

〈有關立法禁止性傾向、性別認同及雙性人身份歧視的可行性研究〉第一次研討會回顧。前瞻：性傾向、性別認同及雙性人身份@香港

從人權看性別平權

莊耀洸律師

香港教育學院專任導師、香港人權監察副主席

2014年6月29日

大綱

1. 相關歧視法律
2. 《性別歧視條例》
3. 有關性傾向及性別身份的國際標準
4. 國際標準在香港的實施
5. 聯合國建議

憲制法律

《基本法》 Basic Law

《公民權利和政治權利國際公約》
International Covenant on Civil and
Political Rights 1966 ICCPR

《經濟、社會與文化權利的國際公約》
International Covenant on Economic,
Social and Cultural Rights 1966 ICESCR

國際法 International Law

《世界人權宣言》 *Universal Declaration of Human Rights* 1948 UDHR

《消除一切形式種族歧視國際公約》
International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination 1965 ICERD

《消除對婦女一切形式歧視公約》 *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women* 1979 CEDAW

國際法 International Law

《兒童權利公約》 *Convention on the Rights of the Child* 1989 CRC

《保護所有移徙工人及其家庭成員權利國際公約》 *International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families* 1990 ICRMW

《殘障人權利公約》 *Convention on the Rights of Persons with Disabilities* 2006 CRPD

本地法 Domestic Law

人權法 *Hong Kong Bill of Rights Ordinance*, Cap. 383

性別歧視條例 *Sex Discrimination Ordinance*, Cap. 480

殘疾歧視條例 *Disability Discrimination Ordinance*, Cap. 487

家庭崗位歧視條例

Family Status Discrimination Ordinance, Cap. 527

種族歧視條例 *Race Discrimination Ordinance*, Cap. 602

2. 香港法例第480章

《性別歧視條例》

Sex Discrimination Ordinance,

Cap. 480

(SDO)

《性別歧視條例》適用範疇

1. 僱傭
2. 教育
3. 貨品、設施、服務及處所
4. 諮詢團體
5. 大律師
6. 會社
7. 政府

章：480 標題：性別歧視條例 憲報編號：
條：5 條文標題：對女性的性別歧視 版本日期：30/06/1997

(直接歧視:)

(1) 任何人如-

(a) 基於一名女性的性別而給予她差於他
給予或會給予男性的待遇；或 (b)...

即屬在就本條例任何條文而言是有關的情
況下，歧視該女性。

(背心男被拒入酒店餐廳)

SDO

(間接歧視)

(1) 任何人如-

(b) 對該女性施加一項要求或條件，雖然他同樣地對或會對男性施加該項**要求或條件**，但-

(i) 女性能符合該項要求或條件的人數比例，遠較男性能符合該項要求或條件的人數**比例**為小；

(ii) 他不能顯示不論被施加該項要求或條件的人的性別為何，該項要求或條件是**有理由支持的**；及

(iii) 由於該女性不能符合該項要求或條件，以致該項要求或條件是對她**不利**的，

即屬在就本條例任何條文而言是有關的情況下，**歧視**該女性。

SDO

(2) 如任何人根據男性的**婚姻狀況**而給予或會給予男性不同的待遇，則就第(1)(a)款比較女性與男性受該人的待遇時，須以婚姻狀況相同的男性和女性作比較。

(1995年制定)

SDO

條：6 條文標題：對男性的性別歧視 版本日期：30/06/1997

- (1) 第5條以及在第III及IV部中關於針對女性的性別歧視的條文，須理解為同樣地適用於男性所受的待遇；就此而言，該等條文經作出必要的變通後具有效力。
- (2) 在施行第(1)款時，不得考慮女性因懷孕或分娩而獲得的特殊待遇。

SDO

條：7 條文標題：在僱傭範疇對已婚等人士的歧視

- (1) 任何人如—
 - (a) 基於另一人的婚姻狀況(“有關的婚姻狀況”)，而給予該另一人差於他給予或會給予與該另一人性別相同但婚姻狀況不同的人的待遇；或 (b)... (間接歧視)

SDO

條：8	條文標題：在僱傭範疇對懷孕女性的歧視
條：9	條文標題：使人受害的歧視 (報復)
條：10	條文標題：根據第5(1)、7(1)及8條比較個案

(compare the like with the like)

根據—

- (a) 第5(1)條比較不同性別的人的個案；
- (b) 第7(1)條比較婚姻狀況不同的人的個案；
- (c) 第8條比較懷孕者與非懷孕者的個案，
- 只可將有關情況相同或無重大分別的**個案相比較**。

SDO

第22 條： 宗教教士等 特殊個案

- (1) 如為某有組織宗教的目的而作的僱用，只限提供予某一性別的人，以符合該宗教的教義或避免傷害其教徒共有的宗教感情，則本部不適用於該項僱用。
- (2) 如為某有組織宗教的目的而授予的授權或資格(按第17條所界定的授權或資格)，只限授予某一性別的人，以符合該宗教的教義或避免傷害其教徒共有的宗教感情，則第17條不適用於該項授權或資格。

SDO

43條: 歧視性的廣告

- (1) 任何人如發布或安排發布廣告，而該廣告顯示或可合理地被理解為顯示有人意圖作出憑藉第III或IV部而屬違法或可屬違法的作為，即屬違法。
- (2) 如意圖作出的作為事實上不會屬違法，則第(1)款不適用於有關的廣告。
- (3) 就第(1)款而言，在廣告中使用明確指出性別的字眼描述某工作，須被視為顯示有歧視的意圖，但如該廣告載明相反的意圖，則屬例外。
- (4) 被第(1)款定為違法的廣告，其發布人如證明—
 - (a) 安排發布該廣告的人曾向他作出陳述，謂由於第(2)款的實施，該項發布不會屬違法，而他是依據該陳述行事；及
 - (b) 他依據該陳述行事是合理的，
- 即無須就該廣告的發布負上第(1)款下的任何法律責任。
- (5) 任何人明知而作出或罔顧後果地作出第(4)款所提述的陳述，而該陳述在要項上屬虛假或有誤導性，即屬犯罪，一經定罪，可處第4級罰款。

SDO

條：48 條文標題：特別措施 版本日期：30/06/1997

- 凡任何作為是合理地擬—
 - (a) 在本條例有就其訂立條文的情況下確保某一性別或婚姻狀況的人或懷孕的人與其他人有平等機會；
 - (b) 向某一性別或婚姻狀況的人或懷孕的人提供貨品或使其可獲得或享用服務、設施或機會，以迎合他們在—
 - (i) 就業、教育、會社或體育；或
 - (ii) 處所、貨品、服務或設施的提供，方面的特別需要；
 - (c) 向某一性別或婚姻狀況的人或懷孕的人提供不論是直接或間接的資助、利益或活動安排，以迎合他們在—
 - (i) 就業、教育、會社或體育；或
 - (ii) 處所、貨品、服務或設施的提供，方面的特別需要，
- 則第III、IV或V部並不將該作為定為違法。

SDO

條：87 條文標題：合約的有效性及修正

附註：具追溯力的修訂—見1998年第25號第2條

(1) 符合以下說明的合約條款屬無效—

- (a) 將條款納入合約內會令該合約的訂立憑藉本條例而屬違法；
- (b) 條款是為了推展一項被本條例定為違法的作為，而納入合約內；
或
- (c) 條款就作出一項作為訂定條文，而該項作為如作出便會被本條例定為違法。

(2)...

SDO

3 類性騷擾 (第2(5)條)

- a. (i) 不受歡迎的性要求
- (ii) 不受歡迎涉及性的行徑
- b. 造成一個在性方面有敵意或具威嚇性的環境

SDO

區域法院可給予的補救(第76(3)(3A)條)

- (1) 宣告(並命令不重複或繼續違法行為或違反本條例的合約全部或部分無效)；
- (2) 賠償；
- (3) 須僱用或重新僱用申索人
- (4) 道歉

3. 有關性傾向和性別身份 的國際標準

International standards
re sexual orientation
and gender identity

性傾向和性別認同歧視的國際標準

聯合國人權事務高級專員納維皮萊指，**生命權、人身安全**和**免受歧視**之權利，乃**普世價值**，載於國際法之中。之所以引發爭論，原因之一是聯合國的文書沒清楚寫明禁止基於「性傾向」和「性別認同」的歧視。

性傾向和性別認同歧視的國際標準

《日惹原則》指「性傾向」為「每個人對異性、同性或多種性別的人發自內心的**情感、愛情和性吸引**，並與之發生親密關係和性關係的能力。」

性傾向和性別認同歧視的國際標準

「**性別認同**」：「每個人**對性別**深切的內心**感覺**和內心**體驗**，可能與**出生時**被認定的性別一致或不一致，這包括**對身體**的個人**感覺**(如果能自由選擇的話，這可能包括用**醫學**、**手術**或其他方法改變**身體外觀**和**功能**)和其他**性別表達**，包括**衣着**、**言語**和**獨特的行為舉止**。

性傾向和性別認同歧視的國際標準

《日惹原則》是指一系列與性傾向及性別認同相關的國際人權法律之應用原則 (2007年3月)。《日惹原則》源自2006年11月在印尼日惹市的Gadjah Mada 大學所召開的法律專家國際學術會議。此原則雖不具法律約束力，但對推動聯合國通過17/109號決議有重要作用。《日惹原則》簽署人名單包括萬延海。

國際標準：憲制機制

各國有義務保護女同性戀者、男同性戀者、雙性戀者和變性人（簡稱**LGBT**，本文稱作**性小眾**）的人權免遭侵犯，這是十分明確的權利，對所有成員國均具約束力。

人皆有人權，基於性傾向和性別認同的歧視違反國際法，聯合國將**國家**有關**義務**分成**五個核心範圍**：

國際標準：憲制機制

一.保護生命、自由和人身安全

據《世界人權宣言》第三條：「人人有權享有生命、自由和人身安全。」

國際標準：憲制機制

二.防止遭酷刑、殘害、不人道及有辱人格的待遇

據《世界人權宣言》第五條：「任何人不得加以酷刑或施以殘忍的、不人道或有辱人格的待遇或刑罰。」國家需為受害人提供追究和賠償的渠道，並有責任採取預防措施，包括培訓執法者和監測拘留場所。

國際標準：憲制機制

三.同性戀非刑事化

據《世界人權宣言》第二條，「人人有資格享有本宣言所載的一切權利和自由，不分性別.....或其他身份等任何區別。」

第七條：「法律面前人人平等，並有權享受法律的平等保護，不受任何歧視.....」

第九條：「任何人不得加以任意逮捕、拘禁或放逐。」

國際標準：憲制機制

第十二條：「任何人的私生活、家庭、住宅和通信不得任意干涉，他的榮譽和名譽不得加以攻擊。」

按2011年初的報告，尚有**76個國家**將成人同性間的自願性行為訂為**罪行**。有至少五個國家甚至將此罪行的最高刑罰定為**死刑**，包括**伊朗、沙特阿拉伯、蘇丹和也門**

國際標準：憲制機制

四.禁止基於性傾向和性別認同的歧視

據《世界人權宣言》第二條和第七條，人人有權不受歧視，並受法律平等保護。

據2011年初的報告：有**54**個國家有法律禁止基於性傾向在**僱傭**上的歧視。

受教育權問題特別報告員指：「性教育要做到全面，必須特別注意做到多樣性，因為每個人都有權處理自己的性行為。」

國際標準：憲制機制

世界衛生組織已在1992年將同性戀從疾病名單中刪除。酷刑問題特別報告員指，性小眾被迫施行**電擊治療**和其他厭惡治療，據報造成**身心損害**，而健康權問題特別報告員亦指，基於性行為和性傾向的歧視對健康影響深遠，妨礙他們享有經濟、社會與文化權利。此外，變性手術在許多國家均費用高昂，且很少得到政府政府資助或屬保險承保範圍。

國際標準：憲制機制

有些國家向未婚異性伴侶提供福利，而未婚同性伴侶則無福利，如退休金、繼承遺產、公屋租住權、使外國伴侶獲居民身份的機會。

國際標準：憲制機制

五.保障言論、結社和集會自由

據《世界人權宣言》第19條，人人有權享有主張和發表意見的自由，第20(1)條，「人人有權享有和平集會和結社的自由。」國家應以無所歧視的方式保障此等自由。

國際標準：憲制機制

聯合國上述對性小眾問題有較明確的立場和具條理的分析，始自2011年6月17日，人權理事會通過第17/19號決議，這是**聯合國**首次通過類似決議。贊成的有日、韓、泰、英、美、巴西及烏拉圭等**23國**，反對的主要是亞洲國家（如馬來西亞）和非洲國家，還有俄羅斯等**19國**，棄權**3票**包括**中國**。

國際標準：條約機制

《公民權利和政治權利國際公約》(ICCPR)保障性小眾權利。人權事務委員會在1994年*圖倫(Toonen)*訴澳大利亞案中，表示公約所提及的性別包括性傾向，將成人間私下和自願的同性性行為訂為罪行，被聯合國評為侵犯私隱和平等權。

國際標準：條約機制

人權事務委員會批評俄羅斯禁止不再恐同日遊行。

俄羅斯有關服飾標準亦被評為具歧視性。

委員會亦批評愛爾蘭拒絕為變性人更改出世紙性別，還建議愛爾蘭的民事伴侶立法建議不可歧視非傳統伴侶形式，包括納稅和社會福利方面。

國際標準：條約機制

《經濟、社會與文化權利的國際公約》(ICESCR)第二條保障性小眾免受歧視的權利。經社文權利委員會第20號一般性意見(2009年)解釋「**其他身份**」包括性傾向，不受歧視的保障範圍包括性別認同。委員會亦在第18號一般性意見，確認公約「**禁止在獲得和維持就業方面基於……性傾向的歧視。**」

4.國際標準在香港的實施

聯合國人權事務高級專員據上述**2011**年的歷史性議決，在同年**11**月向人權理事會提交一份十分重要的**報告**：「基於性傾向和性別認同對個人的歧視性法律、做法和暴力行為」。這份報告兩度提到香港，指**香港法院**藉詮釋一般性的反歧視條文保障性小眾。報告亦提到香港**小童群益會**在學校和青年中心提供心理輔導。

。

國際標準：條約機制

聯合國人權事務委員會在**1995年11月9日**對香港的審議結論中，關注《性別歧視條例》沒有禁止基於性取向的歧視，建議應制訂全面的反歧視立法。

1999年11月15日的**審議結論**指，「委員會仍然關注到，現行法例並未為基於種族或**性傾向**遭受歧視的人士，提供任何補救。香港特區應制定所需法例，確保公約第**26**條得到全面落實。」

國際標準：條約機制

人權事務委員會在其對香港於**2006年4月21日**的審議結論重申：「委員會促請香港特區制訂必要法例，以確保完全符合公約第**26條**的規定。」在**2013年3月26日**的審議結論，「委員會關注到**未有法例明文禁止性傾向歧視**，及有報導指私營機構歧視男女同性戀人士、雙性戀人士及跨性別人士（第**2及26條**）。」

國際標準：條約機制

「中國香港應考慮通過法例明文禁止因性傾向或**性別認同**而作出歧視，採取必需措施停止歧視或社會上抹黑同性戀人士，清晰表示不容忍任何人因性傾向或性別認同而遭任何形式的滋擾、歧視或暴力對待。此外，按公約第**26**條的規定，
「中國香港應確保**未婚同居同性戀**人士所享福利，與**未婚同居異性戀**人士一樣。」

國際標準：條約機制

聯合國經社文權利委員會自回歸前已關注香港的同志平權問題，在1996年12月6日對香港的審議結論，關注《性別歧視條例》沒保障個人的工作權利因不當考慮其私人性生活而受侵犯。

國際標準：條約機制

2001年5月11日的審議結論第15段指：「雖然代表團曾提議落實委員會在1996年的審議結論中所提出的建議，但有若干建議至今仍未實行，委員會對此表示遺憾，並特別重申對以下事項的關注：……(c) 香港特區未能禁止性傾向歧視和年齡歧視。」「委員會促請香港特區禁止有關性傾向歧視和年齡歧視的行為。」

國際標準：條約機制

經社文權利委員會在2005年5月13日對香港的審議結論表示：「香港特區至今仍未落實委員會在2001年的審議結論中所提出的若干建議，委員會對此表示**遺憾**，並特別重申對以下事項的關注：**(a)**現行的反歧視法例並未規管有關種族歧視、**性傾向歧視**和年齡歧視的行為。」「委員會再次促請香港特區落實**2001**年的審議結論**(E/C.12/1/Add.58)**和是次結論所載的意見和建議，並採取各項所需的具體落實措施。」

國際標準：條約機制

2014年5月23日的審議結論第41段指：「41. 委員會關注到針對一些弱勢和邊緣社羣，例如移民和內地移民、尋求庇護者及難民，以及基於**性傾向及性別認同**，尤其在僱傭、教育、醫護及房屋範疇，普遍及廣泛的歧視。委員會關注到中國香港缺乏全面的反歧視法例，並就《種族歧視條例》不包括基於國籍、公民身分、居住身分或在中國香港居住年期的歧視表示遺憾（第二條第二款）。」

國際標準：條約機制

2014年5月23日的審議結論第41段指：

“The Committee is concerned about the prevalence and widespread discrimination against some disadvantaged and marginalized groups, such as migrants and internal migrants, asylum-seekers and refugees, as well as on the grounds of **sexual orientation** and **gender identity**, particularly in employment, education, health care and housing. The Committee notes with concern the absence of comprehensive anti-discrimination legislation and regrets that the Race Discrimination Ordinance (RDO) does not include discrimination on the grounds of nationality, citizenship, resident status or the length of residence in Hong Kong, China (art. 2.2). ”

3.國際標準：條約機制

「委員會建議中國香港採取行動，制訂符合《公約》第二條第二款、全面的反歧視法例，並考慮委員會關於不受歧視享有經濟、社會與文化權利的第20號一般性意見（2009）。委員會重申其過往提出的建議（E/C.12/1/Add.107 第91段），並促請中國香港消除針對移民和從中國其他地區移居香港的內地移民的廣泛歧視行為。委員會並促請中國香港採取足夠措施，確保女同性戀者、男同性戀者、雙性戀者及跨性別人士能夠在不受歧視下，充分享有他們的經濟、社會與文化權利。」

3. 國際標準：條約機制

“The Committee recommends that Hong Kong, China take steps to adopt **comprehensive anti-discrimination legislation** in compliance with article 2, paragraph 2 of the Covenant and taking into account the Committee’s general comment No 20 (2009) on non-discrimination in economic, social and cultural rights. The Committee reiterates its previous recommendation (E/C.12/1/Add.107 para.91) and urges Hong Kong, China to eliminate the widespread discriminatory practices against migrants and internal migrants from other parts of China. The Committee also urges Hong Kong, China to take adequate measures to ensure that **lesbians, gays, bisexual and transgender persons** are able to fully enjoy their economic, social and cultural rights without any discrimination.”

4. 聯合國建議

聯合國人權事務高級專員在**2011年11月**提交人權理事會的報告中，提出維護性小眾權益的十點對成員國的建議，在此引述與香港尤關的其中三項：一，制訂全面的反歧視立法；二，促使變性人選擇性別得法律承認；三，為執法人員舉辦意識提升和培訓計劃，支持公眾教育運動，以抗衡一些公眾仇視同性戀和變性人的行為，並支持在學校的反恐同運動。

主要參考資料

1. 莊耀洸「從國際人權標準看性傾向和性別認同歧視」
黃美鳳《同志及跨性別平權報告》香港:香港基督徒
學會、女同學社、同志公民，2014年3月，頁72-76
2. 香港法例第480章《性別歧視條例》
3. 聯合國人權事務高級專員報告《基於性傾向和性別認
同對個人的歧視性法律、做法和暴力行為》
(A/HRC/19/41)，2011年11月17日
4. 聯合國人權事務高級專員辦事處《生而自由，一律平
等：國際人權法中的性傾向和性別認同》
(HR/PUB/12/06) 紐約和日內瓦：2013（原文英文版於
2012年出版）

主要參考資料

4. 聯合國秘書長潘基文講辭，2012年3月7日，2013年4月15日，2013年11月3日
5. 聯合國人權事務高級專員納維皮萊的講辭，2013年5月16日
6. 聯合國人權事務委員會關於香港的審議結論：CCPR/C/79/Add.57 (1995年11月9日)，CCPR/C/79/Add.117 (1999年11月15日)，CCPR/C/HKG/CO/2 (2013年4月21日)
7. 聯合國經濟社會與文化權利委員會關於香港的審議結論：E/C.12/1/Add.10 (1996年12月6日)，E/C.12/1/Add.58 (2001年5月21日)，E/C.12/1/Add.107 (2005年5月13日) E/C.12/CHN/CO/2 (2014年5月23日, 原文為英文，此中文版為香港政府譯文，只供參考之用)
8. 聯合國兒童權利委員會關於香港的審議結論：CRC/C/CHN/CO/2 (2005年11月24日)

@ 莊耀洸 (未經許可，不得翻印) (version as at 23 June 2014)