

THE PRINCIPLES OF
ANTIDISCRIMINATION LAW



李薇薇 著

反歧视法原理



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

THE PRINCIPLES OF
ANTIDISCRIMINATION LAW



李薇薇 著

反歧视法原理



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

反歧视法原理 / 李薇薇著. —北京:法律出版社,
2012. 2

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2913 - 9

I. ①反… II. ①李… III. ①劳动就业—劳动法—研
究—中国 IV. ①D922. 504

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 259324 号

©法律出版社·中国

责任编辑/张发靖

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/法律出版社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京外文印刷厂

责任印制/沙 磊

开本/A5

印张/10.5 字数/314 千

版本/2012 年 3 月第 1 版

印次/2012 年 3 月第 1 次印刷

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

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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 西安分公司/029 - 85388843 上海公司/021 - 62071010/1636

北京分公司/010 - 62534456 深圳公司/0755 - 83072995 重庆公司/023 - 65382816/2908

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 2913 - 9

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

自序

这本书让我想起了好朋友 Lisa 女士。2009 年 5 月我与她共同在广东进行一项社会调查,这次的实践让我更清晰地认识到中国就业歧视问题的症结所在以及需要厘清哪些理论问题。当时我就萌生了想写一本反歧视法原理的想法。在没有项目的时间压力和框架束缚下,写作也变得有些从容,但同时也有些拖拉了,直到今天才交稿。

在本书的写作过程中,我得益于参加了张乐伦女士组织的两次反歧视考察,一次是去韩国,一次去我国台湾地区,虽然书中没太多涉及这两个地方的反歧视经验(这两次考察的成果已经汇集在其他书中出版),但这两次考察给了我很多需要思考和研究的课题,给了我很多的启示和教育。综观各国和地区反歧视法的发展,可以看到民主和法治的发展水平是实现平等权的充分要件,没有民主和法治的提高,很难落实平等,没有确立平等原则,也无法实施反歧视法。反歧视是随着民主而开始和展开的,与民主与法治是同步发展的。歧视是社会的一种恶,这一点已经得到中国社会的普通共识,中国现实社会歧视现象非常严重也得到社会的普遍共识,但反歧视的立法和制度却显得力不从心、弱不敌强,这让人焦虑和担忧!

很多高校的同行与我一道从事反歧视研究多年,像四川大学的周伟教授、中国政法大学的蔡定剑教授、北京大学的白桂梅教授等,我很多次参加他们组织的反歧视法研讨会,让我汲取了很多知识和思想,有了这些同行的志同道合、共同信念、相互鼓励才会让我的反歧视研究坚持至今。非常不幸的是,蔡教授太早离开了我们,研讨会上的情形、与乐伦在韩国考察的情形,历历在目,这本书就算是对他的一份纪念吧!

原本打算这本书可以写得更全面些,包括各类的歧视,不只是种族、性别、残疾歧视,还应该写写宗教歧视、社会出身歧视,包括对歧视的救济等,但是手头上总是有其他事情需要完成,加之自己能力和知识水平有限,没有达到更圆满的结果,留待以后有机会再续写,这次就算给同行们抛砖引玉吧!

书中不足之处,敬请读者批评指正。

李薇薇
于深圳学海路海文花园

目 录

第一章 绪论	(1)
第一节 歧视的复杂性	(1)
一、歧视产生的经济原因	(2)
二、歧视的道德和心理因素	(4)
第二节 歧视与偏见	(6)
一、偏见的概念	(6)
二、偏见的产生、后果及其与歧视的关系	(6)
三、各种歧视中偏见的分析	(12)
四、偏见与法律	(16)
第三节 歧视的危害及反歧视法的目的和功效	(17)
一、歧视的危害性	(18)
二、反歧视法的目的	(24)
三、反歧视法的功效	(29)
第四节 反歧视法与自由主义理论	(35)
一、自由主义概述	(35)
二、自由主义对反歧视法的挑战	(42)
三、中国学者对相关问题的认识	(46)
四、对自由主义与反歧视法价值之间关系的评价	(48)
第二章 歧视与平等	(54)
第一节 平等概述	(54)
一、平等为何重要	(54)
二、平等的基本理解	(56)
第二节 平等原则在反歧视法中的适用和发展	(63)

2 反歧视法原理

一、形式平等:相同情况相同对待——针对直接歧视	(64)
二、实质平等:不同情况区别对待——针对间接歧视	(69)
第三节 平等包含的其他价值	(77)
一、分配正义	(78)
二、社会融合	(87)
三、多元化	(93)
四、反抗等级制	(96)
第三章 歧视与尊严	(100)
第一节 尊严的定义	(101)
一、尊严与人权法的关系	(101)
二、尊严是人的内在的固有价值	(104)
第二节 反歧视法的目标是实现以尊严为基础的 实质平等	(108)
一、尊严与平等的关系	(108)
二、反歧视法的目标是改善和纠正弱势群体的不利地位	(109)
三、尊严是判断歧视的重要要件	(111)
第三节 加拿大和南非的司法实践	(116)
一、加拿大的司法实践	(116)
二、南非的司法实践	(120)
第四章 歧视法律概念的演进	(123)
第一节 美国法律对歧视的定义	(123)
一、立法	(123)
二、歧视概念的历史演进	(124)
三、举证责任	(128)
第二节 英国法律对歧视的定义	(131)
一、立法	(131)
二、歧视的种类及其认定	(134)
第三节 加拿大人权法对歧视的定义	(144)

一、加拿大《人权与自由宪章》	(144)
二、《加拿大人权法》	(145)
三、加拿大人权法司法实践的历史发展	(146)
第四节 国际人权公约对歧视的定义	(152)
一、不歧视在国际人权法中的地位	(152)
二、联合国人权公约监督机构对歧视的认定及其适用	(154)
第五节 中国立法与理论学说	(163)
一、立法分析	(163)
二、中国学者对歧视的定义	(165)
三、立法建议	(166)
第五章 歧视的举证责任	(169)
第一节 使用侵权法理论证明歧视	(169)
一、侵权法与反歧视法的共同目标	(169)
二、以侵权理论为基础的几种歧视的举证	(171)
第二节 直接歧视的证明	(175)
一、美国证明歧视动机的直接证据	(176)
二、推定的歧视动机	(177)
三、英国直接歧视举证责任	(180)
四、正当的职业资格	(183)
五、保护性措施	(189)
第三节 间接歧视的证明	(191)
一、原告的举证责任:证明不利影响	(191)
二、被告的举证责任:商业需要	(196)
三、可替代的就业实践与比例原则	(201)
第四节 合理调配——加拿大证明歧视的统一方法	(202)
一、合理调配的定义	(202)
二、加拿大合理调配的立法	(203)
三、证明歧视责任的传统方法的局限性	(205)

4 反歧视法原理

四、合理调配的义务在司法实践中的适用	(208)
五、调配的形式和过程	(209)
六、关于“过度的负担”	(213)
七、中国相关的立法分析	(216)
第六章 种族歧视	(218)
第一节 概述	(218)
一、种族的观念	(218)
二、种族的危害	(222)
三、种族主义的表现形式	(224)
第二节 种族歧视的立法及司法实践	(226)
一、关于种族歧视的立法	(226)
二、反种族歧视的司法实践	(229)
三、与种族歧视相关的几种歧视——民族、国籍和公民身份	(230)
第三节 《消除一切形式种族歧视国际公约》	(235)
一、缔约国的义务	(235)
二、公民与非公民之间的区别	(236)
三、公共和私人领域的歧视	(237)
四、仇恨言论	(238)
五、暂行的特别措施	(240)
第四节 欧盟《种族平等指令》的立法背景和内容	(242)
一、欧盟反种族主义政策的发展历程	(242)
二、《种族平等指令》的主要内容	(246)
第七章 性别歧视	(250)
第一节 概述	(251)
一、性别、社会性别与性别平等的概念	(251)
二、性别歧视立法包含的内容	(253)
第二节 性别歧视的司法认定	(263)
一、性别歧视的构成要件	(263)

二、性别作为正当的职业资格	(267)
第三节 性骚扰	(268)
一、概述	(268)
二、性骚扰立法的发展	(271)
三、性骚扰的概念、种类及构成要件	(273)
第四节 同工同酬	(281)
一、概述	(281)
二、关于同工同酬的立法	(284)
三、报酬歧视的构成要件	(288)
四、同工不同酬的合理例外	(293)
第八章 残疾歧视	(296)
第一节 概述	(297)
一、残疾观点的转变	(297)
二、残疾立法的历史发展	(299)
第二节 残疾概念	(303)
一、残疾的立法界定	(304)
二、残疾的构成要件	(305)
三、残疾概念的比较	(311)
四、疾病及传染性疾病	(316)
第三节 合理调配	(319)
一、合理调配的意义	(321)
二、合理调配的实施	(322)
三、过度负担	(324)

第一章 绪论

第一节 歧视的复杂性

歧视是一种区别对待,单从经济学的角度上讲,歧视是一个不具有任何道德色彩的中性词,是一种为满足个人需求的利益最大化而作出的选择。因此,从经济学上可将歧视分为理性的歧视和非理性的歧视。社会学意义上的歧视更关注它的不公正性,著名社会学家波普诺从社会学的角度定义歧视,认为歧视是“由于某些人是某一群体或类属之成员而对他们施以不公平或不平等的待遇。”^①从社会心理学的角度来看,歧视“是针对特定群体及其个体成员的不公正的、否定性的行为。”^②从法律上讲,歧视是一种区别对待,其结果是排斥、否定或损害了某些人应享有的权利。相同情况应相同对待,不同情况应区别对待,这是平等原则的基本要求。歧视是一种区别对待,但并非所有的区别对待都构成歧视。众所周知,拒绝女性做卡车司机,或禁止黑人从事律师职业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、体力差的人进入篮球队则是合理的。问题是哪些是法律禁止的歧视。

从法律上讲,歧视首先表现为因为对某群体的主观恶意,故意对这

① [美]戴维·波普诺:《社会学》,李强等译,中国人民大学出版社2004年版,第306页。

② 周晓虹:《现代社会心理学——社会学、心理学和文化人类学的综合探讨》,江苏人民出版社1991年版,第260页。

些群体的成员实施的不利的差别对待,这种歧视可以归类为直接歧视。还有些歧视没有包含行为人的主观恶意,可能因为偏见或经济的原因,或者是个人的偏好而实施了对特定群体成员的不利的差别对待,剥夺或否定了个人的机会和利益;有的歧视甚至是出于行为人善意的主观目的,为了保护某类群体,而实施了区别对待,导致被保护群体更加不利的地位,后两类歧视可以归类为间接歧视。

歧视的复杂性表现在歧视概念无法穷尽人类实施的所有歧视行为,概念含糊,缺乏指引性。歧视的原因更是错综复杂,它不单纯是一个法律问题,又涉及经济学、道德、社会学及心理学等诸多领域。

一、歧视产生的经济原因

歧视在全世界范围内之所以长期地、普遍地存在,有其深刻的经济根源。经济学家对歧视产生的原因概括为以下几种情况:

(一)雇主的歧视偏好。1971年诺贝尔奖获得者加·贝克尔(G. Becker)提出雇主歧视是建立在“身心不悦”的基础上,他将歧视视为一种个人的品位爱好(taste)。他指出,一个人为了维持歧视的偏好,将会导致可供交易的对象范围受到限制,因此他会付出一定的代价。有偏见的雇主宁愿承担一定的成本也不愿与某个群体打交道,当具有偏见的雇主实施歧视,他要么放弃一部分收入,要么付出更多的费用雇用其他群体成员。从长远看,那些为了满足个人偏好而实施歧视的雇主要比那些追求利润最大化而采取非歧视政策的雇主负担更大的成本。

(二)顾客歧视。当雇主在决定是否雇用某人时,除了考虑申请者个人的资料外,还会考虑第三者,即顾客的反应。如果与雇主进行交易的顾客有偏见,如民航乘客对女飞行员不放心,律师事务所的客户不愿找女律师,这些反应会被市场记录下来,影响雇主的选择。自身没有偏见的雇主为了经济利益,不得不作出理性的选择去迎合客户的偏好。有学者也将它称为“反应性评价”(reaction qualification)^①因为它是“第三人欲望的一种比较经济的反应”。美国学者沃特赫梅尔将反应性评价定

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

义为：“基于客户的反应而认定和产生的有利于工作效益的能力和特征”。^① 他举出了一系列关于反应性评价的例子，如 A 是篮球队唯一的白人球员，一直以来成为球迷们追捧的明星，但是他年龄已高，技能也不如球队里的黑人球员，但由于观众更喜欢他，教练只好将更优秀的黑人球员辞退而保留了他。由于现代社会中有许多工作都会涉及与顾客或消费者之间的关系，如买卖、广告、教学等，使雇主不得不考虑第三方的反应。因顾客原因而产生的歧视与雇主的歧视偏好不同，真正有歧视偏好的人，即顾客或第三方不会受到歧视的伤害，因为这些顾客或第三方不是交易的主体。这种歧视往往发生在受歧视者需要与顾客有直接接触的行业，如一名左腿有点残疾的女性，应聘一家酒店的清洁工，尽管她本人除了左腿走路瘸腿外，身体其他方面都没有问题，但当酒店主管知道其腿部残疾后当即表示，酒店行业是很讲究的，如果招用残疾人会把客人吓跑。学校招聘教师，一名符合资格但长相奇特的应聘者被校方拒绝，理由是这样的长相会吓着学生；或者学校拒绝招收乙肝病毒携带者的学生，担心这样会传染其他学生。这种对顾客或第三方的推测和判断可能是不准确的，尽管雇主没有对特定群体有偏见或敌意，但出于第三方的压力而拒绝某一个特定群体，由此导致歧视。

（三）雇员歧视。雇员歧视是一个就业群体对另一个就业群体的歧视。假设男性雇员不愿意与女性员工一起工作，或不愿意在女性领导下工作，如果雇主希望聘用到或留住男职员，他就必须迎合雇员的歧视偏好，要么支付给男性雇员更高的工资，要么辞退或不雇用女性职员，从而实施了歧视。

（四）统计性歧视（statistical discrimination）或代表性特征的歧视（proxy discrimination）。我们每时每刻都会根据某人的一些象征性的或代表性的特征对该人做出评判，尽管这些特征可能对该人的实际能力无关紧要，但它却成为别人判断该人的一个重要依据。例如，文凭是一个人具有某种技能的象征或代表，通过司法考试获得司法资格是成为律师职业和法官的条件。雇主依靠“代表特征”，如测试成绩、经历、教育水平、毕业学校的名气等，作出就业决定。尽管这些“代表特征”是宽泛的

① Alan Wertheimer, "Job, Qualification, and Preferences", 94, Ethics (1989).

归纳和总结,而且算不上完全精确,因为测试成绩、经历、教育水平、毕业学校的名气只能说明一个人通过了这样的考试并受到了专业知识的培训,并不能代表该人的实际工作能力。但这种模式可能具有合理的经济基础,因为使用这些代表性特征的成本比使用其他更加细致的评判方法所花费的成本更低。因此,雇主将他们视为合乎情理的就业决定的依据。有人准确地将之称为“代表性特征的歧视”(discrimination based on proxy traits)。这种形式的歧视与菲尔普斯(Phelps)1972年提出的统计性歧视相似。他认为歧视是资讯不充分状态下的一种有效措施,雇主在录用员工之前,无法知道个别应征者的个人品质和工作能力以及将来工作表现如何,虽然雇主可以对此进行调查与研究,可是这么做可能导致成本过高或费时费力或不可行。当某些特征与生产率之间具有某种统计关联性时,雇主便根据这些特征进行筛选。在这种情况下,即使雇主没有排斥某一群体的偏好,但是也可能基于经济效率上的考虑而实施统计性歧视。

二、歧视的道德和心理因素

除了上述经济的因素外,歧视的心理因素和道德因素使歧视问题从表面上看来更加复杂化,非理性与理性的区分标准更加模糊。所有的人都接受“法律面前人人平等”这一基本法律原则,德沃金在其《平等——至上的美德》一书中认为,“每个人都应得到平等的关怀、平等的尊重和平等的考虑”。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。从这—个意义上讲,道德高尚的人与道德败坏的人不会得到“相同的尊重”。除了给予道德高尚者和道德败坏者不同的尊重和关怀外,一般情况下,对于同—家族的人、同—共同体的人,甚至同—民族的人给予更多的关怀也是天经地义的。“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’的更多的关怀”。^① 人类自身

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

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。但前提是,我对家人和邻居的特别关心不等于认定其他人在道德上低人一等,或不值得尊重,因此,这不构成歧视。

许多情况下,人们会对某一种人产生特别的喜恶,这些喜恶不是因为偏见、角色定型或道德标准,而是纯粹的心理因素。如日常生活中常常发生以貌取人的事,个人的相貌、形体、声音成为选择的标准,这与前述的雇主品位偏好相似。法律似乎也无法禁止人们心理上的品位和眼光,而且大多数的人相貌平平,受到个人的喜恶影响的人群不会太多,不会对社会产生太大的影响。美国司法实践发展了“色盲”(针对种族歧视)和“性盲”(针对性别歧视),即雇主在录用雇员时不考虑任何种族、性别这些个人特征,对这些特征应该视而不见,但如果让雇主在录用雇员时连申请者的长相也视而不见,就有些勉为其难了。但如果雇主在就业资格中专门以身高,或五官端正作为申请者的重要条件,而该条件与工作本事没有任何联系,雇主以身高或相貌不合格为由拒绝申请者,该拒绝剥夺了申请者的就业权,雇主明显地实施了歧视。

个人的兴趣爱好也会引发对某类人的偏好。例如,一个乒乓球爱好者,可能会偏爱会打乒乓球的人,一个喜欢幽默的人,会选择具有幽默感的人。这些特征本身并没有什么价值,也不是完成某一工作的技术条件,但对雇主来说,这些特征成为他做就业决定时不可回避的因素。随着社会教育水平的不断提高,个人自我发展的空间不断拓宽,每个人身上都有各种不同的令人仰慕的技能和品质,每个人对某一技能和品质的欣赏程度也不同。如果给各种技能和品质打分,相信不同的人对同一品质和技能打出不同的分。

偏好与偏见不同,偏见是对某一群体的不客观的,否定的态度,而偏好则是一个人的习惯或心理作用,它并不包含对他人的否定,也不会产生不利的社会后果,如女性希望找女医生看妇科,孕妇更愿意找女助产师接生。这么做不意味着对男医生有偏见,也不会因此构成歧视。

第二节 歧视与偏见

一、偏见的概念

偏见导致歧视,并且加重了社会不利群体的不利地位,这种歧视是法律应该禁止的。根据《中国大百科全书——心理学篇》对偏见的定义,偏见是指根据一定表象或虚假的信息相互做出判断,从而出现判断失误或判断本身与判断对象的真实情况不相符合现象。错误的社会认知或某些情绪体验容易形成偏见,对某人所属团体的知觉是导致偏见感情的因素,它使偏见者进入错误的信息加工,引起对特点对象的否定感情。偏见主要有以下几个特征:(1)以有限的或不正确的信息来源为基础;(2)认知成分是刻板印象;(3)有过度类化的倾向,强调共性忽视个别差异;(4)是一种先入为主的渗透个人感情成分的判断,往往只看到个别现象就过早地下定论,并且在真实的信息输入之后仍不愿意改变原来的态度。

偏见作为一种态度,从性质上可分成认知、情感和行为三个部分。个人的信念及他对某个特殊团体的期望成为偏见态度的认知成分。当偏见者与其特殊的偏见团体相接触时,不管是直接的还是间接的,都会产生强烈的否定感情,偏见的情感成分即在这时发生作用。偏见的行为成分是指对偏见态度对象的行为否定方式。当这种倾向以其外在公开的行为发生时,则不公平对待或者说歧视就发生了。例如,种族歧视往往基于对种族这一群体的偏见,认为黑人懒惰、不老实,而事实上,“懒惰”和“不老实”只是个别黑人的问题,而不是所有黑人的共同特征,也不是说只有黑人才“懒惰”和“不老实”,雇主基于这一偏见拒绝录用黑人就构成了歧视。

二、偏见的产生、后果及其与歧视的关系

(一) 偏见与歧视的关系

在汉语里面,有时偏见与歧视具有同一含义,人们往往将它们都解释为轻蔑、人格的侮辱、不合理的排斥、轻视、无理的负面塑型和区别对

待,并且可以互换使用。事实上,这是两个性质完全不同的概念。偏见是一种缺乏客观依据、固定的、先入为主的观念和态度,是针对特定群体和个体成员的不公正的、否定性的态度,而歧视则是社会偏见这样一种不公正的、具有否定性和排斥性倾向的社会态度所导致的不公平、不合理、排斥性的行为或制度安排。可见,歧视是一种行为,依据社会心理学,行为有广义和狭义之分。广义的行为不仅指能够为我们直接观察的外部事件,而且包括了诸如感情、态度、思维这类虽不能被直接观察但却能够为现代科学间接测量的内隐过程。而狭义的行为仅仅指为我们直接观察的外部事件。^①

一般认为歧视是狭义上的行为,对某些群体或其成员的厌恶情感、负面偏见和不认可的态度都不属于歧视,只有能被直接观察的不公正行为才是歧视,即所说的和所做的,表现为因为某些个人特征而实施的区别对待,该区别对待造成了剥夺、排斥或损害了他人应当享有的权利的结果。因此,两者是有一定区别的,社会偏见只是一种主观的否定性社会态度,它只存在于人的头脑中,而社会歧视则已经上升为一种实际存在的社会行为甚至被固化成为一种不公平的制度安排,如我国的城乡二元结构制度。多数情况下,人的态度和行为具有一致性,但二者并非是一对一的必然联系。有的社会偏见转化为实际的歧视行为,有的则没有。可见,歧视与偏见之间并无包含与被包含的关系,而是行为与态度的关系。偏见和歧视所针对的对象也不一样。偏见可发生在任何地位的社会成员之间,可以是强势群体对弱势群体存有偏见,也可以是弱势群体对相对强势的群体存有偏见,如中国人常常将外国人称为“鬼佬”,而歧视针对的则是相对弱势的群体,如少数民族、女性、残疾人、农民等。一般认为,歧视不仅受到内在偏见态度的影响,而且也是权力关系和资源配置情况反映。因此,具有偏见的态度也未必就具有歧视的行为。农民和农民工对城市居民也有这样那样的偏见,如将城市居民称为“小市民”,但这种偏见很难形成歧视,因为农民在社会资源配置方面处于弱势地位,其拥有的政治、经济和社会资源决定了其社会阶层的基础,没有任

^① 周晓虹:《现代社会心理学——社会学、心理学和文化人类学的综合探讨》,江苏人民出版社1991年版,第7页。