

论我国妇女就业歧视问题及对策

方金华

(福建农林大学人文社会科学学院, 福建福州 350002)

摘要: 当前中国就业领域存在严重的就业歧视, 特别是妇女就业歧视, 这不仅破坏了宪法所规定的平等权原则, 而且严重损害公民的平等就业机会。随着市场经济的发展, 人们平等意识和权利意识的提高, 有关就业歧视争议案件将越来越多, 我国应结合国际上反就业歧视的举措, 构建适合中国国情的反就业歧视法律制度, 在进一步完善现有法律体系的同时, 通过专门立法和引入平等权行为政策等措施, 以更充分地保证我国公民平等的就业机会和权利。

关键词: 就业歧视; 平等就业; 反就业歧视法

中图分类号: D92 **文献标识码:** A **文章编号:** 1008-309X(2008)06-0064-06

一、当前我国妇女就业歧视现状及原因分析

(一) 当前我国妇女就业歧视现状

我国《宪法》第48条规定:“中华人民共和国妇女在政治的、经济的、文化的、社会的和家庭的生活等各方面享有同男子平等的权利。”^[1]《劳动法》第13条规定:“妇女享有与男子平等的就业权利。在录用职工时, 除国家规定的不适合妇女的工种或者岗位外, 不得以性别为由拒绝录用妇女或者提高对妇女的录用标准。”^{[1][47]}虽然, 国家在法律上明确规定男女享有平等的就业权, 且妇女就业人数与过去相比大幅增加, 就业层次也不断提高, 但是, 就目前来说, 妇女就业问题仍然相当严峻。

2001年8月, 国家劳动和社会保障部对62个定点城市劳动力市场职业供求状况进行了调查。调查结果显示, 有67%的用人单位提出了性别限制, 或明文规定女职工在聘用期不得怀孕生育。在一些私营企业和外商投资企业中, 使用“黄金年龄段”, 拒收35岁以上女性的现象十分突出^[2]。许多用人单位为了回避劳动法所规定的不得辞退孕期、产期和哺乳期妇女的规定, 不愿意雇佣女性, 或者在雇佣时对男女求职者采取不平等的录用标准, 明确限制性别的招聘广告比比皆是, 不少招聘广告上就写明“只限男性”或是“男生优先”。许多单位虽然表面没有对性别做出限制, 但是在面试程序上实行男性优先。此外, 除了性别歧视外, 女性在就业中还受到户籍歧视、年龄歧视、相貌歧视、婚姻歧视等的困扰。另外, 就业歧视现象不仅发生在求职过程中, 也广泛存在于职业过程中, 存在于工资报酬、劳动条件、晋职提升、接受培训、社会保险和福利之中。

(二) 当前我国妇女就业歧视现状原因分析

第一, 我国禁止妇女就业歧视的法律规定很不完善。如《劳动法》第12条规定:“劳动者

收稿日期: 2008-01-24

作者简介: 方金华(1972-), 男, 安徽芜湖人, 副教授, 硕士, 研究方向: 民商法

的就业，不因民族、种族、性别、宗教信仰不同而受歧视。”该条只规定了民族、种族、性别和宗教信仰四个方面的歧视，对其他歧视则无规定。第二，现有的禁止妇女就业歧视法律过于原则，对什么是妇女就业歧视没有明确的标准。《劳动法》第13条规定：“妇女享有与男子平等的就业权利。在录用职工时，除国家规定的不适合妇女的工种或者岗位外，不得以性别为由拒绝录用妇女或者提高对妇女的录用标准。”虽然该法明确反对就业歧视，禁止就业中的歧视现象，但是对什么是就业歧视、如何判断就业歧视都缺乏具体规定，这使得受歧视的劳动者根本无法依据这些规定主张权利，获得救济。第三，法律缺乏可操作性，在实际生活中很难执行。前面笔者提到法律只规定了民族、种族、性别和宗教信仰四个方面歧视的基本内容，并没有对就业歧视进行法律界定，导致在实践中难以执行。最后，法律救济渠道不畅通，许多求职者在遇到歧视时，投诉无门，难以向法院提起诉讼。法律规定的不完善，意味着对歧视行为难以制裁，妇女就业歧视现象因此也就越来越盛行。如《劳动法》第2条规定：“在中华人民共和国境内的企业、个体经济组织（以下统称用人单位）和与之形成劳动关系的劳动者，适用本法。”说明劳动法适用于劳动者已经与用人单位已经建立劳动关系，因此，就业歧视不适用劳动程序法。如果走行政诉讼途径，法院往往会以不属于行政诉讼受案范围不予立案。如果打民事官司，由于受“谁主张谁举证”的限制，就业歧视的证据难以取得，很难胜诉。

二、国际上关于妇女就业歧视的法律规定

在国际上，最早关于平等就业权的记载可以追溯到《世界人权宣言》，该宣言第2条规定：人人有资格享受本宣言所载的一切权利和自由，不分种族、肤色、性别、语言、宗教、政治或其他见解、国际、或社会出身、财产、出生或其他身份等任何区别。该宣言所载的权利和自由中包括第23条规定：“人人有权工作、自由选择职业，享受公正和合适的工作条件并享受免于失业的保障。”^{[3]21}《公民权利和政治权利国际公约》第26条和《经济、社会及文化权利国际公约》第2条也做了类似规定^{[3]78}。在保障男女两性的平等就业权方面，《消除对妇女一切形式歧视国际公约》第11条要求，各国应在就业领域采取适当措施，消除在就业方面对妇女的歧视，以保证男女性别享有相同的权利^{[3]86}。

国际劳工大会1958年通过的《就业及职业歧视的公约》（第111号公约）第1条对就业歧视下的定义是，就本公约而言，“歧视”一词包括：“（1）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上的机会均等或待遇平等作用的任何区别、排斥或特惠；（2）有关会员国经与有代表性的雇主组织和工人组织（如存在此组织）以及其他组织协商后可确定的、具有取消或损害就业或职业上的机会均等或待遇平等作用的其他此种区别、排斥或特惠。但是，基于特殊工作本身的要求的任何区别、排斥或特惠，不视为歧视。”^[4]其次，国际劳工组织一向重视禁止任何形式的就业歧视，并将禁止就业歧视列为基本国际劳工标准。这方面的公约主要是1958年通过的《就业和职业歧视公约》，该公约第2条明确规定，凡本公约生效的会员国，承诺宣布和遵循一项旨在以符合国家条件和惯例的方法促进就业和职业机会均等和待遇平等的国家政策，以消除这方面的任何歧视^{[3]198}。

在国外，美国反对就业歧视立法已经走在世界的前列。美国在反就业歧视方面的法律比较全面系统，且有详细的大量的判例，可以作为审判的依据。反就业歧视方面的法律既有国会制订、修订的宪法及有关专门性法律，也有总统单方面发布或修订的指示等；既有反对所有就业歧视的

基本法,也有只针对某种具体就业歧视的单项法律法规。同时,美国作为判例法国家,存在大量的“法官造法”,各级法院大量的判例,也具有重要的立法价值。影响较大的是1964年的美国《民权法案》,该法案第7条规定:雇主和工会不能因为种族、肤色、性别、宗教或国籍因素而对雇员进行歧视,禁止就业雇佣中的歧视行为及在就业中提出的各种就业条件的限制^[5]。还有其他一系列反对性别歧视的法律,如:《公平报酬法》,该法注明同工同酬之原则,禁止雇主对女性受雇者加以性别歧视;《怀孕歧视法》,该项法案要求雇主将怀孕的女性雇员当成残疾员工对待,从而对她们同样实施残疾福利计划^[6],等等。

英国有关歧视的法律主要有:1975年《性别歧视法》、1976年《种族关系法》、1995年《残疾人歧视法》。这些法律分别禁止因性别、残疾或不同种族而实施歧视。其中,1975年《性别歧视法》值得一提。该法专门规制性别歧视问题,不仅适用于女性,也适用于男性,“性别”这一术语的内涵还包括变性人。

但在雇佣关系中,性别歧视更多是对女性的歧视。第一,招工中的性别歧视。如果雇主在招工简章中注明只招收男性,则违反了性别歧视法,属于直接歧视;如果附加了不利于女性的要求或条件的,是间接歧视,例如对女性年龄的限制或要求申请者没有需喂养的孩子。因性别歧视而未被雇佣的受害者可以因此向产业法庭提起诉讼。第二,雇佣中的性别歧视。如果雇主解雇一个女雇员仅仅因为她是女性,或解雇女雇员并不属于“不利于女性的不合理的要求或条件”,则违反了性别歧视法的规定。对雇员获得利益进行限制也是属于歧视性的,雇主要特别小心不要把对雇员的升职、调动或培训等问题与雇员的性别因素联系在一起^[7]。另外,禁止工会歧视,即雇主因某人是或者不是工会会员而拒绝雇佣,雇主的行为则是不合法的;同样,如果雇主基于“工会背景”而解雇一个雇员也是不公平的。法律明确规定,保护雇员在受雇期间不会因为“工会背景”而成为受歧视的对象,雇员因工会歧视可提起诉讼。

港台地区对平等就业权的维护最显著的立法成果主要表现在反对性别歧视方面。香港《性别歧视条例》规定,基于性别、婚姻状况及怀孕的歧视,以及性骚扰都属违法。该条例同时保障男性和女性,真正将男女两性放在平等的位置考虑。条例适用范围广泛,增加了禁止对怀孕妇女和已婚人士歧视的规定,完善了两性就业平等机会的范围。为了促进两性工作平等权,消除性别歧视,我国台湾地区通过了《两性工作平等法》,内容包括同工同酬;女工深夜工作的禁止;女性加班时间限制;产假及工资;妊娠期间请求改调较轻易工作的规定;女工不得从事繁重及危险的工作;就业机会平等的保障;促进负责家计妇女就业计划;妇女再就业职业训练的办理;就业歧视评议委员会的设立等关于禁止性别歧视、排除女性就业障碍和促进工作平等的措施。现行法律还对两性工作平等权明文规定,雇主及事业单位(包括军、公、教)于招募、甄试、录用、分发、配置、考绩或升迁;职业训练、教育训练、再就业训练;终止劳动违约时,不得因性别而有差别待遇,违反时应负民事损害赔偿及行政处罚责任。

三、我国目前禁止妇女就业歧视立法的不足

(一)立法不完善,立法层次低,立法分散且地区差别大

从法律体系的角度来看,目前我国禁止妇女就业歧视立法不完善,还未形成完整的反就业歧视法律体系。立法层次低且多为暂行性规定,除《宪法》、《劳动法》、《妇女权益保障法》等原则性规定外,大多数都是部门规章、地方性法规,其修改和变化比较频繁。立法分散,没有专门的

禁止妇女就业歧视立法，有关禁止妇女就业歧视的规定主要体现在宪法以及其他相关的法律、法规和规章中。现阶段禁止妇女就业歧视法律中，除了全国性立法外，地方性立法也起着一定的作用，但地方性立法都是根据本地区的客观环境制定的，具有鲜明的地方特色，地区差别比较大。比较而言，美国的反就业歧视立法就较为完善，既有国会制订、修订的宪法和有关专门性法律，又有总统单方面发布和修订的指示；也有反对所有就业歧视的基本法，也有只针对某种具体歧视的单项法律法规，显然在反就业歧视的立法方面走在了我国的前面。

（二）就业歧视范围过窄

与国际公约以及其他国家、地区的规定相比较，目前我国禁止就业歧视相关法规的适用范围有限，缺乏对歧视行为的全面界定；缺乏对歧视后果的界定；歧视类型存在局限性，忽视事实上导致歧视的行为；歧视领域狭隘；缺乏对积极行为的认识，很多受歧视劳动者根本无法获得保护。如《劳动法》第2条规定：“在中华人民共和国境内的企业、个体经济组织和与之形成劳动关系的劳动者，适用本法。国家机关、事业组织、社会团体和与之建立劳动合同关系的劳动者，依照本法执行。”我们可以看出其中侧重调整的是已经建立劳动关系的劳动者和用人单位之间的关系，而对处于求职阶段的劳动者与招聘阶段的用人单位之间的关系却很少涉及，而现实生活中的就业歧视现象更多的是出现在后一类情况中。这种状况对女性十分不利。

（三）法律规定过于原则，缺乏可操作性

现行立法有关禁止妇女就业歧视问题主要是一些原则性的规定，少有具体的法律界定和实施程序，一旦诉诸法律程序则无具体法律可依，难以实施。虽然《劳动法》明确反对就业歧视，禁止就业中的歧视现象，但是相关的规定更多的是原则性的规定，对什么是就业歧视、如何判断就业歧视、有关就业歧视的举证责任如何分配以及违反禁止就业歧视有关规定应承担哪些法律责任等方面，都缺乏配套的具体规范，这使得受歧视的劳动者根本无法依据这些规定主张权利，获得救济。例如《劳动法》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。”《妇女权益保障法》第24条规定：“实行男女同工同酬。妇女在享受福利待遇方面享有与男子平等的权利。”这两条都规定了同工同酬，但对什么是同工同酬，什么构成报酬歧视，都缺乏具体判断标准。

（四）积极性保障措施不足

针对劳动力市场上存在的各种就业歧视现象，我国政府采取了多种积极保障行为，但仍然存在很大的不足。例如，对妇女在怀孕和哺乳期间，享受的工作资历积累、待遇等缺乏相应的规定。而且，有些积极行为不仅没有达到预期的结果，甚至进一步加剧了对妇女的歧视。例如，劳动部《企业职工生育保险试行办法》要求企业必须为女职工交纳生育保险费用，建立生育保险基金。该规定初衷在于对女职工进行特殊保护，但由于加重了企业招用女职工的负担，实际上反而成为企业不愿招用女职工的重要原因之一，不足以阻止性别歧视的泛滥。

（五）缺乏相应的救济途径

根据我国《企业劳动争议处理条例》以及《劳动法》的相关规定，目前我国劳动争议的受案范围并不包括就业歧视。同时，现有民事法律也没有对就业歧视做出具体规定，受害人无法依法提起诉讼要求用人单位承担相应的民事责任。因此，受歧视的劳动者即使认识到自己受到就业上的歧视性待遇，也无法提起相应的诉讼，主张自己的权利，这是我国反就业歧视立法亟待解决的问题^[8]。

四、我国禁止妇女就业歧视的立法完善

(一) 制定专门的反就业歧视法

制定专门的反就业歧视法,应明确反就业歧视的基本原则,对就业歧视的概念和具体形式、责任认定的基础、举证责任的倒置、求职者和受雇者权利、雇主责任和救济措施和方式加以详尽规定。在此,我国可以借鉴美国反就业歧视法制。

首先,必须明确反歧视的基本原则,即就业平等、禁止歧视原则。其次,规定就业歧视的概念和具体形式、责任认定的基础、举证责任的分配、雇主责任和救济方式等,还应规定《反就业歧视法》的域外适用问题。关于举证责任的规定,美国的做法可以借鉴。应该实行举证责任倒置,将举证责任转移到雇主一方,即受害者只须证明其受到歧视,雇主则必须举证来推翻歧视的推定,如果雇主不能提供有效、客观的证据来证明差别待遇是具体工作所必需的,则可判定就业歧视成立。再次,要规定反歧视的主管机构及具体职责。可借鉴美国、英国的做法,成立一个专门的机构,如“机会均等委员会”或“公平就业委员会”,专司反就业歧视之职。因为中国目前没有专门的保障就业机会均等的机构,仅设立一个劳动行政主管部门来承担全国劳动法的执行、监督职能,由于事情庞杂,对于歧视问题根本无法顾及,一般不会主动过问。鉴于就业问题的重要性和紧迫性,结合我国国情,可考虑在国务院下设立一个专门的公平就业委员会,而在各地设立分支机构,实行垂直管理,专门负责就业歧视事项的协调、处理。机构人员可采取三方机制,由劳动行政部门代表、工会代表和用人单位代表组成,并吸纳有关专家顾问、参与。同时,授予该机构在受害者不是特定人的情况下有权代表受害人直接提起诉讼之权力,还有权对特别的人或事进行调查,发布反歧视的通知或通过诉讼程序限制就业歧视。最后,在将来专门制定的《反就业歧视法》中,应规定不属于歧视的例外情况或称雇主的合法抗辩。因为并不是所有的区别对待都是歧视,基于一项工作内在要求的不同待遇完全是合理做法。对此,可借鉴美国《1963年同酬法》列举的认为并不构成薪资报酬歧视情形之规定,即年资制度、考绩制度、按量或按质计酬制度、其他基于性别以外因素而产生的薪资报酬差异等四项例外条款^[9]。对于不属于歧视的例外情况,立法上可采取概括加列举方式。

(二) 建立相应的就业歧视诉讼制度,为受害者提供司法保障

只有司法介入,才能从制度上有效解决就业歧视问题。因为法院的主要作用是保证社会更为公正和理性,使它能更有效地实现某些受到普遍认同的基本目标。法院以自身所特有的方式行使着这个职能,它有义务保证政府的行政行为本身符合公正和理性。如果政府不但没有履行宪法义务,而且自身歧视了其公民,法院必须履行宪法赋予的使命,保证公民的平等权利不受侵犯^[10]。

目前就业歧视并不纳入劳动争议的受案范围,这既不利于保护劳动者的合法权益,也会使宪法规定的劳动权得不到落实。没有救济的权利也就没有权利。笔者认为,我国应将就业歧视作为劳动争议处理,纳入劳动争议的受案范围。同时,可以考虑扩大民事诉讼和行政诉讼的受案范围,将就业歧视纳入民事纠纷、行政纠纷范围中,实现对受害者的救济。公务员在就业中发生歧视的,则认定行政机关的行为侵犯了劳动者在劳动上的平等权,构成侵权行为,受歧视的公务员可以对其所在的机关提起行政诉讼,如公务员在招考过程中所涉及的对妇女的歧视,实际上都侵犯了公民的就业平等权;一般劳动者在就业中受到歧视的,可以认定用人单位侵犯劳动者作为民法上的人所享有的一般人格权,受侵害的劳动者可以提起侵权行为诉讼,要求用人单位承担侵权责任^[11]。

(三) 规定实施就业歧视行为的用人单位的法律责任

首先是民事责任, 对于因为就业歧视行为而遭受损害的劳动者, 用人单位应负赔偿责任, 包括补偿性赔偿和惩罚性赔偿。其次是行政责任, 用人单位实施就业歧视的行为, 是一种严重破坏劳动力市场管理秩序的行政违法行为, 理应承担行政法上的责任。最后是刑事责任, 因为就业歧视不仅侵犯了劳动者的劳动权, 还侵犯了劳动者与此相关的其他权利。如果因此而触犯了《刑法》, 构成了犯罪, 用人单位也要承担相应的刑事责任。此外, 还可以增加规定就业歧视罪的罪名, 并规定适当的刑事责任, 以使用用人单位不敢轻易实施就业歧视行为。

参考文献

- [1] 选编组. 学生常用法律法规司法解释选编[M]. 北京: 高等教育出版社, 2003.
- [2] 潘跃. 迎接更加美好的明天: 纪念妇女权益保障法颁布实施十周年[N]. 人民日报, 2002-04-24(06).
- [3] 选编组. 国际公约、协议选编[M]. 北京: 法律出版社, 2005.
- [4] 胡彩霄. 我国禁止就业歧视问题的法律思考[J]. 2007, (4): 133-137.
- [5] 卓泽渊. 法的价值论[M]. 北京: 法律出版社, 1999: 134.
- [6] 张宗浩, 陈亚东. 反就业歧视论[J]. 求索, 2006, (8): 118-121.
- [7] 王益英. 外国劳动法和社会保障法[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2001: 40-41.
- [8] 喻术红. 反就业歧视法律问题之比较研究[J]. 中国法学, 2005, (1): 129-136.
- [9] 焦兴铠. 美国最高法院与两性工作平等争议之解决[J]. 政大法学评论, 2004, (80): 107-109.
- [10] 袁锦秀. 妇女权益保护法律制度研究[M]. 北京: 人民出版社, 2006: 174.
- [11] 张千帆. 法院在防止就业歧视中的意义[N]. 法制日报, 2004-01-01(03).

On the Discrimination to Women's Employment in China

FANG Jinhua

(College of Humanities and Social Sciences, Fujian Agriculture and Forestry University,
Fuzhou, China 350002)

Abstract: In contemporary China, employment discrimination phenomenon exist widely, especially the discrimination to women's employment, which not only runs counter to the equal power principle which was stipulated by the constitution, but also brings great harm to the citizen's equal employment opportunity. As the development of market economy and the enhancement of people's equality and rights consciousness, more and more dispute cases related with employment discrimination arise. We shall borrow the experience of foreign countries' legislating spirits and contents to construct a more suitable counter-employment discrimination system.

Key words: Employment discrimination; Equal employment; Counter-employment discrimination law

(编辑: 李颖)