

*A Study on the Employment
Discrimination against Criminal Record*

就业中的前科歧视研究

王彬
◎
著



中国政法大学出版社

*A Study on the Employment
Discrimination against Criminal Record*

就业中的前科技视研究

王彬◎著



中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

就业中的前科技视研究 / 王彬著. — 北京: 中国政法大学出版社,
2009. 9

ISBN 978-7-5620-3556-5

I. 就... II. 王... III. 劳动就业 - 研究 - 中国 IV. F241

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第155266号

- | | |
|------|--|
| 书 名 | 就业中的前科技视研究 |
| 出版发行 | 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号)
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088
zf5620@263.net
http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010)58908325 (发行部) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购部) |
| 承 印 | 固安华明印刷厂 |
| 规 格 | 880×1230 32 开本 7.625 印张 155 千字 |
| 版 本 | 2009 年 9 月第 1 版 2009 年 9 月第 1 次印刷 |
| 书 号 | ISBN 978-7-5620-3556-5/D·3516 |
| 定 价 | 19.00 元 |

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

|| 内容摘要

就业对于和谐社会的构建至关重要。我国目前在就业中存在多种类型的歧视，对有违法犯罪前科公民的歧视即为其其中之一。

在上海进行的对有犯罪前科公民就业状况的实证调查表明：虽然国家和政府出台了很多安置有犯罪前科公民就业的措施，但是有前科公民的实际就业状况却很糟糕。我国现行法律法规很多严格限制有前科公民的就业资格，且受到限制的职业种类广泛，因而造成严重的职业隔离。

从反就业歧视的角度来说，“前科”的界定应该比较宽泛，即凡因违法违纪而被记录在案的事实都属于前科。前科歧视应定义为针对有前科公民实施的旨在克减、限制或剥夺其法律权利的任何不合理的区别对待措施。前科歧视目前我国主要表现为直接歧视，其构成要件主要是对有前科公民权利的剥夺或限制，构成了不合理的差别对待。前科歧视的核心问题为对有前科公民的差别待遇是否合理。

我国现行法律法规对有前科公民就业资格的剥夺或限制构成了差别对待,从报应刑罚主义和社会防卫的角度来看,这种限制有一定的合理性,但是,实质上这种差别待遇是不合理的。不合理的原因有:这种差别对待构成不合理归类;违背了“责任相称”原则;违背了马克思主义哲学精神;侵犯了平等就业权;同时与诸多现代刑事政策相违背。借鉴德国法上的比例原则来分析,这种差别待遇也是不符合适当性原则、必要性原则和法意相称原则的。鉴于此,我国现行法律法规对有前科公民就业资格的剥夺构成了歧视。

从宪法学的角度来分析,前科歧视的本质是侵犯了有前科公民的平等就业权。禁止前科歧视的关键是保障形式平等,核心是保障有前科公民的起点平等,同时辅以实质平等的保障。从这种差别待遇产生的根源来分析,前科歧视违反了不当联结禁止原则。

我国应当立法禁止前科歧视。主要原因有:法律禁止前科歧视体现了法的正义性,符合人道主义原则;禁止前科歧视有利于违法犯罪者复归社会,有利于社会的稳定;禁止前科歧视是发展市场经济的需要;禁止前科歧视是尊重和保障人权的需要。

通过对世界各国对有前科公民的公务员资格限制的比较研究,我们发现中国是对有前科公民公务员资格限制比较严格的国家之一。在规定了反就业歧视的国家中,在法律中明确禁止前科歧视的国家很少。加拿大、韩国等国的立法是明

确禁止基于犯罪记录的歧视。美国有少数州有类似的立法。在美国司法实践中,法院审理前科歧视案件采取的是合理性审查标准,因此,涉及限制有前科公民就业资格的案件大都判为合宪。国外立法和实践对中国的启示是:我们应该采取宽容的原则来合理限制有前科公民的就业资格,将限制的程度限定在是否与职业有关。

我国应从立法、执法和司法三个层面来保障有前科的公民不受就业歧视。

在立法方面,首先,法律应明确禁止前科歧视,立法中要秉持利益平衡原则,平衡社会公共安全与有前科者的个人利益,平衡有前科者的平等就业权与用人单位的用人自主权;同时采纳关联性原则和有利原则。其次,我国应逐步废除或修改现行限制或剥夺有前科公民就业资格的法律法规。主要修改方向为:限制有与职业不相容的违法犯罪前科者的就业资格;应将限制或剥夺就业资格的人群限定在有特定犯罪前科的公民;应完全排除对过失犯之限制;应完全废除终身限制就业资格之法律;应排除对缓刑期满后者之就业资格限制;应排除对承担防卫过当或避险过当刑事责任者之就业资格限制;应完全排除假释考验期满后者之就业资格限制。

行政机关应通过正确执法来保护有前科者不受歧视。同时,我国应当形成一个以公益诉讼(包括传统的民事诉讼和行政诉讼)为基础,以公益诉讼为补充,以宪法诉讼为后盾的符合中国国情、立体的诉讼体系来保障前科者的公平就业权。

目 录

内容摘要 / 1

引 言 / 1

一、研究背景和动机 / 1

二、国内外研究现状综述 / 9

三、研究思路和基本结构 / 11

第一章 有前科的公民就业歧视现状实证研究 / 14

第一节 有前科公民的就业状况调查 / 16

一、问题的提出与调查的方法 / 16

二、对调查结果的统计和分析 / 17

第二节 有前科公民就业状况评估 / 28

一、从表面上看,就业状况比调查之前预想的好 / 28

二、实际就业状况及就业困难原因 / 30

第二章 中国现有法律法规对有前科公民就业资格的限制 / 33

一、我国现有法律法规中限制有前科公民就业
资格的条款考察 / 33

二、中国现行立法关于有前科公民就业资格
条款的特点及其后果 / 44

第三章 前科歧视的定义及其构成 / 47

第一节 前科的定义 / 47

第二节 歧视的定义及其构成要件 / 50

一、歧视的定义 / 50

二、歧视的分类 / 53

三、歧视的构成要件 / 55

第三节 前科歧视的定义及其构成要件 / 58

一、前科歧视的定义 / 58

二、前科歧视的构成要件 / 59

第四章 对有前科公民就业权利的限制构成歧视 / 64

第一节 前科歧视的关键问题：差别待遇的合理性判断 / 64

一、我国对有前科公民就业权利的限制构成差别待遇 / 64

二、构成前科歧视的关键：差别待遇是否合理 / 65

第二节 关于有前科公民就业资格差别待遇的合理性之争 / 67

一、表面上的合理性 / 67

二、实质上非理性 / 70

第三节 美国、德国关于差别待遇合理性的审查标准 / 97

一、美国法院对差别待遇合理性的审查标准 / 97

二、德国法院对差别待遇合理性的审查标准 / 102

三、美国、德国合理性审查标准对中国的借鉴 / 107

第四节 借鉴比例原则分析我国对有前科公民差别对待的合理性 / 108

一、适当性原则 / 109

二、必要性原则 / 110

三、法意相称性原则 / 111

第五节 限制有前科公民的就业权构成歧视 / 113

第五章 禁止前科歧视的学理分析 / 115

第一节 前科歧视的本质：平等就业权的侵犯 / 116

一、平等的历史沿革 / 116

二、平等的含义 / 116

三、平等就业权的渊源和概念 / 118

四、前科歧视侵犯了有前科公民的平等就业权 / 122

第二节 禁止前科歧视的关键：形式平等为主，实质平等为辅 / 123

一、平等的分类 / 123

二、平等权的保障：形式平等与实质平等的结合 / 127

三、有前科公民平等就业权的保障：形式平等为主，实质平等为辅 / 133

第三节 前科歧视的根源：不当联结禁止原则 / 144

一、不当联结禁止原则的涵义 / 144

二、借用不当联结禁止原则分析前科

歧视的根源 / 145

第六章 禁止前科歧视的必要性 / 147

- 一、法律禁止前科歧视体现了法的正义性，
符合人道主义原则 / 147
- 二、禁止前科歧视，有利于违法犯罪者复归社
会，有利于社会的稳定 / 150
- 三、禁止前科歧视是发展市场经济的需要 / 152
- 四、禁止前科歧视是尊重和保障人权的需要 / 154

第七章 比较与借鉴：各国和地区的实践 / 157

第一节 有前科公民公务员资格之比较 / 157

- 一、为何选择公务员 / 157
- 二、各国、各地区立法例 / 157
- 三、中国的公务员立法：严格限制 / 160

第二节 世界主要国家或地区的关于有前科公民就 业歧视的立法与实践 / 161

- 一、立法综述 / 161
- 二、美国的立法与实践 / 163
- 三、我国台湾地区的立法与实践 / 166

第三节 国外立法与实践的启示 / 169

第八章 法律对策：如何保障有前科公民不受歧视？ / 172

第一节 总论 / 172

第二节 前科歧视的救济：立法保障 / 174

- 一、立法应明确禁止前科歧视 / 174
- 二、逐步修改或废除现行限制或剥夺有前
科公民就业资格的法律法规 / 191

第三节 前科歧视的救济：平等权的执法保护 / 198

- 一、行政机关的保护 / 198
- 二、建立专门的反就业歧视执法机构 / 201

第四节 前科歧视的救济：平等权的司法保护 / 201

- 一、司法救济的重要性 / 201
- 二、我国现行关于就业歧视司法救济
存在的问题 / 202
- 三、我国应如何确立前科歧视的司法救济制度 / 209

第九章 结论及前瞻 / 213

附 录 刑释解教人员就业状况调查表 / 215

参考文献 / 219

后 记 / 229

引言

一、研究背景和动机

笔者开始接触对有前科的公民^[1]就业歧视问题最初缘于我的导师周伟教授2006年开始的对就业市场歧视问题的实证调研。记得当时周老师在分配调研任务的时候，将两劳释放人员（劳动改造刑满释放人员和劳动教养期满释放人员）的就业歧视调查任务分配给了我。我一开始非常不情愿，甚至写信给周老师想调换任务。我当时的潜意识是：这部分人员素质低下、道德品质有问题、很难对付；甚至想到，我去访谈他们，会不会有人身安全问题呢？现在看来，我的这些想法其实是社会普遍存在的对有前科公民的态度，社会大众一提到这部分公民，立即产生如同上述我的下意识的反应，这种态度就如同空气、水一样存在，大家都习以为常，没有人去深思：这种对待这部分公民的态度合理吗？为什么有犯罪前科的人在受过刑事处罚后，不能和其他公民享有同样多的权利？当人们在犯罪的时候，其实并没有想到以后永远不能从事某种职业，后来才

〔1〕关于本文所研究的这部分人群，现有相关文件中大都称之为“有前科者”、“有前科的人”。笔者认为，针对社会对这部分人群的歧视，为强调他们作为公民应该享有的基本权利，包括平等权，本文将之称为“有前科的公民”。

发现出狱只是身体不再被拘禁于监狱罢了，重返社会的道路上还布满那么多国家设下的障碍，除了刑罚外，未来还有林林总总的限制等着，这样公平吗？另一种思考则是许多民众对有犯罪前科者的常见态度：人要为自己过去的行为负责，这些限制是有前科者“罪有应得”。因此，国家认为有某些前科的人可能会再犯，可能对社会大众的生命、财产造成危害，即使法条所定特定前科者其中一部分人已经在服刑期满后洗心革面，不会再危害社会了，被这些法令波及确实很无辜，也无可奈何。被限制的这些好人还有很多其他出路，他们应该想办法用其他方法证明自己已经重新做人，故这些限制都有它的道理，所以无须改变。^{〔1〕}

随着调查的深入，笔者才开始思考这个社会普遍存在的现象的合理性。有违法犯罪前科的公民在回归社会以后，理应享有与其他公民同等的法律权利，但是由于社会上对有违法犯罪前科的公民普遍存有偏见，使他们在回归社会后得不到同情、理解和关怀，相反得到的却是反感和歧视，失去工作和学习机会。有前科的公民，尤其是长期服刑以后，年龄偏大，技能缺乏，本来就业就很困难，国家和社会的歧视性限制，使得有前科的公民就业更加雪上加霜。工作无着落，生活就没有保障，有很多有前科的公民在回归社会以后由于生活所迫，又走上犯罪道路。

笔者在调研和搜集整理有关有前科公民就业问题的资料时，看到以下两个案例，这两个案例集中反映了有前科公民就业的窘境。

〔1〕 李思仪：“从宪法平等权观点检视有前科者之职业选择自由限制”，台湾大学法律学院法律学系硕士学位论文2007年，第1页。

案例1:

陕西省的韩新忠，今年45岁。1978年高中毕业后，他进入一家建筑单位做木工，后因连续旷工被单位除名。为了“发大财”，他与一些不法分子混在一起。1990年，韩新忠因犯盗窃罪、抢劫罪，被法院判处有期徒刑19年。“为了家人，也为了自己，好好工作，才是我的出路。”1996年、1999年、2002年，他三次被评为劳改积极分子，总计减刑5年11个月。2003年被假释出狱。“刚出来那一刻，我们全家都沉浸在幸福的氛围里，然而，从第一次找工作起，全家就再也没有高兴过。”三年间，他找的单位有百余家，无一成功。他拿着相关证明材料，找到某政府机关，希望能得到一些帮助。可一位年轻人对他不屑一顾：“那么多大学生和下岗职工都找不到工作，你一个劳改释放犯算啥？我老婆还在家闲着呢！”韩新忠上有年迈的父母，下有两个弟弟，5口人住在仅43平方米的小单元房里。两个弟弟也没有工作，全家人只能靠父母不足900元的退休金生活。后来，陕西省总工会困难职工援助中心的工作人员为他联系到了一份看车棚的工作。全家人高兴极了，69岁的老母亲专门为他买了洗脸盆等生活用具，还将床单、被罩等全部洗了一遍。这时，他却忽然被告知，不用去上班了。他一下子愣在那里。后来才得知，对方知道了他的“特殊身份”。“我真的想做好人，求苍天给我一个机会。”韩见人就不停地说。^[1]

[1] 参见台建林、林中和：“法律害我？人心害我？”，载《记者观察》2006年第5期，第40页。

案例2:

2003年,深圳市司法局收到一份特殊的申请信。申请人谭某曾经是深圳机场集团公司正式员工,1996年因贪污公款被依法判处有期徒刑3年,缓期执行。按照有关法律规定,缓刑人员可以回原单位工作,但是他从此却被单位拒之门外。深圳市司法局基层处副处长回忆说,司法局曾先后两次找到机场集团公司有关负责人协商,对方始终不肯接收。“机场的苦衷我们也理解。”这位负责人坦言,担心谭某回来后“再出什么事”。况且,面对众多求职者,“大学生都安排不过来,怎么会将工作机会留给他们?”^[1]

这种对有违法犯罪前科公民的歧视甚至“株连”到无辜。例如,我国在公务员录取中的政审就扩大到拟录取者的主要家庭成员。如果家庭成员中曾经有人有违法犯罪经历,政审就无法通过。浙江大学生兰瑞峰公务员考试第一名却因其舅舅有前科而不能被录取就是典型的例子。^[2]

根据党的十七大和十七届三中全会的精神,我国正在努力贯彻落实科学发展观,构建社会主义和谐社会。众所周知,和谐社

[1] 新浪网新闻中心 2005年9月30日报道:“九成企业不愿雇佣刑释人员,怕失足者再犯事”,载 <http://news.sina.com.cn/s/2005-09-30/12327909561.shtml/>,最后访问日期:2005年11月27日。

[2] 该案的主要事实是:2006年11月,浙江省文成县向社会公开招考32名公务员,其中招考人民警察3名。正在读大四的兰瑞峰得知消息,立刻通过网上报了名。兰瑞峰以笔试第二名、面试后综合成绩第一名的成绩顺利进入公务员录用体检程序,但最终由于其大舅刘化荣曾因滥伐林木罪被执行缓刑而政审不合格未被录取。兰瑞峰提起诉讼,但一、二审均败诉。

会必定是公民权利得以实现的社会。古今中外的历史表明,公民享有自由广泛平等的权利乃是通往和谐社会的必由之路。社会之所以不和谐,乃是因为公民因其所处的地域、职业、身份等不同,而出现权利和自由的不足、不平等。权利的不足和不平等导致了自由受限等社会排斥,从而导致了经济贫困甚至贫困世袭现象。“权利贫困”群体的日益边缘化,出现对社会的认同危机以至于反叛,这往往是构成社会不和谐的重要因素。因此,保护公民权利特别是弱势群体的权利意义更加重要,这直接影响到社会的和谐。^{〔1〕}

平等就业权是公民应当享有的基本权利之一。一方面,我国有为数众多的法律、法规明确剥夺有前科公民的就业资格^{〔2〕};另一方面,有前科公民,特别是长期服刑者由于长期隔绝于社会而导致劳动技能缺乏,再加之社会对这部分人员的歧视,在当前以及以后相当长的时间内,有前科公民在就业方面无疑处于“弱势地位”。如何保障这部分就业弱势群体的平等就业权,对于社会的和谐发展有重要的意义。

就业对于和谐社会的构建至关重要,因为失业首先威胁着作为社会细胞的家庭的稳定,进而影响到社会秩序的稳定。这种影响不仅有经济方面的也有社会的和心理上的。失业者有可能失去原有的勇气、自信和自尊,引发各种反社会的行为。^{〔3〕} 根据社会

〔1〕 王爱荣:“和谐社会视角下弱势群体权利保护问题研究”,中共辽宁省委党校硕士学位论文2008年,第7页。

〔2〕 本文第二章将专门讨论这个问题,在此不再一一列举相关法律法规。

〔3〕 李炳安:《劳动权论》,人民法院出版社2006年版,第30页。

学理论，利益被相对剥夺的群体可能对剥夺他们的利益的群体怀有敌视或仇视心理。当弱势群体将自己的不如意境遇归结为获益群体的剥夺时，社会中就潜伏着冲突的危险，甚至他们的敌视和仇视指向也可能扩散。犹如经济学上的“水桶效应”，水流的外溢取决于水桶上最短的一块木板，社会风险最容易在承受力最低的社会群体身上爆发，从而构成危及社会稳定、影响社会发展的一个巨大的社会隐患。^{〔1〕} 这些不满情绪和愤怒都可能导致社会的摩擦和冲突，甚至导致不同程度的骚乱，造成社会秩序的紊乱。相反，当人们安居乐业时，对整个社会秩序的稳定有着积极的促进作用，也就是古人所提倡的“仓廩实而知礼节”。

有前科的公民重新步入社会之际，就非常渴望得到社会的理解、信任、尊重和容纳，这也是他们与社会重新建立正常联系与沟通感情的基本要求和愿望。但是，正是在这一点上，社会对这种要求的反映恰恰背道而驰。虽然“党和政府一再强调对刑释人员要实行‘给出路’、‘不歧视’的政策，但在实际执行中，对他们往往是怀疑多于信任，偏见多于理解，歧视多于尊重，排斥多于容纳，这势必在前科人员和社会之间筑起一道心理鸿沟，使他们望而却步，动摇或丧失重新做人的信心和决心，甚至激发他们与社会的对抗情绪，强化他们的反社会意识，诱发重新犯罪”。^{〔2〕}

剥夺或限制有前科公民的就业权，造成他们就业困难，结果

〔1〕 王爱荣：“和谐社会视角下弱势群体权利保护问题研究”，中共辽宁省委党校硕士学位论文2008年，第5页。

〔2〕 李均仁：《中国重新犯罪研究》，法律出版社1992年版，第187～188页。