



MEIGUO

FANJIUYE QISHI

FALÜ ZHIDU YANJIU

美国反就业歧视 法律制度研究

姚国建 / 著



中国政法大学出版社



MEIGUO

FANJIUYE QISHI

FALU ZHIDUYANJIU

美国反就业歧视 法律制度研究

姚国建 / 著

本书系统研究了美国反就业歧视法律制度的历史沿革、基本理念、主要原则、具体制度及其实施机制。全书共分五章：第一章为绪论，介绍研究背景和意义；第二章为美国反就业歧视法律制度的历史沿革；第三章为美国反就业歧视法律制度的基本理念；第四章为美国反就业歧视法律制度的主要原则；第五章为美国反就业歧视法律制度的具体制度及其实施机制。本书可作为法学专业及相关领域研究者的参考读物。



中国政法大学出版社

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（CIP）数据

美国反就业歧视法律制度研究 / 姚国建著. —北京:中国政法大学出版社, 2013.10

ISBN 978-7-5620-5095-7

I. ①美… II. ①姚… III. ①劳动就业—劳动法—研究—美国 IV. ①D971.225

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第254622号



- 出版者 中国政法大学出版社
- 地 址 北京市海淀区西土城路25号
- 邮寄地址 北京100088信箱8034分箱 邮编100088
- 网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
- 电 话 010-58908285(总编室) 58908433(编辑部) 58908334(邮购部)
- 承 印 固安华明印刷厂
- 开 本 880mm×1230mm 1/32
- 印 张 8.125
- 字 数 200千字
- 版 次 2013年10月第1版
- 印 次 2013年10月第1次印刷
- 定 价 29.00元

本书受“中国政法大学青年教师创新团队”项目资助

目 录

第一章 美国反就业歧视法律制度的历史演进

第一节 就业歧视的基本理论 // 1

- 一、就业歧视的概念及其要件 1
- 二、就业歧视存在的原因 5
- 三、就业歧视的基本类型 7
- 四、各国反就业歧视的基本策略 11

第二节 《1964 年民权法案》之前的美国反就业歧视 法律制度 // 14

- 一、大萧条之前的反就业歧视问题 15
- 二、“新政”时期的反就业歧视措施 18
- 三、二战后至 50 年代的反就业歧视措施 20

第三节 《1964 年民权法案》的制定及影响 // 22

- 一、《1964 年民权法案》制定的历史背景 22
- 二、《1964 年民权法案》的通过 26
- 三、《1964 年民权法案》的主要内容 28

第四节 后民权法案时代——反就业歧视立法的 完善 // 29

- 一、《1964 年民权法案》的实施与修改 29

二、其他反就业歧视立法的制定	30
----------------------	----

第二章 美国反就业歧视的立法渊源

第一节 宪法 // 34

一、第 5 和第 14 修正案	35
二、第 11 修正案	37
三、第 1 修正案	37

第二节 内战后的民权立法 // 38

一、1981 条款	38
二、1983 条款	40
三、1985 条款	41

第三节 《1964 年民权法案》// 41

一、禁止基于种族等因素的就业歧视	42
二、创设平等就业机会委员会	43
三、规定就业歧视争议的三种处理机制	46

第四节 其他重要联邦立法和州立法 // 50

一、《反年龄就业歧视法》	51
二、《1963 年平等报酬法》	52
三、有关保障残疾人就业的立法	53
四、《1991 年民权法案》	56
五、总统行政命令	56
六、行政规章	58
七、各州关于反就业歧视的法律	59

第五节 各法律规范之间的冲突与协调 // 59

一、法院解决法律规范冲突的准则	60
-----------------------	----

二、法院解释法律的基本规则	61
三、司法判例的作用	61

第三章 就业歧视的构成要素

第一节 歧视主体 // 64

一、雇主	65
二、工会	66
三、中介组织	67
四、不能成为歧视主体的组织	67

第二节 歧视对象 // 69

一、特定种族	69
二、某种性别	70
三、少数族裔	71
四、持有特定宗教的人士	73
五、年龄较大的人士	73
六、残疾人	74
七、歧视对象中的一些专门问题	76

第三节 歧视内容 // 77

一、按实施歧视行为的主体分类	77
二、按歧视行为的内容分类	78

第四章 就业歧视的类型及其诉讼结构

第一节 个别性歧视（非制度性歧视）// 81

一、个别性歧视的含义	81
二、因果关系	82
三、故意要件	83

四、证明方法	84
五、抗辩理由：肯定性行动	92
第二节 制度性歧视 // 93	
一、制度性歧视的含义	93
二、证明方法	94
三、被告的抗辩主张	96
第三节 差别影响歧视 // 105	
一、差别影响歧视的含义及意义	105
二、差别影响歧视的基本结构	108
三、从 Griggs 案到 Wards 案：最高法院 立场的重大转变	111
四、《1991 年民权法案》——国会对 Wards 案的 回应	113
五、703 条（八）款的例外	114
第五章 不同群体就业歧视中的具体问题	
第一节 种族歧视 // 116	
一、概述	116
二、种族歧视的类型	118
三、种族就业歧视中的一些具体问题	118
四、关于种族歧视的抗辩事由	120
五、关于种族骚扰的问题	120
第二节 性别歧视 // 124	
一、概述	124
二、怀孕与性别就业歧视	125
三、性取向与就业歧视	128

四、着装及整洁规范	129
五、性骚扰	129
六、性别与同工同酬	143
第三节 年龄歧视 // 149	
一、《反就业年龄歧视法》的适用对象	149
二、年龄歧视的类型	151
三、雇主在年龄歧视指控时的抗辩	154
四、年龄歧视与退休问题	155
五、年龄就业歧视的救济	156
第四节 残疾人歧视 // 157	
一、何谓“残疾人”	157
二、对歧视残疾人就业行为的禁止	167
三、残疾人就业歧视的证明和抗辩	174
第五节 宗教歧视 // 177	
一、概述	177
二、禁止基于宗教的歧视	178
三、关于提供“合理便利”(reasonable accommodation)	180
四、不受《1964年民权法案》规范的宗教组织	186
五、《1964年民权法案》与宪法宗教条款的关系	188
六、宗教骚扰	191
七、将宗教作为一种实际职业资格	192
第六节 族裔歧视 // 192	
一、族裔的含义	192
二、族裔歧视的具体问题	193

第六章 就业歧视的救济制度

第一节 救济方式 // 196

- 一、概述 196
- 二、行为救济 197
- 三、金钱赔偿和惩罚性赔偿 199
- 四、律师费 204

第二节 平等就业机会委员会的救济机制 // 206

- 一、申请内容与条件 206
- 二、申诉方的身份 208
- 三、平等就业机会委员会的处理程序 210
- 四、平等就业机会委员会的申请与决定文件 214

第三节 诉讼机制 // 215

- 一、起诉的前提 215
- 二、被告 218
- 三、时限 219
- 四、法院的审理范围 220

第四节 一些特殊类型歧视救济的专门问题 // 221

- 一、《反年龄就业歧视法》的救济问题 221
- 二、《平等报酬法》的救济问题 223

附 录 美国《1964 年民权法案》第七章 // 227

第一章

美国反就业歧视法律制度的历史演进

第一节 就业歧视的基本理论

一、就业歧视的概念及其要件

就业歧视的概念是反就业歧视法领域的基础概念之一。当前对于就业歧视概念的直接界定主要来自两个方面，其一为国内立法和国际法文件的相关规定，其二为学者们基于立法与法律运作实践所进行的概括总结。前者之中最具代表性的是1958年国际劳工组织《消除就业和职业歧视公约》的界定。在该公约的第1条，就业“歧视”被表述为以下两种情形：“（甲）基于种族、肤色、性别、宗教、政治见解、民族血统或社会出身的任何区别、排斥或特惠，其效果为取消或损害就业或职业方面的机会平等或待遇平等；（乙）有关成员在同雇主代表组织和工人代表组织——如果这种组织存在——以及其他有关机构磋商后可能确定其效果为取消或损害就业或职业方面的机会平等或待遇平等的其他区别、排斥或特惠。”这种将就业歧视确定为基于法律所禁止的理由或产生法律所禁止的效果的有区别对待的定义方式在各国国内法和其他国际法文件中也多有体现。^{〔1〕}

〔1〕 参见德国《一般同等待遇》、欧盟《关于建立就业与职业平等待遇总体框架的指令（2000/78/EC）》、韩国《平等就业法》等。

后者如有学者认为“就业歧视,是指用人单位在招聘过程中或劳动关系建立后,对招聘条件相同或相近的求职者或雇员基于某些与个人工作能力或工作岗位无关的因素,而不能给予其平等的就业机会或在工资、晋升、培训、岗位安排、解雇或劳动条件与保护、社会保险与福利等方面不能提供平等待遇,从而取消或损害求职者的平等就业权或雇员的平等待遇权的现象”^{〔1〕};有学者将就业歧视界定为“没有合法的目的和原因,基于种族、肤色、宗教、政治见解、民族、社会出身、性别、户籍、残障或身体健康状况、年龄、身高、语言等原因,采取的任何区别、排斥、限制或者给予优惠,其目的或作用在于取消或损害劳动者的就业平等权”^{〔2〕}等。

基于作为例证的前引定义及部分未予引述的就业歧视法律文件和学者著述的定义,^{〔3〕}就业歧视的构成要件通常被认为包含以下四个部分:

1. 被歧视对象具备某种特征或属性

《消除就业和职业歧视公约》第1条(甲)项将被歧视对象特征确定为种族、肤色、性别、宗教、政治见解、民族血统和社会出身七个方面,而(乙)项则认可成员国与雇主组织和工人代表组织磋商后所确定的其他特征,如身高、血型、婚姻状况等。公约所指明的前述特征亦部分或全部地为其他国家和地区的反就业歧视立法所规制,如美国在《1964年民权法》中禁止基于种族、肤色、宗教信仰、性别和国籍的歧视,德国《一般同等对待法》规定其宗旨为防止或消除所有因种族、出身、

〔1〕 喻术红:“反就业歧视法律问题之比较研究”,载《中国法学》2005年第1期,第130页。

〔2〕 林嘉:“论我国就业歧视的法律调控”,载《河南社会科学》2006年第5期,第17页。

〔3〕 参见荷兰《平等待遇法》,英国《反就业性别歧视法》,蔡定剑、刘小楠《反就业歧视法专家建议稿及海外经验》等。

性别、宗教或世界观、残障、年龄及性取向原因出现的歧视,我国《就业促进法》则将被歧视对象特征限定为民族、种族、性别、宗教信仰等。当然,并非任何特征或特定特征在任何情况下均可构成歧视基础,法律允许一定例外的存在。一般情况下,基于正当的职业资格及法律为促进平等、纠正或补偿先前的歧视而设定的暂行特别措施而采取的特定行为不被视为歧视,为达到与工作相关的某些合法目的而采取的与完成该工作具有合理联系的善意必要措施也将被从歧视中排除。〔1〕

2. 存在歧视行为

《消除就业和职业歧视公约》将歧视的客观行为模式概括为三种,即“区别、排斥或特惠”。依《消除就业和职业歧视公约》文字与意旨,区别、排斥或特惠中任何一种情形的出现皆可使歧视行为要件得到满足,基于法律所禁止的理由而进行的归类、隔离、限制、排除或给予特权等都是歧视行为的表现。反对歧视的核心理念是平等,而平等即意味着人们在相同或类似的情况下应得到相同或类似的对待,如果雇主对潜在的或实际的受雇者进行区别对待,则这种区别对待应具备法律所认可的正当理由。在平等理念的支配之下,差别对待的存在成为歧视存在的前提。因此,有关平等就业的立法往往直接禁止就业过程中的不合理差别对待,如台湾地区《性别工作平等法》第10条规定“雇主对受雇者薪资之给付,不得因性别或性倾向而有差别待遇”,瑞典1991年《平等机会法》第15条规定“雇主不得对求职者或雇员不平等对待”等。

3. 已经或即将造成损害结果

损害结果是就业歧视的必要条件,只有不合理的差别对待已经或即将给求职者或受雇者带来某种不利影响,剥夺或削减

〔1〕 李薇薇、Lisa Stearns:《禁止就业歧视:国际标准和国内实践》,法律出版社2006年版,第24~25页,第34~38页。

其在就业方面享有的机会平等或待遇平等权利时,该差别对待方构成就业歧视。^{〔1〕}在直接的就业歧视中,歧视行为的损害结果表现为求职者或受雇者在与他人相同的情况下受到比他人不利的待遇,而在间接的就业歧视中,受保护的群体相对于另一群体而言受到了不成比例的不利待遇。^{〔2〕}由此可见,不利待遇的成立有其前提,直接歧视所导致的不利后果要求被歧视者与他人具备相同情况,而间接歧视带来的不利后果以其对不同群体的影响不成比例为条件。从发生阶段来看,不利待遇可能发生于雇佣关系建立之前,也可能发生于雇佣期间,覆盖劳动力市场的进入、职业选择、招募及录用、职业培训、工作条件、晋升、薪资、解聘等劳动过程的各个环节。

4. 损害结果与歧视行为之间具有因果关系

不利待遇由歧视行为而引发,因此二者之间的因果关系是歧视存在的前提。一方面,如果雇主直接基于种族、肤色、性别、宗教、政治见解、民族血统或社会出身等因素而实施不合理归类、拒绝雇佣、解除雇佣等行为,则该行为将给求职者或受雇者造成利益减损,构成就业歧视;另一方面,如果某项区别对待行为的采取不具有直接的歧视性目的,但表面公正的措施会带来损害具有某种特征的求职者或受雇者的就业平等权的效果的,则该措施与不利待遇之间仍存在因果关系,亦成立就业歧视。

〔1〕《(就业和职业)歧视公约》、欧盟《关于建立就业与职业平等待遇总体框架的指令(2000/78/EC)》、英国《性别歧视法》、美国《1964年民权法》、德国《一般平等待遇法》、我国学者蔡定剑教授等2009年提出的《反就业歧视法专家建议稿》等文件对此均有体现。

〔2〕李薇薇、Lisa Stearns:《禁止就业歧视:国际标准和国内实践》,法律出版社2006年版,第19~43页。

二、就业歧视存在的原因

就业歧视问题基于复杂的社会元素、社会关系和社会运动而产生,其成因来自历史、习俗、经济、心理等各个方面。对于就业歧视的产生根源,学界提出了多种解释理论。

1. 社会歧视理论

社会歧视理论是社会学者所提出的一种就业歧视原因理论。该理论试图阐明在劳动力就业过程中社会风俗及惯例因素对就业歧视的影响,进而解释基于性别而产生的男女工作待遇差别或职业种类差异现象,是社会风俗及惯例理论在就业歧视领域的运用。在相当一部分社会中,基于历史而形成的传统习惯或风俗认为“工作社会”应由男性负责,而女性则负责“非工作社会”。^{〔1〕}这种传统习俗延续至今并对劳动力市场产生了重大影响,不同性别的不同社会角色定位导致其在劳动力市场上的地位存在差异,也是男女两性的薪资和职业分布状况明显有别的重要原因,而这种因性别而进行的区别构成歧视。

2. 偏好性歧视理论

该理论最初由贝克尔提出,其理论基础是雇主、雇员或顾客等歧视者的偏好性口味假定,包括贝克尔的歧视的两国贸易模型及类型分析、阿罗的雇员歧视模型和卡恩的顾客歧视模型等。^{〔2〕}根据这一理论,歧视的根源在于偏见,即雇主、作为同事的员工或者顾客基于自身的偏好或偏见而不喜欢与某些特定种族或性别的人群打交道,从而形成歧视。在某些情况下,雇主可能为保持与具有特定种族、肤色等特征的人之间的距离而进行歧视,顾客可能偏好于由男性或女性提供服务,某些员工

〔1〕 焦兴铠:“对我国就业歧视问题之探讨”,载《月旦法学杂志》2006年第52期,第103页。

〔2〕 姚先国、谢嗣胜:“西方劳动力市场歧视理论综述”,载《中国海洋大学学报(社会科学版)》2004年第6期,第149~151页。

也可能不愿意与女性或特定种族的员工共事或服从他们的指令。来自于这些方面的偏见均有可能成为歧视的动因。

3. 统计性歧视理论

统计性歧视的产生与雇主掌握信息的不完全有关。雇主的目标在于使自身利润最大化。受这一动机的影响,雇主希望了解求职者的生产率,但通常此时雇主难以直接获得这些信息,因此雇主可能转而采取一些替代方式来收集与生产率有关的受教育程度、工作经验等信息,而这些信息的收集将产生信息成本。为有更大机会雇佣具有较高生产率的求职者,同时不致付出过度高昂的信息成本,雇主采取的通常方式是以求职者所属群体的一般特征来衡量具体的求职者,而这种做法可能因给某些个体带来不利后果而形成歧视。在这种将群体特征推断为群体当中的某个个体的特征的判断模式之下,通常总体特征中的个体差异越大,这种判断方式的误差越大,对于个体的歧视也就可能越明显,即使不同群体的平均劳动能力及其个体的能力差异均相同,由于可能存在群体能力测量误差,统计性歧视仍然可能发生。^[1]

4. 双重劳动力市场歧视理论

双重劳动力市场理论基于依据雇佣和报酬支付等特征对劳动力市场所作的一级市场和二级市场的划分。一级市场所提供的劳动报酬、劳动条件、职业培训及发展前景等均优于二级市场。受制度、习俗及社会排斥性等因素的影响,男性或白人可能较多地被安排在一级市场,而女性或黑人则往往留在二级市场,从而出现职业隔离。^[2]另外,根据内部劳动力市场理论,一级市场具有较高的组织和管理程度,劳动力的价格和资源配

[1] 石伟、卿石松:“劳动力市场统计性歧视的起因、长期性和反歧视措施研究”,载《教学与研究》2009年第5期,第67页。

[2] 张抗私:“社会排斥与劳动力市场分割——以性别歧视为例”,载《财经问题研究》2009年第5期,第40~42页。

置等由一套完善的管理规则加以调节，市场规则难以发挥作用。该市场倾向于将有利地位更多地给予本市场的内部劳动力，而本来就处于劣势地位的女性或黑人等群体的成员很难获得进入一级市场的机会，就业歧视亦可能由此而产生或强化。

5. 前劳动力市场歧视理论

前劳动力市场歧视理论的出发点是求职者劳动生产率差异的产生原因。求职者所具备的知识、技能、经验等因素都会对其生产率产生影响，而这些人力资本的形成有赖于来自教育、培训、健康等方面的投资，这些投资所带有的歧视性是就业歧视产生的原因之一。歧视性投资可以分为社会的歧视性投资和自我歧视性投资两类。社会进行歧视性投资意味着社会公共投资的配置对社会成员人力资本的获得和提高产生了差别影响，而人力资本的差异将影响求职者的职位获取及薪酬。在性别歧视领域，社会歧视性投资将强化就业性别歧视，而被强化的性别歧视又可能反过来强化社会的歧视性投资，从而形成循环式的恶性影响。自我歧视性投资是理性的个人应对劳动力市场歧视的一种投资策略。个人的人力资本投资取决于该投资的收益率，如果具有某种特征的人预期自己将受到歧视从而只能获得与未受歧视者相比更为不利的就业机会，那么他可能会选择减少其人力资本投资，而该减少则可能影响其就业状况。^{〔1〕}

三、就业歧视的基本类型

基于不同的划分标准，就业歧视可以被归纳为不同的类型。以造成歧视的原因而论，就业歧视包括性别歧视、种族歧视、年龄歧视、残疾歧视等；以歧视实施者的主观目的而论，就业歧视包括目的性歧视和非目的性歧视；以歧视的发生阶段而论，

〔1〕 姚先国、谢嗣胜：“西方劳动力市场歧视理论综述”，载《中国海洋大学学报（社会科学版）》2004年第6期，第155页。