

【劳动法学】

平等就业权救济的困境与出路

——以社会法矫正私法为视角

周 圆

【摘 要】我国平等就业权的救济目前主要是私法救济,即劳动者寻求典型私法的人格权责任、侵权责任是直接救济,辅以特别私法的劳动合同责任的间接救济。然而,平等就业权的私法救济存在诸多困境,表现为就业歧视一般侵权化认定的误解、歧视性用工的规制漏洞、证明责任的失衡以及民事责任和私法自治的功能局限与异化。问题根源在于反就业歧视法的本质属性并非私法而是社会法。平等就业兼具公共利益与私人利益,应以社会公共利益为本位,坚持公平优先兼顾效率的价值取向。以社会法矫正私法为方向,完善平等就业权的救济机制是困境的出路,具体包括平等就业的特殊侵权责任制度、歧视性用工的劳动合同法规制机制、公私融合的法律责任以及实质公平的证明责任制度。

【关键词】平等就业权;私法;社会法;就业歧视的侵权化;歧视性用工行为

【作者简介】周圆,中国人民大学法学院博士研究生。

【原文出处】《人权》(京),2023.2.138~160

【基金项目】本文系中国人民大学科学研究基金(中央高校基本科研业务费专项资金资助)项目“社会法对平等就业权私法救济困境的破解研究”(项目批准号:21XNH019)的研究成果。

党的二十大报告强调,要消除影响平等就业的不合理限制和就业歧视,使人人都有通过勤奋劳动实现自身发展的机会。新冠肺炎疫情以来,复工复产时劳动者因健康、地域、户籍等要素而受到不合理差别对待的现象时有发生。国际经济下行、国内人口政策转型以及数字经济带来的工作方式的改变,加剧了劳动者因性别、婚育、年龄等要素而受到不合理差别对待的风险。工业数字化时代工作场景中算法管理的新型用工模式新生了算法歧视的风险。这些都引发了民众对就业歧视问题新的广泛关注。近年来国家机关多次发布规范性文件禁止就业歧视^①,但为何就业歧视的问题并未得到明显改善?这反映了我国就业歧视的违法成本较低、法律责任过轻、责任认定存在障碍等平等就业权救济的困境。因此,研究如何有效救济平等就业权具有极强的现实意义。

我国平等就业权的研究主要集中于域外经验的引进、中国反就业歧视立法的建构、特定歧视行为的规制和特定群体的保护等方面^②,多聚焦于宏观立法论的应然层面,而对实践中我国平等就业权的法律救济研究较少^③,现有研究呈现一定的不足。一方面,研究成果有待更新。近几年平等就业权的法律救济有着新的重大变化。2018年12月最高人民法院《关于增加民事案件案由的通知》(法[2018]344号)将“平等就业权纠纷”纳入“一般人格权纠纷”的具体案由。2020年5月《民法典》颁布并将人格权独立成编。2022年10月《妇女权益保障法》进行了大幅修订。这些对平等就业权的法律救济产生了重大影响。现有研究多早于前述实践,已有的问题或已解决,新的问题尚未挖掘。另一方面,反就业歧视立法的理论研究有待推进。现有研究多处于立法论的提

出观点阶段,而对于支撑立法论观点的基础理论研究有所欠缺。反就业歧视法的法律属性、立法目的、价值平衡、调整对象和方式等尚未引发讨论,仅提出立法论观点对实践的指导意义较为有限。因此,本文旨在重新全面审视我国平等就业权救济的现状,发现困境及其成因,寻找法理支撑来指导救济机制的完善,探索有效救济的方法与出路。

一、问题的提出:我国平等就业权主要通过私法得以救济

当前法院审理平等就业争议时,常常存在法律依据的选择困惑。学术界对平等就业权救济的研究相对轻视实践的具体运作,对救济现状存在误解,亟待澄清。为了寻求我国平等就业权有效救济的出路,首先需要全面梳理救济的现状与特征,为后续讨论奠定基础 and 前提。

(一)立法:侵权责任与人格权责任的民事诉讼救济路径

从立法层面看,我国平等就业权的实体权利由社会法^④规定,救济路径由私法规定。反就业歧视呈现以私人民事诉讼方式实施的私法救济特征,具体路径主要包括侵权责任与人格权责任两种方式。首先,社会法关于就业歧视救济途径的引致条款指向私人诉讼的救济方式。《就业促进法》第62条规定:“违反本法规定,实施就业歧视的,劳动者可以向人民法院提起诉讼”。本条明确了劳动者享有诉讼救济的权利,但是具体的责任认定规则尚不明确,仍需挖掘。其次,用人单位侵害平等就业权造成损害的,劳动者可以请求侵权损害赔偿的诉讼救济。《就业促进法》第68条前半部分规定:“违反本法规定,侵害劳动者合法权益,造成财产损失或者其他损害的,依法承担民事责任”。这是该法关于法律责任的综合性兜底条款,可以适用于就业歧视。最后,用人单位侵害平等就业权造成危险或妨害的,劳动者可以请求一般人格权责任的诉讼救济。依据有二:一是《民法典》第1167条规定:“侵权行为危及他人人身、财产安全的,被侵权人有权请求侵权人承担停止侵害、排除妨碍、消除危险等侵权责任。”二是2018年年底最高人民法院《关于增加民事案件案由的通知》(法[2018]

344号)将“平等就业权纠纷”纳入“一般人格权纠纷”的具体案由。这些构成了人格权责任救济平等就业权的实体法和程序法上的依据。

学术界对平等就业权救济的立法特征存在误解,需要澄清。首先,严格意义上劳动者不能通过劳动争议调解、仲裁和诉讼的方式寻求直接救济。一方面,《就业促进法》第62条规定中的“诉讼”并未明确指向劳动争议诉讼,且该法第68条关于民事责任的表述符合侵权损害赔偿争议的语言结构而非劳动争议。另一方面,劳动争议的受案范围以《劳动争议调解仲裁法》第2条、第52条为一般规定,以《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释(一)》(法释[2020]26号)第1条、第2条、第10条为特别规定,上述条款均未明确列举平等就业事项。因此,劳动争议途径救济平等就业权并无直接法律依据。其次,典型公法未有对平等就业权明确救济的规定。在刑法和刑事责任方面,虽然《就业促进法》中第68条后半部分涉及刑事责任,但《刑法》没有规定就业歧视的罪名和刑罚。^⑤在行政法和行政责任方面,《就业促进法》全文及第68条关于法律责任的兜底条款,均未提及就业歧视的行政责任。《治安管理处罚法》同样未规定就业歧视的行政责任。^⑥最后,社会法域中的特别公法规范对就业歧视的规制留有空间,但实际效果仍待考察。2004年颁布的《劳动保障监察条例》未将平等就业事项列明为劳动监察的对象。在全国人大法工委编著的《就业促进法》权威释义书中明确阐述了理由:考虑到没有明确就业歧视的定义和认定标准,劳动行政部门在认定是否存在就业歧视问题时,难以取得相关的证据,所做出的结论一旦面临行政诉讼,将有无法举证的难题。^⑦2022年10月修订的《妇女权益保障法》增加了性别就业歧视公法救济的内容,是我国平等就业权救济的重大推进。比如在救济渠道方面,第49条明确将性别歧视行为纳入劳动保障监察范围,这是立法层面首次明确将就业歧视列入劳动监察对象的法律规定。又如在行政责任方面列举了许多具体情形:第83条规定了用人单位在招聘录用环节、女职工“三期”期间和退休方面实施就业歧视行为,应由人社部

门处以行政责任;第80条增加了如果用人单位未尽防治性骚扰的义务,应由公安机关处以行政责任。再如在诉讼类型方面,第77条规定的检察机关公益诉讼的情形中纳入了平等就业权益的事项。前述新增规定都是推进公法救济性别就业歧视的重要内容,但目前尚未有效落实。同时该法的修订对我国反就业歧视的整体影响仍有待考察,具体如何执行还是要交由劳动保障监察部门、公安机关以及检察机关的专门规定加以衔接落实。因此,可以明确在立法层面当前我国平等就业权主要仍然是私法救济模式,具体以人格权责任和侵权责任两种民事诉讼为主要路径。

(二)司法:侵权责任直接救济与劳动合同责任间接救济

在北大法宝司法案例中以“平等”“就业”“歧视”为检索词进行全文检索,以平等就业权为争议内容的案件有近百份。其中以案由种类进行划分,数量从高到低依次为劳动争议与劳动合同、人格权、平等就业权、社会保险及其他行政行为、侵权责任、缔约过失。涉及的歧视要素包括性别、婚育、性取向、民族、健康、地域、户籍、年龄、学历等。经过逐一筛查,根据裁判逻辑可以进一步整合案由类型。第一,平等就业权纠纷与一般人格权纠纷审理的逻辑相同,因而可以由人格权纠纷吸纳。第二,虽然《民法典》“人格权编”将绝对权的人格权请求权和债权的侵权损害赔偿请求权分离,但司法实践中往往采取以“人格权编”确权而由“侵权责任编”统一救济的裁判逻辑,实际上人格权纠纷被侵权责任纠纷吸纳。^⑧第三,缔约过失责任保护的信赖利益,可以通过对劳动合同订立的诚实信用原则进行目的性扩张的解释来加以保护,因而缔约过失责任纠纷可以由劳动合同责任纠纷吸纳。^⑨第四,社会保险纠纷及其他行政行为纠纷多因诉讼主体存在国家机关或参公人员而单独分类,其本质仍是法定侵权责任。^⑩因此,从裁判逻辑上看,我国平等就业权争议的审理基本遵循典型私法的一般侵权责任和特别私法的劳动合同责任两种路径。

典型私法的一般侵权责任是直接和主要的救济

平等就业权的路径,具有以下特征:(1)就业歧视的认定主要适用一般侵权责任的构成要件理论,其中主观过错和因果关系的认定严苛。如在“闫佳琳与浙江喜来登度假村有限公司平等就业权纠纷案”^⑪中,原审法院认为:“喜来登公司是否侵害闫佳琳平等就业权,应评判是否存在就业歧视行为、就业机会是否受到侵害、就业歧视与不利后果之间是否存在因果关系及是否存在主观过错。”(2)举证责任以“谁主张,谁举证”为基本原则,劳动者需要承担侵权责任构成要件的全部证明责任包括举证责任和说服责任,否则将承担不利后果。^⑫(3)责任形式以财产责任为优先,以人身责任为次要,甚至存在以精神抚慰金取代赔礼道歉的判决。^⑬

特别私法的劳动合同责任是间接救济平等就业权的路径。《劳动合同法》作为社会法域中的特别私法”这一观点基本达成共识。^⑭《劳动合同法》未设计反就业歧视条款,但是劳动合同责任可以间接救济就业歧视造成的损害。司法实践具有如下特征:(1)诉讼程序方面,法院审理劳动争议时往往不承认平等就业作为独立的诉讼请求。劳动者常常主张用人单位以歧视的动机实施的用工行为是违法的,而法院往往要求劳动仲裁前置而不予受理。这就导致以劳动合同变动为外衣的就业歧视处于劳动争议诉讼和仲裁管辖的真空地带。^⑮(2)法律依据方面,法院主要援引缔约过失责任^⑯和劳动合同效力确认的规定^⑰,违法解雇极少认定。除了个别法院勇于识别《劳动合同法》在就业歧视规制方面存在法律漏洞,并以目的性扩张解释的方法援引《劳动合同法》诚实信用原则来间接保护平等就业权外^⑱,绝大多数法院忽视、规避甚至否定歧视要素的事实认定和法律漏洞的识别。(3)责任形式方面,以财产性责任为优先,以关系性责任为次要。司法实践多以赔偿损失和支付违约金的责任方式终止劳动合同,较少支持继续履行劳动合同。

因此,通过立法和司法两个方面的梳理可以发现,当前我国平等就业权主要是私法救济模式。具体有两种路径,即劳动者个人通过典型私法路径的侵权责任请求权,提起民事诉讼寻求就业歧视的直

接救济;或通过特别私法路径的劳动合同责任请求权,提起民事诉讼寻求就业歧视的间接救济。

二、平等就业权私法救济的困境与成因

我国平等就业权私法救济模式存在诸多困境。在实体法上,侵权责任路径中就业歧视的认定采取一般侵权构成要件的方法,这里存在重大误解。劳动合同责任路径中《劳动合同法》对歧视性用工的规制漏洞导致缺少直接裁判依据,进而造成就业歧视边界认定的整体性障碍。在程序法上,就业歧视的证明责任规则存在混乱且有失平衡。在救济效果上,民事责任与私法自治的救济功能存在局限性,甚至出现法律的次生性损害。

(一)就业歧视不是一般侵权

侵权责任是救济平等就业权的主要途径。司法实践将就业歧视归为一般侵权行为,将侵权责任法的一般原理无差别适用于反就业歧视法,并以一般侵权构成要件的认定方法来认定就业歧视行为。这种就业歧视的一般侵权化趋势忽视了就业歧视本身的特性和反就业歧视立法独立的历史脉络、立法目的和语言结构。

1. 反就业歧视法与侵权法的性质不同

我国反就业歧视的立法从未模仿侵权法。它具有独立的历史脉络、立法目的和语言结构。法院将就业歧视解释为一般侵权行为,使得反就业歧视法被狭窄为赔偿私人过错的法律,这种定性误解了反就业歧视法的基本性质:它是一部保护劳动者不受歧视地进行劳动的权利法规,目的是为劳动者提供有意义的经济社会参与机会。^①

从反就业歧视的立法历史和现行体系看,平等就业权的实体权利源于《宪法》并由社会法具体规定,而非源于民法。就业歧视也并非一般民事侵权行为。我国《宪法》第4条、第33条、第34条、第48条等规定了公民享有的在法律面前受到平等对待的权利,第42条明确了公民享有的劳动权利。在《宪法》规定的平等权利和劳动权利的有机结合下,平等就业权由此而生。我国社会法域的具体部门法中《劳动法》《就业促进法》《妇女权益保障法》《残疾人保障法》等规定了劳动者享有的一般平等就业权和特定

群体享有的具体平等就业权。而民法体系中无论是《民法通则》《侵权责任法》,还是当前《民法典》的侵权责任编和人格权编,都未对就业歧视有专门规定。立法沿革的独立性必然决定将侵权法贸然引入反就业歧视法会造成诸多困境。

从反就业歧视法的目的和语言结构看,就业歧视与侵权行为并不类似。在语言结构方面,《劳动法》《就业促进法》中禁止就业歧视的条款,如“劳动者就业,不因民族、种族、性别、宗教信仰等不同而受歧视”,从未定义“因”的含义。而司法实践将“因”字的反歧视结构解释为“意图”或“因果关系”,于是在就业歧视的认定中引入侵权行为的语言。但实际上侵权法通常不使用“因”来表达“意图”或“因果关系”,并且反歧视法的语言中没有使用侵权法中的“故意”“过失”“造成”“损害”等常用表达。反就业歧视的侵权法化将歧视视为特定个人的故意行为,而不是劳动者经历的不公平的经济影响或结果,这显然与反就业歧视的目的相去甚远。^②

2. 就业歧视无须证明意图

以侵权行为的认定方式认定就业歧视,对禁止就业歧视规定中“因”的一种界定是“意图”,即劳动者需要证明用人单位的歧视行为具有故意或过失的主观过错。然而,反就业歧视法关注的是某一特定行为是否具有某种违法性的特征,这是一个对行为的解释问题。反就业歧视法禁止的是歧视行为本身,而不在于寻找歧视背后的东西(比如意图),因而用人单位是否有意歧视或劳动者是否能证明这种意图并不关键。

本质上,人类歧视行为不区分是否存在某种意图,使其与非歧视行为相区别。D. Don Welch认为“意图”是指行为人在采取行动时的“目的”和“设计”,强调行动者是否旨在实现其行动的预期结果。^③意图不是内部状态或事件,也不是对行为者内心的描述,而是对行为者进行某种行为外在特征的看法。我们使用意图的语言并将意图归于人,是作为理解人类行为的一种方式。意图的语言描述的是公共的、可观察的世界,而不是不可触及的内在世界。^④无意识歧视理论家认为歧视并不总是由有意

识的敌意造成的。认知心理学家不认为有意识的歧视意图会促成就业决策,他们认为歧视不一定发生在决策的时刻。相反,陈规定型观念和其他隐性知识结构早在决策之前就对决策产生了偏见影响。即使是善意的人,在社会模式与其他各种判断方法的共同作用下,可以预期也会对群体间的感知和判断产生偏见。结构性歧视理论家提出,歧视的根源并不总是坏的个人或公司政策,而是对工作组织方式的不假思索的认同。歧视往往是由故意的、过失的和无意识的动机和行动混合而成。^{②3}

因此,很难说差别待遇、差别影响、骚扰等歧视的行为和后果是用人单位故意或过失的意图造成的。只能说歧视的行为和后果反映了行为者的意图,意图和行为是绑定在一起的。就业歧视以过错责任认定,会使法院简化反就业歧视法根据受保护的特征来限制用工行为的复杂分析,导致救济的狭窄和遗漏。^{②4}

3. 侵权因果关系理论无法解释人类的歧视行为

就业歧视的一般侵权化认定,对禁止就业歧视规定中“因”的另一种解释是“因为”或“因果关系”,即要求劳动者证明用人单位因为歧视意图而造成了歧视的行为和后果。然而,这种证明要求与一般侵权责任中的因果关系是根本不同的。一般侵权责任中因果关系问题涉及两个物理事件之间的联系:加害人的行为是否导致受害人的损害?然而,这在传统侵权的因果关系理论中上述问题的答案永远是肯定的,因为劳动者受到的歧视损害总是由用人单位的歧视行为造成的。如果禁止就业歧视规定中的“因”被认为是因果关系,那么就不可避免地必须假设一些事件是原因,这才有认定歧视的必要。因此,就业歧视一般侵权化认定中的因果关系与传统侵权中的因果关系理论所适用的场景是不同的,它不是传统因果关系理论所界定的处于加害人的行为和受害人所受到的损害之间的联系,而是在加害人的行为和作为加害行为原因的一些内在事件之间的联系。这就导致就业歧视争议案件成了寻找这些内在原因的过程,意图似乎是唯一合理的选择。

美国法院使用一个物体撞击另一个物体并使其

运动的例子,说明这种基于物理接触经验的简单因果关系模式,根本不适用于对人类行为的理解。^{②5}侵权法和刑法倾向用这种因果模式来解释人类行动,即把人类的行动分成两个部分:内在精神的意图和外在身体的运动,其中意图是身体运动的原因。然而这与我们通常思考的人类行为方式是不相符的。一般来说,意图不可能成为行动的原因,这是因为意图是为了理解人类的行动而人为地被创造的语言,意图通过相同的描述方式与行动在逻辑上相联系。一个意图和它的预期行动之间的关系是逻辑关系而不是偶然关系。但是,当我们讨论一个行为或事件的原因时,它不可能在逻辑上与它的结果必然联系,也就是说原因和结果之间必然只能是一种偶然关系或相关关系。因此,人类行动不是由意图等内部事物造成的,传统因果关系理论无法解释人类的歧视行为。^{②6}

正是基于用传统因果关系理论解释人类歧视行为的失败,“实质性要素”(Substantial Factors)^{②7}“如果没有……就不会”(But-for Cause)^{②8}“法律原因(近因)”(Proximate Cause)^{②9}等因果关系标准的适用混乱已成必然,法院规避甚至放弃对歧视中因果关系的分析。例如在近因标准的适用上,待考察的歧视要素与差别待遇之间发生时间的紧密程度该如何把握便存在分歧。在“杨滋晨与杭州次元文化创意有限公司平等就业权纠纷案”中^{③0},法院坚持歧视因果关系的认定要从较长的时间跨度来分析,实际上已经否认了近因标准理论。该案原审法院认为,“不能以次元公司作出解除劳动合同决定的时间点,发生在杨滋晨进行性别重置手术后,而认定两者在法律上有因果关系”。然而“关欣与北京减脂时代科技有限公司平等就业权纠纷上诉案”^{③1}的意见相反,坚持严格以近因标准认定歧视因果关系,即排除过于遥远、纯粹偶然或间接的联系,要求劳动者主张的受歧视的要素与差别待遇之间存在直接紧密的联系。该案一审法院认为:“关欣主张2017年5月23日其在怀孕后被安排出差导致其出现发烧及流产征兆,但关欣对此并未提交门诊病历或诊断证明予以佐证,而关欣提交的2017年8月31日医院诊断证明提及先兆流产等内容,并无证据佐证关欣出差与先兆流产之间的

因果关系。”由此可见,法院以侵权因果关系理论认定就业歧视时经常混乱,呈现更多的随意性和不确定性。

(二)歧视性用工的劳动合同责任缺失

《就业促进法》的反歧视规范不足以替代在《劳动合同法》设置反歧视条款。纵观《就业促进法》的反歧视规范,无论是禁止性条款、确权条款抑或是法律责任条款,更多是以直接侵害平等就业权的行为为规制对象。劳动者可以针对用人单位直接和明显的侵害平等就业权的行为,请求侵权损害赔偿责任和人格权责任。但是现实是在劳动关系运行过程中,以歧视性用工为代表的间接和隐蔽地侵害平等就业权的行为更为普遍。然而,在个别劳动关系协调法即《劳动合同法》中并未对劳动关系变动中的歧视要素进行规制,这就导致司法实践以劳动合同责任救济更为普遍和隐蔽的就业歧视,并无直接和明确的法律依据。

就业歧视行为常常与用人单位的用工管理行为交织在一起。就业歧视的概念本身就应由劳动关系协调法加以详细界定,设置于规制用工管理行为和劳动关系变动的规定之中。这样界定就业歧视才更加具象,无论是对企业合规还是劳动者维权都具有明确的指导意义。现实中随着用人单位守法与合规意识的提高,直接歧视的情形有所缓解。用人单位明目张胆地歧视劳动者的现象逐渐减少,但这并不意味着歧视这一社会不平等的沉痾痼疾被彻底治愈。由于“刻板印象”的社会认知偏见、无意识歧视和结构性歧视的社会问题难以短期改变,实践中存在大量的用人单位出于歧视动机,或是混合歧视与非歧视的动机而做出的违法用工行为即歧视性用工行为。这种以用人单位声称的合法用工管理的外衣来掩盖歧视要素的歧视性用工更加隐蔽、复杂和普遍,影响更为深远。^⑧歧视动机的难以举证,用人单位假以行使自主管理权的反驳,这些都使得法院在认定歧视性用工的事实和推理中面临更多的挑战。

事实上,无论是直接就业歧视还是间接就业歧视,劳动者往往难以通过一般侵权责任的路径获得有效救济。其中的症结是歧视本来就不属于侵权法

的界定对象,就业歧视天然根植于用工过程和劳动关系运行之中。但作为劳动关系协调法代表的《劳动合同法》,针对歧视性用工行为的劳动合同责任的缺失,无疑是当前我国就业歧视概念不清的重要原因,是平等就业权与一般民事权利属性混淆的重要表征,也是反就业歧视立法对弱势群体保护功能的重大减损。这使得劳动者缺少了救济平等就业权的有利途径,也使得用人单位缺少了防治就业歧视明确的合规指导。更有甚者,在当前复杂的国际形势和新技术革命的背景下,歧视与用工过程的深入融合孕育出“算法歧视”“数据歧视”“平台歧视”以及疫情背景下的系统性歧视与结构性歧视等新型歧视。这些更是脱离于劳动过程的一般侵权责任所无法有效救济的。^⑨因此,除了在一般意义上强调就业歧视是特殊法定侵权之外,依托个别劳动关系协调法即《劳动合同法》对就业歧视加以规制,是保障平等就业权不可或缺的关键一环。这也与国际劳工组织第111号《反对就业歧视公约》、美国《民权法案》第七章和欧盟《平等待遇指令》《重新修订指令》《框架指令》将就业歧视界定为违法用工行为,并在劳动全过程禁止歧视的立法经验相吻合。^⑩

(三)证明责任分配失衡

司法实践在审理平等就业争议时坚持“谁主张,谁举证”的民事诉讼证明责任的一般原则,忽视了用人单位和劳动者之间关系性合同的特征,包括控制性与从属性、持续性、不平等性、投资专用性等^⑪,导致证明责任的分配失衡。

在就业歧视的侵权责任直接救济的案件中,劳动者承担全部侵权责任构成要件的出示证据和说服的责任,否则需要承担不利后果。问题是,首先将一般侵权的构成要件移植于就业歧视的认定,存在诸多误解。法院裁判更多是自由心证而充满不确定性。诚如前文所述,歧视行为本来就不区分是否存在歧视的意图,许多“刻板印象”、无意识歧视和结构性歧视中用人单位自己也不知是否存在歧视的意图,而侵权法因果关系理论是解释行为和事件两个客观存在之间的牵连,难以解释人类的意图、动机等内在精神状态与客观世界的行为之间的关系。其

次,劳动者承担全部就业歧视构成要件的出示证据和说服责任,困难重重。用人单位内心是否有歧视的观念和动机,从根本上除了自己以外其他人很难收集证据来证明和说服。而传统侵权责任要求受害人应以优势证据的标准完成因果关系的说服责任,这对解释人类行为与歧视意图之间的关系更是难上加难。^⑧最后,免责事由和抗辩责任分配模糊。域外立法经验中真实职业资格、商业利益需要和其他合法的非歧视性理由是否在我国可以充当免责事由尚不可知。用人单位承担的抗辩责任是出示证据责任还是说服责任同样未有讨论。^⑨

在就业歧视的劳动合同责任间接救济的案件中,法院实际上仍以“谁主张,谁举证”为一般原则。首先,需要澄清的是虽然传统劳动争议充斥着“举证责任倒置”的笼统认知,但该原则只是在出示证据的层面保护弱势的劳动者^⑩,具体的待证事实仍由劳动者承担说服责任。其次,以劳动合同责任间接救济平等就业权,待证事实往往是违反《劳动合同法》的用工行为,这与就业歧视并无直接关联。证明对象的指向偏差导致就业歧视的救济效果大大减损。最后,即便法院以歧视性用工为争议焦点,也往往要求劳动者承担歧视要素或动机的出示证据责任和说服责任。现实中歧视性用工常常是出于歧视动机或是混合歧视与非歧视动机做出的违法用工行为,用人单位通常以正常用工管理的借口掩盖歧视的动机和目的。用人单位的歧视动机本身就难以由其他人获悉和举证。更何况在“混合动机”的歧视性用工情形下,用人单位的用工决定既有合法的理由也有非法的歧视动机;即便没有歧视的动机,用人单位也可能对劳动者采取不利行动。这种“混合动机”的歧视性用工行为在我国属于新型的证明对象,应适用何种证明责任规则是重大挑战。^⑪正如波斯纳法官所说:“证明歧视总是很困难的。即使是最简单的被告,也不会承认有歧视性的动机,也不会留下证明它的文件线索。由于大多数就业决定涉及自由裁量权,对该就业决定的其他推理总是可能且合理的。”^⑫

(四)民事责任和私法自治的局限与异化

私法救济的民事责任将反就业歧视法的主要目

标由原本鼓励用人单位防治歧视转变为对受害者的金钱赔偿,使得平等就业权的救济已经成为侵权索赔的另一种变体。这会导致社会对歧视的看法发生重大变化:消除歧视的一致努力将会被减弱,救济的方向是为过去的歧视提供金钱赔偿,而不特别关注于防止未来的歧视。对于公司来说,歧视索赔就像事故一样是做生意的成本,这必然意味着歧视无法得到有效救济。^⑬

劳动者弱势地位的现实,决定了以平等主体拟制的私法自治调整方式会弱化平等就业权的价值甚至会加剧就业歧视。私法救济求职平等权虽然能实现一定程度个人物质侵害的消弭,但是劳动者获得职位的可能同样被消灭,甚至还有可能因劳动者主动维权而在行业内产生形象的异化,造成法律的次生性损害。私法救济职业平等权的缺陷更为明显。劳动者会对是否请求私法救济进行利害分析,主要考虑三个关键问题:举证困难程度、法律责任的救济实效、劳动关系存续之可能。如前文所述,举证规则严重失衡,民事法律责任的有限的填补性决定了劳动者主张私法救济的主观能动性极低,私法救济后劳动关系的稳定维系几无可能。^⑭诉讼环节造成了劳动者和用人单位双方的显著对立,私法自治是否矫正了用人单位就业歧视的偏见无法得知,但劳动关系的运行不畅是可以想见的,甚至私法救济不当会诱发群体性事件。^⑮

因此,我国平等就业权的私法救济存在前述诸多困境。既有实体法上现行救济途径的固有障碍和重要疏漏,包括就业歧视并非传统一般侵权可以类比和吸纳,劳动关系协调法对就业歧视规制的重大缺失;又有程序法上证明责任的失衡阻碍实体法功能的实现;还有作为私法本身在法律责任和调整手段的固有局限。反思上述困境及其成因,究其根源在于当前实践对我国反就业歧视法的本质属性存在误解:当前救济坚持平等就业权的私人权利本位,误认为平等就业争议的主体为平等的民事主体,继而将反就业歧视法与侵权法的性质和目的混淆,对平等就业权的救济与其他一般民事权利救济未做区别设计。事实上,从根本和长远来看,私法救济模式未

能把握侵害平等就业权的实质是公共利益和私人利益侵害的竞合,未能认清平等就业权是公共利益和私人利益的融合,忽视了平等就业权救济的社会法场域。因此,需要重新审视和剖析反就业歧视法的性质、目的及其他属性特征,方能指引困境的出路和方向。

三、破解困境的理论支撑:反就业歧视法的社会法本质属性

反就业歧视法的本质属性是社会法而非私法。在公法和私法融合的第三法域中,社会法法律部门群体以劳动法和社会保障法为部门法代表,以解决民生问题、保障民生实现为己任,以社会权利与社会管制权力依存和互动为核心范畴,以和谐社会、全面小康和共享发展为主要政策导向,在价值目标选择上坚持公平优先兼顾效率的原则和社会安全与发展一体的原则,在法律机制上应当坚持政府与社会合作共治原则。^④

(一)平等就业兼具公共利益与私人利益

平等就业权是人权的重要内容,它体现了一项基本的和不可撤销的原则,即保障劳动者能够获得有意义的经济社会参与机会,让劳动者基于其实际的工作能力被判断,免受基于人的身份的核心群体特征的差别对待。这些目标都是人权的重要内容。《世界人权宣言》、国际劳工组织的《费城宣言》和我国《宪法》是平等就业权作为人权的国际法和国内法渊源,不得被司法解释所减损。就业歧视不是一般侵权行为,而是一种特殊的法定侵权,是对人的基本权利的侵害。

一般认为,公法涉及国家公共利益和社会公共利益,私法涉及私人利益包括公民个人和法人利益,劳动法被视为兼有公法与私法属性的社会法域的法律部门,兼具公共利益与私人利益。^⑤平等就业权的实体权利由社会法规定,虽着眼于劳动者的私人个体权益,但每一项规定都蕴含着对平等就业公共利益的考量,充分彰显了公共利益和私人利益的融合。侵害平等就业权是侵害公共利益和私人利益的竞合。私人利益即为被侵害的劳动者个体的平等就业权益,公共利益指向受到歧视危害的潜在的劳动

者群体的平等就业权益、劳动力市场的公平竞争秩序以及作为公民的基本权利。其中公共利益的侵害是更为重要和深远的。反就业歧视法的目标既包括支持对歧视的受害者进行赔偿来救济受损的私人利益,更包括维护更为关键的公共利益,即将就业歧视作为一个社会问题来消解。平等就业权的私人诉讼既具有私人权利救济的功能,更具有重要的追求社会实质公平的社会功能。

(二)以社会公共利益为本位

一般认为,私法以个人利益为本位,公法以国家利益为本位,社会法则以社会公共利益为本位。社会法不仅要维护社会安全,还要通过提升合作与协调能力来增进人类社会的共同福祉。^⑥社会公共利益一般是指公众对社会文明状态的一种愿望和需要,包括公共秩序的和平与安全,经济秩序的健康、安全及效率化,社会资源与机会的合理保存与利用,社会弱者利益,公共道德的维护以及人类朝文明方向发展的条件等。^⑦

反就业歧视法是以维护社会公共利益为基础和根源而设计的。虽然支持对受害的个人进行赔偿来保护私人利益是反就业歧视法的一个目标,但侵权赔偿从来不是其立法初衷。反就业歧视法是有关公民权利的公共政策的体现,它试图消除和阻止就业歧视的社会错误,即对经济平等、教育平等以及社会成员对特定群体看法的不利影响,从而维护社会秩序的安全、效率和公共道德。它禁止用人单位助长根深蒂固的社会不平等现象,努力消除一种巩固群体从属性和职业隔离的制度来保护劳动者这一社会弱势群体的利益,保障社会资源和机会的合理利用。反就业歧视法超越了私人利益本位的矫正正义,追求社会实质公平。私法以私人利益本位的矫正正义主张因过错造成的损失应该由过错的行为人来纠正,而反就业歧视法超越了私人利益本位的矫正正义的要求。最明显的例子是矫正正义绝不会要求用人单位履行提供合理便利的积极义务,也不会存在差别影响的情况下对用人单位施加责任。^⑧反就业歧视法与传统私法在私人利益与公共利益的平衡上区别明显。反就业歧视法对用人单位施加义务和

责任来阻止和消除歧视,其震慑功能要优先于对私人受损的赔偿。就业歧视的民事诉讼不仅要维护劳动者个人利益,还要将劳动者个人视为“私人总检察长”,在消除令人反感的歧视方面维护公共利益。^⑨

(三)坚持公平优先兼顾效率的价值判断

劳动法兼顾公平与效率,但偏重于公平。反就业歧视法作为劳动法的子部门法同样坚持公平优先兼顾效率的价值判断。劳动法价值判断的实体性论证有两条规则:在没有充分必要且正当理由的情况下,坚持“资强劳弱”而倾斜保护劳动者的基本立场;不得限制为追求实质公平而进行利益衡量的具体方式。^⑩在劳动法价值判断中保护劳动者较之劳动管理处于更重要的地位。^⑪劳动法价值衡量的论证规则可参照适用于反就业歧视法。反就业歧视法的价值目标包括实质公平^⑫、反从属关系和社会平等^⑬、经济效率^⑭、利益再分配^⑮、团结^⑯等。其中最需要平衡的价值目标便是公平和效率。公平和效率何者更为重要的价值判断是指引反就业歧视法在立法和司法处理两种价值冲突时的准则。为此,首先需要确立同一个比较平台和标准作为两种价值进行比较的前提;然后以该标准为比较指引,将反就业歧视的法律规则对两种价值产生的收益和损害进行比较;最后选择收益更大和更为必要的价值目标为优先价值。

公平与效率的优先级的比较标准,实际上就是何种价值更能实现反就业歧视法的根本目的,即保障劳动者不因身份的群体特征而被区别对待,保障劳动者依据工作能力的不同而被市场判断,促进劳动者能够实现有意义的经济社会参与。就业歧视对劳动者人格权、平等权、劳动权的侵扰威胁到了社会安全与平等,忽视了真实的劳动能力和生产效率从而影响了社会的发展,这种歧视性用工管理的傲慢与偏见对社会安全与平等造成了重大威胁却没有给社会带来足够的收益。反就业歧视法的规则一方面能够促进社会平等和社会安全实现社会效益;另一方面,一个团结、和谐、尊重劳动者的企业环境可以更容易吸引和留住人才,一个尊重劳动者身份、特征和工作能力的劳动力市场同样能够激发人的工作潜力,可以促使整体效率的提高。反就业歧视的目标

不是要阻止用人单位为了赢利的决策和管理,而是废除这类只因决策者的傲慢与偏见却不带来明显收益的做法。这种规制不需要以赢利损失为代价。当然,用人单位将不得不承担因无法从滥用权力的行为中获得效用的合规成本,但是可以忽略这种效用损失,因为它来自不合法的偏好,违法处罚的额外风险将远高于滥用权力带来的效用。因此,反就业歧视法在价值判断上坚持公平优先,既可以更好地实现反就业歧视的根本目的,又可以间接维持和提升效率,从而实现公平和效率的统一,保障社会安全和社会发展的共同推进。

(四)以权利保护与权力规制为调整手段

私法的权利(right)和公法的权力(power)是一对矛盾体。公权力的扩张是其本性使然,私权利的极度保护同样会危及社会的公共利益。随着社会经济的发展,个人利益和社会利益的矛盾不可避免地出现。社会法正是基于协调私法权利与公法权力的矛盾而提出的。^⑰劳动者享有的平等就业权属于社会权利。劳动者有权通过劳动平等地参与经济社会,不因与工作无关的身份要素而受差别对待。用人单位享有的管理劳动者的权力,源于国家通过《宪法》和法律授予其制定和执行劳动纪律的社会管制权力,相应地,劳动者有《宪法》和法律义务遵守劳动纪律并接受用人单位管理。就业歧视通过与管理权力的融合直接或间接地表现出来。因此,私法救济只关注对劳动者平等就业权利受损的赔偿,忽视对用人单位管理权力的规制,根本上决定了困境的必然。

劳动法就其宗旨而言具有双重性,它既是劳动者保护法又是劳动管理法。^⑱而平等就业权的真正救济,既要通过私法机制保障私人权利受到侵害时能够得到事后救济,更要通过公法机制以注意义务对用人单位施加责任来规制管理权力。这就要求用人单位要创造一个为所有人提供有意义的经济机会的工作场所。反就业歧视法将重点从确定具有歧视意图的不良行为人,转移到消除工作场所中劳动者平等经济参与的障碍上。用人单位履行注意义务是对任何就业歧视诉讼的积极辩护,而未履行义务的结果应构成一个强有力的假设与推定,即受质疑的

用工决定是歧视性的。这将使就业歧视的救济重点从关注受害者的权利转向关注违法者的相应责任,从补偿性裁决转向威慑性裁决,从过错和损害的概念转向企业社会责任的概念,从客观上损害后果的概念转向法定的注意义务的概念,从赔偿个人的损失转向减少冲突的社会成本。这些思想转变是20世纪以来法律现实主义的主要内容,但平等就业权的救济仍陷于19世纪古典法律思想的概念主义而未革新。^⑨

综上,反就业歧视法肩负的平等就业目标融合了公共利益和私人利益,并以社会公共利益为本位。它融合了公法与私法的理念、原则和精神,以解决公民参与经济社会的不平等这一民生问题为己任,以平等就业权利和劳动管理权力的互动为核心范畴,以维护公民权利、社会安全、公平、效率和公共道德为主要政策导向,在价值目标上坚持公平优先兼顾效率,坚持社会安全与社会法发展为一体的原则。这一切特征决定了反就业歧视法的本质属性是社会法而非私法。将反就业歧视法以私法定位的偏差是平等就业权救济困境的根源,而困境的出路自然是基于对反就业歧视法社会法本质属性的正本清源,以社会法矫正私法的方向指引机制完善。

四、出路:以社会法矫正私法为方向

定位偏差和救济单薄的私法救济必然难以实现中国特色社会主义法律体系应有的社会关怀和责任担当。我国平等就业权救济困境的出路是以反就业歧视法的社会法本质属性为理论支撑,程序法上将平等就业争议纳入社会法治理程序中的协商、调解、劳动监察、劳动仲裁程序,实现与现行私法救济的民事诉讼程序相衔接;实体法上以社会法理念矫正私法救济机制的不足并进行改造,从而形成具有中国特色的平等就业权救济机制。平等就业权有效的救济机制主要包括特殊侵权责任制度、歧视性用工的劳动合同法规制机制、公私融合的法律责任制以及实质公平的证明责任制度。

(一)平等就业特殊侵权责任制度

平等就业特殊侵权责任制度坚持无过错责任为归责原则,以用人单位的注意义务和义务的违反为

构成要件;融合现行私人权益救济中的侵权损害赔偿与一般人格权责任以便解决诉讼竞合的问题;同时增加反歧视公共利益保护的责任形式。衡量责任的大小采用动态系统论^⑩,尤其关注用人单位主观过错的恶性程度与因果关系的紧密程度。

首先,注意义务与义务的违反是构成侵权的两大要件。就业歧视是法定侵权。注意义务和义务的违反由法律文本界定,法院无权决定是否强加一项义务。法院可以做的是对具体义务边界的解释和确认。^⑪通过正确理解反就业歧视的立法目的,整合私人利益和公共利益的内涵,应当适度扩大歧视的外延。在认定违法性上可以适当降低门槛,随之相应地在衡量责任大小时应结合用人单位主观意图的恶性程度、因果关系的紧密程度和损害后果的影响程度做合理调整。这样既能保证司法对劳动者平等就业的权利认可,又有利于用人单位合理接受裁决。^⑫

其次,因果关系并非构成要件,但对认定注意义务的违反和衡量责任的大小有辅助作用。认定就业歧视应当采用因果关系推定的规则,以减轻受害人举证负担,降低认定的复杂性。^⑬具体而言,当劳动者完成就业歧视的行为和后果的举证责任之后,应推定劳动者受到的损害与用人单位的歧视动机或意图之间存在因果关系,从而完成了对用人单位注意义务违反的证明。之所以采用因果关系推定,是因为歧视的成因本就难以解释,同时这也不是反歧视法关注的重点。更有甚者,随着数字技术对劳动过程的变革,歧视与用工过程深入融合孕育出多种新型歧视。这些对传统侵权法的因果关系理论更是重大挑战。因此,当前为强化对处于弱势地位的劳动者的有效保护,采用因果关系推定必要且正当。

最后,主观过错方面应坚持无过错责任归责原则,不要求劳动者证明用人单位的过错意图,但劳动者可以选择通过证明意图的恶性程度来主张责任的大小。法院根据过错与否、过错程度的不同判决不同类型的法律责任,比如惩罚性赔偿的责任必须以用人单位的主观恶性作为必需条件。

(二)歧视性用工的劳动合同法规制机制

歧视性用工的规制机制应明确歧视性用工行为

的内涵和外延,厘清劳动合同责任请求权与平等就业特殊侵权责任请求权的关系。歧视性用工是指用人单位出于歧视的动机进行的劳动管理行为或营造的敌意环境。歧视性劳动管理行为主要有两类。第一类行为是出于歧视的动机降低劳动条件,如劳动报酬、工作时间、休息休假、安全卫生、福利待遇等。第二类行为是出于歧视的动机对劳动关系的不当变动,包括不合理调岗、降薪、解雇等。歧视性敌对环境不同于单个歧视行为,是指用人单位出于歧视的动机进行的反复、持续性、长时间敌意行为所累积的压迫性工作环境,比如职场性骚扰中的言辞型性骚扰的累积会造成性别歧视的敌对环境。^④

在歧视性用工的劳动合同责任请求权与平等就业特殊侵权责任请求权的关系上,二者的请求权基础、适用情形、保护指向上存在着区别。两种路径独立又互相补充从而形成完整的救济链条。具体采用何种救济路径由劳动者根据实际情况选择,既可择一也可全部选择,并由法院合并审理。^⑤劳动者在任何情形下受到就业歧视的侵害均可以通过平等就业特殊侵权责任请求权获得救济。这种路径是一种广泛兜底、救济全面但却有相对较高的证明责任要求的救济途径。而歧视性用工的劳动合同责任则特指在劳动关系存续期间内,保障劳动者在劳动过程中享有的劳动基准、劳动合同变动、社会保障等权利,保障劳动者不因身份的群体特征而受差别对待。这是强调在用工期间内,基于劳动关系的从属性和劳动合同等用工证据的存在而对劳动者的证明责任要求相对较低的救济途径,但相应的法律责任的形式和程度会有所限制。

(三)就业歧视的公私融合法律责任

就业歧视的法律责任不仅应涵盖侵权责任与合同责任等民事责任,还应增加劳动基准、社会保障中公法规制的因素,形成公私融合的法律責任。

以侵害的法益内容为标准划分就业歧视的法律责任类型,大致包括劳动基准、劳动合同、社会保障、特殊群体保护的责任,从而融合“公私法双重效力”。反就业歧视的法律规范对用人单位规定的命令与禁止义务,内容一致地形成了具有强行法性质

的合同义务。此项合同义务的形成效果源于用人单位所负之抽象合同上的利益维护义务,而反就业歧视法律正是以各类形式予以具体化。^⑥

以功能为标准划分就业歧视的法律责任类型,大致包括阻却性、补偿性和惩罚性责任三类。阻却性法律责任包括禁令和暂行特别措施,更好地代替了停止侵害、排除妨碍、消除危险的民事责任,并真正实现了预防和阻却的功能。补偿性法律责任包括强制复职、补发工资与预付工资、精神损害赔偿、诉讼费、律师费、支付违约金等,更好地代替并细化了继续履行、赔偿损失和支付违约金的民事责任。惩罚性法律责任包括惩罚性赔偿和资格罚等,填补了震慑侵害公共利益行为的功能漏洞。^⑦

法律责任的确定原则需根据平等就业的价值位阶,以阻却、震慑、补偿功能为优先级的先后顺序。^⑧注重用人单位与劳动者之间关系性合同的特征,强化人际关系的处理,认清劳动者专用性投资的高成本,强化用人单位歧视性解雇的代价。^⑨可借鉴刑法中罪责刑相适应的原则,依照用人单位歧视意图的程度分级来确定责任相应的大小,从而避免歧视责任“全有或全无”的救济两极化。^⑩衡量责任大小的方法采取动态系统论,关注用人单位的过错程度、因果关系的密切程度、损害后果的严重程度以及肯定性抗辩的证明力等。^⑪

(四)实质公平的证明责任制度

构建实质公平的就业歧视证明责任制度,应整合“谁主张,谁举证”的一般原则和“举证责任倒置”的倾斜保护精神。遵循“修正规范说”^⑫,按照政策导向、实质公平和比例原则的基本价值,制定合理的提起诉讼、出示证据、承担说服责任的证明责任规则框架。首先在实体法上,歧视的认定遵循注意义务和义务的违反两要件。劳动者需以优势证据标准对义务的违反的初步证据承担提起诉讼、出示证据和说服的责任。用人单位可以对初步证据的证明力进行反驳。接着,初步证据确凿的案件应建立一个可反驳的歧视推定,从而形成证明责任转移制度。用人单位需承担对歧视初步证据的抗辩责任即肯定性辩护。用人单位具体有两种抗辩方式。一种路径是反

驳劳动者提出的差别待遇是违法行为的主张,具体理由包括真实职业资格、商业利益需要以及其他法律规定的合法差别对待的理由。另一种路径是证明管理行为是出于“混合动机”的歧视性用工,以便限制责任形式,降低责任程度。最后,当用人单位未能满足抗辩责任来反驳歧视的推定时,劳动者有权获得相应的救济。^③

五、结论

重新审视中国平等就业权的救济实践,会发现当前的救济是以典型私法的侵权责任与特别私法的劳动合同责任为具体路径的私法救济模式。但是,平等就业兼具公共利益与私人利益,且以社会公共利益为本位。定位偏差和救济单薄的私法救济自然存在诸多困境。执法、司法的乱象是表现,根本症结在于立法层面,即反就业歧视法的本质属性是社会法而非私法。因此,为了实现平等就业权的有效救济,需要以社会法矫正私法为方向,在立法论层面提供制度资源,从而指导、校对和推进执法与司法实践。至于在立法技术上,长远目标是以社会法部门法的形式对反就业歧视进行专门立法,短期目标是在现有法律体系中增加和完善具体的机制条文,包括在《民法典》侵权责任编增加“平等就业特殊侵权”一章,在《劳动合同法》增加规制歧视性用工的专门规定,在《劳动争议调解仲裁法》及劳动争议的司法解释中增加程序法上的“平等就业治理程序”和“平等就业的证明责任”的规定,同时注意保证立法与实践的协调一致。以社会法矫正私法为方向完善救济机制,方能实现平等就业权的真正有效保护,更好地规范数字工业化时代不断变化的劳动用工行为,为减轻和消除社会交往进程中的歧视与不平等,帮助所有人更加公平地参与经济社会生活,贡献社会法应有的力量。

注释:

①近期规范性文件如2022年8月1日人力资源和社会保障部、国家卫生健康委员会发布《关于坚决打击对新冠肺炎康复者就业歧视的紧急通知》(人社部明电[2022]8号)。

②代表性文献包括林嘉:《论我国就业歧视的法律调控》,

载《河南社会科学》2006年第5期;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》,载《中外法学》2008年第4期;周伟:《反歧视法研究:立法、理论与案例》,法律出版社2008年版;蔡定剑、刘小楠:《反就业歧视专家建议稿及海外经验》,社会科学文献出版社2010年版;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;陆海娜:《我国对平等就业权的国家保护——以国际法为视角》,法律出版社2015年版;王倩、於舒琳:《职场性骚扰的救济困境及裁判出路——基于司法案例的分析》,载《人权》2022年第2期等。

③代表文献仅有林嘉、杨飞:《论劳动者受到就业歧视的司法救济》,载《政治与法律》2013年第4期;谢增毅:《平等就业权受害人的实体法律救济》,载《社会科学战线》2016年第7期;王显勇:《论平等就业权的司法救济》,载《妇女研究论丛》2020年第2期;刘小楠、杨一帆:《中国平等就业权纠纷案件法律问题研析》,载《人权研究》2021年第3期等。

④为行文统一,避免歧义,同时方便不同部门法的交流,这里需要明确“社会法”的概念及其在文中不同语境下使用的具体指向。“社会法”在学界存在广义、中义、狭义三种界定,本文根据不同语境使用广义“社会法”和中义“社会法”。广义“社会法”是指与私法、公法并列的“社会法域”,也称为“第三法域”。本文在阐述方法论的语境中为与私法进行比较而使用广义“社会法”,比如文中的“社会法矫正私法”。中义“社会法”是指与民商法、行政法并列的“社会法法律部门群体”,以劳动法、社会保障法、社会组织及其行为法以及特殊群体保护法为主要组成部分。本文在聚焦到法律规定、法律属性和机制构建的语境中使用中义“社会法”,比如文中的“社会法本质属性”“社会法部门法”“社会法规定”等。关于“社会法”的界定参见林嘉:《论社会保障法的社会法本质——兼论劳动法与社会保障法的关系》,载《法学家》2002年第1期;王全兴:《劳动法》,法律出版社2017年第4版,第42-51页。

⑤我国《刑法》中只有煽动民族仇恨、民族歧视罪可能间接涉及就业歧视,但依常理一般无法直接适用。

⑥我国《治安管理处罚法》中只有对煽动民族歧视的规制措施可能间接涉及就业歧视。

⑦全国人大常委会法制工作委员会编:《中华人民共和国就业促进法释义》,法律出版社2007年版,第179页。

⑧人格权责任与侵权责任的区别尚存争议。参见王利明:《论人格权请求权与侵权损害赔偿请求权的分离》,载《中

国法学》2019年第1期;北京市第三中级人民法院(2021)京03民终6702号“关欣与北京减脂时代科技有限公司平等就业权纠纷案”民事判决书等。

⑨参见北京市朝阳区人民法院(2008)朝民初字第06688号“高铁明诉北京比德创展通讯技术有限公司劳动合同纠纷”民事判决书。

⑩参见安徽省芜湖市新芜区人民法院(2003)新行初字第11号行政判决书、北京市第二中级人民法院(2019)京02行终1061号行政判决书等。

⑪浙江省杭州互联网法院(2019)浙0192民初6405号民事判决书。

⑫参见广东省广州市越秀区人民法院(2019)粤0104民初41708号“杜某与广东粤海丽江房地产发展有限公司纠纷案”民事判决书。

⑬参见北京市第三中级人民法院(2016)京03民终195号“邓某某诉北京市某某速递物流有限公司、北京某某劳务派遣有限责任公司一般人格权案”民事判决书等。

⑭参见沈建峰:《劳动法作为特别私法〈民法典〉制定背景下的劳动法定位》,载《中外法学》2017年第6期;吴文芳:《我国社会法理论演进与研究路径之反思》,载《华东政法大学学报》2019年第4期。

⑮参见山东省青岛市中级人民法院(2021)鲁02民终9789号“李某与青岛麒麟电子有限公司平等就业权纠纷上诉案”民事判决书等。

⑯同注⑨,该案中法院对劳动合同可以适用民法缔约过失责任进行了详细说理。

⑰参见江苏省常州市中级人民法院(2020)苏04民终3486号民事判决书等。

⑱参见北京市第二中级人民法院(2019)京02民终11084号“北京当当网信息技术有限公司与高某某劳动合同纠纷上诉案”民事判决书。本案是我国平等就业权救济中社会法矫正私法的代表性案例,具有极强的指导意义。

⑲See Maria L. Ontiveros, "The Fundamental Nature of Title VII", 75 Ohio State Law Journal, No. 6(2014), p. 1167.

⑳See Sandra F. Sperino, "The Tort Label", 66 Florida Law Review, No. 3(May 2014), p. 1053.

㉑See D. Don Welch, "Removing Discriminatory Barriers: Basing Disparate Treatment Analysis on Motive Rather than Intent", 60 Southern California Law Review, March 1987, p. 738.

㉒See Paul J. Gudel, "Beyond Causation: The Interpretation of Action and the Mixed Motives Problem in Employment Discrimination Law", 70 Texas Law Review, No. 1(November 1991), p. 98.

㉓See Linda Hamilton Krieger, "The Content of Our Categories: A Cognitive Bias Approach to Discrimination and Equal Employment Opportunity", 47 Stanford Law Review, No. 7(July 1995), pp. 1161-1166.

㉔参见注⑩, pp.1052-1054.

㉕参见注⑩, p.89.

㉖参见注⑩, p.106.

㉗“Substantial Factors”测试通常适用于多重因果关系案件,如果被告的行为是造成伤害的重要因素,即使其他原因也可能造成伤害,那么被告就要对原告的伤害负责,这更多出于政策因素考量。参见注⑩, pp.1065-1066.

㉘“But-for Cause”测试认为,如果没有被告的行为,伤害就不会发生,那么被告的行为就是原告伤害的原因,参见注⑩, pp.1065-1066.

㉙“Proximate Cause”测试认为,所声称的伤害和伤害性行为之间具有某种直接关系,排除那些过于遥远、纯粹偶然或间接的联系。See Charles A. Sullivan, "Tortifying Employment Discrimination", 92 Boston University Law Review, No. 5(2012), p. 1431.

㉚浙江省杭州市中级人民法院(2020)浙01民终2725号民事判决书。

㉛北京市第三中级人民法院(2021)京03民终6702号民事判决书。

㉜See Joseph A. Seiner, Employment Discrimination: Procedure, Principles, and Practice, 2nd ed., New York: Wolters Kluwer, 2019, pp. 21-26.

㉝See Solon Barocas, Andrew D. Selbst, "Big Data's Disparate Impact", 104 California Law Review, No. 3(2016), pp. 671-732; Stephanie Bornstein, "Antidiscriminatory Algorithms", 70 Alabama Law Review, No. 2(2018), pp. 519-572; Daiquiri J. Steele, "Preserving Pandemic Protections", 42 Berkeley Journal of Employment and Labor Law, No. 2(2021), pp. 321-370.

㉞See Dir 76/207[1976]OJ L39/40 Equal Treatment Directive; Dir 2006/54/EC[2006]OJ L204/23 Recast Directive; Dir 2000/78/EC[2000]OJ L303/16 Framework Directive; Evelyn Ellis, Philippa Watson, EU Anti-Discrimination Law, 2nd ed., Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 280.

③参见王全兴:《劳动法》,法律出版社2017年第4版,第132-135页。

③⑥参见江苏省苏州工业园区人民法院(2019)苏0591民初264号民事判决书等。

③⑦Robert Belton, "Burdens of Pleading and Proof in Discrimination Cases: Toward a Theory of Procedural Justice", 34 Vanderbilt Law Review, No. 5(1981), p. 1239.

③⑧参见我国《劳动争议调解仲裁法》第6条,《关于确立劳动关系有关事项的通知》(劳社部发[2005]12号)第2条,《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释(一)》第44条等。

③⑨Price Waterhouse v. Hopkins, 490 U. S. 228(1989)与美国1991年《民权法案》第703(m)、706(g)(2)条规定了“混合动机”的歧视性用工行为的违法性与责任形式。See Christopher Y. Chen, "Rethinking the Direct Evidence Requirement: A Suggested Approach in Analyzing Mixed-Motives Discrimination Claims", 86 Cornell Law Review, No. 4(2001), p. 900.

④⑩See Riordan v. Kempiners, 831 F. 2d 690, 697(7th Cir. 1987).

④⑪See William R. Corbett, "Unmasking a pretext for Res Ipsa Loquitur: A Proposal to Let Employment Discrimination Speak for Itself", 62 American University Law Review, No. 3(2013), pp. 467-468.

④⑫参见江苏省苏州市中级人民法院(2020)苏05民终2459号民事判决书、浙江省杭州市中级人民法院(2020)浙01民终736号民事判决书等。

④⑬参见四川省凉山彝族自治州中级人民法院(2018)川34民终349号西昌市建昌路三品九尺鸭肠王自助火锅店与西昌市好知味九尺鹅肠火锅店、陈某名誉权纠纷案民事判决书等。

④⑭参见林嘉:《论社会保障法的社会法本质——兼论劳动法与社会保障法的关系》,载《法学家》2002年第1期;王全兴:《经济法基础理论专题研究》,中国检察出版社2002年版,第142-157页;郑尚元:《社会法的定位和未来》,载《中国法学》2003年第5期;谢增毅:《社会法的概念、本质和定位:域外经验与本土资源》,载《学习与探索》2006年第5期;赵红梅:《私法与社会法——第三法域之社会法基本理论范式》,中国政法大学出版社2009年版,第363-365页等。

④⑮参见注③,第48-49页。

④⑯参见林嘉:《劳动法和社会保障法》,中国人民大学出版

社2016年第4版,第1-2页。

④⑰参见孙笑侠:《法的现象与观念》,群众出版社1995年版,第68-69页。

④⑱See William R. Corbett, "What Is Troubling about the Tortification of Employment Discrimination Law", 75 Ohio State Law Journal, No. 6(2014), p. 1046.

④⑲参见注④⑰, p. 449.

④⑳参见周圆:《公司与高管混合合同形式规范的冲突与协调》,载《东北大学学报(社会科学版)》2021年第6期。

④㉑参见注③,第50页。

④㉒See Noah D. Zatz, "Disparate Impact and the Unity of Equality Law", 97 Boston University Law Review, No. 4(2017), pp. 1357-1426.

④㉓See Samuel R. Bagenstos, "Employment Law and Social Equality", 112 Michigan Law Review, No. 2(2013), pp. 225-274.

④㉔See Stewart J. Schwab, "Predicting the Future of Employment Law: Reflecting or Refracting Market Forces", 76 Indiana Law Journal, No. 1(2001), pp. 29-48.

④㉕See Samuel R. Bagenstos, "Consent, Coercion, and Employment Law", 55 Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, No. 2(2020), pp. 409-466.

④㉖See Lindsay F. Wiley, Samuel R. Bagenstos, "The Personal Responsibility Pandemic: Centering Solidarity in Public Health and Employment Law", 52 Arizona State Law Journal, No. 4(2020), pp. 1235-1302.

④㉗参见林嘉:《论社会保障法的社会法本质——兼论劳动法与社会保障法的关系》,载《法学家》2002年第1期。

④㉘参见注③,第49-50页。

④㉙See Richard Thompson Ford, "Bias in the Air: Rethinking Employment Discrimination Law", 66 Stanford Law Review, No. 6(2014), pp. 1383-1386.

④㉚动态系统论引导法官考虑某些因素的权重、效用和互补性而得出裁判结论,更具有灵活性与开放性,从而适应复杂情况下的公正需要。参见王利明:《民法典人格权编的亮点与创新》,载《中国法学》2020年第4期。

④㉛See W. Jonathan Cardi, "The Role of Negligence Duty Analysis in Employment Discrimination Cases", 75 Ohio State Law Journal, No. 6(2014), p. 1129.

④㉜See Leora F. Eisenstadt, Jeffrey R. Boles, "Intent and

Liability in Employment Discrimination", 53 American Business Law Journal, No. 4(2016), p. 643.

⑬王利明:《王利明学术文集·侵权责任编》,北京大学出版社2020年版,第349页。

⑭National Railroad Passenger Corp. v. Morgan 536 U. S. 101(2002).

⑮参见王显勇:《论平等就业权的司法救济》,载《妇女研究论丛》2020年第2期。

⑯参见林嘉、陈文涛:《论劳动基准法的法律效力》,载《清华法学》2014年第4期。

⑰Sullivan, Charles A., Zimmer, Michael J., Cases and materials on employment discrimination, 9th ed., New York: Wolters

Kluwer Legal & Regulatory, 2017, pp. 561-603.

⑱同注⑭。

⑲See Yehuda Adar, Moshe Gelbard, "The Role of Remedies in the Relational Theory of Contract—A Preliminary Inquiry", 7 European Review of Contract Law, No. 3(2011), pp. 417-418.

⑳同注⑱。

㉑See William R. Corbett, "Breaking Dichotomies at the Core of Employment Discrimination Law", 45 Florida State University Law Review, No. 3(2018), p. 763.

㉒参见袁中华:《劳动争议证明责任倒置说之批判》,载《环球法律评论》2017年第3期。

㉓参见注⑲, pp.1279-1280.

Dilemma and Solution for Relief in the Right to Equal Employment: From the Perspective of Rectifying Private Law with Social Law

Zhou Yuan

Abstract: At present, the legal remedies in terms of the right to equal employment in China are mainly related to private law, that is, laborers seek direct legal remedies for personality rights liability and infringement liability according to typical private law, supplemented by indirect remedies for labor contract liability under special private law. However, there are many challenges in private law remedies for the right to equal employment, which are manifested in the misunderstanding of the general tort identification of employment discrimination, the loopholes in the regulations on discriminatory employment, the imbalance in the burden of proofing, and the limitation and alienation of the functions of civil liability and private law autonomy. The root of those problems lies in the fact that the nature of anti-employment discrimination law is not private law but social law. Equal employment involves both public and private interests, and it should be based on the public interest of society and adhere to the value orientation of prioritizing fairness while taking into account efficiency. Improving the legal relief mechanism for protecting the right to equal employment, with a focus on correcting private law with social law, is the solution to the dilemma. Specific measures include establishing the special tort liability system for equal employment, the legal mechanism against discriminatory labor contracts, the public-private integrated legal responsibility system, and an essentially fair system for the responsibility of adducing evidence.

Key words: Right to Equal Employment; Private Law; Social Law; Right Infringement of Discrimination in Employment; Discriminatory Employment Behaviors