

# 英国反就业歧视法与我国立法之完善

## On The Anti - Employment Discrimination Act In England And The Legislative Improvement In China

谢增毅

(中国社会科学院法学研究所 北京 100720)

**内容提要:**当前我国存在许多就业歧视现象,应通过立法禁止就业歧视并为受害人提供救济。英国建立了较为完善的反就业歧视制度。我国应借鉴英国立法,在《劳动法》和《就业促进法》之外,制定单独的《反就业歧视法》,规定禁止歧视的事由、保护范围、各种歧视的方式和判断标准、被告的抗辩事由、举证责任的分配和受害人的救济等内容,以保护劳动者的平等就业权和公民的平等权。

**关键词:**就业 平等 歧视 性别歧视 种族歧视

当前,我国就业平等的观念相当匮乏,现实生活中性别歧视、户籍歧视、地域歧视、年龄歧视、乙肝歧视、相貌歧视、身高歧视、血型歧视、姓名歧视、怀孕歧视等各种就业歧视现象非常严重。平等权不仅是我国宪法规定的公民基本权利,也是国际公约的一项基本原则。近年来,平等权越来越受到各国政策和法律的重视,平等权的保护成为各国劳工政策和劳工法律的重要部分。因此,我国建立和完善反就业歧视制度,不仅是落实我国宪法和劳动法有关就业平等权的原则规定,也符合世界有关反就业歧视和保护就业平等权的趋势。本文将通过考察英国反就业歧视法的内容及其实施,分析目前我国反就业歧视法律存在的问题,并就我国反就业歧视法的立法体例和内容提出相应的对策和建议。

### 一、英国就业歧视的概念、类型和法律规制

在英国,有关就业歧视的立法相对完善。原则上,法律禁止雇主基于性别、种族、残疾、宗教和信仰、年龄实施歧视。英国反歧视法律主要体现在成文法中,当然如何解释法律,很大程度上必须依赖雇佣法庭和法院的判例。在英国,涉及就业歧视的成文法主要包括:1970年《平等工资法》(EqPA),1975年《性别歧视法》(SDA),1976年《种族关系法》(RRA),1995年《残疾歧视法》(DDA)。需要指出的是,《性别歧视法》《种族关系法》《残疾歧视法》调整的范围不仅包括就业,还包括教育以及商品、服务或者设施

的提供等其他事项。除了法案,英国还通过条例的形式不断修改法律或者增加反歧视的保护范围。例如,2003年《雇佣平等(宗教或信仰)条例》,2003年《雇佣平等(性取向)条例》,英国2006年通过了《雇佣平等(年龄)条例》。除了禁止歧视的事由不断扩大,英国和欧盟的反就业歧视立法也覆盖了劳动的各种环节,包括就业准入、职业培训、晋升、工作条件等等,几乎涉及了就业的整个过程。

本文仅就性别歧视和种族歧视的内容对英国反就业歧视法加以介绍。

#### (一)性别歧视和种族歧视的概念

##### 1. 性别歧视

《性别歧视法》禁止基于性别和婚姻状况的理由实施歧视。这一原则同样适用于男性和女性。2004年通过的《同居协议法》,使同居协议者也受到《就业歧视法》的保护。但未婚者遭受歧视并没有受到该法的保护。《性别歧视法》规定不得实行性别歧视,但在判例中,性别概念不断扩大。1999年修改后的《性别歧视法》增加了对因变性而受到歧视的保护。2003年制定的《雇佣平等(性取向)条例》,将反性别歧视的范围扩大到对性取向的歧视。根据英国的法律,禁止对异性恋者、同性恋者和双性恋者实施歧视。

因此,除了未婚者没有受到性别歧视法的保护,女性、男性、已婚者、同居协议者、变性人、异性恋者、同性恋

作者简介:谢增毅(1977-),男,汉族,福建人,中国社会科学院法学研究所副研究员。

者和双性恋者以及孕妇遭受歧视的,均受到性别歧视法的保护。

## 2 种族歧视

《种族关系法》禁止基于肤色、种族、民族、种族或者民族出身实行歧视。尽管该法没有明确禁止对宗教信仰者的歧视,通过解释法律,信仰宗教的人可纳入“种族群体”中,从而受到该法的保护。2000年,欧盟发布了有关“实施种族和民族出身平等待遇原则”的《2000/43指令》,明确了种族歧视的概念和保护范围。为了明确禁止对宗教信仰者的歧视,英国于2003年制定了《雇佣平等(宗教或信仰)条例》,因此,对宗教和信仰的歧视成为立法所明确禁止的行为,法院似可不必再借助“种族群体”的概念对遭受宗教或信仰歧视的人提供保护。

### (二) 性别歧视和种族歧视的主要类型

#### 1. 直接歧视

直接歧视指雇员由于性别或者种族的原因受到不利的待遇。《性别歧视法》和《种族歧视法》规定了直接歧视的定义。直接歧视的判断标准是原告相比另一性别或者种族的人遭受了不利的待遇。例如,在种族歧视案件中,如果原告要证明直接歧视存在,必须证明原告遭受了相比另一种族的人不利的待遇,而这种不利待遇的原因在于原告的种族。至于歧视背后的动机,法院在所不问。

在著名的 James v. Eastleigh Borough Council (1990) 案件中,作为被告的市议会推出一项优惠活动,凡是享受养老金者均可以免费进入其游泳池,其他人则需要交 35 便士。James 夫妇都是 61 岁。但是 James 女士可以免费进入游泳池,因为女性从 60 岁起可以领取养老金;而 James 先生则不能免费进入,因为根据规定,男性只有 65 岁以后才可以领取养老金。在这个案件当中,作为被告的市议会并没有歧视的动机,但上议院认为认定直接歧视的标准是客观的,法院运用的是“要不是”的标准。法院的推理是:“要不是原告是男性,他是否会受到不利的待遇? 答案是否定的,因此,可以认定直接歧视的存在。该案确立了判断歧视是否存在的方法——“要不是”的方法。

#### 2 间接歧视

间接歧视指雇主施加了一项表面上是性别中立或者

种族中立的规定,但使某一性别的人或者某一肤色、种族群体、种族或者民族出身的人处于一种不利的状态,而且雇主的行为在客观上没有正当理由。概言之,间接歧视关注的是雇主表面上非歧视性的作法造成的“差别影响”问题。关于间接歧视,《性别歧视法》和《种族歧视法》都有规定。

但近年来,有关间接歧视的法律规定发生了重大变化。依据最新的法律规定,以性别歧视为例,间接歧视的成立必须符合以下条件:第一,雇主对不同性别的雇员平等地适用了某项“规定、标准或做法”;第二,该“规定、标准或做法”的实施,使女性雇员相比男性雇员处于特殊的不利状态;第三,该“规定、标准或做法”使原告本人处于不利的状态。第四,被告无法表明该“规定、标准或做法”是实现某一合法目的的适当方式。在间接歧视场合,男性和女性适用同样的标准,男性受到歧视也受到法律保护。性别歧视的标准和种族歧视法的规定一致。

### (三) 被告的抗辩

#### 1. 间接歧视案件中的抗辩

依照《性别歧视法》和《种族歧视法》,如果被告能够证明“规定、标准或做法”是有合理理由的,即该“规定、标准或做法”是实现某一合法目的的适当方式,则可以作为对抗原告主张间接歧视的抗辩。根据欧盟指令,只有被告证明其规定、标准或做法是实现某一合法目的的“适当和必须”的方式时,才可作为抗辩的事由。允许雇主抗辩是必要的,因为一项中立的作法,由于性别和种族的差异,尤其是性别的自然差异,在很多场合对不同性别或者种族的人会产生不同的影响,如果一律不允许抗辩,雇主很多正当的目的就无法实现。

在 Bilka - Kaufhaus v. Weber von Hartz (1987) 案中,欧洲法院在解释《罗马条约》第 141 条时指出,雇主在抗辩时必须出示客观上合理的事由。欧洲法院确立了判断被告辩解是否成立的三个条件:(1)符合雇主的真实需要;(2)对于实现雇主的目的是适当的;(3)对于实现雇主的目的是必需的。<sup>⑩</sup>但在具体案件中,法庭或者法院仍然具有相当的自由裁量权,尤其是对如何衡量歧视的后果以及雇主目标和手段的合理性很难有统一的标准。

#### 2 真实职业资格

《性别歧视法》和《种族歧视法》对属于雇主真实职业

RRA, Sec 3(1).

Council Directive No. 2000/43 Implementing the Principle of Equal Treatment between Persons irrespective of Racial or Ethnic Origin

SDA Sec 1(1)(a), 2A(1), 3(1)(a), RRA Sec 1(1)(a).

Sidhu v. Aerospace Composite Technology Ltd, 2000, IRLR 602.

James v. Eastleigh Borough Council, 1990, 2AC 751.

Robert Upex, Richard Benny and Stephen Hardy, Labor Law, Oxford University Press, 2006, p. 161.

SDA Sec 1(2)(b), RRA Sec 1(1A).

Directive 76/207/EEC, Art 2.

Bilka - Kaufhaus v. Weber von Hartz, 1987, ICR, 110, ECI.

<sup>⑩</sup> Robert Upex, Richard Benny and Stephen Hardy, Labor Law, Oxford University Press, 2006, p. 163.

资格的情形做出了规定,如果符合这些情形,雇主的行为不构成歧视。

属于下列情形的可构成真实职业资格:

(1)考虑生理因素,工作的性质要求由男性完成;或者戏剧表演或其他娱乐活动,为了真实性,需要由男性完成的。<sup>⑪</sup> (2)工作需要特定性别的雇员来完成的,如果(a)工作中可能涉及身体接触;或(b)在私人家庭工作,可能涉及身体接触或者知晓他人生活隐私;或(c)在有身体暴露或使用卫生设施的场合,例如厕所的清洁人员。<sup>⑫</sup> 该规定强调的是雇用特定性别的人是雇主所必要的。(3)工作要求雇员居住在雇主的场所,该场所没有独立的睡眠和卫生设施,也没有理由希望雇主提供独立的设施,<sup>⑬</sup> 因此需要特定性别的雇员的。(4)工作是在性别单一的机构例如监狱、医院完成的,考虑这些机构设立的主要属性,工作需要由相同性别的人来完成的。<sup>⑭</sup> (5)工作岗位主要是为个人提供服务,以提高他们的教育或者福利,而与服务对象同性别的人可以提供最好服务的。<sup>⑮</sup> 例如,雇主雇用女性雇员经营服务于未婚母亲的中心。(6)工作需要英国之外的其他国家完成,这些国家的法律或者习惯规定这些工作不适宜由女性完成的。<sup>⑯</sup> (7)工作必须由已婚者从事的。<sup>⑰</sup> (8)属于对女性就业法定限制的。

### 三、英国反就业歧视法的法律救济

#### (一)时效

原则上,受害人必须在雇主的歧视行为发生时起三个月内向雇主提起诉讼,否则雇佣法庭不会受理案件。性别歧视的案件和种族歧视的案件适用同样的诉讼时效——三个月。但雇佣法庭可以突破该时间限制,如果法庭认为这样做是公平时。

#### (二)举证责任

举证责任是反歧视法案件中的重要内容。原则上,举证责任由主张歧视发生的一方负责。这可能给原告造成很大负担,因为很多场合被告不会说出采取歧视行动的真实理由。因此,通过多年的努力,法院对举证责任的分担采取了如下立场:如果从雇主的行为可以推论出歧视的存在,那么应由被告举证推翻这种推论,证明自己采取的行动是出于其他原因。<sup>⑱</sup> 除了法院的判例,欧共体《举证责任指令(Burden of Proof Directive 97/80/EC)》的主要目的也是为了改变性别歧视案件中举证责任的分担义务。为了实施该指令,英国于2001年通过了《性别歧

视(间接歧视和举证责任)条例》。根据该条例,如果从原告提供的事实,雇佣法庭可以推断出被告实施了歧视行为,在缺乏“充分的解释”时,雇佣法庭会支持原告的主张,除非被告能够证明没有实施歧视行为或者行为不应被视为歧视行为。<sup>⑲</sup> 有关种族歧视的案件适用的证据规则和性别歧视案件的规则类似。法院和雇佣法庭的立场是一致的,只要原告能够提供表面的证据,被告就要承担反驳的举证责任。

#### (三)救济方式

依照《性别歧视法》和《种族歧视法》的规定,雇佣法庭在审理案件后可以做出以下裁决:(1)宣布原告和被告与反歧视法有关的权利的命令;(2)要求被告向原告赔偿;(3)向被告提出在合理的时间内采取合理的措施消除或者减少对原告造成的不良影响的建议。

### 四、英国经验与中国反就业歧视法的完善

#### (一)我国反就业歧视立法的现状和方法

我国目前并没有专门的反歧视立法或反就业歧视立法。有关就业歧视的规定主要分散在宪法和相关法律、法规和规章。《宪法》第33条规定,“中华人民共和国公民在法律面前一律平等”,第42条规定“中华人民共和国公民有劳动的权利和义务”。《劳动法》第3条规定“劳动者享有平等就业和选择职业的权利”;第12条规定“劳动者就业,不因民族、种族、性别、宗教信仰不同而受歧视”;第46条规定“工资分配应当遵循按劳分配原则,实行同工同酬”。这些条文都涉及了劳动者平等就业和禁止就业歧视的内容。此外,《残疾人保障法》、《妇女权益保障法》对残疾人就业、妇女就业以及禁止歧视等都作了规定。值得关注的是,2008年1月1日生效的《就业促进法》用专章规定了公平就业,《就业促进法》禁止民族、种族、性别、宗教信仰歧视(第3条),规定劳动者遭受歧视时,可以向人民法院提起诉讼(第62条),并且规定用人单位违反该法规定侵犯劳动者合法权益的,应当承担赔偿责任(第68条)。这些规定明确了遭受歧视的受害人可以获得的救济,有利于保护劳动者的公平就业权。

对比英国和其他国家反就业歧视立法,我国反就业歧视立法的主要不足表现在:第一,我国法律对就业歧视范围的规定过于狭窄,无法覆盖现实生活中存在的各种就业歧视现象。例如《劳动法》和《就业促进法》仅限制民

⑪ SDA, Sec 7 (2) (a).

⑫ SDA, Sec 7 (2) (b), (ba).

⑬ SDA, Sec 7 (2) (c).

⑭ SDA, Sec 7 (2) (d).

⑮ SDA, Sec 7 (2) (e).

⑯ SDA, Sec 7 (2) (f).

⑰ SDA, Sec 7 (2) (g).

⑱ Deborah Lockton, *Employment Law (Fourth Edition)*, Palgrave Macmillan, 2003, p. 120.

⑲ SDA Sec 63A.

族、种族、性别和宗教歧视四类歧视,没有包括年龄等基于其他事由的歧视。性别歧视是否包括对怀孕妇女的保护以及是否禁止基于变性、性取向的歧视也不明确。第二,反就业歧视立法的规定过于原则,缺乏操作性,受害人难以获得有效救济。我国仅仅列举了禁止歧视的事由,其它诸如各类歧视的概念、判断标准、抗辩事由、举证责任、诉讼时效、受害人的救济都没有明确规定。由于我国和英国的司法体制不同,法院对成文法解释的主动性和能力相当有限,在法律缺乏明确规定的背景下,受害人往往无法获得任何救济,甚至法院会拒绝受理此类案件。第三,行政机构在反就业歧视中的作用弱化。依据我国现行《劳动法》的规定,县级以上各级人民政府劳动行政部门依法对用人单位遵守劳动法律、法规的情况进行监督检查,对违反劳动法律、法规的行为有权制止,并责令改正(第85条)。但在劳动保障部门实施的监察事项中,并没有就业歧视的内容。《就业促进法》也没有明确将歧视行为作为监督检查的对象。相比英国设立专门的反歧视行政机构,我国行政机构反就业歧视的功能较弱。整体上,就业平等权的观念在中国非常薄弱,法律的规定也较简陋,亟待完善。

因此,在我国相继出台《劳动合同法》、《就业促进法》和《劳动争议调解仲裁法》的背景下,制定统一的《反就业歧视法》势在必行。制定独立而统一的《反就业歧视法》的意义在于:第一,有利于树立就业平等的观念,凸显就业平等法律的重要性。在我国,不仅雇主缺乏就业平等的观念,政府也亟需树立就业平等的观念。我国政府颁布的很多规定往往包含歧视的内容。例如,国家法定的企业职工退休年龄是:男年满60周岁,女工人年满50周岁,女干部年满55周岁。该规定的初衷看似合理,其实违背了男女平等的基本原则。因此,通过制定统一的《反就业歧视法》有利于政府、雇主和社会各界树立平等的观念。第二,从调整的对象来看,《反就业歧视法》不仅调整《劳动法》上的主体在就业中出现的就业歧视现象,而且要调整公务员录用过程中出现的就业歧视现象,其所调整的范围比《劳动法》宽,因此必须单独立法。<sup>②</sup>第三,尽管《就业促进法》包含了反就业歧视的内容,但严格说来,反就业歧视并不一定能促进就业,将反就业歧视的内容包含在《就业促进法》中并非十分合理。而且,就业促进的主要责任在于政府,而反就业歧视的主要义务主体则是雇主。由于《就业促进法》和《反就业歧视法》在主体和主旨上不同,因此,尽管我国在《就业促进法》中有了关于反就业歧视的原则规定,但制定一部单独的《反就业歧视法》乃是必要而可行的,对就业歧视的实体内容和救济程序等做进一步的深入规定,以使反就业歧视法律更具操作性。

## (二)我国反就业歧视法应解决的主要问题

借鉴英国和欧盟有关反就业歧视的立法和判例,笔者认为,我国应从以下几方面建立和完善我国的反就业歧视法律制度。

第一,规定禁止就业歧视的事由和保护范围。在平等权成为劳动法的核心理念的背景下,我国应该禁止基于性别、种族、残疾、宗教、信仰、年龄等实施的歧视。性别歧视应包括对怀孕、已婚者、变性、性取向的歧视。此外,还应当将我国现实生活中经常发生的歧视现象纳入法律的调整范围,禁止基于健康、长相、社会出身等实施的歧视。除了禁止歧视的事由,反就业歧视的环节应涵盖劳动者求职申请、工资报酬、休息休假、劳动安全卫生保护、就业服务、职业培训、社会保险和福利、解雇等各个环节。

第二,规定就业歧视的主要方式、判断标准和抗辩事由。我国反就业歧视法应当借鉴英国的立法规定直接歧视和间接歧视的概念和判断标准。同时规定“真实职业资格”允许雇主按照工作的性质,对劳动者进行差别对待,并严格限制“真实职业资格”。用人单位必须证明其职业资格限制与工作具有关联性,具有“真实性”,才可以免除责任。在间接歧视案件的抗辩事由中应采用“适当”和“必须”的原则,即雇主的条件或者要求必须是为了实现正当目的,且该条件或者要求是“适当”且“必须”的。

第三,规定举证责任与法律救济。合理的举证责任分配和充分的法律救济是反就业歧视法获得实施的保证。根据英国经验以及美国的做法,只要原告能够提供表面的证据证明歧视的存在,被告就要承担反驳的举证责任。关于被告的抗辩,为了免除歧视的责任,在直接歧视案件中,被告必须证明其歧视行为是一项“真实职业资格”;在间接歧视案件中,被告必须证明其做法是实现正当目的的“适当且必须”的行为。关于法律救济,根据英国的经验,应该向受害人提供损害赔偿包括精神损害赔偿的救济。如果损失难以计算,应根据案件的性质判决被告向原告支付相当于原告数月直至一至两年工资的损害赔偿。此外,也可以根据美国的经验,向受害人提供禁止令、复职、晋升等救济方式,使受害人获得损害赔偿之外的其他救济。

第四,加强反歧视法执行机构。考虑目前在我国设立独立的反歧视和平等促进机构的难度较大,目前我国可以考虑在劳动和社会保障机构内设立独立的部门,负责反就业歧视监察和平等权的促进。该部门的职责应借鉴英国刚刚成立的“平等和人权委员会”的职责,除了对歧视行为进行监察,帮助受害人提起诉讼外,还应树立处罚与预防、促进并重的原则,通过发布规章或指引,帮助雇主和雇员树立就业平等的观念。

<sup>②</sup> 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。