

# 劳动就业中的性别歧视与合理差别对待

陈林林 兰婷婷

(浙江大学 光华法学院,杭州 310008)

**[摘要]** 平等是禁止性别歧视的基础性理由,但并不意味着绝对的同等对待。劳动就业领域允许存在合理的差别对待,但需要设置明确的合理性判定标准。在兼顾形式平等与实质平等的法理分析基础上,机会平等、职业的专业性标准、生理标准、公共利益——第三方利益标准以及排除性标准,可以作为界定基于性别的合理差别对待的参考标准。

**[关键词]** 劳动就业;性别歧视;就业平等;合理差别对待;判定标准

**[中图分类号]** F241.4 **[文献标志码]** A **[文章编号]** 1672-4917(2016)02-0089-07

就业性别歧视是一个普遍存在的社会现象。尽管我国立法明确规定禁止基于性别原因的歧视,但各地不同形式、不同程度的就业性别歧视依旧层出不穷。招聘启事中的性别要求尤其常见。根据近年来国家人力资源和社会保障部公布的全国部分城市公共就业服务机构市场供求状况分析的相关数据(主要以2010年至2014年的数据为主),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,对男性的性别偏好明显且始终高于女性,最大差距高达10个百分点。<sup>①</sup>显然,性别歧视已是就业歧视问题的重灾区。

歧视是一种恶,是对平等价值的严重背叛。但是,歧视又容易为“合理的差别对待”所遮蔽。国内两起较具影响力的反就业性别歧视案件<sup>②</sup>,充分暴露了反就业性别歧视问题的疑难性和复杂性,该问题纠缠了个人求职者的平等就业权、用人单位的自主经营权以及社会的公平与效益等问题。要解决该问题,必须透过表面的平等与歧视争论,重新界定平等、歧视以及合理差别对待三者的内涵与相互

关系,进而确定合理差别对待的判断标准,并尽可能公正地解决就业领域的性别歧视论争。

## 一、平等与歧视的法理分析

人的进化,使人类成为所有生物中最具多样性的物种。人与人之间的差异基本分为两种:一种是自然而成的先天差异,如性别、种族、肤色、身高、智力等方面的特质差异,这种差异是无法改变的生物遗传结果;另一种差异形成于后天的社会生活,如社会地位、学识、品德、才能等,这种差异可以凭借个体努力以及环境的改变而改变。这两种差异将永久存在,并成为人与人之间不平等的起源。相应地,平等之真谛乃是平衡与协调。真正的平等并不意味着不存在区别对待,而不平等也并不等于歧视。

对平等的理解,往往过于关注“等”与“同”,而忽视“平”之内涵。“等”“同”经常意味着完全相同,而“平”则是平衡,并不相当于“等同”。换言之,平衡可以容忍某种程度的“不平等”。阐释

**[收稿日期]** 2016-01-06

**[基金项目]** 国家2011计划司法文明协同创新中心资助、教育部新世纪优秀人才支持计划(项目编号:NCET-13-0512)资助。

**[作者简介]** 陈林林(1974—),男,浙江嵊州人,浙江大学光华法学院教授、博士生导师;兰婷婷(1988—),女,浙江衢州人,浙江大学光华法学院法理学博士研究生。

① 数据来源于中国就业网全国职业供求分析报告, [http://www.chinajob.gov.cn/DataAnalysis/node\\_1041.htm](http://www.chinajob.gov.cn/DataAnalysis/node_1041.htm), 访问时间:2015年5月30日。

② 一个是2013年的“全国就业歧视第一案”——女大学生诉北京巨人环球教育科技有限公司。在《就业促进法》发布并生效五年后,该案作为首例以“维护女性合法权益”为由提起诉讼的“第一案”最终以和解结案,受歧视的女大学生得到了一笔所谓的“关爱女性平等就业专项资金”。另一个“第一案”是2014年发生在杭州的“浙江就业歧视第一案”——女大学生诉杭州新东方烹饪学校(招聘广告上为新东方烹饪学校,注册名为杭州市西湖区东方烹饪职业技能培训学校),该案虽然最终以原告获得胜诉,法院判定企业行为构成歧视,侵害了被告人的平等就业权,但是其判定理由及说理却十分单薄。

“平等”之“平”与“等”之内涵,可以借助于物理学上“力”做一说明。在经典物理学中,力的作用是相互的,只有保持一种相对平衡,才能维持稳定。“力”视界下的平等是对各种对立、冲突进行平衡和协调,达致一种社会状态乃至人心的安定与稳定。<sup>①</sup>在社会生活的规则话语体系下,平等的目的是实现社会的稳定和人心的平和,通过法律规范适用过程中的利益平等,保障权利与义务相匹配。“平衡”可以和“衡平”互训,“衡平”即意味着平等、公正。

因此,平等一定和具体情形中的一些实质性资源分配和诉求主体的力量相关,从而转化为一个调和性的概念——比例平等。比例平等强调“每个人得到自己应得的份额”,即每个人根据自己的贡献、能力、需求不同而获得所应得的份额。<sup>[1]</sup>比例平等的主旨,是在不同情况下如何恰当地对待不同的人。<sup>②</sup>即所谓“相同情况相同对待,不同情况不同对待”,或者说,必须引入合理差别对待这一概念,在法律领域也是如此。就如德国学者史塔克所言:“涉及平等的规定,有的是禁止差别待遇,有的则是要求差别待遇”,<sup>[2]</sup>两者的区分就在于是否存在差别对待的充分合理的理由。

从理论和实践中可以梳理出平等与歧视之间存在的四种关系:第一种是形式平等,即相同情况相同对待;第二种是形式不平等,即相同情况不同对待,这种情形构成了直接歧视,但若有充分理由则允许;第三种是实质不平等,即不同情况相同对待,这种情形构成了间接歧视,但若有充分理由则允许;第四种是实质平等,即不同情况不同对待,但是若无充分合理理由,实质平等可能导致反向歧视,也就是给予某些群体特殊(优惠)待遇。

形式平等禁止任何形式的差别对待,但是绝对的平等并不等于不歧视,而相对的不平等并不一定都是歧视。形式平等禁止直接歧视,即形式不平等。具体到就业歧视,形式平等禁止一切根据性别、种族、民族、肤色、出生、宗教信仰、国籍等进行

的分类,但具有正当理由除外。许多国家的反歧视立法遵从了该原则,如爱尔兰1998年的《平等就业法》,第6条规定歧视是指“一个人受到或者已经受到或将要受到比其他人不利的差别对待”;英国1975年《性别歧视法》同样遵循了形式平等,该法第1条第(1)款规定:“因性别原因而给予女性的差别待遇比给予男性的差构成性别歧视”。<sup>[3]</sup>在直接歧视中,歧视的故意性和公然性毫不掩饰,对这种极端且明显的歧视的禁止是对平等的最直接的保障。

不同情况相同对待会构成间接歧视。间接歧视是一种高度隐蔽且不易被发现的歧视,表面看似对所有人都一视同仁,都给予相同的对待,实质上却可能使得某一类群体处于不利地位——一种隐蔽的不平等状态。<sup>③</sup>现实中,人与人之间的差异不可避免,尤其是后天形成的差异,必然要求对个体进行区别考虑,“一刀切”的同等对待只能带来不平等的后果。对实质平等的追求,亦是各国反歧视立法的目的之一。1975年英国《性别歧视法》、1998年爱尔兰《平等就业法》、欧盟2002年修订的《欧盟男女平等待遇指令》等都对间接歧视做出了规定。相比较于直接歧视,间接歧视不存在故意性,但是却更隐蔽、更难以认定,因此对平等的破坏性也更大。对间接歧视的禁止挑战了传统的规则,更新了人们对于平等与差异的认识观。

不同情况不同对待追求的是一种实质平等,但对实质平等的过分追求则可能导致“反向歧视”。实质平等要求根据个体的差异性给予不同群体相应的差别对待。由于过分追求结果平等,能力差、需求大者通常会被给予超出正常范围的特别优惠待遇,而这往往造成另一种不平等,最为典型的便是美国的“补偿行动”(affirmative action)。所以说,某些国家宪法所规定的对特殊人群的特殊保护,若超过合理范围也可能形成“歧视”。

① 根据《现代汉语词典》对“平衡”的解释,“平衡”是“对立各方在数量或质量上的相互抵消”,或是“作用在物体上的各个力相互抵消,达到一种静止或匀速运动的状态”。参见中国社科院语言研究所词典编辑室:《现代汉语词典》,商务印书馆2000年版,第978页。

② 根据英国学者米尔恩的观点,比例原则要求:a)某种待遇在一种特定的场合是恰当的,那么在与这种待遇相关的方面,相等情况就须相等对待;b)而与这种待遇相关的特定方面是不相等的所有情况,必须受到不平等的对待;c)待遇的相对不平等必须与情况的相对不同成比例。参见[英]A. J. M. 米尔恩:《人的权利与人的多样性——人权哲学》,夏勇、张志铭译,中国大百科全书出版社1995年版,第59页。

③ 根据欧盟法第2000/78指令,间接歧视是指表面上看似中立的规定或标准,使特定种族、性别、年龄的群体处于与他人相比不利的地位,除非有证据证明该规定或条款存在合法目的或理由。

## 二、就业性别歧视与合理差别对待

平等与歧视并不是一个完全对立的关系。平等允许存在合理理由的差别对待,只有那些不合理的差别对待才能被称为歧视。相应地,所谓就业性别歧视就是在就业领域中,基于性别原因而产生的不合理差别对待。合理差别对待,就是具有充分且合理理由的差别对待。

对就业歧视的界定,较早见于国际劳工组织1958年的《就业和职业歧视公约》(第111号公约)。公约第1条规定:“就业中的性别歧视即是基于性别的任何区别、排斥和特惠,其后果是取消或损害就业方面的机会平等或待遇平等。”1979年联合国《消除对妇女一切形式歧视公约》,该公约对女性的保护更明显、更直接,其中第1条规定:“‘对妇女的歧视’一词指基于性别而作出的任何区别、排斥或者限制,其影响及目的均足以妨碍或否认妇女不论已婚未婚在男女平等基础上认识,享用或行使在政治、经济、社会、文化、公民或者其他方面的人权和基本自由。”不难发现,劳动就业中的性别歧视有以下几个特征:第一,发生在就业聘用环节,包括招聘启事、简历筛选、面试等环节;第二,是基于性别的不合理差别对待,并且被歧视的对象既可以是女性也可以是男性;第三,歧视必须表现为行为,内心活动不构成歧视。

合理差别对待的存在是对形式平等困境的补救。联合国人权事务委员会第18号一般性意见指出,如果区别对待是客观的、合理的,并且是为了实现合法目的的,那么就不构成歧视。<sup>[4]</sup>因为尽管法律要保障平等就业权,但是法律并不能禁止一切的差别对待,总有些合理的私人自治意义上的私权利以及公共利益需要保全。在价值层面,合理差别对待之“合理性理由”通常以实质平等、少数人权利、维护公共利益、福利国家等理念为支撑。<sup>[5]</sup>关于性别差别对待的合理理由,主要存在四种类型:一是企业经营权考量;二是岗位特殊性考量;三是弱者保护及政策考量;四是公共利益考量。

企业经营权理由主要是指企业对其经济利益的考虑。保障经济收益的最大化是大多数企业的经营目的,也是在招聘员工时主要的考量因素。企业在招聘员工时总会从员工创利潜能以及单位效益最大化角度加以衡量。同时兼顾单位部门的具

体需求,录用潜力大,所需人力资本投入少的求职者。女性求职者之所以频频遭受拒绝,多半是因为根据固有的观念,女性能给单位带来的收益低,甚至可能需要单位更多的资本投入。相较于男性员工,女性员工特有孕产假、育儿假等休假期,并且已经生育女性必然会在家庭生活方面投入更多的时间与精力,影响工作的高效性。从经济理性人角度看,这是雇主的“合理”考虑。但是现代企业不仅需要进行“经济理性”考虑,同时也必须承担相应的“社会责任”。在就业领域,企业不能因自己的利益和价值取向,对某些群体进行贴标签并予以区别对待,从而对社会整体的价值偏好产生影响。承担并履行促进就业方面的社会责任,不仅是企业的一项道德义务,也可能是一项法律义务。<sup>①</sup>

岗位特殊性理由,主要是指职业的特殊需求。“职业需求”的理论源于国外反就业歧视法中的“真实职业资格”理论。该理论认为,特定行业正常运营所需要的职业资格,不构成歧视。<sup>[6]</sup>英国《性别歧视法》和《种族歧视法》对“真实职业资格”的情形进行了列举性规定,如基于生理因素、工作性质、女性权益保护等。<sup>[7]</sup>德国联邦劳动法院曾在一项判决中指出:“只有当一种性别的群体与另一种相比,不具备完成劳动合同内容的能力的情况下,性别才能构成不可或缺的前提条件,而且这种能力的不具备止步于两性平等权的法定价值判断。”<sup>[6]</sup>岗位特殊性要求,具体可分为两类,一类是基于事实上的职业需求,如生理、情感/羞耻感、道德等原因。如奶妈职业、催乳师、男(女)演员等职业就属于生理原因的职业需求。但是对于很多职业来说,职业上的特定性别要求并不十分明显。例如虽然助产人员普遍认为当由女性从事,但是欧共体曾判决英国禁止男性申请助产师构成了对男性的歧视,目前英国已经允许男性从事助产师职业。<sup>[8]</sup>另一类岗位特殊性要求由法律规定,例如法律规定禁止女性从事矿山井下等高风险工作。<sup>②</sup>但时至今日,关于女性特殊保护的法律规定早已滞后,原本出于保护目的的立法如今反而成了阻碍女性就业、实现女性自我价值的绊脚石。

保护弱者及政策理由,是指出于保护的目禁止女性从事一些所谓的危险工作。长期以来的男

① 如我国《促进就业法》第三章,着重强调了“公平就业”问题,其中不仅要求各级人民政府应当创造公平就业的环境,同时也责令用人单位在招用人员的过程中应当给予劳动者平等的就业机会和就业条件,不得实施就业歧视。

② 例如《女职工禁忌劳动范围的规定》(1990年颁布)以及《女职工劳动保护特别规定》(2012年颁布)的相关规定。

女分工制度,使得女性一直被视为弱于男性。女性由于社会和生理原因形成的不利地位,需要社会在一定时期内将其作为弱者加以保护。相应地,争取男女平等、推进妇女与社会的协调发展,绝不仅仅是妇女的事情,而是政府的责任。纠正男女地位不平等,促进社会性别与社会的全面协调稳定发展,显然已经成为了国家的基本义务和责任。对正处于转型时期的中国而言,旧的社会体制已经打破,而新制度尚未完全建立,重塑社会对性别的认识,改善女性的生存状态,对推动社会顺利转型,保障社会全面稳定可持续发展具有至关重要的作用。“女人不是天生的,而是变成的”,<sup>[9]</sup>社会曾经给女性贴上的“弱者”标签,需要借助社会制度之力来抚平并揭去。但女性的弱者地位只是暂时的,国家以及社会不能借保护之名,对女性采取永久性区别对待。自然的不平等可以归咎于“上帝的不公”,但是人为的不平等就是一种“剥夺”。过度的保护同样会形成另一种歧视,给予妇女歧视性待遇的做法是不公正的。

公共利益理由,主要是为了解决权利冲突问题。就业招聘之所以需要进行区别对待,是因为出现了权利配置上的抵牾,或者说经营收益权与社会公共利益之间的冲突、求职者平等就业权与公共利益之间的冲突等。在面对权利冲突和利益分配不平衡的情况下,作为社会法的劳动法必然需要从社会整体出发,在确保恰当比例正义之下,实现社会利益最大化。当个体权益或小团体权益(企业权益)与社会整体利益相冲突时,在社群主义者看来任何个体或团体都应当较少考虑小我,将整体社群利益作为自己的责任,社群和社会的利益才是法律原则和法律规则关注的焦点。但是,社会公益并不是唯一的“善”,个人的自由与本性同样需要被尊重并予以保障。在个人与社会之间,“法律是一种与社会关联着的人类行为模式,同样必须受制于那些规范着每个私人行为的公正法则。”<sup>[10]</sup>

显然,不论私权保护,还是职业需求,亦或是公权优先之理由都有其时代性和不周延性。关于就业性别歧视问题的真正症结并非歧视的定义,也非是否存在禁止歧视之例外,而是关于“合理差别对待”之“合理性”的具体判定。

### 三、基于性别的合理差别对待的判定标准

界定合理差别对待之“合理性”,殊非易事。既然承认个体的差异性,合理的差别对待就要符合合

理的差异,不同的情况需要有不同的标准。基于性别的合理差别对待,既要兼顾性别平等和性别差异,也要考虑不同人的职业能力、知识水平以及职业的客观需求,还要考虑社会公共利益。就业领域中性别合理差别对待的判定标准,既不能过度保护劳动者,对雇主提出过分的要求;也不能以损害劳动者的就业权为代价。本文提出,探讨的劳动就业中的性别歧视,其判定标准可以从“同一平等——机会平等”标准、“差异平等——真实职业资格”标准、公共利益标准以及排除标准等四方面进行统筹考虑。

#### (一)同一平等——机会平等

同一平等的机会平等强调一种形式平等、起点平等,这意味着雇主在聘用过程中应当同等对待不同性别群体。在就业市场的供需选择中,由求职者自己决定是否参与应聘该岗位,而不是由招聘单位直接规定性别条件,剥夺某类群体的入职机会。一个完全竞争的社会,真正的差异性应当体现在作出选择之前,即在初始进入竞争时,不同人所具有的禀赋差异。<sup>[11]</sup>

劳动就业中招聘启事、简历筛选以及面试过程都可能存在机会不平等,如企业招聘启事中的性别要求、简历筛选及面试中的性别偏好和特殊要求。招聘启事中提出性别要求构成歧视,这已为立法者和法院所承认。简历筛选及面试中的歧视,因其隐蔽性成为当前反就业性别歧视讨论的热点,并且也基本被视为歧视。劳动就业从劳动经济学供需关系角度看,其本质就是求职者和雇主相互间供需获得满足的关系。求职者“出售”劳动力,雇主提供岗位、购买劳动力,若最终双方达成一致,则劳动者赢得岗位和工作,雇主获得劳动力。劳动就业的简历筛选和面试环节是雇主与劳动者进行信息交流、彼此相互了解的重要过程,若在此阶段,劳动者就因性别原因而被剥夺了平等的机会,那么供需双方将无法获得充分信息实现相互了解。双方所掌握信息的不充分和不对称是导致歧视的主要原因。

平等地争取公平竞争的机会,是个人追求并实现权利平等的起点。在一个分配系统并不十分完善的社会,再加上每个人在生理、能力、社会地位等方面的差异性,机会平等是每个人改善自身不良处境的重要途径。就业机会不公,尤其是聘用时的机会不公,必将导致社会冲突问题愈演愈烈。

#### (二)差异平等——职业需求标准

机会平等主张聘用过程平等,真实职业资格标

准则强调聘用结果平等。差异平等要求考虑男女两性的差异,考虑具体职业岗位的不同需求,进行具体问题具体分析、不同情况不同对待。具体而言,职业需求标准包括专业性标准和生理性标准两点:

### 1. 专业性标准

专业性标准又称技术性标准,指用人单位根据具体的岗位、职业之需,对求职者提出技术限制,不符合标准者可能较差或无法正常、顺利完成工作。专业性标准可分为两类:一类是一般专业要求,或称绝对的专业要求,即某些职业对专业技能或职业资格具有严格的要求,但无需考虑性别等其他因素。如会计师、律师等。另一类是相对的专业要求,或称为特殊的专业性要求,指某些职业或岗位不仅对职业技能或资格具有要求,而且还需要考虑性别因素,性别的不同可能影响工作完成的质量。就第一类情形而言,只要满足职业所需的专业技能或资格要求就不得因性别等其他原因加以区别对待,否则就构成就业性别歧视。

后一类情形则较为复杂,关于性别的要求是否合理可以从“重要的”“决定性的”角度进行考虑。首先,“重要性”或“决定性”应当从广义上来理解。某项工作,在具有相同技能或资格的前提下,任一性别群体都能够顺利完成,只是就最终完成质量以及岗位设置目的而言,某种性别群体较另一性别群体完成得较差或者与预期目标不符或相差较远。如德国莱茵兰(Rheinland)州劳动法院2008年审理的一起性别歧视案件<sup>[6]</sup>:一家寄宿学校女生部招聘生活和业余爱好辅导员,一名持有相关证件的男性应聘者应招却未被录用。原因是该工作需要值夜班,管理7~13年级、年龄在13~19岁之间的女性学生,故校方认为男性不适合该岗位。该男性求职者主张自己受到了性别歧视,他认为自身各方面条件都符合作为辅导员的要求,指出值夜班并不是生活和业余爱好辅导员的主要工作职责。法院没有支持他的观点,认为对性别的要求是该岗位的“重要性”条件,对工作质量完成的好坏具有“决定性”影响。男性辅导员在女学生宿舍值夜班必然会感到不便,从而放松监管,不能很好地做好监管工作。因此判定学校做法不构成性别歧视。

其次,“重要性”或“决定性”影响必须是针对全部工作或者是核心工作内容而言。这是一个量的标准和质的标准的考量。量的标准是指在性别歧视案件中,如果求职者或劳动者不符合性别要

求,可能无法正常开展的工作占据全部工作内容的绝大部分。符合上述情况的性别要求就可以视为“重要性的”或“决定性的”条件。例如男性监狱招聘男性管理者。对监狱管理者而言,其主要的、重要的工作是监管犯人,防止犯人出逃,而女性管理者可能由于身体素质原因无法很好地完成工作,不仅可能危害自身安全,甚至可能导致犯罪分子越狱,危及社会其他人员的人身安全。就这类岗位招聘而言,性别因素便具有“重要的”“决定性的”影响,因此提出性别要求并不构成性别歧视。

质的标准要求考虑职业设立的宗旨。同样是前面提及的寄宿学校招聘辅导员案,男性求职者在上诉中提出,夜间值班不过是辅导员工作的一小部分,且不是工作的主要内容,学校不应将此作为重要考虑。法院未支持上诉,理由是认为岗位工作重要性的判断还要根据雇主设定岗位的初衷。本案中学校原本打算安排4名女性辅导员轮流值夜班,每人一周,一个月为一周期,虽然每个人值班的时间不长,但是值夜班工作内容涉及监督女生正常作息,必然会与学生亲密接触,男性定有不便,并且这也是该学校的办学特色。因此,上诉法院同样认定学校行为不构成性别歧视。

### 2. 生理性标准

生理性标准是指某些工作必须且只能由某种性别群体完成,这是人力无法改变和选择的客观性标准。生理性标准通常表现为两类情形,一类是绝对的生理性别要求,某些职业必须且只能由某种性别从事。如奶妈职业必须由女性担任,因为只有女性才能分泌乳汁;男女演员的特定性别要求,虽然就演员职业而言,在性别上可以反串表演,但是从效果角度考虑,本性出演必然能够取得更佳效果(这里排除做变性手术的情形)。另一类由职业特色所决定。如男性主题或者女性主题的场所,例如女厕所清洁员。这虽然不是具体工作需要,但因职业的特殊性必须对性别提出特殊要求。诸如此类的职业,对求职者的性别提出专门的要求可以视为歧视。

需注意的是,有些职业的性别要求看似符合生理性标准,但仔细辨别却有云泥之别,实质上构成了性别歧视。如搬运工职业,一般要求员工须具备强悍的身体素质,具有较大的身体力量,能够搬动重物,雇主招聘时就可能拒绝录用女性;反之,如服务类工作,要求员工细心体贴,能够照顾人,则男性求职者可能被拒绝录用。雇主若仅仅因此对不同

性别加以区别对待便构成性别歧视。在 *Weeks v. Southern Bell Telephone & Telegraph Co.*<sup>[12]</sup> 一案中,被告公司拒绝雇佣女性担任转辙工(switchman),理由是该岗位的工作多数情况需要搬运或举起较重的物品,女性员工恐怕不适合。美国第五巡回法院认为,只有群体中所有人或者几乎所有人都无法安全且有效地完成工作的本质部分,该理由才能获得“真实职业资格标准”的支持,否则,所有应聘者都有必要进行个体测试,决定是否能够胜任该工作。因此,法院判定被告公司性别歧视成立。

### (三) 公共利益——第三方利益标准

公共利益标准是指为了第三方利益或者公共利益,而必须采取的区别对待。该标准的适用必须同时符合两点要求:第一,如果不采取区别对待,将对第三方或公共利益造成巨大的、难以补救的损害;第二,无法通过逐一测试证明所有某种性别群体皆不适合该职业,而只能采取统计性判断标准——将群体的基本特征视为整个群体所有个体的特征。上文所列举的男犯监狱拒招女性管理者同样可以适用该标准。在这类招聘中,拒绝聘用女性更主要的原因是为了维护社会安全,保障公共利益及其他不确定的第三方利益。一种支持歧视的观点认为,在只关押男性犯罪分子的监狱或看守机构中,女性管理者被性侵几率和可能性较大,这对女性管理者而言(如果聘用的话)势必是一个潜在的巨大威胁,并且这种危害一旦发生,对个人而言会造成身心难以弥补的巨大创伤。但法院认为该理由并不成立,因为如果仅仅为了女性人身安全而拒绝录用这一理由成立的话,那么在其他职业招聘中就可以以安全、卫生、体质弱等其他同性质理由对女性加以歧视,女性在就业领域所可能面临的歧视会愈加严重。此外,监狱或看守机构,以及女性管理者本身可以通过加强安保和防范措施来避免危害行为的发生,故而该理由也不能成立。因此在该类招聘中,真正支持拒绝招录女性的理由是:女性管理者因生理能力原因可能难以控制男性犯罪分子,一旦犯罪分子越狱成功失去控制,对第三方或公共利益及公共安全可能造成无法预计的破坏。<sup>①</sup> 同样的,航空公司出于保护第三方乘客安全的目的考虑,拒绝录用怀孕空姐也不构成性别歧视。<sup>②</sup>

公共利益还可以扩大理解为公共道德,即庞德

所谓的追求公共道德的社会利益。<sup>[13]</sup> 这里所指的公共道德是一个针对社会整体利益来说的概念,是指社会整体的道德风尚,必须与个人隐私相区分。隐私与公共道德最大的区别就在社会公共道德不仅可能影响到个人,甚至可能对整个社会的伦理道德价值造成巨大影响和破坏。美国第九巡回法庭曾就女犯监狱拒招男性管理者做出过判决,即 *Robino v. Iranon*<sup>[14]</sup> 案。法院指出,监管员招聘仅限于女性的招聘条件之所以不构成性别歧视,并不是因为女犯在如厕或沐浴时会感到羞耻,必须由女性进行监管,而是出于安全、教化及道德的考虑。监狱的一项调查显示,在男性管理员监管的女犯监狱中,女犯遭受性侵以及身体伤害的比例极高,因此公共安全是法院认定监狱拒不录用男性不构成歧视的主要理由。

在公共利益标准下,性别因素并不是职业需求之直接要求,但是不同性别对职业可能造成的影响已然超越了职业内容本身的重要性,因此职业需求必须为公共利益让步。

### (四) 排除标准

排除标准是指家长主义,即雇主不得以家长式保护为由,在就业聘用中对不同的性别进行区别对待。典型的如怀孕-哺乳保护,即拒绝招录怀孕哺乳期妇女以及入职后可能生育的妇女,从事某些不受性别影响、也不涉及公共利益或第三方利益的职业。这类案件中,之所以排除家长式保护作为差别对待的合理理由,是因为虽然照顾、保护胎儿和幼儿是每个(准)父母的义务,并且国家及相关工作单位也应当尽量帮助他们。但是,国家及相关单位却不能就此代替(准)父母做决定,剥夺他们——主要是母亲——的工作权利。另外,对于那些应聘时并未生育的具有生育能力者,尽管从观念上看生儿育女、操持家务是她们的天职<sup>[15]</sup>,但是并不是所有的女性都希望成为母亲,也不是所有具有生育能力者必然能够成为母亲,其中涉及许多其他的变量因素。例如在铅工业等相关职业中,雇主会主张女性若长期与铅类化学物品接触可能对身体以及生育能力造成危害,甚至引起难孕、不孕,因此拒绝录用女性。但这种假设并没有经验性的依据,即便存在某些危害,随着科技的发展亦可采取有效隔离保护

① 美国法院曾审理过类似案件,如 *Dothard v. Rawlinson*, 433 U.S. 321, 97 S. CT. 2720, 53 L. Ed. 2d 786 (1977)。

② 美国法院曾判决航空公司让怀孕前5个月之内的飞行助理员停职并不构成性别歧视,目的是为了乘坐飞机乘客的安全考虑。See *Harriss v. Pan American World Airways, Inc.*, 649 F.2d 670 (C.A. 9 1980)。

措施避免意外发生。再者,如果此类化学物品确实会影响人体的身体健康,那么对男性的危害必然也不可避免。如此,除非机器人,否则将无人适合从事此类作业。当然,排除家长保护主义作为区别对待的理由,不过是对企业、雇主任意以性别限制某些群体就业权的禁止,并不意味着企业、雇主就可以因此不顾职员安危、随意剥削劳动者。

#### 四、结语

性别歧视伴随着人们的生活始终存在,因为有所差异的地方必然有差别对待,而人们总是有理由为

自己对他人的区别对待行为进行辩护。生理差异、性情特征、体能强弱、顾客偏好、家长保护、经营收益、职业需要、公共利益等理由,是就业领域中性别歧视的常用说辞。纵览各国立法,法律既对禁止性别歧视作出了规定,同时也规定了允许存在具有合理且充分理由的差别对待。机会平等、职业的专业性标准、生理标准、公共利益——第三方利益标准以及排除性标准,可以成为界定基于性别的合理差别对待的参考标准。但就业问题的复杂性,决定了对差别对待合理性标准的探索永无止境,杜绝就业领域的性别歧视也就任重而道远。

#### [参考文献]

- [1] See Gregory Vlastos. "Justice and Equality", Waldron, Jeremy. "Theories of Rights", Oxford University Press, 1984, pp. 31-72.
- [2] [德]史塔克:《基本权利的解釋与影响作用》,载许宗力著:《法与国家权力(一)》,台湾元照出版有限公司2006年版,第498页。
- [3] 转引自李薇薇:《歧视与尊严:加拿大禁止歧视司法实践的发展》,载周伟编:《禁止就业歧视的法律制度与中国实践》,法律出版社2008年版,第1页。
- [4] 张伟主编:《国际人权文书:联合国人权条约机构通过的一般性意见和一般性建议汇编》,中国财富出版社2013年版,第118-128页。
- [5] 徐刚:《论平等就业权在立法归类中的合理差别》,《浙江学刊》2009年第2期。
- [6] 娄宇:《德国法上就业歧视的抗辩事由——兼论对我国的启示》,《清华法学》2014年第4期。
- [7] 谢增毅:《英国反就业歧视法与我国立法之完善》,《法学杂志》2008年第5期。
- [8] 《欧盟法》,袁发强译,武汉大学出版社2003年版,第327页。
- [9] [法]西蒙·波伏娃:《女人是什么》,中国文联出版公司1988年版,第24页。
- [10] [英]爱德蒙·伯克:《自由与传统》,蒋庆等译,译林出版社2012年版,第253页。
- [11] [美]布坎南:《自由、市场和国家》,平新乔等译,三联书店1989年版,第186-187页。
- [12] See *Weeks v. Southern Bell Telephone & Telegraph Co.*, 408 F.2d 228(5th Cir. 1969).
- [13] [美]庞德:《社会利益概论》,载[美]William M. Evan 主编:《法律社会学》,郑哲民译,台湾远流图书公司1996年版,第94页。
- [14] See *Robino v. Iranon*, 145 F.3d 1109(9th Cir. 1998).
- [15] 李银河:《妇女:最漫长的革命》,中国妇女出版社2007年版,第12页。

## Gender Discrimination and Reasonable Differential Treatment in Employment

CHEN Lin-lin, LAN Ting-ting

(Guanghua Law School, Zhejiang University, Hangzhou 310008, China)

**Abstract:** The fundamental principal of the prohibition of gender discrimination is equality, but it does not mean that two things are absolutely the same. Some reasonable differences are allowed in the equal employment. As a result, it is necessary to set up some judgment standards. Based on the legal analysis of both formal equality and essential equality, the following standards can be taken into consideration, such as the equality of opportunity, bona fide occupational qualifications or genuine occupational qualifications, gender requirements, public security purposes and so on, apart from the principles of paternal authority.

**Key words:** labor employment; gender discrimination; equal employment; reasonable differential treatment; judgment standards

(责任编辑 刘永俊)