

非正当谋生群体的 救助与规制

FEIZHENGDANG MOUSHENG QUNTIDE
JIUZHU YU GUIZHI

孟卧杰◎著

人民日报出版社

【本书获得的项目资金支持】

- 教育部人文社科规划项目“非正当谋生群体救助及其规制问题研究”
（主持人：孟卧杰；项目编号：12YJA840018）结项成果。
- 江苏高校优势学科建设工程资助项目（PAPD）
- 江苏省第五批“333”高层次人才工程项目
- 江苏高校品牌专业建设工程资助项目（TAPP）
- “十三五”江苏省重点建设学科建设工程资助项目

非正当谋生群体的 救助与规制

孟卧杰◎著

人民日报出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

非正当谋生群体的救助与规制 / 孟卧杰著. —北京:
人民日报出版社, 2017. 8

ISBN 978-7-5115-4905-1

I. ①非… II. ①孟… III. ①社会救济—研究—中国
IV. ①D632.1

中国版本图书馆CIP数据核字 (2017) 第213983号

书 名: 非正当谋生群体的救助与规制
作 者: 孟卧杰

出 版 人: 董 伟
责任编辑: 袁兆英
封面设计: 中尚图

出版发行: 人民日报出版社
社 址: 北京金台西路2号
邮政编码: 100733
发行热线: (010) 65369527 65369512 65369509 65369510
邮购热线: (010) 65369530
编辑热线: (010) 65363105
网 址: www.peopledaily.press.com
经 销: 新华书店
印 刷: 北京天宇万达印刷有限公司

开 本: 710mm × 1000mm 1/16
字 数: 282千字
印 张: 14
印 次: 2017年8月第1版 2017年8月第1次印刷

书 号: ISBN 978-7-5115-4905-1
定 价: 39.00元

本课题组成员

项目承担单位：江苏警官学院

负 责 人：孟卧杰

课题组成员：宋 践 黎 慈 帅有良 邵 杰

卜安淳 毛向国 郑汉军 戚迎春

前言

王志纲先生在《谋生：王志刚纵论人生之道》中讲到，不管经济起落，无论禀赋高低，谁都逃不开“谋生”这个话题。谋生，就是谋求生计，策划生活。或者说，谋生是对人生的设计。

谋生需要一份职业，而一般提到职业，第一时间出现在人们大脑里的便是这样的印象：稳定的收入、良好的工作环境、体面的工作方式、优雅的言谈举止……如果您是高级白领，您会每天穿着精致干练的西装，安安稳稳地坐在宽敞明亮的办公室里，就着一杯香浓的咖啡，轻轻松松地用电脑完成工作；如果您是白衣天使，您会每天微笑面对求医的患者，救死扶伤，受人尊敬，享受良好的待遇；如果您是公务员，您会每天定时按点上下班，不用担心下岗，代表国家执行公务，职业“体面”，办事方便，而且享受公休假、退休工资、医疗保障等待遇。

但是，你是否会想到另外一些人员：那些穿着艳俗暴露的服装坐在各个洗头房、洗脚店里的女子；那些衣衫褴褛、成日成夜跪坐在路边，在寒风中瑟瑟发抖的乞讨者；那些一哄而上、你推我搡，抢着卖血求生存的底层生活人士；那些无依无靠，靠在街上捡拾可回收废物来维持生活的拾荒者；还有那些找不到工作就在路边摆摊的大学生；甚至是那些基于生存“急中生智”、“病急乱投医”、逐步走上违法犯罪道路的违法行为人……看到他们，是避而远之？还是鄙视？甚至是歧视？这个群体：为了谋取必须的生活资料，用某种难称“体面”、不被接受甚

至被鄙弃的方式去生存。本书姑且建构一个描述性很强的称谓“非正当谋生^①群体”来指称这个群体。

对于这些人,或者说对于这样的群体而言,社会分化加剧,资源有限,生存能力缺乏,生存方式单一……当生存成为问题的时候,“谋生”顺理成章成为他们首要的任务。他们或者顾不上尊严与体面,或者选择了“活着”或者“活下去”作为首要目标,其生存的方式与谋生的手段,游走于违法犯罪的边缘。这个群体,这种现象应当引起人们的关注。

生存权,成为文明社会中,尤其是当代历史条件下的人们“应当享有的维持正常生活所必须的基本条件的权利”。在国家治理能力和治理体系现代化建设的进程中,我们应当如何应对那种基于生存危机或者生存困难,放弃尊严谋取生活资料的现象?我们认为,关注社会、关注民生,可以帮助一个法律学人找到学习和研究的兴趣。基于这一起点,我们没有选择忽略那些在“谋生”的人们,而是把谋生作为严肃的社会问题进行研究。

同时,需要说明的是,我们的研究基于这样一个假设:每一个人的内心都有其尊严感。如果有一份更体面的工作,有不高但比较稳定的收入,他们会选择体面的工作,放弃正在从事的不体面的工作……在此基础,我们希图通过观察发现、描述解释、寻求理论支持,进而立论:承认非正当谋生群体的生存权具有公共性和基础性,并基于对生存权公共性和基础性的认知,从法律规范和制度操作层面对非正当谋生行为的界限、社会救助机构的强制救助权及救助管理与社会保障制度做出系统安排,是完善我国非正当谋生群体救助法制的现实路径。当前,民众的需求已经迈向马斯洛需求层次的“归属与爱、自尊和自我实现”的高级层次,建设民生政府是群众的新期盼。这就要求政府变社会管理为社会治理、把一部分社会职能还给社会,政府要专注于提供公共服务,维护竞争环境,充分发挥社会组织协助政府承担部分职能从而型构国家新的社会治理结构^②。

① 这里的正当或者不正当,并不是以所谓的“合乎道德标准与否”来评判。目前“非正当谋生者”或者如祥林嫂,人们哀其不幸、怒其不争;或者如过街老鼠,人人喊打;或者不以为然、娱乐至上;抑或又茶余饭后、谈谈而已……姑且界定为“非常规”之意。下同。

② 罗哲、赵林. 从社会管理到社会治理: 契约精神与协商政治 [J]. 四川大学学报 (哲学社会科学版), 2014 (5): 54-56.

简言之，“非正当谋生群体救助及其规制问题研究”，正是基于对社会和民生的关注与关切，把那些为了生存而顾不上尊严的群体作为研究对象而建构起来的。如何描述这种“现象”？涉及什么问题？有什么意义？我们可以研究什么？当获得2012年度教育部人文社会科学研究项目立项资助以后，这便成为我们的目标。

目 录

第一章 导 论	1
第一节 研究的缘起——问题意识与概念建构	2
第二节 研究的价值与意义	9
第三节 研究的方法和研究术语的使用	16
第二章 研究现状与文献综述	23
第一节 关于几类“群体”	23
第二节 社会保障问题文献综述	31
第三节 “社会救济”或者“社会救助”问题文献综述	35
第四节 精准扶贫问题的文献综述	39
第五节 社会治理的理论与实践	44
第三章 非正当谋生现象	50
第一节 实证调查	50
第二节 有关非正当谋生现象扫描	53
第三节 非正当谋生现象的挑战	65
第四章 非正当谋生形态类型化研究	74
第一节 非正当谋生形态的类型化标准	74
第二节 非正当谋生的类型化分析——可以关注的一些具体形态	78
第五章 非正当谋生现象的生成原因	96
第一节 城市用工荒现象及其产生的原因	96
第二节 非正当谋生现象的生成原因	107

第六章 非正当谋生群体救助与规制的理论基础与法理依据	114
第一节 非正当谋生群体救助与规制的理论基础	114
第二节 非正当谋生群体救助制度的法理依据	130
第七章 非正当谋生群体救助与规制的检视	140
第一节 我国当前非正当谋生群体救助与规制存在的问题	141
第二节 关于社会救助与规制的他山之石	146
第八章 德国社会保障基本制度及相关内容	151
第一节 德国社会保障制度的建立:目标、理念及其发展历程	151
第二节 德国社会保障制度的完整体系:兼顾劳动者和特殊群体	156
第三节 德国社会保障内容上的特色	161
第四节 德国社会救助和有尊严的社会生活	162
第九章 美国社会救助基本制度及相关内容	167
第一节 美国联邦及有关各州的社会救助制度的概要	167
第二节 美国社会福利的演进	173
第三节 美国对无家可归者的救助制度的得失评议	177
第四节 美国联邦及有关各州的救助制度的发展趋势	184
第十章 对于我国非正当谋生群体救助与规制的构想	188
第一节 非正当谋生群体救助必须树立几个宪法观念	188
第二节 切实提升轻微违法行为的执法理念	200
第三节 非正当谋生群体的救助和非正当谋生行为的规制	204
结 论	211

第一章 导 论

生存权是每个人最基本的权利。《世界人权宣言》第 25 条第 1 款规定：“人人有权享有为维持他本人和家属的健康和福利所需要的生活水准，包括食物、衣着、住房、医疗和必要的社会服务。”《经济、社会及文化权利国际公约》第 11 条第 1 款规定：“本公约缔约各国承认人人有权为他和家庭获得相当的生活水准，包括足够的食物、衣着和住房，并能不断改进生活条件。”对一些个体，或者说对于一个群体而言，当生存成为问题的时候，“谋生”顺理成章成为他们首要的任务。然而，社会分化加剧，资源有限、生存能力的缺乏，生存方式的单一，谋生俨然成为严肃的社会问题。生存权，成为文明社会中，尤其是当代历史条件下的人们“应当享有的维持正常生活所必需的基本条件的权利”。我们无法忽略那些在“谋生”的人们。

谋生需要一份职业，而一般提到职业，第一时间出现在人们大脑里的便是这些。如果您是高级白领，您会每天穿着精致干练的西装，安安稳稳地坐在宽敞明亮的办公室里，就着一杯香浓的咖啡，轻轻松松地用电脑完成工作。如果您是白衣天使，您会每天微笑面对求医的患者，救死扶伤，受人尊敬，享受良好的待遇。如果您是公务员，您会每天定时按点上下班，不用担心下岗，代表行使国家权力，职业“体面”，人脉多，办事方便，而且享受公休假、退休工资、医疗保障等待遇。但是，你是否会想到另外一些群体？

那些穿着艳俗暴露的服装坐在各个洗头房、洗脚店里的女子；那些衣衫褴褛、成日成夜跪坐在路边，在寒风中瑟瑟发抖的乞讨者；那些一哄而上、你推我搡，抢着卖血求生存的底层生活人士；那些无依无靠，靠在街上捡拾可回收废物来维持生活的拾荒者；甚至是那些在路边摆摊的找不到工作大学生……看到他们，我们应当用怎样的态度对待他们？我们会用什么样的眼光审视他们？是漠视？是避而远之？还是鄙视？甚至是歧视？

第一节 研究的缘起——问题意识与概念建构

一、问题的发现

1. 关于“禁讨区”之争

在一些城市的繁华路段，尤其是口岸、火车站，长期在此乞讨的流浪乞讨人员人数众多，有不少地方甚至出现强讨恶要现象，组织、利用未成年人进行乞讨和从事非法活动的情况明显增加。一些流浪乞讨人员结成帮派、团伙，划地为界，争夺地盘，严重危害城市社会治安秩序。有些流浪乞讨人员不仅影响城市形象，而且破坏公益设施，甚至威胁市民安全。早在2003年，北京等地就有政协委员提出议案，建议设立“禁讨区”引发讨论。2004年初，深圳^①、广州、成都、南京、苏州等城市为了加强城市管理，维护市民生活秩序与城市公共安全，率先设立了禁讨区；随后，青岛、郑州、大连等地相续效仿；同时上海、云南^②等地，划定“禁讨区”或“限讨区”的举动均引发激烈争论。

反对设立“禁讨区”的理由：首先，从法律角度来讲，公权力的行使秉承着“法无授权即禁止”的原则，既然法律没有授权政府设立“禁讨区”，那么所有设立“禁讨区”的做法都“与现行法律相违背”。如，时任北京市法制办主任周继东曾经表示：“乞讨不是中国法律禁止的行为，中国是发展中国家，存在乞讨现象是正常的”，而只有“当乞讨危害公共安全和他人安全、利益时才应该被制止”；其二，与其设立禁讨区，还不如设立乞讨区，学习美国、加拿大等国一些城市的做法，在城市划出某一地方专门供乞丐乞讨，让慈善机构向其捐款、献爱心。这样做，将使流动乞讨变成固定乞讨，分散乞讨变成集中乞讨，无序管理变成有序管理，建议设立的地点在关外或城乡接合部等地。最后，可能涉及宪法中的人权保护问题。乞讨是一种生活方式，是人们的一种自由选择的权利；法不禁止即自由；乞讨不是人权，也不是目的，但以乞讨为手段实现的社会“救济

① 2004年元月8日，深圳市政府发布《关于依法维护公共场所秩序的通告》，规定在公共场所强行讨要的乞讨行为可以实施治安处罚，在口岸、车站、码头、旅游景点、重大活动场所、机关办公场及其他重点公共场所不允许乞讨。

② 2005年云南省民政厅、公安厅、卫生厅、交通厅、残联及昆明铁路局联合下发了《关于加强城市流浪乞讨人员管理和救助的意见》，在全省范围内把城市主要街道、车站、风景旅游区、机关、学校、涉外机构等周围区域列为禁止乞讨区。

权”却是人权^①。

赞成设立“禁讨区”的理由：首先，“禁讨区”的设立有利于维护公共秩序，在南京市的调查问卷中显示，九成市民曾受到乞丐的骚扰，设置“禁讨区”是为了城市居民利益着想。其次，社会就不应该倡导不劳而获的乞讨行为，而且大量的乞讨人员聚集到公共场所必然会影响城市的市容环境，同时也会对治安造成不利影响。“禁讨区”的设置也有利于让职业乞丐摆脱对这份职业的依赖，更好地融入社会，用劳动换取生存的物质资料。再次，“禁讨区”的设置能够间接减少拐卖儿童的犯罪。不少乞讨组织会“收购”被拐儿童让其乞讨以谋取利益，“禁讨区”的设置打击了民间的乞讨组织，在一定程度上有益于减少拐卖儿童的犯罪。

我们认为，“禁讨区”的设立毕竟只是一个治标的办法。“禁讨区”只是划定了一定范围禁止乞讨，保障了该区域的公共秩序，将乞丐引导至郊区等偏远地区，该偏远地区的“公共秩序”同样会面临影响，乞讨者的机会也大为减少。实际上，问题的实质和解决问题的关键是：国家应当切实履行义务、承担起应当承担的国家责任，只有帮他们根本生存问题，才能真正解决流浪乞讨问题。例如：由有关政府部门为其基本生活提供制度性的保障和适合他们的就业机会，让这些公民及由其抚养和赡养的家属，能够通过自己的劳动在社会上立足。

2. “灰色职业群体”出现

2005年前后，多位记者就先后关注灰色职业群体的存在和扩展^②，并不无忧虑地指出该群体是在“高空走钢丝”^③。灰色职业群体引起了越来越多的关注和担忧。

随着城市的不断扩展，进城农民工及失业者逐渐增加，城市边缘人的生存空间也在不断地被挤压。一些大中城市，以无证生产、违规经营为主要特征的“灰色职业群体”正迅速扩大。他们大多从事不符合城市管理要求或突破相关政策法规规定的职业。有数据显示，在上海有接近70万从业人群是脱离政府管理范围的；在广州这个数字保守估计也有60万左右；南京有40万左右^④。全国其他一些大中城市也大同小异。他们或者是因为对城市管理的“高门槛”、政策以及行业管理的“一刀切”现象有强烈的抵触情绪；或者是他们徘徊在城市弱势群体和犯罪群体的中间地带，常常比较隐蔽，与二者共同构成了新时期城市社会风险群体。

① 肖艳辉，王保庆：“乞讨权”的法理分析——从人权和自由的角度[J]，湖南师范大学社会科学学报，2005（1）。

② 新华社记者郭奔胜，季明，钟玉明，沪穗宁“灰色职业群体”呈现迅速扩大趋势[J]，内部参考，2006（5）。

③ 李文华，王旭辉：灰色职业群体高空走钢丝[N]，市场报，2006-2-24，（第2版）。

④ 老言：城市边缘的“灰色职业群体”[J]，西部大开发，2006（4）。

现实生活中,有许多从事游走在黑与白之间的灰色职业的群体。老言先生观察总结了一下:黑车司机碰运气挣钱、职业排队人靠耐力生存、拾荒大军钻市场空白立足、酒水掮客空手套白狼、医药代表靠贿赂求生存、“性工作者”在扫黄中坚挺发展^①……然而目前我国没有关于灰色职业群体的法律定义。有学者认为,灰色职业群体大多从事不符合城市管理要求或突破政策法规规定的职业,其主要特征是无证生产和违规经营,包括黑车司机职业排队人拾荒大军酒水掮客医药代表和地下性工作者^②。也有学者提出,网络灰色群体不限于上述的范围。随着互联网的发展,网络中不断出现基于社会需求的新兴细分职业,从而衍生了尚未完全纳入国家社会管理体系之中、自发性无序发展缺乏监管的网络灰色职业,如具有团伙性、虚拟性、恶意性和威胁性等特征的“网络中间人”^③。也有相关学者对“灰色职业群体”的“灰色”做出具体归纳:第一,法律规定不明确(这里指广义上的法律,包括法律、法规、规章制度);第二,没有明确禁止性规定,但不符合国家政策导向或者监管部门内部要求的;第三,一些部门规章、行业规定,但实际上没有被认真执行的;第四,一些已经过期(有新规出现),但是未被废止的规定^④。

3. 关于“卖淫合法化”的争议 & 凤凰卫视《野百合也有春天》

我国社会学家通过多年来艰难的社会调查,已掌握了翔实材料,表明我国的地下“性产业”连带一批旅馆业、娱乐业,是一种具有相当规模的产业了。有一支数量可观的“性工作者”队伍为这个产业服务,而且队伍还在不断扩大之中。这些工作者分为“二奶”、“婆”、“陪女”(歌厅、舞厅、餐厅的坐台和出台)、“叮咚小姐”(住店通过电话拉客)、“发廊妹”或“按摩女”(以洗头洗脚、按摩为名服务的)、“街妹”(在宾馆、娱乐场所、电影院门前拉客的)、工棚女”(与外来民工住一起的)等七个层次,从高到低,服务也不尽相同。

支持者的理由主要包括,其一,卖淫合法化减少性病的发生率;其二,卖淫合法化可以保护从事性工作者的权益,她们愿意选择这样的一种生活方式,并且把这个作为她的职业,那么应该把她们组织起来保障健康,安全地交易,不应该再判处死刑,甚至不应该定罪;卖淫合法化减少强奸犯罪(迟凤生);此外,卖淫只是道德方面的谴责,从法律上来说,两个人进行性交易,没有伤害到其他人,为什么要视为犯罪呢?(詹婷)

反对的理由主要是:其一,卖淫嫖娼,和卖淫合法化对人文环境有害;其二,让性病散布更广,即使性交易合法化,和规定了性交易过程中的方方面面。

① 老言.《城市边缘的“灰色职业群体”》[J].西部观察,2006(4).

② 同上

③ 袁源、张永汀.职业差评师——游离于法律与规则边缘的网络灰色职业群体[J].中国青年研究,2014(6).

④ 林莺.如何看待灰色行业[J].知乎,2013(9):2.

但在中国现有资源下根本不可能在此得到有效的监管。有人类比和参考食品安全和环境保护领域，政府部门的监管很难跟得上；其三，跟世界的潮流相反，原来有一些卖淫合法的国家，这几年都在取消，我们不能够反其道而行之。（李东生）；其四，卖淫如果成为风气，会让更多女性加入到这个圈子，最后，有人甚至认为卖淫是人类有权操控自己的身体。

其实，我们假设：如果能够像新中国成立之初，取缔“青楼业”的同时，进行劳动改造，进行劳动技能培训，安置新岗位、发给盘缠路费——那么，这一群体也会重拾尊严、积极追求有尊严感的体面生活。

4. 深圳扫黄示众游街事件

新闻报道，2006年11月24日，深圳警方展开长达六十日大规模扫黄行动，11月29日先后拘捕167人并在数千人围观下公开读出他们的姓名和籍贯，游街示众。示众疑犯全部戴口罩，面部几乎被全部遮住，仅留一双眼睛在外。这就是社会各界沸沸扬扬的“深圳扫黄示众游街事件”。

支持者认为：一个人犯法或犯罪，不仅应该在法律上付出代价，在道德上同样也应该付出代价；深圳警方的作为，提高人们对非法事件的关注度；示众疑犯面部几乎被全部遮住，说明警方保留了示众疑犯一部分的人格权，此举只是让疑犯收到道德的谴责。

反对者认为：早在1988年，最高法、最高检、公安部下发《关于坚决制止将已决犯、未决犯游街示众的通知》，明令要求（对死刑罪犯）不准游街示众，对其他已决犯、未决犯以及一切违法的人也一律不准游街示众。

2010年，公安部下发通知制止将违法人员游街示众行为。该通知态度鲜明：“将违法人员游街示众”属滥用权力的行为。此举严重伤害宪法规定公民拥有的名誉权和人格权。游街示众为古代刑法的一种陋习，与现代法治精神和人权观念不相符，应当摒弃和杜绝。我们认为，社会主义法治国家，依法行政是基本要求；法不授权即禁止，是权力运行的规则。但执法部门在执法过程中带给我们的疑问是：执法部门之前的扫黄，其初衷也许是为了打击卖淫嫖娼，但词句之所以引发广泛争议，还因为游街示众这种方式不仅严重侵犯了他们的人格权，而且是法律所禁止的行为……更重要的是提醒人们：执法的理念和执法的手段是否有助于实现执法的目标？例如：对于在大众澡堂通过提供色情服务赚30元或者50元的当事人，处以治安罚款500元时，我们的纠偏行动能否达成目标？显然，对于轻微违法行为，尤其是带有谋生目的的非正当行为，我们不能一味打击、简单粗暴地强调管理和惩戒，而应当找到问题的根源和实质，进而寻求最好的治理路径。

5. 用工荒现象

近年来，各地出现用工荒现象，是最具中国特色的新现象：一边是人口最多的国家，一边却企业招不到人。根据相关数据资料可以发现，就我国范围来看，

近年来连年发生的“用工荒”主要集中在制造业和服务业等行业之中,态势也愈发严重。以下便是相关数据资料:石市餐饮协会:截至2008年底,石市大大小小的饭店共10147家,2009年来又增加10%。餐饮行业出现自2005年来最大用工缺口,据协会粗略统计,几乎每家饭店至少要缺一服务员,用工缺口已达上万人^①。浙江省人力资源市场:7月份的供求报告显示,企业总需求人数60.3万人,而同期的求职总人数却只有35.4万人,用工缺口达到25万人。江苏省人力资源和社会保障厅最新统计显示,到7月底,江苏省新增就业人数66.5万人,月均增长9.5万人,尤其7月份单月新增就业人数达到13.3万人,已恢复到国际金融危机爆发前的水平。上海市人力资源和社会保障局的数据显示,7月份上海实际净增就业人数约3.9万人,比6月份的1.8万人增长了一倍多。

广东省统计局:对全省598家企业开展的季度用工情况重点调查数据显示,2009年二季度末,广东企业员工总数比上季末新增加6.29万人,企业用工需求总体呈增长趋势^②。家政服务业:全北京家政服务人员需求量达到121.6万人,实际服务人员只有53.78万人,总缺口达到67.82万人。其中,保姆缺口25.7万人,保洁、小时工缺口达到21.49万人。这样的供需矛盾在春节期间表现更为突出。2009年9月9日《中国青年报》报道:“民工荒”再现珠三角。东莞等地最新用工指数是1.5,即企业需要1.5个职工,市场只能提供1个劳动力,用工缺口超过30%。”无独有偶,江苏同日的《新华日报》也报道:“仅苏州工业园区用工缺口就达5000人^③”……“2012年春节前北京很多家政公司提前引进大批替班保姆,以缓解双节保姆用工荒^④。”

一方面是招不到工人,另一方面又是大批的非正当谋生群体或者灰色职业群体,是什么原因导致了这一现象的产生?其中是否有价值观念、就业观念和劳动观念的因素?

.....

基于上述问题和现象,我们进一步追问:人权成为通用的话语体系,保障人权成为基本准则,每一个人都有“活着”的权利。那么,“因生计所迫的谋生手段”可不可以“稍微越轨”?或者说放弃尊严感、通过“不太体面的方式”去获得起码的生活资料,是否能够获得理解、尊重甚或支持?基于这样一种问题意识,我们试图建构一种概念或者术语,来表述那种“不放弃尊严感而努力活着”

① 商雅静.石家庄餐饮业现五年来最大用工荒[EB/OL]. 新浪网, <http://finance.sina.com.cn/china/dfjj/20091203/13537051683.shtml>.

② 梁钢华,扶庆.广东企业用工需求总体增长[EB/OL]. 新华网, http://www.gd.xinhuanet.com/newscenter/photo/2009-08/09/content_17344063.htm.

③ 尹卫国.“民工荒”将促使用人单位转变观念[J]. 中国工运, 2009(11): 57.

④ 李松.返乡潮引发用工荒家政公司开找“替班保姆”[EB/OL]. 新华网, http://news.xinhuanet.com/fortune/2012-12/10/c_124075109.htm.

的人们行为。形成了“非正当谋生群体”这样一个概念，进而建构了这样一个课题——“非正当谋生群体的救助与规制问题研究”。

二、问题梳理提炼和概念的建构

“通过非正当手段谋生”的现象，其存在作为一种客观事实，正在影响社会安定，增加社会管理成本，波及民生，影响社会主流价值观，甚至破坏社会核心价值观；这种现象还会挑战国家公权力，给立法、行政、司法带来难题。通过非正当手段“谋生者”的社会生存目标的正当性和谋生手段的乏正当性之间产生的巨大反差，使得非正当谋生者的行为纠偏、权利保障和救助机制问题成为现实的课题。以宪政为基础，以人权为依归，在对于非正当谋生群体进行法律规制的同时，必须承认其目标的正当性，并履行国家义务保障其生存权、发展权。

“非正当谋生群体救助及其规制问题研究”这个课题，其“梳理提炼和概念建构”的过程概述如下。

第一步：宪法平等保护每一个人的基本权利

《中华人民共和国宪法》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。国家尊重和保障人权。任何公民享有宪法和法律规定的权利，同时必须履行宪法和法律规定的义务。”这是宪法平等权的依据和表现。基于公民的宪法平等权原理，宪法保护每一个人的基本权利。

此外，《公民权利和政治权利国际公约》是联合国在《世界人权宣言》的基础上通过的一项公约，也是国际人权公认的保障。世界人权宣言内容包括：第一阶段的公民和政治权利以及第二阶段的经济、社会和文化权利。再达成一个同时包括两阶段的公约是很难在国际上达成共识的。另外，像资本主义国家如美国会比较关心公民和政治权利，而共产主义国家则偏向于经济、社会和文化权利。为解决这个问题，于是撰写了两份公约：《公民权利和政治权利国际公约》以及《经济、社会及文化权利国际公约》。

第二步：宪法权利——生存与生活、谋生与牟利

生存与生活不是一个层次，主体的目标和要求也不同。谋生与牟利也不是一个层面：谋生是为了生存，牟利者是为了满足贪欲。对一些人，或者说对于一个群体而言，当生存成为问题的时候，“谋生”顺理成章成为他们首要的任务。然而，社会分化加剧，资源有限、生存能力的缺乏，生存方式的单一，谋生俨然成为严肃的社会问题。生存权，成为文明社会中，尤其是当代历史条件下的人们“应当享有的维持正常生活所必需的基本条件的权利”。我们无法忽略那些在“谋生”的人们。

但是，马斯洛需求层次理论——心理需求会随着经济状况的变化而有所变

化。所以，谋生者在解决最低层次的目标和需求之后，可能转化为满足更高层次的目标和需求；谋生者的行动可能进一步转化为牟取暴利的行为。“非正当谋生群体的救助与规制问题研究”成为我们努力的目标。

第三步：现象追问——为了生存可不可以“不择手段”

（王志纲工作室）“首席策划”王志纲说：“不论东西方，老板行为的操守的高低很大程度上取决于其具体的生存环境，而非个人的品德！”那么，为了生存，可不可以“不择手段”？如果可以，那么选用了“非正当的手段”而谋生的行为应当如何应对？

“非正当”这是一个描述性很强的表达；而且给人强烈的价值判断色彩。“非正当”与“谋生”的组合，就更容易受到人们的质疑和警觉。但是我们无法忽略的是：改革开放以来，催生了一大批采取非常规的、或者说不太体面的手段或方式谋生的人群；其生存的需要得不到理解和支持，反而会受到社会的鄙夷和唾弃；得不到法律的认可，甚至会受到法律的制裁和惩罚……我们将这类现象描述为“非正当谋生”、把这个群体表述为“非正当谋生群体”。

第四步：现象再追问——目的正当性与手段非正当性的错位

“目的正当性”和“手段的非正当性”之间的错位，引发争议，甚至可能造成社会冲突。一方面，涉及宪法赋予的公民的“生存和发展”的基本权利，涉及“每一个人有尊严地生活”的社会发展目标，关乎“国家尊重和保障基本人权”的庄严承诺，非正当谋生群体的生存权诉求具有“宪法上的正当性”；另一方面又涉及社会公共治理和社会公共利益的保护，非正当谋生群体的谋生方式和谋生手段，具有“行政法上的不正当性”以及“民法上的不正当性”。我们还发现，社会角色已经边缘化的非正当谋生群体，有的正在引发争议，甚至则已经或者可能造成社会冲突。

正因为如此，非正当谋生群体的生存权及其实现方式的确认和保障，成为我国人权法学和行政法治研究的重要课题，顺理成章。

第五步：出路选择——发展生产力、帮助和救济

公民基本的经济、文化和社会权利及其保障，是我国宪法赋予公民权利的重要内容^①。这是本课题建构的基础，也是立论赖以存在的源头和出路。其一，公民享有维持其身体所必需的健康和生活保障权。第十四条规定，“国家通过提高劳动者的积极性和技术水平，推广先进的科学技术，完善经济管理体制和企业经营管理制度，实行各种形式的社会主义责任制，改进劳动组织，以不断提高劳动生产率和经济效益，发展社会生产力。国家厉行节约，反对浪费。国家合理安排积累和消费，兼顾国家、集体和个人的利益，在发展生产的基础上，逐步改善人

^① 注：很多学者，如杨春福、龚向和、程亚萍等，都习惯用“经社文权利”指称公民基本的经济、文化和社会权利。