



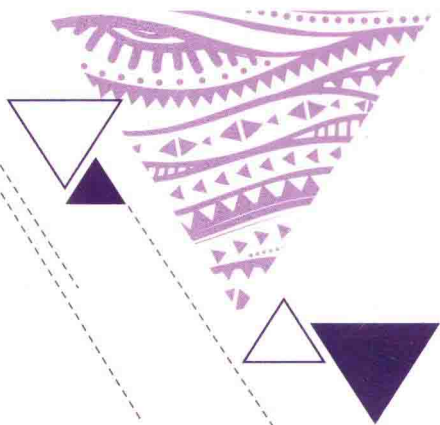
松湖政法论丛

总主编 强昌文

Legislation Research of
Female Equal Right on Work in China

中国女性平等工作权立法研究

郑玉敏◎著



中国政法大学出版社



Legislation Research of Female Equal Right
on Work in China

中国女性平等工作权 立法研究

郑玉敏◎著



中国政法大学出版社

2018·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

中国女性平等工作权立法研究/郑玉敏著. —北京：中国政法大学出版社，2018. 10

ISBN 978-7-5620-8580-5

I. ①中… II. ①郑… III. ①女性—劳动权—立法—研究—中国
IV. ①D922. 504

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第236530号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话	010-58908289(编辑部) 58908334(邮购部)
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	880mm×1230mm 1/32
印 张	6.75
字 数	160 千字
版 次	2018 年 10 月第 1 版
印 次	2018 年 10 月第 1 次印刷
定 价	33.00 元

前 言

Preface

工作权是女性权利体系中基础性的权利，女性只有获得了平等的工作权利，才可能有平等的经济地位从而获得家庭地位和社会地位，因此完善女性平等工作权的立法可以为维护妇女权利、促进两性平等发展提供制度保障。妇女发展权要求法律赋予妇女同男性同等的参与经济、政治、社会和文化发展的机会并享受同等的发展成果。以发展权为视角进行理论研究，有助于对目前中国妇女保护性立法进行全方位反思并就如何通过立法促进男女协调、均衡发展进行理论重构，推动中国妇女权利立法由“保护”走向“平等”。中国女性平等权法律保障首先要坚持以人为本的法律观，将女性的利益、发展和女性社会地位的提高作为立法的主要目标；在立法模式方面实现由保护型立法向赋权性立法即促进妇女权利与能力增长的模式转变。在立法过程中要坚持两性平等分担家庭、工作领域的权利、权力、责任和机会原则。在我国全面推进依法治国的重要时期，在全国人大高度重视科学、民主立法，提高立法质量的背景下，全国妇联力推政策和法律的性别平等评估机制，是把性别平等问题纳入国家立法过程

的最好契机。2012年江苏首创性别平等咨询评估机制以来,全国已经有8个省市开始了相关的工作机制推动,但是目前各地的评估主体、运作机制各有不同,因此急需研究分析已有的经验,并将其相关经验上升到法律政策层面,规范组织建制,明确角色任务,这有利于政策和法律性别平等评估机制更好、更全面地参与法治建设,对于从源头保护妇女儿童权益有重要意义。通过进行跟踪调查,将这样一个评估机制确立为制定一项政策和制定一项法律的必经程序。通过这样的方式来确保每一项政策和法律都能够体现性别意识,使男女真正在政策和法律层面上平等受益、协调发展。

从权利的层面关注女性发展,从法律保障的视角研究女性权利的保护是本书的主要出发点。本书作者先后主持了中国法学部级研究“中国女性平等工作权立法研究”和广东省人文社科项目“广东现代化过程中的妇女发展与权利保护”,受东莞市妇联委托完成了“东莞女性创业就业调研”、“全面两孩政策实施对东莞女性影响调研”和“东莞人女性恋爱婚姻家庭状况调研”。本书是作者近十年研究女性权利的主要成果总结和梳理。

第一章“中国女性平等工作权立法研究”主要依托中国法学会部级研究“中国女性平等工作权立法研究”的开展,从“中国女性工作权特殊保护立法模式的评估与检讨”、“家庭责任分担立法与女性平等工作权的实现”以及“女性平等工作权立法的比较研究”等方面研究了女性平等工作权立法方面存在的问题,面临的挑战,给出了中国女性平等工作权立法建议和可行路径;同时通过“东莞女性创业就业调研”从实证角度分析了女性工作权实现的路径与保障。作者认为

中国女性工作权立法的重构必须摒弃性别本质主义，在立法途径上以社会性别分析的视角检讨现行法律，反思以前的立法思路，切实把社会性别平等纳入立法过程中重新构建性别工作立法。

第二章“中国女性平等发展权法律保障”，主要从“发展权视角下中国妇女权利立法的反思与重构”以及“中国女性平等发展权法律保障研究”等方面研究了女性发展权的重要性、发展权与工作权的关系；通过“男人‘休产假’与性别平等”和“针对女性的家庭暴力的女权主义解读”探讨了法律与性别平等等问题；依托广东省人文社科项目“广东现代化过程中的妇女发展与权利保护”的研究探讨和总结了广东省通过地方立法对女性权利保护的创新与尝试以及如何从法律的角度保护女性的发展权；“东莞人女性恋爱婚姻家庭状况分析与对策研究”和“全面两孩政策实施对东莞女性的影响调研”则是从实证角度分析了女性工作权、发展权实现中的问题与保护。作者认为从发展权的视角入手，反思和检讨中国目前的福利性保护立法对妇女选择权的限制，借鉴国外通过立法促进妇女平等发展的经验，对中国妇女权利立法如何确认和保护妇女发展权，如何实现立法从“保护”走向“平等”、从确认形式平等到保障实质平等，从而通过法律赋予妇女更多的选择权提出可行性建议。

第三章“法律的性别平等评估”主要探讨了“完善我国地方法规性别平等评估机制的对策与建议”和“推动中国法律的性别平等评估机制建立研究”研究法律的性别平等评估机制的目标在于促成法律性别平等评估的制度化，通过研究完善评估机制的内容和程序的可操作性。作者认为通过法律

的性别平等评估机制，不仅能实现妇女对立法的参与，而且能促成性别平等立法在法律顶层设计和实施的全过程充分体现。通过性别平等评估这一重要手段，使每一项法律政策的制定和每一项具体措施的执行，在不增加新的不平等基础上，纠正以往积累的不平等。换句话说，在公平对待的基础上，向弱势倾斜，才能促进公平。制度化的性别平等评估有利于促进在妇女发展的各领域进一步体现男女平等。

作者长期关注中国女性的工作权立法和平等权法律保障，关注国际范围内女性权利立法的发展趋势和理论研究成果。本书的内容既包括理论的论述也包括很多的实证研究。水平所限，本书存在不足在所难免，恳请学术界同仁以及读者评点和斧正。

本书的出版得到中国政法大学出版社编辑以及东莞理工学院学术出版基金和法律与社会工作学院强昌文院长的支持，在此一并表示感谢。

郑玉敏
2018年5月

目 录

Contents

前 言	1
第一章 中国女性平等工作权立法研究	1
第一节 中国女性平等工作权立法研究	1
第二节 中国女性工作权特殊保护立法模式的 评估与讨论	16
第三节 家庭责任分担立法与女性平等工作权的 实现	23
第四节 东莞女性创业就业调研	31
第五节 中国女性平等工作权立法建议	70
第二章 中国女性平等发展权法律保障	73
第一节 发展权视角下中国妇女权利立法的反思与 重构	73
第二节 中国女性平等发展权法律保障研究	78
第三节 男人“休产假”与性别平等	84
第四节 针对女性的家庭暴力的女权主义解读	91

第五节 广东地方立法对妇女权利的保护与创新 104

第六节 东莞人女性恋爱婚姻家庭状况分析与
对策研究 114

第七节 全面两孩政策实施对东莞女性的影响
调研 133

第三章 法律的性别平等评估 173

第一节 中国法律的性别平等评估研究综述 173

第二节 推动中国法律的性别平等评估机制
建立研究 187

第三节 完善我国地方法规性别平等评估机制的
对策与建议 199

第一章

中国女性平等工作权立法研究

第一节 中国女性平等工作权立法研究 *

根据 1975 年的《墨西哥宣言》，男女平等是指男人和女人的尊严和价值的平等以及男女权利、机会和责任的平等。平等工作权正是基于男女平等而派生的一项权利，它是女性享有其他权利的基础和重要保障。按照通常的理解，平等工作权指女性在参与社会劳动时应当具有与男性劳动者同等的法律地位，享有同等的法律人格，在就业机会和报酬方面不受到歧视和不同等的对待。根据联合国《消除对妇女一切形式歧视公约》第 11 条的规定，女性的平等工作权包括平等工作的选择权利和对孕期女性获得特殊保护的权利。女性的平等工作选择权包括：①人人有不可剥夺的工作权利；②享有相同就业机会的权利，包括在就业方面相同的甄选标准；③享有自由选择专业和职业，

* 本节曾作为论文发表在《社会科学辑刊》2010 年第 3 期，第 122 ~ 126 页。

提升和工作保障,一切服务福利和条件,接受职业训练和再训练,包括实习训练,高等职业训练和经常训练的权利;④同样价值的工作享有同等报酬包括福利和享有平等待遇的权利,在评定工作的表现方面,享有平等待遇的权利;⑤享有社会保障的权利,特别是在退休、失业、疾病、残废和老年或在其他丧失工作能力的情况下,以及享有带薪假的权利;⑥在工作条件中享有健康和安全保障,包括保障生育机能的权利。孕期女性获得特殊保护的權利包括:①禁止以怀孕或产假为理由予以解雇,以及以婚姻状况为理由予以解雇的歧视,违反规定者得受处分;②实施带薪产假或具有同等社会福利的产假,不丧失原有工作、年资或社会津贴;③鼓励提供必要的辅助性社会服务,特别是通过促进建立和发展托儿设施系统,使父母得以兼顾家庭义务和工作责任并参与公共事务;④对于怀孕期间从事确实有害于健康的工作的妇女,给予特别保护。比较中国的相关立法与联合国和国际劳工组织的立法发展以及与世界范围内女性工作权立法的发展理念和发展趋势,中国的立法明显呈现女性劳动保护范围过大和家庭责任分担立法缺失的状况,此外国家责任缺位和立法缺乏可操作性也是中国相关立法的缺陷所在。由此我们也不难理解中国女性在工作领域广泛遭遇性别歧视的制度原因,中国女性平等工作权的实现呼吁相关立法模式的转变和立法体系和内容的重构。

一、中国女性平等工作权立法现状研究

我国的女性工作权立法的框架包括了国内立法和国际条约两部分,从国内立法部分看包括了综合性的立法和单一的对女性倾斜性保护的法律、法规,立法的重点和立法模式在于对女性的特殊保护;从中国履行的国际义务看,中国政府也积极推

进了消除对妇女歧视和实现社会性别主流化的进程，但是无论是从国内立法还是中国参加的国际条约看，中国明显缺乏对有关家庭责任分担立法的关注。

我国有关女性工作权国内立法以《中华人民共和国宪法》和《中华人民共和国妇女权益保障法》为基础，主要包括：《中华人民共和国劳动法》、《女职工劳动保护规定》（已失效，现行有效的规定为《女职工劳动保护特别规定》）、《女职工禁忌劳动范围的规定》、《中华人民共和国就业促进法》和《中华人民共和国劳动合同法》等。立法一方面规定妇女在经济和家庭的生活等方面享有与男子平等的权利，另一方面承诺国家保障妇女享有与男子平等的工作权利，而这种承诺的具体表现就是对女性形成了一系列特殊保护制度。中国在有关女性工作权立法方面加入的国际条约和承担的国际义务包括：作为第一批签约国，中国政府于1980年9月批准了联合国《消除对妇女一切形式歧视公约》；中国政府作为联合国第四次世界妇女大会的东道国，于1995年9月作为49个首先承诺社会性别主流化的政府之一，对《北京宣言》和《行动纲领》做出积极承诺。这些都意味着中国政府尊重和保障妇女人权，为消除一切形式对妇女的歧视负有不可推卸的责任。在国际劳工组织近200个公约和200多个建议书中，与性别平等关系最密切的公约有4个：第100号《同工同酬公约》、第111号《反对就业和职业歧视公约》、第156号《有家庭责任的男女工人机会和待遇平等公约》和第183号《生育保护公约》。目前为止中国政府只批准了前两个公约，没有批准后两个公约。

（一）中国有关立法对女性的劳动保护范围过大

中国有关女性工作权立法的一方面规定妇女在经济和家庭的生活等方面享有与男子平等的权利，另一方面承诺国家保障

妇女享有与男子平等的工作权利，而这种承诺的具体表现就是对女性形成了一系列特殊保护制度，而且保护范围之宽和保护标准之高都是世界罕见的。有学者曾经对我国女职工劳动保护标准与国际劳工标准的进行过专门的比较^{〔1〕}：国际劳工标准中有关女职工劳动保护的公约从内容上可以分为这样几类。其一，基本人权和促进就业类。其二，生育保护类。其三，职业安全和卫生类。其四，夜间工作类。其五，井下作业类。通过对我国女职工劳动保护标准与国际劳工标准的比较可以发现：一是我国有的标准是国际标准中所没有的，如经期保护问题等。就其大部分的标准本身的水平而言，我国法律规定的标准或者与国际标准类似或者高于国际标准。二是其他国家地区以母性保障为主，我国的保护性法律是基于生理上的原因，强调了男女之间的生理差别，这些保护性法律不仅包含了经期、怀孕和哺乳期的女性，甚至还包括了更年期女性，如关于男女不同龄退休的规定。注重的是女性与男性的生理差异。

（二）家庭责任分担立法缺失

无论是从国内立法还是中国参加的国际条约看，中国明显缺乏对有关家庭责任分担立法的关注，中国到目前为止也没有相关的国家立法，故此这方面的立法在国家法的层面上仍然缺席。^{〔2〕}家庭责任分担立法缺失导致的不平等分担责任是妇女充

〔1〕 石美遐：“我国女职工劳动保护标准与国际劳工标准比较研究”，载《中国安全科学学报》2003年第5期；刘伯红：“中国社会转型期的女职工劳动保护”，载《妇女研究论丛》2009年第2期。

〔2〕 我国虽然已经有26个省、市、自治区都设立了“男方护理假”或者“配偶护理假”，但是从国家立法层面上目前关于产假及其待遇的法律规定都是针对女性的，在男性“产假”立法方面始终是一片空白。专家建议在修订的社会保险法中能够明确规定男性带薪护理假制度。

分进入劳动力市场的一个障碍。现代社会妇女参与生产和生育任务意味着她们每天不可避免地要比男人工作更长的时间。随着工作妇女人数的增加,双职工家庭的比例也在不断上升,许多妇女在休完产假之后被迫接受低层次的职位,甚至不得不离开原来的职业。所以除非采取坚决行动,协调工作责任与家庭责任的关系,否则无法结束女性劳动者因这两种责任的冲突所带来的压力与紧张。

(三) 国家责任缺位

男女共同分担家庭责任是女性平等进入工作领域的前提,而生育责任的社会化则是重要保障。我们都知道,人类的再生产不仅仅是对家庭,也是对人类、对社会的贡献,由此而产生相关成本和费用,应该由社会承担。因此,生育责任保障中应主要体现国家的责任。在我国20世纪80年代提出的生育保险机制至今没有如愿实现,其主要原因在于政府责任缺位,没有相应的公共财政支持。平衡工作与家庭的矛盾,应该是政府、雇主、工会和个人共同的责任,尤其是政府的责任。政府责任的缺失,加重了企业的负担,而企业又把它应该承担的责任转嫁给了个人或家庭,直接表现就是企业对有家庭责任的工人的歧视,尤其是对女工的歧视。中国妇女正面临市场改革的竞争,社会主义计划经济时代国家的保护性福利正在逐渐从市场机制中退出。在计划经济体制下,女性就业后所承担的怀孕、生育、哺乳等一系列再生产责任,受到了政府的高度重视,政府为企业解决了女性生育问题,很顺利地解决了女性生育与劳动就业的矛盾。在市场经济体制下,企业不再是一级行政组织而成了独立的微观经济主体。政府后续的政策没有跟上,却单纯要求企业承担女性生育负担,强制推行性别保护的法律将使国家法律面临实施失效的尴尬。因此,国家责任的重要性在市场经济

条件下凸显出来,换言之,所谓的社会责任,应主要由国家主动承担。

(四) 立法的可操作性欠缺

目前困扰中国女性平等工作权实现的现实困境是由于市场经济条件下作为独立的市场主体的企业对经济效益最大化的追求和原先计划经济条件下赖以推行和保证男女平等的行政力量失去了施展的平台,加之传统文化等因素使目前不完善的法规难以贯彻实施,结果造成劳动力市场上的性别歧视日趋严重。随着《就业促进法》和《劳动合同法》的实施以及《妇女权益保障法》的修改完善,中国女性无论是在就业、退休,还是在工作待遇和条件以及职业发展中遭遇性别歧视的现象却并没有明显好转。这其中除了上述已经分析的原因之外我国相关立法缺乏可操作性也是重要原因。

(1) 由于对妇女地位和作用的忽视,目前我国有关女性平等工作权的立法主要局限于对妇女生理性别和作为弱势群体的保护,轻视对社会性别的平等权利和社会地位的保护。

立法对女性的平等工作权主要是做出原则性宣告和倡导性规定,轻视惩罚和补偿性措施,而且缺乏监督机制,使法律的可操作性降低。基于男女之间的差别制定的保护性立法强化了男性的支配地位和女性的弱势地位。

(2) 由于我国缺乏专门的工作领域反性别歧视的专门立法,甚至在相关的法律法规中缺乏相应的条款,这对消除现实中的工作领域的性别歧视是极为不利的。

因此现有的立法不仅无法提供女性平等工作权实现的条件和保障,而且某种程度上已成为女性平等工作权实现的障碍。

由于立法缺乏可操作性,尽管中国女性在职场上遭遇性别歧视是屡见不鲜的事情,但法律并不能提供相应的保护,由于

缺乏法律责任和惩罚和补偿性措施的条款，女性工作权被侵犯无法通过诉讼渠道得到保护。重原则性宣告和倡导性规定的法律往往成为一种摆设。

二、国际范围内女性平等工作权立法趋势研究

从联合国国际劳工组织和世界范围内有关女性工作权立法的趋势看，女性的特殊保护范围逐渐缩小和重视家庭责任分担立法和赋予两性平等的工作选择是主要的发展趋势。

（一）女性及母性保护的范围逐渐缩小

从很多国家两性工作平等制度的发展趋势来看，女性及母性保护的范围逐渐缩小，从而更强调的是男女工作平等的概念。以美国为例，早期各州政府制定保护女性劳工免于工作危险的法律，但使得企业内部的竞争更激烈了。原本是为了改善男女差别待遇，却因企业规避法律实施职务差别雇佣制度，使得大多数均属竞争力差的女性先受到差别待遇。近年来这些法案已被认为是限制女性的工作机会而非保护她们。因此这些州在强化母性保护的同时，陆续缓和与母性保护无关的女性保护规定，以减少影响男女雇佣机会均等之法律障碍。在世界范围内，一些国家已放开女性禁忌劳动范围，女性可以从事以前不能从事的工作。比如，美国和挪威，已允许女性走进矿山井下。韩国目前正在考虑缩小女性禁忌劳动范围，韩国政府拟采取适合市场需要的未来价值人力资源开发政策，其中与女性直接相关的就是使保护女性规定更加现实化。韩国政府认为，现在的过度保护政策导致了女性就业机会的减少。韩国的妇女团体也赞同政府的态度，提出时间上的保护、夜间劳动的保护应取消，应当只将保护母性的规定保留下来。在一些国家，女性特殊保护也并不像我国那样宽泛。根据德国《母亲保护法》的规定，对

女性的特殊保护仅限于女性怀孕及以后一段时间，而不是我们所说的“五期保护”。^{〔1〕}

（二）男女平等分担权利、权力和责任

男女平等分担家庭责任已成为国际劳工组织促进男女平等立法的主要关注所在。国际劳工组织有关女性工作权立法的标准和目标是要保护女性职工或促进工作机遇平等和待遇平等。“其立法进程可以分为如下几个阶段：在20世纪早期的几十年时间里，人们认为，从身体考虑和社会考虑来说，女性比男性更为脆弱，因此不允许她们参与某些工作。这其中的一个基本目的是要保障工作女性的健康，特别是孕产妇的健康。因此，最早的保障方法中纳入了有关产假和孕产妇福利的一些最基本的标准。从20世纪50年代早期开始，相关重点转移到了男性和女性之间的就业平等方面，而近年来的平等观念已经有了男女之间分担家庭责任的含义。”^{〔2〕}这在1981年《关于有家庭责任的男女工人的机会和待遇平等公约》（第156号）及某些国家的新型立法中有所反映。欧盟于1996年也通过了一项有关亲子假的法令。据了解，目前，全世界早已有瑞典、法国、英国、日本、捷克等40多个国家规定了丈夫休“产假”。不少国家从儿童福利、父亲责任和性别平等的理念出发，陆续在法律上规定男性享有专为照料孩子的“父亲假”或“临时父母假”，且休假期间工资标准不降低。与之恰恰相反的是，中国的劳动者为了工作舍弃家庭的现象很普遍，也往往被树立为典范。

〔1〕“五期保护”是指“四期”之外加上“更年期”，如我国关于男女不同龄退休的规定，据说有关女性“更年期”保护。

〔2〕付翠莲：“女性在公共领域‘缺席’的政治哲学探源”，载《中共福建省委党校学报》2007年第2期。