



中国法治实践论丛

ZHONGGUO FAZHI SHIJIAN LUNCONG

劳动权的行政法保护研究

胡 芬 ▶ 著



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社



中国法治实践论丛

ZHONGGUO FAZHI SHIJIAN LUNCONG

劳动权的行政法保护研究

胡 芬 著



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

劳动权的行政法保护研究/胡芬著. —武汉: 武汉大学出版社,
2009. 10

中国法治实践论丛

ISBN 978-7-307-07364-7

I. 劳… II. 胡… III. 劳动权—行政法—保护—研究—中国
IV. D912. 504

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 179780 号

责任编辑:郭园园 责任校对:黄添生 版式设计:支 笛

出版发行: **武汉大学出版社** (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件: cbs22@whu.edu.cn 网址: www.wdp.com.cn)

印刷:湖北省荆州市今印印务有限公司

开本: 720 × 1000 1/16 印张: 14.75 字数: 208 千字 插页: 1

版次: 2009 年 10 月第 1 版 2009 年 10 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-307-07364-7/D · 947 定价: 30.00 元

版权所有, 不得翻印; 凡购我社的图书, 如有缺页、倒页、脱页等质量问题, 请与当地图书销售部门联系调换。

» 内 容 提 要

劳动权保护是现代民主宪政国家的基本任务。行政法学的基本任务之一就是为国家基本任务的实现提供科学的行政法学理论与观念。研究劳动权的行政法保护能够为完成国家保护劳动权之任务提供理论支持与制度设计。本书运用矛盾与价值分析、哲理与实证分析的方法,集中围绕行政法的基本观念与劳动权保护、我国政府职能转变引起的劳动权保护方式之变化、劳动权的行政法保护方式、行政奖励制度在劳动权保护中的运用等几个方面的问题,对劳动权的行政法保护进行了全方位的研究,以期完善劳动权的行政法保护。

全书共分五章:第一章介绍了本书的写作背景、构思和框架,在对国内现有理论研究现状进行全面把握的基础上,着力阐释了劳动权的行政法保护对于行政法学的研究价值;第二章采用比较研究的方法,分析了行政法在劳动权保护中所处的重要地位,并归纳总结了劳动权保护与行政法的基本理念和目标的关联;第三章主要分析了政府职能转变带来的劳动权保护方式之变化,指出了政府履行保障劳动权职责中应该重视的现实问题;第四章首先归纳了行政法保护劳动权的不同方式及其在实施过程中出现的问题,在分析了产生这些问题的根本原因后,提出了解决这些问题的基本途径;第五章分析了行政奖励的基本理论,探讨了在行政法中如何更好地运用行政奖励制度保护劳动权。

目 录

第一章 导论	1
第一节 引言	1
一、现实的社会问题：和谐社会建设与劳资利益冲突	1
二、对劳动权保护的行政法学研究现状	4
第二节 研究价值与研究思路	7
一、研究价值	7
二、研究思路	8
第二章 劳动权及其行政法保护的理论定位	11
第一节 劳动权的界定	12
一、劳动权概念的比较分析	13
二、劳动权概念的界定	20
三、就业平等权与劳动权	29
四、劳动权相关问题分析	36
第二节 劳动权的法律保护	41
一、公法、私法与权利保护	42
二、劳动权的私法保护与公法保护	47
第三节 劳动权的行政法保护	51
一、劳动权在行政法中的定位	52
二、行政法的基本观念与劳动权保护	55
三、行政法的目标与劳动权保护	61
小 结	66

第三章 我国政府职能转变与劳动权保护	67
第一节 现代政府职能与我国政府职能转变	67
一、现代政府的基本职能	68
二、我国国家与社会之间关系的变化	70
三、我国政府职能之转变	76
四、我国政府职能转变与法治政府建设	84
第二节 政府职能与劳动权保护之关联	87
一、现代政府职能与劳动权保护	88
二、我国政府职责重心与劳动权保护	92
第三节 我国政府保护劳动权之方式变化	97
一、计划经济体制下的我国政府保护劳动权之方式	98
二、市场经济体制下的我国政府保护劳动权方式之变化	100
小 结	103
第四章 劳动权的行政法保护方式	105
第一节 劳动权的行政法保护之基本方式	105
一、劳动请求权的行政法保护方式	105
二、劳动者劳动权的行政法保护方式	114
第二节 劳动权的行政法保护方式存在的问题	120
一、政府反就业歧视的职责规定过弱	120
二、公共就业服务中存在的问题	122
三、失业救济中存在的问题	133
四、劳动保障监察中存在的问题	137
五、工伤认定制度存在的问题	141
六、劳动仲裁中存在的问题	146
第三节 制度性原因及解决途径	150
一、政府与工会之间的关系	150
二、地方政府行为的影响	156
三、解决问题的途径	160
小 结	166

第五章 行政奖励制度在劳动权保护中的运用	168
第一节 行政奖励制度在劳动权保护中的运用	168
一、行政奖励的理论定位	169
二、行政奖励的分类	179
三、行政奖励的创设权分析	190
四、行政奖励的司法保护探讨	196
五、举报奖励制度与劳动权保护	198
第二节 对守法单位的行政奖励制度	202
一、对守法单位的行政奖励	202
二、对守法用人单位的行政奖励制度之合理性分析	204
小 结	215
参考文献	217
后 记	226

第一章 导论

第一节 引言

一、现实的社会问题：和谐社会建设与劳资利益冲突

和谐社会是人类自古以来孜孜以求的一种理想社会形态。在自然环境中，比之于其他动物，人类有着更多的欲望和需要，可自然却没有赋予人类以狮子般的强健。人类在自然中取得优势，是由于人依赖于社会。借助社会的分工协作，人类的能力得到提高、才能得到增长；借助人们间的互助，人类就较少遭到意外和偶然事件的袭击。人类在自然中居于优势地位之后，便面对着两方面的冲突，一方面是人类与自然的冲突——为了满足人类日益增长的需求而必须最大限度地利用环境资源与为了人类的可持续发展必须保护、爱护人类赖以生存的环境；另一方面是人与社会共同体的冲突——作为社会个体的人在很大程度上是被利益所支配的，往往为了追求自己的个人利益而不顾他人的利益和社会秩序的维护。在所有人的利益都相同时，和谐是很容易获得的；当某一利益只有以牺牲另一利益为代价才能被满足时，就存在着利益冲突，或者说当两种利益不可能同时实现时就存在着利益冲突。和谐社会不是指没有利益冲突的社会，而是指有能力处理好这两方面冲突的社会。

自1978年我国实行改革开放以来，“改革”和“发展”就始终是国家和社会的主题。经济体制改革带来中国社会经济飞速发展的同时，也带来了收入和财富分配差距的不断拉大、严重失业等社

会问题。我国改革和发展带来的社会问题使得社会和谐受到关注，建设和谐社会成为新世纪的中国国家和社会发展的主题。在当代中国，劳动权持有者与资本所有者之间的利益冲突成为影响社会稳定、和谐发展的决定性因素，劳动权持有者的利益保障成为建设和谐社会过程中有待解决的重要问题。

在计划经济体制下，国家通过计划来配置社会资源，企业的经营管理必须按照国家下达的计划来进行。在政企一体化的制度下，政府以行政权力增强工人的权利，抑制企业管理者的管理权利。在政治民主中，工人在各级人民代表大会中占有相当大的比例，工人阶层可以借此影响国家的法律和政策，影响工人与企业管理者之间的权利分配。并且，公有制社会经济组织的经济活动和经济利益都是由国家掌管和代表的，管理者和工人一样是国家企业中的一员，只是分工的不同，不存在管理者与工人之间的利益冲突。

经过 30 多年持续的经济的发展，我国劳动关系已从传统的与计划经济体制相适应的行政化模式，转变为带有过渡性特征的市场化模式。在市场经济体制下，个体经济、私营经济等非公有制经济成为社会主义市场经济的重要组成部分。在经济组织内部，经济效率成为决定资本所有者和劳动者收益的首要问题。为了效率就必须加强管理，为了加强管理就必须增加资本所有者的管理权利，劳动者的权利不得不减弱。尤其是在非公有制经济组织中，劳动者和资本所有者的利益冲突更加明显，资本所有者为了获取最大的利润，不断限制劳动者的权利。劳动力资源的相对丰富，资本的相对稀缺，以及改革开放以来强化管理权力以最大限度地提高效益的改革思路确立了用人单位在劳动关系中的强势地位，这些因素使得劳动者在与资本所有者的利益冲突中必然处于被动地位。

《劳动法》、《劳动合同法》、《公司法》以及相关的法律法规确定了一个主权国家的劳动基准。经济全球化过程的推进使得主权国家政府对劳动关系的干预不断削弱。有些发达国家开始实施降低工资和社会福利的阶段性措施，放松劳动标准以降低本国劳动成

本，而有些发展中国家为吸引外资和扩大出口，也竞相标榜、维持低廉劳动力成本的优势，通常称之为“探底竞争”（Race to the Bottom）。这种形势增加了资本所有者对劳动者的绝对优势，劳资双方的地位差距日趋扩大，全球化下的劳动者权利成为一个新的课题。

几乎所有国家都存在劳资利益冲突。劳资利益冲突之所以成为我国的主要社会问题，原因在于：第一，中国劳动者的团结自助能力不足。在西方资本主义国家，劳动者通过工会组织团结起来，利用集体行动能力与资本所有者抗衡，在劳资利益关系中维护自己的权益；工会代表参与国家有关就业问题的立法活动，在国家法律、政策制定中维护劳动权持有者的利益。新中国工人阶层的团结自助能力先天比较弱。在计划经济体制下的政企一体化制度的影响下，由于有政府的行政权力做后盾，工人几乎不需要工会组织的帮助来对抗管理者的管理权利，导致工人的组织程度和行动能力的降低。在计划经济体制改为市场经济体制之后，劳动者的团结自助能力并未得到增强，究其原因，一是基层工会的组织成员是社会经济组织的雇员，其职业命运由管理者、资本方控制，削弱了基层工会的行动能力；在私有企业和三资企业中，工人从没有获得公有制企业工人曾经获得过的政府行政权力的强大支持，并且这类企业中曾经长期没有成立工会组织；二是中国工会组织是典型的官办社团，缺乏自治组织的独立性，无法真正代表和维护工人的利益，如县以上地方各级工会是国家组建，受国家领导的社会团体，其工作人员享受国家机关工作人员的待遇，导致县以上地方工会受政府控制，其职责重心不是维护职工合法权益，而是分担政府维护公共利益的职责。第二，我国的改革首先是从经济领域展开的，社会目标也由巩固政权、社会稳定转向了经济效率、社会发展。能够为这一社会目标作出更大贡献的国有企业的管理阶层、资本所有者获得了政府的支持。^① 一些地方政府更是片面强调保护投资环境，为引进外资和

^① 关于中国工人阶层现状的分析，可参见陆学艺主编：《当代中国社会阶层研究报告》，社会科学文献出版社2002年版，第144~148页。

发展地方经济，地方政府往往与资方形成利益共同体，导致劳动监察执法不力，一些地方漠视和侵犯工人合法权益的事件时有发生，致使劳动关系趋于紧张。

劳动权的保护需要劳动者的自助，其次才是政府行政权力的支持。国际劳工大会的《关于工作中基本原则和权利宣言》，提出了四个方面的“核心劳工标准”或称“工人的基本权利”，具体包括结社自由并有效承认集体谈判权利、消除一切形式的强迫劳动、有效废除童工、消除就业歧视。国际公认的劳动者主张和表达自身权益的“三权”是结社自由权（组织起来的权利）、罢工权（不合作的权利）和集体谈判权（对等的博弈权利）。在我国，改革虽然使得我国的国家与社会之间的关系发生了变化，但作为国家与社会之间必备的沟通领域——公共领域尚不完善；劳动者的团结自助组织——工会，不具备代表劳动者利益的能力。劳动者占据社会成员的大多数，如果劳动权无法得到有力保护，势必影响社会秩序的稳定和社会的发展，影响公共利益。在这样的形势下，劳动权的保护更需要政府行政权力的积极支持。

人权保护是现代民主宪政国家的基本任务。劳动是公民在社会中生存和发展的必要活动，劳动者占据了社会成员的大多数，因此，劳动权保护是现代民主宪政国家的基本任务。行政法是规定政府职责的法，行政法的目标是促进个人利益与公共利益的一致性。行政权力保护劳动权是否符合行政法的目标，行政法应当如何规定政府保护劳动权的职责，是本书要探讨的问题。

二、对劳动权保护的行政法学研究现状

劳动权的保护问题涉及政治学、法学、经济学、社会学、公共行政管理学等多学科领域。劳动法学的学者介绍了世界范围内的劳动权之立法保护过程，从国内立法保护到国际立法保护，从私法保护到公法保护，反映了劳动权内容的逐步完善。国际法的学者从我国劳动法与国际劳动公约接轨的角度，分析了我国劳动法的不足。法理学方面的研究集中在对劳动权的权利性质之分析和劳动法律关系特点之分析上。经济法学者重点研究了劳动合同和集体劳动合同

问题。^① 经济学学者从劳动经济学的角度出发,论述了政府管制对经济发展的影响,他们的研究主要集中在如何提高经济效率、企业人力资源管理的效率等方面。关于政府与市场的关系、就业政策、失业救济金等问题,在不同时期、持不同理论观点的经济学家分别从经济效益、经济发展的角度论述了政府和市场、社会的关系。自由经济学家们认为,收入分配是不可改变的,他们相信,通过政府干预来减轻贫困的任何企图都是导致整个国民收入下降的愚蠢努力。国家干预主义经济学家们认为,现代社会拒绝接受自由放任的市场所带来的所有收入和消费分布的不平等,现代资本主义国家只有在国家这一“看得见的手”的帮助下才有可能达到充分就业的均衡。对劳动工资问题,自由主义者反对政府制定最低工资限制,国家干预主义者则持支持态度。政府是否应该降低收入的不平等是一个规范性的问题,经济学解决不了。

长久以来,从保护公民权益的角度出发,行政法学的研究更注重对政府行政权力的监控,劳动权的保护问题似乎算不上是行政法学研究中的一个根本性问题。在20世纪80年代中期,学术界关注的焦点是个人与国家(政府)的关系,强调保护公民个人的自由和权利,还没有意识到个人只有组成集体,具有团体影响力才能有效监督和防止国家权力侵犯公民个人权利。在行政法学的研究成果方面,如何规范政府行政行为以保护相对人权利、政府行政行为侵犯相对人合法权益后应如何承担责任成为重点研究的内容。在行政法制建设方面,《行政诉讼法》的出台确立了保护公民合法权益的重要救济途径,行政诉讼成为监督政府依法行政的重要机制。从20世纪90年代开始,学术界开始关注西方的市民社会理论。个人与国家的二元思维模式,被深化为社会与国家的新二元思维模式,

^① 我国《劳动合同法》已于2007年6月29日颁布,于2008年1月1日开始实施。

理论分析多是采用的“社会—经济—国家”三元分析框架。^①学者们开始引入社会主义公民社会的概念探讨中国的社会主义市民社会理论。考察和研究的内容主要集中于介于国家与市场之间的第三领域，尤以非政府组织（NGO）的研究最为集中。^②在行政法的研究方面，开始注意非政府组织的行政，提出现代行政法中的行政不仅包括国家行政，而且包括社会公行政（非国家的公共组织的行政），政府权力已向社会（第三部门、非政府组织）转移，其思维模式也是国家与公民社会二分。

当前尚无从行政法理论的角度分析劳动权保护的文献。既有文献内容多是对劳动监察行为的介绍和分析，未见全面分析现有的保护劳动权的行政法制度的资料，更无理论层面上的思考。当前已有的研究成果中，对政府在劳动权保护中的地位和作用，往往只强调政府在劳动行政监察中的作用，呼吁政府应当加强劳动行政执法，没有从政府行政权的本质出发全面分析政府的职责及行政权的实质与劳动权保护之间的关系。

经济学家的分析有助于我们思考如何在资本所有者利益、劳动权持有者利益与经济增长目标之间做到效率与公正的兼顾。社会学学者对信任、社会资本问题的研究，有助于我们思考政府应该如何取得资本所有者和劳动权持有者的信任以及如何调动资本所有者保护劳动权的积极性，行政法应该如何规范政府行为以取得行政相对人的信任。政治学学者对中国经济发展与政治稳定的研究、对中国国家与社会关系的走向分析有助于我们思考劳动权保障与政治稳定之间的关系。不可忽视的是，保护公民权益恰恰需要政府的积极作为。笔者认为，作为调整政府与公民之间关系的行政法，不能忽视政府在劳动权保护中的积极作用，因而行政法必然关注劳动权的保

① 三元分析框架是指西方公民社会研究中将现代社会分解为政治、经济和社会三大领域。参见康晓光：《权力的转移——转型时期中国权力格局的变迁》，浙江人民出版社1999年版，第12～17页。

② 有关中国公民社会的研究进展，参见郁建兴、周俊：《中国公民社会研究的新进展》，载《马克思主义与现实》2006年第3期。

护问题。

从行政法学的角度研究劳动权保护问题的重要性体现在两个方面：一方面，分析政府介入用人单位和劳动者之间劳动关系的合法性，政府行政权力应该在什么程度内介入，能够指导劳动立法的制定和修改活动；另一方面，准确界定行政法在劳动权保护中的地位和作用、劳动权在行政法中的权利性质，能够完善行政法对劳动权的保护。

第二节 研究价值与研究思路

一、研究价值

行政法学的基本任务即为国家基本任务的实现提供科学的行政法学理论与观念，研究劳动权的行政法保护能够为完成国家保护劳动权之任务提供理论支持与制度设计。在当代中国，劳动权持有者与资本所有者之间的利益冲突是影响社会稳定、和谐发展的决定性因素，劳动者的利益保障成为和谐社会建设过程中有待解决的重要问题。劳动权的保障需要劳动者的自助，其次才是政府行政权力的支持。改革虽然使得中国的国家与社会之间的关系发生了变化，但作为国家与社会之间必备的沟通领域——公共领域，尚不完善；劳动者的团结自助组织——工会，尚不具备代表劳动者利益的能力。在这样的形势下，劳动权的保障尤其需要政府行政权力的积极支持。

对权利的法律保护既有私法的保护，又有公法的保护。私法能提供对个体权利的保护，只是在于私法规范明确了私人之间的权利界限，权利界限表明属于某个人（或组织）的权利是不容其他个人、组织侵犯的，侵权者要承担相应的法律责任。一旦私人权利遭受同为私人的他人之侵犯，私人并不能有效保护自己的权利，而是由行政机关、司法机关执行这种保护。行政权力与公民权利保护有着最为密切的关系，当私人权利遭受来自同为私人的侵犯时，行政权力将站在权利持有人一边，对侵权人加以惩戒。同样地，对劳动

权的法律保护也是既有私法的保护又有公法的保护。研究行政法对劳动权的保护,其价值在于:

首先,经济体制是国家与社会关系的联结点。中国经济体制改革深入展开后提出的政府经济职能转换的要求,必然推动政府行政活动的方式、内容的转换,政府保护劳动权的方式、内容也随之转换。行政法作为规范政府行政活动的法,必将重视行政权保护劳动权的方式和内容之转换,并力求使这一转换本身符合行政法的基本价值追求——以公正为核心的公共利益与个人利益关系的一致性。

其次,政府职能是政府作为国家行政机关应该具有的功能或应起的作用。要使政府发挥其应该发挥的作用,离不开法律对政府职责的规定。也就是说,政府职责的设定应使得政府能够充分履行政府职能。政府职能的内容是随着社会的变化而变化的。在中国,经济学家率先从促进经济发展、提高经济效率的角度提出转变政府经济职能,政治学家、法学家、公共管理学家、社会学家分别从各自的学科特点深入探讨了政府职能转变的问题。目前,学者们对于政府职能的内容已经达成共识,而对于如何将政府职能法制化为政府职责的研究薄弱。行政法作为规定政府职责的法,必然关注如何设定政府职责,如何使政府全面履行其职责。具体到劳动权的保护,对于如何设定政府保护劳动权的职责,如何使政府更好地履行保护劳动权的职责,是行政法应该完成的任务。

再次,只有将劳动权在行政法中的权利性质准确定位,才能完成保护劳动权的任务。在不同的劳动关系中,劳动权持有者所处的地位不同,受行政权力影响的程度不同,其劳动权在行政法上的性质也不同,相应地,行政法保护劳动权的方式也应有所不同。传统的强制性行政行为作为政府管理手段的局限性日益凸现,探讨、完善激励性管理成为当今世界公共行政改革的目标之一。行政奖励制度作为一种激励机制已广泛运用于行政执法领域,研究行政奖励在劳动行政执法中的运用,能够完善劳动权的行政法保护。

二、研究思路

中国经济体制改革深入展开后提出的政府经济职能转换的要

求,必然推动政府行政活动的方式和内容的转换,则政府保护劳动权的方式、内容也随之转换。在市场经济体制下,劳动关系运行市场化,政府保护劳动权的职责重心转为公共就业服务以及利用法律手段监督用人单位遵守劳动法的规定。行政法作为规范政府行政活动的法,应当如何规定政府在劳动权保护方面的职权与职责?笔者从以下几个方面展开劳动权的行政法保护研究。

第一,只有明晰了劳动权的概念才能明确行政法所保障的权利之性质。本书第二章在界定了劳动权的概念之后,比较了不同的部门法对劳动权保护的内容,分析了行政法在劳动权保护中所处的重要地位——行政法为劳动权持有者提供了最为经常、最为直接的保护,正是行政法规定了行政机关提供劳动就业服务和失业补偿的职责以及监督用人单位履行劳动合同的职责;最后分析了劳动权保护与行政法的基本理念和目标的关联,并认为保护作为个人利益的劳动权符合行政法的目标和价值追求。

第二,在我国政府改革的时代背景下,应如何认识政府职能转变与劳动权保护之间的关系。政府的核心作用始终是维持社会稳定。政府要实现其职能、维护社会的稳定就必须保护社会成员的劳动权。本书第三章中回顾了中国改革开放带来的国家与社会关系变化,然后分析了政府职能转变带来的劳动权保护方式的变化,指出了政府履行保障劳动权职责中应该重视的现实问题。

第三,劳动权保护方式变化后,这些保护方式在实施过程中是存在问题?存在什么问题以及如何解决问题?本书第四章分析了政府在劳动权保护中存在的问题以及产生这些问题的根本原因,然后分析了解决问题的基本途径。政府与工会关系的改革有赖于宪政框架中的国家与社会分权,地方政府自利性的消融有赖于宪政框架下我国中央与地方关系的改革。

第四,如何在行政法的制度框架内完善政府对劳动权的保护。行政奖励制度在劳动权保护领域已有运用,但都是举报奖励,即凡举报他人侵犯劳动权,查证属实后给予举报人以行政奖励。在劳动行政执法领域采用举报奖励制度确实能降低行政管理成本,提高行政执法效率。然而,降低行政管理成本和提高行政执法效率并不是

公共管理中唯一的或首要的价值追求。政府公共服务活动的宗旨是公共利益，而公共利益应当在道德上净化个人利益。本书第五章的内容旨在探讨如何更好地运用奖励制度保护社会成员的劳动权，尝试提出采用对守法企业的行政奖励是否更符合行政法的价值目标。