

# 英国反就业性别歧视法律制度研究

饶志静

**内容提要:**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。

**关键词:**英国 就业性别歧视 人权与平等机会委员会

饶志静,上海交通大学法学院宪法和行政法博士生。

性别平等问题是一个全社会关注的问题,平等就业也是所有劳动者的追求。如何保护女性平等就业关系着妇女的发展和整个社会的和谐稳定与发展。虽然我国对女性平等就业也给予了高度重视,女性在就业中已经获得了越来越多的保护,如《宪法》中规定了男女平等和公民的劳动权,《劳动法》、《妇女权益保障法》和《劳动促进法》中也都有女性劳动保护的相关规定,但是这些规定原则性过强,操作性差。当前,性别歧视现象还普遍存在,女性在就业中受到的歧视主要有:普遍就业难、职业隔离、接受培训升迁的机会少、薪资不平、工作场所性骚扰等问题。在我国已批准了禁止就业歧视第111号国际公约,工作平等已成为普世价值的全球化时代里,建立一个健全完备的就业性别歧视法制已是刻不容缓的议题。反就业性别歧视的法律和制度建设在一些国家和地区已经有了比较成功的典范,英国即是成功的范例之一。虽然我国与英国的国情不同,但基于就业歧视本质的共通性,本文拟透过对英国就业歧视相关法制的研究,撷取其精华,以期对我国未来立法有所启迪。

在此有必要说明的是,英国由英格兰、威尔士、苏格兰以及北爱尔兰四大部分共同组成,其中北爱尔兰因为地位特殊(和邻国爱尔兰有领土及宗教的争议),故英国特设置有北爱尔兰办公室,处理该地区的各种行政事务,直属于英国内阁。苏格兰又因其地理位置及与英格兰错综复杂的历史背景,因而享有高度的地方自治及自主权力。因此,本文中除非特别,仅包含英格兰及威尔士,而且在法律的适用上,亦以两者为主要的对象。

## 一 禁止就业性别歧视的重要法律及其议题

英国普通法并不禁止歧视行为,认为契约自由是雇佣关系中的基本原则,因此允许雇主可基于性别因素而雇用或拒绝雇用求职者。是故,在20世纪70年代之前,英国的反性别歧视立法相当有限,尽管英国早在1919年就有《排除妇女无资格法》(*Women's Disqualification (Removal) Act*),禁止特定行业基于性别因素和婚姻状况而认为某人无资格、无能力胜任该工作而拒绝其加入该职业。自20世纪70年

代之后,英国反性别歧视法开始兴起,这主要是基于两个原因:<sup>[1]</sup>首先,就业平等观念受到重视,各种妇女组织的平权运动不断涌现,迫使英国政府试图制定法律来限制雇主运用普通法的权利。其次,英国作为多个国际条约(如联合国、国际劳工组织、欧盟等制定的条约)的签署国,必须制定国内法以实践其责任,这些条约都赋予成员国反对就业歧视的义务,例如国际劳工组织1951年的第100号《同工同酬及禁止就业和从业歧视公约》及1958年的第111号《就业与职业歧视公约》,都要求各成员国禁止歧视。对英国反性别歧视法律影响最深者为欧盟通过的条约、规则、指令以及欧洲法院的判决。欧盟对其政策的影响力可以说处处可见,欧盟已成为英国就业歧视立法的主要压力来源。在此背景下,20世纪70年代之后,英国对于就业性别歧视制定了大量的法律,至此,英国的反就业性别歧视形成一个严密的法律体系,在欧盟国家中,在保障妇女平等就业方面,英国走在前列。

当前英国立法在规范两性工作平等的问题上,一般依照下列几种法源:(1)法律:《同酬法》(*Equal Pay Act 1970, 1983*)、《性别歧视法》(*The Sex Discrimination Act 1975, 1986*)、《平等法》(*Equality Act 2006*)等;(2)规则:如《性别歧视(性别转换)规则》(*The Sex Discrimination (Gender Reassignment) Regulations 1999*);(3)欧盟直接适用于英国及其他成员国的相关立法、指令和欧洲法院判决,如《罗马公约》第119条规定的同工同酬原则、1975年2月由欧共体委员会所通过的同酬指令和1976年男女平等待遇指令等。(4)实务守则:人权与平等委员会发布的实务守则,尽管其没有直接的法律效力,但法院在审判时,往往将其作为一个重要的参考依据。以人权与平等委员会为例,该委员会从成立以来发布了三个重要实务守则:《性别歧视实务守则》(*Code of Practice on Sex Discrimination 1985*)、《同酬实务守则》(*Code of Practice on Equal Pay, 1997年颁布,2003年进行了修订*)及《英格兰和威尔士性别平等实务守则》(*Code of Practice on Gender Equality for England & Wales 2007*)

### (一)《同酬法》

《同酬法》在1970年5月29日制定通过,但为了让雇主有足够的时间来调整员工的薪资方案,以及进行和员工的协商计划等,特以五年为过渡期,1975年12月29日才正式实施。

《同酬法》所规范的内容只限于促进两性劳动条件的平等,不论男女都是该法的保护对象,其与性别歧视法不同之处,在于适用《同酬法》必须是当事人间有劳动契约关系存在。

根据《同酬法》的规定,在三种情形下,男女必须给予同等待遇:<sup>[2]</sup>第一,相同工作:女性与男性从事相同工作或工作性质大致相同时,即使其中有些许的差异,但因差异并不重要对劳动条件无实质影响者,则该女性劳工视为与男性劳工受雇于同样的工作;第二,工作被评估为相同:若男女劳工所执行的职务被评估为相同时,则男女得要求相同的工资,但适用此情形的前提必须是有工作评估计划的存在。所谓工作评估,是指在某一企业中,就有关劳动者所必须具备的能力、技术需求、策略决断等,对一部分或全部受雇者所执行的职务加以评估的一种调查;第三,工作价值相同:在英国,1983年对《同酬法》予以修正,使受雇者于雇主未制定工作评估计划时,得以主张其工作价值与异性受雇者相同而向雇主请求同等报酬,但请求同值同酬必须经过复杂的程序,如调解、专家评估等。<sup>[3]</sup>

《同酬法》也规定,对于男女劳动契约中的差异,雇主可证明非由性别因素所造成,而是根据比较对象劳工间有实质重大差异时,则可以对两性劳工给予不同工作条件。当雇主主张比较的劳工间有实质重大差异时,法院主要考虑两个问题:第一,是否雇主能证明该比较的劳工间有实质重大差异存在;第二,实质重大差异是非性别因素造成的。

### (二)《性别歧视法》

英国于1975年通过颁布的《性别歧视法》是针对同酬法所未规范的非契约要项加以补充的措施,此法的宗旨在于保障男女两性权利、待遇等各方面的平等,以及禁止对已婚者的歧视。其主要内

[1] John Bowers QC, *A Practical Approach to Employment law* (Seventh Edition), Oxford University Press, 2005, p. 145.

[2] 参见 I. T. Smith, Gareth Thomas, David Mead, *Industrial law*, Butterworth, 2003, pp. 331 - 335.

[3] 参见 Deborah J. Lockton, *Employment law* (second edition), Macmillan Press Ltd, 1996, p. 126.

容如下:

### 1. 性别与婚姻歧视形式的分类

性别及婚姻歧视被分为直接与间接歧视两大类:对于何谓直接歧视和间接歧视将在后文详述,这里简要介绍关于婚姻歧视。所谓的直接婚姻歧视,是指已婚者所遭受的待遇,明显的有较同性别未婚者所遭受的待遇为不利的情形。例如:以某人已婚且家居遥远为由,不雇用该已婚者;所谓的间接婚姻歧视指某项要求表面上看起来似乎平等开放给已婚者或未婚(男女性别不拘)者公开竞争,但事实上此条件明显不利于已婚者时,即属间接婚姻歧视。不过值得注意的是,对已婚者主张歧视所作为比较的对象,必须是同一性别的未婚者或已婚者。而且对于单身者的歧视本法也不保护。

### 2. 怀孕歧视问题

早期英国法律并不认为对怀孕的女性予以解雇或不平等的对待构成性别歧视,因为男性不可能怀孕。针对此点,就业上诉法庭曾认为怀孕女工所应比较的对象为长期患慢性病的男工,即若雇主对长期请病假的男工因业务上需要而予以解雇,则对怀孕女工予以解雇则不构成歧视。<sup>[4]</sup>直到著名的韦伯(Webb)案出现,怀孕歧视不再需要比较对象的选择,而被认为是直接歧视。在该案中雇主因一名员工怀孕而以不定期劳动契约雇用原告,但原告于任职后不久即也发现怀孕而遭雇主解雇,该案一直上诉到欧洲法院。欧洲法院认为在不定期契约中因女工怀孕而将其解雇即构成性别歧视,即使解雇的理由是因为该女工无法履行双方订约时的目的,即原告当初受雇的目的虽是要替代另一名怀孕女工工作,但此事实并不影响其结果,且韦伯案的审判也违反欧盟1976年《男女平等待遇指令》。<sup>[5]</sup>

### 3. 性别转换歧视问题

对于性别转换者(即通过手术改变自己性别的人)是否属于性别歧视法保护的范畴,在英国早期存在争议,因为性别歧视必须以异性为比较对象,而对于性别转换者而言,是以他手术前还是以手术后的性别作为比较对象,这是一个有疑义的问题。在1996年欧盟人权委员会处理的P v. S and Cornwall CC案中,该问题得到了解决。该案中原告是一名男性,受雇担任一家公司的经理。一年以后,雇主发现他正准备从事变性手术,因此将其解雇。在审理中,人权法院认为,对于性别转换者的歧视是一种直接歧视,对于歧视的认定,不需要任何比较对象。<sup>[6]</sup>前引《性别歧视(性别转换)规则》对性别歧视法加以修订,防止对异性转换者以性别为理由在薪金及雇用待遇和培训方面产生歧视。法律保障任何将要接受变性、正在变性或已经变性人士。2004年《性别承认法》(*The Gender Recognition Act 2004*)承认变性者以其变性后的性别享有结婚、抚养小孩的权利以及享受正常的福利。2006年《平等法》更是将禁止歧视扩展到所有领域。在此需要说明的是,对于特殊性取向者的歧视如同性恋者、双性恋者,不属于《性别歧视法》保护范围,<sup>[7]</sup>而是由单独制定的2003年《雇用平等(性取向)规则》(*Employment Equality (Sexual Orientation) Regulations 2003*)规范。

### (三)关于母性特别保护的立法

关于母性保护最初只是零星的规范于与劳动权利有关的法律中,实际上并未得到重视,直到1975年《劳动保护法》制定后,对于母性的保护规定了三种法定权利:妇女有免于因怀孕而遭雇主解雇的权利;妇女于分娩后有复职的权利;以及妇女有请求雇主给付产假工资的权利。目前母性特别保护由1996年《劳雇权利法》(*Employment Rights Act*)、1999年《母亲与父亲产假条例》(*Maternity and Parental Leave Regulation*, 2002年修订)和2002年《劳动雇佣法》共同规范。根据法律规定,怀孕雇员有权获得26周的普通分娩假,不论她们已为其雇主工作了多久。通常普通分娩假是有薪假期。若孕妇在预产周之前的14周开始时,已经为其雇主连续工作满26周,她们可以获得额外分娩假。额外分娩假在普通分娩假结束后立即

[4] Hayes v. Malleable Working Men's Club & Institute [1985] IRLR.

[5] Webb v. Emo Air Cargo (U K) Ltd (c-32/93) [1994] IRLR 482.

[6] P v. S and Cornwall County Council, [1996] ICR 795.

[7] Secretary of State for Defence v. MacDonald [2001] IRLR 431.

开始,并继续另外26周。额外分娩假通常是无薪的,但妇女可根据其合约条文,享有在额外分娩假期间获发薪金的权利。在怀孕期间,雇主不可以任意解雇。有意在所有分娩假结束后返回工作的妇女,无需通知雇主就可以复职。有意在分娩假结束前返回工作的雇员,则需要在她打算返回工作前给予雇主提前28天的通知。在怀孕期间,孕妇可以在24周内得到分娩金及分娩津贴,每周100英镑。

#### (四) 兼职雇员条例

《兼职雇员条例》(*Part-Time Workers (Prevention of Less favorable Treatment) Regulations 2000*)在2000年7月1日生效,保障兼职劳动者的权益。该法并不是将女性作为特别保护对象,但从实际来看,由于照顾家庭、生育小孩等原因,从事兼职者往往是女性,因此本法对于女性的平等就业意义重大。该条例明确规定在支付兼职劳动者工资、加班费、产假工资等方面必须与同等全职劳动者一致,此外在培训、裁员等方面也不可以对兼职劳动者采取歧视。

## 二 禁止就业性别歧视的形态及其认定

英国性别歧视法规定了四种基本的歧视形态:直接歧视、间接歧视、受害和骚扰。下面分述之。

### (一) 直接歧视

直接歧视是表面或形式上最明显的一种就业歧视,亦即雇主以法律明文禁止事由(如性别、怀孕、婚姻状况等)作为其雇用措施的一部分,使当事人受到不合理对待。雇主如果在招聘广告中明白拒绝雇用女性,就构成直接歧视。直接歧视的认定标准是在R诉伯明翰(*R v. Birmingham*)案中确定的,并在詹姆斯(*James*)案中得到进一步巩固。<sup>[8]</sup> 一般按照如下步骤:(1)被诉的歧视行为是否真实存在:在一些案件中案件的事实可能和当事人的陈述情况不一致,因此法院必须通过调查确定案件事实的真实性。(2)如果行为真实存在,是否有区别对待或不合理对待;对于何谓不合理对待,在*R v. Birmingham*案中,法院认为必须给当事人造成损害才构成不合理对待,该项的证明责任由受害者承担。<sup>[9]</sup> (3)是否是基于法律禁止的事由在同等情况下给予不同对待:被禁止的歧视理由,不必是受到较差待遇的唯一理由,但必须是导致受到较差待遇的主要原因,或至少是重要或重大的原因。<sup>[10]</sup> (4)如果雇员不是由于性别原因,是否会得到不同的待遇?——也称为“要不是因为检测”规则。(5)是否存在歧视的动机在所不问。法院认为在判断歧视与否时应从客观的事实来认定,与其动机或意图无关,法院不可能假设被告不存在故意,故如果是因原告的性别而为不利益的对待时,就是歧视。<sup>[11]</sup>

### (二) 间接歧视

根据英国歧视法的规定,间接歧视指歧视事实的发生非源于行为人明显的歧视行为,而是因其所要求的规定、标准或惯常做法于表面上共同适用于全体劳工,但其适用结果却使某一特定群体明显处于不利的状态。例如规定身高必须在一米七以上,表面上这对男女都适用,但实际上将大量的女性排除在外。间接歧视的构成要素和认定包括:

#### 1. 规定的条件和规则从表面上看对全体皆能适用,但实际上正好相反

法律所规定的条件或要求必须是取得利益或地位的必要条件而非选择性条件或任意性条件,而且必须是决定雇佣关系的决定性因素。如要求育有婴儿的女工必须担任全职工作否则应辞职、以非全职劳工为优先裁员对象等。上议院在曼德拉(*Mandla*)一案中,裁定“能符合”中“能”这个字,并不是指身体上能或假定的能,而是指实际上能,或是与申诉人所属种族群体的风俗和文化状况一致的情况下能

[8] *James v. Eastleigh Borough Council* [1990] 2AC 751; *R v. Birmingham CC exp EOC*[1988].

[9] *R v. Birmingham CC exp EOC*[1988].

[10] *Owen & Briggs v. James* [1982] ICR 618.

[11] *James v. Eastleigh. Borough Council* [1990] 2 All ER 607.

符合。<sup>[12]</sup>

## 2. 雇主所订的条件或要求必须在比例上造成某特定对象符合者较另一对象为低

间接歧视必须在比例上造成某特定对象符合者较另一对象为低,为证明此点,受害人首先必须选择合适的比较对象,合适的比较对象一般是具有谋求该职位资格条件的所有人,其次通过数据模型,使用统计资料来直观证明歧视的存在。通常依如下几个步骤:

- (1) 选取一定数量的妇女作为对比人群(如求职或升职申请者);
- (2) 从对比人群中选出能够满足条件的一定数量的妇女;
- (3) 用(2)除以(1)得到对比人群中能够适合条件和要求的妇女的比例;
- (4) 以同样的方法计算男性的比例,然后再做比较。

差别的比例要达到多少才构成歧视,目前尚无定论,英国法院现在通常采取美国的 4/5 规则,只要特定群体 80% 的人无法满足,就可以认定为歧视。而且法院也并非严格恪守这一规则,也采取弹性做法。如在 R 诉劳工国务大臣(R v. Secretary of State for Employment)一案中,法官尼可尔斯(Nicholls)裁定,如有统计数字的证据涵盖一段很长的时期,而数字显示有持续而比较恒常的差别,便能更容易确立当中存在的极大差别。在此等个案中,即使统计数字显示的差别较小,但相比于涵盖时期很短或片面情况的统计数字,差别较小的数字已足以证明差别其实很大。<sup>[13]</sup>

## 3. 基于法律禁止的事由而无其他正当理由

当有歧视发生时,只要受歧视的劳工举出雇主所订的条件或要求对其不利,则举证责任转换至雇主,由雇主来证明有其他的合法理由使其所订的条件或要求对其事业经营合理化。在判定雇主的理由是否能合理化其所订的条件或要求时,法院通常通过三个方面加以认定:

- (1) 雇主是否有合法的目的;
- (2) 雇主所订的条件或要求是否与其主张的目的具有因果关系,而且符合比例,是否采取同样的方法也可以达到目的;
- (3) 采取的方法是为了达到目的所必需的,法院必须分辨究竟该条件或要求是真正的于经营上具必要性,还只是图方便而已。

## 4. 受歧视者受到损害

构成间接歧视的最后构成要件,是雇员因不能符合雇主所订的条件或要求而受到损害。早期,法院对此采取狭义解释,认为必须在雇佣中遭受不愉快或困扰才构成损害,不过在近来的案件中,法院采取了广义解释,如雇员会或可能会认为他在以后工作的环境中处于不利的地位,便属于有损。<sup>[14]</sup>

### (三) 骚扰

最初,英国对于性骚扰并没有作为歧视的形态,也没有加以定义,仅认为是损害,而且要求雇员举证。1986 年的鲍塞利(Porcelli)案后,性骚扰成为直接歧视的一种形态。原告为学校实验室的技术人员,自两位新进男性技术员到职后,该两名员工便企图使原告调职而采取不友善的骚扰行为。就业法庭认为加害者的行为属于性骚扰,但却判决原告败诉,其理由乃采取被告律师的主张,因加害者不喜欢原告成为同事而非基于其性别因素才有性骚扰的行为,该两名男性技术员同样会对所不喜欢的男同事做出不利的对待,因此与《性别歧视法》第 1 条规定不符,故不构成性别歧视。而就业上诉法庭认为该两名男性技术员不会以任何形式的性骚扰来对待同性员工,性骚扰只会于异性间发生,故原告所受的遭遇与同样受到排挤的男性同事是不同的关系,有不同对待的情况发生,故构成歧视。<sup>[15]</sup> 由于欧盟指令的影响,英国 2006 年《平等法》对性骚扰进行了界定:是指基于性别的、法律禁止的事由而有下列行为:

[12] Mandla v. Dowell Lee [1983] 1 All ER 1062.

[13] R v. Secretary of State for Employment, ex parte Seymour-Smith & Perez (No. 2) [2000] ICR 244.

[14] Shamoon v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary [2003] 2 All ER 26.

[15] Porcelli v. Strathclyde Regional Council [1986] ICR 564.

(1)对某人实施不受欢迎的行为,故意地或从结果来看侵犯他人的尊严;(2)或者制造恐吓性、充满敌意、自卑或不快的工作环境。自此,性骚扰被作为一种单独的歧视形态而存在。

对于性骚扰的构成要件,在英国的司法实践中总结出六项:(1)原告系被保护群体的一员(男性或女性):英国歧视法保护的不仅是女性,男性受雇人也一样有免于受到职场性骚扰的权利,此外,所有求职人与受雇人在工作场所皆享有不受到任何性别行为人性骚扰的权利,因此同性间的性骚扰行为或基于他人性倾向问题也是被禁止的;(2)原告须受制于以性为基础且不受欢迎的行为;(3)该性骚扰行为必须影响原告的工作条件;(4)上述影响原告工作条件的行为与原告的性别有因果关系,如果行为不针对特定对象,则很难说构成骚扰。如在斯图尔特(Stewart)案中,雇主在办公室中悬挂女性裸体图片,雇员对此提起了诉讼。因悬挂女性裸体图片的行为本身是性别中立,如果两性皆可能看到该色情海报,也对其有同样程度的厌恶时,则难谓有性别歧视,故不构成性骚扰。<sup>[16]</sup>(5)雇主知悉或应知悉该性骚扰行为而未采取立即和适当的救济措施;(6)骚扰次数不限:一次性骚扰行为即构成性别歧视,行为发生次数的多寡并不影响法院的认定。

#### (四)使人受害的歧视

使人受害的歧视是指如果某人打算或者已经提起诉讼,提供证据或信息,或帮助他人主张性别歧视法、种族关系法、年龄歧视法等方面的权利,因此受到了不合理的对待。其构成要件为:

1. 实施了法律保护的行为:实施的下列行为都是法律所保护的:(1)对歧视者或任何其他他人提起法律程序;(2)在与任何人根据歧视法对歧视者或任何其他他人提起的法律程序有关联的情况下,提供证据或数据;(3)就歧视者或任何其他他人而根据歧视法或援引歧视法做出任何其他事情。

2. 受到不合理对待:指由于员工采取了合法的行为而受到不公平的对待,在主张受到不公平的对待时,受害人不需要比较对象,直接主张即可。

雇主对于使人受害的歧视的抗辩理由只有一条:证明当事人所主张或提供的证据是错误的、举证不实或搜集证据行为有瑕疵。如在阿齐兹(Aziz)案中,雇员为了搜集雇主歧视的证据,于会议中秘密录音而遭解雇。因雇主对所有受雇人任何目的的秘密录音皆会采取解雇处分,而原告被解雇的原因是基于秘密录音而非基于提供证据,故雇主的作为并不构成加害行为。<sup>[17]</sup>

### 三 就业歧视禁止的领域

英国歧视法除了对一般的雇用机构规制外,也对公共团体和机构(工会、授予资格的团体、就业培训团体、职业介绍所等)和特殊部门(如警察和武装部门、政府机关等)设置了非歧视的条款。而且就业歧视禁止的范围包括从求职到雇佣关系结束的全过程。

#### (一)在雇佣领域的歧视形态

##### 1. 求职阶段

在求职阶段对于求职的安排(包括面试的安排、面试时所提的问题、申请表等)、工作条件、建议雇用名单(故意忽略或拒绝列入)等,雇主都不得因求职者的性别等法律禁止的事由而有差别对待。此外,招聘广告中含有歧视之意图者也构成非法歧视。如果广告中所征求的人才包括有女性售货员或女性服务生等字眼即可能显示雇主有歧视的企图,除非广告中明白表示对于两性劳工的求职申请都会考虑。至于用字是否有歧视的意图,则应以一般读者的反应予以判断。

##### 2. 雇佣关系中的歧视

在雇佣关系对升迁、调职、职业培训的机会方面以性别决定是否能获升迁、调职或培训,亦属法律所禁止的歧视。在提供利益、享受公司设备或服务方面对于雇主所提供的利益、设备或服务上,也是为法

[16] Stewart v. Cleveland Guest [1994] IRLR 440.

[17] Aziz v. Trinity Street Taxis Ltd [1988] ICR 534.

律所规范,禁止歧视的发生。所谓利益,根据就业上诉法庭在皮克(Peake)案中做出的广义的解释,利益就是一种恩惠、优势,雇主必须有施惠之意,如免费法律咨询、医疗照顾等。<sup>[18]</sup>此外,雇主在解雇时也不得采取歧视行为。如在公司经济不景气的情况下,首先解雇兼职职工等。

### 3. 雇佣关系结束后的歧视

即便在雇佣关系结束后,雇主也不得采取歧视行为。例如在库特(Coote v. Cranada)案中,库特女士由于怀孕被解雇,她对雇主提起了诉讼。诉讼结束后,当库特女士准备再次求职时,原雇主却拒绝写推荐信。最后法院认定,雇主的行为构成歧视。<sup>[19]</sup>

### 4. 其他非法行为(《性别歧视法》第41款)

(1) 雇主的替代责任和帮助非法行为:除了上述所列举的行为外,该法对于性别歧视的处罚对象不限于行为人,即雇主纵容受雇者对其他受雇人施以性别歧视时,则该雇主也应承担法律责任,除非雇主可举证已采取合理措施以阻止歧视的发生。此外,帮助他人施以非法歧视行为者,也应负责,除非可举证因信赖行为人所陈述的行为是合法且有理由的信赖其陈述,才可免责。

(2) 指示或造成歧视:是指任何人具有凌驾于另一人之上的权限或另一人惯于按照该人意愿行事,而该人指示该另一人做出任何违反歧视法的行为,或促使或企图促使该另一人做出任何违法行为。

(3) 歧视的压迫:任何人如借着向另一人提供或要约提供任何利益;或使另一人遭受或威胁使另一人遭受任何不利,诱使或企图诱使该另一人做出任何违反歧视法的行为,即属违法。即使歧视者非用直接的手段诱使他人作为歧视行为,然而借由其他方法使人能听闻其诱因而为歧视,也属非法。

## (二) 许可的情形

在求职者或受雇人提出就业歧视的主张之后,雇主可借由提出合法抗辩来正当化其具有就业歧视效果的雇用措施。在英国,雇主主张的合法抗辩最主要的是真实职业资格和其他相关因素。

1. 真实职业资格:所谓真实职业资格是指雇主提出的要求对事业单位的正常营运具有合理必要性。在判断某个理由是否构成真实的职业资格时,主要看某项工作的性质是否决定了它只能由特定的劳动者担任,而如果换一个人的话,工作的性质或完成的效果将出现根本的不同。英国歧视法对于何谓真实职业资格也进行了列举,通常以下几种情况的区别对待是许可的:<sup>[20]</sup>

(1) 基于职务的本质、生理学上的理由:如男性模特儿的工作,该工作性质就是必须由男性完成,因为其工作内容涉及男性的生理特征;以及在舞台剧表演或其他演出时必须使用男演员以求具有真实性。

(2) 个人服务:某项工作需要向客人提供特别私人服务以改进客人的福利,但这些服务由特定的种族或性别来提供最有效率。例如妇女事务慈善机构聘用妇女辅导员。

(3) 隐私或体面:因礼教或个人隐私的原因,由男性劳工来完成较为适宜,例如男厕的清洁工作以男性为宜;若顾客或其他受雇人合理地不愿与异性有身体上的接触时,也可只雇用单一性别的劳工。

(4) 在私人家庭工作:因工作的性质使劳工必须于私人的住所工作或居住,如果受雇者为异性时,则将因与所服务的对象有日常的身体或社交上的接触,或因须了解其个人之隐私时,会造成不方便,故排除异性劳工的雇用并不构成歧视,例如从事男仆、管家、私人护士等工作。

(5) 医院和监狱等场所:在单一性别的场所,工作的性质是需要对特定人提供特别的照顾与监督,所以应以同一性别的劳工来从事为宜,例如监狱或医院。然而若单一性别场所可以收容其他性别者时,则不可以招收单一性别。

(6) 海外工作:工作地点于外国,而依照该国的法律风俗只有男性才能从事该工作。例如派往回教

[18] Peake v. Automotive Products [1978] QB 233.

[19] Coote v. Granada Hospitality Ltd (No. 2) [1999] IRLR 452.

[20] Michael Connolly, *Townshend-Smith On Discrimination Law: Text, Cases And Materials (Second Edition)*, Cavendish Publishing Ltd, 2004, pp. 336 - 338.

国家的劳工,必须考虑该国对女性员工角色的看法。

(7)已婚夫妇共同完成的工作:工作本身必须由一对夫妻共同履行时,则因单身而拒绝雇用并不构成歧视,例如管家与园丁等。

## 2. 其他的许可情形

(1)法律授权或基于公共安全、公共卫生等公共利益的需要:针对有正当理由被怀疑为或证实参与了有损国家安全活动的个人所采取的任何措施,不应视为歧视。企业为了防止疾病的流行还可以禁止可能通过接触传染的有传染病的劳动者从事食品加工工作。<sup>[21]</sup>

(2)肯定性行动:它通常是指为了对那些在历史上受到长期歧视而现今在就业上处于特殊不利地位的劳动者进行补偿而给予的特殊照顾措施,如对于女性就业的鼓励和帮助,提供职业训练机会等。

# 四 反就业歧视的机构以及主要职能

## (一)从专门机构到统一机构的转变——英国平等及人权委员会

英国保障两性工作平等的是平等机会委员会(Equal Opportunities Commission, EOC)(根据1975年《性别歧视法》设立),但从2007年10月开始被统一的反歧视机构——平等及人权委员会所取代。平等及人权委员会根据2006年《平等法》设立,不仅处理性别歧视问题,而且也处理种族、宗教等各种歧视问题。

平等及人权委员会不属于政府部门的公共行政机构,须向国会负责,由国务大臣按照规定向国会上、下议院提交该委员会的年度报告。倘国会认为适当,亦可由国会辖下一个职权范围涵盖平等及人权委员会的专责委员会,对该委员会进行审查。国务大臣会向平等及人权委员会批出补助拨款,该笔拨款的使用受国会监察。平等及人权委员会主席的任命须获首相批准。委员会理事会由10-15名成员构成,由国务大臣按照公职人员委任专员公署的规定委任。理事会成员主要是非全职的非执行理事,负责对平等及人权委员会作策略性监督。平等及人权委员会理事会有权设立委员会,支持或协助理事会履行各项职能。平等及人权委员会辖下的委员会可担当咨询角色,或由理事会授予若干决策职能。该等委员会须向理事会负责,并须在平等及人权委员会范围较广的策略、政策与预算框架内工作。平等及人权委员会辖下各委员会的委员,将由理事会从理事会的成员、平等及人权委员会的职员或外界人士当中委任。<sup>[22]</sup>

依《平等法》第8条,平等及人权委员会履行下列职能:(1)就平等及人权事宜提供资料、意见和协助;(2)发放实务守则及指南,协助公营部门和私营机构的雇主及服务提供者、志愿机构及工会奉行尊重平等和人权的原则;(3)就持续存在而需予以正视的不平等情况、人权或维持良好关系方面的问题,进行正式研讯;如有证据证明有人受到不合法歧视,则会进行正式调查;(4)向就歧视提出申请者提供策略支持、介入须提出平等和人权论据的个案,以及对抵触平等和人权法例的决定进行司法复核,并在需要时做出调解;(5)在订立策略方案的过程中咨询有关各方。

## (二)就业法庭

根据1996年《就业法庭法》,英国设立了专门的就业法庭和就业上诉法庭,受害人在平等及人权委员会无法获得救济时就可以向法庭提起诉讼。在2004-2005年度,就业法庭已经受理了15余万件案件,其中不公平解雇案件39,727件,性别歧视案件11,726件,同工同酬案件8,229件,针对孕妇的不公平解雇案件1,345件。<sup>[23]</sup> 就业法庭在开庭时,由1名庭长和2名陪审员组成。庭长必须有7年的开庭律师经验或具有法官资格,大部分是由地方法官担任。而陪审员必须有产业经历或商业经历,由雇员组

[21] Discrimination Act 1975, s51, s52.

[22] 《人人平等:为平等及人权成立的新公署》,载 www.womenandequalityunit.gov.uk,最后访问日期:2007年10月12日。

[23] [英]琳达·狄更斯、聂尔伦编著,英中协会译:《英国劳资关系调整机构的变迁》,北京大学出版社2007年版,第138页。



织或职工组织提名担任。

### 1. 提起诉讼的期限

根据歧视法的规定,受雇人必须在歧视行为的加害人(被告)于行为发生之日起3个月内提出,对于同酬的救济,必须在6个月内提出,诉讼时效的起点从歧视行为结束开始计算,但法庭可以斟酌其他因素,而准许为期限外的申诉。在正式进入法庭审理阶段时,必须经过调解程序,在向法庭提起诉讼时,必须将记载双方当事人的陈述及寻求救济根据之书面资料提交法庭,其申诉的副本要送交被告与提供建议、和解与仲裁服务的调解官,同时被告答辩的副本也必须送交调解官。若无法经由调解程序解决或由于其他的理由撤回时,则进入法庭审理的程序。

### 2. 法庭的审理

(1) 举证责任 在举证过程中,原告的责任是提出歧视行为的表面证据。所谓有表面证据是指诉讼当事人一方提出足够的证据使审定事实者得以透过该证据来推断争论中的事实,并做出对该当事人有利的判决。一旦当事人提出表面证据,如果被告不能证明其没有实施歧视行为的话,法庭将支持原告的主张,从而将举证责任交给了被告。

(2) 责任归属 一般而言,雇主所为的歧视行为当然要负损害赔偿的责任,而在指示歧视和压迫等案件中,其他劳工或代表人为歧视的行为时则雇主也要为该行为负责,但若雇主能够证明已经采取防治该违法行为发生的充分措施时,则可免责。同样,其他劳工或代表人协助雇主或被代表人为歧视行为时,则与雇主负连带责任,但帮助者若能证明该歧视行为是信赖他人陈述且信任该说词合理时,则无须负责。

(3) 救济与赔偿 法庭判决结果,若原告胜诉,则可以采取三种救济方法:一是以命令宣告原告的权利;二是建议被告采取特定行为以降低歧视的不利结果(如执行复职、重新聘用、道歉等);三是要求被告做出金钱赔偿。<sup>[24]</sup> 由于前两种方式对雇主的威慑力有限,因此金钱赔偿是最常用的方式。法庭为损害赔偿的裁定时,其赔偿金额必须与法庭所判定的伤害相当,且不限于金钱上的损失,应包括精神上的损害赔偿。对于精神赔偿的数额,法院通常根据原告的受害程度、被告的承受能力、货币的购买力等因素综合考量。<sup>[25]</sup> 至于惩罚性的损害赔偿,最初上诉法院认为在有关歧视的案件中,只有于雇主的歧视行为是令人无法容忍时才可以做出惩罚性赔偿的裁定,但却被其后的判决所推翻,认为惩罚性损害赔偿仅在民事侵权行为案件才可为裁定,对于违反歧视法的案件则不可为之。

早期依据法律规定,法庭裁定的性别歧视赔偿金额不得超过11,000英镑,但欧洲法院认为此限制违反欧盟法律,因为欧盟法律(《平等待遇指令》第6款)对赔偿金额并无最高额限制,且实际的损害赔偿金额应依据原告所遭受的精神上的伤害来认定。在1993年12月后,有关性别歧视案的法定最高赔偿限额的规定被废止,目前对于损害赔偿金额已无任何限制。此外,赔偿的利息也应被计入赔偿金额内。<sup>[26]</sup>

如果双方对于就业法庭的裁判不服,双方当事人均可以向就业上诉法庭上诉。在就业上诉法庭有两个问题值得注意:其一,就业上诉法庭只对法律问题进行审查,对于案件事实不再审理;其二,当事人必须在就业法庭裁判后42天内提出上诉。

## 五 对我国就业性别歧视法制之启示

### (一) 制定完备的反就业性别歧视法制

当前我国没有专门的反对就业性别歧视法律,只在一些法律中有零星的关于反就业歧视的规定。

[24] Malcolm Sargent, *The Law at Work: A Practical Guide to Key Issues in Employment Law*, The Cromwell Press, 2003.

[25] *HM Prison Service v. Johnson* [1997] IRLR 162.

[26] [英]查尔斯·巴罗、约翰·达丁顿:《劳动法简明案例影印版》(第二版),武汉大学出版社2004年版,第202页。

由于立法不足,在实践中存在的大量就业歧视现象无法得到救济,反歧视成为了空洞的口号。从英国歧视立法的经验来看,可以先制定性别歧视法,对性别歧视作一统一规范,再针对就业性别歧视中的突出问题,如同工同酬、性骚扰、母性特别保护等,制定单行法规。

### (二) 建立专业且事权统一的主管机关

为了保障反歧视法制的贯彻实施,必须建立专司其职的专门机构。未来可参考英国的做法,设立一个独立的平等就业机会委员会。建立一个专业且事权统一的主管机关方可使其发挥专业迅速解决就业歧视争议与减少争诉。该委员会可设在国务院和县级以上人民政府中,其主要职责可以包括:(1)审查用人单位的招聘广告以及与就业权有关的用人单位内部规章制度的合法性。(2)受理劳动者对用人单位就业歧视的申诉。(3)定期或不定期地对用人单位进行就业歧视方面的检查,并对实施就业歧视行为的用人单位进行处罚。(4)接受就业歧视的投诉,对就业歧视申诉案件进行协商和调解,调解不成的,可以代表受害人提起诉讼,并提供相关的法律援助和咨询。(5)研究并分析现有的法律制度,对推进就业机会平等的法律和政策的制定提出建议,并对就业歧视的认定或消除歧视提出建议。

### (三) 就业歧视形态和责任认定制度

2008 年实施的《就业促进法》第 62 条规定:违反本法规定,实施就业歧视的,劳动者可以向人民法院提起诉讼。这给法院在审判中带来一个现实问题,就业歧视如何认定和责任如何归属。英国在此方面的规定可说是相当完备值得参考的,日后我国在制定法律时,应明确地将直接歧视、间接歧视等作为歧视的基本形态,同时借鉴歧视认定方法、雇主合法抗辩以及有关举证责任转换的规定。未来立法时还应制定一致且具有吓阻作用的处罚标准,并适当地加入类似英国相关法律中的救济规定,如复职、命令宣告及精神损害赔偿等,以增加对就业歧视受害人的保障,并促使雇主遵守相关法律规范,以消弭职场中的就业歧视。

---

[Abstract] British common law does not prohibit acts of discrimination. However, with the United Kingdom joining various international organizations and the rising of domestic equality movement since the 1970s, the U. K. has enacted a large number of laws to prohibit sex discrimination in employment, including detailed provisions on equal pay for equal work, sexual harassment, and maternity protection. In addition, these laws also provide for four different forms of discrimination, namely, direct discrimination, indirect discrimination, harassment and victimization, and prohibit any of these forms of discrimination at all stages of employment. In order to effectively prevent discrimination in employment, the U. K. established the Human Rights and Equal Opportunities Commission in accordance with the Equality Act. The Commission plays an important role in tackling employment discrimination in British society.

---

(责任编辑:黄 列)