

论创业权的权利属性、规范建构及其国家义务

朱军

(河南大学法学院, 河南开封, 475001)

[摘要] 创业是具有时代意义的法律活动, 其不仅需要国家政策上的扶持, 也要求保障公民创业权的实现。在权利属性上, 通过分析就业权、工作权和劳动权等与创业权相似的权利类型, 可知其具有积极权利和消极权利的双重属性。在权利构成上, 借鉴阿列克西的三要素权利构成理论, 对创业权的主体、客体和义务对象等进行规范建构。在保障路径上, 根据创业权的双重属性和义务对象, 运用国家义务理论, 理清保障其实现的国家尊重、保护和给付义务。在实现形式上, 制定《创业促进法》, 以突破创业权保障在法律形式上的瓶颈。

[关键词] 创业权; 国家义务; 权利构成; 《创业促进法》

[中图分类号] D911.01

[文献标识码] A

[文章编号] 1674-893X(2021)02-0001-09

一、问题的提出

在经济学上, 关于创业问题的研究可谓汗牛充栋, 且着重于探讨创业的基础性问题, 如创业的理论及其架构, 创业的“韦伯式”合法性, 创业与就业的关系等。由于经济学所探讨的主要是创业现象的自身理论和经济环境, 因此很少涉及制度性问题或者国家、社会等外部主体对创业的影响。创业是当前较为普遍的社会现象。这一现象为社会科学尤其是法学的研究提供着素材, 同时创业自身也需要法律层面的制度保障。现实中, 国家通过制定鼓励和促进创业的大量政策文件, 以及完成部分法律规范赋予的责任和义务, 参与到创业活动中去。

首先, 在政策层面上, 党和国家提出一系列创业扶持计划。党的十八大提出“要贯彻劳动者自主就业、市场调节就业、政府促进就业和鼓励创业的方针”。这是我国首次将鼓励创业纳入就业方针。2015年6月国务院发布《关于大力推进大众创业万众创新若干政策措施的意见》, 进一步明确国家在大众创业中的身份定位。针对上述意见, 国务院在财政支持、平台建设、知识产权保护、普惠金融、“互联网+”行动等相关层面的

体制机制创新具体出台了指导意见和若干规定。随后, 各部委出台相应的规范性文件对自身职能中涉及创业的部分进行调整与加强。创业得到国家政策上的充分支持, 并初步形成了创业的政策扶持体系。

其次, 相对于政策而言, 法律层面的创业保障也得到重视。宪法层面涉及创业的规范主要有第11条国家对非公有制经济的规定; 第13条公民私有财产保护的规定; 第42条公民劳动权的规定等。相对于宪法较为宏观的规定, 有关创业最具代表性的两部法律是《中小企业促进法》和《就业促进法》^[1]。前者是对创业成果的促进, 后者是对创业者的鼓励。众所周知, 创业的起点一般是中小企业, 《中小企业促进法》对创业有直接影响。该法第1条就明确表达“为了改善中小企业经营环境, 促进中小企业健康发展, 扩大城乡就业, 发挥中小企业在国民经济和社会发展中的重要作用”。新修订的《就业促进法》第7条也明确规定“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

[收稿日期] 2020-09-20; **[修回日期]** 2020-10-20

[作者简介] 朱军, 河南永城人, 博士, 河南大学法学院校聘副教授, 主要研究方向: 宪法学与行政法学, 联系邮箱: zhujunhnyu@163.com

谋职业提供便利”。除此之外,关于创业的法律还有2013年最新修改的《公司法》,可谓“极大地降低了青年创业的门槛,使得创业手续简化、创业周期缩短、创业成本大大降低”^[2]。另外,《劳动法》^[3]、《劳动合同法》^[4]、《合伙企业法》^[5]等法律的相关规定也为公民创业提供了相应的法律依据。

无论是政策层面还是法律层面,国家都采取了鼓励创业的措施。但不可否认,上述政策、法律都存在一定的弊端。首先,国家出台的相关支持政策多是源于创业为社会发展尤其是为就业和经济带来的促进作用,仍是一种政策性、临时性和“恩赐性”的给予。创业支持政策存在着应时性、无序性的特点,对于创业者自身也缺少相应的尊重和回馈。其次,上述法律虽然涉及创业问题,但并没给予创业者更为坚实的保障。以与创业息息相关的《中小企业促进法》为例,其便存在中小企业权益得不到保护,且维权困难等致命问题。而《就业促进法》同样存在平等就业保障不健全、司法救济不充分等缺陷。最后,以上政策、法律对创业的定位不清,即将创业作为企业发展和解决就业问题的附属,没有将之作为独立权利加以保护。欲改变上述状况,以法治思维重构一系列创业保护政策,以权利审视创业行为,制定单独的《创业促进法》等措施值得考量。

二、权利束体系中创业权的属性

作为一种新型权利类型的创业权,其内涵与外延的确定离不开与相关权利类型的比较。结合《国际人权公约》等国际条约和我国《宪法》文本的相关规定,可知与创业权相近的权利束主要包括就业权、工作权和劳动权等。一般认为,此三种权利并无清晰界限,且通常将三者不加区分地予以应用,甚至将三者之内容涵摄于一个抽象概念的范围之下。但考察就业、工作和劳动这三种权利,无论是文义,还是规范领域和保护范围,都存在明显区别,将之混为一谈,实不可取。

(一) 就业权、工作权和劳动权的本质内涵

1. 就业权

所谓就业权,有学者认为“是劳动者(雇员)得向国家或(和)雇主(用人单位)主张的、以获得或(和)保持职业工作机会为核心利益,从而实现其

生存与发展目的的劳动权利”^[6]。在此基础上,就业权的外延应该包括工作自由权、平等就业权、解雇保护权、就业服务权和失业保障权等。基于“就业”的文义解释,可见其强调主体的一种求职的行为,也即日常生活中所谓的“找工作”。因此,就业权主要倾向于主体层面的研究,尤其是一些特殊主体,如女性、农民工、失地农民、残疾人、大学生等社会基本认可的所谓弱势群体。对弱势群体就业权的关注,实质上是对平等就业权的关照。就业权主要倾向于祛除公民自主择业过程中所遇到的歧视待遇,这种歧视待遇一般来自对特定人员的特殊身份和特殊生理条件的歧视。故就业权的保障是一种自由意义上的平等权之保障,其核心内容包括择业自由权、平等就业权以及对失业者提供相应的服务等。

2. 工作权

一言以蔽之,有关工作的权利。其中“有关”不仅包括就业权意义上获得工作的权利,还包括获得工作之后维持工作并取得相应报酬的权利。《经济、社会和文化权利国际公约》第6条、第7条规定了工作权的内容。其中,第6条不仅规定人人都具有获得工作的权利,还详细论述了缔约国应采取适当具体措施保障该权利的实现。另外,《欧洲社会宪章》对工作权的具体内容作了更为详细的规定。就具体内容而言,主要有获得工作的权利、获得平等就业机会的权利、同工同酬、获得最低生活报酬的权利、工作过程中的安全卫生条件、平等晋升的权利以及休息休假的权利等。可见,工作权在国际法层面获得了普遍认可,并对其内涵作出详细且广泛的规定。反观国内研究,除了将工作权、就业权和劳动权一体观之以外,多数认为工作权应该较之于就业权的范围广,较之于劳动权的范围窄^[7]。故工作权在包含获得工作的权利(就业权)之外,还应该包括工作过程中获得报酬的权利,如同工同酬、获得最低限度的工资标准等。当然,工作权所包含的持续性内容也使职业安定性成为其题中之义。

3. 劳动权

相对于就业权和工作权,我国《宪法》第42条对劳动权有明确规定。欲阐明劳动权的宪法意义,需从以下三个方面加以梳理:第一,宪法上

的劳动权与劳动法中的劳动权。两者相较，在权利主体、权利客体以及保障范围等方面均存在差异。一般而言，宪法上的劳动权主体是一国之公民，而劳动法和劳动合同法上的劳动权的主体主要指劳动合同的相对人，也即劳动者^[8]。从权利内容来讲，劳动法上的劳动权主要是指《劳动法》第3条列举的子权利。但宪法上劳动权的内容则非常广泛，不仅包括个体劳动权，也包括集体劳动权即团结权、团体交涉权、团体争议权等^[9]。第二，劳动权的属性：自由权与社会权。劳动权的属性是宪法上劳动权关注之重点，也是进一步研究之基础。一般认为，宪法上的劳动权既有自由权的成分，同时也体现了社会权的属性。有关择业自由权、集体劳动权中的“劳动三权”体现的是自由权意义上的劳动权，而个体劳动权、最低工资保障等内容则是社会权属性的体现。第三，宪法中劳动权的价值。作为宪法上的基本权利，劳动权不仅要求国家履行自由权意义上的消极义务，还应积极承担保障和给付的相关责任。然而，除直接运用权利的二元属性阐释劳动权规范价值之外，从政治伦理上讲，劳动权规范“既是一种保障私权的权利规范，也是蕴含社会主义国家的国家伦理的重要承认规范”^[10]。因此，劳动权除作为规范性权利之外，也具有国家伦理承认层面的意义。

（二）创业的权利基因：权利束中双重属性的借鉴

由上可知，就业权、工作权和劳动权的规范保护范围大致呈依次递增的趋势，即劳动权的内容和保障范围最广，工作权次之，就业权最小。

1. 就业权、工作权和劳动权的双重属性

第一，就业权强调公民谋求职业的前提条件，主要关照寻求职业时的平等与否。此时国家负有保障就业市场公平和个人就业过程中免受歧视的义务。第二，工作权意味着公民在公平的就业市场上有获得一份工作的权利。其主要内涵包括工作的获得权、择业自由权以及工作报酬权等。但是，工作权的实现仍需要国家努力发展经济，创造充裕的工作机会。而最低工作报酬权也应得到相应的保护，因其不仅关系到公民的劳动价值，同时决定了公民基本生活条件的满足。故

而，工作权也要求国家从积极和消极两个层面予以保障。第三，劳动权在权利主体和保障范围层面都更为宽泛。从主体上看，宪法劳动权主体的“劳动者”可以理解为“已为劳动者、今为劳动者、当为劳动者均应受劳动基本权的特别保护”^[11]。此时“劳动者”的含义已经基本和“公民”等同。劳动权内容层面，从过程论角度观之，劳动权的内涵贯穿于就业之前、就业之时、工作之中和失业之后。从属性上看，其自由权属性包括择业自由、迁徙自由和集体劳动权中的“劳动三权”。社会权属性则主要包括国家为劳动者创造经济发展环境、提供就业机会、就业前的技能训练以及劳动权被侵犯时的救济等。可见，劳动权的保护主体最广泛，保护的程度最高，其双重属性的色彩更为浓重。

2. 双重属性思维下的创业权

所谓“创业”，一般为“开创事业”之意。当下语境中的创业，往往与就业、创新等词汇一并出现，其内涵相对狭隘。下文探讨之“创业”，主要是在与工作、就业等语词比较下进行的考量。但创业的权利表达并不是对上述权利的重复，其自身具有其他权利所无法涵盖的权利特质和国家义务。首先，创业是一种工作获得的手段。创业，超越了传统意义上个人在劳动者和雇佣者关系上的劳动者身份，而使自身成为个体经营者或雇佣者。这种身份的转换并没有改变个体“获得劳动对象”的本质。其次，创业是个体获得“劳动对象”的自由选择，且这种自由相对于就业权、工作权和劳动权而言，其主体的主动地位表达得更为彻底和充分。最后，创业需要良好的市场和制度环境，以及政策上一定程度的倾斜保护。对于市场经济发展不够成熟的我国而言，创业所需要的制度环境仍有改进的空间，且这一制度性保障的义务主体非国家莫属。此乃宪法层面的国家保护义务。另外，政策上的倾斜保护对于创业初期的个人或者企业而言十分必要。这种税收上的优惠、财政上的补贴，以及为创业主体提供处所等行为，可以将之看作是国家给付义务的履行。综上，创业权不仅体现了权利行使者自身的主动身份，另一层面也要求国家为创业者提供制度性保障等保护和给付义务。因此，创业权实质上融

合了积极权利与消极权利的双重属性,是具有鲜明政策导向的权利类型。

三、创业权的三元体系构造:以阿列克西的三要素权利理论为模型

上述以权利的两种属性为基准分析了创业的权利基因。然而,相较于就业、工作和劳动等权利,创业权仅具有属性上的权利基因,还无法突出自身的特质。认定创业权,诉诸权利构成理论来对创业的具体内容加以界定为一重要方法。循此路径,将仅具有权利“基因”的创业权上升到有丰满血肉和完整骨架的真正权利方为可能。

(一) 阿列克西的三要素权利构成理论模型

阿列克西对个人权利的经典论述及其在权利理论建构和实践分析框架中的探讨,被诸多研究权利理论的学者奉为圭臬。阿氏认为构成三阶层模式基础的是:① 支持个人权利的理由;② 作为法律地位与法律关系的个人权利;③ 个人权利之可实施性三者之间的区分。为区分以上三点,阿列克西认为:首先,有大相径庭的东西可以作为支援个人权利的理由,但应将权利人对于权利对象的利益,以及使其自由意志的确认成为可能等理由,区别于权利本身。后者存在于第二阶层的法律地位和法律关系中。另外,对将权利本身与“个人权利的可实施性”相混淆者,阿氏认为“一个权利的存在是其可实施性的实质理由,而如果权利的概念已然包括了可实施性的话,这就是不可能的了”^[12]。由此可见,阿列克西认为的个人权利主要是指第二层次中的“作为法律地位与法律关系的个人权利”。

作为一种法律地位或者法律关系,权利本身主要是三个要素之间的规范联系:权利主体(a),义务主体(b),权利的内容(G)。此外,三要素之间还存在一种关系的规范模态(O)。权利的一般形式可表达为“a对b有要求G之权利”^[13]。阿列克西称这种形式为“要求某事之权”,即“请求权”之谓。以上权利的三要素通过实施权利的适用条件“R”便可用下列公式来表达,即:

(1) $R a b G$; 以及(2) $O b a G$

实质上,上述两个公式具有同质性。“只是后面这一公式表达了请求权的相对义务,请求权与其相对义务是同一件事的两种不同表述方

式”^[14]。由此,这种三阶层模式明显是对权利本身作出的界定,主要回答权利与其产生理由和可实施性之间的差别。而三要素理论是对一项权利进行内容或者构成上的经典表述,是对权利本体论的解读。下文将借助三要素理论论述创业权的具体构造。

(二) 三要素权利构成理论在创业权规范建构中的应用

权利构成是权利本体论的实质内容,是该权利区别于他权利最核心的部分。阿列克西对权利的界定,是将其置于中观语境中去考量,将权利构成与权利产生、实施相区分,此即所谓的三阶层模式^[2]。对权利构成的论述则是一种微观考察,将之总结为以主体、相对人和对象为内容的三要素理论。创业权的内涵若满足构成要件三要素,则其在本体论上已具备作为一项权利的前提。下文据此理论对创业权加以证成。

1. 主体维度论

参照上述对工作权和劳动权的分析,以及宪法上对基本权利主体的规定,可将创业权享有者概括为一般主体、特殊主体和特定主体^[15]。

所谓的一般主体主要指公民,即拥有一国国籍的人。毋庸置疑,作为一般主体的公民都拥有创业权。宪法上的特殊主体主要包括法人和外国人。对于基本权利而言,法人和外国人作为主体是受到限制的。如法人不可以也不可能享有人身自由和精神自由,而外国人则很难享有参政权和同等社会保障权。但就创业权而言,法人和外国人在权利享有程度上基本与本国公民无异。甚至在一定时期内外国人享有比本国人更好的待遇。《中小企业促进法》既可看作是对个人创业的支持,同时也承认了法人的创业权主体地位。

特定主体指的是“享有某种或某些具有特定的基本权利的主体”^[16]。在宪法中,特定主体主要包括少数民族、青少年、妇女和儿童、残疾人以及华侨华人等。创业权对于特定主体也有特别的关注。2015年颁布的《国务院大力推进大众创业万众创新若干政策措施的意见》中对特定主体作了概括,主要有高校毕业生、农村转移劳动力、城镇困难人员、退役军人和境外华人等。该群体可看作是国家大力支持和鼓励创业的“特

定主体”。为此，国务院及其相关部委针对特定主体制定了相关政策文件，如《国务院办公厅关于支持农民工等人员返乡创业的意见》《国务院办公厅关于深化高等学校创新创业教育改革的实施意见》《国务院办公厅关于做好2014年全国普通高等学校毕业生就业创业工作的通知》等。对大学应届毕业生等青年群体创业予以特殊照顾，并不为我国所特有，在德国等欧洲国家也建立了相对完善的鼓励青年创业的法律体系。

2. 客体维度论

权利的客体，即权利保障指向的内容，或是权利之所以作为该权利的实质涵义。以劳动权为例，其客体的表达是对“劳动”一词在宪法上的意蕴阐释。与之相似，创业权的客体则应诉诸“创业”内涵的界定。如果创业权的客体没有其特殊性，也即“创业”的含义与其他权利交叉或重复，则其能否作为独立权利存在是值得怀疑的。对创业权客体的分析，笔者仍坚持基本权利双重属性和权利的比较方法等理路。总体上讲，创业权客体的主要内容包括创业自由、创业制度、创业教育和创业环境等。

第一，消极自由层面的“创业”。创业的消极自由层面可称之为创业自由，是创业者拥有创业权的前提。在一般意义上，创业者为个人和企业两类。个人层面的创业自由可谓是广义的职业选择自由。但“职业”的内涵与创业差别较大，并且职业选择自由属于劳动权和工作权的下性子权利，难以与创业权自由层面相提并论，故创业自由独立于职业选择自由之外。企业、法人等团体组织的创业自由，一定程度上和营业自由的意蕴相吻合。企业的营业自由是作为基本权利的经济自由的重要组成部分，但我国《宪法》并没有明文规定经济组织和个人的营业权^[17]。虽说没有列举并不意味着不加以保护，但在保护范围和程度上与宪法列举的基本权利相比存在一定差别。另外，在部门法领域，《公司法》等已对企业的自主经营权，如公司章程的自主制定权等，予以详细规定。这在一定程度上弥补了宪法的缺失。但是，相对于宪法而言，部门法的规定仍欠系统，并且营业自由权在当前法律体系中的地位还只是未列举权利之一。因此，在营业自由的法

律地位仍需进一步论证以及职业选择自由无法覆盖创业自由的背景下，消极自由层面的创业权因具有主体复合式的权利形态而具有独立意义。

第二，制度性保障层面的“创业”。有关创业的制度内容涵盖领域十分广泛，其中最重要的是指创业扶助制度，也可谓创业激励制度。现阶段，创业扶助制度主要包括投融资制度、公司等团体登记制度、知识产权保障制度、人力资源供给制度以及财政税收减免制度等。以上制度所涉领域较多，内容十分庞杂。仅以2013年修订的《公司法》为例，其就在六个方面为创业者提供了制度上的简便程序：①取消了公司注册资本最低限额要求；②公司注册资本由实缴登记制变为认缴登记制；③公司注册资本中的货币出资最低比例被取消；④公司注册登记时，无需提交验资报告；⑤将公司年度检验制度改为年度报告公示制度；⑥简化了公司住所(经营场所)登记手续。这种法律上的改进反映了国家对创业权制度性保障层面的重视。

第三，创业教育和创业环境。创业教育不仅能够培育公民的创业理念，更为重要的是使创业者掌握创业知识，回避创业风险，拓展创业渠道，明确创业方向。另外，创业教育促使创业者更加理性，能提高创业的成功几率。创业环境主要是指整个社会的创业氛围。创业氛围的浓烈与否离不开国家的支持和培育。例如国家在扶持创业上的资金投入力度，创业空间的提供以及相应的基础设施的完善等。创业教育属于广义的创业环境，而良好的创业环境需要国家从不同层面履行自身的义务。

综上，创业权客体——“创业”形态——已呼之欲出，其主要包括消极层面的创业自由，以及积极层面的创业制度、教育和环境等。其中，创业自由是创业权的前提和基础，创业制度是创业权能够实现的核心要素，创业教育和创业环境则是创业权必不可少的组成部分。上述三要素共同构成了创业权客体的实质内容。

3. 义务对象维度论

权利依其不同的义务对象，可区分为公权利和私权利^[3]。从创业权的客体可见，其虽具有私权利的内容，但明显的公权利属性也使其义务主

体的构成离不开国家。在创业权与就业权、工作权和劳动权的比较中,可以看出国家在保护权利免受侵害,以及提供制度性保障方面的义务。一般而言,国家的保护责任是不可推卸的。

根据阿列克西公式,国家对创业权利的保护,可以表述为“创业者(a)对于国家(b)有要求其不干预创业选择和创业经营(G)的权利”以及“创业者(a)对于国家(b)有要求其提供创业保护和创业制度(G)的权利”。前者所要求的为消极行为(不作为),后者所要求的是积极行为(作为)。要求国家不作为的权利即是所谓的“防御权”,而要求国家作为的权利是包括社会权以及保护请求权在内的各种“给付权”。创业权对国家提出的作为亦或不作为都构成该权利的重要内容。国家对于创业权的保障应履行何种义务?该义务具体包括哪些内容?下文将予以详述。

四、创业权保障的国家义务类型

作为具有鲜明公权利属性的权利类型,创业权最主要的义务主体是国家。实践中,国家为保障创业权的实现采取了不同层次、不同角度的措施。然而,这些措施是否完善,能否充分保障创业权,需要有效的评价标准和理论模式。创业权在与之相关的权利束的比较中,其体现的自由权和社会权的双重属性为借鉴基本权利功能理论和国家义务理论提供前提和基础。

德国宪法学将基本权利的双重属性概括为主观公权利和共同体的客观秩序^[18]。作为“主观权利”的基本权利有防御权功能和受益权功能;作为“客观的法”的基本权利的功能可以概括为“客观价值秩序功能”。防御权功能对应的是国家消极/尊重义务,受益权功能针对的是国家的给付义务,而“客观价值秩序功能”对应的则是国家保护义务^[19]。对于公民权利与国家义务的关系,有学者断言“国家义务理论的直接来源和唯一目的便是公民权利”,“国家与公民关系的历史发展及趋势表明,国家义务与公民权利已经成为现代国家与公民关系的主轴”^[20]。可见,国家义务理论在应用上不仅局限于基本权利。大凡具备权利的双重属性,且其义务对象指向国家者,国家义务理论便能为该权利的发展和实现提供合理路径。

当前国家义务理论的构成主要包括以下四个方面:第一,在内容和层次选择上,国家义务理论对传统的“二层次”“四层次”等加以批判,坚持“三层次”的构成模式。第二,在语词选择上,国家义务理论认为“尊重”“保护”和“给付”是基本权利功能论和人权保障等领域研究的合理总结。对“承认”“实现”和“促进”等用词,因其内容已涵摄于上述语词中,故不再使用。第三,国家义务理论内部三者之间的关系为:尊重义务是前提,保护义务是核心,给付义务是基础。以下,笔者将从尊重义务、保护义务和给付义务出发,对创业权保障的国家义务体系进行梳理。

(一) 创业权的国家尊重义务

创业权的防御权功能对应国家尊重义务。保障创业权的国家尊重义务,一方面是指国家不干预创业者的自我决定权利,如创业选择自由、合法开展创业活动的自由等;另一方面要求国家在制定法律和政策时尊重创业者、尊重创业活动,如创业激励、创业精神的倡导等。前者可以理解为消极的尊重义务,即“抑制国家”,抑制国家权力过度干预创业者的创业活动,权利必须在宪法、法律和行政法规的范围内行使;后者乃积极的尊重义务,即“尊重个人”,尊重创业者自我选择和自我经营的权利。

立足尊重义务的两种情形,对创业权的具体法律实践加以分析。首先,虽然创业者自主选择创业范围和创业活动的权利没有单独的法律法规加以保障,但从现行的法律条文中已能找到部分依据。如《就业促进法》第3条规定:“劳动者依法享有平等就业和自主择业的权利”;《劳动法》第10条第3款认为:“国家支持劳动者自愿组织起来就业和从事个体经营实现就业。”除了上述有关个体和劳动者权利保障的法律外,《公司法》《合伙企业法》等法律对法人、合伙企业等组织的自主经营活动加以保护。其次,除从“抑制国家权力”层面对创业者的自主活动作出规定外,国务院颁布的《关于大力推进大众创业万众创新若干政策措施的意见》中规定“尊重创业创新规律,坚持以人为本,切实解决创业者面临的资金需求、市场信息、政策扶持、技术支撑、公

共服务等瓶颈问题”等内容，则可认为是从尊重个人、尊重创业者的角度履行国家的尊重义务。

（二）创业权的国家保护义务

国家保护义务主要源于基本权利的客观秩序功能，其内容大致包括：① 制度性保障和组织与程序保障义务；② 保护公民免受私法关系中其他私人侵害的义务；③ 狭义保护义务，即保护公民免受其他的来自第三方侵害的义务^[21]。由于①类型的保护义务与国家给付义务中的组织和制度性给付在内容上有暗合之处，下文对此问题予以详述。

创业权的国家保护义务主要是指国家保障创业者免受包括国家在内的所有主体的不当干预。故保护义务的履行主体主要指向司法机关。按创业权不同的侵害主体，可将保护义务分为免受私人行为侵害的义务和免受国家权力侵害的义务。免受私人行为的侵害，其行为种类多样，如《公司法》中的股东出资不实；《劳动法》中用人单位对劳动者就业中的歧视，以及侵犯个人或企业的知识产权等。私人的侵犯行为，可以通过民事诉讼寻求司法机关的最终救济。相对私主体的侵害，国家公权力的侵害行为造成的后果可能更为严重，如违反《行政许可法》的许可事项规定对创业行为不予许可；不遵守相关行政程序，违法干预具体的创业活动等行为直接将创业者的创业活动扼杀于“摇篮之中”。对此，创业者可以根据《行政诉讼法》的具体规定，进行诉讼救济。如《行政诉讼法》第12条明确规定的受理范围中，事关创业权的就有：① 暂扣或者吊销许可证和执照、责令停产停业、没收违法所得的行政处罚；② 对财产的查封、扣押、冻结等行政强制措施和行政强制执行；③ 申请行政许可，行政机关拒绝或者在法定期限内不予答复；④ 行政机关侵犯其经营自主权；⑤ 行政机关不依法履行、未按照约定履行或者违法变更、解除政府特许经营协议等情形。

（三）创业权的国家给付义务

国家给付义务，按照给付内容的不同主要包括产品性给付义务和程序性给付义务两种^[22]。程序性给付又可以分为管理给付、组织给付和制度给付等形式。创业权要求的国家给付主要是程序

性给付，主要表现为国家为创业者提供良好的创业环境、基本的创业教育、简便的创业程序和完善的创业法律制度。而产品性给付主要表现为国家对创业的奖励、税收优惠和财政补贴等。

创业环境和创业程序的提供最基本的还是靠创业法律制度的保障。《就业促进法》对创业问题给予较高的关注，第7条总括式规定：“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。”具体政策支持，如促进民营企业发展、有利的财政政策、失业保险、税收优惠、金融政策以及城乡统筹等，则在该法第二章予以详细规定。但是《就业促进法》毕竟是旨在促进就业，对于创业问题的规定并不是十分清晰。相对于德国等西方国家而言，我国在创业教育方面存在创业法律风险教育不足、师资队伍严重匮乏、理论与实践脱节等问题。因此，国家在对创业权给付上虽然已经作出相关政策和法律的规定，但是不难看出具体给付义务的履行仍较为滞后。

五、余论

通过梳理创业权的尊重、保护和给付义务，不难发现保障“创业权”的部分内容已经在相关法律法规中予以了规定。然而，关于创业权的基本法律还存在空缺，许多问题只能依靠相关行政法规和规范性文件进行保障。对于创业权的定性、创业过程中的政策优惠和国家支持以及创业行为受到侵犯后的司法救济等重大问题都存在空缺。虽然依靠部分支持创业的社会政策可给予创业权一定的保护，并且能够根据经济社会情况有效调整其保障程度和范围。但是不可否认，社会政策对创业权的保护天然地存在保障层级较低、保障力度不够、司法救济效果不明显等问题。故笔者认为国家应借鉴《就业促进法》的立法经验，适时制定独立的创业基本法即《创业促进法》，并将之作为保障创业权的基本法律。笔者认为《创业促进法》的基本体例应为：

第一章 总 则

第二章 政策支持

第三章 创业服务和管理

第四章 创业教育和培训

第五章 创业援助与社会参与

第六章 监督检查

第七章 法律责任

第八章 附 则

参考文献:

- [1] 余琴. 就业促进法首先应是鼓励创业的法律——访中央党校周天勇教授[J]. 中国改革, 2007(6): 33-34.
YU Qin. The employment promotion law should first be a law to encourage entrepreneurship—Interview with professor Zhou Tianyong from the Central Party School[J]. China Reform, 2007(6): 33-34.
- [2] 贾辰君. 公司法修改背景下的青年创业法律问题研究[J]. 西安电子科技大学学报(社会科学版), 2014(6): 92-97.
JIA Chenjun. Research on the legal issues of youth entrepreneurship under the background of the amendment of the company law[J]. Journal of Xidian University (Social Science Edition), 2014(6): 92-97.
- [3] 刘勇. 欧洲青年就业促进法律与政策研究[J]. 政治与法律, 2012(6): 121-130.
LIU Yong. Research on European youth employment promotion law and policy[J]. Politics and Law, 2012(6): 121-130.
- [4] 贺尊. 劳动合同法的就业创业效应分析[J]. 福建论坛·人文社会科学版, 2012(6): 165-170.
HE Zun. Analysis of employment and entrepreneurship effect of labor contract law[J]. Fujian Forum • Humanities and Social Sciences Edition, 2012(6): 165-170.
- [5] 孙晓娟. 论我国民间资本创业投资法律制度的完善[J]. 甘肃政法学院学报, 2011(2): 102-106.
SUN Xiaojuan. On the perfection of the legal system of private capital venture investment in my country[J]. Journal of Gansu University of Political Science and Law, 2011(2): 102-106.
- [6] 李运华. 就业权: 概念的建构与分析[J]. 社会保障研究, 2011(4): 98-105.
LI Yunhua. Employment right: Conceptual construction and analysis[J]. Social Security Research, 2011(4): 98-105.
- [7] 王天玉, 仇晓光. 工作权之再认识——与劳动权相比较视角下的展开[J]. 当代法学, 2011(3): 142-149.
WANG Tianyu, QIU Xiaoguang. Re-recognition of the right to work — Expansion from the perspective of comparison with the right to work[J]. Contemporary Law Science, 2011(3): 142-149.
- [8] 王德志. 论我国宪法劳动权的理论建构[J]. 中国法学, 2014(3): 72-90.
WANG Dezhi. On the theoretical construction of labor rights in my country's constitution[J]. Chinese Law Science, 2014(3): 72-90.
- [9] 王锴. 论我国宪法上的劳动权与劳动义务[J]. 法学家, 2008(4): 56-64.
WANG Kai. On labor rights and labor obligations in my country's constitution[J]. Jurist, 2008(4): 56-64.
- [10] 王旭. 劳动、政治承认和国家伦理——对我国宪法劳动权规范的一中阐释[J]. 中国法学, 2010(3): 76-89.
WANG Xu. Labor, political recognition, and national ethics: An interpretation of my country's constitutional labor rights regulations[J]. Chinese Law, 2010(3): 76-89.
- [11] 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): 32-56.
LIU Shihao. The position of labor fundamental rights in my country's constitutional fundamental rights system (Part 1)[J]. Zhengda Law Review, 2005(10): 32-56.
- [12] 罗伯特·阿列克西. 法·理性·商谈: 法哲学研究[M]. 朱光, 雷磊, 译, 北京: 中国法制出版社, 2011: 227-231.
ALEXI R. Law • Reason • Discussion: A study of legal philosophy[M]. Trans. ZHU Guang, LEI Lei. Beijing: China Legal Publishing House, 2011: 227-231.
- [13] 王鹏翔. 论基本权利的规范建构[J]. 台大法学论丛, 2004(2): 45-61.
WANG Pengxiang. On the normative construction of fundamental rights[J]. National Taiwan University Law Review, 2004(2): 45-61.
- [14] 陈显武, 谢建新. 论 Robert • Alexy 对主观基本权利之规范逻辑上之建构[J]. 国家发展研究, 2012(2): 109-133.
CHEN Xianwu, XIE Jianxin. On Robert Alexy's normative logic construction of subjective basic rights[J]. National Development Research, 2012(2): 109-133.
- [15] 林来梵. 宪法学讲义[M]. 北京: 法律出版社, 2015: 286.
LIN Laifan. Lecture notes on constitution studies[M]. Beijing: Law Press, 2015: 286.

- [16] 林来梵. 从宪法规范到规范宪法: 规范宪法学的一种前言[M]. 北京: 法律出版社, 2002: 87.
LIN Laifan. From constitutional norm to normative constitution: A preface to normative constitution studies[M]. Beijing: Law Press, 2002: 87.
- [17] 肖海军. 论营业权入宪——比较宪法视野下的营业权[J]. 法律科学, 2005(2): 9–19.
XIAO Haijun. On the entry of business rights into the constitution: A comparison of business rights under the constitution[J]. Law Science, 2005(2): 9–19.
- [18] 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: 226.
Konrad Hesse. Federal German constitution outline[M]. Trans. LI Hui. Beijing: The Commercial Press, 2007: 226.
- [19] 张翔. 基本权利的受益权功能与国家的给付义务——从基本权利分析框架的革新开始[J]. 中国法学, 2006(1): 21–36.
ZHANG Xiang. The beneficiary function of fundamental rights and the state's obligation to pay: Starting from the innovation of fundamental rights analysis framework[J]. Chinese Law, 2006(1): 21–36.
- [20] 龚向和. 国家义务是公民权利的根本保障——国家与公民关系新视角[J]. 法律科学, 2010(4): 3–7.
GONG Xianghe. The state's obligation is the fundamental guarantee of citizen's rights—A new perspective on the relationship between state and citizen[J]. Law Science, 2010(4): 3–7.
- [21] 张翔. 基本权利的规范建构[M]. 北京: 高等教育出版社, 2008: 128.
ZHANG Xiang. Normative construction of fundamental rights[M]. Beijing: Higher Education Press, 2008: 128.
- [22] 龚向和. 论民生保障的国家义务[J]. 法学论坛, 2013(3): 126–133.
GONG Xianghe. On the state's obligations to guarantee people's livelihood[J]. Forum of Law Science, 2013(3): 126–133.

On the right attribute, norm construction and state obligations of entrepreneurial right

ZHU Jun

(Law School, Henan University, Kaifeng 475001, China)

Abstract: As it is a legal activity with the significance of time, entrepreneurship not only needs support of national policy, but it also requires that the realization of civil entrepreneurship right be protected. Specifically, for right attribute, by analyzing types of right that similar to entrepreneurship right such as employment right, working right and labor right, etc., the double attributes of positive rights and negative rights of entrepreneurship right could be understood. For constitution of right, by applying Robert Alex's three elements theory of right construction, it normatively constructs these aspects as subject, object and the object of obligation, etc.. On protection ways and means, based on the dual attribute and object of obligation of entrepreneurship right, and applying the theory of national obligation, it straightens such aspects concerning protecting the realization of entrepreneurship right as obligations to state respect, obligations to protect and obligations to pay. For realizing forms, it formulates *Entrepreneurship Promotion Law*, so as to break the “bottle neck” of legal form of entrepreneurship right.

Key Words: entrepreneurship right; state obligations; constitution of right; *Entrepreneurship Promotion Law*

[编辑: 苏慧]