

## 芻評種族歧視條例草案

王貴國

香港城市大學中國法與比較法講座教授

香港政府日前公佈的《種族歧視條例草案》嚴重違反了香港《基本法》，違反了國際法，也違反了法治社會應有的公平正義原則，是香港有史以來最差的法例草案。

### 一、《草案》嚴重違反《香港基本法》

香港《基本法》第 25 條規定：“香港居民在法律面前一律平等”。香港政府宣稱“內地新來港定居人士遭受歧視問題，向來受到社會關注。人權組織和新來港人士組織亦不斷要求在條例草案加入具體條文，禁止這類歧視。”由此可見，香港政府清楚新來港人士受到歧視的事實，知道此部分人士受到歧視而不予以相同的保護便是對這部分人的歧視，從而也就違反了基本法第 25 條。

香港政府既然承認新來港人士間中受到歧視，然而在刊憲《種族歧視條例草案》的說明中卻明確排除了將該條例適用於新來港人士，且沒有同時制定適用於新來港人士的法例，這就構成對新來港人士的歧視。一部致力於反歧視的法律一方面承認“新來港人士理應與香港所有人一樣，享有不受種族歧視的保障”，另一方面竟然明確歧視此類港人，這真是對標榜法治的香港之巨大諷刺。

香港政府對新來港人士的歧視並非僅僅是立法形式上的，更重要的是實質上的。根據港府公佈的《種族歧視條例草案》，該草案一經通過便會適用於所有公共機構和私營機構。香港現在已經有關於殘疾歧視、性別歧視、家庭崗位歧視等條例。應該說除了新來港人士外，其他人都有不受歧視的權利。

港府拒絕向新來港人士提供保護的理由是後者受到的歧視是“社會歧視”。這在邏輯上也一竅不通。港府在《種族歧視條例草案》刊憲的說明中寫到：“由於幾乎所有新來港人士與本港華裔屬同一人種，根據公約第一條對“種族”一詞的定義（即現時條例草案採納的定義）新來港人士並非自成一個種族群體。更重要的是，部分新來港人士間中受到的歧視待遇實質上並非種族歧視，而是社會歧視。以禁止種族歧視的法例處理這些問題，在原則上實屬錯誤。部分人士提議擴大擴大條例草案的涵蓋範圍，但這對政府現時基於居港七年規定而釐定的既定政策和作法（例如綜合社會保障援助計畫和申請公屋的資格準則）會有很大的負面影響。”

行文至此，不得不簡單指出《種族歧視條例草案》本身的謬誤。首先，《種族歧視條例草案》沒有具體條文規定其不適用於新來港人士。一部嚴肅的法律之適用範圍竟通過香港民政事務局提交的《種族歧視條例草案》說明第 32 段提及：

“由於幾乎所有新來港人士與本港華裔人士屬同一人種，根據公約第一條對‘種族’一詞的定義(即現時條例草案採納的定義)，新來港人士並非自成一個種族群體”。港府如此草率地處理新來港人士受歧視的問題，顯見其根本就不重視新來港人士所受的歧視。

其次，港府聲稱《種族歧視條例草案》不適用於新來港人士，但並沒有界定何為“新來港人士”。這是一時的疏忽還是根本沒有考慮解決此問題？香港是一個國際大都會，擁有來自於世界各地的移民。既然港府要對來自於內地的人士加以區別對待，就應該明確何為“新”和何為不“新”以及如何從“新”轉化為不“新”。

再次，港府將內地新來港人士所受的歧視定義為“社會歧視”。然所有歧視都與社會相關，都是社會現象。那麼內地新來港人士所受的歧視到底與其他歧視有何不同呢？同時，所有歧視都是以相關人士的特質為基礎：如種族歧視系基於種族的歧視，性別歧視系基於性別的歧視，殘疾歧視是基於相關人士殘疾的歧視。如果說內地新來港人士所受的是“社會歧視”，那是基於什麼而導致的歧視呢？

港府將種族定義為“某人的種族、膚色、世系、民族或人種”，並稱該定義“與《消除一切形式種族歧視國際公約》所採用的定義是一致的”。眾所周知，歧視是指掌握權力者在行使權力時加入自己的偏見。殊不知，當今判斷種族的因素除了膚色還有文化、語言、語音、語言習慣、行為習慣等。否則，美國人與英國人、英國人與法國人、法國人與德國人以及其他白種人與白種人之間便不可能發生種族歧視。由此可見，港府給予“種族”以極狹隘定義的作法並不符合國際社會的實踐。而所謂《消除一切形式種族歧視公約》也是將種族作如此定義則完全是推卸責任，因為公約所規定的是最基本和最低水準的保護。作為經濟發達地區在香港，在保護人權方面理應與國際社會的較高標準看齊。

退一步講，如果說將對新來港人士的保護納入《種族歧視條例草案》有何不妥的話，港府為什麼不同時制定另外一套法例，保護新來港人士呢？滯後向新來港人士提供法律保護本身就已經構成歧視，構成港府對新來港人士的歧視。難道這也是社會歧視嗎？

《種族歧視條例草案》通過後，一個大家都不願見到但會發生的情況是，新來港人士受到歧視而無法律予以保護。假如一個新來港人士到某公司應聘，因其不會講廣東話或是講廣東話有明顯的口音而不獲聘用，該人士可依哪一個法律伸張權利？當外籍人士、殘疾人士、從事家庭服務的人士和婦女等都受到專門條例保護的時候，只有新來港人士不獲保護。這就構成制度層面對新來港人士的歧視，是任何文明社會所不允許者。

《種族歧視條例草案》一旦獲得實施就會出現極端不合理的情況。人們猶還記得，幾年前在香港城市大學發生了間接種族歧視。事緣時任法學院長的英裔人麥

高偉武斷不給十餘位教員續約，並且麥高偉在評核這些教員的表現時未考慮後者的非英文學術成果。該案的受害人包括印度籍、新加坡和曾在海外受過教育並取得學位的內地學者。如果將《種族歧視條例草案》適用到當年香港城市大學的歧視案便會出現這樣的情況：鑒於該法學院長不是中國人，其對包括新來港人士在內的教員之歧視構成種族歧視；然作為城市大學法人代表的是校長是中國人，當時受到歧視的外籍教員可以援引《種族歧視條例草案》，尋求救濟，但新來港人士教員則不能援引該法例。這顯然對作為新來港人士的內地學者極不公平。更有甚者，假如受歧視的全部是新來港人士，則城市大學便無需為此承擔任何責任。難道這樣的結果是《種族歧視條例草案》應該實現的價值嗎？

香港基本法規定法律面前人人平等。若有的人受到歧視可以尋求法律保護，而另外一部分人則不享有此權利，便不是法律上的人人平等。據此，香港政府有責任修改如此荒唐的《種族歧視條例草案》。

## 二、《草案》嚴重違反國際法

無論是現代還是古代社會，也不論是民主政體還是獨裁統治的國家，保護本國公民都是政府的天職。政府保護本國公民的義務並不因領土的界限而受到限制，而是借助於外交手段向居於境外的公民提供。即使是最高調鼓吹民主、平等和自由的國家，也是首先考慮保護本國公民，然後才向其他族裔提供援助。這早已成為公認的國際慣例。故港府的行為毫無疑問違反了依習慣國際法，政府對公民應承擔的責任和義務。

除習慣國際法外，港府也違法了相關國際條約的規定。港府是依據基本法設立的特別行政區政府，具有高度的自治權。然不可否認的是，作為中國的地方政府，港府有義務履行中國政府承擔的國際責任，除非條約或法律明文排除了此種適用。就《種族歧視條例草案》而言，新來港人士是否受到歧視，是否受到不合理的對待，除了《消除一切形式種族歧視國際公約》外，還適用聯合國《公民權利和政治權利國際公約》。眾所周知，《消除一切形式種族歧視國際公約》是最低水準的反歧視規範，《公民權利和政治權利國際公約》則是現代社會必須賦予公民的最低標準待遇，兩者缺一不可。

中國已經加入了《消除一切形式種族歧視國際公約》和《公民權利和政治權利國際公約》。後者並經立法形式納入了香港的法律。易言之，既然中國政府承擔了國際義務，便必須依《公民權利和政治權利國際公約》（下稱“公約”）使包括香港在內的中國公民都享有《公約》規範的權利。基於香港高度自治的原則，港府是以間接的方式，通過當地立法履行《公約》的義務。

《公約》第 26 條規定：“人人在法律上一律平等，且應受法律平等保護，無所歧視。在此方面，法律應禁止任何歧視，並保證人人享受平等而有效之保護，以防因種族、膚色、性別、語言、宗教、政見或其他主張、民族本源或社會階級、財

產、出生或其他身份而生之歧視”。香港政府承認新來港人士受到歧視，但卻不立法予以保護，在下述幾方面違反了《公約》的規定。

其一，《公約》要求各締約國政府，包括地方政府，制定法律“禁止任何歧視”，以“保證人人享受平等而有效之保護”。港府明知新來港人士受到歧視，但失於立法予以保護，便違反了“法律應禁止任何歧視”的規定，從而也就談不上“有效之保護”了。

其二，《公約》沿襲了現代法治社會的最基本原則，要求締約國政府保證“人在法律上一律平等”，“應受法律平等保護，無所歧視”。這就是說不僅在法律致力於實現的目標，而且在保護方法和手段方面都無所歧視。《種族歧視條例草案》排除了對新來港人士之適用，但並未同時制定法例保護這些人士。這就構成對新來港人士“在法律上”的不平等，也就沒有達到《公約》所要求的“平等保護”的標準，構成《公約》嚴禁的“歧視”。

其三，《公約》並不區分種族或其他歧視，只要是歧視，政府就有義務予以禁止，並對受害方予以保護。《種族歧視條例草案》不顧國際社會的習慣，不理國際法的規範，妄自將新來港人士所受的歧視定義為“社會歧視”，是對國際法和國際習慣的踐踏。作為中國的地方政府，港府有法律義務向新來港人士提供公平和有效的保護。

### 三、《草案》嚴重違反法治精神

港府公佈的《種族歧視條例草案》不僅違反了香港基本法、習慣國際法和國際條約法，而且也違反了公認的法治精神。現代社會所崇尚的是依法行政，蓋因法律代表了時代的理念，且此理念或理想皆有一崇高之目的，即正義。不符合正義原則的法律便無法實現應有的社會價值，故是“惡法”，為法治社會應唾棄者。

何為正義呢？希臘哲學家畢塔哥拉斯(Pythagoras)將正義形容為正方形，謂“正義之本體乃自乘數之基本形態，如四，表示均分平等的觀念”。人們熟悉的科學理性思維大師亞里士多德(Aristotles)亦主張“各人基於平等的立足點而受待遇，是不外有鑒於人格地位俱系同等，從而機會也應該均等，無所軒輊”，即平均的正義。這與東方智慧結晶的論語暗合。論語說“有國有家者不患寡而患不均，不患貧而患不安”。朱熹在其注釋中解釋“寡謂民少，貧謂財乏，均謂各得其分，安謂上下相安”。

且不講作為儒家代表作之一的論語對法治的影響如何，至少亞里士多德等的正義觀早已深入歐美等西方現代法治社會，成為這些社會的核心價值。其法律的根本精神、根本政策、根本價值都離不開對正義之追求，起碼表面系如此。作為經濟發達的地區、國際大都會，自詡為法治健全的香港，沒有理由在制定法律時不遵守普世價值和公認的法治原則——正義。

《種族歧視條例草案》公開宣稱不適用於新來港人士，將後者作為社會的另類，使得香港社會分化。在《種族歧視條例草案》成為法律前，香港社會存在對少數族裔和新來港人士的歧視，社會基本分為有可能歧視和可能受歧視的兩類人。後者包括少數族裔和新來港人士。若《種族歧視條例草案》獲通過而成為法律，則香港社會將被分化為三類人，一類是可能歧視他人者，一類是可能被歧視但受到保護者的少數族裔，另一類則是既可能受到歧視但又不受到保護者，即新來港人士。

歧視之存在表明社會上的人之人格地位並非同等，也就說不上機會的均等。不均便會引起人心不平，便易引起社會的不和諧，因為社會動亂大都起於人心不平。為了協調不同種族、族群和文化背景的人之間的歧見和偏見，現代法治社會多制定反歧視的法律。這一方面是為實現人生而平等的社會價值觀念，另一方面也是為了使人們的不平之心不爆發而成動亂。美歐等國多民族長期共居而沒有大的社會動盪，不應說與此無關。

#### 四、《草案》嚴重違反港府的政策

受到內地和諧為主調政策的影響，曾蔭權擔任特首後，也主張社會和諧。和諧的要義深植於東西方的文化。我們的祖先更是深明“和”字的重要，並以此為根基，形成了傳統的中華民族的美德。以“和”為核心的古訓比比皆是。“和為貴”、“家和萬事興”、“國和民太平”、“和氣生財”為常見者。

然而，社會的和諧只能通過相應的措施才能實現，沒有公平的法律制度，正義便不能伸張，社會內的族群也就無法水乳交融，無分畛域，也就不可能和諧。據此，具有分化社會效果的《種族歧視條例草案》對於港府的和諧社會訴求只會起到消極的作用。

港府近年的另一項政策是吸引內地精英來港工作並定居。這可以說是順應潮流之舉。然在對待外國專才和內地專才的態度上港府似乎有明顯的不同。例如，據香港經濟日報 2004 年 12 月 19 日的報導，曾蔭權在接受該報的專訪時，提出戰略性配合國家發展，提升國際金融中心地位的構想，並要為此廣募外國專才。為了吸引外國專才，曾蔭權規劃了下述八個條件：（一）能夠使外國專才可以賺到錢，（二）外國太太上街不必耽心治安問題，（三）超市賣新西蘭牛扒和美國菩提子，（四）旅行方便和自由往返，（五）高空氣素質，（六）為外國專才的子女提供國際學校教育，（七）外國歌劇或類似娛樂節目，（八）“外國人完全不受歧視”。

全球化的結果，知識和掌握知識的人才早已成為列國競相招納的對象。專業人才的流動從而也成為一大特色。為吸引專才而向其提供適當和舒適的工作和生活條件亦相當重要。然這些基本要素應適用於所有專才。過去二十餘年經濟的連續高速增長，已使中國成為國際社會覬覦的龐大市場和世界工廠。為了進入中國市場，外國金融機構、專業機構如律師行、會計師事務所等紛紛邀請內地的專才加入。

港府雖然也有吸引內地專才的政策，但並沒有如吸引外國專才般，考慮向內地專才提供適當的工作和生活條件。這種區別待遇是曾蔭權特首一時的疏忽還是潛意識的認為內地專才根本不需要特別考慮？

必須指出，作為與內地毗鄰且同屬一個國家的香港而言，吸收內地的精英並非什麼善事之舉。為了使這些人能到香港工作、在香港紮根，港府有責任給予其最低標準的待遇及提供最低限度的保護。《種族歧視條例草案》顯然沒有如此設計。除非港府吸引內地精英的政策是為了應付差事，或是《種族歧視條例草案》的起草者根本不瞭解港府的政策，否則《草案》的作用與港府的政策直接背道而馳。

相對於曾特首為外國專才規劃的八個條件，內地來港人士要求不受歧視應該不太奢侈吧。

## 五、香港的政策選擇

港府推出的《種族歧視條例草案》嚴重違反基本法、國際法、法治精神、港府本身的政策是不爭的事實。這樣一部法律的通過勢必成為香港乃至國際社會很壞的典範。我們鄭重呼籲港府立即懸崖勒馬，停止對內地新來港人士的歧視。

港府應該從政策上和法律上採取行動。就政策而言，港府必須落實基本法和國際法要求的“法律面前人人平等”的原則，並為之採取法律措施。港府可作出如下選擇：（一）將《種族歧視條例草案》的適用範圍擴大到任何形式的歧視，包括對新來港人士的歧視。這可通過修改《草案》的名稱及相關內容完成；（二）不改變《草案》的名稱，但將種族作廣義的解釋，從而內地新來港人士也可依《草案》受到保護；（三）專門針對內地新來港人士的歧視問題制定一部法律，條件是此法律與《種族歧視條例》同時同地以同意方式通過並實施。鑒於起草並制定一部新的法律耗時費力，選擇（一）和（二）為可行的選擇。