

中国性别平等法治的进展和缺憾

刘明辉

回首 2012 年，中国¹性别平等法治取得突破性进展，主要表现在：防治职场性骚扰立法倡导成功——国家立法首次规定用人单位防治职场性骚扰的义务，中国首部性别平等地方法规在深圳出台，国内第一个反就业歧视专门行政机构在新乐市成立，职业禁忌规定放入行政法规附录，江苏首创政策法规性别平等咨询评估机制，北京市消除了生育保险规定中的户籍歧视，女大学毕业生曹菊（化名）提起首例就业性别歧视诉讼。但相关立法和司法尚存一些缺憾，需要进一步研究，确定今后立法倡导的要点和策略，以便开展更多更高效的立法倡导活动。

一、中国性别平等法治取得突破性进展

（一）国家立法首次规定用人单位防治职场性骚扰的义务

2012 年 4 月 18 日，国务院发布的《女职工劳动保护特别规定》与 1988 年发布的《女职工劳动保护规定》相比，修订后的重大突破之一是增加了一项新制度——用人单位负有预防和制止职场性骚扰的义务。第 11 条规定：“在劳动场所，用人单位应当预防和制止对女职工的性骚扰。”其中的“应当”一词表明这是一种强制性规范。用人单位只要违反此项义务，就应当承担相应的法律责任。这是女职工期盼已久的保障女职工人格尊严和工作环境权的一项劳动法律制度。首次在劳动法领域确立此项制度，填补了国家性骚扰立法的一项空白，因而在法制建设历程中具有里程碑意义。如果用人单位履行了此项义务，女职工遭受性骚扰的几率就会明显降低；即使女职工遭受了性骚扰，也可以把侵权人和单位一起告到法庭，追究单位不履行预防和制止性骚扰义务的民事赔偿责任。

在《女职工劳动保护特别规定》草案公开征求意见期间，全国妇联甄砚副主席曾征询专家意见，并将讨论刘明辉提供的增设防治职场性骚扰雇主责任的建议插入当时正在召开的省级妇联权益部部长大会日程。同期，全国总工会、北京市劳动和社会保障法学会、中国政法大学宪政研究所、北京众泽妇女法律咨询服务中心、北京源众性别发展中心等多家妇女组织共同呼吁。妇女观察等网站登载了专家建议稿。本人在搜狐网回答了 1 小时网友的专题提问，社会反响强烈。本人还在中国政法大学和北京林业大学、中华女子学院本校和北校区各做了一场专题讲座。参与的学生会等团体发动学生广泛宣传，利用 QQ 群发动学生共同提出此项建议。并亲自将学生 524 封关于增设性骚扰条款的建议信寄给国务院法制办主管领导，获得“采纳建议”并表示感谢的反馈。

（二）首部性别平等地方法规在深圳出台

2012 年 6 月 28 日，深圳市人大常委会通过《深圳经济特区性别平等促进条例》，自 2013 年 1 月 1 日实施。该条例规定在深圳设立性别平等促进机构，该机构负有以下职责：（1）定期监测、评估全市性别平等工作情况，发布监测、评估报告；（2）协调相关部门实施社会性别统计、社会性别预算和社会性别审计；（3）对涉及性别平等方面的法规、规章和规范性文件进行或者指导相关单位进

¹ 仅指中国大陆，不含香港、澳门和台湾。

行社会性别分析；（4）拟定消除性别歧视的政策等；（5）受理投诉、界定性别歧视、依法处理性别歧视纠纷、协助受害人依法向人民法院提起诉讼等。该机构还有公布用人单位的性别歧视行为和申请撤销其荣誉称号的权力。为了震慑性别歧视实施者并警示用人单位，该条例第 16 条规定：“人力资源和社会保障部门责令用人单位限期改正就业性别歧视行为，对于逾期拒不改正的用人单位，处三千元以上三万元以下的罚款。”

该条例创建了性别分析评估制度。正如起草小组组长、深圳市妇联主席蔡立所言：“简单地说，就是考量政府在决策过程中，是否考虑到男女的差别、不同需求和收益是否均等。”这种变“单性别保护”为“多元化性别平等”规范的立法模式，开创了中国特色性别平等立法的先河，为国家层面的立法积累了经验。

（三）第一个反就业歧视专门行政机构在新乐市成立

鉴于中国不仅没有专门的负责监督实施反就业性别歧视规定的行政机构，而且未明确制裁就业性别歧视行为属于劳动保障行政部门的职责。在《劳动保障监察条例》中未明确规定劳动监察事项中有就业歧视，只是涵盖于“法律、法规规定的其他劳动保障监察事项”中。而其他法律——《就业促进法》第 60 条、《劳动合同法》第 74 条，均未提就业歧视，致使反就业性别歧视规定因缺乏组织保障而形同虚设²。

域外的经验是通过立法设置专门机构，由政府拨款而独立于政府履行法定监督实施职责。例如，中国香港的平等机会委员会堪称范例。北京源众性别发展中心组织多位性别平等专家借鉴香港的经验，在河北省新乐市做创建专门机构试点。2012 年 9 月 5 日，《新乐市人民政府办公室关于成立促进平等就业委员会的通知》（新政办[2012]37 号）发布。据此，新乐市促进平等就业委员会正式成立。该委员会主任由女市长赵丽娟担任，其成员单位囊括人力资源和社会保障局、财政局、就业服务局、司法局、妇联、残联、工商联、工商局、工信局以及工会和街道（乡镇）等与就业相关的机构。委员会下设办公室，作为日常办事机构，办公室设在市就业服务局。该委员会承担新乐市就业歧视现状及态势的调研工作，为相关立法提供依据；通过多层次、多渠道的培训、宣传、法律咨询服务等方式，将公平就业纳入社会意识主流；受理就业歧视投诉，通过调查、调解和法律帮助等方式为受害人提供帮助。不仅创建了反就业歧视的多方协同机制，而且将平等就业指标纳入政府就业目标责任制考核范畴。其有效运行将为国家级促进平等就业机构积累实践经验。

（四）职业禁忌规定放入行政法规附录

在职业禁忌制度修正过程中，经历了从严格管制到留有余地的心路历程。起初拟订的条款严格依据国际劳工组织《妇女井下作业公约》第（第 45 号公约）以及《劳动法》第 59 条规定的“禁止安排女职工从事矿山井下、国家规定的第四级体力劳动强度的劳动和其他禁忌从事的劳动。”在广泛征求意见之后，将“女职工禁忌从事的劳动范围”列为附录，并规定：“国务院安全生产监督管理部门

²《黑龙江省劳动保障监察条例》（2008 年修订）将监察范围前移至招聘阶段。

会同国务院人力资源社会保障行政部门、国务院卫生行政部门根据经济社会发展情况，对女职工禁忌从事的劳动范围进行调整。”

从“附录列示”的技术处理以及授权多个部门共同制定新的女职工禁忌从事的劳动范围的做法符合“与时俱进”原则，便于在第45号公约被废止后，及时废止女职工禁忌从事的劳动范围中的“矿山井下作业”条款。也便于及时增加一些新的职业禁忌种类，例如，电磁辐射等对于孕期妇女及其胎儿的影响，在研究成熟后可以加入附录中的职业禁忌范围，以促使女职工更好地履行繁衍健康后代的天职；随着优生优育理念的增强以及经济的发展，也可能将已婚待孕期禁忌从事的劳动范围列入。

（五）江苏首创政策法规性别平等咨询评估机制

为了从源头上消除制度性性别歧视，在决策、管理和服务中增强性别平等理念，推动两性平等和谐发展，江苏省妇联和江苏省政府法制办，于2012年3月共同成立了江苏省政策法规性别平等咨询评估委员会，聘请51名长期从事法学、妇女理论研究和相关实务工作的领导、专家和学者担任指导委员、专业委员和特邀委员，对政策法规起草制定和实施执行中涉及性别平等条款进行调研论证、跟踪调查、舆情收集、分析评价，及时评估其合法性、合理性、科学性和有效性，对需要修改完善的，形成意见和建议的书面评估报告，由政府法制机关通报给政策法规制定或实施的相关单位、部门，相关单位、部门给予相应答复。

这是消除制度性性别歧视的创新机制，应当向全国推广。刘明辉主持的国家社会科学基金一般项目《反就业性别歧视的法律评估机制研究》，正在调研如何在各级立法机构健全性别影响咨询评估机制。

此外，自2012年1月1日起，北京市消除了生育保险规定中的户籍歧视；女大学毕业生曹菊（化名）提起首例就业性别歧视诉讼等事件，均标志着本年度性别平等法治的进步。

二、中国性别平等法治尚存一些缺憾

（一）反就业性别歧视法律制度不健全

目前，散见于《劳动法》、《就业促进法》和《妇女权益保障法》、《女职工劳动保护特别规定》等法律、法规中的反就业性别歧视的规定，缺乏发达国家相关法律（包括判例法）不可或缺的要素——就业性别歧视的定义和认定标准、负责监督实施该法的专门机构、惩罚性赔偿和集团诉讼、就业性别歧视举证责任倒置规则、强制证人作证义务和防止报复的规定等。尤其是现行法律本身存在就业性别歧视规定。这些缺陷使性别歧视的实施者几乎没有违法成本，在客观上必然放任就业性别歧视现象蔓延。北京市妇女儿童工作委员会于2011年8月12日发布了《北京市高校女大学生就业情况调查报告》³，结果显示：61.5%的女大学生在求职过程中受到过歧视，比男生高9.9个百分点。其中，16.7%的女大学生表示经常受到歧视。很多女大学生在座谈会上表示，遇到就业歧视却“不知道该找

³接受调查的是北京大学、清华大学、北京师范大学、中央财经大学、首都师范大学等11所高等院校2964位应届毕业生，其中女生占56%。

哪个部门投诉”，“觉得投诉也没有用”。

而现行法律本身存在就业性别歧视规定，急需建立国家层面的性别影响评估机制。《劳动法》第 59 条招致国内外女权主义者的批评而在国内尚未进行性别影响评估。全国妇联和国家统计局负责的第三期中国妇女社会地位调查（以 2010 年 12 月 1 日为标准时点）发现“城镇和农村在业女性的年均劳动收入分别是男性的 67.3%和 56%。”《中国性别平等与妇女发展评估报告（1995-2005）》显示：“2003 年城镇单位女性就业人员的年均收入是男性就业人员的 81.9%；而据劳动部 1978 年的抽样调查，这一数据为 83%。”可见，男女职工的收入差距呈递增态势。其原因固然是多方面的，但是，特困女性主动下井的实例⁴揭示了国家职业禁忌规定是其原因之一。因为立法禁止女性在上个世纪 90 年代只能挣“300 元”，而不论女性是否强健、是否为生活所迫，都不得自愿下井挣“1300 元”，这必然加剧职业性别隔离。因此，应当及时废止不合理的职业禁忌等特殊保护条款，为适格女性打开男性垄断的高薪行业大门。

另外一个亟待性别影响评估的是退休年龄制度。现行“国发〔1978〕104 号”法规存在对女性的就业性别歧视。受距离退休 5 年不再提拔的潜规则制约，女性进入决策层比男性多了一道障碍，随着工资和退休制度改革，“被退休”女性人力资源浪费严重，其政治权和经济权受损。在尚未纳入养老保险费统筹的群体，按照《关于机关事业单位离退人员计发离退休费等问题的实施办法》（国人部发〔2006〕60 号）的规定，处级以下女干部、无高级职称的女性专业技术人员，若要取得与男同学相同的，占退休前工资 90%的退休费，就必须在 20 周岁之前参加工作。其中的女博士通常工龄仅 27 年，只能领取 80%的退休费。

如果有国家级性别影响评估机制，就不难发现退休年龄制度既存在对部分女性的性别歧视，又存在对部分男性的性别歧视。因其导致濒临解散的企业职工，男性比已满退休年龄的女性面临更多风险，诸多权利基于性别而遭受排斥和限制。例如，没有资格领取养老金；临近退休再就业难；不得不续缴单位和个人承担的全部养老保险费（占缴费工资的 28%），有的还需要缴纳医疗保险费，甚至不惜债台高筑；医疗待遇也会受到影响。因此，应当尽快增设国家级性别影响评估机制，以预防并及时消除制度性性别歧视。

（二）职场性骚扰的雇主责任欠完备

尽管国家立法增设了用人单位防止职场性骚扰的义务规范，但是，在实际操作中产生了以下困惑：何为职场性骚扰？职场性骚扰有哪些类型？以何标准认定职场性骚扰？职场性骚扰与其他场合的性骚扰有何区别？用人单位应当采取哪些措施履行防止性骚扰义务？如果用人单位未履行防止性骚扰义务，其法律后果是什么？如果受害人提起诉讼，法院会判决用人单位与侵权人一起承担连带赔偿责任吗？法官如何掌握免责情形？

这些困惑均需地方立法加以明确，否则，女职工很难从这种纸面上赋予的抽

⁴ 2006 年 4 月 6 日，湖南省冷水江市东塘煤矿瓦斯突出事故中遇难的 4 名女性中，李初莲年仅 40 岁却挖了 10 年煤。因她和丈夫负担老父亲、均在职业学校读书的儿女，还有娘家的老母亲和一个痴呆弟弟所需的全部费用。而她在矿上开绞车每月工资仅 300 元，于是她选择下井挖煤，获得月工资 1300 多元。当事件曝光之后，当地妇女没有感谢媒体对“黑心矿主”的谴责，反而为以后不能下井，从而影响生计而忧心忡忡。

象的权利中获得实际利益。之前的判例已经暴露出立法的漏洞。在轰动全国的原告L诉上司横山宏明和广州某日资公司侵权案中，对于原告要求二被告赔偿40万元的诉讼请求，法院仅判决横山宏明支付精神损害抚慰金3000元。从原告L遭受横山宏明性骚扰长达数月，多次向公司投诉未果反被开除来看，该公司并无防止性骚扰的机制，依据《广东省实施〈中华人民共和国妇女权益保障法〉办法》的规定，理应承担连带赔偿责任。但是，就是因为其第29条第2款仅规定：“用人单位和公共场所管理单位应当通过建立适当的环境、制定必要的调查投诉制度等措施，预防和制止对妇女的性骚扰。”从立法技术上来看，法律结构欠完整，缺乏相应的明确的法律责任，其结果是任由法官行使自由裁量权，因而使该义务规范停留在纸面上。可见应当细化用人单位防止性骚扰的义务规范，包括职场性骚扰的认定标准、举证责任、用人单位未履行预防和制止性骚扰义务应当承担何种法律责任以及免责情形。只有将“义务”具体化，才能起到预防作用。只有增设法律责任，才能有效地督促用人单位履行“义务”。

（三）生育保险津贴支付范围和标准存在问题

现行生育保险津贴支付范围和标准，忽视了灵活就业人员、失业女性和男性的生育保险待遇。《社会保险法》赋予所有灵活就业人员参加职工基本养老和医疗社会保险的权利，以身份证号码作为个人社会保障号码，可以直接向社会保险费征收机构缴纳相应的社会保险费。但不含生育保险。《社会保险法》第54条第2款规定：“生育保险待遇包括生育医疗费用和生育津贴。”其中的“生育医疗费用”也可以由“新型农村医疗保险”、“城镇居民医疗保险”基金承担。因此，应当尊重灵活就业人员对于参加“职工生育保险”、“新型农村医疗保险”、“城镇居民医疗保险”的选择权等。

忽视男性的生育保险权利，这不仅滞后于国际潮流，而且不符合联合国《消除对妇女一切形式歧视公约》序言中“养育子女是男女和整个社会的共同责任”的理念，容易引起男性提起的性别歧视诉讼。例如，1990年，在加拿大曾经发生Schachter v. R案，原告认为其作为父亲不能领取育儿假津贴，违反了《加拿大权利与自由宪章》第15条关于两性平等权利之规定，而要求领取育儿假津贴。加拿大最高法院判其胜诉，并命令政府修正该法。因而其《就业保险法》于1991年修正为生父与养父均有权领取育儿假津贴。2000年底，加拿大政府将父母可领取育儿假津贴周数由20周延长到35周。在台湾，育儿假津贴一般长达6个月。⁵在中国，《广东省职工生育保险规定》已将男职工看护假期（法定10天）的工资纳入生育津贴支付范围，使男女职工及其所在单位均受益。因此应当增加规定：“职工依法休计划生育奖励假期期间的工资从生育保险基金中支付。”

《社会保险法》第56条和《女职工劳动保护特别规定》第8条确定的生育保险津贴标准为“用人单位上年度职工月平均工资”。决策者主观地认为女职工24岁左右生育时资历和职级较低，因而“用人单位上年度职工月平均工资”均高于女职工生育前的工资，却忽视了以下4点：（1）非公企业缴费基数普遍不实，凭着人力和经费均不足的监察力量难以核实企业“平均工资”与“平均缴费工资”之间的差额，于是社会保险经办机构便将统计口径统一为“平均缴费工资”。（2）即使统计口径改为“用人单位上年度职工月平均工资”，用人单

⁵谢琪楠：《加拿大之育婴假与津贴发放制度》，台湾：《政大劳动学报》，2006年第20期。

位的工资以逐年递增为常态，因此，以“上年度”的平均值为计发标准，也必然产生差额。（3）女职工生育年龄的差异较大，基于“生了孩子丢了位子”的现象具有普遍性，女白领往往不得不推迟生育年龄。其中高薪阶层女职工的“生育津贴”与产前工资的差距更大。例如，陈女士是北京某公司总经理，月薪2万元。其缴费工资基数依法按照上限14016元（上年度北京市月平均工资4672元的3倍）缴纳，而本单位平均缴费工资仅2950元。（4）忽视了上位法中的强制性规范。《妇女权益保障法》第27条规定：“任何单位不得因结婚、怀孕、产假、哺乳等情形，降低女职工的工资”。其中的“不得”属于强制性规范中的禁止性规范，任何与之相抵触的规定和约定均自始无效。因此，应当将生育保险津贴标准改为“不低于休产假女职工的产前工资。”且明确基金构成中的国家义务以确保生育保险基金可持续支付，进而充分体现国家对生育社会价值的认可。

（四）首例就业性别歧视诉讼立案难，女大学生集体举报招聘启事“仅限男性”

2012年6月10日，女大学毕业生曹菊（化名）浏览智联招聘网站时，看到北京巨人教育集团发布的行政助理职位招聘启事，发现自己具备该职位所需的素质。于次日通过智联招聘网站投递了简历。6月12日，曹菊又向其招聘邮箱投递了简历。6月25日，曹菊再次登录智联招聘网站查看投递简历消息时，发现在巨人教育的行政助理招聘启事中有一条“仅限男性”的条件。该职位需求的具体描述为：

1. 熟练使用各种办公软件及办公设备，普通话标准（仅限男性）；
2. 形象好，沟通能力强；
3. 能承受一定的工作压力；
4. 踏实认真，责任心强；
5. 市场营销专业，并有一定工作经验者优先。

起初，曹菊埋怨自己急于找工作而没有仔细看全启事。但后来产生了质疑：自己准备了那么久，做了那么多功课，难道仅仅因为性别原因就被拒绝吗？即使个人条件再适合也无法获得这一份工作吗？带着这样的疑问，曹菊于当天致电招聘方，得到的答复是：如果启事上说该职位“仅限男性”，那就是只招男性。她向北京益仁平中心投诉：“我是女的，这是天生的。是女的，不是我的错。”北京益仁平中心请了两位律师为她提供法律援助。

2012年7月11日，在收集完证据后，曹菊将巨人教育集团告到北京市海淀区人民法院，请求法院判被告就性别歧视行为向原告赔礼道歉，并赔偿5万元精神损害抚慰金。尽管《最高人民法院民事案件案由规定》（法发〔2008〕11号）未列举“就业歧视案由”，但是，对于“乙肝病原携带者”就业歧视案，立案庭通常以“一般人格权”案由立案。曹菊享有《就业促进法》第62条赋予的直诉权。人民法院根据《民事诉讼法》第123条之规定，对于“符合起诉条件的，应当在七日内立案，并通知当事人；不符合起诉条件的，应当在七日内作出裁定书，不予受理；原告对裁定不服的，可以提起上诉。”但是，本案至今仍未立案，其凸显“法治”与“人治”的冲突。

鉴于诉讼渠道不畅通，又无专门机构受理投诉，性别歧视受害人便不得不另辟蹊径。2012年12月26日，来自广州、北京、上海等8个城市的女大学生集体举报了中介机构“智联招聘”大量发布歧视性招聘信息，同时向各地人社局、工商局集中举报了267家在“智联招聘”中发布性别歧视招聘信息的企业。从她们陆续收到的来自各地的人社局和工商局的回复和处理结果中，智联招聘网站删除了所有限制性别的企业招聘启事。武汉市一家企业被处以1万元罚款。在这些女大学生中，中山大学毕业生郑楚然曾于2012年4月26日，给全国500强企业的首席执行官分别寄去一封关于取消就业性别限制的建议信，呼吁企业量才适用，不要给女性贴上“工作能力低下”的刻板标签。她说：“我今天写信，不仅是因为我自己，如果今天我不呼吁，下一个被歧视的将会是你。”其抗争性别歧视意识的觉醒在女大学生多数选择隐忍的现实中尤其可贵。

三、立法倡导要点和策略

(一) 立法倡导要点

1. 变单性别保护为多元化性别平等规范，制定《中华人民共和国性别平等法》

现行立法对其他性别群体本应享有的平等权利的忽视，其实质是运用“排除法则”剥夺了部分人的平等权，这是性别歧视的一种特殊形式。消除此类歧视以转变立法理念为前提。例如，“在中国，有关男女平等的最重要的法律是《妇女权益保障法》，该法从保障妇女权益的角度，推动两性平等的实现。在当今妇女地位普遍处于弱势的情况下，这种立法曾经起了一定的作用。然而，从实现两性平等的角度考察妇女权益保障法存在着致命的缺陷：男性难以通过该部法律主张性别平等权。对妇女实施法律援助、对妇女问题进行研究、提高妇女在社会生活中各个领域的地位，并非两性文明发展的最终目标，最终的目标是性别平等，其中包含女性的平等权，也包含男性的平等权。”⁶ 2008年1月16日，中国台湾将其于2002年1月16日公布的《两性工作平等法》，修正更名为《性别工作平等法》，在禁止的差别待遇事由中增加了“性倾向”⁷。这是顺应世界性潮流的多元化性别平等立法范例。深圳市地方法规《深圳经济特区性别平等促进条例》也体现了变单性别保护为多元化性别平等规范的理念且着眼于政府的促进职责，是中国性别平等立法模式创新的一个成果，具有引领性和可复制性。立法倡导群体应当汲取地方经验，推出国家级性别平等法。

2. 将滞后性“保护”改为前瞻性“赋权”，并尊重个体差异，变革退休年龄制度

纵观性别平等的国际立法潮流，不仅呈现出性别多元化趋势，而且趋向于将滞后性“保护”改为前瞻性“赋权”并尊重个体差异。这是职业禁忌和退休年龄变革的理论基础。在退休年龄方面，“国发(1978)104号”自1978年6月2日实施至今，“暂行”了近35年仍然有效，其间跨越了中国改革开放日新月异的时代，

⁶李傲著：《性别平等的法律保障》，北京：中国社会科学出版社，2009年版，第143页。

⁷第7条 雇主对求职者或受雇者之招募、甄试、进用、分发、配置、考绩或升迁等，不得因性别或性倾向而有差别待遇。但工作性质仅适合特定性别者，不在此限。

必然严重滞后于现实需求。它不仅限制了女性在政治和经济等方面享有同男子平等的权利，也忽视了部分男性早退休的意愿及其平等权，因而构成了对两性的性别歧视。违反了联合国《消除对妇女一切形式歧视公约》、《经济、社会与文化权利公约》和国际劳工组织《(就业与职业)歧视公约》(第111号公约)中的非歧视义务，直接影响中国政府的形象，并阻碍男女平等基本国策的实施，因而亟待变革。为此，笔者设计了一种双轨制弹性退休方案：

凡在境内缴纳养老保险费满二十五年的管理人员、专业技术人员和普通员工，年满六十周岁的，有权领取养老金。

在重体力劳动或者其他有害身体健康的岗位缴纳养老保险费满十五年的，领取养老金的最低年龄为五十周岁。

在重体力劳动或者其他有害身体健康的岗位之外缴纳养老保险费满二十年的，领取养老金的最低年龄为五十五周岁。

在达到领取养老金的最低年龄之后自愿继续工作的员工，依法继续缴纳社会保险费和住房公积金，在办理退休手续之前不领取养老金，其晋升、涨薪及其它福利待遇不受影响。但是编制内的管理者应当在年满65岁之前办理退休手续。因工作需要延迟退休的管理者，应当报国务院有关部门批准。

尚未纳入养老保险基金统筹的员工，其工龄等于缴费年限。

与之前的方案相比，此项退休年龄改革方案最大的变化是借鉴澳大利亚等国的经验，将“退休年龄”改为“领取养老金的年龄”，再根据不同岗位分别设置“领取养老金的最低年龄”，而不再按照“干部”和“工人”的身份划分。同时考虑就业问题而设置了强制退休的年龄，考虑养老基金支付压力而提高了正常退休员工领取养老金的最低缴费年限。⁸因此，妇女组织应当共同推动将现行退休年龄规定改为弹性而有条件的男女同龄领取基本养老金制度。

3. 出台“暂行特别措施”，遏制目前迅速蔓延的就业性别歧视现象

“暂行特别措施”，即发达国家采取的“积极行动”（或者“肯定行动”）⁹堪称缩小男女职场地位差异的一种有效举措。例如，瑞典针对女性就业率低低的状况，在《1991年平等就业机会法》中规定雇主有采取暂行特别措施的义务，在所有种类的工作中尽可能对男女进行平均分配，其目标是实现在每种雇员中每一性别的人数占到40%。这种配额制，即为了尽快改变某种比例严重失调的状况而硬性搭配名额而规定应有的比例底限的制度，目前不宜适用于就业领域，但应当写进中国选举法，规定女人大代表的比例不低于30%。同时，国家应当通过税收优惠、贴息贷款、行政费用减免和免费培训、免费职业介绍等措施扶持弱势性别群体实现平等就业权和职业发展权。在财力不足的情况下，可以采用其他措施。例如，允许平等雇佣示范企业在政府采购时享受加分优惠。因为政府采购带有行政垄断色彩，其价格远高于市价，可视为一种变相的财税补贴。如果赋予平等雇

⁸ 详见刘明辉《中国退休年龄制度中的悖论》，载《中华女子学院学报》，2012年第2期；其论点摘编辑入《中国社会科学》2012年第9期。

⁹ “积极行动”（Positive action）、“肯定行动”（Affirmative action），联合国消除对妇女歧视委员会建议统称为“暂行特别措施”（temporary special measures），是指政府为了加速消除就业歧视以实现实质性平等，而在一定时期内采取的特别保护弱势就业群体的措施。

僱示范企业政府采购优先权，就会产生引导企业反就业歧视的正面的社会影响。这在国外已有先例，例如，韩国对被评选为优秀平等雇佣女性的企业颁发“男女平等雇佣机会认证标志”，允许其在三年内使用这一标志，并在政府采购时享受加分优惠及财政方面的各种优惠。

此外，中国计划生育基本国策之所以得以贯彻，其重要原因是政府将其纳入年度考核制度，对辖区严重“超生”事件实行“一票否决制”。因此，如果在制订国民经济和社会发展总体规划时，明确促进平等就业的战略、具体指标和政策措施。要求地方政府对主要负责人就平等就业目标的实施情况进行年度考核，将考核结果作为政绩评定的核心标准。对于其所辖区域出现影响恶劣的就业歧视事件，也实行“一票否决制”。同时，地方政府有权要求其所辖区域的单位定期提交雇佣情况报告，经审核后据此列出反就业歧视领域的优劣名单并予以公示。那么，将有效遏制目前迅速蔓延的就业性别歧视现象，令男女平等基本国策得以落实。此类措施不增加财政成本，是发展中国家首选的“积极行动”。

4. 立法体现事先预防重于事后制裁的理念，地方立法细化职场性骚扰的雇主责任

根据试点企业取得的实践经验¹⁰，在地方出台《〈女职工劳动保护特别规定〉实施条例》时，可以考虑在以下方面细化职场性骚扰的雇主责任：

单位应当建立防治职场性骚扰的机制，并采取下列措施防治职场性骚扰：（1）依法制定明确的防治职场性骚扰的规章制度；（2）设置便于投诉或举报的专门机构，负责受理投诉与调查工作；（3）开展防治职场性骚扰政策的宣传教育活动，定期进行防治职场性骚扰的培训；（4）管理者接到性骚扰投诉或者发现性骚扰行为时，应当及时妥善处理，根据具体情形采取对受害人的补救措施和对加害人的惩戒措施，并尽可能采取保密和防止报复措施。其中惩处加害人的方式包括：警告、降级、调离、停职停薪或开除等。即使骚扰者没被开除，也要参加防止工作场所性骚扰的学习班。一定要确保举报者不受同一人继续骚扰，包括对两人进行永久性隔离以避免再次接触。

在面试及工作场所，求职者或者雇员遭受性骚扰的，单位应当与加害人一起承担连带赔偿责任。单位能够证明履行了本规定义务的，根据履行情况可以减轻或者免除其赔偿责任。雇员没有正当理由却未能利用单位提供的预防或者纠正性骚扰机制的，可以免除单位的赔偿责任。

5. 国务院出台保障家政服务员平等就业权的专门行政法规

在中国约有 2000 万家政服务员，其中女性超过 90%。她们的贡献巨大却受到歧视。正如《2011 年家庭工人公约》（C189: Decent Work for Domestic Workers）的序言所言：“认识到家庭工人对全球经济的巨大贡献，包括为承担家庭责任的女性、男性增加了有薪工作的就业机会，更大范围地照顾了老年人群、儿童以及残障人士，以及带来国内、国际间大量的收入转移；考虑

¹⁰自 2006 年 10 月以来，原北京大学法学院妇女法律研究与服务中心《通过推动企业建立防治职场性骚扰内部政策，促进中国反性骚扰法律的完善》项目实施过程中，河北省衡水市老白干酿酒(集团)有限公司创建国企首个防治职场性骚扰的专门机构和规章制度，之后陆续推广到北京翠微大厦、北京西郊宾馆、唯美度国际美容连锁集团有限公司、中山火炬城建开发有限公司和河北制药集团有限公司等企业。

到家庭工作的价值常常被低估、被忽视，而这些工作多是妇女和女孩来从事，她们中许多是移民或者来自贫困地区，在就业和工作中容易受到歧视及其他权利侵害；并考虑到发展中国家向来缺少正规就业的机会，家庭工人往往占到了国家劳动力中很大一部分，但是她们仍然属于最边缘的人群……认识到家庭工作是在特殊的环境下进行的，因此专门针对家庭工人的劳工标准更能有效补充一般标准对家庭工人的保护，使她们能够充分享受权利”。

近年来，国内学者与妇女组织一起致力于推动消除对家政服务员就业歧视的立法，已经初见成效。国务院办公厅于2010年9月26日出台了《关于发展家庭服务业的指导意见》（国办发〔2010〕43号），提出“国务院有关部门要研究制订适应家政服务特点的劳动用工政策及劳动标准，促进家政服务员体面劳动。”财政部和国家税务总局于2011年9月28日联合发布部门规章《关于员工制家政服务免征营业税的通知》（财税〔2011〕51号），规定“自2011年10月1日至2014年9月30日，对家政服务企业由员工制家政服务员提供的家政服务取得的收入免征营业税。”各地纷纷出台扶持政策，加大社会保险费补贴力度。例如，2012年10月28日，北京市人力资源和社会保障局、商务委员会、发展和改革委员会和财政局联合发布《关于鼓励家政服务业实行员工制管理的试点意见》（京人社农工发〔2012〕233号），加大了社会保险费补贴力度。规定试点企业在与家政服务员签订的劳动合同期限内，享受不超过5年的社会保险补贴，第一年补贴企业实际缴纳的100%；第二年80%；第三年60%；第四年、第五年50%。并享受国家免征营业税3年的税收优惠，同时“支持试点企业开展连锁经营、加盟经营，对试点企业投资建设的项目，如门店装修改造、购置相关设备设施、信息系统开发等，经验收、评审后，按照有关规定和要求，优先给予不超过总投资额50%的资金支持。”“试点企业的家政服务员优先享受免费职业技能培训和职业技能鉴定。”据此，北京市有五家员工制家政服务企业作为试点企业，已经探索出政府引导中介制转向员工制经营模式的途径。这对于立法明确政府财税扶持员工制家政服务企业的职责积累了实践经验。

但是，由于负担较高的社会保险费、高标准的休息休假和严格的雇用保护等普通劳动保障标准在家政服务业难以实施，导致绝大多数家政服务组织望而却步。真正与家政服务员建立劳动关系的家政服务公司属于极少数品牌企业，且受益群体限于隶属于家政服务公司的家政服务员，占多数的家政散工仍与劳动法无缘。她们即使自愿承担工伤和生育保险费也无处缴纳，一旦发生工伤事故，就面临自负巨额费用的风险，无法享受“从工伤保险基金中先行支付”的优待；在生育后也无权享受生育保险待遇。这种漠视家政服务员劳动保障权的做法不仅加重了家政服务员群体的脆弱性和边缘化，而且导致家政市场“供不应求”和“供不适求”的矛盾日益加剧。因此，迫切需要国家专门立法，制定家政服务员劳动保障标准作为劳动法的特别法，适当降低部分过高的劳动保障标准，且制定特色条款以满足家政服务员的特殊需求。诸如家政服务员的易受伤害性需要特殊的人身安全和人格尊严保障条款；劳动强度及环境的差异性、雇主指令的随机性、工作与休息界限的模糊性要求独特的休息时间和待命工资标准；“知情权”、“监察权”与“隐私权”的冲突以及雇主负担能力的落差也需要更多的平衡考量。这样才能引导家政服务组织对家政服务员进行职业化管理，落实家政服务员的劳动保障权利。笔者为此起草了《家政服务行业管理条例》（专家建议稿）。

此外。还应关注将现行的生育津贴支付范围扩及男性，其标准与其配偶相同均不低于产前收入；将现行对全体女职工的职业禁忌规定改为覆盖男女且分类规范，确保其不会出现就业歧视后果。

（二）立法倡导策略

根据多年来立法倡导的经验教训，应当采取以下策略：

1. 发动多人同期提出议案或者提案以提高采纳概率

以往效率不高的教训主要是“单兵作战，各自为政”，未能将优势资源整合。今后应采取“集中优势兵力主攻一个山头”的战略，尽量充分地传达源自底层的呼声。

首先，将一份立法建议写成可复制的议案、提案版本，发动至少7位人大代表或者政协委员同期提出。同时请求媒体开动所有宣传机器，多渠道传输至决策机构。

其次，在立法草案公开征求意见期间，所有NGO形成合力，教师发动学生积极参与提修改意见，共同喊出性别弱势群体的心声。

关于用人单位防治职场性骚扰立法倡导成功的经验表明，立法推动需要规模效应。学者和NGO应结束“自说自话”的时代，将研究成果变成议案或者提案，说服多名人大代表、政协委员或者相关组织提出，并由媒体配合扩大议案或者提案的社会影响。

2. 充分利用资讯时代现代化传播媒体的快速辐射功能，将引领者的研究成果化为群体呐喊

在资讯时代现代化传播媒体的快速辐射功能，已经在反腐败战线展示了空前的快捷和效力。在立法倡导中也曾发挥了重要作用，例如，数千万条网络意见协助妇女组织恢复了《就业促进法》（草案一稿）中的“公平就业”一章；在推动《女职工劳动保护特别规定》中增设用人单位防治职场性骚扰义务的条款期间，扮演了不可替代的角色。

值得注意的是，学生是妇女组织之前未充分意识到的一种巨大的推动力量。因为在资讯时代，学生是QQ群和微薄的主力军，一条信息通过QQ群和微薄可以瞬间传递，且呈几何级数迅速扩张。这是任何其他传输方式均难以匹敌的现代化传播媒体，随着其迅猛的发展趋势，必将发挥愈加强大的传播功能。因此，将性别平等教育纳入教学大纲、教材和讲座之中，并通过媒体广泛宣传，将引领者的研究成果化为群体呐喊。这是致力于立法倡导者的策略和努力方向。

（来源：妇女观察）