



从身高到基因：中国反歧视的法律发展

周 伟*

摘 要 2000 年以来，NGO 在就业、教育和公共服务中倡导、践行的反歧视，促使法院逐步接纳反歧视诉讼，政府转变态度以平息舆论质疑，自下而上的反歧视诉求表达被立法者吸收为国家的意志。从法院裁判的 12 类 92 件反歧视影响性诉讼的案件可以发现，十年来中国不受歧视权的法律制度经历了从司法、执法和立法的倡导，到逐步进入法律实践的过程，但仍存在禁止歧视的法律标准不明，实施法律机构监督有限，纠正歧视的特别措施缺位等问题，保障不受歧视权的法律制度构建任重道远。

关键词 反歧视平等 影响性诉讼 法律发展

导 言

进入 21 世纪以来，平等与禁止歧视的观念开始步入我国的主流价值并形成社会共识。不受歧视权从纸面上的法律规定，开始进入社会生活各领域。在 2000 年至 2011 年期间，人民法院裁判或仲裁机构仲裁的反歧视案件的歧视事由类型包括身高、乙肝、艾滋病、性别、残疾、基因、年龄、长相、健康、社会出身、地域等 12 种，大体相当于美国等西方发达国家数十年甚至一百多年以上的时间所出现的反歧视诉讼类型。

本文以 2001 年至 2011 年 11 年间我国 NGO 机构提供法律援助和新闻媒体报道的人民法院裁判或仲裁机构仲裁的反歧视案例为研究对象^{〔1〕} 讨论禁止歧视案例集中出现的社会背景、诉讼的策略方法、影响性诉讼案例的效果及它们对我国立法活动、行政执法和司法判决过程的影响；并提出在我国反歧视立法及法律实践中存在的立法不完善、司法程序不明确等问题与挑战。

* 四川大学法学院教授。

〔1〕 这些机构主要是：北京市千千律师事务所（原北京大学法学院妇女法律服务中心）、北京市益仁平中心、肝胆相照网站、四川大学人权法研究中心等以性别、乙肝和反歧视为主的社会组织。讨论的反歧视案例或是反歧视的 NGO 参与代理，或由其动员发起，或由其扩大诉讼影响，也包括极少数原告主动寻求媒体支持形成的。



一、社会排斥：反歧视影响性诉讼的背景

20世纪90年代我国开始建立社会主义市场经济体制。经济的多元化促进了社会价值观念和生活方式的多样性。源于20世纪50年代中期的城乡二元结构与户籍管理政策形成的制度隔离，使得计划经济时期形成的城镇与农村居民在就业、教育和公共服务中的二元区别，进一步扩大到城镇内部社会生活的其他领域。在就业、教育和公共服务中城乡之间、城市之间的社会排斥与社会剥夺等现象，不仅打破了计划经济时期的社会平衡体系，而且因国家权力的退出失去平衡机制从而产生了新的社会紧张。

从反歧视影响性诉讼的社会背景来看，经济的发展导致人口流动性提高，劳动力市场中供大于求、教育资源配置严重不均衡，无法满足人口自由流动出现的需求增加和选择自由。计划管理模式下的政府工作方式缺乏对社会变化的足够预见，结果是适应社会变化性低，回应社会诉求滞后。一些歧视性的现象或被行政规章等行政规范性文件予以确认，或被用人单位、教育机构和公共服务机构作为惯例。源于计划经济体制的那些具有歧视性的社会管理措施，与社会主义市场经济发展的多样性、平等性发生冲突不可避免。

在就业、教育和公共服务领域中基于性别、身高、乙肝等不合理区别对待的这部分群体的机会剥夺，强化了社会偏见与社会排斥。一方面，社会文化缺乏尊重少数、包容差异的要素，阻碍了部分群体获得平等的机会，另一方面国家不再行使过去在就业、教育中的计划分配权力，完全由市场支配，为歧视现象的普遍存在提供了社会土壤。⁽²⁾

反歧视影响性诉讼的出现或许受消费者权益诉讼或受教育权诉讼的启发。20世纪90年代后期出现了维护消费者群体权益的公益诉讼。⁽³⁾2000年以来，消费者权益公益诉讼的理念逐步辐射到受教育、就业、公共服务和社会参与等其他方面。2001年，在“齐玉苓诉陈晓琪等侵犯受姓名权的手段侵犯受教育权案”这个被新闻媒体称为“中国宪法司法适用第一案”的裁判中，最高人民法院发布了《最高人民法院关于以侵犯姓名权的手段侵犯宪法保护的公民受教育的基本权利是否应承担民事责任的批复》（法释〔2001〕25号）的司法解释，新闻媒体采用了“宪法司法化”这一有争议的表达。⁽⁴⁾该案既被社会视为以案例促进法律和公共政策发展的标杆，

(2) 中国从20世纪50年代中期开始实行城乡二元的户籍制度的公共政策，由此形成的就业、教育、公共服务中的区别政策是一个普遍现象。在社会生活各领域的制度性歧视，似乎仍需要相当长的时间并做出艰巨的社会努力。

(3) 1996年，福建省龙岩市丘建东因市公话亭未执行夜间、节假日长途电话半价的规定，向龙岩市人民法院提起诉讼后，经新闻媒体采访、报道，原告因压力过大而撤诉。1997年1月，丘建东向北京市西城区人民法院提起诉讼，要求裁判北京市电信局委托的北京市西城区前门甲西大街一号公话亭和东城区东交民巷27号最高人民检察院招待所公话亭，未执行夜间、节假日长途电话半价多收人民币1.2元的行为违法。经新闻媒体报道引起了全国各地的重大反响，可以说是消费者公益维权的典型。参见茹敬涵“公益诉讼第一人——丘建东”，《中国消费者》2010年第3期。

(4) 时任最高人民法院民一庭庭长黄松有法官认为：我国公民依照宪法规定享有的基本权利有相当一部分在司法实践中长期处于“睡眠”或“半睡眠”状态，该批复首次打破了“沉默”。我国宪法司法化可以参考美国的模式，由普通法院审理宪法权利纠纷。该案被称为“中国宪法司法化第一案”。参见黄松有“宪法司法化及其意义——从最高人民法院今天的一个《批复》谈起”，载《人民法院报》2001年8月13日，第5版。

也体现了影响性诉讼促进法律政策发展的可能。⁽⁵⁾

齐玉玲案展示的通过案例促进宪法实施的愿景, 在 2003 年的一个偶然事件中发扬光大。3 月“孙志刚事件”被新闻媒体披露后,⁽⁶⁾ 加快了国务院废止自 1982 年施行的行政法规《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》的脚步。这个事件激发了公民社会参与的积极性, 似乎树立了一个可以看得见、摸得着的榜样。人民法院过去裁判的案件主要是财产权、人身权、知识产权等民事权利的案件, 现在不得不面临连人民法院也感到陌生的反歧视诉讼案件。这些案件与其他案件的主要区别在于, 原告的诉求具有更多的公共利益, 事实上是在为社会上同类群体开展法律倡导。

二、以小见大: 影响性诉讼促反歧视法律改革

我国法律确立的在就业、教育和其他方面的“不受歧视权”的立法例有: 其一, 宪法。1982 年我国《宪法》第 33 条第 2 款规定“中华人民共和国公民在法律面前一律平等”。其二, 劳动法。1994 年《劳动法》第 3 条第 1 款规定“劳动者享有平等就业和选择职业的权利”。第 12 条还规定“劳动者就业, 不因民族、种族、性别、宗教信仰不同而受歧视”。其三, 教育法。《教育法》第 9 条规定“中华人民共和国公民有受教育的权利和义务”。其四, 其他法律。《妇女权益保障法》第 2 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。实行男女平等是国家的基本国策。国家采取必要措施, 逐步完善保障妇女权益的各项制度, 消除对妇女一切形式的歧视”。《残疾人保障法》第 3 条第 1 款规定“残疾人在政治、经济、文化、社会和家庭生活等方面享有同其他公民平等的权利”; 第 3 款规定: “禁止基于残疾的歧视”。

虽然法律确定了不受歧视是一项法律权利, 但并未明确“不受歧视权”被侵犯后的法律救济途径。在 2000 年以前, 人民法院除裁判过少数农村妇女出嫁未迁出户籍平等享有农村土地权益纠纷的性别歧视案件外, 没有受理过引起新闻媒体和社会公众普遍关注的反歧视案件。

2002 年, 成都市武侯区人民法院裁判的“蒋韬诉中国人民银行成都分行录用行员身高歧视案”, 标志着中国反歧视影响性诉讼的开始。“身高歧视”案在法院受理后被告 3 日内取消了身高要求的限制, 不仅让社会接受了自然人的身高不得作为不合理区别的理由, 而且认知到“歧视”违背了宪法的平等权。2003 年, 安徽省芜湖市新芜区人民法院裁判的“张先著诉安徽省芜湖市人事局录用公务员拒绝录用乙肝病毒携带者案”, 进一步扩大了反歧视诉讼的社会影响。2005 年法院裁判“李东照、任诚宇诉深圳市公安局龙岗分局横幅侵犯其河南名誉权案”地域歧视案、“周香华诉中国建设银行平顶山市分行男女职工退休年龄差别性别歧视案”和“杨世建诉人事部公务员报考年龄歧视案”等, 使反歧视的诉讼观念从“身高”、“乙肝”, 扩展到“地域”、“性别”和“年龄”。2006 年在新闻媒体报导“何青志、谌登兰诉重庆铺金公路运输有限公司、刘丰云、刘定红道路交通事故区别户籍人身损害赔偿案”(同命不同价案) 以后, 最高人

(5) 2008 年最高人民法院废止 2007 年底以前发布的 27 项司法解释。《关于以侵犯姓名权的手段侵犯宪法保护的公民受教育的基本权利是否应承担民事责任的批复》(法释〔2001〕25 号) 也在其中。其他 26 项司法解释被废止理由是“情况已变化”, 或“被新法取代”, 而废止该司法解释是因“已停止适用”。

(6) 参见“孙志刚死亡真相”, 《新闻周刊》2004 年第 20 期。



民法院有关部门在当年全国两会期间阐明对该案的看法^{〔7〕}表明人民法院对反户籍歧视的关注; 2007年“秋子诉上海昂立投资咨询有限公司录用教师长相歧视案”经劳动部门调解双方达成和解并共同发表“和解声明”, 显示了社会压力对歧视行为的约束。2008年人民法院判决对乙肝歧视案件的受害人给以精神损害赔偿、2009年“王莹诉徐州市泉山区人口和计划生育局录用公务员拒绝录用未婚生育考生案”入选中国人民大学法学院评选的年度十大案件, 说明反歧视案件种类的快速增加。2010年“小军诉盐边县人力资源和社会保障局、盐边县教育局录用教师歧视艾滋病病源携带者案”, 是敏感的反歧视艾滋病人及其病源携带的案件; 而是年“周某等三人诉佛山市人力资源和社会保障局录用公务员歧视携带地中海贫血基因考生案”, 显示反歧视案件的种类已经发展到西方发达国家反基因歧视的前沿。

据笔者对2000年至2011年期间人民法院和仲裁机关裁判或仲裁的反歧视案件的歧视类型的统计, 涵盖了“身高”、“乙肝病源携带”、“地域”、“性别”、“长相”、“年龄”“社会出身”(农村户籍、“残疾”、“生育”、“艾滋病病源携带”、“基因”、“健康状况”等12个歧视类型。从此期间新闻媒体报道或者反歧视NGO提供的92个进入法律程序的反歧视案例(如表一所示), 可以看出人民法院裁判歧视案的基本特点如下:

表一 2000年至2011年中国反歧视案件一览表

编号	案件名称	案件来源	裁判结果	歧视案件类型
1	王勇等诉成都家家快餐有限公司对非公务员消费者区别收取服务费歧视案	成都市中级人民法院(2000)成民终字第913号	败诉	社会出身
2	高某诉北京敦煌餐饮有限责任公司因消费者长相拒绝提供服务长相歧视案	北京市中级人民法院(2000)初字第1号	胜诉	长相
3	张家祥等诉峨眉山市峨眉山风景旅游管理委员会对异地消费者区别收费地域歧视案	四川省峨眉山市人民法院(2002)峨眉行初字第7号	败诉	社会出身
4	蒋韬诉中国人民银行成都分行录用公务员要求身高条件身高歧视案	成都市武侯区人民法院(2002)武侯行初字第3号	不予受理	身高
5	王某诉上海市某置业开发有限公司侵犯残疾人无障碍权案	上海市第二中级人民法院(2003)	和解、请求支持	残疾
6	林某诉某银行侵犯残疾人无障碍权案	上海市总工会劳动报(2003年5月26日)	胜诉	残疾
7	张先著诉安徽省芜湖市人事局录用公务员歧视乙肝病毒携带者案	安徽省芜湖市新芜区人民法院(2004)芜中行终字第9号	请求部分支持、部分败诉	传染病病毒携带(乙肝)
8	杨某诉漳州市人事局录用人员身高歧视案	厦门晚报(2004年09月11日)	撤诉	身高
9	吴兵、王XX诉海南省公安厅录用人民警察乙肝歧视案	海南省海口市区人民法院(2004)美行初字第32号	败诉	传染病病毒携带(乙肝)

〔7〕 2006年3月10日最高人民法院民一庭庭长纪敏在中国法院网回答网友提问指出“经过这两年的司法实践确实出现了一些问题, 这就是网友们提出来的‘同命不同价’的问题, 问题主要出现在一起事故中, 受害方既有城市人又有农村人, 在这个案件里, 根据城市标准赔偿的数额和根据农村标准赔偿的数额差距很大。比较典型的一个案件是最近重庆发生的三个少女在一起事故中受到伤害、死亡, 其中有两个少女是城市户口, 有一个少女是农村户口, 农村户口的少女大约得到了5.8万元赔偿费, 城市户口的两个少女得到了20多万元的赔偿费。社会对此问题比较关注。法院也了解到此情况, 并且近两年来都在做这方面的调研, 笔者亲自带队到河北召集北京、天津、河北三级法院专门进行调研, 也专门征询了中央有关部委的意见。目前, 仍然存在一些分歧。但在一个问题上, 基本上取得了一致意见。在同一事故中, 既有城市受害者, 又有农村的受害者, 在同一事故中是不是按一个标准, 大家普遍认为应该是按一个标准执行”。参见中国法院网“最高人民法院民一庭庭长纪敏、民二庭庭长宋晓明做客中国法院网”, http://www.chinacourt.org/zhibo/detail.php?zhibo_id=192&id=2480, 上网时间: 2011年12月25日。

续表

编号	案件名称	案件来源	裁判结果	歧视案件类型
10	陈林诉深圳市人事局、国税局录用公务员身高歧视案	北京娱乐信报(2004年02月12日)	不予受理	身高歧视
11	杨世建诉人事部公务员拒绝35岁以上公民报考年龄歧视案	北京市第二中级人民法院(2005)二中行初字第578号	不予受理	年龄歧视
12	李某等二人诉深圳市公安局龙岗分局行政执法地域歧视案	郑州市高新区人民法院(2005)民初字第号	和解、请求支持	社会出身
13	黄永顺等7人诉成都空气压缩机厂破产清算组裁减员工性别歧视案	成都市中级人民法院(2005)成民终字第1857号	中止审理	性别
14	刘家海诉广西司法厅核发律师执业证年龄歧视案	广西南宁市中级人民法院(2005)南市终字第119号	败诉	年龄
15	曹兵、王金山诉海南省公安厅录用人民警察乙肝歧视案	海南省海口市中级人民法院(2005)海中法行终字第19号	败诉	健康
16	唐XX诉商务部录用公务员性别歧视案	《中国青年报》2005年04月02日	不予受理	性别
17	周香华诉中国建设银行平顶山市分行男女职工退休年龄区别性别歧视案	河南省平顶山市湛河区人民法院(2006)湛民1初字第31号	败诉	性别
18	赵某诉海门市人事局录用公务员身高歧视案	江苏省海门市人民法院(2006)编号不详	败诉	身高
19	何青志、谌登兰诉重庆铺金公路运输有限公司人身损害赔偿区别农村与城镇户籍社会出身歧视案	重庆市第一中级人民法院(2007)渝一中法民终字第1083号	败诉	社会出身
20	阮某诉北京市地铁公司侵犯残疾人无障碍权案	北京市西城区人民法院(2007)编号不详	败诉	残疾
21	秋子诉上海昂立投资咨询有限公司录用教师长相歧视案	新华网(2007年02月09日)	和解、请求支持	长相
22	山东大众报业集团录用人员乙肝歧视案	济南市历下区人民法院(2008)历民初字第3972号	胜诉	传染病病毒携带(乙肝)
23	胡丽华等13人诉平阳县教育局女性职工退休年龄性别歧视案	浙江省温州市中级人民法院(2008)温行终字第256号	败诉	性别
24	IBM公司辞退抑郁症员工健康歧视案	上海市浦东新区劳动争议仲裁委员会蒲劳仲(2008)办字第946号	胜诉	健康
25	周某诉广西金桂浆纸业有限公司乙肝歧视案	广西壮族自治区钦州市钦南区人民法院(2008)钦南民初字第312号	胜诉	传染病病毒携带(乙肝)
26	XX诉湖北都市中盛广告有限公司乙肝歧视案	湖北省武汉市江汉区人民法院(2008)汉民一初字第1993号	败诉	传染病病毒携带(乙肝)
27	余某诉名幸电子(广州南沙)有限公司乙肝歧视案	广州市南沙区人民法院(2008)南沙民一初字第180号	胜诉	传染病病毒携带(乙肝)
28	广西金桂浆纸业有限公司诉XX乙肝歧视案	广西壮族自治区钦州市中级人民法院(2008)钦民一终字第253号	胜诉	传染病病毒携带(乙肝)
29	高某诉北京比德创展通讯技术有限公司乙肝歧视案	北京市朝阳区人民法院(2008)朝民初字第06688号	胜诉	传染病病毒携带(乙肝)
30	杜某诉上海文广新闻传媒集团对女性职工性别歧视案	上海市静安区人民法院(2008)静民初字第3376号	胜诉	性别歧视
31	刘某诉天津瑞能电气有限公司乙肝歧视案	天津市青浦区劳动和社会保障局开发区劳动服务中心劳动仲裁(缺仲裁号)	和解、请求支持	传染病病毒携带(乙肝)
32	刘某诉江西吉安市交通运输局提供公共服务残疾歧视案	新法制报(2008年2月28日)	不予受理	残疾
33	王露诉以色列ECI电讯有限公司性别歧视案	法制日报(2008年07月07日)	败诉	性别
34	李伟(化名)状告保险公司对保险人艾滋病歧视案	都市时报(2008年10月14日)	败诉	传染病病毒携带(艾滋)
35	梁齐诉广告公司乙肝歧视案	楚天都市报(2008年10月14日)	胜诉	传染病病毒携带(乙肝)



续表

编号	案件名称	案件来源	裁判结果	歧视案件类型
36	郭某诉杭州富士康公司乙肝歧视案	杭州市江干区人民法院(2009)杭江民初字第1981号	和解、请求支持	传染病病毒携带(乙肝)
37	明某诉廊坊中油郎威监理有限责任公司乙肝歧视案	廊坊市广阳区人民法院(2009)广民初字第1398号	和解、请求支持	传染病病毒携带(乙肝)
38	李某诉仁宝网路资讯(昆山)有限公司解除劳动关系乙肝歧视案	江苏省昆山劳动仲裁委员会昆劳仲案(2009)5240号	和解、请求支持	传染病病毒携带(乙肝)
39	刘某诉中国市政工程西北设计研究院有限公司乙肝歧视案	兰州市城关区人民法院(2009)城法民渭初字第267号	和解、请求支持	传染病病毒携带(乙肝)
40	周某诉国家大剧院乙肝歧视案	北京市西城区人民法院(2009)西民初字第7766号	败诉	传染病病毒携带(乙肝)
41	XX诉中国太平洋财产保险股份有限公司广东分公司乙肝歧视案	广州市天河区人民法院(2009)天法民一初字第3097号	胜诉	传染病病毒携带(乙肝)
42	来某诉日照经济开发区教育局乙肝歧视案	山东省日照市东港区人民法院(2009)东行初字第274号	胜诉	传染病病毒携带(乙肝)
43	李某诉北京华龙通科技有限公司乙肝歧视案	北京市海淀区人民法院(2009)海民初字第8622号	败诉	传染病病毒携带(乙肝)
44	张某诉仙居县人事劳动社会保障局对女职工性别歧视案	浙江省仙居县人民法院(2009)台仙行初字第31号	胜诉	性别
45	新乡市白鹭化纤集团有限责任公司诉郝长洲劳动争议健康歧视案	《人民法院案例选·2009年第1辑总第67辑》第281~286页	胜诉	健康
46	张燕诉中国人民解放军南京军区厦门招待所对女职工性别歧视案	《人民法院案例选·2009年第3辑总第69辑》第194~203页	调解	性别
47	陈刚(化名)诉真×丽公司录用人员乙肝歧视案	广州日报(2009年4月3日)	胜诉	传染病病毒携带(乙肝)
48	刘杨诉中国市政工程西北设计研究院勘察分院乙肝歧视案	西部商报(2009年4月9日)	胜诉	传染病病毒携带(乙肝)
49	晏某诉深圳某银行乙肝歧视案	南方日报C04版(2009年6月24日)	胜诉	传染病病毒携带(乙肝)
50	黄某诉深圳市中医院学历歧视案	南方都市报(2009年8月6日)	不予受理	社会出身
51	扈某诉廊坊市公安局安次区分局社会出身案	新京报A21(2009年7月23日)	不予受理	社会出身
52	郭林诉杭州下沙街道社区卫生服务中心乙肝歧视案	大河报(2009年10月23日)	胜诉	传染病病毒携带(乙肝)
53	阿生诉保安公司乙肝歧视案	羊城晚报A5版(2009年8月15日)	胜诉	传染病病毒携带(乙肝)
54	娟子诉长沙市卫生局拒绝签发食品行业健康合格证明乙肝歧视案	湖南省长沙市人民法院(2010)长中行终字第0025号	败诉	传染病病毒携带(乙肝)
55	王某诉海尔集团乙肝歧视案	青岛市中级人民法院(2010)青民一终字第105号	败诉	传染病病毒携带(乙肝)
56	王莹诉徐州市泉山区人口和计划生育局录用公务员歧视未婚生育考生案	江苏省徐州市泉山区人民法院(2010)徐行终字第59号	败诉	生育
57	马某诉北京锦绣脉林投资咨询有限公司性别歧视案	北京市海淀区人民法院(2010)海民初字第24077号	胜诉	性别
58	小军诉盐边县人力资源和社会保障局、盐边县教育局录用教师艾滋病歧视案	四川省盐边县人民法院(2010)盐边行初字第5号	败诉	传染病病毒携带(艾滋)
59	周某等三人诉佛山市人力资源和社会保障局录用公务员基因歧视案	广东省佛山市中级人民法院(2010)佛中法行终字第381号	败诉	基因
60	丁胜奇诉工商银行重庆分行银行营业场所不设置无障碍设施残疾歧视案	重庆市第一中级人民法院(2010)渝一中法行终字第58号	败诉	残疾
61	宋某等26人诉克劳瑞德电子(深圳)有限公司歧视农村劳动者案	深圳市劳动争议仲裁委员会深劳仲(2010)2150号	胜诉	社会出身
62	郭懿诉江苏益丰大药房连锁有限公司劳动争议案	《最高人民法院公报》2010年第6期	胜诉	其他

续表

编号	案件名称	案件来源	裁判结果	歧视案件类型
63	韩坤诉厦门翔鹭化纤股份有限公司劳动争议案	《人民法院案例选·2010年第2辑总第72辑》第18至23页	胜诉	性别
64	何某诉佛山市人事局和佛山市某医院乙肝歧视案	广州日报 A20(2010年3月31日)	败诉	传染病病毒携带(乙肝)
65	毛卫华三人诉黄冈市教育局录用人员身高歧视案	法制日报(2010年3月25日)	败诉	身高
66	李磊(化名)诉天津可耐福石膏板(天津)有限公司乙肝歧视案	财新网(2010年12月28日)	和解、请求支持	传染病病毒携带(乙肝)
67	夏某诉广州第一巴士有限公司残疾歧视案	南方都市报(2010年12月31日)	胜诉	残疾
68	福人德国际(北京)红珊瑚珠宝有限公司诉金某性别歧视案	北京市昭阳区人民法院(2011)朝民初字第04594号	被歧视者(本案中非原告)胜诉	性别
69	吴某诉安徽安庆市教育局录用教师艾滋病歧视案	安庆市中级人民法院(2011)宣行终字第0022号	败诉	传染病病毒携带(艾滋)
70	曾某诉成都普什信息自动化有限公司乙肝歧视案	成都高新区人民法院(2011)高新民初字第518号	胜诉	传染病病毒携带(乙肝)
71	郑卫宁、刘海军诉深圳航空公司残疾歧视案	宝安日报(2011年3月17日)	和解、请求支持	残疾
72	静心(化名)诉贵阳医学院附属医院乙肝歧视案	羊城晚报(2011年3月18日)	胜诉	传染病病毒携带(乙肝)
73	郑伟(化名)诉江苏泰州人力资源和社会保障局录用公务员拒绝录用先育后婚考生案	法制日报(2011年4月9日)	败诉	生育
74	阿华(化名)诉厦门京闽中心酒店乙肝歧视案	东南早报(2011年4月19日)	胜诉	传染病病毒携带(乙肝)
75	林朗(化名)诉江苏徐工集团下属徐州徐工铁路装备有限公司色盲歧视案	法制日报(2011年5月9日)	再审程序中	健康
76	朱明建诉广州市地铁公司残疾歧视案	羊城晚报(2011年5月12日)	胜诉	残疾
77	张峰诉深圳市同洲电子股份有限公司乙肝歧视案	法制日报(2011年6月22日)	胜诉	传染病病毒携带(乙肝)
78	王龙(化名)诉郑州东工实业有限公司乙肝就业歧视案	健康报(2011年7月5日)	胜诉	传染病病毒携带(乙肝)
79	陈辉(化名)诉义乌市教育和义乌市人事劳动社会保障局录用教师白细胞偏高歧视案	法制网(2011年7月22日)	裁判程序中	健康
80	李彬(化名)和张伟(化名)诉湖南省桃源县疾病预防控制中心乙肝歧视案	法制网(2011年9月23日)	裁判程序中	传染病病毒携带(乙肝)
81	李明(化名)诉中科院广州地球化学研究所疑似肺结核歧视案	南方都市报(2011年10月12日)	不予受理	健康
82	刘勇(化名)诉东莞信泰光学有限公司乙肝歧视案	东莞日报(2011年10月12日)	胜诉	传染病病毒携带(乙肝)
83	朱明建、谢素媚诉东莞两公交公司残疾歧视案	广州日报(2011年10月19日)	和解、请求支持	残疾
84	小海(化名)诉贵州省三都县县政府艾滋病歧视案	贵阳日报(2011年10月24日)	不予立案	传染病病毒携带(艾滋)
85	张志(化名)诉虎门中医院隐私侵权案	贵阳日报(2011年10月24日)	不予受理	传染病病毒携带(乙肝)
86	李丰(化名)诉西安市公务员局乙肝歧视案	中国青年报(2011年11月24日)	裁判程序中	传染病病毒携带(乙肝)
87	谌某某诉深圳市标域汽车有限公司乙肝歧视案	广州日报(2011年12月4日)	胜诉	传染病病毒携带(乙肝)
88	杨松(化名)诉东莞沙田丽海纺织印染有限公司乙肝歧视案	东莞日报(2011年12月8日)	和解、请求支持	传染病病毒携带(乙肝)
89	曾某诉成都西区医院乙肝歧视案	四川新闻网(2011年12月12日)	败诉	传染病病毒携带(乙肝)



续表

编号	案件名称	案件来源	裁判结果	歧视案件类型
90	王华阳(化名)诉保定长城汽车销售有限公司乙肝歧视案	法制日报(2011年12月13日)	和解、请求支持	传染病病毒携带(乙肝)就业歧视
91	张少阳诉知名台资企业英业达公司的乙肝歧视案	法制网(2011年12月14日)	和解、请求支持	传染病病毒携带(乙肝)就业歧视
92	小雪(化名)诉富士康集团鸿富锦精密电子(重庆)有限公司陈旧性肺结核歧视案	东莞时报(2011年12月19日)	胜诉	健康歧视

案例采集方法:
 1. 案例来源: 肝胆相照网站、北京市益仁平中心、北京众泽妇女法律咨询服务中心(原北京大学法学院妇女法律研究与服务中心)和四川大学人权法律研究中心等支持的诉讼和新闻媒体的报道;
 2. 案例选取时间: 2000年初至2011年12月底;
 3. 胜诉是指诉讼请求得到法院的支持或部分支持。

可以看出人民法院裁判歧视案的基本特点如下:

(一) 反歧视诉讼案件的数量逐年上升

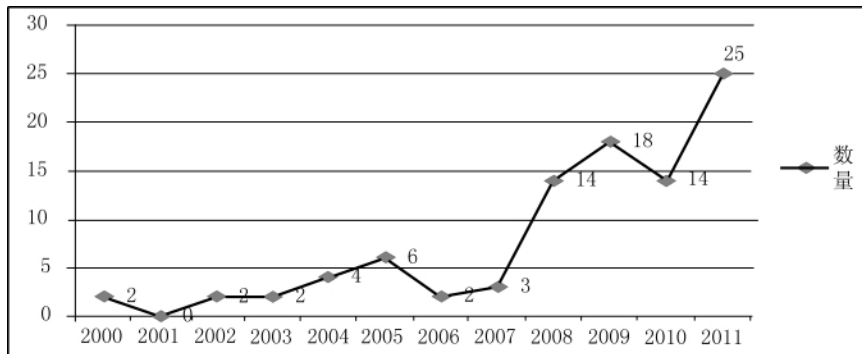


图1 2000年至2011年反歧视诉讼案例年分布情况

如图1所示,在2000年至2011年期间,随着我国公民在生活工作中的反歧视意识的提高,法院在司法实践中对反歧视诉讼案件经历了从陌生、犹豫,到逐步认可、接受的变化。各种新型的反歧视案件的出现,推动了社会中反歧视法律保障意识的提高。在此期间,我国反歧视诉讼案例年份分布呈波浪形上升趋势,出现过两次快速增长期,分别是2003年至2005年和2008年至2009年。低谷是2006年,涉讼案例为2件;峰值出现在2009年,涉讼案例18起。这种分布态势表明,我国反歧视诉讼纠纷案件经历了从法院陌生、排斥,到接受、熟悉的过程。2008年《就业促进法》与《劳动合同法》施行,为反歧视诉讼中就业歧视提供了明确的法律依据,并促进了这类案件的快速增长。可以预见,在未来的几年中,这类案件将继续上升,人民法院裁判案件的类型仍然集中在乙肝、健康等领域,在短期内不会出现法律禁止的种族、民族案件。

(二) 反歧视案件包括12个类型

由图2可以看出,在近11年来共计92件与反歧视有关的案例中,具体可概括为以下几种类型:第一,乙肝病毒携带案件41件,占44.6%。第二,残疾歧视9件,占9.8%;第三,性别歧视8件,占8.7%;第四,社会出身歧视7件,占7.6%;第五,健康状况歧视7件,占7.6%;第六,身高歧视5件,占5.4%;第七,生育歧视5件,占5.4%;第八,艾滋病病毒携带歧视4件,占4.3%;第九,年龄歧视2件,占2.1%;第十,长相歧视2件,占2.1%;此外还包括地域歧视1件及新出现的致病基因携带就业歧视1件。未来几年,与社会发展相适应,反

歧视案件的类型也会出现新的类型。

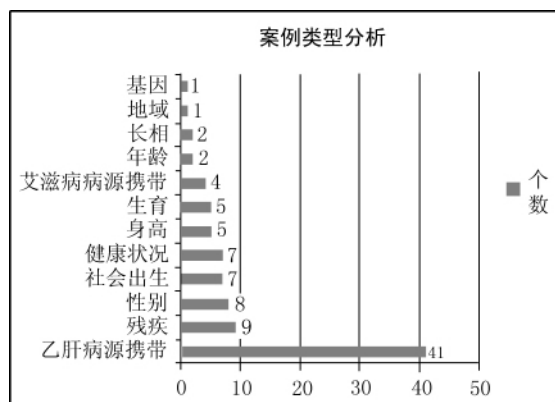


图2 2000年至2011年反歧视诉讼案例类型

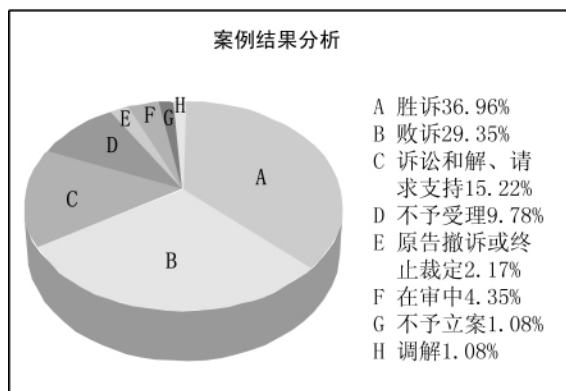


图3 2000年至2011年反歧视诉讼案例裁判情况

(三) 反歧视诉讼案件的裁判结果

由图3可以看出，反歧视诉讼案例裁判结果是：胜诉34件，占36.96%；败诉27件（包含部分请求被支持或被告改变行为1件），占29.35%；诉讼和解、请求支持14件，占15.22%；不予受理9件，占9.78%；原告撤诉或终止裁定共2件，占2.17%；在审中共4件，占4.35%；不予立案1件，占1.08%；调解1件，占1.08%。可以预见，随着我国社会发展重心逐步转向实现社会公平正义，人民法院审判案件面临的反歧视任务也会相应提高，司法指引社会行为，纠正歧视现象的功能也将逐步发挥。

(四) 反歧视诉讼案件领域分布

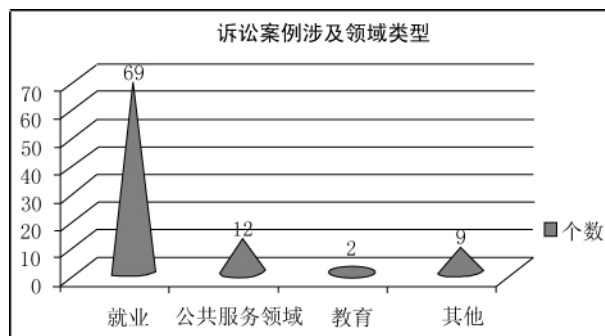


图4 2000年至2011年反歧视诉讼案例涉及领域

由图4可以看出，在92件案件中，就业中的歧视案件共69件，占75%；公共服务中的歧视案件12件，占13.04%；教育中的歧视案件2件，占2.17%；其他领域的案件共9件，占9.78%。这表明，保障禁止歧视法律规定实施的重点是就业领域，在就业中的歧视现象不仅普遍，而且起诉到法院裁判的案件数量也最多。

笔者需要说明的是，上述92个反歧视诉讼案例并非进入司法程序的全部，但其中包含了最有影响案件，如以身高、乙肝、艾滋病等为歧视事由的案件。从反歧视案件的发展过程来看，这些案件的主要特点可以概括如下：

第一，法院回避合宪性审查请求。在1954年至1979年期间，我国没有制定民事法律，法院在审判案件中有援引宪法条文裁判的惯例。在1979年以后伴随立法的逐步完善，法院原则上不



再直接以宪法条文作为裁判依据,除非法律没有规定或者法律规定不足以作为裁判的依据。在2004年以前反歧视诉讼多援引《宪法》第33条第2款“中华人民共和国公民在法律面前一律平等”及第42条第1款“中华人民共和国公民有劳动的权利和义务”,但法院回避合宪性审查的请求。在社会出身歧视、身高歧视、乙肝歧视、性别歧视等案中,法院都有意回避审理有关被质疑的行为违反宪法的裁判请求。尤其是在周香华案中,尽管法院受理案件后最高人民法院《人民法院报》即日发布了消息,但仍然回避原告质疑被诉行为依据的有关规定违反男女平等的宪法原则。⁽⁸⁾这表明法院在审理该案的积极态度与谨小慎微之间存在着某种程度的矛盾,以避免落入新闻媒体“宪法司法化”的“陷阱”。

第二,裁判案件的歧视类型并非法律禁止。1994年《劳动法》禁止的歧视种类包括种族、民族、宗教信仰和性别四个类型。从反歧视诉讼的视角来看,是以2002年的身高歧视案为起点,该案后不久各地先后发生了十多起反身高歧视案。2003年周一超在求职中因系乙肝病毒携带者而被拒,导致其故意伤害、杀人的案件震惊全国。在公众还没有对如何实现中国1.2亿乙肝病毒携带群体的公平就业权有清晰思考的时候,张先著又因乙肝病毒携带被拒绝录用为公务员而提起诉讼,该案突破了反歧视诉讼的瓶颈,直接影响了《公务员通用体检标准(试行)》取消各地原有的乙肝病原携带者体检不合格的规定。⁽⁹⁾此后又发生了十多起反乙肝病毒携带歧视诉讼。但这期间出现的地域歧视、长相歧视和年龄歧视案件和身高、乙肝病毒携带歧视案件一样,都不是法律明文禁止的歧视种类。直至2008年《就业促进法》实施后,乙肝病毒携带歧视才被纳入法律禁止的范围。这些情况表明,法院受理并裁判的这些反歧视案件,并不是根据法律的明确规定,而是依照法律的原则,能动地平衡原告的诉求与立法规定,适应新类型案件的实际需要。

第三,裁判案件态度从克制转向适度干预。反歧视案件初期大多为败诉或部分败诉的结果,虽然在裁判程序中被告变更了被诉的行为,新闻媒体也表达了专家学者、社会公众的意见和看法,但裁判案件的法院仍持克制的态度。除张先著案部分胜诉、部分败诉外,到2005年《公务员通用体检标准(试行)》实施前的其余10个同类案件没有一个胜诉的事实恰恰说明了这一点。⁽¹⁰⁾2008年《就业促进法》实施后,既开始出现法院支持受歧视者胜诉的裁判,也有支持给以被歧视者精神损害赔偿的裁判。2008年北京市朝阳区人民法院判决比德创展公司因歧视乙肝病毒携带者向原告赔礼道歉、赔偿其经济损失1.7万余元、精神损害抚慰金2000元,精神损害诉请首次获得支持,表明立法完善是促进反歧视诉讼发展的基础。⁽¹¹⁾2008年调解结案的山东省《大众日报社》支付受歧视者精神损害赔偿金2万元、⁽¹²⁾2011年法院调解贵州医学院附属医院

(8) 参见张春阳、孙春建“退休女工为享男女同龄退休权状告单位”,载《人民法院报》2005年11月14日。

(9) 据原人事部公务员管理司刘家林司长介绍,2003年浙江周一超和安徽张先著案件使人们对公务员的体检标准关注起来,并引起了方方面面的讨论。国务院有关领导高度重视并作了专门批示,要求人事部会同有关部门研究提出意见。人事部与卫生部启动了公务员录用体检通知和标准的制定工作。参见贺汲泉、朱亚勤:“人事部公务员管理司司长刘家林答中国人事报记者问”,载《中国组织人事报》2004年8月18日。

(10) 参见成功“反乙肝歧视路漫漫”,载《南方周末》2005年10月27日,第B11版。

(11) 参见张蕾“乙肝歧视拒绝录人单位被判道歉加赔偿”,载《北京晚报》2008年5月23日。

(12) 参见“张某诉《大众日报》特殊侵权纠纷案”,载济南市中级人民法院(2009)济民一初字第210号。

赔偿损失 2.5 万元, 从败诉到赔偿数额幅度的提高,^[13] 表明法院的倾向性态度从克制转向适度的干预。2010 年佛山市中级人民法院在判决维持行政机关行为合法性的同时, 提出行政机关研究解决基因携带群体公务员体检标准的司法建议,^[14] 亦表明其采取折中方式维护法院社会形象的转变。据李方平律师估计, 在进入诉讼程序的乙肝歧视案件中, 乙肝病毒携带者胜诉率(含调解) 在六至七成左右, 但仍有相当部分的案件无法进入司法程序。^[15]

第四, 法院受理案件的法律障碍没有完全排除。2008 年《就业促进法》实施后, 并非所有起诉到法院的案件都可能被受理。2011 年 9 月贵州省黔南州中级人民法院在国内已有 2 个艾滋病歧视诉讼类似案件裁判的情况下, 仍然作出“不予受理”的决定,^[16] 其理由或许是案件类型没有被列入最高人民法院司法解释有关案由的目录。^[17] 还有一些反歧视案件, 法院或以案由不明确、无法律依据、侵犯权利不明等理由不予受理。在裁判的反歧视诉讼中, 法院立案的理由以侵权案件的“特殊侵权”、“隐私权”、“人格尊严权”、“劳动权”、“公平就业权”等, 还没有以“不受歧视权”为案由的案件出现, 法院不受理这类案件或以不同理由受理的现状, 使《劳动法》、《就业促进法》、《教育法》、《妇女权益保障法》、《残疾人权利保障法》有关禁止歧视规定的救济停留在法律文本上。最高人民法院公报发布的案例或裁判文书, 没有一个关于歧视的案例, 可能是为避免反歧视案件触动维权诉讼, 也体现了其一方面要求“能动司法”,^[18] 另一方面对反歧视案件“不能动”甚至克制的矛盾态度。

第五, 新闻媒体营造支持反歧视诉讼的舆论环境。新闻媒体对反歧视影响性诉讼的推动, 比其他任何类型案件传播的观念更突出。2002 年身高歧视案后被告在舆论压力下被迫取消被诉的身高要求, 2003 年的乙肝歧视案裁判程序中新闻媒体全面、持续的报道评论, 使法院裁判不得不权衡社会的呼声, 2005 年的性别歧视、地域歧视案使受案法院面临着巨大的舆论压力, 2006 年的社会出身歧视案报道后, 重庆市高级人民法院发布了指导性意见变通了最高人民法院司法解释的有关规定。2010 年的基因歧视案在终审判决中向被告提出调查研究被诉行为。可以说只要是发生重大影响的反歧视案件, 都有新闻媒体的推波助澜。无论是新华社、中央电视台、

[13] 参见韩福东 “‘贵州乙肝歧视第一案’病毒携带者获赔 2.5 万”, 载《南方都市报》2011 年 3 月 18 日, 第 39 版。

[14] 参见刘艺明、黄志庆、郭贇 “‘基因歧视第 1 案’终审: 能否录用为公务员应调研”, 载《广州日报》2010 年 9 月 4 日。

[15] 参见前注 [10], 成功文。

[16] 参见谢亮、蒋旻 “贵州首例艾滋就业歧视纠纷小伙状告人社局”, 载《黔中早报》2011 年 9 月 8 日, 该案起诉后, 据笔者访谈北京市益仁平中心的陆军说, 该案法院在法律规定的期限内并未通知予以受理, 也没有裁定不予受理。

[17] 笔者在 2011 年 6 月 10 日四川大学公法中心与北京市中律元公司举办的法官、仲裁员反歧视诉讼的研讨班上, 来自四川省各地 30 多个人民法院的法官认为, 法院受理反歧视案件会遇到没有适当的案由, 或难以被法院立案。

[18] 2009 年最高人民法院院长王胜俊提出“一要调整理念, 增强能动司法的自觉性。二要调查研究, 增强能动司法的前瞻性。三要健全机制, 增强能动司法的有序性。四要有效服务, 增强能动司法的针对性。五要提高能力, 增强能动司法的规范性。”参见贺小荣 “王胜俊: 能动司法是法院服务大局的必然选择”, 载《人民法院报》2009 年 9 月 1 日 《人民法院为实施“十二五”规划纲要提供司法保障的意见》指出, “人民法院为‘十二五’规划纲要实施提供有力司法保障, 必须着力做好以下几项工作: 一是坚持能动司法, 为加快转变经济发展方式提供优质司法服务”(2011 年)。



《人民日报》、《中国青年报》等官方媒体的深度报道，还是《南方周末》、《中国新闻周刊》、《新京报》和《南方都市报》等都市媒体的参与评论，或者各类网络媒体的快速传播，都既反映了社会公众的新意愿，也迫使法院认真考量社会舆论及其裁判的社会效果。无论胜诉、部分胜诉或者诉讼和解的案件，都与新闻媒体营造形成的社会舆论压力分不开，这类案件的原告都是受到歧视的个人，其弱势地位、道义同情、法律公正更容易获得社会的理解。即便法官裁判原告败诉，也需要权衡诉讼结果的社会反映、社会的承受能力和政府形象。

第六，NGO 倡导诉讼形成持续的社会推力。反歧视诉讼的产生、社会影响和常态化的动力，源于社会组织与受歧视群体抗争的合力。各类歧视案件发生后，反歧视 NGO 或提供法律咨询、诉讼代理，或提供新闻线索、或邀请专家讨论，或向有关部门献言献策，或敦促法官严格依法裁判。乙肝病毒携带者网站“肝胆相照”（HBVER）论坛，先后发起、支持或促成了2003年张先著乙肝歧视案和后续全国各地数十件乙肝歧视案。反乙肝歧视案件从公务员录取，扩大到大学招生、航空公司录取劳动者和大学强制在校学生休学等。⁽¹⁹⁾ 2005年《公务员录用体检通用标准（试行）》实施以来全国第一例因乙肝病毒携带者报考公务员而引发的行政诉讼，在开庭当日，许多“肝胆相照”网友自费从全国各地赶往长沙旁听助威。⁽²⁰⁾ 乙肝病毒携带者雷闯，先后发动了给全国1963个大学校长写信、以及实施行为艺术、公益宣传等个人活动，在反歧视社会宣传、传播反歧视理念、制造社会压力中有重大的影响。⁽²¹⁾ 2007年以来北京市益仁平中心不仅将反歧视倡导从乙肝病毒携带者，扩大到长相、残疾、基因、艾滋病、疾病等领域，而且采取向被告上级主管单位举报、向国务院有关部门献言献策等综合方式，推动了反歧视活动的持续开展。在其支持的反歧视诉讼中，调解或和解结案率为42%，2008年和2009年这个数字提高到60%以上。⁽²²⁾ 据笔者访谈，各类歧视案件的发生或传播，基本上都有社会组织的倡导、参与或支持。

三、顺势而为：政府应对社会“埋怨”的法律措施

从反歧视案例被告的发布来看，在就业中实施歧视行为的通常都是行政机关，或者大型企事业单位。在案件被公开披露后，被指控实施歧视的被告面对法律学者、新闻媒体和公众参与讨论，感受到社会舆论压力的影响。无论是在身高、乙肝、性别、地域、年龄、长相歧视案件中，还是在所谓“同命不同价”、残疾、基因和艾滋等歧视案件中，一些法学、社会学、医学等方面的全国著名专家、社会知名人士在媒体发表支持的评论。其中的一些学者同时也是国务院有关部委的法律咨询专家，他们接受新闻媒体采访时的发言，既可影响他们在有关法律论证中

(19) 例如2005年9月，白小勇（化名）高考超过河南财经学院录取分数线38分，但因携带乙肝病毒被拒绝录用，起诉到法院成为中国第一例高考录取乙肝歧视案。参见李胜利“拒录乙肝病毒携带者郑州一所高校成被告”，载《大河报》2005年9月29日；2005年6月，王某在求职因携带乙肝病毒被深圳航空公司拒绝录用，起诉至朝阳区法院，是为北京法院受理的首例就业乙肝歧视案。付中、李硕“大学毕业生求职被拒后状告深圳航空乙肝歧视”，载《法制晚报》2005年6月21日。2005年8月，新疆农业大学156名学生在体检中携带乙肝病毒被要求休学一年，李芝起诉到乌鲁木齐市沙依巴克区人民法院等。参见张明珠“新疆首例乙肝歧视案立案新疆农大休学学生状告学校”，载《乌鲁木齐晚报》2006年1月25日。

(20) 前注〔10〕，成功文。

(21) 参见“雷闯：一个公民的力量”，载《南方都市报》2009年9月18日。

(22) 前注〔13〕，韩福东文。

的态度,也可激发被社会排斥的受歧视群体的诉求表达。

自下而上的反歧视诉讼带来的社会观念变更,及其对实施歧视行为的被告形成的社会压力,迫使被告对这类引起社会公众普遍关注的问题,不得不进行必要的调整以便息事宁人。反歧视诉讼被媒体披露后,政府被告或其他被告在诉讼过程中及其以后应对的特点如下:

第一,自我纠正被质疑的歧视行为。反歧视诉讼被新闻媒体广泛传播后,被告通常采取大事化小、小事化了的策略,以满足部分诉讼请求的方式实现引导原告撤诉的目的。在2002年的身高歧视案被成都市武侯区人民法院受理后,中国人民银行成都分行在开庭前主动修改了其要求报名人身高条件,企图使原告撤诉而免于被继续质疑。⁽²³⁾在2005年“李某等诉深圳市公安局龙岗分局侵犯河南人名誉权案”等裁判中,被告或主动纠正被质疑的行为,或主动寻求原告的谅解,减轻自己的责任和压力。

第二,废止有歧视效果的法律规范。2003年在安徽省芜湖市新芜区人民法院裁判乙肝歧视案的披露,吸引了国务院主要领导关注并作出要求有关部门研究的批示。原人事部、卫生部根据在受理案件所在地的地方召集了《公务员通用体检标准(试行)》(以下简称《标准》)起草工作的论证会议,⁽²⁴⁾并在2004年公布的《标准》中,取消了2004年及其以前13个省市施行多年的公务员体检标准中限制乙肝病毒携带者的不合理的规定。⁽²⁵⁾其取消各地歧视乙肝病毒携带者法律规范的原因,可以在原人事部公务员管理司刘家林司长回答新闻媒体的解释中找到答案。⁽²⁶⁾2010年佛山市劳动与社会保障局在“唐某等3人诉广东省佛山市人力资源和社会保障局录用公务员体检检测地中海贫血基因案”胜诉后,在2011年广东省招录公务员公告中,宣布取消2010年及其以前实施的检测地中海贫血基因的做法耐人思考。

第三,制定禁止歧视法律规定的实施措施。2007年劳动和社会保障部、卫生部发布部委规章《关于维护乙肝表面抗原携带者就业权利的意见》。其中第二部分的名称是“促进乙肝表面抗原携带者实现公平就业”,并规定了在就业中不得歧视乙肝表面抗原携带者、用人单位和医疗机构的相关义务。似乎表明行政机构尝试用制定行政措施的方式回应社会的诉求,提高其近民、亲民的社会现象的愿望明显。⁽²⁷⁾2010年1月20日,卫生部、教育部、人力资源与社会保障部

(23) 在该案的诉讼文书送达被告后,全国有影响的新闻媒体都报道了案件的事实、原告的诉讼请求。被告在公务员录用考试报名前,重新发布招聘启事,取消了原来有关男女身高条件的要求,并称本次招录启示以修改重新发布的为准。参见“中国人民银行成都分行2002年招录行员启示”,载《成都商报》2002年1月12日,第1版。

(24) 前注〔10〕,成功文。

(25) 参见周伟等《中国的劳动就业歧视:法律与现实》,法律出版社2006年版,第52~54页。

(26) 据原人事部公务员管理司刘家林司长介绍,2003年浙江周一超和安徽张先著案件使人们对公务员的体检标准关注起来,并引起了方方面面的讨论。国务院有关领导高度重视并作了专门批示,要求人事部会同有关部门研究提出意见。人事部与卫生部启动了公务员录用体检通知和标准的制定工作。参见前注〔9〕,贺汲泉、朱亚勤文。

(27) 该规定第二点规定:“(一)保护乙肝表面抗原携带者的就业权利。除国家法律、行政法规和卫生部规定禁止从事的易使乙肝扩散的工作外,用人单位不得以劳动者携带乙肝表面抗原为理由拒绝招用或者辞退乙肝表面抗原携带者。(二)严格规范用人单位的招、用工体检项目,保护乙肝表面抗原携带者的隐私权。用人单位在招、用工过程中,可以根据实际需要将肝功能检查项目作为体检标准,但除国家法律、行政法规和卫生部规定禁止从事的工作外,不得强行将乙肝病毒血清学指标作为体检标准。各级各类医疗机构在开展体检过程中要注意保护乙肝表面抗原携带者的隐私权”。



联合发布部委规章《关于进一步维护乙肝表面抗原携带者入学和就业权利的通知》，进一步规范入学和就业体检项目，明确用人单位、教育机构、医疗卫生机构的责任，强化政府监管职能，加强执法检查，提高政策的可行性和可操作性，实现了乙肝病毒携带群体2003年以来要求取消不合理的体检项目的主张。⁽²⁸⁾

第四，营造包容差异和尊重少数的社会文化。在社会偏见和社会排斥根深蒂固的情况下，通过行政执法倡导包容差异，尊重少数人的观念，是塑造反歧视社会环境的重要方式。2009年9月2日，乙肝携带者雷闯在杭州市西湖区卫生局领到全国首张发放给乙肝携带者的食品健康证⁽²⁹⁾实现的标签意义是，乙肝病毒携带群体从2005年以前的不能做公务员，到可以在法律上做炊事员的颠覆性转折。2010年成都市卫生局对医院违规体检乙肝病毒携带情况并泄露隐私予以警告并罚款。2011年对郑州宇通客车公司职工医院违规入职乙肝病毒携带情况体检给以罚款2000元⁽³⁰⁾广州市电力一局医院违规暗查乙肝病毒携带情况被责令暂停体检服务⁽³¹⁾都是政府部门通过行政执法活动塑造反歧视社会环境，宣传消除歧视法律的具体体现。

四、循序渐进：立法者谨慎确认反歧视意愿

在2003年乙肝歧视案裁判期间，十届全国人大代表周洪宇等在十届全国人大二次会议上提出尽快制订反歧视法的议案。⁽³²⁾此后，在每年召开的全国人民代表大会和全国政协全国会议上，都有提出制定反歧视法的议案或提案的法律建议。反歧视法的专家学者和NGO组织也利用每年召开的全国人大代表会议和全国政协会议的时机，给全国人大代表和全国政协委员提供立法草案，请他们提出立法议案或提案。⁽³³⁾从2003年开始到2010年期间，虽然连续8年的全国人大和全国政协会议上提出的议案或提案，没有被列入全国人大常委会的五年立法规划和调查研究计划，但其提出的立法决策应当顺应社会反歧视的要求，反歧视的社会活动需要国家立法予以保障。

第一，立法者注意吸收社会反歧视立法的意见。在全国人大常委会立法程序中，列入常委会

(28) 该规定的主要特点有：禁止入学和就业中的歧视、禁查任何涉及乙肝病毒感染标志物的检查，包括乙肝五项和HBV-DNA检测等、规定只有极个别职业并经卫生部核准后方可开展相关检测、并有监督实施具体保障等。参见卫生部《关于进一步规范入学和就业体检项目维护乙肝表面抗原携带者入学和就业权利的通知》政策解读及热点答疑。

(29) 雷闯是乙肝病毒携带者，2008年他为了报考硕士研究生向523名中科院院士求助；2009年他给全国1983所大学校长写信，呼吁各高校在高考录取过程中，不要有乙肝歧视。参见朱雨晨“雷闯的5天：国内首个乙肝携带者获得食品行业健康证”，载《法制日报》2009年9月20日。

(30) 参见万静“卫生所因体检乙肝被罚企业内部医院违规需关注”，载《法制日报》2011年2月18日，第6版。

(31) 参见陈学超“违规暗查乙肝医院首受处罚”，载《山东商报》2011年1月25日，第A22版。

(32) 参见张先国、李永升“周洪宇建议制订《反歧视法》让公民享受平等权利”，《人民日报》2004年3月11日“周洪宇代表第4次提制定《反就业与职业歧视法》”，载《北京日报》2007年3月10日。

(33) 2009、2010年中国政法大学宪政研究所、北京市千千律师事务所、北京市益仁平中心、四川大学人权法研究中心等，以召开会议、给代表邮寄建议稿、网络在线对话等方式，给参加年度的全国人大会议和全国政协会议的代表提建议，并被代表或委员采纳。

审议的法律草案,由公民提出的立法建议被采纳的并非常见。2007年3月,全国人大常委会办公厅公布《就业促进法(草案)》征求社会的意见,其中第5条规定“劳动者依法享有平等就业和自主择业的权利。劳动者就业,不因民族、种族、性别、宗教信仰、年龄、身体残疾等因素而受歧视”。在征求意见中,很多网友认为草案应进一步突出反对就业歧视,如学历歧视、户籍歧视、性别歧视、相貌歧视、对残疾人的歧视和对乙肝病毒携带者的歧视等,特别是乙肝歧视问题。⁽³⁴⁾“肝胆相照”网站动员乙肝病毒携带者群体采取各种措施,途径和方法,表达在立法中增加禁止乙肝病毒携带歧视的意见,促使全国人大常委会及其法制工作委员会的重视。在审议法律草案中,有些常委委员、地方官员和专家提出,实行公平就业,反对就业歧视,保障劳动者的平等就业权利,并建议增加有关内容,并以专章集中规定。法律委员会同财政经济委员会和国务院法制办、劳动保障部、全国总工会研究,建议增加“公平就业”一章,并规定:“用人单位招用人员,不得以是传染病病原携带者为由拒绝录用。但是,经医学鉴定传染病病原携带者在治愈前或者排除传染嫌疑前,不得从事法律、行政法规和国务院卫生行政部门规定禁止从事的易使传染病扩散的工作。”⁽³⁵⁾《就业促进法》第30条增加了国务院提请审议的法律草案没有的禁止乙肝病毒携带者的规定,可以说是乙肝病毒携带群体发动全国各地网友表达诉求的结果。该法还增加规定了禁止残疾歧视、农村居民就业的歧视(社会出身歧视),并以“等”的概括方式,留出了禁止其他种类歧视的立法空间。这次立法程序中全国人大常委会注意听取并在立法中吸收乙肝病毒携带者的意见,表明2003年以来的反乙肝歧视社会倡导和司法实践获得立法的确认。

第二,消除反歧视制度的法律障碍。1995年《食品卫生法》第26条第2款和1984年部委规章《病毒性肝炎防治方案(试行)》第1条第6项的规定,常被用人单位解读为乙肝病毒携带者不能从事餐饮行业的依据。⁽³⁶⁾2007年《就业促进法》第30条禁止在就业中歧视乙肝病毒携带者,但其但书条款仍有被用人单位错误利用。2009年2月《食品安全法》第34条规定“食品生产经营者应当建立并执行从业人员健康管理制度。患有痢疾、伤寒、病毒性肝炎等消化道传染病的人员,以及患有活动性肺结核、化脓性或者渗出性皮肤病等有碍食品安全的疾病的人

(34) 参见“网友留言集萃:有关就业歧视”,载人民网·人大新闻网, <http://npc.people.com.cn/GB/28320/80124/80126/5636678.html>, 上网时间:2011年9月19日。

(35) 1995年《食品卫生法》第26条第2款关于“凡患有痢疾、伤寒、病毒性肝炎等消化道传染病(包括病原携带者),活动性肺结核,化脓性或者渗出性皮肤病以及其他有碍食品卫生的疾病的,不得参加接触直接入口食品的工作”和1984年《病毒性肝炎防治方案(试行)》第1条第6项的规定,事实上成为乙肝病毒携带被扩大限制的法律借口。参见周坤仁《全国人大常委会关于〈中华人民共和国就业促进法(草案)〉修改情况的汇报》,2007年6月24日在第十届全国人民代表大会常务委员第二十八次会议上。《中华人民共和国全国人大常委会公报》2007年第6期。

(36) 《病毒性肝炎防治方案(试行)》第6项规定“6.乙型肝炎表面抗原携带者的管理:乙型肝炎表面抗原携带者系指血液HBsAg阳性,但无肝炎症状、体征,各项肝功能检查正常,经半年观察无变化者。对这类携带者不按现症肝炎病人处理,除不能献血外,可照常工作和学习,但要加强随访。携带者要注意个人卫生和经期卫生,以及行业卫生;防止自身唾液、血液和其他分泌物污染周围环境,感染他人;所用食具、刮刀修面用具、牙刷、盥洗用品应与健康人分开。HBsAg携带者应进一步检查HBsAg,如属阳性,则不直接接触入口食品、食具和婴幼儿。在人群中不宜无目的地进行HBsAg普查。”



员，不得从事接触直接入口食品的工作”。2009年7月，国务院颁布行政法规《食品安全法实施条例》，其中第23条没有将“乙型肝炎”列入受到从业限制的“消化道传染病”的种类，在立法上消除了过去有关法规、规章被错误用于歧视乙肝病毒携带者的法律障碍。可见，从2003年张先著乙肝歧视案及之后反歧视的社会倡导，6年时间里促进全国人大常委会制定法律、国务院制定行政法规排除了教育、就业等领域对乙肝病毒携带者歧视的法律障碍。

第三，立法增加禁止歧视的种类。1994年的《劳动法》禁止的种族、民族、宗教信仰、性别4个类型。2005年修订《妇女权益保障法》第40条增加了禁止“性骚扰”的种类，规定：“禁止对妇女实施性骚扰。受害妇女有权向单位和有关机关投诉”，为未来制定反歧视法禁止“性骚扰”歧视提供了立法先例。2007年《就业促进法》规定了“禁止残疾歧视”，其中关于“不得歧视农村居民就业”的规定，可以说为未来立法禁止“社会出身”的种类奠定了基础。尤其是立法者采用了“等”这个概括的禁止歧视种类的方法，为未来立法禁止年龄歧视等歧视类型预留了空间。例如，第31条规定“农村劳动者进城就业享有与城镇劳动者平等的劳动权利，不得对农村劳动者进城就业设置歧视性限制”；第29条第3款规定“用人单位招用人员，不得歧视残疾人”。2008年修订《残疾人保障法》作了较为具体的规定。

五、结 论

消除歧视是社会的理想目标。在我国城市化、工业化的进程中，不平等导致的社会排斥和社会剥夺形成的社会紧张，将在某种程度上影响实现社会公平正义的核心目标。反歧视影响性诉讼始于没有被法律明文禁止的歧视类型，但意想不到地推动了立法、行政和法院兑现长期空转的不受歧视权，从字面的法律文本逐步回到法律现实。

在2002年“蒋韬身高歧视案”提出的反歧视观念，经2003年“张先著乙肝歧视案”发扬光大，反歧视诉求含有的平等价值成为社会的主流话语。在十年时间里，身高、长相、乙肝、性别、地域、社会出身（户籍）、残疾、艾滋病、疾病、基因等12种类型的歧视案件的出现，促进立法者增加了限制乙肝、残疾、艾滋病、农村户籍歧视的种类，并在乙肝歧视中强化了具体的监督实施手段，法院从克制转向适度干预的变化，全国人大代表、全国政协委员不断提出立法议案等，形成社会转型中改革反歧视法律制度的动力机制。

但应当看到，我国实现不受歧视权的法律救济，既无立法上的标准，也无行政或司法意义上的解释，仍面临歧视的法律定义缺乏、禁止歧视的种类较少、禁止歧视的类型不明确等问题。笔者有充分的理由认为，在无反歧视法的情况下，要禁止和消除在就业、教育和公共服务中的歧视，显然是不现实的，制定反歧视法似乎已成为我国实现社会公平正义的法律基础工程。