

我国《就业促进法》第 27 条的宪法学思考

李 云 霖

[摘 要] 我国《就业促进法》关于第 27 条中的“不适合女性岗位”是消极性保护措施,即外观上是保护条款,事实上也含有限制女性工作权的影像。确定“不适合女性岗位”的范围和种类承载着保障女性权益与保护女性就业平等权的双重使命。遵循性别差异原则、保护与平等均衡原则、形式平等与实质平等兼顾等原则,遵从生理差异分层、职业活动层级和真实职业资格的循序分析应有助于更好地达成上述目标。

[关键词] 平等权;两性差异;生理差异分层;职业活动层级;真实职业资格

[中图分类号] DF9 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2009)01-0012-05

我国《就业促进法》第 27 条第 2 款规定:用人单位招用人员,除国家规定的不适合妇女的工种或者岗位外,不得以性别为由拒绝录用妇女或者提高对妇女的录用标准。不适合女性工种或岗位(以下简称“不适合女性岗位”)的明确规定是当务之急,因此,该法的实施更关系到亿万女性劳动者的切身利益。作为分配正义的立法,直接关系到行政执法和法院的司法判断,故而对立法质量的期盼显得尤为迫切。本文试图从宪法平等权的角度对“不适合女性岗位”范围的确定提出管见,以期该法更加完善合理。

一、女性就业平等权与“不适合女性岗位”的关系

宪法规定妇女在政治的、经济的、文化的、社会的和家庭的生活等各方面享有同男子平等的权利,立法又要规定“不适合女性岗位”、女性就业平等权与“不适合女性岗位”是否有冲突呢?平等是一个以“比较”作为前提的概念,并具有双重性:对国家来说,表现为平等原则,是规范国家所有行为的法规范原则;对个人来说,则是平等权,要求个人拥有与行使的权利相同且权利内容应该平等。当作为权利看待时,在权利属性上,平等权与其它宪法性权利有所不同。首先,它是复数性、基础性的宪法权利。平等权须与其它基本权竞合而成为复数基本权,如通过政治平等权、经济平等权、社会平等权和文化平等权等具体表现出来。其次,平等权具有程序权的性质。就女性在劳动方面的平等权来说,《宪法》第 33、42 条是一般的平等权条款,第 48 条是具体规范女性劳动平等权的条文。依照上述规定,“不适合女性岗位”与平等权表面上似乎有冲突。法律是人、事、物的规范,事实上人与人之间确实存在许多差异,如果对这些差异视而不见,一律要求绝对平等,自然会事与愿违。因此,宪法中的平等权在本质上并没有禁止法律上所有差别的意蕴,即并不禁止那些具有特定合理根据的差别——禁止不合理的差别与承认合理的差别统一于平等权之中。因为是‘合理的差别待遇’,并不违反平等原则”^[1](第 89 页)。因此,不适合女性岗位如果建立在合理的差别待遇基础之上且并非恣意地差别对待,则契合于平等权的实质内容。

二、“不适合女性岗位”和女性就业平等权平衡途径的域外考察

“不适合女性岗位”是为防范、消除对女性劳动者生命和健康的危害而禁止其从事某些职业的消极

性保护。如果设置不当,事实上会产生限制女性工作权甚或剥夺女性工作权的实质结果,因此各国对其范围的确定非常谨慎。

(一)德国的职业分层

德国通过对职业活动的分层区分来保护女性的平等就业权。该理论认为,职业活动分为职业选择和职业实务两部分,职业选择是自我决定行为,是个人意志自由的行为,必须尽可能被保护不受国家侵犯。职业实务领域内,个人直接影响社会生活,因此受制于他人和社会利益的调控。调控权力针对职业选择,限度相对狭隘;调控权力针对职业实务,限度相对宽泛^[1](第584页)。德国《基本法》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,工作地点和受培训地点的权利。进行营业、职业或专业活动由法律现定或依法予以规定。”可以看出,德国宪法明确保护职业选择自由,但同时又授权议会制订法律去调控职业实务。因此,德国“不适合女性岗位”主要在职业实务领域内考虑适用。

(二)日本保护过度的平等论经验

日本过度保护的平等可见于有关法律。《劳动基准法》依据女性平等原则,定位于“女性保护”:保护身为弱者的女性远离恶劣的劳动条件;保护女性特有的母性。1986年施行的《女性雇用机会均等法》,是在以男性为主体的劳动市场中寻求让妇女劳动者能兼顾工作及家庭而进入劳动市场的,按性别分工依然存在。为更有效地实现性别平等,1997年修订了该法,删除了母性保护以外的规定。新法特色如下:首先,从义务规定到禁止规定,招募方面规定应给予女性和男性相同的机会。其次,原则上禁止“限女性、对女性优惠”,例外可采用积极性措施。其三,从保护到平等。对基于绝对差异的母性进行保护,不违反平等原则。但是,以对女性的一般保护为理由而与男性施行不同的差别待遇且无法认定是性别差异时须禁止,如禁止女性深夜工作的规定^[2](第151-170页)。

(三)美国的中等审查标准

美国宪法中的平等权保护条款是修正案的第14条,“无论何州未经正当法律程序……不得拒绝给予在其管辖下的任何人以同等的法律保护”。涉及女性就业平等权的保护最初遵从“宽松”标准,法院仅仅要求政府所追求的利益具有正当性和合法性,在立法目的和立法手段之间具有“合理的关联性”,而且还将证明立法目的与立法手段之间的关联性责任配置。如在“州禁酒吧侍女案”中,最高法院维持了密歇根关于禁止女性获得酒吧招待员执照的州法,认为调控含酒饮料和明确规定其职业性别具有合理关联,因而州法并没有违反平等保护条款^[3](第366页)。为改变机械地适用性别角色的传统观念与过时的刻板印象,法院在Craig v. Boren案中针对性别歧视在宽松和严格的两极标准之间创立了中等审查标准:性别归类必须具备重要政府目标,并且必须和实现这些目标充分相关,即针对性别的归类必须要求极具说服力的理由、具有“政府重要目的”且所用手段与实现这一目的之间具有实质性联系^[4](第153-154页)。

(四)加拿大的实质平等重心

《加拿大人权宪章》的通过,为加拿大对平等权的保护提供了宪法依据。该法第15条第1款是对平等权的一般性保护,第2款则规定了纠正歧视行动的内容,第28条是性别平等保证条款,保证女性同男性一样平等地享有宪章所保障的权利。《加拿大人权法》将上述宪法原则具体化,禁止歧视和纠正歧视行动。该法规定,如果受歧视的理由是怀孕或生产,此种歧视应视为性别歧视;第七至九部分规定,因性别等理由而拒绝雇用申请人或因此在工作中对申请人予以区别对待均属歧视行为。法律作出上述规定之后,女性就业平等权保护由观念转变为行动,宪章生效之后第一个进入联邦最高法院的Andrews v. Law Society案的判决,就是这一转变的分水岭。Andrew案之后,法院对平等权的保护由Pelech三部曲系列案所代表的形式平等阶段逐渐转向Moge案所代表的实质平等阶段^[5](第62-69页)。此后,法院主流倾向于以实质平等作为重心。

综上所述,在“不适合女性岗位”和女性就业平等权的平衡方面,上述国家有以下一些共性:针对职业活动不同的层级进行不同的限制与保护;逐步缩小对女性的一般保护以扩大女性的就业范围;保护措施精细化;对女性的保护由形式平等向实质平等过渡并倾向于以实质平等为重心。虽然这些国家的立

法,尤其是司法,在我国并不完全合适,但其思考问题的路径为我国立法确定“不适合女性岗位”提供了良好的借鉴作用。

三、确定“不适合女性岗位”应遵循的原则

我国立法的基本原则有观念化和制度化的双重存在形式^[6](第234页)。《立法法》总则系统地确定了立法应遵循的制度化原则:宪法原则、法治原则、民主原则、科学原则等。在遵循上述一般原则的前提下,结合我国实际,确定“不适合女性岗位”的立法还应考虑以下原则。

(一)性别差异细分原则

生理差异可细分为绝对差异和相对差异。绝对差异比较清楚明晰,可用“有无”来区分,如女性有生理期,会怀孕、生产与哺乳等。相对差异是利用平均值量化后的结果,并非一定存在于两性个体。将两性特质以“非是即否”的二分法使得本质是程度不同的生理上的相对差异予以绝对化,不但对事实认识会出现误差,而且会造就出不平等的结果。例如,当以二分法划分“力量”这个特质,似乎所有女性都很柔弱。其实,人们认识女性的方法是看她与男性的差别,女性只有在她首先能够被说成与男性一样时,才能在法律上视为因其性别而受到歧视。

(二)保护与平等均衡原则

我国宪法中有丰富的平等权规定,更不乏对女性的保护。宪法第48条在规定“妇女在政治的、经济的、文化的、社会的和家庭的生活等各方面享有同男子平等的权利”后,又强调“国家保护妇女的权利和利益”。劳动法根据宪法的规定将其原则具体化:第12条规定劳动者就业不因性别等不同而受歧视,第13条强调“妇女享有与男子平等的就业权利”。可以看出,保护妇女是劳动法的主要立法价值之一。《妇女权益保障法》从法名上就可以看出其价值定位——保障妇女权益。应该说,上述“保护”的价值定位,为妇女的解放和妇女地位的确立创建了法制的平台。然而,当我们强调保护时,可能不知不觉地滑入了过度保护而造成的不平等泥潭,因为“此种保护规定外观上虽为‘保护条款’,然而事实上亦含有限制女性工作权之意涵存在”^[7](第10页)。美国 *UAW v. Johnson Controls* 是一个典型的例子,该案被告出于对女性劳动者的生育机能与胎儿健康的善意考虑,禁止怀孕或有受孕能力的女性受雇人从事具有危害胎儿健康的电池制造工作。联邦最高法院于1991年以全体无异议方式判决雇主所采行的措施违反了民权法案第7章和怀孕歧视法,构成对女性受雇者一种故意性别歧视情形而应加以禁止^[7](第16-17页)。由于传统社会促成了社会行为中的性别角色差异,而性别角色差异又加深或巩固了两性间分工的刻板印象,所以我们或许根本还没有意识到基于过度保护而产生的性别不平等还在被构造、复制和辩解。因此,在两性平等的观照下,须辩证地看待保护与平等,才能扭转人们关于性别观念的刻板化印象,营造真正平等的工作环境,让两性均能发挥所长。

(三)形式平等与实质平等兼顾原则

形式平等,是指宪法对个人所保障的各自在其人格形成和实现过程中的机会上的平等,在近代的宪法规范上表述为“法律面前一律平等”或“法律上人人平等”。形式平等的内涵具有特定性,存在于采用排除法所确定的规范结构中,主要是禁止基于种族、性别、身分和信仰等特定事由的歧视。实质平等指既然事实上存在差异,法律上的处理需因应这些差异,在一定程度上纠正由于保障形式平等所招致的事实上的不平等。如对历史上形成的经济政治不平等或不公平,以实现实质平等为目的,手段上或许是“形式不平等”的积极措施,并不违反宪法上的平等原则。但实质平等只是形式平等的例外和补充,形式上的不平等或差别对待,必须是以达成实质平等为目的。加拿大的实质平等重心论在女性就业方面的成就代表了以后的发展方向。因此,在女性劳动者“机会平等”问题上,应兼顾形式平等与实质平等并向实质平等倾斜。

四、确定“不适合女性岗位”的具体构想

平等权之保障,要求国家就相同事务为相同之对待,不同事务为不同之对待。由于相关概念的语义

和规范结构的开放性,内容十分抽象,人们容易达成共识,甚至可以同时被相互对立的理论方所采用,美国“隔离但平等”和“隔离就不平等”就是明显的例子。因此,必须依赖一套精细化、客观化、具备可操作性的比较基准,以使“明确不适合女性岗位”的立法更好地符合实际情况和时代潮流。

(一)区分性别差异层次

性别差异中的生理绝对差异、生理相对差异和性别角色差异,是立法确定“不适合女性岗位”首要的考虑因素。“不适合女性岗位”的目的是保护女性,但从另外一面来看又是限制,于是就产生出如下三个层级:(1)生理绝对差异限制层级。基于生理上的绝对差异,出于对怀孕及妊娠妇女的特殊照养,法律规定了母性特殊保护。如工作场所安全及工作调配保障;禁止不利于妊娠或产后之工作或工作时间;产假、育婴假及哺乳假规定等。这是母性特殊需求,兼顾了女性生理及心理需求和胎儿或婴儿健康。我国劳动法规定的经期、怀孕期、生育期、哺乳期等,其目的是为保护女职工身心健康及其子女的正常发育和成长。这类绝对差异不应成为立法明确不适合女性岗位的考虑范围,因为只涉及到母性保护的特定时间。(2)生理上的相对差异限制层级。基于生理相对差异,考虑到安全性、危害性和对于家庭之责任,法律规定了女性一般保护,如限制从事危险有害的业务、禁止或限制女性在某些工种就业等。如果对女性进行过度的一般保护,从实现女性平等的观点来看是不恰当的,因为它会造成进出职场的障碍而妨碍女性平等权的实现,其保护范围和种类应从严控制。例如,为保护女性安全而拒绝女性参加矿业、制造业或货运业那些危险或艰辛的工作便是过度保护的情形。(3)性别角色差异限制层级。性别角色差异限制充满了价值观念之争,尤其成为批判的对象,“性别平等依靠的不是女性对照顾价值的提升,而是靠打破男性对于正义的独占,同时也必须依靠女性放弃对于照顾价值的独占”^[8](第152-153页)。因此,性别角色差异应不能成为立法限制女性不适宜工作的理由。

(二)辨别职业限制的分层

职业活动分为职业选择和职业实务,职业实务又可分为个人客观条件和个人主观条件。因此,可将法律限制职业活动的方式分为三个层级:(1)职业选择的限制层级。法律一般不对人们从事某一特定工作设置任何条件,只对人们的从业方式进行限制。因此,立法调控职业选择时,只能为了公共利益。这样,受到的限制会最小。(2)个人客观条件限制层级。法律对人们从事某一特定行业设置了一些非个人所能左右的客观要件。如德国1959年的助产士限制案中,宪政法院维持了对助产士规定年龄限制的法律,因为对年龄的限制有助于更好地保护服务对象的利益。(3)个人主观条件限制层级。法律对人们从事某一特定行业设置了一定的主观条件,如学历要求。不具备这些条件的人员不能进入该行业,但这一层级不能进入“不适合女性岗位”的范围。

(三)认定真实职业资格的真伪

真实职业资格是指当求职人的宗教信仰、性别或原国籍等宪法明确禁止歧视的事项对工种或岗位的正常运行是合理需要时,以之作为雇用条件,并不构成违法的就业歧视行为。工种和岗位如果符合真实职业资格的条件可以成为“不适合女性岗位”,但有严格的认定标准。(1)工作实质条件。该条件指女性劳动者无法安全且有效率地执行该项工作,而且所采用的措施与该工作的有效执行有“绝对的必要性”。例如,当医院对受过性侵害的女性病人提供心理治疗时,此种病人与男性互动已有障碍,医院以性别作为雇用心理治疗师的标准即可构成真实职业资格。(2)“全部或几乎全部”要件。该要件指被排除的女性求职人必须“全部或几乎全部”无法执行该工作的主要功能。如当执行某特定工作需要许多体力时,不得因大部分女性体力较男性差而拒绝雇用女性。(3)合理需要因素。该因素指对岗位的正常运行必须是合理需要,若可以找到一个合理的替代方案来取代拒绝雇用女性求职人的措施时,即不能主张真实职业资格。

确定“不适合女性岗位”是推进依法平等就业的关键步骤之一,但我们必须理性分析并周密考量。应以《关于女职工禁忌劳动范围的规定》为基础,谨慎区分“相对禁止”与“绝对禁止”;减少“绝对禁止”的

工种或者岗位,同时采用“相对禁止”条款,赋予以理性的女性劳动者一定的选择权。否则,出于保护女性的“国家之爱”就有可能变成“国家暴力”从而违反性别平等权;过多的“不适合女性岗位”使国家无意中剥夺女性工作权之虞,良法美意会变成恶法敌意,就业促进法可能演变为女性的“就业促退法”。总之,有关机关在立法时,需从贯彻宪法维护女性劳动平等权,保障女性人身安全、逐步消除性别歧视、促进两性地位实质平等的精神出发,遵守法律基本原理,建构两性平等的法律秩序。

[参 考 文 献]

- [1] 张千帆:《宪法学导论》,北京:法律出版社 2004 年版。
- [2] [日]山下太一:《法女性学》,东京:有斐阁 2000 年版。
- [3] 张千帆:《西方宪政体系》(上册),北京:中国政法大学出版社 2004 年版。
- [4] 雷文玫:《性别平等的违宪审查》,载《宪法解释之理论与实务》,台北:台湾“中央”研究院 2000 年版。
- [5] 邵 敏:《加拿大女权主义法学与婚姻家庭制度的变迁》,载《金陵法律评论》2004 年秋季卷。
- [6] 张文显:《法理学》,北京:高等教育出版社、北京大学出版社 2007 年版。
- [7] 郭玲惠:《两性工作平等:法理与判决之研究》,台北:五南图书出版公司 2005 年版。
- [8] [英]朱蒂思·贝尔:《法律之前的女性》,官晓薇、高培桓译,台北:商周出版社 2000 年版。

(责任编辑 车 英)

Article 27 of “Employment Promotion Law” : Thinking of Constitutional Law

Li Yunlin

(Wuhan University Law School, Wuhan 430072, Hubei, China)

Abstract: “Not suitable jobs and positions for women” is a passive protection measure which protects women’s rights, while containing restrictions more or less actually. Defining suitable for women post carries double missions which should balance the protection of women’s rights and equality in employment. The principle of gender differences, balanced equality and protection, forms of equality and real equality balance and sequence analysis of layered physiological mechanism, professional activity levels and bona fide occupational qualification help to better achieve above targets.

Key words: equal rights; gender differences; layered physiological mechanism; professional activity levels; bona fide occupational qualification