



形而下法理文库

宪法上劳动权的规范研究

徐 钢·著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



形而下法理文库

宪法上劳动权的规范研究

徐 钢·著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

宪法上劳动权的规范研究 / 徐钢著. —北京: 法律出版社, 2014. 6
ISBN 978 - 7 - 5118 - 6477 - 2

I. ①宪… II. ①徐… III. ①劳动权—研究—中国
IV. ①D922.504

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 110529 号



© 法律出版社·中国

责任编辑/陈 慧

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制/沙 磊

开本/787×960 毫米 1/16

印张/14.5 字数/211 千

版本/2014 年 11 月第 1 版

印次/2014 年 11 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 6477 - 2

定价:24.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《形而下法理文库》

编 委 会

总 编：孙笑侠

编 委：林来梵 夏立安 季 涛 石毕凡

梁上上 王冠玺 陈林林 李学尧

秘 书：陈林林 李学尧

总 序

自 1832 年英国法学家约翰·奥斯丁发表《法理学的范围》以来,已经 170 余年过去了。在此期间,无论是作为形而上学的法理学,还是作为严格科学的法理学都正逐步走向成熟,并随着哲学的语言学转向而呈现出彼此整合的新趋势,法理学的实践性格也愈显突出。在西方法治国家,法理学与时俱进,它与法律实践的困惑与进步同在,它总是理解与解释着不断出现于法律实践中的困惑并为之提供解决问题的新方法,它的发展也总是显然标志着法律实践的不断进步!因此法理学决非空洞无物的玄学,而是真正有用的实践智慧的理性结晶。

在这样的理念指导下,浙江大学光华法学院法学理论学科确定了自己的学术方向与特色,我们提出的“返回形而下的法理学”基本上涵盖了我们的上述理念,也承载了我们以往学术探索的内容。《形而下法理丛书》创设和出版,是这种学术定位的拓展和结晶。霍姆斯曾言“当我们研究法律的时候,我们不是在研究一个神秘莫测的事物,而是在研究一行众所周知的职业”,我们希望本丛书的出版,能够在一定程度上推动法理学的实践转型,至少,能够折射出我们这一代法理学人在相关领域的学术关怀和学术努力。

本丛书是一个开放的、持续性的学术园地,今后将持续推出浙

2 总 序

江大学法学理论学科点教师和博士的著作,同时拟选取迎国内法律界的研究成果出版。举凡司法程序、法律职业、法律方法和判解研究方面的专著、文集和译著,只要符合本丛书之旨趣和标准,均在采集之列。因此,热忱欢迎海内外理论界和实务界的关注与参与。

2006 年 10 月

目 录

第一章 导论	(1)
一、问题之所在	(1)
二、研究视角与方法	(8)
三、研究范围、概念界定与本书结构	(12)
第二章 宪法变迁与劳动权的性质	(17)
一、从自由权到社会权:劳动作为权利的宪法史考察	(17)
二、从迂回取道到径直规定:劳动权规范及保障方式的比较	(23)
三、从家长式到原子化:我国劳动权性质的变迁与定位	(35)
第三章 劳动权的规范结构	(52)
一、权利的思考层次	(52)
二、劳动权的逻辑构造	(53)
三、劳动权的保障范围	(63)
四、国家义务的序列与范围	(79)
五、劳动权的规范效力	(97)
第四章 劳动权在自由权面向上的适用:以平等就业权为例	(111)
一、职业选择自由作为宪法权利的意义	(111)
二、劳动权与平等原则的双线交互	(115)
三、平等就业权在立法归类中的合理差别	(124)
四、平等就业权限制的合理性审查模式	(143)

2 目 录

第五章 劳动权在社会权面向上的适用:契约自由与国家的保

护义务 (167)

一、宪法与劳动法的“科际整合” (167)

二、宪法劳动权对私法关系的效力 (170)

三、我国劳动权司法适用方式的考察 (187)

四、劳动权司法适用的可能路径 (198)

结语:通过劳动权构建权利均衡机制 (209)

参考文献 (212)

后记 (223)

第一章 导 论

一、问题之所在

劳动权是一个富有感情色彩的语词,其背后潜隐着强烈的社会正义与道德价值。“一般来说,凡是道德问题,都容易牵动人的感情,引起人的义愤,而同时又容易仁者见仁、智者见智,意见相左。这些情况结合起来,往往就容易由口舌和笔墨之争变成拳脚和武器之争。”^{〔1〕}反观现实,见诸报端的众多侵犯劳动者权益的现象,总使人涟漪起恻隐之心,或者使人义愤填膺;纵观历史,劳动权的保障史正是劳动者的斗争史,血泪斑斑、不堪回首。盖人之为生存而劳动,为劳动而确权,为权利而斗争,此乃劳动权保障的价值之所在。

然而,对于劳动权的研究却不能富有太多的感情色彩,而必须进行冷静的理性的分析和思考。感情使我们发现问题并投入其中,而理智才使我们真正弄清和解决问题。尤其是作为基本权利的劳动权在宪法中规定得非常抽象、概括与精简,这种规范的抽象性与开放性很容易造成理解上的焦点涣散、含义甚多,甚至流于情绪或者政治口号。这就愈加需要我们理性地认真对待,不因劳动权概念的道德诱惑力而陷入研究的泛道德主义。

(一) 劳动权话语的三种思维

劳动权是一个谁都能够说上两句话的大众话题,这不仅是因为作为权利内容的“劳动”与每个人息息相关,而且还因为该权利总是处在社会焦点的位置。正因如此,在宽泛意义上,劳动权形成了三种不同的话语:大众话语、政治话语以及法律话语,而这三种话语背后折射的是

〔1〕 何怀宏:《公平的正义》,山东人民出版社2002年版,第40页。

2 宪法上劳动权的规范研究

三种不同的思维。思维是客观事物在人脑中间接的和概括的反映,是借助语言所现的理性认识过程。在大众思维中,劳动权与其说是被作为法律概念而使用,不如说只是一种生活术语,其仅从整体上反映劳动权的概观。例如,对于企业要求劳动者超时间、超强度劳动的现象,我们时常表述为“侵犯了公民的劳动权”;对于企业招工中的不平等,称为“就业歧视”。大众话语是最热衷于将上述现象追溯到宪法劳动权的,因为在我国民众的观念中,似乎法律位阶越高,其实效就越大。事实上,究其实质,毋宁只是“中国社会以权力为核心的精妙绝伦的金字塔形的社会结构与官僚体制”^{〔1〕}下对最上级权力信任的反映。殊不知从现实的情况来看,在我国法律体系的金字塔结构中存在着法律实效的“倒置现象”。不管怎样,大众话语中对待劳动权的思维存在一种“自下而上”式的诉求与追源。

相反,政治话语中的劳动权则体现为一种“自上而下”式的“父爱”与惠泽。在政治话语中,劳动权的概念同样是整体性的,政治家普遍使用的语言仍属于大众话语的范畴,其话语来源于大众。另外,在政治思维中,劳动权承担着多重功能。众所周知,社会局势稳定、经济效益增长、道德秩序健康、民众生活安宁、国际形象提升等都是政治家追求的目标。在这些目标下,劳动权也承担起调节阀的功能,什么时候调节权利以加强社会稳定、什么时候保障权利以维护民众权益、什么时候牺牲权利以促进经济增长、什么时候倡导权利以推动道德秩序、什么时候宣传权利以提升国际形象,都是政治家所要考虑的。在这当中,劳动权的政治、经济与社会功能是明显的。尤其在计划经济时代,劳动权具有高度的统合功能。可见,政治话语中对待劳动权的思维更多地表现出工具性、功利性和实用性,这也是公权力以“父爱”的形式寻求正当性基础的需要。

第三种是法律话语,其蕴涵了不同于大众思维的专业化、职业化的思维。17世纪英国大法官柯克所谓“自然理性”与“技术理性”之区别,道出了基于普遍的道德观念而形成的大众逻辑与根据专业的专业思维

〔1〕 孙笑侠、冯建鹏:“监督,能否与法治兼容”,载《中国法学》2005年第4期。

而构筑的职业逻辑的区别。^{〔1〕} 有学者把法律家思考方式的特点概括为:教义学的性质,过去导向性,个别性,结论的一刀两断性以及推论的原理性、统一性、类型性和一般性。^{〔2〕} 劳动权在法律话语中应当是一个具有严格意义的法律术语,并非泛泛而谈式的语词。当我们将劳动权的概念置于法律话语时,必须要注重缜密的逻辑:如果说大众话语和政治话语是从整体入手来谈论劳动权的概念,那么法律话语则需要切入到劳动权概念的内部;如果说前两种话语在对待劳动权这个富有感情色彩的语词时容易诉诸情理与情感,那么法律话语则需谨慎地对待这种情感;如果说大众思维存在“自下而上”式的诉求、政治思维表现出“自上而下”式的惠泽,那么法律思维则在于通过细致地剖析劳动权内在的权利义务逻辑关系后,以公民为权利一端、国家为义务一端而“居中架构”起两者的关系。本书的研究正是在此种话语意义上、此种思维引导下展开的。

(二) 研究现状的三个特点

我国自1954年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年代中后期,可见相关的学术研究起步比较晚。^{〔3〕} 纵观近二十年来的研究,我国在取得大量成果的同时,在整体的研究上主要呈现出三个特点:

首先,包括劳动权在内的整个劳动法律和权利领域的研究比较薄弱。^{〔4〕} 公民劳动权利的问题往往与经济发展密切相关,但在相对数量上,劳动法与经济法两个并行的学科之间的研究存在严重的“偏颇”,成果比例极大地失调。经济法在市场经济的建设过程中蓬勃发展而成为显学,效率优先兼顾公平的指导思想使得劳动者的权益并非成为“紧迫问题”。在绝对数量上,深入研究劳动权利领域的热点和重点问题的成果也较少,占有发表法学论文数的比例也很低。研究的薄弱性与现

〔1〕 参见孙笑侠:“法律家的技能与伦理”,载《法学研究》2001年第4期。

〔2〕 参见季卫东:“法律职业的定位”,载《中国社会科学》1994年第3期。

〔3〕 20世纪90年代以来,尤其是1994年《劳动法》颁布前后,国内出版的一系列劳动法论著中开始讨论劳动者权利的问题。

〔4〕 在文献检索和统计时,并不严格区分宪法上的劳动权与劳动者在劳动法上享有的权利,而是一并收集统计。但在本书的分析中,两者是严格区分的。

4 宪法上劳动权的规范研究

实社会中存在的严重侵犯劳动者权益的现象是不相符的。因此,有学者指出,劳动法是一门弱小的冷学科,但它所面临的则是社会热点问题。^[1] 同样,劳动权是一项相对弱小的“冷”权利,然而它却与人们的生存与发展息息相关。近年来,随着失业人口的增加、农民工问题的出现、就业歧视的凸显以及对民生问题的关注,劳动权的问题才逐渐受到重视。

其次,长期以来,劳动权的研究主要集中在劳动法领域,^[2] 宪法领域的专门研究相对较少,一直以来主要在宪法学教材或著作的部分章节中论述。从理论发展的进路来看,劳动权的研究也是以劳动法中劳动者权利的讨论为开始的。近年来,有宪法学者开始关注我国宪法上劳动权的地位和性质,并从一些宪法性事案入手,对诸如就业歧视、平等权保护等问题进行个案分析。^[3] 在学理上,当我国宪法学理论对劳动权的研究处于长期的沉寂状态时,我们听到了劳动法学积极寻求劳动者权利的规范依据和法理渊源的高歌猛进的强音。

这种现象似乎与我国台湾地区刚好相反,如台湾地区劳动法学者指出,“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。”^[4]

[1] 王全兴:《劳动法》,法律出版社2004年版,前言。

[2] 代表性论著有沈同仙:“劳动权探析”,载《法学》1997年第8期;董保华:《劳动关系调整的法律机制》,上海交通大学出版社2000年版;冯彦君:“劳动权论略”,载《社会科学战线》2003年第1期;叶静漪、魏倩:“《经济、社会和文化权利国际公约》与劳动权保护”,载《北京大学学报》2004年第2期;管斌:“劳动基本权研究”,载《经济法论坛》(第3卷),群众出版社2005年版;许建宇:“社会法视野中的劳动权”,载林嘉主编:《劳动法评论》(第一卷),中国人民大学出版社2005年版;秦国荣:“劳动权的权利属性及其内涵”,载《环球法律评论》2010年第1期;薛长礼:《劳动权论》,科学出版社2010年版;王天玉:《工作权研究》,中国政法大学出版社2011年版等。

[3] 代表性论著有李炳安:《劳动权论》,人民法院出版社2006年版;李薇薇、Lisa Stearns主编:《禁止就业歧视:国际标准和国内实践》,法律出版社2006年版;周伟等:《中国的劳动就业歧视:法律与现实》,法律出版社2006年版;王锴:“论我国宪法上的劳动权与劳动义务”,载《法学家》2008年第4期;郑贤君、韩冬冬:“论宪法上的劳动权”,载《金陵法律评论》2009年春季卷;王旭:“劳动、政治承认与国家伦理——对我国宪法劳动权规范的一种阐释”,载《中国法学》2010年第3期;王德志:“论我国宪法劳动权的理论建构”,载《中国法学》2014年第3期等。

[4] 黄程贯:“德国劳动法上关于工作权保障之讨论”,载《宪政时代》2003年第29卷第1期。

近年来,有学者积极倡导“部门宪法”作为宪法释义学研究的新路径,在此理念下,有所谓“劳动宪法”之概念的提出,以倡导宪法劳动权在社会转变过程中所扮演的角色与功能。^{〔1〕}此种在宪法与劳动法之间“目光流转往返”式的“科际整合”值得我们重视。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。如何在宪法与劳动法共同协力之下推动问题的深入,乃当下我国迫切之课题。

再次,我国现有的许多研究主要侧重于对其他国家或者国际人权公约中工作权的介绍与释义,而对本国宪法上劳动权概念的解析相对较少。事实上,劳动权与各国的历史背景、政治哲学、经济体制、社会条件、人口结构以及文化传统紧密相连,其在各国都具有特殊的内涵与性质。因此,在以国外理论为背景分析我国宪法劳动权时,往往出现南辕北辙的尴尬境地。从我国学界对于劳动权性质的争论来看,最明显不过了;另外也有主张用德国的基本权理论来解释我国劳动权的问题,这些都将在本书的分析中涉及。这种脱离我国宪法文本、脱离我国实际的分析,往往使得理论与实践严重脱节,而这对于我国劳动权规范效力的发挥,似乎治丝益棼。

(三) 劳动权理解的三种倾向

宪法上的劳动权是一个含义较为模糊的概念,因此对其理解也往往形成各种不同的观点。从我国已有的研究成果来看,主要呈现出以下三个倾向:

一是在概念上,存在一种思维上的“逆向推导”,即往往从劳动法上劳动者享有的权利入手,推导出宪法劳动权的含义。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”。^{〔2〕}也有学者从社会法的视角主张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

〔1〕 参见苏永钦主编:《部门宪法》,元照出版社2006年版,第131、153页。

〔2〕 冯彦君:“劳动权论略”,载《社会科学战线》2003年第1期。

障范围内的权利,是劳动法上的权利”。〔1〕 对此种混同的理解,已有部分学者作了比较与分析。〔2〕 笔者基本赞同他们的意见,此处不再赘言。毋庸置疑,宪法上的劳动权与劳动法上规定的劳动者所享有的权利之间存在紧密的联系,可以说后者是前者的具体化。但是从规范研究的角度看,两者毕竟是两种性质不同的权利,其背后反映的是不同的法律关系。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,事实上在不知不觉中跌入了理论的陷阱。

二是在性质上,存在一个逻辑上的“逆反思考”。在我国宪法学理论上,一般将劳动权定位为社会权的性质。在某种意义上,这种理解是片面的。在分析宪法权利时,我们往往以自由权与社会权的二分法为基础,前者是防御国家的消极权利,后者则属于要求国家作为的积极权利。在这个二分法中,劳动权被归入社会权的范畴。在“三代人权”学说的划分中,劳动权亦被认为属于第二代人权,即经济和社会权利。从人权历史的演变以及西方宪法基本权利的发展来看,要求国家积极作为意义上的劳动权的确属于社会权的范畴。但是从我国宪法变迁的历史来看,宪法劳动权的性质和内涵事实上已经随着社会经济条件的改变而发生了极大的变化。如果我们在学理上仍然以“空洞的公式”来套用劳动权的性质,恰恰忽视了我国自己的历史。

在理解劳动权的性质时,我们现有的基本逻辑是:在学说上存在自由权与社会权两种性质的人权划分,劳动权属于自由权或社会权,据此可以对劳动权作出某种保护。当我们在学说上预先将劳动权归入到某种性质的权利分析框架,并据此讨论其保障时,事实上极有可能消减甚至抹杀了该基本权本应具有的功能面向。其实,正确的逻辑思考应该是:因为劳动权具有某些功能,所以我们才说它是自由权或社会权。笔

〔1〕 许建宇:“社会法视野中的劳动权”,载林嘉主编:《劳动法评论》(第一卷),中国人民大学出版社2005年版,第78、80页。

〔2〕 参见范进学:“市场经济条件下的劳动权论”,载《山东法学》1996年第2期;沈同仙:“劳动权探析”,载《法学》1997年第8期;方江宁:“劳动权概念命题及其法律意义”,载《学海》2003年第6期;李炳安:《劳动权论》,人民法院出版社2006年版,第21、25页。

者以为,从个人的角度来看,权利是作为一个独立的体系存在的,一项权利所包含的对于个人有意义的全部内容与功能并不因学说上的划分而被无情地割裂或抛弃,为了研究方便而发展出的权利类型划分不应当反过来成为阻碍个人权利救济的绊脚石。^{〔1〕} 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。……为了削弱传统的关于社会权利的思维方式,应当努力对与工作有关的人权进行分类,以便确定其实际内容,而不管其属于这一代人权还是那一代人权。”^{〔2〕}

三是在内容上,存在一种概括上的“简单化约”。宪法上的劳动权包含着丰富的内容是毋庸置疑的,但我们往往倾向于关注其最敏感的一项内容,即公民是否可以请求国家直接提供工作岗位。以该问题为基础的讨论往往延伸至劳动权的规范效力和可诉性问题。我们或许常常存在一种误解,即主张宪法劳动权的规范效力、主张将劳动权视为具体权利,那么就意味着公民可以要求国家提供相应的工作岗位。正是存在这样一种误解,因此反过来否定劳动权作为具体权利的规范效力。另一方面,提到劳动权的可诉性问题,就将其与提供工作岗位联系起来。笔者以为,之所以我们总是关注和讨论“国家是否有直接提供工作岗位的义务”问题,与劳动权在本质上同生存权关系紧密有关,但是我们却不能将两者等同。从理论上讲,两者都具有积极权利的性质,要求国家积极的作为,要求国家保护弱者,但所谓的“作为”和“保护”事实上存在几个层面:尊重、保护、促进、提供等。不同的权利,国家作为的侧

〔1〕 联合国决议中一再宣称,所有的人权都是“相互依赖和不可分割的”。美国人权学者杰克·唐纳利在批评人权二分法时指出:“所有的人权既要求积极行为,又要求对国家予以限制。”参见[美]杰克·唐纳利:《普遍人权的理论与实践》,王浦劬等译,中国社会科学出版社2001年版,第27页以下。史蒂芬·霍尔姆斯和凯斯·R.桑斯坦两位学者对消极/积极权利的二分法也提出了挑战,认为所有的权利都是积极权利,所有的权利都需要政府给予积极的回应,也都有赖于政府承担积极的保护义务。参见[美]史蒂芬·霍尔姆斯、凯斯·R.桑斯坦:《权利的成本——为什么自由依赖于税》,毕竞悦译,北京大学出版社2004年版。

〔2〕 [挪威]克里斯托弗·德泽维奇:“工作权和工作中的权利”,载《国际人权法教程》(第一卷),中国政法大学出版社2002年版,第301页。

重点是不同的。生存权主要涉及国家“提供”最低的生活保障,对应着国家的“给付”,因此其可诉性当然会遇到很大问题。但是劳动权的情况并不完全相同,虽然其也存在国家“提供”失业保障的义务,但更多地侧重于“保护”和“促进”,而并不涉及国家直接提供工作岗位的问题,这与市场经济的原则是一致的。因此相对来讲,国家财政预算较少,压力较小。劳动权的具体实现很多时候可以通过干预、规制和保护私人之间的劳动关系就能解决。由此可见,劳动权很多时候主张的是“过程性调节”,而生存权很多时候涉及再分配的问题,是“结果性调节”。因此,对劳动权作简单式地理解很容易遮蔽了其所包含的其他内容,进而淡化了国家的义务范围。

综合来看,上述对劳动权的三种倾向性理解,归根结底是对宪法劳动权本身的定位没有辨别清楚,从而使学理上存在较大的争议。因此,笔者试图对我国宪法劳动权的基本问题予以细致地剖析,其中最核心的即是我国宪法上劳动权的性质问题。本书的分析将揭示,随着我国社会的变迁,宪法劳动权的实质内涵与性质已经发生了巨大变化:一方面从原来纯粹的社会权性质转变成了具有自由权与社会权的双重性格;另一方面,前后同样是社会权的性质,在内容上也截然不同。本书正是以我国宪法劳动权的双重性格为主线,围绕劳动权的规范结构及其适用所进行的规范分析。

二、研究视角与方法

(一) 劳动权思考的三个视角

在西方存在三大法学流派,就其各自的方法论而言,分别为价值分析、规范实证分析以及社会实证分析。相应地,对于权利的思考也可以从这三个不同的视角和方法入手。其中,在人权的研究领域,以李步云教授的“人权的三种存在形态”为典型,即包括应有权利、法定权利和实有权利。^{〔1〕}这为我们研究劳动权提供了视角上的参照。

对于劳动权的价值分析,往往以超越实在法的姿态,用哲人的眼光

〔1〕 参见李步云:“论人权的三种存在形态”,载《法学研究》1991年第4期。

和终极关怀的理念,探究劳动权背后所蕴含的价值理念或者人性基础。例如有学者将劳动权的基本价值概括为三个方面:秩序价值、生存价值和发展价值。^[1] 这种分析方法一般关注相互关联的两个方面:一是从劳动权的主体来看,其可以追溯到人的生存与发展,人格尊严的完善与人性价值的实现等;二是从社会的角度来讲,认为劳动权的保障是社会正义的体现、社会连带主义的要求等等。因此,从这个视角来看,其目的往往在于为公民享有宪法劳动权提供理念上的正当性基础,许多国家在争论劳动权是否需要入宪也主要是从这个角度切入而寻找论证依据的。^[2]

劳动权的规范分析则并不热衷于探求其背后的终极价值,并不追问劳动权作为一项基本权利所具有的正当性,也不考虑劳动权的证成问题,而主要是以现有的实定法律秩序为基础,在相对独立和封闭的法律体系的架构内,运用逻辑的工具对劳动权的规范进行解剖,以便较为清晰地揭示劳动权的内在规范结构,包括劳动权的法律关系、权利的内容、所对应的义务主体与内容以及其规范效力等。劳动权的规范分析谨慎地对待劳动权的道德价值基础,但是其又不同于概念法学下完全的形式释义,而毋宁是将其限缩于包含在规范之中的内在价值,不轻易地逃脱宪法的基本价值决定,以防止对劳动权这个具有浓厚感情色彩的概念的研究在大众思维或者政治思维之间滑动。

从社会实证的角度来考察劳动权,往往旨在考察劳动权的保障问题、在现实生活中的实效、劳动权实现所需要的社会条件等问题。例如郝铁川教授就从历史的角度梳理和比较了权利实现的各种现实条件,并进而指出,就业权等社会权利的实现往往取决于一国的社会和经济发展的水平。^[3] 再如,周伟教授通过大量的实证考察,对公民的平等就业权受到侵犯的现象作了研究。^[4] 毋庸置疑,这些劳动权的社会实证研究具有重要的价值,对于推动我国公民劳动权的保障和实现具有重

[1] 李炳安:《劳动权论》,人民法院出版社2006年版,第27~33页。

[2] 参见雷文政:“再访‘社会权’——一九九〇年代中东欧国家宪法变迁社会权入宪之研究”,载《当代公法新论(下)——翁岳生教授七秩诞辰祝寿论文》,元照出版公司2002年版,第571页以下。

[3] 参见郝铁川:“权利实现的差序格局”,载《中国社会科学》2002年第5期。

[4] 参见周伟等:《中国的劳动就业歧视:法律与现实》,法律出版社2006年版。