



经济及社会理事会

Distr.  
GENERAL

E/CN.4/Sub.2/2002/21  
17 June 2002  
CHINESE  
Original: ENGLISH

人权委员会  
增进和保护人权小组委员会  
第五十四届会议  
临时议程项目 5

防止歧视

扶持行动的概念和实际做法

特别报告员马克·博叙伊先生按照小组委员会  
第 1998/5 号决议提交的最后报告

目 录

	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
导 言.....	1 - 4	2
一、扶持行动的概念.....	5 - 15	3
二、扶持行动的依据.....	16 - 39	5
三、国际法中扶持行动的概念.....	40 - 70	10
四、扶持行动的形式.....	71 - 80	18
五、扶持行动措施不得导致歧视.....	81 - 100	21
六、结 论.....	101 - 114	24
 <u>附 件</u>		
特别报告员收到的一些答复的摘录.....		38

## 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 2001/107 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)和进展报告(E/CN.4/Sub.2/2001/15)，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。2001 年 9 月 28 日，发出了一份催复通知。在这方面，特别报告员要向玻利维亚、加拿大、哥伦比亚、塞浦路斯、斐济、格鲁吉亚、希腊、危地马拉、匈牙利、以色列、黎巴嫩、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、瑞士、泰国、特立尼达和多巴哥、坦桑尼亚联合共和国政府以及经济和社会事务部(社会整合处)、联合国贸易和发展会议、联合国人居署、联合国大学、国际劳工局、世界粮食计划署、万国邮政联盟、欧洲共同体欧洲委员会和澳大利亚天主教妇女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。

4. 尽管上述国家和组织作出了令人高度赞赏的贡献，但特别报告员注意到，还有许多国家的政府尚未提供任何资料，而其中一些国家在扶持行动的概念和实施上已经建立了相当细密的宪法、立法或行政框架。特别报告员认为，在此情况下，根据现有的资料编写报告，内容必然是很片面的，不一定能有代表性地反映当前世界采取扶持行动措施的情况。附件载有所收到的一些答复的摘录，其中提供的情况特别有用，可作为对本报告中某些论点的说明。

## 一、扶持行动的概念

5. “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”、“不公正”或“不正当”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，“积极行动”一词相当于“扶持行动”。前一词为联合王国所通常采用在许多其它国家，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。

6. “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”。

7. 扶持行动政策可由属于公营部门和私营部门的不同行为者加以执行，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。

8. 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。

9. 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。<sup>1</sup>

10. 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。<sup>2</sup> 特别是在美国，这种情况引发了一些讨论。<sup>3</sup> 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。<sup>4</sup> 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。<sup>5</sup> 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。

11. 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。

12. 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。<sup>6</sup> 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。

13. 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。<sup>7</sup>

14. 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。在这方面，消除种族歧视委员会关于解释和适用《消除一切形式种族歧视国际公约》第1条第1款和第4款的第八号总建议特别令人关注。<sup>8</sup> 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。

15. 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。<sup>9</sup>

## 二、扶持行动的依据

16. 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。<sup>10</sup>

### A. 处理和消除历史上的不公正现象

17. 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。

18. 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。<sup>11</sup> 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”。<sup>12</sup> 例如，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。

### B. 消除社会/结构性歧视

19. 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。<sup>13</sup>

### C. 确立多样性或比例群体代表形式

20. 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。<sup>14</sup> 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。

21. 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 诉 Odegaard 案*(416 U.S. 312, 1974)。<sup>15</sup> 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。<sup>16</sup>

#### D. 社会效用论点 <sup>17</sup>

22. 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. 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。

24. 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。

25. 然而，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

26. 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。<sup>18</sup>

27. 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。如果他们有工作可做，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”。<sup>19</sup>

## F. 提高社会经济系统的效率

28. 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。<sup>20</sup>

## G. 一种缔造国家的手段

29. 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。



## H. 机会均等还是结果均等

30. 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。

31. 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。<sup>21</sup>

32. 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。

33. 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)。

34. 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。

35. 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。

36. 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等待遇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。

37. 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。<sup>22</sup>

38. 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。<sup>23</sup> 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。

39. 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。<sup>24</sup> 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。<sup>25</sup>

### 三、国际法中扶持行动的概念

40. 在国际法中，扶持行动的概念通常被称为“特殊措施”。印度政府在起草《经济、社会、文化权利国际公约》期间首次提及了这些“特殊措施”。印度建议在第二条案文中纳入一项解释性段落，规定：

“旨在提高在社会和教育方面落后的社会阶层地位的特殊措施不应被解释为本条范围内的区分。或者，委员会不妨在其报告中加入一项说明，使该解释明确无疑。”<sup>26</sup>

41. 印度代表指出，在依然可以在许多不发达国家中找到的特别落后的群体中，不歧视原则的实工作已造成了某些问题。在印度，《宪法》和各项法律为改善这些群体的社会和文化状况提供了特别措施。这种措施对于在由非常多的不同种族组成的社会中实现真正的社会平等至关重要。由于他认为肯定的一点是，公约草案的起草者当初并未打算禁止这些措施，而事实上这些都是保护性措施，因此他认为至关重要的是使人们明确认识到这些保护性措施不可被解释为该段意义内的歧视性措施。尽管他的提案受到了另一些代表的明确支持，但仍然被撤回。然而人们认为，“对付印度代表所感受到的难题的最好办法是在委员会记录中纳入一项解释性说明，而不是在公约草案中加入额外的一段”。<sup>27</sup>

42. 按照 Craven 的说法，《经济、社会、文化权利国际公约》并未设想一种绝对平等化的结果，也就是说向社会的全体成员实现平等地分配物质利益。但《公约》的确承认一个平等化的进程，在这一进程中，社会资源得到重新分配，按照机会平等的思想，满足社会每个成员的基本权利。<sup>28</sup> 经济、社会、文化权利委员会在其第一项一般性意见中指出，实现《公约》权利的第一步是查明人口中处于不利地位的阶层，这应成为旨在确保充分实现其权利的国家积极行动的重点。<sup>29</sup>

43. 机会平等的思想具体见于《公约》第七条丙款和第十三条第二款丙项中。特别是第七条丙款规定了在实现机会平等时的合法考虑只能是资历和能力。Craven 认为，国家显然有义务消除可能在法律上和事实上存在的妨碍提级的所有其他因素。尤其是，这可能要求采取积极措施，促进在高级管理职位中任职人数不足的社会群体的机会。第十三条第二款丙项规定，应根据能力使所有的人有接受高等教育的平等机会。《公约》第十条第二款和第三款确认可为社会某些群体采取积极措施，该两款规定了给予产前和前后的母亲以及儿童的特殊保护措施，特别是在工作场所的特殊保护措施。

44. 然而 Craven 又补充说，所有的条文显然已排除了在就业提级和接受高等教育方面实行配额的可能性。这些条款禁止以资历、能力和才能以外的理由给予有利的照顾。

45. 经济、社会、文化权利委员会的一般性意见同样令人特别感兴趣。一般性意见 5 包括了“残疾”作为证明特殊待遇为正当的理由。或许是由于缺乏认识，《经济、社会、文化权利国际公约》中没有明确的有关残疾的条款，但在其一般性意见中，委员会明确指出：

“《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。针对这一极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和在社会中享有与其他人平等的地位的目标。这几乎必然意味着需为此提供更多的资源，需采取各种各样的专门措施。”<sup>30</sup>

46. 一般性意见 13 认为，旨在使男女和处境不利的群体实现事实上的平等的各项暂时性特殊措施并不违反在教育上不受歧视的权利，只要是这种措施不导致为不同的群体维持不平等的或分别的标准，而且在采取这些措施的目标达到之后不再继续予以实行。因此，在某些情况下，为某些群体分别设立的教育制度或机构不算违反《公约》。<sup>31</sup>

47. 在大会第三委员会讨论《公民权利和政治权利国际公约》的非歧视条款时，印度代表再次提出了他的观点，并建议《公民权利和政治权利国际公约》第二条第一款之后应加上一项解释性段落如下：“旨在提高在社会和教育方面落后的任何社会阶层地位的特殊措施不应被解释为本条下的区分。”

48. 他指出，由于过去的待遇或历史条件，某一部分的人民只是在某一段期间获得更大程度的特权和保护，以便增进这些人的权利，重新确立他们的平等，并重新创造各种条件，从而不再需要提供这种特权和保护，使人人享有平等的机会。如果委员会不赞成在《公约》草案中加入该段，则应在委员会的报告中纳入一段类似的内容。委员会再次赞同印度代表提出的观点，并指出该项解释无人反对，应在报告中特别提及。<sup>32</sup> 对第二十六条也持有同样的观点。<sup>33</sup>

49. 在其对于《公民权利和政治权利国际公约》中作为一般性非歧视条款的第二十六条的一般性意见中，人权事务委员会指出

“平等原则有时要求缔约国采取积极行动，以减少或消除会引起本公约所禁止的歧视或使其持续下去的条件。例如，如果一国中某一部分人口的普遍状况阻碍或损害他们对人权的享受，国家应采取具体行动纠正这种状况。这种行动可包括在一般时间内给予有关部分人口在具体事务上某些比其他人口优惠的待遇。但是，只要这种行动是纠正事实上的歧视所必要的，就是本公约下的合法差别待遇。”<sup>34</sup>

50. 人权事务委员会的作法确认了它对于扶持行动的观点。在 *Stalla Costa* 诉乌拉圭的案件中，撰文人对一种优惠待遇提出了控诉，这种优惠待遇关系到使那些先前基于意识形态、政治或工会的原因而被不公平地撤消职务的前政府官员恢复其政府职务。撰文人控诉说，这种优惠待遇不公平地损害了他本身取得政府职务工作的机会。这一指控的歧视被裁定为有利于以前处于不利地位的群体的许可的扶持行动。委员会认为，给予这种优惠待遇的法令是对那些以前因违反第二十六条的规定而遭受损害的人的“补救办法”。<sup>35</sup>

51. 在 *Ballantyne、Davidson 和 McIntyre* 诉加拿大的案件中，委员会裁定，没有必要为了保护加拿大境内说法语的群体易受伤害的地位而禁止以英语进行商业广告。这种保护可以用其他方式实现，而那些方式不会妨碍从事诸如贸易等领域工作的人以他们选定的语言进行表达的自由。<sup>36</sup> 因此，在该案件中提供的扶持行动被裁定为太过分，与其目的不相称。

52. 可根据人权两公约得出下列推论。在起草《经济、社会、文化权利国际公约》和《公民权利和政治权利国际公约》期间，普遍接受的观点是，禁止歧视和区分，就其各自本身而言，并未排除正在采取的有利于处境不利群体的各种积极措施。普遍同意的观点是，这种禁止仅仅针对缺乏任何客观或合理基础的不利的区分。此外，也获得广泛接受的观点是，平等不意味着待遇等同，而且在有些情况下，法律在个人或群体之间作出区分是被证明为合理的。

53. 因此，按照 *Thornberry* 的说法，可得出的结论是扶持行动的概念并不违反人权两公约的法律。<sup>37</sup> 同样，*Vijapur* 认为，国际人权法中的不歧视原则显然意指对一些个人和群体的补偿性不等同待遇，这些个人和群体与多数人的区别不

在于他们的国籍、语言或宗教，而仅仅在于他们在社会和经济方面的落后性。他在人权文书纳入特别保护条款中找到了对他结论的支持。<sup>38</sup> 但应强调的是，该人权两项公约没有一项明确承认扶持行动的任何强制性性质。<sup>39</sup> 而且由于这一问题的复杂性，没有规定扶持行动的形式，也没有规定必须在何种情况下采取此种行动。

54. 国际劳工组织(劳工组织)是在使用主要是促进性的公约来实现确定的目标和政策方面的先驱。劳工组织还提出了应实现的标准，其依据是纳入《劳工组织章程》中的同工同酬的原则，以及在费城举行的国际劳工大会通过的《1944 年关于劳工组织目标和目的的宣言》中宣布的不分种族、信仰或性别人人平等的原则。

55. 主要针对种族歧视但也适用于其他形式歧视的劳工组织 1958 年《(就业和职业)歧视公约》(第 111 号公约)责成每一个成员国保证采用一项旨在在就业和职业方面促进平等机会和待遇的国家政策，以期消除任何歧视，制定为此目的的立法，并争取雇员和工人组织及其他有关机构的合作(第 2 和第 3 条)。第 5 条是最早在国际条约中明确允许采用旨在满足一些人特别要求的“特殊的保护或援助措施”的条文之一，这些人基于诸如性别、年龄、残疾、家庭责任或社会或文化状况而普遍被承认为需要得到特殊的保护或援助。明确指出的是，这些特殊措施不构成歧视。

56. 1960 年，在教科文组织的框架内通过了一项有关教育领域的类似的公约。教科文组织的《取缔教育歧视公约》在其第一条中特别将设立或维持分开的教育制度列为一种歧视行为。然而，第二条对这种禁止作了限定。该条允许：(一) 为男女学生在相等的基础上设立分开的教育制度；为因宗教或语言的理由设立分开的教育制度，以提供与学生的父母或法定监护人的愿望相符合的教育，但这必须可任意选择，而且提供的教育应符合某些标准；(二) 设立或维持私立学校，但这些学校的目的不在于排除任何群体，而在于在某些条件下在公共当局所提供的教育设施之外提供另外的教育设施。这一条并不是指特殊措施，而只是确定分开的教育制度在什么时候不会被视作构成歧视。此外，该条并未明确地为特殊公立学校作出规定。

57. 该公约第五条涉及少数民族成员有权进行他们自己的教育活动，例如教授他们自己的语言，但行使这一权利的方式不得妨碍这些少数民族的成员了解整个社会的文化和语言以及参加这个社会的活动，也不得损害国家主权。这种教育的标准不得低于一般标准，而是否到这种学校就读应可自由选择。缔约国必须保证采取一切必要措施确保实施这一权利，但没有提出国家必须向这一群体提供财政或其他援助。Thornberry 把这种情况称为消极的而不是积极的自由。<sup>40</sup> 准备工作文件也表明，旨在满足处境特别的人诸如后进儿童、盲人、移民和文盲等人特殊需要的各种特殊措施并非是“没有正当理由”优惠办法，而是将丧失权利的人提升到真正平等的水平。<sup>41</sup>

58. 1966 年通过的《消除一切形式种族歧视国际公约》第一条第四款涉及为确保某些种族或民族群体或个人同等享受或行使人权及基本自由而采取的有利于他们的措施：

“专为使若干须予必要保留的种族或民族团体或个人获得充分进展而采取的特别措施以期确保此等团体或个人同等享受或行使人权及基本自由者，不得视为种族歧视，但此等措施的后果须不致在不同种族团体间保持各别行使的权利，且此等措施不得于所定目的达成后继续实行。”

59. 该款应与《公约》第二条第二款相联系，后者规定缔约国有义务采取特别措施，确保属于该国的若干种族群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受人权以及基本自由，但此等措施于所定目的达成后，不得予以维持。

60. 这两条均源于 1963 年通过的《联合国消除一切形式种族歧视宣言》第二条第三款。该《公约》两次涉及同一问题的理由是，虽然第一条为歧视下了定义，其第四款又谈及实行不同的待遇不应被视为歧视的情况，但第二条关系到该《公约》对缔约国规定的义务；两者都强调特别措施的临时性质，而这些特别措施是由于当时存在的种族隔离制度所造成的一种反应。在对关于特别措施的该款的辩论中，一些代表关切的是，热切希望使某些群体与其他部分人口的分离长期存在下去并为殖民主义辩解的政府，可能利用特别措施作为一种武器。然而已明确的是，其目标不应是强调不同种族群体之间的区分，而应该是确保属于此种群体的人可融入社会，以实现所有公民平等发展的目标。<sup>42</sup>

61. 1968 年举行的消除一切形式种族主义研讨会对保留专用和配额的合法性进行了一场重要的讨论。一种意见认为，保留专用和配额是为歧视受害者在法律上和事实上促进平等的根本手段，但另一些人认为，更可取的是使后进群体得到特殊的设施，使他们能达到普遍的价值标准。<sup>43</sup>

62. 教科文组织 1978 年的《种族与种族偏见问题宣言》尽管只是一项宣言，但其重要性不能低估，因为它是以鼓掌方式一致通过的，所以受到广泛的支持。它被认为已成为国际人权法的组成部分，是一种处理保护文化和人群特性以及多样性价值的全面的国际文书。该《宣言》第 1 条指出，所有的个人和群体都有权与众不同，将自己看成与众不同并被视为与众不同。然而，与众不同的权利不应成为种族偏见的借口，也不应为歧视作法进行辩解，不应为种族隔离政策提供理由。第 9 条第 2 款要求采取特别措施，必要时确保个人和群体有尊严的平等和权利，同时确保这些措施不至显示出具有种族歧视性。该条未提及“充分的进展”作为特别措施的一个目标，这使该《宣言》较少地具有家长式强加于人的性质，而是表现出对不同群体的充分尊重。

63. 该条又指出，应特别重视促进在社会或经济方面处境不利的种族或民族群体，在完全平等的基础上以及毫无歧视或限制的情况下，向他们提供法律和规章的保护和已生效的社会措施的益处，尤其是在住房、就业和保健方面，并特别通过教育促进提高他们的社会和职业地位。<sup>44</sup>

64. 1979 年的《消除对妇女一切形式歧视公约》在人权两公约第三条中已有先例：

“本公约缔约各国承担保证男子和妇女在本盟约所载一切经济、社会及文化[公民和政治]权利方面享有平等的权利。”

65. 许多代表认为，该条仅仅是复述了《公民权利和政治权利国际公约》和《经济、社会、文化权利国际公约》第二条以及《公民权利和政治权利国际公约》第二十六条中的一般性非歧视条款。然而有人指出，第三条不仅指出了平等原则，而且责成国家将平等变成有效的现实。<sup>45</sup> 因此，人权事务委员会在其第 4 号一般性意见中认为，第三条与第二条第一款及第二十六条相似之处，是它们主要是讨论防止以性别为其中之一的若干理由的歧视，但第三条不仅要求采取保护



措施，还要求采取旨在确保积极享受权利的扶持行动。这是不能仅靠制定法律就能做到的。<sup>46</sup>

66. 1975年，国际劳工组织通过了《女工机会和待遇平等宣言》。<sup>47</sup> 其中第2条第2款指出，过渡期间实行的旨在于实现男女平等的积极性特别待遇不应被视为歧视。<sup>48</sup> 本着同样的精神，教科文组织于1979年决定，鉴于女童和妇女遇到的障碍，为保障教育和培训机会的“完全平等”，需要为女童和妇女实施特别计划，以便使她们能够减少和最终消除差距。<sup>49</sup>

67. 在起草《消除对妇女一切形式歧视公约》时，也讨论了特别措施问题。会议强调，为了实现事实上的平等而为妇女创造临时性条件不应被视为歧视。第四条明确规定：

“1. 缔约各国为加速实现男女事实上的平等而采取的暂行特别措施，不得视为本公约所指的歧视，亦不得因此导致维持不平等的标准或另立标准；这些措施应在男女机会和待遇平等的目的达到之后，停止采用。

2. 缔约各国为保护母性而采取的特别措施，包括本公约所列各项措施，不得视为歧视。”

68. 从法国和联合王国提出的意见可以看出该条有争议。两国认为，《公约》不应该要求政府实行“反向歧视”，也就是“有利于妇女的歧视”，因为除了某些精心划定的情况外，这样做会永久地偏离平等地位和平等机会的目标，也不符合妇女本身的长期利益。另一方面，《公约》应该允许但不要求在特别领域采取临时性扶持行动措施，以便在有必要消除不利的历史联系的情况下，均衡妇女的机会。各国承认，虽然这种措施似乎是歧视性的，但有必要藉此纠正妇女在过去因性别而受到的不公正待遇。但是必须强调这类措施应该视为临时措施，从长远看是没有必要的。<sup>50</sup>

69. 在一些国家看来，关于产假的特别保护措施也有问题。它们认为，人的身体构成不是性别问题，而是男女共有的特征。而且，在起草《公约》时，对于是强调男女平等问题还是强调消除对妇女的歧视问题并没有达成共识。

70. 消除对妇女一切形式歧视委员会在关于政治和公共生活的第23号一般性建议中对临时特别措施作了如下论述：

“虽然移除法律上的障碍是必要的，但这是不够的。未实现妇女的充分、平等参与可能不是存心的，是古旧过时的惯例和程序的结果，这些惯例和程序无心之中提升了男子。《公约》第 4 条鼓励采取暂行特别措施，以便充分实施第 7 和第 8 条，拟订有效暂行战略以实现平等参与的国家，已实施一系列措施，包括吸收、在财务上援助和训练女性候选人，修改选举程序，开展促进平等参与的竞选活动，规定数字指标和保障名额，有针对性地任命妇女担任在各个社会的日常生活中起重要作用的司法或其他职业团体公职。正式排除障碍，采取暂行特别措施鼓励男女平等参与社会公共生活，是在政治生活中实现真正平等的必要前提。但是要想克服多少个世纪以来男性在公共领域所占的支配地位，妇女还需要得到社会各界的鼓励和支持，以实现充分、有效的参与。这种鼓励措施必须由各缔约国以及各政党和政府官员领导。缔约国有义务确保暂行特别措施明确用来支持平等原则，因此也符合保障全体公民人人平等的宪法原则。”<sup>51</sup>

#### 四、扶持行动的形式

71. 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情况而制订的一系列政策加以证明。<sup>52</sup> 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。只要“扶持行动”采取的是“鼓励性扶持做法”或“公正扶持做法”的形式，这种特殊措施就不会引起争议，采取“偏向扶持做法”形式的措施的情况则相反。

##### A. 鼓励性扶持做法或公正扶持做法

72. 在下列情况下，特殊措施可称为“鼓励性扶持做法”：通过扶持性录用，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。<sup>53</sup> 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。<sup>54</sup> 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。

73. 在下列情况下，特殊措施可称为“公正扶持做法”：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”。

74. 鼓励性扶持做法和公正扶持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，扶持性录用和公正扶持做法还受到人们的欢迎和接受。

## B. 偏向扶持做法

75. 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。

76. 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。

77. 其次，这些措施还可能包括其他一些较为激进的措施，<sup>55</sup> 诸如不允许未被指定的群体成员申请得到有关机会。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“各民族拉平”。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效益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。<sup>56</sup>

78. 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。<sup>57</sup>

79. 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。<sup>58</sup> 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。歧视是通过对社会效益进行配给而发生的，这将意味着，就享受这些现在有限的社会效益而言，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 B 群体成员的福利而使 A 群体成员受到伤害。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、劳工和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。

80. 1997 年《世界社会状况报告》认为，一些政府在事先未达成协商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。<sup>59</sup>

## 五、扶持行动措施不得导致歧视

81. 评估扶持行动措施时，应该特别注意这些措施与非歧视原则的关系。非歧视原则是从另一侧面看待平等原则，它是最基本的人权或者说是最基本的人权之一。1948年《世界人权宣言》庄严地申明了平等原则，其中指出：“人生而自由，在尊严和权利上一律平等。”《联合国宪章》第1条规定，联合国的宗旨之一是“促进国际合作，……且不分种族、性别、语言或宗教，促进并激励对于全体人类之人权及基本自由之尊重。”区域性国际组织，如欧洲委员会、美洲国家组织和非洲统一组织的所有人权文书都载有类似条款。

82. 不歧视原则主要是为了消除缺少理由的不平等而使用的一种法律策略，它所依据的思想是国家不应该任意地使一个人合法地处于不利的地位。<sup>60</sup> 在所有国际文书中，都可找到关于禁止歧视的论述。

83. 不歧视和扶持行动如果不加以仔细界定，两者可能相互冲突。不歧视原则是在社会的决策进程中消除种族、性别、民族等因素，而扶持行动则是在考虑这些因素的基础上确保充分和实质性平等。<sup>61</sup> 不过，扶持行动实现平等有时使用极端措施，进而违反非歧视性原则。因此，必须认真地控制扶持行动政策，不允许它破坏非歧视原则。为理解扶持行动何时成为歧视，最好认真查阅载有不歧视原则的几项国际文书的“准备工作文件”。

84. 在拟订《世界人权宣言》第七条不歧视条款时，联合国人权委员会主席 Eleanore Roosevelt 女士说，平等不意味着在所有事务中男女的待遇等同，因为有时实行不同待遇是必须的。这是明确地申明不仅应该从法规意义上而且应该从正式涵义上理解“平等”一词。<sup>62</sup>

85. 国际人权文书的不歧视条款的英文本中可互换地使用“distinction”和“discrimination”来表达同一概念，这种含糊用法造成很大的混乱。<sup>63</sup> 例如，人权两公约第二条中的用法不一致：《经济、社会、文化权利国际公约》保证“本公

约所宣布的权利应予普遍行使，而不得有……任何区别(without discrimination)；”而《公民权利和政治权利国际公约》保证“本公约……所承认的权利，不分……任何区别(without distinction)。

86. 《欧洲人权公约》第 14 条的英文本规定：“应确保人们享受本公约所宣布的权利和自由，不因性别、种族、肤色、语言、宗教、政治或其它见解、国籍或社会出身、与少数民族的联系、财产、出身或其它地位而有任何区别(discrimination)”，而法文本则使用了“distinction”一词。

87. 普遍承认，无论使用哪个词，起草者都希望人权两公约和欧洲公约具有同样的保护水平。这两个词显然都排除被理解为“任意的”或“不公正的区别(distinction)”的“歧视(discrimination)”。

88. 不是所有的区别都为非法的概念，在起草《经济、社会、文化权利国际公约》第二条第二款时起到了十分重要的作用。当时阿根廷、意大利和墨西哥提出用“distinction”替代“discrimination”的修正案，获得绝大多数国家赞同。<sup>64</sup>据称目的是确认，实行某些区别对促进某些落后和贫穷阶层人口的地位是合理的。

89. 同样，人权事务委员会在关于《公民权利和政治权利国际公约》第二十六条普遍不歧视原则的一般性评论中说，“平等地享受权利和自由不意味着在任何时候都实行等同的待遇”，“不是所有待遇上的差别都构成歧视。”<sup>65</sup>

90. 同样，欧洲人权法院在关于“比利时语言案”中裁定：

“尽管法文文本用了非常笼统的措词(“sans distinction aucune”(无任何区别))，但第 14 条不禁止在行使公认的权利和自由时有待遇上的差别。对此而言，读法文本时应参照限制性较大的英文本(‘without discrimination’)”。<sup>66</sup>

91. 小组委员会特别报告员在所进行的一些研究中进一步阐明了不歧视的概念。<sup>67</sup> 现代法律原理提出了以下结论：

(a) 现今，人们普遍认为“歧视”(discrimination)一词无法指待遇上的任意的和非法的差别。<sup>68</sup> 而“区别”(distinction)则是一个中性词，在尚未确定差别待遇合理与否时使用，“差别”(differentiation)则是指被认为是合法的待遇差别；<sup>69</sup>

(b) 所以，不是每一种差别待遇都受禁止，只有造成歧视的待遇才是受禁止的。这就提出了差别待遇何时不能被接受或区别何时合理的问题。<sup>70</sup>

92. 国际法院和著作者共同寻求能够确定某种待遇差别是否违反不歧视原则的标准。

93. 在西南非洲案中，Tanaka 法官申明，如果平等作为一种原则，差别待遇作为一种例外，那么提出差别待遇的人则必须证明差别待遇存在的道理和理由；说明道理和理由时，不能任意为之，而是要符合法律。<sup>71</sup>

94. 在比利时语言案中，欧洲法院按照可从大多数民主国家法律实践中提取的以下原则裁定：

“如果区别没有客观和合理的理由，便违反平等原则。必须参照拟议措施的目标和效果评估是否存在这类理由，评估时应考虑到民主社会通行的法律原则。行使《公约》所载权利时实行差别待遇不仅应该谋求合法目标：如果证明所使用的方法与谋求实现的目标之间没有合理的相称关系，那么所涉区别待遇也违反第十四条。”<sup>72</sup>

95. 后来的许多案件都一再适用了这些原则。<sup>73</sup>

96. 联合国人权事务委员会遵照欧洲人权法院的观点阐述自己的立场，在其各项看法和第 18 号一般性评论中宣布：

“并非所有差别待遇都是歧视，只要这种差别的标准是合理和客观的，并且是为达到根据《公约》视为合法的目的。”<sup>74</sup>

97. 一些作者还分析了歧视的不同组成部分。<sup>75</sup> 其中之一是差别所基于的理由。一般性人权文书列举的禁止歧视理由并不是详尽无遗的。这显然是从《联合国宪章》所列的四大理由(种族、语言、宗教和性别)扩展而来，扩充到《世界人权宣言》和人权两公约中的 12 种理由，以及《欧洲人权公约》中的 13 种理由，并在列出这些理由之前还使用了“诸如”一语。

98. 所以，基于另一理由的区分可能是任意性的，基于已列出理由的某些区分也不一定不合法。不过，区分所基于的理由对确定该区分任意与否十分重要。不过起决定性作用的不是理由，而是该理由与享受差别待遇的权利之间的关系或联系。也就是说，权利与理由之间需要具有“充分的联系”，换句话说，理由应

该与某项享受差别待遇的权利“有关”。有关立法谋求的一般目标或目的不起决定作用，起决定作用的是某项理由与某项权利是否有关。如果差别基于的理由被认为与有关权利无关，那么法律为实现某项完全正当的目标而实行的差别便可能是歧视性的。

99. 将“无关”的概念改为“任意”，不仅仅是用一词字替代另一个词。不同之处在于评价“区分”非法性的程度。如果这种程度相对于立法的总体目标和目的而存在，那么评估就纯属政治性，对司法判决不适当。然而，总的来说，一项法律规则不一定因为谋求合法的目标而合法。法律作为一种实现某些目标的方法，要尊重某些固有的要求。这里最基本的是平等原则，即禁止实行基于与某项权利或自由无关的理由的区分。

100. 通过评估理由与有关权利或自由之间的联系来评价理由的相关性，需要进行价值判断，而价值判断可能受政治因素的影响，所以理由评估是一项需要智慧的行动。以前确定(差别所基于的)理由与(享受差别待遇的)权利，都将政治因素减少到最低限度，保持评价的明智性。这一作法在评价“扶持行动”政策框架内的差别时基本上不应该有什么不同。

## 六、结 论

101. 毫无疑问，由于以往曾长期实施对某些人口群体一贯加以歧视的政策，也许有理由——在某些情况下甚至也许有必要——采取特殊措施，以消除这种不利地位对这些群体的成员仍然产生的后遗症。这类特殊措施的适当名称是“扶持行动”或“积极行动”。

102. 形形色色的措施都被称为扶持行动措施。实际上，作为扶持行动的措施可具有十分不同的形式。只要这类措施采取的是“鼓励性扶持”或“公正扶持”的形式，就不会引起争议：前者是指通过扶持性录用，使受益群体得到极大鼓励，意识得到极大增强，从而提出工作申请；后者是指进行十分细致的审查，以确保受益群体的成员在工作分配方面受到公正待遇。如果这类措施采取的是“偏向扶持”的形式，问题就比较复杂了。然而，只要受益群体的成员具有与不属于该群体的其他人同等的资格条件，即使是偏向扶持措施也不会引起反对。



103. 在人权问题上，采取偏向做法的理由必须与所涉权利相关，这种做法才属于正当。例如，在就业和教育问题上，主要的标准是能力。一个经典的例子就是乐团雇用小提琴手。决定性的标准必须是候选人拉小提琴的能力。候选人肤色、性别、宗教信仰、语言或政治倾向的考虑与此毫不相关。只有候选人拉小提琴的能力才应作为决定因素。为了防止甄选人员受到不相关因素的影响，甚至可在拉上的帷幕后进行小提琴比试。如果某人需要动手术才能活命，则病人在乎的是外科医生的手术能力，所有其他因素最多只起十分次要的作用。

104. 然而，在某些问题上，能力以外的因素也可能相关，从而可能被考虑到。一些标准与某些问题相关，而与其他问题不相关。尤其是在公共部门，能力以外的标准，例如组成特定社会的不同群体的代表性比例，有可能被认为相关。在政治领域，政府成员的任命取决于他们能否得到构成议会多数的政治团体的信任。决定因素是“代表性”。在多元社会中，特定群体的代表性也许最好合乎比例。有些情况下，根据在政治权力的行使上被认为特别相关的标准，选民的态度甚至可能并不一致。有时在较大的公共生活领域，包括公务员、军队、警察、司法等部门，甚至也有可能考虑到这些标准。

105. 对于这些标准可能在多大程度上被考虑到，无法一概而论。这取决于采取有关措施的社会的具体情况。在这方面，必须顾及社会所特有的不同历史、文化、社会、经济及其他因素。法官——行政法官、法院法官乃至宪法法官或国际法官——的一个正当职责就是在每个具体案件中核实有关的规则或其实施是否符合禁止歧视和法律面前人人平等的原则。

106. 在“偏向扶持”的情况下<sup>76</sup>，应特别注意所采取的措施的“暂时”性。虽然这一点普遍受到认可，但大多数这类措施均为“无限期”、“无时限”或“时限不定”，法律中未订明截止日期。此外，就算订明了截止日期，“偏向扶持”办法也有可能未经审查而予以延长。在论证这类措施的必要性时，往往没有先考虑不具争议性的扶持行动形式（“鼓励性扶持做法”或“公正扶持做法”），也没有探讨过这类措施的分寸。在评估措施的必要性时，应充分权衡其利与弊，一方面核实其是否实现了预期的目标，另一方面注意因该措施而受不利影响的人的受损害程度。直接受该措施影响的人应当能够参与评估该措施。中心的问题

是：实现一项社会目标的代价是否有可能根据过失的继承而转嫁给某些个人而不是整个社会。

107. 很明显的一点是，任何偏向先前处于不利地位的群体成员的措施，都不应仅仅以采取该措施的动机作为其理由，无论这一动机有多正当。每个人都有权享受基本权利和自由，任何人在享受其基本权利和自由上都不得受到歧视，无论所采取的差别措施想要实现何种目的。歧视效应的有无，取决于为实现特定目标而采取的特定措施的性质，而不取决于目标本身。

108. 如果能够以扶持行动为理由而实行任何差别措施的话，禁止歧视就成了不具任何规范作用的原则。如果冠上扶持行动的名称，就可根据某项与所涉权利或自由不相关的标准而采取措施从而使某些人的权利、自由或保障清楚明显地被剥夺的话，则平等和不歧视原则就会失去意义，而这项原则恰恰是适用于一切权利、自由和保障的最基本人权原则。良好的用意或正当的目标不足以作为根据任何标准以任何方式采取任何差别措施的理由。一个群体的成员先前曾受到某种措施之害，不足以作为理由而采取完全相同的措施使其成员现在受惠。一种不公正，不能用另一种不公正来弥补。一项歧视性措施，不会因为过去受害者的子孙换成过去压迫者的子孙，就成为合法和符合保护人权及基本自由的要求。

109. 一国家当局将它所采取的一项措施定为扶持行动政策措施，不表示该措施有其正当理由。禁止歧视的原则也适用于被国家当局定为扶持行动的措施。国家当局需设法制定扶持行动措施来协助先前受歧视群体的成员克服过去的歧视政策的残留影响。一般而言，国家当局应采取措施协助他们取得与过去受惠群体的成员相同的资格。应通过扶持行动措施协助前者取得所要求的资格，而不是降低这些资格来迁就他们。应致力于提高受益群体的能力，而不是根据与具体问题无关的标准而规定不同的要求。

110. 如果社会中某些群体的成员仍然受到过去歧视性做法的不利影响，则国家应当实行某种扶持行动政策。但这并不表示，国家在扶持行动的名目下无论采取什么样的措施，都与它的人权方面义务相符合。国家可协助这类群体的成员克服障碍，但在这样做时，不得侵犯不属于这类群体的人的基本权利和自由。

111. 某类人口的经济或社会条件落后，不意味着为了改善他们的实际状况而针对这一群体实行的任何差别待遇都是正当的，即使实行差别待遇的理由与某项

权利无关。有些人口虽然曾经处于不利地位，但现在不需要特别社会照顾，则不应该给予他们社会照顾；反之，有些人虽然以前享受比较好的社会条件，现在却需要特别社会照顾，则将他们拒之门外就不合理。

112. 扶持行动措施应该侧重于满足它希望照顾的人口阶层的特定需要，而不是依据该阶层与其他人口的区别和与有关权利无关的因素来限制该措施的利益。有关政策能否使目标阶层受惠而又不侵犯其他阶层的权利，包括不侵犯无歧视地享有法律平等保护的權利，在于这些措施的选择、时机和地点。任何时候都不得以帮助处于特别不利地位的群体克服以前歧视性做法的后果为由来剥夺他人的基本权利。<sup>77</sup>

113. 扶持行动政策只有在不违反不歧视原则的情况下才是正当的。这表示，在采取差别做法的情况下，要判定这种差别做法是否构成歧视，应充分考虑到采取这种做法的理由。然而，理由本身并不是决定因素，理由与所涉权利之间的关系才是决定因素。权利与理由之间必须有充分的关联。理由必须被认为与差别做法所依据的特定权利相关。目的或目标本身不是决定因素。由司法部门来评估差别做法是否属于任意行为，则比纯政治层面的评估更进一步。因此，为确保充分平等而采取的扶持行动并不一定就是正当的。不能仅仅由于差别做法的目的是改善处于不利地位的个人或群体的处境，就有理由以扶持行动为名而根据任何标准针对任何权利采取任何差别做法。扶持行动必须符合不歧视原则。其实，正是不歧视原则为每种扶持行动规定了界限。

114. 本报告并没有为扶持行动措施的评估提出任何简易的标准。平等和不歧视原则本身就已是引起很大争议的复杂概念。扶持行动的概念则更为复杂，其实际做法尚未演进到足以对其界限达成共同理解的程度。从概念的含混特别是从各国政府为实行扶持行动政策而采取的形形色色措施来看，这个问题是很困难的。本报告的唯一目的是使人们认识到这个问题的复杂性。如果本报告能激发人们进一步研究和思考这个问题，则对于促进人人不受任何歧视地享受人权和自由，本报告也就可以说作出了有用的贡献了。

## 注

<sup>1</sup> 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。

<sup>2</sup> G. Moens, *Affirmative action, the new discrimination*, Sydney, The Centre for Independent Studies, 1985, pp. 81-82。

<sup>3</sup> L. Newton, “Reverse discrimination as unjustified”, *International Journal of Ethics*, 1973, vol. 83, pp.311-312。

<sup>4</sup> 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。

<sup>5</sup> N. Glazer, *Affirmative discrimination: Ethnic Inequality and Policy*, New York, Basic Books Inc. Publishers, 1978, pp.198-200。

<sup>6</sup> G. Moens, 同前, pp.82-83, 引述 T. Sowell(*Preferential Policies, an International Perspective*), New York, William Morrow and Cy Inc.)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。”

<sup>7</sup> 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, “Positieve discriminatie en identiteitpolitiek in India: grenzen aan sociale constructies,” *Tijdschrift voor beleid, politiek en maatschappij*, 199, No.4, p. 268。

<sup>8</sup> 见 HRI/Gen/1/Rev.1(1994), 第三部分。

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> 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.

<sup>11</sup> 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.

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> 详见 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.

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,

Communcation Mo. 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, 第三部分, 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)。

<sup>14</sup> 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。

<sup>15</sup> 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。

<sup>16</sup> 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, 5<sup>th</sup> 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 4<sup>th</sup> 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。

<sup>17</sup> 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。

<sup>18</sup> 见 M. O. Chibundu, “Affirmative action and international law”, *Law in Context*, 1999, 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)。

<sup>19</sup> 引文见 J. D. Skrentny, *The Ironies of Affirmative Action*, Chicago, The University of Chicago Press, 1996, p.113。

<sup>20</sup> 见 P. A. Samuelson, *Economics*, New York, McGraw-Hill Book Company, 1970, pp.780-794.

<sup>21</sup> 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.

<sup>22</sup> 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.

<sup>23</sup> 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.

<sup>24</sup> 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。

<sup>25</sup> 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。

<sup>26</sup> 联合国文件 A/C.3/SR.1182, 第 17 段。

<sup>27</sup> 联合国文件 A/C.3/SR.1183, 第 12 和第 29 段。

<sup>28</sup> M. Craven, 《经济、社会、文化权利国际公约, 对其发展的看法》, Oxford, Clarendon Press, 1995 年, 第 158 页。

<sup>29</sup> 经济、社会、文化权利委员会, 一般性意见 1, 第 3 段, 载于 HRI/GEN/Rev.4 (2000)。

<sup>30</sup> 同上, 一般性意见 5, 第 9 段。

<sup>31</sup> 同上, 一般性意见 13, 第 32 至第 33 段。

<sup>32</sup> 联合国文件 A/C.3/SR.1257, 第 18 段; A/C.3/SR.1258 第 18 段、38 段、45 段、47 段(UAR); A/C.3/SR.1259 第 33 段。见 M. Bossuyt, *Guide to the “Travaux Préparatoires” of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1987 年, 第 55 页。

<sup>33</sup> 联合国文件 E/CN.4/SR.122, 第 8 和第 11 页。

<sup>34</sup> 人权事务委员会, 一般性意见 18, 第 10 段, 载于 HRI/GEN/1/Rev.4 (2000)。

<sup>35</sup> 第 198/1985 号来文, 载于《人权事务委员会根据任择议定书作出的决定选编》, 第二卷(联合国出版物, 出售品编号 E.89.XIV.1)。

<sup>36</sup> 第 385/1989 号来文, 载于《联合国正式记录, 第四十八届, 补编第 40 号 (A/48/40), 第二卷, 附件十二, P 节。

<sup>37</sup> P. Thornberry, *International Law and the Rights of Minorities*, Oxford, Clarendon Press, 1991 年, 第 284 页。在提及其中未载有对扶持行动措施合法性的明确说明的《消除一切形式种族歧视国际公约》第一条第四款和《消除对妇女一切形式歧视公约》第四条第 1 款时, 他指出两项《公约》中的一种相反的解释表现出“特别缺乏协调一致”。

<sup>38</sup> A. P. Vijapur, “The principle of non-discrimination in international human rights law: the meaning and scope of the concept”, *India Quarterly, A journal of international affairs*, 1993 年, 第 91 页。

<sup>39</sup> 在认识到这一点的同时, M. Craven (见前注 3, 第 186 页) 认为, 尽管经济、社会、文化权利委员会通过要求国家集中精力处理社会中易受伤害和条件不利的群体的处境而不言明地承认了一种义务, 但理想的作法是应该在今后一项一般性意见中明确这一事项。

<sup>40</sup> Thornberry 又指出, 该《公约》第三条丁款强化了这一点, 国家根据该款保证“在公共当局所给予学校的任何形式的协助上, 不容许任何纯粹以学生属于某一特殊团体这个原因为基础而定的限制或特惠”。他认为, 该《公约》对少数人群体所保证的平等和非歧视是整个社区所提供的不分文化差异的平等和非歧视。在由于对《公约》的解释而造成的涉及滥用权利的任何争端中, 其权衡显然有利于国家, 因为国家可找到充分的余地来拒绝实际行使这些权利。Thornberry, 见前注 13, 第 289 至 290 页。他还提及教科文组织大会文件 11 C/15(见 E/CN.4/Sub.2/210), 根据他的分析, 第五条并未支持国家有义务提供公立学校或由政府支助的学校这一想法。

<sup>41</sup> 教科文组织文件 11 C/15, 附件三, 第 36 段以及 E/CN.4/Sub.2/210, 附件三, 第 13 段。

<sup>42</sup> 见 N. Lerner, 《联合国消除一切形式种族歧视公约》, Alphen aan den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1980 年, 第 32 页至 39 页。Thornberry, 见前注 13, 第二十六 5 页至二十六 8 页。印度特别表示坚持支持在《公约》中纳入特别措施, 并提及其本国的国内状况, 其中《印度宪法》明确授权采用特别措施保护落后群体, 即不可触摸的种姓和不可触摸的部落。

<sup>43</sup> 见联合国文件 ST/TAO/HR.34, 第 147 至 155 段。

<sup>44</sup> 又见第 5 条第 2 款, 该款指出了国家在反对种族主义教育方面的责任, 并载有一条关于一般性扶持行动的条款: 各国应采取“适当步骤, 补救某些种族或民族群体在他们的教育水平和生活水平方面所遭受的种种障碍, 尤其是防止将这些障碍传给子女”。



<sup>45</sup> M. Bossuyt, 见前注 7, 第 75 至 79 页。认为鉴于已有案文存在而不必有一项特别的妇女问题公约的人也采用了同样的论点。MacKean 评论说: “一些代表认为, 该段可能被认为会规定一种 ‘绝对的’ 或 ‘确切的’ 平等或 ‘等同待遇’, 但其他人则强调指出, 正在争取实现的是事实上的有效平等——并非是消除男女在婚姻角色之间的区别, 而是权利和责任的公平合理的差别”。确实有人感到应增强事实上的平等。因此, 苏联代表曾评论说, 第三委员会正在 “详尽制订法律上平等的原则; 从这些原则中将产生人权在事实上的平等”。他继续说, “权利的平等不止于仅仅是非歧视; 它意指在《公约》草案中处理的所有领域中存在着积极的权利”。W. MacKean, “Equality and Discrimination under International Law”, Oxford, Clarendon Press, 1983 年, 第 182 页。

<sup>46</sup> 人权事务委员会, 第 4 号一般性意见, 第 2 段, 载于 HRI/GEN/1/Rev.4 (2000)。

<sup>47</sup> 1975 年 6 月 25 日第 60 届国际劳工大会通过, 见联合国文件 E/CN.6/603。

<sup>48</sup> 国际劳工组织已经对同工同酬作出了各种努力。见国际劳工组织《同工同酬公约》, 1951 年第 100 号。I. Brownlie, Basic documents on human rights, Oxford, Clarendon Press, 1981, p. 200。

<sup>49</sup> 见联合国文件 E/CN.6/632, 第 92 段。

<sup>50</sup> L. A. Rehof, Guide to the “Travaux Préparatoires” of the United Nations Convention on the Elimination of All Forms of discrimination against Women, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, pp. 66-67。

<sup>51</sup> 消除对妇女一切形式歧视委员会, 第 23 号一般性建议, 政治和公共生活, 文件 HRI/GEN/1/Rev.4/(2000)。

<sup>52</sup> 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。

<sup>53</sup> Alison Sheridan (“Patterns in the policies: Affirmative action in Australia”, Women in Management Review, 1998, pp.243-252)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。

<sup>54</sup> 《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。

<sup>55</sup> 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。

<sup>56</sup> 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.

<sup>57</sup> 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.

<sup>58</sup> 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。

<sup>59</sup> 联合国经济社会资料及政策分析部，《世界社会状况报告》，1997 年，(E/1997/15)，第 105-106 段。

<sup>60</sup> 不歧视和平等是目前最基本和最核心的保护人权原则。所以，它们也成为了国际习惯法原则。许多权威性国际文书，如《公民权利和政治权利国际公约》、《经济、社会、文化权利国际公约》、《消除一切形式种族歧视国际公约》和教科文组织《种族和种族偏见问题宣言》等都支持这一观点，宣布不歧视原则。此外，权威性法律机构，如国际法委员会、国际法院都发表了这方面的宣言。另请参见国际法院关于南非违反安全理事会第 276(1970)号决议在纳米比亚继续存在对别国造成的法律后果的咨询意见、对巴塞罗那牵引案(1970 年)的判决以及关于纳米比亚的咨询意见(1971 年)等。在国家实践以及各种国际会议上权威专家发表的法律意见也支持这一观点。

<sup>61</sup> 见美国最高法院 Blackmun 法官的意见：“要超越种族主义，我们必须先考虑到种族”。*Regents of the University of California 诉 Bakke*, 438 U. S. 265, 1978。

<sup>62</sup> 见联合国文件，E/CN.4/SR.50，第 9 段。后来起草人权两公约时，又遇到了“distinction”和“discrimination”两词，关于这两个词的讨论情况，见 J.T. Möller, “Article 7”, in A. Eide, (eds), *The Universal Declaration of Human Rights: A Commentary*, Oslo, Scandinavian University Press, 1992, pp. 115-141。

<sup>63</sup> 关于这一模糊性的历史，见 M. Bossuyt, *L'Interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1976, pp. 7-27; N. Lerner, *Group rights and discrimination in international law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, pp. 24-28; B. G. Ramcharan, “Equality and nondiscrimination”, in L. Henkin, (ed.), *The International Bill of Rights*, New York, Columbia University Press, 1981, pp. 258-259。

<sup>64</sup> 见联合国文件 A/5365，第 22 页。

<sup>65</sup> 见人权事务委员会，第 18 号一般性评论，不歧视问题，第 8 和第 13 段，HRI/Gen/1/Rve.4(2000)。

<sup>66</sup> 欧洲人权法院在比利时语言案(1968 年 6 月 23 日，Ser. A, 第 34 页)中承认，这样做将导致荒唐的结果——无法保障每个人得到平等待遇的法律条款，都将被视为违反第 14 条。这是一个站不住脚的观点，因为法律必须做出许多区分。

<sup>67</sup> 详细摘要，见 A.P.Vijapur, “The principle of non-discrimination in international human rights law: the meaning and scope of the concept”, *India Quarterly, A Journal of International Affairs*, 1993, pp.73-74. W.MacKean, *Equality and Discrimination under International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp.94-96。例如，1949 年，秘书长在《关于歧视主要类别和原因的备忘录》中说，歧视是一种基于无法归因于个人的理由、而且具有不合理后果的有害差别。见联合国文件，E/CN.4/Sub.2/40。

<sup>68</sup> Bssuyt 见前注 32 第 27 页，McKean, 前引书，第 8 至第 11 页。

<sup>69</sup> 它与关于歧视的国际定义一致。“歧视”一词在《世界人权宣言》或人权两公约中没有定义。关于歧视的第一个定义见于《消除一切形式种族歧视国际公约》，其中规定：“种族歧视”者，“谓基于种族、肤色、世系或民族或人种的任何区别、排斥、限制或优惠，其目的或效果为取消或损害政治、经济、社会、文化或公共生活任何其他方面人权及基本自由在平等地位上的承认、享受或行使。”同样，《消除对妇女一切形式歧视公约》规定，“对妇女的歧视”一词是指“基于性别而作的任何区别、排斥或限制，其影响或其目的均足以妨碍或否认妇女不论已婚或未婚在男女平等的基础上认识、享有或行使在政治、经济、社会、文化、公民或任何其他方面的人权和基本自由。”

人权事务委员会也使用这些具体歧视形式的定义来规定更为普遍适用的定义。人权事务委员会认为，歧视是指“任何基于种族、肤色、性别、语言、宗教、政治或其他见解、民族或社会出身、财产、出生或其他地位的区别、排斥、限制或优惠，其目的或效果为否认或妨碍任何人在平等的基础上认识、享有或行使一切权利和自由”。一般性评论 18, 第 7 段。

国际劳工组织 1958 年《就业和职业歧视公约》(第 111 号)也有定义：“就本公约而言，‘歧视’一词是指任何基于种族、肤色、性别、语言、宗教、政治见解、民族或社会出身的区别、排斥或优惠，其效果在于否认或妨碍就业或职业机会或待遇上的平等”。教科文组织《防止教育歧视公约》(1960 年)规定：“为本公约目的，‘歧视’一词是指任何基于种族、肤色、性别、语言、宗教、政治或其他见解、国籍或社会出身、经济状况或出生的区别、排斥、限制或优惠，其目的或效果为取消或损害教育待遇上的平等……”。

<sup>70</sup> 见 C. Tomuschat, “Equality and Non-Discrimination under the CCPR”, in I. Von Munch, Festschrift für Hans-Jürgen Schlochauer, Berlin, Walter de Gruyter, 1981, pp. 712-716.

<sup>71</sup> Tanaka 法官的不同意见，西南非洲案，(第 2 阶段)，《国际法院报告》，1966 年，第 284 - 316 页。Tanaka 法官指出，平等的原则要求，平等的人应按平等的方式待之，不同的人则按不同的方式待之。他说，平等原则不是指绝对平等，而是承认相对平等，即不同的待遇与具体的个人情况相称。虽然人有某些共同特点，但也拥有独立的品性，在分配社会产品时应该合理考虑这些品性。不过，根本性问题是：何时可视人为平等或不同，哪些因素是差别待遇的正当理由。

<sup>72</sup> 欧洲人权法庭，见前注 66；M. Bossuty, “Het discriminatieverbod van de Europese Conventie van de Rechten van de Mens in de Rechtspraak van de Commissie na het Belgisch taalarrrest,” *Revue Belge de droit international*, 1972, pp. 503-528.

<sup>73</sup> 美洲人权法院获准在“第 OC-4/84 号咨询意见：哥斯达黎加 1984 年 1 月 19 日第 57 号宪法国籍问题修正案”中援引了欧洲法院关于不歧视的分析：“如果所选择的分类以大量的事实差别为基础，并且这些差别与拟议法律规则目标之间存在合理的相称关系，那么国家对个人实行的待遇上的差别不是歧视。但是，这些目标不应该不公正、不合理，也就是说不应该是任意的、经常变化的、专制的或与人类的必要同一性和尊严相冲突的。”

<sup>74</sup> 另见 T. Opsahl, “Equality in Human Rights Law, with special reference to Article 26 of the ICCPR”, in M. Nowak, (ed.), *Festschrift für F. Ermacora, Kehl, N.P. Engel Verlag*, 1988, pp. 51-65。案例法: S. W. M. Broeks 诉荷兰(第 172/1984 号来文), Zwaan-de Vries 诉荷兰(第 182/1984 号来文), 《大会第四十二届会议正式记录, 补编第 48 号》(A42/40), 附录 VIII, B 至 D 节: 由于第二十六条规定了不歧视的总体原则, 所以不歧视的全部意义表明委员会有权审查任何差别待遇, 甚至是经济、社会和文化权利领域的差别待遇, 以确定它是否属于歧视。

<sup>75</sup> Bossuyt, 见前注 32, 第 262 页; M. Bossuyt, “The principle of equality in article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights”, in A. de Mestral, (ed.), *The Limitation of Human Rights in Comparative Constitutional Law*, Cowansville, Editions Yvon Blais, 1986, pp. 283-284; W. E. Vierdag, *The Concept of Discrimination in International Law with Special Reference to Human Rights*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1973, 176。

<sup>76</sup> 本报告是根据 Bruce Abramson 提供给作者的简短材料编写的。

<sup>77</sup> Lord Denning: “在这里, 教育当局按照儿童的头发颜色或肤色将他们分到某些学校, 是没有道理的、任意的, 与任何正当的教育制度无关, 是属于越权行为, 本法院当然反对。但是, 如果有着充分的理由来实行这一政策, 例如在一个地区, 移民儿童的英文落后, 需要补课, 那么完全可以将他们分配到专门的学校, 向他们提供额外的学习英文设施。” McKean 引述, 见前注 67, 第 246 页。

## 附 件

### 特别报告员收到的一些答复的摘录

斐济群岛政府的答复中提到了 2001 年《社会正义法》第 3 条第 1 款，该法旨在执行《斐济群岛宪法》的社会正义条款(第 5 章)，其中就扶持行动方案及有关事项作出了规定：

“... ‘扶持行动’ 是指国家为协助处于不利地位的群体或阶层而实行的政策，目的是使其与并非处于不利地位的群体享有同等的机会”，

“就一群体或阶层而言，‘处于不利地位’ 是指该群体或阶层由于其成员实际具有的或被认为具有的个人特性或由于其所在位置或教育水平而不享有同等的机会”。

希腊政府的答复中提到，希腊国务委员会曾在 1998 年的裁决中指出：

“如果能够证明某一阶层实际上的确受到歧视，而平等原则的贯彻执行只在表面上实现了平等，实际上却巩固和延续了现有的不平等状态，则基于宪法中的平等原则的精神，立法者应在适当和必要的情况下，在一段时间内相应采取具有扶持性的一般或立法措施，使该阶层的成员受惠，从而在建立真正的平等之前减轻目前的不平等程度。”

在希腊，扶持措施主要涉及职业培训方案、在某一性别比率偏低的专业部门鼓励雇用该性别以及对负有特殊家庭义务的人给予特殊照顾。此种措施的受惠对象是妇女、参战致残者、色雷斯族穆斯林少数群体、负有家庭义务的人。

匈牙利政府的答复中指出，在该国，“如果一项社会目标或宪法权利只能通过给予某一社会群体‘额外的权利’来实现，则这种积极差别做法应视为违宪。

《宪法》第 70/A 条第 3 款规定，匈牙利共和国应努力通过‘为所有人创造公平机会的措施’来实现人人权利平等”。

匈牙利政府表明，“积极差别做法所受到的限制是，在《宪法》所规定的人格尊严和基本权利平等方面不得有任何歧视”。“禁止消极歧视和保护《宪法》所载的基本权利”使积极差别做法受到了限制。匈牙利宪法法院在第 28/2000 号裁决中指出，“如果积极差别做法的目的是改善个人的不利地位”，则就创造平等机

会而言，这种做法是正当的。宪法法院在其他裁决中指出，不得任意采取积极差别做法，这种做法必须具有合理的动机。

《匈牙利劳工法》第 5 条第 6 款规定，在条件完全相同的情况下，雇用关系规则中可规定有义务优先考虑特定类别的雇员。

《匈牙利第 LXIV/1990 号地方政府代表和市长选举法》第 49 条中规定，在居民人数等于或少于 10,000 的社区中，少数民族或族裔候选人应可得到“优先选举人授权”。一名少数民族候选人所得的票数若为按一般规则得到授权而且票数最低的候选人所得票数的一半以上，则该少数民族候选人将得到授权，但条件是没有任何属于同一少数民族的其他候选人已得到授权。

以色列政府在答复中承认“在其含义上，存在着一些争议”，并指出“扶持行动的概念还有另外一些名称：‘偏向优待’、‘差别优待’、‘积极差别做法’和‘反向差别做法’”。

以色列政府指出，以色列最高法院的一名法官认为，扶持行动是一种“抵消式的差别做法”，是“平等原则的一个组成部分”而不是“一种例外”。

另一名法官认为：

“只有在参与竞争的各方的起点大致相同的情况下，机会的平等才有可能带来平等。……机会的极不平等，无论是由于过去实行而现在已经失效的歧视性法律所造成的，还是由于社会中的陈见所造成的，都会使强者的机会增大，弱者的机会减小。扶持行动旨在纠正这种差别……通过有计划和有意地实际优待处于不利地位的群体，使其享有过去所无法享有的地位，不但能够改正实际上不平等的不正常状况，而且可以创造新的现实，从而最终消除歧视现象的背后根源及其影响。这样，基本上为改正特定不平等状况而采取的扶持行动措施，就会有助于实现人人平等的一般原则了。”

《以色列妇女平等权利法》于 2000 年 3 月修正后，在“可容许的差别做法和扶持行动”的标题下规定：

“下列情况不属于违反平等原则或禁止歧视原则：(1) 由于男女之间的实质性差异或由于所涉事项的性质或实质而有必要在男女之间作出的

差别；(2) 旨在纠正先前或目前对妇女的歧视或旨在促进妇女平等的规定或行动……。”

在以色列，扶持行动措施的目的是：确保男女在公共机构中的适当代表性；改善阿拉伯人和德鲁兹教派教育体制的状况；以及照顾残疾人。

巴基斯坦政府在答复中指出，该国实施的扶持行动包括一些方案和程序，目的是按规定的配额制使较小省份的居民、非穆斯林、妇女、退伍军人和残疾人在工作录用和高等院校录取方面占有特定的比例。规模最大的全国性扶持行动就是公务员配额制，目的是按各省人口比例使其具有适当的代表性。虽然旁遮普省的人口占巴基斯坦人口总数的 55% 以上，但它同意让较小省份的居民在巴基斯坦的联邦公务员中占 50%。

扶持行动的受益群体如下：经济落后地区的居民、妇女、宗教少数、残疾人、退伍军人及其子女。扶持行动方案适用于下列领域：政府部门工作人员的录用、就学和选举(非穆斯林有自己的选举人，他们选举自己的议员)。

联邦伊斯兰教法法院在 1992 年的一项裁决中不支持配额制。该法院是巴基斯坦在裁决一项法律是否违反伊斯兰教法方面的最高法院。然而，“出于国家利益的考虑”，该裁决不付诸执行。国民议会于 1998 年 6 月 30 日通过了决议，将配额制在公正和平等的基础上再延长 20 年，以保护不发达地区和少数群体的权利。1998 年 7 月 6 日的一项具有里程碑意义的裁决中指出，“对《宪法》的规定应作如下解释：组成联邦的各单元的正当权利和利益，在与联邦的关系上，应尽可能受到保护……毕竟，作此保留的目的是减轻社会不利地位的影响而不是消除其根源”。最高法院维持了这项裁决。1973 年颁布的《宪法》中规定，在为时 20 年的期间内，“可为任何一类地区的居民保留员额，以保证其在巴基斯坦的公务员中占有适当的比例”。1999 年，对《宪法》作了修正，将配额制再延长 20 年，到 2013 年为止。

坦桑尼亚政府的答复中说，该国政府实施了种种促进妇女地位的方案，其中包括扶持行动方案。扶持行动的目的是协助减轻妇女及特定少数群体在就业、教育、婚姻、继承等方面受到的歧视。

泰国政府的答复中提到了《泰国宪法》(1997 年)第 30 条第 4 款，其中规定：



“国家为消除障碍或提高个人与他人一样行使其权利和自由的能力而决定采取的措施，不得视为不公正的歧视。”

在泰国，扶持行动可在教育、就业、住房、交通和奖学金领域实施。

欧洲委员会在代表欧洲共同体所作的答复中指出，平等原则是共同体法律的一项普遍原则，而且这已成为欧洲法院判例法的一部分。根据这一原则，相同的情况不得有不同的待遇，除非客观上有理由采取差别做法。

《阿姆斯特丹条约》为《欧洲共同体条约》增加了新的第 13 条，其中具体规定共同体有权采取行动，以消除基于性别、种族或族裔、宗教或信仰、残疾、年龄和性倾向的歧视。然而，第 13 条并不具有任何直接影响，也未产生任何个人不受歧视的权利。该条完全针对立法能力，不直接涉及个人问题。

《阿姆斯特丹条约》新的第 141 条第 4 款规定：

“为了确保男女在劳动生活方面实现完全平等，平等待遇原则不得妨碍任何成员国实行或采取特定的优待措施以便利代表性不足的性别从事职业活动或防止在职业生涯中受到不利的待遇或为此作出补偿。”

2000 年 12 月在尼斯首脑会议上公布的《欧洲联盟基本权利宪章》中载有关于男女平等的一条(第 23 条)：

“男女平等必须在所有领域包括在就业、工作和薪给方面得到确保。平等原则不得妨碍实行或采取对代表性不足的性别给予特定优待的措施。”

万国邮政联盟的答复中指出，它敦促各国邮政管理局“鼓励妇女提出申请”。

-- -- -- -- --