

关于实现女性平等就业权的思考

——从美国女性就业保护性立法的兴废说起

郭延军*

目次

- 一、对就业女性的保护性立法在美国各州的兴起
- 二、州保护性立法与 1964 年民权法第 7 章的冲突
- 三、联邦法院和相关部门对州保护性立法的否定
- 四、州保护性立法的废弃及其对我国的启示

关键词 女性就业权 平等 性别歧视 美国保护性立法

当代中国法律中存在大量的专门针对就业女性的特别保护措施,内容包括特定的职业禁忌,生育期的职业保障,经期、孕期、产期、哺乳期的特别劳动保护、较男性早的提前退休制度等。从数量上看,这些规则比起女性就业机会的平等保护条款要多很多。我国女性就业权平等保护法律制度的这种格局是否能够有效保障女性就业权的平等实现呢?或许,我们能够从美国历史上各州有关就业女性的保护性立法的兴废中得到一些启示。为此,本文将展示美国各州专门针对就业女性的保护性立法的兴废这一历史过程,并提出几点有关女性就业权平等保护的看法,以就教于同仁。

一、对就业女性的保护性立法在美国各州的兴起

美国各州专门针对女性的保护性立法最早出现在 19 世纪中期。1852 年,俄亥俄州制定了第一个有关女性工时的法律,规定女性的最高工时为 10 小时。之后的 25 年间,明尼苏达州、马萨诸塞州和达科他地区通过了 10 小时工时法,伊利诺伊州通过了 8 小时工时法。不过,总的看来,20

* 上海交通大学凯原法学院副教授、法学博士。本论文为 2010 年教育部人文社会科学研究规划基金项目《女性就业权的平等保护》(编号 10YJA820028)的中期成果。

世纪前针对就业女性进行特别保护的州法并不多,而且有些还被废止或被判违宪。据统计,在1877年到1908年之间,有8个州通过了最高工时法,有5个州通过了有关夜班的法律,但俄亥俄州的工时法被废除,伊利诺伊州的工时法被宣布违宪。^{〔1〕}

20世纪上半叶,各州通过立法对就业女性予以特别保护已是比较普遍的做法。1908年,有11个州的法律为女性规定了最高工时或禁止女性晚上加班。1912年,马萨诸塞州颁布了第一部最低工资法。到1920年,就有14个州紧随其后制定了这样的法律。^{〔2〕} 还有些州法根据针对女性角色定位的社会观念禁止女性从事某些职业,比如采矿和冶炼、酒吧招待、职业摔跤手、清洗运动的机器等。1908年,有14个州通过了此类法律。^{〔3〕}

对于州专门针对就业女性的保护性立法,联邦最高法院一开始采取了支持的态度,维护各州对就业女性的差别对待。在1908年穆勒诉俄勒冈州案^{〔4〕}中,该院接受了被上诉人州的辩护律师布兰代斯辩护词中的各种证据和观点,依据所谓的两性本质的差异和人类生活中男女作用的差异来解释限制女性工作时间和条件的特别立法的合理性,肯定基于性别的立法分类,支持了州的女性最高工时法。

在1937年西岸宾馆诉帕里什案^{〔5〕}中,联邦最高法院支持了州的女性最低工资法。在该案中,联邦最高法院改变了他们历来对契约自由的态度,认为此种自由不是绝对的,并引用穆勒案强调,“应考虑女性身体结构和做母亲的职能使女性在生存竞争中所处的不利地位,应考虑为保持人种的强壮和活力而将女性的身体健康作为重要的公共利益加以关照”。^{〔6〕} 最高法院还认为,“受雇的妇女大多属于只能得到低薪的阶层,谈判能力相对较弱,容易成为乘机利用其窘境的人们的牺牲品。州的立法机关有权考虑她们的立场和处境,并采用相应的措施排除那种以仅够吃饭的低薪榨取劳动者的所谓‘血汗体制’的弊病”。^{〔7〕} 最高法院最后指出:“那种因在本案中成为争议焦点的法

〔1〕 Judith A. Baer, *The Chains of Protection—The Judicial Response to Women’s Labor Legislation* (Westport: Greenwood Press, 1978), p. 32.

〔2〕 Barbara Allen Babcock, Ann E. Freedman, Eleanor Holmes Norton, and Susan C. Ross, *Sex Discrimination and the Law: Causes and Remedies* (Boston: Little, Brown and Company, 1975), p. 41.

〔3〕 See Judith A. Baer, *supra* note 〔1〕, at 31.

〔4〕 *Muller v. Oregon*, 208 U.S. 412 (1908). 俄勒冈州于1903年制定了限制女性劳动者的劳动时间的法律。该法规定,不得雇用任何女性在该州的机器制造企业、工厂或洗衣房1天工作超过10小时,违者被处以不少于10美元不多于25美元的罚款。1905年,俄勒冈州一洗衣房的所有者穆勒因违反上述规定被州的巡回法院处以10美元的罚款。穆勒不服,认为该州法违反了宪法第十四修正案,并试图利用 *Lochner v. New York* 案的司法先例将其推翻。官司一直打到联邦最高法院,最高法院一致通过了大法官布鲁尔撰写的判决,维持该州法。

〔5〕 *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937). 华盛顿州女性最低工资法规定,州内的任何产业及职业在有损女性和未成年人健康和道德的劳动条件下雇用女性和未成年人,以及州内的任何产业以不足以维持生活的工资雇用女性劳动者都是违法的。该法还成立了“产业福利委员会”,其职能是依照法定程序为女性和未成年人建立合理的、对健康和道德无害的工资及劳动条件的标准。在本案中,帕里什是宾馆打扫客房的工作人员,因为实际被支付的工资低于该法规定的最低工资而向州的地方法院提起诉讼要求支付其差额。诉讼虽被地方法院驳回,但是上诉审的州最高法院判断该法为合宪,认可了帕里什的请求。宾馆方面向联邦最高法院提起上诉。上诉人援用了把哥伦比亚特区的最低工资法判为违反第五修正案正当法律程序的 *Adkins v. Children’s Hospital* 案判决,主张本案涉及的华盛顿州女性最低工资法违反第十四修正案的正当法律程序条款而无效。然而,联邦最高法院以5:4的微弱多数认定州法合宪,并明确推翻 *Adkins v. Children’s Hospital* 案的判决。

〔6〕 300 U.S. 379, at 394 (1937).

〔7〕 300 U.S. 379, at 398 (1937).

律不适用男性就断言其乃属于恣意的歧视的主张,也是行不通的。”〔8〕

在 1948 年乔伊莎特诉克蕾拉·密西根州控酒委员会案〔9〕中,联邦最高法院认可了密西根州法只允许酒吧店主的妻子和女儿做酒吧招待的理由,即女性做酒吧招待可能会造成道德和社会问题;只有做店主的丈夫和父亲可以使女招待面临的危险降到最低,从而抑制女性造成的道德和社会问题。当然,从现在的观点来看,将道德和社会问题归结于女性显然是对女性的歧视,而联邦最高法院却对此表示支持。

联邦最高法院在上述案件中均肯定了州保护性立法的合宪性。在其支持下,各州纷纷为女性制定各种各样的保护性立法,可谓“呵护”备至。至 1964 年民权法颁布之时,所有的州都或多或少制定了一些这样的法律,具体情况概括如下。〔10〕

在限制工时方面,到 1970 年,除 9 个州外,〔11〕所有的州都在一个或多个行业规定了女性一天或一周的最高工时。但是,各州规定的具体限额不同,日工时限制从 8 小时到 10 小时不等,周工时限制从 40 到 60 小时不等。一天工作 8 小时和一周工作 48 小时的规定是比较普遍的。还有 13 个州专门对女性规定了一周工作 6 天的时间限制。〔12〕

在限制职业领域方面,至 1970 年,各州禁止女性从事的行业非常广泛。从采矿工、铸造厂电磁铁磁心制造者到旅馆侍者都被作为只有男性可以从事的职业;哥伦比亚特区禁止女性夜间送信;马萨诸塞州禁止女性从事电磁铁磁心制造;密西根州禁止女性从事铸造工作和接触有害物质的工作;明尼苏达州禁止女性从事清洗移动机械和某些与电磁铁磁心相关的工作;纽约州禁止女性从事电磁铁磁心制造工作;宾夕法尼亚州、威斯康辛州禁止女性从事危险的有害的职业,华盛顿州禁止女性从事旅馆侍者的工作……;此外,还有 10 个州禁止女性从事提供酒精饮料的服务行业。〔13〕

在特别的劳动保护方面,至 1970 年,有 18 个州和波多黎各的法律对某些行业和工作禁止女性从事夜班;有 22 个州和波多黎各的法律规定女性工作中的午餐时间,其中 13 个州除了规定午餐时间外还专门为女性规定了工间休息时间;有 45 个州规定,在某些要求长期站立的岗位上为女性提供可使用的座位;有 10 个州和波多黎各立法限制女性举物体的重量,这样的限制从 25 磅到 50 磅不等。

〔8〕 300 U. S. 379, at 400 (1937).

〔9〕 *Goesaert v. Cleary Liquor Control Commission of Michigan*, 335 U. S. 464 (1948). 密西根州的一项法律规定,在拥有 5 万及以上人口的城市所有的酒吧男招待都必须得到许可;女性不能当酒吧招待,除非她是酒吧店主的妻子或女儿。本案当事人是母女俩,母亲开酒吧,女儿做招待。但根据州法的规定,她们的经营将面临困境。于是,她们向法院起诉,质疑这一州法违反了宪法第十四修正案的平等保护条款。案件最后上诉到联邦最高法院,后者以 6:3 的多数通过了大法官法兰克福特撰写的判决,维持州法。

〔10〕 See Arthur Larson and Lex K. Larson, *November 1980 Cumulative Supplement: Employment Discrimination I Sex* (New York: Mathew Bender & Company, 1980), Chapter V, pp. 5-9.

〔11〕 分别是阿拉巴马州、阿拉斯加州、特拉华州、佛罗里达州、夏威夷州、爱达荷州、印第安纳州、衣阿华州和弗吉尼亚州。

〔12〕 它们是亚利桑那州、阿肯萨斯州、堪萨斯州、路易斯安纳州、内华达州、新泽西州、北卡罗来纳州、北达科他州、俄亥俄州、宾夕法尼亚州、犹他州和华盛顿州。

〔13〕 分别是阿拉斯加州、加利福尼亚州、康涅狄克州、佐治亚州、伊利诺伊州、印第安那州、肯塔基州、俄亥俄州、宾夕法尼亚州和罗德岛州。

二、州保护性立法与1964年民权法第7章的冲突

1964年,旨在消除种族歧视的民权法获得国会的通过。其中,第7章是关于禁止就业歧视的,而在被禁止的就业歧视的类型当中,性别歧视也被纳入其中。在禁止就业性别歧视方面,1964年民权法的实施必然遇到的问题是与各州专门针对就业女性的保护性立法的冲突。

州保护性立法与1964年民权法第7章的矛盾不可避免,也不能回避。以对女性规定的最高工时为例。在民权法通过之时的美国,加班是非常普遍的现象,而额外的工作时间意味着额外的收入。这对女性申请者来说极具吸引力。同时,一个人提升的工作层次越高,越有可能被希望加班和在非常规的时间工作。然而,州保护性立法的存在常常使女性难以如愿以偿。当一个女性申请自己心仪的且工资比较高的工作时,一方面她可能满足了资历和能力的要求,但另一方面她的工作时间可能会超过州法对女性最高工时的硬性规定。如果出现这种情况雇主怎么办?如果拒绝了这位女性的申请,那么根据民权法第7章的规定,他就会遭到实施歧视行为的投诉。如果按照通常工作时间的标准安排这位女性的工作,那么根据州法,他也可能会遭到举报。在这种情况下,雇主典型的选择通常是拒绝女性申请者,并把州法关于女性最高工时的限制作为其抗辩理由,主张州法对女性的特别保护的规定属于民权法第7章所规定的真实职业资格例外的情况。在1964年民权法实施后出现的就业领域性别歧视的案件中,有不少是属于这种利用州保护性立法对女性差别对待而产生的争议。1967年的一项针对78个公司的调查显示,女性被拒绝雇佣的理由中有18%是因为州保护性立法。^[14]

为什么会出现州保护性立法与1964年民权法第7章相冲突的问题呢?这还得从禁止就业性别歧视被写进民权法第7章的奇特立法过程中找原因。立法过程表明,直到民权法案在众议院规则委员会提交大会投票的前一天,性别歧视才被添加到就业歧视的类型之中。这在很大程度上是该委员会主席霍华德·W.史密斯出于阻挠民权法案通过的目的而提出的。由于男女平等的观念在当时的美国社会并没有获得普遍的认同,妇女获得与男人平等的工作权利将使1964年的民权法案成为美国历史上最为激进的一项民权法案,所有的雇主、工会以及用人机构都将因此受到影响。史密斯希望这一修订意见会使该议案争议过大,就连支持者也会撤议。^[15]由于禁止性别歧视的内容没有经过论证、听证和辩论,所以很难通过立法过程了解议会的立法意图,也很难找到协调该法案中性别内容与各种各样州的保护性立法之间关系的明确指导。正如联邦最高法院伦奎斯特大法官为Meritor储蓄银行诉文森案撰写的判决书中所言,“禁止性别歧视是在提交众议院的最后时刻……修正的法案很快获得通过,没有留给我们有关立法的历史记录来指导我们解释这个法律关于禁止性别歧视的相关规定”。^[16]因此,当民权法开始实施之后,各州保护性立法和联邦禁止性别歧视的立法之间的冲突必然凸现出来,如何解决它们之间的矛盾,州对女性的保护性立法能否成为民权法第7章规定的善意职业资格例外成为亟需解决的问题。

[14] Bureau of Nat'l Affairs Survey, BNA Fair Empl. Prac. Manual, Summ. No. 80 (April 1967). 转引自前注[10], Arthur Larson and Lex K. Larson, Chapter V, p. 10.

[15] [美]德博拉·G. 费尔德著:《女人的一个世纪——从选举权到避孕药》,姚燕瑾、徐欣译,新星出版社2006年版,第239页。

[16] Meritor Savings Bank v. Vinson, 477 U.S. 63-64 (1986).

三、联邦法院和相关部门对州保护性立法的否定

美国宪法第 6 条第 2 项规定:“本宪法和依本宪法所制定的合众国法律,以及根据合众国的权力已缔结或将缔结的一切条约,都是全国的最高法律;每个州的法官都应受其约束,即使州的宪法和法律中有与之相抵触的内容。”这一规定也被称为最高效力条款(the Supremacy Clause)。民权法第 7 章的 708 条和第 11 章的 1104 条都体现了这个原则。^[17] 因此,根据上述原则,州保护性立法与 1964 年民权法相冲突时应归于无效。

然而,在 1964 年民权法实施的最初几年,平等就业机会委员会和法院在处理州保护性立法和民权法的冲突时都显得犹豫不决。

平等就业机会委员会起初认为议会制定民权法的目的并不是要推翻州法律,并试图尽可能地维护州保护性立法的地位。委员会将州保护性立法划分为两类,一类是限制性的法律,比如限制女性职业的、限制女性举重限度的;一类是获益性的法律,比如有关最低工资、工间休息等内容的规定。在 1965 年 12 月 2 日首次发布的实施民权法第 7 章的意见中,平等就业机会委员会承认限制性的州法可以作为真实职业资格要求的例外,认为这样的法律是对女性的保护而不是歧视。^[18] 对于获益性法律,该委员会则认为不能作为真实职业资格要求的例外,但在其自身受理的案件中要求这种法律规定的利益不仅要适用于女性,也要扩展适用于男性。然而,1966 年 8 月 19 日,该委员会又在整合所有的相关决定后宣布,在州法和民权法有冲突的地方,其将谨慎行事、不轻易做出决定,因为委员会的决定不能将雇主与州义务隔离而违反州法律,也不能提起诉讼来挑战州法。但是,委员会建议投诉者提起诉讼,因为在它看来,诉讼是必要的,只有通过诉讼才能解决问题。1968 年,委员会在其发布的实施第 7 章的指导性意见中指出,当州的保护性立法在对女性差别对待时达不到保护的效果的时候,委员会就会启动程序决定该立法是否被民权法所取代。因此,如果州法不能起到保护女性不受剥削和从事危险的工作的作用,歧视女性的雇主就被认为实施了非法的雇佣实践,尽管他们的行为是符合州法的规定。委员会也认识到,某些关于女性就业的州法,尽管起初是出于对女性的保护,但随着科技的发展和职业女性在经济中作用的扩大,它们不再能发挥当初的作用。^[19] 平等就业机会委员会的如此反复,表明了委员会在处理州保护性立法和民权法的冲突问题上的态度摇摆不定。

不过,平等就业机会委员会最终还是明确了自己的观点。在 1969 年发布的《性别歧视指导意见》中,其宣布州保护性立法与民权法第 7 章相冲突,明确了具有性别倾向的州雇佣法的效力。该指导意见的具体规定如下:^[20]

[17] 第 7 章的 708 条规定:“本章中的任何条款均不应被视为豁免和解脱了任何人依据现有的或未来的任何州或一州的根据政治目的划分的各种特定区域的法律应该承担的任何责任、义务和应该接受的任何处罚或惩罚,但任何主旨在于要求或允许将会被本章确认为非法的雇佣实践的那种行为的法律除外。”

第 11 章的 1104 条规定:“本法中的任何章的内容均不应被理解为表明国会意图占据任何本法发生作用的领域而排斥该领域内关于相同主题的州的法律的适用,并且本法中的任何条文均不应被理解为使任何的州法律条文失效,但该州法律条文与本法案的任何目的和条文不相一致的除外。”

[18] 29 CFR § 1604.1 (1965).

[19] 29 CFR § 1604.1 (b) (1968).

[20] 29 CFR § 1604.2 (b) (1969).

1. 许多州制定了与女性就业相关的法律或行政规章。在这些法律或规章中有一些禁止或限制雇佣女性的规定。比如,限制女性举起或搬运物体的最大限量、禁止雇佣女性担任夜班工作、女性职工每天或每周的最高工时限制、禁止雇佣生育前后的某个时间段的女性。委员会认为基于性别差别对待的法律和规章并没有考虑女性个人的能力、喜好和才干。委员会的结论是,这样的法律和规章与1964年民权法第7章相抵触,应被后者取代。因此,这样的法律和规章不能作为已成立的非法雇佣实践的抗辩理由和真实职业资格例外的依据。

2. ……(雇佣未成年人也不能基于性别差别对待,相关保护性立法与第7章抵触,被第7章取代。同上)

3. 一些州法规定女雇员的最低工资和加班费。一个雇主在以下情况下会被认为实施了非法的雇佣实践:

(1) 为避免支付州法要求的最低工资或加班费拒绝雇佣或对女性求职者或女性雇员的就业机会造成相反的影响;

(2) 没有为男性雇员提供同样利益的。

4. 其他一些类型的性别倾向的州法。例如,要求工间休息、进餐时间或体育锻炼的设施的。仅对某类性别提供这样的利益也是违反第7章的。一个雇主在以下情况下被认为实施了非法的雇佣实践:

(1) 为避免提供这样的利益而拒绝雇佣或对女性求职者或女性雇员的就业机会造成相反的影响;

(2) 没有为男性雇员提供同样利益的。如果雇员能够证明事业必要性可以对男性和女性排除这样的利益,那么州法对于雇员来说是与第7章相冲突的,要被第7章取代。在这种情况下,雇主应该对两性都不提供这样的利益。

5. 一些州要求为每个性别提供独立的卫生间。一个雇主如果为避免为两性分别提供独立的卫生间而拒绝雇佣或对求职者或雇员的雇佣机会造成相反的影响,他就被认为实施了非法的雇佣实践。

法院最初在如何处理州保护性立法与民权法第7章的冲突问题上的立场同样不坚决。在库恩诉廷格尔案中,佐治亚州法禁止女性在零售酒精饮料的商店工作,但法院驳回了确定该法违宪的诉讼请求。^[21] 在孟格尔科奇诉产业福利委员会案中,女性原告申请法院强制令禁止加利福尼亚州最高工时法的实施,但法院希望避免州法与联邦法律不必要的摩擦而采取了节制的态度。^[22] 在沃德诉勒特雷尔案^[23]中,也是女性原告申请法院强制令制止路易斯安那州最高工时法的实施。联邦地区法院的普通法庭(由三个法官组成)驳回了原告根据宪法平等保护和正当法律程序提出的请求,但将案件发回地区法院的简易法庭(由一个法官组成)来根据第7章的最高效力原则进行听证。^[24]

[21] *Coon v. Tingle*, 277 F. Supp. 304 (N. D. Ga. 1967).

[22] *Mengelkoch v. Industrial Welfare Commission*, 284 F. Supp. 950, 956 (C. D. Cal. 1968).

[23] *Ward v. Luttrell*, 202 F. Supp. 165 (E. D. La. 1968).

[24] Barbara Allen Babcock, Ann E. Freedman, Eleanor Holmes Norton, Susan C. Ross, *supra* note [2], at 269-270.

法院的态度在 1968 年开始发生转变,标志性的案件是罗森菲尔德诉南太平洋公司案。^[25] 在该案中,原告利厄·罗森菲尔德向南太平洋公司申请电话代理的工作遭到拒绝。被告拒绝雇佣她的理由之一是,加利福尼亚州法规定了女性的最高工时和举起重物的最大限量。这个职位在旺季可能被要求一天工作超过 10 小时,一周工作超过 80 小时。此外,这个工作还要求雇员举起各种重量超过 25 磅、有时甚至超过 50 磅的物体,这些都超出了州法规定的时间和重量的限度。但联邦地区法院认为第 7 章应取代这样的法律,它们不符合真实职业资格例外的条件。被告不服向第九巡回法院上诉,后者维持了地区法院的判决。

罗森菲尔德诉南太平洋公司案判决对之后的类似案件的审理产生了很大的影响。随后的法院在审理有关州保护性立法与民权法第 7 章的冲突的案件时都判决州保护性立法应当服从民权法第 7 章。1969 年,俄勒冈州联邦地区法院在理查兹诉格里菲斯橡胶厂案中根据最高效力规则判决俄勒冈工资和工时委员会关于女性举起的最大重量为 30 磅的规定是第 7 章不再允许的。^[26] 1970 年,第七巡回法院在麦克利蒙诉戴利案中判决芝加哥禁止女性从事与酒精相关的服务的城市法规违反第 7 章,认为性别不是酒吧服务生必需的真实职业资格。^[27] 1971 年,科罗拉多州限制女性从事采矿业的法律被废除。1969 年,在维克斯诉南方贝尔电话和电报公司案中,佐治亚州限制女性只能从事举重 30 磅以下的工作的法律被第五巡回法院撤销。^[28] 1970 年,伊利诺伊州联邦地区法院在卡特彼勒拖拉机公司诉格拉比克案^[29]中判决该州关于女性最高工时的法律规定违反第 7 章。马萨诸塞州法规定女性一天的工作时间不能超过 9 小时。1971 年,第一巡回法院在加尔诺诉雷神公司案^[30]中判决该法必须服从第 7 章。俄亥俄州法禁止安排女性从事特定工作,比如护路工、十字路口导路员(crossing watchman)、快递司机、金属铸模工等。1971 年,第六巡回法院在里丁格诉通用汽车公司案中认为这些法律强制雇主根据对女性的成见和群体特征而不是根据个人的能力进行第 7 章所禁止的基于性别的分类,判决这个法律违反第 7 章。^[31]

四、州保护性立法的废弃及其对我国的启示

由于平等就业机会委员会和联邦法院对州保护性立法的态度转变,州对女性的保护性立法随之发生很大的变化。到 1980 年,专门为女性规定最高工时的法律实际上已经不复存在。其中,有 30 个州已经没有这样的法律;有 12 个州的这种法律或被法院的判决、或被首席检察官的意见、或被本州的相关法律宣布为违反民权法第 7 章;还有 8 个州将此类法律同时适用于男性和女性。禁止女性从事夜班的州在 1980 年减少到 6 个。除了俄亥俄州和宾夕法尼亚州之外,限制女性职业的法律在许多州不再保留。在马萨诸塞州,法律授权劳动和工业部发布法规规范女性从事与电磁铁磁心相关的雇佣问题。专为女性规定午餐时间的州减少到不足一半,但有 12 个州和地区为男性

[25] *Rosenfeld v. Southern Pacific Company*, 444 F. 2d 1219 (9th Cir. 1971).

[26] *Richards v. Griffith Rubber Mills*, 300 F. Supp. 338 (D. Ore. 1969).

[27] *McCrimmon v. Daley*, 418 F. 2d 366 (7th Cir. 1969).

[28] *Weeks v. Southern Bell Telephone & Telegraph Company*, 408 F. 2d 228 (5th Cir. 1969).

[29] *Caterpillar Tractor Co. v. Grabiec*, 317 F. Supp. 1304 (D. Ill. 1970).

[30] *Garneau v. Raytheon Co.*, 323 F. Supp. 391 (D. Mass. 1971).

[31] *Ridinger v. General Motors Corp.*, 325 F. Supp. 1089 (D. Ohio 1971), rev'd on other grounds, 474 F. 2d 949.

和女性规定了午餐时间。^[32] 为女性提供座椅的州法也减少到不足一半,限制女性举重重量的州也只剩一半。1970年有10个州禁止女性从事提供酒精饮料的服务行业,到1980年仅存3个州。^[33] 再到后来,所有的专门针对女性的保护性立法都消失了。在1987年出版的《各州女性法律权利指南》一书详细归纳的各州涉及女性权利的法律规定中,已经找不到对就业女性的特别保护立法。不仅如此,除了阿拉巴马州、阿肯色州、佐治亚州、密西西比州、弗吉尼亚州几个州外,绝大多数州还制定了公平就业方面的法律,明确禁止就业领域的性别歧视。当然,在没有制定这样的法律的州,民权法第7章发挥了禁止就业歧视的全部功能。^[34] 可以说,到此时,美国女性就业权平等保护的法律障碍——州对就业女性的保护性立法已完全被清除。

关于女性就业权的平等保护,从美国各州专门针对就业女性的保护性立法最终被废弃这段历史中,笔者得到了以下几点启示:

1. 历史地看,女性就业遇到的根本问题是传统性别歧视观念造成的女性就业机会不平等。

历史上的美国和东方一样,“男女有别、男尊女卑”的封建思想源远流长。受这种观念的影响,美国女性不仅在政治上无权、在家庭中无地位、在经济生活领域也同样处于受男性支配的地位。

独立前北美殖民地时期,绝大多数的美国女性主要从事的是无任何报酬的家务劳动,而很少参与可以获得报酬的职业。从独立后到南北战争发生前,受“共和国母亲”^[35]和“女性的领域”^[36]等观念的影响,女性被排除在职业领域之外。女性尤其是已婚妇女的就业比率非常低,从事工作的主要是下层白人妇女、黑人妇女及移民妇女。南北战争期间,由于大量男性从军,政府部门、新闻界、百货商店和工厂技术部门不得不雇用女性,女性于是有机会进入更高级的职业领域,女公务员、女记者、女店员、女技术员等由此产生。但是,进入这些职业领域的女性比较有限,绝大多数女性从事的仍然是非脑力劳动的职业。战后,随着经济的发展和近代工业革命的开始,有更多的女性开始走出家门从事有酬劳动。但从就业人数看,从业女性占全部女性的比例还是比较低。据洛伊斯·班纳统计,1890年和1900年,就业妇女占所有工作人员的比例分别是17%和18%,占所有妇女的比例分别是18%和20%。^[37] 这个时期,女性的职业领域非常狭窄。某些职业,诸如医生、高等学校教师、工程师、律师等,都不允许女性担任。20世纪初美国女性的就业水平随着工业革命的发展对劳动力需求的增加得到一定的提高,两次世界大战也分别带来了女性就业的高潮。但

[32] 它们是伊利诺伊州、印第安那州、肯塔基州、马萨诸塞州、内布拉斯加州、内华达州、新罕布什尔州、纽约州、北达科他州、俄勒冈州、华盛顿州和波多黎各地区。

[33] Arthur Larson and Lex K. Larson, *supra* note [10], Chapter V, at 5-7.

[34] See Now Legal Defense and Education Fund and Dr. Renée Cherow-O'Leary, *The State-By-State Guide to Women's Legal Rights* (New York: McGraw-Hill Book Company, 1987).

[35] “共和国母亲”是美国独立后所倡导的女性形象,是指母亲们对共和国的成长、发展和壮大承担着培养下一代接班人的神圣使命。由于母亲们的主要责任是在家里培养共和国合格公民和营造健康的道德氛围,“共和国母亲”的崇高地位不仅没有扩展女性在社会中的活动范围,反而把她们限定在狭小的家庭范围之内。参见王恩铭:《20世纪美国妇女研究》,上海外语教育出版社2002年版,第6~12页。

[36] “女性的领域”就是非生产性的家务劳动领域,这一概念是在19世纪早期美国工业革命开始的时候出现的。此时,以家庭经济为生产单位的模式逐渐瓦解,代之以越来越专门化的工厂生产方式。这本为女性走出家门参加工作提供了条件,然而“女性的领域”这一概念的提出却将女性们拒之于职场门外,继续将女性的活动范围限制在家庭之内。参见前注[35],王恩铭书,第12~18页。

[37] 数据来源,[美]洛伊斯·班纳:《现代美国妇女》,侯文蕙译,东方出版社1987年版,第269页,附录表II“在劳动大军中的妇女”。

是,女性就业状况的改变很不稳定,一旦劳动力需求减少,女性就遭遇到社会要求女性回家的巨大压力,被男性挤出就业领域。在能否就业的问题上,女性完全处于被动状态,成了召之即来、挥之即去的劳动力后备军。

具体来看,20世纪上半叶女性的就业水平和男性的差距主要体现在以下几个方面:

一是女性的就业比例依然很低。具体情况见下表:^[38]

表1 在劳动大军中的妇女

年 代	女性在美国整个劳动力中所占的百分比	劳动女性占有所有妇女的百分比
1900年	18	20
1920年	20	23
1930年	22	24
1940年	25	28
1945年	36	37
1950年	29	32
1955年	31	34
1960年	33	36

二是女性的职业领域狭窄。女性专业人员几乎主要集中在四个领域——教学、护理、社会工作 and 图书馆。经过漫长的斗争,女性虽然获得了从事法律、医学、高等教育、工程等方面的职业,但从数量上看,都只具有象征意义。具体情况见下表:^[39]

表2 在选择性专业中的妇女占有所有工人的百分比

	1910年	1920年	1930年	1940年	1950年	1960年
女性在全部律师中所占的百分比	1	1.4	2.1	2.4	3.5	3.5
女性在全部大学校长和教授中所占的百分比	19	30	32	27	23	19
女性在全部教士中所占的百分比	1.0	2.6	4.3	2.2	8.5	5.8
女性在全部医生中所占的百分比	6.0	5.0	4.0	4.6	6.1	6.8
女性在全部工程师中所占的百分比	0	0	0	0.3	1.2	0.8
女性在全部图书管理员中所占的百分比	79	88	91	89	89	85
女性在全部护士中所占的百分比	93	96	98	98	98	97
女性在全部社会工作者中所占的百分比	52	62	68	67	66	57

[38] 参见前注[37],洛伊斯·班纳书,第269页,图表II“在劳动大军中的妇女”。

[39] 参见前注[37],洛伊斯·班纳书,第270页,图表III“在选择性专业中的妇女占有所有工人的百分比”。

三是工作场所中的性别隔离现象非常明显。招聘广告所列出的各种工作根据“招聘男性工作者(Help Wanted Male)”和“招聘女性工作者(Help Wanted Female)”分为两类,其意图在于做这样的区分:管理类和经理类职位是给男性的,低薪资的工作是给女性的。大多数公司都不允许女性雇员申请管理职位,许多公司要求女性在结婚的时候辞职,尤其是对航空服务员。除了护理和教学工作外,男性垄断着其他的专业性岗位。在一些专业性学校,校长制定了配额,通常招收5%的女性,结果是在律师、医生和教授职位上95%是白人男性。1959年,女性构成了整个联邦劳动大军的1/4;但在联邦公务员职级系统中,女性所处的中间职位是第4级,男性所处的中间职位是第9级。^[40]

从以上分析可以看到,美国资产阶级共和国建立之后的近两百年的历史里,女性在就业领域遭遇到严重的性别歧视,直到1964年民权法通过的时候也没有得到实质性的改善。历史上男女之间的不平等实质上是封建等级制度的一部分,强调的是男尊女卑,否定女性在法律上的独立人格,否定女性参与社会、经济和政治生活的平等机会,从而实现男性对女性的专制统治。就业是有劳动能力的公民从社会获得有保障的工作并按照其劳动的数量和质量获取劳动报酬和其他劳动所得的权利,是公民直接参与社会财富分配的重要方式。就业中的性别歧视就是要限制女性从事有酬劳动的就业机会,这实际上是剥夺了女性平等参与社会财富分配的资格,从而使女性在经济上依附于男性。因此,就业中的性别歧视不过是男性对女性的封建统治中的一个具体表现。女性的解放是要从受男性统治的状态中解脱出来,在法律上获得和男性同等的地位,享有和男性同等地参与社会、经济、政治生活的平等机会,成为独立自主的人。在这个问题解决以前,奢谈女性权利保护的其他问题。因此,消除就业中的性别歧视,实现女性和男性平等的就业机会应该是1964年民权法第7章开始实施后首先要解决的问题,而且事实上该法的实施的确承担了这个任务。州保护性立法的废弃就是这个任务实施过程中的一部分内容。至于其他的劳动权利,如同工同酬、必要的劳动保护等都是就就业机会平等为条件的。就业机会相对于其他的劳动权利而言更为根本。

中国当前的情况和20世纪60年代的美国当然存在巨大区别。但是,在女性就业权平等实现所面临的具体问题上还是有一些相同之处——女性就业机会的平等尚未实现。这是不争的事实,有诸多的调查报告可以印证。比如,有学者对1995年《劳动法》开始施行到2005年间上海市和成都市两地报刊招聘广告中包含的以性别为标准的职位所进行的调查显示,在这11年期间,两地报刊广告分别提供的242520个和57799个职位中,要求性别为男性、不接受女性的职位分别为72782个与19486个,占职位总数的30%和33.7%。其中,在64427个与22959个管理类职位中,两地要求男性的职位总数分别为20544个与5893个,占31.9%和25.7%;在67847个与16606个技术类职位中,要求限男性的分别为26849个与6810个,占39.6%和41%;对于被普遍认为女性较为集中的服务行业,在两地以性别为标准提供的110246个与18234个服务类职位中,只面向男性提供职位的分别为25389个与6783个,分别占总职位数的23%和37.2%。^[41]2006年中国政法大学宪政研究所所做的“中国十大城市就业歧视调查报告”显示,就业时单位或雇主明确要求是男性的占13.9%,明确要求是女性的占7.1%,明确提出录用男性的单位高于录用女性的单位一

[40] Terry H. Anderson, *The Pursuit of Fairness: A History of Affirmative Action* (Oxford: Oxford University Press, Inc., 2004), p. 66.

[41] 周伟:《中国城镇就业中的性别歧视研究——以1995年至2005年上海和成都市30万份报刊招聘广告条件为例》,载《政治与法律》2008年第4期,第27~33页。

倍。调查还显示,在签订劳动合同时,有 15.4% 的女性受到结婚和生育方面的限制。^[42] 2009 年 6 月 12 日,北京大学法学院妇女法律研究与服务中心发布的“中国职场反性别歧视”调查报告显示,有 23.6% 的被调查者表示在应聘过程中有过因为自己是女性而被拒绝的经历;有 16% 的被调查者有过自己成绩明显优于男性却被拒绝录用的经历;有将近 20% 的高学历女性有被拒经历。有 4.1% 和 3.4% 的被调查者被迫签订过“禁婚”、“禁孕”条款。私营企业存在这种情况的居多,其后是事业单位、国有企业和政府机关、合资和外资企业。有 21.5% 的被调查者表示其所在单位不愿招聘育龄尚未生育的妇女,这种状况在合资和外资企业中最多。此外,该调查还显示,被调查者所在单位女职工在怀孕、产假及哺乳期内被单位强行调岗降薪的占 20.9%;被单位强行解雇的占到 11.2%。存在强行调岗、降薪、解雇最为严重的是合资和外资企业。^[43]

上述事实表明,中国要实现女性就业权的平等保护,首先要解决的问题就是就业性别歧视的问题。只有在实现了女性就业机会的平等之后,女性劳动权利中的其他方面权利的平等保护才具备了基本的前提条件。

2. 在女性就业机会平等缺乏法律保障的情况下,专门针对就业女性的特别保护不仅无法起到保护就业女性的作用,反而会影响女性就业机会的平等实现。

首先,保护性立法本身就是性别歧视的结果。从美国各州保护性立法的目的来看,保护性立法或许是出于对女性的保护,使女性免受血汗工厂的压榨,但更多的可能还是基于其他原因。比如,有的是出于对女性社会功能的考虑,使女性有更多的时间承担贤妻良母的职责,像女性最高工时法、禁止女性上晚班的规定等;有的是基于对女性的传统看法,认为女性天生体质弱,体能不如男性,像对女性举重的限制、禁止女性从事采矿冶炼业的规定,等等。这些保护性立法的制定无论是出于什么原因考虑,都是建立在性别分类的基础上,是基于性别对女性和男性的差别对待,并且这种分类和差别对待都是以歧视女性的传统观念为认识基础的。这可以从前述联邦最高法院支持州保护性立法的几个重要判决中得到印证。

其次,保护性立法虽然打着保护女性的旗号,但由于它们只适用于女性,而不惠及男性,只能使女性就业机会受到更大的限制。女性工作时间的选择不如男性灵活,这使女性失去很多的就业机会;专为女性设定的最低工资标准和特别的劳动保护增加了雇主的成本,使雇主更倾向于雇佣男性;某些职业领域对女性的直接排除使女性的就业空间明显小于男性。事实也的确如此。在联邦法院通过穆勒诉俄勒冈州案肯定了州保护性立法后,美国劳动联合会立即停止了他们原先对男性、女性和童工的保护性立法的支持,转而根据两性生理上的差别来减少女性在某些行业与男性的竞争。^[44] 实际上美国劳工组织和雇主一样是歧视女性的,一些组织不接受女性成员,还有一些组织将女性限制在学徒和帮工的职位上。^[45] 女性很快被排除在所谓的男人的工作之外,通往高薪水和高职位工作的道路完全被阻断。不仅如此,以前一直是妇女干的开街道清洁车、邮递员、开电梯等工作,由于工作时间都超出了法律规定的妇女工作时间的上限,被转手给了男工。难怪有

[42] 参见蔡定剑主编:《中国就业歧视现状及反歧视对策》,社会科学出版社 2007 年版,第 27 页。

[43] 刘宏:《女性就业遭遇严重性别歧视,反就业歧视应制定专门法律》,载《法制日报》2009 年 6 月 15 日。

[44] Albie Sachs and Joan Hoff Wilson, *Sexism and the Law—A Study of Male Beliefs and Legal Bias in Britain and the United States* (New York: The Free Press, 1979), p. 115.

[45] Barbara Allen Babcock, Ann E. Freedman, Eleanor Holmes Norton, Susan C. Ross, *supra* note [2], at 25.

美国学者把该案描写成“实现女性完全平等的绊脚石”^[46]。因此,可以说,这样的保护性立法从其实际所起的社会功能来看是“有助于把女性驱出劳动力市场”,“有助于男女之间社会角色的鲜明差异”。^[47]

片面追求对就业女性特别保护的效果可能适得其反。这一点对中国女性就业权平等保护法律制度的完善具有重要的启示意义。当前我国女性就业权平等保护呈现出的特点是,重视对就业女性的特别保护,而保障女性就业机会平等的具体法律规则明显不足。在特别保护方面,《劳动法》、《妇女权益保障法》、《公务员法》、《女职工劳动保护规定》、《国家机关工作人员退休处理暂行办法》、《国务院关于工人退休、退职的暂行办法》等法律法规详细规定了就业女性的职业禁忌,女职工在经期、孕期、产期、哺乳期四期的特别劳动保护措施,就业女性在孕期、产假、哺乳期内不得被解除劳动合同或被辞退的职业保障制度,女性比男性提前退出职业领域的退休制度。在就业机会平等保护方面,在我国的法律规则中却很难找到防止就业中性别歧视发生的技术性规范,很难找到判断性别歧视的法律标准,也很难找到就业性别歧视应承担的法律责任。我国就业性别歧视难以控制,法律制度建设的偏差应该是其中的重要原因之一。我们应该认识到,在就业机会平等得不到保障的情况下,特别保护措施是很难发挥其功能的,相反可能会夸大女性和男性的差异,从而使女性在就业中处于更为不利的地位。

3. 就业资格只应受客观真实的职业要求的限制,性别作为真实职业资格应受严格控制。

从美国州保护性立法与1964年民权法第7章冲突的历史来看,雇主们在处理这两者的矛盾时更愿意将州保护性立法的相关规定作为真实职业资格(Bone Fide Occupational Qualification)来看待,从而规避民权法第7章的不歧视义务。民权法第7章703条有这样的规定,如果在某些特殊情形之下,宗教、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。因此,真实职业资格是雇主能够提出的差别对待女性的最有说服力的抗辩理由。

平等就业机会委员会和联邦法院在经过短暂的犹豫后都拒绝将保护性立法作为真实职业资格的依据。将州保护性立法作为真实职业资格的依据看待,实质上就是把性别作为真实职业资格使其成为差别对待女性的合法依据。从上文的分析来看,州保护性立法主要有两类,一类是为女性的职业设限的立法,一类是不惠及男性的最高工时、最低工资和特别劳动保护立法,两者都是根据性别对女性的差别对待。承认州保护性立法是真实职业资格的依据,就等于承认根据性别对女性差别对待是合法的。平等就业机会委员会和法院都认识到,事实上性别在绝大多数情况下与职业之间不具有必然的关联性,将性别和职业资格联系起来更多的还是基于对女性的刻板成见,而不是职业本身的需要。当然,也如平等就业机会委员会在《性别歧视指导意见》中所认为的那样,基于性别差别对待的法律和规章更不会考虑女性个人的能力、喜好和才干。

不仅如此,平等就业机会委员会和法院在适用真实职业资格例外规则时,都对涉及性别的真实职业资格予以严格审查,以尽可能排除直接以性别作为真实职业资格而免除雇主不歧视义务的情况。因此,在美国,性别能够成为真实职业资格的职类类型非常少,仅限于以下几种情况:一是生理性别特

[46] Pauli Murray, “The rights of Women”, in N. Dorsen (Ed.), *The Rights of Americans* (New York: Random House, 1971), p. 521, 525, 转引自 Herma Hill Kay and Martha S. West, *Text, Cases and Materials on Sex-based Discrimination*, 5th Ed. (Eagan, MN: West Group, 2002), p. 15.

[47] [美]凯斯·R. 桑斯坦:《偏颇的宪法》,宋华琳、毕竟悦译,北京大学出版社2005年版,第73页。

征的要求。某种性别特征对该性别是独一无二的,是另一性别所不具有的,而这种性别特征又是完成工作必不可少的条件。比如,奶妈就只能由女性来承担。当然,不会有人为此提出歧视投诉,这只不过是第九巡回法院在解释性别差异时所引用的一个极端的例子。^[48] 二是性别真实性的要求。平等就业机会委员会在《性别歧视指导意见》中对此做了明确规定: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,如男演员或女演员。^[49] 除了男演员和女演员的雇佣可以以性别为真实职业资格外,还有服装模特、化妆品广告的模式等,也可以适用这一规则。三是道德、庄重性和隐私的要求。比如卫生间的服务员,衣帽间的服务员,高档酒店、宾馆盥洗室的服务员等,通常都是男女分开的。客户需要单一性别的员工从事特殊工作如个人护理以保护个人隐私的,在这种情况下也可以将性别作为真实的职业资格要求。四是疾病治疗的需要。在心理咨询服务中,性别也可以作为真实职业资格的例外。比如在1996年黑莉诉索思伍德精神病院案中,法院就认定精神病院根据性别排班是为病人提供必要的治疗和隐私考虑所必需的,具有事业必要性,符合真实职业资格的要求。^[50] 五是女性易遭性攻击的弱点的考虑。比如在多塔德诉罗琳森案中,联邦最高法院出于安全的考虑,肯定了阿拉巴马州法采用的与囚犯直接接触最大安全性作为狱警的真实职业资格成立,判决性别可以成为真实职业资格将女性排除在该职业之外。^[51]

公民的就业资格仅受客观真实的职业要求的限制,这是控制包括性别歧视在内的所有就业歧视的一种重要方法。我国反就业歧视法律制度还不健全,没有建立起判断就业歧视的具体标准。美国真实职业资格的例外规则及其在控制就业性别歧视方面的运作原则对我国女性就业权平等保护制度的建设具有非常重要的借鉴意义,因为在我国对就业女性的保护性立法中也有相当多的内容是对女性职业设限的。比如,《劳动法》第59条规定:“禁止安排女职工从事矿山井下、国家规定的第四级体力劳动强度的劳动和其他禁忌从事的劳动。”《女职工劳动保护规定》第5条规定,“禁止安排女

[48] Arthur Larson and Lex K. Larson, *supra* note [10], Chapter IV, at 3.

[49] 29 C. F. R. § 1604. 2(a) (1970).

[50] *Healey v. Southwood Psychiatric Hospital*, 78 F. 3d 128 (3d Cir. 1996). 在该案中,原告是索思伍德精神病院的儿童护理专科医生,负责为就医的儿童和青少年创造和维护治疗环境。1992年,医院因为病员减少,对医护人员重新排班。夜班不如白班,因为它要求做更多的繁琐的内务处理,而和病人交流以及担负的责任少。医院安排班次的政策是,无论男女白班夜班都要上,性别是安排具体班次的考虑因素。1992年11月,医院安排原告值夜班因为该班需要一个女性儿童护理医生。医院坚持,为满足治疗的需要和病人隐私的考虑,性别政策是必需的。但原告认为,性别在雇佣和班次安排方面不应发挥作用,医院的做法对其构成性别歧视,违反民权法第7章。法院认为,在精神病院对于情绪受到干扰和被性侵犯的青少年和儿童,职员性别的平衡就非常必要,因为被性侵犯的孩子对于某种特定性别的人可能更容易说出其问题,这取决于病人自己的性别和侵害者的性别。如果一个班次没有两种性别的人员,医院就不可能提供基础的有益治疗的看护,这将妨碍正常的特定业务。法院因此判决医院的做法属于真实的职业资格要求,没有违反民权法第7章。

[51] *Dothard v. Rawlinson*, 433 U. S. 321 (1977). 该案被上诉人、最初的原告戴安娜·罗琳森,22岁,身高5.3英尺,体重115磅,大学毕业,主修矫正心理学,申请成为阿拉巴马州的监狱管教员练习生。但阿拉巴马州法规定,管教员申请者身高不低于5英尺2英寸、不高于6英尺10英寸,体重不低于120磅、不高于300磅。罗琳森仅仅因为不符合120磅的最低体重要求未被录取,遂向平等就业机会委员会提出受到性别歧视的控诉。在接到平等就业机会委员会的起诉权利函后,罗琳森将同类案件一并起诉到地方法院,指控州法规定身高和体重标准违反了民权法案第7章和联邦宪法第十四修正案的平等保护条款。地方法院支持了罗琳森的请求,矫正委员会不服,将案件涉及罗琳森的部分上诉到联邦最高法院,而罗琳森也同时增加对行政法规第204条的指控,认为该法条也违反了民权法案第7章和联邦宪法第十四修正案的平等保护条款。联邦最高法院认定阿拉巴马州矫正委员会规定的身高体重限制对女性的就业权造成了不同的影响,但肯定了阿拉巴马州法采用的与囚犯直接接触最大安全性作为狱警的真实职业资格例外成立。

职工从事矿山井下、国家规定的第四级体力劳动强度的劳动和其他女职工禁忌从事的劳动”等。

不可否认,中国针对就业女性的职业禁忌在历史上曾经起到过很重要的作用。这主要体现在两个方面:一是纠正了妇女运动高潮时期出现的片面追求男女绝对平等而对女性身体造成伤害的做法;二是在劳动力计划配置的体制下,在一定程度上防止了劳动计划在男女工作分配上的随意性,从而减少因忽视男女生理差异而造成的对女性的伤害。但自20世纪80年代以来,随着计划经济体制向市场经济体制的转轨,就业模式已由“统包统配”转变为用人单位“自主用工、双向选择、择优上岗、平等竞争”的新模式。现在,女性已经具有了自主选择职业的权利,由立法者通过主观上的判断来为女性划定职业范围的做法就没有什么意义了。因此,有关职业禁忌的制度应该取消,而任何一种职业若要提出性别要求都要经得起客观真实的职业资格这个标准的严格审查。

4. 最后提出的问题是,为实现男女就业机会平等,是否应该废除一切对女性的特别保护措施。

我们知道,单纯追求机会平等是有问题的。因为机会平等仅仅是起跑线上的平等,这对于那些在起跑线上就处于劣势地位的人是不公正的。当今世界没有哪一个国家的宪法和法律是无视这种不公正现象的。每个国家都会或多或少在社会财富和利益的分配过程中向弱势群体倾斜,对他们采取一定的特别保护措施。

那么,是否应该给予女性相对于男性更多的保护呢?这取决于女性和男性是否存在差异,并且这种差异是否对女性的就业能力和机会产生了不利影响,使女性在就业中处于弱势地位。

对于性别,目前学界通常将其区分为生理性别和社会性别。生理性别差异主要表现在染色体、性腺、性激素、解剖构造、生理机能、身体形状、运动技能等方面。这些都是由先天遗传因素决定的,任何社会文化因素都无法消除。“社会性别(Gender)”是和“生理性别(Sex)”相区别的一个概念,指“社会文化形成的对男女差异的理解,以及在社会文化中形成的属于女性或男性的群体特征和行为方式”。^[52]在美国,这种对男女社会性别差异的理解被称为“性别刻板成见(Gender Stereotype)”。社会性别差异是人为造成的,这是性别歧视的结果,法律不应该承认这种差异。美国1964年民权法就禁止基于性别刻板成见对女性的就业歧视,州保护性立法的废弃正是该法实施的结果。因此,本文想讨论的主要是生理差异对两性就业能力是否产生影响以及法律该如何对待的问题。

对于两性生理差异对女性就业能力和就业机会造成的不利影响,美国在各州保护性立法被废弃后基本上是忽略不计的,只关注到了女性怀孕期间就业权的保护。同时,对怀孕期间的女性就业权的保护也主要侧重于对怀孕女性就业机会的平等保护,对怀孕女性工作期间的特别保护措施很少。即便有,也是尽可能地将保护性措施解释为能够惠及女性以外的其他人,从而淡化性别色彩。

具体来看,在对怀孕女性就业机会的平等保护方面,1974年联邦最高法院在切斯特菲尔德县教育董事会诉拉弗勒案中认为,女性在怀孕期间并不必然丧失工作能力,严格限制女性教师必须在产后三个月后才能申请重新工作的规定是武断的、不合理的,违反了正当程序条款,不适当地惩罚了决定生育的女教师。^[53]在特纳诉犹他州就业保障部案中,联邦最高法院认为,犹他州取消女

[52] 谭兢嫦、信春鹰主编:《英汉妇女与法律词汇释义》,中国对外翻译出版公司1995年版,第145页。

[53] *Cleveland Bd. of Educ. v. LaFleur*, 414 U.S. 632 (1974). 在1970—1971学年中,克利夫兰市的乔·卡罗尔·拉弗勒和安·伊丽莎白·纳尔逊、切斯特菲尔德县的苏珊·科恩在分别告知地方学校董事会自己怀孕后,都被根据强制性产假规则要求在预产期前的几个月停止工作、停发薪酬。三位女教师分别向联邦地方法院提起诉讼。克利夫兰市的两案并案审理。地方法院否定了原告的请求,但第六巡回法院推翻了下级法院的判决,认为克利夫兰市的产假规则违反了宪法第十四修正案的平等保护条款。在切斯特菲尔德县的科恩案中,地方法院判决学校董事会的产假规则违反了平等保护条款,准予给予适当的救济,但第四巡回法院最后以4比3的投票结果支持了该规则的合宪性。联邦最高法院对这两起案件合并审理,判决学校强制性产假规则违宪。

性怀孕和生产期间享受失业保险的规定是假定女性在怀孕和生孩子的 18 周里没有工作能力,而这样的假定在宪法上违反了拉弗勒案中所确定的基本原则。^[54] 1978 年 10 月 31 日,卡特总统签署《怀孕歧视法》。该法在 1964 年民权法 701 条下增加了 k 款,即:术语“由于性别”或“根据性别”包括但不限于由于或者根据怀孕、分娩或者相关的健康状况;受怀孕、分娩或者相关的健康状况影响的妇女应当在所有与雇佣相关的目的中被同样对待,包括根据附加福利项目接受的好处,就像其他没有受此影响的人在有能力工作或无能力工作时一样。由此,该法将怀孕歧视纳入到性别歧视之中成为法律所禁止的行为,使怀孕女性的就业机会受到 1964 年民权法第 7 章的平等保护。

在对怀孕女性的特别保护方面,1993 年之前美国有一些州对就业女性实行了不带薪的产假制度,以保障生育期女性工作权的连续性,各州规定的产假时间从 8 周到 6 个月不等。^[55] 1987 年联邦最高法院也在加州联邦储蓄贷款社诉加兰案中,判决加利福尼亚州《公平就业与住宅供给法》中要求雇主为怀孕女职工提供 4 个月的不带薪休假的规定合法有效。^[56] 联邦最高法院在判决中特别强调,加州产假立法给予女性的利益是有限的,仅仅及于由于怀孕、分娩和相关医学情况而导致的无能力时期,因此,它不同于本世纪早期流行的保护性劳动立法。最高法院还指出,加州产假立法并没有强迫雇主对待怀孕雇员比其他无能力雇员好,它所设定的利益是雇主必须向怀孕雇员提供的最小利益,雇主可以自由地给予其他无能力雇员相当的利益。这实际上表明联邦最高法院还是试图尽可能地淡化对女性特别保护的色彩。1993 年联邦国会制定《家庭医疗休假法》,规定雇

[54] *Turner v. Department of Emplt. Security*, 423 U. S. 44 (1975). 玛丽·安·特纳于 1972 年因与怀孕无关的原因非自愿离职。她在规定期限内申请失业补偿金,并获得失业补偿金到 1973 年 3 月 11 日,即预产期前的 12 周。根据犹他州州法的规定,就业保障部门认定她没有资格获得更多的补偿金直到产后的第 6 周后。此后,特纳间断地做临时书记员的工作。在穷尽了所有的行政救济手段后,特纳向犹他州高等法院提起控诉,声称州法剥夺了宪法第十四修正案保证的权利保护。州法院拒绝了她的诉讼请求,裁判州法没有违反宪法的保证。该案上诉到联邦最高法院。联邦最高法院认为,根据犹他州州法的规定,犹他州失业补偿金给予那些失业且适合就业的人。该法明确规定女性完全地或部分地因为怀孕失业,就无资格获得失业津贴,具体期间是产前产后的 18 周。联邦最高法院认定取消女性怀孕和生产期间享受失业保险的规定是违宪的。

[55] See Robert H. Blank, *Fetal Protection in the Workplace: Women's Rights, Business Interests, and the Unborn* (New York: Columbia University Press, 1993), pp. 74-75, Table 7. 3.

[56] *California Fed. S & L v. Guerra*, 479 U. S. 288-291 (1987). 在该案中,加利福尼亚州于 1978 年修改其《公平就业与住宅供给法》,禁止基于怀孕的就业歧视。该法 12945(b)(2)条要求雇主为怀孕女职工提供 4 个月的不带薪休假,公平就业和住宅供给委员会将该条解释为:要求雇主在女性雇员休假结束后恢复该雇员的原有工作职位,除非因为事业必要性不再适合这个职位。在后一种情况下,雇主必须做出合理的善意的努力将这个雇员安排在实质上类似的工作中。加利福尼亚联邦储蓄贷款社制定了表面上中立的休假政策,准许已经完成三个月工作任务的员工因为各种原因提出不带薪休假,休假原因包括无能力工作和怀孕。尽管该社试图为不带薪休假的员工在休假结束后提供原有类似工作岗位,但该社也明确表示保留在没有合适的类似工作时终止雇用休假者的权利。莉莲·加兰是该社工作多年的接待员。1982 年 1 月,莉莲因怀孕休假。当年 4 月,她通知该社她能够回来工作,但她被告知她的工作已经有人承担,没有接待员或其他类似工作可以提供给她。于是,莉莲向公平就业和住宅部提出了控诉。公平就业和住宅部指控该社违反《公平就业和住宅法》第 12945(b)(2)条。在预定的听证时间之前,该社联合贸易商和制造商协会、加利福尼亚商会向加利福尼亚中部地区地方法院提起诉讼,请求法院宣布《公平就业和住宅法》第 12945(b)(2)条与民权法第 7 章不一致,第 7 章应优先适用,同时要求法院发出禁令禁止该法条的实施。地方法院支持了联邦储蓄贷款社的诉讼请求,认为临时丧失工作能力的男雇员没有享受到女雇员因怀孕享受到的待遇,这是一种反向歧视,根据联邦宪法的最高效力条款,判决给予女性雇员优惠待遇的加利福尼亚州法和政策是无效的,民权法第 7 章应优先适用。第九巡回法院推翻了地方法院的裁判。联邦储蓄贷款社申请将该案移送联邦最高法院审查。

佣人数超过 50 人的雇主在雇员遇到以下情况时,必须提供最长可达 12 周的非带薪休假:生育或者收养孩子;照顾患有严重疾病的孩子、配偶或者父母;雇员个人患有严重疾病。该法在一定程度上保障了产期女性的职业连续性。不过,从该规定我们也可以看到,不仅该法规定的休假时间要比一些州规定的产假时间短,而且休假制度采取了无差别对待的原则,即对产期女性职业连续性的保障并没有特殊性,而是和其他因家庭和医疗原因休假的雇员一样受到了同等的对待。至于其他的劳动保护,美国法律对女性和男性都是采取了一视同仁的态度,不将女性作为特殊的类别来看待,也就没有对女性的特别保护措施。

美国的这种做法有可取之处,那就是强调女性就业机会的平等和女性选择职业的自主性,至于工作是否会对女性的健康造成比男性更加严重的危害,则由女性自己判断,是否选择某种职业由女性自己决定,由此产生的不利后果由女性自己承担。不过,笔者也认为美国的这种做法还是有些矫枉过正。

笔者主张给予女性一定限度的特别保护,但保护的方式和理由应该重新考虑,并尽可能做到既淡化了性别色彩,又保护了女性的权利。比如,就生育而言,生孩子的事且对女性就业能力产生不利影响。但是,我们完全可以不因此认为女性是弱者需要特别保护,而是从女性承担了更多人类繁衍的社会责任出发,将特别保护措施作为对女性承担更多社会责任的补偿来看待。这样既淡化了生理差异对女性就业能力产生的不利影响,也有利于社会利益、家庭利益与女性利益之间,女性和男性的利益之间,雇员与雇主利益之间的平衡,这对社会、对女性都有好处。具体而言,在考虑对女性给予特别保护的时候,需要考虑的问题主要是:(1)就就业权而言,相对于男性,女性有什么特殊情况?(2)每种特殊情况对女性产生了什么不利影响?(3)有没有其他主体从女性受到的不利影响中受益?(4)对于无受益者的不利影响,如何保护女性就业权而又避免强化女性的生理差异?(5)对于有受益者的不利影响,如何分配不利后果,从而平衡受益者与女性之间的利益?等等。

(责任编辑:林彦)