

Legal Systems of Anti-discrimination  
in Employment and China's Reality

# 禁止就业歧视的 法律制度与中国的现实

周伟 李薇薇 杨聪 何霞/等著

Legal Systems of Anti-discrimination  
in Employment and China's Reality

# 禁止就业歧视的 法律制度与中国的现实

周伟 李薇薇 杨聪 何霞/等著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

**图书在版编目(CIP)数据**

禁止就业歧视的法律制度与中国的现实 / 周伟编著.  
北京:法律出版社,2008.9  
ISBN 978-7-5036-8767-9

I. 禁… II. 周… III. 劳动就业—劳动法—研究—中国  
IV. D922.504

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第136099号

© 法律出版社·中国

禁止就业歧视的法律制度与中国的现实

周伟著

责任编辑 刘彦洋 田会文  
装帧设计 乔智炜

开本 A5  
版本 2008年9月第1版  
出版 法律出版社  
总发行 中国法律图书有限公司  
印刷 北京中科印刷有限公司

印张 12.375 字数 369千  
印次 2008年9月第1次印刷  
编辑统筹 法学学术出版分社  
经销 新华书店  
责任印制 陶松

---

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

---

书号:ISBN 978-7-5036-8767-9

定价:30.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

# 序

本书是与挪威奥斯陆大学法学院暨挪威人权法律中心 2004 年合作项目《中国的劳动就业歧视：法律与现实》的延伸。在前述研究中没有实施的一些调查计划，<sup>①</sup>即本书讨论的中国的就业歧视现象和对各国反歧视法制度的专题研究，即各国反歧视法构成本书的主题。

第一编为各国法律及其实践，对加拿大、日本、挪威、英国、欧盟反歧视法理论和实践进行了考察。

李薇薇在“歧视与尊严：加拿大禁止歧视司法实践的发展”中，通过对加拿大反歧视司法实践新发展的讨论，论述了尊严作为判断歧视的标准的意义，反映了平等权司法实践新的发展趋势，即放弃形式平等作为平等的目标，代之以促进和实现人的尊严的实质平等。

何霞在“法律与实施：日本的反歧视法”中，以反性别歧视法为重点，分别从禁止歧视和积极措施义务两方面对现行反歧视法的具体规定及其实施统计数据的实证研究，展现了日本反歧视法以行政指导为主要实施机制的特征及其成因，揭示了日本反歧视法渐进的、妥协的立法特点及其对中国的借鉴意义。

蒋韬在“实践平等：挪威禁止歧视的法律制度”中，讨论了挪威平等与反歧视法律制度在近几年的最新发展，同时结合挪威平等与反歧视审理委员会的案例，分析其平等与反歧视法律制度的实践。

饶志静在“制度与现实：英国的理论与立法”中，梳理了英国在禁止性别、残疾、年龄歧视等领域的制度结构，并对保障平等的反歧视机构——人权与平等机会委员会及其英国的反歧视法律发展进行了分析。

李星明在“欧盟禁止性别歧视的立法与实践”中，对欧盟禁止性别歧视的法律轮廓进行了介绍，描述了欧盟禁止性别歧视法律的发展过程及其在不同的阶段所关心的发展方向，欧盟禁止性别歧视法律的实施，

---

<sup>①</sup> 在《中国的劳动就业歧视：法律与现实》中，主要讨论了公务员录用条件、公务员录用体检标准、就业中的年龄、身高、容貌、国务院直属中央企业录用劳动者的条件等的就业歧视现状。参见周伟等：《中国的劳动就业歧视：法律与现实》，法律出版社 2006 年版。

并通过对应的立法和相关的判例具体地论述了欧盟禁止性别歧视立法的适用。

本书第二编由 16 篇关于中国的就业歧视的论文及调查报告构成,从立法歧视、户籍歧视、性别歧视、残疾歧视、失地农民的就业歧视、刑释解教人员的就业歧视、年龄歧视等歧视类型的分析出发,对中国现存的就业歧视问题予以了剖析和论述。

周伟在“外地劳动力就业的地方立法例合法性研究”中,论述了中国的地方立法中针对外地劳动力就业的限制性立法,并从宪法及劳动法的角度对这些地方立法的合法性及合理性进行了讨论。

杨聪在“就业中的户籍歧视——以上海第二工业大学的劳务工聘用情况为例”中,运用社会学的方法分析了户籍区别的不合理性,并构建了一种针对农民工在户籍方面的平等保护机制。

袁维勤在“重庆外来务工就业歧视调查”中,对重庆外来务工人员的户籍情况进行调查,从招聘单位负责人的户籍限制情况、招聘专业、技术人员的户籍限制情况、招聘生产运输工人的户籍限制情况等六大方面对这个问题进行分析。

郭延军等在“上海市女性就业中的歧视现象研究”中,通过对上海市各主要招聘会的随机问卷调查和个别深入访谈,发现上海地区女性就业过程中存在着不同程度的职业性别隔离,并认为要消除就业中的性别歧视,必须加强男女平等就业立法,制定具体可行的政府措施,完善救济途径和促进女性部分传统观念的转变。

陈静榕在“妇女就业歧视实证研究——以重庆市妇女就业状况为样本”中,描述了重庆市妇女就业受到歧视的现状,提出政府不但要正确引导妇女的择业观,同时要加强妇女就业培训,加大对下岗妇女的特殊保护力度。

叶荣贵在“上海市城市社区残疾人就业状况调查报告——以 M 区 J 街道为调研对象”、张革成在“残疾人就业歧视问题实证研究——以成都市的调查为例”中,分别以上海市某社区以及成都市的残疾人就业问题为调查对象,分析研究了残疾人在就业中存在的歧视及障碍。

徐键的“失地农民就业中的差别对待实证研究——以上海 Y 村为例”与程杨梅的“失地农民就业困境现象的分析——以成都市温江区涌泉街道为例”两篇文章,分别以上海某村和成都某街道为调查样本,针对

失地农民在就业过程中面临的主要困难,尤其是其中的就业机会与权利不平等,分析其特征以及原因。

王彬的“刑释解教人员平等就业权保障状况考察——以上海市为例”通过对上海市刑释解教人员的抽样调查及与相关部门和人员开座谈会和个案访谈的方法。

赵铁杉、段鸿斌的“刑释解教人员就业情况调查——以四川省为例”通过对公众的问卷调查和对刑释解教人员的访谈方式,从而对刑满释放和解除劳教人员就业现状进行了实证调查,并对数据进行了法律剖析。

邱伟、曹伟的“上海市国企失业人员再就业中的歧视现象研究”一文以上海市的国企失业人员为研究对象,通过实证调查的方式,主要对歧视现象的存在、其表现形式和程度、被歧视的下岗失业人员获得救济的途径以及政府在消除就业歧视中的作用等方面进行了分析。

赵春力在“关于四川省长虹股份有限公司正式工与短期劳务工待遇差别的调查报告”,以西部国有企业的代表——长虹作为研究对象,通过对长虹现有职工具体情况分析的基础上,结合我国国有体制改革中出现的工人身份与待遇差别的转变之现状,分析在社会主义市场经济转型过程中,老牌国有企业中是否存在正式工与非正式工的待遇差别问题。

魏薇在“四川省就业年龄条件调查研究”中对四川就业市场中普遍存在着用人单位对求职者的年龄条件的要求的情况做出调查论证,得出求职者年龄分布和用人单位的年龄条件之间既存在一定的差距,又表现出一定趋同的结论。就业市场中的部分年龄条件的形成,不具有合法和合理的依据,根据法律规定构成对部分求职者的年龄歧视,这对求职者、用人单位、劳动力市场以及整个社会的发展都会带来一定危害。

宁雪伶的“四川省就业教育文化条件的调查”通过在人才市场的实地调查,分析就业中教育文化条件限制的现状、产生原因以及合理与否。

张凯的“重庆市就业年龄以及教育文化条件实证研究”以实证调查的方式,分析了重庆市应聘者就业年龄及教育文化条件结构与招聘方要求的年龄与教育文化条件结构存在的差别。

# 目 录

序 .....	1
<b>第一编 各国法律及其实践 .....</b>	<b>1</b>
一、歧视与尊严:加拿大禁止歧视司法实践的发展 .....	李薇薇 1
二、法律与实施:日本的反歧视法 .....	何霞 20
三、实践平等:挪威禁止歧视的法律制度 .....	蒋韬 58
四、制度与现实:英国的理论与立法 .....	饶志静 79
五、欧盟禁止性别歧视的立法与实践 .....	李星明 99
<b>第二编 中国的就业歧视 .....</b>	<b>141</b>
<b>第一章 立法歧视 .....</b>	<b>141</b>
外地劳动力就业的地方立法例合法性研究 .....	周伟 141
<b>第二章 户籍歧视 .....</b>	<b>154</b>
一、就业中的户籍歧视——以上海第二工业大学的 劳务工聘用情况为例 .....	杨聪 154
二、重庆外来务工就业歧视调查 .....	袁维勤 171
<b>第三章 性别歧视 .....</b>	<b>199</b>
一、上海市女性就业中的歧视现象研究 .....	郭延军 杨婷婷 曹伟 199
二、妇女就业歧视实证研究——以重庆市妇女就业 状况为样本 .....	陈静熔 214
<b>第四章 残疾歧视 .....</b>	<b>227</b>
一、上海市城市社区残疾人就业状况调查报告——以 M区J街道为调研对象 .....	叶荣贵 227
二、残疾人就业歧视问题实证研究——以成都市的	

调查为例 .....	张革成	237
<b>第五章 失地农民的就业歧视 .....</b>		<b>258</b>
一、失地农民就业中的差别对待实证研究——以上海 Y 村 为例 .....	徐 键	258
二、失地农民就业困境现象的分析——以成都市温江区 涌泉街道为例 .....	程杨梅	276
<b>第六章 刑释解教人员的就业歧视 .....</b>		<b>287</b>
一、刑释解教人员平等就业权保障状况考察——以上海市 为例 .....	王 彬	287
二、刑释解教人员就业情况调查——以四川省为例 .....	赵铁杉 段鸿斌	302
<b>第七章 其他歧视类型 .....</b>		<b>312</b>
一、上海市国企失业人员再就业中的歧视现象研究 .....	邱 伟 曹 伟	312
二、关于四川省长虹股份有限公司正式工与短期 劳务工待遇差别的调查报告 .....	赵春力	331
三、四川省就业年龄条件调查研究 .....	魏 薇	343
四、四川省就业教育文化条件的调查 .....	宁雪伶	360
五、重庆市就业年龄以及教育文化条件实证研究 .....	张 凯	372
<b>谢 启 .....</b>	周 伟	<b>385</b>



# 第一编 各国法律及其实践

## 一、歧视与尊严：加拿大禁止歧视 司法实践的发展

李薇薇

### 一、问题的提出

歧视是一个极其复杂而又模糊的概念。中国的若干法律中都有关于禁止歧视的规定,但并没有定义歧视。经济学上的歧视与法学上的歧视是有区别的。按照经济学的定义,歧视是一个中性的词,即差别对待。但法律上的歧视是贬义的、法律禁止的,它是指相同的人被不平等地对待或不同的人受到同等对待。<sup>①</sup> 每个人都知道拒绝女性做卡车司机,或禁止黑人从事律师职业都违反了平等和非歧视的法律,但不允许盲人当司机,不允许未获得司法资格者从事律师职业,不录用身材矮小、反应迟钝、身体协调能力差的人进入篮球队则是合理的。这就产生了这样的问题:哪些歧视是错误的?法律应该禁止什么样的歧视?以什么标准判断歧视?

歧视违反了平等权,各国的反歧视法都建立在平等权的理论上。因为平等是人权法的核心,因此歧视侵犯了人权。尽管国际人权文件以及各国的反歧视法都对平等权做出了相似的规定,但对平等权的内容、怎样最好地实施该权利以及实施到什么程度才符合平等权的要求则极具争议。国外反歧视法一般以形式平等为基础。例如爱尔兰1998年的《平等就业法》第6条将歧视定义为:“一个人受到或已经受到或将要受到比其他人不利的差别对待”;英国1975年的《性别歧视法》也受到形式平等的影响,该法第1条第(1)款规定:“因性别原因而给予女性的

\* 深圳大学法学院教授。

① 吴忠民:“歧视与中国现阶段的歧视”,载《江海学刊》2003年第1期。

待遇比给予男性的差构成性别歧视。”按照形式平等,人与人之间不论种族、性别、残疾、宗教、性倾向或其他理由,应受到相同的对待。只要给了相同对待,满足了一致性,就实现了平等权,并不考虑个人之间或群体之间的差异。即使这种形式上的相同对待造成了不平等的结果也无关紧要。形式平等的缺陷是显而易见的,它只关注形式上的一致性,并不关心实质的平等,忽视社会现存的不平等结构。从根本上讲,它不仅无法消除导致个人或群体弱势地位的经济和社会差异,甚至可能加大这种差异。形式平等因为只强调相同情况下的相同对待,但它没有规定对待的标准是什么、如何对待,这样会导致处于相同情况的两个主体被给予同样好的对待和同样差的对待,原则上都不违反形式平等。例如,女性主张男女同工同酬的权利,在从同等条件下男性的工资高于女性违反平等权,但如果将男性的工资水平降低到与女性的水平一致,则并未违反平等权。虽然反歧视法也规定禁止间接歧视,<sup>①</sup>由于间接歧视的概念从不利后果开始,只要对弱势群体产生不利后果都可能存在歧视,任何导致不平等后果的实践都应受到质疑,不管该后果源于相同对待还是区别对待,这在一定程度上弥补了形式平等的一些缺陷。但它仍然无法纠正弱势群体的不利地位,实现真正的平等。例如在荷兰,某一工作要求流利的荷兰语,法院会认定构成间接的种族歧视,但这不能改变少数民族所面临的教育落后的局面。在深圳龙岗某一街道挂出了“打击河南籍的敲诈勒索团伙”横幅标语而引起的地域歧视案件,如果中国有反歧视法,法院可能认定为间接歧视,因为它对在深圳的河南人整体产生了不利影响和后果,那么法院会命令该街道派出所“不得再使用该标语”。但这一判决并无法消除河南人在就业和教育中的不利地位,改变社会对他们所固有的偏见。

鉴于上述歧视概念的复杂性以及它依据的理论基础——平等权的空洞性和不确定性,应该引入尊严作为判断歧视的重要要件和作为实质平等的重要内容。加拿大法院正在形成平等权司法实践新的发展趋势,放弃形式平等作为平等的目标,代之以促进和实现人的尊严的实质平等。反歧视法的目的是“防止对人的核心尊严和自由的侵犯”,建立一

---

<sup>①</sup> 间接歧视是指表面上中性的规定,但它使属于特定性别、种族或信仰等特征的个人处于相对不利的结果,除非这种规定具有合法的目的和客观的理由,并且实现该目的的手段是必要的和适当的。参见《欧盟平等指令》。

个“人人作为人或作为加拿大社会的一个成员在法律上获得平等承认，能够并应该得到平等的关心、平等的尊重、平等的照顾的社会”。<sup>①</sup> 人的固有价值是人人平等地、普遍地享有人权的基础，具体利益的分配也应该符合人所应该享有的尊严权，任何对人的尊严的伤害行为或降低人的待遇的行为都可能构成歧视。

## 二、尊严的定义

### (一) 尊严与人权法的关系

第二次世界大战以后一系列的国际人权公约普遍承认人的尊严是人权的基础。《联合国宪章》开宗明义在序言中重申“基本人权、人格尊严与价值，以及男女与大小各国平等权利之信念”。许多国内立法也明确将人的尊严视为人权法的基础，南非宪法确认“人的尊严、平等和自由所具有的民主价值”，并明确指示法院在解释人权法时应“促进开放和民主社会中应有的尊严、平等和自由之价值”。德国基本法第1条第1款规定：“人的尊严不可侵犯，尊重和保护人的尊严是全部国家权力的义务。”国内法院也将尊严视为重要的宪法价值。在加拿大，尊严在解释平等权中的作用不是通过立法规定的，而主要通过司法确立的，尊严被视为《加拿大权利与自由宪章》中毋庸置疑地隐含的价值，“《加拿大权利与自由宪章》中所规定的几乎所有的权利中都包含了尊严的理念”。<sup>②</sup> 德国司法机关认定人的尊严具有绝对的效力，它在任何时候、任何情况下都对国家产生约束力，不得被克减、限制或剥夺。

虽然战后一系列的国际人权文件和国内法越来越广泛地援引尊严作为人权的核心价值，但对尊严并没有从法律上做出明确定义。定义尊严的困难在于尊严具有十分广泛的内容，它与人的生存的各个方面息息相关。尊严在国际人权法中的表现形式主要有以下几种。

#### 1. 尊严作为人权的本源

国际人权文件对人的尊严的信念十分明确，1948年《世界人权宣言》、1966年《经济、社会和文化权利国际公约》、1966年《公民权利和政治权利国际公约》作为组成“国际人权宪章”的三个文件在序言中都规

<sup>①</sup> Law v. Canada, 1999, ISCR 497.

<sup>②</sup> Denise G. Reaume, Discrimination and Dignity, *Louisiana Law Review*, 2003.

定,“对人类家庭所有成员的固有尊严及其平等的和不移的权利的承认,乃是世界自由、正义与和平的基础”。上述这些规定意味着人的尊严被等同于人具有享有人权的价值,对人权任何侵犯都间接地侵犯了人的尊严。人权公约中还有个别条款明确指出了尊严具体适用的领域,例如,《经济、社会和文化权利国际公约》规定,“教育应鼓励人的个性和尊严的充分发展”。《公民权利和政治权利国际公约》第10条规定,“所有被剥夺自由的人应给予人道及尊重其固有的人格尊严的待遇”。但人权公约中关于尊严的规定在很大程度上是基础性、宣示性的,没有统一的解释。

## 2. 尊严作为一项具体的人权

人的尊严是人所固有的、不可剥夺的权利,很多国内法和国际人权文件都承认个人享有尊严的权利,南非《人权法案》第10条规定,“每个人享有固有的尊严,该项权利应受到尊重和保护”。<sup>①</sup> 尊严权作为一项具体人权属于概括性基本权利,是基本权利的基准点,也是所有人权体系的核心。<sup>②</sup> 人的尊严权不受侵害,这一权利意味着国家应采取一切适当措施保护和促进人的尊严权的实现。

## 3. 尊严被用作界定人权所保护的客体

在判断哪一项权利应属于人权应该保护的客体时,尊严是一个非常重要的判断标准。例如,自由权、生命权和财产权构成核心人权,由于人的尊严表现为自我拥有的权利,即人对自己的控制权,首先是人对自己的人身享有所有权,其次人是自由的行动者,这是人身权的一个构成要素。所以生命权和自由权与尊严的密切关系是显而易见的。那么财产权为什么被视为人权?从本质上讲,财产权中同样也浸透着人的尊严的内涵,它不过是以一种间接方式表现出来,与生命权等目的性人权不同。财产权是一项手段性的人权,拥有财产本身并不是目的,其价值在于它是保障人的生命和自由所必需的。<sup>③</sup>

### (二) 尊严是人的内在的固有价值

探索尊严的历史可谓源远流长,尊严作为人的自然权利,从古希腊

---

① 加拿大法院在歧视案件中大量使用人的尊严判断歧视,但在加拿大尊严权不是一项独立的权利。参见 Joan Small and Evadne Grant, *Dignity Discrimination and Context: New Direction in South African and Canadian Human Rights Law*, *Human Rights Review*, January-March, 2005。

② 李震山:《人的尊严与人权保障》,台湾元照出版公司2002年版,第7~8页。

③ 曲相罪:“论人的尊严权”,载徐显明主编:《人权研究》(第三卷),山东人民出版社2003年版。

文明以来一直是主要政治哲学理论的出发点。政治学家、法学家、哲学家越来越认识到人的尊严是人类社会的基本目标,是反对一切形式的有辱人格的、不公平对待的法律和道德依据。人的尊严不是一个抽象的概念而是一个具有内在可欲性的美好事物的集合体。它主要包含以下两个内容:第一,人的个体性。个体性就是指个人的自我发展。人是自我发展的主体,正是这种自我发展和自主性使人类的个体区别于物质和无知觉的生物如羊群,它们不能通过选择来发展自身。自我发展或个体性包含着以下两个方面:一是指个人有合理选择的能力,二是指个人有按照自己的意愿进行自主选择能力。<sup>①</sup> 作为人类一分子的个人应该自觉地选择自己的生活方式,如果一个人是自由的,其选择必定是自觉的和出于理性的。密尔指出,“人运用其理解力是可取的;对于习俗要做有头脑的遵循,或者甚至偶做有头脑的分歧,这也比盲目地和单纯机械般地服从好一些”。第二,人的目的性。以人为目的是人的尊严的出发点,一个人必须被作为目的受到尊重,在任何情况下不能被当做工具。人类最重要的任务就是“替一切人恢复其为人的共同权利”,即恢复人的独立和尊严,放弃自己的尊严就是放弃了做人的资格,就是放弃了人类的权利。康德认为,人类应“遵从这样的法则,他们中每一个人都不应把自己和他人仅仅当做工具,而应该永远看做自身就是目的”。这就是康德的目的王国。这一目的王国成为人类的奋斗目标,是人类在不那么完美的现实世界中做出积极的努力实现人的目的王国。<sup>②</sup> 人的内在价值源于人是有能力做出合理的自我决定,具有自我判断和自我控制的能力,如果不承认和贬低人的价值,则剥夺了个人自我控制的能力和机会,因此导致侵犯人的尊严。

人的尊严就是人的内在价值,因此侵犯人的尊严往往会传递这样的信息,即某些人是不值得尊重和低人一等的。歧视包含着对人的道德价值的强烈否定。纳粹认为亚利安人比其他民族更值得关怀,而犹太人是劣等民族,是不值得关怀的,从而导致了犹太人的迫害和屠杀。美国历史上将黑人视为“低等的、肮脏的、未进化的人,没有资格作为政治、社

---

<sup>①</sup> 黄伟合:《英国近代自由主义研究——从洛克、边沁到密尔》,北京大学出版社2005年版,第56~102页。

<sup>②</sup> 欧阳英:《走进西方政治哲学——历史、模式与解构》,中央编译出版社2006年版,第117~119页。

会和道德群体的成员”，从而产生了罪恶的种族歧视和种族隔离制度。当然，不是所有的歧视都会产生如此恶劣的灾难性的社会后果。只要一个人被判断为在尊严和价值上低人一等，并受到了此种对待，那么这种对待就构成了歧视，而不管其社会后果如何。因为每个人在道德价值上是平等的，应该受到平等的尊重，给予低人一等的对待本身就是一种偏见而导致的歧视。作为一个人，其价值是相同的，但道德水平是不同的。有道德高尚的人，也有道德败坏的人。人类的价值目标趋于一致，即尊重道德高尚的人，鄙视和厌恶道德败坏的人，因此，道德高尚的人比道德败坏的人更受人尊重。除了给予道德高尚者和道德败坏者不同的关怀外，一般情况下，对于同一家族的人、同一共同体的人，甚至同一民族的人给予更多的关怀也是正常的。“我的家人和邻居与其他家人和邻居道德价值是一样的，应受到平等的关怀，但我的家人和邻居当然会受到‘我的’更多的关怀”。人类自身就是从家族、宗族逐渐发展起来的。国家不仅允许这种区别对待，而且鼓励民族自豪感。因为在这种情况下，我对家人和邻居的特别关心不等于认定其他人在道德价值上很差，或不值得尊重，因此，我并没有歧视他人。<sup>①</sup>

国内司法机构在审理歧视案件中并不关心尊严的完整定义，而只强调人的内在价值。例如南非宪法法院认为，尊严是一个很难有准确定义的概念，但至少有一点是清楚的，即宪法中对尊严的保护就是要承认个人作为社会成员的一个分子的价值。<sup>②</sup>

以色列最高法院根据具体情况对尊严做出了列举说明，“人的尊严是一个法律概念，但其实际的表现形式存在于个人经历中，以及个人与他们生活的社会之间的关系中。人的尊严包括（但不限于）下列内容：个人有能力按其所愿自由决定自己的性格，选择自己的理想，选择实现自己理想的方式，做出自由的决定不受任何任意的强迫，受到他人和社会公平地对待，享有平等权利，受到应有的关注，任其所愿地拒绝或接受任何有关的信息”。<sup>③</sup>可见，以色列最高法院关于尊严界定沿用

---

① Larry Alexander: "What Makes Wrongful Discrimination Wrong? Biases Preferences, Stereotypes and Proxies", *University of Pennsylvania Law Review*, 141, pp. 149-219.

② Joan Small and Evadne Grant, *Dignity Discrimination and Context: New Direction in South African and Canadian Human Rights Law*, *Human Right Review*, January-March, 2005.

③ Ploni v. Almoni (1992)48 P. D., p. 837.

了自由主义理论中关于人性和自我发展的观点。

加拿大是最早使用尊严判断歧视的国家,<sup>①</sup>但加拿大人权法并没有专门的有关个人尊严的条款,个别省的人权法通常在序言中和立法目的中笼统地提到个人尊严。例如《艾伯塔人权法》序言中引用了《世界人权宣言》中的用语,声明“尊重每个人的固有价值 and 不可剥夺的权利”是“自由、正义和世界和平的基础”。直到 20 世纪 90 年代中期,加拿大法院和人权法庭才开始陆续承认个人尊严是实质平等的重要内容和判断立法是否产生了歧视性后果的一个重要因素。因此,在加拿大,人的尊严权并非像南非那样是立法明确规定的一项权利,而是通过司法确立的一项人权。法院对尊严所做的定义相对更加完善。“人的尊严意味着个人或群体对于人的自尊和自我价值的感知。它涉及身体的和心理的完整性和授权。当个人因其个人特征或与个人的需求、能力和业绩无关的一些情况而受到不平等待遇时,个人的尊严就受到伤害;相反,如果法律根据个人的需求、能力和条件对这个人进行评价,并考虑个人之间的不同之处,那么法律会提高个人的尊严。当个人和群体被边缘化、忽视或者其价值被贬低,个人的尊严也会受到伤害;相反,如果法律承认每个人和群体在加拿大社会中的地位,那么法律会加强个人的尊严。”<sup>②</sup>可见,加拿大法院对尊严的解释更突出它的自主性和平等。平等权意义上的人的尊严并不是指个人在社会中的地位本身,而是看个人是否在法律上受到了公平的对待,是否受到法律的排除。该定义除了关心个人的自主和授权外,还强调个人在社会中的平等地位,并要求法律承认人的差异性。

### 三、反歧视法的目标是实质平等

#### (一) 平等与尊严的关系

平等与尊严密切联系,人的尊严源于平等对待。平等意味着承认每

<sup>①</sup> 加拿大平等与不歧视权利在两个层面上受到保护。首先是 1982 年通过的加拿大《权利与自由宪章》,该宪章具有宪法的地位,适用于议会、各省的立法机构、政府的行为。宪章不仅具有最高的法律效力,而且第 15 条成为人权法的核心基础。加拿大法院可以对任何立法进行司法审查,如果立法不符合第 15 条的规定,法院可以撤销该立法。其次是《加拿大人权法》和各省的人权法。《加拿大人权法》最早于 1977 年颁布,后分别在 1985 年、1995 年和 1998 年经过了三次修订,它主要调整受联邦法律约束的企业或公司的歧视行为。就业、教育和服务领域中的歧视是人权法调整的主要范围。

<sup>②</sup> Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration) 1999, SCR, 497. p. 51.

个人作为人的平等价值,否则平等毫无意义;平等不允许我们的立法和政策将人划分为三六九等,做出任意的区分,把某些群体视为二等公民,轻视或贬低他们的价值,否则就侵犯了他们的基本的人格尊严。人与人之间并非完全相同,差异是客观存在的,那么在什么情况下不平等才值得人们关注?如果形式平等只是形式的,那么实质平等的概念中又有什么具体内容呢?实质平等是以提高人的尊严为出发点,通过法律手段建立一个使人的平等尊严和价值得以实现的社会。很多国家的立法和司法都抛开了形式平等的理念,而以人的尊严作为实质平等的起点。南非反歧视法的目标是“建立一个人人享有平等尊严和平等尊重的社会”。这一目标在南非宪法法院受理的 Hugo 案件及以后的歧视案件中不断重复,“我们的新宪法和民主秩序的目标是建立一个人人享有平等尊严、平等尊重的社会,不管他来自于社会哪个群体,这是禁止不公正歧视的核心所在”。<sup>①</sup>《加拿大人权与自由宪章》第 15 条的目的是为了“防止因传统的固有习俗、政治或社会偏见、或通过将某些群体边缘化而侵犯人的尊严和自由”,促成建立一个这样的社会:“人人作为人,或作为加拿大社会一个成员,在法律上获得平等的承认,能够并应该获得平等的关心、平等的尊重和平等的考虑。”英国的平等法律也逐渐有了新的发展方向,英国学者提出英国的平等法应该追求和实现四大目标:第一,改变边缘化群体的不利地位;第二,增进对所有人的平等尊严和价值的尊重,纠正对被边缘化群体成员的固有偏见、羞辱和暴力;第三,确认和弘扬每个成员在社会中的独立人格;第四,鼓励所有人的共同参与。<sup>②</sup>

## (二)反歧视法的目标是改善和纠正弱势群体的不利地位

反歧视法以改善和纠正弱势群体的不利地位为主要目的。《加拿大人权与自由宪章》第 15 条规定,人人在法律面前和在法律之下平等,有权享受法律的平等保护,免受歧视;尤其不得基于种族、民族和人种本源、肤色、性别、年龄、精神和身体残疾而受到歧视。上述规定不影响旨在改善弱势的个人或群体不利地位的法律、计划和活动。该条被视为从立法上的形式平等转向实质平等,因为该条授权为改善和纠正历史上弱

<sup>①</sup> President of the Republic of South Africa v. Hugo, 1997 (6) BCLR, p. 41.

<sup>②</sup> Fredman, “The Future of Equality in Britain”, Equal Opportunity Commission Working Paper Series, No. 5, 2002.



弱势群体所受到的歧视而采取的表面上看上去可能不平等的肯定行动,<sup>①</sup>而这些肯定行动是实现实质平等必不可少的。可见,加拿大反歧视法具有明显的“改善和纠正弱势群体不利地位的”作用。关注弱势群体是任何一个社会正义原则的基本要求,一般的正义应该从“合乎每一个人的利益”转变为“合乎最少受惠者的最大利益”。<sup>②</sup>通过采取肯定行动这样的差别原则达到补偿弱者的目的,也就是符合实质平等而不是形式平等。

南非历史上曾经历过严重的种族隔离,黑人受到极不公正的歧视待遇,纠正这些歧视性待遇仅仅依靠一般地强调相同对待的形式平等是远远不够的,这样的法律根本无法消除所有导致不公平的歧视行为。南非《人权法案》第9条不仅规定国家不得直接和间接地歧视,而且还进一步要求国家采取肯定行动,肯定行动不是平等权的例外而是实现实质平等的重要手段。反歧视法既具有促进实质平等的作用,又具有纠正弱势群体不利地位的作用,这两者又是相辅相成、不可分割的。

可见,在南非承认和尊重人的尊严与排斥和否定人性的种族隔离政策针锋相对,但尊严并不完全限于只是针对种族隔离,其适用的范围十分广泛,只不过在南非的种族隔离这一特定的历史背景下尊严显得尤为明显和突出。例如,National Coalition No. 1 涉及同性恋的歧视。歧视性的待遇对同性恋群体产生了各种影响,导致他们个人的依附和从属地位、失落的羞辱感、心理伤害、自信心和自尊的伤害,所有这些都是反歧视法所应消除的。法院认为,审理平等权案件的核心是拯救人民摆脱等级社会,结束因属于某一群体就受到低人一等的待遇这种状况。“无尊严和依附地位可能源于被制度性地排除于主流社会之外,或源于在主流社会中无任何话语权和决定权,还可源于将某一群体的不同之处视为异类,正如对待残疾人一样。而对同性恋者,这种无尊严和依附地位则源于被强迫否认自己牢牢秉持的个人特征和选择,因为我就是我而受到惩罚是一种对人格的极其不尊重,是对平等权的侵犯。”<sup>③</sup>

① 这一措施有各种各样的称谓,《消除一切形式种族歧视国际公约》使用“特别措施”,《消除对妇女一切形式歧视公约》则使用“暂行特别措施”,美国的学者在论著中习惯使用“肯定行动”(affirmative action),而欧洲的学者更愿意使用“积极行动”(positive action),反对这一措施的人称之为“反向歧视”,意即这一措施反过来对其他人构成了歧视。

② [美]罗尔斯:《正义论》,何怀宏等译,中国社会科学出版社2003年版。

③ A Cockrell, “The South African Bill of Rights and the ‘ Duck/Rabbit ’”, (1997) 60 MLR, p. 513.