

# 平等与偏爱：女性退休年龄规定的合宪性分析

刘 连 泰

(厦门大学法学院副教授、法学博士 福建 厦门 361005)

**摘要：**平等保护并不排斥分类，也不排斥对不同类别的群体配置有差别的权利。从私法公法化、法律家长主义以及公共政策的角度来看，女性 55 岁退休的规定是法律对女性的特殊保护措施，是合宪的。女性不能放弃法律对自己的特殊保护。

**关键词：**平等 女性退休 劳动权 特殊保护 合宪性

2005 年 11 月，河南省发生的一起周香华女士诉中国建设银行河南平顶山中心支行一案触发了女性 55 岁退休是否合宪的讨论。也许是过去宪法离芸芸众生太远，我们今日总是以迫不及待的心情去迎接这一久违的荒漠甘泉——于是，“包装”的宪法案件和真正的宪法案件泥沙俱下。只要有一点“违宪”的踪影，舆论都会一边倒地支持“违宪论”。

其实，我们在忧虑宪法离我们太远的时候，也要防止伤心过度——对宪法的运用也要遵守中道的原则。过分阳春白雪式的宪法固然与宗教无异，但如果将宪法打扮成出奇的下里巴人，宪法同样会被亵渎。支撑宪法实现的不单是热情，还需要更多的理性。

周香华女士诉中国建设银行河南平顶山中心支行本身不是一个宪法案件，而是一个劳动法上的争议。但与那些包装出来的宪法案件相比，这个案件本身涉及了更多的宪法问题。认为女性 55 岁退休对学者和公众基本都是从平等权的角度切入这个问题的。为避免表面上讨论得很热闹、实际上都在自说自话式的学术讨论，笔者同样将平等保护作为本文的切入点。

## 一、平等保护及其允许的差别

《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)第 33 条规定：“中华人民共和国公民在法律面前一律平等。”平等是一项原则还是一项权利存在争议。如果不回到规范，这个争论其实是不可能有任何结果的。国内学者关于这个问题的争论其实多停留在“应该是一项权利还是应该是一项原则”上。而究竟什么是应该？学者坚持的标准悬殊。如果回到规范的层面，这个问题并不难以回答。《宪法》中的平等是一项原则，需要与其他的原则叠加适用才有意义。

具体到本案，平等原则与什么权利叠加适用呢？显然是劳动权。简言之，如果说女性 55 岁退休侵犯了女性的宪法权利，那应该是侵犯了女性的平等劳动权。

平等保护并不排斥分类，也不排斥对不同类别的群体配置有差别的权利。只有那些不合理的归类才违反“法律平等保护”原则。借用美国联邦最高法院在 1920 年的话来说，就是：“归类必须合理而非任意，且必须基于和立法目标具有正当和实质关系的某种差别，从而使所有处境类似的人都获得类似处置。”

归类是否正当，必须满足两项要求。首先，法律必须具备合宪目的，或者说，立法归类是为了合法授予

公共利益或消除公共危害;其次,法律必须是取得合宪目标的合理手段。第二项要求可以表述为手段与目的的相关性。也就是说,无论采取什么样的标准,标准和目的之间必须有一定的联系,法律分类是达到目的的手段,没有这种联系的分是专横、任性的分类。这就是我们通常意义上的“歧视性”标准。

当然,不相关标准并非一律构成歧视,如果不相关标准有益于处境不利的人,并不构成歧视。因为给不利处境的人以更好的待遇是为了避免在结果上造成公民之间处境的过分悬殊。忽视差异反而可能构成对平等的破坏,构成真正意义上的歧视。

平等可以分为同一平等和差异平等。同一平等指不顾人与人的差别,一律给予同样的机会,强调机会的平等;差异平等指考虑到个体与个体的差别,赋予处境较不利者更好的条件。从差异平等的角度观察,客观上存在的差异必须通过法律调节,才可能达到真正的平等。“有时平等意味着同样对待人人,尽管他们存在差异;有时候它意味着通过调节差异来平等对待他们。以前认为平等只意味着同样,平等待人意指同样对待他们。现在认识到,同样对待可能违反平等观念,忽视差异可能意味着忽视合法性要求……忽视差异和拒绝调节它们是对平等获得和平等机会的拒绝。那就是歧视。”

我们首先承认,从人的尊严角度,男女平等。我国从《宪法》开始的一系列法律,都反复强调这一准则,但男女平等并不排斥给予妇女以特别的保护。《宪法》规定男女平等之后在第48条专门规定对妇女的保护,还有《中华人民共和国妇女权益保障法》专门用于保护妇女的权益。

一个人是否需要退休?年龄是一个相关的标准。一般而言,老人比年轻人的劳动能力要弱。正是在这个意义上,没有人说让老人退休而不让年轻人退休构成对老人的歧视。问题是,我们在年龄标准之外建立了一个性别标准,性别标准与人的劳动能力有无关系?这就涉及男女平等的问题了。

男女在劳动权方面的平等并不意味着男女享有同样的权利和义务。《中华人民共和国劳动法》(以下简称《劳动法》)就规定了妇女在履行劳动义务方面与男性的差别,但这样说仍然显得有些笼统。尽管从总量上说,我国法律规定女性承担的劳动义务要少于男性,享受的劳动权利要多于男性,但如果具体到某一项制度,男女的地位仍然可以是一样的,如《宪法》规定男女同工同酬。

男女性别之间的差异与退休是否有关?也就是说,一个55岁的男性和一个55岁的女性相比较而言,是否55岁男性的劳动能力一定强于55岁的女性?如果不区分劳动种类,这个问题不可能有唯一正确的答案。男女之间绝大多数差异来自统计学上的归纳,男女之间精确的统计学差异在下列各项不适用于个人情况:体重、身高、寿命、数学潜能、进取心(aggression)、抚养子女的能力和体力。

也就是说,如果不考虑特定的职业而是从一般意义上说,男女之间的性别差异并不必然与劳动能力有关。我们在决定退休条件时,在年龄标准之外采用的性别标准就是一个不相关标准。正如在前面已经讨论过的,不相关标准是否构成歧视,就要看采用这个标准的目的是不是为了保护处境不利者的利益。具体到本文的话题,让女性55岁退休是不是为了保护女性的利益。

男女之间还有统计学归纳之外的差异,即生理和解剖学上的差异。这种差异使女人具有繁殖后代的能力,而男人没有。男女之间的这种差别使女性在抚育子女方面付出了更多的精力。其结果是:我们这个社会的私域体现出女性化的特征,而公域则日益男性化。法律一般而言只调整公域,无法将触角更多地伸进私域。这就迫使我们公域里采用一些“差别待遇”,以矫正在私域里实际上存在的女性比男性更多承担义务的情形。这种“差别待遇”就是给予女性以更多特殊的保护。相反,如果让女性和男性在劳动领域里享受完全相同的权利和义务,则女性的地位难免如“烛烧两头”,比男性的地位更加艰辛。

具体到我国关于女性55岁退休的规定,如果理解为对女性劳动者的特殊保护,则是合宪的。但问题并没有就此完结。因为我们说55岁退休是对女性的特殊保护,女性未必都领情——给女性的特殊保护是法律赋予女性的权利,女性可不可以放弃这种权利?如果可以放弃,则法律就应该变为:女性可以自主决定在55岁至60岁之间退休。因此,接下来笔者要论述的是:女性55岁退休是对女性的保护制度,女性不能放弃这种劳动保护。

## 二、退休的性质:无法放弃的权利

在物质资料足够丰富以前,劳动仍然是我们谋生的主要手段,只有到了共产主义社会,劳动才是我们的第一需要。在《宪法》中,劳动是获取财富的手段。《宪法》第6条规定:“中华人民共和国的社会主义经济制度的基础是生产资料的社会主义公有制,即全民所有制和劳动群众集体所有制。社会主义公有制消灭人剥削人的制度,实行各尽所能、按劳分配的原则。国家在社会主义初级阶段,坚持公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度,坚持按劳分配为主体、多种分配方式并存的分配制度。”正是在这个意义上,劳动既是一项权利,又是一项义务。《宪法》第42条第1款就规定:“中华人民共和国公民有劳动的权利和义务。”公民有获得财产的权利,而劳动是分配财产的基本方式,因此,劳动是一项权利;同时,《宪法》是一部社会主义性质的宪法,公民劳动是建设社会主义的一种方式,因此,劳动是一项义务。

退休制度实质上是对劳动义务的豁免,是一项不以现在的劳动作为对价就可以获得报酬的制度。因此,就其实质而言,是一项对劳动者的保护制度。

事实上,今天规范女性退休问题的两部法律——《国务院关于安置老弱病残干部的暂行办法》(以下简称《安置干部办法》)和《国务院关于工人退休、退职的暂行办法》(以下简称《退休办法》),也是将退休作为一项对女性的安置、保护措施来规定的。例如,《安置干部办法》序言规定:“妥善安置这些干部,使他们各得其所,是党对他们的关怀和爱护,是我党干部政策的一个重要方面,也是我国社会主义制度优越性的具体体现。人总是要老的,这是自然规律。由于年龄和身体的关系而退休、担任顾问或荣誉职务,是正常的,也是光荣的。对离休、退休的干部,要在政治上、生活上关心他们,及时解决他们的各种实际困难。”《退休办法》序言也规定:“老年工人和因工、因病丧失劳动能力的工人,对社会主义革命和建设做出了应有的贡献。妥善安置他们的生活,使他们愉快地度过晚年,这是社会主义制度优越性的具体体现。”而《宪法》也专门规定了保护妇女儿童合法权益。从这个意义上说,我国法律关于女性55岁退休的规定恰恰与《宪法》的这一规定存在着价值上的暗合,并无违宪之虞。

就退休作为劳动保护的性质,也许容易达成共识。但接下来的问题是:如果劳动是国家对于劳动者,尤其是对女性劳动者的保护,就应该理解为是女性的一种权利,而权利是可以放弃的。如果退休权利可以放弃,那么女性到了55岁后,就可以自愿选择退休还是不退休。现行的制度为什么强行让女性退休?如果说女性55岁退休的规定仅牵涉到平等权问题,那么不让女性放弃55岁退休的权利则牵涉到女性自由权的问题。很多学者正是从这个角度进一步论证女性55岁退休的规定构成对妇女的歧视。

权利可以放弃的说法显然受到了太多私法观念的影响,<sup>①</sup>而私法公法化是自《魏玛宪法》以来的现象。劳动法本质上是私法,用人单位和劳动者之间可以自由地签订劳动协议,但自进入垄断资本主义以来,劳动法的公法特色日益明显。劳动法是私法公法化的一个鲜明例证。

私法公法化有两种情形:一是国家限制契约自由,如利率不得超过同期银行利率的4倍。公法只是规定此类契约无效,并不追究契约双方公法上的责任。二是国家明文规定契约自由的限制,而且追究过错方公法上的责任。<sup>②</sup>在《劳动法》中,以上两种情形都存在。但以第二种情形为主。

第一种情形主要存在于《劳动法》第91条。根据第91条的规定,劳动者工资不能低于最低工资标准,由此产生的劳动者权利是享有在最低工资标准之上取得劳动报酬的权利。如果劳动者与用人单位签订了一份劳动合同,劳动者在知道国家最低工资制度前提下,自愿只要求用人单位支付低于国家最低工资标准的工资,劳动者与用人单位之间的劳动合同仍然是无效的。

第二种情形大量存在,如违反劳动卫生制度、劳动安全制度、劳动保护制度等。对于女性职工的劳动保护就属于这种情形。比如,《劳动法》第95条规定:“用人单位违反本法对女职工和未成年工的保护规定,侵害其合法权益的,由劳动行政部门责令改正,处以罚款;对女职工或者未成年工造成损害的,应当承担赔偿责任。”第60条规定:“不得安排女职工在经期从事高处、低温、冷水作业和国家规定的第三级体力劳动强度的劳动。”

《劳动法》本身并没有规定女性退休的年龄问题。但一如前文所述,女性55岁退休是对女性的劳动保护制度。不管这一制度属于私法公法化的第一种情形还是属于私法公法化的第二种情形,都是一种无法放弃的权利,是无法拒绝的“国家的爱”。

女性到底能不能拒绝“国家的爱”?除了私法公法化这一解释进路外,我们还可以通过另一条进路来解释女性为什么不能放弃法律对女性的特殊保护——这就是法律家长主义的解释。

法律家长主义认为,法律在有的时候必须像家长一样干预个人的自由。比如,美国法律出于对母亲健康生育能力的公共利益考虑,规定雇主不能安排妇女从事某些特定的工作,不能安排妇女从事待遇丰厚的夜班工作、加班、重劳动以及在生育完之后的劳动。<sup>⑩</sup>对于法律家长主义的正当性,可能面临着这样或者那样的追问,但法律家长主义在我们生活的经验世界里大量存在,这一点应该不存疑问。我国立法中,法律家长主义痕迹也随处可见,如强行戒毒、骑摩托车必须戴头盔等。戒毒、戴头盔是法律关爱的体现,但接受者不能拒绝,不能放弃戒毒、戴头盔。同理,女性55岁退休也是法律家长主义的一种体现,女性不能放弃这种特殊保护。

### 三、公共政策的考量

在论述女性55岁退休不正义的学者中,有的是从公共政策的角度切入的。这种论证路径并非与宪法完全无涉,宪法权利的配置有时也不得不考虑公共政策,因为权利需要成本,实施权利在某种意义上就是分配资源。<sup>⑪</sup>

一个有代表性的说法是:女性55岁退休会出现人才流失,因而应该延迟女性退休年龄。<sup>⑫</sup>但我们如果以岗位既定来讨论问题,急迫需要就业的年轻人中也会有人才。这些人无法就业,我们也可以理解为人才进入不了劳动力市场。事实上,今天的退休制度并没有导致人才流失,退休而发挥余热的人才处处都是。<sup>⑬</sup>退休制度并不能使人才退出劳动力市场。在人才缺乏的今天,如果劳动力市场是自由的,人才总能寻找到岗位。<sup>⑭</sup>

另一个有代表性的说法是:推迟退休可以消解“白色浪潮”的冲击。<sup>⑮</sup>我国老龄化现象日益严重,整个社会的养老负担日益沉重,延迟女性的退休年龄可以减轻社会的养老负担。任何公共政策的实施都会有两面的效果。我国面临老龄化现象的同时,还面临着巨大的就业压力。延迟退休年龄虽然可以减轻整个社会的养老负担,但却增加了整个社会的就业压力,年轻人可能不得不延迟就业时间。如此公共政策带来的结果可能是:养老的负担减轻了,而“养小”的负担可能加重了。

其实规定多少岁退休并不一定是到了这个年龄的人就一定丧失了劳动能力,而很可能是基于公共政策的考虑。男人60岁也可能没有丧失劳动能力,但60岁仍然需要退休。

就媒体的报道来看,对女性55岁退休的质疑之声日益高涨。是否这一制度获得的认同越来越低?法律是理性的同时,还是经验。如果真是这样,我们仍然需要修改法律——一项制度不管从理论的角度论证多么正当,但如果无法获得认同,仍然不得不面对修改的命运。也就是说,法律必须从利益攸关者的认同而不是从逻辑的自治中获得正当性。女性55岁退休是否真的那样遭到了众多女性的反对?实际情况并没有如此严重。从经验角度来看,反对女性55岁退休的大多是白领女性,而蓝领女性的话语权行使并不如白领女性充分,一个国有企业从事体力劳动的女性可能并不希望延迟退休。那么,我们能不能根据职业规定退休年龄?比如说白领职业女性60岁退休,蓝领职业女性55岁退休?不要说划分蓝领、白领的难度,即便我们可以划分清楚,可能又会带来一个新的平等权争论——让蓝领55岁退休是否构成对蓝领女性的歧视?

女性比男性提前退休并不是我国独有的制度。在世界范围内,男女退休年龄相同的国家(地区)有98个,占59.4%;男女退休年龄不同的国家(地区)有67个,占40.6%。<sup>⑯</sup>我想这不单是歧视就可以解释清楚的。与之相应,越来越多的学者从家务劳动的价值,而不是单从公域中的劳动入手来探讨新的男女平等路径,提出了“同值同酬”的概念,以取代传统的“同工同酬”。<sup>⑰</sup>但在法律调整私域还颇为艰难的今天,我们还

不得不给女性在公域中更多的保护,以矫正在私域中事实上存在的不平等。

注释:

2005年11月11日河南省平顶山市湛河区人民法院受理了该案。

F. S. Royster Guano Co. V. Virginia, 253 U. S. 412.

参见张千帆:《西方宪政体系》(上册),中国政法大学出版社2000年版,第284页。

如美国历史上,部分高校规定一些有利于黑人的措施(如录取分数线比白人低),这并不构成歧视。因为历史上的种族歧视制度使黑人无法受到良好的教育。

朱应平:《论平等权的宪法保护》,北京大学出版社2004年版,第153页。

其实,我国立法中反复强调男女平等可能暗示着这样一个现实:男女在获得机会和财富方面是不平等的。正因为事实上不平等,所以我们要反复强调男女应该平等。立法的目的是矫正事实上存在的男女不平等。

当然,这种说法并不排除特殊情况。比如,有的家庭就没有孩子,被称为“丁克家庭”;有的家庭,男性可能花大部分时间抚育孩子。但这些特殊情形的存在并没有将文中的命题证伪。在美国1976年的“警官退休年龄案”中,马萨诸州规定超过50岁的警官一律退休。虽然根据具体情形,有些警察可能未到50岁即不能胜任,而有些警察超过50岁却仍然称职,但联邦最高法院的大多数法官维持了州的规定。(See Massachusetts Board of Retirement v. Murgia, 427 U. S. 336.)原因在于:“在经济和社会福利领域,一州并不因为法律归类有欠完美而侵犯‘平等保护’条款。如果归类具有某种‘合理基础’,那么它并不因为归类‘不具备数学精确度或在实际上导致某些不平等’而违宪。”(Dandridge V. Williams, 397 U. S. 471.)

德国1957年针对妇女在家庭承担了更多义务的情形,制定了《第一平等保护法》,以促进女性地位的提升。该法制定后,《德国民法典》的亲属编被修正,在第1360条中加上了家庭主妇自由处分金(可以处理另一方的退休金、养老金等)的规定,肯定家务劳动的价值。1994年德国制定的《第二平等保护法》又规定了一系列促进妇女就业以及妇女工作时间可以少于男性的内容。用“同工同酬”促进男女平等固然重要,但比这更重要的是“同值同酬”。因为在私域中,由于女性承担了更多的劳动,使她们在公域中的劳动数量无法与男性相比,这就要求我们在考虑公域的劳动报酬时,要将妇女在私域中的付出一并考虑进去。

关于退休金的性质,一般认为是工资的延长,也有学者认为是雇主照顾劳工退休后生活的义务,还有学者认为是雇主对劳工的赠与。(参见郭玲惠:《两性工作平等——法理与判例研究》,台湾五南图书出版公司2005年版,第171页。)在我国,之所以有人认为女性55岁退休构成对女性的歧视,很大程度上是因为退休后的待遇比在职时要低很多。但无论如何,按照《宪法》规定的按劳分配制度,在职时取得的报酬是以支付的劳动作为对价的,退休金是不以现在的劳动作为对价的,两者不具有可比性。

参见晏扬:《女性55岁退休:是保护还是歧视》,《检察日报》2005年9月14日。

①①公法上的很多权利是不能放弃的,如宪法中自由与人格尊严,任何人自愿为奴的行为都是无效的。

①②参见[日]美浓部达吉:《公法与私法》,黄冯明译,中国政法大学出版社2003年版,第234页。

①③参见孙笑侠、郭春镇:《美国法律家长主义的理论与实践》,《法律科学》2005年第6期。

①④参见[美]史蒂芬·霍尔姆斯、凯斯·R·桑斯坦:《权利的成本》,毕竟悦译,北京大学出版社2004年版,第113页。

①⑤参见高昱:《推迟退休对谁有利》,《商务周刊》2004年9月23日。

①⑥就笔者观察到的情形来看,大体上有两种情形:一种是原单位返聘,在退休工资之外另计报酬;另一种是退休后去新的单位工作,或兼职或全职。

①⑦《劳动法》规定了雇佣劳动者的最低年龄界限,但没有规定最高年龄界限。

①⑧①⑨参见《女性55岁退休是保护还是歧视》,《中国新闻周刊》2005年11月10日。

①⑩参见郭玲惠:《两性工作平等——法理与判例研究》,台湾五南图书出版公司2005年版,第187页。

责任编辑 汪再祥