

# 法律技术与户籍制度困局

刘海波

**提要：**我国和户籍制度有关的问题是一团乱麻，解决这些问题需要以最大的耐心注意法律的技术。本文提出了对上书全国人大请求对《户口条例》进行违宪审查这种解决方式的疑问；通过现实中的一些具体事例的分析，说明户籍制度所涉及问题在中国的复杂性和法律技术的重要，表明笼统地谈论废除户籍制度无法实际上减轻弊端，甚至有适得其反的后果；讨论了基于居民和非居民身份的区别待遇、以居民身份或定居期限为享有某些权利前提条件问题的美国案例，也在于说明类似问题在美国的复杂性和法律技术的必要，强调在具体案件中发展精致的法律概念和运用区别与分类管理的技术；总结了怎样逐步消除户籍制度的僵硬性和弊端。

**关键词：**法律技术 户籍制度 中国问题 美国案例

作者刘海波，男，中国社会科学院法学研究所博士后。（北京 100720）

中国的许多不公平和弊端都和户籍制度有关系。那么一个问题提出来：通过法律手段——立法、司法和《立法法》第90条、91条规定的违宪、违法审查办法，如何能够在实际上减轻其弊端。我强调是要减轻弊端，而不是造成新的祸害。本文最初步的研究发现，我国和户籍制度有关的问题是一团乱麻，绝不是仅凭人权的抽象道德理论就可以解决，我们需要以最大的耐心注意法律的技术。

## 一、对《户口条例》进行违宪审查？

中国的户籍制度，有狭义、广义之分。

1958年1月，全国人大常委会通过并以国家主席令形式颁布了《中华人民共和国户口登记条例》。该条例以国家法律的形式对户籍管理的宗旨、户口登记的范围、主管户口登记的机关、户口簿的作用、户口申报

与注销、户口迁移及手续、常住人口与暂住登记等方面都作了明确规定，标志着全国城乡统一户籍制度的正式形成。狭义的户籍制度是指以1958年颁布的《中华人民共和国户口登记条例》为核心的限制农村人口流入城市的规定以及配套的具体措施。广义的户籍制度还要加上定量商品粮油供给制度、劳动就业制度、医疗保健制度等辅助性措施，以及在接受教育、转业安置、通婚子女落户等方面又衍生出的许多具体规定。它们构成了一个利益上向城市人口倾斜、包含社会生活多个领域、措施配套、组织严密的体系。政府的许多部门都围绕这一制度行使职能。

北京某大学教授于2004年的11月9日，上书全国人大，递交违宪审查建议书（《对二元户口体制及城乡二元制度进行违宪审查的建议书》），声言现行户籍制度有悖《宪法》。该教授上书全国人大常委会要求进行违宪审查的主要目标就是1958年通过的《中华人

李慎波：《法制早报》2004年11月18日第1版。

民共和国户口登记条例》。该《建议书》中指出:《户口登记条例》第三条、第四条、第十条、第十三条等不仅违背了宪法关于保障公民迁徙自由的条款,而且也涉嫌违背现行的《中华人民共和国宪法》。《户口登记条例》违反了《宪法》第三十三条规定“凡具有中华人民共和国国籍的人都是中华人民共和国公民。中华人民共和国公民在法律面前一律平等”,第三十七条“中华人民共和国公民的人身自由不受侵犯”,以及第三十八条、第四十五条、第四十六条等规定。该教授认为,正是由于二元户口制度及其附加功能的不断强化,才导致农民在教育、医疗、社保、税费、金融甚至选举权等方面都受到种种的歧视和不公平对待。最突出的就是在就业和受教育两方面,如有的城市规定:某些行业和工种必须持有所在城市的户口才能被录用;教育方面也是如此,许多持农业户口者的子女没有所在城市的户口,不得不交纳一定的借读费,平等受教育的权利由于“户籍制度”而失去。

单单从规定本身看,《户口登记条例》仅仅是用来记录一个人是什么地区的,那么很难谈到违宪与否的问题。确实,因为登记条例的存在,可以方便地区别不同地区的居民、农村和城市的居民。但是,一提户籍制度,就不得不将范围推广得非常遥远,推到无数的法律规则当中去。所谓的户籍制度在我国是由一系列不同的规则构成的,在各个地方规则又都不相同,我们事实上无法定义什么是户籍制度——除了在理论上抽象之外。在理论上所进行的抽象和理论判断并不能直接用在现实当中,不能要求全国人大常委会或法院判断并认可一种抽象的权利理论和经济学理论,这既无必要,也和现实问题的解决没有直接关系。如果说要对这千千万万的规则进行法律意义的判断和审查,那么将是一系列具体的判断,而不是抽象的判断。

我们是否要消除一切区别对待?在具体的事例中,我们将发现,公民基于上述区别形成的某些不同对待、享有的不同权利,不能废除,其存在有合理性。例如,“高考移民”问题;农业户口同时也意味着农村集体的成员资格、意味着某种财产权利等等。并不是所有对公民的区别对待都是不合理的,比如一个其他城市的居民到本城市来,由于他不给这个城市缴税,所以当使用本城所提供的某些公共品时,就要付费,这一点没有人认为是不公平的;某地给了本地居民一些特殊的优惠,比如美国上州立大学本州居民和他州居民的不同学费比例也是合理的。

要分别考虑各种具体的区别对待,各种具体的区别对待在我国是一种附加的制度,和《户口登记条例》

之间并没有一种必然的联系。改革户籍制度需要解决的不是一个语义分析或者纯逻辑的问题,没有一般的抽象原则可供推理得出结论,这是在充分了解现实情况和不同规则下的社会后果后进行审慎判断和权衡的问题。审慎的做法是在那些附加的制度当中看看哪些是最不可取的,可以相对平稳地废除,并且这种废除和其他规则之间并不产生一种严重紊乱的后果。改革户籍制度需要发展法律技术。

## 二、涉及我国户籍制度的一些具体事例

### (一)“高考移民”问题

我国实行各省、市、自治区分别进行评卷和划定高考录取分数线政策。部分考生利用各地存在的高考分数线的差异及录取率的高低,通过转学或迁移户口等办法到高考分数线相对较低、录取率较高的地区应考,这被称为“高考移民”。与沿海省份及其他教育发达省份相比,西部省区的高考录取分数线一般会低几十分,甚至上百分。因而,每年高考报名时,教育发达地区的许多考生便想方设法移入新疆、西藏、宁夏、青海、贵州、云南等教育欠发达的西部省区应考。这就打破了各省高原有的政策规定和分省定额录取的格局,产生了很多新的社会问题。

国家教育部和一些中西部省份均采取了较为严厉的措施杜绝“高考移民”现象。教育部在《2003年普通高校招生工作规定》中规定:以虚报、隐瞒或伪造、涂改有关材料取得录取资格的,应由高校取消其入学资格。海南省曾经规定,考生本人及其法定监护人在本省要有户籍;考生本人高中阶段后两个学年要在海南就读;考生本人小学或者初中在海南毕业且毕业时户籍在本省。另外,考生本人在海南有户籍且其法定监护人属驻琼部队现役军人或者属省人事部门确认引进的优秀人才,也可在海南省报名参加普通高等学校招生考试。不符合以上条件之一,但户口在海南的考生限定报考本科第二批和专科(高职)学校。2005年海南省出台了更严苛的《海南省普通高等学校招生报考条件规定》,以“入住三年,读书三年”为基本要求。吉林、广西、宁夏、贵州、青海等地也相继出台了类似政策。

能否废除一切对“高考移民”的限制?这个问题却是牵一发而动全身的,知道了平等受教育权和迁徙自由权的原则,并不意味着在现实找到了稳妥地减轻弊端的答案。既然我们的高等教育体制还没有改变,是否可以设想,取消本省和外省户口的一切区别?如果这么做,会带来什么样的后果?

类似的问题古已有之。中国古代(宋、明、清)采取的是乡试、会试取中名额按地区分配,并禁止“冒籍”行为。例如,康熙五十一年(1712年),以各省取中人数多少不均,边远省份或致遗漏,因此废去南北卷制度,代之以分省取中办法,按各省应试人数多寡,钦定会试中额。从此,分省定额取士制一直延续到科举被废。这项措施的实施是希望通过对录取名额分配的控制,照顾文化不发达地区,平衡地区利益。各地区有固定的取中名额,这就使得教育发达地区的考生向边远地区流动,导致了“冒籍”现象的产生。明清两代,“冒籍”问题尤为严重。明清两代对“冒籍”问题的解决对策一般是根据户籍限制其报考,一旦发现有“冒籍”行为,即对当事人及相关人员进行惩处。考试公平与区域公平的矛盾(即古代倾斜的“高考分数线”问题),是一个自宋代以后就争论不休的千古难题。考试公平是指完全依据考试成绩来公平录取考生,区域公平是指通过区域配额来调控各地区之间考中人数的悬殊差异,在中国这么一个幅员辽阔、人口众多的大国,这是一个古今大规模考试都会遇到的棘手问题。本文不能够提出解决这个问题的办法,只能说这是一个复杂的问题,需要平衡两种平等原则在具体实践中的冲突,需要考虑到国家的稳定和整合(古代云、桂、黔无人中进士,今天青、新、藏无人考到北京来上北大、清华,都会引发这些问题)。

## (二) 农业户口与财产权资格

“农转非”在上个世纪计划经济年代曾经是农民可望不可及的梦想。一出农门便身价倍增,农民们通俗地把农转非、吃商品粮称为“吃国家粮”。到上世纪80年代末九十年代初期,我国不少地方出现“农业人口转非农人口”的热潮,当时,数千元甚至上万元一个的“农转非”名额非常抢手。十几年过去了,原来办理了“农转非”的一些人,如今却有许多要求“非转农”。有调查显示,近年来城市人口的扩容,主要是通过行政区域调整和征用农民土地而“进城”的,农民主动要求户口“农转非”的并不多。江西新余、浙江海宁这些被作为城乡统一户籍制度试点的县市,也有类似的情况——政府鼓励的“农转非”政策并没有出现预想中的踊跃场面,一些多年前“农转非”农民反而竭力要求“返农”。

为什么农民不愿意“农转非”呢?农业户口也意味着一种重要的财产权资格,在有些地方,这个资格远比

空头的“市民”身份更值钱。附加在城市户口的诸多福利和特权随着市场经济的建立与完善逐渐消退,比如,计划经济年代城镇户口附加的粮油关系、副食品补助、招工就业等等名存实亡。医疗、住房公积金、社会保险等等,基本上都与工作岗位挂钩。同时,农村的生产生活条件有了很大的变化,许多乡村除了较稳定的农业收入外,还有集体经济收入和土地被批租变成“股东”的红利。

近年来,一些地方在城市发展中热衷于鼓励甚至是强迫农民“洗脚进城”,看中农民手中的集体土地:“农改非”后,农民原来手中的集体土地就变成城市国有土地,城市政府轻而易举取得了土地的开发使用权。

要保障一个人的正当权利,在我国一些具体的情况下,并不是要改变他的“户籍”,有时候,这么做的结果刚好相反。

## (三) 怎么确定农村集体的成员资格

既然农村集体的成员资格意味着价值极高的财产(并不是所有地方都是如此,在农业税费高的情况下,甚至是负担),那么怎么确定这个资格?根据什么标准?这和户籍制度密切相关。本文仅仅是作为问题提出来,这里面有一系列复杂法律问题,不仅仅是迁徙自由的原则就可以解决的。

陈端洪研究了中国农村“外嫁女”案件中的法律问题。珠江三角洲较其他农村地区城市化和工业化的进程快,在此过程中,不少村民委员会积累了可观的集体收入,定期或不定期地分配征地补偿款或向村民发放分红。许多村的村规民约规定,“外嫁女”及其子女不得参加分配或不能取得全额分配。为此,“外嫁女”多年来纷纷上访并走上了法律诉讼之路,聚讼的核心问题是征地补偿款和分红的分配权。“外嫁女”案件不同于普通的民事案件或行政案件,一系列复杂的法律问题摆在法官的面前:村规民约规定女性出嫁必须在半年或一年内迁走户口是否侵犯了妇女的平等权?是否违背了迁徙自由的原则?农村集体经济,特别是土地的财产权主体怎么确定?“外嫁女”在集体经济,包括土地上到底拥有什么权益?如何理解村民自治和村规民约?村规民约如果违法,谁来撤销之或责令改正?法院是否有权对自治组织的内部分配方案进行审查?如果法院是有权对村规民约进行审查,以什么方式进行?村民自治组织村委会与政府在法律上是一种什么

本段资料参考刘海峰、樊本富:《论西部地区的“高考移民”问题》,《教育研究》2004年第10期。

参见邓建胜:《谨慎推进“农转非”》,见 <http://business.sohu.com/20051031/n240625266.shtml>。

参见陈端洪:《排他性与他者化:中国农村“外嫁女”案件的财产权分析》,北大法律信息网, [http://article.chinalawinfo.com/article/user/article\\_display.asp?ArticleID=27136](http://article.chinalawinfo.com/article/user/article_display.asp?ArticleID=27136)。

关系?

正如陈端洪指出的那样,“外嫁女”案件实质上是农村集体的成员资格——身份——的纠纷。成员资格主要由两部分内容构成:户口、村民待遇。如果类比宗族,上户口有些类似上族谱,村民待遇好比宗亲待遇,但由于实行集体经济而有更多的经济内涵。

从上文的叙述来看,笼统地谈废除户籍制度无法实际上减轻弊端,甚至有适得其反的后果。我国户籍居民身份或居民资格与农村集体的成员资格缠绕在一起。如果两种不同的资格或权利能够分开,财产资格不再以户籍居民身份为前提条件,户籍制度将发挥其应有的社会功能:证明公民身份、维护社会治安、户籍部门掌握着准确的户口资料。可是,这么做需要我们发现或创造出一些精致的法律概念,特别是财产权方面的法律概念。财产权方面的问题获得哪怕部分的解决,“居留权”方面即使出现冲突,解决起来也容易了。只有如此,才能真正展开一场“从身份到契约”的现代法律运动,而不是在消除农民身份依附的同时,制造出一无所有、游离社会结构之外的所谓自由人,重蹈历史的覆辙。

### 三、他山之石——美国的有关案例

他山之石,可以攻玉。在美国没有城市和农村户口的区分,但存在着和中国户籍制度相关问题类似的问题:一、基于本州公民和非本州公民或基于居民和非居民身份的区别待遇问题;二、以某地居民身份或定居期限为享有某些权利的前提条件问题。我们看一下在美国这样一个法律科学发达的国家,这些问题是怎么处理的。通过研读美国问题的相关判例,我们可能获得解决中国问题的重要线索,并且实际体会判例法中法律技术的美德(virtue)。

美国宪法第 4 条第 2 款规定:“每一州公民得享有其他各州公民的一切特权与豁免权”,这被称之为州际特权和豁免权条款。《联邦党人文集》第 80 篇阐述道“每一州公民得享有其他各州公民的一切特权与豁免权”,乃“联邦形成的基础”,强调了这一条款的重要。从字面看起来,这个条款的意思是:A 州的某公民,现在正在 B 州,应受到与 B 州给予它本州公民完全相同

的待遇,但实际中的问题远不是这么简单。以某地居民身份或定居期限为享有某些权利的前提条件问题,和美国宪法第 14 条修正案第 1 款“在州管辖范围内,也不得拒绝给予任何人以平等法律保护”更密切相关。理解这些条款的具体含义,需要求助于宪法判例。

本文选择了一些案例,并分组进行讨论,这种分组仅是为服务于本文要说明的问题进行的。其中,一组是“渔猎系列”的 4 个案例,对应于上述问题一;“居民身份确定和定居期限要求”这一组,对应于上述问题二。

#### (一)“渔猎系列”案例

“渔猎系列”案例涉及的是一州居民到另一州领土上捕捞打猎的权利,这个归类表面上比较好玩,但下文所列是非常重要的宪法第 4 条 2 款判例,其中的判决规则可以扩大应用于不仅仅捕捞打猎的事项。

考菲尔德诉考耶尔案(Corfield v. Coryell)维持了新泽西州一个禁止任何不是“本州真正居民”的人从该州的水域中捞取蛤和牡蛎的法案的效力。

麦克瑞底诉弗吉尼亚州案(McCready v. Virginia)判决:这一条款(宪法第 4 条 2 款)没有禁止弗吉尼亚州授权给它的公民在州的潮汐水域养殖牡蛎的排他特权。

图默诉威特塞尔案(Toomer v. Witsell),最高法院取消了一项南卡罗来纳州的法律,这项法律规定居民和非居民在州的领水内捕虾缴纳不同的许可证费(二者分别为 25 和 2500 美元)。

鲍德温诉蒙大拿州渔业和狩猎委员会案(Baldwin v. Fish and Game Commission of Montana)维持了蒙大拿州狩猎驼鹿许可证对居民和非居民收取不同费用的规定。

考菲尔德诉考耶尔案中华盛顿法官的意见曾多次被引用,这可以说是阐述特权与豁免权条款的经典之作。在判决中,他试图界定什么是各州公民的特权和豁免权,提出了基本权利理论,认为这些特权和豁免权在性质上属于基本的权利,是所有的自由政府下的公民都有的权利。至于这些基本权利是什么,他认为列举出来,与其说是困难,不如说是乏味。接下来,在这些基本权利之中,他列举了:“一州的公民为了贸易、农业、职业追求等目的,通过或定居在任何他州;申请人

在美国,州的“公民”包括一个州内的任何合法居民。

6 Fed. Cas. 546, (no. 3,230) (C. C. E. D. Pa. 1823).

94 U. S. 391 (1876).

334 U. S. 385 (1948).

436 U. S. 371 (1978).

身保护令状;在州的法院提起诉讼和进行各种主张;取得、持有和处置财产;免于超过州内其他公民的税负和义务”。

华盛顿法官的判决是新泽西州的法案没有违反宪法州际特权和豁免权条款,因为该州水域中的鱼属于该州全体公民的财产。法院不同意这种观点,即根据宪法的这一条款,本州公民拥有的所有权利仅仅因为本州公民拥有,外州公民就可以被允许享有了。“我们更不会同意,在对各州公民的共同财产(common property)作出规则时,州的立法有义务将保证本州公民行使的相同权利延展至其他州公民”。法院认为,“如果将各州的共同财产等同于公民的特权和豁免权而赋予其他州的公民,就走得太远了”。

华盛顿法官将州公民的特权与豁免权解读为州公民权的基本权利,此观点如加以引申,则会要求建立对此基本权利的联邦法律保护,因为,既然是基本权利,是不能从外州公民那里撤回的,又怎么可以从本州公民那里撤回呢?但是,对特权与豁免权条款基本权利理论的此种引申含义,最高法院从来没有接受,在“屠宰场案”中,最高法院多数意见完全拒绝这样的理解:“它的唯一目的是向各州宣布,无论其向本州公民授予、创设权利还是对本州公民运用这些权利加以限制、限定和规制,该州对处于其管辖之下的他州公民的权利予以衡量时,应一视同仁,不得损益”。这一条款被狭窄地严格限制在反歧视含义解释上。

即使特权与豁免权条款基本权利理论仅仅应用于反对州际歧视的领域,不涉及对州立法除此之外的全面审查,仍然导致要决定,对州公民权来说,什么权利是基本的,什么不是基本的。但是,最高法院拒绝对宪法第4条“特权与豁免权”术语提供任何精确和全面的定义。柯提斯大法官(Justice Curtis)在一个案件的判决中说:“我们不认为企图去定义宪法这一条款中特权一词的含义为必要。这个词的含义在每一个案件中,根据某个特定的权利被确认或否认的观点来决定,乃是更安全、更合乎司法部门职责的。我们处理的是如此宽泛的一个条款,所涉及的问题不仅极为微妙和重要,而且在这些问题上,仅仅是抽象的定义极少会导致正确而错误地进行定义则一定产生祸患”。

本文看来,美国宪法这一条款中,州公民的特权与

豁免权涉及的范围非常宽泛,对其的确定常引起异常微妙和复杂的问题。一种简单的处理方式,如将其解释为基本权利,基本权利又被理解为含有确切的权利目录而非对歧视性州法的一般性否定时,有两个问题需要注意。它很容易导致联邦法院对州立法的全面审查,面对处理千变万化的具体情况千头万绪的州立法,法院当考虑自身能力的限制而自我克制;即使在仅仅适用于州际歧视时,基本权利目录也有问题。我们不难找到实际的或虚拟的具体情势,在这些情势中,有些权利看起来是基本的,但行使时居民和非居民必须被区别对待,如选举权、担任公职权等;有些权利远不是那么基本,但要么全有,要么全无,仅部分人(本州居民)享有则会带来巨大的祸患。

考菲尔德诉考耶尔案中华盛顿法官判决中的判决规则(holding),成为最高法院在麦克瑞底诉弗吉尼亚州案判决的基础,该案法院支持了一项弗吉尼亚州的法令,该项法令禁止外州公民在州河流的潮汐水域养殖牡蛎。首席大法官维特(Waite)撰写的法院意见认为,州占有其潮汐水域和河床,州人民得以共同在那里捕捞和养殖,此种占有不过就是人们对于其共同财产的经管而已。州公民在那里养殖牡蛎“事实上是一种财产权利,而不仅仅是公民权的特权和豁免权”,一个州的公民没有被宪法的特权和豁免权条款授予“另一个州的公民的共同财产(common property)中的任何利益”。

在上面两案判决中,法院使用了州公民的共同财产概念,认为在某些事物上,州公民共同拥有某种财产权利,这是私权利(private right),因此不属于宪法第4条第2款的“特权与豁免权”的范围。州政府,乃是作为某种类型的受托人(trustee),为其公民的利益行使财产权利。本文看来,此种财产权利概念本身不是那么难以理解,州公民的财产权利可以在一定程度等同于或类比于个人和法人的财产权利。既然权利不过就是人之间的一种关系,既然存在着一个个不同的个别的州,既然人们又可以理解法人财产权利,所以我们就理解州的财产权利或私权利。这确是一个合理且有用的概念,能够帮助人们思考许多州际区别待遇的问题。不过,州的共同财产权利是比较特殊的,由于州本身是一个政治实体,不同于普通的社团,不容易划清州

6 Fed. Cas. 546, (no. 3,230) (C. C. E. D. Pa. 1823).

See Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law*, second edition, The Foundation Press, Inc. 1988, p. 529.

See *slaughter - House Cases*, 83 U. S. 36, 77 (1872).

*Conner v. Elliott*, 59 U. S. 591, 593 (1855).

See *McCready v. Virginia*, 94 U. S. 391, 395 (1876).

政府的公共权力和受委托行使的财产权利的界限。当说到州所有的时候,意思可能是州政府独占的公共权力,对抗的是其他政府行使同样的权力,对外州公民权利的限制和对其他政府公权的限制,不是一回事。而且,即使可以确定为州公民的共同财产权利,同普通的财产权利相比,在实践中也会表现出特殊性,比如或许要受到更多的限制。

图默诉威特塞尔案,涉及南卡罗来那州对该州海岸外一段领海内商业性捕虾的管制法令的合宪性。南卡州管制的虾场乃是从北卡罗来那州到佛罗里达州近岸海域的一个更大虾场的一部分,这里的虾大部分是洄游性的,南卡州法令中的一款规定居民的一艘捕虾船付执照费 25 美元,非居民付 2500 美元。首席大法官文森(Vinson)发表的法庭意见第一次使用了对州际区别对待合宪性的实质理由(substantial reason)测试,“像许多宪法条款一样,特权与豁免权条款并不是绝对的。它禁止对外州公民的区别对待而没有超过仅仅被歧视者是外州居民这一事实的实质理由”。在宪法特权与豁免权的每一案件中,要考察区别对待的理由,区别对待的理由和区别对待的措施间有无紧密联系,以及州是否还有其他选择余地(避免或较不严重地区别对待)。南卡州的法令不能通过上述检测:对州保护渔业资源的目的而言,外州居民不是资源损害的独有因素;外州居民也不曾使用更大的船或特别的捕捞方法,对外州居民的执法成本也不是更大,也没有什么州自身的资金贡献于虾资源的保存;州可以采取其他办法,如根据捕捞船尺寸收不同的许可证费,向外州居民征收等于州税在他们身上的额外花费数额等等。

接下来的问题是在州的领海中捕虾是否构成了例外,不属于州公民权的特权与豁免权的范围。该案看起来和前面的麦克瑞底诉弗吉尼亚州案十分类似。文森对图默案和麦克瑞底案的事实进行了区别,区别有二:麦克瑞底案的牡蛎不游动,图默案的虾洄游;麦克瑞底案中州法管的是内河,图默案则为领海。如此,就算麦克瑞底案确立了特权与豁免权的一个例外,但本案的事实和它不同,不成为例外。南卡州的这项法令被判违宪。

希克林诉奥贝克(Hicklin v. Orbeck)案中,最高法院使用了图默案确立的测试方法。法院一致取消一项阿拉斯加法律,该法律要求阿拉斯加居民比非居民优先拥有与石油和天然气管道有关的工作。援引图默

案,法院认为,宪法第四条第一款并不排除在许多情况下确有正当独立理由的对外州公民的区别对待,但它确实规定,除非有实质的理由,一个州给它本州的居民以好处的时候,它不能拒绝把同样的好处给外州的公民,实质理由通常指的是,一个州必须确定,非本州居民是该州正在设法解决的某一问题的特殊根源,并确定州法的规定与消除该问题有着实质性的关系。法院指出,即使一州通过要求私人雇主歧视非居民减轻其失业问题是正当的,阿拉斯加法律也不能被维持,因为阿拉斯加失业问题的原因在于相当数量的失业居民缺乏教育和训练或居住偏远,而不是来自寻求工作者的蜂拥而入,更有甚者,这一法律的优先扩展到所有阿拉斯加州人,不仅是失业者。

图默诉威特塞尔案中应用的实质理由测试其优点在于处理州际区别对待这一复杂问题的灵活性。它将特权与豁免权条款的司法审查焦点,从划定州公民权的基本权利转移到分析州保持区别对待的理据上。一个允许仅仅是必要的区别对待的灵活方法,代替了僵硬性的废除任何损及州公民权的基本权利的区别对待的方法。

图默诉威特塞尔案首席大法官文森视麦克瑞底诉弗吉尼亚州案为一孤立的先例,而且字里行间对该案的理论不以为然,他写道这一“所有权理论——现在一般被视为仅仅是一种虚构,表达了州有权力保存和调控一种重要资源的开发对州的人民的重要性”。实际上,他拒绝了该案久经确立的规则。

图默案中一个问题是,无论使用什么样的名称,在实质上,州公民的共同财产理论在根本上就不成立,还是应仅仅着重在其应用的范围的确定上?可能,有些事物曾经被理所当然认为是州的共同财产,但随着时代的变化而变得不合时宜了,也可能出现新的事物需要被当成共同财产。

著名的弗兰克福特大法官(Justice Frankfurter),不满于法院意见对州公民权特权与豁免权的例外这一问题的处理,写下了附议意见,认为对处理特权与豁免权的“例外”不给出任何线索将遗留大量问题。他的附议意见认为“不可想象制宪者会意图消除在一个州和它的公民之间的所有特别关系”。他认为宪法通过时关于州对其渔场的权力有一共识,这一共识反映在麦克瑞底案州公民的共同财产理论中,“麦克瑞底案不是一个孤立的判决乃得以睥睨视之,它实乃我国法律中

See 334 U. S. 385, 396 - 399 (1948).  
437 U. S. 518 (1978).

至重要教义的象征,它表现了此前法律史中的要素,围绕它积聚了一系列的裁决。不仅有大量案件应用该教义(doctrine)处理州为其公民利益控制本州的猎物和渔场的权力,而且在我们的时代,本法院还扩展该理论,指向州人民的公共领地(public domain)或共同财产或共同资源的管制和分配问题,这些事物的享有可以仅限于本州公民而不及于外国人和外州公民”。

鲍德温诉蒙大拿州渔业和狩猎委员会案,维持了蒙大拿州狩猎驼鹿许可证的规定。这项规定的内容是:蒙大拿州本州居民可以购买单独的狩猎驼鹿许可证,价格为9美元,非居民则只能购买包括狩猎驼鹿在内的联合许可证,价格为225美元,同样的联合许可证本州居民购买只需30美元。最高法院的结论是,宪法第4条第2款仅仅适用于那种“妨碍统一合众国的形成、宗旨和发展”的歧视。简言之,非居民捕猎驼鹿一事“仅是娱乐和运动”,平等地捕猎驼鹿“对合众国的维护和福利无关大局”。关键的问题是,有争论的活动对全体国民的福利的重要程度是否达到要列入受宪法第四条第二款保护的特许和豁免权的范围以内,援引宪法4条2款的规定应是在国家的根本利益受到威胁时。

布伦南大法官(Justice Brennan)发表的反对意见(有两位大法官加入)则认为,是否“基本权利”这一问题与宪法4条2款是无关的;关键的是对外州居民的区别对待是否有理由,而蒙大拿州的这项法律不能通过实质理由测试;至于州所有境内野生动植物的教义已经完全过时,这只是州在合乎宪法和联邦法条件下行使警察权力的问题。

鲍德温案法院根据宪法条款的原初目的和州公民权的基本权利理论来思考该案中所涉州法的合宪性,拒绝使用实质理由测试。看起来,基本权利理论在该案中又复活了,却伯认为这与其说是坚持过时的教义不如说是出于方便。本文认为,该案法院做了什么比说了什么更重要,法院意见令人困惑的语词背后,仍然是州公民集体拥有某些类似于私权的权利的认识,“有一些物品或服务是州公民为他们自己创造和保有的,他们有权利将之留给自己。蒙大拿州仔细管理的驼鹿群接近于公立图书馆、公立学校、州立大学、州立医院和公共福利项目——这些事物法院已经认为州可以为

其公民使用或享有而保留”。不过,一些州资金支持或州保留的物品或服务,因为国家统一与和谐的需要,对其的使用与享有仍然要在居民和非居民间一视同仁,例如警察和消防服务等等,这方面的问题,仍然需要细致地逐案讨论。

看来,基于居民和非居民身份的区别待遇这个问题是复杂的,问题在于一方面,这一条款的首要目的,在于帮助将独立的、主权州的集合融合为一个国家(nation),但是,另一方面不可想象消除在一个州和它的公民之间的所有特别关系”;一方面,所有的公民都具有某些基本的权利,居民与非居民的区别不能消除这些基本的权利,但是,另一方面,一州公民所享有的权利不能仅仅因为他们享有的事实就必须与其他州公民共享,他们总有一些排除他州公民享有的独占权利。

上文已经通过案件阐述了一些法律概念,本文认为,一种精致发展的地方人民的共同财产概念、一种精致发展的实质理由测试方法、一种在个案中确立而非事先列举目录的基本权利概念,对于我国解决和户籍制度相关的问题,是不无启示意义的。

## (二)居民身份确定和定居期限要求

夏皮罗诉汤普逊案(Shapiro v. Thompson),法院否决了州法以一年期的定居要求(one-year durational residence requirements)作为申请福利帮助的条件(除此之外,申请者是符合当地居民身份测试的)。与此案类似,在Dunn v. Blumstein,法院否决了一项田纳西州的州法,该州法要求选民在选举登记之前,要在州住满一年,在县住满三个月。在Memorial Hospital v. Maricopa County,法院否决了亚利桑那州的一项法令,该法令规定在某县一年期的定居,贫困者才有获得由县资金提供的非紧急性医疗的资格,法院判定,此项定居期限要求,违反了宪法14条修正案的平等保护条款,创造了不公平的分类,通过否定新来者“生活的基本需要”侵犯了他们州际旅行的权利。

以上三案,法院判决,州法施加定居期限作为州际旅行权的负担需要紧迫的州利益(a compelling state interest)作为理由。在三案中,州法都缺乏这样的理由,所以分别被判违反宪法14条修正案的平等保护条款。不过,是否享有权利,并非和定居要求无关,在三案中,法院都仔细区别了定居期限要求(durational res-

See 436 U. S. 371 (1978).

Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law*, p. 534, 539.

394 U. S. 618 (1969).

405 U. S. 330 (1972).

415 U. S. 250 (1974).

idence requirements)和真实定居要求(bona fide residence requirements),布伦南大法官强调,定居要求和一年期等候要求乃是截然不同的和独立的获得帮助的前提条件。福利机构在批准福利申请之前,可以做必要的关于申请者工作、住房、家庭等事实情况的调查,决定申请者是否是居民。法院并不认为任何定居期限要求都是违宪的,“对于以等候期限或定居要求决定投票、免学费、获得职业执照、获得打猎捕鱼执照等等的合法性,我们并没有暗示看法。这些要求也许可以促进州紧迫的利益,也许不构成对行使州际旅行之宪法权利的惩罚”。

罗莎丽诉洛克菲勒案(Rosaris v. Rockefeller)维持了相当于初级选举的居住年限要求的政党注册限制。Sosna v. Iowa案,法院维持了衣阿华州的州法,该州法以一年的居住期作为在州法院起诉离婚的资格条件。在Vlandis v. Kline案,法院宣布“州可以确立这样的州内身份的合理标准,以使那些实际上不是该州的真实居住者而是仅为了教育目的而来到该州的学生,不能利用州内的学费优惠比例”。佐波尔诉威廉案(Zobel v. Williams)也是关于居住期限问题的。政府是否可以基于居住持续的时间长短给予福利,其中新来者也获得一点,但长期居住者获得更多?在此案法院的回答是否定的。阿拉斯加立法机关通过一项法案,把从北部坡石油开发所获得的巨额收入直接分配给阿拉斯加的公民。接受的数量依据其居住时间的长短。从1959年建州开始,“分配的单位”将依一个居住年为一个分配单位的比例。法院以8对1的表决,宣布阿拉斯加的法案违宪。首席大法官伯格(C. J. Burger)的多数意见认为该州法案违反平等保护条款,甚至不能通过最低合理性标准之审查。

马丁内兹诉白纳姆案(Martinez v. Bynum)是关于真实居民要求的州法合宪性问题。德克萨斯州教育法典规定,如果一个未成年人没有和“父母、监护人或其他根据法院的裁定对其有合法监护权的人”生活在一起,如果他在某校区出现的“主要目的是为了获得免

费公立学校教育”,那么州法允许校区禁止他在公立学校免费入学。出生在美国的公民莫雷尔斯(Roberto Morales)离开居住在墨西哥的父母家,到美国和居住在德克萨斯州麦卡伦(McAllen)的姐姐马丁内兹(Martinez)住在一起。麦卡伦独立校区认定,莫雷尔斯移居的主要目的是在地方公立学校上学,因此该校拒绝他免费入学。一项集体诉讼挑战德克萨斯州的法律明显违宪。联邦地区法院和第五巡回法院都肯定了该法的合宪性,最高法院也以8:1表决维持了该法的合宪性,只有大法官马歇尔表示反对。法院的裁决认为,一种适当定义和普遍适用的真实定居要求,在确保提供给居民的服务只为居民所享有方面,促进了重要的州的利益。尽管真实定居标准之含义依语境而变化,传统上这一标准包含两个因素:亲身居住在某个地区并有意图继续留在那里,校区的性质决定,要求学龄少年或他们的父母至少满足传统的标准(才能免费入学)是正当的,德州州法的规定较传统标准更为宽厚,因此是合宪的。

在Plyler v. Doe案,<sup>⑩</sup>最高法院判决德克萨斯州教育法典的一项违反宪法平等保护条款,这项州法授权地方校区拒绝非法移民子女入学,规定不为这类学生的教育经费提供州资金给地方校区。法院认为该州法不能促进重要的州的目标,而且,非法移民子女不能为他们的非法地位负责,对公共教育的剥夺不能等同于其他政府服务利益的剥夺,公共教育对于维系一个社会的联结纽带,对于继续美国的政治和文化传统至关重要,剥夺一个人的教育对其整个人生有巨大的负面影响。

中美两国具体情况不同,以上“居民身份确定和定居期限要求”诸案例中确定的具体规则未必是我们也需要立即采用的,我们需要注意的是在解决上述问题时法院采用区别与分类管理的技术。根据宪法判例法,一个人,如果到某州堕胎的话,不需要是该州真实的合法居民,<sup>⑪</sup>如果到某州获得福利或免费医疗帮助,需要真实居民身份但没有等候时间要求,如果起诉离

在三案中,权利被州法否认者的真实居民身份都没有在法院受到挑战。

Shapiro v. Thompson, 394 U. S. 618, 636(1969).

394 U. S. 618, 636 (1969).

394 U. S. 618, at 638, footnote 21 (1969).

410 U. S. 752 (1973).

419 U. S. 393 (1975).

412 U. S. 441(1973).

457 U. S. 55 (1982).

461 U. S. 321 (1983).

<sup>⑩</sup> 457 U. S. 202 (1982).

<sup>⑪</sup> Doe v. Bolton, 410 U. S. 179 (1973),乔治亚州的堕胎者必须是本州居民的规定被判决违反州际特权与豁免权条款。



婚,则需要在该州住满一年(如果州法有这样的规定)。法院区别了定居期限要求和真实定居要求,某些权利的享有需要定居期限,某些则不需要,不同的权利可能要求不同的定居期限。真实定居标准或居民身份本身,虽然有一传统的定义,但并非是一个固定的逻辑起点性的定义,从中可以派生出所有权利享有的资格,毋宁说,仍然要在具体个案中进行真实居民或真实定居标准的法律含义解释。对应于免费进入公立中小学的居民标准和享受州立大学学费优惠的标准不同,前者,合法进入并停留6个月以上的外州或外国人,其子女就被视为所在校区的居民,甚至非法移民的子女也被视为居民,但并非任何一个停留的儿童都是居民(马丁内兹案);后者,也许传统的定居标准还不够,需要的是家居(domicile)标准。无论采用什么样的论证方式,是对真实定居标准的含义逐案解释;还是认为不同的权利对应不同的居住标准要求;甚至认为问题不过是确定权利享有的适当资格而已,居住标准云云,只起到修辞的作用,论证使用的词句并不重要,重要的是实际上进行的细致分类。

#### 四、结语

我们承认,广义的户籍制度在我国制造了深重的弊端,它侵犯了人民的权利、破坏了国家的大同。但是,无法消除政府服务和提供利益的地方性,这既不可能也不可取。一种简单的处理方式,如将平等权或迁徙自由权视为基本权利,基本权利又被理解为含有确切的权利目录,依此目录来否定一切区别对待,只是似是而非的法律理论。一种在个案中确立而非事先列目录并且往往只起修辞作用的基本权利理论,甚至是更好的。

我们的面临弊端为一种如此僵硬的思维方式——

找到一个原点然后演绎推理获得所有实践结论——所制造,消除弊端却不能采用同样的思维方式,需要的是细致入微、抽丝剥茧般的功夫和审慎精神。尤其重要的是,不要使户籍本身成为派生一切权利的源头,也不要立即使之毫无意义,这都不合乎法律的精神。像地方人民的共同财产这样精致的法律概念是需要发展的;区别与分类管理的技术是我们所需要的。从我国的情况看,某个地方的人群至少可以作这样的分类:户籍拥有者、定居者、一定期限以上的定居者、临时停留者。这几个类别可能重合也可能不重合。毫无疑问,某些权利是所有人包括临时停留者都享有的;某些权利只有定居者享有,户籍拥有者但不定居者也不能享有;某些权利是一定期限以上的定居者才能享有;也不排除,某些权利必须是户籍拥有者且一定期限以上的定居者才能享有;有些情况下,某些权利只要是户籍拥有者就可享有而不管是否定居,等等。

本文还想指出,中国农民的财产权利和农村集体成员的资格确定问题,可能需要借鉴普通法曾经的精华——英国中世纪的土地法来发展一些法律概念。例如,多重所有权(国家、地方、村、村民)概念,并需要仔细确定每一方权利的界限和权利的性质——是私权利、还是在所有权名义下的公权力、是否存在可类比于领主权的政府权力,并且这些只有在具体的情况中才是可能的。

当我们这样思考问题的时候,户籍制度的僵硬性和弊端就已经开始逐步消除了,通过不断的单个规定和案件的累积,最终人们会发现,中国不是一个存在户籍制度的国家,这一切甚至发生在不知不觉中。

责任编辑:王 莉

See Plyler v. Doe, 457 U.S. 202, 227, footnote 22 (1982).

参见 Martinez v. Bynum, 461 U.S. 321, 327, footnote 6 (1983)。在两个案件中,最高法院都维持了享受州立大学学费优惠的“家居”标准规定。家居(domicile)被定义为一个人的真实、固定、永久性的家和居所,这是一个人意图继续留在那里的地方,即使离开也将返回而不想在其他地方再建立一个“家居”。