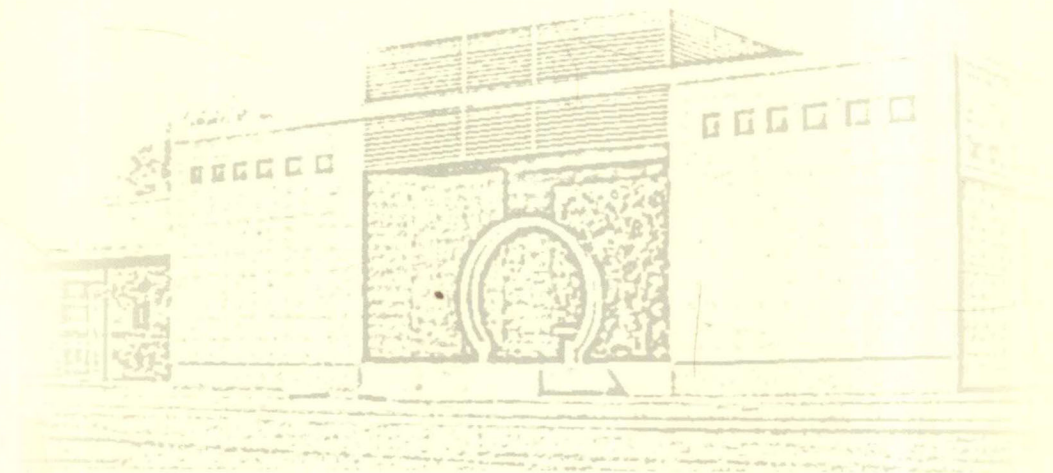


东|吴|法|学|文|丛·弱者权益法律保护文丛

# 人权视野中的弱者保护

胡玉鸿◎主 编

许小亮◎副主编



中国政法大学出版社

东|吴|法|学|文|丛·弱者权益法律保护文丛

# 人权视野中的弱者保护

主 编 胡玉鸿

副主编 许小亮

撰稿人 (以撰写章节先后为序)

张洪新 张 顺 张文娟

吴 玥 李振宇 张格军

陈丽琴 陈瑞丰



中国政法大学出版社

2012·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

人权视野中的弱者保护 / 胡玉鸿主编. — 北京: 中国政法大学出版社, 2012. 3

ISBN 978-7-5620-4190-0

I. 人… II. 胡… III. 边缘群体-权益保护-研究-中国 IV. D923.84

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第032343号

---

书 名 人权视野中的弱者保护 RENQUAN SHIYEZHONG DE RUOZHEBAOHU  
出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号)  
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088  
邮箱 zhengfadch@126.com  
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)  
(010) 58908586(编辑室) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)

承 印 固安华明印刷厂

规 格 720mm×960mm 16 开本 27.25 印张 445 千字

版 本 2012 年 5 月第 1 版 2012 年 5 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-5620-4190-0/D·4150

定 价 85.00 元

声 明

1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。

## 编辑说明

社会公平的问题，说到底也就是如何对待“弱者”的问题。在一个民主社会能够为人们提供大致平等的机会时，余下的问题就是如何使得社会的“弱者”能够获得正常的生存权利。这正如学者所指出的，“在一个层级立体化而非单层平面化的社会中，人权首先指涉的是社会弱势群体的人权”。〔1〕就现代社会而言，对弱者的关怀业已成为世界法律的基本趋势，这体现了社会公平的诉求与法律的人道主义精神。正因如此，在学理上分清谁是法律上的弱者，对弱者的权益进行合理地界定，并确定保护的路径与方式，是法学研究中一项极为重要的研究任务。

本人自2007年承担国家社科基金课题“弱者权益法律保护研究”及2008年主持苏州大学211工程建设项目“和谐社会视域中的弱者权益保护”以来，一直将弱者权益法律保护问题作为近年来个人的主要研究领域。不仅如此，在我所指导的研究生中，也有意识地让他们以弱者权益保护作为毕业论文的选题，围绕弱者权益保护进行多方面的探讨。聚沙成塔，集腋成裘，几年下来，已经累积了十余篇论文。本论丛即从已毕业的研究生论文中精选出来（共六篇），另有两篇为在校研究生所撰写。

为保证研究内容的更新，所有论文在编入本书之前，先由各篇论文作者再次进行了修订，更新近年来的新资料、新观点。在此基础上，由我和我的学生、现在清华大学就读的法学理论博士生许小亮对全部文章进行了统稿，并统一了格式、体例。我们相信，本成果的出版，将有利于展示苏州大学法

---

〔1〕 齐延平主编：《社会弱势群体的权利保护》，山东人民出版社2006年版，第1页。

## 人权视野中的弱者保护

学理论专业对弱者权益保护的关注，推进国内有关弱者权益法律保护研究的深入。当然，“小荷才露尖尖角”，论文的内容还很浅陋，论文的笔触还很稚嫩，这些，有待于学界同仁的宽容、指正。

特此说明。

胡玉鸿

2011年12月

目  
录

## Contents

<b>第一章 弱者在法律上的识别</b> .....	<b>1</b>
第一节 弱者的概念及其属性 .....	(1)
第二节 “弱者”的本质 .....	(13)
第三节 法律上的弱者的识别：两种假说的考察 .....	(19)
第四节 权益缺失假说——识别弱者的新途径 .....	(27)
<b>第二章 弱者法律地位历史考察</b> .....	<b>34</b>
第一节 我国弱者法律地位的历史变迁 .....	(36)
第二节 西方国家弱者法律地位的历史变迁 .....	(49)
第三节 弱者法律地位的现实考察 .....	(67)
<b>第三章 社会权的法理分析</b> .....	<b>85</b>
第一节 社会权的理论界定 .....	(87)
第二节 社会权的历史沿革 .....	(97)
第三节 社会权的正当性基础 .....	(110)
第四节 社会权的具体内容 .....	(128)
<b>第四章 救助义务之研究</b> .....	<b>141</b>
第一节 救助义务的类型 .....	(142)
第二节 救助义务的主体 .....	(152)
第三节 救助义务的法理理念支撑 .....	(166)

第四节 救助义务的法律规制 .....	(179)
<b>第五章 从制度到权利：社会福利的正当性</b> .....	<b>189</b>
第一节 社会福利概述 .....	(191)
第二节 社会福利的理论基础 .....	(215)
第三节 社会福利的法治规制 .....	(228)
第四节 社会福利的责任分配 .....	(243)
第五节 结论 .....	(262)
<b>第六章 禁止就业歧视的法理思考</b> .....	<b>268</b>
第一节 就业歧视的法律诠释 .....	(270)
第二节 就业歧视的类别 .....	(278)
第三节 就业歧视的社会危害 .....	(285)
第四节 禁止就业歧视中的政府责任 .....	(291)
第五节 禁止就业歧视的思考 .....	(296)
<b>第七章 艾滋病人的法律保护</b> .....	<b>306</b>
第一节 法理探讨的前提：人类疾病观的转变 .....	(310)
第二节 保护艾滋病人的伦理理由 .....	(317)
第三节 社会、国家、医疗机构、家庭的责任分担 .....	(327)
第四节 中国艾滋病法律保护的现状与未来 .....	(346)
<b>第八章 流动儿童的法律保护</b> .....	<b>353</b>
第一节 实践观下“人的本质—人格” .....	(353)
第二节 流动儿童：实践观下的现实生活世界 .....	(369)
第三节 流动儿童：实践观下的法学发现 .....	(377)
第四节 实践观下流动儿童权利的法律保护 .....	(388)
<b>征引文献</b> .....	<b>405</b>

## 第一章

# 弱者在法律上的识别

张洪新\*

### 第一节 弱者的概念及其属性

毋庸置疑，“弱者”这一概念及其所牵涉的社会问题不证自明且至关重要。<sup>〔1〕</sup>当我们提到这一概念时，诸如未成年人、老人、残疾人、妇女、精神病患者、低收入者、下岗职工、少数民族、同性恋如此等的概念及话语都会进入我们的视野。从这个意义上来说，对于弱者的认知和解释，并不需要技巧细致的逻辑工具以及科学的可验证的理论假说。弱者的存在及其境遇乃是一个社会常识或人性的常识。我们每个人身边都存在弱者，我们每个人在不同的境遇中都有可能成为弱者。可以说，弱者不是指向某个特定的群体或共同体，而是人之为人所共同拥有的生活体验。正是人们对于弱者的这种普遍的感知和心态，有关弱者的诸多问题是这么的清楚、浅显与直白，无需费神解说便能引起共鸣。

但与此同时，我们也必须认识到，经验的感受与直观并不能代替理性的解释。经验直观只是构成理性界定和解释的前提。这一前提越是不证自明，人们的感受就越深，因而理性的解释就越容易。但如果我们仅仅停留在这种直观上，就会遮蔽弱者原本所牵涉的问题的本质。因为，并非所有关于弱者

---

\* 张洪新，苏州大学王健法学院2010级法学理论研究生。

〔1〕 弱者，又称为弱势群体、社会弱势群体、脆弱群体等，这些概念在不同的学者那里不加区别地交叉使用，虽然称谓不同，但大体上都有相同的含义与指涉范围。除非另有说明，本章将一律使用“弱者”这一语词称谓。这绝非无关紧要，这种语词上不自觉的混用与不加区分，使得有些学者误认为弱者是一个群体性概念，下文将对此给予具体分析，在此不表。



的事情都是如此的简单、明了。亚里士多德说：“当若干事物虽然有一个共通的名称，但与这个名称相应的定义却各不相同，则这些事物乃是同名而异义的东西。”<sup>〔1〕</sup>很明显，“弱者”属于亚氏所谓的同名异义的事物。如此一来，我们必须要进一步追问的问题就是：既然“弱者”这一语词本身包含了那么多不同的选项，那么，把这些选项串联在一个词汇中的依据是什么呢？这就涉及到如何界定弱者以及指认谁是弱者的问题。从科学的视角来看，不能把任何事物看成是已知的，除非经过科学分析。这正如学者指出的那样：“在着手研究事实时，要遵循这样一个原则：对事实的存在持完全不知的态度；事实所持有的各种属性，以及这些属性赖以存在的未知原因，不能通过哪怕是最认真的内省去发现。”<sup>〔2〕</sup>这种观点看起来有些极端，但它提醒我们需要从经验中抽象出事物的共性，并在此基础上进行归类、定位。另一方面，从研究的逻辑顺序上，保护弱者都必须始于对“谁是弱者”有着自觉的认识，否则其它任何的分析都是无的放矢。因此，研究者的第一步工作应该是界说他所研究的事物，以使自己和他人知道他正在研究什么。这也是一切论证和检验所最不可缺少的首要条件。

虽说科学研究必须始于概念清晰、严谨的界定，但是在定义“弱者”这个概念上，我们尤其遇到了困难。这是因为现实中弱者的存在具有普遍性和复杂性。一方面，弱者的存在作为一种社会事实，是不同的社会和时代都普遍存在的客观现象，弱者概念具有历史性和动态性。随着社会的发展，原来的弱者人群可能逐渐减少甚至消失，而基于种种原因，新生的弱者又会不断涌现。<sup>〔3〕</sup>另一方面，作为社会成员的每一个体，都无法改变诸如性别、智力、肤色和身体状况等一些先天因素，也无法抗拒衰老、疾病等生理、自然规律，与此同时，个体所处的社会也有可能为其生存环境带来各种各样已知或未知、确定或不确定的风险。换句话说，我们所生活的社会乃是一个风险社会。风险社会的隐喻不仅使得个体成为普遍意义上的弱者，而且使得诸多群体甚至国家也成为弱者。所有这些都使得弱者的概

---

〔1〕 [古希腊] 亚里士多德：《范畴篇 解释篇》，方书春译，上海三联书店 2011 年版，第 9 页。

〔2〕 [法] E. 迪尔凯姆：《社会学方法的准则》，狄玉明译，商务印书馆 1995 年版，第 7 页。

〔3〕 如有些学者指出：“我们所讲的弱势群体是在改革时期分化和显现出来的一个特殊群体，它的产生是多种复杂因素综合作用的结果，只有在特定的时空构架中，才能较为全面地理解其个性特征。”赵宇霞、高成新：“试析弱势群体研究的几个问题”，载《高校理论战线》2002 年第 4 期。

念具有普遍性。某些人可能成为绝对的弱者，某些人可能随着境遇和环境的改变而成为相对的弱者。某些群体甚至国家也有可能随着世界范围内的环境和政治情势的变化而成为绝对或相对的弱者。因此，每一个人都有可能是弱者——不是绝对的就是相对的，在此种情形下不是，彼种情形下就可能是。不仅如此，弱者存在的普遍性还蕴藏着复杂性。从成因上看，既有来自于先天、自然的，又有后天基于政治、社会、制度等原因形成的弱者；从数量上看，弱者既可能是多数人，如农民，也可能是少数人，如同性恋者；从组织形态上看，弱者既可以是有组织的，如劳动者，也可以是松散的，如消费者。<sup>〔1〕</sup>

可见，现实中弱者存在的普遍性及复杂性使得概括出一个内涵清晰、外延明确的弱者概念存在着巨大的困难，任何学者对于弱者的概念界定都必定存在着某种程度上的模糊性以及不周延性。但这并不代表我们对概念的认识和界定就无能为力，以至于陷入哲学上的不可知论以及虚无主义。事实上，任何概念的模糊和不周延性在某种程度上都是不可避免的，特别是一些一般、抽象的概念，如合理、公正等。同时，开放性也是一个概念，具有历时性、保持活力以及充满生机的必备因素。<sup>〔2〕</sup>正因如此，我们当然也没有理由要求弱者概念本身就是清晰、明确的，关键是要知道模糊之处在哪里、是否必要以及在模糊之处进行更为详尽的说明。

以社会学上对弱者的界定为例，典型的分析如“社会弱者是一个在社会性资源分配上具有经济利益的贫困性、生活质量的低层次性和承受力的脆弱性的特殊社会群体”<sup>〔3〕</sup>又如，“社会弱势群体是一个分析现代社会的经济利益分配和社会权力分配的不平等，以及社会结构不协调、不合理的概念。”<sup>〔4〕</sup>

---

〔1〕 此处的分析是默认农民、同性恋者、劳动者和消费者是弱者，从本文的角度，严格意义上说，这是不严谨的。但是，在此处说他们是弱者应该没有问题，因为这是常识意义上所理解的弱者，符合人们的直觉，但至于是否是法学意义上的弱者，当然要接受本文所提出的假说的验证。

〔2〕 哈特所说的语言“核心区域”和“开放结构”也是这个意思，具体参见〔英〕H. L. A. 哈特：《法理学与哲学论文集》，支振锋译，法律出版社2005年版，第23~28页。

〔3〕 陈成文：《社会弱者论——体制转换时期社会弱者的生活状况与社会支持》，时事出版社2000年版，第21页。

〔4〕 王思斌：“社会转型中的弱势群体”，载《中国党政干部论坛》2002年第3期。

因此，从社会学的视角看，<sup>〔1〕</sup>可以把弱者界定为贫困以及因贫困导致的其他不利情形而达不到基本生活水平的社会群体。不论其他学科对于弱者的界定有多么的不同，可以说社会学的这一界定抓住了弱者的核心内涵。但是，从科学方法角度，分析社会学上的弱者界定，我们发现其观点总有些哲学上所讲的套套逻辑的味道，<sup>〔2〕</sup>根本没有解释什么是弱者。其定义相当于说：“四足动物有四只脚。”句子的后半部只是重复了前半部，即使我们花很大的心思去分析和研究，我们也不能对“四足动物”是什么有更进一步的认识。可见，以这样的方式定义事物，效果就是说了等于没说，因为其空泛没有内容，丝毫没有增进我们对事物的认识。<sup>〔3〕</sup>我们认为，对于任何事物要想有一个有意义的界定，特别是基于社会科学研究的考虑，应该注意以下两点：一是必须有客观外在的要素，这些要素要具有物的属性，便于识别和观察，特别是不能以主观抽象的观念代替客观具体的观察；二

---

〔1〕 社会学上的界定不等同于社会学者的界定，也包括其他学科的学者论述，只要其他学科学者的论述是借鉴社会学者的界定，或者两者之间没有实质性的差别，特别是没有其学科品格和特色的界定。例如，“社会弱势群体是一个社会分层基础上的概念，它指的是由于自然与社会的、先天与后天的、人为与非人为因素的影响，在社会地位、财富分配、政治权力行使、法律权利享有方面处于相对不利地位以及在发展方面潜力相对匮乏的人群。”参见齐延平主编：《社会弱势群体的权利保护》，山东人民出版社2006年版，第2页。虽然这种观点由法学学者所提出，但是却难以看出这种观点和社会学者的论述有什么本质上的不同。社会学上关于弱者论述的文献非常丰富，不可能在这里列一个详细的清单，此处只列出本书所参阅的部分文献，如朱力：“脆弱群体与社会支持”，载《江苏社会科学》1995年第6期；李林：“法治社会与弱势群体的人权保障”，载《前线》2001年第5期；陈成文：《社会弱者论——体制转换时期社会弱者的生活状况与社会支持》，时事出版社2000年版；田华：“论当代社会分化中的新生弱势群体”，载《学术探索》2001年第3期；赵宇霞、王成亮：“试析入世对中国弱势群体的影响”，载《〈社会学〉月刊》2002年第6期；苑歌：“关注社会弱势群体——访清华大学社会学系教授孙立平”，载《〈社会学〉月刊》2002年第6期。其他的优秀文献多的不胜枚举。

〔2〕 所谓套套逻辑，指的是一些言论在任何情况下都不可能为错。对此的一个分析可参见张五常：《科学说需求》（神州大地增订版），中信出版社2010年版，第42页以下。

〔3〕 虽然套套逻辑定义的事物有这样的缺陷，并不是说这种定义是错误的，相反，正是由于其不可能错，所以我们才要注意予以避免。当我们说套套逻辑不可能错，没有内容，不易于量化和观察，并不代表不能观察和量化，只是比较困难而已。而有些困难纯粹只是技术上的，随着学科知识的发展这种困难会逐渐减少甚至完全克服。在上述社会学者的弱者界定之中，可以发现有两个关键词，即贫困和基本生活水平，以研究贫困和饥荒而获得诺贝尔经济学奖的印度学者阿玛蒂亚·森对于贫困的识别和加总的科学分析可以教会我们许多，具体参见〔印度〕阿玛蒂亚·森：《贫困与饥荒》，王宇、王文玉译，商务印书馆2001年版，第二、三章。当然森也在很多方面启发了本章的分析。

是该界定必须具有广泛的解释力，能够涵盖符合该事物属性的所有种类，尽可能地保障概念的周延性。

我们认为，对于弱者的界定必须从假说的视角出发，以个人作为出发点和分析单位，对其是否是弱者进行具体经验判断和识别。所谓的假说，就是理论的可证伪性，即能够为人所反驳，如果能被事实所推翻而没有推翻，就算得到了验证。<sup>〔1〕</sup>因此，本章对于弱者的界定、解释和识别只能算是一种理论的假说，必然具有暂时性和相对性，因为随着新的社会事实和社会现象的大量出现，必然会不断挑战以及修正现存的所有关于弱者的理论界定和言说。<sup>〔2〕</sup>在提出弱者的假说之前，有关弱者概念的属性需要做出以下三点澄清，而在本章看来这些观点存在着若干混淆和谬误。

首先，我们所要厘清的问题是：弱者的概念是规范性的还是描述性的？所谓描述性，这里指的是不含价值预设和判断的对客观事物进行观察和描述，规范性则相反。弱者作为一种客观存在的社会现象，虽然在不同时代和社会有着不同的指称和范围，但并没有改变弱者本身具有“某种东西就在那里”的属性，因而要追问“弱者”这一语词下所涵摄的各种社会现象和事物之间究竟有什么共同的本质以及内在规定性才使得这些现象和事物可以以弱者之名。可见，弱者是一个描述性概念应该不会引起很大的争议。但是，有些学者虽然承认弱者存在的客观性，但是在界定和识别弱者的问题上，由于涉及（价值）标准的选择，他们认为弱者是一个规范性的概念。

可以说，弱者的产生甚至弱者本身作为一个问题而出现在分析者的视野中，在很大程度上是因为社会转型和制度变迁，是社会阶层矛盾激化、利益分配不合理的产物。同时，现实中弱者问题的解决也主要由“强者”自上而下的政策措施。公共选择理论告诉我们，实际政策的制定依赖于一系列不确定的因素，像政治社会的性质、利益集团的讨价还价以及财政资源约束等，正如阿玛蒂亚·森在评价贫困的政策性定义时所说：“事实上，在许多国

---

〔1〕 关于理论的可证伪性，可参见〔英〕波普尔：《科学发现的逻辑》，查汝强等译，中国美术学院出版社2008年版，第四章。

〔2〕 需要注意的是，这也不是说本章对弱者的界定就绝对正确，其他的理论界说都是错误的。本文的弱者识别假说也只是认识弱者概念中的一种，要想全面认识弱者，就必须参阅有关弱者的所有文献。本章犹如一卷即将送去美术馆参展的油画，要想欣赏所有的油画，理想的去处是美术馆，但愿本文这幅拙画能够成为美术馆中的一幅。

家追求的公共政策中，无论从何种意义上讲，都很难发现其对消除贫困所给予的关注。如果就实际政策来说，‘政策定义’并不可能把握政策制定中的政治问题。”<sup>〔1〕</sup>可以说，政策在弱者的界定问题上必定有所表现。政策所能够做的事情远远少于应该做的事情，所以受到可行性考虑的政策措施所不能消除的弱者就不可能被识别出来，而这些人反而可能是典型意义上的弱者。在这些情况下，弱者就是一个规范性的概念。对规范性的另一种证明是在不同时代和社会的弱者的范围有着很大的差异性，具有相对性，特别要受该社会传统和价值标准的约束和限制。一个人在一个社会中不是弱者，而在另一社会中却可能是弱者。例如，老年人在社会保障制度不完善的社会中可能是弱者，而在社会福利保障制度完善的社会中反而可能不是弱者。对规范性的这种证明看起来非常有道理，但是经不起仔细的推敲。一种反驳便是应然的分析不等同于实然的存在，两者有着巨大的鸿沟。同样确定的是，描述实际存在的规定性的东西，不过是一种描述，而不是一种规定。的确，对于弱者概念的接受一定程度上依赖于某特定社会下的道德伦理标准以及社会传统，但是这并不意味着该标准和传统的存在就使得弱者成为一个规范性概念。因为对研究弱者的学者来说，这些标准和传统是存在着的事实，而不是一个价值评价的问题，它确实解释了一个社会当时所实际接受的弱者概念是什么，但没有界定该社会所应该接受的弱者概念是什么。

接受弱者是一个描述性概念，就是要祛除偏见和先入之见。把弱者看作是客观存在的社会事实，客观地观察和衡量，科学地分析各种弱者现象所共同的内在属性，然后根据弱者的这种内在规定性对一个人的境况进行判断和评价。这样的评价是对事实的描述，而不是某种伦理、道德性的评价；这样对事实性的描述，陈述的是，什么是识别弱者有关的因素，与政策建议没有直接的关系。

其次，我们需要回答的问题是：弱者究竟是一个群体性概念抑或是一个个体性概念？由于法律具有一般性，所以任何现象要想成为法律的研究对象就必须具有相当程度的普遍性，同样“弱者”要想进入法学研究者的视野也必须作为一个重要而又持续的社会问题普遍存在着。但是，这是否就意味着法学意义上的弱者概念是一个群体性概念呢？特别是由于语词上

---

〔1〕 [印度] 阿玛蒂亚·森：《贫困与饥荒》，王宇、王文玉译，商务印书馆2001年版，第30~31页。

不统一，“弱者”、“弱势群体”、“社会弱势群体”、“脆弱群体”、“易受伤害群体”以及其他的称谓等等，都可以在不同学者那里不加区别且在同样意义上使用。这种语词上的混乱特别容易给人一种假象，即弱者是一个群体性概念。<sup>[1]</sup>

在法学意义上，把弱者看成是一个群体概念并进而作为分析单位会陷入困境以及具有以下缺陷：一方面，大部分学者都会同意，在解决弱者问题上可以赋予弱者某些某种特别的权利以及实行某些特别的帮助和扶持措施，以达到实质平等和社会公平正义。把弱者看作是一个群体性概念就有这样的困境，即群体不是权利特别是基本权利的享有者。一般的说，群体作为权利的主体享有的要么是超于法律之上的特权，要么是没有法律依据的伦理道德意义上的权利，前者如历史上的一些贵族、阶级所享有的权利，后者如某群体、族群所享有的不受他人侵犯的和平权。当然，这也并不是否定法律可能出于某种目的而赋予某群体特定的权利，例如赋予法官、陪审团言论自由豁免权，但是群体享有的这种权利是有限的，有限一方面表现在权利种类不可能和作为个体的个人相提并论，另一方面其享有的权利限于法律的规定或者受其自身性质和目的的限制，而且这种权利也无力改变弱势的地位，如果他们作为法律上所识别的“弱者”的话。另一方面，把弱者看作是群体性概念也不能正确反映群体内成员的具体情况。作为一个已经界定和识别出来的“弱者”、“弱势群体”、“脆弱群体”，其群体内部的组成成员是非常复杂的，特别是由于每一个人面对的具体情况和约束条件都不同，这就决定了并非每一个人都是弱者；即便是弱者，也反映不出个人之间弱的实际程度和具体差别。可能有人会问，在社会中，难道就没有某种“群体”是弱势的，从而在整体和有限的意义上，我们可以恰当的称其为“社会弱势群体”？但这种追问恰恰犯了维特根斯坦所谓的“指物定义”的谬误。<sup>[2]</sup>

在法律上，弱者通常都外部表现为一个群体，因此把弱者看成是一个群

---

[1] 例如，“社会弱势群体不是描述弱者个体的概念，而是阐释弱者群体的概念，它必须超越每一个弱者的千差万别的具体情况，抽象出作为弱者的‘类’的群体特征。”参见冯彦君：“社会弱势群体法律保护问题论纲”，载《当代法学》2005年第4期。

[2] 哲学上“指物定义”的分析，参见[英]维特根斯坦：《哲学研究》，陈嘉映译，上海人民出版社2005年版，第20页以下。

体概念，似乎也没有多大的问题，但这种看法忽视了群体概念本身的复杂性。<sup>〔1〕</sup>我们要区分两种意义上的“群体”概念，即作为集合、数量、观念意义上的群体和作为行动、组织、实体意义上的群体。前者是指由个人基于某些共同特征或属性作为一定数量的数学上的单纯集合而组成，在某种分析结论或统计意义上可以称之为“群体”，如许多的人作为劳动者、消费者时形成的劳动者群体和消费者群体；后者是基于某种目的临时或者一定期限组建由行为准则约束其成员的“群体”，如政党群体、社会团体。法学意义上的弱者，一般指的是观念意义上的群体，是个人的数量上的集合。对于观念意义的群体，为某种目的法律会赋予其某些权利，有学者也称为“类人权”。<sup>〔2〕</sup>其不同于集体的权利，权利的主体不是一个有组织的集体，而是某一类人，“集体人权与处于其集体中的每个个体的人权之间有一种派生的关系，集体本身是其个体人权的义务主体，当个体人权派生出集体人权之后，集体人权便具有了对抗集体之外的第三者的资格。而类人权则与其类的每个个体的人权是同一的关系，类人权可以直接落实为每个个体的人权，二者是相同的，没有扩大、缩小或转化。”<sup>〔3〕</sup>当然，我们并不否认作为实体的群体本身会在某些方面“弱”，但这不是法律所关注的问题，因为上面的分析已经指出，这种意义上的群体要么不作为法定权利的群体，要么所拥有的权利是有限的，与“弱者”的形成原因进而解决措施无关。必须指出的是，观念意义上的群体是以个人为分析单位，注重的是个人的某种身份属性。也正是在这里，经过科学分析，作为一个描述性的陈述，我们当然可以说一个群体内的大多数成员在社会各个方面处于劣势和被支配地位，因而可以称这个群体为“弱势群体”，这未尝不可。但是，我们也可以说作为个体的个人由于群体的某种身份

---

〔1〕 一般认为，“群体”本身是一个社会学上的概念，是指“持续的直接交往联系起来的具有共同利益的人群，在特征上表现为‘有明确的成员关系’、‘有持续的相互交往’、‘有一致的群体意识和规范’、‘有一定的分工协作’、‘有一致的行动能力’五方面”。参见王思斌：“社会转型中的弱势群体”，载《中国党政干部论坛》2002年第3期。

〔2〕 在这里我接受有关学者关于妇女、儿童、老人、难民等人的“类”的分析，但法律对这类人的保护所赋予的权利称之为“类人权”有保留。当然，退一步说，“类”在人与动物分属不同物种的意义上，可以作为“人权”的基础和起源，对此可参见邱本：《人权论集》，吉林大学出版社2009年版，第67~81页。同时，我也不同意这类人先验、绝对地就是弱者，除非这些人经过某种弱者识别理论的识别和判断。

〔3〕 曲相晖：“人权主体论”，载徐显明主编：《人权研究》（第1卷），山东人民出版社2001年版，第50页。

属性而在社会各个方面处于劣势和支配地位。这两个陈述都有意义，表达的是同样的事物，是一件事情的两种说法，但究竟要采用何种陈述，这要取决于我们所要使用的理论进路和研究方法。从我们的立场言之，后一种陈述更具有合理性。因为，人是属性的结合体。这里的属性是广义上。这种属性可以是内在的（如性格），也可以是外在的（如体形）；既可以是先天给定（如性别），也可以是后天获取（如地位）；既可以是稳定不变的（如肤色），也可以是动态变化的（如年龄）。有些属性属于人所共有，有些属性则专属于某人。人就是借与这些属性得以识别和自我识别，在识别时有时需要多种属性才可以把某人确定下来，有时则需要很少，甚至根本就不需要，只需一个语词我们就知道所说的是谁。从属性的角度出发，可以肯定的是一个人之所以为弱者，就是因为其身上的某种属性使其弱。我们的初步结论是弱者是属性的函数。

再次，在对弱者概念的界定过程中，我们必须明了这个概念本身到底是透过比较的方法得出还是经由主体的判断得出？这也就意味着，我们必须回答的问题是：弱者究竟是一个比较性概念还是一个判断性概念？<sup>〔1〕</sup>我们认为，弱者不是一个比较性概念。表面看起来，这个问题实在是没有必要在这里大泼笔墨。但是，如果我们进一步探究的话，就会发现这个不是问题的问题反而是一个最有问题的问题。弱者的识别需要某种意义上的比较，但这种意义上的比较其实是一种判断。法学意义上的弱者不需要比较对象，但的确需要比较基准，且这种基准是特定意义上的，与法律关于人的预设有关。如果是基准意义上的比较，那么把弱者看作是比较性概念也未尝不可，但我们更愿意称之为一种判断。

初看起来，“弱者”概念是与“强者”在某些方面的比较而产生的，这似乎不错。例如，未成年人与成年人相比是弱者，老年人与年轻人相比是弱者，女性与男性相比是弱者，失业者与有业者相比是弱者。而且，在语义和逻辑结构上，“弱者”与之相对的概念是“强者”，没有强者也就无所谓有弱者。如果弱者是比较性概念的话，那么与之比较的对象是谁呢？例如，在现代，妇女在某种程度上仍然是弱者，是否意味着我们必须以知道男性是强者

---

〔1〕 判断和比较是否在一个逻辑层面上可能会有疑问，而且广义上说，比较也为判断的一种。但没有疑问的是，比较回答的是非此即彼的关系，判断则可能会有中间状态。例如，对一个人的品质进行判断，可以说是坏人，也可以说是好人，也可能无所谓好或者坏，仅是个普通的人。



为前提呢？而且（所有）男性是否真的就是所谓的强者也是有疑问的。同性恋者在某种意义上也是弱者，那么与之比较的对象（强者）在哪里呢？一个可能的回答是异性恋者。我们认为，与其说这是一种回答，不如说是在找反义词！我们不必知道强者是谁、在哪里、怎样存在，也仍然可以判断一个人是否是弱者，正如我们不必知道我们父母是谁，我们依然也能够知道我们是由我们的父母所生养的。

先把比较分析到极致。不要忘了我们的出发点，上文指出弱者是个体性概念，因此，我们的目的是把弱者从众多的人中间识别出来，即谁才是法律所要关注的弱者。在严格比较的意义上，我们每一个人都是弱者候选人。同样确定的是，识别一个人是否是弱者，肯定不是某一个单独个别的人所能够决定的。透过对于民主投票中的偏好的分析，我们能够借由比较的方法分析弱者，并进而指出借由比较的方法根本无法有效地界定弱者这一概念。

基于分析的便利，我们假设同时有三位选民，他们通过比较，对谁是有着自己的偏好顺序。第一位选民偏好的比较结果为 A 弱于 B，B 又弱于 C，我们假设个别选民对这种比较顺序具有可传递性，所以第一位选民的偏好是 A 弱于 C。假设第二位选民的偏好顺序是 B 弱于 C，C 又弱于 A，因此 B 弱于 A。而第三位选民的偏好顺序为 C 弱于 A，A 又弱于 B，所以 C 弱于 B。考虑到人是多种属性的结合体这一预设，基于纯粹比较的角度，任何一个人都是在此属性不是弱者，在彼属性可能是弱者，所以上面三位选民的不同偏好顺序的存在，在逻辑上应该没有问题。在上述假设下，对第一位和第三位而言，都是 A 弱于 B，因此在实行多数选择的情况下，A 与 B 之间的比较就是 A 为弱者。同样，就第一和第二位而言，都认为 B 弱于 C。如果可传递性存在，则 A 又弱于 C。但实际的情况是，第二位和第三位的选择却是 C 弱于 A，所以之间没有可传递性。这里的重点在于，两两相比的多数投票，并不能保证比较的结果为一个特定的弱者顺序。<sup>[1]</sup> 而且更重要的在于：在第一位和第三位先投票的情况下，A 是弱者，第二位的投票没有意义；在第一和第二位先投票的情况下，则 B 是弱者，第三位的投票是无足轻重；在第二和第三位选民先投票的情况下，弱者是 C，第一位的投票可有可无。这说明了什么？

---

[1] 此为经济学家阿罗所提出的关于投票的经典命题，即“投票的悖论”，具体参见 [美] 肯尼斯·阿罗：《组织的极限》，万谦译，华夏出版社 2006 年版，第 94~100 页。