

# 基本权利理论视阈中的劳动权规范领域

袁立, 彭程

(东南大学法学院, 江苏南京, 211189; 长沙市天心区人民检察院, 湖南长沙, 410004)

**摘要:** 确定劳动权的规范领域是劳动权保障的先决条件, 只有规范领域内的劳动权才受保障。劳动权规范领域与劳动权保障程度密切相关, 规范领域越广, 国家侵害的可能性就越大; 规范领域越窄, 国家侵害的可能性就越小。劳动权规范领域的确定需借助宪法诉讼、宪法解释, 中国语境下宪法解释更具意义, 在策略上宜实行“分层的二元解释”, 对自由权层面的劳动权实行“扩张解释”, 对社会权层面的劳动权实行“限缩解释”。具体而言, “对人的主观规范领域”和“对行为与内容的客观规范领域”共同构筑了完整的劳动权规范领域。

**关键词:** 基本权利; 劳动权; 规范领域; 比例原则; 宪法解释

**中图分类号:** D911.01

**文献标识码:** A

**文章编号:** 1672-3104(2011)06-0092-07

德国公法学存在着比较成熟的“基本权利理论体系”, 遵循“规范领域—侵害—司法审查”的思考层次。第一层次是确定基本权利的规范领域, 包括基本权利的主体、行为、内容等, 然后检视基本权利规范领域内的法益是否受到国家行为的干预、限制、剥夺, 继而检查国家行为是否具有“合宪事由”。如果不具备合宪事由或超过基本权利界限所允许的“限制程度”, 则构成违宪的基本权利侵害; 如果具有合宪事由, 则需进一步审视是否符合其他方面的宪法要求, 如比例原则、法益平衡原则等。

基本权利理论体系近年来颇为我国借鉴。论者指出, 基本权利的规范领域是基本权利保障的第一层次, 是先决条件。只有在规范领域之内的基本权利主体所为的行为, 才可以基于基本权利的本质, 而受到保障。“基本权利保障是针对任何基本权利构成要件, 依据宪法解释, 应受保护的领域所为行为的侵害而设, 因此凡是受宪法保障的基本权利构成要件, 称为‘基本权利规范领域’(Normbereich des Grundrechts), 或‘基本权利受保护的构成要件’(Grundrechtstatbestand), 亦称为‘基本权利的保护领域’(Schutzbereich der Grundrechts)。”<sup>[1]</sup>在领域内受到保障的事项, 称为“保障客体”或“保障事项”。其实, 任何一项基本权利, 其界限首先会出现在其客观效力范围的终止之处, 这种界限即基本权利的“规范领域”问题。“对于某项基本权利适用范围之追问, 使得对于‘规范领域’进行审慎的

分析变得很有必要, 但这个任务往往被忽视, 而且很快被混淆成了有关其他界限的问题。”<sup>[2]</sup>

劳动权作为一项基本权利, 其规范领域是劳动权保障理论的第一思考层次和首要逻辑技艺。在涉及劳动权的个案中, 应先分析劳动权所保障的对象、行为与状态等要素, 然后再比对具体案件的事实是否已触及劳动权规范领域的要素, 只有当个案的人、事、物等要素均在规范领域内, 该劳动权方受到保障。因此, 研究作为基本权利的劳动权之保障, 其首要的最基本的任务是对劳动权的规范领域予以审慎分析。然而, “劳动权的规范领域”应如何确定? 劳动权的规范领域与劳动权保障程度有何关系? 劳动权规范领域宜宽还是宜窄, 应采取什么样的解释方式? 怎样界定具体的劳动权的规范领域? 这些问题的研究, 目前都尚欠深入, 本文拟就此展开讨论。

## 一、确定劳动权规范领域的原则

劳动权“规范领域”并非一个“空间”概念, 而是劳动权规范所辐射的范围, 以及劳动权在宪法中所扮演的角色和所具有的规范功能。诚如陈慈阳所言: “规范领域不可被误导作为空间模式存在, 而是该基本权作用及其角色是否能合乎基本权保障的精神来发挥。”<sup>[1]</sup>我国《宪法》第二章“公民基本权利和义务”在第33~56

收稿日期: 2011-09-06; 修回日期: 2011-09-26

基金项目: 江苏省普通高校研究生科研创新计划资助项目“劳动权的一元法律保障: 以国家义务为视角”(CXZZ11\_0129)

作者简介: 袁立(1982-), 男, 湖南邵阳人, 东南大学法学院博士研究生, 主要研究方向: 宪法学与行政法学; 彭程(1971-), 男, 湖南汨罗人, 长沙市天心区人民检察院反贪污贿赂局局长, 主要研究方向: 刑事法律。

条规定了各种基本权利,然权利界限绝非泾渭分明。宪法规范对基本权利的保障事项一般未采取列举的方式,而是以概括的说明代替。因此,劳动权规范领域的确定,需借助于宪法诉讼、宪法解释等逐步确定。至于在学理上界定劳动权规范领域,“应衡酌日常生活观念、传统意涵以及前瞻的思考做合理解释,换言之,即根据诠释学者所称的宪法意旨以及效应历史意识,通盘考量”。<sup>[3]</sup>

劳动权规范领域与劳动权保障程度密切相关,规范领域越广,那么国家侵入劳动权的可能性就越大。相反,规范领域越窄,国家侵入劳动权而发生冲突的可能性就越小。如果国家要合宪地侵害劳动权,就必须符合宪法规定的正当性要件。那么劳动权规范领域是应尽可能扩张或应有限度地限制?对此问题,自由治国理念认为劳动权规范领域应尽可能扩张,使国家要限制或侵害劳动权时,需有宪法的正当性理由(亦称为“阻却违宪事由”)。换言之,尽可能将国家对人民所为的行为,纳入劳动权侵害或限制概念中,受宪法限制正当性严格审查。而社会治国理念则认为不应对国家行为予以严格限制,而应对国家侵害或限制行为采取宽松的“合理性”审查基准。

笔者认为,自由治国强调的是劳动权的自由权性质,即防御权功能,国家应不干预、不阻碍、不限制劳动权,如果要限制劳动权,必须有严格的宪法正当性理由。而社会治国强调劳动权的社会权性质,即受益权功能,国家应积极采取措施促成劳动权实现。而一般认为劳动权兼具有自由权与社会权的双重属性。因此笔者认为,劳动权规范领域的确立可采用“二元”方法:对于自由权层面的劳动权规范领域应“广”,而对于社会权层面的劳动权规范领域应“窄”。

劳动权并非孤立于其他基本权利之外,而必须结合其他基本权利,对宪法规范做体系观察与解释,方能确定其内容。从各国学说和判决情况看,对自由权层面的劳动权规范领域倾向于做“扩张解释”,如在德国,劳动权的保障内涵为个人选择职业的自由。换言之,举凡受企业聘雇提供劳务以维持其个人与家庭的生活基础的劳工、独自创业的自由职业者等,都纳入劳动权的保障对象。就职业自由所保障的行为和内容看,德国联邦宪法法院发展出著名的“三阶理论”<sup>[4]</sup>,依据受限制程度分成“职业执行规则”“职业选择的主观许可要件”“职业选择的客观许可要件”,要求立法者必须提出相当的合宪理由。再譬如,德国联邦宪法法院在对“基本法第九条第三项的同盟自由之基本权利”作解释时,认为此规范的宪法保障核心亦牵涉到劳工及雇主利益的积极行使。劳工自由结成组织,以取得对工

资、劳动条件形成的影响力,可取得整体的合意。成立、加入、退出的自由以及不参与的自由,包含于第九条第三项所保障的目的之内。同时,缔结有关团体的工资条件与其他劳动条件规定的劳动协约也包含于此项中。而作为劳动协约当事人的团体,须自由组成、超越企业范围的基础而组织,在结构上系为其成员在劳工法与社会法领域的利益而持续主张,因而必须充分独立,而现行的劳动协约,其本身系具有拘束力而须被承认。<sup>[5]</sup>劳动权规范领域的扩张解释,有利于拓展劳动权规范领域,以更大可能地限制国家限制行为,这是自由治国理念的典型表现,亦体现了劳动权的主观防御权功能。

积极面向的劳动权是一种典型的社会权,而社会权是一项“昂贵的权利”,需要国家雄厚财政的支撑,并且国家积极介入劳动者生活领域,将对劳动者自由权产生影响。国际社会区分自由权与社会权,分别制定了《公民权利与政治权利国际公约》和《经济、社会和文化权利国际公约》以区别对待两类权利,与前者采用“立即”“全面”实施等用语不同,对后者采取了“逐步实现”“最低生活水准”“最低核心义务”等表述。从各国理论与实务看,对社会权层面的劳动权倾向于“限制解释”。例如“工作权”,并非国家为劳动者提供工作岗位,或直接雇佣劳动者,而是为劳动者提供劳动机会,创办各类职业教育、培训机构,积极促进劳动就业,即工作权并不涉及主观获得工作的权利。再如我国《宪法》第45条规定的社会救助权,对疾病、年老和丧失劳动能力的劳动者的救助以保障其“最低生活”为基准。根据《世界人权宣言》第23条第1款规定:“人人有权……享有免于失业的保障”,但后来的《经济、社会和文化权利国际公约》(第6条第2款)、《欧洲社会宪章》(第1条第1款)和国际劳工组织第2号和第122号公约的规定,则将其核心思想间接地转化为规定国家负有宣布并实施旨在促进充分、自由、高度、稳定就业的积极政策的行为义务规则,导致了“权利”观点的忽视。尽管国际社会近年来提出了“体面劳动”的概念,然而依然只解释为维系人身自由和人性尊严等较低的层面。

要确定劳动权规范领域,不得不关注的另一个问题是“基本权利界限”。劳动权作为基本权利体系的一环,势必与其他基本权利存在冲突、竞合,因此,探讨基本权利界限对劳动权规范领域的确立具有重要价值。然而,在解释和适用劳动权时必须区分劳动权规范领域和其他基本权利的界限。这种“双阶式”的论证方式,主要目的是避免过早把自由所必然带来的公益关联提到劳动权规范领域中讨论。德国联邦宪法法院

在1971年的一个设计基本法第十三条的裁定中<sup>[6]</sup>,清楚意识到基本权规范领域的确定问题,并指出:对住宅概念做狭义解释,明显是基于某种顾虑,也就是担心如果不这么做的话,许多传统上的行政机关在经济、劳工领域所拥有的观察权,都将因与基本法第十三条第三项所规定的基本权界限不符合而不能再行使。最后,联邦宪法法院作出一个总结:无论如何,第一要务是探求基本权利的实质内涵;之后才是在尊重原则性的自由推定、合比例性与可期待性等宪法原则的前提下,设计出符合依法治国要求的基本权利行使的界限。

再譬如,在强制雇主为员工投保的问题上,涉及劳动者的劳动权(如失业保障权)和雇主的财产权、经营自由权之间的界限问题。一般认为只要保险的保费负担不致于过重,而被保险人又有其保障需求,因此对财产权产生的限制依然合宪。并且被保险人因此取得对于疾病、意外等相对性的保障,能很好地符合“均衡原则”的要求。强加给雇主负担的保费,我国台湾地区学者郭明政认为是雇主所应负担的“社会责任”。<sup>[7]</sup>依据经济学观点,保费一般计入生产成本与薪资成本,最后转嫁给消费者,因而不会过分影响雇主的经营自由权。社会保险的主要功能在于为劳动者提供安全保障。例如意外保险除了提供事故发生后的给付外,更有改善工作环境与预防职业灾害的作用;年金保险则是保障劳工的晚年生活,更有助于被保险人的劳动权保障。因此,探讨劳动权的规范领域应以促进劳资和谐、保障劳动权为精神意旨。劳动权规范领域与其他基本权利界限的法释义学上的区分,可以大大减低因窄化劳动权规范领域所造成的对自由不当限制的危险,并且可强制公权力在对劳动权进行限制时作出必要的说明。

## 二、劳动权规范领域与劳动权的保障

劳动权规范领域内的保障事项不限于积极作为的事项,还包括消极属性的事项。例如职业自由权,其保障事项除防御性质(对抗国家的干预职业自由)外,也包括要求国家资助职业训练或解决失业问题,换言之,属于分享权或给付请求权的事项。因此,劳动权的规范领域从原本是个人的权利的担保,扩张为制度性保障以及客观的法律秩序的任务。申言之,劳动权规范领域保障主观权利、制度以及确定一般法律须合乎宪法劳动权的精神来为解释与适用。“规范领域所达的区域,是此基本权效力所及的范围,也可称为此基

本权的实质区段。国家或立法者对每一项基本权都有义务型塑保障范围。”<sup>[8]</sup>鉴于此,国家负有型塑劳动权规范领域的义务。所谓形塑规范领域,不是以限制劳动权行使为目的,而是根据劳动权传统所具有的担保作用,以及随社会发展而产生的内涵,以给予劳动权适时保障。具体表现为如下几个方面:

一是国家必须尊重劳动权,不去侵害其规范领域之内的行为方式与内容。此即国家的消极保护义务。首先,立法机关的消极义务是指立法机关不得制定法律去侵害劳动权,并不是说不得制定任何限制劳动权的法律。换言之,立法机关不得违背宪法规定的条件对劳动权恣意加以限制。根据我国宪法规范和学说原理看,对劳动权的限制,在方式上应遵循“法律保留原则”,在理由上,必须出于“公共利益”的需求,并且符合“比例原则”“法益平衡原则”。前者为限制的“形式标准”,后者为“实质标准”。其次,对行政机关和司法机关而言,如果严格依据立法机关制定的法律执行和适用,则不存在侵害劳动权规范领域的问题。然而,现实中行政机关违法行政、超越职权、滥用自由裁量权,司法机关枉法裁判、滥用司法裁量权、违法的司法强制等都是对“消极义务”的违反而侵入劳动权的规范领域。

二是国家应采取宪法秩序内所有可能对劳动权保障的有利方式。也就是说,当国家权力行使涉及劳动权时,应以法规范禁止任何侵害规范领域的规定,或唯有具备宪法严格要件时,才可侵害规范领域,作出劳动权的限制行为。换言之,劳动权保障并非意味着可任由劳动权主体毫无限制地行使劳动权,因为劳动权的行使可能涉及到其他主体的法益冲突,也可能与国家或社会利益相冲突,所以宪法要规定劳动权的限制及其限制条件。

在2008年德国“禁止吸烟案”<sup>[8]</sup>中,三位诉愿人称巴登-符腾堡州和柏林颁布的禁烟法侵犯了联邦德国基本法第12条第1款保障的职业自由权。宪法法院指出,一方面本案中诉愿人的职业自由受到限制,另一方面人民的生活健康亦属至关重要的价值,就两种价值而言,生活健康应高于职业自由。如果立法者采取毫无例外的禁止规定,则表明将保护生命健康作为法律目的,无可非议。然而立法者在禁止规定旁边又设定了例外,即允许餐厅场所另辟吸烟室。是故,宪法法院认为,诉争中的法律与基本法第12条第1款和第3条第1款构成抵触。但鉴于该案涉及人民的生命健康,因此不能宣布法律无效。宪法法院要求两个州的立法机关应于2009年12月31日前制定出新的规定。本案中,涉及劳动权规范领域的限制,立法机关

采用了比例原则、法益平衡原则,对职业自由予以了限制,是符合宪法的,然违背了宪法平等原则而被宪法法院宣布重新作出规定。

此外,国家还有针对第三侵害公民劳动权的保护义务。在德国的“小企业条款案”<sup>[9]</sup>中,联邦宪法法院以职业自由基本权为标准来审查相关规定,指出职业自由基本权固然没有赋予人民职位请求权,也没有对于已取得的工作职位给予现状保障,因而也没有对于雇主终止契约因而失去工作的职位的可能提供直接的保障,但是国家被课予源自于基本权利的保护义务,也就是保护受雇人使其免于被雇主任意终止契约的义务。

三是国家对劳动者给付一定的物质性、程序性利益及其服务等,以保障劳动权规范领域之内的人、行为和内容的,此即国家的积极给付义务。

首先,行政机关是物质性给付义务的主要承担者。行政机关向劳动者提供各种福利、帮助和服务的行为称为“给付行政”。传统的给付行政限于“生存照顾”,国家履行给付义务很大程度上就是为了保障所有个人都能获得符合人性尊严的最低生存条件,使人们在任何情况下都能维持起码的生活水准。如对就业的公民提供劳动培训服务、提供具体的职业介绍服务、对失业者提供最低限度的生活保障等。而现代给付行政不再限于“生存照顾”,“各种授益性活动和直接促成社会成员利益的公共行政亦纳入给付行政范畴,如供给行政、社会保障行政、资助行政等”<sup>[10]</sup>。

其次,司法机关是程序性利益及其服务给付义务的主要承担者。司法机关应为劳动争议者提供公正、公平的司法程序,及时受理案件、审判案件,作出明确的、可执行的判决等。劳动权受到侵害,可通过民事、行政和刑事诉讼来获得救济,然而这种救济是法律层面的,是“法律劳动权”的救济;作为基本权利的劳动权的侵害多是由立法机关制定的法律或者其他有较高政治地位的主体所造成,因此仰赖宪法诉讼制度的建立。司法机关还承担物质性给付义务,如为劳动者减免诉讼费用、为少数民族的少数参加人提供翻译等。

再次,对于立法机关而言,一般不直接提供物质性、程度性利益。然而,为了避免行政机关和司法机关“恣意”给付,立法机关必须对给付的范围、内容、数额、方式等制定法律予以明确规定。此外,基于“宪法委托”,立法机关负有及时、完整、适当制定劳动法律的义务,否则可能构成“立法不作为”。立法机关制定劳动法律法规,给付的是制度或组织,体现了劳动权的客观价值秩序中的制度性保障功能、组织与程序

保障功能。

### 三、劳动权规范领域的基本构成

劳动权规范领域的界定相当重要但却非易事,涉及劳动权的保障范围和限制程度,需借助宪法劳动权规范、劳动法律对宪法劳动权的具体化程度、以及学说理论等予以审慎分析。诚如康拉德·黑塞所言:“规范领域就是对基本权利所保障对象的‘现实’(Wirklichkeit)——通常是已经被法所归纳表述的一个局部。另外,这一界限也可以是一个由额外规范指示所做的限制的问题,这些限制包含在基本权利保障之中。”<sup>[2]</sup>劳动权规范领域涉及两个方面:劳动权主体、行使劳动权的行为与内容。涉及到劳动权主体本身的保护称为对人规范领域概念,而有关劳动权规范领域内的行为与内容,称为对事客观的规范领域概念,唯有二者同时存在才是劳动权规范领域内主体行为行使的实现。<sup>[1]</sup>因此,笔者分别从“对人的主观规范领域”和“对事的客观规范领域”两个层面展开对劳动权规范领域的分析。

#### (一) 劳动权对人的主观规范领域

劳动权的主体包括哪些人,换言之哪些人享有劳动权,即劳动权的对人主观规范领域。国家行为只有对劳动权享有主体的劳动权进行了违宪限制,或不符合比例原则,劳动权主体才能请求救济。纵观各国宪法,劳动权主体的措辞不一而足,有些国家用“人民”,有的用“人”,有的用“公民”,而国际人权文件用“人人”,还有的用“劳动者”。这些主体的涵义有着很大差别。因此,劳动权的主观规范领域究竟是什么?这是一个值得认真对待的问题。

我国《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”。依此劳动权规范性陈述,“公民”是我国的劳动权主体,即只要具有中华人民共和国国籍的自然人,就享有劳动权,国家对其承担法定义务。基于此,我国劳动权主体似乎是很清晰的。然而,不得不思考的是外国人在中国是否享有劳动权?法人是否能成为劳动权的主体?

传统国家观认为本国国民与他国国民的区别,是国家和宪法所关心的重大事项。然而,随着人与信息交流的紧密化和人权保障精神的普及,这种区别被相对化。在日本,主流理论认为外国人并非享有所有基本权利,至于如何划分外国人所享有的基本权利,有文言基准说、准用说、权利性质说。<sup>[11]</sup>外国人在我国享有哪些基本权利可借鉴权利性质说。鉴于此,笔者

认为外国人享有一定层次或一定程度上的劳动权：①完全享有的劳动权内容：劳动报酬权、休息休假权、劳动安全卫生权、劳动争议提请处理权等。②限定享有的劳动权内容：如失业保障权等。基于人道主义精神，国家得向在中国的外国失业者提供一定的物质救助，使之得以维系生命的延续。此外，还有职业自由权、职业培训权亦属于限定范围，外国人不得从事我国公务员、涉及国家安全等行业的工作。③不得享有的劳动权内容：结社权、集体谈判权和罢工权。基于这些权利具有较强的政治权利性质，因此外国人一般不得享有。

人权概念的产生是基于“人的尊严”的自然权利思想，因此认为法人非基本权利主体。而在多元主义国家观下，依据权利的性质，法人也成了权利主体。例如，联邦德国基本法第19条第3款规定：在基本权利的性质许可的范围内，基本权利也适用于本国的法人。在德国，“法人是否能够以及在多大程度上能够享有基本权利保护，取决于所主张的基本权利的性质。”<sup>[12]</sup>一般认为，法人可以享有经济自由权，而不能成为人身自由权、政治权利的主体。而劳动权更多具有人身权性质，因此法人一般不享有劳动权。有学者认为法人享有营业基本权，因此法人亦属于劳动权主体。<sup>[13]</sup>笔者认为，营业权应纳入财产权范畴，已超出了劳动权的规范领域。

我国《劳动法》将劳动权主体设定为“中华人民共和国境内的企业、个体经济组织和与之形成劳动关系的劳动者”，“与国家机关、事业组织、社会团体建立劳动合同关系的劳动者”。亦即我国《宪法》《劳动法》对劳动权主体分别使用了“公民”“劳动者”的词汇。二者的差别是显而易见的。缘何出现这种差别？从劳动权利能力和行为能力看，《劳动法》所规定的“劳动者”具有一定意义，劳动权利能力始于出生终止于死亡，而劳动行为能力则与年龄、健康、行为自由以及智力、能力有关，因此我国《劳动法》《刑法》规定的“禁止使用童工”制度具有“合宪性”，并不构成对劳动权的侵害。以及《劳动法》第36条规定的劳动者每日、每周的最高工时，劳动法第59~63条规定的对女职工的特殊保护，无不凸显了对劳动权的限制，但不构成对劳动权规范领域的侵害。

然而，我们应该予以反思的是，依据我国《劳动法》关于“劳动者”之规定，则将公务员、农民排除在劳动权主体之外。对此，我国已有学者意识到这一概念的问题所在，提出了农业劳动者的劳动权和非农业劳动者的劳动权之劳动权主体理论。<sup>[14]</sup>亦有学者专门对农民劳动权展开了研究。<sup>①</sup>我国《劳动法》上的“劳

动者”局限于具有劳动契约的“劳工”，然而这些人在未受雇前或在劳动关系终止后，为什么我们定义为劳动者？自营业者同样面临失业问题，甚至雇主也可能因为破产而失业，则这些人的劳动权不受保障么？接受职业培训的人将来可能选择自营业或当雇主，难道就不受劳动权保障而获得职业培训的机会？

固然，定义“劳动者”非常困难，但不应限于劳动契约的当事人“劳工”，它的范围应更大。譬如一个失业的劳工，虽已不是劳动契约的当事人，但仍然是宪法上享有劳动权的公民；如劳工买股票时，他的另一角色就是股东；若担任劳工董事时，他的另一角色又成了董事会成员，但他仍然是宪法劳动权规范的主体。一个破产的雇主虽然不能享有失业保障权，但他未来可能成为“劳工”，因此亦是劳动权主体，国家应协助其就业。因此，台湾地区学者刘士豪将劳动者定义为“已为劳工者，今为劳工者、当为劳工者均应受劳动基本权的特别保护。”<sup>[15]</sup>综上所述，我国宪法劳动权的主观规范领域是具有相应劳动权利能力与行为能力的公民，包括农民和公务员，外国人亦享有一定劳动权。

## (二) 劳动权对事的客观规范领域

劳动权对事的客观规范领域指的是在宪法劳动权规范内，劳动权主体行使劳动权的行为方式和内容。根据我国《宪法》有关劳动及劳动权的规范性陈述<sup>②</sup>，以及对劳动权具体化的《劳动法》《劳动合同法》《就业促进法》等法律法规，以及承上理论所述，劳动权的客观规范领域可归结于如下几点：

一是人民可依其工作能力自由选择职业，并获得合理的报酬。人民可自由选择从事一定的工作为其职业，即职业选择自由、工作职位选择自由、从事工作活动的自由。然职业是由法律定义及规定，任何人选择职业须符合立法者所规定的条件，此时立法者的形成自由包含了由此职业衍生出来的相关行业统合化的任务。职业自由与主体的主客观因素有关：①客观要件，即从事一定的职业受特定客观因素的影响。例如限制某一地区药房的家数、计程车数量、某条路段客运经营家数等。立法者对职业自由客观要件有所规范时，必须为特别重大公益理由，始可限制。例如在德国，劳工介绍所是国营的，具有垄断性，一般人无法从事劳工中介工作。因德国人认为为保障寻找工作的劳工权益，以及为针对全国劳工就业政策、市场调整具有长期规划的理由，国家对劳工中介业具有垄断性。②主观要件，是个人专属实现，是从事职业的先决条件，如专业能力、教育学历、年龄，或不得有的消极资格。担任医师需取得医师执照，从事建筑设计

与监造需取得建筑师资格。至于立法者是否对特定职业设定法定要件予以限制,并非由立法者恣意支配,要受比例原则为判断主要基准,避免将职业自由空洞化。人类劳动直接目的是为了谋求生存,在此基础上展现自我价值。我国《劳动法》第46条规定:“工作分配应当遵循按劳分配原则,实行同工同酬。工资水平在经济发展的基础上,逐步提高。”为进一步保障劳动报酬权,《劳动法》还规定了最低工资保障制度。

二是国家有义务监督雇主改善劳动者的工作条件。《经济、社会和文化权利国际公约》第三部分第7条规定:“本公约缔约各国承认人人有权享受公正和良好的工作条件,特别是要保证:(乙)安全和卫生的工作条件。”《欧盟基本权利宪章》第四目“团结”之下的第II-31条即为“公平与应有的工作条件。”劳动者享有职业条件权,可以要求国家和用人单位提供安全、卫生的劳动条件,建立、健全劳动安全卫生管理制度,严格执行国家安全卫生规程和标准,防止职业危害。在此,国家是主要的义务主体,应制定完善的劳动法律法规,制定劳动安全卫生基准,制定劳动管理制度,以及监督雇主执行这些制度和规定。雇主是直接的义务主体,用人单位应采取措施减免或减少职业伤害,确保劳动者职业安全。当雇主未提供安全卫生的劳动环境和条件时,或强令职工冒险作业时,劳动者可以拒绝从事劳动。

三是对欠缺工作能力者,各级政府应积极举办各类职业训练,对已从事工作的劳动者可以实施技能鉴定及证照制度。与获得职业教育与培训权相关的是“受教育权”。台湾地区学者李惠宗认为,人民无法援引受教育权请求接受职业教育和大学教育,因此不能将职业教育、培训视为受教育权的规范领域,而是实现将来劳动权的重要前提,是劳动权的前阶段权利,属于劳动权。<sup>[13]</sup>笔者赞成此观点。接受职业培训和职业教育是一项劳动权,各级政府负有积极举办各种职业培训、职业教育的义务,保障劳动者提高文化素质和职业技能水平,提高劳动生产率和工作效率,提高就业竞争力,从而减少失业,促进就业。《经济、社会、文化权利国际公约》第三部分第6条第2款规定:“本公约缔约各国为充分实现这一权利而采取的步骤应包括技术的和职业的指导和训练,以及在保障个人基本政治和经济自由的条件下达到稳定的经济、社会和文化的发展和充分的生产就业的计划、政策和技术。”《欧盟基本权利宪章》第二目“自由”之下的第II-14条即为“获得教育的权利”。我国《宪法》第42条第3款规定:“对就业前的公民进行必要的劳动就业培训。”政府办理职业培训实施技能鉴定及证照制度,

是一项积极义务,分别对失业者和就业者负有不同内容的职业培训的义务。

四是承担维护工人与劳动者生计的社会保险,包括疾病、伤残、失业及年金等项目乃国家应负责任。当劳动者有劳动能力时,可以通过劳动维持本人和家庭的生活需要,然当劳动者遇到特殊困难暂不能劳动或失去劳动能力时,国家基于保障“人性尊严”之需要,应负担对劳动者“生活照顾”义务。我国《宪法》第45条规定:“中华人民共和国公民在年老、疾病或者丧失劳动能力的情况下,有从国家和社会获得物质帮助的权利。国家发展为公民享受这些权利所需要的社会保险、社会救济和医疗卫生事业。”《世界人权宣言》第23条第1款规定:“人人有权……享有免于失业的保障”。国际社会很多例子表明在法律允许的情况下,有将国家的客观义务转化为主观权利的机会,例如在《共同体工人基本社会权利宪章》(第10条第2款)反应了不能进入或者重返劳动力市场的人接受充足的自愿和社会援助的权利。

五是工人与劳动者有权组织工会,并行使团结、集体合同及争议的权利,必要时还可发起罢工。我国《宪法》第35条规定了公民的结社权,《劳动法》和《工会法》具体确认了劳动者的结社权。《劳动法》第7条规定了组织工会权,第33~35条对集体合同予以了规定。就此规范领域而言,“该权利乃在确保及促进劳动及经济前提要件所行使的团体组成权,不仅使每个人有组成此类团体的权利,还有加入权及在此团体中为行为及活动的权利,实务上在该团体内行使的权利较团体组成权更重要。”<sup>[1]</sup>当然人民亦享有消极权利,即可以自由选择在任何时候退出的权利。此外,该行为权还包括集体合同的协商权,此时所保障的是劳资工作协商的自治保障,不受国家公权力干预,即国家负有消极不作为义务。集体合同内容应包含工时、休假、解雇条件、工资等,此时,协商内容不能与宪法所保障的权利内容的措施与行为相抵触,否则无效,这种要求不仅针对国家,亦针对个人。

#### 注释:

- ① 如高建明:《论农民劳动权的实现》,《贵州警官职业学院学报》,2006年第5期。曹建华:《农民劳动权及其实现》,华中师范大学硕士论文,2009年;李光宇:《农民工作权研究》,吉林大学博士论文,2004年等。
- ② 阿列克西区分“规范”与“规范性陈述”,一条规范既可以通过一条特定的规范性陈述来表达,也可以通过其他陈述来表达。宪法权利规范就是宪法权利规范性陈述的意义。参见 R.Alexy, A Theory of Constitutional Rights, Oxford Press 2002, p19-22、31. 鉴于此,笔者认为我国《宪法》劳动权规范性陈述有第1

条、第 6 条第 2 款、第 13 条、第 14 条第 1 款、第 16 条、第 17 条、第 19 条第 3 款、第 24 条第 2 款、第 43~45 条、第 48 条、第 53 条, 共同构筑了我国完整的劳动权规范。

### 参考文献:

- [1] 陈慈阳. 宪法学[M]. 台北: 元照出版有限公司, 2003: 401.
- [2] [德]康拉德·黑塞. 联邦德国宪法纲要[M]. 李辉译. 北京: 商务印书馆, 2007: 251-252, 252.
- [3] 吴庚. 宪法的解释与适用[M]. 台北: 三民书局, 2004: 128, 127.
- [4] 钟秉正. 社会法与基本权保障[M]. 台北: 元照出版有限公司, 2010: 83.
- [5] 李建良, 简资修. 宪法解释之理论与实务[M]. 台北: “中央”研究院中山人文社会科学研究所, 2000: 282.
- [6] [德]克里斯提安·史塔克. 基本权利的解释与影响作用[A]//克里斯提安·史塔克. 法学, 宪法法院审判权与基本权利. 台北: 元照出版有限公司, 2006: 315.
- [7] 郭明政. 社会安全制度与社会法[M]. 台北: 翰芦图书出版有限公司, 1997: 77.
- [8] 韩大元. 中国宪法事例研究(四)[M]. 北京: 法律出版社, 2010: 237-242.
- [9] [德]克里斯提安·史塔克. 基本权与私法[A]//翁岳生教授祝寿论文编辑委员会. 当代公法新论(上). 台北: 元照出版有限公司, 2002: 417.
- [10] 蔡进良. 给付行政之法的规制[J]. 宪政时代. 1998(1): 96-138.
- [11] [日]阿部照哉, 等. 宪法(下)[M]. 周宗宪译. 北京: 中国政法大学出版社, 2006: 48.
- [12] [德]罗尔夫·施托贝尔. 经济宪法与经济行政法[M]. 谢立斌译. 北京: 商务印书馆, 2008: 111.
- [13] 李惠宗. 宪法要义[M]. 台北: 元照出版有限公司, 2009: 248.
- [14] 李步云. 人权法学[M]. 北京: 高等教育出版社, 2005: 219.
- [15] 刘士豪. 劳动基本权在我国宪法基本权体系中的定位(上)[J]. 政法法学评论. 2005(10): 67-129.

## The mormative areas from the perspective of fundamental right of labor right

YUAN Li, PENG Cheng

(School of Law, Southeast University, Nanjing 211189, China; People's Procuratorate of Tianxin District in Changsha City, Changsha 410004, China)

**Abstract:** Determined the mormative areas of labor rights is a prerequisite to protect labor rights, only the right classified in the mormative areas of labor was protected. The mormative areas of labor rights are closely related to the extensive of labor right's protection; the more extensive the labor rights regulate, the more likely the country apposes, rather than vise versa. Defined the mormative areas of labor rights standards requires constitutional litigation and constitutional interpretation, and the interpretation of the Constitution is more significant in the context of China, the strategy should be implemented with “hierarchical interpretation of the dual”, the labor rights in area of freedom for the “expansion of interpretation”, the labor rights belonged to the social rights for “limited explanation.” Specifically, the “areas of subjective norms” and “areas of acts' and content's objective norms” Co-found the complete areas of labor rights.

**Key Words:** fundamental rights; labor rights; mormative areas; the principle of proportionality; constitutional interpretation

[编辑: 苏慧]