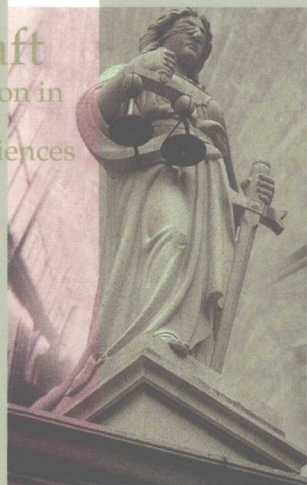


Experts Draft  
of Anti-Discrimination in  
Employment Law  
and Overseas Experiences

# 反就业歧视法专家建议稿 及海外经验

我国的就业歧视问题日益严重，不仅造成社会资源的严重浪费，侵犯了公民的人格尊严，而且严重影响到社会和谐和社会稳定。除了由于政府和社会大众缺乏平等和反歧视观念之外，立法上的缺陷也是我国就业歧视现象普遍存在的重要原因。

蔡定剑 刘小楠 / 主编



# 反就业歧视法专家建议稿 及海外经验

蔡定剑 刘小楠 / 主编

---

## 图书在版编目 (CIP) 数据

反就业歧视法专家建议稿及海外经验/蔡定剑, 刘小楠主编. —北京: 社会科学文献出版社, 2010. 9  
ISBN 978 - 7 - 5097 - 1762 - 2

I. ①反… II. ①蔡… ②刘… III. ①劳动就业 - 劳动法 - 研究 - 世界 IV. ①D912. 504

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 174847 号

## 反就业歧视法专家建议稿及海外经验

---

主 编 / 蔡定剑 刘小楠

---

出 版 人 / 谢寿光

总 编 辑 / 邹东涛

出 版 者 / 社会科学文献出版社

地 址 / 北京市西城区北三环中路甲 29 号院 3 号楼华龙大厦

邮政编码 / 100029

网 址 / <http://www.ssap.com.cn>

网站支持 / (010) 59367077

责任部门 / 社会科学图书事业部 (010) 59367156

电子信箱 / [shekebu@ssap.cn](mailto:shekebu@ssap.cn)

项目经理 / 童根兴

责任编辑 / 李建军

责任校对 / 李 娟

责任印制 / 郭 妍 岳 阳 吴 波

---

总 经 销 / 社会科学文献出版社发行部  
(010) 59367080 59367097

经 销 / 各地书店

读者服务 / 读者服务中心 (010) 59367028

排 版 / 北京中文天地文化艺术有限公司

印 刷 / 北京季蜂印刷有限公司

---

开 本 / 787mm × 1092mm 1/16

印 张 / 17

字 数 / 292 千字

版 次 / 2010 年 9 月第 1 版

印 次 / 2010 年 9 月第 1 次印刷

---

书 号 / ISBN 978 - 7 - 5097 - 1762 - 2

定 价 / 39.00 元

---

本书如有破损、缺页、装订错误,  
请与本社读者服务中心联系更换



版权所有 翻印必究

## 编者说明

当你满肚子才气，胸怀大志，要走向社会干一番事业，追求幸福的生活时，当你在求职时，仅仅是因为你个子不高，或长得不太好看，或因为是女性，或因为外地户口，甚至因为你与老板的属相不对，却四处被拒。你工作一贯努力，能力强，成就也令同事称道，仅仅是因为过了干部提拔的那些“杠杠”，或因为是女性，或缺少某种文凭，你得不到提拔。你会觉得这个世界没有比这更不公平的了。无论对求职者还是寻求人生发展的人，都希望社会给人生提供一个平等的机会，并不求结果一定如何。在当今竞争社会，最大的不公，莫过于机会的不公。政府需要给每个人提供的应是受教育机会、就业机会和社会福利分配等的平等机会。而就业机会不公是当今中国最广泛、严重而最不为政府和公众所重视的问题。正因为如此，我们中国政法大学宪政研究所近年来一直致力于反就业歧视研究和反就业歧视立法的推动。

通过考察海外的反就业歧视制度，我们发现反就业歧视有三大法宝，即：以立法为前提，以专门机构为利剑，以司法救济为保障。

作为反就业歧视前提和依据的反就业歧视法，本身是一个由不同层次构成的、自成的法律体系，主要包含三个层次的立法：一是反歧视基本法，也就是统领反歧视的法，主要对歧视的概念和适用范围、反歧视专门机构和纠纷的处理机制做出规定，如荷兰的《平等待遇法》、美国的《民权法》（第七章）就属于此。二是专门针对就业以及社会生活领域歧视现象的特别法

律，如美国的《雇用年龄歧视法》、《美国残疾人法》等。三是在普通法律中，如劳动法、民法典、刑法典以及公务员法中涉及就业歧视问题的条款，如民法中规定反歧视诉讼中的民事赔偿责任等。

我国的就业歧视问题日益严重，不仅侵犯了公民的人格尊严，造成社会资源的严重浪费，也严重影响到社会和谐和社会稳定。除了由于政府和社会大众缺乏平等和反歧视观念之外，立法上的缺陷也是我国就业歧视现象普遍存在且肆无忌惮的重要原因。我国现行反歧视立法存在的缺陷主要有以下几个方面：

首先，我国没有一部反就业歧视的基本法律。通过对海外反就业歧视立法制度的研究发现，制定统一的反歧视基本法是国际上反歧视立法的发展趋势。很多国家的反就业歧视法律制度已经比较系统和完善，已经不再局限于在民法、劳动法等部门法中加入反歧视的条款，甚至也不满足于制定像反种族歧视法、男女工作平等法这类专门的反歧视单行法律，越来越多的国家已经制定或正在着手制定反歧视的基本法。虽然我国制定的一些法律法规中也有些反就业歧视的规定，如《劳动法》、《就业促进法》等都有关于劳动者平等就业权利的规定，《妇女权益保护法》、《残疾人保障法》也对某些特定人群的就业机会平等做了保护性规定。但现行反就业歧视的法律远不能适应社会发展的需要。我国尚未有一部反歧视基本法，对反就业歧视法律制度的基本问题进行规定，为反歧视明确概念、范围，提供实施的制度措施和路径，其他专门法和法律规定也难以实施。当然反歧视基本法，其内容不仅限于雇用领域，而且也应该包括政治、经济、社会等各个方面的平等待遇法。但是考虑到我国目前的平等观念及反歧视法发展水平，我们主张分步骤进行，先出台经济方面雇用领域的平等法，即反就业歧视基本法，为今后整个反歧视法的制定提供路径和基础。

其次，我国现有法律中禁止就业歧视的范围太窄，不适应中国就业歧视的严重状况。从海外的立法看，很多国家不仅对什么是就业歧视作了明确的界定，而且所禁止的歧视领域越来越广。国际社会一般被禁止的歧视包括：性别、种族（或民族）、宗教信仰、政治观点、婚姻状况、国籍、年龄、残疾、慢性病、短期工作、性取向、性骚扰等10余种。而韩国和我国的台湾地区规定禁止16种到18种就业歧视，包括：性别、宗教、残疾、年龄、阶级或社会地位、出生地、国籍和籍贯、民族、面貌特征、婚姻状况、种族、肤色、政治见解、怀孕或生育、犯罪记录、性取向、教育背景或医疗记录、

工会会员身份等。目前,我国现有立法禁止了民族、种族、性别、宗教信仰歧视,以及对残疾人、传染病病原携带者、农村进城就业的劳动者的7种歧视,但现实中还有一些相当严重的就业歧视现象,如身份歧视、体貌特征歧视、年龄歧视等,都没有被明确列入禁止的范围。所以,各种就业歧视能够在中国大行其道。

另外,我国现有反就业歧视立法中缺少程序上的保障和实施机制。海外反就业歧视的成功经验之一就是设立反就业歧视的专门机构。这种专门机构更注重用多样化的手段,和平快捷地解决就业歧视问题,而且一般提供免费调解服务、法律咨询甚至提供律师法律援助。因此,与司法机构相比,反就业歧视专门机构的解决纠纷方式更具有主动性、灵活性、人性化、成本低、时间短等特点和优势。虽然我国已经有了不少涉及反就业歧视的法律法规,但实施效果却不尽如人意,造成这种状况的一个根本原因就是现有的立法缺少有效的实施和救济机制,使得有关立法被虚置,反就业歧视的规定基本上成为一些权利性的宣告。所以需要在我国建立专门的反歧视机构。

可见,要推进反就业歧视,除了要制定完善专门的反歧视单行法律外,还迫切需要在借鉴海外相关立法和实践的基础上,制定出一部符合我国实际情况的反就业歧视基本法,针对我国当前突出的就业歧视问题作出规定,明确就业歧视的概念和范围,建立反歧视的专门机构,同时规定救济措施和救济机制,以真正保障劳动者遭受就业歧视后能够获得有效救济。

中国政法大学宪政研究所一直致力于推动中国的反歧视立法。2008年我们组织了包括国家立法机关专家在内的专家小组,起草了《反就业歧视法专家建议稿》,针对当前就业歧视中的突出问题规定了各种反就业歧视的措施;如界定了就业歧视的定义,并针对就业歧视的两种情形——直接歧视和间接歧视,作了具体的规定;明确规定了禁止歧视的因素;为保障劳动者受到就业歧视后获得有效救济,我们借鉴海外反就业歧视专门机构的有益经验和成功做法,设专章规定了平等机会委员会,详细规定了平等机会委员会的设置、职权、组成等方面的内容;同时,为了能够使平等机会委员会真正发挥作用,本法也规定了救济机制,详细规定了向平等机会委员会申诉的条件、程序、举证责任等,此外,还规定了不服平等机会委员会的裁决可以向法院起诉以及强制执行的内容。在2009年、2010年全国人民代表大会期间,宪政研究所通过全国人大代表、政协委员向两会提出了法律议案和提案,研究所也直接向全国人大法工委直接提出了法律草案的立法建议。

《反就业歧视法专家建议稿》是在广泛考察研究海外反歧视法律制度，并广泛征询海内外专家的基础上起草的。起草小组为研究海外反就业歧视的立法与实践，不仅考察了欧美发达国家的反歧视制度，而且考察了与中国有相似文化背景的韩国以及台湾、香港等亚洲国家和地区的反就业歧视立法及实施情况，草案是在大量考察和研究基础上写出来的。这些研究成果也一并收入本书。所以本书的价值不仅是了解、研究海外反歧视制度不可多得的资料，也是民间推动立法的范本，从事各级立法的人员和从事立法研究的学者也可以从中得到立法方法和技术的启发。

对于反就业歧视立法的必要性和可行性，有些人持怀疑态度，认为目前反歧视立法时机还不成熟，反歧视应从教育入手。对此，香港平等机会委员会前主席邓尔邦先生在我们举办的一次立法培训班上说：“其实立法与教育并非相互排斥，立法就是一种最有效的教育方法。香港未实施反歧视法例之前，含有歧视性的招聘广告，比比皆是。雇主刊登广告时，往往注明要聘用某一性别、相貌好看或者体健的员工，但这些条件未必是工作内在的需要。反歧视法例生效后，这现象很快就消失了。到了今天，香港的报业已经自发地拒绝刊登含歧视成分的广告。立法的有效性，由此可见一斑。”立法本身就是教育，是更有效的教育。我们呼吁反就业歧视法目的是为了引起社会对反就业歧视的关注，尽管反就业歧视法不一定能很快列入国家立法议程，但是该草案建议稿为反歧视提供了一套立法思路和有效的制度措施。世界各国成熟有效的经验就是如此。

蔡定剑 刘小楠

2010年8月

# 目 录

编者说明	1
第一部分 《反就业歧视法专家建议稿》	1
第一篇 《反就业歧视法专家建议稿》的说明	1
第二篇 《反就业歧视法专家建议稿》	10
第二部分 海外反歧视专门法研究	23
第一篇 海外反歧视专门法综述	23
第二篇 荷兰反歧视法	33
第三篇 英国反歧视法	43
第四篇 美国反歧视法	52
第五篇 加拿大反歧视法	63
第六篇 德国反歧视法	72
第七篇 法国反歧视法	82
第八篇 日本反歧视法	92
第三部分 海外反歧视专门机构研究	102
第一篇 海外反歧视专门机构综述	102
第二篇 荷兰平等待遇委员会	106
第三篇 英国平等和人权委员会	112



第四篇	法国反歧视促平等高级公署·····	116
第五篇	奥地利平等待遇委员会·····	119
第六篇	芬兰平等委员会及其监察专员·····	122
第七篇	加拿大人权委员会·····	125
第八篇	美国平等就业机会委员会·····	128
第九篇	日本机会平等调解委员会·····	130
第十篇	澳大利亚人权与平等机会委员会·····	132
第十一篇	香港平等机会委员会·····	136
<b>第四部分</b>	<b>海外反就业歧视制度考察报告·····</b>	<b>142</b>
第一篇	国际劳工组织反就业歧视相关公约简介·····	142
第二篇	德国反就业歧视制度及借鉴·····	156
第三篇	芬兰平等法及其保障制度·····	172
第四篇	韩国反歧视法律制度考察及其启示·····	192
第五篇	台湾就业平等中的性别平等制度·····	211
第六篇	香港就业平等中的性别平等保障制度·····	243

# 第一部分

## 《反就业歧视法专家建议稿》

中国政法大学宪政研究所

反就业歧视研究组

### 第一篇 《反就业歧视法专家建议稿》的说明

#### 一 制定本法的必要性

我国是一个以平等为重要价值理念的国家。我国宪法规定：“中华人民共和国公民在法律面前一律平等。”“国家尊重和保障人权。”新中国成立后一直重视社会平等，特别是在消除社会经济不平等和男女不平等方面做出了很大的努力，成为当时国际社会承认的比较平等的国家。实行市场经济改革后，随着经济的快速发展，贫富差距被迅速拉大，社会身份和地位开始出现裂痕，自由、竞争和选择性大大加强，就业压力增大。上述各种因素的出现，使我国的就业、工作歧视问题日益严重，已经发展到严重影响社会和谐和社会稳定的程度。近几年出现了一些恶性案件、上访事件和反歧视诉讼等现象，都充分说明歧视现象在我国的严重性。而整个社会对平等机会就业和工作的观念严重缺乏，现行反歧视法律制度严重缺失，对平等权利的社会保障机制严重不足，受到歧视伤害的司法救济措施远没有建立起来，总之从观念到法律，都严重不适应市场经济条件下出现的就业歧视的严峻形势。

当前中国社会中迫切需要反就业歧视，主要基于以下理由：

第一，就业歧视涉及人的尊严和人格权，反歧视就是捍卫人的尊严和保护人格权。所谓人格尊严就是每个人应受到他人的尊重，不能被鄙视、侮辱和不公正地对待。人格尊严最重要的方面就是要平等对待。在就业、职业中

设置的性别、年龄、身高、长相不合理的限制，都会使人产生一种严重的受侮辱感，人格尊严受侵害会对人的精神和身心健康造成损害。在升学、就业、升迁方面的歧视，会埋没一个人的才能和实现其社会价值的潜能，从而妨碍人的价值和尊严的实现。而且，就业歧视所造成的对人格尊严的损害往往不是个体性的，而是带有群体性、族群性和阶层性。所以，就业歧视造成的人格尊严的损害具有广泛性。

第二，反就业歧视有利于维护社会公平和公正。社会公平和正义只有在实行机会平等的基础上才能实现。就业歧视常常是不给一个人平等参与、平等进入、平等对待的机会。而失去就业机会的人可能比得到就业机会的人更优秀、更有能力，他们付出了比常人更多的劳动和代价。社会资源、工作机会只在一部分人手中分配和享有，只能造成社会的严重失衡。印度社会由于长期存在的种姓制度，种姓歧视十分严重，阻碍了印度社会的正常发展，是印度贫富差距、社会分化和长期贫困的重要原因。所以，在一个歧视盛行的社会，不可能有真正的社会公平和正义，它会严重阻碍社会的健康发展。

第三，就业歧视会造成社会资源的严重浪费，平等机会就业有利于促进经济的发展。人力资源的充分有效利用，是经济发展的最重要因素。由于对人的不合理限制和区别对待，使得很多优秀的人才被挡在就业和晋升的门槛之外，从而造成人才的严重浪费。欧盟在经济一体化过程中，积极推行反歧视政策，打破劳动力市场的歧视，以整合人力资源，把它作为促进经济持续发展的重要保障性措施。中外历史事实证明，只有劳动力资源的自由流动，才会创造高速的经济发展。长期以来的性别歧视，使人口中一半的人才得不到充分发挥；对农民的歧视和户籍歧视使人口的大多数不能在公平竞争的条件发挥才能。更严重的是，由于歧视造成的不公平的“占位”，会导致庸人当道，或者“占位”者养尊处优。只有平等，才能形成公平竞争，人尽其才，使优秀的人才脱颖而出；平等才能使人人心情舒畅，充分发挥每个人的潜能。这是经济社会发展的最大活力。

第四，就业歧视严重还会影响和谐社会的建立并对社会稳定产生危害。浙江大学学生周一超在公务员招录考试中受到歧视后愤然举刀杀人，就充分说明歧视会带来严重的社会后果。我国近年来因就业歧视造成的群体上访、抗议的行动不少。乙肝病毒携带者的行动和抗争，就反映了受歧视群体的强烈创伤意识。由于歧视损害人格尊严，违背了公平竞争原则，使部分人失去平

等发展的机会，这些人容易对社会产生抵触甚至对立情绪，成为社会稳定的隐患。要建立和谐社会，必须从保障公民的平等权和尊重人开始。只有建立在平等基础上的社会才会有和谐和稳定。

虽然我国制定的一些法律法规中也有一些反就业歧视的规定，如劳动法、妇女权益保护法、残疾人保障法、就业促进法等法律，都有关于劳动者平等就业权利的规定，但现行反就业歧视的法律不能适应社会发展的需要，仍然存在着诸多问题：

首先，从反就业歧视的领域看，现行法律中禁止就业歧视的范围太窄，以致很多歧视可以大行其道。《劳动法》只规定禁止“民族、种族、性别、宗教信仰”四种领域的歧视。在《劳动法》以外其他一些专门法律法规中扩大了保护领域，如残疾人保障法、就业促进法等法律对残疾人歧视、对传染病病原携带者等健康等方面的歧视加以禁止。但我国现实中一些相当严重的就业歧视现象仍没有法律明确禁止，如身份歧视包括户籍和地域歧视，外貌特征如身高、长相等歧视。这些都需要立法明确列入禁止的范围。

其次，我国现有法律中关于反就业歧视的规定基本上是一些权利性的宣告，缺少程序上的保障和实施机制。如法律在女性平等权利和残疾人平等权利的宣告性保护方面相当全面，但这两方面的就业歧视仍无所不在、而且明目张胆。这表明我们现有反歧视法律是没有有效的。造成这种有法不依情况的原因，是现有的反就业歧视法律制度缺少有效的救济机制，如歧视女性是《宪法》、《劳动法》、《妇女权益保障法》都严加禁止的，但当有关单位明目张胆地拒绝雇用女性的时候，受害者除了向有关妇联机构投诉外，没有别的办法。新修改的《妇女权益保障法》虽然也有“妇女的合法权益受到侵害的，有权要求有关部门依法处理，或者依法向仲裁机构申请仲裁，或者向人民法院起诉”这样一些法律责任的条款，但是，当一个政府机关违反了该法第二十三条“各单位在录用职工时，除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”，出现拒绝录用妇女的情况时，受害妇女在现有的法律框架内却无法获得有效的救济。虽然该妇女可以向妇联投诉，但妇联不是一个有权处理纠纷的机构，投诉是没有有效的。受害者也不可以提起行政诉讼，因《行政诉讼法》没有明确规定政府机关的歧视行为属于法院受案范围。《劳动法》和《民法》也没有规定对私营机构的歧视行为可以提起诉讼，当一个私营企业公然拒绝雇用劳动者时，是没有法律途径可以救济的。如果在雇用期间有被歧视现象，也只能以

劳动合同纠纷的名义提起劳动仲裁和劳动诉讼，而不能以受到就业歧视为由提起诉讼。所以，尽管我们有那么多的部门法都宣告了那么多不能歧视的权利，却没有一条途径能有效地保护和救济公民的权利。平等权在法律上还是一项不可诉的权利，是当前反歧视法律制度最大的问题。

因此，我们迫切需要制定一部反就业歧视领域的基本法律，针对当前突出的就业歧视问题作出规定，明确就业歧视的概念，建立反歧视的专门机构，同时规定救济措施和救济机制，真正保障劳动者遭受就业歧视后能够获得有效救济。

## 二 制定本法的可行性

尽管很多人都认同中国的就业歧视问题相当普遍而且严重，很有必要制定反就业歧视法。但是，仍有人认为在我国制定反就业歧视法不具有可行性或者认为时机不成熟。这种观点有几个理由支持：一是认为反就业歧视、实现就业机会平等是发达国家的事，中国正处于发展中，发展是压倒一切的，效率优先，现在不能反歧视，讲平等就会影响经济发展和效率；二是认为中国人口这么多，劳动力严重过剩，就业压力大，反就业歧视无助于增加就业，用人单位有歧视也是自然的；三是认为企业有用人自主权和选择权，要尊重企业的自主权。

中国是一个发展中国家，确实需要发展经济，讲求效率，也确实需要充分尊重企业的自主权。但是，持续的、长期稳定的发展必须建立在人道的基础上，应是体面劳动、尊重人的尊严、以权利为基础的发展。如果一味讲发展，不讲人权和人的尊严，就会造成严重的社会结构性问题，劳资关系严重失调，出现日益严重的分配不公、贫富差距拉大和贫困，日益严重的社会犯罪等现象，社会就不会稳定。国际劳工大会 2007 年第 96 届会议报告《工作中的平等：应对挑战》中指出：容忍工作中的歧视现象会造成很高的经济、社会和政治代价，而更具包容性质的工作场所产生的益处要超过容忍歧视造成的代价。歧视基于人们的肤色、性别或社会背景，不让人们从事某些职业，或者干脆剥夺其就业机会，或者不根据成绩给予升迁奖励。这会造成社会和经济不利状况，后者又转而造成效率低下和不平等的结果。同时，收入、资产和机会方面明显、难以消除的不平等状况，会导致政局不稳定和社会动荡，从而使投资和经济增长受挫。

反就业歧视的另一种情况是需要采取积极措施实现就业机会平等，如为

促进残疾人就业，政府应采取一些扶持政策、优惠措施。这种情况下，政府承担了一大部分责任，用人单位只承担小部分责任。所以，反就业歧视不会影响到经济和企业的发展。事实也证明，一些反歧视做得好的国家和地区，那里的经济不仅没有受到影响，社会反而更和谐了。平等就业是经济社会发展最有利的条件。

至于就业压力与反就业歧视的关系，需要说明的是，反就业歧视不是解决就业问题，而是解决公平就业问题。从历史上经济与劳动力市场的发展过程中可以发现，就业歧视并不是产生于劳动力市场的过剩，而是产生于劳动力的紧缺。每当经济发展需要大量劳动力的时候，资本必然寻求新的劳动力市场，而且往往会对这些新的劳动力群体形成歧视。所以，说就业歧视产生于劳动力过剩完全是一种表面现象，是没有根据的。就业歧视是雇用者本身造成的，而不是劳动力过剩造成的。雇用者本身的原因包括片面追求利润、传统文化和无知偏见等，根源于社会文化和制度之中。如果从市场的角度看，用人单位应该是以职业岗位所要求的能力和标准选人用人，而不是以那些与职业要求无关的因素选人。从这点上说，反歧视不反对用职业能力选人，而反对不理性的以非能力因素选人，这种要求与用人单位的要求是一致的。所以从深层次看，就业歧视者与劳动力压力大小无关。

非歧视是企业应当承担的一份社会责任。从微观看，一个企业用平等的标准录用一些人似乎会对企业效益产生不利影响。如雇佣一个女工的困难是女工有分娩和哺乳期，会影响正常工作。但是，从宏观看，这是企业为了整个社会能够正常发展所必须承担的责任。同时，政府也应当采取措施减轻或者鼓励企业承担反就业歧视的社会责任。如不实行反歧视政策，好企业主动承担责任，无良企业逃避责任，就会形成不公平的竞争。

从海外的情况看，反就业歧视法律制度已经比较系统和完善，不但有反歧视的专门法律，而且有反歧视的基本法，另外在一些普通法如民法、劳动法等法中也包括反歧视的条款。反就业歧视的主要领域也越来越广，包括：性别、种族（或民族）、宗教信仰、政治观点、婚姻状况、国籍、年龄、残疾与慢性病、短期工作、性取向、性骚扰等十余个领域。这些国家的反就业歧视法律不仅明确了歧视概念，而且也越来越多地建立了专门的反歧视机构，并规定了解决纠纷的多元机制。

综合我国的实际情况和海外反就业歧视立法的发展状况，我们已经到了

必须制定一部反就业歧视法的时候了。而且，随着我国中国特色社会主义法律体系的建立和完善，我们也能够借鉴海外相关立法和实践的基础上，制定出一部符合我国实际情况的反就业歧视基本法。

### 三 本法起草的基本思路

针对上述我国反就业歧视法律制度存在的问题，我们在起草本法时着重把握以下三个方面的问题。

#### （一）本法作为反就业歧视领域的基本法律，涵盖了反就业歧视法律制度的基本问题

如本书“导言”所述，根据海外反歧视立法的经验，反就业歧视法律体系应当包含三个层次的立法：一是反就业歧视的基本法，如荷兰的《平等待遇法》，美国的《民权法》（第七章）就属于此。反歧视基本法主要对歧视的概念和适用范围、反歧视专门机构和纠纷的处理机制做出规定。二是专门针对就业以及社会生活其他领域歧视现象的特别法律，如美国的《雇用年龄歧视法》、《平等工资法》、《美国残疾人法》等。三是在普通法律中，如劳动法、民法典、刑法典以及公务员法中涉及就业歧视问题的条款，如民法中就规定反歧视诉讼中的民事赔偿责任。

本法属于上述第一层次的立法，即反就业歧视的基本法。因此，本法对就业歧视的定义、适用范围、反就业歧视措施、平等机会委员会以及相应的救济机制作了规定。

#### （二）本法针对当前就业歧视的突出问题规定了各类反就业歧视的措施

当前，我国就业歧视相当普遍而且严重。就业歧视范围相当广泛，反就业歧视的领域定多宽根据各国的情况而有不同。现行《劳动法》和《就业促进法》只规定了禁止对民族、种族、性别、宗教信仰、残疾人、传染病病原携带者的歧视。这个范围太窄，还没有完全涵盖国际劳工组织反歧视公约的反歧视的范围，如政治见解、社会出身、年龄等。我国的就业歧视还有很多别的国家没有的形式，像户籍和地域、健康、体貌特征的歧视在我国表现尤为突出。所以参考国际的经验，再针对我国歧视的突出问题，规定了包括民族、性别、身份、宗教、信仰、残疾、体貌特征、年龄、健康状况、婚姻状况、性取向等方面为禁止歧视的因素。本法设专章规定了针对上述因素的反就业歧视措施，对身份歧视、性别歧视、残疾歧视、健康歧视等特别严重的领域进行了特别的规定。

(三) 为使本法真正发挥作用,保障劳动者受到就业歧视后获得有效救济,本法建立了平等机会委员会以及相应的救济机制

虽然我国已经有了不少涉及反就业歧视的法律法规,但反就业歧视的效果却很差。造成这种状况的一个根本原因就是现有的立法缺少有效的实施和救济机制。用人单位违法对劳动者进行就业歧视,劳动者没有有效的救济途径寻求帮助,违法的单位也得不到应有的处罚,这就使得有关立法被虚置,就业歧视现象呈愈演愈烈之势。

国外一些反就业歧视做得好的国家的一个重要的经验是这些国家都设立了反就业歧视的专门机构,有的叫平等委员会,有的叫就业平等机会委员会。如荷兰设平等待遇委员会,职责是专门受理个人或组织对歧视问题的投诉。平等待遇委员会与法院系统就像并驾齐驱的两驾马车,在各自的权限范围内,为解决就业以及其他纠纷发挥着富有成效的作用。

与司法机构相比,专门的反就业歧视机构有自己突出的优势与特点:第一,更具有亲民性。与复杂的司法程序和威严的司法机构相比,专门机构在解决问题时更注意对当事人心理的疏导,促使事情在和谐的氛围下调解解决,这种温和与折中的方式更容易为普通大众特别是矛盾双方所接受,因而也能够在更广泛的层面上接触和解决各种就业歧视问题。毕竟,在就业歧视领域里,冲突双方的身份比较特殊——雇主与雇工,一般情况下,雇工在受到歧视时,目的只是想解决问题,而不是丢掉饭碗。除非万不得已,雇工们并不愿意与雇主撕破脸皮、对簿公堂,因而到平等待遇委员会投诉,求得事情的公平、温和地解决,就成为大多数人的首选。第二,申诉是免费的。从经济的角度考虑,向专门机构申诉比向法院提起诉讼,成本要低得多,受害人不会因此而加重负担、产生经济顾虑,这也是申诉比诉讼更容易为普通民众所接受的一个不容忽视的因素。第三,富于主动性。与司法机关的被动性相反,专门机构往往是反就业歧视法律的主动执行者和推动者。除接受当事人投诉外,专门机构通常还被赋予主动展开调查的权力,一旦发现问题,可以主动出击,必要时甚至可以直接向法院提起相关诉讼。第四,在反就业歧视问题上,更具备专业性。作为专门应对就业歧视、促进就业平等待遇的机构,专门机构通常有该领域的专家和不同方面的代表,如法律专家、劳动专家、企业代表等,他们通过大量的实际调查和数据统计分析,发展出衡量和评价就业歧视问题的一系列有效方法。上述种种原因,使得人们在歧视发生时,更乐于选择到平等待遇委员会进行申诉而不是到法院打官司。



除法律赋予的准司法权限外，专门的反就业歧视机构往往还具有接受咨询、解释法律和向政府部门以及社会组织提供意见的功能。这些意见和建议，都会对立法机关不断改进和完善国家的反就业歧视立法、政府各部门制定政策以及做出有关就业导向，企业根据国家的法律和政策制定自身的规则等诸方面，产生十分重要的影响。

有鉴于此，本法借鉴海外反就业歧视专门机构的有益经验和成功做法，设专章规定了平等机会委员会，详细规定了平等机会委员会的设置、职权、组成等方面的内容。为了能够使平等机会委员会真正发挥作用，本法第四章规定了救济机制，详细规定了向平等机会委员会申诉的条件、程序、举证责任等。此外，本章还规定了不服平等机会委员会的裁决可以向法院起诉以及强制执行的内容。

#### 四 关于本法的适用范围

作为反就业歧视领域的基本法律，本法明确界定了就业歧视的定义，即“用人单位基于劳动者与职业能力和职业的内在客观需要不相关的因素，在就业机会或职业待遇上作出任何区别、排斥或优惠，从而取消或损害就业或职业机会均等或待遇平等”。同时，针对就业歧视的两种情形——直接歧视和间接歧视，作了具体的规定。为了将某些表面看来存在区别对待，但实质上不属于就业歧视的情形排除在外，本法第三条明确列举了七类不认为是就业歧视的情形：（一）用人单位出于工作职业内在的客观需要、法律的特别规定或者相关业务及正常运营所必需提出的合理的要求；（二）对怀孕、生育和哺乳期妇女给予的特别待遇；（三）为实现少数民族、残疾人和妇女在机会和待遇方面的平等而采取的特殊优待措施。（四）基于国家安全的需要对劳动者提出的特殊要求。

此外，总则中还明确规定了本法的适用范围。从适用主体来看，本法适用于我国境内的所有用人单位，包括劳务派遣单位、职业中介机构等。从适用领域来看，本法适用于用人单位就业和职业的整个过程，具体包括就业介绍、工作岗位安置、工资和津贴、福利、职务晋升、工作时间、工作条件、就业培训、劳动保障、退休和终止劳动关系等活动的全过程。

#### 五 关于反就业歧视措施

针对当前就业歧视的突出问题，本法第二章详细规定了针对各种就业歧