

主题研讨

劳动法上的反歧视原则研究

主持人：姚 佳

引言

反歧视与劳动权保障

平等,是当今最为深入人心的政治法律观念,是每个普通公民心中最基本的诉求,也几乎是每个国家(不论其是民主的还是专制的)明文规定的基本法律原则。然而,实行起来却难之又难。“平等”的概念常常显得十分宽泛抽象,争论余地很大。但在某些方面又比较具体,比如劳动权的平等,或曰公民的平等劳动权,似乎很明白,可是在实践中依然难以真正实现。尤其是在我国当今社会,市场经济中,每个人都有可能随着劳动关系的改变而于雇主、雇员二者之间换位,由于人性、道德以及利益驱动种种原因,这一角色的变换可能随之会引起态度的转变。即便是国有单位,在劳动用工问题上,有所偏向,有所歧视,亦俯拾皆是。事实上,歧视部分劳动者的现象在各国都屡见不鲜,难以根除。故此,深入地研究劳动法上的反歧视问题就很有必要了。

在西方发达的资本主义国家,劳资关系历来是个尖锐的问题,劳动者数百年的抗争与努力,迫使劳动法日臻完善,反歧视的原则得以逐步确立。中西方学术界对如何消除就业歧视,实现公平就业都非常关注。我国法学界对此问题的研究也早已有之,众多学者贡献巨大,已故著名法学家蔡定剑先生可谓曾经树起一面“反歧视”的旗帜,并撰写了《反就业歧视法》(专家建议稿),这部法律的出台成为先生的未了夙愿以及法学界人士的共同愿望。本期主题研讨是在我国目前已有学术成果的基础上,以我国存在的问题为出发点,以英国、美国为例,四篇文章从理论到立法,到司法判例,详细研究了西方劳动法上的反歧视原则及其实现路径,以资为我国借鉴。并期待通过研究而发现我国现行法在理念上可能存在的矫枉过正,重新检验法律规范背后应有的逻辑与语境,甄辨法律规则适用中的妥恰与不周。于当下,反思劳动法中形而上之“道”与形而下之“器”,或许具有一定意义。

* 姚佳,中国社会科学院法学研究所编辑。

什么是法学视野内的歧视?“歧视”一词,对我们而言并不陌生,人类进入阶级社会之后,歧视就无处不在,只要存在差异就存在歧视。考察其语义,《现代汉语词典》中将其解释为:“不平等地看待。”具言之,如果群体或者个人受到不平等地看待,他们不但在人格尊严上无法得到最基本的尊重,而且在实现幸福和自由的各种机会与资源面前,也会被排斥在外。歧视,作为一种社会文化心理乃至国家制度安排,是人类社会文明历史中始终挥之不去的阴霾。同时,由于“歧视”并非法学一家所独有的研究对象,其含义也约定俗成,因此法学上“歧视”并无特别定义或内涵。然而,界定法律上的歧视与一般歧视之界限却十分必要。歧视在实际中一般会表现为主体之间的歧视倾向、歧视心理或歧视行为。美国社会学家韦伯认为“歧视是基于偏见所产生的行为,由于个人的偏见而对某团体实施的差别对待”。如果歧视仅限于一种偏见的心理或者倾向,法律则在所不论,但如若这种偏见心理或倾向外化于行为,或者基于这种心理或倾向而导致被歧视者遭受不公正的待遇,有时甚至被固化为一种不公平的制度安排,这就将构成法律上的歧视。

什么是劳动法上的歧视?所谓劳动法上的歧视,主要指劳动者在争取就业机会时以及劳动关系存续期间由于“非经济性个人特征”所遭遇的不平等对待。所谓非经济性个人特征,在此意指种族、性别、肤色、年龄、家庭背景、民族传统、宗教、身体素质和原有国籍等与个人相关的特征。国际层面上,国际劳工组织在1958年通过了《消除就业和职业歧视公约》,其中界定了“歧视”之含义。我国2007年颁布的《就业促进法》设专章规定“公平就业”,其对女性、少数民族、残疾人、传染病携带者以及农村劳动者等弱势群体“特别保护”与“倾斜保护”的理念昭然可见,直入“反就业歧视”之堂奥,不失为我国反就业歧视的一个巨大进步。

然而,反观我国反就业歧视现状如何?在我国就业机会领域,性别歧视、民族歧视、残疾人歧视、艾滋病、乙肝病毒携带者歧视、农村劳动者进城就业歧视、地域歧视、户籍歧视比比皆是;更有甚者,竟然还存在相貌歧视、年龄歧视、血型歧视、身高歧视和姓名歧视等现象。这些歧视实际上来自于人们的偏见,这种偏见会导致执一废百,而受到偏见对待的人则必然无法得到最起码的尊重。而在劳动者与用人单位劳动关系存续期间,血汗工厂、黑砖窑、以死讨薪等一幕幕让人惊心动魄的悲惨场景不断出现。这种不公正、歧视甚至蔑视在一定程度上是由于劳资地位不平等而导致的,令人深省。在我国,劳动权保障仍任重而道远。孟子曰,徒法不足以自行。在这种现状下,人们寄希望于法律的实施。先来看《就业促进法》,该法规定的反歧视内容令人振奋。然而细究其中,我们却会发现,“公平就业”一章所列的反歧视条款仅具有宣示性意义,规则过于笼统,对于能够切身维护劳动者权益之具体法律程序、违法者法律责任以及司法救济等内容,却并无规定,这就使得该法在实施过程中的可操作性颇受质疑。再看《劳动合同法》,该法之出台本来意在规范劳动关系,重在保护劳动者合法权益,遏制资强劳弱之格局。然而,这部法律在实施过程中却事与愿违,资方非但不守法,反而采取各种规避法律的手段,使得本来已经不太和谐的劳资关系朝着更不利于劳动者的方向发展。这部“以西方规则为主体、兼具中国特色”之《劳动合同法》自出台后就饱受诟病。当指责的,自不是其中之规定,而是我国业已存在且立法也难以改变的资强劳弱、缺少工会集体谈判之现状以及法律实施之力度。这也说明,

舶来之法律如果不符合社会发展阶段的现实需求,最终往往会在实践中碰壁。

如何实现劳动法上的反歧视,充分保障劳动权?反歧视与劳动权保障之关系不必待言,如果不能实现反歧视,劳动权保障当然无从谈起。然而,“反歧视”多是一种西方语境,中西方实现反歧视的历史进程、路径以及背景大不相同,这就使得我国劳动法上反歧视理念、规则之推行与实现存在一定现实障碍。从中国传统文化来看,国人的意识可能更容易把人与人之不平等理解成为基于身份不同而造成差异,而未必会意识到自己被歧视。国人对歧视也是相当包容的,人们一般不难接受基于身份之不同而可能遭遇的不公正对待,这也为“施以歧视者”造就了生存的土壤。当然,由于这一问题涉及复杂的哲学、社会学问题,此处分析只能浅尝辄止。立法对歧视的回应即“压强扶弱”,为改变不平等而对弱势群体予以区别对待、倾斜保护。但是,西方国家的劳动法律制度却是在反歧视、平等的语境下构建,并以此为进路。以美国为例,二战后,种族歧视和性别歧视是美国社会的两大问题。这两大问题成为20世纪50、60年代美国社会改革运动的重要内容。其后,这种反歧视运动也持续地大规模地应用于就业和劳动力市场领域。故而,基于两种路径实现的社会基础与背景不同,如果以反歧视的视角研究中国劳动法上之问题,还需要一个理解和适应的过程。这也成为了一个难题,尽管难,但却是平等保护劳动者的必由之路。理念与规则的妥适衔接成为目前最现实的目标。比如,基于科层理论、二元经济结构以及二元劳动力市场的前提推导出了倾斜保护理论,然而该理论在我国法律适用过程中,却在一定程度上导致重新出现以身份来衡量劳动者的现象,这定会无法充分保护劳动者权益,影响社会发展。此时,如若不以倾斜保护为出发点,转而以平等为前提,以反歧视为路径,冲破身份樊篱,此种改弦易辙是否值得一试?再如,我国劳动法所确定的同工同酬原则,事实上是在西方反歧视运动中实现的并获得进路的。然而在我国,无数劳动者一心向往的同工同酬,却由于平等的“同工”这一前提无法实现,“同酬”在实践中亦缺乏可操作性。那么,我们是否需要探察规范的隐含寓意进而调适规则的实施,使二者辐辏会合?殊值深思。同样,作为男女性别平等应有之意的就业机会平等,在我国也处处遇冷。性别歧视在现阶段多体现为间接歧视、隐性歧视。对于男女有别、男女不平等,这一古今中外都共同面临的顽疾,如果不充分地反歧视,强调保护女性就业者的平等权,又怎奈强势的资方如何?

法学的人文关怀是以权利为连接点的。劳动权是一个丰富的权利束,反歧视与平等诉求是形成这一权利束的“束点”,如果缺少平等、不进行反歧视,对劳动权的保障则无从谈起。至于我国目前劳动权保障不足之症结,形式上表现为劳动法律规则失效、操作失灵,而实质上却是多重社会、政治与经济问题的交织,并非法学一家之所能。法学可以做、能够做、必须做的是——在观念层面上树立平等、反歧视之法理念,立法上着眼于规定劳动者应有之权益与救济途径,司法上致力于保障劳动者权益之确实实现。此“三位一体”或许是可探的转型之路。蔡定剑先生曾言,“从观念到法律,从制度到行动,反歧视工作都需要更多的人来关注和参与。”法学学者服膺公平、平等,对于反歧视,更应当与政府、大众共同肩负起应有的社会责任。但也许,我们还要耐心地等待这场改变的到来吧。