



Employment Discrimination Law for Modern China:  
A Transnational Reading Book

# 反就业歧视法 国际前沿读本

阎天 编译 叶静漪 审校



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

Employment Discrimination Law for Modern China:  
A Transnational Reading Book

# 反就业歧视法 国际前沿读本



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

## 图书在版编目(CIP)数据

反就业歧视法国际前沿读本/阎天编译. —北京:北京大学出版社, 2009. 11

(劳动法与社会保障法论丛)

ISBN 978 - 7 - 301 - 16000 - 8

I. 反… II. 阎… III. 劳动就业 - 劳动法 - 研究 - 世界 IV. D912. 504

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 187712 号

书 名: 反就业歧视法国际前沿读本

著作责任者: 阎 天 编译 叶静漪 审校

责任编辑: 邓丽华

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 16000 - 8/D · 2438

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027  
出版部 62754962

电子邮箱: [law@pup.pku.edu.cn](mailto:law@pup.pku.edu.cn)

印 刷 者: 三河市欣欣印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米 × 980 毫米 16 开本 18.75 印张 301 千字

2009 年 11 月第 1 版 2009 年 11 月第 1 次印刷

定 价: 31.00 元

---

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱: [fd@pup.pku.edu.cn](mailto:fd@pup.pku.edu.cn)

# 总 序

加入 WTO 意味着我国在进一步融入世界经济的同时,也将在更大范围和更深程度上受到世界经济的影响,中国经济已经越来越深地融入到全球经济之中。世界五百强跨国公司中已有四百多家进入我国,我国已成为“世界工厂”,成为欧美国家的主要贸易伙伴和跨国公司最主要的生产、采购中心,也将成为全球最大的劳动密集化的人力资源中心。加入 WTO 也会对劳动关系的法律调整产生很大的影响,建立社会保障制度是发展市场经济的客观要求,而社会保障制度有利于市场经济的发展已被众多发达的市场经济国家所证明。中国自改革开放以来,随着经济体制改革的进行和市场经济体制的建立,劳动立法有了很大的发展,已初步建立起了适应社会主义市场经济体制的劳动法律制度;同时,正在大力发展有中国特色的社会保障制度。

与此同时,劳动法和社会保障法的立法和研究也因此而更加繁荣,特别是近几年来,劳动法学和社会保障法学的理论和实证研究空前活跃,劳动法学和社会保障法学的教学研究队伍不断扩大,学术著作精彩纷呈,研究机构不断涌现,国际国内学术会议、研讨活动接连不断,劳动法学、社会保障法学在课程建设中的地位日益重要,研究成果已得到社会广泛认可,从而推动了劳动和社会保障法制的进一步发展。

当前,在全面建设小康社会的进程中,在体制转轨的关键时刻,中央提出了两个关系经济社会发展全局的重大命题:一是树立和落实科学发展观,实现以人为本全面、协调、可持续发展;二是构建社会主义和谐社会。而构建和谐社会,从人与人的关系看,我国现阶段主要是实现劳动者与用人单位(雇主)、城市居民与农村居民、穷人与富人之间的和谐。劳动法和社会保障法是以实现这三大和谐为主要目标的法律部门。而这两个法律部门尽管近年来有了很大的发展,但其在我国法学界还都是薄弱领域,理论和立法实践中还有许多问题有待研究。根据社会和市场的需求,北京大学法学院劳动法与社会保障法研究所联合中国劳动法和社会保障法学界同仁,与北京大学出版社一起策划编辑出版《劳动法与

社会保障法论丛》，这是非常好的创意，对于进一步整合资源，繁荣我国劳动法和社会保障法学术研究，促进劳动法和社会保障法的人才培养和社会服务，完善劳动和社会保障法制，构建和谐社会等，具有十分重要的意义。

希望《劳动法与社会保障法论丛》以北京大学法学院劳动法与社会保障法研究所为纽带，以北京大学出版社为平台，团结、凝聚、吸引大批国内外劳动法和社会保障法学者，特别是优秀中青年学者，充分利用现有的研究资源，力求以不同于传统法学的风格展开研究，从经济学、社会学、政治学、法学等多角度研究我国劳动和社会保障领域的重大问题及其原因和法律对策，积极开展劳动法和社会保障法的国际比较研究，借鉴和吸收国外劳动和社会保障立法的经验，为繁荣我国劳动法和社会保障法学术研究，完善劳动和社会保障法制，构建和谐社会，实现社会公正作出更大的贡献！

有鉴于此，有机会为《劳动法与社会保障法论丛》作序，我深感荣幸。相信《劳动法与社会保障法论丛》一定会不辱使命，越办越好！

吴志攀

## 序

阎天编译的《反就业歧视法国际前沿读本》一书即将出版。作为本书的审校人,我很高兴能够在这里谈点想法。

反就业歧视法在中国的兴起,主要发生在最近十年。较之西方国家半个世纪乃至更久的发展历程而言,这一崛起不可谓不迅猛。究其原因,首先在于就业歧视现象与和谐社会目标之间的冲突日益显著。新中国成立六十年来,历次重大社会经济政策的调整,都会引出歧视问题:计划经济时代的城乡区隔、地域倾斜,使户籍歧视遗留至今,农民工成为就业歧视的最大受害群体之一;随着市场化转型的启动,用人单位的偏好假“契约自由”之名而全面正当化,性别偏见、健康或者疾病歧视等损害公平竞争和效率的行为沉渣泛起,而居于天然弱势的女工、未成年工、残疾人等又难以得到国家和社会的有效保护……可见,就业歧视是劳动就业政策缺陷长期积淀的结果。而近年来以“和谐社会”为目标的民生建设,正可做对这种缺陷进行系统纠正的尝试。尝试的成果之一便是《就业促进法》设专章规定了公平就业问题。然而,法律的规定仍嫌粗疏,诸如就业歧视的概念、救济形式乃至反歧视的法理依据等问题尚待理清。同时,立法并非反就业歧视行动的终点,而是将法律的阐释、适用和完善等问题以更为紧迫、更为直接的方式提了出来。由此,通过编译的形式,引入国外的法治经验和研究成果,就显得很有必要了——这正是本书出版的意义所在。

阎天对反就业歧视法的关注,开始得较早。在他上大学二年级之初,就以《就业歧视界定论》为题,完成了第一篇反就业歧视的论文,此后,他完成了北京大学法学院本科的学业,继而攻读宪法学和行政法学方向的硕士研究生,参加了国际人权法硕士项目,还先后访问美国耶鲁大学、哥伦比亚大学和香港大学等海外高等学府,视野逐步开阔,而对反就业歧视法的研究始终没有松懈。他思维敏锐,善于学习和积累知识,潜心钻研,五年来,他完成过北京大学校长基金、笹川良一奖学基金资助

的独立课题,参加了我主持的民政部、国际发展法组织的研究项目,也和我一起参加了一系列反就业歧视法的学术会议,并且都有非常积极的表现,显示出了深厚的学术功底和学术素养。阎天在自己的学术道路起步阶段,恰逢中国反就业歧视法的兴起,这本身即是难得的机遇;而他自身刻苦努力的研究,并通过上述一系列活动,抓住了机遇,开阔了视野,锻炼了自己,取得了收获。作为他的老师,再没有比看到学生的成长更为欣慰的事了。这本书的编译出版,可以看作阎天五年法学学习和研究的一个小结。本书编译的都是精选的、有较长反歧视法研究历史的英美国家学者的研究论文,并选译了美国《1964年民权法》第七编的一部分,主要涵盖就业歧视的法律界定、就业歧视的法律救济和就业歧视的法律视野等内容,反映了不同历史时期的研究成果。本书的编译过程是极其艰辛的,阎天为此付出了很多心血,本书后记中可见一斑;本书的编译态度也是非常严谨的,编译者严格按照学术规范的要求,尽可能尊重原作者的学术思想,保持了原作品的学术风格。

本书的出版,延续了《劳动法与社会保障法论丛》的一贯思路:一是注重前沿性、探索性问题的研究;二是强化外国法、比较法的视角。幸赖北京大学出版社邓丽华等编辑的悉心工作,丛书自2005年起陆续出版,取得了较为理想的学术和社会效果。中律原咨询(北京)有限公司慷慨资助本书翻译和出版经费,不仅有望推进反就业歧视法的研究,而且对于奖掖后进、鼓励更多学子投身法学研究,都具有重要的意义。作为丛书的主要参编者和本书的审校人,我对各位支持者,致以由衷的感谢!

谨以上文,作为序言。

叶静漪

2009年9月

# 目 录

导 言 .....	阎 天(1)
-----------	--------

## 上篇 就业歧视的法律界定

差别结果歧视的孕育、死亡与重生 .....	Robert Belton(9)
I. 导言 .....	(9)
II. Griggs 案差别结果理论的孕育 .....	(12)
III. 差别结果理论的成熟 .....	(29)
IV. 差别结果理论的“死亡” .....	(37)
V. 差别结果理论的法典化与重生 .....	(40)
VI. 结论 .....	(41)
差别对待歧视理论:重述的必要 .....	Steven J. Kaminshine(45)
I. 麦道案式借口框架 .....	(50)
II. 混合动机框架 .....	(61)
III. 统一框架的呼声 .....	(74)
IV. 相反主张:保留麦道案框架 .....	(80)
V. 运用证明模式识别并评估借口和混合动机指控 .....	(89)
VI. 将上述证明模式合成为差别对待原则的重述 .....	(96)
VII. 结论 .....	(102)
《1964 年民权法》第七篇选译 .....	(104)

## 中篇 就业歧视的法律救济

### 平等雇佣机会委员会的意义

.....	Anne Noel Occhialino & Daniel Vail(115)
I. 从“无牙老虎”到首要执法机构:EEOC 简史 .....	(116)



II. 今日 EEOC 的工作 .....	(134)
III. EEOC 的(今日)意义 .....	(142)
论雇佣歧视纠纷的非讼处置 .....	Charles B. Craver(147)
I. 导言 .....	(147)
II. EEOC 的指控调查 .....	(149)
III. 谈判、调解/调停和咨商性非讼公断 .....	(150)
IV. 仲裁 .....	(156)
V. 行政程序 .....	(171)
VI. 结论 .....	(180)
挺身阻挡:雇佣歧视原告小传 .....	Andrea Giampetro-Meyer(181)

## 下篇 就业歧视的法律视野

雇佣歧视法透视:三维平等观 .....	John J. Donohue III(195)
I. 谁应受到特别保护? .....	(198)
II. 价格与价值 .....	(201)
III. 附随平等与固有平等间的鸿沟 .....	(210)
IV. 附随平等与建构平等之间的鸿沟 .....	(213)
V. 结论 .....	(217)
平等观念的空洞性 .....	Peter Westen(219)
I. 道德平等 .....	(223)
II. 法律平等 .....	(239)
III. 平等之惑 .....	(255)
IV. 结论 .....	(268)
社会融入:平等问题的更好进路? .....	Hugh Collins(272)
I. 引言 .....	(272)
II. 平等对待原则之误 .....	(274)
III. 反歧视法的目标 .....	(282)
IV. 结论 .....	(290)
后 记 .....	阎 天(292)

## 导 言

### 一

摆在读者面前的这本小册子叫做《反就业歧视法国际前沿读本》。虽然自新世纪以来,就业歧视问题吸引了中国法律学人越来越多的关注,但是“反就业歧视法”(Employment Discrimination Law)这一概念似乎尚未得到全面、规范的建构。概念反映并结构着人们对一个论题的认知,缺乏概念性的提炼恰恰是研究尚处于初步阶段的表征。在本书的起始,笔者将尝试大略地勾勒反就业歧视法在中国的概念轮廓。

反就业歧视法并非孤立的议题,而应被看作一个论域(universe of discourse)。这一论域关注的核心议题有三:何谓“就业歧视”,即就业歧视的法律内涵与外延,包括在司法中的鉴别标准问题;法律应对就业歧视采取何种态度,即反就业歧视立法的正当性基础问题;法律应如何救济就业歧视,即反就业歧视法律规制体系的构建问题。概括地说,上述三个论题分别回应反就业歧视法“是什么”、“为什么”和“怎么办”这三个基本追问。在法学内部,对反就业歧视法的研究从三个进路分别掘进:劳动法的研究从劳动关系切入,围绕劳动合同的订立、执行和终止的各个环节,试图阐释平等就业权的内涵和外延;包括宪法和行政法在内的公法研究则从国家与企业、国家与个人的关系切入,权衡国家管制与市场调节、国家保障与用人自主等冲突价值的相互关系,力求找到对这些价值加以平衡的机制;国际法的研究则从反就业歧视问题的国际化、人权化切入,探讨反就业歧视的国际共识,总结跨国家、超国家的反就业歧视机制,而其基础则奠定于反就业歧视国际公约的国际—国内双层效力。作为法学研究日益强调交叉学科分析的结果,反就业歧视法的分析需综合运用法学、社会学和经济学三大视角。社会学视角长于描述,揭示就业歧视现象的演进过程和分布状况;经济学视角偏重解释,揭示就业歧视现象背后的利益逻辑,追问反就业歧视法赖以建立的隐含假设;

法学视角则不能回避规范的任务,须在社会学和经济学研究的基础上,根据一定的价值标准和政策目的,对就业歧视作出法律评价,并落实为制度安排。概言之,三个论题、三条进路、三大视角,支撑起反就业歧视法的研究空间。

## 二

本书的特点可以从书名中得到最好的揭示:“国际前沿读本”。首先,本书是一个“读本”。笔者选译反就业歧视领域的八篇论文、一部立法,分作三组,汇编成册,是为“读本”。之所以选择翻译而非自撰的形式,一方面固然是由于国内对外国反就业歧视法的介绍性文章已经不少——读者可参阅张千帆、蔡定剑、李薇薇等学者主编的著作,而更重要的原因则在于:考虑到国内反就业歧视法研究尚较初步的实际情况,如果就入选文章撰写引介性的文字,就可能需要复述原文的几乎全部内容——因为其中包含的新信息太多了。与其给读者增添几篇二手的简介,不如将引介对象原原本本地呈现出来(虽然译本仍是二手资料,但较之介绍性文章,显然离一手资料更近些)。除立法外,本书选录的文章全部为全文翻译,包括原文注释也全部译出,以求最大程度地反映原作者的思路。这也意味着,本书不可能严格遵循教科书式的、条分缕析的结构,而只能以将选文分为三组的形式,加以编辑。当然,读者将从后文看到:从选文到分组,同样渗透了编译者对反就业歧视法的某些认知。

其次,本书在选文时强调了“国际”(transnational)性。这并不是说选文的作者都采取了国际法的视角:事实上,除一两位作者选取了公法视角以外,绝大多数作者都可归入劳动法学者之列。“国际性”在这里的含义是:选文探讨的都是外国语境下的反就业歧视问题,而这些问题又都在一定程度上超越国界(因此 transnational 一词多译作“跨国”),具有某种普适特征。读者当然不会认为外国的今天甚至昨天就是中国的明天,但想必会在一定程度上认同中国反就业歧视法借鉴他国经验的可能性。值得强调的是,在借鉴某项制度之前,务必搞清这一制度所回应的问题为何;探讨中外制度差异的前提,在于厘清制度赖以维系的社会基础的差异。正因如此,笔者不厌其烦地将选文中大段对社会背景、历史沿革的叙述逐字译出,以求为制度问题的讨论作尽量充分的铺垫。在选文的国别问题上,八篇文章都来自英美作者,讨论对象也均为英美问

题。可能是由于大陆法系更注重概念化、特别是立法更为明晰的缘故，国内引介外国反就业歧视法时，多将重点置于欧盟法和欧陆各国立法，而对英美的关注则略显不足。事实上，系统的反就业歧视立法发轫于美国，而欧盟诸国立法的主要制度——间接歧视、临时特别措施、举证责任倒置，等等，均能在美国法中寻得渊源；欧陆学者更从不讳言本国反歧视法源自美国的历史。既然做学问要追根溯源，那么本书将选文的焦点置于英美法、特别是美国法，也就不足为奇。

最后，本书在选文时，还突出了“前沿”性。所谓“前沿”大抵可以从两个角度理解：一是新问题，二是基本问题的新进展。本书基本采取了后一种理解。这首先是因为，作为一门草创时期的学问，中国反就业歧视法现时的发展重心，可能更应放在夯实基础之上。任何研究者都不能回避就业歧视“是什么”、“为什么”和“怎么办”这三个基本问题，而在某种意义上，这一领域的新问题，多可看作上述基本问题的延伸与组合。然而囿于语言差异，国内对反就业歧视法基本问题的了解，往往停留在数十年前的情况，或者简要介绍的水平，对于反就业歧视法的正当性基础问题等更是几乎尚未涉及。这种局面正是本书希图改变的。收入本书的八篇论文，过半数发表于2005年之后；选译的立法则反映了几经修订之后的最新面貌。读者将会看到：诸如差别对待（disparate treatment）这样看似简单的歧视类型，在当代仍面临重大的转变和挑战；国内学者所推崇的美国联邦平等雇佣机会委员会（EEOC），数十年间不断因应职责和立法的变化，调整工作方式和重心；看似坚如磐石的平等价值，已经受到了不同侧面的质疑、反思乃至替代……并不是说诸如性取向歧视之类的新问题不重要，但考虑到全书篇幅的控制，以及讨论这些问题所需的学术准备尚不充分，只能忍痛割爱。

### 三

本书将所收录的文章和立法分为三组，依次为：“就业歧视的法律界定”、“就业歧视的法律救济”和“就业歧视的法律视野”。

第一组——“就业歧视的法律界定”，收入论文两篇、立法一则。《差别结果歧视的诞生、死亡与重生》可能是全书最具历史感的一篇文章。作者将亲历者的经验和学者的谨严很好地结合在一起，描绘了差别结果（disparate impact）这一当今最热门歧视理论产生、发展至今的曲折

历程。在笔者看来,本文最有借鉴意义之处,在于写清了差别结果理论如何从差别对待理论演变而来,从而反映了二者之间联系的实际情况:它们可能并不像研究者通常认为的那样是简单的并列关系,更不能进而认为差别结果/间接歧视/主观要件主义是“先进”的歧视概念,而差别对待/直接歧视/主观要件主义是“落后”的概念。《差别对待歧视理论:重述的必要》则反映了差别对待这一最原始歧视概念的新发展,特别是其与混合动机(mixed motive)歧视的联系与区别。该文也是全书最长的文章之一,触目皆是程序法、证据法概念或许让人应接不暇,这也是笔者翻译时的体验。但是唯其如此,方能呈现美国反就业歧视法大量的制度细节——借用一本畅销书的名字,就是“细节决定成败”。本组还选译美国联邦《1964年民权法》第七篇(Title VII)有关歧视概念的几节,这一方面是因为有关条文在全书其他文章中多有引用,另一方面则是为了展现反歧视立法的演进过程。为此,笔者将立法初始文本,与《1991年民权法》写入的修正条文区分开来。读者可能会对这些条文感到失望,因为从中并不能找到“就业歧视是什么”这一问题的完美答案,甚至字里行间的新概念(例如“激发因素”motivating factor)反而会带来新的困惑。然而通读全书之后,或许就会对这种一味寻找“完美”概念的思路作出反思。

第二组——“就业歧视的法律救济”,收入论文三篇。无疑,救济歧视受害者的基本途径是诉讼,而诉讼的核心问题是证明,因此第一组文章已经在事实上涵盖了本组主题相当部分的内容。本组文章则致力于展现就业歧视法律救济体制的完整图景:《平等雇佣机会委员会的意义》是美国联邦平等雇佣机会委员会两位律师的作品。在设立专门机构打击歧视成为国际潮流的今天,作者不懈地追问一个最基本的问题:为什么设立这样一个机构是必要的?作者用这一机构四十年的历史说明:任何机构的设立都并不具有天然的正当性,这种正当性只能在不断地回应问题、廓清自身角色当中获得建构。《论雇佣歧视纠纷的非讼处置》则可看做前文的延伸,它全面反映了替代性纠纷解决方式在就业歧视纠纷中的运用情况。该文值得关注之处,一是对非讼处置模式必要性、优越性的分析,二是对运用行政程序解决就业歧视纠纷的探讨——这对于未来中国“平机会”的职能设计至关重要。《挺身阻挡:雇佣歧视原告小传》则是全书最短的一篇文章。按照作者的说法,全文的注释数量被压减到最少,以尽量让采访对象去表达。影响性诉讼(impact litiga-

tions)作为推动制度变革的有力手段,已经越来越多地被中国反歧视运动的参与者所运用,近年发生的蒋韬案、张先著案等即是明证。该文通过描述影响性诉讼中原告的经历和体验,将影响性诉讼不为人注意的一面呈现出来:制度进步固然重要,而纠纷的解决、受害人的救济却往往被宏大的追求所遮蔽。对此过多地感慨并无意义,而作者所希望启示读者的,或许就是永远不要停止对原初目的追问。

第三组——“就业歧视的法律视野”,同样收入三篇论文。或许将这组文章命名为“反就业歧视法的正当性基础”更贴切些,因为三篇文字都在挑战“平等”——这个概念真的能够为反就业歧视法提供足够的正当性依据(justification)吗?《雇佣歧视法透视:三维平等观》一文,采用了法律经济分析的视角,国内采取相同视角的成果尚付阙如。文章从劳动力市场的经济特性出发,揭示了反就业歧视法的局限,并对超越市场规律的“平等”追求作了批评。Peter Westen教授的《平等观念的空洞性》则是美国法学界引用率最高的论文之一。作者从法哲学、逻辑学的角度,试图解开“平等”概念的最大谜团:“平等”具有最大限度的普适性,但几乎没有人能够给出它的确定含义。而《社会融入:平等问题的更好进路?》一文,则引入了社会学上的“社会融入”(social inclusion)概念,尝试对其含义进行法学建构,以替代平等作为反就业歧视法的正当性基础。本组文章的共同特征,是采用了不同于传统的劳动法、公法或国际法的进路,回答反就业歧视法“为什么”这一根本追问。这些新思路无疑大为拓展了研究者的视界,因此笔者用“就业歧视的法律视野”来命名这组文章。

本书是笔者的第一本编译著作,错漏之处定然不少,还望读者斧正。笔者恳切期待与更多研究者探讨中国的反就业歧视法律问题,请发送电子邮件至 philixyan@126.com。但愿在这片苦难深重的大地上,“平等就业”能够尽快从口号进化为制度,播下种籽,扎下根来。

阎天

二零零八年十月十三日夜

改定于曼哈顿上城寓所



上  
篇

---

# 就业歧视的法律界定



