

重思中国反就业歧视法的当代兴起

阎 天*

摘 要 《劳动法》建立了劳动者特质、用人单位行为和特质与行为关联性三要素的定义模式,初步确定了反就业歧视法的调控对象;建立了用人自主权与平等就业权两权对立的分析框架,初步奠定了反就业歧视法的调控依据;建立了旧的非法律调控手段与新的法律调控手段并存的制度结构,初步勾勒了反就业歧视法的调控手段。《劳动法》是中国反就业歧视法在当代的起源;它所揭示和规定的中国反就业歧视法的规范生成逻辑,为追溯和评价这一领域的发展提供了线索和依据。

关键词 就业歧视 劳动法 平等就业权

引 言

当代中国反就业歧视法起源于1994年。是年颁布的《劳动法》第一次明确了劳动者享有平等就业权,并相应禁止就业歧视。多年来,主流学界对《劳动法》反歧视规范的看法以批评为主,认为其没有突出平等就业的重要地位,不仅没有界定就业歧视的内涵,而且所列举的歧视理由过分狭窄、封闭,更没有设置诉讼、劳动监察等救济歧视受害者的法律途径,因而实施效果不彰。^{〔1〕}相形之下,2007年颁布的《就业促进法》设专章规定“公平就业”,增列携带传染病病原等重要歧视理由,并赋予歧视受害者以诉权,与《劳动法》可谓别之霄壤。照此说来,《劳动法》反歧视规范的制度价值几乎为零,其意义基本限于权利宣示,而《就业促进法》才开启了权利向现实转化的进程。如果要书写中国当代反就业歧视法的历史,作为起点的《劳动法》几可忽略不计,抑或仅作为《就业促进法》的反面而提及——事实果真如此吗?

* 耶鲁大学法学博士(J. S. D.) 候选人。本文是国家社会科学基金一般项目“社会法的中国理论:比较视野与本土构建”(批准号:11BFX070)的成果。作者感谢 Paul Gewirtz 教授和叶静漪教授的指点。

〔1〕 对主流学界看法的整理,见朱懂理“促进就业与反歧视研究综述”,《中国劳动》2004年第2期。

本文尝试对上述问题做出新的解答。通过梳理《劳动法》出台前后的法治实践,本文将重新开掘《劳动法》反歧视规范的历史和现实意义,并进而重新审视中国反就业歧视法在当代的发展脉络。在笔者看来,《劳动法》已经提出了反就业歧视法的三个基本问题——什么是歧视、为什么反歧视及如何反歧视,不仅做出了大体符合当时条件的应对,更开辟了以制度规范回应社会需求的道路,确立了反就业歧视法的规范生成逻辑。此后近二十年间,中国反就业歧视法不断回应社会变迁,调整和完善对基本问题的回答,而《劳动法》所确立的规范生成逻辑则贯穿始终。这一发展脉络越清晰,对继承《劳动法》遗产的要求就越迫切。

一、什么是歧视?——反就业歧视法调控对象的起源

(一) 就业歧视的内涵界定与《劳动法》

法律概念的界定包括内涵和外延两个方面。《劳动法》常被诟病为没有明确定义就业歧视的内涵,这一问题甚至延续到《就业促进法》之中。其实,《劳动法》第13条已经定义了就业性别歧视行为,即“以性别为由拒绝录用妇女或者提高对妇女的录用标准”。作为参照,学界推崇的国际劳工组织《1958年消除就业和职业歧视公约》(第111号)将歧视定义为“基于种族、肤色、性别、宗教、政治见解、民族血统或社会出身的任何区别、排斥或优待”;⁽²⁾美国反就业歧视最重要的成文法——《1964年民权法》第7篇将歧视定义为“由于个人的种族、肤色、宗教信仰、性别或民族出身而舍弃、拒绝雇佣或解雇该人”。⁽³⁾不难看出,三个法律文件定义就业歧视的方式是一致的,均包含三个要素:一是劳动者具有某些个人特质,二是用人单位实施了诸如拒录、解雇或区别、优待等行为,三是行为与特质之间存在关联,即行为是基于劳动者的特质而做出的。事实上,第111号公约的歧视定义方式获得国际公认,也被后来的《消除种族歧视公约》、《消除对妇女一切形式歧视公约》等人权公约所仿效;⁽⁴⁾《就业促进法》也继承了歧视的三要素界定法,不仅重申了《劳动法》第13条的内容(第27条),还以相同方式将对传染病病原携带者的歧视定义为“以是传染病病原携带者为由拒绝录用”(第30条)。可见,《劳动法》对歧视内涵的界定方式与发达国家并无明显差距,因此至今沿用。

当然,《劳动法》的就业歧视定义对审判实践的指引并不充分。特别是三要素中的“关联性”要素含义不清,这在美国也不例外。美国国会将这一问题留给司法者,而联邦最高法院是从证据制度角度作出回应的:其一,关于证明对象,“关联性”被等同于主观上的意图(intention)。其二,关于证明高度,要求原告遵守民事诉讼的一般原则,以优势证据证明关联的存在。其三,关于举证责任分配,要求原告承担说服责任,而推进责任则多次转移:先由原告以若

(2) 根据条约英文正本翻译。参见国际劳工组织数据库 <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C111>,最后访问日期:2011年10月31日。

(3) 42 U.S.C. § 2000e-2(a)(1)。译文参见阎天编译《反就业歧视法国际前沿读本》,北京大学出版社2009年版,页108。

(4) Henrik Karl Nielsen, *The Concept of Discrimination in ILO Convention No. 111*, 43 Int'L & Comp. L. Q. 827, 830 (1994).

干证据初步证明歧视存在,即建立“歧视的假设”(presumption of discrimination);再由被告提出争议行为的“正当的、非歧视的理由”;最后由原告举证被告的说法只是“借口”,并不真实,完成此步骤即可证明关联及歧视存在,亦即推进责任与说服责任融合在一起。上述回应被认为建立了所谓“差别对待”(disparate treatment)歧视类型,⁽⁵⁾在欧洲多被称为“直接歧视”(direct discrimination),占就业歧视诉讼的绝大部分。⁽⁶⁾在法院释法权限被严重抑制的情况下,我国有学者建议将类似司法经验吸收到未来立法中,⁽⁷⁾不失为一策;但司法经验同样建立在立法的三要素界定方式之上,不应以司法建构的不足来否定《劳动法》立法本身的合理性。

(二)就业歧视的外延界定与《劳动法》

对《劳动法》的指责不仅来自歧视内涵的界定,而且来自歧视外延的界定。诚然,以现时标准视之,《劳动法》反歧视规定所保护的劳动者个人特质较少(仅有四个);所针对的用人单位的行为也局限在招录阶段,至少没有诸如“区别、排斥或优待”之类的抽象用语涵盖面广;对“关联性”的含义保持沉默,至少没有如学者期望的那样效法英国等做法,明确“关联性”应以客观标准判断,毋庸考虑歧视者的主观状态,从而引入主观无过错、客观有损害的所谓“间接歧视”(indirect discrimination)类型。⁽⁸⁾但是,对法律规范的评价不能脱离语境,应当“设身处地地、历史地”进行,⁽⁹⁾《劳动法》也不例外。如果还原《劳动法》的立法背景,就会发现其对就业歧视外延界定的合理性:

首先,关于法律所保护的劳动者个人特质,论者多批评《劳动法》第12条的封闭式列举模式,主张在“民族、种族、性别、宗教信仰”4种明示列举特质之后加“等”字,改为开放式列举模式。⁽¹⁰⁾《就业促进法》第3条第2款采纳了这种主张,但这样做究竟是否妥当?第111号公约和美国《1964年民权法》第7篇均采取了封闭式列举模式,⁽¹¹⁾与《劳动法》相同。这不是偶然

(5) 差别对待歧视理论的奠基判例包括 *McDonnell Douglas Corp. vs. Green* (427 U.S. 273)、*Texas Department of Community Affairs vs. Burdine* (450 U.S. 248) 等。对该理论的扼要介绍,参见 George Rutherglen, *Employment Discrimination Law: Visions Of Equality In Theory And Doctrine* (3RD ED.), Foundation Press, New York, 2010, pp. 32-55。

(6) 关于美国就业歧视讼案的类型构成,见 John J. Donohue III & Peter Siegelman, *The Changing Nature of Employment Discrimination*, 43 *Stan. L. Rev.* 983, 1015-1021 (1991)。

(7) 例如蔡定剑教授生前主持拟定的《反就业歧视法专家建议稿》第44条、周伟教授主持拟定的《中华人民共和国反歧视法学术建议稿》第66条第1款。蔡定剑、刘小楠主编《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,页1-22;周伟“中华人民共和国反歧视法学术建议稿”,《河北法学》2007年第6期。

(8) 例如谢增毅“美英两国就业歧视构成要件比较——兼论反就业歧视法发展趋势及我国立法选择”,《中外法学》2008年第4期。间接歧视大致相当于美国的“差别影响”歧视类型。

(9) 苏力“语境论——一种法律制度研究进路和方法的建构”,载氏著《也许正在发生——转型中国的法学》,法律出版社2004年版,页235。

(10) 朱懂理,见前注〔1〕。

(11) 论者多以为第111号公约采用了开放式列举模式,实系误译所致。该误译很可能源自国际劳工组织北京局《国际劳工公约和建议书》(第一卷),该局自行编印,1994年版。我国批准该公约后,《中国劳动保障报》曾刊出该局译文,致使错讹流传至今。见该报2005年10月1日,第2版。

现象,而是出自法律现实主义的考量。其一,法律资源并非无限,为求得有限资源的最大社会效果,必须分清主次,集中力量打击危害最严重、民众呼声最高的歧视类型,而不能搞“敞开大门”、“多多益善”。《1964年民权法》第7篇就是以种族歧视为首要打击对象的:虽然该法列举了种族和性别等5种受保护特质,⁽¹²⁾但联邦最高法院最初集中阐释种族歧视,此后才逐步将重点转向性别歧视,解决怀孕、性骚扰等是否属于性别歧视等一系列重大问题。其二,法律不应该、也不可能要求用人单位摒弃一切与生产力无关的考量因素。许多歧视的社会危害性远不及种族或性别歧视,法律为此干预用人单位用人自主权的理由并不充分。可以设想,如果雇主因为有私人恩怨而拒绝录用某位资质合格的求职者,而法律连这个都要过问乃至禁止,那么法律不仅难以得到公众支持,而且会不堪重负。总之,改变《劳动法》的封闭列举模式,需要更多的论据来支持。

反观《劳动法》第12条所规定的4种受保护特质,均有宪法、人大立法和国际公约作为基础。其中只对性别歧视以专门条文加以阐释(第13条),可见性别歧视是打击重点。这也符合当时就业歧视的社会现状:现今占据反就业歧视法主角位置的“乙肝歧视”,《劳动法》立法时表现尚不突出,至少乙肝病毒携带者的权利意识尚未觉醒;党中央刚刚提出“鼓励和引导农村剩余劳动力逐步向非农产业转移和地区间的有序流动”,⁽¹³⁾“农民工”在全国范围内还是新鲜事物,尚谈不到“农民工身份歧视”——直到《就业促进法》才加入了有关规定。

第二,关于法律所针对的用人单位行为,论者多推崇第111号公约的概括——“区别、排斥或优待”。如今可查的、学界最早的反就业歧视立法构想即照搬这三个词,⁽¹⁴⁾十多年后学者仍持类同观点。⁽¹⁵⁾但是,这三个词不但含义不清,而且关系成疑。有论者认为,“区别”是中性的,而“排斥”与“优待”则互补,对一个群体的排斥就意味着对其他群体的优待。照此说来,只要能证明系争行为符合三者之一,即可认定歧视存在。然而,国际劳工组织的条约实施监督机构并不这样认为,有时要求系争行为必须同时满足三个词的含义,有时则不置一词,径行判定歧视存在与否。⁽¹⁶⁾让我国政府将如此陌生而有争议的术语移植到立法之中,显然并不实际。相形之下,《劳动法》所列举的“拒绝录用或提高录用标准”行为,至少含义清楚,便于执法部门理解,这与美国《1964年民权法》第7篇所使用的“拒绝雇佣或解雇”一语可谓异曲同工。当然,《劳动法》将求职阶段以外的歧视行为排除出调控范围,与国际通例不符,学界对此的批评是中肯的。

第三,关于“关联性”要素是否采取客观标准,论者多认为美国法之主观标准在保护劳动

(12) 这5种特质是民族出身(national origin,亦有“国族出身”之义)、种族、肤色、性别和宗教,几乎与《劳动法》所列举的4种特质完全吻合。

(13) 中共中央《关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》(中国共产党第十四届中央委员会第三次全体会议一九九三年十一月十四日通过)第13段。

(14) 参见石美遐“劳动法律体系的新构想”,《中国劳动科学》1996年第7期。

(15) 蔡定剑教授生前主持拟定的《反就业歧视法专家建议稿》第2条第1款。蔡定剑、刘小楠,见前注(7),页1-22。

(16) Nielsen, *supra* note 4, at p. 831.

者方面差于以英国法为代表的客观标准,并主张中国立法明确采纳后者。⁽¹⁷⁾从表面上看,美国的差别对待歧视要求证明歧视的意图,而主观状态一般也的确不如客观事实容易证明。但是,如果细致考察美国法的演进,就会发现主观状态的证明难度在持续下降:其一,虽然立法和司法都使用 intention 一语描述歧视的主观状态,但也强调要和侵权法上的“故意”概念区别开。侵权法上的故意不仅是指行为的故意,而且是对损害结果的故意;而反就业歧视法上至少不要求歧视者对损害结果存有故意,因此学者认为更宜表述为动机(motivation)。⁽¹⁸⁾其二,虽然证明对象是主观状态,但允许使用间接证据,通过客观事实形成证据链来证明歧视的存在。这样,即便用人单位没有直接的歧视性言词,劳动者仍然可以获胜。其三,虽然说服责任始终归于原告,但推进责任很容易转移给被告:只要原告初步证明歧视存在,⁽¹⁹⁾被告就必须进行辩解,给出非歧视性的理由,比如原告缺乏职业资质等。而反驳被告的辩解要比证明被告的故意容易很多。形象地说,在“资强劳弱”的格局下,推进责任转移制度不再要求劳动者主动出击击败对手,而只要求劳动者能够接住对方一招即可获胜。其四,虽然原告要反驳被告的辩解只是借口,但并不需要证明借口所掩盖的是歧视。换言之,只要证明被告在撒谎,那么不论撒谎的动机如何,都会认定歧视存在。⁽²⁰⁾通过这些制度安排,虽然美国法仍然坚守主观标准,但实际证明难度乃至证明步骤等和英国已经差别不大。已有美国学者注意到这一点,⁽²¹⁾并进而指出:美国法所要求的、劳动者受保护特质与用人单位行为之间的“关联性”,也符合必要因果关系的条件,即所谓“要不是”(but-for)标准,⁽²²⁾而后者正是我国学者所主张引入的英国做法。⁽²³⁾

总之,《劳动法》对就业歧视内涵和外延的界定基本符合国际通例,也具有语境的合理性,不应一概否定。

(17) 谢增毅,见前注〔8〕。

(18) Steven J. Kaminschne, Disparate Treatment as a Theory of Discrimination: The Need for a Restatement, Not a Revolution, 2 *Stan. J. Civ. Rts. & Civ. Liberties* 1, 16-17 (2006)。实际上,《1964年民权法》在1991年修正时,使用了“激发因素”(motivating factor)这个明显向动机靠拢的概念来表达歧视者的主观状态。见 42 U. S. C. § 2000e-2(m)。

(19) 原告要初步证明歧视存在即建立表面证据确凿案件(prima facie case),一般需证明: (i) 他属于某个种族少数群体; (ii) 他申请了某个雇主正在寻求求职者的岗位,并且符合工作要求; (iii) 尽管他的资质合格,他仍被拒绝了; 且(iv) 在拒绝他以后,岗位继续开放,雇主继续寻找具有原告资质的求职者。”根据案情不同,上述条件可以变通。见 *Mc Donnell Douglas Corp. v. Green*, 411 U. S. 792 (1973)。对于原告来说,这一证明的难度并不大。

(20) 联邦最高法院在借口的证明上几经反复,但目前认为只要证明被告撒谎就应足以判定原告获胜。见 *Reeves vs. Sanderson Plumbing Products, Inc.*, 530 U. S. 133 (2000)。

(21) E. g., Shari Engels, Problems of Proof in Employment Discrimination: The Need for a Clearer Definition of Standards in the United States and the United Kingdom, 15 *Comp. Lab. L. J.* 340, 343 (1994); Gerald P. McGinley, Judicial Approaches to Sex Discrimination in the United States and the United Kingdom - A Comparative Study, 49 *Mod. L. Rev.* 413, 421 (1986)。

(22) Kamingshine, *supra* note 18, at p. 18.

(23) 例如谢增毅,见前注〔8〕。

二、为什么反歧视？——反就业歧视法调控依据的起源

改革开放之初,平等就业权的对立面是阶级压迫,就业歧视被看作阶级冲突,反就业歧视法的调控依据(justification) 是阶级专政的需要。^[24] 如今,平等就业权的对立面是用人单位的用人自主权,就业歧视被看作权利冲突,反就业歧视法的调控依据是权利协调的需要。^[25] 这一转变是通过《劳动法》出台前后的法治实践完成的。

(一) “两权对立”格局的奠定与《劳动法》

从阶级观点到权利观点的转变,对于中国反就业歧视法的当代兴起具有关键意义。因为,1982年《宪法》宣告“生产资料私有制的社会主义改造已经完成,人剥削人的制度已经消灭”,如果仍然认为就业歧视是阶级剥削和压迫的产物,就会逻辑地导出就业歧视已经不复存在的结论,反就业歧视法也就从根本上失去了存在的依据。《劳动法》出台前后的法治实践确立了用人自主权,并将平等就业权推广到全部劳动者,从而奠定了“两权对立”的基本格局。

《劳动法》出台的基本背景是劳动体制改革的全面铺开。^[26] 从一开始,劳动体制改革就被赋予了市场化的本质“以培育和发展劳动力市场为中心”,“市场机制在劳动力资源开发利用和配置中起基础性作用”。^[27] 什么是“市场化”?从就业方面来说,政府认为主要问题在于“国有企业还没有完全实现自主用人”,而当时已经起步的改革“扩大了企业用人自主权和劳动者择业自主权”,未来方向则是“通过市场实现充分就业和劳动力合理流动”。^[28] 可见,用人单位和劳动者的“双向选择,合理流动”、特别是企业用人自主权,被标定为市场化的主要内容。改革走向市场,市场要求自主,至此,劳动体制改革—市场化—用人自主权的逻辑链条,占据了《劳动法》起草之际主流话语的地位。时任劳动部部长在向全国人大常委会做起草说明时,明确将“市场经济体制要求以市场作为劳动力资源配置的基础性手段”作为立法必要性的核心依据。^[29]

在上述立法背景下,《劳动法》虽然未直接使用“用人自主权”的术语,但在事实上以用人自主权的保障为核心来构建就业制度,从而使用人自主权成为一项重要的“默示权利”。首先,《劳动法》将劳动合同确定为建立劳动关系的基本途径(第16条),而将“平等自愿、协商一致”的原则引入劳动合同(第17条),给劳动关系打上了私法自治的鲜明底色。同时,允许用

[24] 国内第一本统编劳动法教材就认为,劳动中的性别和民族歧视都是私有制和剥削制度的产物。见关怀主编《劳动法学》群众出版社1983年版,页104、105。

[25] 不少著述即从用人自主权和平等就业权的关系角度立论。例如郝红梅“企业自治权与就业者权利保护”,《新视野》2011年第2期;阎天“就业歧视界定新论”,《行政法论丛》第11卷(2008年)。

[26] 这一改革始自1993年。见中共中央,见前注[13]。

[27] 原劳动部《关于建立社会主义市场经济体制时期劳动体制改革总体设想》(劳部发[1993]411号)。

[28] 同上注。

[29] 李伯勇“关于《中华人民共和国劳动法(草案)》的说明”,载王建新主编《中国劳动年鉴(1992—1994)》,页122—124。

人单位自主决定工资问题(第47条)、允许劳资双方通过协商即可解除劳动合同(第24条)等规定,均在法律上否定了先前计划用工、国家统配、“能进不能出”等非市场的就业制度,而这些制度正是与用人自主权相抵触的。虽然诸如工时、休假和劳动保护方面的强制规范让《劳动法》同样染上了浓厚的公法色彩,但不能否认,这些强制规范均被视为私法自治的例外,属于对用人自主权的限制,而不是颠倒过来,以强制为主而以自治为例外。由此,《劳动法》在事实上确立了用人自主权及其在劳动关系中的主导地位。

另一方面,早在《劳动法》出台之前,《妇女权益保障法》、《民族区域自治法》等即分别承认了妇女、少数民族群体的平等劳动权利。《劳动法》将这些权利统一命名为“平等就业权”,并推广到全体劳动者(第3条),从而正式建立了用人自主权与平等就业权“两权对立”的格局。

(二)“两权协调”路径的探索与《劳动法》

在《劳动法》出台前后,学界已经认识到:用人自主权的滥用会损害就业平等,⁽³⁰⁾法律对平等就业权的规定必然会限制用人自主权。那么,究竟在多大程度上为了就业平等而牺牲用人自主是正当的?换言之,如何既维护平等就业权,又尽量减少对用人自主权的限制,从而实现“两权协调”?在《劳动法》确立“两权对立”格局之后,如何回答上述问题,就成为寻找反就业歧视法调控依据的关键。

对此,原劳动部在《劳动法》出台后,提出了将平等就业和择优录用联系起来的思路,即:平等就业要求用人单位只考虑求职者的资质优劣,同等资质的求职者应获得同等的就业机会,亦即“择优录用”。“择优”是对用人单位录用决策过程的“纯化”,也构成对用人自主权的限制。“择优”也是平等的应有之义,以“择优”来限制用人自主权是正当的。1994年8月31日,原劳动部下发《贯彻〈劳动法〉的依据和需立法的项目》,将国务院1986年颁行的《国营企业招用工人暂行规定》作为《劳动法》反歧视规范(第12、13条)的“执行依据”。《暂行规定》通篇未提“平等”或“歧视”,而是强调企业招工必须“择优录用”。“择优录用”具体是指“第七条 企业招用工人,实行德智体全面考核,其考核内容和标准,可以根据生产、工作需要有所侧重。招用学徒工人,侧重文化考核;直接招用技术工人,侧重专业知识技能考核;招用繁重体力劳动工人,侧重身体条件考核。”

原劳动部既然要求以“择优录用”来执行《劳动法》的反歧视规范,就承认了“择优录用”与歧视相对,而与平等相符。这种以“择优”来解释“平等”的做法,与美国联邦最高法院不谋而合。在 *Griggs v. Duke Power Co.* 一案中,最高法院这样阐释国会制定《1964年民权法》第7篇的立法意图“国会绝没有蔑视工作资质,而是让这些资质居于统治地位,从而将种族、宗教、民族和性别因素排除出去”;“试金石是运营需要”。⁽³¹⁾ 亦即,法律所保护的平等,就是劳动者资质与企业运营需要的准确对接,排除歧视性因素导致的误差。无论中国还是美国,在就

(30) 参见莫荣“促进就业的法律武器——对《劳动法》第二章的理解”,《中国劳动科学》1994年第10期。

(31) *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971)。

业歧视诉讼中,求职者是否具有岗位所需资质往往成为庭辩焦点:一旦原告证明自己的确符合资质却未被录取,被告就几乎必然面对败诉的命运。

值得讨论的是:企业为了取得市场竞争的优势,会自发地选择同等价格下资质最佳的劳动者,那些“择差录取”的企业会被市场自行淘汰。那么,如果平等的全部要求不过是择优录用,只消依靠市场的力量就能实现,为何还要以法律干预企业的用人自主权呢?这是对反就业歧视法调控依据的进一步追问。早先的歧视经济学曾认为:反就业歧视法是不必要的,只要保障企业用人自主权,市场就可以自发治愈歧视这种社会病。⁽³²⁾然而,这种看法忽视了劳动力市场并不具有完全竞争性,自发的优胜劣汰机制存在缺陷,企业因而缺乏足够的激励去寻找资质最优的劳动者。⁽³³⁾《劳动法》出台之际,我国刚刚开始培育劳动力市场,诸如“内部招工”、“子女顶替”等用工实践将劳动力市场切割得四分五裂。统一的劳动力市场尚不存在,更谈不上利用市场竞争去引导企业。在这个背景下,国家以法律手段代替市场来引导企业,可谓正当其时。

三、如何反歧视?——反就业歧视法调控手段的起源

《劳动法》反歧视规范最为薄弱之处,当属调控手段部分。如果将司法、行政执法等法律手段视作法律调控手段的主体,那么《劳动法》及相关法律法规的缺陷就暴露无余:第一,关于仲裁和诉讼手段,劳动仲裁和诉讼都以纠纷属于“劳动争议”为前提,而《劳动法》恰恰没有明确将就业歧视纠纷纳入劳动争议。事实上,《劳动法》并未定义劳动争议的范围,而下位规范、1993年先行颁布的《企业劳动争议处理条例》将就业歧视纠纷排除在劳动争议之外,只留下一条狭窄的出路:今后可以通过法律、法规扩大劳动争议的范围(第2条)。并且,《劳动法》没有规定就业歧视的民事责任,即便法院受理,也无法判给被歧视的受害者任何救济。因此,《劳动法》及相关规范堵绝了就业歧视纠纷的仲裁和诉讼之路。

第二,关于行政执法手段,《劳动法》授权劳动行政部门查处一切劳动违法行为,可以要求用人单位停止违法并改正(第85条);先行制定的《劳动监察规定》也明确将“单位招聘职工的行为”列为监察内容(第8条)。但是,实践中对就业歧视进行劳动监察的案例极少。究其原因,《劳动法》对歧视定义不清,令劳动监察部门难以操作;即便勉强执法,一旦执法对象发起行政诉讼,劳动监察部门也将面临证据规则缺失的窘境,⁽³⁴⁾不如不作为以规避诉讼风险。并且,《劳动法》允许施加给歧视者的行政责任过于轻微,公认较为有力的罚款手段仅限于用人单位的规章制度违法的情形(第89条),而公然在规章制度中明文歧视的企业终究不多。此

(32) 这种观点在法学界的代表如 Richard A. Epstein, *Forbidden Grounds: The Case Against Employment Discrimination Laws*, Harvard University Press, Cambridge, 1992.

(33) See generally John J. Donohue III, *Employment Discrimination Law in Perspective: Three Concepts of Equality*, 92 *Mich. L. Rev.* 2583 (1994).

(34) 《就业促进法》未规定就业歧视应受到劳动监察,正是考虑到这个因素。

外,《劳动法》还赋予其他政府部门和工会“监督”用人单位守法的权利(第87、88条),但监督权含义为何、效力如何,不仅法无明文,下位规范亦未解释,规范效果几可忽略不计。

总之,《劳动法》为就业歧视设定的法律调控手段相当薄弱,此为学者共识。然而,法律调控手段为什么缺位?难道就如学者所暗示的,当时的立法者不了解国际经验、不知“法”?(35)事实上,早在1980年代后期,学者公认集国际经验大成的第111号公约就已经被介绍到中国,(36)立法者不可能不知。本文认为,法律调控手段的缺失,主要是因为立法者将遏制就业歧视的希望更多寄托在一套旧有的调控手段上。以性别歧视为例,与法律调控手段相比,这套旧机制的特征有三:

第一,旧机制强调消除歧视的经济根源,认为遏制性别歧视的根本之策在于打破不合理的生产分工,即所谓“男主外、女主内”;主张通过国家和用人单位兴办公共食堂、托儿所等福利机构,实现家务劳动社会化,将妇女从家庭负担中解放出来,走上工作岗位。(37)这是法律调控手段所很少涉及的。

第二,旧机制强调消除歧视的思想根源,认为遏制性别歧视主要靠宣传政策和法律、加强批评教育。(38)法律调控手段则更注重评价歧视的行为,通过设定法律责任惩罚歧视者、救济受害者。

第三,旧机制主要依靠单位内部处理来解决就业歧视纠纷,辅以上级命令,并注重发挥妇联的斡旋作用。例如1992年《妇女权益保障法》就设专条规定了歧视者“所在单位或者上级机关”有“责令改正”、“给予行政处分”的职权(第50条)。而法律调控手段则更多依靠法院、劳动仲裁机构等中立第三方来解决纠纷,并将执法权限赋予专业执法部门——劳动监察机构。

应当看到,旧机制的上述特征均依附于计划经济体制,而在向市场经济转型过程中必然面临失灵的命运。其一,关于家务劳动社会化,市场经济要求家政服务的供求由市场来调控,不能再单纯依赖政府财政和企业的投入,这导致传统的公共食堂、托儿所、养老院等面临“断奶”的困境。其二,关于思想教育和宣传,市场化令传统的单位制日趋瓦解,专时、专人进行教育和宣传的做法失去了基础。同时,正如前文所说,与用人自主权有关的一套言说占据了劳动体制改革的主流话语地位,这也令提倡平等、限制自主权的宣传陷入边缘化境地。其三,关于单位内部处理、上级命令和妇联斡旋,情况稍复杂些。计划经济体制下,企业内部劳动力市场流动

(35) 典型者如许多将《劳动法》与第111号公约进行对比并加以批评的研究。其中较早者,见王昌硕:“消除就业与职业歧视——建议批准国际劳工组织第111号公约”,《中国改革》1999年第6期。

(36) 参见任扶善:“略论国际劳动立法的性质和作用”,《中国工运学院学报》1987年第3期。

(37) 即使在政府已经开始从社会福利领域大幅撤出的时代,全国妇联仍强调“应该看到,随着生产的发展,绝大部分家务劳动将逐步朝着社会化的方向发展”。见康克清:“奋发自强开创妇女运动新局面——在中国妇女第五次全国代表大会上的工作报告(一九八三年九月二日)”,《人民日报》1983年9月14日,第2版。

(38) 例如全国妇联曾主张,“对于重男轻女的错误言行,我们要加强思想教育,主要运用批评和自我批评的方法来解决”;为了保护妇女权益,“还要做大量的建设性工作”——主要就是“宣传教育”。见康克清,同上注。

性很小,加之企业要承担福利、政治、文化等多重功能,企业与员工之间、员工与员工之间存在多维度的、稳定的稠密联系,形成了“网络化熟人社会”。在这种背景下,歧视者不仅要服从上级的管理权威,更会面临道德和舆论压力;并且,歧视者与被歧视者往往要长期共事,存在多次博弈的可能,通常不希望把关系闹僵。这些正式和非正式的制度共同构成了行之有效的反歧视调控手段。而进入市场经济以后,劳动力市场流动性大增,用人单位与劳动者的交往以一次性博弈为主,员工之间交往的减少又削弱了舆论压力,这都使得单位内部解决歧视纠纷的能力下降,不得不更多诉诸外部的法律机制。⁽³⁹⁾另一方面,在计划经济体制下,企业嵌入行政科层体制之中,政府对企业无所不管、无所不包。当政府以行政命令要求企业纠正歧视行为时,其所依凭的权威首先不是来自潜在的法律责任,而是来自经济计划(例如下发用工指标时明确要求企业招用一定数量女工)、政治权威(例如当地行政长官亲自过问)等。妇联出面斡旋歧视纠纷时,也往往借助乃至主要依靠政府的政治权威。一旦进入市场化体制,政府职能限于法定范围,对企业的干预转向间接手段为主,不仅发布经济计划和指令的权力严重萎缩,而且不再轻易动用政治力量来介入民事纠纷。这些都令旧有的就业歧视调控手段面临失效。

总之,《劳动法》诞生于计划经济向市场经济过渡正式开启之际,因循旧调控机制有余,而开创新的法律调控手段不足。值得注意的是,《劳动法》出台前后的法治实践,已经开始了向以法律调控过渡的进程,其主要表现是迅速出现的第一波反就业歧视专门立法设想。究其动因,既有对旧机制逐步失灵的警觉,更有国外法治经验的影响。《劳动法》颁布后仅一个多月,原劳动部即提出就第13条所规定之性别歧视问题立法,⁽⁴⁰⁾旋即提出需就第12条制定《防止就业和职业歧视办法》。⁽⁴¹⁾这是我国官方首次提出制定国家层面的反就业歧视法律规范。“就业和职业”(employment and occupation)这一术语极为罕见,目前所见使用情形均源于第111号公约;⁽⁴²⁾据此,原劳动部在提出立法设想时,几乎肯定受到了国际劳工组织的影响。这一影响也延伸到民间的立法建议中。1996年,我国学者提出制定《反就业歧视条例》,是为首个非官方立法设想,其中对歧视的定义完全取自第111号公约。⁽⁴³⁾十年后,首部民间反就业歧视立法建议稿问世,命名为《反就业与职业歧视法》,⁽⁴⁴⁾仍不出第111号公约的影响范围。

四、历史与未来:中国反就业歧视法兴起之路的重新展开

综上所述,诞生于将近二十年前的《劳动法》,已经提出并初步回答了反就业歧视法的三

(39) 关于从熟人社会向陌生人社会过渡对法治的影响,见苏力“把道德放在社会生活的合适位置”,载氏著《阅读秩序》,山东教育出版社1999年版,页50-52。

(40) 原劳动部《关于贯彻实施〈劳动法〉的意见》(劳部发[1994]358号,1994年8月22日):“要抓紧研究制定保障妇女平等就业权利……的法规……”

(41) 原劳动部《贯彻〈劳动法〉的依据和需立法的项目》(劳部发[1994]372号,1994年8月31日)。

(42) 关于第111号公约为何将“就业”与“职业”两个英文含义相当的词语连用,尚无确当解释。我国最早引入这一术语的学者是任扶善。见前注〔36〕。当时将“歧视”写作“岐视”。

(43) 石美遐,见前注〔14〕。

(44) 周洪宇“《反就业与职业歧视法》立法构想及建议稿”,《武汉商业服务学院学报》2006年第2期。

个基本问题: 调控对象、调控依据和调控手段。前文归结于一, 就是主张以历史的、发展的观点来分析和评价中国反就业歧视法, 将反就业歧视法治的演进理解为通过制度供给不断回应社会变迁的动态过程; 而不是脱离语境地、以今日之法治需求苛评当时之制度供给, 或者无视中国之法治需求而推崇外国之制度供给。由是观之, 《劳动法》对当代中国反就业歧视法的影响, 绝不局限于规范字句的得失演变, 而更反映在其所揭示和规定的、规范背后的生成逻辑。近二十年来, 这些生成逻辑贯穿在反就业歧视法的每个微小脚步中, 勾连起历史与未来, 从而展开了中国反就业歧视法的当代兴起之路。

(一) 调控对象的规范生成逻辑与发展方向

对于反就业歧视法的调控对象即“什么是歧视”问题, 《劳动法》确立了劳动者特质、用人单位行为和特质与行为关联性三要素式的定义。此后关于歧视概念的规范, 都遵循相同的生成逻辑, 即: 在三要素框架内, 寻求各定义要素内容与社会现实的结合。

第一, 关于歧视的劳动者特质要素, 近年来法律的主要保护对象经历了从妇女到乙肝病毒携带者的变迁。在美国, 《1964年民权法》的主要保护对象是黑人, “性别”作为一种受保护的劳动者特质甚至是为了杯葛立法才添进去的; 此后, 主要由于社会运动的影响, “身份政治”愈演愈烈, 不仅催生了新的群体身份, 而且令原先隐于无形的群体身份显现出来;⁽⁴⁵⁾ 新诞生的群体为了获得反就业歧视法的保护, 往往仿效法律的主要保护对象, 甚至将自己比附为“法律上的黑人”, 并循着黑人的道路开展维权行动。⁽⁴⁶⁾ 中国的反就业歧视法经历了类似的过程。《劳动法》颁布之初即有学者指出, 这部法律是以妇女为主要保护群体、以性别歧视为主要打击对象的。⁽⁴⁷⁾ 最近十年来, 主要由于轰轰烈烈的乙肝法律维权运动的推进, “乙肝病毒携带者”(“乙人”) 成为了新的法律保护的身份特质。与美国不同的是, 由于《劳动法》并没有像《1964年民权法》那样提供理想的法律调控手段, 乙肝病毒携带者并未仿效妇女, 而是开辟了一条前所未有的法律保护之路。从2004年修正《传染病防治法》并新增反歧视条款开始, 2005年出台的《公务员录用体检通用标准(试行)》不再将携带乙肝视为体检不合格, 2007年的《就业促进法》将乙肝歧视的禁令扩展到私人部门, 2010年卫生部等又进一步明确取消就业体检中的乙肝检测项目⁽⁴⁸⁾……一系列的法制进步使得乙肝病毒携带者成为了反就业歧视法的主要保护对象。乙肝歧视的法律规范乃至维权道路, 正日益成为学者和行动者眼中的“范本”; 将有关经验推广到妇女、农民工、残疾人、同性恋者等受歧视群体的呼声也渐成主流。⁽⁴⁹⁾

但是, 单纯仿效乙肝歧视的法律规范, 并不能够解决其他群体的平等保护问题。这与乙肝

(45) Kenji Yoshino, *The New Equal Protection*, 124 *Harv. L. Rev.* 747, 751-752 (2011).

(46) 例如同性恋者群体。见 Craig J. Konnoth, *Created in its Image: The Race Analogy, Gay Identity, and Gay Litigation in the 1950s-1970s*, 199 *Yale L. J.* 316 (2009)。

(47) 莫荣, 见前注〔30〕。

(48) 人力资源和社会保障部、教育部、卫生部《关于进一步规范入学和就业体检项目维护乙肝表面抗原携带者入学和就业权利的通知》(人社部发〔2010〕12号)。

(49) 例如, 乙肝歧视维权组织的代表——北京益仁平中心, 近年就有将其经验拓展到性别和残疾领域的尝试。

歧视的客观特征密不可分:其一,携带乙肝病毒基本不会降低劳动者的生产力,因此乙肝病毒携带者所诉求的平等仅限于纠正偏见、获得与其他人完全一致的竞争机会。相比之下,妇女和残疾人由于生理原因、农民工由于教育等原因,在生产力上比对照组——男性、健全人和城市工——更低。用人单位的歧视因此主要并非出自偏见,而是追求效率最大化的经济理性使然,这就是“理性歧视”(rational discrimination)。(50) 如果法律要消除理性歧视,仅仅纠正偏见的意义不大,而必须让用人单位牺牲部分效率追求来迁就生产力低的群体,或者采取措施消灭群体间的生产力差距。其二,是否携带乙肝病毒必须通过体检才可获知,因此法律只需将乙肝病毒血清学信息界定为隐私,屏蔽在用人单位的决策之外,就可以起到与纠正偏见相当的作用。正如前文指出的,纠正偏见需要首先证明偏见存在,而用人单位主观状态的证明往往最为困难。因此,乙肝病毒携带者的维权,近年来越来越依赖隐私保护的手段。(51) 而劳动者的女性、残疾人或农民工等身份则一望可知,无法设定为隐私加以保护。总之,今后要破解女性、残疾人和农民工等群体受歧视的难题,不能单纯照搬乙肝歧视的法制经验,而必须针对歧视的成因采取不同手段,例如实施性别就业配额制、划定用人单位迁就残疾人的界限、优化教育资源的城乡分配等。

第二,关于歧视的行为要素,近年来各省就业促进立法(52) 延续《劳动法》明示列举的方式,不断根据实际情况增加新行为。就用人单位而言,新增歧视行为有:向高校毕业生收取抵押金(吉林)、设置不同的薪酬标准(陕西、广东等)、以解决城镇劳动力就业为由清退和排斥农民工(海南)等等;就政府而言,新增歧视行为包括:制定含有就业歧视内容的政策和规范性文件(吉林、江西)、对进城就业的农村劳动者设置歧视性登记项目和职业限制(河北)等等。为了通过保护隐私来遏制歧视,一些地方还禁止医院提供乙肝病毒血清学指标检测(湖北)。今后一方面应继续增列歧视行为,另一方面应明确就业全过程不得歧视的原则,将规制对象扩展到求职阶段以外,特别是薪酬待遇、晋升、解除劳动合同等方面。美国的经验表明:随着时间推移,解除劳动合同将取代求职阶段,成为就业歧视纠纷高发期。(53) 对此,我国立法应有所预见,早作准备。

第三,关于歧视的关联性要素,《劳动法》并未明确采取主观标准或客观标准,近年来的立法实践没有触及该问题,有限的判决亦语焉不详。如前所述,无论采取主观标准还是客观标准,对于劳动者来说证明难度大致相当。那么究竟借鉴何者为佳?《就业促进法》倾向于将就业歧视纳入侵权行为,而《侵权行为法》以过错责任为基本归责原则,设定无过错责任须有立法明文。与其寄希望于修改《就业促进法》、明确就业歧视案件适用无过错责任,不如立足于现有法律,采用歧视的过错责任,而借鉴美国降低主观要件证明难度的做法。

(50) 关于理性歧视在残疾人就业法上的应用,参见 Samuel R. Bagenstos, "Rational Discrimination," Accommodation, and the Politics of (Disability) Civil Rights, 89 Va. L. Rev. 825 (2003)。

(51) 最新文件如卫生部办公厅《关于加强乙肝项目检测管理工作的通知》(卫办医政发[2010]38号)、《关于进一步规范乙肝项目检测的通知》(卫办政法发[2011]14号)。

(52) 各省一般由人大常委会出台《就业促进条例》或《实施〈中华人民共和国就业促进法〉办法》。

(53) Donohue & Siegelman, *supra* note 6, pp. 1015 - 1017.

(二) 调控依据的规范生成逻辑与发展方向

对于反就业歧视法的调控依据即“为什么反歧视”问题,《劳动法》确立了用人自主权与平等就业权两权对立的分析框架。此后关于歧视概念的规范,都遵循相同的生成逻辑,即:在两权对立框架内,根据两权地位的消长,寻求两权协调的现实方案。

第一,关于用人自主权与平等就业权的地位消长,近年来发生了一系列影响性事件。首先是2006年党的十六届六中全会集中关注社会建设问题,^[54]将“和谐社会”确立为法制体系的目标之一。反就业歧视法被论证为构建和谐劳动关系、促进和谐社会建设的手段,^[55]获得了强大的调控依据;平等就业权的地位相对上升,直接促成了2007年《就业促进法》设专章规定公平就业。然而,《就业促进法》甫一问世,2008年夏秋就爆发了席卷全球的金融和经济危机。“保增长”和“促就业”成为政府优先考虑的政策目标,^[56]直接冲击了包括《就业促进法》在内的劳动立法的实施。其背后的逻辑是:限制用人自主权的法律(如劳动合同法、劳动基准法和反就业歧视法等)会抬高用人成本,令经济危机之下的用人单位“雪上加霜”,不利于经济增长。由此,用人自主权的地位相对上升,平等就业权的地位则相对下降。为了扭转这种局面,学界尝试淡化平等就业权与用人自主权的对立性,例如主张“企业只要守法(就)不会增加用工成本”。^[57]但是,两权对立和冲突的本质毕竟无法抹杀;更现实的做法,一方面应重新梳理平等就业与经济增长的关系,^[58]打破“限制用人自主权就一定会减慢经济增长”的观点;另一方面应强调削弱法律干预并不会减少就业歧视纠纷,反而会令纠纷解决脱离法律轨道,影响社会和谐。在经济危机最为严重之际,最高人民法院反而表态要加强审理就业歧视案件,^[59]就表明了积极解决纠纷、维护社会和谐的价值取向。

第二,关于用人自主权与平等就业权的协调之道,《劳动法》出台前后提出了择优原则,以择优解释平等,为择优限制自主。这种思想也体现在我国后续的反歧视立法中。例如,原人事部2007年颁布的《公务员录用规定(试行)》要求,“公务员主管部门和招录机关不得设置与职位要求无关的报考条件”(第16条);《就业促进法》实施后,《重庆市就业促进条例》规定“劳动者在能够满足生产工作需要,具有同等工作能力水平下,不得因民族、种族、性别、年龄、宗教信仰等不同而受歧视”(第34条);《湖北省就业促进条例》也规定“用人单位不得以

[54] 见中共中央《关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》(2006年10月11日)。

[55] 类似的叙述在学者间十分普遍,例如李雄、刘山川“我国制定《反就业歧视法》的若干问题研究”,《清华法学》2010年第5期。

[56] 参见温家宝《政府工作报告——2009年3月5日在第十一届全国人民代表大会第二次会议上》,人民出版社2009年版。

[57] 参见刘宏“法学专家力驳劳动合同法‘生不逢时’论”,《法制日报》2008年12月23日,第8版。

[58] 发展经济学已有大量相关研究,例如Guanghua Wan(ed.), *Inequality And Growth In Modern China*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2008。关于性别歧视与经济增长的相互关系,见Günseli Berik, Yana van der Meulen Rodgers & Stephanie Seguino (eds.), *Inequality, Development, And Growth*, Routledge, Oxford, 2010。

[59] 最高人民法院《关于当前形势下进一步做好涉农民事案件审判工作的指导意见》(法发[2009]37号)。

民族、种族、性别、宗教信仰、户籍、婚姻状况、体貌等为由拒绝招用能够满足生产工作需要并具有同等工作能力的人员”(第30条)。

但是,“择优”仅能保护不具有生产力劣势的受歧视群体,比如乙肝病毒携带者,而如前所述,妇女、残疾人、农民工等群体受制于非可归究于个人的因素,生产力相对较低,用人单位往往打着“择优”的旗号排斥他们。如果过分强调“择优”,使之垄断“平等”的内涵,会导致反客为主,令平等价值丧失独立的地位。为此,必须引入“择优”之外的平等观念,在让妇女、残疾人等参与市场竞争和择优之前,先采取措施弥补他们的生产力劣势。较之择优,一个包含了弥补措施的平等观念显然更具有实质性,这也是有学者称之为“实质平等”的原因所在;⁽⁶⁰⁾另一方面,“实质平等”毕竟还保留了竞争择优的内核,这与完全不考虑择优的平均主义做法(例如最低生活保障金制度)不能等同。在美国,差别对待歧视对应着择优的平等观,而引入差别影响歧视概念最初是为了纠正“过去歧视的现时结果”,亦即弥补黑人等受歧视群体在历史上形成的生产力劣势,其价值指向即为“实质平等”;类似地,要求用人单位“合理迁就”残疾劳动者特殊需求的立法,同样超越了单纯的择优需求。⁽⁶¹⁾以“单纯择优”为取向的“形式平等”和以“先弥合劣势再择优”为取向的“实质平等”,究竟如何协调,应成为今后中国反就业歧视法调控依据问题的核心。

(三) 调控手段的规范生成逻辑与发展方向

对于反就业歧视法的调控手段即“如何反歧视”问题,《劳动法》确立了旧的非法律调控手段与新的法律调控手段并存的制度框架。此后关于歧视调控手段的规范,都遵循相同的生成逻辑,即:在两手段并存的框架内,立足于法律与非法律手段的相互配合,因应不断变化的歧视现象。

第一,《劳动法》出台后近二十年间,调控手段的发展主线是法律机制逐渐替代旧机制。在仲裁和诉讼制度方面,《就业促进法》明确赋予受歧视的劳动者以诉权,但未澄清就业歧视纠纷是否可以仲裁的问题,致使裁审关系的混乱延续至今。作为唯一尝试做出澄清的省份,吉林省人大规定受歧视的劳动者可在仲裁和诉讼之间任择其一,⁽⁶²⁾但省高院则规定要先仲裁方可诉讼,⁽⁶³⁾可谓乱上加乱。何况,“诉讼和仲裁制度”是《立法法》规定的法律保留项目之一,⁽⁶⁴⁾《劳动法》、《就业促进法》及《劳动争议调解仲裁法》也均未授权地方就劳动争议的裁

(60) 例如田成有“寻求乡土社会‘农民’到‘公民’的法律平等”,《云南财贸学院学报》2003年第3期。

(61) 也有学者主张,差别对待歧视理论同样包含着择优之外的价值追求,所以和差别影响歧视理论的区别并不绝对。见Christine Jolls, Antidiscrimination and Accommodation, 115 *Harv. L. Rev.* 642 (2001)。

(62) 《吉林省就业促进条例》第53条:“……实施就业歧视的,劳动者可以向劳动争议仲裁委员会申请仲裁,也可以向人民法院提出诉讼。”

(63) 吉林省高级人民法院《关于审理劳动争议案件的指导意见》(吉高法[2010]232号)第7条:“……因用人单位就业歧视所发生的纠纷,当事人不服仲裁裁决而起诉的,应予受理……。”

(64) 全国人大常委会法工委曾明确表态,认为人事争议仲裁属于“仲裁制度”而不是行政处理行为,在法律保留范围之内,地方不得就此立法。可据此推论:劳动争议仲裁也属于“仲裁制度”。见全国人大常委会法制工作委员会“关于立法法等有关问题的询问答复”,《中国人大》2005年第9期。

审关系立法,则吉林省的上述规定均有越权之嫌。因此,裁审关系的澄清,有赖全国人大启动立法程序,或者由最高法院释法。

那么,就业歧视纠纷的裁审关系应如何规定?由于诉讼渠道必须保持通畅,问题的焦点转移到是否应当规定仲裁前置,乃至是否应当保留劳动仲裁。在美国,最高法院自1980年代起提倡将仲裁等替代性纠纷解决机制(ADR)引入就业歧视案件,⁽⁶⁵⁾其主要目的至少有二:一是就业歧视案件数量大、审理困难,需要减轻审判负担;二是许多就业歧视案件标的额小、审理价值不大,需要集中审判资源。反观我国,目前就业歧视案件数量并不多,审判压力不大;与其他劳动纠纷相比,就业歧视案件的标的也并不偏小。所以,要在就业歧视纠纷解决中保留仲裁环节,需要另寻立法目的。并且,与诉讼相比,劳动仲裁存在诸多弱点:一是救济形式有限,特别是无法裁定给予歧视受害者精神损害赔偿;二是拖延纠纷解决进程,仲裁裁决仍可上诉,平白增加一道程序,增大歧视受害者维权成本;三是仲裁时效原先仅为60日,直到《劳动争议调解仲裁法》出台后才改为1年,但仍无法与一般民事诉讼的2年时效相比,这就抬高了歧视受害者维权的门槛。即便保留就业歧视纠纷的仲裁手段具有正当的立法目的,也必须克服上述弱点,而这几乎相当于重建仲裁制度,现实可能性不大。

在劳动监察方面,2004年出台的《劳动保障监察条例》废止了《劳动监察规定》,却将“单位招聘职工的行为”划出监察内容,致使对就业歧视的监察失去了直接的法律依据。直到2007年《就业服务与就业管理规定》出台,才将用人单位强行检查乙肝、职业中介机构发布歧视性就业信息的行为纳入劳动监察。至于对其他群体的歧视,包括以求职者携带乙肝为由拒不录用的做法是否应当受到监察,至今仍处于待解状态。近年来国内关于劳动监察的主流呼声是扩权:要求扩大劳动监察部门对就业歧视行为的处罚范围,并提高处罚额度;要求赋予劳动监察部门支持起诉权;要求将劳动监察确立为反就业歧视诉讼的法定前置程序(即“监察前置”)等等。很多学者还主张建立专门的反就业歧视监督机构,行使上述权力。⁽⁶⁶⁾

本文认为,分析劳动监察机关的职权,应当将其置于包括审判、仲裁等在内的整个法律调控体系中来评价。就行政处罚权而言,处罚对象应当扩及更多的歧视行为,当无异议。而处罚额度的高低,应当以产生必要的威慑作用为标准来设置。在美国,对歧视者的威慑多通过民事诉讼的惩罚性损害赔偿(punitive damage)来实现;而设定这一制度须有法律明文,我国目前为此专门立法的可能性又很小。如此看来,高额行政处罚可以替代惩罚性损害赔偿的威慑功能,不失为法制完善之策。⁽⁶⁷⁾

就支持起诉权而言,论者多以美国联邦平等就业机会委员会(EEOC)的类似职权为蓝本。

(65) See generally Charles B. Craver, *The Use of Non-Judicial Procedure to Resolve Employment Discrimination Claims*, 11 *Kan. J. L. & Pub. Pol'y* 141, 150-162 (2001).

(66) 例如蔡定剑教授生前主持拟定的《反就业歧视法专家建议稿》第35条、46、49、50、52条。见蔡定剑、刘小楠,见前注〔7〕,页1-22。

(67) 一些地方已经照此办理。例如,对于用人单位强行将乙肝病毒血清学指标作为录用标准的行为,《就业服务与就业管理》仅规定了一千元以下的罚款,而《湖北省就业促进条例》则将一千元定为下限,罚款上限可高达五千到一万元(第57条)。

而美国之所以授权 EEOC 免费代理歧视的受害人提起诉讼,主要功能在于减轻原告负担的诉讼成本,特别是高昂的律师费,从而鼓励劳动者起诉维权;为了防止滥诉,EEOC 又设定了严格的案件筛选程序,每年真正支持起诉不过数百宗。⁽⁶⁸⁾那么,有没有一种制度可以既减轻诉讼负担,又防止滥诉,从而替代 EEOC 的免费支持起诉职能?《1964 年民权法》就规定:如果用人单位败诉,要承担对方的律师费。⁽⁶⁹⁾这种安排一方面减轻了原告的负担,另一方面促使原告更加审慎地行使诉权,非有一定把握不会起诉。可见,我国究竟采取行政机关免费支持起诉方案、还是律师费转付方案,究竟是让行政机关筛选案件、还是让被歧视的受害者“自行筛选”,有待进一步研究。

就监察前置而言,EEOC 再次成为学者讨论的范例。美国要求绝大部分就业歧视案件的受害人首先向 EEOC 提起申诉;EEOC 依法应在 180 天内作出决定,即使到期处理不完案件,也应当向申诉人签发诉权通知,申诉人可凭此直接起诉。⁽⁷⁰⁾这一制度安排的主要目的是减轻法院的审判负担,将大量不值得审理的案件提前过滤。但是,EEOC 实现上述目标的情况并不理想。首先,EEOC 调查处理案件的周期过长,平均要 1 年以上,导致多达 25% 案件都没有处理完毕,而是白白拖延 180 天后,签发诉权通知了事。学者讽刺说,EEOC 的做法无异于在原告去法院的路上设卡收费,金额为宝贵的 180 天时间。⁽⁷¹⁾许多案件的原告等不及 EEOC 的处理结果,自行委托律师起诉,却被法院以违反前置程序为由驳回。⁽⁷²⁾可见,我国如果要借鉴 EEOC 的做法,引入监察前置,必须设法提高劳动监察部门处理案件的效率,否则就可能重蹈劳动仲裁救济不力、空耗时间的覆辙。况且,如果我国根本没有美国那样多的就业歧视纠纷,过滤案件、减轻法院负担的需要就很小,设定监察前置程序就更没有必要了。

第二,近二十年来的法治实践表明,《劳动法》所保留下来的旧调控手段并非全无意义。在市场经济条件下,旧机制仍能发挥局部的、甚至难以替代的作用,或者为法律调控手段的建设提供启发。其一,就家务劳动社会化而言,“男外女内”的不合理劳动分工仍然是造成性别歧视的经济根源,而消灭性别歧视也仍然是中国宪法所庄严承诺的社会愿景(social vision)。市场化转型不意味着忽略歧视的经济根源,而是要求政府转变职能,以对市场介入程度较小的方式来削弱这个根源。例如,政府可以依法在公有制经济中为妇女保留一定的岗位配额;以对双职工家庭减税等法制化手段鼓励妇女出门工作;制定促进性法律,引导民间资本投向育儿、养老等家政服务事业。即使不以改变“男外女内”的分工为目标,并相应地不以家务劳动社会

(68) Anne Noel Occhialino & Daniel Vail, Why the EEOC (Still) Matters, 22 *Hofstra Lab. & Emp. L. J.* 671, 700-702 (2005).

(69) 42 U. S. C. § 2000e-5(k). 法律原文是要求败诉方承担胜诉方的律师费,但最高法院做出了对原告有利的解释,认为原告即使败诉也无需承担被告的律师费。见 *Christiansburg Garment Co. vs. Eeoc*, 434 U. S. 712 (1978)。

(70) 对 EEOC 案件处理程序的描述,见 George Rutherglen, 见前注〔5〕, pp. 163-166。

(71) Michael Selmi, The Value of the EEOC: Reexamining the Agency's Role in Employment Discrimination Law, 57 *Ohio St. L. J.* 1, 8 (1996).

(72) *Id.* at p. 25.

化为手段,⁽⁷³⁾ 政府也可以采取法律措施来缓和妇女因承担家务而在就业中受到的负面影响。例如,政府可以促进远程工作技术的开发和推广,减轻妇女因通勤而难以兼顾家庭和工作的问題;可以尝试家务劳动货币化,以家务收入抵偿所损失的在外工作收入;要求企业在工时、休假等方面合理迁就妇女的家庭需要。总之,在劳动体制市场化的时代,仍应谨记并以法律手段干预性别歧视的经济根源。

其二,就消除歧视的思想根源而言,应当重新认识歧视行为与思想的关系。旧机制强调思想教育,很大程度上是因为固守歧视的“经济决定论”,认为随着私有制和剥削的消灭,歧视现象已成无源之水、无本之木,仅存的歧视源于“封建残余思想、资本主义思想的影响”。⁽⁷⁴⁾ 这种看法缺乏事实依据,反证之一便是国有企业的就业歧视仍很普遍,严重性至少不次于私营部门。⁽⁷⁵⁾ 但是,目前就业歧视法律调控手段的发展又似乎走向另一极端:法律调控手段本来就着重评价行为;而学者从所谓降低歧视受害者举证难度的考虑出发,提倡将主观要件从就业歧视的法律构成中抹去,更令歧视的思想根源处于被刻意忽视乃至遮掩的地位。其实,将就业歧视归结于“无知”或“无理偏见”,是各国反就业歧视法治发展早期的常见现象。⁽⁷⁶⁾ 主观要件至今居于歧视证明的核心地位,也是这一看法的延伸。诚然,越来越多的研究将歧视归因于社会制度和工作组织形式,甚至发现无偏见之人也会无意识地歧视他人。⁽⁷⁷⁾ 但是无知(包括“知之不足”)及由此造成的嫌恶、恐惧等情绪仍然作用于歧视的再生产,⁽⁷⁸⁾ 通过宣传教育澄清认识误区仍能起到减轻歧视的作用。近年来,我国每出台反乙肝歧视规范,往往辅以从科学

(73) 国内学者往往不大区分旨在减轻妇女所承担家务、使妇女从家务中解放出来的措施,和不意图减轻妇女所承担家务、但希望减轻妇女因此在就业上所承受的不利的措施。前一种措施显然更符合“马克思主义关于妇女必须参加社会劳动才能获得彻底解放的基本原理”。见康克清,见前注〔37〕。后一种措施则更符合自由主义者的主张,因为他们认为:妇女应当有在家庭和工作之间做出选择的权利,任何程度的强制工作都可能构成奴役。例如 Anne L. Alstott, *Work vs. Freedom: A Liberal Challenge to Employment Subsidies*, 108 *Yale L. J.* 967, 971 (1999)。言外之意,如果妇女本人不愿意摆脱或减轻家务,那么只要让她尽量少因此而承受就业中的不利对待即可。一些比较激进的女权主义者则反对这种观点,而强调社会劳动对于性别平等的不可替代意义。例如 Vicki Schultz, *Life's Work*, 100 *Colum. L. Rev.* 1881, 1928-1963 (2000)。

(74) 康克清,见前注〔37〕。一些学者特别强调非公有制部门就业歧视的严重性,也很可能受到这种看法影响。

(75) 民间组织调查发现,高达 61.1% 的国企仍然违法将乙肝病毒血清学指标作为入职体检项目。见辛红“央企违规检测多于地方企业”,《法制日报》2011年2月12日,第6版。

(76) 例如,美国各州于 1940 年代出现了最早的反就业歧视专门立法尝试。当时虽倡议建立反歧视专门行政机构,但往往将其权限限制于调解、斡旋等,就是因为人们普遍认为歧视源于观念,最合适的矫正方式是教育而非法律干涉。见 David Freeman Engstrom, *The Lost Origins of American Fair Employment Law: Regulatory Choice and the Making of Modern Civil Rights, 1943-1972*, 63 *Stan. L. Rev.* 1071, 1086 (2011)。

(77) 此即所谓“无意识歧视”(unconscious discrimination)。关于这一心理学发现的法学研究综述,见 Samuel R. Bagenstos, *The Structural Turn and the Limits of Antidiscrimination Law*, 94 *Cal. L. Rev.* 1, 5-10, 17-20 (2006)。

(78) 例如沈岍“反歧视:有知和无知之间的信念选择——从乙肝病毒携带者受教育歧视切入”,《清华法学》2008年第5期。

角度解释乙肝流行病学特征的文件⁽⁷⁹⁾就是明证。

其三 就通过上级行政命令遏制歧视而言,虽然由专业行政机关进行的、个案式的行政执法已成主流,但由综合性行政机关进行的、针对规范的行政命令仍然存在,其作用不可替代。例如 2010 年 2 月 10 日,人力资源和社会保障部与教育部、卫生部联合发文,要求各地进一步明确取消入学、就业体检中的乙肝检测项目,保护乙肝表面抗原携带者隐私权;并命令三门对应的地方机关清理与该文不一致的文件。⁽⁸⁰⁾虽然各地清理工作启动慢于该文要求,但毕竟大部分省份均执行了命令。⁽⁸¹⁾2004 年 7 月 16 日,国家发展和改革委员会等九部门也曾联合发文,要求各地“进一步清理和取消针对农民跨地区就业和进城务工歧视性规定和不合理收费”。⁽⁸²⁾当然,为了执行这些行政命令,还需要建立配套的内部行政归责制度,⁽⁸³⁾这种带有“运动式”色彩的法制发展方式也不宜轻易使用。

五、结 语

综上所述,《劳动法》不仅建立了反就业歧视法调控对象、调控依据和调控手段的制度框架,而且为日后纷繁涌现的反就业歧视规范设定了生成逻辑,从而开辟了反就业歧视法在当代中国的兴起之路。这一结论修正了学界贬低《劳动法》规范价值的通说,将中国反就业歧视法的当代起点前推回 1994 年。循着《劳动法》的指引,本文对目前我国反就业歧视法的主要争论均作出回应,并初步构想了未来发展的方向。一百多年前,托克维尔告诫美国政制的学习者要“少照搬样本,多寻找指针;少照抄细节,多借鉴原理”。⁽⁸⁴⁾今人研习反就业歧视法、继承《劳动法》的遗产,理当取法先贤。

(责任编辑:章永乐)

(79) 例如卫生部“《关于进一步规范入学和就业体检项目维护乙肝表面抗原携带者入学和就业权利的通知》政策解读及热点答疑(2010年2月11日)”,载卫生部官方网站 <http://www.moh.gov.cn/publicfiles/business/htmlfiles/mohjbyfkzj/s3582/201002/45986.htm>,最后访问日期:2011年10月31日。

(80) 见前注〔48〕。

(81) 参见北京益仁平中心“建议人保部、教育部、卫生部督促政策清理工作尽快完成”,载该中心网站 <http://www.yirenping.org/article.asp?id=381>,最后访问日期:2011年10月31日。

(82) 国家发展和改革委员会、财政部、公安部、劳动和社会保障部、农业部、卫生部、教育部、国务院纠风办、国家人口和计划生育委员会《关于进一步清理和取消针对农民跨地区就业和进城务工歧视性规定和不合理收费的通知》(发改价格[2004]1405号)。

(83) 而不仅仅是从外部着眼,寻求政治控制或司法审查。关于三者的关系、特别是内部行政归责的不可替代性,参见 Jerry L. Mashaw, *Bureaucracy, Democracy, and Judicial Review*, in Robert F. Durant (ed.), *The Oxford Handbook Of American Bureaucracy*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 569-589.

(84) Alexis de Tocqueville (au.), Eduardo Nolla (ed.), James T. Schleifer (trans.), *Democracy In America: Historical - Critical Edition Of De La De Mocratie En Ame Rique*, Liberty Fund, Indianapolis, 2010, pp. 1374-1375.