

川上

——中国平等就业法引论

行舟

阎天著

阎天一著

# 川上 行舟

— 中国平等就业法引论

图书在版编目 (CIP) 数据

川上行舟：中国平等就业法引论/阎天著. —北京：中国民主法制出版社，2021. 9  
ISBN 978 - 7 - 5162 - 2095 - 5

I. ①川… II. ①阎… III. ①劳动就业—劳动法—研究—中国 IV. ①D922. 504

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2019) 第 218352 号

图书出品人：刘海涛  
出版统筹：乔先彪  
责任编辑：陈曦 贾萌萌

---

书名/ 川上行舟——中国平等就业法引论  
作者/ 阎天 著

---

出版·发行/ 中国民主法制出版社  
地址/ 北京市丰台区右安门外玉林里 7 号 (100069)  
电话/ (010) 63055259 (总编室) 63058068 63057714 (营销中心)  
传真/ (010) 63055259  
**http:** //www. npcpub. com  
**E-mail:** mzfz@npcpub. com  
经销/ 新华书店  
开本/ 32 开 880 毫米×1230 毫米  
印张/ 10 字数/ 175 千字  
版本/ 2021 年 11 月第 1 版 2021 年 11 月第 1 次印刷  
印刷/ 北京天宇万达印刷有限公司

---

书号/ ISBN 978 - 7 - 5162 - 2095 - 5  
定价/ 59.00 元  
出版声明/ 版权所有，侵权必究。

---

(如有缺页或倒装，本社负责退换)

# 目 录

绪论 / 001

第一章 分与合：平等法治的一般理论 / 015

导 论 / 015

第一节 从反归类原则到反屈从原则 / 018

一、理念与制度之间的中介原则 / 018

二、反归类原则的提出 / 020

三、对反归类原则的批评 / 022

四、反屈从原则的证成 / 025

第二节 从侵权法模式到宪法模式 / 028

一、侵权法模式的生成 / 030

二、侵权法模式的危机 / 040

三、走向宪法模式？ / 050

结 语 / 061

## 第二章 旧与新：平等规范的生成逻辑 / 063

### 导 论 / 063

#### 第一节 什么是歧视？——反就业歧视法调控对象的起源 / 064

##### 一、就业歧视的内涵界定与《劳动法》 / 064

##### 二、就业歧视的外延界定与《劳动法》 / 067

#### 第二节 为什么反歧视？——反就业歧视法调控依据的起源 / 072

##### 一、“两权对立”格局的奠定与《劳动法》 / 073

##### 二、“两权协调”路径的探索与《劳动法》 / 075

#### 第三节 如何反歧视？——反就业歧视法调控手段的起源 / 078

#### 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 / 084

##### 一、调控对象的规范生成逻辑与发展方向 / 084

##### 二、调控依据的规范生成逻辑与发展方向 / 089

##### 三、调控手段的规范生成逻辑与发展方向 / 092

### 结 语 / 101

## 第三章 土与洋：平等制度的移植之忧 / 103

### 导 论 / 103

#### 第一节 间接歧视制度的全球化 / 104

##### 一、间接歧视制度全球化的进程 / 105

##### 二、间接歧视制度全球化的动因 / 109

#### 第二节 反思“直接歧视证明难” / 114

##### 一、直接歧视的证明难题已获缓解 / 114

##### 二、间接歧视的证明规则仍存模糊 / 116

#### 第三节 反思“新型歧视化解难” / 122

##### 一、间接歧视制度与潜意识歧视 / 122

二、间接歧视制度与结构性歧视 / 125

结 语 / 135

#### 第四章 虚与实：平等观念的内涵之争 / 137

导 论 / 137

第一节 平等空洞性的证成 / 141

一、韦斯滕的证明 / 142

二、方法论的探讨 / 145

第二节 平等空洞性的展开 / 149

一、“平等的假设” / 149

二、“实体平等” / 167

三、平等与规则统一适用 / 187

第三节 平等的致乱与废除 / 192

一、平等引发混乱的原因和表现 / 192

二、对平等引发混乱的辩护和探讨 / 195

结 语 / 198

#### 第五章 民与官：平等运动的宪法回应 / 201

导 论 / 201

第一节 实然之争：社会运动有没有影响宪法？ / 203

一、史观兴替：宪法理论的古典与浪漫 / 203

二、个案辨析：控枪判决的原旨与实情 / 208

三、规律探索：社会运动的机制与周期 / 211

第二节 应然之争：社会运动该不该影响宪法？ / 217

一、派系之忧、共和主义及对社会运动的排斥 / 217

二、民主危机、多元主义及对社会运动的接纳 / 219

三、法政平衡、宪法权威及对社会运动的限制 / 222

结 语 / 230

征引文献 / 233

附一：社会平等：理智与情感之间 / 263

附二：平等就业法研究的三重境界

——从《川上行舟——平权改革与法治变迁》的写作谈起 / 283

原版后记 / 306

新版后记 / 310

## 绪 论

—

本书探讨平等改革与法治变迁的互动关系，为中国平等就业法的研究提供一个引论。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，平等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。

中国平等改革历经波涛汹涌，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？

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，何须庸人自扰之？

这本书将要重新梳理平等改革与变法的遗产。基本观点是：十多年来的平等改革与变法，既实践了“改革必先变法、变法促成改革”的逻辑，又对之构成了挑战和超越。平等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，平等改革与变法也堪称转型中国的特殊注脚。

## 二

十多年前，笔者初涉反歧视法研究，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，中国的平等改革刚刚起步，法治建设盲点仍多。“改革必先变法”——当法律包含歧视内容时，平等改革甚至就是变法。变法的导向是借鉴普遍经验。笔者认为，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。<sup>[1]</sup> 鉴于立法进程停滞不前，笔者设想引入国际法，尝试将反歧视公约直接适用于我国司法实践。<sup>[2]</sup> 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。笔者分析了这些先导诉讼在立案、举证、胜诉、求偿各环节的障碍<sup>[3]</sup>，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<sup>[4]</sup>。

这些思考构成了笔者学术历程的起点。笔者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）成为笔者的自我期许。笔者的研究是为了学术，更是为行动寻路。笔者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》<sup>[5]</sup> 接受学术行动者的意见，

---

[1] 阎天：《就业歧视界定新论》，载姜明安主编：《行政法论丛（第11卷）》，法律出版社2008年版。

[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·R. 芭斯塔·弗莱纳主编：《少数人的权利（下）》，社会科学文献出版社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] 本书中出现的法律文件名称中的“中华人民共和国”省略，其余一般不省略，例如，《中华人民共和国就业促进法》简称《就业促进法》，《中华人民共和国劳动法》简称《劳动法》。

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。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”〔1〕，作为歧视例外情形的“临时特别措施”〔2〕，抗辩歧视指控的“真实职业资质”〔3〕，对歧视行为的行政处罚〔4〕和禁制令救济〔5〕，如此种种。而深究其实质，这些舶来品大都处于休眠或不景气状态。改革如造林，以变法为内容的平等改革却沦为盆景，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，如建立拥有执法权的专门反歧视机构等。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？在法治工作专业化程度不高的时期，这么说也许有几分道理。而今，许多政府法治工作人员正是学术行动者的同行，他们的审慎显然不能用灌输不足

〔1〕《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。

〔2〕例如，《深圳经济特区性别平等促进条例》第5条第1项。

〔3〕例如，《传染病防治法》第16条第2款。

〔4〕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）。

〔5〕例如，《重庆市就业促进条例》第51条。

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，其最高法院早在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。<sup>〔1〕</sup>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”<sup>〔2〕</sup>。

十年之后，民意总算被成功“启蒙”，美国《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。<sup>〔3〕</sup>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，进入了决策者的潜意识，而法律仍然聚焦于那些有意歧视黑人的独立决策者。<sup>〔4〕</sup>变法不易，以变法来实现改革目标更难。

---

〔1〕 Brown vs. Board of Education, 347 U. S. 483 (1954) .

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

〔3〕 美国《1964年民权法》第七章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。

〔4〕 参见 Michael Selmi, *The Evolution of Employment Discrimination Law: Changed Doctrine for Changed Social Conditions*, 2014 Wisc. L. Rev. 937.

变法为什么没有促成改革？2010年，笔者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，因为他们需要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<sup>[1]</sup>，也反映了“学术行动者”概念的内在张力。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，笔者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，平等法，乃至20世纪以来福利国家的实践，确实明显偏向社会工程（social engineering）的一极。无论在中国还是美国，平等改革的号角都是由法律改革来吹响

---

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

的，平等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；而如果把法律看作社会的内在构成部分（constitutive part）<sup>〔1〕</sup>，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。中美平等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，这是研究平等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（emptiness）：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；平等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

---

〔1〕 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.

“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（详见本书第一章、第二章）。而当宪法上的平等观获得宏观政策的更多体认时，平等法就有望凭借宪法，实现价值基础的更新——这就是反歧视法的“宪法模式”（详见本书第一章）。

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审慎态度。比如，美国的平等就业机会委员会（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（详见本书第二章）。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，数十年来的实践表明，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（详见本书第

三章)。如果某项制度在产生国家效果不彰,就很难指望移植到中国后会“墙里开花墙外香”。

近年来,由于乙肝病原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,弥补其生产力劣势。这就超出了“效率优先、兼顾公平”的宏观政策边界(详见本书第一章、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(详见本书第一章、第五章)。如果这样做,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(详见本书第二章)。

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”有所改变,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“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》来设置歧视的无过错责任(详见本书第二章、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（详见本书第二章）。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（详见本书第二章）。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《妇女权益保障法》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（详见本书第二章）。<sup>〔1〕</sup>

总之，在平等领域，“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

---

〔1〕 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。