



经济及社会理事会

Distr.
GENERAL

E/CN.4/Sub.2/2001/15
26 June 2001
CHINESE
Original: ENGLISH

人权委员会
增进和保护人权小组委员会
第五十三届会议
临时议程项目 5

防止歧视及保护土著人民和少数

扶持行动的概念和实际作法

特别报告员博叙伊先生按照小组委员会
第 1998/5 号决议提交的进展报告

目 录

	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
导 言.....	1 - 5	2
一、扶持行动的概念.....	6 - 9	2
二、受益群体：涵盖面过宽和涵盖面狭窄问题.....	10 - 19	3
三、评述扶持行动的依据.....	20 - 45	7
四、扶持行动的形式.....	46 - 94	18

附 件

关于扶持行动措施情况的问题单.....	35
---------------------	----

导 言

1. 小组委员会在第 1998/5 号决议中决定，鉴于需要对扶持行动这一专题作仔细和全面的研究，任命马克·博叙伊先生担任特别报告员，以负责就扶持行动的概念编写一份研究报告，并授权他请联合国人权事务高级专员向各国政府、国际组织和非政府组织提交一份问题单，请其就扶持行动提交所有有关各国情况的文件资料。

2. 小组委员会第 1999/106 号决定再次授权特别报告员提出这一请求。应这一请求，人权事务高级专员向各国政府、国际组织和非政府组织寄送了问题单。

3. 本报告依照小组委员会第 2000/104 号决定提交，在该决定中，小组委员会忆及经济及社会理事会第 1999/253 号决定，赞赏特别报告员编写的初步报告(E/CN.4/Sub.2/2000/11 和 Corr.1)，并决定请秘书长提醒已经收到问题单的各国政府、国际组织和非政府组织提交答复。在这方面，特别报告员要向玻利维亚、哥伦比亚、希腊、危地马拉、以色列、阿拉伯利比亚民众国、巴基斯坦、巴拉圭、斯洛伐克共和国、西班牙、泰国、特立尼达和多巴哥、坦桑尼亚联合共和国政府以及国际劳工组织和万国邮政联盟等表示深切感谢，感谢这些国家政府和国际组织对问题单作了实质性答复。在采用这些答复之前，特别报告员希望收到更多的答复，这样，他的下一份报告就能够依据尽可能多的资料。因此，他鼓励尚未对问题单作出答复的各国政府、国际组织和非政府组织作出答复。为便于参考，本报告附有这份问题单。

4. 在上一份报告即初步报告中，提到了国际法对扶持行动规定的两项限制：
(a) 扶持行动不得引起歧视；(b) 扶持行动持续的时间必须是有限的。

5. 这份进展报告将主要讨论三个问题：谁应当得益于扶持行动(受益群体)？采取扶持行动的依据是什么？扶持行动有哪些形式？

一、扶持行动的概念

6. “扶持行动”一词经常被使用，但遗憾的是，该词的含义并不总是相同。尽管有些人认为，“扶持行动”这一概念还带有“积极歧视”的意思，但极有必要强调的是，后一措词是毫无意义的。现在通常的做法是，“歧视”一词通常只是用来指“任意的差别做法”，因此，“积极歧视”一词是自相矛盾的：要么所

涉差别做法由于并非任意因而是有根据的、正当的、不能称为“歧视”；要么所涉差别做法由于具有任意性质因而变得毫无道理或不正当，不应当用“积极”一词来形容。相反，联合王国通常采用的“积极行动”一词相当于“扶持行动”。在许多其它国家，这种行动称为“照顾性政策”、“照顾”、“补偿性或分配公正做法”、“照顾性待遇”等。

7. “扶持行动”作为一个法律概念，在国际法和国内法中都占有一席之地，然而它却是一个缺乏普遍接受的法律定义的概念。不过，要进行任何有关扶持行动概念的认真的讨论，作为一项先决条件，都需要有一个可行的定义：

“扶持行动”是指一系列具有临时性质的连贯的措施，这些措施具体旨在纠正某一受益群体成员在社会生活的一个或多个方面的状况，以切实实现平等”。

8. 扶持行动政策可由属于公营部门和私营部门的不同的行为者加以执行，前一部分的行为者有联邦政府或州政府及地方政府等，后一部分的行为者有雇主或教育机构等。

9. 在一些国家，这些扶持行动政策具有自愿性质并受到鼓励；而在另一些国家，此类政策是强制性的，不履行此种义务就会受到制裁。这些政策并不限于就业和教育部门：有关政策还可扩展到住房、交通运输、投票选举、培训、政治、行政及司法职务的任命、合同或奖学金的给予等方面。

二、受益群体：涵盖面过宽和涵盖面狭窄问题

10. 扶持行动的对象总是某一受益群体，这一群体由具有决定其为该群体成员的共同特性，并且认为自己处于不利地位的个人组成。虽然此种特性往往是固有的、不可剥夺的，例如性别、肤色、国籍、或者某一种族、宗教或语言少数群体的成员资格等，但情况未必一律如此。据此，以往和现在的扶持行动计划的援助对象为妇女、黑人、移民、贫困者、残疾人、退伍军人、土著居民、其它种族群体、某些少数群体等。

11. 一个至关重要的问题——该问题将引起许多争议——是如何决定哪些群体处于极为不利地位，因而需得到特殊待遇。虽然在这方面可依据某些国际文书，如《消除一切形式种族歧视国际公约》和《消除对妇女一切形式歧视公约》，但

是，决定谁可以得益于扶持行动规定的，往往是国内立法。¹

12. 扶持行动往往源自两个因素的汇合：(一) 不平等状况难以消除，这种状况并没有一律得到承认；(二) 贫困群体的代表切实阐明得到救济的法定权利。² 一些群体往往缺乏要求将其确认为处于不利地位的群体所需的政治力量和支持。³ 这就造成了扶持行动方案涵盖面狭窄的问题。

¹ 例如，在美国，以下群体被确定为可得益于扶持行动的“受保护”群体：美洲印第安人或阿拉斯加州土著居民：具有北美洲土著居民血统，并且因属于某一部族或被某社会承认还保持着文化特性的人；亚裔居民或太平洋岛屿岛民：祖籍远东、东南亚、南亚或太平洋岛屿的人；黑人：祖籍非洲的人；西班牙裔美国人：祖籍墨西哥、波多黎各、古巴、中美洲或南美洲或其它具有西班牙文化或特点的国家或地区的人，不论种族如何。在南非，被指定的群体为黑人(非洲人)，“有色人种”和印裔南非人、妇女以及残疾人等。关于南非种族特性问题，详见 P. E. Andrews, “Affirmative action in South Africa: transformation or tokenism”, *Law in context*, 1999, pp. 91-93。

² 见 M. O. Chibundu, “Affirmative action and international law”, *Law in context*, 1999, p. 21。

³ 在印度，占印度整个人口 20%的贱民享有特殊权利。另一群体，即所谓在社会和教育方面落后的阶层，也得益于扶持行动措施。与贱民阶层不同，这些阶层从来不属于一个明确界定的类别。因此，这些阶层的特性往往引起很大的争议，并且经常得到审查。一些群体曾设法取得享有这些权利的资格，为此，曾分别于 1953 年和 1979 年设立了两个全国落后阶层委员会。这两个委员会的任务是拟定考虑为其采取扶持行动的群体名单。虽然印度宪法载有关于采取扶持行动的规定，目的是消除种姓制度，但为落后阶层采取的扶持行动实际上却为种姓制度的复活创造了条件。最后，这些名单成了选择种姓做法的延续，对这种做法的唯一限制，是印度的一个邦的法院作出的一项裁定：落后阶层不得包括 50%以上的人口。见 F. de Zwart “Positieve discriminatie and identiteitpolitiek in India: grenzen aan sociale constructies”, *Tijdschrift voor beleid, politiek en maatschappij*, 199, no.4, pp.262-274; W. F. Menski, “The Indian experience and its lessons for Britain”, 详见 B. Hepple 和 E. Szyszczak, *Discrimination: the limits of the law*, London, Mansell, 1992, pp. 300-343; O.Mendelcohn, “Compensatory discrimination and India’s untouchables”, *Law in Context*, 1999, vol. 15, no. 4, pp.51-79; D. W. Jackson, “Affirmative action in comparative perspective: India and the United States”, 详见 T. Loenen 和 P. R. Rodrigues, *Non-discrimination laws: comparative perspectives*, The Hague, Kluwer Law International, 1999, pp.249-263。

13. 也可能出现另一个极端。一些群体可能被定为处于不利地位群体，即使它们由于担心遭受侮辱或由于不赞成扶持行动而不愿意被视为此种群体。所以，受益群体成员的同意至关重要。

14. 国内立法通常在开始时执行的是针对某一处于不利地位群体的扶持行动政策。然而，此种政策往往被扩展到其他群体。这就引起了涵盖面过宽的问题，因为有时属于依据种族、族裔或性别确定的某些群体的成员这一点被当作贫困的替代物。扶持行动与由于以往的歧视或社会歧视而提供赔偿之间的关系的真实性，取决于种族、族裔或血统在多大程度上的确是扶持行动方案要消除的社会弊端的一种标志，还取决于将种族、族裔或性别考虑在内，在多大程度上是一种对付歧视现象的恰当方法。可能出现的一种情况是：扶持行动会使某些人受益，即便这些人并没有因为以往的歧视或社会歧视而处于不利地位。⁴ 特别是在美国，这种情况引发了一些讨论。⁵ 扶持行动最初是针对美国黑人采取的，然而，这些行动逐渐也被用来处理其他贫困群体面临的不平等问题，其中多数为移民。⁶ 这就引起了这一问题：这些自愿来到美国的移民是否应享有与被迫充当奴隶的美国黑人一样的保护。⁷ 从本质上说，美国的受保护的群体由多种在要求处理不公平现象方面有着不同的法律依据的个人组成：自由移民的后裔、被征服人民的后裔以及奴隶的后裔。

15. 另一个问题是两个阶层理论，这一理论提出了谁真正得益于照顾性政策问题。现在看来，从扶持行动措施中获益最多的是被定为受益者的群体中的最幸运的那部分人。例如，以妇女为对象的扶持行动往往使中产阶级白人妇女所得益处多于处于社会下层的另一种族的妇女。或者在扶持行动使某一大类成员，如西

⁴ G. Moens, *Affirmative action, the new discrimination*, Sydney, The Centre for Independent Studies, 1985, pp. 81-82.

⁵ L. Newton, "Reverse discrimination as unjustified", *International Journal of Ethics*, 1973, vol. 83, pp.311-312.

⁶ 见 C. Hamilton, "Affirmative action and the clash of experimental realities", *The Annals*, 1992, vol. 523, pp.10-18。美国黑人和移民的不同经历还引起了对于社会须承担何种义务这一问题的不同的政治要求和态度。

⁷ N. Glazer, *Affirmative discrimination: Ethnic Inequality and Policy*, New York, Basic Books Inc. Publishers, 1978, pp.198-200.

班牙裔美国人或亚裔美国人得益的情况下，这些类别中的某些种族群体得到的益处将多于其他群体，因为前者在经济、教育及职业状况方面已经处于较高的层次。换句话说，扶持行动方案的受益者往往是某一群体中相对富裕、处于最为有利地位的成员。

16. 这种两个阶层理论可能导致多数群体中又一个“处于不利地位”或“受歧视”的少数群体的出现。偏向扶持方案很可能导致新的处于不利地位群体的出现。的确，由于偏向扶持方案的执行而未能得益于某种社会益处的多数群体成员，很可能来自白人或男性群体的底层，而得益于此类方案的少数群体成员，很可能来自少数群体或女性群体的上层。⁸ 因此，偏向扶持做法很可能将社会负担从一个群体转到另一个群体。

17. 确定某一个人是否属于受益群体，也许是件极为复杂的事情。例如，某人须“黑”到何种程度才能有资格成为“黑人”，以便有权得益于扶持行动方案？就移民而言，在他们是第二代、第三代或第四代移民的情况下，哪些人仍然属于移民有时很难确定。如何处理异族通婚家庭的子女？此外，现在已经出现一些个人或整个群体为了得益于扶持行动措施而改变身份姓名，要求取得某种地位的事例。⁹

18. 有人赞同制订一项有关个人族裔和种族地位的新法律，以确定哪些人有资格得到这些补助。另一些人表示，群体的自我认同，以及这一群体所处的社会的看法起着决定性作用。当然，这种看法随着时间的推移会发生变化。在这方

⁸ G. Moens, 同前, pp.82-83, 引述 Sowell 如下: “为了给别人留出名额而被淘汰的人不会是洛克菲勒或肯尼迪家族的人, 而是德夫尼斯或巴基。除了个人能对是否录取的决定施加影响以外, 富人还可以请人对其子女进行辅导, 几乎可以确保其子女的考试分数远远高于录取线。未被录取的学生很可能来自白人群体的底层, 与此相对, 被选中的少数群体的学生很可能来自少数群体的上层。简言之, 这是一种强行将益处从最无力享受的人那里转到最不需要得到此种益处的人那里的做法。”

⁹ 例如, 母亲有着西班牙人姓氏的人, 会发现改变姓名对他有利, 因为在美国, 扶持行动措施也适用于有着西班牙人姓氏的美国人。N. Glazer, 同前, p. 200。

1953 年设立的负责拟订有资格得益于扶持行动的落后阶层名单的印度委员会, 曾经遇到这一问题: 处于较高阶层的种性放弃其身份地位, “以免他们得不到国家的援助”。F. de Zwart, 见上引, p. 268。

面，消除种族歧视委员会关于解释和适用《消除种族歧视国际公约》第 1 条第 1 款和第 4 款的第八号总建议特别令人关注。¹⁰ 在审议了缔约国的报告中关于将个人确定为某一种族或族裔群体成员所采用的方式的资料后，委员会表示，如果不存在相反的根据，此种确定应当基于有关个人的自我认同。

19. 显然，选择和确定扶持行动方案的受益对象是一个重大问题。这证明，不应当仅仅将群体成员资格作为享受扶持行动的依据，而应当将其它因素，如社会经济因素等考虑在内，以确认某人真正有资格成为扶持行动的对象。这就意味着有必要根据个人具体情况采取扶持行动，依据个人需要将机会赋予个人，而不是仅仅依据群体成员资格。¹¹

三、评述扶持行动的依据

20. 国家在开始执行一项扶持行动政策之前，会设法针对公众舆论提出执行此种政策的依据。作为依据提出的理由将主要取决于有关国家具体的社会状况。下文将论述一些最为常见的依据，并论述对这些依据进行反驳的论点。¹²

¹⁰ 见 HRI/Gen/1/Rev.1(1994)，第三部分。

¹¹ 在马来西亚，在农村当农民、采橡胶工人或矿工，以及在城市充当下等家仆的贫困华人和印度人，遭受与其马来西亚同类人员一样严重的剥削。这些人不仅是族内剥削的受害者，也是族间剥削的受害者。Philips 指出，“剥削既涉及种族，也涉及阶层和权力，它既与种族特性有关，也与经济状况有关”。虽然马来人得益于扶持行动，但从中得益更多的，是马来和非马来上层居民。因此，Philips 主张依据阶层和地点，而不是依据种族群体来切实确定照顾对象。E. Philips, “Positive discrimination in Malaysia: a cautionary tale for the United Kingdom”, 详见 B. Hepple 和 E. Szyszczak, *Discrimination: the limits of the law*, London, Mansell, 1992, pp.352-353。

¹² 关于概述，见 G. Pitt, “Can reverse discrimination be justified? ”, 详见 B. Hepple 和 E. Szyszczak, 同前，pp. 281-299；C. McCrudden, “Rethinking positive action”, *Industrial Law Journal*, 1986, vol. 15, pp.219-243。

A. 处理和消除历史上的不公正现象

21. 要达到的目的，是就至今仍产生影响的以往的一些故意、专门的歧视作出赔偿。某些处于不利地位的群体曾经长期遭受歧视，因而，其后代由于未能接受良好教育和培训而处于贫困状态。Chibundu 认为，扶持行动将起到纠正作用，使受益群体重新处于要不是以往的不公正而本可处于的地位。但是，他接着表示，极少能够确定性地证明以往的不公正现象和目前的处于不利地位状况之间存在着象数学上那样精确的因果关系。¹³ 不过，在能够表明以往的不公正和目前的不利地位状况之间存在某种程度的因果关系的情况下，就能够适用扶持行动，虽然此种行动的直接和具体的受益者不一定就是以往的歧视现象的真正受害者。¹⁴

22. 这项依据过去曾经，而且现在仍主要在美国被采用，目的是支持旨在“消除以往对美国黑人的种族歧视的做法在今天产生的影响”的政府政策。美国的扶持行动方案最早是在约翰·肯尼迪总统于 1961 年签署第 10925 号行政令，以及林登·约翰逊总统于 1965 年签署第 11426 号行政令之后发起执行的。¹⁵ 因而，美国公民权利委员会认为：“扶持行动涵盖范围超出简单地终止某项歧视做法，用来纠正或补偿以往或现在的歧视或防止今后再次发生歧视现象的措施”。¹⁶ 例

¹³ M. O. Chibundu, 见上引, pp. 18-19.

¹⁴ 例如，一项扶持行动计划可规定，一名雇主按照某一时间表雇用一定比例的来自少数群体的新雇员。这位雇员在以往可能歧视过美国黑人，但是，从未向这位雇主提出过就业申请的新的美国黑人雇员，不一定必须是曾经亲身受害于这位雇主以往的歧视做法的人才能得益于扶持行动计划。

¹⁵ 林登·约翰逊总统在谈到扶持行动计划的目的是表示：“‘说你现在想去哪里就可以去哪里，想做什么就可以做什么’是无法治愈几个世纪的创伤的……将一个许多年丧失自由的人解放，把他带到起跑线，然后说，‘现在你可以同所有其他人一道竞争，而且依然确信你这样做极为公正，也是不恰当的……’我们所寻求的……不仅是作为一项权利和一种理论的平等，而且也是作为一种事实的平等，以及作为一种结果的平等。”约翰逊总统向霍华德大学毕业生发表的讲话摘录，1965 年 6 月，引文见 S. M. Cahn 所编，*The affirmative action debate*, London, Routledge, 1995, p. xii.

¹⁶ 美国公民权利委员会，关于扶持行动的声明，1977 年 10 月，p. 2, 引文见 W. L. Taylor, 以及 S. M. Liss, “Affirmative action in the 1990s: staying the course”, *The Annals*, 1992, vol. 523, p.31.

如，澳大利亚政府在针对澳大利亚土著居民采取的扶持行动政策中采用了同样的依据。

23. 然而，反对者认为，处于不利地位这一问题当前的歧视问题，还是因为以往的歧视造成的影响难以消除，是可以有争议的。虽然人们很容易想象，以往遭受不公正待遇的群体在当代遇到的问题是由于这些不公正待遇引起的，但 Sowell 认为，这是一种将因果关系与道德混为一谈的做法。他坚持认为，各群体当今在一特定社会中的社会经济地位往往与其在历史上曾经遭受的不公正待遇无关。¹⁷ 不可否认，扶持行动方案将很难达到因果关系中的近似标准，而且，确定此种近似原因的费用很可能会将随后可能出现的益处耗尽。¹⁸ 在将权利要求视为个人权利要求而不是集体权利要求的法律制度中，这样做将更为困难，从而很难证明以往的不公正待遇与当今的资格之间存在着联系。此外，应当由谁来确定恰当的补偿？而且，须追溯到何时？所有这些都使追溯既往政策是否恰当产生了疑问。

24. 但是，Chibundu 认为，以往的不公正做法与现今的需求之间的一致性不易得到确定这一点，不是说明扶持行动有问题，而是说明扶持行动的依据有问题。一种前瞻性依据——例如，一种不是将以往，而是将当今的实际需要和未来的期望作为美国黑人真正享有公正待遇的要求的基础的依据——会使人们接受扶持行动所面临的压力降低。¹⁹

B. 消除社会/结构性歧视

25. 教育、社会、经济及其他地位方面的差异依然存在这一点表明，赋予法律面前的人人平等确立了形式上的平等，但不足以充分处理社会中导致结构性歧视的做法。从本质上讲，结构性歧视这一概念涵盖从表面上看对种族、性别、族

¹⁷ T. Sowell, *Preferential Policies, an international perspective*, New York, William Morrow and Company Inc., pp. 148-150. Nathan Glazer (同前, p. 201) 认为，为以往的过失作出补偿是一种危险的做法。这一做法可以无限期延长，而且容易带来无休止的麻烦。

¹⁸ M.O. Chibundu, 见 pp. 18-19.

¹⁹ 同上, p. 34. 还见 B. Parekh, “A case for positive discrimination”, 详见 B. Hepple 和 E. Szyszczak, *Discrimination*: “共同的现在和共同的未来无法建立在不同的过去的基础上，除非当代人找到安抚遭受创伤的悲痛的受害者的办法。”

裔等没有任何偏向，但却在缺乏任何客观依据的情况下对处于不利地位群体造成极大不利影响的各类措施、程序、行动或法律规定。这一类型的歧视可以两种方式出现：人们可以故意用客观标准来掩盖其意图；或者，在招聘某些人员时，可以十分善意地行事。然而，这两种做法都会造成间接或隐含的歧视。例如，最低身高规定可能会使妇女和亚裔公民处于极为不利地位，而且在客观上无须作出此种规定的情况下，可能会成为一种毫无道理的招聘条件，体检或书面考试的情况也会如此。此种歧视从表面上看往往不易识破。传统的不歧视原则概念只是持中立立场，即事实上的平等立场，而且只是纠正明显或直接的歧视现象。²⁰

²⁰ 美国最高法院和欧洲法院都已形成了成功地处理间接歧视的判例法。在 Griggs 对 Duke Power 公司案(401 U.S. 424,1971)中，不利或全然不同结果理论得到确立，该理论指出，雇主须为毫无根据的招聘做法承担责任，不论雇主的具体意向如何。Duke Power 公司设在北卡罗来纳州，这一南部州对美国黑人实行种族隔离的教育和有缺陷的教育的历史较长。由于该州实行的教育政策，不具有中学文凭，因而没有资格从事许多好工作的美国黑人要比白人多得多。原告并没有称上述公司有歧视美国黑人的意图，而是将该公司的做法产生的影响作为诉讼的依据。美国最高法院在一项一致、简短的裁决中裁定，可根据有关做法产生的效果，在 1964 年《公民权利法》第七章之下对这项政策提出质疑。法院解释说：“国会通过的这部法规的目的之一，是处理雇用做法的后果，而并非仅仅是动机。除此之外，国会还规定，雇主有责任表明，任何特定条件都必须与所涉工作有着明确的联系”。然而，最高法院在审理 Wards Cove Packing Co.对 Antonio 案(490 U.S. 642, 1989)中，对“全然不同结果”理论作了限制，这就使证明间接歧视的指称变得更为困难，而企业则较为容易为产生全然不同结果的政策提供依据。但是，1991 年，通过了一项《公民权利法令》，该法令首次明确地将全然不同结果理论列入 1964 年《公民权利法》第七章的范围。

卢森堡法院在审理 Bilka Kaufhaus 对 Weber von Hartz 案(CJ 13 May 1986, Case 170/84, ECR 1986, 1607) 之时作出的具有历史意义的裁决中，提到了 Griggs 案。前者涉及非全时工人无法参加一家大型百货商店的养老金方案一事。Weber 女士依据欧洲共同体法律规定的领取同等报酬的权利，对这项歧视性做法提出质疑。虽然有关政策本身并不歧视男子或女子，但是，这项政策对妇女造成的影响要比对男子的影响大得多，因为大多数非全时工人是妇女。法院裁定，“百货商店公司将非全时工作排除在公司职业养老金方案之外，受这一做法影响的妇女要比男子多得多。据此，该公司侵犯了领取同等报酬权利，除非该企业证明，这一做法基于与任何基于性别的歧视无关的有客观依据的因素。法院对这一“客观依据”规定作了进一步限定：要求有关措施或做法满足“企业的真实需要”，“与这一目的相称，而且是为此必须采用的”。在审理随后一些案件过程中，这一标准被以同样方式适用于国家的间接歧视，即通过歧视性立法实行的歧视，“真实需要”规定被“正当目的”这项较为笼统的规定所取代。简单来说，证明间接歧视有两个步骤：表明某一群体遭受了不利影响/全然不同的影响；表明不存在任何客观理由。证明直接歧视通过将个人进行比较加以确定，而证明间接歧视则须将不同群体加以比较。详

26. 反对者认为，这一问题也许根本不是结构性歧视问题，而是一个多种其他因素造成的问题。在一个社会问题处于根深蒂固状态的情况下，不论是不歧视原则还是扶持行动，都无法有助于将处于不利地位群体纳入社会。例如，在接受教育尤其是教育的质量方面存在的严重的不平等现象可使大量人员无法切实通过

见 T. Loenen, “Indirect discrimination: oscillating between containment and revolution”, 具体见 T. Loenen 和 P.R. Rodrigues (所编), *Non-discrimination Law: Comparative Perspectives*, The Hague, Kluwer Law International, 1999, pp. 195-211; M. Selmi, “Indirect discrimination: a perspective from the United States”, 具体见 T. Loenen 和 P.R. Rodrigues (所编), 同前, pp. 213-222; B. Vizkelety, “Adverse effect discrimination in Canada: crossing the Rubicon from formal to substantive equality”, 同前, pp. 223-236; I. Sjerps, “Effects and justifications. Or how to establish a prima facie case of indirect sex discrimination”, 同前, pp. 237-263。一些有关歧视问题的最重要的人权文书, 即劳工组织 1958 年《(就业和职业)歧视公约》、教科文组织 1960 年《禁止教育中的歧视公约》、《消除一切形式种族歧视国际公约》以及《消除对妇女一切形式歧视公约》, 都规定禁止被界定为一种具有歧视性“目的”或“结果”的行为的歧视。

这就清楚表明, “意图”并非确定歧视的一项必要条件。由于提到了“结果”, 证明一种歧视性意图或“目的”也就变得多余了, 这种提及表明, 间接歧视也在人权法之下得到禁止。Tanaka 法官在就西南非洲案提出的不同意见中表示: “受到禁止的任意性, 是指纯粹客观的事实, 而不是指有关的人的主观状况。因此, 可在不顾及……动机或目的的情况下认定任意性的存在” (Dissenting Opinion of Judge Tanaka, South West Africa, (2nd phase), Judgement of 18 July, 1966, I.C.J. Report, 1966, p. 306)。

有关方面对于《公民权利和政治权利国际公约》以及《经济、社会、文化权利国际公约》第 2 条也持有同样看法。

人权事务委员会在第 18 号总评论中将“歧视”界定为“基于种族、肤色、性别、语言、宗教、政治或其他见解、国籍或社会出生、财产、出生或其他身份等的任何区分、排斥、限制或偏向做法, 此类做法的目的或结果是阻止或妨碍所有的人在平等基础上确认、享有或行使一切权利和自由”。(HRI/Gen/1/Rev.1, 第一部分, 人权事务委员会, 第 18 号总评论, 第 7 段)。这一定义被反映在委员会的判例法中, 虽然存在着某些不一致问题。例如, 委员会就 Ksingh Bhinder 对加拿大案发表的意见表明, 一些明显的间接歧视的事例将违反《公民权利和政治权利国际公约》(A/45/40, vol.II, annex IX, sect. E, Communication No. 208/1986)。最后, 消除种族歧视委员会表示: “在设法确定某项行动是否产生与《公约》相违背的结果时, 委员会要看这一行为是否对一个按种族、肤色、血统或族裔划分的群体产生了一种无法辩解、全然不同的影响。”(HRI/Gen/1/Rev.1, 第 3 部分, 消除种族歧视委员会, 关于《公约》第 1 条的第 14 号总建议, 第 2 段。还见 Lord Lester of Herne Hill 和 S. Joseph, “Obligations of non-discrimination”, 载于 D. Harris 和 S. Joseph, *The International Covenant on Civil and Political Rights and the United Kingdom Law*, Oxford, Clarendon Press, pp.575-576, 以及 A.F. Bayefsky, “The principle of equality or non-discrimination in international Law”, *Human Rights Law Journal*, 1990, pp. 8-10。

竞争来得到就业机会，为了解决其他一些社会问题，将需要采取补充性干预行动，如消除贫困计划等。这样，国家就不得不重新分配资源，将其用于执行行动、纠正行动以及更为广泛地干预行动，以确保人们能够接受高质量的教育。

27. 赞成者认为，这种分配公正待遇论点本身就是一种扶持行动，因为资源将被指定由于某一群体，以确定这一群体能在事实上享有平等。由此看来，重新分配是一种对处于不利地位群体有利的政治安排。此外，不能认为这样做含有歧视。因为重新分配资源引起的经济负担由整个社会承担。

C. 确立多样性或比例群体代表形式

28. 最近，美国的一些种族问题理论研究和评论者，以及其他学者提出了采取扶持行动的又一种理论依据，即学校和工作场所的种族和族裔多样性是一个公正的社会必须具备的要素。²¹ 实际上，他们认为，一个多种族和多族裔环境是大社会的反映，而且有助于一个更具代表性的社会的形成以及社会观念的增强。在他们看来，“积极多样性”是为种族和族裔少数群体提供补偿性公正待遇的一种更好地手段，因此，他们认为，多样性作为一种种族偏向扶持做法的依据，需要与扶持行动分开。

29. 多样性概念作为在高等教育中采取种族偏向扶持行动的一个依据，首次出现在 *Defunis 对 Odegaard 案*(416 U.S. 312, 1974)。²² 最高法院法官 Douglas 在他的反对意见中写到：在他看来，显然，最高法院的判例对为补救目的而采取种族偏向扶持行动不利，除非“考虑到一个多种族社会而不是单一种族社会的文化标准”。这种多样性依据后来在 *Regents of the University 对 Bakke 案*(483 U.S. 265, 1978)中得到适用。最高法院法官 Powell 在撰写多数派意见时认为，种族可作为作出是否录取决定时考虑的诸多因素之一。大学可以设法招收多种不同种族背景的

²¹ 详见 T.L. Banks, “Equality, affirmative action and diversity in the United States”, C.R. Lawrence 和 M.J. Matsuda, *We Won’t go back: making the case for affirmative action*, Boston, Houghton Mifflin Company, 1997.

²² 在此案中，最高法院不愿直接述及是否允许采取种族偏向扶持行动这一问题，而是作出以下裁决：由于上诉人 Marco Defunis 即使败诉也能够完成其法律专业的学习，因此这一诉讼没有实际意义。

学生。据认为，学校享有的自由包括挑选学生的权利，这样，不同的学生就能将不同的背景带到校园，而且还能丰富每个学生受教育的经历。²³

30 同样，澳大利亚 1978 年《文职机关改革法》宣布，《法规》的目的是造就“一支能够反映澳大利亚民族多样性的工作人员队伍”，即要确立比例群体代表形式。²⁴

D. 社会效用论点 ²⁵

31. 扶持行动的支持者往往指出，此种政策会有助于许多社会目标的实现。一项得到妥为制定的扶持行动政策将以不同方式增加许多人的福利。

²³ 多样性概念最近在一些联邦法院遭到攻击。一个联邦上诉法院在审理 Hopwood 对德克萨斯州案 (78 F 3d 932, 5th Cir 1996, cert denied, 135 L Ed 1094, 1997) 之时，对将多样性作为一个目标是否正当提出质疑。该法院认为，高等教育机构招收具有不同种族背景的学生并非政府必须关注的问题，而且与不问肤色概念或择优录取标准相违背。还见 Podberesky 对 Kirwan 案 (38 F 3d 52 4th Cir 1994, cert denied, 131 L Ed 1002, 1995)。S. Thernstrom, “The scandal of the law schools”, Commentary, December 1997, pp. 27-31。另外，1996 年，加利福尼亚州立大学校务委员会投票决定在加利福尼亚大学的九个学院的录取、雇用或约定决定中，禁止将种族、宗教、性别、肤色、族裔或民族血统作为依据。还见加利福尼亚州第 209 号建议，该建议禁止在高等教育中实行种族偏向扶持做法。还见提出反对意见的学者，这些学者认为，在高等教育中采取种族偏向扶持行动根本不是一种切实有效的做法，而且在多数情况下属于一种明显的双重标准。让来自少数群体的学生凭借自身能力取得地位，有助于创造一个更为健康的种族环境。此外，他们认为，有关高等教育中的偏向扶持行动中的讨论使人们忽视了真正的问题：中小学不同种族的学生之间的成绩差别很大。只要这种差别依然存在，他们认为，在高等院校确立平等的努力是注定会失败的。另一个问题是，人们尚为就这两点达成一致：多大程度的“多样性”才算足够？其他个人可能受到多少伤害？S. Thernstrom 和 A. Thernstrom, “Racial preferences: what we now know”, commentary, February 1999, pp. 44-55。

²⁴ G. Moens, 同前，pp. 30-31。

²⁵ 详见 K. Greenawalt, *Discrimination and Reverse Discrimination*, New York, Borzoi Books in Law and American Society, 1983, pp. 52-70; R.K. Fullinwider, *The Reverse Discrimination Controversy, a Moral and Legal Analysis*, New Jersey, Rowman and Littlefield, 1980, pp. 18-29; 以及 I. Glasser, “Affirmative action and the legacy of racial injustice”, 载于 P.A. Katz, 和 D.A. Taylor, *Eliminating Racism, Profiles in Controversy*, New York, Plenum Press, 1988。

32. 扶持行动可改善为处于不利地位群体提供的服务，这是因为来自处于不利地位群体的专业人员对处于不利群体遇到的问题有着更清楚的了解和认识。此外，如果处于不利地位群体成员能够担任重要职务，所有处于不利地位群体的利益都将能够得到更好的认识和保护。这些处于不利地位群体如果能在诸如就业或教育等不同领域进行公正和正当的参与，就能使这些领域的社会和政治有效性得到提高。

33. 另一个论点是，扶持行动能为处于不利地位群体提供榜样，这些榜样能够在很大程度上对这些群体的成员起到鼓励作用。此外，提高处于不利地位群体成员参与各社会领域活动的程度，可打破许多社会依然难以消除的极为有害的成见和偏见。

34. 然而，也有人对上述论点提出反驳。除了诸如社会福利应如何加以界定的理论问题以外，还有一些较为实际的问题。许多人认为，采取此种扶持行动很可能会使质量受到影响。仅仅依据群体成员资格优先考虑资格条件差的人员，很可能会加重人们的成见，而不是减轻或消除这种成见。因为举例来说，资格标准的降低会使工业和教育等领域的效率降低。而这一结果实际上可能使人们的种族偏见难以消除。

E. 防止社会动荡

35. 必须看到，一些扶持行动方案，例如欧洲联盟照顾贫困地区的特别方案和照顾妇女或男子的方案，以及印度和尼日利亚实行的地区定额方案等，正在切实得到采用，目的既是为了促进社会中处于不利地位成员的利益，也是为了纠正经济和政治力量的内部不平衡问题，以便预防社会动荡。²⁶

36. 1960 年代，美国发生了许多种族骚乱事件，这是许多美国人所始料未及的。这不仅是因为骚乱主要发生在北部城市，而且因为骚乱是在《公民权利法》和《选举权法》分别于 1964 年和 1965 年生效后发生的。当时，美国社会正最终禁止依据种族作出任何区分，而且黑人群体获得了选举权，但是，这对许多激进

²⁶ 见 M. O. Chibundu, 见上引, pp. 31-32。还见 F. de Varennes 编写的一份文件, “Minority rights and the prevention of ethnic conflicts”(E/CN.4/Sub.2/AC.5/2000/CRP.3)。

的黑人领袖来说还不够。在 1965 年沃茨发生极为严重的暴乱之后，美国政界人士认为局势已经十分严重，有必要采取行动。约翰·肯尼迪总统和林登·约翰逊总统都意识到，美国社会的种族关系从未像当时那样紧张。除了拟订消除贫困方案，如约翰逊总统的著名的“向贫困宣战”方案之外，还设法通过执行强有力的扶持行动方案，如采取有争议的定额做法等，减少黑人的失业人数。约翰逊总统说：“给这些人安排工作，他们就不会闹事，因为他们是被忽视了的人。如果他们的工作可做，他们就不会朝你的住宅和树木扔炸弹。让他们不停地忙碌，他们就不会有时间去烧毁你的汽车”。²⁷

37. 不过，Sowell 不赞同各群体均等参与经济各部门活动可减缓社会磨擦和敌对状况这一观点。他认为，历史表明的情況正相反，而且此种政策很可能产生事与愿违的结果。²⁸ 马来西亚发生的事件证明，这番话是有道理的。

38. 1969 年前后，马来西亚的情况表明，只有少数占据统治地位的人才得益于扶持行动，而马来人的总体经济状况却很差。最后爆发了多起种族骚乱事件，议会的活动被暂停，直到 1971 年为止，马来西亚一直被全国行动委员会统治着。1971 年，通过了《宪法修改法律》。该法律永久性地将诸如语言、公民身份以及马来人的特殊地位等某些“敏感”问题从合法的公开辩论中剔除。具体做法是，在《宪法》中对这些问题加以规定，并对 1948 年《禁止煽动暴乱法》进行修改，因此，现在如果对有关这些“敏感”问题的原则提出疑问，哪怕是在国会这样做，都将按煽动暴乱罪论处。即便是讨论《宪法》第 153 条(见下文第 41 段)以及为马来人采取的扶持行动措施等，也属于一种犯罪行为。这些修正(法院目前仍维持这些修正)的目的，是“不让人们谈论足以引起种族骚乱的敏感的种族问题”。²⁹

²⁷ 引文见 J. D. Skrentny, *The Ironies of Affirmative Action*, Chicago, The University of Chicago Press, 1996, p.113.

²⁸ T. Sowell, 同前, 153-156.

²⁹ 在 Fan Yew Teng 对检察官一案中，联邦法院维持了一项关于因发表一篇文章而犯有煽动暴乱罪的定罪，这篇文章指责政府据称偏向马来人。法院裁定，“不能对这些条款提出质疑，从独立之时全国的普遍情况来看，这些条款对向贫困者提供援助来说是必要的”。引文见 E. Philips, “Positive discrimination in Malaysia: a cautionary tale for the United Kingdom”, 载于 B. Hepple 和 E. Seyszczak, *Discrimination: the Limits of the Law*, London, Mansell, 1992, p.352.

F. 提高社会经济系统的效率

39. 一些经济学派观点认为，消除对处于不利地位群体的歧视将有助于提高社会经济系统的效率，改善该系统的公正状况。如果目前由于不合理的偏见而造成的某些缺陷得到纠正，劳动力市场的运转就能够得到完善。³⁰ 在美国和加拿大，扶持行动作为一种“对企业有利的做法”得到提倡，而且一些公司已将“机会均等”作为一项“经营目标”。³¹ 然而，不应忽视的一点是：一些经济益处，如减税、补偿或政府合同等，往往被提供给执行扶持行动政策的公司或机构，而不执行此类政策的公司或机构则可能受到制裁。³²

G. 一种缔造国家的手段

40. 在一个新国家诞生之时，为了加强国家主权，人们通常努力建立一个更为平等的社会和一个共同的国家。在经历了长期的殖民化之后获得的独立的国家，提供了许多有关此种努力的例子。这些国家发现自己由于种族冲突而处于各民族不团结的状态，或者意识到一些群体落在其他群体后面。

41. 1957 年，马来西亚宪法委员会承认马来人相对诸如华人和印度人等非马来人所处的脆弱地位，后者具有很强的经济实力。令人关注的是，委员会将扶持行动的存在视为殖民主义政策的一个主要部分。正如 Philips 指出的，这一点很好地证明了这一情况，即扶持行动被用来为缺乏发展提供补偿，而不是用来纠正以往的歧视。³³ 宪法委员会建议，鉴于普遍存在的情况，有必要继续采取扶持行动措施：如果突然撤消此种措施，马来人与其他群体相比就会处于一种极为不利的地位。但是，随着各个群体被融入一个共同的国家——我们相信这一目标将逐步得

³⁰ 见 P. A. Samuelson, *Economics*, New York, McGraw-Hill Book Company, 1970, pp.780-794。

³¹ 见 M. Triest, “Positieve actie en arbeidsmarkt”, 载于 B. de Graeve 及其他人, *Positieve actie, Positieve discriminatie, voorrangsbepaling voor vrouwen*, Antwerpen, kluwer, 1990, p.19。

³² 见 G. C. Loury, “Incentive effects of affirmative action”, *The Annals*, 1992, vol. 523, pp. 19-29; W. B. Reynolds, “Affirmative action and its negative repercussions”, 同前, pp. 38-49。

³³ E. Philips, 同前, pp. 344-356。

到实现——采取这些偏向扶持行动的必要性就会逐渐消失”。宪法委员会参照印度宪法有关扶持行动的规定提出其建议，这些建议现载于《马来西亚联邦宪法》第 153 条。有关条款主要涉及保留马来人和沙巴及沙捞越这两个州的土著人经商或开办企业的许可证或执照，以及保留马来人和这两个州的土著人在任何高等院校或其它教育机构的名额。

42. Philips 解释了他对非马来人为何接受第 153 条的实施这一问题的看法。三个主要政党之间进行了一次非正式“谈判”。“这三个党的领导人一致认为，马来人作为土著居民应当被确认为在地位上居于首位，并且应当在政治上掌握主要权力。作为回报，向非马来人作出这一承诺：他们的经济活动将不受到干预。作为对非马来人认可马来人享有的特殊权利的回报，将对公民资格规定作出有利于非马来人的修正，包括在独立之后在联合邦适用出生地主义”。各方商定，第 153 条的“特殊权利”条款将自独立之日起保留 15 年。然而，一些事态发展，尤其是 1969 年发生的种族骚乱使得 15 年这一时限被取消。第 153 条现已成为《宪法》的一个永久性条款。

43. 尼日利亚 1979 年《宪法》规定必须积极鼓励 100 多个不同的种族群体融入全国社会。为了不让少数几个群体处于支配所有其他群体的地位，该国实行一项定额制度，该制度使联邦 21 州的公民能够按比例到政府部门任职。例如，内阁须由来自每个州的人员(每州均有一人)组成，军队必须反映尼日利亚的联邦特点。这 21 个州的划分并不与各种族群体的数目和分布相吻合，因为目的是要用基于地方权力单位的对区域和党派的忠诚取代对种族的忠诚。³⁴

44. 自 1994 年进行具有历史意义的选举以来，南非政府发现自己面临巨大挑战。据 Andrews 分析，“南非新政府认识到，如果经济现状得不到改变，政治上的转变给人们带来的欣喜就会大打折扣。简单地说，新诞生的民主要得以生存，政治权利就须使得相当一部分人口在经济上得益。由于冷战以后的政治现实使得任何社会主义希望破灭，在新格局中只有某些有限的办法可供采用。此种来自别

³⁴ 见 J. G. Kellas, *The Politics of Nationalism and Ethnicity*, London, McMillan, 1991, p. 125。

处的办法之一，便是“扶持行动”。³⁵ 扶持行动在南非得到采用的情况不同于其它社会，在其它社会，扶持行动大体上被视为一种适用于少数群体的纠正机制。人们现在如何将这一机制适用于多数群体呢？³⁶

45. 由于曾经长期实行种族隔离，南非的人力资本的积累——成功的经济发展和增长的一个先决条件——受到阻碍。因此，社会经济权利不能在新《宪法》中被忽视，此类权利被作为完全应受法院管辖的权利而列入《权利法案》。在这一背景下，扶持行动被确定，并被视为一项变革措施。虽然，《权利法案》致力于实行非种族主义，但在第 9 条中，有必要采取扶持行动这一点也得到确认，这一点被视为社会的政治和经济重建总体目标中的一项重要内容。不论是在符合宪法的指示中，还是在重建和发展方案中，扶持行动都成为变革进程的一个组成部分，这不仅就政治现状而言是如此，而且就社会经济结构而言也是如此。重建和发展方案的目标是利用南非的人力资本改造经济和社会。³⁷

四、扶持行动的形式

46. 扶持行动的核心问题，是将上述力争实现的目标变为有法律约束力的承诺。扶持行动往往被归在一个通用标题之下，似乎扶持行动措施是统一的。然而，由 Hodges-Aeberhard 和 Raskin 负责进行的一项劳工组织调查证明，实际上，这些目标的实现所采用的方法也可能不尽相同，对扶持行动立法的遵守，可通过执行针对某一具体

³⁵ P. E. Andrews, “Affirmative action in South Africa: transformation or tokenism?”, *Law in context*, 1999, pp.80-81.

³⁶ 见 Ncholo 在所著“Equality and Affirmative Action in Constitution-making: the Southern African Case”，中的看法，载于 B. Hepple 和 E. Szyszczak, *Discrimination: the Limits of the Law*, London, Mansell, 1992, pp. 412-432.

³⁷ “南非的扶持行动与为少数群体创造机会无关。相反，这一行动意味着对一个曾经阻止 75%的人口发挥任何积极作用的经济体实行变革。”引文见 P. E. Andrews, 见上引，p. 82.

情况而制订的一系列政策加以证明。³⁸ 有些扶持行动在促进平等方面要比另一些扶持行动更为切实有效或恰当，这一点依特定情况和所作的政治选择而定。此外，如初次报告指出的那样，扶持行动措施必须总是符合不歧视原则。

A. 扶持性调动

47. 通过偏向扶持性录用，受益群体受到极大鼓励，意识得到极大增强，从而能够申请得到某种社会益处，如一份工作，或者教育机构的一个名额等。³⁹ 为此，可张贴通告，或在招收方面采取其它行动，以使受益群体能够真正得益。例

³⁸ J. Hodges-Aeberhard 和 C. Raskin, *Affirmative Action in the Employment of Ethnic Minorities and Persons with Disabilities*, Geneva, International Labour Office. 这两位研究者用有关加拿大、印度、黎巴嫩、马来西亚、挪威、菲律宾、俄罗斯联邦以及乌干达等国的 8 个案例研究来为其研究提供证明。

³⁹ Alison Sheridan 拟订了一种分类方法，该方法说明，在处理就业中的性别歧视和不利地位问题这一特定情形中，这类“扶持性调动”措施含有多种具体做法。她一共列出了 4 种扶持行动战略：(一) 针对特定性格的政策注重妇女的性格、特点、态度、社会技巧以及习惯(“缺陷”)等方面与男子相比存在的差异，这些差异往往阻碍着妇女地位的提高(例如，举行男女交流和树立形象问题讲习班，提倡妇女之间建立联系)；(二) 与作用相关政策处理妇女既要工作又要照顾家庭这一两难问题，具体而言：(a) 执行有利于工作和家庭的政策，帮助妇女兼顾创收和料理家务(例如子女照料、弹性工时、增加从事非全日工作的机会、在工作时间内进行培训、放宽有关休产假的规定，将‘对家庭有利’的条款列入工会合同、分享就业机会)；(b) 执行非传统就业政策，增加妇女的选择余地(例如张贴展示妇女在船上工作的情景的海报，吸引妇女从事海上职业；编写一份学徒工小册子，以鼓励年轻妇女申请有关工作，人事部门工作人员鼓励妇女到工程部门工作)。(三) 社会结构政策。此类政策目的是消除偏见和排斥做法。这一类别所含的措施最多(例如：通过一项关于打击性骚扰的正式的政策，并用海报加以公布；审查奖学金方案，以确保择优录取是主要考虑；所有职位空缺都先在内部加以公布；对工作人员进行培训，以消除性别偏见；积极鼓励妇女申请担任以前只是由男子担任的职务)；(四) 机会政策。此类政策为想要求得进一步发展的雇员提供协助(例如：不断提供职业咨询；大量提供职业发展课程；鼓励妇女参加工作场所委员会的工作；为秘书类人员提供技术和职业培训方案)。这些战略有些可加以改变，以用来消除具有某些种族背景者在工作场所处于不利地位的现象。A. Sheridan, “Patterns in the policies: affirmative action in Australia”, *Women in Management Review*, 1998, pp. 243-252.

如，可拟订职业培训方案，以使少数群体成员能够争取得到就业机会和提升所需的技巧。这样做的依据是：如果由于歧视，人们丧失了获取切实进行竞争所需的技巧的机会，平等事实上就无法得到实现。⁴⁰ 因此，扶持性招收做法将通过诸如职业培训、扩大受益范围以及其它技巧培训或扶持方案，使处于不利地位者具备竞争力。这一做法还意味着确定对其可利用的做法领域里的益处或其它社会益处不了解的处于不利地位群体的成员，并增强这些成员的意识。

2. 公正扶持做法

48. 公正扶持做法是指将进行十分细致的审查，以确保受益群体的成员在社会益处的分配，例如入学、就业或提升等方面，受到公正待遇。换句话说，是否遵循了择优录取或录用原则，或者种族主义或性别歧视是否成为评估过程中的一个因素？为了弄清这点，可制订切实有效及可靠的申诉机制，以处理存在歧视的指称，审查有关程序，以便对人事行动进行复核，并审查有关做法，消除由于疏忽而引起的歧视性做法。所有这些都是为了确保雇用或提升标准只是与工作相关，而不是用来掩盖种族或性别歧视。这意味着，在人员雇用或提升问题上，所作的决策必须不分肤色、是否雇用或提升，必须依据个人的长处，而不是看其是否属于某一群体。归结起来就是：应当总是雇用“最合格者”。

49. 扶持性调动和公正做法都含有旨在具体某一受益群体在社会上面临的问题的措施，但这些措施本身并不包含对不属于这一群体的人的歧视。实际上，这些措施让整个社会来承担扶持行动的费用。从这一点上说，这些措施是不问肤色的，但是，单就这些措施的目的或对其进行战略规划或监测而言，这一做法绝对是以某些种族为对象的。或许正是出于这一原因，扶持性录用和扶持性公正做法还受到人们的欢迎和接受。

⁴⁰ 《联合王国种族关系法》第 35 条规定，“使某一种族群体的人员能够利用设施和服务，以满足该群体的人员的教育、培训或福利或其它附加益处等方面的特殊需求的任何行为”，属于合法行为。第 37 条规定，可采取积极行动，以鼓励某一种族群体成员，或男子，或女子申请得到其所占名额不足的工作，或为承担此种工作而接受专门培训。

3. 偏向扶持做法

50. 偏向扶持是指在提供或不提供社会益处方面将考虑到某人的性别或种族。偏向扶持措施的含义有两点。

51. 首先，这类措施意味着：在两个具备同样资格的人申请得到某项工作、提升、补助等益处之时，属于被指定将得益于扶持行动措施的群体的人将优先得到考虑。

52. 其次，这些措施还可能包括其他一些较为激进的措施。⁴¹ 偏向扶持可采取不允许未被指定的群体成员申请得到有关机会的形式。或者，可允许这些成员竞争，但即使是他们具备更好的资格条件，得到优先考虑的，仍将是被指定的群体。被指定的群体成员可在录用考试中自动得到附加分，这一做法被称为“各种族拉平”。在对这些成员的入学或就业申请进行评估时，可适用较低的标准。可规定与被指定群体必须得到的社会益处的比例相一致的非正式的百分比、准则、标准、定额或保留名额。⁴²

⁴¹ 美国的情况尤其如此，在该国，第 11246 号行政令的执行由联邦履约方案办公室和就业机会均等委员会负责。这两个机构将扶持行动解释为一套基于时间表和目标的具体、注重结果的程序。在尼克松总统执政时期，扶持行动意味着依据种族、肤色以及民族血统等在统计上为雇主和教育机构作出规定。联邦各部门订出了第一批重大的‘定额’计划。这些定额计划引起很大的争议，而且成了大量判例法所涉的问题。但是，是否接受定额和保留名额，要看这类做法所适用的具体情况。例如，多数美国人似乎赞同将这一做法用来纠正历史上某些具体的歧视现象。即使是持保守主张的人士也赞同这一主张：如以往的歧视在法院得到证实，法院可下令实行定额做法。

⁴² 定额是指净量化的而且须在一个准确限定的时段内达到的人员在某一公司或机构所占名额的目标。这些定额由国家或法院下令加以规定。例如，国家或法院对公司或机构下达命令，令其确保在 5 年内其人员有 10% 为妇女。还例如，公司或机构必须作到男女雇员的比例为 4: 1。定额具有不让某一特定群体从事某项活动这一歧视性意图。而目标则是公司或机构设法达到的数目指标；换一种提法，为达到这些指标，只须作出“善意的努力”就行了。

所要达到的目的并不具有歧视性，而是在意图上具有扶持性质：帮助增加某一处于不利地位群体的合格成员在公司或机构的人数。但是，实际上，由于雇主承受着对存在歧视的推测进行辩驳的压力，目标往往会成为定额。见 N. Glazer, “The future of preferential affirmative action”, 载于 P.A. Katz 和 D. A. TAYLOR, *Eliminating racism, profiles in controversy*, New York Plenum Press, 1988, pp. 3 29-339。

53. 偏向扶持是最具有争议性的扶持行动。反对者称，这种扶持行动的一个后果，是职业和专业水平的下降，而且，这一做法甚至会引起人们的指责。此外，这一做法强调群体补救办法是改善受益群体状况的最佳途径。这一针对群体的做法会引发普遍的抵制。仅仅依据是否属于某一群体来确定是否有资格受到照顾这一点，再次突出了目前存在的，尤其是在自由民主国家存在的注重个人权利还是注重群体权利这一困境。⁴³

54. 用 Glazer 的话说，“如果法定权利这一完整概念是从个人角度加以确定的，那么我们如何为群体提供公正待遇？如果我们为群体提供公正待遇——比如说，提出一个定额，规定必须向该群体的成员提供某一数额的就业机会——那么，这样做难道不等于剥夺了未被列入受歧视群体的其他群体的个人被视为不受群体特性约束的个人的权利了吗？”⁴⁴ 他还认为，此种扶持行动会依据群体属性和特性对一个国家作永久性划分。这一做法将补救办法适用于群体类别，因而对个人权利制度的正式确立构成挑战，并使个人平等这一标准概念受到损害。

55. 许多人认为，此类扶持行动构成了歧视，因为它将人们视为群体或类别成员，而无视个人才能。⁴⁵ 虽然一些人完全符合有关标准，但他们确无法得到本可得到的公正待遇。歧视是通过对社会益处进行配给而发生的，这将意味着，就享受这些现在有限的社会益处而言，其它群体的某些成员将不再被考虑。某些个人将承担扶持行动的费用。从本质上讲，此种扶持行动为了增进群体 B 成员的福利而使群体 A 成员受到伤害。

⁴³ 关于对这一问题的论述，见 R. T. Bron, *Affirmative Action at Work, Law, politics and Ethics*, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 1991, PP. 37-59; J. Edwards, . “Collective rights in the liberal state” , *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 1999, PP. 259-275.

⁴⁴ 引文见 G. Moens, 同前, p. 12.

⁴⁵ 见 S. M. Lipset, “Equal chances versus equal results” , *The Annals*, 1992, vol 523, pp. 63-74. 美国面临的难题，仍然是如何以最佳方式解决美国的平等信念与奴隶制遗留问题之间的矛盾。

56. 此种扶持行动引起了一些人权法之下的问题：(a) 因为这些伤害通常是在诸如卫生保健、教育、劳工、政治参与等受到人权国际条约的具体条款保护的生活领域实行的；(b) 规定实行伤害的标准(将人们分成 A 类或 B 类的依据)通常是在不歧视条款之下明确得到禁止的理由，因此，很难将对受益群体的问题敏感的法定战略的需要与似乎相矛盾的个人公正待遇的需要相协调。

57. 1997 年《世界社会状况报告》认为，一些政府在事先未达成一致意见的情况下规定定额或其它硬性照顾做法，从而使丧失以平等条件进行竞争的权利的公民与政府产生了隔阂。缺乏协商一致意见，定额就会造成人们之间的极大的不和。该报告指责一些国家政府认为硬性照顾做法有吸引力，因为采取这些做法不需要增加税收或开支。规定定额，要比通过收入的再分配来处理包括歧视、贫困、受教育程度低、营养不良以及地理上的闭塞等在内的群体之间事实上的不平等根源容易得多。⁴⁶

58. 在国际法中，一些实行差别待遇的依据被认为需得到最高程度的重视。尤其被认为值得怀疑或者最有可能缺乏依据的，是基于种族、性别和宗教的差别待遇。⁴⁷

59. 例如，Tanaka 法官在 South West Africa 案中表示：“我们认为，不依据种族实行差别待遇或隔离准则现已成为一项习惯国际法规则”。⁴⁸ 国际法院在 1971 年关于纳米比亚案的咨询意见中指出：“完全依据种族、肤色、血统或族裔

⁴⁶ 联合国经济社会资料及政策分析部，《世界社会状况报告》，1997, (E/1997/15)，第 105-106 段。

⁴⁷ Bayefsky 认为，宗教也已经成为一种在国际上受到怀疑的类别，但是，另一些人对这一观点持怀疑态度。见 Lord Lester of Horne Hill and S. Joseph, 同前, p. 590. Baer 指出，令人不安的是，美国最高法院的一些成员现在趋向于机械地在先前的裁决确定的类别范围内提出论点，他们尤其认为，“种族从来就是一个令人怀疑的类别”，即任何种族上的差别做法只有经过“严格审查”才能得到延续。“Reverse discrimination, the dangers of hardened categories” Law and Policy Quarterly, 1982, pp. 71-94.

⁴⁸ South West Africa Cases, Second Phase, I. C. J. Reports, 18 July 1966, Paras 293.

实行构成对基本人权的剥夺的差别做法、排斥、限制、属于对《宪章》宗旨和原则的公然违反》。⁴⁹

60. 同样，欧洲人权委员会在审理东非亚裔公民诉联合国王国案中裁定：“委员会提请注意，正如人们所普遍确认的，应当特别重视基于种族的差别待遇；因此，基于种族公开挑出某一群体对其实行差别待遇可能会构成有辱人格的待遇，而基于其它理由的差别待遇就不会引起此种问题”⁵⁰

61. 在这方面，不能忽视美国最高法院的判例法。⁵¹ 由于围绕扶持行动存在的法律上的不确定性，还由于扶持行动政策与实行不问肤色作法的宪法条款之间存在的固有的冲突，最高法院形成了大量的判例法。这些判例法的起始点是 *Plessy* 对 *Ferguson* 案(163 U. S. 537)。在该案件中，1896 年，最高法院维持了“隔离但平等”理论。几乎 60 年之后，这一判决在 *Brown* 对教育委员会案(374 U. S. 483)中被推翻，当时，即 1954 年，最高法院作出了实行种族隔离的学校必然会使一些人造成自卑感的裁决。早在 1944 年，最高法院已经在 *Korematsu* 对美国案中作出如下裁决：凡是对一单一种族群体的公民权利构成限制的法律规定都立即会受到怀疑，而且都必须受到最为严格的审查。

62. 1974 年，人们期待着最高法院在 *DeFunis* 对 *Odegaard* 案(416 U. S. 312)中首次就有关大学入学的扶持行动措施作出裁决。然而，由于一开始未被华盛顿大学法律系录取的那名白人学生仅差几周就要毕业，法院未对此案作出裁决。1978

⁴⁹ Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa)Notwithstanding Security Council 276(1970), Advisory Opinion, 1971,I .C. J. Reports 3,Paras 57。还见 *Barcelona Traction, Light and Power Co.*, I. C. J. Reports, 1970,Paras 33-34。

⁵⁰ European Commission of Human Rights, *East African Asians v. United Kingdom*, 14 December 1973,appl. 4403/70, Para 270。

⁵¹ 关于相关文献，见：O. de Schutter, “Égalité et différence : le débat constitutionnel sur la discrimination positive aux États-Unis”, *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, pp. 347-368; *The Annals*, 1992, vol. 523 on “Affirmative action revisited”。美国公民权利委员会 1984 年发表的以下声明也非常重要：“然而，在任何扶持行动计划中，仅仅依据种族对并未受害于某一雇主的歧视做法的人员实行照顾，而使无辜第三方处于不利地位，对公正是无益的。此种种族偏向扶持做法只会构成另一种毫无根据的差别待遇，造成一批新的受害者，而且，如在公开招聘中得到使用，就会违反所有公民受到法律的平等保护这一宪法原则”。G. Mones, 同前，pp. 30-31。

年，最高法院法官在审理 *Regents of the University of California 对 Bakke 案*(438 U. S. 265)过程中意见出现严重分歧：最高法院以 5 票对 4 票作出以下裁决：即使是对于扶持行动方案，也必须实行严格的审查。必须对赞同实行扶持行动方案的论点进行审查，看一下是否所有这些论点都足够“合理”，符合严格审查标准。

63. 在最后几年中，最高法院裁定了一些扶持行动得到认可的案件，这些案件有：*Steelworkers 对 Weber 案*(443 U.S. 193 (1979)); *Fullilove 对 Klutznick 案*(448 U. S. 448(1980)); *Sheet Metal Workers 对 EEOC 案*(478 U. S. 421 (1986)); *United States 对 Paradise 案*(480 U. S. 149 (1987)); *Johnson 对 Santa Clara County 案*(480 U. S. 1442(1987)); *Metro Broadcasting Inc 对 FCC 案*(479 U. S. 547(1990))。

64. 在 *Steelworkers 案*中，最高法院认可为美国黑人雇员保留培训名额的扶持行动计划，因为该计划由一私人雇主执行，并且针对以往黑人遭到排斥的职业类别。在 *Sheet Metal Workers 案*、*Paradise 案*和 *Johnson 案*中，所有三项扶持行动计划都被认可，因为这些计划的目的是分别纠正由纽约钢铁工人工会、亚拉巴马州警察部队以往对美国黑人实行的歧视做法，以及圣克拉拉县的妇女以往在“技术行业”这一职业类别中受到的歧视。

65. 另一些扶持行动计划没有得到最高法院的认可，这类案件有：*Firefighters 对 Stotts 案*(467 U. S. 561(1984)); *Wygant 对 Jackson Board of Education 案*(476 U. S. 267(1986)); *City of Richmond 对 Croson 案*(488 U. S. 469(1989))。

66. 在 *Firefighters 案*和 *Wygant 案*中，为了腾出名额安排妇女或少数群体成员就业，一些比其黑人同事工龄长的白人工人被解雇。这两个案件所涉的扶持行动措施未能通过严格审查检验。在 *Croson 案*中，有关扶持行动规定将该市 30%的合同留给少数群体成员拥有的企业。最高法院认为，这不是一项旨在消除以往的种族歧视现象的得到仔细拟定的计划。

67. 1995 年，最高法院在 *Adarand Constructors 对 Pena 案*(115 St. Ct. 2097)中作出一项重要裁决。此案涉及 *Adarand 建筑公司*，该公司在投标中输给了一家西班牙裔美国人拥有的建筑公司，即便 *Adarand* 是出价最低的投标商，前者未能中标的原因是因为以下联邦法规规定：需将 10%公共工程合同留给少数群体。最高法院法官奥康纳在代表 6 位法官撰写多数派意见时认为，即便是联邦政府制订的扶持行动计划也必须达到严格审查标准。必须提出一个令人信服的目标，而且，所

涉计划必须得到严格拟定，以便与这一令人信服的目标相一致。这位最高法院法官认为，最高法院以往的裁决就基于种族的计划确定了三主张：(一) 怀疑：基于种族或族裔标准的偏向扶持行动必须接受细致详尽的审查；(二) 一贯性：审查标准不应当取决于纯属有关计划的负担或属于该计划受益者的某一种族的人员；(三) 一致性：不论涉及的是州还是联邦政府，同等程度保护分析应当是相同的。⁵²

68. 在 *Abdulaziz, Cabales and Balkandali* 案中，欧洲法院作出以下裁决：“可以说，在今天，促进男女平等是欧洲委员会成员国的一项非常重要的目标。这意味着，要使一项基于性别的差别待遇被视为与《公约》相一致，就必须提出极为有说服力的理由”。⁵³ 但是，认为这些为性别歧视提供依据的有说服力的理由是一贯被要求提出的，将是错误的。⁵⁴

69. 值得注意的是，美国最高法院在判例法中对旨在纠正性别歧视现象的扶持行动适用了“中等严格程度审查”这一降低标准。最高法院裁定：如果政府确定了重要目标，而且政府采取的措施在极大程度上与实现这些目标相关，政府可以依据性别实行差别待遇。显然，“重要”一词的程度要低于“令人信服的”一词，而且，有关措施无需如严格审查标准所要求的那样“得到严格拟定”。

70. 不过，欧洲共同体法律特别注重打击性别歧视现象，将男女享受平等待遇视为一项基本权利。欧共体法律确认，为实现男女机会均等，有必要超越消除歧视，而且，扶持行动即便在使曾经处于不利地位群体享受偏向照顾待遇的情况

⁵² 加利福尼亚州最近通过第 209 号建议设法禁止在高等教育中采取种族偏向扶持行动。Paust 认为，这一做法不符合诸如《公民权利和政治权利国际公约》以及《消除一切形式种族歧视国际公约》等国际条约的规定，也不符合这些条约所阐明的联邦上级政策，因而不能成为主流做法。根据至高无上条款，加利福尼亚州必须服从美国的国际条约法保障的扶持行动不受禁止这一点。这并不能保证某些扶持行动措施能够经得起所有依据宪法提出的质疑，但是，美国的国际条约法和相关义务之下的恰当的扶持行动关系到重大的国家利益，而且能够使宪法不断具有与普遍的价值和人类尊严相一致的重要性。J. J. Paust, “Race-based affirmative action and international law”, *Michigan Journal of International Law*, 1997, vol. 18, pp. 674-677.

⁵³ *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. United Kingdom*, European Court of Human Rights 18 December 1986, Ser. A. 112 No 112, para. 80.

⁵⁴ 详见 A. F. Bayefsky, 见上引, pp. 22-24.

下，也可能是恰当的。⁵⁵ 但是，至于国家扶持行动政策可以走得多远，则由法院来确定。⁵⁶

71. 在 *Kalanke 对 Frele Hansestadt Bremen* 案中，法院声明，《平等待遇指示》第 2 条第 4 款规定，可以规定采取看起来具有歧视性质，但目的是消除或减少实际社会生活中可能存在的实际的不平等现象的措施，从而提高妇女在劳动力市场竞争以及在与男子同等基础上从事某项职业的能力。⁵⁷ 作为对《指示》规定的个人权利的一种克减，这项规定必须作狭义解释：因此，它不能理解为是确保妇女在录用或提升方面享有绝对和无条件的优先权的国内规则合法化，因为此类措施超出了促进机会均等的范围，而且超越了第 2 条第 4 款的限度。在发现两名求职者拥有相同的资格条件之后，不来梅市执行了一个打破僵局条款，在考虑到

⁵⁵ 1976 年 2 月 9 日关于执行男女在就业、职业培训及提升以及工作条件等方面享受平等待遇的原则的委员会指示(76/207/EFC)。第二条第 4 款规定：“本指示不应妨碍旨在提倡男女机会均等的措施，尤其是消除影响妇女在第 1 条第 1 款中提及的领域的机会的现有不平等现象的措施。”1984 年，对这项指示作了补充，通过了 1984 年 12 月 13 日关于提倡为妇女采取积极行动的理事会建议。该建议是基于以下考虑提出的：“……旨在赋予个人权利的有关平等待遇的法律条款，不足以消除一切现有的不平等现象，除非政府、雇主和雇员双方以及其它有关机构采取平于行动，设法消除妇女在就业中受到的偏见，这种偏见来自社会观念、行为和结构”。该建议提指出，成员国应当“采取一项积极的行动政策，以便消除工作场所影响到妇女的现有不平等现象，并有助于改善男女在就业中的均衡状况，这项政策以本国政策和作法为基础，包含恰当的一般措施和具体措施，并在同时充分尊重雇主和雇员双方的职权范围”。

⁵⁶ 详见 E. Szyszczak, “Positive action after Kalanke” *Modern Law Review*, 1996, pp. 876-883; G. F. Mancini, 和 S. O’Leary, “The new frontiers of Sex equality Law in the European U nion”, *European Law Review*, 1999, pp. 331-353; E. Ellis, “Recent developments in European Community sex equality law” *Common Market Law Review*, 1998, pp. 404-406; C. McCrudden, “The legal approach to equal opportunities in Europe: past, present and future”, *International Journal of Discrimination and the Law*, 1998, pp. 200-201; A.G. Veldman, “Preferential treatment in European Community law: current legal developments and the impact on mational practices”, 载于 T. Loenen, 和 P.R. Rodrigues *Non-discrimination Laws: comparative perspectives*, The Hague, Kluwer Law Kluwer Law International 1999, pp. 279-291。

关于与国内立法有关的条款，见 V. Sacks, “Tackling discrimination positively in Britain” 和 J. Shaw, “positive action for women in Germany”, 均载于 B. Hepple 和 E. Szyszczak; *Discrimination: the limits of the law*, London, Mansell, 1992, 分别见 pp.357-385 和 pp.386-411。

⁵⁷ C-450/93, *Kalanke v. Bremen*, 17 October 1995, E. C. R. I-3051。

女性所占比例不足的情况下自动将就业机会提供给了女性求职者。据认为，如果妇女在某一部门的相关人员组别中的单个收入等级上，或在组织结构规定的职等上的人员中未能占到至少半数，就存在妇女所占比例偏低现象。法院裁定，上述规定不符合欧共体法律，虽然法院在 *Kalanke* 案中明确表示，可采取积极行动增加妇女的机会——这些行动应当逐步产生系统性效果——但是，此种行动不得用来通过立即带来实质性平等而实现平等。

72. 在 *In Marshall 对 Land Nordrhein-Westfalen*, 案中，法院完善了其判例法。⁵⁸ 法院裁定：如果政府机关某一部门的有关职等的妇女少于男子，而且男女求职者在适合程度、称职及职业表现等方面具有同等资格条件，规定优先考虑提升女性求职者——除非某一男性求职者特有的理由能使其受到照顾——的国内规则，不受《平等待遇指示》的约束，但条件是：(a) 在每个单个情形中，该规则为与女候选人具有同等资格条件的男候选人规定这样一项保证：将对候选资格进行客观评估，评估将考虑到专门适用于单个候选人的所有标准，而且在其中一项或多项标准使男候选人处于有利地位的情况下，将压倒女性候选人享有的优先权；(b) 此类标准不对女候选人构成歧视。看来，所谓的 *Öffnungsklausel*——该规定并不自动优先照顾女候选人，而是允许在“男候选人特有的理由使其处于有利地位”的情况下偏离此种优先照顾做法——在 *Kalanke* 案中发挥了作用。⁵⁹

73. 不论情况如何，从上面讨论的国际和国内判例法中可以看出，扶持行动与不歧视原则之间的关系是非常严格的。某一类别的人口在经济或社会状况方面处于不利地位这一点，并不意味着为了提高这一类别的人口的实际地位，任何基于该群体所具有的特点的差别待遇均应视为正当的待遇，即便就某项权利采取的差别做法的依据并非重要的依据。为实际上并不需要扶持行动措施，但曾经属于一个处于不利地位群体的人采取此类措施，或者不为的确需要扶持行动措施，但曾经属于一个在社会中处于富余群体的人采取此类措施，将是毫无道理的。

74. 扶持行动必须注重采取可望满足属于一个需受到特殊保护群体的人员的需要的措施。国家通过选择措施，以及选择启动这些措施的时机和地点，向受益

⁵⁸ C-409/95, *Marshall v. Land Nordrhein-Westfalen*, 11 November 1997, E. C. R. I-6363.

⁵⁹ 有趣的是，有不少国家的政府提交书面意见，为国内规则辩护。

对象提供益处，但这样做的前提是确保不属于这些受益群体者也能享有这些益处。决不能借口剥夺某人的权利可有助于曾经遭受歧视的群体而剥夺其权利，包括受到法律平等保护的权利。

75. 只有在不歧视原则不遭到违反的前提下才能执行扶持行动政策。这意味着，如果实行差别做法，在决定此种差别做法是否属于歧视之时，应当酌情注重此种做法的依据。然而，起决定作用的不是依据本身，而是依据与差别做法所涉权利之间的关系。权利与依据之间必须有充分的联系。就差别待遇所涉的具体权利而言，依据必须被认为是相关的。所追求的目标并不是关键。在司法上进行评估，判定差别待遇是否具有任意性质，比纯粹在政治层面进行评估更进了一步。因此，确保充分平等的扶持行动并非总是正当的。不能仅仅因为差别待遇的目的是改善处于不利地位个人或群体的状况，而将扶持行动解释为就任何权利实行的基于任何依据的任何差别待遇都是有道理的。受到惩处的，不是偏见扶持做法，而是伤害以及将被禁止的类别作为作出伤害的依据这一做法。扶持行动必须受不歧视原则的约束。更确切地说，是不歧视原则对每项扶持行动规定了限度。

4. 扶持行动是否具有强制性？

76. 一些国际理论和判例显示，一旦一国批准某项人权条约，该国就同意采取积极的国家行动以“确保”人们享有该条约确认的权利，或采取步骤“充分实现”该条约确认的权利，如同《消除一切形式种族歧视国际公约》和《消除对妇女一切形式歧视公约》的情况那样。⁶⁰

⁶⁰ 《消除一切形式种族歧视国际公约》第2条第2款规定：“缔约国应于情况需要时在社会、经济、文化及其他方面，采取特别具体措施确保属于各该国的若干种族团体或个人获得充分发展与保护，以期保证此等团体与个人完全并同等享有人权及基本自由，此等措施于所定目的达成后，绝不得产生在不同种族团体间保持不平等或个别行使权利的后果。”

《消除对妇女一切形式歧视公约》第3条规定：“缔约各国应承担在所有领域，特别是在政治、社会、经济、文化领域，采取一切适当措施，包括制定法律，保证妇女得到充分发展和进步，以确保妇女在与男子平等的基础上，行使和享有人权和基本自由。”

77. 人权委员会在总评论中就有必要采取积极的政府行动作了一些陈述。⁶¹ 该委员会经常表示,不能仅通过颁布法律来做到这一点,并请缔约国在随后的报告中提供资料,介绍为履行《公民权利和政治权利国际公约》第 3 条之下的确切和积极的义务而已经采取或将要采取的措施。⁶²

78. 消除对妇女歧视委员会和经济、社会、文化权利委员会都通过了一些总建议,这些建议认为,这两项公约都规定,国家须采取积极行动以实现平等。⁶³ 不过,说国际法规定了采取扶持行动的义务未免过于极端。国际法真正倡导的,是酌情采取扶持行动以实现事实上的平等。

79. 消除对妇女歧视委员会在第 5 号总建议中重申了上述做法的重要性:

“注意到……目前仍需要采取行动,以便通过采取措施提倡男女实现事实上的平等来充分落实《公约》……建议缔约国更多地利用诸如积极行动、照顾或定额等临时特别措施,以便推动妇女在教育、经济、政治及就业等领域融入社会。”⁶⁴

⁶¹ 例如,见人权委员会关于第 3 条的第 4 号总评论,(见 HRI/GEN/1/Rev.1, 第一部分)(1994),第 2 段:“首先,第 3 条,或者第 2 条第 1 款和第 26 条,就这些条款主要涉及防止基于一些理由(性别是其中一项理由)的歧视而言,不仅规定采取保护措施,而且也规定采取旨在确保人们积极地享受权利的扶持行动。”

⁶² 同上。

⁶³ 例如,消除对妇女歧视委员会关于《公约》第 8 条执行情况的第 8 号总建议,(见 HRI/GEN/1/Rev.1, 第四部分)(1994):“建议各缔约国根据《公约》第 4 条进一步采取直接措施,确保《公约》第 8 条的充分执行,确保妇女不受任何歧视与男子一样有机会代表本国政府参加国际一级的活动和国际组织的工作”。经济、社会、文化权利委员会关于残疾人的第 5 号总评论(见 E/C.12/1994/13)第 9 段:“《公约》缔约国有义务在最大限度地利用其拥有的资源的情况下推动有关权利的逐步实现。这项义务显然要求政府加倍努力,不停留在仅仅不采取可能会对残疾人有不利影响的措施上面。针对这一易受打击和处于不利地位的群体,应承担的义务是:采取积极行动,减少结构性不利条件,并酌情给予残疾人优惠待遇,以实现所有残疾人充分参与社会 and 在社会中享有与其他人平等的地位的目标”。

⁶⁴ 消除对妇女歧视委员会关于临时特别措施的第 5 号总建议(见 HRI/GEN/1/Rev.1, 第四部分)。

80. 人权事务委员会将《公民权利和政治权利国际公约》解释为要求在某些情况下执行扶持行动计划。委员会在关于不歧视的总评论中指出：“……平等原则有时要求缔约国采取扶持行动，以便消除或减少造成或有助于使《公约》禁止的歧视现象长期存在的状况。例如，在一国，如果某一部分人口的总的状况使其无法享受人权或在享受人权方面遇到困难，该国就应当采取具体行动纠正此种状况。此种行动可能涉及在一段时间里在具体事项上给予那部分人口相对其余人口而言的某些照顾性待遇”。⁶⁵

81. 经济、社会、文化权利委员会就扶持行动提出了一些问题，尤其是在残疾人和种族和族裔少数群体问题上，Craven 认为，委员会这样做似乎接受了扶持行动的合法性。不过，委员会仍然没有明确承认扶持行动的强制性质。⁶⁶

82. 但是，一些评论者却认为，国家实际上有义务为处于不利地位群体采取扶持行动。⁶⁷ 这些评论者将“有用效果”理论作为其论据。人权条约所载的权利必须得到恰当和充分的落实，在某些情形中，扶持行动是确保这一点的最恰当的做法。⁶⁸ 这些评论者还将欧洲人权法院形成的判例法作为依据，这些判例法认为，在某些情况下，国家的不作为是不够的，确切地说，切实尊重《公约》规定的各项权利必然含有相关的积极义务。Marckx 案似乎尤其为他们的以下的看法提

⁶⁵ 人权事务委员会关于不歧视的第 18 号总评论(见 HRI/GEN/1/Rev.1, 第一部分), 1994, 第 10 段。

⁶⁶ M. Craven, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, A Perspective on its Development*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 186.

⁶⁷ B. G. Ramcharan, 同前, p. 261; A. Bayefsky, 见上引, pp. 27-33; E. Vogel-Polsky, *Les actions positives et les contraintes constitutionnelles et législatives qui pèsent sur leur mise en œuvre dans les États Membres du Conseil de l'Europe*, Comité européen pour l'égalité entre les femmes et les hommes, Strasbourg, 27-29 avril 1992, CEEG. (87), 14,11.

⁶⁸ E. Vogel-Polsky, *Les actions positives dans la théorie juridique contemporaine*, 详见 B. de GRAVE(ed.), *Positieve actie, positieve discriminatie, voorrangsbepaling voor vrouwen*, Tegenspraak-Cahier 8, Antwerpen, Kluwer, 1990, p.79.

供了依据：国家为了履行尊重平等的义务，有时需要采取积极行动，在某些情况下，需要采取扶持行动。⁶⁹

5. 机会均等还是结果均等

83. 显然，扶持行动的主要目标，是建立一个更加平等的社会。然而，许多平等目标是相互抵触的。平等本身基本上是一个往往由决策者填补的未定类别。

84. 与扶持行动特别相关的两个平等目标，是机会均等和结果均等。一项目标的选择也将决定那些扶持行动方案受到青睐，以及社会想要落实何种社会公正设想。⁷⁰

85. 机会均等与这一观点相一致，即反歧视法的目的，是通过消除/清除决策进程中基于种族、性别或族裔的对个人产生有害影响的不正当的考虑，确保减少歧视。除了显示某一进程存在的缺陷以外，此种平等注重的不是结果。这一做法还明确注重个人，重点是确保个人享有公正。这种做法来自对社会的一种自由主义设想，反映出对效率、才能及成绩的尊重。

86. 这种平等观点被认为是“可管理的”，因为其目标可较为肯定地得到陈述。例如，在招聘方面，它意味着个人能够完全依据称职地从事有关工作所需的特点来为得到就业机会而展开竞争。这一做法所依据的论点是：种族、性别及族裔特点与人们应得到的待遇无关。因此，人员的挑选和录用应当不考虑种族、性别、族裔背景等因素。机会均等提倡自由选择和个人之间的自由竞争。所以，它使人们能够按照个人的才能和技能在社会中向上或向下流动。与机会均等目标相一致的扶持行动措施，自然将包含以培养技能和不问性别及肤色的决策为目标的措施(扶持性录用和偏向扶持行动)。

⁶⁹ European Court of Human Rights, *Marckx V. Belgium*, 13 June 1978, vol. 31, Ser. A., 31.

⁷⁰ 关于有关论述，见 M. B. Abram, “Affirmative action; fair shakers and social engineers”，载于 C. McCrudden 所编，*Anti-discrimination Law*, Dartmouth, The International Library of Essays in Law and Legal Theory, 1991, pp. 499-513; S. Eredman, ‘Reversing discrimination’，*The Law Quarterly Review*, 1997, pp 575-600.

87. 然而，虽然机会均等将使每个人处在同一起跑线上，但人们认为这一做法有很大的缺陷。据认为，这一做法误解了歧视的深刻结构。更确切地说，扶持性录用和偏向扶持行动，也称为软性扶持行动，要建立一个摆脱以往或结构性歧视的痕迹的社会秩序，将需要较长的时间。⁷¹ 种族歧视和性别歧视往往既是机构性的，又是个体性的，而且，人们将这一问题误解为意图问题而不是结构问题。这一做法没有充分考虑到种族或性别不利地位所伴随的不断加重的性质，而且在决定是否应当依法进行干预过程中仅注重某项行动，忽视了其他诸多方面。

88. 机会均等做法的批评者认为，目标应当是纠正决策进程的结果。他们认为，基本目标是提高处于不利地位群体的相对地位。这一做法倾向于针对各群体或阶层的相对地位，而不是针对个人。平等不能取决于个人表现。

89. 机会均等做法所持的观点是：人类的才智和技能的分布是不一致的，而结果均等做法则认为，技能和才智的分布是一致的。男子、妇女、白人及少数民族的才智和技能总的来说是相同的。因此，机会均等目标的落实将造成结果均等，就是说，男子、妇女、白人及少数民族将在影响力和权力等方面占据与其在社会中的总实力相称的地位。依据这一推理，这意味着：结果上之所以出现任何重大差异，必然是由于存在因某些做法而造成的某种歧视体系或结构。

90. 与结果均等目标相一致的扶持行动，将意味着采取偏向扶持措施，更具体地说，是采取硬性扶持行动措施，如定额、保留名额、指标等。结果均等目标的实现要求采取必然造成各群体在就业、教育及公共住房等领域按比例占据份额的状况的措施。社会益处将按照种族、性别、族裔背景等加以分配。一些支持者还指出，必须联系经济、社会及文化权利来看待扶持行动，这就意味着国家采取政治行动，此种行动的目的是采取特别措施，以便在某些领域改善社会——法律类别的状况。⁷²

91. 结果均等做法由于采用诸如定额等不受限制和难以管理的方法，因而引起更多的争议。定额做法往往遭到人们的批评，这是因为它使有着类似的享受平

⁷¹ G. Menes, 同前, p. 11.

⁷² E. Vogel-Polsky, “Les actions positives dans la théorie juridique contemporaine”, 详见 B. de Grave 所编, *Positieve actie, positieve discriminatie, voorrangsbepaling voor vrouwen*, Tegenspraak-Cahier 8, Antwerpen, Kluwer, 1990, pp. 75-77.

等待要求的其他易受伤害群体处于不利地位，因为这一做法助长社会群体之间的敌对和怨恨情绪，还因为这一做法未能考虑到个人选择这一根本因素。这就会使依据传统标准本会得到某种社会益处的人被取代或受到排斥。

92. 但是，是否应当要求个人作出牺牲，以便为受益群体某些成员提供补偿？如前所述，逆向歧视是绝对应当加以避免的。正如 McCrudden 指出的，据认为，这一做法未能充分考虑到帮助处于不利地位群体会在多大程度上给第三方造成负担这一问题。第三方也许在以往的不公正做法中是“无辜的”，在受益群体在以往遭受的歧视中也许没有得到任何益处，而且由某些从经济状况来看属于在社会中处于最为不利地位的阶层组成。⁷³

93. 值得指出的是，多数国家开始时实行的都是与机会均等目标相一致的扶持行动方案。然而，迫于政治或社会动机的压力，这一做法逐渐为结果均等所取代。⁷⁴ 这两种目标往往得不到明确区分，而且，立法机构并不明确表示它希望看到哪一种平等目标得到落实。

94. 然而，显然，问题并不仅仅是人们是赞成还是反对为某一群体采取的扶持行动。就扶持行动是得到他人的赞同还是反对而言，努力改善受益群体的状况采用何种方法极为重要。⁷⁵ 最后要说的是：扶持行动计划不能取代除贫计划。此类计划也不能取代禁止歧视的法律，因为此类计划没有为华裔或犹太人少数群体提供任何福利，而这些群体在许多国家遭到歧视，但总的来说并不处于不利地位。⁷⁶

⁷³ 关于围绕机会均等和结果均等问题的正反两个方面的所有论点的概述，见 C. McCrudden, *Anti-discrimination Law*, Dartmouth, the International Library of Essays in Law and Legal Theory, 1991, pp. xvi-xviii.

⁷⁴ 例如，关于扶持行动在澳大利亚的演变情况，见 G. Moens, 同前，pp. 53-74，关于扶持行动在美国的历史，见 D. McWhirter, *The end of affirmative action, where do we go from here?*, New York, Birch Lane Press, 1996.

⁷⁵ T. Sowell, (同前，p. 165)指出，在美国，偏向扶持政策曾不断在民意调查中遭到反对。但是，美国公众却强烈赞同为壮大少数群体力量而免费提供特殊的教育或培训课程。

⁷⁶ 联合国经济及社会资料和政策分析部，《世界社会状况报告》，1997,(E/1997/15)，第八章，第 94 段。

附 件

关于扶持行动措施情况的问题单

1. 有哪些贯彻平等原则和禁止歧视的主要宪法和立法规定？请提供有关规定的副本。
2. 提供关于平等原则和禁止歧视的标志性判决。
3. 是否有关于“扶持行动”和/或所谓“积极”或“反向”歧视方面的宪法、立法和行政性规定？如果有，请提供有关规定的复制件。
4. 根据这些规定或国家案例法，禁止歧视和扶持行动的概念之间的关系是什么？
5. 用实例说明根据这些条款实施的国家扶持行动计划。
6. 这类扶持行动计划针对的是哪些群体(性别、种族、少数民族、土著民族、移民、残疾人、退伍军人等)？
7. 在哪些领域实行扶持行动(教育、就业、住房、交通、选举、培训、任命政治、行政或司法职位、给予合同或助学金、其它)？
8. 实行扶持行动的历史背景？
9. 扶持行动计划宣布的目标是什么？
10. 对这些扶持行动是否实行了任何限制，如何确定这些扶持行动的目标是否实现、何时实现的？
11. 是否对所有群体都平等地实行扶持行动计划，是否给予一类或多类群体不同于其它群体的优惠待遇？如何界定这些特定群体？
12. 是否有关于这类扶持行动计划的国家案例法？如果有，请寄送主要判决的副本？
13. 是否有任何具体的机构、主管机关、委员会、法庭或法院听取关于扶持行动计划实施或运行方面的申诉？
14. 谁有权向这些机构提出申诉和提起诉讼？
15. 如有统计数据，请提供这类数据，说明扶持行动计划的成果，特别是实行这些行动后取得的进步。

注：如对不同群体实行扶持行动计划，请针对每一群体分别作复。

-- -- -- -- --