

《種族歧視條例草案》委員會

有關僱傭的條文，尤其是海外僱用條款
及航空公司和船舶公司的僱用方面的應用

前言

在二零零八年一月二十一日的法案委員會會議上，議員要求政府當局提供更多有關僱傭方面條文的資料，尤其是關於下列的問題：

Q1. 是否可能藉着由不同僱主僱用不同種族的僱員，規避擬議法例（如獲通過）？

Q2. 擬議法例會否妨礙香港僱主對從海外招聘的僱員提供較佳的僱用條款？

Q3. 擬議法例會否為本地僱員提供足夠的保障，以免遭受到比海外僱員較差的待遇？

Q4. 擬議法例如何適用於航空公司或船務公司的僱用？

2. 本文件透過下述方式，提供有關資料—

(a) 解釋草案第 10(1)及(2)條（第 3 至 6 段）；

(b) 在回應 Q1 問題上，澄清基於草案第 4(1)(a)及第 10(1)條的要求，一間公司若只招聘某一種族的人即屬違法，但符合指定

例外情況除外（第 7 至 8 段）；

(c) 在回應 Q2 及 Q3 問題上，分析草案第 8(5)條及第 4(1)(b)條以及草案第 12、13 及 14 條所提到的例外情況是如何可應用於由於提供海外僱用條款而引起的歧視訴訟（第 9 至 22 段）；及

(d) 在回應 Q4 問題上，解釋草案第 10 條“在設於香港的機構的僱用”一詞的地域限制如何應用、尤其是有關於航空公司和船務公司方面（第 23 及 24 段）。

草案第 10(1)及(2)條的應用

3. 草案第 10(1)條就若干事項訂定條文，其中包括訂定一名僱主若在他設於香港的機構所作的僱用方面，在決定誰應獲提供該項僱用而作出的安排上或提供該項僱用的條款上歧視一名求職者，便是違法。同樣地，草案第 10(2)條就若干事項訂定條文，其中包括訂定一名僱主在他設於香港的機構在提供僱用的條款上歧視一名僱員，是違法的行為。雖然草案第 10 條並沒有指明須將有關個案與另一名求職者和僱主所僱用的另一名僱員作出比較，但在草案第 4 條中對歧視的定義中，已包涵了這比較的意義。

4. 在附件 A 中的圖表說出了草案第 4(1)條的意思及列出了有關歧視訴訟的必要元素，尤其要留意的是一

(a) 草案第 4(1)(a)或(b)條所提到的歧視，除了要符合條例草案條文所提到的有關情況之外，尚有下列共同元素—

- 單一的歧視者；
- 屬於某一種族（例如種族 A）的受害人；及
- 為了作出比較的緣故，不屬於種族 A 的人。

草案第 4(1)(a)和(b)條是關乎同一個人在對待其他人上的行為。該條款並不要求不同的人有相類似的行為。

(b) 草案第 4(1)(a)條所描述的歧視，即一般所說的“直接歧視”，其他的元素是—

- 歧視者給予受害人差於對另一種族的人的待遇；及
- 給予較差的待遇是基於受害人的種族。

草案第 4(1)(a)條並不容許歧視者以有理可據而基於種族的原因給予另一人較差的待遇。

(c) 在草案第 4(1)(b)條中所描述的歧視，即一般所說的“間接歧視”，其他的元素是—

- 歧視者所施加的要求或條件；
- 屬於種族 A 的人能符合該項要求或條件的人數比例，遠較與不屬於種族 A 的人能符合該要求或條件的人數比例

為小；

- **歧視者不能顯示該項要求或條件無論施加於屬任何種族的人，均屬有理可據；及**
- **由於受害人不能符合該項要求或條件，以至對他有損。**

5. 草案第 8(5)條要求在根據草案第 4(1)(a)條或(b)條比較受害人(屬於種族 A)的個案及“一個不屬於種族 A 的人”的個案時，兩個個案的有關情況必須相同或無重大分別。

6. 因此，假如一名僱主在刊登的招聘廣告中指明屬於種族 A 的人不會被考慮，而一個屬於種族 A 但在其他方面合乎有關職位要求的人去申請該職位，卻不獲考慮，該人可按照按草案第 4(1)(a)條理解的草案第 10(1)條提出訴訟。在這方面，要留意的是：

(a) 草案第 4(1)(a)條不容許歧視者基於種族而給予另一人差於該歧視者給予其他人的待遇，除非是符合法例內一些指定的例外條款(例如，草案第 11 條訂明的真正的職業資格的例外情況，該項例外條文容許僱主在特定的情況下，基於種族的原因而作出選擇，例如在戲劇表演或向屬於某一種族群體的成員有效地提供個人服務)；及

(b) 草案第 9 條訂明如某作為是兩個或多於兩個原因而作出的；而其中一個原因是某人的種族(不論該原因是否作出該行為的主要原因或一個重要原因)，該作為即視為是為某人的種族的原因而作出的。

藉着由不同僱主僱用不同種族的僱員而規避法例的可能性

7. 一個提出的問題是，究竟是否可藉着由不同的僱主僱用不同種族的僱員而規避擬議法例（如獲通過）。這個設想的事實情況是一個僱主僱用了屬於不同種族的人士，而該僱主—

- 透過公司 X 給予屬於種族 A 的人士較差的僱用條件；
- 透過公司 Y 給予屬於種族 B 的人士一般的僱用條件；及
- 透過公司 Z 給予屬於種族 C 的人士較佳的僱用條件。

提出的問題是公司 X 的僱員未必能向其僱主提出訴訟，原因是他們與屬於種族 B 及種族 C 的人分別是受僱於不同的公司。

8. 其實上述的關注是沒有根據的。這是因為根據草案第 4(1)(a)和 10(1)條，一間公司若只是僱用屬於某一種族的人是不合法的，除非該公司是符合法例中一些指定的例外情況而被允許這樣做（例如草案第 11 條所訂明的真正的職業資格）。換言之，一個屬於種族 A 的人應可以申請公司 Y 及公司 Z 所提供有較佳僱用條件的職位。他可以就這些公司基於種族而拒絕提供僱用一事上提出申索，除非這些公司能證明他們拒絕提供僱用，是基於真正的職業資格或擬議法例所訂明的其他例外情況。這對於一個屬於種族 B 的求職者由於種族的原因而被公司 Z 婉卻提供僱

用的情況是同樣適用的¹。

海外僱用條款

9. 有議員問及擬議法例會否妨礙香港僱主對於從海外招聘的僱員提供較佳的僱用條款。

10. 條例草案並不是要限制公司提供較佳的“海外僱用條款”，只要僱主在訂立這些待遇時有充分理據而與所屬僱員的種族無關。我們了解到這些海外僱用條款通常是為了配合公司的人力資源政策，為求吸引具備難於在香港覓得的特殊技能和經驗的僱員。

11. 根據草案第 8(5)條，將屬於某特定種族的人的個案與並非屬於該種族的人的個案作比較，兩者的有關情況必須相同或無重大分別。假如是有真正的原因（與種族無關的），法例並不禁止不同個案，不同處理。例如對處理不同工作的僱員，或擁有不同經驗、資歷或其他重要條件的僱員，或在公司內擔當不同角色的僱員，是可以有不同的對待。

12. 海外僱用條款不是香港獨有的情況。例如英國的《種族關係法令》亦曾在仔細考慮到合法的商業情況下而被引用於有關的個案。在

¹ 舉個例說，英國上訴庭在 London Borough of Lambert v Commissioner for Racial Equality (1990) 中，認為對少數族裔人士提供較好待遇是構成對其他群體的種族歧視，除非該情況是屬於一些不受反歧視原則規管的例外情況。在該案中，一個地方政府在一份全國性報章刊登了房屋福利部門的兩個職位招聘廣告，其中列明了“只限於非洲—加勒比裔或亞州裔的申請人”。該廣告援引“真正的職業資格”的例外情況，並說明理據是該職位的任職者是要向屬於黑人群體的成員提供服務。但種族平等委員會認為有關的職位是屬管理階層及行政職位，與接受服務的群眾的接觸機會是微乎其微。英國勞工審裁處、僱傭上訴審裁處和上訴庭均判處地方政府敗訴。

Wakeman and others v Quick Corporation [1999] IRLR 424 一案中，一間在日本設有總部而在英國營運的公司，在對若干日本僱員提供較優的待遇一事上被判定為合法行事。上訴庭認為這些僱員受到較好的待遇，是他們“洞悉（該公司）的全球性運作...有說日本語的能力...與公司的其他單位能更有效地溝通”。在 Wakeman 一案中的審裁處接受“僱傭待遇的範圍和組成...是屬於管理層的酌情決定領域之內...”。

13. 顧及到在早期諮詢時商界所表示的關注，及為確保法例的清晰以減少不必要的訴訟，我們在條例草案第 13 條中提出了例外條文，以確保僱主可以海外僱用條款自香港以外地方招聘一名擁有並非在香港可隨時獲得提供的技能、知識或經驗的人（草案第 13(1)(a)及(b)條）。同時，這例外情況只是限於在顧及現行的市場狀況及任何其他有關情況（種族除外）而言屬合理提供的不同待遇（草案第 13(1)(c)條）。因此，這例外條文並沒有影響在對人們免受種族歧視方面的妥善保障。

14. 草案第 13 條適用於無論是在條例草案通過成為法例之前或之後受僱的僱員。適用於草案第 13 條的僱員，可以繼續享有該等海外僱用條款，只要他們仍然是為同一僱主（或同一公司集團內的任何一個僱主）工作。這是不會受到該項僱用的續期、終止後的再次聘用、擢升或在同一公司集團中的調職所影響（草案第 13(2)條）。

15. 條例草案第 12 條訂定了擬為在香港以外地方運用技能而提供技能訓練的僱用的例外情況。這是指對一名並非通常居住於香港的人的僱用，而該僱用的目的是為在香港以外地方運用技能而提供技能訓練。

16. 草案法例第 14 條和附表 2 為按本地和海外僱用條款的現存僱用中的僱員訂明了例外條文。當一僱主正以本地僱用條款及海外僱用條款僱用現存的僱員時，他按該兩套條款對員工提供不同的待遇，不是違法的行為(草案第 14(1)(a)和(2)條)。再者，假如一個僱主以海外僱用條款僱用現存的僱員而以該等員工作為某國或某地的國民或公民身份而給予不同的待遇，亦不算違法(草案第 14(1)(b)和(2)條)。草案附表 2 第 11 條的相關定義如下：

“本地僱用條款”(local terms of employment)及“海外僱用條款”(overseas terms of employment)

(a) 就任何僱員(公職人員除外)而言，分別指—

(i) 主要對有關僱主委任或僱用一名香港永久性居民不時適用的服務條件或條款；及

(ii) 主要對有關僱主委任或僱用一名並非香港永久性居民的人不時適用的服務條件或條款；

(b) 就司法人員、廉署人員或任何其他公職人員而言，分別指對司法人員、廉署人員或其他公職人員(視屬何情況而定)的委任或僱用不時一般地適用的規例、行政規則、通告及通函所指的本地服務條件或條款及海外服務條件或條款；

17. 一名現存僱員(即草案第 14 條所指的“現存僱用的僱員”)是指符合草案附表 2 第 2、3、4、5 或 6 條的僱員。這些條款以表格形式載於附件 B。

18. 總結而言，草案附表 2 包括了

- 司法人員、廉署人員和任何其他公職人員；
- 指明英語教師；及
- 任何僱員（除了公職人員及指明英語教師除外）。

他們合起來就是指所有種類的僱員。

19. 在每一個個案中，僱員受其僱主所僱用而提供的服務（或在適用的情況下，受同一公司集團內的任何一個僱主所僱用而提供服務）是依據在擬議法例生效日期之前的聘用要約而開始，及是持續沒有中斷的。對於司法人員、廉署人員及其他公職人員則按照其情況而提出了一些在生效日期以前的日期，原因是在這些日期之後再沒有為新入職為上述人員的人提供海外僱用條款。

20. 從附件 B 第四欄中可見到一名僱員在現存的僱用中的地位，是不會受到延期、續期或終止僱用後再次僱用等的影響（草案附表 2 的第 7、8 和 9 條）。換言之，一名享有現存海外僱用條款的僱員可在條例草案成為法例後繼續享有這些僱用條款，只要他們仍然是受僱於同一僱主（或在適用的情況下，受僱於同一公司集團內的任何一個僱主）。該名僱員是否（或已成為）香港的永久性居民是沒有關係的（草案附表 2 第 10 條）。

21. 要留意的是草案第 12、13 和 14 條並沒有列出了所有可合法提供海外僱用條款的不同情況。草案第 4(1)(b)條把歧視限於當一項要求或條件(無論施加於屬何種族)並不符合有理可據的準則的情況。草案第 8(5)條規定了草案第 4(1)條下需把類似個案比較。一名僱主如可援引草案第 4(1)(b)條而證明他提供海外僱用條款是有理可據的，或證明所比較的個案之間有草案第 8(5)條所指的重大分別，便可以此為提供海外僱用條款的辯解。

保障本地員工以免遭受到較差的待遇

22. 議員亦有問到擬議法例會否為本地員工提供足夠保障，以免遭受到比海外僱員較差的待遇。對此，我們的答案是肯定的。草案第 10 條就在設於香港的機構的僱用訂定一般條文，致使僱主如歧視工作申請者、或在給予僱員的待遇(包括在擢升、調職或訓練方面)歧視僱員，均屬違法。而草案第 12、13 和 14 條有關海外僱員條款及容許現有的海外條款繼續存有的例外安排，都需符合該等條款中指定的情況。

航空公司和船務公司的僱用

23. 有議員問及擬議法例如何適用於航空公司或船務公司的僱用。這問題牽涉到如何把草案第 16 條中的地域限制應用於草案第 10 條。如現時其他的反歧視條例一樣，條例草案第 10(1)和(2)條的範圍是受到“設於香港的機構的僱用”等字句的限制。而草案第 16 條為這所作的定義

涵蓋了—

- (a) 在香港註冊的船舶上的僱用；或
- (b) 在香港註冊的飛機或動力承托的航行器上的僱用，而該飛機或航行器是由一名以香港為主要業務地點或通常居住於香港的人所營運的；

但除非有關僱員完全在香港以外地方執行其工作（草案第16(2)條）；及

- 其他的僱用，除非僱員完全或主要在香港以外地方執行其工作（草案第16(1)條）。

24. 因此，有關的安排是：

- (a) 凡屬在香港註冊的船舶上的僱用，或在香港註冊的飛機上的僱用(而該飛機是由一名以香港為主要業務地點或通常居住於香港的人所營運的)，有關的僱用會受到法例的保障，除非有關僱員完全在香港以外地方執行其工作；
- (b) 凡屬在非香港註冊的船舶上的僱用，或在非香港註冊的飛機上的僱用，或是由一名既非以香港為主要業務地點亦非通常居住於香港的人所營運的飛機上的僱用，有關的僱用會受到

法例的保障，除非有關僱員完全或主要在香港以外地方執行其工作。

這與現有的反歧視條例的安排是一致的。

政制及內地事務局

二零零八年二月

《種族歧視條例草案》第 4(1)條的圖表說明

訴訟牽涉到本法例條文有關的**相關情況**（例如，僱主在決定誰應獲提供僱用而作出的安排，是與草案第 10(1)(a)條有關）

加上

任何人（“**歧視者**”）如作出以下作為，即屬草案第 4(1)(a)或(b)條所指歧視另一人（“**受害人**”）

草案第 4(1)(a)條

歧視者基於**受害人**（例如說，屬於種族 A 的人）的種族，而給予**受害人**差於該歧視者給予或會給予並非屬於**種族 A 的其他人**的待遇

草案第 4(1)(b)條

歧視者對**受害人**（例如說，屬於種族 A 的人）施加一項要求或條件，而雖然該**歧視者**同樣地對或會對與不屬於種族 A 的人施加該要求或條件，但—

- (i) 屬種族 A 的人能符合該項要求或條件的人數比例，遠較不屬於種族 A 的人能符合該項要求或條件的人比例為小；
- (ii) 該**歧視者**不能顯示該項要求或條件無論施加於屬何種族的人，均屬有理可據；及
- (iii) 由於**受害人**不能符合該項要求或條件，以致該項要求或條件是對該**受害人**有損的。

以表格形式表述草案附表 2 所指的現存僱用

| 草案附件 2 的段落 (欄一) | 僱員的種類 (欄二) | 提出僱用要約的日子而服務期沒有中斷 (欄三) | 任何延期、續期或終止僱用後再次 僱用、曾獲擢升或轉職的影響 (欄四) |
|-----------------------|-------------------------------|---|---|
| 2 | 某僱主的僱員(公 職人員或指明英語 教師除外) | <p>(a)(i) 依據在<u>生效日期</u>之前向該僱員提出的<u>僱用要約</u>，開始受該僱主僱用；及</p> <p>(ii) 自依據該項要約開始受僱用以來，持續受該僱主僱用而<u>服務期沒有中斷</u>；或</p> <p>(b) 該僱員繼一項或多於一項本條例第 13(3)(b)條所指的在同一公司集團內進行的僱用轉職後，受該僱主僱用，而在緊接首次轉職之前的僱用，是依據在<u>生效日期</u>之前向該僱員提出的<u>僱用要約</u>而作出的，且自該僱員依據該項要約開始受僱用以來，<u>其服務期沒有中斷</u>。</p> | 現存僱用中的僱員身份不受任何延期、續期或終止僱用後再次僱用、或曾獲擢升影響(草案附件 2 第 7 段) |

| 草案附件 2 的段落 (欄一) | 僱員的種類 (欄二) | 提出僱用要約的日子而服務期沒有中斷 (欄三) | 任何延期、續期或終止僱用後再次 僱用、曾獲擢升或轉職的影響 (欄四) |
|-----------------------|-------------------|--|---|
| 3 | 司法人員 ¹ | <p>(a)(i) 依據在 1997 年 11 月 27 日 之前向該人員提出的<u>僱用要約</u>，而開始擔任司法人員；及</p> <p>(ii) 自依據該項要約開始任職以來，持續擔任司法人員而<u>服務期沒有中斷</u>；或</p> <p>(b)(i) 依據在 1999 年 1 月 1 日 之前向該人員提出的<u>僱用要約</u>，而開始擔任公職人員(司法人員除外)；</p> <p>(ii) 自依據該項要約開始任職以來，持續擔任公職人員而<u>服務期沒有中斷</u>，直</p> | 現存僱用中的僱員身份不受任何延期、續期或終止僱用後再次僱用、或曾獲擢升影響(草案附件 2 第 8 段) |

¹司法人員是指出任《司法人員推薦委員會條例》(第 92 章) 附表 1 內指明的司法職位的司法人員

| 草案附件 2 的段落 (欄一) | 僱員的種類 (欄二) | 提出僱用要約的日子而服務期沒有中斷 (欄三) | 任何延期、續期或終止僱用後再次 僱用、曾獲擢升或轉職的影響 (欄四) |
|-----------------------|-------------------|--|--|
| | | <p>至該人員開始擔任司法人員為止；及</p> <p>(iii) 自開始擔任司法人員以來，持續擔任司法人員而<u>服務期沒有中斷</u>。</p> | |
| 4 | 廉署人員 ² | <p>(a)(i) 依據在 1999 年 1 月 1 日 之前向該人員提出的<u>僱用要約</u>，而開始擔任廉署人員；及</p> <p>(ii) 自依據該項要約開始任職以來，持續擔任廉署人員而<u>服務期沒有中斷</u>；或</p> <p>(b)(i) 依據在 1999 年 1 月 1 日 之前向該人員提出的<u>僱用要約</u>，而開始擔任公職人員(廉署人員除外)；</p> | |

²廉署人員是指符合《廉政公署條例》(第 204 章)第 2 條廉署人員定義的公職人員

| 草案附件 2 的段落 (欄一) | 僱員的種類 (欄二) | 提出僱用要約的日子而服務期沒有中斷 (欄三) | 任何延期、續期或終止僱用後再次 僱用、曾獲擢升或轉職的影響 (欄四) |
|-----------------------|---------------------------------|--|--|
| | | <p>(ii) 自依據該項要約開始任職以來，持續擔任公職人員而<u>服務期沒有中斷</u>，直至該人員開始擔任廉署人員為止；及</p> <p>(iii) 自開始擔任廉署人員以來，持續擔任廉署人員而<u>服務期沒有中斷</u>。</p> | |
| 5 | 公職人員 ³ (司法人員或廉署人員除外) | <p>(a) 該人員依據在 1999 年 1 月 1 日 之前向該人員提出的<u>僱用要約</u>，而開始擔任公職人員；及</p> <p>(b) 自依據該項要約開始任職以來，持續擔任公職人員而<u>服務期沒有中斷</u>。</p> | |

³公職人員並不包括符合以下描述的指明英語教師 —

- (a) 該教師受僱於完全由政府營辦及管制的小學或中學；或
- (b) 該教師受僱於教育統籌局的外籍英語教師組；

| 草案附件 2 的段落 (欄一) | 僱員的種類 (欄二) | 提出僱用要約的日子而服務期沒有中斷 (欄三) | 任何延期、續期或終止僱用後再次 僱用、曾獲擢升或轉職的影響 (欄四) |
|-----------------------|---------------------|---|--|
| 6 | 指明英語教師 ⁴ | <p>(a) 該教師依據在<u>生效日期</u>之前向該教師提出的<u>僱用要約</u>，開始受僱為指明英語教師； 及</p> <p>(b) 該教師自依據該項要約開始任職以來，持續受僱為指明英語教師而<u>服務期沒有中斷</u>。</p> | 現存僱用中的僱員身份不受任何延期、續期或終止僱用後再次僱用或轉職影響(草案附件 2 第 9 段) |

⁴指明英語教師” (specified English teacher)指符合以下說明的教師 —

- (a) 該教師是以英語為母語的，或具有以英語為母語者的語文能力；
- (b) 一般而言該教師起初是自香港以外地方招聘的；及
- (c) 該教師 —
 - (i) 在由教育統籌局經辦的“以英語為母語的英語教師加強計劃”下受僱於一間中學；
 - (ii) 在由教育統籌局經辦的“以英語為母語的英語教師計劃”下受僱於一間小學；或
 - (iii) 於教育統籌局的外籍英語教師組受僱為諮詢教師或外籍英語教師區域統籌員