

论女性平等就业权的法律保护

——由《中国青年报》“就业性别歧视第一案”引发的思考

彭程,于通

(吉林大学文学院,吉林 长春 130012)

[摘要]《中国青年报》2012年7月25日报道了“就业性别歧视第一案”,揭开了女性就业歧视这一带有普遍性的严重社会问题。女性平等就业权法律保护面临着现实困境,进行女性平等就业权的立法保护非常必要。需要对女性就业权法律制度进行立法、行政和司法等方面的完善,以真正保护女性的平等就业权。

[关键词]女性;性别歧视;平等就业权;法律保护

[中图分类号]D922.7;D922.5 [文献标识码]A [文章编号]1003-5478(2013)02-0091-05

据《中国青年报》2012年7月25日报道:山西女大学生曹菊(化名),因在应聘中遭遇招聘单位北京巨人教育科技有限公司的性别限制,投诉到北京市海淀区人力资源和社会保障局,并以“平等就业权被侵害”为由向北京市海淀区人民法院提起诉讼。有学者表示,这或成为2008年1月1日《中华人民共和国就业促进法》生效以来全国性别就业歧视的第一案。^[1]性别歧视第一案的出现,反映出女性试图依靠法律手段维护平等就业权意识的觉醒;同时,也凸显了女性群体遭遇就业性别歧视普遍现象与维护女性就业平等权法律制度的不完善。

一、女性遭遇就业歧视现状堪忧

就业歧视目前已成为一个带有普遍性的严重社会问题,其中针对女性的就业歧视尤为突出,有关女性遭遇性别歧视的报道与评论性文章也屡屡见诸报端。^[1]

中国政法大学宪政研究所2010年8月发布了《当前大学生就业歧视状况的调查报告》^[2],报告显示:68.98%的用人单位对大学生求职者的性别有明确要求,位居大学毕业生就业面临的歧视类型第一位;43.27%的大学生遇到用人单位明确

要求性别是男性。该研究所2011年11月发布的《国家公务员招考中的就业歧视状况调查报告》,调查涉及到的2011年国家公务员近万个岗位,其中存在性别歧视的约占总职位数的15.6%。^[3]

全国妇联妇女发展部、权益部等机构在对国内女性生活进行追踪调查的基础上形成的“女性生活蓝皮书”——《中国女性生活状况报告》,其中有关女性就业问题是历年报告中一个重要内容。以2010版《中国女性生活状况报告》所载《女大学生就业创业状况调查报告》为例,报告显示:被访女大学生平均投出9份简历才可能得到一次面试或笔试的机会;56.7%的被访女大学生在求职过程中感到“女生机会更少”;91.9%的被访女大学生感到用人单位存在性别偏见;理工科女大学生“经常”感受歧视的比例最高;四成被访女大学生认为女生找工作比男生困难,其中理科类和硕士生最觉困难。^[4]

然而,面对这种业已泛滥的不公正现象,公众虽然也会因此而表达不公、不满与愤懑,但往往是徒呼无奈。据中国政法大学宪政研究所《当前大学生就业歧视状况的调查报告》显示,在遭遇就业歧视后,67.03%的被访大学生选择无奈接受,

[收稿日期]2012-11-10

[基金项目]2010年大学生创新国家项目“新闻媒体的性别意识”(2011A12013)的研究成果。

[作者简介]彭程(1992-),女,吉林长春人,吉林大学文学院新闻系学生,研究方向:新闻与传播学;于通(1991-),男,吉林长春人,吉林大学文学院新闻系学生,研究方向:新闻与传播学。

12.59%的被访大学生根本不知如何是好。对就业歧视最有力的反抗,是来自被歧视者直接诉诸法律的行动,山西女大学生曹菊针对用人单位“只限男性”的赤裸裸的性别歧视,勇敢地拿起了法律武器,试图以法律维护女性平等就业权,这本身就是一种进步。此举将推动民众权利意识的觉醒,对用人单位也是一种警醒与震慑,也将一定程度上呼吁与推动国家对有关反就业歧视立法与救济制度的完善。从这种意义上看,“就业性别歧视第一案”具有一定的里程碑式的积极意义和启示作用。

二、女性平等就业权及其立法保护

所谓平等就业权,是指任何一个公民不论其民族、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,除能力、技术等限制外,不得有其他限制,对具有相同条件的公民,不能予以不同的待遇。而女性平等就业权是指女性在就业过程中,享有与男性平等的就业机会。任何机关团体、企事业单位不能单纯以经济效益为由,排斥女性,或是给予不应有的差别对待。女性的权利和尊严高于雇主的经济利益。^[2](P3)

国际社会关于就业歧视的标准是非常明确的,在《关于就业和职业歧视公约和建议书》中给就业歧视下了定义:任何根据种族、肤色、性别、宗教、政治观点、民族、血统或社会出身所作出的区别、排斥或优惠,其结果是取消或有损于在就业或职业上的机会均等或待遇平等。^[3](P155)

女性是社会生产和人类生产的承担者,她们的就业状况如何,直接影响了她们在未来家庭和社会中的地位,影响到其个人的幸福和人的健康发展,影响到和谐社会建设的进程。对于女性平等就业权保护的程度,可看出这个国家中女性的地位。保护女性平等就业权是保护女性基本人权的途径之一。捍卫女性的尊严,维护其人格权,充分发挥女性的潜能和有效利用人力资源,从根本上说也是实现女性基本价值的需要。反对就业歧视,维护女性就业权益,维护社会的公平与正义,符合法律的基本理念。

为了反就业歧视,保护妇女平等就业权,我国现已制定并初步形成了以国家根本大法《中华人

民共和国宪法》为基础,包括《中华人民共和国劳动法》、《中华人民共和国妇女权益保障法》、《中华人民共和国就业促进法》、《女职工劳动保护规定》等相关法律、行政法规,以及地方性法规等的法律体系。

例如宪法明确规定:“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。”作为国家的根本大法,为其他下位法制定保护妇女权益规定提供了宪法依据。劳动法规定:“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。”妇女权益保障法也规定:“国家保障妇女享有与男子平等的劳动权利”,“妇女的合法权益受到侵害时,被侵害人有权要求有关主管部门处理,或者依法向人民法院提起诉讼。”女职工劳动保护规定中也有“凡适合妇女从事劳动的工作,不得拒绝招收女职工”的要求。

2008年1月1日实施的就业促进法规定:“国家保障妇女享有与男子平等的劳动权利。用人单位招用人员,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。用人单位录用女职工,不得在劳动合同中规定限制女职工结婚、生育的内容”,“违反本法规定,实施就业歧视的,劳动者可以向人民法院提起诉讼。”

此外,各地制定的有关劳动就业的地方性法规中也有禁止就业中的性别歧视条款。例如《上海市促进就业若干规定》指出:“用人单位应当如实提供招聘信息,不得以性别、年龄等为由拒绝录用应聘者。”2012年6月29日,深圳市出台了国内首部直接针对性别平等的地方性法规——《深圳经济特区性别平等促进条例》,该条例在反性别歧视方面提出了一系列突破性、创新性的条款。

另外,我国还加入了几个在世界上具有重大影响国际公约,例如《消除对妇女一切形式歧视公约》、《对男女工人同等价值的工作付予同等报酬公约》以及《1958年消除就业和职业歧视公约》,其中明文禁止对女性的就业歧视。

国家法律保障女性享有与男性平等的劳动权利,用人单位招用人员,除国家规定的不适合女性的工种或者岗位外,不得以性别为由拒绝录用妇女或者提高对女性的录用标准。反观“性别就业歧视第一案”,面对巨人科技招聘中“仅限男性”的违法行为,女大学生曹菊毅然选择提起诉讼,依法维权,应属明智之举。

三、女性平等就业权法律保护所面临的困境

如上所述,围绕着保护女性平等就业权问题,尽管我国上至宪法,下到地方性法规都做了相关规定,仅就业促进法自2008年1月1日生效至今已实施5年有余,然而“性别就业歧视第一案”的出现警示我们:法律所赋予女性的神圣权利依然只停留在纸面上,在现实生活中,反对就业性别歧视的法律规定往往被束之高阁,这不能不令人遗憾。除了社会转型中各种新旧体制转换、市场经济对利益和效率的追求及整个社会对平等就业和工作的观念严重缺乏等因素之外,反就业歧视相关立法的不完善,生育保险等配套制度缺位,以及司法救济制度的匮乏等因素也是产生这种遗憾的重要原因。

(一)法律规定笼统,缺乏可操作性

虽然我国已经建立起了保护妇女权益的法律、法规体系,但有关反对就业歧视问题无专门性立法,相关法律规定多属于原则性、指导性的规范,缺乏明确、细致、操作性强的具体规范,难以起到应有的保护作用。例如对于就业歧视的认定标准、举证责任、处罚办法等,现行法律都没有做出相应的规定。劳动法、妇女权益保障法、就业促进法虽设有关于“例外情况”的特别规定,即“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”,而对于什么样的“工种或岗位”不适合妇女,也没有制定明确的判断标准,这样禁止性别歧视条款的法律效果反倒被该例外条款削弱了。一方面用人单位不清楚自己哪些行为是合法的、哪些行为是不合法的;另一方面,劳动者对于用人单位的歧视行为,由于没有法律上具体的根据,也难以向法院提起诉讼。对如何判定现实中用人单位是否对女性就业实施了性别歧视缺乏认定标准,在司法实践中更是难以操

作,法律规定的缺位意味着对歧视行为难以制裁。

(二)违法成本低,惩罚不力

法律规定的缺位意味着对歧视行为难以制裁,就业歧视的违法成本可能为零,就业歧视现象就可能愈演愈烈。虽然我国劳动合同法、就业促进法中都涉及了女性就业的权益保护,但是用人单位出于成本考虑更热衷于计算“性别亏损”。很多用人单位认为,女大学生工作不久便面临婚育等问题,用人单位需要为此增加直接成本和间接成本。从长远来看,女性的退休年龄要比男性提前五年,而女性的预期寿命一般比男性要长,雇佣女性员工就意味着额外福利成本支出增多。另外,女性由于生理与家庭的负担,往往在值夜班以及出差等方面,也成为很多用人单位性别歧视的理由。前述中国政法大学宪政研究所11所高校的毕业生所做的调查发现,68.98%的用人单位对大学生求职者的性别有明确要求,其中17.67%的用人单位会要求女学生求职者未婚或没有生育,就是不愿意承担女性生育带来的成本。

(三)救济机制不健全

首先,没有设置一个反就业歧视的专门执法机构。就业促进法在总则中规定了各级政府部门在促进就业中协调工作,第九条还规定:“工会、共产主义青年团、妇女联合会、残疾人联合会以及其他社会组织,协助人民政府开展促进就业工作,依法维护劳动者的劳动权利。”上述有关部门并不是专门主管就业歧视争议的,而且在有关就业歧视争议的具体管辖范围上也没有做出明确具体的规定。再如妇女权益保障法第四十八条规定:“妇女的合法权益受到侵害时,被侵害人有权要求有关主管部门处理,或者依法向人民法院提起诉讼。妇女的合法权益受到侵害时,被侵害人可以向妇女组织投诉,妇女组织应当要求有关部门或者单位查处,保护被侵害妇女的合法权益。”其中的“有关主管部门”、“有关部门或者单位”没有明确界定,权责不明,实践中不便于职权的有效行使,容易出现部门或单位之间相互推诿的现象,不能有效惩治用人单位就业性别歧视的行为,以有效保护女性的平等就业权。

另外,根据我国劳动法第七十七条规定,“用人单位与劳动者发生劳动争议,当事人可以依法

申请调解、仲裁、提起诉讼,也可以协商解决。”但劳动争议的受案范围,是以劳动者与用人单位已经订立书面劳动合同或建立事实劳动关系为前提的,这并不包括就业歧视争议,对于因性别歧视而不能形成劳动关系的,则不适用劳动法的相关规定,被侵害的女性则无法找到有效的救济方式,因此现行法律无法对女性的平等就业权起到实质性的保护作用。

此外,劳动保障监察制度不完善。虽然就业歧视属于劳动保障监察事项之一,由于我国没有专门的反就业歧视法,一方面有关禁止就业歧视的法律法规较为分散,各地劳动监察部门并没有将就业歧视单独作为一项违法行为来看待,重视程度不够;另一方面虽然各地劳动行政部门设有专门的劳动保障监察机构,该机构的建设往往得不到地方政府的足够重视,经费、人员配备以及硬件设施等都跟不上,使其难以有效地履行劳动保障监察的职责、在反就业歧视中有效发挥作用。

四、女性平等就业权法律制度的健全与完善

我国现行的反就业歧视的相关法律制度尚存在着诸多的不足与缺陷,维护女性平等就业权任重而道远。笔者试图在学界相关研究的基础上,借鉴主要西方发达国家相对成熟的经验,结合我国的国情特点,对我国女性就业权益保障制度的完善提出如下思考与建议:

(一)制定专门的《反就业歧视法》

立法的完善是女性平等就业权保护的前提与依据,以专门的法律来约束和消除就业歧视现象是国际通行的做法,也是适应当代国际潮流的重要举措。发达国家大都已经制定了专门的反就业歧视立法,如日本的《雇佣机会平等法》、美国的《平等报酬法》、《民权法》第七章。这些法律内容规定得比较详细而且操作性强。例如《雇佣机会平等法》对招工录用、职务晋升、福利待遇、退休解雇等方面分章做出了明确的规定。我国现阶段并没有一个专门的法律来重点规范和保护女性平等就业权不受侵犯,凸显了立法的不足与紧迫。近年来,学术界制定《反就业歧视法》的呼声日益高涨,尤其是中国政法大学宪政研究所的蔡定剑教授、刘小楠教授,多年来一直致力于反就

业歧视课题的研究,设计并论证了《反就业歧视法》基本构想;全国人大代表、湖北省人大常委会副主任周洪宇多次提交关于制定《反就业与职业歧视法》的建议;而全国政协委员、南开大学法学院教授侯欣 2011 年的一份提案就是“建议国家制定反就业歧视法”。

(二)设立专门的保护女性平等就业与职业权益的机构

一个专门的、独立的、具有较强权威性执法机构的设置,是保护女性平等就业权、惩治就业歧视违法行为的一把利剑。从发达国家和地区的立法实践来看,都设立了专门保护女性就业与职业权益的机构,包括政府机构。如美国的平等就业机会委员会,德国的平等专员和统一的联邦反歧视局,日本的促进两性平等理事会、两性平等事务大臣等,英国及我国香港设立了平等机会委员会,我国台湾地区设立了两性工作平等委员会及就业歧视评议委员会。这些机构在反就业性别歧视、促进两性就业平等方面往往都发挥了积极、重要的作用。我国目前虽然也有部分官方或非官方机构对促进两性就业平等、保障妇女权益负有一定职责,但由于各部门相关权责界定不明、职能分散或交叉,无法有效地行使职权,保障力度不够;而非官方机构也由于没有足够的权威性,难以发挥作用。因此有必要建立一个专业性的专门机构。

(三)健全女性遭遇性别歧视的司法救济机制

无救济则无权利。司法救济是女性平等就业权获得有效保障的途径,完善的救济机制是保障受害者权益的通道。

首先,应明确法律责任。明确法律责任,规定惩罚措施,可以对用人单位起到事前震慑和事后惩戒的作用。关于女性就业与职业权益受到侵害时,用人单位所承担的法律责任,美国《民权法》第七章规定得很详细,对我国的立法有启发和借鉴意义。例如发布禁止令,规定复职、补发工资、晋升等救济措施,以及运用损害赔偿(包括精神损害赔偿)等惩罚措施。

其次,应规范救济程序。一些发达国家在这方面规定比较全面,例如日本法律规定,在发生劳动关系争议时,双方自主解决,解决不了的,向劳动局长提出申诉,劳动局长提出建议或由调解委

员会调解,最后是法律诉讼程序。

再次,明确举证责任。相对于用人单位,女性求职者属于弱势地位,因此主张对该类案件实行举证责任倒置原则。

此外,实行法律援助制度,以及将就业歧视案件纳入公益诉讼范围,允许妇联等妇女权益保护组织以原告身份提起反就业性别歧视诉讼,以更好地保护女性的就业权益。

(四)完善配套制度

解决女性平等就业问题是个复杂的系统工程,需要法律法规的完善,也需要各方面配套制度的健全。其中,一是要建立财政对女性“四期”(女性的经期、孕期、产期和哺乳期)专项支出机制;二是要推进生育保险改革,扩大其覆盖面。女性的生育责任与用人单位的自身利益是相互矛盾的,这就影响了女性的平等就业。生育保险最终目标是将女性的生育费用由社会保障系统来承担,减轻用人单位的费用负担,从而有助于避免女性在就业时受到歧视。

(五)提高全民性别平等意识,将性别平等意识纳入决策主流

社会性别主流化即“把性别问题纳入主流是一个过程,它对任何领域各个层面上的任何一个计划行动,包括立法、政策或项目计划对女性和男性产生的影响进行分析。它是一个战略,把对女性和男性的关注、经历作为在政治、经济和社会各领域设计中设计、执行、跟踪、评估政策和项目计划的不可分割的一部分来考虑,以使女性和男性能平等受益,不平等不再延续下去,它的最终目的是达到社会性别平等”^[4](p5)。社会性别主流化是实现社会公正的重要内容,其目标是逐渐消除社会性别歧视,实现社会性别平等和社会性别公正。实现社会性别主流化,是保证女性和男性平等地享有人权的重要手段。

反就业歧视立法与相关制度的完善也需要诉讼的激活,一个成功的诉讼案例所产生的推动力量和对社会的影响力,往往可能是巨大的。“性别歧视第一案”并非一个人的战斗,在山西女大学生曹菊的身上,寄托着无数遭遇性别歧视的女性的殷切希望,在一定意义上它是一场公益诉讼。我们期待主流报刊媒体和司法机构能以这场诉

讼为契机,推动反就业歧视立法的进步,促进两性的和谐发展。

注释:

①以《中国青年报》为例:2001年4月24日《女大学生毕业求职与性别歧视“致命邂逅”》;2002年1月13日《公务员招考不应有性别歧视》;2005年1月25日《显性的性别失衡与隐性的“性别歧视”》;2007年1月30日《立法保障女大学生平等就业》;2007年8月28日《女大学生就业遭遇三歧视:性别、怀孕、年龄影响就业》;2008年3月21日《遭遇性别歧视:女大学生赢在考试输在就业》;2011年12月2日《聚焦:生育政策加剧女性就业难?》;2012年3月13日《请政府部门带头停止就业歧视》;2012年4月7日《女生街头“叠罗汉”反就业歧视》;2012年5月2日《女大学生致信500强企业首席执行官,呼吁招聘勿搞性别歧视》;等等。

②《当前大学生就业歧视状况的调查报告》是基于2008年和2010年对6个城市的11所高校的毕业生的两次问卷调查,这项调查的11所高校包括北京师范大学、对外经济贸易大学、中国农业大学、中国石油大学、中国政法大学、天津科技大学、南开大学、华南师范大学、四川大学、武汉大学、西北政法大学,覆盖华北、华中、华南、西南、西北,抽样调查的代表性很强,由其调查数据可以了解到全国大学生遭遇的就业歧视基本情况。

③参见中国政法大学宪政研究所:《国家公务员招考中的就业歧视状况调查报告》,腾讯教育微博2011年11月25日独家授权发布。

④参见韩湘景:《中国女性生活状况报告》,社会科学文献出版社2010年7月版。

参考文献:

[1]王慧冬,叶铁桥.女毕业生提起首例就业性别歧视诉讼[N].中国青年报,2012-7-25①.

[2]蔡定剑.关注就业平等权[J].南方周末精选,2004,(1045).

[3]常凯.劳权论——当代中国劳动关系的法律调整研究[M].中国劳动社会保障出版社,2004.

[4]Bureau for Gender Equality, ILO: Gender: A Partnership of Equal, Geneva,2000,p5.

责任编辑:于延晓