

就业中的性别认同歧视域外案例研究及启示



2017 年

人人享有，平等权利

就业中的性别认同歧视域外案例研究及启示

刘明珂¹

摘要：目前我国尚未有任何规制就业中性别认同歧视的法律法规，但在司法实践中已经出现了这样的案例。本文以案例研究为方法，在介绍我国“跨性别就业歧视第一案”的基础上，考察域外案例。本文发现，当立法并未明确纳入时，司法机关可以通过对“性别歧视”进行解释链接性别认同歧视；当立法明确纳入性别认同歧视时，跨性别者的就业权利会得到更为直接的保护。本文认为，这些域外经验为中国相关案件的审理及相关制度的构建提供了参考，在两种保护路径中，后者能够为跨性别者提供更周延的保护。

关键字：性别认同；就业歧视；性别歧视；跨性别

¹ 作者：刘明珂，同语，法律项目研究员。感谢同语主任徐玢，廖爱晚，以及美国、欧洲、新西兰、匈牙利案例的提供者为本文章做出的重要贡献。

本文已被收入刘小楠，王理万，《反歧视评论（第4辑）》，法律出版社，2017年

我国目前没有对我国跨性别人群数量的官方统计，根据国外的研究，总人口中大约有 1% 是跨性别者²。按照这个比例，中国至少有 1300 万跨性别者。由此可见，我国跨性别者虽然属于少数群体，但绝对数目很大，而我国法律在与跨性别者相关的诸多事项上缺乏明确的规定，导致跨性别者的权利难以得到保护。诸多权利之中，就业是民生之本，就业权利是人权中不可分割的一部分³。从这个意义上说，这一“跨性别就业歧视第一案”值得我们引起重视。本文试从案例研究的角度，借鉴域外经验，以期找到保障跨性别者就业权利的司法及立法进路。

一、案例介绍

（一）案情——“中国跨性别就业歧视第一案”

2015 年 4 月 21 日，C 先生（化名）入职贵阳慈铭健康体检中心（以下简称慈铭公司）担任销售职位，在未签订任何劳动合同的情况下，于同年 4 月 29 日被慈铭公司辞退。C 先生生理性别为女性，自我认同为男性，是一名跨性别者。⁴C 先生认为自己在慈铭公司工作期间表现良好，其遭到辞退的原因是因为慈铭公司认为其“穿着和行为举止男性化将影响公司形象。”⁵

（二）审判

2016 年 3 月 7 日，贵州省贵阳市云岩区劳动仲裁委员会受理了申请人 C 先生的提起的针对被申请人慈铭公司的就业歧视劳动仲裁申请。申请人认为对方是基于对自己性别认同的歧视而解除劳动合同的，从而请求劳动仲裁委员会确认被申请人的行为违法，并返还拖欠工资、赔偿因此造成的经济损失。5 月 10 日，贵阳市云岩区劳动人事争议仲裁委员会向 C 先生送达裁决书：慈铭公司在裁决生效十日内支付 C 先生工资 402.3 元，同时驳回 C 先生其他请求。

申请人对该仲裁结果不满意，并依法向法院提起劳动争议纠纷诉讼。2016 年 6 月 17 日，贵州省贵阳市云岩区人民法院首次开庭审理了本案，由于需要对证据进行鉴定，法院暂时休庭。2016 年 12 月 18 日，法院做出判决，由于被告未

² 联合国开发计划署. 亚太跨性别健康蓝图-为亚洲及太平洋地区跨性别者及其社群提供完善照护之构想.https://issuu.com/undp-china/docs/trans_health_blueprint__ch. 2016 年 9 月 20 日访问

³ 参见《消除对妇女一切形式歧视公约》(GCHJ)第 11(I)(a)条

⁴ 跨性别者即所认同的性别和出生时被指派的性别不同的人。关于这一概念的详细定义请见下文。

⁵ C 先生诉贵阳慈铭健康体检中心有限公司案判决书，第 9 段[贵州省贵阳市云岩区人民法院，2016 年]。

与原告签订书面劳动合同，被告所举证据不能证明双方之间约定明确的合同试用期，因此认定双方为正式劳动合同关系。此时，被告解除与原告劳动关系须符合《劳动合同法》第三十九条、第四十条规定的情形，而被告所举证据不能认定原告有该两条所列举的情形，因此支持了 C 先生关于拖欠工资和违法解除劳动关系的 2000 元经济赔偿金，但未认定是基于对其跨性别身份的歧视。

2017 年 4 月 20 日，C 先生诉慈铭公司一般人格权案首次开庭。原告 C 先生请求法院判令被告向原告书面公开赔礼道歉，并赔偿原告精神损害抚慰金。C 先生在一篇文章中表示：“我不是为了钱才打这个官司的……我们的诉求从始至终就是要被告公司就其歧视我的行为进行道歉，没有道歉我们就不会停下脚步。”⁶

法院未当庭作出判决。

（三）争议焦点

慈铭公司解除与 C 先生的劳动关系是否构成对其跨性别身份的就业歧视；基于性别认同和/或性别表达的歧视是否构成中国法律上禁止的性别歧视。⁷

二、性别歧视与性别概念

（一）我国法律对性别歧视的一般性认定

我国国内法尚未对性别歧视做出定义，中国加入的《消除就业和职业歧视公约》第一条规定：“一、就本公约而言，“歧视”一词包括：（一）基于种族、肤色、性别、宗教、政治见解、民族血统或社会出身等原因，具有取消或损害就业或职业机会均等或待遇平等作用的任何区别、排斥或优惠；”在我国已经批准的联合国《消除对妇女一切形式歧视公约》第一条亦有“对妇女的歧视”的定义，即“基于性别而作的任何区别，排斥或限制，其影响或其目的均足以妨碍或否认妇女不论已婚未婚在男女平等的基础上认识、享有或行使在政治、经济、社会文化、公民或任何其他方面的人权和基本自由。”上述两国际公约是我国在认定性别歧视时的重要参照。

具体到司法实践中，近年来，我国法院在涉及就业性别歧视的案例上已经有了一定的突破。例如，著名的邓某某（媒体报道中化名马户）案入选《最高

⁶ “全国首例跨性别就业歧视案人格权诉讼开庭”，<http://mp.weixin.qq.com/s/OaQJXu0XcvcYZPcEXbNnjg>，2017 年 6 月 29 日访问

⁷ 改两个争议焦点实际涉及两个问题，第一个问题涉及歧视的认定，主要与证据等相关；第二个问题涉及对性别认同是否能够作为中国法上的禁止歧视的事由，本文主要讨论第二个问题。

最高人民法院关于弘扬社会主义核心价值观典型案例集》，该文件属于司法解释性质文件，对司法实践有重要的指导作用。本案中，邓某某应聘某速递公司投递员的职务，但对方以邓某某为女性为由拒绝录用。法院没有认可某速递公司提出的快递员不属于国家规定的不适合妇女的工种或者岗位的抗辩，判决赔偿等某某经济损失及精神损害抚慰金2000元。在评论中，最高法院认为“在招聘单位仅仅以性别原因拒绝录用应聘者的情况下，招聘单位就构成了侵权，对由此而给应聘者造成的直接经济损失应予以赔偿，同时招聘单位的拒录行为客观上也给应聘者造成了一定的精神损害，对于应聘者主张的精神损害抚慰金可根据招聘单位的过错程度以及对应聘者造成的损害后果酌情确定。”⁸

该案虽然并不涉及性别认同，但最高法院评论的措辞是值得玩味的。何为我国法律中禁止歧视的“性别”？所谓“因为性别原因”又该怎样理解呢？，用人单位因为其性别认同或性别表达的原因而对当事人进行区别对待，是否也是“因为性别的原因”呢？这些问题与本文的研究内容是非常相关的。

（二）跨性别相关概念

“性别”这一概念本身是复杂的，在英语中，有 sex（生理性别）和 gender（社会性别）的区分，前者指解剖学意义上的性别，后者是性别的社会建构和文化意义上的，主要体现在性别角色上，例如男性阳刚，女性阴柔。

虽然社会性别仅区分了男女，但实际上人类的性别呈现十分多元的样貌：从生理性别上来说，存在着间性人（intersex）群体，他们是“先天的生理性别特征（例如染色体、性腺和生殖器）被认为亦男亦女、男女参半、或不男不女的人。”⁹但对世界上绝大多数社会而言，间性状况是“不被接受”的，因为每个人都有着一个指派性别（sex assigned at birth），即“一个人在出生时或出生后短时间内被指派的某种性别。”¹⁰对于间性人来说，即使其生理性别并不属于典型的女性或者男性，仍然会被指派为女或男其中的某种性别，这一性别标记被填写在出生证明等一系列法律文件上，成为这个人的法定性别。与之相关的，是跨性别（transgender），即“所认同的性别和出生时被指派的性别不同的人。”¹¹举例来说，本案中的原

⁸ 《邓某某诉某速递公司、某劳务公司一般人格权纠纷案》，载《最高人民法院关于弘扬社会主义核心价值观典型案例（2016年）》。

⁹ 联合国开发计划署. 亚太跨性别健康蓝图-为亚洲及太平洋地区跨性别者及其社群提供完善照护之构想.https://issuu.com/undp-china/docs/trans_health_blueprint_ch，2017年6月29日访问。

¹⁰ 同上

¹¹ 同上

告 C 先生，其生理性别和指派性别均为女性，但其自我认同为男性，这样的情况被称为跨性别男性（trans man）。需要特别注意的是，跨性别并不等于变性人。根据英国《性别歧视(性别转换) 规则》，“性别转换”（gender reassignment）指“在医务监督下，通过改变生理性别或其他性别特征以达到转换其生理性别为目标的一个程序。”¹²然而并非所有的跨性别者都有进行性别转换的需求，也并非所有的跨性别者都会完成全部的性别转换手术。

还需要特别注意的是，性倾向与性别认同是截然不同的概念，两个同样指派性别为女性、被女性所吸引的人，一个性别认同是男性，一个性别认同为女性，则前者是一个跨性别男性异性恋者，后者是一个女同性恋者。

三、就业中的性别认同歧视域外案例研究

我国法律并未规定禁止性别认同歧视，而是只规定了禁止性别歧视，这就给本文开头的 C 先生案带来了法律适用的困难。这一案件被称作“中国跨性别就业歧视第一案”，此前也并无类似的案件走上法庭。因此，我们不妨将目光投向国外，考察一下类似案件的域外经验。

（一）立法未明文纳入性别认同歧视

在很多国家，性别认同与表达并非一开始就被囊括在反歧视法禁止歧视的范围之内，跨性别者面临的就业歧视也并非一开始就在人们的视野之内。随着社会整体对跨性别认识的科学化和深化，人们逐渐认识到就业领域对跨性别者存在着歧视现象，然而在立法并未明确的背景下如何为跨性别者提供保护是司法机构面临的一个重要的问题。所幸，反就业歧视法最开始一般都会有禁止性别歧视的条款，各国（及地区）的司法机构于是从“禁止性别歧视”的角度出发，尝试对此进行解释，以图保障跨性别者的就业权利。

1. 将性别歧视扩大解释为包含基于性别刻板印象的歧视——美国经验

《1964 年民权法案》第七章（Title VII of the Civil Rights Act of 1964）是美国联邦层面最为重要的反就业歧视法律渊源，其规定“禁止基于种族、肤色、宗教信仰、性别和宗源国的歧视”。由于没有明确将性别认同纳入禁止歧视范围，法院面临着在就业领域是否以及如何保护跨性别者的问题。

¹²The Sex Discrimination (Gender Reassignment) Regulations 1999.
<http://www.legislation.gov.uk/uksi/1999/1102/regulation/2/made>., 2016 年 9 月 20 日访问

20世纪70和80年代的美国联邦法院对于《民权法案》第七章中的“性别”歧视采取限缩的解释,即认为只包括生理男性和女性,跨性别者不受到《民权法案》第七章的保护。例如,在 *Ulane v. E. Airlines, Inc.*一案中, *Ulane* 于1968年以男性飞行员身份受雇于东方航空公司直到1980年,她完成性别转换手术后被公司开除。第七巡回法庭审理认为:民权法案第七章中的“性别”字面通常含义仅仅是禁止“因为女性身份而歧视女性、因为男性身份而歧视男性”。¹³

上述这种情况在著名的 *Price Waterhouse v. Hopkins*¹⁴ 一案中发生了改变。该案中,女职员 *Ann Hopkins* 业绩卓著,仅仅因为她的上司们认为她的行为举止和穿衣打扮过于男性化,不符合人们对女性的传统印象而在申请晋升合伙人时受阻。一位公司的高级合伙人告诉她,作为女性,她应该“像女人一样走路,像女人一样说话,像女人一样打扮,化化妆,做做发型,戴些珠宝首饰。”最高法院认为,这些言论足以构成《民权法案》第七章所禁止的性别歧视。被告拒绝 *Hopkins* 的申请不是因为她的女性身份,而是因为她没有符合她的上司们认为的女性应有的形象和举止的印象。最高法院认为《民权法案》第七章不仅禁止基于“性别”的歧视,还禁止基于“某人没有表现出他/她的生理性别特质”的歧视,最高法院将其定义为禁止基于“性别角色刻板印象”(gender role stereotyping)的歧视。这一解释实际上是对“性别歧视”进行了扩大解释。

本案当事人虽然不是跨性别者,但最高法院在案件中确立的原则为日后跨性别者寻求保护提供了依据。自本案之后,法院认为某人因性别不驯行为而有悖于雇主的性别刻板印象进而遭受雇主的区别对待时,雇主的行为构成歧视。例如在 *Smith v. City of Salem* 案中,联邦第六巡回法院进一步指出“不论造成这种性别不驯行为的原因是什么——例如‘跨性别者’这样一个标签——并不意味着其性别歧视的主张不能成立。”¹⁵也就是说,性别歧视的成立不再建立在“因为女性身份而歧视女性、因为男性身份而歧视男性”的逻辑之上,当事人的性别身份不再重要,“性别歧视的背后是对性别的刻板印象”的逻辑建立起来。¹⁶

¹³ 见,例如, *Ulane v. E. Airlines, Inc.*, 742 F.2d 1081, 1085 (7th Cir. 1984); *Sommers v. Budget Mktg., Inc.*, 667 F.2d 748, 750 (8th Cir. 1982); *Holloway v. Arthur Andersen & Co.*, 566 F.2d 659, 662 (9th Cir. 1977).

¹⁴ *Price Waterhouse v. Hopkins* 490 U.S. 228 (1989)

¹⁵ *Smith v. City of Salem*, 378 F.3d 566, 575 (6th Cir. 2004)

¹⁶ *McCarthy B P. Trans Employees and Personal Appearance Standards Under Title VII. Ariz. L. Rev.*, 2008, 50: 939.

2. 通过对反就业歧视法进行目的解释以保护跨性别者——欧洲经验

欧盟法律在早期同样面临着性别认同歧视是否可以被纳入性别歧视的范畴这一问题。1996年，在一件里程碑式的案件中，欧洲法院(European Court of Justice)专门就这一问题作出了回应。

1996年，英国工业仲裁委员会(Industrial Tribunal)提请欧洲法院关于 P v. S and Cornwall county 一案进行初步裁决(preliminary ruling)。¹⁷该案中，原告 P(生理男性，跨性别女性)在被告下属的一家教育机构担任经理，后 P 告知该机构主管 S 她决定进行性别转换手术，在其进行手术之后遭到被告的解雇。工业仲裁委员会认为，由于根据英国法律，P 仍然被认定为男性，所以 P 的这一情形不能适用《1975年性别歧视法》(Sex Discrimination Act 1975)——因为该法案仅适用于男性和女性因为自身性别本身而遭受了歧视性的、较差的对待。工业仲裁委员会也不确定 P 的这一情形是否可以适用 1976年《男女平等待遇指令》(EU Equal Treatment Directive¹⁸)。

本案的特殊之处在于，原告遭受歧视性对待并非因为其自身的性别，而是因为其即将、正在或者已经进行性别转换这一行为。欧洲法院从目的解释的角度出发，认为，首先，《指令》确定的原则在于平等对待男性和女性，这一原则体现在其标题中，也在第 2 条第 1 款和第 3 条第 1 款中予以强调：“不得因性别进行任何形式的歧视。”因此，《指令》是一则关于在相关领域平等原则的宣示，这也是共同体法律的基本原则之一。其次，不受基于性别的歧视也是一项基本人权，法院有义务保障这项人权。¹⁹综上所述，对《指令》适用范围的解释不能局限于基于特定性别的歧视，从该《指令》的立法目的和其意图保护的权利来看，该《指令》的适用范围应当包括某人因为性别转换而受到歧视。欧洲法院进一步提出，P 是因为性别而被歧视的，当一个人决定进行变性手术时，他或她遭受的歧视是基于其进行性别转换后的性别与其原生性别的对比。²⁰

¹⁷ JUDGMENT OF 30.4.1996 — CASE C-13/94 P. v S. AND CORNWALL COUNTY COUNCIL

¹⁸ Council Directive 76/207/EEC of 9 February 1976, on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions.

¹⁹ Case 149/77 Defrenne v Sabena [1978] ECR 1365, paragraphs 26 and 27, and Joined Cases 75/82 and 117/82 Razzouk and Beydoun v Commission [1984] ECR 1509, paragraph 16

²⁰ International Commission of Jurists. Chapter three: Employment Discrimination. <http://www.icj.org/sogi-casebook-introduction/chapter-three-employment-discrimination/#footnote-11>. 2016年9月18日访问

3. 直接将性别认同歧视视为性别歧视——美国、台湾、新西兰经验

(1) 美国

在上述 Hopkins 一案中,法院并没有把跨性别者作为一个特定的类别(class)加以保护,禁止性别认同歧视仍然被包括在禁止性别歧视的内涵里。这一实践上的突破发生在 Schroer v. Billington²¹一案中。原告 Schroer (生理男性,跨性别女性)申请成为一名反恐研究专家,雇主承认其能力非常符合工作要求,但认为跨性别女性在接触军方或在国会作证时会“缺乏可靠性”。本案中,法院不再把针对跨性别者的歧视视为基于“性别角色刻板印象”,而是判定因为跨性别者的跨性别身份而歧视他们就是《民权法案》第七章所禁止的“基于性别的歧视”。这一判例把跨性别者遭受的歧视直接纳入到“性别歧视”中,对这一群体的保护更加明确。

Schroer 案之后,很多法院认为《民权法案》第七章可以直接适用于保护跨性别者的性别不驯行为,²²一些法院进一步指出《民权法案》第七章禁止的“性别歧视”可以涵盖基于性别认同、性别表达和性别转换的歧视。²³

此外,美国平等就业机会委员会(Equal Employment Opportunity Commission, EEOC)一致宣称:基于跨性别身份的歧视在《民权法案》第七章的性别歧视项下可视为是基于性别认同的歧视,性别歧视有多种多样的形式,包括性别表达不符合传统性别气质;进行了变性手术或正在进行变性手术;不喜欢某雇员自我认同为跨性别等。²⁴

(2) 台湾

台湾地区《就业服务法》第 5 条第 1 项规定“不得以……性别、性倾向……为由,予以歧视”;亦有专门的《性别工作平等法》,其中“第二章性别歧视之禁止”明确雇主对求职者、受雇者不得“因性别或性倾向而有差别待遇”。虽然台湾现有法律没有将对“性别认同”和“性别表达”的歧视明示列出,但在劳工委员会及法院判案实践中明确了跨性别者可以直接以受到“性别歧视”为由受上述诸法律保护。

²¹ Schroer v. Billington, 577 F. Supp.2d 293, 308 (D.D.C. 2008)

²² 见 Chavez v. Credit Nation Auto Sales, 2016 WL 158820 at *1 (11th Cir. 2016)

²³ 见,例如, Glenn v. Brumby, 663 F.3d 1312, 1318–21 (11th Cir. 2011); Doe v. State of Arizona, 2016 WL 1089743, *2 (Mar. 21, 2016)

²⁴ 高文谦:“涉及 LGBT 的反就业歧视法比较研究”,载《反歧视评论第二辑》,法律出版社,2015 年版,第 139 页

在马偕医院诉台湾行政院劳工委员会一案²⁵中，案外人周逸人（生理男性，跨性别女性）在马偕医院工作期间，改男装为女装，被告先将其由技术性工作调为庶务性工作，后以其缺勤违反雇佣合同为由予以解雇。周逸人申诉至劳工委员会，劳工委员会认为马偕医院虽然表面上以其他理由解雇周逸人，但内部电子签呈却一再对于申诉人之穿着打扮进行评议，且在周逸人改着女装之后，马偕医院对其同样的工作行为态度发生显著变化，因此认为上述工作调动及解雇均与申诉人着女装有一定之关联性，马偕医院的解雇行为涉及不正当动机。所以，根据《性别工作平等法》对马偕医院处以罚款新台币 5 万元。

后马偕医院对该结果提起行政诉讼，法院认同了劳工委员会的意见，并且认为，马偕医院未能证明周逸人存在工作疏失，但仍然执意以其擅自离开工作岗位为由将周逸人免职，“其真正之动机及意图，应认周逸人‘服装打扮及行为举止相当女性化’造成原告人事管理困扰，又不欲依法资遣或对周逸人为更合适之职务调整。”所以马偕医院解雇周逸人“显系基于身着女装等女性倾向之因素，对其所为差别待遇，实已构成性别歧视。”因此，驳回了马偕医院的诉请。

（3）新西兰

新西兰在 1993 年人权法案（Human Rights Act 1993）中明确了禁止基于性别和性倾向的歧视，并没有明确跨性别者是否受到该法律保护。²⁶

在 2016 年的一件涉及到跨性别者的案件中，Hemmingson 女士（生理男性，跨性别女性）作为一名发型师受雇于 Swan 先生，她被后者解雇。劳动关系局（Employment Relations Authority, ERA）裁定²⁷认为 Swan 先生在与 Hemmingson 女士的会面上提出 Hemmingson 女士的跨性别身份可能造成的对其工作和本人的不利影响，使 Hemmingson 女士别无选择而离职。这种行为违反了劳动关系法案（Employment Relations Act）的善意义务要求，对 Hemmingson 女士的解雇是不公平的。最终裁定支持了对 Hemmingson 女士的工资补偿和精神损害赔偿。

（二）立法纳入性别认同歧视

²⁵ “财团法人台湾基督长老教会马偕纪念社会事业基金会马偕纪念医院诉台北市政府判决书”（台湾台北地方法院，102 年）

²⁶ Human Rights Act 1993, 21 Prohibited grounds of discrimination (1) For the purposes of this Act, the prohibited grounds of discrimination are—(a)sex, which includes pregnancy and childbirth:.....(m)sexual orientation, which means a heterosexual, homosexual, lesbian, or bisexual orientation.

²⁷ [2016]NZERA Auckland 212 5565264

并不是所有的区别对待都构成法律上的歧视，反就业歧视法所明确的禁止歧视范围是为了区分非法的就业歧视和其他意义上的区别对待，使雇主的用人自主权和劳动者的平等就业权之间得到平衡。²⁸这样的范围也与法院的审查标准相关。因此，反就业歧视法所规定的禁止歧视范围是十分关键的一个概念，当立法明确将性别认同纳入到禁止歧视范围时，司法机构可以为跨性别者提供更为直接的救济，而不需要再以上文所述链接“性别歧视”的方式给受害人提供保护。

许多国家（或地区）在法律中明示保护跨性别者。例如，欧洲的《2006年性别平等指令》（Gender Equality Directive of 2006）明确将针对跨性别者的歧视纳入其中；²⁹《欧洲人权公约》（European Convention on Human Rights）第12修正案作为对公约第14条禁止歧视条款的补充，大大扩展了保护群体的范围，即除了公约中列明的歧视原由之外，也禁止基于性倾向和性别认同等的一切与列明理由相当的歧视。³⁰英国《性别歧视（性别转换）规则》对性别歧视法加以解释，防止对跨性别者以性别为由在薪金及雇佣待遇和培训方面产生歧视。³¹瑞典反歧视法案（Discrimination Act）明确将跨性别认同和表达（transgender identity or expression）与性别、种族、宗教等并列保护。³²美国《加州安鲁民法案》（The California Unruh Civil Rights Act）禁止对性别认同的歧视，该法案将“性别”（sex）

²⁸ 卢杰锋：“就业中的性别认同歧视：美国经验及启示”，载《妇女研究论丛》2016年第4期。

²⁹ European Parliament and Council Directive 2006/54/EC of 5 July 2006, on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast), 5 July 2006, at Recital 3. 另见，EU Fundamental Rights Agency, Homophobia, transphobia and discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity: comparative legal analysis (2010 Update), at 21.

³⁰ Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ETS No. 177)

Article 1 – General prohibition of discrimination. 1 The enjoyment of any right set forth by law shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status. 2 No one shall be discriminated against by any public authority on any ground such as those mentioned in paragraph 1.

³¹ 饶志静：“英国反就业歧视法律制度研究”，载《环球法律评论》2008年第4期

³² Chapter 1. Introductory provisions

The purpose of the Act Section 1 The purpose of this Act is to combat discrimination and in other ways promote equal rights and opportunities regardless of sex, transgender identity or expression, ethnicity, religion or other belief, disability, sexual orientation or age.

界定为包括但又限于个人的“社会性别”（gender）——即性别、性别认同及性别表达。³³

本文仅举一个案例予以说明。匈牙利在《2003年平等对待法案》（Hungarian Equal Treatment Act (2003)）中列明性别、性取向和性别认同为禁止歧视的对象，因此为跨性别者提供了直接保护。³⁴在一起由平等待遇委员会（Equal Treatment Authority）处理的案件中，申请人是一位跨性别者，她以一名女性的身份生活已经有六年了，她应聘一家服装店店员，当销售经理看到她的身份证件上写着男性的姓名时，她告诉申请人他们希望招一名女性店员，并在申请人解释她是一名女性的时候嘲笑她。平等待遇委员会认为雇主的行为构成对申请人基于性别认同的歧视。³⁵

四、域外经验对中国的启示

（一）司法层面

我国目前并未将跨性别者明示纳入禁止歧视范围，但“性别”是我国反歧视法明确禁止的歧视事由。因此，并不是说我国法律就当然不保护跨性别者。

首先，我国的成文法律并未明确“性别歧视”的内涵；在我国目前已经判决的司法案例中也没有对法律规定的“禁止性别歧视”做进一步的阐明。³⁶这两点为对“性别歧视”进行扩大解释留下了空间。由于“性别”概念的复杂性，“性别歧视”不应仅仅被简单理解为只是针对女性或男性身份的歧视，如果我们细致考察已有性别歧视案例中的缘由，可以看出这些歧视的背后往往是对性别角色的刻板印象。例如著名的黄蓉（化名）案，“被告联系人以文案职位需早晚加班等为由回复不考虑女生，想招男生。”³⁷又如高晓（化名）案，原告欲应聘厨师的职位，但被告

³³ 高文谦：“涉及LGBT的反就业歧视法比较研究”，载《反歧视评论第二辑》，法律出版社，2015年版，第142页

³⁴ Act CXXXV of 2003 on Equal Treatment and Promotion of Equal Opportunities

Article 8 All dispositions as a result of which a person or a group is treated or would be treated less favourably than another person or group in a comparable situation because of his/hern) sexual identity,.....

³⁵ Hättér, Society. “EQUAL TREATMENT AUTHORITY: REJECTION OF TRANSGENDER JOB APPLICANT WAS UNLAWFUL”, <http://en.hatter.hu/news/equal-treatment-authority-rejection-of-transgender-job-applicant-was-unlawful>. 2016年9月16日访问

³⁶ 卢杰锋：“就业中的性别认同歧视：美国经验及启示”，载《妇女研究论丛》2016年第4期，第87页。

³⁷ “郭晶与杭州市西湖区东方烹饪职业技能培训学校一般人格权纠纷案判决书”（杭州市西湖区

以“公司规定厨房不招女工，即便具备厨师证也不行”等理由拒绝录用。³⁸这两个案例连同前文的马户案，都体现了用人单位认为只要是女性就“不能适应加班”、“不够能力/体力担任厨师”、“没有足够的体力担任速递员”。在 C 先生一案中，C 先生因其是跨性别者，性别表达与其指派性别不同，不符合被告对“女性”形象的性别刻板印象，恰恰就是性别歧视的体现。

其次，我国《劳动法》第一条规定“为了保护劳动者的合法权益，调整劳动关系，建立和维护适应社会主义市场经济的劳动制度，促进经济发展和社会进步，根据宪法，制定本法。”在我国《宪法》中，第 33 条规定了平等权和人权，第 42 条规定了劳动权。根据宪法理论，这些条文的要求为：其一，公职受聘机会的均等，即在任用和聘用公职人员时除了对任职的资格作出要求外，不得根据种族、民族、宗教、性别、住处或出生地等的差别而给予歧视或使其失去资格；其二，社会生活方面的平等待遇，即公民在社会生活中，不得因种族、语言、宗教、性别、住处或出生地的不同而受到拒绝和歧视。³⁹ 对法律进行解释首先就要进行合宪性解释，并且在解释某一法律中的条文时也要符合整部法律的目的和体系，因此从目的解释的角度出发，跨性别者作为我国的劳动者也享有有平等就业权和劳动权，不得受到就业歧视，C 先生应当被纳入“禁止性别歧视”的保护范畴。

（二）立法层面

我国在反就业歧视领域最重要的法律为《劳动法》和《就业促进法》。《劳动法》在第 12 条详细规定了禁止歧视范围，即民族、种族、性别、宗教信仰。2008 年实施的《就业促进法》在第 3 条又重申了四大类别，并且在第三章中增加了三中类别，形成了我国现有法律框架中明确保护的七大禁止歧视类别，即：民族、种族、性别、宗教信仰、残疾人、传染病病原携带者以及农村劳动者。然而这一禁止歧视类别的范围与国际社会的一般标准相比太过狭窄。⁴⁰

国际社会一般禁止的歧视包括：性别、种族（或民族）、宗教信仰、政治观点、婚姻状况、国籍、年龄、残疾、慢性病、短期工作、性取向和性骚扰等 10 余

人民法院，2014 年）。

³⁸ “梁海媚与广东惠食佳经济发展有限公司、广州市越秀区名豪轩鱼翅海鲜大酒楼人格权纠纷案判决书”（广东省广州市中级人民法院，2016 年），

³⁹ 王广辉：《比较宪法学》，北京大学出版社 2007 年版，第 163-164 页。

⁴⁰ 蔡定剑；刘晓楠：《反就业歧视法专家建议稿及海外经验》，社会科学文献出版社 2010 年版。

种，并且有不断扩大的趋势。从域外经验也可以看出，如果希望更好的保护跨性别者的就业权利，最理想的做法是将性别认同纳入反歧视法的禁止歧视范围中去。

国内学界已经有了这样的尝试。由中国政法大学宪政研究所反就业歧视研究组牵头起草的《反就业歧视法（专家建议稿）》（第三稿）在第三条关于“就业歧视的定义”中明确将性别认同、性别表达纳入禁止歧视范围：“本法所称就业歧视，是指用人单位基于劳动者与工作能力和职业的内在需要不相关的因素，在就业中做出区别对待，从而取消或损害劳动者平等就业权利的行为。……前款所指“不相关的因素”包括：……（十一）性别认同、性别表达及性倾向；……”另外还在第三十九条特别明确：“用人单位不得基于劳动者的性别认同、性别表达及性倾向实施就业歧视。”这一专家建议稿明确禁止针对跨性别者的就业歧视行为，是对跨性别者更为直接、完善的保护。

（三）对跨性别保护路径的选择

从上文来看，似乎直接将我国法律中已有的“禁止性别歧视”解释为包括性别认同，或者在立法中新增“禁止性别认同歧视”都是可行的路径，但笔者认为前者仅是法律未修改时的“权宜之计”，而后者才真正能够更能彻底实现反歧视的目的。

不合理的区别对待即为歧视，但要准确确定禁止歧视的范围，就需要准确甄别歧视背后的原因。从上述几个域外案例中我们可以看出，有时人们对跨性别者的歧视是基于他们的性别表达，而有时就是基于他们跨性别者的身份。仔细考察这两种不同性别认同歧视思路背后的意识形态，我们可以发现基于性别表达的歧视更多的是体现了一种性别歧视主义（sexism），性别歧视主义认为女人就应该有女人的样子，男人就应该有男人的样子，而跨性别者的性别表达往往“僭越”了这一规条；基于跨性别者身份本身的歧视则更多地体现了一种“恐跨”（transphobia）现象，即对于跨性别者的偏见，这种偏见具有性别刻板印象的内容，但有着更为广泛的内涵，例如认为跨性别者本身就是“不正常的”、“不好的”、“道德败坏的”，而这些是不能被性别歧视所包含的。这样来看，第一种意识形态可以契合将性别认同歧视纳入性别歧视的范畴，但第二种意识形态则必须采用将性别认同单独列出的立法手段。

在立法中新增“禁止性别认同歧视”不仅仅是上文逻辑上的要求，也是为这一群体提供更周延保护的要求。总体上，跨性别者的数量比同性恋、双性恋的数量

更少，在中国也更“不可见”。不可见意味着社会大众对这一群体的了解较少，而无知往往是造成偏见的原因，给这一群体带来更多的伤害；不可见还意味着司法机关在处理类似的案件时由于知识的缺乏而可能对相关概念和法律的适用出现偏颇。法律具有重要的指引和教育作用，立法中新增“禁止性别认同歧视”的保护类别能够增强这一群体的可见度，普及多元性别知识，建设性别平等的社会。