

反就业歧视法的一般理论*

——中美两国的建构与反思

阎 天

内容提要:中国反就业歧视法研究亟需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,中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,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”。

关键词:就业歧视 一般理论 侵权法模式 宪法模式

阎天,北京大学法学院博士后研究人员。

导论:反就业歧视法研究的“元问题”

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《1964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。

* 本文是国家社科基金重大项目“和谐劳动关系协调机制的法律构建研究”(批准号:11&ZD031)的成果。

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,两个层面之间的连结尚很松散,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。

本文就从平等观入手,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

[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地引介。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。

为制度,就可能产生反就业歧视法的“宪法模式”。〔4〕

一 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”(antisubordination 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。

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

〔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, 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 Antisubordination?*, 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 Antisubordination Theory*, pp. 4-5. 该文由阎天翻译,载章剑生主编:《公法研究》(第十三辑),浙江大学出版社2015年版(即出)。

〔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, 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 Antisubordination 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”平等目标,或者所追求的某些正当利益“压倒”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,适用时无需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,而无需引入群体观念,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”基本限于其核心部分——手段与目的的匹配性。一旦越出核心、进入上层建筑,“优点”就会减损乃至消失。比如,工具理性诚然不要求做出价值判断,但是何种目标正当、何种归类可疑、何种权利根本、何种利益有压倒性、何种匹配适度,此类判断都须以价值标准为前提。^[16] 又如,虽然标榜个人主义,最高法院却经常引入群体观念来判断目标正当性和利益优先性;所谓“不可改变性”也无法解释为何种族构成、身高却不构成嫌疑归类——唯有引入黑人群体相对于矮个子群体的特殊性方可理解。^[17]

费斯对反归类原则的第二步批评则变换角度,主张反归类原则无法解释两类重要的法律制度:禁止某些表面无害的归类标准,以及优待黑人。禁止表面无害的归类标准即所

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

[16] Owen M. Fiss, *Groups and the Equal Protection Clause*, 5 *Phil. & Pub. Aff.* 107, 121 (1976).

[17] Owen M. Fiss, *Groups and the Equal Protection Clause*, 5 *Phil. & Pub. Aff.* 107, 123-126 (1976).

谓“差别结果”(disparate impact)学说。在大多数此类案件中,系争行为既可用法律禁止的归类标准来解释,也可用法律许可的归类标准来解释。反归类原则无所适从。为此,最高法院对反归类原则做了三种修补,而费斯指出:这些修补不仅将突破反归类原则的工具理性、减损其吸引力,而且未必能够解决问题。^[18] 修补之一是将涉案的个人权利认定为基本权利,从而收紧匹配程度的要求。然而,反归类原则本身并不包含判断何种权利“基本”的标准。修补之二是引入过去歧视(past discrimination)的概念,主张涉案的归类延续了过去的歧视,从而纳入打击范围。然而,确定过去歧视的存在势必要求大量的事实调查,这会令反归类原则的“客观性”落空。并且,反归类原则也不能解释为何要将法律的关注点从现时移向过往。某些个人即便过去受过歧视,但是歧视者通常并非涉案的用人单位;让用人单位对他人行为承担责任,违背反归类原则的个人主义追求。再者,用人单位完全可以主张涉案的归类能够提高效率,究竟为何要牺牲效率、成全平等,反归类原则也无力解释。^[19] 修补之三则是引入歧视效果(discriminatory effect,又称事实歧视[de facto discrimination])概念,主张不论归类标准如何,只要造成了相当于法律所禁止的归类的结果,就违背平等保护。然而,如此将彻底放弃反归类原则的关注焦点——归类,使得该原则名不副实。

如果说,禁止表面无害的归类标准案件需要对反归类原则做出较大修补,那么,优待黑人的案件则因为广泛涉及价值判断,而与反归类原则尖锐冲突,无法通过修补来调和。^[20] 优待黑人的做法即所谓“纠偏行动”(affirmative action)。根据反归类原则,首先要寻找优待做法的正当目的。而正如费斯所言,能够找到的目的——比如提高黑人的社会地位——几乎都以群体为导向,与反归类原则的个人主义取向不合。^[21] 并且,手段与目标之间几乎肯定会发生严重的匹配不当。为了解释这种不当的合宪性,反归类原则同样可做三种修补。修补之一是引入行政便利(administrative convenience)的概念,主张为了行政便利可以牺牲平等。然而,既然可以为了保护黑人之便而牺牲白人的平等,为什么不能为了保护白人之便而牺牲黑人的平等呢?反归类原则不包含损益权衡的标准,且固守保护的普遍性,无法回答这个问题。^[22] 修补之二是引入污名化(stigmatization)的概念,主张优待黑人的目的是纠正对于黑人身份的普遍污名化,为此可以牺牲平等。这样做不仅

[18] Owen M. Fiss, Groups and the Equal Protection Clause, 5 *Phil. & Pub. Aff.* 107, 143-146 (1976).

[19] Owen M. Fiss, *Another Equality*, in *Issues in Legal Scholarship*, Volume 2, Issue 1 (Aug 2002): The Origins and Fate of Antisubordination Theory, p. 3 & p. 8.

[20] Owen M. Fiss, Groups and the Equal Protection Clause, 5 *Phil. & Pub. Aff.* 107, 129-136 (1976).

[21] 在 *Gutter v. Bollinger* 案中,奥康纳大法官将“呈现多样观点以丰富教育环境”认定为高校录取中纠偏行动的目标。539 U.S. 306 (2003)。费斯的质疑可概括为两点:(1)能够促进观点多样性的不仅有种族的多元,而且包括宗教、经济、政治、地方等方面的多元,那么宗教少数群体之类为何不能要求纠偏行动?(2)多样性这个价值的规范力量很小,何以主张其能够压倒平等价值、支持将匹配标准从嫌疑归类大幅放松到“加高审查(heightened scrutiny)”?两个问题都必须通过引入群体观念和黑人群体的特殊性方可获得解答。Owen M. Fiss, *Another Equality*, in *Issues in Legal Scholarship*, Volume 2, Issue 1 (Aug 2002): The Origins and Fate of Antisubordination Theory, pp. 5-6.

[22] 又如,某些政策将黑色人种视作消极指示物(proxy),与违法犯罪等联系起来(例如“种族分析”[race profiling]);另一些政策则将黑色人种视作积极指示物,与利益的倾斜分配联系起来(例如纠偏行动)。反归类原则无法解释为何前者应被禁止、后者应获许可。Owen M. Fiss, *Another Equality*, in *Issues in Legal Scholarship*, Volume 2, Issue 1 (Aug 2002): The Origins and Fate of Antisubordination Theory, pp. 2-3.

仍然需要权衡损益,而且将法律的关注点从归类转向了后果,无法用反归类原则来解释。修补之三则是主张优待黑人仅为第一步,要允许分步实现各种族待遇的普遍提高。然而,反归类原则既不能解释为何应当准许分步提高,也不能解释为何应当先改善黑人而非其他种族的待遇。优待黑人必然导致对于其他种族成员的不公,反归类原则的根本局限就在于无法证立这种不公符合平等保护。

(四)反屈从原则的证成

针对反归类原则的局限,费斯提出新的原则——反屈从原则。“反屈从原则的总体理念是:歧视等社会实践应受谴责,其原因并不在于手段与目的匹配不当所引发的单项事务的不公,而在于这些做法导致或延续了受拒斥者所在群体的屈从地位”。^[23]反屈从原则在保护对象和禁止行为两方面区别于反归类原则。首先,反屈从原则所保护的是“弱势群体”(disadvantaged group)。弱势群体具有三项特征:一是社会性,既独立于成员个人而存在,其身份和福祉又与成员相互依存(interdependence);二是经济上不仅居于底层,而且状况长期得不到改善,形成屈从地位;三是政治上无权,由于人数有限而无法影响选举,由于财力微弱而无法支撑竞选,由于“分散且孤立”而无法与有权群体结盟。黑人符合所有特征,是最典型的弱势群体和首要保护对象。其次,反屈从原则所禁止的是加重或延续弱势群体屈从地位的行为。虽然“加重”和“延续”的用语暗示了历史维度的存在,但是费斯认为,受歧视的历史并非获得反屈从原则保护的必要条件。无论屈从的现状从何而来,为了维护社会和平、维系共同体团结,以及赋予屈从群体成员充分的发展机会,反屈从原则都要求法律消灭屈从状态。^[24]

与反归类原则相比,反屈从原则从打击归类手段与目标的不匹配转移到反对屈从地位;从个人本位转移到群体本位;从普遍保护转变为偏一保护。更重要的是,反屈从原则放弃了表面上的价值中立,转而挑明价值追求、设定价值位阶、做出价值取舍。费斯提出:屈从地位的消除具有极高的价值位阶,为此做出价值牺牲是正当的。他的论述主要从三方面展开。一是社会整合度的牺牲问题。反屈从原则以群体为本位,短期内会强化群体身份认同、挑战社会的整合度。但是,身份认同的源头是共同的屈从地位,消灭这个源头就将最终弱化身份认同,^[25]加强社会整合。二是其他群体利益的牺牲问题。反屈从原则具有强烈的再分配属性,其优待黑人等做法必然导致利益分布的此消彼长。但是,黑人的处境差于其他任何群体,如果要分步实现福利的普遍上涨,应该从改善境况最差者起步。并且,优待黑人只是在效果上导致其他种族失去机会,这与公然将黑人隔绝在机会之外不可同日而语,并不会造成地位损害。^[26]三是社会整体福利的牺牲问题。在就业领域,反屈从原则要求突破择优用人,这必然导致社会整体生产率的损失。对此,费斯认为,以反

[23] Owen M. Fiss, *Another Equality*, in *Issues in Legal Scholarship*, Volume 2, Issue 1 (Aug 2002): The Origins and Fate of Antisubordination Theory, pp. 3 - 4.

[24] Owen M. Fiss, *Groups and the Equal Protection Clause*, 5 *Phil. & Pub. Aff.* 107, 147 - 155 (1976); Owen M. Fiss, *Another Equality*, in *Issues in Legal Scholarship*, Volume 2, Issue 1 (Aug 2002): The Origins and Fate of Antisubordination Theory, p. 21.

[25] Owen M. Fiss, *Another Equality*, in *Issues in Legal Scholarship*, Volume 2, Issue 1 (Aug 2002): The Origins and Fate of Antisubordination Theory, pp. 19 - 20.

[26] Owen M. Fiss, *Groups and the Equal Protection Clause*, 5 *Phil. & Pub. Aff.* 107, 163 - 164 (1976).

屈从原则为标准,某些所谓社会整体福利其实并不正当。比如,将某个人群排除出劳动力市场,当然有助于缓解就业机会的稀缺性,有利于其他人群,但这种利益不为法律所承认。即便是正当的整体福利,也会被消灭屈从地位的目标所压倒。^[27]

尽管反归类原则与反屈从原则差异巨大,但是费斯认为,二者并非完全互斥,而是可以根据一定规则共存。他将反歧视法的制度分成三个顺位。第一顺位是禁止公然排斥黑人,无论根据反归类原则或反屈从原则均可证立,不存在取舍问题。第二顺位是禁止某些表面无害的归类标准。反归类原则必须做出较大修补方可证立这一制度,适用反屈从原则更佳。第三顺位是优待黑人,这与反归类原则冲突尖锐,应适用反屈从原则。^[28] 费斯将反歧视法的各项制度视作一个连续的光谱:伴随顺位的下降,反归类原则的适用性呈递减态势,而对于反屈从原则的需求则愈加强烈。

二 从侵权法模式到宪法模式:中国探索

费斯学说对中国的启示是多方面的。正如下文所示,中国反就业歧视法的诸多具体制度及论证,都可以在费斯学说中找到参照物。这既反映了各国职场歧视病理的相通之处,也折射出我国改革中的“法律移植”逻辑。但是,中美国情不同,完全照搬照抄无异于削足适履。比如,中国没有美式司法审查制度,最高人民法院并非阐释宪法平等价值的首要权威;中国没有美式种族歧视问题,黑人长期遭受的、深入法律细部和社会骨髓的歧视并非法律打击的对象。这就注定了美国法律的很多东西中国学不了,也不该学。中美两国反就业歧视法的可比之处,并不在于某些制度或理论片段,而在于一般理论。

制度多变,理论常新。观察者与其勉力追赶,毋宁动中取静,寻找共通的、恒定的规律作为抓手。一般理论就是这个抓手。首先,美国经验表明了一般理论对于反就业歧视法的重要意义。费斯展示了一般理论对于繁杂的法律实践的解释力,而且呈现出理念与制度之间的张力。十年来,中国的实践从稀缺到纷杂,制度从单纯到复合,理念从一统到分殊。“乱花渐欲迷人眼”,片段式的研究已无法统摄全局,一般理论的探索呼之欲出。其次,美国研究展示了反就业歧视法一般理论的结构和论证方法。费斯构造了反就业歧视法研究的纵深结构:“元问题”是一般理论,一般理论的关键是平等就业的意涵,平等观的根本分歧在于价值冲突。为了逐步抵达问题的核心,费斯采取了四步论证法:首先概括主流理论——反归类原则,之后提出主流理论的一些局部的、非致命缺陷,再后指明其总体的致命缺陷并做超越,最后反思超越的产物——反屈从原则。^[29]

一般理论的纵深结构与论证方法——而非具体观点——才是费斯学说的精髓,也是中美两国反就业歧视法的可比之处,更是两国学术和实践对话的公共平台。本文探索中

[27] Owen M. Fiss, *Groups and the Equal Protection Clause*, 5 *Phil. & Pub. Aff.* 107, 165-166 (1976).

[28] Owen M. Fiss, *Groups and the Equal Protection Clause*, 5 *Phil. & Pub. Aff.* 107, 170-172 (1976).

[29] 虽然费斯对于批判法学的主要观点并不苟同,但是类似的论证方式俨然已成为批判法学的通法:“综合出正统观点——局部批判——整体批判并超越——对批判的批判”。Robert W. Gordon, *Critical Legal Histories*, 36 *Stan. L. Rev.* 57, 58 n.3 (1984). 可见,论证方法并不与特定观点相联接,而可为立场不一的论者所采纳。

国反就业歧视法的一般理论,不仅认同费斯对于纵深结构的判断,而且运用类似的论证方法:首先将我国反就业歧视法的主流概括为“侵权法模式”,之后分析其在乙肝病原携带者维权中的局限,再后揭示该模式对于维护妇女等群体平等权利的根本不足,提出新的平等观,最后讨论新平等观落实为制度、建立“宪法模式”的可能性。

(一)侵权法模式的生成

自1980年代中期起,经过《劳动法》与《就业促进法》两大里程碑,中国反就业歧视法形成了侵权法模式。在理念上,侵权法模式以用人绩效为单一价值追求,藉此提高用人单位和整个经济体的生产率。在制度上,侵权法模式以用人单位的主观状况为关注核心,要求“净化”人事决策过程,由此形成五大制度特征:一是倚重诉讼而非监察手段;二是主攻民事而非行政争议;三是认为歧视引发的是侵权之债而非其他类型之债;四是同时主张平等就业权和隐私利益保护;五是突出精神损害而非经济损失赔偿,以人格权而非财产权纠纷立案。个人主义贯穿了理念和制度,成为侵权法模式的哲学基础。

1.《劳动法》与侵权法模式的奠定

《劳动法》第一次规定了平等就业权,是当代中国反就业歧视法的正源。^[30]“平等”乃“歧视”的对称。《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”。根据立法者的解释,该条的意义是:“每个劳动者在劳动力市场的求职竞争中具有同等的权利,站在同一起跑线上,享受同等的机会,也就是平等竞争”。^[31]可见,就业的平等是指竞争机会的平等,平等竞争就是将法律所禁止的因素从人事决策中排除出去。

那么,以机会平等为内容的平等就业,其价值追求何在?原劳动部认为:平等就业是为了择优。^[32]而这一观点的依据则是《劳动法》立法的指导思想之一:“效率优先,兼顾公平”。虽然这一思想直到《劳动法》出台前夕才获得中央采纳,^[33]但其根源可追溯到1986年发表的《效率优先、兼顾公平——通向繁荣的权衡》一文。^[34]文章提出两种平等观,将“效率”对应到机会均等,将“公平”对应到结果均等。对结果均等的追求暴露出了重大不足:一方面,为了实现公平,不得不将分配权集中于国家,限制了劳动者和用人单位的自由,阻碍了劳动力资源通过市场的配置;另一方面,结果均等违背按劳分配,挫伤了劳动者的积极性。合二为一,结果均等的要害就在于降低经济效率。作者主张树立保障效率的新平等观:“社会主义平等观的实质——机会均等本身就是一条效率原则”。不过,作者并不主张全盘舍弃公平,而是尝试以责任分配的方式来界定效率与公平、机会均等与

[30] 《劳动法》第3条。阎天:《重思中国反就业歧视法的当代兴起》,《中外法学》2012年第3期,第560页。

[31] 全国人大常委会法制工作委员会国家法行政法室、中华人民共和国劳动部政策法规司、中华全国总工会法律工作部编著:《〈中华人民共和国劳动法〉释义》,中国工人出版社1994年版,第37页。

[32] 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1986年颁行的《国营企业招用工人暂行规定》作为《劳动法》第12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”。可见,原劳动部认为“择优录用”与歧视相对,而与平等相符。

[33] 《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1993年11月14日通过,第2节、第23节。《决定》是《劳动法》立法的直接依据。

[34] 周为民、卢中原:《效率优先、兼顾公平——通向繁荣的权衡》,《经济研究》1986年第2期,第30页。

结果均等的关系:公平由国家来实现,而企业只负责提高效率,并不承担实现公平的成本。

“效率优先、兼顾公平”在两种平等观——机会均等与结果均等——之间做出了抉择。《劳动法》基本接受了这个抉择,一方面将用人单位的责任限定在保障平等竞争、择优用人,另一方面规定由国家建立社会保障制度。《劳动法》评价人事决策的依据,是选人标准与目标——经济绩效——之间的匹配性,这与费斯笔下的反归类原则并无二致。但是,对于妇女问题,《劳动法》又突破了“效率优先、兼顾公平”。其一,《劳动法》在禁止性别歧视之外,专门规定不得歧视妇女;其二,《劳动法》规定了包括产假、职业禁忌在内的女职工的特殊保护;其三,《劳动法》在规定由国家兴办生育保险之外,又将女职工特殊保护的诸多责任赋予用人单位。为什么《劳动法》要打破对各性别的普遍保护?为什么要允许牺牲一些效率?为什么让企业分担实现公平的责任?立法者的回答是:因为女性有特殊的生理困难。^[35]然而,有生理困难的劳动者何其多!女性究竟“特殊”在何处,配得上法律优待?在机会均等的平等观之内,问题无解。

尽管存在无解之题,但在《劳动法》颁布后的十余年间,以用人绩效为追求的平等观并未遇到重大挑战,成为了中国反就业歧视法的主流平等观。《劳动法》并未完成这一平等观的制度化。就业歧视行为长期不可仲裁、不可诉讼,也不在劳动监察范围之内。制度的生长、理念与制度的结合,有待《就业促进法》实现。

2.《就业促进法》与侵权法模式的生成

《就业促进法》赋予就业歧视的受害者以诉权,这是侵权法模式下制度的关键——全部制度特征可以概括为“以精神损害赔偿为主要诉求的人格侵权民事诉讼”。在很大程度上,这一制度体系是乙肝平权运动与政府法制改革之间持续互动的产物。^[36]乙肝病原携带者的行动策略和话语建构,不仅影响了制度设计,而且影响了执法机关对制度的理解。

(1)平等理念的确立。自1990年代末期起,乙肝病原携带者通过虚拟结社等手段,逐步建立起身份的共同体——“乙人”。2003年,乙人中的积极分子借公共事件发起平权运动,要求修改公务员招录体检中的歧视性标准。他们的主张有二:一是携带者并不具有传染性,不会威胁公共卫生;二是携带者身体机能无损,不会影响工作。合二为一,是否携带乙肝病原与正当的目标——公共卫生和用人绩效——之间并无关联,因此乙肝不应成为人事决策的考虑因素,这就是乙人诉求的平等。用人绩效仍然是乙人平等的价值旨趣,行动者试图附和《劳动法》所奠定的主流平等观。

其实,乙肝病原携带者虽可能长期不发病,但仍有可能在任内转为肝炎病人;一旦发病,不仅传染性剧增,且症状将会影响履职,导致用人单位承担批准病假、调整岗位、另聘他人等风险成本。然而,行动者刻意隐去了这些影响效率的因素。他们不要求照顾和迁就,只要求择优录用的机会。这当然是为了尽量弱化诉求的再分配属性,争取健康人群的

[35] 全国人大常委会法制工作委员会国家法行政法室、中华人民共和国劳动部政策法规司、中华全国总工会法律工作部编著:《〈中华人民共和国劳动法〉释义》,中国工人出版社1994年版,第39、40页。

[36] 对这一互动的详细描述和讨论,见 Tian Yan, *China's Responsive Legal Reform: The Case of Employment Discrimination Law*, J. S. D. Dissertation, New Haven: Yale Law School, June, 2014。以下除非另行注明,讨论有关事实皆以该文为依据。

支持。同时也与行动者的骨干多毕业于法学院或从事律师工作有关:他们受到法学界流行的机会平等观念影响,且自身专业背景较强,有能力通过平等竞争获得工作。

(2)制度改造的进展。理念一经确立,乙肝平权运动就进入制度改造阶段。法律作为乙肝歧视的最大源头,首当其冲地成为改造对象。随着《传染病法》的修订,《公务员录用体检通用标准(试行)》、《就业促进法》和《就业服务和就业管理规定》相继颁行,以及一系列行政规范性文件^[37]的发布,法律本身的改造基本告竣。平权运动的重心移向法律实施。个案执法有两大途径:劳动监察和劳动诉讼。而诉讼成为行动者所倚赖的主要途径,有实体和程序的原因。在实体上,劳动监察部门缺乏释法权限,无力对法律规定不清的歧视概念加以建构;劳动监察仅适用于劳动关系,无力管辖公共部门的就业歧视;劳动监察部门也无权就损害赔偿诉求做出裁决。而在程序上,劳动监察中法律专业人士发挥作用的空间较小,支持平权的律师和学者无用武之地;劳动监察的持续性、阶段性均不及诉讼,不利于行动者配合案情宣传理念、制造社会影响。此外,劳动监察部门对就业歧视问题的高度审慎,以及美国将私人诉讼用作首要执法工具的做法,也对劳动诉讼独大局面的形成起到了作用。

反就业歧视诉讼有行政和民事二途。与民事诉讼相比,行政诉讼中的法院受制更多:法院缺乏受理就业歧视纠纷的法律依据,又不愿轻易开罪行政机关,导致立案难。即便受理,政府的歧视行为往往也有文件作依据。法院无权审查行政规章以上文件的合法性;虽然有权拒绝适用规章及以下文件,通常也因顾虑与行政机关的关系而作罢。即便法院认定了歧视,由于《国家赔偿法》没有明文规定,法院对于判决赔偿极其谨慎。民事诉讼遂成为反就业歧视诉讼的主要类型。

要提起民事诉讼,就必须将用人单位与受歧视的劳动者之间的关系塑造为某种债的关系。合同之债、缔约过失和侵权之债都曾列入选项,而侵权之债最终成为主流。与侵权之债相比,其他选项各有缺陷。就合同之债特别是违约之债而言,精神损害赔偿并不适用。^[38]并且,违约责任以劳动合同的成立和生效为前提,无法涵盖求职阶段的歧视。就缔约过失责任而言,虽然北京、深圳均有判决援用缔约过失框架,且影响颇大,^[39]但是劳动立法终究并未一般性地建立劳动缔约过失责任制度,两地判决的法律依据成疑。况且,缔约过失责任的赔偿范围通常只及于信赖利益和经济损失,不包含履行利益和精神损害。^[40]更严

[37] 主要有:原劳动和社会保障部《关于维护乙肝表面抗原携带者就业权利的意见》(劳社部发[2007]16号);人力资源和社会保障部、教育部、原卫生部《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);原卫生部办公厅《关于加强乙肝项目检测 ze 管理工作的通知》(卫办医政发[2010]38号);人力资源和社会保障部、教育部、原卫生部《关于切实贯彻就业体检中乙肝项目检测规定的通知》(人社部发[2011]25号);原卫生部办公厅《关于进一步规范乙肝项目检测的通知》(卫办政法发[2011]14号),等等。

[38] 虽然学界较多支持将精神损害纳入违约责任范围,但是最高人民法院的否定态度并未松动。参见韩世远著:《合同法总论》(第3版),法律出版社2011年版,第616-621页。

[39] 俞里江:《劳动者在乙肝歧视案中的利益保护》,《人民司法》2008年第24期,第61页;汪洪:《用人单位招工歧视乙肝病毒携带者的责任认定——深圳中院判决肖春辉诉环胜公司劳动争议纠纷案》,《人民法院报》2010年11月4日第6版。

[40] 关于缔约过失不赔偿履行利益,参见王泽鉴著:《债法原理》(第二版),北京大学出版社2013年版,第246-247页。关于缔约过失不赔偿精神损害,参见李宝军:《非财产损害赔偿与缔约过失责任》,《当代法学》2003年第3期,第131页。

重的是,假如用人单位在招录启事中就公然宣称“不招乙肝病原携带者”等,则应聘者无从信赖劳动合同将会建立,不可主张损害赔偿,而公然的歧视恰恰应是法律打击的重点。如此一来,法律构成要件较为清晰、损害赔偿范围较为广泛的侵权之债就成为上佳之选。^[41]“侵权法模式”轮廓渐显。

(3)理念与制度之间。但是,侵权之债之所以广获采纳,根本原因在于它契合了以用人绩效为价值追求的平等观。舍此则即便具备前文谈及的优势,也不可能获得主导地位。正如反归类原则那样,中国的主流平等观要求“净化”人事决策,关注决策者的主观状态。而侵权之债的过错责任原则提供了评价主观状态的基础。相比之下,违约责任一般属于无过错责任,不评价主观状态。缔约过失责任虽然属于过错责任,但是过错内容仅限于缺乏通过磋商达成合意的意愿,^[42]这与大多数就业歧视案件不符。唯有侵权之债下的过错、过错推定和无过错责任形成完整序列,为法院认定歧视的主观状态提供了充分空间。

侵犯平等就业权之债是对人事决策的事后评价,不免“缓不济急”。与其事后否定,不如事前阻止非法因素进入决策。为此,实务上将乙肝病原携带者的健康信息当作隐私,纳入名誉侵权的保护范围。^[43]正因为名誉权的人格属性,乙肝歧视纠纷的原告多以精神损害赔偿为主要诉求,^[44]法院也多以人格侵权方面的案由立案。^[45]而经济损失的赔偿除缔约成本外,尚缺乏法定标准,获得支持的机会不大、程度不高,故非原告主张的重点。^[46]

主流平等观对于人事决策主观状况的高度关注,同样决定了劳动监察和行政诉讼不可能成为平权运动所倚重的制度。主观状况往往需要通过原被告的多回合对抗来逐步查明,而监察执法缺乏展开对抗的结构条件,更适合于调查客观而非主观的情况。事实上,《劳动保障监察条例》所列举的、应当承担法律责任的情形,其归责基础均为行为或后果的违法性,至于行为人的主观状况则在所不问。类似地,就行政诉讼而言,由于要求招录机关重做行政行为、录用原告缺乏现实条件(职缺已被递补考生占据),原告一般只能主张国家赔偿。而国家赔偿遵循违法归责原则,同样不评价侵权人的主观状态。^[47]与之类

[41] 笔者掌握判决书的28宗反就业歧视案例中,有23宗以侵权类案由立案。

[42] 韩世远著:《合同法总论》(第3版),法律出版社2011年版,第125-127页。至于可否根据诚实信用原则扩张缔约过失所涵盖的过错内容,实务和学理上尚有争议。

[43] 隐私利益被当作名誉权的内容,始自《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》第140条。原劳动和社会保障部2007年即发文提出保护乙肝病原携带者的隐私权。2010年,人力资源和社会保障部等三部门发出通知,要求乙肝检测必须由受检者提出方可进行。2010年、2011年,原卫生部办公厅连续发文,禁止入职体检时检测乙肝,受检者要求检验的权利被限定于在职体检。

[44] 笔者掌握判决书的28宗案例中,全部提出了精神损害赔偿诉求。18宗案件的法院认定了侵权存在,其中有15宗都判决了精神损害赔偿,获赔率达到83%。

[45] 笔者掌握判决书的23宗以侵权类案由立案的案例中,有15宗以人格权或隐私类案由立案,有7宗为兼顾精神损害和经济损失赔偿诉求而以就业权或更宽泛的侵权类案由立案,仅有1宗以财产权纠纷立案。

[46] 笔者掌握判决书的28宗案例中,9宗的原告提出了缔约成本的赔偿诉求并均获支持。22宗的原告要求赔偿履行利益或消极损害,其中14宗由于法院认定侵权不成立、应先由劳动仲裁管辖等原因而未获支持;获得支持的有8宗(获赔率仅36%),其中只有6宗提及损失的计算方法,且观点各异、尚无定论。

[47] 参见杨小君:《国家赔偿的归责原则与归责标准》,《法学研究》2003年第2期,第113页。

似的是:美国最高法院对于国家歧视行为的归责,早先也并不以过错为条件。^[48]

总之,中国反就业歧视法的发展,贯穿了以用人绩效为追求的主流平等观。影响法制发展的因素很多,而主流平等观是唯一对五大制度特征都发挥重大塑造作用的因素。理念与制度的结合催生了“侵权法模式”,而个人主义则成为哲学基础。^[49]虽然平权运动的行动者宣称为本群体代言,但是他们所要求的并非整个群体地位的提升。至少,他们并不要求群体各成员的地位同步提高,而是希望遵循绩效原则,能者先就业、先提高地位。行动者的言不由衷,无疑构成巨大的讽刺,也预示着侵权法模式下平等观的危机。

(二)侵权法模式的危机

侵权法模式的危机,首先从乙肝歧视案件显现,到性别歧视之争中则暴露无余。从表面上看,危机发生在制度层面:法院不接受以间接证据证明歧视,不承认劳动者有权在健康方面做出虚假陈述,也不支持大额精神损害赔偿请求;男女同龄退休的修法尝试接连受挫,大幅延长产假的动议引发争执,反性骚扰的法定义务遭到用人单位抵制,等等。然而,制度危机的根源在于理念。侵权法模式秉持主流平等观,固守用人绩效为单一价值追求,无法论证为了用人绩效而牺牲其他价值,更无法论证为了其他价值而牺牲用人绩效。

1. 乙肝歧视案件的难题

(1)法院只接受以直接证据证明歧视。“证明难”一直是就业歧视诉讼的首要障碍。压倒多数的法院要求提供用人单位过错的直接证据,尤其是歧视性言词的记录,^[50]而这对原告来说越发困难。用人单位往往并不暴露自己知晓原告携带乙肝,或者不承认考虑过乙肝因素。有鉴于此,学界要求改造证据规则,允许单纯以间接证据证明歧视,并适时转移证成责任。原告只需以间接证据满足初步证明要求,证成责任就转移给被告;被告如果不能提出人事决策的正当理由,就要承担败诉风险。^[51]这与美国差别对待(disparate treatment)歧视的证明方式非常接近。^[52]然而,只有少数法院接受了学界意见。^[53]原因何在?学者的主张看似只涉及证据类型和举证责任,实质上却改变了证明对象,将过错水平从故意降低为过失。在以直接证据证明歧视的案件来说,用人单位过错的性质显然是故意。而在学者的方案中,法律不再禁止歧视的故意,而是要求用人单位在做出涉及乙肝病原携带者的人事决策时,提高注意水平:从通常无需顾虑决策理由是否正当,提升到必

[48] 最高法院的主要理由包括:尊重立法和行政机关,避免扣“歧视者”帽子;取证困难;即便认定存在主观的歧视,立法和行政机关完全可以换个非歧视的理由重做行为,使得司法审查沦为无用。Daniel A. Farber, William N. Eskridge, Jr. & Philip P. Frickey, *Cases and Materials on Constitutional Law: Themes for the Constitution's Third Century* (4th ed.), St. Paul: West, 2009, pp. 210-211.

[49] 《侵权责任法》的立法者明确指出:“过错责任原则的理论基础,是个人主义哲学。”全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会编:《中华人民共和国侵权责任法释义》(第二版),法律出版社2013年版,第43页。

[50] 笔者掌握判决书的28宗案例中,除1宗未提歧视的证明问题以外,剩余27宗中,有7宗通过用人单位当庭承认来认定歧视存在,14宗通过劳动者提交用人单位具有歧视性的言词证据来认定。只有6宗完全不涉及直接证据。

[51] 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46条,载蔡定剑、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,第19-20页。

[52] 参见Steven J. Kaminschne,《差别对待歧视理论:重述的必要》,载阎天编译:《反就业歧视法国际前沿读本》,北京大学出版社2009年版,第45页。

[53] 典型者如俞里江:《劳动者在乙肝歧视案中的利益保护》,《人民司法》2008年第24期,第61页。

须有正当理由。^[54] 违反注意义务就构成过失。^[55] 学界方案将故意歧视改为过错歧视,不仅改程序,而且改实体。这需要从价值上论证:用人绩效何以如此重要,以致要求新建过失歧视制度来进一步限制用人自主权? 主流平等观无法提供用人绩效与用人自主两个价值的权衡标准。一旦引入价值权衡,就会如同美国的反归类原则那样,越出工具主义的内核,属于“上层建筑”了。

(2)就乙肝问题所做的不实陈述被认定为欺诈。——乙肝病原携带者求职时,往往遭遇用人单位询问健康状况。例如,是否携带乙肝病毒,是“大三阳”还是“小三阳”等。《劳动合同法》将如实说明内容限于“与劳动合同直接相关的基本情况”,而“与劳动合同直接相关”就是与履职能力相关。是否携带乙肝无关履职能力,不仅不在说明义务之内,而且为了防止求职者携带乙肝这一信息进入人事决策过程,还需将其作为隐私保护起来。^[56] 据此,劳动者享有拒绝告知的权利。这与追求用人绩效的主流平等观一致。但是,“不说”的权利不等于“说假话”的权利。劳动者如果并不拒绝回答,而是告知虚假信息,为何不构成欺诈,使得用人单位在违背真实意思的情况下签约,从而导致劳动合同无效?^[57]

对这个问题有三种解释。第一种解释是:构成欺诈的要件之一是隐瞒或不实陈述内容与履职能力相关。虚假陈述只要不涉及履职能力,就不构成欺诈。^[58] 然而,这种观点假定:用人单位决策是否聘用某人,只考虑履职能力。事实上,履职能力以外的因素当然也会影响决策。只要这些因素并不被法律所禁止,就是正当的。比如,在若干履职能力相当的求职者中,某人谎称系用人单位领导同乡,于是获得聘用。按照法官的逻辑,由于籍贯与履职能力无关,一旦谎言被揭穿,用人单位不能以欺诈为由主张劳动合同无效。这显然是荒谬的。第二种解释是:构成欺诈的另一要件是违背用人单位的真实意思。用人单位发问的目的在于排斥乙肝病原携带者,其真实意思具有歧视性,不受法律保护。然而,法律在认定欺诈时,并不评价真意本身是否合法,只关心真意是否遭到违背。打击歧视故意自有法定途径,不应以非法打击另一非法。只有最后一种解释可以说得通:如果劳动者拒绝告知携带乙肝病原的情况,则用人单位几乎可立即推断拒绝是为了掩饰,乙肝因素也几乎肯定会进入人事决策,导致歧视。这与整个隐私保护的思路一致。然而,为了实现用人绩效、保护乙肝隐私,为什么可以、甚至必须违反《劳动法》第26条的文义,牺牲用人单位根据真实意思缔约的用人自主权? 主流平等观再次面临挑战:在追求用人绩效之外,如

[54] 美国学者对差别对待和差别结果歧视中被告法律义务的实质做出了相同解读。Richard Thompson Ford, *Bias in the Air: Rethinking Employment Discrimination Law*, 66 *Stan. L. Rev.* 1381, 1396-1403 (2014). 有人据此提出“过失歧视”的概念。David Benjamin Oppenheimer, *Negligent Discrimination*, 141 *U. Pa. L. Rev.* 899 (1993).

[55] 此系《侵权责任法》立法者观点。并且,我国法律上也有提高特定情况下注意义务的先例。全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会编:《中华人民共和国侵权责任法释义》(第二版),法律出版社2013年版,第46-47页。

[56] 立法者即认为,《劳动合同法》第8条“主要是为了防止用人单位侵害劳动者的隐私权”。全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会编:《中华人民共和国劳动合同法释义》(第2版),法律出版社2013年版,第29页。

[57] 《劳动合同法》第26条:“下列劳动合同无效或者部分无效:(一)以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危,使对方在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的;……”

[58] 牛元元(北京市朝阳区人民法院):《法律辩弈:职场隐婚VS就业歧视——北京朝阳法院判决志荣维拓公司诉徐娜娜劳动争议案》,《人民法院报》2014年5月1日第6版。

何确定各价值的位阶?

(3) 获得支持的精神损害赔偿金额偏小。精神损害赔偿是就业歧视案件原告的主要诉求。但是,法院判赔的金额通常只占诉求数目的很小比例,一般仅数千元。^[59] 原因在于,法院认为乙肝歧视所造成的精神损害并不严重。^[60] 有的法院将受歧视者的再就业当做判断精神损害程度的重要因素:因为歧视而求职受挫后,如果找到其他工作,并且另找工作所费时间不多,则精神损害并不严重。也就是说,精神损害源于怀才不遇的事实,而非导致怀才不遇的歧视。这符合主流平等观:法律所救济的精神损害的成因仅限于没有按照自身绩效获得评价。

为了获得更多精神损害赔偿,必须确定损害的严重性。原告大多求助于医学,希望将精神损害诊断为精神病变。但是,达到病变程度的案例很少,而未病变的事实反过来被用人单位当做损害不严重的证据。唯一的出路在于:论证精神损害与歧视之间存在特殊关联,歧视受害者遭受了其他怀才不遇者所不曾遭受的损害。普通怀才不遇者即便偶遇挫折,只要另寻开明单位,或者提高个人绩效竞争力,总能够摆脱困境。而乙肝歧视的受害者却不能。由于乙肝歧视普遍存在,即便另寻工作,也很可能再度遭遇歧视;由于乙肝并不能治愈,受害者也无法通过改变自身条件来避免歧视。于是,乙肝歧视的受害者近乎绝望,这与普通怀才不遇者“偶尔的痛苦和不高兴”^[61]不可同日而语。任何一次歧视都会催生和加重这种绝望,歧视者因此应付出更多赔偿。这一观点与美国法上的“过去歧视”理论异曲同工。然而,上述论证突破了以用人绩效为价值追求的平等观:其一,主流平等观在决定精神损害时只考虑是否怀才不遇,并不考虑造成怀才不遇的歧视。其二,绝望情绪并非全由某一单位造成,而是社会环境及负面体验累积的产物。让某一单位承担先前歧视者乃至整个社会的行为后果,违背了自己责任原则,突破了主流平等观的哲学基础——个人主义。至此,主流平等观在乙肝歧视案件中的危机已充分暴露。

2. 保护群体转换的困境

妇女、残疾人、同性恋者、艾滋病毒携带者等许多其他社会群体,仿效乙肝平权运动,倡导法律改革。他们都在一定程度上接受了以用人绩效为价值追求的平等观。乙肝歧视案件的难题大多源于为了用人绩效而牺牲其他价值,而新群体所抛出的价值危机要尖锐得多:他们要求为了其他价值而牺牲用人绩效。价值危机集中反映在方兴未艾的妇女平权运动之上。

(1) 退休年龄歧视之争。我国确立了强制退休制度,规定男性 60 岁退休,女干部 55 岁退休,女工人 50 岁退休。改革开放以后,国家允许处级以上女干部和女性专业技术人员将退休年龄延长到 60 岁,但是大部分用人单位仍然强制女干部在 55 岁退休。^[62] 学界

[59] 笔者掌握判决书的 28 宗案例中,有 15 宗判决了精神损害赔偿,总金额 8.8 万元,仅占诉求金额的 14% 左右,平均每宗案件获赔不足六千元。

[60] 损害的严重性是精神损害赔偿的必要条件。《侵权责任法》第 22 条、《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第 8 条。有的法院认为,由于损害轻微,判决赔礼道歉即足以弥补。

[61] 全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会编:《中华人民共和国侵权责任法释义》(第二版),法律出版社 2013 年版,第 123 页。

[62] 参见退休年龄问题研究课题组:《退休年龄问题研究报告》,载刘小楠主编:《反就业歧视的策略与方法》,法律出版社 2011 年版,第 317 页。以下除非另行注明,引用有关事实及学界观点均源于此文。

普遍认为,男女不同龄退休构成性别歧视,并将男女同龄退休的正当性建立在用人绩效之上:女性年过半百之后,婚育和家庭负担减轻,工作经验丰富,工作能力更强;如果强制退休,不但剥夺了女性根据自身能力就业的机会,而且阻止了用人单位录用高绩效的女性员工。问题在于:工作能力因人而异,“一刀切”地断言55岁以上的女干部能力强,会让绩效判断失准,也违背了个人主义的取向。为此,一些地方将最迟退休年龄的决定权部分还给劳资自治:女干部满55周岁、女工人满50周岁后,经过协商,既可以延长到60岁退休,也可以立即退休。

然而,女性的最迟退休年龄既然已经统一,最低退休年龄为什么仍要区分女干部和女工人?干部与工人之别,是基于身份而非绩效,为什么不构成歧视?与女干部大多从事脑力劳动相比,女工人主要从事体力劳动。这种劳动对劳动者身体损耗较大,导致女工人的劳动绩效到一定年龄后即呈下降趋势,年龄较大的女工人很容易失去与年轻人竞争的能力。可见,要求女工人比女干部提前退出职场符合绩效考量,并不构成歧视。然而,既然最迟退休年龄可以具体分析,那么最低退休年龄为什么仍要“一刀切”?国家和地方在这一问题上从未退让,其原因可用美国法上的“行政便利”来解释:如果允许劳资协商确定最低退休年龄,会给国家行使养老保险征管、社会救助等职能带来诸多不便,产生成本。但是,为什么可以为了降低行政成本而牺牲用人绩效?主流平等观无法解释。

(2)生育成本分担之争。妇女生育会影响工作能力。根据“效率优先,兼顾公平”的原则,企业人事决策应当只考虑用人绩效;生育成本应当由政府承担,生育保险制度即为一策。最近更有论者建议将产假延长为3年,期间由社会保险基金支付生育津贴。^[63]女员工怀孕、生育、哺乳期间均不在岗,用人单位无需依《女职工劳动保护特别规定》提供减轻劳动量、调换合适岗位、安排休息、设置育婴室等便利,而这些便利所带来的用人成本与用人绩效是矛盾的。因此,这一方案减轻了女性劳动者工作能力的劣势,顺应了用人单位的绩效追求。然而,即便生育保险能够均摊部分成本,只要女员工休产假,用人单位就需找人替工,付出招聘或调岗成本;产假期满后复职,用人单位又需安置替工者。用人单位为什么无权以拒招或解聘女工来规避这些成本?问题的关键仍然在于:为什么可以为了女职工生育而牺牲用人绩效、违背主流平等观?

(3)职场性骚扰之争。通说认为,性骚扰是性别歧视的一种。《女职工劳动保护特别规定》规定了用人单位预防和制止性骚扰的义务。性骚扰系男员工所为,为何要求用人单位承担注意义务?^[64]诚然,男员工实施性骚扰,可能使得被骚扰者情绪低落、工作能力下降。纯为绩效考虑,用人单位也应遏制性骚扰。然而如此一来,追究单位责任就须以被骚扰者绩效下降为要件。这不仅很难证明,而且分明将女员工视作纯粹的工作机器。为此,学者将视角从加害人转向受害人,^[65]主张性骚扰与侮辱、猥亵、强奸妇女等行为一样,

[63] 邹乐:《人大代表建议产假延长至3年》,《北京晨报》2014年8月11日第A12版。

[64] 不履行这种注意义务就构成组织过失,用人单位可能因此承担法律责任。参见班天可:《雇主责任的归责原则与劳动者解放》,《法学研究》2012年第3期,第105页。

[65] 美国反歧视法上亦有从“延续歧视者的视角”到“受害人视角”的转变。Alan David Freeman, *Legitimizing Racial Discrimination through Anti-discrimination Law: A Critical Review of Supreme Court Doctrine*, 62 *Minn. L. Rev.* 1049, 1052-1057 (1978).

都损害了妇女的人格,应受到制裁。这已经超出了“只问绩效,不顾人格”的主流平等观。并且,强奸入罪,侮辱猥亵也至少可以治安处分;而性骚扰并非犯罪,通常也不可治安处分,推论便是性骚扰对人格法益的损害最轻。这会给受害人寻求精神损害赔偿带来困难:性骚扰所致精神损害的赔偿应低于侮辱猥亵的赔偿。对此,受害人可以主张:虽然侮辱猥亵所造成的一次性精神损害更大,但毕竟不常发生,受害人总有事过境迁、甩掉思想包袱的机会。而性骚扰行为正如乙肝歧视一样,几乎是一种遍在。^[66]每一次性骚扰都会提醒受害人无处可逃,这种绝望情绪是侮辱猥亵的受害者很少会有的。然而,这一观点让用人单位承担先前骚扰者乃至整个社会的行为后果,进一步突破了主流平等观。

综上所述,侵权法模式的所有危机——无法论证为了用人绩效而牺牲其他价值,也无法论证为了其他价值而牺牲用人绩效——都迫切需要引入新原则,建立价值权衡标准,而这恰恰是追求单一价值的主流平等观所无法实现的。

(三)走向宪法模式?

侵权法模式的危机,关键在于主流平等观只追求用人绩效,无法处理用人绩效与其他价值的冲突。这与美国反归类原则的缺陷是一致的。反归类原则在表面上只讲求工具理性,并不亮明价值取向,而费斯鞭辟入里地指出了工具理性所力图掩饰的价值矛盾。掩盖是徒劳的,只会削弱法律对于价值矛盾的调节能力,减损法律的权威。从1930年代的法律现实主义者批评法律形式主义,^[67]直到批判法学和当代自由派法学家批评法律过程学派,^[68]这一观点可谓一以贯之。

费斯认为,克服反归类原则的缺陷必须具备两个条件:一是树立新的平等观,二是让新的平等观成为中介原则、也即主流的宪法解释,并落实宪法。对于中国而言,解脱侵权法模式的危机,需要树立以改善弱势群体地位为价值追求的新平等观。对于牺牲其他价值、保证用人绩效的情形,新平等观能够论证牺牲的正当性,加固主流平等观;而对于牺牲用人绩效,保证其他价值的情形,新平等观同样能够论证牺牲的正当性,克减主流平等观。群体的弱势属性越强,为改善其弱势地位而牺牲用人绩效的程度就越深,新平等观对于主流平等观的克减就越重。

费斯展现了新平等观经由宪法实现制度化的诱人前景。新平等观的宪法化,既需要在我国现行宪法中寻得依据,又需要说服行宪机关、启动行宪机制。我国宪法文本和实践提供了建立反就业歧视法宪法模式的可能。

1. 新平等观的理念与制度

为了克服侵权法模式的危机,中国反就业歧视法应当从反思主流平等观入手,参考反屈从原则,建立以改善弱势群体地位为价值导向的新平等观。“弱势群体”的概念与费斯

[66] 何瑞琪、穗妇宣:《九成女大学生身边有过性骚扰》,《广州日报》2014年6月13日第A12版。

[67] 有关文献选编为 William W. Fisher III, Morton J. Horwitz & Thomas A. Reed (eds.), *American Legal Realism*, New York: Oxford University Press, 1993。

[68] 批判法学对法律过程学派的批评,例如 Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law, 1870 - 1960: The Crisis of Legal Orthodoxy*, New York: Oxford University Press, 1992。当代自由派法学家对法律过程学派的批评,例如 Robert Post, *Theorizing Disagreement: Reconceiving the Relationship between Law and Politics*, 98 *Cal. L. Rev.* 1319 (2010)。

的用法基本相当。它首先是“群体”：既可以是基于某种自然属性而生——如乙肝病原携带者、妇女，也可以是由于社会建构而来——如干部、工人，更多的时候则兼具区别于其他人群的自然和社会特质——如进城务工人员。它又居于“弱势”：与其他人群比较，不仅处在较低层级、占有较少资源，而且地位长期得不到改变。任何加重或延续群体弱势地位的人事决策，都违反新平等观，应受反就业歧视法打击。

新平等观信守群体本位，偏一保护弱势群体，追求地位改善，要求矫正人事决策的消极效果。而主流平等观遵从个人主义，对所有人一视同仁，追求用人绩效，要求排除人事决策的无关因素。二者的差异一望可知。不过，在不涉及价值冲突和选择的时候，适用哪种平等观的效果并无区别，二者可以相互替代。毕竟，正如费斯所言，群体与成员的福祉相互依存，如果主流平等观命令改善个人处境，那么对于提高群体地位也会有所裨益。然而，当价值冲突显露出来的时候，就需要同时适用两种平等观。一方面，对于需要为了用人绩效而牺牲其他价值的情形，新平等观能够为牺牲提供依据，从而扫除主流平等观的适用障碍。比如，将歧视的主观要件从故意降低为过失，以及将乙肝病原携带者的陈述义务从可以拒绝陈述降低为可以虚假陈述，都会进一步限制用人自主权，也都可以视作为改善乙肝病毒携带者群体的弱势地位而付出的必要代价。另一方面，对于需要为了其他价值而牺牲用人绩效的情形，新平等观同样能够为牺牲提供依据，从而克减主流平等观的适用范围。比如，让用人单位分担生育成本、赔偿因先前歧视和性骚扰所造成的损失，均可视作改善妇女和乙肝病原携带者地位的要求；为了便利行政机关改善妇女地位，即便对妇女最低退休年龄“一刀切”、禁止结合个人情况具体分析，也是值得的。并且，新平等观克减主流平等观的程度根据群体属性而有所区别。费斯就意识到：各群体的弱势程度不同，矫正时应优先改善“特别弱势群体”（specially disadvantaged group）——黑人——的处境。^[69]进一步地，可以将群体依其弱势程度排列成谱系：群体的弱势越严重，往往就需要更大程度地牺牲用人绩效方可改善其地位，则新平等观对于主流平等观的克减就越重。

2. 新平等观的“宪法化”？

新平等观如何落实到制度上，成为中国反就业歧视法的指针，从而建立理念与制度合一的新模式？当费斯提出反屈从原则的时候，他毫不犹豫地诉诸《宪法》。唯有《宪法》能够落实反屈从原则的制度改造蓝图。这是因为《宪法》居于法律体系的顶端，具有最高的法律效力；也是因为《宪法》文本、修宪和释宪历史等可以支撑反屈从原则作为中介原则的地位。反屈从原则的“宪法化”由此分成两个逻辑步骤：首先要在诸多平等观的竞争中胜出，然后将反屈从原则输入执行宪法的机器。

费斯的局限性恰恰在于：他既没有充分论证反屈从原则比其他平等观更合乎《宪法》，也没有说服最高法院，启动美国最重要的行宪机制——宪法裁判。尤其是，他没有讲清为什么可以因为反屈从而牺牲社会整合度、其他群体利益和社会整体福利。对于社会整合度的损失，他认为只是一时的问题，却没有论证如何确定“一时”的长度。比如，纠偏行动何时应当停止，以免矫枉过正^[70]。对于其他群体利益的损失，他认为效果上的排

[69] Owen M. Fiss, Groups and the Equal Protection Clause, 5 *Phil. & Pub. Aff.* 107, 155 (1976).

[70] 关于矫正时效问题的重要讨论见于 Paul Gewirtz, Choice in the Transition: School Desegregation and the Corrective Ideal, 86 *Colum. L. Rev.* 728 (1986)。

斥和主观上的公然隔绝不可等量齐观,却忽视了反屈从原则恰恰以结果为导向。^[71]而对于社会整体福利的损失,他认为应将承担损失定为公民义务,却回避了最基本的损益权衡问题。^[72]《平等保护条款之群体观》发表后的数十年间,自由派宪法学者致力于加强费斯论证的薄弱环节,但是说服最高法院的努力收效甚微。这当然有说理不足的缘故,也和渐趋保守的最高法院自有价值判断、并不那么“讲理”有关。

反屈从原则的美国宪政之旅受挫,“宪法化”是新平等观在中国落地的可行路径吗?宪法模式可能成长为与侵权法模式并立的理念和制度框架吗?答案同样取决于两个条件:新平等观能否在我国现行宪法中找到足够依据,以及能否将新平等观输入我国的行宪机制。对此,谨慎的乐观似乎是最合理的态度。

(1)新平等观的宪法依据。《劳动法》和《妇女权益保障法》承认宪法为立法依据,建立了反就业歧视法与宪法之间的联系。学界寻找反就业歧视法的宪法依据,均以行文类似美国《宪法》平等保护条款之故,诉诸宪法第33条第2款:“中华人民共和国公民在法律面前一律平等”。但是,该款究竟仅适用于法律执行,抑或同样适用于法律制定,学界与实务界观点分歧甚大。其实,宪法较之美国的优势之一,便是大量明文规定了妇女和劳动问题。寻找新平等观的宪法依据,应当采用体系解释,推究文本内各条款之间的关系。^[73]宪法支持新平等观的内容可分为两个方面:

第一,我国宪法在公民权利的普遍保护之外,支持对特定群体的偏一保护。这突出反映在关于妇女群体的规定:现行宪法不仅保障妇女“享有同男子平等的权利”,而且特别提出培养妇女干部、保护母亲、禁止虐待妇女。^[74]《劳动法》上偏一保护妇女的条款与宪法相呼应。偏一保护否定了主流平等观的绝对个人主义和用人绩效导向,为群体本位和地位改善导向的新平等观开辟了空间。

第二,我国宪法中突出劳动的政治和社会意义,为新平等观克减主流平等观、超越单纯的经济绩效目标提供了依据。如果将宪法上的“劳动”等同于“劳动权”,进而等同于《劳动法》所建构的劳动关系中的权利,就陷入了误区。^[75]这种释宪思路将劳动矮化为劳动契约的标的,不仅为用人单位待价而沽、只论绩效的做法提供了依据,而且剥离了劳动的政治和社会意涵,违背了宪法的规定。^[76]无论在中国还是美国,宪法视野下的劳动从来不仅仅是谋生手段。美国宪法精神的开创者主张:工作取酬是公民身份的前提。他们

[71] 一些利益受损的群体即“以其人之道还治其人之身”,主张对黑人的优待构成对自身的反向歧视。参见 Charles A. Sullivan, Circling Back to the Obvious: The Convergence of Traditional and Reverse Discrimination in Title VII Proof, 46 *Wm. & Mary L. Rev.* 1031 (2004)。

[72] 由此引发了反歧视法是否有效率之争。参见 John J. Donohue III, Is Title VII Efficient?, 134 *U. Pa. L. Rev.* 1411 (1986); Richard A. Posner, The Efficiency and the Efficacy of Title VII, 136 *U. Pa. L. Rev.* 513 (1987); John J. Donohue III, Further Thoughts on Employment Discrimination Legislation: A Reply to Judge Posner, 136 *U. Pa. L. Rev.* 523 (1987)。

[73] 参见 Adrian Vermeule & Ernest A. Young, Hercules, Herbert, and Amar: The Trouble with Intratextualism, 113 *Harv. L. Rev.* 730 (2000)。

[74] 《宪法》第48条、第49条。

[75] 王德志:《论我国宪法劳动权的理论建构》,《中国法学》2014年第3期,第72页。

[76] 对《宪法》中劳动的政治意涵的开示,见王旭:《劳动、政治承认与国家伦理——对我国〈宪法〉劳动权规范的一种阐释》,《中国法学》2010年第3期,第76页。

既反对“不劳而获”的贵族,又反对“劳而不获”的奴隶,否定了欧洲的贵族制和奴隶制;他们将工作视为美德和劝诫,否定了基督教将工作视为原罪之罚的消极观点。这种“社会公民身份”(social citizenship)理论虽然没有明文写入《宪法》,但是被各地移民所接受,成为维系美国共同体的隐性传统,并被视作美国对世界宪政的重要贡献。^[77]而宪法褒扬劳动,主张劳动光荣,提倡“爱劳动”,不但将参加劳动视作国家伦理,而且明确以劳动为获得公民身份的条件——劳动是公民的义务。^[78]在国家秩序的建构上,劳动纪律如同法律和道德一样不可或缺,发挥支柱作用。^[79]如果为了用人绩效而将劳动者排斥在职场之外,片面追求劳动的经济价值而否定其社会和政治价值,不仅会损害劳动者的政治和社会人格,而且会伤及共同体的伦理和秩序基础。此时,引入新平等观、克减主流平等观的做法就获得了正当性。

但是,宪法又规定了“各尽所能,按劳分配”,^[80]这与主流平等观“量能就业”的取向相吻合。由于宪法的承认,量能就业不再仅仅是劳动契约的原则,而是具备了对于共同体的一般意义。换言之,用人单位以绩效为标准做出人事决策时,不仅促进了自身利益,而且帮助了国家目标的实现。如此一来,该条款与劳动政治社会意义条款之间存在冲突。围绕这个冲突必然发生漫长的宪法对话和解释之争,新平等观能否最终胜出尚且未卜。

(2)新平等观与行宪机制的启动。如果新平等观能够在宪法平等的解释之争中胜出,那么如何将其输入我国的行宪机制,展开广泛的平权改革?答案取决于如何理解行宪机制。受美国影响,行宪机制往往被等同于司法审查。而与美国显著不同的是,法院、包括最高人民法院都不是我国行宪机制的主要部分。^[81]其主要原因大概并不在于法院不愿讨论宪法解释,^[82]而在于法院缺乏行宪的机构胜任力(institutional competence)。^[83]事实上,机构胜任力也长期困扰美国联邦最高法院:在理论层面,“九人”的宪法判断凌驾于民选部门,导致“反多数难题”,威胁人民主权和民主政治;^[84]在实践层面,法官的政治经验和审慎不足,判决引发严重政治后果,如Dred Scott案成为内战导火索、Plessy案导致种族隔离、Lochner案阻碍进步主义改革。^[85]平等问题牵涉广泛、矛盾交织,如何解决会影响到社会转型的方向和进程,内战的血腥、民权运动的动荡就是明证。兹事体大,即便美

[77] 参见莱迪·史珂拉著:《美国公民权:寻求接纳》,刘满贵译,上海人民出版社2006年版。在传统政治日益衰败的当代,职场日益成为公共生活的重心,培养公民美德、维系共同体都有赖于职场内的融合。这使得劳动的社会政治意义更加突出。参见Cynthia Estlund, *Working Together: How Workplace Bonds Strengthen a Diverse Democracy*, New York: Oxford University Press, 2003。

[78] 《宪法》第24条、第42条。

[79] 《宪法》第53条。

[80] 《宪法》第6条。

[81] 通过激活“违宪审查”来建构反就业歧视法的尝试均遭遇挫折。参见周伟、李成、李昊等编著:《法庭上的宪法——平等、自由与反歧视的公益诉讼》,山东人民出版社2011年版。

[82] 齐玉苓案等反映了法院释宪的强大冲动。

[83] “机构胜任力”的观念兴起于20世纪初叶的美国公法思想,并为后来的法律过程学派等所继承和发展。William N. Eskridge, Jr. & Philip P. Frickey, *An Historical and Critical Introduction to The Legal Process*, in Henry M. Hart Jr. & Albert M. Sacks, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, Westbury: Foundation Press, 1994, at pp. lix - lxii.

[84] Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Binghamton: Vail-Ballou Press, 1986.

[85] 参见Jamal S. Greene, *The Anticanon*, 125 *Harv. L. Rev.* 379 (2011)。

国学者都不主张全权交给法院处置,而是提出加强立法和行政部门的决策,发挥行宪的协作优势。此即所谓“部门宪政主义”观点。^[86]可是,全国人大和国务院虽然远比法院有行宪能力,但是长期缺乏讨论宪法解释的意愿。^[87]中国的现状不仅与“司法中心主义”的行宪理念^[88]不合,也与部门宪政主义理念不合。行宪机制的启动似乎无解,新平等观的落实近乎绝望。

然而,行宪不是国家的禁脔。行宪机制应当、且已经包括民众。随着宪政观念的深入人心,现行宪法在公共讨论中的能见度明显提高。越来越多的群体将诉求论证为宪法的要求,期望凭藉宪法的最高政治和法律效力加以实现。^[89]宪法诉求虽然法律意义微弱,但是由于民众支持,其所包含的政治和道德力量日增,往往促使国家做出回应。^[90]正是在国家与民众之间诉求一回应的不断循环中,宪法的意涵得以开示和更新。如果新平等观能够进入这一循环,未尝没有获得国家支持的机会。反就业歧视法的宪法模式就有了可能。

同时包容官民双方的行宪机制并非空想。即使在司法审查传统深厚的美国,民众在行宪机制中也不曾缺席。动员起来的民众或者通过压倒多数的选举彰显力量,唤起各个国家机关的响应,协力缔造行宪的“宪法时刻”;^[91]或者在最高法院大法官遴选之争中展现意志,促使总统和国会服从民意,改变最高法院的阵型和版图,将宪法审查引向民众欲求的方向。^[92]更重要地,美国民众发起许多绵延多年的社会运动,通过同一主题的连串案例和事件,与各个行宪机关不断沟通,锲而不舍地渗透和改造它们对于宪法意涵的认知,并最终落实在立法、判例和行政决策中。^[93]这可称作行宪的“宪法对话”模式。如果说,中国并没有“宪法时刻”这样一举而定乾坤的机遇,那么,至少“宪法对话”这样润物无声、滴水穿石的路径,对于中国并非完全的奢侈品。

宪法对话是实现新平等观的行宪机制。它的运转取决于两个条件:一是社会动员,将新平等观阐释为我国现行宪法的愿景,将民众集合在宪法的旗帜下;二是官民互动,推动民众与政府的相互交流、学习、磨合和妥协,让宪法成为公共讨论的文法,让新平等观成为公共生活的议题,潜移默化地进入法治体系。宪法对话需要宪法的阐释者,需要民众的组织者,需要立法和行政规则制定中的公众参与,需要政协和其他机关的协商民主,需要舆论监督,需要理性讨论,需要开放的治道,以及最重要地——需要耐心。对于中国反就业歧视法来说,过去十年那样高歌猛进的时代已然结束。下一个时代会是怎样?最可能的

[86] 强调立法部门行宪角色的如:William N. Eskridge & John Ferejohn, *A Republic of Statues: The New American Constitution*, New Haven: Yale University Press, 2010;强调行政部门行宪角色的如: Sophia Z. Lee, *Race, Sex, and Rule-making: Administrative Constitutionalism and the Workplace, 1960 to the Present*, 96 *Va. L. Rev.* 799 (2010)。

[87] 唯一的例外可能是全国人大对准宪法——《中华人民共和国香港特别行政区基本法》的活跃解释。

[88] 对中美法学界司法中心主义行宪理念的批评,见田雷:《重新发现宪法——我们所追求的宪法理论》,载强世功主编:《政治与法律评论》(2010年卷),北京大学出版社2010年版,第253页。

[89] 近年的“《物权法》违宪之争”和“异地高考之争”都是例证。

[90] 学者将民众影响下的行宪概括为“公民行宪”。见张千帆:《宪法实施靠谁?——论公民行宪的主体地位》,《比较法研究》2014年第4期,第1页。

[91] Bruce Ackerman, *We the People, Volume 3: The Civil Rights Revolution*, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2014.

[92] Jack M. Balkin & Sanford Levinson, *Understanding the Constitutional Revolution*, 87 *Va. L. Rev.* 1045 (2001)。

[93] Reva B. Siegel, *Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: The Case of the de facto ERA*, 94 *Cal. L. Rev.* 1323 (2006)。

答案是:通过宪法对话,落实新平等观,建立中国反就业歧视法的宪法模式。

结语:重新思考“持续的平权改革”

“中国需要持续的平权改革”^[94]——这是中国反就业歧视法研究者和行动者的共识。从乙肝平权运动起算,改革已经走过了十年历程。随着平权运动的不断展开和深入,其内部张力愈发显著。越来越多的行为被主张成歧视,越来越多的人群要求平等保护,越来越多的主体参与平等观的塑造。矛盾、断裂乃至冲突,而非融贯、连续以及和谐,日益成为这场运动带给研究者的主要观感。矛盾来自“平权”的“持续”:时间的推移展拓平等的疆土,不但令其边界愈发模糊,而且使得核心与边缘、本质与外延之间的联系趋于松散——平等碎片化了,改革随之碎片化。碎片化损害了改革的道德力量,也阻碍了改革的思想组织和动员。碎片化还削弱了平等作为共同体价值基础的凝聚力,并模糊了平等作为宪法愿景的感召力。时间是每一个伟大共同体和伟大理想的天敌。

对于中国反就业歧视法来说,时间在十年前重新开始。后来者的使命,便是努力开掘和建构法律内部的融贯性,用反就业歧视法的一般理论来不断整合平等观,不断凝聚改革共识。在最高法院渐趋保守、平等观走向分裂的时代,费斯提出反屈从原则,为民权运动的重新出发鼓呼。在中国反就业歧视法的侵权法模式面临危机的今天,探索反就业歧视法的一般理论,是继承先行者志业的最好方式。

[Abstract] In the research on employment discrimination law, Chinese scholars need to develop a systematic understanding of such concepts as institutions, ideas, objective facts and subjective requirements and create a general theory on the basis of summarization of U. S. experiences and lessons. The core of such a general theory is the concept of equality that the law aims to realize. China has already established a mainstream merit-oriented concept of workplace equality and the corresponding “tort model” of employment discrimination law. This model, however, is faced with challenges because its underpinning concept of equality is unable to solve the conflict between employment merit and other public values. To solve this problem, the Chinese employment discrimination law should promote a new concept of equality that focuses on the improvement of the socio-economic status of disadvantaged groups and clarification of the relationship between the new concept of equality and the old concept of equality. With the support of constitutional text and constitutional enforcement institutions, the new concept of equality can be institutionalized and a constitutional model of employment discrimination law may emerge.

(责任编辑:支振锋)

[94] 戴志勇:《中国需要持续的平权改革》,《南方周末》2011年7月21日第E31版。