

欧盟法院关于肥胖歧视的裁决及其启示

——以 FOA 诉 KL 案为例

张 涛*

摘 要：肥胖已经成为一个全球性健康议题，而肥胖歧视也正在成为一个急需解决的人权问题。在 FOA 诉 KL 案中，欧盟法院通过初裁程序对肥胖歧视进行了回应。欧盟法院认为，肥胖并不属于欧盟反歧视法律中的一项法定保护事由，但这并不意味着肥胖人群不受法律保护。在特定情况下，肥胖可能对一个人的身体、精神或心理产生一种“限制”，这种限制与各种障碍相互作用，可能会长期阻碍其与其他劳动者平等参与职业生活，因此肥胖在某些情况下可以由《就业框架指令》中的“残疾”概念涵盖。为了实现就业平等，欧盟法院采用了《残疾人权利公约》中关于“残疾”的概念，有限度地将“肥胖歧视”纳入“残疾歧视”的保护范围。从尊重与保障人权出发，中国可以借鉴欧盟的经验，逐步将肥胖歧视纳入司法救济途径。

关键词：欧盟法院 人权 肥胖歧视 残疾歧视

一 问题的提出：肥胖歧视

近几十年来，肥胖人口在世界范围内大幅度上升，肥胖已经成为一个重要的公共健康问题。2014 年 3 月，美国华盛顿大学卫生计量与评估研究所的研究人员发现，在过去的 33 年里，全世界成年人的超重和肥胖率上升了 27.5%，而儿童和青少年的肥胖率则上升了 47.1%，全球超重和肥胖人口的数量从 1980 年的 8.57 亿增加到 2013 年的 21 亿，其中，有 6.71 亿人患有肥胖症。^① 在中国，肥胖人口的数量一直持续增长，根据 2016 年世界权威医学杂志《柳叶刀》（The Lancet）发布的研究报告，中国男性肥胖人口从 1975 年的 70 万人增加到 2014 年的 4320 万人，中国女性肥胖人口从 1975 年的 170 万人增加到 2014 年的 4640 万人，中国的肥胖人口总数已经超过了美国。^②

* 中国政法大学法学院宪法学与行政法学博士研究生。本文曾入选 2018 年第五届“新兴（型）权利与法治中国”学术研讨会，感谢广西民族大学齐爱民教授、中南大学谢晖教授、中国人民公安大学仇加勉教授的点评。文责自负。

① Uberto Pagotto and Renato Pasquali, “Fighting obesity and associated risk factors by antagonising cannabinoid type 1 receptors”, (2005) 365 *The Lancet* 1363, pp. 1363 – 1364.

② NCD Risk Factor Collaboration, “Trends in adult body-mass index in 200 countries from 1975 to 2014: a pooled analysis of 1698 population-based measurement studies with 19.2 million participants”, (2016) 387 *The Lancet* 1377, pp. 1377 – 1396.

世界卫生组织将“肥胖”定义为可能导致健康损害的异常脂肪堆积。目前国际上最常用的衡量人体胖瘦程度以及是否健康的标准是“体重指数”(Body Mass Index, 简称BMI),它是体重(千克)除以身高米数平方得出的,体重指数超过25的被归类为超重;体重指数超过30的则属于肥胖,其中肥胖又分为不同的等级。根据中国人的体格特点,中国制定了中国成年人的体重指数极限值,体重指数在24到28之间为超重,体重指数大于等于28为肥胖。体重指数可以消除身高变量对判断肥胖程度的影响,以便于不同人群或不同个体间肥胖程度的比较,但在一些特殊情况下计算体重指数会存在偏差,如过高估计肌肉发达的年轻男性的肥胖程度,反之,过低估计老年人或肌肉不发达者。

肥胖问题在科研机构、医学组织、政府部门之间引发了广泛的争议,集中体现在肥胖与疾病、残疾的关系上。关于肥胖与疾病的关系,一直存在广泛的争议。2012年美国临床内分泌医师协会在其将肥胖定义为一种疾病的声明中指出,同其他慢性疾病一样,肥胖的发生也是由于遗传、行为和环境因素的相互作用,有其症状和体征。肥胖的发生与机体某些组织器官(包括脂肪组织和下丘脑)的功能障碍有关;同时,肥胖导致一系列相关疾病甚至死亡的风险增加。在这些意义上,肥胖符合疾病诊断的所有标准。

肥胖与残疾的关系近年来已经逐渐成为公共讨论话题,本文研究的案例也涉及对这一问题的讨论。在医学上,残疾被定义为一种心身状态,处于这种状态的人,由于躯体功能或精神心理的障碍,不能或难以适应正常的社会生活和工作。^①在法律上,残疾的界定与医学上的界定并不完全一致。中国《残疾人保障法》将“残疾人”界定为“在心理、生理、人体结构上,某种组织、功能丧失或者不正常,全部或者部分丧失以正常方式从事某种活动能力的人”。1990年《美国残疾人法案》(ADA)将“残疾”定义为:由于身体或精神上的缺陷,在进行一项或多项“生命活动”时有严重障碍。肥胖可能导致心血管系统疾病(如高血压、冠心病等)、代谢性疾病(如糖尿病)、癌症(如子宫癌、胆囊癌、肝癌等)等疾病,并可能造成功能性损伤(functional impairments)。^②因此,有观点认为,肥胖可能会导致残疾,但其本身并不是残疾。^③

肥胖除了对个人身体健康造成不利影响外,还可能成为偏见或歧视的一种事由。在日常生活中,对肥胖者的负面态度普遍存在,肥胖者因为肥胖可能在就业、教育、医疗保健等诸多领域遭受不公平对待。^④在中国,近年来肥胖歧视已经逐渐引起社会关注,一些与肥胖歧视相关的事例常常见诸报端。例如,据《都市快报》报道,23岁的某女性身高1米65左右,体重170斤左右,在一家艺术培训机构担任教师和课程顾问,公司认为其太胖而很少给她排课并克扣其工资,最终又以其没有上满规定课时为由将其辞退;^⑤《新京报》也曾报道:北京大学医学部在招生体检中规定,身高低于1.60米的男生、低于1.50米的女生以及体重超标20%者慎录或限录。^⑥在

① 刘学政、周文敬主编:《全科医学概论》,人民军医出版社2013年版,第238页。

② Dawn E. Alley and Virginia W. Chang, “The Changing Relationship of Obesity and Disability (1988–2004)”, (2007) 298 JAMA 2020, pp. 2020–2027.

③ Kyle Turner, “Obesity causes disability but it is not a disability in itself”, <https://theconversation.com/obesity-causes-disability-but-it-is-not-a-disability-in-itself-28065> (last visited June 17, 2019).

④ Rebecca M. Puhl and Kelly D. Brownell, “Bias, discrimination, and obesity”, (2012) 9 *Obes Res* 788, pp. 788–805.

⑤ 何京京:《23岁姑娘体重170斤,她被老板辞退,还扣工资,只是因为她太胖?》,载《都市快报》, <http://news.163.com/17/0401/07/CGTVS3T30001875P.html>, 最后访问时间:2019年6月17日。

⑥ 魏铭言、郭少峰:《北大医学部招生规定中身高等要求被指存在歧视》,载《新京报》, <http://news.sina.com.cn/c/2009-04-21/023717649884.shtml>, 最后访问时间:2019年6月17日。

美国，过去的十年里，肥胖歧视比率增加了66%，并且与种族歧视的比率相当，在女性群体中歧视现象更甚。^① 肥胖歧视带来的精神压力和耻辱感严重影响了肥胖者的生活质量，更为重要的是肥胖歧视可能阻碍肥胖者基本权利的实现。

为了减少或消除肥胖歧视带来的不利影响，心理学、医学、社会学、法学等不同学科的学者从不同角度进行了探索。以色列公共健康学教授埃尔兰·巴拉克（Elran-Barak R）和心理学教授巴·阿南（Bar-Anan）认为，只有找到肥胖歧视的原因，才能制定出有助于减少肥胖歧视的干预措施。研究表明，社会文化理论与肥胖歧视的相关性最强。^② 美国心理学教授贝萨尼·蒂奇曼（Bethany A. Teachman）等人探讨了“提供因果信息和唤起同理心”对肥胖歧视的影响。研究表明，告知参与者肥胖主要是由暴饮暴食和缺乏运动引起的，产生了更高的偏见；告知参与者肥胖主要是由遗传因素造成的，不会导致较低的偏见。^③ 与其他学科相比，法学研究者则主要聚焦于如何通过立法、行政、司法为遭遇肥胖歧视的人提供救济。美国学者卡罗尔·巴克斯顿（Carol R. Buxton）认为，肥胖歧视可以纳入《美国残疾人法案》及其配套条例规定的残疾歧视中，为肥胖者提供救济。^④ 美国学者露西·王（Lucy Wang）则认为，肥胖歧视有别于残疾歧视，为了使反歧视法适用于肥胖者，立法者必须具体说明立法目标是纠正哪种类型的歧视，并相应地调整认定标准，具体地说，法律必须回答这样一个问题：“因为肥胖”而歧视是什么意思？^⑤

不同学科的研究成果为我们深入理解肥胖歧视本身以及寻找干预肥胖歧视的措施提供了参考与借鉴。尽管尚存争议，但不可否认的是，肥胖歧视确实已经成为一个非常重要的社会问题，需要从制度层面予以积极回应。2018年10月11日，世界肥胖日将主题确定为“停止体重歧视”（End Weight Stigma）。研究结果也表明，在很多国家，社会公众对于法律、政策对肥胖歧视进行明确规定持积极肯定态度，尤其是对就业领域中的肥胖歧视提供救济，^⑥ 因此通过正式的制度为肥胖者提供救济已经成为一种必然趋势，正如美国学者尼尔·考默萨所指出的，制度供给是因应制度需求而产生的^⑦。然而，目前很多国家的反歧视法尚未对肥胖歧视进行明确规定，中国亦不例外。中国的《劳动法》《就业促进法》《残疾人保障法》等法律法规尚未对肥胖歧视这一问题进行规定，这导致肥胖者在寻求法律救济时缺乏法律依据。此外，从中国的司法实践来看，在“中国裁判文书网”上只能零星地检索到若干有关肥胖歧视的案例，^⑧ 而且均是由原告在其他案由下附带提出，最后法院均以证据不足或缺乏法律依据为由不予支持。已有的研究成果也表明，中国实践中出现的反歧视案件主要限于法律列举的禁止性事由，如性别、民族、种族等。一项事

① Rebecca M. Puhl and Chelsea A. Heuer, “The Stigma of Obesity: A Review and Update”, (2009) 17 *Obesity* 941, pp. 941–964.

② Elran-Barak R and Bar-Anan Y, “Implicit and explicit anti-fat bias: The role of weight-related attitudes and beliefs”, (2018) 204 *Social Science & Medicine* 117, pp. 117–124.

③ Bethany A. Teachman et al, “Demonstrations of Implicit Anti-Fat Bias: The Impact of Providing Causal Information and Evoking Empathy”, (2003) 22 *Health Psychology* 68, pp. 68–78.

④ Carol R. Buxton, “Obesity and the Americans with Disabilities Act”, (2003) 4 *Barry Law Review* 109, pp. 109–130.

⑤ Lucy Wang, “Weight Discrimination: One Size Fits All Remedy”, (2008) 117 *Yale Law Journal* 1900, pp. 1900–1946.

⑥ Rebecca M. Puhl et al, “Potential Policies and Laws to Prohibit Weight Discrimination: Public Views from 4 Countries”, (2015) 93 *The Milbank Quarterly* 691, pp. 691–731.

⑦ [美] 尼尔·考默萨：《法律的限度——法治、权利的供给与需求》，申卫星、王琦译，商务印书馆2007年版，第2—5页。

⑧ (2014)沪一中民三(民)终字第1816号民事判决书。原告提出，公司因其生病而对其恶意辞退，且在诉状中攻击其患肥胖症、抑郁症，说明公司职业歧视。法院在判决中对此诉求未进行回应。

由能否被认定为歧视，主要取决于该事由是否属于法律规定的禁止性事由。^①换言之，在没有法律明确规定的情况下，肥胖者很难在司法实践中通过主张“肥胖歧视”获得救济。

面对肥胖歧视，尽管各国的立法还比较滞后，但在理论研究中，肥胖歧视通过概念化、问题化已成为一项重要的研究课题，一些国家或地区的司法实践也在不断探索解决办法。2014年12月18日，欧盟法院（Court of Justice of the European Union，简称CJEU）在贸易和劳工协会（Fag og Arbejde，FOA）诉市政协会（Kommunemes Landsforening，KL）案（以下简称FOA诉KL）中提供了一种解决思路。^②本文主要以FOA诉KL案为研究对象，目的在于分析欧盟法院在FOA诉KL案中是如何将肥胖歧视引入残疾歧视概念下并予以保护的。本文主要分为5个部分，第一部分是问题的提出，阐明本文的问题意识和研究指向；第二部分主要对FOA诉KL案的背景及基本案情进行阐述；第三部分主要对欧盟法院在FOA诉KL案中的裁判逻辑进行梳理；第四部分对FOA诉KL案涉及的法理问题进行总结与评析；第五部分则对欧盟法院在肥胖歧视问题上的实践经验对中国司法实践的启示进行阐述。

二 FOA诉KL案的争议背景及基本案情

长期以来，欧盟一直在防止教育、工作领域的歧视方面采取积极措施。2014年，欧盟采取了法律措施，结束了在学校内对罗姆儿童（Roma children）的歧视，^③并认定性取向（sexual orientation）是歧视的一种保护事由，尤其是在工作环境中^④。欧盟对可能导致歧视的有形、无形因素采取积极的预防措施，体现了欧盟在其公民公共生活中的重要参与。在FOA诉KL案中，欧盟对那些在工作环境中因为肥胖而遭遇歧视的人提供了保护路径。

（一）FOA诉KL案的争议背景

平等待遇是欧盟反歧视立法的理论基础，其基本理念是“任何人享有的人权或机遇不应少于其他人”。^⑤在对FOA诉KL案进行详细介绍之前，我们有必要对该案的争议背景进行阐述，这有助于我们进一步理解欧盟法院在FOA诉KL案中的裁判思路。

1. 《就业框架指令》确立了在就业领域禁止歧视的一般性框架

2000年9月，欧盟通过了《就业框架指令》（Directive Establishing a General Framework for Equal Treatment in Employment and Occupation, Directive 2000/78 EC），其目的是为根据该指令第1条所列举的受保护理由而反对歧视提供指导，并使那些在工作环境中没有得到平等待遇的人获得法律救济途径。^⑥《就业框架指令》第1条规定：“本指令的目的是制定一个反对在就业和职业领域基于宗教、

① 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》，载《华东政法大学学报》2013年第4期，第57—68页。

② Case C-354/13，参见 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62013CJ0354&from=EN>，最后访问时间：2019年6月14日。

③ Helen Stalford, “Sources on EU Children’s Rights”, (2016) 24 *International Journal of Children’s Rights* 931, pp. 931–948.

④ Colm O’Cinneide, “The Constitutionalization of Equality within the EU Legal Order: Sexual Orientation as a Testing Ground”, (2015) 22 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 370, pp. 370–395.

⑤ 参见蔡定剑、张千帆主编：《海外反就业歧视制度与实践》，中国社会科学出版社2007年版，第42页。

⑥ Council Directive 2000/78, art. 1, 2000 O. J. (L 303) 16 (EU).

信仰、残疾、年龄和性取向的歧视的基本框架，推进在欧盟成员国之间实施平等待遇原则。”^①

《就业框架指令》把歧视分为“直接歧视”（direct discrimination）与“间接歧视”（indirect discrimination），并明确规定，任何一种形式的歧视都是违反平等待遇原则的。所谓“直接歧视”是指在可比较的环境里，基于第1条所列理由，某人受到的待遇比其他人正在受到、已经受到或者将要受到的待遇差。所谓“间接歧视”则是指一个表面中立的条款、标准或做法却导致属于某个宗教、信仰、残疾、年龄和性取向的人处于和他人不同的劣势状态。^②

《就业框架指令》还重点对残疾歧视进行了规定，为残疾人维护自己的权益提供了合法依据。该指令第5条规定：“为了保证残疾人的平等权利，应当为他们提供合理便利。这意味着雇主应当采取适当的措施，在必要的情况下，使残疾人能够就业、工作、提升或接受培训，除非这些措施将会对雇主造成不成比例的负担。如果在有关成员国残疾政策框架内采取的措施足以弥补这一负担，则这一负担不应认定为不成比例。”^③

2. 索尼娅·查孔·纳瓦斯（Sonia Chacón Navas）诉怡乐食公司（Eurest Colectividades SA）^④
案初步确立残疾与疾病的关系

《就业框架指令》第1条所列举的歧视理由一直引人注目。虽然从立法技术来看，通过立法正面列举的方式看似直截了当，然而在一些成员国内部发生的诉讼纠纷正试图扩大它们的含义，以涵盖更多可能的歧视情形。在索尼娅·查孔·纳瓦斯诉怡乐食公司案中，移交法院就以下问题向欧盟法院提出了初裁申请（preliminary ruling）^⑤：第一，《就业框架指令》所确定的关于残疾歧视的一般性框架是否适用于仅仅因为疾病而被雇主解雇的人？第二，除了《就业框架指令》中禁止歧视的事由外，疾病是否可以被视为一种事由？

对于第一个问题，欧盟法院认为，为了回答该问题，首先有必要在符合《就业框架指令》立法目的背景下对“残疾”的概念进行解释，其次必须考虑《就业框架指令》在多大程度上为残疾人的解雇提供保护。欧盟法院认为，从《就业框架指令》第1条可以看出，该指令的目的是为打击基于该条提到的任何理由（包括残疾）在就业和职业方面的歧视而制定一个一般性框架。基于这个目的，“残疾”的概念必须理解为一种限制（limitation），这种限制是由身体、精神或心理损伤（impairments）造成的，阻碍了有关人员参与职业生活。立法机关之所以在《就业

① Council Directive 2000/78, art. 1, 2000 O. J. (L 303) 16 (EU).

② Council Directive 2000/78, art. 2, 2000 O. J. (L 303) 16 (EU).

③ Council Directive 2000/78, art. 5, 2000 O. J. (L 303) 16 (EU).

④ 索赔人索尼娅·查孔·纳瓦斯（Chacón Navas）女士是西班牙人，受雇于专门从事餐饮的怡乐食公司（Eurest Colectividades SA），她因病不能上班而被解雇了。索尼娅·查孔·纳瓦斯女士于2003年10月14日被公共卫生署宣布不适合工作，对于她的病情没有透露任何细节。在被解雇之时（2004年5月14日），索尼娅·查孔·纳瓦斯女士已缺勤8个月。怡乐食公司没有说明解雇索尼娅·查孔·纳瓦斯女士的任何理由，并承认这是非法的，因此给予了赔偿。索尼娅·查孔·纳瓦斯女士认为，根据西班牙法律，解雇实际上是无效的，因此，她应该被重新任命。参见 *Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA*, C-13/05, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/PDF/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2006.224.01.0009.01.ENG, 最后访问时间：2019年6月14日。

⑤ 《欧盟运行条约》第267条规定：“欧盟法院对下列事项拥有初步裁判权：（1）两部条约的解释；（2）联盟机构、团体、机关或办事处之法令的有效性及其解释。任何成员国法院或法庭在遇到此类问题时，如认为关于该问题的裁决对于其作出裁决是必需的，则可以请求欧盟法院就此问题作出裁决。如此类问题出现在成员国法院或法庭正在审理的案件中，而根据国内法，对该法院或法庭的裁决不存在司法救济，则该法院或法庭应将该项提交欧盟法院。如此类问题出现在成员国法院或法庭正在审理的案件中，而该案件涉及人员拘押，则欧盟法院应在最短期内采取行动。”

框架指令》第1条中使用“残疾”而非“疾病”，原因在于这两个概念不能简单地等同。《就业框架指令》中要求工作场所必须为残疾人提供合理便利，这表明立法者设想了在很长一段时间内残疾人参与职业生活将受到阻碍的情况。因此，若这种“限制”要属于“残疾”的范围，则它应当持续很长一段时间。《就业框架指令》中没有任何内容表明，劳动者一旦患上任何类型的疾病，就应当受到禁止残疾歧视的保护。基于前述分析，欧盟法院认为，仅因疾病而被雇主解雇的人不在《就业框架指令》所规定的禁止残疾歧视的一般性框架内。^①

对于第二个问题，欧盟法院认为，首先必须明确指出的是《欧洲共同体条约》（EC Treaty）中没有任何条款禁止基于疾病的歧视。尽管《欧洲共同体条约》第13条赋予欧共体理事会在一定条件下与任何建立在性别、人种、民族来源、宗教信仰、残疾、年龄或者性倾向等基础上的任何歧视作斗争的规范制定权，但是该条款并未提及基于疾病的歧视。因此，《欧洲共同体条约》第13条不能成为欧共体理事会采取措施打击疾病歧视的法律依据。此外，作为欧共体法律一般原则组成部分的基本权利确实包括不歧视（non-discrimination）原则，因此，如果主要诉讼程序中相关国家的情况属于欧共体法律的范围，则该原则对成员国具有约束力。然而，这并不意味着《就业框架指令》的适用范围应当通过类推扩大到该指令第1条所列举的禁止歧视事由之外。基于前述分析，欧盟法院认为，疾病本身不能被视为《就业框架指令》中禁止歧视事由之外的一种理由。^②

综合上述分析，欧盟法院最终得出以下三点结论：（1）仅因疾病而被雇主解雇的人不在《就业框架指令》所规定的禁止残疾歧视的一般性框架内。（2）《就业框架指令》第2条第（1）款和第3条第（1）款（c）项分别对禁止残疾歧视和禁止以残疾为由解雇进行了规定。鉴于雇主有义务为残疾人提供合理便利，因此认定残疾人没有能力履行其职务的事实显然是不合理的。（3）疾病本身不能被视为《就业框架指令》中禁止歧视事由之外的一种理由。

3. 丹麦 HK 工会（HK Danmark）诉丹麦非营利性住房公司（Dansk almennyttigt Boligselskab）案进一步确立残疾与疾病的关系

2006年12月13日，联合国大会通过了《残疾人权利公约》（CRPD）及其《任择议定书》，这被视为残疾人权利保障的重要里程碑。《残疾人权利公约》在序言第（5）段明确指出“确认残疾是一个演变中的概念，残疾是伤残者和阻碍他们在与其他人平等的基础上充分和切实地参与社会的各种态度和环境障碍相互作用所产生的结果”。联合国《残疾人权利公约》代表了残疾概念的范式转变，摆脱了残疾的医疗模式，将残疾视为社会中的一个问题，遵循了残疾的社会模式。^③ 残疾的社会模式认为，残疾是残疾人的损伤与他们充分参与社会的障碍之间相互作用的结果。2009年11月26日，欧洲理事会以《第2010/48/EC号决定》代表欧洲共同体批准了《残疾人权利公约》，这意味着公约所秉持的残疾界定模式将对欧盟产生影响。

在此背景下，2013年4月，欧盟法院又审理了一个关于如何界定“残疾”的案件。在丹麦

^① Case C-13/05, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/PDF/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2006.224.01.0009.01.ENG, 最后访问时间: 2019年6月14日。

^② Case C-13/05, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/PDF/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2006.224.01.0009.01.ENG, 最后访问时间: 2019年6月14日。

^③ Rosemary Kayess and Phillip French, “Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, (2008) 8 *Human Rights Law Review* 1, pp. 1-34.

HK 工会诉丹麦非营利性住房公司案中,^① 移交法院就以下问题向欧盟法院提出了初裁申请: 第一, 任何因身体、精神或心理损伤而无法或仅能在有限程度上完成其工作的人, 在满足索尼娅·查孔·纳瓦斯诉怡乐食公司案判决第 45 段规定的期限内, 是否属于《就业框架指令》意义上的残疾概念, 由医学诊断出的不治之症所引起的情況是否可以被《就业框架指令》所指的残疾概念所涵盖, 由医学诊断的暂时性疾病所引起的情況可否纳入《就业框架指令》所指的残疾概念? 第二, 如果身体机能永久性降低但不需要特殊辅助设备或类似设备, 而仅仅或基本上意味着有关人员不能全职工作, 是否应当视为《就业框架指令》意义上的残疾? 第三, 减少工作时间是否属于《就业框架指令》第 5 条所涵盖的措施? 第四, 《就业框架指令》是否排除适用成员国的下列法律规定: 若雇员在连续 12 个月的病假期间共领取 120 天工资, 则雇主有权以较短的通知期限解雇雇员。在此情况下, 若该雇员必须被视为《就业框架指令》所指的残疾人, 则其缺勤可能是由残疾造成的或者是因为雇主未采取适当措施致使残疾人士无法完成其工作。

由于初裁申请的后两个问题并非本文所关注的重点, 在此仅对欧盟法院就前两个问题的裁决意见进行分析。欧盟法院认为, 在索尼娅·查孔·纳瓦斯诉怡乐食公司案中法院已经对“残疾”进行了界定, 即“残疾”必须被理解为一种限制, 这种限制是由身体、精神或心理损伤造成的, 阻碍了有关人员参与职业生活。联合国《残疾人权利公约》序言第(5)段明确指出“确认残疾是一个演变中的概念, 残疾是伤残者和阻碍他们在与其他人平等的基础上充分和切实地参与社会的各种态度和环境障碍相互作用所产生的结果”。公约第 1 条第 2 款规定“残疾人包括肢体、精神、智力或感官有长期损伤的人, 这些损伤与各种障碍相互作用, 可能阻碍残疾人在与他人平等的基础上充分和切实地参与社会”。综合前述观点, 欧盟法院认为, “残疾”的概念必须理解为一种限制, 这种限制是由身体、精神或心理损伤造成的, 这种损害与各种障碍相互作用, 可能妨碍有关的人在与其他工人平等的基础上充分和有效地参与职业生活。此外, 根据《残疾人权利

^① 从 1996 年起, 杰特·瑞 (Jette Ring) 女士受聘于丹麦灵比 (Lyngby) 市的住房组织合作社 (BolidgOrganisationen Samvirk), 2000 年 7 月 17 日起受聘于丹麦非营利性住房公司 (Dansk almennyttigt Boligselskab), 后者接管了住房组织合作社 (BolidgOrganisationen Samvirk)。杰特·瑞女士在 2005 年 6 月 6 日至 2005 年 11 月 24 日期间多次缺勤。医学证明特别指出, 杰特·瑞女士一直患有无法治疗的持续性腰痛, 且不能对恢复全职工作的前景作出任何预测。丹麦非营利性住房公司于 2005 年 11 月 24 日致函杰特·瑞女士, 根据丹麦《雇主与受薪雇员法律关系法》(Law on the legal relationship between employers and salaried employees) 第 5 (2) 段将其解雇。2006 年 2 月 1 日, 杰特·瑞女士开始在丹麦阿德拉公司 (Adra Danmark) 担任接待员, 每周工作 20 个小时。斯库博·韦尔奇 (Skouboe Werge) 女士于 1998 年开始在 Pro 显示器公司 (Pro Display) 担任办公室助理/管理秘书。2003 年 12 月 19 日, 斯库博·韦尔奇女士在一次交通事故中受伤, 她当时请了大约三个星期的病假, 后来又因病缺勤了几天。2004 年 11 月 4 日, Pro 显示器公司的账户总监向员工发送了一封电子邮件, 通知他们, 根据协议, 斯库博·韦尔奇女士将休 4 周的兼职病假, 期间她将每天工作约 4 小时。Pro 显示器公司给斯库博·韦尔奇女士发放了与每日疾病津贴相对应的部分工资。2005 年 1 月 10 日, 斯库博·韦尔奇女士请了全职病假。2005 年 1 月 14 日, 斯库博·韦尔奇女士通过电子邮件告知 Pro 显示器公司的总经理, 她的身体状况不是很好, 并且当天要咨询专家。根据 2005 年 1 月 17 日的一份医疗报告, 斯库博·韦尔奇女士于当日曾去看过医生, 并表示自 2005 年 1 月 10 日起已不适合工作, 医生认为这种不适合工作的状况还会持续 1 个月。在 2005 年 2 月 23 日的一份医疗报告中, 同一名医生表示, 他不能就斯库博·韦尔奇女士不能工作的时间给出意见。Pro 显示器公司于 2005 年 4 月 21 日致函斯库博·韦尔奇女士, 她将于 1 个月后被解雇。在主要程序中, 丹麦 HK 工会代表杰特·瑞女士和斯库博·韦尔奇女士向丹麦海事及商事法院 (Maritime and Commercial Court) 提起诉讼, 要求雇主根据《反歧视法》进行赔偿。丹麦 HK 工会表示, 两名雇员均患有残疾, 她们的雇主必须根据《就业框架指令》第 5 条的规定, 减少她们的工作时间。丹麦 HK 工会还辩称, 丹麦《雇主与受薪雇员法律关系法》第 5 (2) 段不适用于这两名雇员, 因为她们因病缺勤是由于残疾所致。参见 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62011CJ0335&from=EN>, 最后访问时间: 2019 年 6 月 14 日。

公约》第1条第2款的规定，身体、精神或心理损伤必须是“长期的”（long-term）。

综合上述分析，欧盟法院最后得出以下结论：（1）如果可治愈的或无法治愈的疾病带来的限制，尤其是由于身体、精神或心理损伤与各种障碍相互作用，可能妨碍有关人员在与其他工人平等的基础上充分和有效地参与职业生活，并且这种限制是长期的，则这种“疾病”可以纳入《就业框架指令》所指的“残疾”概念中。（2）不能导致前述限制的疾病不属于《就业框架指令》意义上的“残疾”概念，除了与该指令中禁止歧视事由相关的疾病外，其他疾病不能被视为禁止歧视的其他事由。（3）相关人员只能有限度地完成工作，并不妨碍“残疾”概念的界定。换言之，残疾并不一定意味着完全被排除在工作或职业生活之外。^①

（二）FOA诉KL案^②的基本案情

在FOA诉KL案中，诉讼当事人分别是：申请人贸易和劳工协会（Fag og Arbejde, FOA），代表卡斯滕·科尔托夫特（Karsten Kaltoft）；被申请人市政协会（Kommunernes Landsforening, KL），代表比隆自治市（Billund Kommune）。1996年11月1日，科尔托夫特与丹麦比隆自治市政府签订了一份固定期限合同，合同期限为2年，科尔托夫特作为公立的儿童保育员（child minder）负责照顾儿童。^③1998年11月1日，合同到期，比隆自治市政府与科尔托夫特签订了无固定期限合同。按照世界卫生组织的标准，在科尔托夫特的整个职业生涯中，他都属于肥胖（BMI指数超过了30）。为了减轻自己的体重，科尔托夫特曾向市政府申请健康补贴，用于参加健身训练。科尔托夫特坚持了一年，体重虽有下降，但是效果并不显著。在工作约15年后，科尔托夫特于2010年11月被解雇。根据比隆市政府的说法，由于使用科尔托夫特提供的那项服务的儿童数量逐年下降，为了整合资源，解除了与科尔托夫特之间的雇佣关系。科尔托夫特认为，事实并非如市政府所言，自己是因为肥胖而被解雇的，这是一种歧视，违反了欧盟的法律规定。因此，科尔托夫特向丹麦科灵地区法院（District Court of Kolding）提起诉讼，要求比隆市政府给予赔偿。

根据《欧盟运行条约》第267条规定的“初裁程序”，丹麦科灵地区法院中止了诉讼程序，并就如下问题向欧盟法院提出了初裁申请：

1. 《欧盟条约》（The Treaty on European Union, 简称TEU）第6条关于公民基本权利的规定是否一般地或特别地明确表明，在劳动力市场中，私营部门或公共部门的肥胖歧视行为是否违反了欧盟法律？^④

2. 如果欧盟禁止基于肥胖的歧视行为，它是否直接适用于一个丹麦公民和他的公共部门

^① Joined Cases C-335/11 and C-337/11, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62011CJ0335&from=EN>, 最后访问时间：2019年6月14日。

^② Krista Nadakavukaren Schefer, “Introductory Note to Fag og Arbejde v. Kommunernes Landsforening (CJEU)”, (2015) 54 *International Legal Materials* 735, pp. 735 – 746.

^③ 在丹麦，儿童保育员（child minder）根据家长的要求直接到家中照顾儿童。

^④ 《欧盟条约》第6条规定：“1. 欧盟承认2000年12月7日（2007年12月2日于斯特拉斯堡修订）签署的‘欧盟基本权利宪章’所规定的权利、自由和原则，该宪章与两部条约具有同等法律价值。该宪章的任何条款均不得以任何方式扩展两部条约所界定的联盟权能。该宪章规定的权利、自由和原则应根据该宪章第七编关于其解释与适用的一般条款予以解释，并遵守该宪章规定的确定此类条款渊源的相关解释。2. 欧盟加入《欧洲保护人权和基本自由公约》。加入该公约不影响两部条约约定的欧盟权能。3. 由《欧洲保护人权和基本自由公约》保障并源于成员国共有宪法传统的基本权利，构成联盟法律普遍规则的组成部分。”

雇主？

3. 如果法院发现欧盟法律中有禁止在一般劳动力市场或公共部门中歧视肥胖的规定，那么在认定某一行为是否违反了潜在的禁止基于肥胖的歧视时，这种情况下能否适用共同举证责任？如果已经有明显的证据证明某一行为属于肥胖歧视，那么在这种情况下是否应该适用举证责任倒置，由被告雇主进行举证？

4. 肥胖能否被视为残疾，从而受《就业框架指令》有关“禁止残疾歧视”的保护？如果可以的话，那么认定肥胖属于残疾保护范围的决定性标准是什么？^①

三 欧盟法院在 FOA 诉 KL 案中的裁判逻辑

在 FOA 诉 KL 案中，欧盟法院发现在之前的案例中没有一个普遍的原则来指导肥胖歧视的案件。于是，欧盟法院将“残疾”的概念扩展到包括“肥胖”，但只有当这种“肥胖”使劳动者受到身体、精神或心理损伤的长期限制时，才能认定为“残疾”。^② 2014 年 12 月 18 日，欧盟法院对该案进行了裁决。对于丹麦科灵地区法院提出的 4 个问题，欧盟法院只回答了问题 1 和问题 4。欧盟法院认为，问题 2 和问题 3 不需要回答，因为肥胖确实不属于欧盟反歧视法律中的法定保护事由。

（一）问题 1：在职业和就业领域，欧盟法律是否有以肥胖为基础的反歧视原则？

欧盟法院重新审议了《就业框架指令》的序言和第 1 条内容，其目的是重申《就业框架指令》背后的立法动机：在欧洲的工作场所创造平等。欧盟法院通过分析其在保护个人不受歧视方面的一般指导原则，并根据歧视的具体理由，开始分析肥胖本身是否属于禁止歧视的法定事由。《欧盟运行条约》第 10 条规定：“欧盟在确定和实施其政策及行动时，应该致力于反对任何基于性别、种族、宗教或信仰、残疾、年龄或性取向的歧视。”从这个规定可以看出，法定保护事由中没有提到肥胖，也没有提到任何基于体重的歧视，证明肥胖并不是法院旨在保护的一个特定类别。随后，欧盟法院引用了《欧盟运行条约》第 19 条，该条规定：“在不影响两部条约其他条款且在两部条约赋予欧盟的权力范围内，理事会在委员会所提建议的基础上，在咨询欧洲议会后，应以一致方式采取行动，并确定必要的措施以反对基于性别、种族或民族、宗教或信仰、残疾、年龄或性取向的歧视。通过减损适用本条第 1 款，欧洲议会和理事会可根据普通立法程序，为联盟鼓励性措施制定基本原则，以支持成员国致力于实现本条第 1 款提及的目标而采取的行动，但不对它们的法律与法规进行任何协调。”欧盟法院认为，第 19 条是一个扩张性规定，其列举了更多受保护的法定事由，也允许法院采取一定的自由裁量。但无论是第 10 条的原则性规定，还是第 19 条的限制性规定，肥胖均不在所列举的保护类别中。因此，肥胖本身并不能作为一项法定的保护事由。

^① Katharina O. Cathaoir, “On Obesity as a Disability”, (2015) 6 *European Journal of Risk Regulation (EJRR)* 145, pp. 145 – 150.

^② Case C-354/13, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62013CJ0354&from=EN>, 最后访问时间：2019 年 6 月 14 日。

此外，欧盟法院还援引了一些案例来补证肥胖不是禁止歧视的法定事由。欧盟法院援引了前文提到的也是由其进行裁决的索尼娅·查孔·纳瓦斯诉怡乐食公司案，并指出，《就业框架指令》第1条所列举的法定保护事由是排他性列举（exhaustive list），而非概括性列举。因此，不能通过类比（analogy）来扩张其范围。同时欧盟法院还指出，《欧盟基本权利宪章》（Charter of Fundamental Rights of the European Union）也不适用于丹麦法院提出的4个问题。欧盟法院认为，从欧盟现有的反歧视法律体系来看，立法模式采用的是一种特定的法定事由列举模式。肥胖一旦作为反歧视的法定事由，将会推翻欧盟法院的先例，也会损害欧盟现有的立法基础。基于上述理由，欧盟法院得出结论：在职业和就业领域，欧盟法律没有以肥胖为基础的反歧视原则。

（二）问题2：肥胖能否认定为残疾？如果能，认定标准是什么？

1. 受理（Admissibility）

欧盟法院首先要确定的是这个问题能否被受理，因为丹麦政府对该问题的可受理性提出了质疑。丹麦政府认为，科尔托夫特在工作期间完全能够履行职责，也从来没有被认定为残疾，这个问题是假设的，因此不应该受理。此外，丹麦政府还认为，在丹麦HK工会诉丹麦非营利性住房公司案中，丹麦法院已经就《就业框架指令》中“残疾”的定义问题向欧盟法院提出过初裁申请。

欧盟法院认为，初裁程序的启动权是由提出申请的法院来决定的，而裁判权则属于欧盟法院。欧盟法院针对初裁申请原则上一定要作出裁决，只有在一些例外情况下，才会驳回申请，如对欧盟法律的解释很显然与案件的实际事实或目的没有关系，或者是欧盟法院缺乏提供有用答案所需的事实或法律材料。本案中，丹麦法院提出的问题4，需要欧盟法院对《就业框架指令》中“残疾”的含义作出解释，此外，没有任何证据显示这种解释对于解决此案是没有必要的。因此，丹麦法院提出的初裁申请是可以被受理的。从另外一个角度看，欧盟法院在伊娃·玛丽亚·佩纳（Eva-Maria Painer）诉标准出版股份有限公司（Standard VerlagsGmbH and Others）案中确立了一个原则：法律并没有禁止成员国法院就某一个具体问题提出初裁申请，即使这个问题的答案没有任何合理怀疑的余地。^①

2. 裁决（Decision）

在联合国《残疾人权利公约》的背景下，欧盟法院将“残疾”定义为“一种导致身体、精神或心理损害的长期限制，这种限制与各种障碍相互作用，可能阻碍一个人在与其他劳动者平等的基础上充分和切实地参与职业生活”。在这里，欧盟法院强调“残疾”不仅意味着不可能正常进行职业活动，而且在参与职业活动过程中也会有“障碍”（obstacles）。此外，欧盟法院认为，不应该用残疾的缘由（origin）来定义它的范围。换言之，个人原因对导致残疾的影响程度与残疾的认定没有关系。在此背景下，任何其他的解释都与《就业框架指令》的目的不相容。

欧盟法院认为，在明确了残疾的定义以后，就需要有一套适当的认定、评估机制。事实上在本案中，科尔托夫特并没有参与任何认定、评估程序，但是这并不意味着他的情况不属于《就业框架指令》中的残疾。诚然，肥胖本身并不是《就业框架指令》中的一种残疾，就其本质而

^① Case C-145/10, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62010CJ0145;EN:HTML>, 最后访问时间：2019年6月14日。

言，肥胖也并不必然产生限制。然而，如果肥胖能够对一个人的身体、精神或心理损害产生一种限制，这种限制与各种障碍相互作用，可能阻碍一个人在与其他劳动者平等的基础上充分和切实地参与职业生活，且这种限制是长期的，那么在这种情况下，肥胖是可以被认定为残疾的。肥胖使员工无法像其他同事一样执行同样的任务，从而导致工作机会和能力上的不平等，这违反了《就业框架指令》的立法目的。

最后，关于科尔托夫特是否应该被认定为残疾，欧盟法院将这一认定程序移交给了丹麦法院。由丹麦法院根据欧盟法院的裁决去认定科尔托夫特的肥胖是否阻碍了他在与其他劳动者平等的基础上充分和切实地参与职业生活。^① 换言之，欧盟法院授予了成员国法院自由裁量权 (discretion)，以确定一位工人的肥胖是否达到了残疾认定标准。

四 FOA 诉 KL 案涉及的法理转向

FOA 诉 KL 案集中体现了目前欧盟法院关于肥胖歧视的最新裁判观点，也涉及到一些重要的理论或实务经验。本文在此进行总结与评析，以期为中国关于肥胖歧视的理论与实践提供参考。

(一) 引入《残疾人权利公约》作为法理基础，扩大残疾解释

《就业框架指令》本身并未对“残疾”进行明确界定，欧盟法院在对丹麦法院的初裁申请进行裁决时，明确指出在现行欧盟反歧视法律体系中，肥胖并不是反歧视的法定保护事由。那么，这是否意味着反对肥胖歧视缺乏基本法理呢？欧盟法院脱离欧盟法律体系的视野，在联合国《残疾人权利公约》中找到了依据。虽然不是所有的欧盟成员国都赞同联合国《残疾人权利公约》，但是欧盟还是于2010年12月23日加入了该条约，这也是欧盟第一次批准国际性的人权条约。尽管《残疾人权利公约》不会扩展欧盟在适用法律方面的权能，但是它对欧盟反歧视法的解释产生了相当大的影响。虽然欧盟法院在索尼娅·查孔·纳瓦斯诉怡乐食公司案中并没有使用《残疾人权利公约》中有关残疾的概念特征，但很快在丹麦 HK 工会诉丹麦非营利性住房公司案中，欧盟法院就进行了初步尝试，引入了《残疾人权利公约》中关于残疾的概念描述。正如前文所提及的，欧盟法院不仅采用了《残疾人权利公约》中关于残疾含义的解释，而且还裁决雇主必须为残疾人提供合理便利。由于《就业框架指令》主要是适用于就业和职业领域，因此，欧盟法院在适用《残疾人权利公约》的残疾概念时也仅仅局限于就业和职业领域。

按照初裁程序的规定，欧盟法院对于欧盟法律的适用会对欧盟成员国的国内立法产生重要的影响，因为成员国法院必须遵守欧盟法院的解释。根据欧盟法院的判例法，这些法院必须按照欧盟的反歧视法来界定残疾，正如在 FOA 诉 KL 案中，丹麦科灵地区法院必须按照欧盟法院的裁决来处理该案一样。由于欧盟法院必须按照《残疾人权利公约》来解释欧盟的反歧视法，而国内法院在适用欧盟法律时又必须考虑欧盟法院的判例法，因此，《残疾人权利公约》对欧盟成员国的国内立法就产生了直接影响。换言之，欧盟法院对《残疾人权利公约》中残疾概念的适用，是欧盟反歧视法与国际人权法的融合物。在这个融合的过程中，国际人权法还提供了一些额外的

^① Case C-354/13, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62013CJ0354&from=EN>, 最后访问时间：2019年6月14日。

保障手段，这是欧盟反歧视法所不具备的。联合国《残疾人权利公约》规定了残疾人一系列的政治、经济、社会、文化等权利，其目的不仅在于消除残疾人与其他群体之间的不平等，还包括消除残疾人之间的不平等。

欧盟反歧视法和国际人权法在各自的适用范围内存在差异。欧盟反歧视法的主要目的是禁止某些具体的行为，并为个人提供救济措施，这可以通过诉讼（或者最好是调解）来实现，也包括一些积极行为。这些积极行为包括“设定限额”（set a quota）和“优惠待遇”（preferential treatment），其目的是实现实质性平等，并为那些受到特殊歧视的群体提供平等的社会福利。国际人权法一方面超越了只是对残疾人群体的劣势条件的补偿，另一方面在承认差异的同时也追求多样性。联合国《残疾人权利公约》明确规定要采取积极措施促进残疾人全面参与社会生活，并确保尊重他们的人格尊严。欧盟法院通过简要概括《残疾人权利公约》中“残疾”的概念确立了这样一个事实，即一名残疾人所处的环境是可能妨碍他参与职业生活的。这样一种事实主张确实有可能终止残疾人被边缘化的趋势。

（二）将“肥胖歧视”有限度地纳入“残疾歧视”的范围

在FOA诉KL案中，欧盟法院被问到，根据欧盟法律，劳动力市场中是否存在一项不歧视的一般原则，可以涵盖所有歧视的理由，包括肥胖，欧盟法院最后给出了否定答案。为了回答这一问题，欧盟法院遵循其在索尼娅·查孔·纳瓦斯诉怡乐食公司案中的裁判思路。欧盟法院承认，在欧盟法律中的确存在不歧视的一般原则，并且对成员国具有约束力，但也应当注意到，《就业框架指令》第1条所列举的歧视理由清单不能以类推方式进行扩展。因此，正如欧盟法院在索尼娅·查孔·纳瓦斯诉怡乐食公司案中拒绝将歧视理由清单扩展到“疾病”一样，在FOA诉KL案中欧盟法院也拒绝将其扩展到“肥胖”，因为《就业框架指令》第1条没有提及这一点。

在FOA诉KL案中，申请人FOA为了支持自己的主张，还援引了《欧盟基本权利宪章》第21条以及几个成员国的宪法作为禁止肥胖歧视的法律依据。^① 申请人FOA认为，显而易见，前述法律文件均采用了一种开放式的歧视理由清单，因此可以将肥胖纳入其中。欧盟法院认为，《欧盟基本权利宪章》不能扩大欧盟的权限，它只适用于成员国“当他们正在执行欧盟法律时”。因此，欧盟法院重申了其在阿肯伯格·弗兰森（Åkerberg Fransson）案中的原则，^② 简明扼要地指出，《欧盟基本权利宪章》不适用于此案，因为肥胖歧视不属于欧盟法律的范围。相反，欧洲法院总检察长（AG）尼洛·贾斯金嫩（Niilo Jääskinen）更为详细地解释了为什么《欧盟基本权利宪章》不适用于FOA诉KL案。首先，《欧盟运行条约》第10条的一般不歧视条款和第19条（授权欧盟能够采取行动打击歧视）的法律基础没有将肥胖作为歧视理由，因此这些条款都不能将肥胖歧视纳入欧盟法律的范围。其次，《就业框架指令》《关于不分种族和民族本源在人们之间实施平等待遇原则的指令》（Directive 2000/43/EC on the equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin）和《关于男女就业平等待遇的指令》（Directive 2006/54/EC on the equal treatment of men and women in employment）等就业反歧视指令均未提到肥胖歧视问题。

^① 《欧盟基本权利宪章》第21条规定：“任何基于性别、种族、肤色、血源或社会背景、面容外貌、语言、宗教与信念、政治或任何其他意见、少数族裔成员、财产、出生、残疾、年龄或性倾向的歧视，均应被禁止。”

^② Case C-617/10, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62010CJ0617&from=EN>, 最后访问时间：2019年6月20日。

这一案件涉及一个属于欧盟职权范围（即就业政策）的领域，但这一事实不足以得出成员国正在“执行”欧盟法律的结论。因此，即使《欧盟基本权利宪章》第21条中的歧视理由清单是开放性的，现有的事实不足以将肥胖作为基于《欧盟基本权利宪章》的独立歧视理由。

尽管欧盟法院认为肥胖本身并不属于《就业框架指令》意义上的“残疾”，但是在某些情况下，肥胖是可以被纳入残疾概念的。欧盟法院在丹麦 HK 工会诉丹麦非营利性住房公司案、FOA 诉 KL 案中逐渐形成了如下几条原则：（1）“残疾”一词不仅包括“不能充分地完成职业活动，而且还包括妨碍（hindrance）参与职业活动”。（2）“残疾”是一个客观概念（objective concept），其重点不在于残疾的根源，而在于不利状态（健康状况、疾病等）所造成的限制影响。（3）对一个人是否为残疾的分析（analysis）却是主观的（subjective），因为它涉及到具体个人在执行特定工作时面临的具体障碍。（4）辅助设施不是残疾概念的“构成要素”。

在此基础上，欧盟法院同意了欧洲法院总检察长尼洛·贾斯金嫩的观点，承认在某些情况下，肥胖可能会长期阻碍一些人充分有效地参与职业生活（例如肥胖带来的行动问题）。在这种情况下，肥胖歧视可以纳入欧盟“残疾歧视”的概念。FOA 诉 KL 案是欧盟首次承认，基于肥胖的差别待遇可能属于残疾歧视的范围，这取决于其对一个人工作能力的影响。尽管 FOA 诉 KL 案并未让“肥胖”成为欧盟法律中一个独立的歧视理由，并且其适用的范围也主要集中在就业领域，但欧盟法院旗帜鲜明地指出，在某些情况下，就业中的肥胖歧视可能违反欧盟法律，从而减少了这一领域中法律不确定性，为遭遇肥胖歧视的人群提供了一种救济途径。正如有学者指出的，在欧盟现有的法律框架下，相比于其他歧视理由或直接以“体重”及“肥胖”作为歧视理由，“残疾歧视”可能更能够为肥胖人士提供有效的救济。^①

（三）形式平等转向实质平等

如前所述，平等待遇是欧盟反歧视立法的理论基础，其基本理念是“任何人享有的人权或机遇不应少于任何其他人士”。事实上，有关平等权的理论与实践探索，一直是人类政治思想史上的重要问题，各国的理论家与实务家都在积极探索平等权的实现，并丰富平等权的内涵。例如，哈特的“同样情况同样对待，不同情况不同对待”，^② 德沃金的“一个平等的个人受平等对待的权利”，^③ 罗尔斯的“公平机会原则优先于差别原则”。^④ 美国哲学家路易斯·波杰曼（Louis Pojman）则把平等分为“形式平等”（Formal equality）和“实质平等”（Substantive equality）。形式平等主要表现为一种方案（formula）或政策（policy），但不包括具体内容。实质平等则确定了评估政策的一种标准（criterion）或指标（metric）。^⑤ 例如，“法律面前人人平等”就主要体现为形式平等，而种族、性别、宗教信仰等具体权利的实现则表现为实质平等。^⑥

① Joseph Damamme, “How Can Obesity Fit within the Legal Concept of Disability-A Comparative Analysis of Judicial Interpretations under EU and US Non-Discrimination Law after Kaltoft”, (2015) 8 *European Journal of Legal Studies* 147, pp. 147-179.

② [英] 哈特：《法律的概念》，张文显等译，中国大百科全书出版社1996年版，第157页。

③ [美] 罗纳德·德沃金：《认真对待权利》，信春鹰、吴玉章译，中国大百科全书出版社1998年版，第238页。

④ [美] 罗尔斯：《正义论》，何怀宏译，中国社会科学出版社1988年版，第302页。

⑤ Louis Pojman, “Theories of Equality: A Critical Analysis”, (1995) 23 *Behavior and Philosophy* 1, pp. 1-27.

⑥ 王元亮：《论形式平等与实质平等》，载《科学社会主义》2013年第2期，第43—47页。

平等总是和歧视密切相关,要平等必然就反对歧视。^①平等不仅是一种崇高的理念,更是一门实实在在的学问。^②世界上诸多国家都将平等写入了宪法,又通过制定基本法律和司法实践将宪法平等权进行私法化。^③大概从20世纪中期开始,世界各国的反歧视立法中开始引入平等权。例如,英国于1965年制定的《种族关系法》、1975年制定的《性别歧视法》,美国于1972年制定的《平等就业机会法》。然而,西方国家三十多年的反歧视立法和实践仍然没有改变根深蒂固的社会不平等结构,而社会现实要求国家必须重新评价和思考平等原则在反歧视法中的定位,这就推动了形式平等走向实质平等。^④

在FOA诉KL案中,欧盟法院似乎处于两难境地。一方面,欧盟法院认定,无论造成残疾的原因是什么,工作场所中的每个人都享有平等待遇,而这一点已在《就业框架指令》中有明确规定。另一方面,欧盟法院解释说,肥胖的原因与是否被认为是残疾无关,人们担心这一决定可能会激励不健康的行为选择。但从长远来看,这一决定是有助于解决“体重歧视”的。“体重歧视”现象会使身体超重者由于身体超重导致的耻辱感而引起心理和健康影响。耶鲁大学食品政策与肥胖研究中心(Yale University's Rudd Center for Food Policy and Obesity)的一项研究调查报告指出,由于日常生活和工作场所中“体重歧视”处处可见,超重的人通常更不愿意去寻求医疗服务。^⑤在FOA诉KL案中,欧盟法院禁止在工作场所存在“体重歧视”,把肥胖作为一种保护事由,并因此鼓励肥胖人士大声说出这种“被大家习以为常,并普遍接受”的歧视。让“体重歧视”在工作场所不合法,可能会为超重的人提供一个安全的环境,让他们有更多的就业机会。同时还可能会增加他们提升自我的可能性,给他们灌输一种观念:他们可以像其他同事一样。《就业框架指令》的主要目的就是让所有欧盟公民都能在同一竞技场上平等竞争,这体现为一种形式平等;欧盟法院有限度地将“肥胖歧视”纳入“残疾歧视”保护范围,迈开了为肥胖人士提供司法救济的第一步,这体现为一种实质平等。

五 启示

从比较法的视角看,肥胖歧视已经成为一个重要的人权问题,尤其是在工作环境中。为了解决这个问题,欧盟法院充分利用了自身的自由裁量权,对相关法规进行了灵活解释,初步确立了“肥胖歧视”的救济途径。《美国残疾人法》则与时俱进,对“残疾”这一概念作了进一步解释性规定,细分了“认定残疾”“事实残疾”与“记录残疾”等类型。^⑥尽管欧美国家面对“肥胖歧视”这一问题时,由于各国法律制度、社会文化的差异,采取的应对方法有所不同,但是其所追求的价值是一致的,即每一个公民都有平等就业的权利,都有不受歧视、维护自身人格尊严

① 敖双红:《平等保护还是隐形歧视——以劳动法为例》,载《法学评论》2008年第3期,第92—98页。

② 张千帆:《平等是一门科学——就业歧视法律控制的比较研究》,载《北方法学》2007年第4期,第5—18页。

③ 蔡定剑:《中国宪法实施的私法化之路》,载《中国社会科学》2004年第2期,第56—67页。

④ 李薇薇:《平等原则在反歧视法中的适用和发展——兼谈我国的反歧视立法》,载《政法论坛》2009年第1期,第126—134页。

⑤ Alexandra Bourbon, “Fag og Aberjde (FOA) v. Kommunernes Landsforening (KL): Will Expanding the Definition of Disability to Include Obesity Lead to an Expanding Waistline in Europe”, (2016) 24 *Tulane Journal of International and Comparative Law* 351, pp. 351–370.

⑥ 李烁:《美国法下“视为残疾”标准及其对我国的启示》,载《法大研究生》2016年第2期,第34—54页。

的权利。

从概念的种属关系看，就职业领域而言，肥胖歧视属于就业歧视的一种。在中国，1982年《宪法》第42条规定“中华人民共和国公民有劳动的权利和义务”。虽然宪法没有明确规定“就业歧视”，但是对“公民劳动权利”的确认，显然可以涵盖“公民就业时不受歧视”这一价值。1994年《劳动法》将这种价值明确化，规定了公民的平等就业权，并禁止就业歧视。^①2007年《就业促进法》第三章专门规定了“公平就业”，增加了许多禁止歧视的事由，^②开启了权利向现实转化的过程。^③然而，由于立法者所处的时代背景、立法技术的局限性，法律规范无法与社会现实保持一致的步调，从某种意义上讲，法规范的滞后性无法避免。就肥胖歧视而言，其属于新近出现的权利侵害行为，目前的法规范显然没有明确规定。那么这是否意味着公民的权利就没有救济呢？是否意味着我们就需要马上对法律进行修改，规定相应的救济途径呢？

在中国理论界，也确实有学者主张制定《反就业歧视法》，对就业歧视进行全面规定。^④笔者认为，从立法政策学的角度看，法规范的制定有一个形成过程，具有一定的规律，它来源于社会的价值共识，是社会价值观念的集中体现。在制定《反就业歧视法》之前，我们必须深入研究社会是否已经对“就业歧视”的相关问题具备了一定价值共识。从比较法的角度看，无论是欧盟法院的“肥胖歧视”实践，还是《美国残疾人法》有关“残疾”的概念流变，^⑤都既体现了社会价值观念的变化，也体现了立法的稳健性和司法的能动性，最大限度的维护了公民的合法权益。因此，笔者认为，面对肥胖歧视，欧盟法院关于“肥胖歧视”的实践对中国有以下三个方面的参考与借鉴：

（一）转变社会观念，消除对肥胖的刻板印象

任何一项权利的确立或实现，都与其所处的社会结构模式密切相关。社会的意识形态、文化、历史、价值观念、科学技术、法律制度等元素在一定程度上都能影响人们对于权利意识和感知。“肥胖作为一种权利”与“肥胖歧视”属于两个层面的问题，前者可能更加侧重于个人对于自身体重的“自由掌控”，而后者则更加侧重于个人与他人能否被“平等对待”。在此，我们暂且不去讨论前者是否具备法理基础，而将目光聚焦在现实生活中个人因为“肥胖”而遭遇“不平等待遇”的问题。笔者认为，要有效解决肥胖歧视的问题，首先取决于社会观念的转变。

法不禁止即自由，但并不意味着自由不受任何拘束，自由也要符合法的精神。正如卢梭在《社会契约论》中所言：“人是生而自由的，却无往不在枷锁之中。”^⑥实践中，在社会公众和媒体的语境中，肥胖总有一种被污名化的倾向，伴随而来的是对于肥胖人群负面的道德评价，^⑦甚

① 《劳动法》第12条规定：“劳动者就业，不因民族、种族、性别、宗教信仰不同而受歧视。”

② 《就业促进法》第29条规定：“国家保障残疾人的劳动权利。”第30条规定：“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。”

③ 阎天：《重思中国反就业歧视法的当代兴起》，载《中外法学》2012年第3期，第560—577页。

④ 李雄、刘山川：《我国制定〈反就业歧视法〉的若干问题研究》，载《清华法学》2010年第5期，第24—37页。

⑤ 杨伟国、陈玉杰：《美国残疾人就业政策的变迁》，载《美国研究》2008年第2期，第63—76页。

⑥ [法]卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆2003年版，第4页。

⑦ 程耀辉：《对肥胖人群的道德歧视及干预》，载《科教导刊（中旬刊）》2017年第8期，第150—151页。

至通过一些机制限制肥胖人群的权利。以就业领域为例,传统观念一般认为,企业制定招聘条件属于企业的自由范畴,这属于企业的用人自由权。因此,实践中,很多企业的招聘条件中常常出现“五官端正”“男士优先”等字眼,许多人因此而丧失工作机会,这与欧美国家的反歧视就业法要求招聘广告必须保持中立形成鲜明对比。换言之,在传统观念看来,身高、体重、长相条件的设定并不涉及法律意义上的权利侵害问题,相反,这属于法律赋予的自由。这样一种观念,从司法实践中一些关于“就业歧视”的案件中也能看出来。例如,在“乙肝歧视第一案”中,从案件内容来看,属于就业歧视,但是最终法院判决被告败诉的理由是“具体行政行为依据的证据不足”。^①从广泛意义上的反歧视角度看,已有的研究发现,从2000年到2011年,中国可见的反歧视案件中涉及的歧视事由包括乙肝、艾滋病、性别、残疾、学历、基因、年龄、长相、户籍、身高等12种,大体相当于欧美等国家几十年来出现的歧视类型。^②因此,面对基于肥胖、长相等因素的歧视,既需要转变社会观念,也需要我们凝聚“平等和禁止歧视”的社会共识,这是法律精神的体现和要求。

(二) 残疾概念界定,技术理性与价值观念相勾连

前文提到,世界卫生组织在“国际疾病分类”中,把肥胖划分为“内分泌、营养和代谢性疾病”,这是医学观念中技术理性的体现。无独有偶,传统意义上关于“残疾”的界定,也主要强调“技术理性”。中国《残疾人保障法》第2条将“残疾人”界定为“在心理、生理、人体结构上,某种组织、功能丧失或者不正常,全部或者部分丧失以正常方式从事某种活动能力的人”。从该条的内容来看,中国对“残疾”的界定也着重强调医学观念中的“技术理性”,没有体现社会价值理念。

美国学者德博拉·卡普兰(Deborah Kaplan)介绍了残疾政策学(disability policy)研究者所主张的4种残疾模式:(1)残疾的道德模式(moral model of disability),在这种模式下,残疾是一种“罪过”(sin),是对神的冒犯或对宗教戒律、道德规范的违反。(2)残疾的医学模式(medical model of disability),在这种模式下,残疾是必须通过医疗干预治愈的缺陷(defect)或疾病(sickness)。(3)残疾的康复模式(rehabilitation model of disability),这种模式是在残疾的医学模式上发展起来的,在这种模式下,残疾是一种需要由康复专业人士或其他专业人士予以帮助的“缺陷”(deficiency)。(4)残疾模式(disability model),在这种模式下,残疾被定义为由专业人士和其他人的一种主导态度(dominating attitude)。按照卡普兰的观点,单独从“身体、心理、精神”等医学指标很难确切地界定“到底什么是残疾”,对残疾的理解必须放置在一个广泛的社会结构模式中,需要考虑这个社会结构所追求的价值理念。^③前文提到,《美国残疾人法》除了规定“事实残疾”外,还规定了“认定残疾”,即那些客观上不符合一般医学技术所认定的残疾而被主观认定为残疾。从欧盟法院在FOA诉KL案中的裁判思路来看,法院考虑了现有法规对于“残疾”的定义,既考虑了技术理性中的“残疾”,与此同时也对价值观念进行了审

^① 张继峰、任学强:《中国“乙肝歧视第一案”一审判决书之我见》,载《广西政法管理干部学院学报》2005年第2期,第112—114页。

^② 周伟:《从身高到基因:中国反歧视的法律发展》,载《清华法学》2012年第2期,第15—30页。

^③ Deborah Kaplan, “The Definition of Disability: Perspective of the Disability Community”, (2000) 3 *Journal of Health Care Law & Policy* 352, pp. 352 - 364.

查,考虑了对公民权利的平等对待和公正保护。正如其所主张的:肥胖并不必然产生身体行为限制,但如果肥胖与各种因素相互作用,长期影响了公民平等参与职业生活,而公民又基于此受到了不平等待遇,那么就可以认定公民受到了歧视。因此,面对肥胖歧视和残疾,在强调技术理性时,也要考虑社会价值观念的投射。

(三) 扩大法律解释,发挥司法的能动作用

中国法律没有关于肥胖歧视的明确规定,是否公民就没有救济渠道呢?按照现代法治国家理念,“依法裁判”是法院审判的重要原则。^①在中国的司法实践中,“以事实为依据,以法律为准绳”也一直是法官审理案件的指导原则。^②然而,如何理解“法”和“法律”,就成为了问题的关键。本文认为,从保护公民权益的理念出发,“法”和“法律”应该从广义上进行理解,既包括实定法的具体条文规定,如宪法、法律、法规、规章等,同时也包括法律原则和法律精神。毫无疑问,公平、正义是法律原则的应有之意,“尊重人格尊严”^③和“保障人权”^④等法律(宪法)精神,能够弥补实定法的空白,最大限度保护公民的合法权益。正如日本学者牧野英一所强调的,法律是由于社会生活的结果而成立的状态,在这个意义上,法律是社会的事实;另一方面,“法律是支配社会生活而行之者”,在这个意义上,法律是社会的规范。作为社会的事实,“法律本来之性质为保守的”;作为社会的规范,法律又不得不随着社会的发展而不断发展。要解决这个矛盾,就需要在法律的解释上予以突破。^⑤

就肥胖歧视而言,中国法律虽然没有明确进行规定,但是从法律精神与法律原则来看,并不是没有依据可寻。此外,一些实定法也提供了依据。例如,《就业促进法》第3条第2款规定:“劳动者就业,不因民族、种族、性别、宗教信仰等不同而受歧视。”可以看出,对于歧视事由,立法在这里采用了开放式规定,这就给法官适用法律留有了余地,需要法官发挥能动作用,公正处理公民遭遇的歧视问题。此外,还应该对现有的救济途径和资源进行整合,畅通不同救济途径之间的衔接。目前公民在劳动权利遭到侵害时,可以通过劳动争议仲裁、劳动行政监察、法院诉讼三个途径进行维权。但是就目前的实践情况而言,若公民以“肥胖歧视”为事由寻求救济是很难进入程序的。这就需要劳动争议仲裁机构在审查案件时,尽可能将“肥胖歧视”等事由纳入到现有“劳动争议”范围之内,^⑥这样才有利于公民进入法律程序,通过法律途径维护自己的合法权益。

① 陈景辉:《原则、自由裁量与依法裁判》,载《法学研究》2006年第5期,第121—137页。

② 蔡彦敏:《对“以事实为根据、以法律为准绳”原则的重新释读》,载《中国法学》2001年第2期,第158—167页。

③ 《宪法》第38条规定:“中华人民共和国公民的人格尊严不受侵犯。禁止用任何方法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害。”

④ 《宪法》第33条第3款规定:“国家尊重和保障人权。”

⑤ [日]牧野英一:《法律上之进化与进步》,朱广文译,中国政法大学出版社2002年版,第1—3页。

⑥ 《劳动争议调解仲裁法》第2条规定:“中华人民共和国境内的用人单位与劳动者发生的下列劳动争议,适用本法:(一)因确认劳动关系发生的争议;(二)因订立、履行、变更、解除和终止劳动合同发生的争议;(三)因除名、辞退和辞职、离职发生的争议;(四)因工作时间、休息休假、社会保险、福利、培训以及劳动保护发生的争议;(五)因劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金等发生的争议;(六)法律、法规规定的其他劳动争议。”

The Judgment of the Court of Justice of the European Union on Obesity Discrimination and its Enlightenment

——Taking *FOA v. KL* as an Example

Zhang Tao

Abstract: Obesity has become a global health issue, and obesity discrimination is becoming an urgent human rights issue. In the case *Fag og Arbejde (FOA) v. Kommunernes Landsforening (KL)*, the Court of Justice of the European Union (CJEU or the Court) responded to obesity discrimination through a preliminary ruling procedure. Finding that there is no general prohibition on obesity discrimination in the employment context, CJEU nevertheless considers that in some cases, obese people can be protected by law. In the event that, under given circumstances, the obesity of the worker concerned entails a limitation which results in particular from physical, mental or psychological impairments that in interaction with various barriers may hinder the full and effective participation of that person in professional life on an equal basis with other workers, and the limitation is a long-term one, obesity can be covered by the concept of ‘disability’ within the meaning of Directive 2000/78. In order to achieve equality in employment, CJEU adopted the concept of “disability” in the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, and limitedly included “obesity discrimination” into the scope of “disability discrimination”. From the perspective of respecting and safeguarding human rights, China can learn from the experience of the EU and gradually incorporate obesity discrimination into judicial remedies.

Keywords: the Court of Justice of the European Union (CJEU), Human Rights, Obesity Discrimination, Disability Discrimination

(责任编辑: 曲相霏)