

就业性别歧视的法律判断标准*

——基于美国法律实践的考察

郭延军

内容提要:为控制就业性别歧视,我国亟待建立就业性别歧视的法律判断标准和识别方法,美国的相关经验值得参考和借鉴。根据美国联邦立法及其司法判例,就业性别歧视的具体判断标准和识别方法是:一种工作类型明显地使一种性别受到限制的职业分类是直接性别歧视;不符合真实职业资格成立要件的差别对待是直接性别歧视;对于以合法的非歧视理由为借口以及与雇佣结果有因果关系的性别歧视言论都是直接证据,如果雇主提出的合法的不歧视理由不可信则是间接证据;包含性别歧视的混合动机下的雇佣行为是直接性别歧视;判断间接性别歧视中所做的业务必要性审查主要考察的是成功完成有关工作所必需的最低工作资格。

关键词:就业歧视 直接性别歧视 间接性别歧视 反歧视 职业资格

郭延军,上海交通大学凯原法学院副教授,法学博士。

就业歧视的判断标准是反就业歧视法的核心问题,没有判断标准,就业歧视就无法认定,而就业歧视无法认定,则就业歧视的控制和消除也就无从谈起。然而,恰恰这个判断标准在中国的反就业歧视法律制度中是最缺少的。就业歧视有不同的类型,并且不同类型适用的具体判断标准应该有所不同。根据歧视的依据,歧视可以分为种族歧视、性别歧视、年龄歧视、健康歧视,等等。根据歧视的主观意愿是否是故意,歧视可以区分为直接歧视和间接歧视。直接歧视是指在相同条件下,故意根据人的某种特征(比如种族、肤色、性别、宗教信仰、年龄等)给予一个人或一个群体的机会和待遇明显低于另一个人或群体的机会和待遇。间接歧视是指表面上看似中立的规定、标准或做法实际上却对具有某种特征的人或群体在机会和待遇方面造成不成比例的不利影响。在美国,直接歧视被称之为差别对待歧视,间接歧视被称之为差别影响歧视。对这两种不同类型的歧视,美国建立了不同的法律判断

* 本文为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”(项目编号:10YJA820028)的阶段性成果。

标准,对此我国学界已经有一些介绍。^[1] 不过,对于这样的标准在就业性别歧视案中是如何具体应用的,我国学界还没有做深入的专门性研究。本文欲对美国就业性别歧视的法律判断标准做深入细致的探讨,以为我国就业性别歧视法律判断标准的建立提供可以借鉴的经验。

通过对美国 1964 年《民权法》第七章、1978 年《怀孕歧视法》、1991 年《民权法》、平等就业机会委员会关于《民权法》第七章如何具体运用的解释性规章和实用指南、联邦法院的司法判例等法源进行梳理和分析,美国就业领域所禁止的几种典型的直接性别歧视可以归纳为以下三种类型:一是根据性别给职业分类,将工作划分为女性的工作和男性的工作;二是基于婚姻状况和家庭义务区别对待已婚女性;三是怀孕歧视。间接性别歧视在美国主要有两种典型的表现形式:一是统一的身高体重标准对女性的差别影响;二是统一的体能测试标准对女性的差别影响。

从美国的情况看,在很多情况下,就业性别歧视往往具有隐蔽性,识别起来并不容易。那么,如何来识别就业性别歧视呢?根据美国的法律实践,就业性别歧视的法律判断标准和识别方法可以概括为以下五个方面。

一 根据性别进行职业分类的判断标准和识别方法

根据平等就业机会委员会的就业性别歧视指南和相关司法判例,可以概括出美国判断职业分类中性别歧视的基本原则是:如果一种工作类型很明显地使一种性别受到限制,那么,就被认为是违反了禁止根据性别对工作分类的规定。具体来看,判断雇主是否实施了根据性别给工作分类的非法雇佣实践主要有两种方法。

第一种方法是通过对各个工种职能的仔细比对以及对各工种人员性别的比较进行判断。

平等就业机会委员会在其雇佣实践指南中对此进行了解释。比如,一个雇主将一类工作称为“维修工”,将另一种工作称为“自动售货机的配货员”,维修工都是男的,工作时间是一周 40 小时加超时加班。售货员都是女的,工时明显要短。把这些事实放在一起,平等就业机会委员会就得出结论:雇主违反了禁止根据性别给工作分类的规定。^[2] 同样的,一个工种称之为信用部经理,都是男的,另一个工种称之为信用部主管,都是女的,然而这两个工种尽管在职责上有一些小的差别,但实质上是一样的,雇主没有证明这两个工种之间的工资差别的正当性,因此,平等就业机会委员会也认为这违反了禁止根据性别给工作分类的规定。^[3]

法院在审理相关案件中也采用了这样的方法。在汤普森诉伯伊尔案^[4]中,美国政府印刷办公室将装订工分为两类,即装订工和书籍装订工。装订工在成为书籍装订工之前被要

[1] 比如,蔡定剑、张千帆主编:《海外反就业歧视制度与实践》,中国社会科学出版社 2007 年版,第 213-262 页;阎天编译:《反就业歧视国际前沿读本》,北京大学出版社 2009 年版;蔡定剑、刘小楠主编:《反就业歧视法专家建议稿》,社会科学文献出版社 2010 年版,第 52-62 页,等等。

[2] E. E. D. C. Dec. No. 71-796, C. C. H. Empl. Prac. Guide 6189 (1970).

[3] E. E. D. C. Dec. No. 71-2338, C. C. H. Empl. Prac. Guide 6247 (1970).

[4] Thompson v. Boyle, 21 F. E. P. 57 (D. D. C. 1979).

求完成4年的学徒期。印刷办公室雇佣的装订工几乎全是女性,到1978年,女书籍装订工仅有1人。法院认为这两种工作的职责是相同的,印刷公司的做法实际上是将工作按性别分类,被判违反《民权法》第七章。在拉菲诉西北航空公司案^[5]中,哥伦比亚地方法院认为,在西北航空公司最精细的工作分类中,“事务长”、“女乘务员”和“后舱服务员”这三个工种在职责方面没有实质性的差别,但事务长这个工作几乎完全被男性垄断,因此法院认定航空公司在工资、年资、工作时间和环境方面都存在性别歧视。在卡特诉莱特食品店案^[6]中,食品店的店员被分为两类:食品标签核对员和上货员,食品标签核对员都是女性,上货员都是男性,几乎所有的非食品店员、肉类包装工和办事员都是女性,而且女性明显地被排除在管理员的职位,因此法院认为食品店实施了性别歧视。^[7]

第二种方法是根据雇主的招聘方式来判断雇主是否根据性别给工作分类。如果雇主将男性雇员和女性雇员分开招聘,这也是根据性别对工作分类的非法雇佣实践。

为防止雇主在招聘中的性别偏好,美国法律对招聘广告做出了明确的限制。根据1964年《民权法》第七章第704条的规定,雇主、劳动组织和职介机构印制、发布或指使他人印制、发布广告或公告对雇员、劳动组织的成员或任何求职者根据个人的种族、肤色、宗教信仰、性别或者来源国等因素进行分类,或在广告、公告中表示出基于种族、肤色、宗教信仰、性别或来源国的偏好、限制、具体规定或差别对待的,这样的行为属于非法雇佣实践。^[8]平等就业机会委员会《性别歧视指导意见》在解释该条款时也明确指出:招聘广告显示出基于性别的偏好、限制、特定要求或差别对待是第七章所禁止的,除非性别是真实职业资格例外的依据。根据性别将招聘广告放在出版商所划分的不同栏目,比如标题有“男性”或“女性”字样的栏目,这被认为是表示了基于性别的偏好、限制、特定要求或差别对待。^[9]联邦合同遵守计划办公室规定:报纸和其他媒体中的招聘不能表现性别偏好,除非性别对工作是真实的职业资格。广告栏目以“男性”和“女性”作标题将被认为表示了基于性别的偏好、限制、特别要求或差别对待。^[10]有21个州的公平就业实践法也明确禁止广告或其他形式公告中的性别歧视。^[11]

禁止根据性别分开招聘雇员的原则在法院中得到适用,1981年的阿姆斯壮诉索引杂志公司案^[12]就是一例。在该案中,原告阿姆斯壮认为自己因为女性的性别被分派在杂志广告部被称之为“特殊推销员”的职位。“特殊推销员”是与“常规推销员”相区别的一个职位,相比常规推销员,特殊推销员的工资低,缺少足够的广告预算。原告和她的前任、接任者都是通过女性招聘广告聘用的,这个部门从来没有雇佣过男性,常规推销员是通过男性招聘广告招录的。原告在雇佣期间,工作出色,完成了和男性雇员同样的工作任务,但收入比男推销员低。雇主辩称,分配给女性的工作要比男性容易、支付的工资低,原因是原告缺乏工作

[5] Laffey v. Northwest Airlines, Inc., 366 F. Supp. 763 (D. D. C. 1973).

[6] Carter v. Shop Rite Foods, Inc., 463 F. Supp. 777 (D. Tex. 1979).

[7] 参见 Arthur Larson & Lex. K. Larson, *November 1980 Cumulative Supplement: Employment Discrimination*, Volume 1 (Sex) (New York: Mathew Bender & Company, 1980), Chapter 6, pp. 3-5.

[8] 42 U. S. C. § 2000e-3 (b).

[9] 29 C. F. R. § 1604.5 (1972).

[10] 41 C. F. R. 60-20.2 (b).

[11] Arthur Larson & Lex. K. Larson, *November 1980 Cumulative Supplement: Employment Discrimination*, Volume 1 (Sex) (New York: Mathew Bender & Company, 1980), Chapter 6, p. 11.

[12] Armstrong v. Index Journal Co., 647 F. 2d 441 (4th Cir. 1981).

经验,其资格和男推销员有实质性的差别。原告因投诉而被解雇。法院经审理认为,这个职位没有任何教育、技能等特别的资格要求,唯一的区别就是一个是给男性的,一个是给女性的。被告不能提出合法的非歧视的理由解释将推销人员根据性别隔离的合理性,而这种做法限制了原告的就业机会,妨碍她得到和男性推销员一样的高薪水。因此,法院判决被告恢复原告的职业,并支付和男推销员同样的薪水,赔偿解雇期间的工资损失。

二 以真实职业资格为借口的直接性别歧视的判断标准

《民权法》第七章第703条明确规定,雇主雇佣雇员,中介机构归类和介绍雇佣,劳工组织归类其成员资格或归类、介绍雇佣,雇主、劳工组织以及掌控学徒身份或其他培训、再培训项目的联合劳动管理委员会对这些项目设定准入制度,如果宗教信仰、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。^[13] 依此规定,雇主可以性别为真实的职业资格进行差别对待,这成为雇主抗辩性别歧视指控的重要理由。同时,依此规定,性别成为真实职业资格的必要条件是性别为相关业务或活动的正常运行所必需,如果性别不能满足这个条件,雇主的差别对待就是性别歧视。

那么,如何判断性别是相关业务或活动正常运行所必需呢?平等就业机会委员会和法院都采取了非常严格的态度来审查性别与相关业务或活动正常运行之间的关系,尽可能排除以性别作为真实的职业资格。

平等就业机会委员会在其《性别歧视指导意见》中明确指出:委员会认为应该严格解释以性别为基础的真实职业资格例外。同时,平等就业机会委员会还明确列出了不正当地适用真实职业资格例外的几种情况:(1)基于对女性职业特点的一般假定拒绝雇佣女性。比如,认为女性的流动性比男性大。(2)基于性别的刻板成见拒绝雇佣某人。这样的刻板成见包括,比如,男性装配复杂仪器的能力弱一些,女性的推销能力差一些。不歧视原则要求根据个人的能力而不是根据某个群体的一般特点来考虑是否雇佣。(3)因为共同工作者、雇主、客户或消费者的喜好拒绝雇佣某人。^[14] 从平等就业机会委员会的指导意见来看,平等就业机会委员会对真实职业资格例外规则的适用采取了非常严格的审查标准,尽可能限制将性别作为真实的职业资格。

法院在审理性别歧视案件时也采用了非常严格的标准来审查雇主以性别为真实职业资格的做法,排除了几种典型的不正当适用真实职业资格例外规则的情况。

第一种典型情况是雇主以女性体能不足为由将性别设定为真实职业资格。比如,在鲍诉高露洁·帕莫里公司案^[15]中,雇主根据男性和女性将工作划分为两类,男性可从事的工作范围广泛,而女性被禁止从事举重超过35磅的工作,结果女性被排除在一些女性想要做的工作之外。地方法院在审理这个案件时,将此作为真实职业资格看待,支持了雇主的做法。在威克斯诉南部贝尔电话电报公司案^[16]中,州的保护性立法规定女性举重限度为30

[13] 42 U. S. C. § 2000e-2 (e) (1).

[14] 29 C. F. R. § 1604.2(a).

[15] *Bowe v. Colgate-Palmolive Co.*, 416 F.2d 711,718 (7th Cir. 1969).

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

磅,原告因此被拒绝做扳道工,在州保护性立法被废止之后,这个规则依然作为真实职业资格的依据来看待。

第二种典型情况是雇主以工作艰苦为由将性别作为真实职业资格。比如,在切特伍德诉南贝尔电话电报公司案^[17]中,原告切特伍德向贝尔公司申请商业代表的职位,贝尔公司以真实职业资格例外规则为自己辩护,指出商业代表的工作不适合女性,因为商业代表要换车胎,有时找不到卫生间;要到酒吧、弹子房或其他类似地方可能会遇到性骚扰或危险;要搬运重的硬币箱等。在罗森菲尔德诉南太平洋公司案^[18]中,利厄·罗森菲尔德向南太平洋公司申请电报代理的职位,在未经过任何能力测试和工作能力评估的情况下被拒绝,因为这个工作被划分在艰苦的工作类别之中,其雇员限于男性。公司认为,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,要求有足够的体力来攀爬货车车厢调整通风口、折叠工棚等。公司将这个工作机会限制在男性,是因为艰苦的劳动任务女性不适合干。

第三种典型情况是以顾客偏好为由将性别作为真实职业资格。由于就业歧视的根源实际上是普遍存在于社会各个层面的偏见,有时雇主会以迎合客户的歧视性的偏好为由而执行歧视性雇佣政策。比如,在 1971 年的戴兹诉泛美航空公司案^[19]中,一男性向泛美航空公司申请乘务员的职位遭拒,原因是该公司的这个职位只招收女性。原被告对事实无争议,争论的焦点在顾客偏好能不能使性别成为真实的职业资格这个问题上。航空公司以其商业发展历史为证据,试图证明其乘务员的女性魅力,特别是所谓“爱之航线”的商业形象是其成功的关键,因此认为女性是航空公司特定商业活动的正常运作所必须的合理的真实职业资格。在 1981 年的费尔南德斯诉温石油公司案^[20]中,原告费尔南德斯在温石油公司工作多年,要求提升到国际事务部主管的职位,但遭到雇主拒绝。地方法院经审理认为,雇主拒绝提升原告的理由之一是拉丁美洲等外国客户感觉与女性谈生意不自在,会拒绝和女性谈业务,因此出于正当的事业目的,男性性别是真实职业资格要求,雇主的决定是正当的。

对于前两种情况,法院最后都是明确予以否定,理由很清楚,在这些案件中,性别与相关业务或活动的正常运行没有必然联系,不能成为真实的职业资格。在法院的判决中我们可以看到法院判断性别与相关业务正常运行是否有必然联系的标准。

在鲍诉高露洁·帕莫里公司案^[21]中,联邦第七巡回法院否定了地方法院的裁决,认为雇佣行为最好考虑个人的资格和情况,比如体能、个体的生理构成、举重方式等。巡回法院同时指出,举重要求本身可以给予支持,但仅仅只能作为对于所有雇员的一般性的指导,包括男性和女性。这个一般性指导必须通报所有的想要获得这个工作的求职者,使每一个人都能获得一个合理的机会显示他或她能举起超过 35 磅重量的能力。

在威克斯诉南部贝尔电话电报公司案^[22]中,巡回法院指出雇主必须证明“所有的或基本上是所有的”女性不能安全有效地完成工作任务,以此证明性别作为真实职业资格的事

[17] Cheatwood v. South Central Bell Telephone & Telegraph Company, 303 F. Supp. 754 (M. D. Ala. 1969).

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

[19] Diaz v. Pan American World Airways, Inc., 442 F. 2d 385, 389 (5th Cir. 1971).

[20] Fernandez v. Wynn Oil Co., 653 F. 2d 1273 (9th Cir. 1981).

[21] Bowe v. Colgate-Palmolive Co., 416 F. 2d 711, 718 (7th Cir. 1969).

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

实基础,而区别于流行的刻板成见。法院认为雇主没有任何证据证明女性的举重能力,仅仅依靠的是没有证明的假定,当然,是根据州的规则。在威克斯案的判决中,“所有的或基本上是所有的”这个审查标准比起鲍案规则要严格得多,但还是给雇主寻求真实职业资格例外规则的适用留出了口子,问题出在“基本上是所有的”这个表达上。问题确实很明显,假如,一个雇主不是根据假定或刻板成见,而是提出,有90%的女性不能符合这个举重要求,或者是95%,甚或是99%,那该怎么办?在这种情况下,那10%、5%、1%中的少数人,他们的合法权利该怎么办?假如一个举重冠军,因为这个所谓的基本上全部的女性在体能上无能力而被拒绝给与这个工作,毫无疑问,这个举重冠军肯定是遭遇了性别歧视。

在罗森菲尔德诉南太平洋公司案^[23]中,法院给雇主设定了更为严格的举证责任。法院认为,根据对女性员工体能的一般假定,公司试图提出女性是比较虚弱的性别这个普遍接受的特征以符合真实职业资格例外的标准,公司的人事政策是以一般性的群体特征为基础的,正好是平等就业机会委员会所宣布的不能作为雇佣决定基础的那种类型。根据立法意图和委员会的解释,是性别特征,而不是在某种程度上与某个性别相关的特点,可以成为申请真实的职业资格例外的理由。

关于顾客偏好是否能使性别成为真实的职业资格,法院也给出了否定的答案。在戴兹诉泛美航空公司案^[24]中,联邦第五巡回法院在解读真实职业资格所要求的业务必要性时认为,业务必要性检验不是事业方便性检验,这就是说,基于性别的差别对待只有在不雇佣某个特定的性别就可能使事业的本质被破坏的情况下才是合法有效的。法院认为,“爱”虽然重要,但并不是被告和其乘客关系中的全部,航空公司最主要的功能是安全运送旅客,而雇佣男乘务员并不会严重影响这个功能的实施。因此,法院认为顾客偏好不能使基于性别的差别对待具有正当性。在费尔南德斯诉温石油公司案^[25]中,第九巡回法院虽然否定了地方法院认定的事实,认为原告被拒并不是因为性别原因,但还是对顾客偏好是否能够使性别成为真实的职业资格做出了明确的判断,认为地方法院误读了第七章有关真实职业资格的相关规定,对于男性和女性的刻板成见不能使性别成为真实的职业资格要求。

由于平等就业机会委员会和法院对性别适用真实职业资格例外规则的严格限制,真正能够以性别为真实职业资格的情况非常少,概括起来主要有以下几种。

第一,生理性别特征的要求。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。^[26]

第二,性别真实性的要求。平等就业机会委员在《性别歧视指导意见》中对此作了明确规定: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,比如,男演员或女演员。^[27]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

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

[24] Diaz v. Pan American World Airways, Inc., 442 F.2d 385, 389 (5th Cir. 1971).

[25] Fernandez v. Wynn Oil Co., 653 F.2d 1273 (9th Cir. 1981).

[26] Arthur Larson & Lex K. Larson, November 1980 Cumulative Supplement: Employment Discrimination, Volume 1 (Sex) (New York: Mathew Bender & Company, 1980), Chapter 4, p. 3.

[27] 29 C. F. R. § 1604.2(a) (1970).

模特、化妆品广告的模式等,也可以适用这一规则。

第三,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。

第四,心理咨询和疾病治疗的需要。比如在1996年黑莉诉索思伍德精神病院案^[28]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,具有业务必要性,符合真实职业资格的要求。

第五,女性易遭性攻击的弱点的考虑。在多塔德诉罗琳森案^[29]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。联邦最高法院作出这样的判决的依据是:狱警工作的实质是维护监狱安全。在阿拉巴马州所办的这种由男人组成、需要最大安全防范措施、囚犯没有分类的监狱中,女性维护秩序的能力有可能直接因其女性特征而下降。实际上,有理由预料到过去侵犯过女性的性犯罪者在狱中一旦有机会接触女性,就会再次产生犯罪动机。同样现实的危险是,其他在押人员由于失去了正常的与异性相处的环境,他们也会侵犯女看守,只因为她们是女性。^[30]

三 以其他合法的非歧视理由为借口的 直接性别歧视的证明

根据麦道公司诉格林案,^[31]除了真实职业资格外,雇主还可以与种族、信仰、性别、来源国无关的拒绝雇佣的理由来抗辩原告的歧视指控,这种理由可以证明雇主的雇佣实践不存在差别对待。对于这种理由,无论它是什么,只要不是《民权法》第七章所禁止的,就是合法的理由,比如原告缺乏工作经验、原告人际关系不好、部门重构中没有工作岗位、原告有违法违纪行为,等等,因此雇主主要寻找拒绝雇佣的非歧视性理由来掩盖其歧视意图还是比较容易的。当然,原告此时也并不是束手无策,根据麦道公司诉格林案,原告如果能够证明雇主的所谓合法的理由只是歧视行为的借口而已,就能够证明雇主实际上具有歧视的故意,其雇佣行为属于非法的雇佣实践。那么,如何证明雇主所提出的理由只是一个借口呢?

根据得克萨斯社区工作部诉伯丁案,^[32]原告证明雇主所提出的理由只是一个借口的方法有两种。第一种方法是直接证明雇主的雇佣行为是根据性别歧视的意图做出的。在司法实践中,法院认可的、能够直接证明雇主主观上具有性别歧视故意的证据主要有以下三种。

第一种是雇主直接的性别歧视语言。雇主说“我不雇佣你,因为你是女的”,或者“我不雇佣你,因为你是男的”,这样的表达具有性别歧视的直接故意是再明白不过的。不过,在1964年《民权法》实施后,大部分情况下雇主都不会这么明目张胆地毫无理由地根据性别做雇佣决定。尽管如此,还是可以通过雇主的言语来识别雇主的歧视意图。比如,在贝尔诉伯

[28] Healey v. Southwood Psychiatric Hospital, 78 F.3d 128(3d Cir. 1996).

[29] Dothard v. Rawlinson, 433 U. S. 321 (1977).

[30] Dothard v. Rawlinson, 433 U. S. 321, at 335 (1977).

[31] McDonnell Douglas Corp. v. Green, 411 U. S. 792 (1973).

[32] Texas Dep' t of Community Affairs V. Burdine, 450 U. S. 248 (1981).

明翰亚麻制品服务社案^[33]中,女雇员诺拉·贝尔申请洗衣房洗衣工的职位,但遭到洗衣房主管的拒绝,当贝尔和工会代表向其询问理由时,该主管表示,他不能把贝尔放在洗衣房,因为如果她这样做的话,“工厂的每个女性都想进入洗衣房”。主管的话显然带有明显的性别歧视的意思,上诉法院认为这是证明歧视意图的强有力的证据。

第二种是雇主基于对性别的刻板成见而表达的对不同性别的主观评价。比如在普莱斯·沃特豪斯会计师事务所诉霍普金斯案^[34]中,会计师事务所的合伙人在评估霍普金斯时,有的合伙人用“男性化”来描述霍普金斯,有的认为她对其性别反应过度,还有的合伙人建议她去礼仪学校修课,还有的合伙人指责她言语粗俗。而负有向霍普金斯解释政策委员会对其合伙人身份申请做出“待定”决定的责任之人托马斯·拜尔在此项决定上给出了致命一击:为了提高她成为合伙人的可能性,拜尔建议霍普金斯应该“走路要更像女人,说话要更像女人,穿着要更像女人,要化妆,要做头发,还要戴珠宝”。这都是基于对女性的刻板成见的言论。

第三种是面试时向求职者提出的与性别相关的询问。为了防止婚姻状况和家庭义务对女性就业机会可能造成的不利影响,平等就业机会委员会指出,任何雇佣前的调查与预期的雇佣行为相关联,且直接或间接地表达了对于性别的限制、特定要求或差别对待,都是非法的,除非是真实职业资格的需要。^[35] 平等就业机会委员会还规定,雇主不能询问女性求职者可能存在的孩子照看问题。^[36] 一些州明确禁止聘用前的调查中询问求职者的性别,除非是真实职业资格的需要,比如亚利桑那州、犹他州、华盛顿州等。宾夕法尼亚州规定只有出于救济和统计上的目的,不得询问求职者的性别。新泽西州规定,除非真实职业资格的需要,除了性别外,求职者的婚姻状况、家属情况、婚前姓氏等问题都不得询问。^[37] 从法院在相关的性别歧视案件^[38]的判决中,我们也可以看到,对女性求职者提出的以下询问都属于歧视性的问题:孩子的数量、孩子的分娩计划、托儿安排、与男性出差的问题、丈夫对女性申请职位的态度等等,在面试中仅对女性求职者提出这类问题构成性别歧视。

当然,并不是所有的对被保护群体不利的言论都可以成为证明雇主歧视故意的证据。比如,在海姆诉犹他州案^[39]中,犹他州运输部一位女建筑技术员德比·海姆认为她的男主管因为她的性别拒绝她到交叉培训这个工作岗位的申请,构成性别歧视。她提出的证据是,在一次她和主管之间爆发的冲突中,该男主管在评价女雇员的工作时说:“他妈的女性,我讨厌他妈的女性在这个办公室。”在冲突爆发后不久,海姆被拒绝担任临时的户外工作,这是她在以前被允许的。主管的理由是,她的工作职责在办公区域,她没有完成她在办公区域的职责。上诉法院在查清事实 after 认为,主管的言论是不恰当的,但是不能成为证明雇主歧视故意的直接证据。

[33] Bell v. Birmingham Linen Service, 715 F.2d 1552 (11th Cir. 1984).

[34] Price Waterhouse v. Hopkins, 490 U.S. 228 (1989).

[35] 29 C. F. R. § 1604.7.

[36] EEOC Dec. No. 72-0386 (Aug. 24, 1971), Empl. Prac. Guide 11 6295.

[37] 参见 Arthur Larson & Lex. K. Larson, *November 1980 Cumulative Supplement: Employment Discrimination*, pp. 36-37.

[38] King v. Trans World Airlines, inc. (1984), Anderson v. City of Bessemer City Supreme Court of the United States (1985), Barbano v. Madison County (1990), Stuke v. United States Air Force (1992). 参见《世界著名性别公益诉讼案例选》,资源来源于妇女观察网 <http://www.xingbie.org/newsdetail.asp?id=973>, 2010年11月19日访问。

[39] Heim v. Utah, 8 F.3d 1541 (10th, 1993).

那么,什么人在什么情况下表达出的言论可以作为证明雇主性别歧视故意的直接证据呢?对于这个问题,在普莱斯·沃特豪斯会计师事务所诉霍普金斯案^[40]中,奥康纳法官在附议中的观点成为权威性的标准被后来的法院引用,她指出:“工作场所分散的言论,可能被鉴定为性骚扰,但是这不能正当地要求雇主去证明自己的雇佣和提升决定是以合法的标准为基础的。同样,非决策者的言论,或决策者与决策程序无关的言论也不能充分地满足原告的举证责任。”奥康纳法官的标准在布朗诉 CSC 逻辑公司案^[41]中被概括为以下几点:(1)原告属于被保护群体的一员;(2)言论与近期做出的不利的雇佣决定相关联;(3)言论是由有权做出雇佣决定的个人做出的;(4)与争论中的雇佣决定相关联。从这些标准看,简单地说就是雇主歧视性言论必须与雇佣结果有直接的因果关系。

根据德克萨斯社区工作部诉伯丁案,原告证明雇主所提出的理由只是一个借口的第二种方法,是通过证明雇主的理由是不可信的,间接证明雇主的雇佣行为是根据歧视意图做出的。联邦最高法院还在帕特森诉克林信用合作社案中明确指出:“原告可以提出各种形式的证据来证明雇主所提出的雇佣决定的理由不可信。”^[42]具体地来看,原告要证明雇主提出的雇佣决定的理由不可信,必须用压倒性优势的证据证明:(1)雇主提出的理由没有事实基础;(2)雇主提出的理由不是雇佣决定做出的事实上的动机;(3)雇主提出的理由不足以以为雇佣决定提供动机。^[43]

通过对典型案例的分析,我们可以了解原告如何来证明雇主提出的雇佣决定的理由不可信。比如,在平等就业机会委员会诉 Yenkin-Majestic 涂料公司案^[44]中,女雇员卡罗琳·桑福德被 Yenkin-Majestic 涂料公司解雇,理由是缺乏工作岗位,但桑福德认为自己是因怀孕受歧视,遂向平等就业机会委员会投诉,平等就业机会委员会代表桑福德向法院提起诉讼。平等就业机会委员会提出的证据证明了以下事实:1989年桑福德被雇佣为该公司业务部秘书时,她除了被安排承担业务部秘书的职责外,还要担任采购和有机化学部门的备用秘书,和业务部的接待员。她还被告知要为该公司涂料实验室的化学家们做一些工作。此时还有其他两人承担秘书和相关职责。为了能为化学家们工作,桑福德学着完成材料安全数字报告,打印涂料公式和其他的技术性文件,检查涂料公式的数学部分。桑福德在该公司的大量工作都是为公司的化学家们做的。同年8月,桑福德怀孕,从此受到她的主管的不公平待遇,她和人事部主管进行了沟通。同时,公司决定撤销业务部,成立技术部。新来的技术部主管提出不需要个人秘书,而是代之以有涂料实验室工作经历和了解化学术语的技术秘书。人事部主管却告诉新主管原来业务部的三个秘书都不具有这样的经历和资格。1989年11月,桑福德被以缺乏工作岗位为由解雇。人事部主管承认这个理由不是真的,但声明向桑福德提出这样的解释而不是它缺乏技术秘书的资格是公司的决定。桑福德被解雇的当天,一名男性求职者德拉纳·斯科特申请了技术秘书职位,并被面试。12月4日,斯科特被雇佣并开始工作。新主管承认,斯科特只有一点初浅的涂料成分构成的知识,至少在技术部从来没有承担任何职责,这和桑福德曾经完成的工作完全不同。斯科特于1990年初辞职,随后

[40] Price Waterhouse v. Hopkins, 490 U.S. 228 (1989).

[41] Brown v. CSC Logic, Inc., 82 F.3d 651 (5th Cir. 1996).

[42] Patterson v. Mclean Credit Union, 491 U.S. 164, 187 (1989).

[43] La Montagne, 750 F.2d at 1414-15, From Kier v. Commercial Union Ins. Cos., 808 F.2d 1254, 1259 (7th Cir. 1987).

[44] EEOC v. Yenkin-Majestic Paint Corp., 112 F.3d 831 (6th Cir., 1997).

人事部为技术部主管雇佣了个人秘书,而这个新秘书没有受过任何的培训和涂料或化学方面的工作经历,从来没有被培训做任何技术方面的工作。

从平等就业机会委员会提出的证据可以看到,桑福德的资格和工作经历优于被聘用的技术秘书,后来聘用的个人秘书和她以前的工作岗位是一样的。因此,法院判决涂料公司提出的解雇原告的理由不是雇佣决定的真正理由,平等就业机会委员会证明了雇主解雇的理由是借口,雇主存在性别歧视的故意。^[45]

四 混合动机下的雇佣行为的歧视性质的认定

所谓混合动机,是指雇主在做出雇佣决定的时候既有合法的理由,又有性别歧视的意图,两种因素都可以达到拒绝雇佣或晋升的结果。那么,在这种情况下做出的雇佣决定是否属于性别歧视的非法雇佣实践呢?

在1991年前,联邦最高法院在处理这类情况时都认为这不是性别歧视,该规则是在前述普莱斯·沃特豪斯会计师事务所诉霍普金斯案中形成的。在该案中,霍普金斯是普莱斯·沃特豪斯会计事务所的高级管理人员,1982年她被提议升任为合伙人,但是在随后的几年里,她升任合伙人的建议既没有被批准,也没有被否决。在她再次被建议提升为合伙人的时候被事务所拒绝,于是,她根据1964年《民权法》第七章以性别歧视为由起诉事务所。从案件的事实情况来看,对霍普金斯的消极评价主要在于她处理人际关系的能力,支持和反对她的合伙人都认为她过于敢作敢为,苛刻,难共事,对工作人员缺乏耐心。对她的消极评价大多与她的性别有关,前文已经提到一些合伙人对她的负面评价,比如“男性化”,等等,都充分说明了这一点。这是典型的雇主在混合意图下做出的雇佣决定。

如何认定混合动机的性质呢?联邦最高法院认为,《民权法》第七章一方面消除区别对待雇员的某些因素,另一方面也保留了雇主选择的自由,以此建立雇员权利和雇主权利之间的平衡。第七章第703条(a)款(1)项中的“因为”这个词,禁止雇主“根据个人的……性别”做出对雇员不利的决定,要求考察在决定做出时影响决定的所有理由,包括合法的和不合法的。雇主选择自由的保留意味着,如果他能证明,不考虑性别也可以做出同样的决定,雇主就可以避免承担歧视的法律责任。除了性别作为真实职业资格例外这种情况外,当雇主在做雇佣决定时没有考虑性别因素,雇主就可以自由地根据其他原因拒绝女性。这些原则要求,在第七章案件中,一旦原告证明性别是做出雇佣决定的重要动机,被告只需证明他即便不被允许考虑性别因素,它也可以做出同样的决定。^[46]从联邦最高法院对《民权法》第七章这样的解释可以看到,最高法院所强调的规则是,在存在混合意图的情况下,只要雇主证明雇佣决定是根据合法理由独立做出的,就不是非法的歧视行为。

1991年《民权法》对混合意图下的差别对待是不是非法的歧视做出了不同的规定,该法第107(a)款在1964年《民权法》第七章第703条下增加(m)款,该条款规定:“除非法律另有规定,如果起诉方能够证明种族、肤色、宗教信仰、性别和原籍国是雇佣实践的动机,这就是一个非法雇佣行为,即便也有其他的动机引起该实践。对于混合动机造成的歧视应承担

[45] EEOC v. Yenkin-Majestic Paint Corp., 112 F.3d 831 (6th Cir., 1997).

[46] Price Waterhouse v. Hopkins, 490 U.S. 228 (1989).

的法律责任,1991年《民权法》第107条(b)款也做出了规定,在存在混合动机的情况下,雇主享有有限的积极抗辩的权利,这不能免除他应承担的法律责任,但是可以限制对原告的救济手段。因此,根据该条规定,混合意图可以成为雇主在被确认其雇佣行为非法性之后用于缩小其责任范围的抗辩依据。将混合意图下的雇佣实践也确定为非法的歧视,这对于控制雇主的歧视动机,实现就业中的性别平等具有重要的现实意义。

五 间接性别歧视的判断标准

间接歧视在美国被称为差别影响歧视,这一概念是美国联邦最高法院在1971年的格里格斯诉杜克电力公司案中提出的,在该案中,伯格法官明确指出“用来判断歧视的试金石就是业务必要性”。^[47]所谓业务必要性,就是雇佣标准和完成工作之间的关联性,这是判断差别影响歧视的最根本的法律标准,这一标准后来在1991年《民权法》中得到确认。根据格里格斯规则,差别影响歧视的举证责任由原告和被告分担,原告证明差别影响的存在,被告证明导致差别影响的录用标准的业务必要性。对于歧视的故意,联邦最高法院在格里格斯案中明确指出,原告在证明被告有歧视行为时不需要证明被告有歧视的故意。

差别影响主要是通过一系列的统计数字来反映。在不同的案件中,被保护群体和对应的非保护群体通过雇主设定的标准的比例之间的差距有大有小,那么,多大的差距可以被视为差别影响呢?1978年,劳动部、司法部、平等就业机会委员会、行政事务委员会联合发布的《统一雇员选择程序指导意见》提出了判断差别影响的4/5或80%的标准,即:被选择的特定种族、性别或民族的雇员的比例与被选择的对应的种族、性别或民族的雇员的比例之间的最高比率低于4/5(或80%),一般会被联邦执行机构认为是不利影响的证据,高于这个比例则不被认为是不利影响的证据。^[48]不过,被保护群体和对应的非保护群体通过雇主设定的标准的比例之间的差距大小受各种因素的影响,并不一定能够真实地反映雇佣政策对不同群体的影响,因此,该指导意见同时也指出:“选择比例差额较小的情况下,也可能构成差别影响,这样的情况是:如果这些不同在统计上和实际结果中均较为显著,或者用户的行为对不同群体(如种族、性别、民族等)的申请者构成显失比例的影响。”^[49]由于社会生活的复杂性,差别影响的判断还需考虑多种因素的影响,因此在司法实践中有的法院比较严格地适用80%标准,但有的法院则将这个标准作为主观标准,成为帮助法官判断差别影响的重要依据。

对于业务必要性的审查,美国法院采取了比较严格的标准来审查对就业女性产生差别影响的雇佣实践,大多数的身高体重要求与体能和身体灵活性测试都被否定,只在少数情况下肯定这样的雇佣标准。从相关案件中我们可以概括出“业务必要性”审查在性别歧视案件中的几个具体标准。

第一,力量不能根据身高体重来判断,力量测试只能针对具体的人。在多塔德诉罗琳森案^[50]中,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

[47] Griggs v. Duke Power Co., 401 U. S. 424, at 431 (1971).

[48] 29 C. F. R. § 1607.4D.

[49] 29 C. F. R. § 1607.4D.

[50] Dothard v. Rawlinson, 433 U. S. 321 (1977).

寸,体重不低于 120 磅、不高于 300 磅。根据被上诉人罗琳森的统计,5.2 英尺的身高要求将 33.29% 的年龄在 18-79 岁之间的女性排除在外,而仅排除了 1.28% 的同龄男性;120 磅的体重要求排除了 22.29% 的同龄女性,但仅排除了 2.35% 的同龄男性。而身高和体重组合在一起,阿拉巴马州的立法标准排除了女性人口的 41.13%,但只排除了男性人口的 1%。联邦最高法院指出,即使力量要作为真实的职业资格例外,也只能直接采用测试力量的方法。测试方法必须符合《民权法》第七章的标准公平实施,因为“任何测试必须用来为那份工作测试那个人,而不是测试任何抽象的人”。^[51]

第二,业务必要性审查的标准是雇佣标准与成功完成有关工作所必需的最低工作资格。在兰宁诉宾夕法尼亚东南部运输部案^[52]中,宾夕法尼亚东南部运输部在招录地铁巡逻员的时候采用了 12 分钟跑 1.5 英里的测试。根据统计,在 1991 年,1993 年和 1996 年,平均仅有 12% 的女性申请者通过这个测试,有几乎 60% 的男性申请者通过这个测试。在 1993 年和 1996 年,女性通过的比例是 6.7%,男性通过的比例是 55.6%。法院调查发现,到 1997 年 6 月,该运输部在雇佣的 234 名警员中仅有 16 名女性,并且其中只有两位的级别高于巡逻员。第三巡回法院不仅认定东南部宾夕法尼亚运输部招录巡逻警的测试标准对女性产生了差别影响,并提出了法院在审查有关雇佣标准的业务必要性时的最低标准,即业务必要性所要考虑的是雇佣标准与成功完成有关工作所必需的最低工作资格。根据这个标准,第三巡回法院认为,雇主提出的证据只能证明,增氧能力越强,警员完成的工作越好。然而,这样的证据不能证明这个标准是成功完成工作的最低资格要求。

第三,确认雇佣标准的业务必要性的技术方法。1978 年的《统一雇员选择程序指导意见》第五节提出了几种确立雇员选择程序和标准合法性的技术准则,第六巡回法院在萨姆兰诉克利夫兰市案中解读这个标准时将其概括为以下三点:(1)内容有效性。测试的项目应直接测量最低职位所必要的能力,比如速记对于秘书工作就是最低的职业要求。此外,雇主要避免测试在今后的工作中可以通过学习获得的能力。(2)结构有效性。测试那些抽象的但是对某些工作具有必要性的能力。(3)标准相关性。利用经验性数据间接地测试成功完成工作所必需的能力,因此这种测试应对工作结果具有预测性和重大相关性。^[53]

六 对中国的启示

比较中美两国就业领域性别歧视的具体情况,美国就业性别歧视案件中反映出来的各种就业性别歧视现象,大多都可以找到中国版。让我们看看以下几个调研报告。

有学者对 1995 年《劳动法》开始施行到 2005 年这 11 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 242,520 个和 57,799 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

[51] *Dothard v. Rawlinson*, 433 U.S. 321, at 332 (1977).

[52] *Lanning v. Southeastern Pennsylvania Transportation Authority*, 181 F.3d 478 (3d Cir. 1999).

[53] *Zamlen v. City of Cleveland*, 906 F.2d 209 (6th Cir. 1990).

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%。^[54]

2006 年中国政法大学某研究所所做的“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%,明确要求是女性的是 7.1%,明确提出录用男性的单位高于录用女性的单位的一倍。调查还显示,在订立劳动合同时,有 15.4% 的女性受到结婚和生育方面的限制。^[55]

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。^[56]

类似的调研还有很多,此处就不一一列举。从这些调查报告中可以看到,美国就业领域所禁止的几种典型的直接性别歧视,即根据性别给职业分类、根据婚姻状况和家庭义务差别对待、怀孕歧视,在当前的中国都还相当严重。

由于当下中国就业领域的直接性别歧视的各种情形无一被宣布违法,无一被责令改正,这也就是说,雇主在实施了直接性别歧视的雇佣行为后不承担任何法律后果,直接性别歧视其实是可以肆无忌惮的,因此间接性别歧视事实上在我国表现得还不是很明显。需要较高身体条件的职业,像在美国历史上女性受到差别影响较大的职业消防员和警察,在中国早已被打上了性别标签,成为男性的专利,而女性则被明确地排除在外了。比如,2008 年广东省东莞市招聘合同制消防员,执勤灭火人员只招男性,消防宣传、培训人员只招男性,指挥中心接警岗位只招女性。^[57] 2010 年上海市考录警察,基础警务职位计划招录 1110 人,其中男性 1000 人、女性 110 人。^[58] 不做任何说明地根据性别差别对待,这是明显的直接性别歧视。这样的事例不胜枚举。

我国没有反就业性别歧视的相关法律规范吗?不,我们有。《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。”《就业促进法》第 3 条规定:

[54] 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。

[55] 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。

[56] 刘宏:《女性就业遭严重性别歧视 近 2 成高学历女性求职被拒》,资料来源法制网 http://www.legaldaily.com.cn/2007jdw/2009-06/15/content_1105298.htm,2009 年 11 月 10 日访问。

[57] 《广东省东莞市公安消防局关于招聘合同制消防员的公告》,东莞阳光网阳光新闻 http://www.sun0769.com/news/gov/inform/t20080805_395041_1.shtml,2010 年 11 月 24 日访问。

[58] 《2010 年上海市考试录用公安人民警察公告》,网易新闻 <http://news.163.com/10/0719/11/6BUVSIFB000146BC.html>,2010 年 11 月 24 日访问。

“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。”该法还设“公平就业”专章,其中第 27 条专门对就业中的性别平等做出规定:“国家保障妇女享有与男子平等的劳动权利。用人单位招用人员,除国家规定的不适合妇女的工种或者岗位外,不得以性别为由拒绝录用妇女或者提高对妇女的录用标准。”《就业促进法》第 62 条还规定:“违反本法规定,实施就业歧视的,劳动者可以向人民法院提起诉讼。”我国还有大量的有关劳动就业的地方性法规也禁止就业中的性别歧视。比如,《天津市劳动就业管理条例》第 10 条规定:“劳动者依法享有平等求职就业和自主选择职业的权利,不因性别、民族、种族和宗教信仰的不同而受歧视。”《山东省就业促进条例》第 4 条规定:“劳动者享有平等就业的权利。劳动者就业,不因民族、种族、性别、宗教信仰和户籍所在地等不同而受歧视。”《上海市促进就业若干规定》第 22 条第 2 款规定:“用人单位应当如实提供招聘信息,不得以性别、年龄等为由拒绝录用应聘者。”此外,我国还批准了几个在世界上具有重大影响的禁止就业歧视的国际公约,如《消除对妇女一切形式歧视公约》、《对男女工人同等价值的工作付予同等报酬公约》以及《1958 年消除就业和职业歧视公约》。

那么,为什么我国就业领域的性别歧视仍然得不到纠正呢?原因很简单,我国反就业性别歧视的法律规范过于原则,缺乏可操作性,像美国这样如此具体的判断就业性别歧视的法律标准,在我国反就业性别歧视法律规范中是根本找不到的,这带来的必然后果是我国反就业性别歧视的法律规范难以起到引导雇佣行为,禁止和惩罚就业性别歧视的法律作用。因此,建立具体的判断就业性别歧视的法律标准,这是我国反就业性别歧视法律制度建设不能不认真对待的问题,在制度建设的过程中,美国经验值得参考和借鉴。

[Abstract] In order to eliminate sex discrimination in employment, it is imperative to establish legal tests and determination method in this respect in China. American experiences may serve as reference for us. American federal legislation and cases have set out clear and fairly stringent tests and determination methods of sex discrimination in employment. Direct sex discrimination mainly include: classification of occupations that disadvantages one gender considerably more than another; discriminatory treatment that does not satisfy the bona fide occupational qualifications; and hiring practice directed under mixed motives involving sex discrimination. As for direct sex discrimination on the ground of legitimate non-discriminative excuses, sex discrimination speech that has established causation with the result of employment is considered as direct evidence, while the legitimate non-discriminative excuse made by the employer is regarded as indirect evidence, since the excuse has no credibility at all. With regard to indirect sex discrimination, the test of business necessity applied to determine indirect sex discrimination mainly focuses on the minimum job qualification necessary for successful accomplishment of the job.

(责任编辑:姚 佳)