

就业歧视的法律研究

作者：平顶山学院 温松梅

[摘要] 由于我国劳动法制不健全，劳动力市场供求失衡和地方保护主义的存在，近年来我国劳动力市场上的就业歧视现象越来越突出，《就业促进法》实施半年多来，成效甚微。因此，目前解决我国就业歧视最有效的途径应该主要通过两方面：一是政府部门创造就业机会，二是完善有关反就业歧视的立法。

[关键词] 就业歧视； 劳动法律； 救济

一、我国就业歧视的主要表现形式

性别歧视——此为各种歧视中历史最长，表现最突出的问题。年龄歧视——“35岁现象”屡见不鲜地出现在大量招聘广告的限制性条件中。身份歧视——比较突出的两个方面是：户籍歧视和地域歧视，有的用人单位要求应聘者必须具有本地城镇户口。健康歧视——残疾人就业受到各种歧视自不必说，还有一些传染性疾病的病原携带者，更是不加区分被直接拒之门外。身高歧视——不少用人单位在招聘公告中都有身高限制，而身高又多对本职工作没有影响。以上只是比较常见的几种就业歧视，现实中更是五花八门，例如相貌歧视、姓氏歧视等。

二、就业歧视的形成原因

1、劳动法制不健全

首先，我国针对就业歧视的法律规范主要包括《宪法》、《劳动法》、《妇女权益保护法》、《残疾人保障法》、《就业促进法》、《劳动力市场管理规定》等。但除《就业促进法》外，多是针对男女就业机会平等的法律规范，很少涉及其他方面。而且多为原则性规定，没有违法的后果模式，缺乏操作性。其次，我国劳动法侧重调整已经形成的劳动关系，对于尚处求职阶段的劳动者与正在招聘的用人单位之间的关系几乎没有规范。因此求职者针对用人单位的歧视在提起劳动仲裁时，缺乏法律依据，得不到救济。

2、劳动力市场供求失衡

劳动力严重供过于求的形势，是我国就业歧视形成的重要客观原因。农村人口比重大，且随着农业机械化的发展，以及农村城市化的进程加快，农村剩余劳动力增长惊人；国家机关精兵简政；国有企业减员增效；私有企业千方百计降低成本；高校扩招等一系列因素导致劳动力市场的严重供过于求，导致了用人单位不担心招不到人，而纷纷提出形形色色的歧视性条件。

3、地方保护主义

有的地方政府为了政绩，为了局部利益，公然违背国家法律规范、国家政策。2002年底，教育部、公安部、人事部、劳动和社会保障部联合发出通知，要求各地取消限制高校毕业生合理流动的政策，允许高校毕业生跨省(自治区、直辖市)、跨地(市)就业。但是很多地方政府没有按要求执行，如广东省人事局于2003年底发布通知，要求优先解决本地生源高校毕业生。

三、解决就业歧视的对策



根据我国就业歧视的主要形成原因,目前解决我国就业歧视最有效的途径应该主要通过以下两方面:一是政府部门创造就业机会,二是完善有关反就业歧视的立法。我们在此重点关注的是反就业歧视立法的相关问题。

1、对“就业歧视”的界定

国际劳工组织 1958 年第 111 号公约《就业和职业歧视公约》对“歧视”一词的解释是:“基于种族、肤色、性别、宗教、政治见解、民族血统或社会出身等原因,具有取消或损害就业或职业机会均等或待遇均等作用的任何区别、排斥或优惠。”1988 年第 168 号公约《促进就业和失业保护公约》第 6 条第一款又增加规定了禁止国籍、残疾或年龄方面的歧视。台湾《就业服务法》第五条规定:“为保障人民就业机会平等,雇主对求职者或所雇用员工,不得以种族、阶级、语言、思想、宗教、党派、籍贯、性别、容貌、五官、残障或以往工会会员身份为由,予以歧视。”[1]对比以上定义,我国对就业歧视的界定存在明显的缺陷。我国《劳动法》第 12 条只列举了就业歧视可能涉及的四因素,且是穷举式列举,不够周延,缺乏灵活性。而《就业促进法》则根本没有对就业歧视给出界定。

2、就业歧视的相关立法应注重法律的可操作性,注重法律的执行落实

例如,针对女性的性别歧视,《宪法》、《劳动法》、《妇女权益保护法》都做出了相关的规定,但现实中性别歧视现象仍然严重,突出原因就是立法缺乏可操作性。《就业促进法》没能解决这一问题,所以立法效果甚微。因此反就业歧视立法不应再是宣言式、口号式的法律,必须要明确违法后果和相关机构的职责。[2]

3、救济途径

(1) 由行政程序进入司法程序,面临的问题就是当前劳动法律规定的劳动争议受案范围,均以劳动者与用人单位已经正式订立书面劳动合同或建立事实劳动关系为前提。因此求职者在就业过程中与用人单位之间所发生的争议是否属于劳动争议,该类争议是否具有可诉性就成为关键。大多数学者对此持肯定态度,理由是:劳动法的调整对象主要是劳动者与用人单位之间的特定劳动关系,但同时还包括“与劳动关系有密切联系的其它社会关系”,即附随劳动关系,其中就包括作为建立劳动关系必要前提的就业阶段所产生的各种关系。就业阶段的求职者,虽还未与招录单位建立现实的劳动关系,但作为享有合法就业权利的公民,是一种潜在的劳动者资源属于广义的劳动者范畴。而用人单位实施的就业歧视等不合法的,不合理的限制,侵害的是作为公民劳动权核心及逻辑起点的就业权,因此发生的争议当属劳动法调整范围的劳动权利、义务纠纷,与其他劳动争议并无实质性的区别,具有“准劳动争议”的性质,应当纳入受案范围。[3]

(2) 对于一般的就业歧视劳动争议,通过适用劳动法、行政法等低位阶的基本法救济程序就可以解决,但是如果此类案件是因国家机关的消极不作为或违法的积极作为所引发,则基本法的救济将无能为力。对此创造生存权“具体性权利”的日本著名宪法学者大须贺明先生,提出了“生存权的违宪审查诉讼和司法救济”理论:生存权也是一种可以向公权力请求其履行保障国民“最低限度生活”之作为义务的权利[4]。这一权利性质的确认,为国民在自己的生存权遭受公权力侵害时请求法院实施司法救济摒除了障碍。这也将是我国宪法以及宪法诉讼制度亟待完善的一个领域,劳动者及工会组织享有提起违宪审查和宪法司法救济的权利当是题中应有之意。

(3) 建立劳动公益诉讼制度。公益诉讼是指任何组织和个人都可以根据法律的授权,对违反法律、侵害国家利益、社会公共利益的行为,向法院起诉,由法院追究违法者法律责任的活动。有学者认为:“应当授予工会和劳动者诉讼的权利,对用人单位违反劳动法的行为提起经济公益诉讼,这种诉讼确切地应属于劳动公益诉讼,这种诉讼的原告除了用人单位的工会组织、劳动者之外,也可以是其它组织和个人。”就业歧视等行为,表面上看似乎只是侵害了求职者个人的利益,但实质上它同时威胁和侵害到整个弱势群体的基本生存权,是对社



会公益的侵害。因此，倘若我国日后真正建立起公益诉讼制度，应将就业歧视行为纳入其调整范围，并应把提起劳动公益诉讼明确为工会组织的法定权利和义务。

（4）建立不当劳动行为制度。不当劳动行为立法主要是以劳动者的团结权保障为其法理依据，以规范和平衡劳动关系为直接目的的一项立法措施。其主要是把雇主凭其优势地位所为的一些行为视为不当劳动行为加以规制。对劳动者而言，则可以把不当劳动行为制度作为保护自己利益的武器。不当劳动行为中的“差别待遇”、“黄犬契约”实际上就是一种因劳动者的身份而为的歧视行为，因此不当劳动行为制度也是反就业歧视的一种救济途径。

[参考文献]

[1] 娄耀雄：我国“就业歧视”的法理分析及对策 [J]，《经济法学、劳动法学》2004（11）

[2] 黄越钦：劳动法新论 [M]，中国政法大学出版社，2003

[3] 王全兴：劳动法学 [M]，高等教育出版社，2004

[4] 大须贺明/著、林浩/译，生存权论[M]，法律出版社,2001

[作者简介]

温松梅（1979—）河北衡水人，女，平顶山学院政法学院教师，法学硕士。

