

● 法学理论

论工作自由权的宪法权利属性及其实现

杜 承 铭

(广东商学院 法律学系, 广东 广州 510320)

[作者简介] 杜承铭(1966-), 男, 湖北监利人, 广东商学院法律学系副教授, 主要从事宪法学研究。

[摘 要] 工作自由权是公民享有的一项基本宪法自由权, 也是《经济、社会文化权利国际公约》所规定的公民享有的基本人权。工作自由权具有的双重属性, 即消极的、否定的自由和积极的、肯定的自由宪法权利属性。我国的宪政实践重视工作自由权的积极自由性质而忽视其消极自由权利属性。我国宪法应在劳动权条款中加入关于公民依法享有职业自由等内容。

[关键词] 宪法权利; 自由权; 工作自由权

[中图分类号] D 921 [文献标识码] A [文章编号] 1008-2999(2002)04-0485-06

随着全国人大常委会对《经济、社会及文化权利公约》的批准, 经济、社会及文化权利再次成为人权领域的研究热点, 在法学界也有越来越多的学者呼吁应当把包括工作自由权在内的经济自由权写入宪法。然而, 对各种经济、社会及文化权利的法律权利本质属性的不同认识会影响着我们对《公约》的正确理解和《公约》规定的社会、经济及文化权利的实现。工作自由权是《公约》中规定的基本权利, 从宪法权利角度来分析工作自由权的宪法权利属性, 由此出发建立起对工作自由权概念的应然性理解, 将对工作自由权在我国实现具有重大的意义。

一、工作自由作为宪法权利的由来与发展

有学者指出“在资本主义近代和现代市场经济条件下, 劳动自由和贸易自由被奉为经济、社会领域自由权利中最重要的两项。”^[1] (第 317 页) 前者涉及到人(劳动者)的自由流动, 后者涉及到物(劳动对象、产品)的自由流动。换言之, 没有生产力中物的因素与人的因素的自由流动则没有市场经济和商品经济, 也就无法理解资本主义制度的产生, 因此, 工作自由一开始便和自由资本主义制度有着天然的联系。

工作自由权作为宪法权利首先是出现在 1919 年的德国《魏玛宪法》中。《魏玛宪法》对工作自由权的规定集中体现在两个不同的地方: 一是该宪法个人基本权利一章的第 111 条把“自由营业之权”作为个人自由加以规定; 二是在“经济生活”一章中对人民享有的工商业之自由、“为保护及增进劳工条件及经济条件之结社自由”、“劳动者及受雇者与企业主之间的权利”等作了进一步详细的规定。这时的工作自由权并不单纯视为具有否定性或消极自由性质的个人自由权利, 而且更是作为具有肯定性或积极自由性质的社会经济权利。在英美法系的美国, 工作自由权作为宪法权利一开始并没有出现在美国宪法第一修正案中, 事实上在美国宪法中找不到关于工作自由权的条款, 但至 19 世纪末, 最高法院则通过宪

法诉讼案例“把这项权利宣布为‘不可让渡的个人权利之一,虽然基本法未明确规定,但却是固有的’。”至 1915 年,美国联邦最高法院更是明确指出:“显而易见,寻求公共职业的权利是最根本的个人自由,也是第 14 条修正案所要保障的机会。”“现在,个人选择职业的权利牢固地确立在宪法的个人自由之中。”可见,实行判例法的美国则以另一种形式逐步确立了工作自由权的宪法基本权利地位。

工作自由权在 19 世纪末 20 世纪初作为宪法权利被确认,有着深刻的社会历史原因,更主要的是这种社会历史背景所导致的宪法自由权利观念的深刻变化。宪法对工作自由权的确认则是这种自由权利观念变化的结果与外在表现。紧随《魏玛宪法》之后,各国宪法与宪政实践纷纷以各种形式确立工作自由权的宪法基本权利地位。至 20 世纪,工作自由权已普遍纳入各国宪法基本权利范畴。据荷兰宪法学家马尔赛文等人的统计,至 20 世纪 70 年代宪法直接规定自由选择职业权利的有近 1/3,间接以劳动权、参加组织工会的自由权和罢工自由的分别占 55%、59%、36%。至 90 年代许多新兴国家的宪法更是对工作自由权作了进一步的明确规定。如阿塞拜疆 1995 年宪法第 35 条规定:“劳动应建立在个人和社会幸福的基础,每个有技术的人都有权自由选择工作、资格、职位和受雇专业的种类。任何人不得被强迫工作。”俄罗斯 1993 年宪法第 34 条规定:“每个人都享有自由地利用自己的能力和财产从事企业家的以及其他不受法律禁止的经济活动的权利。”第 37 条规定:“1. 劳动自由。每个人都享有自由支配自己的劳动能力,选择工种职业的权利。2. 禁止强迫劳动。”德国宪法第 12 条规定:“所有德国人都有自由选择他们的营业、职业或专业、工作地点和接受培训地点的权利。不得强迫任何人从事某一特定的职业。”

20 世纪这种积极的肯定性自由权利理念的不断扩张,使许多具有肯定性自由权利性质的经济社会权利已经超越了国内宪法的保障的领域,成为国际人权法约保障的重心。工作自由权也成为国际与地域性人权宣言与公约保障的基本自由权之一。《世界人权宣言》第 23 条规定:“人人有权工作,自由选择职业、享受公正和合适的工作条件并享受免于失业的保障。”《经济、社会文化权利公约》第 6 条规定:“本公约缔约各国承认工作权,包括人人应有机会凭其自由选择 and 接受工作来谋生的权利。”

二、工作自由权的宪法权利属性与基本内容

工作自由权首先是一种个人的基本宪法自由权,当然具有消极的、否定的性质。关于否定性、消极自由,柏林曾有一个精辟的定义:“是一个人能够在不受他人阻碍的情况下活动的空间。如果我被别人阻止去做我本来可以去做的事情,那么,在这个程度上,我是不自由的;如果这个空间被别人压缩到某种最低限度之下,那么,我可以说,我受到强制和奴役。”^[2](第 177 页)就工作自由权的消极自由权属性来说,要求这种权利不受国家的侵犯,国家的目的,只在于以消极的方式保障这些自由,并不强调国家对此种权利的积极义务。早期的宪法自由权观念正是属于此种消极的自由,在此种自由权理念指导下,当时的人们普遍“认为工作自由只是人身自由的一种必然结果,没有特别的宣言的必要。”^[3](第 78 页)那时的宪法至多只是从人身自由的角度即禁止强迫劳动的角度强调工作自由,工作自由并没有被视做独立于人身自由之外的独立的、宪法自由权。工作自由权的这一消极的、否定性自由性质表明它是属于宪法人身自由权范畴,具有宪法自由权所具有的“不干预”特征。对消极的自由来说,自由意味着国家的“不干预”、“不侵犯”。

另一方面,工作自由权又是一种经济自由权利,属社会经济权利范畴,必然具有经济权利所具有的肯定性、积极性自由权利性质。政治学家萨托利指出:“只有消极的自由还不够,这个说法指出了明摆着的事实;我们需要摆脱外物的自由,是为了能够实现行动的自由,避而不谈这一点就是忽略了实质性问题。”摆脱外物的自由只是“自由的一半,而且还是消极的一半。……自由还是一种积极的事物,……因而我们必须从机会的角度去考虑自由。”^[4](第 341-342 页)积极的、肯定性的自由表现为“自由地去做……”。从这种意义上说,自由的实现还在于国家提供可供选择与参与的机会。作为积极的、肯定性自

由权利突出的是在参与中实现自身价值,突出国家权力对个人自由实现的责任与义务。从工作自由成为宪法权利的历程来说,宪法主要突出的是此种权利的积极性质,正是因为它具有其他消极自由权所不具有的积极自由权利属性,工作自由才成为一种独立的宪法权利。这种积极的自由权利属性表明,工作自由权的实现并不仅取决于国家权力的不干预即国家不能强迫公民劳动,而且取决于国家必须为劳动者的劳动权利积极地创造条件和机会。实现工作自由权是国家的义务,国家有积极的帮助公民实现工作自由权的责任与义务。

工作自由权所具有的积极的、肯定性自由与消极的、否定性自由双重宪法权利属性有助于我们对工作自由权所应当包含的基本内容的分析与了解。工作自由权的双重宪法权利属性表明工作自由权作为一种宪法自由权至少包含以下基本内容。

一是禁止强制劳动,即公民有免于强制劳动的自由。这是工作自由权最基本的、最原始的内容之一,这也是工作自由权的消极的、否定性自由权利属性的表现与要求。一个人被强迫劳动便无所谓择业自由,更谈不上工作自由。早期学者把工作自由视为人身自由的必然结果,即是从这一角度来理解工作自由的基本内涵。就公民免于强制劳动的自由而言,当然属于人身自由中不受奴役之自由的内容,但作为工作自由的组成部分又使这种自由具有社会经济权利的性质。目前,世界上几乎所有国家宪法均以明示方式在宪法中规定禁止任何形式的非法强制性劳动。如韩国宪法第12条规定:“任何人非依法不受逮捕、关押、搜查和审问,非依法和依合法程序不受处罚、保安处分及强制劳役。”罗马尼亚宪法第39条规定:“禁止强制劳动”并列举了不构成强制劳动的三种情况。德国宪法第12条规定:“不得强迫任何人从事某一特定职业”,“只能对法院判决剥夺自由的人实行强制劳动。”《公民权利和政治权利国际公约》第8条规定:“任何人不应被要求从事强迫或强制劳动。”国际劳工大会1930年制定的《强迫劳动公约》还明确规定:“强迫劳动”是指“任何人受惩罚、威胁、被迫从事非本人自愿从事的一切工作或劳务。”公约要求废除各种形式的强迫劳动,强迫劳动只能适用于公共的目的或某种例外措施。国际劳工组织1957年制定的《废除强迫劳动规定建议书》列举了要求立即与完全废除的五种形式的强迫劳动。此外许多地区性的人权公约,如《欧洲人权公约》(1950),《美洲人权公约》(1969)等也有禁止强迫劳动的有关条款。

二是职业自由。职业自由是工作自由的核心内容,许多学者干脆把工作自由等同于职业自由。职业自由包括:(1)择业自由,即公民有权选择具体的劳动方式,有权根据自己的才能和爱好选择具体的劳动或工作。为了保障这种选择职业的自由,政府有义务建立自由的职业介绍制度、提供职业培训和指导。因此,为了保证择业自由,要求一方面国家应当保障充分就业,减少失业机会。另一方面还应建立起劳动者自由选择职业的职业介绍制度。许多国家宪法都规定国家在保障职业自由时的责任。如土耳其宪法第49条规定“国家应采取必要的措施,……保护劳动者以改善一般劳动条件,促进就业,并为预防失业创造适当的经济条件。”许多国家在部门法特别是关于劳动保障的法律中都作了详细的具体的规定,使择业自由更加具体化。国际劳工组织也曾就以上问题制定过许多公约。如1919年的《失业建议书》提出禁止设立收费的职业介绍所。1933年的《收费职业介绍机构公约》和1949年的《收费职业介绍机构公约(修正)》均要求取缔以谋利为目的的收费职业介绍所。二是接受职业培训、指导的自由。职业自由不仅包含公民有择业的自由,同时也包含着国家应为公民为了实行自由就业而进行的职业培训、指导,提供自由择业的机会。公民可以根据自己对职业兴趣的爱好与预测来选择自己所希望的职业培训、指导。著名的《经济、社会、文化权利国际公约》第6条规定,缔约各国为充分实现工作权“而采取的步骤包括技术的和职业的指导和训练。”《欧洲社会宪章》也规定各缔约国为所有工人“提供或促进适当的职业指导、培训和康复。”

工作自由所包含的这二点内容都体现了工作自由的积极的、肯定性宪法自由权利属性,是积极的、肯定性自由权利属性的外在表现与要求。作为这样的宪法权利,工作自由权的实现不能依赖于对方(国家)的不作为,它需要对方(国家)以作为的形式履行自己的义务。只有这样,公民自我实现的“自由地去

工作……”的积极的自由才能得到实现。这就是说,国家必须为实现劳动者的权利而积极创造条件 and 机会。从这种意义上说,当国家把工作自由权写入宪法和其他基本法律时,也就表明国家承担实现此项权利的义务。国家提供择业机会和培训劳动者并不是它的慈善之举,而是它的义务。因此,我们应该理直气壮地要求国家为我们服务。同时,对于包括这种工作自由权在内的积极的宪法权利而言,在现代国家中也只有国家才有能力帮助人们来实现这种自我实现、自我决定的积极的权利。

三是罢工自由。罢工自由是指公民为了争取自己的经济利益和正当利益,在一定条件下,劳动者有拒绝或停止工作的自由。大多数国家宪法都规定了劳动性结社自由的权利即自由地成立工会、参加工会组织与工会活动的权利。如土耳其宪法第 51 条对此项自由作了详细规定,公民“有加入工会和退出工会自由”,“任何人都不得被强迫加入、留在和退出工会”。“在任何工作场所就业,都不得以加入工人工会与否为条件”。“工人和雇主都有不经事先许可成立工会、雇主协会及其上级组织的权利,以便在会员的劳动关系中维护和发展会员的经济、社会权益。”工会结社自由也是国际公约所规定的重要内容。1966 年的《经济、社会、文化权利国际公约》第 8 条对此作出了详细规定:“人人有权组织工会和参加他所选择的工会,以促进和保护他的经济利益。”“工会有权自由地进行工作,不受除法律所规定及在民主社会中为了国家安全或公共秩序的利益或为保护他人的权利和自由所需要的限制以外的任何限制。”

罢工自由权实际上是国家赋予劳动者必要时对抗用工单位一方的权利。作为劳动自由的罢工自由应首先和主要地被视为一种经济自由权,而不能直接归结为政治自由权。其宪法权利属性应属于消极的、否定性自由权,强调在法律规定范畴内,国家对劳动者抵抗用工单位的自由权不能非法干涉。但是,罢工自由直接会影响社会生产力,乃至社会的进步与发展。各国宪法在赋予公民罢工自由时,特别对罢工自由的行使作了许多限制,对罢工自由的态度也是十分谨慎的。有些通过许多专门法律来规范罢工自由的行使与罢工活动。包括严格限制罢工的程序、罢工的范围、罢工的主体等方面。如法国的罢工法和工资合同法规定:1. 罢工只许以维护和改善劳动条件及经济基础地位为目的,不得为政治目的而罢工;2. 罢工须由工会来领导,由工会会员投票决定;3. 在工资合同规定的“和平期内”不得罢工;4. 某些部门(如国家公务人员)无权罢工。

三、工作自由权在中国的宪政实践

在我国宪法史上,最早涉及公民的工作自由权的是南京临时政府于 1912 年颁布的《中华民国临时约法》,该约法第 6 条所列举的人民享有的自由权中有:“营业之自由”(第 3 款)。1993 年的《天坛宪草》第 8 条更是明确规定公民有“职业之自由,非依法律不得限制”。此后的宪法或是以“职业自由”,或是以“营业自由”、“工作权”的方式确认公民的工作自由权。

新中国成立后,宪法和宪政实践十分重视公民的工作权,为广大劳动者提供了最广大的就业机会,实行了充分的就业,对劳动者工作权利的保障也取得了巨大成绩。但是,随着市场经济的深入发展,劳动就业问题越来越突出,我国宪法和法律实践中,劳动者的工作自由权的保障与实现遇到了许多新问题。这在客观上要求我们从宪法自由权制度的角度进一步完善我国宪法的工作自由权制度。

(一) 在我国的宪法理念与宪法实践中重视工作自由权的经济权利性质,即重视工作自由权的积极的、肯定性自由权属性,这首先表现在我国宪法中关于劳动权利条款中明确规定了“国家通过各种途径,创造就业条件,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。”“国家对就业前的公民进行必要的劳动就业训练。”这些条款明确地包含着工作自由权所具有的积极的、肯定性宪法权利属性。不仅如此,我国还加强立法,使宪法规定的这些权利更为具体,如 1994 年通过的《劳动法》。国务院还制定了一系列的维持劳动者权利的规定。在实践上,我国政府还采取了一系列的政策和措施解决失业问题,保护劳动者的工作权利。我国政府努力为劳动者创造就业机会的同时,还努力为劳动者提供技术培训,鼓励人们树立起灵活的就业态度,这些为公民工作自由权的实现提供了良好

的条件。仅1994年通过全国职业介绍机构,有1329万人实现了就业与再就业,我国建立了技工学校44333所,就业培训中心2600所,1996年就培训了近100万人,安排了近1000万人的再就业。但是,由于我国社会经济结构的转型,劳动力供求矛盾十分突出,使失业现象十分突出,劳动争议也越来越多,劳动纠纷越来越复杂。客观上需要进一步强调国家对公民工作自由权实现的责任与义务,同时完善工作自由权的其他制度保障。

(二)工作自由的核心是职业自由,职业自由除了需要国家扩大、提供就业机会与择业培训外,同时更表现为公民享有的自主地、自由地选择和放弃职业的权利,在法律规定范围内不受干预。这也体现了工作自由权的消极的、否定性自由权属性的一面。在计划经济时代,人力资源由国家计划来安排的,每个人需要具有的是“螺丝钉”和“砖头”精神,一切听从国家的计划安排,职业的自由是几乎无法实现的事实。这种状况造成政府、国有企业、事业单位不经过交易,不计成本直接地占有个人的劳动力,造成人力资源的封闭和浪费。在实行市场经济以后,物质生产要素的自由流通似乎广为人们所接受,惟有物质生产要求的最重要内容人力资源的自由流通仍然步履艰难。人才流动的壁垒仍然森严,这种情况严重地不适应社会主义市场经济发展的客观要求。市场经济的发展使人们越来越认识到人才的重要性,许多单位一方面以优厚条件来吸引人才,另一方面却大量地浪费人才,采用种种非法的手段阻碍本单位人才的外流。在有些单位造成一种很有意思的现象即一般人员倒是很易流动,而人才则流动很难。许多单位在用人合同中用种种明显有损公民劳动自由权利的条款去限制人才的自由流动,有人戏称这些合同为“卖身契”、“不平等条约”,这在许多人才较集中的地方也十分突出。市场经济发展到今天,重新配置人力资源的使用权,承认劳动者是人力资源的所有者,保证个人自由、自主地出售自己人力资本的权力,是我国宪法和法律不容回避的现实问题。仔细研究我国的宪法和劳动法规,在这些法律中重视的是劳动者平等地享有劳动权,对此宪法和1994年颁布的《劳动法》均有明确的规定。而对自主地享有劳动自由权特别是职业自由权则没有明确具体的规定,这不能不说是一个缺陷。前面的分析中已经看到,世界上大多数国家宪法特别是晚近颁布的宪法中都明确规定公民享有自由择业的工作自由权和自主经营的经营自由权。在我国宪法权利中没有关于职业自由的明确规定,使我国的以《劳动法》为主体的劳动立法中对公民职业自由以及阻碍职业自由的法律责任缺乏明确的规定,对今天市场经济的中国来说不能不说是非常遗憾的。我国宪法应当在劳动权条款中加入关于职业自由的内容,强调公民自由地选择营业、职业或专业、工作地点和接受培训地点的权利。进行营业职业或专业活动由法律规定或依法予以规定,不得强迫任何人从事某一特定职业。对职业自由非依法不得限制。

(三)罢工自由作为工作自由的延伸内容在我国缺乏宪法规定,这也与我国全国人民代表大会刚刚批准的《经济、社会文化权利公约》中规定的“本公约缔约各国承担保证:有权罢工,但应按照国家法律行使此项权利”明显地不一致。我国宪法赋予了公民结社权利,自然包括劳动结社权,我国《劳动法》第7条正是以此为宪法依据规定“劳动者有权依法参加和组织工会。工会代表和维护劳动者的合法权益,依法独立自主地开展活动。”但对于罢工自由我国1975年宪法和1978年宪法均肯定公民有罢工自由权(1975宪法第28条;1978宪法第45条)。现行宪法则取消了公民享有的罢工自由权。1975宪法和1978宪法规定罢工自由实际上是从政治上“大民主”的错误指导思想下进行的,由于当时实行的高度集权的计划经济,企业只是政府的附庸,罢工实质上是针对国家的,这种自由理所当然地属于政治自由的范畴^[5](第20页)。事实上,这种规定形同虚设,1982宪法从实际出发取消了罢工自由的规定当然是符合当时的现实的。但随着经济改革的深入,企业改革的进一步深化,特别是个体、私营和外资经济等非公有制经济的迅速崛起和成长,重提公民的罢工自由权又是具有现实意义的。即便是国有企业,在市场经济条件下,政府与企业的二元化,企业的决策必须以符合效率、追求利润为目标,劳动者与企业之间的矛盾冲突已成为不可回避的问题,企业员工为了维护自己合法权益即经济上的民主权益,法律必须赋予他们相应的维权手段。罢工自由权应该可以成为供选择的手段之一。如果我们从加工工业发达的沿海地区工人状况的实际出发,我们更加认为赋予工人的这些经济民主权利并保障这些权利利益显得是多

么的重要。事实上,在 20 世纪 90 年代以来由集体劳动争议引发的怠工、停工、罢工事件时有发生,尤其是在外商投资企业、私营企业罢工事件多,举行罢工都未按惯例先进宣告,许多国有企业处于停产、半停产,职工放长假,由于无工可罢,常采取集体到政府部门告状的形式,即集体上访等。还有些罢工是由少数政府官员、国有企业厂长经理的专断、腐败作风所引起的。所有这些都表明,对罢工自由权的宪法和法律规范也显得刻不容缓。对罢工自由权的宪法和法律规定,可以把已经存在的无序罢工现象纳入法律规范之中,这样有利于维护劳动者的合法权益,有利于协调改善劳动关系,使劳动者的工作自由权得到更加全面的保障。

我国宪法在恢复罢工自由权的同时,还必须同时制定配套的法律、法规,使公民的罢工自由权具有可操作性和规范性,这是由罢工自由权的特点所决定的。这些规范中应特别注意:(1)对参加对象的限制。规定有些行业和岗位的劳动者不准罢工,如公务员、教师、军人等。(2)罢工的程序上的限制。实行在工资合同规定的“和平期内”不得罢工。(3)目前条件下还应规定罢工只许以维护和改善劳动条件及经济基础地位为目的,不得为政治目的而罢工。这样严格限制罢工自由权的经济权利范围。

[参 考 文 献]

- [1] 刘海年,素步云. 中国人权百科全书[M]. 北京:中国百科全书出版社,1998.
- [2] 李 强. 自由主义[M]. 北京:中国社会科学出版社,1998.
- [3] 王世杰,钱瑞升. 比较宪法[M]. 北京:东方出版社,1998.
- [4] [美]萨托利. 民主论[M]. 北京:东方出版社,1998.
- [5] 赵世义. 资源配置与权利保障[M]. 西安:陕西人民出版社,1998.

(责任编辑 车 英)

Free Right of Work: Constitutional Right & Its Realization

DU Cheng-ming

(Law Department, Guangdong Business Institute, Guangzhou 510320, Guangdong, China)

Biography: DU Cheng-ming (1966-), male, Doctor, Associate professor, Law Department, Guangdong Business Institute, majoring in constitutions.

Abstract: Free right of work is a basic free civil right in constitution and a basic human right. Our constitntional practise stresses its activity and not its unaclivity. Our constitution should be added freedom of work in the part of working right.

Key words: contitutional right; free right; free right of work