



经济及社会理事会

Distr.
GENERAL

E/CN.4/Sub.2/2005/19

16 June 2005

CHINESE

Original: ENGLISH

人权委员会

增进和保护人权小组委员会

第五十七届会议

临时议程项目 4

经济、社会和文化权利

关于《经济、社会、文化权利国际公约》第二条

第二款规定的歧视的研究

特别报告员马克·博叙伊先生提交的初步报告

内 容 摘 要

增进和保护人权小组委员会在其第 2004/5 号决议中，任命马克·博叙伊先生为特别报告员，请他参照马纽埃尔·德克先生编写的工作文件(E/CN.4/Sub.2/2004/24)，收到的各种意见以及小组委员会第五十六届会议进行的讨论，对《经济、社会、文化权利国际公约》第二条第二款规定的歧视原则进行研究。本初步报告限于审查关于经济、社会和文化权利性质的一些学术著作。就学术文献而言，在要求国家放弃采取某些行动的权利与要求国家积极干预的权利之间作出了区分。报告指出，贯彻这些不同权利和义务的机制一般是不同的。报告强调，这两类权利同等重要和紧迫，对任何一类权利的歧视都会对另一类权利产生有害影响。《经济、社会、文化权利国际公约》中所载权利，例如受教育权利和教育自由，包含了这两类权利的

因素。最后，报告指出，禁止歧视适用于所有人权，但它对带有积极义务的权利影响更深远。特别报告员的最后报告将审议根据哪些因素来确定在经济、社会和文化权利方面违反了禁止歧视的规定。

目 录

	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
导言.....	1 - 2	4
一、经济、社会和文化权利的法律性质.....	3 - 34	4
二、不歧视与经济、社会和文化权利.....	35 - 40	13

导 言

1. 小组委员会在其第 2003/12 决议中，应经济、社会和文化权利委员会的要求，请埃马纽埃尔·德科先生编写一份关于《经济、社会、文化权利国际公约》第二条第二款规定的歧视方面的工作文件。德科先生向小组委员会第五十六届会议提交了这份工作文件(E/CN.4/Sub.2/2004/24)。小组委员会在其第 2004/5 号决议中，任命马克·博叙伊先生为特别报告员，请他参照德科先生的工作文件(E/CN.4/Sub.2/2004/24)，收到的各种意见以及小组委员会第五十六届会议进行的讨论，对《经济、社会、文化权利国际公约》第二条第二款规定的歧视原则进行研究。人权委员会在其第 2005/105 号决定中，核可了对博叙伊先生的任命。

2. 作出该决定的日期与要求提交初步报告的日期之间间隔很短，在此期间，特别报告员只能总结关于《经济、社会、文化权利国际公约》所列举权利的法律性质的一些撰述。特别报告员早些时候的出版物中论述了这一讨论。其中一些看法引起了争论，有时部分是出于误解和解释错误。由于这些误解和解释错误可能影响对社会权利性质的正确理解以及这些权利的有效落实，或许有必要澄清争论中的一些要点，以促进对这些权利的反思。

一、经济、社会和文化权利的法律性质

3. 特别报告员主要侧重于其 1976 年发表的博士论文中的社会权利的法律性质。¹ 该论文认为，传统的人权概念起源于西方，它将人权仅限于公民权利。然而，在社会主义国家和第三世界国家的压力下，社会权利也被纳入到国际人权文书中。²

4. 在 1950 年通过的《欧洲人权公约》中，由于将受教育权和财产权纳入公约引起了反对，重点放在了“基本权利和基本自由”上。David Maxwell-Fyfe 爵士在提交欧洲委员会协商会议的关于公约草案的报告中，提到了反对列入这些权利的三点理由：(a) 对这些权利很难作出法律解释和适用；(b) 即使在国家宪法中，对这些权利的定义也未考虑到法律制裁问题；(c) 很难确定社会权利和经济权利的界线。由于欧洲委员会成员国政府缺乏一致，这些权利没有列入 1950 年 10 月 4 日签署的《欧洲人权公约》。在三次提交专家委员会之后，这些权利列入了 1952 年 3 月 20 日签署的(第一号)附加议定书。财产权的制定采取了消极的方式。

5. 1961年10月18日签署的《欧洲社会宪章》第一部分载有19条，第二部分载有72款。缔约国认为第一部分是“目标宣言”，它们将采取一切适当手段寻求实现这些目标，与此同时，它们认为自己仅受特别提到的7条规定中的至少5条规定的约束，此外受总计不低于10条或45款规定的约束。这样一个方针，即缔约国选择接受哪些权利规定的约束，在《欧洲人权公约》一类公民权利公约中是不可想象的。《欧洲人权公约》建立了欧洲人权法院，法院法官有权作出有法律约束力的判决，与此不同，《欧洲社会宪章》只规定了部长委员会可在缔约国提交报告基础上向这些缔约国提出建议。

6. 在1966年12月16日通过的两项国际人权公约中，对缔约国介入的性质有极为不同的规定。一方面，在《经济、社会、文化权利国际公约》第二条第一款中，公约的每一缔约国承担“尽最大能力个别采取步骤，或经由国际援助和合作，特别是经济和技术方面的援助和合作，采取步骤，以使用一切适当方法，尤其包括用立法方法，逐渐达到本公约中所承认权利的充分实现”。另一方面，在《公民权利和政治权利国际公约》第二条第一款中，公约每一缔约国承担“尊重和保证在其领土内和受其管辖的一切个人享有本公约所承认的权利……”。

7. 成为后一公约缔约国后应须承担的义务自公约生效时起，必须得到尊重，而对前一公约承担的义务可逐步履行。就《经济、社会、文化权利国际公约》所载权利而言，在判断缔约国的履约情况时，缔约国的现有资源是一个考虑因素，但就《公民权利和政治权利国际公约》所承认的权利而言，情况却并非如此。

8. 《经济、社会、文化权利国际公约》的监督机制也大大弱于《公民权利和政治权利国际公约》规定的监督机制。前者仅规定由缔约国提出报告，转交经济及社会理事会审议。此外，经社理事会得“随时和其本身的报告一起向大会提出一般性的建议以及从各缔约国……所取得的材料的摘要”（第二十一条）。后者则规定设立由独立专家组成的人权事务委员会。此外，人权事务委员会不仅可以审议缔约国提交的报告，还可以接收和审议指控一缔约国未履行其在本公约下义务的国家间来文和个人来文。委员会可转交关于报告的“一般性意见”，提交关于国家间来文的报告，并转递其对个人来文的“意见”。

9. 在上述分析基础上，似乎可以提出一个理论框架，对公民权利与社会权利作出区分。据认为，这两类权利在人权领域中都有极重要的含义，不同于它们在民

法典或社会法规中可能具有的含义。人们认为，有关权利在多大程度上需要国家拨付财力，应成为一项基本标准，以在一项权利与另一项权利之间作出区分。³据申明，认为国家无须作出财政努力，以促进尊重公民权利和政治权利，显然是一个错误；不作财政努力，可作为一个理由，说明未能尊重有关权利。此外，据强调，一项权利不因它是一项社会权利而要求额外的财政努力，但它作为一项社会权利，需要此类努力。⁴

10. 从这一角度来看：

- (a) 公民权利要求国家承担弃权义务，社会权利则要求国家承担干预义务；
- (b) 公民权利规定了国家的消极义务，社会权利则规定了国家的积极义务；
- (c) 公民权利的内容既然是普遍的(那些最低限度权利的内容不应因国家不同而有所不同)，社会权利的内容则可能因国而异，这取决于国家的资源以及其落实这些权利的优先顺序；
- (d) 公民权利的性质是绝对的，是人的尊严以及限定自己维护个人已经拥有的利益(或事物)的实在法中固有的，而社会权利的性质则是相对的，只有在采取必要的法律措施，规定享有这些权利的方式或条件的情况下，才可援用。⁵

11. 因此，这两类权利的实行方式是不同的：

- (a) 属时管辖权：公民权利应即时受尊重，而在资源不充分的情况下，社会权利是逐渐实行的；
- (b) 属事管辖权：所有公民权利都应得到充分尊重，而在缺乏足够资源时，社会权利只能部分地实行；
- (c) 属人管辖权：每一个人都有资格享有全部公民权利，而并非每人都能立即享有所有社会权利。⁶

12. 缔约国如果没有足够的资源，可以同时让每个人都享有全部社会权利，它将通过规定属时管辖权、属事管辖权和属人管辖权的轻重缓急来作出选择。在这一点上，禁止歧视有其非常重要的位置。在适用于社会权利时，禁止歧视的影响远远大于适用于公民权利时。

13. 公民权利和社会权利的性质不同还解释了为什么公民权利的监督机制要比社会权利的监督机制更发达。由于没有任何经济因素可以用作不尊重公民权利的

借口，这些权利很容易处于司法管制下。是侵犯公民权利，而非此类权利的实行有其政治含义。确定实行社会权利的优先顺序，在很大程度上取决于财政和经济限制，是一个政治而非法律问题。即使在国家层面上，只有已经制订了详尽而且往往是复杂的条例的社会权利，才适于在这些条例涉足的限度内受到司法管制。在国际层面上，社会权利的控制机制一般来说不是司法的，甚至不是准司法的，而是行政的或政治的。⁷

14. 国际制度保护公民权利的有效性在很大程度上取决于它所建立的监督机制的效率。就这些权利而言，体制问题要比规范问题更重要，因为即使在缺乏详尽的条例，规定其适用方式时，法官也可能强制执行这些权利。相反，就社会权利而言，监督机制往往不很完善，保护这些权利的国际制度的影响将在很大程度上取决于规范性规定的制定严密与否。只有通过制定权利的详尽条例来加以实行，社会权利才能得到享有。对公民权利的承认是宣布性的，因为在公民权利问题上，不是由国家向个人来提供它不拥有的利益，而是由国家来保护这一利益(基本自由)不受国家干预。⁸

15. E. W. Vierdag⁹ 在 1978 年的出版物中，还审查了《经济、社会、文化权利国际公约》所赋予权利的法律性质。他强调“可执行性”是国际法中日益流行的“个人权利”概念的一个基本部分。在此基础上，它断言，“只有可执行的权利才可看作是‘真实的’、法律的权利”。Vierdag 批驳了以国家不提供财政支持作为公民权利与社会权利之间区分的适当标准的看法，¹⁰ 它认为权利的可执行性是解决其法律性质问题的最恰当的线索。据 Vierdag 认为，一项权利要成为法律权利，必须可以在法律上作出限定；只有这样才能在法律上执行，可以称作是可予审理的。¹¹ 它指出，除了少数可能的例外，类似名称的公约中的经济、社会和文化权利是不可执行的。¹²

16. Vierdag¹³ 的结论是，《经济、社会、文化权利国际公约》赋予的权利似乎是“由不同成分组成的”：

- (a) 第一类社会权利包含无需成本即可享有的现成权利，因此不是必然不可执行的(例如工会自由和罢工权)；
- (b) 第二类社会权利(例如社会安全、食品和衣服或医疗)似乎包括一些需要有花费的现成权利，但在服务于不同的人群时，可以分割开来；

(c) 第三类社会权利不是现成的，或可得性有限，每次决定增加必要设施，以实行该一权利(例如就业权，“适足”住房权或受教育权)，保证所有合格者都能享有这些权利，都是一个政治问题，因为它尤其涉及到巨额开支。¹⁴ 由于每项添加的必要开支基本上都是一个经济、社会和文化优先顺序问题，执行这些规定成为一个政治问题，而不是法律问题，因此也不是权利问题。

17. 因此，Vierdag¹⁵ 建议，“通过一项文书，其标题及其有关的规定的行文似乎是赋予个人‘权利’，但实际上却并非如此，或只是有限度地这样做，就是一种误导”。他认为，“令人遗憾的是，在此过程中，国际法中采用的‘权利’概念，与国际法中传统理解和实践中采用的‘个人权利’概念完全不同”。他担心，这就削弱了法律规范本来应当拥有的效率和影响，因此可能对整个法律制度产生消极影响”。不过，他还表示：“这并不是说，根据《经济、社会、文化权利国际公约》准备着手和实现的事情不具有重大意义，他当然具有重大意义。在恶劣的经济、社会和文化条件下，不可能充分享有公民权利和政治权利。他只是要表明，所选用的法律手段，即似乎在赋予个人权利的手段，不是一个恰当的手段，应当采用更为妥善的办法，例如贯彻有关方案的办法”。¹⁶ Vierdag 文章的最后一句说：“除非在与经济、社会和文化没有关联或很少关联的情况下，同时，基于上述区分，《经济、社会、文化权利国际公约》赋予的权利，就其性质而言，在法律上是无足轻重的”。¹⁷

18. 一些年来，流行的做法是，抹杀公民权利与政治权利之间的法律区别。问题在于，抹杀这两类权利之间的区别是否有助于更好地理解侵犯这些权利行为的受害者所面临的挑战，是否有助于寻找办法和途径，结束这类侵权行为。争论的焦点不在于更重视哪类权利。每个人都热切地希望享有所有人权，不论它们是公民权利，还是社会权利。社会和经济福利不能说在重要性和紧迫性上低于表达自由，¹⁸ 但法律文书在多大程度上能够促进实行一类而不是另一类权利，则是区别的。

19. 本特别报告员已经在 1975 年/1976 年强调了公民权利和社会权利的相互依存性，为此强调，削弱对一项权利的享有必然导致影响对其他人权的享有。¹⁹ 大会在其 1977 年 12 月 16 日通过的第 32/130 号决议中，宣称“一切人权和基本自由都是不可分割并且是互相依存的；对于公民权利和政治权利、以及经济、社会和文化权利的执行、促进和保护，应当给予同等的注意和迫切的考虑”。²⁰

20. 不过, G. J. H. van Hoof²¹ 在其 1990 年的出版物中, 对博叙伊和 Vierdag 所代表的“学派”持严厉批评态度。Vierdag 关于“《经济、社会、文化权利国际公约》赋予的权利, 就其性质而言, 在法律上是无足轻重的”的说法最受诟病。正如 van Hoof 所恰当地写明的,²² Vierdag “几乎完全侧重于(个人的)权利一面”, 而他本人则关注“问题的另一面”, 他认为这是同等重要的, 也即“(国家的)‘义务’一面”。van Hoof 还表示: “因此, 就出现了某种危险, 例如将所谓的条约规定的直接效力与规则的法律约束性质混为一谈, 就前者而言, 决定性的是规则的详尽程度, 后者却并非如此”。两位作者讲的似乎都有道理: 一方面, 尽管难以通过法庭推动法律执行(这在国际法中是很常见的), 《经济、社会、文化权利国际公约》的缔约国毫无疑问受其各项条款的法律约束; 另一方面, 该公约大部分条款具有足够的精确性和完整性, 有助于其在法律上的执行。

21. 在 van Hoof 看来, 博叙伊提出的“影响深远”的区别因其“形式刻板”, 看来“很难坚持”。²³ 按照 van Hoof 的说法,²⁴ 它们虽然可以构成“有用的分析工具”, 但它们的适用却“过于黑白分明”。van Hoof 驳斥了“实在法承认公民权利, 只能保护人们已经拥有的东西”的说法,²⁵ 认为它是“基于自然法的一些概念”。该一说法的关键在于, 公民权利的内容或利益不是国家赋予的, 而是属于每一个人的, 独立于法律对它的保护。然而, 它一旦受到(实在)法的保护(因此脱离自然法), 显然只是一种权利。实际上, 不是国家给予个人生命或自由。国家只是有义务去保护它, 不剥夺(或至少是武断地剥夺)一些人的生命或自由。同样道理, 国家不得武断地插手一个人的隐私、家庭、住宅或通讯, 思想、良心和宗教自由, 表达、集会和结社自由等等。相反, 食品(van Hoof 相对于生命给出的例子)不是人之为人, 生来具有且国家不得干涉的内容(如果人已死亡, 不再拥有生命, 则国家的保护就无从说起)。食品权是一项社会权利, 要求国家积极干预, 采取一切必要措施, 向饥饿者(即按定义不拥有食品的人)提供食品。

22. 当然, 如 van Hoof 所说,²⁶ “例如, 坚持自由和记名选举或建立适当司法和法律援助制度所涉及的费用可能很高”。但无论如何, 相对于向个人提供适当保健、免费教育、食品、适足住房, 和在更普遍的意义上, 为老年人、病人和失业者提供确保替代性收入的社会保障系统的利益所需要的费用而言, 内务部或司法部的运作费用并不高。无论如何, “能够并愿意履行”《联合国宪章》义务的每一主

权国家据认为原则上都能够负担尊重上述公民权利所需的费用(不一定是全面社会保障系统的费用)。

23. 人权观念影响巨大，以至在政治修辞中，每一个值得追求的目标或理想都成为人权。男人和女人有各种理想。许多是合理合法的，一个公正的社会应当尽一切可能，推动实现这些理想。然而，(荒唐的是，法学家要比非法学家更懂得这一点)，法律不是一种可以担保实现所有人类理想的工具。法律能不能保护某种人类理想与它的重要性无关，与它的合法性也无关，只关系到它的内容。一些理想有绝大的重要性，而且完全合法，但它们不适于法律保护，不应当称为人权。在实际生活中，没有什么比幸福更重要。但承认幸福权是一种人权是没有意义的。将一些合情合理的理想说成是国际担保的“权利”，尽管认定它们不适于司法保护，这样只会造成一种虚假的进步感。随意使用“权利”和“人权”等术语，将削弱人权的整体概念。术语的混乱将削弱人权这一根本概念。如果没有法律执行能力，法律保护只是一种表象。对经济效力以及公正社会的追求比任何国际法律机制都更能改善人类的社会经济条件。²⁷

24. 人权概念本身是明确的。在传统的意义上，人权是受法律保护的利益，可由法官强制执行。这一含义对公民权利仍然是有效的。然而，《世界人权宣言》还将社会权利纳入进来，但没有给出足够严密的定义，使之能够由法官加以执行。在此过程中，人们放弃了这样一个概念，即人权是对每人不仅应当而且可以通过合理的执行享有的权利的最低限度的保障。²⁸

25. 因此，并非所有权利都是人权，同时并非所有人权都是可以在法律上执行的权利。之所以如此，是因为社会权利尽管在法律上不可执行，却被纳入人权的概念，以至公民权利很难在法律上得到执行。将人权概念扩大到社会权利，意味着社会权利有别于公民权利，否则，社会权利从一开始就会被纳入这一概念。由于忽略了公民权利和社会权利之间的区别，人们就面临双重危险：(a) 一些人有可能认为，国家承认公民权利的义务与在社会权利领域一样含混；(b) 有可能造成一种印象，即可以通过法律机制向人类提供社会权利假定可以促成的一切利益：工作、教育、食品、健康、住所等等。将人权概念扩大到不可审理的权利的意向，不管有什么根据，人们都很难看出打消公民权利与社会权利之间的法律差异，可能促成哪些有益的后果。

26. Patrice Meyer-Bish²⁹ 在其 1992 年的博士论文中,认为博叙伊的方针太过“激烈”,对跨学科推理的复杂性缺乏考虑。³⁰ 他尤其坚持所谓的“混合权利”,例如工会自由、财产权、儿童权利。³¹ 对他来说,社会权利实在规范的建立要慢于公民权利。³² 他担心,逐步适用的原则可能会被用来为随意解释国际规范辩护,人们可能相信,只要承认公民权利,并对其法律控制作出规定,就足以保证其有效适用。³³

27. Kitty Arambulo³⁴ 在其 1999 年博士论文中,承认博叙伊认为这两组人权“同等重要”,但他关于国家弃权或干预的主要标准“不够精确”,他的推理有“若干疏失”。³⁵ Arambulo 认为,³⁶ 后者尤其显示了依赖关于经济、社会和文化权利的“含混和抽象的公式”,与此同时,一些公民权利和政治权利也可以被看作是以同等含混或抽象的方式制定的。

28. 这一批评似乎是出于误解:当然,一些公民权利的制定失之于含混。两类权利之间的区别恰恰在于,公民权利因其上述特点,完全适合作出法律认定,尽管它们往往是模糊的和抽象的,而社会权利因其特点,需要通过法律或条例作出进一步澄清,以决定需要执行这些权利的国家究竟有哪些义务。为帮助法官确定特定国家是否履行了其对个人的人权义务,对侵犯公民权利问题(基本上要求不干预的消极义务)的处理要比对侵犯社会权利问题(要求国家的积极干预)的处理更精确。当然,一旦国家法律纳入国际公约中载列的社会权利,通常都很严谨和精确,完全适于作出法律上的认定。

29. 此外,毫无疑问,如关于执行《经济、社会、文化权利国际公约》的指导原则(1986年)所称,《经济、社会、文化权利国际公约》缔约国无权“无限期推迟努力,妨碍充分实现”该公约中载列的权利,或如经济、社会和文化权利委员会在其 1990 年通过的关于缔约国义务性质的第三号一般性评论中所称,它们应尽快采取行动,实现这些权利,同时,它们负有义务,应立即采取步骤,实现其对该公约承担的义务。³⁷ 如 Arambulo 所正确表明的,³⁸ “无论其现有资源处在怎样的规模上,国家都必须在其自身财政限度内,尽可能作出努力,履行其公约义务,以充分实现公约中所载权利”。

30. Gunter Maes³⁹ 在其 2003 年博士论文中,对两类人权难以始终作出严格区分。⁴⁰ 按照他的定义,社会权利是涉及社会法关系的那些基本权利⁴¹ (也即关系

到社会而非“经典”方面的那些基本权利)。⁴² 他认为，将经典权利和社会权利对立起来是完全错误的，因为人权一般来说都含有两种特征。⁴³ 谈到欧洲人权法院的判例，他认为许多权利除经典权利的特征外，也有社会权利的特征，⁴⁴ 积极义务和消极义务不仅错综复杂地纠缠在一起，而且相互产生决定性影响，⁴⁵ 扩大对经典权利的保护有助于对社会权利的重要方面提供保障。⁴⁶

31. 更深入地审查他的分析，似乎可以看到他反对在社会权利和经典权利之间作出严格区分的坚定立场更多地是论说性，而非实质性的。实际上，Maes 断言，社会权利和经典权利不是同一的，这两类权利之间有其区别，但它们是相互关联和相互依存的。⁴⁷ 如果人们承认有可能在人权的社会方面和经典方面之间作出区分，就有必要分析这些方面有哪些不同特征，而这些不同又导致哪些后果。

32. 对两大类人权区别的理论分析没有其他目的，只是为了解释为什么对不同类的权利采用了不同的工具，以促进理解这些权利的特征。应当承认，起草这两项公约的律师、外交家和政治家不一定能始终感受这一区别的重要性、理由和后果，但这一区分是自然而然存在的。它即非无视人类社会需要的自由主义意识形态，也没有忽略世界现实，同时，也没有忽略去解释为什么要起草两份不同的公约。⁴⁸

33. 这一分析无意采取一种黑白分明的方式⁴⁹，为哪种个人权利加上一个意义深远的严格解释，无视缔约国的意图，有关权利的具体行文，其上下文关系以及其适用方式。它只是一种方便的工具，为了促进对不同类别人权法律特点的理解。⁵⁰ 这种分类并不妨碍国际人权文书的起草者或国家立法者决定他们准备在何种程度上接受他们所起草的法律规定的约束。它也不妨碍国际公约的监督机构或各国法官出于这一意图来解释有关规定。它只是帮助他们更好地认识其行文或其解释的后果。通常被视为公民权利的一项权利，如果在起草或解释过程中，规定了国家的积极干预义务，即失去了其传统公民权利的特征，具备了社会权利的特征。⁵¹

34. 这里要说的是，一项权利可以在不同程度上既具有公民权利的成份，也具有社会权利的成份。这方面一个恰当的例子是与教育有关的人权。完全可能在作为社会权利的受教育权与作为公民权利的教育自由之间作出区分。后者只担保某人(或某一群体)拥有建立他所选择的学校的权利(或最好表达为自由)，以及个人送其子女进入其所选择的学校的权利。这一自由不会引出政府补贴的权利，或承认此类学校颁发的文凭的权利。但如果禁止开办此类私人学校或在这一学校入学，则违反了教

育自由。国家对此类私人学校的义务是不干预的义务，正如在其他公民权利或基本自由问题上一样。受教育的权利要求政府发展学校制度，如《经济、社会、文化权利国际公约》第十三条所申明，初等教育“一律免费”，而中等教育(以及高等教育)“应以一切适当方法，普遍设立，特别要逐渐作到免费”。

二、不歧视和经济、社会和文化权利

35. 在涉及歧视问题时，公民权利因素与社会权利因素之间的区别尤其重要。如果某人被阻止进入私人学校，他的教育自由就受到侵犯，因此，他在享有教育自由权利方面也受到歧视。一个人如果不能享有免费初级教育，情况也是如此。不妨指出，免费接受初级教育的权利虽然毫无疑问是一项社会权利，但例外的是，就其严谨的行文而言，这一权利得到了与公民权利一样的保护。至于中等和高等教育，目前并不保障所有人都能免费享有。因此，显然一个人不能免费进入大学，不能算是侵犯了该一权利。只有一个人被歧视性地拒绝免费进入大学，其受教育权才受到侵犯。

36. 禁止歧视不是一种“独立的存在”，因为在考虑这一问题时，必须联系特定的权利。在一些国际文书中，禁止歧视仅限于同一文书作为含有禁止歧视规定的文书所担保的权利。此类对歧视的有限禁止的例子包括《世界人权宣言》第二条第一款，《经济、社会、文化权利国际公约》第二条第二款，《公民权利和政治权利国际公约》第二条第一款，《欧洲人权公约》第十四条，《美洲人权公约》第一条，《非洲人权和人民权利宪章》第二条。普遍禁止歧视的例子包括《公民权利和政治权利国际公约》第二十六条，《美洲人权公约》第二十四条，《非洲人权和人民权利宪章》第三条和《欧洲人权公约》第十二号附加议定书。对禁止歧视的限制不具有规范性效力：它并不意味着在有关文书未予保障的权利上的歧视不受禁止。它只具有制度上的效力：它在有关文书设立的监督机构的权限中排除了决定在一项权利上的不同待遇是否属于歧视的权利。

37. 无论如何，禁止歧视不适用于不受法律管辖的事项。如果感到有必要将禁止歧视扩大到它尚未适用的事项上，则通过法律来管辖该一事项即足以了，这样就能将禁止歧视扩大到这些事项上。由于歧视是在权利(法律保护的利益)上的任意区分，法律的任意保护也是无效的，因为它违反了禁止此类区分的更高的规范(载于国

家宪法或国际公约中)。在尚未受法律保护的事项中对法律干预的唯一限制是隐私权，它本身也是一项基本人权。然而，应当由法律来确定对隐私权的限制。

38. 禁止歧视缺乏独立存在不能与禁止歧视可能的“自动适用”混为一谈。如果有可能确定在其本身并未受到违反的一项权利上存在歧视，则禁止歧视将自动适用。就社会权利而言，这一点完全有可能。因为这些权利可能是逐步实行的，资源的缺乏又使国家可能有必要确定一个优先顺序，以实现这些权利，以及属事管辖权、属时管辖权和属人管辖权，则某人在特定时刻未能享有一项具体的社会权利，本身并不构成侵犯该一权利。但如果他能够证实其他人借助国家法律或条例，享有这项权利，而他本人则因为与该项权利无关的理由被排除在这类人之外，他就可被看作就该项权利而言的歧视的受害者。作为禁止歧视的结果，他将享有这一权利，尽管与这项权利有关的国际文书或国家法律都没有规定他应当享有这项权利。这就是禁止歧视的所谓“创生效应”。个人可以在禁止歧视基础上享有一项权利，尽管有关该项权利的国际和国内规定都不曾赋予他这一权利。

39. 当然，国际文书可确定个人在何种条件下可享有何种社会权利。在这一方面，国家法律机构将能够如同在公民权利问题上一样，强制执行这些权利。由于社会权利的实现具有巨大的经济影响，而现有资源在国家与国家之间有极大差异，因此，很难制定普遍接受的最低标准。应当为各国留出充分的余地，以便它们制定优先顺序。此类优先顺序一般是交由各国的政治当局，而不是其法律机构制定的，在国际一级，各国并不愿意由国际机构代它们作出政治选择，这些国际机构将因此拥有权利，作出在法律上有约束力的决定，进而产生巨大的财政影响。

40. 禁止歧视适用于社会权利，也适用于公民权利。然而，这一禁止在社会权利方面比在公民权利方面影响更深远。确实很难找到一个例子，说明在本身没有同时受到侵犯的公民权利问题上违反了对歧视的禁止。在社会权利方面，情况则不是这样。因此，很有必要加深理解根据哪些因素来确定在经济、社会和文化权利方面违反了对歧视的禁止。这项任务将留待特别报告员在提交小组委员会的进度报告和最后报告中处理。

注

¹ Marc Bossuyt, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Brussels, Bruylant, 1976, 262 p. An advance publication of the relevant chapters can also be found in the *Human Rights Journal/Revue des droits de l'Homme* of 1975 (pp. 783-820) under the title "La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels".

² Bossuyt, "La distinction ...", p. 785.

³ It may be even more correct to state that it is the "economic impact" of the measures required from the State to respect the right in question that is the relevant criterion. If those measures do not go beyond what is expected from a State to respect the rule of law, it should be considered to be a civil right. If the economic impact of the necessary measures requires the Government, in view of the scarcity of the resources available, to fix priorities in the implementation of the different rights, it should be considered to be a social right.

⁴ Bossuyt, *L'interdiction ...*, p. 185 (the exclamation point was inserted in the original text published in 1975/1976). It has never been claimed that if a right is contained in an international instrument which, according to its title, is supposed to guarantee either civil or social rights, every right contained in that instrument should necessarily have the characteristics of, respectively, civil or social rights, as mentioned above. The approach taken was exactly the opposite: if a right has those respective characteristics, it should be considered to be a civil or a social right. For that reason, examples given by critics of "social rights" not requiring any financial effort or of "civil rights" requiring such efforts are missing the point.

⁵ *Ibid.*, pp. 185-187.

⁶ *Ibid.*, pp. 187-188.

⁷ *Ibid.*, pp. 188-190.

⁸ *Ibid.*, pp. 190-191.

⁹ E.W. Vierdag, "The Legal Nature of the Rights granted by International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", *Netherlands Yearbook of International Law*, 1978, pp. 69-105. In his Ph.D. thesis, *The Concept of Discrimination in International Law with Special Reference to Human Rights*, published in 1973 in The Hague, however, Vierdag had stated (p. 76) "there is nothing in the nature of the rights to warrant such a clear-cut division into types on the basis of State action or abstention".

¹⁰ This rejection is based on the outcome that trade union rights and the right to strike are considered by Bossuyt as civil rights since their enjoyment requires no financial support on the part of the State (Vierdag, “The Legal Nature ...”, p. 82). “The right of everyone to form trade unions and join the trade union of his choice” is guaranteed in article 8 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, but also as an aspect of everyone’s right to

freedom of association with others “including the right to form and join trade unions for the protection of his interests” in article 22 of the International Covenant on Civil and Political Rights. Is it - despite its quite identical wording - a civil right in the latter and a social right in the former? Does a civil right - formulated as an aspect of a “freedom” - become a social right because it is included in a convention guaranteeing social rights? If the distinction between civil and social rights is not based on the extent of intervention (rather than abstention) required from the State, on what criterion is the distinction based?

¹¹ Ibid., pp. 76-77.

¹² Vierdag (ibid., pp. 92-93) argues his views as follows: “a remedy [against a violation of a social right] would imply the competence of a court to compel the administration to take measures creating conditions under which a social right can be enjoyed. Such a competence would, however, cover utterly political questions, and would thus nullify the separation of powers that is the cherished basis of the system of government in a great many countries. It would turn the judiciary into a political organ. How is a court of law to protect, say, the enjoyment of the right to work? How is it to judge and to declare on the basis of the law that a policy of full employment is not effective, and should be realised in another way?” With respect to article 2, paragraph 1, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Vierdag (ibid., p. 101) concludes: “It is highly improbable that as a consequence of this obligation individuals would be effectively protected against inaction on the part of governments if confronted with a worsening economic, social or cultural situation. It is all the more unlikely that, on the basis of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights [ICESCR], they would be effectively ensured continuously improving economic, social and cultural conditions.”

¹³ Ibid., pp. 102-103.

¹⁴ It is striking that, while rejecting the absence of financial support on the part of the State as an adequate criterion for the differentiation between civil and social rights, Vierdag nevertheless distinguishes among the rights guaranteed in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights a first category that is immediately available at no “cost”, a second category that is immediately available but which demands “expenditure” and a third category that is of no or limited availability and which involves “considerable expenditure”.

¹⁵ Ibid., p. 103.

¹⁶ In referring to C.W. Jenks (*Social Justice in the Law of Nations*. The ILO Impact after Fifty Years, London, 1970, pp. 70-79), E.A. Landy (*The Effectiveness of International Supervision*. Thirty Years of ILO Experience, London, 1966, chap. I) and N. Valticos (*Droit International du Travail*, Paris, 1970, p. 157), Vierdag (ibid., pp. 104-105) notes that “ILO Conventions already deal with social rights in a more precise and detailed way, and in several instances go further than the provisions of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights [ICESCR]” and “The machinery of supervision of the ILO is a very

sophisticated one, in comparison to which the regulation laid down in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights [ICESCR] can only be characterised as poor.”

¹⁷ Ibid., p. 105.

¹⁸ Bossuyt, *L’interdiction ...*, p. 210: “Le caractère relatif des droits socio-économiques ne veut nullement dire que la réalisation de ces droits est pour l’homme moins importante ou moins urgente que le respect des droits civils. La distinction ne se fonde pas sur une quelconque priorité dans les besoins des hommes, car l’épanouissement libre de l’homme requiert aussi bien la réalisation des droits sociaux que le respect des droits civils. La distinction entre ces deux catégories de droits n’est pas non plus une distinction de valeur entre droits primaires et droits secondaires; elle n’est pertinente que du point de vue de la technique juridique.”

¹⁹ Ibid., p. 195: “la jouissance moindre d’un droit se répercute inexorablement sur la jouissance des autres droits de l’homme”.

²⁰ In the Vienna Declaration and Programme of Action adopted by the World Conference on Human Rights on 25 June 1993 it was reaffirmed that “All human rights are universal, indivisible and interdependent and interrelated. The international community must treat human rights globally in a fair and equal manner, on the same footing, and with the same emphasis.”

²¹ G.J.H. van Hoof, “The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: a Rebuttal of Some Traditional Views”, in P. Alston and K. Tomasevski, *The Right to Food*, The Hague, Nijhoff, 1990, pp. 97-110.

²² Ibid., p. 101.

²³ Ibid., p. 103.

²⁴ Ibid., p. 105.

²⁵ Ibid., p. 104.

²⁶ Ibid., p. 103.

²⁷ Marc Bossuyt, "International Human Rights Systems: Strengths and Weaknesses", in K.E. Mahoney and P. Mahoney, *Human Rights in the Twenty-first Century*, Kluwer, 1990, pp. 52-55.

²⁸ Ibid., p. 54.

²⁹ Patrice Meyer-Bish, *Le corps des droits de l'homme. L'indivisibilité comme principe d'interprétation et de mise en œuvre des droits de l'homme*, Fribourg, 1992, 401 p.

³⁰ Ibid., p. 135.

³¹ Ibid., pp. 141-142.

³² Ibid., p. 152.

³³ Ibid., p. 155.

³⁴ Kitty Arambulo, *Strengthening the Supervision of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Theoretical and Procedural Aspects*, Antwerp, Intersentia, 1999, 449 p.

³⁵ Ibid., pp. 71, 75 and 81.

³⁶ Ibid., p. 75.

³⁷ Quoted by Arambulo, p. 80.

³⁸ Ibid.

³⁹ Gunter Maes, *De afdwingbaarheid van sociale rechten (The enforceability of social rights)*, Antwerp, Intersentia, 2003, 523 p.

⁴⁰ Ibid., p. 28, No. 55.

⁴¹ Ibid., p. 29, No. 58.

⁴² Ibid., p. 30, No. 61.

⁴³ Ibid., p. 42, No. 77.

⁴⁴ Ibid., p. 488, No. 951.

⁴⁵ Ibid., p. 490, No. 956.

⁴⁶ Ibid., p. 491, No. 958.

⁴⁷ Ibid., No. 959.

⁴⁸ Cf. Bossuyt, *L'interdiction ...*, p. 184.

⁴⁹ See *ibid.*, p. 195, note 10: "Ici, comme d'habitude dans les sciences humaines, il n'y a pas que du noir et du blanc. Il y a du gris, surtout du gris, du gris foncé et du gris clair."

⁵⁰ It is no different from other legal distinctions, such as the one between public law and private law, the one between codification and progressive development of international law or the one between a unitarian and a federal or a confederal State. Several legal concepts contain elements of public law as well as elements of private law. Nearly all international conventions elaborated under the auspices of the International Law Commission contain provisions of codification and provisions of progressive development of international law. Institutions of one and the same State can, despite what may be claimed (or proclaimed) by its constitution, contain in varying degrees elements of a unitarian, a federal or a confederal State. No one would nevertheless claim that such legal categorizations are inaccurate, imprecise, difficult to uphold, dangerous or regrettable.

⁵¹ For instance, if a traditional civil right such as the “right to privacy” is interpreted as a right that requires from the State the elaboration of an extensive programme of isolation of houses in order to protect persons living in the neighbourhood of an airport against excessive noise during night-time, that right will in that interpretation lose the characteristics of a social right. On the contrary, when a right contained in an international instrument on social rights is implemented in the national legislation of a State party in a manner such that it can be immediately and fully guaranteed to all, it will be judicially enforceable, as is the case with traditional civil rights.

-- -- -- -- --