

Equal Rights Reform and
Legal Change in China

川上行舟

——平权改革与法治变迁

阎天 著



清华大学出版社



Equal Rights Reform and
Legal Change in China

川上行舟

——平权改革与法治变迁

阎天 著

清华大学出版社
北 京

本书封面贴有清华大学出版社防伪标签,无标签者不得销售。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

川上行舟:平权改革与法治变迁/阎天著.--北京:清华大学出版社,2016

ISBN 978-7-302-42327-0

I. ①川… II. ①阎… III. ①平等—权利—研究—中国 IV. ①D921.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 287088 号

责任编辑:李文彬

封面设计:张京京

责任校对:刘玉霞

责任印制:王静怡

出版发行:清华大学出版社

网 址: <http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址:北京清华大学学研大厦 A 座 邮 编:100084

社 总 机:010-62770175 邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质量反馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 刷 者:三河市君旺印务有限公司

装 订 者:三河市新茂装订有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:170mm×240mm 印 张:8.75

字 数:180 千字

版 次:2016 年 1 月第 1 版

印 次:2016 年 1 月第 1 次印刷

印 数:1~2000

定 价:32.00 元

产品编号:066791-01

目 录

绪论	1
第一章 分与合：平权法治的一般理论	8
导论	8
第一节 从反归类原则到反屈从原则：美国经验	9
一、理念与制度之间的中介原则	9
二、反归类原则的提出	11
三、对反归类原则的批评	11
四、反屈从原则的证成	13
第二节 从侵权法模式到宪法模式：中国探索	15
一、侵权法模式的生成	16
二、侵权法模式的危机	21
三、走向宪法模式？	26
结语	32
第二章 旧与新：平权规范的生成逻辑	33
导论	33
第一节 什么是歧视？——反就业歧视法调控对象的起源	34
一、就业歧视的内涵界定与《劳动法》	34
二、就业歧视的外延界定与《劳动法》	35
第二节 为什么反歧视？——反就业歧视法调控依据的起源	38
一、“两权对立”格局的奠定与《劳动法》	38
二、“两权协调”路径的探索与《劳动法》	39
第三节 如何反歧视？——反就业歧视法调控手段的起源	41
第四节 历史与未来：中国反就业歧视法兴起之路的重新展开	44
一、调控对象的规范生成逻辑与发展方向	44

二、调控依据的规范生成逻辑与发展方向	46
三、调控手段的规范生成逻辑与发展方向	48
结语	53
第三章 土与洋：平权制度的移植之忧	54
导论	54
第一节 间接歧视制度的全球化	55
一、间接歧视制度全球化的进程	55
二、间接歧视制度全球化的动因	57
第二节 反思“直接歧视证明难”	60
一、直接歧视的证明难题已获缓解	60
二、间接歧视的证明规则仍存模糊	61
第三节 反思“新型歧视化解难”	64
一、间接歧视制度与潜意识歧视	64
二、间接歧视制度与结构性歧视	66
结语	71
第四章 虚与实：平权观念的内涵之争	73
导论	73
第一节 平等空洞性的证成	75
一、韦斯滕的证明	76
二、方法论的探讨	77
第二节 平等空洞性的展开	79
一、“平等的假设”	79
二、“实体平等”	88
三、平等与规则统一适用	98
第三节 平等的致乱与废除	100
一、平等引发混乱的原因和表现	100
二、对平等引发混乱的辩护和探讨	102
结语	103
第五章 民与官：平权运动的宪法回应	104
导论	104
第一节 实然之争：社会运动有没有影响宪法？	105

一、史观兴替：宪法理论的古典与浪漫	105
二、个案辨析：控枪判决的原旨与实情	108
三、规律探索：社会运动的机制与周期	109
第二节 应然之争：社会运动该不该影响宪法？	112
一、派系之忧、共和主义及对社会运动的排斥	112
二、民主危机、多元主义及对社会运动的接纳	114
三、法政平衡、宪法权威及对社会运动的限制	115
结语	119
征引文献	122
后记	133

绪 论

本书探讨平权改革与法治变迁的互动关系。20世纪末以来,权利平等及反歧视问题逐步进入中国经济和社会改革的核心议程,旨在促进各领域内、各群体间平等的法律接踵出台。从一开始,平权改革就与法治发展紧密结合。“改革必先变法、变法促成改革”——这不仅在一定程度上变为事实,而且垄断了主流的法学叙事,获得了强大的规范力量。

中国平权改革历经波涛汹涌,如今已波澜不惊。中国平等法治不断添砖加瓦,如今已初具规模。怎样理解学术行动者的探索与困惑?怎样理解权利倡导者的动员与守望?怎样理解改革实践者的奋进与保守?这是一个本土故事,这又是一个全球化时代的中国故事。在席卷各国的平等法治大潮之中,中国经验堪称一脉清流。透过改革的棱镜,中国法治和法学如何理解世界,世界又如何理解中国法学和法治?

根本地,十多年来的改革与变法,究竟留下了什么遗产?什么是一代探索者的贡献?“改革必先变法、变法促成改革”的逻辑早已存在,如果平等问题只是一次应用,甚至牛刀小试,那么十多年来实践的遗产就极为局限——无非是为一条公理做了个无关紧要的注脚,为转型中国的图景添了块小小的拼板而已。太阳底下无新事,何需庸人自扰之?

这本书将要重新梳理平权改革与变法的遗产。基本观点是:十多年来的平权改革与变法,既实践了“改革必先变法、变法促成改革”的逻辑,又对之构成了挑战 and 超越。平权事业中蕴含着重塑改革与变法关系的契机——这是探索者们最重要的贡献和遗产。即便不入正文,平权改革与变法也堪称转型中国的特殊注脚。

一

二

十年前,我初涉反歧视法研究,获得资助的第一个课题就叫做《就业歧视:转型中国的特殊注脚》。当时,中国的平权改革刚刚起步,法治建设盲点仍多。“改革必先变法”——当法律包含歧视内容时,平权改革甚至就是变法。变法的导向是学习西方。我认为,中国反歧视立法的起点是界定歧视的概念,而歧视概念的框架来自国际劳工公约,内容则应参考欧美各国的经验加以填充。^{〔1〕} 鉴于立法进程迟滞不前,我设想引入国际法,尝试将反歧视公约直接适用于我国司法实践。^{〔2〕} 即使立法、“借法”都不成功,也可以寄望于法官的能动创造;虽然民事诉讼因为缺乏法律依据而难获突破,但是反歧视的行政诉讼已有零星先例。我检讨了这些先导诉讼在立案、举证、胜诉、求偿各环节的障碍,^{〔3〕} 期待法官充分调动立法资源,克服行政案件审理中的保守倾向。^{〔4〕}

这些思考构成了我学术历程的起点。我渴望成长为一名学者,又“躬逢其盛”,获得了参与变法倡议的机会。于是,学术行动者(scholar-activist)成为我的自我期许。我的研究是为了学术,更是为行动寻路。我不曾意识到这两者之间的张力。

转折点来自行动本身。挫折是改革的一部分。变法并没有如愿促成改革。比如,《就业促进法》接受学术行动者的意见,赋予歧视的受害者以诉权,但是真正拿起诉讼武器的原告并不多。打官司的事情近乎专属于个别维权意识强烈,且得到民间组织赞助的城市大学毕业生,以致发生了民间组织“悬赏征原告”的一幕。从表面上看,凡是外国有的,我国都在陆续添置:作为主观要件主义对立物的“间接歧视”^{〔5〕},作为歧视例外情形的“临时特别措施”^{〔6〕},抗辩歧视指控的“真实职业资质”^{〔7〕},对歧视行为的行政处罚^{〔8〕}和禁制令救济,^{〔9〕}如此种种。而深究其实,这些

〔1〕 阎天:《就业歧视界定新论》,《行政法论丛》第11卷,2008年。

〔2〕 部分思考见于叶静漪、阎天:《论反就业歧视公约的国内实施:以国际劳工组织第111号公约为例》,载李林、李西霞、〔瑞士〕丽狄娅·芭斯塔·弗莱纳主编:《少数人的权利(下册)》,社科文献出版社2010年版。

〔3〕 阎天:《中国公务员招录歧视诉讼论——七个案例的回顾与前瞻》,未刊稿。

〔4〕 阎天:《〈民法通则〉第一百二十一条的历史命运——反思行政赔偿与民事赔偿的关系》,未刊稿。

〔5〕 《深圳经济特区性别平等促进条例》第5条规定“本条例所称性别歧视,是指基于性别而作出的任何区别、排斥或者限制,其目的或者后果直接、间接地影响、侵害男女两性平等权益的行为。”可以认为,该条在以故意(表述为“目的”)为归责基础的直接歧视之外,已经建立了以后果为归责依据的间接歧视制度。

〔6〕 例如,《深圳经济特区性别平等促进条例》第5条第1项。

〔7〕 例如,《传染病防治法》第16条第2款。

〔8〕 例如,《深圳经济特区性别平等促进条例》第16条第2款(针对性别歧视)、《就业服务与就业管理规定》第68条(针对乙肝歧视)。

〔9〕 例如,《重庆市就业促进条例》第51条。

舶来品大都处于休眠或不景气状态。改革如造林,以变法为内容的平权改革却沦为种盆景,虽然精致,却并没有在实践中扎下根来,无法生长为参天巨木,更无法荫护念兹在兹的平等权利。

变法为什么没有促成改革?最直接的答案是法变得不够。诚然,学术行动者的变法议程上还有若干未能实现的内容:将就业歧视纠纷单列一类的案由制度,拥有执法权的专门反歧视机构,等等。但是,政府为什么不接受这些变法倡议?仅仅是因为“启蒙”不够吗?在法制工作专业化程度不高的时期,这么说也许有几分道理。而今,许多政府法制工作人员正是学术行动者的门徒,他们的审慎显然不能用灌输不足来解释。更严酷的是:就算把法变了,真的能实现预期的改革效果吗?谁能保证新的法律不会再种盆景?如果新法执行不力,难道我们要去“启蒙”民众和执法机关?就算“启蒙”成功,如果新法执行到位,改革却仍不如所愿,怎么办?

这不是抬杠,而是活生生的事实。以美国为例,最高法院早在1954年就以布朗案的判决推翻旧例,宣告公立学校种族隔离制度违反宪法平等保护。^[10]可是,变法“破旧”有余,“立新”却不足,执行不力让该判决成了黑人“空洞的希望”^[11]。十年之后,民意总算被成功“启蒙”,《1964年民权法》大为完善和扩展了各个领域的反歧视制度,特别是强化了执法。^[12]虽然《1964年民权法》的实施成效斐然,但是该法所承诺的社会改革并未实现,黑人地位的改善十分有限,乃至存有争议。原因之一在于,社会改革的难度被立法者低估了。比如,就业歧视分散到了人事决策的各个环节,潜入了决策者的下意识,而法律仍然聚焦于那些有意歧视黑人的独立决策者。^[13]变法不易,以变法来实现改革目标更难。

变法为什么没有促成改革?2010年,我带着这个疑问留学耶鲁。本书的大部分篇章都写于此后,可算作局部的答案。归结起来,要回答这个疑问,必须后撤一步,反思主流叙事本身——“改革必先变法,变法促成改革”。必须挑战这个信条。行动者服膺信条,因为他们需得借助信条的道德和修辞力量;学者却不该有那么多天经地义,反而要对道德和修辞的裹挟作用保持警惕。这被论者描述为分析(analysis)与倡导(advocacy)的区别,^[14]也反映了“学术行动者”概念的内在张力。

[10] Brown vs. Board of Education, 347 U. S. 483 (1954).

[11] Gerald N. Rosenberg, *The Hollow Hope: Can Courts Bring about Social Change?* (2nd ed.), Chicago: University of Chicago Press, 2008.

[12] 《1964年民权法》第七篇专门规定就业歧视问题。见阎天编译:《反就业歧视法国际前沿读本》,北京大学出版社2009年版。

[13] 参见 Michael Selmi, *The Evolution of Employment Discrimination Law: Changed Doctrine for Changed Social Conditions*, 2014 Wisc. L. Rev. 937.

[14] John J. Donohue, *Advocacy versus Analysis in Assessing Employment Discrimination Law*, 44 Stan. L. Rev. 1584 (1992).

在学术与行动之间闪转腾挪,是技术,更是艺术,非经修炼,绝难达到自如之境。正因如此,我对学术行动者抱有崇敬。

三

作为挑战信条的成果,本书重新思考了改革与变法的关系。一方面,“改革必先变法”,无论在事实还是规范层面都有一定的道理。法律究竟应当反映并滞后于社会变革,还是塑造社会,充当社会变革的先导?这不是非此即彼的选择题,而是在两极之间构建连续的光谱。但是,平权法,乃至20世纪以来能动国家的实践,确实明显偏向社会工程(social engineering)的一极。无论在中国还是美国,平权改革的号角都是由法律改革来吹响的,平权改革也只是在变法之后才取得长足进展。变法是改革外在的必要条件;而如果把法律看做社会的内在构成部分(constitutive part),^[15]变法本身就是社会改革。不惟如此,以变法作为改革的前提,减少了违法改革的现象;以法律作为改革的主要手段,也改善了国家治理体系。这都有助于加强和完善法治。

另一方面,“变法促成改革”则并非必然之事,而是存在限定条件。中美平权改革与变法的实践表明,这种限定条件主要来自三个方面。

其一,改革的目标本身必须符合宏观政策取向。“平等”已成为当代最大的意识形态,这是研究平权法时必须去除的障眼布。人们很容易将平等绝对化,而忽视了平等观念本身的空洞性(emptyness):不存在绝对的平等,只存在特定规则下、特定意义上的平等,一种平等必然引出(甚至不止一种)不平等。空洞的“平等”由于不同规则的填充而具备了多义性,不同意义上的平等相互冲突,难以兼得(详见本书第四章)。每一时期的宏观政策都有其平等取向;平权改革只有将自身的平等观向宏观政策取向靠拢,才有获得政策支持的可能。当“效率优先,兼顾公平”成为经济体制改革的总方针时,我国反就业歧视法倡导“量能就业”的平等观,保留了宏观政策中竞争和择优的内核,从而赢得了发展空间(第一章、第二章)。而当宪法上的平等观获得宏观政策的更多体认时,平权法就有望凭藉宪法,实现价值基础的更新——这就是反歧视法的“宪法模式”(第一章)。

其二,变法的手段和改革的目标必须相互匹配。法律作为改革的工具,必须合用、称手,否则反而成为改革的障碍。正因如此,本书对于热议中的法律移植多持

[15] 参见 R. Cotterrel, *Law as Constitutive*, in Neil J. Smelser & Paul B. Baltes (chief eds.), *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*, Oxford: Elsevier Science Ltd., 2001, at pp. 8497-8500.

审慎态度。比如,美国的平等就业及委员会(Equal Employment Opportunity Commission,简称 EEOC)虽有支持受害人起诉的职能,但是为了避免滥诉,不得不严格限制支持条件;虽有前置于诉讼的过滤职能,但是由于调查处理案件速度过慢,大部分案件最终仍要诉诸法庭。如果采取败诉方承担胜诉方律师费的做法,同样能够避免滥诉,并且减轻受害人负担;如果歧视案件数量不多,法院有能力全部接纳,就无须过滤。所以 EEOC 未必适合搬到中国来(第二章)。又如,许多国家都采纳了所谓“间接歧视”(indirect discrimination)学说:如果某行为表面上对各群体一视同仁,但是对于受保护的群体产生了较之其他群体更为不利的影响,那么无论行为人的主观状况如何,都成立间接歧视。然而,四十年来的实践表明,间接歧视制度并不具备通说所宣称的两大优越性——降低歧视受害者的证明难度和化解新型歧视(第三章)。如果某项制度在母国效果不彰,就很难指望移植到中国后会“墙里开花墙外香”。

法律移植并不限于国家之间,也可能发生在一国之内。近年来,由于乙肝病毒携带者群体争取平权的显著成就,妇女、残疾人等其他弱势群体均尝试仿效其道路,将反对乙肝歧视的法律制度运用于自身。但是,这种“国内移植”效果不佳。重要的原因在于:妇女和残疾人不仅要求“量能就业”,而且进一步要求用人单位迁就其生理特征,弥合其生产力劣势。这就超出了“效率优先,兼顾公平”的宏观政策边界(第一章、第二章)。本书主张,这些群体应该在宪法中为自身诉求寻找依据,构建“新平等观”,并且抓住依宪治国的机遇,通过社会运动将这一观念注入宏观政策(第一章、第五章)。果如是,则这些群体定会发现:实现新平等观的法律工具需要更新,而新工具却似曾相识,那便是遭到否弃的“旧机制”:通过家务劳动社会化来消除性别歧视的经济根源,通过宣传教育来消除歧视的思想根源,等等(第二章)。

其三,变法措施必须尽量符合法律体系的成规。虽然变法必然对成法有所更动,但是变革的幅度应当与所欲达成的目标成比例。当存在多条变法路径时,应当选择对于成法变动最小的一条。所以,既然直接歧视的证明难度已经下降到与间接歧视相当,那就无须为了引入间接歧视制度而修改《就业促进法》、设置歧视的无过错责任(第二章、第三章)。所谓“成法”并不局限于法律制度,还包括法律资源的配置。比如,在执法资源有限的前提下,不宜将过多群体纳入反歧视法的保护范围,而是应当集中打击危害最大的歧视类型(第二章)。各个法律机构间的资源配置就是权限。比如,就业歧视纠纷中的裁审关系,依《立法法》属于法律保留范围;个别地方自行规定之举虽属创新,但是因越权而违法(第二章)。除了制度和资源,法律体系的存续还依托于习惯。比如,对于性别歧视行为,20 世纪 90 年代制定的《妇女权益保护法》和《劳动法》等均表述为“拒绝录用妇女或者提高对妇女的录用标准”;“拒绝录用”的表述还写入了 2007 年的《就业促进法》。如果废弃这一成

例,另从国际公约中翻译出“区别、排斥或优待”的说法来替代,就可能发生司法和执法机关不熟悉、不理解、不适用法律的问题(第二章)。^[16]

总之,在平权领域,“改革必先变法”凸显了法律的工具性。因此,变法要想促成改革,就必须遵循工具理性,与改革的目标相适应。另外,无论改革还是变法,都内嵌于宏观政策和法律背景之中,虽然相对独立,但是注定无法,也不应当脱离,否则就无法实现。工具性(instrumentality)和内嵌性(embeddedness)是理解改革与变法之间关系的要义——这便是平权事业为转型中国所做的特殊注脚,更是探索者们所留下的丰厚遗产。

四

本书正文分为五个章节,渐次开示这份遗产。就业问题是我国平权改革和变法的主要领域,我用功也较多,所以本书基本围绕就业平等展开。

第一章分与合:平权法治的一般理论是本书的总论。经过十年发展,国内反就业歧视法的实践和研究已经基本没有空白点,反就业歧视法的“有无”问题已然解决。但是,无论实践还是研究都以局部的、具体的制度为着眼点,宏观研究也往往对制度间、学说间的不一致性缺乏警觉。这导致我国反就业歧视法有碎片化的危险。有鉴于此,本章认为,我国反就业歧视法研究亟须反思美国经验和教训,建构对于制度和理念、实然与应然的系统理解,创立一般理论。一般理论围绕歧视所对应的平等观念展开,而我国已经树立了以用人绩效为价值追求的主流平等观,据此初步生成了反就业歧视法的“侵权法模式”。但是,侵权法模式面临挑战,其根源在于主流平等观无法处理用人绩效与其他价值之间的冲突。为此,我国反就业歧视法应当树立以改善群体弱势地位为价值追求的新平等观,界定其与既有平等观之间的关系。新平等观获得宪法文本和行宪机关的支持,落实为制度,就可能产生反就业歧视法的“宪法模式”。

第二章旧与新:平权规范的生成逻辑和第三章土与洋:平权制度的移植之忧则处理改革与变法中的两对伴生矛盾:破旧与立新的关系,以及本土与他国的关系。它们可以不严格地概括为“古今中西之争”^[17]。对于后发现代化国家而言,古

[16] 就本例而言,情况并不绝对。2014年的一份民事裁定书就宣称:“就业歧视是指没有法律上的合法目的、原因和工作上的关联性而是基于民族、种族、性别、宗教信仰等原因,采取区别排斥或者给予优惠等任何违反平等权的措施侵害劳动者劳动权的行为”。河南省新乡市中级人民法院民事裁定书,(2014)新民管终字第73号(2014年4月16日)。但是,裁定书中并未解释“区别排斥或者给予优惠”的含义。

[17] 参见甘阳:《古今中西之争》,生活·读书·新知三联书店2006年版。

今之争大抵乃中西之争的变种,“揖美追欧”就意味着“旧邦新造”^{〔18〕}。反映到我国反歧视法上,就是一手抓引进发达国家法治经验,一手抓否弃固有实践传统,两手都要硬。本书无意就古今中西之争选边站,惟主张变法的“两手”都要受到工具性和嵌入性两把尺子的衡量。为此,第二章从如何评价《劳动法》在反就业歧视法中的地位入手,复原最近二十余年我国反就业歧视法的生成逻辑,指出《劳动法》所开辟的道路和确立的范式从未过时,更没有失去影响力。进一步地,该章认为:从1949年直至《就业促进法》出台的近六十年中,我国为规制就业歧视积累了大量经验,这些经验理应得到善待、善用。第三章则从是否引进间接歧视制度入手,以工具性为尺度,逐一检讨了该制度对于实现预期目标的实效,主张法律移植应当严格控制进度和范围。

第四章虚与实:平权观念的内涵之争讨论平权改革的嵌入性问题。前文述及,不破除绝对化的平等观,就看不到平等观之间、特定平等观与其他政策目标之间的冲突,就不可能理解平权改革的嵌入性。另外,又应当对虚无主义的平等观保持审慎,防止将平等逐出价值序列的风险。此间的微妙平衡,历来为学者所乐道。该章就从20世纪最后二十年间美国法学界的争论切入,探讨平等观念的空洞性问题。而第五章民与官:平权运动的宪法回应则讨论变法的嵌入性问题。该章认为,我国已经出现了一种新的变法模式——回应型法律改革。新模式以官民互动为特征,而与先前的变法一样,都嵌入到我国法制体系之中。近年来,我国法制体系的重要变化之一,便是宪法政治地位的抬升和规范效力的增强。虽然尚不成熟,但是回应型法律改革已经尝试顺应和利用这一变化,以公民行动激发官民互动,以官民互动解释宪法价值,以宪法价值指导法律实践。这是我国平权改革和法治变迁中的新因素。该章主要以美国为样本,讨论了社会运动对于宪法变迁理论的冲击,其核心关切在于:通过解释宪法,平衡并维护宪法的法律权威和政治权威。

本书是我的第一部学术专著,不足之处尚多,恳请读者谅解,并希方家指正。

〔18〕 参见章永乐:《旧邦新造:1911—1917》,北京大学出版社2011年版。

第一章 分与合：平权法治的一般理论

导 论

2014年,中美两国同时迎来了反思本国反就业歧视法的契机。五十年前,美国国会通过了《一九六四年民权法》,其中第七篇专门规定就业歧视问题,将反歧视的禁令从公职推广到私人部门,并建立了独立的执法机关。十年前,中国人大常委会颁布了《传染病防治法》修正案,将传染病人增列为平等就业的保护对象,由是开启了中国反就业歧视法快速发展的新阶段。此后,公务员招录不再排斥乙肝病原携带者,《妇女权益保障法》修法新增禁止性骚扰等内容,就业歧视受害人的诉权写入《就业促进法》……十年一大步。如今,中国学界面临梳理反就业歧视法发展脉络、提出一般理论加以解释和评价的任务。

什么是一般理论?一般理论是指对反就业歧视法制度和理念的系统理解。它具有三个根本特征:首先,一般理论是对具体问题研究的抽象和体系化。其次,一般理论注重揭示制度与理念之间的互构和张力。再次,一般理论同时具备描述性和规范性。由是,一般理论区别于具体问题研究,区别于单纯的制度之辨与理念之争,也区别于纯粹实然或应然层面的解说。一般理论堪称反就业歧视法研究的“元问题”,也是美国反就业歧视法研究成熟的标志。

研究中国反就业歧视法,需要直面“元问题”。尽管法制发展的头绪日增,改革方案亦接踵而出,但是中国反就业歧视法的一般理论仍不发达。学者在具体制度层面借鉴和反思美国经验的努力甚多,在抽象理念层面引进美国学说的尝试也不鲜见。可是,两个层面之间的联结尚很松散,缺乏融通。与实践一样,中国反就业歧视法的理论面临碎片化的危险。

半个世纪以来,美国学界普遍主张:建构反就业歧视法一般理论的关键,在于阐明法律所追求的“平等就业”概念。平等的观念是空洞的,其内容有待于外在价

值的填充。^{〔1〕}而“平等”与“歧视”乃一体两面,平等的概念取决于如何定性歧视的“错”:歧视究竟错在违背择优用人理念,还是将某些群体置于弱势地位,抑或其他?^{〔2〕}对于这个问题的回答,决定了反就业歧视法保护谁、如何设定证明标准及分配举证责任、如何配置规制手段和法律责任等制度问题;而制度问题的回答,又反过来影响甚至塑造着法律对于歧视性质的理解。反就业歧视法的一般理论就是围绕平等概念的“纲”展开的。反就业歧视法的发展,就是平等观逐步形成、遭遇挑战、寻求出路的过程。

本章就从平等观入手,尝试建构中国反就业歧视法的一般理论。经过短暂的混沌之后,围绕乙肝病原携带者的平等就业问题,中国树立了以用人绩效为价值追求的主流平等观,认为歧视的本质是否定“量能就业”^{〔3〕},并据此建构起反就业歧视法的“侵权法模式”:注重歧视的主观要件,以隐私保护为杜绝偏见的重要手段,为此突出平等所包含的精神利益,倚重司法救济途径。但是,侵权法模式立即遭遇三方面挑战:(1)法院只接受以直接证据证明歧视,(2)劳动者在健康等方面的虚假陈述被定性为欺诈,以及(3)获得支持的精神损害赔偿金额偏小。在本质上,这些挑战都源于主流平等观无法处理用人绩效与其他价值之间的位阶关系。而当反就业歧视法的保护重心从乙肝病原携带者转向妇女,侵权法模式的不足就显露无遗:无论是退休年龄歧视之争,还是生育成本分担之争,以及职场性骚扰问题,都要求局部牺牲用人绩效,建立反就业歧视法的目标分层。为此,中国反就业歧视法应当树立以改善群体弱势地位为价值追求的新平等观,界定其与既有的、以用人绩效为追求的平等观之间的关系;新平等观获得宪法文本和行宪机关的支持,落实为制度,就可能产生反就业歧视法的“宪法模式”^{〔4〕}。

第一节 从反归类原则到反屈从原则:美国经验

一、理念与制度之间的中介原则

在美国,平等就业的宪法文本依据主要是第十四修正案平等保护条款。一方

〔1〕 阎天:《平等观念是空洞的吗?——一页学术史的反思》,载强世功主编:《政治与法律评论》(第二辑),法律出版社2013年版,第137页。

〔2〕 对于歧视之“错”可以从多个角度加以区分,比如是损害机会平等还是损害结果平等、是源自主观偏见还是源自客观排斥、是导致新生不公还是延续既往不公,等等。这些角度都曾出现在美国的司法学说之中,也为国内学界所不同程度引介。但是正如下文第一节将论证的:究竟追求个体择优还是群体地位改善,是平等/歧视观念最重要的区分,其他区分基本可用这个区分为了解释。

〔3〕 这一概念源自喻术红、杜莹:《量能就业原则引入我国劳动就业中的可行性探讨》,《法学评论》2008年第5期,第77页。

〔4〕 限于篇幅,本章主要讨论两个群体——乙肝病原携带者和妇女——的就业歧视问题。

面,“平等保护”一语含义宽泛,无法直接适用,需要以解释作为中介。而另一方面,为保持法律的融贯性及安定性,对“平等保护”的解释不可一事一议,必须较为稳定和超脱,也即原则化。这种中介性与原则性兼具的解释,被称作“中介原则”(intermediate principle)。^{〔5〕} 中介原则具有描述性,概括了制度和个案在追求何种平等;中介原则又具有规范性,表达了宪法和法律要求制度和个案实现何种平等。中介原则就是美国反就业歧视法一般理论的“纲”之所在。

中介原则并非制/修宪时就确定,而是在具体制度建构和个案裁判中逐步生成,并由学者加以阐发。1971年,时任芝加哥大学法学院副教授的欧文·费斯发表《公平就业法论》,^{〔6〕}“首次系统论证了《1964年民权法》第七篇”^{〔7〕}。在此基础上,费斯于1976年写就《平等保护条款之群体观》,^{〔8〕}将主流的司法学说总结为“反歧视原则”(antidiscrimination principle),并提出以“群体劣化原则”(group-disadvantaging principle)加以补充。上述两原则很快被分别改称为“反归类原则”(anticlassification principle)和“反屈从原则”(antibusordination principle),并主导了自由派宪法学者的平等观。^{〔9〕} 尽管最高法院对反屈从原则态度暧昧,^{〔10〕}但是反归类与反屈从原则之争已然成为美国反就业歧视法最重要的一般理论争议。^{〔11〕} 25年后,已成为耶鲁大学法学院思特灵讲座教授的费斯撰写《另一种平等》,回顾争议的后续发展,回应了二十位教授的评论。^{〔12〕} 费斯教授的著作是建构反就业歧视法一般理论的范本,也是讨论中国问题的主要参照。

〔5〕 这一概念源自 Owen M. Fiss, *Groups and the Equal Protection Clause*, 5 Phil. & Pub. Aff. 107 (1976).

〔6〕 Owen M. Fiss, *A Theory of Fair Employment Laws*, 38 U. Chicago L. Rev. 235 (1971).

〔7〕 George A. Rutherglen & John J. Donohue III, *Employment Discrimination: Law and Theory*, New York: Foundation Press, 2005, at p. 30.

〔8〕 Owen M. Fiss, *Groups and the Equal Protection Clause*, 5 Phil. & Pub. Aff. 107 (1976).

〔9〕 其他学者曾将反屈从原则称作“反等级制(anticaste)原则”、“反压迫(antisubjugation)原则”等。例如, Cass R. Sunstein, *The Anticaste Principle*, 92 Mich. L. Rev. 2410 (1994); J. M. Balkin, *The Constitution of Status*, 106 Yale L. J. 2313 (1997).

〔10〕 尽管如此,有学者认为,“反屈从价值已然且将继续在反归类原则实践意涵的塑造中扮演关键角色”。Jack M. Balkin & Reva B. Siegel, *The American Civil Rights Tradition: Anticlassification or Antibusordination?*, 58 U. Miami L. Rev. 9, 13 (2003). 费斯本人则认为,联邦最高法院在某些判决中的推理只能用反屈从原则来解释。Owen M. Fiss, *Another Equality*, in *Issues in Legal Scholarship*, Volume 2, Issue 1 (Aug 2002); *The Origins and Fate of Antibusordination Theory*, at pp. 4-5. 该文由阎天翻译,载章剑生主编:《公法研究》(第十六辑),浙江大学出版社2016年版。

〔11〕 关于这一争议的代表文献,可参见 John H. Garvey, T. Alexander Aleinikoff & Daniel A. Farber, *Modern Constitutional Theory: A Reader* (5th ed.), St. Paul: West, 2004, at pp. 460-522.

〔12〕 Owen M. Fiss, *Another Equality*, in *Issues in Legal Scholarship*, Volume 2, Issue 1 (Aug 2002); *The Origins and Fate of Antibusordination Theory*. 评论文章均收入该期专号。

二、反归类原则的提出

反归类原则认为,歧视就是依特定标准归类,就业歧视错在归类标准与目标不匹配。最常见的情形是:归类目的在于选拔劳动能力最强的劳动者,而归类标准——如种族或性别——却会将某些劳动能力强的求职者排斥在外。反归类原则的核心是工具理性,“因为行为是否获准并不取决于其所增进的目标的价值,抑或其所造成的损害的严重度,而是取决于手段与目的之间的关系”^{〔13〕}。围绕这一核心,最高法院建构了所谓“上层建筑”。其中包括对于归类目标本身的审查,更重要的则是对于手段与目标匹配程度的不同要求:如果归类标准属于种族等“嫌疑归类”(suspected classification),或者归类影响到某些“根本权利”(fundamental right),则手段与目标之间的匹配要更严格;而如果允许立法或行政机关“分步实现”(one-step-a-time)平等目标,或者所追求的某些正当利益“压倒”(compel)了平等目标,则手段与目标之间的匹配可更宽松。^{〔14〕}举例来说,我国学者普遍要求引入所谓“真实职业资质”(Bona Fide Occupational Qualifications)抗辩:对求职者的归类标准只要确系履职所需,就不构成歧视。该抗辩背后的逻辑即为:择优用人、提高效率的正当利益压倒了平等目标。

反归类原则何以能够成为最高法院的主流观点?费斯提出了五点原因。^{〔15〕}第一,反归类原则所主张的平等,大体与司法过程中所贯彻的、法律适用的平等相当。第二,反归类原则据信可以实现法官的“价值中立”,防止法官带入个人价值判断、侵夺立法职权。第三,反归类原则可以实现裁判的客观性。亦即,原则的要求可以较为清楚地表达出来,适用时无须过多调查事实或做程度判断,且结论不会因时而变。第四,反归类原则信守个人主义,只需考虑个人是否获得了恰当的对待,而无须引入群体观念,这就防止了法律促成阶级/群体意识的觉醒。第五,反归类原则的保护在表面上具有普遍性,而不是仅仅保护一部分人。这类似于“禁止性别歧视”与“禁止歧视妇女”之分。

三、对反归类原则的批评

费斯批评反归类原则的第一步是:指出该原则的上述“优点”基本限于其核心

〔13〕 Owen M. Fiss, *Another Equality*, in *Issues in Legal Scholarship*, Volume 2, Issue 1 (Aug 2002): The Origins and Fate of Antisubordination Theory, at p. 1.

〔14〕 Owen M. Fiss, *Groups and the Equal Protection Clause*, 5 Phil. & Pub. Aff. 107, 111-116 (1976).

〔15〕 Owen M. Fiss, *Groups and the Equal Protection Clause*, 5 Phil. & Pub. Aff. 107, 118-129 (1976).