

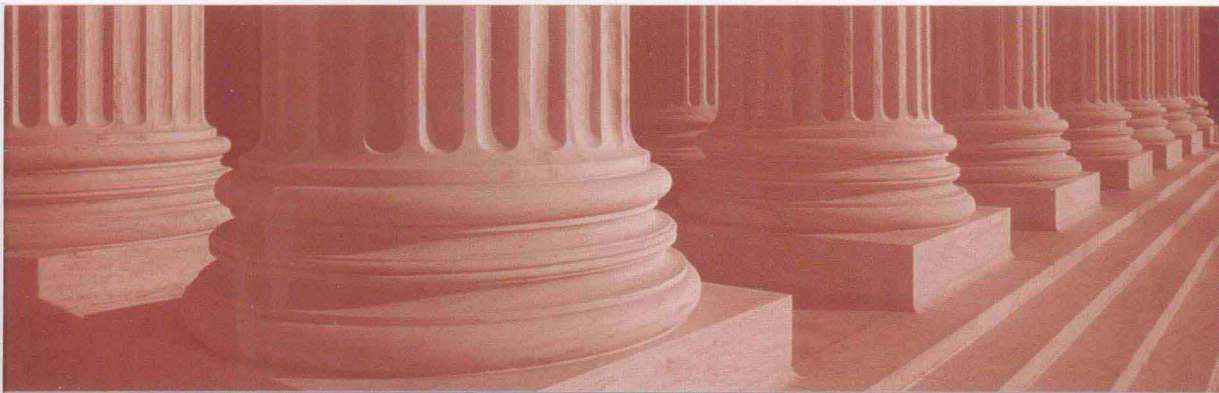


XIANFA QUANLI SHIYEXIA DE
LAODONGQUAN YANJIU

宪法权利视野下的 劳动权研究



张晓明◎著



知识产权出版社

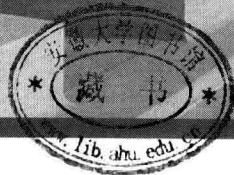
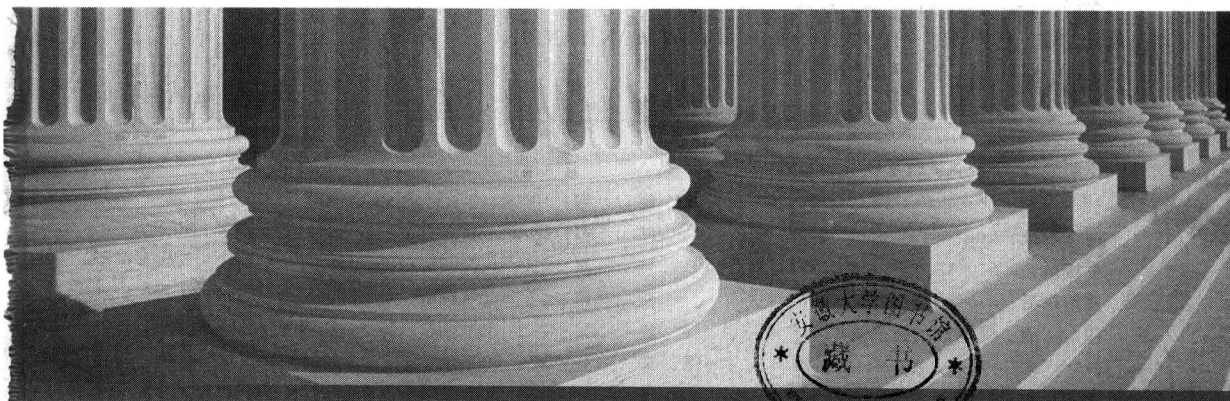
全国百佳图书出版单位



教育部人文社会科学研究青年基金项目“国家义
劳动权立法保障的借鉴与完善研究”(12YJC820141)资助出版

宪法权利视野下的 劳动权研究

张晓明◎著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

责任编辑：雷春丽

责任出版：卢运霞

封面设计：刘 伟

图书在版编目 (CIP) 数据

宪法权利视野下的劳动权研究/张晓明著. —北京：知识产权出版社，2013.9

ISBN 978-7-5130-2252-1

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 213156 号

宪法权利视野下的劳动权研究

XIANFA QUANLI SHIYEXIA DE LAODONGQUAN YANJIU

张晓明 著

出版发行：知识产权出版社

社 址：北京市海淀区马甸南村 1 号

网 址：<http://www.ipph.cn>

发行电话：010-82000860 转 8101/8102

责编电话：010-82000860 转 8107

印 刷：保定市中国画美凯印刷有限公司

开 本：787mm × 1092mm 1/16

版 次：2013 年 9 月第 1 版

字 数：288 千字

邮 编：100088

邮 箱：bjb@cnipr.com

传 真：010-82005070/82000893

责编邮箱：leichunli@cnipr.com

经 销：各大网络书店、新华书店及相关销售网点

印 张：17

印 次：2013 年 9 月第 1 次印刷

定 价：42.00 元

ISBN 978-7-5130-2252-1

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题，本社负责调换。

前 言

本书从公民与国家的关系出发，以劳动权宪法规范为基点，以演绎和归纳为基本手段，运用规范分析和历史分析方法，将基本权利的基础理论具体运用到作为宪法权利的劳动权领域，研究了其主体、效力以及与其他基本权利的冲突与竞合等问题，较为全面、系统地介绍了作为宪法权利的劳动权的基础理论和基本问题。

第一章对劳动权的理论框架进行探讨。公民概念的核心部分是指公民享有一种面对国家的资格、地位或权利，公民概念变迁与国家进化存在关联。国家不但代表法律秩序，还代表正当性，负有维持秩序、保护公民权利，以及保存、发展社会资源的责任。国家角色的变迁，受到特定时空下环境条件的影响；而公民概念之内涵的扩大过程中，同时也见证国家角色的变化。国家希望公民对其忠诚，而国家也需相对地对其公民尽生存照顾的责任；并且，国家之目的实现能促进公民权利更大程度的享有。社会权这种基本权利理念的兴起，是对自由权缺陷的一种补充，使得基本权利体系更加完整，更能实现社会的公平和正义。在宪法中规定劳动权以后，劳动权的拥有者究竟能向国家主张什么，获得什么样的好处？在宪政理论的变迁过程中，旧宪政论与新宪政论的区别对劳动权保障的影响，具体到劳动权领域，则是国家该怎么干预，干预到什么样的程度之差别的问题。在中国特色社会主义宪政建设过程中，“宪政中国”的建设会对劳动权的保障产生积极影响。

第二章探讨劳动权的基本问题。劳动权的享有主体，除了公民之外，外国人能否成为主体？国外规定的差异较大、莫衷一是。我国的代表性认识是肯定外国人成为劳动权的享有主体。如今外国人纷纷进入中国，追寻“中国梦”；在此背景下该如何保护好外国人的劳动权，值得我们筹划。而国家作为义务主体则是肯定的。劳动权具有未来取向的性质，其内容是随着时代的发展而不断变化发展的。完整性的劳动权内容，应包括劳动就业权、劳动报酬权、劳动安

全卫生权、休息休假权、社会保险权、就业保障权、集体劳动权这些内容，职业自由的内容也应包括在内。故劳动权性质具有双重性质，既是个人向国家主张的主观权利，也是宪法所确立的“客观价值秩序”。我国宪法上包括劳动权在内的所有基本权利，包含了要求国家不得侵害的意义，都具有这种最起码的防御权功能。在我国宪法中，包括劳动权在内的所有经济、社会文化权利都有受益权功能。古典基本权利时期的劳动权，系自由性劳动权，即职业自由。不过在后来增加了“积极自由”的内容，增添了社会权的性质。故劳动权既有自由权性质的侧面，也有社会权性质的侧面，兼具自由权与社会权的双重属性。

第三章继续探讨劳动权的基本问题。先是在阐释基本权利效力的一般理论基础上来分析劳动权的效力，对国家的立法权、行政权和司法权所产生的影响。劳动权的效力直接约束着立法者和立法过程，促使立法者遵循过剩禁止原则和比例原则，控制其立法裁量权的行使，以防止侵害劳动权的法律被制定出来。行政权不仅不得侵犯劳动权，还必须积极行使以促使劳动权的实现。劳动权则直接拘束司法权的所有活动。劳动权还存在水平效力问题。我国确实存在着将基本权利效力扩充至私人领域的实际要求，不然就无法管治现实生活中越来越严重的劳动就业歧视现象。劳动权的限制则是在比较德日两国对职业自由的限制基础上，分析我国对劳动权限制的具体情形：不但对特殊职业人群的职业自由进行限制，还对某些特定职业资格进行限制，以及规定就业禁止条款等。劳动权的冲突与竞合，则在援引基本权利冲突与竞合的概念，分析德美等国的解决方法和模式，从而得出解决基本权利冲突要遵循的原则，确定基本权利的价值位阶等方法以及基本权利竞合的解决方法。在劳动权领域，具体探讨了劳动权与人性尊严、生存权、平等权、环境权的冲突与竞合。保障人民基本权利的实现是国家的义务，劳动权所对应的国家义务有尊重、保护和实现，这些国家义务由国家的立法机关、司法机关等具体承担。

第四章探讨劳动权的立法保障问题。先是对立法和立法权的基本问题进行概述，并分析立法机关该如何将劳动权具体化。宪法是根本法、最高法，应是“最好的法律”。宪法通过其功能的实现以凸显其重要性，而宪法委托是宪法得以具体化的重要方式，通过立法可把宪法上的劳动权转化为劳动权保障立法上的权利。劳动权立法既有劳动立法，也有刑法等其他形式的立法。宪法与劳动立法之间实际上是相互影响的。劳动立法肯定要合乎宪法，劳动立法对宪法的完善也能产生积极影响。劳动权保障的具体立法，无论是国内劳动立法，还

是国际劳动立法都对劳动权的保障产生重大影响。本章对英、日、美这些西方国家的典型劳动立法进行概括描述,并在对劳动立法进行纵向、横向的比较基础上,探讨如何在借鉴国外先进经验的基础上对劳动立法进行优化?最终得出的路径是,我国不但要进行立法模式的转换,还要优化立法的程序。故应通过劳动立法的借鉴与移植来适当确定最低工资标准等劳动基准,评估劳动立法的效果,通过修改与解释提高劳动立法的质量和效益。并对劳动立法的漏洞予以填补,追究劳动立法不作为的责任、弥补劳动立法的缺陷而完善劳动立法,以实现劳动权的立法理想,促进劳动立法进一步科学化。当然,劳动权的保障也离不开其他立法的扶持。如刑法可通过增设“拒不支付劳动报酬罪”等途径实现劳动权的刑事保障。

第五章探讨了劳动权的司法救济问题。梳理了普通法程序对劳动权保障的成就与不足,以及劳动权宪法诉讼救济的可能性。司法的独特性在于解决纠纷。而司法机构的主要任务是审查宪法或法律是否得到了如实的实施。司法权在行使上有司法能动主义与司法克制主义的区分。司法权角色的合理选择有助于劳动权保护。司法能动主义在美、印等国有过成功先例。我国可实行司法能动主义,不过应坚持具有中国特色的独特内涵。

宪法基本权利司法救济应在宪法和普通法律两个层面上进行,并遵循穷尽法律救济原则,优先适用普通法程序救济。劳动权普通法程序保障则有劳动争议诉讼、劳动行政诉讼和劳动刑事诉讼。劳动争议诉讼,有普通法院模式和专门劳动司法机构审判模式两类。一个国家采取什么样的劳动诉讼机制,由国家根据自身的特点和要求来确定,并没有什么定准。一些国家放弃原有的普通法院模式而转向专门劳动司法机构的模式。我国应建立专门的劳动法庭是目前可行的途径。我国的劳动争议诉讼,受理费用极低,并在劳动争议纠纷的解决中遵循注重调解的原则,充分发挥调解的功能。在我国的劳动权保障司法实践中,劳动者既可以通过劳动争议诉讼,也可以通过劳动行政诉讼维护劳动权。总地说来,普通法程序救济存在审判机构不堪重负、维权存在体制性障碍等问题,可通过构建劳动争议代表人诉讼制度予以完善。我国法院的判决中有援引宪法条文或精神的尝试,这是“遵守宪法”以弥补立法不足,并不构成学者们所期待的违宪审查。

作为宪法权利的劳动权到底是纲领性权利、抽象性权利,还是一种具体性权利?这在日本等国的宪法学界有过长期的争论。“具体性权利论”代表着这种社会权的未来发展方向,通过审判来对劳动权的侵害进行救济,在宪法上是

理所当然的。故无论是自由性还是社会性劳动权，都具有可诉性。某些国际公约提出有可能以满足“可审判性”的所有要求的方式来制定有关经济和社会权利的条约条款。而在印度、南非等国则有社会权的宪法诉讼实践。在社会权具备了“可司法性”之后，宪法上所有的基本权利就具备了请求司法救济的“司法受益权功能”，而国家的“司法救济义务”就具有了绝对性的国家义务。故劳动权在原则上都应当是可诉的，不可诉的现象是暂时的，这种不可诉现象可以通过法律逐步加以消除。因而劳动权具有可诉性，可适用宪法救济。违宪审查制度是宪法保障制度体系中最基本的、经常性的保障方法，包含在违宪审查制度内的宪法诉愿制度对劳动权保障有着重要的价值。我国宪法救济制度基本上是虚置的，昭示了其存在的缺陷，理应进行完善。完善的主要路径是针对实施中存在的普遍性问题而进行。具体可通过设置宪法委员会、确立违宪审查的标准等途径来进行。当然，一个国家的违宪审查制度并不一定是一成不变的，可在发展过程中不断完善，甚至可进行适当的类型转换。这对我国也是适用的。

余论则主张通过对在德国法释义学基础上发展而来的“部门宪法论述”来建构劳动宪法部门，以便认真对待劳动权宪法规范，加强宪法对劳动生活领域的影响，使其真正成为“劳动生活基本秩序宪法规范”。使宪法规范体系化，可以说是劳动宪法的最突出功用。

总之，本书运用比较分析和历史分析的方法，对西方典型国家的劳动立法进行了概括描述，并对如何在借鉴国外先进立法经验的基础上优化我国劳动立法进行了探讨，建议通过立法模式转换和程序优化实现劳动立法的理想，完善劳动权的立法。

本书以中国为问题场域，梳理了普通法程序对劳动权保障的成就与不足，分析了普通法程序中劳动权保障判决中援引宪法条文以“遵守宪法”的理论，并立足于本土资源为劳动权的宪法救济设计了可行路径。当然，相应的制度完善是必要的，还要注意制度的实施。

本书在梳理德国法释义学和我国台湾地区部门宪法理论的基础上，对该如何形成劳动宪法这个部门宪法提出了自己的见解和思考，以便加强劳动权宪法规范在劳动领域的影响，使其真正成为“劳动生活基本秩序宪法规范”。

本书是作者主持的教育部人文社会科学研究青年基金项目“国家义务视角下劳动权立法保障的借鉴与完善研究”（12YJC820141）及江西省高校人文社会科学项目“国家义务视角下劳动权保障立法的完善研究”（FX1216）的成果之一。

目 录

引 言	(1)
一、问题提出	(1)
二、选题意义	(3)
三、文献综述	(5)
四、相关概念	(7)
五、研究方法	(11)
第一章 劳动权之理论框架	(13)
第一节 公民、国家与劳动权	(13)
一、公民与国家	(13)
二、劳动权的发展历程	(23)
第二节 劳动权宪法规范之分析	(27)
一、劳动权宪法规范的源起	(27)
二、我国劳动权宪法规范的变迁	(36)
三、劳动权宪法规范分析	(39)
第二章 劳动权之基本问题（上）	(43)
第一节 劳动权的主体	(43)
一、劳动权的享有主体	(43)
二、劳动权的义务主体	(48)
第二节 劳动权的内容	(49)
一、劳动权内容的理论阐释	(49)
二、劳动权的具体内容	(51)
第三节 劳动权的性质	(57)

一、“主观权利”与“客观法”	(58)
二、防御权与受益权	(60)
三、自由性劳动权与社会性劳动权	(62)
第三章 劳动权之基本问题（下）	(69)
第一节 劳动权之效力	(69)
一、基本权利效力的一般理论	(69)
二、劳动权对国家机关之效力	(70)
三、劳动权的“水平”效力	(74)
第二节 劳动权之限制	(81)
一、劳动权限制的一般理论	(81)
二、劳动权的具体限制	(85)
三、我国对劳动权的限制	(89)
第三节 劳动权之冲突与竞合	(92)
一、基本权利冲突与竞合的一般理论	(92)
二、具体的冲突与竞合	(95)
第四节 劳动权之义务承担	(101)
一、劳动权对应的国家义务	(101)
二、国家义务的具体承担	(104)
第四章 劳动权之立法保障	(108)
第一节 劳动权立法的基本认识	(108)
一、立法机关与立法概述	(108)
二、宪法委托与劳动权立法	(112)
三、宪法与劳动权立法的关系	(118)
四、劳动权立法的合宪性控制	(121)
五、劳动权立法与宪法的相互影响	(122)
第二节 劳动权保障的具体立法	(124)
一、西方国家的典型劳动立法	(127)
二、我国的劳动立法简述	(132)
三、国际劳动立法的影响	(138)
四、劳动立法的比较与借鉴	(146)

五、劳动立法的效果评估	(155)
第三节 劳动立法的优化	(156)
一、劳动立法模式的转换	(156)
二、劳动立法程序的优化	(159)
第四节 劳动立法的问题与解决	(171)
一、劳动立法的漏洞与填补	(172)
二、劳动立法的不作为及处理	(175)
第五节 劳动权立法的理想与实现	(182)
一、劳动权立法的理想	(182)
二、劳动权立法的完善	(183)
三、保障劳动权的刑事立法的完善	(186)
第五章 劳动权之司法救济	(190)
第一节 司法与司法权略论	(190)
一、司法的概念与功能	(190)
二、司法权角色与权利保护	(191)
三、劳动权司法救济的原则	(195)
第二节 劳动权的普通法救济程序	(198)
一、劳动争议纠纷的解决	(198)
二、劳动行政诉讼	(211)
三、劳动刑事诉讼	(213)
四、普通法程序救济的问题与完善	(213)
五、劳动诉讼中援引宪法的尝试	(218)
第三节 劳动权宪法救济的完善	(222)
一、劳动权的可诉性	(222)
二、违宪审查制度主要类型与劳动权具体审查	(227)
三、我国劳动权宪法救济制度的完善	(240)
余 论 走向劳动宪法	(249)
参考文献	(255)
后 记	(259)

引言

巨大的建筑，总是由一木一石叠起来的，我们何妨做这一木一石呢？我时常做些零碎事，就是如此。

——鲁迅

一、问题提出

本书之所以选择宪法权利视野下的劳动权为选题，是由诸多原因促成的。

首先，劳动对于人以及整个国家与社会具有较大的重要性。劳动是人的本质，是人类社会存在的基础，是社会经济生活的实质内容；劳动的存在标志着人类社会的一切的存在。而这一切只有在劳动者的劳动权得到切实保障的情况下才能真正实现。

其次，中国转型期的劳动问题确实值得关注。中国发展的首要问题在一定意义上可以说是就业和劳动问题。不少有识之士提出，就业和劳动问题也是影响中国政治、经济和社会发展的第一大难题，无论是过去，还是现在和将来，都应该将其作为第一国策来考量。任何具体部门的决策安排都不能脱离就业这个核心命题。我国不但存在数目庞大的人群需要就业，而且在“强资本、弱劳动”的劳资力量对比失衡的背景下存在突出的劳动者的权益保障问题。总地说来，在我国现阶段，在劳动权保护领域，既存在一些制度性缺陷，也存在一些对于劳动权该如何保护的颇具典型的争议。劳动权的保护并不那么令人满意，值得有识之士关注，并找出解决方案。中国特色的社会主义宪政建设尽管是个宏大的工程，也是由一个个细小的方面集合而成的。而公民个人劳动权的保障问题，看起来是一个个小问题，体现的是宪政的某个方面，汇集起来就是活生生的宪政事实。例如，在劳动权的主要构成部分——劳动报酬权的保护方

面，既存在制度性缺陷，也存在典型性争议。据媒体报道，2010年5月22日，两名带头停工的工人遭该日系品牌汽车企业零部件公司辞退，公司当天通过广播向所有员工宣布辞退两名带头停工的工人。国外的相关立法均有不得随意开除或辞退与资方发生劳动争议的劳动者的规定，而在我国，因带头维护工人的权益而遭用人单位开除或辞退的不在少数。那么，该怎么完善我国的劳动立法才会使劳动者对资方不再“逆来顺受”，而是敢于积极维权？

再次，国家推行了最低工资制度，而农民工这个群体，基本上拿的就是最低工资，即所谓“地板工资”。2008年，金融危机来临时，对于是否推行最低工资制度，知识界、实业界发生了争议。一些人建议取消最低工资制度，认为最低工资应由市场决定，否则会阻碍经济的恢复。而反对者则认为，即便是金融危机也不能导致最低工资制度的取消，反而应强调最低工资制度的落实。2010年，当“用工荒”再次出现时，争议不再延续了。以农民工为主体的外来务工人员，以退出劳动市场的方式终结了这场争议。2010年，我国众多省市纷纷宣布调高最低工资标准。从2011年到2013年，一些地方政府不但主动调高最低工资标准，并且加入争抢农民工的行列。农民工这样的底层劳动者，其劳动权似乎得到了一定程度的保障。但问题是：最低工资制度，是国家能够随意放弃的么？尽管各省市调高最低工资标准，但是离底层劳动者的接受底线还存在差距，他们觉得最低工资太低，低于当地的最低生活水平而失去了制度的效用。国家怎样触动习惯于坐享外来人口“红利”的地方政府提升最低工资标准，以便保护外来劳动者权益？又该怎样将外来劳动者与地方政府的义务履行联系在一起？这值得我们深度思考！

又次，立法过程中存在劳动权保障的争议。譬如，在劳动合同法制定过程中就存在各种争议。在劳动标准的确定上，又有“高保护”与“低保护”之争。劳动标准立法采用了“高保护”的路径，劳动权在纸面上取得了很好的保护，但现实中却存在普遍性的劳动违法行为，用人单位守法成本很高，违法成本却很低。用人单位纷纷实施劳动违法行为，规矩守法的却不多。

还有，在劳动合同法出台之后，全球性金融危机来临之时，是否应施行劳动合同法，又成为争议的焦点。劳动合同法是否应施行是2009年全国人民代表大会的一个重要议题。一些人认为，劳动合同法的实施，会令企业用工成本攀升，利润受到侵蚀，在金融危机中处于更为不利的地位。劳动合同法是压垮

企业的“最后一根稻草”^①。因此，他们建议修改劳动合同法的部分条款，甚至暂停施行该法。这些人主要是资方或支持资方立场的人，企图以其持有的话语权，要么将代表其利益的观点塞进劳动合同法，要么延缓或阻滞劳动合同法的实施。而另外一些人则认为，不必因金融危机而修改劳动合同法，劳动合同法的实施是必要的，也是可行的，正因为劳动合同法的实施，使得企业裁员有序进行，使得约两千万农民工被裁，也没有引起社会震动，有力地维护了社会稳定。确实，国家为了履行保护作为宪法权利的劳动权的义务，进行了相关立法，其中部分条款当形势发生变化时，能采用合适的途径停止么？这合适么？

最后，在劳动权保障方面，类似的典型争议还有很多。争议的实质就是国家对于这些涉及国计民生的劳动方面的重要问题应该采取一个什么样的态度，该怎么应对才是合适的？应该说，这些争议是不可能在诸如劳动合同法、最低工资规定这样的制度层面得到解决的。解决这些争议的一个可行路径是将问题上升到更高层面，上升到国家劳动制度的根本法层面。而这正是本书研究的出发点。确实，不论立法机构通过何种具体条款，无论普通法如何变迁，在宪法的根本目标与核心原则不变的情况下，国家可以通过宪政建设来尊重与保障公民的权利、自由与人格。而宪政要维持长久，必须受到人民群众的普遍认同，在权利保障等日常实践中获得巩固与更新，使得宪法真正成为公民的生活方式。从宪法权利的角度来强调劳动者权益的保障，应该是可行的路径。在宪法理论中，人性尊严（人格尊严）可以是沟通东西方道德价值的一座“桥梁”。作为包括劳动权在内的权利存在以及界定的基础，它是一个更为基本的宪法范畴，并有可能成为世界共同承认的基本宪政规范。只有在承认人所固有的尊严之基础上，谈论劳动者的“体面劳动”乃至劳动权，甚至民主和法治，才有意义。

二、选题意义

任何权利的实现都有赖于一定制度的保障。这些制度可能在国家成立之前就已经存在，因而被制宪者在制定的宪法中规定下来。这就是所谓制度性保障功能，国家对此负有制度性保障的义务。具体到我国，宪政是民主、法治、共和的和谐统一，是全体中国公民的共同事业，而在建设宪政中国的过程中完善

^① “劳动合同法实施，珠三角万余港企面临关闭潮”，<http://finance.qq.com/a/20080122/001209.htm>，访问日期：2010年6月2日。

劳动权等公民具体人权,无疑更具有积极意义。当然,随着我国法治建设进程的不断推进,作为人权重要内容的劳动权已在我国的法律体系中得到普遍确认。劳动者,特别是农民工等底层劳动者群体的人权保障问题也引发了学界的普遍关注。当前,中国正处于全面建设小康社会、加快推进社会主义现代化的关键阶段,改革、发展和维护稳定的任务十分繁重。而受自然、历史、文化和经济社会发展水平等因素的影响和制约,我国劳动者的劳动权发展还面临诸多挑战,劳动权保障制度的不断深化还任重道远。但目前对劳动权的研究,从经济学或劳动法的角度进行得比较多,从法理学、宪法学的角度进行得则比较少。而从劳动权保障的实践层面来说,现行的制度安排乃至制度结构是不完善的,难以支撑劳动权的有效实现和保障。处于社会转型特定历史时期的我国,贫富差距日益加大,而资方又常常凭借其优势地位,把持着话语权,使得广大劳动者面临着严峻的劳动境况,不但使健康权受到影响,有时甚至使生命权受到威胁。故劳动权的保障,单纯从经济学或劳动法的角度进行制度配置是不够的,需要追及其源头,上升到宪法这高级法的层面才能解决。故从宪法学的角度来进行劳动权的研究,研究作为宪法权利的劳动权是有其必要性的。因为对劳动权的研究,旨在提供分析和理论的工具,借此从深度、影响的范围等方面揭示劳动权领域存在的不公平。

其实,从事这样的研究是有源头的,其可溯及狄骥的社会宪法学思想^①,而且要将其宪法学的研究路径运用到我国的社会实践中去。确实,21世纪的中国宪法学应该实现从理论法学向实践法学的转移,将研究重点放在中国宪法的适用研究上^②,着眼于中国的劳动权保障实际问题,从中国的劳动权问题出发,并上升到具有中国特色宪法理论的角度,只有这样才可构建颇具中国特色的真正意义上的“中国”的宪法学。笔者之所以这么做,其实是想避免一种精神分裂状态。正如学者黄宗智指出,当前的法学显示的是一种认识上和精神上双重意义的分裂状态。一是占据主流的所谓“现代”法学,把“现代”法律完全等同于西方法律;二是研究法律历史的不关心或放弃对现代法律和对现

① 社会宪法学是现代宪法基础理论的重要派别,以狄骥为中心形成了被称为“波尔多学派”的一个学术群体,曾统治法国近半个世纪,在西方也一度流传甚广。其突出特点是将宪法放在20世纪初新的资本主义社会现实中加以研究,扩大了宪法研究的视野,使宪法学与现实紧密结合,这是宪法学研究视角和研究方法的一种发展和进步。面对经济全球化的浪潮和新的国际、国内政治环境以及宪法理论的创新与发展,我们要正确认识和评价狄骥的宪法思想。参见张军:“狄骥宪法思想探析”,载《广西大学学报》2004年第6期。

② 陆平辉:《宪法权利诉讼研究》,知识产权出版社2008年版,第8页。

实的发言权。正因为如此,两者基本互不对话、互不影响。在研究倾向上,两者同样倾向于理论和制度,缺乏对实践和实际运作的关怀。^①

本书在倡导宪法之治、推进宪政中国建设的前提下,开展宪法权利视野下的劳动权研究,是基于以下背景:我国政府坚持以人为本,既尊重人权的普遍性原则,又从国家的基本国情出发,切实把保障人民的生存权、发展权放在人权保障的首要位置;真正落实“国家尊重和保障人权”的宪法原则,在推动经济又好、又快发展的基础上,依法保证包括劳动者在内的全体社会成员平等参与、平等发展的权利。同时,中国政府坚持发展依靠人民、发展为了人民、发展成果由人民共享的理念,着力解决好人民最直接、最现实也是最关心的利益问题,促进社会公平、正义,努力保障全体人民各项权利的实现。在现代国家中,对公民基本权利的侵害主要来自国家权力的侵害,而国家权力的侵害主要表现为国家的不作为所造成的侵害,劳动权作为一项公民基本权利也同样面临着侵害。谋求对社会权进行救济的有效性,这对劳动权应该是适用的。故作为一个宪法学研究者要自觉地承担社会责任,肩负起以宪法为后盾来排除国家权力之侵害的职责,这正是本书研究的初衷。而劳动权保障的重要性需要进行这方面的深度研究,本书只不过是抛砖引玉罢了。

三、文献综述

国外的文献多从人权角度对劳动权(工作权)进行研究。艾德等著的《经济、社会和文化的权利》不但论述了作为人权、法律权利的经济、社会和文化的权利,还具体论述了工作权和就业中的权利,并探讨了实施机制和救济措施。^②《国际人权法教程(第一卷)》也在第18章中专门探讨了工作权。恩靳·伊辛等主编的《公民权研究》则阐释了公民权的基础、历史、取向和形式,论述了作为权利根基的政治公民权、经济公民权的变化和全球化的威胁,社会公民权作为社会变迁的基础等内容。

基于对权利的认识和分类不同,在日本,对劳动权的性质认定上,存在着到底是纲领性权利、抽象性权利,还是具体性权利的分歧。大须贺明在《生

^① 黄宗智:“法史与立法——从中国的离婚法谈起”,<http://www.law.ruc.edu.cn/research/ShowArticle.asp?ArticleID=20252>,访问日期:2010年6月1日。

^② [挪]艾德:《经济、社会和文化的权利》,黄列译,社会科学文献出版社2003年版,第9-62页、第254-279页、第477-511页。

生存权论》中阐释了生存权视角下的劳动权,对劳动权到底是纲领性权利、抽象性权利,还是具体性权利表明了自身的观点,不但对劳动权“纲领性规定论”提出了批评,而且在劳动权论的展开中明确劳动权为一种法的具体性权利,并且以司法权为直接承担对象。通过审判救济对劳动权的侵害进行救济,在宪法上是理所当然的。^①我们就可以提起从法上进行确定的不作为造成的侵害劳动权的违宪确认诉讼。阿部照哉等编著的《宪法——基本人权篇》对职业选择自由进行了阐释,不但描述了职业选择自由与营业自由的关系,论述了职业选择自由的限制及其问题点,还探讨了执行职业自由的问题。^②《宪法——基本人权篇》还论述了工作权的思想,引证了外国宪法的工作权规定,阐释了工作权的性质、内容以及工作权之法的性质、工作条件的法定与解雇自由的关系问题。^③其他的日本宪法著作一般都简略地涉及生存权与劳动权的问题,而劳动基本权,对团结权、团体交涉权和争议权都有论及。^④日本宪法中有关基本人权(基本权利)的原理,大部分是能适用到劳动权这种权利上的。^⑤

在中国大陆的图书文献方面,通过对笔者所在学校的馆藏进行检索,书名中包含“劳动权”的有七本,实际上都是以“劳动权益”命名的,如《劳动权益保护》、《劳动权益损害赔偿》之类。若以“劳动法”为检索词,则有100本图书文献。若以“劳动和社会保障法”为检索词,则可得到22个结果。这说明,劳动法的研究还是有一定热度的。在这些文献中一般从劳动法的角度论述劳动权的保护,从宪法角度进行探讨的几乎没有,急需填补。而基本权利理论是对其进行填补的一个重要路径。我国宪法学界对基本权利理论的研究已形成一定的气候。^⑥在我国台湾地区,对工作权的研究还是颇有成就的。而从笔者收集到的书籍来看,李惠宗在《宪法要义》一书中,较为详细地讨论了

① [日]大须贺明:《生存权论》,林浩译,法律出版社2001年版,第208-224页。

② [日]阿部照哉等:《宪法——基本人权篇》,周宗宪译,中国政法大学出版社2006年版,第206-212页。

③ 同上书,第263-269页。

④ 同上书,第269-277页。卢部信喜:《宪法(第3版)》,林来梵等译,北京大学出版社2006年版,第240-251页。

⑤ [日]阿部照哉等:《宪法——基本人权篇》,周宗宪译,中国政法大学出版社2006年版,第27-126页。卢部信喜:《宪法(第3版)》,林来梵等译,北京大学出版社2006年版,第65-240页。

⑥ 如韩大元主编的《比较宪法学》(高等教育出版社2003年版)、郑贤君所著的《基本权利原理》(法律出版社2010年版)、刘志刚所著的《立宪主义视野下的公法问题》(三联书店2006年版)等中对宪法权利或基本权利的专章论述就是代表性的成果。

工作权的主体、法律性质、与其他基本权的竞合、限制以及私法关系上的效力、意义等内容。而李惠宗在《宪法解释之理论与实务》一书中撰写的《宪法工作权保障之系谱》则除了探讨工作权的主体、限制外，还论述了宪法工作权保障的系谱、规制工作权的基础与方法等内容。宪法学者在其宪法著作中对工作权也进行了一定程度的探讨。我国台湾地区的宪法学者对基本权利的理论阐述较为丰富，值得借鉴。如陈慈阳教授所著的《宪法学（上）》中，有基本权总论、基本权各论的内容。基本权总论描述了基本权的发展史、基本权的体系、基本权的主体及义务人、保护领域及效力、限制的合宪正当性、核心之保障、冲突与竞合的内容；基本权各论中则有工作权的论述。^①而陈新民教授的《法治国公法学原理与实践（上、中、下）》、《德国公法学基础理论（上、下）》均对基本权利理论进行了颇有见地的阐释。其他诸如李惠宗的《宪法要义》、许志雄等的《现代宪法论》等著作都对基本权利理论进行了一定程度的阐释。

从这些成果来看，学者们对劳动权的研究，主要集中于某一群体的劳动权，例如农民工、妇女的劳动权；或是对劳动权进行法理分析，研究其构成内容及性质等。其中对农民工的劳动权研究是比较多的，但很多研究并没有深入下去，只是停留在泛泛而谈的表面；学者们或是强调作为宪法权利的劳动权兼具自由权与社会权双重性格，或是认定其是社会权。程度深一点的研究是比较缺乏的，而从中国独特背景下去做理论研究的则更为缺乏。

总地说来，从宪法层次上来探讨劳动权的研究成果并不丰富，从宪法权利角度对劳动权进行探讨的研究成果还很缺乏。在这方面进行一些研究还是较为必要的。

四、相关概念

（一）权利和基本权利的概念

权利与基本权利的理念源于人权思想，是在人权价值社会化中发展和完善的。权利这个词可从不同的角度去理解。在抽象意义上，权利是指正义或使法律带上正义特征的超然道德法则；在具体意义上，权利是指人所具有的自由行动之能力。在规范意义上，权利可以指人先于国家或社会而存在的一种不得剥

^① 陈慈阳：《宪法学（上）》，元照出版公司2004年版，第277-467页、第555-566页。此处为保留该书内容的原貌，沿用了“基本权”的概念。