

比较法研究的三重境界

——以平等就业法为样本^{*}

阎 天

北京大学法学院助理教授

引言

《川上行舟——平权改革与法治变迁》¹一书，是笔者的第一部学术专著。正文共五章，部分章节的初稿写作可以追溯到2008年，全书完稿则迟至2016年，写作时长跨越八年之久，涵盖了笔者从事法学研究的初始阶段。2019年，该书将重新刊行，易题为《中国平等就业法引论》。借着新版问世的机会，笔者欲回顾本书的写作之路，为法学研究的预备军——青年学生提供正反两面的参考。同时，本书主要运用了比较研究的方法，这一方法在当代中国法学上应用最广，争议可能也最多。以平等就业法为样本，笔者也希望对比较研究方法做一些反思。

王国维先生在《人间词话》中有言：“古今之成大事业、大学问者，必经过三种之境界。‘昨夜西风凋碧树，独上高楼，望尽天涯路’，此第一境也。‘衣带渐宽终不悔，为伊消得人憔悴’，此第二境也。‘众里寻他千百度，回头蓦见，那人正在灯火阑珊处’，此第三境也。”²从法学的宏观来看，平等就业法的研究位于劳动法学的

分支——就业促进法学之下，不过是沧海微澜而已，算不得大事业。然则管中可以窥豹，小天地亦可以做大文章。写作本书的八年里，笔者对于平等就业法的研究，经历了三重逐级提升的境界，恰与王国维先生所言相贴切：

——第一重境界的研究，预设了“普世论”的立场，认为世界上存在平等就业法的“通法”，中外各国都应当也必将遵循共同的路径，达至相同的终点。由此，笔者的主要精力用于寻找“通法”、特别是就业歧视—平等就业的普世概念上。平等就业法的普世路径何在？这个阶段的追问，恰可谓“望尽天涯路”。

——第二重境界的研究，预设了“例外论”的立场，挑战关于平等就业法发展路向和目标的“通法”，强调法治所植根的复杂政治、经济和文化环境，并由此引出法律发展的多元主义观念。为此，笔者的主要精力用于还原环境，理解中外平等就业法的差异性，对过分简化问题的法律移植论加以批评。普世论倒塌了，研究各国独特制度背景的繁重任务压了过来，却也隐含着比较研究的黯淡前

^{*} 本文是北京市社会科学基金项目“供给侧结构性改革中的劳动法问题研究”（编号：16FXC024）的成果。

¹ 阎天：《川上行舟——平权改革与法治变迁》，清华大学出版社2016年版。

² 王国维：《人间词话》，上海古籍出版社1998年版，第6页。

景，让笔者感到辛苦，这便是“消得人憔悴”了。

——第三重境界的研究，预设了“合题论”的立场，在承认中外平等就业法之间区别的前提下，力求在新的层面发现二者的共通之处，寻得对话空间。这一新的沟通平台，便是平等就业法的一般理论，即关于平等就业法内在逻辑和演进动力的整体解说。一般理论将看似碎片化的制度细节串联起来，让理念与制度、应然与实然衔接起来，形成融贯的叙事。正是在一般理论问题上，笔者发现了中美两国平等就业法的深层契合点，在不知不觉之中达到了比较研究的“灯火阑珊处”。

第一重境界：望尽天涯路

法律是人们的集体记忆。每一代学者都被亲历的重大法律事件所塑造，又反过来试图塑造关于这些事件的叙事和评价。如此便形成了法学的代际区分。在美国，许多学者投身于20世纪三四十年代的罗斯福新政，他们返回讲坛之后便形成了法学上的新政时代；1954年的布朗诉教育委员会案拉开了民权革命的大幕，而当革命褪色，运动中人回到学院以后，便试图建立关于民权与法治的理论，他们可称作布朗案的一代；类似地，1973年的罗诉韦德案孕育了新一代的法律学人，而近年来蓬勃发展的性向少数群体（LGBT）权利运动则成为当下一代学人理解法律的原型。今天，新政一代学者已然谢幕，布朗案的一代成长为学术巨擘，罗案的一代乃是学界的中坚，而新一代学人无疑是学术的希望所在。类似的现象在中国也存在。2003年前后，以公民权利为主要诉求的法律—社会运动蓬勃兴起，其标志如孙志刚遇难引发的合宪性审查申请、张先著因“乙肝歧视”遭拒录引发的违宪审查诉讼，等等，此起彼伏，相互呼应，以致媒体以“中国民权元年”界定那个特殊的年份。在中国法学的谱系上，笔者大概属于“民权的一代”，而平等就业法的研究都可以看成是对这场法律—社会运动的诠释和反思。

站在运动前列的是一群学术行动者（scholar-activist）。他们以法律教学和研究为本业，又身

体力行地发起和参与改造社会的行动；法律既是他们改造社会的工具——所以要搞“法治”，又是他们改造的对象——所以要搞“变法”。吾生也有幸，从接触法学的伊始便在学术行动者身边工作，无论立场、观点还是方法，都自然而然地追随他们。他们是一群什么样的人呢？学者投身社会运动绝非个例，甚至在耶林（Jhering）喊出“为权利而斗争”的口号时，就能依稀看出学术行动者的轮廓。而学术和行动的逻辑并不完全一致：学术是相对开放的、思辨的、存疑的、多元的，它不太相信预设的真理或者结论，甚至没有结论本身也是个不错的结论；行动则是相对封闭的、单向的、独断的、一元的，唯有内心确信、目标清晰、步履坚实，方能实现改造社会的意愿。学者的理想型更贴近诗人，而行动者的理想型更贴近军人；兼具诗人与军人气质的人物很少见，这也暗示了学术行动者的难为与可贵。

在某一个具体的时段，学术和行动之中总有一个方面会占据主导地位。十多年前的中国平等就业法研究，占主导的是行动。表现在学术思想上，就是“普世论”的立场：其一，在目标上，认为存在普适于各国的、理想的平等就业法，变法的任务就是将本国法改造成理想的模样；其二，在手段上，认为存在普适于各国的、通行的变法道路，变法的策略就是沿着这条道路走向终点。目标和手段如此明确，简直可以看作一份行动纲领，而这份纲领至今仍然指导着中国平等就业法的研究与行动。笔者接触中国平等就业法，就是从这份无形的纲领开始的。

“普世论”的极致大概就是国际劳工公约。有位曾在国际劳工组织任职的西方劳动法学者说，他在日内瓦的同事“希望每个国家都拥有一部法国劳动法典”。这虽属戏言，却也有几分贴切。国际劳工组织起草公约，鼓励成员国签署，其背后的逻辑便是公约包含了普世价值，而履行公约是实现这些价值的不二法门。平等就业领域的核心公约是第100号同酬公约，以及第111号消除就业和职业歧视公约。这些文件、特别是第

111号公约迅速成为学界建构“理想平等就业法”的模板。作为回应，全国人大常委会于2005年夏季批准了第111号公约。从此以后，履行公约、推广理想之法的呼声成为了中国平等就业法研究的主流话语，至今未变。

笔者的研究就从第111号公约开始。公约的国内施行问题可以拆解为两部分：一是公约如何进入国内法体系，这属于国际法学的范畴；二是国内法体系如何根据公约做出调整，这属于国内法学的范畴。我在国际法学上的研究成果主要是论文《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》；³在国内法学上的研究则形成了一组论文，包括学士学位论文《就业歧视界定新论》。⁴这些早期的习作并没有收入《川上行舟》，因为它们都是“普世论”的产物，而笔者的立场已经离开“普世论”很远了。

从“普世论”可以推演出两种常见的写作策略：一是“照猫画虎”法，既然各国法律都（应当）是对于理想之法的临摹，那么，写作时只要把临摹过程再现出来即可。《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》一文，是这样临摹的：首先找到一本欧洲人写的、关于国际劳工公约国内施行的通论性专著，然后按照该书所设定的施行步骤，逐一套用到第111号公约，从而导出我国实施第111号公约的路径。那么，这样套用是否符合实际，会不会发生“画虎不成反类犬”的现象？当然不会，因为“普世论”的特点就是不承认各国实际对于法律的影响。二是“东拼西凑”法，既然各国法律临摹的（应当）是同一个对象，那么，画师之间互相借用一下画笔和颜料，乃至借鉴一番同侪的技法，则是完全可行的。写作时，可以、甚至应当把不同国家的制度片段采撷到一处，加以拼合，形成如同百衲衣般的风格。《就业歧视界定新论》一文，是这

样写作的：以美式的歧视概念要件为基础，加入欧陆法的比例原则，以及其他一些国家的法律佐料，勾勒出中国法上对就业歧视的可能定义。那么，这样拼凑是否能够实现融合，会不会发生方枘圆凿的现象？答案仍然是否定的，原因仍然是“普世论”的预设。

随着外国文献的涌入，临摹和拼凑的素材来源也越发多样，跨越多国、甚至十多国的临摹和拼凑屡见不鲜。这些文章往往采取“三部曲”式的写作：外国有某法—中国没有某法—中国要学外国变法。本国法治不彰，恰似“昨夜西风凋碧树”，令人心寒；怀有责任感的学者不甘于现状，瞻望他国的法治发展经验，正可谓“独上高楼，望尽天涯路”。天涯虽远，有路可达，剩下的任务不过是早日启程——中国平等就业法的逻辑当真如此简单？

第二重境界：消得人憔悴

（一）以美国的方式理解美国

在笔者的研究历程中，“普世论”动摇的第一个信号是阅读美国学者彼得·韦斯滕（Peter Westen）的论文《平等观念的空洞性》。⁵当时笔者正汲汲于探求平等就业/就业歧视的普世概念，此文观点却如当头棒喝一般。照韦斯滕看来，平等这个概念之所以普世，是因为它内容空洞，任何规范都可以被平等的话语容纳进来；千奇百怪的规范都套上了平等的外衣，表面上抹平了差别，达成了“普世”，而只要除去这层伪饰，规范的差异性就将显露无余。每个人都宣称想要平等，而人们想要的平等是不同的；仅仅在最表层的形式上，平等具备普世的特征，而这种特征不仅稀薄，甚至有害，因为它会遮蔽真实的规范分歧，会把人们的注意力吸引到问题的表象而非实质上去。韦斯滕鼓吹把平等从神坛上拉下来，在公共讨论中废除这个概念，实属惊世骇俗！他

3 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），社会科学文献出版社2010年版，第325—361页。

4 阎天：《就业歧视界定新论》，载《行政法论丛》2008年第11卷。

5 [美]彼得·韦斯滕：《平等观念的空洞性》，阎天译，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219—271页。

是异端，却不易反驳。学术史上的异端很多，即便伟大如霍姆斯（Holmes），在朗代尔哲学主导的岁月里也曾以异端面貌出现。异端究竟有没有道理，还要看学界的公论。带着好奇心，笔者翻译了韦斯滕的文章，又检索原文发表后的征引情况，有了有趣的发现：在韦斯滕的文章发表之后一两年内，美国各大法律评论纷纷开辟战场，供韦斯滕与批评者论战。到底谁赢了？笔者对论战情况作了详细的梳理，形成了论文《平等观念是空洞的吗？——一页学术史的反思》。⁶在写作过程中，笔者又发现，论战在十多年后被《哈佛法律评论》重新开启，除了先前参战的“老兵”，又有“新军”投入，“战场”还蔓延到新的期刊。笔者将新一轮论战的情况补入论文，共计梳理了15篇文章，形成硕士学位论文。

硕士学位论文的研究，促使笔者开始走出“普世论”，认真了解西方、特别是美国平等就业法的特征。为此，首先要进入美国平等就业法的学术传统，用美国的方式理解美国。然而，美国法学文献浩如烟海，怎样去阅读才能收到实效？这要从两国法学的差异寻找答案。与中国相比，美国法学更加注重学者的对话和知识的传承，一些重大问题可以代复一代地探讨下去，很少有脱离对话的“自说自话”现象；无论多么前沿和新颖的话题，都会以某种形式归入一个学科的根本问题，恰如巨树的枝杈无论伸展到多远，都会连通到粗壮的主干之上。有主干、有枝杈，就形成了谱系。阅读美国法学文献，如果抓住谱系，就不易迷失，便于把握知识的常量，捕捉知识的增量。美国法学的另一特征则是鼓励争论，也即不同学术观点之间坦诚而公开的辩论。对于观察者而言，学术争论就如某些珍贵的天象，具有相当的观测价值：一是争论往往促使论者将自己的观点明确化、尖锐化，有助于观察者的理解；二是争论双方往往并非一对一错，而是各自持有“片面的深刻”，有助于观察者两边取法，获得“全面

的深刻”。争论双方或者分道扬镳，或者合兵一处，往往成为学术谱系生长的契机。阅读美国法学文献，如果抓住争论，就能够迅速建立起清晰、全面、深刻的理解。

抓住了谱系和争论，就抓住了美国法学的特点，就能够较为顺利地进入美国法学，以美国的方式理解美国。运用这些方法，笔者在《平等观念是空洞的吗？》一文之外，又撰写了《社会运动与宪法变迁：以美国为样本的观察》⁷和《中国应当引入间接歧视制度吗？》两篇文章。这三篇文章分别成为《川上行舟》三章的底本。它们的观点是一致的：美国平等就业法的某些制度并非完美无缺、代表普世价值，而是充满争议，我国应当在理解这些争议的基础上谨慎选择是否借鉴这些制度：

——《平等观念是空洞的吗？》暗示，高举平等大旗本身并不能解决人们对于平等意涵的分歧，甚至可能有害于分歧的解决，因此我国不应急于制定宣示性立法，而是应当把精力投入到解决实际纠纷中去。比如，在异地高考之争中，“就地高考”派和“回乡高考”派都认为自己的主张代表了平等，而对方则是搞歧视；问题在于，国家究竟应当寻求哪种平等？做出选择的依据何在？这些真问题恰恰被声调越来越高亢的平等修辞所遮蔽，长期得不到解决。

——《社会运动和宪法变迁》指出，宪法虽然应该回应社会运动，但是绝不能忽视这样的风险。美国的经验教训表明，如果回应得当，可以同时提升宪法的政治和法律权威；而如果回应不当，就可能同时损害这两种权威。因此，我国宪法不应当简单地向社会运动全盘开放，而是要区分“回应”和“支持”；只有当运动的诉求既符合多元主义——代表着少数者的利益，又符合共和主义——代表着公共利益，“支持”才能够成为选项。比如，在异地高考之争中，“就地高考”派虽然居于少数，但是他们的诉求不一定符合公

6 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》（2012年第2辑），法律出版社2013年版，第137—176页。

7 阎天：《社会运动与宪法变迁：以美国为样本的考察》，载《华东政法大学学报》2015年第3期。

益，所以他们发起的合宪性审查或许应当获得受理，却不一定应当获得支持。

——《中国应当引入间接歧视制度吗？》提出，间接歧视制度起源于美国，虽然全球风行，但是在美国的实效远不如预期。这一制度所希望解决的问题，有的（如直接歧视的证明难题）无须引入该制度即告缓解，有的（如无意识歧视、结构性歧视）即使引入该制度也效果不彰。因此，我国如欲引进该制度，应当审慎评估其效能，以论证制度移植的必要性。

（二）以中国的方式理解中国

理解美国不易，理解中国同样不易。在国内求学时，常有“不识庐山真面目，只缘身在此山中”的担忧；去国万里留学，又常有“雾里看花，终隔一层”的遗憾。经过摸索，笔者发现，理解中国的关键，在于抓住中国所要面对的、不同于西方特别是美国的独特问题。这样的问题有二：一是古今问题，二是中西问题。关于古今问题，既有传统中国与现代中国的“大古今”之变，又存在改革开放前后的“小古今”之别。在古今之间简单地选边站，即使不浅薄，起码也失之片面。正如习近平总书记所言，“不能用改革开放后的历史时期否定改革开放前的历史时期，也不能用改革开放前的历史时期否定改革开放后的历史时期”。⁸既要认识到走向改革开放的必然性，又要认识到改革开放前后历史的连续性。关于中西问题，同样要避免简单地选边站，而是要遵循“以我为主、为我所用，认真鉴别、合理吸收”的原则，既不能“关起门来搞法治”，又不能采取“简单的拿来主义”。⁹遇到当下的中国问题，立刻将其置入古今中西的分析框架之中，视野打开，问题就能越辨越明。

笔者研究中国平等就业法，直面古今问题的作品主要是《重思中国反就业歧视法的当代兴起》

一文，¹⁰这篇文章也是《川上行舟》第二章的底本。通常认为，《就业促进法》以专章规定公平就业，并赋予歧视受害者以诉权，乃是中国第一次建立起平等就业的立法规范；而此前的立法，特别是《劳动法》对平等就业问题的规定甚为简陋，原因则在于对普世的理想之法认识不足、学习不够。然而，通过爬梳《劳动法》立法前后的史料，不难发现立法者对后来流行的理想之法早有了了解，《劳动法》“规定从简”并非思想认识问题，而是有其历史乃至现实的合理性。比如，《劳动法》将禁止歧视的事由限定在民族、种族、性别和宗教信仰四项，看似数量较少，实则都具有立法或国际公约的依据，而这种审慎扩大法律干预范围的做法也有利于集中利用稀缺的法律资源。相反，《就业促进法》在排列禁止歧视的事由之后加“等”字兜底，为任意增设事由敞开了大门，并不一定是个进步。又如，《劳动法》虽然没有采用第111号公约对就业歧视的定义，没有使用“区别、排斥或优待”之类“翻译体”语言，但是重申了“平等就业”等同于“择优录用”，这被后来的立法所继承。再如，《劳动法》虽然没有规定以监察、仲裁和诉讼的方式规制歧视，但是这些机制更多适用于市场经济环境下，而劳动力市场在《劳动法》立法时才刚刚开始发展，法律不作过分超前规定有其合理性。总之，《劳动法》而非《就业促进法》才是当代中国平等就业法兴起的标志；这一领域的未来发展，不应当忽视《劳动法》的历史遗产和积极因素。

笔者研究中国平等就业法，直面中外问题的作品主要是博士学位论文，题为《中国之回应型法律改革：以反就业歧视法为例》（*China's Responsive Legal Reform: The Case of Employment Discrimination Law*）。以西方的标准来看，中国

8 中共中央党史研究室：《正确看待改革开放前后两个历史时期——学习习近平总书记关于“两个不能否定”的重要论述》，载《中共党史研究》2013年第11期。

9 习近平：《坚定不移走中国特色社会主义法治道路（2014年10月23日）》，载全国人大常委会办公厅、中共中央文献研究室编：《人民代表大会制度重要文献选编（四）》，中国民主法制出版社、中央文献出版社2015年版，第1831、1832页。

10 阎天：《重思中国反就业歧视法的当代兴起》，载《中外法学》2012年第3期。

的法律改革极不可能对于民众诉求有回应性，因为回应性似乎专属于所谓“民选”的当局。然而，中国平等就业法的兴起，恰恰就是政府与民众反复互动、积极回应社会运动的产物，这证明法律改革的道路并不是唯一的。那么，中国的法律制度为什么会产生回应性？这种回应如何运作，又应当做何评价？为什么乙肝平权运动的变法诉求得到了回应并且成为现实，而许多其他类似的社会运动却没有得到预期的回应？笔者用相当于一本书的篇幅去尝试回答这些问题，最终的结论是：回应型的法律改革，不走西方预设的道路，是可行的。

当笔者以西方的方式理解西方、以中国的方式理解中国以后，虽然常有推陈出新、别有洞天的喜悦，却也生出无穷的疲惫来。既是身累，也是心累。所谓身累，源自全新的任务：“普世论”下只需要研究一套理想之法，各国法律不过是素材而已，无须深究；而“例外论”下的各国法律都自成一体，需要分别研究，岂有不累的道理？所谓心累，源自全新的困惑：如果各国平等就业法当真如此不同、不可通约，那么进行比较研究的意义究竟何在？比较是为了沟通，难道比较研究的结论却是不可比较，沟通尝试的结果却是无法沟通吗？比较研究的前景当真如此暗淡吗？身心俱疲，即使没有衣带渐宽，但也委实“消得人憔悴”。

第三重境界：灯火阑珊处

如果说韦斯滕的著作开启了通往第二重境界的道路，那么，耶鲁大学欧文·费斯（Owen Fiss）教授的著述则启发笔者走向平等就业法研究的第三重境界。费斯被公认为平等保护理论的大家，但是名家普遍存在一个问题：追捧者并不了解他的学问到底妙在何处。比如，费斯奉行比较激进的平等观，主张为了结束黑人的屈从状态（subordination）可以采取纠偏行动之类做法，部分地牺牲效率等价值。这固然赢得了诸多赞同，但也遭到了很多反对，更何况持类似观点的学者

数不胜数，所以并不构成费斯备获尊崇的理由。又如，费斯主张由最高法院来推行他的平等观，并且在最高法院日益保守、与自己渐行渐远的情况下仍然初心不改，坚持了半个世纪之久。这固然值得佩服，但是抱持自己观点不放的学者还有很多，甚至可能有“老顽固”之嫌，所以仍然不构成费斯受到尊崇的原因。那么，费斯究竟做出了什么不可替代的贡献？为什么他的支持者和反对者都如此推崇他？带着这些问题，笔者阅读和翻译了费斯论述平等问题的代表作。¹¹ 结论是：费斯的真正贡献，在于提出了关于美国（包括平等就业法在内的）反歧视法的一般理论。

一般理论是什么？一般理论就是把一个问题的理念与制度、应然与实然都糅合到一起，建立起系统的理解。每个问题都是多面的，对它的研究可以从不同角度展开。对于平等就业法而言，既可以研究理念——如什么是平等，又可以研究制度——如怎样证明歧视、如何打击歧视；既可以研究应然——法律应该是什么样的，又可以研究实然——法律实际是什么样的；更不用说制度内部还有大量不同的元素，都可以分别加以研究，如反歧视诉讼、歧视的精神损害赔偿等。由于研究的角度差异很大，时间一长，研究就呈现出破碎化的样态：从表面上看，研究是有体系、有章回、有套路的；而从实质上看，不同角度的研究并没有真正地融合到一起，所谓体系、章回和套路都只是堆砌而已。这在我国平等就业法的研究中尤为明显。首先，理念与制度的研究是基本隔离的。谈理念，通常辨析平等的各种概念，如形式平等、实质平等，但是并不关心平等概念的差异对于歧视的证明乃至救济有何影响。其次，制度内部的研究是相互割裂的。谈歧视的证明，通常讨论证据类型、证明高度等问题，但是并不关心歧视的证明与歧视的救济有何关联。最后，实然和应然的研究相互有隔膜。谈应然，通常围绕理想之法展开，而实然往往仅仅被当作反例，并不加以认

11 [美] 欧文·费斯：《另一种平等》，阎天译，载章剑生主编：《公法研究》（2016年第15卷），浙江大学出版社2016年版。

真对待，更不考虑应然是否应当根据实然有所调整。如此破碎的研究，难免发生内部不协调的问题，更根本的缺陷则是脱离实际——割裂了固有的联系。

费斯的贡献就在于将破碎的研究整合起来，建立反歧视法的一般理论。他认为，美国反歧视法在理念、制度、应然、实然各个层面的争论，都可以概括为两种一般理论的竞争。一种理论叫作反归类原则（anti-classification principle）。这个原则认为，法律本应对每个人的情况作出具体判断，但是出于种种原因（如节省资源的考虑），只能将若干人归为一类，作整体判断；当整体判断的结论偏离具体判断时，就构成了歧视，偏离越远则歧视越严重。例如，一位求职者能否胜任工作，理应具体考察其工作能力，但是这种考察的成本较高，当存在大量求职者时尤其如此。这样一来，只能根据求职者的某些特征做出归类。比如，假设招聘的岗位是力工，则用人单位经常会以性别为标准来归类，认为“女求职者不如男求职者能够胜任”。这种判断或许大体符合常识（而常识不一定正确），但是肯定会错误地将部分身强力壮的女性归入无法胜任之列，也会错误地将部分身体孱弱的男性归入能够胜任之列，这就构成了性别歧视。显然，反归类原则所追求的是个人主义的平等观，即要求对每个人的情况一事一议，反对由归类导致的、大而化之的误判。另一种理论叫作反屈从原则（anti-subordination principle）。这个原则认为，由于特殊的历史原因，某些群体特别是黑人处于社会屈从地位，这种地位就是歧视，法律应当加以矫正。与反归类原则相比，反屈从原则有两个重要的区别：其一，反屈从原则虽然通常也反对归类，但是要求法律做出特定的归类（主要是按种族归类）；其二，反屈从原则针对的不是机会的剥夺，而是地位的低下，寻求的是结果平等而不仅仅是机会平等，为了改善黑人的低下地位，甚至不惜牺牲本应属于其他种族的某些机会。

显然，反屈从原则更为激进。

费斯指出，反归类原则是美国反歧视法的主流，而反屈从原则才是未来发展的方向。之所以如此，是因为法律实践已经突破了理论，应然应当跟上实然的脚步。比如，针对黑人的纠偏行动，既采取了按种族分类的做法，又着眼于黑人获得一定的就业/就学名额这一结果，在一定程度上否定了竞争。这显然突破了反归类原则，却具有高度的政治正当性。好的理论应当能够解释和包容这种现象，而不是加以排斥。近半个世纪以来，虽然美国反歧视法的发展千变万化，但是仍然不出费斯所归纳的两大理论范畴。这便是一般理论的魅力——它具有穿越时空的稳定性和包容性。

在《反就业歧视法的一般理论——中美两国的建构与反思》一文中，¹² 笔者试图借鉴费斯的工作，建立中国平等就业法的一般理论。该文也是《川上行舟》第一章的底本。中国的一般理论可以分为三点：

第一，中国平等就业法已经树立了以用人绩效为价值追求的平等观。这种平等观认为，就业歧视的错误，在于将与生产率无关的因素引入了人事决策。这不仅损害单位的用人绩效，而且降低劳动力资源配置效率。法律的功能就是充当净化器，将与生产率无关的偏见从决策过程中清除出去，起到“诚意正心”的效果。

第二，制度和实践服务于价值追求。中国已经初步形成了平等就业法的“侵权法模式”。侵权法就是法律为人事决策过程所选定的净化器。因为法律要关注和评价的是人事决策者的主观状况，所以逐步形成了五大制度特征：一是倚重诉讼而非监察手段。这是因为，主观状况往往需要通过原被告的多回合对抗来逐步查明，而劳动监察更适合于调查客观的情况，缺乏展开对抗的结构条件。二是主攻民事而非行政争议。这是因为，行政诉讼宣判的时候，职缺往往已被别人占据了，无法要求招录机关重做行政行为 and 录用原告，所

12 阎天：《反就业歧视法的一般理论——中美两国的建构与反思》，载《环球法律评论》2014年第6期。

以一般只能主张国家赔偿；而国家赔偿遵循违法归责原则，不评价侵权人的主观状态。三是认为歧视引发的是侵权之债而非其他类型之债。这是因为，侵权之债下的故意、过失、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。而违约责任一般属于无过错责任，不评价主观状态。缔约过失责任的过错内容则与大多数就业歧视案件不符。四是同时主张平等就业权和隐私利益保护。这是因为，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，实务上将乙肝病毒携带者的健康信息、妇女的婚育信息当作隐私来保护。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。这是因为，隐私利益在我国是纳入名誉权来保护的，而名誉权具有人格属性，所以原告多以精神损害赔偿为主要诉求，法院也多以人格侵权方面的案由立案。应该说，这五大制度特征都是选择的结果，有立法的选择，更多的是实务中的选择。选择的动因很多，但是根本的原因、共同的原因还是在于：这五个特征都服务于净化人事决策过程的目标，从而服务于用人绩效这个价值追求，服务于主流的平等观。

第三，价值冲突会导致制度困境。中国侵权法模式面临挑战，其根源在于主流平等观只追求用人绩效一种价值，无法处理用人绩效与其他价值之间的冲突。这种挑战表现在两个方面：一方面，侵权法模式无法论证，为什么可以为了用人绩效而牺牲其他价值。比如，很多人认为反歧视很重要，应该把歧视的主观要件从故意降低成过失，把劳动者拒绝陈述与工作需要无关内容的权利扩展为做不实陈述的权利，把歧视所造成的精神损害凌驾于普通怀才不遇者所受的伤害之上。但是反歧视为什么这么重要？凭什么可以为了反歧视而创设这么多法律例外？这些冲突没说清，所以很难得到法官的支持。另一方面，侵权法模式无法论证，为什么可以为了其他价值而牺牲用人绩效。这主要反映

在法律为了提升妇女、残疾人等群体的社会地位，要求用人单位付出一定的生产率代价，给予他们照顾、迁就和优待。结果，一面说用人绩效很重要，为此可以牺牲其他价值；另一面又说还有比用人绩效更重要的东西，这是自相矛盾。我国平等就业法的价值和制度危机就在于此。

怎样应对危机呢？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。这种新的平等观，要到宪法去找依据，所以中国平等就业法要从侵权法模式走向宪法模式。

一旦建立起中国平等就业法的一般理论，笔者先前的心累就大为缓解，因为比较研究的意义重新显现了出来：尽管中美两国法律的具体制度和理念差异巨大，但是在一般理论层面，二者却是完全可以沟通的。一方面，中美两国平等就业法都有建立一般理论的客观需求；另一方面，反归类原则与侵权法模式、反屈从原则与宪法模式都有异曲同工之妙。各种素材早就放在那里，只是缺乏整合；一旦意识到一般理论的魅力，整合就是顺理成章之事。经过千百度求索，蓦然发现，理想的研究一直就在“灯火阑珊处”。

结语

回顾笔者所经历的三重研究境界，可以简要归纳出好的比较研究的标准：既要看到各国法律发展的共通规律，更要还原制度和观念发生的复杂背景，剖析表面相似之下的深层差异；如果能够将“普世论”与“例外论”结合起来，在一般理论层面达成合题，就是较为理想的研究。这是笔者继续努力的方向，也是对于学术后备军的期待。■