

四川 法学 文集

第二辑

2009 | 四川省法学会 主编

四川法学文集

第二辑

2009

四川省法学会 主编

 四川出版集团
 四川人民出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

四川法学文集. 第二辑/四川省法学会主编. —成都:
四川人民出版社, 2009. 9
ISBN 978-7-220-07949-8

I. 四… II. 四… III. 法学—文集 IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 170569 号

SICHUAN FAXUE WENJI

四川法学文集 (第二辑)

四川省法学会 主编

责任编辑	董 玲
封面设计	经典记忆
技术设计	古 蓉
责任校对	蓝 海
责任印制	丁 青 李 进
出版发行	四川出版集团 (成都槐树街 2 号) 四川人民出版社
网 址	http://www.scpph.com http://www.booksss.com.cn E-mail: scrmcbf@mail.sc.cninfo.net
发行部业务电话	(028) 86259459 86259455
防盗版举报电话	(028) 86259524
照 排	四川胜翔数码印务设计有限公司
印 刷	成都蜀通印务有限责任公司
成品尺寸	185mm×260mm
印 张	25
字 数	577 千
版 次	2009 年 9 月第 1 版
印 次	2009 年 9 月第 1 次
书 号	ISBN 978-7-220-07949-8
定 价	50.00 元

■ 版权所有·侵权必究

本书若出现印装质量问题, 请与我社发行部联系调换
电话: (028) 86259624

四川法学文集 第二辑 2009

主 编 四川省法学会

编委会(按姓氏笔画为序)

马静华	王建华	王漫雪	左卫民	石开贵
李 季	张 涛	周友书	饶 艾	胥 坚
高晋康	喻 中	谢维雁	鲁国铁	鲁 嵩
鄢秀芳	魏义洪			

愿法治之光更加璀璨闪亮

——《四川法学文集(第二辑)》代序

四川省法学会会长 敬瑞祥

马克思说,一个民族要登上科学的高峰,究竟是离不开理论思维的。自党的十五大确立“依法治国”基本方略以来,在四川省委、省政府的高度重视和大力支持下,全省广大法学界和法律界工作者高举中国特色社会主义伟大旗帜,立足实践,积极探索,大胆创新,我省法学研究呈现出百花齐放、繁荣兴旺的盛景,为推进法治四川、和谐四川的建设发挥了重要作用。

韩愈有云,文以载道。《四川法学文集》是集中展示我省一个时期法学理论研究成果和法治实践经验的重要载体,是加强我省法学界和法律界工作者与兄弟省(市、区)、海外同行沟通交流的重要平台,是充分体现我省大力繁荣法学研究,积极探索依法治省实践的重要窗口。三年前,《四川法学文集(第一辑)》的编辑出版,是我省法学研究探索征途中一个重要的里程碑,激励着我省法学界和法律界工作者继续昂扬奋进。春华秋实,厚积薄发,经过三年的辛勤耕耘,刻苦钻研,我省法学界、法律界又涌现出大批优秀的法学研究成果,又有一批优秀的人才成长起来。特别是去年我省经历了“5·12”汶川特大地震灾难和国际金融危机的双重考验,全省法律工作者和法学工作者积极对灾后出现的大量新型法律问题和防范应对金融危机的法律空白进行了深入的思考和有益的探索,为省委、省政府科学决策提供了可靠依据和智力支持。值此全国喜迎新中国成立60周年的重要时刻,全省奋力推进“两个加快”的关键时期,四川省法学会精心组织,隆重推出《四川法学文集(第二辑)》意义重大,十分及时。文集中精选的49篇法学论文,涉及法理学、宪法、行政法、民商法、经济法、诉讼法等诸多领域,对理论难点分析透彻,对实践热点探讨深入,具有较高的理论水平和较强的现实意义,必将对完善立法,加强执法、司法、法律监督和法律服务,加快我省民主法治建设进程,产生积极影响,起到推动作用。

半个世纪以来,四川省法学会作为四川省委领导的人民团体,作为法学界、法律界的群众团体和学术团体,认真组织广大法学工作者、法律工作者学习马克思列宁主义、毛泽东思想、邓小平理论、“三个代表”重要思想、科学发展观和党的路线、方针、政策,努力把思想统一到党的基本理论和基本路线上来;积极引导广大法学工作者、法律工作者关心国家大事,紧紧围绕全党全国的中心任务,参与国家的政治协商和民主决策,有效发挥党和政府联系广大法学工作者、法律工作者的桥梁和纽带作用;紧紧围绕党和政府工作大局,积极开展形式多样的法学研究活动,在繁荣我省法学研究,培养法律人才,促进对外交流,加强法制宣传等方面发挥了重要作用,是我省民主法治建设的一支重要力量。

建设社会主义法治国家,是党和国家赋予我们的光荣使命,是人类社会发展的必然趋势,是人民的呼声、时代的召唤。全省广大法学工作者、法律工作者要以改革创新的精神、求真务实的态度、攻坚克难的决心,迎难而上,开拓进取,顺应历史的潮流,不负人民的重托。要坚定政治立场,以马克思主义法学观为指导,牢固树立社会主义法治理念,切实将思想和行动统一到党中央、国务院和省委、省政府的决策部署上来,自觉抵御西方自由化腐朽思想的侵蚀,始终坚持党的事业至上、人民利益至上和宪法法律至上的原则。要增强大局观念,紧密围绕党委、政府的中心工作,注重研究法学理论和法律实务中的全局性、前瞻性、战略性的重大课题,不断为提高党和政府的决策水平提供更多更好的法学理论支持。要发扬理论联系实际的学风,解放思想,实事求是,一切都要从我们的国情、省情出发,在思考和破解当下的重大经济社会问题中力求创新。对西方的先进法治经验可以选择性地借鉴,但绝不能生搬硬套;对我国的传统法治文化可以批判性地继承,但绝不能完全抛弃。要坚持维护社会公平正义的价值追求,积极引导群众崇尚法律、尊重法律,切实把党委、政府关注和人民群众关心的重大问题、根本问题作为视野的焦点和研究的重点,努力为维护社会公平正义而战,为实现人民权益而斗,为捍卫真理而争。当前,国际形势纷繁复杂,改革开放加快推进,利益格局深刻调整,法治建设面临新的机遇和挑战。希望全省广大法学工作者和法律工作者,进一步认清形势,坚定信念,抓住机遇,奉献智慧,为维护党的执政地位、维护国家安全、维护人民利益,确保社会大局稳定,建设社会主义法治国家,推进依法治省、服务“两个加快”作出新的更大贡献!

目 录

我国城镇就业中的长相歧视研究 (周 伟)	1
从“确认”到“正名”:中国百年宪法的内在逻辑 (喻 中)	9
积极宪政国家:中国经济法国家观的重构	
——立宪主义视角下对经济法国家观的批判 (章 群 王伦刚)	17
宪法的合法性由来与价值 (陈 驰)	25
中国宪法诉讼存在论 (谢维雁)	35
协商民主视角下的议事程序 (王建华 林丽慧)	43
抵抗权在我国之探析	
——以《公务员法》第 54 条为焦点 (杨 静)	51
宪法权利的渊源和发展路径探索 (黄泽勇)	58
论违宪的概念与构成要件 (商继政 刘鹏)	64

* * *

四川法政学堂(校):中国近代法学专门教育的地方实践(1906~1926)	
(里 赞 刘昕杰)	72
法律正义与法律价值关系论 (胡启忠)	85
法治价值的渊源与结构 (陈卯轩)	97
论我国少数民族文化立法保护的问题与对策 (饶 艾 刘 凌)	103
婚内强奸问题的法理学思考 (钱向阳)	111
象征性法律及其意义 (喻 中)	123
“裁判困局”与法治理性	
——对和谐社会建设中法治理性的思考 (赖波军)	130
“阴鹭”观与清代的案件裁断 (赵妮妮)	137
论我国地方立法技术存在的问题与对策 (杨树人)	145

纠纷解决与规则之治 (莫亚林)	150
浅谈儒法合流	
——读《中国法律与中国社会》 (罗志安 蒋晶晶)	157
* * *	
金融危机背景下中国金融监管模式的选择与完善 (周友苏 廖笑非)	161
论垄断调控的三个维度 (李 平)	175
人肉搜索行为的侵权点分析 (王建平)	182
物权保护的立法模式探究	
——兼论《物权法》第三章的适用 (辜明安)	197
侵权责任构成要件之重构 (马桦 朱呈义)	210
对新兴金融组织进行商法规制应遵循正当程序原则	
——主要从网络银行商法规制的视角探析 (王远均)	217
欧盟公司资本制度的变革 (殷 盛)	224
论房屋拆迁中的公共利益问题 (喻 敏)	239
经济法的本位性探析 (张霄)	243
委托理财性质刍议 (赵海程)	249
损失补偿原则在我国保险法中的立法缺陷分析	
——以商业医疗费用报销型保险案件为例 (江 波)	255
地震灾后民商事法律问题评估 (奉光明)	259
* * *	
深化改革须从权力主导转向依法推进 (侯水平)	267
论政府信息公开的理论基础与价值目标 (王建华)	274
对构建我国新的戒毒模式的思考 (乔德春)	283
建立城乡统一的户籍制度的思考 (孟大川 张为波)	291
我国劳动教养存留研究	
——从批准《公民权利与政治权利国际公约》视角分析 (徐继敏)	297
依法治国与行政诉讼 (邓建民)	307
修改完善《环境保护法》的建议与思考 (李 季)	314
论我国刑事被害人国家补偿制度的建立 (王邦习 曾 宇)	319
当前农村社会的现状与对策 (苏 云 谢廷润)	327

* * *

中国刑事案卷制度实证研究	
——以证据案卷为重心 (左卫民)	330
论被告人证明责任的承担 (邓修明)	340
正当程序视阈下的诉前禁令制度 (刘晴辉)	348
再论侦查监督制度:基于运行效果的反思与对策 (马静华)	355
论刑事诉讼中的应诉权 (郭 松)	362
刑事司法控制:权力与行动	
——以检察司法控制为例 (赵开年)	369
浅谈公安机关适用法律规定的“相互制约”权	
——主论公安机关的复议、复核权 (谢 平)	376
诱惑侦查的合法性探析 (袁 野 徐 翀)	383
后 记	389

我国城镇就业中的长相歧视研究

周 伟*

[内容提要] 劳动者的长相不仅与履行岗位职责无直接的联系,而且也非劳动者完成岗位职责所必需。用人单位提供职位要求劳动者的长相条件不仅是不合理的,也是不必要的,在法律上构成了就业中的长相歧视。通过立法禁止就业中的长相歧视,国家为劳动者提供公平的就业机会,构建社会主义和谐劳动关系的法律保障。

[关键词] 长相 就业条件 歧视

一、问题的提出

禁止就业中的长相歧视是 20 世纪以来各国禁止歧视法律制度的最新发展。在立法上除中国台湾地区以外,虽然各国反歧视法均未明确禁止就业中的长相歧视,但实践中劳动者因其长相在申请职位中受到不合理的差别对待而寻求法律救济的案例却不断增加。劳动者的长相与劳动就业的关系问题不仅引起了经济学家的关注,也促使法学家从法律的角度进行理论研究。在我国,2004 年李程对就业中的长相歧视进行了初步的实证研究,提出了自然人因长相影响其劳动就业构成法律歧视的见解^①。新闻媒体报道的有关案例也引起了法律、社会和政策理论研究者的关注。

本文分为三部分。首先,通过对上海市和成都市劳动法施行 11 年来广告招聘中的长相条件要求的基本特点进行统计资料分析,发现两地 11 年间广告招聘中的长相要求大致可以分为“五官端正”、“形象好”、“气质佳”三种基本类型。同时,文章还分析了就业中服务类、管理类、技术类等职位对长相条件的要求与特点。其次,讨论了报刊招聘广告长相条件不合理性和这些条件形成的原因及其社会文化背景。文章认为其原因是用人单位滥用用工自主权,错误地把劳动者的长相与企业形象联系起来,将个人对长相欣赏的心理与精神活动的标准适用于就业中对劳动者的长相要求上。最后,分析了自然人的长相与种族、民族、性别、身高、身体残疾一样,是生物多样化的自然表现,即自然人后天无论如何努力也不可改变的固有特征。同时,还提出了禁止就业中的长相歧视需要在立法上予以明确,为禁止歧视提供法律保障,为劳动者提供公平的就业机会。

* 周伟:四川大学法学院教授,上海交通大学法学院教授。

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,第 106~115 页。

二、招聘广告条件中的长相要求及其特点

(一) 长相条件的构成

在上海、成都两地 242520、57799 个职位中,设定了长相条件的职位总数分别为 16340、11388 个,占职位总数的 6.7%、19.7%^①。在两地报刊广告招聘条件中的长相条件仅次于年龄与性别,位列第三^②。从用人单位要求长相条件在职位总数的比例上看,长相条件被普遍确定为与职位相关的标准,并广泛存在于通过招聘录用劳动者的各类职位之中(参见图 1、图 2:上海市、成都市各类职位长相条件的百分比图)。

图 1:上海市各类职位长相条件的百分比图

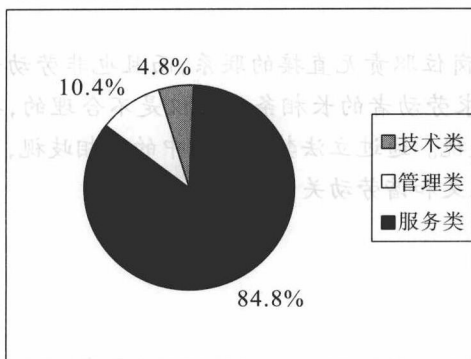
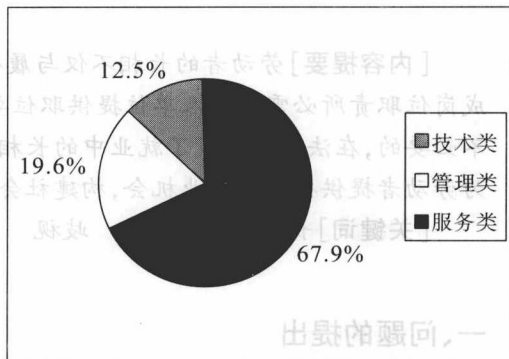


图 2:成都市各类职位长相条件的百分比图



在我国,长相歧视尚未被立法者列为立法禁止歧视的种类。在用人单位看来,既然法律上没有明文禁止,那么要求劳动者满足相应的长相条件仍属于“法无明文禁止”的自由空间。换言之,目前要求长相条件仍为用人单位人力资源合理甄别的自主权。从统计数据中可以看出,设置长相条件最突出的是那些面向公众、为公众提供服务的职位。上海、成都两地服务类职位对长相的要求,分别占长相要求总数的 84.8%、67.9%;管理类分别占 10.4%、19.6%;技术类分别占 4.8%、12.5%。这表明用人单位对长相条件的看重,更多是为迎合对自然人的相貌悦目的社会心理,而并非岗位职责本身的需要。故上海市服务类等直接面对公众的职位有长相条件要求的比例高达 84.8%;管理类职位尽管只有部分工作会与用人单位以外的人员接触,其比例仍高达 10.4%;技术类职位大多不与用人单位以外的单位和个人发生联系,其所占比例仍为 4.8%。成都市服务类职位有长相条件要求的比上海低 16.9%,表明对长相条件要求不及上海;但其管理类、技术类职位有长相条件要求的分别比上海市同类职位分别高 9.2% 和 7.7%。这表明用人单位对这两类职位的外表条件要求具有任意性(参见图 1、图 2)。

(二) 长相条件的类型

用人单位要求的与职位相关的年龄与性别条件一般具有明确的含义与通常的理解标

^① 在统计过程中,我们把长相划分为“五官端正”、“形象好”、“气质佳”和“其他”四种类型,若招工单位兼有两个或两个以上的要求,比如要求“五官端正,形象气质佳”即有三个有关长相的要求,则在“五官端正”、“形象好”、“气质佳”三个栏里分别作记录。这样统计的长相的需求数就会超出用人单位对长相有要求的职位数。

^② 周伟:“我国就业中的年龄歧视的实证研究——以 1995~2005 年上海和成都市 30 万份报刊招聘条件为例”,载《政法论坛》2007 年第 3 期。

准,而长相条件则更多地带有面试者主观判断与感知的特点。“长相”是人的天然外在特征,即自然人的面部特征或面相,包括头部五官及其身材的比例,又称为“相貌”、“容貌”、“面相”等。上海、成都两地统计资料中,关于长相条件具体的类型分为五官端正、形象好、气质佳和其他一些特征。

在上述几种类型的长相条件中,虽然每种条件在文字含义上有所差别,但其实质内容均是劳动者个人长相给他人的视觉感受。“五官端正”的具体判断可以参照一定的标准而具有稍强的操作性;“形象好”、“气质佳”则比较概括而且模糊。如果用人单位只是要求“五官端正”,那么外观印象达到面试人员感觉“可以”的程度就符合要求;如果在要求“五官端正”的同时还加上“形象好”或“气质佳”的条件,则外观印象首先应当达到面试人员审美情感的“可以”(五官端正),进而达到“舒服”(形象好)、“悦目”(气质佳)的感觉程度(参见图3、图4:上海市、成都市长相条件的类型)。

图3:上海市长相条件的类型

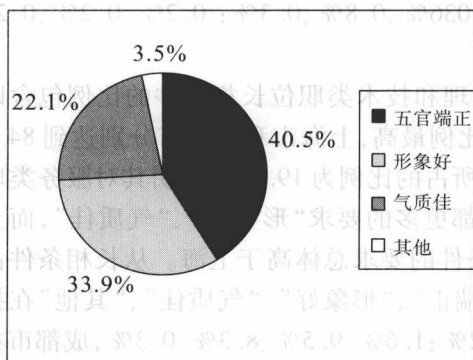
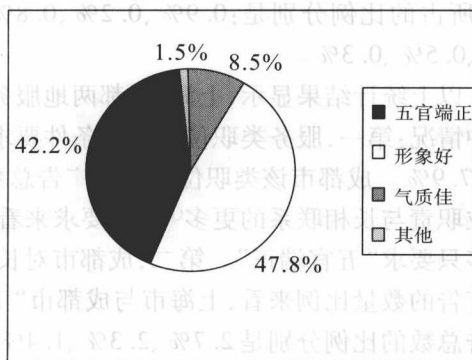


图4:成都市长相条件的类型



(三)长相条件的结构

长相条件的结构,是指统计中长相条件在用人单位提供的不同类型的职位中的分布情况。统计中服务类、管理类和技术类职位的长相要求,按照用人单位所列条件归类,从“五官端正”、“形象好”、“气质佳”、“其他”方面进行统计。鉴于服务类职位包含不同的岗位,统计中按“文秘”、“迎宾”、“客服”、“保安”、“销售”和“其他”6类,对其长相条件进行归类统计。

图5:上海市长相要求在服务类中的比例

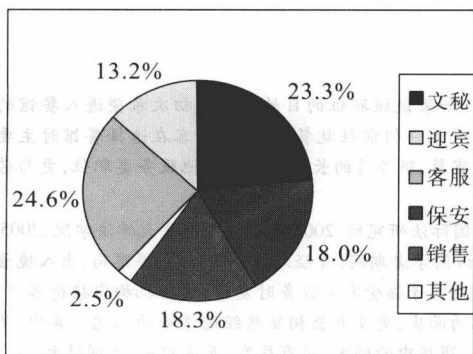
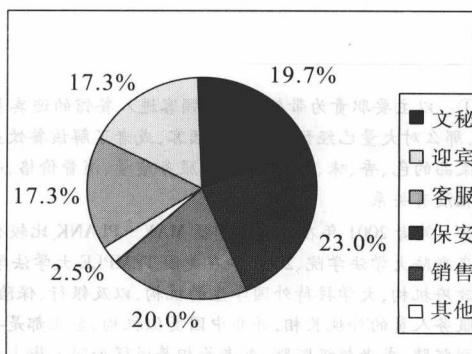


图6:成都市长相要求在服务类中的比例



统计显示,在上海市和成都市的服务类、管理类和技术类职位中,“五官端正”、“形象好”、“气质佳”、“其他”四种类型在长相条件所占的比例分别是:40.5%、33.9%、22.1%、3.5%;42.2%、47.8%、8.5%、1.5%。其中,服务类职位中所占的比例分别是:33.4%、29.3%、19.1%、2.9%;6.2%、31.8%、29%、0.88%。管理类职位中所占的比例分别是:4.4%、3.3%、2.2%、0.47%;0.77%、10.3%、8.4%、0.17%。技术类职位中所占的比例分别是:2.7%、1.25%、0.785%、0.09%;1.1%、6.25%、4.8%、0.99%。

上海市和成都市关于上述六种服务类职位有长相要求的分别占服务类职位数的23.3%、18%、18.3%、2.5%、24.6%、13.2%和19.7%、23%、20%、2.5%、17.3%、17.3%。其中,“五官端正”所占的比例分别是:7.6%、6.9%、8.1%、2%、10.1%、4.7%;1.6%、1.6%、1.3%、0.7%、2.3%、1.8%;“形象好”所占的比例分别是:8.8%、6.4%、5.7%、0.4%、8.4%、4.9%;8.7%、10.6%、9.4%、1.1%、8.6%、8.5%;“气质佳”所占的比例分别是:6%、4.4%、3.8%、0.1%、4.9%、3.2%;9.4%、10.6%、9.2%、0.8%、6%、6.8%。“其他”所占的比例分别是:0.9%、0.2%、0.8%、0.036%、0.8%、0.3%;0.2%、0.2%、0.2%、0%、0.5%、0.3%。

以上统计结果显示,上海、成都两地服务、管理和技术类职位长相条件的比例包含以下几种情况:第一,服务类职位对长相条件要求的比例最高,上海市和成都市分别达到84.8%和67.9%。成都市该类职位招聘在广告总数中所占的比例为19.7%,表明其对服务类职位岗位职责与长相联系的更多^①。从要求来看,成都更多的要求“形象好”、“气质佳”,而上海大多只要求“五官端正”。第二,成都市对长相条件的要求总体高于上海。从长相条件占两地广告的数量比例来看,上海市与成都市“五官端正”、“形象好”、“气质佳”、“其他”在招聘广告总数的比例分别是2.7%、2.3%、1.4%、0.2%;1.6%、9.5%、8.3%、0.3%,成都市在总比例中所占的比例更高。第三,上海市要求长相条件偏重服务类职位,成都市则对服务类、管理类和技术类职位的长相条件都有要求。同时,成都对管理、技术类职位的长相要求的比例也高于上海。上海市对长相要求的数量占职位总数的6.7%,远低于成都市的19.7%。成都市对管理、技术类职位的长相要求的比例分别为0.9%、2.4%,比上海市的管理、技术类职位的长相要求高出0.2%、1.1%。这表明上海市各职位要求的长相条件可以用迎合社会对人体的审美心理来解释,而成都市对技术类、管理类职位的要求则不能进行相同的解释。第四,服务类职位中的“文秘”职位长相要求比例均较高,但该职位的性质表明对长相条件的要求并非为了迎合外部人员,而是为实现内部人员对“面相”的要求^②。

① 以主要职责为带领或指导顾客进入餐馆的迎宾员为例,如果说该职位的目的是博得初次希望进入餐馆的顾客好感,那么对大量已经预订座位的顾客,或者了解该餐饮业的人并无任何前往就餐的影响;顾客在选择餐馆时主要还是根据菜品的色、香、味、形以及环境、服务质量、消费价格,而非迎宾员、服务员的脸相。至于其他服务类职位,更与劳动者的长相没有关系。

② 笔者2001年在德国海德堡MAX-PLANCK比较公法与国际法研究所、2003年在美国耶鲁大学法学院、2005年在挪威奥斯陆大学法学院、2006年在美国TEMPLE大学法学院做访问学者期间,曾经到社会保险局、警察局、出入境管理部门等政府机构,大学接待外国学生的机构,以及银行、保险公司、商店等接受有关服务时发现,这些机构中接待客户、消费者的服务人员的外观长相,并非中国类似机构、企业都是年轻化的面庞,更没有长相显然经过选择的感觉。其中,不少人的体型肥胖,或者超级肥胖,或者长相普通得如同大街上的行人、商店中的顾客,应有尽有、互不相同,差别很大。

(四) 长相条件要求的变化

上海、成都两地历年要求长相条件的主要特点表现为:第一,用人单位在其提供职位中附加长相条件的现象在增加。若将这一现象分为1995~1999年、2000~2005年两个阶段进行考察,则前一阶段要求比较少,后一阶段要求比较多。这种变化与2000~2005年间广告数量大幅增加有密切联系。第二,长相条件要求与性别有着极其密切的联系。总体上对女性的长相条件要求高于男性,服务类职位对女性长相条件的要求比例更高。第三,女性长相条件的要求类型也多于男性。历年服务类职位对女性一直都有“五官端正”、“形象好”和“气质佳”的要求,2000年之前相对较少,之后数量逐步增加。对男性职位的长相要求方面,1995~1999年期间要求很少,2000~2005年间有所增加,但总体比例远低于女性。通过对比,上海倾向于“五官端正”,而成都更多的倾向于“形象好”和“气质佳”。第四,管理和技术类职位对男性“五官端正”、“形象好”、“气质佳”、“其他”等四类长相结构要求的比例都很少,但对女性长相条件的要求不仅一直都存在,且数量也远高于男性。现实中,为女性提供的职位数量却又远低于男性。

三、分析与讨论

上述统计资料表明,两地提供各类职位要求的长相条件要求虽有一些差别,但却有共同之处,那就是设置的长相条件均与工作职责无直接关系。本文将从以下四个方面进行讨论:

第一,用人单位提供职位要求长相条件是将个人的精神审美活动标准适用到劳动关系中产生的结果。

任何对个人长相的欣赏超出私人生活范围以外的选择,尤其是面向不特定人的公共教育、公共服务与劳动就业等领域以要求相对人不合理的长相作为提供服务或就业的条件,都会损害特定群体和他人的人格尊严并可能侵犯其合法权利。除非某些特定职位——模特、影视演员、形象代言人等职位的职责履行直接与劳动者的长相具有因果关系,即履行职位所必需,否则,用人单位提供任何其他职位要求劳动者的长相并作为岗位的资格与条件,都超出了岗位职责的直接目的。

从两地的统计资料可以看出,这些职位要求长相条件是把个人对长相的外表悦目的审美心理,适用到社会创造物质财富和精神财富的劳动活动之中,混同了个人审美心理需求的个人精神活动与生产劳动的社会活动之间关系的性质。

第二,对人的行为与其长相关系的偏见导致用人单位要求劳动者的长相作为职位的能力之一。

在劳动工作中,是否适合特定的岗位条件,主要看劳动者的工作经验、工作能力、专业知识和专业知识,即通过劳动活动创造物质财富和精神财富的能力,自然人长相的差异并不能说明其是否适合工作岗位职责要求。

从统计数据可以看出,两地用人单位提供的“管理”、“技术”、“服务”类职位所要求的长相条件,事实上都并非完成工作职责所必需、必要,或有直接的联系。对自然人的五官长相、形象和气质的感受如何舒适与悦目,都与用人单位提供的岗位职责所要求的资历、能力、体能、技术等并无任何直接的或间接的联系,都不是判断该人是否符合岗位职责要求的标准。用人单位将人体外表的美学评价标准直接用作劳动岗位职责的条件,混同了二者的性

质与特征。

第三,长相条件源于以貌取人的社会心理,用人单位以此作为提高其社会形象的手段。

用人单位要求劳动者长相的重要理由是为了提升其社会形象。企业对外展示其形象的重点与方式无论有何区别,其员工素质的提高都与员工本人的长相、身高(高)等不可改变的人体自然特征没有任何直接的关系,而来源于他们的学习、努力、工作实践。因此,用人单位把要求劳动者的长相条件作为提高企业形象的理由,不仅体现了以貌取人的社会心理,并且反映了用人单位对单位形象塑造的错误理解。

第四,国家录用公务员要求长相条件不仅强化了自然人的长相可以作为就业条件的社会偏见,而且也对其他用人单位起到了很不好的示范效应。

在中国当代社会,从各地公务员到军队和各级国家机关负责人配备的秘书、警卫,候选人的长相条件都是重要的考虑因素。而2005年以前,国家公务员录取过程中就规定了长相条件,则进一步强化了用人单位将长相作为就业条件的社会偏见。国家对公务员本人身体状况的自然特征进行要求或者区别,把自然人的长相、体型、身高等作为提高国家机关形象或公务员队伍素质的条件之一,背离了国家维护社会公平,尊重与包容人的长相的自然差异并给其平等就业机会的宗旨。

四、法律应当禁止就业中用人单位对劳动者的长相条件作不合理的要求

当对自然人长相的理解和选择跨越了个人的审美情感、美学观念等私人精神活动的界限而转化为一种特定的与他人劳动权利密切联系的行为时,便需要法律发挥其平衡利益冲突的功能,以保障长相特殊群体的基本权利,而不会因不合理的差别对待而受到限制、克减和剥夺。此时,法律作为平衡个人利益与社会利益、个人利益与群体利益冲突的工具就不可能再无动于衷或束手无策,而应当发挥其应有的社会规范作用。在劳动就业中,禁止基于自然人长相的差别对待,并将其认定为歧视的立法就表明了法律禁止个人将其审美标准和行为恣意扩大到公共领域,并对他人或群体的合法劳动权益造成损害。法律介入就业中的长相歧视的必要性可以从以下几个方面进行分析:

第一,维护人的尊严是法律保护个人固有特征的逻辑前提。人类法律文明发展的核心价值在于尊重与保护人的尊严。个人的长相无论悦目还是其他,无论出众还是平常,在人的尊严与价值上都没有高低之分、贵贱之别,在权利的享有与履行上更无任何差别。这种观念与价值在近年来禁止就业长相歧视法律制度的发展中得到了充分体现^①。人人均有差别但人人都是平等的,他们都是社会共同体的组成部分,理应共同且平等地享有在社会中发展的机会与社会文明进步的成果,其基本人权都应得到法律的无差别保护。决定个人是否适合从事某个岗位不应该取决于其与工作岗位职责无关的长相特征。劳动就业中不合理的长相差别对待,实质上是把对人体审美情感恣意扩大到公共领域并损害到他人或群体合法权益的行为。

^① 例如,1992年我国台湾地区《就业服务法》第5条规定:“为保障国民就业机会平等,雇主对求职者或所雇员工,不得以种族、阶级、语言、思想、宗教、党派、籍贯、性别、婚姻、长相、五官、身心障碍或以往工会会员身份为由,予以歧视。”在此,法律明文禁止基于长相的差别对待,这在反歧视立法中可以说是一个先例。

第二,法律保护免受歧视的种类与人类社会的文明同步发展,禁止长相歧视是进一步保护公民基本权尤其是劳动权的需要。19世纪和20世纪初期强调保护群体的自然差异而必须给予其以平等对待,禁止不合理区别的特征限于种族、肤色和民族。而到20世纪中期以后,随着经济全球化的发展,世界各国开始强调对群体或个人基于生物、环境、政治、社会、信仰选择的差异应予以包容。禁止不合理区别的特征扩大到性别、国籍、宗教信仰、社会出身、政治见解、身体残疾等领域,其保护范围也从先前只保护群体特征扩大到既保护群体也保护个人特征。到20世纪后期,随着国际社会人权法律制度的发展,个人权利受保护的进一步扩大,立法上更加强调对体现个人自由的心理与精神、生理的多元性与差异性需求的尊重,禁止不合理区别的群体或个人特征进一步扩大到年龄、性取向和性骚扰^①。20世纪90年代以来,欧盟和美国等西方国家关于禁止就业歧视的法律制度取得了长足发展,出现了一系列针对人体长相的不合理区别而寻求司法保护的案例。这些案件或者因采取不合理的差别对待原则而构成对当事人的歧视,或者因性别歧视、信仰歧视等而存在于具体的歧视种类之中^②。因此,禁止长相歧视,是随着社会文明进步、个人权利的不断扩大应运而生的,是反歧视发展的最新成果之一,也是反歧视法律保护公民劳动权进一步延伸。

第三,禁止就业中的长相歧视,是由社会劳动就业中劳动者因长相差别遭受不合理待遇的状况决定的。对劳动者长相的差别对待在各国劳动就业中都一定程度地存在着,但是当在就业中对劳动者的长相不合理差别对待的情况普遍存在,且这些群体受到不平等对待需要法律给以特殊保护时,立法保护的必要性就提上了立法者的议事日程^③。正如本文统计数据显示,中国就业中的不合理长相差别对待比较普遍,且到了需要国家采取必要的措施进行预防和制止的程度。2007年3月25日,全国人大常委会办公厅公布了《中华人民共和国就业促进法(草案)》,并开始面向社会征求意见^④。同年4月10日,《人民日报》刊载了全国人大常委会法制工作委员会收到的各地人民群众对草案的意见,其中一些意见认为对劳动

① 美国禁止年龄歧视的立法于20世纪60年代开始施行。

② 近期案件包括:美国东部大西洋城市赌场(Atlantic City casino)鸡尾酒女服务员诉雇主要求每周检查体重的规定(性别歧视);指控一个全国连锁超市禁止雇员佩戴“表面看得见的即舌形珠宝(visible facial or tongue jewelry (earrings excepted))”的规定违反了宗教信仰自由;指控一家全国性服装零售商基于长相人事管理的规定(appearance-based personnel practices)达成4000万美元的和解, *Appearance-based discrimination*, <http://www.hrmguide.com/diversity/appearance-at-work.htm>, 2007年4月10日访问。

③ 根据2005年美国全国就业法律协会(the Employment Law Alliance, ELA)的调查,工作场所限制外貌的规定(the regulation of appearance at work)包括体重、发型、服装、穿孔。对1000名工作中的美国人对就业中的长相歧视(appearance-based discrimination)的问卷调查显示,雇主与雇员对长相歧视的劳资纠纷增多。39%认为雇主有权利基于下列长相(appearance)因素拒绝给雇员提供职位:体重、服装、穿孔(piercing)、人体艺术(body art)即发型;33%认为在工作中,身体的吸引力(physically attractive)更可能被雇用或晋升;33%的人认为长相无吸引力、体重过重,相貌平常或非常规的穿着(dress unconventionally)应给予类似残疾人的政府的特殊法律保护。在39%赞成雇主有权利基于外表录用雇员的人中,男性(46%)高于女性(32%),白人(41%)高于非白人(24%)。在回答个人在这方面的经历时,16%认为是长相歧视(appearance-based discrimination)的受害人;38%的认为是基于其整体外观歧视(their overall appearance);31%是体重;14%是对身高的反应;三分之一(33%)认为受到其他原因的歧视。参见 *Employment Law Alliance (ELA), Appearance-based discrimination*, <http://www.hrmguide.com/diversity/appearance-at-work.htm>, 2007年4月10日访问。

④ 《中华人民共和国就业促进法(草案)》第5条第2款规定:“劳动者就业,不因民族、种族、性别、宗教信仰、年龄、身体残疾等因素而受歧视”,参见 http://big5.xinhuanet.com/gate/big5/news.xinhuanet.com/politics/2007-03/25/content_5893361.htm, 2007年3月27日访问。

者就业不受歧视的规定不够具体和详细。在收到的 11020 件意见中,建议增加禁止对长相等进行歧视的类型^①。就业中的长相歧视在劳动合同法草案征求意见中作为一个现实的社会问题被提到了是否需要国家立法保护的力度^②。因此,中国在立法中明确列举禁止长相歧视,实乃劳动关系中法律调整的必要。

五、结 论

20 世纪以来,随着世界各国禁止就业歧视法律制度的发展和完善,劳动者的长相与劳动就业的关系问题不仅引起了全社会的广泛关注,也影响到了立法机关的相关立法决策。虽然目前除中国台湾地区以外的各国家和地区的反歧视法均未禁止就业中的长相歧视,但实践中通过将长相歧视纳入种族歧视、性别歧视和宗教信仰歧视而给以司法救济的案例却不断增加。本文认为,虽然对人体长相的愉悦情结普遍存在于人们的审美活动之中,但将其作为就业条件则混淆了个人审美心理需求与他人行使劳动权这一宪法基本权利的社会活动的法律界限。劳动者的长相不仅与履行岗位职责无关,也并不是劳动者完成岗位职责所必需。用人单位为迎合人们对人体形体、相貌、身材的社会美学心理需求而把劳动者的长相列为任职条件,将个人形象作为提升企业形象的手段,是不适当且不必要的。同时,为了进一步将禁止长相歧视落到实处,需要在立法中明确禁止长相歧视的种类,为劳动者公平的就业提供更为完备的法律保障。

^① 建议增加的其他歧视类型包括:学历、乙肝、婚姻状况、血型、社会(工作)经历、民族、家庭背景、姓名、长相、党派、户籍、户口性质、出生地、婚姻状况、性取向、心理测试结果等。参见全国人大常委会法制工作委员会:“各地人民群众对就业促进法草案的意见(一)”,载《人民日报》2007 年 4 月 10 日第 10 版,http://www.npc.gov.cn/zgrdw/common/zw.jsp?label=WXYZLK&id=363519&pdmc=110126,2007 年 4 月 18 日访问。笔者也建议立法增加禁止长相歧视的内容,即把长相作为法律禁止不合理差别对待的理由之一。

陆士华:“解决就业歧视问题任重道远”,载《中国劳动保障报》2007 年 4 月 4 日第 1 版,http://www.labournews.com.cn/lbzbpaper/default__new.htm,2007 年 4 月 4 日访问。

^② 毛磊、宋伟:“就业促进法草案公开征求意见结束,收到意见建议一万余条:细化政策支持,合力促进就业”,载《人民日报》,2007 年 3 月 26 日,第 10 版。

全国人大常委会法制工作委员会:“各地人民群众对就业促进法草案的意见(一)”,载《人民日报》,2007 年 4 月 10 日第 10 版,http://www.npc.gov.cn/zgrdw/common/zw.jsp?label=WXYZLK&id=363519&pdmc=110126,2007 年 4 月 18 日访问。