

魏敏
著

LABOR LAW

社会性别视角下的劳动法律制度

FROM THE SOCIAL GENDER PERSPECTIVE



江苏大学出版社
JIANGSU UNIVERSITY PRESS

魏敏

著

社会性别视角下的劳动法律制度

LABOR LAW FROM
THE SOCIAL GENDER PERSPECTIVE


江苏大学出版社
JIANGSU UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

社会性别视角下的劳动法律制度/魏敏著. —镇江:
江苏大学出版社, 2010. 11

ISBN 978-7-81130-194-6

I. ①社… II. ①魏… III. ①劳动法—研究—中国
IV. ①D922. 504

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 232167 号

社会性别视角下的劳动法律制度

著 者/魏 敏

责任编辑/林 卉

出版发行/江苏大学出版社

地 址/江苏省镇江市梦溪园巷 30 号(邮编: 212003)

电 话/0511-84440890

传 真/0511-84446464

排 版/镇江文苑制版印刷有限责任公司

印 刷/丹阳市教育印刷厂

经 销/江苏省新华书店

开 本/890 mm×1 240 mm 1/32

印 张/8.5

字 数/205 千字

版 次/2010 年 11 月第 1 版 2010 年 11 月第 1 次印刷

书 号/ISBN 978-7-81130-194-6

定 价/26.00 元

如有印装质量问题请与本社发行部联系(电话:0511-84440882)

序

魏敏副教授的新作《社会性别视角下的劳动法律制度》即将出版,邀我作序。我与魏老师的相识,缘于2008年她做我的为期一年的访问学者,当时拟就的研究课题就是劳动保障制度研究。一年中,她很珍惜学习机会,除了听我的课程之外,还聆听其他老师的课程,积极参加各种学术活动,她刻苦学习、潜心钻研的精神,给我留下了很深的印象。之后我们一直保持联系,今欣闻她将出版这部专著,我很愿意为之作序。

这部专著以社会性别理论为基础,以社会性别主流化和社会性别视角为分析工具,对我国现行的劳动法律制度进行检视,对我国劳动实践中早已普遍存在的性别歧视问题进行深层次的分析,并在此基础上,提出消解性别歧视的法律对策。可以说,进行此课题的研究具有相当大的理论意义和实践意义,既有利于社会性别这一视角的具体运用,使人们对社会性别理论有更多的了解,提高我们对当下劳动制度中普遍存在的性别歧视的根本原因的认识;同时对诸如就业制度、职场性骚扰、退休制度等制度的适用及其完善提供指导性意见。这部专著的最终形成,是建立在作者发表这方面的学术文章,并做进一步探讨研究和实践调研的基础之上的。

我感觉,魏老师的这部专著是在阅读大量资料的基础上精心写就的。它有两个突出特点:第一,就内容而言,没有简单地重复已有的研究成果,而是将社会性别与女性劳动紧密结合起来,以社会性别主流化和社会性别视角为分析工具,选择的研究切入点很好,并提出了一些有价值的观点和方法。第二,就篇章结构来看,紧凑有致,以女性劳动为主题,以女性劳动者进入职场到退出职场为线索,选择主要问题进行深入细致的分析,对就业制度、劳动基准制度、职场性骚扰、劳动保险制度等进行来自社会性别理论的分析,内容上环环相扣,没有不必要的赘述。

我相信,这部专著的出版,定将对社会性别理论有所丰富,定将引起人们对劳动法律制度中的性别平等问题的进一步重视,也定将对劳动立法的实践、劳动执法的实务具有一定的指导意义。尽管这部专著中还存在一些值得斟酌和继续研究、思考的问题,但它无疑是一本值得一看的好书。

衷心祝贺魏敏老师这部专著得以出版,更希望她在今后的学术研究之路上走得更远,取得更大的进展。

南京大学法学院

張淳

2010年10月20日

前 言

社会性别概念是西方第二次女权运动浪潮中由女性主义学者提出的,旨在剖析社会中存在男性和女性不同处境的根本原因。该概念一经提出,立刻引起学界的关注,并将其运用到不同的研究领域,如历史研究、政治研究、法律研究等领域。目前来看,社会性别已经不是一个简单的概念,而是代表了一系列的学术理念、一种看问题的视角、一种研究问题的方法。

以社会性别理论和社会性别分析方法来检视法律制度、研究法律问题,可以揭示现行法律制度中的性别歧视和对女性权益保障缺位的真正原因,有利于研究者提出更切合实际的解决对策。本书以社会性别为视角对我国现行劳动法律制度进行了梳理,以女性的劳动权利为梳理线路,主要围绕女性进入职场(劳动就业)、职场中的处境(工资待遇、劳动保护、职务升迁、社会保险、职场性骚扰等)、退出职场(退休年龄和退休待遇)等方面进行阐释,此外还阐述了劳动权利法律救济途径中存在的性别歧视和性别盲点。

毋庸置疑,生存是人类的第一需要。同时我们也不得不承认,绝大多数人还是依靠劳动来生存的。劳动法律制度就是规范与劳动相关问题的法律制度的总和,应该说,无论劳动立法还是劳动执

法,在我国都客观存在着性别歧视,如就现有的劳动法律制度规定看,还基本上以男性为基准,充斥着一些“男权话语”,存在着性别盲点,需要填补立法空白;在劳动执法中,还存在着对女性劳动权益的漠视……这些都需要加以纠正,以保证男女平等的真正实现。本书力求所使用的理论正确,所依据的资料翔实,所提出的建议和意见符合现实、合理可行,并力求具有一定的前瞻性。

本书主要包括以下五个方面的内容:

第一,社会性别理论及其应用。对社会性别进行基本介绍,包括社会性别理论的起源、社会性别概念的发展、国际社会将社会性别主流化的演变过程以及社会性别主流化在中国法律领域的贯彻和体现。同时对社会性别这个独特的分析视角的优势与不足加以分析和论证,为把社会性别引入对劳动法律制度的分析和评价之中提供理论支撑。

第二,社会性别视角下的劳动就业法律制度。对劳动者进入职场的必经之路——就业过程中所存在的性别歧视和性别盲点进行细致的分析。首先,对我国劳动就业法律制度基本概况做一简单介绍;其次,概括就业过程中女性遭遇就业歧视的基本情况;再次,对女性就业歧视现状进行社会性别分析,找出就业性别歧视的内在原因;最后,在分析总结原因的基础上,提出消解女性就业歧视的法律对策。在分析的过程中,特别对《就业促进法》和就业中的困难群体之一——大学生的就业状况进行解析。

第三,社会性别视角下的劳动基准和社会保险法律制度。从劳动者劳动过程中最为关心的几个问题入手,对女性劳动过程中的相关劳动法律制度逐一进行社会性别分析。主要包括:(1)女性劳动与工资待遇。现实中女性劳动者与男性劳动者相比,普遍

存在女性劳动者的工资较低、福利待遇较差的状况,在分析现状的同时查找这些差异存在的原因;(2) 女性劳动与工休制度。相对而言,这方面男性和女性劳动者之间的差异并不明显,但存在着立法和执法过程中的性别盲点,指出这些性别盲点,并分析其原因进而提出解决对策;(3) 女性劳动与劳动保护。着重阐述现行法律规定中,过分强调对女性劳动者的保护,实际上也是对女性劳动者的限制和歧视,特别指出在就业形势如此严峻情况下,就业是妇女获得生存和地位的主要手段,对女性劳动的过分保护,实际上是限制女性的某些就业权利;(4) 职业性别隔离。职业性别隔离包括横向的行业隔离和纵向的职业隔离,是社会中一直存在的、至今无法消解的问题,以社会性别视角对此加以分析,查找原因并提出法律对策;(5) 女性劳动与社会保险。包括养老保险、医疗保险、失业保险、工伤保险和生育保险,其中以工伤保险和生育保险为重点,阐述现行规定中的法律空白和不合理之处。在对有关女性劳动过程中的劳动法律制度进行社会性别分析的基础上,提出消除劳动过程中性别歧视的具体法律对策。

第四,职场中的性骚扰及其法律规制。职场中的性骚扰可以归为劳动过程中的权益保障问题,但由于职场性骚扰具有特殊性,因此独立成章。在阐述职场性骚扰的概况并对典型案例进行分析之后,对有关基本概念、职场性骚扰的表现形式、基本分类、法律定性进行界定,提出消除职场性骚扰的对策,特别强调职场性骚扰规制中的难点问题,即证明责任的分配、雇主在职场性骚扰中的责任以及职场性骚扰案件程序规定等。

第五,女性退出职场后的劳动保障制度。主要对退休制度进行社会性别分析和评价,包括退休的基本含义、世界各国关于退休

年龄的基本概况、我国关于退休年龄的基本规定、影响退休年龄规定的主要因素、退休待遇等。在此基础上对女性退休年龄及退休待遇的规定进行社会性别分析,并提出具体解决对策。在本部分内容中还特别加入女性劳动权利的法律救济问题,包括劳动争议的处理、劳动监察制度以及违反劳动法律的法律责任,目的在于保障劳动者特别是女性劳动者的劳动权益的真正实现。

以社会性别为视角来研究法律问题,本书并不是首创。2005年,刘明辉出版《女性劳动和社会保险权利研究》,着重于从劳动权利和社会保险权利入手,对《劳动法》、《劳动合同法》提出完善建议,对雇佣歧视、工作环境、劳动标准、社会保险制度等问题提出见解。2006年,肖巧平出版《社会性别视野下的法律——女性与法律》,对《宪法》、《刑法》、《劳动与社会保障法》、《婚姻家庭法》、《国际法》等与女性相关的条款等进行了阐述;2007年,薛宁兰出版《社会性别与妇女权利》,在对有关妇女权利保障的国际与国内法律进行概括性介绍的基础上,对促进妇女就业的法律措施、就业性别歧视的界定与法律对策、性骚扰及其法律规制、家庭暴力的防治等进行分析论证并将重点放在防治措施的建构上;2007年出版的《社会性别平等与法律研究和对策》则是谭琳、姜秀华等多位作者在社会性别视角下进行法律研究的论文集。本书的独特之处在于将社会性别与劳动法律制度紧密结合,用社会性别理论应用的两个主要方面——社会性别主流化和社会性别视角分析现行的劳动法律制度;在内容结构上,立足女性劳动者的劳动过程——从进入职场到退出职场,对相关的劳动和社会保障制度进行检视,并对其中存在的性别盲点和制度缺失提出解决方法。

必须明确的是,社会性别仅仅是研究问题的一个视角,对该视角的运用要以对社会性别理论的充分了解和对社会性别分析方法的娴熟运用为基础,且关于社会性别的理论呈多元化态势,很难完全掌握其精髓,尽管笔者作了很大的努力,但不当之处肯定存在,笔者愿意倾听读者的批评并力求在今后的研究中加以完善。

魏 敏

2010年9月

目 录

序/1

前言/1

第一章 社会性别理论及其应用/001

第一节 社会性别理论的起源/001

一、社会性别理念的起源/001

二、社会性别概念和特征/003

三、社会性别理论的主要内容/008

第二节 社会性别理论的应用/012

一、社会性别主流化/015

二、社会性别视角/027

第二章 社会性别视角下的劳动就业法律制度/035

第一节 劳动就业法律制度基本概况/035

一、就业的含义和衡量就业的基本标准/035

二、我国就业制度的演变过程/038

三、我国劳动就业立法概况/042

第二节 女性就业歧视的基本概况/044

一、女性就业的基本状况/044

二、女性就业歧视概况/045

第三节 女性就业歧视的社会性别分析/052

一、女性就业歧视的一般原因分析/053

二、就业性别歧视的社会性别分析/056

三、《就业促进法》的社会性别分析/058

四、女大学生就业平等权的社会性别分析/066

第四节 消除女性就业歧视的法律对策/074

一、我国现行的有关消除女性就业歧视的法律/075

二、现行法律制度中存在的主要问题/076

三、构建系统的消解就业性别歧视的法律对策/078

第三章 社会性别视角下的劳动基准和社会保险法律制度/083

第一节 女性劳动与劳动条件基准/083

一、女性劳动与工资待遇/083

二、女性劳动与工休制度/085

三、女性劳动与劳动保护/087

第二节 女性劳动与职业性别隔离/090

一、职业性别隔离的基本内涵/090

二、我国职业性别隔离现状及原因分析/091

三、消除我国职业性别隔离现象的对策/096

第三节 女性劳动与社会保险/097

一、女性劳动与养老保险/097

二、女性劳动与医疗保险/100

三、女性劳动与失业保险/103

四、女性劳动与工伤保险/106

五、女性劳动与生育保险/110

第四章 职场性骚扰及其法律规制/120

第一节 性骚扰的研究概况/120

一、性骚扰的研究现状/120

二、性骚扰的概念和特点/121

三、性骚扰产生的原因/130

四、性骚扰行为的法律定性/132

第二节 职场性骚扰的法律界定/135

一、职场性骚扰的概念和特点/135

二、职场性骚扰的危害/137

三、职场性骚扰的表现形式及基本分类/139

四、职场性骚扰的法律定性/142

五、我国职场性骚扰概况/144

第三节 消解职场性骚扰的法律对策/147

一、针对职场性骚扰的国际立法和法律实践/148

二、我国规制职场性骚扰的立法概况/152

三、职场性骚扰规制中的主要难题/156

四、规制职场性骚扰的法律对策/167

第五章 女性退出职场后的劳动保障制度/178

第一节 女性退休年龄及待遇/178

一、退休的基本含义/178

二、世界各国退休年龄规定概况/179

三、我国关于退休年龄的基本规定/181

四、影响退休年龄规定的几个主要因素/184

五、退休待遇/185

第二节 女性退休年龄及待遇规定的社会性别分析及对策/187

一、我国女性退休年龄和待遇的社会性别分析/187

二、解决差别退休年龄的对策分析/195

第三节 女性劳动权利的法律救济/201

一、劳动争议处理中对女性劳动者的保护/202

二、劳动监察制度中对女性劳动者的保护/211

三、劳动法律责任中对女性劳动者的保护/214

附录/217

附录一 联合国第四次世界妇女大会行动纲领(节选)/217

附录二 联合国第四次世界妇女大会北京宣言/223

附录三 中国妇女发展纲要(2001—2010)(节选)/228

附录四 中国性别平等与妇女发展状况(节选)/235

参考文献/242

后记/255

第一章

社会性别理论及其应用

第一节 社会性别理论的起源

在现实生活中,经常会听到人们抱怨社会中存在的诸多不公平现象,男女不平等、女性经常遭受性别歧视是其中的主要话题。人们从不同的角度认识和分析这一问题,就会作出不同的解答。那么怎样分析和认识这一问题才是较为中肯的呢?社会性别不失为一个合适的研究视角,本书就是以社会性别为视角对我国的劳动法律制度进行解析。

一、社会性别理念的起源

理念就是“思想或者观念”^①,一种理念的产生与形成需要时间的锤炼,更受多种外部条件和内在因素的影响。社会性别理念显然是关于社会性别的思想或者观念,它的产生与形成也同样需要特定的时间、地点和条件。一般认为,社会性别理念的出现是妇女解放运动的精神产品,它诞生在20世纪60年代至70年代西方女权运动的第二次浪潮之中。从世界范围看,妇女运动开始(第一

① 《现代汉语词典(第5版)》,商务印书馆,2007年,第836页。

次浪潮)并壮大(第二次浪潮)于欧美一些国家和地区,社会性别理念也主要产生、发展并壮大于这些国家和地区。“妇女运动第二次浪潮的基调是要消除两性差别,并把这种差别视为造成女性对男性从属地位的基础”。^①当时,一些投身女权运动的学者在对社会中男女不平等的现实进行批判的同时,也开始对以男权文化为中心的西方知识体系提出质疑,他(她)们以审视的眼光对过去和现在女性的地位进行剖析,对将来社会的男女关系进行畅想。他(她)们发现,女性作为社会主体之一,与男性相比,在现实社会中是不平等的,无论是家庭地位还是社会地位都存在很大的差距,女性的地位低于男性;在知识体系中,女性主体是缺失的,即使少数情况下女性主体存在也是受贬抑的。恰恰是这种缺失和受贬抑使女性的社会主体地位一直处于从属和边缘地位,至少是巩固和强化了妇女的从属和边缘地位。

社会性别理念产生于女权运动解析当时的知识体系的过程中。社会性别理念一经出现就成为妇女解放运动的理论依据,或者说为了更好地开展和推进妇女解放运动,投身女权运动的学者们寻找的理论依据之一就是社会性别理论。从社会性别理念的产生到社会性别理论的形成,经历了一段较长的时间,这一过程与妇女运动相伴。该理论的形成是女权主义学术成果的表现,更是妇女运动的结果,之后逐渐被运用于各个学术研究领域。

无论是社会性别理念还是社会性别理论,绕不开的一个关键词就是“社会性别”。那么,什么是社会性别?它与性别有何关联?社会性别理念出现的时候对社会性别的认识并不一定是清晰的,

^① 李银河:《最漫长的革命——当代西方女权主义理论精选》,生活·读书·新知三联书店,1997年,第85页。

至少对社会性别内涵的认识并没有达成一致,而只是对于社会性别理念的起源基本上达成共识。社会性别概念的演绎过程实际上也是社会性别理论的形成过程。

二、社会性别概念和特征

了解“社会性别”一词,自然离不开“性别”概念,对“性别”一词的通俗解释就是“雌雄两性的区别,通常指男女两性的区别”^①。通常情况下,性别是生物学中的概念,是指按照基因和性器官的不同将有机体分为雄性和雌性,强调的是男女生物学意义上的差异,注重的是男女在生理上的差别。而社会性别是社会学中对人的性别界定,是社会学中的概念。对于社会性别的解释可谓见仁见智。常用的一种解释是:“社会性别是基于可见的性别差异之上的社会关系的构成要素,是表示权力关系的一种基本方式。”^②但这仅是一家之言,在前文中我们已经知道,社会性别理念及其理论的形成和发展是女权运动的结果,女权运动本身就是一个动态的过程,不同时期的女权运动其宗旨和主张是不同的,因此,社会性别概念的形成也是一个动态的过程。不同时期对社会性别的理解也是不一样的,至今社会性别概念和理论仍在不断发展和完善之中,因此对社会性别概念加以固定式的阐述,显然不符合实际情况,也不科学。

1. 社会性别概念的提出

社会性别是西方女权运动第二次浪潮中由女性主义学者提出的一个概念。西方的女权运动由来已久,其中 20 世纪 60 年代至

① 《现代汉语词典(第5版)》,商务印书馆,2007年,第1528页。

② 谭兢常、信春鹰:《英汉妇女与法律词汇释义》,中国对外翻译出版公司,1995年,第145页。