



经济及社会理事会

Distr.
GENERAL

E/CN.4/Sub.2/1998/5

3 June 1998

CHINESE

Original: ENGLISH/FRENCH

人权委员会

防止歧视及保护少数小组委员会

第五十届会议

临时议程项目 3

全面审查与消除种族歧视有关的专题问题

马克·博叙伊先生就扶持行动的

概念编写的工作文件

1. 在 1997 年 8 月 28 日通过的第 1997/118 号决定中，防止歧视及保护少数小组委员会，考虑到消除种族歧视委员会关于就扶持行动的概念编写一份研究报告的建议，决定委托本人就扶持行动的概念编写一份工作文件(见 E/CN.4/Sub.2/1997/31, 附件)。

一、国际文书

2. 应当简要回顾一下国际文书就扶持行动和禁止歧视作出过哪些规定。

A. 国际文书有关禁止歧视的规定

3. 人权国际盟约均载有第 2 条，在《经济、社会、文化权利国际盟约》的第 2 条第 2 段中、以及《公民权利和政治权利国际盟约》第 2 条第 1 段中，分别保证“本盟约所宣布的权利应予普遍行使，而不得有... 任何区分；”以及“本盟约所承认的

权利，不分...任何区别。”研究了文件起草过程后，证明《公民权利和政治权利国际盟约》所谓“任何区别”，与《经济、社会、文化权利国际盟约》所谓“任何区分”(用词较适当)所禁止的内容毫无差别。

4. 《欧洲人权公约》第 14 条(“本公约所承认的权利和自由应保证得以享受，不得有任何基于性别、种族、肤色、语言、宗教、政治或任何其他见解、国籍或社会出身、属于少数民族、财产、出生或其他身分等等区分。”)[原文无下加线]所禁止的歧视仅限于该公约所承认的权利和自由。

5. 《欧洲人权公约》第 14 条正如两项盟约的第 2 条，都只禁止对有关公约“所宣布”或“所承认”权利的“区别”。这就是说，予以禁止的区别限于该公约所保证的权利。这里要指出：尽管欧洲公约第 14 条的法文本似乎禁止一切“区分”，但是欧洲人权法庭在比利时语言案(A 卷 P.34)中却指出：

“虽然法文本措词(‘Sans distinction aucune’)涵盖面大，...但仍应参照英文本较为局限的文字(‘Without discrimination’)来理解。”

6. 《美洲人权公约》第 1 条第 1 段条文如下：

“本公约缔约国承担尊重以下所承认的权利和自由，并保证在其管辖下所有的人自由而充分地行使这些权利和自由，不得以...为理由而有任何区别。”(下加线是后加的)

《非洲人权和各国人民权利宪章》第 2 条则规定：

“任何人均有权享受本宪章所承认和保障的权利和自由，不得有任何区分(原文无下加线)，特别是...”

7. 《公民权利和政治权利国际盟约》第 26 条还对歧视在总体上予以禁止：

“所有的人在法律前平等，并有权受法律的平等保护，无所歧视。在这方面，法律应禁止任何歧视并保证所有的人得到平等的和有效的保护，以免受任何理由的歧视。”

8. 在由两位荷兰妇女即 S.W.M. Broeks (A/42/40, 第 142 至 154 页)和 F.H. Zwaan-de Vries (同上, 第 165 至 174 页)提出的两宗案件中，人权委员会于 1987 年 4 月 9 日认定：在社会安全实施方面有违《公民权利和政治权利国际盟约》第 26 条的规定。

9. 人权委员会认为：即使《公民权利和政治权利国际盟约》所指的某些问题在其他国际文书的规定中已被提及或纳入，《公约》也仍然适用。

10. 在对比利时语言案的判决中(A卷第34页)，欧洲人权法庭指出：“如果区分缺乏客观和合理的理由，那么平等对待的原则就被违反(原文无下加线)。考虑到民主社会中普遍适用的原则，上述理由须参照考虑采取的措施的目标和效果来进行评估。在行使公约承认的权利时的区别对待不仅应追求合法的目标，而且如果业已明确认定所使用的手段与针对的目标之间不成合理比例，那么也构成对第14条的违反。”(原文无下加线)

B. 关于扶持行动的规定

11. 关于“扶持行动”最重要的国际规定如下：

12. 国际劳工组织1958年6月25日通过的关于在就业和职业方面歧视问题的第111号公约第5条规定：

一、国际劳工大会所通过的其他公约或建议里所规定的特殊保护或扶助措施，不应视为歧视。

二、任何成员在同代表性的雇主组织和工人组织——如果这种组织存在——磋商后，可以确定某些其他的特殊措施，不应视为歧视，因为这些措施的目的是为了适应一些由于性别、年老无能、家庭负担或社会或文化地位的原因而公认更加以特殊保护或扶助的人的特殊需要的。(原文无下加线)

13. 1963年11月20日通过的《联合国消除一切形式种族歧视宣言》第2条第3段规定：

“为使属于某种族团体的人获得充分发展或保护起见，应在适当情形下采取特种具体措施，以期确保各该人等充分享受人权与基本自由。凡此措施，无论如何，不得产生在不同种族团体间维持不平等或各别的权利的后果。”

14. 1965年12月21日通过的《消除一切形式种族歧视国际公约》第1条第4段规定：

“专为使若干须予必要保护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。”（下加线是后加的）

15. 1978年11月27日通过的教科文组织《种族与种族偏见问题宣言》第9条第2段规定：

“必要时，应采取特别措施，以保障个人或群体在尊严和权利上一律平等，同时保证这些措施不带有种族歧视的色彩。在这方面，应特别关心在社会或经济上处于不利地位的种族或民族群体，以便完全平等地、不加歧视或限制地在法律和规章上对这些人予以保护，并使现行的社会措施符合其利益，特别是关于住房、就业和保健方面；尊重其文化及价值准则的正当性，特别是通过教育促使其社会及职业状况的改善。”

16. 一九七九年十二月十八日通过的《消除对妇女一切形式歧视公约》第4条规定：

“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。（下加线是后加的）

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。”

二、在判例中有关“扶持行动”的概念

17. 过去出现过这样的局面，即某些群体的人（可以借助禁止歧视文件中提到的因素查明这些群体）曾经遭受系统的歧视。这样的情况可以说明、或甚至表明必须采取扶持措施，以便帮助这些群体克服他们处在其中的不利境遇。

A. 美国最高法院判例中的扶持行动

18. 如果不参照美国最高法院关于歧视、特别是关于种族歧视的判例，就不可能审议“扶持行动”的问题。

19. 审议此种判例的起点是 1896 年对有名的 Plessy 诉 Ferguson (163 U.S.537) 案的判决，那时美国最高法院认定“隔离但是平等”的理论是合法的。近 60 年后，这个理论才被一项判决所推翻，那就是 1954 年对同样有名的 Brown 诉教育局 (374 U.S.483) 的判决。在后面这桩案件中，最高法院认为：进行种族隔离的学校必然造成一种自卑感。

20. 早在这桩案件之前，最高法院在 1944 年对 Korematsu 诉美利坚合众国案 (323 U.S.214) 的判决中就认为：牵制某一单独种族群体公民权利的法律规定立刻会被怀疑，因此却将这些牵制付诸严格的审查(“strict scrutiny”)。另一方面，对于以性别为基础的区别，最高法院却在这以后只实行了中等程度的审查(“intermediate scrutiny”)。

21. 在美国立法中，“扶持行动”(“affirmative action”)的说法第一次出现在 1961 年由肯尼迪总统签署的第 10925 号行政命令中，该项命令要求联邦雇主征聘较多数量属于少数人群体的雇员。两项有关公民权利的主要法律分别在 1964 年由约翰逊总统和 1972 年由尼克松总统签署。

22. 1974 年，最高法院认为不应当表态来决断有关 DeFunis 诉 Odegaard (416 U.S.312) 案件中大学录取问题上的扶持行动措施，因为有关犹太族白人学生曾被华盛顿大学法学院拒绝入学，但是在其间却已被允许入学。

23. 在加利福尼亚大学评议员诉 Bakke 案(438 U.S.265) 中，最高法院出现严重分歧。一派有四位法官，赞成加利福尼亚在戴维斯的医学院采取扶持行动的方案，另外四位法官反对这一方案；大法官 Lewis F.POWELL 部分同意前一派，部分同意后一派；1978 年作出判决：他认为这样的方案应该付诸于严格的审查，但是在这个方案赞同方面提出的论据之一、即希望从民族上多样化的大学生群体中产生的收益，是相当重要的(“compelling”)，以至该大学可实施这一点，作为在选拔学生中考虑的要素之一。

24. 在以后的年代里，最高法院作出数目很大的判决：其中一些接受了被提交给它审查的扶持行动方案，另一些却拒绝扶持行动方案。属于接受遭到攻击的扶持行动方案一类的判决有以下几项：

- 钢铁工人诉 Weber， 443 U.S.193 (1979 年)，
- Fullilove 诉 Klutznick， 448 U.S.448 (1980 年)，
- 薄金属板工人诉 EEOC， (平等就业机会委员会)， 478 U.S.421 (1986 年)，
- 美利坚合众国诉 Paradise， 480 U.S.149 (1987 年)，
- Johnson 诉圣克拉拉县， 480 U.S.1442 (1987 年)，
- 市政广播公司诉 FCC， (联邦通讯委员会)， 497 U.S.547 (1990 年)。

25. 在钢铁工人案件(1979 年)中，最高法院接受了扶持行动方案，即为黑人劳动者保留培训位置，因为这一方案是由一个私营雇主制定的，并且是针对传统上受到种族隔离影响的那些就业类别。

26. 在薄金属板工人(1986 年)案、Paradise (1987 年)和 Johnson (1987 年)案中，扶持行动的方案被接受了，因为它们是为了弥补某些故意歧视的情况，那是过去在纽约市损害金属工人工会中的黑人而造成的；以及对阿拉巴马州警察队和加利福尼亚圣克拉拉县“高度熟练”类别的妇女而采取的歧视措施。

27. 在另一些判决中，最高法院批准了提交给它的行动方案。这里是指以下案件：

- 消防队员诉 Stotts， 467 U.S.561 (1984 年)，
- Wygant 诉 Jackson 教育局， 476 U.S.267 (1986 年)，
- 里士满市诉 Croson， 488 U.S.469 (1989 年)。

28. 在消防队员(1984 年)案和 Wygant (1986 年)案中，扶持行动方案规定分别解雇孟菲斯城的若干消防队员和密执安州一所学校的一些教员，他们都是白种人，并且比他们黑人同事资深。在 Croson (1989 年)案中，此类方案将里士满市 30%的合同(弗吉尼亚州)保留给属于少数人群体的企业，即“黑人、说西班牙语的人、东方人、印第安人、爱斯基摩人和阿留申人”。最高法院认为：最后这项措施并不完全成比例(“narrowly tailored”)，即与所追求的目标不相称，并且同弗吉尼亚州过去加害于爱斯基摩人的任何歧视没有联系。

29. 1995年，最高法院在重要的 Adarand 建筑商诉 Pena (115St.Ct.2097)案中作出判决。Adarand 企业申诉：因属于一个说西班牙语人的公司受益使他们失去了一个公共工程合同，其根据是联邦的一项法令，命令公共工程 10%的合同应保留给少数人群体。

30. 法官 Sandra O'CONNOR 代表六个人的多数写道：有三项建议来自法院以前的判决书，都是关于以种族为基础的方案：

- (a) 怀疑的观点：以种族或民族为根据的优惠必须以最深入的方式进行审查；
- (b) 可靠性：监督的标准不应取决于哪些人在有关方案中受益或受害；
- (c) 上下一致：平等扶持应当上下一致，无论涉及政府哪一级(联邦政府或非联邦政府)；

B. 欧洲共同体法院判例中扶持行动

31. 关于欧洲共同体法院判例，卢森堡法院在 Kalanke c.诉 Freie Hansestadt Bremen 案中，于 1995 年 10 月 17 日作出判决，认为：

“一项国家条例保证妇女享有绝对无条件的优先(原文无)，以便得到任命或晋升，此项条例超过了机遇平等的晋升，并且超过该项指令第二条第四款所规定意外情况的极限”。

32. 根据欧盟理事会 1976 年 2 月 9 日第 76/207/CEE/号指令，该指令不反对在获得就业、晋升和职业培训方面，“采取措施，以促进男女机遇平等，特别要改正实际上存在的影响妇女机遇的不平等现象”。

33. 然而，有关能与在公共服务部门机遇均等的法令提供给

“自动地(原文无)在不同性别候选人具有同样资格的情况下，为了晋升，优先给予女性候选人以机会，如果这些部门女性比例不足、即妇女在有关人员类别的不同级别上至少应占半数，而按组织机构表各级任职亦应如此”。

34. 但，在 Marschall 诉 Land Nordrhein-Westfalen 案中，欧盟法院于 1997 年 11 月 11 日作出一项判决，认为上述指令并不反对：

“制定一项全国性规则，将迫使在不同性别候选人具有同样能力、才干和职业服务的条件下，优先给公共服务部门妇女候选人以机会，如果妇女的数目低于所考虑的职位的男子数目，条件是男性候选人有关的个人因素不会使天平向男性倾斜，还必须做到：

- 这项规则在每一个具体案例中保证男性候选人如果具有与女性候选人同样的资格，那么就应当对这些候选人客观评估，应注意到候选人本人有关的各种标准、并排除对女性候选人的优先照顾，如果这些标准中的一或数项使天平向男性候选人倾斜，并且
- 此类标准亦不应对女性候选人有所歧视。”

35. 1991年5月1日的 Beamtengesetz (地方公务员条例)有争议的条款是第25条第5段第2句话(1995年2月7日最后修订)，即：

“如果在主管当局范围内，关于晋升问题，妇女人数在有关职业发展位置少于男子，那么，在同等能力、技能和职业表现的情况下，妇女应优先晋升，除非由于某一候选人的个人的某种原因使天平向他倾斜”。(原文无)

36. 根据法院的说法，正是由于“开放条款”(“öffnungsklausel”)，才没有对妇女作自动优惠的规定，而正好是可以减损这种优惠，如果“由于某一男性候选人的个人因素使天平向他倾斜”，这就与 Kalanke 案完全不同了。

三、结 论

37. 本文件并无其他奢望，用意仅在引起注意，关注几个基本要素，这些要素可作为就扶持行动进行研究的出发点。

38. 除去就这些基本要素进行更深入的分析外，还应该就各国宪法或立法规定列出清单，说明扶持行动的情况，以及有关上述规定的本国判例。

39. 建议就这个问题可能设立的特别报告员被授权要求人权高专向各会员国、各国际组织以及非政府组织发出一份简要调查表，请它们就这一问题提供本国资料。

40. 在应当予以审议的问题中，可指出以下几点作为例举：

- (a) 禁止歧视与扶持行动之间的关系；
- (b) 扶持行动的局限(时间？目标？等等)；
- (c) 根据不同标准(种族、性别、语言等等)在扶持行动方面可能存在的差别，以便分辨出这类扶持行动可能对哪些群体有利。

简 要 书 目

BOSSUYT , Marc , L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme , Brussels , 1976, 262 p.

_____ , “ The Principle of Equality in Article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights” , de MESTRAL , Armand , The Limitations of Human Rights in Comparative Constitutional Law , Cowansville , Quebec , 1986, pp. 269-290.

_____ , “ Article 14” in PETTITI , L.E. , DECAUX , E. & IMBERT , P-H , European Convention on Human Rights , article by article commentary , Paris , Economica , 1995, p. 475à488.

RAMCHARAN , B.G. , “ Equality and Non-Discrimination” , HENKIN , Louis , The International Bill of Human Rights : The Covenant on Civil and Political Rights , New York , 1981, pp. 246-269.

TOMUSCHAT , Christian , “ Equality and Non-Discrimination under the International Covenant on Civil and Political Rights” , von MUENCH , Festschrift für Hans-Jürgen Schlochauer , Berlin , 1981, pp. 691-716.

McKEAN , William , Equality and Discrimination under International Law , Oxford , 1983, 333 p.

McWHIRTHER , Darie A. , The End of Affirmative Action : Where do we go from there ? , New York , Birch Lane Press book , 1996, 188 p.-

OPSAHL , Torkel , “ Equality in Human Rights Law with particular reference to Article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights ” , Festschrift für F. Ermacora , Kehl , 1988, pp. 51-64.

RENAULD , Bernadette , “ Les discriminations positives : Plus ou moins d'égalité ? ” , Revue trimestrielle des droits de l'homme , 1997, p. 425à460.

VIERDAG , Egbert , The Concept of Discrimination in International Law , The Hague , 1973, 176 p.

-- -- -- -- --