

促进中国反歧视项目丛书

中国少数者 权利状况考察

北京大学法学院人权与人道法研究中心 编



促进中国反歧视项目丛书之——

中国少数者权利状况考察

北京大学法学院人权与人道法研究中心
加拿大渥太华大学法学院

2009 年 5 月

感谢加拿大国际发展署（CIDA）对本合作项目的资助

总 序

人人生而自由，在尊严和权利上一律平等。

——《世界人权宣言》第一条

不歧视原则（或称禁止歧视原则）是保护人权的一项前提和基本原则。近代以来人类争取人权的历史就是一部反歧视的历史。第二次世界大战以后随着人权保护全面进入国际法领域，在国际社会首先确立的人权原则就是不歧视原则。中国已批准的 1966 年《经济、社会、文化权利国际公约》第 2 条第 2 款及已签署的《公民权利和政治权利国际公约》第 2 条第 1 款都明确规定了不歧视原则。

按照国际人权条约及其人权机构的一般通解，“歧视”一词的含义指任何基于种族、肤色、性别、语言、宗教、政治或其他见解、国籍、社会出身、财产、身体状况、年龄、出生或其他身份的任何区别、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享有和行使在政治、经济、社会、文化或公共生活任何其他方面的一切权利和自由。歧视有不同的表现形式，大体可分为官方的歧视和民间的歧视。前者如国家政策或法律制度上的歧视；后者如在公司企业的就业歧视、社会歧视以及文化习俗方面的私人间歧视，等等。因此，正如《公民权利和政治权利国际公约》人权事务委员会在 1989 年第 18 号一般评论中所指出的那样：“不得歧视、法律面前平等以及法律的无所歧视的平等保护，是保护人权的基本而普遍的原则。”不歧视原则表明了人权

具有普遍性的本质。不歧视原则涵盖了许多内容，其中一些重要内容如禁止种族歧视和禁止作为国家政策的性别歧视已经构成国际习惯法乃至“强行法”（*jus cogens*）的原则。

自 1949 年 10 月中华人民共和国政府成立以来，已经历了六十年的岁月。我们大体可把这段历史分为前三十年和后三十年。在前三十年里，由于社会革命、执政党的以阶级斗争为纲的路线以及不断的政治运动，在社会上受到歧视的主要对象是被当作“阶级敌人”的“地、富、反、坏、右”五类分子及其家庭成员，在“文化大革命”期间又增加了“走资派”和其他被当作“牛鬼蛇神”的受批斗者及其家庭成员。在后三十年，由于执政党转向以经济建设为中心的路线和改革开放，先前的政治性质的歧视现象明显减少或减弱，而其他社会和经济方面的歧视则日益凸现出来。

自 2005 年以来，北京大学法学院人权与人道法研究中心（以下简称人权研究中心）与加拿大渥太华大学法学院展开了“促进中国的反歧视”研究的合作项目。在反歧视这一总题目之下，我们又确定了四个子课题，并按子课题将项目参加者分成四个小组：第一是农民权利小组；第二是妇女权利小组；第三是艾滋病病毒/乙肝病毒携带者权利小组；第四是少数者（包括前科人员、同性恋者、残疾人、少数民族）权利小组。从这些子课题可以看出，这次反歧视研究项目的重点主要是中华人民共和国政府成立以来的后三十年或当今社会存在的歧视问题，其中有些问题是历史遗留下来的，有些是则是新出现的。在这些歧视现象中，有些是世界各国都面临的问题，如对妇女的性别歧视、对少数者的歧视、对艾滋病病毒感染者的歧视，等等；还有些歧视问题是中国特有的现象，如中国农民待遇问题、通过卖血感染艾滋病病毒问题、乙肝病毒携带者的庞大数量问题、农村妇女的土地权益问题，等等。

当然，这次反歧视研究项目的内容不可能包括中国社会存在的所有歧视问题，如基于出身、政治见解、宗教信仰、学历、语言、年龄、身高、种族、地域、国籍等各种理由的歧视现象。这也说明在中国反歧视是一个长期的重要事业。

这次中加合作反歧视研究项目有两个突出特点：一个是体现在研究方法方面，除少数论文侧重于历史和理论分析外，大多数中方项目参加者都从事了实地调查以及问卷调查工作，取得了大量的第一手资料。其中有些项目参加者访问调查了全国许多省份和地区，获得了比较全面的资料；有些项目参加者固定到一个特定的地区进行重点调查；还有些项目参加者针对一个事件或案件进行跟踪调查。可以说，本系列丛书中的研究报告或论文是对当前中国社会存在的歧视问题及各个阶层或群体权利现状的真实和详细考察。另一个特点是项目参加者来自不同的专业和领域。项目参加者中不仅有大学或研究机构的专家学者，还有许多实务工作者，如律师、记者、医务工作者等；项目参加者不仅有来自政府机关、社会团体的专家，也有来自非政府组织的成员。在学科方面，项目参加者的专业领域分布也非常广泛，如分别来自法学、社会学、人类学和民族学、经济学、农业政策学以及医学等各种不同的学科或专业领域。因此，通过这次反歧视研究，北京大学法学院人权研究中心在国内已经建立了一个比较广泛的网络。这对今后进一步推进人权的研究奠定了一个重要的基础。

这次中加合作反歧视研究项目，在中国方面由北京大学法学院人权研究中心的主要成员共同负责组织。各个小组的负责人分别是：农民权利小组负责人为龚刃韧教授；妇女权利小组负责人为白桂梅教授；艾滋病病毒感染者/乙肝病毒携带者权利小组负责人为叶静漪教授；少数者权利小组负责人为李红云教授。中方协

调研员先后由北京大学法学院的研究生周雯、褚福民、刘芹以及人权中心秘书何欣等人担任。加拿大方面主要负责人为渥太华大学法学院曼德斯（Errol P. Mendes）教授，加方协调员为 Saku Srighanthan 女士。北京大学法学院人权研究中心与瑞典隆德大学瓦伦堡人权研究所联合举办的人权研究生班学生们也参与了辅助项目协调和会务工作。现在呈现给读者的这套反歧视系列丛书就是中加反歧视合作的集体研究成果，并由北京大学法学院人权研究中心成员及项目小组负责人集体编辑而成。在此，我们对这次反歧视研究项目的中加双方的所有参与者、对本项目的所有组织者和工作人员表示衷心的感谢。

北京大学法学院人权研究中心成立于 1997 年（2008 年改名为人权与人道法研究中心）。十多年来，中心与国内外的学术研究机构、联合国有关机构以及相关专家学者展开了广泛的合作研究和联合教学活动。其中，中心与加拿大渥太华大学法学院的合作研究是持续时间最为长久的。实际上，这次反歧视项目是中加人权合作研究的第三个阶段，此前曾进行过第一个阶段（1995-1997 年）和第二个阶段（1999-2001 年）的合作研究。我们特别感谢渥太华大学法学院曼德斯（Errol P. Mendes）教授长期以来热心与北京大学法学院人权中心的学术交流和各个阶段研究项目的策划、组织与合作。同时我们还要感谢加拿大政府国际发展署（CIDA）对中加人权合作研究项目和出版的资助。

本来，作为这一项目的研究成果应该在国内正式出版发行。实际上，已有几家国内出版社都曾表达过愿意出版这套系列丛书的意向，甚至有的出版社还把出版合同都寄过来了，但后来这些出版社都以 2009 年“敏感年”或需要上级审查等中国特殊“国情”为由改变了原来的意向。这样，北大法学院人权研究中心意外地

遇到了正式出版丛书的困难，因而不得不采取现在这种内部印行的措施。为此，我们更加希望中国现行宪法所规定的尊重人权条款和公民权利条款能够得到切实的实现，希望 2009 年 4 月中国国务院新闻办公室发布的《国家人权行动计划》也能够付诸于行动。

龚刃韧

2009 年 5 月 8 日

编者前言

“少数者权利状况考察”是促进中国反歧视项目丛书之一。

由于对少数者的理解存在很大的差异，在本书中，我们选择研究的少数者范畴为：同性恋者、残疾人、少数民族和“前科人员”。基于此种选择，少数者权利状况考察由九篇文章组成，其中含加拿大学者的两篇文章。

九篇文章大致分为以下四个部分。

第一部分是两篇有关少数者权利概述性的文章，其作者分别为加拿大渥太华大学 **Mendes** 教授和北大法学院博士研究生古丽。

Mendes 教授是加拿大知名的宪法和国际法学者、加拿大《国家宪法杂志》主编。本书收录的他的文章“加拿大宪法和《权利与自由宪章》：少数者权利的全球范本？”介绍了加拿大作为一个多民族的国家，其宪法对少数者，尤其是少数民族和土著居民权利的规定。他认为，在一个多民族联邦国家中以适当的方式为其少数民族和土著居民争取实现实质平等的基本价值，加拿大可谓是一个全球的范例。文章对中国可以借鉴的部分提出了建议。

古丽文章的题目为“少数者权利刑法保护比较研究”。它对西方国家刑法典中对少数者权利保护作了介绍和比较，其中提到北欧国家刑法典对少数者利益保护的条款比较全面，而且大部分西方国家都将种族灭绝罪规定为一种严重的犯罪行为。文章对我国刑法中对少数者权利的保护进行了研究，认为我国 97 年刑法在对少数民族的保护上有了很大进步，主要立法与国际人权公约基本是一致的。

第二部分是“同性恋者的权利考察”。作者李银河和郑宏霞就“反对对同性恋的歧视”问题进行了调查。她们的调查表明，同性恋在中国面临的不是严酷的迫害和极端的仇视，而主要是主流社会的忽视和蔑视。这种情况看来还要持续一段很长的时间，直到西方同性恋权利运动取得更多的进展。

第三部分是对“残疾人权利状况的考察”。文章作者分别来自中国残疾人联合会和北京一加一文化交流中心，他们分别论述了“残疾歧视法律抑制机制”和“残障人在社会融入过程中所遇到的歧视现象和问题”。

在“残疾歧视法律抑制机制研究”中，作者谈到：伴随着人类社会的发展过程，基于残疾产生的歧视就从来没有消失过。国家抑制残疾歧视的途径主要表现为三个方面：立法，政策和宣传。中国很多立法中都有消除残疾歧视和对残疾人进行平等保护的相关内容，中国目前已经初步形成全面保护残疾人权利和促进残疾人事业发展的法律体系。为消除残疾歧视，各国健全抑制残疾歧视的法律体系，严格界定残疾歧视行为，成立抑制残疾歧视专门机构，并建立残疾歧视的多元化纠纷解决机制。

北京一加一文化交流中心本身就是一个由残障人士组成的民间机构，他们从自己的切身体会出发，对残障人在社会融入过程中所遇到的歧视现象进行了论述和分析。他们认为，作为弱势群体，残障人的自我维权意识在不断增强，他们不再把自己封闭在家中或狭小的社交圈内，开始主动要求进入主流社会生活，参与主流社会的一些活动，并要求享有与健全人平等的权益，残障人的这种意识的觉醒是反歧视最好的背景。

第四部分是“少数民族权利状况考察”由“透视中国民族歧视与反歧视”和“原住民族与狩猎权利”两篇文章组成。

在“透视中国民族歧视与反歧视”中作者提到：中国民族歧视并不普遍，也不严重；但是历史遗留下来的民族歧视并未根除，国外流行的种族歧视也有影响，并且还有新的表现形式。民族歧视形式多种多样，原因各有不同，消除歧视的责任不全在政府，需要多方面协作和持久努力。通过对中国民族或种族歧视现状进行调查研究和诊断之后，才有可能采取适当的预防或反歧视措施，走上消除歧视的正确轨道。

另一篇文章的作者为加拿大学者 Simon，他的文章以在台湾为期三年的实地考察为基础，对原住民族和狩猎权利进行了探讨。他认为，结社权（例如，建立非政府组织）、集会权以及言论自由权使他们以原住民族的身份进行权利主张成为可能。这些普遍权利有助于促进原住民族权利，那么也就有助于进一步保持生态环境平衡和实现可持续发展。

第五部分是“前科人员”权利状况考察。

该部分由上、下两篇文章组成——“从前科人员受歧视的调查及原因分析”和“反对对前科人员歧视的路径探索”。

文中所称“前科人员”仅指被宣告有罪并且刑罚已经执行完毕的人，不包括受过劳动教养或其他处理的人员。

作者通过调查发现，前科人员受到的就业歧视最为普遍，其次为牵连歧视、情感歧视和居住歧视，牵连歧视令前科人员感触最痛。立法确立的帮教制度在现实中流于形式，对前科人员的帮助效果甚微，这使得前科人员难以融入社会，前科人员重新违法犯罪率较高。

作者通过调查提出，解决歧视的根本路径是消除法律上的歧视，应当对立法中针对前科人员的禁止性规定予以调整，建立酌定前科制度和前科消灭制度。反对对前科人员的歧视还要改革我

国的档案制度和政审制度，在档案管理中应对酌定前科制度和前科消灭制度有准确地体现，防止政审范围被任意地扩大。

以上是对本书内容的介绍。我们希望，通过我们的研究能够对促进中国乃至世界的反歧视、保障人权作出贡献。

李红云

2009年5月12日

目 录

总序·····	1
---------	---

编者前言·····	1
-----------	---

一、少数者权利概述

加拿大宪法和《权利与自由宪章》:

少数者权利的全球性范本? (Errol P. Mendes) ·····	3
--------------------------------------	---

少数者权利刑法保护比较研究 (古丽阿扎提·吐尔逊) ·····	15
---------------------------------	----

二、同性恋者权利状况考察

反对对同性恋的歧视 (李银河、郑宏霞) ·····	59
---------------------------	----

三、残疾人权利状况考察

残疾歧视法律抑制机制研究 (王治江) ·····	101
--------------------------	-----

残障人在社会融入过程中所遇歧视现象和问题 (北京一加一文化交流中心反歧视课题组, 贺嗣真执笔) ·····	150
---	-----

四、少数民族权利状况考察

透视中国民族歧视与反歧视 (易华) ·····	183
-------------------------	-----

原住民族与狩猎权利 (Scott Simon) ·····	222
-------------------------------	-----

五、“前科人员”权利状况考察

“反对对前科人员的歧视”报告（上）（“前科人员受歧视的调查及原因 分析反对对前科人员的歧视”小组，谢川豫执笔）·····	253
“反对对前科人员的歧视”报告（下）（“前科人员受歧视的调查及原因 分析反对对前科人员的歧视”小组，谢川豫执笔）·····	287

一、少数者权利概述

加拿大宪法和《权利与自由宪章》： 少数者权利的全球性范本？

■ Errol P. Mendes

（渥太华大学法学院教授，加拿大《国家宪法杂志》主编）

前言

少数者权利这个领域大概已成为 21 世纪人权斗争的主战场。

近期的历史似乎提出了一个惊人的矛盾论(paradox)，那就是联邦制未必是管理多民族社会的最佳形式。前苏东集团包括 9 个国家，其中 6 个是中央集权制国家，而另外 3 个属联邦制。随着德国的统一，6 个中央集权国家变成 5 个，而那 3 个联邦制国家，南斯拉夫、苏联以及捷克斯洛伐克，如今却分为 22 个独立国家，如果我们再把科索沃算上的话就可能是 23 个了。^① 这些新独立的国家大部分都是由那些认为其权利在先前所处的联邦体制下未获充分保护的少数民族所建立。

看来，事实并不能表明联邦制在保护少数者权利方面有什么优越性。但是，正统的观点认为，联邦制而非中央集权制，才是在族群多样或者领土广袤的情况下保护少数者权利的最好方法。

^① See A. Stephan, "Federalism and Democracy: Beyond the U.S. Model" (1999) 10 *J. of Democracy* 4 at 19-34. 对于前南斯拉夫的联邦体制是否对其解体起到推动作用的透彻分析，See S. Malesevic, "Ethnicity and Federalism in Communist Yugoslavia and its Successor States" in Yash Ghai, ed., *Autonomy and Ethnicity: Negotiating Competing Claims in Multi-Ethnic States* (Cambridge: Cambridge University Press, 2000) at 147. 该作者的观点是，联邦政体对维系多民族社会的价值“取决于一个特定的社会的历史、政治以及社会条件。关键在于各加盟实体之间的协议是如何达成的。”

大概这样的观点已经过时了，它应被如下的观点所替代：只有多民族社会本身，无论其属于联邦制与否，才能发展出适合保护少数者实质平等权利的宪法与法律体制，并与一种能适当平衡个人与集体权利使之共存的方法相结合，以避免那些今天我们在许多多民族社会所见到的人权灾难的发生。

更可能引起争议的是我将提出的以下看法：正如在伊拉克爆发的惨剧所证明的那样，对这些少数者权利的保护甚至比在一个多民族社会建立民主制的程序机制更加重要。另一个悲惨的例子是作为民主制多民族国家的斯里兰卡，它被指控为侵犯其泰米尔族及其他少数民族的人权及平等权利，并正在经历一场似乎永难终结并已经导致 6 万 4 千多人丧生的内战。^① 无独有偶，其他正式建立了民主制的多民族国家，如印度尼西亚和俄罗斯，^② 它们在实践中也始终拒绝构建有效的尊重少数民族实质平等权利的宪法与法律体制——导致了类似的人权方面的灾难性后果。

非民主制的多民族国家的未来则更加黯淡。我们只需要看一下发生在苏丹的种族灭绝就会明白那会有多恐怖了。

在少数者权利的概念下实质平等权利指什么？

我认为，对少数民族而言，实质平等的核心就是承认一个事实，那就是在所有方面给予少数者与主流社会完全相同待遇的做

① See Neelan Tiruchelvam, “The Politics of Federalism and Diversity in Sri Lanka” in Yash Ghai, *supra*, note 1 at pg. 198. 该作者，也是我的一位同事及朋友，是一位中庸的泰米尔学者和法学家，他为自己的信仰献出了生命，那就是以地区自治为目标的宪政改革可以解决斯里兰卡的族群冲突问题。1999 年 7 月 29 日，他死于一次自杀性炸弹袭击。

② 大赦国际和人权观察的年度报告继续批评在这两个国家发生的大规模侵犯人权并缺乏有效的民主机制的状况，see online: Amnesty International <<http://www.amnesty.org>>, Human Rights Watch <<http://www.hrw.org>>.