

性傾向歧視立法－需要與誤解

邵國華
性權會主席

第一次性傾向歧視條例草案的提出是1995年，前立法局議員胡紅玉女士以私人草案形式提出平等機會條例草案，包含性傾向歧視的保障；然而政府另起爐灶推出獨立的、覆蓋面較小的性別歧視條例（SDO）及殘疾歧視條例（DDO），最終政府的SDO及DDO順利通過，而胡的平等機會私人條例草案只好再分成三條以尋求通過，其中一條就是平等機會（家庭崗位、性傾向及年齡）條例草案，可惜在二讀時以24比31票給否決了。

政府深知民主派必會鍥而不捨地重提該條例草案，故在1996年1至3月進行了公眾諮詢。在此之前，當時的民政事務局局長孫明揚更委託嶺南大學進行獨立調查，研究公眾對不同性傾向及反歧視立法的意見，以引導性問題問公眾是否「介意與同性戀者握手」、「介意與同性戀者在同一泳池游水」及「介意入住同一酒店」等，這種近乎隔離政策（Apartheid）的引導，對不同性傾向人士極度不公，更給予公眾錯覺，認為社會大眾有權決定是否隔離小眾族群，以及小眾的權益應由大眾來決定。最後，政府稱收到超過85%的回應反對立法保障不同性傾向人士免受歧視。這次調查對日後的立法及倡議工作設置了不少路障。



1996年劉千石先生再以私人草案形式重提草案，過程中努力遊說支持及作出多項妥協，然始終未能獲得通過，以兩票之微（25對27）不獲通過，投反對票的民主派民協成員馮檢基、廖成利及投棄權票的獨立議員黃宏發頓成為歸咎的焦點。1997年政府再分拆草案提出，並通過家庭崗位歧視條例草案，使之成為法律。

1997回歸之後，由於立法會規定私人議案必須有兩院（地方直選及功能組別）過半數的支持才可通過，故此提私人草案的機會大大減少。

2002年理工大學做了1996年以來最大型的調查，再探討六年過後市民對同志獲得平權的態度，結果顯示，超過90%的受訪者認為同性戀者應該獲得與異性戀者平等的權利，超過70%認為同性伴侶應與異性伴侶享有平等權利。

大眾有權決定小眾命運嗎？

同志社群聯席歡迎調查結果，但重申小眾是否、於何時及如何被立法保障免受歧視，在於實質上小眾被歧視的狀況、程度、迫切性及所受的傷害，而不是從大眾對小眾社群的觀感、認同與否認、同情與厭惡來決定小眾的福祉。從來立法保障小眾免受歧視是基於公平原則及作為基本人權的角度，而不是依據公眾的喜惡來決定，反歧視立法是一個對政府的道德勇氣及政治決心去捍衛平等原則及自由人權的終極測試，政府有責任把問題放在一個人權／平等的框架內討論，而不

是躲在公眾意見／民意（public opinion）的背後。理大的調查，顯示有大多數人支持不同性傾向人士享有平等權利。調查結果並不應視為立法與否的依據，但它實質上粉碎了政府持不立法立場的最後掩護——民意。

同志有受到歧視嗎？

當然有，根據不同的調查顯示，同志在多方面受到歧視，包括就業、工作間、教育、醫療、房屋、稅務、文化、入境、刑事條例、社會服務、愛滋病預防及服務等等的範疇皆受到不公平對待。

立法消除性傾向歧視有何法理依據

所有國家的憲法都有平等保障的條款，包括香港特區的小憲法——《基本法》（第25條）。同時，由於《基本法》第三十九條明確訂明香港特區必須遵守國際人權公約（包括《公民及政治權利國際公約》（International Covenant on Civil and Political Rights，以下簡稱ICCPR）、《經濟、社會及文化權利國際公約》（International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights，以下簡稱ICESCR），及其他國際勞工公約等，而這些人權公約亦有不同的條款的平等保障，如ICCPR第二、十四、廿三、廿五及廿六條及ICESCR第二、七（丙）、十三條等，這些條款保障的權利包括普遍平等權利、刑事審訊的平等權利、平等婚姻的權利、平等參與公共事務及政治的權利、受法律平等保障的權利、工作上的平等機會



回到本地的視界，政府亦可能受到根據基本法及人權法的憲法挑戰，而迫於修改現行違憲的法例，及為性傾向歧視立法。當然，由於香港立法與司法制度獨立，性傾向歧視立法的催生只是從政治壓力的角度考慮，法庭不會及不能迫令立法會為性傾向歧視立法，但政府卻可仗著法院判決作為理據提出立法，政府亦大可躲在法院的背後來避過反對立法者的聲音。

有人會提出質疑——是否所有人都享有人權呢？同志有人權嗎？這問題吳敏倫曾有一妙答——同志是人嗎？這個表面上很荒謬的問題，確實會有人問。若果不是所有人都擁有，那誰人擁有，又誰人不應擁有？用甚麼標準來決定包含誰和排斥誰？要完整檢視這個問題，所需篇幅實在太大，姑且只處理目前的問題，亦即平等保障的人權。有人便從平等保障的條款中轉空子，請看ICCPR第二條作為例子：

人人得享受人權法案所確認之權利，無分種族、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、出生或其他身分等等。

這是一個非常標準的措辭，很多國際公約及國家憲法都用這種語言。有人會質疑，性傾向根本不包含在保障之列，亦即並非已羅列原因（enumerated grounds），故此根本不應獲得保障。以此推論，很多歧視的原因都不包含在內，是否因為這些原因被歧視的人就沒有人權？家庭崗位、婚姻狀況及殘疾並不包含在內，是否單親媽媽、已婚人士及傷殘人士就沒有人權呢？剛剛相反，我們的政府更加為這些人士立法，保障他們免受歧視；事實上，即使沒有反歧視立法，這些人士依然享有平等保障的（有限的）人權，因為公約所羅列的原因包含一項概括所有的「其他身分」（other status）。同理，性傾向也包含在「其他原因」之內，因已羅列原因不可能無限量延長；公約的精神是概括所有的原因，亦即人人平等的精神；另外，聯合國對應ICCPR的監察機構（人權委員會，Human Rights Committee）早在1992年已頒布一項裁決，在＜Toonen 訴澳洲＞一案中，裁決說明公約內有關「性別」作為一種保障原因已包含了「性傾向」，故此甚至不需依賴「其他身分」的定義。簡而言之，公約要求人人平等，包括不同性傾向人士。

港府為履行它的公約責任，必須為性傾向歧視立法，這不是說港府必須為所有歧視原因立法；正如我前面所述，是否立法、於何時立法及如何立法保障免受歧視，在於實質上的歧視狀況、程度、迫切性及所受的傷害。舉例說，香港是一個相





對地宗教自由的地方，要不然我們可能一早便為宗教歧視立法了。

剛才的問題——是否所有人都享有人權呢？看似荒謬，但提出者眾，例如我們尊貴的議員田北俊先生，他於1990年辯論非刑事化草案時便有以下偉論：

男女結合天經地義，是最正常不過的事，簡言之，我固守傳統的觀念，認為異性戀關係才是正確的關係……倘論證謂同性戀者的權利是一般權利的一部份，實屬謬誤。我認為人權宣言並不適用於此。人權宣言應被視為政治文件，不應包括諸如販毒人士、賭徒及行為變態者的「權利」，有關所謂「同性戀權利」的論據假定「同性戀」人士在道德上有權獲得社會人士接受或贊同。

不道德的人享有人權嗎？

他的主要論點在於同性戀不道德，但首先要問的是誰人的道德？誰來定甚麼是道德？有沒有宇宙性的道德？如果沒有的話，法律只可以憑藉「傷害原則」，在這原則被侵犯的情況下才可插手，非刑事化就是因為在成人同意自願情況下的同性性行為沒有傷害到其他人，故此要求法律停止介入當中；反歧視法例的存在就是因為有人因某原因被歧視而受傷害，所以才需法例的規管；歧視的態度、言論及行為，無論如何可惡、不道德，都不會受法律所懲罰，直至有人因此而受傷害。這原則是一致的。

且看看現有的反歧視法律，很多反歧視法律保障的原因，以至族群都會被提出道德的質疑。社會上不同的道德標準可能會認為離婚、再婚不道德，又或者未婚產子不道德，但這些道德批判不能／不應左右是否立法保障離婚、再婚人士及未婚媽媽不受歧視，無論你認為這些人多麼不道德，你都不可以解僱她或拒絕提供服務予她，因為她的工作表現與她的道德操守無關。

性傾向是可以改變的，為怎麼要保障隨時可變的選擇？

有人會提出，由於性傾向是可以改變的，是一種行為的選取，故此毋需為一些可改變的行為提供保障；這個論據背後的假設是，（1）異性戀以外的性傾向都是錯的，（2）不同性傾向人士受到歧視是他們行為的結果，（3）故此他們應改變他們的性傾向／行為來避免歧視，而不是立法反歧視。不可變身分（Immutable Status）只是眾多憲法平等保障的考慮點之一，並非唯一。對於不同憲法的平等保障法律分析，當中涉及很多因素，不能單單以是否可變身分來決定，這裏只能簡單略述其中幾個常用的考慮因素：（1）不可變身分（Immutable Status）、（2）基本自由選擇（Fundamental Choice）及（3）無關性（Irrelevance）。





不可變身分

性傾向究竟是身分還是行為？這裏我們簡單區分圍繞性傾向的定義，性傾向包括異性戀、同性戀及雙性戀，反對性傾向平權人士將之與其他性差異行為（paraphilias，中文未有更好翻譯，謹此致歉）混為一談，如性虐待與被虐行為（Sodomasochism）、群體性行為（Group Sex）、多性伴關係（Promiscuity）等，但事實上以上的性差異行為同時存在於異性戀及同／雙性戀群體之中，故性差異跟性傾向沒有必然關係。性傾向存有兩個元素，包括（1）對某性別的吸引（same-sex and/or opposite-sex attraction）及（2）與某性別的性行為。對於性傾向是一種先天傾向，還是後天學習的行為，學者還在爭論不休。法律不太關心傾向是先天還是後天形成，而是它是否可以改變。美國精神學學會認為同性戀的形成有先天因素，即使有後天因素，同性戀在孩童初期已形成，當事人不可能逆轉孩童期的發展，學會亦未見過能通過嚴謹科學驗證的成功改變性傾向例子，故此學會抱持性傾向為不可改變身分的立場。當然有宗教團體引述史匹沙醫生（Dr Robert Spitzer）的研究說，在他的研究對象中，有66%的男同性戀者及44%的女同性戀者有良好的異性性行為功能，但完全沒有雙性戀人士的資料，令人懷疑他的受訪對象中可能有很多都是雙性戀，具有異性性行為能力不足證明性傾向已改變；即使是壓倒性的同性戀者能顯現異性性行為能力亦不足以證明他／她們沒有受同性吸引，加上大部分（三分二）的受訪者皆為針對同性戀的教會（ex-gay ministries）及主張治療同性戀的組織（NARTH）轉介的，可靠性成疑。即使整個研究的結果是可靠的，它只能證

明同性性行為是可變的，卻沒法證明對同性的吸引可以改變，性傾向有沒有改變不得而知。

即使性傾向（包括吸引及行為）是可以改變的，是否代表它不應受到保障？不可變身分很容易被法庭接納為保障原因是事實，如性別、種族、殘疾及生於單親家庭的兒童等，但更多的歧視原因是可變身分，如婚姻狀況、家庭崗位、單親父母、短暫殘疾、宗教信仰、工會會員等。但法例同樣保障這些原因，上述前四項更是香港現行歧視法例已保障的原因，所以性傾向是否不可變身分不能決定是否立法消除歧視。

另一種論點同樣持性傾向是可變的觀念，但側重點在於法律不應保障某些個人選擇，當事人應該對所選擇的行為負責云云。沒錯，所有人都應該對所做的行為、選擇負責，如離婚人士、單親父母及未婚媽媽可能會承受某些價值／道德批判（不代表他們應該承受批判），但當這行為、選擇被報之以歧視及傷害時，法律便有必要介入。法律之所以介入，在於此等歧視、傷害行為侵犯了上述人士的基本選擇自由（fundamental choice），如婚姻（包括離婚）的自由及生育的自由。同理，即使同性性行為及關係是一種選擇，它仍然應受到基本選擇自由的保障，包括個人私隱權、婚姻及家庭生活權及平等對待權等。

基本自由選擇

當然亦有人提出同性性行為的權利根本不是基本選擇權



無關性

性傾向歧視立法鼓吹同性戀？

另一反對論點為，性傾向歧視立法會鼓吹更多人「成為」同／雙性戀；首先要問的問題是：同／雙性戀有何問題？多了同／雙性戀又如何？第二，立法反歧視便會鼓吹某類人出現？不要忘記，性傾向歧視同樣保障異性戀者，那會不會反而鼓

吹了更多人成為異性戀者？再者，我們以異性戀為中心的社會、家庭、福利政策鼓吹了幾個世紀的異性戀事業，為何還有這十分一寧死不屈的同性戀者不肯「轉軌」？參考性別歧視條例，它也保障婚姻狀況，那是鼓吹了人去結婚還是離婚、再婚？難道懷孕歧視的條例，鼓吹了更多人生孩子嗎？第三，「鼓吹論」只在性傾向可任意改變的假設之上，在未有科學根據之前，「鼓吹論」不成立。最後，即使性傾向可以改變，誰會想「成為」備受白眼、誤解、偏見（而這些價值批判是沒有法律保障的）的同／雙性戀者？

性傾向歧視條例（不）包含些甚麼？

性傾向歧視條例若有機會立法，將會由政府提出，政府已成立性小眾論壇，跟種族歧視條例立法前成立的人權論壇相若。政府亦已公布有計劃進行一項民意調查及公眾諮詢，調查公眾對保障性傾向免受歧視的意見。側聞政府亦有意成立類似種族關係小組（Race Relations Unit）的架構，處理有關性傾向歧視的個案；這一切舉動跟種族及其他範疇的反歧視立法十分相似；故此，估計性傾向歧視立法，已有計劃預備／進行中。

性傾向歧視條例草案將會基於其他條例的範模來草擬，性傾向歧視條例旨在消除基於性傾向及有關原因（可能包括性別認同，政府現時定義的性傾向包含跨性別人士，故真正立法時可能包括性別認同為保障原因之一）的歧視。條文應該保障

真實性傾向與直覺性傾向（Actual Sexual Orientation and Perceived Sexual Orientation）有何分別？

92

中小企業應享有豁免／寬限期嗎？

現有的歧視條例並沒有豁免中小企業，只是條例草案引入時，設有三年的暫緩執行的寬限期。比較《性別歧視條例》及《殘疾歧視條例》，《性傾向歧視條例》所需的調節相對地少。中小型企業不應享有豁免，一至兩年的寬限期尚可接受，讓中小企在人事政策及設施上作出適當調節，

慈善團體及志願組織會被豁免嗎？

根據現行《性別歧視條例》及《殘疾歧視條例》，對慈善團體及志願組織皆有所豁免。若性傾向歧視條例草案引入此豁免的話，慈善團體若提供只針對某一性傾向的服務，並且該等服務在其慈善文書中（例如憲章）指明，則不被視為違法。然而，對於志願團體，該等服務則不需明文指定，亦可享有豁免；例如，少年警訊不能拒收同性戀會員，但非牟利志願團體如童軍會便可能獲得豁免。香港現時的教育及社會服務有很大部分均由志願團體提供，若它們的服務都可獲豁免的話，對少數性傾向人士獲得平等服務的機會，影響重大。

宗教團體會獲豁免嗎？

估計到了立法階段，宗教團體會爭取多項豁免，但豁免不能寬於現有的性別歧視條例所給予的，亦即宗教團體在聘請員



工及授權人員作宗教活動範疇內的豁免，包括教會內所有授薪員工及所有受薪及非受薪神職人員，但若以性別歧視條例為藍本，則不包括平信徒聚會及事奉的權利，特別是行政而非宗教的事奉，如會計、網頁設計者、指揮、執事等。

宗教團體同時開辦學校、社會服務等，該等執行非宗教功能的機構便不應獲得豁免，但估計某些宗教團體會對此有很大反彈。