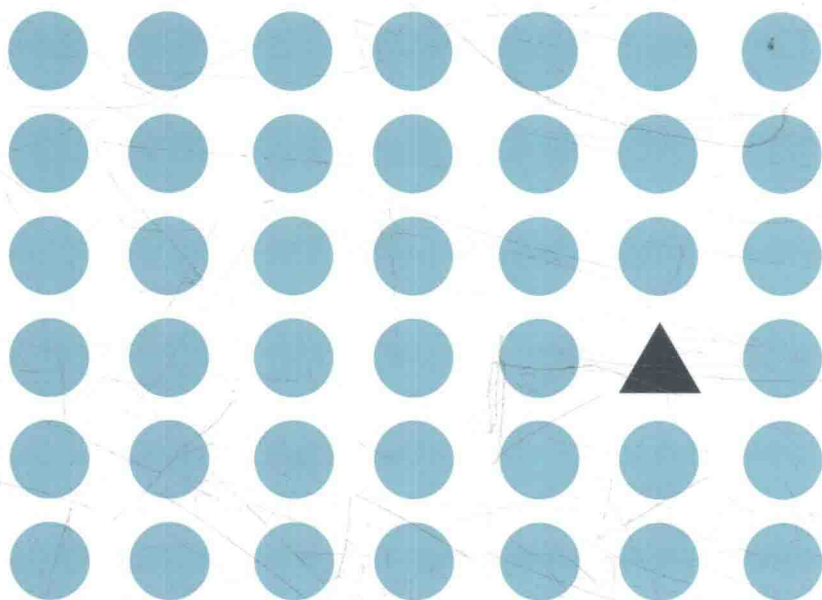


国际法文库

禁止歧视

理念、制度和实践

李子瑾 著



Anti-discrimination
Ideas, Systems and Practice



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

国际法文库

禁止歧视

理念、制度和实践

李子瑾 著

Anti-discrimination
Ideas, Systems and Practice



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

禁止歧视:理念、制度和实践/李子瑾著. —北京:北京大学出版社,
2018.4

(国际法文库)

ISBN 978-7-301-29528-1

I. ①禁… II. ①李… III. ①国际法—文集 IV. ①D99-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 094156 号

- 书 名 禁止歧视:理念、制度和实践
JINZHI QISHI; LINIAN、ZHIDU HE SHIJIAN
- 著作责任者 李子瑾 著
- 责任编辑 朱彦 刘秀芹
- 标准书号 ISBN 978-7-301-29528-1
- 出版发行 北京大学出版社
- 地 址 北京市海淀区成府路 205 号 100871
- 网 址 <http://www.pup.cn> 新浪微博 @北京大学出版社
- 电子信箱 sdyy_2005@126.com
- 电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 021-62071998
- 印刷者 北京溢漾印刷有限公司
- 经 销 者 新华书店
965 毫米×1300 毫米 16 开本 18.5 万字 263 千字
2018 年 4 月第 1 版 2018 年 4 月第 1 次印刷
- 定 价 56.00 元



未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

前言

当前，发生在各个领域、呈现多种形式的歧视现象已经成为全球范围内一个严重的社会问题，深刻影响着每一个人基本权利和自由的平等享有。尽管许多国家和地区都采取了有关立法、行政、司法及其他措施禁止歧视，但是这一问题目前仍然未能得到普遍的重视和有效的解决。在中国，歧视问题也长期存在，但直到最近十余年才成为学者们集中关注的研究对象。对禁止歧视的相关理论和经验的研究至今仍然主要以比较零散、碎片化的方式存在。为更充分地理解歧视问题和构建更有效的反歧视制度，本书采用文献的、实证的、历史的和比较的法学研究方法，对欧洲、美洲、大洋洲、亚洲、非洲等各地区的禁止歧视理念、制度和实践进行了较为全面和系统化的梳理。在分析当前世界各个地区禁止歧视的相关理论和经验的特点、有效性的基础上，本书考察了中国的禁止歧视理念、制度和实践的发展状况，对中国在未来推进更符合时代潮流和具有中国特色的反歧视事业作了展望。

本书是笔者在以往研究的基础上，对所掌握的平等和反歧视领域的相关知识和经验重新进行整合、梳理、分析、比较后形成的成果。能够写成本书，也多多得益于十多年来笔者在探索平等和反歧视的道路上有幸遇到的各位前辈和先驱们的启发和引导。

笔者在北京大学法学院攻读本科和硕士学位期间，宪法、行政法和国际人权法专业的各位恩师为笔者进入平等和反歧视这一专门的研究领域开辟了道路。笔者的硕士生导师沈岷教授从笔者本科保研时起就鼓励笔者积极参与健康反歧视的研究项目，一手把笔者领进了这一研究领域的大门，指导笔者完成了有关歧视的基础理论和保障乙肝病毒携带者平等受教育权的国家责任的研究，并在此后一直鞭策着笔者在学术征途上不断提高自己。白桂梅教授在笔者进入



国际人权法专业学习后，为笔者提供了丰富的研究和交流机会，指导笔者对反疾病歧视尤其是艾滋病歧视中的国家与政府责任问题进行深入研究，在此后的人权研究中也始终激励着笔者不断前进。

笔者在英国华威大学法学院攻读博士学位期间，学校对笔者从事的基于健康状况的歧视的研究给予了全额奖学金资助，学院人权法相关专业的各位老师也提供了很大的帮助。其中，博士生导师 Stephen Istvan Pogany 教授不仅尽心尽责地指导了笔者的毕业论文，而且利用其作为欧洲反歧视法研究专家，在欧洲人权法院担任相关案件的专家证人的身份，为笔者的研究提供了许多便利。笔者在这一时期还加入了英国反歧视法协会等专业组织，结识了许多来自世界各地的专注于平等和反歧视研究的专家学者。通过与他们的合作，笔者不仅获得了很多宝贵的研究资料，而且极大地拓展了自己的研究视野。

笔者在开始从事独立研究后，有幸成为中国政法大学宪政研究中心的兼职研究员，与刘小楠教授等有了更多的合作机会。作为蔡定剑教授反歧视事业的坚定继承者，刘小楠教授经常组织本领域的学者和实践者开展专题研讨、访问交流、合作研究等活动，提供了专业的交流平台，笔者也由此结识了更多中国反歧视领域的著名专家前辈和活跃的年轻同行。多位专家都对笔者的研究进行过直接的指导或者提出过相关的建议，为本书的写作提供了许多有益的思路。周伟教授、刘小楠教授更是非常慷慨地将他们领衔提出的最新版本《反歧视法学术建议稿》和《反就业歧视法专家建议稿》与笔者分享。这两个版本的建议稿是中国未来的禁止歧视立法非常有可能参照的样本。笔者将它们收录在本书的附录中供读者们参考。年轻同行们多具有广阔的国际视野和丰富的研究经历，在和他们的相互砥砺、互通有无中，笔者也弥补了自己所知所会的不足，产生了很多有价值的想法。可以说，笔者有幸“站在巨人的肩膀上”，为中国的平等和反歧视研究做出了一点微末的贡献。

笔者进入浙江理工大学法政学院工作后，学校和学院都给予非常细致的关怀，提供了丰富的研究资源和宽松的研究环境。王健教授、李建忠教授等专家经常关心笔者的研究进展，为本书的写作提

出了一些极具启发性的意见和建议。此外，在本书的编辑过程中，北京大学出版社的各位工作人员为之付出了许多努力。特别是刘秀芹女士非常认真负责，为本书如期出版做出了巨大的贡献。在此，笔者一并致以诚挚的谢意。最后，笔者还要感谢自己的家人在本书的成书过程中始终给予的有力支持，没有家人倾注的无条件的爱，本书是不可能最终面世的。

李子瑾

2018年1月8日

第一章 导言	001
1 研究背景	003
2 研究问题	008
3 研究方法	013
4 研究结构	017
第二章 欧洲禁止歧视理念、制度和实践	019
1 概述	021
2 源远流长、多元融合的欧洲禁止歧视理念	023
3 与一体化进程联系紧密的欧洲禁止歧视制度和实践	031
4 欧洲禁止歧视理念、制度和实践的启示	049
第三章 美洲禁止歧视理念、制度和实践	053
1 概述	055
2 后来居上、与自由主义激烈碰撞的美洲禁止歧视 理念	057
3 探索效率与公平均衡整合的美洲禁止歧视制度和 实践	066
4 美洲禁止歧视理念、制度和实践的启示	079



第四章	大洋洲禁止歧视理念、制度和实践	085
1	概述	087
2	与多元移民文化共生共荣的大洋洲禁止歧视理念	089
3	继受欧美经验、创新本土路径的大洋洲禁止歧视制度和 实践	095
4	大洋洲禁止歧视理念、制度和实践的启示	105
第五章	亚洲禁止歧视理念、制度和实践	109
1	概述	111
2	传统文化与外来理念张力凸显的亚洲禁止歧视理念	114
3	局部地区先进、整体发展不平衡的亚洲禁止歧视制度和 实践	125
4	亚洲禁止歧视理念、制度和实践的启示	136
第六章	非洲禁止歧视理念、制度和实践	141
1	概述	143
2	随非殖民化浪潮活跃登场的非洲禁止歧视理念	146
3	后殖民主义时期努力前行的非洲禁止歧视制度和 实践	154
4	非洲禁止歧视理念、制度和实践的启示	163
第七章	中国禁止歧视理念、制度和实践	167
1	概述	169

2	历史悠久、内涵丰富的中国禁止歧视理念	170
3	处于初步建立和发展阶段的中国禁止歧视制度和 实践	197
4	展望中国禁止歧视理念、制度和实践的未来发展 趋势	214
	附录	227
	附录一：《反歧视法学术建议稿》及其说明	229
	附录二：《反就业歧视法专家建议稿》及其说明	247
	参考文献	279



第一章 导言

1 研究背景

根据联合国人权事务高级专员办事处的统计,目前对土著人民、移徙者、少数群体、残疾人士、妇女以及基于种族、宗教、性取向和性别认同等的歧视在全世界范围内比较常见,已经出台了专门的国际公约或宣言,对这些形式的歧视进行打击。^①在有些地方,根据本地的实际需要,法律禁止的歧视类型已经远远超出了上述国际文件的范围。例如,韩国《国家人权委员会法》中明确规定禁止歧视的理由达到了19种,包括性别、宗教、残疾、年龄、社会地位、出生地、来源国家、民族、面貌特征、婚姻状况、种族、肤色、政治见解、家庭构成、怀孕或生育、犯罪记录、性取向、教育背景、医疗记录等。^②发生在各地区实践中的尚未进入法律禁止范围的歧视种类则更为广泛,还包括健康、户籍、前科、学历、基因等。目前,法律所禁止的歧视主要发生在公共领域,尤其是涉及公共福利或者公共资源分配的就业、教育、医疗、保险、公共场所服务等领域。也有一部分歧视发生在私人领域,如关于私人提供商品、货物、服务等合同,尤其是私人住房的出租合同等。此外,在私人提供的职业机会、民办教育、商业保险等领域,大部分地区的法律虽还没有强制介入,但也存在着很多不平等的对待。这些歧视现象至少已经严重影响了人们的许多受到宪法和法律保护的基本权利、自由或

^① 参见联合国人权事务高级专员办事处:《对歧视问题的特别关注》, <http://www.ohchr.org/CH/Issues/Discrimination/Pages/discrimination.aspx>, 2017年10月31日访问。

^② See National Human Rights Commission of Korea, Discrimination Documents, <http://www.humanrights.go.kr/site/program/board/basicboard/list?boardtypeid=7021&menuid=002003004&searchcategory=discrimination>, last visited on Oct. 31, 2017.



者基本人权，包括平等的就业权、受教育权、健康权等，有时甚至会威胁到一个人最根本的生命权。因此，在全球范围内，歧视仍然是一个亟待解决的严重问题。

目前，许多国家和地区都已经意识到了禁止歧视的重要性，采取了有关的立法、行政、司法以及非官方措施，对这一问题进行控制。这里，可以英国为例。在立法方面，英国的第一个专门的反歧视法律——《平等工资法》在1970年通过。自那时起，一系列的反歧视法律先后出台，包括1975年的《性别歧视法》、1976年的《种族关系法》、1995年的《残疾歧视法》、2006年的《平等法》等。自2010年10月起，一项整合了上述所有单项立法的新《平等法》开始生效。2010年的新《平等法》在当时被认为可能是世界上最引人注目的国内平等立法。在行政方面，英国通过专门的国家机构——平等和人权委员会推动实施上述立法。平等和人权委员会既是英国的国家人权机构，也是专门负责反歧视制度实施的机构。这一机构具有一项推动和监督人权的立法授权，保护、实施和促进以下几个方面的平等：年龄、残疾、性别、种族、宗教和信仰、怀孕和生产、婚姻和民事伴侣关系、性取向和性别转换。在司法方面，英国的县法院、高等法院、上诉法院和最高法院共同审理有关平等和反歧视方面的诉讼案件。其中，许多案件是在平等和人权委员会的帮助下进入法庭诉讼程序并胜诉的。2009年成立的英国最高法院被赋予了原来由上议院所享有的司法终审权，成为反歧视诉讼的最终司法防线。在非官方措施方面，英国政府积极鼓励非政府组织和个人介入歧视问题的解决。在关心平等和反歧视问题的法律实务专家、政策专家、学者、个人和机构行动者们的倡导下，英国建立了专门的反歧视法协会，推进反歧视立法、实践、建议和教育。各个具体领域中的反歧视机构和个人的行动更是数不胜数。^①

尽管许多国家像英国一样采取了丰富的相关立法、行政、司法以及非官方措施以应对歧视问题，但是这一问题目前仍然未能得到

^① See Discrimination Law Association, Home, <http://www.discriminationlaw.org.uk/>, last visited on Oct. 31, 2017.

更为普遍的重视和有效的解决。仍然以英国为例，在代表当时世界上反歧视立法最先进水平的 2010 年的新《平等法》生效后，各种现实中的歧视现象仍然层出不穷，上述各种措施起到的作用仍然有限。根据反歧视法协会 2017 年的调查，即使在最早被纳入法律规制领域的性别歧视问题上，至今仍然广泛存在着男女薪酬不平等、性骚扰、对女性的暴力、政府公共部门和私人机构对预防性别歧视职责不看重等问题。^① 这一调查结果说明，在一些国家，现有的禁止歧视制度即使已经建立，还可能存在着种种缺陷，在实践中仍然有着很大的发展空间。

同时，世界上还有许多国家尚未建立起较为完整的反歧视制度，而只是在宪法中原则性地提出要禁止歧视，或者在一些具体的领域中或专门的事项上有关于反歧视的少量规定。这些国家在禁止歧视的问题上常常显得心有余而力不足，想要开展反歧视的政府和非政府的行动都缺乏相应的法律依据。通常，这些国家有关反歧视法律的实施情况也缺乏相应的详细记录。例如，在俄罗斯，1993 年通过的《俄罗斯联邦宪法》中原则性地规定了保障公民平等权利和禁止歧视：“在法律和法庭面前人人平等。国家保障人和公民的权利与自由平等，不论性别、种族、民族、语言、出身、财产状况和职务状况、居住地点、宗教态度、信仰、对社会团体的归属关系以及其他情况。禁止因社会、种族、民族、语言或宗教属性而对公民权利作出任何限制。男女拥有同等的权利和自由并拥有实现权利和自由的同等条件。”1996 年修改的《俄罗斯联邦劳动法典》中具体确认了劳动者因从事平等的劳动而不受歧视地获得平等报酬的权利：“每一个劳动者有权：……因从事平等的劳动而不受任何歧视地获得平等报酬，并且不低于法律规定的最低数额。”除了上述宪法的原则性规定和劳动法的具体性规定之外，在俄罗斯的法律中对歧视问题比较缺乏有针对性的规制，而且没有专门的法律实施机制保障上述禁止歧

^① See Discrimination Law Association, DLA Annual Conference 2017 Report, <http://www.discriminationlaw.org.uk/conferences>, last visited on Oct. 31, 2017.



视规定得到有效执行。^①此外，世界上有一些国家甚至在宪法上还没有完全承认禁止歧视的基本原则。这些国家在宪法上根本没有或是只存在着有缺陷的或不太适当的歧视规制条款。通常，这些国家对禁止歧视宪法原则的规定不足，可能是基于宗教法典化而产生了对某些领域反歧视的限制，或者是因为没有加入主要的国际文件而无法对反歧视方面的工作提供最低限度的承诺。例如，埃及在1971年通过的《阿拉伯埃及共和国宪法》中规定：“国家保障妇女对家庭尽的义务同其在工作上的工作相适应，保障妇女在政治、社会、文化和经济生活领域中同男人平等，但不违反伊斯兰教立法章程。”这条规定使一些歧视女性的伊斯兰教立法，如婚姻、家庭关系由父亲、丈夫做主等，在宪法上得以继续确立。^②

学者 Dimitrina Petrova 曾经对世界上一些国家的反歧视法及其实施情况进行过专门的统计分析。她根据每个国家是否存在专门的反歧视法律和政策以及这些反歧视法律和政策是否经过了充分的实施，将全球各个国家分成四个类别：第一类国家有着相对先进和完备的反歧视法律、政策、实践和有关平等方面已经存在的案例法，并且反歧视法律和政策已经过至少5—7年活跃状态的实施。这类国家包括澳大利亚、加拿大、印度、荷兰、瑞典、英国、美国等。其中，3个是欧洲国家，2个是美洲国家，1个是大洋洲国家，1个是亚洲国家。第二类国家在最近5—7年内通过了比较完备的平等法律，并且组成了专门的实施机构以推进平等法律的执行，但是还没有或者很少有实施平等法律的经验，案例法的数量极少。这类国家包括保加利亚、匈牙利、法国、意大利、墨西哥、巴拿马、秘鲁、罗马尼亚、南非等。其中，5个是欧洲国家，3个是美洲国家，1个是非洲国家。第三类国家在宪法中规定禁止歧视，并且附带性地有一些在特定领域或针对特定种类的禁止歧视的法律规定，但是缺乏法律实施的记录。这类国家是最多的，包括阿尔巴尼亚、阿尔及利

^① See William Butler, *Russian Law*, 3rd Edition, Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 293—577.

^② See Nonie Darwish, *Cruel and Usual Punishment, The Terrifying Global Implications of Islamic Law*, Tennessee: Thomas Nelson, 2009, pp. 201—219.

亚、乍得、几内亚、印度尼西亚、吉尔吉斯斯坦、马达加斯加、马里、尼日尔、俄罗斯、塞内加尔、塞尔维亚和黑山、苏丹、塔吉克斯坦、乌克兰、土耳其等。其中，4个是欧洲国家，4个是亚洲国家，8个是非洲国家。第四类国家在宪法上完全缺乏或只有充满缺陷的、不适当的有关歧视的规定，包含那些基于宗教法典化而存在局限的国家和尚未加入主要的国际文件的国家。这类国家包括不丹、文莱、埃及、伊朗、约旦、科威特、黎巴嫩、马来西亚、摩洛哥、沙特阿拉伯、塞拉利昂、突尼斯、阿拉伯联合酋长国、也门等。其中，10个是亚洲国家，4个是非洲国家。虽然 Dimitrina Petrova 的上述统计可能不够完整、准确或未能及时更新，但大体上还是粗略地表明了当时世界各个地区具有代表性的一些国家在禁止歧视的制度及其实践方面的基本情况。同时，Dimitrina Petrova 也提到这些国家的禁止歧视制度及其实践的发展状况与它们的禁止歧视理念的发展水平是相适应的。^① 对她的这项研究，下文中还会不时谈到。

以上情况引起了笔者对当今世界各个地区的禁止歧视理念、制度和实践的发展问题的思考。从已有的数据来看，世界各地的禁止歧视理念千差万别，禁止歧视制度和实践更是多种多样。那么，其中是否存在一些规律性的认识或者共通性的经验？或者，禁止歧视归根到底是一种具有很强的国家性或者地区性的独特叙事，以至于别的国家或者地区难以学习与效仿？带着强烈的好奇心，笔者对世界各个地区的人们拥有怎样的平等和反歧视理念，当前采取了什么样的禁止歧视的相关制度，以及这些制度在实践中究竟是如何具体运行的等一系列问题进行了专门的考察。希望通过这样的考察，能够明确世界各个地区的禁止歧视理念、制度和实践具有什么样的特点，以及它们是否有效地保障了人们的平等权利。

在中国，歧视问题也长期和广泛地存在。从早期的奴隶社会，到漫长的封建社会，再到其后短暂的半殖民地半封建社会，甚至在进入社会主义社会之后，歧视现象一直存在。目前，由于种族、性

^① See Dimitrina Petrova, *Implementing Anti-discrimination Law and the Human Rights Movement*, *Helsinki Monitor*, 2006, 17 (1), pp. 19-38.



别、宗教信仰、残疾、健康、户籍、年龄、性倾向与性别认同、前科、容貌、学历、地域、基因等原因，在就业、职业、教育、体育、医疗、保险、福利、服务、管理监督等方面对人进行不合理的区别对待仍然是较为普遍的现象。^① 尽管中国同时也在发展历史悠久、内涵丰富的平等和反歧视理念，但是歧视状况的改变是比较缓慢和逐步发生的。当前，中国的禁止歧视制度仍然处在一个初步建立和发展的阶段，这一制度在实践中的效果仍然表现得较为有限。因此，中国迫切需要开展对反歧视理论和经验的大力研究。然而，对歧视问题本身以及禁止歧视理念、制度和实践的研究直到最近十余年才成为中国学者们集中关注的研究对象。当前，对反歧视的相关理论和经验的研究仍然主要以比较零散、碎片化的方式存在。^② 为了更加充分地理解中国的歧视问题和在未来构建更为有效的反歧视制度，笔者在对欧洲、美洲、大洋洲、亚洲、非洲等各个地区的禁止歧视理念、制度和实践的发展情况进行较为全面和系统化的梳理并分析其特点及有效性的基础上，将进一步对照中国现有的禁止歧视理念、制度和实践的发展水平，对中国在未来推进更符合时代潮流和具有中国特色的反歧视事业进行展望。

2 研究问题

研究问题是本书写作中集中关注的几个核心问题，也是将本书的研究与其他的类似研究区分开来的关键所在。本研究主要集中关注以下几方面的核心问题：

首先，世界各个地区的人们拥有怎样的禁止歧视理念？这些理念在历史上是如何发展而来的？在今天又如何影响着各个地区反歧视制度的设计以及现有的反歧视制度在实践中所发挥的作用？这里

^① 参见刘小楠主编：《反歧视法讲义：文本与案例》，法律出版社2016年版，第3—9页。

^② 参见刘红春：《我国反歧视法的学理探究及其反思——兼论反就业歧视的理论回应》，载刘小楠主编：《反歧视评论》（第2辑），法律出版社2015年版，第155—175页。