

(立法會秘書處撮譯本，僅供議員參考)

**香港的《種族歧視條例草案》：
評論及與《性別歧視條例》和《殘疾歧視條例》的比較**

夏威夷大學客席副教授Carole J. Petersen的意見書

2007年6月

I. 序言及摘要

香港政府於2004年同意立法禁止種族歧視，並認為香港須汲取《性別歧視條例》、《殘疾歧視條例》及《家庭崗位歧視條例》的經驗，以"循序漸進"的方式進行立法工作。

"循序漸進"意味工作持續，有人或會預期《種族歧視條例草案》("條例草案")會納入英國及澳洲法例的近期改革，或最低限度應與《性別歧視條例》、《殘疾歧視條例》及《家庭崗位歧視條例》一樣強硬，而該3條條例已實施超過10年，並沒有對政府、市民大眾或商界造成不利影響。

誠然，2004年《諮詢文件》似乎表明，條例草案將如現行禁止歧視法例般強硬，並會以該3條條例的"結構和形式為藍本"。政府亦表明會在條例草案中使用現行直接及間接歧視的定義。《諮詢文件》又表明，"政府在執行職能或行使權力時基於種族理由而歧視任何個人或群體，即屬違法"，但並無表示政府有意就政府的作為和政策加入一般豁免條文。

不過，政府在提交條例草案時改變立場，卻無清楚解釋原因。與《性別歧視條例》及《殘疾歧視條例》相比，條例草案顯得相當薄弱，因為政府大大限制了條例草案適用於政府職能的範圍，以及平等機會委員會("平機會")可協助遭政府部門歧視的受害人的程度。政府亦加入條文，限制歧視的定義，把一些屬種族歧視的典型作為剔除，而這些條款大部分並無載於2004年《諮詢文件》內。就這些條款而言，少數族裔人士的待遇明顯較性別及殘疾歧視受害人為差——令條例草案可能成為官方歧視的例子，並違反了香港在《基本法》及《消除一切形式種族歧視國際公約》("《公約》")下的責任。條例草案亦會令平機會經常要向種族歧視受害人解釋其為何無權予以協助，但性別及殘疾歧視受害人則可向平機會申訴，並獲提供免費的調查及調解服務。

條例草案只適用於政府與私人作出的作為相類似的作為，不會在例如懲教及稅務等真正"政府責任"方面對政府具約束力。

條例草案的歧視定義較《性別歧視條例》(第5條)及《殘疾歧視條例》(第6條)狹窄。第8條限制了直接和間接歧視的定義，而第4條則對間接歧視加諸不少"限制"，令明顯的種族歧視變得"合法"。本人認為應以更清晰的語言草擬條例草案。

條例草案亦應擴大涵蓋範圍，加入禁止基於宗教及移民身分的歧視。如不禁止宗教及移民身分方面的歧視，便無法有效處理種族及血統方面的歧視。本人認為，條例草案應禁止基於有聯繫人士的種族或血統的歧視(類似《殘疾歧視條例》第6(c)條)。

II. 第3條：條例草案不適用於政府作為

《性別歧視條例》第3條及《殘疾歧視條例》第5條訂明，"本條例對政府具約束力"。《性別歧視條例》第21及38條訂明：

(1)除第(2)款另有規定外，在不損害本部其他條文就政府而實施的原則下，政府如在執行其職能或行使其權力時歧視性，即屬違法。

《殘疾歧視條例》第21及36條亦有如此規定。一項有關申訴個案的研究發現，在針對政府部門的申訴中，與殘疾有關的佔18.2%，而與性別有關的則為10.2%。

2004年《諮詢文件》表明，條例草案會對政府具約束力。政府進行諮詢時說一套，而在草擬條例草案時卻做另一套，猶如"上鈎調包"。一般而言，如要作出基本改變，應以大部分意見書的要求為本；況且市民亦不大可能支持全盤豁免政府作為。因此，這可能只是政府部門本身希望不受條例草案約束而已；如此屬實，這會否違反《基本法》及《香港人權法案條例》的平等條文。無論如何，條例草案第3條規定：

本條例適用於政府作出的或為政府的目的而作出的、與私人作出的作為相類似的作為。

因此，政府如作出私人並不作出的作為——例如規管企業及發牌等，條例草案便不適用。不修訂第3條，便會造成不公平及不一致的情況。舉例而言，如在一名印尼籍家庭傭工向警方投訴其僱主收起她的護照和個人物品時，有警官講了些貶低其膚色的話，亦不把她的投訴記錄在案，只着她"學習與僱主相處"，該警官可能觸犯了種族歧視。不過，由於這屬"警務工作"，而非"與私人作出的作為相類似的作為"，故不屬第3條的涵蓋範圍。該傭工可理直氣壯地問：為何平機會協助性別及殘疾歧視受害人，但不能協助她處理針對政府部門的申訴？

平機會可能須這樣回答：(1)就官方歧視提供補救方面，條例草案並不如《性別歧視條例》及《殘疾歧視條例》般理想；及(2)平機會的權力受制於條例草案的涵蓋範圍。沒有平機會的支持，種族歧視或騷擾的受害人大多會放棄投訴。平機會在執法過程中可給投訴人提供較

廣泛的補償，例如道歉及金錢賠償。條例草案第3條似乎要確保政府永遠無須就屬種族歧視或種族騷擾的真正"政府"作為，支付金錢賠償。

同樣重要的是，平機會並無權力調查可能違反《香港人權法案條例》的行為。因此，如不修訂第3條的用語，除非關係到該條所涵蓋的職能，否則平機會便不能調查真正"政府"政策方面的種族歧視指控，亦不能就政府政策提出司法覆核。平機會訴教育署長一案顯示了平機會執法權力的重要性，因為如非平機會提出司法覆核，也不知原來中學學位分配違反了《性別歧視條例》。

這引發一個有趣問題：如教育署設立一個歧視某些人種的官校學位分配制度，這個制度會否屬於第3條的涵蓋範圍？由於私人機構不會分配學生入讀官校，種族歧視的分配制度似乎不屬於第3條的涵蓋範圍。

簡言之，第3條是條例草案的一大弱點，如要保留，政府應提出具說服力的理據。礙於執法困難及補救措施較少，政府多番表明已受《香港人權法案條例》規管，並不足夠。立法機關須詢問，政府何以不能讓平機會在一切政府措施及政策上維護種族平等。

如不修訂第3條，最低限度亦應賦權平機會執行《香港人權法案條例》及《基本法》的平等條文。政府如有信心其政策符合《香港人權法案條例》，便不應害怕作出此舉。

本人假如是聯合國消除種族歧視委員會("消除歧視委員會")的委員，便會認為條例草案給予香港的少數族裔人士較差待遇，違反《公約》的規定。

此外，第3條似乎亦與某些其他條款有矛盾。舉例而言，第34條禁止在參選資格及獲委任為公共團體成員方面的歧視，而第3條則暗示條例草案只在政府作出私人可作出的作為時，才對其具約束力。這說明在加入條款縮窄條例草案的涵蓋範圍後所造成的不一致情況。

III. 界定種族歧視

在政府發表《諮詢文件》時，不少評論員建議政府納入《1976年種族關係法令》，以符合歐盟有關公平待人的指示。可惜，政府採納"古舊"的歧視定義，再使用限制性語言，令人較難證明歧視。條例草案所建議的歧視定義，較《1976年種族關係法令》薄弱。

條例草案第4(1)(a)條規定：

(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群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群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群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。

措辭與《性別歧視條例》第5條相若，但要連同第8條一併理解，才明白這定義實際上如何運作。第8條關乎“種族”、“基於種族”、“種族群體”的涵義以及各人士之間或不同種族群體之間的比較個案，《性別歧視條例》及《殘疾歧視條例》並無載列。

第8條似乎限制直接及間接歧視的定義，訂明：

(2) 基於第(3)款指明的任何事項而作出的作為，並不構成基於某人的種族、膚色、世系、民族或人種而作出的作為；而第4(1)(b)條不適用於關乎第(3)款指明的任何事項的要求或條件。

(3) 本款指明的事項為 ——
……

(b) 有關的人 ——

(i) 是否香港永久性居民；

(ii) 是否享有香港居留權，或擁有香港入境權；

(iii) 是否受根據《入境條例》(第115章)所施加的逗留限制或條件所規限；或

(iv) 是否根據《入境條例》(第115章)獲准許在香港入境或留在香港；

(c) 有關的人在香港的居住年期；或

(d) 有關的人根據任何國家或地方關於其國籍、公民身分、居民身分或歸化的法律所享有的國籍、公民身分或居民身分。

如本人理解正確，條例草案不會禁止下列廣告：

"招聘髮型師：法藉人士無須申請。"

"招聘會計師：須已居港最少20年。"

"本酒吧只准持美國護照的人士進入。"

一般人都會認為上述廣告屬歧視性質，希望平機會有權調查這些廣告所引致的投訴。假如政府採納《諮詢文件》所用的種族歧視定義，這些廣告便差不多肯定會構成種族、血統及人種的間接歧視。

然而，條例草案似乎不適用於上述情況。第42條明顯只禁止有違法歧視意圖的廣告。條例草案的*間接歧視*定義並不適用，因為條例草案在第8(2)至(3)條訂明，基於國籍、公民身分或在香港的居住年期而作出的作為，"並不構成基於某人的種族、膚色、世系、民族或人種而作出的作為"。條例草案似乎亦不適用於*間接歧視*的聲稱，因為第8(2)條訂明，"就第(3)款所指明的任何事項而言，第4(1)(b)條所載的間接歧視定義並不適用於要求或條件"。因此，就上述廣告向平機會提出的申訴不會獲得接納，因為未能說明有違法作為。雖然提供貨物及服務屬條例草案的涵蓋範圍，但廣告似乎並不構成違法作為。本人希望政府及立法者看到此不公平情況，並對第8條作出重大修訂。

政府何以不把廣告納入管制範圍呢？答案可能是草擬人員並不完全瞭解第8條會帶來的影響。政府就條例草案向立法會提供的參考資料摘要暗示，《公約》並無規定締約國須禁止國籍方面的歧視，但這並不意味履行《公約》的本地禁止歧視法例可完全容許基於國籍及居住年期理由而給予不同待遇，因為這些理由往往可造成種族歧視。消除歧視委員會及聯合國其他人權監察組織大有可能會認為，載有第8條的本地法例完全不符合《公約》及適用於香港的其他人權公約所訂的責任。

《性別歧視條例》及《殘疾歧視條例》並無載有與第8條相同的條文。另外，條例草案第4(2)至(5)條亦對間接歧視的定義加入諸多限制，所用措辭亦不載於《性別歧視條例》及《殘疾歧視條例》。第4條規定：

(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。

如此表述，令非法律界人士幾乎無法瞭解何謂間接歧視。上述限制及"有關情況"，亦可能令原告人無法證明有間接種族歧視的情況。被告人如符合第4(2)(a)條的"合理及相稱"測試或第4(2)(b)條的"並非合理地切實可行"測試，便可推翻間接歧視的指控。因此，被告人只須證明，他不施加某項要求或條件，並非合理地切實可行，便可就施加該項要求或條件提供合理理據，而無須理會就"合法目的"而言，該項要求或條件如何既不合理，亦無相稱關連。

舉例而言，某私人培訓中心招聘英語教師，要求申請人(1)須於香港的認可大學畢業，並提供修業成績表；及(2)提供現時居港大學教師的推薦信。在大多數種族歧視法例下，這些要求可構成表面的間接種族歧視，但僱主如符合條例草案第4(2)至(5)條"多加"語言的規定，便可證明施加要求，屬有理可據。

如不把第4條的"多加"語言刪除，便難以證明間接種族歧視。"循序漸進"的立法工作，帶來的竟然是一條更薄弱的法例，給少數族裔人士提供不平等的保障。

IV. 禁止歧視的理由

《公約》第一條把"種族歧視"界定為"基於種族、膚色、世系或民族或人種的任何區別、排斥、限制或優惠"，但消除歧視委員會認為，各司法管轄區應審視本身情況，制訂解決問題的法例和政策。就香港而言，政府應禁止歧視新移民。

政府認為，內地新移民受到的待遇，是"社會"歧視而非種族歧視，在有關種族歧視的法案中處理此類歧視問題，屬"原則錯誤"。然而，加入移民身分作為禁止歧視的理由，並無違反任何"原則"，尤其是這與民族緊密相連。唯一的解釋是，禁止歧視內地新移民的法例，會對享用某些公共福利的資格(例如居港7年的規定)帶來"負面"影響。其實，如屬可取，可豁免有關規定。

條例草案應明文禁止宗教聯繫方面的歧視，否則法庭可能會把某些宗教團體視為種族團體。根據英國《1976年種族關係法令》，猶太人屬於一個人種，但有些宗教團體則難以如此界定。因此，法例應明確納入"宗教聯繫或信仰"為禁止歧視的理由。

事實上，在香港這個多元社會，何不一併禁止宗教及移民身分方面的歧視，實無合理理由解釋。《性別歧視條例》禁止對婚姻狀況及懷孕的歧視，因為立法機關和政府認同，如不處理此等歧視，該條例無法解決性別歧視。同樣，宗教和移民身分亦與人種歧視相關，在同一法例處理，實屬合理。

政府在條例草案第5條建議禁止基於某人的配偶或親屬的種族或血統的歧視。這條文相當有用，但應予以修訂，以禁止基於某人的有聯繫人士的種族、血統、膚色、世系或民族的歧視。

擴大適用範圍，是有先例可循的。《殘疾歧視條例》禁止基於有聯繫人士的殘疾的歧視，而在處理實在的歧視個案中，這項條文證明甚具價值。

V. 結論

由於政府堅持以"循序漸進"的方式立法，少數族裔人士等待一條保障其權利的法例，已較性別及殘疾歧視受害人超過10年。如現時的條例草案是一條遠較《性別歧視條例》及《殘疾歧視條例》薄弱的法例，便會令人感到可耻。政府如不願意納入英國法例近年作出的漸進式修訂，最低限度亦應願意制定一條與香港現行反歧視法例一樣強硬(且範圍一樣廣泛)的法例。某條法例如明顯效力不足，便相當可能會違反《基本法》，以及香港在《公約》和其他國際人權條約下的責任。

如香港政府拒絕答允作出加強條例草案的修訂，則立法者及公眾便有權詢問：政府害怕甚麼？政府部門如已符合《基本法》及《香港人權法案條例》的平等條文，便不應害怕僅與《性別歧視條例》及《殘疾歧視條例》一樣強硬的條例草案。政府亦不應猶豫賦權平機會調查屬政府職能範疇的種族歧視指控。