



反歧视评论

第6辑

Anti-Discrimination Law Review No.6

主 编 / 刘 小 楠 王 理 万



反歧视评论

Anti-Discrimination Law Review No.6

第 6 辑

主 编 / 刘 小 楠 王 理 万

图书在版编目(CIP)数据

反歧视评论. 第6辑 / 刘小楠, 王理万主编. -- 北京: 社会科学文献出版社, 2019.8
ISBN 978-7-5201-5129-0

I. ①反… II. ①刘… ②王… III. ①公民权-研究
IV. ①D911.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2019)第136995号

反歧视评论 第6辑

主 编 / 刘小楠 王理万

出 版 人 / 谢寿光

责任编辑 / 关晶焱

文稿编辑 / 侯婧怡

出 版 / 社会科学文献出版社·集刊分社(010)59367161

地址: 北京市北三环中路甲29号院华龙大厦 邮编: 100029

网址: www.ssap.com.cn

发 行 / 市场营销中心(010)59367081 59367083

印 装 / 三河市龙林印务有限公司

规 格 / 开 本: 787mm × 1092mm 1/16

印 张: 18 字 数: 272 千字

版 次 / 2019年8月第1版 2019年8月第1次印刷

书 号 / ISBN 978-7-5201-5129-0

定 价 / 98.00 元

本书如有印装质量问题, 请与读者服务中心(010-59367028)联系



集人文社科之思 刊专业学术之声

集刊名：反歧视评论

主 编：刘小楠 王理万

ANTI-DISCRIMINATION LAW REVIEW No.6

编辑委员会（按姓氏拼音排名）

曹义孙 郭慧敏 李 楯 林燕玲 刘伯红 刘明辉

李薇薇 薛宁兰 叶静漪 张千帆 周 伟

编 辑

龚新玲 徐 丹 赵 晨 包晓璇 王威智 陈颖楠

闫之涵 赵 飞 杨 帆 曾诗雨 孔雨雪

第6辑

集刊序列号：PIJ-2018-338

中国集刊网：www.jikan.com.cn

集刊投约稿平台：www.iedol.cn

试读结束：需要全本请在线购买：www.ertongbook.com

卷首语

第6辑《反歧视评论》如约与读者见面了！回首2014年《反歧视评论》创办，迄今已然经过六年时光。这六年中，社会和公众对于反歧视经历了从“集体无意识”到“全民觉醒”的可喜进步。反歧视从精英话语转变为公众话语，并且已经开始影响和推动国家政策的发展。2018年至2019年，相关政策成果集中涌现：2018年底，最高人民法院发布《关于增加民事案件案由的通知》，明确在“一般人格权纠纷”下增设“平等就业权纠纷”案由，在“侵权责任纠纷”中增加“性骚扰损害责任纠纷”案由；2019年2月，人力资源和社会保障部、教育部等九个部门联合发布《关于进一步规范招聘行为促进妇女就业的通知》，着手解决招聘中的就业性别歧视问题；2019年3月5日，李克强总理在十三届全国人大会议做政府工作报告时重申“坚决防止和纠正就业中的性别和身份歧视”。由此，反歧视不再是知识精英的吁求，也不再是民间共识，而成为实实在在的国家行动。

《反歧视评论》作为国内首个以平等权利和反歧视为主题的学术集刊，躬逢和参与了反歧视由理论到实践的艰辛历程。个中甘苦，也与诸位反歧视同仁共同经历和分担。反歧视阶段性政策成果涌现，并不意味着反歧视研究可以告一段落，反而对理论提出了更高、更新和更细致的要求。比如，如何在增设案由之后为歧视案件提供更周延的司法救济，如何分配举证责任，如何保障当事人诉权等。为了解决这些问题，《反歧视评论》主办方中国政法大学宪政研究所于2018年组织专家团队赴美参访，集中了解和研究相关问题。专家团队包括本书主编、中国政法大学刘小楠教授，中国政法大学孙萌副教授，中国政法大学郭晓飞副教授，西南财经大学何霞副教授，上海交通大学王彬副教授，对外经贸大学卢杰锋副教授，

南开大学朱桐辉副教授，四川大学李昊副教授，北京市瑞凯律师事务所黄溢智律师等。代表团先后参访了纽约市平等就业机会委员会、纽约市人权委员会、法律援助协会、平等就业机会委员会、联邦法院、纽约大学劳动和雇佣法中心，并开展了专题授课和深入研讨。

本辑“主题研讨”板块收录的九篇文章，就是上述访问项目的一系列成果。刘超研究员翻译了何宜伦（Aaron Halegua）的《美国就业歧视法律制度简介》一文，对美国禁止就业歧视的法律体系和执法机制做了框架性介绍。何霞副教授通过对美国就业性别歧视立法和司法解释中“性别”概念的梳理，发现美国法院通过判例将性别概念从生理性别逐步扩展为社会性别，并开始涵盖性别认同和性别表达。郭晓飞副教授以美国联邦最高法院对奥伯格费尔案的判决为基础，讨论了美国宪法原旨主义与同性婚姻的关系。王彬副教授详细考察了美国禁止询问犯罪记录法案的立法背景及目的、具体规定、司法判例，并对美国禁止询问犯罪记录法案进行评析。李昊副教授分析了法学和社会学关于歧视的理论分野和融合，并着重研究了社会学统计方法在反歧视法中的应用。卢杰锋副教授系统介绍了美国反就业歧视法律救济，并提出其对中国的借鉴和启示。孙萌副教授和封婷婷对美国平等就业机会委员会建立的法律根据、职能范围以及运行机制及其特色进行全面考察，并对其在推动平等就业方面的贡献及面临的挑战进行探讨。朱桐辉副教授对美国反歧视案件举证责任分配与证明问题做了细致观察和研究，阐述了“三步举证法”的具体内容，并提出中国可供选择的方案。黄溢智律师对美国的就业歧视案件的司法救济制度，以及当事人如何获得司法援助等问题做了细致剖析。上述成果基于贴近性观察、专题性研究和实证性调研，为我们理解美国反歧视的理论和实践提供了最新的素材和观点。

在“学术专论”板块，收录了三篇文章。赵进博士基于对德国法律规定及司法经验的考察，对用人单位防治职场性骚扰的合同义务及违约责任做了深入研究，辨析了侵权责任模式和违约责任模式的差异，对德国法律中的雇主防治性骚扰义务做了深入介绍，进而提出了中国相关法律规范的解释方法和司法适用方法。黄家声对隐性就业歧视的司法认定做了分析，

通过借鉴美国、中国台湾的司法裁判经验，试图构建一套系统的，具有操作性的，以差别对待、法律禁止的歧视事由为核心的司法认定标准。刘畅对我国怀孕歧视问题做了系统研究和梳理，通过分析怀孕歧视产生的原因，有针对性地提出我国消除怀孕歧视的改革路径。

在“案例研读”板块，陆银清法官基于对大量判决书的实证分析，指出用人单位的正当理由经历了在立法上从较少的限制到诸多规制的路径转型，在法官态度与判决上从谦抑到适度干预的转变，在司法实践中形成对就业歧视案件宽严程度不同的认定路径。陆法官基于对美国司法认定用人单位差别对待行为的三种类型展开的分析，提出了以比例原则的客观标准与认定类型连续化的主观标准相结合，为识别就业歧视提供可行的标准。

在“调研报告”板块，刘小楠教授对跨性别者受教育权问题进行了深入研究，详尽分析梳理了国际法所规定的有关受教育权的国家义务以及中国现有的相应法律、法规或政策措施，通过实地调研收集的案例呈现了跨性别人士在全面享有受教育权方面所遭遇的实际挑战，并基于此对包括学校、教育部门在内的各责任义务相关方提出了改善性建议。该研究报告为将跨性别者的受教育权明确而具体地纳入中国法律和保护政策的保护框架下提供了重要依据。

《反歧视评论》第6辑得以顺利付梓，得益于作者们慷慨赐予高质量稿件，更需要诚挚感谢社会科学文献出版社编辑优质高效的编辑工作。作为编者，我们期待《反歧视评论》能与中国平等进程共同成长！

编者

2019年4月29日

主题研讨：美国反歧视制度与实践

- 003 美国就业歧视法律制度简介 / [美] 何宜伦 刘超译
- 021 就业性别歧视中“性别”概念的发展
——基于美国立法和司法判例的研究 / 何霞
- 032 原旨主义支持同性婚姻吗? / 郭晓飞
- 042 美国禁止询问犯罪记录法案的立法与实践 / 王彬
- 055 美国反歧视法治实践中的社会学理论与方法
——兼论反歧视诉讼中的统计证据规则 / 李昊
- 066 美国反就业歧视法律救济研究 / 卢杰锋
- 084 美国平等就业机会委员会对就业歧视的救济 / 孙萌 封婷婷
- 110 美国反歧视案件举证责任分配与证明问题的考察及启示 / 朱桐辉
- 132 美国就业歧视当事人的诉讼权保障 / 黄溢智

学术专论

- 155 用人单位防治职场性骚扰的合同义务及违约责任
——基于德国法律规定及司法经验的考察 / 赵进
- 173 隐性就业歧视的司法认定 / 黄家声
- 188 我国消除怀孕歧视的困境及改革路径 / 刘畅

目 录

案例研读

- 205 就业歧视司法认定路径的反思与重构
——基于 165 份判决书的实证分析 / 陆银清

调研报告

- 225 中国跨性别者受教育权实现状况及法律对策 / 刘小楠
- 279 《反歧视评论》征稿启事

主题研讨：美国反歧视制度与实践

美国就业歧视法律制度简介*

[美] 何宜伦** 刘超*** 译

本文介绍美国有关禁止就业歧视的法律体系和执法机制。目的是让中国的读者了解相关的制度，为他们在处理本国就业歧视问题时提供借鉴。具体地，本文的六个部分围绕以下主题：一、各种反歧视法律及其所禁止的歧视类型；二、诉讼中证明歧视的法律标准，包括可能使用到的证据种类；三、认定歧视后给予的法律救济；四、执行法律的机制和程序，包括行政机关、法院、替代性争议解决机制、雇主的内部程序以及劳动仲裁；五、歧视受害者可以获得的法律服务；最后第六部分是结论部分。尽管美国反对歧视的法律和机制已经存在几十年了，但这些法律体系和执法机制仍然非常复杂，存在诸多不完善之处。为了响应 Me Too 运动，在过去一年间，美国针对多项反性骚扰法律已经推出数项改革措施。

一 法律渊源和内容

美国法律禁止歧视有多个渊源。《美国联邦宪法》第十四修正案规定政府不得拒绝为所有公民提供平等法律保护，由此禁止某些歧视类

* 本文的大部分内容来源于2016年国际劳工组织出版的 M. Ebisui, S. Cooney 和 C. Fenwick, 主编的《解决个人劳动纠纷：比较视角》第十章美国篇（第311—347页），可以从国际劳工组织网站下载获取报告全文。本文现经国际劳工组织明示授权重新发表。

** 何宜伦（Aaron Halegua），美国纽约大学法学院劳动与雇佣法中心和亚美法研究所的研究员，执业律师，曾在纽约南区联邦法院担任法官助理。他在美国和中国发表大量劳动和雇佣法律的文章。

*** 刘超，美国纽约大学法学院亚美法研究所研究员。

型。^①自废除奴隶制以来，联邦政府还颁布法律禁止种族歧视。例如，《美国法典》第四十二章 1981 节规定，美国的每一个人都有相同的权利“缔结并且执行合同”，“与所有白色人种的公民一样……全部且平等地享有法律权利……”。法院判定，这条禁令同样适用于就业关系中的歧视。

（一）联邦法律

然而，就业领域反歧视法律最重要的渊源是专门针对这个问题的联邦法律、州法律和地方法律。在联邦层面，《1964 年民权法案》第七章——通常被简称为“第七章”，规定禁止基于种族、肤色、宗教、祖籍国和性/性别的歧视（修订后的“第七章”增加了禁止以怀孕状态为由歧视妇女的规定）。这些受到反歧视法律保护群体通常被称为“受保护的群体”。除了禁止诸如拒绝录用、拒绝晋升和终止劳动关系等歧视行为，“第七章”还禁止性骚扰和基于种族、宗教或其他受保护的群体特征实施骚扰。法律还规定雇主因为员工投诉举报歧视行为，或者因为员工参与政府针对就业歧视发起的调查或者参与诉讼，而对其实施报复，是违法的。法律还要求雇主需要为求职人员和员工开展真诚的宗教活动提供合理便利，除非这样做会给雇主的经营造成过度负担。如下文所述，“第七章”还规定了在执行这些禁止歧视的规定时政府和受害者应该采取的程序，以及针对违法行为有哪些救济。

因为“第七章”只涵盖了某些特定受保护群体，联邦政府随后又颁布了几部禁止因为其他特征而实行歧视的法律。主要包括以下几部。

《1967 年就业年龄歧视法案》（缩写 ADEA）。这部法律保护 40 岁（含）以上的人不因年龄而受到歧视，但并不保护 40 岁以下的人。

《1990 年美国残障人士法案》（缩写 ADA）。这部法律规定民营企业、州政府和地方政府均不得歧视符合录用条件的残障人士。法律还规定，雇

^① 该宪法条款仅仅适用于政府行为，并不适用于民营企业或雇主。

主必须为那些有身体或者精神障碍但是符合录用条件的应聘人员或员工提供合理便利，除非这样做会给雇主的经营造成过度负担。

《2008年反基因信息歧视法》（缩写GINA）。这部法律禁止在就业和健康保险领域基于基因信息实施歧视。

“第七章”并不适用于或者“覆盖”美国境内所有的雇主。雇主雇佣的员工必须达到一定人数才能纳入法律适用范围，而这个人数量限制取决于雇主的类型（例如，雇主类型是私营企业、州政府部门或地方政府部门、联邦政府部门、提供第三方人力资源服务的企业，还有工会）和具体涉及的法律。例如，依据“第七章”和ADA，只有员工人数达到15人（含）以上的雇主才受这两部法律的制约。但是，依据ADEA提起的年龄歧视诉讼，只能适用于员工人数达到20人（含）以上的私营企业。相较之下，根据《美国法典》第四十二章1981节提起的直接故意种族歧视诉讼则对雇主的员工人数没有任何限制。

（二）州法律和地方法律

联邦反歧视法律并不禁止州或地方政府自行制定其他更具保护性的法律。事实上，不少州和城市已经颁布了反歧视法律，主要是为了填补联邦反歧视法律的空白。例如，这些地方法律可能禁止某些联邦法律不禁止的歧视类型，还可能适用于那些人数较少的，并不适用联邦法律的雇主。

纽约州已经通过了《纽约州人权法案》（缩写NYSHRL），纽约市通过了《纽约市人权法案》（缩写NYCHRL）。“第七章”仅适用于雇佣15名及以上员工的雇主，但是《纽约州人权法案》和《纽约市人权法案》适用于所有雇佣4名以上员工的雇主。《纽约市人权法案》还保护实习生，尽管实习生严格按法律来说可能并不是雇佣关系的当事方。

这两部法案还明确禁止比“第七章”更多的歧视类型。例如，地方法律禁止基于性倾向或犯罪记录的歧视。《纽约市人权法案》是美国范围最

广的反歧视法律之一，禁止的歧视类型包括：年龄、移民身份、逮捕或定罪记录、家庭照料者身份、肤色、信用记录、过往薪资水平、残障、性别、性别认同或表达、婚姻状态或伴侣状态、祖籍国、怀孕、种族、宗教/信仰、性倾向、在役或退伍军人身份、家暴受害人身份、性暴力受害人身份、遭受跟踪的受害人身份，以及失业状态。

《纽约市人权法案》的另一个创新条款是对实施歧视行为的个人追究个人责任。根据“第七章”，只有公司雇主或法律实体才会因为歧视行为被追究法律责任，但是纽约市法律允许对自然人追究法律责任。

这些法律都设置了相应的行政机构来实施这些法律。但是，如下文所述，这些机构的运作方式都与负责实施“第七章”和其他联邦法律的美国平等就业机会委员会（EEOC）有所不同，比如没有要求原告在向法院提起诉讼之前须先向行政机关提起投诉。再如，相对于“第七章”规定的180天，地方法律给予原告更多时间（300天）主张权利。比起“第七章”，地方法律为歧视受害人提供了更多的法律救济。

因此，要记住，尽管“第七章”在美国是被研究最多的反歧视法律，但很多学者和倡导者认为“第七章”并不是对员工最具保护性的法律。一些地方法律适用于更多的员工，禁止的歧视类型更多，提供更好的救济——因此这些地方法律也值得研究。

二 证明歧视^①

禁止就业歧视的两种最常见类型分别是“差别待遇”案件和“差别影响”案件。差别待遇是指员工因为他/她属于被保护的群体而遭受相对不利的待遇。在这类案件中，可以通过直接证据证明有关歧视的主观故

^① 这部分主要讨论联邦反歧视法律。尽管很多州法律和地方法律运行方式相同，但也存在不同之处，包括责任标准和救济方式均有所不同。