

民法的传统
与现代

乞讨的 法学思考

杨雅华 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

福建省社会科学基金项目（编号2008B017）

民法的传统与现代

乞讨的 法学思考

杨雅华 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

乞讨的法学思考:以流浪乞讨的救助与规制为中心 /
杨雅华著. —北京:法律出版社, 2012. 9

(民法的传统与现代)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 3778 - 3

I. ①乞… II. ①杨… III. ①社会救济—行政管理—
法规—研究—中国 IV. ①D922.182.3

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 172602 号

乞讨的法学思考

——以流浪乞讨的救助与规制为中心

杨雅华 著

责任编辑 刘彦洋

装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2012 年 9 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 12.25 字数 296 千

印次 2012 年 9 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 3778 - 3

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

在人类历史上,流浪乞讨现象由来已久,甚至可以说是与文明历史的进程相伴随。按照马克思主义的观点,流浪乞讨的根本原因在于社会经济生活的贫困。新中国成立之前,流浪乞讨在神州大地随处可见,触目惊心;新中国成立后,流浪乞讨大为减少,但也时有所见。改革开放以来,随着我国经济的快速发展和人民生活水平的不断提高以及社会管理的逐步改善,流浪乞讨在很多地方已淡出人们的视野,但并未就此绝迹。值得注意的是,在市场经济的大潮中,流浪乞讨采取了不同以往的表现方式,如乞讨人员的职业化,乞讨手段的多样化等。流浪乞讨的存在无疑对社会的稳定构成了一定的威胁,并且有损城市的文明形象。于是,有的城市就通过设立“禁讨区”来加以应对。在新媒体高度发达的今天,这很自然就成为社会关注和热议的话题,人们不禁要问:流浪乞讨人员究竟有无行乞权?如何看待当代流浪乞讨人员,他们是真正的贫困群体还是职业乞丐?“禁讨区”的设立是否合法?等等。对这些问题的回答和解决不仅仅在于唤起社会对弱势群体权利的重视、推动社会救助

管理制度的修订和完善,而且还涉及如何贯彻党中央提出的核心为“以人为本”的科学发展观和如何正确理解、维护我国宪法中载明的“国家尊重和保障人权”的规定这些深层次的理论问题。杨雅华博士的新著从法学角度对流浪乞讨进行了系统而深入的研究,不仅在实践上具有重要的应用价值,而且在理论上也具有重要的学术价值。

纵观本书,我以为具有以下三个鲜明的特点:

第一,内容系统,结构严谨。该书分析探讨了流浪乞讨行为的分类、乞讨现象产生的原因、乞讨行为的法律定性、我国对流浪乞讨救助与规制制度的历史演变、以英国、美国为代表的发达国家和以印度、巴西为代表的发展中国家治理与救助流浪乞讨的实际经验及对我国的有益启示;深入分析我国现行流浪乞讨人员救助制度的成效和不足,进而提出完善现行流浪乞讨人员救助制度的对策建议。全书涉及多方面的问题,如历史和现实、国内和国外、理论和实践等,但环环相扣,浑然一体,有很强的逻辑性。

第二,见解独到,有创新性。作者在研究流浪乞讨的过程中,参阅了大量的国内外有关文献资料,在比较分析前人研究成果的基础上,提出了一系列新颖的见解:一是对乞讨的法律定性的探讨,认为乞讨是一种行为选择的自由,而非法定的权利;但与乞讨行为相关的乞讨者的人身自由权、表达自由权和获得物质帮助权等诸项权利,则应受到法律的保护。二是对流浪乞讨人员的救助应与适当的控制与管理相结合,既要保障这部分人的人权,也要维护社会秩序不受破坏和公共利益不受损害,不能有所偏颇;三是通过总结国外国内流浪乞讨救助与管理的经验,对当前我国如何完善这些制度提出了有理论依据和和操作性的具体建设方案,即建立和完善以法治为基础,以保障人权为宗旨,集生存救助与发展救助、多层级救助与多样化管理形式于一体的、具有综合性特征的流浪乞讨救助与规制的有机复合制度。以上这些真知灼见确实

难能可贵。

第三,论证充分,方法辩证。马克思说过,科学研究的重要前提是要充分地占有各种材料,分析它的各种发展形式,并探寻这些形式的内在联系。该书收集了古今中外大量有关流浪乞讨的大量材料,在论述过程中,旁征博引,并且从法理学、宪法学、法社会学以及历史学、文化学、管理学等多学科的视角,对流浪乞讨进行了全方位的探讨。作者能娴熟地运用马克思主义的唯物辩证法,出色地分析和处理史与论、多与一、现象与本质、原因与结果、形式与内容、普遍与特殊、理论与实践诸对矛盾的辩证关系。值得一提的是,作者不仅仅是一名法学理论工作者,而且还兼任福建省福州市人大法制委员会委员多年,这对开展乞讨问题的社会调查,了解相关立法和执法的运作,提供了很好的条件。该书具有很强的理论说服力和对策建议的可操作性,不流于一般的空泛论证,其源盖因出于此。

我认识杨雅华博士已有二十多年。我们曾在大学的一个系共事过。上个世纪八十年代末,她考取了我的哲学硕士研究生,苦读三年,打下了扎实的哲学基础。后来她在大学从事法学的教学与研究工作。2004年以我为学术带头人的马克思主义理论与思想政治教育博士点开设“马克思主义法学的理论与实践”研究方向,与国内著名大学的马克思主义法学专家合作,八年来培养了一大批优秀的马克思主义法学博士。杨雅华经过努力,实现了读博的愿望,我也成为她的指导老师之一(另一位指导教师是我国著名的法学家、中国法学会宪法学研究会副会长、清华大学法学院林来梵教授,他指导工作之认真、具体要求之严格,令人赞叹)。杨雅华的博士论文经过校外多名专家盲审,均给予高度评价;博士论文答辩委员会的各位专家也一致予以充分肯定,认为这是一篇优秀的博士论文。现在出版的这部著作就是在博士论文的基础上修改充实而成的,我在祝贺的同时,也感到欣慰!

诚如作者所言,在当代中国,由于社会转型的阵痛、贫富差别的存在以及社会保障制度的缺失决定了流浪乞讨现象一时还难以杜绝。这就使相关研究不可避免地带有一定的局限性和时效性。希望作者以新著的出版为契机,继续努力,不断探索,为弱者积极呼吁,为法律添砖加瓦,为社会的安宁和健康发展进一步做出自己的贡献。

是为序。

李建平

2012年9月27日

(李建平,福建师范大学原校长、教授、博士生导师、福建省优秀专家,享受国务院特殊津贴专家、国家有突出贡献专家,兼任福建省社会科学界联合会副主席、福建省科学技术协会副主席。)

目 录

导 论 001

一、问题的缘起 001

二、研究的现状 002

三、研究的意义 007

四、研究方法 008

五、思路与框架 010

第一章 乞讨：法学上的检视 015

第一节 乞讨行为概述 016

一、乞讨的词源及释义 016

二、流浪、乞讨、流浪乞讨相关概念之辨析 017

三、乞讨的方式及乞讨行为的分类 020

四、当代乞讨现象的生成原因 025

第二节 乞讨的法律性质：“自由”与“权利” 之辩 038

一、关于“自由”与“权利”的关系 038

二、乞讨权利说与乞讨自由说的不同见解 042

三、乞讨权的理论证伪 046

四、乞讨行为自由说之分析 059

本章小结 065

第二章 思想探源:流浪乞讨人员救助制度的宪法基础 067

第一节 立宪主义思想对流浪乞讨救助制度的意义 067

一、立宪主义思想与制度的基本理念 067

二、立宪主义思想对流浪乞讨救助制度的影响 073

第二节 宪政国家思想对流浪乞讨人员救助的影响 082

一、近代以来国家责任观之历史流变 082

二、国家责任观的变化在流浪乞讨救助主体变迁中的体现 089

三、流浪乞讨救助中的国家责任 095

第三节 宪政视角下的流浪乞讨人员人格尊严保障 102

一、人格尊严释义 102

二、人格尊严之宪法保障 107

三、流浪乞讨人员的人格尊严保障 110

第四节 我国宪法中有关流浪乞讨人员救助的规范依据 117

一、宪法基本国策的相关规定 117

二、宪法关于获得物质帮助权的具体规定 121

三、获得物质帮助权宪法保障的现实路径 130

本章小结 133

第三章 在救助与管制之间:我国应对流浪乞讨的制度 135

第一节 流浪乞讨救助与管理制度之沿革 135

一、先秦至清末时期流浪乞讨的救助与管理 135

二、民国时期的贫乞救助与管理 142

三、新中国时期的乞丐救助与管理 148

第二节 现行流浪乞讨救助制度变迁之价值分析 153

一、从“收容遣送制度”到“救助管理制度”:以孙志刚案为拐点 153

二、从“政府管制”到“社会救助”变化的价值意蕴 158

三、社会控制与个人自由相平衡的维度 167

第三节 流浪乞讨规制制度的相关设计及运行之规范分析 178

一、有关禁讨区设立的争议 178

二、限制乞讨的理由与正当性 181

三、地方政府限制乞讨行为的边界 192

本章小结 198

第四章 他山之石：国外关于救助与规制流浪乞讨的制度 200

第一节 发达国家关于流浪乞讨的救助与规制制度 201

一、英国救助与规制流浪乞讨的制度 201

二、美国救助与规制流浪乞讨的制度 212

第二节 发展中国家关于救助与规制流浪乞讨的制度 227

一、印度救助与规制流浪乞讨的制度 227

二、巴西救助与规制流浪乞讨的制度 232

第三节 国外关于流浪乞讨的救助与规制制度的比较 236

一、发达国家与发展中国家流浪乞讨救助与规制制度的异同点 236

二、国外流浪乞讨的救助与规制制度对我国的启示 241

本章小结 244

第五章 制度改良的构想：流浪乞讨救助与规制的有机复合机制 246

第一节 我国现行的流浪乞讨人员救助管理制度运行绩效

评价 248

一、流浪乞讨救助管理制度实施的社会成效 248

二、救助管理制度实施的法律绩效 256

三、流浪乞讨人员救助管理工作中存在的问题 258

第二节 流浪乞讨人员救助制度的合理定位 263

一、流浪乞讨救助制度基本内涵的定位 264

二、流浪乞讨救助对象的定位	266
三、流浪乞讨救助形式的定位	270
四、流浪乞讨救助责任的定位	276
第三节 非固有意义乞讨行为的规制	305
一、非固有意义乞讨行为的界定标准	306
二、国外对乞讨行为的规制措施	308
三、非固有意义乞讨行为管理的立法构想	314
四、乞讨行为分类型管理之举措	326
本章小结	335
 结语	 337
 附录 1	 341
 附录 2	 344
 附录 3	 349
 附录 4	 355
 附录 5	 357
 参考文献	 362
 后记	 379

导 论

一、问题的缘起

流浪乞讨现象由来已久。从西方文献和我国诸多古籍的描述中,可以看出,早在文明社会产生之初就有乞丐们的身影了。^① 纵观历史,社会贫困乃是长期笼罩在人类社会的一层阴霾,天灾人祸与社会结构性的贫困繁衍了代代不绝的流民,而流民又成为流浪乞讨队伍的重要后备力量,因而,流浪乞讨现象与文明历史进程始终相伴相随。

严重的流浪乞讨现象终究对社会的稳定构成了威胁,解决流浪乞讨问题也因之成为文明社会不可忽视的问题。中世纪晚期,英国最早探索了以立法的模式管制和救济贫民及乞讨者,并影响了世界各国社会救济的思想和实践。随后的几个世纪里,英美等发达国家对流浪乞讨者的社会救助与管理在不断的摸索

^① 就西方文献而言,著名的荷马史诗,已有关于乞丐的描述,在《奥德赛》第17卷“奥德修斯求乞家宅探察行恶人”中生动地描写了一位行乞者的生活状况,刻画了人们对乞丐的憎恶、唾弃之情。在我国,《左传》、《国语》、《战国策》、《史记》、《吴越春秋》等文献典籍,也都有关于乞丐活动的记载。

中前行。

当下中国,社会转型的阵痛、贫富差别的存在以及社会保障制度的不完善决定了流浪乞讨现象一时难以杜绝。面对流浪乞讨人员这一个特殊的社会群体,政府出台了一系列的积极的救助管理政策和制度,从《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》(以下简称《收容遣送办法》)到《城市生活无着的流浪乞讨人员救助管理办法》(以下简称《救助管理办法》),从对流浪乞讨人员的人身自由的限制和社会控制转向人性化的社会救助。毋庸置疑,《救助管理办法》的制定和实施,是“以人为本”思想的贯彻落实,但是通过一段时间的运行,却遇到了“管理缺位”的问题。

如果说《收容遣送办法》的主要功能旨在维护社会秩序与城市观瞻,忽略了对流浪乞讨人员的社会救助,出现管理过头现象,侵害了公民权利的话,那么,《救助管理办法》又走向了矫枉过正的极端。对生活遇到困难流浪乞讨人员进行应急性的社会救助是《救助管理办法》的应有之义,但是对流浪乞讨人员的行乞行为缺乏约束和管理,致使城市流浪乞讨人员有增无减。而充斥城市街头的形形色色的乞讨人员、五花八门的乞讨伎俩,对城市形象的负面影响、对公共利益的损害等,迫使各个地方政府纷纷设立“禁讨区”来应对和治理流浪乞讨的乱象。一时,流浪乞讨现象引起了社会各个方面的关注和热议,流浪乞讨人员有无“行乞权”?如何看待当代流浪乞讨人员,他们是真正的贫困群体还是职业乞丐?“禁讨区”的设立是否合法?等等,这些成为人们的热门话题,且有方兴未艾之势,这也促使本书从法学的视角去全面和深入地研究流浪乞讨救助管理的一些理论和实践问题。

二、研究的现状

流浪乞讨不是中国所特有的现象。在近代,伴随着工业化的进程,

欧美国家均出现过严重的流民和无家可归问题。流浪乞讨现象引起了西方学者的广泛关注和研究热情。庞德的《都铎时期英格兰的贫困流浪问题》是我们了解英国近代社会变迁与流浪现象的关系、流浪者的划分、贫民救济立法和流浪者的管制等问题的力作。法国著名历史学家若兹·库贝洛所著的《流浪的历史》则为我们全方位地展示了法国自中世纪开始至20世纪期间社会对流浪者态度的变化以及流浪者从被残酷的压制到获得救助的发展历程。

现代西方国家对流浪乞讨人员基本以“无家可归者”指称。进入20世纪,西方国家的无家可归现象并没有得到有效的缓解,只是随着经济发展的起伏而波动。鉴于无家可归问题被认为与社会因素的关联性更大,本着社会应承担起更大的责任的意识,许多学者对无家可归者问题的研究基本上是以对其的救助工作为主轴来展开,在对无家可归者调查的基础上去探讨针对流浪者的一系列援助计划,如就业援助计划、教育计划和培训计划、房屋支持计划和吸毒矫治计划等,这些研究成果为政府的救助政策提供了有益的参考和借鉴。

流浪乞讨者作为一个社会群体,自古以来,我国的文献也多有述及,而作为学术研究逐渐深入的当推明清以后。如清人徐珂的《清稗类钞·乞丐类》,20世纪初上海沪江大学社会学系吴元淑、蒋思壹的《上海七百个乞丐的社会调查》等,是当时引人瞩目的研究成果。

新中国成立的60年间,出现了两次流浪乞讨的高峰期,一次是20世纪60年代初的三年自然灾害时期,农民大量外流;另一次是20世纪80年代改革开放后的一段时间里,伴随着农民由乡村向城市流动过程而产生的大量流动人口及由此衍生的乞讨行为。^①特别是近些年来规模和程度均呈增长态势的职业乞讨行为及其对社会和谐的影响,促使

^① 王保庆:《中国乞丐调查》,人民出版社2008年版,第7页。

很多学者开始从多视角去关注流浪乞讨问题,并出现了不少有价值的研究成果。与时代的发展和政策的变化相适应,这些研究大体可分为几个阶段:

第一阶段,从历史学、民俗学、文化学的角度对流浪乞讨群体的研究。

20世纪90年代,面对社会日益增多的流浪乞讨者,学界开始出现了研究乞讨者的热潮。有代表性的著作,如曲彦彬的《乞丐史》、王光照的《中国古代乞丐风俗》、刘汉太的《中国乞丐群落》,21世纪初则有周德均的《乞丐的历史》、占才强等的《卧底当代丐帮》等。这些研究成果注重史论结合,特别着重于考察乞丐产生的社会文化根源、乞丐的众生相、乞丐文化与国民性以及丐帮群体的组织形式和行为特征等,以期揭示流浪乞讨群体的生活全貌。但略有不足的是对历代乞丐的生活方式考证的多,对现代乞丐生存状态描述的多,而从社会制度的层面去探究的则略显苍白。

第二阶段,侧重流浪乞讨人员的救助和权利问题的理论研究。

随着2003年孙志刚案件的发生,《救助管理办法》的出台以及2004年“国家保障人权”写入我国的宪法,流浪乞讨人员的权利和救助受到了应有的关注。有关的研讨会相继登场,如2004年9月,民政部召开了全国流浪乞讨人员救助管理工作研讨会,2004年12月19日,中国人民大学社会保障青年学社主办“关注城市流浪乞讨人员”学术讨论会等,此间学界研究的焦点多集中于是否存在“乞讨权”、“禁讨区”的合理性与合法性、如何平衡个人自由与社会秩序的冲突、流浪乞讨救助制度的得与失等的问题上,并对流浪乞讨救助制度的责任区分、救助制度的完善提出建议。这一时期学界从法学的视角进行多层面的研究,展示了法学研究的适应性和实践性。

其一,基本概念、基本问题的研究。如关于乞讨行为是权利还是自

由的争执上,徐友渔提出乞讨是人的权利无须法律来证明,^①郑春燕则认为乞讨是一种自由,而非权利。^②肖艳辉、王保庆则详尽地分析了乞讨不是人权或权利,而是一种“自然自由”和实现“救济权”的手段。^③张千帆在“实现自由与秩序的平衡——流浪乞讨的宪法学分析”一文中,认为中国宪法虽然没有特别提到乞讨或露宿的自由,但规定了和这类问题相关的公民基本权利。

其二,制度的规范和价值理念的研究。秦前红等从由“遣送”到“救助”的法理变化角度阐述了救助工作的法律依据。^④刘岩、刘威则从价值理念的角度分析收容遣送制度和救助管理制度的价值变迁以及失衡问题,提出要立足于中国的现实,实现权威主义工具性目标和自由主义价值性目标的相互平衡。^⑤

其三,地方政府规章的合宪性与合法性的研究。如关于“禁讨区”问题,在“禁讨区”的设立上,有两种观点始终针锋相对。有学者认为“禁讨区”是对公民自由的侵犯,严重违背法治基本精神,“禁讨区是政府任意扩大权力的行为,没有法律依据。”^⑥设立“禁讨区”非良策,“它不能使文明乞讨者的权利得到保障,并且有悖公平理念,‘禁讨区’无限扩大,将恶化乞讨者的生存环境,严重损害乞讨者的利益。”^⑦而一些学者却认为限制乞丐在当代西方是一项明确的法律制度,符合当代

① 徐友渔:“乞讨权利无须法律来证明”,载《新京报》2003年12月29日。

② 郑春燕:“‘乞讨权’存在吗?”,载《法制日报》2004年3月18日。

③ 肖艳辉、王保庆:“‘乞讨权’的法理分析——从人权和自由的角度”,载《湖南师范大学社会科学学报》2005年第1期。

④ 秦前红、宦吉娥:“从收容遣送到社会救助制度变迁的法理学分析”,载《武汉大学学报》(哲学社会科学版)2005年第1期。

⑤ 刘岩、刘威:“从‘管制’、‘救助’到‘平衡’”,载《理论与现代化》2006年第1期。

⑥ “面对流浪乞讨,法律能做什么?”,载《检察日报》2004年2月26日。

⑦ 刘心宇:“‘禁讨区’的合理性思考”,载《江西科技师范学院学报》2007年第3期。

世界人权公约的基本原理。^①

总之,这一阶段学术界对流浪乞讨问题的研究呈现了内容多样化的态势,对流浪乞讨的研究从乞讨行为的属性、行为的限制、制度的价值取向方面都有所涉及。但是,总体而言,研究还不够深入,表现在许多观点上缺乏有力度和精细的论证。学者的研究还仅仅限于学术论文的层面,而且高质量的论文并不多,同样的观点被反复的说来说去,看似热闹,实无多少可回味之余韵。

第三阶段,注重实证分析的研究,并提出系统性的建议。

这一阶段的研究特点更多的是以实地调查的方式,对流浪乞讨者的来源地、救助对象的家庭状况、乞讨的原因、接受救助的意愿以及救助管理工作等问题进行调查分析,如李迎生主持的课题对北京市的流浪乞讨人员的现状、成因及救助管理制度的运行情况进行了比较全面的调查,分析了救助管理制度的合理性,也揭示该制度运行中存在的困难与问题,并提出了改革完善这一制度的一些具体意见。将实证分析与理论研究结合,比较系统地去探讨流浪乞讨救助问题的是陈微的《当代中国流浪乞讨救助制度研究》一书,该书结合个案资料,从历史层面、政策层面、制度层面对当代流浪乞讨救助制度进行理论分析,有一定的深度。此外,王保庆的《中国乞丐调查——我国城乡乞讨群体现状与对策研究》对当前我国城区的乞讨现象所进行的分析和研究也富有启发性。

从以上研究现状的简要描述中我们可以看出,流浪乞讨是多学科交叉研究的问题,且从历史学、文化学、社会学、管理学、政策学层面的研究已有不少有价值的成果问世。但是从法理学的角度、宪法学的角

① 郝铁川:“限制乞丐符合当代世界人权公约的基本原理”,载《文汇报》2004年2月27日。