

### 法好实施难？对香港残疾法的实证研究

Carole J. Petersen

香港大学法学院

E-mail: [carole@hku.hk](mailto:carole@hku.hk)

**【摘要】** 尽管香港的《残疾歧视条例》早于 1996 年便已开始实施，但由于该法的实施模式鼓励私下调解，因此迄今为止依据该条例提起的诉讼案寥寥无几。本文随机抽取了 451 个控告作为样本，并对部分机会平等委员会官员、控诉人、残疾权利组织代表及被控诉人进行了访谈，是针对香港残疾歧视条例实施程序开展的第一个实证研究。研究揭示了现行实施模式的薄弱之处，并对华裔控诉人更喜欢以调解方式为处理程序这一臆断提出了质疑。

#### 简介

香港的《残疾歧视条例》（以下简称残疾条例或 DDO）曾被誉为“亚洲影响最为深远的”残疾人保护法之一（Degener, 2000, p. 185），并被视为区域内残疾法的典范（UNESCAP, 2001, pp. 22-7）。其实施以来，香港公平机会委员会已经收到两千四百多起控告，表明残疾人群体愿意运用该法来维权。但是，由于大多数控告都是以一种秘密的调查及调解方式解决的，导致很难真正去评估此条例的效果。尽管已经实施近十年，依据该法提起的重要诉讼却仍是屈指可数。因此，需要一项深入细致的研究来评价调解程序以及由此取得的救济的效果。

文章的第二部分将介绍残疾条例的实体部分及实施模式；第三部分将分析从随机的 254 个与残疾有关的控告中取得的数据，这些数据表明与残疾有关的控告比性别歧视控告更不易调解，且更不易达成实质性的救济方案。第四部分主要是对公平机会委员会官员和参与过调查调解程序的个人进行的访谈，这一部分对一般认为的假设，即华裔香港人中存在一种倾向于调解的文化提出了挑战。很多受访人都认为要获得公开听证存在着诸多障碍，残疾条例的制度影响非常有限。不仅如此，受访人还将调查与调解程序描述为一种具有高度对抗性的程序，其对抗性远远高于当初条例生效时所预想的程度。与这种高度对抗性不配套的是，控告人很少有代理人，而且也很难从坚持高度中立原则的平等机会委员会官员处获得法律建议。文章将在结尾处把研究结论同其他法域（美国、英国、澳大利亚）进行粗略比较，并探讨法律改革的可能性。

#### 香港残疾歧视条例及其实施模式

殖民地政府一开始是反对进行反歧视立法的，理由是反歧视立法与香港的自由放任经济政策会产生冲突。一直到香港回归中华人民共和国的过渡期间，殖民地政府才转变了立场，这一段过渡期同时也是人权意识不断攀升和许多重大法律改革措施出台的阶段（Petersen, 1996）。1991 年生效的《香港人权法案条例》确立了公共领域中一般性的享受平等待遇权（Byrnes, 1992）。1994 年，一位独立的立法会议员提出了一项公平机会法案，主张禁止在公私领域中基于残疾、性别、种族、年

龄、性取向等各种因素的歧视 ( Petersen, 1996 )。为了挫败这项立法提案，政府方面很不情愿地提出了两项范围窄得多的法案：性别歧视法案和残疾歧视法案。最后生效的残疾条例其实是公平机会法案和政府提出的残疾歧视法案的综合体。

1996 年年末，残疾条例正式生效，明令禁止基于残疾而歧视、骚扰和中伤。条例将“残疾”一词定义为：

*该人的身体或心智方面的机能的全部或局部丧失；  
全部或局部失去其身体任何部分；  
在其体内存在有机体而引致疾病；  
在其体内存在可引致疾病的有机体；  
该人的身体的任何部分的机能失常、畸形或毁损；  
由于失调或机能失常引致该人的学习情况与无此失调或机能失常情况的人的学习情况有所不同；或  
影响任何人的思想过程、对现实情况的理解、情绪或判断、或引致行为紊乱的任何失调或疾病，*  
( 《残疾条例》，1995 年，第 2 条 )

此定义取材于 1992 年的澳大利亚残疾歧视条例，根据这一定义，判断是否存在残疾不需要有证据表明有关状况会带来长期性、严重性有害后果。此外，残疾条例还禁止基于曾经存在但已不再存在的残疾、在将来可能存在的残疾、归于任何人的残疾而歧视，同时禁止歧视与残疾人有联络的其他人。正如澳大利亚的立法评论者所言，这样的定义可以避免关于原告究竟是否有残疾这样的争论，而将重点放到被指控的歧视事实上 ( Basser and Jones, 2002 )。

香港的残疾条例适用于广泛的领域，包括就业、教育、住房福利、政府项目、商品和服务的提供等等。条例要求雇主为雇员在受雇阶段从事的歧视行为承担替代责任，除非雇主采取了措施来防止非法歧视行为。这样一来，雇主们就有了动力去制定有关禁止歧视和促进机会平等的政策 ( Petersen, 1999 )。

当雇主能证明没有残疾是一项真正的职业资格，或者当残疾人士无法执行某项工作的固有要求，或者当残疾人士要完成某项工作必须借助于合理的迁就，而这种迁就将给雇主带来不合情理的困难时，残疾条例为雇主提供了责任豁免。类似的“不合情理的困难”抗辩也可适用于教育、房产、商品和服务等领域，雇主应承担举证责任，法院在判定时一般会考虑到雇主的财务状况。不幸的是，本地的法学理论并不探讨何为“合理的迁就”，或者何为“不合情理的困难”。好在相关的雇佣实务守则列出了一些“合理迁就”的例子，如对工作场所的改造、工作设计的更改、设备的提供及改装等 ( 《残疾条例雇佣实务守则》，1996 )。

残疾条例规定的救济方式也取材于澳大利亚法。法院可判处金钱赔偿、惩罚性损害赔偿、可发出雇佣令或重新雇佣令，以及命令“答辩人须作出任何合理的行为或一连串的行为以舒缓申请人所蒙受的损失或损害。”在曾经提起的有限的诉讼案当中，法院命令一位出租车司机向一位轮椅使用者支付赔偿并道歉 ( *Ma Bik Yung v Ko Chuen*, DCt, 1999 )，但是上诉法庭部分推翻了原判，认为在残疾

条例之下区域法院无权命令答辩人道歉 ( *Ma Bik Yung v Ko Chuen*, CA, 2000 ; 参见 Peterson, 2000 对此判决的批评 ) 。终审法院不同意上诉法庭的意见 , 认为法院可以命令答辩人道歉 , 但由于这种命令干扰到言论自由 , 因此只能在极少的情形下适用。虽然本案当事人未就赔偿数额问题上诉 , 终审法院却基于有效救济对于残疾歧视和骚扰的重要性 , 在判决中对原判赔偿额太小提出了批评 ( 原赔偿额为 10,000 港元 , 约合 1,250 美元 ) ( *Ma Bik Yung v Ko Chuen*, CFA , 2000 ) 。

然而 , 大多数的控告并不能获得法院判决或法院命令的救济。政府所建议的执行模式奠基于一种假设 , 即大多数控告都应通过秘密的调查及调解程序来解决。这种假设受到商界以及那些主张软处理更适合香港儒家传统和自由市场经济政策的评论家的欢迎 ( Ng, 1994, pp. 124-5 ) 。但也有一些社团组织对于强制性调解持谨慎态度 , 担心会因此削弱法律的效力 , 结果就形成了一种允许但不鼓励诉讼的折中模式。尽管当事人可以直接到区域法院提起诉讼 , 但很少有人会这样做 , 因为香港的律师费用很贵 , 而且律师不能进行风险代理。几乎所有的控告最初都是向公平机会委员会提起的 , 公平机会委员会提供免费调查的服务 , 但同时 , 公平机会委员会在协助当事人进行诉讼前 , 具有法定的调解义务。

残疾条例并未对“调解”(conciliation)一词进行定义 , 实际上它在不同的法域和不同上下文中的含义也不尽相同。有时其泛指促成式谈判 , 有时与 mediation 一词替换使用 , 有时指由第三方来执行法定权力的程序 ( Astor and Chinkin, 2002, pp.85-86 ) 。在某些语境中 conciliation 被认为比 mediation 的第三方干涉性更强 , 但在有些语境中却正好相反 ( Sternlight, 2004, p. 1406, n. 7 ) 。在澳大利亚 , 为了解决歧视案件中双方当事人权力不均衡的问题 , 调解人扮演的角色非常活跃 ( Australian HREOC, 2004 ) 。有人或许会期待香港平等机会委员会也会跟澳大利亚的风 , 毕竟制定法的规定是近似的 , 而且平等机会委员会也确实从澳大利亚的反歧视执行机构处学到了相当一部分运作程序。但是 , 正如本文接下来要指出的 , 香港平等机会委员会对其保持中立的义务看得更重。

如果香港平等机会委员会决定给与当事人法律援助的话 , 那么其中立义务会消失 , 而相关控告就会被转移到法律服务部门。但控诉人在参加调解会议时并不知道她是否会获得法律帮助 , 因为她只能等到控告“调解不成功”之后才能申请法律援助。控诉人会被提醒 , 她不一定能获得法律援助 , 而平等机会委员会的记录也的确表明能成功申请到法律援助的原告不到一半 ( Hong Kong EOC, 2003, p. 31; Hong Kong EOC, 2005, p. 81 ) 。这样一来 , 控诉人们实际上被鼓励在调解中接收对方开出的条件 , 因为她们付不起私人请律师的费用 , 又不愿在程序中一无所获。而答辩人却缺乏合作的动机 , 他们很清楚控诉人提起诉讼的可能性很小 , 即便控诉人侥幸获得了平等机会委员会的法律帮助 , 他们仍然有机会同对方协商结案。

这种制度的效果表现为 , 获得平等机会委员会某种支持而最终提起诉讼的案件数目非常小。在我们的 451 个样本案例中 ( 分别是根据三个不同的反歧视条例而提起的控告 ) , 只有 71 个 ( 16% ) 被视为“调解不成功” , 这部分案件中有 32 件 ( 45% ) 的原告申请了法律援助 , 但平等机会委员会只同意提供 12 件案子 ( 占 17% ) 的全权代理服务 , 在剩下的 20 起案件中 , 15 起被拒绝 , 2 起只提供基本的法律咨询服务。在获得法律援助的 12 起控告中 , 又有三分之二 ( 9 起 ) 在法律诉讼提起前被协商

解决，1 起原告撤诉。在我们的研究结束之时，公平机会委员会手中只剩 2 起案件准备以司法程序解决，就算是这 2 件案子也被期待着能够以调解方式结案。

### 从随机的控告样本中搜集到的数据

我们的数据来自于随机抽取的 451 件控告，为 9 个月的期间内公平机会委员会所办结的所有控告案。本文虽然集中讨论的是 254 个与残疾有关的控告，但也会把这些控告与根据性别歧视条例（SDO）和家庭岗位歧视条例（FSDO）而提起的其他 197 桩控告进行比较。

这 451 起案件共涉及 305 个原告。大多数原告在被指控的歧视行为发生之时都是处于有工作状态的，他们主要从事的是书记员、销售及与服务有关的工作，或者是工厂工人及体力劳动者。但是到他们提起控告之时，有近半都已经失去了工作（依 DDO 提起控告的失业比例为 49.6%，依 SDO/FSDO 提起控告的比例为 46.3%）。305 名原告中只有 132 名可以提供收入信息。在这部分原告中，依据 DDO 提起控告者的月收入中间值为 10,000 港币（1,250 美元），依据 SDO/FSDO 提起控告者的月收入中间值为 13,200 港币（1,650 美元）。

在公平机会委员会程序中，大多数原告（83.6%）都是自己做自己的代理人，还有 9.5% 的原告是请自己的配偶或父母做代理人。在剩下的案件中，代理人则是非政府组织、商会或者（在极少情形下）律师。大部分控告（62%）告的是政府部门或私人企业。从性质上讲，这类被告必须有人代理才行。约 12% 的被告在公平机会委员会程序中的某个阶段会有代理，但只有 6.9% 的被告以外聘的律师作为代理人。私营企业一般会以企业所有人、董事长或公司总经理为代理人。政府部门则倾向于派出部门负责人、行政或人事官员或者资深的政府官员为代理人。

这 254 个与残疾有关的案例所涉及的残疾类型包括身体残疾（27%）、慢性疾病（23%）、精神错乱（19%）、生病（11%），以及视力、听觉或语言障碍（11%）。还有一小部分原告所主张的是被归咎的残疾，或未指明内容的残疾。

样本案件中最常见的被指控行为为解除职务或者雇佣程序中的歧视，共 91 起（36%）。第二大类被指控行为主要针对商品和服务提供中的通行或者残障设施，共 58 起（23%）。这一类当中有约一半都是指控被告未能充分提供供轮椅使用的通道或空间，这在香港是一个普遍存在的问题。另有 40 起案件（16%）指控的是对残疾人的骚扰或中伤。

有 7 起控告产生于被媒体所广泛报道的“丽晶花园案”。九龙湾健康中心邻近的丽晶花园有一小部分住户，因相信该健康中心的病人包括艾滋病人，而对健康中心的病人和雇员进行骚扰，并阻碍他们进入中心，试图把健康中心驱赶出该区域。公平机会委员会鼓励有关人士提起控告并最终与被告达成和解。此案终结后，委员会就此发布了一份报告，督促政府和警察部门采取更加积极姿态来预防类似事件（Hong Kong EOC, 1999, pp. 36-37）。

在我们的样本库中，与残疾有关的控告的撤销率为 52%，比 SDO/FSDO 控告的撤销率 44% 要高很多。当控告未能指控非法行为，或者控告乃是基于误解而提出，或者当控告缺乏实质内容时，公平机会委员会有义务撤销案件。一共有 70 起控告（共占样本总数的 26%）因为上述理由之一而被撤销。我们找不到理由质疑公平机会委员会的上述撤销决定。更令我们关注的，是 55 起（22%）由原告主动撤销的案件。有些案件原告之所以会主动放弃，是因为公平机会委员会指出此案胜算小，或者因为原告对于被告的答辩不知如何回应。我们的访谈（下面会讨论）表明许多原告人在调查程序中感到懊恼或精疲力竭，认为能够获得的救济不足以补偿过程中所付出的努力。

公平机会委员会过去的做法是在开始调解程序之前，对每一起案件都进行调查。但就在我们的研究进行期间，公平机会委员会开始尝试启动一种“早期调解”程序，后来这种程序变成了一种通常做法。根据这种做法，公平机会委员会在进行调查之前就会邀请双方当事人到场进行调解。之所以会采用这种新的实践，部分是因为公平机会委员会的案件量增大，而且委员会的官员们还发现，在程序的早期阶段双方更愿达成妥协，原告们会放弃拖得过久的控告。如果早期调解失败，案件则会进入完全调查及调查后的调解程序。

在全部 451 件样本案件中，229 件（51%）进行了某种程度的调解。其中，158 件可归类为调解成功，71 件不成功。因此，在所有最终进入到调解程序的案件中，有 69% 达成了协议，使得全部 451 件样本案件的调解成功率达到 35%。同澳大利亚相比，这个比例听上去还是合适的（Hunter and Leonard, 1995; Ierodiaconou, 2005）。

但值得注意的是，我们的样本库中和残疾有关的案件的调解率仅为 29.5%，远远低于 SDO/FSDO 案件 43.1% 的调解率。这部分是由于与残疾有关的案件中中途撤销中止的可能性更大，也因为残疾案的当事人即便进入了调解程序也很难达成协议。在 121 桩经过了调解的残疾案件中，75 件（62%）调解成功，46 件（38%）未能成功。相比之下，在 106 件经过调解程序的 SDO/FSDO 案件中，调解成功的为 81 件（76%），只有 25 件（24%）未能调解成功。

对于调解失败的 46 件残疾案件，我们查阅了相关的答辩文件和案件处理记录，以试图找出调解不成功的原因。其中有 24 桩案件（共占调解不成功 DDO 案件的 52%），其记录表明被告或者不承认自己有任何不当行为，或者干脆就拒绝参加调解程序。有 17 桩案件（37%）的双方当事人参加了调解但不能达成协议。只有 5 起案件（11%）是原告拒绝调解或者拒绝考虑被告提出的要约。这些数据表明现行的制度施加于被告方的压力更小。并不是说所有进入调解程序的案件都是理据充分的案件，也不是说被告在认为原告完全无理时也应该主动给予救济。但不管怎样，这些数据至少说明样本案件中的被告们有一种自信，即他们可以拒绝做出让步。就算原告对于案件本身自认为理据充分，他们感受到的妥协压力也明显高于被告。这是一种正常的反应，因为如果原告拒绝调解或者拒绝接受被告合理的要约，公平机会委员会是不太可能给予原告法律援助的。

进入调解程序的残疾 *歧视* 控告一般寻求的救济类型为：金钱赔偿（24），提升或增加通道、灵活性或设施（21）以及道歉（17）。在调解的案件中，21 起中的 16 起获得了通道、灵活性或设施的提

升或完善，24起中的10起获得了金钱赔偿，17起中的7起获得了道歉。在残疾骚扰控告案中，原告寻求的救济一般首先是道歉（14），然后是金钱赔偿（5）。在调解的骚扰案中，7起获得了道歉，1起获得了金钱赔偿。

金钱赔偿的使用频率低是本研究发现的有趣现象之一。原因之一是很多的原告本身所主张的就是非金钱救济，而且被告也很不愿意提供经济解决方案。尽管经过调解的121起残疾案件中有29起（24%）主张了金钱救济，但只有11起成功如愿（9%）。寻求金钱赔偿的大多数残疾案件都发生在雇佣关系中，而且大多被划为“调解不成功”之列。

残疾控告案件所获得的金钱赔偿数额一般较小。在11起成功获得金钱赔偿的案件中，赔偿数额的中间值是12,000港元（合1,539美元），没有一起案件获得的赔偿额高于50,000港元（6,250美元）。相比之下，在24起获得金钱赔偿的性别歧视案件中，中间值为30,000港元（3,750美元），其中还有8起案件的赔偿案超过了50,000港元。

要求改善无障碍通行设施或者建筑通行灵活性的案件占了经过调解的全部121起案件中的22起（18%）。其中17起案件（14%）当事人成功达成所愿。最常见的这类请求如要求在建筑物中建设轮椅通道，排除轮椅通行的障碍等。

尽管香港是现代化都市，拥有令人惊叹的现代建筑群，但在残疾设施和无障碍通道建设方面远不如美国的城市。许多预算庞大的公共机构在建设旧楼时都未设置残疾通道。一方面是因为残疾歧视条例的实施依赖于个人的控告，而有残疾的人群则学会了避免进入无残疾通道的建筑。这更进一步将残疾人群隔绝于社会之外，使他们针对建筑物业主提出控告变得更加不可能。绝大多数有关残疾通道的控告所涉及的都是残疾人士难以避免的一些建筑，比如说她的公寓楼，小区内的购物中心或者公共汽车站等等。

在所有进入调解的控告中，要求提升通道设施的诉求明显比要求金钱赔偿的诉求更易获得想要的救济（前者成功率为77%，后者成功率仅为38%）。由于建设轮椅坡道或者改良建筑物都需要花钱，这类诉求之所以获胜率更高估计是由于证据原因。一项有关残疾通道设施的控告比一项有关非法解聘的控告更易证明，因为在非法解雇的案件中，雇主通常会以其他理由来为其解雇决定辩解。

我们注意到，案例样本库中的许多残疾通道设施案件都得到了一个残疾人权利组织的某种程度的援助。该组织名为康复联盟（Rehabilitation Alliance），在处理公平机会委员会程序上经验十分丰富。此外，残疾通道设施类案件中的被告往往是公共机构，如房屋署。一旦原告提起控告，被告很难以自己缺乏有关资源进行必要变更为由为自己开脱。但是，此类控告必须经由公平机会委员会进行处理这个事实本身却是令人忧虑的。因为一般人会认为政府部门应该直接处理针对其公共建筑物轮椅通道和设施的诉求，以免公共机会委员会投入人力物力来调查和调解。在部分案例中，房屋署就采取了直接将控告人重新安置到其他住宅中的办法，以避免或者拖延对建筑进行改造。但是这样的救济虽然改善了原告的处境，却没有改变原来的建筑物仍然缺乏残疾通道这个事实。根据我们对公平机会委员会官员的访谈，私人建筑的业主一般更为抗拒对建筑物进行改造。在面对通道指控时，他

们往往会援引“不合情理的困难”来抗辩。由于缺乏对于该法律问题的法理研究，原告也好、公平机会委员会的官员也好，都很难判断如果提起诉讼的话，被告抗辩成功的可能性有多大。

### 访谈结论以及对实施模式的矛盾期待

我们对公平机会委员会的官员们进行了访谈，访谈对象包括委员会中有代表性的各种人群，包括主席，负责调查和调解控诉的官员，法律服务部门、残疾部门和性别部门的负责人等。我们还选择性访谈了一些过去的控诉人，以及曾经为他们提供过法律援助的妇女组和性别组的代表。尽管我们没能找到愿意接受访谈的个人被告，我们仍然想办法访谈了一些曾以律师、法律顾问、人力资源经理等身份代理过被告的人，或者在被告机构中负责处理此种事宜的雇员。虽然我们的控告案例库是完全随机的，访谈对象却并非随机选择的。在选择访谈对象上，我们依赖的是公平机会委员会和社区组织的相关联络人，他们对于程序的看法未必有代表性。我们在本文讨论的观点大多数来自部分访谈对象的评论，他们的观点与公平机会委员会官员对于程序的看法，以及官员通过与当事人打交道而获得的感受是一致的。凡观点不同之处，本文在讨论中已经指出。

我们首先会就调查阶段询问访谈对象。部分前控诉人表达了他们对于公平机会委员会或者其中特定官员的感激之情。但是，原告方的访谈人一般会使用“无力”、“消极”、“冷漠而官僚”，以及“缺乏对于公平的真诚奉献”等词眼来描述公平机会委员会的官员。当我们询问为什么会产生这些负面印象时，我们发现在当事人对公平委员会的期待和现实之间存在着巨大的差距。很多控诉人会期待公平机会委员会的官员走出办公室，像警察一样积极搜索证据。但实际上，公平机会委员会的官员多半是呆在办公室中，他们依赖当事人自己提供证据。公平机会委员会的官员可以帮助当事人撰写投诉状，记录表明官员们会花大量的时间，根据口头信息来起草投诉状。他们还会起草对被投诉人的通知书以及要求被投诉人提供信息。但是，官员们并不给与投诉人其他额外帮助，依据是他们应该保持中立立场。这种状况是有问题的，因为被告往往比原告的法律知识更丰富，更有能力取得证据和相关的支持文件。一位受访人向我们回顾了一起案例，其中被指控人指出，要在建筑中增建轮椅坡道需要耗费一大笔钱。控诉人和支持控诉人的组织怀疑被告夸大了可能的费用，但却无法证明这种怀疑。而公平机会委员会的官员在类似情形下是不愿去否定被告的，除非控诉人能够提出另一种预算，按照公平机会委员会的说法，提供证据并非他们的责任。

来自控诉人一方的受访人对他们回应被告提交给公平机会委员会的答辩“法律”文件时遇到的困难进行了评述。公平机会委员会一般不会对这些“法律”信进行解释，他们最多是在法律信之外再附信一封，要求控诉人在指定的期间对被控诉人答辩进行回应。我们访问的公平机会委员会的官员们也确认，控诉人面对这一程序时经常手足无措，并会要求帮助。但公平机会委员会的官员们却坚定认为，他们的中立义务阻却他们提供帮助。他们会举一些例子，说明当公平机会委员会向控诉人提供法律建议或者代理控诉人主张权利时，被告就会申辩说自己受到歧视。

当然，作为个人的被控诉人所感受到的无助可能会同控诉人一样多。但是，大多数被控诉人都是公司或者政府部门，他们可以指派一名律师或者其他具有专业技术的人员来处理相关事务。我们访谈

到的大多数被控诉人代表都代理过不只一起类似案件，他们熟悉公平机会委员会的处理程序。有意思的是，来自被控诉人一方的被访谈人没人认为公平机会委员会的官员太消极。大多数被告代表人都使用公正、非偏私和高效以及“努力地解决案件”来描述委员会的官员。正因为他们从未期待从公平机会委员会处获得帮助，当他们发现官员们立场客观时会非常高兴。

我们在访谈中也问到了调解的概念以及被访谈人参加调解会议的经验。被告一般支持调解，但他们并不以文化因素为支持的理由。相反，他们往往强调调解比诉讼所花费的时间和金钱更少。他们欢迎使用“早期调解”（该程序在我们研究期间仍处于试验阶段），有些受访人还指出，被控诉人的参与并不一定表明案件一定是有理据的。有时被指控人也可能愿意讨论一件理据并不充分的案件，因为早期调解制度给了被指控人一个迅速摆脱案件的机会。被告人的代表人也认同调解程序的秘密性，认为诉讼案件不管最后谁赢，都会产生很坏的公共效果。他们也很少抱怨调解的程序，最多就是说调解会议占据的时间太多，不如在办公室中解决更高效。也有部分人提到公平机会委员会在终止理据薄弱的案例和避免此类案件进入调解程序这方面做得越来越好。只有间或会有受访人会提到调解有助于让被投诉人更加了解投诉人所处的困境。

而控诉人方的受访人对于调解的感受则大相径庭。他们告诉我们，对于公平机会委员会只提供一般性的法律解释，而不对案件胜诉可能性发表意见的态度，他们感到非常失望。他们也不能理解为什么要由控诉人来说服被控诉人后者已经违反了法律，并且应该提供相应的救济。在他们看来，这应当是公平机会委员会的工作，比起控诉人来，这些官员的知识和技能都要强得多。在他们的描述中，调解会议是骇人且令人感到压力的，其中当事人各方权力的失衡非常明显。来自控告方的许多受访人都注意到，被控诉人的法律代表往往比控诉人受教育程度更高，穿得更体面且更加自信。一些人还评论说，这些被控诉人代表在整个会议中更冷静，因为他们的私人利益与案件的关联远远小于控诉人。有的时候被被告人代表会直接否认相关的指控，这令控告人更加心烦。尽管也有部分接收访谈的控告人对“早期调解”表示欢迎，另一些却担心早期调解程序会令程序不利于原告，因为在早期调解程序下是不能完成调查的，支持控诉的证据也就更少了。

原告通常会携带一位亲戚、朋友或者非政府组织的代表同往公平机会委员会参加调解。但是，这些人只有在征得被告一方同意的情况下才能进入会议室。公平机会委员会采用了一种“平等数量”规则，即如果被告方只派了一位代表的话，那么除非征得其同意，控诉人（通常是自己代表自己）一方也不能有额外的人进入会议室。尽管后来的访谈表明公平机会委员会有意放松这一规则，但一些被控诉人代表表示，如果公平机会委员会真的这样做，他们会表示反对。一位政府部门的代表就说到，他几乎从不同意让原告的朋友也进入会议室，因为他不想对方“倚多”而取胜。如果原告方可以委托一位律师作为其正式代理人的话，这个问题就不成其为问题了，因为她完全可以让律师独自一人进入会议室，而自己在一旁休息。问题是控诉人往往是没有律师的，陪同她们的非正式的支持者（家人、朋友或社区组织成员）一般不能或者不愿成为她正式的法律代表。

有了这些原因，就不难解释为什么在公平机会委员会官员们的报告中，控诉人宁愿选择通过电话进行“穿梭外交”，而不愿意参加面对面的调解程序了。有趣的是，我们的样本库材料表明，残疾案件中的面对面调解要少于性别案件，这或许部分是因为残疾人士要去到公平机会委员会的困难更大。性别案件处理部门（在我们的研究进行期间，性别歧视案件与残疾歧视案件是由不同分支部门分别处理的）的一些官员表示，他们会比处理残疾案件的部门更加努力地去安排调解会议，因为他们发现这类案件的调解更易达成协议。但是，残疾歧视案件的调解会议少于性别歧视案件可能还表达了另一个信号，即同性别案件的控告人相比，残疾控告人和支持他们的组织更不喜欢以调解为基础的案件处理模式，更不满意公平机会委员会官员们的“消极表现”。

访谈揭示了公平机会委员会和部分控诉人及残疾人权利活动者之间存在着某种程度的紧张关系。有数位官员提到，控告人往往倾向于夸大控诉的程度或者不能完全理解到底哪些行为才是非法的。考虑到残疾歧视条例的复杂性，以及原告缺乏法律建议的事实，这种评论倒应该还是比较中肯的。官员们还注意到，一旦案件进入调解程序，控告人就会想当然地认为案件的理据很充分，即使公平机会委员会其实是想通过调解解决一个不怎么有理据的案件。一些公平机会委员会官员对那些更加高调的残疾权利保护组织持批评态度，认为他们“过激”而且“不愿妥协”。非政府组织的代表也承认，他们同公平机会委员会的关系经常是紧张的，部分是因为他们希望 EOC 的官员能更加积极主动，同时他们认为在残疾歧视条例明确规定的权利上，原告没有必要妥协。

我们的访谈对象承认，存在妥协的压力并不是公平机会委员会的错，因为做调解的努力是制定法赋予 EOC 的一项义务。但是，他们也明确指出，他们更希望公平机会委员会能积极调查并在此基础上做出决定，而不是把说服被控诉人提供救济的责任推给控诉人来承担。就算在公平机会委员会没有权限做出决定时，官员们也可以在不违反制定法的情况下，在调解中扮演更主动的角色（我们的访谈表明一些官员已经在扮演比他们的同事们更加具有干预性的角色了）。

在对残疾人权利组织进行访谈时，还经常会听到另一种批评，即认为调解结案的案件向外界披露和曝光太少而缺乏系统的影响力。在我们的研究结束之后，EOC 试图在其网站上创建一个“和解登记册”，通过公开所有调解结案的案件（不包括当事人身份）来解决这个问题。但是，即便如此也很难产生与诉讼案件相当的影响力，因为前来浏览网页的人往往限于那些已经对这个主题产生了兴趣的人。

当然来自残疾人士权利组织的受访者们也承认，许多控诉人并不希望案件被宣扬，宁愿要一个更私密的解决平台。但另一方面，这些受访者也指出，部分原告本来是想要通过诉讼方式来解决案件的，是他们对于可能无法获得法律援助的担心阻却了他们诉讼的动力。香港公平机会委员会可以解决此问题，他们只需采纳一项普遍给予法律援助的政策，对所有不能调解的且有理据的案件均给予法律援助即可。尽管 EOC 的预算有限，但大多数案件在获得 EOC 的法律援助后都能迅速解决。只要能够进入庭审程序，案件就可以促进法律发展并提高公众意识。

最近发生的一起案件就是一个很好的例子。一位教师在被诊断出癌症之后被所在学校解雇，学校认为其有权利解雇该名教师，因为后者缺席 10% 的课程，已经构成了“根本违约”，而不管缺课的理由是什么（*Siu Kai Yuen v. Maria College*, 2005, para 41）。法官判决合同条款不能作为被告对残疾歧视控诉的抗辩理由，而且残疾歧视条例禁止在合同条款中的歧视行为，在残疾歧视条例下，这样的合同条款根本是无效的。显然，被告（及其律师）之前相信他们可以完全依赖合同而行事，残疾歧视条例不能对合同的执行产生影响。我对 EOC 工作人员的访谈也表明，即便残疾歧视条例已经实施达九年之久，即便公平机会委员会制作了无数的培训材料，这种对于残疾歧视法的无知仍普遍存在。此案中，公平机会委员会给予了当事人法律援助，希望能籍此案件吸引公众注意力并“成为雇主在处理工作场所病假问题上的指南性案件”（Hong Kong EOC Press Release, 2004）。

但是，EOC 将法律援助扩大化的可能性却是很小的，尽管目前其只对一小部分案件给予法律援助和支持诉讼，便已经受到了严苛的批评。之所以如此，部分是因为两起起诉政府部门的有争议案件。第一起案件中，政府拒绝在五类“纪律部队”（即警察、移民、海关、消防和惩教）中雇佣近亲中有罹患精神疾病的申请人（*K, Y, and W v. Secretary for Justice*, 2000）。公平机会委员支持了原告，并获得了政府违反残疾歧视法的判决。在第二起案件中，教育署分配中等学校学生的制度被判决违反性别歧视条例，因为教育署故意提高对男生的评价，让他们可以比女生更易进入精英学校（*EOC v. Director of Education*, 2001）。

这几起案件树立了很重要的先例，迫使政府改变了影响许多人的歧视性政策，从而产生了系统性的社会效果（Petersen, 2003）。但是从 2002 年起，关于政府很不高兴公平机会委员会的作为以及想要撤换 EOC 时任主席胡红玉女士的流言开始传播开来。人权组织对此进行了抗议，认为政府正在养成一种撤换表现积极的公共监察机关领袖的坏习惯（Human Rights Monitor, 2002）。但政府仍然更换了主席，并调整了人员组成，使得保守派成员占据了公平机会委员会的多数席位（Petersen, 2003）。这是违背巴黎原则的，即人权机构应该被赋予绝对的独立、其负责人的选任程序应该公开透明（United Nations Commission on Human Rights, 1993）。然而，人们几乎没有办法可以令政府改变对于公平机会委员会的态度，因为这个政府并非民选政府，且首先是对北京政府和本地的商业群体负责。

既然 EOC 不大可能扩大法律援助的适用范围，我们便在访谈时询问被访谈者是否会支持建立一个费用低廉的“公平机会特别法庭”。控诉人和残疾权利运动人士一般对此表示支持，特别是如果没有参加听审前调解的义务的话。他们认为，建立一个特别法庭可以提高公众意识，还可以促进判例法的发展，让本地法官可以在判决中发展“合理迁就”及“不合情理的困难”等概念。残疾权利组织还进一步建议说，公平机会委员会可以更加充分地运用其正式调查的权限，特别是在与无障碍通行有关的案件中。遗憾的是，无障碍通行在香港并不被视为一项基本的权利。相反，很多人视其为一项特殊的迁就措施，需要那些受到不利影响的人逐案去申请并协商才能获得。

公平机会委员会的官员们一般也支持建立一个公平机会特别法庭的想法，部分是因为他们也清楚许多控诉人都不满意现在的程序，这些人需要一个获得裁决的机会。有官员估计，大约 20%的控诉人无意进行调解，而希望获得公开的听审，官员们认为这样对这样的案件进行调解是没有意义的。官员们还指出，在现行的程序中，每当有控诉人不愿调解时，他们就会感觉很糟糕，因为他们清楚地知道，不愿调解的控诉人很可能什么救济也得不到。如果存在一个特别法庭的话，这些控诉人就会获得另一个主张权利的平台，同时被控诉人也就有了更强的动机去提供合理的救济。

几乎所有的被控诉方受访谈人都排斥特别法庭的想法，理由是如此一来，滥诉的可能性会增加，从而导致不当的费用浪费和案情曝光。不可否认，确实存在着一些基于误解或者没有理据的控诉（例如，在我们的样本案例库中就有部分案例因为上述原因而被公平机会委员会终止了），但被控诉方的反对恐怕还不仅仅是基于滥诉的担心，而是有着更深的隐藏含义。

比如，数名来自于私营部门的被访谈人就认为，公平机会委员会受理的大多数案件都是缺乏理据的滋扰性控诉，尤其是那些关于残疾歧视或者性骚扰的控诉。还有人认为残疾歧视条例本身就规定太过了，尤其是其对残疾的定义过于宽泛。一些来自政府部门的被访谈人对于现有的数量有限的司法判决表达了强烈的不满。这些评论，以及其他一些由被控诉方受访谈人提出的意见表明，在如何看待残疾歧视条例，以及该条例应该在多大程度上得到执行这些问题上，双方当事人存在着非常大的分歧。

### 启示与建议

亚太地区残疾人十年计划已经又延期了十年（2003-2012），以促进《琵琶湖为亚洲及太平洋残疾人努力缔造一个包容、无障碍和以权利为本的社会区域行动纲要》的实施。其目的之一就是要鼓励各国政府“颁布并执行与公平机会及残疾人士平等待遇有关的立法和政策”（UNESCAP, 2003, para 14(1)）。此外，关于残疾人士权利的国际公约的起草也推动了各国的残疾人权利保护立法，亚洲的政策制定者们和各非政府组织对此都颇为积极（UNESCAP, 2004）。但是，就在区域内许多国家都在考虑以香港的残疾歧视条例为模式来制定本地的实体法时，我们的研究却揭示香港条例的实施模式存在重大缺陷。

研究所揭示的第一个有趣结论，是控诉人和残疾人权利活动者对该条例的不满。一些批评指向的是官员们的案件处理方式，更多批评则是指向调解概念本身。这似乎并不符合过往流行的一种“中国人喜欢以调解方式处理争议”的假设（Wong, 2000, p. 304）。尽管儒家传统的确很重视社会和谐以及人际关系的保持，香港的华裔却不只受到儒家思想的影响，他们同时也受到了英国法律制度的侵染。1980年代的调查表明儒家思想的影响逐渐减弱（Lau and Kuan, 1988），随着1991年人权法案条例的通过，人们的权利保护意识越来越强。而且在反歧视领域，由于多数控诉并非针对个人而提起，因此调解可以有助于保持人际关系这个说法也不太站得住脚。Chan（1999）就指出“儒家社区”并非仅仅由人际关系而构成，而且在市场、政府和工作场所中，人们一般并不按照人际关系规则来打交道（p. 221）。他进一步指出，儒家思想本身并不排斥诉讼，正所谓“以直报怨，以德报

德” ( p. 227, quoting from *The Analects* XIV: 36 )。当人们自我保护的努力未能成功时，诉诸一个强制性的平台并无不妥。

Sternlight ( 2004 ) 在研究了美国、英国和澳大利亚的制度后认为，在处理有关歧视的控诉上，不存在完美的机制。原因之一在于，一项制度所要实现的不同目的之间本身是存在冲突的。很多当事人很看重私密性，但是私下的处理机制 ( 和解或调解 ) 却限制了法律效力的发挥，并导致力量的失衡。此外，对于公共实施机制到底应该有多正式也存在着没完没了的争议。司法处理是正式的机制，但美国联邦法院系统的慢节奏就受到了广泛的批评 ( Baker, 2002 )，而且美国的高额诉讼费用也无疑限制了《美国残障人士法案》 ( ADA ) 的实施 ( Rulli, 2000 )。但另一方面，在另一些法域中适用的，比司法机制更容易获得的其他实施机制却又往往缺乏获得公正结果所需的专业性和程序保障 ( Sternlight, 2004, pp. 1437-1443; Employment Tribunal System Taskforce, UK, 2002 )。因此可以说，每一个法域都需要实现一种实施机制的平衡：正式的与非正式的、对抗的与合意的、公开的与私密的。

香港缺乏这种平衡，因为当事人的诉讼之路上存在过多的障碍。从理论上讲，控诉人可以越过公平机会委员会而直接向区域法院提起诉讼，但实际上这种情况极少发生。虽然 Sternlight 考察的三大法域也都存在这样那样的问题，但至少它们都建立起了相当数量的有关残疾歧视的判决或裁决库。就算这些案件的结果有时并不如人意 ( Colker, 1999 )，但它们至少引发了关于残疾问题的重要的公共讨论。这样一来，残疾权利保护的呼吁者们就可以寻找到实施机制的薄弱之处，并游说决策者进行改革。香港没有这样的公共讨论，自 1996 年残疾歧视条例实施至今，有着重大社会影响的相关案例不过 3 起而已。

香港公平机会委员会可以通过更多地给予法律援助，或者如香港残疾人权利委员会的出版物所建议的那样，建立起真正意义的诉讼战略来解决此问题 ( O' Brian, Hughes, Holbrook, and Gooding, 2003 )。我们采访的残疾人组织还表示支持建立一个成本在可承受范围之内的公平机会特别法庭。公平机会委员会无权自行设立这样一个特别法庭，但他们组建了一个工作组来研究这种可能性。如果这个想法能够得到落实的话，就必须要考虑如何令这个法庭既便宜高效，又不用牺牲当事人的程序权利。如果允许律师参与，那么这一程序就会变得昂贵，从而令最初的目的落空。但另一方面，若禁止律师参与，则可能助长双方力量的不平衡，因为被告往往不那么需要律师来代理自己。理想答案或许是排除律师的参与，但同时采纳纠问式的程序。此外，还应该设计一套将复杂案件转给区域法院处理的程序，同时要确保控诉人能够获得法律援助。

研究提出的另一个问题是香港的公平机会委员会是否应当以更积极姿态来处理调查和调解程序。对于政府处理模式是很难进行跨法域的比较研究的，因为不同法域的法律框架也不同，当事人对于行政处理模式的看法在很大程度上取决于他们的期待和他们面临的选择。美国的研究表明当事人对于平等雇佣机会委员会 ( EEOC ) 所采纳的调解程序非常满意 ( McDermott, Obar, Jose, and Bowers, 2000 )。但是，EEOC 只在双方当事人自愿同意调解时才会适用调解程序。在香港，EOC 在任何情

况下都有义务尝试调解，控诉人如果想要获得 EOC 的援助就只能调解而别无其他选择，这样可能会令他们产生对于行政处理机制的负面评价。

尽管比较研究存在着诸多困难，比较仍然是有着启示意义的。美国 EEOC 的调解员们因为积极地协助当事人达成调解方案而受到广泛的赞誉 ( McDermott, Obar, Jose, and Bowers, 2000, Ch. 7 )。尽管 EEOC 的调解员也要遵守中立原则，却没人认为他们“消极”。除了促成性调解措施外，他们至少还采用了一些评估手段对案件的胜诉可能性进行评价 ( McDermott, Obar, Jose, and Polkinghorn, 2001 )。他们被认为具有丰富的法律知识，当事人总是依赖他们所提供的“技术、法律、程序或者其他指导性意见” ( McDermott, Obar, Jose, and Polkinghorn, 2001, Ch. IV )。不仅如此，在《美国残障人士法案》下处理的案件中，有相当一部分都以控诉人获得直接金钱赔偿而结案 ( Moss, Burris, Ullman, Johnsen, and Swanson, 2001 )，这与我们的案例样本库所表明的状况显然不同。尽管美国的批评家们也不断质疑着美国反歧视法的私有化以及权力不均衡的危险性 ( Coben, 2004 )，但 EEOC 的调解程序却被普遍被认为是一项积极的进步。这一程序对于那些大量不能被划分为重点优先案件的控诉而言尤其重要，因为 EEOC 的预算有限、工作积压，这类案件若非调解结案的话，很难得到充分的调查。

在英国，反歧视案件处理中对调解的需求也在增加。但是英国的公平机会委员会明确主张调解应该由反歧视法的专家主持进行，调解人员应当扮演积极角色并对双方力量的不平衡作出回应。在评论建立一个促进平等与人权保护的单一实施机构时，英国 EOC 指出这一领域的调解人员应当“努力工作以实施立法，而不能仅仅将歧视争议作为“水平的游戏场”上的双方争议来对待 ( UK EOC, 2004, para 85 )。同样，英国的残疾人权利委员会 ( DRC ) 也确定，对于残疾人士提出的与商品或服务提供有关的控诉进行调解，应该是一种“基于权利”的调解 ( DRC 2002 )。服务提供者因此而向公众保证，残疾人士的权利是“调解过程中一项不容商量的问题” ( Mediation UK, undated )。调解员可以处理力量失衡问题，可以积极提出被控诉人履行义务的方法。这种调解的干预性高于顾问、调解、仲裁服务处 ( ACAS ) 为一般性劳动争议而提供的“穿梭外交”服务 ( Baker, pp. 122 and 129-130 )。不知道人们对这种“基于权利”的斡旋模式的需求是否会增加，有评论者担心英国将在劳动争议中采纳一种对于双方权力失衡欠缺考虑的调解模式。

澳大利亚的人权与机会均等委员会 HREOC 提供了最为积极的调解方式。虽然 1989-1990 年的一个研究表明，当时的 HREOC 遵循的还是一种“最少干预”策略，如今的 HREOC 却是采取了一种非常积极的调解模式 ( Gonzalez & McCabe, 2002, citing Devereux, 1996 )。HREOC 很清楚地意识到了以调解为基础的案件处理方式的潜在缺陷，并因此采取了一些特别的策略来减少这些问题 ( Australian HREOC, 2004 )。官员们被要求要应对力量失衡的问题，要对可能的和解方案提出建议，要确保双方当事人的协议不违反立法的目的和用意 ( Raymond & Ball, undated; Raymond & Georgalis, 2003 )。而且这些干预措施并不被视为对于中立原则的背离，一来因为澳大利亚立法所采纳的平等概念是指实质平等，二来中立的概念也包含了最大化的介入及控制双方当事人的内容。有意思的是，最近的一次普查表明，只有非常少量的当事人 ( 4% ) 感到自己在程序中受到了调解人的不当待遇，而且控诉人与被控诉人报告自己受到不当待遇的比例同样低 ( 2-3% )。尽管对于这一以调解

为基础的模式到底有多成功存在争议 (Chapman, 2000), 但一般接受的共识是, 如果调解是最基本的救济的话, 那么调解员的积极参与就是适当的。一项关于替代性争端解决方式与残疾的研究 (该研究的基础为澳大利亚 54 家在残疾权利及 ADR 领域有经验的组织的反馈) 高度支持 ADR 的使用, 认为 ADR 将使残疾人士获得强烈的赋权体验 (Simpson, 2002)。

澳大利亚立法和程序对香港有着深刻影响, 但有意思的是, 香港的公平机会委员会并未采纳澳大利亚的“权利为基础”的条件模式。其实, 香港对于干预性调解方法的需求可以说更胜于澳大利亚, 因为在香港委托私人法律代表的控诉人更不常见, 而且香港的商会也过于软弱而不能填补这一空白。但是, 香港的公平机会委员会继续使用着消极的词眼来描述其调解官员的角色, 片面强调着无偏私义务, 以及令双方当事人都能获得被听取的机会。因此在香港, 控诉人才是应该“扮演积极角色、清楚陈述案情、提出争议解决方案”的一方。(Hong Kong EOC, undated)。EOC 几乎没有什么文件是关于调解技术的, 它也几乎不提及当事人力量失衡的问题或者解决这一问题的方法。我们对于 EOC 官员的访谈表明, 除非有明确的文件支持, 他们不愿意采纳一种以权利为基础的调解方式。鉴于政府自 2003 年起便决心要维持公平机会委员会领导层的保守倾向, 这样的文件可能永远也不会产生了。因此, 本研究对 Degener 对于残疾歧视条例的乐观评估提出质疑, 尽管该条例从实体上讲诚然为一部好法, 但若其实施模式得不到加强的话, 将很难带来显著的变化。

## References

- Astor, H. and Chinkin, C. (2002). *Dispute Resolution in Australia*. Sydney: Butterworths.
- Australian Human Rights and Equal Opportunities Commission (HREOC) (2004). ADR: An Essential Tool for Human Rights. Address by Hon. John von Doussa, Q.C., President of HREOC, National Mediation Conference, Darwin: 30 June 2004. [http://www.hreoc.gov.au/about\\_the\\_commission/speeches\\_president/adr.html](http://www.hreoc.gov.au/about_the_commission/speeches_president/adr.html) [accessed 5 July 2005].
- Australian Human Rights and Equal Opportunities Commission (HREOC) (2002). Review of Changes to the Administration of Federal Anti-Discrimination Law — Reflections on the Initial Period of the Human Rights Legislation Amendment Act (No. 1) 1999 (Cth). <http://www.hreoc.gov.au/legal/review/index.html> [accessed 5 July 2005].
- Baker, A. (2002). Access vs. Process in Employment Discrimination: Why ADR Suits the US But Not the UK. *Industrial Law Journal*, 31, pp. 113-134.
- Ball, J., and Raymond, T. (undated). Facilitator or Advisor? A Discussion of Conciliator Intervention in the Resolution of Disputes Under Australian Human Rights and Anti-Discrimination Law. [http://www.hreoc.gov.au/complaints\\_information/publications/facilitator\\_advisor.htm](http://www.hreoc.gov.au/complaints_information/publications/facilitator_advisor.htm) [accessed 5 July 2005].
- Baser, L.A. and Jones, M. (2002). The Disability Discrimination Act 1992 (Cth): A Three-Dimensional Approach to Operationalising Human Rights. *Melbourne University Law Review*, 26, pp. 254-284.
- Byrnes, A. (1992). Equality and Non-Discrimination, in Wacks, R. (ed.) (1992). *Human Rights in Hong Kong*. Hong Kong: Oxford University Press.

Chan, J. (1999). A Confucian Perspective on Human Rights for Contemporary China, in Bauer, J. and Bell, D. (eds) (1999). *The East-Asian Challenge for Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press.

Chapman, A. (2000). Discrimination Complaint-Handling in New South Wales: The Paradox of Informal Dispute Resolution. *Sydney Law Review*, 22, pp. 321-350.

Coben, J. (2004). Gollum, Meet Smeagol: A Schizophrenic Rumination on Mediator Values Beyond Self-Determination and Neutrality. *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 5, pp. 65-86.

Coker, R. (1999). The Americans with Disabilities Act: A Windfall for Defendants. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 34, pp. 99-162.

Devereux, A. (1996). Human Rights by Agreement? A Case Study of the Human Rights and Equal Opportunity Commission's Use of Conciliation. *Australian Dispute Resolution Journal*, November 1996, pp. 280 - 301.

Degener, T. (2000). Report: International Disability Law — A New Subject on the Rise: The Interregional Experts' Meeting in Hong Kong, December 13-17, 1999. *Berkeley Journal of International Law*, 18, pp. 180-195.

Disability Discrimination Ordinance 1995, Cap. 487, *Laws of Hong Kong* (enacted in 1995 and brought into force in 1996).

Disability Discrimination Ordinance (DDO) Code of Practice on Employment (1996). (Drafted by the EOC and approved by the Hong Kong Legislative Council in December 1996, under Cap. 487, *Laws of Hong Kong*.)

Disability Rights Commission (DRC) UK (2002). Disability Rights, Casework, and Alternative Dispute Resolution. <http://www.drc-gb.org/thelaw/lawdetails.asp?id=381&title=la> [accessed 5 July 2005].

Dolder, C. (2004). The Contribution of Mediation to Workplace Justice. *Industrial Law Journal*, 33, pp. 320-42.

Equal Opportunities Bill 1994, *Hong Kong Government Gazette*, Legal Supplement No. 3, 1 July 1994, pp. C991-C1275 (not enacted).

*Equal Opportunities Commission (EOC) v. Director of Education* [2001] 2 HKLRD 690, Hong Kong Court of First Instance.

Equal Opportunities Commission (EOC) United Kingdom (2004). Responses to White Paper: Fairness for All: A New Commission for Equality and Human Rights. London: EOC. <http://www.eoc.org.uk/EOCeng/EOCs/PolicyAndCampaigns/eoc%20cehr%20response%20final.pdf> [accessed 5 July 2005].

Employment Tribunal System Taskforce (2002). Moving Forward: The Report of the Employment Tribunal System Taskforce. London: HMSO.

Family Status Discrimination Ordinance, Cap. 527, *Laws of Hong Kong*.

Gonzalez, P. and McCabe, K. (2002). Giving Them What They Want—Challenges in Using the Positional and Interest-Based Models of Statutory Conciliation. Australian HREOC. [http://www.hreoc.gov.au/complaints\\_information/publications/positional\\_paper.html](http://www.hreoc.gov.au/complaints_information/publications/positional_paper.html) [accessed 5 July 2005].

Herr, S. (2001). The Americans with Disabilities Act: Reforming Disability Discrimination Laws: A Comparative Perspective. *University of Michigan Journal of Law Reform*, 35, pp. 305.

Hong Kong Bill of Rights Ordinance, Cap. 383, *Laws of Hong Kong*.

Hong Kong Equal Opportunities Commission (EOC) (2005). *Annual Report 2003/2004*. Hong Kong: Equal Opportunities Commission. <http://www.eoc.org.hk/CE/annual/index.htm> [accessed 5 July 2005].

Hong Kong Equal Opportunities Commission (EOC) (2004). EOC Gives Legal Assistance. Press Release of 3 June 2004. <http://www.eoc.org.hk/CE/press/index.htm> [accessed 5 July 2005].

Hong Kong Equal Opportunities Commission (EOC) (2003). *Annual Report 2002/2003*, Hong Kong: Equal Opportunities Commission. <http://www.eoc.org.hk/CE/annual/index.htm> [accessed 5 July 2005].

Hong Kong Equal Opportunities Commission (EOC) (1999). *Report on Case Study of Kowloon Bay Health Centre*. Hong Kong: Equal Opportunities Commission.

Hong Kong Equal Opportunities Commission (EOC) (undated). *What is Conciliation?* Undated brochure. Hong Kong: Hong Kong Equal Opportunities Commission. <http://www.eoc.org.hk/CE/conciliate/index.htm> [accessed 5 July 2005].

Human Rights Monitor (2002). EOC Appointment and Independence of Statutory Watchdogs. Press Release and Open Letter to Tung Chee-hwa of 29 July. Hong Kong: Human Rights Monitor.

Hunter, R. and Leonard, A. (1995). *The Outcomes of Conciliation in Sex Discrimination Cases*. Working Paper No. 8. Centre for Employment and Labour Relations Law.

Ierodionou, M.J. (2005) *Conciliation, Mediation and Federal Human Rights Complaints: Are Rights Compromised?* Working Paper No. 32. Melbourne: Centre for Employment and Labour Relations Law.

*K, Y, and W v. Secretary for Justice* [2000] 3 HKLRD 777, Hong Kong District Court.

Lau, S.K. and Kuan, H.C. (1988). *The Ethos of the Hong Kong Chinese*. Hong Kong: Chinese University Press.

*Ma Bik Yung v Ko Chuen* [1999] 2 HKLRD 263, Hong Kong District Court.

*Ma Bik Yung v Ko Chuen* [2000] 1 HKLRD 514, Hong Kong Court of Appeal.

*Ma Bik Yung v Ko Chuen* [2000] 4 HKC 119, Hong Kong Court of Final Appeal.

McDermott, E. P., Obar, R., Jose, A., and Bowers, M. (2000). *An Evaluation of the Equal Employment Opportunity Commission Mediation Program*, Washington D.C.: Employment Opportunity Commission, Order No. 9/09007632/2. <http://www.eeoc.gov/mediate/report/> [accessed 5 July 2005].

McDermott, E. P., Obar, R., Jose, A., and Polkinghorn, B. (2001). *The EEOC Mediation Program: Mediators' Perspectives on the Parties, Process, and Outcomes*, Washington D.C.: Employment Opportunity Commission, Order No. 9/0900/7632/G. <http://www.eeoc.gov/mediate/mcdfinal.html> [accessed 5 July 2005].

Moss, K., Burris, B., Ullman, M., Johnsen, M. and Swanson, J. (2001). An Unfunded Mandate: An Empirical Study of the Implementation of the Americans with Disabilities Act. *Kansas Law Review*, 50, pp. 1-110.

Ng Sek-hong (1994). Employment and Human Rights in Hong Kong: Some Recent Developments, *Hong Kong Law Journal*, 24, pp.108-135.

- O' Brian, N., Hughes, P., Holbrook, J., Gooding, C. (2003). Disability Rights Commission Legal Strategy 2003-2006. London: Disability Rights Commission. <http://www.drc-gb.org/thelaw/lawdetails.asp?id=496&title=ls> [accessed 5 July 2005].
- Petersen, C. J. (1996). Equality as a Human Right: The Development of Anti-Discrimination Law in Hong Kong. *Columbia Journal of Transnational Law*, 34, pp. 335-388.
- Petersen, C. J. (1999). Equal Opportunities: A New Field of Law for Hong Kong, in Wacks, R (ed.) (1999). *Hong Kong's New Legal Order*. Hong Kong: Hong Kong University Press.
- Petersen, C. J. (2000). The Failure of the Hong Kong Court of Appeal to Recognise and Remedy Disability Discrimination. *Hong Kong Law Journal*, 30, pp. 6-21.
- Petersen, C. J. (2002). The Right to Equality in the Public Sector: An Assessment of Post-Colonial Hong Kong. *Hong Kong Law Journal*, 32, pp. 103-134.
- Petersen, C. J. (2003). The Paris Principles and Human Rights Institutions: Is Hong Kong Slipping Further Away From the Mark? *Hong Kong Law Journal*, 33, pp. 513-522.
- Petersen, C. J., Fong, J. and Rush, G. (2003). *Enforcing Equal Opportunities: Investigation and Conciliation of Discrimination Complaints in Hong Kong*. Hong Kong: Centre for Comparative and Public Law, University of Hong Kong.
- Raymond, T. and Ball, J. (undated). *Alternative Dispute Resolution in the Context of Anti-discrimination and Human Rights Law: Some Comparisons and Considerations*, Australian HREOC. [http://www.hreoc.gov.au/complaints\\_information/publications/alternative.html](http://www.hreoc.gov.au/complaints_information/publications/alternative.html) [accessed 5 July 2005].
- Raymond, T. and Georgalis, S. (2003). Dispute Resolution in the Changing Shadow of the Law: A Study of Parties' Views On the Conciliation Process in Federal Anti-Discrimination Law [http://www.hreoc.gov.au/complaints\\_information/publications/shadow\\_paper.html](http://www.hreoc.gov.au/complaints_information/publications/shadow_paper.html) [accessed 5 July 2005].
- Rulli, L. (2000). Employment Discrimination Litigation Under the ADA From the Perspective of the Poor: Can the Promise of Title I Be Fulfilled for Low-Income Workers in the Next Decade? *Temple Political and Civil Rights Law Review*, 9, pp. 345-93.
- Sex Discrimination Ordinance, Cap. 480, *Laws of Hong Kong*.
- Simpson, J. (2002). *Guarded Participation: Alternative Dispute Resolution and People With Disabilities*. Sydney: Law and Justice Foundation of New South Wales. <http://www.lawfoundation.net.au/resources/simpson/guarded.pdf>. [accessed 5 July 2005].
- Siu Kai Yuen v. Maria College*, DCEO 9/2004, Hong Kong District Court (decided 18 April 2005).
- Sternlight, J. R. (2004). In Search of the Best Procedure for Enforcing Employment Discrimination Laws: A Comparative Analysis. *Tulane Law Review*, 78, pp 1401-1499 .
- United Nations Commission on Human Rights (1993). *Further Promotion and Encouragement of Human Rights and Fundamental Freedoms, Including the Question of The Programme and Methods of Work of The Commission: National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights*. UN Doc. E/CN.4/1993/33.
- United Nations, Economic and Social Commission for Asia and the Pacific (UNESCAP) (2001). *Pathfinders: Towards Full Participation and Equality of Persons with Disabilities in the ESCAP Region*.

United Nations, Economic and Social Commission for Asia and the Pacific (UNESCAP) (2003). *Biwako Millennium Framework for Action Towards an Inclusive, Barrier-Free and Rights Based Society for Persons with Disabilities in Asia and the Pacific*, E.EXCAP/APDDP/4/Rev.1.

United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific (UNESCAP) (2004). Reports from Workshop on Regional Follow-up to the Third and Fourth Sessions of the Ad Hoc Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on the Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities, Bangkok: 11-12 October 2004.

Wong, B. K.Y. (2000). Traditional Chinese Philosophy and Dispute Resolution. *Hong Kong Law Journal*, 30, pp. 304-319.

## Endnotes

1 The data was obtained as part of a broader research project based in the University of Hong Kong's Centre for Comparative and Public Law entitled *Enforcing Equal Opportunities in Hong Kong: A Study of Investigation, Conciliation, and Other Enforcement Mechanisms*, supported by a grant from the Hong Kong Research Grants Council. I would also like to thank: the Hong Kong EOC for providing the sample of complaints and permitting me to interview its staff; Janice Fong and Gabrielle Rush, the Senior Research Assistants on the project; and the many individuals who were interviewed on an anonymous basis.

2 The EOC opens a separate file for each respondent and it is common for the complainant to lodge complaints against more than one respondent, especially in cases of vicarious liability.

3 Some of the complaints alleging discrimination in access to facilities contained elements of harassment.

4 Here the term "success rate" refers to the percentage of complainants who obtained their desired remedy and excludes a few cases that were deemed "conciliated" by the EOC although the complainant did not obtain the remedy she originally requested. See Petersen, Fong, and Rush (2003), pp. 44-6, for a fuller explanation of remedies sought and gained in gender and disability cases.

5 An individual respondent in a sexual harassment complaint who we interviewed said that he was terrified by every EOC letter and eventually retained a lawyer.

6 During or immediately after the charge receipt interview the EEOC classifies a complaint into one of three priority categories. "A charges" are the highest priority cases and should receive "appropriate investigation" within resource constraints. "B charges" receive additional investigation, as resources permit. C charges are dismissed. The "A charges" are further divided into A1 (considered the most litigation worthy) and A2. One study found that most A1 cases received thorough investigations but that some A2 and most B cases received little or no investigation (Moss, Burris, Ullman, Johnsen, and Swanson, 2001, pp. 12-13).