



消除一切形式 种族歧视国际公约

Distr.: General
5 April 2013
Chinese
Original: English

消除种族歧视委员会

第 48/2010 号来文

委员会委员卡洛斯·曼努埃尔·巴斯克斯先生的个人意见(不同意见)

1. 本来文涉及缔约国根据《公约》打击仇恨言论的义务以及保护见解和言论自由义务两者之间的关系。一方面，“见解自由和言论自由是个人全面发展的不可或缺的条件”而且“是每个自由和民主社会的基石”。¹ 另一方面，《公约》第四条规定，缔约国“应宣告凡传播以种族优越或仇恨为根据的思想，煽动种族歧视，概为犯罪行为，依法惩处。”根据这项规定，“缔约国不仅须制订适当立法，而且还须确保其得到切实有效的执行。”² 委员会须审理的问题是，缔约国不起诉萨拉兹先生在接受采访时发表在《国际书信》的某些言论是否违反第四条。

2. 萨拉兹先生的采访包含偏执和偏激的言论。然而，《公约》并未规定应起诉所有的偏执和偏激的言论。例如，在《Zentralrat Deutscher Sinti und Roma 诉德国》一案中，委员会就认为，尽管缔约国未起诉委员会认为具有“歧视、污辱和诽谤性”的言论并未违反《公约》。德国政府否定了并批评萨拉兹先生的言论。默克尔总理谴责其言论，认为是“纯粹掩盖事实的判断”和“愚蠢的”。检察署柏林办公室对其言论进行了调查，但最后决定终止调查，其结论是根据《德国刑法》，其言论并不构成煽动种族仇恨或属于一种侮辱。总检察长审查了柏林检察署办事处的决定，并确定调查正确完成，并指出，除其他事项外，萨拉兹先生没有将土耳其少数民族成员视为“低人一等”或认为“丧失(原文如此)作为具有同等价值的人享有的生命权”。这两项决定均以书面形式进行了广泛的解释。另一方面，委员会得出的结论是，缔约国决定不进一步对萨拉兹先生提出刑事诉讼，违反了《公约》规定的义务。

¹ 人权事务委员会，第 34 号一般性评论。

² 第 15 号一般性建议。

审议标准

3. 委员会认识到，委员会必须认为缔约国武断行动或拒绝司法才可作出违约的结论。就禁止的言论而言，采取这种慎重的标准特别合适的。缔约国的有关官员比本委员会委员更能掌握所涉及的语言，他们更有能力评估该言论对缔约国目前的社会背景可能造成的影响。缔约国不起诉的决定既不是武断的，也不是拒绝司法。

煽动种族歧视

4. 委员会作出结论认为，萨拉兹先生的言论“含有煽动种族歧视的内容”，委员会显然指他的言论提到“高素质的人”才能移民以及移民不能享受社会福利。然而，这种论点并未煽动基于“种族、肤色、世系或民族或种族出身”的歧视。此外，其言论并不构成“煽动”歧视。要构成“煽动”，言论至少必须有一个会引起所禁止的歧视行为的合理可能性。³ 委员会认为“煽动歧视”的言论是萨拉兹先生提出的一些可能立法的想法。个人的立法主张会对法律的颁布作出巨大贡献可能性是微乎其微的。事实上，据我所知，煽动概念对立法而言是一个新概念。萨拉兹先生的言论不构成煽动歧视。

传播基于种族优越的思想

5. 委员会还得出结论，认为萨拉兹先生的采访“含有种族优越思想”。《公约》第四条禁止“传播以种族优越或种族仇恨为根据的思想”，人权文书提到将言论定为犯罪行为，应依法惩处，但又未说明这种言论与煽动仇恨或暴力或歧视可能有明确的联系，这是不寻常的。由于没有说明这种联系，关于传播的条款很有可能与《世界人权宣言》规定的思想和表达自由的权利相抵触。在条约谈判中，这种潜在的抵触并没有被忽视。⁴ 一些国家反对该条款，正是因为其可能与言论自由权利发生冲突。通过在第四条中纳入“充分顾及”条款，解决了这些国家所关注的问题。该条款规定，缔约国根据第四条规定的义务，“充分顾及世界人权宣言所载原则及本公约第五条明文规定的权利”。鉴于这一谈判历史，“种族优越感”一词的任何解释均须细心考虑到有必要保障能就公众的关注事项自由交流意见和看法。

6. 第四条(子)款规定的“种族优越感”是否包括基于民族或族裔优越的言论仍值得商榷。民族或族裔优越感在公开言论中比比皆是，这样的表达往往很难与自吹民族或族裔优越区分开来。将这种言辞定为刑事犯罪可能会使人噤若寒蝉，远远超出《公约》所关心的核心问题。为了避免这种对表达自由的严重打击，“种族优越感”一词最好理解为包括基于先天的或不可改变的性格的优越感言论。

³ 见《Erbakan 诉土耳其》，59405/00；《拉巴特行动计划》，第 22 段。

⁴ 见 Natan Lerner, *The Convention on the Elimination of Racial Discrimination at 43-53*; K J Partsch, “Racial Speech and Human Rights: Article 4 of the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination,” at 23-26, in *Striking a Balance* (1992)。

7. 总之，萨拉兹先生的言论并没有表示土耳其人作为一个民族或族裔群体劣于其他民族或族裔群体。某些陈述若单独分开考虑，可能会被理解为认为，土耳其文化的某些方面阻止土耳其人在柏林成功发展经济。但它往往是声称，包括完全公正和对种族歧视问题非常敏感的评论员也声称，某些民族或种族群体的文化阻碍其经济的成功发展。例如，Amartya Sen 写道：“文化对经济成功的关键因素，如职业道德、负责任的行为、精神推动的积极性、动态管理、创业计划、承担风险愿意以及各种人类行为的其他方面的影响可以造成很大的差别。”⁵ 传播条款不应被解释为禁止表达这样的观点。“表达自由的权利意味着，应有可能审查、公开辩论和批评信仰体系、意见及机构，包括宗教机构。”⁶ 认为一个民族或族裔文化和信仰体系现在了他们实现某一特定目标的机会属于理性言论的范围，不是《公约》所禁止的言论。

8. 此外，在采访其他部分中，萨拉兹先生并未说土耳其文化不可避免地会导致经济难以发展。萨拉兹先生的主要观点似乎是，提供社会福利会形成一种抑制经济成功发展和融合的习惯和生活方式。因此，他指出，在德国和瑞典的移民群体在经济上未能成功，而在其他国家，如美国的同一群体移民却能成功。这种差异的原因，他(错误地)断言的是，德国和瑞典的移民领取社会福利，因此无法刺激他们融合，而美国并没有向移民提供社会福利，因此，这些群体的移民与社会融合并在经济上取得成功。在采访的其他部分，萨拉兹先生称，“如果土耳其人愿意融合，他们将与其他群体一样取得同样的成功，这不是一个问题。”因此，萨拉兹先生似乎并未断言土耳其文化的劣等性或土耳其人作为一个民族或族裔群体。相反，他似乎一直在提出某些经济政策对刺激土耳其移民融合的影响，从而对经济成功的影响。总而言之，缔约国在以这种方式诠释他的言论时并未独断专行。

9. 诚然，萨拉兹先生在表达这些想法时有时采用诋毁性和攻击性的词语。但是，这种用词并没有改变一个事实，即缔约国并未以武断的方式作出结论，认为言论并未表达种族优越的思想。言论自由权利甚至包括使用尖锐和刻薄词语发表言论的权利。

缔约国不起诉的酌处权

10. 即使我同意萨拉兹先生的言论煽动种族歧视或包含种族优越的思想，但我仍不同意，缔约国未能对他进行起诉违反了《公约》。《公约》并没有要求对每个种族优越的表述或每个煽动种族歧视的言论进行刑事起诉。相反，《公约》规定缔约国享有酌处权，可以决定刑事起诉的时机，以便最好地促成《公约》目标，同时保障《世界人权宣言》的原则和《公约》第五条中明文规定的权利。委

⁵ Quoted in Lan Cao, *Culture Change*, 47:2 Va. J. Int'l L., 350, 389(2007). For additional examples, see *id.* at 378-91.

⁶ 见《拉巴特行动计划》，第 11 段。

员会过去的决定已确认“权宜原则”，其定义为“起诉或不起诉的自由”。⁷ 根据委员会的解释，这一原则“受由公共政策的考虑支配”，并说“《公约》不能被解释为挑战这个原则的存在的理由”。⁸ 根据这些决定，评论家们正确地指出，“刑事起诉的义务不应该被理解为一个绝对的惩罚责任”。相反，“委员会……承认起诉当局享有判断的余地。”⁹

11. 委员会在其第 15 号一般性建议中认为，“禁止传播基于种族优越或仇恨的一切思想同见解和言论自由权是相容的。”然而，这并不是说言论自由权与《公约》第四条的拟定或落实无关。如上文所述，根据“充分顾及”条款，见解和言论自由的考虑是直接“基于种族优越思想”一词的解释相关的。此外，即使“传播基于种族优越或仇恨的思想”不受见解和言论自由权保护，但并不意味着对这种传播进行刑事起诉不会对见解和言论自由带来风险。刑事处罚是一国可以执行的最严厉的处罚形式。刑事起诉的威胁具有明显的倾向，可促使人们放弃从事法律不禁止的行为，尤其是在法律规定的用语不明确的情况下。就法律禁止的言论而言，这种现象被称为这类法律的“寒蝉效应”。因此，即使第四条中描述的言论并不受言论自由的保护，但用积极的方式加以执行会阻止人们行使受保护的言论权利。出于这个原因，对“传播基于种族优越或种族仇恨的思想”适用权宜原则并不违反第 15 号一般性建议。

12. 缔约国在某一案件中可以起诉该案会妨碍而不是促进《公约》目标为由而允许不进行刑事起诉。例如，刑事起诉没有明确遭禁止的言论，这种做法可能会产生发表言论者成为“表达自由”烈士的反常效应，因为他可以声称政府实施高压手段和施加“政治正确”立场。如果最初的言论并未广为传播，刑事起诉可能使事情变得更糟，因为起诉过分突出本来可能会很快被遗忘的该言论。事实上，刑事起诉可能会扩大目标群体承受的心理痛苦，因为诋毁性言论受到更广泛的宣传。根据具体情况，缔约国可以合理地作出结论认为，刑事起诉会不当地过于重视不必认真对待的太荒唐的言论。总之，缔约国可采取适当行动，确定在某种情况下，刑事起诉是否会比采取其他方式应对冒犯言论更有可能对《公约》的目标造成更大伤害。

13. 本公约不妨碍缔约国采取只起诉最严重案件的政策。事实上，这样的政策似乎必须符合关于对言论自由权的任何限制必须符合必要性和相称性的严格检测的原则。¹⁰ 必要性的检测调查是否“可通过其他不限制言论自由的方式来达到限制的目的”，相称性的检测则调查缔约国是否采取“实现合法目的的诸种手段

⁷ 《L.K.诉荷兰》，第 3.3 段(CERD, 1993)；《Yilmaz-Dogan 诉荷兰》，第 8.2 段(CERD, 1987)。

⁸ 同上，第 9.4 段。

⁹ Anja Siebert-Fohr, *Prosecuting Serious Human Rights Violations* (2009), 第 173 页。

¹⁰ 《Soulas 和其他人诉法国》，15948/03, 第 32 至 37 段(2008)；人权事务委员会，第 34 号一般性评论，第 22 段。另见《拉巴特行动计划》(刑事起诉应作为最后手段)。

中侵犯性最小的一个”。¹¹ 刑事起诉种族主义言论往往不会是实现消除种族歧视的合法目的的侵犯性最小的手段；事实上，刑事起诉有时会适得其反。委员会在《Zentralrat Deutscher Sinti und Roma 等人诉德国》一案中含蓄地承认了这一点，在该案中委员会不认为有违约行为，尽管缔约国没有刑事起诉委员会认定为“歧视、侮辱和诽谤”的言论。委员会指出，发表冒犯性言论者已承担了其后果。不幸的是，在本案中委员会忽视了这一点。

14. 在确定刑事诉讼是否是必要的和成比例的之时，缔约国必须适当考虑到多项因素。与本来文相关的因素包括该言论的传播方式。在众人面前或在电视上发表言论引起的关注可被视为远远高于在文化杂志发表的采访讲话所引起的关注。缔约国还应考虑可接触到出版物的人数。在发行数量相当大的报纸上发表的言论所引起的关注远远大于在发行数量相对较小的杂志发表的言论所引起的关注。缔约国还可以考虑侵犯性言论是直接对遭侵犯群体发表的还是以遭侵犯对象难以避免的其他方式传播的。因此，广告牌或在地铁上显示的种族主义言论是目标群体无法躲开的言论，这种言论引起的关注可视为远远大于发表在一个密集的、长时间的采访中主要谈论经济的侵犯性言论时引起的关注。最后，也是最重要的一点是，缔约国应考虑到言论的背景和种类。例如，言论是不是刻薄的人身攻击的一部分，还是被作为对公众关注的问题的理性辩论作出了贡献，即使是无节制的。缔约国认为萨拉兹先生的言论即是如此。¹²

15. 委员会认为缔约国错误之处在于“将萨拉兹先生的言论不会扰乱社会安宁这一事实作为重点”，并指出，第四条不包含这一标准。然而，“委员会并不承担抽象地决定国家法律是否符合《公约》的任务。”委员会的任务是“审议某一案件是否有违约的情况。”¹³ 此外，不提出刑事诉讼的理由很多，但检察官只提到这一标准，而总检察长根本没有提到该标准。此外，《德国刑法》第 130(1)条仅适用于“会扰乱社会安宁的言论，”但这个限制未出现在《德国刑法》第 130(2)条之中，该条除其他外，将以书面形式或通过媒体“传播以侮辱、恶意中伤或诽谤[一个民族、种族或宗教群体]的方式攻击其他人的尊严”的材料的行为定为刑事罪行。《德国刑法》第 185 条也未规定这种限制，该条将侮辱定为罪行。最后，《公约》必须被解释为意味着社会秩序的考虑与传播条款的适用无关。相反，在权衡打击煽动仇恨言论的义务与表达自由的保障之时，因为缔约国根据“充分顾及”条款必须这样做，在我看来，可允许缔约国决定在言论可能扰乱社会安宁的情况下才须提出诉讼。

¹¹ 同上，第 33、34 段。

¹² 尽管缔约国奉行强制起诉重罪的政策，柏林公共检察官和总检察长对不刑事起诉萨拉兹先生的解释表明，缔约国考虑到各个案件的情况，如考虑到根据缔约国宪法保护言论自由的规定，确定其取缔仇恨言论的法律是否正确地适用于特定案件。上文已讨论过这一问题。

¹³ 例如见《Zentralrat Deutscher Sinti und Roma 等人诉德国》，(38/2006)第 7.7 段；《Murat Er 诉丹麦》(40/2007)第 7.2 段。

16. 鉴于上述理由，我无法同意缔约国违反《公约》的意见。

[意见通过时有英文、法文、俄文和西班牙文本，其中英文本为原文。随后还将印发阿拉伯文和中文作为委员会提交大会的年度报告的一部分。]
