

《種族歧視條例草案》委員會

2007年3月3日會議

平等機會委員會的意見書

1. 平等機會委員會(平機會)應立法會邀請，就《種族歧視條例草案》的委員會審議階段修正案討論擬稿，提出意見。
2. 有關的討論擬稿，載於立法會 LS14/07-08 號文件，內容依照立法會秘書處較早時有關條例草案審議工作進展的文件(立法會 CB(2)2501/06-07(01)號)第 29 至 30 段，所識別出的政策目標及可行方案，作出具體建議。

2.1 討論擬稿涉及以下問題：

- 2.1.1 適用於政府的條文：有關這問題，有 3 項擬議可行方案(立法會文件 LS14/07-08 附錄 I 內的方案 A, B 及 C)
- 2.1.2 種族歧視的定義：有關這問題，有 2 項擬議可行方案(立法會文件 LS14/07-08 附錄 II 內的方案 A 及 B)
- 2.1.3 內地新來港定居人士：有 2 項擬議可行方案(立法會文件 LS14/07-08 附錄 III 內的方案 A 及 B)
- 2.1.4 語文方面的豁免：有 2 項擬議可行方案(立法會文件 LS14/07-08 附錄 IV 內的方案 A 及 B)

適用於政府

方案 A

3. 這方案以下列條文取代現時條例草案第 3 款：

“本條例對政府具有約束力”

4. 《性別歧視條例》、《殘疾歧視條例》和《家庭崗位歧視條例》都有同樣字眼的條文¹。驟眼看來，這方案與上述條例一致。
5. 不過，《性別歧視條例》、《殘疾歧視條例》和《家庭崗位歧視條例》每條都有具體附加條文(《性別歧視條例》第 21 條和 38 條；《殘疾歧視條例》第 21 條和 36 條；《家庭崗位歧視條例》第 17 和 28 條)清楚說明，根據這些條例，政府在「執行職能或行使權力上」有歧視，即屬違法。
6. 本條例草案內沒有對應的附加條文。條例草案只適用於特定活動範疇，如：僱傭、教育和貨品、設施及服務提供等。
7. 這表示，條例草案的涵蓋範圍可能較《性別歧視條例》、《殘疾歧視條例》和《家庭崗位歧視條例》狹窄。

7.1 例如：若教育署執行的中學學位分配辦法存在性別歧視，便清楚屬於《性別歧視條例》規管，但若同一制度出現種族歧視，便可能不屬於本條例草案的規管範圍。

7.1.1 雖然條例草案第 27(2)(h)款或已令不少政府活動納入設施及服務的定義內，但法庭在英國 *In Re Amin* [1983] 2 AC 818 一案裁定，《1975 年性別歧視法案》中有關貨品、服務及設施的類似條文，若施行到政府時，只限於與私人作為相類似的作為。這表示，第 27(2)(h)條未必涵蓋學位分配辦法的歧視。

¹ 《性別歧視條例》第 3 條；《殘疾歧視條例》第 5 條；和《家庭崗位歧視條例》第 3 條。

8. 這方案可能不足以涵蓋所有政府職能和活動。若立法原意是包括這些事宜，宜進一步考慮加入與《性別歧視條例》第 21 及 38 條、《殘疾歧視條例》第 23 及 36 條、《家庭崗位歧視條例》第 17 及 28 條相仿的條文。

方案 B

9. 根據這方案，條例草案適用於政府，但只限於與私人作為相類似的作為；和必須屬於特定活動範疇(如僱傭、教育和貨品、設施及服務提供)。另有新增條文(第 3(2)款)澄清，政府仍受《香港人權法案條例》約束。
10. 若採用這方案，本條例草案與現有三條反歧視條例(《性別歧視條例》、《殘疾歧視條例》和《家庭崗位歧視條例》)會有顯著差異。
 - 10.1 《性別歧視條例》、《殘疾歧視條例》和《家庭崗位歧視條例》大致全部適用於所有政府職能及權力。尤其是透過平機會的各項職能(例如：調查及法律協助)，投訴人可就政府的歧視作為，使用有意義的補救機制。這在不少情況下已證實有效，包括：
 - 10.1.1 在《殘疾歧視條例》下，有關紀律部隊招聘家人有精神病病歷僱員的案件；
 - 10.1.2 在根據《性別歧視條例》下，就中學學位分配辦法引起的案件
 - 10.2 反之，這方案下的條例草案不適用於所有政府職能及權力。政府作出的歧視不屬平機會的司法權限。個別人士受政府歧視，便不能根據條例草案採取法律行動，也不能向平機會所執行的補救機制尋求協助。

11. 政府指出²：

11.1 政府受《基本法》和《香港人權法案條例》有關平等的條文約束。

11.2 政府及公共主管當局的種族歧視可交由法庭決定。

11.3 投訴人可透過不同途徑(如向申訴專員或投訴警察課)提出投訴。

11.4 投訴人可申請法律援助，以便向政府或公共主管當局採取法律行動。

12. 即使如此，仍有意見認為，以性別歧視和殘疾歧視問題的經驗來看，儘管已有《基本法》和《香港人權法案條例》及其他投訴渠道，但具體適用於所有政府活動，並賦予平機會有各種補救職能的反歧視條例，乃糾正公營部門歧視的有效工具。

12.1 正如 Petersen 教授指出³，《香港人權法案條例》對學位分配辦法的性別歧視沒有很大作用，要在《性別歧視條例》生效後，這問題才得到正視和糾正。

13. 至於將政府作為區分為與私人作為相類似的作為，以及不類似私人作為的作為，平機會有以下觀察：

13.1 把政府作為區分的做法源出英國案例 *In Re Amin* [1983]2 AC 818, 上議院法庭以大多數票裁定，《1975年性別歧視法案》中有關貨品、服務及設施的條文，若施行到政府方面，只限於與私人作為相類似的作為。

² 請參閱政府文件立法會文件 CB(2)2753/06-07(01)第 10 段，和立法會文件 CB(2)173/07-08(01)第 7 段。

³ Petersen 教授提交與立法會的意見書，立法會文件 CB(2)2232/06-07(01)第 8 頁。

- 13.2 在香港，當立法局制定《性別歧視條例》、《殘疾歧視條例》和《家庭崗位歧視條例》等反歧視法時，沒有以此限制作為反歧視法的範圍。
- 13.3 即使在英國，這區分亦已於 2000 年修訂《1976 年種族關係法案》時加以撤銷，因此，公共主管當局的歧視已變成違法。
14. 這區分的具體意義，儘管有以前的英國案例可以參考⁴，但仍須逐宗案件加以研究，以確定政府某項作為是否可被視之為類似私人作為。若把政府的全部職能和權力包括於條例草案內，與《性別歧視條例》、《殘疾歧視條例》和《家庭崗位歧視條例》看齊，便能避免這問題可能引起的爭議和不明朗。
- 14.1 例如：私人不會僱用警務人員。若僱用警務人員時出現的種族歧視，便可能不受條例草案規管。反之，僱用警務人員時若出現性別歧視和殘疾歧視，便會受到《性別歧視條例》和《殘疾歧視條例》的規管。
15. 雖然政府和公共主管當局已受《基本法》和《香港人權法案條例》約束，且第 27(2)(h)款已把多種政府活動納入條例草案規管，但把全部政府職能與權力總括在條例草案的規管範圍內，有利於公眾使用條例草案提供的補救機制，來處理政府及公共主管當局的歧視，正如他們現時可根據《性別歧視條例》、《殘疾歧視條例》和《家庭崗位歧視條例》提出申索一樣。在遇上投訴涉及不同理由(如：種族及性別歧視)時，又能確保了監管的前後一致性。

方案 C

16. 這方案為條例草案加入兩款(第 34A 和 49A 款)，其整體效

⁴ 例如，*In Re Amin* [1983] 2 AC 818; *Farah v Commissioner of Police of the Metropolis* [1997] 2

果是：

- 16.1 公共主管當局在執行職能時作出歧視，即屬違法；
- 16.2 政府或公職人員在作出與僱傭無關的職位及公職任命時作出歧視，即屬違法；
17. 第 34A 和 49A 款是以英國的《1976 年種族關係法案》的第 19B 條，19C 條和 76 條為藍本，其內容非常詳細和全面。例如，第 49A 條不單涵蓋委任，更包括作出委任建議和拒絕推薦。
18. 這方案明顯擴闊條例草案的範圍，涵蓋行使公共職能，抵銷目前條例草案第 3 款的限制。這方案至少可以達到類似現時《性別歧視條例》、《殘疾歧視條例》和《家庭崗位歧視條例》的相同效果，即可對政府執行職能和行使權力加以約束。
19. 事實上，這方案的用詞為「公共主管當局」，其涵蓋範圍可被視為較《性別歧視條例》、《殘疾歧視條例》和《家庭崗位歧視條例》中所用的「政府」更廣。
 - 19.1 後一詞可能不包括營運獨立於政府的機構。若它們的活動不屬於某特定範疇，這些獨立機構可能不受目前的反歧視條例規管。
20. 至於種族騷擾，當有人在執行公共主管當局職能時作出種族騷擾，第 34A 款未有將之列為違法。反之，
 - 20.1 第 49A(11)款規定，公職人員騷擾已獲委任或正尋求受委任或正考慮接受委任者，即屬違法。
 - 20.2 僱傭範疇及條例草案具體款條所規定的其他範疇的

種族騷擾屬違法⁵；

20.3 英國《1976年種族關係法案》於第19B(1A)條把公共主管當局對某人的騷擾列為違法。

21. 故可考慮於第34A款納入騷擾。

22. 至於納入「公共主管機構」(第34A(2)(b)款)涵蓋範圍者，預料不包括：

22.1 立法會；

22.2 行政會議；及

22.3 其他行使《基本法》指定職能的主管當局。

23. 為作比較，英國的類似條文(《1976年種族關係法案》第19B(3)條)不包括：

23.1 國會上下議院；

23.2 執行與國會程序有關職能的人士、

23.3 國防保安；

23.4 情報機關；

23.5 情報部門 GCHQ;及

23.6 協助 GCHQ 的軍事單位。

24. 英國條文的理由有二：立法工作彈性和國防需要。

⁵ 見第24, 25, 38及39款，而種族騷擾的定義見第7款。

25. 立法會不受條例草案第 34A(2)(b)規管，用意與國會和國會程序不受《1976 年種族關係法案》規管相似。
26. 不過，行政會議和其他主管當局不受第 34A(2)(b)規管，在英國則沒有明顯對應之處，除非該等機構行使與立法程序相關(如處理立法建議)的職能。事實上，若這些機構不受規管，則似乎與制定條例草案，以政府及公共主管當局的目的相反。

種族歧視的定義

方案 A

27. 這方案在條例草案加入第 4(1A)款，以強化間接歧視的條文。
28. 目前，關於間接歧視的第 4(1)(b)款，與《性別歧視條例》、《殘疾歧視條例》和《家庭崗位歧視條例》相同，使用「要求或條件」作為確立間接歧視的基本元素，又以人數比例的比較，來決定有關要求或條件會否對某少數群體造成不利影響。這做法有以下情形出現：
- 28.1 「要求或條件」被狹義地詮釋，把一些不絕對妨礙少數群體內某個別人士獲取相關利益的準則(即使對整體少數群體有不利影響)被視為在管制範圍以外⁶；
- 28.2 人數比例的比較有時會造成統計學上證據與詮釋的技術性爭論⁷，且經常很難取得統計學上的證據。
- 28.3 上述原因或會令案件因技術理由，不受法例規管。

⁶ *Perera v Civil Service Commission* [1983] IRLR 428 和 *Meer v London Borough of Tower Hamlets* [1988] IRLR 399； Petersen 教授向立法會提交的意見書內(立法會文件 CB(2)2232/06-07(01)第 10 頁)亦曾引用這點。

⁷ 見性別歧視案件 *London Underground v Edwards* (No. 2) [1999] ICR 494 中的比喻。

29. 這方案可不用「要求或條件」，而納入「條文、準則或措施」，並且不需作出人數比例的比較。只要少數群體中某個人士證明，當與其他人比較時，該群體蒙受不利，而該個人士乃蒙受不利群體的一員即可。
30. 這新方法與歐洲司法體系(包括英國)所用的一樣。英國已把這新方法加入《種族關係法案》內，但仍保留舊方法(舊方法與條例草案現有條文相若)，做法類似在第4款後加上第4(1A)款。
31. 英國已累積有關新方法的案例，並顯示其範圍較闊、技術性較低⁸。這新方法改進了原有方法。《性別歧視條例》、《殘疾歧視條例》和《家庭崗位歧視條例》目前使用原有方法。條例草案採取新方法後，可導致其他反歧視法例也要進行修訂。
32. 至於以有充份理據來抗辯間接歧視，目前條例草案第4(2)至(5)款就這做法作出規範。
- 32.1 特別是第4(5)款可令人總結出，若採用其他做法(換言之，即對少數族裔作出調適或遷就)會招致開支，而該開支原本是不會出現的，則有關要求或條件便屬有充份理據。
- 32.2 這結論與既有的充分理據原則相反。有關原則是：
- 32.2.1 一項要求或條件不能純粹因為採用其他做法會引致原本不需要的開支，而被視為有充分理據支持；
- 32.2.2 只可以在採用其他做法所帶來的額外開支變得不合情理，才可將某要求或條件視為

⁸ 見性別歧視案件 *British Airways v Starmar* [2005] IRLR 862.

有充分理據，而無責任採用其他做法。

33. 第 4(2)至(5)款只適用於第 4(1)(b)(ii)款，看來不適用於新增的第 4(1A)(c)款(這是對應間接歧視在條文、準則或措施方面，有充分理據的抗辯)。

33.1 根據新增的第 4(1A)(c)款，歧視者只可在證明有關的條文、準則或措施是達致某項合法目的的相稱手段時，才可確立抗辯。這可能需要權衡考慮提供其他做法。儘管提供其他做法會導致額外開支，但只要一切情況下，這等開支不屬不合情理，便需提供其他做法。這與既有的原則一致，亦避免了上文 32.1 至 32.2.2 段可能出現的不一致情況。

方案 B

34. 這方案提到南非共和國的《2000 年促進平等及防止不公平歧視法令》。
35. 由於不清楚南非的相關法學，以及該國的執行機制與經驗，現階段平機會無法就此方案提出成熟見解，只能指出立法會文件 LS14/07-08 附錄 V 中有關的節錄，呈現出對制定反歧視法例的另一種做法(其政治、歷史和社會背景也與香港迥異的)，與香港在《性別歧視條例》、《殘疾歧視條例》和《家庭崗位歧視條例》中所採取的做法有相當的差別。

內地新來港定居人士

方案 A

36. 這方案在條例草案加入第 5A 和 7A 款。起草條例所用的措辭看來沒有任何類似先例作藍本，但用意頗為明顯，就是具體針對處理內地新來港定居人士被歧視和騷擾的問題。

37. 立法會對於條例草案應否有條文處理這問題仍未有共識。對於這些條文會如何影響內地新來港定居人士的融合，仍然意見紛紜。無論如何，由於平機會可能有執行此條例的角色，故作出一些初步觀察，並從執行角度提出一些問題，以澄清事宜。
38. 第 5A 和 7A 款旨在保障華裔人士不會因下列理由而受歧視：
- 38.1 他們不是香港永久居民(第 5A(2)(a)(i)款)；
 - 38.2 他們沒有香港居留權(第 5A(2)(a)(ii)款)；
 - 38.3 他們在香港居住的年期與其他人有別(第 5A(2)(b)款)；
 - 38.4 他們獲內地主管當局發出單程證到香港，並新近從內地到香港定居(第 5A(2)(c)款)。
39. 要根據第 5A 款確立歧視，必須把不同個別人士或不同群體的情況作比較。其中一項重要問題就是物色比較者：
- 39.1 在第 5A 款下，究竟比較者(或一群比較者)是否也需要是華裔，這點並不清楚。
 - 39.2 若不需是華裔，比較者便只需：
 - 39.2.1 以第 5A(2)(a)(i)款而言，是香港永久居民，而受害人則不是；
 - 39.2.2 以第 5A(2)(a)(ii)款而言，是有居留權的人，而受害人則沒有；

39.2.3 以第 5A(2)(b)款而言，是在香港居留了一段年期的人，與受害人的居住年期不同；

39.2.4 以第 5A(2)(c)款而言，不是被視為已取得單程證且新近從內地到香港定居者，而受害人則被視為如此。

40. 看來，第 5A(2)款下的理由可以獨立運作。再者，受害人只需是華裔，他不需實際來自內地。

41. 就有關缺乏永久居民身份和居留權而言，一個華裔人士可能來自泰國、越南或世界任何地方。第 5A(2)款是否也打算保障這些人士？

41.1 來自世界其他部分的華裔人士可能已得到種族(民族本源)歧視的保障，是否有意讓種族(民族本源)歧視與第 5A(2)(a)款重疊？

41.2 若不是來自內地的人士也受保障，第 5A(2)(a)款的真正本質看來較接近一條保障一般移民不受歧視的條文，而非特地針對內地新來港定居人士受到的歧視。何以僅保障華裔而非所有移民？答案可能是其他人都已有種族(民族本源)歧視的保障。

42. 就居住年期而言：

42.1 香港出生或已在香港生活的人士是否被視為有不同居住年期？第 5A(2)(b)款是否有意對在香港出生但居住年期不同的人士加以保障？

42.2 居住年期不同或會引起一些居住年期較長的人以一個居住年期較短的人作比較而投訴。居港 45 年的人或會以一些居港 44 年或 46 年的人作比較而提出投訴。雖然第 5A(3)款就第 5A(2)(c)款有關「新近」一

詞作出定義，卻沒有防止在第 5A(2)(b)條下作這樣的比較。

43. 至於第 5A(2)(c)條，看來條文並不要求受害人實際已獲發單程證和新近來港定居，它只要求受害人被他人視為如此(他人應是指歧視者)。一個在香港出生一直在港居住的人，可能在某些情況下被當作從內地新來港定居人士、像內地新來港定居人士一樣地被對待或騷擾。條文是否有意把只是被視為(但其實並非)內地新來港定居的人士也包括在內？
44. 若第 5A 款的具體用意是保障內地新來港定居人士，另一種做法是把受害人限於實際從內地新來港的人(即，單程證人士)而非使用一些適用於其他人的準則(缺乏永久居民身份、居留權或居住年期)。
45. 至於比較者，若不規定是華裔，是否有意讓種族(人種)歧視與第 5A(2)(a)款重疊？
 - 45.1 某華裔而非香港永久居民人士或會根據第 5A 條投訴，指他與某不是華裔而是香港永久居民的人比較時受歧視。這樣的情況可能也受到第 4 款有關種族(人種)歧視所保障。
46. 有關附表 5 第 2 項的例外情況，條例草案可以將一項公共主管當局的計劃列為例外，舉例如有公共主管當局計劃在提供類似醫療及分娩照顧時，向華裔而非香港永久居民的孕婦收取的費用高於向其他孕婦(可能是或不是華裔)收取的費用，但私營服務提供者或不可引用此項例外條文作相同做法。條例是否有意把私營和公營的服務提供者作出區分呢？

方案 B

47. 這方案沒有明確說明，其立法用意是否要把對內地新來港定居人士的歧視列為違法。它只從種族定義的例外項目中撤去永久居留身份、居留權和居住年期等，使這些事項會引否致種族歧視，仍留待商榷。這並不表示內地新來港定居，必定被視為可構成種族的歧視。
48. 有關內地新來港定居人士可否被視為香港的另一族裔，受到條例草案的保障，引起不少爭論和不明朗。從執行角度而言，最理想是由立法會在條文中澄清條例草案究竟是否包括他們，減少爭論，平機會及法院也會因清晰表達立法原意而得到幫助。

語文方面的豁免

方案 A

49. 這方案在條例草案中，有關語文的例外情況(第 58 款)，加入第 58(1A), (1B)和(1C)款。使用或不使用任何語言，大致上仍獲豁免，但此例外情況不適用於：
- 49.1 專門為使用某特定本國語文人士提供的職業訓練課程(第 58(1A)款)；
- 49.2 指明意義的醫療(第 58(1B)款)。
50. 關於職業訓練，第 58(1A)款只限於當有關課程是專門為使用某特定語文人士而設才施加責任，以令使用或不使用任何語文時，不可有種族歧視。但根據條例草案第 20(2)款，看來一開始是由提供者自行決定是否提供這類課程。第 58(1A)本身是否無意向提供者施加責任，一開始便要考慮提供這類課程？
51. 至於醫療，某些醫療，例如：牙醫、藥劑師及其他人士提

供的診治，是在指明的意義⁹以外。看來，這些從業者可引用第 58(1)款，自由使用或不使用任何語文。

52. 至於指明意義的醫療，在使用或不使用任何語文時，必不可有種族歧視。透過使用或不使用任何語文而出現的種族歧視，很大可能是間接歧視，即：對所有人使用某種語文(如：中文)，但少數族裔卻可能不懂該語文。第 58(1B)條的作用似乎是要醫療提供者必須向不懂提供者語文的少數族裔提供遷就，如提供不同語文的傳譯或翻譯。
53. 可提供的遷就視乎提供者提供時的困難而定。因此，應有以遷就會造成不合情理的困難的抗辯。
54. 條例草案第 58 款並沒有就使用或不使用任何語文，提供不合情理的困難的抗辯。只在第 58(1C)款表明醫療提供者毋需：
 - 54.1 為病人提供每句話或藥物標籤的逐字翻譯(第 58(1C)(a)款)；
 - 54.2 當病人接受治療時提供翻譯員(第 58(C)(b)款)。
55. 雖然第 58(1C)款清楚地說明，法律不要求醫療提供者做的是甚麼，也有一定用處。但若法律能更具體地說明，期望提供者怎樣作出遷就，並舉例說明便更有幫助。這類立法指引對執行和遵守法律者將提供非常實用的協助。
56. 除此以外，最好能也考慮為不能引用第 58(1)條例外情況的醫療提供者，提供不合情理的困難的抗辯。這可以另行起草(但不應影響其他關於有充分理據的抗辯的條文，並以開放式清單列出不合情理的困難的抗辯可考慮的因素)或參考條例草案內其他條文(如：第 4(1)(b)(ii) 款，第 4(2)至(5)款，第 4(1A)(c)款)。

⁹ 《診療所條例》(第 343 章)第 2 條。

- 56.1 鑑於語文本身是慎重的課題，另行起草並加上一份開放式清單列出可考慮因素，最為理想。
- 56.2 清單可包括，例如：
- 56.2.1 服務的性質；
 - 56.2.2 顧客或使用者的語文特徵；
 - 56.2.3 可能需要某種語文服務的人數；
 - 56.2.4 作出遷就所需的資源；
 - 56.2.5 可供營運者使用的資源。
57. 職業訓練提供者亦不能引用第 58(1)款的例外情況。若他們一開始沒有責任專門為使用某種語文人士提供課程，缺少明確不合情理困難的抗辯，對他們來說也不大重要，因為若在語文上有困難的話，提供者一開始就不會決定提供這類課程。
58. 不過，最好還是考慮提供不合情理的困難的抗辯，可如上文建議的，另行起草或參考條例草案內其他條文方式進行。
59. 若條例草案採納上文建議的具體立法指引，《性別歧視條例》、《殘疾歧視條例》和《家庭崗位歧視條例》也可修改，以作類似指引。

方案 B

60. 本方案刪去條例草案的第 58 款，但加上 5B 款。主要的作用看來是：

- 60.1 令使用或不使用某種語文，視乎結果是否令某人受到的待遇較其他人差(第 5B(1)款)，可被視為歧視第 4(1)(a)款下的歧視(通常稱為直接歧視)。「受較差待遇」並非指所用的語言，而是指其後果，因為所用的語言大可能是一樣的。
- 60.2 但若已提供英文和中文，便不屬歧視(第 5B(3)款)。除了中英文外，毋需再提供其他語言。
- 60.2.1 第 5B(3)款無疑令不少僱主和服務提供者感到安心，尤其是小型經營者，因為他們至少不用提供中英文以外的其他語言。
- 60.2.2 只要已用中英文，便不違法，在執行上亦大大減少其不明朗處。不需考慮不用其他語言的經營者有否不合情理的困難。
61. 但職業訓練課程提供者和醫療提供者因第 5B(4)及(5)款的緣故，不能引用第 5B(3)款為抗辯，情形類似語言豁免方案 A 的第 58(1A)至(1C)款
62. 即使其他提供者只需提供中英文，一些小規模經營者仍會有困難(如：街邊熟食檔經營者)。
63. 故可考慮以下提議：
- 63.1 像上文第 55 段所建議，列出期望經營者作出何種遷就的例子；
- 63.2 像上文第 56 至 56.2.5 段所建議，明確提供不合情理的困難的抗辯，可以另行起草或參考條例草案內其他條文。