

# 《残疾人权利公约》第12条： 透过历史文本的解读

李 敬 亓彩云\*

**摘 要：**联合国《残疾人权利公约》是国际社会公认的残障人权保证书。本文讨论的第12条“在法律面前获得平等承认”是《公约》研究中争议颇多的一个条款。目前，中西学界对第12条到底从何而来、其磋商历史具体是怎样的过程研究不多。本文以《公约》磋商档案为基础研究素材，结合其他资料，透过历史文本的比较研究，对第12条的磋商历史进行深度探究。研究发现，第12条建构历史中的某些独特因素，使其在解读和实施上具有脆弱性。一个无足够理论基础、无法适用于所有残障者、无足够科研证据支持的条款如何得以建构形成，是本文提出并试图回答的问题。

**关键词：**《残疾人权利公约》 第12条 历史文本研究

## 引 言

西方残障人权研究界称颂《残疾人权利公约》（以下简称《公约》）是“道德指南”和“法律准绳”，是“正义与残障国际共识之灯塔”。<sup>①</sup> 2006年12月，联合国全体大会通过《公约》。2007年3月，《公约》开放签署。2008年5月，《公约》正式生效。<sup>②</sup> 截至2019年4月，已有161个国家（地区）签署、177个国家批准《公约》。<sup>③</sup>

作为21世纪联合国第一个国际人权公约，《残疾人权利公约》经历了4年8次紧张激烈的集体磋商（2002—2006年），并吸引了一批残障民间组织投入前所未有之热情。<sup>④</sup>

德国残障人权法学者、曾任联合国残疾人权利委员会副主席的特雷莎·德格纳（Theresia

---

\* 李敬，澳大利亚悉尼大学医学和健康学院残障研究博士生；亓彩云，吉林大学社会保障专业博士生。

① See Gerard Quinn, “The united nations convention on the rights of persons with disabilities: Toward a new international politics of disability”, (2009) 15 *Texas Journal on Civil Liberties & Civil Rights* 33, p. 34 and p. 52.

② 联合国大会决议：《残疾人权利公约》及《任择议定书》，A/RES/61/106（2006）。

③ 《公约》和《任择议定书》缔约国签署/批准情况，联合国网站：<https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities.html>。本文所有网络资料在2019年8月5日经再次核实，如无特别说明，这就是全文网络资料的统一最后访问日期。

④ See Tara J. Melish, “The UN Disability Convention: Historic process, strong prospects, and why the US should ratify”, (2007) 14 *Human Rights Brief* 1, pp. 1-14.

Degener) 认为,《公约》主张的残障权利模式,完善了残障社会模式,是一次“范式转型”(paradigm shift)。<sup>①</sup>更有些人主张,《公约》第12条“在法律面前获得平等承认”把传统作为权利保护客体的残障者重新置于权利主体地位,是整部《公约》“范式转型”之“核心”,是实现其他权利的基础。<sup>②</sup>但有趣的是,纵观《公约》磋商历史,第12条却是大家公认最具争议的条款。<sup>③</sup>《公约》通过后,第12条也成为不少国家批准《公约》时选择作保留最多的一条。<sup>④</sup>更让人好奇的是,《公约》颁布后,第12条旋即引发争鸣。2014年4月,残疾人权利委员会第1号《一般性意见:在法律面前获得平等承认》<sup>⑤</sup>出台后,这一争鸣现象并未息止,反而愈加热烈。

从字面看,第12条有5款。第一款,重申缔约国承认残疾人在法律面前享有平等权利,即具有平等法律人格。第二款,要求缔约国确认残疾人在与他人平等基础上,于生活各方面享有法律权利能力(Legal capacity,简称LC)。<sup>⑥</sup>第三款,要求缔约国采取适当措施为残疾人行使法律上的能力(LC)<sup>⑦</sup>可能需要的协助提供支持。第四款,要求缔约国为残疾人行使法律上的能力(LC)提供协助时要防止滥用现象,缔约国提供的保障要能尊重残疾人本人的权利、意愿和偏好,无利益冲突和不当影响等。第五款很独特,规定了残疾人的财产处置权。

本文以公开于联合国网站的磋商档案(Negotiation Archives)为主,辅之以各国批准《公约》时的声明<sup>⑧</sup>等资料,通过细腻梳理、重点编译、归纳和比较研究,深度探寻第12条诞生历程。希望通过历史溯源,呈现《公约》第12条独特诞生过程中已引发和将引发的各类争论中的某些隐秘。

- 
- ① See Theresia Degener, “A New Human Rights Model of Disability”, in Valentina Della Fina, Rachele Cera & Giuseppe Palmisano (eds.), *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Commentary* (Springer International Publishing AG, 2017), p. 41 and p. 56.
- ② 《公约》诞生前后,关于范式转型的讨论很多。爱尔兰国立大学高威校区残障法与政策中心的学者及其合作伙伴们是对第12条范式转型倡导(从替代决策到协助决策)最有核心战斗力的一群人。高威派早期核心观点可见奎因、奥马霍尼:《残障与人权:联合国内新天地》,载杰拉德·奎因和李敬:《〈残疾人权利公约研究〉:海外视角(2014)》,陈博、傅志军等译,人民出版社2015年版,第56—98页。第12条的《一般性意见》出台后,高威派的新核心是现任中心主任弗林教授(Eilionóir Flynn)及她在澳大利亚等地的合作伙伴等,她们的具体观点下详。
- ③ See Amita Dhanda, “Legal capacity in the disability rights convention: stranglehold of the past or lodestar for the future”, (2006) 34 *Syracuse Journal of International Law and Commerce* 429, p. 442.
- ④ 各国保留声明的具体内容见来源: [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-15&chapter=4&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&clang=_en), 部分国家声明内容下详。
- ⑤ 残疾人权利委员会第1号《一般性意见:在法律面前获得平等承认》,CRPD/C/GC/1(2014)。本文作者针对第1号《意见》的质疑已单独撰文,这里只重点描述分析第12条的磋商历史及其存在的问题。
- ⑥ 本文对第12条磋商历史描述中,笔者对“Legal Capacity”的翻译在能遵从《公约》作准中文本时,会翻译为“法律权利能力”。但因“Legal Capacity”是一个有争议的多义词,在某些场景下,当不确定其具体含义时,将选择使用英文缩写LC。如其含义通过上下文和所引用的作者行文可确定则会根据原意选择翻译为“法律上的能力”或是少数民间组织和高威派主张的“法律行为能力”并标明英文缩写。前一译法参考的是薛波主编:《元照英美法词典》(缩印版),北京大学出版社2013年版,第813页。后一译法参照残疾人权利委员会的第1号《意见》中文件。
- ⑦ 参照薛波主编:《元照英美法词典》(缩印版),第813页。
- ⑧ 本文基础证据资料来自联合国网站《公约》谈判历史档案“Negotiation Archives”。链接: <https://www.un.org/development/desa/disabilities/resources/ad-hoc-committee-on-a-comprehensive-and-integral-international-convention-on-the-protection-and-promotion-of-the-rights-and-dignity-of-persons-with-disabilities.html>。下面历次会议在使用具体哪天资料会直接给出网站链接。

## 一 准备阶段：第一和第二次特设委员会

2001年12月，联合国大会通过56/168号决议，<sup>①</sup> 决定成立特设委员会筹划探索为残障领域制定一部前所未有的、全面综合的国际人权公约。<sup>②</sup> 2002年7月29日—8月9日和2003年6月16日—27日，特设委员会分别召开第一次和第二次全体大会。<sup>③</sup> 第二次特设委员会会议决定，在2004年第三次会议前，建立一个包括缔约国、联合国相关组织、民间组织等多方参与的开放的工作组（working group），<sup>④</sup> 形成供未来会议磋商的草案文本。

### （一）工作组文本

2004年1月5日—16日，工作组<sup>⑤</sup>形成“工作组文本”（working group text，简称WGT）<sup>⑥</sup>，它成为第三次及其后来特设委员会全体大会讨论的基础素材。这一情况，直到2006年1月第七次特设委员会才改变。<sup>⑦</sup> 工作组文本里的第9条（即《公约》第12条）内容如下：

“承认法律面前人人平等

缔约国应当：

（a）确认残疾人作为个人在法律面前享有与所有其他人平等的权利；

（b）承认残疾人具有与其他人平等的充分法律行为能力，包括财务事项方面的法律行为能力；

（c）确保在需要援助以便行使这一法律行为能力时：

（一）提供的援助与有关人员需要的援助程度相当，适合他们的情况，并且不干涉该人的法律行为能力、权利和自由；

（二）只依照法律制定的程序和适用相关的法律保障措施作出相关的决定；

（d）确保向有困难维护其权利、理解信息和进行交流的残疾人提供援助，以便其理解向其提供的信息，表达其决定、选择和喜好，以及达成有约束力的协议或合同，签署文件和担当证人；

① 联合国大会决议，A/56/583/Add.2（2001）。

② See Rosemary Kayess and Philip French, “Out of Darkness into light? Introducing the convention on the Rights of Persons with Disabilities”, (2008) 8 *Human Rights Law Review* 1, p. 1. 中国学者通过文献回顾的历史描述和评价，可参阅李敬、亓彩云：《联合国〈残疾人权利公约〉：诞生、理解及中国贡献》，拟刊于《残疾人研究》。

③ 联合国网站关于特设委员会《第一次全体大会报告》，A/57/357（2002）。《第二次特设委员会报告》，A/58/118 & Corr.1（2003）。

④ 工作组有27个国家/政府代表，12个民间组织代表和1个（联合国）国家人权机构代表组成。几个值得注意的人物包括爱尔兰高威派领袖杰拉德·奎因（Gerard Quinn），当时他代表的是康复国际（Rehabilitation International，简称RI）；特雷莎·德格纳，作为德国政府特邀代表；美国律师缇娜·敏科维茨（Tina Minkowitz），代表世界精神病治疗者和幸存者网络（World Network of Users and Survivors of Psychiatry，简称WNUSP），新西兰大使唐·麦凯（Don Mackay）是这一工作组主席。中国政府有代表1人。来源：<https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahcwg.htm>。

⑤ 2014年1月工作组汇总中的平等与非歧视栏目链接：<https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/comp-element5.htm>。

⑥ 《拟订保护和促进残疾人权利和尊严的全面综合国际公约特设委员会工作组报告》（简称《工作组报告》），A/AC.265/2004/WG.1（2004）。

⑦ 主席麦凯在第七次特设委员会大会前在总结前六次讨论的基础上形成了他的主席文本，具体内容下详。

(e) 采取一切适当、有效的措施，确保残疾人享有平等的权利拥有或继承财产、控制自己的财务，并有平等的机会获得银行贷款、抵押贷款和其他形式的金融信贷；

(f) 确保残疾人的财产不被任意剥夺。<sup>①</sup>”

## (二) 分析

对这一文本内容分析如下。

### 1. 翻译

工作组原始草案文本为英文，中文翻译里把“Legal capacity”翻译为“法律行为能力”。这一中文翻译件应作“工作文件”理解，其权威、效力和翻译精准度，无法和《公约》最后作准中文版（译为“法律权利能力”）并论。

### 2. 条款主要内容解读

工作组文本第9条有6款。a款确认人人平等的法律权利。b款中“Full Legal capacity”被翻译成“充分法律行为能力”。c款规定残疾人行使行为能力时有权获得协助，此协助要适合个人需求，依法作出，并隐讳地提到保护措施等字眼。d款对协助提出要求，但和c款不同之处在于这里更多是从提供便利角度要求协助要有利于残疾人作出决定、表达意愿，即c款是法律意义上的协助，d款则可从生活事务性的协助角度去理解，两个协助分属不同领域、层次，其带来的法律后果也不同。e—f款涉及的是各类财务财产事项。d款的前提假设是残疾人有完全充分的行为能力，故要求缔约国提供诸多支持。

### 3. 脚注

第9条草案有3个脚注：脚注32说明儿童“Legal capacity”受限。脚注33说明工作组决定残疾人无法行使“LC”时的救济措施及其如何表述等问题，留待大会集体讨论。可见工作组会议期间，大家对救济措施中是否要包含某些替代性制度（如监护）就已存在争议。脚注34指出，d款可能放在其他位置更恰当。

## 二 公开讨论：第三至六次特设委员会

### (一) 第三次特设委员会的讨论焦点<sup>②</sup>

2004年5月24日—6月4日，第三次特设委员会全体大会召开，对第9条进行了一个场次（5月26日上午）的讨论。这次磋商中27个国家的代表有30次发言。

磋商伊始，与会各国代表就纷纷表示要仔细研究工作组文本里“Legal Capacity”这一概念及其适用于哪些类别的残疾人。加拿大代表拿出其准备的新方案，主要内容有：LC主要适用于民事领域；残障成年人与他人一样享有LC，特别是有权订立合同和管理财产；残疾成人有权在法庭和裁决过程得到平等对待。对需要协助才能实施LC的成年人，要依个人需要等。加方文本还建议设立一个独立专

① 此处省略3个脚注的具体内容。

② <https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc3sum9.htm>.

业机构对成年残障者 LC 进行鉴定,对无 LC 的,应依法设立私人代理制,后者代理残疾人实施 LC。

加方提出新方案后,与会者们就依据哪个文本即工作组文本还是加方新文本进行磋商产生争议。有些国家偏向加方新文本,有些则坚持继续使用工作组文本。但不论哪个文本,大家都表示 LC 这一概念极其重要。

不同国家对 LC 的理解差异如墨西哥代表所言的法系区别那样开始显现出来。例如挪威和爱尔兰强调 LC 意味着权利的平等实现,而其他国家认为 LC 表示平等地拥有权利。LC 概念及如何在有保障情况下实施 LC 是个复杂问题,不同法系、文化和不同国情有不同理解和规定。

另外,这次会议里有 10 个民间组织(含残障特别报告员)发言。其观点可总括归纳为,残障者不仅要名义上有权利,更要在实践中能充分运用权利(法律行为能力/LC),成为自己事务的主人,而非医疗、监护乃至被管理和被剥夺财产的客体。这其中,世界精神病治疗者和幸存者网络(WNUSP)代表当场指责加拿大文本忽略残疾人在有协助下能行使 LC 的状况。该代表提出这一条目的是要限制监护制度的使用,因为监护造成“社会性和法律性死亡”(social and legal death)。WNUSP 提出残疾人在有协助的情况下是不应被剥夺或限制权利的。残疾人自主必须得到尊重,支持者应该协助被支持者自我决定。WNUSP 还提到信任关系和程序保障等。很关键的是,WNUSP 提出任何对能力的评估都是歧视。<sup>①</sup>

## (二) 第四次特设委员会的讨论焦点<sup>②</sup>

2004 年 8 月 23 日—9 月 3 日,第四次特设委员会召开。8 月 26 日上午,全体大会就第 9 条进行了第二次公开磋商。其中 21 个国家代表有 21 次发言。另外,国际残障联盟(International Disability Caucus,简称 IDC)<sup>③</sup>、残疾人国际(Disabled People's International,简称 DPI)这两个民间组织和国家人权机构(National Human Rights Institutions,简称 NHRI)也有发言。从这次会议开始,新西兰大使麦凯成为讨论的非正式协调人。<sup>④</sup>是次磋商结果归纳如下:

### 1. 从一条变成两条

哥斯达黎加代表提出,现有第 9 条事实上说的是两个问题,一是法律面前享有权利,二是如何获得司法救济。加方新文本<sup>⑤</sup>主要是处理第一个问题,而会前日本、中国等国提交的文本处理的主要是第二个问题。随后,智利、塞尔维亚和黑山共和国、挪威、新西兰等国和国家人权机构

① 本文引言提到民间组织对《公约》深度参与的现象是前所未有的。纵观整个磋商历史,包括第 12 条在内,几乎所有实体权利的最终内容,民间组织都留下了深刻印记。这一现象应如何看待是需专门研究的,此处只提出这一问题。

② <https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc4sumart09.htm>.

③ 国际残障联盟(International Disability Caucus,简称 IDC)由融合国际(International Inclusion,简称 II)、世界精神病治疗者和幸存者网络(WNUSP)等民间组织组成,目的是为聚集力量、集体发声。在磋商过程和为《公约》草案提交建议的过程中,这些民间组织或是各自提交或是利用国际残障联盟统一提交,策略方式各有不同。关于公约磋商中民间组织的作用可参见 Maya Sabatello and Marianne Schulze, *Human Rights and Disability Advocacy*, [http://www.jstor.org/stable/j.cttshjm1h?turn\\_away=true](http://www.jstor.org/stable/j.cttshjm1h?turn_away=true)。

④ 新西兰大使麦凯在整个公约磋商中作用“显著”。他是前述工作组主席,第四、五次全体大会的非正式协调人,第五次全体会议结束前被推选为第二任特设委员会主席,主持了从第六次—第八次大会。具体信息参见历次特设委员会报告。

⑤ 加拿大结合前次讨论里的各方反馈,会上提出新文本:用词上把成人全改为残疾人;去掉民事领域;去掉残疾人无 LC 说法,改成遇到某些残疾人即使有支持也无法实施 LC 的情况时,设立独立机制及建立保护程序等。加代表提出,在某些情形下,适当程序保障下的替代性决策是必要的,即制度设计上前者和支持性决策要放在一起。加方承认,有些残疾人即便给予支持,也无法决策,更易遭忽略和虐待。原文见磋商档案。

均支持法律面前享有平等权利和获得司法救济分成两个条款。

## 2. 出现新提法

在这次磋商中，加拿大、新西兰等国代表和 IDC 等民间组织，首先在会上公开提出协助决策 (supported decision-making)<sup>①</sup> 和替代决策 (substituted decision making) 等概念。泰国等发展中国家则表示需要深入研究民间组织提出的协助性决策等新概念。

## 3. 权利义务对等问题

墨西哥代表提出法律面前权利义务要对等。为残障者提供协助，不能侵犯其享有充分权利，但也要有所限制。这一权利义务对等的说法赢得不少发展中国家支持。

## 4. 如何理解“Legal capacity”

LC 的理解仍然是本次讨论的重点。中国代表指出，LC 引发的问题，实际上是法律体系差异造成的，大陆（民法）法系一般没有关于个人是否有 LC 的概括性规定或对其进行限制。<sup>②</sup>《保护精神病患者和改善精神保健原则》（简称 MI）在处理 LC 时，<sup>③</sup> 和现在第 9 条提出的做法不同。

第四次讨论后达成的共识是：把原工作组本文里的司法救济内容（即《公约》第 13 条“获得司法保护”），从第 9 条里剥离出来单列。尽管与会各国代表普遍对一些民间组织、个别国家提出的协助决策等概念很茫然，但与会者普遍还是把 LC 笼统理解为“人人都有，但有些人需要帮助”。这一“笼统理解”通过第五次会议中的深度磋商，逐渐清晰起来。

### （三）第五次特设委员会的讨论焦点

2005 年 1 月 24 日—2 月 4 日，第五次特设委员会全体会议召开。大家对第 9 条进行了 3 天 5 场次的磋商（1 月 25 日上午、1 月 26 日上午和 2 月 4 日上午）。正是在这次会议中，绝大多数与会者的主张和个别国家及若干激进民间组织的要求之间的对峙，通过磋商档案得以生动呈现。

#### 1. 1 月 25 日的磋商<sup>④</sup>

1 月 25 日上午有 28 个国家的代表进行了 46 次发言，下午有 23 个国家的代表进行了 36 次发言，其中中国代表共发言 3 次。首先，经紧张磋商，各国代表决定以工作组文本文为基础，但加拿大文本里的不少因素也得到与会者认可。工作组文本中 9 (b) 涉及财务的事项被删除。

其次，包括会议协调人麦凯在内的广大与会者，逐渐认识到 LC 是个“麻烦”概念。在磋商和讨论中，大家建议寻找专业解释或寻找可替换的其他概念的可能性。

第三，经过深入交流，LC 在绝大多数国家的法律体系内的使用状况逐渐清晰。绝大多数与

① 《公约》文本中仅提到协助，未涉及任何决策机制的说法。2014 年第 1 号《一般性意见》解释第 12 条时提出协助决策/辅助决策概念，本文取协助决策译法。

② 中国代表发言部分原文：“China stressed that everyone is equal before the law. PWD must have the protection of the law on the basis of equality. It supports the Mexican revision in 9 (a). The issue of legal capacity is controversial and derives from differences in legal system. In Continental systems there is no general statement as to whether people have legal capacity or not, or whether it is limited. The UN Principles for the Protection of Persons with Mental Illness, 1 (6), approaches the issue of legal capacity differently.” 根据上下文可看出中国代表在这部分发言里对 LC 的理解是回应少数国家提到的法律行为能力。大陆法系国家对人的行为能力的规定是散布在各类法律中的，如民法、刑法、经济法等规范不同关系的法律中的行为能力规定是不同的，无概括性理解。普通法国家按法官判决也是因案有差异。

③ 《保护精神病患者和改善精神保健原则》，中国残疾人联合会网站，[http://www.cdpc.org.cn/zcwj/gjwx/200711/t20071130\\_25341.shtml](http://www.cdpc.org.cn/zcwj/gjwx/200711/t20071130_25341.shtml)。

④ <https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc5sum25jan.htm>。

会者把 LC 理解为“法律权利”。阿根廷、牙买加、巴西、泰国、俄罗斯等都要求区分 LC 和“行使法律权利或行为能力”（exercising legal capacity or capacity to act）这两个不同的概念。

作为一个多义词，LC 在一些国家（特别是欧洲一些国家）包含“行为能力”的意思。<sup>①</sup>如会场上积极发言的挪威，其国内法中 LC 含义包含有“行使权利的能力/行为能力”意思，但是，挪威代表举例说明昏迷者无行为能力、重症精神疾病者存在无行为能力等情况。

除此之外，在权利义务问题上，各国意见不一，例如加拿大反对罗列义务内容，但利比亚、菲律宾等主张要写义务。也门等国还提出 LC 涉及社会、政治、经济等各领域，而非仅财产继承这一小部分，但最后大家还是同意这一条只写权利，且只单独提及处理财务的事项。

### 2. 1月26日：继续磋商<sup>②</sup>

这一天，全体大会继续讨论第9条。上午，共20个国家进行44次发言，下午17个国家的代表进行23次发言，其中中国代表在上午发言3次。全体与会代表经过努力，终于把工作组文本里第9条内容讨论完毕。结合加拿大新文本和条款主持人的汇总撰写，这一条内容愈加丰富。其中，涉及司法救济的内容，从第9条剥离。

在绝大多数与会者不断申明下，LC 和“capacity to act”作为两个概念得到普遍认同。LC 指法律权利能力和“capacity to act”指行为能力的解释获得广泛支持（尽管欧洲个别国家不同意，协调人麦凯的态度前后有变化）。在权利实现/行使权利要有协助时，绝大多数与会者认为监护/替代性决策应作为最后的支持手段。

有几个值得注意的细节：

首先，条款主持人瑞贝卡·内特（Rebecca Nettay）早上在新文本里把关键概念意思搞反（前一天大家的共识是“legal capacity”等于权利和资格，“capacity to act”等于行为能力，它们是两个概念。而她在新文本里说 LC 在中文、俄文、阿文等是行为能力。这和大家头一天共识的意思正好相反）。幸好，在哥斯达黎加、俄罗斯、中国等众多国家不断发言申明立场和解释后，这一错误似乎消失。

其次，26号的讨论中，麦凯对 LC 的认识几经反复。这表现在他想方设法将上述两个概念的差异转变为翻译问题及他现场亲自对条款进行修改等等。他似乎在为“legal capacity”和“capacity to act”之间架通某些桥梁。更为奇怪的是，午饭前他支持大家的共识（“legal capacity”等于权利和资格，“capacity to act”等于行为能力，它们是两个概念），午饭后却又说共识并未达成。最后，他不得不同意大家的要求，寻求相关部门帮助去研究“legal capacity”这一概念。

总之，1月26日记录清晰显示绝大多数与会者把“legal capacity”界定为“法律权利能力”，而把“capacity to act”等同于“行为能力”。但这不意味着反对者自动消失或甘愿转变观念。这也是为何第五次特设委员会报告提请联合国人权高专办准备“legal capacity”背景报告的根本原因。

### 3. 2月4日解释性脚注的“出现”<sup>③</sup>

2005年2月4日，第五次特设委员会的最后一个工作日，协调人麦凯拿出作为特设委员会大

① 欧洲议会法律/政策和欧洲人权法院的判例都有涉及 legal capacity 的内容，请参见 European Union Agency for Foundation Rights (FRA). “Legal capacity of persons with intellectual disabilities and persons with mental health problem,” (2013) e-report. <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/GC/EuropeanUnionAgency1Art12.pdf>. (last visited May 01, 2019).

② <https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc5sum26jan.htm>.

③ <https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc5sum4feb.htm>.

会报告附件2的协调员报告（coordinator report），并指出他的协调人报告和委员会上报联合国全体大会报告的区别在于，前者是个磋商中的文本。<sup>①</sup> 针对协调员麦凯的报告，中国、俄罗斯、也门（代表阿拉伯国家）及哥斯达黎加（代表西语系国家）4个国家申明：LC在其各自语系和法律制度体系里，应理解为权利能力。当麦凯询问大家是否愿意通过脚注方式做解释性说明时，中国、俄罗斯和也门三国表示需要这一脚注。<sup>②</sup> 这也是为什么出现那个在2006年12月即将上交联合国大会前夕被去掉的解释性说明脚注的根本原因。

鉴于第五次特设委员会大会期间，多国要求对LC做专门研究以平息个别国家和少数激进组织的干扰，以便让LC的概念得以在磋商中稳定建立，人权高专办应邀对相关概念进行了专门研究，为第六次特设委员会（2005年8月1—12日召开）提交了《背景报告》。

#### （四）一个不该被遗忘的报告

2005年，人权高专办应要求对“legal capacity”进行专题研究，形成专门提交给特设委员会的背景报告（简称《背景报告》），<sup>③</sup> 详细梳理了国际法和欧洲3个国家即西班牙、法国和英国国内法中的若干概念及其源流和差异。

《背景报告》指出“法律面前获得人格承认”（recognition everywhere as a person before the law）和“legal capacity”是两个概念。前者的法律渊源来自《公民权利和政治权利国际公约》（ICCPR），主要指涉实体权利，但是，历史上ICCPR未曾考虑过精神不健全的人（persons of unsound mind）、儿童、刑事犯罪者等特殊人群。

LC来自《消除对妇女一切形式歧视公约》（CEDAW）第15条。按照该第15条的上下文，参考消除对妇女歧视委员会第21号一般性建议，可知这一词汇蕴含着行使能力的意思。但不论是CEDAW，还是西班牙、法国的国内法及其他国际和地区人权文书，都未对LC下过定义。按照《维也纳条约法公约》<sup>④</sup> 规则，高专办使用《韦伯新千年英语词典》中LC的定义：“个人有能力和权利在法律规定下，从事某个活动或交易或维持某个状态及和他人的关系”。

基于这一解释，《背景报告》认为LC蕴含和“capacity to act”相同的因素，即具有从事带有法律后果行为的能力。因此，根据《消除对妇女一切形式歧视公约》LC可以被界定为行使权利和权力，并承担由此带来的义务。这一定义逻辑上蕴含了作为潜在权利义务拥有者的权利（静止状态），也包含行使上述权利和承担产生、修改和停止法律关系的权利（活跃状态）。高专办明确指出LC和“法律面前的人”具有的权利不同，后者属于所有的人，从出生时起到死亡时止。

《背景报告》还指出：实际行使权利的行为，往往受制于一些额外约束，如最低年龄，具有理解某行为及其后果的能力。法国和西班牙法律里LC（法律上的能力<sup>⑤</sup>）是区分权利能力和行

① 《第五次全体大会的报告》，A/AC.265/2005/2（2005）。附件2是麦凯的协调员报告，附件3是修订后的各条。第12条解释性脚注第五次会议报告已存在。

② 那个上午讨论第9条的时间很短，只有上述4个人和人权高专办代表发言。

③ 人权高专办报告全文（英文）链接：<https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc6documents.htm>。作者自行编译部分内容。参见英文报告第19、24、36、37、38等段（这一报告里不知何故缺第22段）。

④ 《维也纳条约法公约》（No.18232）1969年颁布，1980年生效，中国1997年加入。

⑤ 参见薛波主编：《元照英美法词典》（缩印版），第813页。



为能力的。英国无 LC 定义，自然人的法律行为能力，要根据具体人和具体事项由法官判定。

高专办最后总结：“法律面前获得承认”和“legal capacity”（法律上的能力），是两个概念。LC 是个更宽泛多义的概念，逻辑上包含潜在拥有权利义务（静止状态），也包含行使上述权利和承担其行为所产生结果的义务（活跃状态）。让人疑惑的是，这一《背景报告》在随后的磋商中很少被提到。

本文认为：参考高专办上述《背景报告》的分析结果，LC 确实是一个具有多重含义的词汇。特设委员会磋商中绝大多数国家主张侧重其在权利能力方面的理解，实质上是大家在特定语境下，为如何理解和使用 LC 给出了一个工具性定义。

### 三 基本定型：第七一八次特设委员会

#### （一）第七次特设委员会的讨论焦点

##### 1. 新面孔：“主席文本”中的第 12 条

2005 年 10 月，为筹备于 2006 年 1 月举行的第七次特设委员会全体大会，特设委员会新主席麦凯将前六次集体讨论中形成的各类文本进行整理，形成他的主席文本（chair's text），连同他给与会者的公开信及条款说明一并发给大家。他要求大家在 2006 年 1 月会议时，以主席文本作为讨论的工作文本。原第 9 条，调整后成为第 12 条，内容如下：<sup>①</sup>

“第 12 条在法律面前的人格获得平等承认

1. 缔约国重申残疾人享有在法律面前的人格在任何地方均获承认的权利。

2. 缔约国应承认残疾人在各领域具有与其他人平等的 [法律行为能力]，并应在根据需要提供协助以行使 [法律行为能力] [行为的能力] 时，尽可能确保：

（a）提供的援助与需要的协助程度相当，适合个人情况，并且不妨害受助人的法律权利、尊重本人的意愿和选择，不涉及利益冲突和不当影响。应酌情定期、独立审查这种协助；

[（b）如果缔约国通过法定程序，规定可以在别无他法的情况下指定个人代理人，有关法律应规定适当的保障措施，包括由具有管辖权的公正、独立法庭定期审查个人代理人的指定和个人代理人作出的决定。个人代理人的指定和行为应遵守符合本公约和国际人权法的原则。]

3. 缔约国应采取一切适当、有效措施，确保残疾人享有平等权利，可以拥有或继承财产、控制自己的财务，并有平等机会获得银行贷款、抵押贷款和其他形式的金融信贷；并确保残疾人的财产不被任意剥夺。”

对比第五次特设委员会全体大会速记资料，读者会发现，主席文本并未尊重和接受当时绝大多数与会者主张的 LC 含义为“法律资格和权利”这一共识，似乎也未参考人权高专办《背景报告》里提出的这个短语蕴含静态权利和动态行使权利两重含义和两种状态的研究结果，而是把这一概念直接和 CEDAW 中的第 15 条关联起来，将其锁定在了“法律行为能力”范畴。

<sup>①</sup> 麦凯 2015 年 10 月 7 日的信（A/AC.265/2006/1）有多语种可参考。为方便读者理解，这里引用麦凯对该条的解释说明中文文件，请注意中文文件依然把“Legal capacity”翻译为行为能力。

## 2. 集体磋商中的要点和评论

第七次全体大会会期3周（比计划延长了1周），其中1月17日下午<sup>①</sup>、1月18日上午、下午<sup>②</sup>和2月3日上午<sup>③</sup>总共有4个场次对第12条进行集体讨论。但总体而言，这次会议讨论第12条的时间不长，未能像第五次全体大会时那样充分细致。会议中民间组织发言较激烈，特别是国际残障联盟（IDC）安排残疾人代表的发言对各国代表造成了一定冲击，以至有代表提出会场发言不要过于情绪化。

从大家讨论的内容看，绝大多数国家和个别国家及激进组织对LC的含义分歧依旧存在。换言之，包括麦凯在内的少数派，依然无法接受绝大多数代表对这一概念侧重于法律权利能力的认识，以及LC与“capacity to act”（行为能力）是不同概念的主张（这两点在第五次特设委员会上已有广泛讨论和普遍共识）。

麦凯明显想要平衡两方对立或至少是有差异的观点。一方看似是国际残障联盟和个别国家，其主张LC是应然、静态权利和实然、动态权利的结合，特别强调平等实现行为能力（动态权利部分），要求取消一切替代性决策机制（包括监护制度）。另一方是广大缔约国代表，他们在承认法律权利能力人人都有基础上，对残疾人行为能力实现需要支持表达恳切认同。他们试图寻求大家在什么情况，给残疾人提供什么支持的普遍共识。诚如古巴代表所言，特设委员会需要讨论的是在什么情况下提供哪些支持等。但可惜后者的主张被个别国家和民间组织强势生硬忽略。

### 3. 1月30日：一区6国IDC文本

欧盟、美国、加拿大、澳大利亚、挪威、哥斯达黎加和列支敦士登在临近本会期结束前的1月30日，向特设委员会（主席）提交了一个结合IDC主张的新文本（简称“一区六国IDC文本”<sup>④</sup>）。这一新文本基于主席文本，第1、2、5款基本未动，第1款有一个脚注<sup>⑤</sup>说明有问题待解决。第3款对协助决策给予特别强调，以反映出需要协助的残疾人的个人自主的重要性。第4款设立保障措施的基本原则，以维护自主，并对替代性决策情境中可能出现的虐待风险加以防范。

2月3日第七次会议最后一天的最后一个上午，主席麦凯在毫无征兆的情况下拿出这个文本请大家选择以哪个文本（即是主席文本还是这个临时的一区6国IDC文本）作为第八次全体大会的磋商文本。讨论现场的记录表明<sup>⑥</sup>，与会者几乎没有对这个临时加上来的新文本表达任何兴趣，大多数代表希望以加拿大文本为基础进行未来的磋商。以至于麦凯在闭会总结时自己提出，要将一区6国IDC文本内容融入主席文本或加拿大文本中。他这样说也是这样做的。在第七次特设委员会报告中，第12条下有两个方案，一个是加拿大文本，一个是三区6国IDC文本。最终，这一最后提出的文本成为《公约》第12条的蓝本。

## （二）第八次特设委员会期间

第八次特设委员会会期安排比较特殊，分为两段，即2006年8月14日—25日及2006年12

① <https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc7sum17jan.htm>.

② <https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc7sum18jan.htm>.

③ <https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc7sum03feb.htm>.

④ <https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc7eu.htm>.

⑤ 在欧盟和IDC两个渠道的文本中都未发现脚注，特此说明。

⑥ <https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc7sum03feb.htm>.

月5日。按照计划8月15日要对第12条进行讨论,但第八次特设委员会的所有会议内容至今尚无任何公开速记可查,所以我们无从知道一区6国IDC方案最终如何得以成为《公约》蓝本。

8月会后,《特设委员会临时报告》<sup>①</sup>中,公约草案第12条使用的一区6国IDC版,已和最终通过的《公约》版本相差无几了。它保留着一个脚注,说明即便在最后一次会议期间,与会代表们对LC含义的理解也依然有争议。

9月—10月,特设委员会下属撰写小组(drafting group)工作期间,前后形成的4稿《公约》草案里第12条一直保留着脚注。<sup>②</sup>

11月27日和29日,在特设委员会最后一聚(12月5日)之前,麦凯主席给大家连发两封公开信,其中29日公开信<sup>③</sup>就是讨论第12条脚注的。他希望与会代表可以达成妥协,以去掉那个脚注。于是12月5日第八次特设委员第二次全体集结当日,伊拉克代表的阿拉伯国家和芬兰代表的欧盟彼此通过公开信形式,<sup>④</sup>就草案第12条中“legal capacity”一词的理解达成谅解。阿拉伯世界坚持认为“legal capacity”在其语言和文化中的含义是“法律权利能力”,而欧洲诸国认可《公约》各语言版本里的对等概念含义一致。当天大会未经投票,口头通过《公约》草案。12月6日,特设委员会将《公约》草案上报联合国大会。12月13日《公约》顺利获联大全体大会通过。至此,作为新世纪伊始联合国领导下各国集体努力的新人权成果——《残疾人权利公约》及其《任择议定书》终于完成,只待根据法定程序开放给各国签署和批准了。

《公约》第12条经历上述千回百转之历程,终于诞生。在一些人称颂所谓《公约》第12条推动“范式转型”时,<sup>⑤</sup>怀疑和温和批评之声开始出现。<sup>⑥</sup>

## 四 讨论

以上,本文详细梳理了第12条磋商历史中的重要讨论内容和一些重要历史时刻,目的是展现磋商中的诸多事实和细节,汇总在这一漫长过程中绝大多数与会者甚至包括麦凯所达成的一些重要共识。除对“共识”的总结外,以下还将通过声明、履约报告和一些学术讨论进一步分析应如何认识第12条。

① 联合国大会:《拟订保护和促进残疾人权利和尊严的全面综合国际公约特设委员会的临时报告》,A/AC.265/2006/4(2006)。

② 撰写小组的技术性工作进行了四次,每次具体形成的版本,请参见来源:<https://www.un.org/esa/socdev/enable/drafting.htm>。

③ 特设委员会主席麦凯11月29日的信提及草案第12条脚注问题,网络链接:<https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc8chair29nov.htm>。

④ 第12条的脚注为“在阿拉伯文、中文和俄文中,‘legal capacity’是指‘法律权利能力’,而不是‘法律行为能力’。”12月5日伊拉克代表阿拉伯国家和欧盟达成谅解,但中国和俄罗斯始终没有公开声明放弃这一脚注。伊拉克信件和芬兰的公开信网络来源:<https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc8documents.htm>。

⑤ 除文章前面提到的爱尔兰国立大学高威残障法和政策中心学者的文章外,在这个中心工作过的以及和其有密切关系的人的文章也不少。Amita Dhanda,“Universal Legal capacity as a Universal Right”,Doi:10.1093/med/9780199213962.003.0011。

⑥ See Terry Carney,“Guardianship,‘Social’Citizenship and Theorising Substitute Decision-Making Law”,In Israel Doron and Ann M. Soden (Eds.),*Beyond Elder Law*(Berlin Heidelberg:Springer,2012),p.5。

## （一）对磋商中“共识”的再回顾

首先，从形式上看，在法律面前获得平等承认和获得司法救济条款被分开（一条变两条，即《公约》第12条和13条）。

其次，通过磋商历史记录能看到，与会的绝大多数国家（阿拉伯语系及其所代表国家，西班牙语系及除美国和加拿大外的美洲各国和欧洲的西班牙等国，俄罗斯语系及其可能代表的部分东欧国家，中国、日本、新加坡等亚洲国家，非洲诸国等）对“legal capacity”这个多义词的理解是“法律权利能力”。换言之，在《公约》磋商的特定历史情境下，大家集体给这个多义词下了一个专门的工具性定义，以利于《公约》磋商和协助大家的交流和讨论。

但是，不论在磋商现场还是会场外，个别激进民间组织（如II和WNUSP）及极少数国家采用各种办法试图将他们要求彻底废除监护制度实现行为能力实质平等的想法强加于人。虽然绝大多数代表反复主张“legal capacity”和“capacity to act”是两个概念，但最终也未能得到麦凯和上述激进组织/国家的尊重和承认。

幸运的是，在联合国已有机制的保障下（《维也纳公约法条约》对不同语言文本效力的规定等），阿拉伯文、俄文、中文、西文等《公约》作准文本在尊重磋商历史的基础上，以各自一贯的坚定立场，准确翻译了第12条的核心概念。也就是说，在上述各语言作准文本中，“legal capacity”被准确地翻译为“法律权利能力”。

## （二）部分国家批准《公约》时的声明和履约实践

### 1. 部分国家的声明

下表为批准或加入《公约》时各国关于第12条提出的保留或声明。为节约篇幅，此处只选择翻译了若干国家的相关声明内容。<sup>①</sup>

表1 若干国家批准加入《公约》时提出的相关声明

| 国家   | 声明内容   |
|------|--|
| 澳大利亚 | 澳大利亚承认，残疾人在生活各个方面都享有与其他人平等的法律权利能力。澳大利亚声明，它理解《公约》允许充分地支持性或替代性决策安排，后者所提供的决策是代替个人作出的，仅于必要情况下，作为最后手段，且受到保障。  |
| 加拿大  | 加拿大承认残疾人被认为，于生活各个方面、在与其他人平等的基础上，享有法律权利能力。加拿大声明，它理解的第12条允许在适当情况下、并依据法律，提供支持性和替代性决策等安排。鉴于第12条有可能被解释为被要求取消所有替代性决策安排，加拿大保留在适当情况、在接受适当和有效保障措施下，继续使用上述安排的权利。涉及到第12条第(4)款，加拿大保留，如上述措施已接受审查或上诉时，不把所有上述措施交由独立当局定期审查的权利。 |
| 埃及   | 阿拉伯埃及共和国声明，它对《保护和促进残疾人权利国际公约》第12条涉及承认残疾人在与他人平等基础上获得法律承认中，这一条第2款所涉及法律权利能力的解释是：在埃及法律，这一概念指残疾人享有获得权利和承担法律责任的能力（‘ahliyat al-wujub’），而非行使的能力（‘ahliyat al-‘ada’）。  |
| 爱沙尼亚 | 爱沙尼亚共和国对《公约》第12条的解释是，当残疾人理解能力和指引其行动的能力产生需要时，该条款并不禁止限制此人在法律上的积极能力。 <sup>②</sup> 在限制残疾人法律上的积极能力致其权利受限时，爱沙尼亚共和国依其国内法行事。   |

① 此表内容只针对第12条。网站来源：[https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-15&chapter=4&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&clang=_en)。

② 本文将此处的 Legal capacity 翻译为“法律上的能力”。参考薛波主编：《元照英美法词典》（缩印版），第813页。原因是，这里如按照《公约》作准中文本翻译为“法律权利能力”会产生理解障碍，因为法律权利能力并不区分积极和消极。下文有类似情况时也会参考字典酌情翻译。

| 国家  | 声明内容  |
|-----|---|
| 爱尔兰 | <p>声明和保留:第12条<br/>爱尔兰承认残疾人在生活各个方面享有与其他人平等的法律权利能力。爱尔兰声明它的理解是,《公约》允许支持性和替代性决策安排,上述安排是代残疾人作出决定,而上述安排是在必要时依法作出的,并接受适当和有效的保障。鉴于第12条有可能被解释为要求取消所有替代性决策安排,爱尔兰保留在适当情况下允许此类安排,并接受适当和有效保障措施的权利。</p> <p>声明:第12条和第14条<br/>爱尔兰承认所有残疾人都享有人身自由和安全的权利,及在与其他人平等基础上尊重其身心完整权利。此外,爱尔兰声明它的理解是,《公约》允许对残疾人进行强制性护理或治疗,包括那些治疗精神疾病的措施,当情况使得这种治疗成为必要的最后手段时,这些治疗应当受到法律保障。</p> |
| 荷兰  | <p>荷兰王国承认残疾人在生活各个方面都享有与其他人平等的法律权利能力。此外,荷兰王国声明,它理解《公约》是允许在适当情况下依法作出支持性和替代性决策安排的。荷兰王国把第12条解释为,将替代性决策仅限制安排在必要采取此类措施的情况下,作为最后手段,并受到保障。</p>  |
| 挪威  | <p>挪威承认残疾人在生活各个方面都享有与其他人平等的法律权利能力。挪威也承认有义务采取适当措施,为残疾人提供行使其法律上的能力<sup>①</sup>可能需要的支持。此外,挪威声明其对《公约》的理解是,《公约》允许撤销法律行为能力或对行使法律行为能力<sup>②</sup>的支持,在必要情况下,和(或)强制监护,将作为最后手段,并受法律保障。</p>   |

## 2. 残疾人权利委员会对部分缔约国履约实践的批评

2010年,缔约国们开始陆续提交履约报告,截至2014年残疾人权利委员会出台第1号《一般性意见》前,它已经审议了突尼斯、西班牙、阿根廷、中国、澳大利亚、德国、哥斯达黎加、瑞典、新西兰等十几个国家的《初次履约报告》,<sup>③</sup>并无例外地对各国履行第12条给出了批评性评价。

## 3. 说明

本文选择部分缔约国批准《公约》时的“声明”和概括残疾人权利委员会对各国履约实践的消极评价,目的是想说明:首先,最终建构了《公约》第12条的“一区6国IDC文本”的“一区6国”中,三个磋商过程中的活跃国家加拿大、澳大利亚和挪威都做了保留替代性决策(监护制度等)声明。美国和列支敦士登根,截至本文投稿时尚未加入《公约》。南美洲的哥斯达黎加在其《初次履约报告》中对执行第12条无任何具体描述。欧盟在其提履约报告中声明,它在欧盟区域内对LC无管辖权,<sup>④</sup>该权力归属欧盟各成员国。这“一区6国”对《公约》及第12条的态度令人疑惑。

其次,残疾人权利委员会在对诸国第12条履约实践报告的评价上,不分其法律体系、不论其社会经济发展程度一律持批判态度,也引人深思。如果实施某项权利的要求无一国能做到,这一人权要求是否本身就有问题?

## (三) 围绕第12条在2014年前<sup>⑤</sup>的几点学术讨论

在2014年前关于第12条的争鸣中,以爱尔兰高威学者为主的学者们表现突出,他们是倡导和推动第12条范式转型及在全球推动各国法律改革的主要力量,其核心主张是彻底废除一切替

① 此处翻译说明同前。

② 这两处对 Legal capacity 的翻译,根据上下文翻译为“法律行为能力”,参考的是残疾人权利委员会第1号《意见》。

③ 上述各国的《初次履约报告》可从以下网站获得: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=4&DocTypeID=29](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=4&DocTypeID=29)。

④ 见《欧盟初次履约报告》,CRPD/C/EU/1(2014),第22页。

⑤ 如前脚注已经说明,对第1号《意见》的批评将单独成文,这里只讨论第12条的历史,所以所引用的文献截止到2014年4月。

代性决策，实现残障者充分自主下的协助决策运作机制。这里从2014年前高威派学者的诸多观点中提炼出以下三个主要观点，结合其他文献进行初步批判。<sup>①</sup>

### 1. 拥有完全行为能力的残障者人格主张<sup>②</sup>并无坚实的西方政治道德哲学基础

倡导第12条范式转型的人，普遍把拥有平等的行为能力（Legal capacity<sup>③</sup>）等同于残障者要实现结果平等（equality of outcome）。<sup>④</sup> 奎因（Quinn）主张无法律人格（他认为无法律人格等同无行为能力）就是民事死亡（civil death），而《公约》寻求的是所有人权要在残障社群这里实现平等效果（equal effectiveness）。<sup>⑤</sup> 为此，他拓展对西方主流正义理论主要是罗尔斯（Rowls）的正义观<sup>⑥</sup>的理解，寻求的是人人都有平等权利。<sup>⑦</sup> 换言之，奎因认为有行为能力才有（法律）人格，才能在社会中实现平等权利和正常生活。为使包括智力、精神和重度残疾人在内的残障社群<sup>⑧</sup>能够在法律上拥有行为能力，奎因把理性（这一西方哲学对什么是“人”的建构基础）和西方传统个人主义脱钩，强调“人”是因为关系才得以界定自己是谁，<sup>⑨</sup> 而后在这一基础上，奎因提出残疾人有权得到国家（社会和他人的）支持。

当时，作为奎因追随者的弗林和阿斯坦-克斯勒斯（Flynn and Arstein-Kerslake）在奎因主张基础上曾试图使用罗尔斯的正义论特别是分配原则来详尽讨论该理论在残障领域的有效性，<sup>⑩</sup> 但因罗尔斯这一自由主义法学家设立的社会契约中具有政治参与能力的“人”是要有道德力量才能进入其理论分析框架的，即罗尔斯理论中的“人”要有感知能力（指“人”能平等对待他人，

① 高威派学者在2014年第1号《意见》出台前，曾尝试使用某些理论来论证其和激进民间组织及其背后的国家的主张的合法性。有意思的是，2014年《意见》出台后，他们基本放弃了理论探索转而直接使用其主导撰写的《意见》作为依据论证其主张。弗林（Eilionóir Flynn）和阿斯坦-克斯勒斯（Anna Arstein-Kerslake）帮助残疾人权利委员会准备《意见》的过程可参见：Anna Arstein-Kerslake and Eilionóir Flynn, “The General Comment on Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities; a Roadmap for Equality before the Law”, (2016) 20 *The International Journal of Human Rights* 1, pp. 1–20。

② See Gerard Quinn and Anna Arstein-Kerslake, “Restoring the ‘human’ in ‘human rights’: personhood and doctrinal innovation in the UN disability convention” In Conor Gearty and Costa Douzinas (Eds.), *The Cambridge Companion to Human Rights Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), pp. 38–39.

③ 爱尔兰高威派学者受普通法教育，其主张“legal capacity”概念是法律行为能力的含义，这里翻译从他们的本意。

④ See Marcia H. Rioux and Christopher A. Riddle, “Values in disability policy and law: equality”, in Marcia H. Rioux, Lee Ann Basser and Melinda Jones (eds.), *Critical Perspectives on Human Rights and Disability Law* (Leiden, Netherland: Martinus NIJHOFF Publishers, 2011), p. 41.

⑤ See Gerard Quinn, “The united nations convention on the rights of persons with disabilities: Toward a new international politics of disability”, p. 45.

⑥ See Eilionóir Flynn and Anna Arstein-Kerslake, “Legislating personhood: realizing the right to support in exercising legal capacity.” (2014a) 10 *International Journal of Law in Context* 81, pp. 92–93.

⑦ See Gerard Quinn, “The united nations convention on the rights of persons with disabilities: Toward a new international politics of disability”, p. 51.

⑧ 在第12条磋商过程中，各国提出最多的是：那些数量可能不多但状态特别严重的残障者，如智力、精神、重度残疾人，在无法理解某个决定的含义及其后果甚至无法表达（如无语言能力或植物人状态）时，在一般意义上的支持性决策无效时，该如何决策的难题。各国普遍主张这种情况下需要有人代他们做决策（监护制度等）。本文分析第12条，也着眼于这些特别需要支持和保护的人，而非泛指其他残障人群（如感官残疾人、肢体残疾人等），后者在日常生活中的行为能力受限制情况如盲人使用银行服务的问题通过合理便利的普及就几乎能实现，与智力精神残疾人遇到的困难不同。

⑨ See Gerard Quinn, “CONCEPT PAPER ‘Personhood & Legal Capacity: Perspectives on the Paradigm Shift of Article 12 CRPD’”. Presentation in HPOD Conference, Harvard Law School, February 20, 2010. <https://www.inclusionireland.ie/sites/default/files/.../harvardlegalcapacityqdraft2.doc>.

⑩ See Eilionóir Flynn and Anna Arstein-Kerslake, “Legislating personhood: realizing the right to support in exercising legal capacity”, p. 93.

并和他人公平状况下交往)和有感知善(指有决定自己行事目标的能力,并能努力工作达成目标)。<sup>①</sup>如果对照智力、精神残疾人,特别是其中能力较弱的那一小群人,我们就会发现罗尔斯的正义观很难对他们(至少一部分的智力、精神和重度残疾人)有充分涵盖的可能性和足够解释力。这可能是后期她们放弃使用罗尔斯理论的一个原因。

事实上,努斯鲍姆(Martha Nussbaum)弥补了罗尔斯政治哲学上的解释缺憾,她提出在认知残障(cognitive disability)领域,利用可行性能力(capability)研究社会正义、分配、公民参与等的前景。<sup>②</sup>努斯鲍姆在把可行性能力应用于人权领域时,提出(可修改的和谦卑的)人类核心可行性能力清单(The central human capabilities),清单中提出的“人”要有感知、想像和思考能力。<sup>③</sup>2009年,努斯鲍姆继续可行性能力理论在残障领域的探索时,提出社会最小取向(social-minimum approach),并尝试在平等和足够(equality and adequacy)间找到沟通渠道和平衡。她提出在福利资格之外扩展认知障碍者的可行能力的途径:或是由残障者自行实现,或是通过监护人实现,换言之,努斯鲍姆对“人”的可行性能力的实施在认知残障领域并未排斥监护制度。<sup>④</sup>但努斯鲍姆的主张显然也没有被高威派学者接受。

在自主和支持决策领域,使用可行能力作为理论框架的一个研究范例是2010年巴赫和克里茨纳(Bach and Kerzner)<sup>⑤</sup>为加拿大安大略省法律委员会就该省法律是否符合《公约》所做的那个引用率很高的报告。它以森(Sen)的可行性能力为基础,结合伯林(Berlin)的政治哲学里的积极自由和消极自由,希望给第12条建立起一个坚实可行的理论和实践基础。他们强调森的可行性能力学说赋予平等实质含义,这一点和高威派的观点相同。但具体到支持性决策系统,他们拓展了第12条内涵,引入可行性能力后形成“残障者支持性决策的可行能力=支持+合理便利+残障者(个人)能力的组合”这一新概念,且区分三种决策类型。第一种,残疾人在获得一些支持或合理便利后,自己能理解前因后果而自行进行决策(legally independent decision-making)。为此,他们预先设定最低标准,并坚持使用功能性评估工具。第二种是支持性决策(即高威派主张的supported decision-making),即对有一定的理解和表达能力的残疾人而言,通过提供多种支持,协助其决策。第三种,是协助决策(facilitated decision-making),即残疾人无表达、不理解力时,协助人基于对残疾人的长期了解,从自己理解的残疾人意愿是什么的最佳解释出发,代替残疾人行事,但“权利”依旧属于残疾人。也正是因为权利归属在巴赫模式中未发生变更,所以在上述三种决策类型中,支持人或协助人并不承担任何法律后果。巴赫在此坦率提出了义务谁来承担的问题,而高威派论文中几乎从未涉及过任何义务的讨论。<sup>⑥</sup>

此外,尽管高威学者提出道德义务主张,但她们很少直接引用道德哲学领域的研究成果。事

① Jan Garrett, "Rawls' Mature Theory of Social Justice [Updated]", <http://people.wku.edu/jan.garrett/ethics/matrawls.htm#2pwr> (last visited June 14, 2019).

② See Martha Craven Nussbaum, *Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership* (Cambridge, Mass: Belknap Press, 2006).

③ See Martha Craven Nussbaum, "Capabilities and human rights", (1997) 66 *Fordham Law Review* 273, p. 287.

④ See Martha Craven Nussbaum, "The capabilities of people with cognitive disabilities", (2009) 40 *Metaphilosophy* 331, p. 332.

⑤ See Michael Bach and Lana Kerzner, "A new paradigm for protecting autonomy and the right to legal capacity", (2010) Law Commission of Ontario 196. <https://www.lco-cdo.org/wp-content/uploads/2010/11/disabilities-commissioned-paper-bach-kerzner.pdf>. (last visited May 10, 2019).

⑥ 弗林等人在第1号一般性意见发布前曾以巴赫论文为理论基础。See Eilionoir Flynn and Anna Arstein-Kerslake, "The Support Model of Legal Capacity: Fact, Fiction, or Fantasy?", (2014b) *Berkeley Journal of International Law* 124, pp. 124-143.

实上，基泰（Kittay）等人在很多论述中一直不断质疑自由主义传统下对残疾人“抽象”自主和独立强调过多，<sup>①</sup> 该领域目前主要使用关系性自主（relational autonomy）来解释认知障碍社群所具有的自主特性。<sup>②</sup>

梳理分析高威派主张的政治和道德哲学基础，似乎并不能发现支持其行为能力实质平等说法的坚实有力证据。

## 2. 普遍法律行为能力并非一项普世人权

2012年，高威派达恩达（Dhanda）第一次提出普遍“法律行为能力权”（Right to Legal Capacity<sup>③</sup>）是一种普世人权，并进行逻辑混乱的论证。<sup>④</sup> 她认为法律行为能力这一权利，在1%—100%的支持体系中能实现，且支持者不需对支持后果负责。比较而言，弗林等人对普遍人权的说法要保守些，她们的提法是“法律行为能力权具有普世特性”。<sup>⑤</sup>

这里要再次指出，根据2005年人权高专办报告的研究结果和2006年12月联大通过《残疾人权利公约》这一具有法律效力的国际人权公约，第12条的权利名称是“在法律面前获得平等承认”，而非“行为能力/LC”权，两者不同。

为片面强调行为能力的重要意义，达恩达提出不能因少数重度残疾人无法行使行为能力，《公约》就放弃主张她们所倡导的行为能力（LC）。换言之，高威派认为可以因为“高阶”残疾人的利益而牺牲“底层”残疾人。她们这样的主张，实际上是树立起残疾人群中的权力等级，这直接违背《公约》精神和国际人权法追求的平等价值传统。

## 3. 无充分证据证明支持性决策优越有效

奎因早年主张“协助”（support）的内涵要大于协助决策这一手段。<sup>⑥</sup> 但可惜其追随者弗林等人的倡导则把第12条里的协助简化为协助决策。她们文章中对协助范式、行使行为能力的各类协助和协助性决策机制的概念混用<sup>⑦</sup>引起了学者担心，有人指出协助和协助性决策存在细微但重要的差别。<sup>⑧</sup>

一些人从证据角度提出协助性决策的优越性尚无证据证明。<sup>⑨</sup> 卡尼（Carney）在对澳大利亚

① See Eva Feder Kittay and Licia Carlson, *Cognitive Disability and Its Challenge to Moral Philosophy* (Chichester, West Sussex; Wiley-Blackwell, 2010).

② See Catriona Mackenzie and Natalie Stoljar (Eds.), *Relational autonomy: Feminist perspectives on autonomy, agency, and the social self* (Oxford: Oxford University Press, 2000), p. 4.

③ “legal capacity”在此处遵从高威派本意翻译为法律行为能力。

④ See Amita Dhanda, “Universal Legal capacity as a Universal Right”.

⑤ See Eilionóir Flynn and Anna Arstein-Kerslake, “Legislating personhood: realizing the right to support in exercising legal capacity.”, p. 81.

⑥ See Gerard Quinn, “CONCEPT PAPER ‘Personhood & Legal Capacity: Perspectives on the Paradigm Shift of Article 12 CRPD’”. Presentation in HPOD Conference, Harvard Law School, February 20, 2010. <https://www.inclusionireland.ie/sites/default/files/.../harvardlegalcapacityqdraft2.doc>.

⑦ See Eilionóir Flynn and Anna Arstein-Kerslake Anna, “The Support Model of Legal Capacity: Fact, Fiction, or Fantasy?”, pp. 124 – 125.

⑧ See Michelle Browning, Christine Bigby and Jacinta Douglas, “Supported Decision Making: Understanding How Its Conceptual Link to Legal Capacity Is Influencing the Development of Practice”, (2014) 1 *Research and Practice in Intellectual and Developmental Disabilities* 34, p. 34.

⑨ See Shirli Werner, “Individuals with Intellectual Disabilities: a Review of the Literature on Decision-Making Since the Convention on the Rights of People with Disabilities (CRPD)”, (2012) 34 *Public Health Reviews* 1, p. 21. Nina A. Kohn and Jeremy A. Blumenthal, “A Critical Assessment of Supported Decision-Making for Persons Aging with Intellectual Disabilities”, (2014) 7 *Disability and Health Journal* 40, p. 40.



几个州的协助决策试点研究后得出的结论是，协助性决策概念本身含糊，澳大利亚几个州的试点样本量极少，参与者是被特意选出来的，结果无代表性。<sup>①</sup>

上文通过对倡导第12条决策转型范式革命三个主要观点的疏理和分析，可发现：把LC理解为“行为能力”并无充分政治和道德哲学基础、它并非一项普遍人权、协助性决策尚无足够证据证明其是唯一好模式。

## 五 结论

本文以公开于网络的《公约》磋商档案为主要研究对象，结合其他资料，通过历史的、文本的和比较的研究，对第12条进行了基于历史事实的深度探索。本文审慎得出的结论是：第12条建构历史中的某些独特因素，使其在解读和实施上具有脆弱性。本文对这一建构历史及其可能蕴存的否定残障多样性和国情文化多样性的法律帝国主义现象深表忧虑。<sup>②</sup>

### Article 12 of UNCRPD: Understanding from the Historical Text Perspectives

*Li Jing and Qi Caiyun*

**Abstract:** UNCRPD is a global recognized Human Rights instrument of the 21<sup>st</sup> century which comes into enforcement from 2008. Discussions and arguments regarding to CRPD have emerged in the past decade which enrich the academic and policy worlds. This study focuses on the Article 12 of the Convention which is still a controversy topic from the negotiation until now. Interestingly, neither Western or Chinese scholars' study in detail about how the article 12 comes out which is exactly the question this inquiry asks for. It uses the open negotiation achieve of the UN as the basic materials, combing the other useful sources, exploring the developmental trajectory of the article 12 from the historical, textual and comparative perspectives. The paper concludes: for some unknown reason, the article 12 had a unique vulnerability which might be not guaranteed the rights protection promised. How an article which isn't having sounded theoretical foundations, unemployable to all disabled populations, and without plenty evidence to justify the advocacy it made had been constructed is the questions the paper try to answer from his historical exploration.

**Keywords:** UNCRPD, Article 12, Historical Text Study

(责任编辑: 曲相霏)

① See Terry Carney, "Clarifying, Operationalising, and Evaluating Supported Decision Making Models", (2014) *Research and Practice in Intellectual and Developmental Disabilities*, pp. 1-5.

② 因篇幅与主题，本文不讨论第12条已对国内产生的“消极”影响。