

# 就业性别歧视的法学视角分析：现实原因、制度困境与解决路径

吴宇琨

四川大学法学院，四川 成都

收稿日期：2022年8月17日；录用日期：2022年9月15日；发布日期：2022年9月23日

## 摘要

就业性别歧视存在政策方向、企业效益、社会观念、前置教育分化等具体社会原因。就业性别歧视的规范手段存在具体定义模糊，限制规定松散，救济手段不足等制度困境。未来应基于其现实原因与制度困境具体构建专门化反歧视实体法律体系与就业性别歧视的程序救济体系，据此引导社会政策方向与观念转变，以根本消除就业性别歧视。

## 关键词

就业性别歧视，劳动法，女性权益

# Legal Analysis of Gender Discrimination in Employment: Reasons, Institutional Difficulties and Solutions

Yukun Wu

Sichuan University Law School, Chengdu Sichuan

Received: Aug. 17<sup>th</sup>, 2022; accepted: Sep. 15<sup>th</sup>, 2022; published: Sep. 23<sup>rd</sup>, 2022

## Abstract

There are specific social reasons for employment gender discrimination, such as policy direction, enterprise efficiency, social perception, and pre-education differentiation. The systemic dilemmas of gender discrimination in employment include vague definitions, loose restrictions, and insufficient remedies. In the future, we should construct a specialized anti-discrimination substantive

**legal system and a procedural remedy system for gender discrimination in employment based on the actual causes and institutional difficulties, and guide the social policy direction and conceptual changes to eliminate gender discrimination in employment.**

## Keywords

**Gender Discrimination in Employment, Labor Law, Women's Rights**

Copyright © 2022 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. 引言

现代社会发展推动女性社会地位提高，其社会劳动中越发承担重要地位，男女性之间的部分劳动能力差距因社会生产力水平的提高与生产方式的转变已经大幅减小甚至消失。1985年，国际劳工组织即已通过《关于就业和职业歧视公约》，就业歧视自此成为国际范围内的普遍法律议题。此后的《消除一切针对妇女歧视公约》更是进一步以国际视角规范对于妇女劳动者极其突出的普遍就业性别歧视问题。伴随着现代社会经济发展两性平等与国际劳动立法的反就业性别歧视浪潮，我国也通过《就业促进法》、《妇女权益保障法》等单行法明确规制就业性别歧视问题。但在现阶段社会整体劳动参与的过程中，以区别对待、内部规定、工资差距等为表现的就业性别歧视仍然广泛存在，故本文结合女性就业过程的社会现实，从政策规定、企业效益、社会观念、教育衔接四大方面分析女性就业歧视的现实原因，结合对于现阶段就业性别歧视保护的制度困境的剖析，综合探讨当前就业性别歧视的可行解决出路。

## 2. 就业性别歧视的现实原因

就业性别歧视实则是社会范围内多维因素共同造就的结果，受政治、经济、文化等多方面具体要素的影响。整合近年来社会内女性就业歧视的相关报道以及相关政策性文件，此处将现社会内女性就业歧视的现实原因归纳为以下四点：

其一，政策规定上，社会整体就业政策方向呈现区别性。综合对于近5年来中央与各地方出台的相关就业扶持政策与就业便利政策的相关分析，其整体呈现性别区别性，并在一定程度上向男性倾斜<sup>[1]</sup>，主要表现为两大方面：一方面，部分国家机关与事业单位的就业岗位的设置呈现不必要的男女不平衡性。这一不平衡性突出表现在文秘人员、财务人员等不存在绝对化男女从业差异的岗位上，其岗位设置往往男性多于女性。即使部分情形下其未针对男女性别设置岗位，其往往在男女性的年龄要求、学历要求上呈现区别差异。国家机关与事业单位的具体行为在很大程度上将影响社会整体的就业导向，这在相当大程度上主张诸用人单位在招工过程中强化男女性就业机会的不平等性；另一方面，部分城市的人才引进等社会就业优抚政策呈现不必要的男女区别性。其在就业优抚政策中将男性与女性差异对待，在就业促进的资金支持、社会福利等方面均相对呈现女性差于男性的整体表现，二者之间的就业待遇呈现明显的不平等性。在很大程度上直接影响了用人单位在人才录用上的价值导向，致使女性就业过程越发困难。整体上，尽管中央文件相对笼统的要求男女性在就业过程中应当予以平等对待，但在具体政策落实上，诸多地区仍然将男女性别设立于不同的就业区别地位上，致使二者在就业机会、就业待遇产生差异，由此影响了社会整体对于女性就业的价值导向，致使社会范围内的针对女性的就业歧视现象部分加剧。

其二，企业效益上，女性劳动产出与报酬给付负担的比例较低的社会现实持续存在。纵然基于现代社会的诸技术条件与整体社会教育水平，男女性之间的具体生产能力差距近乎消失，但对于部分给付能力相对欠缺的用人单位或是特定行业而言，其仍然是人才录用的影响因素之一，其主要表现在以下两个方面：一方面，女性受生育等生理活动的影响其劳动过程将存在较长时间的中断性，或将影响小型用人单位的整体业务安排。《妇女权益保障法》中对于女性孕期权益的保护极其严格，用人单位在女性半年的孕期内必须维持其劳动关系并持续给付其岗位薪酬，这对于部分人才岗位相对紧缺且资金周转相对困难的小型用人单位而言压力相对较大，致使其不可避免地在招聘过程中相对减少女性劳动者的录用数量，即使是对于负担能力相对较强的用人单位，其同样或将因此而相对减少对于女性劳动者的录用比例；另一方面，部分行业的特殊从业要求呈现女性的劳动创造力弱于男性。在物流业等重劳力领域的行业中，用人单位往往从工作效率角度期待招聘相对能创造更大劳动价值的劳动者，而在这些行业中，女性受生理结构的制约，其劳动创造能力必然将弱于男性，故用人单位不可避免地在招聘过程中相对减少女性劳动者的录用数量[2]。整体上看，在同等薪酬待遇的情形下，男性受生理结构等因素影响劳动产出的情形相对较少，整体的劳动产出比例相对更高，在男女性的劳动能力与业务水平相同的情况下，用人单位基于生产效益角度侧重男性劳动者的社会现实固然存在。

其三，社会观念上，社会范围内仍然存在不利于女性平等就业的固有观念。宏观而言，社会范围内影响女性平等就业的固有观念不仅限于传统观念，同时涉及部分现代产业内的固有化印象：一方面，社会传统的女性弱于男性的就业能力观持续存在。我国传统观念中男强女弱的劳动观持续了千年时间，直至现代仍影响社会内部分用人单位的具体录用标准，其在招聘过程中不自觉地向男性倾斜。另一方面，部分行业内存在对于女性从业的刻板影响。在教育行业、工程行业等性别分化相对严重的行业中，其对于女性从业的刻板影响持续存在，诸多用人单位往往不经考量而认为女性不适于从事某个行业或者更适于从事某个行业，且长此以往进一步加深了行业内的性别分化并由此强化了固有的刻板印象。整体来看，社会内的传统观念与固有印象对于用人单位的人才招聘过程的影响仍较为深刻且表现相对相对潜默，在很大程度上致使社会整体的男女性就业分化陷入恶性循环。

其四，专业教育上，专业教育阶段即形成性别分化加剧毕业后就业过程性别分化。现代社会中专业教育往往是社会就业的前置衔接阶段，但现专业教育阶段已然形成了部分性别分化。其直接表现为专业教育的招生过程中即存在性别的隐形青睐[3]。前述阐释了就业过程中的部分固有观念与刻板印象，这一固有观念与刻板印象在一定程度上影响了专业教育阶段的具体招生，致使在前置教育过程中即形成了相对突出的性别分化，由此影响女性后续整体就业。这一现象致使部分行业中女性的教育晋升往往比男性更为困难，从而影响同等条件下男女性客观学历水平的区别差异，从而进一步加剧女性未来的就业困难。

### 3. 就业性别歧视的制度困境

前一部分阐释了就业性别歧视的社会现实原因，相对详尽的分析了现阶段就业性别歧视解决的实践困境。该部分将主要围绕就业性别歧视的具体制度现状展开分析，探讨现阶段就业性别歧视的规制制度困境。综合整理我国劳动法领域的相关法律法规与部分政策性文件，此处将现阶段就业性别歧视存在的规制制度困境归纳为以下四点：

其一，法律定义上，劳动法领域内缺乏相对明确的针对就业性别歧视的具体定义。相对而言，我国《劳动法》《就业促进法》等涉及劳动者具体就业过程的法律中，涉及就业歧视方面的内容均缺乏针对其严格法律定义作为后续的立法基础，致使整体上对于就业性别歧视的法律规制相当模糊。针对就业性别歧视的具体法律定义要求两方面的内容：一是具体表现。列举式是我国重要的立法手段，故在劳动法的立法保护过程中，也可以适用列举式，基于社会现实，简要列举典型的就业性别歧视的具体表现与类

推条件，由此明确法定的就业性别歧视的具体内涵；二是认定要件。要件式同样是我国重要的立法手段，故在立法保护的过程中，同样可以综合抽象总结就业性别歧视认定的具体要件，以体现对于就业性别歧视行为的普遍性规制。

其二，具体规定上，劳动法领域内对于就业性别歧视行为的具体法律限制较弱。劳动法整体相对缺乏对于就业性别歧视的高效化监管与限制规定，致使整体对于就业性别歧视行为的具体限制能力相对较弱，其主要表现在两方面：一是针对就业性别歧视规制的法律位阶较低。劳动法领域内《劳动法》《劳动合同法》《就业促进法》与社会保障领域内的《妇女权益保障法》等主要法律中对于就业性别歧视的具体规定均相对笼统且模糊，而相对具体规定就业性别歧视行为的《女职工劳动保护特别规定》等制度多为行政法规或部委规章，其整体的立法位阶相对较低，整体的法律适用能力相对较弱，在社会整体层面上形成法治治理效果相对较低，难以对于就业性别歧视行为起到严格的限制与规制作用[4]；二是针对就业性别歧视的规定相对零散、颇为重复、不成体系。劳动法领域内的几部主要法律中均涉及就业性别歧视的相关内容，但其对于就业性别歧视的相关规定多含糊其辞，且在不同法律中关于就业性别歧视的相关规定颇为重复，未能真正形成针对就业性别歧视进行规制的统一体系以发挥整体化的法治效能。其具体规制内容的重复性致使整体对于就业性别歧视规制的具体内容存在诸多漏洞，未能相对全面且严格的针对就业性别歧视进行体系化法律治理。整体上看，法律规制的低阶性与松散性致使现阶段劳动法领域缺乏针对就业性别歧视的有机体系，法律规定中的诸多漏洞致使就业性别歧视成为社会就业过程中的隐形黑色地带。

其三，救济手段上，我国法律体系下缺乏针对就业性别歧视的有效权利救济手段。针对就业性别歧视问题，我国现行的劳动争议解决制度与民事诉讼制度均不能较好的进行权利救济：在劳动争议解决上，就业性别歧视问题不能直接适用现行劳动仲裁制度。我国现行的劳动仲裁制度以劳动者同用人单位之间建立劳动关系为基础，但在就业性别歧视问题中，并非所有女性劳动者均为就业后区别待遇表现的就业歧视，更多地是在就业过程中因女性身份而隐形淘汰所遭受的就业歧视，其尚未同用人单位之间建立劳动关系。针对这类就业性别歧视，其无法通过提请劳动仲裁的方式进入劳动争议解决轨道，进而无法进入劳动争议后续处理的诉讼轨道；在民事诉讼适用上，就业性别歧视问题难以直接适用民法实体规定进行调整。就业性别歧视问题在实质上仍然是劳动法领域所实体调整的法律问题，但在其无法通过劳动仲裁进入劳动法诉讼轨道的情形下，其只能直接提请民事诉讼以解决相关纠纷[5]。但我国现行民事法律中缺乏针对劳动者就业性别歧视的相关规定，即使是在劳动法领域，也缺乏针对就业性别歧视的具体实体法律规定，女性劳动者在诉讼过程中缺乏可行的法律依据。同时，基于民事诉讼程序的基本证明责任分配原则，女性劳动者在这一劳动过程中承担了较重的举证责任，整体诉讼解决难度较大。整体上看，就业性别歧视问题在劳动法与民法领域均缺乏有效的实体与程序性救济手段，致使社会范围内就业性别歧视问题更为突出与难以解决。

其四，规制结果上，用人单位的违法成本较低，整体规制效果较弱。基于前述就规制制度的具体定义、规制体系、救济手段的综合分析，可以总结现阶段用人单位在招聘过程中存在就业性别歧视的违法结果相当低，且其整体的治理难度相对较大。单纯的附加用人单位的法律性义务并非是针对就业性别歧视问题的治本之策，其在更大程度上要求通过法律引导从而相对改变社会内的就业性别歧视现实，而相对根本的消除就业性别歧视的具体基础，以最终解决就业性别歧视问题。

#### 4. 就业性别歧视的解决路径

综合前述针对就业性别歧视的社会现实原因与制度规范困境的具体分析，相对探讨未来针对就业性别歧视问题的最终解决路径：前期完善关于就业性别歧视的法律与制度性构建，后期基于这一法律与制



度性构建引导社会内就业环境与政策观念的转变，根本上消除就业性别歧视存在的社会意识与社会存在基础。

#### 4.1. 前期：完善就业性别歧视的制度性构建

就业性别歧视的制度性构建应当以两方面深入推进，即就业性别歧视规制的实体保护层面与救济手段的程序保护层面：

实体层面上，细化以宪法平等权为基础的劳动者就业平等权保护，构建专门化的就业歧视法律规制体系。相对而言，我国现阶段实体性赋予劳动者就业反歧视的具体权利仅有宪法中规定的平等权，在未来的劳动法立法调整与充实过程中，应当以该宪法中具体规定的平等权为基础，扩张并细化针对劳动者平等化就业保护的相关权利，在《劳动法》中相对明确的将反就业歧视作为实体性权利作为劳动者平等权的具体表现以进行规定与保护。同时，应当构建专门化的反就业歧视法律规制体系，其主要通过两方面实现：一是在《劳动法》或《就业促进法》单行法律中单独成章，作为整体规制体系的具体法纲。就反就业歧视的相关规定专门细化单独成章，能进一步在立法过程中强化就业性别歧视问题的突出重要性，强化该问题的保护价值并提高针对该问题的重视基础，同时为后续的立法补充工作提供具体的发展基础。二是丰富司法解释、行政法规等较高立法位阶的规制制度[6]。在具体立法体系构建的过程中，基于前述的专门章节，通过司法解释、行政法规等形式丰富其反歧视法律体系的具体内容，做到通过高阶规范相对全面的覆盖就业性别歧视问题，为其问题解决提供相对充足的实体支撑[7]。

程序层面上，拓展进行就业性别歧视救济的程序轨道，通过仲裁程序与诉讼程序为反歧视救济提供双重保障。未来应当结合针对就业性别歧视的实体性法律构建，跟进拓展就业性别歧视的具体救济程序：在仲裁程序上，设立关于反歧视的特别劳动仲裁程序，将就业性别歧视争议纳入劳动争议解决轨道。即使就业性别歧视不完全符合劳动仲裁的具体要求，但其所涉及的劳动者权益保护的核心问题同劳动仲裁的最终目的相一致，设立特别劳动仲裁程序将在很大程度上丰富就业性别歧视的具体救济渠道，体现对于劳动者具体权益的保护；在诉讼程序上，针对就业性别歧视纠纷调整具体诉讼证明责任分配，为劳动者提供更多的劳动救济机会。在通过诉讼程序处理就业性别歧视问题的情形下，适当的将举证责任分配至用人单位方，要求用人单位针对其不存在就业性别歧视责任承担举证责任，同时提高法院在诉讼过程中对于就业性别歧视问题相关证据的具体审理要求，以相对更为稳固的保障女性劳动者平等就业的具体权利。

#### 4.2. 后期：结合制度构建引导转变社会就业环境

引导转变社会就业环境应当从其就业歧视问题的基本表现出发，着重针对政策支持、社会观念相关问题进行引导与调整：

政策支持上，引导转变政策整体方向，构建针对女性的专门化社保体系以相对减轻用人单位对于女性的具体薪酬负担。一方面，应当积极引导社会整体的就业促进与就业帮助政策弱化直至去除性别间的具体区别性，以引导诸用人单位结合整体社会政策考虑减轻在招聘过程中针对女性的就业性别歧视；另一方面，通过对于女性专门化社保体系的构建，如孕期生活的社会保障，相对减轻在女性的必要劳动空缺期间的企业负担[8]。通过这一社会保障门类的具体建立，能相对减轻用人单位在女性孕期等必要劳动空缺期间的整体薪酬与经营压力，相对减轻其对于招收女性劳动者的具体顾虑，有利于其在整体上改变固有的针对女性劳动者的就业性别歧视。

观念转变上，积极促进就业平等制度的具体宣传，强调就业歧视的法律后果。基于前期针对就业性别歧视规制法律体系的具体完善，在社会范围内加大对于男女性平等就业的具体宣传，相对在社会范围

内形成男女性平等就业的整体社会观念。同时积极向用人单位宣传就业性别歧视的可能法律后果，要求其知晓就业性别歧视行为的具体法律责任，以引导其在招聘过程中不再出现就业性别歧视的相关行为。

## 5. 总结

综合全文，现阶段就业性别歧视的存在政策方向、企业效益、社会观念、专业教育等方面的现实原因，同时其存在规制定义模糊、规范制度松散、救济手段低效等规范制度困境。就业性别歧视的现实原因与制度困境互为表里、紧密相连，真正解决就业性别歧视问题的关键即在于统一化地同步处理这两大问题。因此，基于就业性别歧视的现实原因与制度困境所体现的客观治理方向，对于就业性别歧视问题，未来应以宪法中的平等权为纲，细化形成具体的专门化反歧视法律规范体系与就业性别歧视的法律救济体系，并在此基础上引导社会范围内的政策方向、社会观念逐步转型以整体消除就业性别歧视的根源基础。从而在制度与实体层面上相对同步地处理就业性别歧视问题，在构建完善的反就业性别歧视上层制度体系的同时逐步消解社会范围内就业性别歧视的底层基础，防止就业性别歧视浪潮回温复辟，根本上保护妇女劳动者的基本劳动权利与平等劳动者主体地位。

## 参考文献

- [1] 周文莲, 周群英. 就业性别歧视的文化机制分析[J]. 重庆大学学报: 社会科学版, 2006, 12(5): 55-60.
- [2] 刘海军. 如何走出就业性别歧视困境——立足于马克思资本增殖逻辑的思考[J]. 大连海事大学学报: 社会科学版, 2017, 16(1): 80-85.
- [3] 刘婷婷. 女性就业性别歧视的产生与再生产——基于“建构主义”社会性别理论的分析[J]. 改革与开放, 2011(1X): 120-121.
- [4] 王显勇. 论平等就业权的司法救济[J]. 妇女研究论丛, 2020(2): 88-96.
- [5] 唐颖侠, 范金梅. 美国反就业性别歧视救济机制及其对中国的启示[J]. 反歧视评论, 2015(1): 115-129.
- [6] 王显勇. 疏堵结合防治就业性别歧视[J]. 反歧视评论, 2018(1): 143-149.
- [7] 刘宏. 反就业歧视应制定专门法律[N]. 法制日报, 2009-06-15(007).
- [8] 唐芳. 对妇女的就业性别歧视界定与《妇女权益保障法》相关立法完善[J]. 中华女子学院学报, 2021, 33(6): 32-39.