

《種族歧視條例草案》委員會

間接歧視和有理可據的評估

引言

在二零零七年四月二十三日的會議上，議員要求政府當局闡釋，公眾在評估某些作為是否符合草案第 4 條的“有理可據”原則時，所應考慮的準則，並要求政府當局提供在條例草案通過成為法例後，將向公眾發出的有關指引。

2. 本文件旨在提供議員所要求的資料。

建議的條文

3. 草案第 4 條述明：

“4. 種族歧視

(1) 在就本條例任何條文而言屬有關的情況下，任何人(“歧視者”)如作出以下作為，即屬歧視另一人：

(a) 該歧視者基於該另一人的種族，而給予該另一人差於該歧視者給予或會給予其他人的待遇；或

(b) 該歧視者對該另一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該另一人屬於不同種族羣體的人施加該項要求或條件，但：

(i) 與該另一人屬於同一種族羣體的人能符合該項要求或條件的人數比例，遠較與該另一人屬於不同種族羣體的人能符合該項要求或條件的人數比例為小；

(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) 由於該另一人不能符合該項要求或條件，以致該項要求或條件是對他有損的。
- (2) 就第(1)(b)(ii)款而言，如某項要求或條件符合以下說明，即屬有理可據：
- (a) 該項要求或條件為某合法的目的而施加，並與該目的有合理和相稱的關連；或
- (b) 該名被指稱歧視另一人者(“被指稱的歧視者”)不施加該項要求或條件，並非合理地切實可行。
- (3) 在為施行第(2)(b)款而斷定被指稱的歧視者不施加某項要求或條件是否合理地切實可行時，可考慮有關個案的任何有關情況，包括第(4)款提述的情況。
- (4) 可予考慮的情況包括(但不限於)：
- (a) 相當可能帶給所有有關人士的利益或令其蒙受的損害的性質，或相當可能對該等人士造成的影響；
- (b) 倘若不施加有關要求或條件，相當可能受惠的人數在所有有關人士中所佔比例估計為何；
- (c) 倘若不施加該項要求或條件，被指稱的歧視者的任何活動會否受干擾，如會受干擾的話，所受的干擾會達到何等程度；及
- (d) 倘若不施加該項要求或條件，被指稱的歧視者會否需要提供額外服務或設施或招致額外開支(包括經常性開支)。
- (5) 第(3)或(4)款的任何條文不得解釋為要求被指稱的歧視者或任何其他有關人士授予他本來無須授予的任何利益、蒙受他本來無須蒙受的任何損害、提供他本來無須提供的任何服務或設施，或招致他本來無須招致的任何開支。

(6) 現宣布：基於某人的種族而將該人與其他人隔離，就本條例而言即屬給予該人差於其他人的待遇。”

4. 草案第4(1)(a)條界定何謂直接種族歧視，而第4(1)(b)條則界定何謂間接種族歧視。該條文第(i)至(iii)節臚列用以評估施加某項要求或條件會否構成間接歧視的準則。相若的定義和評估準則，也見於現行的反歧視條例，即《性別歧視條例》(第480章)第5條、《殘疾歧視條例》(第487章)第6條，以及《家庭崗位歧視條例》(第527章)第5條。

5. 為使條文清晰明確，草案第4(2)(a)條把國際通用的合理和相稱原則納入擬議法例內，該些原則用以評估施加某項要求或條件可否根據草案第4(1)(b)(ii)條視為有理可據。草案第4(2)(b)條反映政府政策的原意，要求公眾顧及少數族裔人士的特別需要，並在合理地切實可行的情況下，避免施加對他們造成不相稱的不利影響的要求或條件。草案第4(1)(b)條並不強制規定須採取平權行動，這與現行的《性別歧視條例》和《家庭崗位歧視條例》的準則一致。我們認為就種族歧視而言，該準則是合理和恰當的。

6. 草案第4(3)條進一步解釋草案第4(2)條有關“合理地切實可行”的含義，強調和清楚訂明，在衡量不施加某項規定或條件是否合理地切實可行時，“可考慮有關個案的任何(意指**所有**)有關情況”。該條文的涵蓋範圍非常廣泛和全面，它包括所有有關的和一般人會認為合理的情況。為使條文清晰明白，草案第4(4)條舉例說明一些可予考慮的情況。但正如草案第4(4)條內條文所述，這些例子並不排除其他可予考慮的情況，也不是指定必須考慮已列出的情況。

7. 草案第4(5)條進一步申明，條例草案並不施加任何法律責任，規定市民做多於本來須作出的事情。這與政府不強制規定採取平權行動的政策相符。就這一點，我們也須特別指出，條例草案的目的在於規定，如有人給予某一種族的人差於他或會給予其他人的待遇，即屬違法。但與此同時，條例草案亦保障一般市民毋須蒙受更沉重的負擔，透過額外開支或損害，來迎合一些在身心上並無殘障的個別族裔人士的特殊需要。我們認為這做法是正確和合適的。

8. 草案第4(6)條在於述明，基於某人的種族而把該人與其他人隔

離，將自動被視作給予該人較差的待遇，並因此構成不合法種族歧視。

歧視的概念

9. 雖然直接歧視和間接歧視這兩個概念均源自平等原則，但後者遠較前者複雜，涵蓋範圍也更廣泛。直接歧視的概念較為簡單，它所持的原則是，所有人在相同的情況下均應獲得相同的待遇。為此，草案第4(1)(a)條訂明，任何人不應基於另一人的種族，而給予後者差於前者給予其他人的待遇。舉例說，任何人均可在同一食肆內獲得同樣服務，不因種族差異而有所分別。相類而言，一個商店店員亦不可因為個別顧客是非華裔人士而拒絕招待。

10. 另一方面，間接歧視的概念，則指不同的人**不應**視作一樣。換句話說，即是指在施加某項要求或條件時，應考慮不同種族人士的情況。相對而言，間接歧視的概念是進一步追求結果層面的平等，並認為任何可對某一種族羣體造成不相稱影響的要求或條件均有構成歧視的嫌疑。間接歧視是一種驟眼看來沒那樣明顯的歧視形式，亦不像直接歧視般有簡單、直接的尺度依循。不同種族的人與生俱來的特徵或會以各種不同形式和程度，影響他們在符合所需的要求或條件上的能力；而即使屬於同一種族羣體，部份人也可能會較其他人更有能力符合某項要求或條件。

11. 用淺白的字句來說，根據草案第4(1)(b)條，如某人施加某項要求或條件，雖然該項要求或條件表面上似乎與種族無關，但在施加該項要求或條件後，某個種族的人卻受到不相稱的不利影響，而在排除了種族的理由後，施加該項要求或條件是沒有充分理據的，即屬間接種族歧視。舉例說，某家公司在沒有恰當理由的情況下，規定員工不得佩戴頭飾。另一個例子是，某家公司招聘清潔工人，要求申請人須通過中文筆試，雖然在實際工作時，該名員工只須懂得簡單的廣東話口頭指示便已足夠。就第一個例子而言，有關要求會導致一些因按照種族習俗而需佩戴頭巾的錫克教男士不獲聘用。在第二個例子裏，該公司所訂的規定並不合理，更令有意應徵的非華裔人士難以符合資格。

評估是否有理可據

12. 我們應會留意到，只要有關的要求或條件可能對某種族羣體造成

不利的影響，則儘管施加要求或條件的人沒有歧視的意圖，有關種族群體的成員即有可能因草案第 4(1)(b)條提出申索。草案第 4(1)(b)(ii)條更又確切地把評估有關要求或條件是否有理可據的責任加於歧視者身上，要他必須證明“該項要求或條件無論施加於屬何種族的人，均屬有理可據”。這項做法實質上把一項特定責任加諸一般市民身上，雖然他們不一定熟悉間接歧視的概念及含義。有鑑於此，草案第 4(2)條載列了評估間接歧視的情況是否有理可據的基本準則，以供指引。具體來說，某項要求或條件是否有理可據，會以兩個準則來衡量。根據合理及相稱的原則，第一個準則是：該項要求或條件是否為某合法的目的而施加，並與該目的有合理和相稱的關係。第二個準則是：不施加該項要求或條件是否合理地切實可行。

合理及相稱的原則

13. 合理及相稱的原則主要是指，如施加某項要求或條件是“為達到合理目的而採用的相稱做法”，則即使可能對某一種族的人造成不相稱的不利影響，也屬有理可據。這些原則不但國際通用，而且也已確立在香港法制內關乎人權的事宜中。在梁國雄及其他人訴香港特別行政區一案中，終審法院裁定適用的原則如下：

- (a) 有關的限制必須與一個或多個合法的目的有合理關連；
- (b) 限制權利的方法不得超越為達到有關的合法目的所必需者。

相信各位議員也注意到，草案第 4(2)(a)條正採用類似的字眼。

合理地切實可行的原則

14. 如上文所述，草案第 4(2)(b)條有關合理地切實可行的原則的條文，與現行《性別歧視條例》和《家庭崗位歧視條例》所採用的標準相同。這項原則主要是指，如從一般人在考慮有關情況後看來，認為施加某項要求或條件是合理和必需的，則該項要求或條件便屬有理可據。這項原則毫不含糊，也不應被視為一度敞開的後門。草案第 4(3)條要求有關人士考慮所有相關的情況，並尋求其他方法以達到相同的目的，以免其他人因本身的種族而受到不當損害。很明顯，不同個案的情況可能差別很大。為了使條文清晰明確和方便理解，草案第 4(4)

條提供更詳細指引，列明在一般情況下通常應考慮的事宜。特別值得留意的是，草案第 4(4)條並不局限法庭只能考慮條文內所列舉的情況。該條文第一句刻意用“可”、“包括”、“不限於”的字眼，述明該條文並不會也並非旨在以法律效力限制或削減法庭考慮個案的所有相關情況的權力，有關的情況包括但不限於草案第 4(4)(a)至第 4(4)(d)條所載的情況。正如上文第 7 段所解釋，加入草案第 4(5)條是為了使法例清晰明確，以反映政府的政策並非有意施加有關平權行動的強制性責任。

公眾指引

15. 很明顯，要在法例中巨細無遺地臚列不同個案中可能遇到的所有相關情況，並不切實可行，尤其某些情況在目前是不能預見的。從立法角度而言，擬議的條例草案只需清楚訂明評估間接歧視的基本原則和準則，便應屬足夠。草案第 4 條訂有詳盡和全面的條文，目的就是為達到這項要求。

16. 為使擬議法例通過後公眾能夠更易了解和遵行，我們已在草案第 64 條建議，平等機會委員會(平機會)應獲授權發出法定的實務守則，以便提供有關消除種族歧視、促進平等機會及種族和諧等各項事宜的實用指引。這些實務守則發表後，會為公眾提供所需的指引，讓他們了解有關的法律條文，以及認識如何履行新條例規定下的法律義務。雖然實務守則當中的條文對公眾並不構成法律責任，但根據草案第 64(14)條，法院在根據通過後的條例進行法律程序時，可接納有關的實務守則為證據，並予以考慮。

17. 擬備實務守則的工作所涉甚廣，過程艱巨。草案第 64(3)條特別要求平機會在擬備最終發表的實務守則的過程中，須諮詢有關的協會和組織，目的是確保所發表的守則能切合受影響各方的需要，並充分顧及他們的利益和關注的事宜。

18. 鑑於有關工作的規模和煩複性，希望議員能體諒我們在現階段未能應要求提供“日後發表的公眾指引”。我們也要小心審慎，避免在平機會諮詢有關各方之前妄下斷語，甚或干擾其擬備實務守則的法定職責。

19. 不過，鑑於議員的關注，並為了方便議員審議有關的條文，我們也有責任嘗試就評估施加某項要求或條件是否可根據條例草案視為有理可據，列舉一些應考慮的問題；縱使這些問題在某程度上或會重覆草案第 4 條所載的條文亦然。我們也要強調，這些問題只能作為參考的例子，不可能完全詳盡，也不影響平機會日後擬備實務守則的工作。最重要的是，這些例子不應被視作具權威性的法律闡釋，因為只有法庭才可提供這種說明。然而，這些例子說明了我們訂立擬議法例的用意，特別是說明我們認為當有人施加的要求或條件會對某一種族的人造成不相稱的不利影響時，需要謹慎處理和考慮所有有關情況。

20. 在上文第 19 段所說明的前提下，我們認為可提出的問題包括：

- 擬施加的要求或條件是什麼？
- 為何要施加該項要求或條件？該項要求或條件的目的是什麼？
- 有關的目的是否合法和合理(例如是為了健康和安全的理由)？
- 有關的目的是否涉及種族？是否因為想某特定種族的人不能受惠，或因為想給予他們差於其他人的待遇？
- 施加該項要求或條件，是否為達到有關目的而採用的恰當、必需和合理的方法？
- 施加該項要求或條件，對兩個處於類似情況但種族不同的人來說，他們所受影響有何分別？有關的要求或條件，會否因為受影響的人的種族而對他不利？
- 可否採用其他方法來達到同一目的，以免有人因所屬種族而遭受不當損害？
- 假如不施加該項要求或條件，會有什麼後果和影響？其他方法是否合理地切實可行？

21. 以上所列舉的只是一般性的提問，由於不同個案的情況在很大程度上各有差異，這做法是無可避免的。為進一步說明，我們可以就細節較詳盡的情況參考下列較具體的問題：

- 為何設定基本高度要求？如無恰當的理由，撤銷這項要求會有何影響？如有恰當的理由，應如何向人解釋？我們有否作出間接歧視？
- 如撤銷“具十年經驗”的要求，申請人數會否增加？我們的要求是否不合理？這樣做有何弊處？我們是否需要付出任何代價？我們究竟要求申請人具備什麼技能？

結論

22. 本文件旨在闡釋間接歧視的概念，並就這方面闡釋在判斷施加某項要求或條件是否可根據擬議條例草案第 4 條視為有理可據時，所採用的評估制度。此外，本文件也就考慮有關事宜時通常應問什麼問題，提供方向性指引和舉例說明。

23. 本文件應議員在二零零七年四月二十三日的會議上提出的要求而擬備，並會在二零零七年五月十五日的會議上提交議員閱覽和審議。

民政事務局

二零零七年五月