

# 动力与能力：迁徙自由的法律化

王耀海<sup>\*</sup>

---

内容提要：迁徙自由已经成为当代中国社会发展中的重要问题之一。迁徙自由是人的自然权利，经由国家法律的认可而成为法律基本权利。在迁徙动力之外，迁徙自由的实现能力至关重要。基于资本追逐利润的流动需要等因素，迁徙自由成为西方社会的普遍追求，并通过宪法被确立。与西方国家类似，市场化的中国在人口普遍迁徙中，要求迁徙自由法律化。但因市场化尚未深度化持续，迁徙自由法律化还没有真正实现。普遍的暂时流动与城市在可载能力范围内对迁徙人口的持续接纳，二者结合起来形成的“有限迁徙”，成为中国迁徙自由法律化的基本限度。

关键词：迁徙自由 迁徙动力 迁徙能力 单向度迁徙 迁徙法律化

---

改革开放 30 多年来，中国城市空间扩大了二三倍。根据国家统计局的数据，2014 年中国城镇化率达到 54.77%。<sup>①</sup> 伴随着越来越高的城镇化率，迁徙自由受到越来越多的关注。中国已经在较大程度上实现迁徙自由的同时还存在一些问题，如户籍、农民工子女问题等。与之相关的是，迁徙自由仍没有被真正法律化，如在我国依然没有宪法依据。据人民网报道，《关于全面深化公安改革若干重大问题的框架意见》（下称《意见》）及相关改革方案，已经中央审议通过，即将印发实施。其中，取消暂住证、实行居住证的制度改革，备受关注。<sup>②</sup>

---

<sup>\*</sup> 王耀海，中国社会科学院法学研究所助理研究员，法学博士。本文系教育部人文社会科学研究青年基金项目“潜规则与底动力：规则分裂的法治弥合”（12YJC820105）的阶段性成果。

① 具体参见人民网：<http://politics.people.com.cn/n/2015/0120/c70731-26417968.html>，访问时间 2015 年 4 月 10 日。

② 具体参见人民网：<http://politics.people.com.cn/n/2015/0215/c1001-26570871.html>，访问时间 2015 年 4 月 19 日。

这意味着我国持续多年的户籍改革又向前迈进了一大步，同时也昭示迁徙自由所受到的困扰。目前存在的迁徙自由问题，大体上从农民向城市的迁徙过程中生发出来。农村实行家庭联产承包责任制后，农村剩余劳动力开始挣脱地域限制，到城市中寻找更优的生存保障，催生了前所未有的迁徙运动。农民大规模进城务工，在为城市建设作出巨大贡献的同时，也要求享受与其贡献相匹配的对应待遇。但因为法律和政策所限，特别是现行户籍管理制度，使农民工难以与当地居民享受同等的市民待遇。这在客观上造成诸多突出的迁徙问题，“农民工群体的权益保护涉及很多方面，例如农民工的就业权、健康权、社会保障权、子女受教育权、知情权、平等权、选举权等，其中的迁徙自由权益的保护当是重中之重，因为它的缺失将导致一系列问题的产生。”<sup>③</sup> 合理解决城市中外来务工人员的合法权利，已经成为持续城市化所绕不开的重点问题。当代中国社会的人群流动，提出一个重要问题，即应该怎样实现迁徙自由？

### 一、迁徙自由的基本属性

什么是迁徙自由？肖辉教授这样论述 “简单地说，自由就是允许选择。而迁徙自由即是享有迁徙自由的主体有权就迁徙做出自己独立的选择，包括是否迁徙，何时迁徙，迁往何处，是否在迁入地停留或居留等等做出独立选择，政府不得以非法理由剥夺和限制之。”<sup>④</sup> 迁徙自由在法律上表现为权利，金雪花认为 “迁徙自由是指一个国家的公民，在宪法和法律的保障下，合法离开原居住地到外地（包括国内和国外）旅行和定居的权利。”<sup>⑤</sup> 究其实质，“迁徙自由作为一种人身自由，是人们择业并从事一切社会活动的基本条件，也是现代社会人们谋求自由发展、追求幸福生活、实现生命价值的现实要求。因此，迁徙自由已成为各国及其国际社会公认的一项基本人权”。<sup>⑥</sup> 《公民权利和政治权利国际公约》第12条第1款规定，“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。”可见，迁徙自由已经成为世界公认的基本人权之一。

我们认为，迁徙自由是公民从某地域流动到其他地域居住、停留、从业和

③ 唐艳秋 《论农民工群体迁徙自由权的立法保护》，载《河南政法管理干部学院学报》，2011年第2期。

④ 肖辉 《迁徙自由的法理学分析》，载《河北法学》，2004年第8期。

⑤ 金雪花 《我国迁徙自由法律制度研究》，载《江苏社会科学》，2009年第4期。

⑥ 刘大伟、康健 《迁徙自由的法经济学分析》，载《辽宁大学学报》（哲学社会科学版），2009年第8期。

生活的自由。也可以认为它是人身自由的重要组成部分。它以职业选择自由为核心，以物质资源作为支撑，是人获取生存的客观需要。这种客观需要，在近代被宪法加以规定，成为民主政治条件下的基本人权。由此，迁徙自由同时又是法律范畴，集中表现为迁徙权。

在法律意义上，广义的迁徙自由指在法律规定范围内公民享有的，在国家地域内和国际间的自由流动权，即在法律规定范围内可以无限制地旅行、居留、出入境内外以及回归本国的自由。与此相应，它分为两个部分：国内迁徙自由与国际迁徙自由。鉴于国际迁徙自由在我国尚未真正形成，并且问题更为复杂，本文言说所及，即国内迁徙自由。

观其归属，迁徙自由属于人身自由的一部分，是其客观延伸。从其目的性来看，迁徙自由一般与就业自由权密切相关。如果没有就业自由，迁徙自由就失去了目标载体，所谓的迁徙自由就不必发生。

因其内涵所及，迁徙自由同时具备自然和社会两种基本属性，也由此构成两个基本考察点。迁徙首先是人类生存过程中自然而然的内在需要。人的一切活动都以生存为基础，追寻能够提供生存的物质资源，必然成为人的第一活动。正如马克思所说，“人们为之奋斗的一切，都同他们的利益有关。”<sup>⑦</sup> 这使人具有一种求利本能。在求利本能推动下，人类展开各种相关活动。就像游牧民族逐水草而居一样，人类在获取生存的过程中，追随生存资源变动而从一地迁徙到另外一地，以获得生存保证。

自然属性社会化，以保证生存为目的的迁徙自由，被现实赋予社会属性。不同社会结构中，形成各异的迁徙要求和具体形式。作为一种基本权利，它必须有足够的资源支撑，才能构成有效迁徙。必须强调，任何权利都根源于物质资源，必须获得资源支撑才能真正实现，否则注定会成为一纸空白。“社会生活或现实的基础即经济，权利依赖于社会生活或现实首要和主要的是经济；私有制或私域条件下，人们的经济或经济关系是有界限的，所以权利也是有界限的。”<sup>⑧</sup> 社会事实形成的权利要求堆积到一定程度之后，才可能形成法律权利，进而固化为法律保护的人权。迁徙自由作为一项宪法基本人权，是社会基本事实的法律表达。

从上述意义上，社会所能提供的资源最大量，构成迁徙自由的基本限度。

<sup>⑦</sup> 《马克思恩格斯全集》第1卷，人民出版社1956年版，第56页。

<sup>⑧</sup> 詹瑜璞《权利异化论》，知识产权出版社2009年版，第46页。

这样，迁徙自由就受制于社会的可支付能力。一般来说，社会需要并且能够支付什么程度的社会迁徙，就会催生什么样的迁徙形态。作为自然属性和社会属性的内在结合，迁徙构成人类活动的常态。具体到中国，不论古代因为追逐利益的自然诱致性迁徙，还是戍边或者如明初政府移植人口等强制推动型迁徙，都可看作是迁徙在当时社会基础上的表现。

由此，考核迁徙自由必须注意两个基本方面：动力和能力。动力催生迁徙必要，能力形成迁徙限度。二者相互结合，形成现实的迁徙结构。迁徙动力，启动迁徙，促进迁徙的发生。迁徙动力具体分为个人动力与社会动力两种。没有社会动力的个人迁徙，即使一时再活跃，也无法造就普遍迁徙。对迁徙自由而言，来自社会的迁徙动力显然更具有说明意义。任何迁徙必须有动力才可能发动，却也要有足够的迁徙能力才能具体实现。迁徙能力并不仅仅是对迁徙者个人而言，更是指社会结构所提供的迁徙容纳能力。<sup>⑨</sup> 因为资源客观有限，任何地区对人口迁徙都有其容纳上限。超过该地区的容纳上限，则生产循环和生活平衡就会被实质性的破坏，社会问题相应就会层出不穷。这样的迁徙就会产生诸多负面效应。

不同历史阶段，迁徙的动力和能力各不相同，形成不同的迁徙状态。在社会动力小，容纳能力弱的社会结构里，迁徙自由无法形成常态规模。也正是在较强迁徙动力和迁徙能力的基础上，迁徙自由成为现代社会发展的必然要求。

## 二、市场和资本驱动的迁徙自由

迁徙自由，并非人类有史以来的自始现象。它在市场经济条件下才得以成为一种普遍现象并得以法律保护。相对于封建社会中的迁徙禁锢，市场驱动的迁徙自由，显然符合现代社会资本流动的内在需要。

### （一）封建时代的迁徙管制

质而言之，迁徙自由的出现与确立，是近代资本主义的社会产物。作为比

---

<sup>⑨</sup> 对迁徙自由来说，迁徙必要是其发动的动力来源，而迁徙能力则是实现机制。迁徙能力，一般指的是迁徙目的地的容纳能力。除此之外，还要考察国家所能提供的迁徙能力是否平均化。在一个国家内，如果各个地域之间的迁徙容纳能力差距巨大，就会形成迁徙两极。处于落后端的地域，对迁徙的容纳能力很小，难以吸引大规模的人口迁徙。因此，如果想实现真正的迁徙自由，必须各个地域之间实现利益平均化，即每个地域之间的获利机会和获利空间大致持平。也只有在这样的区域内，才能让迁徙真正流动起来，而不是仅仅围绕几个资源丰富的地区而展开。否则，围绕几个高度资源凝聚的高位地区进行迁徙，也只是从低利地区流向高利地区的“单向度迁徙”，而不是地区持平基础上的双向互流。畸形的“肥地吸引力”，对迁徙自由来说，表面看来是必然，却在本质层面上，损及迁徙自由的顺利展开。

较，需要把研究视角延伸到封建社会，从中发现现代社会迁徙自由确立的历史必然性。

封建制度催生封闭，往往要求人员稳定而非流动，人口流动缺乏大规模的社会动力。而且，因为生产力低下，每个生存集体都固守各自的一方水土，其生产能力也很有限，不可能形成足以支撑大量人口流动的资源供给。社会难以产生深厚的容纳能力，也没有足够的支付能力。因此，封建社会中的迁徙动力和能力都非常缺乏。更具有决定意义的是，封闭和禁锢是封建统治者对农民进行统治的需要。“既然地主老爷们需要廉价的劳动者，为什么要让人迁走呢？人口密度愈大，对地主就愈有好处，人民愈穷，雇人就愈便宜，人民就愈顺从地去忍受各种压迫。”<sup>⑩</sup>此外，国家也需要控制民众以高效完成赋役，顺利实现统治。

这样，当时社会不仅没有普遍的迁徙自由，反而要经由政权严密管制社会流动，保证人力与资源的固定化结合，使生产流畅进行。其结果是，形成严密管制民众的户籍制度。这一点在中国古代表现得尤其明显，“从户籍制度的产生与发展历程来看，户籍制度的主要特点在于将民户附着于土地，不允许擅自迁徙，不允许流动，成为朝廷赋税兵役的稳定来源，以服务于国家政权的存在和发展。户籍制度承载着公共管理、征发赋税、兵役征集等职能，它不仅仅是国家人口调查、统计和管理的手段，还是国家行政与财政的基础，是维持中国古代专制王朝统治的一项根本性制度。”<sup>⑪</sup>

可见，在生产技术不发达的封建时代，社会中没有出现普遍的社会迁徙动力。国家通过严格的户籍管制，在客观上限制了社会迁徙动力。因为没有持续的迁徙动力，普遍的社会迁徙不可能出现。封建社会时代的某些迁徙，更是追求个人生存或实现统治所需要的“偶然迁徙”。这个阶段上的迁徙，还不是当时经济发展的内在要求，更不可能被当时的法律规则所认可。

## （二）资本驱动的迁徙自由

封建时代有限的社会迁徙，在资本主义社会中被普遍的迁徙自由替代。随着生产力的发展，简单商品经济进化到市场经济阶段，资本驱动经济的格局得以形成。这种格局的确立，引起社会的巨大变化，使“资产阶级在它的不到一

<sup>⑩</sup> 《列宁全集》第7卷，人民出版社1986年版，第147页。

<sup>⑪</sup> 张琳《中国古代户籍制度的演变及其政治逻辑分析》，载《河南师范大学学报》（哲学社会科学版），2012年第5期。

百年的阶级统治中所创造的生产力，比过去一切世代创造的全部生产力还要多，还要大”。<sup>⑫</sup> 资本根据出售商品所能获得的利润所在，不断调整自己的投资方向、投资地域和各种资源运转。与之相应，按照市场机制配置劳动力的内在要求，劳动力也必然随着资本流动而不断迁徙。

与之匹配，生产力的提高使交通工具多样化，交通条件便捷发达。以此作为承载，个体迁徙越来越普遍，逐渐形成大规模的人口流动。“在市场经济条件下，个人流动采取的方式是市场性流动。这种个人流动是流动者自主决定的，劳动力可以在市场上通过自由交换实现劳动者在职业、部门或区域间的流动。市场性流动是根据市场供求关系决定的，它适应了经济发展后劳动力市场的需求，是流动者与用人单位的双向选择的结果，有利于调动和发挥流动者的个人积极性，形成一种有效的竞争机制。随着市场经济的发展，交易费用相对小、效率高的市场性流动已日益成为当代社会流动的主要方式。”<sup>⑬</sup> 这样，资本拥有者和劳动力的自由流动，就构成了资本主义社会迁徙自由的内在动力。

与此同时，生产提供的物质资源越来越多，由资源支撑的各种自由必然趋于广泛。因为资源的丰富化，人们在迁徙过程中能够实现基本目标，迁徙完成后也能够适应新条件而融入发展环境。也就是说，由资本驱动的社会中，不仅有深厚的社会迁徙动力，也有强大的迁徙容纳能力。这时，丰富资源支撑的迁徙机会大幅度生成，迁徙成为普遍需要的生存方式。可以说，社会在这个阶段上的迁徙自由是可支付的普遍需求，是基于社会发展的“必然迁徙”。由此，迁徙从偶然走向必然，展现出历史规律的趋时演变。迁徙自由一旦普遍产生，就要求法律予以规制。

### 三、迁徙自由在西方国家的法律化

资本驱动经济，必定要求迁徙自由，进而要求通过法律保障迁徙权。如果没有法律规则的强有力常态保护，权利便难以得到真正有效的实现。一般而言，法律是国家通过规则体系对社会事实的公开承认。马克思强调“社会上占统治地位的那部分人的利益，总是要把现状作为法律加以神圣化，并且要把习惯和传统对现状造成的各种限制，用法律固定下来。”<sup>⑭</sup> 社会性的普遍

<sup>⑫</sup> 《马克思恩格斯全集》第4卷，人民出版社1958年版，第671页。

<sup>⑬</sup> 葛林、王立新《中国市场经济社会机制论》，南京大学出版社1998年版，第158页。

<sup>⑭</sup> 《马克思恩格斯全集》第25卷，人民出版社1972年版，第893-894页。

需求，一般都会被立法者捕捉和选择，通过立法形式予以表达。也就是说，一个社会事实要想成为“法律事实”，必须足够普遍化即惯常化，才能引起法律规则体系的纳入注意和规制动力。特别是对于人权这样的重要事实来说，更是如此。

上已述及，作为市场经济发展的逻辑结果，迁徙自由已成为现代社会的普遍要求。资本驱动的迁徙自由，成为经济发展的前提条件。用法律确认迁徙自由，成为调整社会关系的内在要求。在西方，因为其资本主义先于其他地区的国家而发展起来，各国对迁徙自由的规定更早也更详细。在西方国家，法律化最集中表现为宪法。宪法是整个法律体系的集中化表达。所以，迁徙自由的法律化，集中体现在宪法之中。

世界上最早的迁徙立法，源自英国 1215 年的《自由大宪章》。1215 大宪章第 41 条规定：除战时于余等敌对之国家之人民外，一切商人，倘能遵章照旧时之公正习惯，皆可免除苛捐杂税，安全经由水道与旱道，出入英格兰，或在英格兰全境逗留或耽搁以经营商业。这一规定为通行自由，即商人（敌对国的商人除外）皆可在英国自由出入经营商业。另外，大宪章的第 42 条也规定了一般臣民出入国境的自由，即国外旅行自由。由此可见，英国 1215 年大宪章对迁徙自由规定的较为具体全面，不仅包括了国内通行自由，国外旅行自由亦包含在内。这一宪法性文件，明确规定了外国商人的通行自由和英国臣民的国外旅行自由。相对于落后保守的封建国家而言，此规定开创了迁徙立法的新纪元，是人类立法史上的伟大进步。

在资本主义萌芽时期，经由自治城市的发展，迁徙自由构成资本主义社会形成的前提条件。与资本主义生产普遍化相匹配，启蒙思想家们提出并传播人人生而平等自由和天赋人权等观点。迁徙自由权作为基本人权之一，被各国以宪法的形式予以确立和保障。这一阶段，除了逐渐规定迁徙自由权的美国宪法以外，最具代表性的宪法有：1791 年的法国宪法以及 1919 年德国的魏玛宪法。1791 年的法国宪法第一次在成文宪法中规定了迁徙自由权；1919 年德国的魏玛宪法则对迁徙自由权作了全面的概括式规定，将迁徙自由权分为国内和国际两类，并分别作出详细规定。而美国也通过其宪法和后续的宪法修正案，对迁徙自由进行较为详细的规定。

因为发展模式具有某些同质类似性，后起资本主义国家纷纷效仿先发达国家，把迁徙自由确立为宪法中的基本人权。如 1947 年的日本宪法第 22 条规定：

任何人在不违反公共福利之范围内，均享有居住、迁徙及选择职业之自由。意大利宪法对于迁徙自由也规定：每个意大利公民除了法律规定的特别限制外，均享有国内迁移自由和国际迁徙自由。至此，认可和通过法律确定迁徙自由的人权观念日益深入人心。尤其是“二战”以来，人权的国际保护开始受到普遍重视，各国宪法又直接或间接确立了迁徙自由，一些国际性的保护人权的文件如《公民权利和政治权利公约》等，也都将迁徙自由权作为一项基本人权予以确立。据荷兰的马尔塞文等人1978年的统计，世界上142个国家的宪法中有81部明文规定了迁徙自由。<sup>⑮</sup>目前，这个比例仍然在不断上升。至此，迁徙自由的相关立法也已比较完善。

由迁徙自由在西方入宪，可以提取其法律化的一般机制。首先，迁徙自由与市场经济正相关。由于缺乏市场经济的资本驱动，迁徙自由不可能成为社会普遍样态。其次，迁徙自由法律化呈现逐渐成长的规律性。不论从一个国家的立法发展，还是从世界各国的立法来看，迁徙自由有一个从点到面逐渐成熟的过程。此外，迁徙自由法律化，集中表现为宪法确认。因为宪法在法律体系中居于关键地位，它对迁徙自由的确认，是其稳固确立的表现。

通过宪法形式规定并保障迁徙自由，说明迁徙自由在西方发达国家已经成为国家和社会发展的必要前提，因此必须给予充分重视。迁徙自由在西方入宪，反映出迁徙在西方从个体生存的“偶然迁徙”变成社会发展需要的“必然迁徙”，表达了文明社会从封闭走向开放的内在要求，也符合人类社会全球一体化的发展趋势。这种趋势，也逐渐在当代中国产生了影响。

#### 四、迁徙自由在中国的法律化

在当代中国，迁徙自由法律化的必要性越来越显著。同时，迁徙自由又受到诸多限制，进而形成其法律化的中国限度。

##### （一）法律化的必要性

目前，在中国仍然没有在宪法和法律中正式确立迁徙自由。但因为市场化的同质类似，中国已经产生了将迁徙自由法律化的必要性。这一现实必要性，源于市场机制对计划经济体制的制度替代。改革开放之前，计划经济在中国居于绝对统治地位。计划经济以行政指令性计划作为经济发展的基本推动力，实

<sup>⑮</sup> 参见[荷]亨利·范·马尔赛文等《成文宪法的比较研究》，陈云生译，华夏出版社1987年版，第144页。



际上就是封闭型经济。在计划经济体制下，各经济单位埋头完成政府分配给自己的指标，而没必要对外产生密切的生产关联。由此，各单位之间缺乏人员的广泛流动，迁徙自由更不可能产生。

这种人员禁锢，在改革开放之后被逐渐打破。市场机制替代已经僵化的计划经济体制，促使经济因民间的推动而更具有发展的活力。也正因市场化取向持续，市场驱动机制，成为中国经济发展的主动力。经过 30 多年的发展，市场驱动经济的局面已经不可逆地形成。

因为市场驱动的普遍出现，劳动力市场在中国也广泛建立。劳动力的自由流动，成为中国经济发展的必然需要。与之相应，劳动力的迁徙自由，已经逐步成为中国市场化的必要前提之一。作为直接表现，上个世纪 80 年代以来越来越大的“民工潮”掀起一场自发的人口迁徙运动。与市场化同步，劳动力的各地迁徙已经成为中国社会的常态，表明中国已经随市场驱动而产生了大量的迁徙事实。随着劳动力在各个地域之间的不断流动，也出现了诸多问题，如农民工的户籍管辖问题，农民工子女的异地教育问题，农民工的社会保障问题等。甚至可以说，迁徙自由已经成为社会发展的基本问题之一，要求通过法律化途径予以解决。

西方国家迁徙自由入宪，对我国的立法有借鉴意义。因为市场化取向的常态化，处在世界发展体系范围内的中国，可以借鉴西方国家的相关规定来保障迁徙自由。集中到一点，就是通过明确的法律规范保障迁徙自由。如果法律不保障迁徙自由，劳动力不可能优质发展，社会中也不可能出现长期可持续发展的资源优化配置。在此，有必要梳理新中国建立以来迁徙自由的规则变迁状况。

新中国成立后，政府采取集中管制的方法恢复和发展经济，实行限制公民自由居住和迁徙的户口政策。但在法律上对公民的迁徙自由仍持肯定态度，如具有新中国临时宪法作用的《中国人民政治协商会议共同纲领》第 5 条规定：“中华人民共和国公民有思想、言论……迁徙、宗教信仰及示威游行的自由权。”作为共同纲领的基本规则成果的 1954 年《宪法》第 90 条也明文规定，中华人民共和国公民有居住和迁徙的自由。令人遗憾的是，这些法律规定并未被严格遵守，违宪的法律和政策屡屡出现。到了 1975 年，修订后的《宪法》干脆将 1954 年宪法中所确认的“公民有居住和迁徙的自由”的条款删去。此后的 1982 年《宪法》也没有迁徙自由的规定。

前文已述，通过宪法赋予广大民众以迁徙自由，能为其提供根本的规则保障。否则，即使有其他的法律法规甚至政策的存在，也因为位阶较低或随时可变而难以产生强力的规则效力。“宪法规范的特点在于高度的纲领性和概括性，代表的是民主政治的趋势。迁徙自由是公民不可剥夺的宪法权利，是现代社会公民追求幸福生活，实现人生价值的确认与保障”。<sup>①⑥</sup> 作为宪法总纲组成部分的迁徙自由一旦入宪，就可以有相关具体法律加以对应和保障。迁徙自由的实现固然是漫长的系统匹配，但通过宪法确认，能够催化有法律保障的迁徙自由。以前述现实为出发点可以认定，通过宪法保障民众的迁徙自由权，已经具有深厚的社会必要。所以，迁徙自由是否能够入宪，已经成为解决诸多关涉迁徙自由的社会问题的关键所在。

在宪法上确认迁徙自由权，也是我国发展市场经济、保障人权、深化改革及全面发展的时代要求。自改革开放以来，我国社会取得了长足的发展，从政治、经济、文化、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、城市物品获取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”的非个例出现预示着迁徙自由已经具有现实可能。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。总体来说，宪法恢复确认迁徙自由的条件已基本具备，实现迁徙自由的规则条件也逐渐成熟。

## （二）法律化的限度

如上所述，来自市场驱动的迁徙自由，经由宪法等法律的保护，是社会发展的必然需要。<sup>①⑦</sup> 社会关系发展的必要性造就法律化趋势，但趋势还有待实现。要想使迁徙自由真正入宪入法，迁徙动力必须规模化地持续而且深厚，这就要求催生迁徙动力的市场化能稳定持续。现实观之，因为中国市场化进程还在发展的关键时期，中国社会的发展机会显得不那么稳定。作为结果，中国的迁徙

<sup>①⑥</sup> 奚坚平 《论迁徙自由》，安徽大学博士论文，2004年，第33-34页。

<sup>①⑦</sup> 对当代中国来说，目前的迁徙自由，在一定意义上还是多少有些畸形的迁徙自由。畸形的迁徙自由，需要法律化保护，但是又必须区别对待，实行迁徙差别化对待。实质而言，只有在社会（区域）再平衡之后，才能真正实现迁徙人权普遍化。这种畸形自由与权力体制有很大关系。既有体制在运转过程中，制造了很多障碍迁徙自由的制度障碍，如对资源的不公平的偏向性虹吸，以快速发展某些特定区域，进而需要展示制度优越性示范。其结果，就是出现从农村到城市的上行迁徙，并未出现从城市到农村的下行迁徙，以实现自由的上下对流型迁徙。这样的迁徙自由是单向度的，不是真正的自由迁徙。前已述及，只有根据职业需要和获利需要，而实现的双向对流性的迁徙，才是真正的迁徙自由。

自由也相应就显得不成熟。由此形成的人员流动，还并非深度的必然迁徙。目前中国的迁徙自由受到诸多条件制约。比如（1）地区肥力的差别化，形成既有吸引力为基础的马太效应。甚至有的地方利用各种既定优势，对周边资源形成强大的虹吸效应，<sup>⑬</sup>如北京、上海等大城市。（2）农民对土地依然有深度的依赖，这表明其迁徙仍然不彻底，其迁徙自由的基础仍然薄弱。（3）就业机会不平等性。因为地域差别和已经具备的条件，就业机会等差化的事实，让各地的就业迁徙趋于畸形。这三个方面结合在一起，共同制约着迁徙自由的普遍形成。

这种不成熟主要表现为普遍的迁徙动力并未持续化。中国目前城市的迁徙载荷仍显得不够，因而迁徙自由远未形成。就前者而言，那些能够融入迁徙目的地的生活结构，实现自我良性循环，进而获得普通生活的迁徙，是有效迁徙。否则，即使因为职业利益而勉强居住在城市之中，也很难拥有较高的生活水平。有效迁徙的获得，实际上也是经济发展的要求使然。如果城市经济发展无法提供持续的就业机会，难以给相关人员提供长久的居住需求和生存保障，就无法保证其迁徙有效。一般来说，自然诱致型迁徙是基于社会发展的常态需要而产生。以自然的常态需要为基础的迁徙，社会发展需要达到什么程度，就迁徙到什么程度，有效迁徙不是难事。

因为市场化有限，我国现在进行的各种大型基础建设，显然在社会经济建设中占据重要地位。工程固然需要很多人在一定时段集中起来劳作，但这些工程项目并非长期可持续的。一旦完工就很难再为相关劳动者提供后续的必要就业机会。从更大意义上说，他们中的很多人实际上就是参与城市建设的临时工。政府利用投资项目催生的迁徙，是因为职业变化形成的流动，往往具有短暂性，因而还不是真正的有效迁徙。从这个意义上，中国农民向城市的迁徙，在很大意义上仅是一时的职业流动，而不能称为普遍的有效迁徙。在考虑迁徙自由的实现程度时，不能把这些泡沫部分考虑在内。

此外，我国相当大一部分人是不流动的固化居留者。因为市场化不足，公务员、事业单位人员和国有企业职工基本上不流动。也就是说，在中国目前的社会结构中，关键领域中相当数量的人没有迁徙动力。这样，没有持续的就业机会、关键人群不流动，中国被市场驱动的迁徙动力仍然不足。

<sup>⑬</sup> 特别是对于大城市来说，更是如此。大城市往往在医疗卫生、教育资源、物质资源和各种机会群上更具有优势，进而产生深厚的资源吸引，即前文所述的“肥地吸引力”。

不仅如此，中国当下迁徙自由仍然缺乏足够的迁徙能力。要想完成真正的迁徙，需要相关资源、设施的配套才能实现，即实现可支付的迁徙。没有足够的资源支持，所谓的迁徙自由也不可能实现。低质量的迁徙自由，所造成的社会问题将层出不穷。这就涉及前文所阐述的迁徙能力，即社会提供的迁徙容纳能力。客观而言，任何城市都有它的载荷。超过载荷的人口迁入，就像车辆超载容易出事故一样，必然导致城市的各种不适应，进而整体上降低城市化的质量。就目前来说，虽然经历了多年的快速发展，但城市仍然普遍难以支付迁徙自由后所增加的庞大公共开支。

在具备大规模迁徙条件之前，强行推动迁徙自由，首当其冲的会造成城市优质资源的浪费。目前，大量进城人员集中进入市场化程度较高的城市，力图享受这些城市的优质资源。这在客观上也说明中国城市化不足，即优质资源过少而且大多集中在大城市之中。因为发展有限，我国的优质资源并没有在全国普遍地产生，没有实现全国均质化一体共享。这是社会发展过程的问题，决非一时能够解决。如果完全放开迁徙自由，就会导致城市既有优质资源的社会拉平，这样不仅不利于集中优质资源造就优秀人才，反而会造成共同贫困，社会后续发展受限，社会问题层出不穷。

强制实行迁徙自由，不仅会造成诸多城市问题，还将在落后地区造成基于迁徙自由的“迁徙掏空”现象，导致社会中越来越大的两极分化。在地区发展不均衡的前提下过度推进迁徙自由，必然使资源分配的两极分化，如落后地区基层优秀教师被挖空后的教育瘫痪。如果迁徙完全自由，落后地区的教育资源将迅速向中心城镇集中，最终将造成教育资源的两极分化。自由造成两极分化的逻辑，还将在其他相关方面表现出来。而社会一旦出现两极分化的社会断裂，将危及整个社会稳定。所以，只有在全国各地大致同质的基础上，实行迁徙自由才最为公平也最为稳妥。这样的问题，也表明我国目前还不具备迁徙自由的社会条件，社会迁徙能力仍然不足。

总之，迁徙自由在我国显然已经有法律化的必要性，但尚未有完全成熟的社会条件。我国目前还没有形成普遍的“必然迁徙”，普遍的“偶然迁徙”还处于主导地位。在这个时候，通过宪法规定和保障迁徙自由，一定要有相应的规则限度。

### （三）法律化的具体考量

据以上分析，中国迁徙自由法律化的最适当现实目标，应是“有限制的迁

徙自由”。应该遵循“原则规定，具体对待，立足长久，兼顾暂时”的基本原则，即原则上认可迁徙自由，根据具体情况区别化对待，规定应重点保障可持续的有效迁徙，兼顾暂时的人口流动，对迁徙度不同的人群进行各异的对应性规则保护。

对当代中国来说，用宪法确定迁徙自由是必要的。有了宪法的顶层保障，法律体系就更容易加以具体保障。而这种体现也是宪法效力的逻辑化延伸。在迁徙自由法律化的过程中，要密切注意法律匹配，即各个法律规则之间要实现高效的叠加匹配。这一点，对法律规则成熟度不高的当代中国来说，尤其重要。

具体而言，因为当代中国各个区域发展很不平衡，为迁徙自由提供的场域也相应不同。这样，应通过法律设定符合各个城市资源可支付限度内的门槛，重点保护进入门槛内的可融入迁徙人员。对门槛外的迁徙者，也要保障其基本权利，并尽可能为这部分人群提供各种保护和社会服务。这样规定，是我国现代化尚未完成、社会转型尚未完成的表达，基本上能满足中国社会迁徙的需要。例如，根据2012年《国务院办公厅转发教育部等部门关于做好进城务工人员随迁子女接受义务教育后在当地参加升学考试工作意见的通知》，要求各地“因地制宜”，根据城市功能定位、产业结构布局和城市资源承载能力，根据进城务工人员在当地的合法稳定职业、合法稳定住所（含租赁），按照国家规定参加社会保险年限，以及随迁子女在当地连续就学年限等情况，制定具体办法，便是考虑到了这个问题的复杂性，也不可避免地会设置准入的门槛。这其实也就是“原则支持，区别对待”。再如2012年9月6日，教育部部长袁贵仁披露了异地高考的三大准入条件：（1）家长：要在流入地有稳定的工作、稳定的住所、稳定的收入，并且缴纳各种保险，是这个地方的常住人口；（2）考生：随迁子女在流入地上多少年学才能就地参加高考，由各地根据实际情况确定；（3）城市：要考虑城市发展需不需要这个行业、这个群体，制订“异地高考”方案要考虑城市的发展规模和承载能力。从教育部长的表态中，显然能够分析出与迁徙容纳能力相匹配的迁徙融入，这也构成对迁徙自由的约束理性。由此，迁徙自由的有限法律化具有了现实的佐证。

## 五、结语

本文以迁徙自由作为研究对象，以迁徙动力和迁徙能力这两个核心范畴作为主线，对迁徙自由的词义、基本属性进行了考察，并在此基础上对迁徙

自由在西方的法律化进行了分析。以此作为比较，中国当下已经形成了迁徙自由的趋势，因此有入宪入法的必要；但因为中国市场化不足，还缺乏可持续的迁徙动力与迁徙能力，因此，法律化的迁徙自由，又必然要受到各种条件的限制。

迁徙自由在中国的实现需要现有体制的平稳转型，建立一体联动下的迁徙差别化管控，这样才能真正在法律上确立。大致而言，在自然区域机会和职业领域机会大致均衡前提下的迁徙，才是真正的迁徙自由。因为当代中国的发展不均衡是一个常态，客观上就要求根据城市容纳能力决定迁徙的自由度，按照迁徙自由的可行性，确立法律权利，使让迁徙权得以具体实现。

---

**Abstract:** The freedom of movement is the people's natural rights, which is limited in the social structure and should be recognized and regulated into law. In addition to the migration of power, the ability to achieve freedom of movement is crucial. In modern times, the flow of capital chasing profits requires freedom of movement, which becomes the common pursuit of Western society. Similar to Western countries, through the introduction of market mechanisms, China has formed a general migration realities which require the adoption of free movement into law. But market-oriented trend is not really effective to form the universal freedom of movement. General temporary liquidity to cities and the continual acceptance of the migratory population, which are combined the formation of a "limited migration", became the basic limits of freedom of movement into the constitution.

---

(责任编辑 朱力宇)