

论我国迁徙自由的宪法保障

胡 绵 妮

(西南政法大学 应用法学院, 重庆 400031)

摘要:迁徙自由是现代法治国家公民的一项基本人权,也是近代民主宪政条件下公民的一项重要的宪法权利。在我国宪法中恢复迁徙自由势在必行。而迁徙自由权的立法保障是一个渐进式逐步推进的过程,其关键在于宪法如何规定迁徙自由权以及如何建立相应的法律保障体系。

关键词:迁徙自由;宪法保障;基本人权

中图分类号:DF200 **文献标识码:**A **文章编号:**1000-5315(2005)01-0014-08

迁徙自由作为人身自由的重要组成部分,是现代法治国家公民的一项基本人权,也是近代民主宪政条件下公民的一项重要的宪法权利。称为“世界人权宪章”的 1948 年《世界人权宣言》及 1966 年《公民权利和政治权利国际公约》均确认迁徙自由是公民的一项不可剥夺的人权,并得到国际社会广泛认可。19 世纪以后,绝大多数法治国家都直接或间接地规定了迁徙自由。因此,宪法承认迁徙自由原则,符合人权的基本精神。我国 1954 年宪法第九十条规定了迁徙自由,但因种种原因,后来颁行的所有宪法(1975、1978、1982 年宪法及其修订版)却取消了这一条。在我国迫切要求发展市场经济、提高综合国力及保障公民人权的现实条件下,随着改革开放政策的推进,因异地打工、经商、招聘、停薪留职而生的公民自由迁徙现象日益突出。对公民迁徙,我国政府事实上给予了一定程度的默认,但由于缺乏宪法和相关法律对迁徙自由的确认和保护,再加上数十年的户籍管理制度对公民迁徙权的限制,这种事实上的有权与法律上的无权之间形成了尖锐矛盾,公民迁徙的绝对自由与人口管理的相对无序所带来的消极效应已十分明显。同时,在我国签署了两个

国际人权公约,即《经济、社会和文化权利国际公约》、《公民权利和政治权利国际公约》后,确认和保护公民的迁徙自由已成为我国不可推卸的国际义务。因此,迁徙自由是公民应然的宪法权利,也是实然的权利,宪法不可能回避,也无法回避。我国现行宪法应当恢复确认迁徙自由,并逐步建立相应的法律保障体系,规范公民的迁徙行为,保护公民迁徙自由权利。

一 迁徙自由的涵义及性质

(一) 迁徙自由的涵义

迁徙自由亦称迁徙自由权、迁徙权,是人的一项基本权利,属于人身自由的重要组成部分。迁徙行为贯穿于整个人类历史。但是,从制度和法律上承认迁徙自由权利,却只是上个千年之内的事[1](2 页)。现代意义的“迁徙自由”是近代民主宪政条件下公民的一项基本权利,也是现代民主宪政制度的一项重要内容。因此,迁徙自由应当是法律规定的范畴。

广义的迁徙自由是指在宪法或法律规定的范围内,公民享有在国籍所在国境内、国际间的自由旅行、定居、出入境内外及回归本国的自由。它包括国

内和国际两个方面的迁徙自由。就国内方面讲,意味着公民可以在任何地区选择自己的居住地,包括在联邦制的国家从一邦迁到另一邦,除了依照法律规定的条件和程序外,迁入地不得向迁入该地的公民要求保证金或对其科以任何的特别费用。就国际来讲,迁徙自由是指公民自由离开所在国及出入国境的自由,甚至在日本还包括脱离国籍的自由[2](315—316页)。狭义的迁徙自由是指在宪法或法律规定的范围内,公民享有在国籍所在国境内自由选择居住地并移居异地的权利(泛指国内迁徙自由),本文所论仅侧重于狭义的“迁徙自由”。

(二)迁徙自由的性质

有关迁徙自由的性质,国内外宪法学界持有不同观点。笔者倾向于我国国内宪法界所持观点,即迁徙自由属于人身自由的范畴。它是其他人身自由权的前提之一,没有迁徙自由就没有完整的人身自由权。由于其产生的过程和特有的经济功能背景,迁徙自由又与一般的人身自由有所不同。但是,迁徙自由又与以择业自由权为基本内容的工作自由权有不可分割的历史渊源关系。为此,笔者认为,迁徙自由不仅是人身自由的延伸内容,而且与工作自由权紧密联系,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,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。

二 我国宪法重新恢复迁徙自由的必要性与可行性

(一)我国宪法重新恢复迁徙自由的必要性

迁徙自由是人身自由权的重要组成部分,是公民最基本的人身权利。人们追求美好生活的愿望,在很多时候要靠迁徙自由才能实现。限制公民的迁徙自由,是对人的基本权利即自由权的限制,是对公民身份不平等的确认和保护。它不仅会剥夺公民公平竞争的机会,严重影响到市场经济所必需的人力资源的合理配置,阻碍地区间人才的自由流动与交互,造成城乡分割,阻碍社会经济一体化,影响国家的整合,甚至会对民族独立、自治品格的形成产生不利影响。

目前,我国存在着这样的冲突,一方面,我们的劳动力流动越来越获得了政府的默认或者政策的肯定,另一方面我们的法律体系没能给予相应的保护

[3](54—67页)。因此,将迁徙自由重新写入宪法,具有重要的法律和现实意义。由于自由迁徙的现象业已存在,现实呼唤用法律规范来进行调整、规制。通过迁徙自由的法律化,将社会共同追求的应有人权上升为法定权利,使人权建设制度化,促使国家担负起保障公民迁徙自由的责任,即公民的迁徙自由权切实得到法律的保障。

同时,将迁徙自由重新写入宪法,十分必要。第一,确认迁徙自由,是实现人全面自由发展的基本条件;第二,确认迁徙自由是加强法治,保障公民平等权和人身自由的需要;第三,确认迁徙自由,是发展市场经济的客观要求;第四,确认迁徙自由,是实现人口产业结构转移的必由之路;第五,确认迁徙自由,是发展第三产业,加快西部大开发及实现全球一体化大趋势的必然;第六,确认迁徙自由,是履行国际法义务,保障人权的需要;第七,确认迁徙自由,有利于我国法律体系实际内容的协调一致。

(二)我国宪法恢复迁徙自由的可行性

上个世纪80年代以来,随着改革开放的推进,年复一年的“民工潮”掀起了一场自发的人口自由迁徙运动,成为中国社会一道独特的风景。它不仅成为户籍制度改革的“第一推动力”,而且堪称民众主动争取迁徙自由的人权解放运动[4](99—104页)。切实改革户籍制度,实现迁徙自由,将是城乡协调发展和全国人民共同富裕的必由之路,更是维护公民(尤其是农民)合法权益的必经之路。尽管公民迁徙自由的实现是一个长期的历史过程,但首先从宪法上确认迁徙自由权是我国发展经济、保障人权、深化改革及全面发展的必然要求。从我国目前各个方面的发展来看,宪法恢复确认迁徙自由的条件已具备,实现迁徙自由的条件逐渐成熟。自改革开放以来,我国社会取得了长足的发展,从政治、经济、法律上为实现迁徙自由创造了有利条件,而户籍制度改革的逐步推进、城市食品供应制度的完全货币化与住房、医疗、保险、劳动就业、教育制度的改革,为迁徙自由得以实现创造了现实基础,“非转农”的出现预示着迁徙自由具有现实可能。

三 我国宪法恢复迁徙自由的立法、执法、护法及司法问题

(一)构建宪法恢复迁徙自由的法律体系

1. 构建宪法恢复迁徙自由法律体系的法理思考
为了使构建宪法恢复迁徙自由的法律体系更具

合理性、合法性和可行性,有必要从法理上分析和认识迁徙自由是一种相对的辩证的自由而非绝对的自由。

(1)任何自由与权利都是相对的,法学意义上的自由,即是在法律容许范围下的自由,而非绝对的自由

公民人身自由不受侵犯的权利具有一定的界限,这一界限主要是直接基于国家司法权的作用而产生,即国家权力在合法行使司法权的情形下,可以对特定公民的人身自由进行正当的限制。当然,国家权力对公民人身自由的正当限制或剥夺本身也有一定的界限。因此,作为人身自由重要组成部分的迁徙自由也不例外,也是一种相对的辩证的自由。即迁徙自由不能误解为“迁徙自流”、“想到哪都行”,应当由法律进行合理的限制。“凡是由宪法确认公民迁徙自由的国家,一般都规定了相应的法律限制”[5](30—37页)。《公民权利和政治权利国际公约》第十二条在对“迁徙自由”进行规定时,亦是有限制的规定,即“法律所规定并为保护国家安全、公共秩序、公共卫生或道德或他人的权利和自由所必需且与本公约所规定的其他权利不抵触的限制”。同时,有许多国家的宪法在确认迁徙自由的同时也对其规定了限制条件。但是,国家制定限制公民迁徙自由的法律,不得有悖宪法的原则和精神。

一般来说,国家对迁徙自由进行限制的情况有四个方面。一是出于维护国家安全的需要而对迁徙自由进行的限制。如在国防地带或军事设防区域,公民不得随意旅行或择居;在戒严期、戒严区,迁徙自由要受到戒严法的约束;为应付自然灾害或特别重大事故,也对迁徙自由进行限制等。二是为维护公共秩序、社会公共利益和公共道德而对迁徙自由进行限制。三是为防止逃避法律义务而对迁徙自由进行限制。如债务人不能因逃避债务,家庭成员不能因逃避赡养、抚养、监护义务而迁徙;不能利用迁徙自由进行犯罪、逃避司法追捕和审判;公职人员、军人或非本国人员不能随意迁徙等。四是为保证公共卫生、保健以及阻止传染病蔓延的需要而对迁徙自由进行限制。

因此,我国宪法在恢复确认迁徙自由权时应借鉴法治国家宪法中有关迁徙自由及其保障方式的规定,赋予其人权的深刻内涵,并规定合理的限制性条款。我国宪法在确认迁徙自由的同时,建议应包含

相应的限制性内容,如“有损国家安全、公共秩序、社会公共利益和他人的合法利益,逃避应当履行的法定义务,逃避司法追究”等。并将法律限制“迁徙自由”的条件通过具体条款进行规定,以防止任何人以“合理性限制”为由滥用权利损害公民合法的迁徙自由权,违背宪法的自由精神。同时,在宪法中规定迁徙自由的保护性条款:“公民享有迁徙自由,任何国家机关、集体、个人不得侵犯。”即对国家处于紧急状态下公民的基本权利,诸如生命权、健康权等给予基本保障。比如,2003年,我国爆发的全国范围“非典型肺炎”,就可适用迁徙自由的限制性规定。国家通过制定、实施法律法规,在一定时间和区域内对迁徙行为进行限制。如1989年2月人大常委会通过的《传染病防治法》,1991年12月施行的《传染病防治法实施办法》,2003年5月施行的《突发公共卫生事件应急办法》,都是为了有效预防、控制和消除突发性公共卫生事件,保障公众身体健康与生命安全,维护正常的社会秩序,而对传染病人、疑似传染病人及其密切接触者、疫区等进行医学观察或隔离措施,一定程度上对其人身自由有所限制和损害。根据宪法规定迁徙自由的限制性规定,上述公民的人身、休息等基本权利和自由进行暂时限制是合法、合理的。

(2)迁徙自由既是一种权利,也是一种义务

我国宪法在恢复迁徙自由权的同时,应注意权利和义务的辩证统一,协调与人类的可持续发展的关系,注重“世代兼公平”原则。因此,在进行迁徙立法时,应充分考虑到子孙后代的持续生存与发展,应当不超越人口、环境与自然资源的承载力,确认和实施迁徙自由在宪法及相关法律法规的范围内进行,从而在法律上保障当代人在实现迁徙自由时,不掠夺、不挤占后人的生存机会与发展空间。

从宪法重新恢复迁徙自由到具体实施,我国应当采取循序渐进、分步到位的方式,不能搞一刀切。法治的目的是保障秩序,对迁徙自由权的宪法和法律保护,既要强调法治秩序,又要把握好稳定和秩序的关系。迁徙立法的目的是将迁徙纳入法制的轨道,使宪法中规定的迁徙自由在现实中具有可操作性,促进迁徙自由健康、有序发展,而并非限制公民的合理流动。从摸索制定迁徙自由的法律法规、确立宪法原则到具体实施需要长时间的准备和实践,应当慎重。我国是一个13亿人口的大国,人口众多,地区经济发展极不平衡,人口流动趋向城市,迁

徙自由一步到位、全面实现并不现实。在迁徙自由的立法过程中,应注意借鉴国际人权宪章的有关条款,吸取国外法治国家的经验教训。在具体实施中,必须采取循序渐进的办法,可先以小城镇为先导,以公民拥有住宅、稳定的职业收入和居住期限作为在城镇落户的基本条件,然后扩展到中小城市和大城市,最终实现全国范围的人口自由流动〔6〕(5—10页)。现实可能的做法是,变原有的计划迁移为条件迁移。当前的准迁条件,建议除原先已有的外,增加以下条款:在城镇有三年以上连续的固定职业,有稳定收入和固定住房舍者可以迁入该市镇成为永久性居民,在城镇有五年以上连续的固定职业、稳定收入和固定房舍者,其直系亲属也可迁入为该市镇的永久性居民〔7〕(35—41页)。今后,根据市场经济发展、法制建设、城市化进程和其他相关条件的变化和需要,逐步放宽准迁条件。

2. 构建宪法恢复迁徙自由法律体系的步骤和方案

毋庸置疑,迁徙自由是公民一项应然的权利,也是实然的权利。但是,迁徙自由的理想与现实肯定是有距离的,迁徙自由的实现不可能一蹴而就,迁徙自由的立法保障也不可能一步到位,而必须与户籍制度改革相协调,与经济、社会发展水平和城市综合承受能力相适应。因此,迁徙自由的立法保障是一个渐进式的逐步推进的过程。笔者认为确认和实现迁徙自由应遵循“放松限制——立法确认——制度重组”的步骤逐步推进,有计划、有步骤、分轻重缓急地实现迁徙自由。

就立法上确认迁徙自由的步骤和程序,以及建立配套的法律法规与限制措施,笔者提出两种参考意见。

(1) 第一种立法方案

第一步,首先在现行宪法中重新恢复迁徙自由权。即修改我国现行宪法,以宪法修正案的形式确认迁徙自由权为公民的一项基本权利。在将来制定新宪法之时,将“迁徙自由”正式写入宪法。在宪法修正案和新宪法规定迁徙自由的同时,应规定迁徙自由的合理性限制条件。宪法应以原则性条款规定:禁止任何个人、团体或国家机关非法干预、侵害公民迁徙自由,禁止强制、胁迫公民迁徙。迁徙自由的限制性条件应当包括不得侵害国家、社会及其他公民的合法权益,不得逃避应当履行的法定义务,不

得逃避司法追究等,非法的迁徙行为不受法律保障。以宪法的形式确认公民迁徙自由权,彰显我国政府践行两个国际人权的“尊重和保障人权”这一承诺,充分体现作为执政党的中国共产党为保障公民人权所做的努力和成果。

第二步,在某一个或几个省(直辖市、自治区)进行试点。建议由全国人大授权地方人大根据本地区实际,改革阻碍实施迁徙自由的法规(如在一些经济发达城市,现已通过地方立法对户籍管理制度进行改革),制定迁徙自由的地方性法规。通过实践,摸索实施迁徙自由的合理性、可行性,并通过总结经验,不断完善法规内容。

第三步,在通过、制定、完善地方性法规的同时,加快改革我国现有户籍管理法律规章及政策,制定权威性的《户籍管理法》,确立与迁徙自由理念相适应的开放性的户籍管理机制,重新构筑与迁徙自由相吻合的户籍管理机制,是迁徙立法的重要组成部分。待时机成熟后,授权国务院制定规定迁徙的行政规章或行政法规,将业已存在的“迁徙自流”行为用法律规章来调控。因为户籍制度改革并不意味着取消户口,而是要从根本上改变人口迁移方式,将目前的以行政调控为主转变为以经济调控为主,形成国家立法规范、社会经济调控、个人自主选择的迁徙调控新格局。目前,公安部正在抓紧户籍法的起草工作,这一立法构想正待付诸实践。

第四步,经过迁徙自由的法律实践,根据宪法,由全国人大制定权威性的《迁徙法》。在保障迁徙自由的宪法权利的前提下,对各种迁徙行为,包括国际国内迁徙、居住、出入境、出国留学及务工、流动暂住人口管理等有关问题进行较全面规范的规定,以便在保障公民迁徙自由权的同时,更好地规范我国公民的迁徙行为。

(2) 第二种立法方案

第一步,首先在现行宪法中重新恢复迁徙自由权。内容同(1)“第一步”。

第二步,根据宪法,由全国人大制定《迁徙法》。在保障迁徙自由的宪法权利的前提下,内容涵盖国际国内迁徙、居住、出入境管理、户籍管理、流动、暂住人口管理办法等,成为与宪法规定相配套的、保障并实现迁徙自由的权威性法律。

当然,笔者认为,从我国的具体实际看,第一种立法步骤更显稳妥,因为制定统一的《迁徙法》,如缺

乏地方立法及行政法规的试点、经验总结,可能会影响《迁徙法》的可操作性。

3. 我国宪法规定迁徙自由的建议

关于宪法中如何规定“迁徙自由”,法律界有不同的看法。一些学者认为:只需在宪法修正案中重新恢复“五四宪法”关于迁徙自由的一般性规定,即“中华人民共和国人民有居住和迁徙的自由”,而通过制定具体的法律法规来体现。其理由为:宪法作为根本大法,只需制定纲领性的规定,主要通过宪法规范来确认公民的基本权利,作为制定其他法律的基础。如我国现行宪法第三十五条规定“公民有集会、游行、示威的自由”,通过制定《中华人民共和国集会、游行、示威法》来对其进行具体规定,以保障公民“合法行使”集会、游行、示威权,但又以不能有其他公民的权利为限制。与宪法确认迁徙自由权相配套,进行具体规定的法律法规应包括:制定《迁徙法》来具体规定公民的迁徙行为;授权国务院重新制定《户籍管理办法》、《出入境管理办法》、《暂住、流动人口管理办法》等行政法规等,对迁徙自由进行必要的规制。当然,制定《国家紧急状态法》显得更有必要,即对政府在紧急状态下的紧急处置权给予明确规定,对处于紧急状态下的公民的某些权利进行限制,必须履行的义务应给予明确规定。根据人权公约,在紧急状态时期,政府可以限制、克减的公民权利有人身自由、迁徙自由、言论自由、集会自由等等。同时,联合国《公民权利和政治权利公约》亦规定,在紧急状态下,公民的最基本权利是不得克减的,诸如生命权、人格权、思想、良心和宗教自由等应给予基本保障。也就是说,在紧急时期,对公民迁徙自由权的限制应当“适度”,应规定一些原则,既有利于国家达到目标,又使公民权益的损失不宜过大。上述主张将宪法对迁徙自由的规定定位于“一般性规定”,尚需制定其他法律法规与之配套。该看法具有一定的合理性。

笔者借鉴国际社会关于迁徙自由方面的立法经验,根据我国现行宪法的结构、内容和特点,建议将我国宪法第三十九条修改为以下四款:

中华人民共和国公民享有在境内任何地方选择居住地和迁徙的自由。

任何中国公民有移居国外、出入国境的权利。

任何中国公民均不得被驱逐出境。

除非有损国家安全、公共秩序、社会公共利益和他人的合法利益及逃避法定义务、司法追究,任何国家机关、集体和个人不得侵犯公民的迁徙自由权。

进行以上规定的理由如下:如果仅仅在宪法中规定“中华人民共和国公民享有迁徙自由”,显得较为笼统。宪法除对迁徙自由进行一般性规定外,还应包括保护性和限制性条款,以便更好地维护宪法的权威,保护公民的权利,防止权力滥用,同时能更好地为制定其他相关配套的法律法规指引方向。当然,与宪法规定的其他基本权利相比,以上条款被赋予了人权的内涵,显得更丰富更全面。尽管显得与其他权利的纲领性规定不甚和谐。但笔者认为这是一种发展的思路,因为一方面,迁徙自由是人身自由中最基本的权利,应当规定全面;另一方面,由于宪法未来的发展与完善应包括基本权利规定较之现行规定的进一步细化、具逻辑性,以满足法治和人权的需要。在宪法确认迁徙自由之后,再制定相关法律与之配套,如前所说的《迁徙法》、《户籍管理办法》、《出入境管理办法》、《暂住、流动人口管理办法》等,以弥补宪法规定的“不足”,这是核心问题。目前,我国的一些有关公民迁徙行为的法律法规、规章,尚需修订、完善乃至重新制定,才能适应社会及人权发展的需要。如我国公安部制定的《出入境管理办法》,仅仅以部门规章对公民出入境进行管理,而未将迁徙自由作为一项基本权利来规定,并制定统一的法规。改革开放 20 多年来,大量的实践表明,包括出入境在内的迁徙自由已成为不容忽视的现实问题。计划经济时代,公民出入境受到极大的限制。目前,出现了出入境潮流,而国家立法未跟上,只是通过部门规章和地方立法来进行调控,因此制定统一的法律如《迁徙法》等需求日趋迫切。广义上的迁徙法除规定迁徙权之外,还应将出国、务工、留学、取得他国居住权等内容纳入法治轨道。

(1)关于迁徙自由的主体。有的国家宪法规定迁徙自由的主体为“每个合法处于×国境内的人”(如俄罗斯宪法)。由于我国现行宪法第二章规定的是“公民的基本权利和义务”,“迁徙自由”作为公民基本权利的组成部分,其权利和义务主体必须与之相吻合。故将其主体确定为“公民”,而不是“每一个合法处于中国境内的人”。关于居住在中国境内的外国人的权利,我国宪法没有一一列举,但在第三十

二条中作了概括性规定,即“中华人民共和国保护在中国境内的外国人的合法权利和利益,在中国境内的外国人必须遵守中华人民共和国的法律。中华人民共和国对于因为政治原因要求避难的外国人,可以给予受庇护的权利”。同时,第二章其他条款均未将外国人作为权利和义务的主体单列出来。因此,为了本章规定条款的一致性,笔者认为不必将外国人作为迁徙自由的主体单列出来。

(2)第一款把居住自由和迁徙自由规定在一起,使第三十九条规定更为完善。这是因为:其一,居住自由和迁徙自由都是人身自由的延伸和补充,二者关系密切。迁徙自由是实现居住自由的条件,居住自由是迁徙自由的目的之一。其二,多数国家的宪法也将两者规定在同一条款中。我国宪法第三十九条规定:“中华人民共和国公民的住宅不受侵犯。禁止非法搜查或者非法侵入公民的住宅。”这一规定显得比较突兀,不够完整,未能涵盖居住自由的所有内容,因为居住自由与迁徙自由是密不可分的。

(3)第二款规定的是国际迁徙自由,是迁徙自由的重要内容之一。确认国际迁徙自由,使该条款更为全面,并兼顾宪法与国际发展趋势接轨的需要,使其具有前瞻性。

(4)第三款是对前两款的进一步深化。无论在何种条件下,中国公民不应当被剥夺在本国境内生活的权利。该项规定体现了尊重人权,保护我国公民基本生存权的精神。

(5)第四款是对迁徙自由的限制性和保护性规定。将国家和法律对迁徙自由进行合理性限制的条件限定为“有损国家安全、公共秩序、社会公共利益和他人合法利益”。保护性规定为:除此限定条件外,“任何国家机关、集体和个人不得侵犯”。宪法具体规定对迁徙自由的保护性原则,有利于保护公民的迁徙自由权免受国家机关或他人的侵犯,遏制侵犯迁徙自由行为的发生,有利于从程序上保证迁徙自由的实现。同时,该项规定也体现了迁徙自由既是一种权利,也是一种义务的原则。

(二)落实和保障迁徙自由的有序实现

1. 培养行政机关干部迁徙自由权理念

党的十六届三中全会通过了《关于完善社会主义市场经济体制若干问题的决定》。该规定指出:市场经济就是法治经济,完善社会主义市场经济体制,需要全面推进法治建设。因此,在当今社会,一定的

法律素质和依法办事的能力和水平对于各级领导干部而言已不是高标准、严要求,而是一项基本的素质。国家应通过各种方式,对国家行政机关干部进行必要的法制教育与培训。并通过新闻媒介等手段,向社会及各级行政管理部门传输一种法治理念。同时,使广大干部、群众形成“迁徙权是公民的基本宪法权利”的认识。

2. 实行迁徙自由的社会化综合服务管理

我国有13亿人口,迁徙牵系千家万户,对迁徙行为的规范调控是一项庞大的社会系统工程,单纯依靠某个部门是不行的,必须动员社会各方面力量,以实现社会化综合服务与管理。既要保障迁徙自由的有序实现,又要进行规范化的管理。根据建国40年来我国人口管理的实践和经验,从容易操作、方便群众出发,对迁徙行为的服务与管理应形成公安负责,工商、劳动、城建、民政等各职能部门共同参与,基层协助的格局。废除户口迁移审批制,实行登记制。公安机关负责流动人口身份证件管理(并实行人口信息自动化管理),把握人口流向,确定公民空间坐标,切实改变户口与人口脱节、管户不管人的局面,克服迁徙无法调控的状态。工商、劳动、城管等部门凭居民身份证为外流人员提供经营、就业、租房买房的指导与服务,并及时向当地公安机关通报相关信息。基层组织负责辖区内常住人口、流入人口的变动情况汇报,以配合公安对流入人口的管理,强化人口社会面的调控。当今计算机信息技术如此发达,上述部门通过网上传递信息轻而易举。同时,通过迁徙立法明确各职能部门的责、权、利,在各级政府的统一指导下形成分工负责,相互协助,服务与管理相结合的局面,依法保证迁徙自由的有序实现。

3. 典型案例对落实和保障迁徙自由有序实现的启示

一则案例是1997年香港回归后轰动一时的香港居民在内地所生子女居港权问题案例。

法律上,《香港特别行政区基本法》确认和保护公民的迁徙自由权,保护香港公民在内地所生子女的香港居留权,但为防止香港人口因此发生大幅段增长,为保持香港长期稳定和繁荣的需要,个人的居港权利应该与社会公共利益相配合。香港特区政府修订《入境条例》,由1997年7月1日起,实施港人内地子女居留权证明书计划。规定:此类人士必须持有内地当局签发的有效单程通行证,再加上入境

事务处签发的有效居留权证明书,方可享有香港特别行政区的居留权[8](8—9页)。内地政府继续实施自1982年起施行的单程通行证制度,由内地政府每日按配额发放通行证。通过实施居留权证明书与单程证挂钩制度,对港人内地子女的迁移赴港行为进行必要的“规制”,使来港人口有秩序、有限制、分期分批地迁徙,使有关香港人内地子女居港权的个人与社会权利平衡问题得以解决。笔者认为,这种规定比较妥当,符合迁徙自由的合理性限制条件,即“为维护公共秩序”的需要,对迁徙自由进行适当限制。

另一案例是“孙志刚案件”。该案例充分暴露了我国目前暂住、流动人口管理的诸多漏洞。尽管“收容办法”具有救济性质,但在执法过程中,由于各种原因而变了样,其中乱执法、乱收费等违法行为,不仅仅剥夺了公民的人身自由、迁徙自由,甚至剥夺了公民的生命权。尽管该案以犯罪人员的伏法而终结,但它揭示出行政机关及工作人员“依法行政”的重要性,同时也给我国一系列制度构建、制度创新以及行政执法问题带来深远的思索。

迁徙自由的有序实现,必须通过一系列的制度构建和制度创新来支撑,包括逐步改善现行制度、体制,改革流动人口管理制度、户籍管理制度及行政审批制度,推行法治化出入境管理,放宽市场准入政策等等,才能为落实和保障迁徙自由的有序实现创造良好的社会环境和法治环境。由此,我国流动人口管理制度的改革举措之一,即废除国务院1982年5月颁布的《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》,代之以2003年8月1日起施行的《城市生活无着的流浪乞讨人员救助管理办法》。从“收容”到“救助”,标志着我国对城市流浪乞讨人员的救助工作机制进一步完善,体现了法治的精神。2003年8月27日,全国人大常委会通过的《行政许可法》,限制了政府规制的范围,也限制了部门和地方的许可设定权力。这标志着我国行政机关及工作人员行政向法治化迈出了可喜的一步。

(三)加强对迁徙自由宪法权利的监督与救济

1. 完善已有的各项监督机制

(1)全国人民代表大会应加强对国家机关及工作人员有关流动人口、暂住人口、户籍及出入境管理工作的监督。尤其是地方人大应突出对本地区的监督以保障迁徙自由的实现,保障公民特别是流动人

口及暂住人口的合法权益。

(2)加强行政监察机构对行政机关的监督,尤其是上级行政监察机构对下级行政机关的监察,切实发挥其监督检查作用。

(3)动员广大社会力量、人民群众、新闻媒体,形成有利的社会监督机制。如通过对行政机关侵犯公民迁徙自由权的违法行为进行曝光,新闻报刊可以发挥对行政机关的监督作用。

(4)在户籍管理、出入境、流动人口管理过程中,如发生争议,行政复议、行政裁决等则应发挥作用。为维护公民包括迁徙自由在内的合法权益,对行政机关在户籍、流动人口管理中的违法、失职、越权及滥用权力行为,受害人可以提起行政诉讼。生活中,在确立了迁徙自由的宪法保障制度之后,只要合法住满法定期限,有合法固定住房和合法稳定生活来源,人们就能方便地办妥法律规定手续,依法成为其居住城市的永久居民。公民在依法办理永久居民手续的过程中,如受到来自办证及管理机关及工作人员的阻挠和拒绝,则可要求行政复议乃至提起行政诉讼,以维护其迁徙自由权利。行政机关及工作人员对公民合法的迁徙自由权造成损害的,应当予以赔偿。

2. 实行宪法司法化,建立健全违宪审查制度

宪政的宗旨,一为限制政府权力,二为保护公民权利。作为一项重要人权和基本宪法权利,迁徙自由不仅要写入宪法,而且宪法还应是可操作的;宪法应当司法化,即司宪督政。一方面通过把迁徙自由写入宪法来约束政府机构,反过来讲,一旦可以自由迁徙,每个地方政府将面临强有力的竞争,政府行为将会发生重大变化。各地政府将会像现在已经意识到的像对资本的竞争一样去竞争人才和劳动力[3](54—67页)。如将迁徙自由权写入宪法,则法官在判决个案中,可普遍引用该宪法条文维护公民迁徙自由权,必然涉及到宪法的权威,对具体法律是否违宪有更多的认识,由此导致人大对法律法规、国家机关及其工作人员的具体行为是否违宪进行审查。

我国更多地强调宪法监督,而笔者认为,违宪审查也应作为我国宪政制度建设追求的一个目标之一。违宪审查不仅牵涉到国家机关及其工作人员的具体行为,还牵涉到抽象行为(即法律规章、规定是否合宪、违宪)。对国家机关及其工作人员的职务行为的合宪性实行违宪审查,可以防止国家公共权力

对公民基本权利的侵害,是切实履行人权公约,规范和完善我国现行宪法人权规定的必要措施。在宪法确认迁徙自由之后,迁徙自由以国家依法规范、社会经济调控为前提。这说明:一是可能出现违反宪法保障迁徙自由权的法律、行政法规和地方性法规;二是可能出现国家机关、政党、组织的违反宪法保障迁徙自由权的行为;三是有可能出现超越宪法和法律、拥有违反宪法特权的组织和个人。因此,在“用尽普通法救济”的前提下,宪法的直接适用或宪法诉讼更实质的价值取向,是对国家机关的立法和行政行为的合宪性进行违宪审查,以防止国家公共权力对公

民迁徙自由权的损害。也就是说,全国人大首先应对法律法规进行违宪审查,以保障迁徙自由不受损害。“迁徙自由”作为宪法规定的基本权利,当受到法律规章侵犯时,可通过违宪审查制度,裁定其无效,从而对这一基本权利进行有效的保护。如果出现国家机关与工作人员及其他公民侵犯公民合法的迁徙自由权,则应通过司法给予相应的救济。如果是国家机关直接侵犯了公民的迁徙自由权,符合国家赔偿法的赔偿范围,则可适用国家赔偿法进行司法救济。公民的迁徙自由如遭受他人的不法侵害,可以违宪为由提起诉讼。

参考文献:

- [1]张永和.权利的由来[M].北京:中国检察出版社,2001.
- [2]王广辉.比较宪法学[M].武汉:武汉水利电力大学出版社,1998.
- [3]盛洪.人是否应该拥有自由迁徙权[J].社会科学论坛,2002,(7).
- [4]刘武俊.户籍制度改革不宜缓行[J].读书,2001,(12).
- [5]朱福惠.论迁徙自由[J].四川师范大学学报(社会科学版),2001,(2).
- [6]罗厚如.迁徙自由的比较研究[J].河北法学,1995,(4).
- [7]张平,林梓.市场经济的发展与我国户籍制度的改革[J].人口与经济,2000,(6).
- [8]肖蔚云.香港基本法成功实践[M].北京:北京大学出版社,2000.

On Constitutional Guarantee of Migration Freedom in China

FU Mian-wei

(Applied Law Institute, Southwest University of Law and Politics, Chongqing, Chongqing, 400031, China)

Abstract: Migration freedom is a basic human right of the citizens of modern rule-of-law countries as well as an important constitutional right of the citizens of modern democratic constitutionalism. It is necessary to reinstate it in China's constitution. Its legislation guarantee is a gradual progressive course, of which the key is how the constitution stipulates migration freedom right as well as establishes corresponding legal guarantee system.

Key words: migration freedom; constitutional guarantee; basic human right

[责任编辑:苏雪梅]