

Study on Anti-discriminative Law
Legislation, Theory and Cases

反歧视法研究

立法、理论与案例

周伟/著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

反歧视法研究:立法、理论与案例 / 周伟著. —北京:法律出版社, 2008. 5
ISBN 978 - 7 - 5036 - 8390 - 9

I. 反… II. 周… III. 劳动就业—劳动法—研究—中国
IV. D922. 504

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 050534 号

© 法律出版社·中国

反歧视法研究:立法、理论与案例

周伟著

责任编辑 刘彦洋 田会文
装帧设计 李 瞻

开本 A5

版本 2008 年 9 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 14.25 字数 426 千

印次 2008 年 9 月第 1 次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-8390-9 定价:35.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

反歧视法(Anti-Discrimination Law)是第二次世界大战结束以后伴随着公民权利运动(Civil Rights Movement)蓬勃发展出现的一个新的法律部门。20世纪70年代以来,北美和欧盟等发达国家和地区的法学院增设反歧视法、性与法、妇女与法、儿童权利法、老年人权利法、残疾人法、精神病人法、艾滋病与法等人权法课程,体现了当代法律制度从近代强调保护所有人的权利,拓展到保护特定(弱势)群体或个人平等享有所有人的权利的趋势,体现了人权法从最初的强调保护个人的生命、自由与财产权利,到现在全面保护个人的人格尊严、平等、经济社会文化权利的发展变化。

歧视滋生社会的紧张、排斥和对立。禁止歧视是消除这些不和谐社会因素,并为每一个社会成员创造平等机会的法律保障。在劳动就业、教育和公共服务中实现社会的平等与公平需要依靠法律手段,禁止歧视为其必要法律手段已成为法律理论界的共识。在反映法律理论最新研究成果的法与法律理论国际丛书(The International Library of Essays in Law and Legal Theory)中,^①二卷本的反歧视法(Anti-Discrimination Law)

① 该丛书分为3篇,每篇收入了英语文献中法律各学科研究最具代表性的理论成果而具有重要的学术价值。各篇已经出版的目录是:第一篇:学说(Schools);约翰·芬尼斯(John Finnis):《自然法》(上、下卷)(Natural Law);托马斯·莫拉韦茨(Thomas Morawetz):《正义》(Justice);朱尔斯·科尔曼与杰弗里·兰(Jules Coleman and Jeffrey Lange):《法律与经济》(上、下卷)(Law and Economics);詹姆斯·博伊尔(James Boyle):《批判法学研究》(Critical Legal Studies);萨巴·瓦加(Csaba Varga):《马克思主义法律理论》(Marxian Legal Theory);奥里斯·阿尔尼奥与尼尔·麦考密克(Aulis Aarnio and Neil MacCormick):《法律推理》(上、下卷)(Legal Reasoning);马里奥·乔里(Mario Jori):《法律实证主义》(Legal Positivism);罗伯特·萨默(Robert Summers):《美国法律理论》(American Legal Theory);弗雷德·肖尔(Fred Schauer):《法律与语言学》(Law and Language);(Kahei Rokumoto):《法律社会学理论》(Sociological Theories of Law);卡洛斯·尼农(Carlos Nino):《权利》(Rights);马丁·莱温(Martin Levine):《法律与心理学》(Law and Psychology);弗朗西丝·奥尔森(Frances Olsen):《女权主义法律理论》(上、下卷)(Feminist Legal Theory);沃纳·克拉维茨(Werner Krawietz):《法律与社会》(Law and Society);弗朗斯西·卡伦与威尔莫尔·博顿(Francis Cullen and Velmer Burton):《当代犯罪学理论》(Contemporary Criminological Theory)。第二篇:部门法(Areas);托马斯·莫拉韦茨(Thomas Morawetz):《刑法》(Criminal Law);恩斯特·韦恩利布(Ernest Weinrib):《侵权法》(Tort Law);拉里·亚历山大(Larry Alexander):《合同法》(上、下卷)(Contract Law);克里斯托弗·麦克克拉登(Christopher McCrudden):

与宪法、刑法、合同法、公司法、行政法、商法、诉讼程序、税法、环境法、人权法、国际法等其他法律学科的一卷本形成了鲜明的对比。

在中国,反歧视的社会行动先于学术研究的研究。从2002年蒋韬“身高(长)歧视案”和2003年张先著“乙肝歧视案”的司法干预,到全国人大常委会2005年批准《1958年歧视(就业及职业)公约》和2007年制定《就业促进法》的立法行动,都彰显了中国政府为消除歧视、实现社会正义的努力。全国人大常委会反歧视立法进程的加快,在为社会提供禁止歧视的法律规则的同时,也以法律的方式阐明了建设社会主义法治国家所需的平等与自由、多元与差异、宽容与共处是维系社会的和谐与可持续发展的前提。反歧视的社会行动与国家行动的互动,为反歧视的立法和理论研究提供了现实的基础。

法律之所以禁止在本质相同情况下的不合理的差别对待,是因为无

《反歧视法》(上、下卷)(Anti-Discrimination Law);莱恩·拉姆齐(Iain Ramsay):《消费者法》(Consumer Law);马尔蒂·科斯基涅米(Martti Koskeniemi):《国际法》(International Law);伊丽莎·门萨与阿伦·弗里曼(Elizabeth Mensch and Alan Freeman):《财产法》(上、下卷)(Property Law);马克·塔斯纳特(Mark Tushnet):《宪法》(Constitutional Law);丹尼斯·加利根(Denis Galligan):《程序》(Procedure);威廉·特温宁与亚历克斯·斯坦(William Twining and Alex Stein):《证据与证明》(Evidence and Proof);萨莉·惠勒(Sally Wheeler):《公司法》(Company Law);雷蒙德·维克斯(Raymond Wacks):《隐私权》(上、下卷)(Privacy);丹尼斯·加利根(Denis Galligan):《行政法》(Administrative Law);哈里·克劳斯(Harry Krause):《儿童法》(Child Law);哈里·克劳斯(Harry Krause):《家庭法》(上、下卷)(Family Law);彼得·罗布森(Peter Robson):《福利法》(Welfare Law);伯纳德·狄更斯(Bernard Dickens):《医学与法律》(Medicine and the Law);罗斯·克兰斯顿(Ross Cranston):《商法》(Commercial Law);迈克尔·布伦恩(Michael Blumm):《环境法》(Environmental Law);理查德·芬特曼(Richard Fentiman):《冲突法》(Conflict of Laws);沃伊斯切·萨德斯基(Wojciech Sadurski):《法律与宗教》(Law and Religion);菲利普·奥尔斯顿(Philip Alston):《人权法》(Human Rights Law);弗朗西斯·斯奈德(Francis Snyder):《欧盟法》(上、下卷)(European Community Law);帕特丽夏·怀特(Patricia White):《税法》(上、下卷)(Tax Law);鄂里克·巴伦特(Eric Barendt):《媒体法》(Media Law)。第三篇:法律文化(Legal Cultures);萨巴·瓦加(Csaba Varga):《比较法律文化》(Comparative Legal Cultures);彼得·萨克(Peter Sack):《法律与人类学》(Law and Anthropology);威德·兰达(Ved Nanda):《印度教法与法律理论》(Hindu Law and Legal Theory);伊恩·艾奇(Ian Edge):《伊斯兰法与法律理论》(Islamic Law and Legal Theory);迈克尔·帕默(Michael Palmer):《中国法与法律理论》(Chinese Law and Legal Theory);W. 巴特勒(W. Butler):《社会主义法律》(Socialist Law);Koichiro Fujikura):《日本法与法律理论》(Japanese Law and Legal Theory);安东尼·卡堤(Anthony Carty):《法律与发展》(Law and Development);马丁·戈尔丁(Martin Golding):《犹太法与法律理论》(Jewish Law and Legal Theory);马丁·莱温(Martin Levine):《法律教育》(Legal Education);拉尔夫·罗戈斯基(Ralf Rogowski):《民法》(Civil Law);Future Volumes:《劳动法》(Labor Law),《非洲法与法律理论》(African Law and Legal Theory),《后现代主义与法律》(Postmodernism and Law),《法律与历史》(Law and History),《法律、伦理与索引》(Law and Ethics and Cumulative index)等。

论是其基于特定群体或个人与生俱来且不可改变的固有特征——种族、肤色等,或是基于不受他人干预的个人思想自由——宗教信仰自由、政治见解自由,还是基于个人的意愿与行动自由——性取向等,所有这些不合理的差别对待的共同特点都是背离了人类社会公平正义的核心价值。

中国现有立法禁止的歧视种类包括种族、民族、宗教信仰、性别、残疾、传染病病原携带、社会出身(农村与城镇)。^①但在就业市场中普遍存在的年龄、长相和身长等不合理的条件,现有的立法对其束手无策;更有甚者,被立法禁止的性别歧视的现象在社会现实中普遍地存在且大有蔓延之势。消除这些不合理的差别对待需要完善现有原则性的、操作性差的立法,使之成为真正可以约束人们行为的“街头中的法律”(Law in the Street),而非“纸面上的法律”(Law in the Paper)。

本书是对中国制定反歧视法的立法研究。第一、二篇包括了反歧视法学术建议稿和对长相歧视、身长歧视、年龄歧视、性别歧视的实证研究和法理学讨论。其中,长相歧视和身长歧视是否应当纳入法律禁止的歧视种类不仅是各国反歧视立法理论研究的前沿,更是中国就业市场中普遍存在的现实;禁止年龄歧视虽然在国际反歧视法上得到了公认,但中国对是否需要立法予以干预似乎还有争议^②;对禁止性别歧视的看法一致,但对采取何种立法措施禁止仍然有保留。第三篇汇集了各主要国家反歧视法的立法文件,它们不仅为中国反歧视法的立法提供了立法例,而且也反歧视法学发展为一门独立的法学学科提供了制度上与规范上的依据。虽然收入的法律文件只是各国反歧视法律体系中的一部分,但当代反歧视法立法的基本特点展现得十分突出。第四篇笔者代理的部分人民法院裁判的禁止歧视案例的法律文书表明,中国制定反歧视法不仅不是超前的“奢侈”立法,而是社会需要对保障个人权利的“现实”立法。犹如保护市场经济主体平等地参与市场交易离不开国家制定公司法、企业法、票据法等法律一样,保障特定群体或个人平等地享有参与

^① 《劳动法》(1994年)第12条;《义务教育法》(2006)第4、6条;《民族区域自治法》(2001年修订)第9、11条;《残疾人权利保障法》(1990年)第3条;《妇女权益保障法》(2005年)第2、25、27、34、38条;《未成年人权利保护法》(2006年修订)第10、70条;《就业促进法》(2007年)第25~31条等。

^② 在2007年全国人大常委会读后面向社会公开征求意见的《就业促进法(草案)》中,规定了禁止年龄歧视的类型,但在通过的法律中则取消了草案中的该规定。

和分享社会发展机会的权利迫切需要国家制定反歧视法。《中华人民共和国反歧视法(草案)学术建议稿》主张的立法模式是制定一部统一的反歧视法。这是借鉴以欧盟、美国为代表的分散反歧视立法模式和以英国、加拿大为代表的统一与分散反歧视立法模式,并结合中国既有立法特点的选择。在中国现有的公民权利立法中,禁止歧视的种类分散在《妇女权益保障法》、《残疾人权利保障法》、《教育法》和《就业促进法》等法律中。制定一部统一的反歧视法,将劳动就业、教育、公共服务的活动纳入该法的调整范围,保留现有其他立法中有关禁止歧视的原则性规定,不失为兼顾立法的现实并着眼于未来发展的选项。

性别纳入中国立法禁止的歧视类型的时间序列上仅次于残疾,但性别歧视在现在就业中却是最为公开的、普遍的现象。原因并非劳动力供大于求所致,而是现有的法律制度对用人单位因女性在劳动力市场中固有的弱势形成的劳动力成本高于男性的经济因素规制不力;职业性别结构的现实及其职业性别刻板印象对女性的贬低,在制度规范设计上缺乏可操作性,以致难以起到约束用人单位任意性别选择的规范作用。禁止就业性别歧视的法律保障机制的顺利运作,有赖于国家建立对女性就业的社会补偿和保险制度,实行用人单位人员性别最低比例的制度保障,用人单位劳动力录用的源头和使用结果上,有效避免法律规定禁止性别歧视 15 年来停留在文本上不能遏制现实就业中歧视现象的延续。

年龄是尚未被立法禁止的不合理的差别对待。在现实的劳动力市场中,几乎找不到没有年龄限制的情况,立法的缺失与现实的差距状况尤为突出。2007 年全国人大常委会办公厅公布征求意见的《就业促进法(草案)》规定了禁止年龄歧视,但立法者或许考虑到年龄歧视在就业中普遍到了“法不治众的程度”,最后通过的法律取消了草案中的禁止年龄歧视的规定。年龄歧视如此普遍既是用人单位滥用用工自主权的体现,也与立法缺位放任有关。在反歧视法中明确禁止年龄歧视,弥补立法漏洞的同时,也将适应中国社会逐步迈向老龄化的需要。

长相是自然界生物多样性在人体面部五官和身材上的体现。赏心悦目是对人体长相爱美情结的普遍心理活动。将长相作为就业的条件之一混同了个人审美的心理需求与他人行使劳动权的宪法基本权利的法律界限,并错误地将对人体美欣赏的精神需求作为提升企业形象力的

一部分。法律是否需要禁止长相歧视虽然在理论上仍然有讨论的空间，但消除中国就业市场中的这个较为普遍的现象却是毋庸置疑的。

期盼高身长几乎是每一个人的原始本能。就业中要求与职业需要不相关的身长条件似乎可以解释为对人的形体美的心理愿望与精神需求，身长高表征着长相美。自然人身长的高与否不仅可能与长相美无缘——全世界不同文化中低于群体平均身长但被公众追捧的明星们证明了这一点，而且更与劳动能力、专业技术和岗位职责无关。就业中要求劳动者的身长条件，在法律上构成“考虑不相关的因素”。一些国家法院对身长案件的裁判表明，就业中不合理的身长条件需要法律予以干预。

目 录

199	1
309	3
316	5
318	7
323	11
324	12
序	1
135	135
第一编 禁止歧视种类的理论	1
第一章 导论	1
第二章 禁止的种类	12
第一节 年龄歧视	12
第二节 性别歧视	28
第三节 长相歧视	52
第四节 身高歧视	84
第二编 禁止歧视立法建议	135
第一节 中华人民共和国反歧视法(草案)学术建议稿	135
第二节 关于《中华人民共和国反歧视法(草案)》	147
学术建议稿的说明	147
第三编 禁止歧视立法	152
第一章 国际公约	152
1958年歧视(就业及职业)公约	154
第二章 国家和地区立法	155
第一节 美国	155
1. 1967年反对就业年龄歧视法	155
2. 1991年民权法	173
第二节 德国	188
一般同等对待法	188
第三节 欧盟	199

1. 种族与民族平等指令(2000/43/EC)	199
2. 就业框架指令(2000/78/EC)	206
3. 男女平等指令(2006/54/EC)	216
第四节 加拿大	233
加拿大人权法	233
第五节 日本	261
1. 关于确保雇用领域男女具有平等机会及待遇等的法律 (一九七二年七月一日法律第一百一十三号)	261
2. 劳动标准法(一九四七年法律第四十九号)(节选)	271
3. 有关确保雇用领域男女机会均等及待遇等的法律实施 规则(一九八六年一月二十七日劳动省令第二号)	271
第六节 中国台湾地区	275
“两性工作平等法”	275
第七节 中国香港	283
性别歧视条例(节选)	283
第四编 禁止歧视案例	292
1. 王勇、陈青松、李红卒诉成都家家快餐有限公司粗粮 王红光店对非公务员收取高额就餐费案	292
2. 蒋韬诉中国人民银行成都分行录用行员规定身高条件案	294
3. 张家祥等诉峨眉山市峨眉山风景旅游管理委员会对外地 消费者收取4倍于本地消费者票价案	297
4. 李东照、任诚宇诉深圳市公安局龙岗分局横幅侵犯其 河南名誉权案	301
5. 张先著诉安徽省芜湖市人事局录用公务员拒绝 乙肝病毒携带者案	302
6. 曹兵、王金山诉海南省公安厅录用人民警察规定身体 健康条件案	309
7. 黄永顺等7人诉成都空气压缩机厂破产清算组剥夺女性职工 破产安置方案选择权案	316
8. 周香华诉中国建设银行平顶山市分行强制女性 职工55岁退休案	323

9. 杨世建诉中华人民共和国人事部拒绝 35 岁以上公民报考 公务员条件案	325
10. 廖成堃诉成都市武侯区民政局拒绝对不满 22 周岁的 男性婚姻登记案	327
11. 何青志、谌登兰诉重庆铺金公路运输有限公司、刘丰云、 刘定红道路交通事故区别户籍人身损害赔偿案	329
12. 张蓉诉中国 × × 银行 × × 分行拒绝向残疾人发放 房屋按揭贷款案	335
附录 1995 ~ 2005 年上海市和成都市报刊广告要求劳动者与 岗位职责无关的条件图表	338

第一编 禁止歧视种类的理论

第一章 导论

一、研究的对象

以下研究的是上海市和成都市从1995年到2005年的11年间用人单位在报刊招聘广告中对劳动者设定与岗位职责没有任何关系的性别、年龄、长相、身长等不合理的差别对待条件。上海市是中国东部和全国经济及社会最发达的地区,也是全国外地劳动力最集中的地方之一;^①成都市是中国西部经济及社会最发达的地区,用人单位要求劳动者的条件在省人民政府所在地的市和国务院批准的较大的市中具有代表性。^②这两个城市的用人单位在招聘广告中对劳动者性别、年龄、长相、身长等条件的要求,不过是中国经济及社会发达地区劳动就业歧视实际情况的一个缩影。

从法理学来看,就业中被法律禁止的不合理的差别对待构成法律歧视。性别歧视是基于群体——对女性群体不合理的差别对待,年龄歧视、长相歧视和身长歧视则是基于个体——对自然人的某些共同特征的不合理的差别对待。进一步讲,年龄歧视的原因在于一般人达到一定年龄时的生理及其功能的发展水平出现的差异,长相歧视在于自然人的面部五官的比例及其和谐的多元,身长歧视则是自然人的体生理长度的不同。以上4种差别对待的理由的共同特点——自然人不可改变的、与生俱来的固有特征。

在就业市场中,用人单位要求劳动者与岗位职责无关的条件除性

^① 截至2005年年底,上海市常住人口1778万人,户籍人口总量达到1360万人。参见“上海市人口和计划生育事业发展‘十一五’规划”(沪人口委[2007]1号),载 http://www.popinfo.gov.cn/popinfo/pop_doczcwd.nsf/v_by4id/A922F6C1174E692E48257276000E7C5E, 2007年9月6日访问。

2005年,上海市国民生产总值占全国总数的5.0%,财政收入占全国总数的13.0%。参见上海市统计局:“上海社会经济主要指标占全国比重(2005)”,载 <http://www.stats-sh.gov.cn/2003shjt/tjnj/nj06.htm?d1=2006tjnj/CO210.html>, 2007年9月6日访问。

^② 2005年,成都市户籍人口1082.0万人,生产总值2371.0亿元,从业人员619.0万人。参见成都市人民政府经济普查领导小组办公室、成都市统计局:“成都市第一次全国经济普查主要数据公报(第一号)”,载 <http://www.cdstats.chengdu.gov.cn/ReadNews.asp?NewsID=1544>, 2007年9月6日访问。

别、年龄、长相、身长外,还包括户籍、学历、工作经验、计算机等级、英语四(六)级等。“户籍”不在讨论范围,不是因为“户籍”不构成法律上的歧视,而是由于它本身是中国社会生活中普遍存在的基于公民的身份而形成的法律结构——制度性的歧视,^①且是20世纪50年代中期形成并在全国实施的公共政策及其延续至今并未完全改变的结果。用人单位要求劳动者的户籍有着复杂的社会、经济与法律因素,不能简单地仅仅归结为用人单位不合理的区别对待,因为无论是从选举与被选举的政治权利,还是到劳动、教育和社会保障的社会经济文化权利,国家公共政策的制定与实施,基本上是按照公民户籍的标准而有所区别的;^②而“学历”、“工作经验”、“计算机等级”、“英语四(六)级”等不在研究的范围,^③同样是因为它们的合理性与工作岗位职责的联系难以以简单的标准判断。

用人单位提供职位却又要求应聘者具备一定的条件,既是其保证拟录用人员顺利完成岗位任务的重要条件,也是法律赋予其用工自主权的具体内容。用人单位提供工作岗位时要求劳动者的条件有多种情形,有的是根据完成工作岗位职责所需的专业知识、专业技能与工作经验;有些则根据劳动者的身体自然特征(性别、年龄、长相、身长等)与社会背景(家庭出身、宗教信仰、政治面貌、地域等)。④有的条件是履行岗位职

① 有关制度性歧视的含义及论述参见周伟:“论禁止歧视”,载《现代法学》2005年第5期;李薇薇、Lisa Stern主编:《禁止就业歧视:国际标准和国内实践》,法律出版社2006年版,第246~281页。

② 例如,《选举法》(2004年修改)第12条第1款规定:“自治州、县、自治县的人民代表大会代表的名额,由本级人民代表大会常务委员会按照农村每一代表所代表的人口数四倍于镇每一代表所代表的人口数的原则分配。”

③ 2007年,胡锦涛在中共十七大报告中建议“逐步实行城乡按相同人口比例选举人大代表”。参见新华社:“胡锦涛在中国共产党第十七次全国代表大会上的报告”,载 http://news.xinhuanet.com/news-center/2007-10/24/content_8938568.html,2007年11月27日访问。

④ 有些条件与完成岗位职责有着密切的联系,例如,工作经验、专业技术职务、最低工作年限等未纳入研究;针对有些条件劳动者和用人单位虽然有不同看法,例如,英语、计算机和技术等级证书,亦未纳入研究;有些条件与完成岗位职责无任何关系,例如,血型、基因、婚姻状况、地方方言、普通话,由于比例很小而不具有典型与普遍的意义,也未纳入研究。

有关英语和计算机等级证书要求的合理性问题,参见周伟:“高校毕业生就业立法歧视研究”,载《河北法学》2006年第6期。

④ 据报道,有部分单位在招录公务员时对报考者的身高、身体状况(乙肝、视力状况等)、政治面貌(比如中共党员优先录用)等进行不同程度的限制。参见王晴:“公务员录用新规实施 公务员招录条件须紧扣职位”,载 http://news.xinhuanet.com/legal/2007-11/23/content_7129786.html,2007年11月27日访问。

责所必需而具有合理性的则不在笔者研究的范围,而有的条件并非履行工作岗位的职责所必需,即与履行工作职责没有直接的或间接的联系而缺乏合理性构成法律上的不合理的区别对待。笔者研究的正是用人单位要求劳动者的这些与工作岗位职责无关的不合理的条件。

二、研究的现状

从比较研究的情况来看,在北美、欧盟和其他发达国家和地区就业市场中,常见的歧视种类是种族、肤色、民族、性别、宗教信仰、国籍、残疾、性取向等,而在中国则主要是性别、年龄、长相和身长等。这不仅在报刊和网络新闻媒体发布的有关招聘启事的报道中可以得到验证,而且在职业中介机构和现场招聘会发布的招聘条件中也是如此。^① 笔者选择用人单位要求劳动者的性别、年龄、长相和身长这四种条件及其不合理性是否构成法律歧视的问题进行研究。其中,性别与年龄条件是国际社会及北美、欧盟等一些发达国家法律明确禁止的歧视种类,长相条件则仅被中国台湾地区的立法禁止,身长条件是除美国个别州立法禁止以外尚未被各国立法禁止的歧视类型。换言之,在反歧视法上,长相和身长这两种不合理的差别对待均没有普遍被法律确认为被禁止的歧视类型,它们的不合理性及其对人格尊严的侵犯是否需要法律予以禁止,不仅是中国解决就业歧视需要论证的一个法律理论问题,而且也是世界各国反歧视立法面临的一个法律前沿问题,这无疑需要从法律理论与人权保障的实际需要进行讨论。

运用法律方法对报刊招聘广告中与岗位职责无关条件的研究,始于2002年蒋韬诉中国人民银行招录行员规定身长(高)条件案,该案提出了招聘广告中的身长差别条件不合理的法律见解。^② 2003年,在张先著诉安徽省芜湖市人事局录用公务员中拒绝乙肝病毒携带者案中,提出了报刊招聘广告对乙肝病毒携带者不合理的差别的法律主张。^③ 2005年,在杨世建诉人事部规定35岁以下方能报名参加中央国家机关公务员录用考试涉嫌年龄歧视案中,提出了招聘广告年龄条件差别不合理的主

① 周伟等:《中国的劳动就业歧视:法律与现实》,法律出版社2006年版。另见《中国》,《中国日报》。

② 参见成都市武侯区人民法院行政裁定书(2002)武侯行初字第3号。

③ 参见安徽省芜湖市新芜区人民法院行政判决书(2003)新行初字第11号。

张。^①从学术理论角度的研究有2006年李继辉、蒋韬、李程、廖娟、李昊、李成等对2005年以来部分地区就业现场招聘条件、报刊招聘广告中的公务员录用条件、国务院国有资产管理委员会直属企业招聘人员的条件进行了初步的研究:年龄、身高、长相(容貌);^②2006年李薇薇等对中国就业的歧视从法律、政策和社会学的研究中,部分涉及报刊招聘广告发布的与工作岗位职责无关的条件;^③2007年蔡定剑等在对就业歧视的现状进行的社会调查中,也包括对招聘广告要求的与岗位职责无关的条件进行了研究。^④

三、主要的发现

笔者在上述司法裁判与学术研究的基础上,对上海市和成都市自《劳动法》施行的1995年到2005年这11年间招聘广告中出现的要求劳动者具备的与岗位职责无关的性别、年龄、长相、身长等条件进行了研究。笔者得出的主要观点如下:首先,在《劳动法》实施后,中国劳动力供大于求的状况使得劳动力市场中作为买方市场的用人单位的优势地位不断得到加强,作为卖方市场的求职者处于弱势地位,在城镇非农民工就业的行业与职位中尤为明显。^⑤其次,讨论了劳动力市场中普遍存在的用人单位提供职位时却要求与岗位职责无关的不合理的条件的原因,提出不能简单地解释为劳动力供大于求所致,而是有着复杂的经济、社会、文化与法律方面的原因。典型的例证是在“农民工”就业的行业

① 参见北京市高级人民法院行政裁定书(2006)高行终字第131号。

② 周伟等:《中国的劳动就业歧视:法律与现实》,法律出版社2006年版。

③ 李薇薇、Lisa Stearns主编:《禁止就业歧视:国际标准与国内实践》,法律出版社2006年版。

④ 蔡定剑主编:《中国就业歧视现状及反歧视对策》,中国社会科学出版社2007年版。

⑤ 农业部、劳动和社会保障部和国家统计局的统计显示,处于流动状态的农业人口约1.3亿多,参见石美莲、Lisa Stearns主编:《全球化背景下的国际劳工标准与劳动法研究》,中国劳动社会保障出版社2005年版,第181页。目前煤矿采掘业的80%、纺织服装业的60%和城市一般服务业50%的从业人员均来自农村,参见中国农村劳动力转移课题组:“中国农村劳动力转移现状、问题与发展”,载 <http://www.sociology.cass.net.cn/shxw/xcyj/P020050601322340628841.pdf>,2005年6月10日访问。

2003年全国城镇就业人员25639万人,2004年全国城镇比上年新增就业人员980万人。资料来源:国家统计局:“中华人民共和国国家统计局关于2003年国民经济和社会发展的统计公报”(2004年2月26日),载 http://www.stats.gov.cn/tjgb/ndtjgb/qgndtjgb/t20040226_402131958.html,2005年6月10日访问。“中华人民共和国国家统计局关于2004年国民经济和社会发展的统计公报”(2005年2月28日),载 http://www.stats.gov.cn/tjgb/ndtjgb/qgndtjgb/t20050228_402231854.html,2005年6月10日访问。

与职位中,并不存在本书讨论的用人单位提供职位所要求的这些不合理的条件。^①合理的解释是用人单位迎合“以貌取人”、“以高取貌”、“以(年)龄取材”的社会庸俗心理和“男尊女卑”的社会陋习,滥用法律赋予其的用工自主权,法律规制机制不健全等社会综合因素。如果社会不树立尊重他人的人格、理性对待个体的差异、包容少数群体的自然特征的观念,且缺乏相应的法律禁止歧视,这些少数群体的就业权利被侵犯的普遍现象的状况将难以改变,构建和谐社会的目标将受到阻碍。最后,分析了就业中普遍存在性别、年龄、长相、身长条件的社会背景。笔者认为20世纪90年代初期开始到中期大规模开展的国有企业职工裁员导致大批国有企业职工下岗,就业难成为一个普遍的社会问题,并导致了报刊招聘广告中这些直接歧视的内容在社会自由、普遍地盛行。^②一方面用人单位要求劳动者与岗位职责无关的条件通过媒介的传播扩大了它们的负面影响,另一方面这些条件在社会长期普遍的存在,既未受到社会的任何质疑、批评与谴责,也没有受到国家的法律制裁而被用人单位和社会默认为用人单位的“合理甄选”,并为各地、各行业的用人单位的效仿树立了榜样。

笔者主要研究的结论如下:第一,以劳动者的性别标准为条件提供的职位分别占上海市和成都市提供职位总数的30%和33.7%。社会对用人单位因女性在劳动力市场中固有的弱势形成的劳动力成本高于男性的经济因素缺乏有效的补偿机制,职业性别结构中性别隔离的现状及其刻板印象对女性的贬低,加之法律制度在施行中本身存在的规范不具体、制裁措施缺乏、可操作性差等问题,事实上不能约束用人单位在录用劳动者中的任意性别选择。第二,以劳动者的年龄标准为条件的职位中,年龄条件的标准集中在35岁以下。40岁以上普遍受到用人单位的排斥,只有为数很少或者可以忽略不计的提供50岁以上的职位。就业中的年龄条件是法律规定与就业现实中差距最大、违法程度最严重的不合理的差别对待。第三,以劳动者的长相标准为条件提供的职位分别占上

^① 在农民工就业的建筑、清洁、矿山等支付体力劳动力的岗位中,基本上既不存在本书研究的报刊招聘广告中要求的“年龄”、“长相”和“身长”条件,也不存在本书未研究但报刊招聘广告普遍要求的“学历”、“工作经验”、“户籍”等要求。“性别”要求也只适用于那些支付体力强度很大的行业与职位,例如建筑行业、矿山井下作业。

^② 参见本书《中华人民共和国反歧视法学术建议稿》第4条。

海市和成都市提供职位总数的6.7%、19.7%,这是用人单位混同了个人审美的心理需求与劳动的社会活动的界限,误将个人或群体欣赏对人体美的精神活动作为提升企业形象或劳动者素质的手段的结果。第四,以劳动者的身长标准为条件提供的职位分别占提供职位总数的3.4%、11.5%,虽然身长代表人体美的心理活动且属于个人精神自由与个人意志自主的范畴,但用人单位与劳动者签订及履行劳动合同的行为,与个人利益、用人单位利益和社会公共利益密切相关,如要求与劳动能力、专业技术和岗位职责无关的身长条件,在法律上构成“考虑不相关的因素”的行为,并限制、侵犯、剥夺了劳动者平等就业权利。

四、研究的背景

对报刊广告录用劳动者条件的研究,与劳动力市场中用人单位采取招聘的方式录用劳动力以及求职市场的成熟与发达的程度有着密切的关系。中国劳动力市场的萌芽可以追溯到20世纪80年代中期。^①在20世纪90年代中期之前,用人单位并非主要通过公开招聘的方式录用劳动者。在社会主义市场经济的发展过程中,劳动力市场也逐渐成熟。劳动力市场通过公开招聘的方式在90年代初期有了进一步的发展,不过对于作为主要用工主体的国有企业来说,报刊招聘并非其主要的录用手段。1993年,《中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》提出,“改革劳动制度,逐步形成劳动力市场……发展多种就业形

^① 1984年,国务院发布《国务院关于进一步扩大国营工业企业自主权的暂行规定》,其中第8条规定:“企业有权根据生产需要和行业特点,在劳动部门指导下公开招工,经过考试,择优录用。有权抵制任何部门和个人违反国家规定向企业硬性安插人员”,该规定开启了国有企业自主录用劳动者的大门。1986年,国务院发布行政法规《国营企业实行劳动合同制暂行规定》,其中第2条规定:“企业在国家劳动工资计划指标内招用常年性工作岗位上的工人,除国家另有特别规定者外,统一实行劳动合同制。用工形式,由企业根据生产、工作的特点和需要确定,可以招用五年以上的长期工、一年至五年的短期工和定期轮换工。无论采取哪一种用工形式,都应当按照本规定签订劳动合同。企业招用一年以内的临时工、季节工,也应当符合签订劳动合同。”这为此后各地劳动合同制的实行奠定了法律基础。1987年,国务院在《国务院关于发布改革劳动制度四个规定的通知》[国发(1986)77号]第3条中,要求各地废止20世纪60年代后期以来实行的“子女顶替”和“内招”的企业劳动用工制度。发布《国营企业招用工人暂行规定》、《国营企业辞退违纪职工暂行规定》和《国营企业职工待业保险暂行规定》,该规定赋予国营企业的用工自主权,这标志着中国对1949年以来实行的计划用工劳动制度进行了重大改革。1986年4月18日,中共中央、国务院发布“中共中央、国务院关于认真执行改革劳动制度几个规定的通知”(中发[1986]9号),载 http://news.xinhuanet.com/ziliao/2005-02/06/content_2553855.html,2005年7月10日访问。

式,运用经济手段调节就业结构,形成用人单位和劳动者双向选择、合理流动的就业机制”,^①这为建立劳动者与用人单位平等协商自愿为主的就业市场机制确立了政策与制度的基础。在这个时期,劳动力由市场配置与产业结构的调整和国有企业改革同步发展,虽然各地的报刊还没有开辟人才、求职的专栏,但用人单位和求职者都比过去更多地依靠报刊广告的方式录用人员或获得职位。90年代中期这种情况发生了变化:各地报刊招聘、求职犹如80年代初期出现在报刊上的征婚广告一样,由社会最初感觉的新鲜、好奇、前卫,逐步发展到被社会熟悉、认可与普遍采纳。1994年《劳动法》颁布并于1995年起施行,不仅对劳动就业市场的发展提供了法律依据,而且也为人单位通过报刊招聘等各种形式自主录用劳动者提供了法律保障。

《劳动法》的施行,进一步促进了劳动力市场的发展。此后,中国经济体制经历了产业结构性调整和所有制体制改革的转折性变化。1995年开始的全国大规模国有企业改革与裁员活动,导致大批下岗职工不得不在劳动力市场中通过招聘的方式实现再就业。随着多种所有制经济在国民经济中地位的迅速提升,新成立的国有企业以外的其他各种所有制企业普遍采取招聘方式满足空缺职位的需要。劳动力中介机构、劳动力招聘会等迅速扩张,与之相适应的报刊招聘广告伴随着劳动力市场的成熟越来越普遍,并被用人单位和劳动者作为发布招聘信息和求职的主要渠道。但总体上说,在1995年以前用人单位通过报刊广告招聘劳动者的特点主要体现为零星分散的方式,此后体现为专业化和规模化的特点。各地不仅出现报刊开辟求职招聘的专版,而且出现了专业性的招聘人员的杂志、报纸与网络媒体。到2000年以后,招聘广告(报刊、网络或职业介绍机构)成为用人单位和劳动者的普遍的选择。可见,这一阶段的报刊招聘广告具有代表性。

五、研究的方法

在统计中,笔者根据用人单位招聘广告要求的“性别”、“年龄”、“身高”、“长相”等条件归类。在同一类型的要求中,又进一步分为不同

^① “中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定”,载 http://news.xinhuanet.com/ziliao/2005-03/17/content_2709770.html, 2007年3月10日访问。