

ANTI-
DISCRIMINATION
LAW REVIEW

反歧视评论

第1辑

主编：刘小楠

中国政法大学宪政研究所 主办

主题研讨：残障歧视

《残疾人权利公约》中的不歧视原则：起源、含义、适用和挑战 李敬

“福利的客体”还是“权利的主体”？ 梁土坤 傅高山

实施《残疾人权利公约》第12条中的“法律能力” Robert D. Dinerstein

学术专论

德国法中针对艾滋病病毒感染者的反歧视禁令 Astrid Lipinsky

平等视域下的“两少一宽”刑事政策研究 杨芳

评论

不受歧视权及其法院的实践 周伟

国际人权公约中平等受教育权在我国实施 王慧 贾密

反性别歧视的价值评议 李思

案例研读

存在与尊严

——从薛某案看当代中国同性恋相关法律的变迁 贾平

霍默诉西约克郡警察局局长高龄劳动者间接年龄歧视案 张韵

调研报告

分离但平等？一项关于残障人高等教育和残障人教育体系的研究 倪荣



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

反歧视评论

100



www.elsevier.com/locate/jmb
Journal of Molecular Biology
Volume 365, Number 1, 1–10, 15 July 2006

© 2000 Blackwell Science Ltd *Journal of Internal Medicine* 247: 399–405

Abstract

1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017, 2018, 2019, 2020, 2021, 2022, 2023, 2024, 2025, 2026, 2027, 2028, 2029, 2030, 2031, 2032, 2033, 2034, 2035, 2036, 2037, 2038, 2039, 2040, 2041, 2042, 2043, 2044, 2045, 2046, 2047, 2048, 2049, 2050, 2051, 2052, 2053, 2054, 2055, 2056, 2057, 2058, 2059, 2060, 2061, 2062, 2063, 2064, 2065, 2066, 2067, 2068, 2069, 2070, 2071, 2072, 2073, 2074, 2075, 2076, 2077, 2078, 2079, 2080, 2081, 2082, 2083, 2084, 2085, 2086, 2087, 2088, 2089, 2090, 2091, 2092, 2093, 2094, 2095, 2096, 2097, 2098, 2099, 2100, 2101, 2102, 2103, 2104, 2105, 2106, 2107, 2108, 2109, 2110, 2111, 2112, 2113, 2114, 2115, 2116, 2117, 2118, 2119, 2120, 2121, 2122, 2123, 2124, 2125, 2126, 2127, 2128, 2129, 2130, 2131, 2132, 2133, 2134, 2135, 2136, 2137, 2138, 2139, 2140, 2141, 2142, 2143, 2144, 2145, 2146, 2147, 2148, 2149, 2150, 2151, 2152, 2153, 2154, 2155, 2156, 2157, 2158, 2159, 2160, 2161, 2162, 2163, 2164, 2165, 2166, 2167, 2168, 2169, 2170, 2171, 2172, 2173, 2174, 2175, 2176, 2177, 2178, 2179, 2180, 2181, 2182, 2183, 2184, 2185, 2186, 2187, 2188, 2189, 2190, 2191, 2192, 2193, 2194, 2195, 2196, 2197, 2198, 2199, 2200, 2201, 2202, 2203, 2204, 2205, 2206, 2207, 2208, 2209, 2210, 2211, 2212, 2213, 2214, 2215, 2216, 2217, 2218, 2219, 2220, 2221, 2222, 2223, 2224, 2225, 2226, 2227, 2228, 2229, 2230, 2231, 2232, 2233, 2234, 2235, 2236, 2237, 2238, 2239, 2240, 2241, 2242, 2243, 2244, 2245, 2246, 2247, 2248, 2249, 2250, 2251, 2252, 2253, 2254, 2255, 2256, 2257, 2258, 2259, 2260, 2261, 2262, 2263, 2264, 2265, 2266, 2267, 2268, 2269, 2270, 2271, 2272, 2273, 2274, 2275, 2276, 2277, 2278, 2279, 2280, 2281, 2282, 2283, 2284, 2285, 2286, 2287, 2288, 2289, 2290, 2291, 2292, 2293, 2294, 2295, 2296, 2297, 2298, 2299, 2300, 2301, 2302, 2303, 2304, 2305, 2306, 2307, 2308, 2309, 2310, 2311, 2312, 2313, 2314, 2315, 2316, 2317, 2318, 2319, 2320, 2321, 2322, 2323, 2324, 2325, 2326, 2327, 2328, 2329, 2330, 2331, 2332, 2333, 2334, 2335, 2336, 2337, 2338, 2339, 2340, 2341, 2342, 2343, 2344, 2345, 2346, 2347, 2348, 2349, 2350, 2351, 2352, 2353, 2354, 2355, 2356, 2357, 2358, 2359, 2360, 2361, 2362, 2363, 2364, 2365, 2366, 2367, 2368, 2369, 2370, 2371, 2372, 2373, 2374, 2375, 2376, 2377, 2378, 2379, 2380, 2381, 2382, 2383, 2384, 2385, 2386, 2387, 2388, 2389, 2390, 2391, 2392, 2393, 2394, 2395, 2396, 2397, 2398, 2399, 2400, 2401, 2402, 2403, 2404, 2405, 2406, 2407, 2408, 2409, 2410, 2411, 2412, 2413, 2414, 2415, 2416, 2417, 2418, 2419, 2420, 2421, 2422, 2423, 2424, 2425, 2426, 2427, 2428, 2429, 2430, 2431, 2432, 2433, 2434, 2435, 2436, 2437, 2438, 2439, 2440, 2441, 2442, 2443, 2444, 2445, 2446, 2447, 2448, 2449, 2450, 2451, 2452, 2453, 2454, 2455, 2456, 2457, 2458, 2459, 2460, 2461, 2462, 2463, 2464, 2465, 2466, 2467, 2468, 2469, 2470, 2471, 2472, 2473, 2474, 2475, 2476, 2477, 2478, 2479, 2480, 2481, 2482, 2483, 2484, 2485, 2486, 2487, 2488, 2489, 2490, 2491, 2492, 2493, 2494, 2495, 2496, 2497, 2498, 2499, 2500, 2501, 2502, 2503, 2504, 2505, 2506, 2507, 2508, 2509, 2510, 2511, 2512, 2513, 2514, 2515, 2516, 2517, 2518, 2519, 2520, 2521, 2522, 2523, 2524, 2525, 2526, 2527, 2528, 2529, 2530, 2531, 2532, 2533, 2534, 2535, 2536, 2537, 2538, 2539, 2540, 2541, 2542, 2543, 2544, 2545, 2546, 2547, 2548, 2549, 2550, 2551, 2552, 2553, 2554, 2555, 2556, 2557, 2558, 2559, 2560, 2561, 2562, 2563, 2564, 2565, 2566, 2567, 2568, 2569, 2570, 2571, 2572, 2573, 2574, 2575, 2576, 2577, 2578, 2579, 2580, 2581, 2582, 2583, 2584, 2585, 2586, 2587, 2588, 2589, 2590, 2591, 2592, 2593, 2594, 2595, 2596, 2597, 2598, 2599, 2600, 2601, 2602, 2603, 2604, 2605, 2606, 2607, 2608, 2609, 2610, 2611, 2612, 2613, 2614, 2615, 2616, 2617, 2618, 2619, 2620, 2621, 2622, 2623, 2624, 2625, 2626, 2627, 2628, 2629, 2630, 2631, 2632, 2633, 2634, 2635, 2636, 2637, 2638, 2639, 2640, 2641, 2642, 2643, 2644, 2645, 2646, 2647, 2648, 2649, 2650, 2651, 2652, 2653, 2654, 2655, 2656, 2657, 2658, 2659, 2660, 2661, 2662, 2663, 2664, 2665, 2666, 2667, 2668, 2669, 2670, 2671, 2672, 2673, 2674, 2675, 2676, 2677, 2678, 2679, 26

ANTI-
DISCRIMINATION
LAW REVIEW

反歧视评论

主编：刘小楠

中国政法大学宪政研究所 主办

第1辑



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

反歧视评论. 第1辑 / 刘小楠主编. —北京: 法律出版社, 2014. 8

ISBN 978 - 7 - 5118 - 6611 - 0

I. ①反… II. ①刘… III. ①公民权—研究 IV.
①D911.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 148223 号

反歧视评论(第一辑)

刘小楠 主编

责任编辑 易明群

装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2014 年 8 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

印张 15.5 字数 248 千

印次 2014 年 8 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-6611-0

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《反歧视评论》编辑部

编辑委员会(按姓氏拼音排列):

曹义孙 郭慧敏 李 楯 林燕玲

刘伯红 刘明辉 李薇薇 薛宁兰

叶静漪 张千帆 周 伟

主 编: 刘小楠

副 主 编: 王理万

编 辑: 龚新玲 王 岩 任雪佳

我们的立场,我们的声音

——《反歧视评论》卷首语

在各种学术出版物雨后春笋般问世的时代,一册以平等权与反歧视为主旨的学术文集似乎无足轻重——这并非我们妄自菲薄,而是相比日渐涌现的宏大词汇和新异论域而言,有关平等的言说往往只是在重申常识而已。但是,愈发朴素的常识在现实中却难以尽数落实,其中既有支配人们思想的刻板观念,更有着无法忽视的“既得利益”。这些促使我们去反思已经习以为常的成例,也对于那些勇于向成例发起挑战的人们多了一些敬意。

事实上,很多时候当我们将“弱势群体”一词脱口而出时,其中不仅有我们的同情与关怀,或许也可能有着些许的优越感。我们所处的文化与制度建构出了多种区分和对立:男人和女人,健全人士与残障人士,宗教人士与无神论者,城市人与农村人,汉族与少数民族等——每个身处其中的人都有着形形色色的标签,提示着身份、地位与利益的差异。所以,在以往关于反歧视的研究中,很多以平等为名的观点和论述,却诡异地包含着许多“居高临下”的姿态。这也提醒我们,虽然研究者和研究对象应该保持适当的距离,但是如果我们缺乏足够的“代入感”,就意味着无法真正体察受歧视者的好恶,也就无法做到真正的平等。

因此,我们希望通过《反歧视评论》作为反思和重新出发的起点,一方面坚持重申常识,另一方面致力于研究方法的创新。我们希望《反歧视评论》应该成为具有立场的学术文集:其一是平等的立场,这是本书立基的方向,我们认为平等是人们应当致力追求的重要价值,也是保持人们尊严的必要条件;其二是学术的立场,这是本书坚持的原则,我们认为学术性是保证论述客观公正的基本标准,丧失了学术性也就失去了学人赖以发挥作用的基础;其三是技术的立场,这是本书致力的特色,在常识已然普

及的年代,需要更加细致的技术方案将平等权落到实处。

虽然本书以“反”歧视作为名称,但是我们并不以反对和批评作为主要内容,而是希望所刊发的文章能够具有理性和建设性,积极汲取国外反歧视的经验,总结自身在实现平等权方面的智慧,勾画能够切合中国实际的制度建议。这是我们一直努力的方向。从2011年以来我们陆续编辑出版了《反就业歧视的策略与方法》《反就业歧视的理论与实践》《反就业歧视的机制与原理》等系列书籍。《反歧视评论》在以前系列书籍的基础上,继续推动反歧视和平等权的研究,旨在汇集反歧视研究的前沿理论,展现反歧视实践的最新成果,进一步推动反歧视的法律和制度变革。

作为国内首个以平等权利和反歧视为主题的文集,《反歧视评论》虽不敢奢望引领相关学术研究,但是希望可以博采众长,为多元理论提供展示的平台,以实现人们在反歧视和平等权研究的“知识增量”。凡是有关反歧视与平等权的论文、评论、书评、调研报告、案例研究,只要文章具有真知灼见,均是本书的采稿对象。作为以反歧视为主旨的文集,我们也必以此自律,在文章的审稿和编辑中务求平等,不会因作者身份而区别对待。

希望《反歧视评论》能与中国平等权的实现一道,共同进步与成长。

编 者
2014年6月

目录

主题研讨：残障歧视

- 透视《联合国残疾人权利公约》中的不歧视原则 李 敬 003
- 合理便利概念的浅析 黄 裔 029
- “福利的客体”还是“权利的主体”？
——“国际残疾人日”与“全国助残日”的主题折射出的
社会残障意识 梁土坤 傅高山 051
- 实施《残疾人权利公约》第12条中的“法律能力”
——从监护制度到协助决策制度的艰难转型
Robert D. Dinerstein 陈 博 译 062
- 反就业残障歧视应从消除其制度本源入手 杨世建 078

学术专论

- 德国法中针对艾滋病病毒感染者的反歧视禁令 Astrid Lipinsky 099
- 平等视域下的“两少一宽”刑事政策研究 杨 芳 112

评 论

- 不受歧视权及其法院的实践 周 伟 129

国际人权公约中平等受教育权在我国的实施

——以农村流动儿童义务教育为切入点

王 慧 贾 密 135

反性别歧视的价值观评议

李 思 155

案例研读

存在与尊严

——从薛某案看当代中国同性恋相关法律的变迁

贾 平 173

霍默诉西约克郡警察局局长高龄劳动者间接年龄歧视案

张 韵 译 李海明 校 201

调研报告

分离但平等？一项关于残障人高等教育和残障人教育体系的研究

倪 震 215

《反歧视评论》征稿启事

241

主题研讨：残障歧视

PP.001 - 095

透视《联合国残疾人权利公约》 中的不歧视原则

李 敬*

摘 要:《联合国残疾人权利公约》(公约)是进入 21 世纪后,联合国通过的第一个人权公约。它对世界范围内的残障社群权利保障和各国涉残法律领域改革产生了广泛影响。本文主要研究《公约》核心原则之一的不歧视原则,采用文本分析为主的方法,追踪其法律起源、探寻该原则的形成过程及具有的含义等内容;结合残障不歧视领域的学术研究成果,初步分析这一原则的贡献和不足,及其在中国语境下可能对我国残障不歧视立法和政策发展产生的挑战,尝试提出一些建议。

关键词:残疾人权利公约;不歧视原则;贡献;不足;挑战

导言

《联合国残疾人权利公约》(United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities)(以

* 李敬,中国社会科学院社会学研究所助理研究员,爱尔兰国立大学(高威)残障比较法和国际法硕士(2013 ~ 2014),研究方向:法学和社会科学视角中的残障研究。

下将根据语境简称《残障公约》或《公约》)是进入 21 世纪后,联合国通过的第一部国际人权公约。它是世界范围内对残障者^[1]人权保障领域普遍共识和研究成果的集中体现。^[2]

本文旨在从残障不歧视(non-discrimination)原则切入,初探其在国际人权法脉络中的历史渊源,探究其在西方法律中的语义含义及适用过程中的关键性因素。本文主要运用传统的文本解读法(textual analysis),综合历史的、比较的研究手段及对一些个别案例描述分析进行论述,力求初步展现这一不歧视原则的学理贡献及其不足,思考这一原则在中国语境下,可能对中国残障不歧视立法和政策发展的挑战。

本文分为四部分。除导言外,第一部分将首先溯源残障不歧视原则在联合国国际人权法及残障相关政策文件中的历史发展脉络,并简要评价海外残障歧视立法发展。第二部分回归《残疾人权利公约》本身,首先,从公开的、特设委员会历次讨论的文本速记中探寻第五条(平等和不歧视)^[3]谈判中的交锋及核心议题,探索残障不歧视原则形成的过程。其次,通过在联合国内现有人权相关部门,如联合国人权高级专员办公室

[1] 残障研究(disability studies)从 20 世纪 60 年代开始进入确立研究领域、研究范式更新和各类思潮大讨论的年代,20 世纪 80 年代达到历史巅峰。其中源自英国残障社会运动和残障学者研究成果的“残障社会模式”(social model of disability)成为世界普遍接受的研究范式和问题分析框架(北欧惯称为正常化运动,北美则将这一范式称作少数族裔的民权运动和残障人类普遍性等概念)。遵循这一学术研究传统,本文在行文中除直接引用的文字外,在讨论残障者社群问题时候均使用“残障者”来翻译“the disabled persons or persons with disabilities”,敬请注意。相关讨论请参见 Traustadottir R. ‘Disability studies, the social model and legal developments’, in Arnardóttir, O. M. & Quinn, G. (eds.) *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: European and Scandinavian perspectives.* (Leiden; Martinus Nijhoff Publishers, 2009) pp. 3 – 16. Michael Oliver and Colin Barnes, *Disabled people and Social Policy: from exclusion to inclusion* (Addison Wesley Longman limited, 1998), pp. 13 – 19.

[2] 参见 Gerard Quinn and Theresia Degener with Anna Bruce, Christine Burke, Dr. Joshua Castellino, Padraic Kenna, Dr. Ursula Kilkelly, Shivaun Quinlivan, *Human rights and Disability: The current use and future potential of United Nations human rights instruments in the context of Disability* OHCHR HR/PUB/02/1 (United Nations New York and Geneva, 2002), 这一报告被认为是催生《残疾人权利公约》的重要理论文献。

[3] 《残疾人权利公约》起草过程中,第 5 条“平等和不歧视”原为第 7 条,直到第七次特设委员会全体大会时候才更改为第 5 条,且第 2 条定义中“基于残疾的歧视”原来是在第 7 条中,后被从第 7 条中剥离出来,提至第 2 条中,所以在讨论《公约》制定过程中,以最后形成的第 5 条的速记内容为主,此外第 3 条一般原则中有“不歧视”一款,但要理解“不歧视”,需从第 5 条入手,所以这也是本文侧重描述分析第 5 条的原因,敬请注意。

(简称人权高专办)、残疾人权利委员会(多数情况简称委员会)发布的政策文件和对各国履约的结论性意见中,寻迹对残障不歧视原则的理解或指南;结合在批准《任择议定书》后已有的个人来文投诉中涉及不歧视原则的具体案例,分析不歧视原则的“准司法”适用情况。第三部分将研究视角转到国内,初探国内残障不歧视立法政策的状况,进行和《公约》中原则规范的初步比较分析,分析中国语境下残障者权利保障领域不歧视原则可能遭遇的挑战,并提出相关的对策建议。最后一部分为结语,将重申本研究的主要观点、指出研究不足及未来可能的探索方向等。

一、残障不歧视原则源流初探

(一)已有人权法上的渊源初探^[1]

《残疾人权利公约》的起草者及学界经过讨论达成的一致意见是:《公约》不为残障社群创造任何新的、独特的、只适用于残障者的残障权利(disability rights),而是通过精巧的立法将残障社群置于已有国际人权法律保护范畴,并经扩展、再造、创新形式、再度诠释等各种手段,让传统的公民和政治权利及经济、社会和文化权利有机融为一体,力图通过强化国内监督等手段,促进《残障公约》中实体权利的落实。^[2]因此对残障不歧

[1] 本研究仅就包括《残疾人权利公约》在内的现有九个核心人权条约中的一些内容进行讨论,既不涉及《联合国人权宪章》、《世界人权宣言》,也不涉及国际劳工组织的核心文件之一《歧视(就业及职业)公约》(1958年,第111号)等联合国内组织的公约条约。写作本文时作者尚在爱尔兰,查找中文资料不便,故中文版本资料主要使用来自高专办网络:<http://www.ohchr.org/CH/Issues/Pages/CoreInstruments.aspx>和北京大学人权和人道法研究中心编《国际人权法概论》电子版教材(教材见网站:<http://www.hrol.org/Education/Resources/>)中的信息。从其他途径找到的资料也会一一标明网络出处。恐有谬误,敬请谅解。

[2] 关于《残疾人权利公约》是残障者权利的公约,还是将已有人权规则精巧适用于残障社群这一讨论,可参见Mégret, F., “The Disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights”, (2008) *Human Rights Quarterly*, Vol. 30, No. 2, pp. 494 - 516. 国内学人也有讨论《残障公约》权利与之前各类公约文章的关系并得出结论《残障公约》没有创造新权利,这一结论很准确。实际上《残障公约》起草前各方就已经达成一致,《残障公约》解决的就是在人权法体系中残障社群不可见的问题,所以《残障公约》起草过程,本质上是对既往人权法如何真正可适用在残障社群的立法技术的尝试,本身不是去创造什么新权利。国内研究可以参见何志鹏:“从《残疾人权利公约》反思国际人权机制”,载《北方法学》2008年第5期。

视原则的法律来源的探寻需寻迹于其产生之前的人权公约。^[1]

按照 WOUTER VANDENHOLE 的观点,^[2]除《公民权利和政治权利国际公约》^[3]经由第2条、第3条、第26条^[4]形成了明确且综合的对不歧视原则的规定外,其他几个公约只是将不歧视作为某个条款中的附属内容。

因此本部分重点讨论《公民权利和政治权利国际公约》及其《一般性意见:不得歧视》和《经济、社会和文化权利公约》中的《一般性意见:残疾人》^[5]等文本,以探究《残障公约》不歧视原则的法源痕迹。

《公民权利和政治权利国际公约》中虽有明确的不歧视的禁止性规定,但直到1989年,人权事务委员会(Human Right Committee)通过第十

[1] 除《残疾人权利公约》外,联合国尚有八个核心人权条约,其中两个是针对人群歧视问题而特别制定的(《消除一切形式种族歧视国际公约》、《消除对妇女一切形式歧视公约》)。一个公约未提及歧视(《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》)。这两个分人群/族群消除歧视的公约中有对歧视分人群/族群的特别界定,突破了公民权利和政治权利以及经济、社会和文化权利的界限,反映出对这两类人群/族群的权利保障和不歧视原则适用于各领域。对歧视的界定也不区分是有意歧视还是结果歧视,且将消除歧视的责任归于缔约国政府。这些传统都为后来的《残障公约》所继承。

[2] Wouter Vandenhoe, *Non - Discrimination and Equality in the View of the UN Human Rights Treaty Bodies*, (Intersentia, 2005), p. 1.

[3] 在本文资料搜集过程中,读到了中国社会科学院国际法研究所研究员孙世彦先生《〈公民及政治权利国际公约〉的两份中文本:问题、比较与出路》(《环球法律评论》2007年第6期)中就版本讨论的研究,深感版本问题的严肃性,故在本文写作中对相关公约的引用在可能有问题的时,会参考作准的英文版,以求减少谬误,也恳请谅解。

[4] 第26条是唯一明确不歧视的条款,其他两条不歧视也是附属条款,即不歧视原则仅适用在本条款范围内,而非整个公约。也正因为不歧视源自《公民权利和政治权利国际公约》这一历史事实,所以在对残障不歧视原则属于立即实现还是逐步实现的国家义务,有不同认识,这一点在下文将进一步讨论,敬请注意。

[5] 除1994年颁布的《一般性意见:残疾人》外,2009年经社文权利委员会也颁布了第20号《一般性意见》是对《联合国经济、社会和文化权利公约》中的不歧视原则落实的指南,载 www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/E.C.12.GC.20.doc, 2014年5月20日访问。在这一《一般性意见》中的第27~28段提到残障歧视问题。因其不歧视范围没有超越《残疾人权利公约》,且其在《残疾人权利公约》之后颁布,所以这里不对其做详细说明了。

另外,各个公约委员会由独立专家组成,定期审议国家报告并就公约及审议国家报告中的一些焦点发布一般性意见(general comments)。一般性意见无法定性,乃专家组对公约条文的释义、解读或指南。但各委员会组成人员的专业权威及委员会根据个人投诉案件的结论具有一定程度的“准司法性”,一般性意见还是获得了缔约国的普遍重视。这里为紧密联系对公约条款的解读,将一般性意见放在这个部分与公约条款一起讨论了,并不代表作者认为一般性意见具有和条约同等的法律地位,敬请注意。

八号《一般性意见:不得歧视》,才第一次对“歧视”作出了明确界定。“所用‘歧视’一词的含义应指任何基于种族、肤色、性别、语言、宗教、政治或其他见解、国籍或社会出身、财产、出生或其他身份的任何区域、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。”〔1〕不论是《公民权利和政治权利国际公约》文本本身,还是这个《一般性意见》,都没有明确提到残障,但“其他身份”是一个开放的归类,残障人群普遍被认为涵盖其中了。〔2〕这也侧面印证了很多残障人权研究者提到的残障社群在联合国人权法保障领域是“不可见”(invisibility)的现实。〔3〕

1994年经济、社会、文化权利委员会(以下简称经社文权利委员会)公布的第五号《一般性意见:残疾人》,〔4〕是联合国《残疾人权利公约》通过前的一个关键性文件。该文件第一次明确提出了“基于残疾的歧视”这一概念。〔5〕其具体表述如下:“界定为指以残疾为理由,其结果是取消或损害经济、社会、文化权利的承认、享受或行使的任何区分、排斥、限制或偏向,或合理的便利的剥夺。由于忽视、无知、偏见和不正确的推断以及排斥、区分或隔离,残疾人往往无法在与正常人平等的基础上行使其经

〔1〕载 HPL/GEN/1/Rev.9(Vol. I)。原文为英文,第7段。中文翻译参见美国明尼苏达大学人权图书馆网络上的翻译,载 <http://www1.umn.edu/humanrts/chinese/CHgencomm/CHhrcom18.htm>,2014年5月1日访问。

〔2〕见前 Wouter Vandenhoe, Non-Discrimination and Equality in the View of the UN Human Rights Treaty Bodies, p. 133。人权事务委员会在审议缔约国定期报告时候对残障歧视关注很少。

〔3〕见前 Gerard Quinn and Theresia Degener with Anna Bruce, Christine Burke, Dr. Joshua Castellino, Padraic Kenna, Dr. Ursula Kilkelly, Shivaun Quinlivan, Human rights and Disability, 导言部分。该报告的主题就是要让“不可见”的残障社群在联合国人权法体系中变得可见起来。

〔4〕E/1995/22 General Comment No. 5(1994), 载联合国文件 HRI/GEN/1/Rev. 7(2004)。原文为英文,第15段。中文翻译参见美国明尼苏达大学人权图书馆网络上的翻译,载 <http://www1.umn.edu/humanrts/chinese/CHgencomm/CHgencomment5.htm>,2014年4月30日访问。

〔5〕虽然在下一部分非法定性文件中可以看到1975年的《残废者权利宣言》中已经提出不得对残障者或其家庭成员有歧视,但第五号《一般性意见》中是第一次对“基于残疾的歧视”作出了定义,因此这里行文时使用“第一次明确提出”这样的说法。此观点是否稳妥,请批评。同时需要指出,这个定义中提出了“合理便利”(reasonable accommodation/adjustment)这一重要概念,后者经很多国家的立法实践,2006年《残疾人权利公约》第一次在国际人权法中得到界定,具体讨论见下。

济、社会或文化权利。”〔1〕同时,它还指出歧视有法律上的歧视也有事实上的歧视,有直接、明显的歧视,也有间接、隐性的歧视。

经社文权利委员会认为“基于残疾的歧视造成的影响在教育、就业、住房、交通、文化生活、进入公共场所和享受公共服务等方面尤为严重。”〔2〕委员会要求禁止不论是故意的还是结果的歧视。建议各国加紧制定反歧视立法,这些立法行为,“既应当尽可能和尽量恰当地为残疾者规定司法补救措施,也应当规定执行社会政策方案,使残疾人过上正常、独立自主的生活”。〔3〕同时,经社文权利委员会还认为反歧视措施需要遵循权利平等原则,为消除歧视采取的积极措施不得视为歧视等。这一对残障歧视的界定与之前各《公约》及已有的《一般性意见》一脉相承,强调了禁止一切形式的歧视:不论是有意或无意的歧视,是事实上或法律上的歧视,抑或直接或间接的歧视。委员会同时还提出了缔约国政府需要积极行动的责任。该《一般性意见》特别强调了就业领域是残障歧视“极为突出和顽固”的领域。〔4〕

这里还需简单提及的是,在《残疾人权利公约》之前,唯一在公约条文中明确提出禁止残障歧视的是《儿童权利公约》第2条第1款。〔5〕2006年儿童权利委员会通过第九号意见——《一般性意见:残障儿童权利》。〔6〕该意见全面表达了对残障儿童在各个领域的权利保护和歧视禁止。

〔1〕虽然在下一部分非法定性文件中可以看到1975年的《残废者权利宣言》中已经提出不得对残障者或其家庭成员有歧视,但第五号《一般性意见》中是第一次对“基于残疾的歧视”作出了定义,因此这里行文时使用“第一次明确提出”这样的说法。此观点是否稳妥,请批评。同时需要指出,这个定义中提出了“合理便利”(reasonable accommodation/adjustment)这一重要概念,后者经很多国家的立法实践,2006年《残疾人权利公约》第一次在国际人权法中得到界定,具体讨论见下,第15段。

〔2〕同前注,第16段。

〔3〕同前注,第17段。

〔4〕同前注,第20段。该一般性意见中对就业中的残障歧视着墨最多,共用了八个段落。

〔5〕《儿童权利公约》英文版,联合国大会44/25,1989年11月20日通过。除第2条外,第26条是专门针对残障儿童的。参见<http://www.un.org/chinese/children/issue/crc.shtml>,2014年5月1日访问。

〔6〕CRC/C/GC/9(2006)原文为英文。