马来西亚。有的规定不得剥夺公民出境后再返回国家的权利,如孟加

拉和土耳其。

3. 迁徙自由权具有最大的回避性。当一个公民的合法权利得不到保障或将失去保障时,最好的办法就是回避,来一个迁徙,一走了之,如兵书所言“三十六计,走为上策”,如老百姓常说的“惹不起,躲得起”。宪法的价值追求之一就是保障自由,在自由受到侵犯时,消极的逃避有时倒是最佳的选择,其经济成本也是相当低的,其精神损失也是最小的。因此,迁徙自由权的回避特征使该权利的存在具有很大的现实意义,也是大多数国家为什么规定迁徙自由的理由之一。这正如边沁的“苦乐理论”所说的:政府的职责就是通过避苦求乐来增进社会的幸福,“最大多数人的最大幸福乃是判断是非的标准”。公民“避苦求乐”的最好的方法就是回避或称逃避、躲避,即行使法律上的迁徙自由权;政府“避苦求乐”的最好的方法就是以宪法或法律的形式赋予公民的迁徙自由权。

迁徙自由的回避性还表现在“用脚投票”上。从宪法上看,选民在自己的愿望不能通过表决程序实现时,不仅可以用弃权的方式退出政治决策,而且可以用迁徙的方式退出政治疆域,这就是我们所说的迁徙自由。当一个国家的选民感到在地方性的公共决策中不能满足自己的正当合法的愿望和要求时,可以迁往该国的另一地方;当他的正当合法的愿望和要求在国内不能得到满足时,他可以迁移到其他国家,并有保留随时自由返回的权利,可以自由地出入国境。迁移就像是“用脚投票”,而且事实上是投了两票:一票对迁出地的反对票;另一票是对迁入地的赞成票。因此,大多数国家的宪法在规定公民的迁徙自由时,把自由出入国境也包含在内。

三、我国迁徙自由权的立法意义

1. 社会主义市场经济需要迁徙自由权。迁徙自由在计划经济时代,存在的价值不大。但时代背景已发生改变,社会主义市场经济体制已开始确立,全球经济一体化正在形成,迁徙自由应当立法,应重新写进我国宪法,以确认和保障公民的迁徙自由权。从迁徙自由的起源看,它是资本主义商品经济发展的历史产物,是资产阶级为实现自由、平等而提出来的。市场经济要求生产要素随着市场供求关系的变动而自由流动,劳动力要素是其中最为活跃的部分,劳动力的自由流动是市场经济发展的必然要求。1982年宪法在制定时,计划经济仍占主导地位,迁徙自由的作用还不为人们所认识,因此没有立法。现在,我国的市场经济已初具规模,劳动力的大量流动已不可避免,迫切需要法律来规制劳动力的自由流动,保障公民的迁徙自由权不受侵犯,保障该权利的可救济性。

2. 我国户籍制度改革需要迁徙自由权。我国自1958年《中华人民共和国户籍登记条例》(以下简称《条例》)的颁布实施以来,形成了长期的“二元”户籍制即农村户口和城市户口的二元结构。勿庸置否,《条例》在计划经济体制下为保证国家计划的有效实施提供了准确的人口资料和其它要素,为社会管理秩序的稳定起到了重要作用,但是,《条例》所确立的户籍制度因严格限制人口的迁移流动,其实把城乡差别、工农差别法律化了,使城镇居民和农村农民身份地位完全不平等,这是极为严重的歧视待遇,与宪法的平等权是相背的,是一种严重的违宪行为。目前的户籍改革,虽然是顺应了历史的潮流,取得了一定的成效,但笔者认为,在宪法没有规定公民享有迁徙自由权的条件下,是有违宪之虞的,或者说也是“良性违宪”,有合理不合法之嫌,有损宪法的权威性,与法治精神是不一致的。解决的根本办法就是修改宪法,增加迁徙自由权的规定,这样既可以使户籍改革合宪,又能达到户籍改革的最终目的。

3. 履行国际义务需要迁徙自由权。我国宪法确认迁徙自由权有助于履行国际义务,与国际人权公约以及WTO保持一致。前文已论述,迁徙自由权不仅成为国内法所普遍确认和保障的基本权利,而且成为国际人权宪章和公约所确认的国际人权之一。1948年的《世界人权宣言》第13条规定:“人人有在各国内有权自由迁徙和居住;人人有权离开任何国家,包括其本国在内,并有权返回他的国家。”1966年的《公民权利和政治权利国际公约》第12条规定:“合法处在一国领土内的每一个人在该领土内有权享受迁徙自由和选择住所的自由;人人有权自由离开任何国家,包括其本国在内。”《经济权利、社会权利和

文化权利国际公约》中的关于工作自由权的条款也是建立在迁徙自由的基础之上的。我国已经签署加入以上国际公约,确保我国公民享有公约上确认的迁徙自由权应成为我国政府的法律义务。因此,修改宪法,在宪法上确认迁徙自由权应成为我国政府履行国际义务的实际行动之一。

4. 解决就业问题需要迁徙自由权。就业问题已成为我国改革面临的重大问题,解除户籍的束缚,依法行使迁徙自由权,是解决就业问题的重要手段之一。公民有了迁徙自由权,就可以举家迁往适合自己工作的地方,甚至国外,城里的可以迁移到农村,农民可以迁往城镇,其子女可以随意进城,既可以解除后顾之忧,又可以免除歧视待遇,真正实现就业的“从身份到契约”的转变,实现社会正义和公平。在我国,还长期存在着一种不正常现象,一旦某人离开了某地或单位,再想回来,几乎是不可能的了。如果公民有了迁徙自由权,就可以解决这种“只出不进”的问题,实现就业和居住的合理自由流动,也不再需要硬性规定到老少边穷工作的人员保留原户籍的规定了,他们可以依法移走,也可以随时回来,这对开发我国的老少边穷地区,实现西部大开发的战略,都是有重要的法律意义的。公民有了迁徙自由的权利,就业的范围也就增大了,就业的机会也随着增多了,就业的法律救济也大为增强了。

[参 考 文 献]

- [1] [美] E. 博登海默. 法理学: 法律哲学与法律方法[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1999.
- [2] 王益英. 外国劳动法和社会保障法[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2001.
- [3] 何勤华. 美国法律发达史[M]. 上海: 上海人民出版社, 1998.
- [4] 韩大元, 胡锦涛. 宪法教学参考书[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2003.
- [5] 韩德培. 人权的理论与实践[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 1995.
- [6] 许崇德. 宪法[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 1999.
- [7] [英] 洛克. 政府论: 下[M]. 北京: 商务印书馆, 1983.
- [8] [法] 孟德斯鸠. 论法的精神: 上[M]. 北京: 商务印书馆, 1997.

(责任编辑 车 英)

On Migration Freedom

WEN Qing-hong¹, WEN Qing-song²

(1. School of Humanities, Law & Economics, Wuhan University of Science & Technology,
Wuhan 430081, Hubei, China;

2. Wuhan University Business School, Wuhan 430072, Hubei, China)

Biographies: WEN Qing-hong (1965-), male, Lecturer, School of Humanities, Law & Economics, Wuhan University of Science & Technology, majoring in civil and commercial law; WEN Qing-song (1955-), male, Doctoral candidate, Wuhan University Business School, majoring in political economics.

Abstract: The freedom of migration is essentially the constitutional right to the citizens in modern society, it is also the basic human right to the citizens. The migration freedom in the fact is guaranteed and stipulated in every constitution all over the world, and even in the International Human Right Treaty. But it isn't so in our country, it is the case that China is in the process of developing its socialist economic market, it is significant and valuable to bring back the migration freedom in our constitution. Socialist marketing economy, etc. need the migration freedom.

Key words: migration freedom; the emergence and evolution; the definition and the character