

雇佣歧视

Employment Discrimination



FISHER & PHILLIPS LLP

ATTORNEYS AT LAW

Solutions at Work[®]

www.laborlawyers.com

Atlanta · Charlotte · Chicago · Columbia · Dallas · Denver · Fort Lauderdale · Houston
Irvine · Kansas City · Las Vegas · New Jersey · New Orleans · Orlando
Philadelphia · Portland · San Diego · San Francisco · Tampa

Special thanks to Chinese Studies at Wofford College for reviewing and assisting in the editing of this booklet, especially to Ms Jie Chen, a Chinese Fulbright Language Teaching Assistant (FLTA) from 2006-2007 at Wofford, who revised the final Chinese translation of the booklet.

在此特别感谢沃德大学的中文专业为审核鉴定本册的中文译文所提供的帮助，尤其感谢获得2006-2007年福不来特赞助(FLTA)的陈洁女士在沃德大学工作期间为本册的译文做了最后的审核。

目录

| | |
|---|----|
| 简介 | 1 |
| 1964 年《美国民权法案》(CIVIL RIGHTS ACT) | 2 |
| A. “第七条款”涵盖的雇主有哪些? | 2 |
| B. “第七条款”保护的群体 | 2 |
| 1. 种族和肤色 | 2 |
| 2. 性别 | 2 |
| 3. 宗教 | 3 |
| 4. 原籍 | 4 |
| C. 有意歧视 - 差别性对待 | 4 |
| 1. 有意歧视的直接证据 — 混合动机案例 | 4 |
| 2. BFOQ 辩护 | 4 |
| 3. 歧视的间接证据 | 5 |
| D. 无意歧视 — 差别性影响 | 5 |
| 第 11246 号行政命令 | 6 |
| 1871 年《美国民权法案》 | 6 |
| A. 第 1981 条 | 6 |
| B. 第 1983 条 | 6 |
| 反雇佣年龄歧视法案(AGE DISCRIMINATION IN EMPLOYMENT ACT) | 7 |
| A. 歧视的间接证据 | 7 |
| B. 裁员 | 8 |
| C. 提前退休计划 | 8 |
| D. ADEA 指控弃权书 | 9 |
| 残疾歧视 | 9 |
| A. 受保护群体 | 10 |
| B. 提供便利的义务 | 10 |
| 移民改革与控制法案(IMMIGRATION REFORM AND CONTROL ACT) | 11 |

| | |
|--|----|
| 兵役相关权利(RIGHTS ARISING FROM MILITARY SERVICE) | 11 |
| A. 越战退伍军人辅助法 (Vietnam Era Veterans' Readjustment Assistance Act) | 11 |
| B. 统一编制人员雇佣及再雇佣权法 (Uniformed Services Employment and Re-employment Rights Act) | 12 |
| 1. 重新雇佣义务 | 12 |
| 2. 服役伤残 | 12 |
| 3. 反歧视保护 | 12 |
| 报复与举报者保护 | 13 |
| A. “参与”歧视 | 13 |
| B. “反对”歧视 | 13 |
| 美国各州与地方雇佣歧视法 | 13 |
| 预防措施 | 14 |
| A. 业绩评估 | 14 |
| B. 主管训练 | 14 |
| C. 控诉处理程序 | 14 |
| D. 雇佣政策 | 15 |
| E. 雇佣和解雇 | 15 |
| F. 仲裁 | 15 |
| 结束语 | 16 |

本手册不应被理解为是对特定事实或情况的法律建议或法律意见。有关贵公司可能遇到的特定情况及特殊法律问题，我们强烈建议贵公司咨询有资格的律师。特别建议雇主向律师咨询，以确定其是否需要遵守超出本手册范围的特定州的要求。

三十多年前，国会就开始扩充各种法令，旨在保护雇员免受基于刻板成见、以偏盖全和性别或种族偏见的歧视。这些法律禁止雇主在做出雇佣决定（如雇佣、晋升、降级或解雇）时考虑特定因素。在这些法律中，最重要的是 1964 年《美国民权法案》的第七条款（“第七条款”），它保护个人免受基于种族、肤色、原籍、性别和宗教的歧视。

“第七条款”通过几年后，国会又通过了《反雇佣年龄歧视法案》(Age Discrimination in Employment Act, ADEA)，禁止在雇佣时歧视 40 岁以上的人，从而新增了一个受保护群体。更近的法律又新增了其它受保护人群，如具有某种残疾的人就受到《美国残疾人法案》(Americans with Disabilities Act, ADA) 的保护。

虽然所有此类立法的确有益于少数种族或民族、妇女、伤残雇员和其它人，但这些法律卷帙繁浩，复杂难懂，即便是最善意的雇主要做到对这些法律的遵守也将面临巨大的挑战。由于存在潜在的巨大法律责任，所有雇主都应对美国联邦雇佣歧视法的主要条款和法院对它们的一般阐述至少有一个基本的了解。

本手册列出了主要歧视法令的主要条款，旨在向工作繁忙的高层管理人员和人力资源专业人员提供有关雇佣歧视问题的初步资料。本手册不欲取代法律建议，而是旨在为阐述、识别和解决雇佣歧视指控提供实际帮助。请谨记，本手册范围仅限于美国联邦法律。美国一些州制定的不同的雇佣与劳动法将在本系列后续手册中介绍。

1964 年《美国民权法案》

标志性的 1964 年《美国民权法案》旨在遏制我们社会几乎无处不在的歧视。该法案“第七条款”保护雇员免受基于种族、肤色、原籍、性别（包括怀孕）和宗教的歧视。一旦某企业被视为“第七条款”中的“雇主”，其雇佣关系的所有方面，包括雇佣、薪酬、晋升、解雇、非货币机会或利益的分配都必须以非歧视方式进行。

A. “第七条款”涵盖的雇主有哪些？

“第七条款”对“雇主”的定义是：从事涉及商业的业务，并且在当前或前一日历年的 20 个或更多个周的每一周的每个工作日均有 15 名或以上雇员工作的实体。由于几乎所有业务都可视为涉及商业，因此该定义的关键标准是 15 名雇员和 20 个周的时间要求。

评估 20 个周时间要求时，“当前”年是指发生诉称歧视行为的历年，而“前一年”是指“当前”年的前一年。20 周的时间不必是连续的。

对于 15 名雇员的要求，法院一般看雇主是否有权控制特定人员的工作。如果是，则无论全职还是兼职，该人员都会被视为“第七条款”规定之雇员，计入 15 名雇员要求内。独立承包商、志愿者、公司董事一般不包括在内。

B. “第七条款”保护的群体

1. 种族和肤色

禁止种族歧视是众所周知的——贵公司不能仅仅因为某人是非裔美国人、亚洲人、西班牙裔人等而歧视他。但不为人所周知的是，“第七条款”还保护白人以及少数族裔免受非法歧视。

“第七条款”较少用到的一个条款是禁止基于肤色的歧视。通常，肤色歧视与种族歧视同义。但也有一些案例将“第七条款”的保护扩展应用于深肤色非裔美国人较浅肤色非裔美国人更易受到歧视等情况。

2. 性别

公司在雇佣决定中普遍地优选男性而排斥女性的做法显然是非法的（反之亦然）。或许不那么明显的是，贵公司不能用带刻板成见的行为期望来衡量某人的业绩以评估潜在或在职雇员。例如，如果雇主将女性应聘者或雇员形容为“男人气”、“对于女人而言薪酬过高”、或“使用污言秽语的女士”，然后根据这些印象做出与雇佣有关的决定，或建议她“走路多一点女人味，化妆、做头发或戴首饰”以增强受雇佣或晋升的机会，那么就是非法的性别歧视。

因为女性怀孕而拒绝雇佣是非法性别歧视，因女性堕胎或拒绝堕胎而予以拒绝也是性别歧视，两者鲜有例外。此外，怀孕女性应享有与其它临时丧失工作能力的雇员同等的福利。

1963 年《平等薪资法案》(Equal Pay Act) 也禁止薪酬方面的性别歧视, 该法普遍适用于年销售额 500,000 美元以上、拥有两个或更多雇员的雇主。该法令禁止对相似工作条件下、需要同等技能、努力和责任的基本相当的工作根据性别支付差异性报酬。

近年来, 与性别有关的“第七条款”指控中最常见的类型是性骚扰指控。虽然基于种族、宗教、原籍和其它特征的骚扰也是可诉的, 但性骚扰领域得到了最为全国性的关注。这些指控基本上分为两个类型: 最终达到可见的不利雇佣行动(如解雇、降级或令人不快的职位调整)的骚扰和不伴有不利雇佣行动的骚扰。

美国最高法院(Supreme Court)的裁决特别将主管作为潜在雇主责任的最大来源。如果雇员的直接或更高一级主管的骚扰行为对雇员造成可见的工作损害, 雇主则应就该主管造成的骚扰对受害雇员承担绝对法律责任。这种情况一般没有辩护的余地, 唯一的问题是损害赔偿的程度。因此, 所有雇主都应采取积极措施以防止此类情况出现。

与此相反, 在对主管提起的未造成相应工作损害的骚扰指控中, 雇主可以进行积极辩护。按照美国最高法院的意见, 该辩护由两个要素构成: 1) 雇主进行了合理的关注, 以防止并及时纠正任何性骚扰行为, 以及 2) 受害雇员没有合理利用雇主提供的任何预防或纠正机会, 或以其它方式避免伤害。该辩护是建立有效内部控诉处理程序以最大程度地减轻贵公司在骚扰行为中所负潜在责任的很有说服力的理由。

如果被控骚扰者不是主管, 雇主仍可能要为那些严重或普遍程度达到对个人工作表现造成不合理妨碍的不受欢迎的性行为承担责任。这种情况下, 对此类指控的最佳防卫措施仍然是制定和实施符合上述标准的禁止非法骚扰的政策。

本系列中有单独的一本手册专门对性骚扰问题进行更深入的讨论。

3. 宗教

禁止宗教歧视与禁止其它类型的歧视相似, 但有一个重要区别 — 雇主有义务为雇员的宗教活动提供便利。这似乎会对企业造成沉重的经济负担, 但实际上却未必。

如果为宗教需求提供便利造成不合理的困难(按照美国最高法院的定义, 指“超出最低标准费用”), 则无需承担该提供便利的义务。例如, 如果为尊重某雇员的宗教信仰而调整工作安排会违反集体达成的资历规定或需要过多的加班安排, 一般无需承担该义务。另一方面, 允许雇员请求与其它雇员自愿换班可以是合理的提供便利方式。

提供合理便利的努力包括鼓励雇员提供建议解决方案, 但贵公司不一定要选择雇员的首选便利。雇主应寻求可以有效消除宗教冲突并合理保护雇员雇佣状况的便利方案。

4. 原籍

一般而言，原籍是指某人或其祖先出生的国家。因此，因其继承特征而歧视某人是被禁止的。例如，不得因为某人原籍利比亚或因为其父母或祖父母来自俄罗斯而予以歧视。

“第七条款”对原籍歧视的禁止还扩展到基于种族背景的歧视，即使涉及的人员与特定国度（如吉普赛人）无关或与明确的美国人种群（如阿卡迪亚人）有关。

C. 有意歧视 - 差别性对待

最早确定的歧视类型是有意歧视，被称为“差别性对待”。这表示，某些人因属于某受保护群体而受到有意的不利对待。例如，某人因属于特定种族而被解雇，或某人因性别而未获晋升。

1. 有意歧视的直接证据 — 混合动机案件

在证明有意歧视方面，起诉人掌握非法动机的直接证据（如主管在雇佣决定过程中基于种族的言论，或讨论解雇特定年龄组或宗教群体成员益处的内部备忘录）显然颇有助益。如果起诉人可以藉由这种直接证据证明歧视原因是不利雇佣行动的决定因素，则雇主就有责任证明即使不考虑起诉人的受保护状况，该雇佣行动也会发生。

例如，假定存在内部备忘录等证据，证明主管在讨论解雇某非裔美国人雇员时提到自己的种族偏见。当被解雇雇员根据解雇事实和该备忘录的内容提起歧视诉讼时，如果公司提出证据证明该解雇存在合法的、非歧视原因（如该雇员拖沓散漫、业绩不佳，或不能与同事和谐相处），则公司仍可胜诉。

除非起诉人可以证明这些业务理由实际上是借口，即不是真正原因，否则雇主仍可避免在这类“混合动机”案件中支付一定的损害赔偿金。但如果起诉人被判为“胜诉方”，即使只判决给付很少的损害赔偿金，公司仍要负担起诉人的部分律师费和与诉讼直接有关的一些费用。

2. BFOQ 辩护

在极少数情况下，雇主别无选择，只能区别对待特定群体。例如，电影导演有一个电影角色，出于真实性的考虑，只能由女性扮演。国会为这类歧视设定了有限例外，这些例外适用于“第七条款”和年龄歧视指控，被称为实际职业资格 (bona fide occupational qualification, BFOQ) 辩护。为进行成功的 BFOQ 辩护，雇主必须证明所有或基本上所有被排除群体的成员都无法履行基本工作职责。

BFOQ 不能基于客户偏好甚至对雇员福利的关注（除非对该雇员的伤害影响他人的安全）。例如，航空公司不能因乘客偏好女性而拒绝雇佣男性机组乘务员，或制造厂也不能因害怕生产中使用的化学品可能对生殖系统造成不利影响而拒绝雇佣女性。

另一方面，BFOQ 辩护可能涉及客户隐私。服装店的某些职位，如更衣室服务员，可能只能根据客户隐私考虑招收特定性别雇员。但除极少数情况外，BFOQ 辩护很少成功，不应依赖于它。

3. 歧视的间接证据

大多数起诉人不能提供歧视的直接证据；但法院允许他们提起“第七条款”指控，并藉由出示歧视的间接证据来证实非法动机。这样做的框架比较简单。首先，起诉人必须证明：1) 他或她属于受保护群体，2) 具备职位所需资格，3) 发生了不利的雇佣行动，且 4) 属于其它群体的人员获得了职位，或职位仍然空缺，公司仍在寻找人选就任该职。

如果起诉人可以证实这四个要素，就可以确立初步案件。与上述混合动机案件一样，责任转移到雇主一方，雇主必须提供起诉人所受待遇的合法、非歧视理由。如果雇主做不到这一点，起诉人将胜诉。但如果雇主可以提出不利雇佣行动的合法业务相关理由，责任又将转移回起诉人一方，起诉人必须证明雇主陈述的理由是借口。

证明理由为借口时，起诉人可以依赖多种证据：差别对待的证据、处罚或雇佣方面的不一致标准、统计证据等。根据美国最高法院的意见，起诉人可以“通过说服法院相信雇主动机更可能是歧视性原因而直接证明，或通过证明雇主提供的解释不值得信赖间接证明”雇主的理由是借口。

D. 无意歧视 — 差别性影响

雇佣某人前，许多雇主会要求应聘者满足某些要求或通过某种考试。虽然考试或设置要求的目的是歧视特定群体，但它们仍然可能会对受保护群体造成不利影响。

例如，贵公司可能要求应聘特定职位者具有高中文凭。如果该要求导致某受保护群体的成员被不成比例地排除在潜在申请人群之外，他们可能会对文凭要求提出质疑。为了对这种差别性影响的质疑进行辩护，贵公司可能需要证明该要求是特定职位的*合法的业务必要条件*。

同样，贵公司可能要求雇员经过一系列考试以进行晋升评估。如果其中一次考试排除的某受保护群体成员人数不成比例，即使最终晋升决定并未产生差别性结果，考试也会受到质疑。例如，假定公司有十名雇员，五名女性，五名男性，他们竞争两个上级管理职位。为了评估候选人，公司设计了一系列考试，候选人必须通过这些考试才有资格晋升。如果四名男性雇员未能通过首次考试，被排除在考虑之外，而女性雇员却全部通过，则即使公司的最终决定是晋升一名男性和一名女性雇员，男性雇员仍然可以提出不利影响指控。

差别性影响指控不仅适用于考试或教育程度要求，还扩展到礼貌、态度、热情或可靠性等主观标准。只要不会不公平地排除受保护群体的成员，此类主观标准即可合法地使用。

第 11246 号行政命令

第 11246 号行政命令适用于与政府签订在任何一个 12 个月期限内合同金额在 10,000 美元以上合同的承包商，它禁止基于种族、宗教、性别、肤色或原籍的歧视。

对此类歧视的禁止与《美国民权法案》“第七条款”之规定并无不同。第 11246 号行政命令由美国劳工部 (Department of Labor) 联邦合同合规性计划办公室 (Office of Federal Contract Compliance Programs, OFCCP) 而不是由执行“第七条款”的均等雇佣机会委员会 (Equal Employment Opportunity Commission, EEOC) 执行。

此外，第 11246 号行政命令要求签订价值 50,000 美元以上美国联邦合同，雇佣员工 50 位以上的雇主每年必须通过和更新书面平权行动计划。而《美国民权法案》“第七条款”则没有规定相应的平权行动义务。

1871 年《美国民权法案》

美国南北战争后，国会颁布了若干民权法令，旨在推进新核准的第十三、十四和十五项修正案目标的实现。其中对雇佣歧视法具有重要意义的是 1871 年《美国民权法案》第 1981 条和第 1983 条。

A. 第 1981 条

虽然最初的目的是保护以前的奴隶免受歧视，但第 1981 条也被阐述为保护白人和其它诉称受到种族歧视的人。该法令未明示适用于宗教歧视或原籍歧视，但法院的种族定义相当宽泛，第 1981 条就包括对犹太人和阿拉伯人的保护，因为他们“属于国会认为的不同的种族”。

与“第七条款”的重要差别在于，它为起诉人既提供了有利的一面，也提供了不利的一面。和“第七条款”不同，第 1981 条涵盖任何规模的私人雇主以及美国联邦、州和地方政府雇主。在根据第 1981 条提起的讼案中，起诉人无需在提起诉讼前向 EEOC 等行政机构提起歧视控告。提起第 1981 条指控的期限应参照提起指控所在州类似法律的时效限制，该时效一般比提起“第七条款”歧视控告的期限长得多。但根据第 1981 条，起诉人的举证责任比“第七条款”规定的举证责任更重。有意歧视必须提供证明，而无意的差别性影响则是不可诉的。

B. 第 1983 条

当雇员的宪法或法定权利受侵害时，第 1983 条提供了所能采取的救济措施。与第 1981 条不同，它一般不适用于私人雇主或美国联邦政府的歧视，而主要适用于州或地方政府采取的行为。同样，它还适用于涉及治安和消防部门、公立学校、学院和大学、医院和交通部门的雇佣歧视。

公共部门雇员认为自身的“第一修正案”权利受到侵害时，最常用到第 1983 条。例如，州立医院的雇员可以因指控的 Medicaid 欺诈而公开批评院长。如果院长因这些言论而令该雇员遭受不利的雇佣决定，该雇员则可提起第 1983 条指控。

评估这些“第一修正案”指控时，法院会权衡雇员的言论自由权和雇主控制工作环境的权益。雇主只需证明存在干扰工作场所的**可能性**，而不必是对工作环境造成实际扰乱。但是，“雇员的言论越是如实地反映公众关心的问题，雇主就越是必须证明该言论可能是破坏性的才能对其进行惩罚。”因此，纯粹关于私人问题（如雇员本人雇佣条件）的言论一般是不受保护的，而雇员批评公共官员非法行为或不道德行为的言论一般是受保护的。

反雇佣年龄歧视法案

一般而言，ADEA 保护 40 岁或以上的雇员免受年龄歧视。它对“雇主”的定义与“第七条款”相同，但 ADEA 有 20 位雇员的要求，而“第七条款”只要求 15 位雇员。

ADEA 与“第七条款”都允许混合动机案件（既有歧视的直接证据，也有不利雇佣行为的合法、非歧视理由）。有些法院会因为某些公司政策影响了年长工人而认定这些政策无效，如：

- 不雇佣有 5 年以上经验的教师；
- 对有资格领取退休金的雇员不发放离职金；
- 对同级应聘者设定高于入门级应聘者的标准；
- 使用计算机程序进行业绩评估，结果解雇了 10/27 的年长工人，而仅解雇了 1/25 的年轻人；以及
- 让老资格的雇员降级。

A. 歧视的间接证据

虽然有时可以藉由直接证据证明 ADEA 差别性对待指控，但多数起诉人会利用类似于“第七条款”的方式间接证明歧视。ADEA 起诉人必须证明其：

- 年龄为 40 岁或以上；
- 具备所指职位的资格；
- 遭受不利雇佣行为的影响；以及
- 被雇佣、晋升或保留的雇员比起诉人年轻。

对于第四个要素，被雇佣、晋升或保留的雇员不一定要在 40 岁以下起诉人才能提起有效的 ADEA 指控，但必须比起诉人“显著年轻”。

与“第七条款”案件相同，起诉人提起初步案件后，责任即转移到雇主一方，雇主必须提出理由说明起诉人所受待遇是合法、非歧视的。起诉人之后可以努力证明雇主提出的理由是借口。

B. 裁员

企业大规模裁员时，更有可能引发年龄歧视指控。由于年长工人的薪酬一般高于年轻工人，雇主裁员时，有时会锁定年长雇员。这种情况下，起诉人在满足上述四个要素方面会遇到困难，因为他们的职位一般会被取消，无人接替，更不用说被年轻工人接替了。法院在处理裁员案件时，确立了不同的证据要素。此类案件中，起诉人必须证明其：

- 属于受保护年龄群体；
- 业绩符合雇主的合理期望；
- 被解雇；以及
- 不属于受保护群体或显著年轻的雇员受到更有利的对待。

为支持歧视的其间接证据，裁员案件的起诉人还有赖于如下因素：40 岁以上被解雇人员与 40 岁以下被解雇人员的数量对比；被解雇雇员的业绩评估与被保留年轻雇员的业绩评估对比；40 岁以上被解雇雇员的百分比；决策者与年龄有关的直接言论。起诉人一般必须证明，年轻雇员在裁员中受到比年长雇员更有利的对待。

C. 提前离职计划

虽然一般禁止强迫年长工人退休，但贵公司可以提供提前离职计划，然而计划必须出于自愿，且“符合 ADEA 的有关目的”。

评估计划是否出于自愿时，法院一般考虑下列因素：

- 雇员是否有充足的时间考虑自己的选择；
- 是否提供了关于提前离职计划益处的准确而完整的信息；以及
- 雇主是否施加了威胁、胁迫或强迫。

一份有关第三个要素的参议院报告称，“关键问题……是在这些情况下，一个理性的人是否会得出别无选择、唯有接受的结论。”判例法对于满足这一标准的条件的规定并不一致。

一般而言，不得要求雇员在提前离职和解雇之间“选择”。另一方面，向雇员提供过于优厚以至于“难以拒绝”的计划也被认为是非自愿的。在这两个极端的例子之间，法院得出了不同的结论。这意味着贵公司在提供提前离职奖励时应多加小心，对自己的决定要深思熟虑。

D. ADEA 指控弃权书

为减少遭遇歧视指控的风险，许多雇主会让雇员签署弃权书，同意终止雇佣关系时放弃有关雇佣问题的指控，以交换某些利益，如增加离职金。但是，放弃年龄歧视指控时，还必须满足《年长工人福利保护法》(Older Workers Benefits Protection Act, OWBPA) 规定的特殊标准。OWBPA 要求：

- 弃权书必须使用浅显的英语书面写成；
- 它必须特别提及 ADEA 指控和权利；
- 它不得放弃或免除将来的指控或权利；
- 它必须作为雇员已有权获得的福利或金额之外的有价对价补偿的交换；
- 必须告知雇员，在签署包含弃权的协议前先咨询律师；
- 雇员必须至少有 21 天的时间考虑该协议。（如果寻求的弃权与集体解雇雇员有关，该期限至少为 45 天）；以及
- 该弃权必须在雇员签署该协议后的至少七天内是可撤销的。

如果弃权与一组或一类雇员的离职计划有关，则在 45 天等候期开始时，还必须书面通知有关雇员群体的每位合格雇员具体的资格条件、参加的有关时限、该计划所有合格或入选雇员的职称和年龄，以及同一工作类别或组织单位中所有合格或入选雇员的年龄。这些要求既适用于自愿的提前退休计划，也适用于非自愿的裁员。

不遵守 OWBPA 要求将导致弃权协议无效，这意味着前雇员仍可以对雇主提起年龄歧视指控。即使前雇员接受了作为弃权协议交换条件的附加对价补偿也是如此。

残疾歧视

有两部美国联邦法令对残疾歧视进行了全面规定 — 《美国残疾人法案》(ADA) 和 1973 年《康复法案》(Rehabilitation Act)。这两部法令在很多方面都是相似的，但也存在重要区别。例如，ADA 适用于拥有 15 位或以上雇员的所有私人、州和地方政府雇主。与此相反，《康复法案》第 503 条适用于美国联邦政府承包商，而第 504 条适用于美国联邦资金的接受者。此外，和 ADA 不同，《康复法案》第 503 条对所有涵盖的美国联邦承包商都规定了平权行动义务。其它区别还包括法令如何执行、可用救济，以及哪些便利可被视为是合理的。

由于 ADA 已在本系列的前两本手册中进行了详细介绍，这里只列举 ADA 和《康复法案》共有的主要条款。

一般而言，两部法令都禁止“在应聘程序，雇员雇佣、晋升、或解雇，雇员薪酬，工作训练和其它雇佣条款、条件与特权方面因身体残疾而歧视具备资格的残疾人士”。为了在根据这两部法令提起的诉讼中获胜，起诉人必须证明其：

- 属于受保护群体；
- 可以在提供或不提供合理便利的情况下履行工作的基本职责；以及
- 由于残疾而受到不利雇佣行动的影响。

A. 受保护群体

ADA 和《康复法案》将符合下列条件的个人包括在受保护群体内：1) 有身体或精神缺陷，严重限制了该人一项或多项重要生命活动，2) 有此类缺陷的记录，或 3) 被视为具有此类缺陷。

美国最高法院最近审理的一桩案件指出，在评估某人是否真正残疾时，法院应考虑其为减轻缺陷而采取的措施。例如，如果法院认定定期的胰岛素注射和葡萄糖片可以调节其血糖，则该糖尿病患者不应被视为残疾。

ADA 和《康复法案》都不保护正在滥用毒品或酒精者。

B. 提供便利的义务

ADA 和《康复法案》不仅禁止对受保护雇员的歧视，还对企业规定了为残疾雇员提供合理便利的积极义务。这些提供便利的要求适用于所有雇佣决定，而不仅仅是雇佣和晋升。例如，提供便利的义务适用于雇主发起的安置或咨询服务，也适用于雇主提供的自助餐厅、休闲室、健身房、会堂、交通等等。

虽然这些条款的范围确实比“第七条款”规定的为宗教提供最低标准便利宽泛，但 ADA 和《康复法案》都未要求提供尽可能最好的便利或雇员最希望的便利，它们在这一点上与“第七条款”的规定是类似的。这些便利仅仅必须足以满足享受便利者与工作有关的需求。

显然，并非所有便利要求都是合理的，两部法令都未要求提供对企业造成“不合理困难”的便利。“不合理困难”是指成本过高、难于负担、数量过多或有破坏性的便利，或将根本改变企业性质或营运的便利。

由于没有提出精确的标准，法院在决定一项便利是否会造成不合理负担时会考虑多个因素：单位的规模，所需便利的费用，受影响雇员的数量，对组织的整体影响，以及对公司工作的潜在损害。

移民改革与控制法案

正如本系列另一手册之详细讨论,《移民改革与控制法案》(Immigration Reform and Control Act, IRCA) 要求雇主填写 移民局表格 I-9, 证明雇员在美国工作的合法权利。此外, IRCA 还包含三个反歧视条款。

第一条禁止原籍歧视, 这条保护扩展到所有拥有四位或以上雇员(相对于“第七条款”15 位雇员的要求)的雇主。另外与“第七条款”不同的是, IRCA 起诉人还必须证明有意歧视, 而不能根据不利影响理论提起诉讼。

根据以下三项资格解释, 第二个条款禁止雇佣和解雇中进行公民身份歧视。第一, 在诉称歧视时, 雇员必须是美国公民或下列外国人: 1) 合法获得永久居留权, 2) 合法获得临时居留权, 3) 承认为难民, 或 4) 受到庇护。第二, 在美国公民和外国人“具备同等资格”的情况下, IRCA 准许雇主优先选择美国公民, 但该条款的解释极其狭窄。实际上, 这两个人必须除了公民身份之外几乎完全相同。第三, 如果法律、法规或行政命令有要求, 可以基于公民身份区别对待。该条款的解释也极为狭窄, 必须由法律明确规定禁止特定职位雇佣非本国公民。

第三个反歧视条款适用于 I-9 程序, 被称为“证件滥用”歧视。该禁止有三个要素。首先, 不得指定雇员必须出示何种与身份核实和雇佣资格有关的证件。这意味着贵公司不能要求所有新雇员只出示驾驶执照和社会安全卡, 或要求出示 移民局签发的证件等。其次, 不得要求雇员出示确定其身份和雇佣资格所需的最低限度证件以外的证件。第三, 不得拒绝接受与所指雇员有关、表面上看起来合理真实的证件。请注意, 证件滥用条款适用于所有雇员, 无论公民身份为何。

兵役有关权利

A. 越战退伍军人辅助法 (Vietnam Era Veterans' Readjustment Assistance Act)

《越战退伍军人辅助法》(Vietnam Era Veterans' Readjustment Assistance Act, VEVRAA) 禁止合同金额为 25,000 美元或以上的美国联邦承包商和分包商歧视退伍军人。受保护群体包括有权因伤残等级为 30% 或以上而获得补偿金(由退伍军人事务部 (Department of Veterans Affairs) 管理)的残疾退伍军人。该法还保护伤残等级为 10% 或 20% 且遇到严重就业障碍或因与服役有关的残疾而退伍或退役的退伍军人。VEVRAA 还保护在越战期间服役至少 180 天、非因不荣誉退伍而退伍或退役的退伍军人。该法令最近经过修正, 保护在战争、军事行动或派遣中服役并因而获得战斗勋章的退伍军人。

除禁止在雇佣中歧视受保护群体成员外, VEVRA 还对拥有 50 位或以上雇员、合同金额超过 50,000 美元的美国联邦政府承包商提出了平权行动要求。

B. 统一编制人员雇佣及再雇佣权法 (Uniformed Services Employment And Re-employment Rights Act)

《统一编制人员雇佣及再雇佣权法》(Uniformed Services Employment and Re-employment Rights Act, USERRA) 于 1994 年通过，它为统一编制人员提供了几项与雇佣有关的权益。除了对所有公营和私人雇主规定了为雇员服兵役提供假期的积极义务外，USERRA 还包含反歧视条款。

1. 重新雇佣义务

根据 USERRA，雇主一般有义务“立即”重新雇佣服役归来的非临时雇员。服役 1 至 90 日的归来人员必须按下列工作优先级重新雇佣：1) 继续雇佣的情况下该雇员本应获得的职位；2) 该雇员在服役前从事的职位；或 3) 地位和薪酬较低、该雇员有资格充任且无损于资历的职位。如果服役 90 天以上归来的雇员，应适用下列职位优先级：1) 继续雇佣的情况下该雇员本应获得的职位，或相当资历、地位和薪酬的职位；2) 该雇员服役前从事的职位，或相当资历、地位和薪酬的职位；3) 地位和薪酬较低、该雇员有资格充任且无损于资历的职位。

由于该法令没有定义“立即再雇佣”的概念，该标准将根据具体情况具体确定。例如，对于服预备役一个周末的人，安排其在下一个工作日工作可能就是“立即”再雇佣。但服役数年后重新雇佣可能需要较长时间，以便给目前从事该工作的人员发出适当通知。

2. 服役伤残

根据 USERRA，所有雇主，无论规模大小，都有接纳服完兵役归来的伤残军人的积极义务。雇主的义务是为雇员的残疾提供合理的便利，以便雇员可以从事如不服役本应承担的职位。

如果该职位不存在合理的便利，雇员必须被重新雇佣到相当资历、地位和薪酬且他或她有资格或可以变得有资格从事的职位。如果这也不可能，雇员必须被重新雇佣到在资历、地位和薪酬方面“最为相近”的职位。

3. 反歧视保护

最后，USERRA 还包含一项与众不同的条款，即服役 181 天或以上后重新被雇佣的雇员，自重新被雇佣之日起一年内不得被无故解雇。服役 30 至 180 天后重新被雇佣的雇员，自重新被雇佣之日起六个月内不得被无故解雇。如解雇，须是对雇员行为的合理惩罚，且该雇员明知或应当知道解雇是所指行为的可能惩罚。

除对无故解雇的特定保护外，USERRA 还规定了对针对因以前、现在或将来兵役义务的歧视和报复的保护。例如，贵公司不能因某人在服预备役而拒绝雇佣他们，也不能仅因某人可能被征召入伍而拒绝晋升他们。

要提起 USERRA 指控，雇员必须证明“非因”服役，雇主就不会采取不利雇佣行动。为规避责任，雇主必须证明，无论雇员是否服兵役，都会做出同样的行为。

报复与举报者保护

许多法令，包括“第七条款”、ADEA 和 ADA 都禁止因在职、应聘或前雇员提起控告或以任何方式协助或参与歧视诉讼或调查，或因其反对歧视性雇佣做法而遭到歧视。一般而言，“报复”通常是指歧视提起控告的雇员；“举报者”通常指代表他人对公司做法提出控诉的人。

A. “参与”歧视

贵公司不能因某人“参与”有关歧视的诉讼或调查而歧视该人。该条款的阐述很宽泛，不仅包括提起正式控告，也包括表示提起控告的意向，私下收集非机密资料以备调查机关处理控告时使用，做起诉人的证人，为同事作证，或拒绝做雇主的合作证人。贵公司也不能因为某人对前雇主提起歧视诉讼而歧视该人。

这些情况下，即使雇员在控告的是非方面有误，即使贵公司认为控告的内容是诽谤，只要言论或行为被限制在歧视诉讼背景下，都将得到保护。

B. “反对”歧视

有时雇员可能没有实际地提起歧视控告，但可能会由于他或她认为某项命令违反了歧视法而拒绝一项命令，或告诉他人拒绝做某事。多数但并非全部情况下，这种行为也是受保护的。例如，一位雇员可能会告诉同事，根据“第七条款”，雇主的怀孕失能政策是违法的。只要该雇员“合理地相信”所指做法是违法的，该雇员就可受到“第七条款”报复条款的保护。

但并非所有形式的反对都是受保护的。雇员对诉称歧视雇佣做法表示反对的方式必须合理。例如，设卡阻止工人进出工作场所就是不受保护的。但是，不明显妨碍雇主业务工作的和平立桩示威可能不仅会受到歧视法的保护，还会受到《全国劳工关系法》(National Labor Relations Act) 的保护。（这部综合法是本系列另两本手册的主题）。

在抗议中忽略其工作职责的雇员可能会丧失举报保护，但占用合理少量办公时间进行控诉的雇员可能会受到保护。例如，占用工作时间撰写电子邮件向上级证明诉称歧视做法的工人可能会受到保护。

美国各州与地方雇佣歧视法

在处理就业歧视方面，美国联邦政府并非孤军作战：州和地方政府也通过了有关该领域的各种法令。某些地区的反歧视法仅仅照搬了美国联邦的反歧视法；但有些州市则广泛地扩展了雇佣歧视保护范围。

例如，美国有些州和城市禁止基于吸烟史、遗传资料、被捕记录、接受公共补助的状况、性取向、婚姻状况和政治观点等因素的歧视。许多州的举报者法令还保护举报雇主各种非法活动的雇员。由于各州的保护水平相差极大，最好在对可能受到保护的雇员采取不利措施前咨询有资格的律师。

预防措施

几乎所有雇员都可能属于某类受保护群体，由于法院对起诉人提起歧视指控设定的限制标准较低，雇主在做出所有雇佣决定前三思而行就变得至关重要。下面是为最大程度地减轻公司在这些诉讼中的责任而可以采取的一些实际措施。

A. 业绩评估

雇主因为“业绩不佳”而解雇员工相当常见，即使该雇员曾多次得到“满意”或“良好”的业绩评估。“满意”往往是一个企业给出的最差评级。如果雇员最终因业绩不佳而被解雇，然后提起歧视诉讼，贵公司可能会陷入困难境地，必须说服法官或陪审团相信“良好”的评估实际上意味着“差”。为避免这种问题，公正而准确的评估是至关重要的。如果某人的表现不能令人满意，就应明确告知他或她这种不足。如果使用书面表格，用叙述性文字填写而不是依赖于数字系统往往会更好一些。

B. 主管训练

如上所述，反歧视法的庞大数量会使最善意的雇主或主管也难以避免歧视指控。由于主管可能根本不知道他们的法定义务，因此最大程度地降低潜在在歧视指控的一个途径就是对主管进行定期训练，向他们提供有关反歧视法最新进展的资料。

C. 控诉处理程序

美国最高法院规定，公司可以通过为雇员建立控诉处理程序而帮助免除自己对多数骚扰指控的责任。为做到切实有效，该政策最少应包括对骚扰的明令禁止，明确说明发生骚扰时雇员应采取的报告措施，以及及时采取纠正措施的机制。

一旦意识到发生了骚扰，就必须进行调查，并迅速采取适当的纠正措施。公司措施的严厉性必须反映骚扰的严重性。例如，如果某雇员一再以不当、冒犯的方式触摸同事，仅仅将令人厌恶的雇员调到新部门可能并不能使公司免除责任。在这种极端情况下，立即停职或开除可能是唯一适当的措施。

不仅在雇员手册中包含这一政策，而且进行单独张贴以及在公告板上公布都是不错的主意。要求雇员和主管签署确认书，确认已收到该政策副本并接受了有关该规定的训练也是明智之举。

D. 雇佣政策

由于许多反歧视法都允许对不利影响提出质疑，因此重新评估做出雇佣、晋升或解雇决定时使用的标准非常重要。请确保贵公司目前的要求是与工作有关的，取消那些与工作的重要职责只有极少关系或不当预测某人完成既定基本任务的能力的要求。

E. 雇佣和解雇

雇佣和解雇位居雇佣行动之首，最有可能导致歧视指控。明确而一致的筛选、面试和雇佣程序可以大大减轻贵公司的风险。解雇程序中的小心谨慎甚至更加重要。

贵公司的政策应当足够灵活，允许在非常或极端情况下立即解雇，但对于更典型的解雇 - 如涉及业绩不佳或出勤率低的解雇 - 贵公司应该采取渐进措施以随时惩处、记录各种问题。被解雇而感到震惊的雇员比收到预先劝诫和警告的雇员更可能一怒之下提起诉讼。

即使在严重不当行为应受到立即解雇处分的情况下，也应努力不“当场”或一怒之下解雇雇员。仔细调查、识别和查找关键证据，与被控者和可能掌握有关资料的其它人面谈。如果事情属实，且可能导致解雇，明智的做法仍然是先暂时停职停薪，直到调查完成再做决定。允许被控严重不当行为的雇员继续工作，可能会引发公司是否真正认为该行为是解雇的充分依据的问题。

解雇面谈应以尊重的方式私下进行，并有其它管理层代表在场。应假定贵公司在面谈中的行为和言论会最终成为呈堂证供。当然，所有这一切都是“正当程序”。这些方法的确可以减少诉讼的可能性，但如果贵公司仍然被起诉，则在陪审员眼中，贵公司是否公平对待雇员对结果的影响比案件中的任何合法性都更加重要。

F. 仲裁

由于诉讼的激增以及我们社会对甚至最琐碎的事情都予以起诉的倾向，即使是最谨慎的雇主有时也会面临诉讼。即使是没有法律依据的诉讼，辩护起来也是昂贵而耗时的，许多胜诉公司离开法院时，感受到的却是挫败和精疲力竭。

越来越多的公司逐渐放弃将昂贵而耗费精力的审判作为争端解决方法，而转向公司发起的仲裁。这种程序如果设置得当，可以提供迅速而廉价的方式解决那些在法院则可能以其它方式解决的争端。

虽然这种程序的细节超出了本手册的范围，但开发此类程序的前驱 Fisher & Phillips LLP 仍可提供详细的纲领和分析。

结束语

虽然遵守数不胜数的美国联邦与州保护法律对雇主而言似乎有点令人生畏并具有难以置信的限制性，但情况未必如此。公司在做出雇佣和晋升决定时仍然可以自由利用常识和良好的商业判断。

即使是在“雇佣自主”原则已被严重消蚀的州，贵公司仍然可以解雇业绩不佳或存在纪律问题的雇员。不过这需要一定的小心谨慎。

本系列中的其它手册:

反雇佣年龄歧视法案

美国残疾人法案
(雇佣方面)

美国残疾人法案
(公用便利设施)

统一综合预算协调法 (COBRA)

公平劳动标准法
(豁免与记录储存)

公平劳动标准法
(工资和工作时间条款)

病事假法

健康保险可移植性和可纠责性法案 (HIPAA)

移民

全国劳工关系法
(不公平劳动惯例)

全国劳工关系法
(工会组织)

职业安全与卫生条例 (OSHA)

性骚扰

统一编制人员雇佣及再雇佣权法

劳动者转岗和再训练预告法

有关本主题的更多信息, 请联系 Fisher & Phillips LLP 办事处或访问我们的网站 www.laborlawyers.com



United States Office

South Carolina Department of Commerce

1201 Main Street, Suite 1600

Columbia, SC 29201

U.S.A

(800) 868-7232

(803) 737-0400

SCcommerce.com

China Office

美国南卡罗来纳州商务厅中国代表处

中国上海浦东南路588号

浦发大厦32H室

邮编: 200120

电话: 86-21-5054-0116

办事处地点

亚特兰大

1500 Resurgens Plaza
945 East Paces Ferry Road
Atlanta, GA 30326
(404) 231-1400

夏洛特

Suite 2020
227 West Trade Street
Charlotte, NC 28202
(704) 334-4565

芝加哥

1000 Marquette Building
140 South Dearborn Street
Chicago, IL 60603
(312) 346-8061

哥伦比亚

Suite 1400
1901 Main Street
Columbia, SC 29201
(803) 255-0000

达拉斯

Thanksgiving Tower
Suite 4343
1601 Elm Street
Dallas, TX 75201
(214) 220-9100

丹佛

Suite 3300
1999 Broadway
Denver, CO 80202
(303) 218-3650

劳德尔堡

Suite 800
450 East Las Olas Boulevard
Fort Lauderdale, FL 33301
(954) 525-4800

休士顿

Two Allen Center
Suite 2220
1200 Smith Street
Houston, TX 77002
(713) 292-0150

欧文

Suite 400
18400 Von Karman Avenue
Irvine, CA 92612
(949) 851-2424

堪萨斯城

Suite 400
104 West 9th Street
Kansas City, MO 64105
(816) 842-8770

拉斯维加斯

Suite 650
3993 Howard Hughes Parkway
Las Vegas, NV 89169
(702) 252-3131

新泽西

430 Mountain Avenue
Murray Hill, NJ 07974
(908) 516-1050

新奥尔良

Suite 3710
201 St. Charles Avenue
New Orleans, LA 70170
(504) 522-3303

奥兰多

1250 Lincoln Plaza
300 South Orange Avenue
Orlando, FL 32801
(407) 541-0888

费城

Radnor Financial Center
Suite 650
201 King of Prussia Road
Radnor, PA 19087
(610) 230-2150

波特兰

Suite 1250
111 SW Fifth Avenue
Portland, OR 97204
(503) 242-4262

圣迭戈

Suite 950
4225 Executive Square
La Jolla, CA 92037
(858) 597-9600

旧金山

One Embarcadero Center
Suite 2340
San Francisco, CA 94111
(415) 490-9000

坦帕

SunTrust Financial Centre
Suite 2525
401 E. Jackson Street
Tampa, FL 33602
(813) 769-7500

FISHER & PHILLIPS LLP

ATTORNEYS AT LAW

www.laborlawyers.com