

【性别研究】

性骚扰是性别歧视吗：一个法理的追问

郭晓飞

【摘要】在美国的法律制度框架下,职场性骚扰属于1964年《民权法案》第七章所禁止的性别歧视行为。从规范法学的角度看,法院一开始并不接受性别歧视学说,后来因为逐步认定了性骚扰必然会涉及对受害人性别的选择这一事实,所以认为性骚扰属于性别歧视范畴。从法理学的角度,以麦金农等为代表的女性主义法学家建构了性与性别霸权的关系。同时,学者们认为司法上性骚扰的认定出现了“性欲主导模式”,既存在规制过窄的问题,对无关乎“性”的性别骚扰过于忽视;又有规制过度的问题,反性骚扰话语与科层制反“性”管理话语相结合,对职场进行了过度管制。因此,有一种学说希望把性骚扰建构为维持性别刻板的工具。对于性骚扰到底错在哪里的追问,可以让我们反思侵权法模式与反歧视法模式的利弊得失。

【关键词】性骚扰;性欲望主导模式;科层制;侵权模式;反歧视法模式

【作者简介】郭晓飞(1979-),男,中国政法大学法学院副教授,研究方向:性别与法律、反歧视法、法律职业伦理、法理学(北京 100088)。

【原文出处】《妇女研究论丛》(京),2021.1.55~69

【基金项目】本文受到中国政法大学科研创新项目(项目编号:10819350)资助,同时受到中央高校基本科研业务费专项资金资助。

几年前笔者跟随中国政法大学刘小楠教授及其率领的团队赴纽约大学法学院参加一个有关反歧视法的工作坊,学习美国反歧视法律制度的运作。在学习过程中,来自中国的法学研究者及律师等实务工作者提出了一个问题:为什么在美国制度框架下,性骚扰是性别歧视?大家讨论得不亦乐乎,可是并没有得到满意的答案。这听起来是一个很简单的问题,但似乎对于美国法律学说而言,已经是不言自明了——仿佛我们的问题是外来者因为“陌生化效应”而大惊小怪的产物。然而,事实上我们团队中有不少老师和律师长期专注于反歧视法与性别平等的研究和实践,对女权主义法学之于性骚扰的贡献更是不陌生,根本不需要深入研究,也可以就性骚扰和男女不平等的关系发表见解。然而,如何重新理解性骚扰和性别歧视的关系,即使在男女性别二元的框架下,对这个问题的回答也远非不假思索就可以张嘴就来的。这个问题深深刺激了笔者的求知欲。笔者在回国后阅读了美国大量的法律文献,才发现我们当初的热烈讨论尽管深度有限,却几乎直接触及

性骚扰法学研究中最具深度的理论争论,直接关系到“性骚扰到底错在哪里”这一元理论命题。

一个看似简单的问题,却需要借助这个领域最具深度的探究才能够部分地回答。同时,这个问题在中国相关研究中的缺席,也凸显了以往国内性骚扰研究中的两个缺失:法学领域对性骚扰问题的相关研究偏重制度建构,多是提出立法建议的“对策式研究”,这种研究尽管具有一定的实用价值,却牺牲了理论深度;来自社会学等领域的跨学科性别研究对于性骚扰的探讨具有理论深度,却很难进入法学的脉络里展开。本文的意义就在于扎扎实实地深入法学的脉络里,认真对待性骚扰是否是性别歧视这一理论命题,揭示这一看似简单的问题背后的复杂语境。

一、规范法学的分析

(一)立法史的考察

美国法学界的性骚扰研究主要围绕职场性骚扰展开,法律依据是1964年的《民权法案》第七章,规定雇主的下列行为属于违法行为:(1)基于个人的种族、

肤色、宗教信仰、性别或者来源国的原因,不雇用,或拒绝雇用,或解雇,或在工资待遇、工作条件、工作权利等方面给予歧视对待的;(2)基于个人的种族、肤色、宗教信仰、性别或者来源国的原因,通过限制、隔离或者对其员工或职位申请者进行等级分类等方式,剥夺或者试图剥夺任何个人的工作的机会,或者对其作为员工的状态产生不利影响^{[1](P72)}。

事实上,最初《民权法案》草案禁止歧视的类型中并不包括性别歧视,在众议院讨论的最后一天,一个支持种族隔离主义的80岁议员霍华德·史密斯(Howard Smith)提出在宗教信仰后面加上“性别”一词。有人认为,史密斯议员提议的动机只是要把《民权法案》扼杀于襁褓之中;也有人认为,史密斯尽管反对种族平等,却支持宪法上性别平等权利的修正案。当时的确有一些种族主义者公开谴责赋予非裔男性公民的选举权不能扩展到女性身上^{[2](PP1-3)}。或许史密斯的动机确实是通过引入“性别”一词,以凸显《民权法案》的“荒谬”,使原本支持这个法案的议员改变主意,达到立法失败的结果。这种说法把禁止性别歧视的立法解读为一场历史的阴差阳错,似乎和女权运动没有关系。有评论者批评了这种观点,认为仅仅关注史密斯的动机,就忽略了女性从争取选举权到把性别平等纳入宪法的“平等权利修正案”运动等对于《民权法案》纳入性别条款的意义^{[3](PP502-503)}。

在规范法学上,对于立法史的考察追求的是探究立法者意图,以限缩司法者的自由裁量权,尽管很多时候很难有一个完整的、融洽的立法者意志。《民权法案》第七章中的禁止性别歧视条款是匆忙之中加进去的,所以缺乏详细的立法历史资料来进行分析,不过有两点是不能否认的。其一,我们不能把性别条款进入《民权法案》仅仅看成一个种族隔离主义者弄巧成拙的历史玩笑。没有女权运动的长期耕耘,就不可能通过这样的立法,所以需要认真看待立法者对性别平等的许诺。其二,《民权法案》第七章的立法者意图可能并不包含对性骚扰问题的治理,性骚扰现象在当时还没有被命名,也没有被问题化,性骚扰是不是性别歧视的问题,也不可能出现在立法者的视野当中。

当然,立法者意图并不能垄断对法律的解释,司法者也不是机械地适用立法者原意。美国法官也经常用“文本主义”的模式,抛开立法者意图,探究法律文本的公共含义。然而,不管适用什么样的法律方法,把性骚扰解释为性别歧视还是经历了一个过程。

(二)早期司法判决否定性骚扰是性别歧视

从1964年《民权法案》禁止性别歧视到20世纪70年代的大部分时间里,性骚扰是性别歧视的主张很难获得法院支持,1975年的 *Corne v. Bausch & Lomb, Inc* 案就是一例。两名女性受到上司口头上和行为上的性挑逗,被迫辞职。原告起诉雇主,认为上司的行为构成性别歧视。地区法院的判决没有支持该诉求,理由如下:在此之前的性别歧视案例都是源于公司的政策存在侵害妇女权利的规定,而且雇主从这些歧视行为中获得了利益。而该案中,上司的行为似乎只是个人的怪癖,只是追求个人欲望的满足,不是公司政策剥夺了妇女的就业机会。如果进一步解读,《民权法案》第七章没有涵盖上司与工作性质完全无关的行为。仅仅因为某种行为是针对女性就可以提出起诉是可笑的。否则,每当一个雇员向另一个雇员做出多情行为或以性为导向的“追求”时,都有可能引起潜在的联邦诉讼。雇主要想避免被起诉,唯一有效的办法就是只雇佣性冷淡的雇员^{[4](P1029)}。另外一个诉讼中法官的判决也作为当时司法对性骚扰态度的例子而屡屡被提起。在 *Tomkins v. Pub. Serv. Elec. & Gas Co.* 案的判决书中,法官写道,《民权法案》第七章“并没有意图为下列行为提供联邦侵权法上的救济:发生在公司走廊而不是发生在偏僻小巷里的公司主管因为性欲而发动的身体攻击”^{[4](P1030)}。

有学者总结了美国早期司法判决否认性骚扰是性别歧视的五个理由:没有证据证明《民权法案》第七章的立法意图包含了性骚扰;上司超出工作范围的行为,甚至是属于雇主禁止做的行为,雇主不应该承担责任;上司的性挑逗或者性邀约本质上是私人行为;性骚扰不是《民权法案》第七章所规定的性别歧视,因为同样的行为也可以是女人针对男人,男人针对男人,双方的性别对于滥用职权来说是偶然的;如果认为性骚扰构成《民权法案》第七章的性别歧视

将会带来很多无聊琐碎的诉讼^{[5](P339)}。

之所以不厌其烦地罗列早期司法判决的诸种理由,是要提醒我们,性骚扰属于性别歧视的主张并非自然而然,更不是不言自明,这恰恰验证了本文问题意识的重要性。我们需要考察这些看起来“过时的”理由,哪些被驳斥了,哪些被绕过了,哪些被超越了,哪些依然在潜滋暗长,若隐若现。总之,什么样的学术、制度和历史的语境塑造了性别歧视和性骚扰的关系,是一个值得被认真对待的兼具理论深度和实践应用的问题,实在不应被轻轻放过。

(三)因为性别:“若非因”(but for)模式的确立

一直到20世纪70年代,美国很多法院拒绝用性别歧视模式为性骚扰提供法律救济,不过改变也是在70年代出现,法院最早认可性骚扰属于性别歧视的判决是1976年的Williams v. Saxbe案。原告是一名女性,因为拒绝男上司的性追求而遭到训斥等报复,最后被解雇。法院认为争议点在于女雇员拒绝男上司的性追求而遭到报复是否构成《民权法案》第七章的性别歧视。被告认为,男人和女人都可以提供性利益,所以不是性别歧视。法院不认可这种观点,原因如下:事实上行为人已经为一种性别制造了人为的障碍,这足以构成性别歧视。有评论者认为,这是一个转换,从“也可以”(could have been)模式向“已经”(have been)模式转变^{[6](PP32-33)}。“也可以”模式是被告的一种辩护,是指男性和女性一样,也可以被上司性追求和挑逗纠缠,所以原告不是因为其女性身份而遭遇性骚扰,因此不属于性别歧视。而“已经”模式是指,只要本案中的原告已经基于某一种性别遭遇了骚扰,就构成性别歧视。这样的模式转换意义重大,似乎可以这样进行论证:在异性恋的框架里,男性对女性的性骚扰是基于性别的区别对待,女性对男性的性骚扰也是基于性别的区别对待,所以都构成性别歧视。

1978年,哥伦比亚特区巡回上诉法院针对Barnes v. Costle案做出一个判决,认定性骚扰属于性别歧视,对于上诉法院而言,这种认定还是第一次。在该案中,性骚扰者辩称,受害者之所以没有得到职场的提升不是因为她的女性身份,而是因为她拒绝了性的要求。法院不接受这样的说法。法院认为,

若非被骚扰者是女性,是不会被男上司邀约发生性行为的,她之所以被邀约,就因为她是女性,并且在人事关系的等级里是骚扰者的下属。法院认为异性恋女上司对男下属以及同性恋上司对同性别的下属的骚扰,都构成性别歧视,因为都满足了“若非因”(but for)标准。但是,如果是双性恋上司对下属进行性骚扰,就不是性别歧视,因为性骚扰可以同时指向男性和女性雇员^{[7](PP768-769)}。

法院逐渐开始用“因为性别”这一《民权法案》第七章的语言来为性骚扰和性别歧视建立连接,这也是一种“若非因”模式。“若非因”模式虽然不是反歧视法独有的学说,但是广泛适用于反歧视法诉讼中。在性骚扰语境里,“若非因”是指若不是被骚扰者的性别,性骚扰行为就不会发生。这对于同性恋和异性恋都成立,因为性倾向的概念建构也是以性别为导向,即同性恋上司对同性下属的性骚扰是基于性别,异性恋女上司对男下属的性骚扰也是基于性别。但是,这一理解也可能导致荒唐的结果,的确有时法院也得出了这样的结论:双性恋上司因为对男女下属都可能进行性骚扰,所以不能通过“若非因”检测。有学者反对这种理解,提出一个问题:有一些性行为的发生,不是“因为性别”,这种情况理论上有可能吗?他认为不可能,因为当对他人进行与性有关的行为时,比大多数其他时候更敏感于对方的性别和性别身份。双性恋骚扰者对于目标对象的性别也不是不经意的^{[8](PP1783-1793)}。这种说法的意思是,哪怕是双性恋同时性骚扰了男、女两性,也分别在不同境况下选择了男或女作为对象,这种选择仍然基于性别的讨论范畴,不能说骚扰者不在意被害人的性别。纠结于这些问题的分析是典型的美国现象,离开美国对于性别、性倾向、性别认同等问题大量讨论和关注的这一背景,就不能很好地理解这一现象。

把性骚扰看作性别歧视,也有一个语义学上的原因。《民权法案》第七章中的“因为性别”(because of sex)中的“sex”在英文中有多种含义。著名人类学家葛尔·罗宾(Gayle Rubin)曾写道:“在英文中,‘性’(sex),这个词具有两种不同的含义。一方面,它意味着性别和性别身份,如‘女性’或‘男性’。另一方面,

性也指性活动、欲望、性交和性唤起,如‘发生性关系’。这一语义学上的混同反映出一种文化的假设,即性可以被简化为性交,性是男女关系的一个功能。这种性别与性的文化混合,导致了这样一个想法,即性理论可以直接由性别理论获得。”^{[9](P55)}事实上,中文当中的“性别”和“性”并不像英文那么容易混淆,但也受到一些西方用法的影响。例如,我们一度把改变性别的手术叫做“变性手术”,把做了这个手术的今天称之为跨性别的一类人叫做“变性人”,这也属于“性”和“性别”的混用。美国法律学说把性骚扰界定为性别歧视,固然与长期以来法条中只有禁止性别歧视条款而没有禁止性骚扰条款有关,需要对性别歧视进行扩大解释,但也不能不说和“sex”兼具“性”与“性别”两种含义有关。

1980年美国平等就业机会委员会颁布指导原则,认定性骚扰属于性别歧视,并对性骚扰进行了界定,将其划分为交换型性骚扰和敌意工作环境性骚扰两种类型。前者是指骚扰者要求受害者提供性好处,以换取有利的工作条件,避免不利的工作条件;后者是指工作场合充斥着恐吓、冒犯、敌对、猥亵的氛围,使受害者处于恶劣的工作环境中。在1986年对Meritor Savings Bank v. Vinson一案的判决中,美国联邦最高法院首次认定敌意工作环境性骚扰属于性别歧视。该案的原告文森女士任职于银行,被迫与主管泰勒先生多次发生性关系,交往新男友后,与主管关系终止。但泰勒先生仍数次示好,当众猥亵受害人,暴露私处,尾随受害人进入厕所甚至数次对文森女士加以强暴。同时,泰勒还对原告的工作环境加以破坏,故意陷害受害人,使其在工作上犯错。联邦最高法院认定《民权法案》第七章赋予雇员免受歧视性胁迫、嘲讽及侮辱环境下工作的权利。原告对上司性示好的一些顺从并不能阻碍其提出控诉,因为关键在于这些性示好之举是否受原告欢迎^{[10](PP1-12)}。在该案的判决中,最高法院并没有阐释为什么性骚扰属于性别歧视,某种程度上是因为这个案件是典型的男上司对女下属的性骚扰,但更重要的是,随着下级法院多年来累积的论述逐渐增多、定型,性骚扰属于性别歧视的学说已经根深蒂固,慢慢地,甚至被告也很少会拿“男女都可以被骚扰,所以

不是性别歧视”作为抗辩理由了。然而,学术总是在“不疑处有疑”,在实践停止对这个问题思考的时候,学术思考才刚刚开始,正如密涅瓦的猫头鹰在黄昏的时候才开始起飞。

二、麦金农理论的影响:

一个女权主义法学家的性理论

(一)性(sexuality)与男性至上主义(sexism)的关系

对美国性骚扰制度的理论探讨,著名女权主义法学家凯瑟琳·麦金农(Catherine A. MacKinnon)是绕不开的一个思想家,其在1979年出版的《对职业女性的性骚扰:一个性别歧视案例》是该领域的奠基性著作,且详细论证了为什么性骚扰是性别歧视。麦金农认为,男女之间的性体现了男性支配和女性屈从,男女之间的性是性别不平等的重要动力机制,正是性让性别不平等得以建构和维持。女性之所以被性骚扰,就是因为她们是女性。有三种论证可以支持这个观点:“其一,历史上通过性来换取生存使得女人在经济上弱于并依赖于男人,并使得男人在性方面对女人予取予求。其二,性骚扰体现了男性的性角色模式是对女性进行强制性的性邀约,经常用恶毒的和不受欢迎的方式。其三,女人的性,主要界定了在社会上女人何以被你为女人,不遵守性角色就是对女人之所以为女人的违背。”^{[11](P174)}在麦金农看来,女性在经济上的弱势和依赖性甚至激发了男人的性欲,“权力是春药”的说法一定意义上也体现了这一点,无论是政治、经济还是文化资本上的权力不对等都可能激发欲望。在麦金农看来,女性之所以被界定为女性,就是因为被作为性客体、性屈从对象对待,如果不甘心这样的角色,就是对主流社会性别观念的一种偏离,而性骚扰塑造并体现了这种霸权性的性别观念。

麦金农的性骚扰论述紧紧围绕着对于性尤其是性的性别内涵的深究,同时专注于职场语境,这些都关乎权力的不对等。于是,性、性别、职场和权力关系编织为一个宏大的反性骚扰理论,这个特征在这句被广为引用的文段里得以充分体现:“性骚扰使得这样一个互相锁定的结构永恒化了,在这个结构里女人处在劳动市场的底层并且在性方面受男人奴役。美国社会的两种强力在这里汇合了,男人控制

女人的性生活,资本控制雇员的职场生活。女人在历史上一直需要通过性服务交换物质生存,以这样或那样的方式。卖淫、婚姻及性骚扰以不同的方式使得这种安排被体制化了。”^{[11](PP174-175)}麦金农通过这样的论证,驳斥了“男人也可以被女人骚扰,所以性骚扰不是性别歧视”的观点,因为男人作为整体并没有在性方面被界定为性客体。女性整体上对黄色笑话比男人更敏感、更有被伤害感也可以在这个语境下被理解。同时,男人作为整体并没有在经济上弱勢依赖于另一性别的历史和现实经验,所以简单类比是没有意义的。当然,在麦金农对性骚扰的控诉中,既有对性别权力不平衡的控诉,也有对资本和劳动者之间权力不对等的控诉,性骚扰中的雇主责任或多或少地反映了后一个控诉。在中国语境下,讨论雇主责任的文章往往很少关注到这一批判资本的面向。但是麦金农没有注意到的是,雇主责任在一定程度上也扩大了雇主的权力,这一点,笔者在后文中还会详细论述。

麦金农为了说明性别就是被“性”所定义,举了一些例子。第一次性行为一般来说是精确界定社会性别(gender)概念的重要经验。对于很多女性来说,第一次性行为可能是被强奸。女性性别意识的萌生可能是突然并且反常的,哲学家波伏瓦说:“在她第一次堕胎的时候,一个女人才开始懂得。”女性作为一种社会性别——来自于“做爱”的经验,并且要以这样的经验为条件——女人作为男人的性客体,男人使用女人的性。麦金农试图通过这样的例子论证女权主义的权力理论:性是社会性别化的,正如同社会性别也是性化的(sexuality is gendered as gender is sexualized)。男、女两种性别是通过支配—屈从关系的色情化而被建构起来的。男/女区别和支配/屈从关系机制相互界定彼此。这就是性的社会意义和女权主义者对社会性别不平等的独特阐释。性的客体化是这套机制的核心,也是有认识论意义和带有政治内涵的。麦金农认为性的客体化是女性屈从地位形成的主要“程序”,她不惜以让人印象深刻的“脏话”来说明这一点:“男人操女人,主语谓宾语”^{[12](PP111-124)}。麦金农是激进女权主义的领军人物,这一学派也被称为支配论女权主义。上述文字看似

激进,事实上在我们的语境里也并非不可理解。有一些说法我们也不陌生,例如,在女性发生了第一次性行为以后,会被认为变成了真正的女人;一些男性夸耀男性气概也往往会诉诸床上“雄风”。麦金农以脏话进行的反讽,更是对性关系中支配/服从模式的洞察。这些都显示了社会性别与性的相互建构,这样看来,发生性行为(having sex)和拥有一种性别(having a sex)就不仅仅具有了语义学上的关联。

只有从这个角度,我们才能理解麦金农的激进,虽然理解不一定代表同意。麦金农深谙理论洞察力常常要借助于“片面的深刻”,拒绝“全面的平庸”,认为所谓客观性的视角不过就是男性视角,所谓的客观性(objectivity)和男性对女性的客体化(objectification)是一致的。因此,麦金农反对“因为男人也受到性骚扰,所以性骚扰不是性别歧视”的所谓客观点,并且认为自己在对大量淫秽物品进行研究之后,才能更清楚地解释自己在这个问题上的立场。在她看来,“淫秽物品把强奸、殴打、性骚扰、卖淫和儿童性虐待都性化了,事实上就赞美、促进、认可并且正当化了这些行为。更概括地说,使得支配屈从关系性感化了,而这种性感化又构成了淫秽物品里所有这些行为的动力机制。淫秽物品使得等级关系性感化了,并且说这就是‘性的真相’,仅仅是现实的映射”^{[13](P171)}。按照著名法学家桑斯坦(Cass R. Sunstein)的解释,麦金农具有高度争议性的观点在于,她不是因为淫秽物品是变态的“性”,也不是因为淫秽牵涉到暴力的性所以应该被禁止,而是说这些淫秽的暴力内在于“性”当中。麦金农把弗洛伊德的“文明压抑性”的观点转化成“性”是男人压制女人,所以性革命根本不是解决办法,而是问题本身。因此,在麦金农看来,性骚扰、强奸、淫秽和卖淫根本不是边缘问题,而恰恰是问题的核心。^{[14](PP841-846)}这个观点和麦金农对强奸的观点一脉相承。女权主义对强奸的研究中,曾经有一个非常重要的观点,即强奸不是“性”,而是“暴力”。麦金农反对这样的观点,她把强奸仅仅说成是暴力而不是“性”,仍然保留了“性很好”这样的规范,仅仅是区隔强制的性行为不是“性”。“性”不能是暴力,而暴力不能是“性”吗?如果

是这样,将使得“性行为”中包含的“男性支配”这个基本元素完好无损^{[12](P135)}。在麦金农看来,对于男女情欲而言,大量一般的性行为可能也包含了或多或少的男性支配暴力,与强制性性行为很难完全区隔。

当然,麦金农没有激进到认为所有男女之间的性行为都是强制性性行为,尽管这个误解相当普遍,并且也不是空穴来风。麦金农只是认为,性是性别不平等的一个重要动力机制,在男女不平等的情况下,很难区分两情相悦的性和强制的性。甚至有学者总结说,目前一般人理解的范式是,男女之间的两情相悦是一般情况,强制胁迫的性是一种例外;而麦金农恰恰是建立了新的范式,将异性之间的强迫性行为视为一般情况,而两情相悦是例外。麦金农从来不愿意赞美这个例外,所以很多人误解麦金农认为所有男女间的“性”都是强奸^{[7](P777)}。

麦金农的理论当然也遭到一些批评,有些女权主义者认为这样的观点是一种“伤害”的政治,这种“创伤化的敏感”鼓励女性成为受害者。麦金农的理论要对抗女性性关系中的客体化,然而这样的理论也可能固化了女性的客体地位,使得女性丧失能动性。麦金农把强奸视作男女性关系的典型,把性骚扰和强奸都视作同样性质的行为,越强调结构,越失去自由,越容易把女性在性生活中的同意视为被迫^{[15](PP610-612)}。批评归批评,麦金农的理论洞察力大概很难被否认,她的讲述方式往往以雷霆万钧之势而直达秋毫之末,让人过目难忘。

然而有意思的是,美国法院真的接受麦金农这一激进观点了吗?笔者的看法是,麦金农关于性骚扰是性别歧视的观点影响了法官的判决,她最早对这一问题进行了最为系统化和深刻的论述,然而,我们也看到美国法院很少在判决书里面对性骚扰为什么构成性别歧视进行详细论证,哪怕是联邦最高法院,以至于我们很难求助于司法来寻找这个问题的答案。事实上,实践领域对一个思想者的激进观点常常是进行了“去深度化的接受”,麦金农的结论被接纳了,但是她关于性与性别关系的激进论证没有被接纳。这正是我对麦金农思想的司法接受这一问题的总结。

(二)经验的逻辑:性骚扰的普通法模式

美国著名法学家霍姆斯(Holmes, Oliver Wendell)在经典著作《普通法》开篇就提出一个非常有影响力的说法:“法律的生命不是逻辑,而是经验。”^{[16](P1)}麦金农认为,性骚扰法在美国的发展属于法官造法,没有女权主义运动,就不可能有女性提起性骚扰的诉讼并获胜,但是司法在社会运动及各种文献分析之前就界定了性骚扰是性别歧视。普通法的发展规律是法律与社会的双向渗透,在这个过程中将变化着的社会规范变得连贯起来,并根据新发现的事实,将现有的先例塑造成新的法律。反对性骚扰的诉求符合平等的逻辑,产生这样的诉求需要性别平等的保障。但是,性骚扰学说并不是因为立法机关通过了性别歧视法律才在历史中产生的,正是性骚扰受害女性基于平等理论把案子起诉到法院无数次的个案累计,使得性骚扰属于性别歧视的主张得以实现。从这个意义而言,性骚扰法是妇女的普通法^{[17](PP813-814)}。麦金农的分析提醒我们,性骚扰在美国的制度展开是高度语境化的,女性日常生活中的遭遇、普通法法官造法的经验式发展,都是很重要的影响因素。相形之下,学者的阐释反而不是那么重要,就像是人民和法律实践创造了一个制度的样貌,而法学家仅仅是系统总结了这样一个演进。同时,这样的分析对于我们的意义在于,麦金农发展和延伸出来这样的问题:什么样的程序能够更有效地促进性别平等?就性骚扰问题而言,是普通法的诉讼推进策略还是民法法系的制定法模式,是法官造法对模糊条款进行创造性解释,还是制定专门的反性骚扰的法律?这些都值得进行更深入的思考。

麦金农对普通法道路的强调,在我看来还有一个动机,就是回应那些从逻辑上质疑性骚扰是性别歧视的观点。这些观点经常举例说男性也可以被性骚扰,同性之间也会发生性骚扰,所以性别歧视说不能成立。这些质疑从一开始就挥之不去,或许如今美国司法上已经不再纠结,可是仍然困扰着某些追求理论自洽的学术思考。在麦金农看来,法院已经实现了一个范式的转换,即从一个抽象的问题——基于性的虐待是否是基于性别的虐待,转变为一个具体的事实问题——申诉人的性别是否是其在工作中遭受虐

待的原因。麦金农认为,反方的观点仿佛就在说,因为一个男人也可能像一个男人那样被骚扰,所以一个女人被骚扰就不可能因为她是一个女人。这显然是说不通的。还有人拿双性恋可以对男女两性都进行骚扰来反对“性别歧视说”,麦金农认为这都不能用来否认大部分男性骚扰女性的事实。她认为,一个人如何知道并证明与“性”有关的事,是基于“性别”是一个概念上复杂并有趣的问题,而在大多数真实的、活生生的案例当中,证明这些显得简单且无聊,实际上是一个虚拟的假议题。真正性别中立的性骚扰并不存在,性虐待就是生理性别被社会性别化的一种方式。仿佛一夜之间,美国法院将性骚扰视为性别歧视(除非有事实证明不是基于性别),原本不可想象的性别歧视学说在早期的法庭上大获全胜,被告试图这样为自己辩护:男女两性都可以被骚扰,所以自己的行为不属于性别歧视。如今,已经很少有人这么做了^[17](PP820-827)]。

反对性骚扰是性别歧视者所举的例子,无论是男性也可以被骚扰,还是同性间也会发生骚扰,以及双性恋可以骚扰男女两性,都是执着于一种逻辑的融洽。这种辩驳的确表明性骚扰是性别歧视理论的逻辑困境,美国法院在有关性骚扰的判决中普遍采纳性别歧视说,却从来也没有做出详细论证。美国上诉法院第九巡回法庭在 Nichols v. Frank 一案的判决中写道:“性骚扰一般来说是基于性别的原因,那它还能基于别的什么原因呢?”^①这与其说是论证,不如说是回避论证。

麦金农对这个逻辑难题的回应也是差强人意。但她另辟蹊径,虽没有明说但暗示不能用逻辑来回答这一难题,性别歧视学说是从经验中发展而来的,是无数性骚扰受害者和律师商量的结果,是从无到有打官司“打”出来的结果,是法官在美国没有性骚扰明确立法时对《民权法案》第七章创造性解释的结果。简而言之,麦金农用经验消解了不断纠结的逻辑问题。然而,当中国在引进性骚扰属于性别歧视理论时,可能会重新面临这一逻辑难题,并且要观察我们的经验是否会支持这一命题。

三、重构性骚扰:性别歧视理论的修正与完善

麦金农关于性骚扰的理论毫无疑问在这个领域

独领风骚,所有其他理论建构都必须在这个基础上展开。接下来要介绍的几种理论发展也都没有突破性性别歧视的框架,而更是对这个框架的修正与完善。这么说绝不意味着这些理论了无新意,而是其针锋相对地指出了现有模式的缺失,不断加深了对“性骚扰到底错在哪里”这一问题的认知。

(一) 规制不足问题:不该被忽视的性别骚扰

多年来致力于职场性骚扰研究的耶鲁大学法学院教授维姬·舒尔茨(Vicki Schultz)在重新界定性骚扰的问题上提出很多创见。她把美国盛行的性骚扰模式称之为“性欲望主导模式”(sexual-dominance paradigm)。这个模式的典型案件是:一个更具有权力的年龄较大的男上司,利用自己在组织中的优势地位,向年轻的、没什么权力的女下属索取性好处。有时这么做的动机是出于性欲望;有时这么做的动机是支配欲,他通过性作为工具来加强自己的地位。在这个模式下,异性之间的性欲望和男性的支配欲望密不可分。男人在职场上用他们的支配地位谋求女人的性服务,又通过女人的性服务来保证他们的支配地位^[18](P1689)]。这个模式的产生和早期性骚扰案件的诉讼策略有关,为了说服法院接受性骚扰是性别歧视,就要论证男上司对女下属的性挑逗是基于女性这一性别,因为男上司被预设为异性恋,不可能对男性有欲望。这个模式的产生也与激进女权主义有关。正如上文所述,麦金农强调了男女之间的性压迫是性别压迫的核心动力机制。不可否认,这个模式对于法官承认性骚扰是基于性别的歧视起到重要作用,因为如果男上司侮辱的是女下属的智商,就很难说同样的遭遇不会发生在男下属身上。正是通过“性”这个连接,“若非因”的标准在性骚扰领域得以确立。

吊诡的是,在性骚扰议题出现之前,敌意工作环境的案件基本上不会以性欲望和性挑逗为中心,那时即使谈到性的不端行为,也强调这是一个更大的骚扰的一部分。《民权法案》第七章的原意是结束性别隔离,让女性融入原来只为男人保留的工作岗位,所以这一立法的意图是实现职场上性别的融合,性的不端行为仅仅是男人为了维持男人气概所谓的工

作能力和权威而使用的工具。然而,自从性骚扰议题开始发酵并得到越来越多讨论的时候,“性欲主导模式”就占了上风,更广泛的性别骚扰就被忽视了。所以舒尔茨教授希望用“能力中心范式”(competence-centered paradigm)来取代“性欲主导模式”,即对于女性骚扰的敌意工作环境来说,性满足并不是主要动机,大量的敌意是为了贬低、破坏女性的工作能力。舒尔茨教授总结了一些案子里出现的上司或者同事公开质疑女性工作权的例子。他们告诉女性下属,她不适合工作,应该留在家里带孩子,或者用“仅限男性”的标牌来接待她。在一些消防或者惩戒机构里,男人贬低女人的体力。在商业、科技或者医疗领域,女人的技术能力被贬低。在学术领域,她们的学术成就被诋毁。在有些领域,如在公安领域,她们被认为不具备这个工作所要求的进攻性;然而在另外一些领域,如法律、管理或者其他精英职业领域,她们又被批评过于强势和粗暴。在一些案件中,女性被质疑:“你是个女人,你懂什么?”^{[18](PP1763-1764)}基于性别的敌意工作环境还包括不给女性参加工作培训的机会,然后又以女性工作能力低下为由与其解除劳动关系。“能力”中心范式还能够让我们理解男下属对女上司的性别骚扰,因为男下属可能会因为对自我男性气概的想象而拒绝服从女上司的指挥,甚至破坏她们的工作成果。

这些性别骚扰,应该也构成一种敌意工作环境,然而,自从性骚扰的“性欲主导”模式兴起之后,与“性”关系不大而是基于性别的骚扰就被忽视了。有学者总结说,女性在职场上遭遇到的无关于“性”的性别歧视,很难获得胜诉。在很多案子里,性遭遇成了故意性别歧视诉讼的必备要件,而非一种可能的事实模式^{[19](P200)}。有些法院在判决书里明确写道,因为没有涉性内容,所以敌意工作环境不成立。另外一些法院对骚扰的理解主要是性骚扰,敌意工作环境也是如此,他们把不是基于“性”而是基于性别的敌意行为,归于“不同对待”。而要成立“不同对待”,在证据上必须要求这种不同对待影响到了有形的职业利益,所以大量此类案件很难获胜。而基于“性”的敌意工作环境,不需要这样的证据^{[18](PP1709-1717)}。于

是就可能出现以下现象:一个女人被上司贬斥为“头发长,见识短”,甚至其工作成果被破坏,屡屡被拒绝给予工作培训机会,不容易构成敌意工作环境;而另一个女人被称呼为“没用的婊子”,很可能被认为是构成了敌意工作环境。仅仅是因为前者只牵涉性别,而后者被认为牵涉“性”。

这是一个很有意思的现象,当性骚扰属于性别歧视几乎成为美国司法领域通说的时候,非关于“性”的性别骚扰却很难被敌意工作环境所涵盖,原因大概在于“性别歧视说”的背后是“性欲主导模式”,自从这个模式占据主流,性别骚扰就被忽视了。于是一个怪异的现象出现了:敌意工作环境属于性骚扰的一种类型,性骚扰是性别歧视,所以敌意工作环境也是一种性别歧视,不牵涉“性内容”的性别骚扰却很难被认定为敌意工作环境。

性,似乎常常成为法院认定性骚扰属于性别歧视的一个证据,然而舒尔茨教授认为没有这么简单,法院此类做法的背后,是女权主义进步性和保守主义倾向的结合,后者会认为女性更容易受到性挑逗的伤害。更重要的是,法院把重心放在性问题上,仿佛只是保护女性不受到性伤害,司法从纠正职场上基于性别的不利对待这一大任务中跳脱出来。性的不端行为仅仅是体系化的性别歧视世界的一个微观呈现,法院仅仅纠结于“性”,就是不愿意面对职场上性别歧视这一大的结构问题,美国的政治文化也没有对法官纠正结构不均衡有多高的期待^{[18](P1748)}。

2018年,舒尔茨教授意识到自己的洞见已经在司法层面得到一些支持,美国联邦最高法院在 *Oncale v. Sundowner Offshore Services* 这一同性之间性骚扰案件中明确指出,职场骚扰的可诉性不必建立在明确的“性”内容和性动机之上,反过来,也不是说任何略带有性色彩的行为都构成骚扰。取而代之的是,不端行为的判断基准在于这个行为的发生是否“因为性别”。平等就业机会委员会也明确澄清,骚扰包括了职场上所有基于生理性别或社会性别而贬低别人的行为,无论其性质是否属于性内容^{[20](P28)}。

尽管有所改善,但是显然问题并没有得到解决,

近些年来席卷美国和全球的“我也是”(Me Too)运动对性骚扰的强调仍然是带有性内容的攻击和挑逗,如果只是贬斥女性工作能力的性别骚扰就很难释放如此大的影响力。有学者举出“我也是”运动中一个非典型性骚扰的案例:Franchina v.City of Providence。弗兰基娜是一个女同性恋者,一个消防队的领导,被男下属费罗骚扰。费罗在第一次谈话中就告诉弗兰基娜:“我通常不喜欢和女人一起工作,但是,你知道,我们都喜欢同样的事(暗示都喜欢女人),所以我想我们会相处得很好。”费罗在众人面前称弗兰基娜是自己的女同性恋情人,并在弗兰基娜没有穿衣服的时候闯进她的宿舍。费罗很快遭到了纪律指控,但同事们很快就开始报复,称弗兰基娜为“婊子”,并且其下属也开始抵制她的指令拒绝抬担架,当她在—辆救援车的后座上治疗一名男子时,有人把血和脑浆泼到她脸上。尽管本案中基于性别骚扰的行为令人触目惊心,在严重程度丝毫不亚于基于性的骚扰,但是弗兰基娜的同事们被要求汇报的仅仅是涉性的评论。在该案的诉讼中,法院对敌意工作环境的解释也带有“性欲主导模式”特点,要求弗兰基娜同时证明“不受欢迎的性骚扰”及“这个骚扰是基于性别”。法院明确要求敌意工作环境需要“性方面令人反感的行为”^[21](PP70-74)]。本案的骚扰行为主要是基于职场上的性别刻板印象,受害者几乎遭遇到舒尔茨教授所列举的所有类型的性别骚扰,然而在性欲主导的模式里,这些都很容易被忽视,既有性骚扰制度规制不足的问题某种程度上依然存在。

这些缺失的实质在于没有把反性骚扰和打击性别隔离联系起来。一般来说,性别隔离分为水平性别隔离和垂直性别隔离,前者是指女性难以进入传统上被认为是“男性”的工作,只能做带有女性性别刻板特质的工作如家政等;后者是指在一个行业里,男性占据高薪或者管理阶层,女性低薪并且不容易升迁。舒尔茨教授想要改造性欲主导模式,却用了一种类似于原教旨主义的语言,颇有点托古改制的味道,通过把《民权法案》的第七章禁止性别歧视的立法意图解释为一种结束性别隔离

的努力,重构了敌意工作环境,希望涵盖更多性别骚扰的面向。

(二)规制过度问题:对职场的净化与驯化

除了规制不足的问题之外,舒尔兹教授在另外一篇论文里浓墨重彩地强调了现有的性骚扰之“性欲主导模式”同样有规制过度的问题,前者是指管理的范围太窄了,而后者是指管理的范围太宽了。无论是规制不足还是规制过度,都是偏重于对于性的规制,而忽视了结束性别隔离这一目标。

有人可能会以近年来席卷美国的“我也是”运动来证明美国的性骚扰管控不可能存在规制过度的问题,然而正如学者沈睿所言,这一运动中大量的骚扰者来自影视界和媒体高层,这几乎是男权的最后堡垒,而经过几十年的努力,美国体制性的反性骚扰机制相对成熟^[22](P36)]。美国的性骚扰诉讼强调的是雇主责任,雇主有义务在公司内部建立反对性骚扰的规章制度,要有受理性骚扰投诉的管道,并且要对投诉进行快速并且有效的处理。这些机制对于规制性骚扰而言是有效的,但是责任大,权力也大,所以雇主对于性骚扰的界定就比法律所要求的更加严格,遇到投诉时,如果被投诉者的地位在公司不是很高,雇主为了避免责任往往会对被投诉者“格杀勿论”。于是,大量公司禁止根本达不到性骚扰标准的性行为、涉性谈话,甚至禁止或者不鼓励雇员之间的办公室恋情。

舒尔兹教授敏锐地意识到,支撑这种过度管制的力量不仅仅是反对性骚扰的法律制度,否则没有办法理解为什么法律反对性别隔离的努力遇到了公司阳奉阴违的抵制。性,不应在职场上有一席之地,这个观点并不新鲜,至少美国在20世纪的头10年,公司经理就认为“性”不应该进入职场并且对工作环境是一种威胁,这个观念是20世纪大规模涌现的一个现象——科层制(bureaucratization)的一部分。按照思想家马克思·韦伯(Max Weber)的看法,科层制越“去人性化”,越成功地从公务中消除爱、恨等纯粹个人化、非理性、不能被计算的情感,就发展得越完善。这是科层制的特质。著名的研究组织的理论家也认为,压制“性”(sexuality)是建立科层制的首要任

务。所以当女性开始大规模离开家庭进入职场时,组织就感受到了威胁,因为在刻板印象里,女性代表了情感、非理性和“性”^{[23](PP2072-2074)}。科层制带来效率和管理便捷的同时,也使得人们被束缚在现代性所布置的牢笼里。

女权主义者对职场上“性”的看法,当然与科层制出发点并不一样,但是不妨碍两者在某些结果方面达到一种契合,以至于科层制认为职场上的“性”会破坏生产效率或者与职业主义相违背的话语,也被女权主义者用来推进反性骚扰事业。于是,女权主义话语和长期以来“职场无性”的泰勒制管理的修辞汇合了。1978年,著名人类学家玛格丽特·米德(Margaret Mead)为了保护女性免于性骚扰,希望建立一个禁忌,禁止职场上的男女性关系(类似于家庭里的乱伦禁忌)。有人问麦金农,她是否担心性骚扰防范机制可能会使得职场上有关性的表达噤若寒蝉,她回答说:“有人应该去担心这样的事:有没有工作还没有完成。职场不应该是专门进行性招募的地方。”^{[23](PP2080-2082)}于是女性主义诉求的平等和科层制所追求的效率汇合了,女性主义的进步主义话语为泰勒制管理压制“性”的做法提供了正当性。

法律上认定性骚扰是“不受欢迎”的性,而公司干脆实施“懒政”禁止所有的性;法律上认定敌意工作环境的构成必须达到一定的严重程度和充斥弥漫着敌意,而公司为了回避责任的承担会采取更“一刀切”的手段来制止一切涉性言论和行为。例如,雇主可能会要求雇员在合同中承诺不会发生办公室恋情。甚至一些本来与性无关的行为也会被“上纲上线”,如人力资源专家对于一个喜欢礼仪性拥抱别人的女性雇员提出建议,最好是双方同时张开双臂,以避免性骚扰嫌疑。公司还可能会以性骚扰为借口解雇性少数群体,因为他们对自身性倾向的言说被认为是性话语,涉嫌制造敌意工作环境。反性骚扰原理中的反歧视目的被忽视了,规训净化职场的科层制对“性”的压制大行其道。反性骚扰,常常变成了反性。

美国实行的是“自由雇佣”(employment at will)制

度,这意味着公司解雇一个雇员根本不需要理由,所以对于一个级别较低的雇员涉嫌性骚扰的事件,公司可能会匆忙做出判断,解雇这个雇员,即使这种“宁枉勿纵”后来被证明搞错了,单位也不会因此有任何损失。而高层雇员享有不成比例的影响力和控制力,使得他们不仅在性骚扰方面处于独特的地位,而且对下属的各种骚扰具有更大的威胁性。即使面临性骚扰指控时,公司也不敢轻易解雇高层雇员,因为他们往往具有讨价还价的能力,在合同中有一系列确保职业安全的条款^{[24](PP87-89)}。简言之,公司对性骚扰的处理也是有阶级性的。“我也是”运动发生之后,舒尔兹教授在这个层次上对自己的理论有所补充。好莱坞和硅谷充斥着大量性骚扰并非偶然,这两个行业的特点都是存在高度性别隔离,大多数担任领导岗位者是男性,而女性大多处在不受重视的岗位。管理层在雇佣和提拔员工方面享有不受制衡的裁量权,性别隔离和“不受约束”的个人权威为性骚扰埋下了伏笔^{[20](P48)}。于是,在治理性骚扰的方案中,必须限制这些管理层“不受约束”的权力。这样的方案其实已经触及西方式民主的尴尬,一方面政治上讲民主,另一方面在经济领域高度集权,大量底层雇员对公司治理毫无发言权,所谓的自由雇佣制度不过是管理层对底层雇员的职场命运予取予求的保护伞而已。这种权力不对等是性骚扰发生的重要原因,然而美国对于性骚扰的治理却基本不触动对公司内部管理的民主化改造,不分青红皂白地压制“性”,根本没有松动权力结构的压迫性,不过是虚应故事的扬汤止沸,远远谈不上釜底抽薪。笔者一直存有这样的疑问:不松动资本主义的经济等级所带来的压迫结构,是否有可能真正解决包括性骚扰在内的各种职场骚扰问题?

现行的模式急于把职场上的各种“性”表达和行为赶尽杀绝,是一种“去语境化”的懒政,有些女性杂志的女性员工之间会经常谈到性话题,这些与性别歧视无关的性表达与性骚扰无关。性骚扰排斥“黄色笑话”的原因是,男人们通过“开黄腔”排斥女人,这是一种维持男性统治职场的性别隔离“技术”,但是否所有与“性”有关的笑话或者表达都是性别歧视

的,是否可能有反对性别歧视的性笑话,对这些问题的思考提醒我们反对性骚扰的语境应该是反对性别歧视,而不是谈性色变。

当然,女性更容易把“性”视作一种威胁,这常常源于性别不平等语境,也与传统性话语被男性主导相关。麦金农等激进女权主义者对于“性常常是性别歧视工具”的分析仍然值得倾听,所以舒尔兹教授对于“反性骚扰变成反性”这一问题的解决方案,仍然是提出要把人们拉回到性别歧视这个大结构框架当中。她认为要采取“胡萝卜加大棒”的政策。对于那些仍然保持性别隔离的公司而言,在面临性骚扰指控时,要承担更大的雇主责任风险,在这种恶劣环境下工作的雇员,应该更容易证明自己遭遇了敌意工作环境;而对于那些达到更高程度性别融合和平等的公司而言,面临性骚扰诉讼时,承担雇主责任的风险要更小一些。在这种模式下,雇主应该通过“去性别隔离”方式,而不是“去性化”(desexualizing)方式来治理性骚扰^[23](PP2174-2175)]。性别隔离本来是性骚扰发生的重要原因,可惜有些人要把性别隔离作为解决性骚扰的方案之一。例如,为了应对越来越多的性骚扰指控,有些公司的培训以男女分开的方式进行,美国副总统迈克·彭斯(Mike Pence)的个人准则是从不单独与女性吃饭,这都是本末倒置的做法,也是“反性骚扰变成反性”的后遗症。同样的性表达在不同的性别语境中有不同的感受,越是性别平等的环境,受害感越小。治理性骚扰,最终仍绕不开结束性别隔离这一大的结构问题。

(三)性骚扰到底错在哪里——男性至上主义的工具

哥伦比亚大学研究性与性别的女权主义法学家凯瑟琳·弗兰克(Katherine M. Franke)教授总结了性骚扰是性别歧视的三种论证方式。一是“若非因”模式:如果受害者是另外一个性别,这个行为就不会发生。二是“反性模式”:因为行为或表达在本质上属于“性”,所以是性别歧视。三是“支配论模式”:激进女权主义认为,性骚扰使得女性在性方面受男性支配,所以是性别歧视。而弗兰克教授对这三种论证都不满意,认为性骚扰是性别歧视的真正原因是,它

是男性至上主义的工具(technology of sexism)。无论性别是什么,只要性骚扰反映职场上社会性别的“刻板”或者使得这一“刻板”永久化,就是性别歧视的一种形式。她把性骚扰重构为社会性别骚扰(gender harassment),即性骚扰错就错在强加并永恒化一种刻板的社会性别规范,使得男性具有男人气质,女性具有女人气质,把女人身份降低为性客体,把男人身份塑造为性主体。性骚扰还要对不符合社会性别主流规范的人进行规训。例如,女性不愿意从事传统工作,进入以男人为主导的工作领域,会遭到男性同事的骚扰,因为他们希望她待在“该待的地方”。在同性别之间,一个不能符合传统男人气质的男人也可能会遭到同事的性骚扰,以巩固强化传统社会性别规范。弗兰克认为性骚扰作为男性至上主义的工具,对于骚扰者和被骚扰者的身份都有影响,既具有操演性(performativity),又具有反身性(reflexivity)。操演性是指行为制造了特定的身份;反身性是指骚扰者和受害者都被性骚扰行为所影响^[25](PP693-696)]。

操演理论来自研究酷儿理论的女权主义哲学家朱迪斯·巴特勒(Judith Butler)。她认为,并不存在一个先在的“生理性别”(sex),我们认为的我们自身的性别“本质”,其实是社会规范不断作用于我们身体的结果。生理性别和社会性别一样,都是话语建构的结果。性别身份的产生受制于话语规则和实践,性别的“内在本质”不过是服从于性别规范的一系列行为的重复。在性别表达的背后没有本体论的性别身份,正是不断重复的性别操演行为才产生了性别身份^[26](P66)]。在弗兰克教授看来,激进女权主义的支配论模式过于把重心放在男人对女人做了什么,这种对男性至上主义(sexism)的论断没有真正深入理解这一意识形态为何如此强大和有害,其实男性至上主义影响和规范了所有人,无论男人还是女人。性别法则要求男人一定要像男人、女人一定要像女人,对这些性别规范不驯服的人就会遭到骚扰,这种骚扰就是产生性别身份的话语建构。弗兰克赞成这样的观点,认为贬低人格的歧视促成了主体的产生。所以,性骚扰是规训、强加、永恒化异性恋父权制性

别规范的工具。我们应该用这样一个结构框架来理解性骚扰是性别歧视:这一套机制制造了性别化的主体,女人气的女人作为性客体,男人气的男人作为性主体,异性恋父权制结构由此得以产生和维系^{[25](PP763-772)}。按照朱迪斯·巴特勒对弗兰克理论的理解,不是把性骚扰仅仅理解为性别等级,而是认为性骚扰本身就在生产性别,而且是一种典型的性别生产寓言。正是通过性骚扰,一个人被制造(made)为一个特定的性别^{[27](Pxi)}。弗兰克教授把性骚扰视为异性恋父权制(hetero-patriarchy)生产机制中的一环,骚扰者和被骚扰者的性别身份都在这个机制中被生产出来,不驯服于主流性别气质就会遭到性骚扰的惩戒,所以,性骚扰既是男性至上主义的惩罚机制,也是主流性别气质和性别身份的生产机制,是一种通过惩罚的生产。

无论是“若非因”模式还是激进女权主义的支配论模式,都过于把“性”放在了分析的核心,弗兰克教授的这个批评和舒尔兹教授对“性欲望主导”模式的批评有相通的一面。在一些男性对男性骚扰的案件中,为了符合“若非因”的模式,案件事实必须证明骚扰者是因为被骚扰者的性别才做出性骚扰的举动,于是有些法院要求证明骚扰者是同性恋,于是性别问题要通过性倾向的中介才能得到证明。这样的模式也曾使一些法院得出这样荒唐的结论:双性恋对男、女两性都骚扰,难以满足“若非因”的标准,因此不是性别歧视。还有一类同性之间的骚扰案件根本与欲望无关,骚扰者是异性恋男子,他对于另外一名男子的骚扰纯粹是因为对方不够“男人”,于是就通过起绰号、戏谑侮辱、暴露私处、威胁强奸等方式来进行骚扰,按照性欲望主导的模式,这些无法通过“若非因”的判断,也就不构成性别歧视。而按照弗兰克教授性骚扰是维系“男性至上主义”工具的进路,这就是典型的性别歧视。无论骚扰者和受害者的性别是什么,在职场上,只要是男性气质踩着女性气质来获得经济上或者文化象征上的好处,就都属于《民权法案》第七章认定的性别歧视。

如今美国联邦最高法院在 *Oncale v. Sundowner*

Offshore Services 这一同性骚扰案件中,已经明确性欲望并非判断性别歧视的标准,但没有很好地解释如何证明同性之间的性骚扰构成性别歧视。弗兰克教授对于传统性别歧视理论的修正的一个很大的动机来自于完成这一联邦最高法院没有完成的工作。

女权主义法学家凯瑟琳·艾布拉姆斯(Kathryn Abrams)赞同弗兰克教授的一些修正,但也提出了一些质疑。一是弗兰克的理论对于性骚扰和职场关系谈得不够,没有看到男性试图垄断职场排斥女性,以及女性在职场的抗争^{[28](P1198)}。二是弗兰克的观点强调性骚扰错在试图永恒化性别刻板印象,因此没有把女性的被支配地位放在分析核心^{[28](PP1214-1215)}。对于前者,弗兰克强调自己的工作是要为性骚扰提供一个整体性的理论框架,职场的性骚扰和教育领域的性骚扰在维护性别刻板印象方面没有本质区别。对于后者,弗兰克为自己进行了更多的辩护,她认为自己对于异性恋父权制的强调本身就凸显了“男人气”和具有“男人气”认同的异性恋男人在经济和文化生活中的至高地位。父权制这个词就象征了女性在历史上和物质层面对男性屈从,而这一点在分析中具有重要地位。女人(women)被视为低于男人(men),女人气(femininity)被视为低于男人气(masculinity),这两种机制互相纠缠在一起,忽视其中一个就无法理解另外一个。性骚扰是推动异性恋父权制的工具,当一个女性被男性性骚扰时,她实际上通过成为异性恋性客体的方式完成了女性化的过程。骚扰者不是不受影响,而是通过施展他的权力,被异性恋机制同化为一个异性恋的性主体。如果仅仅关注女性的屈从地位,就无法看到性骚扰要强加“异性恋阳刚之气”于所有的男性身上^{[29](PP1247-1253)}。弗兰克教授对传统性别歧视说的理论修正,毫无疑问是要回应同性之间性骚扰为何属于性别歧视这一司法论证难题,但是她的理论抱负远远超出这一点,是要试图为性骚扰进行一个整体性理论重构。这种重构很符合酷儿理论一贯的方法论,即对所谓边缘群体的研究绝不是就事论事,而是希望通过对边缘的研究进入主流论述的核心,从“特殊”中去看待“普遍”。所以,研究同性之间的性骚扰如果仅仅是为这一“边

缘”领域提供一个司法论证,其器小哉,事实上要看到盛行的性骚扰理论即使用在“主流”问题上也是有缺陷的,从而需要对性骚扰理论做一个整体性重构。

从“性欲主导模式”到强调性别刻板的思路在国际人权议题上也有所体现。有学者注意到,2019年6月21日,国际劳工大会通过的《关于消除工作世界中的暴力和骚扰的公约》(第190号)及其建议书(第206号)没有使用“性骚扰”概念,而是用了“骚扰”概念,并将其定义为“基于社会性别的暴力和骚扰”^{[31](PP18-19)}。这些变化,都显示性骚扰理论甚至性骚扰概念的不足,甚至对骚扰进行社会性别视角的转换也不能囊括种族骚扰等其他类型的暴力,关于这些理论问题,显然很难有一个一劳永逸的解决方案,有一点趋势却是清晰的:性骚扰的“性欲主导模式”越来越捉襟见肘,需要进行社会性别视角的转换。

四、反歧视法模式还是侵权法模式

——兼论中国反性骚扰模式的性别维度

性骚扰是一种性别歧视的观点在美国司法领域已经牢牢确立,学术领域的大量讨论不是对这一结论的颠覆,而是一种论证或者修正完善。然而,尽管其他论述方式几乎已经消失殆尽,我们却不能把性别歧视说视为唯一的声,也有一些学者希望用侵权法而非反歧视法来处理性骚扰问题,尽管这些只是零星的声音。这些颠覆性观点认为,以侵权法来处理性骚扰问题,是一种“个人权利”视角,与性别歧视说的“群体权利视角”不同,关注个人权利更符合美国的政治和宪法传统,也更符合1964年《民权法案》中蕴含的排除种族考量的“色盲”理想^{[5](P336)}。还有一种顾虑是反歧视法中的雇主责任可能会使得雇主对工作场合进行过度控制,员工之间的幽默、求爱及浪漫关系可能会遭到限制。而且《民权法案》第七章所强调的雇主责任使得受害者起诉的是雇主,而不是骚扰者,这就使得受害人没有机会直接面对骚扰者并使其负起责任,只有侵权法才能让应该受到惩治的骚扰者负起个人责任。只有在法庭上能够对骚扰者,对受害者的情绪和精神才能有所裨益。当然,侵权法模式也存在弊端,侵权法中的侵权行为

必须达到“骇人的”(outrageous)的程度,才可以认定为“故意施加精神痛苦”,而《民权法案》第七章的敌意工作环境学说,只要求行为达到“冒犯”(offensiveness)的程度就可能让雇主承担责任。所以反歧视法和侵权法两种模式结合可能是更好的选择^{[31](PP326-351)}。即使希望超越性别歧视的理论也承认,在侵权法模式之下,没有敌意工作环境的空间,而反歧视法对于性骚扰的认定不需要受害者证明自己受到了精神伤害^{[32](P534)}。

如今,美国赞成用侵权法代替《民权法案》反歧视模式来处理性骚扰问题的学者已经寥寥无几,不过当年麦金农论证性骚扰属于性别歧视的观点时,所面临的一大任务就是证成以下观点:用侵权模式来处理性骚扰不是错了,而是远远不够。麦金农认为,侵权法模式把性骚扰看成对个人的伤害,其实性骚扰是对一个群体的伤害(group injury),是发生在个人层面的社会之恶和社会伤害。侵权法模式把性骚扰看成骚扰者的道德错误,而没有看到这是一个权力和支配的问题,是女性而非男性常常为了生存而屈服于骚扰者的性要求,是一种经济强制之下的性别屈从^{[11](PP172-173)}。女权主义运动里有一句非常有名的口号“个人的就是政治的”,如果侵权法体现了个人主义思维方式的话,《民权法案》的反歧视法模式的确用平等视角使得性骚扰的伤害被“政治化”了,由此才能理解近些年源起于美国的“我也是”运动何以能够引起全球反性骚扰的浪潮。

2020年5月28日通过的《民法典·人格权编》第一千零一十条规定了性骚扰行为应该承担民事责任,并规定了单位应该担负的责任。有学者认为该条款体现了权利保护主义为主、职场保护主义为辅的原理,建立了具有中国特色的性骚扰规制体系^{[33](P10)}。这一条款对受害人的界定是“他人”,而非之前法律或法规中的女性,有学者认为这是一种进步。与此同时,这种侵权模式的缺陷也被指了出来:它要求受害人精神损害达到“严重程度”时,才可以要求精神损害赔偿^{[9](PP24-25)}。中国以侵权法为主的模式固然回避了性骚扰是否是性别歧视的难题,但是仍然遭遇了侵权法在认定标准上的严苛,反歧视法

领域所发展出来的敌意工作环境模式很难在这个框架下有一席之地。更重要的是,当肯定民法典没有把受害者性别限定为女性的同时,我们该如何评价这些过去的立法:2005年《妇女权益保障法》修订时增加了禁止对妇女实施性骚扰的规定;2012年国务院发布的《女职工劳动保护特别规定》中规定,用人单位应该预防和制止对女职工的性骚扰。需要思考的问题很多:为什么过去这些带有性别歧视特点的立法效果不彰,而要等待侵权法模式的拯救?尽管我们不能采取历史虚无主义的观点,对过去的立法进行否定性评价。因为这些保护女性免于性骚扰的立法开启了中国反性骚扰立法的先河,其中所蕴含的反对性别歧视的维度,仍然可以弥补有缺陷的侵权单一模式(最高法院把“平等就业权”纠纷放在“人格权”纠纷的案由之下,也体现了侵权模式和反歧视模式的结合)。另外,侵权法模式把受害者性别中立的做法真的可以免去关于性骚扰的性别思考吗?“男性对男性的性骚扰”“女性对女性的性骚扰”真的可以和“男性对女性的性骚扰”等量齐观,并且是一样的证据标准吗?司法机关在处理性骚扰案件时,是着重考量行为的“性”内涵,还是强调性骚扰的错误在于成为维护“性别刻板印象”的工具,可能的判决结果会有很大不同。在美国女权主义法学领域,常常有一种说法,性骚扰是女性在历史上第一次界定女性受到的伤害。尽管中美两国的性骚扰受害者都不限于女性,我们需要看到的是,中国民法典的性骚扰立法与中国女性主义者的努力有着密切的关系,而之前的《妇女权益保障法》和《女职工劳动保护特别规定》也发挥了重要的累积效应。

由于文章篇幅与个人能力所限,只能提出上述尚没有答案却带有倾向性的问题。然而可以预测的是,中国未来的反性骚扰模式一定是综合模式:在宪法性别平等原则的基础上,以民法中的侵权模式为主,《妇女权益保障法》和劳动法等社会法领域的反歧视模式为辅。在这样一种公法、私法和社会法的混合治理模式中,性别维度分别在其中呈现出怎样的分量呢?或许,思考才刚刚开始。

五、结语

性骚扰是不是性别歧视?对这个问题的回答不仅仅是学术的较真,也不仅仅是为了追求学术自洽,而是直接关系到治理性骚扰的法律方案。如果否认性骚扰和性别歧视的必然关系,看起来可以回避骚扰者和受害者的性别多样化带来的论证难题,仿佛是行为人对于他人带有性内容的骚扰,这样的预设就会催生侵权法方案来应对。然而,侵权法方案带来的问题有三:证据标准要求高;女权主义会批判侵权法模式把性骚扰这一社会性的伤害个人化了;如何理解性骚扰中的“性”字,对“性”的分析真的可以性别中立吗?在一个性骚扰案件中,双方的性别和性倾向真的可以对诉讼结果无关紧要吗?

如果认为性骚扰就是性别歧视,会催生反歧视法的法律方案,但也会带来三个问题。一是骚扰者和受害者的性别与性倾向可以有多种可能,用性别歧视一个框架能不能装下这些可能?而美国学者在这个问题上的深度探讨也没有很好地解决这一难题,只是帮助我们理解了这一难题。二是美国可以通过普通法的经验演进来解决上述逻辑难题,而中国制定法主导的模式是否可以这么做?中国之前在《妇女权益保障法》中以性别歧视为主导的性骚扰立法为何在司法实践中遭遇了“挫败”,反而要等待民法侵权模式的拯救?三是美国司法实践中的雇主责任在一定程度上扩大了雇主的权力,以致反性骚扰有时候变成了科层制下的“反性”,但是学者们已经开始强调公司内部的民主治理和权力制约问题;而在中国急于引进雇主责任的论述中,却还缺乏对雇主权力进行制约的理念,如何平衡雇主的权力和责任,应该被纳入思考的范围。

更重要的是,当性骚扰在中国越来越成为热点问题的时候,无论是法学界还是司法实务领域,都应该思考一个问题:我们在讨论这一问题的时候,性与性别的理论储备是否足以应对?本文对美国法学界性骚扰之性别维度的梳理,为我们提供了一些借鉴。当然,我们的做法一定不是亦步亦趋,而是需要结合本土语境杂糅变通。

注释:

①Nichols v. Frank, 42 F.3d 503, 511(9th Cir.1994).

参考文献:

[1]卢杰锋.美国职场性骚扰雇主责任的判例法分析[J].妇女研究论丛,2016,(2).

[2][美]吉莉恩·托马斯著,李明倩译.因为性别:改变美国女性职场环境的十个案件[M].南京:译林出版社,2019.

[3]McFarland, D.N.. Note, Beyond Sex Discrimination: A Proposal for Federal Sexual Harassment Legislation[J].Fordham Law Review, 1996,(65).

[4]Groomsman, J.L.. Moving Forward, Looking Back: A Retrospective on Sexual Harassment Law[J].Boston University Law Review, 2015,(95).

[5]Paul, E.F.. Sexual Harassment as Sex Discrimination: A Defective Paradigm[J].Yale Law and Policy Review, 1990,(8).

[6]Lafferty, H.. Is Sexual Harassment Sexual Discrimination? Still an Open Question[J].Buffalo Women's Law Journal, 1998,(7).

[7]Littleton, C.. Feminist Jurisprudence: The Difference Method Makes[J].Stanford Law Review, 1989,(41).

[8]Schwartz, D.S.. When Is Sex because of Sex? The Causation Problem in Sexual Harassment Law[J].University Pennsylvania Law Review, 2002,(150).

[9][美]葛尔·罗宾著,李银河译.酷儿理论[M].北京:文化艺术出版社,2003.

[10]焦兴锐.美国最高法院对工作场所性骚扰争议第一则判决之研究——Meritor Savings Bank v.Vinson一案之评析[J].劳资关系论丛,1999,(9).

[11]MacKinnon, C.A.. Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination[M].New Haven: Yale University Press, 1979.

[12]MacKinnon, C.A.. Toward a Feminist Theory of the State [M].Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1989.

[13]MacKinnon, C.A.. Feminism Unmodified: Discourse on Life and Law[M].Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1987.

[14]Sunstein, C.. Feminism and Legal Theory[J].Harvard Law Review, 1988,(101).

[15]Cossman, B., Daniels, D., Halley, J., et al.. Gender, Sexuality, and Power: Is Feminist Theory Enough?[J].Columbia Journal of Gender and Law, 2003,(12).

[16][美]小奥利弗·温德尔·霍姆斯著,冉昊、姚中秋译.普通法[M].北京:中国政法大学出版社,2006.

[17]MacKinnon, C.A.. The Logic of Experience: Reflections on the Development of Sexual Harassment Law[J].Georgetown Law Journal, 2002,(90).

[18]Schultz, V.. Reconceptualizing Sexual Harassment[J].Yale Law Journal, 1998,(107).

[19]Colker, R.. Whores, Fags, Dumb-Ass Women, Surly Blacks, and Competent Heterosexual White Men: The Sexual and Racial Morality Underlying Anti-Discrimination Doctrine[J].Yale Journal of Law and Feminism, 1995,(7).

[20]Schultz, V.. Reconceptualizing Sexual Harassment Again [J].Yale Law Journal Forum, 2018,(128).

[21]Soucek, B.. Queering Sexual Harassment Law[J].Yale Law Journal Forum, 2018,(128).

[22]沈睿、西川、覃里雯等.沉默规则打破者——女性主义及Me Too运动四人谈[J].外国文学研究动态,2020,(2).

[23]Schultz, V.. The Sanitized Workplace[J].Yale Law Journal, 2003,(112).

[24]Arnow-Richman, R.. Of Power and Process: Handling Harassers in an At-Will World[J].Yale Law Journal Forum, 2018, (128).

[25]Franke, K.M.. What's Wrong with Sexual Harassment? [J].Stanford Law Review, 1997,(49).

[26]都岚岚.论朱迪斯·巴特勒性别理论的动态发展[J].妇女研究论丛,2010,(6).

[27]Butler, J.. Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity[M].New York: Routledge, 2006.

[28]Abrams, K.. New Jurisprudence of Sexual Harassment[J].Cornell Law Review, 1998,(83).

[29]Franke, K.M.. Gender Sex Agency and Discrimination: A Reply to Professor Abrams[J].Cornell Law Review, 1998,(83).

[30]佟新.性别气质与反骚扰[J].中华女子学院学报, 2020,(1).

[31]Stromberg, J.. Sexual Harassment: Discrimination or Tort?[J].UCLA Women's Law Journal, 2003,(12).

[32]McFarland, D.N.. Beyond Sex Discrimination: A Proposal for Federal Sexual Harassment Legislation[J].Fordham Law Review, 1996,(65).

[33]杨立新.民法典人格权编草案逻辑结构的特点与问题[J].东方法学,2016,(2).

[34]刘春玲.民法典各分编(草案)关于性骚扰规定之评析[J].中华女子学院学报,2019,(2).