

探寻反歧视与平等保护的法律标准

从“差别性影响标准”切入

丁晓东*

摘要 我国法学界缺少反歧视和平等保护的法律标准的研究,现有的研究希望从反歧视诉讼出发,由实践来界定平等权的内涵,但有必要在实践引领理论的路径之外保持理论自觉。我国未来的反歧视与平等保护可以借鉴和改造美国的差别性影响理论,以社会弱势阶层作为保护对象。在某项法律、政策或决定不具有压倒性利益的前提下,如果其对弱势阶层产生了较为严重的差别性负面影响,就应当基于差别性影响标准宣布其无效。这种改造后的差别性影响标准将直面我国社会的结构性不公这一最主要的不平等现实,同时也将避免这一标准在美国适用中所产生的问题。

关键词 反歧视 平等保护 差别性影响 社会阶层 种族

一、问题的提出:我国反歧视与平等保护的法律标准与理论自觉

在我国法律体系中,平等是一个核心问题。我国《宪法》在“公民基本权利和义务”这一章的第1条规定:“中华人民共和国公民在法律面前一律平等。”此外,《宪法》第4条规定各民族一律平等;第34条规定公民的选举权和被选举权平等;第48条规定妇女在政治的、经济的、文化的、社会的和家庭的生活等各方面享有同男子平等的权利。此外,《劳动法》、《就业促进法》、《继承法》、《婚姻法》、《义务教育法》、《妇女权益保障法》、《残疾人保障法》、《传染病防治法》、《未成年人保护法》等多部法律中均再次规定和强调了法律对于公民的平等保护。

* 中国人民大学法学院博士后研究人员。

对于我国宪法和法律体系中关于平等的规定,很多学者都指出,平等是一种原则,也是一种权利。〔1〕平等权位列我国《宪法》基本权利的第1条,这意味着平等权不仅仅是一种个人可以向国家主张的权利,而且也是我国宪法体系中最重要的一种“客观价值秩序”、“直接约束公权力的‘客观规范’或者‘客观法’”。公权力必须自觉遵守这一价值秩序,尽一切可能去创造和维持这种基本权利实现的条件。〔2〕

然而,对于这种最为重要的基本权利,当前我国法学界的研究却相对缺乏,并没有给出一个相对可以适用的法律标准。相比之下,对平等问题的讨论更多集中在政治、哲学、社会等人文社科领域。〔3〕究其原因,很重要的一点或许就在于,当前我国的违宪审查制度启动门槛较高。依据《宪法》和《立法法》,只有全国人大及其常委会拥有违宪审查的权力,而法院并无直接适用宪法的权力,更无进行违宪审查的权力。《宪法》虽然将平等权置于最为重要的位置,但在实践中,这一权利却很难落实到具体个案中。因此,对于在法律实践中应当采用何种可能的平等保护标准,这一问题似乎并不具有足够的紧迫性。

事实上,当前我国法律实践中平等保护的这种现状导致很多学者开始转向“反歧视”的话语体系,试图通过反歧视诉讼来推动我国平等保护的发展。例如,在过去的十多年里,四川大学的周伟教授通过介入身高歧视、疾病歧视、长相歧视、性别歧视等一系列歧视案件,努力在就业、教育等领域实现法律的平等保护。〔4〕相对于宪法平等案件,法庭对这些反歧视案件采取了更为友善的态度,反歧视案件不仅受案率较高,而且不少案件最终获得了胜诉。〔5〕从反歧视着手,推动和积累反歧视判决,从而界定“平等的轮廓”的路径,成为当下中国反歧视和平等保护的重要路径。〔6〕

这种路径无疑具有重要的现实意义。在当今中国,基于性别、地域、户籍、身高、疾病等各种因素的恶意歧视仍然广泛存在,消除这些显性的恶意歧视,是实现社会公平正义的重要一环。但同时,从法学学术研究上来说,我们仍然有必要对反歧视和平等保护作更深入的理论研究,寻求未来可以在法律上适用的反歧视和平等保护的法律标准。因为随着社会的发展,可以预见的是,恶意的和显性的歧视将逐渐减少,歧视将更多地以更为隐蔽的方式存在。而对于这类歧视应当在法律上采取何种适用标准,当前的学术研究还没有进行特别深入的思考。同时,如果反歧视和平等保护的最终目的只是消除显性歧视,而对于结构性的社会不平等却没有任何触动,那么这种反歧视和平等保护就很难获得成功。基于这些原因,本文认为,反歧视和平等保护的内涵和边界不能仅仅由司法实践来界定,对其研究有必要保持足够的理论自觉,有必

〔1〕 刘作翔:“公平问题和权利的平等保护”,《中国社会科学院研究生院学报》2008年第1期。

〔2〕 张翔:“基本权利的双重性质”,《法学研究》2005年第3期。

〔3〕 当前法学界对平等权的研究,可参见朱应平:《论平等权的宪法保护》,北京大学出版社2004年版。

〔4〕 参见周伟:“论禁止歧视”,《现代法学》2006年第5期;周伟等编著:《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。

〔5〕 周伟:“从身高到基因:中国反歧视的法律发展”,《清华法学》2012年第2期。

〔6〕 李成:“平等权的司法保护——基于116件反歧视诉讼裁判文书的评析与总结”,《华东政法大学学报》2013年第4期。

要思考我国未来在法律实践上采取反歧视和平等保护的标准。

鉴于美国法律实践中的反歧视与平等保护已经有着很长的历史,对于反歧视与平等保护的法学研究也已经非常丰富,本文将首先从美国语境中的反歧视和平等保护出发。具体来说,本文将讨论美国就业领域和宪法领域的差别性影响标准(Disparate Impact Standard)。这一标准规定,如果某项法律、政策或决定对某个群体产生差别性的负面影响,这项法律、政策或决定就应当被宣布为非法。本文认为,这一标准对于平等保护具有非常重要的意义,我国未来法律实践中的反歧视和平等保护非常有必要引进这一标准。当然,引进这一标准并非将其僵化地照搬和适用于我国,而是在深刻理解这一标准的社会背景及利弊的基础上的引进。通过分析,本文认为,我国的差别性影响标准应当主要以社会弱势阶层作为保护对象,某项法律、政策或决定在不具有压倒性利益的前提下,如果对弱势阶层产生了较为严重的差别性的负面影响,就应当基于差别性影响标准宣布其无效。由于本文对差别性影响标准的重新界定,在某些情况下,基于这一标准可能会在一些具体问题上采取与美国实践完全相反的政策。

二、差别性影响标准的起源与发展

差别性影响标准起源于1971年的格里格斯诉杜克能源公司案(Griggs v. Duke Power Co.)。^{〔7〕}上个世纪50年代,美国的种族隔离和种族歧视还非常普遍,非裔美国人只能在杜克能源公司中工资最低的劳工部门进行工作。1954年,在布朗案(Brown v. Board of Education of Topeka)中,美国联邦最高法院宣布,种族隔离政策违反美国宪法第十四修正案中的平等保护条款。^{〔8〕}随后,美国社会掀起了风起云涌的民权运动,在一系列法律中制定了反歧视和平等保护的条款。其中最为重要的法律当属1964年所制定的《民权法案》,其第七款规定:雇主不得因为种族、肤色、宗教、性别或民族而歧视雇员。^{〔9〕}随着这个条款的制定,很多公司调整了公司政策。杜克能源公司也不例外,在《民权法案》通过后很快废除了一系列明显涉及种族的歧视性规定。但当时杜克能源公司仍然保留了很多原有的政策,其中一项就是对高中学历,即对于薪水较高的职位,必须有高中学历的要求。同时,对于这些职位,该公司还增加了IQ测试。从表面上看,杜克能源公司的这一要求和种族没有任何关系,但是由于一系列历史原因,黑人获取高中学历的要比白人少得多,并且,由于受教育原因,其IQ测试分数也普遍较低。正是基于这种表面平等而实质不平等的理由,格里格斯起诉杜克能源公司,认为这种公司政策违反了《民权法案》第七款。

正是在这个案件中,法庭提出了差别性影响标准。法庭的多数意见认定,《民权法案》第七款禁止那些不能“合理衡量工作的测验(reasonable measure of job performance)”:如果这些测验对于少数族裔具有差别影响(disparate impact)而又不是和工作直接相关和必要的,即使

〔7〕 Griggs v. Duke Power Co., 401 U.S. 424 (1971).

〔8〕 Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954).

〔9〕 42 U.S.C. § 2000c-2.

在这些测验中不存在歧视意图,也仍然违反了《民权法案》第七款。因为国会之所以制定《民权法案》第七款,就是为了“消除那些以种族或其他违规方式进行恶意区分为基础的人为的、武断的和不必要的就业障碍”,其目的不仅是为了禁止那些一目了然的歧视,而且也是为了禁止那些形式上非歧视但操作上歧视的实践。

为了说明这一点,代表法庭多数意见的伯格法官引用了伊索寓言中的狐狸与仙鹤的故事。在这个故事中,狐狸用平底的盘子来盛汤招待仙鹤,使得仙鹤无法喝到汤,而仙鹤则报复性地以长颈瓶子来盛汤招待狐狸。伯格说,国会在制定《民权法案》时希望的并不是提供伊索寓言中那种意义上的平等;相反,国会的意图是必须提供一种使得所有人都能够使用的容器,让所有人都有可能喝到牛奶。由于历史上对黑人的歧视和差别待遇,黑人在受教育程度上要大大低于白人,因此杜克能源公司的要求差别性地影响了黑人,将他们排除在外。同时,既然历史事实表明,一些曾经在该公司工作的表现出色的白人员工也没有高中学历和高 IQ 分数,杜克能源公司就无法证明高中学历、IQ 测试与工作之间有合理的联系或者是一种商业必要(business necessity)。因此,即使杜克能源公司在此案中不存在恶意的歧视意图,也同样违反了《民权法案》第七款的规定。

在 1971 年格里格斯案判决之后的若干年里,差别性影响标准大有扩张之势。当时,许多法官对于格里格斯案的解读是,该案的判决不仅仅是对《民权法案》第七款的解读,而且也同时是对宪法第十四修正案的一种解读。^[10]就像瑞瓦·西格尔(Reva Siegel)指出的,格里格斯案既然反对固化由过去歧视所造成的现状,那么第十四修正案就应当在“没有压倒性的公共理由的情况下,禁止所有‘表面上中立(facially neutral)’但对种族具有差别性影响的州行动(state action)”。^[11]例如,在当时一系列的城市翻新工程中,联邦法院认定,当城市翻新对少数族裔具有不利影响而又没有压倒性理由的时候,这些翻新工程将因为对黑人产生负面的差别性影响而违反第十四修正案的平等保护条款。^[12]

然而,随着上世纪 70 年代美国社会保守主义势力的回潮,美国联邦最高法院并没有如同联邦和地方法院一样,把差别性影响标准拓展到宪法第十四修正案中。相反,在 1976 年的华盛顿诉戴维斯案(Washington v. Davis)案中,美国联邦最高法院反而限制了差别性影响标准的适用范围。法院明确区分了宪法和《民权法案》第七款,认为差别性影响标准只能在《民权法案》第七款中适用,而不能在宪法中适用。法院认为,要证明一项法律违反第十四修正案中的平等保护,必须证明其中有种族歧视的意图,不能在不考虑种族歧视意图的情况下,仅仅因为一项法律或行政命令对族裔具有不成比例的影响而宣布其违宪。

当然,法庭没有完全禁止差别性影响标准在宪法案件中的适用。法庭承认,虽然差别性影

[10] 例如 Metropolitan Development Corp. v. Village of Arlington Heights, 517 F.2d 409, 413—415 (7th Cir. 1975); Kennedy Park Homes Ass'n v. City of Lackawanna, 436 F.2d 108, 112 (2d Cir. 1970).

[11] Reva Siegel, “The Law (and Politics) of Disparate Impact”, Unpublished paper.

[12] Otero v. New York City Hous. Auth., 484 F.2d 1122 (2d Cir.1973); Gautreaux v. Romney, 448 F.2d 731, 738 (7th Cir. 1971); Crow v. Brown, 332 F.Supp. 382 (D.C. Ga. 1971), aff'd 457 F.2d 788 (5th Cir. 1972).

响“不是宪法所禁止的恶意种族歧视的唯一检验标准”，但它也“并不是不相关的”，差别性影响可以作为证明歧视意图存在的证据之一。事实上，正如史蒂文斯在配合意见中所指出的，如果差别性影响极其显著，多数意见里所声明的歧视意图(discriminatory purpose)和差别性影响(discriminatory impact)的区别并不重要。换句话说，在一些差别性影响极其明显的案例中，显著性的差别性影响将能够直接证明歧视意图的存在。^[13]

在戴维斯案之后，差别性影响的作用在宪法领域开始进一步降低。在1977年的阿林顿高地村诉大都市住宅发展公司案(Village of Arlington Heights v. Metropolitan Housing Development Corp)和卡斯特尼德诉帕提达(Casteneda v. Partida)案中，^[14]美国联邦最高法院还坚守戴维斯案中的意见，认为差别性影响是判定歧视意图是否存在的重要标准。但到了1979年的马赛诸塞州人事管理机构诉芬妮案(Personnel Administrator of Massachusetts v. Feeney)中，^[15]美国联邦最高法院则大幅降低了差别性影响在证明歧视意图方面的效力。

在芬妮案中，芬妮是一名女性，曾经想在二战期间加入军队，但因为军队规定女性必须有父母的同意才能加入而未能如愿。1963年，她被麻省民间防御机构聘为一名高级助理速记员。1971年，她参加了民间服务考试以谋求麻省牙医检查委员会助理秘书的职位，她在考试中名列第二，但因为麻省的法律规定，对于通过考试的人员，退伍老兵具有优先被录取的权利，因此，其他比她成绩低的求职者反而得到了晋升，因为由于历史的原因，几乎所有的退伍老兵都是男性。可以说，这是一项典型的表面上中立但事实上却对女性具有差别性影响的法律。美国联邦最高法院审理后认为，这个案例中的差别性影响尽管明显，却不足以证明歧视意图的存在。在法庭意见中，法院指出，违反宪法第十四修正案的歧视意图必须是非常明显的。歧视意图指的“不仅仅是作为意志的意图或作为意识到后果的意图。它指的是决策者——在这个案件中指的是州立法机关——选择或重新确认一项特殊的行为，至少部分是‘因为(because of)’，而不仅仅是‘虽然(in spite of)’其对某个群体具有负面影响”。而对于这项法律记录的研究表明，立法者从来没有试图将女性排除在外作为其目标之一。也就是说，其中不存在“因为”或“部分因为”的立法动机。通过否认可预见的差别性影响和歧视意图之间的关联，美国联邦最高法院大大削减了差别性影响在第十四修正案中的影响。^[16]

在《民权法案》第七款和其他一些法律领域，直到最近，差别性影响标准仍然享有很高的权威。1989年，保守的美国联邦最高法院曾经试图在华兹考夫包裹公司诉安东尼案(Wards

[13] Washington v. Davis, 426 U.S. 229 (1976).

[14] Village of Arlington Heights v. Metropolitan Housing Development Corp, 429 U.S. 252 (1977); Casteneda v. Partida, 430 U.S. 482 (1977).

[15] Personnel Administrator of Massachusetts v. Feeney, 442 U.S. 256 (1979).

[16] 瑞瓦·西格尔认为，法院在戴维斯案和芬妮案中采取歧视意图来作为判定州行动是否违反第十四修正案的标准，这和19世纪法庭通过划分政治/民权/社会平等来限制第十四修正案的范围非常相似。参见Reva B. Siegel, "Why Equal Protection No Longer Protects: The Evolving Forms of Status—Enforcing State Action", 49 *Stan L. Rev.* 1111 (1997).

Cove Packing Co. v. Atonio)中改变差别性影响中的举证责任分配,^[17]但国会很快就通过立法推翻了法院的判决,重新确认了格里格斯案所确定的差别性影响标准。^[18]

然而2009年的里奇诉德斯坦福诺案(Ricci v. DeStefano)却为差别性影响的前途和影响添上了一些不确定性因素。^[19]2003年,纽黑文消防部门举行测试,以决定哪些人能够得到晋升,测试的最后结果是得以晋升的19人中,17人是白人,2人是西班牙裔,没有1名黑人得以晋升。纽黑文市出于测试可能违反《民权法案》第七款所设定的差别性影响的考虑,没有认可测试的结果,而是选择了重新测试。18名消防员包括17名白人和1名西班牙裔起诉纽黑文市违反了《民权法案》第七款以及宪法第十四修正案中的平等保护条款。通过审理,美国联邦最高法院认为,纽黑文市的决定违反了《民权法案》第七款,但并没有就宪法问题作出判决。在这份复杂且有些模糊的多数意见中,法庭首先认定,当纽黑文市因为基于种族不成比例而拒绝认可测试结果的时候,它就是一个“明确的、基于种族的决定”,是一种差别性待遇(disparate treatment),其行为已经构成了歧视。其次,法庭区分了差别性待遇(disparate treatment)和差别性影响(disparate impact),并且认定在二者具有冲突的情况下,《民权法案》第七款所允许的基于种族的差别性行动必须“建立在强有力的证明基础上(a strong basis in evidence),即如果不采取该行动,就可能会因为差别性影响这一法律而承担责任”。通过审理,法庭认为被告并没有达到这一标准。^[20]

美国联邦最高法院在里奇案的判决中无疑限缩了差别性待遇理论在《民权法案》第七款中的适用范围。在里奇案之前,差别性影响是判定雇佣关系中是否存在歧视的最重要标准,但在里奇案之后,这一原则的适用不能存在任何的差别性待遇。也就是说,当雇主为了避免差别性影响的责任而采取差别性待遇的行动,这种行动将被认为是违反第七款的。

里奇案中的法庭意见限定在《民权法案》,并没有对宪法第十四修正案进行讨论,但是在配合意见中,斯卡利亚法官第一次质疑了差别性影响的合宪性。斯卡利亚认为,即使是在没有差别性待遇的情况下,基于差别性影响实施的行动也是基于种族的,因而也是违反宪法第十四修正案的。在里奇案之后,不少保守派学者也开始声援斯卡利亚的判决,撰文质疑差别性影响标准的合宪性。^[21]首先提出差别性影响标准可能违宪的理查德·普莱姆斯认为,差别性影响标准前途未

[17] *Wards Cove Packing Co. v. Atonio*, 490 U.S. 642 (1989). 格里格斯案中认定雇主具有举证责任,就是说当雇员证明自己属于受到差别性影响的一员的时候,法庭将首先推定雇主存在违反《民权法案》第七款的歧视,雇主必须证明这种差别性影响是基于商业必需。而华兹考夫案则将这种证明存在差别性影响的责任转移到了雇员身上。如此一来,证明差别性影响存在的成功率将大大降低。

[18] 参见 *Civil Rights Act of 1991*, Pub. L. 102-166, 105 Stat. 1071, 1074-75 (1991). 1991年的《民权法案》重新确认了举证责任应当回到格里格斯案所确立的原则,即由雇主来举证不存在差别性影响的责任。

[19] *Ricci v. DeStefano*, 557 U.S. 557 (2009).

[20] 对此案的不同解读,参见 Richard Primus, "The Future of Disparate Impact", 108 *Mich. L. Rev.* 1341, 1356 (2010); Reva Siegel, "From Colorblindness to Antibalkanization: An Emerging Ground of Decision in Race Equality Cases", 120 *Yale L. J.* 1278 (2011).

[21] 例如 Lino A. Graglia, "Ricci v. Destefano: Even Whites Are a Protected Class in the Roberts Court", 16 *LEWIS & CLARK L. REV.* 573, 575 (2012); Kenneth L. Marcus, "The War between Disparate Impact and Equal Protection", 2008-09 *Cato Sup Ct. Rev.* 53 (2009).

卜,保守派可能会借助里奇案中的意见,在未来以第十四修正案来扼杀差别性影响标准。〔22〕

因此,通过一个极其简短的历史回顾,我们可以发现,在适用宪法第十四修正案的领域,差别性影响标准的作用被大大限制了,只是作为一种辅助性的证明恶意歧视存在的工具,但在《民权法案》第七款所涵盖的领域,差别性影响标准仍然发挥作用。当然,差别性影响标准的这种作用受到了差别性待遇标准的限制,并且在未来仍然存在被宣布为违宪的可能。

三、差别性影响标准的目的与功能

差别性影响标准无疑与反歧视和平等保护有密切的关系,但是我们仍然必须追问,这一标准所要实现的目的与功能到底何在?为何要在反歧视与平等保护领域发展出这样一种标准?对这一问题的追问将使我们更深刻地把握这一标准的内涵。同时,如果我们未来要在中国的反歧视和平等保护领域引入这一标准,也有必要思考我们应当借助这一标准实现何种目的。

差别性影响的功能之一或许就在于能够帮助发现歧视意图。诚如有的学者所说,对于意图的直接探寻非常困难,在多数情况下“对于不可捉摸的意图的直接探寻往往是徒劳无功的”。〔23〕一个人的意图可能隐藏得非常深,仅仅通过观察难以确定。而在实践中,由于有可能成为被告的歧视者往往是政府、企业或其他组织,确定其中是否存在歧视意图将更为困难。因为这些组织中往往人员众多,不同的人可能有相互矛盾的意图,而政策实施的环节也非常复杂,不同的环节中可能有不同的意图。因此,在直接寻求歧视意图难以奏效的情况下,差别性影响标准或许可以成为一种探寻歧视意图是否存在的工具。

根据法律经济学对于歧视行为的分析,人的行为大都是由其意图或欲望所驱动的。当雇主对于不同的种族或对象存在偏见的时候,他们就会采取行动,将这个群体尽可能排除在外,而当这种非常明显的排外行为被认定为非法活动时,他们就会采取表面中立的行动来实现这一目的。因此,可以大致认定在差别性影响和歧视意图之间存在概率上的因果关系,即一项政策对某个群体具有不成比例的影响的情况下,这种政策中歧视意图存在的可能性就越高。〔24〕

探寻歧视意图的优点在于,反歧视是一项具有高度共识性的理念。一项法律或政策一旦被确定具有明确的歧视意图,就能够对其非法性形成较高的共识。而且,就美国宪法来说,由于第十四修正案的平等保护建立在反歧视的基础之上,具有歧视意图的法律或政策将不仅违

〔22〕 参见 Richard Primus, “The Future of Disparate Impact”, 108 *Mich. L. Rev.* 1341, 1356 (2010), 普莱姆斯教授是反歧视与平等保护领域的权威专家,其文章“Equal Protection and Disparate Impact: Round Three”, 117 *Harv. L. Rev.* 493 (2003)在里奇案中被多数意见和反对意见所同时引用。

〔23〕 George Rutherglen, “Disparate Impact Under Title VII: An Objective Theory of Discrimination”, 73 *Va. L. Rev.* 1297 (1987).

〔24〕 Gary Becker, *The Economics of Discrimination*, 2d ed, University of Chicago Press, 1971, pp.13-18.

反《民权法案》第七款,而且还很可能被宣布为违宪。^[25]但探寻歧视意图的困难在于,歧视意图在实践中常常并不明确。“意图”虽然一般指的是主观动机,但其中往往包含了多种层级。如果我们借用美国模范刑法典对意图的分类,我们会发现意图至少可以包含多种类型:意图可以指故意(有意识地追求某种结果)、放任(知道某种结果将要发生)、轻率(不关心某种结果是否会发生)、疏忽(没有尽力防止某种结果发生)以及无过错责任。^[26]如果说差别性影响标准的功能在于探寻歧视意图,那么它应该探寻的是哪个层面的意图?

通过对国会立法过程的历史研究,迈克尔·歌德(Michael Gold)教授提出,国会制定《民权法案》第七款的意图在于仅仅禁止那些有意识的歧视,诸如故意和放任的心态。他认为,在上世纪60年代制定时,国会的目标就是希望把宪法上反歧视的一系列原则扩展到就业领域,在就业领域反对有意识的歧视。^[27]可以想象,无论是在美国还是在中国的语境中,大概没有人会反对禁止有意识的歧视,因为反对有意识的歧视仅仅是一种最简单和最朴素的平等观念,并不要求对任何群体进行“特别对待”。^[28]而且,在这种有意识的歧视中,往往伴随着较为明显的仇恨和恶意。通过法律或宪法禁止这种仇恨和恶意,是实现社会公平与和谐的必要条件。

如同第一部分所述,禁止明确的歧视意图正是戴维斯案和芬妮案中对宪法第十四修正案的理解。在戴维斯案中,法庭认为要证明违反宪法第十四修正案,就必须存在歧视意图。^[29]而在芬妮案中,法庭则更进一步明确表明,这种歧视意图必须是非常明确的,必须证明政策制定者是在一定程度上为了负面影响某个群体而制定政策,而不能仅仅因为政策制定者没有顾及这种负面后果而认定其有歧视意图。^[30]

但是,如果仅仅将歧视意图限定在有意识的歧视,我们会发现这种反歧视和平等保护的目标太过狭隘。毕竟,即使推翻种族隔离法律的布朗案也无法确定种族隔离的法律就一定存在恶意。就像亚历山大·毕克尔(Alexander Bickel)所说,种族隔离法律是违宪的,但是种族隔离法律在制定之初并非就一定是为了伤害黑人的。^[31]当时很多人真诚地相信,由于黑人在智力和道德方面的特殊性,有必要对他们进行隔离,这种隔离不仅对白人有利,而且对黑人也同样。如果差别性影响标准仅仅只能用以探寻有意识的恶意歧视,那它的作用将极其有限,甚至

[25] Richard Primus, “Equal Protection and Disparate Impact: Round Three”, 117 *Harv. L. Rev.* 493 (2003).

[26] 参见 Model Penal Code, Section 2.02(1)(1962).

[27] Michael Gold, “Griggs’ Folly: An Essay on the Theory, Problems, and Origin of the Adverse Impact Definition of Employment Discrimination and a Recommendation for Reform”, 7 *Indus. Rel. L.J.* 429 (1985),当然歌德教授并不主张这种立法原意应当约束未来法官对《民权法案》的解释。

[28] Elizabeth Bartholet, “Application of Title VII to Jobs in High Places”, 95 *Harv. L. Rev.* 945, 958—59 (1982).

[29] *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229 (1976).

[30] *Personnel Administrator of Massachusetts v. Feeney*, 442 U.S. 256 (1979).

[31] Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Bobbs—Merrill, 1962, pp.61—62.

可能连证明种族隔离中存在歧视意图的功能也无法实现。^[32]

正是基于这种考虑,很多人认为,差别性影响标准不应当仅仅用以证明有意识的歧视,而是更应当用于证明无意识歧视。所谓的无意识歧视,指的是一个人可能非常诚实地相信自己对待不同的种族、性别或其他身份群体的时候,自己秉持的是中立和同等对待的原则,但实际上他却是以非常不同的态度来对待他们。就当前美国的语境来说,比起有意识的歧视,无意识的歧视可能更加普遍,也更加难以消除。^[33]在实践中,一些法院也已经将探寻无意识歧视作为差别性影响标准的重要作用之一。例如,在华生诉福特华斯银行案(Watson v. Fort Worth Bank & Trust)的多数意见中,美国联邦最高法院的多数意见就曾经提到,如果没有差别性影响标准,“潜意识的刻板印象化和偏见就将持续存在,即使有意识的歧视可以通过差别对待标准而得以限制”。^[34]

对于无意识歧视最为著名的分析当属琳达·克雷格(Linda Krieger)的研究。在1995年发表的一篇文章中,克雷格借用社会认知理论的研究,批评了戴维斯案和芬妮案中要求证明有意识歧视意图的做法。在克雷格看来,人们的认知过程普遍存在着类型化的心理机制,即使在不存在明确动机的情况下,人的认知也会潜移默化地不知不觉地将人群归类,并且在此过程中形成偏见和无意识的歧视。因此,有必要假定这种偏见和无意识歧视的广泛存在并进行控制,而不是像法庭那样假定不存在歧视。^[35]查尔斯·劳伦斯(Charles Lawrence)也指出,歧视不仅仅是恶意和有意识的,当前美国社会广泛存在无意识的种族主义歧视。为了揭示这种无意识的种族歧视,有必要在文化意义上对政府的社会行为进行分析,确定政府的社会实践“是否传递了一种在文化上具有种族意义的象征性信息”。^[36]因此,差别性影响标准可以帮助探寻是否存在潜意识的歧视。一项法律或政策或许在表面上是中立的和无歧视意图的,但是如果其在文化层面上对少数族群具有不成比例的影响,那么这种法律和政策也应当被视为是具有歧视性的和违宪的。作为例证,劳伦斯讨论了孟菲斯市诉格林案(City of Memphis v.

[32] 因此,对于平等保护条款是否应当采用意图标准,在学者中引起了广泛的争论,支持者的文献可以参见 John Hart Ely, “Legislative and Administrative Motivation in Constitutional Law”, 79 *Yale L. J.* 1205 (1970); Paul Brest, “Palmer v Thompson: An Approach to the Problem of Unconstitutional Legislative Motive”, 1971 *S.Ct.Rev.* 95. 反对者的文献可以参见 Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law*, Foundation, 2d ed 1988, pp.16-20; Michael J. Perry, “The Disproportionate Impact Theory of Racial Discrimination”, 125 *U Pa L Rev* 540 (1977); Owen M. Fiss, “Groups and the Equal Protection Clause”, 5 *Phil & Pub Aff* 107 (1976). 综合性的分析,可以参见 Theodore Eisenberg, “Disproportionate Impact and Illicit Motive: Theories of Constitutional Adjudication”, 52 *NYU L Rev* 36 (1977); Colloquium, “Legislative Motivation”, 15 *San Diego L Rev* 925 (1978).

[33] Paul Brest, “Foreword: In Defense of the Antidiscrimination Principle”, 90 *Harvard Law Review* 1.

[34] *Watson v. Fort Worth Bank & Trust*, 487 U.S. 977, 990 (1988).

[35] Linda Hamilton Krieger, “The Content of Our Categories: A Cognitive Bias Approach to Discrimination and Equal Employment Opportunity”, 47 *Stan. L. Rev.* 1161, 1164 (1995).

[36] Charles R. Lawrence III, “The Id, the Ego, and Equal Protection: Reckoning with Unconscious Racism”, 39 *Stan. L. Rev.* 317 (1987).

Greene)。〔37〕在该案中,孟菲斯市基于某些市民的签名请求,在黑人社区和白人社区之间建造了围墙,其理由是为了交通需要。法庭在最终的判决中维持了这项政策。在劳伦斯看来,孟菲斯市的这项政策具有明显的文化意义上的歧视,因为这项政策的理由虽然是交通需要,但是基于美国长期的种族隔离的历史,这项政策无疑会对黑人具有严重的心理影响。

在当前美国反歧视与平等保护的法律框架中,法律对无意识歧视所施加的责任更小。例如,在《民权法案》第七款下,只有有意识歧视才能获得补偿性赔偿金或惩罚性赔偿金。〔38〕但探寻和反对无意识歧视的确为反对歧视、真正实现平等保护提供了更多的保障。毕竟,经历了布朗案的判决和民权运动的洗礼,当前的美国社会已经不能容忍公开和恶意的种族歧视,差别性影响标准必须承担起探寻和发现这些无意识歧视的重任。

与探寻无意识歧视这个目标相关的是,差别性影响标准应当用以消除结构性的不平等。所谓的结构性不平等(structural inequality),指的是“那些看上去中立、不关注个人的制度性不作为、已经确立的结构和社会政治规范”。这些政治规范尽管看上去是理性的,但综合考虑却“制造和强化了种族隔离和不平等”。〔39〕以黑人为例,当前美国社会白人和黑人的差距异常明显,几乎在所有的领域都处于不利的境地。如同亚历山大·阿雷尼科夫(Alexander Aleinikoff)所总结的,“黑人具有更高比例的失业率、更低的家庭收入、较短的寿命预期、更高的婴儿死亡率、更高的犯罪受害率、更高的未成年怀孕率和单亲家庭比率。黑人更少进入大学,被大学录取的更少毕业。黑人在专业领域、学术领域和联邦政府中更少被代表”。〔40〕如果说上世纪50、60年代美国黑人的不利境地来源于赤裸裸的歧视,那么如今导致美国黑人与白人差距的一个重要原因就在于结构性与历史性的不平等。毕竟,如今的社会仍然沿用了许多历史上的规则,而白人在教育、家庭背景、人际关系等各个方面的先发优势使得他们更容易适应和符合这些规则的要求。例如格里格斯案中杜克能源公司对于高中文凭的要求,虽然表面上是种族中立的,但实际上却会对黑人群体施加不平等的限制,加剧黑人在社会中的不利处境。

在格里格斯案中,美国联邦最高法院提到了差别性影响对于消除这种结构性不平等的重要作用。〔41〕在法院看来,《民权法案》第七款的目标就是“消除过去就业机会中偏好白人的那些障碍”,那些对少数族裔产生负面影响的实践,即使其中完全不存在任何歧视,只要不是工作

〔37〕 City of Memphis v. Greene, 451 U.S.100(1981).

〔38〕 42 U.S.C. 1981a(a)(1).

〔39〕 Erica Frankenberg & Chinh Q. Le, “The Post-Parents Involved Challenge: Confronting Extralegal Obstacles to Integration”, 69 *Ohio St. L.J.* 1015, 1016 (2008)。关于这种结构性不平等和结构性种族主义的具体分析,参见 Andrew Grant-Thomas & John A. Powell, “Structural Racism and Color Lines in The United States”, in *Twenty-First Century Color Lines: Multiracial Change in Contemporary America* (Andrew Grant-Thomas & Gary Orfield eds., Temple University Press) (2008), Richard Thompson Ford, “The Boundaries of Race: Political Geography in Legal Analysis”, 107 *Harvard Law Review* 1843 (1994).

〔40〕 T. Alexander Aleinikoff, “A Case for Race-Consciousness”, 91 *Colum. L. Rev.* 1060 (1991).

〔41〕 对于格里格斯案存在不同的解读,这种消除结构性不平等的解读只是其中的一种,参见 Reva B. Siegel, “Discrimination in the Eyes of the Law: How “Color Blindness” Discourse Disrupts and Rationalizes Social Stratification”, 88 *Cal. L. Rev.* 77 (2000).

必需,就应当被宣布为非法。从这种角度来看,差别性影响的作用不在于探寻某个政策或就业当中雇主所可能存在的有意识和无意识歧视,其目标更多是后果导向的。差别性影响是为了消除历史所造成的结构性不平等,或者说是为了防止这种结构性的不平等进一步固化,对少数族裔产生进一步的不利影响。通过设置差别性影响这道防护栏,结构性不平等将被最大限度地预防,少数族裔和妇女在社会中上升的渠道将被最大程度地拓宽。^[42]

与消除社会的结构性不平等类似,差别性影响标准的另一个功能是作为社会不公的警报器。这一功能由哈佛大学法学院的莱妮·贵尼尔教授(Lani Guinier)和德州大学法学院的杰拉德·托雷斯(Gerald Torres)提出。在他们看来,差别性影响标准可以用来作为一种预警,警示社会中所可能出现的不公。这就类似于警示矿工工作环境存在危险的“金丝雀”(miner's canary),一旦矿井中存在危险,它们将首先发出警报。在雇佣和就业关系中,一旦雇主对某个群体产生不成比例的影响而又不是商业必需,依据差别性影响标准就会宣布其为无效。通过这种过滤和警示,就业环境将不仅仅对某个群体变得更为公平,而且对所有的人都会变得更加公平。这两位教授承认,警示社会不公并非立法者制定《民权法案》第七款的初衷,但是,差别性影响的这一功能能够防止社会不正当的权力结构固化,对促进一般性的社会公平和社会流动性具有重要作用。^[43]

四、差别性影响标准的可能问题:来自质疑者的声音

虽然差别性影响标准具有多重的作用,并且在美国反歧视与平等保护中发挥了重要作用,但这一标准也同时受到了许多质疑。冷静地倾听和分析这些质疑,将有助于我们更好地了解差别性影响标准的作用与限度,从而为在中国语境下如何引进和借鉴这一标准提供足够的理论支撑。

首先,利用差别性影响来探寻有意识的恶意歧视,这一功能较为容易为各方所接受。因为种族、肤色、宗教、性别或民族而对一个人进行恶意歧视,违反了人们对于平等保护的朴素感情和基本共识。反对有意识的恶意歧视,这是反歧视与平等保护的基本底线。^[44]而如上文所述,歧视意图的探寻无法通过对个人或组织进行直接的探寻,必须借助其他证据进行证明。在这方面,差别性影响标准无疑能起到重要的作用。

反对差别性影响标准的声音更多针对的是利用差别性影响来探寻无意识歧视、消除结构性不平等或作为社会不公的警报器。在这些情况中,如同格里格斯案中所说的,被告的歧视意图将变得不重要或不相关。只要原告证明某一项法律或政策对某一个少数群体存在差别性的

[42] 关于《民权法案》第七款促进少数族裔和妇女就业的目的,参见 John J. Donohue III, "Comment, Understanding the Reasons for and Impact of Legislatively Mandated Benefits for Selected Workers", 53 *Stan. L. Rev.* 897, 905 (2001).

[43] Lani Guinier and Gerald Torres, *The Miner's Canary: Enlisting Race, Resisting Power, Transforming Democracy*, Harvard University Press, 2002.

[44] 参见 Deborah Malamud, "Values, Symbols, and Facts in the Affirmative Action Debate", 95 *Mich. L. Rev.* 1668 (1997).

歧视,而被告又不能证明这项法律或政策和商业需要直接理性相关,那么它就会被宣布为违反这一标准。

对于差别性影响标准的这一功能,质疑者指出,这一功能完全是群体导向的,和美国宪法平等保护条款中个人导向的规定与精神相违背。^[45]在探寻有意识的恶意歧视中,差别性影响标准虽然也涉及群体,但其作用在于剥离个人身上可能存在的种族、肤色、宗教或性别等因素,最终的目标是实现个人不因为这些群体性的特征而受到歧视。^[46]但利用差别性影响探寻无意识歧视、消除社会不公或作为社会不公的警报器,其最终目标却仅仅是为了保证某个群体的利益不受到影响。^[47]在华特森案(Watson v. Fort Worth Bank & Trust)中,奥康纳法官指出,这种群体导向的保护并不公平。引起就业中种族比例失衡的原因并不一定都是非法歧视,失衡很可能是因为某个族裔自身不够努力,也可能因为某个族裔对某种类型的工作并不感兴趣。但如果使用差别性影响标准,这些情况都有可能被认为是非法的。因为差别性影响标准一旦成为一个独立的判断标准,而不是作为探寻恶意歧视意图的辅助工具,那么它就会不可避免地关注某个案件中族裔的比例。而一旦差别性影响案例不可避免地关注数据比例,就肯定会给雇主带来不正常的压力,促使他们采取不正当的预防措施。雇主会有意识地增加黑人等少数族裔的比例,牺牲白人群体的利益,以此来避免违反差别性影响标准。对于雇主来说,这种维持种族平衡的策略是最为简洁和方便的,因为“消除、发现或者解释无数导致员工构成比例失衡的原因”几乎是不现实的。^[48]因此,在现实社会中,雇主并不把精力放在消除无意识歧视或结构性不平等这一不可能的任务上,而是从一开始就通过配置种族比例来避免违法的可能。^[49]

美国法律界之所以一直怀疑基于身份的区分,这和美国社会长期实行的奴隶制和种族隔离的历史密切相关。奴隶制和种族隔离都建立在对白人和黑人严格的身份区分之上。因此,对于宪法第十四修正案这一平等条款的解释就一直和消除身份区分密切相关,消除身份区分在某种意义上成为平等保护的前提。例如,在斯特劳德诉西弗吉尼亚州案(Strauder v. West Virginia)中,法院就指出,第十四修正案的一个核心目的是消除政府所有基于种族的区分。^[50]法庭倾向于假定,任何基于种族对个人进行归类的做法,其中更可能存在种族偏见而

[45] Richard H. Pildes, “Principled Limitations on Racial and Partisan Redistricting”, 106 *Yale L.J.* 2505, 2515 & n.36, 2550 (1997).

[46] 如同奥康纳所说,“在美国宪法平等保护的核心有一个简单的要求,那就是政府必须将公民作为个人,而不仅仅作为种族、宗教、性别或民族的一员来对待”。Miller v. Johnson, 515 U.S. 900 (1995).

[47] 自由派学者并不否认这一点,事实上,他们批评法庭的个人主义倾向其实并不价值中立和客观,参见Owen M. Fiss, “Groups and the Equal Protection Clause”, 5 *Phil. & Pub. Aff.* 107 (1976).

[48] Watson v. Fort Worth Bank & Trust, 487 U.S. 977 (1988).

[49] Roger Clegg, Disparate Impact in the Private Sector: A Theory Going Haywire, Briefly, Perspectives on Legislation, Regulation, and Litigation, Vol. 5, No. 12 (Dec. 2001), available at <http://www.aci.org/files/2001/12/01/Briefly-Disparate-Impact.pdf>.

[50] Strauder v. West Virginia, 100 U.S. 303, 307 - 308, 310 (1880).

不是出于善意。^[51]因此法庭一般都在这些归类区分的案件中进行严格审查,一项法律或政策要通过宪法的检验,必须满足压倒性的政府利益,而且必须是“一种实现该目的必要的手段”。^[52]

群体导向和身份区分还很可能导致对某个群体的“刻板印象”。就差别性影响标准来说,其保护对象显然主要是黑人等少数族裔。对于逆向的差别性影响诉讼,即白人起诉某项法律或政策对白人具有差别性的影响,其难度则要大得多。^[53]因此,这种政策也可能造成一种对于黑人和少数族裔的不良印象,即这些群体需要法律的额外保护。如同布伦南法官在巴基案中所言,区别对待某个或某些特定的群体,这将会给这些群体打上耻辱的烙印。^[54]可以想象,这种“刻板印象”不仅会在文化意义或心理层面,而且可能会在实质层面对这些群体产生不良影响。雇主可能会在不违反法律的前提下尽可能地避免雇佣这些群体,或者尽可能地将他们安排在不重要的岗位上。甚至在日常生活中,人们都可能会在团体活动和其他事项中最后考虑这些群体,甚至尽量避免和这些群体进行接触。^[55]这些由“刻板印象”所造成的潜在危害可能会渗透到社会的各个角落。

除此之外,基于族裔等身份的区分还可能造成社会的分裂或巴尔干化(Balkanization)。在萧诉雷诺案(Shaw v. Reno)中,奥康纳指出,“任何种族性的区分都会给社会带来持续性伤害的危险。他们加深了历史上很多人所持有的一种信念,那就是应当根据肤色来判断个人”。根据种族进行区分,“即使是出于补救性的目的,也会将我们分裂为冲突的种族派系;它将威胁我们实现一个种族不再相关的政治体系的目标,一个第十四和十五修正案所体现并为这个民族所憧憬的目标”。^[56]西格尔教授也在文章中指出,以奥康纳和肯尼迪为代表的美国联邦最高法院中间派越来越关注种族区分所可能带来的巴尔干化的后果,因此,美国联邦最高法院在适用差别性影响标准的时候,开始更加注意这种标准可能带来的种族分化和种族冲突。^[57]毕竟,一旦种族或其他身份成为群体划分的依据,政治基于群体身份而非个人或公共利益而运作,那么身份政治就有可能愈演愈烈,甚至有可能引发势不两立的族裔斗争。这种因为族裔或其他身份而产生的裂痕,显然是任何一个政治共同体都不愿意看到的。

与种族的巴尔干化相关,使用差别性影响标准进行种族区分,还可能会牺牲无辜的弱势白人群体的利益。在里奇诉德斯坦福诺案(Ricci v. DeStefano)中,我们可以看到,如果允许差别性影响标准独立发挥作用,那么无辜的白人的利益将很有可能受损。一旦某项测试中的黑人

[51] Personnel Administrator of Mass. v. Fecney, 442 U.S. 256, 272 (1979).

[52] McLaughlin v. Florida, 379 U.S. 184, 196 (1964).

[53] 一个失败的例子,参见 Hayden v. County of Nassau, 180 F.3d 42, 46 (2d Cir. 1999).

[54] Regents of University of Calif v. Bakke, 438 U. S. 265(1978).

[55] 关于这种信息传递和社会行为之间的关系,参见 Eric A. Posner, “Symbols, Signals, and Social Norms in Politics and the Law”, 27 *Journal of Legal Studies* 765 (1998).

[56] Shaw v. Reno, 509 U.S. 630 (1993).

[57] Reva, Siegel, “From Colorblindness to Antibalkanization: An Emerging Ground of Decision in Race Equality Cases”, 120, *Yale L. J.* 1278 (2011).

比例较低,雇主就可以避免差别性影响诉讼的理由拒绝接受该项比例,并且可以重新进行照顾黑人的测试。无疑,这将使得很多无辜的白人的利益无法得到保障。事实上,里奇案只是将这类问题暴露出来。如上所述,在日常实践中,为了避免差别性影响标准所引起的诉讼,雇主常常使用多种方法对种族比例进行配额,在这种配额的过程中,很多无辜的弱势的白人的利益都被牺牲了。

最后,使用差别性影响标准进行种族区分还可能存在一个美国语境下无人敢言的理由,那就是可能造成黑人等群体的依赖心理和游手好闲的工作伦理。对于黑人的这种依赖心理,最为经典的莫过于托克维尔的经典著作《论美国民主》。在这本著作中,托克维尔一方面对黑人所遭受到的非人道待遇给予了深刻的同情,但同时也意识到,黑人遭受的奴役使得他们对白人产生了严重的依赖感。他预言,即使奴隶制度被废除,这种依赖感也将长时间地伴随着黑人群体。^[58]如今,美国的奴隶制和种族隔离政策废除已有多多年,但是如同托克维尔所预言的,黑人的这种依赖心理仍然是一个不小的问题。在就业等很多涉及种族问题的案例中,一旦没有得到如意的结果,首先想到的是利用差别性影响标准等工具来改变结果?还是首先在自己身上找问题?如果差别性影响标准被无限度地在各个领域利用,无疑会放纵或鼓励黑人等某些族裔的依赖心理,激励他们总是把问题归结为他人或社会,而不是反省自躬、自强不息。对于这种依赖问题,美国社会并无禁忌,^[59]但一旦涉及黑人等少数族裔的时候,这一问题就成了一个政治不正确(political incorrect)的议题,很多人担心却无人敢公开提及。

五、基于社会阶层的群体划分:在中国重新界定差别性影响标准

让我们再把目光转向中国,在分析了差别性影响标准在美国的起源和发展、功能与风险之后,我们应当如何分析这一标准在中国适用的可能?

首先,我们应当意识到,差别性影响标准虽然在美国涵盖了种族、肤色、宗教、性别或民族等多种因素,但其解决的最主要问题却无疑是种族特别是黑人问题。在美国,从建国后到南北内战废除奴隶制,再到布朗案废除种族隔离,种族不平等一直是美国社会最大的问题之一。如今,虽然距离布朗案已经有半个多世纪,但种族不平等的现状却并未得到根本性的改变。在美国的大部分地区,黑人区依然和白人区在事实上隔离,黑人在社会各个方面都处于落后的状态。^[60]如果美国无法在 21 世纪改变这种黑人贫民窟遍地、种族差距明显的状态,那么美国社会将面临严重的挑战。^[61]差别性影响标准之所以被法学界发展出

[58] 参见 Alexis de Tocqueville, *Democracy in America*, trans. Harvey Mansfield and Delba Winthrop, University of Chicago Press, 2000.

[59] 例如 2012 年的总统候选人罗姆尼公开斥责 47% 的美国人具有依赖性,参见: http://www.huffingtonpost.com/2012/09/17/mitt-romney-video_n_1829455.html, 最后访问日期:2014 年 5 月 17 日。

[60] 参见 Owen M. Fiss, *A Way Out: America's Ghettos and the Legacy of Racism*, Princeton University Press.

[61] 参见 Bruce A. Ackerman and Anne Alstott, *The Stakeholder Society*, Yale University Press, 1999.

来,而且历尽四十多年依然顽强地存活,很大程度上就在于美国的种族不平等依然是各种不平等中的“主要矛盾”,而差别性影响标准至少可以在一定程度上消除这种结构性不平等,或者至少防止这种不平等进一步扩大。

在中国语境下,因为种族、肤色、宗教、民族所造成不平等或许存在,但很难说是社会不平等中的主要矛盾。自从新中国建立以来,我国一直奉行各民族一律平等的原则,并且在一些政策上对少数民族进行了倾斜。相较之下,由于贫富差距和社会地位所引起的不平等可能是最大的结构性不平等。如果这种不平等不解决或不加以遏制,那么未来以阶级划分群体和进行政治斗争的可能性将会进一步增大。为了避免阶级斗争的重演,缩小社会阶层的差距,防止这种结构性不平等的固化或扩大,有必要借鉴差别性影响标准。因此,从理论上说,中国的差别性影响标准应当明确,在没有压倒性的理由的前提下,当某项法律、政策或决定对社会弱势阶层造成较为严重的不利影响的时候,应当基于平等权和差别性影响标准宣布该项法律、政策或决定无效。

那么,将社会弱势阶层作为中国差别性影响的主要保护对象,以阶层为群体进行群体划分,会不会产生上文所提到的可能存在的问题?对此疑问的答案是否定的。首先,我国《宪法》和宪法文化在将公民作为个体对待的同时,^[62]并没有反对群体划分和群体性的保护。《宪法》明文规定我国是以“工人阶级领导的、以工农联盟为基础的人民民主专政”。以社会阶层进行群体划分,并不存在美国宪法和法律语境中可能存在的违宪的嫌疑。从宪法文化的角度来看,美国社会存在着广泛的自由主义共识,^[63]对于以社会阶层名义进行了各种立法和政策总是持有很深的怀疑。^[64]相较之下,我国社会则对于关照弱势阶层和缩小阶层差距具有广泛的共识。^[65]

其次,基于社会阶层的群体划分也不存在美国语境中可能产生的“刻板印象”问题。在美国语境中,对于黑人等某些少数族裔的群体保护可能会导致社会认为,黑人等某些少数族裔在智商、能力或工作伦理方面普遍落后于白人,因而会加深社会对这些群体的固有印象。^[66]但在我国,这种风险基本上不存在。人们大都倾向于认为,当前的社会阶层分化在很大程度上是由于社会的结构性不公等因素造成的,社会弱势阶层是一个任劳任怨的、在智商和能力上不存在任何问题的阶层,他们的弱势地位与他们的智商、能力或工作伦理并无直接的关系。如果给

[62] 之所以提宪法文化,是因为宪法文化是决定宪法解释和适用的一个重要因素。Robert Post, “Foreword: Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law”, 117 *Harv. L. Rev.* 4 (2003).

[63] Louis Hartz, *The Liberal Tradition in America: An Interpretation of American Political Thought since the Revolution*, Harcourt, Brace and World, 1955.

[64] Benjamin I. Page & Lawrence R. Jacobs, *Class War?: What Americans Really Think about Economic Inequality*, Chicago University Press, 2009.

[65] 参见孙立平:《断裂:20世纪90年代以来的中国社会》,社会科学文献出版社2007年版。

[66] 不同种族的智力高低到底是先天的还是社会建构的,是一个极度敏感的问题。对此,可以参见《钟形曲线:美国生活中的智商和社会结构》这本书所带来的争论。Richard J. Herrnstein and Charles Murray, *The Bell Curve: Intelligence and Class Structure in American Life*, The Free Press, 1994.

与他们平等的机会,社会弱势阶层也可以通过自身的能力和努力实现自身的命运。因此,可以想象,如果利用差别性影响标准来对这一群体进行平等保护,并不会使社会对他们产生类似美国社会对黑人所具有的负面刻板印象。

再次,这种群体划分导致社会的群体分化或巴尔干化的危险也很小。相对于种族来说,社会阶层要难组织得多。毕竟,人的种族特征一目了然,很容易就能识别,种族成员也由于相同或类似的文化特征而更容易群居,更容易形成群体认同。一旦群体划分以种族为界限,个体的种族归属感就会更强,政治也更容易以种族的方式进行组织。这样,种族之间的分化甚至冲突的危险就会大大加强。相较之下,社会弱势阶层是一个松散的概念,人们很难在没有大规模政治运动的情况下将其视为自己身份的最重要归属。^[67]事实上,如果能够利用差别性影响消除或防止社会不公,缩小社会阶层之间的差距,那么弱势阶层这样一个群体的人数将会减小,力量将会减弱。在这种情况下,社会的群体分化或巴尔干化的危险将被最大限度地缩小。

再次,这种群体划分虽然不可避免地会对其他群体和阶层的利益产生影响,但这种影响却基本上是正当的,同时也符合社会的基本期待。如同不少人所指出的,以种族进行群体划分,可能会导致得益的是少数族群中的某些精英群体,而非真正需要帮助的少数族群中的弱势群体。^[68]同样,牺牲利益的可能也是白人群体中的弱势群体。但基于社会阶层的群体划分却直接面对社会的结构性不公这一问题,避开了使用“种族”或其他身份,从而尽可能地减少了利用身份来谋取不正当利益的可能。

最后,基于群体划分可能产生的依赖问题,在我国语境下也不会成为一个问题。相比黑人群体中可能存在的工作伦理和依赖心理,当前我国弱势阶层的成员绝大部分并不比其他阶层更为懒惰或依赖。相反,这些成员即使身处社会底层,也依然任劳任怨、努力上进。而且,就差别性影响标准的性质和实施来说,更为重要的在于为社会弱势阶层提供更公平的竞争环境,而非直接为他们发放福利。因此,我国的弱势阶层不太可能因为差别性影响标准而产生依赖。

六、结语:中国反歧视与平等保护的未來

当前,我国的反歧视与平等保护缺少在法律上可以适用的标准,在法学研究中缺少对此的深度研究。在法学领域,当前的研究进路主要寄希望于通过反歧视诉讼来厘清和界定反歧视与平等的内涵,但在这种通过诉讼实践来引领理论的路径之外,也应当保持自身的理论自觉。毕竟,随着社会的发展,显性的恶意歧视将变得越来越少,无意识的歧视和社会结构性不公所引起的不平等将成为主要的问题,我国的反歧视和平等保护理论必须面对这些歧视中的“主要矛盾”。

通过借鉴和分析差别性影响标准,本文认为有必要对其进行重新界定并且适用于我国的

[67] 关于中国建国以来人民身份的印象,参见欧树军:“必须发现人民:共和国六十年来对人民的印象、界定与分类”,《学海》2012年第4期。

[68] “Time to Scrap Affirmative Action”, *The Economist*, April 26, 2013.

反歧视与平等保护。具体来说,我国的反歧视与平等保护应当以阶层进行划分,着重保护弱势阶层的利益,当某一项政策或法律不具有压倒性利益优势,如果其对弱势群体产生差别性的不利影响,就应当基于差别性影响标准而宣布其无效。

值得提醒的是,这种移植和借鉴并不是简单地模仿或移植美国的差别性影响标准。在某些情况下,经过重新界定后的差别性影响标准在我国语境中适用会产生与在美国截然相反的结果。例如,格里格斯案中认定,公司对于高中文凭和智商测试的要求会对黑人产生不利影响,但在我国,教育是社会弱势阶层上升最为重要的途径之一,在有些情况下——例如在公务员考试中——取消对文凭和测试的要求反而会对弱势阶层产生不利影响。因为一旦取消了这些要求,招录过程就会被各种人际关系或潜规则所左右,而这显然会使得弱势阶层处于更加不利的处境。^[69]再比如,在美国语境下,大学招生允许以多样性的理由来对黑人进行照顾,这并不违反差别性影响标准;^[70]但在我国语境下,近年来高校中以多样化和选拔创新人才为理由的自主招生却非常不利于弱势阶层,存在违反差别性影响标准的嫌疑。当前自主招生录取的成员中,很多是因为“特殊才能”被录取的,而这些“特殊才能”有赖于各种各样的辅导班,如面试能力的训练班、奥林匹克数学辅导班,而这些都有赖于强大的家庭经济实力。事实上,各种统计已经指出,相比高考,通过自主招生进入大学的农村考生人数远低于城市考生。^[71]

作为一种在理论上探寻中国反歧视与平等保护可适用标准的尝试,本文并不打算也不可能解决所有的问题。仍然有很多的重要问题需要解决,例如,差别性影响标准应当只是作为某些法律领域的标准,还是应当上升到宪法层面?^[72]其适用对象除了公共部门之外,是否应当延伸到某些私营企业和机构?^[73]在制度层面,谁有权适用这种差别性影响标准?是法院、全国人大及其常委会还是其他机构?如果以阶层来划分差别性影响标准,如何对各个阶层进行界定以及提供更为明确的标准?这些问题都有赖于未来进一步的研究。

(责任编辑:章永乐)

[69] 这也提醒我们在投身某些反歧视的时候,例如反对基于学历的歧视的时候,必须三思而后行。

[70] 参见 *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003)。

[71] 而2010年北京大学颁布的自主招生新政“校长推荐制”学校名单中,没有一所高中在农村地区。张侃:“自主招生制度对普通高校高考招生制度的冲击及对策”,《文教资料》2011年第29期。

[72] 有的地区,例如加拿大的英属哥伦比亚州已经将其上升到宪法的层面。参见 *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. British Columbia Government Service Employees' Union* [1999] 3 S.C.R. 3, 1999 SCC 48 (Can.); *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, 1999 1 S.C.R. 497 (Can.)。

[73] 基于市场经济的需要,笔者认为,以差别性影响标准所进行的审查应当主要集中在公共部门。对于私营企业和机构,应当赋予其更多的经营自主权。