

● 法学理论

论 迁 徙 自 由 权^{〔20〕}

杜 承 铭

(广东商学院 法律系, 广东 广州 610320)

[作者简介] 杜承铭(1966-), 湖北监利人, 广东商学院法律系副教授, 法学博士, 主要从事宪法学研究。

[摘 要] 迁徙自由权是现代社会公民应当享有的一项基本宪法自由权, 也是现代文明社会的一项基本人权, 正是因为迁徙自由权具有宪法权利属性, 世界各国宪法和国际人权公约中都有关于迁徙自由权的保障与限制性规定。根据当代中国走向社会主义市场经济的现实要求, 在我国恢复宪法迁徙自由权具有重要意义与价值, 应当提出确立宪法迁徙自由权的修宪建议。

[关键词] 基本权利; 宪法自由权; 迁徙自由权

[中图分类号] DF6 [文献标识码] A [文章编号] 1008-2999(2001) 04-0406-05

—

迁徙自由是公民的一项基本宪法自由权, 从一般意义上说, 迁徙自由一般是指宪法和法律赋予任意自由离开原居住地到外地(包括国内和国外)旅行或定居的权利。狭义而言, 一般指公民在国籍所在国领土内自由旅行和定居的权利。广义的迁徙自由不仅包括在国内可以任意旅行或移居, 而且还可以享有国际迁徙的自由, 即包括择居自由、旅行自由、出入本国的自由等内容。

迁徙自由就其性质来说较为复杂, 从国内外宪法学者的观点来看, 一般有三种代表性的观点: 一种把它视为人身自由的基本内容, 国内宪法学界一般持此种观点; 如宪法学家何华辉教授在其著作《比较宪法学》一书中即是在“人身自由”这一目中分析“迁徙自由权”的。李步云教授在其主编的《宪法比较研究》一书中也持此种观点^{〔1〕}(第 230- 236 页)。谢鹏程博士也认为“迁徙自由是公民人身自由的一个方面”^{〔2〕}(第 184 页)。另一种把它视为经济自由的一部分, 如日本宪法学家东京大学教授芦部信喜根据日本宪法将居住、迁徙与职业自由均放在第 22 条的规定, 把迁徙自由视为一种经济自由权, 他说: “选择职业自由、居住迁徙自由与财产权, 总称为经济自由权。”^{〔3〕}(第 199 页)另一位日本宪法学家杉原泰雄在分析近代立宪主义型市民宪法的人权保障特色时指出: “经济自由权, 一般包括财产权、劳动自由、契约自由、营业自由、居住与迁徙自由等。”^{〔4〕}(第 26 页)还有一种把迁徙自由视为“属于人身自由的范畴, 是人的行动举止自由的重要内容, 又具有社会经济权利的性质, 与人的社会经济活动密切相关”^{〔5〕}(第 60 页)。

从逻辑和学理上看, 迁徙自由所具有的人身自由性质是不言自明的, 在许多国家的宪法中也明确把迁徙自由同居住自由包括住宅不受侵犯之自由都视作人身自由的内容加以规定之。迁徙自由从它产生的过程和其所特有的经济功能背景又与其他的一般的人身自由有所不同。特别是它与择业自由权为基

本内容的工作自由权的历史渊源关系,使我们认识到,迁徙自由不仅是人身自由的延伸内容,同时也是工作自由权的应有之义。无迁徙自由的工作自由和无工作自由的迁徙自由都是不完整的。因此,我们似乎可以说它是一种带有经济自由权性质的人身自由权,迁徙自由的一头连着身体自由,另一头则连着包括工作自由权在内的经济自由权。事实上,“早在 19 世纪早期,各国宪法的规定和宪法学理论一般都把迁徙自由视为经济自由,从 19 世纪中叶后,迁徙自由就被看成是一项个人自由了。……在 20 世纪中叶后经济自由重新受到强调,从经济自由的角度观察迁徙自由就具有了一定的现实意义”^[6](第 211 页)。

了解迁徙自由权的发展历程有助于我们加深理解迁徙自由权的这种特殊的性质。迁徙自由权就其最早的成文法渊源可追溯到 1215 年英国的《自由大宪章》,该宪章第 42 条规定:“自此以后,任何对余等效忠之人民,除在战时为国家与公共幸福得暂加以限制外,皆可由水道或旱道安全出国或入国。”最早以成文宪法形式规定公民迁徙自由权的是 1791 年的《法国宪法》,该宪法的第 1 篇第 2 款规定,“宪法也同样保障下列的自然权利和公民权利:各人都有行、止和迁徙的自由,除非按照宪法所规定的手续,不得遭受逮捕或拘留”。19 世纪后,世界各国宪法中,绝大多数都对迁徙自由有直接或间接的规定。据荷兰宪法学家马尔赛文等的统计,70 年代世界各国宪法直接涉及迁徙自由的占近 60%^[7](第 144 页)。即便没有规定宪法迁徙自由权的国家也通过宪法判例或惯例等确认和保障宪法的迁徙自由权。如美国宪法即是如此^[1](第 235-236 页)。正如美国宪法学家詹姆斯·安修所说:“美国法学家把迁徙权看作既是一项自然权利,也是一项宪法权利。最高法院指出:‘行动自由,即依其爱好迁居的权利具有个人自由的属性’。”^[8](第 179 页)二战后,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:“(1)人人在各国境内有权自由迁徙和居住。(2)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:“(1)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。(2)人人有权自由离开任何国家,包括其本国在内。”

二

就各国宪法文本和宪政实践来看,各国宪法所确立的迁徙自由权的规定从形式到内容各有不同的特点。总体说来有这样几种情况。

1. 规定公民不仅享有国内的迁徙自由权,也规定享有出入国境的迁徙自由。如意大利宪法第 16 条规定:“除非根据保健和安全方面的理由法律可按一般程序规定某些限制外,每个公民均可在国内任何地区自由迁徙和居住,不得以政治理由规定任何限制。每个公民,除非负有法律义务,均可自由离开与返回共和国国土。”西班牙宪法第 19 条规定:“西班牙人有权在本国领土内自由选择住所和迁徙。同样有权依法律规定之条文自由出入西班牙。”世界上有相当多的国家均属此种类型,特别是西方国家尤其如此。除以上列举的外,还有如现行的希腊、乌克兰、罗马尼亚、保加利亚、加拿大、白俄罗斯等国宪法均属此类。据不完全统计,此类规定的国家宪法数量最多。

2. 仅对公民享有迁徙自由做粗线条的一般性的规定。如现行韩国宪法第 14 条规定:“居住、迁徙自由。全体国民有居住、迁徙自由。”现行阿联酋国家宪法第 29 条规定:“在法律规定的范围内,保证公民有迁徙和居住自由。”菲律宾宪法第 6 条规定:“除非根据法院的合法命令,在法律规定的范围内所享有的居住和迁徙自由不得侵犯。”我国建国前历史上的多部宪法和建国后的五四宪法关于迁徙自由的规定都大致属于此种类型。

3. 只规定公民享有在国内的迁徙自由权。如德国基本法第 11 条规定:“迁徙自由。所有德国人享有在联邦境内的迁徙自由。”印度宪法在《自由权》一节中第 19 条第 1 款规定:“一切公民均享有下列权利:在印度领土内自由迁徙。”此外还有如埃塞俄比亚宪法、多哥宪法等均有类似的规定。

4. 有的国家宪法在规定公民享有在国内或进出国境的迁徙自由的同时,还专门规定了公民享有免

受被驱逐出境或被引渡到国外的权利。如土耳其宪法第 23 条规定:“每个人都有居住和迁徙自由,……公民不得被驱逐出境,也不得被剥夺出境后返回国家的权利。”俄罗斯 1993 年宪法第 27 条规定:“1. 每个合法居住于俄罗斯联邦境内的人都享有自由迁徙、选择停留和居留居住地的权利;2. 每个人都享有自由离开俄罗斯联邦的权利,俄罗斯公民享受返回俄罗斯联邦的权利。”第 61 条第 1 款规定:“俄罗斯联邦公民不能被驱逐出俄罗斯联邦国境或被交给外国。”世界上大多数国家的宪法都有此项规定,不论是明确规定国内迁徙权,还是国际迁徙自由权的国家都多有此类规定。如 1981 年的尼泊尔宪法、1973 年的叙利亚宪法、1965 年的马耳他宪法等均属此类。

任何自由与权利都是相对的,迁徙自由权也不例外。世界各国宪法以各种形式在确立和保障公民的迁徙自由权的同时,也规定了此种自由权限制的例外情况。就世界各国宪法对此种自由权的限制性规定来看,有以下几种形式。

1. 有些国家宪法在关于迁徙自由权的条款中,并没有具体列举此种自由权受限制的情况,仅在此条款中规定此种自由权的例外由法律规定之。如芬兰 1919 年宪法规定“每一个芬兰公民都有在国内居留、自由选择住所及迁移的权利,但法律另有规定者除外。”罗马尼亚宪法规定:“旅行自由。国内外自由旅行权得到保障,由法律规定行使这权利的条件。”乌克兰宪法规定:“除法律规定的限制之外,凡按合法理由处在乌克兰领土的人,保证其往来自由、选择居住地址自由和自由离开乌克兰领土的权利。”

2. 在关于迁徙自由权的条款中,既没有具体列举此种自由权受限制的情况,也没规定此种自由权由法律规定之的内容,但此种自由权的行使是在权利行使的一般性限制条款之下进行的。如俄罗斯宪法第 27 条规定公民享有自由迁移、选择停留和居住的权利。第 17 条也对此做了一般限制性规定:“1. 依据公认的国际法原则和准则并按照本宪法,俄罗斯联邦承认并保障人和公民的权利与自由。2. 实现人和公民的权利与自由不得损害他人的权利与自由。”摩尔多瓦宪法第 27 条规定:“国内迁移权受保证;向每一位摩尔多瓦共和国公民保证在国内任何一个居民点居住或停留、出国、迁居国外和返回国内的权利。”第 54 条规定“对行使权利和自由的限制:1. 只受法律的限制,且只是为维护国家安全、保护社会秩序、社会健康和道德、公民的权利和自由,为进行刑事侦察、防止自然灾害和事故所必需时才实施。2. 对行使权利和自由的限制应符合要求进行限制的情况,不能损害权利和自由的存在。”韩国宪法第 14 条规定:“全体国民有居住、迁徙自由。”第 37 条则规定:“国民自由、权利的尊重和必要的限制;国民的一切自由和权利,只有在需要保障国家安全、维持秩序及维护公共福利的情况下,由法律进行限制。”

3. 在关于迁徙自由的条款中,明确而具体地列举了此种自由权受限制的具体情况。世界上大多数国家的宪法多采用此种形式。从其所列举的具体情况种类来看,一般主要有这样几种,一是为了维护公共秩序、社会公共利益和公共道德。如德国基本法第 1 条第 2 款规定:“这种权利只能受法律限制或依法予以限制,并只有在下列情况下才能予以限制:缺乏适当的生活基础,由此将造成当地社会的特殊负担,为避免对联邦或某一州的存在或自由民主的基本秩序的紧迫危险……而必需作出这种限制。”二是为了维护国家安全而进行的限制。如保加利亚宪法第 35 条规定:“每个人均有权自由选择自己的居住地,自由地在国内迁移和离开国境。这一权利只有在为保卫国家安全……时才用法律加以限制。”三是禁止以迁徙自由来规避公民个人应承担的法律义务,更不能以此权利来进行犯罪、逃避司法追捕与审判。如马耳他宪法第 45 节第 3 条第 4 款规定:“出于强制任何个人履行其法定义务的需要而对其离开马耳他国境的权利的。”土耳其宪法第 23 条规定:“为了防止犯罪行为,……居住自由可以由法律加以限制;基于对犯罪行为进行调查和起诉的理由,或出于防止犯罪的目的,迁徙自由可以由法律加以限制。”

三

在我国宪法史上,最早承认公民迁徙自由权的是南京临时政府于 1912 年颁布的《中华民国临时约法》,该约法第 6 款规定“人民居住迁徙之自由”。此后,无论是窃国大盗袁世凯、贿选总统曹锟,还是国民

党政府制定的宪法性文件,都不得不承认公民享有迁徙自由。解放前根据地的法律性文件中一般也规定公民的迁徙自由权(如 1941 年的《陕甘宁边区施政纲领》)的第 6 条有类似规定。

中华人民共和国成立后,迁徙自由经历了一个由肯定到否定再到默认的曲折过程。《共同纲领》和新中国的第一部宪法——1954 年宪法都承认和保障公民的迁徙自由。1958 年颁布了《户籍管理登记条例》,该条例对人口的自由流动进行了严格的限制,明确把城乡居民区分为农业人口和非农业人口两种不同户籍,并严格规定“公民由农村迁往城市,必须持有城市劳动部门的录用证明,学校的录取证明,或者城市户口登记机关的准予迁入证明。”由此形成了一整套严格的、封闭的户籍管理制度,这一制度构成了世界罕见的城乡壁垒。这一套制度显然事实上废弃了 1954 年宪法关于公民有迁徙自由权的规定。1975 年宪法在没有作任何正面的阐释的情况下取消了公民的迁徙自由权^[6](第 213 页),后来的 1978 年和 1982 年宪法都没有恢复公民迁徙自由权。

随着我国改革开放和市场经济的深入发展,年复一年的蔚为壮观的“民工潮”现象掀起了人口有序流动和以迁徙自由权为内容的人权解放运动。正是在此种意义下,我国户籍制度的改革已经开始松动,由此带来的宪法迁徙自由权问题成为我们如今无法回避的现实问题。公民迁徙自由权的恢复在当今市场经济逐渐发达的中国来说具有重大的现实意义。

1. 迁徙自由是市场经济发展的必然产物,是资本家为实现自由雇佣劳动力而提出的。它适应了市场经济一个共同规律即市场是配置资源(包括人力资源)的基础性手段。它要求生产要素根据市场供求关系的变化而进行自由式流动,以达到经济资源的优化配置和经济效益的最大增长。劳动力作为首要的生产力,是最重要的经济资源,今天,在国家从绝大多数生产要素资源领域退出的时候,没有理由不把生产要素中最重要的资源人力资源放回市场。政府所应当做的是顺应市场经济的发展和要求,通过宪法和法律确认和保障公民的迁徙自由和劳工自由,规范和引导劳动力人口的合理流动。

2. 迁徙自由也是公民用“脚”投票的特殊形式来表达民意的重要方法之一。在一个完全市场化的社会里,消费者显示偏好的方式就是支付货币选票。在一个自由的社会里,人民基于自愿和理性选择的自由迁徙行为,往往是公民抵制当地政府专横,表达民众不满的重要手段,公民可以通过这一手段为政府当局施加压力,从而有助于形成尊重人权、尊重民意、尊重人才的良好局面。目前,我国内地有的农村出现“老人村”、“妇女村”、“儿童村”的现象的确应当引起我们的深思。内地有的农村出现土地撂荒,青壮年劳力几乎全部出外打工与当地政府对农民施加的他们难以承受的负担有着密切的关系。这是我们在未来的政治体制改革和经济体制改革中必须认真面对的问题。

3. 确认和保障公民的迁徙自由权有利于实现社会公平,缩小城乡差别,最终达到城乡一体化。传统户籍制度通过把户口划分为农业人口和非农业人口来限制公民的迁徙自由,并且建立与之配套的工农业产品上的“剪刀差”制度严重地牺牲农民的利益来为中国工业化注入动力。同时,由于户籍制度改革的滞后,使前些年进城务工经商的农民几乎不可能取得合法的“市民”身份,他们对城市的贡献与他们所应当享受的城市资源同城市居民相比存在严重的不公平,以致使各地“农转非”成为腐败现象的重要滋生地。确认和保障公民合法的迁徙自由权,使城乡之间、市民与生活在城市的“农民”之间不存在人为的身份差别,这将是一种公平的选择,有利于造成适合市场经济发展的自由竞争的公平局面。

4. 宪法确认迁徙自由权有助于与国际人权公约保持一致,履行我国政府所承担的国际人权公约所规定的义务。前已述及,第二次世界大战以后,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》、1966 年的《公民权利与政治权利宣言》都有关于迁徙自由权规定的明确条款。《经济权利、社会权利和文化权利国际公约》中确立的关于工作自由权的条款也是建立在迁徙自由的基础上的。我国已经签署加入两个人权公约,并且于今年的 2 月 28 日全国人大常委会还通过了《经济权利、社会权利和文化权利国际公约》,这使得保障公民享有公约上确认的公民权利成为我国政府的应尽义务。因此,在宪法上确认迁徙自由权已经成为我国政府履行国际人权公约的当务之急。

诚然,迁徙自由权的实施必须现实地依赖着社会经济水平的发展以及城市综合承受能力。但这不应成为我们不恢复公民迁徙自由的借口。

那么,采用何种立法步骤来完善公民的迁徙自由权呢?我以为当务之急是以宪法修正案的形式确认迁徙自由为我国公民的一项基本权利,即便我们实现这种自由的能力和水平都很低。因为,宪法的权利不仅具有现实的一面,更有价值性的一面即是为了呈现宪政意义上的理想追求和理念状态。迁徙自由作为基本权利价值的事实是任何一个现代国家、政府和任何一部现代宪法都无法否认的事实,对社会主义宪法更应当如此,公民有了宪法上的迁徙自由权后,这一自由权在当今的中国应当如何落实,这是一个具有重大现实意义的问题。理想的做法似乎是继续我国户籍制度的改革,这种改革将严格遵循宪法所确立的迁徙自由原则。在改革的过程中积累经验,进一步在此基础上由全国人大制定涉及迁徙自由的专门的基本法律,这将对完善我国的公民基本权利的立法具有重要意义。

[参 考 文 献]

- [1] 何华辉. 比较宪法学 [M]. 武汉: 武汉大学出版社, 1988.
- [2] 谢鹏程. 公民的基本权利 [M]. 北京: 中国社会科学出版社, 1999.
- [3] [日] 芦部信喜. 宪法 [M]. 台北: 月旦出版社, 1995.
- [4] [日] 杉原泰雄. 宪法的历史 [M]. 北京: 中国社会科学出版社, 2000.
- [5] 岳智明. 我国宪法应恢复迁徙自由 [J]. 河南社会科学, 1999, (4).
- [6] 赵世义. 资源配置与权利保障 [M]. 西安: 陕西人民出版社, 1998.
- [7] [荷兰] 亨利·范·马尔赛文, 等. 成文宪法的比较研究 [M]. 北京: 华夏出版社, 1987.
- [8] [美] 詹姆斯·安修. 美国宪法判例与解释 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1999.

(责任编辑 车 英)

On Migration Freedom

DU Cheng-ming

(Law Department, Guangdong Business Institute, Guangzhou 610320, Guangdong, China)

Biography DU Cheng-ming (1966-), male, Doctor, Associate professor, Law Department, Guangdong Business and Commerce Institute, majoring in the study of constitutions.

Abstract The freedom of migration is essentially the constitution-bestowed right to the citizens in our modern society; it is also the basic human right the citizens enjoy in a civilized world. The constitution property of migration freedom results in the fact that migration freedom is guaranteed and stipulated, with some restrictions, in every constitution all over the world, and even in the International Human Right Treaty. As it is the case that China is in the process of developing its socialist economic market, the realistic demand makes it extremely significant and valuable to bring back the migration freedom in the constitution. Thus, proposals should be stated to make certain revisions in this aspect in the constitution.

Key words basic right; constitution-bestowed freedom; migration freedom