

论女性平等就业权的法律保障研究

罗雁惊泓, 关雅文

湖北大学法学院, 湖北 武汉

收稿日期: 2023年12月5日; 录用日期: 2023年12月13日; 发布日期: 2024年2月23日

摘要

在传统观念和生育政策的影响下,女性在就业中始终处于弱势地位,女性平等就业权未得到有效的保护,违背了宪法和法律中保障女性平等就业权的规定。加强对女性平等就业权的理论研究,包括社会性别平等理论、女性平等就业权,并从立法中的现行法律可行性、制定反就业歧视法、调整特殊保护的规定方面,以及司法中规范举证责任分配方面,加强对女性平等就业权的保障,推进更好地实现和维护宪法所赋予公民的平等权和人格权,推动劳动法的实施,构建和谐劳动关系。

关键词

性别平等, 平等就业权, 举证责任

Research on the Legal Protection of Women's Equal Employment Right

Yanjinghong Luo, Yawen Guan

School of Law, Hubei University, Wuhan Hubei

Received: Dec. 5th, 2023; accepted: Dec. 13th, 2023; published: Feb. 23rd, 2024

Abstract

Under the influence of traditional concepts and fertility policies, women have always been in a vulnerable position in employment, and women's equal employment rights have not been effectively protected, which violates the provisions of the Constitution and laws to protect women's equal employment rights. Strengthen theoretical research on women's right to equal employment, including the theory of gender equality and women's right to equal employment, and strengthen the protection of women's right to equal employment from the aspects of the feasibility of existing laws in legislation, the formulation of anti-discrimination laws in employment, the adjustment of special protection provisions, and the regulation of the distribution of the burden of proof in the

文章引用: 罗雁惊泓, 关雅文. 论女性平等就业权的法律保障研究[J]. 法学, 2024, 12(2): 1017-1022.

DOI: 10.12677/ojls.2024.122147

judiciary, we will work to better realize and safeguard citizens' rights to equality and personality as enshrined in the Constitution, promote the implementation of the labor law, and build harmonious labor relations.

Keywords

Gender Equality, Equal Employment Rights, Burden of Proof

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 女性平等就业权的理论基础

1.1. 社会性别平等理论

社会性别理论产生于二十世纪六十年代, 在二十世纪七十年代初期, 社会性别概念开始被人们广泛使用。在这一历史时期, 女权主义迅速发展, 并推动“社会性别”这一概念进入大众视野。长期以来形成的, “男女两性在社会上的差异是由其生理差异决定的”这一观点受到了挑战。为众人所熟知的是法国女权理论学家西蒙·波娃, 于1949年出版的著作《第二性》中所阐述的“女人不是天生的, 而是后天形成的”[1]。这阐明了女性的社会性别并不是由女性的生理状况决定的, 而是取决于女性在社会中的后天发展, 而女性的先天生理情况不过是男权社会下, 男性打压女性的借口。社会性别平等理论支持社会建构主义, 反对性别本质主义, 即认为性别差异是社会建构的, 而不是生理差异带来的[2]。

性别平等要求对男性和女性应当平等对待。在传统观念的影响下, 用人单位普遍认为女性的工作能力相较于男性是较低的, 而造成差异的根本是男女生理上的差异, 认为女性的生理特征会影响工作水平, 仅仅依据生理性别来看待女性, 以不同的标准来对待男性和女性, 这是不合理的。但社会性别平等理论从不同于此前的、新的角度, 以新的方法探究男女不平等的根本以及实现男女平等的条件和路径。由于社会发展阶段的不同, 社会经济发展程度的不同, 男女在社会中所表现出的贡献方式不同, 贡献的程度也会有差异, 但我们不应该从同一层面去衡量男女性在社会中的贡献, 应当承认女性因其不同的生理特征而作出的特殊贡献。因此, 以社会性别平等理论为切入点对女性平等就业权进行深入思考和探讨是极有意义的。

1.2. 女性平等就业权

1948年12月10日颁布的《世界人权宣言》, 是世界范围内第一个人权问题的国际文件, 《人权宣言》主张“人人生而自由, 尊严和权利上一律平等”[3]。这种平等不仅是不分性别的平等, 更是反对性别歧视的平等, 即任何人都不应以性别为由, 对女性的权利作出不同于男性的歧视性规定。

1979年12月18日通过的《消除对妇女歧视宣言》, 是对《联合国宪章》中体现的男女平等权利的强调, 也是对《世界人权宣言》中不容歧视原则、对男女享有的权利不得区别对待内容的再次申明。《消除对妇女歧视宣言》中第十一条是对于女性平等就业权的明确规定, 各国应采取适当措施消除在就业方面对妇女的歧视。第十一条的内容包括以下四个方面:

一是女性与男性享有平等的就业机会。这意味着男女劳动者有着相同的起点从事同样的工作, 有相同的机会获得资源, 也承担着平等的责任和义务[4]。首先要赋予女性同男性一般平等的就业机会, 才能

在外部条件相同的情况下, 进一步保护女性的平等就业权。

二是女性拥有与男性相同的自主择业权。女性有根据自己的意志, 不受他人干涉, 自由选择何时何地从事何种职业的权利[5]。一方面, 在传统观念的影响下, 人们对女性往往存在刻板印象, 认为女性只适合在家“相夫教子”, 从事服务行业或者从事技术含量较低的工作, 且长期以来, 存在“女性在高精尖以及管理层的占比远低于男性”的现象, 更加重了社会对女性的职业偏见。另一方面, 用人单位普遍认为男性所有承受的家庭负担更小, 有更多的时间和精力投入到工作中, 可以为用人单位创造更多的价值, 用人单位便会通过各种隐晦的方式拒绝女性求职者, 而更多地选择男性求职者。在这些观念和现实状况面前, 女性的自主择业权受到了侵犯。因此, 保障享有与男性相同的自主择业权是必要的。

三是在同等的条件下, 女性享有与男性相同的工作待遇。首先, 在工作条件方面, 女性与男性享有同等的生命安全和身心健康保障, 同时考虑到女性的生理特征, 应当对处在孕期、产期、哺乳期等特殊时期的女性给予特殊照顾, 达到实质上的同等保障。其次, 女性与男性在相同的岗位, 做出同等的价值时, 女性享有与男性同等的报酬和福利待遇, 不得忽视女性在工作中创造的价值, 不得以不合理的理由克扣女性的工资报酬, 不得给予女性不合理的差别待遇。最后, 女性享有与男性相同的社会保障权, 突出体现在退休、失业、疾病或其他丧失劳动能力的情形下, 可以获得与男性同等的各种补助。

四是不得以女性结婚或生育为由, 侵犯女性的平等就业权。在女性孕期、产期、哺乳期等期间, 用人单位不得以此为理由解雇女性工作者; 对从事有害于生命安全和身体健康的女性给予特殊的保护; 不得以此为理由克扣女性工作者的工资薪酬以及社会补贴。

2. 我国女性平等就业权法律保障存在的问题

2.1. 立法层面的不足

目前, 我国针对女性平等就业权的立法方面的不足, 主要体现在两个方面:

第一, 我国法律的规定不够合理, 现实的可操作性不强, 尚未制定统一的《反就业歧视法》。虽然我国《宪法》对男女平等和各方面权利的平等都作出了原则性规定, 我国的《劳动法》、《就业促进法》和《妇女权益保障法》都对保障女性的平等就业权作出了反对性别歧视的规定, 但都是原则性的、概括性的, 条文中没有相关的具体的、可操作性的规定, 且分散在各部法律中, 没有针对就业歧视问题的专门法律。目前的司法实践中, 没有明确性别歧视的行为类型和例外情形, 缺乏侵犯女性平等就业权的认定标准, 女性劳动者难以判断是否受到歧视。若是认定侵犯了女性的平等就业权, 用人单位应当如何承担民事责任, 只是赔礼道歉, 还是需要给予精神损害赔偿, 给予精神损害赔偿的数额该如何衡量, 是否需要让用人单位承担惩罚性赔偿以及数额如何衡量。法律没有作出明确规定前, 用人单位应当如何承担责任, 涉及赔偿时赔偿数额如何确定, 都是依靠法官的自由裁量权, 但在这种情况下, 极有可能出现同案不同判, 或者赔偿数额相差很大的情况, 不利于对同类案件的处理和实现法制统一; 且没有惩罚就没有威慑力, 如果不能明确相关的法律责任, 权利的实现可能就失去了强有力的依靠[6]。

第二, 过度的特殊保护, 不利于保障女性劳动者的平等就业权。我国《女职工劳动保护特别规定》中, 特别规定了女性禁忌从事的劳动范围, 通过法律的禁止性规范, 将女性劳动者排除在一些工作之外。这样虽然有利于保护女性的生命安全和身体健康, 但这也在一定程度上剥夺了女性的自主择业权, 减少了女性的就业机会, 且对女性的过度特殊保护, 也反映出了对男性保护的不足, 在一些高危职业中, 男性的健康权也可能受到损害, 对女性劳动者过度的特殊保护反而可能导致对男性的反向歧视。

2.2. 司法层面的不足

目前, 我国针对女性平等就业权司法层面的不足, 主要体现在举证责任制度不合理。在自己的合法

权益受到侵害时, 向法院提起诉讼维护自己的合法权益是一个行之有效的方式。但是, 想要达到胜诉的目标却没有那么容易, 需要当事人提供强有力的证据来证明自身所主张的事实。根据最高人民法院在 2022 年发布的指导案例 185 号《闫佳琳诉浙江喜来登度假村有限公司平等就业权纠纷案》, 侵害平等就业权在民法领域侵害的是一般人格权的核心内容——人格尊严, 当事人可以向法院提起民事诉讼。虽然女性劳动者可以就侵害事实向法院提起民事诉讼, 但是, 我国《民事诉讼法》没有就“女性平等就业权”受到侵害的案件规定特别的举证责任, 这也就意味着, 在这类案件中, 是按照“谁主张, 谁举证”的原则规定当事人的举证责任, 即就业歧视行为复合侵权行为的构成要件要由原告女性劳动者进行证明。现实中, 用人单位往往都是以隐晦的、间接的方式侵害女性劳动者的合法权益, 且由于女性劳动者与用人单位之间的地位差距悬殊, 女性劳动者往往面临着举证困难或举证不能的问题, 可能最终导致女性劳动者无法得到有效的司法救济。

3. 完善女性平等就业权法律保障的建议

3.1. 立法层面的完善建议

第一, 合理化法律规定, 增强现实可操作性, 加快制定《反就业歧视法》。在法律已有的原则性规定的前提下, 细化有关女性平等就业权的规定。制定统一的《反就业歧视法》, 对“就业歧视”下一个相对统一、准确的定义, 明确就业性别歧视的认定标准, 使女性劳动者在面临就业性别歧视时, 能够准确判断和识别用人单位的就业歧视行为, 及时寻求有效救济。在法律中规定多种救济途径, 给予女性劳动者多种救济方式, 选择起诉, 明确具体受理该案的部门, 并对诉讼的细节事项, 如诉讼请求、理由等作出相关规定, 使女性劳动者能够起诉有门; 选择不起诉, 明确监督、投诉、处理该类违法行为的机关, 并规定处理该类违法行为的期限, 以及在女性劳动者不服处理结果时的救济方式, 防范有关机关不作为, 并赋予女性劳动者相应的救济权利, 尊重和保护女性劳动者的合法权益。同时也为用人单位设立了行为标准, 使其明确就业歧视行为的范围, 对用人单位是一种威慑、警示作用, 从就业歧视行为的源头防范该类违法行为的出现, 维护女性劳动者的合法权益和社会公共利益, 营造良好的就业环境, 促进和谐的劳动关系的建立。更为重要的是, 在《反就业歧视法》中规定具体的责任承担方式, 赔礼道歉、录用或重新雇用、财产性赔偿、精神损害赔偿等, 真正实现对女性劳动者受侵害的合法权益的救济和保护。

明确就业领域的性别歧视, 即侵犯女性平等就业权的行为类型。首先, 要明确就业领域的性别歧视并不只是发生在求职阶段, 而是包括求职在内的就业过程中的每个环节, 因为性别原因遭受到的不公平的差别对待。其次, 要明确除了直接侵犯女性平等就业权的行为, 现实中更多的是间接侵犯女性平等就业权的行为。直接侵犯女性平等就业权的行为, 是指用人单位通过制定不平等的规章制度, 或者在形式上表现为对女性的歧视行为, 侵犯女性的平等就业权。间接侵犯女性平等就业权的行为, 是指虽然在表现形式上是对男性和女性的平等性规定, 但在实质上侵犯了女性的平等就业权。直接侵权的行为女性劳动者尚可以进行判断, 但是间接侵权的行为在实践中很难作出判断, 也很难对行为进行认定。因此, 可以在法律中通过肯定式列举的方式明确易判断的侵权行为, 通过规定兜底条款, 给予法官一定的自由裁量权, 针对不易判断的侵权行为, 在具体的案件中作出具体的判断。通过规定用人单位的抗辩事由, 如用人单位可以基于用工自主权设立合理的招聘标准, 但是不能带有歧视性条件, 用人单位在以不符合招聘标准进行抗辩的时, 须证明其不录用劳动者的行为是合理合法的, 是与工作相关的, 不具有歧视性, 赋予用人单位对女性劳动者不实的事实和诉讼请求进行对抗的权利, 避免出现滥诉的行为, 维护用人单位的合法权益。明确对侵犯女性平等就业权的行为的认定标准, 从行为、过错、损害结果、因果关系四个方面进行认定。行为方面, 用人单位对女性劳动者的侵权行为具有直接违法性, 或者虽不具有直接违法性, 但对女性劳动者的平等就业权造成了不利影响; 过错方面, 对直接侵犯女性平等就业权的行为要

求用人单位主观上具有故意,对间接侵犯女性平等就业权的行为不要求用人单位具有主观过错;损害结果方面,用人单位的侵权行为对女性劳动者的平等就业权造成了损害;因果关系方面,用人单位的侵权行为与损害结果之间存在因果关系[7]。

明确法律责任的承担方式,可以参考《民法典》第179条的规定。首先是赔礼道歉。在侵犯女性平等就业权的案件中,用人单位的行为往往涉及到了对女性劳动者人格尊严的侮辱。在这种情形下,用人单位进行公开赔礼道歉对女性劳动者而言,是一种有效的救济方式,通过公开赔礼道歉的方式弥补女性劳动者受到的伤害,并且公开的赔礼道歉对其他的用人单位也是一种警示,有助于增强社会的平等意识。其次可以对用人单位设置录用或重新雇用的责任承担方式。女性劳动者在应聘阶段,因为用人单位直接或间接的歧视行为,最终导致女性劳动者没有被录用,应当赋予女性劳动者在符合职业条件的前提下,要求用人单位予以录用的权利;女性劳动者在用人单位工作期间,因性别歧视遭到用人单位的辞退、解除劳动关系的,赋予其向用人单位提出重新雇用的权利。但应当对女性劳动者此项权利行使的适当性及合理性作出相应的规定。例如,用人单位已经在相应的岗位上找到了适合的职工,无法向权利人提供其所请求的岗位,此时即便权利人提出行使此项权利,该项权利的行使也不具有适当性及合理性。因此,在司法实践中,应当根据案件的具体情况,具体判断具体处理。然后是财产性损害赔偿。在目前的司法实践中,法院对财产性损害赔偿持支持态度,但具体应该赔偿哪些事项尚未确定,可以包括女性劳动者在应聘过程中与应聘相关的必要支出,如体检费、交通费和通讯费等,女性劳动者在从业过程中遭到辞退、解除劳动关系受到的实际损失,和再工作之前的合理预期利益等。最后是精神损害赔偿。上文已经提到了对女性劳动者进行赔礼道歉弥补劳动者人格尊严受到的伤害,但是当用人单位的行为对女性劳动者造成了严重的精神损害,就不仅需要赔礼道歉,更需要让用人单位承担精神损害赔偿。目前司法实践中对精神损害赔偿数额的规定并不理想,不足以使用用人单位付出深刻的代价,因此应当在合理的范围内提高精神损害赔偿的数额,将精神损害程度与精神损害赔偿数额关联起来,并在此范围内赋予法官自由裁量权,让具体案件的劳动者在法定的赔偿数额内得到合理有效的救济。

第二,调整对女性劳动者的特殊保护规定。平等原则并不是要我们否认男性与女性之间的生理差异,而是在承认差异的前提下,通过法律规范尽量降低这种生理差异带来的不利影响[8]。如前所述,对女性就业范围的禁止性规定,在一定程度上剥夺了女性的就业机会和平等就业权,这些法律规范给予公众了一种女性由于生理原因弱于男性的刻板印象,实际上,女性并不弱于男性,女性在工作中能够在细节等方面表现得比男性更优秀,相比较直接规定禁止性规范限制女性劳动者的就业范围,更应该赋权于女性劳动者,给女性劳动者选择是否从事高工作强度、高风险工作的机会。这样不仅赋予了女性劳动者更多的自主选择权,而且可以避免在制度上对男性构成反向歧视。现行法律规范中对女性劳动者的保护更多关注的是女性的生育方面,过多地强调了女性在生育方面的价值。女性所能创造的价值远高于生育这一个方面,我们需要对女性的生育进行保护,但不应该只关注女性的生育,女性在休完产假后,也需要回归到社会,回归到原本的工作岗位,要保障女性劳动者的平等就业权,更应该关注在女性劳动者生育过后,用人单位对女性劳动者的平等对待,而不能出现用人单位认为生育后的女性劳动者的工作价值降低,从而针对女性劳动者作出不公平的规定,通过各种方式克扣女性劳动者的薪资待遇,甚至解除与女性劳动者的劳动者关系。

3.2. 司法层面的完善建议

完善举证责任分配制度。如前所述,我国尚没有针对女性平等就业权案件中举证责任的特殊规定,即遵循“谁主张,谁举证”的举证原则,在诉讼中,决定能否胜诉非常关键的一环便是,能否对就业中的歧视行为进行证明。

在就业歧视案件中, 女性劳动者作为受害者往往处于弱势地位, 收集证据的能力弱, 举证能力弱, 由女性劳动者证明就业过程中存在就业歧视行为是不合理的。应当采取“举证责任倒置”, 受到侵害的女性劳动者只需要提供自己的合法权益受到用人单位侵犯的初步证据, 法律推定用人单位实施了就业歧视行为, 侵犯了女性劳动者的合法权益, 用人单位则需要就自己没有实施就业歧视行为进行证明, 用人单位要证明哪些事实, 又要证明到何种程度, 这是仍待商榷的。我们可以借鉴加拿大在处理就业歧视案件中的举证责任分配方法, 用人单位若能举证证明其所实施的行为有正当性、合理性, 那么用人单位不构成就业歧视, 这样的认定标准就可以不需要过多考虑用人单位歧视行为的形式。用人单位证明行为的正当性和合理性至少应满足: 用人单位所实施的行为与工作岗位要求有联系, 且是客观、必要的联系; 用人单位在主观上不存在恶意; 用人单位实施该行为确实是基于工作目的; 重要的是用人单位应当尽到“合理调配义务”, 即在不过分增加用人单位的负担, 又可以与劳动者达成合意的情况下, 为劳动者做出其他合理的调配[9]。若是用人单位能举证证明上述内容, 则用人单位不存在歧视行为。若女性劳动者和用人单位均提供了充分的证据证明自己所主张的事实, 那么法官应当对用人单位的证据进行审查, 若用人单位确实尽到了“合理调配义务”, 但仍无法与劳动者达成合意, 最终无法订立或解除劳动合同的, 应支持用人单位所主张的事实, 认定用人单位没有实施就业歧视行为[10]。

4. 结语

综上所述, 现阶段, 我国女性平等就业权保护仍然面临着严峻的形势。文章通过对女性平等就业权的理论基础进行分析, 论证保护女性平等就业权必要性和合理性, 再对我国目前在女性平等就业权保护的法律保障方面存在的问题, 从立法和司法两个层面进行分析, 最后针对当前法律保障存在的问题提出完善建议。期待通过对女性平等就业权法律保障的研究, 能够推动我国《反就业歧视法》的制定, 营造良好的就业氛围, 带动社会尊重和保护女性劳动者的平等就业权, 共同促进和谐的劳动关系的建立。

参考文献

- [1] 西蒙·波娃. 第二性: 女人[M]. 陶铁柱, 译. 北京: 中国书籍出版社, 1998: 309.
- [2] 汪卫平, 姜晓晖, 张成龙. 性别平等悖论: 全球青少年数字性别鸿沟及其性别文化解释——基于 PISA, 2018 数据的跨国(区)分析[J]. 外国教育研究, 2022, 49(4): 19-35.
- [3] 联合国公约与宣言检索系统网站[EB/OL]. <https://www.un.org/zh/documents/treaty/A-RES-34-180>, 2023-11-08.
- [4] Radoje, B. (2020) Equal Opportunities and Treatment in Employment and Occupation. Collection of Papers, Faculty of Law, Nis, Vol. 87, 167-168.
- [5] 李雄. 论平等就业权[D]: [博士学位论文]. 重庆: 西南政法大学, 2008: 109.
- [6] 贾熙宇. 女性平等就业权的法律保障研究[D]: [硕士学位论文]. 沈阳: 辽宁大学, 2023: 19.
- [7] 张姝. 论就业歧视的狭义界定——我国就业歧视法律规制的起点[J]. 当代法学, 2011(4): 108-115.
- [8] 高妍. 女性平等就业权的法律保护研究[D]: [硕士学位论文]. 重庆: 西南政法大学, 2021: 31.
- [9] 李薇薇. 反歧视法原理[M]. 北京: 法律出版社, 2012: 209.
- [10] 杨帆. 女性平等就业权利的法律保护研究[D]: [硕士学位论文]. 沈阳: 辽宁大学, 2021: 24.