## 劳动权的位阶与权利(力)冲突

## 许建宇

(浙江大学 法律系, 浙江 杭州 310028)

[摘 要] 劳动权作为公民的基本人权(生存权)和宪法性权利,是一项在权利体系中具有上位效力 层次的重要权利,当它与其他权利(力)发生冲突时,应受到法律的优先保障。对于劳动权与公权、私权、 其他社会权之间的位阶关系及权利(力)冲突,应本着基本人权(生存权)优位保障、社会公共利益最大 化、利益衡量、社会正义等原则予以协调和化解。特别是在劳动权与经营权的冲突解决中,我们应遵循 生存权优于经营权的法理。

[关键词] 劳动权; 位阶; 权利(力)冲突; 公权; 私权; 社会权

[中图分类号] DF2 [文献标志码] A [文章编号] 1008 - 942X(2005)01 - 0168 - 09

## 一、劳动权的位阶

本文所指劳动权(亦称"工作权")是指劳动者个人或团体所享有的,以就业权、结社权为核心, 因劳动而产生或与劳动有密切联系的各项权利的总称。劳动权的位阶,是指劳动权在一国的权利 体系中处于什么样的效力层次,居于何种位置。探讨劳动权位阶问题的前提,是要对劳动权进行准 确的法律定位。笔者对劳动权法律定位问题的基本观点可简要概括为:劳动权是一种以就业权(在 个别劳动权当中)和结社权(在集体劳动权当中)为核心和逻辑起点的权利体系:劳动权是一种"法 律保留 '的权利:劳动权是一种在" 三方性 '原则的框架内存续和实现的权利:劳动权是一种必须由 公权介入和干预,以实现私法关系上"实质正义"价值目标的社会权[1]。由于笔者对此问题已有专 文探讨,故而不再赘述。

笔者认为,劳动权之所以具有上述这些权利属性,是因为劳动权从根本上说是公民的一项基本人 权,而且是其中最重要的权利,即生存权这一首要人权。恰如有的学者所言:"确保劳动者健康地生 存,有保障地生活,这是劳动权的生存理念。'(2](p.169)关于生存权的含义,学术界有着相似的理解。日本 著名学者大须贺明先生认为:"生存权的目的,在于保障国民能过像人那样的生活,以在实际社会生活 中确保人的尊严:其主要是保护帮助生活贫困者和社会的经济上的弱者,是要求国家有所'作为'的权 利。"我国台湾学者蔡茂寅先生也认为:"生存权乃是为了实质保障社会生活中个人人性尊严,亦即以 保障国民生而为人的生活水准为目的。"[3] (pp. 138-139) 台湾地区学者黄越钦先生认为:"生存权之规定,即 将生存权作为维护工作权与财产权之经济基本权加以保障,从而成为每一个国民可以对国家直接主

[收稿日期] 2004 - 03 - 09

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

[基金项目] 浙江省劳动和社会保障厅、浙江省劳动和社会保障学会资助项目(浙劳社办[2004]14号)

[作者简介]许建宇(1965 - ),男,浙江余姚人,浙江大学法学院法律系副教授,主要从事劳动法学、经济法学研究。

参见[日]大须贺明《生存权论》、法律出版社2001年版,第16页。王益英主编《外国劳动法和社会保障法》、中国人民大学 出版社 2001 年版,第414-419页。

张,以保障其生存的一项请求权。"<sup>[4](p.79)</sup> 大陆学者齐延平先生也持类似的观点:"生存权的实质是保证每个人过起码的生活的权利,是要求国家积极履行保障义务的权利。"<sup>[5](p.86)</sup> 还应指出,劳动权的人权(生存权)内涵在 20 世纪初以后不断丰富和发展,其中有两个重要观点得到普及:"第一个观点强调劳动条件、社会正义与世界和平之间的相互依赖。现代观念的第二个趋势已把劳动的概念提升为人的价值、社会需要以及自我实现和人的个性发展的手段。"<sup>[6](p.29)</sup>

联合国人权文件也对此有专门的论述。《世界人权宣言》(1948年)第22、23、24、25条明确规定了在劳动领域的基本人权标准,如"人人有权工作、自由选择职业、享受公正和合适的工作条件并享受免于失业的保障";"每一个工作的人,有权享受公正和合适的报酬,保证使他本人和家属有一个符合人的尊严的生活条件,必要时并辅以其他方式的社会保障"。《经济、社会及文化权利国际公约》(1966年)的第三部分,则对"工作权"(第6条)、"享受适当生活水准权"(第11条)等权利作了更为具体的规定。

可以看出,无论怎样理解"生存权"或对其进行立法规制,生存权观念中都包含着一些共同的理论特征和要素:其一,生存权的内容是维持人的基本生活需要,但这种生活应是有尊严的、"体面"的生活,即符合人权保障标准要求的生活,包括最低限度的经济生活保障和最低限度的文化生活保障。其二,享有生存权的权利主体,并非普遍的、抽象的"人",而是个别的、具体的"个人",如劳动者、雇工、消费者等。其三,生存权的实现和保障、依赖于国家公权力的介入、干预并积极地"作为";换言之、国民享有倚赖国家公权力保障其生存的权利,而国家(政府)则有提供此种保障的义务和责任,如保障公民的就业权、社会保险权等。

应当认识到,生存权是人权范畴中最为核心的权利,是公民行使其他政治(民主)、经济、 社会、文化权利的基础和前提。生存权所包含的上述这些重要观念,应该成为我们探讨劳动权位 阶问题的主要出发点。正是由于劳动权所蕴涵的基本人权(生存权)价值的极端重要性,各国均 把劳动权作为公民的一项基本权利(或作为公民的基本权利和义务)在《宪法》中予以确认和保 护。也正是基于劳动权属于公民基本人权的考量,国际劳工组织在近年来先后提出了"核心劳工 标准"和"体面劳动"的新议题和战略目标。国际劳工大会第86届会议于1998年6月18日在日 内瓦通过的《国际劳工组织关于工作中基本原则和权利宣言》第2条称:"(国际劳工大会)声 明,即使尚未批准有关公约,仅从作为国际劳工组织成员国这一事实出发,所有成员国都有义务 真诚地并根据《章程》要求,尊重、促进和实现关于作为这些公约之主题的基本权利的各项原 则。它们是:(1)结社自由和有效承认集体谈判权利:(2)消除一切形式的强迫或强制劳动; (3) 有效废除使用童工;(4) 消除就业与职业歧视。"这就是"核心劳工标准"(或称"核心劳动 标准") 的主要内容。国际劳工组织在1998年第87届国际劳工大会上,由国际劳工局长索马维亚 提出了"体面劳动"(Decent work) 这一国际劳工组织的战略目标。体面劳动作为一种全球性的 战略目标,包含有四个方面的内容,即"促进工作中的基本原则和权利、促进就业、促进社会保 护、促进社会对话 "「?'(ゅ.๑)。可见,"核心劳工标准"和"体面劳动"所关注的,正是劳动权范畴 中人权色彩最为浓厚的那部分重要权利。

美国著名法学家 E.博登海默曾说:"每个社会秩序都面临着分配权利、限定权利范围、使一些权利与其他(可能相抵触的)权利相协调的任务。"<sup>[8](p.298)</sup>由于劳动权关涉劳动者这一弱势群体的生

参见《世界人权宣言》第23条第1项、第3项规定。

这种倾向在民法学界也受到了极大的关注,被称为民法中的"人的再发现或复归的方向"。"相对于梅因(Maine)'从身份到契约'的公式,在今后似乎被反过来说成是'从契约到身份'。但那完全不是意味着向旧的身份制的复归或新的身份制的出现的概念。"参见[日]星野英一(王闯译)《私法中的人——以民法财产法为中心》,载梁慧星主编《为权利而斗争——梁慧星先生主编之现代世界法学名著集》,中国法制出版社、金桥文化出版社(香港)有限公司 2000 年版,第 371、372 页。

存利益和社会生活的安定局面,体现的是一种最具代表性的社会公共利益,故当劳动权与其他权利 (力)产生冲突时,体现社会正义、实质平等、分配公平等价值目标便成为法律应承担的重要职能。 为此,协调和化解权利(力)冲突应当遵循如下几项重要的指导原则:第一,基本人权(生存权)优位 保障原则:第二,社会公共利益最大化原则:第三,利益衡量(利益平衡、利益协调、利益考量)原则; 第四,社会正义(特别是"分配正义")原则。

基于上述分析,本文认为,劳动权在我国的权利体系中应是一项具有上位(优位)效力层次的重 要权利,当它与其他权利(力)发生矛盾或冲突时,应受到法律的优先保障。

## 二、劳动权与公权

#### (一)位阶关系

在资本主义历史上劳动权被看作纯粹私权的时期,国家对劳动关系进行调整时主要站在"放任 主义'的立场上,其结果是劳动者成为"血汗工厂'的牺牲品。为保障处于弱势地位的雇工权利,国 家(政府)公权的介入和干预成为必要。在我国传统的计划经济时期,以行政权为中心的公权受到 了前所未有的重视,随后却又陷入了以"管理"取代"维权"的误区,劳动行政权成了凌驾于劳动权和 劳动力使用权之上无所不包的---种全能权力 ,劳动权则被"统包统配 "、" 八级工资制 "等行政管理制 度所虚化、劳动权与公权的关系发生了严重的扭曲。

到了现代法治社会,劳动权越来越被看作是自由权和受益权的一种结合体,国家权力不再被视 为一种必然高于其他团体或个体权利之上的至高利益。相反,在劳动关系领域,一种明显的趋势 是:政府权力行使的模型开始从"管理型"逐渐向"管理型"与"服务型"相结合的方向转变,国家机构 的态度亦从消极的"不作为 '逐步向积极的" 有所作为 '转变。劳动权的实现除了依赖于劳动权主体 自身的努力外,同时还仰仗国家公权的积极保障。但国家在提供这种保障时,不再是以纯粹的行政 事务管理者的身份出现,而是更多地站在社会事务管理者的立场上进行调控、服务或监管,力图体 现"社会本位"的基本价值观。

总之,保障和被保障,服务和被服务,促进和被促进,强制和自由(基准和合同),这应该成为确 立公权与劳动权两者间位阶关系的一种合理架构。诸如劳动者的自主择业权与政府的促进就业义 务 劳动者的社会保险权与政府的社会保障责任 劳动者的劳动安全卫生保护权利与政府劳动保障 行政部门对用人单位劳动保护执法情况的劳动保障监察职责等等之间的对应关系,都是诠释这种 位阶关系的生动范例。应当认识到,公权与劳动权之间的这种对应关系是一种特殊的对应关系,它 并不能用法律关系主体双方权利义务对应性的一般理论来说明,更不同于私法上平等主体之间那 种强调"对价"性的权义结构关系,而是一种在社会公共利益本位基础上权力、权利之间的互动关 系,因此,只有在社会法的视野中才能得到合理的阐明。更确切地说,与其说这是国家(政府)对劳 动者直接负有这些义务,不如说是政府基于保障人权、保护弱者等现代社会法治理念所应尽的一种 社会义务和责任。

#### (二)权利(力)冲突和协调

劳动权与公权发生矛盾和冲突时,应如何协调处理,不能一概而论。劳动权的行使不能与劳动 基准和法律的强制性规定相违背,因此,在通常情形下,劳动权不能与依法行使的劳动保障监察权 相抵触,也不能与国家的司法权(特别是刑事审判权)相抗衡。

不过,随着近几十年来人权观念和法治理念(如"善法之治")的深入人心,公权的行使受到越来

越多规则的约束和控制,并逐步向社会权或私权作出退让和妥协,也已成为不争的事实。我国《企业破产法》(试行)第37条关于破产企业所欠职工工资和劳动保险费用优先于破产企业所欠税款得到清偿的规定,即是税权向劳动权让步的一个典型立法例。

笔者认为,当前在该领域需要研究的问题主要有:

第一,当用人单位应向劳动者承担的民事责任与其应向国家承担的行政责任、刑事责任出现重叠时,譬如用人单位依法须同时承担民事责任(向劳动者支付工资、经济补偿金、赔偿金、违约金等)、行政罚款或刑事罚金,而用人单位的财产不足以同时支付时,该如何确定执行的清偿顺序?从理论上看,这牵涉到在金钱方面公法责任、私法责任发生冲突时孰先孰后的问题,对此,我国现行法律尚无明确规定。笔者认为,考虑到劳动权的特殊重要性,应以首先承担对劳动者的民事赔偿责任为妥,即采私法责任优先的做法。

第二,我国应尽快研究在劳动权保障方面国家(政府)职权、职责的清晰界限问题,并确立相应的国家(政府)责任制度。应当看到,无论是"核心劳工标准"还是"体面劳动",其目标的实现在很大程度上依赖于国家(政府)的积极促进、推动和保障。但正如法理学者所言:"权力必须尊重权利及其法定界限;同时,权力的某些特性也使人们有理由相信,对权力进行恰当的限制是保障权利和自由的最好办法之一。"「「?「?」「9)」」因此,针对国家权力对劳动权的消极"不作为"甚至侵害行为,法律上应设有相应的责任追究程序。笔者认为,从长远看,除完善现有的行政复议、行政诉讼和国家赔偿制度以外,待条件成熟时,我国还应适时构建"宪法诉讼"制度。当国家立法机关、政府行政机关消极"不作为"或滥用权力,例如立法内容涉及不当限制公民劳动权或行政机关放纵用人单位侵害劳动权的违法行为,对公民劳动权造成侵害时,受侵害的劳动者或其团体可以通过提起宪法诉讼,借助于生存权的违宪审查诉讼和司法救济机制,来制止和纠正此种权力恣意行为。此外,也可考虑通过在劳动关系领域建立"公益诉讼"制度来遏制其中的某些行政违法行为。

第三,在公权体系内部,也应建立起和谐的权力分配和制约机制。例如在立法权、行政权的关系问题上,凡涉及限制、剥夺劳动权或对劳动权有重大不利影响的事项应实行"法律保留"("议会保留")的做法,其他事项方可由行政机关自由裁量。又如在行政权、司法权(包括"准司法权"如仲裁权)的关系问题上,当前急需理清劳动保障监察权、劳动争议仲裁权之间的权限关系(特别是在追薪问题上各自的管辖、职责范围),以避免权责不清、对相关工资争议互相争抢或互相推诿的现象发生。

## 三、劳动权与私权

#### (一)位阶关系

劳动权在历史上最早是作为私权(民事权利中的债权)受到保护的,但随着社会的进步和发展,劳动权逐渐从私权领域中独立出来而自成体系。分析其原因,主要有二:一是由于具有"两者兼容"特点(平等性和从属性兼容、财产性和人身性兼容)的劳动关系确实为一般的私法关系概念所不能涵盖;换言之,劳动权已不是一种纯粹的私权,而是一种兼具公权和私权特征的社会权,因此,劳动权的诸多特征很难完全用私权理论来阐释。二是因为劳动权所关涉的弱势群体利益及其所蕴涵的生存权价值,其意义和重要性均已超过民法上普通的物权、债权、知识产权和商法上的公司股权、

如怎样确定在社会保险基金不敷使用时,政府财政的最终支付责任或称"兜底'责任。

例如,劳动权中的许多内容(如就业权、职业培训权、社会保险权、结社权等)是由法律直接赋予劳动者的,我们无法将其归入纯粹的债权、物权、人身权等范畴,事实上它们和消费者权利一样,已成为独立的权利类型,没有必要硬用私权理论来予以说明。

经营自主权等权利,故必须打破传统私法中"形式平等"的调整方式,代之以对处于弱势的劳动者一方给予"倾斜保护"的特殊调整方式,方能矫正传统调整方式的缺陷,达至"实质平等"的理想格局。由此看来,劳动权的效力层次高于普通的物权、债权、知识产权等私权,应是一般规则,只有个别的民事权利(如生命健康权、人格尊严权等)方能与之相抗衡。

#### (二)权利冲突和协调

根据前面的分析,当劳动权与私权产生冲突时,劳动权应处于优位的效力层次。特别是在财产性权利方面,私权受到劳动权克减的情形是较为常见的。例如我国《合同法》第73条规定的"债权人代位权"不适用于"专属于债务人自身的"债权(如劳动报酬、退休金、养老金、抚恤金、安置费请求权等权利);工资扣除应坚持依法扣除、限额扣除、不得克扣或者无故拖欠的原则等等。不过,当劳动权与私权中的人身权(如人格尊严、人身自由、生命健康权等)发生冲突时,考虑到它们同样具有基本人权的价值,故需斟酌具体情形而确定保护的位序。

在劳动权与私权的冲突中,最具典型意义的是劳动者所拥有的劳动权与用人单位所享有的劳动力使用权之间的冲突,这是劳动关系双方当事人各自主要权利之间的一种对抗。必须明确的是,用人单位的经营自主权(以下简称"经营权")包括人财物、产供销等诸多方面的内容,企业的劳动力使用权即是其经营权的一个组成部分。具有"定限物权"属性的经营权,在理论上应属于私权(财产权)的范畴。"两权相衡取其重",当劳动权与经营权发生冲突时,毫无疑问,作为生存权的劳动权应该获得优先的保障。这也是劳动法采单向"维权"宗旨的法理依据。为说明问题,试举如下几例予以阐析:

其一,企业的招工自主权与求职者的择业自主权发生矛盾时,用人自主权应向就业权作出必要的妥协。例如企业的招工条件中不能含有违背工种和岗位"内在需要'的不合理要求甚至歧视性规定;企业有义务按规定录用一定比例的残疾人员或少数民族劳动者;用人单位单方解除劳动合同必须符合法定的条件,并应当依法给予劳动者经济补偿金;用人单位进行"经济性裁员"后,在6个月内录用人员的.应当优先录用被裁减的人员等等。

其二,为解决当前建筑行业普遍存在的拖欠农民工工资的严重社会问题,一些地方的建筑企业主管部门实施欠薪"一票否决制",即取消有恶意欠薪行为的建筑企业在本地的建设工程投标资格,将其逐出本地建筑市场。这种"追薪"的行政措施是否恰当,在法理上似乎尚有可商榷之处,但对其所包含的精神内核(即恶意侵害劳动权的行为可以导致企业的经营权被限制甚至否定)则应当予以肯定。

其三,为使劳动者在面临生老病死、失业等劳动风险时免去后顾之忧,法律明定社会保险为强制保险,用人单位不为其所雇的劳动者投保的,属滥用经营权的违法行为。这表明劳动者的物质帮助权在位阶上要高于企业的经营权。特别是劳动法关于那些旨在免除或减轻生产经营单位劳动安全卫生保护义务的"生死条款"属无效条款的规定,也反映出劳动者的安全和健康权益即劳动保护权在法律"天平"上的份量要重于用人单位的经营权益。

其四,在集体劳动权方面,为保障雇员的结社权,不少国家禁止雇主的不正当劳工行为(unfair labor practice)。例如美国1935年《瓦格纳法》(Wagner Act)即《国家劳工关系法》第8条a款,就禁止由雇主组成或由雇主支配的"公司工会",禁止雇主由于工会的活动而在雇用、解雇或其他雇佣方式

参见《最高人民法院关于适用 中华人民共和国合同法 若干问题的解释(一)》(1999 年 12 月 19 日,法释[1999]19 号)第 12 条规定。

参见《中华人民共和国安全生产法》第44条规定。

中对相关雇员进行歧视;禁止雇主因雇员向负责执行法令的机关出具证据或提出指控而采取针对雇员的歧视措施<sup>[10](p,3)</sup>。这实质上就是结社权对经营权的一种克减。而各国关于工会罢工权的规定,则更明显不过地展示了劳动者团体(工会)为了争取更好的集体劳动条件,甚至可以集体停止工作、以牺牲用人单位短期的经营利润为代价,来表达改善自己生存条件的主张。

上述各例无不说明,为保障劳动者的生存利益及社会的安定利益,用人单位的经营权因此受到一定程度的限制或克减,是符合"社会本位"的价值观和利益考量原则的,是用人单位应当付出的一种"社会成本"和应当承受的一种"法制代价"。

#### (三)制度设计:检讨和改进

笔者认为,在我国现行关于劳动权与私权冲突关系的制度设计中,尚有诸多问题需要在理论上进一步探讨,并在立法上逐步加以完善。以下择要述之:

第一,关于工资债务与其他各项私法债务之间的清偿顺序。在我国大多数民商事立法中,职工工资和劳动保险费用均优先于普通债权(包括银行债权)得到清偿。这一规定当然是合理的,但是依据当前立法,它在顺序上仍然要落后于担保物权。例如我国《企业破产法》(试行)就规定,已作为担保物的财产不属于破产财产(第 28 条)。破产宣告前成立的有财产担保的债权,债权人享有就该担保物优先受偿的权利(第 32 条)。对此,笔者在多年前曾基于上述理由,建议在立法上是否可以考虑将工资权的清偿顺序提前。使其在担保物权前得到清偿[111(p.43)。我国民法学界亦有同样的见解和呼声。地区台湾著名民法学家王泽鉴先生认为,工资"系劳动者血汗及生活所赖,因此确保工资之清偿,即在于维护社会正义 (1121(pp.358-359)。王先生还表示:"惟吾人深信立法过程无论如何曲折,工资之优先受偿性,终必获得肯定,否则将无以保障劳工之生存权及社会安定。"这一法理精神也应同样适用于社会保险费用的清偿。

第二,关于约定"竞业禁止"制度中就业权和经营权的平衡。竞业禁止制度的重心在于保护用人单位的商业秘密和竞争优势,反过来看属于对劳动者就业权所施加的一种限制,因此,法律上如何平衡就业权和经营权两者之间的利益关系,就显得极为重要。总体而言,对约定"竞业禁止"问题,在立法上应采取合理、谨慎、补偿的原则,以免给就业权造成过多的损害。例如在允许约定"竞业禁止"条款的情形下,该项制度所适用的对象(劳动者的具体人群)、行业(相同或类似行业的认定)、地域、期限等范围都需要在立法上作出适当的限制性规定,并需要明确用人单位对劳动者给予经济补偿的最低标准。违背合理、谨慎限制原则或约定用人单位不支付对价的"竞业禁止"条款,应按无效合同条款处理。我国应尽快在《劳动合同法》、《商业秘密保护法》等立法中对约定"竞业禁止"制度作出明确的规定。

第三,关于劳动合同制度中当事人双方权利的冲突和调整,包括:(1)尽快完善调整"事实劳动关系'的法律规则,并尽可能扩大现有劳动合同制度的适用范围,使之覆盖到其他的雇佣合同关系(如非全日制劳动合同、灵活就业、钟点工、学生勤工俭学、民间个人雇佣、离退休人员再次就业等雇佣关系),从而使处于这些非正规用工之雇佣关系中的劳动者其劳动权同样也能得到劳动法的保障[13]。(2)注意把握劳动合同解除制度中双方权利的平衡。例如,目前看来,在我国《劳动法》第32条规定的基础上,有必要扩大劳动者单方随时通知用人单位解除劳动合同权利的适用条件,也有必

此处"优先受偿性"指"一定期间内未获清偿之劳工工资优先于一切债权及抵押权受偿"。参见王泽鉴《税捐、工资与抵押权》、载王泽鉴《民法学说与判例研究》(第4册),中国政法大学出版社1998年版,第361页;王泽鉴《矿工工资优先受偿权》,载王泽鉴《民法学说与判例研究》(第1册),中国政法大学出版社1998年版,第496-503页。王先生在该文中重申:"工资具有绝对神圣性,必须特予保护,始足实现社会正义。"(第502页)

要扩大用人单位应当依法给予经济补偿金的适用范围(《劳动法》第 28 条),并细化《劳动法》第 31 条对劳动者行使辞职权的原则规定(如辞职行为的适用范围、性质、后果、法律责任等)。相反,现行《劳动法》第 27 条关于"经济性裁员"适用条件的规定,对用人单位来说则似乎显得过于苛刻,有必要适当放宽。(3)进一步完善劳动合同违约责任制度,对违约金的适用范围、性质以及"继续履行"方式的适用等问题作出明确的限制性规定,以免导致劳动权受到不当限制、企业经营权被滥用。

第四,关于工资请求权的特别保护和欠薪保障制度的构建。鉴于劳动权行使的结果主要体现为劳动者的工资,对工薪阶层而言具有极端重要性,因此,针对用人单位或雇主的欠薪行为(特别是恶意欠薪行为),应有一套完善的欠薪保障法制,以确保劳动者工资请求权的实现。笔者的建议是:(1)借鉴国外先进经验,建立真正的"欠薪保障基金'制度。(2)视企业欠薪为"违法经营"行为,建立起在欠薪保障方面劳动保障行政部门、工商行政管理部门、公安机关、企业主管部门(如建筑企业主管部门)等多部门的行政联合执法机制。(3)在劳动争议仲裁阶段增设财产保全、先予执行等制度。(4)在我国《刑法》中考虑增设"恶意欠薪"等新的罪名,以增加违法犯罪成本,增大惩治力度。(5)在农民工群体中普遍建立工会组织,或建立其他的农民工维权组织(如法律援助机构)和相应的运作机制。

第五,关于企业惩戒权和职工劳动权的协调。用人单位享有对内部规章制度和劳动纪律的制定、执行权,它是企业基于劳动关系"从属性"特征对职工施加的一种必要约束。然而,这种惩戒权本身也应受到法律的限制,否则极易造成对劳动权的侵害。值得研究的问题有:(1)规章制度、劳动纪律的制定权、制定的程序和规则,劳动纪律和劳动合同之间的效力关系。(2)规章制度、劳动纪律的"合法性"判断标准。(3)现有奖惩形式的调整。例如,可考虑合并现有的企业对职工作出的开除、除名、违纪辞退、单方解除劳动合同这四种相互界限混乱、性质不清的终止劳动关系的处理形式,统一实施劳动合同的单方解除制度[14](pp.92-93)。更值得讨论的是,我国《企业职工奖惩条例》第17条规定了企业对于有某些违纪行为的职工,"应责令其赔偿经济损失"。这一规定是否具有合理性?笔者以为,这种由企业集决定者、执行者于一身并且又没有设置相应救济程序的惩罚手段,极易侵害职工的工资权益,应予废止,由民事侵权赔偿制度取代之。(4)职工对企业惩戒不服时的救济程序。应考虑把职工对企业作出的警告、记过、记大过、降级、撤职、留用察看等决定不服所引发的争议,纳入现行劳动争议处理机构的受案范围,以法制手段来解决。

第六,关于工伤赔偿请求权和民事侵权赔偿请求权重叠时的处理。当这两种责任请求权在实践中发生重叠时(如劳动者因第三人机动车事故而受伤),如何处理两者之间的关系,"归纳言之,计有四个基本类型:以劳灾补偿取代侵权责任;选择;兼得;补充"。我国立法迄今未对此问题作出明确的规定。笔者倾向于采取"补充"模式,并已著文论述之[15](pp.9-10),此处不再赘述。

## 四、劳动权与其他社会权

本文所称社会权,不同于法理上一般所谓的与"自然权利"相对的那种"社会权利"概念,而是特指那种兼具公权和私权的性质,又超越了公权和私权界限的以社会公共利益为本位的权利范畴。换言之,社会权是指基于法律的"三元"结构(公法、私法、社会法)分类方法与其中的"社会法"相对应的那一类权利,包括社会公众的社会保障权、环境权及经济法中的某些权利(如消费者权利)等。应当认识到,其他的这些社会权与劳动权一样,大都具有基本人权的属性,有的也属于生存权范畴,因此,它们在权利体系中往往和劳动权处于同一位阶,具有大体相同的效力等级。

参见王泽鉴《劳灾补偿与侵权行为损害赔偿》,载王泽鉴《民法学说与判例研究》(第3册),中国政法大学出版社1998年版,第293页。此处的"劳灾补偿"与"工伤保险补偿(赔偿)"同义。

劳动权与同为社会权的其他权利之间发生冲突时,我们在理论上很难确定法律保护的先后次序,只能依据社会公共利益最大化原则来决定在某一具体个案中孰轻孰重,进而决定利益取舍的先后。在法理学上,这就提出了一个价值判断和"利益评价"(valuation of interests)的问题。"而其最终目的,正如庞德所认为的,便是尽可能多地满足一些利益,同时使牺牲和摩擦降低到最小限度。"<sup>[8](pp.399-400)</sup>最高人民法院针对我国《合同法》第 286 条即"法定抵押权"规定所作的一则司法解释——《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》(2002 年 6 月),就是一个典型的强调和谋求"利益平衡"的例子。该《批复》的内容(特别是其中的第 2 条、第 3 条规定)较好地处理了经营者(发包人与承包人)利益、劳动者利益(工资)、消费者(商品房买受人)权利三者四方之间的关系,特别是劳动者和消费者构成间接的利益冲突关系时,法律上该如何权衡的问题。对此,笔者以为,在如何衡量和判断社会公共利益最大化问题时,应综合考虑下列因素,经斟酌各方利益后慎重决定:(1)社会公众的生存利益(如生命、自由和人身安全等);(2)社会的福祉(如弱势群体利益的保护);(3)国家和社会的安定利益;(4)政局的稳定;(5)公平和效率目标的兼顾(特别是社会公平、正义等价值目标的实现)等等。

例如,企业排污若在法律允许的范围内,职工的劳动权仍应受到保障;但若严重污染周围环境,企业被政府有关部门责令停产整顿、强行搬迁或解散时,职工的劳动权就有可能因此受到附近居民的环境权的约束和影响。又如,企业生产的产品有瑕疵但尚不构成缺陷时,企业应承担产品责任无疑,但一般不应以此否定职工的劳动权;不过若企业生产"假冒伪劣"产品严重影响广大消费者的财产、人身安全时,企业被政府有关部门责令停产整顿、解散或注销,职工的劳动权也往往会被消费者的安全权所限制甚至否定。总体而言,劳动权对公民生存权的保障作用是通过劳动者获取工资来间接实现的,而侵害环境权、消费者权益的行为则往往直接导致受害者生命、健康等权利损害的后果,因此,当发生权利冲突时,在一般情况下保障公众环境权、消费者权利可能比保障劳动权更为重要。当然,追求各种社会权利之间的平衡乃至"共赢"的利益格局,同样是立法者职责所在,甚至是其更为重要的价值目标。例如,"三条社会保障线"(国有企业下岗职工基本生活保障、失业保险、城市居民最低生活保障制度)政策目标的提出,就较好地把握了工作权、社会保险权、社会救济(社会救助)权之间的相互衔接关系。

#### [参考文献]

- [1] 许建宇. 劳动权的法律定位[A]. 杨紫烜. 盛杰民. 经济法研究:第3卷[C]. 北京:北京大学出版社, 2003. 225 240.
- [2] 冯彦君. 劳动权论略[J]. 社会科学战线,2003,(1):167 175.
- [3] 蔡茂寅. 社会权 ——生存权与劳动基本权[J]. 月旦法学(台北), 1999, (6):137 144.
- [4] 黄越钦. 劳动法新论[M]. 台北:翰芦图书出版有限公司,2000.
- [5] 齐延平. 人权与法治[M]. 济南:山东人民出版社,2003.
- [6] 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.
- [7] 常凯. 经济全球化与劳动者权益保护[J]. 人民论坛,2003,(5):4-6.
- [8] E 博登海默. 法理学:法律哲学与法律方法[M]. 北京:中国政法大学出版社,1999.
- [9]程燎原,王人博.赢得神圣——权利及其救济通论[M].济南:山东人民出版社,1998.

该《批复》第2条、第3条的内容分别为:"消费者交付购买商品房的全部或者大部分款项后,承包人就该商品房享有的工程价款优先受偿权不得对抗买受人";"建筑工程价款包括承包人为建设工程应当支付的工作人员报酬、材料款等实际支出的费用,不包括承包人因发包人违约所造成的损失"。

著名民法学家梁慧星先生对该《批复》所体现的"生存权优于经营权的法理"有详尽阐述。参见梁慧星《裁判的方法》,法律出版社 2003 年版,第 130 —137 页。

- [10] 道格拉斯 L 莱斯利. 劳动法概要[M]. 北京:中国社会科学出版社,1997.
- [11] 许建宇. 论工资的法律保障[J]. 现代法学(西南政法学院学报),1994,(2):41 44.
- [12] 王泽鉴. 税捐、工资与抵押权[A]. 王泽鉴. 民法学说与判例研究:第4册[C]. 北京:中国政法大学出版社, 1998. 348 362.
- [13] 许建宇. 雇佣关系的定位及其法律调整模式[1]. 浙江大学学报(人文社会科学版),2002,32(2):40-46.
- [14] 许建宇. 重构我国企业职工惩罚制度的法律思考[J]. 杭州大学学报(哲学社会科学版), 1994, (4):88 93.
- [15] 许建宇. 工伤保险立法完善刍议[J]. 工会理论与实践(中国工运学院学报),2002,(5):7-10.

[责任编辑 徐丽静]

# The Position of Working Rights and their Conflicts with Other Rights (Powers)

XU Jian-yu

(Department of Law, Zhejiang University, Hangzhou 310028, China)

**Abstract**: Working rights enjoyed by laborers or other entities, with the right to get hired and the right to join a union as their core, refer to the rights which originate from or are closely related to working. The position of working rights refers to the position or level at which the working rights are locate in the system of rights in a country. The working rights of the citizens, the basic human rights empowered by the Constitution, are in the upper position in the whole system of rights, and when they conflict with other rights or powers, they should be protected with priority by the law.

Regarding the relationship between public rights and working rights, it should be reasonably established as guaranteeing and guaranteed, servicing and serviced, enhancing and enhanced, compulsive and free (in terms of labor standards and contracts). On the one hand, the enforcement of working rights should not violate labor standards and other compulsive legal regulations. And on the other hand, it has become an undisputed fact that the enforcement of public rights is more and more restricted and controlled and gradually compromising with and giving way to working rights.

Regarding the relationship between the working rights and the private rights, except very specific situations, the position of working rights should be put in a higher position than common private rights such as real rights, creditor's rights and intellectual property rights, especially when contradictions exists between the working rights of a laborer and the management rights of an entity. There are many problems in this aspect in the present legislation in China and some suggestions concerning the improvement on them should be put forward.

Regarding the relationship between the working rights and the other social rights such as social security rights, environment rights, and consumer's rights, because they are at the same level and in the same position with working rights, therefore, when they are conflicted, we can only decide which right should prevail by judging which social interests are bigger according to each individual case.

Key words: working rights; position; conflicts of rights (powers); public rights; private rights; social rights