

## 同工同酬原则的语境和困境

闫冬

**内容提要:** 域外经验显示,“同工同酬”原则源于反歧视运动,同时也是从反歧视语境中获得进路的。然而,我国曾经尝试抛开反歧视这一源语境来独立推行同工同酬原则,却因为缺乏可操作性而收效甚微。结合本土法律资源和域外经验,让同工同酬原则回归反歧视语境正是现阶段我国劳动法落实分配公平的主要进路,只有利用好反歧视法律工具方能真正实现“同工同酬”。

**关键词:** 同工同酬 就业反歧视 直接就业歧视 间接就业歧视 机会平等

闫冬,法学博士,北京外国语大学法学院讲师。

“同工同酬”已经逐渐发展成为我国劳动法体系中一个独立的原则,同时也是当下收入分配制度改革中的一个重要目标。然而这一原则由于缺乏明确的实施手段和进路,在我国鲜有任何值得称道的效果。究其原因,主要是因为我们过分强调“同工同酬”原则本身,反而忽略和脱离了它在国际上通行的语境和进路,即“反歧视”。事实上,“同工同酬”概念不仅诞生于域外反歧视运动之中,而且也是靠着反歧视法律机制来发挥作用的。抛开反歧视的语境,单独适用“同工同酬”原则不仅会由于执行乏力而使其沦为“画饼”,而且如果强制实施,还会带来矫枉过正的后果,从而伤及市场经济的基础。

### 一 我国直接适用同工同酬的困境

“同工同酬”在我国传统思想和当代意识形态中都有相当根深蒂固的基础。《论语·季氏》第十六篇中就有“不患寡而患不均”的说法。荀子在《荣辱》篇中提出了“至平”的概念,也就是社会正义的财富分配法。荀子认为,至平社会中的社会分工应做到各得其所,各尽所能,各取所值,各遂其生,并以此来实现个体对社会的认同感和向心力。<sup>[1]</sup> 另外,作为社会

[1] 需要强调的是,荀子所谓的“至平”并非绝对的平均主义,而是在承认社会礼制差别导致的职位差别的前提下,个体所获得社会报酬,与他所付出的社会贡献相称等值,使他自觉所应得而心悦诚服。详见荀子“故制礼义以分之,使有贫富贵贱之等,足以相兼临者,是养天下之本。书曰:维齐非齐。此之谓也。”牟宗平:《荀子》,山东友谊出版社,2001年版,第182页。

主义制度一个重要元素的“按劳分配”理念也包含着追求同工同酬的价值取向。马克思在《哥达纲领批判》中论述社会主义按劳分配的特点时指出：“每一个生产者，在作了各项扣除以后，从社会领回的，正好是他给予社会的。他给予社会的，就是他个人的劳动量。”<sup>[2]</sup>易言之，如果两个劳动者付出同样的劳动量，他们“从社会领回的”应相同，也就是要有“同酬”的待遇。

新中国成立后，我国对同工同酬立法的重视正是这种思想的集中反映。我国1978年和1982年《宪法》都有“男女同工同酬”的规定。<sup>[3]</sup>现行《宪法》第48条也规定：“国家保护妇女的权利和利益，实行男女同工同酬，培养和选拔妇女干部”。除此之外，我国还批准了一些旨在反歧视的国际公约，例如，全国人大常委会于1990年11月2日批准了国际劳工组织的第100号文件《男女同工同酬公约》，其中就强调各国应将同工同酬原则运用到工作场所当中。值得注意的是，无论是我国《宪法》还是我国批准的国际公约，都是在反歧视（尤其是反性别歧视）的语境下规定同工同酬原则的。

但值得注意的是，我国的劳动立法又对同工同酬原则实施了进一步的拔高，使其逐渐脱离了反歧视的语境。1995年开始施行的《劳动法》首先将“同工同酬”做为一个独立概念提了出来。该法第46条规定：“工资分配应当遵循按劳分配原则，实行同工同酬。工资水平在经济发展的基础上逐步提高。国家对工资总量实行宏观调控。”在《劳动法》推出的同时，劳动部出台了《关于劳动法若干条文的说明》【劳动部（1994）289号】，其中第46条对“同工同酬”进行了专门定义。2008年颁布的《劳动合同法》基本上也是单独适用同工同酬的规定。例如，该法第11条规定：“用人单位未在用工的同时订立书面劳动合同，与劳动者约定的劳动报酬不明确的，新招用的劳动者的劳动报酬按照集体合同规定的标准执行；没有集体合同或者集体合同未规定的，实行同工同酬”；另外，“劳动合同对劳动报酬和劳动条件等标准约定不明确，引发争议的，用人单位与劳动者可以重新协商；协商不成的，适用集体合同规定；没有集体合同或者集体合同未规定劳动报酬的，实行同工同酬；没有集体合同或者集体合同未规定劳动条件等标准的，适用国家有关规定。”（第18条）<sup>[4]</sup>

自2009年底的中央经济工作会议开始，国家的政策重心逐步转向了努力实现社会公平分配这一目标上来，此举也点燃了人们对落实同工同酬原则的无限期待。<sup>[5]</sup>据报道，人力资源与社会保障部（简称“人社部”）正在起草《工资条例》，力图构建一套收入调节机制来

[2] [德]马克思：《马克思恩格斯选集》（第3卷），中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局译，人民出版社1995年版，第304页。

[3] 见1978年《宪法》第53条；1982年《宪法》第48条。

[4] 不过，《劳动合同法》也有一项例外，就是依旧选择从反歧视角度出发，给予劳动派遣工人同工同酬的待遇。见《劳动合同法》第六十四条，“被派遣劳动者享有与用工单位的劳动者同工同酬的权利。用工单位无同类岗位劳动者的，参照用工单位所在地相同或者相近岗位劳动者的劳动报酬确定。”

[5] 2009年12月，中央在经济工作会议上提出了六项任务，都对收入分配体制提出了改革要求（见新华网，<http://www.xinhuanet.com/fortune/09zygzh/>）。今年“两会”期间，国务院总理温家宝在政府工作报告中明确指出，不仅要通过发展经济，把社会财富这个“蛋糕”做大，也要通过合理的收入分配制度把“蛋糕”分好（见新华网国务院政府工作报告，[http://news.xinhuanet.com/politics/2010-03/15/content\\_13174348.htm](http://news.xinhuanet.com/politics/2010-03/15/content_13174348.htm)）。2010年4月底的国务院工作会议把深化收入分配和社会保障制度改革置于2010年改革重点。5月31日，国务院转发的国家发改委《关于2010年深化经济体制改革重点工作的意见》将收入分配改革列为工作重点，表示要研究调整和优化国民收入分配格局、提高居民收入比重，促进社会公平正义（见新华网，[http://news.xinhuanet.com/politics/2010-06/04/c\\_12179175.htm](http://news.xinhuanet.com/politics/2010-06/04/c_12179175.htm)）。6月1日出版的第11期《求是》杂志，发表中共中央政治局常委、国务院副总理李克强的文章，题目是《关于调整经济结构促进持续发展的几个问题》，文章指出，应更加注重就业和劳动报酬在一次分配中的作用（见中央政府网，[http://www.gov.cn/ldhd/2010-05/31/content\\_1617457.htm](http://www.gov.cn/ldhd/2010-05/31/content_1617457.htm)）。

实现同工同酬原则,如冻结垄断企业的工资。<sup>[6]</sup>对于这一推进同工同酬的举动,支持者有之,<sup>[7]</sup>反对者有之,<sup>[8]</sup>但更多的是持怀疑态度者。<sup>[9]</sup>由于《工资条例》迟迟不能出台,同工同酬原则不得不依旧停留在纸面上。而近期围绕《工资条例》的讨论,不仅体现了社会对“同工同酬”的期待和思考,也反映出独立适用同工同酬原则的立法思路在具体实施过程中所要面对的重重考验和挑战。笔者认为其中至少有三个关键问题亟待解决。

第一,抛开反歧视语境来推行同工同酬原则的最大难点还是在于如何使其具有可操作性。曾有人社部劳动工资研究所研究员直言不讳地指出:“同工同酬虽然写入了《工资条例》,但目前相关部门尚未找到很好的办法来提高同工同酬的可操作性”。<sup>[10]</sup>一般认为,导致同工同酬操作性差主要有三方面的原因。首先,同工同酬的基本元素——“同工”——难以准确界定,因此也无法凭此“同酬”。根据劳动部1994年发的《关于劳动法若干条文的说明》(以下简称《说明》),同工同酬必须具备三个条件:一是劳动者的工作岗位、工作内容相同;二是在相同的工作岗位上付出了与别人同样的劳动工作量;三是同样的工作量取得了相同的工作业绩。对于前两个条件:同岗位、同工作量,在一些传统的生产性行业内衡量起来可能比较容易,但是在其他领域中,比如一些服务性行业中,像演艺业,其工作量就难以准确核算。其次,对于是否做出同样的工作业绩,衡量起来就更为困难,因为衡量业绩方法可以是多元的,比如按照绩效的增长率或增长量来测定,不同的测量方法产生结果也是不同。另外,业绩也受制于市场环境和政治气候等外部因素,这些都是非劳动因素带来的工作绩效,是否应该考虑到“同工”中去值得商榷。

第二,导致“同工不同酬现象”的众多因素当中,也有不少是合理的和必要的,不应不加甄别地予以排斥。同工不同酬的合理抗辩理由是多方面的。首先,企业间或行业间收入差别可能是由于企业或行业利润率不同引起的,而非劳动力本身的差异性所致。当下,有关分配制度改革的一个难题是,如何使高利润行业的工资水平同其他企业职工的收入水平一致,以期实现社会公平的目标。<sup>[11]</sup>然而将这一目标绝对化会导致很多合理的因素被忽略,处理不当会对市场经济带来不必要的伤害。例如,两个同类企业中的劳动者,即便是满足了《说明》中所列的三个条件,但有可能由于企业的管理成本、利润率等非劳动因素的差异性,从而享受不同的工资待遇。而此类差异正是资本和劳动力通过企业间的流动来实现有效配置的原动力,这在很大程度上讲,对社会和经济发展是有利的。<sup>[12]</sup>其次,在企业内的同一岗位上,工人的工资有时也需要维持一定非劳动性差异,以体现对人身和人权的保护。事实上,

[6] 相关新闻见, [http://news.xinhuanet.com/legal/2010-05/18/c\\_12111899.htm](http://news.xinhuanet.com/legal/2010-05/18/c_12111899.htm)。

[7] 索寒雪:《工资条例年内出台同工同酬值得期待》,《人才资源开发》,2010年第5期。

[8] 近期有媒体报道,分配制度改革草案由于试图冻结垄断企业的工资来实现行业间的同工同酬,而遭到来自这些企业的强力抵制。见, <http://www.ce02.com/gThree.aspx?id=2303>。

[9] 很多人对同工同酬原则能否得到真正落实和推行持有怀疑态度。如,新华报业的文章《劳动者期待在〈工资条例〉之外》,见 <http://news.xhby.net/system/2010/05/19/010753918.shtml>,和李华平的文章《工资条例即便出台也很难实现“同工同酬”》,见, <http://podcast.xinmin.cn/2010/05/18/4929240.html>。

[10] 见扬子晚报, [http://www.yangtse.com/news/gn/201008/t20100806\\_753483.htm](http://www.yangtse.com/news/gn/201008/t20100806_753483.htm)。

[11] 例如,见中新网报道, <http://www.chinanews.com.cn/ej/2010/09-03/2509231.shtml>。

[12] 很多经济学家和社会学家都认为,市场经济正是通过资本和人力有效流动来实现经济发展的。而且劳动者本人也可以通过流动和逐利的过程来实现自身价值最大化和生活水平的提高。见,曾培炎:《促进国民经济又好又快发展》,《学习与研究》2007年第3期,第29-35页;蔡昉和都阳等:《户籍制度与劳动力市场保护》,《经济研究》2001年第12期。

工资结构并非完全是由劳动产出决定。<sup>[13]</sup>《世界人权宣言》第 23 条在规定“同工同酬”的同时,也指出“每一个工作的人,有权享受公正和合适的报酬,保证使他本人和家属有一个符合人道的生活条件”。从保障劳动者家属体面生活的角度考量,如果企业对有无其他生活来源家属的职工提供额外补贴,由此带来的工资差异应属合理范围。再次,基于人力资源管理的实际需要,用人单位也会根据劳动力市场的实际情况灵活掌握薪酬标准,这一举措也会导致同工不同酬现象。通常情况下,劳动力价值定位可以随劳动力市场供求关系的变化而变化。另言之,在不同时间点,伴随着劳动力市场供需变化,用人单位招用同一岗位职工所需付出对价也有可能不同。还有,企业可能出于工作需要部分员工进行内部临时性地调岗,但与之对应的工资调整可能受制于相关财税制度而难以即时落实。上述这些情况的合理性虽然都有值得商榷的地方但并非完全站不住脚。

第三,尽管同工同酬原则可以预设一些例外,允许一定程度的差异,但由于实际生活中同工不同酬的抗辩理由有着广泛性和不可测性,所以这个范围基本上是无法准确预置的。如前段所述,导致同工不同酬的因素多种多样,而且无法通过简单枚举或一般归纳将同工同酬原则的例外设定清楚。新的产业领域和新的用工模式层出不穷,劳动关系也随之不断发展和变化。要求立法者在设置同工同酬例外时预测到所有可能出现的抗辩因素显然是不切实际的。除此之外,如何“宽严”有度地掌握同工同酬的例外范围也是个两难命题。合法的同工不同酬范围定的过宽必定会挤占同工同酬的覆盖面而使公平分配失去实际意义。如果同工同酬的例外定得过窄,就难免会对市场经济的发展和对特殊人群的保护有照顾不到的地方。因此界定同工同酬的例外范围,对于立法者来说无疑是一项艰巨的挑战。

这些因素的存在使同工同酬在政策制定者手中成为了“鸡肋”,在劳动者眼中成为“画饼”,在学者笔下成为“双刃剑”,同时也激发笔者对这一原则的重新审视和思考。<sup>[14]</sup>

## 二 域外规定:反歧视语境下的同工同酬

尽管有著述称同工同酬原则早在 20 世纪初就作为一项独立原则而被提出,但是更多的证据表明同工同酬原则是伴随着西方法治国家过去 100 多年的反歧视历史产生的,尤其是在反抗性别歧视运动中形成的。有资料曾指出,在社会主义国家中,1918 年列宁发布了《被剥削劳动人民宣言》,提出了同工同酬、消灭剥削、消灭人剥削人的现象、实现男女平等保护劳动者的主张,其中同工同酬就是一项完全独立的政策。<sup>[15]</sup>但在查阅苏俄《被剥削劳动人民宣言》和与之密切联系的 1918 年《宪法》的多份译文版本之后,笔者并未发现其中任何提及同工同酬之处,更不用说有任何将其视为独立原则的蛛丝马迹了。<sup>[16]</sup>另外,在早期工业

[13] 工资的结构应包括,基本工资、加班费、企业和员工个人各自依法应承担的社会保险费、奖金、各种津贴、补贴等。参见,吴颖萍:《关于同工同酬的若干思考》,《2010 年中国社会法年会论文集》2010 年,第 355 页。

[14] 《腾讯财经》曾以“同工同酬不能再成为墙上画饼”为题怀疑这一制度是否能得到执行,见 <http://finance.qq.com/a/20050317/000026.htm>。另外,我国学术界也对同工同酬原则在中国适用的两难境地做了专门剖析。参见,吴忠民:《中国现阶段劳动政策的主要特征》,《中国人民大学学报》2009 年第 4 期,第 40-46 页,吴小英:《市场化背景下性别话语的转型》,《中国社会科学》2009 年第 2 期,第 163-176 页。

[15] 见中国劳动学会官网,<http://www.calss.net.cn/n1196/n23344/n24993/26237.html>。

[16] 完整版《被剥削劳动人民宣言》和 1918 年苏俄《宪法》译文见,<http://xfx.jpkc.gdccc.edu.cn/show.aspx?id=349&cid=31>。

化的西方资本主义国家,同工同酬理念的提出事实上可以粗略地分为三个阶段。

第一个阶段,是产业妇女的平权运动产生和发展阶段,同时也为男女同工同酬的出现做出了铺垫。在19世纪初,美国工业的迅速发展带来了劳动力的强劲需求,为了满足生产的需要,企业开始大量招募和使用女工。在当时,由于社会对性别分工存有成见,女职工主要集中在某些特定行业,如纺织业。<sup>[17]</sup>不幸的是,这些企业往往是那些工作条件恶劣和福利待遇苛刻的工作场所,女工在其中饱受剥削,生存状况远低于其他行业的职工。随着女职工力量的壮大,她们争取劳动保护的斗争也开展了起来,如1857年3月8日美国纽约的服装和纺织女工举行了一次反对非人道的工作环境、超时劳动和低薪的抗议。两年以后,第一个完全由妇女组成的工会宣告成立,并开始代表女工呼吁改善工作环境和提高工资。<sup>[18]</sup>

美国女职工的斗争也带动了西方其他工业国家,如英国、加拿大、新西兰和澳大利亚的女权运动。这些产业妇女的诉求主要集中在争取就业权、劳动保护权和政治权上,虽然也要求加薪,但并未提出加薪幅度应比照男性工人的工资,也没有要求男女同工同酬。<sup>[19]</sup>另外,女性男性当时所从事工作的种类是分开的,鲜有交集,也导致了在工资待遇上缺乏相互比较的基础。是故,上个世纪初,各国反性别歧视立法相当有限,各国少有男女同工同酬的法律规定。美国只是在南北战争之后,对《宪法》进行了修改,笼统地规定所有美国公民(包括妇女和黑人)有平等的权利。<sup>[20]</sup>英国也仅仅在1919年颁布了《排除妇女无资格法》(Sex Disqualification (Removal) Act),禁止特定行业基于性别因素和婚姻状况认为某人无资格、无能力胜任该工作从而拒绝其加入该职业,除此之外,直到第二次世界大战爆发,再无反歧视方面法律出台。<sup>[21]</sup>但不可否认的是,女权运动的影响已经呈现,并不断得到扩大,这也为男女同工同酬原则的出现做足了思想准备。

第二个阶段是20世纪40—70年代,在这个时期同工同酬原则被放在消除歧视,尤其是反性别歧视的背景下被提出。在第二次世界大战期间,美国还有其他同盟国国家都和本国的劳工组织达成谅解,共同努力减少产业冲突来保障战争物资的生产。在政府的支持下,各国工会迎来了空前的繁荣期,其中也包括女职工工会。<sup>[22]</sup>在世界范围内,女职工工会力量的壮大也提升了妇女的政治话语权,并推动了相关的劳动保护立法。由于劳动力需求剧增,大量妇女走出家庭,广泛地参与到各行各业的生产工作当中,其中就包括许多曾经是男职工集中的行业。在这期间,女职工发现自己的工资待遇和各项保障远不如她们的男同事,因此要求平权的愿望十分强烈,并通过她们的工会代表向立法者积极游说、要求平等。<sup>[23]</sup>

在第二次世界大战之后,各国妇女团体和劳工组织联合起来,共同通过联合国机构推动男女同工同酬原则来反抗工作场所的性别歧视。在战争期间,包括妇女工会在内的工人组织为同盟国取得最终的胜利起到了至关重要的作用,它们的国际影响力也得到了加强,并于1944年成功地推动了国际劳工组织宪章性文件《费城宣言》的出台。战后,女权运动不断高

[17] 王恩铭:《20世纪美国妇女研究》,上海外语教育出版社2002年版,第12页。

[18] 韦磐石:《三八妇女节由来,三八妇女节来历》,《绿城文学》2008年第1期,第4页。

[19] 周莉萍:《西方女性主义思潮与美国妇女史研究》,《赣南师范学院学报》2004年第25期。

[20] 见美国《宪法》第十四修正案。

[21] SDA 1919, Art. 1.

[22] Michael C. Harper & Samuel Estreicher, at al, *Labor Law: Cases, Materials, and Problems* (Wolters Kluwer Law & Business, 2007), p. 88.

[23] 陈淑荣:《从日托所问题看二战中美国妇女地位》,《石家庄师范专科学校学报》2004年第6期。

涨,在国际劳工政策的反性别歧视方面表现突出。1948 年 12 月 10 日,联合国大会通过并颁布了《世界人权宣言》,其第 23 条第 2 款规定:“人人有同工同酬的权利,不受任何歧视”。<sup>[24]</sup> 三年后,国际劳工组织也通过了《男女工人同酬公约》,强调:“凡会员国,应通过与现行决定报酬率的方法相适应的各种手段,促使并在与这种方法相一致的条件下保证男女工人同工同酬原则适用于全体工人。”(第 2 条)联合国于 1966 年通过的《经济、社会和文化权利国际公约》也要求各成员国保证最低限度给予工人公平的工资和同值的工作报酬而没有任何歧视,特别是保障妇女享有不亚于男子所享有的工作条件,并享受同工同酬(第七条)。世界各国随后也开始着手制定各自的男女同工同酬法律法规。早在 20 世纪 50 年代美国部分政治家已经开始推动男女同酬的立法工作,然而直到 1963 年第一部(男女)《同工同酬法》(Equal Pay Act)才正式获得通过。英国政府在《同工同酬公约》颁布 20 年后,也就是 1970 年才出台了最早的《同工同酬法》(Equal Pay Act 1979),直接指向性别歧视。

第三阶段是上世纪 70 年代后世界上出现的反歧视扩面活动,同时也带动了同工同酬的广泛覆盖,但仍未脱离反歧视的窠臼。由于人权运动在世界范围内的兴起,长期受到社会排斥和压抑的利益群体也加入到争取自己权利的斗争当中。人们逐渐认识到同工同酬原则如果只针对妇女提供保护,就远远不能解决不平等的问题,因为在工作场所还有很多其他类型的弱势群体需要类似的保护,他们包括有色人种、少数族裔和残疾人士等。<sup>[25]</sup> 故而,世界人权运动的一个重点是就将反歧视范围扩大到所有种类的歧视和所有存在歧视的场所,而同工同酬原则正是在工作场所消除各种歧视的一柄利器。

美国、英国、法国、德国等一大批西方国家都逐渐将同工同酬原则全面应用到平权运动中以消除基于年龄、种族、宗教等因素导致的不平等现象。以英国为例,20 世纪 70 年代之后,国会为了消除由于种族、残疾、性取向、宗教信仰和年龄造成的歧视,制定了多部单行法律法规。这些法规主要包括:《种族关系法》(The Race Relations Act 1965、1976、2000)、《残疾歧视法》(The Disability Discrimination Act 1995、2005)以及《就业公平(性取向)规则》(Employment Equality (Sexual Orientation) Regulations 2003、2007)、《就业公平(宗教和信仰)规则》(Employment Equality (Religion or Belief) Regulations 2003)、《民事伙伴法》(The Civil Partnership Act 2004)、《就业公平(年龄)规则》(Employment Equality (Age) Regulations 2006)等。尤其值得一提的是,为了将这些歧视法之间相互协调,英国在 2006 年制定了《平等法》(Equality Act)。这些法律无一例外地从反歧视视角上对同工同酬做出了规定。至此,英国形成了一个严密的反就业歧视法律体系来落实同工同酬原则。

### 三 案例研究:通过反歧视来实现同工同酬的可操作性

事实证明,同工同酬原则不仅源于反歧视运动,而且在域外的司法实践中往往也是依托这一语境来获得进行的。本文以英国司法实践为例,管窥通过反歧视手段来实现同工同酬的可行性。

英国的司法制度通过反歧视案件三个方面的特点使同工同酬原则的实现成为可能。第

[24] 详见《世界人权宣言》, <http://www.un.org/chinese/work/rights/rights.htm>。

[25] 金俭:《国外反歧视立法与借鉴》,《求索》2004 年第 7 期,第 98-100 页。

一,司法机构通过被歧视方与参照方之间的比较可以直观地判断出是否存在同工不同酬的情况。在单独考量同工同酬时,如前文所述,由于在同一岗位上的劳动者的情况千差万别,往往无法找到准确的“同工”参照方,因此也就难以进一步探讨“同酬”的问题。而在反歧视案件中,被歧视方对应的参照方经常是确定的,例如,在性别歧视案件中,女职工参考的对应方是同一岗位上的男性职工。同酬与否可以通过对比他(她)们之间的工资来直接呈现。尽管这样的对比结果还要在综合考量相关抗辩理由之后才能做为定性依据,但是这种方法相对于泛泛考核要直观和简单的多。

英国立法者为了使反歧视案件的受害人获得充分有效的保护,对当事人的举证责任做出了特殊的安排。事实上,在就业歧视案件中,原告无一例外地是受到歧视的员工或求职者,而被告往往是主管或雇主。在发生就业歧视争议的时候,如果按照一般的“谁主张谁举证”诉讼原则,由于很多起到关键证明作用的证据,如员工名单、工资等都在作为被告的雇主手中,会使原告在主张自己权利时处于十分不利的地位。<sup>[26]</sup>因此,英国法院对举证责任的分担采取了举证责任倒置的立场,即如果雇主的行为涉嫌导致了用工不公,那么应由被告即雇主举证推翻这种推论,证明自己采取的行动是出于合理原因。<sup>[27]</sup>具体说来,英国于2001年制定了《性别歧视(间接歧视和举证责任)条例》,加大了被告的举证责任。<sup>[28]</sup>针对其他法定歧视行为,英国就业法庭的立场是只要原告能够提供涉嫌歧视的表面证据,被告就要承担反驳的举证责任。除此之外,欧盟颁布了《举证责任指令(Burden of Proof Directive 97/80/EC)》,其主要目的也是为了调整性别歧视案件中举证责任的分担义务,让受害者权利得到更为有效的保护。<sup>[29]</sup>

第二,立法机构将就业歧视分为直接和间接歧视两类,并据此分类来界定各自的抗辩理由,使执法者在适用同工同酬原则时做到既明确又不失灵活性。英国对歧视的法定情形做了区分,分为直接歧视和间接歧视,并为被告设置了相应的抗辩事由。<sup>[30]</sup>只有当被告是基于职业资格要求而对某类劳动者采取就业准入限制,被告才可以获得免责。<sup>[31]</sup>直接歧视的抗辩事由针对的是就业准入限制,也就是说,只有在招聘阶段才可适用。因此,对于由于直接歧视而导致同工不同酬,是不允许有任何抗辩理由的,应予以立即纠正。比较而言,间接

[26] 谢增毅:《英国反就业歧视法与我国立法之完善》,《法学杂志》2008年第29期。

[27] 举证责任倒置的完善是在2003年由英国国会对1976年《种族关系法》第54A.进行修改后出现的。

[28] 根据该条例,就业法庭如果根据原告提供的证据可以初步推断出被告实施了歧视行为,如果被告无抗辩行为或理由,就会支持原告的主张。

[29] 见 Burden of Proof Directive 97/80/EC, Art 4.

[30] 直接歧视是指任何人非因工作必须的、内在的、合理的需要,用人单位直接给予此人比在相似条件下的其他人不利的待遇;或者此人在获得和他人同等的待遇时需支付更多的时间、精力、劳动强度等自身资源。间接歧视是指由于一个看似中立的规定、标准或实践,在相似情况下,它将使一类人被置于不利地位,从而导致这些人在实质上受到不平等待遇。英国相关法律参见,《性别歧视法》和《种族歧视法》。

[31] 《性别歧视法》规定在下列情况对职业准入进行限制不构成歧视:(1)考虑生理因素,工作的性质要求由男性完成;或者戏剧表演或其他娱乐活动,为了真实性,需要由男性完成的。(2)工作需要特定性别的雇员来完成的,如果(a)工作中可能涉及身体接触;或(b)在私人家庭工作,可能涉及身体接触或者知晓他人生活隐私;或(c)在有身体暴露或使用卫生设施的场合,例如厕所的清洁人员。该规定强调的是雇用特定性别的人是雇主所必要的。(3)工作要求雇员居住在雇主的场所,该场所设有独立的睡眠和卫生设施,也没有理由希望雇主提供独立的设施,因此需要特定性别的雇员的。(4)工作是在性别单一的机构例如监狱、医院完成的,考虑这些机构设立的主要属性,工作需要由相同性别的人来完成的。(5)工作岗位主要是为个人提供服务,以提高他们的教育或者福利,而与服务对象同性别的人可以提供最好服务的。例如,雇主雇用女性雇员经营服务于未婚母亲的中心。(6)工作需要由英国之外的其他国家完成,这些国家的法律或者习惯规定这些工作不适宜由女性完成的。(7)工作必须由已婚者从事的。(8)属于对女性就业法定限制的。

歧视的抗辩事由的范围就相当的宽泛和灵活,可以为同工不同酬进行合法免责。允许雇主对间接歧视进行抗辩是必要的,因为即便是一项中立的做法,由于性别和种族等因素的差异,也会在很多情况下对不同类别的人群产生不同的影响,如果不允许抗辩,雇主很多正当的目的就无法得到实现。<sup>[32]</sup> 依照《性别歧视法》和《种族歧视法》,如果被告能够证明其“规定、标准或做法”存在合理性,即该“规定、标准或做法”是实现某一合法目的的适当方式,就可以对抗原告主张的间接歧视。<sup>[33]</sup> 另言之,法律对具备目的合法性和手段适当性的间接歧视,包括相关的同工不同酬现象,采取容忍态度,为企业管理提供了足够的自治空间。对于超出这一范围的间接歧视,法律仍保持着直接干预的权力,从而达到宽严相宜地推行同工同酬原则的目的。

第三,反歧视范围是可以枚举的,因此英国反歧视法律通过直接划定歧视种类来控制同工同酬政策的风险。现在世界各国反歧视法律所指向的就业歧视类型虽然有所不同,但主要是集中在有限的几个方面。例如,欧盟指令中就有消除年龄、种族、性别、宗教信仰、国籍、残疾和性取向方面的歧视的规定。<sup>[34]</sup> 英国在保护力度和手段上与欧盟规定除了有些细微差别外,其反歧视法保护的外延基本相同。综合前两段所述,英国针对每一类法定歧视类型都有明确的认定标准和程序,使其具有可操作性和可控性。当总的法定歧视的范围基本确定时,反歧视活动所可能带来的影响也是可测可控的。

但需要强调的是,虽然英国反歧视司法制度不仅自身尚待进一步地完善,而且也不能一劳永逸地全面实现同工同酬,不过,由于它有着相对成熟的经验和较高的可操作性,同时也不会破坏法律规制和市场之间的良性平衡,因此成为英国实现同工同酬原则的最佳制度选择。如前文所述,在对待间接歧视方面,雇主可以利用他的行为是基于合法目的和适用“正当和适合”手段这一理由来进行抗辩。但在具体案件中,法庭或者法院仍然具有相当大的自由裁量权,尤其是在衡量雇主目标和手段的合理性方面有很高的灵活性。<sup>[35]</sup> 另外,在市场经济环境下,政府通过直接干预工资制度来实现同工同酬往往不太容易。英国还有对岗位进行划分的做法,虽然这一制度是为了服务于反歧视调查而非去直接干预工资,但仍然受到了广泛的质疑。英国机会平等委员会(The Equal Opportunities Commission)(EOC)在2003年出台了《同酬指导守则》(Code of Practice on Equal Pay)鼓励企业检视自己的同酬政策,其中包括对岗位和绩效进行划分。<sup>[36]</sup> 该守则在出台之时主要是为了消除性别歧视,随着EOC合并入“平等和人权委员会”(Equality and Human Rights Commission),它也开始为其他法定反歧视活动服务。这一守则虽然不具有法律约束力,但就业法庭在审理反歧视案件时,会将雇主是否遵守了这一守则做为考虑因素。<sup>[37]</sup> 尽管该守则仅仅具有“软法”性质,但却遭到来

[32] 谢增毅:《英国反就业歧视法与我国立法之完善》,《法学杂志》2008年第29期。

[33] 根据欧盟97/80/EC指令,只有被告证明其行为是为了实现某一合法目的所采取的“适当且必须”的手段,才可作为抗辩的事由。在 *Bilka-Kaufhaus 诉 Weber von Hartz* (1987)案中,欧洲法院确立了判断被告辩解是否成立的三个条件:(1)符合雇主的真实需要;(2)对于实现雇主的目的是适当的;(3)对于实现雇主的目的是必需的。在欧盟法律框架下,这一规定可直接适用到英国反歧视案件的审理当中。

[34] 林一平、钟军:《欧盟完善反歧视法律》,《中国保险》2001年第9期,第60页。

[35] 谢增毅:《英国反就业歧视法与我国立法之完善》,《法学杂志》2008年第29期。

[36] EOC在2007年10月和其他几个平等权利委员会一起被并入了新成立的“平等和人权委员会”(Equality and Human Rights Commission)。有关同酬指导守则的内容,见:<http://www.equalityhumanrights.com/advice-and-guidance/information-for-employers/equal-pay-resources-and-audit-toolkit/the-sex-discrimination-act-and-pay/the-code-of-practice-on-equal-pay/>。

[37] 有关该守则的软法性质,详见 <http://www.equalityhumanrights.com/advice-and-guidance/guidance-equality-act-2010/>。

自企业方面的强烈反对,被右翼团体批评为“走的太远”了。<sup>[38]</sup> 同时人权团体和一些学术组织对其真正效果也是持有怀疑态度的。<sup>[39]</sup> 英国加强反歧视方面的法律规制虽然不是正面解决同工同酬问题,但却可以实际带动同工同酬的实现。况且反歧视和同工同酬互为目的,且密不可分,选择反歧视为实现同工同酬的途径与劳动平权运动的最终目标也是一致的。

#### 四 反歧视语境对中国实践同工同酬原则的作用

有别于英国法律和国际劳工条约之规定,我国的劳动立法既有将同工同酬放在反歧视语境下的规定又有单独适用同工同酬的法条。如前文所述,我国一方面在《宪法》中规定“男女同工同酬”,并通过了有关在反歧视语境下落实同工同酬的国际条约,另一方面,《劳动法》第46条直接规定“工资分配应当遵循按劳分配原则,实行同工同酬”,并且在之后立法中试图明确同工同酬的定义和扩大其单独适用范围。与此同时,《劳动合同法》又努力在反歧视语境下来保护劳动派遣工人的同工同酬权利。是故,在立法发展方向上,立法者似有将反歧视和同工同酬同步推进的态势。

但细究起来,我国的劳动立法已经赋予了反歧视语境下的同工同酬虽欠完善但十分明确的司法救济手段,但对于单独违反同工同酬原则的情况,却没有任何救济制度上的安排。全国人大常委会于2007年8月30日通过了《就业促进法》,并规定劳动者在遭受歧视时,可以向人民法院提起诉讼(第62条),用人单位违反该法规定侵犯劳动者合法权益的,应当承担赔偿责任(第68条)。虽然除此之外并无其他法律细化反歧视诉讼的程序要件,但相对于无任何法律救济来落实独立的同工同酬规定之窘境,《就业促进法》的这些规定已经为当事人能够像域外劳动者那样主张其平等权利提供了可能。同时,也为我国借鉴域外反歧视经验做出了制度铺垫。

需要注意的是,我国就业歧视的类型和情况可能较域外更为复杂,不过所幸仍然是可以尽可能列举的,被立法涵盖的可能性还是存在的。域外的歧视主要包括性别、种族和宗教信仰等。我国法律虽然只覆盖了其中一部分的歧视行为,但却有逐步扩大的趋势。例如《残疾人保障法》、《妇女权益保障法》对残疾人就业、妇女就业以及禁止歧视等都作了规定。《就业促进法》用专章规定了公平就业,除了禁止民族、种族、性别、宗教信仰歧视(第3条)外,“用人单位招用人员,不得以是传染病病原携带者为由拒绝录用”(第30条),“农村劳动者进城就业享有与城镇劳动者平等的劳动权利,不得对农村劳动者进城就业设置歧视性限制。”(第31条)。《劳动合同法》第64条也规定了对劳动派遣工人的平等权的保护。有研究指出,还有将近二十种歧视类别并未在法律上得到明确,比较典型的有地域、户籍、身高、血型、生肖和长相歧视等。<sup>[40]</sup> 中国就业歧视虽然种类繁多,但其具体形式已经被我国学者一一甄别和定义出来,只待被立法者采纳。<sup>[41]</sup> 一旦法律将这些种类的歧视纳入规制的框架

[38] 2009年3月16日,英国卫报撰文称右翼团体认为“同酬”规定在经济危机背景下执行已经超出了合理的范围。该文还引用商界领袖和学术研究者的话来证明该守则缺乏合理性。文章详见, <http://www.guardian.co.uk/world/2009/mar/16/equal-pay-commission-business>。

[39] 英国就业研究院(Institute for Employment Study)曾指出,男女工资差异在同酬守则出台后5年内仍然保持19%的高位,可以说改善十分不明显。文章详见, <http://www.employment-studies.co.uk/news/131art1.php>。

[40] 周伟:《中国劳动就业歧视:法律与现实》,法律出版社2006年版,第1-10页。

[41] 周伟:《中国劳动就业歧视:法律与现实》,第1-10页。

之中,原有救济途径就可以对其发挥作用,使之具有同样的可操作性。

另外,如同域外的歧视类别,我国大多数歧视案件在审理时可以相对容易地确定参照方。以户籍歧视为例,户籍歧视的受害人往往是持有外地农业户口的劳动者。<sup>[42]</sup> 在判断是否存在户籍歧视时,只要选取持有本地非农业户口的同岗工人做为比较对象就可以进行。而参照方是否持有本地非农业户口可以直观依据其户籍记录来判断,因此是非常确定的。<sup>[43]</sup> 其它我国特有的歧视类型,如生肖、地域和血型歧视等,都不难确定参照方,因此也便于法庭的样本选择和调查工作的开展。

综上,我国现有的劳动法体系和域外机制基本一致,有将反就业歧视进行下去的基础和可能性,并有望藉此来实现有实质意义的同工同酬,但在具体制度建设方面,尤其是司法传统,还应考虑到我国国情与域外的不同之处,在借鉴之时需格外谨慎。事实上,我国反歧视机制刚刚呈现出一个雏形,还有很多地方需要进行设置和完善。除却前段提及的,在立法上需增补更多种类的歧视,还应在这些权利的保护和救济上下足功夫。在判断是否直接借鉴域外经验时,应充分考虑和分析中国国情和域外情况异同点。例如,在甄别间接歧视判断抗辩事由时,英国就业法官有着很大自由裁量权,这与其“法官中心主义”的判例法传统有着很大关系。<sup>[44]</sup> 我国一贯秉承的是大陆法传统,对法官自由裁量权的问题一直存有争议,因此在构建反歧视司法救济方式时应谨慎看待域外经验,尤其是英美法理念指导下的制度。

尽管我国反歧视制度在很多细节方面和域外存在差异,但是通过反就业歧视来实现同工同酬在我国法律基础和域外的相关实践上都肯定了这一方式的可行性。由于前段论及的域内外情况差异,域外经验虽然并非完全值得参考,但至少能够证实一点,就是消除歧视的制度安排为同工同酬的实现提供了有操作性的方案。我国法律框架已经为反歧视提供了空间和救济途径,也为将来进一步完善和发展其操作性奠定了基础。

---

[ Abstract ] Other countries' experiences show that principle of equal pay for equal work emerged from anti-discrimination movement and has been well received in the context of anti-discrimination ever since. However, as China used to try to promote principle of equal pay for equal work independent of source context of anti-discrimination, our efforts bore little fruit due to lack of feasibility. Combining China's own legal resources with experiences of other countries, to place the principle of equal pay for equal work in the context of anti-discrimination shall just be the major approach for Chinese labor law to carry out fair distribution in the present stage. Only by using the legal tool of anti-discrimination effectively, can we practically realize equal pay for equal work.

---

(责任编辑:支振锋)

[42] 姚先国、赖普清:《中国劳资关系的城乡户籍差异》,《经济研究》2004年第7期。

[43] 我国户籍记录载明的事项有:户主姓名、年龄、性别、户口类型(农业或非农业户口)、户口注册地、户口签发和管辖机构等信息。

[44] 对英国司法传统的讨论,可参见,张敏:《英国法治的司法演进》,《经济与社会发展》2005年第3期;刘珊、梁海彬:《两大法系判例制度比较》,《经济与社会发展》2008年第6期。