

# 就业性别歧视判定标准研究

## Criteria of Gender/Sex Discrimination in Employment

【作者简介】兰婷婷：光华法学院 2013 级博士研究生

【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。

### 目录

<b>1.INTRODUCTION:文献检索的背景、目的、“5W”分析法.....</b>	<b>1</b>
1.1 文献检索的背景.....	1
1.2 文献检索的目的.....	1
1.3“5W”分析法.....	2
<b>2.文献检索中的中文文献检索.....</b>	<b>2</b>
2.1 中文一次资源.....	2
2.1.1 法律（皆为现行有限文件）.....	3
2.1.2 行政法规、部门规章、地方性法规.....	4
2.1.3 司法解释.....	5
2.1.4 案例.....	5
2.1.5 部门网站.....	6
2.2 中文二次文献.....	6
2.2.1 域外经验介绍.....	6
2.2.2 就业歧视标准研究.....	9
2.2.3 对平等权、就业权、女性权利等的研究.....	9
<b>2.外文检索文献.....</b>	<b>10</b>
2.1 美国一次资源检索.....	10
2.1.1 法律 (Statutes).....	10
2.1.2 行政法规.....	12
2.1.3 判例.....	15
2.2 美国二次资源检索.....	19
2.2.1 书籍.....	19
2.2.2 期刊评论.....	19
<b>3 总结.....</b>	<b>20</b>

## 1.Introduction:文献检索的背景、目的、“5W”分析法

### 1.1 文献检索的背景

从“中国宪法平等权第一案”到“中国乙肝歧视第一案”，从女职工因怀孕而被解雇到女性提早退休之争，就业歧视案件不断涌入人们的视线，引起了社会的广泛关注和热议。其中两起涉及性别歧视的案件尤为引人瞩目，分别是“就业促进法生效后大学生求职中性别就业歧视第一案”（又称为“中国就业歧视第一案”）和“浙江（杭州）就业歧视第一案”，前者以和解结案，受歧视的女大学生获得了数万元的“关爱女性平等就业基金”，后者受歧视者最终获得胜诉，但法院判决理由却颇为单薄。就业歧视案件尤其是就业性别歧视案件之所以如此引人关注，并不是就业歧视现象罕见，恰恰相反，就业歧视在整个社会就业领域可以说是无处不在。根据国家人力资源和社会保障部公布的近年来（主要选取了2010-2014年）全国部分城市公共就业服务机构市场供求状况分析数据，在单位招聘过程中，超过六成的用人单位具有明确的性别要求，其中男性性别需求的比重一直高于女性，最大可相差10个百分点。之所以形成如此反差，原因主要有两点：第一，我国相关法律规定模糊，不具有可操作性；第二，几乎没有涉及歧视判定的法律规定。这样一来，法院或者可以以诉讼理由不明确而不予立案（在登记制度设立之后，此类情况或会有所减少），或因无明确法律可依而采取和解结案。

反观域外相关立法及司法实践，尤其是美国、欧盟等国家，在此方面远远走在了中国前面。或许这些域外国家亦尚未具有系统的歧视判定标准，但在相关法律规定以及一些具体个案判决颇具借鉴意义。

### 1.2 文献检索的目的

故而，对该选题进行文献检索毫无疑问是一次有意义的尝试。本文献检索的目的就是希望通过对美国等域外国家相关经验以及法律规定进行比较，“他山之石，可以攻玉”，以此填补中国立法及司法在这一方面的空缺。基于检索的内容，报告的阅读者可涵盖学生、律师、法官、学者、求职者、企业以及对此问题感兴趣的人群。本文献检索的资料主要来源于：

- （1）纸质文本：浙大图书馆 OPAC 系统（[webpac.zju.edu.cn](http://webpac.zju.edu.cn)），书架图书
- （2）中文电子文献：北大法宝、cnki 中国知网、读秀数据库
- （3）外文电子文献：Westlaw International、Heinonline（LexisNexis 因无故

无法登陆，故而未进行检索)、bookfi (<http://en.bookfi.org>)、“Google 图书”(<http://books.google.com>)等。

### 1.3 “5W”分析法

**Who:** 主要涉及“歧视主体”与“被歧视主体”。“被歧视主体”主要是，求职者(job hunter[s]、job seeker[s]、employee[s]、applicant[s]、firm[s])；女性工作者(female worker[s]、women[woman])。“歧视主体”主要是，雇主或招聘者(boss[es]、employer[s]、company[companies]、recruiter[s]、interviewer[s])、招聘中介(agency recruiter[s]、recruitment agency[agencies]、job hunting firm[s])

**Where:** 招聘广告(advertisements、wants ads、employment ads)、简历筛选(resumes selection)、面试(interview、employment interview、job interview)。

**What:** 歧视、歧视的类型以及歧视的判定标准。性别歧视(sex discrimination、gender discrimination)、直接歧视(direct discrimination、disparate treatment、intentional discrimination)、间接歧视(indirect discrimination、disparate impact)、法律判断标准(legal judgment, legal criteria)、以性别为基础的歧视(sex-based discrimination or gender-based discrimination)、

**When:** 何时发生的歧视。本检索主要指入职时受到的歧视。(the process of looking for job、job-searching process、job search、the process of interview)

**Why:** 界定歧视的目的，即为何反歧视。女性受到歧视[women often subject to discrimination]，无法就业[unable to obtain employment]，并且就业歧视涉及人权(human rights)、民权(civil rights)、工作权(rights to work)等。

## 2.文献检索中的中文文献检索

### 2.1 中文一次资源

根据罗老师的分类，一次资源包括法律(Statutes)、法规与部门规章(Regulations)、法律解释(Legal Interpretations)、案例(Cases)、行政规定(Government Agencies in charge)。具体来说，中文一次资源包括法律、法规及司法解释；行政部门的相关规定；案例。

检索路径：主要检索“北大法宝”数据库

以“妇女”“性别”“平等”“工作”“就业”“劳动”等进行检索，在检索结果中根据手动筛选归纳整理如下：

### 2.1.1 法律（皆为现行有效文本）

- 《宪法》(2004年修订)第42、48条(【法宝引证码】CLI.1.51974)

第四十二条 中华人民共和国公民有劳动的权利和义务。

第四十八条 中华人民共和国妇女在政治的、经济的、文化的、社会的和家庭的生活等各方面享有同男子平等的权利。

国家保护妇女的权利和利益，实行男女同工同酬，培养和选拔妇女干部。

- 《妇女权益保障法》(2005年修订)第26、27条(【法宝引证码】CLI.1.59781)

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。

- 《劳动法》(1994年修订)第3、12、13条(【法宝引证码】CLI.1.9587)

第三条 【劳动者权利】劳动者享有平等就业和选择职业的权利、取得劳动报酬的权利、休息休假的权利、获得劳动安全卫生保护的权利、接受职业技能培训的权利、享受社会保险和福利的权利、提请劳动争议处理的权利以及法律规定的其他劳动权利。

劳动者应当完成劳动任务，提高职业技能，执行劳动安全卫生规程，遵守劳动纪律和职业道德。

第十二条 【就业平等】劳动者就业，不因民族、种族、性别、宗教信仰不同而受歧视。

第十三条 【就业男女平等】妇女享有与男子平等的就业权利。在录用职工时，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。

- 《就业促进法》(2007年修订)第3、26、27条(【法宝引证码】CLI.1.96793)

第三条 劳动者依法享有平等就业和自主择业的权利。

劳动者就业，不因民族、种族、性别、宗教信仰等不同而受歧视。

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。

## 2.1.2 行政法规、部门规章、地方性法规

### 2.1.2.1 行政法规

●《国务院关于进一步做好新形势下就业创业工作的意见》(国发〔2015〕23号) (【法宝引证码】CLI.2.247642)

四、加强就业创业服务和职业培训

(十九)加强人力资源市场建设。加快建立统一规范灵活的人力资源市场,消除城乡、行业、身份、性别、残疾等影响平等就业的制度障碍和就业歧视,形成有利于公平就业的制度环境。

●《国务院关于印发中国妇女发展纲要和中国儿童发展纲要的通知》(国发〔2011〕24号) (【法宝引证码】CLI.2.156073)

(三)妇女与经济。

主要目标:

1.保障妇女平等享有劳动权利,消除就业性别歧视。

.....

●《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。

### 2.1.2.2 部门规章

●《就业服务与就业管理规定(2015修订)》第4、16条(人力资源和社会保障部令 第24号) (【法宝引证码】CLI.4.248366)

第二章第四条 劳动者依法享有平等就业的权利。劳动者就业,不因民族、种族、性别、宗教信仰等不同而受歧视。

第十六条 用人单位在招用人员时,除国家规定的不适合妇女从事的工种或者岗位外,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。

●《商务部、外交部、国资委、全国工商联关于印发《境外中资企业(机构)员工管理指引》的通知》(现行有效)(商合发〔2011〕64号)第8条 (【法宝引证码】CLI.4.147927)

第八条 境外企业（机构）要关注平等就业，避免出现种族、部落、肤色、宗教、性别等方面歧视做法。

●《教育部、国家发展改革委、财政部等六部门关于印发《现代职业教育体系建设规划(2014—2020 年)》的通知》（教发[2014]6 号）（【[法宝引证码](#)】[CLI.4.228292](#)）

#### 六、保障实施

……

各地要创造各类人才平等就业环境，改革用人制度，取消用人和人才流动中的城乡、行业、身份、性别等限制。……

●《中国妇女发展纲要（2001-2010）》（现行有效）【[法宝引证码](#)】[CLI.2.35607](#)

该纲要把妇女作为发展的主体在妇女与经济、妇女参与决策和管理、妇女与教育、妇女与健康、妇女与法律、妇女与环境六大领域设立了 34 项主要目标和 100 项措施，以体现性别平等和社会公正。

### 2.1.2.3 地方法规（浙江为例）

●《浙江省人民政府关于印发浙江省妇女发展规划(2011—2015 年)和浙江省儿童发展规划(2011—2015 年)的通知》（浙政发[2011]54 号）（【[法宝引证码](#)】[CLI.12.550223](#)）

（三）妇女与经济发展。主要目标：1.消除就业性别歧视，促进妇女平等就业。2.从业人员中女性比例达到 40% 以上。3.改善妇女就业结构，提高妇女就业层次，拓宽妇女就业渠道。

### 2.1.3 司法解释

尚未找到司法解释。

### 2.1.4 案例

●案例一：中国反性别歧视第一案，最终和解

2012 年 6 月山西女大学生在北京某高校毕业后，通过智联招聘向北京巨人教育科技有限公司（以下简称“巨人教育”）应聘行政助理，后被通知因“只限男性”而不予录取。在律师的帮助下，根据《就业促进法》于 2012 年 7 月向海淀区法院起诉，一年后经过多方努力法院终于立案，并且于 2013 年 12 月 18 日开庭审理。最终此案以和解结案，被告支付被告 3 万元作为关爱女性平等就业专项基金。

本案尽管以和解收尾，但是确实是性别就业歧视诉讼零的突破，为以后此类案件提供了参考。

●案例二：浙江反性别歧视第一案&中国反性别歧视第二案，原告（歧视者）胜诉类

河南籍应届女大学毕业生黄蓉在应聘新东方烹饪学校文案职位时，多次因“限招男性”的规定被拒，她于2014年7月8日向杭州市西湖区人民法院提起诉讼。9月10日，法院公开审理了此案，被告经传唤无正当理由拒不到庭。案件由西湖区人民法院审判委员会讨论决定，现已审理终结。法院根据《中华人民共和国劳动法》《中华人民共和国就业促进法》等法律法规，认为劳动者享有平等就业的权利，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条件，故判定被告对原告实施了就业歧视，给原告造成了一定的精神损害。

本案可以说是中国就业性别歧视胜诉的第一案。但是法院判决理由颇为单薄，不具有强有力的说服力。

### 2.1.5 部门网站

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。

## 2.2 中文二次文献

检索方式：cnki 中国知网，浙江大学图书馆 OPAC 系统，读秀，用关键词“性别歧视”“反歧视”“就业歧视”等关键词进行搜索。

根据检索到的中文资料，我并未完全按照文献分类，而是根据文献涉及的内容进行分类。大致有可分为3大主题：1) 域外经验介绍；2) 就业歧视标准研究；3) 对平等权、就业权、女性权利等的研究。

### 2.2.1 域外经验介绍

◎著作类：

●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。

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视为违法的行为。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。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、业务考核或职务晋升等，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年版。

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年版。

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。

●李薇薇、Lisa Stearns：《禁止就业歧视：国际标准和国内实践》，北京：法律出版社，2006年版。

本书从多角度探讨中国劳动歧视问题，对中外反歧视立法的不同理论和实践进行比较研究并有效借鉴，探讨解决就业歧视的方法。总书分为6编，第1编介绍基本理论；第2编介绍国际和区域标准，包括联合国人权公约与禁止就业歧视、国际劳动组织消除就业歧视的劳工标准以及欧盟反就业歧视法律标准；后面3-4编从法律和经济学角度分析中国问题；第5编介绍香港和台湾的法律机制；第6编介绍国外有关反就业歧视的法律机制。



◎学位论文类:

●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。

该论文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。

◎期刊类:

●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。

●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。

●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。

### 2.2.2 就业歧视标准研究

王晓静:《试论就业歧视的法律认定标准》,烟台大学硕士论文,2011年。

该文是与本选题最为接近的一篇文章。她对就业歧视与合理甄选进行了界定,指出“就业歧视是基于人的某些先天性的或者其他与工作能力无关的因素作出的不合理的区别对待”,“合理甄别是指用人单位基于工作岗位本身的要求,通过考察劳动者与所从事工作相关的能力录用和对待劳动者。”该文总结出就业歧视的七大认定标准——“是否存在相同情况下的差别对待”、“是否使得若是群体面临更加不利的后果”、“是否具有正当职业资格”、“是否损害了个人尊严”、“骚扰也是就业歧视”、“特殊措施不是就业歧视”、“‘故意’不是就业歧视的必要条件”,并且指出我国认定就业歧视的界限——“是否存在直接歧视”、“是否具有正当职业资格”、“是否损害了个人尊严”、“职场骚扰属于就业歧视”、“特殊措施是就业歧视的例外”、“采用过错推定责任原则”。

### 2.2.3 对平等权、就业权、女性权利等的研究

●刘勇:《就业公平保障法律制度研究》,重庆大学博士论文,2006年。

该文以宪法平等权为出发点,从自由、公平和效率三方面对就业歧视现象进行了分析。

●李树忠、侯晓光:《平等保护请求权研究》,《政法论坛》,2004年第4期。

该文从歧视问题出发研究宪法的平等保护请求权,但是遗憾的是没有就歧视问题进行更多的讨论。

●邢益精:《论合理的差别待遇——宪法平等权的一个课题》,《政治与法律》,2005年第4期。

该文从个体实质平等角度,论述了差别对待的合理性标准,但却未讨论性别就业歧视问题。

●刘连泰:《平等与偏爱:女性退休年龄规定的合宪性分析》,《法商研究》,2006年第5期。

该文认为平等保护并不完全否定差别对待,女性退休权是一种不可放弃的权

利，并且以私法公法化、法律父爱主义、公共政策考量等为由论证了女性早于男性退休的合宪性，可以说该文对平等保护与保护性立法之间的关系做了较为完整的阐述。

●李云霖：《我国〈就业促进法〉第 27 条的宪法学思考》，《武汉大学学报（哲学社会科学版）》，2009 年第 1 期。

该文认为善意职业资格对女性就业平等权的保障具有重要意义，并且文中所提出的“不适合女性岗位”的立法构想值得借鉴。

●罗英：《社会性别视野中的性别平等权》，《法学杂志》，2011 年第 2 期。

该文将平等权加以细化，认为就性别平等权而言，实质平等与形式平等是统一的。

●王天玉：《工作权研究》，北京：中国政法大学出版社，2011 年。

该书从工作权基础理论、主体结构、劳动权就业权三大方面就工作权问题展开论述，但并未研究反就业歧视与平等就业权之间的关系。

## 2. 外文检索文献

外文一次资源包括美国联邦法律、法规、行政规定；美国州法律、法规、行政规定；判例。

### 2.1 美国一次资源检索

美国反就业歧视立法分为联邦和州两个层面。在 1964 年的民权法案第 7 章制定之前，虽然各州已制定并实施了一批反歧视法，但是主要在于反种族、宗教、肤色、国籍等方面的歧视。直到 1964 年民权法案第 7 章制定之后，联邦及许多州才开始相继制定反就业性别歧视的立法。因此本文献对美国一次文献的检索主要集中于 1964 年民权法案第七章及之后的立法。

#### 2.1.1 法律(Statutes)

检索路径：主要以 Westlaw 为主，先以 [(GENDER SEX)/S (DISPARATE TREATMENT )/S EMPLOYMENT] 在 United States Code Annotated (USCA) 数据库中进行检索，获得 3 条检索结果，分别是 5 U.S.C.A. § 2301 [(2) All employees and applicants for **employment** should receive fair and equitable **treatment** in all aspects of personnel management without regard to political affiliation, race, color,

religion, national origin, **sex**, marital status, age, or handicapping condition, and with proper regard for their privacy and constitutional rights.]; 29 U.S.C.A. § 2916 [Grantees shall collect and report the following information:(I) The number of participants.(II) The demographic characteristics of participants, including race, **gender**, age, parenting status, participation in other Federal programs, education and literacy level at entry, significant barriers to **employment** (such as limited English proficiency, criminal record, addiction or mental health problem requiring **treatment**, or mental disability).] 和 42 U.S.C.A. § 2000e-2。其中 42 U.S.C.A. § 2000e-2 的内容最为符合。再用 [(GENDER SEX)/S DISCRIMINATION/S EMPLOYMENT] 进行检索，获得 22 条检索纪录，手动逐条阅读筛选获得一下结果结果：

●42 USCA § 2000e-3(b) (West, 2015)

(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 USCA §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 USCA § 2000e -2(e), (m) (West, 2015)

(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。

### 2.1.2 行政法规

检索路径与上类似。

●29 C. F.R. § 1604.2(a) (2015)

(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 (2015)

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 (2015)

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

●29 C.F.R. § 1607.4D (2015)

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) (2015)

(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。

### 2.1.3 判例

在案例检索中，输入相关内容会出现一系列检索结果，由于时间及阅读能力限制不能快速从中挑选经典且具有代表性案例，因此通过阅读中外文二次文献，选取下述案例进行精确检索并进行分析。

●McdonnellDouglas Corp. v. Green, 411 U.S. 792(1973)

Suit claiming violation of provisions of Civil Rights Act of 1964. The District Court, [299 F.Supp. 1100](#) and [318 F.Supp. 846](#), entered judgment, and appeal was taken. The Court of Appeals, [463 F.2d 337](#), ordered the case remanded, and certiorari was granted. The Supreme Court, Mr. Justice Powell, held that the Act did not restrict a complainant's right to sue to those charges as to which the Equal Employment Opportunity Commission has made findings of reasonable cause, and further held that where employer sought mechanics, complainant's trade and



continued to do so after complainant's rejection and employer did not dispute complainant's qualifications, complainant proved prima facie case under Title VII and furthermore, employer, which assigned complainant's participation in unlawful conduct against it as cause for his rejection, discharged its burden of proof to articulate legitimate, nondiscriminatory reason for complainant's rejection, but on remand complainant had to be afforded a fair opportunity to show that employer's stated reason for complainant's rejection was in fact pretextual.

### ◎ 案例简介

原告麦克唐奈·道格拉斯公司是一家密苏里州圣路易斯地区的航天飞行制造公司，员工超过 3000 人，格林(Percy Green) 是一名黑人，从 1956 年到 1964 年一直在该公司担任机械测试技术人员，也是一名民权运动爱好者，在 1964 年 8 月 28 日的一次常规裁员中，格林被解雇。对于本次解雇，格林并没有提出任何就业歧视诉求。此后，他参加了几次阻塞交通示威和封锁示威。1965 年 7 月 25 日，麦克唐奈·道格拉斯公司再次公布招工广告，招聘职位表中包括了格林原来的机械测试职位，格林再次应聘但没有被录用，理由是他参加了抵制公司的示威活动，格林随后向平等就业机会委员会提起控告，称麦克唐奈·道格拉斯公司因为种族歧视而拒绝续聘，其行为违反了 1964 年民权法案第 7 章的规定。平等就业机会委员会调解失败后，格林向地区法院提起诉讼。地区法院驳回了诉求，但上诉法院撤销了原判决，案件后被诉至最高法院。最高法院以案件事实尚未查清为由发回重审。

### ◎ 案例简评

该案虽然无涉就业性别歧视，但是却提出了可适用于任何就业歧视的“麦克唐纳-伯丁标准”，该标准是判断个人区别对待诉求最常用的标准。该案的判决对之后对就业性别歧视诉讼可谓影响巨大。

“麦克唐纳-伯丁标准”：假设一名女性雇员 A 因违反公司的劳动政策而被终止劳动关系，但同样违背该政策的男性雇员 B 却没有遭受如此严重的后果，根据以往的诉讼规则，一般要求原告 A 直接证明雇主的歧视行为，但事实上这是很难办到的。但根据“麦克唐纳-伯丁标准”，只需原告指出雇主终止劳动关系的是基于性别而实施，雇主必须为此说明实施歧视行为具有合法理由。

### ◎ 案例延伸与发展

“麦克唐纳-伯丁标准”提出之后，经历了一段时间的演变发展，最后在联邦最高法院 1981 年审理的得克萨斯州社区事务部门诉伯丁案(Texas Dept. of Community Affairs v. Burdine)中才得以正式确立。

### ●Price Waterhouse v. Hopkins, 490 U.S. 228(1989)

Female partnership candidate who was refused admission as partner in

accounting firm brought sex discrimination action against firm. The United States District Court for the District of Columbia, Gerhard A. Gesell, J., [618 F.Supp. 1109](#), ruled in candidate's favor on issue of liability, and cross appeals were taken. The District of Columbia Circuit Court of Appeals, [825 F.2d 458](#), affirmed in part, reversed in part and remanded. On certiorari, the Supreme Court, Justice Brennan, held that: (1) when plaintiff in Title VII case proves that her gender played part in employment decision, defendant may avoid finding of liability by proving by preponderance of the evidence that it would have made same decision even if it had not taken plaintiff's gender into account, and (2) evidence was sufficient to establish that sexual stereotyping played a part in evaluating plaintiff's candidacy.

#### ◎ 案例简介

普莱斯沃特豪斯公司是一家全国性合伙制会计公司，公司的高级经理要想成为合伙候选人，首先要取得地方办公室合伙人的提名推荐，公司首先指派其他合伙人对候选人资格进行书面评价，并对推荐人进行访谈，“公司准入委员会”再向政策委员会推荐，由后者决定候选人是否可以成为合伙人。整个考核过程虽然冗长，但并没有什么客观指导标准，且公司对于每年新增合伙人的数量也没有数量限制。安·霍普金在华盛顿 D. C. 办公室工作了 5 年，因工作业绩表现突出，所在办公室推荐为合伙候选人，在所有候选人中仅霍普金为女性。最后霍普金未被批准。于是她以性别歧视为由提起诉讼，举证在日常工作中雇主等上层领导多次说过带有性别歧视的话。哥伦比亚特区法院支持原告雇员，上诉法院维持了原判。上诉至最高法院时，多数意见认为雇主作出决定时关于性别的刻板成见起到了决定性的作用，违反了 1064 年民权法案第 7 章禁止的性别歧视。

#### ◎ 案例简评

该案形成了“混合动机标准”的雏形。“混合动机标准”是指雇主在作出歧视行为时期动机并不是单一的，而恰恰时多元的，既存在歧视性的动机也存在非歧视性的动机。在这种情形下，需要考虑并回答诸如雇主的就业决策是否由于存在混合动机就可以排除就业决策的实质违法性？雇主对非歧视动机的考虑，能否减轻责任？

#### ●International Broth. of Teamsters v. U.S. , 431 U.S. 324 (1977)

Employment discrimination action was brought by the United States against employer and union alleging that employer had engaged in pattern or practice of discriminating against Negroes and Spanish-surnamed persons and that seniority system perpetuated effects of past racial and ethnic discrimination. The United States District Court for the Northern District of Texas, at Lubbock, enjoined employer and union from committing further violations of Civil Rights Act of 1964, and

provided for individual relief, and all parties appealed. The Court of Appeals, [517 F.2d 299](#), held that relief ordered was inadequate, and the Supreme Court granted petitions for certiorari. The Supreme Court, Mr. Justice Stewart, held that (1) Government sustained its burden of proving that employer engaged in system-wide pattern or practice of employment discrimination; (2) retroactive seniority could be awarded as relief for post-Act discriminatees even if seniority system agreement made no provision for such relief; (3) union's conduct in agreeing to and maintaining seniority system did not violate Civil Rights Act of 1968; (4) incumbent employee's failure to apply for job did not necessarily bar award of retroactive seniority; and (5) remand for remedial hearing on individual minority members' rights to relief was necessary.

#### ◎案例简评

该案件本身是关于种族歧视的案件，但是在该案以及与此类似的 *Hazelwood School Dist. v. U.S.* (*Hazelwood School Dist. v. U.S.*, 433 U.S. 299(1977))案之后，联邦最高法院将该案提出的标准（模式或惯常歧视标准）适用于包括反性别歧视在内的其他就业歧视案件。

模式或惯常歧视标准：在区别对待规则体系中，如果雇主制定的就业政策，使得针对个体的歧视演变成一种“标准操作程序(standard operating procedure)”，歧视变成一种常态而非例外，此时就业歧视的受害人便不再是一个雇员，法院可将若干单个就业歧视诉求合并在一起集体解决，便形成了模式或惯常歧视(pattern or practice discrimination)理论。<sup>1</sup>模式或惯常歧视案件“通常表现为雇主基于性别、种族、宗教、出生国或其他受法律保护的理由而针对多数个体实施的制度性歧视。”

#### ◎案例延伸:*Hazelwood School Dist. v. U.S.*, 433 U.S. 299(1977)

Government brought action against school district alleging that it was engaged in a pattern or practice of employment discrimination. The United States District Court for the Eastern District of Missouri, [392 F.Supp. 1276](#), denied relief and Government appealed. The Court of Appeals, [534 F.2d 805](#), reversed and remanded and certiorari was granted. The Supreme Court, Mr. Justice Stewart held that: (1) for purpose of determining whether a prima facie case of discrimination was made, percentage of black teachers in the district should have been compared to the percentage of blacks in the school teacher population in the relevant labor market rather than with the percentage of black students in the district; (2) public employer which, from effective date of amendments of Civil Rights Act making the Act

---

<sup>1</sup>Allan G. King, "Gross Statistical Disparities" As Evidence of A Pattern and Practice of Discrimination: Statistical versus Legal Significance, 22(3) Labor Lawyer 271.

applicable to public employers, makes all of its employment decisions in a wholly nondiscriminatory way does not violate the Act even if it had formerly maintained an all-white work force, and (3) district court, on remand, should determine whether to compare the percentage of black teachers in the defendant school district with the percentage of black teachers in other school districts in the county or with the percentage of black teachers in other school districts in the County and the City of St. Louis combined.

## 2.2 美国二次资源检索

### 2.2.1 书籍

主要在 bookfi(<http://en.bookfi.org>)、“Google 图书”(<http://books.google.com>) 中输入关键词进行检索，筛选整体如下几本：

- 《就业歧视法：就业平等的判例及资料》

Dianne Avery & Marial Ontiveros & RobertolCorrada & Michael Selmi & Melissa Hart, *Employment Discrimination Law: Cases and Materials on Equality in the workplace(8)*, N.Y.: West, 2010.

该书以整体就业歧视为视角，介绍了美国反就业歧视的相关理论及分析路径，通过判例研究的形式对种族、年龄、性别、残疾等具体方面的就业歧视逐个进行了详细分析，同时还介绍了就歧视纠纷的多元解决机制。

- 《就业歧视法：平等权的理论和原则》

George A. Rutherglen. *Employment Discrimination Law: Vision of Equality in Theory and Doctrine*. N.Y.: Foundation Press, 2010.

该书不仅对歧视原理作出了一般性的介绍，还就平等与歧视的关系、1964 年民权法案下的性别歧视进行专章论述。

- 《禁止的理由：反就业歧视法判例》

Richard A. Epstein, *forbidden Grounds: The Cases Against Employment Discrimination Law*, Cambridge: Harvard University Press, 1992.

该书分别从人权、社会理论及普通法的视角，对就业中对种族歧视及性别歧视进行了阐释，其中关于善意职业资格对理论分类尤为值得借鉴

### 2.2.2 期刊评论

(以 `title((gender or sex) /2 discrimination /2 employment)` 在 Westlaw 中进行检索共出现 7 篇结果，经过初步阅读，有 3 篇与本选题相关性较大，如下：

●Cindy A. Schipani&Terry Morehead Dworkin, Class Action Litigation After Dukes: In Search of A Remedy for Gender Discrimination in Employment, 46 UMIJLR 1249(Summer 2013)

文章概述：最高法院最近的案件 Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes 是又一起限制雇佣者起诉维权途径的案件。本文的目的是支持对抗限制受歧视者进入法庭。我们的建议是为类似该案的诉讼建立一条通道。同时，诸如平等就业机会委员会 EEOC、美国联邦劳工部下属的联邦合同合规项目办公室 (OFCCP)、美国证券交易委员会更好地利用他们的监督权来限制工作场所的性别歧视。另外，这些监督机构、仲裁员、法院可以制定辅助方案，帮助受雇佣者克服受歧视影响，并为他们提供事业成功的潜在的方案。

● Supreme Court Narratives on Equality and Gender Discrimination in Employment: 1971-2002, 10 CDZWJLJ 501(Summer 2004)

概述：1971 年，最高法院首次承认宪法禁止对妇女的歧视。回顾本世纪早期，当制定保护性立法限制妇女工作能力时，最高法院开始加入由女性主义运动引起的，关于妇女角色的争议。该争议的一个贡献是扩大了平等观念以及家庭私人领域和公共领域中性别歧视的观念。在制定判断性别歧视的法律标准时，法院加入了一个关于女权主义、平等以及妇女的恰当角色的平等对话中，这影响了法院的决定。对歧视和平等保护的定义，不仅仅适用先例、宪法以及其他司法原则，还应当考虑文化信仰、价值观和意识形态。到目前为止，最高法院对歧视的判断仍然受到过去的判决以及认识的影响，这些过去的判断形成了一种文化的局限性，因此使我们无法全面认识、理解歧视。为了揭示公共就业领域这些不可见的社会发展过程，本文使用了社会科学的研究分析方法，系统地检验并揭示从 1971 年至今，最高法院关于平等与性别的认识网络。

●Mark Seidenfeld, SOME JURISPRUDENTIAL PERSPECTIVES ON EMPLOYMENT SEX DISCRIMINATION LAW AND COMPARABLE WORTH, RULJ 269(Winter, 1990).

本文主要探讨就业性别歧视领域中，关于性别平等与性别歧视的理解的比较价值考量。平等薪酬法和 1964 年民权法第 7 编体现了两种传统模式。文章最后提出了第三种平等模式，即试图改变社会价值，使得社会在这方面的认识能够反应女性的品质、偏好和主张，这些精确的比较价值的理由能够在反歧视法失败的情况下促进性别平等。

### 3 总结

第一，中国相关法律概括性、原则性，缺乏可操作性，没有具体的性别歧视

判定标准。

第二，美国法律也没有明确的判定标准，但是在司法实践中，发展出了一些标准，如：“麦克唐纳—伯丁标准”、“混合动机标准”、“模式或惯常歧视标准”等。

第三，域外国家在司法实践中形成的个案乃至一类案件的判定标准，尽管具有借鉴性，但是这些标准的形成历史具有特殊性，因此，在借鉴过程中也需谨慎。