#### www.shfzb.com.c

### 三孩政策背景下劳动法相关配套规定的设想 (二)

# 立法应完善女性平等就业权保障

曹艳春

#### 编者按:

三孩生育政策的出台引起了 社会各界的广泛关注和激烈讨 论。三孩政策要想落地,不仅需 要政府部门相关配套制度的支 持,更需要劳动法相关配套规定 来保护女性的平等就业权、养育 子女的休息休假制度等。

7月14日,本版刊发了上海海事大学法学院曹艳春教授的《三孩政策背景下劳动法相关配套规定的设想(一)建议配偶享有同等天数陪护假》一文,今日继续刊发《三孩政策背景下劳动法相关配套规定的设想(二)》关注女性的平等就业权益。

随着我国开始实施计划生育政策后,女性在照看孩子上需要付出的时间和精力大大减少,越来越多的女性开始走出家庭、步入职场,更加专注于自身事业的发展。然而二孩、三孩政策的出现加剧家庭与工作的冲突,无疑会给女性的职业生涯带来一定负面影响,也使得就业市场上女性的就业明显不利,就业机会或会大大低于男性,遭受就业歧视的可能会加剧。

因此若要保障三孩政策的实施成效,提 升女性生育的意愿,女性的就业权益保障制 度就需要大幅修改与完善,女性就业合法权 益需要得到实质意义上的保障。

#### 女性平等就业权益保障立法现状

《劳动法》第 13 条规定: "妇女享有与男子平等的就业权利。在录用职工时,除国家规定的不适合妇女的工种或者岗位外,不得以性别为由拒绝录用妇女或者提高对妇

□ 尽管《劳动法》《就业促进法》对女性职工享有的平等就业权作出了 规定,但规定较为原则抽象,并且缺乏对用人单位侵害女性平等就业 权行为应承担的法律责任的规定,刚性不足。

- □ 《劳动法》《就业促进法》《女职工劳动保护特别规定》等相关法律 法规可以加入禁止用人单位在招录人员时向女性索要婚否、生育与否 等信息的规定,并对用人单位侵害女性平等就业权的行为明确规定其 应承担的法律责任。
- □ 建议除女职工因生理特点不适合从事的工作外,可以结合不同工作的 特点在相关法律法规中强制性规定用人单位招聘女性职工的最低比例, 建立企业自查职业性别比报告制度。

女的录用标准。'

《就业促进法》第 27 条第 1 款规定: "国家保障妇女享有与男子平等的劳动权利。 用人单位招用人员,除国家规定的不适合妇 女的工种或者岗位外,不得以性别为由拒绝 录用妇女或者提高对妇女的录用标准。用人 单位录用女职工,不得在劳动合同中规定限 制女职工结婚、生育的内容。"

《女职工劳动保护特别规定》第5条规定: "用人单位不得因女职工怀孕、生育、哺乳降低其工资、予以辞退、与其解除劳动或者聘用合同。"

#### 当前立法尚未涉及的问题

现行《劳动法》《就业促进法》对女性 职工享有的平等就业权作出了规定,但规定 较为原则抽象,并且缺乏对用人单位侵害女 性平等就业权行为应承担的法律责任的规 定,刚性不足。

尽管《女职工劳动保护特别规定》第 12条规定了有关机构和组织对用人单位遵 守该规定的情况进行监督的职责,但第13 条中未对用人单位违反第5条的行为作出明 确的处罚规定,且第15条中"用人单位违 反本规定,侵害女职工合法权益,造成女职工 损害的,依法给予赔偿"的条款过于抽象、可 操作性较差,难以对违规辞退孕期及哺乳期女 职工的行为起到足够的威慑作用。

#### 女性平等就业权的域外立法发展

1957年,欧洲六国签署《罗马条约》,其中第119条规定了两性同工同酬原则,就是保障了女性平等就业的权益;1997年《阿姆斯特丹条约》规定推进平等就业机会行动计划等方面内容,此外还有《男女同工同酬指令》《职业社会保障男女平等待遇指令》《孕产妇保护指令》《性别歧视案件举证责任分配指令》《亲职假指令》《兼职工作指令》等一系列具有实际操作意义的法律。

美国 20 世纪 60 年代爆发的民权运动迫使 美国联邦立法部门纷纷出台补救措施,包括 1963 年的《工资公平法》,规定男女同工同 酬;1964 年的《民权法》,确立了禁止在就业 领域性别歧视的原则;1970 年的《政府间人 事法》,禁止各州和地方政府实行性别歧视等 等。

此外,美国 1978 年《怀孕歧视法》禁止 拥有 15 名或 15 名以上员工公司的雇主实施解 雇怀孕或打算怀孕的女性职工、给予其降级等不利待遇,以及拒绝雇用怀孕或打算怀孕的能够履行工作主要职能的女性等区别对待行为。

日本《男女雇佣机会均等法》禁止企业在 实施招聘、分配、升降职、教育训练等雇佣管 理中,以性别为理由差别对待男女劳动者;禁止以婚姻、怀孕、分娩、育儿休假等事项为理 由,给予女性解雇、不续签合同、降薪、换到 平时不可能去的岗位等不利待遇。

#### 完善女性平等就业权益保障的建议

其一,建议《劳动法》《就业促进法》《女职工劳动保护特别规定》等相关法律法规在现有的禁止以性别为由拒绝录用妇女或者提高对妇女录用标准的基础上,加入禁止用人单位在招录人员时向女性索要婚否、生育与否等信息的规定,并对用人单位侵害女性平等就业权的行为明确规定其应承担的法律责任,规定较高的处罚标准,提升用人单位的违法成本,从而能够使保障女性平等就业权的条款更大程度上发挥应有的价值。

其二,建议除女职工因生理特点不适合从事的工作外,可以结合不同工作的特点在《劳动法》或其他相关法律法规中强制性规定用人单位招聘女性职工的最低比例,建立企业自查职业性别比报告制度,对于未达规定比例的企业则需承担相应的法律责任。

其三,建议加强中央及地方各级劳动行政 部门对用人单位是否遵循保障女性平等就业权 法律法规的监督检查力度,加强妇联、工会等 社会组织的第三方监督检查制度,并将多次违 反规定的企业纳人黑名单中并向社会公示,从 而起到警戒的效果。

总之, "女性就业的比例和层次是衡量女性社会地位的重要尺度,也是衡量社会进步的重要指标,这密切关系着女性自身权益的维护,关系着女性自我价值的实现,关系着社会的稳定和发展,是建设和谐社会的重要内容和要求。"要推动三孩政策的顺利实施,改善我国的人口结构,女性劳动权益法律保障问题不容忽视,与女性就业权益相关的配套规定和政策尚需刚性化完善。

(作者系上海海事大学法学院副院长、教授、博士生导师)

## 司法调解工作的原则及方法

沈 烨

通常认为,司法权的本质是判断权,一纸裁判固然可以辨是非、明曲直,但是往往无助于争议各方关系的改善或修复,只有施以综合性的干预手段才能更为有效地回应纠纷背后所隐藏的真实诉求,调解工作即是彰显利益平衡之"道"、司法技艺之"术"最为重要的方式之一。准确评估当事人的心理要的方式之一。准确评估当事人的心理重、公当借重社会的评判标准等均是激发、促使当事人道德自律的重要方法。因此,判决并不排斥调解成果的利用,即便矛盾难以调和,也应坚持调与判的结合,力争法律与情理的兼顾。

有质疑者认为,裁判结果本就是非此即彼、此消彼长的"零和博弈",调解大都意味着一方利益的折损,是一种"和稀泥""捣糨糊"的做法。事实上,进入实质审理阶段的案件当事人在此前可能已经历经过双方谈判、社会组织调解、诉调对接阶段调解等多番对谈,简单的情绪安抚或者利益评断并不能促成争议的解决,唯有在释法、明理、论情的基础下"攻心",才能达到案结、事了、人和的良好社会效果。

#### 调解结果是"合理"前提下的"合意"

笔者曾处理过一起争议颇大的买卖合同

纠纷案件,原告与被告工作人员仅以微信沟通方式确认了价格、尺寸、交货日期等。但被告对微信聊天记录的真实性予以否认,且被告当场检索同类货物,提出类似货物在相关网购平台上的售价仅为原告诉请价格的四分之一。由于原告无法提供更为完备的履约情况证明,案件审理工作一度陷入僵局。在庭审过程中,原告提出涉案货物系订制货物,笔者随即要求原告披露其与上游供货商的货款往来凭证,经过核查,原告购入原材料的时间与前述微信聊天记录显示的时间相匹配,且原告加工后所得利润亦在合理区间内。由于系即时核验,被告对相关信息的再实产表示认可。此后,双方迅速达成调解

可见,调解的成功并不是"拍脑袋"后的"灵光乍现",而是将案件事实厘清后的水到渠成。以判促调、调判结合才能促成合法、合理前提下的合意。

#### 调解方法应兼具"尺度"与"温度"

医患关系的紧张、对立在医疗损害责任 纠纷案件中得以具象呈现,个案中的情绪性 对抗大都十分强烈。除却诊疗失当的原因之 外,更多地可能源于患方医学知识的局限性 或者疾病久治不愈的愤懑,又或是医患双方的 语义分歧或者观点冲突。

笔者曾处理过一起因为输液过程中漏液问题引发的案件,原告系一晚期癌症病人,其家属坚持认为院方未能及时处理漏液问题,导致其既损失了价值不菲的抗癌药物,又拖延了治疗时间致使病情恶化。院方则认为漏液系正常现象,仅愿意补偿部分医疗费。在证据交换过程中,笔者发现原告方多次指摘被告工作人员态度恶劣、拒绝沟通等,虽然原告方坚持启动医疗损害鉴定程序,但其对于索偿金额并无具体、明确的要求。

按照既往审判经验,该案构成医疗事故的 概率较低。为避免矛盾激化、减少当事人诉 累,在与被告代理人单独进行沟通,阐明利弊 后,被告最终愿意向原告当庭致歉,并同意改 进工作作风。在将相关情况载明笔录后,原告 的情绪得以有效安抚,最终双方达成调解。

可见,法律虽然确立了泾渭分明的尺度,但只有辅以沁入人心的温度,才能将纸上的法条转化为经世致用的"活法"。

#### 调解过程需注重"用法"与"普法"

"背靠背"调解是惯用的调解方法之一, 但采取此种方式的原因在于防止双方对立情绪 的积聚,并不代表着信息的遮蔽、法律观点的 模糊。笔者始终认为调解应当是信息充分交 换、心证充分开示后的结果,法庭是辨明事实 与法律争议的场所,更是法官普及法法律知识的 平台。如在处理相邻关系纠纷时,双方当事人 大都不会聘请律师,当法律面对生活话语。由于 中观念时即会出现"失灵"现象。有法官助理 在对一件邻里纠纷案件进行证据交换时长久未 归,原来是被告方态度强势,法官助理的 法语无法获得她的认同。笔者赶至法庭,将理 理转变为道理、事例,明确告知被告方审理走 向、诉讼风险等,在直白且有力的规对下,被 告欣然接受调解。

可见,公开是公正、公信得以有效提升的 重要途径,只有开诚布公地运用法律、讲解法 律,才能获得胜败皆服的调解成果。

伯尔曼指出:没有信仰的法律将退化成为僵死的教条,而没有法律的信仰也易于变为狂信,并疾呼"法律必须被信仰,否则它将形同虚设"。法治框架下的调解由司法公信、公众信任共同催生,但归根结底源于对法律的信仰——外在的约束与内在的信念合二为一,共同构筑起法律的逻辑力量与伦理品质,有且只有形成信仰法律的社会环境,方能实现法治国家的原

(作者单位:上海市静安区人民法院)