



浙江省科学发展观与浙江发展研究中心
SCIENTIFIC DEVELOPMENT CONCEPT &
ZHEJIANG DEVELOPMENT RESEARCH CENTER

基于生存照顾的 就业权保障研究

王晓杰◎著

Study on the Employment Right Security
from "Living Attendance"

中国
法制出版社
CHINA
LEGAL PUBLISHING HOUSE



浙江省科学发展观与浙江发展研究中心
SCIENTIFIC DEVELOPMENT CONCEPT &
ZHEJIANG DEVELOPMENT RESEARCH CENTER

王晓杰 著

基于生存照顾的 就业权保障研究

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

基于生存照顾的就业权保障研究/王晓杰著. —北京: 中国法制出版社, 2013. 10

ISBN 978 - 7 - 5093 - 4886 - 4

I. ①基… II. ①王… III. ①就业 - 权益保护 - 研究 - 中国
IV. ①D922. 504

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 250573 号

策划编辑 赵 宏 (health-happy@163.com)

封面设计 李 宁

基于生存照顾的就业权保障研究

JIYU SHENG CUN ZHAOGU DE JIUYEQUAN BAOZHANG YANJIU

著者/王晓杰

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/640 × 960 毫米 16

版次/2013 年 10 月第 1 版

印张/14.25 字数/205 千

2013 年 10 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 4886 - 4

定价: 39.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 010 - 66031119

网址: <http://www.zgfs.com>

编辑部电话: 010 - 66010483

市场营销部电话: 010 - 66033393

邮购部电话: 010 - 66033288

目 录

第一章 绪论	1
第一节 就业与生存照顾	1
第二节 行政任务与就业权保障	9
一、社会发展与行政任务	9
二、新中国政府行政任务的变迁	11
三、行政任务本土情境下的就业权问题	13
第三节 就业权的涵义及相关概念	14
一、就业权 (the right to employment) 的涵义	14
二、劳动权 (labor right)	16
三、工作权 (right to work)	17
四、生存权 (the right to survive)	19
五、社会权 (social rights)	21
六、社会保障权 (right to social security)	23
七、福利国家与福利权 (welfare rights)	24
第四节 研究方法	26
一、价值分析方法	27
二、实证分析方法	28
三、社会分析方法	29
第五节 研究思路	30

第二章 就业权的基本权利属性及内容	36
第一节 作为就业权核心的职业选择自由	36
第二节 就业权基本权利属性的法理依据	40
一、“人的尊严”	40
二、“平等保护”	43
第三节 就业权基本权利属性的规范依据	45
一、国际立法	45
二、国内立法	49
第四节 就业权的双重面向及功能	50
一、基本权利的双重面向	50
二、基本权利的功能	53
三、双重面向的就业权及其功能	55
第五节 就业权的内容	58
一、自主择业权	58
二、职业培训权	59
三、公平对待权	61
四、职业咨询权	61
五、获得就业援助权	62
六、雇佣终止保护权	62
七、应考试服公职权	63
第六节 公民享有就业行政给付的要件	65
一、国籍条件	65
二、法定劳动年龄	65
三、劳动能力	66
四、有就业愿望	66

第三章 就业权的国家义务	67
第一节 国家作为就业权的主要义务主体	67
一、传统的“基本权利—国家义务”对应关系	67
二、新型的“基本权利—国家义务”对应关系	69
三、经济社会的发展与国家职能的变迁	69
第二节 基本权利的国家义务的层次	71
第三节 就业权的国家尊重义务	74
一、基本权利的防御权功能	74
二、国家尊重义务的内涵	75
三、对就业权的合理限制及其原则	76
第四节 就业权的国家给付义务	80
一、就业权的分享权功能	80
二、国家给付义务的涵义	81
三、平等就业权的保障	83
第五节 就业权的国家保护义务	86
第六节 国民权向度上的国家义务	89
一、外国人就业行政许可的目的	90
二、外国人就业行政许可的性质	91
三、外国人就业行政许可的条件	92
第四章 就业权实现的行政法机制	94
第一节 防御行政权不当干预机制	99
一、行政干预及其界限	100
二、对行政立法行为的规制	104
三、行政许可及其界限	106
四、就业领域的行政处罚	112

第二节 行政给付机制	113
一、就业行政计划	115
二、就业行政指导	118
三、就业行政合同	122
四、就业行政奖励	124
五、行政私法活动	125
六、就业扶助	128
七、公共就业服务	131
八、就业培训与教育	134
第三节 行政保护机制	136
一、失业保护机制	138
二、就业歧视的抑制机制	141
三、对第三者侵权的保护机制	149
四、暂行特别行政措施	156
 第五章 就业权保障的发展趋势展望	 160
第一节 防御机制的发展	160
一、我国城乡二元制的就业保障制度	160
二、城乡统筹就业制度	161
三、城乡平等就业制度	164
四、农村富余劳动力转移就业制度	166
五、城乡一体的就业补贴制度	168
第二节 行政给付机制的发展	169
一、平等就业权的国家义务	170
二、反对就业歧视的法律制度的完善	172
三、反对就业歧视的专门机构和救济途径	174

四、公平就业与消除就业歧视问题	176
五、21 世纪我国政府在就业权保障领域的行政给付	177
第三节 行政保护机制的发展	178
一、充分就业及政府义务	178
二、就业保障模式从补缺型向普惠型的过渡	182
三、就业保障民营化的发展	183
四、公共就业服务领域的公私合作行政发展	185
第六章 就业权的救济	188
第一节 就业权的“权利束”特征及其可诉性分析	188
第二节 立法救济	191
第三节 行政救济	193
一、劳动仲裁	194
二、劳动监察	195
第四节 司法救济	196
一、民事诉讼	197
二、行政诉讼	199
参考文献	207

第一章 绪论

第一节 就业与生存照顾

《后汉书·仲长统传》云：“安居乐业，长养子孙，天下晏然，皆归心于我矣。”任何社会制度下的政府都有保证“民乐其业”之职责，以实现社会稳定和统治有序，这是人类数千年来社会治理的经验之一。在我国，就业问题越来越受到关注。上世纪90年代末，一些关于促进残疾人就业的法规、规章开始确认公民就业权。^①21世纪初，有关就业权的行政案件也已出现。^②2007年8月30日通过的《中华人民共和国就业促进法》（以下称《就业促进法》），标志着政府就业促进义务的法定化，从而使该义务对应的公民宪法基本权利——就业权获得了专门法的保障。2012年7月国务院《关于印发国家基本公共服务体系“十二五”规划的通知》（国发〔2012〕29号），进一步提出公共就业服务主要是地方政府的任务并明确了公共就业服务的内容和标准。在福利国家时代，保障公民就业权的实现是国家的“生存照顾”义务，是宪法“人性尊严”

① 如《关于进一步做好残疾人劳动就业工作若干意见的通知》（国办发〔1999〕84号）指出：劳动是公民的基本权利，残疾人与健全人一样，享有法律赋予的平等就业和选择职业、取得劳动报酬或收入、获得劳动安全卫生保护、接受职业技能培训、享受社会保险等权利。

② 如2002年蒋涛诉中国人民银行成都分行录用行员身高规定条件案，2003年张先著诉安徽省芜湖市人事局公务员招考行政录用决定案。

理论以及“平等保护”原则的体现。公民就业权的保障不独赖政府干预行政任务的践行，更应以给付行政任务为主导，“如果地方政府在提供治安与救火保护方面搞不好的话，那么政治报应便会快速降临。”^① 现行宪法第42条第2款规定：“国家通过各种途径，创造劳动就业条件，加强劳动保护，改善劳动条件，并在发展生产的基础上，提高劳动报酬和福利待遇。”这是宪法科以国家对公民劳动就业应当承担的义务，是就业权的国家义务的宪法依据。

为了讨论就业权的意义，我们假设有这样三个已满18周岁的年轻人：A在大学里学习文秘，现已经大学毕业打算寻找一份秘书工作；B患有小儿麻痹症，从小失去双亲，由年迈的奶奶抚养长大，现在奶奶无力抚养（B中学毕业，没有职业技能但迫切希望找到一份工作以供养自己和祖母）；C家境富裕，虽已成年但并不想工作，终日游山玩水，生活开支均由父母负责。对于C而言，他有权利不通过就业来获得生存必须的条件，也就是说，就业权包含不就业的自由，当客观条件允许的时候——有生存基准线以上的生活来源，没有就业愿望，国家、社会 and 他人不得强迫就业。对于A而言，就业是其不二选择，而且通过接受教育，A已经具备了一定的劳动能力，作为一个公民，A有权利找到一份有报酬的工作满足其基本需求。如果国家提供制度保障A不受歧视地平等地获得了工作机会，那么国家的就业保障义务就已经完成。对于B而言，由于身体的残疾和文化技能的不足导致其获得就业机会比一般人要困难，这时候国家制度如果能提供帮助就业的措施、抑制歧视的机制以及对其寻找工作的金钱、物资上的扶助，那么就业权的行政法保障义务即实现。在我国就业权发展的历史过程中，对于C这样的情况，曾经面临必须就业的国家强制，否则他的户籍等等公民身份会得不到保障，这将影响到其结婚、子女的户口

^① [美] 玛丽·安·格伦顿：《迷失的社会责任》，周威译，北京大学出版社2006年版，第122页。

等一系列问题，这种状况在当下已不复存在。对于 A 这类情况，则有可能因为身高、性别等因素在找工作过程中遭受不公平对待；对于 B，其就业权的实现则困难极了，其生存需要国家照顾，而对国家而言负担最轻的方式是通过帮助其就业来获取生存条件。现实中的案例告诉我们，仅仅依赖公民自谋职业难以实现整个社会的有序就业。下面是一则现实中发生过的事件：小 D 是一名普通地方高校的大学毕业生，成绩平平，性格内向，缺乏特长，家境贫寒。在毕业当年，小 D 曾经向同学借过一套西装，参加了几场企业组织的面试，由于缺乏竞争优势均以失败告终。缺乏自信的小 A 没有再继续寻找工作，呆在家里，成为毕业即失业一族的一员。一年以后，在草长莺飞的四月天里，小 D 爬上母校教学楼楼顶跳楼自杀。一个贫寒的农家孩子，由于无法敲开通往生存之路的大门，终于选择了这样一种方式向人生妥协或不妥协。悲剧已经发生，然而反思值得一再进行：倘若来得及，谁，应该向他伸出援助的手？谁，能够助他打开通往生存的大门？这个案例背后有多重复杂交织的因素，比如个性内向，家庭贫困等等是事件发生的诱因。没有人阻却小 D 找工作的权利和自由，但是小 D 却仍然求职不得，“自由不仅仅是不存在某一外来权力的限制；它是行动的能力问题。”^① 因此，仅仅国家和社会主体不去侵犯就业权还不够，就业权的自力实现会面临各种困境，国家不但不能限制或侵犯公民的自由权，还应积极创设条件促进就业“行动能力”。“如果他是失业者或是个文盲，或是个精神病患者，他将是不自由的；如果他生在一个不肯多为建设性或创造性行动提供机会的社会中，他也将是不自由的。根据这种观点，自由取决于一整套政治、社会 and 个人的条件。”^② 这“一整套政治、社会 and 个人的条件”显然是私人主体无法创造和改造的。在现代法治国家里，有

① [美] 格伦·蒂德：《政治思维：永恒的困惑》，浙江人民出版社 1988 年版，第 117 页。

② 《儒家与自由主义》，三联书店 2001 年版，第 7 页。

一些事项是属于政府的责任和义务，促进就业政府责无旁贷。“（美国）政府虽然没有社会的力量大，但政府是整个社会改革的最重要的因素，特别是它的最高法院和它的重要决策，比如种族、性别和少数民族的权利保障等等，这都是联邦政府出的力量，如果是靠民间的话，那会糟糕透了，保护少数人的权利怎么能做到呢。”^① 有一些事项属于政府的功能与义务，比如像少数人的权利保护、弱势群体的利益保护等。约翰·奥古斯丁（John Austin）认为，“一个拥有主权的政府的崇高意图或目的便是最大可能地增进人的幸福。”在福利国家下，宪法应既是一部关于消极自由的宪章，也是一部关于积极自由的宪章。“基本权利——国家义务”、“基本权利作为国家的义务”的权利义务范式，可以说是一种根植于宪法理念深处的“自由主义的法律范式”。^② 政府应注意对人民是否做的太多，还应注意是否对社会对人民做的太少的问题，在基准线以下生存的人有权获得政府的基本服务。

“生存照顾”的概念乃德国行政法学者福斯多夫所提出。生存照顾理念的提出开启了社会法治国时代（或称给付国家时代），国家对公民基本权利的义务由消极转为积极。在现代法治国家，国家对公民的生存照顾义务主要通过权利的保障来实现，而对就业权的保障是首当其中的生存照顾实践。在生存照顾理念提出以后，行政法学则以处理给付行政的行政目的为重心，行政法学的重点由法律形式转向行政任务及其目的之有效履行^③。福斯多夫认为，生存照顾任务应当由国家履行，国家应当为公民创造一个符合社会正义的生存环境。所谓符合公平正义指对于各种生活所需物资，社会中的每一分子都应享有公平的取用机会。而这种生存环境的

① [美] 道格拉斯·诺斯：《经济史中的结构与变迁》，上海三联书店1995年版，第24页。

② 张翔：《基本权利的规范建构》，高等教育出版社2008年版，第18页。

③ 陈爱娥：《行政行为形式—行政任务—行政调控—德国行政法改革的轨迹》，《月旦法学杂志》第120期（2005年5月），第14页。

建成依赖以下三方面：第一，劳资关系的和谐维持，使得人民的工作权得建立在适当的薪给之上；第二，生产之供需与分配之指导。第三，在现代社会之大规模人口的生存方式，人们生存所依赖的公共服务之提供。^① 人的一切权利如果不能用于追求幸福生存则失去其意义，即使结成社会人类这种追求幸福的权利也应受到保障。“就‘生存负责’之发展而言，个人之自由应该用在负责个人的生存之上，亦即个人应运用自己之自由权利，来谋取自己的幸福。这种‘个人生存负责’制度的可行性有其前提要件，那便是个人必须可以自己于所掌握的生存空间内获得生存之保障；不然，就是可以有顺利获得有效之“取用”生活之资的可能性。”^② 随着市场经济的发展，生产方式的变化，这种“个人生存负责”转化为“集体负责”进而转化为“政治负责”，成为现代行政法的任务。“人民总是先求能够生存，以后才会要求享有自由、秩序与福祉，国家因此而负有广泛照料人民生存照顾的义务，并受这种义务之拘束。……任何一个国家为了维持国家稳定，就必须提供人民生存之照顾。国家惟有提供生存照顾，确保国民的生存基础，方可免于倾覆之命运。”^③

福斯多夫最初提出的生存照顾本意尽管已经落后于今天时代的发展，但笔者认为，在当下我国市场经济较充分发展，物质生活较为富裕，社会分层较为明显的形势下，提出国家的生存照顾义务，对资源占有贫困阶层的福祉具有重要意义；对促进社会公平，减少社会矛盾具有重要意义。笔者拟从两点角度去发展生存照顾理念，从生存权的角度，国家应当给予其公民最低限度的生活及生活能力保障，为此，对无业者在保全其基本生活的基础上应当给予扶助使得其谋取职业的能力恢复到社会平均水平；第二，对不公平的社会秩序予以纠正和恢复，使得公民能够平等地分享

① 陈新民：《公法学札记》，中国政法大学2001年版，第53页。

② 陈新民：《公法学札记》，中国政法大学2001年版，第52页。

③ 陈新民：《公法学札记》，中国政法大学2001年版，第53页。

制度文明、物质文明和精神文明成果。行政法应当回应生存照顾理念的时代发展的需求。“今日吾人可说，所有其他的国家任务，例如警察与文化行政，都必须在每个人先透过对生存照顾之享有而获得生存后，方有开展之可能。生存照顾便占有优先之地位，所有之行政法原理必须由此发展出来。”^① 在就业权的保障方面观察，国家的生存照顾就是能够创建一套保障所有公民能够生存的制度体系，而在该制度体系如何建成和维持，行政法上必须加以落实，这是建成整个就业保障制度的必由之路。“每个法秩序都应该决定使用何种方式，方能确保人民得于社会中获得生存之道。在现代之法律秩序中，此问题益形重要，因为现代社会已非以往农业时代依据家族支持之生活形态，而是每人均成为民族社会之一分子，而拥有获得国家保障之生活领域。”^② 生存照顾与第二代宪法权利之间的联系密切，生存照顾原理有助于探明宪法权利如何在行政法上的加以落实。“在此等情形下，生存照顾应与行政法原理结合，这种将生存照顾视为人权，当然不能够认为此种生存照顾权利系属于老式的基本人权之一。”^③

美国学者 L·亨金认为，“政治制度和社会制度为实现效能而设置和运行；不仅维护个人免遭邻居的侵扰和外来侵略的安全，而且保障全社会和个人的福利。”^④ 例如体现生存照顾理念的香港社会救助体系的特色之一就是其“能力建设”目标。在香港，虽然符合法定条件贫困人群都可以依法提出救助申请，但其中 15 至 59 岁之间的健康人士，必须接受能力建设计划，即接受能力训练，在给付综合援助金的前提下寻找全职工作。该计划主要措施包括三方面，即积极就业援助计划、社区工作计划及申请综援时豁免

① 陈新民：《公法学札记》，中国政法大学 2001 年版，第 75 页。

② 陈新民：《公法学札记》，中国政法大学 2001 年版，第 75 页。

③ 陈新民：《公法学札记》，中国政法大学 2001 年版，第 75 页。

④ [美] L·亨金：《权利的时代》，信春鹰等译，知识出版社 1997 年版，第 12 页。

计算收入。香港的社会救助制度体现了生存照顾与就业权保障之间的联系，真正的生存照顾兼顾了就业能力的建设，避免了社会福利制度“养懒汉”的弊端。^①

为了使大多数人民能获得合乎人性尊严的生存条件，民生保障应当成为我国宪法的一项基本原则。我国现行宪法前言明确宣告：中国各族人民将继续在中国共产党领导下，在马克思列宁主义、毛泽东思想、邓小平理论和“三个代表”重要思想指引下，坚持人民民主专政，坚持社会主义道路，坚持改革开放，不断完善社会主义的各项制度，发展社会主义市场经济，发展社会主义民主，健全社会主义法制，自力更生，艰苦奋斗，逐步实现工业、农业、国防和科学技术的现代化，推动物质文明、政治文明和精神文明协调发展，把我国建设成为富强、民主、文明的社会主义国家。民生保障原则的确立将有助于有限的国家资源的分配和利用，有助于推进社会平等和机会平等。为实现民生保障原则，关于给付行政的行政法制度也必须做出安排，兼顾必要性原则与保障性原则。其目的在于对社会弱势群体进行帮扶，推行民生福利措施。在就业领域本此原则国家应提供各种给付，以保障人人都有机会通过劳动维持合乎人性尊严的生活。

宪法第42条规定：“中华人民共和国公民有劳动的权利和义务。国家通过各种途径，创造劳动就业条件，加强劳动保护，改善劳动条件，并在发展生产的基础上，提高劳动报酬和福利待遇。”依据宪法委托理论^②，立法机关应当省检是否有完善的职业训练法、就业服务法、失业保险法等就业和劳动保障立法体系。宪法作为国家根本大法，无法事无巨细做出细化的规定，而人民就业权的政府照顾，应当有一套完整的规则体系来保障。

① 田飞龙：《香港社会救助制度：坚持无偿援助，照顾困难群体生存》中国新闻网，2012年10月31日。<http://www.chinanews.com/ga/2011/02-02/2826304.shtml>。

② 陈新民：《论“宪法委托”之理论》，载于陈新民：《宪法基本权利之基本理论》（上册），台北三民书局1996年版，第37-93页。

生存照顾应当成为就业法的一条基本原则。“无论如何，要国家完全对‘生存照顾’袖手旁观”，绝对是行不通的。由今日国家对于提供生存照顾采取明显或不明显之负责态度，同时这也涉及了社会正义的实现与否，都把国家由服务的主导地位变为次要地位，也就是把国家当成对立国家之下的其他地方或社会服务主体的“最高监督者”。然而尽管如此，国家对于所有服务关系制定统一性规范，而让各种服务主体的自主性受到必要的限制，而使其法律秩序会在相当程度内有全国的一致性，并且可确保国家的利益，则是不可或缺之举。”^① 国家对就业照顾制定统一性规范，应当让国家所监督的就业服务的提供主体促进充分就业和公平就业。德沃金“认为哈特仅仅把法律归结于法律条文是一个错误。除了法律条文外，法律体系作为一个‘整体’还包括法律原则……是在法律整体性的框架下，法律原则起着补充法律条文的不足、调和法律条文之间的冲突和推动法律条文发展变化的作用。即使在法律条文模糊或冲突、甚至法律条文空缺的情况下，法律原则都能确保任何一个案件都导致出一个‘惟一正确的答案’。”^② 笔者认为，就业法律关系是一个公法关系，它是一个三方结构，见下图（图表1）^③。公民与用人单位之间订立劳动契约，这是一个私法关系，而国家与公民之间是一个生存照顾关系，这是一个公法关系，国家对企业具有监督和被监督的关系，这也是一个公法关系。在生存照顾的视角下，本书重点关注国家对公民就业权的生存照顾义务，兼及国家对企业及其他社会服务提供主体的监督义务，但是对用人单位与公民之间劳动契约关系的建立、变更和终止，笔者认为劳动法的研究范畴，不在本书讨论之列。

① 陈新民：《公法学札记》，中国政法大学2001年版，第77页。

② 王晨光：《从“错案追究制”谈法律运行中的不确定性》，载梁治平编：《法律解释问题》，法律出版社1998年版，第254-255页。

③ 这个图表从就业权的实现角度做的划分，有视角的限制，并不讨论在全方位视角下概念周延的问题。



(图表 1)

第二节 行政任务与就业权保障

2007 年 8 月 30 日通过的《中华人民共和国就业促进法》（以下简称《就业法》）是普通法，其对国家就业促进义务的法定化推动学界研究与其相对的就业权，以廓清就业领域的行政任务及其实现的问题。

一、社会发展与行政任务

劳动是人类谋生之所需，也是人展现其生存价值的基本途径。远在氏族社会劳动分工产生之初，即存在劳动机会的选择及其分配等问题，人们从劳动中获利以及保持在氏族社会里体面的生存。即使不存在国家（干预）历史时期，劳动分工与合作也是使人类物质上逐渐由贫困到富足的必经手段。就业不是仅仅由劳动者自觉主动发出的一种权利主张，而是社会存在所需的一种劳动分配与合作制度。制度选择的最高标准是什么？米瑟斯的答案是：能否保证人类劳动的最高效益。^①可见，制度选择与劳动有着天然的紧密关系。在市场经济条件下，劳动者与雇佣者以及政府为了各自目标，寻找并执行实现最高劳动效益的劳动秩序，对就业权保

^① [奥] 米瑟斯：《自由与繁荣的国度》，韩光明译，中国社会科学出版社 2001 年版，第 207 页。