



工作权研究

Study on the Right to Work

王天玉 著



中国政法大学出版社

工作权研究

Study on the Right to Work

王天玉 著



中国政法大学出版社

2011·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

工作权研究 / 王天玉著. — 北京: 中国政法大学出版社, 2011. 8

ISBN 978-7-5620-4011-8

I. 工 … II. 王 … III. 劳动权-研究 IV. D912.504

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第173619号

- | | |
|------|---|
| 书 名 | 工作权研究 GONGZUOQUAN YANJIU |
| 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 | 国安华明印刷厂 |
| 规 格 | 880mm×1230mm 32 开本 8.75 印张 180 千字 |
| 版 本 | 2011 年 11 月第 1 版 2011 年 11 月第 1 次印刷 |
| 书 号 | ISBN 978-7-5620-4011-8/D·3971 |
| 定 价 | 24.00 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。 |

序 言

就业是民生之本。随着经济社会的发展，工作与就业已经成为全社会关注的重大问题之一。工作既是获取生活来源的基本手段，同时也是实现个人价值的重要途径，在社会转型和社会分层的背景下，工作还体现着社会资源的配置方式。当前，我国的劳动就业形势不容乐观，结构性失业与体制性失业并存，以大学毕业生和进城务工者为代表的特定群体就业问题尤为突出。伴随着产业结构的调整和经济调控的影响，社会总体劳动力需求与劳动就业人口总量之间的关系呈现出复杂的矛盾态势。保障民生、促进就业，实现劳动力资源的有序流动和合理配置已经成为劳动就业体制改革的主要议题。

此外，工作的含义并不应仅限于劳资双方在就业阶段缔结劳动关系这样一个行为，而应当是一个过程性的概念，还包括劳动关系在一段时间内相对稳定的持续性状态。获得就业机会与持续稳定劳动是工作过程中两个前后承接的阶段，没有稳定的工作状态，就业促进的努力也会失去意义，这两者是构建和谐稳定劳动关系的重要内容。《中华人民共和国劳动合同法》的颁布施行对维护劳动关系的稳定，抑制劳动合同短期化发挥了重要作用，但法律的倾斜保护与劳资双方之间的权利平衡仍是实践中的突出问题。

劳动立法和理论研究应当回应重大的现实问题。法律通过对权利的塑造和保障实现社会资源的合理分配，权利是制

度设计和理论架构的基石。从权利的角度说，劳动就业以及职业劳动过程中发生的难题和争议与劳动者的工作权有着直接的联系。工作权是劳动者所享有的一项基本权利，也是劳动法权利体系中的核心权利。但目前在学理上对工作权的研究尚不充分，此项权利的内涵、构造及其与其他权利之间的关系仍有待于深化。

王天玉博士以工作权为研究对象，在理论上梳理了工作权、劳动权与生存权之间的逻辑关系，厘清了权利边界，将工作权置于从就业到职业劳动的全过程中进行考量，将其细化为就业阶段的就业权和职业劳动阶段的职业安定权；在制度层面，以权利类型为基础分析和反思了就业服务制度和职业安定保障机制，并在工作权的保障和救济层面提出了理性的意见和建议。这部著作是青年劳动法学者在劳动法理论和制度方面进行的一次有益探索，也是关注民生、促进社会公平正义的无数思考中的一个精彩片段。我很欣喜地看到青年学者不断涌现并投身到社会法的研究中来，一辈又一辈关注弱者、追求社会和谐的学人用其点滴求索共同汇聚智识，推动着理论的发展和制度的进步。

有机会为本书作序，甚感荣幸！期望社会法学界频出佳作，共创学术研究繁荣，为完善社会法体系，构建和谐社会，实现社会公正作出更大的贡献！

叶静漪

2011年10月

目 录

序 言 / I

绪 论 / 1

第一章 工作权基础理论 / 20

第一节 工作权缘何成为权利 / 21

第二节 工作权如何成为权利 / 39

第三节 工作权为何种权利 / 56

第二章 工作权的主体结构 / 63

第一节 以主体为核心的研究框架 / 63

第二节 劳动者的层级结构 / 76

第三节 用人单位的层级结构 / 88

第三章 未就业者的工作权：就业权 / 104

第一节 就业权解析 / 104

第二节 自由择业权 / 123

第三节 平等就业权 / 133

第四节 就业辅助权 / 144

第四章 已就业者的工作权：职业安定权 / 152

第一节 职业安定权解析 / 152

第二节 职业安定权对用人单位解雇权的限制 / 168

第三节 职业安定权与劳动者辞职权的平衡 / 181

第五章 工作权的保障与救济 / 197

第一节 工作权的保障 / 197

第二节 工作权的救济 / 226

结 论 / 247

参考文献 / 252

后 记 / 270

绪 论

很多人用查尔斯·狄更斯（Charles Dickens）的一句名言来形容我们所生活的这个时代，“这是最幸运的年代，也是最倒霉的年代，这是智慧的年代，也是愚昧的年代；这个时期信仰与怀疑共存，这个时期光明与黑暗共存；这是希望之春，也是失望之冬……”^{〔1〕}在发展变革的中国，人们有无数欣喜和希望，也有很多无奈和失落。真切体会到这些变革的人们，耳闻了众多时代骄子一飞冲天的奇迹，目睹了诸多各界精英改天换日的壮举。一如历史一以贯之的那样，耳闻目睹这一切的一直是大多数人，这大多数人最关心的始终是生活。也像历史惯常的那样，这大多数人一直都是劳动人民，在社会化大生产的今天，他们在法律上共同的称谓是“劳动者”。作为社会大多数劳动者所关心的问题莫过于工资福利、生产安全、带薪休假、工作环境，等等。但他们最关心的一项一定是工作！失业者在苦苦寻觅工作，在职者则小心翼翼地守护着工作。工作是亿万普通劳动者，或者说是普通人的生活之本。而且，工作不仅仅是谋生之策，更是现代社会划分阶层、分配社会资源的主要依据。在阶级的意义消减之后，工作和职业所包含的社会和经济意义更为人们所看重，因为“阶级虽然可以根据经济资源与利益来定义，但对于大多数

〔1〕〔英〕狄更斯：《双城记》，叶红译，长江文艺出版社2001年版，第3页。

人而言，决定这些的首要因素是其职业地位……在当代社会中，如果阶级指的是人们所占据的经济角色以及他们对企业经营发挥的作用，那么，这些更精确地反映在他们的特定职业上而非雇佣地位上……虽然职业并非包含阶级概念的一切方面，但它是阶级最好的单独指标。”^{〔1〕}然而，由于我国社会经济条件和劳动法制发展水平所限，与工作密切相关的就业促进、失业保障、职业安定等领域的制度保障机制尚不健全，失业和裁员引发的社会问题日益严峻。在这样的背景下，如何认识和保障工作权已成为一个迫切的现实难题和理论课题，简言之，这是一项关于普通人如何生活的问题，这是真实的生活，她时刻存在于我们中间，她包含着“渴望、追求和痛苦”。由此，本书将带着“对爱的渴望，对知识的追求，对人类痛苦的难以承受的怜悯之心”开始对工作权的研究。

一、研究背景、问题与意义

（一）研究背景与问题

权利存在于社会之中，权利的享有和保障都必须以一定的社会条件为支撑。在工作岗位已经成为一种社会稀缺资源的情况下，研究工作权就要以这种资源的稀缺性及其提供方式作为背景。据此，本书在社会转型和失业治理的背景下展开对工作权的研究。

社会转型（social transformation）来源于西方现代化理论，尽管西方关于社会转型的论述纷繁复杂，但由于“在西方古典的现代化理论中，把社会结构的类型分成对应的两极是一种‘通病’，如亨利·梅因（H. J. S. Maine）的身份社会和契约社会，赫伯特斯宾塞（Herbert Spencer）的军事社会

〔1〕 Blau Peter M and Otis Dudley, *The American Occupational Structure*, New York: John Wiley & Sons Inc., 1967, p. 6.

和工业社会，迪尔凯姆（Eimle Durkheim）的‘机械团结’社会和‘有机团结’社会，莱德弗尔德（Ryder Jerder）的民俗社会和都市社会，马克斯·韦伯（Max Weber）的前现代社会和现代社会，贝克（Beck）的宗教社会和世俗社会，等等。所有这些社会类型二分法学说最终得到一种经典的概括，社会被归纳为‘传统’与‘现代’两种基本类型，两者之间似乎存在着一条难以逾越的门槛，只有一朝跨过才能进入现代社会。”^{〔1〕}可见，西方话语中的社会转型主要是指从传统到现代的社会转变。^{〔2〕}如果说西方学者关于社会转型的研究是立足于西方社会长期渐进发展的历史过程的话，那么我国学者对社会转型的研究则是以短时间内社会激烈变革的切身感受为基础。无论这种激烈的社会变革有多么丰富多彩的现象和特征，其上升到学理概念的“社会转型”一般意指一种社会形态向现代社会的综合性转变。^{〔3〕}

由此，社会转型可以理解为社会整体现代化的过程，无论转型时间的长短，这都是一个前现代社会不断向现代社会

〔1〕 李培林：《另一只看不见的手：社会结构转型》，社会科学文献出版社2005年版，第4~5页。

〔2〕 例如，大巴·哈里森（David Harrison）主要用社会转型来论述现代化和社会发展。参见David Harrison, *The Sociology of Modernization and Development*, Academic Division of Unmin Hyman Ltd., 1988. 德国学者查普夫就社会转型也谈到：“转型和过渡是现代化进程，其特点在于现代化的目标是明确的：接受、吸收现代的民主、市场经济和法制制度。”参见沃尔夫冈·查普夫：《现代化与社会转型》，陈黎、陆宏成译，社会科学文献出版社2000年版，第80页。

〔3〕 陆学艺、景天魁认为：“社会转型就是指中国社会从传统向现代社会、从农业社会向工业社会、从封闭性社会向开放性社会的社会变迁和发展。”参见陆学艺、景天魁：《转型中的中国社会》，黑龙江人民出版社1994年版。郑杭生、李强认为社会转型是“从农业的、乡村的、封闭的、半封闭的传统型社会向工业的、城镇的、开放的现代型社会的转型。”参见郑杭生、李强：《当代中国社会和社会关系研究》，首都师范大学出版社1997年版。

转变的过程，并且无论学者如何描述现代社会的形态，市场经济都是必备要件。从这个意义上说，中国社会自1840年近代史开始便在蜿蜒曲折中不断进行着转变，不管时人是否意识到自己正走在这条变革之路上。^[1]特定到劳动就业领域，对我们当今生活影响最大的是改革开放以来就业制度由计划型转向市场型。1956年社会主义改造完成后，我国就建立起一套高度集中的劳动力计划管理体制。1962年，中共中央在转批劳动部党组《关于加强城市闲散劳动力的安置和管理工作的报告》中明确规定对需要就业的劳动力进行统一登记，实行统一计划、统一招收、统一调配。尽管计划型劳动就业制度有其自身的某些优点，^[2]但在整个计划经济体制濒临崩溃的情况下，此种制度也难以继。随着改革开放与市场机制的发展，中国计划型劳动就业制度逐步向市场型劳动就业制度转变。“市场型劳动就业制度实行以劳动力市场为基础的自由择业、竞争上岗和合同化的用工制度，是市场经济制度的重要组成部分……在市场型劳动就业制度下，存在一个劳动者可以自由流动的劳动力市场，劳动力的供给和需求由劳动力市场来调节，劳动力资源通过劳动力市场供求双方的选择，在价值规律和竞争机制的作用下，能够得到优化配

[1] 黄仁宇先生将中国由农业国家蜕变为工商业国家的历程隐喻为“一只走兽化为飞禽”，中国过去150年内经过人类历史上规模最大的一次革命，从一个闭关自守中世纪的国家蜕变为一个现代国家，其情形不容许我们用寻常尺度衡量。参见黄仁宇：《中国大历史》，三联书店2007年版，自序，第7~8页。

[2] 有学者认为计划型劳动就业制度较好地实现了秩序、平等和安全三个价值，此种制度及其实践在建国初期有其存在的合理基础，也显示出了不小的优越性。参见金福海、杨飞：“宪法劳动权之重新解释”，载《山西大学学报》（哲学社会科学版）2002年第3期，第95页。

置。”^{〔1〕}1980年全国劳动就业工作会议提出“在国家统筹规划和指导下，实行劳动部门介绍就业、自愿组织起来就业和自谋职业相结合”的方针。1986年国务院颁布《国营企业实行劳动合同制暂行规定》等四项法规，全面开启了劳动合同体制改革，“推动劳动关系从适应计划经济体制的具有行政色彩的身份关系转型为契合市场经济体制的契约关系，以实现劳动力资源的合理配置”^{〔2〕}。2008年施行的《劳动合同法》规定我国境内的各类用工主体与劳动者建立劳动关系均需订立劳动合同。可以说，我国已经初步建立起了市场型劳动就业制度，但就像我国市场经济体制整体并不健全一样，市场型劳动就业制度也亟待完善，也就是说，转型时期的中国，一方面，旧的制度在惯性运行之中，另一方面，新的制度还未完全成型，形成了这种不完善、不统一的劳动就业制度现状。^{〔3〕}计划型就业制度向市场型就业制度转变过程中产生的诸多问题和困境反映出社会转型的艰难，这也在一定程度上展现了工作权研究所处的时代背景。

如果说社会转型是工作权研究的大背景，那么失业问题则是工作权研究的小背景。考量失业问题的成因与发展趋势，发现什么样的劳动者处于失业之中，他们寻求就业有哪些障碍，在此基础上证明工作权并构建权利保障机制才是有实际

〔1〕 林嘉、杨飞、林海权：《劳动就业法律问题研究》，中国劳动社会保障出版社2005年版，第33页。

〔2〕 张文显、黄文艺：《中国高校哲学社会科学发展报告·1978~2008·法学》，广西师范大学出版社2008年版，第199页。

〔3〕 有学者指出，目前我国就业体制具有明显的“二元”特征，即在非国有企业已经基本上实行了市场化就业体制，而在国有企业仍然实行的是带有一定计划色彩的就业体制。参见姚先国、郭东杰：“论劳动制度与政策对转型国家宏观经济的影响”，载《经济学家》2004年第2期，第75页。

意义的。“失业无疑是任何社会劳动结构所面临的最为严重的问题。”^{〔1〕}中国有世界上 9.6% 的自然资源, 9.4% 的资本资源, 1.85% 的知识技术资源, 以及 1.83% 的国际资源等, 要为占世界人口 26% 的劳动力提供就业机会, 毫不夸张地说, 本来就是一场就业战争。^{〔2〕}改革开放以来, 我国城乡登记失业率呈波动变化, 先自 1978 年的 5.3% 下降到 1985 年的 1.8%, 而后逐步攀升到 2007 年的 4.0%, 这期间的高点是 2003 年的 4.3%。^{〔3〕}由于城乡登记失业率统计范围狭窄, 仅包括城镇本地非农户口的失业人员, 不包括下岗失业人员、未就业的高校毕业生和城镇外来人口中的失业人员, 并且失业人员必须到当地就业服务机构进行求职登记, 这样得出的统计数据并不能真实反映我国失业现状。^{〔4〕}有学者推算仅 2002 年全国 345 个地区级以上城市和地区的未加权平均失业率为 7.91%, 沈阳为 16.08%, 上海为 10.57%, 福州为 9.51%, 武汉为 11.83%, 西安为 8.22%。^{〔5〕}也有研究人员推算, 20 世纪 90 年代中期以来, 将有就业愿望而未能就业的失业人员和下岗人员合并计算, 城镇的年真实失业率在

〔1〕〔美〕文森特·帕里曼、约翰·史汀森、阿黛斯·史汀森：《当代社会问题》，周兵、蔡翔译，华夏出版社 2002 年版，第 367 页。

〔2〕杨军：“多重因素推高失业洪峰”，载《南风窗》2008 年第 23 期，第 32 页。

〔3〕《中华人民共和国统计年鉴—2008》，中国年鉴出版社 2008 年版，第 1079 页。

〔4〕城乡登记失业率大大低估了城镇的真实失业水平已成为国内学界共识，国外学者对中国失业人数的疑问也主要针对这一统计数字。参见 Dorothy J. Solinger, “Why We Cannot Count the Unemployed?”, *The China Quarterly*, no. 167, August, 2000, pp. 671~688.

〔5〕蔡昉、王美艳：“中国城镇劳动参与率的变化及其政策含义”，载《中国社会科学》2004 年第 4 期，第 72 页。

10%以上,1997、1998年等年份,真实失业率可能高达13%~15%。^[1]虽然数据无法让我们对失业状况有一个全面准确的认识,但严峻的失业形势是我们每一个人都可以真切感受到的。如果说这是失业浪潮又一次向我们袭来,那我们无疑已经站在风口浪尖上了。^[2]

失业问题的成因错综复杂,有学者将其细致地归结为自然失业、周期性失业、隐形失业显性化、体制性失业、农村剩余劳动力转移。^[3]无论把失业的成因划分为多少种,最基本的就是劳动者群体自身的内在因素和经济体制等外在因素,并且这两者密切相关,有时甚至互为因果。由于工作权是以劳动者为主体的,本书以劳动者群体状况为着力点来认识作为研究背景的失业问题。劳动者群体的数量和素质长久以来一直是失业治理研究的重点,“我国目前劳动就业面临的主要问题是用人单位的需求不足与劳动力供给总量过大之间的矛盾……中国劳动年龄人口从1990年的7.55亿迅速增加,将在2025年达到极大值10.13亿,其间的年均增长率为

〔1〕 国务院发展研究中心社会保障制度改革研究课题组:“中国城镇失业保障制度改革的回顾与前瞻”,载《管理世界》2001年第1期,第82页。

〔2〕 有学者把我国改革开放后的失业状况划分为三次高峰,第一次是1979年,失业率为5.4%,第二次是1989年,这次高峰持续了3年,第三次于1993年到来。参见刘拥:《第三次失业高峰:下岗·失业·再就业》,中国书籍出版社1998年版,第2~4页。按照这一思路回顾1993年以来历年的城乡登记失业率,我们发现十几年来这次高峰从未回落,而且在2000年之后愈演愈烈,2001~2007年官方公布的数字依次是3.6%、4.0%、4.3%、4.2%、4.2%、4.1%、4.0%。值得一提的是,人力资源和社会保障部公布的2008年的失业率是4.0%,而社科院发布的《社会蓝皮书》公布的数字是9.6%。

〔3〕 徐平华:“经济增长与失业治理”,中共中央党校1999年博士学位论文,第22~28页。

0.84%，比同期的总人口年均增长率高0.06个百分点”^{〔1〕}。如此巨大的劳动者群体是其他任何国家所没有的，由此引发的就业难题是必须在中国社会的背景下考量的。此外，劳动者群体的素质也是制约就业的重要因素，据有关部门对我国2078万职工调查，80%的职工文化程度在初中以下，其中文盲、半文盲占7.8%，小学文化程度占30.6%。从操作的技术水平看，大多数工人的技术等级在三级以下，约占职工总数的70%。^{〔2〕}在产业结构调整过程中，低技术的劳动者往往最先成为失业人员，“在下岗人员中，初中文化及以下的占62%，高中文化的占29%”^{〔3〕}。

在这样的背景下，本书提出并试图解答的核心问题是工作权是什么样的权利以及应当如何保障此项权利。但问题不仅仅如此，以此为核心可衍生出下列问题：

第一，“我”^{〔4〕}与其他劳动者有什么样的差别，各类用人单位之间有什么样的差别，这些差别在多大程度上造成了权利享有和保障的分化。这是在劳动法的研究中引入社会结构的视角，考察三方机制中的主体结构，以求制度构建能够有针对性地适用于不同主体，这是本书基础性的研究角度。

第二，作为一个有工作意愿的公民，我在寻求就业过程中享有怎样的权利，国家对此应负担怎样的义务。这涉及个人与国家在实现就业这一事项上各自应负担义务的程度，也

〔1〕 林嘉、杨飞、林海权：《劳动就业法律问题研究》，中国劳动社会保障出版社2005年版，第5页。

〔2〕 程超译：《中国经济隐忧》，外文出版社1999年版，第42页。

〔3〕 吴波：《现阶段中国社会阶级阶层分析》，清华大学出版社2004年版，第121页。

〔4〕 为了更加直观、明确地提出问题，在此以劳动者的第一人称进行叙述。

是进一步反思我国就业促进制度的切入点。

第三,“我”在就业之后以怎样的方式维护自己工作的权利,避免不正当解雇。这是劳动者的工作权与用人单位解雇权之间的平衡,可以说,工作与解雇是劳动法中最为核心的问题,同样也是工作权的研究重心。

(二) 理论意义与实践意义

在我们这样一个劳动者极为众多的国度,在现在这样一个社会转型的历史时期,在当前劳动法理论研究不断发展的进程中,工作权研究有其特定的理论意义和实践意义。

在学理层面,工作权的研究能够深化劳动法范畴的学理认识,有助于厘清劳动法体系内诸项权利之间的价值和位序,并在引入主体分类研究框架的基础上细化权利享有和保障机制的研究。劳动权是劳动法的基础范畴和核心权利,但目前国内学界对劳动权的研究并没有形成共识,劳动权的体系构成以及与劳动权相关的诸项权利的关系也有很大讨论的空间。但无论基于哪种观点和学说,工作权都是劳动权必须包含的内容,也是劳动权体系的核心权利,可以说,劳动法以劳动权为核心,而劳动权以工作权为核心。所以,工作权研究能够构建起劳动法中诸多问题得以围绕的基点,其关系就犹如投石入水后由中心向外围展开的一圈圈波纹一样。此外,本书引入主体分类研究的视角以便明确不同类别劳动者权利享有和保障水平的差异,并进一步反思现有研究思路和制度设计,力求在研究角度和知识增量两方面有所进步。

在实践层面,工作权的研究能够检阅就业促进和劳动合同的相关法律制度,探寻劳动法三方协调机制所包含的利益结构及其运行效果,发现具体法律适用过程中的症结所在,进而提出制度完善的建议。三方协调机制是劳动法特有的制

度，也是劳动就业立法所依赖的制度基础。三方协调机制在实践中包含着丰富的利害关系，用人单位和劳动者各有其主体层级结构。在该机制围绕着工作权保障而运行时，有关政府干预的限度和方式、劳动关系当事人的合同自由等问题都有待于进一步认识和分析。例如，在就业过程中，劳动者如何并在多大程度上获得政府的支持，劳动者在这一阶段的工作权呈现为何种样态并如何保障；在职业劳动过程中，劳动者的职业安定与用人单位的用工自由如何平衡，公权力应以什么样的方式适当地介入劳动关系以便实现劳动关系和谐稳定。

在此应当说明的是，上述阐释的是围绕工作权这一论题进行研究的意义，而非本书的意义。虽然笔者力图进行较为深入和全面的探讨，但显然工作权这样基础而复杂的论题并非一本书所能完结的，学理上的研究需要多方学者长期参与，现实的改变则需要亿万人持续不断的尝试和探索。本书即属这些探索之一。

二、研究现状及评价

在劳动法学的研究中，工作权是与劳动权密切联系在一起的，很多学者将二者视为等同的概念。本书在此梳理有关工作权的研究现状离不开学界对劳动权的研究成果，也就是说，劳动权的研究现状是本书展开工作权研究的学理基础。^{〔1〕}

〔1〕 现有的以劳动权为主题的博士论文和学术专著对劳动权的研究现状做出了全面细致的归纳总结，例如李炳安：《劳动权论》，人民法院出版社2006年版，第4～13页；薛长礼：“劳动权论”，吉林大学2006年博士学位论文，第22～37页；周毅：“论劳动权及其法制保障”，吉林大学2008年硕士学位论文，第9～21页。上述材料对本书关于研究现状的认识颇有助益。