

反歧视的经济法路径分析 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/480/2021_2022__E5_8F_8D_E6_AD_A7_E8_A7_86_E7_c122_480617.htm 作为新兴法律事物的

经济法，正是伴随国家（政府）对社会经济生活适度干预而形成的法律部门。体现国家渗透市场理念的经济法自其诞生之日起，便与国家与市场有着天然的亲缘关系。经济法也正是基于市场失灵与政府缺陷的二元结构，确立了自己调整社会经济关系的逻辑基点和路径选择。[1]而社会歧视现象尤其是

劳动力市场就业歧视问题也正体现了市场调节失灵和政府管制缺陷的两难境地，笔者认为，如何反歧视和采取何种路径反歧视理应得到经济法的关注，运用现代经济法的“市场调节（失灵）--政府管制（缺陷）”路径对其进行分析具有十分重要的理论价值和现实意义。

一、反歧视的市场调节

（一）市场调节：基于成本效益的分析 市场调节作为市场经济的内生机制，其理论假设前提是相关市场的主体都是理性的，在自由平等的竞争中基于经济理性做出合理决策，这种理性贯穿于市场主体对自身行为的成本效益进行分析的过程中，如果自身行为通过市场调节带来的是低成本高收益的结果，那么该主体就会积极从事该行为，这就是理性。相反，如果市场调节带来的是高成本低收益的结果，其将排斥和放弃该行为，这同样也是基于理性的结果。

1、市场调节下的有效歧视 在劳动力市场上存在的就业歧视问题同样可以基于成本效益的分析获得合理解释，即劳动力市场上的歧视行为其实是雇主理性选择的结果。雇主之所以选择歧视，是因为歧视可以给他带来高利润，而付出的代价远远低于收益，这种歧视就

是经由市场基于效率原则做出调节的结果，我们称为有效歧视，但这种有效歧视可能会因忽略公平正义原则而面临谴责，但我们不能因这些谴责而否认市场对于歧视问题的调节作用。

2、市场调节下的无效歧视 同样经由市场调节也会产生歧视与利润最大化不一致的另一种情形，例如某一相关劳动力市场中有些企业雇用A类工人，另一些只雇用B类工人，假定A、B的生产率是相等的，A类工人的平均薪资要低于B类工人，只雇佣B类工人的企业由于其他偏好而歧视A类工人，不愿意雇佣A类工人，这种情形在市场的调节作用下，会导致不愿雇佣A类工人的企业比雇佣A类工人的企业成本高，但是产品市场又是完全竞争的，各个企业按照同一价格出售产品，所以结果自然是那些不愿按均衡工资雇佣A类工人的企业将付出减少利润的代价。歧视与利润最大化行为的不一致将对企业的生产产生很大影响，那些无歧视或歧视偏好弱从而企业利润大的企业将向外扩张，同时另一些企业将进入该相关行业进行生产，导致歧视强的企业所占市场份额逐步降低，甚至随着时间的推移有可能从这个行业被排除出去。[2]因此，市场的调节在此种情况下将导致一个与雇主歧视愿望相反的结果：利润最大化倾向于消除歧视，我们称为无效歧视。这种情况表明，有些歧视行为在市场的调节作用下，在成本收益的指引下，促使歧视主体作出放弃该歧视行为的理性决策。

（二）市场调节的不足和国家公权的介入 应当肯定的是，市场作为解决就业歧视问题的方式和力量具有一定的有效性，正如上文所分析的那样，在完全竞争的市场条件下，从事歧视行为可能会产生一定的非效益性，即从事歧视行为会带来高成本和低效益的不利后果，作为理性经济人的市场

主体（用工主体）会基于利益最大化的考虑，不得不放弃歧视行为。然而，将市场作为解决就业歧视问题的手段也有着其天然的不足，主要体现在：1、市场对被歧视者的无效率是无能为力的。我们都知道，市场主体是否会采取歧视行为，完全取决于歧视是否给其带来高收益，当歧视行为产生正效率，主体必将会采取歧视行为，现实生活中的诸多歧视现象便是有力的说明，可见歧视有时对于歧视者来说的确是有效率的，当然也有无效率的时候。但是对于被歧视者来说，那必定是无效率的，这一点也是毋庸置疑的，因为没有人会热衷于遭受歧视，并以此为快乐。然而，对于被歧视者的无效率，市场是无能为力的，而且在市场的自发调节下，这种无效率状态将会更加恶化。

2、歧视心理偏好是无法通过市场调节加以改变的。由于我国是一个深受古代传统文化观念影响的国家，一些传统文化观念和意识根深蒂固，如男尊女卑、城乡差异、等级森严等。这些不合理的传统文化观念内含着一种歧视走向，而且随着时间的长期积累，会演化成一种歧视文化和心理，这种歧视文化和心理偏好也不是通过简单的成本和收益分析就能够加以改变的，即使是可改变的，我们在分析某一歧视行为的成本收益所付出的信息成本也是非常巨大的[3]，这一点也足以使我们对市场调节手段产生很大的困惑，这种困惑的最直接体现便是人们对市场调节手段的质疑和排斥。

3、市场调节无法对抗不合理的政策导向。在我国，中央政府出于特定时期的国情和经济发展的客观情况，制定相应的就业政策和制度，对农村富余劳动力进入城市或城市之间人口流动规定了许多限制措施，而很多地方政府也为了从本地区利益出发，常常制定一些限制农村和外来劳动力的土政策，人为地制造城乡

差别和就业歧视，这些都非市场所能解决。4、单纯的市场调节无法兼顾对公平正义价值的追求，不利于社会的稳定和谐。现代各国市场经济实践证明，市场解决反就业歧视问题的出发点是在于对效率的考虑，通过成本和收益的分析来引导市场主体基于效率考量做出理性决策，但并不能考虑到对于公平正义这一人类永恒的情感和诉求的尊重。片面追求高效率，有可能会忽略对公平正义这一社会基本价值的兼顾，导致社会的不稳定和不和谐，进而影响社会的整体进步和发展。由于市场调节的不完善性，国家公权力的介入对于反歧视问题的解决能够在很大程度上起到重要的弥补作用。具体而言，这种作用体现在以下几个方面：第一，通过公权力的介入，能够针对歧视行为给被歧视者带来的无效率问题进行有效的管制和救济，通过对实施歧视行为者赋予法律责任等强制性手段，促使其将外部性内在化以避免歧视，同时也使被歧视者获得相应的补偿，换句话说，国家公权力的介入可以起到惩罚歧视者和救济被歧视者的双重作用，而且这种作用具有国家强制性的保障；第二，对于无法通过市场调节加以改变的歧视心理偏好，可以通过国家公权力的强有力干预得到解决，也就是说，国家公权力的管制对于人们的歧视心理偏好能够起到强制性的改变作用；第三，公权力的管制直接禁止歧视，除了免除被歧视者的负担之外，也能减少歧视者因为实施歧视所带给他的各种成本损失；第四，由于市场调节手段重视效率至上，往往忽略对公平正义的追求，而体现国家意志的公权干预较市场调节手段在彰显公平正义方面具有天然的优势性。

二、反歧视的政府管制

（一）政府管制：基于公平正义的分析 需要说明的是，这里的政府管制包

括国家的立法、执法、司法全过程，具体来说，就是包括国家立法机关制定反就业歧视专门法律法规、并由专门的反就业歧视机构执行相关法律法规和国家司法机关就歧视问题进行法律适用、案件审理等裁决活动。笔者认为，市场基于对效率的追求对歧视问题能够在一定程度上起到很好的调节作用，但以效益至上的市场调节手段往往会忽略对公平正义的价值考量，而正是对公平正义的漠视使得市场调节的不完善性显得尤为突出，这就需要一个既区别于市场调节手段同时又能够充分维护社会公平正义的另一力量的介入，这一力量就是我们所说的政府管制。

1、政府对歧视进行有效管制是实现社会公平正义的必然要求。罗尔斯在《正义论》中提出了一个著名的正义原则：“所有的社会价值--自由和机会、收入和财富、自尊的基础--都要平等的分配,除非对其中一种价值或所有价值的一种不平等分配合乎每一个人的利益。”我们所说的歧视就是一种机会的不平等分配，这种不平等分配切实损害了社会公众的根本利益，因而是非正义的，这就需要我们借助政府强有力的管制，通过制定有关反歧视的专门立法、加强执法、严格司法等手段来对已遭致不平等分配的社会利益格局进行强有力的矫正，使之恢复公平。

2、政府对单位用人自主权进行管制符合社会本位理念下的现代劳动立法之发展趋势。对劳动关系双方的契约自由予以适当的国家干预，以平衡力量不对等的劳资关系，这是以倡导公平正义为主旨的社会本位价值观下劳动关系法律调整的需要，也是20世纪以来国际劳动立法的发展趋势。因为雇佣双方当事人之间实际上的不平等关系??经济上的依赖性和管理上的隶属性，决定了双方在签约时不可能是平等的。如果仅立足于

个人本位，用民法的“契约自由”来调整雇佣关系，根据私法自治的原则来运行，那么这种条件下的所谓雇佣自由关系经实践证明是不可能实现真正的平等的，歧视现象也就不可避免。因此，要消除歧视，法律的引导和规制即国家公权力的介入成为必不可少的力量，政府必须从社会公平正义的立法观念出发进行适当的干预[4]，将就业的公平原则进一步贯穿到劳动立法中去，即通过制定反就业歧视法律，有效制止目前日益严重的就业歧视问题，给更多的人提供平等的就业机会，最终达到使机会分配趋于公平正义的这一目标。（二）政府管制的缺陷和不足 尽管政府管制作为弥补市场调节本身不完善性的必要手段，但公权介入作为市场力量的替代手段并非都能够实现预期的目标和任务，毕竟政府管制也有很多难以克服的缺陷和局限性。其缺陷和不足主要体现在以下几个方面：1、政府管制在某些情况下呈现出无效率性。首先，有些歧视是有效率的，如果采取政府管制直接加以禁止反而体现出一种无效率性，这时，我们称之为合理歧视。比如用工主体限制或拒绝雇佣年老的劳动力，我们不能通过政府管制一概予以禁止，因为雇主之所以要限制雇佣年老工人，并不是说他们比年轻工人效率低，而是因为判断和具体评估工人的工作效率孰高孰低是件非常困难的事情，如果要想清楚地做出具体的评估值，恐怕所需信息成本是非常巨大的，因此我们将年龄大小这种单一、很快即可测定的特征作为雇用决定的基础可以使进行具体评估所需的信息成本问题得到解决，从这一角度出发，我们不能通过政府管制一概予以禁止，否则必将遭受“非效率性”的责难。2、体现政府管制的法律实施会使被歧视者和社会公共利益受损。笔者认为

，国家公权力的介入可以起到惩罚歧视者和救济被歧视者的双重作用，而且这种作用具有国家强制力的保障。但有一点我们必须考虑到，规定有对歧视者进行惩罚内容的法律一旦实施，就会迫使理性的雇主将法律规定的不利后果最小化，这一做法的直接后果就是使被歧视者利益受损，比如法律要求男女同工同酬，禁止实施性别歧视行为，那么雇主就会积极地在那些需要雇用妇女的岗位上采取以资本投入替代劳动投入等应对法律规定的行动，从而就会减少被雇用者的就业机会，最终受损的还是被歧视者；同时，反歧视法对雇主所产生的直接或间接成本会以提高价格的形式转嫁给消费者，[5]最终导致消费者公共福利受损。

3、政府管制在微观层面上可能会降低企业效率。在有的国家，为了规制就业歧视，政府要求企业必须雇用一定数量或比例的特殊人群，一般都是弱势人群（如残疾人、妇女、年老失业人员等）。但是这种政策完全不考虑企业的效率和成本负担，会给企业带来不必要的成本增加并降低企业效率，因为这类照顾人群未必能满足企业的需求，而且这一做法也无异于任意地剥夺了本可以通过公平竞争而获得此工作岗位的其他不受特殊保护的人的就业机会，有违公平之嫌。

4、政府管制如不加以有效控制有浪费社会资源之弊端。公权力管制需要成本付出，管制成本一般包括立法、执法、司法成本及大量机会成本，这里的立法、执法、司法成本就是指国家立法机关制定反就业歧视专门法律法规、并由专门的反就业歧视机构执行相关法律法规和国家司法机关就歧视问题进行法律适用、案件审理等活动所需社会资源的投入，其成本是相当巨大的；这里的机会成本是指采用政府限定的措施会导致本来其他也许更为

有效的措施的不能采用的损失，如果对政府的政府管制不加以有效限制，其付出的机会成本是令人难以接受的；当然还有一种情况也应当值得注意，那就是当政府滥用公权时可能也会带来社会成本的损失。

三、经济法视野下的反歧视路径选择：市场与政府的双向联动机制

（一）反歧视双向联动机制--一种经济法的思考

1、市场调节与政府管制的双向关系是经济法的永恒命题

经济法作为规范、调整社会经济关系的行为规则，是现代市场经济发展的产物。就世界而言，各国经济法的产生都是源自于对市场调节和政府管制关系的科学探索。在西方，为克服“市场调节失灵”，资本主义国家不得不放弃自由放任，以一种更为积极的态度对社会关系进行调整，即引入政府干预，制定了一系列法律法规，这就是西方经济法，它从一开始便被赋予了维护市场自由调节的使命以及规范和限制政府干预市场的权力；东方经济法则是在“国家管制失灵”的背景下，为实现对市场的权利让渡，减少不必要的行政干预而逐步形成的。随着社会的发展，人们意识到单纯依靠市场调节或政府管制都无法实现经济秩序的良性循环，两者的相互依存已成为世界共识。所以，经济法是基

于社会公共利益的需要，把国家对社会经济的干预建立在尊重公民和法人权利上，一开始就具有人文关怀的倾向。“保护弱者、反对歧视”理应也应当得到经济法的关注。某种意义上说，反歧视本身就是经济法的应有使命。

2、双向联动调节机制是反歧视的最佳路径选择

通过上文分析，我们知道，在完全竞争的市场条件下，从事歧视行为可能会产生一定的非效益性，即从事歧视行为会带来高成本和低效益的不利后果，作为理性经济人的市场主体（用工主体）会基于利益

最大化的考虑，不得不放弃歧视行为。所以市场作为解决就业歧视问题的方式和力量具有一定的有效性。然而，将市场作为解决就业歧视问题的手段也有着其天然的不足，由于市场调节的不完善性，国家公权力的介入成为必要，但是政府管制也有很多难以克服的缺陷和局限性。面对市场调节和政府管制这两种路径的双重缺陷，我们该如何作为？笔者认为，单纯靠市场调节手段抑或政府管制手段都无法从根本上解决就业歧视这一严重的社会问题，这一点已为事实所证明，基于市场与政府间相互依存和相互作用这一经济法的永恒命题，我们应当采取市场与政府的双向联动调节机制，两者缺一不可、互为补充。所谓反歧视双向联动调节机制是指将歧视问题交由市场和政府共同解决，市场基于效率至上的原则，通过对劳动力市场主体的用工行为进行成本与收益的分析来引导雇主做出是否采取歧视的行动，但市场调节机制存在固有的缺陷，这主要体现在以下两方面：就某些歧视问题市场无法调节；抑或虽然能够调节，但会由于对效率价值的过分追求而牺牲社会公平正义，所有这些都需要政府公权的介入，政府基于正义原则来弥补市场调节的不足，但政府管制也存在不足，不是管了应该交由市场解决的问题，就是对正义的过分彰显而牺牲了效率价值，这些不足同样需要市场的及时调节。我们所说的反歧视双向联动调节机制，就是在“市场调节 政府管制”这样的双向运行中对歧视现象进行着有效的调整并达到预期效果。

（二）经济法视野下的反歧视双向联动调节机制

1、反歧视双向联动机制应符合经济法的和谐理念

经济法的和谐本质就在于市场机制与政府机制的和谐。市场与政府（国家）是近现代商品社会经济发展的两

大动力机制，共生于人类社会的生产、分配、交换和消费活动中。其中，市场是经济发展的原生机制，国家是维护社会生产得以正常进行的外生机制。经济法要做的就是在社会经济运行的系统中，使市场和国家机制各行其是，各尽所长，并在相互配合的基础上相得益彰。市场机制与政府机制是一对矛盾体，二者既对立又统一。经济法在市场和国家这对矛盾体中相互博弈的过程中，起到润滑剂的作用，并力图找到两者的最佳契合点，即实现二者的和谐，兼顾市场和政府共同发展。反歧视双向联动机制也应当在反歧视的市场调节和政府管制间做到和谐，两者相互配合、相互协作，在两者的动态运行过程中共同作用于反歧视的治理行动中。

2、反歧视双向联动机制应符合经济法的公平效率观

以社会为本位的经济法不仅要为市场提供各种竞争的价值评判标准，激发市场主体奋斗的积极性，使生产活动有效率的运行，从而推动社会进步和繁荣，而且还要力求符合公平、正义等价值标准，追求全体社会成员的平等和共同发展，从而保证社会的和谐、稳定和安全。寻求公平与效率的最佳结合点，使二者达到最优组合，是经济法在面对公平与效率之间的冲突时所适用的一项原则。反歧视的市场调节是以效率为价值目标，而政府管制是以公平正义为最高价值取向，两者之间如何协调便成为反歧视双向联动调节机制的核心内容。笔者认为，要从根本上治理歧视，必须解决好公平与效率的关系问题，国家必须有所作为，通过制定符合我国实际的《反就业歧视法》或《公平就业法》等反歧视法律体系，将公平与效率协调起来，在维护社会公平的基础上追求经济效率，比如说，美国的《公平报酬法》所确立的同工同酬原则，尽管这一原

则维护了公平正义，但该项原则的实施结果却反而容易造成雇主为避免给付相同之薪资而故意不雇用女性受雇者的反效果[6]，也就是代表公平正义的同工同酬原则也会产生有违公平原则的结果，究其原因就在于在追求公平正义原则的同时忽略了对效率原则的兼顾，因此，制定符合中国实际的反歧视法律体系，将公平与效率协调起来，才能有效化解歧视矛盾，维护被歧视群体的合法权益。

3、反歧视双向联动机制应符合经济法的适度管制原则

现代经济法认为，市场经济的本质要求是自由交易和自由竞争。但由于市场自身的缺陷，现代市场经济又需要国家从社会整体利益出发对社会经济生活进行必要的组织和管理，国家权力介入社会经济生活已是一种难以逆转的趋势。但政府的管制不能代替市场的作用，更不能有碍于市场的本质要求，国家管制要讲求“适度性”原则，其适度性就体现在政府管制的深度、广度要以保证市场机制的有效调节为限。反歧视双向联动机制也应当在双向互动的同时，做到管制适度。因此，我们必须从市场的不完善性与管制本身的缺陷和局限性来对公权力的介入加以考量，将其维持在必要的限度内。笔者认为，政府的有效管制必须考虑两个基本因素，即必要性和有效性，这两者既相互联系，又各有内涵。必要性主要解决的是需不需要公权力介入的问题，有效性则主要解决公权力介入的度和方式问题，但判断介入的有效性又往往是判断介入是否必要的一个重要前提。如果是属于市场自由竞争范畴的就业问题，就应当交给市场自己去解决，公权力不能轻易介入。只有当面对一个不可避免、市场无法解决的公平就业问题，涉及到对公平正义基本价值的取舍时，公权力才可以介入就业领域。但即使如

此，其介入仍然应当进行充分的成本效用分析，并在此基础上采取适当的方法，保证它能够产生足够的效益，至少那些从公权力的介入中获得利益的人，其增加的利益必须足以补偿因此受到损失的人的利益，由此将公权力介入的成本和效益控制在一个合理的比例。

4、反歧视双向联动机制应建立符合经济法诉讼程序要求的反歧视公益诉讼制度

经济法是规范和保障国家调节社会经济运行之法，它以社会本位为基本价值取向，以维护社会公共利益为根本宗旨，无论是国家运用宏观调控手段调节经济运行过程中发生的宏观调控法律关系，还是在管理市场运行过程中发生的市场规制法律关系，都具有明显的社会公益性质，一旦这些法律关系遭受破坏，当事人之间产生经济法冲突和经济法纠纷，社会经济秩序和社会经济公益必将遭受严重破坏。但是传统法律理论认为，维护社会公益乃国家之职责，对危害社会公共利益的行为，理应由国家适用公权力追究其责任，公民私人无权亦无需介入；法院被认为是处理个人利益之间的纠纷，而不是管理有关公共利益的事务；行政权的行使原则上不受司法干预，起诉资格的限制正是用以阻止法院过分介入行政机关的事务。相应地，建立在这一理论基础之上的传统诉讼法体系立足于维护个人私益，对于公民个人间的私益纠纷，公民个人可以通过法院适用司法力量维护自身合法权益，而对于社会公共利益，公民个人因对其无直接利害关系，其原告资格不予承认，对于遭受损害或损害之虞的社会公益之维护，法院大门对公民个人是紧闭着的。因此，对传统诉讼法理论加以突破，畅通公民提起公益诉讼的渠道，建立能够吸收公众参与社会经济公益维护的经济公益诉讼机制已成为现实的迫切需要

。基于对经济法本质所达成的共识，涉及社会经济公益与国家干预则构成经济公益诉讼的本质特征，经济公益诉讼与经济法的内涵特质具有天然的契合性。从某种意义上说，经济公益诉讼是对传统（民事、行政）诉讼法进行理念性更新与突破的新型诉讼，是经济法的诉讼程序法[7]。由于我国的劳动力市场长期以来实行的是劳动行政管理的单一运行机制，通过劳动行政主管部门全面行使劳动力市场公平就业秩序的监督管理职能，严重忽视了市场和社会力量的作用，这种单凭行政管理而排斥公民参与、忽视市场力量作用的单轨运行机制反而使我国的就业歧视问题呈愈演愈烈之态势。因此，当行政机关或其它公共权力机构、公司、企业或其它组织及个人的违法行为或不行为致使公平就业秩序遭受侵害或有侵害之虞时（如我国形形色色的就业歧视问题等），法律应当允许公民或团体为维护公平就业秩序而向法院提起诉讼，笔者称其为反歧视公益诉讼制度。反歧视公益诉讼制度既是蕴涵市场与政府互动关系的反歧视双向联动机制的必然要求，也是经济法诉讼程序在反歧视领域的具体体现。需要特别强调的是，与私益诉讼相比，公益诉讼的提起及最终裁决并不要求一定有损害事实发生，只要能根据有关情况合理判断有社会公益侵害的潜在可能，亦可提起诉讼由违法行为人承担相应的法律责任。这样可以有效地保护国家利益和社会秩序不受违法侵害行为的侵害，把违法行为消灭在萌芽状态。在反歧视公益诉讼中，法律有必要在就业歧视尚未发生或尚未完全发生时就容许公民适用司法手段加以排除，从而阻止公平就业秩序遭受无法弥补的损失或危险。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com