



经济及社会理事会

Distr.
GENERAL

E/CN.4/Sub.2/2000/11
19 June 2000

CHINESE
Original: ENGLISH

人权委员会
增进和保护人权小组委员会
第五十二届会议
临时议程项目 3

全面审查与种族歧视有关的专题问题

扶持行动的概念和实际作法

特别报告员 Marc Bossuyet 先生按照小组委员会
第 1998/5 号决议提交的初步报告

目 录

	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
导 言	1 - 3	2
一、国际法中扶持行动的概念	4 - 40	2
二、对扶持行动措施的限制	41 - 83	15
A. 不歧视原则	42 - 65	15
B. 扶持行动措施应该是暂时性的	66 - 83	23
 <u>附 件</u>		
关于扶持行动措施情况的问询表		28

导 言

1. 增进和保护人权小组委员会在其第 1999/106 号决定中回顾其第 1998/5 号决议，并注意到人权委员会第 1999/81 号决议和经济及社会理事会第 1999/253 号决定，决定重申授权扶持行动的概念和实际作法特别报告员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寄发调查表，请它们提供关于扶持行动这一主题的所有有关的本国文件。

2. 2000 年 6 月 6 日，联合国人权事务高级专员办事处(人权专员办事处)向各国政府、国际组织和非政府组织寄发了调查表(附件)。

3. 由于可利用的时间太短，不能指望各国政府对寄发给它们的调查表作出回答，因此本初步报告将载有两个部分，第一部分分析载有有关扶持行动概念的条款的各项国际公约，第二部分主要以对法律原理的检查为基础，说明国际法对扶持行动措施规定的限制。

一、国际法中扶持行动的概念

4. 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”。印度建议应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。”¹

5. 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，不歧视原则的实施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

¹ 联合国文件 A/C.3/SR.1182, 第 17 段。

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”。²

6. 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，也就是说向社会的所有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。³ 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。⁴

7. 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。

8. 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。但 Craven 认为，可以提出理由证明在每一种情况下实行配额制度是合理的，其依据是那些条款的条件可以考虑“逐步实现”。因此，在高等教育中为某个群体的学生拨出一定比例的学位的制度是可被证明为正确的，如果可以表明这种制度最终将有助于在今后的某个阶段实现按能力平等入学的机会。尽管如

² 联合国文件 A/C.3/SR.1183, 第 12 和 29 段。

³ 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。

⁴ 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)。

此，不能用对社会公用事业更广泛的关切作为辩解依据的这一事实，意味着在高等教育和就业方面实行配额的可能性受到严格的限制。

9. 同样令人特别感兴趣的是经济、社会、文化权利委员会的一般性意见。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。”⁵

10. 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》。⁶

11. 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。”

12. 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

⁵ 同上，一般性意见 5，第 9 段。

⁶ 同上，一般性意见 13，第 32-33 段。

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。⁷ 对第二十六条也持有同样的观点。⁸

13. 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。”⁹

14. 人权事务委员会的作法确认了它对于扶持行动的观点。在审议瑞典的一份报告期间回顾指出，第二十六条并非仅指在法院面前的平等，而且也指受法律的平等保护：

“《公约》第二十六条并非仅指通过保障在法律面前的平等而防止歧视的那种可说是消极或被动的方面——《公约》第十四条已论及这一方面，而且也是指基于列举的各种理由而‘防止歧视的积极保护’的积极方面。”

15. 瑞典政府代表答复说，他“同意认为第二十六条要求采取积极行动消除歧视，而不仅仅是采取被动的预防措施”。¹⁰

⁷ 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。

⁸ 联合国文件 E/CN.4/SR.122, 第 8 和 11 页。

⁹ 人权事务委员会，一般性意见 18, 第 10 段，载于 HRI/GEN/1/Rev.4 (2000)。

¹⁰ 联合国文件 CCPR/C/SR.162, 第 16 和第 95 段。J. J. Paust(《根据人权法在高等教育中采取扶持行动的许可性》，New York City Law Review, 1998 年，第 95-96 段)同意认为，应该以这样一种方式来解释“平等保护”，这种方式允许采取某种扶持行动的措施，用以促进一种“平等”和有效的“保护”来对付现有的歧视。

16. 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”。¹¹

17. 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。¹² 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。

18. 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。

19. 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。¹³ 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

¹¹ 来文第 198/1985 号，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)。

¹² 来文第 385/1989 号，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。

¹³ 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”。

在人权文书纳入特别保护条款中找到了对他结论的支持。¹⁴ 一些作者甚至认为，一般性意见的要点是旨在执行《公民权利和政治权利国际公约》的非歧视义务的扶持行动是强制性的。¹⁵ 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强制性性质。¹⁶ 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。

20. 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。

21. 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。

¹⁴ 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。

¹⁵ A.F. Beyafsky, “The principle of equality or non-discrimination in international law”, *Human Rights Law Journal*, 1990 年, 第 27 页; Lord Lester of Herne Hill 和 S. Joseph, “Obligations of non-discrimination”, 载于 D. Harris 和 S. Joseph(编)《公民权利和政治权利国际公约与联合王国法律》，Oxford, Clarendon Press, 1995 年, 第 579 页。

¹⁶ 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。

22. 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。这一条并不是指有利的歧视的特殊措施，而只是确定分开的教育制度在什么时候不会被视为构成歧视。此外，该条并未明确地为特殊公立学校作出规定。

23. 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。¹⁷ 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。¹⁸

¹⁷ 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。

¹⁸ 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。

24. 1966 年通过的《消除一切形式种族歧视国际公约》第一条第四款涉及所谓的“有利歧视”：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。”

25 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。

26. 该两条均源于 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。¹⁹

27. 第一条第四款在澳大利亚的 Gerhardy 诉 Brown 的案件中得到了适用，该案件对《Pitjantjatjara 土地权利法令》提出争议，认为该法令是种族歧视。²⁰ 该《土地权利法令》旨在制止任何不是 Pitjantjatjara 人的其他任何人在未获

¹⁹ 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。

²⁰ (1985) 57 ALR 472。

Pitjantjatjara 法人团体允许的情况下进入位于南澳大利亚西北部的 Pitjantjatjara。被告 Brown 是一名土著，但并不是 Pitjantjatjara 人，因此未被允许进入该地。澳大利亚高等法院裁定并无任何歧视，因为该《土地权利法令》被认为是属于《消除一切形式种族歧视国际公约》第一条第四款含意范围内的一项特别措施。然而，7 名法官中有 5 名认为，如果没有第一条第四款，这些规定就会具有歧视性，因为它们区分了 Pitjantjatjara 人和非 Pitjantjatjara 人，其中的一个因素是认为作为 Pitjantjatjara 人就是作为一个种族的成员。因此，法官们拒绝了如下这种论点：该《土地权利法令》仅仅承认了传统的所有权，因此不具有基于种族的歧视性，而只是对土地传统关系的合理反应。

28. 据 Brown 的说法，澳大利亚法官认为，由于《消除一切形式种族歧视国际公约》第一条第一款提及含有不问其“合法性”的任何种族因素的标准，因此在很大程度上禁止任何正式的歧视。²¹ 因此，任何含有土著观念的条款将显然是歧视性的，除非可将它归类为“特别措施”。但据 Brown 的说法，首要的标准涉及提到种族这一事实，并不会使该裁定在法律上具有歧视性，只要提及种族一事具有客观的基础和合理的原因。只有在提及种族一事缺乏合理的原因并且是任意武断时，该项裁定才会在法律的意义具有歧视性。但是，在 Pitjantjatjara 的传统所有权的案件中，其他两项标准是相关的，这就是部族血统标准和传统所有权标准。这种传统所有权是土著某一群体所特有的这一事实，并不使对此种土地权利的承认变成歧视性。这种合法的承认有着客观的基础；它并非任意武断的，而只有在合理和合法的政策与种族血统巧合的意义上才具有歧视性。其次，不同待遇的方式不得在实际上与其他群体不相称。这是一个关系到具体事实的评价问题，在承认土地权的案件中尤其如此，在该案件中，对行动自由的限制提出了是否相称的问题。换言之，Brown 认为，即使在法律的意义来说不同的待遇不具歧视性时，执行的方式和方法可能在第二个层次上是不合理的，因此也是歧视性的。

29. 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

²¹ I. Brown, “现代国际法中的人民权利”，载于 J. Crawford, “人民的权利”，Oxford, Clarendon Press, 1998 年，第 8 至 10 页。

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。尽管第二种观点具有吸引力，但保留专用和配额的制度未必与平等原则不相符，只要是它们具有严格的临时性质，而其维持的时间不超过实现实施这些措施的目标所必要的时间，这些目标是将后进人群从他们在经济和文化方面缺乏能力的状态中解救出来。已提出的至关重要的一点是，尽管在某些情况下保留专用和配额可能是适当的，但它们的期限必须始终是有限的。²²

30. 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。

31. 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。²³ 该条明确提及社会和经济措施是一个新的事实；此外，这些措施还涉及有义务尊重作为措施对象的人的文化和价值的真实可靠性。同样，序言部分坚决反对任何形式的同化。该《宣言》的创新方面使它坚决主张采取扶持行动的必要性，并同时承认与众不同的权利。

²² 见联合国文件 ST/TAO/HR.34, 第 147 至 155 段。

²³ 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”。

32. 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。”

33. 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。²⁴ 因此，人权事务委员会在其一般性意见 4 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。²⁵

34. 1975 年，国际劳工组织通过了《女工机会和待遇平等宣言》。²⁶ 其中第 2 条第 2 款明确指出，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。²⁷ McKean 认为，这一表述概括说明了国际文书寻求的真正平等不一定要求对所有人实行同样的待遇，但是特别改善措施必须符合平等原则，在

²⁴ 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。

²⁵ 人权事务委员会，一般性意见 4, 第 2 段，载于 HRI/GEN/1/Rev.4 (2000)。

²⁶ 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。

²⁷ 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。

没有必要时必须停止实行，所以不构成歧视。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。²⁸

35. 在起草《消除对妇女一切形式歧视公约》(下称《妇女公约》)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。”

36. 该条因法国和联合王国提出的意见而出现争议。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。²⁹

37. 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。McKean 认为，这一争议源于词语使用上相当普遍的混乱：“如果‘平等待遇’总是指‘相同’或‘等同’的待遇，那么特别措施当然是不平等的；但是，如果规范性地使用‘平等’一词，这一难题就消失了。同样，如果歧视是指没有根据、毫无道理的区别，便会出现某些措施在客观上是否合理的问题。从保护妇女生理机能如生育的措施中可以容易

²⁸ 见联合国文件，E/CN.6/632，第 92 段。

²⁹ 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.

地看出这一点。但是，国际劳工组织指出，人们越来越多地认为，因妇女的生理而对其采取的保护措施也可以同样适用于一些男人。”³⁰ 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。

38. Vogel-Polsky 受欧洲委员会男女平等指导委员会委托进行一项研究，她在研究报告中指出，凡加入《公约》并且未对第四条作出保留的缔约国不仅应该承担消除对妇女的歧视的义务，而且还应该通过适当措施特别是通过扶持行动恢复男女在社会生活各方面中的平衡。³¹ 不过，这一立场似乎有些极端。应该指出，从准备工作和起草者的用意来看，重要的是应注意到这项公约是宣传和纲领性文件，不立即要求履行约束性法律义务。第四条只是指出可以通过扶持行动来实现事实上的平等，并确认扶持行动不应被视为歧视。³² 消除对妇女一切形式歧视委员会指出，目前仍有必要充分履行《公约》，采取各种措施，促进男女之间事实上的平等。它建议缔约国更多地使用临时性特别措施，如扶持行动、优惠待遇或配额制度，促使妇女融入教育、经济、政治和就业。³³

39. 《妇女公约》其它条款要求保障各种不同的权利，每一条都有意地重复规定：成员国应该“采取一切适当措施”。Vogel-Polsky 认为，由于《公约》将提及“一切适当措施”当作一种义务，所以第四条提及的“临时性特别措施”不仅不可缺少，而由于它与《妇女公约》寻求事实上的平等这一事实联系在一起，也成了应采用的最适当措施。Vogel-Polsky 还认为，对《公约》和第四条(普遍批准扶持行动)所载各项权利之间关系的这一解释是直接受国际法“适当或充分有效”原则的启发而提出的。³⁴ 消除对妇女歧视委员会似乎同意这一解释。

³⁰ Mckean, W., op. cit at .note 24, pp.190-191.

³¹ Vogel-Polsky, E., Les actions positives et les contraintes constitutionnelles et legislatives qui pèsent sur leur mise en œuvre dans les Etats membres du Conseil de l'Europe.

³² 另见 A. W. Heringa “Voorkeursbehandeling en moederschap”, in A. W. Heringa, J. HES and L. LIJNZAAD, Het Vrouwenverdrag : een beeld van een verdrag..., Antwerpen, Maklu, 1994, pp. 33-34.

³³ 消除对妇女一切形式歧视委员会，第 5 号一般性建议，临时性特别措施，HRI/GEN/1/Rev.4/(2000)。

³⁴ E. Vogel-Polsky, “Les actions positives dans la théorie juridique contemporaine”, in B. de Grave, (ed.), Positieve actie, positieve discriminatie, voorrangsbepaling voor vrouwen, Tegenspraak-Cahier 8, Antwerpen, kluwer, 1990, p. 79.

40. 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。”³⁵

二、对扶持行动措施的限制

41. 国际法对扶持行动措施有以下主要限制。它们是：

- (a) 扶持行动措施不应导致歧视；
- (b) 扶持行动措施应该是临时性的。

A. 不歧视原则

42. 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

³⁵ 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)。

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。

43. 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。³⁶ 在所有国际文书中，都可找到关于禁止歧视的论述。

44. 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。³⁷ 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”。

45. 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

³⁶ 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种观点。

³⁷ 见 United States Supreme Court Justice Blackmun's dictum: "in order to get beyond racism, we must first take race into account". *Regents of the University of California V. Bakke*, 438 U. S. 265, 1978.

式涵义上理解“平等”一词。³⁸ Lauterpacht 认为，这是指与具体情况相应的平等。³⁹

46. 国际人权文书的不歧视条款可互换地使用“distinction”和“discrimination”来表达同一概念，这种含糊用法造成很大的混乱。⁴⁰ 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)。

47. 《欧洲人权公约》的英文本第 14 条规定：“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。

48. 虽然“准备工作文件”对这些不一致之处没有进行明确解释，但是应该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

³⁸ 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.

³⁹ Sir Hersch Lauterpach(国际人权宪章，纽约，哥伦比亚大学出版社，1945 年，第 116-119 页)提到了美国宪法第十四修正案第 1 节，其中规定：法律的平等保护不排除对人的区别和分类，只要它们基于合理的理由。因此，美国最高法院以前的案例法不禁止学校、火车、火车站和其它公共场所对黑人实行隔离。最高法院说，参照各种因素实行谨慎的分类是必要的，符合真正平等的原则，但此种分类的基础必须合理。对这种推理方法后来做了修改。Lauterpach 承认，将平等看作是机械的机会和优势平等的这种解释有点牵强。

⁴⁰ 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.

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)”。

49. 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。当时三大国(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。⁴¹ 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。

50. 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补充说，“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。”⁴²

51. 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’)”。⁴³

52. 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。⁴⁴ 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。⁴⁵ 而“区别”(distinction)则是一个中性词，在

⁴¹ 见联合国文件，A/5365，第 22 页。

⁴² 见人权事务委员会，第 18 号一般性评论，不歧视问题，第 8 段和第 13 段，HRI/Gen/1/Rve.4(2000)。

⁴³ 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。

⁴⁴ 详细摘要，见 Vijapur，见前注 14，第 73-74 页，McKean，见前注 24，第 94-96 页。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。

⁴⁵ Bssuyt 见前注 7 第 27 页，McKean，前引书，第 8-11 页。

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；⁴⁶

- (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。⁴⁷

53. 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。

⁴⁶ 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……”。

⁴⁷ 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.

54. 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。⁴⁸

55. 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。”⁴⁹

56. 后来的许多案件都一再适用了这些原则。⁵⁰

57. 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，在其各项看法和一般性意见 18 中宣布：

⁴⁸ 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。

⁴⁹ 欧洲人权法庭，见前注 43；M. Bossuty, “Het discriminatieverbod van de Europese Conventie van de Rechten van de Mens in de Rechtspraak van de Commissie na het Belgisch taal arrest,” *Revue Belge de droit international*, 1972, pp. 503-528.

⁵⁰ 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。”

“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。”⁵¹

58. 各种著作者还分析了歧视的不同组成部分。⁵²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。

59. 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。

60. 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

⁵¹ 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。

⁵² Bossuyt, op. cit at note 7, p. 262; 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.

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。

61. 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。

62. 毫无疑问，有些人口阶层几百年一直处在社会底层，为了使他们享受充分的平等，采取某些特别措施可能是必要的。但是，应该指出，如果无视实行差别待遇的理由和所给予的权利的性质，为贯彻这一政策而采取的措施不一定都被认可为合法。即便能够证明在扶持行动政策框架内实行的差别待遇是根据以前不平等的情况采取的，有关的法律规则也要接受平等标准的检验。

63. 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生活状况而针对这一群体采取的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，有些人以前享受比较好的社会条件，现在则需要特别社会照顾，将他们拒之门外就不合理。

64. 扶持行动应该侧重于采取措施，满足它希望照顾的人口阶层的某些需要，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。有关政策能否受惠于目标阶层，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贫困人口克服以前歧视的后果为由来剥夺他人的基本权利。⁵³

⁵³ 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 24，第 246 页。

65. 扶持行动计划条款不能被解释为规定所有为改善贫困个人或群体境况而以任何理由实行的差别待遇权利都是合理的。这样的解释将使完全无视人权和基本平等原则或不歧视原则的荒谬立法合法化。

B. 扶持行动措施应该是暂时性的

66. 国际法一直强调特别措施应该有“一定期限”。它还认为，虽然实施扶持行动并不违反国际法，但人权公约批准的扶持行动不能没有限期。⁵⁴ 准予采取扶持行动措施不得导致维持不平等标准或单独标准，拟议目标一旦实现，这些措施便应该停止。⁵⁵

67. 应该严格避免的是扶持行动产生“分开但平等”的印记或状态，美国曾使用过一种理论，即给予黑人与白人同样的权利，但强迫他们孤立地行使这些权利，更有甚者造成新的“种族隔离”。⁵⁶ “期限”要求揭示了国际法两个相互重叠的概念——“保护少数”和“防止歧视”之间的差别。

68. 显而易见，少数群体和贫困人口都可以诉诸保护他们免受基于种族、肤色、出身、民族或血统、语言的歧视的不歧视原则。同样，他们也可以受惠于有条件——如上所述，有时限，而且有关措施不应引起歧视——的特别措施，以克服过去的歧视性待遇或结构性歧视。

⁵⁴ Tomuschat(见前注 47,第 715-716 页)和 Thornberry(见前注,第 281-286 页)提到了国际人权两公约的“准备工作文件”，以及关于积极行动措施时限的论述。

⁵⁵ 另见《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》第四条第一款。消除一切形式种族歧视委员会在讨论斐济第四次定期报告时指出，对某些种族的特别待遇似乎没有具体期限；为了符合《公约》的要求，应该采取更加明确的努力，在计划目标实现后取消不同种族的不平等权利。《大会第三十七届会议正式记录，补编第 18 号》(A/37/18)，第 101 段。

⁵⁶ 虽然“分开但平等”待遇的理论似乎违反美国宪法第十四修正案，但最高法院在 1896 年审查 Plessy 诉 Ferguson 一案(163, 美国, 537, 1896 年)时不这样认为。这一案件涉及一名男人，该人因为违反路易斯安纳州关于铁路向“黑人和白人”乘客提供“平等但分开”的座席的规定而遭逮捕。半个世纪以后，Brown 诉教育理事会案的判决(347, 美国, 483, 1954 年)对该论点提出质疑。最高法院认为，黑人和白人儿童分开就学使黑人儿童产生一种自卑感，违反第十四修正案。

69. 但应该指出，这类特别措施不足以覆盖少数群体行使享受自己文化、表明和信奉自己宗教或使用自己语言的权利所提出的问题。行使这些权利要求各国采取长期的保护措施，这是一个更大的问题。

70. “保护少数”的概念是国际法最古老的概念之一，可追溯到十六世纪和十七世纪单一民族独立国家兴起的时候，当时必须考虑少数人的利益。⁵⁷ 为此缔结了许多涉及少数群体的条约，如 1856 年 3 月 30 日的《巴黎条约》，其中规定奥斯曼帝国应该保护基督教少数。1878 年 7 月 13 日的《柏林条约》具有特殊的意义，它给予某些宗教群体以特别的法律地位。这些条约的保护只是局部的，而且没有设立机制，但为后来在国际联盟的框架内设立的“少数群体制度”开创了一种模式。⁵⁸

71. 在“少数群体制度”下缔结的条约在行文上十分复杂，游览一下其中的条文可以看出它们具有两个目的：⁵⁹

1. 不歧视原则保障在种族、语言或宗教上居少数的国民在行使公民和政治权利方面享受同样的待遇；

2. 保障少数群体人民享受某些特别权利的原则，允许他们保持和发展自己的民族文化和信仰。他们同样有权自己花钱建设学校以及宗教、慈善或社会场所。他们可以使用自己的语言，甚至可以在法庭使用自己的语言，也可以自由信仰自己的宗教，此外，在许多公民讲国家正式语文之外的语文的城镇和地区，应该提供适当的设施，用该语文为这些民族的儿童开设小学课程。条约最后规定，在种族、宗教或语言少数群体占相当比例的城镇和地区，应该保证它们在国家、市和其它预算的教育、宗教或慈善事业拨款中取得公平的份额。

⁵⁷ 见 Thornberry, 见前注 13, 第 25-54 页, 详细地介绍了历史背景。

⁵⁸ 维也纳大会以后, 关于保护少数民族的条款更加详细, 而且从保护宗教群体转向保护少数民族。

⁵⁹ P. de Azcárate, League of Nations and National Minorities: an experiment, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1945, p. 216; McKean, op.cit. at note 24, pp. 14-45.

72. 在国际联盟框架内签署的少数群体条约有两个宗旨：允许少数群体与其它人口共同平等地生活；保持少数群体的特点和民族特征。

73. 常设国际法院逐步创立了关于这些特别权利的重要案例法，重申了“双轨制度”。联盟理事会向常设法院提交过五起案件，请它提出咨询意见：三起涉及波兰的德国少数民族，一起涉及但泽的波兰少数民族，一起涉及阿尔巴尼亚的希腊少数民族。

74. 法院对阿尔巴尼亚少数民族学校案的判决具有重大意义。争端起源于阿尔巴尼亚宪法的一项修正案，涉及在全国取缔私立学校。希腊少数民族认为，这项修正案违反 1921 年《关于保护少数民族的阿尔巴尼亚宣言》。阿尔巴尼亚政府认为，取缔私立学校是对多数民族和少数民族普遍实行的一项措施，是符合《宣言》精神的。

75. 常设国际法院在一般性意见中指出：

“法律上的平等排除任何种类的歧视，而事实的平等可能必须实行不同待遇，才能达到在不同情况之间取得平衡的结果。可以很容易地想象出境况和要求不同的多数民族和少数民族虽享有平等待遇、但事实上不平等的实例……。多数民族和少数民族成员之间的平等必须是切实的、真正的平等。”⁶⁰

76. 关于阿尔巴尼亚的希腊少数民族的私立学校，常设法院宣布：

“上述机构对于该少数民族不仅在法律上而且在实际上享受与多数民族同样的待遇必不可少。只有这些机构能够满足少数群体的特别要求，取消这些机构，或代之政府设立的机构，将使待遇平等成为泡影，因为它的后果是剥夺希腊少数民族所需要的这些机构，而多数民族则可以继续通过国家创立的机构取得所需要的教育。”

77. 由于历史上有些国家如德国有赖于条约中的少数民族条款来实施军事干涉，所以第二次世界大战以后签署的和平条约多数载有不歧视条款。只有少数条约含有保护少数民族的条款，因为德国对少数民族条款的滥用和国际联盟的无能为力，使少数民族条款的声誉不好。

⁶⁰ 关于阿尔巴尼亚少数民族学校的咨询意见，常设国际法院，1935 年，Ser A/B, 第 64, 19 号。

78. 保护人权的重点已从保护群体转向保护个人权利和自由。这一新的概念仅适用于不歧视原则，是指当某人的权利因其所属群体的特点如种族、宗教、民族等原因而遭到侵犯时，将纯粹从个人的角度来考虑如何保护该个人的权利。平等原则和不歧视前提已成为第二次世界大战以后起草的每项人权文书中的基本原则。这一新的概念也已完全纳入联合国的机制和工作。不过，一些国际文书仍然使用保护少数群体的观念。

79. 1947 年联合国防止歧视及保护少数小组委员会第一届会议讨论了“防止歧视”和“保护少数”两词的涵义。⁶¹ 讨论指出，两者之间存在着根本区别。

“歧视”是指剥夺个人或群体所希望得到的待遇平等的行动或行为，而“保护少数”则被认为是保护非占主导地位的群体。他们一方面希望享受与多数群体同样的待遇，另一方面也要求采取差别待遇措施，以维护他们拥有的使之区别于多数人口的基本特点。这种保护同样针对于属于该群体并希望得到保护的个体。可以认为，当为了满足他们个人的愿望并为了整个社会的利益而对这些群体或属于这些群体的个体实行差别待遇时，可被视为合理。

80. “保护少数”的概念在秘书长《歧视的主要种类和原因》的备忘录中有进一步的阐述。⁶² 他说，保护少数概念虽然也受待遇平等原则的启迪，但它要求在有关少数民族希望保持自己语言和文化差别时采取积极行动，如设立用民族语言讲课的学校。⁶³

81. 秘书长还说，保护少数群体的目标与防止歧视目标似乎不同，但在实际上同时致力于保护少数和防止歧视的目标并不矛盾。我们确实希望取得和有效保持所有人待遇平等的局面。防止歧视和保护少数是所有人待遇平等原则的不同侧面。一个要求取消任何差别，另一个要求保护自愿维持的某些差别。

⁶¹ 这种双轨制是受常设国际法院关于阿尔巴尼亚少数民族学校咨询意见的启发而形成的。同上，见联合国文件，E/CN.4/Sub.2/36 和 E/CN.4/Sub.2/SR.14 和 15。

⁶² 见前注 44。

⁶³ 同上。

82. 在“保护少数”的报告中，A.艾德先生⁶⁴提出扶持行动是一个解决少数群体问题的办法。不过，他又接着说，扶持行动可能造成群体冲突，所以在实现平等后应该停止实行这些措施。⁶⁵

83. 扶持行动措施是暂时和补偿性的，目的是纠正不利于享受平等权利的条件，而保护少数的措施则致力于维护一个群体的特点。⁶⁶

⁶⁴ A.艾德，《保护少数民族：促进少数民族问题的和平和建设性解决的可能方式和方法》(E/CN.4/Sub.2/1993/34, 第172段)。

⁶⁵ 人权事务委员会在关于不歧视原则的一般性评论中指出，扶持行动，即特别措施，如果为了纠正事实上的歧视，就可以实行。另一方面，它在关于一般性意见23(第27条，少数群体条款)中承认，虽然第27条保护的权利是以消极的方式提出的，但国家可以采取积极措施，保护少数群体的特点，只要是为了提供保护，就可以依据《公约》归为合法的区别一类。这里没有规定时间限制。还请注意不同词语的使用，在国家实践中可看到这种差别，例如印度设立了对少数群体的不同保护制度，他们的权利具有一定长期性；并设立了对不可接触的种姓和不可接触的部落不同的保护制度，他们享受的特别权利被视为减少群体之间不平等的临时和例外措施。

⁶⁶ A.S. Akermark, Justifications of Minority Protection in International Law, London, Kluwer Law International, 1997, pp. 23-28.

附 件

关于扶持行动措施情况的问询表

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，请提供有关规定的副本。
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答复。

-- -- -- -- --