

国际(人权)法视野下的就业平等权及其法律规制

——兼议我国公民就业平等权的法律保护

梁 晓 春

[摘 要] 就业平等权作为基本人权的一项重要内容,已经成为国际人权法上普遍接受的原则。作为国际社会的重要成员,我国批准、加入了一系列禁止歧视、保障就业平等权的国际公约,但由于种种原因,就业平等权在我国的实施并不尽如人意,就业歧视已成为我国当前一个突出的社会问题。解决这一问题,除了传统观念的更新、相关制度的变革外,主要还得从法律制度上着手,借鉴国际反歧视立法之成功经验,构建适合中国国情的反就业歧视法律制度。

[关键词] 就业平等权;就业歧视;国际(人权)法;根源;借鉴;规制

[中图分类号] DF9 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2008)03-0304-05

一、就业平等权的国际法规制

为了保护平等就业权,有效反对歧视,国际社会通过了一系列的公约,用法律手段来维护人权。

(一)基础性法律文件

《联合国宪章》、《世界人权宣言》、《公民权利和政治权利国际公约》、《经济、社会和文化权利国际公约》是国际社会保护人权,包括平等就业权的基础性法律文件。

《联合国宪章》第 13 条、第 55 条、第 62 条、第 76 条提出联合国应在经济、社会、文化、教育及卫生等方面,不分种族、性别、语言或宗教,增进对全体人类的人权及基本自由的尊重^[1](第 250-251 页),这是现代国际关系中首次在全球性的重要法律文件中确认平等权。1948 年联大通过的《世界人权宣言》指出,人人皆享有宣言所载的一切权利与自由,不分种族、肤色、性别、语言、宗教、政治或其他见解、国籍或社会出生、财产、出身或其他身份^[1](第 2-3 页)。之后,《经济、社会及文化权利国际公约》和《公民权利和政治权利国际公约》以明确的法律形式将平等原则具体化为条约法规范,《公民权利和政治权利国际公约》第 26 条规定:“…法律应禁止任何歧视并保证所有的人得到平等的和有效的保护,以免受基于种族、肤色、性别、语言、宗教、政治或其他见解、国籍或社会出生、财产、出身或其他身份等任何理由的歧视”。《经济、社会及文化权利国际公约》第 2 条(2)款规定:“本公约缔约各国承担保证,本公约所宣布的权利应予普遍行使,而不得有例如种族、肤色、性别、语言、宗教、政治或其他见解、国籍或社会出身、财产、出生或其他身份等任何区分。”^[1](第 37-39 页)

(二)国际劳工组织通过的公约

国际劳工组织在《费城宣言》中指出:“全人类不分种族、信仰或性别,都有权在自由和尊严、经济有保障和机会均等的条件下,谋求其物质福利和精神发展。”在就业平等权的保护方面,国际劳工组织通过了两项最重要的国际劳工公约,分别为 1951 年第 100 号的《同工同酬公约》和 1958 年第 111 号的《(就

业与职业)歧视公约》。后者对“歧视”进行了定义。1998年通过的《国际劳工组织关于工作中的基本原则和权利宣言》,将包括“消除就业和职业中的歧视”在内的8项国际劳工公约作为最基本的人权保护公约,列为核心国际劳工标准,明确提出,作为国际劳工组织成员国,“即使是尚未批准这些公约,但仅从作为劳工组织成员这一事实出发,所有成员国都有义务真诚地并根据《章程》的要求,尊重、促进和实现关于作为这些公约之主题的基本权利的各项原则”^[2](第144-146页),从而使得这些公约对所有会员国都具有道义上的法律约束力。

(三)特殊保护的公约和文件

联合国还针对特定领域,通过了一些特殊保护的公约和文件。在妇女方面主要有1967年的《消除对妇女歧视宣言》、1979年的《消除对妇女一切形式歧视公约》,肯定了妇女与男子同等的地位,《消除对妇女歧视宣言》第10条规定:“为确保妇女,不论已婚未婚,皆能在经济及社会生活方面,享有与男子平等的权利,尤其下列各项,应采取一切适当措施:……”^[1](第351-353页)。《消除对妇女一切形式歧视公约》第11条中更加具体地提出了妇女的公平就业权,规定缔约各国应采取一切适当措施,消除在就业方面对妇女的歧视^[1](第370-371页)。在残疾人方面有1975年的《残疾人权利宣言》、1983年的《残疾人职业康复与就业公约》。在移徙工人方面有1990年的《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》等。这些公约和文件充分体现了国际社会对这些弱势群体的重视与关注,为实现全人类平等、反对歧视、捍卫人的基本尊严及各国立法提供了有力的支持。

二、就业平等权的国内法规制

在国内法层面上,美国、英国、澳大利亚、香港等许多国家和地区在宪法、法律中规定了公民平等的就业权,不仅制定专门的反歧视法或单行法以禁止任何形式的歧视,而且有可行的制度和机制保证落实。以美国为例,自20世纪60年代开始,陆续颁布实行了《同酬法》、《民权法》、《就业年龄歧视法》、《怀孕歧视法》和《美国残障人士法》等系列法律,以禁止就业歧视,保障就业公平。1964年美国设立了平等就业机会委员会,专门负责执行法案所指定的禁止就业歧视的法律。1991年《民权法》对1964年《民权法》规定的救济措施进行了大幅修正,减轻了就业歧视案件原告被害人之举证责任,加强了对提出所谓“反歧视”诉讼之限制,延长了对歧视性年资制度提起诉讼之时效期间。

我国在一系列的重要法律法规中对劳动者平等就业权利给予了明确保障。2007年,十届全国人大常委会第29次会议表决通过的《中华人民共和国就业促进法》,明确规定了国家、各级政府、用人单位、职业中介机构在消除就业歧视、保障平等就业方面各自的职责。与原《劳动法》相比,一是拓宽了就业歧视的认定范围,将就业歧视调整的范围从劳动关系形成后扩展至劳动关系建立以前的求职过程,将来就业歧视类型列举式的规定改为兜底式的立法,加上“…等”将现实生活中普遍存在的诸如身高、年龄、户籍等歧视类型通通纳入其中;二是针对户籍、地域歧视,规定农村劳动者进城就业享有与城镇劳动者平等的劳动权利,不得设置歧视性限制;三是采取了适当的倾斜政策,采用税收优惠、经营场地的照顾、免除行政事业性收费等激励措施,鼓励用人单位合理招收失业者、残疾人就业。四是在救济途径上,规定劳动者遭遇就业歧视可依法状告用人单位。至此,我国已初步建立起了以《中华人民共和国宪法》和《中华人民共和国劳动法》为基础,《就业促进法》为核心,《妇女权益保障法》、《残疾人保障法》等专门法及在其他法律中通过个别章节或条款相配套的保障劳动者平等就业权的法律体系。

三、我国公民就业平等权的国内实践及其问题的根源

我国现阶段由于劳动力资源丰富,就业市场基本上是买方市场,就业权是作为一种社会的稀缺资源而存在。虽然现行法律中对就业歧视有明确的禁止性规定,但在强大的就业压力下,用人单位的用人自主权被无限扩大了,一些十分明显的歧视性条款被堂而皇之地摆上了桌面,登上了广告,甚至成了某些政府部门的内部规章。在中国的就业市场上,90%以上的招聘广告均含有歧视性条款,包括年龄歧视、

性别歧视、学历歧视、户籍歧视、地域歧视乃至身体歧视如身高、相貌等等,就业歧视正在愈演愈烈,损害了劳动力市场的正常发育与成长。

就业歧视作为一种社会现象由来已久,在其它国家同样存在其产生有深刻的经济、社会、历史文化根源。深层次地挖掘就业歧视存在的原因,找到问题的症结,对解决我国的就业歧视问题,保障劳动者的平等就业权至关重要。

(一)歧视的经济根源

歧视本质上是资源占有与分配不均衡的产物。资源的有限与匮乏以及分配制度是产生歧视的经济根源。例如种族歧视在某种意义上说其实质就是一个具有经济优势的种族对处于经济劣势的其它种族的社会歧视。“一个社会的方方面面通过种族歧视可以折射出来。它不仅反映出人们对不同人种的态度,而且还可以折射出人们的社会关系、通婚状况、居住分布以及常见的法律障碍。与此同时,种族歧视还可以折射出人们所得到的经济利益与经济成果,比方说经济收入、工资水平、支付的价格和信贷优惠。”^[3](第21页)在我国的就业领域,就业机会是一种紧缺资源。用人单位居于强势地位,而求职者在劳动力市场的弱势地位,使其不敢主张自己的合法权利,也不敢对用人单位的就业歧视提出异议,就业歧视也就随之产生。在女性就业方面,女性在其就业生涯中,存在着诸如孕期、产假期、哺乳期不能提供劳动的就业生涯低谷期,但是用工单位还要提供工资。此外有孩子的女职工天然地会在照顾孩子以及家庭方面投入比男职工更多的精力,从企业经营管理和效益上看,用女职工多意味着企业付出的成本高。因此倾向于选择雇用男性劳动力,从经济学角度看,这是“理性”雇主的决策。在残疾人、病毒携带者等的就业方面,也存在着类似问题。

(二)歧视的社会根源

有差异就有歧视,这是人类社会中的必然现象。古代社会歧视就已存在,那时的歧视更多地表现为生理方面(强壮与否、生育能力强弱等)的歧视。因为在需要群体作战才能获得生存机会的恶劣环境下,与自然搏斗能力的低下,可能意味着合作群体的他人生存机会的减少。因此,出于本能,对老弱病残者的歧视由此而产生。在商业社会,这种由人的生存能力大小演化而来的歧视现象,逐渐发展为社会阶层、职业分工、男女性别、种族肤色、政治派别、宗教信仰等带有多元化特征的歧视。在我国实行多年的以城市为中心,以保障城镇居民就业为目标,偏向城市市民,歧视农村农民的就业体制、就业制度和就业政策,以城市户口优先、优越、优惠为特征的城乡分割的户籍制度,更进一步加大了城乡差别,这是导致对农村劳动者就业歧视的根源。

(三)歧视的文化根源

受“男尊女卑”传统文化影响,用人单位观念上认为男性比女性更有优势,更愿意雇佣男性。自汉代以后,以“礼”为中心的儒家文化一直居于主导地位,其压抑个体意识、重义轻利、缺乏平等观念、追求无讼的以义务为导向的价值观,不利于权利意识的形成和发展。这种“权利缺失”的文化,导致社会的权利观念淡薄,社会总体漠视公民的个人权利,公民既缺乏自身的权利意识,也缺乏对他人权利的尊重。“无讼为德”的观念使我国公民缺乏权利意识和法律观念,即使权利受到侵犯也尽量避免诉诸法庭,而是“私了”,或者干脆“一忍了之”。

(四)歧视的法律根源

参照国外的立法实践,反观我国的就业歧视问题,立法不完善是一大根本原因。主要表现在:

1. 就业歧视认定范围过于狭窄,使现实中存在的大量就业歧视在法律上没有依据可循。《就业促进法》的颁布已在相当程度上拓宽了就业歧视的认定范围,但仍有不足,这使得我国劳动法领域保护的“劳动者”范围远远小于《宪法》保护的“公民”范围,《劳动法》关于禁止就业歧视之规定不适用于公务员、大多数农村劳动者。

2. 缺乏针对就业歧视判断规则的细则规定。《就业促进法》规定了受歧视劳动者的司法救济程序及违法者的相关法律责任,但就业歧视与用人单位的用人自主权间的界限缺乏法律规范,使劳动者的平等

就业权在实践中难以落实。

3. 法律体制混乱。我国宪法规定了人人平等和保护公民人身权的宗旨,所有的歧视都是被禁止的,但是我国现行的法律体制内,宪法规定的权利不具有可诉性,这就在实践中出现了法的缺位,而法的缺位使许多地方政府纷纷颁布了具地方特色的地方性规章,大都规定了引进外地人才的政策性限制,并在地方大行其道,使宪法和法律赋予公民的平等权利在地方政府的默许乃至支持下被用人单位任意剥夺,严重侵犯了公民的合法权利。

四、借鉴与规制构建

“平等就业权”是公民的基本权利之一,是公民宪法上的平等权在劳动领域的延伸和具体化。如前所述,就业歧视已成为我国当前突出的社会问题之一。解决这一问题,主要还得从法律制度上着手,借鉴国际反歧视立法之成功经验,构建适合中国国情的反就业歧视法律制度。

(一)结合我国的国情,加快实现法律观念的变革

要进行法律制度的变革,就必须创建与先进的法律制度相适应的法律文化,即通过法律制度的不断更新和法律观念的不断变革来实现。法律观念的变革主要是要培养公民的法律意识,逐步改变义务本位的观念,树立权利本位的法治观念。“法律必须被信仰,否则它将形同虚设。”^[4](第14页)因此,在我国目前这种状况下,吸收西方法律文化的精华,加强公民对法律的信仰,增强公民的权利主体意识、鼓励公民敢于维权、善于维权,无疑是非常重要的。

(二)完善相关制度

作为社会公益的代表者,政府对消除就业歧视负有不可推卸的责任。政府可以通过一些政策和相应的手段,纠正目前大量存在的政策性歧视。首先,必须改革户籍制度,尽快消除我国长期存在的城乡二元社会结构制度,允许劳动力自由流动并消除劳动力市场对农民的各种壁垒和歧视,形成全国统一的劳动力市场;其次,针对对弱势群体的就业歧视,政府应兼顾劳动者与用人单位的利益,寻找一条切实有效的保障弱势群体平等就业权与用人单位用人自主权相平衡的道路。新颁布的《就业促进法》对招收失业者、残疾者的用人单位采用了适当的倾斜政策,采用了包括税收优惠、免除行政事业性收费等在内激励措施,使主要由用人单位自行承担的责任回归社会,减少了用人单位使用上述人员的顾虑。可以说,《就业促进法》在落实政府承担社会公益责任,平衡劳动者与用人单位利益方面有了长足的进步,但在适用范围上仅惠及特定用人单位,未免范围狭窄;再次,应扩大社会保障的覆盖面,将非国有经济部门的劳动者、外来工及农民工统一纳入到其保障范围。

(三)健全法律制度

我国已经加入WTO,面临着如何使WTO关于“社会条款”及国际劳工公约的8个核心公约与我国接轨、通过和执行的问题,而“核心劳工标准”中一个重要部分就是消除就业歧视、保障劳动者平等就业权。我国作为国际劳工组织的成员国,积极消除就业领域中或明或暗的任何歧视,促进就业权领域中的平等,加强就业歧视立法势在必行。为实现我国对国际社会承诺的义务,我们必须借鉴国际上保障平等就业的法律制度,制定相应的法律,废除和修改带有歧视性的立法。

1. 履行国际公约义务,拓宽就业歧视的认定范围。在立法上,可以考虑将所有劳动者,尤其是非公有制企业的劳动者、农民工及灵活就业者纳入就业平等权的法律保护中。

2. 补充、完善相关内容,增强法的可操作性。在对就业歧视的概念及认定上,可以援引《(就业与职业)歧视公约》中就业歧视的概念,对我国的就业歧视作出界定。借鉴国外之经验,在立法中应设立“工作相关资格”或“业务必须”原则,作为对用人单位歧视行为成立与否的标准。用人单位设置的招聘、录用条件必须是“合理差别”,即必须是基于该职位工作的性质、需求及其他相关因素所必须的条件,否则,即构成就业歧视。在对就业歧视的救济上,虽然《就业促进法》规定了受歧视劳动者的司法救济途径,但考虑受歧视者在专业知识方面的欠缺及诉讼成本方面的耗费,除个人司法救济外,我们应建立多渠道、

多层次的救济途径,如借鉴英美国家的成功做法,建立类似平等就业委员会之类的专门机构,确立其法律地位和职责,赋予其裁决用人单位的歧视行为的权利;修改相关法律,确立工会在反歧视中的职责,赋予工会支持被歧视者甚至代替被歧视者申请仲裁、起诉,主动监督、纠正用人单位的用人歧视行为;完善配合劳动者司法救济的措施,在举证责任方面,由雇主承担举证责任,受害人只须证明其受到歧视,如果雇主不能提供有效证据来证明待遇的差别是合理需要,则可判定歧视成立;在救济措施方面,规定禁止令、复职以及损害赔偿等有效救济措施,其中对造成受害人损害的赔偿责任,应包括诉讼费用,对故意歧视的,要规定惩罚性的赔偿责任^[4](第 135 页)。

3. 针对我国法律体制的混乱,我们应作好立法体制内的协调。一是废除所有与我国《宪法》、《劳动法》、《就业促进法》相抵触的地方性法规、规章;二是采取宪法司法审查和宪法司法适用,将平等就业权纳入宪法保护。现代法治国家的实践证明,“如果没有独立的、拥有司法审查权的、容易接近、能实施这些权利的司法机关,那么,包括平等权在内的基本权利保障就只是一堆空洞的浮词丽句”,从各国司法实践看,宪法的一个普遍发展趋势是建立宪法的人权保障制度。越来越多的国家建立了宪法法院制度,其职能扩展到肯定性的宪法权利,如教育权、居住权、医疗卫生权、就业权等。平等就业权由过去的立法保护和行政保护为主向宪法司法保护逐渐成为就业权保护的有力盾牌。要将纸面上的权利变为公民个人的实实在在的权利,应该对政府及各相关部门的违反平等就业精神的那些规定、政策进行违宪审查。对于涉及平等就业权的案件,如果在审理时缺乏具体适用的法律依据,审判机关在诉讼程序中可将宪法引入司法程序,使之直接成为法院裁判案件的法律依据。

[参 考 文 献]

- [1] 胡志强:《中国国际人权公约集》,北京:中国对外翻译出版公司 2004 年版。
- [2] 余先予:《国际法律大辞典》,长沙:湖南出版社 1995 年版。
- [3] [美]凯勒斯·河罗:《种族歧视的经济学界解释》,载《国外经济》1999 年第 1 期。
- [4] 喻术红:《反就业歧视法律问题之比较研究》,载《中国法学》2005 年第 1 期。

(责任编辑 车 英)

Perspective of International Human Rights on Equal Employment Rights & Its Regulatory System

Liang Xiaochun

(Law Department, Guangdong Police College, Guangzhou 510232, Guangdong, China)

Abstract: As important substance of basic human rights, equal employment right has become the principle component which generally accepted in International Human Rights Law. Being a major member of international society, our country approve and accede to a series of treaties which ban discrimination and ensure equal employment right, but for a variety of reasons enforcement of equal employment right is not satisfactory, the recruitment discrimination has become a serious social problem.

Key words: equal employment right; recruitment discrimination; international (human rights) law; origin; use for reference; regulatory system