

# 论劳动权在我国宪法上的定位

徐 钢, 方立新

(浙江大学 光华法学院, 浙江 杭州 310028)

[摘 要] 劳动权作为一项基本人权已在国际社会形成共识。理解我国宪法上劳动权的概念, 需要避免由从劳动法律关系出发来界定劳动权内涵的“逆向推导”逻辑进路所造成的理论误区。由于各个国家或地区在宪法规范结构和设置目的上的差异, 劳动权具有不同的性质, 但亦存在趋同现象。我国转型时期劳动权的性质通过宪法解释呈现出自由权与社会权的双面性。由此, 以国家义务层次为导向的劳动权一体化保护, 恰好与其形成对应关系。通过劳动权形成权利均衡机制, 有助于重建我国社会公平与和谐发展的宪政共识。

[关键词] 劳动权; 自由权; 社会权; 国家义务层次; 一体化保护

[中图分类号] D911

[文献标志码] A

[文章编号] 1008-942X(2007)04-0049-10

## On the Status of Labor Right in Our Constitution

XU Gang, FANG Li-xin

(Guanghua Law School, Zhejiang University, Hangzhou 310028, China)

**Abstract:** It is known in the world that labor right is one of the fundamental human rights. Citizens have the right to work is provided in all the previous Chinese constitutions. As a constitutional right, there are differences between the labor right under the legal relation of constitution law and the workers' right under the legal relation of labor law. Therefore, it is essential in understanding to avoid the theoretical fallacy caused by logical converse deduction, which defines the meanings of labor right from the angle of legal relation of labor law, so as not to confuse the said two legal concepts.

There are different understandings regarding the nature of labor right in Chinese jurisprudential circles and some countries and regions where the continental law system is adopted. Comparison with the labor right provisions in Germany, Japan and Taiwan (China) shows that discrepancies result from those in the normative form of the constitutional text, the purpose of labor right, etc. On the other hand, however, the understandings of the nature of labor right tend to converge. China's labor right should present the dual nature of negative rights and social rights by constitutional interpretation in the transitional period.

[收稿日期] 2006-12-12

[本刊网址·在线杂志] <http://www.journals.zju.edu.cn/soc>

[基金项目] 浙江省杭州市规划课题资助项目(203103-F40601)

[作者简介] 1. 徐钢(1978-), 男, 浙江绍兴人, 浙江大学光华法学院博士研究生, 主要研究方向为公法原理和人权理论; 2. 方立新(1958-), 男, 浙江海宁人, 浙江大学光华法学院教授, 主要从事司法制度和法律史研究。

It is easier to reveal the connotation and function of labor right from another viewpoint of protection by integrated approach :oriented typology of the State 's obligations. The typology of the State 's obligations consists of the obligation to respect , the obligation to protect and the obligation to fulfill , and fulfillment obligations include the obligation to facilitate and the obligation to provide. In case labor right is infringed in realistic life , it is very significant to analyze accordingly the obligations borne by the State.

In current China , it is urgent to form a right balance system and reconstruct the mutual constitutionalistic recognition of social fairness and harmonious development through labor right , which embodies two horizontal levels-equal protection of property right and labor right , and strengthening of equality between the employer and the employees , and two vertical levels-increasing the number of representatives of laborers ' interest in policy-making and enhancing basic laborer capacity.

**Key words :** labor right ; negative rights ; social rights ; typology of the State 's obligations ; protection by integrated approach

在工业化社会的发展阶段,劳动合同乃市场关系的核心。20 世纪初,国家对劳动合同“消极不干预”的理念遭遇到强大的劳工运动,从而不得不转向由国家积极地对弱势劳动者实行倾向性保护的政策,进而使劳动权最终为许多国家的宪法所明文规定,并成为国际人权法体系中经济、社会和文化权利的核心。自 1954 年起我国宪法就规定了公民的劳动权,但法学界对劳动权的讨论则始于 20 世纪 90 年代《劳动法》颁布前后。纵观十多年来的发展,劳动权的研究主要集中在经济法或劳动法领域,宪法领域的专门论述则相对较少。这似乎与我国台湾地区“劳动法界对‘宪法’工作权之保障规定,除少数论者有其坚持之论点外,大多均将此一领域拱手让与宪法学者,而未有深入之讨论”<sup>[1][71]</sup>的情况恰好相反。劳动权是一项相对弱小的“冷”权利,然而它却与人们的生存和发展息息相关。无论劳动法学还是宪法学,对于劳动权的历史流脉、理论体系以及实践应用等课题的研究仍然具有广泛与纵深的空间。本文试图在现有劳动权研究的基础上,从社会转型的视角,契合社会公正的时代背景,就劳动权在我国宪法上的定位问题,抛砖引玉,求教大方。

## 一、“逆向推导”的理论误区——对劳动权概念的说明

在法规范的意义上,宪法与劳动法在一国法律体系中存在着上下位阶的关系,公民劳动权的保障亦成为劳动立法的目的和指导思想。劳动关系作为经济生活的一部分,在本质上属于平等主体之间的关系,但同时又循入了国家积极作为的因素。以国家权力渗入私法领域为特点的社会法为背景对劳动权进行研究时,需要避免将这个理论特点无限扩大而在法规范上混淆劳动法律关系与宪法劳动权的公法关系。具体而言,当我们在学理研究上沿循以劳动法为基础,以劳动法律关系为视角,来理解和界定宪法法律关系中劳动权的内涵这样一种“逆向推导”的逻辑进路时,我们需要注意防止以下几个方面的理论误区:

第一,将劳动权利等同于劳动权。劳动权的概念有多种解释,其中一种思路就是用劳动法上的劳动权利来理解宪法上的劳动权。例如,有学者认为,“广义上的劳动权概念与劳动权利是等值概念”,“从外延上看,把劳动权视为劳动权利的简称也未尝不可”<sup>[2][168]</sup>;也有学者从社会法的视角主张在劳动权概念问题上应持“宜粗不宜细”的态度,没有必要过细地区分“劳动权”与“劳动权利”等概

念之间的详尽差别,并指出其所称“各项劳动权均应从属于劳动法的范畴,即它们必须是在劳动法调控和保障范围内的权利,是劳动法上的权利”<sup>〔3〕178,80</sup>。对此种混同的理解,已有部分学者作了不同的比较与分析。笔者认为两者之间是有差异的,不能等同。但笔者将劳动权利和劳动权作为两个并列且独立的概念来看,而不是部分学者所认为的两者属于“包含”或“属种”关系。它们是两种性质不同的权利,前者在本质上属于私权利,而后者则是作为宪法基本权利的公权利,其背后反映的是不同的法律关系。厘清此种区别的意义在于明确劳动权作为基本权利的特征与法律地位。

第二,将劳动权的主体局限于劳动者。劳动法意义上的“劳动者”是指与用人单位形成劳动关系的职工。当我们在理解劳动权的主体时,往往容易将其局限在劳动法意义上的“劳动者”。例如,有学者在定义劳动权的概念时,认为“劳动权是指劳动者在劳动关系中享有劳动就业权、择业和变更职业权、取得报酬权以及劳动保护、社会救济权利的总称”<sup>〔4〕</sup>;也有学者直接指出“劳动权的权利主体是劳动者个人或者劳动者团体”<sup>〔3〕178</sup>。的确,劳动权对于“劳动者”而言具有更大的权利价值,但宪法劳动权的享有主体远远大于基于劳动关系的劳动者,其主体为“公民”,即“可辨认之个体”,这彰显了基本权利的普遍性。

第三,将《劳动法》第3条规定的内容等同于劳动权的内容。确实,我们可以把这些内容视为劳动权的立法具体化,但两者在性质与内涵上是完全不同的。劳动法规定的劳动权利主要是劳动者针对用人单位所享有的私权,很多权利以劳动关系的存续为前提,其义务主体主要为用人单位。而我国宪法中规定的劳动权则是针对国家享有的,是基于“公民”的身份而享有的,不以劳动关系的存续为基础,其义务主体主要为国家,即公民有权要求“国家必须制定和实施有关劳动保护的法律法规,其中必须规定有关劳动报酬、劳动时间、休息以及其他劳动条件的最低标准”。对于劳动报酬而言,“只是行使劳动权的客观结果,作为一种权利,其本身更倾向于民事上的债权请求权”<sup>〔5〕216</sup>。

以社会法为背景的分析清晰地概括出了劳动关系中国家干预的因素,但如果因此将宪法上的劳动权与劳动法上的劳动权利也作此种“公私混合”式的理解,那就在方法论上混淆了价值分析与规范分析。从规范上看,劳动法主要调整劳动者与用人单位两个平等主体之间的劳动关系,劳动权利对应的是用人单位的义务;宪法则调整个人与国家以及国家内部间的关系,公民的宪法权利大多表现为个人相对于国家的权利。当将两者混同时,往往会误将用人单位视为劳动权的义务主体而忽视国家的义务与责任。当然,这并不意味着宪法权利对私法领域毫无效力,在现代宪法中,劳动权同样存在着“第三人效力”,但这种效力的发挥往往只是间接的。毋庸置疑,作为基本权利的劳动权宣示了一种价值理念,希望创造一种价值的秩序,这是由宪法的基本法地位所决定的。因此,劳动权在防御国家权力侵害的同时,也需要国家权力积极地保护其排除社会经济强者的侵害。这种积极保护就是通过劳动权所针对的国家义务来体现的,尤其是立法者的立法行为。劳动权的规范价值通过立法者的立法成为具体的法律,从而使劳动者拥有可以在私法关系中主张的权利。例如我国《劳动法》中关于工作时间、工资、劳动安全卫生等强制性规定,即是“课雇主对国家所负之公法上义务”<sup>〔6〕250</sup>。国家对雇主设定公法上义务的权力恰恰是源自于其自身对公民劳动权所承担的义务。因此,我们仅从劳动者与用人单位的角度来看,可以认为用人单位承担了双重义务,一是劳动合同所约定的义务,一是法定义务。相应地,劳动者则享有双重权利,即约定的权利和法定的权利。这种法定的权利即是其在宪法上所享有的劳动权在私法领域的体现,但它在本质上仍为针对用人

持两者不能等同观点的文章主要有:范进学《市场经济条件下的劳动权论》,载《山东法学》1996年第2期,第13-17页;沈同仙《劳动权探析》,载《法学》1997年第8期,第31-34页;方江宁《劳动权概念命题及其法律意义》,载《学海》2003年第6期,第85-91页;李炳安《劳动权论》,人民法院出版社2006年版,第21、25页。

主张这种关系的文章主要有:常凯《劳权论——当代中国劳动关系的法律调整研究》,中国劳动社会保障出版社2004年版,第12页;范进学《市场经济条件下的劳动权论》,载《山东法学》1996年第2期,第13-17页。

单位的权利,仍属私权领域。虽然这种透过国家立法的权利义务转化与延伸的最终效果仍然归结到劳动合同的双方当事人,但是否可以主张越过“国家立法层面”而直接认定劳动者对用人单位的劳动权,或者用人单位直接对劳动者的公法义务呢?笔者以为,如果我们未能处理好两者之间的微妙关系,而是将劳动权与劳动权利互通有无,将公法义务与私法义务相互混杂的话,那么事实上是将宪法劳动权规范所调整的范围无限泛化。原本希望通过宪法劳动权来保障劳动者的权益,结果却可能适得其反、“引狼入室”,侵犯受宪法保护的另一方即雇主的营业自由或财产权,为公权力侵入私领域无限制地敞开大门。

## 二、宪法解释上的“对极”与“逆差”——劳动权性质的论争

劳动权与各国的经济制度、所有制结构、社会人口状况以及阶级意识形态等有着紧密的联系,各国劳动权的理论基础与保障方式也有各自的特点。因此,对于劳动权的理解必须从本国的历史发展和具体国情出发,分析其宪法规范背后的法理及其社会原因。我国公民的劳动权从 1954 年宪法到 1982 年宪法都有明文规定,其间,国家经济体制和所有制结构都发生了重大变化,劳动权的性质以及国家保护的程度也随之发生深刻变化。

我国法学界对于劳动权性质的理解大体上有四种不同观点:有的认为“劳动权是一种社会权”;有的则认为“劳动权实际上应被视为是一种自由权”;也有的主张“劳动权的性质应为受益权”;还有一些学者采取折中的观点,认为“劳动权是一种兼容社会权属性与自由权属性的权利类型”。笔者认为,仅就对这些概念的理解和表述而言,彼此并非是在同一个意义上使用与对话的。例如对“社会权”的理解,有学者是从人权发展的历史时序中体现时代观念的“自由权”与“社会权”的层面上划分;有的则是以法律体系结构的“三大结构要素”为基础,在公法、私法与社会法的层面上划分。而且,学者们对“自由权”的内涵也存在不同理解。对基本概念理解的不统一,不利于在不同学科之间展开讨论与对话,也不利于对劳动权性质的准确把握。

对劳动权性质的理解,在一些大陆法系的国家和地区也存在不同观点。在宪法中最先规定工作权的是 1919 年德国魏玛宪法。但二战后制定的德国基本法中并未明文规定工作权,而代之以职业自由的规定。在学理上,学者往往将职业自由的规定视为保障工作权的核心条文。职业自由是一种防御性权利,并无“社会权”的性质,这种观点已成为学界和实务上的通说。日本宪法与德国基本法不同,日本宪法中明确规定了国民的劳动权。目前,日本学说大致上是积极地将劳动权解为一种社会权或生存权的基本权。我国台湾地区法学界对于工作权为纯粹的受益权(社会权)、自由权还是兼具受益权与自由权的性质,学理上一直未有定论;在实务上,似乎倾向于将工作权理解为一种防卫性的自由权。

鉴于德国、日本和我国台湾地区关于劳动权(工作权)性质的不同理解,我们可以比较分析其背后各自的原因。首先,从宪法规范设置以及基本权体系来看,三者各有不同。德国基本法没有明文规定(社会权属性的)工作权,而仅规定与工作权相关的“职业自由”(第 12 条第 1 款),在基本权体系中一般都将其归为经济自由权。日本宪法对职业选择自由权与劳动权分别予以规定(第 22 条第 1 款与第 27 条),学理上将前者定位为经济自由权,而后者则归于社会权体系。台湾地区则只笼统地规定“工作权应予保障”(第 15 条),至于其内涵是等同于被继受国德国的“职业自由”还是解为社会权,“宪法”文本并未明确,在权利体系中的定位则有赖于宪法解释。三者宪法规范设置本身的差异就给学理和实务上的理解“制造了麻烦”。

部分相关观点的梳理可参见徐颖《劳动权问题研究综述》,载《中国劳动》2004 年第 1 期,第 28 - 30 页。

而且,从历史解释的角度来分析这些规范的形成原因以及立宪者设定的目的,也有助于理解各自劳动权的性质。德国基本法舍弃魏玛宪法工作权的规定而以职业自由取代,因为国家事实上无法保障每个国民充分就业及劳动的机会。德国学者 Brun-Otto Bryde 指出,观察基本法的立法过程,将社会权的意涵加入其中的说法虽曾被提及,但未被采纳。在我国历史上,《中华民国宪法草案》为了保护劳工阶级而在原来仅规定财产权的基础上增加了工作权、生存权的保障,从而形成现行条文。据此,强调工作权偏向劳方,财产权偏向资方,是可以找到宪法的历史性解释的。日本宪法对于劳动权的规定,典型地反映了现代宪法所具有的人权观念特点。日本在战前的明治宪法中并无保障劳工权利的规定,战后日本宪法除保障 19 世纪近代宪法自由权的职业选择自由之外,基于社会正义原则,亦积极保障生存权和劳动权。因此,其宪法中劳动权的性质及目的是显而易见的。将具有不同性质倾向的两种基本权分别规定,使其在基本权体系中清晰可辨。

由此可见,各个国家或地区对劳动权的性质以及通过劳动权希望达到的目的均具有特殊性,也折射出特定历史背景下各国或地区对待自由权与社会权之间所存张力的态度。然而,劳动权的性质在存在差异性论争的同时,也存在着某种趋同现象,即通过宪法解释而呈现出自由权和社会权的双面性。日本宪法学通说虽将劳动权解为社会权,但亦不完全否定劳动权之自由权的层面。在德国,学说与实务上均采工作权(职业自由)为自由权的观点,但德国联邦宪法法院亦未放弃从“职业自由”的角度,透过“社会国原则”加入国家保护义务的概念,使之具有某种社会权倾向的性质。国际人权公约也把“职业自由”、“合适的劳动条件”以及“请求工作权”的规定融于一炉,包含了自由权和社会权两个层面。可见,宪法解释应当以功能法上的观点作为取向,应将宪法文本所具有的规范功能阐释出来,由发生史的解释转化为发展史的解释,从而将“宪法当代化”。劳动权的保障应当根据客观经济社会条件以及人的观念的变化,通过宪法解释赋予其多重性质、内容与功能。

根据上述德国、日本以及我国台湾地区关于劳动权的规范设置的比较分析,并综合考虑劳动权的双重性格与相关内容,笔者将劳动权与其他基本权相竞合的情况以图示作粗略表示(见图 1):

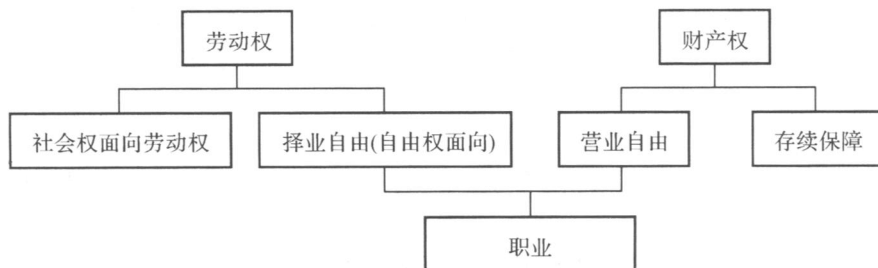


图1 劳动权与其他基本权的竞合关系

通过上述分析,理解和把握劳动权在我国宪法上的定位就更加容易了。我国宪法第 42 条第 1 款规定:“中华人民共和国公民有劳动的权利和义务。”从宪法规范的设置上看,我国宪法不同于德国基本法的“职业自由”规定,也不同于日本宪法对“职业选择自由”和“劳动权”分别规定。但从历

参见 Brun-Otto Bryde. Art. 12 Grundgesetz Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit, NJW 1984, S. 2177 - 2179, 转引自陈爱娥《宪法工作权涵义之演变》,详见 [http://140.112.150.151/old/news/921226\\_8.pdf](http://140.112.150.151/old/news/921226_8.pdf), 2006 - 10 - 08。

参见国民大会秘书处编印《国民大会实录》,1946 年 12 月,第 432 - 433 页。

持这种观点的可参见台湾学者黄越钦《劳动法新论》,中国政法大学出版社 2003 年版,第 55 页以下。

参见 1948 年《世界人权宣言》第 23 条和 1966 年《经济、社会和文化权利国际公约》第 6 条。

此仅为便于理解而作的粗略表示。需要说明的是,本文并不讨论罢工权、团结权、集体谈判权等辅助性权利,因此劳动权的内容中并没有将其包含进去。此外,一般宪法中所规定的劳动权、职业自由、财产权三者之间在自由权的层面存在着“基本权竞合”的情况。正因如此,才使得在讨论劳动权(工作权)时,概念理解变得比较混乱。

史解释的角度来看,我国劳动权规范的设定鲜明地体现了社会主义的特点。相对于资本主义宪法中的工作权保障是以生产资料的私有制为前提的“限定劳动权”,基于社会主义思想而形成的劳动权将工作机会的创造与分配视为国家的责任,其特点就是保障与实现完全就业的“完全劳动权”,典型的如 1936 年苏联宪法第 118 条对劳动权的规定。我国 1954 年宪法关于劳动权的规定基本上效仿 1936 年苏联宪法。因此,从历史解释的角度看,在统包统配的计划经济体制下,我国劳动权的性质属于纯粹的社会权,即国家直接提供工作岗位以达到适才适用的完全就业。但这一点也往往成为国家借以否定公民消极的劳动自由的依据。由此,劳动不但是公民的权利,同时也是公民的义务,公民没有不就业的自由。

也许,我国宪法权利规范的设置样态注定了劳动权的概念要承担多重内涵与功能的命运,使这种命运得以彰显的则是我国市场经济的推行。在市场经济条件下,公民在劳动就业方面拥有广泛的自主决定权,选择的职业或职位也具有多样性,这就赋予了劳动权保障公民消极的劳动自由的功能。正如前文所比较分析各国或地区的情形那样,这种劳动权的新内涵与功能的确立主要有赖于宪法解释学的发展。对于我国而言,在沿循由成文法规定的历史解释而导出劳动权的社会权性质的同时,如何透过宪法解释发展出体现我国经济社会条件变迁下劳动权新的内涵与功能,全方面地保障劳工权益,应是我国转型时期劳动权发展的一个重要主题。然而,饶有趣味的是,我国劳动权的功能发展趋向与德国“职业自由”的内涵扩大化在宪法解释上正好构成了“对极”与“逆差”。如前文所述,德国宪法在“社会国原则”的基础上,运用“客观价值秩序”的理论,透过对自由权功能的多面向开展,使得“职业自由”除了传统防御权的功能之外,也具备要求国家积极作为的面向,借以保障社会权面向的劳动权的实现。而我国宪法劳动权的发展进路则恰好相反:在市场经济的背景下,运用宪法解释使原来纯粹社会权性质的劳动权发展出要求国家消极不作为的、具有防御功能的“选择职业的自由”,借以保障自由权面向的劳动权的实现。当然,这种国家义务重心从一极向另一极转变的过程,并不是否定劳动权原先所具有的功能。事实上,这种趋向的强弱程度以及各种功能的显隐程度与各国客观的经济社会状况密切相关。在此意义上,似乎可以说劳动权在国家的经济增长和社会稳定中发挥着调节阀的作用。这种作用在我国现阶段或许更有必要,并且更加复杂。

### 三、劳动权的一体化保护——以国家义务层次为导向

如前所述,宪法劳动权所调整的主要是公民与国家之间的关系,公民劳动权主要对应国家义务。劳动权双重性格的趋同现象是对劳动权所包含的多重功能与实际内容的复归。正如有学者在研究国际人权法中的工作权时指出的:“(工作权)反映了一系列的规定,这些规定既需要有传统自由和现代权利的态度,也需要有由严格的法律义务和政治承诺组成的义务为导向的观点。”<sup>[7]301</sup> 笔

此概念由日本著名劳动法学者石井照久教授提出。所谓“限定劳动权”是指“具有劳动的意思与能力的人,不能在私有企业就业时,并且要求国家提供劳动机会而不可能的情况下,享有请求国家支付相当的生活费的权利”。相对应地,所谓“完全劳动权”是指“具有劳动的意思与能力的人,享有要求属于自己的社会提供劳动机会的权利”。转引自常凯《劳权论——当代中国劳动关系的法律调整研究》,中国劳动社会保障出版社 2004 年版,第 153 页。

需要说明的是,此处所指的“公民的义务”并非我国现行宪法规定的“公民有劳动的权利和义务”,而是指列宁在 1918 年的《被剥削劳动人民权利宣言》中所宣称的“为了消灭社会上的寄生阶层并组织经济,实行普遍劳动义务制”意义上的劳动义务,不劳动不得食。

孙笑侠教授用这一对概念来描述中国与西方在法治发展上所存在的空间和时间上的差异,参见孙笑侠《“对极”与“逆差”——关于中国法发展阶段上的特殊性》,载《法学论坛》2003 年第 2 期,第 92 - 94 页。本文借用这一对概念来说明我国劳动权与德国“职业自由”在功能与内涵发展上的趋向。

者以为,从另外一个视角——以劳动权所对应的国家义务层次为导向的劳动权“一体化”保护——来分析或许能更清晰地揭示劳动权所蕴含的内涵与功能。

较早提出国家义务层次理论的是美国学者亨利·舒(Henry Shue)<sup>[8]13-87</sup>,此理论随后很快得到了国际人权学界的响应。前挪威人权研究所所长、联合国保护与促进人权分委员会委员阿斯布佐恩·艾德(Asbjørn Eide)将亨利·舒的义务层次论概念化,并最终被经济、社会和文化权利委员会所采用。该委员会在关于食物权的第12号一般性意见中确认了国家三个类型或层次的义务:尊重的义务、保护的义务和实现的义务。实现的义务依次包括促进的义务和提供的义务。

### (一) 尊重的义务

尊重的义务是指国家不能直接或间接侵犯和干预权利。在市场经济条件下,劳动的自由乃我国宪法劳动权内涵的应有之义,目的在于防御国家的不当侵犯或干预。因此,相对国家而言,应当尊重个人依照自己意愿从事工作的自由,包括选择职业的种类、场所,开始、持续与终止劳动的自由等;无正当理由不能剥夺公民既有的工作机会;禁止通过法律或行政命令对劳动自由作不当限制;禁止强迫或强制劳动,禁止奴役;禁止歧视和不合理差别待遇。对于许多经历过近代自由主义理念洗礼的西方立宪主义国家来说,也许这些都是顺理成章的,但对于处在转型时期的我国而言,所存在的问题使我们从国家义务的角度来强调公民的劳动自由具有较大的现实意义。

首先存在的较大问题是关于选择职业自由的界限。职业选择是自由的,但国家可以基于公共利益的考量而对职业自由加以限制,问题在于国家如何限制才能既合乎劳动权的保障,又能契合一般公共利益。对此,在职业自由限制的合宪性审查上,日本宪法通常适用“合理性”基准,并区分消极目的规制与积极目的规制。德国联邦宪法法院则于1958年著名的“药房案判决”中运用比例原则形成了“三阶说理论”,此一理论至今仍具有典范作用。反观我国宪法学理论,对于该问题在理论基础或者方法论上似乎未有具体建构。实务上,由于我国尚未确立具有实效的违宪审查机制,所以立法者对于公民职业选择自由的限制在很多时候存在恣意现象。就以新近颁布的《娱乐场所管理条例》为例,终生禁止四类人开办娱乐场所或者在娱乐场所内从业,其限制的合理性不无令人质疑。因此,笔者认为,对于职业选择自由的限制问题,在借鉴其他国家经验的基础上,有以下一些方面值得我们深入研究:国家限制职业选择自由是否必须符合“法律保留原则”?列入职业选择自由保护的“职业”范围有多大?依据何种标准来判断哪些“职业”是被容许的,哪些不被容许?基于何种理由需要对职业自由作出限制?如何来判断所谓的“合理的公益考量”?对这种限制的合理性如何进行审查?具体的基准和方法是什么?在程序上如何操作?当然,对某些问题的讨论已经超出了劳动权理论本身的范畴,而延伸至整个宪法学、法学领域。

其次是平等就业的问题。平等权是一个附属性的权利,该权利往往与其他实体性权利相结合而使用,尤其是与劳动权的结合更为紧密。在我国,身份、户籍、地域、身高等政策性歧视和制度性障碍仍然屡见不鲜。对此,从国家义务的角度来看,国家应当处于“中立”的立场,“平等地尊重”公民的劳动权。当然,在劳动力市场中也存在许多用人单位的歧视现象。对此,笔者认为,一方面,国家的某些政策造成或者加剧了私人间歧视的存在,例如城乡二元结构、地域的不平衡发展、公共教育的缺乏等,因此,必须要防止国家在形式“中立”背后所潜藏的实质“不中立”,而问题的解决则“解

在国际人权学界,通过公民权利和政治权利对经济和社会权利进行保护的方法通常被称为“一体化方法”(integrated approach)。笔者借用这个概念旨在说明劳动权作为一个整体性、综合性权利,与其多重功能相对应的则是全方面保护,从而避免因预先划定其性质而带来保护上的偏颇。

参见 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 12, 1999。

参见 BVerfGE 7, 377(联邦德国宪法法院判决第7辑,第377以下)。

铃还需系铃人”。另一方面,对于劳动力市场中存在的歧视现象,也需要国家履行保护义务,积极地通过立法、司法、行政等手段将宪法劳动权的内涵与精神在私法领域中予以落实。

## (二) 保护的义务

保护的义务意味着国家必须采取积极的措施对于侵犯权利的行为进行惩罚和积极的预防,包括规定有关劳动报酬、劳动时间、休息休假时间、安全卫生的劳动条件等基准,妇女和未成年人的特殊保护,通过劳动监察和执法积极地落实这些规定,在司法领域保护劳动者在工作中的各项权利,保护已受雇佣的人不被任意或不公正解雇的权利等。履行保护的义务并不像尊重的义务只需消极地不干预即可,而是需要积极作为。

自 1994 年《劳动法》颁布以来,我国的劳动法制建设取得了蓬勃发展。相对立法而言,我国的劳动执法似乎仍存在较大的问题,许多保护劳动者权益的规定并没有得到很好地执行。应当说,在经济利益的驱动下,许多用人单位存在侵犯劳动者权益的现象是不可避免的,但作为“中立”的政府如果对此听之任之,则可以说是保护义务的缺位。正如前文所分析的,劳动条件等强制性规定正是“课雇主对国家所负之公法上的义务”,国家对雇主进行干预和监督则是其对公民劳动权所承担的义务。但是,许多政府均不同程度地存在着为追求地方经济效益而牺牲劳工权利的倾向。这种功利主义的做法早已为罗尔斯所批评,他指出,“减少一些人的所有以便其他人可以发展——这可能是策略的,但不是正义的”<sup>[9]15</sup>。当然,罗尔斯的正义原则是在“合理的文明发展阶段”下的理论,“合理的文明发展”即“一个在满足了生命原则之后正在满足自由原则的社会”<sup>[10]66</sup>。由此,公民劳动权的严格保障需要以国家履行义务来维持公民基本生存为基础。

司法保护是另一个重要层面。在保护义务下,国家针对公民所享有的劳动权在规范的延伸意义上,内在地蕴含了同时排除私人之间侵犯行为的规范内涵,由此派生出普通劳动法在私人之间关系上保障公民劳动权的有关规范之宪法规范上的依据<sup>[5]101</sup>。对此,德国联邦宪法法院发展出的基本权利的“第三效力”与“保护义务”理论,可为我国劳动权研究所借鉴。唯需注意的是,当穷尽普通法律救济而需要在私人间适用宪法劳动权的规定时,应当透过劳动法或者民法规范中的概括性条款,将宪法劳动权的内在精神价值注入法官的解释、衡量与判决中,即发挥所谓“间接效力”,从而避免如前文所提到的由于将劳动权与劳动权利混为一谈,而将私人间侵犯劳动权利的救济径直回溯到宪法劳动权所带来的危险性<sup>[11]</sup>。

## (三) 实现的义务

实现义务包括两个方面:首先是促进(facilitate)的义务,它要求国家为全面实现权利采取适当的法律、行政、预算、司法等措施。就劳动权而言,即要求国家积极主动地采取行动,以便进一步保障公民就业的资源与提高他们劳动就业的能力,包括积极地制定有关各种职业能力开发、就业或雇用对策、职业安定、男女就业或雇用机会平等以及失业和再就业对策等法律、法规;促进劳动就业和社会雇佣,减少失业,也包括直接开设就业指导培训或职业训练的场所,提供具体的职业培训与介绍服务。如前所述,在市场经济条件下,国家不可能完全地直接提供给公民工作岗位,而只能积极地创造工作机会,使个人凭借自身的能力和努力实现工作。相对于人人获得工作岗位的“结果平等”而言,国家的促进义务属于“机会平等”层面。如进一步分析,正如道格拉斯·雷指出的那样,“机会平等”有两种不同的涵义:一是前途考虑,即每个人都有达到一个既定目标的相同可能性;二是手段考虑,即每个人都有到达一个既定目标的相同手段<sup>[10]109</sup>。因此,除了上述尊重义务中国家应将各种机会平等地向所有人开放之外,国家还必须考虑人们对于各种机会的平等手段,即努力保证每个人都拥有有效利用这些工作机会的手段、工具、资源或能力。因此,国家的促进义务,尤其是



教育的普及与提高、职业培训和指导的提供等,对于促进公民就业及劳动权的实现起着重要作用。

其次是提供(provide)的义务,它要求国家为实现权利直接提供援助或服务。公民因为某些不受他们控制的因素而不能利用自己现有的手段获得工作,或者收入不足以维持其基本生存时,国家有义务直接提供失业救济或最低生存保障的义务。国家的提供义务与公民的生存权存在着紧密联系。从我国历部宪法的规范变化来看,国家提供义务的内容事实上已经发生了实质性的变化,由原来的“工作岗位”转变为“失业保障或最低生存保障”。经济学家阿马蒂亚·森所回忆的劳工卡德尔·米亚死亡事件,警示性地提醒我们:没有国家提供最低生存保障,所谓的劳动自由也是空洞的。这也印证了劳动权各个功能面向的不可分割性以及劳动权“一体化保护”的重要意义。

#### 四、通过劳动权构建权利均衡机制

劳资关系是一种典型的强弱不对等的关系,这种关系在我国目前表现得较为突出。社会学家孙立平教授将此种现象概括为“失衡”,认为近些年来工人权益受到不断侵害的原因是劳资双方在表达和追求自己利益的能力上存在着高度失衡。的确,一个相对公平的社会,总是建立在各个群体和阶层权利大体均衡的基础上。长期以来,我们一直将劳工的贫困问题看作是一个收入低下的经济问题,然而近些年的研究表明,贫困问题与人们在享有权利上的不平等密切相关,甚至认为“贫困是对人权的侵犯”。

当下,建设公正、和谐的社会已成为我国发展的重点。这其中,公民劳动权的保障与实现必然成为一个关键问题。同时,宪法劳动权具有调节社会矛盾、巩固社会稳定的作用,但这种调节的方式必须在法治的形式与框架内进行。从宪政的制度架构来看,笔者认为通过劳动权构建权利均衡机制主要体现在两个纬度、四个层面上:首先,在水平的纬度上主要包括以下两点:(1)财产权与劳动权的并重保障。财产权对于雇主的权利价值性更大,而劳动权的价值则更倾向于劳工。两者往往在雇主的营业自由、解雇自由、契约自由与劳动者的劳动关系存续、要求提供法定劳动条件等之间存在冲突。所以,应当通过宪法规定的权利限制、国家保障人权以及劳动权条款,在财产权与劳动权的保障之间进行适当平衡。(2)资方与劳方力量上的对等。在我国劳动权的辅助性权利中,团结权行使的单一性、罢工权的语焉不详以及工会与雇主协会力量的不对等性,都使劳动者处于更为弱势的地位。因此,在适当的条件下赋予劳方更大力量,并通过法律予以规范和保障,将有利于改变劳资双方力量悬殊的状况。其次,在垂直的纬度上主要包括:(1)增强劳动者在政治决策中的利益代表。“参与”是发挥劳动权作用的核心。从国际人权的发展来看,劳工等弱势群体“必须被视为是发展的主动参与者,不能再被看作是被动的接受者;他们是合作者而不是目标对象”。(2)提高劳动者的“基本可行能力”。为了使劳动者享有“实质的自由”,并具有劳动力的可持续发展,劳动权的保障不仅要赋予权利,还需要积极地引导和提高其就业的能力、手段和资源,包括社会保障、就业服务等,以寻求推动建立有助于发挥劳工主动性和解决问题能力的环境。

#### [参 考 文 献]

- [1] 黄程贯.德国劳动法上关于工作权保障之讨论[J].宪政时代,2003,(1):69-93.[Huang Chengguan. On Safeguarding Work Rights in German Labor Law[J]. Constitutional Review,2003,(1):69-93.]

阿马蒂亚·森在其著作中回忆了其童年时代遇到的事情,即劳工卡德尔·米亚在没有任何食物的情况下,为了一点钱而冒着地区骚乱的危险到附近打工,结果被刺身亡。参见[印]阿马蒂亚·森《以自由看待发展》,任贻、于真译,中国人民大学出版社2002年版,第5页。

- [ 2 ] 冯彦君.劳动权论略[J].社会科学战线,2003,(1):167-175. [Feng Yanjun. On Labor Rights[J]. Social Science Front,2003,(1):167-175.]
- [ 3 ] 许建宇.社会法视野中的劳动权[A].林嘉.劳动法评论:第1卷[C].北京:中国人民大学出版社,2005. [Xu Jianyu. Labor Rights within Social Law Framework[A]. Lin Jia. Labor Law Review: Vol. 1[C]. Beijing: China Renmin University Press,2005.]
- [ 4 ] 刘嗣元.谈市场经济下公民劳动权的实现[J].法商研究,1995,(5):4-7. [Liu Siyuan. On the Realization of Civil Labor Rights in the Market Economy[J]. Studies in Law and Business,1995,(5):4-7.]
- [ 5 ] 林来梵.从宪法规范到规范宪法[M].北京:法律出版社,2001. [Lin Laifan. From Constitutional Norm to Normative Constitution[M]. Beijing: Law Press,2001.]
- [ 6 ] [日]美浓部达吉.公法与私法[M].黄冯明,译.北京:中国政法大学出版社,2003. [Minobe Tatsukichi. Public Law and Private Law[M]. Trans. Huang Fengming. Beijing: China University of Political Science and Law Press,2003.]
- [ 7 ] [挪威]克利斯托弗·德泽维奇.工作权和工作中的权利[A].国际人权法教程项目组.国际人权法教程:第1卷[M].北京:中国政法大学出版社,2002.299-310. [Drzewicki, K. The Right to Work and Rights in Work [A]. The Editorial Group of International Human Rights Law Textbook. International Human Rights Law Textbook: Vol. 1[M]. Beijing: China University of Political Science and Law Press,2002.299-310.]
- [ 8 ] Shue, H. Basic Rights: Subsistence, Affluence and U. S. Foreign Policy[M]. Princeton: Princeton University Press,1980.
- [ 9 ] [美]罗尔斯.正义论[M].何怀宏,何包钢,廖申白,译.北京:中国社会科学出版社,1988. [Rawls J. A Theory of Justice[M]. Trans. He Huaihong, He Baogang, Liao Shenbai. Beijing: China Social Sciences Press,1988.]
- [10] 何怀宏.公平的正义[M].济南:山东人民出版社,2002. [He Huaihong. Justice as Fairness[M]. Jinan: Shandong People's Publishing House,2002.]
- [11] 方立新,徐钢.论宪法在私法秩序内的意义[J].浙江大学学报(人文社会科学版),2004,34(6):77-86. [Fang Lixin, Xu Gang. The Function of Constitution in the Private Law Order[J]. Journal of Zhejiang University (Humanities and Social Sciences),2004,34(6):77-86.]

本刊讯: 由浙江省行为科学学会、浙江大学管理学院、中国心理学会工业心理学专业委员会联合主办的“全国行为科学联席会 2007 年年会暨第 18 届学术研讨会”于 2007 年 5 月 25 日至 29 日在浙江大学召开。会议以创新与和谐为主题,分“创业与和谐社会建设”、“领导、变革与诚信行为”、“个体心理与激励行为”等三个专题,就企业社会责任与和谐社会、人才开发与全球领导力、企业创业能力和成长、技术创新和创业、创业环境优化与区域竞争力、企业国际创业的策略等问题展开了深入研讨,并对新经济条件下和谐创业与管理创新过程中的行为科学研究与应用作了分析。会议还总结了过去一年国内行为科学研究与应用方面取得的新成就,追踪了行为科学国际前沿研究成果,探索了中国行为科学的研究范式与应用实践,以着力推进学科建设与合作交流。本次会议丰富和发展了行为科学理论,对构建和谐社会具有积极的推动作用。