

Study on Theory of
Employment-related Rights

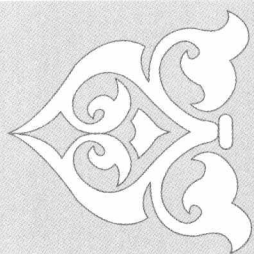


就业权研究

李运华◎著

中国社会科学出版社

Study on Theory of
Employment-related Rights



就业权研究

李运华◎著

中国社会科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

就业权研究/李运华著. —北京: 中国社会科学出版社,
2009. 10

ISBN 978-7-5004-7503-3

I. ①就… II. ①李… III. ①劳动就业—劳动法—研
究—世界 IV. ①D912.504

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 215648 号

责任编辑 李登贵等
特约编辑 陈彪
责任校对 韩天炜等
封面设计 张建军
技术编辑 王炳图

出版发行 中国社会科学出版社

社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 邮 编 100720

电 话 010—84029450 (邮购)

网 址 <http://www.csspw.cn>

经 销 新华书店

印 刷 北京君升印刷有限公司 装 订 广增装订厂

版 次 2009 年 10 月第 1 版 印 次 2009 年 10 月第 1 次印刷

开 本 710×1000 1/16

印 张 17.75 插 页 2

字 数 308 千字

定 价 38.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社发行部联系调换
版权所有 侵权必究

献给我的父亲

序

在全球范围内，劳动法正在迎来又一个快速发展与变革的新时期。其中，有关就业的法律制度发展尤为迅捷，业已成长为传统的个别劳动法和集体劳动法以外的劳动法之第三领域。由于主客观多种原因的存在，作为部门法，中国劳动法还没有受到足够重视，尤其就业法律制度尚需完善。与之相适应，我国劳动法领域的学术研究总体上也比较薄弱，关于就业法律制度的研究更是其中最为薄弱的环节。就业法的核心问题乃是就业权问题，就业权概念乃是就业法的基石范畴，可是关于就业权的系统的理论研究却近乎空白。

本书是我国劳动法学领域第一部全面而系统地研究就业权理论问题的学术专著。它以劳动法学之理论与方法为基础，借鉴人权法、宪法等学科领域的最新理论成果，以国内外就业立法、判例和理论研究文献为资料来源，运用法律解释学、比较法研究以及法史学和法哲学的研究方法，从就业权的概念、道德根据与法理基础、制度演进、权利内容与结构、性质与效力、权利救济等方面，对就业权的各基本理论问题作了全面深入的分析论述，详细论证并构建出就业权的理论体系。在此基础上，本书提出并论证了“建立以就业权为统纲的就业法制度体系”的立法政策主张，且就该制度体系之结构和内容作出概括揭示。

本书是作者在其博士学位论文基础上充实加工而成。在选题、研究和写作过程中，作者阅读了大量文献资料，既注重对就业权的历史和现实，特别是对我国情况的实际考察，又作了深入的哲理思索。书中的许

多论述都反映出它们是植根于现实和理性的深厚土壤之中的。其关于就业权之概念和体系的建构、就业权的证成和限定、就业权救济之制度体系的构建等学术观点，具有突出的创新性。

本书的出版及其理论研究成果，对于加强我国劳动法中就业法这一薄弱的分支、完善我国劳动权利体系和劳动法制度体系，对于推进我国劳动法学研究，具有重要的理论和实践价值。就业乃民生之本，就业权理论研究，对于在中国这样一个就业与失业问题严峻、劳雇关系不平衡的国度里建设和谐社会所具有的实际意义，也是不言而喻的。

漆多俊

2009年8月20日

目 录

序	漆多俊 (1)
导论	(1)
一 就业权研究的背景和意义	(1)
二 就业权课题的国内外研究状况	(5)
三 就业权研究的目的、范围、进路和方法	(12)
四 本书的基本内容和主要创新	(17)
第一章 就业权之概念建构	(24)
第一节 就业与失业的含义	(24)
第二节 就业权名称的择定	(26)
第三节 就业权概念的重构	(29)
一 就业权概念诸说	(29)
二 诸概念之异同分析	(35)
三 本书界定的就业权	(36)
第四节 就业权的要素和特征分析	(38)
一 就业权的要素分析	(38)
二 就业权的特征分析	(41)
第二章 就业权之法哲学基础	(43)

第一节 引言	(43)
一 就业权的正当性问题	(43)
二 自然法视角的权利思维	(45)
第二节 源自“事物之本质”的就业权	(47)
一 “事物之本质”理论	(47)
二 就业权的“事物之本质”渊源	(48)
第三节 本于人性尊严和自然权利的就业权	(52)
一 人性尊严与自然权利理论	(52)
二 劳动(就业)与人性尊严的契合	(55)
三 异化与失业对人性尊严的侵害	(56)
四 就业成为源于人性尊严的自然权利	(57)
第四节 基于正义原则的就业权	(59)
一 自然法的正义理论	(59)
二 第一正义原则与消极就业权的演绎	(66)
三 第二正义原则与积极就业权的证成和限制	(71)
第三章 就业权演进中权利存在形态的变化	(81)
第一节 就业权之缘起	(81)
一 前工业社会的劳动(就业)关系回顾	(81)
二 就业权之萌生	(84)
第二节 宪法基本权形态的就业权	(87)
一 作为宪法基本权利的就业权	(87)
二 就业权成为宪法权利之意义	(91)
第三节 基本人权形态的就业权	(94)
一 作为国际基本人权的就业权	(94)
二 就业权成为人权之意义	(98)
第四节 劳动法权利形态的就业权	(100)
一 回归劳动法权利的就业权	(100)
二 就业权作为劳动法权利之意义	(103)

第四章 就业权之权利构造	(105)
第一节 就业权的形式构造	(105)
一 就业权权利主体.....	(105)
二 就业权义务主体.....	(115)
三 就业权客体.....	(131)
第二节 就业权的实质构造	(136)
一 就业权实质构成上的学说分歧.....	(136)
二 界定就业权实质构成的依据.....	(140)
三 就业权的实质构成.....	(142)
四 工作请求权难题决疑.....	(152)
第三节 就业权的体系结构	(154)
一 引言.....	(154)
二 就业权在上位权利体系中的定位.....	(156)
三 就业权的内部体系与结构.....	(161)
第五章 就业权之性质和效力	(164)
第一节 引言	(164)
第二节 就业权的性质	(165)
一 社会权维度的分析.....	(165)
二 公权与私权维度的分析.....	(170)
三 人身权与财产权维度的分析.....	(177)
第三节 就业权的效力	(182)
一 道德权利与实证权利维度的分析.....	(182)
二 防御权与受益权维度的分析.....	(184)
第六章 就业权之救济	(187)
第一节 引言	(187)
第二节 就业权的自力救济:劳动基本权的运用	(189)
一 自力救济在劳动权利救济上的重要地位.....	(189)
二 自力救济的基本手段——劳动基本权.....	(193)

三 就业权自力救济的基本方式·····	(195)
第三节 就业权的公力救济·····	(202)
一 就业权之行政救济——劳动监察·····	(203)
二 就业权之司法救济·····	(210)
第四节 侵害就业权的法律责任形式·····	(223)
一 引言·····	(223)
二 侵害工作自由权的责任形式·····	(227)
三 侵害平等就业权的责任形式·····	(229)
四 侵害解雇保护权的责任形式·····	(232)
五 侵害就业服务权和失业保障权的责任形式·····	(235)
 第七章 尾论:构筑以就业权为统纲的就业法制度体系 ·····	(238)
第一节 世界范围内就业法的发展与转型·····	(238)
一 就业法的勃兴:亚部门法的成型 ·····	(238)
二 就业法在发展中的转型·····	(242)
第二节 以就业权统领构筑中国就业法制度体系·····	(246)
一 中国就业立法的现状和问题·····	(246)
二 以就业权统领构筑就业法制度体系·····	(249)
 主要参考文献·····	(257)
 后记·····	(272)

导 论

一 就业权研究的背景和意义

（一）研究就业权课题的背景

近现代工业社会中，生产资料与劳动力的分离已是常态，就业遂成一般人民谋生的基本方式。既为人民生存之本，且关系到社会安定与国家发展，自不容稍有缺失。然而，实现充分就业，却是当今世界各国政府与人民面临的最艰巨的问题与挑战。^①

面对严峻的就业与失业问题，各国政府亟谋应对之策。几乎所有发达国家，均已将促进就业列为经济社会发展的基本目标，作为施政的核心内容，积极制定和实施以促进就业为导向的宏观经济政策。

在国际社会，联合国于 1995 年举行哥本哈根世界社会发展特别首

^① 从全球来看，发展中国家因经济欠发达、人口总量巨大且增长过快，失业问题严重自不必说，经济发达国家在这方面状况也不佳，法国、德国、意大利、比利时等国的失业率曾经长期徘徊在 10% 左右。据有关统计资料，2000 年时全球失业人口达到 1.5 亿；另有不充分就业人口（指仅能工作一小部分时间或收入低于最低生活费的人）约 7.5 亿至 9 亿，占全部经济活动人口的四分之一。参见 [英] 罗伯特·伊斯特：《社会保障法》，周长征等译，中国劳动社会保障出版社 2003 年版，第 49 页；《国际劳工组织关于全球就业的综述》，载李东林、刘燕斌主编：《世界劳动保障》，中国劳动社会保障出版社 2001 年版，第 1 页。

脑会议,确定了把促进就业、消除贫困、社会融合作为世界发展的三大主题,尤其强调把促进就业作为各国社会发展的基本优先目标。^① 欧盟委员会或欧盟首脑理事会多次发表政策声明,称就业是欧盟的第一优先考虑的事务。为达到目标,欧盟于1997年通过缔结《阿姆斯特丹条约》,开启欧盟共同就业政策的制定和实施进程,强力推动新的欧洲共同就业战略的制定和实施。^② 国际劳工组织则自成立以来即把与失业作斗争作为其核心职责,前后制定了多达十几项关于就业与失业的公约和建议书,并于2003年召开就业问题特别会议,制定通过了“全球就业议程”。

在各国及国际社会解决就业与失业问题的努力中,运用法律手段来保障和促进就业,已经越来越普遍,并且取得了巨大成就。这种经验在世界范围内受到普遍的重视和推广。在很多国家,已经不是颁布一两部与就业有关的法律,而是制定了涉及就业过程各阶段和各方面的系列立法。^③ 美国、日本以及欧洲联盟甚至已经形成了相当完备的就业法体系,成为劳动法之下一个相对独立的亚部门法。^④

中国作为世界上人口和劳动力总量最大的国家,就业与失业问题较

① 刘燕斌主编:《面向新世纪的全球就业》,中国劳动社会保障出版社2000年版,第2页。

② [英]凯瑟琳·巴纳德:《欧盟劳动法》,付欣译,中国法制出版社2005年版,第46页以下。

③ 如日本在就业领域的立法有:《就业保障法》、《职业安定法》、《雇用保险法》、《职业训练法》、《雇用对策法》、《紧急失业对策法》、《劳动者派遣法》《就业和人力资源开发组织法》、《人力资源开发促进法》、《保障男女平等就业法》、《残疾人就业促进法》、《退役军人转业临时措施法》、《高龄人职业稳定法》、《煤矿工人转业暂时措施法》等。参见国际劳工研究所课题组:《国外促进就业立法及对我国的借鉴研究》,载中国劳动法学研究会会刊《劳动法学通讯·促进就业立法专集》(2005年11月印);[日]西村健一郎等:《劳动法讲义3劳动者保护法》,有斐阁1990年版;[日]马渡淳一郎:《日本劳动市场法的改革》,田思路译,清华大学出版社2006年版。

④ 在日本,称为劳动市场法;在美国,劳动法分为两大部分,其中一部分称为 Employment Law,其范围涵盖本书所论对象问题。参见[美]罗伯特·A.高尔曼:《劳动法基本教程》,马静等译,中国政法大学出版社2003年版,译者序;[日]马渡淳一郎:《日本劳动市场法的改革》,清华大学出版社2006年版,中译本序。

他国更为艰巨。^①为此,中国迄今一直在倾力解决就业问题,特别是近20年中,为应对转轨市场经济体制而产生的大量失业问题,中国政府制定了很多关于就业与失业的政策措施。应该说,这些政策措施在实施中取得了一定的成效。然而,由于我国所面对的就业与失业难题,远较绝大多数国家艰巨,且就业问题不仅仅是我国当前急务,更是我们必须长期面对的挑战。仅有应急性的失业对策措施,不足以应付如此复杂、艰巨而长期的重大问题。我们必须借鉴先进国家的就业立法经验,系统地构建起中国的就业法体系。

(二) 研究就业权课题的意义

就业权研究在劳动法学上有着重要的理论意义。举其要者,有三个方面:

首先,由于种种主客观因素的影响,我国劳动法领域的学术研究总体上是比较薄弱的。而关于就业法律制度的研究又堪称劳动法领域中最薄弱的环节。本书所论的对象问题,覆盖了就业法各领域,对我国劳动法学中这一薄弱分支有补强的意义。

其次,就业法的核心问题乃是就业权问题,就业权概念乃是就业法的基石范畴。如果说在劳动法研究中,就业法虽未获重视但还有人论及的话,那么,关于就业权的理论研究,则近乎空白。故本书对于就业权的探讨,在一定意义上有着理论补白的价值。

再次,自法制史观之,就业法并非劳动法的制度发端之地,反而是劳动法最晚近的制度扩张与发展。但从生活世界之现实秩序和劳动法各制度之逻辑关系看,就业制度应当是劳动法制度体系的逻辑起

^① 据有关统计资料,“十一五规划”期间乃至此后更长时期内,中国每年度劳动力供求缺口高达1200万人以上。再加上由于劳动者整体素质技能不高、供求不匹配导致的结构性失业,劳动力供求矛盾更加突出。总之,中国就业形势严峻的基本格局,短期内不会改变;长远来看,更将面临工业化和城镇化所带来的巨大就业压力。参见王亚栋:《中国就业及立法情况》,载中国劳动法学研究会会刊《劳动法学通讯·促进就业立法专集》(2005年11月印)。

点,就业权也正是劳动权利体系的逻辑起点和基本构成之一。^①正如国际劳工组织把自己在新世纪的首要目标定位为“促成世界各地的男女劳动者有体面的劳动”时所述:“将创造就业岗位作为重点并不过分。获得工作是摆脱贫困最有效的方法,没有工作就没有劳工的权利。”^②质言之,就业权的实现是其他劳动权利发生的前提。因此,就业权研究对构建逻辑严谨的劳动法制度体系和完备的劳动权利体系亦具有显明的价值。

就业权研究更有着显著的实践层面的价值,有助于如下实际问题的解决:

首先,就业权问题是一个公民与国家之间的关系问题。从国家的宏观层面看,我国就业与失业问题严重,且将长期存在。而就业乃民生之本,关系到人民的生存权。尽管问题现已引起国家高度关切,也制定了一些法规和政策举措,包括《就业促进法》的出台,但目前这种关切和措施,从其所产生的基本理念来看,是出于亲民的理念,甚至是出于对政治与社会稳定的忧虑,而不是出于对劳动者、国家及雇主在就业关系上的法律地位,包括权利、义务与责任的明确而清醒的理性认识。由于这种理念的制约,所采取的政策措施往往因时、因地、因人而异(各地方或单位自行其是出台的政策措施又常相互矛盾,实施效果相互抵消),具有临时对策的性质,而不是举国范围的统一制度安排,不具有法律制度所必备的体系性和完备性,更缺乏法律所固有的强制性效力。

其次,就业权问题是一个劳动者与雇主之间的关系问题。中国是

① 关怀:“劳动就业权在各项劳动权利中居于首要地位,是劳动者赖以生存的权利。”冯彦君:“劳动权是由一系列权利所构成的权利系统……从逻辑结构来看,工作权是基础和前提,报酬权和福利权是核心,其他权利是保障。”林燕玲:“劳动就业是劳动关系形成的第一步,只有实现就业,劳动者的其他劳动权利才有可能在具体的劳动关系中实现。因此,劳动者的其他劳动权利是以就业权为基础展开的。”分别参见关怀主编:《劳动法》,中国人民大学出版社2001年版,第60页;冯彦君:《劳动权论略》,载《社会科学战线》2003年第1期;林燕玲:《国际劳工标准》,中国工人出版社2002年版,第125页。

② 国际劳工组织:《减少体面劳动方面的缺陷——全球性挑战》,劳工局长报告,日内瓦2001年。

一个彻底的劳动力买方市场，且地方政府出于政绩考虑经常采取姑息纵容资方的态度，加之国家对劳动力市场的法律规制不力，劳动基本权（包括团结权、团体交涉权与团体抗争权）又缺位，其结果是雇主侵害劳动者在就业领域的权利和利益的现象非常普遍，而劳工之维权路径不明不畅，维权方式与手段非常有限。这一切使得劳雇关系有失公平正义，正在成为一个日益严重的社会问题，威胁着国家稳定与社会和谐。

二 就业权课题的国内外研究状况

（一）国外研究状况

在市场经济和劳动法律制度比较发达的国家和地区，有关就业的法律制度发展很快，使得劳动法的体系结构发生了变化，由传统的两大领域（个别劳动法和集体劳动法——分别调整个别劳动关系和集体劳动关系），发展为三大领域。这第三大领域被称为就业法或劳动市场法（我国习惯称“就业法律制度”），是用来调整劳动契约前和契约后的社会关系、保障劳动者就业权利的。

以美国为例，我国之所谓劳动法，在美国分为两部分，一为 Labor Law，一为 Employment Law。后者即专门调整就业关系、确认和保障就业权利的法律部门。该领域的学术研究非常活跃，并已成为美国法学中一个独立的法学分支。^①

德国就业领域的立法也相当发达，并且与美国一样，是着眼于就业关系中的权利之确认和保障来立法的。但与美国不同的是，德国有关就

① [美] 罗伯特·A. 高尔曼：《劳动法基本教程》，马静等译，中国政法大学出版社 2003 年版，译者序；另参 John Jude Moran, *Employment Law: New Challenges in the Business Environment*, Second Edition, Upper Saddle River, New Jersey 07458; *Employment and labor law*, Cincinnati, Ohio: West Educational Pub., c1999. 和 *Labor and employment law*, Boston, Mass.: PWS-Kent Pub. Co., c1988.

业的法律制度被分别纳入劳动法和社会法当中,比如,把诸如“劳动关系的建立”和“劳动关系的结束”等有关就业权的规则纳入劳动法,属于私法;把诸如“政府促进就业义务”制度纳入社会法典的第三编,属于公法。这样,德国有关就业领域的立法虽然相当发达,但未能形成一个独立的亚部门法。不过,学者在理论研究上又常将两方面整合到了一起,^①其学术研究之专精,不负德国法学之盛名。^②

法国在立法理念上与德国、美国相若,强调劳工就业权利的保护宗旨,而在立法形式上更为集中和体系化,有关就业的法律制度统一规定在《法国劳动法典》中。^③对就业法和就业权的理论探讨,是法国劳动法界(乃至整个欧盟劳动法学界)的热门课题,且通常与宪法、人权法的研究高度交织。

瑞典、挪威、芬兰、荷兰等北欧国家,可谓当今世界人权意识最强、在实践人权理想上也走得最远的地区,在就业领域的立法和就业权的保护上较之德法诸国有过之而无不及。借助丰厚的人权理论的滋养,在有关就业权的理论研究方面,北欧地区更担当着世界前驱的角色。^④

值得提出的是,由于欧盟在劳动法和社会法领域的整合功能相当强

① 德国劳动法学者认为劳动法的核心是劳动关系之法;劳动法归属于私法,是以调整劳动契约为基础的从属性劳动关系的特别私法。其他附随关系之调整规范则纳入社会法,属公法性质。但是,德国劳动法学者也认为,劳动者在(劳动)契约前和契约后涉及的许多法律问题也可能是劳动法的领域,如就业促进及失业保险等。因此,劳动法和社会法在立法上被一分为二,在理论研究上又经常被整合到了一起。参见刘士豪:《劳动基本权在我国宪法基本权体系中的定位》(上),载《政大法学评论》2005年第87期,第78页。

② 有关德国就业法律领域的立法和理论,参见 *Labor law in Germany*, published by the federal ministry for labor and security English edition, 1991; [德] W. 杜茨:《劳动法》,张国文译,法律出版社2005年版;陈凌:《德国劳动力市场与就业政策研究》,中国劳动社会保障出版社2000年版,第102页以下。

③ 参见《法国劳动法典》,罗结珍译,国际文化出版公司1996年版。

④ 参见叶静涛、[瑞典] Ronnie Eklund 主编:《瑞典劳动法导读》,北京大学出版社2008年版;[挪威] A. 艾德等:《经济、社会 and 文化的权利》,黄列译,中国社会科学出版社2003年版;[瑞典] 格德门德尔·阿尔弗雷德松、[挪威] 阿斯布佐恩·艾德编:《〈世界人权宣言〉:努力实现共同标准》,中国人权研究会组织翻译,四川人民出版社1999年版;[荷兰] 穆伊斯肯:《创造工作岗位,协调社会生活——对荷兰模式的思考》,载袁元伦、罗红波主编《中国与欧洲联盟就业政策比较》,中国经济出版社1998年版。

大,法、德、北欧国家的就业权理论和立法,已经经由欧盟的制度通道影响和渗入欧洲各国法律之中,使得整个欧洲地区在就业法制领域从立法理念到具体规则都在迅速趋同化。^① 比如英国,其在劳工法领域向来持“法律不干预”的消极主义传统,即有关劳资事务与劳动关系让由劳资双方自治解决,国家与立法固守其消极不作为的角色。^② 而现今的英国劳工法在欧盟法的深刻影响下,已融入欧洲潮流,与法德等国的制度大同小异。^③ 甚至欧盟之外的俄罗斯也深受影响,1996年新颁布的《俄罗斯联邦居民就业法》一反从前苏联类似立法多为空洞的政策宣示的立法传统,处处着眼于就业关系中的具体权利和义务,是一部以就业权理念为统率的水平较高的就业立法。^④

日本在就业领域的立法之发达,不论从质量或者数量看都堪与欧美比肩,秉承大陆法系的传统,在制度的体系性、完备性方面还超越了美国。但有所不及的是,美国的 Employment Law 是以劳工就业权利为立法主旨与核心的,到了日本,这部分法律制度被日本学者概括称为“劳动市场法”,虽然也已经成长为劳动法之下的一个相对独立的亚部门法,只是政府成了主角,政策功能的实现成为立法目的,劳工个体权利之主旨被削弱。^⑤ 这可能与日本法学界对劳动权(含就业权)的权利性质的

① [英] E. 斯齐斯佐扎克:《欧洲联盟对社会权利的保障》,载[挪威] A. 艾德等《经济、社会 and 文化的权利》,黄列译,中国社会科学出版社 2003 年版;焦兴铠:《论欧洲联盟劳工及劳资关系法制的建构》,载《政大法学评论》第 65 期,台北,政治大学法律学出版社 1979 年版;[荷兰] 约里斯·范·鲁塞弗尔达特、耶勒·菲瑟主编:《欧洲劳资关系——传统与转变》,余云霞等译,世界知识出版社 2000 年版。

② 王泽鉴:《英国劳工法之特色、体系及法源理论》,载《民法学说与判例研究》第二册,三民书局 1979 年版,第 375 页以下。

③ [英] 艾利森·邦、马纳·撒夫:《劳动法基础》,武汉大学出版社 2004 年英文影印版,第 1 页。

④ 参见劳动和社会保障部劳动科学研究所编:《外国劳动和社会保障法选》,中国劳动出版社 1999 年版,第 260 页以下。

⑤ 关于劳动权或工作权,日本宪法和劳动法学者提出了多种理论。日本在就业法律领域的立法与理论研究状况,参见[日] 本多淳亮:《劳动契约·就业规则论》,一粒社 1981 年版;[日] 菅野和夫:《劳动法》,弘文堂 1985 年版;[日] 西村健一郎等:《劳动法讲义 3 劳动者保护法》,有斐阁 1990 年版;[日] 马渡淳一郎:《劳动市场法的改革》,田思路译,清华大学出版社 2006 年版。