

反就业歧视的 理论与实践

刘小楠 主编

从身高到基因:中国反歧视的法律发展

推进平等保障权与消除歧视关系论纲

浅析我国宪法中的平等权条款

2008~2011年中国核心平面媒体

“反就业歧视报道”调查分析报告

法院裁判就业歧视案件的方式及原因分析

亚洲国家(地区)反就业歧视的借鉴

论我国劳务派遣及其制度性歧视

国内航空公司就业歧视调查报告

中国公民身体和健康状况与就业权报告

2011年公务员招考中六部门

就业歧视状况的调查报告

反对就业歧视需要回归常识

有前科的公民公务员资格之比较研究

《女职工劳动保护规定》修改调查报告

“怀孕歧视”:权利的消解与重构

宪政制度研究建设丛书
Constitutional Building
and Research Series

反就业歧视的 理论与实践

刘小楠 主编

法律出版社 LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

反就业歧视的理论与实践 / 刘小楠主编. —北京:
法律出版社, 2012. 10
(宪政制度研究建设丛书)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 3907 - 7

I. ①反… II. ①刘… III. ①劳动就业—劳动法—研
究—中国 IV. ①D922. 504

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 197792 号

宪政制度研究
建设丛书

反就业歧视的理论与实践

刘小楠 主编

责任编辑 易明群
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2012年11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 13.125 字数 363千

印次 2012年11月第1次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 吕亚莉

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 978-7-5118-3907-7

定价:36.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

谨以此书献给中国反歧视事业的坚定倡导者

——蔡定剑教授

目 录

第一部分 从现实出发:反就业歧视的立场与力量

一 平等立场	3
从身高到基因:中国反歧视的法律发展 / 周 伟	3
推进平等保障权与消除歧视关系论纲 / 周贤日	35
浅析我国宪法中的平等权条款 / 陈 征	50
二 依赖力量	59
2008 ~ 2011 年中国核心平面媒体“反就业歧视 报道”调查分析报告 / 刘小楠 王理万	59
法院裁判就业歧视案件的方式及原因 分析 / 杨世建	97
亚洲国家(地区)反就业歧视的借鉴 与启示 / 林燕玲	111
三 现象观察	133
论我国劳务派遣及其制度性歧视 / 李晓兵 白 军 陈振中	133

国内航空公司就业歧视调查报告 / 牛玉亮 苗杰	161
中国公民身体和健康状况与就业权报告(2010~2011年度) / 刘潇虎	187

第二部分 对公权检讨:公务员招考中的就业歧视

守护就业机会平等的底线正义——2011年公务员招考中六部门 就业歧视状况的调查报告 / 刘小楠 王理万	221
反对就业歧视需要回归常识 / 王理万	246
有前科的公民公务员资格之比较研究 / 王彬	254

第三部分 为女性维权:女职工保护与平等就业

《女职工劳动保护规定》修改调查报告 / 《女职工劳动保护规定》 修改课题组	269
《女职工特殊劳动保护条例》(征求意见稿)专家修改建议 / 北京 众泽妇女法律咨询服务中心	300
《女职工劳动保护特别规定》的进步与缺失 / 刘明辉	308
“怀孕歧视”:权利的消解与重构 / 郭慧敏	324

第四部分 回归至概念:就业歧视的定义和规定

辞典中的定义	347
国际公约中的定义	349
各国立法的定义	356
学者观点	412

第一部分

从现实出发：反就业歧视的立场与力量

一 平等立场

从身高到基因：中国反歧视的法律发展*

周伟**

导言

进入 21 世纪以来，平等与禁止歧视的观念开始步入中国的主流价值并形成社会共识。不受歧视权从纸面上的法律规定，开始进入社会生活各领域中。在 2000 ~ 2011 年期间，人民法院裁判或仲裁机构仲裁的反歧视案件的歧视类型包括身高、乙肝、艾滋病、性别、残疾、基因、年龄、长相、健康、社会出身、地域、生育等 12 种类型，大体相当于美国

* 此文发表于《清华法学》2012 年第 2 期。

** 周伟，四川大学法学院教授。

等西方发达国家数十年甚至一百多年以上的时间所积累的反歧视诉讼类型。

本文以 2001 年至 2011 年 11 年间中国 NGO 机构提供法律援助和新闻媒体报道的人民法院裁判或仲裁机构仲裁的反歧视案例为研究对象,^[1] 讨论禁止歧视案例集中出现的社会背景、诉讼的策略方法、影响诉讼案例的效果,及它们对中国立法活动、行政执法和司法判决过程的影响;并提出在中国反歧视立法及法律实践中存在的立法不完善、司法程序不明确等问题与挑战。

一、社会排斥:反歧视影响诉讼的背景

20 世纪 90 年代中国开始建立社会主义市场经济体制。经济的多元化促进了社会价值观念、生活方式的多样性。源于 20 世纪 50 年代中期的城乡二元结构与户籍管理政策形成的制度隔离,使得计划经济时期形成的在城镇与农村居民在就业、教育和公共服务中的二元区别,进一步扩大到城镇内部社会生活的其他领域。在就业、教育和公共服务中城乡之间、城市之间的社会排斥与社会剥夺等现象,不仅打破了计划经济时期的社会平衡体系,而且国家权力的退出导致失去平衡机制产生了新的社会紧张。

从反歧视影响诉讼的社会背景来看,经济的发展导致人口流动性提高,劳动力市场中供大于求、教育资源配置严重不均衡,无法满足人口自由流动出现的需求增加和选择自由。计划管理模式下的政府工作

[1] 这些机构主要是:北京众泽妇女法律咨询服务中心(北京市千千律师事务所,原北京大学法学院妇女法律研究与服务中心)、北京市益仁平中心、肝胆相照网站、四川大学人权法律研究中心等以性别、乙肝和反歧视为主的社会组织。讨论的反歧视案例或是反歧视的 NGO 参与代理,或由其动员发起,或由其扩大诉讼影响,也包括极少数原告主动寻求媒体支持形成的。

方式缺乏对社会变化的足够预见,结果是适应社会变化性低,回应社会诉求滞后。一些歧视性的现象或被行政规章等行政规范性文件予以确认,或被用人单位、教育机构和公共服务机构作为惯例。源于计划经济体制的那些具有歧视性的社会管理措施,与社会主义市场经济发展的多样性、平等性发生冲突不可避免。

在就业、教育和公共服务领域中基于性别、身高、乙肝等不合理区别对这部分群体的机会剥夺,强化了社会偏见与社会排斥。一方面,社会文化缺乏尊重少数、包容差异的要素,阻碍了部分群体获得平等的机会;另一方面,国家不再行使过去在就业、教育中的计划分配权力,完全由市场支配,为歧视现象的普遍存在提供了社会土壤。^[2]

反歧视影响诉讼的出现或许受消费者权益诉讼或受教育权诉讼的启发。1990年代后期出现了维护消费者群体权益的公益诉讼。^[3]2000年以来,消费者权益公益诉讼的理念逐步辐射到教育、就业、公共服务和社会参与等其他方面。2001年,在“齐玉苓诉陈晓琪等以侵犯姓名权的手段侵犯受教育权案”这个被新闻媒体称为“中国宪法司法适用第一案”的裁判中,最高人民法院发布的《最高人民法院关于以侵犯姓名权的手段侵犯宪法保护的公民受教育的基本权利是否应承担民事责任的批复》(法释[2001]25号)的司法解释,新闻媒体采用了“宪

[2] 中国从20世纪50年代中期开始实行城乡二元户籍制度的公共政策,由此形成的就业、教育、公共服务中的区别政策是一个普遍现象。在社会生活各领域的制度性歧视,似乎还需要相当长的时间并做出艰巨的社会努力。

[3] 1996年,福建省龙岩市丘建东因市公话亭未执行夜间、节假日长途电话半价的规定,向龙岩市中级人民法院提起诉讼后,经新闻媒体采访、报道,原告因压力过大而撤诉。1997年1月,丘建东向北京市西城区人民法院提起诉讼,要求裁判北京市电信局委托的北京市西城区前门甲西大街一号公话亭和东城区东交民巷27号最高人民检察院招待所公话亭,未执行夜间、节假日长途电话半价多收人民币1.2元的行为违法。经新闻媒体报道引起了全国各地的重大反应,可以说是消费者公益维权的典型。参见茹敬涵:“公益诉讼第一人——丘建东”,载《中国消费者》2010年第3期。

法司法化”有争议的表达。^[4] 该案既被社会看作是案例促进法律和公共政策发展的标杆,也体现了影响性诉讼促进法律政策发展的可能。^[5]

齐玉苓案展示的通过案例促进宪法实施的愿景,在2003年的一个偶然事件中被发扬光大。3月17日,27岁的湖北青年孙志刚在广州的大街上行走时突然被收容后致死的事件被新闻媒体披露后,^[6]加快了国务院废止自1982年施行的行政法规《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》的脚步。这个事件激发了公民社会参与的积极性,似乎树立了一个可以看得见、摸得着的榜样。人民法院过去裁判的案件主要是财产权、人身权、知识产权等民事权利的案件,现在不得不面临连人民法院也感到陌生、新颖的反歧视诉讼案件。这些案件与其他案件的主要区别在于,原告的诉求具有更多的公共利益,事实上是在为社会上同类群体开展法律倡导。

二、以小见大:影响诉讼促反歧视法律改革

中国法律确立的在就业、教育和其他方面的“不受歧视权”的立法例有:其一,宪法。1982年中国《宪法》第33条第2款规定:“中华人民

[4] 时任最高人民法院民一庭庭长黄松有法官认为,我国公民依照宪法规定享有的基本权利有相当一部分在司法实践中长期处于“睡眠”或“半睡眠”状态,该批复首次打破了“沉默”。我国宪法司法化可以参考美国的模式,由普通法院审理宪法权利纠纷。该案被称为“中国宪法司法化第一案”。参见黄松有:“宪法司法化及其意义——从最高人民法院今天的一个〈批复〉谈起”,载《人民法院报》2001年8月13日第5版。

[5] 2008年最高人民法院废止2007年年底以前发布的27项司法解释。《关于以侵犯姓名权的手段侵犯宪法保护的公民受教育的基本权利是否应承担民事责任的批复》(法释[2001]25号)也在其中。其他26项司法解释被废止理由是“情况已变化”,或“被新法取代”,而废止该司法解释是因“已停止适用”。

[6] “孙志刚死亡真相”,载《新闻周刊》2004年第20期。

共和国公民在法律面前一律平等。”其二,劳动法。1994年《劳动法》第3条第1款规定:“劳动者享有平等就业和选择职业的权利”。第12条还规定:“劳动者就业,不因民族、种族、性别、宗教信仰不同而受歧视”。其三,教育法。《教育法》第9条规定:“中华人民共和国公民有受教育的权利和义务。”其四,其他法律。《妇女权益保障法》第2条规定:“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。实行男女平等是国家的基本国策。国家采取必要措施,逐步完善保障妇女权益的各项制度,消除对妇女一切形式的歧视”。《残疾人保障法》第3条第1款规定:“残疾人在政治、经济、文化、社会和家庭生活等方面享有同其他公民平等的权利”,第3款规定:“禁止基于残疾的歧视”。

虽然法律确定了不受歧视是一项法律权利,但并未明确“不受歧视权”被侵犯后的法律救济途径。在2000年以前,人民法院除裁判过少数农村妇女出嫁未迁出户籍平等享有农村土地权益纠纷的性别歧视案件外,没有受理过引起新闻媒体和社会公众普遍关注的反歧视案件。

2002年,成都市武侯区人民法院裁判的“蒋韬诉中国人民银行成都分行录用行员身高歧视案”,标志着中国反歧视影响诉讼的开始。“身高歧视”案在法院受理后被告3日内取消了身高要求的限制,不仅让社会接受了自然人的身高不得作为不合理区别的理由,而且认知到“歧视”违背了宪法的平等权。2003年,安徽省芜湖市新芜区人民法院裁判的“张先著诉安徽省芜湖市人事局录用公务员拒绝录用乙肝病毒携带者案”,进一步扩大了反歧视诉讼的社会影响。2005年法院裁判“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”地域歧视案,“周香华诉中国建设银行平顶山市分行男女职工退休年龄差别性别歧视案”和“杨世建诉人事部公务员报考年龄歧视案”等,使反歧视的诉讼观念从“身高”、“乙肝”,扩展到“地域”、“性别”和“年龄”。2006年在新闻媒体报道“何青志、湛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”(同

命不同价案)以后,最高人民法院有关部门在当年全国两会期间阐明对该案的看法,^[7]表明人民法院对反户籍歧视的关注;2007年“秋子诉上海昂立投资咨询有限公司录用教师长相歧视案”经劳动部门调解双方达成和解并共同发表和解声明,显示了社会压力对歧视行为的约束。2008年人民法院判决对乙肝歧视案件的受害人给予精神损害赔偿,2009年“王莹诉徐州市泉山区人口和计划生育局录用公务员拒绝录用未婚生育考生案”入选中国人民大学法学院评选的年度十大案件,说明反歧视案件种类的快速增加。2010年“小军诉盐边县人力资源和社会保障局、盐边县教育局录用教师歧视艾滋病病原携带者案”,是敏感的反歧视艾滋病人及其病源携带的案件;2010年“周某等三人诉佛山市人力资源和社会保障局录用公务员歧视携带地中海贫血基因考生案”,显示反歧视案件的种类已经发展到西方发达国家反基因歧视的前沿。

据笔者对2000~2011年期间人民法院和仲裁机关裁判或仲裁的反歧视案件的歧视类型的统计,涵盖了“身高”、“乙肝病源携带”、“地域”、“性别”、“长相”、“年龄”、“社会出身”(农村户籍)、“残疾”、“生育”、“艾滋病病源携带”、“基因”、“健康状况”等12个歧视类型。从

[7] 2006年3月10日最高人民法院民一庭庭长纪敏在中国法院网回答网友提问指出:“经过这两年的司法实践确实出现了一些问题,这就是网友们提出来的‘同命不同价’的问题,问题主要出现在一起事故中,受害方既有城市人又有农村人,在这一个案件里,根据城市标准赔偿的数额和根据农村标准赔偿的数额差距很大。比较典型的一个案件是最近重庆发生的三个少女在一起事故中受到伤害、死亡,其中有两个少女是城市户口,有一个少女是农村户口,农村户口的少女大约得到了58,000元赔偿费,城市户口的两个少女得到了20多万元的赔偿费。社会对此问题比较关注。法院也了解到此情况,并且近两年来都在做这方面的调研,我就亲自带队到河北召集北京、天津、河北三级法院专门进行调研,也专门征询了中央有关部委的意见。目前,仍然存在一些分歧。但在一个问题上,基本上取得了一致意见。在同一事故中,既有城市受害者,又有农村的受害者,在同一事故中是不是按一个标准,大家普遍认为应该是按一个标准执行。”参见中国法院网:“2006年3月10日14:30最高人民法院民一庭庭长纪敏、民二庭庭长宋晓明做客中国法院网”,http://www.chinacourt.org/zhibo/detail.php?zhibo_id=192&id=2480,2011年12月25日访问。

此期间新闻媒体报道或者反歧视 NGO 提供的 92 个进入法律程序的反歧视案例(如表一所示),可以看出人民法院裁判歧视案的基本特点如下:

表 1 2000 ~ 2011 年中国反歧视案件一览表

编号	案件名称	案件来源	裁判结果	歧视案件类型
1	王勇等诉成都家家快餐有限公司对非公务员消费者区别收取服务费歧视案	成都市中级人民法院(2000)成民终字第 913 号	败诉	社会出身
2	高某诉北京敦煌餐饮有限责任公司因消费者长相拒绝提供服务长相歧视案	北京市中级人民法院(2000)初字第 1 号	胜诉	长相
3	张家祥等诉峨眉山市峨眉山风景旅游管理委员会对异地消费者区别收费地域歧视案	四川省峨眉山市人民法院(2002)峨眉行初字第 7 号	败诉	社会出身
4	蒋韬诉中国人民银行成都分行录用公务员要求身高条件身高歧视案	成都市武侯区人民法院(2002)武侯行初字第 3 号	不予受理	身高
5	王某诉上海市某置业开发有限公司侵犯残疾人无障碍权案	上海市第二中级人民法院(2003)	和解、请求支持	残疾
6	林某诉某银行侵犯残疾人无障碍权案	上海市总工会劳动报(2003 年 05 月 26 日)	胜诉	残疾
7	张先著诉安徽省芜湖市人事局录用公务员歧视乙肝病毒携带者案	安徽省芜湖市新抚区人民法院(2004)芜中行终字第 9 号	请求部分支持、部分败诉	传染病病毒携带(乙肝)
8	杨某诉漳州市人事局录用人员身高歧视案	厦门晚报(2004 年 09 月 11 日)	撤诉	身高

续表

编号	案件名称	案件来源	裁判结果	歧视案件类型
9	吴兵、王××诉海南省公安厅录用人民警察乙肝歧视案	海南省海口市区人民法院(2004)美行初字第32号	败诉	传染病病毒携带(乙肝)
10	陈林诉深圳市人事局、国税局录用公务员身高歧视案	北京娱乐信报(2004年02月12日)	不予受理	身高歧视
11	杨世建诉人事部公务员拒绝35岁以上公民报考年龄歧视案	北京市第二中级人民法院(2005)二中行初字第578号	不予受理	年龄歧视
12	李某等二人诉深圳市公安局龙岗分局行政执法地域歧视案	郑州市高新区人民法院(2005)民初字第号	和解、请求支持	社会出身
13	黄永颀等7人诉成都空气压缩机厂破产清算组裁减员工性别歧视案	成都市中级人民法院(2005)成民终字第1857号	中止审理	性别
14	刘家海诉广西司法厅核发律师执业证年龄歧视案	广西南宁市中级人民法院(2005)南市终字第119号	败诉	年龄
15	曹兵、王金山诉海南省公安厅录用人民警察乙肝歧视案	海南省海口市中级人民法院(2005)海中法行终字第19号	败诉	传染病病毒携带(乙肝)
16	唐××诉商务部录用公务员性别歧视案	《中国青年报》2005年04月02日	不予受理	性别
17	周香华诉中国建设银行平顶山市分行男女职工退休年龄区别性别歧视案	河南省平顶山市湛河区人民法院(2006)湛民1初字第31号	败诉	性别
18	赵某诉海门市人事局录用公务员身高歧视案	江苏省海门市人民法院(2006)编号不详	败诉	身高

续表

编号	案件名称	案件来源	裁判结果	歧视案件类型
19	何青志、谌登兰诉重庆铺金公路运输有限公司人身损害赔偿区别农村与城镇户籍社会出身歧视案	重庆市第一中级人民法院(2007)渝一中法民终字第1083号	败诉	社会出身
20	阮某诉北京市地铁公司侵犯残疾人无障碍权案	北京市西城区人民法院(2007)编号不详	败诉	残疾
21	秋子诉上海昂立投资咨询有限公司录用教师长相歧视案	新华网(2007年02月09日)	和解、请求支持	长相
22	山东大众报业集团录用人员乙肝歧视案	济南市历下区人民法院(2008)历民初字第3972号	胜诉	传染病病毒携带(乙肝)
23	胡丽华等13人诉平阳县教育局女性职工退休性别歧视案	浙江省温州市中级人民法院(2008)温行终字第256号	败诉	性别
24	IBM公司辞退抑郁症员工健康歧视案	上海市浦东新区劳动争议仲裁委员会蒲劳仲(2008)办字第946号	胜诉	健康
25	周某诉广西金桂浆纸业有限公司乙肝歧视案	广西壮族自治区钦州市钦南区人民法院(2008)钦南民初字第312号	胜诉	传染病病毒携带(乙肝)
26	××诉湖北都市中盛广告有限公司乙肝歧视案	湖北省武汉市江汉区人民法院(2008)汉民一初字第1993号	败诉	传染病病毒携带(乙肝)
27	余某诉名幸电子(广州南沙)有限公司乙肝歧视案	广州市南沙区人民法院(2008)南沙民一初字第180号	胜诉	传染病病毒携带(乙肝)