

|部|门|宪|法|学|系|列|丛|书|

周刚志
钱宁峰 著
管 华

弱势群体宪法权利研究

ON CONSTITUTIONAL RIGHTS OF THE
VULNERABLE GROUPS

在“逆经济全球化趋势”下的当今时代，对于中国社会弱势群体宪法权利的保护等问题，我们固然可以借鉴欧美宪法释义学上有关原理型构出弱势群体宪法权利救济的诸种法律机制，却更需要借重中国传统的伦理文化资源，从尊重社会弱势群体的宪法和法律人格尊严及地位之视角，建立中国社会弱势群体宪法权利多元保护的实施机制，以有效回应其中存在的种种社会问题及社会争议。



中国政法大学出版社

|部|门|宪|法|学|系|列|丛|书|

弱势群体宪法权利研究

ON CONSTITUTIONAL RIGHTS OF THE
VULNERABLE GROUPS

周刚志 钱宁峰 管 华◎著



中国政法大学出版社

2017·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

弱势群体宪法权利研究/周刚志, 钱宁峰, 管华著. —北京: 中国政法大学出版社, 2017. 4
ISBN 978-7-5620-7481-6

I. ①弱… II. ①周…②钱…③管… III. ①弱势群体—权利—保护—宪法—研究—中国
IV. ①D921.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第093018号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话	010-58908586(编辑部) 58908334(邮购部)
编辑邮箱	zhengfadch@126.com
承 印	保定市中画美凯印刷有限公司
开 本	720mm×960mm 1/16
印 张	15.5
字 数	250 千字
版 次	2017 年 4 月第 1 版
印 次	2017 年 4 月第 1 次印刷
定 价	46.00 元

“部门宪法学系列丛书”学术委员会

学术委员会总顾问：李 龙

学术委员会主任：韩大元 朱福惠

学术委员会委员：（排名以姓氏笔画为参照）

王 磊 邓世豹 刘茂林 刘剑文

张千帆 吴家清 肖北庚 杜承铭

周叶中 林来梵 胡锦涛 莫纪宏

秦前红 焦洪昌 葛克昌 廖益新

漆多俊 肖金明

总主编：周刚志 刘连泰 王 锴

作者简介

周刚志，男，1977年2月出生，法学博士，法学博士后，中南大学法学院教授、博士生导师，财政宪法研究中心主任，中南大学中国文化法研究中心执行主任，校学术委员会委员，文化部文化产业专家委员会委员，美国东北大学人社科学院、刑事司法学院访问学者；中国宪法学研究会常务理事、中国财税法学研究会理事、湖南省宪法学研究会副会长，湖南省财税法学研究会副会长，长沙市法学会常务理事，2013年入选湖南省青年社会科学研究人才“百人工程”。

主要从事宪法、文化法、财税法的研究、教学工作，已在《法学评论》《法商研究》《税务研究》等刊物发表论文100多篇（其中CSSCI等核心刊物20多篇），主持国家社科基金重点项目“中国文化法律体系及其实施机制研究”（14AZD145）、国家社科基金艺术学重大项目“国家文化法制体系研究”（15ZD03），国家社科基金后期资助项目“财政转型的宪法原理”（11FFX031）、司法部项目“弱势群体宪法权利研究”（09SFB2016）等国家级、省部级项目8项，在北京大学出版社、法律出版社、厦门大学出版社、中国人民大学出版社出版个人专著4本，参编各类法学教材10多本。《公法学刊》主编（法律出版社出版），“部门宪法学系列丛书”总主编（中国政法大学出版社出版）。

钱宁峰，1975年生，江苏省常熟市人，法学博士，江苏省社会科学院法学研究所所长、研究员，主要从事宪法学与行政法学研究。现已在《法律科学》《中外法学》《法学》《法商研究》《政治与法律》等刊物上发表文章，出版专著《统治权类型：权力一元化法律文化观的宪法表达》和《行政组织法立法论研究》。

管华，1977年生，河南省光山县人，法学博士、教育学博士后，西北政法大学行政法学院教授、硕士生导师，人权研究院副院长，教育法治研究中心执行主任，校“党内法规研究”青年学术创新团队主持人。中国宪法学会理事，中国立法学会理事，《陕西学前教育条例》主持起草专家。在《教育研究》《高等教育研究》《法学评论》《中国教育法制评论》发表论文数十篇，专著《儿童权利研究——义务教育阶段儿童的权利与保障》（法律出版社2011年版）。

总 序

如果说法学是整个人文社会科学中的“工程学科”，那么宪法学则在这一学科中担负着“顶层设计”的重要使命。遗憾的是，受历史传统、思想观念等因素的影响，相对于民法学、刑法学等法学学科的蓬勃发展态势而言，中国宪法学虽然源远流长、意义深远，但其发展在当下中国社会却反而显得举步维艰。近几年，宪法学者在研究方法、研究进路及学术观点上展开学术争鸣，又显示出学者们对于宪法学之应用、发展前景的诸多分歧。值此之际，滥觞于德国的“部门宪法学”，作为对应于传统“国家（整体）宪法学”的一种宪法研究路径，具有以宪法规范整合部门法规范冲突、统辖部门法规范秩序的“务实性”学术品格，引起了包括台湾学者在内的众多中国宪法学者之强烈共鸣，相关成果不断涌现。周刚志教授和刘连泰教授都曾经在我的指导下完成博士学位论文，他们的研究领域及研究思路，均有效借鉴了域外“部门宪法学”的研究成果，同时又具有中国大陆宪法学自身的特色。他们组织部分中青年法学者撰写“部门宪法学系列丛书”，也得到了中国宪法学研究会会长韩大元教授、中国财税法研究会会长刘剑文教授、中国台湾地区著名公法学者葛克昌教授等许多法学家的支持和指导。在我看来，在学术研究思路及组织撰写著作的思路，这套丛书主要具有如下特点：

第一，强调宪法问题对于宪法学研究的学术导引功能。尽管学术研究具有一定的现实超越性品格，但是法律制度毕竟事关国计民生，容不得法学学者自顾在“象牙塔”内自说自话。故而，研究实际的宪法问题，尤其

2 弱势群体宪法权利研究

是实际的宪法事案中宪法规范的解释、适用甚至修改或制定等问题,乃是宪法学者义不容辞的学术职责。当然,如俗语所云:“内行看门道,外行看热闹”。宪法学者对于宪法事案之分析,须以严谨的学术体系为依托,以严格的学术规范为基础,而有别于普通民众或学者动辄轻言“违宪”、“修宪”甚至根本无视宪法规范之规制效力的观念。本套丛书名曰“部门宪法学系列丛书”,意在通过对于部门宪法领域实际问题的发掘和整理,导引出中国宪法学研究的主题,并以中国宪法规范为依据而展开其理论研究与原理阐释的体系。此种富有浓厚之本土关怀与时代特色的“宪法问题意识”,乃得成为本套丛书的首要特征。

第二,注重宪法规范对于部门法规范的实际整合效力。部门法释义学的发达乃是当代中国大陆地区法学之重要特色,其中以三大诉讼法为依托的部门法释义学(如民法学、刑法学和行政法学)之兴旺发达尤为典范。然则,实际案件之发生,并不以人为的部门法区隔为藩篱;故而,当一个现实案件涉及到多个部门法的交叉规制甚至规范冲突时,传统的部门法释义学当如何回应?在民主宪政已蔚为时代潮流之当今世界,宪法规范早已不仅仅是形式意义上的所谓“根本法”,它更是对于部门法秩序极具实际整合效力的“高级法”。本套丛书之设计,着眼于中国大陆地区固有的部门法体系,力图将部门法内部及部门法之间规范冲突、协调的传统释义学技术提升至宪法高度予以探讨,使其在宪法规范的统辖下得以整合,由此回应现实疑难案件中的规范效力冲突问题。此种富有明确之中国法学主体意识的宪法研究进路,正是本套丛书有别于域外部门宪法学研究的特色之所在。

第三,借重宪法方法对于宪法学发展的理论支持价值。方法论是一门学科的生命力之所在,宪法方法对于方兴未艾的中国宪法学而言尤为重要。当前中国宪法学者在宪法学发展路径上的主要分歧,主要是由宪法方法论之差异所致。其中,以概念演绎、形式推理为内在进路的规范解释方法与以功能分析、辩证推理为外在形式的社会分析方法共同构成宪法方法论上相互对峙的两大派别。本套丛书所倡导的部门宪法学研究,固然须以传统宪法释义学作为主要的研究方法,但是它在部门法规范的萃取、整

理、解释及体系化等方面却并不局限于既有概念之封闭体系内的单纯演绎，而是大胆地通过宪法文本上之基本国策条款等宪法规范将宪法释义学适当外接于经济学、政治学、伦理学等其他学科，使它们成为支持中国宪法释义学发展的理论支点。此种适度统合传统宪法释义学与其他人文社会科学，使中国宪法释义学深深扎根于中国社会科学群、牢固奠基基于中国社会实证资料的宪法方法，乃是本套丛书的研究方法之有别于全盘移植、单纯引介域外宪法教义学的宪法方法论之重要特征。

本套丛书的作者多为近年毕业的法学博士。作为一位已逾古稀之年的法学教授，我乐于看到中青年学者的迅速成长，也殷切期待本套丛书能够在学界同仁的帮助下取得丰硕成果。在本套丛书即将出版之际，我也非常乐意向学界同仁推荐这些青年作者，希望他们的努力能够得到更多的关注、指导和支持。

武汉大学资深教授 李龙

2012年2月1日



总 序	1
导 论 “弱势群体”宪法权利的文化基础	1
一、欧美“弱势群体”宪法权利之文化基础	1
二、中国“弱势群体”宪法权利之文化基础	5
三、“逆经济全球化”趋势下的弱势群体宪法权利	8
结 语	11

上 编

第一章 弱势群体宪法权利之释义	15
第一节 宪法权利的概念与性质	16
一、宪法权利之概念辨析	16
二、宪法权利之性质辨析	20
第二节 弱势群体的概念与类型	25
一、“弱势群体”之社会学内涵	25
二、弱势群体的宪法学内涵	26
三、弱势群体的宪法类型	31
第二章 弱势群体宪法权利之类型	35
第一节 宪法权利之类型及体系	36
一、伯林的自由类型理论与宪法权利类型学说之区别	37
二、耶利内克的公法地位论对宪法权利类型学说之影响	40

2 弱势群体宪法权利研究

第二节 弱势群体宪法权利的类型及体系	45
一、弱势群体宪法权利的基本体系：中国公民与国家间权利义务关系之规范基础	46
二、弱势群体宪法权利的法律保护：中国公民与国家间权利义务关系之法规分析	49
三、弱势群体宪法权利的制度保障：中国公民与国家间权利义务关系之经济分析	53
第三章 弱势群体宪法权利之保护	57
第一节 弱势群体宪法权利的范围与限制	58
一、弱势群体宪法权利的范围	58
二、弱势群体宪法权利的限制	61
三、弱势群体宪法权利的正当性	66
第二节 弱势群体宪法权利的制度保护	69
一、弱势群体宪法权利的行政保护	71
二、弱势群体宪法权利的司法保护	79
结 语	85

下 编

第四章 老年人的宪法权利及其保护	89
第一节 作为宪法权利主体的老年人	90
一、宪法上的“老年人”	90
二、宪法上的“老年人权利”	93
第二节 “人口老龄化”与老人宪法权利的制度保护	96
一、“人口老龄化”与老人宪法权利保护的困境	97
二、老年人宪法权利的制度保护	101

第五章 儿童的宪法权利及其保护	107
第一节 作为宪法权利主体的“儿童”	107
一、“儿童”年龄的法律界定	108
二、定义“儿童”的法理依据	111
三、我国“儿童”年龄上限的界定	113
第二节 儿童的特殊弱势与弱势儿童权利的保障	116
一、儿童的特殊弱势	117
二、弱势儿童的“权利贫困”	118
三、儿童权利的保障	123
结 语	129
第六章 妇女的宪法权利及其保护	131
第一节 作为宪法权利主体的“妇女”	132
一、妇女的界定	132
二、妇女在我国具有举足轻重的地位	133
三、妇女的弱势群体特征	135
四、妇女成为弱势群体的根源	136
第二节 妇女的宪法权利清单及其实施状况	138
一、妇女的政治权利	139
二、妇女的文化教育权益	141
三、妇女的劳动和社会保障权益	142
四、妇女的财产权益	145
五、妇女的人身权利	147
六、婚姻家庭权益	149
余 论	151
第三节 妇女宪法权利的制度保护	152
一、妇女宪法权利的立法保护	152
二、妇女宪法权利的行政保护	160

三、妇女宪法权利的司法保护	168
第七章 城市贫困人群的宪法权利及其保护	175
第一节 城市贫困人群的界定、现状和特征	177
一、城市贫困人群的界定	177
二、城市贫困人群的现状	179
三、城市贫困人群的特征	183
第二节 城市贫困人群的宪法权利分析	186
一、城市贫困人群的政治权利	186
二、城市贫困人群的经济权利	187
三、城市贫困人群的社会权利	188
四、城市贫困人群的文化权利	188
第三节 城市贫困人群的宪法权利的制度保护	189
一、城市贫困人群宪法权利的立法保护	189
二、城市贫困人群宪法权利的行政保护	197
三、城市贫困人群宪法权利的司法保护	207
第八章 农民的宪法权利及其保护	212
第一节 宪法上的“农民”概念及其宪法权利	213
一、新民主主义革命与社会主义革命的“农民”概念	214
二、中国现行宪法文本中的“农民”概念	219
三、中国宪法上“农民”权利的保护	223
第二节 农民工的宪法权利及其保护	227
一、立法滞后：中国立法中农民工宪法权利保护的漏洞	228
二、宪法失能：农民工宪法权利保护欠缺的制度根源	231
三、制度重构：农民工权利保护之宪法前瞻	232
后 记	236

导 论

“弱势群体”宪法权利的文化基础

当今时代,“弱势群体”与“人权”“宪法权利”中的任何一个概念,都可以成为社会各界广为关注的话题。但是,“弱势群体”作为“宪法权利主体”,却必须首先面对其理论证成上的难题:弱势群体在社会伦理规范上成为被同情、被救助的对象,原本无可厚非。但是,他们作为宪法权利主体,则意味着国家、政府以及其他人民需要承担起照护其生存状态的宪法和法律义务。此种宪法权利的法理基础何在?显然,在不同的文化背景之下,基于人性预设与国家预设的不同,答案亦会有所差异。这是我们在研究弱势群体宪法权利之时,首先要面对的一个预设性理论问题。

一、欧美“弱势群体”宪法权利之文化基础

如我国台湾地区宪法学者肖淑芬教授所言:“纵观世界各主要民主国家,对于宪法上基本权之保障,均有其核心概念与基础理论,如德国之人性尊严原理,以及美国天赋人权之理念,再由基本权保障之核心概念与理论,导出国民与国家、政府之关系,甚至影响该国宪法与国民对于民主概念的定义和认知,如德国之战门式民主。最后终而影响该国统治制度与法律之建立与废除。换言之,国家基本权保障之核心概念与理论,是建构国家

统治制度与理论的根本,也是吸纳外国基本权理论与立法例之基盘。”〔1〕宪法权利或者基本权利的核心及实质,涉及某一特定国家的核心政治价值理念,其深植于一国的文化传统之中,文化背景不同的其他国家往往难以对此做一劳永逸的宪法移植。不过,欧美国家的基本人权与宪法权利,其文化根基均是新教改革以后的基督教伦理,尤其是其中所蕴含的“人性尊严原理”。

第一,基于基督教伦理的“人性尊严”原则。在基督教的教义中,有两个至为关键的理念,此即:依据《圣经》“旧约(创世纪)”,“人是上帝按照自己形象创立的唯一物种”;依据《圣经》“新约”,“耶稣是上帝的独生子”。在这两个命题中,前者使人性因神性而获得尊严,后者使人性在上帝面前获得永恒的平等地位。欧美国家最早的人权与宪法权利观念,均源于此种宗教观念。尤其是欧洲近代宗教改革之后的新教理论,它在权利主体范围上具有显著的界别性。譬如,加尔文主义者所主张的“政治选举”,原本是新教教徒的选举——17世纪在美洲的马萨诸塞殖民地首先把选举权局限在完全具有教会成员资格的人中间,后来扩大到具有一定的财产资格的人身上。在新教改革的领袖加尔文看来:“当人民通过共同的同意来选择他们的牧者的时候,就是他们处境最好的时候……上帝不仅要把喘气的时间赐给他的教会,也会使他设立稳固的次序井然的政府,就是通过所有人的共同同意而设立的政府。”〔2〕由此而言,欧洲新教徒在北美大陆建立的这个新国家即美利坚合众国,虽然其再三标榜“人生而自由”,却在建国之后长期维持罪恶的黑奴制度,可能正是取决于此种权利主体观念。进而言之,凡是没有新教信仰的“人”,都不属于“作为权利主体的人”。因为,他并不具备“辨别善与恶的判断力的自由意志”——“要获得人权,人们必须被认为是作为能够行使独立的道德判断的个人;正如布莱克斯通所表述的,人权与‘被认为已经赋予了辨别善与恶的判断

〔1〕 萧淑芬:《基本权基础理论之继受与展望——台日比较》,元照出版公司2005年版,第45页。

〔2〕 转引自〔法〕约翰·加尔文著,王志勇译:《敬虔生活原理:〈基督教要义〉1536年版》,生活·读书·新知三联书店2012年版,第21页。

力的自由意志者’的个人是共存的”。^{〔1〕}实际上,此种权利主体需要承担道德义务或者宗教义务的观念,在法国大革命的进程中亦有所体现。1789年法国国民议会决《人权与公民权宣言》的过程中,即有代表提出同时通过《义务宣言》。沙特尔的主教吕贝萨克认为:“权利二字是一个谄媚人的名词,它在人心理上唤起的感想是自私和骄傲;这种自私和骄傲的心理只有义务观念可以纠正。”另外一位代表卡米斯主张将宣言的名称修改为《人民权利义务宣言》,根据这一提议起草的修正案以570票对433票被否决。^{〔2〕}《人权与公民权宣言》的诞生是一个伟大的历史事件,但其中的争议并未随着历史的发展而消逝。“人权”这个“伟大的名词”,在逻辑上蕴含了两个基本要义:其一,是“凡人都应该享有基本权利”;其二,是“凡人都应该享有平等的基本权利”。因此,人权保障与宪法权利保障事业的继续发展,必然需要将那些“尚不具备辨别善与恶的判断力”的“儿童”“精神病患者”等弱势群体,以及因收入能力、经济地位处于弱势地位而可能在判断能力上存在很大局限的“城乡贫民”等弱势群体,逐步纳入需要特别保护的宪法权利主体范围。这是“人权”及“宪法权利”发展的当然逻辑。

如张千帆教授所言:“撇开哲学论证不说,康德认为人是道德自主和自我立法的主体,是目的本身而非仅仅是手段,这个学说仍然是西方人格尊严理论中不可动摇的基石。事实上,尤其经过两次世界大战的浩劫之后,成千上万不同人种的基本人权和尊严遭到集权专制的无情践踏,康德哲学的魅力愈发彰显出来。为了永远防止纳粹导演的悲剧重演,联邦德国在战后宪政实践中吸收了康德哲学中的人格尊严理论。”^{〔3〕}在欧美哲学家中,康德的理性哲学理论,使“人性尊严原则”或“人格尊严原理”得以相对独立于传统的宗教伦理,成为一种相对自足的人性哲学。正是此种哲

〔1〕 [美] 林·亨特著,沈占春译:《人权的发明——一部历史》,商务印书馆2011年版,第13页。

〔2〕 王建学主编:《1789年人权与公民权宣言思想渊源之争》,法律出版社2013年版,第112页。

〔3〕 张千帆:《为了人的尊严——中国古典政治哲学批判与重构》,中国民主法制出版社2012年版,第21页。

学,构成了当代西方国家人权与宪法权利的理论基石。

第二,基于安全价值考量的“免于匮乏”自由。人权概念的提出与宪法权利保障体制的建构,在某种程度上助长了“从身份到契约”的市场化进程与社会转型过程,进而促进了某些国家的经济繁荣。但是,不论是人权、宪法权利还是市场经济,都未终结一国内部的社会矛盾与国家之间的利益冲突。相反,在市场经济覆盖至全体社会成员,甚至扩展至全球范围以后,市场的淘汰机制及周期性波动规律,不仅削弱了传统社会及民族国家的风险防御能力,也极大地改变了传统社会的灾害赈济等社会救助机制,甚至导致了城乡失业群体等新型社会弱势群体的产生。因此,社会弱势群体的宪法权利及其保障等问题,逐步进入宪法制度的框架。1944年1月11日,美国总统罗斯福通过广播,对美国人民发表了一个重要的演讲。其中提出:未来美国的最高目标即“安全”,它不仅意味着“免受侵略者攻击的物理安全”,而且包括“经济安全、社会安全、道德安全”。他还提出:所有同盟国都不仅关注击败法西斯,而且关注提高教育、更好的机会和改善生活标准。“和平的关键是所有国家的所有男女老少都拥有体面的生活标准。免于恐惧的自由与免于匮乏的自由具有永恒的联系。”^{〔1〕}可见,罗斯福总统并未诉诸新的宪法权利修正案,而是依托美国传统的自由权利理念,增加了“免于匮乏”等新的权利内涵,进而通过一系列新政法令,开创了美国宪法权利的新时代。罗斯福总统所提出的“免于匮乏自由”宪法权利理念,虽然也可以从德国宪法的“人性尊严原理”中找到哲学依据,却难以在美国传统的“天赋权利”或“自然权利”理念中找到理论基础。为此,罗斯福总统不得不诉诸“国家安全”等功利价值,这说明:至少在美国社会中,弱势群体宪法权利的文化基础不再是单纯的基督教伦理,而是包含了“安全”等现实的功利主义因素。正是此种功利主义因素,导致了当今美国社会在移民问题、社会福利问题等诸多社会政策上的政治分歧,甚至引发了激烈的社会争议。

〔1〕〔美〕凯斯·R.桑斯坦著,毕竞悦、高瞰译:《罗斯福宪法:第二权利法案的历史与未来》,中国政法大学出版社2016年版,第11页。

二、中国“弱势群体”宪法权利之文化基础

“权利”一词，在中国古代典籍中亦曾有所体现。但是，现代意义上的“权利”概念源于清末在华传教士丁韪良等人的译著《万国公法》。在后来的《公法便览》一书中，丁韪良于“凡例”中特别解释道：“权”“权利”的含义包含两个部分，即“有司所操之权”和“凡人理所应得之分”。20世纪以后，革命风潮兴起，“权利”一词遂与“民权”“人权”等概念一起成为思想界的“流行词”。^{〔1〕}由此而言，中国汉语文字中，与外来法律词汇“权利”概念更为接近的名词，当为“分”——管子曾言：“律者，所以定分止争也”。^{〔2〕}梁启超先生指出：“定分止争”中的“分”就是今人所指之“权利”，“创设权利，必藉法律，故曰定分止争也”。^{〔3〕}由此而言，中国弱势群体的宪法权利，乃是其在宪法上的“分”，兼有“应得之利益”与“应担之义务”等双重意义，具有与西方国家不同的文化内涵。

第一，中国传统文化作为“弱势群体”宪法权利的文化基础。回溯世界范围内人权事业发展的历史，中国传统伦理文化不仅不是人权与宪法权利的障碍，其所蕴含的深厚的人性观，反而得以成为人权理念超越狭隘的西方文化立场，成为全球普适性权利理念的重要基石。鞠成伟博士通过考察《世界人权宣言》（以下简称《宣言》）起草过程中中国代表的卓越贡献，提出“儒家思想”对于现代人权理念的形成发挥了重要作用——从《宣言》起草到联合国大会通过，在历时近两年的起草过程中，草案先后六易其稿。作为人权委员会副主席和特别起草委员会的重要成员，张彭春一直参与其中。他以儒家思想为依托，对《宣言》订立和世界新人权理论的确立做出了卓越贡献。“儒家思想的贡献揭示出：世界新人权理论的根

〔1〕 李贵连：“话说‘权利’”，载强世功、孔庆平主编：《北大法律评论》（第1卷），法律出版社1998年版，第115~126页。

〔2〕 《管子·七臣七主》。

〔3〕 梁启超：“管子传”，载梁启超：《饮冰室合集》，中华书局1989年版，第15页。