

Research on Right to Work from the Perspective of Employment Discrimination Cases and the Constitution

Qiuyan Yu

School of Law, Nanjing Normal University, Nanjing Jiangsu
Email: njyuyuan@163.com

Received: Oct. 6th, 2017; accepted: Oct. 20th, 2017; published: Oct. 27th, 2017

Abstract

As the competition in the job market is fiercer and employment discrimination happens frequently, heated discussions on equal employment are sparked. However, most of these discussions are based on Labor Law. Few people view the implementation of right to work from the perspective of the Constitution. Under the Constitution, right to work, with citizens as its subject of rights and nations as its subject of obligation, is a fundamental human right which owns both the property of right of the person and social rights. The basic element of right to work is equal right to employment. Essentially, equal right to employment included in right to work is violated in cases of employment discrimination. Remedy can be offered from the level of the Constitution, legislation and administration.

Keywords

Employment Discrimination, The Constitution, Right to Work, Equal Right to Employment, Remedy

就业歧视案与宪法视域下的劳动权问题研究

俞秋言

南京师范大学法学院, 江苏 南京
Email: njyuyuan@163.com

收稿日期: 2017年10月6日; 录用日期: 2017年10月20日; 发布日期: 2017年10月27日

摘要

当前就业形势日益严峻, 各种就业歧视现象频发, 引发了人们对平等就业问题的热烈讨论。但多是站在

劳动法的角度去探讨，鲜有从宪法层面上考察公民的劳动权的落实问题。在宪法意义上，公民劳动权是一项基本人权，具有自由权和社会权的双重属性，其权利主体是公民，义务主体是国家。公民劳动权的基础性要素是平等就业权，现实中的就业歧视，实质是对公民劳动权中平等就业权的侵犯。我们可以从宪法层面、法律层面、行政层面给予救济。

关键词

就业歧视，宪法，公民劳动权，平等就业权，救济

Copyright © 2017 by author and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

就业歧视现象在现实中普遍存在，成为社会的热点话题。随着经济的发展、社会的进步，就业问题作为民生问题越来越受到重视，就业歧视现象也备受社会各界的关注。目前，我国劳动就业歧视现象大有一种蔓延的趋势，不仅存在于民营、私营企业中，而且在国家机关、事业单位等机构同样存在。受经济发展、地方保护主义等传统的政策壁垒的制约、高校扩招、研究性学习的深入、劳动力供需矛盾加剧等因素的影响，就业歧视现象愈演愈烈。

1.1. 就业歧视的现状类别

我国劳动就业歧视的形式多样，主要表现为：户籍歧视、身份歧视、性别歧视、年龄歧视、经验歧视、学历歧视以及身体歧视。我们大致可将这些歧视分为两类：一类是直接性的、显性的就业歧视，一类是间接性的、隐性的就业歧视。

1) 显性歧视。是指在应聘者 and 用人单位进行双向选择的过程中，用人单位通过提出无恰当依据的应聘要求，对部分不符合条件的应聘者进行不合理差别对待的行为。如 2003 年湖南省某市组织的公务员招考中，综合成绩排名第一的应试者因身高 1.595 米，比标准身高差了 0.005 米而被淘汰出局；如招聘中“只招男性”、“同等条件下男性优先”的性别歧视；再如招聘启事中的“拥有本市户口”，让不少外地人才望而却步的户籍歧视等。

2) 隐性歧视。指用人单位不对应聘条件进行明确限制，而是通过参考性因素来隐讳地排斥部分应聘者的行为。比如：用人单位对女性应聘者设置“单身条款”、“禁孕条款”、设置身高、相貌、年龄等额外的附加条件、男女同工不同酬等等性别歧视；比如因为姓裴(与“赔”音同)而遭到企业拒聘的姓氏歧视；还有健康歧视、毕业院校歧视，更有血型歧视、地域歧视等。

1.2. 就业歧视现象引起的社会反响

我国就业歧视现象在当下呈现出一定的普遍性和严重性，身高、性别、毕业院校等是常见理由，已见怪不怪，更有一些奇葩理由让人啼笑皆非：姓氏不吉利、星座不好、血型不符、属相不合等，让人质疑其合理性。就业歧视现象，已受到了社会各界的广泛关注。

经济学从成本与效益的角度认为，资源的相对价格实现资源的有效配置而导致歧视不可避免。但同时又认为歧视是一种影响效率与公平的主观偏见，实际上增加了社会交易的成本，降低了社会总体的福利水平，使歧视者和被歧视者双方的福利都蒙受损失。

社会学研究认为, 社会分层的客观存在造成了就业歧视与不平等。同时, 又认识到就业歧视这一不公正事实引发的社会问题: 对某些群体的歧视, 既使社会得不到这部分群体带来的利润, 又加剧了贫穷、城市病态甚至犯罪等状况, 拉大了人与人之间的距离, 会引发一系列社会危机, 因而整个社会应予以重视并加以解决。

就业歧视本身就是对法治精神的违背, 如何解决就业歧视问题, 不单属于社会经济领域课题, 更成为一个法律课题。“要使事物合乎正义(公正), 必须有毫无偏私的权衡; 而法律恰恰正是这样一个中道的权衡[1]”。因此, 法律保障是实现就业平等和公正的首要手段, 为平等就业提供有力的法律保障也是法治社会的应有之意。我国的《宪法》、《劳动法》及相关单行法律如《妇女权益保障法》等, 分别对劳动权及平等就业权进行了明确规定, 加大了法律保护力度。

1.3. 就业歧视涉及的宪法学问题的思考

宪法是我国的根本大法, 公民的劳动权是公民依据宪法所享有的基本人权, 这一权利的义务主体是国家。国家拥有强大的公权力和公共资源, 应当尊重、保护与促进实现公民的劳动权, 有义务对劳动权进行确认或救济。前些年发生的多起应聘者状告用人单位的案件引发了法学界关于就业歧视的广泛讨论, 相关法学研究也开始升温。这些案件表明, 我国公民追求平等、维权意识大大提高, 同时, 鲜活的案例也拓宽了法学理论界的视野, 将目光转向了宪法层面上的关于公民的平等权与劳动权的思考。

2. 劳动权的宪法意义

2.1. 劳动权的入宪历程

随着人类的政治进步和经济发展, 劳动者的权利意识日益增强, 尤其是西方进入工业革命时期, 人们要求用权利术语对劳动行为进行表达, 于是, 劳动从一种谋生行为转变为一种权利需求, 渐渐为各国宪法所吸纳, 并成为国际人权法的重要组成部分。

劳动权是在工人阶级反抗资产阶级的剥削压迫的过程中诞生的。18世纪中叶后的西方国家, 面对资本家的残酷剥削, 工人阶级进行了强烈的反抗, 工人运动空前高涨, 迫使部分资本主义国家作出妥协, 颁布一些保障工人权利的法律。1802年英国颁布《学徒健康与道德法》是第一部保护童工的法律, 也是第一部限制资本家剥削工人、保护工人权利的法律, 拉开了近代劳动立法的先河。1831年法国里昂工人起义, 争取“劳动权”; 1848年“二月革命”, 临时政府发布《为全体市民提供劳动机会的宣言》, 第一次把劳动确认为一项权利。1919年德国的《魏玛宪法》首次用宪法的形式明确公民享有劳动权, 开创了劳动权入宪的历史。1946年《法国宪法》、1946年《日本国宪法》、1947年《意大利共和国宪法》、1936年《苏维埃社会主义共和国联盟宪法》等都将公民的劳动权利进行了明确规定。我国现行《中华人民共和国宪法》中第42条规定: “中华人民共和国公民有劳动的权利和义务。国家通过各种途径, 创造劳动就业条件, 加强劳动保护, 改善劳动条件, 并在发展生产的基础上, 提高劳动报酬和福利待遇。”

与此同时, 国际社会组织也逐渐关注公民的劳动权。1919年, “巴黎和会”通过《国际劳动宪章》确定了保护劳工组织的九条基本原则; 1945年, 《联合国宪章》第55条规定: “联合国各加盟国必须致力于进一步提高生活水平和实现充分就业。”1948年, 《世界人权宣言》首次在国际法的层面上保障劳动权; 1966年, 《经济、社会、文化权利国际公约》也规定承认并保障工作权。自此, 劳动权进入国际法, 进一步规定国家权力需对公民的劳动权进行尊重与保护。

2.2. 劳动权的宪法定位

劳动权的法律定位有两种, 一是宪法上的, 立足于宏观的宪法关系; 二是劳动法上的, 立足于微观

的劳动法律关系。

众所周知，宪法和劳动法是根本法与普通法的关系，虽然普通法遵循宪法精神，但两者中的劳动权仍然是两个不同的概念。一是法律关系不同：宪法上的劳动权反映的是一种公法关系，反映了公民与国家的权利义务关系；而劳动法上的劳动权则属于私权利，反映的是劳动者与用人单位之间的权利义务关系。二是权利主体不同：宪法劳动权的权利主体是公民。我们尽管也认为宪法意义上的公民就是劳动法意义上的“劳动者”，但是，劳动法调整的是平等主体之间的劳动法律关系，以劳动关系为前提。而宪法上的劳动权则是因“公民”身份自然取得，换句话说，宪法上劳动权的主体大于劳动法意义上的“劳动者”，不是公民与国家平等协商确定权利和义务，而是国家“天生”必须保障每个公民享有劳动的权利。三是义务主体不同：宪法上劳动权的主要义务主体是国家，而劳动法上劳动权的主要义务主体是劳动者所在的用人单位。

3. 劳动权的性质

3.1. 劳动权是基本人权的核心理

所谓人权，是指每个人在生命、自由、平等、健康、人格尊严等方面所应享有的不可侵犯的基本权利。人权与生俱来，既不由制定的法律授予，也不由制定的法律剥夺。人权按内容可分为人身权利、财产和经济权利、政治和文化权利。考察劳动权的内容，我们可以发现其几乎涉及了人权的所有内容：职业安全权、休息权、自由择业权等属于人身权利；社会保障权、劳动报酬权等属于财产和经济权利；职业教育权、罢工权等则属于政治文化权利。1944年的《费城宣言》将劳动权的实现和人的价值尊严关联起来，“所有人……有权在自由和尊严、经济保障和机会均等的条件下谋求其物质福利和精神发展”。因此，劳动权对人的自我价值的实现以及人的发展都具有深远的意义。所以劳动权是个体生存和发展的重要前提，也是公民基本人权的核心理。

3.2. 劳动权的双重属性

1) 自由权属性。资产阶级推翻封建等级制度，把劳动者从人身依附关系中解放出来。这样，早期的宪法权利往往体现为自由权的属性，即政府、其他主体不得对公民施行某种强制。劳动权也在这一层面上成为公民的主观权利，即在不违背社会利益的前提下，有免受强制劳动的权利，有自由选择职业的权利，并免受国家的干预，可以按照自己的意愿从事的职业。这是一种自由权。这一属性一直保留到当代宪法中，也保留于国际人权公约之中，如1966年《公民权利和政治权利国际公约》第8条中有这样的规定：“任何人不应被强迫役使”、“任何人不应被要求从事强迫或强制劳动”。

2) 社会权属性。资本主义国家完成第二次工业革命后，逐渐从自由竞争资本主义转变为垄断资本主义。由此产生的劳资矛盾、失业日趋严重。加上社会主义运动的高涨，迫使资本主义国家对劳动权的认识逐渐转变。先是认识到仅仅保障劳动者的消极自由不能真正解决劳动就业问题，认识到劳动就业问题是整个社会的问题，需要国家用强制力来保障劳动权；接着，各主要资本主义国家开始干预经济政策，调控宏观经济，解决劳资问题；最后，将劳动保险、劳动基准、劳动培训、劳动安全卫生保障等内容纳入宪法。这样一来，公民享有了要求国家保障其劳动的权利，劳动权也成为了由国家承担相应义务的社会权。

作为社会权的劳动权已是当前各国宪法及相关国际人权公约的重要内容。如我国宪法第42条规定：“国家通过各种途径，创造劳动就业条件，加强劳动保护，改善劳动条件，并在发展生产的基础上，提高劳动报酬和福利待遇。……国家对就业前的公民进行必要的劳动就业训练。”《世界人权宣言》也对劳动者的自由择业权、工作条件、失业保障、劳动报酬等等作了明确的规定。

4. 就业歧视侵犯平等就业权

4.1. 平等是劳动权的应有之义

平等作为一项基本权利，最早出现在法国 1789 年《人权宣言》中：“法律对于所有的人，无论是实行保护和处罚都是一样的。在法律面前，所有的公民都是平等的。”随后，平等成为一个最重要理念，广泛地进入法律视野。当然，法律上的平等包括积极与消极两个方面。积极的平等要求国家平等地保护公民实现权利，即在法律面前平等和受法律的平等保护；消极的平等指国家无正当理由不可区别对待，在法律上即称为禁止歧视。所以平等强调所有社会成员无差别地享有权利，无差别地受到法律的救济和保障。

平等是现代国家立宪的重要原则，当然也是劳动权的应有之义。生存权是人的最核心权利，是公民行使其他各种权利的基础，而生存权背后的劳动权，既是个体基本生活的保障，也是个体与社会发展的基础。只有公民平等地享有劳动权，才能拥有生存与发展的条件和机会，才能推进整个社会的良性循环。

4.2. 平等就业权

4.2.1. 平等就业权的概念

关于平等就业权的概念，目前通常有狭义与广义两种说法。狭义说认为平等就业权就是在寻找工作的过程中被公平对待。正如李炳安说的：“不论其民族、种族、性别、宗教信仰、语言、社会状况等方面的不同，均享有平等的就业机会。”而广义说则认为除此之外，平等就业权体现在从事劳动的过程中，比如就业待遇。在此基础上，学者们又引入形式平等和实质平等的概念，认为国家应通过立法、行政、司法等途径，保护公民自由择业权、平等竞争工作岗位的权利，同时，国家加大就业歧视的惩戒力度，加大特殊群体的就业保护力度，加大职业培训职业教育等，建立一系列体制机制保障公民平等就业的权利。这样，就把平等就业权从形式到实质进行了剖析。

实际上，平等就业权利作为一种权利，一定有其形式和实质两方面的内涵，是形式平等和实质平等的统一体。所以，平等就业权就是劳动者平等地获得就业机会、就业报酬、就业保障、职业培训、失业保险等权利，不因年龄、性别、种族、相貌、区域等自然差别而受歧视的权利。

4.2.2. 平等就业权在劳动权中的地位

1) 公民劳动权的体系。公民劳动权是由一系列权利所构成的权利系统，包括工作权、报酬权、休息权、职业安全权、职业培训权、民主管理权、团结权以及社会保障权。

工作权即就业权，包括职业获得权、自由择业权和平等就业权。职业获得权有积极、消极的表现形式，积极的表现为要求国家提供就业机会的权利，消极的表现为对抗用人单位无适当理由解雇的权利。

报酬权即取得劳动报酬的权利。报酬权包括报酬协商权、报酬请求权和报酬支配权。需要说明的是，报酬协商权尽管是劳动者与用人单位依据《劳动法》、《合同法》等通过协商确定劳动报酬的权利，是双方当事人的“私事”，但在法治社会的当下，国家和社会力量在劳动法领域不断增强，也就是说，尽管自由协商是劳动契约的基础，但已不能完全“自由”，而是受到了诸多限制。比如，双方协商的劳动报酬不能低于国家最低工资标准和集体合同的规定。

休息权即获得休息和休假的权利，也是我国宪法规定的基本劳动权。休息权是确保劳动者得以恢复劳动力，提高工作质量和效率，促进个人全面发展的权利。

职业安全权是保障劳动者在劳动中的人身安全和健康、免遭职业侵害的权利。主要体现为国家或用人单位通过合理的制度设计化解或减少劳动中的风险。

职业培训权是劳动者拥有职业培训和职业教育的权利。这一权利对于提高劳动者的劳动水平、增加

用人单位的效益、促进社会生产力的发展具有重要的意义。

民主管理权是指劳动者享有对本单位的管理工作提出意见和建议 and 进行监督的权利。劳动者通常通过职工代表大会或工会组织行使这一权利。

团结权是指劳动者组织和参加工会、自主运行工会、运用工会组织维权的权利，这是宪法和劳动法都予以确认的基本权利。

社会保障权是指劳动者享有获得社会保险和福利的权利，即在劳动者生育、疾病、伤残、年老及失业等情况下，国家和社会应给予帮助，劳动者也可以在工资以外获得其他福利。

2) 平等就业权在劳动权中的地位

平等就业权在我国宪法中有明确的规定，是劳动权的核心内容和基本价值。劳动权与人的生存分不开，进而与人的发展分不开。平等就业权作为劳动权的核心内容，就涉及到人的本性和尊严，是公民实现自我发展、自我价值的重要内容，“工作是人的本性的一部分，因此，剥夺其实现这一自然倾向的任何情形都应该加以纠正……真正的个人自由不能脱离经济上的保障和独立而存在。一无所有的人不是自由人[2]。”所以，如果不能享有平等就业权，那么宪法上的自由、平等、人格等各类权利也将是空话，因为平等就业权是它们的基础。

4.3. 就业歧视的实质

我们知道，产生歧视的主要原因是劳动者之间存在的差别。“差别对待”有合理的，也有不合理的。就业中，为了保障工作顺利开展，用人单位根据具体岗位的性质、需求及其他因素，制定相应的招聘条件，就是“合理差别”，不构成就业歧视。“‘合理的差别对待’，不仅不构成歧视，反而能够保障实质上的平等[3]。”例如，在招录空乘人员时，国家对其身高、视力、学历、健康状态等进行了严格的规定，这些规定就是“合理差别”。相反，不合理的差别对待就是在不影响履行岗位职责时，规定的关于性别、年龄、相貌、身高、属相、健康状况、户籍等方面的不合理限制，即构成了就业歧视。

对被歧视者而言，就业歧视首先意味着失去工作机会，加剧生存压力，动摇基本的生存权，使原本处于弱势地位的境况加剧恶化；然后导致拉大社会贫富差异，激化社会矛盾，最后甚至威胁社会稳定和经济发展。如前文所述，劳动权作为公民的基本权利，包含生存与发展两大基本价值、基本理念；而宪法上的平等权在就业领域，就具体表现为平等就业权。因此，就业歧视，究其实质，是对平等就业权的侵犯。

5. 就业歧视的救济

“无救济则无权利”，为就业歧视的被歧视者提供有效的救济，是法治社会的应有之意。

5.1. 宪法救济

劳动权是宪法性权利，但由于我国现行宪法的不可诉性，使得宪法因无法直接通过诉讼保护其规定的基本权利时面临尴尬局面。在全面依法治国大力推进的今天，我们应建立宪法保护制度，开辟宪法救济途径。

第一，宪法首先是“法”，归还宪法作为法律的可诉性。当求职者在就业过程中，遭遇公权力的就业歧视时，求职者可以通过行政诉讼来寻求救济，人民法院适用宪法基本权利条款对劳动权进行救济；当遭遇非公权力的就业歧视时，求职者则可以通过民事诉讼寻求救济，人民法院依然可以适用宪法基本权利条款，对公民劳动权进行救济。

第二，进一步完善宪法的劳动权条款。我国现行宪法第 42 条只规定：“中华人民共和国公民有劳动

的权利和义务。”将劳动作为权利义务的统一体，强调了有劳动能力的公民为了个体的生存、发展拥有劳动的权利，国家应予保护；同时，为了国家和社会的发展需要，劳动也是其义务。但第42条简单的表述，仅起到了宣示的作用而非具体的效果。要进一步完善内容，规定在劳动就业条件、劳动报酬、福利待遇、劳动保护等权利方面的内容；进一步完善宪法中劳动权利体系，建立包含就业平等权、劳动安全权、卫生保障权、民主管理权等在内的系列权利体系。

第三，发挥最高人民法院判例的作用。我国虽不是判例法国家，但随着法治的发展，判例越来越在具体的案件审理中发挥作用。最高人民法院在公布《最高人民法院公报》时，将涉及宪法上劳动权的案例一并纳入，以指导同类案件的审判活动。在我国，《最高人民法院公报》所载的典型案例，表明了最高人民法院的态度，事实上已起到了判例的作用，在宪法尚未完善到位的情形下，援引其案例显得尤其重要。当然，在侵权者同时违反宪法和劳动法规定时，我们不能抛开法律而一味援引判例；但是，在劳动法没有明文规定的情形下，人民法院可以而且应该援引宪法上劳动权作为裁判依据的案例，以此有效保护公民的劳动权利。

5.2. 法律救济

1) 《劳动法》。我国现行的《劳动法》是保障公民劳动权的专门法律。但目前的《劳动法》仍有诸多需要完善的地方。例如《劳动法》第十二条规定：“劳动者就业，不因民族、种族、性别、宗教信仰不同而受歧视”，没有规定相貌、地域、年龄、姓氏、属相等等其他方面的歧视现象，在很大程度上留下了空白点，让用人单位施行歧视行为找到了空子。我们应当在宪法精神下，结合当前形形色色的就业歧视现象，在《劳动法》这部专门的法律中，完善禁止就业歧视的法律体系，进一步对就业歧视的概念、类型、判断标准、对象、适用范围等等作出明确的规定；进一步规定就业歧视者的法律责任，明确处罚的种类和标准。这样，用人单位在招录工作人员时受到明确的法律条文的束缚而选择公正、透明的用工制度，可以大大减少就业歧视情形；求职者也可把这些规定作为保护自己平等就业权利的利剑；一旦发生就业歧视案件后，人民法院也可依据明确的法律条文进行审判。

2) 《民法总则》与《行政诉讼法》。由于《劳动法》的不完善，我国劳动权的司法保障制度尚未真正建立，平等就业权的民事诉讼和行政诉讼救济也有待完善。比如，《民法总则》规定的了“谁主张谁举证”的举证原则，而用人单位在就业过程中处于强势地位，且可以随时更改用人条件设置、掩饰歧视行为，让受歧视者举证难、维权难。在行政诉讼中，侵犯平等就业权的行为属于抽象行政行为，虽然现行《行政诉讼法》已将抽象行政行为纳入进来，但相比由具体行政行为引起的行政案件，法院在审理抽象行政行为提起的诉讼中，法律依据、裁判标准等都没有足够的经验。另外，行政干预也是导致就业歧视案件不能公平公正审理的原因之一。所以，在民法领域、行政法领域，都要进一步完善关于劳动权、平等就业权的规定，与《劳动法》互相补充，形成关于劳动权保障的立法体系，更好保护公民的劳动权，尤其是平等就业权。

5.3. 行政救济

行政救济是指公民在合法劳动权利受到国家行政机关管理相对人的侵害后，依法提出申诉，由拥有管理、监督权的行政机关依法处理、保障其权利的一种法律救济制度。行政救济主要表现为劳动监察，但我国目前尚未制定《劳动保障监察法》，只有《劳动保障监察条例》。《劳动保障监察条例》因效力问题，在实践中不能对各级行政机关起到很好的约束作用。《劳动保障监察法》应明确各级行政机关在劳动监察中的地位、职责、法律责任，便于其有效履行劳动监察职责，为受歧视者提供有力有效的行政救济。

参考文献 (References)

- [1] 亚里士多德. 亚里士多德选集·政治学卷[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 1999.
- [2] 奥斯顿. 美国对经济、社会和文化权利的认可[J]. 美国国际法杂志, 1990(84): 387.
- [3] 新浪网. 新闻中心, 就业歧视何其多[EB/OL].
<http://news.sina.com.cn/c/2004-02-26/11141903828s.shtml>, 2004-2-26.

知网检索的两种方式:

1. 打开知网页面 <http://kns.cnki.net/kns/brief/result.aspx?dbPrefix=WWJD>
下拉列表框选择: [ISSN], 输入期刊 ISSN: 2169-2556, 即可查询
2. 打开知网首页 <http://cnki.net/>
左侧“国际文献总库”进入, 输入文章标题, 即可查询

投稿请点击: <http://www.hanspub.org/Submission.aspx>

期刊邮箱: ass@hanspub.org