

反就业性别歧视及其法律对策*

陈玉玲

(福建省政法管理干部学院,福建 福州 350002)

[摘要]就业性别歧视,成为女性实现劳动权利、政治权利以及其他平等权利的障碍。分析我国就业性别歧视的现象和成因,借鉴了发达国家反就业歧视法的立法,透视出我国在相关法律制度上的缺陷,提出立法应当界定就业性别歧视的概念、认定标准,制定相关的法律责任和救济保障措施。

[关键词]就业性别歧视;男女平等;劳动权益;法律对策

[中图分类号]D922.5 [文献标识码]A [文章编号]1672-0598(2007)05-0066-07

就业性别歧视,是指雇主在招聘和雇佣过程中,基于性别而不公正地区别对待或者对于应当区别对待的两性同样对待,使其中一种性别的人处于与异性相比特别不利的地位。法律上的就业性别歧视,是指劳动生产率条件相等或相近的求职者在求职过程中或受雇者在就业中,仅仅因为性别差异而不能享有平等的就业机会以及工资、配置、升迁、培训机会等就业安全保障的平等待遇,从而其平等就业权受到损害的现象。^[1]

职场性别歧视是一个世界性的问题。在中国,由于历史传统的影响和社会经济现实的制约,职场性别歧视早已不是一个陌生的词语,随着目前就业形式的日趋严峻,劳动力市场供求关系失衡,形成劳动力买方市场,职场性别歧视更为公开化、多样化并呈现较为严重的态势。而这种职场上的就业性别歧视,不仅违反宪法的平等原则,而且与建设“和谐社会”的发展目标相悖。因为只要存在歧视,社会就不公正,不公正的社会就不会和谐。

一、职场性别歧视现象分析

(一)我国职场性别歧视的表现形式和危害

经济形式的多元化、社会性别观念及社会角色定位的差异给女性就业带来了很大的障碍。在我国女性就业率比男性低17%,而失业率却比男性高一倍,且女性失业正呈现出年轻化的趋势。大学毕业生中21岁至29岁年龄段出现了14.4%失业

女性。^①造成女性就业率低、失业率高的主要原因之一是普遍存在就业性别歧视。就业性别歧视所涉内容体现在以下方面:

一是市场需求中的性别歧视。它是指作为劳动力市场上需求方的各类用工主体,在招聘员工的过程中,基于与劳动生产率无关的性别因素而拒绝录用妇女或提高对妇女的录用标准,以致与男性相比,女性劳动者就业艰难,下岗失业问题突出。^[2]近些年,报纸、杂志、互联网、招聘会的招聘信息中,“限男生”、“仅招男性”、“男性优先”等歧视性用语屡见不鲜。据一次大型人才招聘会的统计,参加招聘的265家单位中,117家提出了性别限制,占总数的44%。^②还有的招聘单位在招聘中实行性别搭配,如果女生要到某单位,则必须再推荐1名或多名男生,否则不予录用。

二是社会职业结构中的性别歧视。职业结构是指就业人口在各职业上的分布,它在很大程度上反映了人们的社会地位结构,是衡量妇女就业和经济参与水平的实质性尺度。社会职业结构中的性别歧视首先表现为性别职业比例中的歧视,其次是性别职业构成中的歧视。据统计,我国女性人力资本近80%附着在农业劳动和工业劳动这两大职业岗位上,附着在领导层工作岗位上的不足其总量的1%;^[3]女性从业人员在智力性职业中所占的比例为3.04%,以及在体力型职业中所占比例为

* [收稿日期]2007-06-07

[作者简介]陈玉玲(1959-),女,新疆乌鲁木齐人,福建省政法管理干部学院,副教授,研究方向,民商法。

41.93%。^③

三是劳动合同中的性别歧视。用人单位在与劳动者签订劳动合同时,利用自身的强势地位,强制性规定各种含性别歧视色彩的条款,包括禁婚条款,禁孕、禁育条款等。如某外商独资酒店的《员工守则》规定:“女职工在合同期内结婚,合同自动解除”;在一些三资企业,许多人签订劳动合同时,迫于就业形势就范于公司“5年内不得生育”的苛刻条件。^④

四是对女职工性别保护范畴中的性别歧视。劳动法规定了女性职工在孕期、产期和哺乳期的特殊保护政策,如报销生育费用,保持相应工资福利待遇,用人单位不得因此而解除劳动合同等。但用人单位自有其对策,通过一些手段变相侵害女职工的合法权益。如以各种理由调换工作岗位,而且往往是调换到较原岗位低的岗位;或是将原定的升职取消;大幅度降低报酬;以达到变相解聘的目的。^⑤

就业性别歧视的表现形式可划分为直接歧视、间接歧视两种类型。直接歧视也称为表面歧视,是指雇主以法律明文禁止的就业性别歧视行为作为雇用措施的一部分,非因工作内在需要而给与某人比在相似条件下的其他人不利的待遇,它是表面或形式上最明显的一种就业性别歧视,如在招聘广告中明白拒绝雇用女性或在内部规章制度中明确规定男女不同的测评标准或拒绝给予女性升迁机会等。间接歧视也称负面影响歧视,是指雇主实施表面和形式上看似中立的雇用规定和标准,将使一种性别的人处于与异性相比特别不利的地位,除非这种规定标准是基于合法目的并且实现该目的的手段是必要的和适当的。^[4]换句话说,如果某人属于受特定法律保护的具有上述某一典型特征的法定人群,用人单位对该人和不属于该群体的其他人适用相同的招聘、选拔、考核等涉及劳动权利的程序和条件,而结果将不利于该群体则构成间接歧视。

(二)职场性别歧视的成因

1、社会根源

就业性别歧视作为一种复杂的社会经济现象,根源私有制产生之初形成的婚姻家庭制度。最初的一夫一妻制家庭,财产按父系继承,女性在家庭中丧失了家庭财产的所有权和继承权,只得借婚姻和血缘的关系依赖于男子;而女性承担繁重的家务劳动作为对丈夫供养自己的一种回报,只有使用价值而没有价值;妇女在男人心中只是一个被供养者,他的地位只能屈居男人之下。伴随着女性在家

庭地位中的不平等,经济上的附庸地位、法律上的聘娶婚、观念上的女无私蓄、形式上的男耕女织以至最无人性的买卖婚姻等,代之而来的是男女两性几千年来在收入、权利、就业、失业、家务劳动、职业资格等方面的不平等待遇。当社会分工出现性别差异、财富分配出现不均时,生产、交换和消费中的性别歧视就会自然而然地产生。

“男耕女织”是传统的劳动性别分工,这种分工明显体现了外与内的区别。“内”的传统性别角色模式通过伦理、道德习俗等方式根植在中国人的头脑中,“男强女弱”的性别偏见和“男主外、女主内”以一种观念的形式渗透到社会的各个角落,并得到传统心理的广泛认同。形成了“男主女从”的传统思维模式。这种传统的性别偏见导致了社会分工对女性劳动附属性的认识,从而也使得社会对女性的家庭角色期待大大高于其对社会角色的期待,因此女性的劳动就被定义为从属性的、次要的,是依附在主要劳动上的次要劳动,社会劳动的性别结构是男性劳动的主要性和女性劳动的次要性。由于社会对女性劳动性质和范围的狭隘界定,家庭以及女性自身对劳动的简单和表象化的认识,造成在劳动就业市场上,许多用人单位对尊重平等人格和尊重平等的人权缺乏足够的认识,特别是对女性劳动能力培养机会的缺失,使得女性参加社会劳动的机会减少,女性人才资源的埋没就成为一种普遍现象,客观上不仅造成对女性劳动机会的剥夺,而且更直接导致女性社会地位的下降。

2、经济因素

市场经济迫使企业要用效益第一的原则选择和培训劳动力,从企业长期用工的经验来看,女性员工较之男性,成本高且效率不高。因此,多数企业不愿意投资与他们。从经济学角度分析,雇主拒用女性是为了规避女性自然附着成本以求得利润和保持竞争优势的理性选择。根据贝克尔歧视理论,自然附着成本是女性相对于男性的额外支出,是雇主拒用女性的根本原因。^[5]女性自然附着成本主要包括:一是女性生理和生育相关的成本。企业追求的是经济利益,女性的“四期”即经期、孕期、产期、哺乳期,必然给企业造成自然成本的增加,一些企业强迫应聘者签订5年或10年不准怀孕的劳动合同,也从一个侧面反映了用人单位对这种劳动生产率损失的关注程度。^[6]二是对劳动生产率的不同预期。面对同样接受过高等教育的男女,即便女性在校期间表现更为优秀,雇主仍倾向于雇用男性,

因为雇主预期女性的劳动生产率将低于男性,女性需要承担更多家务劳动的客观现实,使女性经历分散、发展潜力相对不足,这将影响到市场劳动生产率。相比之下,男性适应性较强,对工作条件的要求不如女性苛刻,通常无需支付补偿性工资。^⑥三是择业的倾向性和较高的转岗培训成本。女性角色的传统定位和男强女弱的社会意识,在一定程度上已内化为女性自己的价值标准,使女性忽视了就业能力的培养,抑制了自己的竞争意识和创新精神。所以,雇主当然倾向于雇用有较高专业基础和具有创新精神的男性雇员,为企业创造更多的价值。^[7]因此,从理性经济人自利的角度看,用人单位不愿招收女工,似乎满足了残酷的市场竞争机制的需要。

3. 制度性根源

导致就业性别歧视的深层次原因很复杂,除了传统的文化价值观念和经济原因外,还包括制度、政策以及法律在内的更为复杂的原因。劳动力市场性别歧视的产生可追溯到我国经济体制转轨之初,由于在计划经济体制下,政府过分强调男女同工同酬,导致男女不同工也同酬,忽视女职工的生理特点和生育重任必然产生性别差异,使用人单位感到不公平而积怨甚深。搞社会主义市场经济,政府把用工自主权交给了用人单位,一些用人单位便公开的在招工简章中宣称不招女工。而我国法律法规的不健全,则进一步加剧了就业性别歧视。

当歧视在社会上形成了一种习俗、传统和不成文的规范时,对某一群体的歧视就成了一种普遍的做法。而更多的是一种无意识的现实歧视,是基于歧视的定式思维,并且根深蒂固。人们往往习以为常,根本不感觉某种行为存在歧视,而且通常情况下,也没有较清楚的或可确认的受害人或加害人。究其原因,被保护人群的低代表率,亦是其中一个原因,这意味着女性参政议政机会缺乏,在国家和社会事务中往往处于决策的外围和基层,在缺乏以性别意识为主导的相关决策中,难免会出现法律法规和政策制度的“先天不足”。这种歧视的非正式制度不仅会促使有偏见的人采取歧视行为,而且会迫使本来不愿歧视的群体采取歧视行为。^[8]因此,它必将带来歧视现象的不断蔓延与恶化。换句话说,如果法律和制度不能有效制约和规范就业性别歧视,传统和习俗作为一种非正式制度安排,会扩大和加剧就业性别歧视的发生。

二、国外女性劳动就业权利保护及启示

(一) 国外反就业性别歧视的立法概况

制定反性别歧视法律,推进男女平等,是当今社会发展的历史潮流。1979年联合国第34次大会批准了《消除对妇女一切形式歧视公约》,该公约被称为女性的国际宪法。在国际妇女年前后,世界上经济发达的许多国家陆续制定了反就业歧视法、男女平等法,出现了一股国际潮流。例如美国1964年出台了《公平工资法》、《公平劳动标准法》,并将该法扩大适用于妇女雇员,随后又于1972年制定了《雇用机会平等法》;英国1970年公布实施了《男女同工同酬法》,接着又在1975年制定了《反对性别歧视法》;法国1983制定了《男女职业平等法》;澳大利亚1984年制定了《反性别歧视法》;日本1985年颁布了《男女雇用机会均等法》并于1997年对该法做出了重大修改;瑞典1991年制定了《就业机会平等法》。综观上述发达国家的反就业性别歧视的法律和法规,主要反映了以下几方面的内容:1、制定“反性别歧视法”、“机会均等法”,强调妇女在雇用、工作安排、晋职、培训、离职等方面免受基于性别和年龄因素的歧视。例如,日本1997年修改的《男女雇用机会均等法》第1条就明确规定了该法的目的是确保雇用领域男女机会均等及待遇均等。第2条进一步规定女性劳动者不因性别而受歧视。又如美国在1967年的《就业方面的年龄歧视法案》中规定,除了对年龄和性别有特殊要求的职业,其他职业禁止在招聘广告中显示出年龄和性别的偏好、限制、说明或歧视。2、制定《公平付薪法》,国家制定最低工资标准和超时工资标准的同时,从法律上界定“同等工作”的概念,保障女工与男性员工享有从事同等工作获得同等报酬的权利。3、制定《社会福利法》,保障妇女在生育、生病方面的社会保障,失业、退休等方面享有与男性同等的权益。4、《制定妇女权益保障法》、《企业健康安全法》,对女工进行特殊职业的保护。^[9]

(二) 发达国家反就业性别歧视法的特点

1、保护范围广。在雇用的全过程中禁止歧视女性,不仅包括就业前、执业过程中,还包括退出劳动岗位后。例如修改后的日本《男女雇用机会均等法》对招工、录用工作安排、教育培训、晋升、福利待遇、退休退职解雇中的歧视行为都作了禁止性规定。全面贯彻了从就业起点的招聘、录用开始,到终点的退休、解雇为止的男女平等。^[10]在界定性别歧视的范围上,不仅指故意歧视,也包括事实上导

致歧视的行为;不仅指直接歧视,也包括间接歧视。

2、保护层次高。在发达国家,对妇女的保护不仅限于获得职业的权利、取得报酬权利、休息休假的权利、获得劳动安全卫生保护的权利等方面;而且包括接受职业技能培训的权利、享受社会保险和福利的权利。法律注重保障妇女的平等社会地位和自我发展权利,它集中体现在法律促进妇女职业水平的提高,个人价值的开发,女性享有职业培训和职业生涯设计的平等权利;保障妇女劳动权益趋向于由原来的特殊保护向男女平等的方向转变。

3、保护力度较大。一方面法律明确规定了侵害妇女劳动权益需承担的法律责任和相应的制裁措施。例如日本的《男女雇用机会均等法》规定,对在招聘中歧视女性的企业由雇用企业劳动大臣予以劝告,对不听劝告的,将企业名公布;又例如英国根据本国特点,在《公平付薪法》中规定,只要女性在签订就业合同时,发现任何条款或条件与做相似工作的男性相比,有失公平,就可依法对雇主提起诉讼。另一方面政府强调维护妇女权益的组织各尽其责,各司其职,相互监督,使各项法律制度得以落实。

三、我国反就业性别歧视立法之缺陷评析

我国目前没有专门的“反就业歧视法”或“禁止就业歧视法”,但我国已形成了以宪法为基础,包括法律、行政法规、部门规章、地方性法规在内的反就业性别歧视的法律体系。其中也包括反就业性别歧视法执行情况的检查和监督。从法律上来看,现有的禁止就业性别歧视法律规定过于原则,在实际生活中很难执行。法律救济渠道也不畅通,许多求职者受到歧视时投诉无门,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,性别就业歧视现象因此也越来越盛行。我国立法的缺陷主要表现在:

1、法律规定过于原则,缺乏可操作性。现行立法对就业性别歧视的问题没有具体的法律界定和实施程序,虽然《劳动法》明确规定反对就业歧视,但相关法规更多则是原则性规定。对何谓就业性别歧视、判断就业性别歧视的标准是什么、如何监督用人单位的用人权、违法者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法律规定主张权利,获得救济。

2、反就业性别歧视范围过窄。目前法律有关就业性别歧视的界定主要针对的是直接歧视,而没

有将职场性别歧视中大量存在的间接歧视包括进去,禁止就业歧视相关法规的适用范围有限,很多受歧视的劳动者根本无法获得保护。我国《劳动法》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和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。《劳动部关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》中明确指出,公务员和比照实行公务员制度的事业组织和社会团体的工作人员以及农村劳动者(乡镇企业职工和进城务工、经商的农民除外)现役军人和家庭保姆等不适用劳动法。也就是说,大多数农村劳动者、公务员和家政服务人员所遭遇的就业歧视问题不能适用现行的《劳动法》的有关条款加以解决。更何况当前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订立书面劳动合同或建立事实上的劳动关系为基本前提,并未包括就业争议在内。

3、立法层次低、立法分散且地区差别大。我国没有专门的反就业性别歧视法,除《宪法》、《劳动法》和《妇女权益保障法》等原则性规定外,大多是部门规章、地方性法规,立法分散,层次不高,而且多为暂行性规定,其修改和变化比较频繁。而地方性立法大多是根据本地区的客观环境制定的,地区差别比较大,具有鲜明的地方性特征。

4、缺乏相应的救济途径。法律规定当事人发生劳动争议后,可协商解决,也可以要求调解、仲裁或诉讼,但根据我国《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。现有的民事法律在就业歧视方面的救助措施和法律责任的缺失,受害人无法根据民事法规向法院提起诉讼,请求司法救济,也无法要求用人单位承担相应的法律责任。

5、积极性保障措施不足。针对劳动力市场上存在各种就业歧视现象,我国政府采取了多种措施,但仍有不足。^[11]例如,对妇女在怀孕和分娩期间,享受的工作资历积累以及待遇等缺乏相应的规定。而且,有些积极性措施的实施不仅没有起到预期的结果,甚至进一步加剧歧视。比如劳动部《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。该规定的初衷在于对女职工进行特殊保护,但由于生育保险社会化程度不高,加重了企业招用女职工的负担,在实际上反而成为企业不愿招用女职工的重要原

因之一。

6、保障监察制度不完善。我国的《劳动保障监察条例》,效力有限,虽然设立了专门的劳动保障监察机构,但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,就业歧视现象没有得到劳动监察部门应有的重视。对劳动法执行情况监督,投入十分有限,经费无法得到保障、人员配备不充分、硬件设施跟不上,无法很好的履行劳动保障监察的职责。

四、反就业性别歧视的法律对策和保障机制

劳动权或工作权不仅是生存权的基础,也是发展权的基础,并且是劳动权或工作权获得物质保障的必要权利。如果女性的劳动就业权不能实现,将直接危及生存权,而生存权没有保障,其他人权将失去根基。因此,有效地解决就业性别歧视问题,显得十分必要。在我国,就业性别歧视直接影响政府履行相关国际公约义务的承诺,从而影响我国的国际形象。中国作为国际劳工组织的成员国,有义务使相关的国际规则与国内接轨,可见制定有效的反就业性别歧视的法律迫在眉睫。针对我国促进女性平等就业法律规制上的种种缺陷,我们有必要在借鉴国外的《反就业性别歧视法》的基础上,建立有中国特色的反就业性别歧视法律体系。我认为国家有必要在适当的时机出台《反就业歧视法》,目前在现有条件不成熟的情况下,力求降低立法成本,可在进行系统立法之前,通过修改《劳动法》、《妇女权益保障法》的相关条款来完善平等就业的法律制度,甚或由全国人大常委会或最高人民法院通过立法解释和司法解释在最高人民法院公报上,对现行《劳动法》的第 3 条、第 12 条所规定的平等就业权作扩张解释或发布指示性意见,以便及时为反就业性别歧视提供法律依据。在立法的进程中应特别强调通过具体责任制度的构建来增强法律的可操作性。政府应当通过制定强有力的反就业歧视政策与法律,切实缩小男女劳动生产率特征的差异,使两性获得同等的社会人力资本投资;合理配置两性劳动力在不同职业部门的比例,提供女性劳动者更多的发展机会和空间;将生育成本社会化,实行女性就业的社会补偿,以最大限度地减轻用人单位雇用女性员工的负担,制定科学严格的法律规范来切实保护女性劳动平等权的实现。

根据上述立法构想,就如何完善我国反就业性

别歧视法提出如下具体设想:

第一,科学界定就业性别歧视的内涵与外延。借鉴国际公约的相关定义,对就业性别歧视内涵作如下的定义:就业性别歧视是指没有法律上的合法目的和原因,而仅仅基于性别因素对劳动者采取区别对待、排斥或者给予优惠等任何违反就业平等的侵害弱势劳动者权利的行为。就业性别歧视的外延可用列举式表述。即雇主不得对妇女实施以下性别歧视:(1)基于性别拒绝录用妇女或提高对妇女的录用标准;(2)询问应聘妇女的婚育计划以及是否已经怀孕;(3)从事等值工作的男女不能获得等值报酬或福利待遇;(4)基于性别在晋职、晋级、评聘专业技术职务、退休等方面对两性区别对待;(5)基于结婚、怀孕、产假、哺乳、终止妊娠解除与该女性的劳动合同;(6)因为妇女休产假而取消其工作岗位或者无正当理由对其降职降薪;(7)其他法律、法规规定的情形。

第二,明确就业性别歧视的判断标准。反就业歧视法涉及保障平等就业与用人单位自主权之间的矛盾。一般来说,用人单位基于工作岗位本身特点对劳动者差别对待,属于行使用人自主权的合理范围,不构成歧视;如果以与工作本身无关的理由差别对待劳动者,使女性遭受其他不利,则属于歧视。^[12]把握就业性别歧视的认定标准,核心在于分辨对两性的区别对待是否合理,这是一个极其棘手的问题。为解决这一难题,应当由成文法结合判例法确定“正当理由”的标准。国外成功的经验是引入“工作相关资格原则”。^①因此,我国立法也应遵循“工作相关资格原则”,将其作为鉴别某种“区别对待”是否属于就业性别歧视的根本准则。用人单位明白,在规定用人选择时,应当基于工作性质、需求以及员工工作能力和此类相关因素进行选择,评价员工,而非基于性别因素进行区别对待,随心所欲地制定招聘标准,否则就构成了就业性别歧视。

第三,明确歧视者的法律责任。法律责任形式应当是多元的,能够涵盖遭受就业性别歧视行为受害者的需求。具体的形式有:(1)复职。(这需要有防止报复制度作为奠定继续合作的基础)(2)补发工资、福利。(3)赔礼道歉、恢复名誉。(4)培训、晋升。(5)赔偿经济损失。反性别歧视立法应当逐步与国际接轨,因此,法律责任应当是民事责任与行政责任兼备。民事赔偿责任应当具有惩罚性,以足以弥补受害人的经济损失和精神损害为限。行政处罚则视违法者情节轻重确定,故意歧视的行为人

必须承担不利的法律后果,起到杀一儆百的作用。法律要对违法者处罚的种类、对受歧视者的救济措施和具体赔偿标准做出明确规定,一旦被判决歧视成立,用人单位要承担因歧视行为所造成的损害赔偿,这既加大用人单位的违法成本,使其不敢违法;同时也使受害人得到了法律上的救济。

第四,建立健全救济机制。救济机制主要包括组织保障和程序保障。我国目前没有受理性别歧视投诉案件的专门机构,法律的滞后性使得受害女性投诉率低,其维权受到掣肘。借鉴发达国家的成功经验,由法律授权设立一个平等就业机会委员会,作为处理就业性别歧视的专门机构。该机构可附属于劳动或社会保障部门,作为拥有行政执法权的一个独立劳动监察机构,其成员最好由政府出面邀请相关单位如工会、妇联、用人单位团体及劳动法专家组成。该机构应履行的职责是对就业性别歧视的认定或对消除歧视提出建议;对求职者或受雇人提出的遭受歧视申诉案进行协商、调解,并劝诫雇主摒弃歧视行为;在调解不成和劝诫失效时,直接对歧视者予以行政处罚,并可代表弱势劳动者群体向法院提起公益诉讼;协助各企业、事业单位或有法人资格之雇主或社会团体制定公平就业政策;向各机关团体和民众提供有关就业性别歧视的咨询服务。^[13]

有了平等就业机会委员会这个专门机构作为组织保障,还需要程序方面的保障。在程序方面,可借鉴劳动争议处理模式,实行行政处理程序前置,即规定受害者应先向平等就业机会委员会投诉,若对处理意见不服,可在规定的期限内提起诉讼。反就业性别歧视法应明确规定,赋予劳动者遭受歧视时的诉权及处理诉讼的期限、程序和时效等。一旦用人单位的行为被认定为构成“就业性别歧视”,平等就业机会委员会即可通过非正式程序,如协商、和解以及劝诫等手段,令其放弃歧视行为。若这些程序无法奏效,委员会可直接对其予以行政处罚,并可主动免费为受害人提起就业性别歧视诉讼。因就业性别歧视是对求职者或者受雇者的平等就业权的侵害,属于民事侵权行为,最高人民法院的司法解释可将就业性别歧视纳入劳动争议的受案范围。此类诉讼的举证责任要打破传统的“谁主张谁举证”原则,将举证责任转移到用人单位方面,即受害人只需证明受到差别对待,即可推定为用人单位存在歧视,雇主必须运用证据推翻歧视的假设,如果他不能证明在客观上造成的差别对待的

规则或者行为是基于客观的正当理由、是合理需要的,则可判定歧视成立。^[14]原告只需证明被告使用了法律明文禁止的雇用措施,或采取双重标准即可。雇主可以其职业特点、特殊需求等作为抗辩的理由,证明该项雇用措施与有效完成工作任务有绝对必要性,以使之合理化。在间接歧视案件中,原告须证明被告所使用的该项雇用措施会负面影响相关法律所保护的特定群体的就业机会。对此,雇主可以“营运需要”进行抗辩,证明该雇用措施与有效完成工作任务有显著的关系。^[15]

第五,完善生育保障制度,将生育成本社会化。生育保障制度是指妇女劳动者因生育或者计划生育而暂时丧失劳动能力时,社会给予必要的物质帮助的一种社会保障制度,包括对生育者给予生育补偿、医疗服务和生育休假等。生育保障制度是全社会都应该给予关注和支持的系统工程,它具有广泛而深入的社会价值,对女性就业权保障具有重要意义。国家应将生育成本纳入社会保障体系,建立女性生育保险基金,实行社会统筹,切实解决女性就业歧视的一个经济学难题。倘若实现了生育成本社会化,用人单位就不必担心所雇用的女职工因生育而增加本企业的成本,这就为妇女与男性在劳动力市场上公平竞争奠定了坚实的基础,无论是录用男性还是女性都能获得利益上的平衡。

第六,加大执法力度,完善劳动督察制度。反就业性别歧视法可明确要求执法部门应主动监督检查用人单位的用工行为,以预防歧视的发生,并对违法者给予行政处罚的经济制裁;赋予法院对用人单位的用人条件进行司法审查的权利;允许法院就具体个案审查某一类型的用人条件是否构成就业性别歧视,借以规范其他用人单位的行为。实践中,我们可借鉴美国的做法,明确规定法官有权对用人单位的用人条件进行审查,首先审查该条是否合理,其次审查它是否必要且不能更改。比如,雇主提出消防员不能录用女性,因为一般情况下女性没有足够的力量搬动沉重的消防器材,那么法官就要对这一论点进行调查判断,是否事实确如雇主所言,同时还要证明这一情况是不能通过技术改造而改变的。而在这一过程中大量的社会调查数据和科学分析会被应用于司法活动中,律师或其他有关人员会对某一单位在某一时期的用人情况进行调查,以证明这一单位是否有就业歧视现象,这些调查结果和权威的科学分析都可能成为法官判案的依据。同时,相关法律应确立工会、妇联组织在反

歧视中的职责,赋予他们对被歧视者进行法律援助和赋予其主动监督纠正用人单位歧视行为的权利。

[注 释]

- ①数据来自上海市妇女联合会妇女发展部和复旦大学社会学系于 2004 年 5 月,在全市范围内,对 1080 名上海女性进行问卷调查统计分析结果。
- ②资料来源:全国维护妇女儿童权益协调组办公室《妇女法颁布十周年实施情况调查结果分析》。
- ③数据来自陈苇主编的《家事法研究》,2006 年群众出版社出版,第 124 页。
- ④摘自《中国妇女报》2003 年 1 月 6 日。
- ⑤摘自《法制日报》2004 年 8 月 9 日。
- ⑥补偿性工资是指在较差的工作条件下,雇主为了吸引雇员所必须支付的额外工资,是支付给接受较差或艰苦的工作条件的雇员的一种个人奖励。
- ⑦工作相关资格是鉴别用人单位的某种“区别对待”是否属于就业性别歧视的判断标准。指要求用人单位基于工作性质、需求及员工工作能力来选择、评价员工,而非基于与边际产出无关因素进行区别对待,否则即构成就业性别歧视。

[参考文献]

- [1]曾恂.美国反就业歧视立法的启示[J].南方经济,2003,(5).
- [2]国际劳工局.世界就业报告 1998—1999[M].北京:中国劳动与社会保障出版社,2000.

- [3][8]北京大学法学院妇女法律研究与服务中心.中国妇女劳动权益保护理论与实践[M].北京:中国人民公安大学出版社,2006.
- [4]陈苇主编.家事法研究[M].群众出版社,2006.
- [5]赵友亮.女性就业歧视的经济学分析[J].山东科技大学学报(社会科学版),2005,(3).
- [6]刘德中,牛变秀.中国的职业性别隔离与女性就业[J].妇女研究论丛,2004,(4).
- [7]李建新,赵瑞美.女性就业歧视与女性就业[J].妇女研究论丛,1999,(6).
- [9]康均心主编.妇女权益保护及救济理论与实务[M].武汉大学出版社,2004.247—249.
- [10]袁锦秀.妇女权益保护法律制度研究[M].北京人民出版社,2006,155—157.
- [11]卢竣.我国就业中的性别歧视[J].合作经济与科学,2004.
- [12]姜耀雄.我国就业歧视的法理分析及对策[J].北京邮电大学学报(社会科学版),2004,(3).
- [13]郑津津.美国就业歧视法制之研究——兼论我国相关法则应有之发展[J].台大法学论丛.
- [14]曾恂.美国反就业歧视立法的启示[J].南方经济,2003,(5).
- [15]李进,谢海燕.从劳动力供需看我国就业中的性别歧视[J].经济师,2004,(2).

(责任编辑:杨 睿)

On anti—sexism on employment and its lawful countermeasures

CHEN Yu—ling

(Fujian Cadre College for Politics and Law Management, Fujian Fuzhou 350002, China)

Abstract: Sexism on employment becomes the barriers for women to realize equal rights of labor, politics and others. This article analyses the phenomenon and causes of the sexism, introduces the legislation in the developed countries on anti—sexism in employment, exposes the defects in the related laws and regulations of China, and puts forward that the conception and the standard for defining sexism on employment should be made in China's legislation and that China should make corresponding legal responsibility system, and relief and prevention measures.

Keywords: sexism on employment; equality between male and female; labor right; legal counter-measure