



浙江理工大学法学文库

应对基于健康状况的歧视：
理论、经验和挑战

李子瑾 著



法律出版社

2015年浙江省提升地方高校办学水平专项资金项目资助

浙江理工大学人文社科学术专著出版资金资助（2017年度）

浙江理工大学科研启动基金资助（15102077-Y）

应对基于健康状况的歧视：

理论、经验和挑战

李子瑾 著



浙江理工大学法学文库



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

应对基于健康状况的歧视：理论、经验和挑战 / 李子瑾著. -- 北京：法律出版社，2019
(浙江理工大学法学文库)
ISBN 978 - 7 - 5197 - 3067 - 3

I. ①应… II. ①李… III. ①健康状况—隐私权—人身权—研究—中国 IV. ①D922.74②D922.164

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2019)第 020540 号

应对基于健康状况的歧视：

理论、经验和挑战

YINGDUI JIYU JIANKANG ZHUANGKUANG DE QISHI;
LILUN、JINGYAN HE TIAOZHAN

李子瑾 著

策划编辑 周丽君

责任编辑 周丽君

装帧设计 贾丹丹

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京虎彩文化传播有限公司

责任校对 王晓萍

责任印制 张建伟

编辑统筹 独立项目策划部

开本 A5

印张 9

字数 260 千

版本 2019 年 2 月第 1 版

印次 2019 年 2 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-83938336

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话：

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-83938334/8335 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 3067 - 3

定价:40.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

我很高兴能为李子瑾博士的书写这篇序言。这本书是在她向英国华威大学提交的博士毕业论文的基础上完成的。我在华威大学任教期间,有幸担任了李子瑾博士的博士研究导师。看着她在几年时间里成长起来,成为一个训练有素、有坚定信念、取得了一定成绩的研究者,我感到非常自豪。李子瑾博士的学术水平从她的博士毕业论文答辩委员对其论文的肯定中可见一斑。她的博士毕业论文答辩委员没有要求她对论文做任何修改即获得了通过。这种成绩虽然不是绝无仅有,但也是极为罕见的。

李子瑾博士的博士毕业论文以及这本书关注了一个具有世界性意义的话题:社会如何应对基于健康状况的歧视?在不同程度上,全球大部分国家和文化都存在对具有特定医学情况的人的歧视,不论其形式是针对疾病或是残疾。这类歧视经常发生在工作场所、教育、医疗、住房或其他服务中,往往缺乏科学或理性的根据。这类歧视是人们无知或任意偏见的产物,在有些情况下,是长期以来的文化所决定的行为模式。

李子瑾博士的书对国际法上反歧视原则的发展提供了一个精细的分析,其中特别讨论了基于健康状况的歧视逐渐被国际法规则所禁止的情况。同时,她还对美国、英国、澳大利亚、荷兰,以及中国香港地区等国家和地区的法律进行了详细和有价值的探讨,指出了这些法域禁止基于健康状况的歧视的经验。

作为一个来自中国的法律学者,李子瑾博士的书主要关注了中国的相关经验。她对中国自公元前 1046 年起就出现的基于健康状况的歧视及其应对的历史进行了分析。同时,她还与读者分享了她所开展的广泛的实地调查的结果。李子瑾博士大量和深入地访谈了律师、医生、基于健康状况的歧视的受害者等人,提供了许多重要和有启发意义

的信息。她的结论和对中国法律、制度、社会等改革的建议值得政策制定者和每一个关心此话题的人深思。总的来说,李子瑾博士的这本出色的作品在中国和其他地方都应得到广泛的读者关注。

史蒂芬·伊斯特凡·波加尼教授
华威大学法学院退休教授
中欧大学法学院访问学者

自序

本研究是在我博士论文的基础上修改完成的。本研究的最终完成要感谢许多热心的人士和机构。

在英国华威大学攻读博士学位期间,我不仅收到了学校全额奖学金的鼓励,更得到各位老师和同事的支持。我的主要导师史蒂芬·伊斯特凡·波加尼教授持续关心和耐心教导我,用他在学术研究中的严格、勤奋和创造力鼓舞了我。Octavio Ferraz 博士、George Meszaros 博士作为我的阶段导师,在选择合适的研究方法和培养好的写作习惯方面帮了我很多。Abdul Paliwala 教授总是和我分享他关于中国文化的绝妙点子。其他各位老师和我的博士同事们也都对本研究提出了建设性的反馈意见。

我对人权法尤其是平等和反歧视法的兴趣是在北京大学攻读学士和硕士学位期间开始培养的,为此我特别感谢北京大学提供的宽松自由的学术氛围和恩师们对我的启发和指导。我的硕士导师沈肖教授从我保研时起就鼓励我参加他负责的反歧视国际合作项目,手把手地教导我如何组织和开展研究,以身作则为我树立了一个优秀学者的榜样。白桂梅教授在我加入国际人权法硕士项目期间和之后,一直支持我在人权法这一领域大胆探索,并推荐我到各个机构学习和交流。叶静漪教授多年来致力于推进平等就业权的保障,在反健康就业歧视方面有深入的研究和丰富的实践经验,激发了我对相关方面研究的兴趣。北京大学法学院尤其是宪法与行政法和国际法专业的其他各位老师也都对我进行了颇有启发的指导。

在我学术生涯探索的早期,我十分有幸遇到了一群志同道合的学术前辈,他们在平等和反歧视研究方面孜孜不倦并乐于鼓励后进。像中国政法大学的刘小楠教授、四川大学的周伟教授、清华大学的李楠教授、中华女子学院的刘明辉教授等,都身体力行地为中国的反歧视事业

持续奋斗,并无私地提携和指点我这样的年轻学者。可惜在这里不能一一列举各位前辈对我的宝贵帮助。

自我到浙江理工大学工作以来,学校和学院对我的研究一直非常支持。学校提供了种类丰富的资源和鼓励创造的环境。王健教授、施鹏教授、金碧华教授、章迪薇教授、王晓教授、魏静教授、李建忠教授等各位院系领导和前辈在学术和思想上都对我十分关心,给予我许多支持和帮助。在本研究过程中,王健教授、李建忠教授等都经常和我讨论研究的进展,分享宝贵的学术经验,鼓励我在新的领域大胆开拓。各位老师都是我在事业上学习的楷模。

最后,我想感谢我的父母这些年来对我的不懈支持。您二位对我永不停歇的爱使一切得以成为可能。

李子瑾
2018年9月

前 言

基于健康状况的歧视是一种世界范围内广泛存在的歧视现象。在中国,这一问题已影响了至少上千万人的基本权利。自 2003 年起,在工作、教育、医疗、保险等领域,由于糖尿病、抑郁症、色盲、肺结核、地中海贫血基因、乙肝病毒、艾滋病毒、丙肝病毒、白细胞指数高、具有特定女性生理特征等健康状况而受到不利对待的案件或事例被广泛报道。国家也试图建立起专门的反歧视制度来应对这一挑战。至今,立法机关已制定、颁布或修改了超过 20 项专门法律规定以禁止基于健康状况的歧视,各级政府尤其是其卫生、教育和人力资源与社会保障部门出台了相关反歧视措施,法院已受理或裁决了超过 200 个有关基于健康状况的歧视的诉讼案件。然而,尽管现有的反歧视制度已做了上述努力,这一歧视在今天仍很严重,影响着人们的工作权、教育权、健康权等基本权利的享有,甚至在极端情况下造成了人员伤亡。为更好地理解基于健康状况的歧视持续存在的原因,从理论和实践上论证反歧视制度的必要性、合理性、有效性等问题,本研究使用文献的、实证的、历史的、国际的和比较的法学研究方法对基于健康状况的歧视及其应对进行了较为全面和深入的探讨。

本研究共分为八个章节。

第一章介绍了基于健康状况的歧视这一问题的基本背景。通过对基于健康状况的歧视的典型案件和事例的不完全列举和对现有反歧视制度有限作用的概括,笔者揭示了这一歧视的严重性和应对的紧迫性。在与以往相关研究进行比较后,明确了本研究的主要特色为针对基于健康状况的歧视这一话题进行一项深入情境分析规范的社会法学的整体研究。

第二章探讨了应对基于健康状况的歧视的相关定义和理论。通过将术语“基于健康状况的歧视”解释为“基于任何实际的或认知的身体

或精神健康状况的不利对待,且缺乏合理、适当或合法原因”,笔者澄清了基于健康状况的歧视在概念上的不正当性。进一步考察从古至今其他国家与地区和中国有关平等和非歧视理论及其在应对基于健康状况的歧视中可能的应用后,论证了基于健康状况的歧视在理论上的不可接受性。

第三章和第四章分析了国际法和其他国家与地区法上对基于健康状况的歧视的应对。其中,第三章通过论证“健康状况”在国际法中已被逐渐确立为一种独立的禁止歧视理由,表明了中国目前应承担的应对基于健康状况的歧视的国际法义务。第四章则通过比较美国、英国、澳大利亚、荷兰和我国香港地区等不同法域应对基于健康状况的歧视的经验,总结了其他国家与地区法上较常见的反歧视路径,并指出中国无论选择学习哪种路径,都应当从发展现有的反歧视制度做起。

第五章和第六章总结了中国在历史上和今天所面临的基于健康状况的歧视问题及其应对方式。其中,第五章回顾了中国从公元前 1046 年至公元 2000 年应对基于健康状况的歧视的历史,指出在大约 3000 年的时间里,基于健康状况的歧视是一个时而提及的问题,但在大多数历史时期被广为忽视。而第六章分析了 2000 年之后中国在应对基于健康状况的歧视问题上的发展,主张在 21 世纪的中国法中已开始确认基于健康状况的歧视,并逐步建立起专门的反歧视制度处理这一问题,然而仍存在许多法律和非法律的障碍妨碍这一制度充分发挥作用。

为更加准确地表明基于健康状况的歧视持续存在的原因和更加深入地评估当今反歧视制度在应对这一歧视问题上的有效性,第七章讨论了笔者实施的一项关于中国基于健康状况的歧视现状及其应对的实地调查。通过访谈多名与该歧视问题相关的人士,包括具有特定健康状况的人及其亲属、非政府组织工作人员、学者、律师、立法者、行政官员、法官、具有特定健康状况的人的雇主和同事、学校医生、医院医生等,从各方面不同视角较为完整地展示了当今中国社会基于健康状况的歧视的情况和反歧视制度的效果。

在上述理论和实践分析的基础上,第八章全面总结了基于健康状况的歧视在中国持续的主要原因。其中,尤为突出的因素包括:碎片化的、不完整的、含糊的和有时互相冲突的立法,效率有待提高和官僚主

义仍然时有存在的行政,独立性不强和不够有效的司法,活跃程度不足的非官方行动者。上述因素与其他相关的政治、经济、文化、医学等因素互相交织,共同造成了基于健康状况的歧视持续存在的现状。据此,笔者倡议建立一个更有效的反歧视制度,全面禁止基于健康状况的歧视。这一制度至少应当包括以下主要方面:制订一部平等和反歧视法,其中包括专门条款禁止基于健康状况的歧视;建立一个专门的行政机构,密切监督上述反歧视法的实施;改进当前的司法制度,支持更多有关基于健康状况的歧视的案件得到法院受理、公正审理和判决;鼓励更多的非政府组织和个人参与到禁止基于健康状况的歧视的活动中;推动与之相关的政治、经济、文化和医疗等方面的改革,推进对平等、自由和尊严的普遍尊重。

目 录

第一章 介绍 001

- 一、本研究的背景 001
- 二、本研究与以往研究的区别 004
- 三、本研究关注的主要问题 006
- 四、本研究采用的主要方法 006
 - (一)文献法学的研究 007
 - (二)实证法学的研究 008
 - (三)历史法学的研究 009
 - (四)国际和比较法学的研究 009
- 五、本研究的局限性 009
- 六、本研究的结构说明 010

第二章 应对基于健康状况的歧视:定义和理论 011

- 一、介绍 011
- 二、基于健康状况的歧视的相关定义 012
 - (一)歧视的定义 012
 - (二)健康状况的定义 014
 - (三)基于健康状况的歧视的定义 016
- 三、平等和非歧视理论及其在应对基于健康状况的歧视中可能的应用 017
 - (一)国外的平等和非歧视理论及其在应对基于健康状况的歧视中可能的应用 017
 - (二)中国的平等和非歧视理论及其在应对基于健康状况的歧视中可能的应用 024
- 四、结论 028

第三章 国际法中应对基于健康状况的歧视 029

一、介绍 029

二、国际法中的禁止歧视 030

(一) 国际法中非歧视法律原则的发展 030

(二) 国际法中的禁止歧视理由 035

三、国际法中应对基于健康状况的歧视 037

(一) 国际法中应对基于健康状况的歧视的必要性 037

(二) 国际法中应对基于健康状况的歧视的现状 038

(三) 在应对基于健康状况的歧视中中国所应承担的 国际法义务 042

四、结论 044

第四章 其他国家与地区法中应对基于健康状况的 歧视 045

一、介绍 045

二、其他国家与地区法中的禁止歧视 046

(一) 其他国家与地区法中非歧视法律原则的发展 046

(二) 其他国家与地区法中的禁止歧视理由 049

三、其他国家与地区法中应对基于健康状况的歧视 050

(一) 美国应对基于健康状况的歧视的经验 050

(二) 英国应对基于健康状况的歧视的经验 052

(三) 澳大利亚应对基于健康状况的歧视的经验 054

(四) 我国香港地区应对基于健康状况的歧视的 经验 057

(五) 荷兰应对基于健康状况的歧视的经验 059

(六) 在应对基于健康状况的歧视中中国内地可向上 述国家与地区法学习的经验 062

四、结论 065

第五章 中国应对基于健康状况的歧视:公元前 1046 年至公元 2000 年 067

一、介绍 067

二、新中国成立之前中国应对基于健康状况的歧视:公元前 1046 年至公元 1949 年 068

(一) 周朝至战国时期应对基于健康状况的歧视:公元前 1046 年至公元前 221 年 068

(二) 秦朝至清朝前期应对基于健康状况的歧视:公元前 221 年至公元 1880 年 069

(三) 清朝后期至中华民国时期应对基于健康状况的歧视:1880 年至 1949 年 072

三、新中国成立之后中国应对基于健康状况的歧视:1949 年至 2000 年 076

(一) 新中国成立至“文化大革命时期”应对基于健康状况的歧视:1949 年至 1978 年 076

(二) 改革开放至新千年时期应对基于健康状况的歧视:1978 年至 2000 年 081

四、结论 089

第六章 中国应对基于健康状况的歧视:2000 年之后 091

一、介绍 091

二、中国应对基于健康状况的歧视:2000 年至 2003 年 092

(一) 初步认识基于健康状况的歧视 092

(二) 反歧视制度发展的前身 095

三、中国应对基于健康状况的歧视:2003 年至 2010 年 100

(一) 法律确认基于健康状况的歧视 101

(二) 反歧视制度的建立和初步发展 108

四、中国应对基于健康状况的歧视:2010 年之后 120

(一) 基于健康状况的歧视的新趋势 120

(二) 反歧视制度的进一步发展 122

五、结论 131

第七章 中国应对基于健康状况的歧视:实地调查 133

一、介绍 133

二、实地调查的实施 134

(一) 实地调查的方法及其意义 134

(二) 实地调查的准备 135

(三) 实地调查的执行 136

(四) 实地调查的数据及其分析 138

三、实地调查的发现及其解释 139

(一) 访谈对象的基本信息 139

(二) 访谈对象有关基于健康状况的歧视的经验 142

(三) 访谈对象对基于健康状况的歧视的理解 163

(四) 访谈对象认为基于健康状况的歧视的原因 170

(五) 访谈对象对现有反歧视制度的评论 177

(六) 访谈对象对未来反歧视制度的建议 184

四、结论 190

第八章 结论 192

一、中国基于健康状况的歧视持续存在的主要原因 192

(一) 碎片化的、不完整的、含糊的和有时互相冲突的
立法 192

(二) 效率有待提高和官僚主义仍然时有存在的
行政 195

(三) 独立性不强和不够有效的司法 196

(四) 活跃程度不足的非官方行动者 198

(五) 其他相关因素 199

二、建立更有效的反歧视制度全面禁止中国基于健康
状况的歧视 202

（一）立法方面	203
（二）行政方面	204
（三）司法方面	205
（四）非官方行动者方面	205
（五）其他相关因素方面	205

附录 207

附录一：访谈对象邀请函	207
附录二：访谈核心问题	208
附录三：访谈对象基本信息	209
附录四：访谈内容典型摘要	211
附录五：访谈内容分析示例	270

第一章

介 绍

对乙肝病毒携带者的健康歧视是中国就业歧视的另一个常见领域。据报道“超过 1.2 亿中国人,相当于法国和英国的人口总和,被认为是这种疾病的携带者”。另据报道有 22 种疾病,例如严重心脏病和高血压,使人们不能被录用为公务员。中国还有近 100 万艾滋病毒携带者/艾滋病人也受雇主歧视。

Ronald Brown^①

一、本研究的背景

在中国,许多具有特定医学情况的人由于其健康状况而受到不利对待。^② 自 2003 年起,具有某种健康状况,例如,携带乙肝病毒、丙肝病毒、艾滋病毒,或患有糖尿病、抑郁症、色盲、肺结核,或具有地中海贫血

① Brown, R, “China’s Employment Discrimination Laws during Economic Transition”, *19 Columbia Journal of Asian Law*, 2005 – 2006, pp. 364 – 365.

② 尽管没有准确数据表明中国因健康状况而遭受不利对待的人数,这一数字可能是非常庞大的。以乙肝病毒携带者为例,目前卫生部公布的数据表明,中国大约有 9300 万乙肝病毒携带者,他们在生活中可能受到多种形式的不利对待。下文中对此将具体阐释。

基因、白细胞指数高、特定女性生理特征等,陆续被报道为不利对待的原因。^① 这些不利对待主要以下列方式发生在工作、教育、医疗、保险等领域。在工作中,具有上述健康状况的人被拒绝工作申请、从现有岗位解聘、调至较低层次的岗位、强迫在工作中与他人隔离等。在教育中,他们被拒绝入学申请、强迫暂时或永久休学、强迫在学习中与他人隔离等。在医疗中,他们被拒绝医疗、强迫多付费以使用单独的医疗器械等。在保险中,由于他们的健康状况被认为属于保险责任的例外范围,他们被商业保险排除在外等。^② 在本研究中,这些不利对待被统称为“基于健康状况的歧视”。这一定义将在第二章中进行更深入的讨论。

因为基于健康状况的歧视,具有特定医学情况的人不能完全享有许多基本权利,如工作权、教育权和健康权等。在极端情况下,基于健

① 这里列举了关于中国基于健康状况的歧视的一些典型案件和事例,这些典型案件和事例将在随后的章节中加以讨论。(1)“乙肝歧视第一案”——张先著诉芜湖市人事局案 2003 年 12 月诉至法院。参见吴学安:《“乙肝歧视”背后的漠视》,载《人民日报》2003 年 12 月 17 日。(2)“糖尿病歧视第一例”——华明被山东中医药大学勒令退学事件 2007 年 11 月发生。参见李志题、宁鸣:《乙肝歧视的另一种表现方式?——大学生因糖尿病被勒令退学》,载《南方周末》2007 年 12 月 4 日。(3)“抑郁症歧视第一例”——袁毅鹏被 IBM 公司解雇事件 2008 年 3 月发生。参见孙毅蕾:《为与 IBM 抗争他曾三次自杀》,载《羊城晚报》2011 年 8 月 10 日。(4)“色盲歧视第一案”——曾磊诉河南省农信社案 2009 年 2 月诉至法院。参见徐春柳:《求职遇挫打响色盲歧视第一案》,载《新京报》2009 年 2 月 27 日。(5)“地中海贫血基因歧视第一案”——小周、小谢、小唐诉佛山市人力资源和社会保障局案 2009 年 12 月诉至法院。参见唐梦:《中国基因歧视第一案 3 考生终审败诉》,载《南方日报》2010 年 9 月 6 日。(6)“艾滋/艾滋病歧视第一案”——小吴诉安庆市人力资源和社会保障局与教育局案 2010 年 10 月诉至法院。参见乔剑:《艾滋歧视第一案终审判决》,载《安徽商报》2011 年 3 月 24 日。(7)“丙肝歧视第一案”——冯静诉中国银行陕西分行案 2011 年 4 月诉至法院。参见王俊秀:《西安一女大学生诉中国银行丙肝歧视》,载《中国青年报》2011 年 4 月 27 日。(8)“肺结核歧视第一案”——陈林诉中科院广州地球化学研究所案 2011 年 5 月诉至法院。参见刘晓星、章程:《首例肺结核歧视案原告终审败诉》,载《广州日报》2011 年 12 月 10 日。(9)“白细胞歧视第一案”——小陈诉浙江省义乌市教育局与人力资源和社会保障局案 2011 年 6 月诉至法院。参见王俊秀:《入职体检白细胞偏高遭拒录》,载《中国青年报》2011 年 8 月 18 日。(10)“特定女性生理特征歧视第一例”——小娟在入职体检中被强迫进行特定女性生理特征检测事件 2012 年 3 月发生。参见张颐佳:《女公务员能力与月经有关系吗——公务员录用体检妇科项目惹争议政协委员称侵犯隐私,医学专家称涉嫌歧视》,载《三湘都市报》2012 年 3 月 21 日。

② 参见北京大学法学院人权与人道法研究中心、联合国开发计划署、中国国际经济技术交流中心:《反对歧视艾滋病毒感染者/病人与乙肝病原携带者/病人调研报告》,联合国开发计划署,2011 年,第 14~66 页。