

# 从“刻板印象”到“关系型歧视”

## 美国性少数群体就业歧视诉讼的发展历程及启示

陆海娜\*

**摘要** 性少数群体在就业市场上是易遭受歧视的弱势人群,而我国在这个领域的研究较少,不利于保护性少数群体的平等就业权。美国联邦法院关于性少数群体就业歧视诉讼的判决经历了一个从“性别刻板印象”到“关系型歧视”的理论发展,这是美国《民权法》第七章“以绩效为基础的职场”理念的体现,也是半个世纪以来美国民权运动、女性主义运动和同性恋运动推动的社会法律环境变化的结果。我国虽然整体情况与美国十分不同,但劳动法的反歧视条款同样以“绩效”为用人标准来平衡用人单位的用工自主权,并且在性少数群体争取权利的进程方面与美国有相似之处,可以引入“刻板印象”和“关系型歧视”等理论。

**关键词** 性少数群体 就业歧视 平等就业权 刻板印象 关系型歧视

### 引言

性少数群体是指性取向或性别认同与多数人不同的群体,如同性恋者、双性恋者、跨性别者及间性人等,英文中经常缩写为 LGBTI 或 LGBTIQ。<sup>〔1〕</sup> 联合国目前官方使用的名词是

\* 中国人民大学法学院副教授。本文是耶鲁法学院—人大法学院合作科研项目《性少数群体的就业平等保护研究》(项目编号:2018K20477)的阶段性成果。本文同为中国人民大学科学研究基金(中央高校基本科研业务费专项资金资助)面上重点项目(项目编号:18XNA006)的阶段性成果。

〔1〕 此概念来源于《日惹原则》,是2006年11月于印度尼西亚日惹举办的国际法学专家会议上通过的旨在将国际人权法应用到性倾向和性别认同问题的国际文件。性别认同是指“每个人对自己性别深切的内心感受和个人体验,包括对自己身体的个人感觉和其他通过衣着、言语和独特的行为举止等方式认同的性别观”。全文可参见网址,<https://yogyakartaprinciples.org/>,最后访问日期:2018年4月2日。

SOGI(sexual orientation and gender identity),即性取向与性别认同。<sup>〔2〕</sup>性与性别,不仅是生物学或医学上的概念,也是社会和历史范畴。关于性与性别的观念并非天生,而是后天构建的结果。因此国际社会开始使用社会性别(gender)的概念来替代传统的生物意义上的性别(sex)一词。

性生活的变化是现代性最显著的特点之一。<sup>〔3〕</sup>性与社会相互形塑与建构,快速工业化的社会需求导致了“亲密关系的革命”。性与性别的多样化已经成为后工业化国家(比如美国及其他发达国家)的常态。在很长一段时期内,人类社会的法律都扮演着抑制性自由的消极角色,如同性恋的罪名化。但是近几十年来,国际社会和越来越多的国家开始通过法律发挥支持与保护性别平等、多元的积极作用。

在中国也可以看到这种积极的发展态势。改革开放四十年来,国家和社会对私人生活的控制日益减少,对多元的生活方式和亲密关系的容忍度也越来越高。在法律和政策层面,有利于保护性少数群体权利的举措也在逐步发展,如同性恋及其性行为去罪化,允许修改性别重置手术者的身份证件等等。但是由于我国的思想传统,在公共讨论中谈及“性”似乎仍然是一种文化禁忌,性少数群体在公共生活中仍是不可见的。因此,即便法律政策做了有利于性少数群体的调整,这种调整却是默默进行的、碎片化的,几乎没有经过公共辩论,也因此难免缺乏法律规则应有的融贯性和正当性,不利于从源头解决问题。<sup>〔4〕</sup>

公共讨论的缺失和法律的总体沉默使得性少数群体的许多基本权利难以得到充分的保障。平等就业权就是其中一项。这项权利涉及到性少数者的生存与发展。我国人口基数大,按比例推算我国的性少数人口绝对数量巨大,但是在生活中,尤其是在职场却基本处于隐形状态。“不出柜”本身也说明了环境的不宽容,而偶发的为公众所知的歧视事件更说明性少数群体在遭受就业歧视后寻求救济的困境。

近年来,我国关于反就业歧视法的一般理论和司法实践均有发展,<sup>〔5〕</sup>但专门针对性少数

〔2〕 参见网址, <https://www.ohchr.org/EN/Issues/SexualOrientationGender/Pages/Index.aspx>, 最后访问日期:2019年2月24日。

〔3〕 参见常希:“同性恋、家庭和社会:以美国的历史为视角”,载周丹主编:《同性恋与法》,广西师范大学出版社2006年版,第12页。

〔4〕 比如公安部虽然允许已做性别重置手术的跨性别人士修改身份证护照等性别信息,教育部却尚未允许修改毕业证等教育证书的性别信息,导致政策不配套,对跨性别者享有平等就业等权利仍然构成障碍。

〔5〕 近十年的文献参见周伟:“从身高到基因:中国反歧视的法律发展”,《清华法学》2012年第2期,第15—30页;阎天:“反就业歧视法的一般理论——中美两国的建构与反思”,《环球法律评论》2014年第6期,第59—79页;阎天:“重思中国反就业歧视法的当代兴起”,《中外法学》2012年第3期,第560—577页;李成:“平等权的司法保护——基于116件反歧视诉讼裁判文书的评析与总结”,《华东政法大学学报》2013年第4期,第57—68页;李雄:“论平等就业权司法救济体系的构造”,《河北法学》2017年第10期,第2—18页;丁晓东:“探寻反歧视与平等保护的法律标准——从“差别性影响标准”切入”,《中外法学》2014年第4期,第1080—1096页;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,第47—66页;刘晓楠:《反就业歧视的机制与原理》,法律出版社2013年版;陆海娜:《我国对平等就业权的国际保护——以国际法为视角》,法律出版社2015年版。

群体就业歧视的法学研究却为数不多。<sup>〔6〕</sup>我国的《劳动法》与《就业促进法》并未明确将性少数群体写入禁止歧视的列举范围中,但是《就业促进法》第3条规定“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”。加了一个“等”字,就属于未穷尽式列举,理论上完全可以把性取向或性别认同歧视包含进去。<sup>〔7〕</sup>这就使得法院将针对性少数群体的就业歧视纳入禁止范围成为可能。

2018年12月12日,最高人民法院出台了文件新增了两个有关就业歧视的案由:一个是人格权下的平等就业权;另一个是侵权责任下的性骚扰。<sup>〔8〕</sup>这是我国反就业歧视程序法领域的重要进步,但是实体法上仍有许多问题有待厘清。比如究竟什么是就业歧视?反就业歧视条款是否明确保护性少数群体?性骚扰是否包括对同性和跨性别者的骚扰?从以往少量的司法实践来看,答案似乎是积极的。比如2016年所谓的“跨性别者歧视第一案”的当事人小C先后打赢了劳动争议和侵权两起诉讼。受理法院还首次引入了专家证人来解释跨性别的概念等专业理论。<sup>〔9〕</sup>并且二审法院还指出“个人的性别认同及性别表达属于一般人格权的保护范围,对投入的性别认同和性别表达应当予以尊重”。<sup>〔10〕</sup>这些都是本案的进步之处。但是在仔细阅读相关裁判文书后却发现法院虽然没有像以往一些案例里那样回避就业歧视问题,但其对性别歧视的理解似乎主要出于语义直觉,不免流于肤浅。有些概念仍然模糊不清,一些关键问题没有得到厘清。比如性少数群体遭受的就业歧视究竟是何种性质的歧视?在一些具体问题上,如雇主对员工的着装(按照所谓性别气质)要求等,用人单位是否有可能抗辩的理由,比如工作性质的要求?就业歧视的形式千变万化,如果这些问题不解释清楚,个案的胜利很可能无法解决其他性少数者在遭受就业歧视时寻求法律救济面临的困难。本案作为影响性诉讼当然有其意义,法官能在与性少数权利相关理论几乎缺失的法律环境中做出如此判决已属进步。但在我国这样的大陆法系国家,如果实体法规则不清晰,单纯依靠司法实践来突破还是相当困难的。而想要在实体规则上有所进展,对性少数群体就业歧视的相关理论进行研究是必要前提。

在规范针对性少数群体就业歧视的立法方面,国际人权法、欧盟法和一些国家的国内法都

〔6〕 参见卢杰峰:“就业中的性别认同歧视:美国经验及启示”,《妇女研究论丛》2016年第4期,第80—87页;郭晓飞:“说不出名字的歧视——论性倾向歧视和性别歧视的关系”,《法制与社会发展》2011年第3期,第105—117页;高文谦:“涉及LGBT的反就业歧视法比较研究”,载《反歧视评论(第3辑)》,法律出版社2016年版,第130—151页。

〔7〕 1994年制定的《劳动法》第12条规定:“劳动者就业,不因民族、种族、性别、宗教信仰不同而受歧视”。

〔8〕 参见《最高人民法院关于增加民事案件案由的通知》,法(2018)344号。

〔9〕 参见何霞:“我国首例跨性别就业歧视案评析:跨性别应是平等存在的正常性别”,载《中国妇女报》,2017年8月16日, <http://paper.cnwomen.com.cn/content/2017-08/16/041366.html>,最后访问日期:2019年2月24日。

〔10〕 为保护当事人隐私,媒体一般称“小C诉贵阳慈铭健康体检中心有限公司”。本案判决书也因此没有在裁判文书网等渠道公开。本文作者从当事人处获得裁判文书,但为保护其隐私起见,不列出文书具体信息。

有所发展。我国批准了国际劳工组织(ILO)第111号《就业和职业歧视公约》,以及保护平等就业权的《经济、社会及文化权利国际公约》。从两个公约的法理来看,性取向和性别身份的歧视均可作为禁止歧视的“其他身份”(other status)得以包含进去。从我国履行的国际人权公约义务的角度来看,我国的法律必须能够达到保障性少数群体平等就业权的效果。但是因为缺少个案,国际公约在这方面的法理学发展还是粗线条的,对国内法应该如何制定与实施的具体指导不多。而美国和其他国家通过司法实践丰富起来的法理学更值得我国学习。本文作为关于性少数群体就业歧视的比较法研究系列之一,对美国在这方面的法律制度进行梳理和分析,并结合其法律生成的历史和语境,寻找我国可借鉴之处。本文在考查美国的相关立法和司法实践后,主要以美国联邦法院的经典判例为研究对象,结合学术界对此议题的最新研究,分析其法理发展走向,尤其是“性别刻板印象”(sex stereotyping)、“关系型(或关联型)歧视”(relational discrimination 或者 associational discrimination)和“以绩效为基础的职场”(merit-based workplace)的理论,并探讨其中对我国的有益经验。

## 一、美国关于性少数群体就业歧视问题的法律发展与司法实践

美国的反就业歧视法与其种族歧视的历史背景密切相关。南北战争结束后通过的第十四条宪法修正案含有“正当程序”(due process)和“平等保护”(equal protection)条款可以被视为禁止政府进行歧视,包括就业歧视的首要法律渊源。<sup>[11]</sup> 1933年,美国国会通过了《失业救济法案》(Unemployment Relief Act),首次宣布了联邦雇佣中的就业平等原则,即“不得因种族、肤色或者信仰而歧视”。<sup>[12]</sup> 1964年的《民权法》是美国联邦层面最重要的反就业歧视法,它是美国上世纪六十年代的民权运动的直接成果之一。<sup>[13]</sup> 该法的第七章对就业歧视做了规定,把反歧视从公共部门扩大到私营部门的雇佣行为。1965年,国会建立了平等就业机会委员会(EEOC)以执行《民权法》第七章。<sup>[14]</sup>

根据《民权法》第七章,雇主因为种族、肤色、性别、宗教和来源国的原因而对雇员剥夺雇佣机会、隔离和划分成员身份的行为违法。<sup>[15]</sup> 然而《民权法》第七章所规定的歧视原因即“种族、肤色、性别、宗教和来源国”是属于排他式列举(exhaustive list),上述原因之外的就业歧视不受到该法案的规制。性取向和性别认同并没有被专门列在这个禁止清单上。1974年,国会想通过修改《民权法》加入性取向歧视,但是修正案未获得通过。<sup>[16]</sup> 这就使得LGBTI群体要获得《民权法》第七章的保护,至今仍然必须依赖于联邦法院对本条的解释。

[11] See Robert N. Covington, *Employment Law in a Nutshell*, 3ed., 2009, pp. 220-221.

[12] 参见特里·安德森:《美国平权运动史》,上海社会科学院出版社2017年版,第15页。

[13] 同上注,第15页。

[14] 参见网址, <https://www.eeoc.gov/eeoc/history/index.cfm>; [https://www.eeoc.gov/eeoc/newsroom/wysk/enforcement\\_protections\\_lgbt\\_workers.cfm](https://www.eeoc.gov/eeoc/newsroom/wysk/enforcement_protections_lgbt_workers.cfm), 最后访问日期:2019年9月25日。

[15] 42 U.S.C.A. § 2000e et seq.

[16] 参见安德森,见前注[12],第15页。

司法实践方面最新的一个发展是:美国平等就业机会委员会和联邦第七巡回上诉法院全席法庭(en banc majority)在 *Hively v. Ivy Tech Community College* 一案中认定第七章中的性别歧视适用于 LGBTI 群体。<sup>[17]</sup> 对于性少数群体的平等就业权来说,这是一个非常大的突破。而这样的解释是出于“对民权法案的普通含义进行整体上的、基于其目的的理解”。<sup>[18]</sup> 但这样的解释还没有得到各联邦法院包括联邦最高法院的普遍认同,美国学界对此也颇有争议。可以预料的是,本案或类似案件最终会诉至联邦最高法院。但随着特朗普政府对保守派大法官的任命,联邦最高法院在未来一段时间内很可能走向保守,类似案件的结果前途未卜。下文将对美国联邦法院的早期态度及后来的演变进行全面的梳理和分析。

### (一)美国联邦法院对性少数群体就业歧视问题的早期态度

早期的美国联邦法院认为《民权法》中的“性别”只应当依照字面解释被解释为生理上的“性”的差别,而不应当扩大其解释范围,即不应当将性倾向或同性恋纳入到“性别”的范畴。<sup>[19]</sup> 因此,美国七、八十年代的司法实践显示,尽管当事人认为自己因性倾向或性别认同而受到雇主歧视,但他们的权利也无法受到《民权法》第七章的保护。

在 1977 年的 *Holloway v. Arthur Andersen & Co.* 案中,原告认为自己的心理性别是男性但其生理性别是女性,并在 1974 年告知被告自己希望进行变性手术,而被告认为原告应该更换工作。<sup>[20]</sup> 在 1974 年 11 月,被告解除了与原告的雇佣合同。随后原告向地方法院起诉,认为被告因为性别认同的原因而解除与自己的合同的行为属于《民权法》第七章的不合理歧视。地方法院驳回了原告的诉讼请求后,原告上诉至第九巡回法庭,然而第九巡回法庭认为传统的“性别”的含义并不包括心理性别,而《民权法》第七章所保护的“性别”仅仅是“明显的、字面意义上的”男女性别,因此,第九巡回法庭认为对于“性别”的解释不应当被扩大,认为原告并没有因为基于性别原因而受到不合理的歧视。

在 1979 年的 *DeSantis v. Pac. Tel. & Tel. Co.* 案中,以 DeSantis 为首的三名原告认为该公司对同性恋者有着不合理的歧视。DeSantis 因为其同性恋的身份而没有被雇佣,另一名原告 Boyle 在三个月内因为其同性恋者的身份不断受到同事的性骚扰,然而公司却没有采取任何行动以改善她的工作环境,最终她无奈选择辞职。<sup>[21]</sup> Simard 也因其同性恋身份在被雇佣的四年内一直受到上级主管的性骚扰。最终他也无奈辞职,但公司却在他的档案内标记“不适合被雇佣”,并且还公开声明其拒绝雇佣同性恋者。当时的第九巡回法院认为对性倾向的歧视

[17] En banc decision 指诉讼过程中所有庭上法官聆听诉讼案过程,特别是针对一些重要或复杂的案子。在美国,只有全席法庭和最高法院才能做出不同于先前决定的判决。

[18] See William Eskridge, “Title VII’s Statutory History and the Sex Discrimination Argument for LGBT Workplace Protections”, *The Yale Law Journal*, 2017, pp. 322—404.

[19] See, e.g., *Willingham v. Macon Tel. Publ’g Co.*, 507 F.2d 1084 (5th Cir. 1975); *Holloway v. Arthur Andersen & Co.*, 566 F.2d 659, 662 (9th Cir. 1977). Congress’ failed attempts to extend Title VII’s protections to sexual minorities have also been used by courts to justify a narrow interpretation of sex discrimination.

[20] *Holloway v. Arthur Andersen & Co.*, 566 F.2d 659 (9th Cir. 1977).

[21] *De Santis v. Pac. Tel. & Tel. Co.*, 608 F.2d 327, 329 (9th Cir. 1979).

不是《民权法》第七章所禁止的性别歧视,其理由在于雇主仅仅是对同性恋歧视,这种歧视不是由于性别差异而产生的歧视,所以不构成性别歧视,因此不属于《民权法》第七章所禁止的歧视。而就在同一年的 *Blum v. Gulf Oil Corp.* 案中,第五巡回法庭也认为“因为同性恋而被解雇的雇员并不受到《民权法》第七章中禁止性别歧视的保护”。〔22〕

在 1984 年的 *Ulane v. E. Airlines* 案中,第七巡回法院在判决书中表示,“在《民权法》第七章的表述中,基于性别而产生的歧视指的是女人因为她是女人而受到不应有的待遇或者男人因为他是男人而遭到不合理的对待。禁止性别歧视并不代表禁止对性别认同紊乱者或者不认同自己性别者的歧视(即跨性别者)。”〔23〕法院以此为由驳回了原告因实施变性手术而遭到雇主解雇的申诉。

上述案件尽管来自不同的巡回法院,但实际上表明了法院在当时对此类案件的一般态度,即便雇主针对性少数群体的行为构成就业歧视,也不属于《民权法》第七章的保护范围。一些法院认为在国会没有对立法进行修改的情况下,对性倾向或性别认同的歧视不属于《民权法》第七章所禁止的性别歧视的范畴。〔24〕

联邦法院当时的保守态度并不奇怪。美国上世纪七十年代的民权运动主要针对对于黑人的种族歧视,随之而来的新一波女性主义运动也主要关注女性的平等权利,而且较多地反映了中产阶级白人女性的诉求。〔25〕性少数群体的权利诉求具有后现代的特征,要求突破形而上的性别二元认识论,反对性别“本质主义”,主张“多元平等”。而历史还没有发展到那一步,当时的很多女性主义者自身就是持“本质主义”观点的。〔26〕

## (二)转折点:联邦最高法院两个里程碑案件对性别歧视的扩大解释

### 1. *Price Waterhouse v. Hopkins* 案

联邦法院对性少数群体以“性别”为理由提起的诉讼在 1989 年以前均以不符合《民权法》第七章所规定的歧视类别为由不予支持,然而联邦最高法院 1989 年对 *Price Waterhouse v. Hopkins* 一案的判决扩大了对《民权法》第七章中“性别”一词的理解,成为一个转折点。〔27〕尽管该案原告并不属于性少数群体,但该案却将传统理解中的“性别歧视”的概念进行了全新的解释,引入了性别刻板印象理论,这对后来的判决将针对性少数身份的歧视也纳入性别歧视范畴有着重要的开端意义。

〔22〕 *Blum v. Gulf Oil Corp.*, 597 F.2d 936, 938 (5th Cir. 1979) (holding that the firing of an employee due to his homosexuality is not covered by the protections of Title VII).

〔23〕 *Ulane v. E. Airlines, Inc.*, 742 F.2d 1081, 1082—85 (7th Cir. 1984).

〔24〕 卢杰峰,见前注〔6〕,第 84—85 页。

〔25〕 参见海柔尔·卡比:《白人女性听着!黑人女性主义及姐妹情结的局限》,载伊丽莎白·韦德、何成洲主编:《当代美国女性主义经典理论选读》,南京大学出版社 2014 年版,第 91—116 页。

〔26〕 参见劳伦斯·弗里德曼:《人权文化:一种历史和语境的研究》,第七章《女人与少数人》,中国政法大学出版社 2018 年版,第 122—140 页。

〔27〕 *Price Waterhouse v. Hopkins*, 490 U.S. 228, 228, 109 S. Ct. 1775, 1778, 104 L. Ed. 2d 268 (1989).

1982年,原告 Hopkins 向普华会计事务所(现在普华永道会计事务所的前身之一)申请成为合伙人。当时的普华 662 个合伙人中只有 7 名女性。而原告是 88 名备选合伙人中唯一的女性候选人。作为一名优秀的女性,原告的业务能力和口碑在事务所内都无可挑剔,然而事务所的合伙人拒绝了原告请求,原因是原告作为一名女性,其穿着打扮却像一名男性,完全不符合传统女性的标准。她的雇主直言,作为一名女性,就应该“言谈举止、着装打扮都像个女性,而适合女性的发型和珠宝首饰更是不可或缺的”。<sup>[28]</sup> 原告在其请求被事务所拒绝后将事务所诉至法院,案件一直上诉到了联邦最高法院。本案与其他性别歧视的案件不同之处在于:传统意义上的性别歧视是指对于男性和女性的不合理的差别对待,然而本案是因为原告作为一名女性不符合雇主对女性雇员的“刻板印象”或所谓“女性气质”而无法获得晋升。这一点是否构成性别歧视在当时存在争议,因为男性也同样会因为不符合“男性气质”而无法晋升,所以不符合各自“性别气质”的男女受到的待遇是一样的。最后,联邦最高法院作出的判决认定被告构成《民权法》第七章的性别歧视,理由是雇主是因为“性别的因素”而做出了拒绝原告升迁的决定,这一点违反了《民权法》第七章所禁止的基于性别因素而进行就业歧视的规定。如果排除原告性别因素的影响,雇主很有可能会给予原告升迁的机会,因此法院认定事务所的行为构成了性别歧视。该判决将性别刻板印象和与性别有关的其他因素纳入到了“性别”的框架内,使得“性别”不再局限于生理性别和对性别的传统理解。

Hopkins 案成为里程碑案件的主要原因在于其引入了“性别刻板印象”理论。最高法院在判决原文中阐述道:“在禁止雇员受到性别歧视上,国会的意图是打击一切与性别刻板印象有关的不合理对待。”<sup>[29]</sup> 本案的一位专家证人是心理学家苏珊·菲克斯,她解释了刻板印象,即“总体上来说女性气质的刻板印象就是关心社会、善解人意、体贴,而男性给人的刻板印象往往是……有竞争意识、雄心勃勃、争强好胜、独立而活跃”。<sup>[30]</sup> 菲克斯的理论在最高法院的分析中起到了关键作用,Hopkins 成为第一个在法院命令下成为合伙人的人。<sup>[31]</sup> 而此案的判决也就意味着无论男女,如果因为无法迎合这种性别刻板印象而遭受不合理的差别对待,那么这种差别对待就属于《民权法》第七章所禁止的性别歧视。

根据联合国人权事务高级专员办公室的解释,性别刻板印象(gender stereotyping)是“关于女性和男性应当具备的属性、特征或角色的一种一般化的观点或认知”。<sup>[32]</sup> 耶鲁法学院 Eskridge 教授将刻板印象分为两种:一种是描述型刻板印象(descriptive stereotyping),比如认为女性是情绪化的,适合从事某种类型的工作的;另一种是规范型刻板印象(prescriptive

[28] Ibid., p. 235.

[29] Supra note 27, p. 251 (quoting *L.A. Dep't of Water & Power v. Manhart*, 435 U.S. 702, 707 n.13 (1978)).

[30] 参见吉野贤治:《掩饰—同性恋的双重生活及其他》,清华大学出版社 2016 年版,第 173 页。

[31] 同上注,第 173 页。

[32] “A gender stereotype is a generalized view or preconception about attributes or characteristics, or the roles that are or ought to be possessed by, or performed by women and men”, 参见网址, <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Women/WRGS/Pages/GenderStereotypes.aspx>, 最后访问日期:2019年2月24日。

stereotyping), 比如女性就应该有女性气质, 易于合作, 与男性恋爱结婚等。<sup>[33]</sup>

本案的解释有助于跨性别者寻求救济, 因为跨性别群体常常因为着装外形等不符合社会的性别刻板印象而遭受就业歧视。部分外在形象与社会的性别期待不符的同性恋群体也可能直接受益, 比如被认为缺乏“男性气质”的男同性恋者和缺乏“女性气质”的女同性恋者。在 Hopkins 之后, 类似胜诉的案例不少。<sup>[34]</sup> 比如在 Glenn v. Brumby 案中, 原告是一名男性但其心理性别为女性, 因为没有遵循“男性应该表现得更像男性”的刻板印象被公司解雇, 公司声称解雇原告是为了避免原告作为一名男性因为使用女厕所而在公司内产生更多的麻烦的必要举动, 然而联邦第十一巡回法院引用了 Hopkins 案, 认为这是基于刻板印象而产生的不合理歧视, 判决原告胜诉。<sup>[35]</sup> 在 Smith v. City of Salem 案中, 原告遭到了停职, 原因在于他表现出更为“女性化”的行为举止并且告知雇主自己要做变性手术, 联邦第六巡回法院引用了 Hopkins 案, 认为雇主因为雇员无法满足其“男性应该有男性的行为举止”的刻板印象令原告受到不合理的待遇属于性别歧视。<sup>[36]</sup>

Hopkins 案的判决本身并不针对性少数群体, 但是其采纳的性别刻板印象理论却有助于不符合社会性别表达期待的那部分性少数群体获得法律救济。不过, 这个判决并不能保证所有性少数群体在受到就业歧视时都能依据《民权法》第七章规定的禁止性别歧视获得救济, 因为很多性少数者并没有不符合社会性别表达期待, 比如一个男同性恋者可以非常具有所谓“阳刚之气”, 而女同性恋者也可以非常有“女性气质”。如此本案中的刻板印象理论就对他们没什么帮助了。所以 Hopkins 案向前迈进了一大步, 但只是开始的一大步。

## 2. Oncale v. Sundowner Offshore Servs. 案

1998 年, 在 Hopkins 案胜诉近十年后, 联邦最高法院对 Oncale v. Sundowner Offshore Servs. 一案作出了另一个具有里程碑意义的判决。<sup>[37]</sup> 该案的争议焦点为同性之间的性骚扰是否构成《民权法》第七章所指的性别歧视。

Oncale 受雇期间被分配到一个八人小组, 曾有多次, 小组中的三位成员迫使原告在其他小组成员面前作出带有性意味的、侮辱性的举动。其中有两位小组成员对原告实施了身体上的带有性意味的侵犯, 并且一位小组成员常常对原告进行强奸威胁。原告在离职后将原雇主诉至法院。地方法院认为同性之间的骚扰行为不能纳入性别歧视的范畴, 案件最终诉至联邦最高法院。联邦最高法院的判决认定同性之间的性骚扰行为也属于《民权法》第七章中的性别歧视。最高法院从《民权法》的立法目的的角度, 认为该法案旨在避免男性或女性因为其性别原因 (because of sex) 遭受不应有的损害, 而这种损害不应当只局限于异性之间: “性骚扰应当被

[33] Eskridge, *supra* note 18, pp. 322–404.

[34] 参见网址, [https://www.eeoc.gov/eeoc/newsroom/wysk/lgbt\\_examples\\_decisions.cfm](https://www.eeoc.gov/eeoc/newsroom/wysk/lgbt_examples_decisions.cfm), 最后访问日期: 2018 年 11 月 15 日。

[35] Glenn v. Brumby, 663 F.3d 1312 (11th Cir. 2011).

[36] Smith v. City of Salem, 378 F.3d 566 (6th Cir. 2004).

[37] Oncale v. Sundowner Offshore Servs., Inc., 523 U.S. 75, 75, 118 S. Ct. 998, 1000, 140 L. Ed. 2d 201 (1998).

扩展到其他任何一种满足法律要求的性骚扰类型”，倘若这种损害无法用传统的“性别”概念来解释，那么这种概念的解释就应当被扩大。<sup>〔38〕</sup>

美国联邦最高法院早在1986年就在 *Meritor Sav. Bank, FSB v. Vinson* 案的判决中首次将“性骚扰”纳入《民权法》第七章所禁止的性别歧视范畴中。<sup>〔39〕</sup> 当时的“性骚扰”都是指发生在异性之间的骚扰，比如男性以不恰当的语言、行为来挑逗、骚扰女性，或者女性骚扰男性，而发生在同性之间的性骚扰在当时并不被法院认为是“性骚扰”。*Oncale* 案扩大了对性骚扰概念的解释，改变了传统意义上性骚扰只能发生在异性之间的认识。

此后，相关判例法继续沿着这个论证逻辑发展。在 *Terveer v. Billington* 案中，原告作为一名男同性恋者在工作场合受到一名男同事的性骚扰，法院认定雇主因为对原告的刻板印象而未对原告进行救济的行为属于性别歧视。<sup>〔40〕</sup> 在 *Mickens v. General Electric Co.* 案中，原告作为一名女跨男的跨性别者在雇佣时就被雇主单独谈话并谴责，随后雇主对原告在工作时遭受的性骚扰行为不管不问。地方法院认为雇主的行为显然构成了性别成见，对原告的不合理对待构成性别歧视。<sup>〔41〕</sup> 在 *Rene v. MGM Grand Hotel, Inc.* 案中，原告作为一名男同性恋受到了同事的羞辱，他们称原告就是一个“布娃娃”并且说原告的走路方式就像一个女人一样，法院认为这种行为属于基于性别成见的性骚扰。<sup>〔42〕</sup>

根据一些实证研究的结果，性少数群体在职场中所遭受性骚扰的比例相当高，而男同性恋以及跨性别者受到的性骚扰的比例是其中最高的。<sup>〔43〕</sup> *Oncale* 案的判决在保护性少数群体的就业平等权方面又迈进了一大步。但是，此案的判决以及 *Hopkins* 案的判决离联邦法律全面保护性少数群体的平等就业权这个目标仍有距离。

### （三）最新突破：*Hively v. Ivy Tech Community College* 案

联邦法院最新的突破是2017年第七巡回法院对 *Hively v. Ivy Tech Community College* 一案的判决。<sup>〔44〕</sup> *Hively* 是一名女同性恋者，从2000年起在社区大学 *Ivy Tech Community College* 作兼职老师。在2009年，她因为与一名女性在学校停车场吻别而遭到学校谴责。在2011年，*Hively* 申请成为该学校的全职老师，然而除了她以外，其余所有人的申请都得到了学

〔38〕 Ibid.

〔39〕 *Meritor Sav. Bank, FSB v. Vinson*, 477 U.S. 57, 66 (1986). 早在1976年，联邦地区法院在 *Williams v. Saxbe* 一案中就首次认定性骚扰属于《民权法案》第七章的性别歧视。参见卢杰峰：《美国职场性骚扰雇主责任的判例法分析》，《妇女研究论丛》2016年第2期，第71—79页。

〔40〕 *Terveer v. Billington*, 34 F. Supp. 3d 100 (D.D.C. 2014)

〔41〕 *Mickens v. General Electric Co.*, No. 3:16CV-00603-JHM, 2016 WL 7015665 (W.D. Ky. Nov. 29, 2016).

〔42〕 *Rene v. MGM Grand Hotel, Inc.*, 305 F.3d 1061, 1069 (9th Cir. 2002).

〔43〕 See Williams Institute, *Employment Discrimination against Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender People*, UCLA, January 2011, p.2.

〔44〕 853 F.3d 339 (7th Cir. 2017) (en banc) (vacating a thoughtful panel opinion by Judge Ilana Rovner, who followed but suggested revisiting circuit precedent on this issue and who later joined the en banc majority), vacating 830 F.3d 698 (7th Cir. 2016).

校的批准,并且在三年后,Hively也失去了她的这一份兼职工作。Hively将此案一直上诉到联邦第七巡回法院。

第七巡回法院判决认为 Hively 因为同性恋身份遭到解雇属于《民权法》第七条下的性别歧视(because of sex),这是一次全新的突破。主笔本案多数意见判决书的法官 Diane Wood 做了以下说理。

首先,Hively 遭受歧视的理由是因为她本身的性别,理由在于“若 Hively 是一名男性,那他与一名女性之间的任何浪漫情感都不会被遭到歧视,然而 Hively 作为一名女性而与另一名女性之间产生情愫,这便是她遭受歧视的缘由”。<sup>[45]</sup>

其次,Wood 法官引用了 Loving v. Virginia 案中的关系型歧视(associational discrimination)的理论。<sup>[46]</sup> 在 Loving 案中,最高法院判决弗吉尼亚州的跨种族婚姻禁令违宪,理由在于州法律的禁令意味着只有来自相同种族群体的人才有权利结婚,这样的禁令否认了跨种族婚姻本身,属于种族歧视。Wood 法官认为,1967 年的 Loving 案与本案有可以类比之处,因为既然禁止有色人种与白人的婚姻的州立法属于基于“种族”原因的歧视,那么同理,因为一名女性与另一名女性之间有恋爱关系而拒绝将其雇佣也应当属于基于“性别”原因的歧视,这就是所谓的“关系歧视”。

Wood 法官引用 Loving 案进行类比并提出“关系”歧视是本案的独特和创新之处。事实上,针对“关系”的歧视也是刻板印象的一种表现方式,因为刻板印象预设了每个人因为自己的身份就应该如何,比如黑人应当和黑人恋爱结婚,女人就应当与男人恋爱结婚等等。这也是两个案件能够作为类比的地方。

当然对第七巡回法院的 Hively 判决也存在不少争议。持少数意见的 Sykes 法官认为,“性别”本身具备的含义就是将男性与女性区分,因此“性别”并不包含男同性恋或女同性恋,更无法涵盖某一个体与另一个体之间的关系。<sup>[47]</sup> 然而著名的法经济学学者波斯纳(Richard Posner)法官所持的观点是,法律的解释是动态并且随社会发展不断变化的,因此“性别”这个词本身也属于一种“变量”。<sup>[48]</sup>

耶鲁法学院 Eskridge 教授在分析 Hively 判决的论文中指出:法院在进行解释的时候需要依照如下六个标准:①现有立法规定(解释的适用必须与实定法的客观表述相一致);②立法目的;③最高法院的判例;④立法及修正案的审议过程;⑤立法的历史背景;⑥宪法、法律法规以及其他社会规范。<sup>[49]</sup> Eskridge 认为,解释法律最重要的一点在于法律的内涵需要与时俱进,符合不断变迁的社会现实与需求,并以此批判了 Sykes 法官等“原教旨”文本主义者对“性别”一词的机械理解。他指出人们不能仅仅将“性别”作为纯粹的生物学概念与其在社会交往

[45] Hively, 853 F. 3 d. at 347-49 (majority opinion).

[46] Loving v. Virginia, 388 U.S. 1 (1967).

[47] Hively, 853 F.3 d at 360-62 (7 th Cir. 2017) (Sykes, J., dissenting).

[48] Hively, 853 F. 3 d at 354-57 (Posner, J., concurring).

[49] Eskridge, supra note 18, pp. 322-404.

中的作用完全分离,换言之,“性别”同样包括与该性别有关的人际关系。<sup>[50]</sup> Loving 案的逻辑不仅仅针对于种族,其同样能够适用于性别或是宗教。Eskridge 教授从《民权法》的立法进程的角度出发,认为“关系歧视”这种类比是成立的。<sup>[51]</sup>《民权法》于 1972 年通过国会的《平等权利修正案》得到了修订,在法案的修订完成前的听证会上,国会曾针对“关系歧视”进行过讨论。而在讨论时,正是将 1967 年的 Loving 案作为代表性案例来展开说理。哈佛大学教授 Freund 在听证会上阐述道:“既然否决跨种族婚姻的立法是属于违反美国宪法第十四修正案的种族歧视,那么否决同性婚姻的立法则属于违反平权法案的性别歧视”。<sup>[52]</sup> 另一国会议员也同样赞同此观点,认为“平权法案不应当禁止同性之间发生关系。”<sup>[53]</sup> 该法案最终获得通过,尽管该法案没有将“同性婚姻”或“同性恋”的字眼纳入到法案的原文中,但从立法听证会的过程中可以得出,运用 Loving 案进行类比是存在先前依据的。而在另一方面,Eskridge 教授以 1978 年的《孕妇歧视法》来进一步论证 1964 年《民权法》的立法目的。《孕妇歧视法》的目的在于保护孕妇这一特殊群体在工作场合能够获得福利。生育是妇女被赋予的独有的、天生的能力,人们无法将这种能力与性别本身分割开,或者是将生育视为是一种“个人选择”而非性别特征。《民权法》的立法目的在于消除一切对“以绩效为基础的工作场所”的干扰,雇主为怀孕的妇女提供合理的福利显然是符合这样的立法目的。<sup>[54]</sup> 既然怀孕是属于女性的自然权利以及性别特征的一部分,那么,男性与男性交往或女性与女性交往也同样是人类的自然权利,保护也同样符合《民权法》的立法目的。此外,Eskridge 教授还指出《民权法》第七章的另一立法目的在于消除性别刻板印象,而男性(女性)一定要与女性(男性)结合也是一种基于性别的对伴侣关系的刻板印象。若因为相同性别的两个人之间建立了情感联系而在工作场合遭到了不

[50] Eskridge, *supra* note 18, pp. 322-404.

[51] Eskridge, *supra* note 18, pp. 322-404.

[52] “Indeed, if the law must be as undiscriminating concerning sex as it is toward race, it would follow that laws outlawing wedlock between members of the same sex would be as invalid as laws forbidding miscegenation.” Equal Rights 1970: Hearing on S.J. Res. 61 and S.J. Res. 231 Before the S. Comm. on the Judiciary, 91st Cong. 74-75 (1970) (statement of Paul Freund, Professor, Harvard Law School); accord Equal Rights for Men and Women 1971: Hearing on H.J. Res. 35, 208, and Related Bills and H.R. 916 and Related Bills Before Sub comm. No. 4 of the H. Comm. on the Judiciary, 92d Cong. (1971) (including ERA critics invoking Freund’s 1970 Senate testimony repeatedly); Paul A. Freund, *The Equal Rights Amendment Is Not the Way*, 6 HARV. C.R.-C.L. L. RE v. 234 (1971) (asserting that the proposed Equal Rights Amendment would likely implicate same-sex marriage); Note, *The Legality of Homosexual Marriage*, 82 YALE L.J. 573, 574 (1973) (similar).

[53] 118 CONG. REC. 9,314 (1972); see also Andrew Koppelman, Note, *The Miscegenation Analogy: Sodomy Law as Sex Discrimination*, 98 YALE L.J. 145 (1988) (arguing that sodomy laws, like miscegenation laws, violate equal protection because they “support a regime of caste that locks some people into inferior social positions at birth”).

[54] *Discrimination on the Basis of Pregnancy, 1977*: Hearing on S. 995 Before the Subcomm. on Labor of the S. Comm. on Labor & Human Res., 95th Cong. 1 (1977) [hereinafter 1977 Hearings] (statement of Sen. Harrison Williams, Chairman, S. Comm. on Labor & Human Res.)

合理的差别待遇,这样的歧视显然不符合构建“以绩效为基础的工作场所”(merit-based workplace)理论。

## 二、对中国的启示

在比较了中美两国在性少数就业歧视方面的法律发展后,我们可以发现虽然两国的法律体系差异巨大,但是在反就业歧视法方面却有着共同的立法理念,即绩效原则;另外从法律发生的历史和语境来看,我国在性少数就业歧视问题上也有与美国的相似之处。因此,在这个问题上,美国的相关法律理论和实践对我国有着重要的借鉴意义。

### (一)中美反就业歧视法的共同理念:绩效原则

中美两国的法律体系十分不同,两国反就业歧视立法的历史社会背景也截然不同,我国法院也不可能具备美国法院那种“司法能动性”。<sup>[55]</sup>但是两国的反就业歧视法律规范却有一个共同的立法原则,即“以绩效为基础的就业场所”,为表述方便起见,我们可以将其简称为“绩效原则”。

《民权法》第七章的立法目的在于为所有雇员创造一个“以绩效为基础的工作场所”,在这样的工作场合中,员工的个人能力与在工作中的表现将被作为唯一的考察标准,而与绩效无关的个人身份或个人特征(personal characteristics)就不应被作为选择员工的标准。Eskridge教授分析了“以绩效为基础的工作场所”理念的哲学基础,他指出:绩效原则符合马克斯·韦伯对于现代文化有别于父权文化的分析,前者强调围绕目标和绩效组织生产,而父权文化下的社会经济结构则是依据个人的社会身份来建立的。<sup>[56]</sup>而“以绩效为基础的工作场所”就是一种现代文化的体现,因而是非常“可欲的”。此外,“以绩效为基础的工作场所”的理念还契合主张“最多数人的最大利益”的功利主义思想,因为遵循绩效原则可以最有效的分配资源,最大程度地减少干扰生产的行为,比如性骚扰。绩效原则还符合正义理论,因为在“无知之幕”(veil of ignorance)后面谁也不知道自己的身份,强调绩效是最公平正义的。另外,民权运动和女性主义也会认为坚持绩效原则可以对抗偏见与刻板印象,虽然他们主张的“多元职场”理念有时会与功利主义和经济考量产生冲突。<sup>[57]</sup>

阎天在考查了我国1994年《劳动法》出台前后的一些文件后得出:我国劳动法的反歧视条款也是基于一种“择优录取”的以绩效为标准的职场理念。<sup>[58]</sup>我国改革开放后开始改革企业用工制度,给予企业用工自主权。为了防止企业滥用自主权,1994年的《劳动法》通过就业平等权来限制用人自主权。而对于如何平衡两种权利,原劳动部通过《贯彻〈劳动法〉的依据和需

[55] 参见刘晗:《美国同性婚姻裁决的三重语境——平权运动、美国宪法与西方文明》,《中外法学》2018年第1期,第150—169页。

[56] Eskridge, supra note 18, pp. 322—404.

[57] Eskridge, supra note 18, pp. 322—404.

[58] 参见阎天:“重思中国反就业歧视法的当代兴起”,《中外法学》2012年第3期,第560—577页。

立法的项目》的文件强调企业招工需根据劳动者技能和身体条件“择优录取”，从而确立了类似美国的绩效(merit)原则。<sup>[59]</sup>这似乎也与我改革开放后立法采取的实用主义(pragmatism)立场一脉相承。

从“以绩效为基础的职场”或“择优录取”这样一个共同理念出发,将我国劳动法的反歧视条款明确适用于性少数群体应该没有原则性的障碍。也就是说用人单位在用人时应该考虑的是员工的资质和业绩,而不是其性少数者的身份。《就业促进法》第3条已经用“等”字包含了这种可能性,少量的司法实践也认可用人单位基于员工性少数身份的区别对待是一种就业歧视。但是从笔者梳理的2010—2018年之间的涉及就业歧视的几十个诉讼裁判文书来看,我国法官在适用“平等就业权”“性别歧视”这样没有明确解释的法律概念时,仍然难免偏重语义直觉,甚至个别案件的说理显示出法官对概念的理解错误。<sup>[60]</sup>而性少数歧视由于其在日常生活中的不可见性,更是不易为普通法官所理解。在这种法律实践的现实情况下,从权利的法律确认和方便权利救济的角度讲我国仍然需要用司法解释或某种立法形式将性少数群体明确的纳入到保护范围中。对此,我国可以有两种理论进路选择:把性少数歧视归入性别歧视,或者作为一个独立的歧视理由。从以上美国判例的论证逻辑以及相关性别理论可以看出,针对性少数身份的歧视的确与性别有关。无论是跨性别和间性人的性别认同问题还是同性恋、双性恋甚至无性恋等性取向问题,都可以归结为关于性别的“二元论”刻板印象。因此性少数歧视作为性别歧视的一种没有理论障碍。而将性少数歧视作为一种独立的歧视理由则是以一种强调的方式加以保护,并不一定意味着这与性别歧视是截然不同的性质。事实上,纵观各国反歧视法和国际公约中的反歧视条款,很多明确列举的禁止歧视的理由都有重合交叉的情况,比如种族、肤色、语言、民族等都有交叉之处。但无论是何种做法,引入性别刻板印象理论和关系型歧视理论都有助于对性别认同和性取向歧视的理解。

当然,绩效原则不能解决所有的平等问题。其中最大的弱点就是“起点平等”的问题,或者是阿玛蒂亚·森指出的“资源平等”的问题。对于弱势群体和贫困者来说,资源不平等的起点很可能已经决定了其无法以“绩效”与强势群体竞争。而起点不平等的问题需要通过国家进行社会资源平等分配等长期措施来改变,如教育资源的平等分配改革等,不可能快速见效。因此在促进平等就业权方面,以“绩效为基础的职场”原则还必须与平权措施(affirmative actions)相结合。这也符合国际人权法关于平等就业权的法理,即国家应采取长期措施,以最大的可获得资源(maximum available resources),尽最大可能促进平等权利的积极义务。<sup>[61]</sup>在我国也有残疾人按比例就业等平权措施,但是对于如何促进性少数群体的平等就业权却还没有明确的理念。对于后者,主要还是要解决偏见和刻板印象,强调机会平等。这当然要从教育宣传等

[59] 同上注,第560—577页。

[60] 比如,在邓亚娟等与北京手拉手劳务派遣一般人格权纠纷的二审民事判决中,北京市三中院虽然最后认定被告实施了就业歧视,但却认为用人单位刊登明确只招聘男性的广告不构成对原告的歧视,因为公司还是给了原告面试机会。北京市第三中级人民法院(2016)京03民终195号民事判决书。

[61] 参见陆海娜:《我国对平等就业权的国际保护——以国际法为视角》,法律出版社2015年版。

基础工作做起。但在立法和司法实践方面,了解甚至引入美国判例法中的性别刻板印象和关系型歧视理论对我国处理性少数群体就业歧视的争议会有直接的帮助。另外一点值得参考的技术细节是,美国的联邦反就业歧视法并不适用于 15 个雇员以下的中小企业,在英国雇佣法里也有类似的免除中小企业一些责任的规定,这是在公平和效率之间的一种平衡。这种做法可以解决我国立法者担心的过高的劳动保护会增加企业成本的问题,我国不妨加以参考。

## (二)中美性少数群体就业歧视法律发展相似的历史和语境

此外,从法律发生的历史和语境来看,我国似乎也已经走到能够正视性少数群体就业歧视的时间节点了。今天,我国的同性恋或性少数群体争取自身权益的运动方兴未艾,社会观念也因此有所改变。受到西方女性主义理论和性少数权利理论的影响,我国也有不少学者开始性少数相关研究(虽然在法学领域还很少),并积累了一定的理论成果。<sup>[62]</sup>如前文所述,我国在具体法律政策制度上也有进展。这些都为法律系统性解决性少数群体权益保护问题提供了合适的历史语境。

正如 Eskridge 教授指出,美国第七巡回法院对 Hively 一案的判决必须在《民权法》第七章的立法历史、美国社会变化了的性别观念,以及最高法院对同性婚姻合法性的判决的整体语境下理解。以绩效为基础的职场理念自身也是随着时代变化而发展的。在《民权法》制定的上世纪六十年代的美国,同性恋等性少数群体被认为有精神疾病,而同性性行为更是被法律界定为犯罪。在这样的法律和社会现实中,雇佣性少数群体不可能被认为符合绩效理念。<sup>[63]</sup>但时至今日,尽管美国国会还没有制定保护性少数群体的专门法规,在州层面已经有不少保护性立法。美国的 18 个州以及哥伦比亚特区都有禁止性别认同和性取向歧视的立法,有 3 个州立法禁止性倾向歧视,<sup>[64]</sup>还有 13 个州以行政令的形式禁止雇主对跨性别雇员的歧视,有 200 个城市颁布了禁止基于性别认同原因而对性少数群体进行性别歧视的地方性法规。<sup>[65]</sup>从上世纪九十年代起,美国联邦政府禁止联邦机构歧视同性恋雇员。<sup>[66]</sup>2014 年,时任总统奥巴马颁布了一项行政令(executive order),禁止联邦政府以及联邦合同承包商对其雇员进行以性别认同为理由的性别歧视。<sup>[67]</sup>该项行政令尽管没有涵盖所有的企业,但也对保护性少数群体起到了一定程度的作用。Hively 判决之后,联邦最

[62] 比如魏伟、王晴峰、郭晓飞、卢杰峰等学者。

[63] Eskridge, *supra* note 18, pp. 322-404.

[64] 参见 EEOC 官网。The twenty-one states are: California, Colorado, Connecticut, Delaware, Hawaii, Illinois, Iowa, Maine, Maryland, Massachusetts, Minnesota, Nevada, New Hampshire, New Jersey, New Mexico, New York, Oregon, Rhode Island, Vermont, Washington, and Wisconsin. The District of Columbia also prohibits discrimination on the basis of sexual orientation.

[65] “Statewide Employment Laws & Policies”, *Human Rights Campaign*, <http://www.hrc.org/statemaps>, last visited on Nov.22, 2015. See also “on-Discrimination Laws: State-by-State Information-Map”, *American Civil Liberties Union*, <http://www.aclu.org/map/non-discrimination-laws-state-stateinformation-map>, last visited on Nov.13, 2015.

[66] 常希,见前注[3],第 12 页。

[67] Executive Order No. 1367279, FR 429712014 WL 3591762 (July 21, 2014).

高法院也可能对类似案件作出有利于性少数群体的判决。将来国会也可能以联邦立法的形式来全面保障性少数群体免受就业歧视的权利。

我国大致是从自上世纪九十年代开始了自下而上的同性恋争取权利的运动。<sup>[68]</sup>这与我国在1995年世界妇女大会后蓬勃兴起的新一轮妇女运动和主要以引介西方女性主义理论为主的研究等大背景有关。<sup>[69]</sup>反观美国,其同性恋运动比中国早了三十年,大致可以从1969年的“石墙事件”起算。<sup>[70]</sup>在此之前,尤其是自1930年代大萧条开始到“二战”之后,大规模失业和参军使美国家庭承受巨大压力,同性恋被视为不顾家庭、逃避家庭责任等受到敌视,认为他们是对美国社会的一种威胁,不值得信赖。因此1950年美国参议院一个委员会建议禁止雇佣同性恋就任公职或参军,数千名同性恋或疑似同性恋者遭到解雇。政府甚至通过立法禁止餐馆酒吧等为同性恋者提供服务。<sup>[71]</sup>受到民权运动、女性主义的性解放运动等的激励,同性恋者确立了其作为“性少数人”的身份,并催生了建构其作为“性少数群体”的集体经历的同性恋史学。在二十世纪末,同性恋运动又将跨性别等其他性少数群体容纳进来,开始使用LGBTI或LGBTIQ等指代整个性少数群体。<sup>[72]</sup>而美国司法领域的进步是上述努力的结果。比如在联邦最高法院的历史性判决2003年“劳伦斯诉得克萨斯州案”(Lawrence v. Texas)和2015年的“奥贝格费尔诉霍奇斯案”(Obergefell v. Hodges)中,美国学界均向法院提交了“法庭之友”辩诉书,从同性恋群体受歧视的历史和婚姻史等角度支持上诉人的权利。<sup>[73]</sup>在这两次影响美国同性恋群体的标志性判决中,“法庭之友”辩诉书浓缩了几十年来美国学界的大量相关成果。<sup>[74]</sup>

再回到我国的情形。性少数理论和实证研究在社会学、公共卫生、历史学、法学等领域都取得了或多或少的成绩。<sup>[75]</sup>一些女性主义学者,曾经主要为妇女争取权利,如今也加入为性少数群体呐喊的阵营。而最近的由性少数群体社会组织和学者等共同推动的影响性诉讼小C案审理过程中,法院也请了专家证人,详细了解社会性别和跨性别等相关理论,虽然在判决书中没有明确体现,但从判决结果也可以看到性别理论及相关学术发展以及公益组织的倡导与行动对司法实践的一些积极影响。

另外,立法层面的进步也体现了对性少数群体日渐友好的法律环境的变化,比如1997年的《刑法》修订取消了可能处罚同性恋的“流氓罪”,事实上实现了同性恋的去罪化;2001年中

[68] 参见王晴峰:《生存现状、话语演变和异质的声音——90年代以来的同性恋研究》,《青年研究》2011年第5期,第83—93页。

[69] 参见曹鸿:《社会政治与历史书写的互动——美国同性恋史研究的发展与思考》,《世界历史》2017年第6期,第76—88页。

[70] 常希,见前注[3],第12页。

[71] 常希,见前注[3],第12页。

[72] 曹鸿,见前注[69],第76—88页。

[73] 比如美国历史学家组织(Organization of American Historians)和美国历史协会(American Historical Association),参见曹鸿,见前注[69],第76—88页。

[74] 曹鸿,见前注[69],第76—88页。

[75] 王晴峰,见前注[68],第83—93页。

华医学会精神科分会出版的《中国精神障碍分类与诊断标准(第三版)》中,将同性恋从精神疾病分类中去除,完成了对同性恋的去病理化;2002年和2008年公安部分别出台了《公安部关于公民实施变性手术后变更户口登记性别项目有关问题的批复》(公治〔2002〕131号)、《关于公民变性后变更户口登记性别项目有关问题的批复》。

在政治层面,2018年9月中国接受了联合国人权理事会的第三轮普遍定期审议(Universal Periodical Review),在回应他国提出的性少数群体歧视问题时,中国政府作出了公开的积极表态。<sup>[76]</sup>这是一个显著的进步,显示性少数群体作为一个整体已经进入官方话语,不再是一个“不可见”的群体了。

虽然这些改变可能更多体现了主管部门一种实用主义或功利主义的考量,但其外在动力却很可能主要来自社会环境的变化或者压力。在这个过程中,我们也能依稀看到曾经发生在美国的女性主义与性少数群体运动的某种合流。而我国的同性恋、双性恋、跨性别等群体,在创造或体验了这些共同经历后,也正从一个无集体身份意识的群体转向一个自觉的性少数群体。<sup>[77]</sup>

历史已经走到我国必须正视性少数群体权利诉求的节点,而就业平等权可能是一个重要的突破口。美国联邦法院发展出来的法理学可以提供一种将性少数群体就业平等权制度化的理论支撑,基于两国劳动法共同遵循的“绩效原则”,对我国有着重要的借鉴意义。

### 三、结 语

美国联邦法院在性少数群体就业歧视方面,经历了一个从“性别刻板印象”到“关系型歧视”的理论发展过程,这是半个世纪以来美国民权运动、女性主义运动和同性恋运动推动的社会法律环境变化的结果。我国虽然整体情况不同,但在性少数群体争取权利的进程方面与美国有相似之处。数十年前,我国基本处于谈“同”色变的社会环境,甚至主流的社会观点认为性少数群体属于患有心理疾病的群体。而近年的一项调查结果显示,超过七成以上的受访者反对针对性少数群体的病理化认知、气质偏见和二元性别观。<sup>[78]</sup>这多少说明这些年知识界、性少数群体的共同努力已经取得了较为明显的社会效果。

值得强调的是,美国的性少数群体争取权利的运动虽然取得了巨大进步,但尚未成功。如纽约大学宪法教授 Kenji Yoshino 提出的“掩饰”(covering theory)理论指出的:很多性少数者即便“出柜”了,仍然以不同的方式掩饰其性少数身份,比如已经表明同性恋身份的男性在职场却会尽量表现出所谓“男性气概”,不做“同性恋”气质的打扮,不向同事介绍自己的同性伴侣等

[76] 参见网址: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/CNIndex.aspx>, 最后访问日期: 2018年2月24日。

[77] 王晴峰,见前注[68],第83—93页。

[78] 参见联合国开发署:《中国性少数群体生存状况——基于性倾向、性别认同及性别表达的社会态度调查报告》(2016),第17页。

等,潜意识里仍然要迎合主流社会的性别观念。<sup>[79]</sup>也许只有等每个人都不需要“掩饰”自己的非主流身份了,可以自如地、“骄傲地”做自己,一个社会才达到了真正的平等。这种理想状态可能永远无法实现,只能无限接近,而对此法律能做的也是很有限的。在性少数群体的平等就业权问题上,仅仅强调宽容是不够的,倡导“多元”才是一种更积极的平等观。克服本质主义的性别刻板印象应该是我国理论界和实务界的当务之急。

---

**Abstract:** The LGBTI group is particularly disadvantaged on the labor market. In China, little research has been done in this area, which may affect the protection of the right to equal employment of the LGBTI group. In the USA, the jurisprudence on the LGBTI based employment discrimination in the federal courts has gone through a development from “gender stereotyping” to “associational discrimination”. The evolution reflects the idea of “merit-based workplace” behind the 1964 Civil Rights Act Title VII. It is also a result of a changing social environment shaped by the civil rights movement, the feminist movement and gay rights movement in the USA during the past half century. Although having a very different legal system from the USA, China shares some similarities with the latter in terms of the theory behind the employment discrimination law, and the social movement of LGBTI rights.

**Key Words:** LGBTI; Employment Discrimination; Right to Equal Employment; Gender Stereotyping; Associational Discrimination

---

(学术编辑: 阎天)

---

[79] 参见吉野贤治,见前注[30],第173页。