

论公民自雇权益的法律保障

车亮亮¹

(1. 西南政法大学, 重庆 400031)

摘要: 自雇作为公民自己雇佣自己以谋求个人生存的一种方式, 已经成为底层社会群体一种十分重要的就业形式。自雇是公民经济自由权的应有之义, 也是实现公民生存权的有效途径, 理应获得法律的切实保障。然而, 目前我国公民的自雇权益却屡遭侵犯, 形势令人堪忧! 本文认为, 国家应当将自雇者的权益纳入公民基本权利的保护体系, 通过建立促进公民自雇的政策扶持机制、现代城市管理机制以及法律救济机制, 为公民自雇权益的实现提供强大的法律保护, 进而使每一位自雇者都能过上体面而又有尊严的生活。

关键词: 自雇; 法律保障; 经济自由权; 生存权

中图分类号: D912.29

文献标识码: A

文章编号: 1004-8049(2011)07-0020-09

自雇作为底层社会群体一种十分重要的谋生手段, 无论经济形势如何变化, 繁荣也好, 衰退也罢, 这一现象在世界各国却始终存在。在我国, 这一现象古已有之, 可谓历史悠久。早在《易·系辞下传》中就有“日中为市, 致天下之民, 聚天下之货, 交易而退, 各得其所”的说法,^①《周礼·地官》中也有“夕市, 夕时而市, 贩夫贩妇为主”的记载。^②自雇谋生者(以下简称“自雇者”)被称为(小)摊贩, 他们的广泛存在不仅方便了人们的生活, 解决了底层社会成员的就业问题, 还有利于促进城乡交流与市场繁荣, 在社会经济发展中具有不可替代的作用。正如何兵教授所指出“摊贩经济并不缺乏效率, 它是我国社会主义市场经济的重要组成部分。”^③但是, 以摊贩经济为主的自雇活动也给社会的发展造成了一定的负面影响, 特别是对城市交通

秩序和环境卫生的维护带来了很大的挑战。因此, 如何在自雇者的生存权益和居民享受良好环境的权益之间求得平衡, 这是一个需要认真研究的重大课题。笔者认为, 应从制度建设入手, 构建公民自雇权益的法律保障机制, 将不同主体之间的利益冲突纳入法制的轨道, 以法治的衡平精神, 通过理性的沟通协调各方利益, 从而切实保护公民自雇的合法权益。

一、自雇的基本界定

1.1 自雇的概念

所谓自雇, 是指自己雇佣自己, 自己既是雇主又是雇员, 雇主和雇员二者合一, 谋求个人生存的一种方式或手段。但是, 受历史文化等因素的影响, 中外学者对自雇的认识也不尽相同。

收稿日期: 2010-09-05; 修订日期: 2010-12-20。

作者简介: 车亮亮(1980—), 男, 甘肃天水人, 西南政法大学应用法学院讲师, 经济法博士, 主要研究方向: 经济法基础理论、金融法。

① 毛信萃 “中国集市贸易的发生、发展及其管理”, 《北京工商大学学报》(社会科学版), 1983年第4期, 第37页。

② 贾全全 “浅析摊贩及其近代治理与整顿”, 《华中师范大学研究生学报》2006年第2期, 第66-67页。

③ 何兵 “城管追逐与摊贩抵抗: 摊贩管理中的利益冲突与法律调整”, 《中国法学》2008年第5期, 第166页。

美国学者斯坦美兹和莱特认为“自雇业者是指那些通过自己的劳动获取部分或全部的收入,而非出卖自己的劳动给雇主以获取工资的人。”^①根据这种定义,技术工匠、家庭手工业者、营运司机、流动摊贩、零售商、中介人、没有雇工的个体工商户等都属于自雇者。^②而国内有学者认为“自雇谋生就是通过自我雇佣来维持生存,是一种个体积极发挥创造力的谋生方式,自雇已经成为当下全社会各群体谋生的重要手段。”^③由此可见,中外研究者对自雇内涵的理解并无二致,均强调雇主和雇员的合一性,但在自雇范围的认识上却有所不同,西方学者所言之自雇范围十分广泛,至于自雇之目的是生存抑或营利均在所不问,而我们所言之自雇主要是指以谋求个人或家庭生存为目的所进行的自雇活动。因此,本文正是在此意义上使用自雇这一概念,这是由目前我国公民自雇权益发展的社会现实所决定的。^④

从劳动关系中的权利义务角度来看,受雇者由于和雇主之间是雇佣关系,故在工作中常受制于雇主的指导和命令,其经济自由权的行使受到较多的限制。与受雇者相比,自雇者应当享有充分的经济自由权,他可以自由地选择工作的性质、类别、时间、地点、强度、方式等,除受市场规律和法律的约束之外不受任何人的干涉。从工作的稳定性来看,受雇者一般能够获得相对稳定且持续的报酬,而自雇者受自身资金、能力、社会阶层等因素所限,工作稳定性较差,随时都会面临失业的危险。由此可见,自雇和受雇各有优劣。然而,就我国社会发展的现实来看,受传统求稳观念和社会习俗等因素的影响,受雇者相对自雇者能够获得更高的收入、更稳定的报酬、更充分的社会保障、更高的社会地位以及更好的社会评价。因此,从总体上看,受雇者仍然构成我国社会就业人群的主流,而自雇者主要是处于社会底层的弱势群体。因此,笔者所关注的自雇者权益的法律保障问题,核心是保障以流动摊贩为主的底层社会弱势群体的合法权益。

1.2 法学语境下的自雇

(1) 自雇的主体

从我国自雇者的人员构成来看,我国的自雇者主要是流动摊贩,而他们中的绝大多数是处于社会底层的弱势群体,包括下岗工人、失业青年、残疾人、低保家庭成员、进城务工农民等。他们普遍具有文化程度低、家庭经济困难、社会地位低下、社会保障缺失、劳动技能和就业能力差等特点,因此,在现代社会激烈的市场竞争中常常处于极其不利的地位,甚至有些人根本缺乏参与市场竞争的能力,他们很难通过正规就业部门获得工作机会。然而,他们大都是勤劳诚实、遵纪守法的公民,并不想通过打家劫舍、坑蒙拐骗等非法手段谋生。在此情况下,他们走上了艰辛的自雇之路,以自己勤劳的双手和诚实的劳动从事力所能及的工作以维持自己和家庭的基本生活。因此,绝大多数的自雇者并不具有主动违法的倾向。如果说他们有违法犯罪行为,在很大程度上是由于不公平的体制和制度以及社会歧视无法使他们的生活获得保障。

(2) 自雇的目的和手段

自雇的目的是谋生,即为了维持自己和家庭的基本生存。而其所采用的手段是自己给自己打工,赚赔均由自己承担。以目的论,自雇者谋求生存合情、合理又合法,具有无可辩驳的正当性,是公民生存权的生动体现。以手段论,自雇既不剥削他人又以诚实劳动获取报酬,不偷不抢完全合理合法,这也与倡导自食其力、自力更生的社会主义道德风尚相一致,是公民经济

① 吴晓刚“‘下海’:中国城乡劳动力市场转型中的自雇活动与社会分层(1978-1996)”,《社会学研究》2006年第6期,第121页。

② 冯闻洁“促进自雇就业 解决城乡家庭零就业问题”,《中共青岛市委党校青岛行政学院学报》2008年第5期,第33页。

③ 陈日强“我眼中的2007年度中国公民自雇谋生十大新闻——谨以此文纪念中国改革开放30周年”,<http://www.chinaelections.org/NewsInfo.asp?NewsID=121304>,2008-01-09。

④ 根据《中国青年报》通过搜狐网对1899名网友进行的调查显示:93.2%的人感觉小摊主是下岗职工等就业困难群体;70.9%的人认为小摊主是外来务工人员;还有59.3%的人认为小摊主是练摊儿或者创业的年轻人。

自由权的具体体现,理应得到国家法律的明确认可。因此,自雇是目的与手段的统一、主观与客观的统一、生存权与经济自由权的统一,在法理和情理上都具有充分的正当性。总之,生存权与经济自由权构成了自雇者的基本权利体系,其中经济自由权是基础和前提,生存权是目的和归宿,二者缺一不可。

1.3 自雇者的权利

(1) 经济自由权

根据我国政府签署并批准的《经济、社会、文化权利国际公约》,人人应有机会凭其自由选择 and 接受的工作谋生,即公民有从事经济活动和选择职业的自由。一定经济利益的取得是人得以生存的前提。而要取得经济利益,必须有经济权利作为保障。^①经济自由权作为公民的一项基本权利,是自雇者应当享有的一项不可剥夺的经济权利。对自雇者而言,它是指自雇者作为经济活动的主体有根据其自身资金实力、劳动能力和经营能力等条件选择适合自己需要的维持生计的方式或手段的自由,其内容包括进出市场的自由、经营自由、劳动自由、竞争自由以及消费自由等丰富的内容。自雇者的经济自由权不仅应得到宪法的确认,还必须获得经济法等具体部门法的保障。在市场经济国家,一般都在宪法中将经济自由权确定为公民的基本权利,或将其纳入自由权中确定下来。^②我国《宪法》第15条第1款规定:“国家实行社会主义市场经济。”这是宪法对经济自由权的总体确认,因为社会主义市场经济的本质是市场经济,所以它必须确立经济自由权在社会经济生活中的核心地位。而市场经济作为经济自由权的生存土壤,首先要求尊重经济主体的自由选择权,其核心是确保公民的自由选择、自主交易以及自由竞争。我国《宪法》第42条所规定的劳动权也是经济自由权的重要内容,这进一步从根本法的角度确认了经济自由权的合法性。而在市场经济活动中,自雇者所进行的一切经济活动都是为了获取经济上的利益,以便为自身的生存和发展提供

坚实的物质保障。当然,自雇者享有的经济自由权也是有限度的,它要受到社会整体利益的规制。因此,政府有权对自雇活动进行干预,但涉及自雇者基本权利的范围,政府无权加以剥夺,而只能予以合理地引导,使之不影响整体经济的健康发展和社会的安定和谐。

(2) 生存权

生存权是人权中的基础性权利,理应为一切实社会成员所享有,自雇者也不例外。基本人权是维持人类生存、平等、尊严、基本自由和发展的不可剥夺的起码的普遍权利。^③生存作为个人维持并参与社会生活的首要需求,构成人权的最基本内容。从各国的法律规定来看,生存权主要是通过宪法上的社会保障制度以及社会保障法等具体部门法来实现。我国《宪法》第14条规定“国家建立健全同经济发展水平相适应的社会保障制度。”从而将“社会保障”确立为国家的一项基本制度,这为促进公民生存权益的实现提供了宪法基础。然而,遗憾的是,我国至今还没有建立完善的社会保障制度,特别是底层社会群体的社会保障还十分薄弱。在某种意义上,正是社会保障制度的严重缺失迫使他们走上了自雇谋生的道路,替国家分担了一定的社会保障责任,从而维持着整个社会经济的正常运转和稳定发展。这从一个侧面折射出我国政府职能的严重缺位,没有为所有社会成员提供一个基本的生活保障。而在公民基本权利,特别是自雇者基本权利的保障上,政府职能又严重越位,进入了其本不该进入的领域,严重损害了自雇者的合法权益。在城市交通与环境的维护上,由于系统思维和“权利位阶”观念的缺失又导致政府职能

^① 刘育喆、王锴“论经济权利的宪法保障”,《长白学刊》,2004年第2期,第57页。

^② 《日本宪法》第22条第1款确立了经济自由权,即“在不违反公共福祉的范围内,任何人都有居住、迁移以及选择职业的自由”。《德国宪法》第2条第1款规定,每个人都有自由发挥特长的权利,第12条第1款中的职业自由等。由此可见,实现经济自由权主要是建立在经营自由理论的基础上,这属于经济法保护的范畴。

^③ 关今华著《基本人权保护与法律实践》,厦门大学出版社,2003年版,第41页。

的严重错位,造成了自雇者与城管之间的消极对抗,从而严重威胁到整个社会的安定团结与和谐发展。正是由于政府职能的严重缺位、越位以及错位,严重损害了自雇者的生存权益。因此,政府必须要从维护自雇者生存权的高度出发,充分认识到生存权作为一项受宪法保护的基本人权相对于其他权益而言具有特殊性、优先性,从而在法制的框架内有效地权衡各方利益,作出明智的选择和合理的制度安排。

二、自雇的功能解释

2.1 维持自雇者的个人生存 缓解社会就业压力

根据《中国青年报》社调中心的网络调查显示,92.8%的人认为小摊能解决困难群体的生存和就业问题,81.0%的人对小摊的工作表示认同,认为小摊贩靠勤劳吃饭,值得尊敬。^①作为我国自雇谋生主体的小摊贩不仅通过诚实劳动养活了自己,为整个家庭成员的生活提供了基本的保障,更是在一定程度上缓解了我国当前极其繁重的就业压力。特别是在当前金融危机的影响下,大力提倡并积极鼓励自雇就业更具有现实意义。摊贩经济是社会主义市场经济的重要组成部分,可以解决很多人的就业问题,以摊贩为主的自雇者以极低的成本自我谋生,这本身就值得鼓励。由此观之,自雇在一定程度上不仅弥补了我国社会保障制度的缺失,减缓劳动力市场供求严重失衡的压力,还为国家统筹解决全民的社会保障和就业问题赢得了时间。因此,只有充分认识到自雇对我国社会发展的重要意义,维护自雇者合法权益的高度放开摊贩经营,才能为公民自雇谋生创造宽松、良好的社会环境。

2.2 方便人民群众生活,促进城乡文化交流和市场繁荣

根据《中国青年报》的调查,很大一部分人认为小摊的繁荣是城市文化不可或缺的一部分。^②小摊贩作为我国自雇者的主要群体,他们的自雇活动因服务态度好、物美价廉、购买方便

等原因,能够满足居民的日常生活需要。此外,小摊贩种类繁多、经营方式灵活、活动范围广泛,有利于促进商品流通、城乡物资文化交流,满足人们日常生活需要,他们是经济发展不可忽视的一支力量。^③摊贩经济作为联结城乡的一条重要纽带,能够促进城乡之间在物资、信息、文化等方面的交流,从而增进城乡居民之间的了解和信任,进而有助于消除传统二元体制造成的城乡人为分割。因此,充分发挥摊贩经济的市场交换和信息传递功能,可以促进城乡社会、经济、文化等方面的全面融合,这样既带动了农村经济的发展和农民等社会弱势群体的增收,又促进了城乡文化的交流和市场的繁荣,进而推动城乡社会经济的一体化发展。

2.3 培育企业家精神 增强市场经济的活力

小商小贩不仅寄托着公民个人追求财富的梦想,更是磨练企业家的摇篮和土壤,是一个国家经济崛起的生力之军。从街头小摊到个体户再到中小企业最后成长为大型企业集团,这是目前我国的一些民营企业家大都有过的一种发展历程。在改革大潮的推动下,很多为生计所迫而又不甘贫穷的人纷纷下海摆摊设点,通过自雇这种传统的谋生方式,体验经营之道,探索市场规律,为日后创业和从事企业经营与管理积累了宝贵的经验。这一点已被我国民营经济的发展历程所充分证明。如甘肃省秦安县小商品市场最初就是在货郎担^④这种自雇活动的基础上成长起来的,如今已成为西北地区著名的小商品市场批发基地。微软的比尔·盖茨也可以理解为曾经是靠自己编写程序卖钱的自雇者,戴尔公司的迈克·戴尔也曾经是靠自己自装自销电脑卖钱的自雇

^① “84.3%的人说:我们的生活需要小摊”,《中国青年报》2009年3月19日。

^② 同^①。

^③ 贾全全“浅析摊贩及其近代治理与整顿”,《华中师范大学研究生学报》2006年第2期,第66-67页。

^④ 货郎担是西北地区农村一种十分流行的个体谋生方式,特别是在甘肃、青海、宁夏一带十分普遍。它是指农民自己用扁担(或者用自行车、摩托车、三轮车)载着两箱货物走南闯北,在大街小巷、村头巷尾沿街叫卖以维持个人和家庭生存的一种自雇谋生方式。这种谋生方式自20世纪50年代就已出现,时至今日仍然是西北地区广大农民的主要谋生方式之一。

者。因此,“自雇”正是许许多多“打工者”成长为“企业家”的一个重要阶段,没有“自雇”阶段的试验、积累、缓冲和成长,“打工者”不敢离开受雇岗位,“企业家”难以得到试验机会。因此,自雇是社会创新的重要平台,社会应该重视和肯定“自雇者”在创造社会价值中的作用。^①为此,放开摊贩经营,允许并鼓励公民个人自雇,有利于公民商业观念的形成和企业家精神的培养,为市场经济体制的进一步完善提供人才储备。无论是农村家庭联产承包责任制的发展,还是个体户、乡镇企业、私营经济的发展都无不起源于公民个人的自雇活动。因此,在现代市场经济体制下更应大力倡导公民自雇,使之成为解决底层社会群体家庭生存的一种重要手段。从文化上看,由于受传统“重农抑商”、“重义轻利”观念的影响,商人的社会地位没有获得充分的社会认可,经营商业向来被视为“舍本逐末”、“见利忘义”的小人行为,常为整个社会所不齿。新中国成立以后,由于实行高度集中的计划经济体制,市场相对萎缩,以致将正常的市场经营行为贬为“投机倒把”而予以严厉打击,从而造成市场发展的严重滞后,从根本上阻碍了社会经济的健康发展。1978年党的十一届三中全会以后,党和政府开始重新认识计划和市场的关系,直到1992年党的十四大确立“社会主义市场经济体制”的改革目标,才使商人阶层获得了社会的认可。1997年将“我国实行社会主义市场经济”载入宪法,真正确立了市场经济和商人阶层在整个社会经济体系中的地位。因此,允许并鼓励公民积极从事自雇活动,承认自雇者的经济主体地位,不仅有利于企业家精神的培养和增强市场经济的活力,还有利于营造“尊重商人、尊重劳动、尊重创造”的市场氛围,进而为整个社会经济的快速发展创造良好的社会环境。

三、我国公民自雇权益保障的现状及其困境

3.1 公民自雇权益保障的现状

从总体上看,我国公民自雇权益的保障现

状还很不乐观。自雇作为公民的一项基本权利没有获得法律的保障,在现实经济活动中自雇者的经济自由权和生存权屡遭侵犯而缺乏有效的法律保障。具言之,表现为以下两个方面:

(1) 公民的自雇权益没有获得法律的直接认可

由于现行立法对于公民自雇缺乏明确的法律规定,以致公民的自雇权益在城管的驱逐与围堵中被剥夺,使广大自雇者陷入更加艰难的境地。究其原因,主要有三:一是尽管宪法对自雇者的生存权和经济自由权作了间接规定,但是由于我国还没有建立宪法诉讼和违宪审查制度,公民的自雇权益很难获得宪法的有效保护。二是2008年1月1日实施的《就业促进法》第7条规定“国家倡导劳动者树立正确的择业观念,提高就业能力和创业能力;鼓励劳动者自主创业、自谋职业。各级人民政府和有关部门应当简化程序,提高效率,为劳动者自主创业、自谋职业提供便利。”该法第17、18、19、24条还规定了政府和有关部门应实行税收优惠、小额信贷、经营场地照顾,免除行政事业性收费,提供政策咨询、就业培训和开业指导服务等一系列具体的措施。可以说,上述规定对促进公民自雇就业,保护公民的自雇权益具有重要的意义。但是由于上述规定多以促进性和指导性为主,过于原则,可操作性较差,因此对公民自雇权益的保障作用仍然有限。三是现行的《城乡个体工商户管理暂行条例》(1987年9月1日实施)和《无照经营查处取缔办法》(2003年3月1日施行)存在严重缺陷,对公民个人从事经营活动设定了审核批准、经营场所、颁发营业执照、经营范围、缴纳登记费和管理费等诸多限制,这实际上剥夺了公民自雇的机会,严重损害了自雇者的经济自由权和生存权,现亟待全面修订。总之,自雇作为一种合法的谋生手段和就业形式,应该得到法律的明确认可并作出直接的规定。

^① 陈日强“我眼中的2007年度中国公民自雇谋生十大新闻——谨以此文纪念中国改革开放30周年”,<http://www.chinaelections.org/NewsInfo.asp?NewsID=121304> 2008-01-09.

(2) 政府职能的缺位、越位和错位严重损害了自雇者的合法权益

长期以来,各级政府管理理念比较落后,试图将所有的公民活动都纳入自己的管理范围,有违“公民个人才是自己利益的最佳判断者和追求者”这一经济学基本理念。在权力的触角无处不在和片面政绩观的指导下,本应“为人民服务”的政府为了自身利益的最大化,却放弃了自己本该承担的责任(为公民提供完善的社会保障),进入了自己不该进入的领域(干涉公民个人的经济自由权),以致政府职能严重缺位、越位和错位,从而使整个社会陷入高增长与高风险并存的危险境地。国民经济持续高速增长,而社会事业发展严重滞后;国家财力日渐雄厚,而居民收入增长缓慢;外贸顺差连年攀升,而内需市场难以启动。上述三大矛盾的形成严重阻碍着整个社会经济的进一步发展,直接影响到社会经济的全面、协调与可持续发展。面对如此严峻的形势,各级政府应当切实将政府职能从以行政管制为主转到主要提供公共服务上来,树立“法治、透明、责任、有限”的服务型政府理念。为此,对公民自雇活动的管理应主要以提供公共服务为宗旨,着力促进自雇者合法权益的有效实现,在此前提下依法权衡各方利益,进而为公民自雇创造良好的政策和法制环境。

3.2 公民自雇权益保障面临的困境

(1) 生存权与社会公共利益的矛盾

自雇一方面解决了自雇者个人和家庭的生存问题,有利于缓解社会就业压力,并给周边群众的生活带来很大的便利,而另一方面由于自雇者以流动摊贩为主,这势必影响公共交通和城市卫生环境。前者体现了自雇者的生存权,而后者可能侵害的是社会公共利益,于是这两者之间必然产生一定的矛盾。具体表现为摊贩与居民之间的“需要一反感”,政府与摊贩之间的“管制一抗拒”以及政府与居民之间的“诉求一响应”。^①因此,对自雇的规范与治理,涉及到摊贩、居民以及政府三方利益的平衡。自雇

者追求的是通过自由经营以维持其基本生存的权益;周边居民既想获得方便的自雇服务又想享受良好的交通秩序和环境;而政府则追求的是市容市貌的美化和稳定的社会秩序。因此,对自雇活动的规制必须在承认各方利益的前提下,在自雇者的生存利益和城市管理目标之间慎重权衡,力求实现摊贩利益、百姓生活与城市管理之间的相容和谐。为此,必须运用“权利位阶理论”^②对各方利益诉求进行排序,然后在基本位序的基础上结合个案再进行社会整合,从而促进各方利益的均衡实现和社会的和谐发展。

在自雇关涉的三方利益主体中,摊贩作为底层社会群体的生存权无疑处于最高位阶,因为生存作为人的第一需要是其获取其他权利的基础,在整个权利体系中居于最重要的地位。对此政府不得以任何名义予剥夺,而只能基于社会公共利益的需要对其予以适度的规制,且此种规制不得从实质上剥夺其自雇活动的正常开展。虽然对管理经济活动是政府的基本职责,但涉及公民基本权利的范围,政府无权加以剥夺,而只能予以合理的限制。总之,政府对公民自雇活动的规制仅限于维持良好的交通秩序,确保食品安全和维护城市环境方面。

(2) 经济自由权与政府管理权的矛盾

自雇者有从事经济活动和选择职业的自由,摊贩合法化是经济自由权的题中应有之义。政府无权剥夺自雇者的经济自由权,城管更无权对自雇者肆意驱赶。政府对经济活动的管理必须依法进行,其权力的行使必须遵守法定程

^① 张真“实现多方利益的相容和谐”,《解放日报》2008年8月18日,第10版。

^② 所谓“权利位阶理论”,是指为解决“权利冲突”就权利类型根据其价值的重要程度和份量的轻重而给出的一个基本序位。一般地,当出现权利冲突时以此为基本原则予以解决,化解矛盾的一种法律理论和方法,但并不排除特殊情况下就具体个案所作的平衡。对此,目前学界存有争论,支持和反对者各有其相应的市场。但笔者认为,争论各方虽有分歧但无实质的差别,即都承认冲突各方有着不同的利益诉求,并且利益的份量和价值的重要程度也是有轻重之分的,当矛盾出现时需要采用一定的方法进行利益衡量,从而作出公平、公正,尽量能让各方都能接受的裁决,所异者仅在衡量的方法各有不同。

序和实体规范。现代社会注重人权保护,应着力化解各种权利之间的冲突。由于社会资源是有限的,因此,为了促进人权的有效实现应公正地分配各种社会资源,以满足不同群体的权利诉求,否则可能引发激烈的社会冲突。政府管理权作为一种公共权力,与自雇者的经济自由权相比,具有天然的扩张性、侵略性和强势性,必须受到严格的法律控制。一般地,当政府的管理权与公民的基本权利冲突之时,应优先保护公民的基本权利,因为公民权利是政府权力的源泉。进言之,政府管理权所代表的公共利益具有一定的模糊性,因此,政府公共权力的行使必须受到严格的法律控制,以防借公共利益之名行侵害公民权利之实。此外,社会公共利益虽然高于个人利益但最终仍体现为个人利益,因此,社会公共利益是实现个人利益的中介,政府管理权应当服务于自雇者的经济自由权,促进经济自由权的有效实现,而不是侵害或扼杀其经济自由权。从国外经验看,外国政府并不禁止个人在城市的经营,只是有地点、时间和方式的选择。^①因此,政府应当为公民自雇提供活动场所,如设立跳蚤市场、夜市和周末市场等。总之,对那种出于片面追求所谓的“市容整洁”目的,不顾低收入群体的生存需要,不给摊贩经济以合法的身份,不将其纳入法治化管理,将复杂的社会问题简单化,对社会矛盾不是尽量疏导,而是依仗城管实行强力压制的做法,实有必要进行合法性追问。^②

四、保障公民自雇权益的法律对策

权利要想得到有效实现,必须要有完善的法律保障机制。自雇作为公民的一项基本权利,是公民经济自由权的生动体现,是实现公民生存权益的有效途径。因此,为了切实保障公民自雇的合法权益,笔者特提出如下法律对策:

4.1 将自雇纳入公民基本权利的保护体系

自雇作为公民经济自由权的具体体现和生存权的有效实现途径,应当纳入公民基本权利的

保护体系。自雇作为经济自由权的体现,是公民的一项基本经济权利;自雇作为生存权的体现,属于最基本的人权。现代法治的基本理念是保障公民的基本权利,促进人权的有效实现。因此,对公民自雇的规制应贯彻“以人为本”理念,体现“服务意识”,以保障自雇者的生存权益为基本出发点和落脚点。自雇作为一项重要的宪法性权利,直接关系到公民生存利益的实现。自雇的机会、自由和权利是十分重要的,它直接与我们每一个人的生活息息相关。任何公民有从事经济活动和选择生活方式的自由,这种权利不仅应该得到宪法的确认,还必须获得经济法等部门法的保护。因此,将自雇纳入公民基本权利的保护体系,有利于激发全社会的创造活力,促进公民自主创业,为促进社会经济的持续健康发展提供源源不断的动力,因为“创业是发展之源、富民之本、和谐之基”。因此,国家应当从立法上明确宣告“自雇是合法的就业形式,公民的自雇权益受法律保护,任何组织和个人无权加以剥夺”。在政策制定上,政府应当明确规定“国家积极促进公民自雇就业,平等对待自雇者和受雇者”,及时清理并废除针对自雇就业的各种歧视性政策和法律文件。

4.2 建立促进公民自雇的政策扶持机制

公民自雇权益的实现,仅仅依靠公民基本权利的保护还远远不够。从现实来看,我国公民的自雇权益之所以得不到保护,一个很重要的原因是不公平的政策环境。正是因为各种歧视性的法律和政策,从制度上扼杀了自雇者的基本权利,使其长期以来成为政府禁止和取缔的对象,并被视为非法行为予以打击和处罚。因此,及时清理和废除各种不公平的政策和法律文件,建立促进公民自雇的政策扶持机制,从而将自雇就业纳入整个社会就业保障体系之中。为此,应做好以下几点:一是将自雇

^① 陈进“社会需求,是流动摊贩难禁的根源”,《新华每日电讯》2006年9月26日,第3版。

^② 高军、杜学文“城管公务活动暴力化现象的体制性省思”,《武汉理工大学学报》2008年第4期。

就业纳入社会就业促进体系,严格执行《就业促进法》关于促进公民就业和创业的一系列政策措施,如简化核准程序、实行税收优惠和小额信贷支持,在经营场地等方面给予照顾,免除行政事业性收费等,努力促进公民自雇权益的实现。借鉴《上海市社会保障“十一五”规划》(沪府发〔2007〕32号)的规定明确将“促进自主创业、自谋职业、自雇就业”^①纳入国家规划和立法之中,从国家高度明确承认自雇就业或自雇谋生的合法性。二是在2008年9月取消“两费”(个体工商户管理费和集贸市场管理费)^②的基础上,减免自雇者的营业税,对于从事和经营一般性、非特定行业的自雇者,只依法收取个人所得税,不再征收其他税。在金融服务上,要支持一些中小型金融机构,为起点较低的自雇者提供小额信贷。在社会保障上,政府可以为自雇者支付一定比例的社保费用,减轻他们全额缴款的经济压力。三是在公共资源的分配和公共服务的提供上,本着宽容、扶助的原则充分考虑自雇者的利益,公平公正地对待每一位社会成员,建立促进公民自雇的公共资源公平分享机制,为他们自食其力创造良好的社会环境。为此,政府应确保自雇者平等分享社会公共资源,如在不危及交通安全的前提下,允许其使用一些低成本的交通工具。总之,只有政府真正从自雇者的切身利益出发,建立健全促进公民自雇就业的金融、信息、技术与市场服务体系,才能真正促进自雇者生存权益的有效实现。

4.3 建立促进公民自雇的现代城市管理机制

自雇作为底层社会群体的一种主要的谋生方式受法律保护,但是为了维护社会公共利益他们也必须接受政府的合法管理。为此,政府应当建立促进公民自雇的现代城市管理机制。现代城市管理应首先树立服务理念,切实转变政府职能,在充分尊重公民自雇权益的前提下,依法对自雇活动予以积极地引导和规范。为此,在市场准入上本着“大有大做,小有小做”的原则,设定多类型、多层次的准入条件,为自雇

者从事自雇活动提供机会。这样既为自雇者谋生提供了足够的生存空间,又方便了广大群众的生活,也增强了市场经济的内在活力。在市场管理上,政府应根据不同行业的特点为自雇者提供审批、核准、登记、备案等多种选择。从国外经验看,各国对摊贩等自雇者的管理大都以维护治安、确保交通安全和环境卫生为目的,而并不对他们进行驱赶或没收工具。因此,政府应该允许自雇者在不妨碍交通安全和环境卫生的情况下,于特定禁止区域外从事流动经营。为此,可借鉴《浙江省城市市容和环境卫生管理条例》的规定,市、县、镇人民政府在制订城市、镇规划时,应当确定相应的经营场所,供农产品、日用小商品等自雇者从事经营。在城市规划和制度设计之时就将公民的自雇需求考虑进去,为其日后自雇活动预留充足的空间。新近公布的《个体工商户条例》(征求意见稿)规定:“无固定经营场所的摊贩,申请登记为个体工商户的,登记事项不包括经营场所。无固定经营场所的摊贩,应当在当地人民政府或者工商行政管理部门指定或者允许的区域从事经营活动。”这一规定为公民自雇提供了一定的便利,但仍存在不少问题。因为小贩的特点在于沿街叫卖,如将其集中于某一区域将严重影响其交易机会而使其无利可图。因此,政府应尊重公民追求良好生活品质的权利,而不能将其限制在某一区域内以致事实上剥夺了他们的自雇权益。在社团管理上,坚持“结社自由、入社自愿、

^① 《上海市社会保障“十一五”规划》(沪府发〔2007〕32号)的明确提出“通过实行更加灵活的就业方式和鼓励政策,引导劳动者转变就业观念,以创业促就业,着力促进青年、农村富余劳动力和产业结构调整中转移人员自主创业、自谋职业、自雇就业,让有志于创业的劳动者方便创业、成功创业。”<http://www.shanghai.gov.cn/shanghai/node2314/node2319/node12344/userobject26ai12313.html> 2007-10-16。

^② 2008年8月,经国务院批准,财政部会同国家发改委、国家工商总局下发了《关于停止征收个体工商户管理费和集贸市场管理费有关问题的通知》(财综〔2008〕61号),决定从2008年9月1日起在全国统一停止征收“两费”。该项政策的实施,将会实现市场经营主体公平竞争,促进个体、私营等非公有制经济持续健康发展。http://www.mof.gov.cn/mof/zhuantihuigu/2008lianghuiwandafuzhaiyao/zhengxiezhaiyao08/200903/t20090303_118340.html 2009-03-03。

退社自由”的原则,防止各种社团组织和行业组织强制自雇者加入,强行收取会费或强行摊派,从而损害其合法权益。因此,从长远看政府应当积极推进社团组织和行业组织改革,逐步实现政府部门与社团组织和行业组织的脱钩。^①

4.4 建立保障公民自雇权益的法律救济机制

司法是保障公民权利的最后一道防线,对公民自雇权益的实现意义重大。首先,通过修订和完善相关的法律法规,明确各级政府和行政管理机关的职权、职责。待条件具备时考虑制定专门的《自雇条例》,依法对除个体工商户以外的各种自雇活动作出全面的规定,为公民自雇权益的有效实现提供系统的法律保护。该法至少应当涵盖以下内容:自雇的法律性质、自雇者的权利、自雇的管理机关及其职责、自雇权益的救济、法律责任及其程序规定等。其次,建立宪法诉讼或者违宪审查制度为自雇者经济自由权和生存权的实现提供宪法保障。最后,修改和完善我国的《行政诉讼法》和《国家赔偿法》将侵犯公民自雇权益的行为纳入行政诉讼和国家赔偿的范围,从而为公民自雇权益的实

现提供充分的法律保障。

五、结 语

总之,自雇作为底层社会群体一种主要的谋生方式,对于维持其个人和家庭的生存具有极其重要的意义。因此,对于公民的这一基本权益任何组织和个人都无权加以剥夺。正如温家宝总理所言:“就业不仅关系一个人的生计,而且关系一个人的尊严。”自雇不仅关系到自雇者个人和家庭的生存,更关系到自雇者个人尊严和人生价值的实现。因此,以经济自由权为中心构建公民自雇权益的法律保障机制,通过“还权于民”使自雇者获得更多的“实惠”(经济利益),不仅可以为公民自雇权益的实现提供强大的法律保护,更重要的是使自雇者的劳动成果获得社会的认可和尊重,从而使每一位自雇者也能过上体面而又有尊严的生活。

责任编辑 薛迎春

On the Legal Protections of Citizen's Rights to be Self – employed

CHE Liangliang¹

(1. Southwest University of Political Science and Law, Chongqing 400031, China)

Abstract: Self – employment, as a way of life, means employed by oneself. It has become a very important form of employment for the bottom line social groups. Self – employment is a citizen's rights to economic freedom in its proper sense and is also an effective way to achieve citizen's rights to survival, which should be under effective protection by law. However, rights to be self – employed have been time and again violated at present, and the situation is much worried! This paper thinks that, citizen's rights to be self – employed should be incorporated into the basic human rights system, and strong legal protections should be provided for the realizations of citizen's rights to be self – employed through construction of policy support mechanism, modern urban management system as well as the Law Succor, so as to make every self – employee living a decent and dignified life.

Key words: self – employment; legal protection; right of economic freedom; right to survival

^① 陈日强“自雇权利建议12条——切实维护自雇者的合法权益,实现社会公平和社会和谐”,<http://www.zigu.org.cn/html/zgyj/fxsj/35.html> 2009-05-07.