

# 就业性别歧视的法律判断标准研究

成晓鹏

【作者简介】成晓鹏，浙江大学光华法学院学生。

【指导教师】罗伟，美国华盛顿大学法学院。

【版权声明】本网页内容为学生优秀成果展示，仅供浏览，未经许可，请勿转载，如需引用，请注明原作者及出处。

## 一、引言

### （一）研究主题简述

工作权是《社会经济文化权利公约》的一项实体性权利，而“非歧视与平等就业原则”适用于工作权和工作中的权利的所有方面。反就业歧视<sup>1</sup>是人权保护的题中之义。由于就业中性别歧视现象一直存在，这个问题也持续被人们讨论。但是国内目前的讨论多停留于政策层面，建议立法机关完善立法，劳动者善于运用法律手段维护自身的权利，可是司法实践却一直不予接纳，司法实践层面的探讨也并不多见。

2012年中国“就业性别歧视”第一案又激起了人们对司法解决反性别歧视、平等就业的期望和讨论。处于即将走上工作岗位的我们，不难发现周围有这样那样或直接或间接的就业性别歧视现象。就算是身为法科学子的我们，在就业的现实洪流中都显得那么无助和无望。就业中的性别歧视如何由口号式的呼喊走入现实的司法实践层面，如何通过公正审判权保证公民的工作权极具现实意义和价值。这其中重要的一个问题就是就业性别歧视的法律判断标准究竟为何？此次文献检索旨在对此进行简单探讨。

### （二）关键词

遵照罗伟老师课上教授的旨在准确、快速寻找到合适检索语言的“5W”分析法，笔者将搜索的关键词简要列示如下。

1、“WHO”：主要包括求职者（recent graduates, job applicants, job seeker, job hunter, employee），招聘者（recruiter, employer, boss），招聘中介组织（intermediary agency, organization, job hunting firm）。

2、“WHAT”：主要的研究内容为就业过程中的基于性别（basis of sex）的歧视（sex discrimination）对女性就业权的损害，具体的法律判断标准（legal test）和识别方法（determination method）为何？目标是实现享有平等的就业机会（equal employment opportunities）。就业歧视包括了直接歧视（direct discrimination,

---

<sup>1</sup> 根据歧视的主观意愿是否是故意，歧视可以区分为直接歧视和间接歧视。直接歧视是指在相同条件下，故意根据人的某种特征（比如种族、肤色、性别、宗教信仰、年龄等）给予一个人或一个群体的机会和待遇明显低于另一个人或群体的机会和待遇。间接歧视是指表面上看似中立的规定、标准或做法实际上却对具有某种特征的人或群体在机会和待遇方面造成不成比例的不利影响。在美国，直接歧视被称之为差别对待歧视，间接歧视被称之为差别影响歧视。

disparate treatment, intentional discrimination) 与间接歧视 (indirect discrimination, disparate impact)。

3、“WHERE”：歧视可能体现在招聘广告 (job advertising on the internet / website / newspaper)、简历筛选 (resumes selection) 及招聘面试 (employment interview, job interview)、填补招聘空缺 (job vacancy) 等。

4、“WHEN”：主要意指研究问题所涉的时间过程，性别歧视主要体现在招聘过程 (recruiting process, hiring process) 中，就业歧视在初次就业 (first job) 中尤为明显。具体的如法律标准则体现在诉讼发生的“司法裁判 (judicial decisions)”过程中。

5、“WHY”：就业过程中的平等 (equality) 性别保护的理理由及思考是多重的，可能包括生理的 (physiological)、历史的 (historical)、文化的 (cultural) 等方面的原因。还涉及到人权 (human rights)、公民权 (civil rights)、工作权 (right to work) 等。

### (三) 阅读对象

每个人都会取得第一份工作，由于没有工作经验，这恰恰是就业最难的一次。平等就业权对于保障初次就业者的平等就业非常重要。而女性由于历史、文化、生理的等诸因素，在平等就业中会受到歧视，即便是男性在个别的工种中也会受到歧视。作为法律系的同学或者实务律师，将会对如何判断是否是就业歧视、如何为就业性别歧视中的受害者提供法律救济尤为关注。

## 二、中国法律资源(Chinese Legal Sources)

### (一) 原始资源或一次资源

#### 1、法律 (Statutes)

中国的原始法律资源多为原则性的规定，用词多为“不得”、“禁止”在就业招聘中性别歧视。但是缺乏具体的识别判断标准，也无明确的对违反不分性别平等就业的规定进行处罚的法律责任。

- 《宪法》(2004年修订)第48条 (【法宝引证码】CLI.1.51974)
- 《妇女权益保障法》第22、23条 (【法宝引证码】CLI.1.59781)
- 《劳动法》第13条 (【法宝引证码】CLI.1.9587)
- 《就业促进法》第26、27条 (【法宝引证码】CLI.1.96793)

**第二十六条** 用人单位招用人员、职业中介机构从事职业中介活动，应当向劳动者提供平等的就业机会和公平的就业条件，不得实施就业歧视。

**第二十七条** 国家保障妇女享有与男子平等的劳动权利。

用人单位招用人员，除国家规定的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。

用人单位录用女职工，不得在劳动合同中规定限制女职工结婚、生育的内容。

## 2、行政法规、部门规章、地方性法规（Regulations）

- 《就业服务与就业管理规定》（劳动和社会保障部令(第28号)（【法宝引证码】CLI4.99090）第4、16条

- 《国务院办公厅关于做好2013年全国普通高等学校毕业生就业工作的通知》（国办发〔2013〕35号）（【法宝引证码】CLI.2.201295）

六、大力促进就业公平。各地区、各有关部门要大力营造公平的就业环境。用人单位招用人员、职业中介机构从事职业中介活动，不得对求职者设置性别、民族等条件，招聘高校毕业生，不得以毕业院校、年龄、户籍等作为限制性要求。加大人力资源市场监管力度，严厉打击招聘过程中的欺诈行为，及时纠正性别歧视和其他各类就业歧视现象。

- 《山东省就业促进条例》第6条（【法宝引证码】CLI.10.358390）

第六条 劳动者依法享有平等就业、自主择业和获得就业帮助的权利。

劳动者就业，不因民族、种族、性别、宗教信仰和户籍等不同而受歧视。

- 《上海市促进就业若干规定》（上海市人民代表大会常务委员会公告第58号）第22条第2款（【法宝引证码】CLI.10.101898）

第二十二條 用人单位应当如实提供招聘信息，不得以性别、年龄等为由拒绝录用应聘者。

## 3、法律解释：立法解释、司法解释、行政解释（Legal Interpretations: legislative, judicial, and administrative interpretations）

本部分经查并无直接的立法解释、司法解释以及行政解释。

## 4、案例（Cases）

在司法实践中，以就业性别歧视为由提起诉讼，在立案环节就时常受阻，司法机关不予立案。因为存在着立案后，审理缺乏具体判断标准及赔偿标准的规定，所以法院多利用程序法上的规定，不予立案。下面所涉两个案例均非严格意义上的案例。

- 2012年7月11日，山西籍北京某大专院校女应届毕业生曹菊以“平等就业权被侵害”为由，将招聘单位——北京市海淀区巨人培训学校起诉至北京市海淀区人民法院。

该案是自2008年1月1日《就业促进法》生效后第一起性别就业歧视案。时至今日，海淀仍未予立案。

- 中山大学女大学生郑楚然将“22省百余名女大学生的联名信”，寄往北京市人民代表大会内务司法委员会和海淀区人民代表大会内务司法委员会。记者了解到，郑楚然希望以此让人大了解当前严峻就业性别歧视环境，并监督海淀区法院立下“性别歧视第一案”。

可见，就业性别歧视案仍未被司法机关所正视。

- 2012年11月6日，温语轩（化名）通过向广州市越秀区人力资源和社会保障

局行政投诉，在劳动监察大队的调解下，广州宝勒商贸有限公司与温语轩达成最终协议。

本案实为行政机关对投诉进行受理，通过调解实现矛盾化解。

## 5、相关的政府主管部门（Government Agencies in charge）

中华人民共和国人力资源和社会保障部：<http://www.mohrss.gov.cn/>

中华人民共和国人力资源和社会保障部劳动监察局：

<http://www.mohrss.gov.cn/ldjcj/>

但是以上网站也并未能找到具体关于就业过程中性别歧视判断标准的材料。

## （二）二次资源 Secondary Sources

### 1、图书：学术与实务（Books： scholarly and practicing materials）

● 周安平：《性别与法律：性别平等的法律进路》，北京：法律出版社，2007年；

本书从性别歧视的法律起源入手，具有较深的理论价值，但实践价值欠佳。本书探讨了性别平等的公理性，密尔从自由与公正的角度为性别平等进行了论证，说的直接点就是源于平等原则的公理，是为平等原则所涵盖的下属概念。女权主义者就平等与差异展开讨论，温和派强调以男性世界为标准的参照系，通过无保留地消除性别差异，使女性同化于男性的社会准则与价值体系而实现男女平等；激进派则主张给予女性特质以特殊的价值，通过强化差异、弘扬女性文化来实现妇女解放。由此形成同一平等理论与差异平等理论。其焦点在于是否应当给予妇女以特殊保护。“不利地位”标准并不要求识别出女性与男性的“相同之处”或者“不同之处”，或许对妇女的保护更有效，较“同一平等”和“差异平等”的法律方法更具有积极的现实意义。本书也对法律对性别的公共领域与私人领域对立划分从而实现“去性别化”的路径提出了质疑。

● 蔡定剑 刘小楠：《反就业歧视法专家建议稿及海外经验》，北京：社会科学文献出版社，2010年版，第52-62页；

本书第二部分第四篇《美国反歧视法》中介绍了反歧视的主要立法，与性别歧视相关的有《1964年民权法》第七章、《1972年平等机会法》、《1991年民权法》等。美国反歧视法的框架和内容包括：禁止歧视的类别、领域和概念，雇主与雇员的范围，不视为歧视的例外情况，专门的平等机构和雇主义务、救济措施和举证责任五个部分。

美国立法中没有直接歧视和间接歧视的概念，只是在立法中例举出是为违法的行为。美国在司法审判中发展出三种类型：对个体故意的区别对待、对群体的故意歧视、区别影响。（第59-63页）

芬兰于1986年制定了第一部有关平等方面的法律《男女平等法》( The Act On Equality between Women and Men 609/1986 )。这部法律的立法目的是预防直接和间接的性别歧视，促进男女平等，提高女性的地位，尤其是女性在工作中的地位。韩国于1988年通过了《男女雇佣平等法》，该法确定了歧视的概念和范围，范围包括招聘、录用、工资、津贴、岗位培训、岗位调动、岗位晋升、退休和解聘等环节。到目前先后进行了8次修改，由主要禁止直接歧视到加入禁止间接歧视条款，现名《男女雇用平等和支持家庭与工作平衡法》。台湾于2002年施行《性别工作平等法》，第二章第七条规定了雇主对于求职者或雇主的招聘、甄选、录用、工作分配、业务考核或植物晋升等，不得因性别或者性倾向而有所差别。香港地区也制定了《性别歧视条例》、《家庭岗位歧视条例》。

● 阎天：《反就业歧视法国际前沿读本》，北京：北京大学出版社，2009年；  
本书分为三编：上编关于就业歧视的法律界定通过Griggs案阐述了差别结果歧视的诞育、死亡和重生，通过麦道案重述了差别对待歧视理论的重要性。此部分对于就业性别歧视的具体判断标准具有一定参考价值。中编通过平等雇佣机会委员会、雇佣歧视纠纷的非诉处置方式介绍了就业歧视的法律救济。下编则对如何实现平等提出了更加深远的思考与反思。

● 王春光：《平等就业：部分国家和地区反就业歧视的立法与实践》，北京：知识产权出版社，2011年；

本书前两部分介绍了欧盟、亚洲国家和地区反就业歧视的立法与实践，第三部分介绍了国外反就业歧视专门执行机构，第四部分介绍了相关国际公约、指令等法律。

● 凯瑟琳·巴纳德著：《欧盟劳动法》，付欣译，中国法制出版社2005年版，第225页。

在欧洲，欧盟《罗马条约》和相关指令在欧盟各国法院的司法实践中也会有不同理解而产生有差别的裁判，但《罗马条约》和第76/207号指令都要求同酬或者不存在直接或间接的性别歧视的同等待遇，歧视的动机或意图不是直接歧视的必要条件，只要该措施的结果具有歧视性就足够了。当性别中立准则或惯例的适用在事实上使更多的女性比男性处于不利地位时就会产生间接歧视，除非这种差异可以被证明是与任何性别歧视无关的客观因素的需要。

● 国际人权法教程项目组：《国际人权法教程》（第一卷），北京：中国政法大学出版社，2002年版；

与工作有关的一系列权利可以分成与就业有关的权利、由就业派生的权利、平

等待遇和非歧视权利和辅助性权利。第三类规则从非歧视和平等待遇的角度提出与工作有关的权利。这种方法已在所有有关社会权利的重要条约以及处理不歧视问题的单项条约中找到了根据。这种方法对于社会权利未来发展的意义同样不容忽视，因为非歧视和平等待遇原则已经编辑整部社会权利的法典当中。

## 2、硕士或博士学位论文（Dissertations）

● 郭延军：《发展中的美国女性就业权平等保护》，华东政法大学博士学位论文，2010年3月；

本文先后系统介绍了20世纪60年代美国女性就业权保护的状况，美国就业平等保护的法源，美国消除雇佣中直接、间接性别歧视的法律方法，美国解决就业女性特殊问题以及提高女性群体就业水平的法律方法。

● 鄧晓莹：《欧盟反就业性别歧视法律制度研究》，山东大学硕士论文，2009年。

第四章欧盟反就业性别歧视法律制度的实施和救济包括包括欧盟法律的直接效力、举证责任的分配、司法救济制度以及欧盟反就业性别歧视的组织和机构四个部分。欧盟极具可操作性的实施和救济制度正是我国反就业性别歧视法律制度所缺乏的，对我国具有直接的现实意义。

## 3、法学评论文章（Law review articles）

● 饶志静：《英国反就业性别歧视法律制度研究》，《环球法律评论》，2008年第4期；

英国普通法并不禁止歧视行为，但随着英国加入各种国际组织及国内平权运动的高涨，在20世纪70年代后，英国对于禁止就业性别歧视制定了大量的法律，对于同工同酬、性骚扰、母性保护等进行了详尽和周密的规定。此外，这些法律还规定了直接歧视、间接歧视、骚扰和受害等四种歧视形态，禁止在雇佣关系中各个阶段的任何歧视。为了有效地防止就业歧视，英国依据《平等法》成立了人权与平等机会委员会，在应对就业歧视问题上扮演了重要角色。

● 郭延军：《就业性别歧视的法律判断标准——基于美国法律实践的考察》，《环球法律评论》，2011年第6期；

为控制就业性别歧视，我国亟待建立就业性别歧视的法律判断标准和识别方法，美国的相关经验值得参考和借鉴。根据美国联邦立法及其司法判例，就业性别歧视的具体判断标准和识别方法是：一种工作类型明显地使一种性别受到限制的

职业分类是直接性别歧视; 不符合真实职业资格成立要件的差别对待是直接性别歧视; 对于以合法的非歧视理由为借口以及与雇佣结果有因果关系的性别歧视言论都是直接证据, 如果雇主提出的合法的不歧视理由不可信则是间接证据; 包含性别歧视的混合动机下的雇佣行为是直接性别歧视; 判断间接性别歧视中所做的业务必要性审查主要考察的是成功完成有关工作所必需的最低工作资格。

● 郭延军: 《美国就业领域间接性别歧视的法律控制》, 《法律与政治》, 2013年第4期;

控制间接歧视是反就业歧视法的应有内容, 不能忽略。美国差别影响歧视分析框架是判断间接歧视的基本方法。根据这个方法, 差别影响歧视的构成要件有两个: 一是雇佣实践对被保护群体产生了不同比例的不利影响, 二是雇佣标准缺乏业务必要性。雇主的主观故意不是差别影响歧视的构成要件。在美国, 对女性产生不利影响的雇佣实践主要是身高体重要求和体能测试。美国联邦法院根据业务必要性标准对这些雇佣实践进行了严格的审查, 绝大多数对女性产生差别影响的雇佣实践被裁判为间接歧视。我国在建设反就业性别歧视法律制度时应该重视间接性别歧视的法律控制, 以堵住任何可能造成就业性别歧视的缺口。

4、NGO (non government organization, including research institutions) (相关的非政府组织包括研究机构)

人大与议会研究网-反歧视交流平台: <http://www.e-cpcs.org/newslist.asp?id=159>

### 三、Foreign Legal Sources (外国法律资源)

#### (一) Primary Sources (原始资源)

##### 1、法律、行政法规 (Statutes; Regulations)

##### **42 U.S.C. § 2000e-3(b) (Westlaw, 2013)**

(b) Printing or publication of notices or advertisements indicating prohibited preference, limitation, specification, or discrimination; occupational qualification exception

It shall be an unlawful employment practice for an employer, labor organization, employment agency, or joint labor-management committee controlling apprenticeship or other training or retraining, including on-the-job training programs, to print or publish or cause to be printed or published any notice or advertisement relating to employment by such an employer or membership in or any classification or referral for employment by such a labor organization, or relating to any classification or referral for employment by such an employment agency, or relating to admission to, or employment in, any program

established to provide apprenticeship or other training by such a joint labor-management committee, indicating any preference, limitation, specification, or discrimination, based on race, color, religion, sex, or national origin, except that such a notice or advertisement may indicate a preference, limitation, specification, or discrimination based on religion, sex, or national origin when religion, sex, or national origin is a bona fide occupational qualification for employment.

42 USC §2000e-3 规定，雇主、劳动组织和职介机构印制、发布或指使他人印制、发布广告或公告对雇员、劳动组织的成员或任何求职者根据个人的种族、肤色、宗教信仰、性别或者来源国等因素进行分类，或在广告、公告中表示出基于种族、肤色、宗教信仰、性别或来源国的偏好、限制、具体规定或差别对待的，这样的行为属于非法雇佣实践。

#### **42 U.S.C. § 2000e -2(e), (m) (Westlaw, 2013)**

(e) Businesses or enterprises with personnel qualified on basis of religion, sex, or national origin; educational institutions with personnel of particular religion.

Notwithstanding any other provision of this subchapter, (1) it shall not be an unlawful employment practice for an employer to hire and employ employees, for an employment agency to classify, or refer for employment any individual, for a labor organization to classify its membership or to classify or refer for employment any individual, or for an employer, labor organization, or joint labor-management committee controlling apprenticeship or other training or retraining programs to admit or employ any individual in any such program, on the basis of his religion, sex, or national origin in those certain instances where religion, sex, or national origin is a bona fide occupational qualification reasonably necessary to the normal operation of that particular business or enterprise;

雇主雇佣雇员，职介机构归类和介绍雇佣，劳工组织归类其成员资格或归类、介绍雇佣，雇主、劳工组织以及掌控学徒身份或其他培训、再培训项目的联合劳动管理委员会对这些项目设定准入制度。如果宗教信仰、性别或者来源国是一种真实的职业资格要求，这一要求是相关业务或活动的正常运行所必需的，这样的雇佣实践就不是非法的雇佣实践。性别成为真实职业资格的必要条件是性别为相关业务或活动的正常运行所必需，如果性别不能满足这个条件，雇主的差别对待就是性别歧视。

(m) Impermissible consideration of race, color, religion, sex, or national origin in employment practices

Except as otherwise provided in this subchapter, an unlawful employment practice is established when the complaining party demonstrates that race, color, religion, sex, or national origin was a motivating factor for any employment practice, even though other factors also motivated the practice.

但是，除本分章下的其他情形外，当原告论证了在就业实践中种族、肤色、信仰、性别或者国籍等因素被考量，即使有其他因素被加入考量，也会被认为是非法的雇佣实践。

#### **29 C. F.R. § 1604.2(a) (Westlaw, 2013)**

(a) The commission believes that the bona fide occupational qualification exception as to sex should be interpreted narrowly. Label--“Men's jobs” and “Women's jobs”--tend to deny employment opportunities unnecessarily to one sex or the other.

(1) The Commission will find that the following situations do not warrant the application of the bona fide occupational qualification exception:

(i) The refusal to hire a woman because of her sex based on assumptions of the comparative employment characteristics of women in general. For example, the assumption that the turnover rate among women is higher than among men.

(ii) The refusal to hire an individual based on stereotyped characterizations of the sexes. Such stereotypes include, for example, that men are less capable of assembling intricate equipment: that women are less capable of aggressive salesmanship. The principle of nondiscrimination requires that individuals be considered on the basis of individual capacities and not on the basis of any characteristics generally attributed to the group.

(iii) The refusal to hire an individual because of the preferences of coworkers, the employer, clients or customers except as covered specifically in paragraph (a)(2) of this section.

(2) Where it is necessary for the purpose of authenticity or genuineness, the Commission will consider sex to be a bona fide occupational qualification, e.g., an actor or actress.

平等就业机会委员会在其《性别歧视指导意见》中明确指出：委员会认为应该严格解释以性别为基础的真实职业资格例外。同时，平等就业机会委员会还明确列出了不正当地适用真实职业资格例外的几种情况：（1）基于对女性职业特点的一般假定拒绝雇佣女性。比如，认为女性的流动性比男性大。（2）基于性别的刻板成见拒绝雇佣某人。这样的刻板成见包括，比如，男性装配复杂仪器的能力弱一些，女性的推销能力差一些。不歧视原则要求根据个人的能力而不是根据某个群体的一般特点来考虑是否雇佣。（3）因为共同工作者、雇主、客户或消费者的喜好拒绝雇佣某人。

平等就业机会委员在《性别歧视指导意见》中对此作了明确规定：为了必要的真实性的目的，委员会认为性别可以作为真实职业资格例外的依据，比如，男演员或女演员。

### **29 C.F.R. § 1604.5 (Westlaw, 2013)**

It is a violation of title VII for a help-wanted advertisement to indicate a preference, limitation, specification, or discrimination based on sex unless sex is a bona fide occupational qualification for the particular job involved. The placement of an advertisement in columns classified by publishers on the basis of sex, such as columns headed “Male” or “Female, ” will be considered an expression of a preference, limitation, specification, or discrimination based on sex.

招聘广告显示出基于性别的偏好、限制、特定要求或差别对待是第七章所禁止的，除非性别是真实职业资格例外的依据。根据性别将招聘广告放在出版商所划分的不同栏目，比如标题有“男性”或“女性”字样的栏目，这被认为是表示了基于性别的偏好、限制、特定要求或差别对待。

### **29 C.F.R. § 1604.7 (Westlaw, 2013)**

A pre-employment inquiry may ask “Male···, Female···”; or “Mr. Mrs. Miss,” provided that the inquiry is made in good faith for a nondiscriminatory purpose. Any pre-employment inquiry in connection with prospective employment which expresses directly or indirectly any limitation, specification, or discrimination as to sex shall be unlawful unless based upon a bona fide occupational qualification.

为了防止婚姻状况和家庭义务对女性就业机会可能造成的不利影响，平等就业机会委员会指出，任何雇佣前的调查与预期的雇佣行为相关联，且直接或间接地表达了对于性别的限制、特定要求或差别对待，都是非法的，除非是真实职业资格的需要。

### **29 C.F.R. § 1607. 4D (Westlaw, 2013)**

D. Adverse impact and the “four-fifths rule.” A selection rate for any race, sex, or ethnic group which is less than four-fifths (4/5) (or eighty percent) of the rate for the group with the highest rate will generally be regarded by the Federal enforcement agencies as evidence of adverse impact, while a greater than four-fifths rate will generally not be regarded by Federal enforcement agencies as evidence of adverse impact. Smaller differences in selection rate may nevertheless constitute adverse impact, where they are significant in both statistical and practical terms or where a user's actions have discouraged applicants disproportionately on grounds of race, sex, or ethnic group. Greater differences in selection rate may not constitute adverse impact where the differences are based on small numbers and are not statistically significant, or where special recruiting or other programs cause the pool of minority or female candidates to be atypical of the normal pool of applicants from that group. Where the user's evidence concerning the impact of a selection procedure indicates adverse impact but is based upon numbers which are too small to be reliable, evidence concerning the impact of the procedure over a longer period of time and/or evidence concerning the impact which the selection procedure had when used in the same manner in similar circumstances elsewhere may be considered in determining adverse impact. Where the user has not maintained data on adverse impact as required by the documentation section of applicable guidelines, the Federal enforcement agencies may draw an inference of adverse impact of the selection process from the failure of the user to maintain such data, if the user has an underutilization of a group in the job category, as compared to the group's representation in the relevant labor market or, in the case of jobs filled from within, the applicable work force.

1978年，劳动部、司法部、平等就业机会委员会、行政事务委员会联合发布的《统一雇员选择程序指导意见》提出了判断差别影响的4/5或80%的标准，即：被选择的特定种族、性别或民族的雇员的比例与被选择的对应的种族、性别或民族的雇员的比例之间的最高比率低于4/5（或80%），一般会被联邦执行机构认为是不利影响的证据，高于这个比例则不被认为是不利影响的证据。不过，被保护群体和对应的非保护群体通过雇主设定的标准的比例之间的差距大小受各种因素的影响，并不一定能够真实地反映雇佣政策对不同群体的影响，因此，该指导意见同时也指出：“选择比例差额较小的情况下，也可能构成差别影响，这样的情况是：

如果这些不同在统计上和实际结果中均较为显著，或者用户的行为对不同群体（如种族、性别、民族等）的申请者构成显失比例的影响。”

#### **41 C.F.R. §60 -20.2(b) (Westlaw, 2013)**

(b) Advertisement in newspapers and other media for employment must not express a sex preference unless sex is a bona fide occupational qualification for the job. The placement of an advertisement in columns headed “Male” or “Female” will be considered an expression of a preference, limitation, specification, or discrimination based on sex.

联邦合同遵守计划办公室规定：报纸和其他媒体中的招聘不能表现性别偏好，除非性别对工作是真实的职业资格。广告栏目以“男性”和“女性”作标题将被认为表示了基于性别的偏好、限制、特别要求或差别对待。

## 2、判例（Cases）

### 一、根据性别进行职业分类的判断标准和识别方法

#### ● *Northwest Airlines, Inc. v. Laffey*, 98 S.Ct. 1281 (U.S., 1978)

西北航空公司给不同性别的航空服务人员不同的工资待遇，主张工资反映了不同性别服务人员在不同类型工作中的表现。女性服务人员被称为“女乘务员”，男性被称为“事务长”，几名女雇员提起了集体诉讼，挑战这一做法的合法性。他们认为“实质上相似的”工作支付不同的工资违反了1963年的同酬法案以及1964年民权法案第七章。

同酬法案禁止根据性别在待遇方面实行歧视，如果两性员工都从事同类型的工作。民权法案禁止私营企业参与跨州贸易从而阻止以种族、国籍、性别、宗教信仰等的歧视。美国联邦上诉法院支持了美国Columbia地区法院的判决，认为不同性别的乘务人员从事“实质上类似的”的工作，因此西北航空公司的做法违反了以上两项法律。

■ 通过对各个工种职能的仔细比对以及对各工种人员性别的比较进行判断。

#### ● *Armstrong v. Index Journal Co.*, 647 F.2d 441 (4<sup>th</sup> Cir. 1981)

提起控诉的女性广告推销员由于由南加州地区法院否定其针对Index Journal Co.报业公司就业歧视的控诉的裁决而提起上诉。上诉法院首席法官Butzner认为：报业公司将她归于“特别推销员”与“常规推销员”区别分类，而将“常规推销员”的分类专属于男性，以此建立起区别对待的初步印象，并且报业集团没有就将推销员按照性别区分开来提出一个清晰的合法的非歧视的解释，因此这种歧视女性推销员违反了民权法案。

■ 根据雇主的招聘方式来判断雇主是否根据性别给工作分类。如果雇主将男性雇员和女性雇员分开招聘，这也是根据性别对工作分类的非法雇佣实践。

### 二、以真实职业资格（the bona fide occupational qualification）为借口的直接性别歧视的判断标准

#### ● *Bowe v. Colgate-Palmolive Co.*, 416 F.2d 711 (7<sup>th</sup> Cir. 1969)

雇主根据男性和女性将工作划分为两类，男性可从事的工作范围广泛，而女性

被禁止从事举重超过35磅的工作，结果女性被排除在一些女性想要做的工作之外。地方法院在审理这个案件时，将此作为真实职业资格看待，支持了雇主的做法。

联邦第七巡回法院否定了地方法院的裁决，认为雇佣行为最好考虑个人的资格和情况，比如体能、个体的生理构成、举重方式等。巡回法院同时指出，举重要求本身可以给予支持，但仅仅只能作为对于所有雇员的一般性的指导，包括男性和女性。这个一般性指导必须通报所有的想要获得这个工作的求职者，使每一个人都能获得一个合理的机会显示他或她能举起超过35磅重量的能力。

■ 雇主不能简单地以女性体能不足为由将性别设定为真实职业资格。

● *Rosenfeld v. Southern Pacific Company*, 444 F. 2d 1219 (9<sup>th</sup> Cir. 1971)

利厄·罗森菲尔德向南太平洋公司申请电报代理的职位，在未经过任何能力测试和工作能力评估的情况下被拒绝，因为这份工作被划分在艰苦的工作类别之中，其雇员限于男性。公司认为，这个职位在旺季可能被要求一天工作超过10小时，一周工作超过80小时，此外，这个工作还要求雇员举起各种重量超过25磅、有时甚至超过50磅的物体，要求有足够的体力来攀爬货车车厢调整通风口、折叠工棚等。公司将这个工作机会限制在男性，是因为艰苦的劳动任务女性不适合干。

法院认为，根据对女性员工体能的一般假定，公司试图提出女性是比较虚弱的性别这个普遍接受的特征以符合真实职业资格例外的标准，公司的人事政策是以一般性的群体特征为基础的，正好是平等就业机会委员会所宣布的不能作为雇佣决定基础的那种类型。根据立法意图和委员会的解释，是性别特征，而不是在某种程度上与某个性别相关的特点（characterizations of physical capabilities and endurance of women），可以成为申请真实的职业资格例外的理由。

■ 雇主并不足以以工作艰苦为由将性别作为真实职业资格。

● *Diaz v. Pan American World Airways, Inc.*, 442 F.2d 385 (5<sup>th</sup> Cir. 1971)

Diaz向泛美航空公司申请乘务员的职位遭拒，原因是该公司的这个职位只招收女性。原被告对事实无争议，争论的焦点在顾客偏好能不能使性别成为真实的职业资格这个问题上。航空公司以其商业发展历史为证据，试图证明其乘务员的女性魅力，特别是所谓“爱之航线”的商业形象是其成功的关键，因此认为女性是航空公司特定商业活动的正常运作所必须的合理的真实职业资格。

联邦第五巡回法院在解读真实职业资格所要求的业务必要性时认为，业务必要性检验不是事业方便性检验，这就是说，基于性别的差别对待只有在在不雇佣某个特定的性别就可能使事业的本质被破坏的情况下才是合法有效的。法院认为，“爱”虽然重要，但并不是被告和其乘客关系中的全部，航空公司最主要的功能是安全有效地（safely and efficiently）运送旅客，而雇佣男乘务员并不会严重影响这个功能的实施。

■ 雇主并不足以以顾客偏好为由将性别作为真实职业资格。

● *Healey v. Southwood Psychiatric Hospital*, 78 F. 3d 128 (3<sup>rd</sup> Cir. 1996)

92年11月，被上诉人对其员工分配了众多的岗位。上诉人和其他几名女性雇员在此安排之列。上诉人和其他几名女性从白天/夜间岗调成了夜间岗。还有两名女性雇员被安排了不同于他们的婴孩特别护理的工作。被上诉人承认性别是他们在重新评价他们职员的需要时考虑的众多因素之一。被上诉人把性别作为安排雇员日程

的一个标准的分类是基于“为了充当适合男女病人的角色模型和治疗师，男性和女性员工都是必须的”的信念；基于“为了管理个人隐私和卫生问题，男性和女性员工都是必须的”的信念；以及基于“保护员工防止病人性骚扰指控，男性和女性员工都是必须的”的信念。最终第三巡回法院认定精神病院根据性别排班是为病人提供必要的治疗和隐私考虑所必需的，具有业务必要性，符合真实职业资格的要求。

■ 心理咨询和疾病治疗的需要可以以性别为真实职业资格。

● *Dothard v. Rawlinson*, 97 S.Ct. 2720 (U.S.,1977)

20世纪70年代，申请Alabama州预警是有身高和体重限制的。这些要求将针对第七章区别影响条款提起集体诉讼的Rawlinson排除出去。在Rawlinson提起诉讼之后，Alabama通过一个法规要求所有的狱警必须是同一性别。因为此时在Alabama有四个全部是男囚的最大安全性监狱和唯一一个全部女囚的监狱。地方法院支持了Rawlinson的诉求，认为这些要求对于女性平等就业制造了障碍。Alabama上诉至最高法院，主张性别、身高和体重要求是基于工作性质的真实的职业资格。

联邦最高法院出于安全的考虑，肯定了阿拉巴马州法采用的与囚犯直接接触最大安全性作为狱警的真实职业资格成立，判决性别可以成为真实职业资格将女性排除在该职业之外。联邦最高法院作出这样的判决的依据是：狱警工作的实质是维护监狱安全。在阿拉巴马州所办的这种由男人组成、需要最大安全防范措施、囚犯没有分类的监狱中，女性维护秩序的能力有可能直接因其女性特征而下降。

■ 女性易遭性攻击的弱点的考虑可以以性别为真实职业资格。

联邦最高法院指出，即使力量要作为真实的职业资格例外，也只能直接采用测试力量的方法。测试方法必须符合《民权法》第七章的标准公平实施，因为“任何测试必须用来为那份工作测试那个人，而不是测试任何抽象的人（measure the person for the job and not the person in the abstract）。”

■ 作为业务必要性标准之一的力量，不能根据身高体重来判断，力量测试只能针对具体的人。

### 三、以其他合法的非歧视理由为借口的直接性别歧视的证明

● *Price Waterhouse v. Hopkins*, 109 S.Ct. 1775 (U.S., 1989)

会计师事务所Price Waterhouse的合伙人在评估Hopkins时，有的合伙人用“男性化”来描述Hopkins，有的认为她对其性别反应过度，还有的合伙人建议她去礼仪学校修课，还有的合伙人指责她言语粗俗。而负有向Hopkins解释政策委员会对其合伙人身份申请做出“待定”决定的责任之人托马斯·拜尔在此项决定上给出了致命一击：为了提高她成为合伙人的可能性，拜尔建议Hopkins应该“走路要更像女人，说话要更像女人，穿着要更像女人，要化妆，要做头发，还要戴珠宝”。这都是基于对女性的刻板成见的言论。

当Hopkins第二年被拒绝晋升，她将事务所诉上法庭。地区法院和联邦巡回法院均支持了Hopkins的请求，但是在事实实现刻板印象影响雇佣决策后，在雇主需要提供的支持他们职位的证据证明力（优势证据，或称为明确的证据）上存在分歧。这个案件被美国联邦最高了法院提起复审。

本案是联邦最高法院在性别歧视的雇主责任问题上做出的一个重要判决。法院认为雇主必须通过优势证据证明即使没有性别歧视雇佣的结果也是同样的。会计师事务所没能证明在没有性别歧视的情况下仍然会做出延缓Hopkins晋升为合伙人的

决定，因此，雇佣决定被认为是包含了民权法第七章下的性别歧视。联邦法院确定了两条重要的规则：第一，它确立了性别刻板印象是可以作为性别歧视提起诉讼的；第二，不利雇佣行为即使存在合法理由，混合动机框架作为证明区别对待理论下的歧视的证据框架得以确立。（但是这个规则在随后修订的民权法中被修改）

■ 通过雇主基于对性别的刻板成见而表达的对不同性别的主观评价证明雇主主观上具有性别歧视的故意，但雇主歧视性言论必须与雇佣结果有直接的因果关系。

#### 四、混合动机下的雇佣行为的歧视性质的认定

##### ● Price Waterhouse v. Hopkins, 109 S.Ct. 1775 (U.S., 1989)

此案之前，最高法院所强调的规则是，在存在混合意图的情况下，只要雇主证明雇佣决定是根据合法理由独立做出的，就不是非法的歧视行为。本案促进了混合意图下的歧视性质的雇佣行为的非法性。

1991年《民权法》对混合意图下的差别对待是不是非法的歧视做出了不同的规定，该法第107(a)款在1964年《民权法》第七章第703条下增加(m)款，该条款规定：“除非法律另有规定，如果起诉方能够证明种族、肤色、宗教信仰、性别和原籍国是雇佣实践的动机，这就是一个非法雇佣行为，即便也有其他的动机引起该实践。第107条(b)款也做出了规定，在存在混合动机的情况下，雇主享有有限的积极抗辩的权利，这不能免除他应承担的法律责任，但是可以限制对原告的救济手段。因此，根据该条规定，混合意图可以成为雇主在被确认其雇佣行为非法性之后用于缩小其责任范围的抗辩依据。

■ 混合意图下的雇佣实践由合法行为转变为非法的歧视，这对于控制雇主的歧视动机，实现就业中的性别平等具有重要的现实意义。

#### 五、间接性别歧视的判断标准

##### ● Griggs v. Duke Power Co., 91 S.Ct. 849, (U.S., 1971)

由黑人雇员针对雇主提起就业实践违反了民权法。美国北加州中部地区法院驳回了该集体诉讼，原告提起了上诉。上诉法院部分支持、部分驳回、部分发回重审，认为缺少歧视目的的要求高中学历或者通过一个标准化的普通智力测试作为就业或转换工作的条件是被民权法允许的，否定了由此造成了一个明显比例的黑人不符合资格的主张。该案被提起复审。最高法院首席法官伯格认为民权法禁止雇主做与就业机会有关的如上测试，没有任何标准显示这些测试对于成功的工作表现有重要相关性，这两项条件运作的结果是较白人求职者取消了很高比例黑人的资格，讨论中的以前的工作由于青睐白人而长期被白人占据。

在该案中，伯格法官明确指出“用来判断歧视的试金石就是业务必要性”。所谓业务必要性，就是雇佣标准和完成工作之间的关联性，这是判断差别影响歧视的最根本的法律标准，这一标准后来在1991年《民权法》中得到确认。根据Griggs规则，差别影响歧视的举证责任由原告和被告分担，原告证明差别影响的存在，被告证明导致差别影响的录用标准的业务必要性。

■ 对于差别影响歧视，原告在证明被告有歧视行为时不需要证明被告有歧视的故意，除非被告得以证明差别影响的录用标准的业务必要性。

##### ● Zamlen v. City of Cleveland, 906 F.2d 209 (6<sup>th</sup> Cir. 1990)

为了先前的测试可能对女性应聘者的区别影响最小化，Cleveland市给消防员

设计了一份新的测验。测验内容包括智力、感知和有效灭火相关的身体能力。然而，参加测试的女性仍然由于在合格排名榜单上太靠后而不能被雇佣。Zamlen和其他的女性申请者提起了集体诉讼，主张测试应当无效，因为它没有测试增氧能力——女性具有优势的特质——而过度强调厌氧特质，像速度和体能等。Cleveland市认为他们的选拔程序是工作相关的也是被证实有效的。地方法院同意并且支持了Cleveland。于是Zamlen提起了上诉。

第六巡回法院在解读雇员选择程序和标准合法性的技术准则时将其概括为以下三点：（1）内容有效性。测试的项目应直接测量最低职位所必要的的能力，比如速记对于秘书工作就是最低的职业要求。此外，雇主要避免测试在今后的工作中可以通过学习获得的能力。（2）结构有效性。测试那些抽象的但是对某些工作具有必要性的能力。（3）标准相关性。雇佣筛选测试在第七章下是有效的，如果获得高分的那些人也极有可能在工作中表现更好。不仅在测试与工作之间必须有关系，而且这种关系对于选拔人员必须足够强，否则这个测试就是无效的。

## （二）二次资源（Secondary Sources）

### 1、图书：学术与实务（Books: scholarly and practicing materials）

◆ *Employment discrimination, adaptable to course utilizing Zimmer, Sullivan, Richards and Calloway's casebook on employment discrimination*. 《雇佣歧视法：案例与资料》（影印系列），北京：中信出版社。

本书提供了丰富的相关案例，如EEOC v. Sears roebuck & Co., 839 F.2d 302(7<sup>th</sup> Cir. 1988), International Union, UAW v. Johnson controls, Inc., 499 U.S. 187 (1991), Johnson v. Transportation Agencies of Santa Clara County, 480 U.S. 616 (1987), Griggs v. Duke Power Co., 401 U.S. 424 (1971), Dothard v. Rawlinson 433 U.S. 321 (1977), Lanning v. Southeastern Pennsylvania Transportation Authority, 181 F. 3d 478 (3<sup>rd</sup> Cir. 1999) 等。

◆ Mack A. Player, *federal law of employment discrimination in a nutshell, 6<sup>th</sup> ed.* St. Paul, MN: West, 2009.

序言部分介绍了就业歧视的定义及内容；第二部分介绍证明“雇佣”和升职及“解雇”与降职的违法性，其中歧视动机的行为证据、环境证据、混合动机立法、缺失动机的不公正差异影响的证明对本研究非常具有借鉴意义；第三部分为保护的类别及特别问题解读；第四部分实施主要讲述就业歧视的救济方法。

◆ Frank J. Landy, *employment discrimination litigation: behavioral, quantitative, and legal perspectives*, San Francisco, CA: Jossey-Bass, 2005.

本书从行为、数量以及法律视角研究就业歧视诉讼。实践资源包括原被告双方对于案件的视点，包括种族、性别、残疾和年龄等方面的问题。此外，本书还概述了原告起诉的过程、诉讼适用的法律法规以及各判例的效力。就业歧视诉讼阐述了众多问题，如动机、集体资格问题、应对挑战的决断分数系列、不利影响的共同统计分析等等。本书还描述了典型的就业歧视诉讼案件由始至终的过程。

除此之外，还找到以下英文图书：

◆ Friedman, Joel William, *the law of employment discrimination: cases and materials, 8<sup>th</sup> ed.* New York, N.Y.: Foundation Press, 2011.

本书已更新至第八版。第一部分介绍当代以前的就业歧视立法，包括宪法、联邦民权立法行政法案、联邦劳动法规及州立法。第二部分重点介绍1964年民权法案第七章，包括具体的实体内容、程序内容和救济方法等。第三部分补充介绍其他的反歧视立法，包括民权法案的重建、同酬法案、性别歧视、残疾人歧视等。第四部分介绍了平权法案。更为重要的是，本书还列出了长达20页的书中的案例，并且主要案例用斜体标示出来。

◆ George A. Rutherglen and John J. Donohue, *employment discrimination: law and theory*, 3<sup>rd</sup>, New York: Foundation Press, 2012.

本书与上一本书结构基本相同。本书以时间为序，更多从理论的角度介绍了反歧视立法的发展，从区别对待/故意歧视（intentional discrimination）到差别影响（disparate impact），从平权法案到同酬法案，当然不可缺少的还有程序法及其救济方法的介绍。

◆ Samuel Estreicher & Michael C. Harper, *cases and materials on employment discrimination and employment law*, 4<sup>th</sup> ed. St. Paul, MN: Thomson/West, 2012.

本书的定位为调节劳动关系的法律方面的案例与材料。本书第一部分阐释“劳动关系”的概念及定义；第二部分介绍身份方面的保护，包括区别对待、区别影响、平权法案、与性别歧视相关的特别问题、年龄歧视、残疾人歧视等。第三部分介绍社会价值方面的保护，包括防止信仰歧视、防止表达歧视、员工法定权利、公共利益等。第四部分介绍了防止雇主随意或侵入决策的保护。第五部分介绍了充斥在雇佣合同中的“最低限度”条款。第六部分介绍了程序法设计方面的内容。这本书称得上是一本不错的教科书。

## 2、Law review articles（法学评论文章）

在WORLD-JLR数据库中通过terms and connectors方式，以atleast20("sex discrimination") & atleast20(employment) & te("disparate treatment" "disparate impact") & ti("sex discrimination")进行搜索筛选，按照相关性及时间先后如下：

◆ Kimberly A. Yuracko, *soul of a woman: the sex stereotyping prohibition at work*, 161 U. Pa. L. Rev. 757, 2013

1989年，最高法院在普华永道诉Hopkins案中确立性别刻板印象是工作中禁止性别歧视的一种形式。然而具体的内涵外延学者们却并未阐明。作者评估并拒绝学者们的通常解释，即禁止既不需要自由的性别表达也不需要盲目的性别中立。禁令反映的不是一个连贯的反歧视原则，而是实际的负担转移框架。性别刻板印象禁令并不必然伴生期待的前景。事实上，禁令的言外之意是危险而讽刺的。结果是禁令以依存关系保持不变为代价保护一些个人。

◆ Cary Franklin, *inventing the "traditional concept" of sex discrimination*, 125 Harv. L. Rev. 1307, 2012

作者回顾了第七章性条款的立法历史，提出了其应用的不确定性。随后具体阐释了何谓“因为性”的歧视，从实践的角度提出了条款理解和控制上的神秘与困难。作者主张对性别歧视的传统概念应该随着时代的演进做可锻性的、展延性的解释。

◆ Kate Sablosky, *probative "weight": rethinking evidentiary standards in Title VII sex discrimination cases*, 30 N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change 325, 2006

本文从统计学证据标准的视角，以体重歧视为例重新审视第七章下的性别歧视案件。作者认为基于非法的刻板印象和偏见的就业歧视，受害者都应得到法律的保护。随着社会进步统计科学的发展，将统计模型应用于与对男性或者特别是女性有深刻消极影响的其他性别刻板印象的反抗中。例如，数据显示相较于高个子的男性而言，矮个子男性遭遇更多就业歧视。如果这种歧视类型是独特的，那么就可能将证据框架应用到第七章下的诉讼中。通过三维证据模型，法官可以给出可证明的“体重”，从而修正对身体特征、个人特质或者社会标准产生根深蒂固的刻板偏见歧视。

◆ Allison T. Steinle, *appearance and grooming standards as sex discrimination in the workplace*, 56 Cath. U. L. Rev. 261, 2006

虽然通过工作场所性别刻板印象规则的创设，第七章被认为是将妇女从束缚中挣脱出来，但是它也难得地到了一种两难的境地：她们的外貌。在我们的文化中曾经衣着光鲜，性感火辣地脚尖站立更多地使关于消费，而现在女性员工正越来越多地被具体要求工作时着制服或统一的礼服。然而，像叶斯帕森一世、二世强化除非是明确地外貌和仪表标准变得琐细的司法原则的判决稳定不变。这种思路与第七章的法理背道而驰。法院有能力有效公平地通过应用对外貌和仪表标准案件进行同样的考量，正如他们第七章要求的不变形态一样，将牙齿放回到第七章中。

◆ Kimberly A. Yuracko, *trait discrimination as sex discrimination: an argument against neutrality*, 83 Tex. L. Rev. 167, 2004

本文讨论的重点是作为性别歧视的性别特征歧视，对性别中立立场进行了批判性的讨论。

◆ Karon Monaghan, *Justification in direct sex discrimination law: taboo upheld*, I.L.J. 2003, 32(2), 115-122

John Bowers & Elena Moran（在(2002) 32 I.L.J. 307 中）倡导对于直接性别歧视需要有一个普遍的辩护理由。本文作者持有异议，文章重新评价在保护立场上对于直接歧视禁令的必要仅仅严格服从于与工作性质相关的有限辩护。

◆ Maria M. Dominguez, *sex discrimination & sexual harassment in agricultural labor*, 6 Am. U. J. Gender & Law 231, 1997

自1980s后，性别歧视和性骚扰成为就业领域中受到严厉审查的两个主题。如果生活在非正规或非标准住房中的农民中的大多数是妇女，那么妇女就构成比成为当下可以统计的被雇佣的农民中的更大比例。加州公平就业和住房法禁止就业歧视，并且规定每人必须“不论种族、宗教信仰、肤色、出生、血统、身体残疾、医疗条件、婚姻状况、性别或者年龄，都有追求、获取和拥有就业的机会……”。通过这种说法，加州中部地区地方法院判处包装厂 Saticoy Lemon Association 在四名妇女提起的共同诉讼中有罪。实际上，涉及农民妇女性别歧视或者性骚扰的案件在纽约并不存在。考虑到农业劳动中性别歧视和性骚扰的现实，必须采取步骤保障妇女在农业职位中得到平等地位。

◆ Robert E. McDade, *recent decision: civil rights--sex discrimination--fetal protection employment policy constitutes sex discrimination under Title VII when such policy excludes female employees solely on basis of child-bearing capacity*, 61 Miss. L.J. 459, 1991

威斯康辛州东部地区的美国地方法院的上访者以质疑被上诉人的就业政策将所有从潜在工作危险到胎儿健康育的龄妇女排除存在性别歧视为由提起集体诉讼。雇

主的胎儿保护政策完全基于生育能力将女雇员排除出去，这项政策的实施构成了由1978年《怀孕歧视法案》修改的1964年《民权法案》第七章下的性别歧视。在这样的显性歧视案件中，法院认为通过实际职业资格规则的存在，雇主只能证明依其申述表面差别对待的就业政策的合法性。经过第七章三个理论框架的评估之后，美国第四上诉巡回法院得出结论认为，差别性影响/业务必要辩护是“最适合”于第七章关于胎儿保护的政策分析，借口的和表面的歧视理论对这种分析都不恰当。在考虑法院可以应用差别影响理论的情况下，法院认为雇主可以根据保护未出生孩子的健康的必要性在原本为就业歧视的政策上建立起一种业务必要性辩护。在*Johnson control*案中美国最高法院的决定确保雇主公平实施安全健康就业政策实现健康和安就业政策并没有否认妇女在第七章下努力争取平等的就业机会。

### 3、NGO（相关的非政府组织包括研究机构）

ILO（International Labour Organization）：

http: //www.ilo.org/global/lang--en/index.htm

## 四、国际法律资源（International Legal Sources）

找到的国际法资源都是原则性的规定，并无具体的标准或细则。现将找到两部国际法方面的公约摘选如下：

● 国际劳动组织《消除就业和职业歧视公约》（1958年）（第111号公约）  
2006年1月12日，中国正式批准。

#### Article 1

1. For the purpose of this Convention the term *discrimination* includes--

(a) any distinction, exclusion or preference made on the basis of race, colour, sex, religion, political opinion, national extraction or social origin, which has the effect of nullifying or impairing equality of opportunity or treatment in employment or occupation;

(b) such other distinction, exclusion or preference which has the effect of nullifying or impairing equality of opportunity or treatment in employment or occupation as may be determined by the Member concerned after consultation with representative employers' and workers' organisations, where such exist, and with other appropriate bodies.

2. Any distinction, exclusion or preference in respect of a particular job based on the inherent requirements thereof shall not be deemed to be discrimination.

3. For the purpose of this Convention the terms employment and occupation include access to vocational training, access to employment and to particular occupations, and terms and conditions of employment.

#### Article 2

Each Member for which this Convention is in force undertakes to declare and pursue a national policy designed to promote, by methods appropriate to national conditions and practice, equality of opportunity and treatment in respect of employment and occupation, with a view to eliminating any discrimination in respect thereof.

#### Article 3

Each Member for which this Convention is in force undertakes, by methods appropriate to national conditions and practice--

(a) to seek the co-operation of employers' and workers' organisations and other

appropriate bodies in promoting the acceptance and observance of this policy;

(b) to enact such legislation and to promote such educational programmes as may be calculated to secure the acceptance and observance of the policy;

(c) to repeal any statutory provisions and modify any administrative instructions or practices which are inconsistent with the policy;

(d) to pursue the policy in respect of employment under the direct control of a national authority;

(e) to ensure observance of the policy in the activities of vocational guidance, vocational training and placement services under the direction of a national authority;

(f) to indicate in its annual reports on the application of the Convention the action taken in pursuance of the policy and the results secured by such action.

#### 第一条

一、就本公约而言，“歧视”一词包括：

(一) 基于种族、肤色、性别、宗教、政治见解、民族血统或社会出身等原因，具有取消或损害就业或职业机会均等或待遇平等作用的任何区别、排斥或优惠；

(二) 有关会员国经与有代表性的雇主组织和工人组织（如存在此种组织）以及其他适当机构协商后可能确定的、具有取消或损害就业或职业机会均等或待遇平等作用的其他此种区别、排斥或优惠。

二、对一项特定职业基于其内在需要的任何区别、排斥或优惠不应视为歧视。

三、就本公约而言，“就业”和“职业”二词所指包括获得职业培训、获得就业和特定职业，以及就业条款和条件。

#### 第二条

凡本公约生效的会员国，承诺宣布和遵循一项旨在以符合国家条件和惯例的方法促进就业和职业机会均等和待遇平等的国家政策，以消除这方面的任何歧视。

#### 第三条

凡本公约生效的会员国，承诺以符合国家条件和实践的方法：

(一) 寻求雇主组织和工人组织及其他适当机构在促进接受和遵守该项政策方面的合作；

(二) 制定可赖以使人接受和遵守该项政策的法规，推进可赖以使人接受和遵守该项政策的教育计划；

(三) 废除任何不符合该项政策的法令规定，修改任何不符合该项政策的行政指示或做法；

(四) 在一个国家当局的直接控制下在就业方面执行该项政策；

(五) 在一个国家当局的指导下在职业指导、职业培训和安置服务活动方面保证遵守该项政策；

(六) 在公约实施情况年度报告中说明为执行该项政策采取的行动以及这种行动所获得的结果。

● 联合国《消除对妇女一切形式歧视公约》（The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women）（第34届联大通过）

#### 第一条

为本公约的目的，“对妇女的歧视”一词指基于性别而作的任何区别、排斥或

限制，其影响或其目的均足以妨碍或否认妇女不论已婚未婚在男女平等的基础上认识、享有或行使在政治、经济、社会、文化、公民或任何其他方面的人权和基本自由。

## 第二条

缔约各国谴责对妇女一切形式的歧视，协议立即用一切适当办法，推行政策，消除对妇女的歧视。为此目的，承担：

(a) 男女平等的原则如尚未列入本国宪法或其他有关法律者，应将其列入，并以法律或其他适当方法，保证实现这项原则；

(b) 采取适当立法和其他措施，包括适当时采取制裁，禁止对妇女的一切歧视；

(c) 为妇女与男子平等的权利确立法律保护，通过各国的主管法庭及其他公共机构，保证切实保护妇女不受任何歧视；

(d) 不采取任何歧视妇女的行为或作法，并保证公共当局和公共机构的行动都不违背这项义务；

(e) 应采取一切适当措施，消除任何个人、组织或企业对妇女的歧视；

(f) 应采取一切适当措施，包括制定法律，以修改或废除构成对妇女歧视的现行法律、规章、习俗和惯例；

(g) 同意废止本国刑法内构成对妇女歧视的一切规定。

## 第三条

缔约各国应承担在所有领域，特别是在政治、社会、经济、文化领域，采取一切适当措施，包括制定法律，保证妇女得到充分发展和进步，其目的是为确保她们在与男子平等的基础上，行使和享有人权和基本自由。

## 五、结论 (Conclusion)

总体来看，国内的立法在就业性别歧视问题上只做原则性的规定，司法实践尚未开启就业性别歧视的救助，甚至无法立案，原因之一就在于国内的立法没有细化，没有具体的判断和识别的标准。但是值得欣喜的是，国内的学者已经意识到这一问题并开始了有针对性的研究，不乏一些关于海外反就业歧视经验的书目，也有一些论文发表。

反观外国的研究可以发现，国外的具体标准主要有两条轴线，区别对待和区别影响，即直接歧视和间接歧视，具体的判断和识别标准也非常具体，并且随着时代的发展而与时俱进。国外的学术研究也不再停留于简单层面上的梳理，而是就一具体问题，如性别刻板印象等进行深入的探讨研究，其步伐已远我们颇多。

当然，国际法上的资源，尤其是国际公约，在更多层面上只是我们的理论基础，并不可能有具体的判断标准。