

就业平等权的理论体系——以宪法含义为思考维度*

邓佑文,张晓明

(江西九江学院,江西九江3320005)

[摘要]就业平等权是一种具体平等权,理应包括就业形式平等和就业实质平等的内容,也意味着在就业方面既要适用法律平等,又要受立法的平等保护,其效力既能拘束国家的立法权、行政权、司法权,也能拘束私人行为。

[关键词]平等;就业平等权;宪法含义

[中图分类号]D669.2 [文献标识码]A [文章编号]1672-0598(2007)06-0089-03

目前,在我国的劳动就业中,充满了各种歧视,不但歧视的名目繁多,而且有些歧视规定是不合理的。最为常见的就业歧视通常有性别、户籍、健康、身高、身份、学历、工作经验等方面的歧视。就业歧视,不但在企业等私法主体里面严重存在,而且在国家机关等常见的公法主体里也一定程度存在。对歧视的规定,有的是以明文规定存在的,有的则是“玻璃屋顶”,以无形的壁垒形式存在。无论以何种形式存在,都是与就业平等相冲突的。这表明,反对就业歧视、促进就业平等,是我国当前极为迫切且十分艰巨的任务。而在宪法视角下思考就业平等权的性质、含义,并以此为基础探讨就业平等权,而不是单纯从歧视现象等表面来简单描述就业平等权,有助于我们对就业平等权的深层次理解,从而为我们对就业歧视进行法律规制和加强就业平等权的法制保障奠定坚实的理论基础。

一、就业平等权的性质——关于劳动就业的具体平等权

平等是人类的两大价值和理想之一,它与自由是人类在相互交往过程中形成的人类社会的两大基本价值目标。在人类思想的发展进程中,平等的含义在不断变更和扩充,故平等这个词,毫无疑问具有多重含义,既可以是人类追求的理想目标,也可以是体系化的法律理论或权利。

从宪法的角度来思考平等的性质,认为平等既是原则,又是权利,兼具原则和权利两种属性,可认为,宪法规范意义上的平等,对于国家一方来说,即表现为一种原则(“平等原则”);而对于个人一方而言,则意味着一种权利(“平等权”)^[1]因而在宪法上通常将平

等权分为一般平等权和具体平等权。一般平等权与平等原则相对应,具体平等权与作为权利的“平等”对应,一般平等权通过具体平等权得以体现和实现,如没有具体平等权,一般平等权就失去了指向和目的。具体平等权需要一般平等权规范要素作指导,或本身就是一般平等权规范在某项具体权利中的运用,是直接的具体平等权,它实际上是一种竞合性权利,是一般平等权的普遍原理与其他某项具体权利的结合。而且法院在对平等权案件进行裁判时,都是将一般平等权理论运用于具体宪法权利之中。^[2]具体平等权在实际生活中表现为就业平等权、教育平等权等权利。

就业平等权,又称为平等就业权,是平等权在就业方面的具体化,意即劳动者在就业方面享有平等就业的权利,是一种具体平等权。而所谓就业,按照国际劳工组织的定义,就是达到国家规定年龄阶段的人们从事的获取劳动报酬或位赚取利润的活动。因此就业平等权作为一种具体平等权,就是指平等获得就业机会和就业报酬的权利,是社会平等在就业方面的必然要求。它具体包括就业机会平等、就业条件平等和就业结果平等。就业机会平等就是要求宪法和法律保障劳动者在就业机会面前的人人平等,而不能基于民族、种族、性别、宗教、健康、身高等差别因素,决定个人就业机会的不同。就业条件平等就是保障劳动者相同的就业条件获得相同的就业机会。亦即用人单位对劳动者获得相同的就业机会,应该提出相同的就业条件要求,而不能在选聘和录用人员时,附加某些限制性条件或提高用人标准,从而使特定的劳动者获得某种与其他劳动者相当的就业机会,要以承担更多的义务为代价。就

* [收稿日期]2007-10-26

[基金项目]本文是中国高等教育学会“十一五”教育科学研究规划课题(编号为06AIG0050046)暨江西省教育科学“十一五”规划课题(编号为06YB258)“大学生就业平等权的法制保障问题研究”及校级重点资助项目“就业歧视的法律规制研究”的阶段性研究成果之一。

[作者简介]邓佑文,男,九江学院法学院,副教授,硕士,研究方向:宪法学与行政法学。

张晓明,九江学院,讲师,武汉大学,博士生,研究方向:宪法学。

业结果平等则是要求相同的就业条件基本获得相同的就业结果。就业平等权包含以上三方面的平等,但主要是指就业机会的平等,就业条件平等其实质也是就业机会平等。

二、就业平等权的内涵

(一)形式平等和实质平等

作为一种宪法权利,平等主要是指形式平等,即“机会相等”,就业平等权当然主要也是指形式平等。形式平等意在反对以身份、地位等为基础的特权,要求人们自由竞争,保障人们在各种社会活动中起点上的平等,它并不念及或者说它一般地反对考虑各个具体的“人”的差异,它所关注的是各个“人”在其人格的形成或权利的享有实现过程中的机会上的均等,其主旨是反对差别对待,反对歧视。就业形式平等是指劳动者在就业过程中机会均等,即每一个劳动者有被一视同仁的权利,被看作和其他人同样的平等的人。但在劳动就业过程中,实际上每个劳动者都有个体的特质,人们各不相同。每一个劳动者在劳动能力方面有差别,每一个劳动岗位实际上也有不同的要求。此时形式平等并不能提供明确的答案,需要不歧视原则来填补漏洞。不受歧视是平等就业的一个重要内容。在劳动就业方面,我们并不是不允许差别存在,我们只是不允许存在不合理的差别待遇。我们允许以劳动者的劳动能力、工作经验、工作水平、专业技术等职位所需的条件作为岗位录用的条件,这是合理的差别待遇,并不违反平等。如果在劳动录用过程中以民族、种族、性别等与履行岗位职责无关的条件为标准,来排斥、限制某些劳动者群体从事某类劳动,则是不合理的差别待遇,构成就业歧视。即是否构成劳动就业歧视的标准,为是否对劳动能力做出不适当的归类。^[3]

就业实质平等是指劳动者在就业方面事实上的均等或均一化。就业实质平等就是以缩小乃至消灭不平等。实质平等观念在“二战”后逐渐成为人们对平等权的主流认识,许多国家主动采取一些措施来改变社会发展带来的严重的实质不平等情形,对弱势群体进行扶助。如美国政府对少数民族和妇女在工作等方面采取的“积极行动”(在不同的译作中分别有“肯定性行动”、“赞助性行动”等不同的译法)，“积极行动”方案一开始集中在雇佣实践上,是对这些群体直接或间接予以优惠待遇的一系列法律和政策,目的是补偿少数民族和妇女因社会歧视遭受的损失。“积极行动”就是在美国,也是有争议的,反对者主要是担心实施“积极行动”方案会导致“反向歧视”。我国宪法在一些条文中,如对少数民族、妇女等实行特别的保护,体现了保障就业实质平等的理念;而在《中华人民共和国就业促进法》(以下简称《就业促进法》)的第28、29条分别规定“用人单位招用人员,应当依法对少数民族劳动者给予适当照顾”、“各级人民政府应当对残疾人就业统筹规划,为残疾人创造就业条件”也体现了这种理念。事实上,我国的各级政府就业问题上出台了多项与美国“积极行动”类似的政策,只是大家觉得这些行为多是可以接受的行为,引发的争议也比较少,学者们学理上的诠释性研究也不多见。其实,笔者认为这些政策引发的问题,

比如是否会引起“反向歧视”,还是有探讨的必要的。

(二)适用法律平等和立法平等

有关宪法上的平等权,多数大陆法系国家采用“法律面前平等”之规定,而在英语国家的表述中,则多表述为“法律上的平等”。我国54宪法的相应表述为“法律上一律平等”,而在82宪法中改为“在法律面前一律平等”,原因是依据平等的旧式通说法律适用平等说出发,“在法律面前一律平等”的表述更为准确。^[4]法律面前人人平等的最初含义,是指适用法律平等,国家司法机关和行政机关在适用法律的时候,不得区分适用对象,必须根据法律和事实进行判断,平等地将法律规范适用于所有的人。其实质要求为国家权力应当平等地对公民的合法权利予以保护,对公民的违法行为应平等地追究其法律责任,不得因人而异适用不同的标准。现在,平等的法律含义既包括适用法律平等,也包括受法律的平等保护(立法上的平等),这已成为学界认识的主流。而就业平等权意味着在就业方面既要适用法律平等,也要受法律的平等保护。适用法律平等表明在就业方面,在适用法律的过程中对所有人一视同仁,不搞特殊对待,没有特殊公民。其实质要求为国家权力应当平等地对公民的合法权利予以保护,对公民的违法行为应平等地追究其法律责任,不得因人而异适用不同的标准。

而立法平等表明立法权受到宪法平等权的限制,要求国家在立法活动中必须依照相同的事件,相同的规范;不同的事件,制定不同的规范,由此导出了人民在相同事件时要求平等对待及在不同情况时要求差别对待的权利存在。^[5]即国家可根据实际情况进行合理归类,在立法上作出合理的、必要的和适当的区别对待,这并不违反宪法上平等的要求,反而是宪法平等原则的体现。这说明立法平等允许差别存在,只是差别存在须有合理理由。也就是说,平等允许合理差别存在,禁止的只是不合理的差别。合理差别既需要合理依据,又不超越合理程度;否则,就是不合理差别,就是歧视。歧视的本质特征在于不合理的差别对待,或者说没有正当理由的差别处理。“平等只要保证在起跑线上的人的机会均等就可以了,并不意味着要由个人能力和努力而取得的成果也要均一化。”^[6]因而,在一定的限度上,应允许合理的差别对待。至于差别的“合理依据”或“合理程度”的确定,这是个不易确定的技术难题,并没有一个统一的放之四海皆准的标准。一般认为,以知识、能力、经验等可以通过个人努力达到的自获条件为标准的区别对待,是通过个体之间的竞争达到资源合理配置的需要,因而是正当的。^[7]

三、就业平等权的效力——既拘束国家又约束个人的权利

平等权的效力有一定的个性特色,表现在平等权既拘束国家又约束个人,即能拘束国家行为,也能对私人行为具有拘束效力。

平等权能拘束国家的立法权,能限制立法机关在立法活动中对公民享有的权利或承担的义务进行不合理的差别对待。立法的合法性问题突出要求我们深化平等权对立法约束。就业平等权

能拘束国家的立法权。这我们可从新通过的《就业促进法》很好地发现这一点。该法的第 3 条、26 条、27 条、28 条、31 条的规定从原则上或从某个具体方面规定了就业平等。当然,侵害劳动者的就业平等权主要是位阶层次比较低的规范性文件,如行政法规、地方性法规等,这我们可通过下位法的规定不得与上位法的规定相抵触的原则来解决,具体通过违宪审查抑或法规的备案审查来解决。

平等权也能拘束国家的行政权,能禁止行政主体在抽象行政行为和具体行政行为中,对公民享有的法律权利或承担的法律义务进行不合理的差别对待。就业平等权既拘束我国的中央或地方政府的行政行为,这些行政主体在工作中经常性地对公民就业做出许多限制性规定,因与劳动职位的实际需求没有相关性,是不合理的差别对待而与平等权相抵触,引发会更深层次的矛盾而理应被限制。而《就业促进法》第 25 条“各级人民政府创造公平就业的环境,消除就业歧视,制定政策并采取措施对就业困难人员给予扶持和援助”也体现了就业平等权对行政权的效力。

平等权还能拘束国家的司法权,能限制司法机关在司法行为中对公民享有的权利或承担的义务进行不合理的差别对待。在实践中主要是最高人民法院发布的一些关于劳动就业的司法解释可能侵害公民的平等权,另外则是司法机关在就业平等权诉讼中发挥的效用与社会要求存在一定差距,这些都是亟待改进的。

平等权对私人行为的拘束效力,在国际人权法中,平等权对私人行为能产生直接的拘束效力。在欧盟法中,平等权既直接拘束国家又直接约束私人行为的权利,由此在法律上确认了禁止歧视的直接效力。平等权可以直接拘束私人行为,这里的私人行为,并不是纯粹的私人个人行为,此时的私人行为进行的是与公共服务

有关的事项,行为人的私人身份不能使其免受拘束效力。也就是所谓“私人之间的关系并不具有‘私人’的性质,它受宪法规定的禁止歧视效力的约束,其活动不能违反平等原则”^[8]确定并强调平等就业权在一定范围内对私人行为的拘束力有着强烈的现实意义。企业,尤其是私人企业,招人也不是随心所欲的,企业等私法主体的用工自主权也不是没有限度,理应受到平等就业权一定程度的约束。在平等就业权与企业用工自主权发生冲突的时候,国家应该优先保护平等就业权,这才是国家应该采取的立场。

[参考文献]

- [1]韩大元等著.宪法学专题研究[M].中国人民大学出版社,2004.302.
- [2]朱应平.论平等权的宪法保护[M].北京大学出版社,2004.26.
- [3]周伟.宪法基本权利·原理·规范·应用[M].法律出版社,2006.267.
- [4]韩大元等.宪法学专题研究[M]北京:中国人民大学出版社,2004.306.
- [5]陈新民.德国公法学基础理论(下册)[M].山东人民出版社,2001,674.
- [6](日)大须贺明,林浩译.生存权论[M].法律出版社,2001.33.
- [7]何琼,裘璆.论就业歧视的界定——欧盟“正当理由”理论对我国的启示[J].法学,2006,(4).
- [8]周伟.宪法基本权利·原理·规范·应用[M].法律出版社,2006.54—57.

(责任编辑:杨 睿)

On theoretical system of equal employment right by taking the connotation of constitution as thinking dimension

DENG You—wen, ZHANG Xiao—ming
(Jiangxi Jiujiang College, Jiangxi Jiujiang 332005, China)

Abstract: Equal employment right is a kind of concrete equal right and should include the contents of equal employment form and equal employment essence and also means that the employment not only accords with legal equality but also is protected by legislative equality. The effect of the equal employment right can not only limit national legislative right and judicial right but also limit private behaviors.

Keywords: equality; equal employment right; connotation of constitution