

劳动法 / 社会保障法前沿专题研究系列

女性劳动

和社会保障权利研究

RESEARCH ON LABOUR AND SOCIAL INSURANCE RIGHTS OF WOMEN

刘明辉 著

RESEARCH ON LABOUR AND SOCIAL INSURANCE RIGHTS OF WOMEN

RESEARCH ON LABOUR AND SOCIAL INSURANCE RIGHTS OF WOMEN

RESEARCH ON LABOUR AND SOCIAL INSURANCE RIGHTS OF WOMEN

RESEARCH ON LABOUR AND SOCIAL INSURANCE RIGHTS OF WOMEN

RESEARCH ON LABOUR AND SOCIAL INSURANCE RIGHTS OF WOMEN

RESEARCH ON LABOUR AND SOCIAL INSURANCE RIGHTS OF WOMEN

RESEARCH ON LABOUR AND SOCIAL INSURANCE RIGHTS OF WOMEN

RESEARCH ON LABOUR AND SOCIAL INSURANCE RIGHTS OF WOMEN

RESEARCH ON LABOUR AND SOCIAL INSURANCE RIGHTS OF WOMEN



中国劳动社会保障出版社

劳动法/社会保障法前沿专题研究系列

女性劳动

和 社会 保险 权利 研究

RESEARCH ON LABOUR AND SOCIAL INSURANCE RIGHTS OF WOMEN

刘明辉 著



中国劳动社会保障出版社

图书在版编目(CIP)数据

女性劳动和社会保险权利研究/刘明辉著. —北京: 中国劳动社会保障出版社, 2005

ISBN 7-5045-5265-8

I. 女… II. 刘… III. 女性-权利-研究-中国 IV. ①D923.8 ②D442

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 106988 号

中国劳动社会保障出版社出版发行

(北京市惠新东街 1 号 邮政编码: 100029)

出版人: 张梦欣

*

新华书店经销

北京地质印刷厂印刷 北京密云青云装订厂装订
890 毫米 × 1240 毫米 32 开本 9.5 印张 271 千字

2005 年 10 月第 1 版 2005 年 10 月第 1 次印刷

印数: 2000 册

定价: 25.00 元

读者服务部电话: 010 - 64929211

发行部电话: 010 - 64911190

出版社网址: <http://www.class.com.cn>

版权专有 侵权必究

举报电话: 010 - 64911344



刘明辉，1957年生，在河北省涿州市和北京市房山区度过小学和中学时代，高中毕业后回乡插队，干过大部分农活。后曾在涿州市码头乡做电影放映员、新闻报导员和下乡干部。1978年考入北京师范大学就读中文系，1982年获文学学士学位。1993年，在中国政法大学研究生院读经济法专业，1997年获得法学硕士学位。曾在北京大学第二附属中学、中国工运学院（现中国劳动关系学院）和中华女子学院任教。

现任中华女子学院法律系经济法教研室主任、副教授，兼任中国劳动和社会保障法学会理事，北京道存律师事务所律师。讲授劳动和社会保障法、经济法等课程。主要研究领域为劳动和社会保障法、妇女权益保障法。已出版（主编、参编）著作10多部，发表学术论文20余篇。主持过省部级课题1项，参加国家级课题3项。

本书由中华女子学院资助出版

■ 内容提要

本书以经济全球化和全球契约为背景，以社会性别视角审视女性的劳动和社会保险权利问题，提出并论证了权利的概念，女性的应然权利、法定权利与实然权利之间的差距，权利失落的根源，社会性别主流化的战略及实施途径。着重论述了目前理论研究中的误区和如何健全权利保障的法律体系，主要涉及扩大劳动法的调整范围、消除雇佣歧视、防治工作场所性骚扰、完善相关劳动标准、解决男女退休年龄的差异问题、改革生育等保险制度、充分发挥NGO的作用和健全司法救济机制等。

本书对于在立法、执法和人力资源管理中的性别盲点、制度性歧视、劳动法缔约过失责任制度的独特性、推定解雇制度、工作环境权的关注焦点、重建陪审制度和证据规则等方面有独到之见。

作者将女性的劳动和社会保险权利保障机制视为一项系统工程，不仅列举了大量数据对权利失落的原因进行多角度透视，而且提出了多项对策建议。参照国际劳工标准、消除对妇女一切形式的歧视等国际公约，借鉴海外的相关经验，指出了我国关于女性的劳动和社会保险立法、司法和执法的改革方向。

前 言

为写本书，我已经准备了六年。其间做了有关女性劳动和社会保险权利的课题四个。现将多年冥思苦想的心得与调研成果呈现给读者，以期抛砖引玉，促使社会各界对于女性劳动和社会保险权利给予更多关注，推进社会性别主流化进程，加快劳动法和社会保险法的改革。在篇首欲告诉读者，作者研究的时代背景、感受及所做的尝试。

一、时代背景

自20世纪90年代以来，随着经济全球化进程的加快，国际社会对制定共同遵守的行为准则以促进公平竞争的呼声日益强烈。将保护人权、劳工权利和环境等问题的条款写入贸易与投资协议，即劳工标准与贸易挂钩的解决方案，引起发展中国家与发达国家的激烈争论。面对“重资本，轻劳工”的世界性格局，国际劳工组织坚信，尊重工人的基本权利是以人道和民主的方式来实现发展和共同繁荣的必由之路。1999年，国际劳工组织提出“体面劳动”的目标。同年，联合国秘书长安南向全世界发出呼吁，实施“全球契约”战略。此战略于2000年7月正式启动，试图给全球化带来一张“富有人情味的面孔”，即改良现存全球化模式，以使全人类而非极少数人获益。截至2004年6月，已有70个国家的近1500家企业加入了全球契约，所代表的工人达1亿多人。中国企业联合会认为“全球契约”的原则符合胡锦涛主席提出的建立和谐社会的目标，建立了全球契约推进办公室，中国企业陆续加入。这股劳工保障的历史潮流正在席卷全球。

党的十六届三中全会提出，要“坚持以人为本，树立全面、协调、可持续发展的科学发展观，促进经济社会和人的全面发展。”这种科学的发

使党的基本路线，由片面地强调发展经济转到以人为本，创建和谐社会上来。2005年的全国“两会”，“和谐社会”成为一个最引人注目的主题词。胡锦涛总书记指出：“我们所要建设的社会主义和谐社会，应该是民主法治、公平正义、诚信友爱、充满活力、安定有序、人与自然和谐相处的社会。”这是新一代领导集体执政理念的重大转折，也是促进两性和谐发展的契机。

中国女性占世界女性总数的1/5，其权利状况地区差异较大，其人口状况又对实现性别平等提出了特殊挑战。在计划经济向市场经济转轨的过程中，尤其是入世后，市场竞争加剧，女性的劳动和社会保险权利受到了明显的负面影响。她们在旧体制中享有的许多权利丧失，而新体制尚未健全。法律的缺位、错位，存在制度性歧视和缺乏实施机制等，造成了许多女性劳动和社会保险权利的失落。

二、感受

（一）确认女性劳动和社会保险权利的特殊地位

在此特殊的时代背景下，研究女性的劳动和社会保险权利具有历史意义。尤其是研究其中弱势群体的相关权利，实为创建和谐社会，进而实现体面劳动战略目标的当务之急。因为当今社会存在诸多不和谐音符，只要存在歧视，社会就不可能和谐，受害者也不可能拥有作为人应有的尊严。在一个公正和理性的社会里，每个人都能根据自己的能力和志趣追求自己设定并为社会所承认的目标，而不因任何人的歧视而受阻。

“我们的时代是权利的时代。人权是我们时代的观念，是已经得到普遍接受的唯一的政治与道德观念^①。”“没有权利就不可能存在任何人类社会。无论采取何种形式，享有权利乃是成为一个社会成员的必备要素^②。”劳动权是人权的重要组成部分，是当代人权体系中诞生历史较

① [美] L·亨金·权利的时代·北京：知识出版社，1997.1（前言部分）

② [英] A·J·M·米尔恩·人的权利与人的多样性——人权哲学（中译本）·北京：中国大百科全书出版社，1995.154

短但发展较快,并且最为引人注目的权利类型。它涉及人权的各个层次,是一种综合性权利。例如,属于人身方面的权利有职业安全权、自由择业权、休息权;属于财产和经济方面的权利有劳动报酬权、福利权和社会保障权;属于政治、文化方面的权利有结社权、职业教育权、民主管理权等。劳动权是生存权,也是发展权。^①“劳动不仅是公民获得财产的最基本途径,而且是公民实现自我价值和自我完善的基本方式。因此,劳动权是公民生存和发展权中的重要内容^②。”正是“作为一项基本人权,在发展权的母体中,孕育和派生出妇女人权的各种具体形式^③。”

自1978年起,中国的年均经济增长率惊人,到2004年达到9.5%。但是,女性的待遇并未与时俱进,有的不得不以失去健康甚至生命为代价,赚取微薄的工资。在分析权利(力)体系和层次时,需要确认劳动和社会保险权利的上位性和优先保障的必要性。必须坚持生存权永远优于经营权的理念,否则会危及劳动者的基本人权,进而影响社会稳定,甚至危及世界和平。

此外,劳动和社会保险权利属于宪法规定的社会经济权,需要全社会的参与才能实现。保障女性的劳动权是保障女性其他人权的基础。因为女性能否经济独立直接影响其在婚姻家庭中的地位和社会地位。只有在从事社会劳动的过程中,不断充实自己,与时俱进,在实现自我价值的同时,为社会创造物质财富、精神财富,推动社会的文明进步,才有机会获得较高的社会评价,这是女性参政的基础。而女性只有充分参与民主政治,才能喊出自己的声音,制定出公平的规则,进而实现社会资源的公平再分配,以保证男女平等地分享社会进步的成果。

因此,本书在第一章揭示了中国女性的应然权利、法定权利和实然权利三者之间的差距,在此基础上探究其原因及对策。

① 冯彦君.劳动权论略.法学研究.2003,1:168~169

② 谢鹏程著.公民的基本权利.北京:中国社会科学出版社,1999.94

③ 汪习根,占红洋.妇女发展权及其法律保障.法学杂志.2005,2:80

(二) 相关立法应符合社会法的基本特征

本书着力于法律对策研究,对健全相关权利保障法律体系的设想,主要涉及扩大劳动法的调整范围,消除雇佣歧视,防治工作场所性骚扰,完善相关劳动标准,解决男女退休年龄的差异问题,改革生育保险、工伤保险和失业保险制度,充分发挥 NGO 的作用和健全司法救济机制等。因为劳动法和社会保障法属于社会法的分支,所以相关立法应符合社会法的基本特征。

菊池先生认为社会法具有三个基本特征:(1)公共性——与私人的意思相比,社会法处于公共管制的优势地位;(2)混合性——社会法并非私法与公法的并存产物,而是其两者相互渗透形成的混合形态;(3)限制性——社会法对私权的行使附加了社会义务,体现了对私权的必要限制^①。沼田先生认为,社会法是作为对市民法的修正而存在的^②。渡边先生认为:与市民法相对立的社会法是调整在现实生活的平面中发生的人与人之间的自由、平等和独立关系所固有的法律规范体系^③。日本的三位学者均强调社会法与私法的不同,菊池先生论述得更为透彻。在中国学者中已基本达成共识的是社会法是介于公法和私法之间的“第三法域”。笔者认为它具有三个基本特征:(1)调整对象的特殊性——侧重于调整带有公共性的社会关系,其中以协调强势主体与弱势主体之间的关系为主;(2)价值取向的特殊性——以社会公共利益和实质性公平为最高价值目标;(3)内容的特殊性——具有大量的强制性规范。基于此,本书将带有公共性的、需要法律对弱势群体倾斜性保护的雇佣关系均纳入劳动法的调整范围,并设置符合社会公共利益和实质性公平的带有强制性的法律制度,着力论证劳动法和社会保障法的公法因素及其与私法的差异,公权力介入私领域的必要性以及把握介入程度的

① 参见 [日] 菊池勇夫,《经济统治法》,日本:有斐阁,1938.7

② [日] 沼田稻次郎,《社会法理论的总括》,日本:劲草书房,1975.106

③ [日] 渡边洋三,《市民法与社会法——以市民法·社会法·行政法为中心》,《法律时报》,1958.4:16

重要性。

值得注意的是，私法的制度变迁主要体现为自下而上的“诱致性变迁”，更接近于“自发生成”，即使没有一种抽象的、宏观的理论基础来引导制度变迁，私法的整个制度变迁过程通常也会有条不紊和循序渐进；而公法的制度变迁则更多地是一种自上而下的“强制性变迁”，更接近于“理性建构”。^① 因此，更需要理论 research 对立法推动。

三、尝试

笔者受后现代思潮的影响，思维的触角伸到了相关领域。现代法学以理性（逻辑与经验）为基础，力求寻找法律的唯一正确答案，主要关注规则的制定和法官的适用；后现代法学认为法律只是不同主体的选择和利益平衡的结果，没有一成不变的真理，更重视具体的语言分析及解释。现代法学强调法律的自主性、确定性、一元性、统一性、整体性；后现代法学强调法律的非自主性、不确定性、多元性、地方性和局部性。现代法学强调专门的法律推理、独立的方法论及法律制度与法学的独立性；后现代法学强调为法律问题寻找理由，主张开放性的、跨学科的法律学术研究。因此笔者做了如下尝试：

（一）运用逻辑学的定义法诠释本书所涉及概念的内涵和外延

科学的概念是相关学科成熟的标志之一，也是进行逻辑推导的基础。在立法中明确相关概念，不仅是立法技术之一，而且是该法实施的前提，也是发挥法律的规范、指引、预测功能的要素。例如现行立法无“性别歧视”的概念，导致实务中的误解，有人将对弱势性别的扶助措施视为对强势性别的歧视，甚至认为反“性别歧视”将有损于市场经济的竞争激励机制。执法者也因缺乏对“性别歧视”的界定标准而难以认定“性别歧视”。因此，本书对相关概念予以界定，包括“权利”“性别歧视”“工作场所性骚扰”“生育保险”等。

本书使用“权利”术语取代“权益”，因为“权益”非法律术语，

^① 参见 [英] 弗里德利希·冯·哈耶克：致命的自负，北京：中国社会科学出版社，2000. 18~19

不符合国际惯例。中国入世后，立法要逐渐与国际接轨，国外没有“权益”之说，将“权益”译成 Rights and Interests，显得不伦不类。法律术语“权利”本身就意味着拥有正当的利益。通常将权利解释为法律关系主体能够为或者不为以及要求他人相应地为或者不为的许可与保障。专家将其界定为：“权利是为道德、法律或习俗所认定为正当的利益、主张、资格、力量或自由^①。”

“挪威人把劳动纠纷区分为权利争议和利益争议。前者主要是辞退‘走人’，后者主要是工资多少，当然还有其他许许多多的权利义务。”因此，有学者将“权利”与“利益”并列。^②笔者认为该学者对权利争议和利益争议的理解有误。发达国家如此区分，意在分流劳动争议处理途径。例如，在美国，权利争议是指双方当事人基于既存的集体协议和劳动合同所享有的权利之争；利益争议是指双方当事人对各自希望根据尚未签订的新的集体协议能享有的期待权利之争。在利益争议中，当事人申请仲裁的目的是希望仲裁员帮助双方达成集体协议。^③此种解释具有共性和科学性。

（二）运用哲学方法解决主观动机与客观效果相悖的问题

在现行立法中存在主观动机与客观效果相悖的问题，例如，对女职工禁忌劳动范围的强制性规定剥夺了部分女性的就业选择权，加重了对女性的性别歧视。强调立法者要从实际出发，尊重事实，剔除主观臆想成分，在调查研究的基础上，用联系的、发展的、全面的观点看问题，遵循对立统一规律，在尽量保护弱者利益的同时，寻求国家利益、用人单位利益和职工利益的平衡与协调。鉴于诸多因素影响立法和执法，需要运用唯物辩证法，找出各因素之间的内在联系，才能把握立法和执法

① 李步云主编：《法理学》，北京：经济科学出版社，2000.157

② 李明祥：《从挪威调解官制度看我国劳动争议解决机制的改革》，《法商研究》，2002，1：100

③ 美国密执安大学法学院前院长、著名法学教授、美国仲裁学会前会长 Theodore J. St. Antoine 于 2005 年 3 月 1 日在首都经济贸易大学劳动经济学院举办的“劳动争议的替代性解决方式”培训班上的讲话。

的方向。找出法定标准所应当把握的“度”，才能避免偏激和脱离实际的空想；剔除滞后和超前的规定，才能适应现实的需求。

女性劳动和社会保险权利的实现是一个系统工程，需要全方位、多角度透视权利失落的原因，研究制度性歧视与观念性歧视的关系，整合社会资源进行综合治理。因此，本书涉及政治体制改革、经济体制改革、传统观念的变革，以及经济基础与上层建筑的关系、眼前利益与长远利益的关系、国际公约与国内法的关系，以及外国的相关经验本土化等问题；涉及在转制时期，新旧制度的碰撞、接轨，尤其是转制的成本负担，公平与效率的兼顾，立法的价值取向，法律的功能以及所受到的制约等。

（三）引用社会学的研究成果进行法学研究

笔者用社会性别分析视角，审视中国劳动和社会保险法中存在的对女性的性别歧视及其根源，找出在立法、执法和人力资源管理中的性别盲点以及理论研究的误区，借鉴境外经验，试图推动社会性别主流化进程。这是本书的最大特色。

（四）运用经济学原理解释法律现象

运用经济学原理，一方面分析经济全球化和我国转制引发的冲击，揭示弱势女工被边缘化的经济根源；另一方面剖析男女退休年龄差异导致的经济后果。

（五）以法理学的基本理论为基础建构法律制度

笔者遵循基本法理，设计保障弱势女性劳动和社会保险权利的法律体系及其具体制度，试图纠正价值取向的偏颇，端正立法的指导思想。确立女性的权利主体地位，顺应世界立法趋势和现实需求，将保护性立法改为授权性立法。同时，注意揭示相关法律实施的障碍及对策，突出立法建议的可行性，使本书具有理论和实践意义。

目 录

第一章 应然权利、法定权利与实然权利之间的差距	(1)
第一节 非歧视权	(2)
第二节 雇佣保护权	(12)
第三节 劳动安全卫生权	(14)
第四节 休息休假权	(18)
第五节 社会保险权	(20)
第二章 从社会性别视角分析权利失落的根源	(25)
第一节 相关立法存在缺陷	(26)
第二节 立法中的性别盲点	(31)
第三节 执法和人力资源管理中的性别盲点	(36)
第四节 走出原因分析中的误区	(38)
第三章 社会性别主流化战略	(47)
第一节 提高妇女参政的比例	(48)
第二节 健全权利保障的法律体系	(53)
第三节 建立社会性别主流化组织机制	(60)
第四章 劳动法的调整范围重构	(70)
第一节 劳动法的调整范围过宽	(70)
第二节 劳动法调整范围过窄不适应现实需求	(75)
第三节 扩大劳动法调整范围的理论依据	(81)
第四节 扩大劳动法调整范围的途径	(91)

第五章 消除雇佣歧视	(104)
第一节 雇佣歧视的概念和分类.....	(104)
第二节 消除雇佣歧视的法律对策.....	(117)
第三节 暂行特别措施.....	(128)
第六章 劳动合同立法不可回避的几个问题	(134)
第一节 把握公权力介入私领域的“度”.....	(134)
第二节 增设缔约过失责任制度.....	(143)
第三节 增设推定解雇制度.....	(151)
第七章 工作环境权新论	(164)
第一节 防治工作场所性骚扰.....	(164)
第二节 孕妇、乳母安全卫生权的理论基础.....	(185)
第三节 关注心理卫生权.....	(189)
第八章 完善劳动标准	(193)
第一节 劳动标准应与时俱进.....	(193)
第二节 修改我国超前的劳动标准.....	(198)
第三节 修改滞后的劳动标准.....	(203)
第四节 补充急需的劳动标准.....	(206)
第九章 对社会保险制度的检讨	(216)
第一节 社会保险中的性别歧视问题.....	(216)
第二节 社会保险费的征缴问题.....	(223)
第三节 生育保险的改革问题.....	(228)
第十章 充分发挥 NGO 的作用	(242)
第一节 各级妇联大有作为.....	(242)
第二节 工会女职工委员会.....	(246)
第三节 扶助弱势女性的草根组织.....	(249)
第四节 整合社会资源, 加强协作.....	(253)

第十一章 健全司法救济机制.....	(257)
第一节 陪审制度改革.....	(257)
第二节 增设公益诉讼制度.....	(260)
第三节 重建证据规则.....	(267)
第四节 修正时效制度.....	(277)
参考文献.....	(281)
后记.....	(286)

第一章 应然权利、法定权利与 实然权利之间的差距

通常将权利解释为法律关系主体能够为或者不为以及要求他人相应地为或者不为的许可与保障。科学地界定权利的概念，需要考察其来源和所包含的要素。“19 世纪中期，当美国学者马丁先生 (W. A. P. Martin) 和他的中国助手们把维顿 (Wheaton) 的《万国律例》(Elements of International Law) 翻译成中文时，他们选择了‘权利’这个古词来对译英文 ‘rights’ 并说服朝廷接受它^①。”怎样界定和解释“权利”一词，是法理学上的一个难题。一般说来，权利主要包含五个要素：(1) 利益 (interest)；(2) 主张 (claim)；(3) 资格 (entitlement)；(4) 力量，它包括权威 (power) 和能力 (capacity)；(5) 自由 (freedom)。选取其中的任一要素为基点，均可以给权利下定义，这取决于界定者的价值取向和理论主张。笔者赞成李步云教授的主张：“权利是为道德、法律或习俗所认定为正当的利益、主张、资格、力量或自由^②。”可见“权利”与“利益”为种属关系，即“利益”是“权利”的一部分，将二者并列不符合逻辑，因此，本书未采用“权益”通说，而是用“权利”取代了“权益”。

本章论述的应然权利是指女性应当享有的劳动和社会保险权利；法定权利是指现行法律赋予她们的权利；实然权利是指她们实际获得的权利。本章试图揭示出三者之间的差距，以期引起人们的关注，并且作为以后各章的基础。

① 李步云主编，法理学，北京：经济科学出版社，2000. 152

② 李步云主编，法理学，北京：经济科学出版社，2000. 157

我国女性的劳动和社会保险应然权如表 1—1:

表 1—1 女性应当享有的劳动和社会保险权利

就业前		求职中			就业后															
接受就业服务权	接受职业培训权	享受促进就业优惠权	平等就业权	平等缔约权	追究缔约过失责任权	自由结社权	集体谈判权	民主管理权	等值同酬权	休息休假权	不受性骚扰权	安全卫生的工作环境权	母性机能受特殊保护权	平等接受职业培训和晋升权	社会保险权	平等享受福利权	依法投诉权	获得行政调解权	获得司法救济权	获得损害赔偿权

第一节 非歧视权

一、非歧视应然权

非歧视属于核心劳动标准，是多部国际公约强调的基本原则。包括禁止就业机会歧视、职业待遇歧视和性骚扰。笔者将就业机会歧视和职业待遇歧视统称为雇佣歧视。非歧视权属于所有劳动者，主要体现于以下国际公约中：

(一) 国际劳工公约中的非歧视权

1. 核心劳工标准及其特殊地位

“核心劳工标准”或称“工人的基本权利”，这一概念由 1995 年召开的社会发展问题世界首脑会议首先提出，1998 年，国际劳工大会第 86 届会议通过的《国际劳工组织关于工作中基本原则和权利宣言及其后续措施》将其明确地规定为四个方面的权利，即：结社自由并有效承认集体谈判权利；消除一切形式的强迫劳动；有效废除童工；消除就业